שו״ת · אחרונים

שות עונג יום טוב

רבי רפאל יום טוב ליפמן היילפרין

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שות עונג יום טוב

רבי רפאל יום טוב ליפמן היילפרין

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/שות-עונג-יום-טוב/
הקובץ נוצר ב־22 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

הקדמת הגאון המחבר זצ"ל 7
א 7
ב 8
ג 9
ד 10
ה 11
ו 12
ז 13
ח 16
ט 17
י 19
יא 21
יב 22
יג 25
יד 26
טו 28
טז 29
יז 30
יח 31
יט 31
כ 33
כא 36
כב 37
כג 40
כד 41
כה 41
כו 43
כז 44
כח 46
כט 47
ל 47
לא 48
לב 48
חלק אורח חיים 49
סימן א 49
סימן ב 66
סימן ג 79
סימן ד 81
סימן ה 85
סימן ו 92
סימן ז 104
סימן ח 108
סימן ט 110
סימן י 114
סימן יא 121
סימן יב 123
סימן יג 125
סימן יד 137
סימן טו 145
סימן טז 148
סימן יז 153
סימן יח 155
סימן יט 160
סימן כ 166
סימן כא 169
סימן כב 178
סימן כג 180
סימן כד 184
סימן כה 192
סימן כו 202
סימן כז 211
סימן כח 220

סימן כט 223
סימן ל 244
סימן לא 256
סימן לב 270
סימן לג 281
סימן לד 290
סימן לה 309
סימן לו 315
סימן לז 317
סימן לח 321
סימן לט 327
סימן מ 331
סימן מא 334
סימן מב 340
סימן מג 352
סימן מד 362
סימן מה 378
סימן מו 381
סימן מז 389
סימן מח 390
סימן מט 393
סימן נ 396
סימן נא 398
סימן נב 402
חלק יורה דעה 406
סימן נג 406
סימן נד 412
סימן נה 419
סימן נו 422
סימן נז 425
סימן נח 431
סימן נט 432
סימן ס 450
סימן סא 453
סימן סב 460
סימן סג 461
סימן סד 462
סימן סה 463
סימן סו 467
סימן סז 473
סימן סח 481
סימן סט 491
סימן ע 505
סימן עא 515
סימן עב 523
סימן עג 525
סימן עד 531
סימן עה 531
סימן עו 534
סימן עז 539
סימן עח 540
סימן עט 541
סימן פ 544
סימן פא 554
סימן פב 571
סימן פג 578
סימן פד 581
סימן פה 584
סימן פו 588
סימן פז 594
סימן פח 601
סימן פט 607
סימן צ 612
סימן צא 616

סימן צב 621
סימן צג 632
סימן צד 652
סימן צה 663
סימן צו 678
סימן צז 690
סימן צח 694
סימן צט 703
סימן ק 706
סימן קא 715
סימן קב 719
סימן קג 720
סימן קד 723
סימן קה 725
סימן קו 728
סימן קז 733
סימן קח 742
סימן קט 750
סימן קי 765
סימן קיא 774
סימן קיב 785
סימן קיג 788
סימן קיד 800
סימן קטו 803
חלק חושן משפט 806
סימן קטז 806
סימן קיז 811
סימן קיח 817
סימן קיט 828
חלק אבן העזר 831
סימן קכ 831
סימן קכא 834
סימן קכב 837
סימן קכג 838
סימן קכד 845
סימן קכה 859
סימן קכו 865
סימן קכז 874
סימן קכח 877
סימן קכט 884
סימן קל 886
סימן קלא 894
סימן קלב 906
סימן קלג 910
סימן קלד 916
סימן קלה 924
סימן קלו 933
סימן קלז 939
סימן קלח 941
סימן קלט 944
סימן קמ 947
סימן קמא 952
סימן קמב 962
סימן קמג 975
סימן קמד 978
סימן קמה 984
סימן קמו 1005
סימן קמז 1007
סימן קמח 1013
סימן קמט 1021
סימן קנ 1039
סימן קנא 1045
סימן קנב 1054
סימן קנג 1069

סימן קנד 1108
סימן קנה 1122
סימן קנו 1128
סימן קנז 1130
סימן קנח 1138
סימן קנט 1143
סימן קס 1150
סימן קסא 1163
סימן קסב 1166
סימן קסג 1176
סימן קסד 1189
סימן קסה 1196
סימן קסו 1208
סימן קסז 1218
סימן קסח 1233
סימן קסט 1261
סימן קע 1275
סימן קעא 1282
סימן קעב 1293
סימן קעג 1299
סימן קעד 1315
סימן קעה 1323
סימן קעו 1327
סימן קעז 1337
סימן קעח 1364
סימן קעט 1367
סימן קפ 1379

הקדמת הגאון המחבר זצ"ל

א

כתיב וכי תזבחו זבח תודה לד' לרצונכם תזבחו ביום ההוא יאכל לא תותירו ממנו עד בוקר אני ה' וגו' ועשיתם אותם אני ד' ולא תחללו את שם קדשי אני ד'. הכתוב הזה צריך ביאור מה שצוה בתודה שיזבחו לרצונם הלא בכל הקרבנות כולם נצטווינו להקריב ברצון כדכתיב בפ' ויקרא לרצונו יקריב אותו ומדוע יחד בתודה אזהרה דלרצונכם תזבחו ועוד שהזכיר שני פעמים אני ה' לענין כלל המצות ובינתים אמר ולא תחללו את שם קדשי תרתי למה לי אבל הנראה בכוונת הכתוב עפ"י מה שביאר המהרי"ט פסוק אנה ה' כי אני עבדך אני עבדך בן אמתך פתחת למוסרי לך אזבח זבח תודה ובשם ה' אקרא אמר בתפלתו כי אף שהוא עבד ה' בן אמתו יליד ביתו ולא מקנת כספו כי הוא אביך עשך ויכוננך וברא אותנו יש מאין וכל כחות הגוף והנפש הנמצאים בנו הלא הוא יתברך אשר נתן לנו וכל קיומם כל ימי היותינו על האדמה אך ממנו יתברך כאמור ואתה מחיה את כולם. ובדין הי' שלא נוכל לעשות גדולה או קטנה נגד רצון הבורא יתברך כי איך נרום יד ורגל לפעול פעולה המתנגדת לרצונו אחרי שכל כחות ותנועות האברים שבנו וחיותם הוא מרצונו והתנועה הזאת היא נגד רצונו אולם זאת היא ממפלאות תמים דעים לתת לנו כח לעשות נגד רצונו בכדי שתהי' לנו לצדקה כי נשמור לעשות כל אשר ציונו וזה שאמר פתחת למוסרי. שאני אסור בעבותות רצונך לבלתי סור מהם ימין ושמאל מחמת שרצונך הוא כל חיות וכחות נפשי ואתה פתחת מוסרות האלו ונתת לי כח לעשות נגד רצונך וע"כ אמר לך אזבח זבח תודה ובשם ד' אקרא שעל ענין זה אזבח זבח תודה שקרבן תודה הוא לשון הודאה ואין ענין הודאה נופל אלא על מה שאדם יכול לכפור ומודה בו זה נקרא הודאה אבל מה שאינו יכול לכפור לא מיקרי הודאה כמבואר בחוה"מ (ס' פ"ז) לענין מודה במקצת ולזה אמר אחרי שפתחת למוסרי לעשות נגד רצונך לכן לא כן אנכי רק אזבח לך זבח תודה ובשם ה' אקרא להודות כי הכל ממך עילת כל העילות וסיבת כל הסיבות ע"כ דברי המהרי"ט ז"ל וזה שאמר הכתוב וכי תזבחו זבח תודה לרצונכם תזבחו שהתודה בא על הנס שניצל האדם ממות לחיים והוא נותן שבח להשי"ת על אשר נפדה מרדת שחת כאשר קרה לו אחד מהד' דברים שצריכין להודות ולא תהא תודתו על אשר נשאר בחיים להתענג מזיו הבלי העולם הזה וחמודותיו. כ"א על שנשאר בחיים לעבוד את יוצרו ברצונו ובבחירתו כאשר יש בכחו לסור מדרכי ה' והוא בוחר בעבודתו ית"ש ברצונו ודעתו הנכונה וזהו כוונת הכתוב במ"ש לרצונכם תזבחו. וכאמרם ז"ל (באבות פ"ד) יפה שעה אחת בתשובה ומע"ט בעוה"ז מכל חיי העוה"ב ומה שאמר הכתוב אני

ה' ולא תחללו את שם קדשי אני ה' לדעתי בא לרמז בזה על המזמור שאמר דוד המע"ה על קרבן תודה (תהלים ק') דעו כי ד' וגו' הוא עשנו ולא אנחנו דפליגי ר"י ור"נ (מד"ר סדר ויחי חד אמר לא אנחנו עשינו את עצמינו וח"א ולו אנו משלימין את נפשותינו שהקרי והכתיב שניהם אמת שהוא עשנו ולא אנחנו עשינו את עצמינו שקאי על תחלת הוויתינו שהוא ממנו יתברך והקרי ולו אנו משלימין את נפשותינו שתכלית כל הברואים להשלים נפשו אליו כדכתיב (ישעי' מ"ה) כי לי תכרע כל ברך תשבע כל לשון. ע"כ אמר שני פעמים אני ה' על התחלת הוויתינו ועל הסוף תכלית הבריאה ובינתים אמר ולא תחללו את שם קדשי דמזה ילפינן (ע"ז כ"ז) דהאדם מחויב למסור עצמו על ג' דברים על קדושת שמו ובא הענין בקרבן תודה להזהירו בשעה שהוא מביא קרבן תודה על חיי נפשו ידע כי יש דברים שצריך למסור נפשו וחיותו מפני ציווי ד' כמו בהני ג' דברים ומסיים אני ה' פעם שנית לאמר על הסוף כי לו אנו משלימין את נפשותינו ע"כ מחויב כל אדם למסור נפשו וחיותו שלא לחלל את שם קדשי ומזה דרשו חז"ל דעל ג' דברים יהרג ואל יעבור:

ב

ובזה יתפרש היטב מ"ש חז"ל (שבת ל"א) אין לו להקב"ה בעולמו אלא אוצר של יראת שמים בלבד והכוונה שבאמת העולם השפל הזה אף שאנו רואים בו חכמת פעולותיו הגדולים והנוראים וכחו הגדול אעפ"כ אין ערוך בה לגדולת מעשיו הנראה בעולם הגלגלים ועולם המלאכים ואין להקב"ה בעוה"ז אלא אוצר של יראת שמים שדבר זה לא נמצא אלא בעולם הזה השפל יען כי ענין יראה לא נופל כי אם באופן שרצונו ויכולתו לעשות דבר ומתיירא מפני דבר המפחידו, אבל אם אין בכחו לעשות באופן אחר אין זה בגדר יראה:

והנה כל ברואי מעלה בעולם הגלגלים ועולם המלאכים אין בכחם להטות ימין ושמאל מרצונו ית"ש כי כולם מרגישים כחו ויכולתו וזהו חיותם ומציאותם ולא ניתן בהם הכח הזה לסור מרצונו לא כן האדם בעולם השפל הזה לו לבדו ניתן הבחירה ונתפתחו מוסרות עבותימו לעשות כרצונו כי על כן אמרו חז"ל (ב"מ דף פ"ג) תשת חושך ויהי לילה זה העוה"ז שדומה ללילה מפני שהעוה"ז נקרא לילה מפני החושך המכסה את הארץ ומעור עיני האדם להיות ביד האדם לילך אחרי התוהו וההבל כאלו אין אלקים לנגד עיניו כאמרם בו תרמוש כל חיתו יער אלו רשעים שדומים לחיות שביער היינו שמפני החושך אשר הושת עושים הרשעים כל תאות נפשם כחיות שביער ולדעתי מפני זה קרא דהמע"ה יום ר"ה כסה כדכתיב בכסה ליום חגינו (תהלים פ"א) מפני שהאדם נברא

בר"ה אשר כל ברואי מעלה החושך לא יחשיך בעדם והולכים באור ד' מיום בריאתם לא ימוש זכרון כחו ויכולתו מקרבם אף רגע אחד ולאדם הזה החושך יכסה אור העולם בעדו. ומפני זה נקרא יום בריאתו כסה אולם אם האדם נותן אל לבו גדולת מעשי ה' ופורש מדרכי ההבל והתוהו זהו בגדר יראת ה' ולהכי קאמר אין לו להקב"ה בעולמו אלא אוצר של י"ש שאך דבר זה יתרון להקב"ה בעולם השפל מעולמות העליונים שבהם לא נמצא ענין גדר י"ש שמוכרחים הם במעשיהם לטוב לא כן העוה"ז האדם חפשי בבחירתו לעשות מה שירצה וכשבוחר בדרך הטוב מפני יראתו ממנו ית"ש זהו אוצר כלי חמדתו של הקב"ה:

ג

ובזה נראה לי לבאר מה שאז"ל במדרש (פ' אמור) ע"פ ארחץ בנקיון כפי ואסובבה את מזבחך ה' לשמיע בקול תודה ולספר כל נפלאותיך ארחץ בנקיון כפי במקח ולא בגזל כו' לשמיע בקול תודה אלו הקרבנות שכינה המדרש קרבנות החג לקרבן תודה מפני שבחג אנו שמחים בלולב ואתרוג ובוטחים שיצאנו בדימוס מלפני הקב"ה ביום הדין כמ"ש שם במדרש כיון שישראל יוצאין מלפני הקב"ה ולולביהם ואתרוגיהם בידם אנו יודעים דישראל אינון נצחייא ושם במדרש תכתב זאת לדור אחרון שהקב"ה מקבל את השבים, ועם נברא יהלל יה שהקב"ה בורא אותן בריה חדשה ובירושלמי דר"ה ובמדרש רבה אמרינן בכל הקרבנות כתיב והקרבתם ובר"ה כתיב ועשיתם עולה מעלה אני עליכם כאלו היום הזה נעשיתם לפני הרי שאנו חושבין אחר ר"ה ויוהכ"פ כאלו היום נעשינו מחמת שעשה עמנו השי"ת ניסים לא כגמול ידינו ושם נפשינו בחיים ואנו מקריבים בחג הסוכות הקרבנות ונקראים הקרבנות תודה כמו הארבעה שצריכים להודות על הנס שנעשה להם. ויובן בזה מה שאנו מקריבים בסוכות שבעים פרים על שבעים אומות למה זה נבחר החג הזה להקריב בו קרבן עבור האומות יותר מכל המועדים אבל לפי דברינו הטעם בזה נכון כי אחרי שכל קרבנות החג נקראים תודה על אשר שם נפשינו בחיים ובארנו לעיל דעיקר קרבן תודה הוא על אשר נשאר על מצב הנכבד הזה לעשות רצון קונו בבחירתו החפשית על כן אנו מקריבים שבעים פרים בעד ע' אומות להגן גם עליהם אף כי נמצאו עוד עמים רבים אשר אינם מכירים את בוראם וילכו אחרי התוהו וההבל כי כמו שגזרה חכמתו יתברך להשריש בנפש האדם כח המסיתו והמדיחו מדרכי החיים הנצחים ללכת ארחות עקלקלות כאשר אמר הכתוב כי יצר לב האדם רע מנעוריו ואחז"ל (קידושין ל"א) יצרו של אדם מתגבר עליו בכל יום שנאמר צופה רשע לצדיק ומבקש להמיתו וידע איניש בנפשו את כל זאת והוא למען הרם קרן עבודת המתגבר על יצרו

ברצונו ודעתו הנכונה ובחירתו החפשית ואם לא הי' בו כח המחטיאו ומדיחו הרי אין עבודתו בבחירה כ"א בהכרח וכמו כן האנשים המריעים ומשחיתים את מעשיהם המה למכשול ולאבן נגף לישרי לב בראותם הצלחתם כמ"ש דוד המע"ה תהלים ע"ג) ואחשבה לדעת זאת עמל הוא בעיני עד אבוא אל מקדשי אל אבינה לאחריתם וכאשר הישרים בלבותם מתגברים על יצרם ולא יקנאו בשלום רשעים תגדל עבודתם ויהא בחירתם שלמה על כן באו הקרבנות בעת שהם בגדר תודה על אשר הושם נפשינו בחיים להקריב גם על כל מין האנושי אשר ע"פ תבל אף על אותם שלא בחרו בחיים האמיתים כי באמצעותם יושלם בחירת האנשים המשלימים נפשותם לבחור בחיים ותוגדל ותתנשא עבודתם כי לא פנו אל רהבים ושטי כזב וזה שאמר הכתוב (דברים ל"ב) בהנחל עליון גוים בהפרידו בני אדם יצב גבולות עמים למספר ב"י ופירש רש"י ז"ל בשביל מספר בני ישראל ולדברינו יש לפרש כוונת הכתוב שהציב גבולות עמים למען הגדיל עבודת הישרים בבחרם בחיים האמיתים:

ד

וזה שאמר הושע הנביא (י"ד י') כי ישרים דרכי ד' וצדיקים ילכו בם ופושעים יכשלו בם. כי מצינו שפירשו חז"ל (ברכות דף ז') במה שאמר מרע"ה הודיעני נא את דרכיך אמר לפניו רבש"ע מפני מה וכו' ויש צדיק ורע לו יש רשע וטוב לו. וע"ז אמר כי ישרים דרכי ה' במה שאנו רואין צדיק ורע לו רשע וטוב לו, צדיקים ילכו בם, היינו שמענין זה גופא שרואין שלות רשעים ויסורי הצדיקים ילכו בדרכם הנכונה אשר אחזו בו ומזה גופא יתחזקו בעבודתם את יוצרם באמרם איך אפשר שהבורא בחכמתו יסד תבל ומלאה לא תחסר כל בה הכל בשביל רשעים כאלו אשר השחיתו התעיבו מעלליהם ומוזרים מעשיהם בעיני כל איש אשר לו עין לראות הלמענם תכונן ארץ למען יינקו מזיו תנובתה אין זאת כי אם כי משפטי ה' צדקו יחדיו ומה שנראה לעינינו משפט מעוות בעוה"ז נחזה בעולם העתיד כי כגמול ידיהם יעשה להם כי יבאו אל המקום אשר הכינו להם כמ"ש דוד המע"ה (תהלים ע"ג) עד אבוא אל מקדשי אל אבינה לאחריתם וגו'. הרי צדיקים ילכו בם שמיסורי הצדיקים ושלות רשעים יתחזקו באמונתם להבין מזה כי עוד יש עולם העליון לשלם לאיש כפרי מעלליו, ופושעים יכשלו בם שמזה גופא בראותם דרכי ה' צדיק ורע לו רשע וטוב לו הוא להם למכשול ולאבן נגף ויאמרו לא יראה יה ולא יבין אלקי יעקב או כי יאמרו כי דרכם המקולקלות ישרה בעיניו ויכשלו באותו ענין עצמו שהצדיקים מתישבים ומתחזקים באמונתם ובאמת ישרים דרכי ה' אין בהם עול:

ה

ובזה נראה לבאר לשון המשנה (אבות פ"ג) שאמר דע וכו' ולפני מי אתה עתיד ליתן דין וחשבון שכבר עמדו ע"ז המפרשים ז"ל לבאר מהו דין ומהו חשבון אבל לפי דברינו הנ"ל יובן כי אחרי שגזרה חכמתו יתברך לכסות מעיני האדם גמול המעשים בעוה"ז למען הסב לבם אחורנית והמה בעצמם יבחרו בטוב ויהא לפעמים צדיק ורע לו רשע וטוב לו. ואיככה יצא מפי עליון משפט מעוקל ח"ו להשביע טובה לנפש רעה ולשפוך בוז על נפש נקי וצדיק לכן היתה עצתו יתברך לזה לתת כח וגבורה למערכת השמים להיות מושלים בקרב תבל בבני חיי ומזוני אשר במזלא תליא מילתא ועי"ז אומר עצתו יתברך תקום אשר לפעמים האיש אשר הרע מעשיו ואין אלהים כל מזמותיו ואף לחברת בני אדם מעשיו מוזרים ואעפ"כ בכל אשר יפנה יצליח באשר כוכב נשפו יאיר עליו והאיש הנלבב אשר לבבו תמים עם אלקים ואנשים לפעמים נפשו ריקה מכל חמדה ואף פגעי הזמן ומצוקותיו ישיגהו בסבת כח מזלו המריע לו. וד' בהיכל קדשו עיניו יחזו עפעפיו יבחנו בני אדם ופירש אחי הרב הגאון המנוח מו"ה משה צבי ז"ל עיניו יחזו מעשי בני אדם ותחבולותם, עפעפיו היינו העפעפים מכסים את העינים ע"ז אמר עפעפי השי"ת מה שמכסה עין השגחתו כאלו אינו משגיח עליהם הוא כי יבחנו בני אדם לראות אם מבוכת הסתר ההשגחה ידיחם מעל ד' או לא אבל עיניו פקוחות על דרכי ב"א ולפעמים גם בימי חלדם יהרס כח מזלם בהתגבר מעשה הרשע למורת רוחו יתברך עד לאין מרפא פתאום יאמר לו לך רד אף אם בשמים קנו וכן יעתר לתפלת הצדיק לחלצו ממצוקותיו המעיקים נפשו נגד תכונת מזלו הרע ולו נתכנו עלילות בהנהגה הזאת ולפעמים יעברו כל ימי חיי הבלו ולא ישונה מצב מערכתו אולם בבוא חליפתו אז יתן דין וחשבון, ודין היינו שדנין אותו לפי מעשיו ופרי מעלליו וחשבון מיקרי מה שמחשבין את אשר הגיע אליו בימי חייו אם זרחה עליו שמש הצלחתו אעפ"י שלא הי' כדאי והגון לכך ישולם פרי מעלליו אשר הכין לו שמה בעולם העליון או אם סבבוהו רעות רבות וצרות מפגעי הזמן כפי אשר הראו עליו מערכתו השפלה והוא בצדקתו חיה ומשפט ד' לא עזב הנה שכרו אתו ופעולתו את ד' להעניקו מהטוב הגנוז לעושי רצונו אשר יפה שעה אחת של קורת רוח בעוה"ב מכל חיי העוה"ז והנה לזה יקרא דין וחשבון שנדון על פעולת מעשיו ומחשבין מה שקיבל בעולמו ע"י מערכת השמים או ע"י ההשגחה העליונה שהפכה עליו סדר המערכה לטב ולמוטב:

1

ומכל זה מבואר שכל אלה דברים אשר גזרה חכמתו יתב' שמו להעריך בעולמו ענינים המסיבים לבו אחורנית והוא בבחירתו החפשית יבחור בטוב ואז יקרא לו ירא את ד' כי אך מיראתו ממנו לא פנה אל רהב יצרו המתגבר עליו בכל יום ובזה בארנו מאמר המדרש פ' בשלח ע"פ ויאמר משה אל יהושע למה ליהושע, אמר לו זקנך אמר את האלהים אני ירא, ובזה כתיב ולא ירא אלהים יבא בן בנו של מי שאמר את האלהים אני ירא ויפרע ממי שנאמר עליו ולא ירא אלהים ע"כ ולפי דרכנו כונת המדרש ע"פ מה דאמרינן בסנהדרין (ד' כ') שלש מצות נצטוו ישראל בכניסתן לארץ. להעמיד להן מלך ולהכרית זרעו של עמלק ולבנות להם בית הבחירה ואיני יודע איזה מהן תחלה כשהוא אומר כי יד על כס יה מלחמה לד' בעמלק הוי אומר להעמיד להן מלך תחלה ואין כסא אלא מלך שנאמר וישב שלמה על כסא ד' למלך עכ"ל הגמרא וכ"כ הרמב"ם ז"ל בה' מלכים והביא ראי' מקרא דשמואל שאמר לשאול אותי שלח ד' למשחך למלך על ישראל לך והכית את עמלק הרי שהקדים לצווי מלחמת עמלק מניית המלך ובמק"א ישבנו מה שלא הביא הר"מ ז"ל פסוק שהביא הש"ס דיד על כס וגו') הרי אנו רואין דאין מקום למצות מחיית עמלק כ"א כשיש מלך בישראל ובארנו בזה מה שהשיב שאול לשמואל כששב מהמלחמה ושמואל אמר לו מדוע בזית את דבר ד' על מה שהחי' את אגג ולקח מהשלל והשיב כי יראתי את העם ואשמע בקולם ונראה שכונת תשובתו הזאת דאמרינן ביומא (דף כ"ב) וירב בנחל על עסקי נחל מה על נפש אחת אמרה תורה הבא עגלה ערופה על כמה נפשות על אחת כמה וכמה ואם אדם חטא בהמה מה חטאה ואם גדולים חטאו קטנים מה חטאו ע"ש בגמרא ומנטייתו זאת לצד החמלה היתה עצתו לפרוק מעליו כח המלוכה ואף דקיי"ל מלך שמחל על כבודו אין כבודו מחול היינו היכא שמחזיק בעיקר מלכותו רק שרצה עתה למחול להאיש שמרד בו אבל שאול רצה להשפיל עצמו מעיקר מלכותו וכיון שאינו מחזיק עצמו למלך ממילא בטל דין מחיית עמלק כמו שבארנו דבלא מלך ליכא מצוה דמחיית עמלק והנה גדר המלך תנן בהוריות (דף י') איזהו נשיא זה מלך שנא' מכל מצות ד"א שאין על גביו אלא ד' אלקיו אבל אם המלך מתייירא מבו"ד אינו בגדר מלך וכן אמר בירושלמי שם כל ימיו שברח דוד מפני אבשלום אלו הי' חטא הי' מתכפר בכשבה ובשעירה כהדיוט ולא בשעיר כמלך שהרי הי' עליו מורא בו"ד:

הרי אף שנמשח בשמן המשחה והי' מלך רבות בשנים מ"מ כיון שהי' עליו מורא בו"ד אין לו דין מלך וזה שאמרה אביגיל לדוד שאין לנבל דין מיתה כמורד במלכות מפני

שעדיין לא יצא טבעו של דוד בעולם ולא נתחזקה מלכותו שלא יהא עליו מורא בו"ד כדאיתא במגילה (דף י"ד) וזה הי' תשובתו של שאול כי יראתי את העם ואשמע בקולם היינו שלא החזיק בתוקף כח מלכותו שלא יהא עליו מורא בשר ודם וממילא אין לו דין מלך וכיון שאין לו דין מלך הי' יכול לשמוע בקולם ליקח השלל כי נתבטלה מצות מחיית עמלק אז מחמת שבטל כח מלכותו שהוא המביא למצות מחיית עמלק וע"ז השיב לו שמואל כי מאסת דבר ד' וימאסך ד' מהיות מלך על ישראל ולשון זה צריך ביאור מה שכינה אותו לממאס דבר ד' ולדברינו א"ש כי יש מי שמבטל מ"ע בידים כגון שהגיע זמן מצה או סוכה והוא מבטלה ויש שאינו מבטלה בידים רק שעושה טצדקי לפטור נפשו ממנה כמ"ש בברכות (דף ל"ה) דורות הראשונים היו מכניסין פירותיהן דרך טרקסמין לחייבן במעשר דורות האחרונים מכניסין פירותיהן דרך גגות חצרות וקרפיפות כדי לפוטרן ממעשר והנה גם דורות האחרונים אינם מבטלין בידים העשה דהא התורה פטרה התבואה כשהכניסה דרך גגות רק שאעפ"כ גדול עונו שעושה טצדקי למיפטר נפשו מן המצוה. ולזה ממאס דבר ד' כי לא חמד לעשות המצוה כמצווה עליו ואדרבה ישתדל להפטר ממנה. וזה כונתו באמרו כי מאסת דבר ד' כי אף שהיה בידך להסיר מעליך משרת המלוכה ואז ממילא יתבטל מצות מחיית עמלק כתקונה אבל הרי מאסת את דבר ד' כי עשית טצדקי למיפטר נפשך ממצוה וימאסך ד' ממלך על ישראל *) החפץ לד' בעולות וגו' ולכן ארז"ל ביומא (דף כ"ב) בשעה שאמר וירב בנחל יצאתה ב"ק ואמרה אל תצדק הרבה ובשעה שאמר לדואג סוב אתה ופגע בכהנים אמרה תרשע הרבה היינו שהדברים סותרים זא"ז שבשעת מלחמת עמלק הסיר המלוכה מעליו ובשעת מעשה דנוב עיר הכהנים דנם למורד במלכות:

ז

ובזה יש לבאר במדרש רבה (פ' אמור) ויאמר ד' אל משה אמור אל הכהנים בני אהרן ואמרת אליהם. מה כתיב למעלה מן הענין ואיש או אשה כי יהי' בהם אוב או ידעוני מות יומתו איש זה שאול אשה זה בעלת אוב מלמד שהראהו הקב"ה למשה דור דור ושופטיו כיון שהראו שאול ובניו נופלים בחרב אמר רבש"ע מלך ראשון שאתה עתיד לעמוד על בניך ידקר בחרב א"ל ולי אתה אומר אמור אל הכהנים בני אהרן נוב עיר הכהנים שהם מקטרגין אותו ע"כ ודברי המדרש תמוהין שמתחיל בחטא שאלת אוב ומסיים בחטא נוב עיר הכהנים ועוד קשה דדריש איש זה שאול ובסנהדרין (דף ס"ה) איתא במשנה הנשאל הוא רק באזהרה ופירש רש"י ז"ל כעין שאול עיי"ש ולכאורה יש לעיין דאמאי הנשאל באזהרה אמאי לא יתחייב הנשאל מיתה כמו השואל מטעם שליחות דשלוחו

של אדם כמותו ועיין שמואל א' ס' כ"ח ע"פ ותזעק ב"ג ובמדרש שמואל איתא לא כשם שהוא עולה להדיוט עולה למלך למלך הוא עולה פניו למעלה ולהדיוט הוא עולה פניו למטה הרי דגם כח הנשאל מעורב בהאי מעשה ובודאי שייך בו דין שליחות וצ"ל דלהכי הנשאל באזהרה ולא במיתה משום דקיי"ל אין שליח לדבר עבירה דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין אמנם כ"ז הוא בהדיוט דשייך לומר אשלד"ע, משום דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד אבל במלך דמחויב לשמוע לו הוי דומיא לחצר דבע"כ מותיב אמרינן בי' יש שליחות לדבר עבירה כדאיתא בב"מ (י' ב') (עיין ש"ך חו"מ ס' קפ"ב). ואף דאמרינן בסנהד' (דף מ"ט) אקרא דכל איש אשר ימרה את פיך ולא ישמע את דבריך לכל אשר תצונו יומת יכול אף לד"ת כן ת"ל רק חזק ואמץ ע"כ דמשמע דלעבור על ד"ת אינו מחויב לשמוע בקולו מ"מ הא שאול ח"ו לא הי' דעתו לעבור על ד"ת רק שהי' סובר שעפ"י הדין מותר כמו שיבואר אי"ה לקמן וא"כ הרי היתה מסורה בידו להורגה אם לא תשמע לו ומקרי בע"כ מותיב ויש שליח לד"ע וגם המשלח במיתה והא דאמרינן בקדושין (דף מ"ג) דשמאי דסובר יש שליח לד"ע יליף לה מקרא דאותו הרגת בחרב בני עמון דכתיב גבי דוד דמשמע דלרבנן דסברי אין שליח לד"ע אמרינן גם במעשה דאורי' אין שליח לד"ע אע"ג דדוד הי' מלך. ויואב היה מחויב לשמוע בקולו ולא אמרינן דדמי לחצר דבע"כ מותיב וכבר כתב שם הרשב"א ז"ל דגבי שפיכות דמים דהוי מג' דברים דקיי"ל דיהרג ואל יעבור לא הוה דומיא דחצר דאדרבה שמחויב שלא לשמוע בקולו ולמסור עצמו למיתה ע"ש וכ"ז בשפיכות דמים אבל באוב וידעוני דודאי אמרינן בהו יעבור ואל יהרג. דמי שפיר לחצר דבע"כ מותיב ואף שהאשה לא היתה יודעת שהוא מלך שהרי אמרה אח"כ למה רמיתני ואתה שאול מ"מ הא כבר בארנו במק"א בענין מחלוקת התוס' והריטב"א והש"ך והטו"א ז"ל שדעת התוס' בב"ק (דף ע"ט) דבשוגג יש שליח לדבר עבירה משום דעיקר הטעם דאמרינן אשלד"ע הוא משום דאמרינן דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ולא הי' לו להשליח לשמוע לדברי המשלח אבל אם הי' השליח שוגג שלא ידע שיש בזה עבירה שפיר חל השליחות וא"כ לפ"ז הי' אפשר לומר בענין שאול ובעלת אוב דכיון שהיא לא ידעה שהוא מלך ולא היה לה לשמוע בקול דברו א"כ שייך לומר אשלד"ע אף שבאמת מלך הוא ומסורה בידו להורגה ומקרי בע"כ מותיב כמו חצר מ"מ היא לא ידעה מזה ובתר ידיעת השליח אזלינן שלפי ידיעתה לא היה לה לשמוע לו וכ"ז הוא לדעת התוס' אבל לדעת הריטב"א ז"ל בקדושין והש"ך בח"מ (סי' שמ"ח) וכן בטו"א לחגיגה שהוכיחו שגם בשוגג אמרינן אין שליח לדבר עבירה ע"ש בדבריהם יקשה לכאורה הא בשוגג לא שייך לומר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי

שומעין ואמאי אמרינן בזה אין שליח לדבר עבירה וצריך לומר לפי דעתם דהא דאמרינן אשלד"ע משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין אין הכונה משום שלא הי' להשליח לשמוע דברי המשלח מחמת העבירה אלא משום דלא רבתה התורה שליחות בדבר עבירה ולהכי אע"ג דהשליח לא ידע מזה והי' סבר שאין בה עבירה מ"מ כיון שבאמת יש בה עבירה לא חייל השליחות שלא הי' לו לשמוע לו עפ"י אמיתת הדבר וא"כ ה"ה בענין שאול ובעלת אוב אע"פ שהיא לא ידעה מזה שהוא מלך ומסורה בידו להורגה ולפי דעתה לא היתה צריכה לשמוע לו מ"מ כיון שלפי אמיתת הענין שהי' מלך ומסורה בידו להורגה היתה צריכה לשמוע לו משום דאיסור אוב או ידעוני אינם מן הדברים שעומדים בפני פ"נ וכיון שצריכה לשמוע לו לא אמרינן בזה אין שלד"ע וחל חיוב העבירה על המשלח:

והשתא לפ"ז יתפרש היטב דברי המדרש על פסוק ואיש או אשה. איש זה שאול אשה זה בעלת אוב מות יומתו. אע"ג דשאול היה לו דין נשאל וקיי"ל דרק השואל הוא במיתה אבל הנשאל הוא באזהרה מ"מ מתחייב מדין שליחות דשלוחו של אדם כמותו ואע"ג דבדבר עבירה קיי"ל אין שלד"ע מ"מ כיון שהוא מלך ומסורה בידו להורגה דמי לחצר דבע"כ מותיב ויש שליח לדבר עבירה וע"ז אמר כיון שהראה הקב"ה למשה שאול ובניו נופלים בחרב א"ל מלך ראשון שאתה עתיד לעמוד לבניך ידקר בחרב והיינו כיון שעיקר חיובו של שאול הוא רק משום שליחות מחמת שהוא מלך וצריכה לשמוע בקולו שלא יהרגנה הא לאו הכי אינו אלא באזהרה ובענין מלך הא איתא בהוריות (ד' יו"ד) במשנה מכל מצות ד"א שאין על גביו אלא ד"א ושאול עדיין הי' עליו מורא בשר ודם. וכמ"ש לעיל בביאור תשובתו כי יראתי את העם ואשמע בקולם וכיון שהי' עליו מורא בשר ודם אם לא היתה הבעלת אוב שומע לו בזה לא היתה נהרגת מפני שהרגיש בעצמו שעדיין יש עליו מורא בו"ד וכיון דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד הרי אמרינן אין שליח לדבר עבירה והמשלח פטור וזהו שאמר מלך ראשון שאתה עתיד להעמיד לבניך ידקר בחרב ר"ל שהמלך הראשון שעדיין היה עליו מורא בשר ודם ואם היתה הבעלת אוב ממאנת בפקודתו לא היה דינה במיתה כדין מורד במלכות א"כ למה ידקר בחרב הרי קיי"ל אין שליח לדבר עבירה וע"ז אמר ולי אתה אומר אמור אל הכהנים בני אהרן שהם מקטרגין אותו. והיינו כיון דעיקר התנצלות שלו שלא יתחייב מיתה הוא מטעם דאין שליח לד"ע ולא הוי דומיא דחצר דבע"כ מותיב משום דאם הבעלת אוב לא שמעה בקולו לא הי' דינה במיתה כדין מורד במלכות משום שעדיין הי' עליו מורא בו"ד ולהכי הוי רק באזהרה ולא במיתה אבל כיון שאנו רואים שהרג את נוב עיר הכהנים משום שהי' סבור

שמרדו בו. א"כ הרי בעלת אוב היתה מסורה בידו להורגה ודמי לחצר דבע"כ מותיב ויש שליח לד"ע וחל חיוב מיתה עליו וזה שאמר הכתוב בד"ה (ס' יו"ד) וימת שאול במעלו אשר מעל בד' אשר לא שמר וגם לשאול באוב לדרוש שכפל הענין ואמר לדרוש ולשאול דבאמת הי' נשאל באוב רק שגם עיקר הדרישה הי' חל ג"כ עליו בתורת שליחות מחמת שהיתה מוכרחת לשמוע בקולו לפי אמיתת הענין כפי שבארנו לעיל:

ח

ובאמת חלילה לחשוב על שאול בחיר ד' שיעשה דבר במזיד נגד חוקי התורה אבל נראה שהענין מבואר בפסוק הנ"ל (בד"ה ס' י') וימת שאול במעלו אשר מעל בד' וגו' אשר לא שמע וגם לשאול באוב לדרוש ויש להבין במה שאמר במעלו אשר מעל בד' וכי מה ענין זה ללשון מעילה אולם יובן הדברים עפ"י לשון הזהב של הרמב"ם ז"ל (בפ"ח מה' מעילה ה"ח) וז"ל ראוי לאדם להתבונן במשפטי התורה הקדושה ולידע סוף עניינם כפי כחו ודבר שלא ימצא לו טעם ולא ידע לו עילה אל יהי קל בעיניו ולא יהרוס לעלות אל ד' פן יפרוץ בו ולא תהא מחשבתו בו כמחשבתו בשאר דברי החול. בא וראה כמה החמירה תורה במעילה. ומה אם עצים ואבנים ועפר ואפר כיון שנקרא שם אדון העולם עליהם בדברים בלבד נתקדשו וכל הנוהג בהם מנהג חול מעל ק"ו למצות שחקק לנו הקב"ה שלא יבעט אדם בהם מפני שלא ידע טעמן ולא יחפה דברים אשר לא כן על ד' ולא יחשוב בהם מחשבתו בדברי החול. הרי נאמר בתורה ושמרתם את כל חקותי ואת כל משפטי ועשיתם אותם אמרו חכמים ליתן שמירה ועשי' לחקים כמשפטים והעשי' ידועה והיא שיעשה החקים והשמירה הוא שיזהר בהם ולא ידמה שהם פחותים מן המשפטים והמשפטים הם המצות שטעמם גלוי וטובת עשייתם בעוה"ז ידוע כגון איסור גזל ושפ"ד וכבוד או"א והחוקים הם המצות שאין טעמם ידוע אמרו חכמים חוקים שחקקתי לך אין לך רשות להרהר בהן ויצרו של אדם נוקפו בהן וא"ה משיבין עליהם כגון איסור בשר חזיר ואיסור בשר בחלב ועגלה ערופה ופרה אדומה ושעיר המשתלח וכמה היה דוד המע"ה מצטער מן האפיקורסים ומן העובדי כוכבים שהיו משיבין על החוקים וכ"ז שהיו רודפין אותו בתשובות השקר שעורכין לפי קוצר דעת האדם היה מוסיף דביקות בתורה שנאמר טפלו עלי שקר זדים אני בכל לב אצור פקודיך ונאמר כל מצותיך אמונה שקר רדפוני עזרני וכל הקרבנות כולם מכלל החוקים הם אמרו חכמים שבשביל עבודת הקרבנות העולם עומד שבעשיית החוקים והמשפטים זוכים הישרים לחיי העוה"ב. והקדימה תורה צווי על החוקים שנאמר ושמרתם את חקותי ואת משפטי אשר יעשה אותם האדם וחי בהם עכ"ל הרמב"ם ז"ל. הננו רואים כי דמה הר"מ ז"ל המחשב במצות

בשכלו ומחפה עליהם דברים אשר לא כן למועל בקדשי שמים ובא עליו בק"ו מדין מעילה מעצים ואבנים כמבואר בדבריו והנה כי כן אנו אומרים שחלילה לחשוב על שאול בחיר ד' שנאמר עליו בן שנה שאול במלכו שהי' נקי מחטא כבן שנה שיבטל ח"ו מ"ע בידים. רק שבשני הדברים האלה חשב מחשבות לבטל מעליו המצות שלא יתחייב בה והוא כמו שבארנו דבמעשה אגג פרק מעליו עול המלוכה וממילא מתבטל מצות מחיית עמלק כמו שאמר כי יראתי את העם ואשמע בקולם [או כמו שבארנו בהג"ה שזכו בכלל קודם מחיית האדם] ובענין בעלת האוב כתיב ויאמר שמואל אל שאול למה הרגזתני לעלות אותי ויאמר שאול צר לי מאוד ופלשתים נלחמו בי ואלקים סר מעלי ולא ענני עוד גם ביד הנביאים גם בחלומות ואקרא לך להודיעני מה אעשה ע"כ. ונראה שכונתו היה כיון דכתיב בפרשת שופטים תמים תהיה עם ד' אלקיך כי הגוים האלה אשר אתה יורש אותם אל מעוננים ואל קוסמים ישמעו ואתה לא כן נתן לך ד' אלהיך נביא מקרבך מאחיך כמוני יקים לך ד"א אליו תשמעון ע"כ. ותלה הכתוב איסור דרישת המעוננים והקוסמים במה שנתן לנו נביא לדרוש ממנו בעת הצורך. וכיון שהוא דרש בנביאים ולא ענהו ד' חשב שהותר לו לדרוש בבעלת אוב כיון שהוא דבר שהצבור צריך בו וזה הי' התנצלותו אבל באמת לא נתקבל טענתו שאין לדרוש טעמי המצות ולבטלם עי"ז כי דעת האדם קצרה מהבין דעת ד' ומחשבותיו כי עמקו מאד וצריך האדם לכוף אזנו לשמוע בקול מצותיו ולא לבדות דברים מלבו לנתקן מעליו ולזה אמר הכתוב וימת במעלו אשר מעל בד' אשר לא שמע וגם לשאול באוב לדרוש וכוונת הכתוב שכשמחשב בטעמי המצות ומחפה בהם דברים אשר לא כן הוא, הוא כמועל בקדשי שמים. וכדברי הר"מ ז"ל הנ"ל לכן כתיב במעלו אשר מעל בד' לבטל מעליו אלו שתי המצות ע"י דרישת הטעם שבהם:

ט

אולם עיקר הדבר צריך ביאור במה שתלה הכתוב מצות מחיית עמלק בהעמדת מלך אבל יובן הדבר עפ"י מש"כ במשנה ר"ה (כ"ט) והי' כאשר ירים משה ידו וגבר ישראל וכאשר יניח ידו וגבר עמלק וכי ידיו של משה עושות מלחמה וכו' אלא בזמן שהיו ישראל וכו' משעבדין לבם לאביהן שבשמים היו מתגברין ואם לאו וכו' ע"ש. והנה לא מצינו דבר זה בשום מלחמה שהיו צריכין לקשר לבם לאביהם שבשמים ובהיסח הדעת כל דהו יתגבר שונאם עליהם ולא מצינו אלא שאומר להם כהן המשיח בתחילת המלחמה שמע ישראל אתם קרבים היום למלחמה על אויביכם וגו' אל ירך לבבכם וגו' כי ד' אלקיכם הוא ההולך עמכם הוא ילחם לכם וגו' להושיע אתכם מיד אויביכם וכיון שאומר להם כן

בתחילת המלחמה אמרינן בכל דוכתי כל העושה ע"ד הראשונה הוא עושה אבל שיהא ההכרח להזכירם בכל רגע שלא יסיחו דעתם מהשתעבדות לבם לשמים עד שהוצרכו לשום אבן תחת ידי משה מפני שהיו כבידים זה לא מצינו בשום מלחמה רק במלחמת עמלק אבל הענין הוא עפ"י מ"ש הרמב"ן ז"ל בפ' אחרי בפסוק ותטמא הארץ. וז"ל והנה הכתוב אמר בהנחל עליון גוים בהפרידו בני אדם יצב גבולות עמים וגו' כי חלק ד' עמו וגו' כי ה' הנכבד ברא הכל ושם כח התחתונים בעליונים ונתן על כל עם ועם בארצותם לגווייהם כוכב ומזל ידוע כאשר נודע באיצטגנינות. וזהו שנאמר אשר חלק ה' אלקיך אותם לכל העמים כי חלק לכולם מזלות בשמים וגבוה מעליהם מלאכי עליון נתנם להיותם שרים עליהם כעין שכתוב ושר מלכות פרס עומד לנגדי וכתיב והנה שר יון בא ונקראים עליהם מלאכים כדכתיב ואני נותרתי שם אצל מלכי פרס וד' הנכבד הוא אלקי האלקים ואדני האדונים לכל העולם עכ"ל שם ואיתא בזוהר [פ' תצא] ששרו של עמלק הוא הכח המחטיא לבני אדם אשר קראוהו חז"ל יצר הרע באמרם הוא הוא היצה"ר יורד ומסית עולה ומקטרג וכו' [ואמרו שלשה הקב"ה מתחרט עליהם בכל יום ואחד מהם יצה"ר דכתיב ואשר הריעותי ואמרו בראתי יצה"ר וכו'] וכמו שלא ינוצח היצה"ר מהאדם בלתי אם יחלץ חושים בעצמו לעמוד כנגדו והחלש יאמר גבור אני וישום עיניו על כל דרכיו להתבונן על תחבולות יצרו הרע הנטוע בקרבו לבל ילכד ברשתו אשר יפרוש עליו כל היום ואך אחרי יעשה האדם את כל אשר בכחו לעשות במערכת מלחמתו עמו אז יעזרנו ד' כמ"ש בסוכה (דף נ"ב) ע"פ צופה רשע לצדיק ומבקש להמיתו ד' לא יעזבנו בידו אבל מתחילה צריך האדם בבחירתו הטובה לעמוד כנגדו בכל מאמצי כחו כמו כן בהתגולל על ישראל מלחמת אומתו הנתונים תחת ממשלתו וכחו לא ינצלו כי אם בהשתעבד לבם לשמים בבחירתם הטובה ואז יתן השי"ת עזרתו עליהם וגבר ישראל. עיניהם מהשתעבדות לב לשמים וגבר עמלק בכח שרו אשר לא ינוצח כי אם בכח בחירה חפשית ויראת ד' טהורה, הוא הדבר אשר נשתנה מלחמה זו מכל המלחמות אשר הוצרך משה להרים ידיו להזכיר את ישראל לבל ירפו ממחשבותם הק' בהשתעבדות לב לשמים אף רגע אחת:

והנה אחרי שאי אפשר לנצח את עמלק כ"א בהשתעבדות לב בבחירה חפשית ויראת ד' טהורה לכן הקדימה תורה למלחמת עמלק מניית מלך יען כי לא נמצא בחירה חפשית בשום אדם כמו במלך כמו שאמרו חז"ל במשנה דהוריות נשיא זה מלך שנאמר אחת ממצות ד' אלקיו שאין עליו מורא בו"ד אלא מורא שמים וכיון שאין עליו מורא בו"ד ובידו לעשות מה שירצה ואך מורא שמים ינחהו במעגלי צדק הוא הגבר אשר יראתו

שלימה וברורה ויש בכחה ובזכותה לנצח את עמלק הנתון תחת ממשלת השר הזה אשר לא ינוצח רק בבחירה החפשית הזאת לכן הקדימה תורה מניית מלך ואז יוכל ללחום מלחמת עמלק ולנצחו:

וזה שאמר במדרש שהקדמנו ולמה בחר ביהושע יבא מי שנאמר בו את האלקים אני ירא היינו יהושע שיש לו זכות אביו יוסף הצדיק שהי' בחינת מלך ולא הי' עליו מורא בו"ד ורק את האלקים הי' ירא ויראתו היתה זכה וברורה אחר שהי' בידו לעשות מה שלבו חפץ והי' ירא מד' לבד ויפרע ממי שנאמר בו ולא ירא אלקים שזהו עמלק שכחו נמשך מהשר הנוצר להסיר יראת אלקים מלב הבריות [למען יגברו המה בכחם עליו] והיינו שיהושע הי' לו זכות מלך מיוסף הצדיק ויכול ללחום מלחמה זו וזה הי' ענין מה דכתיב וישמע הכנעני מלך ערד שפירש רש"י ז"ל שהי' עמלק ושינה בגדיו נראה משום שידעו שיפלו בזרעו של רחל וכמו שעשה באמת מרע"ה שאמר ליהושע צא והלחם בעמלק לכן לבש בגדי כנעני שלא ידעו ישראל שהוא עמלק ולא יראו לשלוח זרעו של רחל להלחם בו כי לזרעו של יוסף הצדיק ניתן הכח לנצח את עמלק וכיון שלא הי' ליהושע רק זכותו של מלך צדיק וירא"א אבל לא הי' מלך גמור לכן כתיב ויחלוש יהושע את עמלק לפי חרב ולא מחה שמו לגמרי ונצטוו שכשיכנסו לארץ ויעמידו מלך גמור אז ימחו שמו מתחת השמים כמ"ש שמואל הנביא אותי שלח ד' למשחך למלך על ישראל עתה לך והכית וגו' והארכנו בזה בדרושים בעזהי"ת:

ו

ומאשר יקר בעיני ד' ובחר לו העבודה הזאת מיציר כפיו אשר ילחום את מושל בכחותיו ופורש רשת לפעמיו מיום צאתו ע"פ תבל עד שובו לעפרו והוא בכח שכלו יגבר עליו כמ"ש חז"ל (סנהדרין מ"ג) ע"פ זובח תודה יכבדנני כל הזובח יצרו ומתודה עליו מעלה עליו הכתוב כאלו כיבדו להקב"ה בעוה"ז ובעוה"ב ולכן אמרו חז"ל בב"מ (דף ל"ב) אוהב לפרוק ושונא לטעון מצוה בשונא לטעון כדי לכוף יצרו שזה רצונו ית"ש וזה כבודו שיכוף אדם את טבעו ויצרו הרע למען אהבתו ית"ש. ומטעם זה אמרו במכות (דף כ"ג) הא למדת ישב אדם ולא עבר עבירה מעלה עליו הכתוב כאלו עשה מצוה. ויליף לה מקרא דאשר יעשה אותם האדם וחי בהם דכתיב גבי עריות שהפורש מהן לא עשה מעשה והכתוב אומר אשר יעשה אותם האדם וחי בהם ש"מ שהפרישה מהעבירה קרוי מעשה וזה כוונת התנא ביומא (דף פ"ו) עבר אדם על מ"ע ושב לא זז משם עד שמוחלין לו עבר אדם על מצות ל"ת ועשה תשובה, תשובה תולה ויוהכ"פ מכפר וכ' ולכאורה גבי מ"ע קתני ושב ולגבי מצות ל"ת קתני ועשה תשובה הלא במ"ע שייך טפי לומר

ועשה תשובה והיינו שקיים המ"ע משא"כ בל"ת שהתשובה הוא בשוא"ת. אבל באמת כוונת התנא להשמיענו בזה דמה שפורש עצמו מן העבירה חשוב כאילו עשה מצוה בקום ועשה. והדברים ק"ו מה במי שפירש מן העבירה שלא נכשל בה מעולם רק שבא לידו וניצול ממנה נחשב כאלו עשה מצוה כמו שאמר התנא בסוף מס' מכות כש"כ זה שכבר נכשל בעבירה ופירש ממנה ולא עבר עלי' עוד דמחשב כעושה מצוה לכן דקדק התנא בלשונו לשנות בבבא דמצות ל"ת ועשה תשובה. ובזה פרשנו הא דאיתא בקדושין (דף מ') ברכו את ד' גיבורי כח עושי דברו לשמוע בקול דברו כגון ר' צדוק וחביריו ר' צדוק תבעתי' ההיא מטרוניתא א"ל חלש לי לבאי ולא מצינא איכא מידי למיכל אמרה איכא דבר טמא א"ל מאי נפקא מינה דעביד הא אכיל הא שגרת תנורא קא מנחא לי' סליק ויתיב בגוויה א"ל מאי האי א"ל דעביד הא נפל בהא ע"כ. שהדבר קשה מפני מה לא אמר לה ר"צ מיד שאסור לו להיות עמה ולמה הוצרך לאמר לה איכא מידי למיכל אבל הוא הדבר אשר דברנו בהך מילתא דישב אדם ולא עבר עבירה מעלה עליו הכתוב כאילו עשה מצוה דלא הוי אלא כשיש בידו לעשות העבירה מאין שום דבר המונע ממנו ואינו פורש ממנה אלא מאהבת המקום ב"ה וכיון שכן ר"צ שבא לידו דבר זה שתבעתו המטרוניתא ורצה לקיים הך מילתא דישב אדם ולא עבר עבירה רק כיון שהי' חלש בכחו עד שלא הי' יכול לעבור עבירה כמו שאמר חליש לבאי ולא מצינא הרי אין זה בגדר ישב ולא עבר עבירה כיון דאיכא דבר אחר המונעו לכן התחכם ר' צדוק וצוה ליתן לו מידי למיכל כדי שיהא בכחו למלאות רצונה ואח"כ יפרוש ממנה והיא הביאה לו דבר' טמא למיכל והי' בידו למיכל וגם לעשות העבירה והוא מאהבת המקום ב"ה פירש מאכילת איסור ומבעילת איסור וקיים ישב אדם ולא עבר עבירה מעלה עליו הכתוב כאלו עשה מצוה:

וא"ש בזה הא דקאמר הש"ס גבורי כח עושי דברו לשמוע בקול דברו כגון ר"צ וחביריו דהדבר יפלא אטו לבד ר"צ וחביריו לא היו צדיקים שראוי לומר עליהם גבורי כח עושי דברו וגו' אבל בדברינו א"ש דהש"ס מדייק בלשון הכתוב דאמר עושי דברו לשמוע בקול דברו דלשון עושי דברו שייך על ענין קום ועשה ולשמוע בקול דברו שייך על ענין שב וא"ת והו"ל לומר עושי דברו ושמוע קול דברו וכיון שאמר הכתוב עושי דברו לשמוע בקול דברו משמע דסיפא דקרא הוא פירושא דרישא דקרא היינו דמהו עשייה שלהם מה ששומעין בקול דברו בזה חשוב כאלו הם עושין דברו משום דישב אדם ולא עבר עבירה מעלה עליו הכתוב כאלו עשה מצוה וע"ז אמר דמאן נינהו כגון ר"צ וחבירו שבא

לידו דבר עבירה והשתדל שלא יהי' שום דבר המונעו מלעשותה ויפרוש רק מאהבת המקום ובאופן זה השומע בקול דברו חשוב כאילו עשה דברו בקום ועשה:

יא

ובזה בארנו הא דאיתא במדרש פ' וישב הן אדוני לא ידע אתי מה בבית וגו' ואיך אעשה וגו' וחטאתי לאלקים אמר ר"י בר' סימון לדבר מצוה ממאנים לדבר עבירה אין ממאנים לדבר מצוה ממאנים שנאמר מאן יבמי להקים לאחיו שם בישראל לדבר עבירה אין ממאנים שנאמר וימאן יוסף וגו' ע"כ ודברי המדרש צריכין ביאור ובארנו אותו עפ"י מ"ש בתשובה בהא דאמר ביבמות (דף מ"א) מעשה באחד שבא לפני ר"י וא"ל מהו לחלוץ בתוך ג' חדשים א"ל לא א"ל ותחלוץ ומה בכך קרא עליו המקרא הזה אם לא יחפוץ הא אם חפץ מיבם כל העולה ליבום עולה לחליצה וכל שאינו עולה ליבום אינו עולה לחליצה ובירושלמי פ' החולץ שם קאמר בטעמא דאינה חולצת בתוך ג' חדשים דתני ר' אושיעא מאן יבמי את שאומרים לו יבם אומרים לו חלוץ ואת שאין אומרים לו יבם אין אומרים לו חלוץ ובארנו בתשובה ביאור הדבר דכל היכי דליכא בה איסור ערוה המדחה אותה מיבום ורמיא ליבום מן התורה אינה נפטרת בחליצה אלא א"כ הי' בידו ליבם ולא הי' לו שום דבר המונעו מלייבם והוא ברצונו וחפצו מיאן בה מליבמה אז אזיל מיני' חיוב מצות יבום ונפטרת בחליצה אבל אם יש דבר המונעו מליבם כמו תוך ג' חדשים וכדומה שלא הי' בידו ליבם לא אזיל מיני' דין יבום ולא נפטרת בחליצה כלל יעויין שם בדברינו שבארנו בעזהי"ת הדברים על מכונן. ומעתה שפיר קאמר ר"י בר' סימון דכיון דמצינו במצות יבום שהולכת מן האדם ע"י שבאת לידו ומיאן בה. דקפיד קרא שיהא בידו לקיימה בלי שום עיכוב ומניעה אחרת אז מיקרי בא לידו ומיאן בה אבל אם הי' דבר המעכבו מלקיימה לא מיקרי כלל בא לידו ולא מיקרי מאן יבמי להקים לאחיו שם בישראל ואם בדבר מצוה לא מיקרי בא לידו אלא א"כ יכול לקיימה בלי שום מניעה כש"כ בדבר עבירה דלא מיקרי בא לידו אלא א"כ לא הי' לו שום מניעה מלעשותה דאז מיקרי בא לידו שהרי המצוה חלה מאליו על האדם עד דקיי"ל מצות א"צ כוונה לדעת הרבה מהגאונים ז"ל ואעפי"כ לא מיקרי בא לידו אם יש דבר המונעו כש"כ עבירה דממילא ידעינן דהא דאמרינן בדבר עבירה ישב אדם ולא עבר עבירה מעלה עליו הכתוב כאלו עשה מצוה דלא מיקרי בא לידו דבר עבירה ופירש ממנה אא"כ לא הי' שום דבר המונעו. וזה שסיפר הכתוב וימאן יוסף אף שהי' בידו לעשותה והוא בצדקתו מיאן לעשותה על אופן שלא מנעו שום דבר כ"א מה שחישב בנפשו הן אדוני לא ידע וגו' וחטאתי לאלקים ואשמועינן קרא דלא חשוב כאלו עשה מצוה אלא באופן זה דליכא

שום דבר המונעו ויליף לה ר"י בר' סימון מק"ו ממצות יבום דכתיב בה ג"כ מאן יבמי ולא חשיב מיאון אלא באומרים לו יבם כדברי ירושלמי הנ"ל וזה ברור בכוונת המדרש ועיקר העבודה הוא מה שזובח יצרו לעשות רצון בוראו ית"ש באמת:

יב

ובארנו בזה המשך לשון המשנה שהבאנו לעיל ששנו בשילהי מכות ר' חנינא ב"ג אומר חייבי כריתות שלקו נפטרו מידי כריתתן שנאמר ונקלה אחיך לעיניך כשלקה הרי הוא כאחיך. וא"ר חב"ג מה אם העובר עבירה אחת נוטל נפשו עליה העושה מצוה אחת על אחת כו"כ שתינתן לו נפשו רש"א ממקומו הוא למד שנאמר ונכרתו הנפשות העושות וגו' ואומר אשר יעשה אותם האדם וחי בהם הא כל היושב ולא עבר עבירה נותנין לו שכר כעושה מצוה וכו' עיי"ש במשנה ודברי המשנה צריכין ביאור דמאי שייכות לדברי רחב"ג במה שאמר ומה אם העובר עבירה אחת נוטל נפשו עלי' להא דאמר מקודם כל חייבי כריתות שלקו נפטרו מידי כריתתן. וק"ו זה הא שייך בכ"מ דחשיב התנא חייבי כריתות ועוד דהאי ק"ו פריכא הוא דאטו מזה שאנו רואין שמעבירה אחת מאבד את נפשו נוכל לשפוט שמעשיית מצוה אחת מקיים ומחיי' נפשו דילמא מאבד נפשו בעבירה אחת אבל קיום נפשו אינו אלא בעשיית כל המצוות כולן ויובן כוונת התנא עפ"י מה שבארנו דברי המדרש רבה (בפרשה ראה) על פסוק כי ירחיב ה' אלהיך את גבולך ואמרת אוכלה בשר הלכה אדם מישראל מהו שיהא מותר לו לכסות דם שחיטה ביו"ט כך שנו חכמים השוחט חי' ועוף ביו"ט ב"ש אומרים יחפור בדקר ויכסה ובה"א לא ישחוט אא"כ היה לו עפר מוכן מבעוד יום. א"ר חגי בשם ר' אחי מי שאין לו עפר מוכן א"צ לשחוט למה שאין בין יו"ט לשבת אלא אוכל נפש בלבד לפיכך אם שחט ביו"ט צריך שיהא לו עפר מוכן לכסות בו א"ר ביסנא בשם ר' אחי ה' מתיר אסורים מה שאסרתי לך בבהמה התרתי לך בחיה וכו' רבנן אמרי הרבה דברים אסר אותן הקב"ה וחזר והתירן במקום אחר תדע לך אסר הקב"ה לישראל לשחוט ולאכול עד שיביאנו אל פתח אוה"מ וכו' וחזר והתירן שנאמר רק בכל אות נפשך תזבח ואכלת בשר ע"כ וכן הוא במד"ר פ' אחרי פ' כ"ב ע"פ ה' מתיר אסורים מה שאסרתי לך התרתי לך וכו' אסרתי לבישת כלאים התרתי סדין בציצית וכו':

והנה לבאר ענין הסמיכות שהקדים המשנה דביצה נראה לבאר דתנן התם השוחט חי' ועוף ביו"ט בש"א יחפור בדקר ויכסה ובה"א לא ישחוט אא"כ הי' לו עפר מוכן מבעו"י ע"כ. ואמר ר"י בגמ' שם והוא שיש לו דקר נעוץ מבעו"י והיינו דסובר ר"י דאסור לכסות ולעשות מלאכה גמורה מן התורה ולא שרי אא"כ יש לו דקר נעוץ דאז ליכא איסורא

דאורייתא רק איסורא דרבנן בעלמא משום דהוי מלאכה שא"צ לגופה וכדאמרינן שם בסוגיא דלא אתי עשה דוכסהו ודחי ל"ת דמלאכת יו"ט. משום דיו"ט הוי עשה ול"ת ואין עשה דוחה ל"ת ועשה. והנה בהא מילתא דיו"ט הוי עשה ול"ת מצינו באמת פלוגתא דאמוראי בזה. וקשה באמת מנ"ל לר' יהודה דמתניתין איירי דוקא בדקר נעוץ. דילמא שרי אף מלאכה גמורה משום דסובר תנא דמתניתין דיו"ט הוי רק ל"ת לחוד ואתי עשה דכיסוי ודחי ל"ת דיו"ט. דהכי אשכחינן אמוראי טובא בשבת (דף כ"ד) ובפסחים (פ"ג) דסברי דיו"ט לא הוי רק ל"ת לחוד ונראה לי דהנה הר"ן ז"ל כתב בפר"א דמילה וז"ל שם והיכא דאיכא חמימי התינוק קודם המילה ואישתפיך חמימי דלאחר המילה בכה"ג איכא למידק אי אמרינן תדחה מילה כיון שאם נימול יצטרך אח"כ לחלל את השבת במכשירין או דילמא השתא מיהו בדין מהלינן ובתר הכי פקוח נפש הוא שדוחה את השבת והרמב"ן ז"ל כתב דשרי למימהלי' שאין למצוה אלא שעתה ואין דוחין את המילה מפני שנצטרך אח"כ לדחות השבת דבתר הכי פקוח נפש הוא דדחי לה ולא מכשירין וכן דעת הרמב"ם ז"ל ולכאורה יש להביא ראי' לשיטת הרמב"ן והרמב"ם ז"ל בזה מהא דפריך בכתובות (דף ד') ולידרוש להו דאונס שרי ופירשו התוס' דלא הי' להם להניח לעבור על תקנת חכמים מפני האונס שיבא עליהם אח"כ הרי דאין לעבור על תקנת חכמים אף שיבואו אח"כ לידי איסור ערוה באונס מפני שאין למצות אלא מקומן ושעתן וה"נ לענין מילה אין לדחות המילה מפני שנצטרך אח"כ לחלל את השבת דאחר המילה יהי' מותר משום פ"נ אבל הרז"ה ז"ל כתב דכל היכי דאישתפיך חמימי דבתר מילה מקמי מילה תדחה מילה וכדעת הרשב"א ז"ל והביא ראי' מדתנן בפ"ק דביצה בה"א לא ישחוט אא"כ יש לו דקר נעוץ מבעוד יום ומודים שאם שחט שיחפור בדקר ויכסה. וא"א שמהלינן מפני שבשעת מילה אין כאן דחיית מכשירין ואח"כ פקוח נפש הוא שדוחה. ה"נ נשחוט מפני שמחת יו"ט ולאחר מכאן נימא שמצות כיסוי הוא שדוחה אלא ש"מ כל שאנו יודעים בתחילת הדבר שיבוא לידי איסור מלאכה דוחין את המצוה כדי שלא יבא בסוף לידי כך עכ"ל ולפ"ז נראה לתרץ דר"י סובר דאי הוי סובר תנא דמתניתין דיו"ט ל"ת לחוד ושרי לכסות אחר שחיטה במלאכה דאורייתא משום דחיית העשה לל"ת א"כ הוי שרי לשחוט לכתחילה משום שמחת יו"ט ואחר השחיטה יבוא עשה וידחה לל"ת דלא מיבעיא לדעת הרמב"ן ז"ל דשרינן למול אף שידעינן שאח"כ יצטרך לחלל השבת מפני פ"נ משום שאין למצות אלא מקומן ושעתן דודאי ה"נ שרי לשחוט אף שיודע שאח"כ יצטרך לחלל יו"ט מפני קיום העשה דכיסוי אלא אפילו לדעת הרז"ה דסובר דאסור למול אם אח"כ יצטרך לחלל השבת מפני פקוח נפש מ"מ מודה דשרי לשחוט

באין לו דקר נעוץ למ"ד דיו"ט הוי ל"ת גרידא דדוקא בדחי' של פ"נ אסרינן אבל דחיית עשה לל"ת דהוי במקום קיום מצות עשה שרינן לכתחילה לשחוט ולא איכפת לן במה שידחה יו"ט אח"כ בקיום מצות כיסוי. ואף שבאמת אסרינן במתניתין לשחוט אף ביש לו דקר נעוץ מבעו"י מחמת איסור דרבנן בעלמא זהו לדידן דקיי"ל דיו"ט הוי עשה ול"ת ואין עשה דוחה ל"ת ועשה ולהכי אסור במלאכה דאורייתא ומשום הכי במלאכה דרבנן נמי לא שרינן מפני מצות כיסוי. משום דכל דתיקון דרבנן כעין דאורייתא תיקון אבל להנך דסברי דיו"ט הוי רק ל"ת גרידא אפשר דשרי לכתחילה לשחוט שיודע שאח"כ ידחה מצות כיסוי ל"ת דיו"ט. ואין להקשות דא"כ תקשה להנך אמוראי דסברי יו"ט ל"ת גרידא הא במתניתין אסרו לשחוט לכתחילה אא"כ הי' לו עפר מוכן מבעו"י ואמאי שרינן מטעם אין למצות אלא מקומן ושעתן דאפשר לאמר דאינהו סברי כסברת הר"נ ז"ל בפרא"ד שכתב דשמחת יו"ט אינה מצוה קבועה כ"כ שנתיר בשבילה לבוא לידי דחי':

ועוד נ"ל דא"ש טפי לפמ"ש הרמב"ן ז"ל בחידושיו ליבמות בפרקא קמא. דהא דאמר רחבה משמי' דר"י במנחות (דף ל"ט) חוטי פשתן פוטרין בשל צמר וחוטי צמר פוטרין בשל פשתן מיירי אפילו בדאית לי' ממינו וסובר דבכל התורה כולה עשה דוחה ל"ת אע"ג דאפשר לקיים שניהם ופליג אדר"ל דאמר כל מקום שאתה מוצא עשה ול"ת אם אתה יכול לקיים שניהם מוטב ואם לאו יבוא עשה וידחה ל"ת וסובר ר"י דהא דעשה דוחה ל"ת לאו מטעם דחי' הוא אלא היתר גמור הוא. א"כ פשיטא דרשאי לשחוט לכתחילה אף שיודע שאח"כ יצטרך לכסות ולחלל יו"ט למ"ד דיו"ט הוי רק ל"ת גרידא. כיון דמה שהעשה דוחה ל"ת הוי היתר גמור שפיר שוחטין משום שמחת יו"ט ולא איכפת לן מה שאח"כ ידחה עשה לל"ת. ומתניתין דקתני שאם שחט יחפור בדקר ויכסה ולכתחילה לא ישחוט ע"כ דסובר דיו"ט עשה ול"ת הוא. והא דיחפור בדקר ויכסה אם שחט. מיירי ביש לו דקר נעוץ מבעו"י דליכא מלאכה דאורייתא להכי שרי בדיעבד אף דיו"ט הוי עשה ול"ת כיון דליכא רק איסור דרבנן ולכתחילה לא ישחוט כלל אף בדאית לי' דקר נעוץ ולא שרינן אף איסור דרבנן לכתחילה באיסור יו"ט דהוי עשה ול"ת. אבל בלא דקר נעוץ אסור לכסות אפילו בדיעבד אם שחט משום דאין עשה דוחה ל"ת ועשה וא"ש הא דקאמר ר"י והוא שיש לו דקר נעוץ מבעו"י. דפשיטא לי' דמתניתין סובר דיו"ט הוי עשה ול"ת. דאי הוי ל"ת גרידא ושרי בדיעבד אף מלאכה דאורייתא. הי' מותר אף לכתחילה לשחוט אף שאח"כ יצטרך לבא לידי דחיית עשה לל"ת משום דאזיל לשיטתו במנחות שם (דף ל"ט) דהא דעשה דוחה ל"ת הוי היתר גמור ואף באפשר לקיים שניהן נמי דחי כמ"ש הרמב"ן ז"ל וכנ"ל וכיון שהוא היתר גמור מותר להביא לכתחילה לידי

כך. א"ו דיו"ט עשה ול"ת הוא ואסור לעשות מלאכה גמורה אף בדיעבד ולא שרי רק בדקר נעוץ דהוי רק מלאכה דרבנן:

ובזה יתבאר לנו דברי המדרש הנ"ל דקאמר הלכה אדם מישראל מהו שיהא מותר לכסות דם שחיטה היינו דקא בעי היכי ששחט וצריך לחפור וצריך לחלל יו"ט במלאכה גמורה אי שרי משום דיו"ט הוי רק ל"ת גרידא או דהוי יו"ט עשה ול"ת ואסור. ופשיט ממתניתין דהשוחט חי' ועוף ביו"ט דב"ה סברי לא ישחוט אלא א"כ הי' לו עפר מוכן מבעו"י א"ר חגי כיון דאמרינן מי שאין לו עפר מוכן לא ישחוט למה שאין בין יו"ט לשבת אלא אוכל נפש בלבד. ולפיכך אם שחט ביו"ט צריך שיהא לו עפר מוכן לכסות בו פירש כיון דאמרינן דלכתחלה לא ישחוט ממילא מוכח דגם אם שחט אסור לכסות משום דיו"ט הוי עשה ול"ת דאס"ד דבדיעבד שרי לכסות משום דיו"ט הוי רק ל"ת גרידא א"כ הי' מותר לשחוט אף לכתחילה דכיון ddחיית עשה לל"ת הוי היתר גמור ולא בגדר דחי' ולהכי אף באפשר לקיים שניהם דחי הי' שרי לגרום לכתחילה שיבוא לידי דחי' ומדאסר לכתחילה לשחוט ש"מ שגם אם שחט אסור לכסות משום דיו"ט הוי עשה ול"ת ומייתי הלכה זו דר' חגי שממנה מוכח דסובר ר' חגי ddחיית עשה לל"ת הוי היתר גמור ולא בגדר דחי' וכמש"כ בשם הרמב"ן ז"ל בשיטת ר' יהודה במנחות. והוא מעין הדרש שרצה בפרשת כי ירחיב היא את גבולך הרבה דברים אסר הקב"ה לישראל וחזר והתירן כמו שאסר להן לשחוט ולאכול וכו' וחזר והתירן וכו'. למען דעת כי האיסורין תלוין ברצון הקב"ה ואין בהם כח האיסור רק בשעה שאנו מוזהרים עליהם אבל בשעה שהקב"ה התירן אין בהם כח איסור עוד כמו בכל ל"ת שבתורה לשיטת ר' יהודה במנחות שאם פגע בהם העשה אזיל מהן כח האיסור לגמרי לא בגדר דחי' שנדחה מפני העשה רק בגדר היתר גמור עד שמותר לגרום לכתחילה שיבוא לידי כך. וכל כך למה מפני שאין כחו של איסור רק בשעה שרצון הקב"ה שלא לעשותו. אבל אם פגע בו עשה שרצון המקום לקיים העשה ולא להביט על הל"ת אזיל כח האיסור לגמרי מהל"ת. וזהו ד' מתיר אסורים מצינו הרבה דברים אסר להן הקב"ה וחזר והתירן אסר להן לשחוט ולאכול וחזר והתיר להם כמו שנאמר רק בכל אות נפשך תזבח ואכלת בשר:

יג

ובזה יבואר היטב כוונת המשנה דשילהי מכות דכיון שאמר רחב"ג דחייבי כריתות שלקו נפטרו מידי כריתתן לה מקרא דונקלה אחיך לעיניך כיון שנקלה לעיניך הרי הוא אף שהדבר הוא לפלא כיון שהתורה אמרה בח"כ ונכרתו הנפשות העושות מקרב עמם הרי שיש בענין זה ענין רע המכרית נפש העושה אותו משורש הנפשות. א"כ מה מועיל

מה שנקלה זה לעינינו להשיב הנפש למקורה וכמו שאמר יחזקאל הנביא שאמרו בית ישראל הלא פשעינו אתנו ובם אנחנו נמקים ואיך נחיה ואם טומאתה בשולי' במה תשוב לשורשה להטהר מחלאתה וע"כ דאף שטבע העבירה להכרית הנפש מקרב עמה מ"מ הדבר תלוי ברצונו יתברך ורצונו הוא שאחרי שנקלה ע"י מלקות יהא כאחיך וישוב הנפש לאיתנו להתרפאות מחלאתו והשתא מייתי שפיר ק"ו ומה אם העושה עבירה אחת נוטל נפשו עלי' העושה מצוה אחת עאכו"כ שתנתן לו נפשו דבלא הך דחייבי כריתות שלקו אין כאן ק"ו דאפשר דעבירה אחת ממית בטבעה ומצוה אחת עדיין אינו נותן חיות בנפשו עד שיעשה כולן אבל כיון שהקדים ולמד מקרא דחייבי כריתות שלקו נפטרו מידי כריתתן אשר מזה למדנו שאין דבר המחייב כרת ממית הנפש אלא מחמת שרצונו יתברך הוא כן ולהכי אם נקלה הרי הוא כאחיך וחלף והלך הכרת ממנו וכיון שאנו רואין שהיתה רצונו שעבירה אחת יכרית הנפש עאכו"כ שרצונו הוא שמצוה אחת תגרום שתנתן לו נפשו דמדה טובה מרובה ממדת פרעניות דכיון שאין טבע העבירה לבד גורם הכרת אלא ע"י כח רצונו המעורב וודאי דכח רצונו הי' ג"כ שבשביל המצוה תנתן לו נפשו וע"ז אמר ר"ש ממקומו הוא מוכרע דכחן של עבירות וכחן של מצות הוא תלוי ברצונו ית"ש דכתיב ונכרתו הנפשות העושות וגו' אשר יעשה אותם האדם וחי בהם הא למדת ישב אדם ולא עבר עבירה נותנין לו שכר כאלו עשה מצוה והיינו שהכתוב קורא פורש מן העריות אשר יעשה האדם וחי בהם שחשוב כאלו עשה מעשה והלא זה לא עשה מאומה רק שפירש מהעבירה אך מחמת שפירש ממנה לעשות רצונו ית"ש מזה למדנו שכחן של מצות הוא ג"כ מפני עשיית רצונו להכי הפרישה מן העבירה נמי חשוב מעשה אחרי שכל פרישתו ממנה הוא רק לעשות רצון קונו יש בזה כח ועוז לתת לו חיים וחי בהם:

יד

ויבואר הענין בביאור דברי הכתוב (בחבקוק ג') עמד וימודד ארץ ראה ויתר גוים ויתפוצצו הררי עד שחו גבעות עולם הליכות עולם לו דאמרינן בשבת (דף פ"ח) אר"ל מאי דכתיב ויהי ערב ויהי בוקר יום הששי תנאי התנה הקב"ה עם מעשה בראשית אם מקבלין ישראל את התורה מוטב ואם לאו אחזיר אתכם לתוהו ובוהו והדבר צריך ביאור. דתנאי זה עם מי התנה ובמי נועץ ית"ש כאשר עלה ברצונו הקדוש לברוא את העולם הלא הוא באחד ומי ישיבנו ונפשו אותה ויעש וכנגד מי הי' התנאי הזה. אולם יבואר עפ"י דברי המדרש (שה"ש רבה) לריח שמניך טובים שמן תורק שמך רמ"ח מ"ע ושס"ה מצות ל"ת. ומסיים שם ע"כ עלמות אהבוך זה דורו של שמד שנאמר כי עליך הורגנו

כל היום נחשבנו כצאן טבחה עכ"ל. ונל לבאר עפ"י מש"כ בהא דאמרינן במנחות (דף ס"ח) רב ושמואל דאמרי תרווייהו בזמן שבהמ"ק קיים הי' העומר מתיר ובזמן שאין בהמ"ק קיים האיר המזרח מתיר. ר"י ור"ל דאמרי תרווייהו אפילו בזמן שבהמ"ק קיים האיר המזרח מתיר ופריך שם והכתיב עד הביאכם ומשני למצוה ע"כ. והקשו בתוס' כיון דאיכא עשה דעד הביאכם א"כ אמאי אמר (בדף ה') בטעמא דר"ל דסובר מנחת העומר שקמצה שלא לשמה כשירה דהוי מן המותר לישראל משום דסובר האיר המזרח מתיר הא אכתי אסור משום דכתיב עד הביאכם. ויישבנו דלק"מ דמצינו גבי נדר ושבועה דאיתא (בנדרים ד' ב') דשבועה מיקרי איסור גברא היינו שאין על החפץ שום איסור רק האדם נאסר מלאכול המאכל הזה ונדרים מיקרי איסור חפצא דהאיסור רמי על החפץ גופא עיי"ש:

וישבנו בזה הא דדחיק הש"ס (בר"פ גיד הנשה) לאשכוחי שיבוא איסור גיד הנשה ומוקדשין ביחד הלא משכחת לה בגוונו דאמר הש"ס במס' יבמות (דף ל"ג) דבא איסור טומאה וזרות בב"א כגון דאיטמי ואייתי שתי שערות דקודם הבאת ב' שערות לא הי' לגבי' שום איסור וכשהביא ב' שערות באו שתי האיסורין כאחת ע"ש. וה"נ אם הוקדשה הבהמה לגבי האדם שהביא שתי שערות אחר ההקדש מיקרי בת אחת שבא לו אז שני האיסורין גיד והקדש כאחד וישבנו דלא אמרינן דמיקרי ב"א משום שתי שערות אלא באיסור גברא כמו שימוש בטומאה או בעל מום או מלאכת שבת. דהאיסור רמי על האדם שלא יעשה כשהוא טמא וכ"ז שלא הביא שתי שערות לא התחיל עדיין חיוב זה דלאו בר חיובא הוא עדיין ואחרים אינם משתתפין עמו בחיוב זה דהא עלי' דידי' רמיא חיובא דידי'. משא"כ באיסור גיד והקדש דהוי איסור חפצא ולא שייך לומר כשהביא שתי שערות באו ב' החיובים דאטו קודם שהביא שתי שערות לא הי' עדיין האיסור הלא הי' אסור לכל בני אדם ואף שהוא עדיין לאו בר חיובא הוא מ"מ האיסור חל לכל אדם ומעתה אמינא החילוק בזה י"ל דלרב ושמואל דסברי דבזמן שבהמ"ק קיים עומר מתיר הכוונה דעדיין האיסור נמשך באיסור חפצא משום דחדש הוי איסור חפצא כמו כלאים וערלה וכ"ז שלא הקריבו העומר עדיין החדש באיסורי' קאי כמו קודם יום ששה עשר ולהכי אם נקמץ שלא לשמה אסור באכילה דלא הוי ממשקה ישראל משא"כ ר"י ור"ל הם סברי דאף בזמן שבהמ"ק קיים האיר המזרח מתיר איסור חדש היינו דליכא שום איסור חפצא והותר החדש והא דכתיב עד הביאכם היינו למצוה דאיכא מ"ע על האדם שקודם הקרבה לא יאכל וילפי לה מדכתיב תרי קראי עד עצם היום ועד הביאכם ש"מ שאיסור חפצא דחדש שהיה לא נמשך אלא עד עצם היום היינו בהאיר המזרח

מיהו איסור גברא נשאר עדיין עד הביאכם ולדידהו לא נאסר משום. משקה ישראל כיון דאין כאן איסור חפצא וקרא דממשקה ישראל לא קפיד אלא באיסור חפצא כמו ערלה וטבל וכלאי הכרם **(וכדמות ראיה לזה מהא שהותר לאדם הראשון ולהכל להקריב בהמה לקרבן אע"פ שעדין לא הותר להם לאכול בשר וא"כ לא הוי ממשקה ישראל ועיין בזבחים (דף קט"ז ע"א) דמייתי ראיה ג"כ מהכל לענין שלמים, א"ו דאף דלא הותר להם לאכול בשר מ"מ לא הוי אלא איסור גברא ולא איסור חפצא:)** אבל במידי דאסור באיסור גברא מיקרי ממשקה ישראל:

טו

והנה מבואר כי כל פרטי התורה קבועים ועומדים בחפצי העולם להיתר או לאיסור לטמא או לטהר ועפ"ז בארנו במק"א מ"ש במשנה פ"ב דנדרים (דף ל"א) גדולה מילה שדוחה את השבת וקשה הא מצינו גם קרבנות שדוחין את השבת כמו תמידין ומוספין שקבוע להם זמן ומאי רבותא היא דמילה כ"כ ובנדה (דף ל"א) קאמר רשב"י מפני מה ניתנה מילה בשמיני שלא יהא אביו ואמו עצבין והכל שמחים והדבר יפלא מאוד לאמר כי זה כל חומר הענין שהחמרנו במצות מילה בזמנה לבלתי דחותה מזמנה ומועדה ואם חל בשבת אין אנו יכולים למול קודם השבת אלא אנו דוחים את השבת בשביל טעם קלוש כזה שלא יהא אביו ואמו עצבין. ומה נעשה אם אמר יאמרו האב והאם כי גם בשביעי תגל נפשם בפרי בטנם ביום הביאכם אותו לברית בוראם יתעלה ולמה לא נמול אותו בשביעי ולא נדחה את השבת:

אולם ביאור הדבר דאיתא בילקוט פ' תזריע שאל טרנוסרופוס הרשע את ר"ע איזה נאמן מעשה ידיו של אדם או של הקב"ה וכו' אם הקב"ה חפץ במילה מפני מה לא נולד מהול א"ל לפי שלא נתן הקב"ה לישראל את המצות אלא לצרף בהן את הבריות לכך אמר דוד אמרת ד' צרופה ע"כ ולהתחקות על שרשי הויכוח שלהן בארנו דהנה הש"ך ביור"ד (ס' רס"ב) הקשה ע"מ שפסק הרמ"א ז"ל דאם נימול בתוך ח' אין צריך להטיף ממנו דם ברית מהא דאמרינן במנחות (דף ס"ט דר' בר"ש דאמר נקצר שלא כמצוותו פסול בשיטת ר"י אמר דאמר קצירת העומר דוחה שבת ויליף לה מקרא דבחריש ובקציר תשבות מה חריש רשות אף קציר שהוא רשות יצא קצירת העומר שהוא מצוה ואי נקצר שלא כמצוותו כשר אמאי דוחה את השבת ע"ש ולפי דברי הרמ"א דאם נימול בתוך ח' א"צ להטיף ממנו דם ברית א"כ מילה אמאי דוחה שבת והשא"ר ז"ל תירץ דהא דא"צ להטיף ממנו דם ברית לאו משום דקיים מצות מילה אלא משום דדמי כאלו נכרת הגיד וקודם זמן המצוה פקע חיובא דמצוה אבל מצות מילה לא קיים ע"כ שפיר דוחה שבת דהא אם נמול תוך

ח' לא נתקיים המצוה כלל ול"ד לקצירת העומר דאם נקצר שלא כמצוותו כשר וקיים המצוה ע"כ והסברנו יותר עפ"י הש"ס בפ' הערל דבעי שם אי קטן ערל מותר לסוכו בשמן של תרומה דערלות שלא בזמנה לא שמי' ערלה ובירושלמי שם אמר בהדיא אין ערלה עד שמיני וזה היתה תשובת ר"ע שהקשה לו הכותי אם השם רוצה במילה מפני מה אינו נולד מהול. והשיב לו דלא ניתנו מצות אלא לצרף וכו' א"כ אחרי שככה כוונתו יתעלה לצרף בהן את עמו ככה היתה הבריאה שכל מאיסת וגנות הערלה אינה באה עד זמן המילה ולא תקשה שיש חסרון במעשה הבריאה דבשעת לידה ליכא עדיין ערלה כדאמר בירושלמי אין ערלה אלא בזמנה שהוא יום השמיני הזמן שקבע לנו התורה:

ומעתה הרי תקשה לנו מהא דאמר בשבת (דף קל"ה) דמקנת כסף נימול ביום הקני' אף בתוך ח' הא אמרינן בירושלמי הנ"ל דבתוך ח' ליכא ערלה כלל וצריך לומר דהיא גופא משתנה עפ"י דין התורה דמי שקבעה בו התורה זמן המילה בשמיני בו איקבע טבע המילה בשמיני ומי שקבעה בו התורה ביום מקנתו אף טבע המילה תקדימו *) ולפ"ז יתבאר כוונת רשב"י במה שאמר דמילה בשמיני כדי שלא יהא אביו ואמו עצבין אין כוונתו לומר שזהו טעם המילה שניתנה בשמיני אלא כוונתו שזה הטעם ניתן על רצונו יתעלה לקבוע באדם אשר תבא זמן וטבע המילה בקרב איבריו של אדם ליום השמיני כדי שלא יהא אביו ואמו עצבין והכל שמחין:

טז

ואחרי כי ככה גזרה חכמתו יתברך ביצירת תכונות האדם אם יעבור האדם על זמן פקודת התורה במצות מילה ענוש יענש אחרי כי כבר נקבע בנו עת בא זמנה יש בה כח לחייב כרת את העובר עליה מפני חומר שיש בעצמותה והוא הדבר שאמרו במשנה דנדרים גדולה מילה שדוחה את השבת דאחרי שראינו שזמן מצות המילה וטבע גנות הערלה בא אלינו עפ"י חוקי התורה ואם לא הי' דין התורה לדחות את השבת מפני המילה כי אם להקדימה או לאחרה אז הי' בא טבע הערלה וגנותה לרגל הזמן שקבע התורה אם להקדים או לאחר ולמה באמת דוחה את השבת ולא קבעה לו תורה זמן אחר כדי שלא ידחה את השבת מזה אנו רואים שגדולה וחביבה מצות מילה לפניו יתברך עד שהיתה רצונו שתדחה את השבת הוא הדבר אשר דברנו כי כל באי העולם נשתעבדו לפרטי תורתינו להתפעל עפ"י פרטי התורה לטמא ולטהר לאסור ולהתיר אולם הדבר הזה נתחדש רק מעת נתינת התורה לחוב גמור עלינו אז נקבעו כל פרטי התורה בכל הנמצאים ונתחדש איסור חפצא בכל האיסורים אבל קודם נתינת התורה לא הי' שם איסור חפצא ואף מי שבחר לו בתבונתו לילך בדרכי התורה כמו אבותינו

הקדושים שקיימו כל התורה כדאיתא קידושין (ד' פ"ב) עכ"ז לא הי' כל הדברים אצלם באיסור חפצא עד עת בא דברו לפקוד עלינו כל דיני התורה והמצוה.**) וזהו שאמר במדרש לריח שמניך טובים כל המצוות שעשו לפניך האבות ריחות היו היינו שלא היה בהן ממש באיסור חפצא רק ריחות בעלמא שמוטל על האדם הדבר באיסור גברא ולא נתפס שום דבר מחפצי העולם בדיני התורה אבל עכשיו שמן תורק שמך שהמצות כמו עצם השמן להיות בהם ממשות הציווים וקבועים ועומדים בחפצי העולם. וזהו שמסיים ע"כ עלמות אהבוך על-מות דהיינו שנמצא בדיני התורה דברים שמוסרין נפשם עליהן דבן נח אינו מצווה על קידוש השם כדאיתא בסנהדרין (דף ע"ד) עיי"ש משום דאין המצות עליו באיסור חפצא עד שיצטרך למסור נפשו עליהם. ואנו שנתחדש עלינו קבלת התורה והמצוה כשמן תורק נתחייבנו באיזה מצות למסור נפשינו עליהם ומעתה יובן מה שאמרו חז"ל תנאי התנה הקב"ה עם מעשה בראשית אם מקבלין ישראל את התורה מוטב וא"ל אחזור את העולם לתוהו ובוהו שהוא ע"ד שאמרו במדרש קהלת נמוגים ארץ וכל יושבי' אנכי תכנתי עמודי' סלה כבר הי' העולם מתמוגג ומי ביסס את העולם אנכי. בזכות אנכי תכנתי עמודי' סלה היינו שמעיקרא בעת בריאת העולם לא ניתן בה כח כ"א שתעמוד עד ששי בסיון שהוא מועד המוגבל למ"ת ובבא יום הזה כבר הי' העולם מתמוגג אילולי קבלת אנכי וכיון שכבר כלה מועד בריאת העולם ונעשה אז בריאה חדשה נשתעבדו אז כל ברואי עולם לכל פרטי התורה וקיומה להיות דיני התורה קבועים ועומדים בחפצי העולם וזה הי' כוונתו יתעלה בתנאי דמעשה בראשית שאם לא יקבלו התורה אחזיר העולם לתוהו ובוהו ולא יתבסם קיום העולם כ"א בקבלת התורה אשר בזה יוקבע בחפצי העולם כל פרטי התורה מה שלא הי' כן עד קבלת התורה וזהו שאמר הכתוב שחו גבעות עולם ויתפוצצו הררי עד הליכות עולם לו היינו שכבר שחו גבעות עולם שכבר הי' העולם מתמוגג והולך ונוטה לנפול מפני שכבר כלה מועד כח הבריאה. ולמה עשה כן הקב"ה כדי שהליכות עולם יהי' לו היינו לשעבד כל תהלוכות וחפצי העולם לו ולתורתו ורצונו יתעלה ע"כ רצה שיבוא העולם לידי ביטול בריאה ויתקיים רק ע"י קבלת התורה שבזה ממילא ישתעבדו כל חפצי העולם לתורתו יתברך ויהא הליכות עולם לו:

יז

ובארנו בזה דקדוק לשון המשנה (פ"ק דאבות) משה קבל תורה מסיני דהוה לי' למימר משה קבל תורה בסיני מאי מסיני ונראה שרמז למ"ש הר"מ ז"ל בפירוש המשניות (פ' גיד הנשה) במשנה דנוהג בטהורה ואינו נוהג בטמאה וז"ל ושים לבך על הענין הגדול

הזה הנכלל במשנה הזאת והוא מה שאמר בסיני נאסר לפי שאתה הראית לדעת שכל מה שאנו מרחיקין או עושין היום הזה אין אנו עושין אלא במצוות הקב"ה ע"י מרע"ה לא שהקב"ה אמר זה לנביאים שלפניו כגון זה שאין אוכלין אבר מה"ח אינו מפני שהקב"ה אסר לנח אלא מפני שמשה אסר עלינו אמה"ח במה שצוה בסיני שיתקיים איסור אבר מה"ח וכמו כן אין אנו מלין מפני שאברהם אע"ה מל עצמו ואנשי ביתו אלא מפני שהקב"ה צוה ע"י מרע"ה שנמול כמו שמל אאע"ה וכן גה"נ אין אנו הולכין אחר איסור יעקב אבינו אלא מצות מרע"ה. הלא תראה מ"ש חז"ל תרי"ג מצות נאמרו למשה מסיני וכל אלו מכלל המצות עכ"ל. וראייתו פשוטה דאף אותן שנצטוו האבות הן במספר תרי"ג מצות ועכ"ז אמר שנצטווה בסיני אלמא דאף איסורין שנאסר מקודם נמשך מסיני וזהו שאמר משה קבל תורה מסיני היינו שהתורה קבל עליו שיהא נמשך הקבלה ממעמד הר סיני ואילך וכן לדורות החיוב והעשי' הכל יהא מסיני לחוד ולא משום החיוב שקודם הר סיני והדברים מובנים לפי מה שבארנו דאז להאבות לא הי' שום דבר בגדר איסור חפצא רק באיסור גברא משא"כ אחרי קבלת התורה בסיני ומסיני ואילך שהוא באיסור חפצא להיות כל פרטי התורה קבועים ועומדים בהליכות עולם:

יח

וכמו שהי' מהצורך להיות נמוגים ארץ וכל יושבי' ולבסמה בקבלת התורה כדי לקבוע פרטי התורה בכל מוסדות תבל ומלואה כן הי' פעולת קבלתם את התורה להיות נקבע עליהם ממש כל מצוותי' בקיום עולם כמו הנזיר הזה שבקבלת הנזירות באמרו הריני נזיר מתקדש גופו להיות אסור עליו התגלחת והיין והטומאה מה שכל אדם מותרים בו כמו כן בקבלתם על עצמם מצות התורה חלה עליהם כל חוקי התורה לא יפרד מעל גופם כל ימי עולם אף שלא הוזהרו בזה המון לאומים שלא באו בברית הקבלה הזאת ועיין בתוס' ע"ז (דף ג') ד"ה נוגעים. בהא דקאמר הש"ס שמים וארץ נוגעים בעדותן הן והקשו שהרי ראי' גדולה שקיימו ישראל את התורה ממה שהן קיימים ותירצו שיש לאמר שהן קיימים ממה שקיבלו. כדאמר אם מקבלין ישראל וכו' עיי"ש. הרי דבקבלה לחוד נתקיים תנאי דאם מקבלין ישראל את התורה והטעם משום שהקבלה פעלה שיחול עליהם קדושת התורה ותועלתה בקיומה והנזק בביטולה ח"ו:

יט

ובארנו בזה הא דאמרינן בשבת (דף פ"ח) מאי דכתיב ויתיצבו בתחתית ההר מלמד שכפה עליהם הר כגיגית ואמר אם מקבלים אתם את התורה מוטב וא"ל שם תהא קבורתכם אמר רבא מכאן מודעא רבה לאורייתא והקשו המפרשים דממ"נ אם יש כאן

מודעא ואונס א"כ לא הי' ממש בקבלה ומאי מהני קבלתם ולמה הוצרך ליתן להם ולאונסם ע"ז. ועוד שהרי התוס' כתבו שהתנאי דיום הששי אם מקבלים ישראל את התורה מוטב נתקיים בקבלתם וע"כ שמים וארץ קיימים ואם יש בזה טענת אונס הרי אין כאן קבלה כלל וממה הן קיימין ונ"ל לפמ"ש הרא"ש ביבמות (פ' החולץ) בהא דאמרינן בכתובות בפ"ק גר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד משום דזכין לאדם שלא בפניו וסיים הרא"ש ז"ל שם שכן מצינו באבותינו שנכנסו לברית והי' בהם כמה יונקי שדים עכ"ל ובמק"א בארנו שגם קבלת הגדולים הי' ע"ד זה דבאמת כפה עליהם הר כגיגית והיו אנוסים רק שהתוס' כתבו שם בשבת ד"ה כפה וז"ל ואעפ"י שכבר הקדימו נעשה לנשמע שמא היו חוזרים כשיראו האש הגדולה שיצאת נשמתן עכ"ל מבואר מדבריהם שבאמת לא חזרו בהן רק שהכפי' הי' שלא יחזרו. ונקראים מחמת זה אנוסים כיון שניטל מהם הרצון מלחזור בהם דזה מיקרי אונס אף שנתרצו מתחילה מ"מ כיון שלא הי' בידם הברירה לחזור בהם היו אנוסים והאונס שלהם הי' גם על המחשבה שהיו יראים לחזור גם במחשבתם כי ה' יודע מחשבות וכמ"ש המהרי"ק בתשובותיו דמטעם זה מיקרי אונס ולא אמרינן אגב אונסי' גמר ומקני כמו גבי תליוה וזבין דזה לא שייך אלא באונס הבא מכח אדם שאין יכול לכופו אלא על מעשיו אבל מחשבתו ברשותו ויכול לחשוב מה שירצה וחכמים אמדו דעתו דאגב אונסי' גמר ומתרצה במחשבתו ועל המחשבה אינו אנוס כלל אבל גבי השי"ת שיודע מחשבות וכשמתיירא מעונש אינו יכול לחשוב נגד רצונו והוי אנוס גם על המחשבה להכי לא אמרינן אגב אונסו גמר ומתרצה שהרי הוא אנוס גם על המחשבה עכ"ד המהרי"ק ז"ל ולהכי אף שנתרצו מתחילה מ"מ כיון שאפשר שהיו חוזרים והיו אנוסים שלא לחזור בהם יש גם לגדולים דין קטנים דמידי הוא טעמא דמהני בקטן דעת ב"ד ולא בגדול הוא משום דהקטן שאינו מחשב היפך דעת ב"ד מהני דעת ב"ד והוי קבלה גמורה אבל גדול אם אינו רוצה לא מהני שיטבילוהו ע"ד ב"ד כיון שהוא מחשב היפך דעת ב"ד וכוונתם אבל הגדולים שבשעת מ"ת שהם לא חשבו כלל היפך דעת ב"ד רק שלא הועילה מחשבתם מחמת שלא הי' בידם לחזור מחמת הכפי' ומחשבתם כמאן דליתא דמי משום דלא מהני מחשבה ורצון אלא כשיש בידו הברירה לעשות להיפך ומהם ניטל הברירה ע"י הכפי' א"כ יש להם דין קטן שאינו מחשב היפך דעת ב"ד ומהני דעת ב"ד לגדולים כמו לקטנים והי' קבלה גמורה ע"ד ב"ד ומהני גם לגדולים ואף דבכתובות (דף י"א) מבואר דבגדול דטעים טעמא דאיסורא לא הוי הגירות זכות מ"מ הא כתבו שם התוס' דדוקא גבי עבודת כוכבים אמרינן הכי אבל עבד שיצא עי"ז לחירות הוי זכות אף בגדול שטעם טעמא דאיסורא וישראל הרי יצאו ממצרים ע"מ

שיקבלו את התורה וכמו שאמר הכתוב אתם ראיתם אשר עשיתי לכם במצרים ואשא אתכם על כנפי נשרים ואביא אתכם אלי ועתה אם שמוע תשמעו בקולי וגו' והייתם לי סגולה מכל העמים וכן התחיל במ"ת אנכי ד"א אשר הוצאתיך מארץ מצרים כי מפני שהוציאם מארץ מצרים בשביל שיקבלו את התורה הוי להם זכות הקבלה הזאת ולא אמרינן בהפקירא ניחא להו וא"ש שהועיל להם הקבלה אף שכפה עליהם הר כגיגית משום דהקבלה הי' ע"ד ב"ד משה ואהרן וזקנים כמו שכתב הרא"ש גבי קטנים שהועיל להם הקבלה ע"ד ב"ד *) ולהכי אמר רבא מכאן מודעא רבא לאורייתא לפי מה שבארנו בתשובה דגדול עומד על גביו לא מהני אלא לענין כונה כמו שמצינו גבי כוונת כתיבת גט בגיטין (דף כ"ג) ובחולין (דף ל"א) גבי טבילה למ"ד דבעי כוונה אבל במילי דקני' לא מהני גדול עומד ע"ג ואם קטן קידש אשה וגדול עוע"ג לא הוי קידושין וכן במקח וממכר כדאמרינן בירושלמי דתרומות דרבנן סברי דאפילו קידש שלא בינו לבין עצמו נמי לא הוי קידושין והיינו משום דלמידי דקנין בעינן שיכוון הקונה והמקנה בעצמו ולא מהני מה שאחר עוע"ג ומכוון ולא מהני גדול עוע"ג אלא לענין כוונת מצות ולא לענין הקנאה והשתעבדות ולהכי אמר רבא מכאן מודעא רבה לאורייתא דהיינו אף שהועילה קבלתם ע"י מה שהטילו עליהם הקבלה ע"ד ב"ד היינו דווקא לענין שחל עליהם הקבלה ונתקדשו בקדושת התורה שחלה עליהם שזה דומה כמו כוונת מצוה שמהני געוע"ג וע"ד ב"ד אבל לענין עונשין בעינן שיכוון הוא בעצמו ויקבל ע"ע ואז יתחייב בעונשין בביטולה דלענין עונשין דמי לקנינים והשתעבדות דלא מהני גדול עוע"ג וע"ד ב"ד ולהכי הוי מודעא רבא לאורייתא לענין עונשין אע"ג דהועיל לענין שחלה על גופם קדושת התורה כמו שמועיל גבי מצות מחשבת הגדול עומד ע"ג:

כ

והרשב"א ז"ל כתב וז"ל שם קשיא לי וכי מה קבלה זו עושה מסופו של עולם לתחילתו אם קודם אחשורוש לא היו מצווין למה זה נענשו ואם נאמר מפני שעברו על גזירת מלכם א"כ בטלה מודעא זו ועוד למה הצריכוהו לקבלה ובריתו ונ"ל דמתחילה אעפ"י שהי' להם מודעא מ"מ לא נתן להם את הארץ אלא כדי שיקיימו את התורה כמש"כ בתורה בכמה פרשיות וכתיב ויתן להם ארצות גוים וגו' והם עצמן בתחילה לא עכבו כלל בדבר ולא אמרו במודעא כלום כאלו ברצון נפשם בעצמן אמרו כל אשר דיבר ד' נעשה ונשמע ולפיכך כשעברו על התורה עמד והגלם מן הארץ ומשגלו יש מודעא על הדבר דכתיב והעולה על רוחכם היו לא תהי' אשר אתם אומרים נהי' כגוים וכדאמרינן באגדת יחזקאל עבד שמכרו רבו כלום יש לו עליו לפיכך כשבאו לארץ בביאה שני'

בימי עזרא עמדו מעצמן וקבלוהו ברצון שלא יטענו עוד שום תרעומות והיינו בימי אחשורוש שהוציאם ממות והי' זה חביב להם יותר מגאולת מצרים עכ"ל הרשב"א ז"ל למדנו מדבריו ז"ל שקבלתם הי' ברצון כל ימי היותם בא"י גם למדנו מדבריו ז"ל שמלבד הקבלה הי' באפשר להענישם מפני שעברו על גזירת מלכם רק שרצונו יתברך הי' שיהא להם התורה בקבלה ולא בגדר מורד במלכות ומשגלו מא"י בטלה הקבלה עד שקבלוהו בימי אחשורוש ברצון בלי שום תנאי ירושת הארץ:

ובזה ביארנו דברי המדרש (פ' אמור) על פסוק וישמע ד' את קול דבריכם ויקצוף וישבע לאמר א"ר לוי יש קול לטובה ויש קול לרעה לטובה וישמע ד' את קול דבריכם בדברכם אלי מהו הטיבו אשר דברו ר' חייא בר אדא ובר קפרא ח"א הטבה כהטבת נרות וחד אמר כהטבת הקטורת יש קול לרעה וישמע ד' את קול דבריכם ויקצוף וישבע לאמר א"ר תחליפא אמר הקב"ה להם הוא הקצפון ולי מה אני קצפון אשר נשבעתי באפי. נשבעתי באפי וחוזר אני בו אם יבואון אל מנוחתי למנוחה זו אינן באים אבל באים הן למנוחה אחרת ר"ל בשם בר קפרא אמר משל למלך שכעס על בנו וגזר עליו שלא יכנוס עמו לפלטרין מה עשה המלך עמד וסתרו ובנאו והכניס את בנו עמו לפלטרין נמצא שבועתו ומכניס את בנו כך אמר הקב"ה אשר נשבעתי באפי אם יבואון אל מנוחתי למנוחה זו אינן באין אבל באין למנוחה אחרת ע"כ. והקשה הפר"ד דהא כתב הר"נ ז"ל בנדרים (דף מ"ז) וז"ל והוי יודע דכי היכא דבית זה חמור מביתך לענין מכרן לאחר ה"נ ביתך חמור מבית זה לענין נפילה דאי אמר ביתך שאני נכנס ונפל ובנאו אסור לכנוס בו דכל שהוא ביתך משמע עכ"ל הר"נ ז"ל וא"כ אף שסתרו וחזר ובנאו נמי אסור להכניס את בנו דהא הכא דמי לבית סתם דאסור אף אם נפל וחזר ובנאו ונראה לי לבאר דאיתא בסנהדרין (דף ק"י) דור המדבר אין להם חלק לעוה"ב שנאמר במדבר הזה יתמו ושם ימותו במדבר הזה יתמו בעוה"ז ושם ימותו בעוה"ב ואומר אשר נשבעתי באפי אם יבואון אל מנוחתי דברי ר"ע. ראי"א באין הן לעוה"ב שנאמר אספו לי חסידי כורתי בריתי עלי זבח אלא מה אני מקיים אשר נשבעתי באפי באפי נשבעתי וחוזרני בי ע"כ וצריך ביאור במאי פליגי ר"ע ור"א:

ונראה דאיתא בחגיגה (ד' י') היתר נדרים פורחים באויר ואין להם על מה שיסמכו. ר"י בן חנני' אומר יש להם על מה שיסמכו שנאמר אשר נשבעתי באפי באפי נשבעתי וחוזרני בי והקשו התוס' שם איך אפשר לומר וחוזרני בי הא האי קרא בא"י הוא דכתיב ולא נכנסו לארץ ותירץ ר' אלחנן דהאי קרא לאו בביאת ארץ משתעי אלא בחלק לעוה"ב. ומצינו תנא דאמר בחלק (ד' ק"י) דור המדבר יש להם חלק לעוה"ב א"כ איכא למדרש

והדרנא בי עכ"ל ומבואר מזה דהיתר נדרים לא היה על ביאת הארץ רק על עוה"ב. א"כ י"ל דר"ע ור"א אזלי לטעמייהו בנדרים (דף ס"ו) דר"ע סובר נדר שהותר מקצתו הותר כולו. וא"כ א"א לפרש לדידי' באפי נשבעתי וחוזרני בי על ביאתן לעוה"ב. דא"כ אמאי לא נכנסו לארץ הא כיון שהותר הנדר לענין עוה"ב ה"ה דהותר לענין כניסתן לארץ אבל ר"א סובר כחכמים דר"ע דנדר שהותר מקצתו לא הותר כולו א"כ איכא למימר דהאי אשר נשבעתי באפי וחוזרני בי הי' החזרה לענין עוה"ב ולענין כניסתן לארץ לא הותרו דהא לא הותר הנדר כולו במה שהותר מקצתו ולהכי סובר ר"א דבאין הן לעוה"ב ולכאורה הא גופא צריך טעמא דכיון שהותר השבועה לענין חלק לעוה"ב א"כ אמאי לא הותר לענין כניסתן לארץ אמנם הדבר יובן לפי מה שבארנו בדרוש לשה"ג דברי המדרש פ' אמור ר"י אומר לעולם אל תהי מצות העומר קלה בעיניך שע"י מצות העומר זכה אברהם אבינו לירש את הארץ דכתיב ונתתי לך ולזרעך אחריך ע"מ ואתה את בריתי תשמור ואיזה זה מצות עומר דהא קיי"ל א"י ירושה להם מאבותיהם. היינו שנתנה לאברהם ע"מ שיקיימו בניו מצוה הראשונה התלוי' בארץ וכשקיימו נתקיים המתנה למפרע כדין כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ולפ"ז איכא למימר הטעם דלא הי' היתר לשבועה גם על הכניסה לארץ דכיון שהיה רצון הקב"ה שיזכו בא"י בתורת ירושה מאבותיהם ולא שינתן במתנה לבאי הארץ ואם דור המדבר היו באין לארץ לא היו זוכין בה בתורת ירושה אלא בתורת מתנה חדשה שהרי כח הירושה נפסק מהם משום שאפילו אם יכנסו לארץ ויתקיים המתנה למפרע מ"מ הרי הפסידו זכותם במה שסילקו עצמן מא"י שאמרו אנה אנחנו עולים וגו' ואמרו נתנה ראש ונשובה מצרימה וע"י זה אבדו זכות שיש להם בא"י והיו זוכים האומות שישבו אז בא"י ואף דקיי"ל דסילוק לא מהני בדבר שהוא שלו מכבר כדאיתא בכתובות (דף פ"ג) האומר לחבירו אין לי עסק בך לא אמר כלום מ"מ דבר שהוא אצל אחרים בתורת גזל מהני שפיר סילוק כדמוכח בב"ב (דף מ"ג) גבי בני העיר שנגנב ס"ת שלהן אין דנים אותן בדייני אותה העיר דפריך וליסלקו תרי מינייהו ולדייני משמע דמהני סילוק בגזילה אף שהוא לשון גרוע ואף שהרשב"ם ז"ל פי' שם שיקנו בקנין גמור דבקנין מהני סילוק בכל ענין ע"ש מ"מ מדברי הרשב"א ז"ל שהביא הש"מ שם משמע דמהני סילוק אף בלא קנין ע"ש וכן מבואר בהדיא בקצוה"ח (ס' ל"ז) שכתב על דברי הרשב"ם דהסילוק הוא לגבי בני העיר דאי כונת הרשב"ם דהסילוק הוא לגבי הגנב עצמו הא לא בעי קנין ע"ש בדבריו. הרי משמע דלא איכפת לן במה שהסילוק הוא בלשון גרוע. דכיון שהגזילה ביד הגזלן מהני סילוק לחוד לגבי גזלן וא"כ כיון שמועיל סילוק וזכו האומות שישבו אז בארץ ישראל

במה שתחת ידם נמצא שלא זכו בתורת ירושה מאבותיהם מפני שכבר הפסידו כח ממון שירשו מאבותיהם בא"י וכשיזכו בה יזכו בעצמן בזכי' חדשה וד' חפץ למען צדקו לתת להם מורשה להכי נשארה השבועה שלא יכנסו לארץ רק שבניהם יכנסו לארץ והם קיימו המצוה שנתלה בה ירושת הארץ ואז זכו בניהם בתורת ירושה מאבותיהם דלא מהני סילוק של דור המדבר לגבי בניהם משום דבניהם מצי אמרי מכח אבוה דאבא קא אתינן כדאמרינן בב"ב (דף קנ"ט) בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת בנו מוציא מיד הלקוחות דמצי אמר מכח אבוה דאבא קאתינא דכתיב תחת אבותיך יהיו בניך וכמש"כ הרשב"ם ז"ל שם דבן הבן יורש בכח עצמו ולא מצד אביו דאף דלא מצי לירש מכח אביו יורש מכח עצמו וכ"כ המהרי"ט (בתשובה ס' מ"א ח"ג) לענין ירושת מומר דאף דאינו יורש את אביו מ"מ בנו יורש מכח אבוה דאבא עיי"ש היטב וא"כ כמו דאמרינן התם דאף דנפסק ירושת הבן שהוא אינו יכול לירש דאם יירש יטרוף הלוקח ממנו מ"מ בן הבן יורש מאבי אביו וה"נ דכוותי' אף דדור המדבר לא היו יכולים לזכות בירושתם ע"י כניסה לארץ דאם ירצו לזכות למפרע יתעורר סילוקם שסילקו את עצמם לגבי האומות היושבים בארץ ויופסד כח ירושתם וקנין ממונם מ"מ בני בניהם שנכנסו לארץ זכו למפרע בירושת הארץ מכח אבוה דאבא ולא מהני סילוקם של דור המדבר כיון שלא זכו בה כלל רק בניהם זכו מכח אבוה דאבא להכי לא הי' היתר שבועה על הכניסה לארץ שאם נכנסו הם ויזכו יתבטל כח הירושה ויהא מתנה חדשה והשי"ת רצה שיזכו בתורת ירושה דוקא. והנה כ"ז הוא לר"א דסובר קרקע נגזלת כדאיתא בב"ק (ד' קי"ז) דר"א דריש ריבויי ומיעוטי. וכיון דקרקע נגזלת שפיר מהני סילוק דקליש כח הנגזל בדבר שנקנה לגזלן בתורת גזילה להכי סובר ר"א דאשר נשבעתי באפי וחוזרני בי לענין עוה"ב ובאין הן לעוה"ב ומה שלא התיר שבועה לענין כניסה לארץ הוא משום שהפסידו כח ירושתם ורצון השי"ת הי' שיזכו בארץ מכח ירושת אבות דוקא אבל ר"ע אזיל לטעמי' דסובר דקרקע אינה נגזלת וברשותא דמרא קאי ולא מהני כלל סילוק א"כ לא מצי למידרש באפי נשבעתי וחוזרני בי דאם היה היתר על עוה"ב תקשה קושית התוס' אמאי לא התיר נמי השבועה לענין כניסה לארץ דהא לא הפסידו כח ירושתם מאבות במה שאמרו נתנה ראש ונשובה מצרימה וע"כ סובר אין להם חלק לעוה"ב:

כא

ובזה יובנו היטב דברי המדרש ע"פ וישמע ד' את קול דבריכם ויקצוף וישבע. דהא לכאורה וישמע את קול דבריכם מיותרים ודריש כוונת הקרא הכי דמה שקצף ד' ונשאר הקצף הוא מחמת ששמע קול דבריכם היינו שאתם גרמתם. וזהו להם קצפון ולי מה

קצפון דהא באפי נשבעתי וחוזרני בי שהיה ביכולתי להתיר השבועה כמו שהתרתי שבועת עוה"ב רק מה שאמרתם בקול דבריכם דברי סילוק מירושת הארץ הוא שגרם לכם שלא היה באפשרי להתיר שבועת כניסת הארץ שע"י דבריכם הפסדתם ירושת הארץ דאף דקיי"ל כר"ע דקרקע אינה נגזלת מ"מ ר' לוי אזיל לשיטתו בירושלמי סוף פ"ז דכלאים הובא בתוס' סוכה (ד' ל') דאף דקרקע אינה נגזלת מ"מ יש יאוש לקרקע ובנשתקע שם בעליו הוי יאוש דבר תורה א"כ כיון שנשתקע שם האבות מא"י שפיר נגזלת ומהני סילוק ולא היה באפשרי להתיר השבועה להכניסם לארץ. וזהו להם קצפון ולי מה אני קצפון באפי נשבעתי וחוזרני בי. ומיושב נמי הא דמסיים משל למלך שכעס שלא יכנוס בנו לתוך ביתו ואמר וכו' מה עשה המלך עמד וסתרו ובנאו והכניס את בנו עמו לפלטרין וכו' דכיון דאף דבבית סתם אם לא אמר זה אסור אף אם סתרה וחזר ובנאה מ"מ הכא כיון שאמר השי"ת בשבועתו אם יראו את הארץ אשר נשבעתי לאבותם לא נאסרו אלא כ"ז שזכייתם היה ע"י ירושה מאבותיהם אבל כיון שיצאו מארץ ישראל והפסידו לגמרי קנין ממונם וירשו מחדש כדדרשינן ביבמות (ד' פ"ב) אשר ירשו אבותיך וירשת ירושה ראשונה ושניה יש להם וכו' היינו דקדושה ראשונה בטלה כיון שגלו ומה"ט נפטרו מתרומות ומעשרות בין קדושה ראשונה לשני' משום שהפסידו ירושת הארץ דהרי מצינו שקודם שנכנסו לארץ בירושה הראשונה הי' הארץ חייבת במעשרות אף קודם שנכנסו כדאיתא בירושלמי (פ"ב דחלה) בשעה שנכנסו לארץ ומצאו קמחין וסלתות שהן חייבין בחלה ולא מיקרי גדולי פטור משום דלמפרע ירשו את הארץ ע"ש הרי שהפירות היו חייבים בחלה אף שעדיין לא היו ישראל שרוין עלי' וא"כ מ"ט נפטרו כשגלו מא"י אלא ודאי דכשגלו בטלה ירושת הארץ לגמרי ובטל קדושת הארץ ולהכי נפטרו מתרומה ומעשר וכיון שבטל ירושת הארץ וירשו ירושה אחרת מותרין לכנוס לא"י דהשבועה לא היתה רק שלא יראו הארץ אשר נשבע לאבותם היינו בזמן שזכו בה מכח ירושת אבותם אבל בזמן שנפסק הקנין ירושת אבותם וזכו מחדש ירושה שני' ואינן יורשין מכח אבותם מותרים לכנוס לא"י והוי הא דאומר אם יראו את הארץ אשר נשבעתי לאבותם ממש כמו בית זה סתרה וחזר ובנאה דמותר לכנוס בה ולהכי אמר למנוחה זו אינן באין למנוחה אחרת הן באין:

כב

ובזה יובן לנו ברייתא בב"ב (ד' קי"ט) מיתבי א"ר חידקא שמעון השיקמוני הי' לי חבר מתלמידי ר"ע וכך הי' ר"ש השיקמוני אומר יודע היה משה רבינו שבנות צלפחד יורשות הן אבל לא היה יודע אם נוטלות חלק בכורה אם לאו וראוי היתה פרשת נחלות ליכתב

ע"י משה רבינו אלא שזכו בנות צלפחד ונכתבה על ידן ויודע היה משה רבינו שהמקושש במיתה שנא' מחללי' מות יומת אבל לא היה יודע באיזה מיתה יומת וראוי' היתה פרשת מקושש שתכתוב ע"י משה רבינו אלא שנתחייב מקושש ונכתבה על ידו ללמדך שמגלגלין זכות ע"י זכאי וחובה ע"י חייב. והנה מה שהקדים לומר דר"ש השיקמוני היה מתלמידי ר"ע היה אפשר לומר הכונה בזה משום דאמרינן בחגיגה (ד' ו') ר"י אומר כללות נאמרו בהר סיני ופרטות באהל מועד נאמרו ור"ע סובר כללות ופרטות נאמרו בהר סיני א"כ לרי"ש היה אפשר לומר כמו דבהר סיני לא נפקדו ונצטוו רק אכללות ולא אפרטות ה"נ במרה אף שנצטוו אדינין ועל השבת מ"מ לא נצטוו אלא על הכללות ולא על הפרטות ולהכי נסתפק בהם משה. אבל כיון שהוא היה מתלמידי ר"ע ור"ע סובר כללות ופרטות נאמרו בהר סיני ומסתמא כשנצטוו במרה נצטוו נמי על הפרטים וע"כ שהי' יודע שהמקושש במיתה ובנות צלפחד יורשות אמנם אכתי יש לדקדק בהך ברייתא מכדי האי מעשה דמקושש קדים בפ' שלח ומעשה דבנות צלפחד בפ' פנחס וכן במעשה נמי קדים מעשה דמקושש למעשה דבנות צלפחד דמקושש זה צלפחד כדאיתא בשבת (ד' צ"ו ע"ב) בדברי ר"ע גופא שם א"כ מ"ט הקדים התנא ענין דבנות צלפחד לענין מקושש ויובן עפ"י מה דקשה לי ביבמות (ד' ה') דבעי למילף דעשה דוחה לל"ת שיש בו כרת מפסח ומילה ותמיד דדחו שבת וקאמר הש"ס מה לכולהו שכן ישנן לפני הדיבור וקשה דהא שבת נמי ישנה לפני הדיבור דהא במרה נצטוו עלי' וכיון דעשה שלפני הדיבור דוחה לל"ת שיש בה כרת דלפני הדיבור ה"ה לעשה שלאחר הדיבור דוחה ל"ת שלאחר הדיבור ואין לומר דעשה שלפני הדיבור חמיר טובא ודחי אפילו ל"ת שישנה לפני הדיבור אבל עשה שלאחר הדיבור קיל ולא דחי אפילו ל"ת שלאחר הדיבור דהא באמת אמרינן בירושלמי הובא בתוס' קדושין (ד' ל"ז) דעשה שלפני הדיבור קיל ולא דחי עשה דמצה את הל"ת דחדש והא דאמר ביבמות ומכולהו נמי שכן ישנן לפני הדיבור דמשמע דלפני הדיבור חמיר כבר ביאר השא"ר ז"ל (בס' צ"ו) שאין הטעם משום דישנה לפני הדיבור חמיר טפי אלא הכי קא מקשה הש"ס שכיון שישנה לפני הדיבור ונשנה לאחר הדיבור אלים למידחי ל"ת דשבת ע"ש בדבריו ז"ל. וא"כ אכתי קשה כמו שמצינו דעשה שנאמר לפני הדיבור ונישנית לאחר הדיבור כמו פסח ומילה דחי ל"ת שישנה לפני הדיבור ונישנית לאחר הדיבור ה"נ נילף שדוחה עשה דלאחר הדיבור גרידא ל"ת דלאחר הדיבור גרידא וכמדומה לי' שמצאתי קושיא זו ג"כ בס' מעה"ח ונראה לי ליישב דאמרינן בשבת (ד' פ"ז) ששי למאי רבא אמר לחנייתן ר"א בר יעקב אמר למסען וקמיפלגי בשבת דמרה דמ"ס אשבת איפקוד אתחומין לא איפקוד ומ"ס אתחומין נמי

איפקוד ופירשו רש"י ותוס' דתחומין היינו הוצאה דאהוצאה לא איפקוד במרה שעל כל המלאכות נצטוו חוץ מהוצאה וקשה מ"ש דנצטוו על כל המלאכות ולא נצטוו על ההוצאה:

ולולי דבריהם ז"ל היה נראה לפרש דבמרה לא נצטוו על שום מלאכה ורק בזכור לחוד נצטוו ולא בשמור וזהו אשבת איפקוד אתחומין לא איפקוד היינו אזכירה דשבת איפקוד לקדשו ומ"ד אשבת איפקוד ואתחומין נמי איפקוד סובר דאע"ג דלא נצטוו על שום מלאכה מ"מ אהוצאה איפקוד דהוצאה שניא מכל המלאכות דהוי הלכתא רבתא לשבת כמש"כ הפנ"י בשבת (דף פ"ז) דהכי מצינו שגם הנביאים הוכיחו את בני דורם אהוצאה כדכתיב בירמי' ולא תוציאו משא ביום השבת ע"ש ומ"ד דאתחומין לא איפקוד סובר כי היכי דלא איפקוד אכל מלאכה ה"נ לא איפקוד על ההוצאה ולפ"ז א"ש הא דפריך ביבמות מה לכולהו שישנן לפני הדיבור דשבת אינה לפני הדיבור דאף שנצטוו במרה לא נצטוו רק על הזכירה ולא על השמירה ומלאכות ולא היו לפני הדיבור [ומיושב בזה מה שהקשו התוס' שם אהא דאמרו אלמלא שמרו ישראל שבת הראשונה לא הי' שולטת בהן שום אומה ולשון שנאמר ויהי ביום השביעי יצאו מן העם ללקוט וכתיב בתרי' ויבוא עמלק ע"ש. והקשו התוס' דאמאי קרי לה שבת ראשונה הלא במרה נצטוו על השבת וזה היה שבת שלישית אחר מרה ולדברינו א"ש דבמרה לא נצטוו על המלאכות רק על הזכירה לחוד ולהכי חשיב לי' שבת ראשונה דבאותו שבת שנצטוו עלי' שלא ללקוט מיד עברו ע"ז ולהכי קרי לי' שבת ראשונה]:

ומעתה נראה לי לבאר היטיב בעז"ה הך ברייתא דר' חידקא גבי מקוששׁ שנסתפק משרע"ה באיזה מיתה לדונו שספיקו הי' ממש כהך ספק שנסתפק בענין ירושת בנות צלפחד אי א"י ירושה היא להם מאבותיהם או לא דאם א"י מוחזקת היא א"כ נוהג בהם כל פרטי התורה ובחילול שבת עונשו בסקילה דכיון דא"י מוחזקת היא והם קיבלו ברצון ע"מ שיהי' להם א"י כמש"כ בשם הרשב"א ז"ל להכי מיתתו בסקילה (דאף שסילקו עצמן דור המדבר מא"י כבר ביארנו דלר"ע דסובר קרקע אינה נגזלת אינו מועיל סילוק ור' חידקא מתלמידי ר"ע הוא כמו שהקדים בברייתא] אבל אי א"י אינה מוחזקת א"כ כ"ז שלא נכנסו לארץ לא זכו בה א"כ א"א לדון המחלל שבת בסקילה דהא לא קיבלו התורה ברצון אלא אם יהא להם א"י וע"כ א"א לחייבם אלא בתורת מורד במלכות ומיתתו בסייף כדין מורד במלכות וזה הי' ספיקא של מרע"ה שלא הי' יודע באיזה מיתה לדונו וא"ש מה שהקדים ספיקא של בנות צלפחד ואמר מקודם יודע ה' משרע"ה שבנות צלפחד יורשות אלא שלא הי' יודע אם נוטלות חלק בכורה אע"ג דהאי מעשה הי' אחר מעשה

דמקושש שרצה להשמיענו דהך ספיקא דירושת בנות צלפחד בחלק בכורה הי' ג"כ אצל משה במעשה דמקושש ומה שלא פשט בספיקא דבנות צלפחד דא"י מוחזקת היא ממה שנתחייב מקושש בסקילה הוא משום דאכתי נסתפק אולי מיתת מקושש הוראת שעה היתה כדאיתא בסנהדרין (דף פ') אליבא דר"י]:

כג

ובזה מבואר היטיב לשון המקרא אבינו מת במדבר והוא לא הי' בתוך העדה הנועדים על ד' בעדת קרח כי בחטאו מת דקשה טובא למה להן להזכיר מה שמת בחטאו ואין זה מגדר הכבוד לומר שמת בחטאו ואולי מת בעטיו של נחש ובש"ס קורא להן חכמניות דרשניות צדקניות. אבל לפי המבואר א"ש טובא לפי שרצו לרמז למשרע"ה שא"י מוחזקת וזכו בחלק בכורה ע"כ הזכירו לו שמת בחטאו היינו שנסקל ע"י חילול שבת וכיון שנידון בסקילה ע"כ שא"י מוחזקת ונתחייב סקילה ע"פ קבלת התורה שקבלו ברצון ע"מ שא"י שלהן וזהו כוונת ר"ע בשבת (דף צ"ו) מקושש זה צלפחד שנאמר ויהיו בני ישראל במדבר ולהלן הוא אומר אבינו מת במדבר לא למד ר"ע גז"ש זו רק מהשתוות המלות בלבד אלא על עצם הענין שמה שאמר ויהיו בנ"י במדבר מיותר הוא אלא להורות שע"י שהיו במדבר ולא נכנסו לארץ נסתפק משה ע"ה באיזה מיתה לדונו אי א"י מוחזקת היא או לא וכן מה שאמרו בנות צלפחד אבינו מת במדבר היתה כוונתן להזכיר למשרע"ה שאעפ"י שהי' במדבר ולא נכנסו לארץ עדיין והי' נידון בסקילה הוא משום שא"י מוחזקת והי' נחשב קבלת התורה קבלה גמורה לכן ביקשו חלק בכורה ולזה הזכיר ר"ח שר"ש השיקמוני הי' חבר מתלמידי ר"ע לרמז שכל דברי ר"ש השיקמוני בענין דרשתו בספיקא דמקושש למד הכל מדברי הברייתא דפ' הזורק שלמד מגז"ש דמדבר שמקושש זה צלפחד שמזה מוכח שכל הספק הי' הכל בענין אחד אי א"י מוחזקת היא או לא:

ובזה נראה לי לבאר הא דאיתא בשבת (דף צ"ו) אמר ר"י אמר שמואל מקושש מעביר ד' אמות ברה"ר הוה במתניתא תנא תולש הוה ר"א בר יעקב אמר מעמר הוה ע"כ ויש להבין במאי פליגי ולדברינו א"ש דר"י א"ש אזיל לטעמי' דסובר בב"ב (דף קי"ט) דא"י אינה מוחזקת דהא פריך התם אמאי דנוטל חלק בכורה והא אין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק ומשני אר"י א"ש ביתדות אוהלים וכיון דסובר דא"י אינה מוחזקת א"כ אמאי נתחייב המקושש בסקילה כיון דלא זכו עדיין בא"י לא נתחייב מטעם קבלת התורה לזה אמר שהי' מעביר ד' אמות ברה"ר וסובר כרבא דאמר בפ' ר"ע גם אתחומין איפקידו ונתחייבו על הוצאה ממרה ושם קיבלו ברצון והוזהרו גם על חיוב מיתת סקילה אז

כמש"כ הרשב"ם ז"ל בברייתא דר' חידקא שנסתפק אם לדונו בסקילה או בחנק דמשמע שכבר ידעו מדין סקילה וע"כ שנצטוו במרה כמו שכתב הרשב"ם שם לענין בנות צלפחד יורשות שנצטוו במרה על הדינין להכי נידון המקושש בסקילה אבל ראב"י לשיטתו אזיל דסובר ששי למסען ואתחומין לא איפקוד א"כ אף אם הי' מעביר ד"א ברה"ר נמי לא יתכן מה שהי' נידון בסקילה דהא לא נצטוו אהוצאה במרה וההכרח לאמר דא"י מוחזקת היא וסבר דזכו בה ומהני קבלתם ונתחייב סקילה גם על ציווי וקבלה דהר סיני לזה אומר תולש הוה וא"צ לומר שהעביר ד"א ברה"ר רק שבמה שקיבצם הוי מלאכה ואפ"ה נתחייב סקילה הואיל וא"י מוחזקת וא"ש:

כד

ובדברי הרשב"א ז"ל יש לתת טעם בהא דאמרינן בכמה דוכתא בש"ס דקדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קידשה לעתיד לבוא וקדושה שני' קידשה לע"ל. ועיין ברמב"ם ז"ל (ה' תרומות פ' א') שכתב טעם לזה ולדברי הרשב"א ז"ל הטעם מבואר דכיון דלא קיבלו ברצון אלא ע"מ שיהא א"י שלהם ואחר שיצאו מא"י שבטלה קבלתם בטלה גם קנינם בארץ כדכתיב ויתן להם עמל לאומים בעבור ישמרו חקיו *) וכשבטלה קבלת התורה ע"י מה שיצאו מן הארץ בעבור עוונם נתבטל ירושתם וקנינם. שהי' להם בארץ כמו שאמר הכתוב יחזקאל (ל"ג) בן יושבי החרבות האלה על אדמת ישראל אומרים לומר אחד הי' אברהם ויירש את הארץ ואנחנו רבים לנו נתנה הארץ למורשה לכן אמור אליהם כה אמר ה"א על הדם תאכלו ועיניכם תשאו אל גילוליכם ודם תשפכו והארץ תירשו וכיון שנתבטל קנינם בטל גם קדושת הארץ אבל בחורבן בית שני שכבר קיבלו בימי אחשורוש קבלה גמורה בלי תנאי אף שלא ישבו בארץ יהי' עליהם קבלת התורה לא בטל קנינם מן הארץ והרי היא שלהם אף שאין יושבין עליה וכיון שקנינם לא בטל גם קדושת הארץ לענין תרומות ומעשרות לא בטל וקדשה לע"ל:

כה

ומה שתלו קבלת התורה בירושת הארץ כבר ביאר הרמב"ן ז"ל בפ' אחרי וז"ל כי השם הנכבד ברא הכל ושם כח התחתונים בעליונים ונתן על כל עם ועם בארצותם לגווייהם כוכב ומזל ידוע כאשר נודע באצטגנינות וזהו שאמר אשר חלק ה' אותם לכל העמים כי חלק לכולם מזלות בשמים וגבוהים עליהם מלאכי עליון נתנם להיות שרים עליהם כענין שנאמר ושר מלך פרס כנגדי וכתיב ושר יון בא וגו' והנה השם הנכבד הוא אלהי אלהים ואדוני האדונים לכל העולם אבל ארץ ישראל אמצעות הישוב היא נחלת ד' מיוחדת לשמו לא נתן עליה מן המלאכים קצין שוטר ומושל בהנחילו אותה לעמו המיוחד לו

ולשמו זרע אוהביו וזה שאמר והייתם לי סגולה מכל העמים כי לי כל הארץ וכתיב והייתם לי לעם ואנכי אהי' לכם לאלהים לא שתהיו אתם לאלהים אחרים כלל והנה קדש את העם היושב בארצו בקדושת העריות וברובי המצות להיות לשמו לכך כתיב ושמרתם את כל חוקותי ואת כל משפטי ועשיתם אותם ולא תקיא הארץ אתכם. וכתיב ויאמר לכם אתם תרשו את אדמתם ואני אתננה לכם לרשת אותה אני ה' אלהיכם אשר הבדלתי אתכם מכל העמים יאמר כי הבדיל אותנו מכל עמי הקדם אשר נתן עליהם שרים ואלהים אחרים בתתו לנו את הארץ שיהיה הוא יתברך לנו לאלהים ונהי' מיוחדים לשמו והנה הארץ שהיא נחלת ה' הנכבד תקיא כל מטמא אותה ולא תסבול עובדי ע"ז ומגלים עריות והפרשה הזאת הזכירה המולך בכלל ע"ז עם זכרון העריות ועל כולם אמר אל תטמאו בכל אלה כי בכל אלה נטמאו הגוים ותקיא הארץ את יושביה וכן אמר בפרשה השניה ואבדיל אתכם מכל העמים להיות לי שהוא חומר איסור ע"ז ולכך אמר כי מפני שהם מיוחדים לשמו בעבור כן נתן להם את הארץ שנאמר ואומר לכם אתם תירשו את אדמתם ואני אתננה לכם לרשת אותה אני ה' אלהיכם אשר הבדלתי אתכם מכל העמים והנה בחוץ לארץ אעפ"י לשם הנכבד אין טהרה בה שלימה ולכך יאמר הכתוב אלהי כל הארץ יקרא כי הוא אלהי האלהים המושל על הכל והוא יפקוד בסוף על צבא מרום במרום וזהו ענין הכתוב שאמר בגזירת עירין פתגמא ומאמר קדישין שאלתא יאמר כי הדבר ההוא הנגזר על נבוכדנצר היא גזירת עירין פתגמא ומאמר קדישין שאלתא שגזרו על הכחות הנאצלין מהן לעשות כך ויקראו עירין כי מאצילות יתעוררו הכחות בכל הפעולות כמו שאמר וארו עיר וקדיש מן שמיא נחית קרא בחיל וכן אמר גודו אילנא וגו' ומאמר קדישין שאלתא כלומר ששאלו מ"ה הרצון העליון עליו ואחרי כן גזרו להעשות כן וזהו שאמר לו דניאל וגזירת עילאה היא כי הכל מאתו יתברך והנה השם הנכבד ית' אלהי האלהים בחוץ לארץ ואלהי ארץ ישראל שהיא נחלת ה' וזהו טעם וזנה אחרי אלהי נכר הארץ כי האלהות נכרים בארץ ה' ובנחלתו וזהו שנאמר ולא ידעו את משפט אלהי הארץ וישלח בם את האריות והנם ממיתים אותם כאשר אינם יודעים את משפט אלהי הארץ והנה הכותיים לא היו ענושים בארצם בעבדם את אלהיהם לשלח בהם את האריות ובבואם בארץ השם ועשו שם כמעשיהם הראשונים שלח בהם את האריות הממיתים אותם וכו' ולפיכך אמרו בספרי וירשתה וישבתה בה ושמרת לעשות ישיבת ארץ ישראל שקולה כנגד כל המצות שבתורה וכך הוא בתוספתא דע"ז. וזו היא מחשבת הרשעים שהיו אומרים ליחזקאל רבינו יחזקאל עבד שמכרו רבו יש עליו כלום שנאמר והעולה על רוחכם היו לא תהיה אשר אתם אומרים נהיה כגוים כמשפחות האדמה לשרת עץ ואבן

וזו היא מצות יעקב אבינו לביתו ולכל אשר עמו בשעת ביאתם לארץ הסירו את אלהי הנכר אשר בתוככם והטהרו והשם לו לבדו נתכנו עלילות שמתה רחל בדרך בתחילת בואם לארץ כי בזכותה לא מתה בחוץ לארץ ובזכותו לא ישב בארץ עם שתי אחיות והיא היתה הנשאת באיסור האחוה ונראה שנתעברה מבנימין קודם בואם בשכם ולא נגע בה בארץ כלל מפני הענין שהזכרנו. אמר הנביא ושלמתי ראשונה משנה עוונם וחטאתם על חללם את ארצי בנבלות שקוציהם ותועבותיהם מלאו את נחלתי והענין הזה במקומות רבים בכתובים עכ"ל ז"ל בקיצור:

כו

ובארנו בזה מאמר הכתוב בנחמי' (ח' י"ג) וימצאו כתוב בתורה אשר צוה ה' ביד משה אשר ישבו בני ישראל בסכות בחג בחודש השביעי ואשר ישמיעו ויעבירו קול בכל עריהם ובירושלים לאמר צאו ההר והביאו עלי זית ועלי עץ שמן ועלי הדס ועלי תמרים ועלי עץ עבות לעשות סוכות ככתוב ויצאו העם ויביאו ויעשו להם סוכות וגו' ויעשו כל הקהל השבים מן השבי סוכות וישבו בסוכות כי לא עשו מימות ישוע בן נון כן בני ישראל עד היום ההוא ע"כ והדקדוקים רבו במקראות קודש האלו, א' מה שאמר שמצאו כתוב בתורת ה' לעשות בני ישראל סוכות אטו נשכח מהם מצות סוכה לגמרי, ב' גם מה שאמר כי לא עשו כן בני ישראל מימות יהושע בן נון. וכי אפשר שבימי יהושע והזקנים והנביאים ומלכי ישראל הצדיקים לא עשו כסוכות הזה ובגמרא דערכין (דף ל"ב) מקשה כן וקאמר נמי והיינו דקפיד קרא עלי' דיהושע דבכל דוכתא כתיב יהושע הכא כתיב ישוע בשלמא משה לא בעי רחמי דלא הוי לי' זכותא דא"י אלא יהושע דהוי לי' זכותא דא"י אמאי לא בעי רחמי כדקאמר התם מעיקרא דבעו רחמי על יצרא דעבודת כוכבים ובטלום ואגין עלייהו כי סוכה עכ"ל הגמרא והיינו דעזרא וסייעתו בעו רחמי איצרא דעובדת כוכבים דליבטל וזהו חג הסוכות שעשו דאגין עלייהו כי סוכות ומתרעם הכתוב על יהושע שלא עשה כן ולהבין מה ענין סוכות ליצרא דע"ז ולזכותא דא"י נקדים לבאר הפסוקים בפ' כי תבוא אחר שאמר כל דברי התוכחה וצ"ח קללות אמר אתם ראיתם את כל אשר עשה ה' לעיניכם בארץ מצרים לפרעה ולכל עבדיו ולכל ארצו המסות הגדולות אשר ראו עיניך האותות והמופתים הגדולים ההם ולא נתן ה' לכם לב לדעת ועינים לראות ואזנים לשמוע עד היום הזה ואולך אתכם ארבעים שנה במדבר לא בלו שלמותיכם ונעלך לא בלתה מעל רגלך לחם לא אכלתם וגו' ותבואו אל המקום הזה ויצא סיחון מלך חשבון ועוג מלך הבשן לקראתינו למלחמה ונכם ונקח את ארצם ונתנה לנחלה לראובני ולגדי ולחצי שבט המנשה ושמרתם את דברי הברית הזאת ועשיתם אותם למען תשכילו את

אשר תעשון והנה המקראות האלה צריכם ביאור א' דמאי שייטא להזכירם נחלת הב' שבטים אחר הצ"ח קללות, ב' מדוע הפסיק בין סיפור הניסים שעשה להם במצרים ובין הניסים והמופתים שעשה להם במדבר בקרא דלא נתן לכם ה' לב לדעת ונראה משום דאמרינן בגמרא בע"ז (דף ה') ת"ר מי יתן והי' לבבם זה להם א"ל משה לישראל כפויי טובה בני כפויי טובה בשעה שאמר הקב"ה לישראל מי יתן והי' וגו' הי' לכם לאמר תן אתה. כפויי טובה דכתיב ונפשינו קצה בלחם הקלוקל בני כפויי טובה דכתיב האשה אשר נתת עמדי היא נתנה אף משרע"ה לא רמזה להן לישראל אלא לאחר ארבעים שנה שנאמר ואולך אתכם במדבר מ' שנה וכתיב ולא נתן וגו' אמר רבה ש"מ לא קאי אינש אדעתי' דרבי' עד ארבעים שנין עיי"ש בפירוש רש"י ותוס' ז"ל ולפ"ז א"ש שהזכיר הך תוכחה דלא נתן לכם לב לדעת אחר הזכרת המופתים שבארץ מצרים וקודם המופתים שבמדבר מפני שמתרעם עליהם על שלא אמרו תן אתה בשעה שאמר מי יתן והי' לבבם זה להם כל הימים וקרא דמי יתן נאמר בשעת מ"ת לכן הזכיר זה אחר מופתים שבארץ מצרים וקודם מופתים שבמדבר שאז הי' זמן תורה:

כז

ולהבין הדבר שהזכיר כאן האי ענינא שלא אמרו תן אתה בשעה שאמר להם מי יתן יבואר ע"פ מה דאמרינן בשבועות (דף ל"ו) אל יכך ויברכך וייטיב לך ר"מ מחייב וחכמים פוטרים ומפרש בגמרא דמאן דמחייב משום דאית לי' דמכלל לאו אתה שומע הן והוי שבועה מעליא:

והקשה הר"ן ז"ל דהא אמרינן בקדושין (דף ס"ב) בשלמא לר"מ היינו דכתיב אם בחוקותי תלכו וגו' ואם בחוקותי תמאסו אלא לרחב"ג אם בחוקותי תמאסו ל"ל כיון דמכלל לאו אתה שומע הן ומשני אצטריך דה"א אם בחוקותי תלכו ברכה ואם בחוקותי תמאסו לא ברכה ולא קללה קמ"ל וא"כ אמאי קחשיב שבועה אם אמר יברכך אם תעידוני הא מזה לא משמע אלא דאם לא יעיד לא יהא בכלל ברכה אבל אכתי קללה לא משמע אף אם נימא מכלל לאו אתה שומע הן עיי"ש שדחק עצמו בזה ונראה לי ליישב דהתם יליף דבעינן תנאי כפול ומכלל הן אי אתה שומע לאו מתנאי ב"ג ובני ראובן שהוצרכו לכפול תנאם שאם לא יעברו ונאחזו בתוככם בארץ כנען וע"ז פליג רחב"ג ואמר דלא בעינן תנאי כפול והא דהוצרך לאמר אם לא יעברו ונאחזו בתוככם הוא משום דאי לא הוי אמר הכי יש במשמע שאם לא יעברו אפילו בארץ כנען לא ינחלו וקאמר עלה בברייתא משל דרחב"ג למה הוא דומה לאדם שמחלק נכסיו ע"פ ואמר פלוני בני ירש שדה פלונית ופלוני בני ירש שדה פלונית ופלוני בני יתן מאתים זוז וירש שדה פלונית ואם לא יתן

מאתים ירש עם אחיו בשאר נכסים מי גרם לו לירש עם אחיו בשאר נכסים כפילו גרם לו ע"כ והיינו דמי גרם לב"ג ובני ראובן שאם לא יעברו יטלו חלק בתוך כל ישראל כפילו גרם להם ואם לא כפלו ה"א דאם לא יעברו יפסידו חלקם בא"י לגמרי ולא יהי' להם חלק כלל וכלל עיי"ש ברש"י ובתוס' כתבו וקשה דהיכי ס"ד שלא יטלו כלל בארץ כנען כיון שסייעו בכיבוש כמו אחרים רק שלא עברו חלוצים ותירצו דסד"א כיון שהוקצה ארץ כנען לשאר שבטים מאותה שעה ששאלו ב"ג וב"ר ארץ הגלעד ונעשו כמו שסילקו עצמן מלחלוק בארץ כנען ונימא שאם לא יקיימו תנאם לא יהי' להם חלק בארץ קמ"ל שיש להם ושיטלו חלקם כשאר שבטים כאן וכאן אף אם לא יעברו חלוצים עכ"ד התוס' והמהרי"ט הקשה ע"ז וז"ל קשיא לי כיון שא"י מוחזקת בידם ויד הכל שוין בה היכי מהני סילוק הא אמרינן ברישׁ הכותב וכי כתב לה מאי הוי והתניא האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו ואין לי עסק בה וידי מסולקת ממנה לא אמר כלום ופרש"י ז"ל כגון שדה של שותפין ואמר אחד לחבירו אחד מן הלשונות הללו וכו' ועוד בפ' השולח אמרינן מקבל מתנה שאמר לאחר שבאת מתנה לידו מבוטלת היא תבטל אי אפשי בה לא אמר כלום עיי"ש ושותף שאמר על חלקו אי אפשי בה וידי מסולקת ממנה פשיטא דלא מהני. ויש לומר שכך הם דברי התוס' דמששאלו ארץ הגלעד דהיינו משבררו אותה לחלקם מאותה שעה זכו השבטים בכל א"י אף בחלק המגיע לב"ג וב"ר דאמרינן בפ' בית כור האחין שחלקו כיון שעלה הגורל לאחד מהן קנו כולם מתחילת א"י מה תחילה בגורל וכו' ומסיק רב אשי בההיא הנאה דצייתי אהדדי גמרי ומקני אהדדי ואכתי קשה נהי שסלקו עצמן מלחלוק בארץ כנען כי סבורין היו ליטול חלק בארץ הגלעד אבל לאחר שנתבטלה זכותם בארץ הגלעד מחמת שלא קיימו התנאים איגלאי מילתא למפרע שמאותו שעה לא זכו בארץ גלעד. ומכיון שלא זכו בארץ גלעד אף שאר שבטים לא זכו בחלקם שבארץ כנען דאפילו תימא דהוי כמו סילוק מ"מ אדעתא דהכי לא נסתלקו כדאמרינן בהגוזל בתרא גבי חמרא דרב ספרא אדעתא דאריא אפקרי' אדעתא דכ"ע לא אפקרי' והיכי תיסק אדעתין דאף בארץ כנען לא ינחלו ויש לומר דשאני הכא שהי' בידם לקיים התנאי ולעבור לפניהם חלוצים כמו שהתנו ואם מדעת רצו שלא לקיים תנאם הפסידו לגמרי דלא שייך לומר דאדעתא דהכי לא התנו דמי מעכב על ידם הלכך אבידה מדעת היא עכ"ל המהרי"ט ויצא לנו מדבריו דשותפין שבירר אחד חלקו וזכה בו בקנין [כמו שזכו ב"ג וב"ר בארץ גלעד שכבר ישבו בה] והותיר לשותפו והתנה שהוא זוכה בחלקו ומותיר לשותפו השאר ע"מ שיעשה דבר פלוני יש חילוק בדבר אם התנאי אין בידו לקיים ולא קיימו אמרינן אדעתא דהכי לא בירר ולא סילק נפשו מן הנכסים

ובטלה חלוקה אבל כשבידו לקיים התנאי ואין מעכב בזה רק שהוא בעצמו לא רצה לקיים התנאי נתקיימה החלוקה הראשונה ואבד חלקו משאר נכסים ששייר לשותפו וזכו השותפים בחלקם שנשאר להם דאבידה מדעת היא:

כח

ולפ"ז נראה דהיינו דקאמר דלא קשה לרחב"ג מהא דכתיב אם בחקותי תלכו ואם בחקותי תמאסו משום דה"א דאם בחקותי תלכו ברכה ואם לאו לא ברכה ולא קללה משום דכל הברכות המיועדות להם אם ילכו בחקותיו הם למעלה מן הטבע גבוה ונשא מאוד ממערכת השמים ואף אם מצבא מערכות השמים מיועד ח"ו להיות קללה ע"פ תבל המה לא יחתו מזה כי הוא יתברך חלקם וצור גואלם המביט אל כל מעשיהם הטובים ומשלם להם כפעלם הטוב ולא יתנם לכל צבא השמים למשול בם כאשר עשה לכל הגוים אשר לא באו בבריתו אך הוא בעצמו יפתח להם את אוצרו הטוב ועינו יתברך על מראשית השנה עד אחרית השנה לטובה אם בחקותיו ילכו וע"ז אמר דאי לאו קרא דאם בחקותי תמאסו בודאי דה"א דאם בחקותי תמאסו לא קללה ולא ברכה היינו דיפסידו הברכה שהובטחו לקבל מידו יתברך אשר למעלה ממערכות השמים אבל קללה נמי ליכא היינו שלא יפסידו חלקם משאר האומות ויהי' השפעתם ממערכת השמים באמצעות המערכות ויהי' בית יהודא ככל הגוים תחת השמש והירח והכוכבים וכל צבא השמים אשר חלק אותם ה' לכל העמים תחת כל השמים ואף שלא קיימו תנאם בברית קיום התורה מ"מ לא הפסידו חלקם עם שאר האומות כי לא נופלים הם מהם וכמו היורש שלא נתן מאתים זוז ולא זכה ליטול שדה המובחרת שנתייחד לו עכ"ז לא הפסיד חלקו עם שאר אחיו לחלוק בשוה עמהם כי אף שלא קיים התנאי ולא נתייפה כחו ליטול חלק יפה מהם אבל אכתי לא נגרע כחו להפסיד חלקו וקמ"ל קרא וכפילא דאם בחקותי תמאסו קללה. היינו שמיועדים ח"ו לכל הקללות והתוכחות האמורים בתורה יותר משאר העמים. מפני שכל העמים נטלו חלקם בצבא מערכת השמים והם הפסידו חלקם מהם לגמרי ונסתלקו מהם ואבדו זכותם ולא יורק עליהם ברכות צבא השמים כי אבדו זכותם ע"י שהגיעו כל ברכות המערכה לכל העמים אשר זכו בה ע"י הסתלקות ישראל מהם ובחירתם להם החלק הטוב והיפה אשר מעל לכל צבא השמים וכאשר בחקותיו ימאסו לא מבעי כי אין להם אגרא והפסידו חלקם היפה אלא אף דינא שאין להם חלק בהשפעות מערכת השמים ונשארים קרח מכאן וקרח מכאן. וכמאמר ר"י בן זכאי בכתובות (דף ס"ו) אשריכם ישראל בזמן שאתם עושים רש"מ כו':

כט

ובזה מיושב קושית הר"נ בהא דאמרינן דלמ"ד דאית לי' מכלל לאו אתה שומע הן אם אמר אל יכך ויברכך נשמע קללה אם לא יעיד ובקדושין אמרינן דאי לאו קרא ה"א לא דינא ולא אגרא ולפי דברינו א"ש ולא קשה מידי דודאי אי לאו דכתיב אם בחקותי תמאסו לא הוי נשמע קללה מכלל אם בחוקתי תשמעו דה"א דלא הפסידו חלקם עם שאר האומות ואין כאן קללה דלא גרעי משאר אומות עמי הקדם המושפעים מצבא השמים אבל השתא דכתיב אם בחוקתי תמאסו קללה והפסידו חלקם עם שאר האומות ממילא אם אמר יברכך אם תעידוני נשמע מזה קללה אם לא יעיד למ"ד לא בעינן תנאי כפול כיון דניטל ממנו ברכת ה' הרי הוא בכלל קללה אחרי שהפסידו בנ"י הצלחות מערכות השמים:

ל

ועתה יובנו היטב הכתובים שאמר להם אחר שסיים והגיד להם התוכחה בצ"ח קללות אם לא ישמעו בקול ה' אתם ראיתם את כל אשר עשה ה' במצרים לעיניכם וגו' ואולך אתכם ארבעים שנה במדבר לא בלו שלמותיכם ונעלך וגו' לחם לא וגו' והנה מה רב טוב ההנהגה הנסיית הבאה ע"י השגחתו יתברך אשר כל טובה וברכה לא יבצר ממנה וביאר להם עוד שלא נתן להם ה' לב לדעת ועינים לראות ואזנים לשמוע היינו כמו שדרשו רז"ל שלא אמרו בשעה שאמר להם מי יתן והי' לבבם זה להם כל הימים תן אתה שהי' להם לאמר דהיינו שבידם להתפלל לד' שיתן להם לב טהור והי' ממלא משאלותם כי הבא לטהר מסייעין לו כדכתיב לענוים יתן חן וא"כ בידם לשמור את כל התורה וא"כ התנאי שקבלו עליהם לקיים את התורה הוא בידם לקיים ממילא ע"י הקבלה שקיבלו עליהם וניתן להם ע"י זה הנהגה הנסיית לחבל נחלתם הפסידו חלקם עם שאר האומות מהנהגות מערכת השמים כמו שבארנו דבתנאי שבידו לקיים זכה בחלקו ומסתלק כחו וזכותו משאר החלקים וע"ז אמר ותבאו אל המקום הזה ויצא סיחון מלך חשבון ועוג מלך הבשן לקראתנו ונכם ונקח מהם את ארצם ונתנה לראובני ולגדי ולחצי שבט המנשה שניתן להם ארץ סיחון ועוג והוא שייך להם וכבר זכו והפסידו חלקם בארץ כנען אף אם לא יעברו חלוצים שלא יתקיים התנאי עכ"ז כבר זכו בארץ הגלעד ונסתלקו מארץ כנען הואיל ובידם לקיים התנאי ולעבור חלוצים רק בחמלת ד' עליהם נצטוותי ואמרתי להם ואם לא יעברו ונאחזו בתוככם]. וא"כ גם בדבר הזה הואיל ובידכם לקיים את התורה ע"י שישאלו מה' ויאמרו לו תן אתה לב טהור] זכיתם בהנהגה הנסיית והפסדתם חלקכם עם שאר האומות ממערכות השמים. כי על כן ושמרתם את דברי הברית הזאת למען

תשכילו את אשר תעשון היינו מוכיח דאי אפשר להשיג לכם הברכה בכל אשר תעשון כ"א בשמירת דברי הברית מפני כי הפסדתם חלקכם עם שארי האומות כמו שראינו בענין ב"ג. וב"ר:

לא

ובזה יבואר הכתובים בנחמי' כי ענין מצות סוכה יורה על שהוציאנו מממשלת צבא השמים ונתונים נתונים אנחנו להשגחת ה' והנהגתו בלי שום אמצעי ולא ככל הגוים בית יהודא החוסים בצל צבא השמים אשר חלק להם. ולזה נצטוינו לעשות צל סוכה ודרשו חז"ל חג הסכות לה' שבעת ימים מה חג לד' אף סוכה לד' [ויתירה מצות סוכה על שאר מצות כי בשאר מצות אין בהם קדושה ואינם אסורים ליהנות מהם מן התורה רק מדרבנן משום איתקצאי למצותה אבל בסוכה אסור מן התורה מהאי קרא כמבואר בסוכה (דף ט') ובביצה (דף ל"ב) ובתוס' שם] ובעת שאנו מקריבים פרי החג על שבעים האומות לקיום העולם באותו זמן ממש נצטוינו לקיים מצות סוכה כדי להראות שאף שהם עובדים לצבא השמים אבל אנחנו חוסים בצל כנפי ה' והנהגתו ועל כן ייחס להתפלל לבטל יצרא דע"ז לחג הסכות ודרשו על פסוק ויעשו בני ישראל חג הסכות היינו דבעו רחמי איצרא דע"ז דליבטל כי מצות סוכה מורה ע"ז. ואמר כי לא נעשה כחג הזה מימות ישוע בן נון וכתיב חסר באשר כי התרעם על יהושע על אשר לא עשה כחג הסכות הזה בימיו להתפלל על ביטול יצרא דע"ז ולא התרעם על משה מפני שלא היה יכול להתפלל ע"ז שלא היה לו זכותא דא"י וזכותא דא"י מהני להתפלל איצרא דע"ז וכמו שבארנו בשם הרמב"ן ז"ל שכל הארצות נמסרו להנהגות מערכות השמים וא"י נשארה אך ורק להנהגת ה' לבדו דכתיב עיני ה"א בה מראשית השנה ועד אחרית שנה ויהושע שהי' לו זכותא דא"י היה יכול לעשות הסכות ולהתפלל על יצרא דע"ז ולא עשה כן ובימי עזרא נעשה החג הזה ככתוב הוא הדבר אשר דיבר הרמב"ן ז"ל באמצעות קבלות התורה עליהם ועל זרעם וקנינם קנין אמתי בארץ הקדושה מקושרים אנחנו בפרטי התורה בקשר אמיץ אשר לא ינתק לאחוזת עולם כי הוא משפט אלקי הארץ:

לב

והנה אחרי שבארנו שענין המצות אשר נצטוינו יש לנו שתי אלה הבחינות כי דבוקים וקשורים בנפשותיהם וכגנה זרועיה תצמיח כן יצמיחו פעולת המצות להביא עלינו פרי מעללינו ואף גם זאת כי כח הטוב והרע הנטוע בהם לא יפעול עלינו כ"א לפי ערך התרחקותם והתקרבותם לרצון הבורא ית"ש כפי שבארנו לעיל בכונת המשנה דשלהי מכות. אשר לכאורה שתי אלה מתנגדים זה לזה כי אם עצם הצווים נותנים כח ועוז בהם

להרע ולהיטיב לעושיהם מה יפעל בהם התרחקותם או התקרבותם לרצון הבורא אבל הענין מבואר כי הכתוב אומר כי נר מצוה ותורה אור דימה הכתוב מצוה לנר ותורה לאור. כי המצוה היא כמו נר אשר הנר אינו מאיר עד שיאחז בו אור האש כן המצוה אינה פועלת להאיר על האדם כי אם בהאחז בה אור התורה אם עושה אותן האדם בשביל קיום מצות התורה אז נאחז בה אור התורה להאיר על האדם ולהביא עליו הטוב הכרוך בעקבה. ולהכי כתב הר"נ ז"ל בר"ה דאף למ"ד מצות א"צ כונה וסתמא לשמה קאי מ"מ אם מכוין להדיא שלא לצאת אינו יוצא בה הרי אף שעשה מעשה המצוה ולא רצה שתאחז באור התורה לקיים מצות הבורא ככתוב עלינו בתורה לא עשה ולא כלום וזהו כי נר מצוה ותורה אור:

ועתה לא נפלאת היא ולא רחוקה היא אשר כמו במעשה שמים וארץ אף כי תבל ומלואה בששת ימי בראשית הכינם גם יסדם ויעמידם לעד לעולם עכ"ז אומר הכתוב לעושה אורים גדולים כי לעולם חסדו לא אמר לעשה אורים גדולים אלא לעושה בלשון הוה שהוא עושה גם עתה כי הוא הנותן כח ועוז לכל צבא השמים והארץ להיות חיים וקיימים לפניו יום יום והוא המכונן עמודיהם סלה לבל ימוטו וכן הדבר בפעולת בני אדם אף כי הם כעץ עושה פרי אשר זרעו בו למינהו איש איש ממלאכתו אשר הם עושים עכ"ז לא יסבו בלכתם מעיני המביט לארץ ממכון שבתו על כל יושבי הארץ לתת לאיש כפרי מעלליו:

חלק אורח חיים

סימן א

דין כלאים בציצית ועשה דוחה ל"ת:

במנחות (דף ל"ט:) אמר שמואל משמי' דלוי חוטי צמר פוטרין בשל פשתן איבעיא להו של פשתן מהו שיפטרו בשל צמר, צמר בפשתים הוא דפטר כיון דתכלת פטרה לבן נמי פטר אבל פשתים בצמר לא או דילמא כיון דכתיב לא תלבש שעטנז צמר ופשתים יחדיו גדילים תעשה לך ל"ש צמר בפשתן ל"ש פשתן בצמר ת"ש דאמר רחבה אר"י חוטי צמר פוטרין בשל פשתן ושל פשתן בשל צמר עכ"ל הגמרא וכתב הרמב"ם ז"ל (בפ"ג מהלכות ציצית) ומהו לעשות חוטי צמר בכסות של פשתן או חוטי פשתן בכסות של צמר אעפ"י שהוא לבן בלא תכלת בדין שיהא מותר שהרי התכלת צמר הוא ומטילין אותו לפשתן ומפני מה אין עושין כן מפני שאפשר לעשות החוטין ממינו וכ"מ שאתה מוצא עשה ול"ת אם אתה יכול לקיים שניהם מוטב ואם לאו יבא עשה וידחה ל"ת וכאן אפשר

לקיים שניהם וכ' הכ"מ בשיטת הר"מ ז"ל דלא פסק כשמואל דחוטי צמר פוטרין בש"פ ולא כפשיטותא דרחבה אר"י אלא כי הא דאמרינן שם גבי סדין בציצית דב"ש פוטרין ואמרינן דטעמא משום גזירה דקלא אילן ופריך ולא יהא אלא לבן ומשני משום דאפשר במינן כדר"ל דאר"ל כ"מ שאתה מוצא עשה ול"ת אם אתה יכול לקיים שניהם מוטב ואם לאו יבא עשה וידחה ל"ת אלמא דלבן של כלאים אסור וסובר הר"מ ז"ל מדאורייתא נמי איירי שאף שהתורה התירה כלאים בציצית לא הותר אלא מה דא"א בענין אחר כמו תכלת בפשתן דא"א לקיים מצות תכלת אלא ע"י שידחה לאו דכלאים אבל לבן שבו כיון דאפשר לקיים במינו לא דחי ל"ת דכלאים ומפני סוגיא זו דחה מימרא דשמואל עיי"ש בכ"מ:

והנה גם התוס' שם הקשה אהא דאמר הש"ס אפשר לקיים במינו ממימרא דשמואל דחוטי פשתן פוטרין בש"צ. ותי' דשמואל מיירי במקום תכלת דמגו דתכלת פוטר לבן נמי פוטר אבל שלא במקום תכלת אמרינן אפשר במינו:

והכ"מ כתב דהר"מ ודאי דלא סובר לחלק בין מקום תכלת לשלא במקום תכלת דאי הוי סובר לחלק בהכי לא הוי שתק מלכתוב דבמקום תכלת שרי להטיל לבן משאינו מינו גם התי' השני שכתבו התוס' דמדאורייתא ודאי דהותר לגמרי כלאים בציצית אף היכא דאפשר במינו והא דאמרינן כיון דאפשר במינו לא דחי הוי רק מדרבנן בעלמא עיי"ש בתוס'. נראה ודאי דאין דעת הר"מ כן אלא דאפילו מה"ת לא דחי היכא דאפשר במינו דהא (בהלכה ח') כ' סדין בציצית אסור להטיל בו ציצית מדרבנן גזירה משום כסות לילה כשינויא דר' זירא ואם איתא דמ"ש גבי לבן של כלאים דאסור משום דאפשר במינו הוי רק מדרבנן א"כ למה איצטריך כלל להאי טעמא דאפשר במינו. דבלא"ה אסור משום כסות לילה ומה"ט דגזרינן גבי תכלת משום כסות לילה ה"נ יש לגזור בלבן משאינו מינו ובגמרא הא דקאמר האי טעמא אפשר במינו היה קודם שידע טעם איסור התכלת משום גזירה דכסות לילה אבל השתא דמסיק טעמא דכסות לילה אין אנו צריכין לטעם דאפשר במינו גבי לבן. א"ו דהאי טעמא דאפשר במינו הוי מדאורייתא ולהכי כתב גבי לבן האי טעמא להשמיענו דלבן שאינו מינו אסור מה"ת משא"כ תכלת דשרי מה"ת אסרינן מדרבנן משום גזירה דכסות לילה ובלא"ה הלשון דחוק לפרש דהא דקאמר אפשר במינו מדר"ל הוי מדרבנן דמימרא דר"ל איתאמר בכל דוכתא לענין מדאורייתא כדאיתא בשבת (דף קל"ג) גבי קרא דבשר ערלתו דפריך מדר"ל. וכן ביבמות (דף ך') דמוכח דאי אמרינן דח"ל לא מתייבמי משום גזירה דביאה ראשונה אם בעלו קנו משום דמה"ת מתיבמת דעשה דוחה ל"ת ואי הא דאמרינן דאינן מתייבמות הוא משום דר"ל דאפשר בחליצה

אם בעלו לא קנו אלמא דהא דר"ל הוי מדאורייתא וכיון דהוי מדאורייתא ודאי דקשה מהא דשמואל דלא חייש לאפשר במינו:

ואין לומר דהר"מ ז"ל מפרש דסוגיא דאפשר במינו פליגי אמימרא דשמואל דשמואל סובר דכלאים בציצית הוי היתר גמור אפילו בדאית לי' ממינו כמ"ש התוס' גבי הא דקאמר שמואל תכלת אין בו משום כלאים דלגמרי התיר הכתוב כלאים בציצית אפילו בלילה אבל הך סוגיא דאפשר במינו סברה דהוי רק דיחוי כשאר עשה דוחה ל"ת שבתורה להכי במה דאפשר במינו לא דחי והר"מ פסק כהך סוגיא משום דסוגיא דפר"ק דיבמות נמי סברה דהוה רק דיחוי דהא יליף מכלאים בציצית דעדל"ת דזה דוחק גדול דכל סוגיא דיבמות אזלא דלא כשמואל ועוד דהא הך סוגיא דיבמות אזלא כשמואל דאמר התם כתב רחמנא צמר ופשתים דאפילו צמר לפשתים ופשתים לצמר והיינו כשמואל:

ויותר קשה כיון דהך סוגיא דיבמות אזלא כשמואל דכלאים בציצית הוי היתר גמור א"כ מנ"ל למילף מכאן לכל התורה כולה דעשה דוחה ל"ת דלמא שאני כלאים בציצית דהוי היתר גמור דשרי אפילו היכא דאפשר במינו אבל בכל התורה דהוי דיחוי אימא דלא דחי כלל *):

וראיתי להרשב"א ז"ל בחידושיו ביבמות בסוגיא דעליה שפירש הא דאמר שמואל חוטי פשתן פוטר בשל צמר וש"צ בש"פ מיירי בדלית ליה ממינו:

ועיקר רבותא דשמואל להשמיענו דצמר פוטר בש"פ ולא בעינן מין כנף דווקא ולא בא להשמיענו כלל רבותא בדין כלאים. דכיון דל"ל ממינו ודאי דעשה דוחה ל"ת והש"ס דקאמר גבי קלא אילן אפשר במינו היינו היכא דאית לי' ממינו לא דחי ואסור להטיל משאינו מינו כדר"ל דאמר כ"מ שאתה מוצא כו' ע"כ דברי הרשב"א ז"ל אבל לשון הר"מ ז"ל ודאי משמע דאפילו לית לי' ממינו אסור לעשות הלבן מכלאים דלא מפליג כלל בין אית ליה ממינו בין לית לי' ממינו וכן משמעות דבריו שסיים וכאן אפשר לקיים שתיהן. וכן מצאתי להרב"י באו"ח (סימן י"א) שדעתו בשיטת הרמב"ם דאפילו אין לו ממינו אסור להטיל לבן של כלאים ואף דבכה"ת עשה דוחה ל"ת היכא דל"ל של היתר ומקרי אינו יכול לקיים שתיהם כמו גבי מילה בצרעת בשבת (דף קל"ג) דאי ליכא אחר מיקרי א"א יכול לקיים שתיהן ושרי לאבי הבן למול וכן גבי מצה של חדש שהביאו התוס' בספ"ק דקדושין בשם הירושלמי דעשה דוחה ל"ת מ"מ גבי כלאים בציצית נראה דהיינו טעמא דלא דחי אפילו היכא דל"ל ממינו משום דאינו מחויב ללבוש בגד של ד' כנפות רק אם לובשו מחויב להטיל בו ציצית כמ"ש הר"מ (בפ"ג מהלכות ציצית) להכי לא דחי אפילו אם ל"ל ממינו דלא ילבש הבגד ולא יצטרך לעבור על איסור כלאים ודווקא לענין

תכלת בבגד פשתן גלי קרא דדחי דאל"כ יתבטל מצות תכלת בבגד פשתן לגמרי ואין לומר דניקו ונימא ליה שלא ילבש בגד פשתן כלל ויתקיים מצות תכלת בבגד צמר דז"א דהא עיקר מצות תכלת וציצית ניתן על בגד צמר ופשתים ומכש"כ לפי מה שפ' הר"מ ז"ל כמ"ד דשאר מינין אינן חייבין אלא מדרבנן א"כ מצות ציצית ותכלת ניתן רק על אלו שני מינין צמר ופשתן ואם נימא דלא ילבש פשתן עם תכלת הרי אנו עוקרין מצות תכלת בפשתן לגמרי אבל גבי לבן שפיר אמרינן דאפילו אין לו ממינו לא יטיל משאינו מינו ולא ילבש הבגד כשאין לו לבן ממינו ונתקיים מצות לבן בשני המינים היינו בצמר ופשתן כשיהיו לו ממינו ולישנא דהש"ס נמי הכי משמע דקאמר אפשר במינו ולא אמר גזירה שמא יהיה לו ממינו והיינו משום דכיון דאפשר להתקיים המצוה במינו אסור אפילו אין לו ממינו משום דאמרינן שלא ילבש הבגד כלל כשאין לו ממינו. ואף דלגבי יבום אמרינן ביבמות דע"ד ל"ת ולא איכפת לן במה דאפשר בחליצה משום דחליצה במקום יבום לאו מצוה היא אלמא דלא חשבינן הא דאפשר למיפטר נפשי' ממצוה לאפשר לקיים שתיהן התם שאני דכיון דכבר חלה עליו המצוה לא חשבינן חליצה לאפשר אבל הכא שאם אינו לובש בגד של ד"כ לא חיילה עלי' חובת מצות עשה דציצית עדיפא לי' שלא ילבש הבגד משילבשנו ויעבור על הל"ת זו מה שנראה בשיטת הרמב"ם ז"ל:

מעתה צריכין ליישב שיטת הר"מ ז"ל כיון דמתפרש להא דאמרינן אפשר במינו היינו דמהאי טעמא לא דחי כלל אפילו בדלית לי' ממינו ואפילו מדאורייתא לא דחי דהא אמר שמואל דפשתן פוטר בש"צ וש"צ פוטר בש"פ וכן אמר שמואל שם במנחות תכלת אין בו משום כלאים ואפילו בטלית פטורה ומסיק מאי פטורה אפילו הטיל למוטלת ופרש"י ז"ל כגון הטיל למוטלת דכי שרא רחמנא כלאים בציצית לגמרי אישתרי והתוס' פירשו שם דאפילו בלילה דלאו זמן ציצית נמי אין בו משום כלאים והר"מ ז"ל השמיט גם הך מימרא דשמואל:

ע"כ נראה לפענ"ד בשיטת הרמב"ם ז"ל, דשמואל במימרא דפשתן פוטר בש"צ וש"צ בשל פשתן וכן באידך מימרא דתכלת אין בו משום כלאים אזיל לטעמי' דאמר שם כלי קופסא חייב בציצית דציצית חובת מנא וא"כ אנו צריכין להבין בעיקר הדברים מ"ט אתי עשה דציצית ודחי ל"ת דכלאים. הא יכול לקיים עשה דציצית כשהוא מונח בקופסא ול"ת דכלאים עובר בלבישה דווקא אולם הדבר נכון דהא שמואל אמר שם דבזקן שעשה לכבודו פטור כיון שאינו עשוי ללבישה וכיון דאינו מתחייב בציצית אא"כ עשוי ללבישה א"ש הא דלא חשבינן אפשר לקיים שניהם ע"י שיהא מונח בקופסא דאם נאסר ללבוש אין אנו יכולים לחייבו בציצית דכל חיובו הוא רק מחמת שראוי ללבישה וכיון דאין אנו

יכולים לחייבו בציצית אא"כ נתיר ללובשו וקיי"ל דעשה דוחה ל"ת הרי אנו מוכרחים להתיר הלבישה ולא איכפת לן במה שאפשר לקיים מצות ציצית במה שהבגד מונח בקופסא דמ"מ אין מקום למצוה זו אא"כ נתיר הלבישה והשתא נמי מש"ה פשיטא לי' לשמואל דתכלת אין בו משום כלאים אפילו בלילה דבשלמא אי כלי קופסא הוי פטורין ולא היה חיוב מצות ציצית אלא בשעת לבישה ממש והיה דומה ממש לכל עשה דוחה ל"ת שבתורה שבשעה שעובר על הל"ת במה שעובר על הל"ת בזה מקיים העשה דהעשה מקיים בלבישה והל"ת עובר ג"כ בלבישה אז ודאי דלא הוי שרי אלא בשעת קיום המצוה ממש דהיינו ביום ולא בלילה. אבל כיון דכלי קופסא נמי חייבין א"כ אין קיום המצוה ע"י הלבישה דווקא וכשאינו לובשו נמי מקיים מצות ציצית אלא שהותרה הלבישה משום דאין מקום לקיים מצות ציצית אא"כ יותר הלבישה ומתנאי המצוה הוא שיהא ראוי ללבישה א"כ לא הי' העשה יכולה לדחות כלל הל"ת כיון שבעיקר העבירה ומעשה לבישת הבגד לא מתקיימת העשה דהעשה מתקיימת גם בהנחה בקופסא והל"ת בלבישה ואחרי שבאמת הי' רצון התורה שתתקיים מצות ציצית ומצות ציצית יש בה כלאים ויש בה נמי תנאי היתר הלבישה אין באפשר למצוה זו להתקיים אלא א"כ יעקר מבגד זה לגמרי איסור כלאים. דהיינו שנימא שהציצית אין עושין את הבגד כלאים ולא נקבע כח הכלאים כלל בהאי בגד וכיון שמצות ציצית עוקרת מהבגד דין כלאים לגמרי לא איכפת לן במה שקיום המצוה הוא אף במונח בקופסא ואיסור כלאים הוא ע"י הלבישה דווקא כיון שנעקר מן הבגד דין כלאים אף שלא בעידן מצותו הרי אינו לובש כלאים כלל ועי"ז שפיר מתקיימת ציצית ע"י כלאים. ואף שיש במצוה זו תנאי שיהא ראוי ללבישה וכלאים אין ראויים ללבישה מ"מ מצות ציצית הכריחה שתיעקר הכלאים מבגד זה ומותר הבגד ללבישה כיון דאי אפשר למצות ציצית להתקיים בענין אחר וכיון שנעקר לגמרי דין כלאים מבגד זה מותר אף שלא בעידן מצותו כמו בלילה ולהכי פשיטא לי' לשמואל דתכלת אין בו משום כלאים אפילו בלילה דהא בעידן מצותו נמי לא בלבישה דידי' מקיים מצות ציצית דאין קיום המצוה בלבישה לחוד *) אלא שאנו צריכין לומר שקיום המצוה עוקר הכלאים מהבגד כדי לשוויה להאי בגד ראוי ללבישה ובר חיובא למצות ציצית ולהכי שלא בעידן מצותו נמי שרי כיון שקיום המצוה גרם שתעקר ממנו כלאים **) וכן ר"ז דאזיל לפרושי טעמא דסדין בציצית דפטרי ב"ש משום כסות לילה הוא היינו כסות המיוחד ללילה דר"ז נמי סובר כשמואל בזה דהא איהו אמר משמיה דשמואל תכלת אין בו משום כלאים משום דהוי היתר גמור ומסתמא דסובר נמי כלי קופסא חייב בציצית דהא זה הוא גוף הטעם דלא חיישינן לאיסור כלאים אף

בלילה משום שמצות ציצית גרם שתעקר לגמרי לכלאים מהאי בגד ואף שלבישת לילה אינה גורמת קיום המצוה ואדרבה כסות המיוחד ללילה פטורה ועיקר תנאי מצות ציצית שיהא ללבישת יום מ"מ אין עלינו לומר שהציצית עוקרים ממנו דין כלאים ביום ובלילה יהא בדין כלאים אלא כיון שנעקר נעקר דהא ביום נמי קיום המצוה והעבירה לאו בחד מילתא הוא דהאיסור הוא בלבישה וקיום המצוה הוא גם בעת הנחתו בקופסא אלא שהמצוה גרמה שתעקר הכלאים וכיון דעקר עקר אפילו בלילה:

אבל הרמב"ם ז"ל דפסק דציצית חובת גברא ואין המצוה מתקיימת אלא בשעת לבישה ועל ידי הלבישה ממש ודמי לכל עשה דוחה לא תעשה שבתורה שהאיסור ע"י הלבישה וגם העשה ע"י הלבישה ואין אנו צריכין לומר שנעקר כלאים מהאי בגד אלא דבשעת קיום המצוה היינו בשעת הלבישה לא חיישינן לאיסור כלאים שבו ולהכי בלילה דאין זה מצותו אסור ולהכי כתב הר"מ בטעמא דסדין בציצית גזירה שמא יתכסה בו בלילה דאפילו אם מיוחד ליום אסור להתכסות בו בלילה והשתא נמי הא דאמר שמואל חוטי פשתן פוטרין בשל צמר ואע"ג דאית ליה ממינו אע"ג דבכל התורה היכא דאפשר לקיים בלא דחייה אינו דוחה מ"מ דחיית עשה זו שאני כיון דסובר דכלי קופסא חייב בציצית והוצרכה מצוה זו לגרום שתעקר כלאים מהאי בגד לגמרי ומה"ט שרינן ללבוש הבגד אע"פ שאין המצוה בשעת לבישה דווקא ורק משום דמתנאי המצוה שיהא ראוי ללבישה מטעם זה נעקר הכלאים וכיון דנעקר הכלאים שוב לא איכפת לן במה דאפשר במינו דכי נמי מקיים מצות ציצית ע"י כלאים אין כאן כלאים שנעקרו על ידי מצות ציצית להכי לא מהדרינן כלל אציצית דמינו דאידי ואידי היתר גמור הוא ולא מסתבר להו לחכמים לאמר שהתכלת בבגד פשתן עוקרין דין כלאים וחוטי צמר בב"פ הוי כלאים דכיון דציצית לית בהו דין כלאים אין חילוק בין ציצית צמר בב"פ לציצית דפשתן בב"צ תרווייהו אין בהם דין כלאים אבל סתמא דתלמודא דאפשר במינו הוא אליבא דהלכתא דציצית חובת גברא ואין אנו צריכין לומר שהכלאים נעקרין מהאי בגד כיון שבעיקר הלבישה הוא מקיים המצוה ולא כשהוא מונח בקופסא והרי הוא ככל עשה דוחה ל"ת שבתורה שבמה שעובר על הל"ת מקיים העשה ויש כאן כלאים אלא דשרי מטעם קיום המצוה שע"י הלבישה א"כ אם אפשר במינו אינו דוחה ככל עשה ול"ת שבתורה ולשיטת רבינו ירוחם שהביאו הרב ב"י (בסימן י"א) אף כשאין לו ממינו נמי אסור משום דאמרינן לו שלא ילבש הבגד כשאין לו ממינו כיון שדחייה זו כשאר דחיות שבתורה. וסוגיא דאפשר במינו אתיא כהלכתא דציצית חובת גברא הוא. ואף דב"ש סברי ציצית חובת מנא לפירוש רש"י ז"ל שם מדאמר לשון פוטרין מ"מ הש"ס שם אזיל

לפרש דברי ר' אליבא דהילכתא דציצית חובת גברא הוא לדידיה מדאמר למה אסרוה ושפיר דחה הרמב"ם ז"ל מהלכה מימרא דשמואל בחוטי פשתן וכן אידך מימרא דתכלת אין בו משום כלאים ופסק כסוגיא דאפשר במינו משום דכל הני מימרא דשמואל הוא רק לטעמי' דציצית חובת מנא ולית הילכתא כוותיה בזה:

ואתי שפיר נמי לפ"ז מה שהקשיתי לשמואל דסבר כלאים בציצית הוי היתר גמור אפילו בדאית ליה ממינו. א"כ היכי ילפינן מיניה דעשה דוחה ל"ת כיון שבציצית הותרה לגמרי ולא דמי לכל דחיות שבתורה וכמו שהקשה הרמב"ן ז"ל בחי' (בפ"ק דיבמות) דכיון דכל דחיות עשה לל"ת מכלאים גמרינן א"כ איך אפשר לומר דבכלאים הוי היתר גמור ובכה"ת הוי רק דחויה אבל לפי מה שכתבתי א"ש טפי דהא נמי דהותר הכלאים מן הבגד הוא נמי מחמת דיחוי דעשה דוחה ל"ת רק משום דא"א לדיחוי זה להיות כשאר דחיות מחמת שקיום המצוה הוא גם כשהוא בקופסא והעבירה היא בלבישה וא"א להתיר אא"כ יעקר הכלאים לגמרי להיות הבגד ראוי ללבישה להכי הוי היתר גמור ומ"מ אין זה אלא אי אמרינן עשה דוחה ל"ת ושפיר ילפינן דעשה דוחה ל"ת בכה"ת דמה שנעשה בציצית היתר גמור הוא שא"א להתקיים המצוה ע"י דחייה משום דהמצוה היא בקופסא ג"כ והתורה רצתה שיתקיים העשה להכי הוכרח לעקור הכלאים לגמרי להיות היתר אבל אם אין עשה דוחה ל"ת לא הוי אפשר לעקור הכלאים מהאי בגד וממילא בכה"ת היכא דקיום העשה והעבירה הוא בחד מילתא כמו באכילת מצה דחדש או ייבום דחייבי לאוין וכיוצא בזה העשה דוחה ל"ת בשעת קיומה ממש אבל בכלאים א"א לדחות אא"כ יעקור לגמרי לשמואל ואתיא סוגיא דיבמות גם לשמואל ומ"מ הר"מ ז"ל דלא הותר אלא תכלת בבגד פשתן לחוד משום דלא קיי"ל כשמואל במאי דסובר כלי קופסא חייב בציצית [ואף דסתמא דהש"ס ביבמות (דף ה') כתב רחמנא צמר ופשתים דאפילו צמר לפשתים ופשתים לצמר משמע בהדיא דהותר אפילו פשתן בצמר משום עשה דוחה ל"ת מ"מ הר"מ ז"ל לא פסק כהך תלמודא משום דאזלא ג"כ בשיטת שמואל דפשתן פוטר בש"צ משום דהוי היתר גמור ואזיל לטעמיה דסובר ציצית חובת מנא וכן מצינו בשבת (דף קל"א) דלהכי לא דחי שבת הואיל ובידו להפקירן ולא אמר בידו שלא ללובשן משום דאזיל בשיטת שמואל דחובת מנא הוא אבל אנן קיי"ל דציצית חובת גברא הוא וק"ל]:

ולכאורה יש להביא ראיה לשיטת הרב"י דלהר"מ דפסק דכלאים בציצית הוי דיחוי אסור להטיל לבן משאינו מינו אפילו בדלית ליה ממינו כמ"ש לעיל משום דכיון דאינו מחויב ללבוש הבגד של ד' כנפות לא דחי ל"ת דכלאים בלבן דאי נימא דדחי כשאין לו

ממינו א"כ לפ"ז מי שיש לו בגד של כלאים יהא מותר לעשות ממנו ד' כנפות ולהטיל בו ציצית וללבשו אם אין לו בגד ד"כ אחר משום דאתי עשה ודוחה ל"ת דבשלמא לשמואל דסובר דהותר לגמרי אפשר לומר דדווקא בכלאים הבאים מחמת הציצית שריא רחמנא דאין בהם משום כלאים אבל כלאים בעצם הבגד לא שרי רחמנא אבל כיון דפסקינן דהוה דיחוי ככל עשה דוחה ל"ת שבתורה א"כ מ"ש דשרי ללבוש בגד צמר עם ציצית של פשתן כשאין לו ממין אחר כדי לקיים מצות ציצית ואם הבגד בעצמו כלאים לא שרינן ליה ה"נ נשרי ליה כדי לקיים מצות ציצית אם אין לו בגד אחר של ד' כנפות ולא לישתמיט שום דוכתא דנימא דבגד כלאים חזי לעשות ממנו בגד ד' כנפות ואדרבה (בספ"ק דביצה) אמרינן כלאים למאי חזי עיי"ש א"ו דגבי ציצית לא נדחה איסור כלאים אלא בתכלת בפשתן לחוד כמש"כ בדעת הר"מ ז"ל משום דתכלת א"א לקיים בבגד פשתן בענין אחר. אבל בלבן אפילו ל"ל ממינו לא דחי דאמרינן ליה שלא ילבש את הבגד ולא יתחייב בציצית *):

מיהו זה יש לדחות דאף דנימא דמצות ציצית דחי לאו דכלאים גבי לבן בדל"ל מינו מ"מ כשיש כלאים בעצם הבגד אסור ללובשו אע"ג דלית ליה בגד אחר דלא חייבה התורה בציצית אלא בגד הראוי ללובשו בעצמו אבל בגד כלאים שבעצמו אינו ראוי ללבישה אינו מחויב כלל בציצית ולא מהני מה שיהא ראוי ללבישה ע"י הטלת ציצית ודחיית העשה כיון שבעצמו אינו ראוי ללבוש ולא מיקרי כסותך אלא אם ראוי בעצמו לכיסוי ומטעם הנ"ל נראה דצריך ליזהר דטלית של פשתן שיש בו תכלת שלא יהא בעצם הבגד כלאים דלא מיבעיא לשיטת ר"ת ז"ל דכלאים בציצית הותר לגמרי א"כ כיון שהציצית אין עושין כלאים ודאי דאסור להטיל כלאים בבגד עצמו דכיון דמשום הציצית לא נעשה עדיין הבגד כלאים וכדמשמע במימרא דשמואל דאמר תכלת אין בו משום כלאים ואפילו הטיל למוטלת משמע דדוקא ב' מיני ציצית שרי אבל מלבד הציצית אסור להטיל כלאים בבגד אעפ"י שיש בו כלאים בלא"ה מהציצית דהציצית לא עשו עדיין כלאים שהם בדרך היתר לגמרי אלא אפי' לפי שיטת הר"מ ז"ל שסובר דכלאים בציצית הוי דיחוי ככל עשה דוחה ל"ת. א"כ לכאורה היה אפשר לומר כיון דבלא"ה איכא כלאים בהאי בגד ע"י הציצית א"כ מאי איכפת לן שמוסיף עוד כלאים בהאי בגד אטו בגד פשתן שיש בו שני חוטין של צמר חמיר איסורו מבגד פשתן שיש בו חוט א' כך לי חומר חוט א' כחומר כמה חוטין וכל בגד שיש בו חוט א' משאינו מינו נעשה כל הבגד כלאים [ומש"כ הכ"מ (בפ"ג מה"צ) שיש בזה משום מיעוטי באיסורא לא הבנתי ולענ"ד הכל איסור א'] מ"מ אסור להטיל בבגד עצמו כלאים מלבד הציצית מטעם שכתבנו לעיל דלא חייבה

התורה בציצית אלא בגד הראוי ללבישה גם בלא הציצית אבל אם יש בבגד עצמו כלאים הרי אינו ראוי בעצמו ללבישה ופטור מציצית וכש"כ דא"ש טפי לפי מש"כ הר"ת ז"ל במנחות דלהכי כלאים בציצית הותר לגמרי אפילו בלילה ואפילו להציע תחתיו. משום דבבגד שראוי להנאתו התיר הכתוב לעשות בו ציצית. ומשמע דרשאי להשתמש בו כל צורכי הנאתו משום דסתם בגד הוא כך ובו חייבה התורה בציצית עיי"ש. א"כ כיון שסתם בגד האמור בתורה הוא העשוי לכל צורכי הנאתו אם יש בבגד עצמו כלאים אף אם נתירנו ללובשו משום דחיית העשה מ"מ שלא בעידן חיובא כמו בלילה ודאי דיהא אסור מחמת כלאים זה הבגד עצמו דעל כלאים שלא מחמת הציצית ודאי דלא שייך לומר דנעשים היתר גמור וכיון דאסור ללובשו שלא בעידן חיובא לא מיקרי בגד ופטור מן הציצית ודו"ק:

ולפי מה שנתבאר שיטת הרמב"ם ז"ל דמ"ע דציצית אינו דוחה ל"ת אפילו היכא דל"ל לקיים במינו משום דאמרינן לי' שלא ילבש הבגד ולא יתחייב בציצית. נראה לפי מש"כ המרדכי (בה' ציצית) בשם רבינו שלמה מדריוש דמי שאין לו ציצית או שנפסק לו חוט של ציצית בשבת שאסור ללובשו עד שיתקן אותו ואם לובשו עובר בעשה והשיב רבינו יצחק דליתא כדמוכח בשמעתין דאם נפסק בכרמלית דשרי ואמאי והא לא דחינן מפני כבוד הבריות אלא לאו דלא תסור א"ו מ"ע דציצית אינו אלא כשילבשנו ולא אמר הכתוב לא תלבש בגד שיש לו ד' כנפות בלא ציצית דאז ודאי הי' הדין עמו. אלא מ"ע גרידא להטיל בו ציצית מ"מ אין איסור ללבוש הטלית וגם אין עובר כיון שעתה אינו יכול להטיל שהוא שבת ובחול ודאי דאסור כ"ש שלובשו בעשה דהטל בו ציצית וכן במזוזה וכן במעקה ותדע דאטו במזוזה יאסר לכנוס לבית אלא בעמוד ועשה קאי ותו לא עכ"ל המרדכי וא"כ ודאי נראה דלשיטת הר"י הנ"ל שסובר דאם אין לו ציצית רשאי ללבוש הבגד ה"נ אם יש לו ציצית שהם כלאים כמו לבן דצמר בפשתים ואין לו ממינו דאסור להטיל משאינו מינו לדעת הר"מ ז"ל משום דאין עשה דציצית דוחה ל"ת דכלאים מ"מ מותר ללבוש הבגד בלי ציצית כלל כמו באין לו כלל ציצית לדעת ר"י הנ"ל ואע"ג דעיקר הטעם שאין עשה דציצית דוחה ל"ת משום דאמרינן לי' שלא ילבש הבגד ולא יצטרך לעבור וא"כ הי' ראוי לאסור עליו לבישת הבגד כשאין לו ממינו. ז"א דמה שאין לו ציצית של היתר דומה ממש לאין לו כלל וממילא רשאי ללבוש הבגד כיון דאין הטלת ציצית מעכב לבישת הבגד ומה שאנו אומרים שאין העשה דוחה ל"ת משום דאמרינן לי' שלא ילבש הבגד היינו כיון שבידו שלא ללובשו אין כח בעשה כזו לבטל אבל באמת אנו מתירין לו ללובשו בלא ציצית דכיון דאינו דוחה דמי לאין לו ציצית כלל וזה פשוט:

ויש להביא ראי' לזה מהא דאמרינן בשבת פרק ר"א דמילה (דף קלא) לא לכל אמר ר' אליעזר מכשירי מצוה דוחה שבת ומודה שאם צייץ טליתו בשבת ועשה מזוזה לפתחו שחייב משום שבידו להפקירן וכתבו התוס' שם דכיון דאמר בידו להפקירן ולא אמר בידו שלא ללובשן ש"מ דסבר כלי קופסא חייב בציצית עיי"ש. ומדאמר הש"ס הואיל ובידו להפקירן **(הג"ה מיהו המג"א ז"ל בא"ח (סימן י"ג) מבואר מדבריו הא דקאמר הואיל ובידו להפקירן. היינו שמחוייב להפקירן כדי שלא יבטל מ"ע דציצית. והקשה מזה אמאי דשרינן ללבוש בשבת בגד ד"כ דכמו דלמ"ד חובת מנא מחויב להפקירן בשבת ה"נ למ"ד חובת גברא אסור ללובשן בשבת בלא ציצית עיי"ש מיהו לשון הואיל ובידו להפקירן לא משמע שמחוייב להפקירן אלא שהואיל שבידו להפקירן אינו דוחה שבת ורשאי ללבוש הבגד בלא ציצית שלא אמרה תורה לא תלבש בגד בלי ציצית:)** משמע שאינו מחויב להפקירן כדי שלא יתבטל מצות ציצית ממנו רק כיון דמצי להפקירן שוב אין מצותו דוחה שבת ויכול להחזיק הטלית בלא ציצית ואין עליו עונש ביטול מצות ציצית כיון שהוא אנוס מחמת איסור שבת ומדחי נמי לא דחי איסור שבת אף לר"א דמכשירי מצוה דוחה שבת] כיון דבידו להפקירן וה"נ לדידן דקיי"ל דציצית חובת גברא לפי שיטת הרמב"ם ז"ל שאין עשה דוחה ל"ת דכלאים אף בדלית לי' ממינו הואיל ובידו שלא ללובשן ואפ"ה מותר ללבוש הבגד הואיל והוא אנוס מחמת שאין לו ציצית ממינו וכדעת ר"י הנ"ל וזה ברור:

ובזה יתיישב מה שהקשיתי לשיטת הר"י הנ"ל מהא דאמרינן במנחות (דף כ"ח) דרבנן סברי דציצית מעכבין זא"ז שארבעתן מצוה א' ור' ישמעאל סובר ארבעתן ד' מצות ומהדר לאשכוחי שם איכא בינייהו טובא ואמאי לא אמר בפשיטות דלרבנן דסברי מצוה א' אם אין לו אלא ב' או ג' ציצית אינו מחויב להטילן דאין בהם שום מצוה כלל והוי כמו פלגא דמצוה וילבש הבגד בלא ציצית כשיטת הר"י אבל לר' ישמעאל דסובר ד' מצות הן מחויב להטיל מה שיש לו ומקיים בהם מצותן אלא ודאי דאם אין לו ציצית אסור ללבוש הבגד בין לרבנן בין לר' ישמעאל ואפילו לר' ישמעאל דבמה שיכול להטיל מקיים בו עשה מ"מ אסור ללבוש כדי שלא יבטל עשה דהנך ציצית שחסרו בהאי בגד דאין עשה דוחה עשה ולהכי לא מצי למימר הך נפקותא וא"כ קשה לכאורה על מ"ש הר"י דמותר ללבוש בגד ד"כ אף שאין לו ציצית ולפי מה שבארנו בשיטת הר"מ ז"ל א"ש מהא דאמרינן בר"ה (דף כ"ח) ובזבחים (דף פ') במתן א' שנתערב במתן ד' דר"א סובר ינתן במתן ד' ור' יהושע סבר ינתן במתן א' ואמר התם דבניתנין במתן ד' שנתן במתן א' עובר אלא תגרעו עיי"ש אף דהוא אנוס במה שאינו נותן יותר מ"מ עובר אלא תגרעו עיי"ש

וכן הוא בספרי (פ' ראה) לא תוסיפו עליו ולא תגרעו ממנו מכאן אמרו הניתנין במתן א' שנתערבו בניתנין במתן ד' ינתנו א' ד"א לא תוסיפו עליו מנין שאין מוסיפין לא על הלולב ולא על הציצית ת"ל לא תוסיפו עליו ומנין שאין פוחתין מהם ת"ל לא תגרעו ממנו וכיון דאיכא בפוחת מד' ציצית לאו דבל תגרע שוב אפשר לומר כשיטת הר"י ז"ל דאם אין לו ציצית מותר ללבוש הבגד משום דלא נאמר בתורה איסור ללבוש בגד ד"כ בלא ציצית מיהו הנ"מ כשאינו מטיל כלל דאז ליכא בל תגרע כלל כמ"ש הטו"א דמבטל המצוה לגמרי ליכא בל תגרע אלא ביטול מ"ע לחוד והא אנוס הוא והתורה לא אמרה לא תלבש בגד ד"כ בלא ציצית. אבל כשלובש ב' או ג' ציצית עובר אבל תגרע. ולהכי קאמר הש"ס הך נפקותא משום דבין לרבנן דחד מצוה ובין לר' ישמעאל דד' מצות הן רשאי ללבוש הבגד בלי ציצית לגמרי ולא יטיל אף הציצית שיש לו משום בל תגרע ואין לומר דאכתי מחויב להטיל לר' ישמעאל הציצית שיש לו משום דאתי עשה דציצית ודחי לאו דב"ת דמשום האי טעמא כתב הטו"א דרשאי ליתן במתן א' דאע"ג דעובר אבל תגרע ולא אמרינן דמוטב שלא ליתן כלל ולא יעבור אבל תגרע וה"נ אתי עשה דהנך ציצית שיש לו ודוחה ל"ת דבל תגרע דז"א דהא בארנו דלשיטת הרמב"ם ז"ל עשה דציצית אינו דוחה לשום ל"ת כיון דאינו מחויב ללבוש בגד עם ציצית ורשאי ללבוש הבגד בלי ציצית כשאין לו ציצית וה"נ גם לר"י אסור להטיל הציצית שיש לו ורשאי ללבוש הבגד בלי ציצית כלל ולהכי לא אמרינן הך נפקותא *):

מיהו לשיטת הרשב"א ז"ל בר"ה (דף ט"ז) דמשמע שם מדבריו דאינו עושה המצוה כלל נמי עובר אבל תגרע א"כ לר"י צריך להטיל הציצית שיש לו ואי משום בל תגרע הא לענין בת"ג כך לי כשאינו מטיל ציצית כלל או שמטיל ב' או ג' ציצית א"כ מאי מפסיד במאי שמטיל הציצית שיש לו ומחויב להטילן לקיים מצותן ואכתי הוי מצי הש"ס לומר נפקותא דלרבנן אין צריך להטיל ולר' ישמעאל צריך להטיל ודו"ק:

ולפי מה שבארנו דהר"מ ז"ל לא פסק כהך דשמואל דתכלת אין בו משום כלאים וסובר דכלאים בציצית לא הותר אלא בתורת דחי' כשאר עשה דוחה ל"ת צ"ל מה שכתב הרמב"ם ז"ל (בפ"ג מה"צ ה"ט) מותר לאדם ללבוש ציצית בלילה בין בחול בין בשבת ואעפ"י שאינה זמנה דמיירי שאין בו כלאים וכ"כ הכ"מ שם ובב"י (סימן י"ח) וקמ"ל דלא עבר אבתו"ס בלילה ובשבת קמ"ל דמותר לצאת בהן ברה"ר בלילה ולא הוי כמשוי אע"ג דלילה לאו זמן ציצית וכמו שביאר שם הכ"מ קשה באמת אמאי לא עבר אבתו"ס בלילה ואין לומר דמיירי שמכוין שלא לשם מצוה רק שצריך ללבוש הבגד דא"כ מה זה שמסיים שם ובלבד שלא יברך דמאי אריא דאסור לברך אפילו לכוין לשם מצוה בלא

ברכה נמי אסור והול"ל ובלבד שלא יכוין לשם מצוה ונהי דמש"כ הר"מ ז"ל דבשבת לא מיקרי משוי א"ש כיון דבחול הציצית בטלו לגבי בגד מפני קיום המצוה לא מסתבר דבחול להוי כנוי הבגד ובשבת להוי משוי וכיון דבטלו לגבי בגד בחול בטלו נמי בשבת אבל לענין ב"ת קשה אמאי לא עבר אב"ת:

ואין לומר דיצא לו להר"מ ז"ל דליכא ב"ת בלילה מדקאמר ר"ז שם גזירה משום כסות לילה והיינו דלהכי אסור להטיל ציצית בסדין שמא יתכסה בו בלילה דלאו זמן ציצית הוא ועבר אלאו דכלאים ואם נימא דאיכא ב"ת בלובש ציצית בלילה א"כ לא שייך למיגזר שילבש בגד ציצית שיש בו כלאים דבלאו כלאים נמי לא ילבש בגד ציצית בלילה משום ב"ת א"ו דליכא ב"ת בלבישת ציצית בלילה דאין זה ראי' דאף דאיכא בזה ב"ת מ"מ ה"מ שמכוון לשם מצוה אבל במכוון שלא לשם מצוה הא ליכא ב"ת ורשאי ללובשו ולהכי גזרינן שמא יהא בו כלאים ועבר אלאו דכלאים:

ונ"ל דדברי הרמב"ם ז"ל נכונים לפי מה דמבואר בדברי הר"ן בחי' לסנהדרין (דף פ"ח) דאיסור ב"ת ליכא אלא שעושה המצוה בכל פרטיה ואם חיסר אחת מפרטי המצוה ועשאה שלא בזמנה ליכא ב"ת א"כ ה"נ אם לבש בגד ציצית בלילה אינו עובר אב"ת דמה שאינו, מחוייב בלילה הוא משום שאחד מפרטי המצוה הוא שיהא ביום דאין בלבישת ציצית מצוה אלא כשהוא ביום כדדרשינן מקרא דוראיתם אותו למעוטי כסות לילה שאינה בראי' כלל ובלילה אין כאן מצות ציצית כלל ול"ד להא דאמרינן בר"ה (דף כח) ובעירובין (דף צו) שלא בזמנו בעי כוונה לעבור אב"ת ואם כיון שלא בזמנו עובר אב"ת כמו ישן בשמיני בסוכה דהתם הזמן הוא אינו מפרטי המצוה רק שלא חייבה תורה לעשות מצוה זו אלא בזמן המיוחד לה היינו בט"ו בחודש השביעי ואז מחויב לישב בה שבעת ימים וכל השבעת ימים כיום א' דמיין כדדרשינן התם דבעינן סוכה הראויה לשבעה והמצוה הזאת היא בשלימותה בכל פרטי' גם בכל השנה רק שלא חייבתה תורה לעשות מצוה זו בכל השנה וקבע לה זמן המיוחד לה ואם עשאה בכל השנה כולה מיקרי מוסיף על ד"ת שעשה מצוה ולא חסר אחת מפרטי המצוה בשעה שהתורה פטרתו לעשותו דמה שאין עכשיו זמנה אין זה חסרון בפרט המצוה דזמנה לא הוי מפרטי המצוה אלא שהיא לה לקביעת זמן אימת תעשה וכיון דליכא חסרון בפרטי המצוה ועשאה שלא בזמנה והוסיף על הד"ת ועשאה בזמן שלא חייבתו התורה ולהכי עובר אב"ת ול"ד לציצית שהזמן הוא מפרטי המצוה ובלילה אין כאן מצות ציצית:

והחילוק שנוכל לידע באיזה מצוה הוי הזמן מפרטי המצוה ובאיזה מצוה איננו מפרטי המצוה רק לקביעת זמן בעלמא הוא מבורר מסברא דמצוה שאין צריך לעשותה אלא

פעם אחת ואם יחזור ויעשה אותה לא יהא בה שום מצוה בפעם השני כמו לולב ושופר ומצה דאחר שאכל כזית מצה שוב אין שום מצוה באכילתו ולאחר שתקע בשופר אין שום מצוה בתקיעתו ולולב נמי מדאגביה נפיק ביה וא"צ לעשותם אלא פעם א' בשנה במצות כאלו אמרינן דמה שקבעה להם התורה זמן לאו מפני שהזמן הוא מפרטי המצוה ומבלעדי הזמן אין מקום למצוה זו אלא שהזמן הוא למועד ולקביעות להמצוה אימתי תעשה וכן בסוכה אין צריך לקיים אלא שבעת ימים בשנה שהוא רק כמו פעם א' בשנה כדאמרינן בסוכה (דף מה) דלא מיפסקי ימים מלילות וכמו שכתבנו לעיל ובכל הני אם עשה המצוה שלא בזמן קביעותה לא חיסר שום פרט מפרטי המצוה רק שהוסיף על ד"ת ועשה מצוה בזמן שלא צוותה התורה וזה הוא עיקרו של איסור ב"ת אבל מצוה שאין הפסק לעשייתה כמו ציצית שאם פשט וחזר ולבש מקיים מצות ציצית אפילו כמה פעמים ביום ממילא אנו יודעים דמה שאמרה תורה דלילה לאו זמן ציצית הוא וחיובה הוא רק ביום אין זה מפני שרצתה תורה לקבוע זמן ומועד למצוה זו שהרי למצוה זו אין לה הפסק וע"כ שהזמן הוא מפרטי המצוה שאין מקום למצות ציצית אלא בזמן ראי' כדכתיב וראיתם אותו אבל בלילה אין זה מצות ציצית וממילא אם לבש ציצית בלילה לא עבר אב"ת כיון שחסר אחת מפרטי המצוה דהיינו זמן שישנו בראי' ומה"ט נמי אמרינן המניח תפילין אחר שקיעת החמה עובר בעשה ולא אמרינן דעבר אבל תוסיף משום דהא דלילה לאו זמן תפילין הוא משום דמפרטי מצות תפילין שיהא ביום והמניח בלילה חיסר מפרטי המצוה וליכא בל תוסיף:

והא דאמרינן בעירובין (דף צו) דלמ"ד שבת לאו ז"ת אפילו בזוג א' עובר אבל תוסיף דקאמר התם אי הכי לר"מ אפילו זוג א' נמי לא אלמא דעבר אב"ת אם הניח תפילין בשבת אע"ג דתפילין נמי אין לה הפסק הוי הזמן מפרטי המצוה ואם מניחן בשויו"ט חיסר א' מפרטי המצוה וליכא ב"ת. יש לחלק דמאן דפטר שבת מתפילין הוא משום דדריש והי' לך לאות על ידך יצאו שבתות ויו"ט שאינם צריכים אות א"כ הרי גלי קרא דמה שפטרה תורה מתפילין בשבת ויו"ט הוא לאו משום דשבת ויו"ט אין המצוה כהלכתה אלא משום דאין צריך להם דקדושת שבת ויו"ט אינם צריכים אות אחר לא מפני שמצות תפילין צריכה להיות דווקא בחול וכיון דמצות תפילין שייכא גם בשויו"ט רק שפטרתה תורה משום ששבת ויו"ט א"צ אות א"כ המניח תפילין בשבת ויו"ט הרי עשה המצוה בלי שום חסרון בפרטי המצוה רק שעשה המצוה בזמן שפטרתה תורה ממנו ועבר אב"ת ועיין ברמב"ם (הלכות תפילין) בכ"מ שם דמשמע דגם מ"ד דממעט שויו"ט מקרא דימים ימימה נמי אית ליה הך דרשא דוהי' לך לאות על ידך ולהכי שפיר איכא ב"ת:

(הגה"ה וכן נראה לי דודאי הנוטל ד' מינין שבלולב בכל השנה לשם מצוה עובר אב"ת ואפ"ה דווקא אם נטלן ביום אבל אם נטלן בלילה בחג או בשאר ימות השנה ליכא ב"ת. והטעם כיון דמצות לולב צריך ליטול פ"א בכל יום מהשבעה ימים ואם לא נטל ביום אינו יוצא במה שנטלו בלילה. חזינן שהלילה בעצמותה פסול לנטילת לולב ואם נטלה ליכא ב"ת שחסר פרט מפרטי המצוה שמצותה ביום ואינו דומה לישן בשמיני בסוכה דהתם קביעת זמנה הוא בשבעת ימי החג ושאר ימות השנה לאו זמן הקבוע לה הוא ולא חיסר מפרטי המצוה מאומה רק שעשאה שלא בזמנה:)

ונ"ל להביא ראיה לדעת הר"מ ז"ל דמותר ללבוש ציצית בלילה ואין בזה משום ב"ת מדקאמר שם (בדף לז) אפלוגתא דרי"ש ורבנן דרי"ש סובר ארבע מצות הן ורבנן סברי מצוה אחת הן א"ב סדין בציצית דהיינו שיש בו כלאים דלרי"ש מותר ולרבנן אסור ולא אמר בפשיטות דנ"מ גם בציצית שאין בהם כלאים אם מותר ללובשן בלילה לשם מצוה דלרי"ש איכא בל תוסיף ולרבנן דמצוה אחת היא לא שייך ב"ת אפילו במכוון לשם מצוה כיון דחסר כנף א' לאו מצוה היא כלל וכמ"ש הר"ן בחי' לסנהדרין (דף פ"ח) דכל היכא דאין המצוה כתיקונה ליכא ב"ת אף דמכוין לשם מצוה ומדאמר הש"ס דנ"מ אם לובש בשבת ג' ציצית אי חייב דלרי"ש פטור ולרבנן חייב ולא אמר נ"מ אם לובשן בלילה ש"מ דבלילה ליכא ב"ת במצות ציצית אפילו במכוין לשם מצוה:

ובזה נ"ל לבאר דברי הירושלמי דפ"ק דקידושין דקאמר התם איזו היא מ"ע שלא הז"ג כגון אבידה ושילוח הקן מעקה וציצית ר"ש פוטר הנשים מן הציצית שהיא מ"ע שהז"ג אמר להם ר"ש אין אתם מודים לי שהיא מצות עשה שהז"ג שהרי כסות לילה פטור מן הציצית אמר ר' הילא טעמא דרבנן שכן אם הי' מיוחדת לו ליום ולילה שהיא חייבת בציצית עכ"ל הירושלמי וכתב המהרי"ט בחי' לקידושין דסוגיות הירושלמי סותר סוגיות התלמוד במנחות (דף מג) דהתם אמרי' דרבנן דר"ש דמחייבי נשים בציצית מחייבי כסות לילה לגמרי משום דלא דרשי כלל וראיתם אותו למעט כסות לילה ומוקי לה לכדתניא וראיתם אותו וזכרתם ראה מצוה זו וזכור מצוה אחרת התלוי' בה ואיזו זו ק"ש ואלו לדברי ר' הילא בירושלמי גם לרבנן דר"ש דרשינן וראיתם למעט כסות לילה רק שסוברים דכיון דכסות המיוחד ליום ולילה חייב בציצית לא מקרי הזמן גרמא אבל כסות המיוחד ללילה לחוד מודו דפטור וע"כ דדרשו נמי קרא וראיתם אותו ואכתי קשה לרבנן נהי דכסות המיוחד ליום ולילה חייב בציצית מ"מ כיון דכסות המיוחד ללילה לחוד פטור מציצית הא הוי לי' מצוה שהז"ג אבל לפי מ"ש א"ש דרבנן סברי דלא מיקרי מ"ע שהז"ג אלא אם המצוה שייכה בלילה כמו ביום ורחמנא פטרה בלילה אבל אם אין שייכות

למצוה בלילה רק ביום לא מיקרי זמן גרמא ולהכי בציצית אף דדרשו קרא דוראיתם למיפטר כסות לילה נמי לא חשיב זמ"ג כיון דלא שייכה בלילה דבעינן וראיתם אותו שתהא מיוחדת לזמן שישנו בראיה ויהבי רבנן טעמא למלתייהו להוכיח דהא דפטרה התורה כסות לילה הוא משום דלא שייכה מצות ציצית בלילה ולא משום דפטרה תורה כסות לילה מחמת שלא הטילה התורה חובה גם על כסות לילה אף ששייכה בלילה מהא דאם הי' הבגד מיוחד ליום ולילה חייב בציצית ואם נימא דמצות ציצית שייכא גם בלילה רק שפטרה תורה לילה מציצית א"כ אמאי חייבת בציצית הא לא הטילה תורה על האדם מצות ציצית בלילה והוה לן למימר דביום חייבת ובלילה פטורה דאף דכסות יום שלובש בלילה חייב משום שעיקרו ליום הוטל על בגד זה חיוב ציצית מ"מ בגד שמיוחד ליום ולילה הוי לן למימר דבלילה פטור שהרי לא הטריחה תורה על האדם לקיים מצות ציצית בלילה והאי בגד מיוחד ללילה כמו ליום והוי לן למימר דבלילה לכל הפחות פטורה וכיון שאתה מודה דכסות המיוחד ליום ולילה חייב ש"מ דהא דפטרה תורה כסות לילה מציצית לא מפני שלא הטריחה תורה לקיים מצות ציצית בלילה אלא מפני שאין למצוה זו שייכות בלילה דכל שאינו יכול לקרות בה וראיתם אותו אין זה מצות ציצית כלל ולהכי לא פטרינן אלא במיוחד ללילה דאז לא נקבע בהאי בגד קביעות מצות ציצית מפני שאין מיוחד לזמן ראי' כלל אבל במיוחד ליום ולילה שנקבע בהאי בגד חיוב ציצית מפני שהוא מיוחד ג"כ לזמן ראי' דהיינו ביום חייב אף בלילה אף שקביעותו ליום ולילה שוין מ"מ יחודו ליום גורם בו חיוב מצות ציצית אף ללילה דהא אין פטור לילה מפני שלא הטריחתו תורה למצות ציצית בלילה אלא מפני שלא שייכה בלילה וכיון דיחודו ביום גורם בו חיוב חייב אף בלילה [דאי הוה נימא דהטעם דכסות לילה פטור הוא משום דשייכא מצות ציצית בלילה ומ"מ פוטרתו תורה בלילה ולא חייבתו לקיים טורח מצוה זו בלילה הוה לן למפטר במיוחד ליום ולילה דאף דמיוחד ליום לחוד מחייבינן היינו משום דבטל לבישת הלילה לגבי יום כיון שעיקר קביעתו ביום אבל במיוחד ליום ולילה שאין לבישת הלילה בטלה לגבי לבישה של יום הוי לן למפטרי' אבל אם הטעם דלא שייכא מצות ציצית בלילה שפיר מצינן למימר דמיוחד ליום ולילה ביחד מהני קביעות יום לחייבו אף בלילה דכיון שנקבע בו חיוב ע"י יחודו ליום שישנו בראי' חייב אף בלילה] וזה שאמר ר' הילא א"א מודה לי שבגד המיוחד ליום ולילה חייב בציצית א"כ מוכח מזה דמה שבגד לילה פטור מציצית הוא משום דלא שייכא בלילה שאינו זמן ראי' ולהכי לא חשיב מ"ע שהז"ג שכ"ז שייכות המצוה לא מצינו בהם זמן פטור דלא מתקרי מ"ע שהז"ג אלא במצוה שגם בעת שיש מקום לקיימה לא חייבתו

תורה וקבעה בה מועד המיוחד כמו שופר ולולב ותפילין אבל לא ציצית והיינו דאיכא בין סוגיא דפ' התכלת לסוגיא דירושלמי בקידושין דתרווייהו מחייבי נשים בציצית ולא קרי לה מצות ציצית זמ"ג רק דרבנן דפ' התכלת סברי דלילה חייבת בציצית לגמרי אפילו במיוחד ללילה וסוגיא דירושלמי סברי דגם לרבנן דר"ש כסות לילה פטור מציצית רק דכיון דהפטור הוא משום דלא שייכא מצות ציצית בלילה כמו שהוכיח ר' הילא מהא דמיוחד ליום ולילה להכי לא חשיב מצות עשה שהזמן גרמא:

ובזה יש ליישב מה שהקשה השא"ר על דברי התוס' בהא דדרשינן (בקידושין כ"ט) אותו ולא אותה דאשה לא מחייבת למול את בנה תיפוק ליה דהוי מ"ע שהז"ג דמילה אינה כשירה אלא ביום ותירצו דלאחר שמונה ימים כשירה בין ביום ובין בלילה כראב"ש (ביבמות דף עב) והקשה השא"ר דא"כ לרבנן דראב"ש דסברי דמילה שלא בזמנה נמי פסולה בלילה א"כ אותו ולא אותה ל"ל ת"ל דהוי מ"ע שהז"ג ולפי מש"כ אפשר לומר דרבנן דראב"ש סברי כרבנן דר"ש בברייתא דירושלמי בקידושין שכתבנו דסובר דציצית לא מיקרי זמן גרמא משום דבלילה לא חזו לציצית הואיל ואינו בראי' וה"נ איכא למימר גבי מילה דהא דאינו נימול בלילה לא משום דפטרתו תורה ממילה בלילה רק דלילה לא חזי למילה דהא מצות מילה רמי' עלי' לעשותה רק פ"א וכ"ז שלא עשאה רמי חיובא עלי' ואמאי פטרה תורה בלילה וע"כ משום דלילה לא חזי למילה ולהכי לא מיקרי מ"ע שהז"ג כמו ציצית לרבנן ולהכי איצטריך אותו ולא אותה למיפטר אשה ממילה והתוס' שהקשו ל"ל קרא דאותו ולא אותה וקא חשבי למילה מ"ע שהז"ג אזלי לר"ש דסובר דציצית מקרי נמי זמ"ג אף דלילה לא חזי לציצית להכי הקשו ממילה. והוצרכו לתרץ דסובר כראב"ש דמילה שלא בזמנה כשירה בלילה אבל רבנן דראב"ש יסברו כרבנן דר"ש דציצית לא מיקרי שהז"ג הואיל ולא חזי לראי' וכמו שבארנו וה"נ מילה דלילה מיקרי לא חזי למילה ולא הוי זמ"ג להכי כתיב אותו ולא אותה:

וראיתי להרב בעל ברכי יוסף ז"ל שהביא בשם רבינו ישעי' הראשון ז"ל דכשלובש בגד ציצית בלילה עובר בעשה כמו המניח תפילין אחר שקיעת החמה והנה הא וודאי דאם הי' מלובש בציצית מבעוד יום דא"צ להסירן משחשיכה דהא גם בתפילין פסק הרמב"ם ז"ל בהלכות תפילין דאם הי' עליו מבע"י ליכא עשה דושמרת וכן מוכח בגמ' דמנחות דקאמר גזירה משום כסות לילה ואי נימא דאסור להיות מלובש בציצית בלילה לא שייך לגזור על כלאים בציצית שמא יהי' מכוסה בלילה ויעבור על איסור כלאים דהא בלא"ה לא יתכסה בהן בלילה דאסור להיות לבוש בציצית בלילה א"ו דכשהוא לבוש כבר מותר כמו בתפילין ולהכי גזרינן בכלאים משום כסות לילה ומ"ש בשם מוהרח"ו ז"ל שיש

לזהר להסיר הציצית תיכף אחר שקיעה צע"ג דהא מהא דאמר גזירה משום כסות לילה מוכח דשרי ואפילו ללובשן לכתחילה בלילה לא ידעתי מנין דאסור דהא גם תפילין ילפינן איסורא מקרא דושמרת את החוקה הזאת כדאיתא במנחות (דף לו) כ"מ שנאמר השמר פן ואל אינו אלא ל"ת ע"ש ובציצית דליכא קרא מנלן דאסור וצ"ע:

ובענין מש"כ הר"מ ז"ל בהלכות שבועות דהנשבע שלא ללבוש בגד ד' כנפות מקרי נשבע לבטל את המצוה ותמה עליו הה"מ ז"ל (סימן ד') דמנ"ל דנראה דכיון דאינו מחויב ללבוש בגד ד"כ רק אם לובש בגד ד"כ בלי ציצית עובר במ"ע. אבל אם אינו לובש כלל אינו מבטל מ"ע לא מקרי נשבע לבטל את המצוה וכ' שצריך למחוק זה מדברי הר"מ ז"ל:

ולענ"ד נראה ראי' לדברי הר"מ ז"ל מהא דאמרינן בירושלמי הביאו התוס' והרי"ף בפ' שבועות שתים דהנשבע שלא לאכול מצה סתם הוי כולל משום דסתם מצה בלשון ב"א הוי מצת מצוה ומצת רשות אבל הנשבע שלא לישב בסוכה לא הוי כולל ולא חייל משום דסתם סוכה בלשון ב"א לא הוי אלא סוכת מצוה ואין שבועה חלה לבטל את המצוה והנה הא וודאי דאף דסוכת הרשות אינה בכלל סוכה בלשון ב"א מ"מ סוכה כל שבעת ימי החג מקרי נמי סוכה בלשון ב"א דהוי נמי מצוה ומברכין עלי' כל שבעה וסוכת החג בכל שבעה לא הוי חוב לאכול כדאמרינן בסוכה (דף כז) דסוכה כדירה מה דירה אי בעי אכיל אי בעי לא אכיל אף סוכה אי בעי אכיל אי בעי לא אכיל וכמ"ש התוס' דמשום סעודת יו"ט יוצא בפירות ומשום מצות סוכה אינו מחויב לאכול והשתא אם נימא דמצוה שאינו חובה לעשות רק אם עושה הוי מצוה חלה שבועה עלה אם נשבע שלא לעשותה א"כ בנשבע שלא לאכול בסוכה נמי הוי כולל דכולל לילה הראשונה שהיא חובה וכל ימי החג שאינם חוב עליו לאכול ומגו דחייל על כל ימי החג חייל נמי על לילה הראשונה בכולל א"ו דגם הנשבע על דבר שאינו מחויב לעשותה ואם עושה אותה מקיים מ"ע ומברך עליה נמי לא חלה שבועה ושפיר קאמר הירושלמי דהנשבע שלא לאכול בסוכה לא הוי כולל דסתם סוכה הוי סוכת מצוה ואסוכת מצוה לא חייל בין דלילה הראשונה ובין דכל ימי החג ושפיר כתב הרמב"ם ז"ל דהנשבע שלא ללבוש בגד ארבע כנפות הוי נשבע לבטל את המצוה. ועיין בנדרים (דף ח') לענין קיום המצוה דאמרינן האומר אשנה פרק זה נדר גדול נדר כו' ופריך והלא מושבע ועומד הוא מהר סיני ומשני דאי בעי פטר נפשי' בק"ש שחרית וערבית משמע דודאי אי שונה ולומד מקיים מ"ע מ"מ שבועה חלה ע"ז משום דאי בעי פטר נפשי' מיהו יש לחלק בין קיום מצוה לביטול מצוה ועוד דלפי מה שכתב הר"ן ז"ל להכי חייל משום דמצוה דושננתם אתיא רק מדרשא וחייל עלה שבועה ודו"ק:

ודע דלכאורה קשה לי על דברי המרדכי שכתב דאם נפסקה ציצתו בשבת. או אפילו בחול ואין לו ציצית להטיל בבגד ד"כ אפ"ה רשאי ללבוש הבגד משום דהתורה לא אמרה לא תלבש בגד ד"כ בלא ציצית רק אמרה תורה כשלובש בגד ד"כ יטיל בו ציצית וכיון שאין לו ציצית רשאי ללבוש הבגד בלי ציצית וכן פסקינן בשו"ע (סימן י"ג) וכמו שהסביר המג"א שם דאטו מי שאין לו מזוזה אסור לישב בביתו וקשה לכאורה מהא דפסקינן ביו"ד (סימן כ"ח) דמי שאין לו עפר לכסות אסור לו לשחוט הא התם נמי לא כתיב לא תשחט אא"כ תכסה, רק דכתיב כי יצוד ציד חיה או עוף וכסה את דמו ונימא נמי דאם אין לו עפר אפ"ה לא נאסרה עליו השחיטה ונראה דיש לחלק דהתם אם נדחה השחיטה על זמן שיהא לו עפר לכסות יעשה שחיטה זו כתיקונה עם כיסוי וכשאנו אוסרין עליו השחיטה כעת מחמת שאין לו עפר. אין אנו אוסרין עליו השחיטה אלא שדוחין אותה על זמן שיהא בידו לקיים מצות כיסוי התלוי בה דאחר זמן יעשה שחיטה עם כיסוי אבל הכא אם אוסרין ללבוש הבגד וכשיהיו לו ציצית יטיל וילבש הבגד הלא הטלת הציצית יהא בשביל הלבישה שילבש אז והלבישה דכעת שאנו אוסרין עליו אין לו תקנה ואין שייך לומר דדוחין הלבישה על זמן שיהא לו ציצית דהא יכול ללבוש כעת וגם לאחר זמן ולאסור לבישה דכעת א"א דהא לא אמרה תורה לא תלבש בגד בלי ציצית. משא"כ התם דאין אנו אוסרין השחיטה אלא דוחין אותה שישחוט בשעה שיהא בידו לקיים מצות כיסוי וזה ברור:

דברי הכותב יו"ט ליפמאן בר"י היילפרין

סימן ב

דין ציצית שנטוה ע"י חשו"ק וגדול עע"ג:

המג"א כתב (בסי' י"א) ולענין אם טוואן חש"ו וגדול עע"ג תליא בפלוגתא שכתב הרב"י (בסימן ת"ס) והרב ב"י (בסימן ת"ס) כתב דתליא בפלוגתא דרבוותא דלשיטת התוס' בחולין (דף י"ב) אם אחרים עומדים על גביהן ומלמדין אותן מהני בחו"ק דאית להו דעת קלישתא ואינם שוטים גמורים להכי יוצאין ידי ח"מ אם לשו חו"ק אם אחרים מלמדין אותן לעשות שימור לשם מצה אבל בשוטה אין יוצאין בה כמו דלא מהני בחליצה גדול עע"ג אע"ג דגבי גט מהני ג"ע ע"ג אפילו בשוטה כדאמרינן בגיטין (דף כ"ב) שאני גט הואיל ויש בו הוכחה שאומרים לו כתוב לשם פלוני ופלונית והוא כותב רמי אנפשי' ומכוון לשמה משא"כ בחליצה ועשיית מצה נמי לחליצה דמיא ולפי דברי רבינו יונה מצה שלשה חשו"ק בשאחרים עומדין ע"ג יוצאין בה ומסתברא לי שהכל תלוי בהוכחה דבגט דאיכא הוכחה גמורה כשאחרים עע"ג אפילו שוטה כשר ובדבר שאין בו הוכחה

כלל כשחיטה אף כשאחרים עומדים ע"ג אינם כשירים אבל בחליצה דאיכא הוכחה קצת כשר בחו"ק וכשרים ע"י מה שמלמדין העומדים ע"ג אבל שוטה דלאו בר דעת הוא כלל לא ולפ"ז אף במצה כן דליכא הוכחה כלל וכשחיטה הוא דליכא הוכחה כלל והלכך אף בשאחרים עע"ג אינם יוצאים בה ולזה הדעת נראה שנטה הפייטן שכ' סתם כו' ע"כ דברי הב"י בשם הרשב"א ז"ל. ולמד המג"א טווית ציצית לשמה מעשיית מצה דלמ"ד געע"ג מהני במצה מהני נמי בטווית ציצית:

ולענ"ד יש לעיין טובא בזה ונקדים מה דאיתא ביבמות (דף ק"ד) אמתניתין דחרש שנחלץ והחרשת שחלצה והחולצת מן הקטן חליצתה פסולה ובגמרא אמר רבא השתא דאמרת קריאה מעכבה לפיכך אלם ואלמת שחלצו חליצתן פסולה ומתניתין כדר"ז דאר"ז כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת והתוס' ד"ה והא אמרי הקשו מנ"ל האי טעמא דלמא הטעם משום דלאו בני דיעה נינהו דבעינן עד שיתכוונו שניהם ואמאי אמרינן נמי דקטנה חולצת בפעוטות וקטן נמי הוי חליץ אי לאו דאיש כתיב בפרשה ואמאי הא לאו בני דעה נינהו ותירצו שהב"ד עע"ג ומלמדים אותם לעשות חליצה כתקנה. דה"נ אמרינן גבי גט שכתבו חשו"ק וגעע"ג כשר ומיהו חליצה בשוטה לא מהני געע"ג אעפ"י שמועיל בגט עיי"ש:

והרמב"ם ז"ל כתב אלם או אלמת שחלצו חליצתן פסולה ואינן כחרש וכחרשת שחלצו שלא עשו כלום לפי שאינן בני דעת וכבר תמהו הה"מ וכל הראשונים על דברי הר"מ ז"ל שסותרים דברי הש"ס דבש"ס אמר הטעם לפי שאינן בני קריאה ויליף מינייהו אלם ואלמת והר"מ כתב הטעם לפי שאינן בני דעת וגם פלגינהו לדינא דבאלם ואלמת הוי פסולה ופוסל ובחרש וחרשת לא עשו כלום ואינו פוסל כלל:

ולכאורה הי' דעתי לתרץ דבאמת בפקחת ואח"כ נתחרשה וכן נפל לו יבמה מאחיו חרש פסול משום דלאו בני דיעה נינהו והש"ס שנתן הטעם משום דלאו בני קריאה נינהו הוא כדי לתת טעם בחרשת מעיקרא דאז לא שייך לפסול משום דעת דהא הנשואין הוי רק מדרבנן כמו דאמרינן גבי חרש מעיקרא לענין גט כשם שכונס ברמיזה כך מוציא ברמיזה ה"נ אמרינן לענין חליצה להכי הוצרך לפסול משום קריאה דבזה לא שייך כי היכי דעל הכי נפק דהרי בנשואין לא שייך קריאה להכי פסול אף בחרש מעיקרו והר"מ ז"ל שכתב טעם דלאו בני דיעה נינהו לא מיירי בחרש מעיקרו אח"כ מצאתי להגאון בעל משכנות יעקב שכ' כן אולם הדרנא בי דאכתי תקשה מסוגיא דלקמן (דף ק"י) דפריך אמתניתין דשתי חרשות חליצתה של אחת מהן פוטרת צרתה והתנן חרשת שחלצה וחרש שנחלץ חליצתה פסולה ומשני כאן בחרשת מעיקרא כאן בפקחת ואח"כ נתחרשה

חרשת מעיקרא כי היכי דעל הכי נפק פקחת ואח"כ נתחרשה לא דמעכבא בה קריאה ע"כ אלמא אפילו בפקחת ואח"כ נתחרשה לא אמר הטעם משום דלאו בני דיעה נינהו כמ"ש הר"מ ז"ל אלא הטעם משום קריאה וע"כ כמ"ש התוס' דלא איכפת לן בחליצה משום כוונה משום דב"ד עע"ג ומדוע כתב הר"מ ז"ל הטעם משום דעת גם קשה כיון דאפשר לומר דחו"ח פסולין משום דעת א"כ מנ"ל לפסול אלם ואלמת משום קריאה הא מחרש וחרשת ליכא למילף דאיכא למימר דפסול דידהו הוא משום שאין להם דעת אבל אלם ואלמת שיש להם דעת חליצתן כשירה דקריאה לא מעכבא:

ונ"ל דשיטת הר"מ ז"ל נכון מאוד דגם הר"מ מודה לסברת התוס' דגעע"ג מהני. ואף שהר"מ ז"ל פסק (בפ"ג מהלכות גירושין) גבי גט שכתבו חשו"ק דבעינן גדול עע"ג וגם שיור מקום התורף כר"י א"ש בגיטין (דף כ"ג) היינו מדרבנן משום דגזרינן בתורף שמא יכתוב לבדו בלי גועע"ג וכמו שאסור לכתוב טופס בלי גועע"ג מדרבנן שמא יכתוב תורף ה"נ אסור לכתוב תורף בגועע"ג גזירה שמא יכתוב בלי גדול עע"ג אבל מה"ת מהני גועע"ג אף בתורף אלא דבאמת לא מצינו בש"ס דמהני ג"ע ע"ג אלא בכתיבת סופר אבל גבי בעל לא מצינו שיועיל גועע"ג דהא תנן ביבמות (דף קי"ב) נתחרש או נשתטה לא יוציא עולמית ולא מהני שום תקנה וכן בתרומה תנן חמשה לא יתרומו ולא מהני גועע"ג ואף דבירושלמי (פ"ק דתרומות) מייתי פלוגתא דר"י בנו של ריב"ב ורבנן בחרש שקידש בינו לבין אחרים דר"י סובר קידושיו קדושין ורבנן סברי אין קידושיו קדושין ומשמע התם בירושלמי דלר"י מהני נמי גבי גט ותרומה גועע"ג מ"מ הש"ס דילן לא סובר הכי וסתמא אמר במשנה נשתטה לא יוציא עולמית וכן בקדושין (דף י"ט) פריך בהא דדרשינן ואיש כי ינאף את אשת איש פרט לאשת קטן ואי אמרת יש יעוד לקטן מצינו אישות לקטן משמע דלא משכחת כלל אישות לקטן וכן בגיטין (דף פ"ה) פשיט ליה להש"ס במתנה חוץ מקידושי קטן דלאו בר הויה הוא השתא משמע דלא משכחת בשום אופן קדושין גבי קטן וכן בב"ב (דף קנ"ו) דקאמר התם ר"נ א"ש בודקין לקידושין ולגירושין ופריך וכי מאחר דבדקינן לקידושין ל"ל לגירושין דאם הוא הי' קטן בקדושין א"צ גט כלל עיי"ש ואם איתא דמהני עע"ג בבעל המגרש הא משכחת לה בדיקה לגירושין כשלא בדקוהו לקידושין וכגון שהיו הקדושין ע"י גועע"ג והוי קדושין אף אם הי' קטן עדיין אלא וודאי דפשיטא לי' לתלמודא דלא מהני גועע"ג גבי קדושין:

וטעמא דמילתא נ"ל דדוקא גבי כתיבת הסופר הוא דמהני גועע"ג אבל לענין קדושין וגירושין דבעל עצמו וכן לענין תרומה לא מהני משום דבאמת במחשבה שהצריכו חכמים עם המעשה. יש תרי גווני מחשבות א' מחשבה המורה על עשיית המעשה דהיינו

שהוא צריך לחשוב בדעתו למה הוא עושה מעשה הזאת ועיקר פעולת הדבר נגמר ע"י המעשה רק שאמרה תורה שאין המעשה פועלת אא"כ מחשב בדעתו בשעת עשייתו למה הוא עושה דבר זה ויש מחשבה שהיא בעצמה גורמת ופועלת ענין המעשה כמו גבי גט וכל הקנינים שאין האשה מתגרשת אלא אם הבעל רוצה ואין המקח נקנה אא"כ המוכר ולוקח רוצים להקנות ולקנות רק שאמרה תורה שאין הגט נגמר בדברים ורצון לחוד אא"כ נעשה הדבר ע"י מעשה כגון גט ע"י כתיבת ונתינת ספר כריתות. ומקח ע"י מעות ומשיכה אבל באמת גם הרצון שלהם פועל הקנין ואינו בא להורות על פעולת המעשה למה עושה אותה רק שהוא מעצם הקנין אלא שאין רצון הלזה עושה פעולתו רק ע"י מעשה:

ואחרי אשר חלקנו עניני המחשבות זה מזה נראה ברור דהך מילתא דגעע"ג לא מהני אלא בדבר שאין הכוונה מעצם הפעולה ועצם הפעולה נגמר ע"י מעשה רק שהמחשבה באה להורות על המעשה ולחשוב למה הוא עושה מעשיו ע"ז מהני געע"ג ומלמד לכוון למה הוא עושה כמו בכתיבת הסופר שאין צריך אלא לכוון שהוא כותב כדי שע"י גט זה תתגרש האשה מבעלה אבל הוא בעצמו אינו מגרשה ומחשבה כי האי מהני אף אם אין הכותב בעצמו יכול לחשבה אבל בבעל המגרש שצריך שיהא בו דעת לגרשה ושיתרצה לזה ורצונו הוא מעצם פעולת הגירושין בזה לא מהני געע"ג ובעינן שהבעל בעצמו יהא בכחו להתרצות ולחשוב לגרשה ואם הוא בעצמו אין בו דיעה מפני שהוא קטן לא מהני געע"ג ובעינן שיהא נתינת הגט ומחשבתו מכחו ולא מכח געע"ג וכן בכל הקנינים לא מהני געע"ג. וכן גבי תרומה נמי לא מהני מה"ט מפני שהמחשבה הוא מעצם חלות התרומה ועי"ז נגמרת דכתיב ונחשב לכם תרומתכם כדאיתא בירושלמי פ"ק דתרומות את שכתוב בו מחשבה כו':

ולפי"ז נ"ל דגם בחליצה מהני געע"ג אע"ג דבעינן כוונה בחליצה מ"מ מהני געע"ג. דהתם נמי אין הכוונה מעצם החליצה אלא שצריך לכוון למה הוא חולץ והוא מחשבה המורה על המעשה אבל אין פעולת ההיתר ע"י עצם המחשבה אלא שהחליצה בעצמה פועלת והכוונה הוא רק שמכוון למה הוא חולץ ולהכי ר"י דסובר דחלוץ לה ובכך אתה כונסה פסול הוא רק מטעם הכוונה כדאמר לר"ל (בדף ק"ו) אני שונה בין שנתכוון הוא ולא נתכוונה היא בין שנתכוונה היא ולא נתכוון הוא חליצתה פסולה ואת אמרת חלוץ לה ובכך אתה כונסה כשרה הרי דפוסל אם אינו מכוון לפוטרה מטעם חסרון כוונה ולא מטעם שלא נתרצה לפוטרה והיינו טעמא דמילתא שאין הפטור נגמר ע"י רצונו אלא ע"י עצם החליצה נגמר הפטור ואם אינו רוצה לפוטרה אין בזה אלא משום חסרון כוונה

ולהכי אמר ר"י התם דחליצה מוטעת היינו בחלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז דחליצתו כשירה בכה"ג מטעם דאין תנאי בחליצה כמבואר שם בש"ס:

ולכאורה הא מלתא נמי טעמא בעי דמאי מהני הא דאין תנאי בחליצה הא מ"מ בעינן שיתכוון לפוטרה והוא לא רצה לפוטרה אלא אם תתן מאתים זוז אבל לפי מש"כ א"ש דה"ט דדוקא היכא דבעינן שירצה לפוטרה ורצונו הוא מעיקר המתיר כמו בגירושין בזה אמרינן כיון שאין הבעל רוצה לגרשה אלא ע"מ שתתן לו מאתים זוז אין הגירושין חלין אלא אם תתן אבל בחליצה שאין הרצון מעצם המתיר כ"א החליצה מתרת רק דמתנאי החליצה שתעשה בכוונה לפטור היינו שיכוון למה הוא עושה וכיון דבחליצה אין תנאי משום דליתא בשליחות בכוונה נמי לא שייך תנאי דהא מ"מ תכלית פעולתו הי' לשם פטור והא הוי כוונה מעליא אף אם לא תתן דבכוונה אין נתפס תנאי [ואע"ג דאמרינן בר"ה (דף כ"ח) אלא מעתה הישן בשמיני בסוכה ילקה והיינו דמקשה למ"ד מצוה לא בעי כוונה א"כ הישן בשמיני בסוכה ילקה משום בל תוסיף ופירשו הראשונים ז"ל דקושית הש"ס הוא מהא דיתבינן בספק שביעי ספק שמיני ומשמע דלמ"ד מצות צריכות כוונה ניחא דלא עבר אבל תוסיף משום דמחשב בדעתו שאם היום הוא שמיני הוא ישן שלא משום מצוה משמע דמהני תנאי בכוונה שמחשב לצאת אם הוא שביעי ואם הוא שמיני לא עביד לשם מצוה ולא אמרינן אין תנאי בכוונה וכיון דמכוון לצאת אם הוא שביעי ובאמת הוא שמיני קא עבר אב"ת שאני התם דאם הוא שמיני לאו זמן המצוה הוא כלל להכי לא נתפס כוונתו אבל העושה דבר בזמן המצוה ומכוון לצאת על איזה תנאי יצא אף אם לא נתקיים התנאי כמ"ש לקמן בעזה"י]:

ובזה מיושב מה שהקשה הריב"ש הביאו הכ"מ (בפ"ד מהלכות חליצה) על מה שכתב הרמב"ם ז"ל המוסר מודעא חליצתו פסולה ואלו גבי גט כתב (בפ"ב מהלכות גירושין הי"ט) דמוסר מודעא על הגט אינו גט כלל ואינו פוסל מן הכהונה ולפי מה שכתבתי א"ש דגבי גט בעינן רצון לגרשה וכיון דמסר מודעא ובגיטא ומתנתא בגלוי דעתא סגי שאין זה מרצונו כדאמר בב"ב (דף מ"ח) וכיון דמסר מודעא וליכא רצון אין כאן ריח הגט כלל דחסיר מעיקר המתיר דבעינן שיגרשנה מרצונו אבל גבי חליצה לא בעינן רצון רק החליצה בעצמה מתרת. והא דבעינן מחשבה לפוטרה הוא בגדר כוונה ואם מסר מודעא ולא הי' רצונו לפוטרה הרי מיחסר רק כוונה וחליצה בלא כוונה הא הוי חליצה פסולה ופוסלה מן האחין כדאמר התם (דף ק"ו) מינך הא איפסלה וכן פסקינן בש"ע ודווקא אם כפו אותו א"י לחלוץ אינה פוסלת דאונס כמאן דלא עביד כלל דמי ודמי כמו שלא עשה מעשה החליצה ואינו פוסל כמ"ש הרמב"ם ז"ל אבל במסר מודעא דלא הוי אנוס ולא

מיחסר אלא רצונו ובחליצה הוא רק בגדר כוונה וחליצה בלא כוונה פוסל על האחין וזה ברור וזהו טעמא של דבר דגיטין וקידושין בעי עדים ובלא עדים לאו כלום הוא וחליצה לא בעי עדים כלל רק אם אין אנו יודעין אם נעשית החליצה בעי עדים לברר הדבר שחלץ לה ומהני חליצתו בינו לבינה לר"ע ביבמות (דף ק"ד) ורבנן דפליגי עליו לאו משום דבעי עדים ובלאו עדים אין החליצה פועלת אלא משום דבעי ב"ד ור"ע סובר דב"ד לא מעכבי אבל עדים לכ"ע לא מעכבי כדמוכח שם ביבמות והיינו משום דדווקא היכא דבעינן רצון והרצון הוא מעיקר הפעולה כמו גיטין וקידושין בזה אנו אומרים דבלא עדים לא מהני דילפינן דבר דבר מממון דבעינן עדים. וכמו דאם עשה הדבר בלא רצון וכוונה דומה כמי שלא עשה כלל כן אם עשה הדבר בלי עדים לא נתפסו הגיטין או הקידושין אבל בחליצה דבלא רצון וכוונה נמי פועל משום דעצם החליצה פועל היכי אפשר לומר דבלא עדים לא הוי חליצה כלל הא מ"מ חלץ והחליצה פועלת בעצמה ודווקא ב"ד איכא למימר דמעכבי אבל לא עדים:

ומעתה אשר בררנו שיש כוונה המורה על המעשה ויש כוונה שהיא צריכה בעצמה. נפלאו דברי הרמב"ם ז"ל בפי' הסוגיא דלכאורה תמוה מאוד כיון דבש"ס קאמר הטעם דחו"ח משום דלאו בני קריאה נינהו א"כ אמאי קאמר השתא דאמרת קריאה מעכבא אלם ואלמת שחלצו חליצתן פסולה מאי ילפותא דאלם ואלמת מחו"ח שניהם אין יכולין לדבר והיינו הך. וכה"ג פריך בר"ה (דף כ"ח) דקאמר כפאו ואכל מצה יצא זאת אומרת התוקע לשיר יצא ופריך פשיטא עיי"ש דהיינו הך ומה חידש לן בזה שלמד שופר ממצה וה"נ קשה מאי חידש לן בזה שלמד אלם מחרש גם קשה לישנא דש"ס (דף ק"י) דקאמר התם פקחת ואח"כ נתחרשה דמעכבא בה קריאה חרשת מעיקרא כי היכי דעל הכי נפק דהאי לישנא דכי היכי דעל שייך על פסול דעת ולא על פסול קריאה דעל פסול דעת שייך לומר כי היכי דעל הכי נפק דבשניהם בעינן דעת בכניסה דהיינו קידושין וביציאה היינו חליצה וכמו שהועילה דעתה למשוי א"א מדרבנן ה"נ מועיל דעתה להוציאה בחליצה אבל על פסול שאינו ראוי לקריאה לא שייך לומר כי היכי דעל הכי נפק דהא בכניסה לא בעינן דיבור וביציאה דהיינו בחליצה בעינן דיבור והכי הוה לי' להש"ס למימר חרשת מעיקרא דהוי רק נישואין דרבנן לא גזרו בה אף שאינה ראוי' לקריאה לזה פי' הרמב"ם ז"ל דבאמת פסול חו"ח הוא משום דעת ולא משום שאין להם דעת לפוטרה דהא משום זה הי' מועיל עע"ג כשיטת התוס' דכיון דכוונת פטור בחליצה הוא בגדר כוונה ודמי לכתיבת סופר את הגט להכי מהני עע"ג כמש"כ. רק כיון דבעינן קריאה שקוראה מאן יבמי והוא אמר לא חפצתי לקחתה ובעינן שיבינו הדברים כדאיתא בש"ע אה"ע (סימן

קס"ט) ובב"ש שם וכ"כ המג"א (בסימן תפ"ט) דבספירת העומר אם לא הבין פירוש המילות לא יצא אף שספר בלה"ק דכיון דכתיב ספירה בעינן שיסופר וה"נ בעינן ודאי שידע שמיאן ליבם וידע הפירוש. ועיין רמב"ם (סוף הלכות חגיגה) ותשובת ב"ש בזה וחו"ח אין בהם דעת שיבינו ענין הקריאה ואין דעתו דעה שלימה ובזה לא מהני עע"ג דדעת בקריאה לא דמי לכוונת חליצה דבכונת חליצה הוא המורה למה הוא חולץ אבל דעת הקריאה הדעת בעצמו היא הקריאה שצריכין שיאמרו וידעו הדברים שהוא אינו רוצה לקחתה וכבר כתבנו דגעע"ג לא מהני אלא היכא דהמחשבה הוא רק להורות על פעולת המעשה אבל אם המחשבה צריכה לנו בעצמה לא מהני געע"ג. וכאן דהמחשבה הוא מעצם הקריאה והיא עיקר המצוה להכי לא מהני עע"ג ואף דקריאה לא מעכבא מ"מ ראוי לקריאה בעינן וחו"ח אין ראוים לקריאה שאינן בני דעת כלל דמלבד שאין להם פה לדבר אין להם דעת להבין ענין הקריאה היינו שאין להם דעת להבין ענין זה שהיא אומרת שאינו חפץ ליבמה והוא אומר שאינו חפץ לקחתה והדעת הזה הוא לעיכובא במצות קריאה דאם אין לו דעת אין כאן קריאה ולא מהני לזה גדול עומד על גביו ללמדו. ולהכי חליצת חו"ח אינה חליצה כלל דאף דלכוונת חליצה הי' מועיל גדול עע"ג כמו לכל דבר דמהני געע"ג אבל לקריאה לא מהני גדול עע"ג וכיון דקריאה מעכבא במי שאינו ראוי לקריאה להכי חליצתו אינו כלום מטעם שאין בו דעת דקריאה:

והבט נא וראה איך הדברים נאמנים שאף (שבפ"ד מהלכות חליצה ויבום) כ' הר"מ ז"ל לפי שאינן בני דעת פי' דבריו יותר (בפ"י מהלכות חליצה ויבום ה"ו) החרש והחרשת והקטנה לפי שאין בהם דעת לקרות להבין עכ"ל. הרי ברור מללו שהפסול דעת הוא דעת הקריאה והוא הדבר אשר דברנו שהר"מ מפרש הא דקאמר דלאו בני קריאה נינהו היינו משום דעת הקריאה ומפרש הר"מ ז"ל המשנה דקתני החרש שנחלץ וחרשת שחלצה חליצתן פסולה היינו שאינו פוסל כלל מדשני תנא בדיבורי' דגבי קטן קתני חולצת מן הקטן וגבי חרש קתני שנחלץ וחרשת שחלצה ש"מ דבחו"ח אין ריח חליצה כלל ואינו פוסל כלל להכי קרי לי' נחלץ שאין כאן ריח מצות חליצה רק חליצת מנעל בעלמא משא"כ גבי קטן דפסול ופוסל קתני חולצת מן הקטן שיש בזה קצת חליצה של מצוה וחלצה ממנו קרי לה וכ"כ בפי' המשניות להרמב"ם ז"ל:

ומעתה שפיר קאמר בש"ס דמעיקרא הוי בעי למימר דטעמא דחו"ח משום דעה ולא מהני געע"ג. ומסיק דהטעם דחו"ח משום דקריאה מעכבא והם אילם בואמר ואמרה ולהכי לאו בני חליצה נינהו והיינו שמלבד שאינן יכולין לדבר אין בהם כוונת הדברים להכי אין חליצתן כלום דמחסר בהו קריאה היינו דעת דקריאה ויליף אלם ואלמת מינייהו

דג"כ אינן יכולין לדבר ומעכב בהו קריאה אלא שבזה עדיפא מחו"ח דחו"ח שאין בהם דעת לקרות כלל מלבד שאין בהם דיבור של קריאה אין מבינים כלל ענין הקריאה להכי אין חליצתן פוסלת כלל כדדייק מלשון המשנה דקתני שנחלץ ואלם ואלמת שיש בהם דעת אלא שאין בהם דיבור פסול ופוסל וא"ש דיליף אלם מחרש:

אע"ג דחרש גרע מאלם בענין קריאה שאין בו דעת לקרות ולהבין אפ"ה ילפינן אלם מיניה להכי שפיר פסק הר"מ ז"ל דחו"ח שחלצו לא עשו כלום ואלם ואלמת פסול ופוסל. ופסול דתרווייהו הוא משום קריאה כדאמר בסוגיא (דף ק"ד וק"י) אלא שהחרש גרע יותר שאין בו דעת דקריאה כלל ולהכי אינו פוסל ואלם שיש בו דעת אלא שאינו יכול לדבר פוסל וא"ש לשון הש"ס (דף ק"י) דקאמר פקחת ואח"כ נתחרשה לא דמעכבא בה קריאה וחרשת מעיקרא כי היכי דעל הכי נפק שהקשינו לעיל דעל פסול קריאה הא לא שייך לומר כי היכי דעל הכי נפק דהא בשעת נישואין לא שייך קריאה אבל לפמ"ש דפסול קריאה היינו דעת דקריאה שפיר שייך לומר כי היכי דעל כו' אע"פ דלא הי' בה דעת בשעת נישואין ה"נ נפיק בחליצה אע"ג דאין בה דעת לקרות. וזה ברור ונכון בשיטת הרמב"ם ז"ל והסוגיא בעזהי"ת:

ואי תקשה לפי מש"כ דהר"מ ז"ל מפרש הסוגיא דלענין דעת הקריאה לא מהני עע"ג וא"כ הדרא קושית התוס' לדוכתא אמאי צריך קרא לפסול חליצת קטן משום דאיש כתיב בפרשה ת"ל דאין בו דעת לקרות ולהבין דהא מזה הוכיחו התוס' דמהני געע"ג גבי חליצה ולשיטתינו בדעת הר"מ ז"ל דלכוונת קריאה לא מהני עע"ג הדרא קושי' לדוכתא:

ונ"ל דלק"מ לפמש"כ בשם הרא"ש בתשובה הביאה הרב"י באה"ע (סימן קס"ט) דבחייבי לאווין ועשה דלא רמי מה"ת ליבום לא שייך לקרות לא חפצתי דהא אסור לייבמה והקריאה הוא רק משום לא פלוג דמשמע מדרבנן בעלמא. א"כ אפשר דאיצטריך קרא דאיש כתיב בפרשה למיפסל קטן אפילו בחייבי לאווין דאז ליכא למיפסל משום קריאה דמה"ת אין צריך קריאה ומשום כוונה הי' מועיל עע"ג. להכי איצטריך למכתב איש בפרשה והא דלא משני (בדף ק"י) כי פריך וחרשת בת חליצה היא והוצרך לתרץ דקאי אביאה לחוד ולא משני דמיירי בחייבי לאוין דלא קפדינן בהו אקריאה היינו משום דמדרבנן בעי קריאה אפילו חייבי לאוין להכי פשיט לי' להש"ס דבחרשת לא מהני חליצה הרי נתברר בעזהשי"ת דגם דעת הרמב"ם ז"ל דפסול חו"ח רק מטעמא דקריאה ולא מטעם דעת ובחייבי לאווין דלא בעי קריאה אלא מדרבנן הוי רק איסור דרבנן:

ומעתה אחרי שנתבאר לנו דלא מהני געע"ג אלא במחשבה שהיא מורה על פעולת המעשה למה הוא בא:

אבל במחשבה שהיא גדר רצון לא מהני גע"ג ובעינן שעושה המעשה יהא בן דעת לחשבה א"כ נ"ל דכוונת טוויה לשמה איננה בגדר כוונה כ"א בגדר רצון דהא אין הטוויה מצוה רק שהקפידה תורה שיהא חוטי הציצית נעשים מצמר הנטוה לשמה דהיינו שיסכימו הבעלים שיהא הצמר האלה ציצית וזה דומה ליחוד דהא בסנהדרין (דף מ"ו) מדמינן פלוגתא דאביי ורבא גבי הזמנה מילתא לפלוגתא דרשב"ג ורבנן גבי עיבוד לשמה דקאמר התם אפלוגתא דאביי ורבא דפליגי אי הזמנה מילתא היא דתנאי הוא דתניא עור בהמה טהורה כשרות אעפ"י שלא עבדן לשמן רשב"ג אומר עד שיעבדן לשמן ופרש"י ז"ל דרשב"ג דסובר עד שיעבדן לשמן סובר הזמנה מילתא היא הרי דמה דבעינן לשמה גבי הכנה לדבר מצוה הוא מטעם יחוד דבעינן שבשעת העיבוד יתייחדו לשמה ויזמינו למצותן וה"נ גבי טוויה דציצית [ומטעם זה נראה וודאי דאם עיבדן אחר ולא הבעלים לא מהני דאין אדם יכול לייחד דבר שאינו שלו וכה"ג אמרינן גבי טומאת מדרס בב"ק (דף ס"ו) משכבו ולא הגזול ופי' התוס' שם הטעם דטומאת זב בעי שיהא מיוחד למדרס ואין אדם יכול לייחד דבר שאינו שלו וכן גבי הכשר פירות דעת הרשב"א ז"ל דהא דבעינן משקה היוצא לרצון היינו רצון הבעלים אבל רצון אחר לא מהני וכה"ג כ' הרמ"א ז"ל בש"ע או"ח (סימן ש"י) דאם הניח אדם דבר מוקצה על של חבירו לא אמרינן דנעשה בסיס לדבר האסור דאין אדם אוסר דבר של חבירו שלא מדעתו אלמא לא מהני יחוד לדבר של חבירו דהא האי ענינא דבסיס לדבר האסור הוא מטעם יחוד לשעתו וה"ה דלא מהני טוויה לשם ציצית בצמר של חבירו וכן מצאתי להמג"א (סימן מ"ב ס"ק מ"ד) שכ' דאין אוסר דבר שאינו שלו באזמניה למיצר בו תפילין עיי"ש] כיון דעיקר דין טוויה לשמה הוא דבעינן שיקבעו הבעלים בדעתן שמהצמר הזה יהא ציצית מחשבה כהאי איננה בגדר כוונה כ"א בגדר רצון דבעינן שיתרצו הבעלים וייחדו הצמר למצות ציצית וכבר כתבנו דכל היכא דהמחשבה הוא בגדר רצון לא מהני גע"ג ובעינן שהאדם הטווה בעצמו יהא בן דעת לטוות לשמן לייחדן לשם ציצית ומחשבת אחרים לא מהני. ול"ד כלל ללישת מצה לשמה דהתם אין זה מטעם שמייחד העיסה לקיים בה מצות מצה רק דבעינן שיהא שימור לשם מצה היינו שיכוון שאפיה זו הוא כדי לעשות ממנה מצת מצוה ואין ספק כי המשמר עיסת חבירו לשם מצה ואח"כ ניתנה לו העיסה במתנה שיצא יד"ח משום דלא בעינן במצות מצה שייחדו הבעלים עיסה לעשות ממנה מצה ולא בעינן אלא שתשמר עסה זו לשם מצה והוי רק בגדר כוונה דבעינן שיכוון בשעת לישה שיאכל ממנה מצה:

ותדע שהרי גבי עיבוד לשמה כתב בתשובת עה"ג (סימן ס"ה) ותשובת רע"א (סימן ג') דאם עיבד עור ע"מ שאם ירצה יכתוב עליו ס"ת ואם ירצה יכתוב עליו דבר חול פסול משום דקיי"ל אין ברירה בדאורייתא ואלו גבי דבר חול תנן בפסחים (דף ל"ה) חלות תודה ורקיקי נזיר שעשאן לעצמו אינו יוצא בהם למכור בשוק יוצא בהם וקאמר שם (דף ל"ח) מ"ט אמר רבה כל לשוק אימלוכי אמליך אי מזדבן מזדבן ואי לא מזדבן איפוק בי' אנא וקשה לכאורה הא קיי"ל בדאורייתא א"ב ואמאי מהני הא דדעתו אי לא מזדבן איפוק בי' אף דלרבה לא קשה דהא רבה אמר התם הטעם דאין יוצאין יד"ח מצה בתודה משום דבעינן שימור לשם מצה יצא זו שמשתמרת לשם תודה ופי' רש"י ז"ל התם דאם שימר לשם זבח ולשם מצה מהני וא"כ לא שייך בזה אין ברירה דחשש א"ב לא שייך אלא בדבר ששני הדברים סותרין זא"ז כמ"ש הר"ן בשם הרמב"ן ז"ל (בפ"ק דגיטין) גבי משתעבדנא לך ולכל מאן דאתא מחמתך עי"ש וכמו גבי לאיזה שארצה אגרש דאי כותב לשם זאת אינו מועיל לאחרת וכן גבי תרומה אם אמר שני לוגין שאני עתיד להפריש דאי פירות אלו הוי תרומה א"א להיות פירות אחרים תרומה דהא כל הכרי נכנס בספק וא"א להפריש כל הכרי דבעינן ראשית שיהא שיריה נכרים וכיון דאין ברירה לא מהני למקבע תרומה וכן גבי סלע שיעלה בידי מן הכיס יהא מחולל על מע"ש (עירובין דף ל"ז) לא נתפס אלא בשווי' כדאמרי' בב"מ (דף נ"ג) מי סברת פרוטה תפסה פרוטה וחצי פרוטה כו' ולהכי אין ברירה וגבי הריני שוחט הפסח ע"מ שיעלה מכם ראשון לירושלים בגיטין (דף כ"ה) אף דהתם יכול לשחוט הפסח על כולם וכן בב"ק (דף ס"ט) גבי כל המתלקט יהא הפקר אף דיכול להפקיר כל שדהו ואפ"ה תלינן לה לפלוגתא דברירה התם הא אינו רוצה לשחוט על כולם כ"א על אחד מהם. וכן בעל השדה אינו רוצה להפקיר כ"א מה שילקטו העניים הרי דבר א' סותר את חבירו וקאתינן לכלל ברירה ואין ברירה. אבל גבי מצה שיכול לעשות שימור לשם מצה ולשם זבח וגם הנחתום לא איכפת לי' אם יצא הקונה בה ידי זבחו וידי חובת מצה ג"כ רק שהוא אינו יודע מה יהי' סוף דבר אם ימכרנו ויקנה אותו אחד לשם זבחו או שתשאר לעצמו לצאת בה יד"ח מצה וזבחו ביחד לא איכפת לי' בזה כלום ולהכי לא שייך לומר בזה אין ברירה כיון שאין דבר אחד סותר את חבירו בדעתו ורצונו וכ"ז הוא לרבה דאמר הטעם משום שאינו משתמרת אלא לשם זבח דלדידי' מהני אם שימר לשם זבח ולשם מצה כמו שפירש"י ז"ל ולהכי לא שייך בזה חשש ברירה אבל לרב יוסף דאמר הטעם דבעינן שימור לשם מצה הנאכלת לשבעה ופרש"י שם דלדידי' לא מהני אם שימר לשם זבח ולשם מצה דזבח מתאכל ליום ולילה ומצה בעינן שיהא ראוי לשבעה א"כ קשה אמאי אם עשאן למכור יוצא בהם משום דאמר

אי לא מזדבנא איפוק בי' אנא הא אין ברירה ולא הוי שימור לשם מצה הראוי לשבעה אבל לפי מש"כ א"ש דכיון דשימור אינו בגדר יחוד ולא בעינן ליחד עיסה לשם מצה רק שיהא כוונתו שמשמרהו שלא תחמיץ בכדי שתהא ראוי' למצה הנאכלת לשבעה ולא איכפת לן אי מייחדה לשם מצה ולשם דבר אחר והוי רק בגדר כוונה ולא איכפת לן בחשש ברירה דמ"מ האי גברא איכוון לשם שימור דמצה אי לא מזדבני דדוקא דבר שצריך לייחדו לאיזה דבר שייך א"ב אבל בדבר שהוא רק בגדר כוונה הוי כוונה אע"ג דאין ברירה דכמו שאין שייך תנאי בדבר שהוא בגדר כוונה כן אין שייך בו חשש ברירה ושימור דמצה בגדר כוונה הוא שמשמרה מחימוץ כדי שתהא ראוי' למצה הראוי' לז' *):

וראי' לזה מדברי הרמב"ן ז"ל במלחמות בפסחים (דף ל"ו) שכ' דהא דאמר ריב"ל יומא קמא לא תלושו לי בחלבא מירי עם מים וכן הא דקאמר לחם עוני פרט לעיסה שנילושה ביין ושמן ודבש דאי בלא מים ל"ל קרא דלחם עוני ת"ל דבעינן שימור לשם מצה וכיון דמי פירות אין מחמיצין ליכא שימור לשם מצה עיי"ש. הרי דעיקר השימור אינו בגדר יחוד רק בגדר כוונה דאם נימא דהשימור הוא בגדר יחוד דבעינן שייחד עיסה זו לשם מצת מצוה א"כ אמאי אמרינן דהיכא דלא יכול לבא לידי חמוץ לא מיקרי שימור לשם מצה אכתי הא מיקרי שימור מה שמייחד עיסה זו לשם מצה א"ו דאין השימור בגדר יחוד כ"א בגדר כוונה דבעינן שיכוון בעשיית עיסה זו שתהא משתמרת לשם מצה ולהכי היכא דבלא"ה אינה יכולה לבא לידי חמוץ מחמת שנילושה במי פירות אין מקום לכוונת שימורו שבלא שימורו אינה יכולה לבא לידי חימוץ ובכוונת שמור זה פליגי רבה ור"י דרבה סובר דבעינן שיהא כוונתו לשומרה לשם מצה לחוד ור"י סובר דבעינן כוונתו לשומרה מחימוץ לשם מצה הנאכלת לשבעה וכ"ז הוא בגדר כוונה ולהכי מהני אף לר"י אם עשאן למכור בשוק וחשב דאי לא מזדבנא איפוק בי' אנא ולא חיישינן לחשש שאין ברירה דמ"מ היתה כאן כוונת שימור וכמו שבארנו לעיל דאין תנאי פוסל את הכוונה מה"ט דמ"מ היתה כאן כוונת מצוה ולא דמי לעיבוד דס"ת דפסלינן שם משום ברירה כמ"ש לעיל בשם תשובת עבוה"ג דשם הוי בגדר יחוד דמעבד כדי שיכתוב ע"ז ס"ת ובזה נתפס תנאי וחיישינן גם לחשש ברירה דכל שאין היחוד מבואר לא מיקרי יחוד ועוד דע"כ אין השימור לשם מצה בגדר יחוד דיחוד מקרי שמייחד חפץ זה שלא יעשה בו שום דבר רק יהא עומד לדבר פלוני ובשימור לשם מצה הא אם לש עיסה גדולה וא"צ לצאת אלא בכזית אחד ואעפ"כ מיקרי שימור בכל העיסה הרי אין זה יחוד כ"א כוונה שצריך לכוין שיהא יכול לצאת בעיסה זו בכזית ממנה:

וכיון שבארנו דלא דמי עיבוד ס"ת לשימור דמצה דעיבוד ס"ת הוא בגדר ייחוד ושימור דמצה הוא בגדר כוונה והוכחנו ג"כ דענין גע"ג לא מהני אלא במחשבה שהיא בגדר כוונה אבל לא במחשבה שהיא בגדר יחוד א"כ אין ראיתו של המג"א ז"ל מוכרחת בזה שהוא למד טווית ציצית לשמה משימור דמצה דמהני גע"ג ולדברינו הם רחוקים זמ"ז וגבי מצה שהמחשבה בגדר כוונה מהני שפיר גע"ג אבל גבי טווית ציצית ועיבוד ס"ת דהוי בגדר ייחוד לא מהני גע"ג:

ומ"ש הרא"ש בהלכות ס"ת הביאו הטור ביו"ד (סימן רע"א) דאם הישראל צוה לנכרי לעבוד לשמה מותר לכתוב עליו ס"ת וכן כתב הטור באו"ח (סימן ל"ב) עיי"ש התם נמי לאו משום גדר גע"ג נגעו בו אלא דמיירי שהישראל צוה לעבוד עור שלו וכבר בארנו דהתם בבעלים תליא מילתא וסובר הרא"ש דכיון דהישראל שהוא בעליו צוה להנכרי לעבוד לשם תפילין ומזוזה לא איכפת לן במחשבת הנכרי כלל ואף דאדעתא דנפשי' קא עביד דמ"מ הבעלים מייחדים וציוו לעבד לשם ס"ת הוי הזמנה במעשה עיבוד ומהני וכשר לכתוב עליו ולדידי' ה"ה דכשר גבי טוויה לשמה בנכרי וה"ה בחשו"ק ודאי דמהני מהאי טעמא עיבוד וטוויה דידהו כשהבעלים נותנים להם לטוות לשם ציצית ולעבד לשם ס"ת ותפילין דלא איכפת לן במה שאינן יכולין לכוון כיון שהבעלים מייחדים אותן בעיבוד זה וטוויה זאת לשם מצותן מהני. ולדעת הרמב"ם דפוסל ה"נ בחשו"ק דפסול ולא תלי דין טוויה ע"י חשו"ק בפלוגתא דגבי מצה כמ"ש המג"א אלא דתלי בפלוגתא דהנך רבוותא דפליגי גבי עיבוד דעיבוד וטווי' לשמה חד דינא אית להו ולא דמי כלל ללשמה דמצה כמו שבארנו היוצא מדברינו דאף למאי דמסיק הב"י דבשוטה גבי מצה לא מהני לישה לשם מצה דבשוטה לא מהני גע"ג רק גבי גט דאיכא הוכחה דכתיבה ולא גבי חליצה ולישה דמצה כמו שביאר הב"י שם (סימן ת"ס) בשם התוס' מ"מ גבי טוויה ועיבוד שוטה דמי לחרש וקטן דגבי עיבוד וטויה לא איכפת לן במה שהשוטה אינו יכול לכוון כיון דהבעלים מייחדים ע"י עיבודו של השוטה לשם מצותן מהני ומאן דמכשיר גבי עיבוד וטוי' בחרש וקטן מכשיר נמי גבי שוטה וחד דינא אית להו:

ולפי מה שבארנו דהטווי' לשמה לא מהני אלא מדעת בעלים יש לעיין במה שכתב הרמב"ם ז"ל (בפ"א מה' ציצית) וז"ל חוטי הציצית אין עושין אותן מצמר הגזול ולא משל עיהנ"ד ולא משל קדשים ואם עשה פסול וכ' עלה הכ"מ שם שהוא מהא דדרשינן פ"ק דסוטה (דף ט') דועשו להם משלהם וקשה דל"ל קרא תיפוק ליה כיון דבעינן טוי' לשמה ומצמר הגזול לא מהני טוי' לשמה ולפמ"ש שם בשם הנמ"י דמיירי בגזל חוטין ממש אבל אם גזל צמר ועשאן חוטין כשרים משום דקניא ביאוש ושינוי הגוף א"ש דמשעת

טוי' גופא הוי שינוי דמעיקרא צמר והשתא חוטין ומהני טוית הגזלן לשמה כדאמרינן גבי תרומה דהגנב והגזלן שתרמו תרומתן תרומה משום דהוי יאוש ושינוי השם וחל קדושת תרומה עם שינוי השם ביחד כמו שיבואר לקמן וה"נ חל טווי' לשמה עם השינוי ביחד א"ש. אבל לשון הרמב"ם ז"ל שכתב אין עושין אותו מצמר הגזול דמשמע שגזל צמר ועשאן חוטין קשה דממ"נ אם מיירי אחר יאוש א"כ אי אפשר למעוטי מקרא דשלהם דהא קנה ביאוש ושינוי השם ולא מיקרי גזול וכמ"ש התוס' גבי קרבן בגיטין (דף נ"ה) דהיכא דקנאו ביאוש ושה"ש לא ממעטינן ליה משום קרבנו ולא הגזול ואי מיירי קודם יאוש הא בלא"ה פסול משום דלא מהני טווית הגזלן לשם ציצית ול"ל קרא דלהם ת"ל מהא דדרשינן גדילים תעשה לך לשם חובך דבעינן טוויה לשמה. ובסוכה (דף ט') דרשינן להו להני תרתי קראי גדילים תעשה לך לטויה לשמה אליבא דשמואל וקרא דלהם למעוטי גזולה ול"ל קרא למעוטי גזול ת"ל דלא הוי טוויה לשמה ואפשר לומר דכמו דמוקמינן בב"ק (דף ס"ח) קרא דקרבנו ולא הגזול כשהקדישו בעלים ביד גנב. ה"נ מיירי שהבעלים טוו לשם ציצית או שציוו לטוות לשם ציצית כשהוא ביד הגזלן וקמ"ל קרא דשלהם שאין הגזלן יוצא בהם דאי משום טויה לשמה הוי מהני ואע"ג דהתם גבי קרבן אמרינן דלא מהני בעלים ביד גנב משום דר' יוחנן דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם א"י להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו ה"מ גבי הקדש דכתיב קרא ואיש כי יקדיש את ביתו מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו אבל טוויה לשמה דהוי יחוד בעלמא יכולין הבעלים לטוות לשמה אף כשהוא ביד הגנב להכי איצטריך קרא דשלהם למעט מטעם הגזול אם היה קודם יאוש ושל הקדש ושל עיהנ"ד שפסל הרמב"ם ז"ל אפשר דבאמת הטעם משום דלא מהני בהו טווי' לשמה משום דלאו דידיה נינהו:

ובמה שבארנו דהלש עיסת חבירו לשם מצה יוצאין בה י"ח הונח לי מאי דקשה לי טובא הא דתנן (בחלה פרק א') עיסת הכלבים בזמן שהרועים אוכלים ממנה חייבת בחלה ואדם יוצא בה י"ח בפסח ובזמן שאין הרועים אוכלים ממנה אין יוצאין בה י"ח בפסח ופירש רש"י במסכת ביצה (דף כ"א) והר"ש דהטעם דאם אין הרועים אוכלין ממנה אין יוצאין בה משום דלא מיקרי לחם וקשה תיפוק ליה שלא נשתמר לשם מצה ואי מיירי שנשתמר לשם מצה א"כ הא לא שייך לאמר אין הרועין אוכלין ממנה דהא נשתמר לשם אכילה והרמב"ם ז"ל (בה' מצה פרק ו') כתב באמת הטעם משום דלא נשתמר לשם מצה וקשה גם כן דאם לא נשתמר לשם מצה מאי אריא עיסת הכלבים הא כל עיסה שלא הי' בה שימור לשם מצה אין יוצאין בה לכן נראה דמיירי שאדם אחר שמרה לשם מצה ושימור דאדם אחר שאינו בעליו נמי מהני בעיסה דעלמא אבל בעיסת הכלבים אם לא

היה בדעת הרועים לאכול ממנה אין זה מיקרי לחם כלל ופטור מחלה ולא מהני בה שימור של המשמר וכן לפירש הרמב"ם דאין הטעם משום דלא מיקרי לחם אלא משום דלא מיקרי שימור אלא בדבר שעומד לאכילת אדם אבל דבר שעומד לאכילת בהמה לא מיקרי שימור דידיה שימור עכ"פ הרי מוכח דבעיסה העומדת לאכילת אדם מהני שימור דאינש דעלמא שאינו בעליו כלל ודו"ק:

דברי הכותב יו"ט ליפמאן היילפרין.

סימן ג

ובמה שבארנו לעיל דבדבר שהמחשבה הוא בגדר כוונה בעלמא ואיננה המעשה אין תנאי נתפס בה כדאמרינן גבי חליצה דאע"ג דחליצה בעי כוונה אפ"ה אם חלץ ע"מ שתתן לו מאתים זוז חליצתו כשירה ולא מיקרי חליצה בלא כוונה אם לא נתנה לו מאתים זוז בזה יתבאר לנו דברי התלמוד במה שאמרו דאין תנאי בחליצה משום דליתא בשליחות וקבעו הדבר לכלל גדול מילתא דאיתא בשליחות איתא בתנאי מילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי והתוס' בכתובות (דף ע"ד) תמהו בזה דהא לא גמרינן מתנאי ב"ג וב"ר אלא דבר המסתבר ומה סברא הוא לתלות תנאי בשליחות אבל לפי דברינו א"ש טובא דמלתא דליתא בשליחות שיעשה הוא בעצמו דווקא כיון שהפעולה נקשרת בבעליו כ"כ עד שאינה נעשית ע"י שליח אין חל בה תנאי לתלות הדבר ברפיון ובתנאי אם תעשה כך וכך אלא כיון שעשאה הרי היא עושה פעולתה בלי שום תנאי דדוקא בדבר שיוכל להמסר לשליח כמו בגירושין דכיון שיכול ליתן הגט ע"י שליח הוא לאות שאין עצם נתינת הגט לבדו המתיר כ"א בהצטרפות רצונו ורצונו הוא ג"כ המתיר אלא תורה על שניהם ביחד שיתירו היינו רצונו עם הספר ולהכי יכול ליתן הגט ע"י שליח כיון שרוצה לגרשה. וכיון שרצונו הוא עצם המתיר יכול לתלות בו תנאי ואם לא נתקיים התנאי לא מהני נתינת הגט כלל דהא רצונו היה רק על תנאי ורצונו הוא מעצם המעשה ומהני תנאי אבל דבר שאין בו שליחות כמו חליצה הוא לאות שהמעשה בעצמה פועלת ואין רצונו מעצם המעשה רק המעשה של חליצה נקשרת בבעליו עד שהיא בעצמה פועלת להתיר והא דבעינן שיחשוב לפוטרה הוא רק בתורת כוונה שיכוון למה הוא עושה הדבר. להכי לא מהני תנאי בזה דאף אם לא רצה שתועיל החליצה אלא אם תתן לו מאתים זוז מ"מ המעשה בעצמה פועלת להתיר בלי רצונו והרי היתה בכוונת פטור דכבר כתבנו דבכוונה לא שייך תנאי דאף אם לא נתקיים התנאי מ"מ הוא עשה הדבר לשם פטור ולא למתעסק בעלמא וגדר רצון א"צ כאן רק שהמעשה בעצמה פועלת להכי אין תנאי כלל בחליצה:

והרי יצא כאור צדקת דבריהם לתלות תנאי בשליחות דדבר שאינו נמסר לשליח מורה על כח המעשה שפועלת בעצמה בלי פנימיות רצונו שבה להכי אין מועיל בה תנאי דהא דבעי רצונו הוא בדבר כוונה ואין תנאי בכוונה ואע"ג דבר"ה (דף כ"ט) דפריך התם למ"ד מצות א"צ כוונה אלא מעתה הישן בשמיני בסוכה ילקה ופי' התוס' והרשב"א ז"ל דקושיות הש"ס הוא מהא דיתבינן בסוכה בספק שביעי ספק שמיני משמע דלמ"ד מצות צריכות כוונה ניחא הא דישן בספק שביעי ספק שמיני ולא עבר אבל תוסיף משום דמכוון בדעתו אם היום יום שביעי הוא ישן לשם מצוה ואם שמיני הוא אין דעתו לשם מצוה משמע מזה דמהני תנאי בכוונה התם שאני דאם שמיני הוא לאו זמן מצותו הוא כלל ולהכי לא נתפס בו שם מצוה ולא עבר אב"ת אבל אם מכוון על תנאי בזמן המצוה לא מהני תנאי והכי מסתבר לפי הכלל המסור בידינו מילתא דאיתא בשליחות איתא בתנאי מילתא דליתא בשליחות כו' וכדאסביר לן הריטב"א ז"ל בחי' לקדושין (דף מ"ב) בתוס' רי"ד שם וז"ל יש מקשים א"כ לכל דבר מצוה יועיל השליח ויאמר אדם לחבירו שב בסוכה עבורי הנח תפילין עבורי ולאו מילתא הוא שהמצוה שחייבו המקום לעשות בגופו האיך יפטר הוא ע"י שלוחו והוא לא יעשה כלום בוודאי בגירושין ובקדושין מהני כי הוא המגרש ולא השליח כי הרי כתוב בגט אנא פלוני פטרית פלונית וכן נמי האשה למי היא מקודשת כי אם לו והיא אשתו. וכן בתרומה הוא נותן התרומה מפירותיו וכן בפסח הוא אכלו ועל שמו ישחט ויזרק הדם. אבל בסוכה ה"נ יכול לאמר לשלוחו עשה לי סוכה והוא יושב בה אבל אם ישב בה חבירו לא קיים הוא כלום וכן לולב וציצית וכל המצות עכ"ל ומה"ט נמי דלא שייך שליחות למצות שבגופו לא שייך נמי תנאי:

ויש לנו בזה מקום עיון במש"כ הרב"י בהלכות פסח (סימן תפ"ט) וז"ל כתב הרב רבי דוד אבודרהם בשם מחזור ויטרי המתפלל עם הציבור מבעוד יום והיינו בספק יום ספק לילה כמ"ש שם הט"ז מונה עמהם ספירה בלא ברכה מימר אמר אם אזכיר בלילה בביתי אחזור ואברך כדין ונמצא שלא ברכתי לבטלה ואם אשכח הרי מניתי ימים ושבועות למצוה ע"כ ועיין במג"א שם (ס"ק ז') שכ' וז"ל ונ"ל דאזיל לשיטתו דפסק (בסימן ס' סעיף ד') דמצות צריכות כוונה ואם כן יכוון בלבו אם אזכור בלילה אין אני מכוין לצאת בספירה זו עכ"ל ולפי מש"כ דאין תנאי נתפס בכוונת מצוה א"כ לא מהני כלל הך תנאי וכיון שאמר אם לא אזכור בלילה הריני מכוון לצאת הוא יוצא בה ממילא אף אם יזכור בלילה לספור דאין תנאי בכוונת מצוה ועיין בט"ז שם [ואע"ג דמצינו גבי אתרוג דאמרינן הילך אתרוג זה ע"מ שתחזירהו לי נטלו והחזירו יצא לא החזירו לא יצא אלמא דמהני תנאי בקיום מצוה התם שאני דהך תנאי מילתא אחריתא הוא דכיון דהקפידה התורה

באתרוג שיהא שלו והאתרוג הזה ניתן לו ע"מ להחזיר והוא לא קיים התנאי ולא החזירו המצוה מתבטלת מאיליו אבל אם התנאי הוא רק בכוונתו לא מהני תנאו ואף דמצינו כמה קרבנות בכמה דוכתי דמייתי על תנאי כדאמרינן בקדושין (דף נ"ד) לגבי בהמה שנמצאת מירושלים למגדל עדר דמייתי שתי בהמות ומתנה וכן בפסחים (דף פ"ח) חמשה שנתערבו עורות פסחיהן ונמצא יבלת באחד מהן דבעי למימר שם דניתי כל חד מינייהו פסחים ויאמרו אם דידי בעל מום האי דאייתי השתא נהוי פסח ואם דידי תם האי דאייתי השתא נהוי שלמים. התם שאני שאין הקרבן נתכשר אלא בהקדישן של בעלים והוא מתנה בעיקר הקדישו אם שלו תם הוא מקדיש זה לשם שלמים ואי שלו בעל מום הוא מקדיש לשם פסח. ובהקדישו שפיר מתפס תנאי וכן בקידושין שם אבל בקיום מצוה לא מהני תנאי שמתנה בכוונתו ודו"ק]:

(הגה"ה ועיין בתשובות חוות יאיר (סימן קפ"ו שכ' דאם לקחו תוקע והתנו עמו שלא יוציא איש אחר ועבר וכיון להוציא כולם. אינן יוצאין בתקיעתו כיון ששינה בשליחותו עיי"ש ולפמ"ש אין שייך תנאי בכוונת מצוה וכמו דלא שייך תנאי במצוה שעשה בעצמו משום דאין תנאי בכוונה וה"נ במצוה שנעשה ע"י השליח כיון שכוונתו לצאת יצאו. ואף שהם סברו שהוא מקיים התנאי ובאמת לא קיים מ"מ יצאו ודו"ק:)

סימן ד

שאלה על דבר שנתערבו חוטין שלא נטוו לשם ציצית בחוטין שנטוו לשם מצות ציצית אם מותר להטילם בבגד ד' כנפות או לא:

תשובה לכאורה יש לדון בזה דין ביטול דמה"ת חד בתרי בטל וכשרים כל החוטים למצות ציצית. מיהו במק"א נסתפקנו טובא בזה אם יש לדון בזה דין ביטול והערנו מקום ספק דאפשר לומר דלא מהני ביטול אלא בדבר שאנו דנין עליו שיש בו איסור או פסול בזה אמרה התורה שאם נתערב ברוב נסתלק פסולו מעליו ונעשה כדבר שנתבטל בו ואין בו עוד פסול אבל בדבר שפסולו מפני שמחוסר מעשה כמו מצה שלא נאפה לשמה בזה אפילו נתערב במצות האפויות לשמן נמי לא מהני דמשום שנתבטל לא ישיג מעלת המבטל. ודי לנו שמועיל ביטול להסיר חסרון המתבטל ולא להשיג מעלת המבטל ולהכי כל המצות התערובות אינן ראויין לצאת בהן י"ח מצה משום הך תערובות ומהא דתנן במס' פרה (פ"ט מ"ז) אפר כשר שנתערב באפר מקלה הולכין אחר הרוב וטמא ואין מקדשין בהן. דמשמע דלא מהני ביטול הרוב לענין קידוש. וע"כ הטעם דאף שנתערב האפר מקלה ברוב מ"מ לא בטל לענין קידוש שהרי מ"מ לא נעשה בו כל מצות פרה ואינו מטהר נראה דאין ראיה לדברינו דהא התוס' כתבו בזבחים (דף ע"ט) גבי צלוחית

של מי חטאת שנתערב בהן מים דלרבנן דאמרי שפסולין להזות בהן היינו משום מעלה בעלמא וא"כ ה"נ גבי אפר חטאת איכא למימר דהוי מעלה בעלמא וכן מר' אליעזר דאמר מקדשין בהם אין להביא ראיה דמהני ביטול בכה"ג דאפשר לומר דהא דאמר מקדשין בהן היינו כמו גבי מים שנתערבו דבעינן שיזה ב' הזאות ועיין לקמן מש"כ בזה]:

ובזה נ"ל להסביר מה שהקשו התוס' בחולין (דף י"א) בהא דאמרינן הנסקלין בנשרפין ידונו בסקילה אע"ג דרובא נשרפין נינהו ואמאי לא אזלינן בתר רובא ותירצו בשם הר"ת דכיון דממ"נ הוא נהרג לענין באיזה מיתה הוא נהרג לא אזלינן בתר רובא עכ"ל וזה תמוה מ"ט לא אזלינן בתר רובא בזה. ולפי מש"כ א"ש כיון דאין אנו יכולין לדון האדם בשריפה אא"כ הוא נידון בב"ד של כ"ג דאז מיתתו בשריפה והוא מיתה הראוי לו עפ"י חוקי התורה א"כ א"א לומר דהנסקל בטל ברוב הנשרפין ויהא נידון גם הוא בשריפה כיון דסוף סוף לא נעשה בו מעשה גמר דין דשריפה והוא מחוסר גמר דין לענין שריפה ולא יוכל לשורפו דביטול ברוב לא מהני לענין שיקנה המיעוט בעצמותו המעשים שנעשו ברוב המבטל *):

ומיושב בזה מה שמקשין העולם משריפת בת כהן דכיון דכתבו התוס' דלענין באיזה מיתה לדונה לא אזלינן בתר רובא א"כ בת כהן דכתבה תורה אם זינתה דינה בשריפה היכי משכחת להו דילמא לאו אביה הוא ודינה בסקילה דהא לענין לדון באיזה מיתה לא אזלינן בתר רובא ולפי מה שכתבתי אתי שפיר דבאמת אזלינן בתר רובא גם לענין לדונו באיזה מיתה רק לענין שיתבטל הנסקל ברוב הנשרפין בזה לא אזלינן בתר רובא משום שאין המתבטל משיג חשיבות מעשה המבטל

ומיושב בזה ג"כ קושיות הגאון בעל ח"ד בס' ק"א בהא דאיתא בפסחים (דף פ"ח) חמשה שנתערבו עורות פסחיהן ונמצא יבלת באחד מהן אמרינן שכולן אינן נאכלות. והקשה אמאי לא אזלינן בתר רובא דמדאורייתא חד בתרי בטל וא"כ יכולים לאכול כל החמשה פסחים:

אמנם לפענ"ד א"ש דלא מהני ביטול אלא לבטל מהדבר האסור כח האיסור שבו אבל לא שישיג המתבטל חשיבות המבטל ולהכי לא מהני ביטול להשיג עליו שם קרבן כשר כיון דהבעל יבלת פסול הוא לפסח כל התערובות אסורים באכילה דהא לא נעשה בו כל הכשר קרבן להתירו באכילה כשאר קדשים דהא בבעל יבלת לא מהני שחיטה וזריקה להתירו באכילה ובעל יבלת שהקדיש יש בו קדושת דמים ואסור בהנאה:

ויש להביא ראיה לזה מהא דאמרינן במנחות (דף כ"ג) גבי פלוגתא דרב חסדא ור"ח אי בתר מבטל אזלינן אי בתר בטל אזלינן לענין מין במינו לר' יהודא ומקשה שם מהא דתנן

שתי מנחות שנתערבו אם יכול לקמוץ מזה בפ"ע ומזה בפ"ע כשירות והא כיון דקמיץ ליה הוי ליה אידך שיריים ומבטלי שיריים לטיבלא דאידך והוי' ליה מנחה שחסרה קודם קמיצה בשלמא למ"ד בתר בטל אזלינן א"ש משום דבטל הוי כמבטל דלכי קמיץ מאידך הו"ל שיריים כי הני אלא למ"ד בתר מבטל אזלינן שיריים מי הוי טיבלא עכ"ל הגמ' והקשה רש"י ז"ל דלמ"ד נמי בתר בטל אזלינן נמי תקשה דלבטל טבלא לשירים והו"ל טבלא מנחה שריבה סלתה ופסולה כיון דבתר בטל אזלינן ושיריים לא מצי למהוי טיבלא וה"ל מי בשאינו מינו ובטל והוי מנחה שריבה סלתה ותי' רש"י ז דכיון דטבל מבטל לשיריים הוי' לי' כמאן דליתא ולא הוי כלל ריבה סלתה עיי"ש הרי דאף שהשיריים בטלים בטבל דאידך מנחה אפ"ה אין המנחה נפסלת משום ריבה סלתה דאין הביטול מועיל שיהא דבר המתבטל נחשב כמבטל שיפסל את המבטל מחמת שניתוסף בשיעורו שאינו נחשב כלל למהוי כמבטל עצמו ואף שמתבטל בתוכו מ"מ אינו נחשב כמוהו ממש רק שמתבטל לענין איסורין שילך ממנו האיסור וגבי קדשים פעולת הביטול שאבד חשיבותו מה שהיה לו מקודם רק שהוא מתבטל בתוך המבטל אבל להתהפך להיות כמבטל ממש אין הביטול מועיל כלל. ואף דגבי איסורין אמרינן דאיסור נהפך להיות היתר היינו דאזיל כח האיסור מיני' אבל אינו משיג מעלת ההיתר דאם הי' משיג מעלת ההיתר להיות כמוהו הי' השיריים מתהפך לטבלא והו"ל טבלא מנחה שריבה סלתה:

מיהו התוס' שם (דף כ"ב) ד"ה והן הקשו על רש"י ז"ל דהא במתניתין בקומץ שנתערב במנחת נסכים ובמנחת כהן משיח פסולות שזה בלילתה רכה וזה בלילתה עבה ופסול הקומץ שבלילתו רכה מפני שבולע ממנחת נסכים שבלילתה עבה והו"ל ריבה שמנה הרי דלא אמרינן דכיון שבטל השמן שנבלע הו"ל כמאן דליתא ולא מיקרי ריבה שמנה ואיך כתב רש"י ז"ל דכשהטבל מבטל השיריים לא מקרי הטבל ריבה סלתה ע"ש *).

ולפי"ז מוכרח דכל היכי דדנין דין ביטול נהפך דבר הבטל כמבטל ממש עד שנחשב המנחה המבטלת כריבה שמנה או ריבה סלתה ע"י דבר המתבטל בתוכו דדבר המתבטל בתוכו נעשה כעיקר המנחה ויש לעיין שגם בדברי רש"י ז"ל עצמו נראה כן לכאורה שפי' בהא דאמרינן התם בתחילת הסוגיא נבילה בטילה בשחוטה ושחוטה אינה בטילה בנבילה היינו שאם נתערב השחוטה בנבילה ונגע אח"כ אחת מהן בתרומה אינה נשרפת עליו אלא תולין דשמא זו היא השחוטה מפני שאין השחוטה בטילה בנבילה משום שאפשר לנבילה שתעשה שחוטה ואינה בטילה עיי"ש וזה לרב חסדא דסובר בתר מבטל אזלינן אבל לר' חנינא דסובר בתר בטל אזלינן שחוטה בטילה בנבילה מפני שא"א לשחוטה שתעשה נבילה והוי לי' מין בשאינו מינו אם נגע אחת מהן בתרומה שורפין

עליו את התרומה דכיון שנתבטל השחוטה בנבילה משיג גם טומאה כמו שיש טומאה במבטל הרי שדבר המתבטל מתהפך להיות ממש כמבטל להשיג טומאה כמוהו:

מיהו נראה דאין ראי' מדברי רש"י ז"ל דאפשר לומר בדעת רש"י ז"ל דודאי סובר דאין בשר השחוטה משיג טומאה גם אחר שנתבטל והא דלר' חנינא שחוטה שנתערב בנבילה ונגע בא' שורפין התרומה הוא משום דתלינן דנגע בנבילה דאזלינן בתר רובא דמיירי שנגע באחת מהן ולא ידע באיזה דלרב חסדא שסובר שחוטה אינה בטילה בנבילה תולין ולא שורפין משום דכיון דאינה בטילה הוי לי' קבוע ודמי כאילו יש מחצה נבילות ומחצה שחוטות כיון שאינו מתבטל מחמת דהוי לי' מין במינו כיון דבתר מבטל אזלינן להכי תולין משא"כ לר"ח דשחוטה בטילה אם נגע באחת מהן אזלינן בתר רובא דלא הוה ליה קבוע ושורפין את התרומה אבל הא ודאי דאין הטהורה משיג טומאה בעצמותה רק דאזלינן בתר רובא ואמרינן דנגע בנבילה וכן מוכח בתוס' דכל היכא דלא בטל משום דמיקרי מין במינו הוי לי' קבוע אף שמעורב ביחד וכל היכא דבטל לא מיקרי קבוע שהרי כתבו התוס' בהא דאמרינן שחוטה אינה בטילה בנבילה וז"ל והיכא דקביעי ברשות הרבים ואינו יודע באיזה מהן נגע ספיקו טהור דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי עכ"ל והיינו כיון דשחוטה אינה בטילה הויא לי' קבוע ומחצה על מחצה ומספקינן שמא נגע בשחוטה:

מיהו בבכורות (דף כ"ב) משמע דדעת רש"י ז"ל דדבר המתבטל נהפך להיות כמבטל לכל דבר ואם בעצמו לאו בר קבולי טומאה היא נהפך להיות כמבטל לקבל טומאה דאמרינן התם הלוקח ציר מע"ה משיקו במים והוא טהור דאי רובא ציר. ציר לאו בר קבולי טומאה ואי רובא מים מהני לו השקה וקאמר ר' ירמי' לא שנו אלא לטבל בו פתו אבל לקדירה מצא מין את מינו וניעור ופרש"י ז"ל המים שבתוך הציר מוצאין את המים שבקדירה ומצטרפין יחד ורבין על הציר ומטמאין אותו עכ"ל הרי דאף ציר דלאו בר קבולי טומאה כשנתבטל במים משיג חשיבות משקה לקבל טומאה והתוס' שם ד"ה וניעור באמת חולקין על זה וכתבו דלא אמרינן ניעור אלא לענין שלא יתבטל המים שבתוך הציר אבל הציר ודאי לא מקבל טומאה עיי"ש ולפי"ז ודאי דחוטין שלא נטוו לשמן שנתערבו בחוטין שנטוו לשמן אינו יכול להטיל כל החוטין האלו בבגד ד' כנפות לשם ציצית דלא שייך ביטול למהוי כאילו כולן נטוו לשמן כנלע"ד דברי הכותב יו"ט ליפמאן היילפרין:

סימן ה

שאלה בדין עור שנתעבד לשם ס"ת או תפילין אם מותר לכתוב עליו דבר חול אם התנה בשעת עיבוד שיהא בידו להשתמש בו לדבר חול.

תשובה בש"ע או"ח (סימן מ"ב) כתב הרמ"א ז"ל קלף המעובד לשם תפילין אסור לכתוב עליו דברי חול דהזמנא מילתא בגוף הקדושה לכ"ע וקלף מיקרי גוף הקדושה וכתב הב"ח דאין כותבין גיטין בקלף המתוקן לתפילין אא"כ התנה בשעת העיבוד לכתוב עליו גיטין כשיצטרך אבל כשלא התנה מעיקרא בשעת העיבוד איסור גמור הוא לכתוב עליו גיטין והט"ז הוסיף על דבריו דכיון שנהגו כן אף שלא התנה כמו שהתנה דמי ולענ"ד דין זה שהתנו עליו מעיקרא מהני במעובד לשם תפילין וס"ת לכתוב עליו דבר חול צ"ע טובא דהנה בתשובת ע' הגרשוני (סימן ס"ה) כתב דאסור לומר בשעת עיבוד שמעבד לשם ס"ת ותפילין משום דקדושת ס"ת חמורה מקדושת תפילין א"כ כשנכתב אח"כ ס"ת מוכרחין אנו לומר הוברר הדבר שזה הקלף עובד לשם ס"ת וזה הקלף שעיבד לשם תפילין ובהגהת מרדכי (ה' ציצית) מסתפק לומר דהא דבעינן עיבוד לשמה הוא מן התורה ובדאורייתא קיי"ל דאין ברירה וצריך שיאמר שמעבד העורות לשם ס"ת ויתנה אם ירצה לשנותה לקדושה קלה יהא רשות בידו עכ"ל וכ"כ בשו"ת הגרע"א זצ"ל דאסור לעבד העור לכתוב עליו תפילין או גט מהאי טעמא דאין ברירה דכיון דעור שנתעבד לשם ס"ת או תפילין אסור לכתוב עליו גט ועור שעובד לגט אסור לכתוב עליו תפילין משום דתפילין בעי עיבוד לשמה ובעינן למימר כשכותב עליו תפילין שנתברר שנתעבד לשם תפילין והוי עיבוד לשמה וכשכותב עליו גט אנו צריכין לומר שלא נתעבד לשם תפילין ואנן קיי"ל אין ברירה בדאורייתא:

ולכאורה נראה לי דלא שייך בזה ברירה דהא בר"פ כל הגט גבי גט אשה דחשיב התם במתניתין כל הני בבי דשלא לשמה כמו שמע קול סופרין מקרין איש פלוני מגרש אשה פלונית ואמר זה שמו וזה שם אשתי והדר קחשיב שנים ששמותיהם שוות וכתב אחד לגרש את אשתו ומוצאו בן עירו ורצה לגרש בו דפסול והדר קחשיב לו שתי נשים ששמותיהן שוות כתב לגרש את הגדולה לא יגרש את הקטנה עיי"ש ואלו כתב גט לאשתו אם ארצה אגרש בו ואם לא ארצה לא אגרש לא קחשיב ומוכח מזה לכאורה דבכה"ג כשר דלא אתינן לחשש ברירה אלא במתנה על ב' דברים ששניהם צריכים לשמה כמו באיזה שארצה אגרש אבל אם מתנה אם ארצה אגרש ואם לא ארצה לא אגרש כשר דהאי בבא דאם לא ארצה לא אגרש א"צ שום קביעות מחשבה א"כ ה"נ אם ארצה אכתוב עליו ס"ת ואם ארצה אכתוב עליו דבר חול נמי לא שייך בזה ברירה משום דדבר

חול א"צ שום קביעות מחשבה וכ"כ הר"ן בשם הרמב"ן ז"ל (בר"פ כל הגט) דפלוגתא דברירה לא שייך אלא במתנה על ב' דברים כגון האומר לאיזה שתצא מפתח תחילה וכן האומר שני לוגין שאני עתיד להפריש שהוא מתנה על כל שני לוגין שבחביות וכן אם בא חכם למזרח עירובי למזרח למערב עירובי למערב אבל במתנה על דבר אחד כגון האומר כתוב גט לאשתי אם תצא בפתח תחילה וכן האומר אם בא חכם למזרח עירובי למזרח ואם לאו יהא בטל אפילו למאן דל"ל ברירה מהני עכ"ל הר"ן בשם הרמב"ן ז"ל ואף שקשה על דבריהם ז"ל דבכתוב גט לאשתי אם תצא בפתח תחילה בלא"ה הגט פסול מטעם תנאי קודם כתיבה וכדסובר רבא (בגיטין דף פ"ה לפני התורף אפילו על פה נמי פסול ולהכי לא בעי רב אושיעא בכתוב אם תצא בפתח תחילה ואכתי איכא למימר דגם בזה שייך ברירה דמדברי ר' אושיעא אין ראי' כלל וכן מהא דמתנה על שני דברים נמי אין ראי' דבמתנה על דבר א' יש ברירה דאדרבא התם אמרינן בהדיא בעירובין (דף ל"ז) הריני מערב לשבתות של כל השנה רציתי אלך לא רציתי לא אלך דתליא בפלוגתא דברירה ורציתי לא אלך היינו שיהא העירוב בטל והוי מתנה על דבר אחד ואפילו הכי לא מהני למ"ד א"ב משום דבאמת גם התם מיקרי מתנה על שני דברים דכשאמר לא רציתי לא אלך היינו שיקנה לו תחום ביתו לצד אחר וכיון דתחום ביתו ותחום שמתנה עליו הוי ב' דברים הסותרים זא"ז שייך בזה ברירה דאם לא יקנה לו העירוב רוצה שישאר בתחום ביתו ודברי הרמב"ן ז"ל לא זכיתי להבין מ"מ ממתניתין דכל הגט דלא קתני יתר על כן כתוב אם ארצה אגרש וודאי דמוכח כדברי הרמב"ן ז"ל דבמתנה על דבר א' לכ"ע מהני) מיהו נראה דלא דמי דהכא בעיבוד אם ארצה אכתוב עליו תפילין ואם ארצה אכתוב עליו גט שפיר קאתינן לחשש ברירה דהתם גבי כתיבת גט לשמה הרי גט שנכתב לשם אשה יכול לעשות בו מה שירצה דגט אין בו קדושה ואין צריך להתנות שאם לא ירצה לגרש לא ירד עליו תורת גט ולהכי לא איכפת לן מידי במה שאומר שאם לא ירצה לא יגרש שאם לא יגרש ויעשה ממנו דבר אחר אין בזה שום איסור וגם קביעות תורת גט לשמה לא פקע ממנו במה שאינו רוצה לגרש דאף דאינו רוצה לגרש חלה עליו תורת גט לשמה רק שאינו מגרש מחמת שאינו רוצה להכי לא איכפת לן במה שאמר אם ארצה אגרש ואם לא ארצה לא אגרש ואין בזה חשש ברירה משא"כ בעיבוד עור דעור שנתעבד לשם תפילין אסור להשתמש בו דבר הרשות משום הזמנה ועור שנתעבד לשם צורך חולין אסור לכתוב ס"ת או תפילין הרי הדברים סותרים זא"ז שאם ישתמש לשם ס"ת צריך שיוקבע עיבוד לשם ס"ת ולא לדבר חול ואם ישתמש בו דבר חול צריך שיתבטל קביעות העיבוד לשם ס"ת מפני שאסור לכתוב דבר חול על עור שנתעבד לשם קדושה

א"כ הרי הדברים סותרים זה את זה ואם מתנה שאם ירצה להשתמש בו דבר הרשות לא ירד עליו תורת קדושת הזמנה לשם תפילין כדי שיהא בידו לעשות בו דבר חול הרי זה ברירה גמורה ואסור למ"ד אין ברירה:

וראיתי להגאון בעל נודע בשערים שכ' דאפשר לומר במתנה אם ירצה לכתוב עליו דבר חול לא חיישינן לחשש אין ברירה משום דעיקר הטעם עיבוד לשמה הוא משום יחוד דבעינן שתיחד העור קודם כתיבה לשם ס"ת או תפילין ויחוד מספק נמי הוי יחוד דאמרינן בירושלמי (פ"ג דגיטין) אמר לאומן עשה לי שני זוגין אחד לקרקע ואחד לבהמה עשה לי שני מחצלאות אחת לשכיבה ואחת לאהלים הרי אלו טמאים עד שיפרשם בטהרה ר' שמעון מטהר עד שיפרשם בטומאה. ופסק הרמב"ם ז"ל (בפ"ז מהלכות כלים) כת"ק דהרי אלו טמאין אם כן חזינן דיחוד מספק נמי הוי יחוד ולא אמרינן דכיון דאין ברירה הרי לא נתברר המחצלת לשכיבה וכיון דיחוד מספק מהני עיבוד מספק נמי מהני ומיקרי עיבוד לשמה:

ולע"ד נראה דלא דמי כלל דהא הרמב"ם ז"ל כתב בה' טמאי משכב (פ"ז ה"ח) הי' הכלי משמש לישיבה עם מלאכתו שעושה ה"ז מתטמא במדרס כגון הדריר והטלית והחלוק והתורמל והחמת אעפ"י שכל א' לא נעשה מתחילה למשכב הרי הוא משמש לישיבה עם מלאכתו עכ"ל הרי דבגד שמיוחד לשכיבה ולמלאכה אחרת נמי מטמא מדרס דהא אפשר לומר לו עמוד ונעשה מלאכתינו כיון שמיוחד גם למדרס וא"כ היינו טעמא דת"ק דמטמא באומר עשה לי מחצלת אחת לשכיבה ואחת לאהלים משום דכיון ששימוש אהלים ושימוש שכיבה אין סותרים זא"ז ויכול לשמש בכאו"א פעם לשכיבה פעם לאהלים א"כ כ"ז שלא נתברר מי לאהלים ומי לשכיבה שניהם עומדים לאהלים ושניהם לשכיבה שהרי יכול לעשות בכל אחד מהם שני המלאכות ואחר שעשה בו מלאכה אחת יכול לעשות בו מלאכה השני' וכה"ג אמרינן בנדרים (דף מ"ה) גבי שותפין שנדרו הנאה זמ"ז דאסורין לכנוס לחצר למ"ד אין ברירה דכ"ז שלא חלקו כל אחד משתמש בשלו ובשל חבירו כמ"ש הר"ן ז"ל שם. וה"נ כ"ז שלא נתברר מי לישיבה ומי לאהלים כאו"א עומד לזה ולזה] וכבר כתבנו דמה שמיוחד לשכיבה ולדבר אחר ג"כ מטמא מדרס כמ"ש הרמב"ם ז"ל ולהכי קסבר ת"ק דשניהם טמאים עד שיפרשנו בטהרה אבל הכא בקלף המעובד לשם ס"ת ולדבר הרשות דא"א לשמש עליו שני הדברים דאם יכתוב עליו ס"ת שוב א"א לכתוב עליו דבר הרשות ואם יכתוב עליו דבר הרשות שוב א"א לכתוב עליו ס"ת או תפילין דהא א"א לומר שמיוחד לשני הדברים ביחד דאי להאי לאו להאי וכיון דא"ב ההכרח לומר שמתחילה נתעבד רק לשם תפילין או ס"ת ואנן קיי"ל אין ברירה

ולא הוי עיבוד לשמה והתם גבי עשה לי שני כלים אין הטעם משום דיחוד מספק הוי יחוד אלא משום דת"ק סובר דכ"ז שלא נתברר שני הכלים עומדים לשני הדברים ולהכי מטמא מדרס והכא גבי עיבוד דא"א לומר דעומד לשני הדברים לא מיקרי עיבוד לשמה דאין ברירה:

ולכאורה קשה לי ממ"ש רש"י ז"ל בשבת (דף ע"ח) אמתניתין דהמוציא קלף כדי לכתוב עליו פרשה קטנה שבתפילין ופרש"י ז"ל דאיידי דדמיו יקרים לא עבדי מיני' קשר מוכסין אלא תפילין ומזוזות ולא מחייבי בשיעורא זוטא עכ"ל והיינו דקשה לי' אמאי לא מחייב בשיעור קשר מוכסין דזוטר כמו בנייר ואם כן קשה היכי מיירי אי בקלף שעובד לשם תפילין ומזוזות הא אינו רשאי לכתוב עליו קשר מוכסין ואיך יתחייב בשיעור קשר מוכסין כיון דאסור לכתוב עליו קשר מוכסין משום דהזמנא מילתא היא בקלף כמ"ש הרמ"א ז"ל ואי באינו מעובד לשם תפילין הא אסור לכתוב עליו תפילין דבעינן עיבוד לשמה וי"ל בדוחק דרש"י ז"ל רוצה לתרץ מתניתין אליבא דרבנן דרשב"ג (סנהדרין ד' מ"ח) דלא בעי עיבוד לשמה דלדידהו מצי איירי בלא עבדו לשמה וקשה לי' לרש"י אמאי לא מחייב בשיעורא זוטא דקמיע כשיעורא דעור ועוד אפשר דרש"י רוצה לתרץ מתניתין אף למ"ד יש ברירה [דאשכחן כמה סתמי דמתניתין אליבי'] ולדידי' משכחת לה שעבד לשם תפילין אם ירצה ואם ירצה יכתוב עליו דברי חול דמצי למכתב עליו תפילין וגם קמיע או קשר מוכסין ואפ"ה כיון דדמיו יקרים לא מצנע לי' לקמיע אלא לשיעורא רבה דתפילין:

והנה אחרי שנתברר דלא מהני תנאי להתנות שאם ירצה להשתמש בדבר חול לא יחול למפרע על הקלף קדושת ס"ת יש לתמוה במה שכתבו הב"ח והעבוה"ג והגרע"א ז"ל שיעבד לשם ס"ת או תפילין ותרד עליו הקדושה רק שמתנה שאם ירצה להשתמש בו דבר חול יהא בידו לשנות ולהפקיע הקדושה תמהני מאוד דמנין דמהני תנאי כזה להפקיע הקדושה אחר שירדה על הקלף. ואף דאיתא במנחות (דף ל"ד) שאם אין לו תפילה של יד ויש לו שני תפילין של ראש שטולה עור על אחת מהן ומניחה ופריך והא שלח ר' חנינא משמי' דר"י תפילה ש"י עושין אותה ש"ר וש"ר אין עושין אותה ש"י לפי שאין מורידין מקדושה חמורה לקדושה קלה ומשני לא קשיא הא בחדתי הא בעתיקי ולמ"ד הזמנה מילתא היא דאתני עלה מעיקרא עכ"ל הגמרא הרי דמהני תנאי בהזמינו לשל ראש להורידו לש"י אע"ג דש"ר קדושתו חמורה מש"י אלמא דתנאי דמעיקרא מהני להוריד מקדושתו גם אחר שתרד הקדושה מ"מ הא איכא למימר דהיינו דווקא התם לענין לעשות מש"ר ש"י מהני תנאי דהתם יכול להתנות שאם ירצה לעשות ש"י לא יחול

עליו קדושת ש"ר למפרע ויהא למפרע ש"י דאף דש"ר חמור קדושתו מש"י מ"מ לא בעינן שיעבד לשם ש"ר ביחוד לא הפרשיות לא הכתב דהא אמרינן ש"י עושין אותה ש"ר ולהכי אם עשה ש"ר והתנה בו שיהא בידו לעשותו ש"י ע"י הטלת עור עליו מהני ואין כאן הורדה מקדושה חמורה לקדושה קלה דהא מתנה שאם ירצה לעשות ש"י לא ירד עליו קדושת ש"ר כלל ואינו מורידו מקדושת ש"ר כלל וחשש ברירה אין כאן דממ"נ אי אמרינן יש ברירה הרי הובררה הדבר שנעשה לשם ש"י ואין כאן הורדה מקדושה חמורה לקדושה קלה ואי אין ברירה הא כיון דא"ב לא נקבע בו קדושת ש"ר ביחוד למפרע רק נקבע עשייתו לשם תפילין בסתם וממילא אין כאן הורדה מקדושה חמורה לקדושה קלה דהא לא נקבע בו קדושת ש"ר ביחוד ולמאי ניחוש לה אי משום שלא נתעבד לשם ש"ר בהדי' הא גם ש"י עושין אותו ש"ר ואי משום הורדה מקדושה חמורה לקדושה קלה הא כיון דא"ב לא נקבע בו קדושת ש"ר כלל ורשאי לעשות ממנו ש"י (דהא למ"ד אין ברירה כשכותב גט בספק ברירה לא מיקרי לשם כריתות כלל וה"ה כשמתנה לשם ש"י או לשם ש"ר לא נקבע כלל קדושת ש"ר] אבל בעיבוד קלף לשם תפילין או לשם ס"ת אי מחשב שיעבדו לשם תפילין וס"ת או לשם דבר חול לכשירצה כיון שכבר כתבנו דלא מהני משום דבעינן עיבוד לשמה ואנן קיי"ל אין ברירה בדאורייתא א"כ כשכותב עליו תפילין או ס"ת לא אמרינן הובררה הדבר שנתעבד לשם תפילין או ס"ת וממילא אין כאן עיבוד לשמה ופסול וא"א אלא שיחשוב שמעבד לשם תפילין בלי ספק ויתנה שכשירצה לשנות תפקע ממנו הקדושה אז מכאן ולהבא וזה לא מצינו שיהא בידו להוריד הקדושה בלי ספק ולהתנות שתפקע אם ירצה דבמאי תפקע קדושתו ובש"ס דאמר דאתני עלייהו מעיקרא היינו שמתנה שאם יעשה ממנו ש"י לא תחול עליו קדושת ש"ר למפרע כלל ומיירי בחדתי שלא הניחם עדיין על ראשו כלל] אבל גבי עיבוד דלא מצי להתנות שלא תחול עליו מעיקרא הזמנת הקדושה משום דבעינן עיבוד לשמה ואין ברירה כמו שכתבנו וע"כ צריך לכוון לשם קדושת תפילין בלי ספק לא פקע קדושתו בכדי ולא מהני תנאי בזה וקיי"ל בנדרים (דף כ"ט) דקדושה בכדי לא פקע בין קדושת הגוף בין קדושת דמים. ועיין ברשב"א ז"ל בחידושיו למס' ביצה (דף ל') דאמר שם אהא דתניא אם התנה הכל לפי תנאו דמיירי באומר שאינו בודל מהם כל בהש"מ דדווקא בנוי סוכה מהני תנאה אבל בעצי סוכה עצמן ע"כ חל עליהם קדושה וכיון שקדושת מצות סוכה מתפשטת בה אי אפשר לו להתנות שתפקע הקדושה ועיי"ש שמקשה על דברי אביי שסובר דלא מהני תנאי כלל מהא דסבר אביי בנדרים דקדושת הגוף נמי פקע בכדי ותירץ דאביי סובר דהקישו הכתוב לחגיגה מה חגיגה אי אפשר לה שתפקע קדושתה אחר שחלה עליו

אף עצי סוכה כן [ונראה כוונתו ז"ל דאף מ"ד דקדושת הגוף פקעה בכדי היינו דווקא בקרבן נדבה כמו עולה ושלמים דאמר שם שור זה עולה כל למ"ד יום וכו' ומיירי בקרבן נדבה אבל בקרבן חובה כיון שהקדישו והפרישו הכל מודים דלא פקע קדושתה בכדי וחגיגה הוי דבר שבחובה כדאיתא בביצה (דף י"ט) עכ"ל הרשב"א] ואם כן ממילא לדידן דקיי"ל דאפילו קדושת דמים לא פקע לא מהני תנאי בסוכה ג"כ וכן דעתו ז"ל שם בחי' וגם דעת הר"מ ז"ל (בפ"ו מה' סוכה) דלא מהני תנאי בעצי סוכה ולא מהני תנאי רק בנוי סוכה שמתנה שלא תתחיל בהם שום קדושה וכן דעת הרמב"ן ז"ל במלחמות *). ואף לדעת הרי"ף שהביא שם הרשב"א ז"ל דמהני תנאה אף בעצי סוכה באומר איני בודל מהם כל בה"ש היינו נמי דווקא שמתנה שלא תתחיל הקדושה לחול עליהם וסובר דאף דדרשינן בסוכה (דף ט') חג הסוכות תעשה דכשם שחל שם שמים על החגיגה כך חל על הסוכה מ"מ בדעת בעלים תלי' מילתא וכמו בחגיגה בעי שיקדישנה ה"נ בסוכה לא חלה הקדושה אלא כ"ז שאינו אומר בהדיא שאינו בודל מהם אבל כשאומר איני בודל מהם לא חלה הקדושה כלל ובזה הוא חולק על הרשב"א והרמב"ן ז"ל דהם סוברים דבעצי סוכה שמתחיל לצאת בהם ביהש"מ חל עלה קדושה אף שאמר שאינו בודל דרחמנא רמי קדושה אסוכה שיוצאין בה והרי"ף סובר דבאומר איני בודל לא חלה הקדושה כלל אבל היכי שחלה הקדושה לא מצינו שתפקע ואדרבא הרי בנוי סוכה דמהני בה תנאי לכ"ע באומר איני בודל מהם כל ביהש"מ דלא חיילא עלייהו קדושה כלל אבל אם אמר לכשארצה אטול הנוים משמע דלא מהני כמ"ש הר"ן ז"ל שם בביצה להדיא דכיון דחיילא קדושה תו לא פקעה וכיון דאפילו בנוי סוכה דלא הוי רק תשמישי מצוה אמרינן דבכדי לא פקע א"כ כש"כ בעור שנתעבד לשם תפילין ולשם ס"ת דהוי תשמישי קדושה דלא מהני בו תנאה שיתנה שתפקע הקדושה לכשירצה מכאן ולהבא וכן בביהכ"נ שבבבל דאמרינן במגילה (דף כ"ח) דעל תנאי עשויות פירשו התוס' שם דהיינו דווקא בחורבנן אבל להשתמש בהן בישובן לא עיי"ש:

ונ"ל להביא ראיה לזה מדברי הרמב"ם ז"ל שהשמיט הך אוקימתא שבש"ס דאתני עלייהו מעיקרא ולא הזכיר הך דינא דבאתני מעיקרא עושין מש"ר ש"י שכתב (בפ"ג מהל' תפילין) ש"ר אין עושין אותו ש"י בד"א שלבשן אבל ש"ר שלא לבשן אדם מעולם אם רצה להחזירן לש"י מותר עכ"ל והנה לא העתיק הרמב"ם ז"ל הך אוקימתא דאתני עלי' מעיקרא וטעמו משום דהך אוקימתא דאתני עלייהו מעיקרא הוצרכו לומר למ"ד הזמנה מילתא ואסור אפילו בחדתי להכי הוצרך לומר דמיירי בתנאי אבל לדידן דקיי"ל הזמנה לאו מילתא שרי בחדתי אף בלא תנאי זהו טעמו של הר"מ ז"ל (וסובר הר"מ

ז"ל דגם בגוף הקדושה אמרינן הזמנה לאו מילתא כדמשמע פשטות לשון הגמ' דקאמר ולמ"ד הזמנה מילתא ולא כדעת הנ"י שהביא הרמ"א דבגוף הקדושה לכ"ע הזמנה מלתא היא ועיין בתשובת רע"א ז"ל שדחק לפרש לשון הש"ס לדעת הנ"י ואם נימא דבתנאי פקע קדושתו אף אחר שירדה הקדושה א"כ אכתי הוי לי' להרמז"ל להזכיר דבתנאי שרי אפילו בעתיקא אלא וודאי כמ"ש דהרמז"ל סובר דהא דקאמר דאתני עלייהו מעיקרא אין הכוונה שרצה להוריד עליו קדושת ש"ר ולהפקיע הקדושה לכשירצה ולעשותו ש"י דזה אין בידו רק כוונת הש"ס דאתני עליו בתורת ספק שאם ירצה לעשות של יד לא ירד למפרע כלל קדושת ש"ר ומזה לא הוצרך הרמב"ם להשמיענו כלל. דאין בזה שום רבותא דהא אין בזה שום חשש ובירירה לא שייך כאן כמ"ש לעיל דאף אם אין ברירה מ"מ כיון דלא חייל קדושת ש"ר ביחוד למפרע נמי יכול לעשות ש"י ואי משום שלא נתעבד לשם ש"ר הא ש"י עושין אותו ש"ר ולא הוצרך הרמב"ם לכתוב דבר זה והש"ס משני לה למ"ד הזמנה מילתא אף דאין בזה שום חידוש אבל למאי דקיי"ל לאו מילתא היא לא הוצרך לכותבו:

הנה בררנו דאסור לכתוב על קלף שנתעבד לשם ס"ת או תפילין ולא מהני בי' תנאי כלל ולפי זה נראה דגרע טפי להתנות שיהא בידו לשנות הקדושה מלהתנות שלא יחול הקדושה למפרע דתנאי לשנות הקדושה ודאי דלא מהני כמו שביארנו ואלו תנאי דשלא יחול הקדושה למפרע דקאתינן לחשש ברירה הא איכא תנאי דסברי יש ברירה וקיי"ל דהוי ספיקא דדינא כמבואר בכמה דוכתי אבל להתנות לשנות הקדושה לאחר שירדה לא מהני ועיין בר"ן (פ' בני העיר) שטרח שם למצוא טעם למה שיכולין לשנות בהכנ"ס בהסכם דעת בני העיר עם ז' טובי העיר עיי"ש ומבואר גם שם דא"א להפקיע הקדושה אחר שחלה אף דבהכ"נ הוי רק תשמיש קדושה כמבואר במגילה (דף כו) גבי לבני דלא מהני בהו הזמנה למ"ד לאו מילתא] כש"כ בקדושה עצמה דלא מצי להוריד קדושתייהו אחר שהוזמנו:

ומ"ש המג"א לסניף להקל לכתוב דבר חול על קלף שנתעבד לשם ס"ת ותפילין עפ"י מ"ש הרמב"ן ז"ל דגווילין לא דמי לעגלה ערופה דגווילין של כתיבה אגב כתב קדוש אזיל ליה הכתב אזיל לי' קדושה כדאמר בשבת פרק כ"כ (דף קטז) הלכך לא דמי לעגלה ערופה דהיא עיקר קדושה עיי"ש ומשמע מדבריו דגווילין לא מקרי עיקר קדושה וקשה לי טובא דא"כ משמע דקלף מקרי תשמיש קדושה דכתב מקרי קדושה והקלף מקרי תשמיש קדושה ובמגילה אמרינן אמר רבא מריש ה"א האי כורסייא תשמיש דתשמיש הוא ושרי כיון דחזינא דמותבי עליו ס"ת אמינא תשמיש קדושה הוא ואסור ולדברי

הרמב"ן ז"ל אף דמנחי עליה ס"ת אכתי מקרי תשמיש דתשמיש דגווילין איקרי תשמיש קדושה וכורסייא תשמיש דתשמיש אלא ודאי דגווילין מקרי קדושה גופא ואחרי שנכתב עליהן אז נתפסין הן עצמן בקדושה ובגמרא לא קאמר אלא הואיל ונתקדשו מכח הכתב בטלה קדושתן אחר שבטל הכתב ונמחק ואין מצילין אותו מפני הדליקה. דל"ל דין כה"ק לענין הצלה מפני הדליקה. אבל הא ודאי דבשעה שהכתב עליהן קדושה גופא מקרי. וכשמזמינן לכתוב עליהן מזמינן לגוף הקדושה כדברי בעל המאור ז"ל ודברי הרמב"ן ז"ל צע"ג:

סימן ו

ומ"ש עוד המג"א להקל ממ"ש התוס' דגם בגוף הקדושה הזמנה לאו מילתא היא כיון דקיי"ל כר"י דעגלה ערופה עריפתה אוסרתה ולא מתסרא מחיים לבאר דבר זה צריכין אנו לכתוב מה שביארנו בעזה"י סוגיא דסנהדרין (דף מז) וסוגיא דכריתות (דף כו) דבסנהדרין שם פליגא אביי ורבא באורג בגד למת דאביי אמר אסור משום דהזמנה מילתא היא דגמרינן שם שם מע"ע מה ע"ע בהזמנה מיתסרא האי נמי בהזמנה מיתסרא ורבא גמר שם שם מעכו"ם ופריך ורבא מ"ט לא גמר מע"ע ומשני משמשין ממשמשין גמר לאפוקי ע"ע דהיא גופה קדושה והקשו בתוס' אהא דפריך ארבא מ"ט לא יליף מע"ע תימא כי גמר נמי מע"ע הא אמר ר"י בחולין פ"ב דעריפתה אוסרתה ורבא פסק כר"י בר משלש עייי"ש שדחקו עצמן לתרץ קושייתם [והגרע"א תמה ביותר דהא רבא גופא סובר בכריתות דעריפתה אוסרתה]:

והנה נ"ל לישב דבאמת יש לדקדק שם בסוגיא דכריתות (דף כג) דאמרינן התם אמתניתין דתנן עגלה ערופה אינו כן עד שלא נערפה תצא ותרעה בעדר משנערפה תקבר במקומה שעל ספק באה מתחילה כיפרה ספקה והלכה לה (ובדף כד) קאמר שם איתמר עגלה ערופה אימתי נאסרת רב המנונא אמר מחיים רבא אמר לאחר עריפה בשלמא לרבא מעידנא דאיתעביד בה מעשה אלא לרב המנונא מאימתי א"ר ינאי גבול שמעתי בה ושכחתי ונסביה חברייא למימר ירידתה לנחל איתן אוסרתה אמר רב המנונא מנא אמינא לה דתנן השוחט פרת חטאת ושור הנסקל ועג"ע ר"ש פוטר וחכמים מחייבין בשלמא לדידי דאמינא מחיים בהא פליגי ר"ש ורבנן דר"ש סבר שחיטה שאינה ראוי' לא שמה שחיטה ורבנן אמרי שחיטה שאינה ראוי' שמה שחיטה אא"א לאחר עריפה אמאי פטר ר"ש שחיטה ראוי' היא וכו' אמר רבא מנא אמינא לה מדתנן עג"ע אינה כן עד שלא נערפה תצא ותרעה בעדר ואי אמרת מחיים אמאי תצא ותרעה בעדר הא איתסרא לה מחיים וכו' ע"כ ויש לי לדקדק בזה טובא בהא דמייתי רבא ראי' דעריפתה

אוסרתה מהא דתנן עג"ע אינו כן שאם נמצא ההורג קודם שנערפה תצא ותרעה בעדר וא"א כרב המנונא דנאסרת מחיים אמאי תצא ותרעה בעדר הא כבר איתסרא לה דקשה ע"ז אלא מאי דאינה נאסרת מחיים א"כ מאי קמ"ל דתרעה בעדר פשיטא דכיון דעריפתה אוסרתה והיא לא נערפה מותרת ואי תימא דהא גופא קמ"ל שאינה נאסרת מחיים הא ליתא דא"כ מאי שייטי למתני הכא בכריתות דין זה הוי ליה למתני במס' סוטה גבי דיני ע"ע אבל הכא דעיקר משנה דכריתות מהדר להורות לנו בדברים שהופרשו למצוותן ואח"כ בטלו מצוותן מה דינן כמו אשם תלוי או אשם וודאי וכל אלו דמיירי בדברים שכבר נאסרו ואח"כ בטלו מצוותן א"כ לא שייך למתני הכא הך דינא דע"ע דלרבא שלא נאסרה כלל פשיטא דתצא ותרעה בעדר ובירושלמי (פ"ט דסוטה) אמרינן אמר רב שמואל בר רב יצחק עד שהיא בחיים היא קדושה מתניתין אמרה כן תצא ותרעה בעדר מהו תצא תצא מקדושתה ע"כ הרי שגם הירושלמי מפרש ומוכיח מלשון המשנה דקתני תצא שכבר נאסרה מחיים ועיין בפני משה שם ובמראה הפנים שם שכתבו דבאמת סוגיא דהירושלמי פליגא על סוגיא דידן אבל כבר כתבנו דבלא"ה מוכח מעיקר המשנה שנאסרת מחיים מדאיצטריך לאשמועינן דתצא ותרעה בעדר וא"א לומר כלל בענין אחר וא"כ הוכחת רבא בש"ס דידן צריכא ביאור:

ועוד ק"ל טובא דבסוגיא דסנהדרין משמע דעיקר האיסור בע"ע למ"ד שנאסרת מחיים בירידתה לנחל איתן הוא מטעם הזמנה שהוזמן לעריפה כדאמר אביי דיליף דהזמנה מילתא היא מע"ע ורבא נמי מהדר ליה דע"ע היא גופה קדושה וא"כ קשה הא תינח כ"ז שראוי למיעבד בה מצותה אסורה משום שהוזמנה לעריפה אבל אחר שאינה ראוי' למצותה הא בטלה לה הזמנה דידה ואזלה קדושתה וחזרה להתירא וכה"ג מצינו בעצי סוכה שאסורין מה"ת כל ימי החג כקרבן כמו שדרשו כשם שחל ש"ש על החגיגה כך חל ש"ש על הסוכה ואפ"ה כתבו התוס' בשם רבינו יצחק ז"ל (בשבת דף כב. ובסוכה דף יב ובביצה דף לב) והטור (בסימן תרס"ה) דאינה אסורה מה"ת אם נפלה אף בתוך ימי החג משום שאינה ראוי' למצותה וליכא איסורא אלא מדרבנן וכן באתרוג שנפסל בתוך ימי החג הביא הב"י דברי הירושלמי שמותר לאכלו ובט"ז שם (סימן תרס"ה) דאתרוג שנפסל בתוך ז' דמי לסוכה שנפלה בתוך ז' ושוב אין בה איסור משום אתקצאי למצותה וא"כ נראה דה"ה מידי דנאסר מטעם הזמנה לקדושה נמי אין איסור אלא כ"ז שראוי למצותו אבל אם נפסל ממצותו אזיל לי' קדושתו ומותר ליהנות ממנו כמו בתשמישי מצוה שמותר ליהנות ממנה אחר שנפסלה ממצותה ואע"ג דלענין הזמנה חמור קדושה ממצוה דבקדושה אמרינן הזמנה מילתא היא ובמצוה אמרינן הזמנה לאו מילתא היא

כמו שפסק הרמ"א ז"ל באו"ח (סימן תרל"ה) בהוזמן לסוכה דמותר ליהנות ממנה מ"מ מסתברא דלא חמיר דבר שהוזמן לקדושה מדבר שנשתמש בו כבר למצוה וכמו דבדבר שנשתמש בו כבר למצוה אמרינן דאע"ג דאסור מה"ת מ"מ אין איסורו אלא אם ראוי עדיין למצותו ולא כשנפסל ה"נ בהוזמן לקדושה נמי לא אסרינן אלא כל זמן שעומד להשתמש בו לקדושה שהוזמן לה אבל כשנפסל ונדחה אזלא הזמנה דידי' וכמו שהוכחתי מעצי סוכה דרמי עלה רחמנא קדושה כל שבעה יותר משאר תשמישי מצוה ואפ"ה בנפלה מותרת מה"ת. וקצת ראי' יש ממה דאמרינן שם בסנהדרין דאביי דסבר דהזמנה מילתא הוא מפרש להא דתניא מותר המת ליורשיו משום דכל דחזי ליה תפיס דלא חזי לא תפיס וא"א לפרושי התם דמאי דאיתותר מהמת לא חלה עלי' איסור הזמנה למפרע דהא התם ת"ק דר"מ לה. ות"ק דר"מ סבר בכולא הש"ס דאין ברירה וא"כ א"א לומר דלא חלה למפרע איסור הזמנה על המותר א"ו דחלה איסור הזמנה על הכל ומה שניתותר אזלי איסור הזמנה מיני' א"כ פשיטא דאם נתקלקל ונפסל מלהיות ראוי לדבר שהוזמן דבטל הזמנה דידי':

[ואפשר לומר דאף ר' נתן דסבר התם יעשנה דימוס על קברו דאף מאי דלא חזי לו תפיס היינו דווקא התם שמה שהוזמן למת לא נדחה ונתקלקל רק שנתותר אבל בנתקלקל ונפסל מודה דמותר] וא"כ ה"ה עגלה שנשחטה ואינה ראוי' עוד למצות עריפה בעינן לומר שפקע איסורה ממנה. דכיון שלא נאסרה אלא מטעם הזמנה לקדושה וכשנשחטה פקע הזמנה דידה וא"כ רב המנונא דמייתי ראי' שנאסרת מחיים מהא דתנן השוחט פרת חטאת וע"ע אוא"ב וכו' פטור לר"ש דסובר שחיטה שא"ר לא שמה שחיטה קשה אפילו אם נימא דנאסרת מחיים נמי תקשה אמאי מיקרי שחיטה שא"ר הא כיון שאינה אסורה מחיים אלא מטעם הזמנה וכשנשחטה בטלה הזמנה ושריא ואע"ג דמדרבנן ודאי דאסור כמו בסוכה ואתרוג שנפסלו שכתבו התוס' והטור דאסור מדרבנן משום דאתקצאי למצותו מ"מ מה דאסר מדרבנן לא מיקרי לר"ש שחיטה שא"ר לפוטרו ממלקות דאו"ב כדמוכח בב"ק (דף עא) דלמ"ד מעשה שבת דרבנן לר"י הסנדלר מיקרי שחיטת שבת שחיטה הראוי' וחייב בה בד' וה' אף לר"ש דפוטר בשחיטה שאינה ראוי' וה"נ לענין או"ב אם אין אסורה אלא מדרבנן מטעם הוקצה למצותי' אמאי קרי לר"ש שחיטה שאינה ראוי' וקשה גם לרב המנונא. וכן רבא מאי מייתי ראי' דאינה נאסרת מחיים ממתניתין דנמצא ההורג עד שלא תערף תצא ותרעה בעדר וא"א דאסורה מחיים הא איתסרא לה אימא דאסורה מחיים ואפ"ה כשנמצא ההורג בטלה מצותי' שא"צ להביא עוד ובטלה קדושת הזמנה דידה דעדיף טפי מסוכת החג אחר שכלו ימי החג או מעצי סוכה שנפלו

בתוך ימי החג דבטלו קדושתייהו ועוד קשה דבקדושין (דף נז) אמרינן המקדש בערלה ובכלאי הכרם בשור הנסקל ובע"ע ובציפורי מצורע אינה מקודשת ומפרש בגמרא בע"ע מנלן אמרי דבי ר"י כפרה כתיב בה כקדשים והקשו בתוס' דהכא מפיק לה מדכתיב כפרה כקדשים. ובכריתות מפיק לה מדכתיב וערפו שם שם תהא קבורתה.. ותירצו דקרא דוערפו איצטריך לאוסרה אחר עריפה דלא נאמר שהותרה אחר שנעשה מצותה וקרא דכפרה כתיב בה איצטריך לאוסרה מחיים כמו קדשים שאסורים מחיים עיי"ש. וכן כתבו בחולין (דף קטז). וקשה לי טובא חדא דא"כ אמאי מייתי הש"ס קרא דכפרה כתיב בה דמיירי מחיים והוא דלא כרבא דסובר דעריפתה אוסרתה ולא מתסרא מחיים כלל ועוד דבלא"ה מתניתין מסתמא מיירי שקדשה לאחר עריפתה דמחיים. לא משכחת לה כלל דהא הרמב"ם (כתב בפ' ט' ה' ב' מהלכות רוצח) דע"ע באה משל ציבור של אותו עיר הקרובה אל החלל וא"כ אפילו אין אסורה בהנאה נמי אין אדם יכול לקדש בו את האשה דלאו דידי' הוא אלא משל ציבור א"ו דמיירי לאחר עריפה שנאסרה ויצאתה מרשות בעלים וכיון דמיירי לאחר עריפה א"כ אמאי נקט קרא דכפרה דילפינן מיני' לאוסרה מחיים כמ"ש התוס':

והנה המהרש"ל הקשה ע"ד התוס' שכתבו דקרא דכפרה איצטריך לאוסרה מחיים הא לקמן ילפינן לאוסרה מחיים מהיקשא דמכשיר ומכפר והמהרש"א תירץ דקרא דכפרה דנקט הש"ס הוא לר"י דלית לי' היקשא דמכשיר ומכפר דהא סובר גבי ציפורי מצורע שאינן נאסרין אלא משעת שחיטה ולדידי' ילפינן ע"ע דנאסרת מחיים מקרא דכפרה כתיב בה והפ"י כתב עליו דאשתמיטתי' ש"ס ערוך (בחולין פ"ב) דר"י אית ליה דע"ע נמי אינה נאסרת מחיים:

ולישב כל זה נראה לי דאף רבא ור"י דסברי עריפתה אוסרתה מודו דמחיים אסורה מטעם הזמנה לקדושה וכדאמר בסנהדרין דכיון דהיא גופא קדושה הזמנה מלתא הוא וזה ילפינן מקרא דכפרה כתיב בה כקדשים כמו שקדשים אסורים בהנאה אף קודם קיום מצותן דהיינו שחיטה וזריקה מחמת שהם קדשי שמים כן ע"ע אסורה בהנאה מטעם הזמנה לקדושה אף קודם שהתחיל בה מצותי' אם הזמינה ביחוד וקצת מעשה כמו נטילה או הולכה ממקום למקום ואמר זה יהי' לע"ע כמו שכתבו התוס' בסנהדרין (דף מח) ד"ה נתנו וכ"ז מילפותא דכפרה כתיב בה כקדשים אבל רה"מ ורבא פליגי בעצם איסורה אימתי מתחיל עשיית מצותה שתאסר בעצם האיסור ולא מטעם הזמנה לחודא דרה"מ סובר דבירידתה לנחל איתן כבר הותחל בה פעולת מצותה והותחל איסורה משום דסובר כתנא דיליף מכשיר ממכפר ורבא לא יליף מכשיר ממכפר דסובר

דעצם האיסור שיש בע"ע אינו מתחיל בה כלל מחיים כ"א אחר עריפה ומ"מ מודה רבא דיש בה איסור הזמנה מדאורייתא גם מחיים דבקדושה גופא מודה רבא דהזמנה מילתא היא ויליף לה מקרא דכפרה כתיב בה ונ"מ טובא בינייהו אם אינה ראוי' עוד למצותה כדבעינן למימר לקמן דלרה"מ כבר איתסר לה בעצם איסורי הנאה ולא פקע איסורה ולרבא שאינה נאסרת מחיים בעצם איסורה אלא מטעם שהוזמנה לקדושתה כשאינה ראוי' למצותה בטלה הזמנה והשתא מייתי רה"מ ראי' לדבריו ממשנה דהשוחט ע"ע או"ב פטור לר"ש ואם נימא דאינה נאסרת מחיים בעצם איסורה הא הוי שחיטה ראוי' שלא בא עליו עצם איסור ואי משום הזמנה דמודה רבא דבגוף הקדושה הזמנה מילתא הוא כיון שנשחטה בטלה לה הזמנה ואמאי קרי לה שחיטה שא"ר כמו שבארנו לעיל דאף דאסור מדרבנן מטעם הוקצה למצותה כמו סוכה שנפלה ואתרוג שנפסל מ"מ מה שאסור מדרבנן לא מיקרי שחיטה שא"ר ואמאי פוטר ר"ש מזה הוכיח רה"מ דירידתה לנחל איתן אוסרתה בעצם אסורה ולא מטעם הזמנה לחוד הלכך אסורה אף שנשחטה ורבא מייתי ראי' דעריפתה אוסרתה בעצם איסורה דאז התחיל בה עשיית מצותה ולא מקודם ממשנה דאם עד שלא נערפה נמצא ההורג תצא ותרעה בעדר וא"א דבירידתה לנחל איתן התחיל עצם איסורה אמאי תצא ותרעה בעדר הא כבר איתסרא לה א"ו דלא התחיל בה עצם איסורה עד שעת עריפה ומה דילפינן בברייתא דר' ינאי דנאסרה מחיים משום דכפרה כתיב בה כקדשים וכן משמע ממתניתין דקתני תצא ותרעה בעדר וכדמפרש בירושלמי תצא מקדושתה הוא רק מטעם הזמנה בעצם הקדושה דמילתא דפשיטא הוא לאוסרה. ולהכי אם נמצא ההורג דבטלה מצותה לגמרי בטלה הזמנה דידה והכא שרי אפילו מדרבנן אע"ג דסוכה שנפלה ואתרוג שנפסל אסור מדרבנן כל ימי החג הואיל והוקצה למצותו התם חיובא דהך מצוה אכתי רמי עליו רק שהאתרוג נפסל או הסוכה נפלה משא"כ הכא בנמצא ההורג דשוב אין כאן מצות הבאת ע"ע כלל להכי שרי אף מדרבנן ומה"ט אמרינן שם בביצה (דף ל) דאתרוג אם הפריש לשבעה ימים כאו"א אוכלו למחר אע"ג דסוכה אסור כל שבעה משום דאתרוג מפסקי ימים מלילות וביציאת יום ראשון כלה זמן מצותו לגמרי ושרי והשתא לא קשה לרבא דאינה נאסרת מחיים מאי קמ"ל מתניתין דתצא ותרעה בעדר דטובא קמ"ל דאף שכבר נאסרה מטעם הזמנה מ"מ כיון שנמצא ההורג בטל איסור הזמנה והוי דומיא דאינך דבא דמתניתין דכריתות דהתם:

**(הגה"ה והשתא משכחת לה שפיר קידושין מחיים כגון שהזמין אחד עגלתו לערופה למוסרה לציבור שעדיין לא זכה בה הציבור שלא מסרו להם עדיין רק שנאסרת בהנאה

רק מטעם הזמנה מילתא היא וקמ"ל מתניתין דאין בקדושיו כלום אחרי שאסורה בהנאה ושפיר תני המקדש בעגלה ערופה:)**

והשתא מתפרשת גם סוגיא דסנהדרין היטב דאביי יליף דהזמנה מילתא הוא מע"ע שם שם והיינו דנאסרת מחיים אף קודם דאיתעבד בה מצותיה מטעם הזמנה כדיליף ר' ינאי מהא דכפרה כתיב בה כקדשים וסובר אביי ג"כ כרבא דעצם איסורה שבא ע"י עשיית מצותה מתחיל משעת עריפה וילפותא דכפרה כתיב בה כקדשים הבא לאוסרה מחיים הוא מירידה לנחל איתן [ואפשר לומר גם כן דאביי נמי סובר כרב המנונא דעצם איסורא מתחיל מירידתה לנחל איתן מיהו סובר דמטעם הזמנה דילפינן מהא דכפרה כתיב בה כקדשים הוא קודם ירידתה לנחל איתן רק כיון שהוזמנה אסורה ועיין בירושלמי שפירש שם דהא דאמר ר"י הורדה לנחל איתן אוסרתה ורב שמואל אמר עד שהיא בחיים היא קדושה ופי' המראה פנים דרב שמואל בר' יצחק פליג על דר"י וסובר דאסורה משהופרשה אף קודם ירידה לנ"א וא"כ איכא למימר דאביי נמי סובר הכי דאף לר"י דאסורה מירידה לנ"א בעצם איסורא מ"מ מהני ילפותא דכפרה כתיב בה לאוסרה מטעם הזמנה משעת הפרשה] מטעם הזמנה ופריך ורבא מ"ט לא גמר מע"ע דהא לדידי' ע"כ מטעם הזמנה אסורה מחיים מילפותא דכפרה וכמו שהוכחנו ממתניתין דתצא ותרעה בעדר וכמו שמפרש הירושלמי תצא מקדושתה ומשני משמשין ממשמשין גמר לאפוקי ע"ע דהיא גופה קדושה ומיושב היטב קושית התוס' שהקשו דהא רבא סובר עריפתה אוסרתה. דאף דסובר רבא דעריפתה אוסרתה היינו עצם איסורא אבל מטעם הזמנה מודה דאסורה מחיים ונ"מ לענין אם נשחטה העגלה דמטעם הזמנה הותרה מה"ת ומטעם עצם איסורא אין לה היתר אחר שנאסרה וכן לענין נמצא ההורג דמטעם הזמנה הותרה לגמרי ומטעם עצם איסורא באיסורה קיימא כמו שביארנו:

ובזה אפשר להעמיד פסקי הרמב"ם ז"ל על נכון שפסק (בפ"ח מהלכות רוצח) דע"ע אסורה מירידתה לנחל איתן והביא ג"כ מתניתין דנמצא ההורג עד שלא נערפה תצא ותרעה בעדר ותמה הכסף משנה בשם הרשב"א ז"ל דהא בגמ' אמרינן בהדיא דלמ"ד ירידתה לנ"א אוסרתה אסורה אף שנמצא ההורג משום דכבר איתסרא לה ולפמש"כ א"ש דהא בלא"ה קשה מדוע פסק הר"ם ז"ל כרה"מ דירידתה אוסרתה ולא פסק כרבא דהוא בתרא וסובר דעריפתה אוסרתה ועוד דהא ר"י ור"ל דאיפלגי בקידושין (דף נ"ח) דר"י סובר שמשעת שחיטה נאסרין ור"ל סובר משעת לקיחה ואמרינן התם בטעמא דר"ל משום דיליף מע"ע דאסורה מחיים מירידתה לנ"א כר' ינאי ור"י דסובר שחיטה אוסרתה אמרינן (בחולין פ"א) דסובר ע"ע אינה אסורה מחיים דאי הוי אסורה מחיים

הוי ילפינן מינה בג"ש דקיחה קיחה דגם ציפורי מצורע אסורין מחיים א"כ הר"מ ז"ל דפוסק (בפי"ד מהלכות נגעים) דציפורי מצורע נאסרין משעת שחיטה אמאי פסק בע"ע דירידתה לנ"א אוסרתה:

לכן נראה דגם הר"מ ז"ל פוסק כרבא דע"ע אינה אסורה מחיים אלא משעת עריפה ורק מטעם הזמנה לקדושה אסורה משעת ירידה לנ"א. וכסוגיא דסנהדרין דבגוף הקדושה מודה רבא דהזמנה מילתא היא [ומפרש דליכא למיסר מטעם הזמנה מתחילת הפרשה אלא דבעינן גם קצת מעשה כמ"ש התוס' בסנהדרין (דף מ"ז) שם ד"ה נתנו והיינו ירידה לנ"א דהוי קצת מעשה ג"כ ולא כדברי המראה פנים על הירושלמי שמפרש שאסורה משעת הפרשה] ולהכי פסק ג"כ כמתניתין דתצא ותרעה בעדר דכיון דאינה אסורה אלא מטעם הזמנה כיון שנמצא ההורג בטלה מצותה ושריא כמ"ש לעיל דהא רבא לא דחי לדרה"מ מהך מתניתין אלא ממה שאוסרה רה"מ בעצם איסורא דע"ז אמר ואי ס"ד מחיים אסורה הא כבר איתסרא לה אבל מטעם הזמנה מודה דאסורה ואפ"ה תצא ותרעה בעדר משום דבטל מצותה ומ"ש הר"מ ז"ל שם (בה' רוצח) דאם מתה העגלה או נשחטה אסורה הוא רק מדרבנן וכמו שבארנו דאף בדבר שאסור רק מטעם הזמנה ובטלה מצותה אסור מדרבנן כמו סוכה שנפלה ואתרוג שנפסל ואע"ג דגבי סוכה שנפלה דאסורה משום דאתקצאי למצותה כיון שעבר החג הותרה והכא גבי עגלה ערופה שנשחטה שכ' הר"מ שאסורה אף לאחר שהביאו עגלה אחרת ולא שרינן לה מטעם שבטלה מצותה והביא אחרת לא דמי כלל דסוכה יש לה זמן למצותה ואחר זמן מצותה בטלה וכלתה מצותה לגמרי אבל ע"ע איתקצאי ע"מ שיהא בה איסור עולם ומה שהביאו עגלה אחרת לא מיקרי בטלה וכלתה מצותה דהא העגלה השניה נעשה בה המצוה ונערפה ונאסרה והיא באיסורה ונקברת וגם אפרה אסור ולא נתבטלה המצוה רק שנעשתה באחרת ועדיין מצותה קיימת ומתקיימת בשניה להכי גם אותה שנשחטה אסורה מטעם איתקצאי למצותה שהוקצה להיות אסורה לעולם באיסור ע"ע דמצות ע"ע עדיין קיימת ומתקיימת באחרת ולא דמי לנמצא ההורג דתצא ותרעה בעדר מטעם שנתבטל מצותה דהתם כשנמצא ההורג בטלה המצוה לגמרי אבל הכא שמתה העגלה או נשחטה לא בטלה מצותה משא"כ גבי סוכה שמתחילה לא איתקצאי רק לשבעה ואחר שבעה כלתה מצותה לגמרי להכי כשנפלה ויש בה איסור מוקצה אינה אסורה רק לשבעה לזמן שנתקצית מתחילה:

ומה שכתבנו בנשחטה או מתה אסורה מטעם איתקצאי למצותה אף שאינה ראוי' כעת אף שלכאורה יש סתירה לזה מדברי התוס' בשבת (דף כ"ב) שהקשו דל"ל כל הני טעמי

דהכא אמרינן משום ביזוי מצוה ובכירה אמרינן טעמא דמוקצה ותרצו דטעמא דמוקצה בעינן כדי לאסור אף אחר שנפלה דליכא ביזוי מצוה ומשום טעמא דמוקצה לא הוי אסרינן בחוה"מ דבחוה"מ לא שייך מוקצה להכי אסרינן משום ביזוי מצוה אף בחוה"מ עיי"ש וכ"כ בהגהות אשרי שם דבנפלה בחוה"מ ליכא איסורא הרי דבחול ליכא למיסר היכא דנפלה דליכא ביזוי מצוה מ"מ דבריהם תמוהים מאוד דהא בש"ס דביצה קאמר אברייתא דאין נוטלין עצים מן הסוכה אלא מן הסמוך לה ור"ש מתיר דהא דמתיר ר"ש מיירי בנפלה ואפ"ה מסיק שם בברייתא ושווין בסוכת החג בחו"המ שאסורה והיינו שאסורה כל ימי החג וכדאמר התם דעצי סוכה איתקצאי לשבעה דהוקצה למצותן הרי דמהני טעמא דמוקצה לאסור אף בחוה"מ ואף בנפלה ומצאתי אח"כ בתשובת הרא"ש (כלל כ"ד) שסתר דברי התוס' ג"כ מדברי הש"ס דביצה ותירץ שם תירוץ אחר קושיית התוס' (דמשום מוקצה לא הוי אסורין הנוין בחוה"מ שהרי אין הסוכה בטלה כשאין בה נוין הלכך איצטריך לטעמא דביזוי מצוה וכיון דאסורין משום ביזוי מצוה אף בחוה"מ בעודן תלוין אסרינן בחוה"מ אפילו נפלו מטעם הוקצה למצותו עיי"ש) ומבואר דגם בחול שייך טעמא דהוקצה למצותו והכי משמע לישנא דהש"ס בקידושין (דף נ"ז) דקאמר ר' יעקב גבי שחטה ונמצאת טריפה הואיל והוקצה למצותה אסורה. ומצאתי אח"כ שגם הג"מ ז"ל הביא דברי הרא"ש בתשובה הנ"ל וא"כ אתי שפיר דאם נשחטה עגלה או מתה דאסורה מטעם הוקצה למצוה מדרבנן *):

ובזה יתישב דברי הרמב"ם שפסק בצפורי מצורע דנאסרין משעת שחיטה דלכאורה קשה לפי דברינו דגם רבא ור"י דסברי עריפתה אוסרתה מודו דאסורה מחיים מטעם הזמנה א"כ אמאי בצפורי מצורע נמי לא אסרינן מחיים מטעם הזמנה כדאשכחן שם בקדושין בשחטה שלא באזוב דר' יעקב אמר הואיל והוקצה למצותה אסורה ור"ש אמר הואיל ונשחטה שלא כמצותה כשירה וקאמר שם הש"ס ע"כ לא פליגי אלא דר"י סבר שחיטה שאינה ראוי שמה שחיטה ור"ש סובר ל"ש שחיטה אבל דכ"ע דמחיים לא מתסרא וא"כ כיון דשחיטה מקרי הוקצה למצותה אמאי לא מיתסרא מחיים מחמת מוקצה למצותה מטעם הזמנה אם לא נפסלה כמו בע"ע שכתבנו לעיל דלכ"ע אסורה מטעם הזמנה ועוד קשה שהרשב"א ז"ל כתב במה דאמר ר"י דצ"מ אינן נאסרין עד שעת שחיטה שפי' רש"י ז"ל דהמשולחת מותרת והקשו התוס' והרשב"א דהא במתניתין תני צפורי מצורע משמע שגם המשולחת אסורה. וכתב הרשב"א ז"ל דאף דר"י סובר דלקיחה לא אסרה רק שחיטה אוסרת מ"מ מודה דמשולחת נמי אסורה משעת שחיטה אלא שלאחר שילוח רבי קרא להתירא אבל עד שילוחה אסורה מדקתני בכל דוכתא

ציפורי מצורע ושם בסוגיא דדרש ר"י כל ציפור טהורה תאכלו זה המשולחת וזה אשר לא תאכלו לרבות השחוטה ופריך ואיפך אנא ומשני ר"י לא מצינו בע"ח שאסורין וע"ז הקשה הרשב"א הא משולחת נמי בע"ח היא ואסורה משעת שחיטה עד שילוח ותירץ דהתם משום דקאי למצותן דהיינו שילוח והש"ס קאמר לא מצינו בע"ח שנאסרין אחר שנעשה מצותן עכ"ל הרי שכ' הרשב"א ז"ל דהא דמשולחת אסורה עד שילוח הוא משום דקאי למצות שילוח א"כ קשה מ"ש משולחת דאסרינן לה קודם מצות שילוח משום דקאי לקיום מצותו והיינו מטעם הזמנה ובשחוטה לא אסרינן אלא משעת שחיטה שנתקיים מצותה אבל עד שעת שחיטה לא אסרינן לה אף דקיימא למצותה לשחיטה והוזמנה לגוף הקדושה:

ונראה דגם זה נכון דכיון שהרשב"א ז"ל כתב דאיסורא של משולחת מטעם שהוקצה למצותה דשילוח וצריך ליתן טעם כיון דאיסורה משום אתקצאי למצותה א"כ קודם שחיטה נמי תתסר בלקיחה והזמנה כמ"ש התוס' בסנהדרין (דף מ"ח) ד"ה נתנו דבנטלו ואמר זה יהי' למת או לספר הוי הזמנה וצ"ל כיון דעיקר המצוה שנעשה בה הוא השילוח להכי לא מקרי הזמנה גבה אלא אחר שחיטת חברתה אבל כשמחוסרת שחיטת חברתה לא מקרי הזמנה דדמי להא דאמרינן בסנהדרין שם ובמגילה (דף כ"ו) דטוי לארוג לא הוי הזמנה דמחוסר מעשה אריגה וה"נ מחוסר מעשה שחיטה ולהכי אינה נאסרת מטעם אתקצאי למצותה עד שחיטת חברתה. ולפי"ז נכון מאוד הא דשחוטה מותרת עד שעת שחיטה ממש ולא אסרינן לה משעת לקיחה מטעם שעומדת למצותה כיון דציפורי מצורע אמרינן ביומא (דף נ"ט) וכן פסק הר"מ ז"ל (בה' נגעים) דבעינן שיהיו שניהם כאחד שווים במראה ובקומה ובדמים ולקיחתן כאחד למצוה **) ומסתמא בעינן שלא יברר בשעת לקיחה איזה לשחיטה ואיזה לשלוח רק שאח"כ שוחט אחת והשני' משתמרה לשילוח וכיון דלוקח שתי צפרים אחת לשחיטה ואחת לשילוח שתיהם לקיום מצותן ואינו מברר מי לשחיטה מי לשילוח והעומדת לשילוח א"א לאוסרה מטעם הזמנה ואתקצאי למצותה לשילוח דהא מחסר בה שחיטת חברתה א"כ ממילא גם העומדת לשחיטה אינה נאסרת מטעם הזמנה והוקצה למצותה קודם שחיטה דהא אינו מבורר מי לשחיטה מי לשילוח וכבר כתבנו דבהא דבאומר לאומן עשה לי שני מחצלאות אחת לשכיבה ואחת לאהלים דת"ק סובר שניהם טמאים עד שיפרשם בטהרה ור"ש סובר שניהם טהורים עד שיפרשם בטומאה ופסקינן כת"ק דשניהם טמאים היינו משום דכ"א חזי לתרווייהו ויכול להשתמש פעם לזה ופעם לזה אבל היכא דאם ישתמש בהם בדבר אחד שוב אינו יכול להשתמש בו בדבר השני בזה בעינן למפסק כר"ש דשניהם

טהורים עד שיפרשם בטומאה ואף דר"ש סובר בכל דוכתי אין ברירה וכן קיי"ל מ"מ כיון דבעינן יחוד למדרס וכשהוא בספק אם למדרס אם לאהלים אין זה יחוד וטהורים שניהם וה"נ לענין הזמנה והוקצה למצותו כיון שאינו מבורר מי לשחיטה ומי לשילוח והעומדת לשילוח אין בה איסור הזמנה מטעם שמחוסרת מעשה קודם עשיית מצותה ולהכי גם השני' שעומדת לשחיטה אין בה איסור הזמנה אף שבה אין חסרון מעשה קודם עשייתה דכיון שאין מבוררין אין בשניהם דין יחוד להאסר משום הזמנה כמו גבי מדרס ולהכי א"ש דאף שהרמב"ם ז"ל פסק גבי ע"ע דנאסרת מחיים מירידתה לנ"א ואפ"ה פסק בציפורי מצורע שנאסרין משעת שחיטה דהא דקאמר בש"ס דמאן דסובר דע"ע נאסרת מחיים סובר נמי דצ"מ נאסרין משעת לקיחה היינו מאן דסובר דע"ע נאסרת בעצם איסורה מחיים לדידי' וודאי דגם צ"מ נאסרין בעצם איסורן משעת לקיחה אבל הר"מ דסובר דעצם איסור דע"ע משעת עריפה כמ"ש והא דכתב נשחטה העגלה אסורה הוא רק מטעם הזמנה כמו שפרשנו:

א"כ שפיר פסק גבי ציפורי מצורע דנאסרת משעת שחיטה דפסק ג"כ כר' יוחנן דעצם איסורא הוא משעת שחיטה ולא כריש לקיש ואי משום איסור הזמנה הא אין בה משום שאינו מבורר מי לשחיטה מי לשילוח להכי מותרת עד שעת השחיטה:

ונראה דלדברינו אפשר ליישב גם דברי רש"י ז"ל ממה שתמהו עליו התוס' והרשב"א ז"ל שכתב דשחוטה אסורה משעת שחיטה ומשולחת מותרת והקשו דהא במתניתין קתני ציפורי מצורע משמע דשניהם אסורים ויותר קשה לי דהא תנן בנגעים (פ' י"ד) נשפך הדם תמות המשולחת ואם נימא דהמשולחת אין בה שום איסור קודם שילוח א"כ אמאי תמות המשולחת מותרת וקיימא היא ולא ידעתי אמאי לא הקשו התוס' והרשב"א ז"ל מהך מתניתין אבל לפי מ"ש אפשר לומר דכוונת רש"י ז"ל דעצם האיסור אין במשולחת כמו בשחוטה רק מטעם הזמנה אסורה כמ"ש הרשב"א ז"ל שעומדת למצותה (ונ"מ דאם מת המצורע קודם שילוח דאם הי' איסור בעצם במשולחת כבר איתסרא לה אבל אם אין אסורה אלא מטעם הזמנה מותרת המשולחת ואפילו מדרבנן שרי כמו נמצא ההורג כיון דאין כאן מצוה כלל וכמו שכתבנו למעלה) ולהכי תנן נשפך הדם תמות המשולחת דנאסרה מטעם הוקצה למצותה ואף דנשפך הדם ואינו ראוי' זו לשילוח מ"מ מדרבנן אסור כיון שחובת המצוה עדיין קיים רק שהיא נפסלה דמי לאתרוג שנפסל דאסור מדרבנן:

ונראה לי להביא ראי' לדברינו דמה שפסק הר"מ ז"ל דירידתה לנ"א אוסרתה הוא לא מטעם שפסק כר' ינאי וכרה"מ אלא שגם הוא פסק כרבא דעריפתה אוסרתה. ומ"ש

שמירידתה אסורה בהנאה הוא מטעם הזמנה לחוד. דבתוספתא (פ"ק דמס' פרה) תניא חומר במוקדשין מבעגלה שהמוקדשין אין נפדין אלא על מום קבוע ואינן יוצאין לחולין ליגזז וליעבד והגוזז והעובד לוקה את הארבעים משא"כ בעגלה. הרי שע"ע יש לה פדיון והביא התוס' גם המל"מ (בה' נגעים). וקשה טובא מ"ט השמיטה הרמב"ם ולא הביא הך דינא דע"ע יש לה פדיון ולכאורה הי' נראה דטעמו של הר"מ ז"ל שהשמיט הך תוספתא משום דבגמ' (דחולין דף פ"א) מוכח דע"ע לא מהני לה פדיון דהא פריך התם אהא דתנן בפרת חטאת אם שוחט או"ב ר"ש פוטר וחכמים מחייבין הא שחיטת פרה שחיטה ראויה היא דתניא ר"ש אומר פרה מטמאה טומאת אוכלין הואיל והיתה לה שעת הכושר משום דפרה נפדית על גבי מערכתה ומשני פרת חטאת אינה משנה והדר פריך אעגלה ערופה מדתנן נמצא ההורג עד שלא נערפה תצא ותרעה בעדר ע"כ ומדלא פריך גם אעגלה כמו דפריך אפרה דכיון דאית לה פדיון הא מקרי שחיטה ראוי' ש"מ דסובר הש"ס דעגלה לאו בת פדי' היא ואין לומר דלהכי לא פריך אעגלה מפדיון משום דכיון דעיקר קושיית הש"ס דחשיב שחיטה ראוי' משום דר"ש סובר כל העומד לפדות כפדוי דמי:

ובמנחות (דף ק"א) קאמר בשלמא פרה עומדת לפדות הוא שאם מצא אחרת נאה הימנה מצוה לפדות אלא הני מנחות לאו מצוה לפדותן עיי"ש וכיון דלא אמרינן כל העומד לפדות אלא היכא דמצוה לפדותן א"כ איכא למימר דדוקא בפרה אמרינן דאם מצא אחרת נאה הימנה מצוה לפדותן אבל לא בעגלה. מיהו ז"א דמ"ש עגלה מפרה ואם אמרינן בפרה דמצוה לפדות אם מצא אחרת נאה הימנה פשיטא דה"ה בעגלה דהא הש"ס קרי' לה בסנהדרין היא גופה קדושה וא"כ אמאי לא פריך אעגלה כמו דפריך אפרה דכיון דיש לה פדיון שחיטה ראוי' היא ואפשר לומר דמכח קושיא זו אין לדחות דברי התוספתא דאיכא למימר דגם הש"ס סובר דע"ע יש לה פדיון רק דפריך מעדיף מיני' דממשנה דכריתות דתצא ותרעה בעדר מוכח שלא נאסרה כלל מחיים ובודאי הוי שחיטה ראוי' ועדיפא לי' למפרך ממה דתנן שלא נאסרה העגלה מחיים כלל מלמפרך דמהני לה היתר ע"י פדיון:

ובזה מיושב היטיב מה שהקשו בתוס' חולין שם ד"ה עגלה אהא דמשני ע"ע אינה משנה אמאי לא משני תנאי היא דהא בכריתות אמר הכי ומייתי תנא דמכשיר ומכפר דסובר דאסורה מחיים ולמה לי' למימר אינה משנה אבל לפמ"ש א"ש דהש"ס מוכרח לומר אינה משנה משום דאף אם נימא דסובר דנאסרת מחיים כתנא דמכשיר ומכפר אכתי תיקשי אמאי קרי לי' ר"ש ששא"ר הא יש לה פדיון ור"ש סובר כל העומד לפדות כפדוי

דמי וכמו שהקשה על פרה והוצרך לומר פרה אינה משנה רק דהש"ס התחיל להקשות ממשנה דנמצא ההורג דקושיא אלימתא היא טפי שאין בה איסור עדיין ואי הוי משני תנאי הוא הוה קשה דהא יש לה פדיון והוי שחיטה ראוי' וסוף סוף הוצרך לומר אינה משנה:

מיהו כ"ז אינו דהא בגמ' פריך שם אהא דקאמר רשב"ל משום ר' ינאי ע"ע אינה משנה מהא דאמר ר' ינאי גבול שמעתי ושכחתי ונסבין חברייא למימר ירידתה לנ"א אוסרתה ואם איתא לישני כאן קודם ירידה כאן לאחר ירידה והיינו דאמאי אמר אינה משנה הא לאחר ירידה אסורה. ולדברי התוס' אכתי הא מצי למימר דמה שאמר אינה משנה הוא משום דלא הוי שחיטה שא"ר משום דמהני לה פדיון וכל העומד לפדות כפדוי דמי כמו שאמר על פרת חטאת דאינה משנה מהאי טעמא דמהני פדיון א"ו דסתמא דהש"ס ל"ל הך דתוספתא וסובר דע"ע אין לה פדיון ואכתי קשה אמאי לא כתב הרמב"ם דע"ע אין לה פדיון כסתמא דש"ס ולאפוקי מהך תוספתא אבל לדברינו אתי שפיר דהא ודאי דמה דאמר בתוספתא דע"ע יש לה פדיון ע"כ לא מיירי לאחר עריפה כיון שכבר נעשה מצותה כמו שכתב התוס' בחולין (דף פ') ד"ה הואיל דאין סברא לומר שיועיל פדיון בפרה לאחר הזאה עיי"ש וה"ה עגלה לאחר שנערפה ונעשה מצותה אין סברא שיועיל פדיון וע"כ דהתוספתא מיירי מחיים וסובר כתנא דמכשיר ומכפר דע"ע נאסרת מחיים בעצם איסורה ומהני בה פדיון. וכיון שכן א"ש שהשמיט הר"מ הך דינא דפדיון דלפמ"ש הוא ז"ל פסק כרבא דעריפתה אוסרתה והא דכתב שמשתרד לנ"א אסורה בהנאה הוא רק מטעם הזמנה ובמה שאסור מחמת הזמנה לקדושה לא מצינו שיועיל פדיון דפדיון לא מהני אלא לאפוקי איסור שנקבע בו בעצם אבל מה שנאסר מטעם שהוזמן למצותו לא מהני פדיון דלא אלים איסורו למתפס פדיונו כיון שאינו רק מחמת איתקצאי למצותו. להכי לא הביא הר"מ הך דינא דפדיון כלל דלא משכחת לה לדידן כלל דמחיים לא מהני פדיון בדבר שאין בו עדיין איסור רק שהוקצה למצותו ולאחר עריפה ודאי דאין בו פדיון כמ"ש התוס' לענין פרה:

הרי נתברר פסקי הרמב"ם ז"ל על מכונן בעזהשי"ת. ומתבאר מזה דאף למ"ד בע"ע עריפתה אוסרתה מודה דע"ע אסורה מחיים מטעם הזמנה דבגוף הקדושה לכ"ע הזמנה מילתא היא כמ"ש בסוגיא דסנהדרין ואם כן אסור לכתוב דבר חול על קלף שנתעבד לשם ס"ת או תפילין והא מילתא דתנאי כבר כתבנו דלא ברירא לן אי מהני דמהש"ס דמנחות לא מוכח מידי:

סימן ז

ומה שכתבתי לעיל להקשות על דברי רש"י ז"ל בשבת (דף ע"ט) דלהכי נתנו חכמים שיעור להוצאת שבת בקלף כדי לכתוב עליו פרשה קטנה שבתפילין ולא מחייב בשיעור קשר מוכסין. דזוטר מיני' משום דאיידי דדמיו יקרים לא עבדי מיני' קשר מוכסין אלא תפילין ומזוזות להכי לא מחייב בקשר מוכסין ואמאי לא כ' רש"י ז"ל דלהכי לא מחייב בשיעור דקשר מוכסין משום דכיון דנתעבד לשם תפילין או מזוזה הרי אסור לעשות מהן קשר מוכסין וכדעת הרמ"א ז"ל דבגוף הקדושה הזמנה מילתא היא לכ"ע:

הנה לפמש"כ לעיל בסימן הקודם אפשר לומר דרש"י ז"ל סובר דאף דהוזמן לתפילין ומזוזה מ"מ אם נחתך הקלף ולא נשתייר בו כדי לכתוב פרשה קטנה שבתפילין או מזוזה בטל הזמנה דידי' ומותר לעשות ממנו קשר מוכסין כיון דאינו ראוי למצותו להכי לא אפשר לתרץ דלא מחייב בשיעור קשר מוכסין משום איסור הזמנה דכיון דבצר לי' שיעורא דכתיבת תפילין ומזוזה ואינו ראוי לכך מותר לעשות ממנו קשר מוכסין ואע"ג דלעיל כתבנו גבי סוכה ואתרוג דאף שנפלה הסוכה ונפסל האתרוג נמי אסור מדרבנן משום דאתקצאי למצותו מ"מ סובר רש"י ז"ל דהיינו דוקא התם שנפלה הסוכה ונחסר האתרוג לאחר שנשתמש בו למצותו אבל בהזמנה לחוד אם נפסל ממצותו שרי אף מדרבנן. ואפילו בקלף דהוי הזמנה לקדושה נמי אם נפסל ממצותו שרי לאשתמושי בי' אף מדרבנן:

מיהו קשה לי על דברי רש"י ז"ל שכתב כיון דדמיו יקרים לא עבדי מיני' קשר מוכסין להכי לא מחייב עד שיהא בו כדי לכתוב פ"ק שבתפילין הא כיון דלית בי' שיעור לכתוב פ"ק שבתפילין ממילא סתמו עומד לכתוב עליו קשר מוכסין ולתחייב בהוצאה אם יש בו כדי לכתוב ק"מ ומאי מהני הא דסתמו עומד לתפילין הא ודאי מי שיש לו קלף שיעור קטן שאינו מכיל פרשה קטנה מצנע לי' לקשר מוכסין וכה"ג תנן שם (בדף פ') קנה כדי לעשות קולמס ואם היה עבה או מרוסס כדי לבשל ביצה קלה אע"ג דקנה סתמו לעשות קולמס מ"מ אם נעשה מרוסס שאינו ראוי לקולמס שיעורו כדי לבשל ביצה קלה. וה"נ אע"ג דקלף סתמו לכתוב תפילין מ"מ אם נחסר ממנו עד שאינו ראוי לכתוב עליו תפילין בעינן למיתב לי' שיעור קשר מוכסין ורש"י ז"ל בעצמו כתב בהא דאמרינן שם ג' עורות הן מצה חיפה ודפתרא וקאמר דפתרא כדי לכתוב עליו את הגט ופרש"י ז"ל דשיעור גט קטן מכולם והתוס' כתבו עליו דבחנם פירש כן דאפילו אם שיעור גט גדול מכולם נמי א"ש הא דבעינן במליח וקמיח כדי לכתוב עליו את הגט ולא סגי בכדי לכתוב עליו קמיע משום דכיון דדמיו יקרים לא מצנע לי' אלא לכתוב עליו את הגט עיי"ש:

וקשה לי גם כן על דבריהם ז"ל דנהי דכשיש לו דפתרא שיש בו כדי לכתוב את הגט מצניע אותו לכתוב גט ועומד סתמו לגט מ"מ כשנחסר שיעורו וא"א לכתוב עליו גט מפני קוטנו מצנע לי' לכתוב עליו קמיע ולחייב המוציאו כדי לכתוב עליו קמיע ולא דמי להא דאמרינן שם (בדף ע"ח) כל מילתא דשכיחא ולא שכיחא אזלי רבנן בתר דשכיחא לקולא כמו חלב ויין דשתייתן שכיחא ורפואתן לא שכיחא ואזלא רבנן בתר דשכיחא לקולא ובעינן ביין כדי מזיגת כוס יפה ובחלב כדי גמיעה משום דסתמו עומד למלתא דשכיחא ולא מחייב כשיעור רפואה אף מי שאין לו יין וחלב כשיעור שתי' התם שאני דכיון דיין או חלב סתמו עומד לשתי' לא אזיל שיעור שתי' מיני אף למי שהוציא פחות משיעור שתי' דהא חזי להשלים עליו יין עד שיהא כשיעור שתיי' ועדיין הוא עומד סתמו לשתי' ולא מצנע לי' לרפואה אבל גט או פרשה קטנה שבתפילין אם אין לו עור המחזיק כדי כתיבת גט והוא קטן מהכיל כתיבת גט מייחד העור לכתיבת קמיע וסתמו עומד לכתיבת קמיע כיון דלא חזי לגט ולהכי הוצרך רש"י ז"ל לכתוב דשיעור גט קטן מכולם ולא סגי לי' בהאי טעמא דדמיו יקרים דמאי מהני הא דדמיו יקרים ולא מצניע לי' לקמיע הא הוא קטן מהכיל כתיבת גט ומצנע לי' לקמיע. ואם כן קשה גם גבי קלף שכ' רש"י ז"ל דאיידי דדמיו יקרים לא עבדי לי' לקשר מוכסין מ"מ קלף שנחסר משיעור פ"ק לחייב עליו בשיעור קשר מוכסין דהא לא חזי לפ"ק (דתפילין ומזוזה אינן נכתבים אלא בעור א' כמ"ש התוס' במנחות (דף ל"ג) ד"ה כתבה בשם הירושלמי) ובשו"ע יו"ד (סי' רפ"ח) בש"ך שם דאפילו תפרן פסול בשני עורות:

לכן נראה לי דגם רש"י ז"ל סובר דלא מהני הך סברא דדמיו יקרים ולא מצנעי לשיעור קטן. מטעם שכתבנו דנהי דלא עבדי להך שיעורא מ"מ אם נחסר משיעור הגדול מצנעי לי' לשיעור קטן וסתמו עומד לכך. ולהכי פירש גבי גט שהוא שיעור קטן מכולם שאם שיעור קמיע הי' קטן הי' מתחייב בדפתרא ג"כ כשיעור קמיע כיון שכבר נחסר ולא חזי לגט מצנע לי' לקשר מוכסין וגבי קלף כוונת רש"י ז"ל כיון דמתחילה אין מעבדין אותו לקשר מוכסין משום דדמיו יקרים ומעבדים אותו רק לתפילין א"כ אין רשאין לעשות ממנו קשר מוכסין כלל דהזמנה כי האי מילתא היא בגוף הקדושה כדעת הרמ"א ז"ל והתנא קאי ומיירי בקלף שסתמא מעבדין אותו לתפילין משום דדמיו יקרים הלכך לא. חזי לקשר מוכסין דכיון שנתעבד לתפילין לא חזי למידי אחרינא ועיקר הרבותא דמתניתין הוא דמחייב בכדי לכתוב עליו פ"ק שבתפילין לחוד ולא אמרינן שאינו חייב אלא אם הוציא קלף שיש בו לכתוב עליו כל הד' פרשיות אבל פרשה אחת לא חזי למידי ולא חשוב להכי אשמעינן בכדי לכתוב עליו פרשה אחת נמי חייב:

ואה"נ דקלף המעובד סתמא ולא לשם תפילין חייב עליו בפחות מכדי לכתוב עליו פ"ק שבתפילין שכיון שנחסר ולא חזי לתפילין ועוד דלא הוזמן לכך חייב בשיעור קשר מוכסין ואפשר לומר עוד דאפילו אם עבדו בפירוש לשם דבר חול נמי לא מחייב בשיעור קשר מוכסין כיון דכל בני אדם אין עושין ומעבדין קלף אלא לתפילין לא מחייב המוציאו אא"כ יש בו כדי לכתוב פרשה קטנה שבתפילין ולא מהני מה שהמעבדו עיבדו לשם דבר חול וכדתנן שם (דף צ"א) המצניע לזרע ולדוגמא חייב בכל שהו וכל אדם אינו חייב עליו אלא כשיעורו] ולפ"ז מוכח דרש"י ז"ל סובר דלא אזיל איסור הזמנה מהעור אף שנחסר ולא חזי לכתוב עליו פ' תפילין דהא מה"ט לא מתחייב לפירושו בקשר מוכסין משום דלא חזי לכתוב עליו מפני שהוזמן לתפילין:

מיהו קשה לי לפ"ז הא דקתני התם בברייתא דוכסוסטוס כדי לכתוב עליו מזוזה דהא הרא"ש והטור כתב ביור"ד (סימן רפ"ח) דגם מזוזה בעי עיבוד לשמה וא"כ ממילא דאם נתעבד לשם מזוזה אסור לכתוב עליו דברי חול. וא"כ מאי קמ"ל מתניתין דשיעורו לכתוב עליו מזוזה אי דלא נימא דשיעורו לכתוב עליו קמיע או קשר מוכסין פשיטא כיון דאסור לכתוב עליו דבר חול לא חזי להכי ולא מחייב ואי דאתא לאשמעינן דלא בעינן שיעור גדול ממזוזה הא נמי פשיטא כיון דנתעבד למזוזה ומזוזה היא מצוה שלמה בפ"ע וא"א להוסיף עליו פשיטא דקלף הראוי לכתוב עליו מזוזה מקרי דבר חשוב להוצאת שבת ומאי קמ"ל דבשלמא בתפילין קמ"ל דלא בעינן כל הד' פרשיות שבתפילין אבל מזוזה הא אין בה אלא שמע והא"ש וזו מצותה פשיטא דחייב על דוכסוסטוס שנתעבד לשם זה בשיעור זה ולפי מה שכתב הרמב"ם ז"ל (בה' ס"ת פ"א) דמזוזה א"צ עיבוד לשמה הוי א"ש דמיירי בלא נתעבד לשם מזוזה וחזי נמי לקשר מוכסין או לקמיע ואפ"ה קמ"ל דלא מחייב בהכי משום דדמיו יקרים ולא עבדי לי' לקמיע וק"מ כמ"ש התוס' גבי דיפתרא. ועיין בכ"מ שם שחכמי לוניל השיבו על הרמב"ם מנין לו דין זה דמזוזה לא בעי עיבוד לשמה וכן במנחות (דף מ"ב) בתוס' ד"ה תפילין ולפי דברינו אפשר שמהך ברייתא ראי' לדינו של הר"מ ז"ל מדאיצטריך לאשמעינן ששיעור דוכסוסטוס הוא כדי לכתוב עליו מזוזה ע"כ דמיירי בלא נתעבד לשם מזוזה וקמ"ל דאע"ג דחזי למידי אחרינא אפ"ה לא מחייב אלא בשיעור מזוזה ומשום דדמיו יקרים לא מצנעי לי' למידי אחרינא אבל לפי"ז הדרא קושיתינו לדוכתא דנהי דדוכסוסטוס דדמיו יקרים לא מצנעי לי' אלא למזוזה מ"מ אם אין בו לכתוב עליו מזוזה ודאי דמצנעי לי' למידי אחרינא ולחייב עליו המוציא בשיעור זוטר דקמיע או ק"מ וכמ"ש לעיל וצ"ל דסובר כשיטת התוס' דכיון

דסתמא לשיעורא רבא מחמת דדמיו יקרים לא מחייב בשיעורא זוטא אף אם נחסר מכשיעורא רבא וצ"ע:

ודע דלפמ"ש לעיל יש ליישב קושיית התוס' שם בהא דפריך התם הש"ס אמתניתין דקתני קלף כדי לכתוב עליו פ"ק שבתפילין ורמינהו קלף ודוכסוסטוס כדי לכתוב מזוזה ומשני מאי מזוזה מזוזה שבתפילין ופריך אח"כ והתני סיפא קלף כדי לכתוב פ"ק שבתפילין שהיא שמע ישראל מכלל דרישא במזוזה עצמה והקשו בתוס' דאמאי לא פריך רישא לסיפא ובש"ס משמע דמהדר לפרוכי אמתניתין רישא לסיפא גופה קשיא:

ונ"ל דלק"מ דכיון דבמזוזה ותפילין בעינן עיבוד לשמה והב"י כתב באו"ח (סימן ל"ב) דאם נתעבד העור לשם מזוזה אין כותבין עליו תפילין אפילו למ"ד דגם מזוזה בעי עיבוד לשמה משום דמקל לחמור לא מהני עיבוד וקדושת תפילין חמור א"כ ברייתא לא קשה רישא לסיפא דרישא דקתני קלף ודוכסוסטוס כדי לכתוב עליו מזוזה מיירי שנתעבד לשם מזוזה דקלף דומיא דדוכסוסטוס שנתעבד לשם מזוזה להכי שיעורא כדי לכתוב מזוזה שהרי אסור לכתוב עליו תפילין ובסיפא מיירי בקלף שנתעבד לשם תפילין ושיעורו כדי לכתוב עליו תפילין ולא קתני התם דוכסוסטוס כמו דקיי"ל באמת דתפילין לא כתבינן אדוכסוסטוס ולא קשה כלל רישא לסיפא רק אמתניתין מקשה שפיר דקתני בקלף רק שיעור לכתוב עליו תפילין דמשמע דלא משכחת בו שיעור אחר ובברייתא מבואר דמשכחת בי' שיעור כדי לכתוב עלי' מזוזה דהיינו אם נתעבד לשם מזוזה. ומכ"ש דא"ש טפי לשיטת הר"מ ז"ל שסובר דמזוזה לא בעי עיבוד לשמה כלל דמצינן למימר דרישא איירי בלא נתעבד כלל לשמה וכשר לכתוב עליו מזוזה ושיעורו כדי לכתוב עליו מזוזה. וסיפא איירי בנתעבד לשם תפילין ושיעורו כדי לכתוב עליו פ"ק שבתפילין ומקשה רק אמתניתין דמשמע דליכא שיעור אחר בקלף ובברייתא קתני שיעור לכתוב עליו מזוזה וזה ברור:

ובמש"כ הב"י (בסימן ל"ב) דעור שנתעבד לשם מזוזה אסור לכתוב עליו תפילין מפני שקדושת תפילין חמורה מקדושת מזוזה ואפילו לדידן דפסקינן דגם מזוזה בעי עיבוד לשמה מ"מ לא מהני עיבוד מקל לחמור צל"ע דהא גבי תפילין מצינו דקדושת ש"י קיל מקדושת ש"ר דאמרינן במנחות ש"ר אין עושין אותו ש"י לפי שאין מורידין מק"ח לק"ק ואפ"ה עושין מש"י ש"ר כדאמר התם ולא איכפת לן במה שלא נתעבד לשם קדושה חמורה דש"ר ואם נימא דהתם מיירי שהעור נתעבד סתם לשם תפילין ועשה ממנו ש"י לא הוה קשה הא דרשאי לעשות ממנו ש"ר לפי מה שבארנו לעיל דגבי עיבוד לשמה אמרינן אין ברירה רק היכא שאינו יכול לעשות שני הדברים בזה אחר זה כגון שמתנה

שיעשה מהן דבר הרשות אם ירצה ואם ירצה יעשה מהן דבר קודש כמו תפילין ומזוזה שבזה אמרינן א"ב שאם יעשה מהן דבר אחד שוב לא יהא רשאי לעשות דבר השני' ואי אפשר להיחוד לחול על שניהן וא"ב ולא הוי עיבוד לשמה אבל אם יכול לעשות דבר זה ואח"כ דבר השני' חל היחוד על שניהם ודמי לעשה לי שני מחצלאות אחת לשכיבה ואחת לאהל דמטמאין שניהם מדרס:

וה"ה הכא אם מעבד סתם לשם תפילין דהוי סתמא כוונתו לש"י וש"ר הויא עיבוד מעלי' אף דשל ראש חמור מש"י דכיון דיכול לעשות ש"י ואח"כ יכול לחלק הפרשיות והבתים לעשות מהן ש"ר חל העיבוד לשם ש"י ולשם ש"ר ולא איכפת במה שקדושת ש"ר חמורה דמקרי עיבוד לשם ש"ר ג"כ כיון דחזי לשניהם אבל אם עיבד עור ביחוד לש"י ורוצה לשנותו לש"ר קשה אמאי מהני העיבוד שנתעבד לשל יד שהיא קדושה קלה לש"ר שקדושתו חמורה והש"ס סתמא קאמר ש"י עושין ש"ר דמשמע אפילו אי נתעבד מתחילה לש"י גרידא ואם כן מוכח מזה דבנתעבד לשם קדושה קלה ראוי לקדושה חמורה וצ"ע לענ"ד:

דברי הכותב יו"ט ליפמאן היילפרין

סימן ח

שאלה מי שיש לו כאב ביד שמאלו וצריך לכרוך עליו סמרטוט אשר נבלע בו סמי הרפואה אם מותר להניח תפילין על הסמרמוט או לא:

תשובה כבר ידעת מה שכתב הב"י (בסימן כז) מחלוקת הראשונים בדין זה אם תפילין של יד פוסל בהן חציצה או לא דדעת רש"י ז"ל בערכין בהא דאמרינן שם הכל חייבים בתפילין כהנים לוים וישראלים פשיטא כהנים איצטריכא ליה סד"א הואיל דכתיב וקשרתם לאות על ידך והיו לטוטפות בין עיניך כל היכא דאיתא במצוה דיד איתא במצוה דראש והני כהנים הואיל וליתנהו במצוה דיד דכתיב ילבש על בשרו שלא יהא דבר חוצץ בינו ובין בשרו אימא במצוה דראש נמי לא לחייבו קמ"ל דלא מעכבי אהדדי ופירשו רש"י ותוס' שם ותפילין על בשרו בעינן תחת בגדיו בקיבורת אצל הכתף דכתיב והי' לך לאות ולא לאחרים לאות עיי"ש הרי משמע דמשום חציצה לא איכפת לן אם הבגד מפסיק בין בשרו לתפילין רק משום לך לאות ולא לאחרים לאות. וכן דעת הרשב"א ז"ל בתשובה הובא בב"י אבל הרא"ש ז"ל (בה' תפילין) כתב דבתפילין נמי חציצה פוסלת משום דכתיב על ידך בעינן שלא יהא דבר חוצץ בין תפילין ליד:

ולא זכיתי להבין דברי הרא"ש ז"ל דלא מצינו דחציצה פוסל אלא היכא דכתיב בשרו כמו גבי טבילה דכתיב את בשרו במים או בגדי כהונה דכתיב ילבש על בשרו אבל גבי

תפילין דכתיב יד אין חציצה פוסלת והרי גבי חליצה דכתיב מעל רגלו ולא פסלינן אלא מעל דמעל אבל חציצה אינה פוסלת דהא מיבעיא לן ביבמות (דף קב) שני מנעלים זה על גב זה מהו ופריך אילימא דשלפתי' לעילאי וקאי תתאי מעל אמר רחמנא ולא מעל דמעל אלמא דאע"ג דכתיב מעל רגלו אפ"ה לא מיפסל מטעם חציצה אלא משום דהוי מעל דמעל והמרדכי שכתב דנהגו לרחוץ הרגל שלא יהא טיט דבוק ברגלו הביאו בשו"ע (סימן קס"ט) כתב שם הגר"א ז"ל דהוי רק חומרא בעלמא אבל מדינא א"צ עיי"ש וע"כ דכיון דלא כתיב בשרו אין חציצה פוסלת ועוד קשה לי טובא דהא בזבחים (דף יט) מבעי לן תפילין מהו שיחוצו בבגדי כהונה אליבא דמ"ד לילה לאו זמן תפילין לא תבעי לך כיון דלילה חייצי יום נמי חייצי כי תבעיא לך אליבא דמ"ד לילה זמן תפילין מאי מצוה דגופי' חייץ או לא חייץ עכ"ל הגמרא ואם נימא דבתפילין פוסל חציצה ובעינן שלא יהא דבר חוצץ בין תפילין לבשרו איך אפשר לומר דתפילין לא חייצי בין בשרו לבגדי כהונה והא בבגדי כהונה ודאי דפוסל חציצה דכתיב בהו ילבש על בשרו ואם מניח תפילין תחת בג"כ אם אתה אומר דהתפילין בעינן שיהא על בשרו א"כ ממילא הא אין הבג"כ על בשרו ואיך אפ"ל שיחשב בשניהם כאלו מונחים על בשרו ובשלמא אם בתפילין אין חציצה פוסל א"ש הא דבעי למימר דתפילין לא חייצי ובמה שלובש הבג"כ על התפילין דומה כאילו לובשם על בשרו דמצוה דגופו כגופו דמי אבל אם תפילין יש בהם תנאי שיהא דבוקים בבשרו ולא יחוץ ביניהם שום דבר א"כ ודאי דהוי חציצה לגבי בג"כ וא"כ לכאורה מוכח מזה דאין חציצה פוסלת בתפילין של יד:

וראיתי בספר נחל אשכול שהביא ראי' לדעת הרא"ש ז"ל דחציצה פוסלת בתפילין מהא דאמרינן (בפ"ק דערכין) דכהנים בשעת עבודה פטורין מתפילין ש"י וכפרש"י ותוס' שם משום דלא מצי להניח תחת הכתונת על ידו משום חציצה ועל הכתונת א"א להניח משום דכתיב לך לאות ולא לאחרים ואי ליכא איסור בחציצה בתפילין א"כ אמאי בטלו הכהנים ממ"ע דתפילין הוי להו לאנוחי על הכתונת ואי משום לך לאות הא במנחות (ד' ל"ז) איתא דבמקום לך לאות איתמר דיוצאין בזה ידי מצות תפילין ואע"ג דהוא דרך הצדוקים כדאמרינן במגילה במשנה שם (דף כד) מ"מ כיון דא"א בענין אחר יותר טוב להניח על הבגד מלבטל ממצות תפילין של יד ולדידי לאו ראי' היא דהא בזבחים שם דבעא אי תפילין חוצצין ביום פשיט מהא דתניא כהנים בעבודתם לוים בדוכנן ישראל במעמדן פטורין מן התפילין מאי לאו אם הניחו אין חוצצין ופרש"י ז"ל דפטורין משום דקי"ל העוסק במצוה פטור מן המצוה ומשני לא אם הניח חוצץ עיי"ש וא"כ לא מוכח מידי מהא דפטורין דא"א להניח על היד משום חציצה דהא איכא למימר דכיון דעוסק

במצוה פטור מן המצוה ופטורין מן הדין לא רצו לחייבם להניח על הכתונת כדרך הצדוקים אף שאם היו מניחים היו מקיימין מצות תפילין דחציצה לא פסלה בתפילין ואף דהתוס' כתבו בב"ק (דף נו) ד"ה בההוא הנאה דהא דאמרינן העוסק במצוה פטור מן המצוה הוא דווקא כשאינו יכול לקיים שתיהם אבל ביכול לקיים שתיהן לא מיפטר דאטו אדם שיש לו תפילין בראשו וציצית בבגדו ומזוזה בפתחו יפטר מן המצות והכא יכול ללבוש הבג"כ וגם התפילין. מ"מ נראה דכיון דהא דתפילין לא חייבי בין בשרו לבג"כ קאמר בש"ס משום דמצוה דגופו לא חיית אם כן זהו דווקא כשהם מונחים במקום תפילין על הקיבורת כדדרשינן במנחות בגובה שביד אבל אם ניתקו ממקומן לית בהו מצוה וחייבי להכי פטורים מתפילין דילמא מנתקי ממקומן ויצטרך להתבטל מעבודתו משום חציצה דבג"כ אי נמי לא ירגיש שניתקו ממקומן ויעבוד עבודתו בלי בגדי כהונה דכשיש חציצה בינם לבשרו עבודתו פסולה להכי פטרום מתפילין לגמרי בשעת עבודה ולהכי נמי אם ילבש התפילין על הכתונת אף דלא חיישינן בתפילין לחציצה מ"מ הא טעמא דלא חשיבי תפילין יתור בגדים הוא משום דהוי מצוה דבגופא כמ"ש התוס' שם בזבחים (דף יט) אבל אם ינתקו ממקומן דליכא מצוה במה שהם עליו ממילא הוי יתור בגדים ופוסל העבודה להכי פטרוהו מן המצוה דעוסק במצוה פטור מן המצוה היכא דאפשר שיתבטל ממצוה שהוא עוסק בה ע"י מצוה השני' אבל לעולם איכא למימר דחציצה לא פסל בתפילין והא דלא חייבו אותם להניח על הכתונת הוא משום דעוסק במצוה פטור מן המצוה ומה שהקשה השא"ר ז"ל דבערכין משמע דבשל ראש מחייבי אפילו בשעת עבודה. ובזבחים (י"ט) פטרינן להו משום עוסק במצוה נראה דכיון דאמר בזבחים אם הניחן אינן חוצצות והיינו דקיימו המצוה דהא משום הכי לא חייבי דמצוה דגופי' לא חיית וא"כ אסור בהיסח הדעת כיון שקיים מצות תפילין ובערכין כוונת הש"ס דה"א כיון דליתנהו בשעת עבודה בשל יד מחמת חציצה ליתנהו נמי בשל ראש ואם הניחו ליכא מצוה ומותרין בהיסח הדעת קמ"ל דחייבים בשל ראש רק דהמצוה פוטרתן דעוסק במצוה פטור מן המצוה ולהכי אם הניחו הוי מצוה ואסור בהיסח הדעת מיהו מזה משמע דבשל יד פטירי וא"א להניח כלל ולא כמ"ש דאפשר להניח על הבגדים רק דפטורין משום עוסק במצוה:

סימן ט

הרמב"ם ז"ל כתב (בפ"ג מהלכות ק"ש) אין קורין לא בבית המרחץ ולא בבית הכסא ולא בביה"ק ולא בצד המת ואם קרא במקום שאין קורין בו חוזר וקורא וכ' עליו הראב"ד ז"ל על מי שקרא בצד המת שיחזור ויקרא לא אמר כלום. ונ"ל דטעמו של הר"מ ז"ל

דכיון דעבר אקרא דלועג לרש חרף עושהו הוי מצוה הבאה בעבירה וכמאן דלא קרי דמי ובמצוה דאורייתא ודאי דפוסל מהבב"ע. ואפשר לבאר בזה גם סוגיא דברכות (דף יא) דקאמר התם עשה כדברי ב"ש לא עשה ולא כלום ורנב"י סובר דחייב מיתה עיי"ש דמייתי ראי' מהא דמצאו זקני ב"ש וזקני ב"ה את ר"י החורנית יושב בסוכה ראשו ורובו ושולחנו בתוך הבית ואמרו לו זקני ב"ש אם כך היית עושה לא קיימת מצות סוכה מימיך והקשו התוס' דמאי ראי' דהתם ב"ש מחמירין להכי אמרו כן אבל אם הטה בק"ש אמאי לא עשה כלום דהא ב"ה נמי מודה דשרי להטות ותירצו דדייק מדקאמר לא קיימת מצות סוכה אף שהוא רק מדרבנן וכו' ואכתי אינו מיושב גם בעיקר לשון המשנה שם לא קיימת מצות סוכה מימיך הקשה הר"ן ז"ל שם דאיך שייך לומר לא קיימת מצות סוכה מימיך הא ב"ש לא פסלי אלא משום גזירה שלא ימשוך אחר שולחנו אבל מדאורייתא ודאי קיים המצוה ומ"ש הר"ן שם והוא כמו הא דאמרינן בסוף פסחים כל שלא אמר שלשה דברים הללו לא יצא ידי חובתו והוא לאו דווקא הוא תמוה דהר"ן בעצמו מפרש שם בפסחים דהאי דלא יצא ידי חובתו דקאמר לא קאי אחובת אכילת מצה אלא לא יצא ידי חובת אמירה ולפ"ז ודאי דלישנא ברירה הוא דחובת אמירה לא יצא כיון שלא אמר: **ולדבריו** אפשר לומר דהא דאמר רב יוסף עשה כדברי ב"ש לא עשה כלום ואינו יוצא ידי חובת ק"ש כיון שהטה בכוונה לקיים דברי ב"ש שאין הלכה כמותו עבר אקרא אחרי רבים להטות והוי מהב"בע דכיון שעשה בקיום המצוה עבירה לא יצא ולהכי אמרו לו זקני ב"ש אם כך היית עושה לא קיימת מצות סוכה מימיך אף מדאורייתא אף שגם לדברי ב"ש הסוכה כשירה מן התורה מ"מ כיון דבהא הלכה כב"ש והוא עשה כב"ה מחמת שחלק עליהם יש כאן איסור שעובר על אחרי רבים להטות דבהא הוו ב"ש רובא: ואלו היה עושה כן מחמת שלא הי' לו סוכה אחרת הי' מקיים לכה"פ מצות סוכה מה"ת אבל עכשיו שעשה כן מחמת שחולק עליהם לא קיים מצות סוכה כלל אף מה"ת אלמא דדבר זה מבטל את המצוה לגמרי א"כ הוא הדין מי שהטה לקיים דברי ב"ש לא עשה ולא כלום ולא יצא ידי ק"ש משום מהב"בע ול"ד להא דאמרינן בברכות (דף נג) דב"ש סברי שכח ולא בירך יחזור למקומו ויברך וב"ה סברי יברך במקומו וההוא תלמידא דעבד כב"ש ואשכח ארנקא דדהבא דהתם אף לב"ה מצוה מן המובחר לחזור למקומו ולברך אלא שאינו מחויב מן הדין להכי אם חזר למקומו ליכא עבירה אבל הטיה בק"ש לב"ה ליכא שום מצוה מן המובחר ומאן דמטי הוא רק משום דמפרש לקרא ובשכבך הכי וזהו כב"ש ולהכי לא יצא ידי חובת ק"ש כדאמרן משום מהב"בע ועיין בב"ח בטא"ח (סימן תקנ"א) שכתב כן בהא דשבת (דף יח) נוהגין היו ב"א שהיו נותנין כלי לבן לכובס

א"י ג' ימים קודם השבת ובביצה שלשה דברים היו מחמירין כב"ש ול"ד להא דאמרינן בירושלמי בשבת (פ' האורג) דהמוציא מצה לרה"ר ואכלו דיצא ואין בזה משום מהב"בע משום דאין עבירה גופא מצוה. התם שאני דהוצאת שבת הי' יכול לעבור בדבר אחר ואין ענינה בקיום המצוה להכי לא מיקרי מהב"בע משא"כ הכא שקרא ק"ש בצד המת או באופן שעבר על דברי רבים ועשה כיחיד במה שנחלקו בעיקר דין ק"ש הוי שפיר מהב"בע ועוד שהר"מ ז"ל ודאי דסובר דשייך בזה מהב"בע שכ' (בפ"ה מהלכות איסורי מזבח) אין מביאין מנחות ונסכים מן הטבל החדש קודם לעומר ולא מן המדומע ואצ"ל מערלה ומכלאי הכרם שהוא מצוה הבאה בעבירה וכתב ע"ז הגאון בעל שא"ר ז"ל (בסימן צט) דאין ענין מצוה הב"בע לכאן דלא אמרינן מהב"ב אלא א"כ נעשית המצוה ע"י העבירה כגון ע"י גזל או אכילת איסור אבל הא דמביא מנחות ונסכים מן הטבל לאו ע"י העבירה שנעשה בו נעשה מצות נסכים ומנחות וכה"ג כתבו התוס' רפ"ג דסוכה (דף ל) דלהכי הוצרכנו לפסול לולב של אשירה ושל עיר הנדחת משום דכתותי מכתת שיעורא ולא פסלינן משום מהב"ב משום דלא דמי לגזל דמחמת עבירת הגזל באה המצוה אבל הני אטו מחמת העבירה שנעשית בו מינפק בי' וכן נראה בירושלמי שם גבי קורע בשבת דיצא ידי קריעה ול"ד למצה גזולה שאינו יוצא בה דתמן גופא עבירה הוא הכא הוא עבר עבירה ומהתימא על הרמב"ם ז"ל דכה"ג חשיב לי' עבירה עכ"ל הרי דלהר"מ מיקרי מהב"ב אף שאין דומה לגזל ולא נעשית העבירה עם קיום המצוה ממש ולהכי אם ק"ש במקום שאסור לקרות לא יצא ועוד נ"ל דאפילו לדעת התוס' דלא מיקרי מהב"ב אלא אם יש בעצם קיום המצוה עבירה נמי מיקרי מהב"ב בכה"ג דקרא ק"ש בהטייה לעבור על דברי ב"ה שהם רבים דהא הכא אין העבירה דבר בפ"ע אלא בעיקר קיום המצוה שקיימה בעבירה כדעת היחיד ואין להקשות ממ"ש התוס' בסוכה (דף לא) ד"ה הואיל ומהא דאמרינן בסנהדרין (דף פח) אי קא סבר לולב אין צריך אגד האי לחודא קאי לחודא קאי דהיינו שאינו מגרע ופוסל המצוה למ"ד אינו צריך אגד משום דהאי לחודא קאי והאי לחודא קאי. אבל בל תוסיף איכא אף למ"ד אי"צ אגד עיי"ש הרי דאף דעבר אב"ת אין המצוה נפסלת בכך למ"ד אין צריך אגד ולא פסלינן משום מהב"ב דקא עבר אב"ת. אפ"ל דהתוספת לטעמייהו שכתבו בסוכה (דף ט) דמהב"ב הוא רק מדרבנן ושם בסנהדרין קיימינן לענין זקן ממרא לחייבו מיתה וכיון דמה"ת אינו מגרע המצוה אינו חייב מיתה דבעינן שיהא בו כדי להוסיף ואם מוסיף גורע אבל לעולם דמדרבנן שפיר פוסל המצוה משום מהב"ב:

ונראה לי עוד דמה דאמר רב נחמן בר יצחק עשה כדברי ב"ש חייב מיתה הוא נמי מה"ט דכיון דבארנו דהא דאמרו זקני ב"ש א"כ היית נוהג לא קיימת מצות סוכה מימיך הוא משום מהב"ב כמו שבארנו א"כ יש בזה דין זקן ממרא ממש לחייב מיתה כפי מה שכ' הרמב"ם ז"ל (בהלכות ממרים) דאם נחלק הזקן ממרא עם חביריו באיסור דרבנן כגון בחמץ בערה"פ בשעה ששית שאסרו חכמים. ולהזקן ממרא הותר דחייב מיתה משום דאתי מיני' חורבא מענין חיוב מיתה בקידושי אשה והוי דבר שזדונו כרת והיינו שאם קידש את האשה משש שעות ולמעלה לדברי חכמים לא הוי קידושין כדאמרינן בפסחים (דף, כא) א"ר גידל א"ר המקדש משש שעות ולמעלה אפילו בחיטי קורדניתא אין חוששין לקידושין אע"ג דהוי רק מדרבנן ואם קידשה אחר קידושי שני הוי קדושין ולדברי הזקן ממרא שהתיר את החמץ משש שעות ולמעלה הוי קידושין ואין קידושי אחר תופסין בה א"כ ה"נ גבי סוכה אם הכשיר סוכה שאינה מחזקת אלא ראשו ורובו ולא שולחנו נפיק מיני' נמי חורבא לענין איסור מיתה לענין קידושין כדאמרינן בסוכה (דף לא) דגזל עצים וסיכך בהם אין לו אלא דמי עצים ופירשו שם התוספת אע"ג דהוי שינוי החוזר לברייתו ולא קני מדאורייתא מ"מ קנה משום תקנת חכמים וכן אמר רבינא התם האי כשורא דמטללתא עבדו בה רבנן תקנת מריש והנ"מ בגו שבעה ופי' שם הרשב"א ז"ל דאם תבע בב"ד קודם החג בזה עשו תקנת מריש וא"צ לשלם אלא דמי עצים בלבד אבל אם תבע אחר החג לא עשו בזה תקנת מריש וגזילה חוזרת בעיני' והכל הולך אחר זמן התביעה א"כ אם עשה סוכה מעצים הגזולים והסוכה מחזקת רק ראשו ורובו ולא שולחנו וקידש בעצים האלו את האשה לדברי הזקן ממרא שמכשיר היא מקודשת דעצים דידי' נינהו שקנאם בתקנת מריש ולדידן דהסוכה פסולה לא עשו בזה שום תקנה והוי כגזילה דעלמא והמקדש בגזל אינה מקודשת ועיין בראש (פ"ק דסוכה) שדעת הרי"ף והר"י דטורני דסוכה שאינה מחזקת ראשו ורובו ושולחנו וסוכה גדולה שלא ישב בה ראשו ורובו ושולחנו דין א' להן דלב"ש בשניהם אינו יוצא ידי חובתו ולב"ה בשניהם יוצא יד"ח ואם הזקן ממרא הורה דסגי בישיבת ראשו ורובו לחוד ה"ה דיוצא לדבריו בסוכה קטנה שאין בה אלא ראשו ורובו ויוצא מזה נ"מ לענין קידושין אם גזל עצים וסיכך בהן [וכמש"כ הרמב"ם (בהלכות ממרים בפ"ד ה"ב) שצריכין הסנהדרין לדרוש ולבדוק ולחקור אם היה מחלוקת זו מביאה לדבר זה ודבר זה מביא לדבר שני אפילו אחר מאה דברים אם יבוא בסוף בדבר שזדונו כרת ושגגתו חטאת בין שהי' הזקן ממרא מקיל והן מחמירין בין שהי' הוא מחמיר והן מקילין חייב עכ"ל] וכיון דיש בהך מחלוקת

דישיבה בסוכה ראשו ורובו ושולחנו בתוך הבית דין זקן ממרא אם הוה בו התראה ודאי דשפיר קאמרי לי' לא קיימת מצות סוכה מימיך משום מצוה הב"בע:

ואיכא לאשכוחי נמי גבי ק"ש חיובא לגבי זקן ממרא לפי מה דאמרינן בב"ק (דף לה) איסי בן יהודא אומר רץ חייב אם היזיק מפני שהוא משונה ומודה איסי בע"ש בה"ש שהוא פטור מפני שהוא רץ ברשות וקאמר מאי ברשות כדר"ח דאמר ר"ח בואו ונצא לקראת כלה מלכתא עייי"ש ודוקא רץ בע"ש ביהש"מ פטור אם היזק שמצוה לרוץ כמ"ש רש"י כאדם המקבל פני מלך אבל רץ למצוה אחרת כמו לקיים מצות לולב או מצה והיזיק חייב דהתם אין העצם הריצה המצוה אעפ"י שהוא הי' צריך לרוץ לקיים המצוה שבאופן אחר לא היה יכול להשיגו אעפ"כ לא מיקרי ריצה מצוה וכדאמר במכות (דף ח) דחרישה לצורך עומר לא מיקרי מצוה שאם מצא חרוש אינו חורש אבל קצירה מקרי מצוה שאם מצא קצור קוצר וה"נ לגבי שבת מיקרי רץ מצוה שמצוה לרוץ כאדם המקבל פני מלך לכך אם היזק פטור אבל רץ למצוה אחרת חייב שאין הריצה מצוה וה"נ גבי ק"ש אם היזק בהטייתו את חבירו או ממונו פטור לב"ש שמצוה להטות ולב"ה חייב שאין מצוה להטות ועיין בתוס' סוכה (דף מה) ד"ה מיד ובחוה"מ (סימן שע"ח) שכתב בכל דבר שנהגו שמחה לצורך מצוה פטור אם היזיק ובסנהדרין (דף פח) מפרשינן לקרא דבין דין לדין דכתיב גבי ז"מ לענין ניזקין דנתכוון להרוג זה והרג את זה חייב ממון דנ"מ לענין אם תפס הניזק וקידש בו האשה והוי נ"מ לענין חיוב מיתה א"כ אם הטה לקרות ק"ש והזיק בהטייתו פטור לב"ש ואם תפס הניזק וקידש בו אשה מקודשת להכי קאמר רנב"י עשה כדברי ב"ש חייב מיתה ועיין בר"ן בסנהדרין שתמה על הר"מ שכ' דבפלוגתא במקרא מגילה ונ"ח נמי הוי ז"מ:

ותמה עליו מכל זה ולפי דברינו בנר חנוכה ודאי דהוי ז"מ לפי שיטת הר"מ דבנחלק בחמץ בשעה ששית הוי ז"מ א"כ בנר חנוכה נמי איכא נפקותא לענין הניח נרו מבחוץ וגמל טעון פשתן דפטור בנר חנוכה מפני שהוא ברשות כדאמרינן בב"ק (דף סב) והז"מ שחלק על נר חנוכה חייב בהניח מבחוץ והוי נ"מ לענין קידושין מיהו במגילה לא אשכחן נ"מ לענין קידושין ודו"ק *):

סימן י

ובמש"כ דהיכא דעבר אב"ת לא יצא ידי מצותו משום מהב"ב יש לעיין דא"כ המניח שני זוגות תפילין דעבר אב"ת כדאמרי' בעירובין (דף צ') לא יצא ידי מצות תפילין משום מהב"ב וכ"ת דה"נ דלא יצא א"כ תקשה בסנהדרין (דף פ"ח) דקאמר אינו חייב אלא על דבר שעיקרו מד"ת ופירושו מד"ס ויש בו כדי להוסיף ואם הוסיף גורע ואנו אין לנו אלא

תפילין ואליבא דר"י ופריך אי עביד ארבעה בתי ואייתי אחרינא ואנח גבייהו האי לחודא קאי כו' ואי עביד חמשה בתי גרועי ועומד הוא ומשני האמר ר"ז בית חיצון שאינו רואה האויר פסול ואמאי לא מוקי שלבש זוג אחד ואח"כ הורה הז"מ להניח עוד זוג א' דעובר אב"ת כדאמרינן בפ' המוצא תפילין ובמה שהוסיף גורע שהרי לא יצא יד"ח תפילין כלל משום מהב"ב דב"ת ולפי מה דמבואר בתוס' דגיטין (דף נ"ה) משמע בהדיא דמהב"ב פוסל את המצוה מן התורה דהא פירשו שם גבי חטאת הגזולה דהא דאמר עולא דבר תורה בין נודעה ובין לא נודעה אינה מכפרת הוא משום מהב"ב עיי"ש:

ולייישב דבר זה נכתוב בכאן מ"ש על דברי הר"מ ז"ל (בפ"ג מה"צ) דבמנחות אמרינן אהא דהטיל לבעלת שלש והשלימה לארבע פסול משום תעשה ולא מן העשוי ופריך מדר"ז דאמר הטיל למוטלת כשירה ואמר רבא השתא בב"ת קאי מעשה לא הוי ופריך ר"פ ממאי דהאי גברא לאוסופי מכוון דלמא לבטולי קא מכוון עיי"ש וכ' הר"מ ז"ל (בפ"ג מהלכות ציצית) הטיל ציצית על ציצית אם נתכוון לבטל את הראשונות מתיר הראשונה או חותכה וכשירה ואם נתכוון להוסיף אע"פ שחתך א' משתיהן ה"ז פסולה שהרי כשהוסיף פסל את הכל וכשהתיר או חתך התוספת נמצא השאר נעשה מן העשוי שעשייתו הראשונה פסולה היתה עכ"ל ועיין בכ"מ שהעמיד דברי הר"מ ז"ל ופסקו בכוונת דברי ר"פ בגמרא. ולכאורה היה קשה לי ומצאתי שגם השא"ר הקשה כן דלדעת הר"מ ז"ל דאם הטיל למוטלת וכיון להוסיף פסל את הראשונות דא"כ בסנהדרין (דף פח) דקאמר גבי ז"מ דאינו חייב אלא אם יש בו כדי להוסיף ואם הוסיף גורע ואין לנו אלא תפילין אליבא דר"י ופריך והאיכא ציצית ומשני מאי קסבר אי קסבר קשר עליון דאורייתא גרוע ועומד הוא ואי קסבר קשר עליון לאו דאורייתא האי לחודא קאי והאי לחודא קאי ואמאי לא משכחת לן בהטיל למוטלת לדעת הר"מ ז"ל שפסל שתיהן וכשהיה לובש בגד בד' כנפות הורה הז"מ להטיל עוד למוטלת והוי מוסיף ובמה שמוסיף גורע ופסל את הכל וזה קושיא חמורה מאוד לשיטת הר"מ וגם הר"מ ז"ל בעצמו כ' דלא משכ"ל הך מילתא גבי ז"מ בציצית מה"ט דאיתא בגמ' ואמאי הא משכ"ל בהטיל למוטלת וכמ"ש ואין לומר דלהכי לא מצי לאוקמי בציצית משום דר"מ אמר שם (דף פ"ז) דחייב על דבר שזדונו כרת ושגגתו חטאת ור"י הוא דאמר על דבר שעיקרו מד"ת ופירושו מד"ס ואליבא דר"י מפרש ר' אלעזר דבעינן יש בו כדי להוסיף ואם הוסיף גורע ופי' הר"מ ז"ל (בפ"ד מהלכות ממרים) והראב"ד בהשגותיו והר"ן בחי' לסנהדרין דר"י לא פליג אר"מ דבדבר שזדונו כרת ושגגתו חטאת נעשה ז"מ רק שמוסיף דאפילו אין בו כרת וחטאת אם עיקרו מד"ת ופירושו מד"ס נמי נעשה ז"מ וא"כ בציצית

לא בעינן למימר דנעשה ז"מ משום שעיקרו מד"ת ופירושו מד"ס דבלא"ה נעשה ז"מ מחמת שיש בזדונו כרת דאמרינן בשבת (דף קל"ט) היוצא בטלית שאינו מצוייצת כהלכתה חייב חטאת וכיון שלהר"מ ז"ל בהטיל למוטלת פסל הכל הו"ל טלית שאינה מצוייצת כהלכתה וחייב חטאת ונעשה ז"מ בלאו טעמא דעיקרו מד"ת ופירושו מד"ס דז"א דהא הש"ס פריך האיכא ציצית ומשני מאי קסבר אי קא סבר קשר עליון דאורייתא כו' ואי לאו דאורייתא גרוע ועומד הוא ואמאי לא משני דלהכי לא חשיב ציצית משום דבציצית איכא חיוב חטאת אם הטיל לה חמשה חוטין א"ו דלא משכח"ל חיוב חטאת גבי ציצית כה"ג משום דבשבת (דף קל"ט) פרכינן עלה דר"ה דהיוצא בטלית שאינה מצוייצת חייב חטאת מ"ש מהא דאר"ח בר גוריא א"ר מתעטף אדם בכילה ובכסכסיה ויוצא לרה"ר ואינו חושש ומשני הני לא חשיבי ובטלי וציצית לגבי טלית חשיבי ולא בטלי ופירשו התוס' ד"ה ציצית שאינם מבוטלים לפי שחשובים הם בעיניו שדעתו ליתן ציצית רביעית עיי"ש וכיון דעיקר החיוב הוא משום דלא בטלי לגבי טלית מפני שדעתו שישארו במקומן למצותן רק שיוסיף עליהן מה שחסר לקיום המצוה אבל אם הוסיף חוט חמישי עליהן שצריך להסירן ויש כאן אחד שאין בו מצוה וצריך להסירו הרי החוט המותר בטל לגבי הטלית כמו גבי כילה וכסכסיה ואינו חייב חטאת ולהכי הוצרך לומר דלהכי לא חשיב ציצית למ"ד קשר עליון דאורייתא וכו' משום דגרוע ועומד ולא משני משום דאיכא חיוב חטאת וא"כ וודאי דקשה לשיטת הר"מ ז"ל דבהטיל למוטלת פסול הכל הא איכא הטיל למוטלת דבמה שמוסיף גורע וליכא לשנויי דבלא"ה איכא חיוב חטאת משום הוצאת שבת דכיון דבהטיל למוטלת פסול הכל וצריך להסירן בטלי לגבי טלית וליכא חיוב חטאת. עוד הקשה הגאון בעל שאג"א (בד"צ סימן ל') וז"ל ועוד קשה לי מה טעם לדבר דאם נתכוון לבטל את הראשונות נפסלו דכיון שנעשו בהכשר האיך אפשר לבטלן ולפסלן כיון שאין בהם שום פסול כי מבטלן איהו מאי הוי וכי ס"ת או תפילין ומזוזה שנכתבו בהכשר כדינם וכי אפשר להוציאם מהכשרן ע"י ביטול ויהיו נפסלין מכאן ולהבא ע"י שיבטלן. הא לא שמענו ואי איתא להא מילתא לא אישתמיט שום תנא או אמורא להשמיענו חידוש גדול כזה:

ונ"ל דדברי הר"מ ז"ל נכונים מאוד בטעמן במ"ש שאם כיון לבטל הראשונים נפסלו הראשונים וחותכן והשנים כשרים דמ"ש שאם כיון להוסיף שניהם פסולים הטעם כיון דבאם כיון להוסיף איכא איסור ב"ת ואם יוצא בהן מצות ציצית הוי מהב"ב להכי אינו יכול לצאת בהם אפילו חתך אח"כ האחת מהן משום תעשה ולא מן העשוי *) דכבר נפסל עשייתן דכיון שנקבע עליהם שם פסול ואין יכולין לצאת בהם יד"ח ציצית כמו

שהן קבועין ביחד עם הבגד בטלה עשייה דידהו ואפילו למ"ד אין דיחוי אצל מצות היינו במידי דלא בעינן עשייה אבל במידי דכתיב תעשה ודרשינן תעשה ולא מן העשוי אם נפסלו נדחה עשייתן וצריך להתירן ולחזור ולתלותן ואע"ג דלא דמי להא דאמרי' בסוכה (דף ל"ו) גבי לולב דאם מעטן לאחר שאגדן פסולין למ"ד לולב צריך אגד ומקשינן לולב לסוכה אפילו למאן דל"ל דיחוי דהתם בתחילת עשייתן היה בפסול שהיה ענביו מרובין מעליו משא"כ כאן דתחילת עשייתן בהכשר ורק אח"כ נפסלו ע"י מהב"ב כשהטיל הני בתראי מ"מ גם בכה"ג מקרי תעשה ולמ"ה שכבר נפסל עשייתן ובעי עשיה חדשה (ול"ד למ"ש הרמ"א באו"ח (סימן תרכ"ו) דמותר לסגור הגג שעל הסוכה ולפותחו ולא נפסל ע"י סגירתו משום תולמ"ה דהתם בעצם הסכך ליכא פסול רק שהניח עליו סכך פסול הלכך כשמסירו ש"ד ולא נסתלק עשייתו הראשונה משא"כ היכא שנפסל עצם המצוה כמו הכא שנפסלו הציצית משום מהב"ב נפסל עשייתן וצריך להתירן ולחזור ולתלותן וכן גבי סוכה אם היה פסול בעצם הסכך כגון שבא א"י והשתחווה לסכך ואח"כ בטלו צריך לנענע מחדש אפילו למאן דל"ל דיחוי אצל מצות מפני שבטלה עשיה הראשונה ורחמנא אמר תולמה"ע ול"ד למניח שני זוגות תפילין דעובר אבל תוסיף ולא יצא בשניהם וכשמסלק האחד מעל ראשו יצא בזוג הנשאר על ראשו דהתם לא כתיב תעשה ולא בעינן קשירה בשעת הנחה כמ"ש התוס' בעירובין (דף צז) ד"ה אביי ועיקר התפילין כתיבתן ועשייתן לא מפסל ע"י שהניחן בעבירת ב"ת אבל גבי ציצית נהי שהחוטין לא מפסלי ממצותן מ"מ תלייתן והנחתן בבגד דכתיב ביה תעשה מפסל ע"י שהוטלו עוד ציצית ואינן ראוין ללבוש כמו שהן ולהכי נמי אם האי גברא לבטולי קא מכוון נפסלו הראשונים וחותכן ובתראי כשרים. כמ"ש הר"מ ז"ל דבדידי' תליא מילתא דכיון דאם כיון בשתיהם לשם מצוה נפסלו שתיהן מהני מחשבתו לפסול עשיית קמאי כדי שישארו לכהפ"ח בתראי בהכשר וקמאי ממילא נפסלו דהא אי לאו דמכוון לפוסלן היו פסולין ממילא משום מהב"ב ומחשבתו מועלת רק להכשיר בתראי וכיון שמחשב לחתוך הראשונות ליכא ב"ת וקמאי מפסלו משום דבלאו מחשבתו נמי הוה מפסלו אלא דהוי נמי מיפסלי בתראי ומחשבתו מועלת דלא לפסלי בתראי ובזה א"ש הא דרבא לא סבר להאי חילוקא למחזי אי גברא לאוסופי קא מכוון אי לבטולי קא מכוון דרבא לטעמיה דלא סבר לטעמא דמהב"ב בסוכה (דף ל') וא"כ אפילו אם מכוון בשניהם לשם מצוה לא מיפסלי ועובר אב"ת אבל מצות ציצית קיים ולהכי פריך השתא בבל תוסיף קאי מעשה לא הוי ואפילו אם מכוון לבטול נמי לא נתבטלו קמאי וקאי בב"ת דאין בידו לבטל עשיית קמאי כיון שאין מתבטלין מאליהן ע"י מהב"ב לא מהני נמי מחשבתי' לבטולי קמאי ור"פ סובר

כהנך דסברי דמהב"ב פסול ואם נתכוון לאוסופי נפסלו שתיהן ואם מתכוון לבטולי קמאי מהני משום דבלא מחשבתו נמי היו נבטלין:

[**ואל** תשיבני במ"ש בטעם שנפסלין במתכוון לאוסופי שהוא משום מצוה הב"ע ונפסלה עשייתן והוי תולמ"ה דהא התוס' כתבו בסוכה (דף ט) דמהב"ב הוי רק מדרבנן ובסוכה (דף יב) אמרינן במשנה שם גבי חבילי קש וחבילי עצים דאין מסככין בהם וכולן שהתירן כשרות ולא פסלינן משום תולמ"ה כיון שאין פסולין אלא מדרבנן אפשר לומר דהר"מ ז"ל סובר דמהב"ב הוי מדאורייתא]:

ובזה מיושב מה התוס' במנחות שם בהא דאמר ממאי דהאי גברא לאוסופי קא מכוון דלמא לבטולי קא מכוון והקשו דהא קיי"ל מצות עובר עליו עב"ת בזמנן אף שלא בכוונה ותירצו דבמכוון לבטולי שאני וקשה לדברי הנך רבוותא דסברי דכל היכא דלא בעי כוונה אפילו במתכוון שלא לצאת יצא וה"ה לענין ב"ת בזמנו אפי' במכוון שלא לצאת עובר בב"ת. וכן הוכיח הטו"א בר"ה ותקשה מהך סוגיא דקאמר דלמא לבטולי מכוון וב"ת ליכא אבל לפמ"ש א"ש דלהכי מהני הכא מה שמכוון לבטולי שלא לצאת בהן משום שאם לא יכוון לבטולי קמאי יפסלו תרווייהו משום שנפסל עשייתן מטעם מהב"ב להכי מהני מה שמכוון לבטולי קמאי שיוכשרו לכה"פ בתראי וממילא ליכא ב"ת כיון שקמאי נפסלין משא"כ בדוכתא אחרינא היכא שמוסיף על המצוה כמו בשני זוגות תפילין לא מהני מה שחשב על האחד שלא לצאת דמצות אינן צריכות כוונה ומאליהן לא נפסל מצותן דלא כתיב בהו עשייה וכמ"ש למעלה וכן גבי מתן ד' שנתערב במתן א' לא מהני מה שמחשב שלא לצאת בדם של מתן א' בנתינתו בד' קרנות כיון שאין הדם נפסל מאליו דשם לא שייך מהב"ב דבמתן ראשון יצא ידי נתינתו ובמתן שני הוי עבירה דב"ת ולא נפסל הדם מאיליו להכי לא מהני אם יחשוב שלא לצאת משא"כ גבי ציצית שאם לא יחשוב לבטולי נפסלו תרווייהו מאליהן משום תולמ"ה מהני מחשבתו לבטולי קמייתא ולאכשורי בתרייתא ונתבאר שיטת הר"מ ז"ל בפירושו בדברי רב פפא:

ומה שהקשה הגאון השא"ר אמאי קאמר אין לנו אלא תפילין האיכא ציצית שהורה הז"מ להטיל למוטלת דהוי מוסיף ובמה שמוסיף גורע שנפסלו שניהם ואינו יוצא בהם לשיטת הר"מ ז"ל נ"ל דהנה הראב"ד ז"ל בהשגה שם בה"צ חלק על הר"מ וסובר בהטיל למוטלת שאין כאן בל תוסיף כלל משום דהאי לחודא קאי והאי לחודא קאי וז"ל הראב"ד ז"ל בהשגותיו והא דמסיק בסנהדרין בענין ז"מ דאי איכא ד' חוטין ואייתי הוא חמשה אי קשר עליון דאורייתא גרוע ועומד הוא אלמא שגם תוספות מצוה מיפסל למצות התם משום חציצה דהיינו החוט היתר שחוצץ בין החוטין העיקרים להקשר שהרי למ"ד קשר

עליון לאו דאורייתא אמרינן האי לחודא קאי והאי כו' וליכא גרוע וה"נ אם היה שם קשירה כתקנה והטיל בה אחרת וקשרה כמו כן האי לחודא קיימא וכשרה בין שנתכוון להוסיף בין שנתכוון לבטלה וכן עיקר דהאי לחודא קיימא והאי כו' עכ"ל הראב"ד ז"ל אולם דעת הר"מ ז"ל דסובר דאם הטיל למוטלת אם מכוין למצוה מפסלו הראשונים נ"ל משום דאף דבהך סוגיא דסנהדרין איכא לפרושי דהטעם דהוי גרוע ועומד אי קשר עליון דאורייתא משום חציצה מ"מ הא אמרינן בסוכה (דף לא) ארבעה מינין שבלולב כשם שאין פוחתין עליהן כך אין מוסיפין עליהם ופריך פשיטא ומשני לא צריכא אלא לר"י דאמר לולב צריך אגד מהו דתימא האי לחודא קאי והאי כו' קמ"ל ופרש"י שם דמיירי שהניחו חוץ לאגד ואפ"ה אסור ולא אמרי' האי לחודא קאי והאי כו' והתוס' באמת הקשו זה בסנהדרין (דף פח) וכן בסוכה שם ד"ה הואיל אמאי אין מוסיפין לר"י אם הניחו חוץ לאגד נימא האי לחודא כו' ותירצו בסנהדרין שם דבאמת הא דקאמר אין מוסיפין לר"י בהניח חוץ לאגד הוא רק מדרבנן בעלמא ובסוכה תירצו דבאמת ב"ת איכא אפילו אם הניחו חוץ לאגד או לרבנן בדליכא אגד. והא דאמרינן בסנהדרין האי לחודא כו' היינו דלא מפסל המצוה היכא דליכא אגד אבל ב"ת איכא אף אי מנח ליה חוץ לאגד או לרבנן אי ליכא אגד כלל והוקשה להם מהא דקאמר ר' יהודא שם לולב אין אוגדין אותו אלא במינו. ומפרש טעמא משום דקא סבר לולב צריך אגד ואי אייתי ליה מינא אחרינא הוי ליה חמשה מינין אלמא דדוקא לר"י הו"ל חמשה מינין ועובר על ב"ת משום דקסבר צריך אגד אבל לרבנן דסברי לולב א"צ אגד ליכא ב"ת והוצרכו לתרץ דשאני התם דכיון דיהיב לה באגד הוי ליה שלא כדרך גדילתן לרבנן דא"צ אגד ודוקא לר"י עובר אב"ת דכיון דסובר צריך אגד הוה ליה דרך גדילתן כ"ז שיטת התוס' בסוכה אבל הר"מ ז"ל יצא לו מסוגיא זו דקאמר אין מוסיפין עליהם לר"י ואפילו אם מנח ליה חוץ לאגד ש"מ דלא אמרינן כלל הך סברא דהאי לחודא כו' וכל היכא דמכוון לשם מצוה עובר אב"ת אפילו ליכא אגד או קשר הוי הוספה מיהו זה רק במכוון לצאת גם בהוספה זו אז עובר אב"ת דמחשבתו משויה ליה הוספה ועובר אב"ת כמו קשר ואגד להכי אין מוסיפין עליהם אפילו במנח ליה חוץ לאגד מיהו באגד ליה במין אחר אינו עובר לרבנן כיון דאין מכוון לחברו לד' מינין רק לשם אגד קשרו ולולב א"צ אגד ולא הוי מצורך המצוה ליכא ב"ת לרבנן כיון דאין מכוון לצאת בו מאן משוויה ליה הוספה לעבור אב"ת הוא לא מכוון לצאת בו ורק לשם אגד הניחו והאגד נמי לא משוויה לי' חיבור לגוף המצוה דלולב א"צ אגד ואינו מעיקר המצוה ורק לר' יהודא האגד משווי' ליה הוספה לעבור אב"ת דהאגד מעיקר המצוה ובעינן שלא יהא ממין אחר אבל לרבנן שאינן מעיקר

המצוה וכוונה להוסיף נמי ליכא דהא הניחו רק לשם אגד ליכא ב"ת ואף דקיי"ל בר"ה (דף כ"ח) דלעבור בזמנו לא בעי כוונה היינו דוקא אם עושה המצוה כשיעורה שנתנה תורה אבל במוסיף על השיעור שקבעה תורה אינו עובר בלי כוונה דהא אין כאן שיעור המצוה ומיושבים הסוגיות בסוכה היטיב וכן פסק גבי הטיל למוטלת דעובר אב"ת אם נתכוון להוסיף ולא אמרינן האי לחודא כו' דמחשבתו משוויה ליה הוספה כיון שכוון לשם מצוה [וכיון דאיכא ב"ת ממילא נפסל המצוה אע"ג דכאן לא שייך חציצה כמו גבי קשר ואגד שכ' הראב"ד ז"ל מ"מ כבר בארנו דמשום מהב"ב נפסלו עשייתן והוי תולמה"ע] וכיון דעיקר איסור ב"ת אתי ממה שכיון לצאת בשניהם שוב לא קשה מסוגיא דסנהדרין דאמרינן שם למ"ד א"צ אגד האי לחודא כו' דהתם מחשבתו לא משוי ליה הוספה דכיון שמה שהוסיף הוא משום שטעה בדין שסבר שהדין כמו שעולה בדעתו לא כמו שהורו חביריו של הז"מ וטועה שצריך עוד חוט א' לא חשיבא מחשבתו לעבור אב"ת דאי הוה ידע שהדין כמו שהורו חביריו לא היה מטיל החוט החמישי וטעותו מבטל כוונתו ולא חשיבא מחשבתו שבטעות למקבעי בבל תוסיף ולא עבר אלא אי צריך אגד שאז אגד משוויה הוספה וגרעון אבל מחשבתו לא משוויה ליה הוספה ול"ד להא דסוכה שד' מינים שבלולב אין מוסיפין עליהן דשם יודע שהתורה לא הצריכה רק ד' מינין והוא רוצה להוסיף לשם מצוה מין חמישי והוי ב"ת אבל גבי ז"מ הוא טועה בדין ולא חשיבא מחשבתו לקובעו בב"ת היכא דליכא אגד וטעות בדין נמי מיקרי טעות לבטל מחשבתו כדאשכחן גבי קנינים בב"מ (דף ס"ו) דקאמר התם הלואה הכא זבינא ופר"ת דכיון שהלוה נתן בתורת מכר שטעה בדין והי' סבור דהוי מכר הוי נתינה בטעות וכה"ג כתבו התוס' בב"מ (דף קטו) ד"ה וחייב בהא דאמר אביי בההוא דחבל סכינא דאשכבתא זיל אהדר דהוי ליה כלי שעושה בו אוכל נפש אע"ג דאביי סובר כל מלתא דאמר רחמנא לא תעבד אי עביד מהני מ"מ הכא כיון שהי' שוגג שאם הי' יודע שהוא אסור לא היה חובלו והויא ליה זכי' בטעות וחוזרת ועיין לקמן שבארנו דאף שהוכחנו דאין תנאי בכוונת המצוה מ"מ זהו דווקא כשעושה המצוה כתיקונה אבל לא כשמוסיף על המצוה דבזה מהני תנאי בכוונתו ועוד דאפילו בחליצה דאין תנאי נתפס בה מ"מ בארנו במק"א דטעות מבטל החליצה ולהכי מפרש ביבמות (דף ק"ו) ה"ד חליצה מוטעת כשירה חלוץ לה ע"מ מאתים זוז וכדאמר שם דכל תנאי מב"ג וב"ר ילפינן ובעינן מילתא דאיתא בשליחות והיינו בתנאי דלהבא אבל טעות לאו מב"ג וב"ר ילפינן אלא מסברא דטעות לעולם חוזר ומהני נמי לבטולי חליצה בטעות דמוכח ודו"ק:

ומיושב נמי קושיות השא"ר על הר"מ ז"ל בהא דלא קאמר בסנהדרין דמשכ"ל עיקרו מד"ת ופירושו מד"ס ויש בו כדי להוסיף ואם הוסיף גורע ואם הורה הז"מ להטיל למוטלת דעובר בב"ת ומפסלי שתיהן. דז"א כיון דעיקר הטעם שיש ב"ת בהטיל למוטלת הוא משום שנתכוון לצאת בשתיהן ובז"מ לא חשיבא מחשבתו למיקבעי בב"ת משום שהי' בטעות הלכך לא משכ"ל בהטיל למוטלת דשם ליכא ב"ת וממילא ליכא גרעון ובעי לאשכוחי רק בציצית מטעם הקשר דמשויה לי' הוספה ופריך עלה גרוע ועומד הוא עד דמסיק דלא משכחת לן אלא בתפילין כגון דעביד ארבעה בתי והורה הז"מ להוסיף עוד בית א' ובבית זה החמישי פסל את הראשונות משום דאמר בית חיצון שאינו רואה את האויר פסול ולפי מה שבארנו דטעות מבטל כוונת המצוה ודמי כאלו עשה בלא כוונה ועוד דדמי כאילו כיון בהדיא שלא לצאת וכדאשכחן גבי קנינים כה"ג יש ליתן טעם נכון לדברי הרשב"א ז"ל בשם הרמב"ן ז"ל (בפ' מ"ח) שכתב דהא דאמר רבא בר"ה (דף כט) דתקע בשופר של שלמים לא יצא משום דמצות ליהנות נתנו דהטעם דכיון דליכא איסור אחר אלא במה שנהנה בקיום המצוה בעינן למימר דלא יצא כדי שלא יהנה ולא יהיה עבירה. והוכחנו לקמן בתשובה דלא אמרינן הכי אלא בשוגג אבל במזיד אמרינן איסורא דעבד עבד ומצותו קיים ויצא כמו שהוכחנו שם מהא דקורע על מתו בשבת ולפי דברינו הנ"ל יש להטעים הדבר יותר דבשוגג שלא ידע שהוא שופר של שלמים הטעות מבטל כוונתו ולא מיבעי למ"ד מצ"כ דהוי כמו שלא כיון לצאת. אלא אפילו לרבא דסובר מאצ"כ מ"מ דמי הכא למכוון שלא לצאת דדעת רוב ראשונים ז"ל דלכ"ע לא יצא וה"נ אלו הוי ידע שיש בזה איסור הנאה מהקדש וכדומה לא היה רוצה לצאת בו ולהכי לא יצא משא"כ במזיד דליכא למימר הכי]:

(הג"ה ולפי דברינו לשיטת הר"מ ז"ל אם לא היה מכוין להוסיף ולא לבטולי קמייתא והטיל בתראי שלא לשם ציצית רק שהיה מטילן לאיזה טעם שהוא רוצה אז קמאי כשרים וליכא ב"ת כיון דלא היה כוונתו לשם מצוה וליכא גרעון כלל אלא דסתמא דמילתא מטיל בתראי או לשם מצוה או לבטולי קמייתא להכי נקט ר"פ הני תרי גווני:)

סימן יא

ודע דמ"ש דטעות בדין מבטל המעשה יש לעיין בזה. דבש"ס (ב"מ ס"ו) דפריך התם אהא דאמר ר"נ השתא דאמר רבנן אסמכתא לא קניא הדרי ארעא והדרי פרי ופריך מהא דאמר ר"נ במוכר פירות דקל לחבירו דלא קנה ויכול לחזור אף משבא לעולם ואפ"ה כי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה ומשני התם זביני הכא הלוואה ופרש"י ז"ל הכא הלוואה ומחזי כריבית והתם זביני וכ"ז שלא חזר מחל על אכילתו והקשו בתוס' דלפי

פירושו משמע דמחילה בטעות הוי מחילה ובב"ב גבי רב ענן דשקיל בידקא בארעא אמר דמחילה בטעות לא הוי מחילה וכן בפרק המפקיד גבי כיפי אמרינן שומא בטעות הוא וקי"ל כב"ה דהקדש טעות אינו הקדש וצ"ל לפירש"י ז"ל דסובר דדוקא אם טעותו הי' במעשה שטעה באיזה דבר שנוכל לומר שאם הי' יודע שהמעשה כך לא היה גומר קנינו או הקדשו או מחילתו בזה אמרינן דהקדש בטעות לא הוי הקדש ומחילה בטעות לא הוי מחילה אבל טעות בדין אינו מבטל המעשה ולהכי גבי בידקא דר"ע שטעה שסובר שהקרקע של חבירו הוה מחילה בטעות אבל גבי מוכר דבר שלא בל"ע שטעה שסבור דחל קנין על דבר שלב"ל אין מחילתו מתבטלת ולהכי אי שמיט ואכל והוא שתק לא מפקינן מיני' וכן מצאתי בריטב"א שם בפ' איזהו נשך שישב כן שיטת רש"י ז"ל בין טעות בדין לטעות במעשה:

ולכאורה יש להביא ראי' לזה מהא דאמרינן במנחות (דף מ"ט) דקאמר התם עקירה בטעות לא הוי עקירה וקאמר רבא עלה ומותבינן אשמעתין הכהנים שפגלו במקדש מזידין חייבין הא שוגגין פטורין ותני עלה פיגולן פיגול היכי דמי אילימא דידע דחטאת הוא וקא מחשב לשם שלמים האי שוגגין מזידין הוו אלא לאו דקא סבר שלמים ומחשב לשם שלמים אלמא עקירה בטעות הוי עקירה אמר לי' אביי לעולם דידע דחטאת ומחשב לשם שלמים ובאומר מותר פרש"י מותר לשנות והיינו שוגגין עכ"ל הרי דאע"ג דטעות במעשה כמו שסבור שהוא שלמים מבטל מחשבתו מ"מ טעות בדין שסבור שמותר לשנות חטאת לשם שלמים אין מחשבתו מתבטלת. ואע"ג דאיכא למדחי דדוקא התם אמרינן דטעות בדין אינו מבטל מחשבתו משום הא דאמרינן בנדרים (דף ל"ו) דפריך למ"ד הני כהני שלוחי דידן נינהו מהא דהכהנים שפגלו במקדש מזידין חייבין שוגגין פטורין ופיגולן פיגול ואמאי לימא לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי ומשני שאני התם דאמר קרא לא יחשב מ"מ וא"כ כי היכי דלא מהני האי טעמא דלתקוני שדרתיך להוציא מידי פיגול ה"נ לא מהני טעמא דטעות לבטל מידי פיגול תדע דהא עולא סובר עקירה בטעות הוה עקירה ובכל התורה טעות דמעשה ודאי דמבטל המעשה והכא טעות דמעשה כגון כבשים שסבור שהן אילים ושחטן לשם אילים נמי הוי עקירה לעולא ואין הטעות מבטל מחשבתו וע"כ משום דגלי קרא לא יחשב מ"מ אפ"ה נראה כיון דרבה סובר עקירה בטעות לא הוי עקירה וכמו שבכל התורה טעות מבטל המעשה כן במחשבת קדשים ובאומר מותר סובר דהוי עקירה א"כ למדנו מדבריו שטעות בדין אינו דומה לטעות המעשה ומוקי קרא דלא יחשב מ"מ לאומר מותר וטעות בדין א"כ אפשר לומר דאף

דמחילה בטעות לא הוי מחילה בטעות דמעשה מ"מ בטעות בדין הוי מחילה כשיטת רש"י ז"ל:

והא דאמרינן בגיטין (דף פ"ח) גבי גט מעושה בישראל דכדין כשר ושלא כדין פסול ופוסל ומסקינן שם דטעמא שלא כדין בישראל פוסל משום דאתי לאיחלופי בכדין דישראל. אבל מן התורה לא הוי גט כלל והא תינח אם המגרש ידע דטעו הב"ד דשפיר אמרינן דכיון שידע שהב"ד טעו לא גמר ומגרש אבל אם המגרש לא ידע שעפ"ד אסור לכופו אמאי פסול מן התורה הא כיון שלא ידע גמר ומגרש דמצוה לשמוע דברי חכמים וע"כ דפסול מטעם טעות שאילו הוה ידע שהוא שלא כדין והב"ד טעו לא היה גומר בלבו לגרש ולהכי לא הוי גט מה"ת הרי חזינן דטעות בדין נמי מבטל המעשה נראה לי דלא קשיא לשיטת רש"י ז"ל דהתם אין הטעם משום טעות אלא הטעם דהא דכדין כשר הוא משום דכל מה שאדם מחויב לעשות עפ"י ד"ת אם כופין אותו ע"ז לא מיקרי אונס כמ"ש הרמב"ם ז"ל (בה' גירושין) וכמו שבארנו דבריו לקמן דכל היכא דאיכא אונס לא מהני מה שאומר רוצה אני דאונס כמאן דלא עביד רק דמה שמחויב לעשות לא מיקרי אונס להכי בשלא כדין דישראל כיון שאינו מחויב מן הדין לגרש הוי אונס וכמאן דלא עביד דמי ופסול מן התורה אבל לעולם דטעות בדין אינו מבטל המעשה כשיטת רש"י ז"ל מיהו התוס' פירשו התם דלהכי אי שמיט ואכיל לא מפקינן מיני' ולא הוי מחילה בטעות משום דאמרינן דאפילו הוי ידע דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם נמי לא הוה מוחה בלוקח מלאכול הפירות משום דניחא לי' דליקו בהימנותי' והוי מחילה גמורה ואין כאן טעות ולא מצי מפיק מלוקח מה שאכל ודווקא בגוף הקרקע יכול לחזור שהיא בחזקת בעלים ולא קנה עדיין הלוקח כיון דקנין הראשון לאו כלום הוא ובריצוי בעלמא לא נקנה הקרקע ועוד שהמוכר מוחזק ויכול לטעון שלא נתרצה אבל הפירות שאכל אין מוציאין ממנו דתלינן שנתרצה כי היכי דליקו בהימנותי'. כ"ז נלע"ד:

סימן יב

בהא דתנן בברכות (דף כ"ו) תפלת המנחה עד הערב כתב הרבינו יונה וז"ל אין לפרש עד צאת הכוכבים שהוא לילה ממש דע"כ אית לן למימר דעד הערב האמור כאן אינו ר"ל אלא עד שקיה"ח משום דהכי אמרינן בזבחים מנין לדם שנפסל בשקיה"ח וכו' רוצה לומר דמשקה"ח ואילך אינו זמן זריקת דם תמיד של בין הערבים ותפילת המנחה הוא כנגד תמיד של בין הערבים ועיקר התמיד הוא זריקת דם וכי היכי שזריקת הדם אין זמנה אלא עד שקיה"ח ה"נ לתפילת המנחה שנתקנה כנגדה אין זמנה אלא עד שקיה"ח בלבד עכ"ל:

והנה דעתו כדעת התוספת בזבחים (דף נ"ו) דהא דאמרינן דם נפסל בשקיעת הח' היינו בתחילת שקיה"ח דהוא ד' מילין קודם צה"כ והביאו ג"כ ראי' מהא דאמרינן בפסחים (דף צ"ג) דדרך רחוקה לגבי פסח מיקרי מן המודיעים ולחוץ משום דלא מטי לירושלים עד תחילת שקיה"ח דקעבר עליו זמן שחיטת הפסח מיהו כתבו שם התוס' דיש לדחות ההיא דמי שהיה טמא רבנן עבדי הרחקה כדי שלא יבא לידי הלנת דם וכדי לזרזם בפסח והעמידו דבריהם במקום כרת עיי"ש:

ויש להביא ראי' דגם מדאורייתא זמן שחיטת הפסח הוא רק עד תחילת השקיעה מהא דאמרינן בסוכה (דף כ"ה) אקרא דויהי אנשים אשר היו טמאים לנפש אדם אותן אנשים טמאי מת מצוה היו שחל שביעי שלהם בערב הפסח שנאמר ולא יכלו לעשות הפסח ביום ההוא ביום ההוא אינם יכולים לעשות אבל למחר יכולים לעשות ופירש הרשב"א ז"ל דלפי שהיה שביעי שלהן בערב הפסח והיו ראויים להזות עליהן ולאכול בפסח בלילה היו סבורין שאין טבילתן מעכבתן מלשחוט עליהם הפסח דמזין ושוחטין את הפסח על טמא שרץ והיתה התשובה להם כיון דמחוסרין טבילה אין שוחטין עליהן את הפסח דאין שוחטין וזורקין על טמא שרץ וכיוצא בו אעפ"י שיהא ראוי לערב עכ"ל בקיצור הרי שהיו סבורים שאחר שחיטה יהא שהות להזות ולטבול ומרע"ה השיב להם דכיון שלא הזו וטבלו קודם שחיטה אין שוחטין עליהם ואם נימא דזמן שחיטת הפסח מה"ת עד צה"כ א"כ קשה דממ"נ אם לא הי' שהות להזות ולטבול קודם שחיטה הא גם לאחר שחיטה לא הי' שהות להזות ולטבול ואיך היו סבורים דמותר לשחוט עליהם כיון דליכא שהות להזות ולטבול להיות ראוים לאכילה והא הרשב"א ז"ל כתב שדעתם הי' להזות ולטבול אחר שחיטה דבליכא שהות לטבול אף אחר השחיטה ודאי דאין שוחטין וזורקין עליהן דגם הם ידעו דטמאים נדחו מפסח כמו שביאר שם הרשב"א ז"ל ועוד דבפסחים (דף צ"ג) יליף רב מהאי קרא דאין שוחטין וזורקין על טמא שרץ ותקשה איך מוכח מזה דאין שו"ז דלמא שאני הכא דלא הוי שהות לטבול אבל בדאיכא שהות שו"ז ואף דבש"ס (דף ס"ט) לענין הזאה אמר רבא דר"א סובר שו"ז עט"ש ומש"ה אין הזאה דוחה שבת משום דהזאה למאי דאכילת פסחים לא מעכבא משמע דכיון דסובר שו"ז עט"ש רשאי לשחוט עליו בע"פ שחל בשבת אף אחר שגזרו על הזאה דהכי משמע פשטא דתלמודא [עיין חתם סופר חאו"ח] מ"מ נראה דיש לחלק דאם אינו ראוי להזות משום שבת עדיף מליכא שהות ביום להזות דמשום איסור שבת לא מקרי אינו ראוי לאכילה כמ"ש התוס' בחגיגה (ד' ב') ד"ה איזהו לענין שני תשלומין דראשון ואף שיש לפקפק בחילוק זה מ"מ נראה דבלא"ה אין ראי' מדברי רבא דהא באמת ר"א הדר בי'

וסובר דהזאה דוחה שבת א"כ אפשר דמהאי טעמא גופא הדר בי' וסובר דבאינו ראוי להזות אין שו"ז וא"כ בדליכא שהות אפשר נמי דאין שו"ז. ואיך יליף הגמ' דאין שו"ז אף בדאיכא שהות לטבול אלא ע"כ דאחר השחיטה היה עדיין שהות להזות ולטבול וא"כ קשה כיון דעדיין הי' שהות לשחיטה ולהזאה ולטבילה היה להן להזות ולטבול קודם שחיטה ואמאי נדחו לפסח שני ודוחק לומר שלא הי' שהות להזות ולטבול אלא בשעת שחיטה ממש ולהכי אמר להם כיון דא"א להזות קודם שחיטה ידחו לפסח שני דזה דוחק דאותן האנשים גדולי הדור היו כמ"ש הרשב"א ז"ל שם בחי' ויתאחרו כ"כ במצות שחיטת הפסח עד שלא יהא שהות כ"א לעשות השחיטה וההזאה בבת אחת ממש אבל אם נימא כדעת התוס' דזמן שחיטת הפסח הוא רק עד תחילת השקיעה מדאורייתא ולא להרחקה בעלמא מדרבנן א"ש דכיון דז"ש הוא רק עד תחילת השקיעה שהוא ד' מילין קודם צה"כ וזמן ההזאה וטבילה הוא מתאחר עד שלשה חלקי מילין קודם צה"כ כדאיתא בשבת (דף ל"ד) א"כ יש שהות הרבה אחר השחיטה להזות ולטבול יותר משלשה מילין ומשכחת לן שפיר שקודם השחיטה לא היה זמן להזות ולטבול ואחר השחיטה הי' עדיין שהות הרבה והם היו סבורין דשחיטה וזריקה אף קודם טבילה ומשה רבינו עליו השלום השיב להם דלא מהני מה שיזו ויטבלו אחר השחיטה ונדחו לפסח שני אבל אם נימא דזמן שחיטת הפסח מדאורייתא עד סוף שקיעה א"כ הרי זמן שחיטה וזמן טבילה והזאה שוין תקשה כמו שכתבנו לעיל כנלע"ד:

סימן יג

ודברי הרמב"ם ז"ל הנ"ל הואיל ואתא לידן נימא בו מילתא במה שפסק (בפ"ו מהלכות קרבן פסח) דטמא מת שחל שביעי שלו בי"ד אעפ"י שטבל והזה והרי הוא ראוי לאכול לערב אין שוחטין עליו אלא הוא נדחה לפסח שני שנאמר ויהי אנשים אשר היו טמאים לנפש אדם ולא יכלו לעשות הפסח ביום ההוא מפי השמועה למדו ששביעי שלהן חל בערב פסח ושאלו אם ישחטו עליהם ויאכלו לערב ופי' להם שאין שוחטין עכ"ל והייינו דלמד הרמב"ם ז"ל דאין שו"ז על טבו"י דטמא מת ממה שנדחו אותן אנשים לפ"ש ולא טבלו והזו כדי לאכול הפסח לערב והראב"ד ז"ל חולק ע"ז וסובר דשו"ז על טבו"י דט"מ כמו שאמר רב בפסחים (דף צ"ג) ולא מחלק בין טבו"י דט"מ לטבו"י דטמא שרץ. ומה שלא אמר להם משרע"ה לטבול ולעשות הפסח הוא משום ששחטו וזרקו עליהם קודם שטבלו שהיו סבורים שיעלה להם הזריקה גם קודם טבילה ויטבלו אח"כ לאכול הפסח ומרעה"ש אמר להם שאינו עולה שחיטה וזריקה זו ועכשיו כבר לא הי' שהות לטבול ולהזות ולשחוט שז"ל הראב"ד ז"ל אין דרך ההלכה הולכת כן שהרי רב שאמר

אין שוחטין וזורקין על טמא שרץ וכו' ומעשה כי הוי הכי הוי ששחטו וזרקו עליהם קודם טבילה והזאה סברי שיעלה ולא שאלו אלא לאח"ז שחיטה ונדחו והכתוב מעיד כן שאמרו אנחנו טמאים לנפש אדם ואם לאחר טבילה והזאה מאי טומאה הוי בהו עכ"ל והמפרשים תמהו עליו דאטו בתר דעבדין מתמלכין ומסתמא כששאלו היה להם עדיין שהות לשחוט ולזרוק והשיב להם שידחו לפ"ש ובודאי מדהשיב להם שידחו לפ"ש משמע כדעת הר"מ ז"ל דטבו"י דטמא מת אין שו"ז עליו ורב דאמר בפסחים שם דאין שו"ז על טמא שרץ אבל שו"ז עט"י הוא רק בטמא שרץ אבל ט"מ אפילו אחר טבילה נמי אין שו"ז עליו אע"ג דשימשא ממילא ערבא ומדמי רב טמא שרץ קודם טבילה לט"מ אחר טבילה דבתרווייהו אין שו"ז עליהם ובודאי פשטי' דקרא משמע כדברי הרמב"ם אלא שאנו צריכין ליישב מה שהקשו כל הראשונים עליו מסוגיא דפ' אלו דברים (דף ס"ט) בפלוגתא דר"א ור"ע אי הזאה דוחה שבת מכלל דאם יזה יהא רשאי להביא הקרבן פסח והתם מפרש רבה טעמא דר"א דסובר דאין שו"ז על טמא שרץ וכל שביחיד נדחה ציבור עבדי בטומאה כו' הרי דאף למ"ד אין שו"ז על ט"ש דאיהו ודאי מוקי קרא דלא יכלו לעשות בשביעי שלהן כדאיתא בפסחים (דף צ') דמהאי קרא גופא קא יליף לה ואפ"ה קאמר דהזאה אינה דוחה שבת משמע דאי היה מזה הי' יכול להביא ק"פ דלא כהר"מ ז"ל:

אולם הר"מ ז"ל כשהביא הך דינא דאין הזאה דוחה שבת בפ' הנ"ל כתב האי דינא בי"ג שחל בשבת דאסור להזות משום דאי הוה מזה הי' יכול לשחוט למחר ובאמת בירושלמי מייתי דאית מ"ד בפלוגתא דר"א בי"ג שחל בשבת ומייתי גם ברייתא דמיירי בי"ד שחל בשבת ויש להבין כיון דבגמרא דידן (דף ס"ט) מייתי מתיב רבה השיב ר"ע טמא מת שחל שביעי שלו בשבת בערב הפסח יוכיח שהוא משום שבות ואינו דוחה שבת ומוכח מזה דאחר הזאה שוחטין וזורקין א"כ מדוע שביק הר"מ הך ברייתא דמייתי בש"ס דילן דר"א קאי אטמא מת שחל שביעי שלו בי"ד דמוכח מינה דשו"ז על טבו"י ותפס אידך מ"ד בירושלמי דפלוגתא דר"א ור"ע מיירי דחל בי"ג כיון דנ"מ טובא לדינא דלהך מ"ד דמיירי בי"ג מוכח ממילא דאין שו"ז על טבו"י דטמא מת דאי שו"ז א"כ מהיכי תיתי לדחות שבת לר"ע הא יכול להזות למחר א"ו דגם אם יזה למחר יהא טבו"י דטמא מת ולא יוכל לשחוט להכי הוצרך להזות בי"ג:

אבל להך ברייתא דנקט טמא מת שחל שביעי שלו בערה"פ ממילא מוכח דשו"ז על טבו"י דטמא מת ועוד דכל הפלפול של הש"ס לר"א בין לרבה דבעי למימר דטעמא דר"א

דהזאה אינה דוחה שבת משום דאין שו"ז עט"ש בין לרבא דמפרש טעמא משום דשו"ז עט"ש לא שייך אלא בהזאה די"ד ולא בהזאה די"ג:

ונראה לפענ"ד ליישב בעזהי"ת הכל על נכון דדברי הר"מ ז"ל מוכרחים כן בגמרא לפי מה שדקדקנו בהא דאמר (בדף צ') טעמא דרב דכתיב איש איש כי יהיה טמא לנפש מי לא עסקינן שחל שביעי שלו ער"פ וכ"ת ממאי דהכי הוא דכתיב לא יכלו לעשות הפסח ביום ההוא ביום ההוא אינם יכולים לעשות הא למחר יכולים לעשות דקשה כיון דלא מוכח מקרא דטמא לנפש א"כ אמאי מייתי כלל הך קרא דטמא לנפש הו"ל לאתויי רק קרא דביום ההוא לחוד ואין לומר דמקרא דביום ההוא רק ר' יצחק קאמר לה להכי מייתי קרא דטמא לנפש דהא הריטב"א ז"ל כתב בסוכה (דף כ"ה) דכ"ע אית להו שחל שביעי שלהם בערה"פ כדרשא דביום ההוא וכן מוכח ממש"כ לקמן גם אליבא דר"ע דסובר אין שו"ז כמש"כ לקמן ליישב קושיית התוס' וכן הקשה בצל"ח ועוד דהא לקמן (דף צ"ד) דקאמר טמא שרץ רחמנא דחייה לא מייתי רק קרא דטמא לנפש עיי"ש:

לזה נראה דבאמת מהאי קרא דביום ההוא הי' אפשר לדחות כמ"ש הראב"ד שכבר שחטו עליהם ועכשיו אין שהות להזות ולשחוט עליהן ואפילו להזות ולשחוט בב"א לא הי' שהות ולעולם שו"ז על טבו"י והכא שאני דלא הי' שהות כלל להכי מייתי מעיקרא מקרא דטמא לנפש אלא דמקרא דטמא לנפש נמי לא מוכח דאיכא למימר ממאי דהכי הוי וע"ז מביא אח"כ דכתיב ולא יכלו לעשות ביום ההוא הא למחר יכולין לעשות וכיון דאותן אנשים היה חל שביעי שלהם בער"פ:

א"כ תשובת משה בטמא לנפש קאי נמי עלייהו דהא להם השיב ועל שאלתן השיב א"כ ממילא מוכח דקרא דטמא לנפש מיירי נמי בטמא שחל שביעי שלהן בער"פ דנהי דעל עובדא דידהו הי' אפשר לדחות דמה שהשיב להם שידחו לפ"ש הוא משום שלא הי' שהות או משום שהיה בשבת כמש"כ בהגה"ה] אבל תשובת איש כי יהיה טמא לנפש דמיירי נמי ע"כ בחל ז' שלו בער"פ לא מוזכר בה תנאים אם יש שהות לטבול או לא רק סתמא קאמר דנדחה לפ"ש. וא"כ הרי מוכח דאין שו"ז על ט"ש ותרווייהו קראי צריכי דמשאלתם ותשובתו אנו למידין דאין שו"ז עט"ש וממילא מוכח כשיטת הר"מ ז"ל דמקרא דטמא לנפש מוכח שאפילו היכא דאיכא שהות ביום להזות נמי אין שו"ז דהא קרא טמא לנפש סתמא קאמר **(הג"ה ולשיטת הסמ"ג שאז הי' גזירה דהזאה שלא להזות בשבת ובוודאי דהי' אפשר לדחות כיון שאז הי' חל ע"פ בשבת כדמוכח בפ' ר"ע בשבת להכי נדחו נפיש משום דא"א להזות עליהם ואף דבפסחים (דף ס"ט) אמר דלמ"ד שו"ז הזאה למאי אי לאכילה אכילה לא מעכבא היינו אי לא היתה גזירה

הוי שרי לשחוט ולזרוק בלא הזאה כיון דגברא חזי להזות כדאמר שם אבל אחר הגזירה כיון דלא חזי להזות אין שו"ז עליו אע"ג דשו"ז על ט"ש והארכנו בזה בדרוש:)** וקאי נמי אחל שביעי שלו בער"פ שהוא תשובה על שאלתן וזהו ראי' מוכרחת לשיטת הר"מ ז"ל והתימא על שיטת התוס' שעומדים ג"כ בשיטת הראב"ד שכתבו שם (דף צ') ד"ה שחל שאחר טבילה היו יכולים לשחוט עליהם דהא בעצמם כתבו בר"פ מי שהיה טמא) דמתניתין דקתני דטמא פטור מכרת ע"כ סברה שו"ז עט"ש ומיירי קודם שביעי דאי סברה אין שו"ז עט"ש ומיירי בשביעי שלו ג"כ אמאי פטור מכרת הא חייב על שלא טבל עכ"ל וא"כ קושיא זו ממש תפול לשיטתם על הפסוק דקאי בשביעי שלו למ"ד אין שו"ז עט"ש א"כ אמאי קאמר קרא דפטור מכרת דהכי כתיב כי יהיה טמא לנפש ועשה פסח לה' בחודש השני הא למ"ד אין שו"ז על ט"ש קרא מיירי בשביעי שלו דאין שו"ז וכ"כ בר"פ מי שהיה בהא דאמר ר"ע לטעמי' דסובר אין שו"ז עט"ש דלדידי' מיירי בשביעי שלו וקאמר דסיפוק בידו לעשות ואינו עושה דרחמנא דחיה א"כ תקשה אמאי פוטרו הכתוב מכרת הא יכול לטבול ולהזות ומכש"כ דקשה טובא דלפי מאי דמשמע מדבריהם (דף ס"ט) ד"ה שוחטין דלמ"ד אין שו"ז עיקר קרא דאיש כי יהי' טמא לנפש לא כתיב אלא לאורויי שאף שיכול לטבול ולהזות אפ"ה אסור א"כ ודאי דקשה אמאי פטור מכרת והא יכול להזות כיון דקרא מיירי רק בטמא שחל שביעי שלו לחוד ולא מיירי בשאר טמא אבל לשיטת הר"מ ז"ל א"ש טובא:

דבאמת לא מצי להזות בטבו"י דמת כלל והני אנשים ששאלו אפשר דבאמת כבר טבלו והזו או שרצו לטבול ולהזות ואפ"ה השיב להם דידחו לפ"ש ולהכי נמי כתיב קרא בסתמא דבטמא לנפש אפילו בחל שביעי שלו ער"פ דנדחו ופטור מכרת כשיטת הר"מ ז"ל והש"ס דקאמר מי לא עסקינן שחל שביעי שלו בער"פ ואמר רחמנא דידחו לפ"ש כוונתו גם על סיפא דקרא דנדחו לפ"ש ופטור מכרת מזה מוכח דאין שו"ז עט"ש וטבו"י דמת כט"ש דמי:

נקוט הא סברא בידך דמה שהביאו להר"מ ז"ל לחלק בין טבו"י דמת לטבו"י דשרץ הוא ממה דכתיב בטמא נפש שידחה לפ"ש ופטור מכרת דמזה מוכח דלא מהני לו טבילה והזאה כלל ומעתה לא קשה על הר"מ ז"ל מברייתא דהשיב ר"ע הזאת טמא מת שחל שביעי שלו בי"ד תוכיח שאינה דוחה השבת ומכולה סוגי' דשם דמוכח דאם היה מזה בי"ד היו יכולין לשחוט עליו ולהרמב"ם ז"ל אין שו"ז על טבו"י דט"מ אף לאחר הזאה וטבילה משום דהא שם בגמ' פריך לר"א אמאי באמת הזאה אינו דוחה שבת מכדי טלטול בעלמא לדחי שבת ומשני גזירה שמא יעבירנו ד"א בר"ה ופריך לר"א נעברי'

דהא לר"א מכשירי מצוה דוחה שבת ואפילו היכא דגברי לא חזי אמרינן לי' זיל תקון נפשך כדתניא ערל שלא מל ענוש כרת ומשני רבה דקסבר ר"א אין שו"ז עט"ש וכל שביחיד נדחה בציבור עבדי בטומאה וכל מילתא דאיתא בציבור איתא ביחיד הלכך ערל דאי כולהו ערלים אמרינן להו קומו מולו נפשייכו ביחיד נמי אמרינן לי' קום מהול אבל טומאה דבציבור עבדי בטומאה ביחיד נמי לא אמרינן לי' קום מזה משום מילתא דליתא בציבור ליתא ביחיד הלכך הזאה לא דחי שבת ופריך מברייתא דקתני דערל וטמא שרץ חייבים כרת מריבוייא דוהאיש ומדקא מהדר אטמא שרץ מכלל דסובר אין שו"ז על טמא שרץ ואפ"ה חייב כרת אע"ג דלא חזי חיובא עליו ואע"ג דליתא בציבור איתא ביחיד ומסיק רבא דר"א סובר שו"ז עט"ש וה"ה לטמא בשביעי שלו הזאה למאי לאכילת פסחים לא מעכבא כיון דגברא חזי תיקוני הוא דלא מתקן נפשי' ע"ש בגמרא וא"כ לרבה דמפרש טעמא דר"א דסובר אין שו"ז עט"ש והא דאין הזאה דוחה שבת משום מילתא דאיתא בציבור איתא ביחיד והזאה דליתא בציבור לא אמרינן גם ביחיד קומו אזו אין אנו צריכין לומר דטבו"י דמת אין שו"ז עליו כשיטת הר"מ אלא דטבו"י דמת נמי מהני לי' טבילה והזאה והא דפטרו הכתוב מכרת בטמא מת בשביעי שלו ולא חייב כרת על שלא טבל והזה הוא משום דלא אמרינן לי' קומו אזו דמילתא דליתא בציבור ליתא ביחיד ופטור מכרת ושפיר קאמר קרא דאם הוא טמא לנפש בשביעי שלו פטור מכרת וא"כ ברייתא דקתני שחל שביעי שלו ע"פ דמותיב רבה מיני' דמוכח מינה דאחר הזאה יהא מותר לשחוט עליו דהא מיירי בהזאה דידי' ודאי דלא קשה לשיטת הר"מ ז"ל דממ"נ לפי הו"א דסובר ר"א אין שו"ז על ט"ש ודאי דא"ש דעיקר ילפותא דאין שו"ז על טבו"י הוא מקרא דטמא לנפש בשביעי שלו דפטור מכרת כמש"כ אבל לר"א הא אפשר לומר דשפיר שוחטין עליו והא דפטור מכרת הוא משום דליתא בציבור ליתא ביחיד לא אמרינן קמו אזו וכן למסקנא דמסיק רבא דסובר ר"א שו"ז עט"ש לדידיה ודאי דא"ש הא דקתני בט"מ שחל שביעי שלו בער"פ אינו מזה דמשמע דאם הי' מזה הי' מותר דהא למ"ד שו"ז לא מיירי כלל קרא בז' שלו אלא בשאר ימים ושפיר קתני ברייתא שחל שביעי שלו בער"פ דהך ברייתא דר"ע הוא דמותיב לי' לר"א ממה שלמדו ר"א מעיקרא דהזאה אינה דוחה שבת ואז שפיר הי' סובר ר"א דשו"ז על טבו"י דט"מ אבל ר"ע שדן דינו לפני ר"א אי הזאה דוחה שבת ע"כ דמוקמי אהזאה דט"מ שחל י"ג שלו בשבת דהא איהו סבר אין שו"ז עט"ש כמבואר בר"פ מי שהי' טמא (דף צ"ד) ולדידי' קרא מיירי בט"מ שחל שביעי שלו בער"פ ומוכח נמי דאין שו"ז על טבו"י דט"מ מדפטרי' הכתוב מכרת ולא אמרינן לי' קום אזה דהא מסקינן דאם לא הזה חייב כרת דאף דליתא בציבור איתא

ביחיד כדמייתי (דף ס"ט) מברייתא דוהאיש א"כ ע"כ דר"ע שדן אם הזאה דוחה שבת דמשמע דאחר הזאה יהא מותר לשחוט עליו מיירי בי"ג שחל בשבת וכן הר"מ בפי' המשנה ובה' ק"פ כתב נמי דין הזאה די"ג:

ובזה מיושב נמי מש"כ הר"מ ז"ל (בפ' זה) בטעמא דהזאה אינו דוחה שבת בי"ג משום דלאו זמן פסח הוא ולא משום שמא יעבירנו ד"א ברה"ר כדמשמע בגמרא (דף ס"ט) מכדי טלטולא בעלמא תדחה שבת משום פסח אלמא דמשום הטלטול הוי לן למישרא מחמת מצות הפסח עד דמסיק שמא יעבירנו א"כ מדוע שביק הר"מ טעם שמא יעבירנו ולפי מש"כ א"ש לפי דבאמת מוכח בגמרא דטעמא דהזאה לאו משום שמא יעבירנו מדקאמר בר"ה ובמגילה והיינו טעמא דלולב וה"ט דשופר ולא קאמר נמי וה"ט דהזאה משמע דבהזאה עיקר משום טילטולא שהזאה בעצמה אסור אלא דמיבעי לן למשרי משום מצות פסח כיון דליכא חשש הרחקה מאיסור תורה להכי פריך שפיר מכדי טלטולא בעלמא הוא נדחי שבת משום פסח דקושט' קאי אר"א דאגמריה מעיקרא לר"ע דהזאה אינה דוחה שבת דקאי על הזאה די"ד כמו דתני בברייתא ושפיר פריך כיון דהגיע זמן שחיטת הפסח הוי לן למשרי טלטול משום מצות פסח והוצרך לשנויי דאיכא גזירה דאיסור דאורייתא שמא יעבירנו ד"א ברה"ר וכ"ז הוא לר"א ובברייתא דאליבי' מעיקרא כי אגמרי' לר"ע דאינו דוחה דמיירי בי"ד כמו שבארנו אבל למסקנא דהדר ר"א וסובר דהזאה דוחה שבת ור"ע פליג עליו ופלוגתייהו הוי בי"ג כברייתא דמייתי בירושלמי אין אנו צריכים לטעם שמא יעבירנו אלא דאסור משום הטלטול בעצמו ולא קשיא תדחה שבת משום פסח כיון דמיירי בי"ג דלא מטא זמן חיובא דפסח לא דחי אפילו טלטול לחוד והוכחה לזה מדלא פריך האי קושיא דמכדי טלטולא בעלמא תדחי שבת לר"ע אלא לר"א וע"כ משום דר"ע דקאי אי"ג בלא"ה אינו דוחה שבת משום דלא מטא זמן פסח משא"כ לר"א פריך שפיר ותדחי פסח דלימד לר"ע דבי"ד נמי לא דחי כמו שבארנו דע"ז מקשה דלדחי כיון דבי"ד הגיע זמן פסח וא"ש הא דלא חשיב הש"ס ה"ט דהזאה כמו דחשיב לולב ומגילה ושופר משום שמא יעבירנו דלדידן דקיימינן בי"ג אין אנו צריכים לטעמא שמא יעבירנו אלא משום הטלטול בעצמו ולא דחי משום דלא מטי זמן פסח והכי משמע לישנא דהזאה שבות ואינו דוחה שבת משמע שיש בהזאה עצמה שבות במלאכתה שישבות דהיינו טלטול ולא דחי שבת:

ובזה מיושב נמי מה שהקשו התוס' (דף צ"ג) בהא דקאמר ר"ע לטעמי' דסובר אין שו"ז עט"ש שהקשו מנ"ל דר"ע סובר אין שו"ז דהא סובר בסוכה מישאל ואלצפן היו וא"כ לא דריש ביום ההוא ולפמ"ש א"ש דכיון דעיקר טעמא דר"א דהי' סובר הזאה אינו דוחה

שבת הוא משום דהוי סובר שו"ז עט"ש והזאה למאי דאכילה לא מעכבא א"כ הא דהדר בי' ואמר דהזאה דוחה הוא משום דסובר אין שו"ז וצריכה הזאה לשחיטה עצמה ור"ע דסובר דהזאה אינו דוחה נמי ע"כ דסובר אין שו"ז דאי סובר שו"ז א"כ ל"ל למימר דהזאה אינו דוחה הא לא צריך לדחות כלל דהזאה למאי והיכי מצי למילף חתיכת יבלתו שהיא צריכה לשחיטה מהזאה שהיא רק צורך אכילה א"ו דר"ע סובר אין שו"ז עט"ש וה"ה על טבו"י דמת וכמ"ש הריטב"א בסיכה דכולהו תנאי סברי שחל שביעי שלהם בערה"פ כדרשא דביום ההוא אפילו ר"ע וריה"ג] ומיירי בהזאה די"ג שההזאה של עכשיו הוא צורך השחיטה ואפ"ה לא דחי וכן הרמב"ם ז"ל בפהמ"ש פרק אלו דברים נקט הא דר"א דסובר הזאה דוחה שבת בי"ג והיינו כמו שכתבתי דסובר דלמ"ד שו"ז ודאי דהזאה אינו דוחה דהזאה למאי אכילה לא מעכבא ור"א דהדר בי' וסובר הזאה דוחה שבת ע"כ משום דסובר אין שו"ז עט"ש והזאה צורך שחיטה וכיון דאין שו"ז ע"כ דטבו"י דט"מ נמי אין שו"ז עליו כדעת הר"מ ז"ל וכדמוכח מקרא שדחה אותו לפ"ש. א"כ לא משכחת לה בי"ד אלא בי"ג אף אנו נאמר דר"ע דסובר ג"כ אינו דוחה ויליף חתיכת יבלתו מהזאה ע"כ משום דסובר אין שו"ז וההזאה צריכה לשחיטה ואפ"ה לא דחי ושפיר יליף חתיכת יבלתו ושפיר קאמר הש"ס דר"ע לטעמי' דסובר אין שו"ז עט"ש:

ומה שקשה לכאורה הוא מש"כ הר"מ ז"ל בטעם הזאה די"ג דאינו דוחה שבת משום דבי"ג לא מטי זמן חיובא דפסח:

א"כ היכי יליף ר"ע חתיכת יבלתו מהזאה הא בחתיכת יבלתו מטי זמן פסח וגם למה הוצרך הר"מ לטעם דלא מטא זמן חיובא הא אפילו בחתיכת יבלתו בי"ד שחל בשבת לא דחי שבות אע"ג דמטי זמן חיובא ולענ"ד הא נמי ניחא דהא ר"ע הוה בעי למילף חתיכת יבלתו מהזאה די"ד דהא ממאי דאגמרי' ר"א הוי בעי למילף ור"א דאגמרי' מעיקרא דהזאה אינו דוחה הזאה די"ד אגמרי' ושפיר בעי ר"ע למילף מיני' חתיכת יבלתו ומ"ש הר"מ ז"ל דטעם די"ג לאו זמן פסח הוא אה"נ דאי הוי זמן פסח נמי לא דחי אלא דקושטא דמילתא נקט דבי"ג בלא"ה לא דחי דאכתי לא מטי חיובא דפסח:

ומה שבארנו דהא דהדר ר"א וסובר דהזאה דוחה שבת הוא משום דסובר אין שו"ז עט"ש וצריך הזאה לשחיטה. ולהכי פירש הר"מ ז"ל בפהמ"ש דקאי אהזאה די"ג כמש"כ לעיל ויש לבאר מאי דקשה לי טובא בסוגיא דפ' א"ד (דף ס"ט) דדחיק רבא לשנויי הא דקאמר ר"א הזאה אינו דוחה שבת הוא משום דסובר שו"ז עט"ש משום דק"ל מברייתא דערל שלא מל ענוש כרת וקשה הא לקמן פריך אמאי דאמר ר"א דרך רחוקה הוה חוץ לאסקופת העזרה ולא אמרינן קום עייל מברייתא דערל שלא מל ענוש כרת ומשני אביי

דרך רחוקה לטהור ואין דרך רחוקה לטמא ורבא אמר תנאי היא ומייתי תנאי דפליגי אי חוץ לעשייתו או חוץ לאכילתו ותנא דערל שלא מל ענוש כרת סובר מן המודיעים ולחוץ משום דאם הוא מן המודיעים ולפנים אמרינן לי' קום עייל וכיון דרבא סובר דתנאי פליגי בדר"א אי אמרינן קום עייל ותנא דחוץ לעשייתו וחוץ לאכילתו ע"כ סובר דלא אמרינן קום עייל א"כ למה הוצרך רבא להך טעמא דשו"ז והזאה למאי הא אפשר לומר דהא דאמרינן הזאה אינו דוחה שבת משום דגברא לא חזי ולא אמרינן לי' קום תקן נפשך כמו שסובר ר"א בדרך רחוקה במשנתינו לקמן ונהי דלא מצינן למימר דר"א בהך משנה דהזאה סובר דדרך רחוקה הוי חוץ לאסקופת העזרה א"כ לא משכחת הזאה דהא גם אחר הזאה יהא בדרך רחוקה דהא טבו"י אסור לכנוס לעזרה וע"כ דחוץ לאסקופת העזרה לא הוי דרך רחוקה מ"מ הא אכתי אפשר לומר דסובר ר"א דרך רחוקה הוי חוץ לאכילתו דהיינו חוץ לירושלים ולא אמרינן קום עייל ולהכי הזאה נמי לא דחי שבת דהא טמא ודרך רחוקה חד דינא להו לענין קום עייל לרבא ולא סבר להא דאביי דדרך רחוקה לטהור ואין דרך רחוקה לטמא ול"ל לרבא הך סברא דהזאה למאי אכילה לא מעכבא וזה קושי' עצומה לכאורה:

ע"כ נראה לענ"ד דבאמת בהא דאמר אביי שם דרך רחוקה לטהור ואין דרך רחוקה לטמא כבר הקשו התוס' תימא שערל שלא מל ועומד חוץ לעזרה ענוש כרת וכשמל והוא חוץ לעזרה נפטר מכרת ותירצו דמצינו כה"ג כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו ועיין בצל"ח שתמה ע"ז ובאמת שלא מצינו כה"ג כל הראוי דהאי כללא הראוי לבילה לא מצינו אלא במחסר פרט א' מן המצוה ועושה עיקר המצוה. אבל באינו עושה מצוה כלל לא מצינו שמועיל מה שראוי לעשות ע"כ נראה דהא שערל שלא מל ענוש כרת מיירי באמת בעומד בעזרה גופא דחייב כרת דאלו הוי מל נפשי' הוא ראוי וחייב לעשות פסח אבל בעומד חוץ לעזרה והוא ערל הוא פטור משום דרך רחוקה ובריית דטמא שרץ חייב כרת אע"ג דהוא ודאי חוץ לעזרה וכר"א נמי מוקמינן לי' (בדף סט) איכא למימר דסברה חוץ לאכילתו ודו"ק] דלא שייך כאן סברא דכל הראוי לבילה ועיקר סברא דדרך רחוקה לטהור ואין דרך רחוקה לטמא לא מסברא קאמרינן ליה אלא גזה"כ הוא דנהי דגלי קרא בטהור בדרך רחוקה דלא אמרינן ליה קום עייל אבל בטמא לא אשכחן דגלי קרא ומסברא אמר לי' קום תקן נפשך:

ונראה דסברא אי טמא ודרך רחוקה כי הדדי נינהו תליא בפלוגתא דשו"ז עט"ש כי היכי דאמר בר"פ מ"ש טמא לענין דרך רחוקה אי עביד הורצה דלמ"ד אין שו"ז עט"ש ומיירי קרא בט"מ בז' שלו ילפינן דרך רחוקה מטמא כמו דבטמא אי עביד לא הורצה ה"נ

בדרך רחוקה ולמ"ד שו"ז לא מצינו למילף דר"ח מטמא כיון דטמא דקרא מיירי בלא חזי לאורתא א"כ אין ללמוד דר"ח ממנו. וה"נ למ"ד אין שו"ז עט"ש ילפינן נמי כמו דבדרך רחוקה לא אמרינן לר"א קום עייל לפנים מאסקופת העזרה ה"נ בטמא לא אמרינן לי' קום תקן נפשך דילפינן מהדדי דתרווייהו מיירי בהני דחזי לערב ודחי' רחמנא וכמו דבדרך רחוקה לא אמרינן לי' קום תקן נפשך ה"נ בטמא לא אמרינן לי' קום תקן נפשך אבל למ"ד שו"ז דמיירי קרא בט"מ קודם שביעי שלו שאינו יכול לתקן עצמו ולא ילפינן כלל טמא מדרך רחוקה ואף דבדרך רחוקה לר"א פטור אף שיכול לתקן עצמו דהיינו לכנוס לעזרה מ"מ ערל וטמא חייב כשמצי לתקן עצמו דלא ילפינן להו מהדדי כיון דטמא דקרא מיירי באינו יכול לתקן עצמו דהיינו קודם שביעי ודרך רחוקה הוא באינו יכול לכנוס להכי לא ילפינן להו מהדדי ואמרינן דטמא וערל שלא תיקן עצמו חייב כרת ומעתה אתי שפיר הא דאמר רבא תנאי הוא אי אמרינן לי' קום עייל ולא עייל הוצרך לומר הא דלר"א אינו דוחה הזאה את השבת משום דאכילה לא מעכבא הא לא"ה הי' חייב כרת במה שלא תיקן נפשו ולא מוקי לה כהך תנא דסובר דלא אמרינן לי' קום עייל הוא משום דלעיל דמוקי טעמא דר"א משום דשו"ז אמרינן דתנא לחוץ אסקופת העזרה לא פליג כלל אתנא דערל שלא מל ענוש כרת אלא דדרך רחוקה לטהור ואין ד"ר לטמא כיון דשו"ז עט"ש לא ילפינן מהדדי ובטמא כ"ע מודו דחייב לתקן א"ע והוצרך לומר טעמא דר"א שאסור להזות הוא משום דהזאה למאי אכילה לא מעכבא ולא מצי לאוקמי תנאי הוא וסובר הך תנא כמ"ד חוץ לאכילתו ולא אמרינן קום עייל. דז"א דבטמא ודאי אמרינן קום תקן נפשך כיון דלא ילפינן טמא מדרך רחוקה אבל לקמן אמשנה דחוץ לאסקופת העזרה דכבר חזר ר"א וסובר דהזאה דוחה שבת משום דאין שו"ז עט"ש כמש"כ בשם פהמ"ש להר"ם ז"ל, א"כ ע"כ לפי"ז גם בערל שלא מל פטור מכרת דכיון שאין שו"ז אין לחלק בין טמא לדר"ח וכמו בדר"ח לא אמרינן קום תקן נפשך ה"ל בטמא וע"כ דמתניתין ל"ל דערל חייב כרת ובריייתא דערל חייב כרת לר"א באמת סברה דדר"ח הוי לחוץ מן המודיעים והא דלא מוקי בריייתא דערל דסברה אליבא דר"א שו"ז ולא ילפינן ערל מטמא ודר"ח ולעולם דסברה נמי חוץ לאכילתו או לעשייתו הוא משום דבעי לאוקמי בריייתא (דבדף סט) נמי כר"א ובהך בריייתא קתני ערל חייב כרת אע"ג דאין שו"ז עט"ש. וע"כ משום דסברה לר"א דדר"ח הוי מן מודיעים ולחוץ משום דאמרינן קום עייל] להכי קאמר תנאי היא אבל לעיל הא דבעי ר"א למימר דהזאה אינו דוחה שבת כמ"ד שו"ז לא הוי צריך לומר כלל תנאי הוא אלא דיש חילוק בין טמא לדרך רחוקה וכ"ע סברי לר"א דלא אמרינן בדרך רחוקה קום עייל ובטמא לכ"ע אמרינן קום עייל והוצרך לומר דטעמא

דר"א משום דאכילה לא מעכבא ואפשר נמי לומר דאביי דאמר התם נמי אמשנה דחוץ לאסקופת העזרה דרך רחוקה לטהור ואין דר"ח לטמא אזיל נמי לשיטתו דסובר כרבה רבי' דטעמא דר"א דהזאה אינו דוחה שבת הוא משום דאין שו"ז עט"ש וכל שביחיד נדחה כו' וא"כ אח"כ דהדר בי' ואמר שדוחה שבת הוא על כרחך משום דסובר שו"ז עט"ש וכיון דסובר שוחטין וזורקין על טמא שרץ לא ילפינן מהדדי ורבא לטעמי' דפריש טעמא דר"א בהזאה משום דשו"ז להכי אינו דוחה א"כ למסקנא ע"כ דסובר אין שו"ז א"כ ילפינן טמא מדרך רחוקה וא"כ ע"כ דתנא דערל פליג אתנא דדר"ח וסובר דדר"ח הוי מן המודיעים ותרווייהו אביי ורבא מוקי משנה דחוץ לאסקופת העזרה אחר חזרה דר"א ומזה ראי' למש"כ דלפום חזרה דר"א הוא משום דסובר אין שו"ז עט"ש ולפ"ז צריך לפרש הא דהזאה דוחה שבת היינו בי"ג כמש"כ הרמב"ם ז"ל בפי' המשניות ודו"ק:

ונראה לי עוד ליישב שיטת הר"מ ז"ל במה שכתב דין הזאה ביום י"ג וממילא מוכח מזה דאין שו"ז על טבו"י דט"מ עפ"י דברי הירושלמי (בפרק אלו דברים) אמתניתין דהשיב ר"ע הזאה תוכיח תמן תנינן איזו היא דרך רחוקה מן המודיעים ולחוץ וכמדתה לכל רוח ר"א אומר מאסקופת העזרה ולחוץ אמר ר"י לא אמר ר"א אלא לפוטרו מכרת. אמר ר' אלעזר מתניתין אמרה כן השיב ר"ע הזאה תוכיח שהיא מצוה ומצוה להזות תיפתר שחל יום השביעי שלו ביי"ד שחל להיות בשבת שאלו חול הי' מזה עליו ואח"כ בא ושוחט עליו את הפסח והוא נכנס ואכלו בערב מכיון שהוא שבת ואינו מזה עליו נמצא מתעכב עליו מן המצות אמר ר' הושעיא תיפתר שחל יום השביעי שלו בשלשה עשר שחל להיות בשבת שאלו חול הי' מזה עליו ולמחר הוא בא ושוחט עליו את הפסח והוא נכנס ואוכלו לערב וכו' ע"ש וכוונת הירושלמי שר"י אמר דלא אמר ר"א אלא לפוטרו מן הכרת אבל אי עבד הורצה וקאמר ר"א דממשנה מוכח כן דאם עבד הורצה מדקאמר הזאה תוכיח שהיא שבות ודוחה שבת היינו הזאה די"ד שכשמזה עליו יכול לשחוט עליו ויאכל לערב והא לר"א הו"ל בדרך רחוקה שהרי קודם הערב שמש אינו יכול ליכנס לפנים מאסקופת העזרה ואפ"ה יכול לשחוט עליו אלמא דאי עבד הורצה ולא אמר ר"א אלא לפוטרו מן הכרת והיינו כר"נ בר"פ מ"ש טמא וע"ז משני ר' הושעיא תפתר שחל י"ג שלו בשבת ערה"פ פי' דלעולם אי עבד לא הורצה והזאה דקתני דוחה השבת מיירי שחל י"ג בשבת ומזה עליו ולמחר יכנוס בעזרה וישחוט וכן פי' בקרבן עדה עיי"ש וא"כ לפ"ז לדידן דפסקינן דאי עבד לא הורצה כרב ששת כמ"ש הרמז"ל (בה' ק"פ פ"ה) א"כ ממילא לא משכחת לה כלל לר"א הזאה ביי"ד אלא בי"ג דביי"ד א"א לשחוט עליו אף אם יזה מחמת שהוא בדרך רחוקה ומסתמא קאי ר"ע ג"כ על הך הזאה דמיירי ר"א ואף

דלר"ע משכחת לה בהזאה די"ד דהא איהו סובר דרך רחוקה הוא מן המודיעים ויכול לשחוט עליו אחר הזאה מ"מ מסתמא ממה שלמדו ר"א ממנה השיב לו ועל י"ג קאי ושפיר כתב הרמב"ם ז"ל דין הזאה בי"ג דהא תנא דידן סובר אליבא דר"א דדרך רחוקה הוא חוץ לאסקופת העזרה כדתנן במתניתין (בדף צג) ולא כתנא דסובר אליבא דר"א חוץ לאכילתו (בדף צד) וכיון שהוכחנו דר"א למדו לר"ע הזאה די"ג ור"ע אמר לו סתם הזאה תוכיח שהוא משום שבות ודוחה שבת דמשמע מזה שהוא ג"כ סובר הך דינא דהזאה די"ג שלמדו ר"א ור"ע הא סובר דדרך רחוקה הוא מן המודיעים א"כ קשה לדידי' הא יכול להזות עליו למחר בי"ד וישחוט עליו דהא אינו צריך להיות בעזרה בשעת שחיטה א"כ מוכח מזה דאין שו"ז בטבו"י דט"מ וכשיזה עליו בי"ד אין יכולין לשחוט עליו הפסח וצריך להזות בי"ג וממילא מוכח פסק הר"מ ז"ל דאין שו"ז עטבו"י דט"מ מדאית לי' לר"ע ג"כ הזאה די"ג:

אע"ג דאיהו סובר דרך רחוקה מן המודיעים וזה ברור:

ודע שמה שכתבתי שאם נפרש דהזאה שאינו דוחה שבת הוא בי"ג מוכח מזה דאין שו"ז על טבו"י דט"מ מדלא אמרינן לי' שימתין עד למחר בי"ד ויזה עליו זהו רק לדעת הרמב"ם (בפי"א מה' פרה אדומה) שפסק דיכול להרחיק ההזאה דשביעי יותר מז' ימים אבל לדעת הראב"ד שם דסובר דשלישי ושביעי בעינן ולא שלישי ושמיני א"כ אפשר לומר דשו"ז על טבו"י דט"מ והא דלא אמרינן לי' להמתין עד למחר הוא משום דלא מהני הזאה בשמיני ואזלי הרמב"ם והראב"ד בהך פלוגתא דשו"ז על טבו"י דט"מ לשיטתייהו בפלוגתא דהזאה ודו"ק:

בש"ע

בש"ע (סימן ר"ד) כ' הרמ"א ז"ל מי שאנסוהו לאכול או לשתות אע"ג שהחיך נהנה ממנו אינו מברך הואיל ונאנס על כך עכ"ל והט"ז והמג"א תמהו ע"ז דכיון דקיי"ל חולה שיש בו סכנה האוכל ביוה"כ חייב לברך אעפ"י שאכל מחמת אונסו א"כ אמאי פסק הכא באנסוהו לאכול דא"צ לברך הא דא ודא אחת היא ולענ"ד נראה דלא דמי כלל לפמ"ש הרמב"ם (בהלכות יסודי התורה פ"ה ה"ד) כל מי שנאמר בו יהרג ואל יעבור אם עבר ולא נהרג ה"ז מחלל השם כו':

ואעפ"כ מפני שעבר באונס אין מלקין אותו ואצ"ל שאין ממיתין אותו אפילו הרג באונס שאין מלקין וממיתין אלא למי שעבר ברצונו כו' ואלו (בהלכה ו') שם כתב 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 מע"ג וג"ע וש"ד ואם עבר ונתרפא עונשין אותו ב"ד עונש הראוי לו עכ"ל הרי שכתב בהדיא דבאונס חלאים היכא דאינו רשאי לעבור עונשין אותו עונש הראוי לו אע"ג דבשאר אונס אין עונשין אותו אעפ"י שדינו ליהרג ולא לעבור וטעמא דמילתא ביארנו במק"א עפ"י מה דאמרינן בב"ב (דף מז) אמר ר"ה תליוה וזבין זביני זבינא מ"ט כל דמזבין איניש אי לאו דאניס לא הוה מזבין ואפ"ה הוי זבינא ופריך ודלמא שאני אונס דנפשי' מאונס דאחריני ומסיק טעמא אחרינא משום דאגב אונסי' גמר ומקני וכ' כן הטור (בסימן ר"ה) דלא הוי אונס אלא במודעא דאחרינא אבל אונס דנפשי' ל"ה אונס וכ' עוד שם דאפילו אנסוהו באונס מיתה שיתן מעות ומחמת זה הוצרך למכור שדהו נמי מיקרי אונס דנפשי' ולא הוי אונס ואפילו מודעא לא מהני [אע"ג דבתליוה מהני מודעא דמאן דחתם אאשקלתא שפיר חתם ומאן דחתם אמודעא שפיר חתם אבל באונס דנפשי' לא מהני מודעא כלל משום דלא חשיב אונס כלל] וזהו טעמו של הר"מ ז"ל שמחלק בין אונס דרפואה לשאר אונס לענין לענוש אותו אם עבר היכא דעפ"י דין לא הוי לי' לעבור דאונס דרפואה לא מיקרי אונס דהא אין אונסין אותו לעבור אלא שמחמת שיודע שאין תרופה למכתו בלתי אם יעבור על האיסור עבר ועשה וזה מיקרי אונס דנפשי' וכיון דעפ"י דין לא הי' לו לעבור עונשין אותו על מה שעבר דכיון דלא מיקרי אונס הרי מדעתו עבר על האיסור ועונשין אותו שלא נאנס לעשות האיסור רק מדעתו בחר לו לעבור וכיון שאסור לו לעבור והוא בחר מדעתו לעבור חייב בעונש הראוי לו משא"כ באנסוהו בהדיא לעבור על האיסור שלא הי' בידו להמלט אלא אם יהרג בזה מיעטה תורה מעונש כיון שנאנס לעשות האיסור דזה לא מיקרי אונס דנפשיה אלא אונס דאחריני ויצא להר"מ ז"ל דינו מהא דאמרינן בש"ס הנ"ל דאונס דאחריני מיקרי אונס ואונס דנפשי' לא מיקרי אונס כלל ולא מהני מודעא כלל כמ"ש הטור ולפ"ז אתי שפיר דהא דקיי"ל באכל ביוהכ"פ שצריך לברך ובאנסוהו לאכול א"צ לברך דבאנסוהו לאכול הוי אונס גמור וסובר דבאונס א"צ לברך אבל באוכל ביוהכ"פ לרפואה הוי אונס דנפשי' ומדעת אוכל ולהכי לא הוי אונס כלל דכל מידי דעביד לרפואה מיקרי אונס דנפשי' כמ"ש הר"מ ז"ל לענין יהרג ואל יעבור [ומכש"כ דהכא ביוהכ"פ שרשאי לאכול כדי להתרפאות] ולק"מ מה שהקשו הט"ז והמג"א וגם הרשב"א ז"ל בתשובה שכתב דצריך לברך קאי התם באוכל ביוהכ"פ. אבל באנסוהו לאכול אפשר דמודה להרא"ה ז"ל דא"צ לברך עיי"ש. וכ"כ הש"ך בשם הראב"ד בחוה"מ (סי' שפ"ח) באנסוהו להביא ממון חבירו דחייב מטעם מציל עצמו בממון חבירו דדווקא אם אנסוהו להביא ממון סתם והביא ממון חבירו חייב לשלם אבל אם אנסוהו להביא ממון פלוני והביא פטור שזה מיקרי אונס הרי דאם אנסוהו להביא

ממון ומעצמו נתן ממון חבירו לא מיקרי אונס וה"נ רפואה שהי' מסוכן ובחר לו אכילה זו לרפואה לא מיקרי אונס ומה שהקשה המג"א עוד מהא דקיי"ל כפאו ואכל מצה יצא אע"ג דפסק בה' ר"ה (סימן תקפ"ט) גבי תוקע לשיר דלא יצא משום דמצות צ"כ מ"מ במצה יצא וכתב הר"נ ז"ל הטעם משום דמתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה אלמא דחשיב הנאה אעפ"י שהוא אנוס ולענ"ד דגם זה אינו ראי' כלל דהתם שאני דהאיכא למ"ד דמצות א"צ כוונה כלל והיינו משום דכיון דרמי עליו למיעבד מצוה זו אם נעשה מאיליו נמי מהני דהמצוה חלה מאיליו על האדם אף אם נעשית בלא כוונה א"כ אף למ"ד דבעי כוונה מ"מ סובר דהיכי דאיכא הנאת הגוף חיילא המצוה מאיליו על האדם בלי כוונה אבל לענין ברכה איכא למימר דמה שאדם עושה באונס לא מיחשב הנאה לברך עליו כדעת הרא"ה ז"ל דכיון דליכא מצוה עליו לאכול והוא אוכל באונס לא הוי הנאה כנלענ"ד:

סימן יד

מה ששאל במי שרגיל להתפלל ערבית ולקרות ק"ש עם ברכותיה מפלג המנחה כרבי יהודא שהוא שעה ורביע קודם צה"כ משום דקיי"ל דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד אם רשאי לאכול באותה שעה ורביע קודם שיקרא ק"ש ויתפלל או דילמא כיון דקיי"ל דאסור לאכול סמוך לזמן ק"ש היינו חצי שעה קודם צה"כ ולדידי' זמן ק"ש מפלג המנחה אסור לאכול חצי שעה קודם פלג המנחה וכש"כ משהגיע זמן פלג המנחה:

תשובה לכאורה נראה כיון דהא דמקדים לקרות הוא משום דסמך אהני תנאי דמקדמי זמן ק"ש קודם צה"כ כמ"ש התוס' בריש ברכות א"כ אסור לאכול באותו זמן עד שיקרא ק"ש ויתפלל מקודם ומאן דקרי ק"ש מפלג ואילך אסור לאכול מפלג ואילך דלדידי' זמן ק"ש הוא מיהו נראה דיש להתיר דהנה יש לעיין בעיקר הדין דהקדמת זמן ק"ש קודם צה"כ יש לחקור דהנה אנן קיי"ל ק"ש דאורייתא ובגמרא גרסינן בברכות (דף כ"א) אר"י א"ש ספק קרא ק"ש ספק לא קרא אינו חוזר וקורא ספק אמר אמת ויציב ספק לא אמר חוזר ואומר אמת ויציב מ"ט ק"ש דרבנן אמת ויציב דאורייתא מתיב ר"י ובשכבך ובקומך א"ל אביי ההוא בדברי תורה כתיב ור"א אמר ספק קרא ק"ש ספק לא קרא חוזר וקורא ספק התפלל ספק לא התפלל אינו חוזר ומתפלל כו' עכ"ל הגמרא ופסק האלפסי ז"ל דק"ש דאורייתא ועיין בשא"ר (סימן א') שתמה אמאי לא קיי"ל כשמואל דאמר ק"ש דרבנן ואדרבה מצד הסברא היה נראה דקיי"ל כשמואל לגבי ר"א:

דר"א הוי תלמיד לגבי שמואל ע"כ:

ולי נראה ליישב כיון דהש"א ז"ל בעצמו כתב דלמ"ד ק"ש דרבנן לאו דמה"ת אינו צריך לקרות כלל ורבנן הוא דאצריך אלא דמה"ת יכול לקרות איזה פרשה שירצה בבוקר ובערב בזמן שכיבה וקימה ורבנן תקנו שיהיו קורין דווקא שתי פרשיות אלו וזה שאמר והא כתיב ובשכבך ובקומך ומשני ההוא בד"ת כתיב ופרש"י שצריך לקרות וללמוד איזה פרשיות של תורה בשכבו ובקומו וכן כתב הרב"י ז"ל (שם בפ"ג) והכי משמע לשון הירושלמי בפ"ק דברכות והכי לשון הירושלמי אמתניתין דבשחר מברך דקאמר שם מפני מה קורין שתי פרשיות הללו בכל יום. ר' סימן אמר מפני שיש בהם שכיבה וקימה ר"ל אמר מפני שכלולין בהן עשרת הדברות דהיינו משום דסברי ק"ש דרבנן ורשאי לקרות איזה פרשה שירצה ולהכי יהבי טעמים מפני מה קבעו דווקא אלו הפרשיות:

ולפי"ז יש לנו הוכחה מסתמא דתלמודא דק"ש דאורייתא דהא תנן בקידושין (דף לג) כל מ"ע שלא הזמן גרמא נשים חייבות ופרכינן עלה בקידושין שם ובעירובין (ד' פז) הרי תלמוד תורה ופרי' ורבי' ופדיון הבן דמ"ע שלא הזמן גרמא הוא ונשים פטורות אלמא דחושב ת"ת למ"ע שלא הזמן גרמא ואם נימא דק"ש דרבנן וקרא ובשכבך ובקומך בד"ת הוא דכתיב א"כ הוי ת"ת מ"ע שהזי"ג שמחויב ללמוד תורה בזמן שכיבה וקימה דווקא כמו דחשיב במתניתין בברכות (דף כ) ק"ש למ"ע שהזי"ג מהאי קרא דשכבך ובקומך א"ו דקיי"ל דק"ש דאורייתא וחיובא דת"ת מולמדתם אותם מילתא אחריתי הוא וזה הוי מ"ע שלא הזמן גרמא דלא כתיב שם ובשכבך ובקומך רק בכל היום מחויב ללמוד בלי זמן קבוע:

ושפיר פריך והרי ת"ת דהוי מ"ע שלא הזי"ג ואין לומר דלעולם ק"ש דרבנן וקרא דושכבך ובקומך בד"ת כתיב והא דקחשיב ת"ת למ"ע שלא הזמן גרמא הוא משום דמלבד האי חיובא שמחויב ללמוד בשכבו ובקומו איזה פרשה של תורה איכא חיובא ללמוד כדי לידע דיני התורה להיות שנונים בפיו כמש"כ הר"ן בנדרים (דף ח) בהא דאמר שם האומר אשכים ואשנה פרק זה נדר גדול הוא כו' אף דמושבע ועומד מהר סיני הוא ואפילו הכי חיילה עליו שבועה משום דאי בעי פטר נפשיה בק"ש שחרית וערבית וכתב ע"ז הר"ן ז"ל מסתברא דלאו דווקא דבהכי מיפטר שהרי חייב כל אדם ללמוד תמיד יומם ולילה כפי כחו ואמרינן בפ"ק דקדושין (דף ל) ושננתם שיהיו ד"ת מחודדין בפיך שאם ישאלך אדם דבר שלא תגמגם ותאמר לו וק"ש שחרית וערבית לא סגי להכי עכ"ל א"כ ע"כ נמי דלמ"ד בשכבך ובקומך בד"ת כתיב מ"מ אינו יוצא בזה מצות ושננתם וע"כ תרי חיובא נינהו חדא ללמוד בשכבו ובקומו איזה פרשה של תורה ועוד ללמוד כפי כחו להיות ד"ת שנונים בפיו א"כ אכתי אפשר לומר דק"ש דרבנן ובשכבך ובקומך בד"ת

כתיב והא דקרי לת"ת מ"ע שלא הזי"ג לא קאי על הך מצוה שמחויב ללמוד תורה בשכבו ובקומו כ"א על מצות ושננתם שיהיו ד"ת מחודדים בפיו שמצוה זו אין זמנה קבוע כלל והוי שלא הזי"ג דז"א דהא הר"ן כתב שם דלהכי שבועה חלה באומר אשנה פרק זה ולא חשיב מושבע ועומד מהר סיני במצות ושננתם משום דכל מידי דאייתי מדרשא אע"פ שהוא מן התורה כיון דליתא מפורש בקרא שבועה חלה עליו עכ"ל א"כ חזינן להר"ן ז"ל דעיקר מ"ע המפורש בתורה שמחויב כל אדם ללמוד מעט בכל יום ויום זהו מ"ע דת"ת ולמ"ד ק"ש דרבנן ילפינן לה מבשכבך ובקומך דבד"ת הוא דכתיב ולמ"ד ק"ש דאורייתא ילפינן לה מולמדתם ושמרתם לעשותם כדאיתא בקדושין (דף כט) ברש"י שם ובמצוה זו אמרינן דאי בעי פטר נפשי' בק"ש שו"ע ומה שמחויב ללמוד בכל עת כדי שיהא בקי בדיני התורה אתיא מדרשא דושננתם ולא נקרא מ"ע מפורש א"כ הש"ס דפריך והרי ת"ת דהוי מ"ע שלא הזי"ג ונשים פטורות ודאי מהך חיוב שמחויב ללמוד מעט בכל יום פריך שזה עיקר מ"ע דת"ת מפורשת ולא מהך דהוי דרשא פריך ולמ"ד ק"ש דרבנן הוי הך מ"ע מ"ע שהזי"ג דהא קפיד קרא ללמוד דווקא בזמן שכיבה וקימה א"ו דקיי"ל דק"ש דאורייתא מקרא דושכבך ובקומך שחייב לקרות פרשיות אלו דווקא ואין זה מצות ת"ת ומצות ת"ת נפקא לן מולמדתם ושמרתם לעשותם שמחויב ללמוד בכל יום ובאמת כל היום זמנה והוי מ"ע שלא הזי"ג ושפיר פסק האלפסי ז"ל דקיי"ל ק"ש דאורייתא:

ולפי זה כיון דק"ש דאורייתא א"כ נראה בענין שנתחבטו הראשונים ז"ל במה שאנו קורין ק"ש של ערבית קודם צה"כ. והתוס' כתבו דסמכינן אר"י דאמר זמן תפילת המנחה עד פלג המנחה ומשם ואילך מתחיל לילה ואמרינן בפרק ת"ה דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד ועיין בפ"ח ובס' מ"ח ובשא"ר שהקשו דנהי דפסקינן הכי גבי תפילה שהוא דרבנן. מ"מ בק"ש שהוא דאורייתא בעינן להחמיר מספיקא ולא יצא ידי חובתו עד שיקרא אחר צה"כ דודאי כמו דאמרינן ספק איסורא לחומרא ה"נ ספק בקיום המצוה לחומרא עבדינן וכמ"ש הטו"א בחגיגה (דף ד) גבי טומטום לענין ראי' והארכנו בזה במ"א וכן מצאתי ראי' לזה בתוס' זבחים (דף לג) ד"ה סמיכת שכתבו שם בהא דמסיק הש"ס בסמיכת אשם מצורע לאו דאורייתא דבזה א"ש הא דאמר הש"ס בפ' התערובות (דף עז) גבי ספק מצורע שמביא אשמו ולוג עמו ואומר אם מצורע הוא זה אשמו ואותו אשם טעון סמיכה ובהונות דקשה למה לי' למיתנא סמיכה בין יהא אשם ובין לא יהא אשם אלא שלמים בעי סמיכה אלא משום דסמיכת אשם מצורע לאו דאורייתא וקאתי לאשמעינן דטעון סמיכה מדאורייתא משום דספיקא דשלמים עכ"ל הרי בהדיא דמשום ספיקא דשלמים בעי סמיכה מן התורה משום דספק מצוה לחומרא והא התם ליכא שום חזקת חיוב כלל

דהא מסתפק לן דילמא אשם הוא ולא בעי סמיכה כלל מדאורייתא ואפ"ה הוי סמיכתו דאורייתא משום ספיקא דשלמים אלמא ספק מצוה לחומרא מה"ת כספק איסורא ועוד אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל דספק איסורא מה"ת לקולא וא"כ אפשר לומר דגם ספק מצוה לדידי' לקולא מ"מ הכא הא איכא חזקת חיובא דהא המקדים עצמו לקרות ק"ש אחר פלג המנחה הא א"א לצמצם שיתחיל מיד בתחילת הזמן לדעת ר' יהודא וכיון שעבר עליו רגע א' מזמן חובת ק"ש כבר חלה עליו חובת ק"ש וכשיקרא אח"כ בזמן שאנו מסתפקין אם יוצא בו א"ל בעינן להעמידו בחזקת חיוב ואינו יוצא ידי חובתו דהא בין אם זמנה מפלג המנחה בין אם זמנה מצה"כ כבר חל עליו חזקת חיוב קודם שקרא דהא לא התחיל בהתחלת פלג המנחה דהא א"א לצמצם וא"כ בודאי הי' עליו חלות חיוב מצות ק"ש וספק אם יצא יד"ח שפלג המנחה הוא זמן קריאה אי לא והוי ספק במקום חזקת חיוב וצריך לחזור ולקרותה אחר צה"כ מיהו בזה אפשר לומר דזה מיקרי חזקה שלא נתבררה בשעתא שכתבו הראשונים ז"ל דלא מיקרי חזקה דהא אחר פלג המנחה קודם שקרא ק"ש יש ספק אם מטא זמן חיובא דדילמא הלכה כרבנן דזמנה מתחיל משעת צה"כ וכשבא זמן צה"כ כבר אפשר שנפטר מחמת שהלכה כר"י וזמן ק"ש מפלג המנחה וכבר קרא ק"ש וחזקה שלא נתבררה בשעתא לא הוי חזקה אכן בלא"ה הא מדרבנן גם להרמב"ם ספיקא לחומרא מדרבנן:

עוד כתבו שם התוס' והרא"ש ליתן טעם למנהגינו שאנו סומכין על הני תנאי דמקדמי זמן ק"ש כמו שסובר ר"א משעה שקידש היום בערבי שבתות ור"מ סובר משעה שהכהנים טובלים וגם ע"ז הקשה השא"ר כיון דבגמ' לא אפסוק בהדיא הילכתא כחד מהני תנאי בעינן למיפסק כסתם מתניתין דזמן ק"ש משעת צה"כ:

ונראה לי לישב מנהגינו דהא בגמ' (דף ח') קאמר שם רשב"י משום ר"ע דפעמים אדם קורא ק"ש שתי פעמים ביום ויוצא בה אחת של לילה ואחת של יום ופריך שם כיון דקרו ליה יום איך יוצא בה של לילה ומשני לעולם יממא הוא ואפ"ה יצא בה משום לילה משום דאיכא דגנו בהאי שעתא וכן אמר שם רשב"י דיוצא אחר שעלה עמוד השחר משום ק"ש של יום אע"ג דקרי לה לילה משום דאיכא דקיימי בהאי שעתא וכתב הרא"ש ז"ל דאע"ג דפסקינן כר"ג דזמן ק"ש של ערבית הוא עד שיעלה עמוד השחר מ"מ פסקינן כרשב"י דאם קרא אחר שיעלה עה"ש יצא משום דרשב"י לא פליג ארבן גמליאל דזמן ק"ש הוא עד שיעלה עמוד השחר. מיהו מאן דאנס יכול לקרות אחר עמוד השחר ויוצא בו והנה לכאורה צריך טעם מהיכן יצא לו לרשב"י למימר דאף דזמן ק"ש הוא עד שיעלה עה"ש מ"מ מאן דאניס יוכל לקרות עד הנץ החמה ונראה לי והכי משמע בהדיא בדברי

הרמב"ן במלחמות דטעמא דרשב"י דהכי עיקרא דדינא דקרא אמר בשכבך היינו זמן שכיבה ועיקר זמן שכיבה לכל אדם הוא לילה להכי עיקר זמן ק"ש הוא מצה"כ עד עה"ש אלא כיון דלא תלי זמן ק"ש בלילה דהא לא כתיב בלילה אלא תליא בזמן שכיבה וקימה נמי להכי א"א לאמר דזמן ק"ש הוא רק מצה"כ עד עמוד השחר וסובר רשב"י דלענין זה תליא בזמן שכיבה וקימה דאדם שהוא אנוס יכול לקרות ק"ש של לילה אע"ג שכבר לאו לילה הוא ומ"מ מיקרי לגבי דידיה בשכבך וכן יכול לקרות ק"ש של יום אע"ג דלשאר מילי לילה הוא וקרינן ביה ובקומך הואיל דלגבי דידיה זמן קימה הוא ולהכי כתיב בשכבך ובקומך בלשון יחיד לרמז דזמנה משתנה לפעמים ליחיד וכמו דענין השכיבה והקימה משתנה לפעמים אצל כל יחיד ויחיד כן ענין זמן ק"ש ניתן ליחיד דכשהוא אנוס יכול להקדים או לאחר בזמן שאפשר לקרותו זמן שכיבה וקימה ליחיד אע"ג דלרוב בני אדם לאו זמן שכיבה וקימה הוא ולא מסתבר ליה לרשב"י לפרש קרא דבשכבך ובקומך דכיון דאיכא דקיימי בהאי שעתא יהא זה זמן קימה לכל לענין ק"ש של יום וכן לענין ק"ש של לילה יהא נמשך עד זמן דאיכא דגנו בהאי שעתא דזה א"א לאמר דהא מעמוד השחר עד נץ החמה איכא דגנו ואיכא דקיימי ואם כן א"א לאמר שזמן זה יהא זמן קבוע לכל לק"ש של ערבית וגם לק"ש של שחרית דממ"נ אי מקרי בשכבך לא מיקרי בקומך ואי מיקרי בקומך לא מקרי בשכבך והא נמי לא ניחא לרשב"י לפרש שיהא באמת זמן ק"ש לכל אחד כשהוא עומד ממטתו וכמש"כ הפ"י בברכות שם (דף י"א) דב"ש סברי הכי דליכא זמן קבוע אלא לכל אחד כי שכיב וכי קם ולהכי אמר דיטה ויקרא ודבריו צ"ע דהא ר"א מתלמידי ב"ש הוא ואית ליה זמן בק"ש בריש פרקין] דמסתברא שיש זמן אחד קבוע לכל וכדאמרינן בפסחים דדריש רבא השבתת חמץ משש ולמעלה מקרא דלא תשחט על חמץ דם זבחי ופריך אימא כל חד וחד כי שחיט ומשני זמן שחיטה אמר רחמנא וה"נ מסתברא שיש זמן קבוע לכל להכי סובר רשב"י דמצה"כ עד עה"ש הוא זמן קבוע לכל ואהני קרא דבשכבך ולא כתיב ביום ובלילה להורות דאדם שהוא אנוס יכול לקרות כל זמן דאיכא דגנו וכן לקרות שחרית בזמן דאיכא דקיימי והוא מדין תורה מדכתיב בשכבך ובקומך ולא ביום ובלילה:

ובזה מיושב דברי הרא"ש (בפ"ק דברכות) בהא דאמר רשב"י פעמים שאדם קורא ק"ש שני פעמים בלילה אחת קודם שיעלה ע"ה ואחת לאחר שיעלה עה"ש ויוצא בה אחת של לילה ואחת של יום שהקשה שם לאשמעינן רבותא טפי דיוצא בק"ש של ערבית אחר שיעלה עה"ש כמו שאמר שם באידך ברייתא ותירץ דלפי שהתנא רוצה לאשמעינן שקורא ק"ש שתי פעמים סמוכים זה לזה ויוצא בה י"ח אחת של יום ואחת של לילה

להכי הוצרך לאמר באותו של ערבית קודם שיעלה עמוד השחר דאם אירעו אונס ולא היה יכול לקרות בלילה וגם צריך להחזיק בדרך ואינו יכול לקרות בזמנו לא מסתברא שיקרא של ערבית ושל שחרית אחר שיעלה עמוד השחר אע"פ שיכול לקרות של ערבית לבדה אחר שיעלה עה"ש ולהכי תני אחת קודם שיעלה עמוד השחר עכ"ל מבואר מדבריו דא"א לקרות ק"ש סמוכים של לילה ושל יום והיינו דווקא ביום אחד אבל אם אירע לו היום אונס שצריך לקרות של לילה אחר עמוד השחר ולמחר רוצה להחזיק בדרך וצריך לקרות של יום אחר שעלה עה"ש רשאי אע"ג דסתרי אהדדי שביום אתמול החזיק אחר עה"ש ללילה ועכשיו מחזיק ליום אפ"ה שרי ואלו הא דאמרינן בפ' תה"ש (דף כ"ז) גבי פלוגתא דר"י ורבנן דר"י סובר תפילת המנחה עד פלג המנחה ומפלג המנחה ואילך נקרא לילה ורבנן סברי עד הערב דהשתא דלא איתמר הילכתא לא כמר ולא כמר דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד וכתב השו"ע (בסימן רל"ג) והוא שיעשה לעולם כחד מינייהו שאם עושה כרבנן ומתפלל מנחה עד הלילה שוב אינו יכול להתפלל ערבית מפלג המנחה ולמעלה ואם עושה כר"י ומתפלל ערבית מפלג המנחה ולמעלה צריך לזהר שלא יתפלל מנחה באותו שעה וכתב המג"א שם (ס"ק ה') שיעשה לעולם כחד פירש שלא יעשה פעם כך ופעם כך ומכש"כ שלא יתפלל ביום אחד מנחה אחר פלג המנחה וערבית קודם צה"כ עכ"ל הרי מבואר דמי שנוהג כר"י צריך לנהוג תמיד כר"י ומי שנוהג כרבנן צריך לנהוג תמיד כרבנן ולא ביום זה כך וביום זה כך. וגבי אונס דק"ש משמע מדברי הרא"ש דרק ביום אחד אינו יכול לעשות תרתי דסתרי אבל בשני ימים רשאי:

ולפי מש"כ א"ש דהתם גבי שיעורא דפלג המנחה הא דאמרינן דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד הוא משום דמספקינן הלכה כמי ותפלה דרבנן להכי יכול לעשות כמי שירצה ולהכי אינו יכול לעשות ביום אחד כר' יהודה וביום א' כרבנן אבל הכא גבי זמן ק"ש מעה"ש עד הנץ הא דיכול לקרות באותו זמן לפעמים היכא דאנוס ק"ש של ערבית ולפעמים ק"ש של שחרית לאו משום ספיקא הוא אלא משום דהכי מפרשינן קראי דכיון דלא כתיב יום ולילה אלא בשכבך ובקומך ידעינן דהיכא דאנוס יכול לקרות ק"ש של ערבית אחר עה"ש משום דאיכא דגנו בהאי שעתא וכן ק"ש של שחרית יכול לקרות אחר עה"ש היכא דאנוס משום דאיכא דקיימי בהאי שעתא וקרינן ביה ובשכבך ובקומך ולאו משום ספיקא הלכך יכול לקרות היום ק"ש של ערבית אחר עה"ש ולמחר ק"ש של שחרית אחר עה"ש ואין בזה משום תרתי דסתרי אהדדי דכיון דגלי קרא דהיחיד היכא דאנוס יכול לאחר זמן ק"ש של ערבית או להקדים זמן ק"ש של שחרית משום דזמן

שכיבה משתנה לפעמים אצל בני אדם יכול להחזיק זמן דאחר עה"ש היום לזמן שכיבה ולמחר לזמן קימה ואין בזה תרתי דסתרי:

ומעתה נ"ל דהני תנאי דמקדמי זמן ק"ש ללילה כמו מאן דסובר משקידש היום בע"ש או משעה שכהנים טובלים אע"ג דעדיין לאו לילה הוא הוא נמי משום דסברי דזמן ק"ש לא תלי בלילה אלא בזמן שכיבה וקימה וסברי דזמן שכיבה הוא מעט קודם הלילה אלא שבזה חולקין על רשב"י דרשב"י סובר דזמן ק"ש מכל אדם תלי בלילה דלסתם בני אדם לילה מקרי זמן שכיבה רק ליחידים היכא דאניסי יכולים לקרוא בזמן דאיכא דגנו אף שכבר אינו לילה והני תנאי סברי דגם הזמן הקבוע לרבים הוא נמי בזמן שלפעמים היחיד שוכב ולהכי מקדמי גם זמן הקבוע לרבים קודם צה"כ משום דאיכא דגנו בהאי שעתא ומדוקדק בזה היטב לישנא דברייתא דקתני מאימתי מתחילין לקרות ק"ש בערבית משעה שבני אדם נכנסין לאכול פיתן בערבי שבתות דברי ר"מ וכן באידך ברייתא קתני מאימתי מתחילין לקרות שמע בערבין משעה שקידש היום בערבי שבתות ואלו בדברי ר"א דאמר משעה שהכהנים זכאים לאכול בתרומתן במתניתין ובברייתא לא קתני מאימתי מתחילין אלא מאימתי קורין והלא דבר הוא ולפמ"ש א"ש דטעמייהו דהנהו תנאי דאף דלאו זמן שכיבה הוא קודם צה"כ לכל אדם מ"מ קורין את שמע הואיל ולהיחיד הוא לפעמים זמן שכיבה ומיקרי גם לכל אדם זמן שכיבה במה שלפעמים היחיד מקדים לשכוב קודם צה"כ להכי קאמר מאימתי מתחילין לקרות את שמע דהיינו שגם בהתחלת זמן השכיבה לפעמים לאיזה אדם נמי הוי זמן שכיבה וק"ש לכל אדם. מיהו אנן לא סבירא לן כהני תנאי שיהא זמן ק"ש לכל אדם בזמן שהוא זמן שכיבה לפעמים גבי איזה יחיד ולהכי לא איפסק הלכתא כהני תנאי ודווקא כרשב"י איפסק הילכתא דאהני קרא דבשכבך לגבי היחיד היכא שנאנס לפעמים לקרות אף שלא בזמן לילה או יום אלא בזמן שהוא שכיבה או קימה לגבי דידיה אבל למהוי זמנו של יחיד גם זמן קבוע לרבים היכא דלא אניסו כהני תנאי דברייתא לא סבירא לן:

ולפי זה יש לנו לימוד זכות על הני דמקדימין זמן ק"ש של ערבית קודם צה"כ אף לפי מה דקיי"ל ק"ש דאורייתא משום דכיון דאיפסק הילכתא כרשב"י לענין סוף זמן ק"ש דיכול לקרות בזמן דאיכא דגנו בהאי שעתא. וכן לענין ק"ש של שחרית יכולים לקרות בזמן דאיכא דקיימי בהאי שעתא והיינו למי שהוא אנוס א"כ בהתחלת זמן ק"ש נמי כל יחיד או ציבור שאניסי לקרות קודם צה"כ יכולים לקרות מן התורה ושפיר דמי וענין שעת הדחק ואנוס המבואר בראשונים לאו דוקא אונס גדול אלא אפילו צריך לצאת לדרך נמי

מיקרי אונס כמבואר בש"ע או"ח (סימן נ"ח) במג"א שם דכשיש קבורת מת או מילה או יום ערבה נמי מיקרי אונס לענין לקרות של שחרית אחר עמוד השחר:

וה"ה לענין ק"ש של ערבית נמי אם רוב הציבור אין להם נרות גדולות שיוכלו להמתין בק"ש עד צה"כ נמי מיקרי אונס כדאמרינן (בשבת כ"ג) דנר ביתו עדיף מקידוש היום לכן נהגו להקדים בשבת זמן ק"ש של ערבית:

ולפי"ז נראה כיון שביארנו דהא דסמכינן להקדים זמן ק"ש ואמרינן דעבד כמר עבד כו' לאו מטעם ספיקא הוא אלא דממשמעותא דקרא דיש זמן קבוע לכל לק"ש ויש ג"כ זמן מוקדם למאן דצריך לאקדומי א"כ נראה דלא אסרו חכמים לאכול אלא בהגיע זמן הקבוע לכל כמו צה"כ וסמוך לו חצי שעה אבל מפלג המנחה דלאו זמן הקבוע לכל הוא לא אסרו לאכול כנלע"ד:

ודע דבהאי ענינא לכאורה קשה לי טובא בהא דאמרינן בברכות (דף ל"ו) אמר רב צלף של ערלה בחו"ל זורק את האביונות ואוכל את הקפריסין ופריך עלה מהא דתניא על מיני נצפה על העלין ועל התמרות אומר בפה"א ועל האביונות וקפריסין אומר בפה"ע אלמא דקפריסין נמי פירי הוא מדמברך עליו בפה"ע ומשני הוא דאמר כר"ע דאמר צלף אין מתעשר אלא אביונות בלבד אבל קפריסין לאו פירי הוא ומסיק שם דסובר כר"ע רק בערלה בח"ל דקיי"ל כל המיקל בארץ הלכה כמותו בחו"ל ומייתי שם הא דמר בר רב אשי אכיל קפריסין וזרק האביונות משום דקפריסין לאו פירא וגריס שם בסוף הסוגיא והלכתא כמר בר"א דזריק האביונות ואכיל את הקפריסין ומדלגבי ערלה לאו פירי הוא לגבי ברכות נמי לאו פירי ומברכינן בפה"א. והתוס' שם כתבו דהאי והלכתא הוא לשון ה"ג אבל הר"מ אומר דלגבי ערלה לאו פירי הוא היינו משום דכל המיקל בארץ הלכה כמותו בחו"ל אבל בארץ ודאי פירא הוא ומברכים עליו בפה"ע ובברכות ליכא חילוק בין בארץ בין בחו"ל ע"כ דגם האוכל הקפריסין בחו"ל מברך בפה"ע וקשה ע"ז דאיך יאכל הקפריסין ויברך עליהם בפה"ע ומחזיק לי' כפירי ואוכלם ואינו חושש לערלה ומחזיקם שאינם פירי הא הוי תרתי דסתרי אהדדי והא אפילו בתפילה דהוי דרבנן צריך שינהוג כל ימיו כאחד שלא יהא סותר את עצמו ודוחק לומר דמאן דאכיל קפריסין דלאו ערלה יברך בפה"ע ולמאן דאכיל קפריסין דערלה יברך בפה"א דזה ודאי אין סברא ודוחק לומר דצריך לאכול דוקא עם דבר שיהא הקפריסין לו לטפילה שלא יהא צריך לברך על הקפריסין וגם רבינא אשכחי' למר בר"א דאכיל קפריסין דמשמע דאכיל לי' לחוד בלא פת דאי אמרת דא"א לאוכלם בלא פת מחמת הברכה הוי לי' לפרושי דאכיל עם פת וגם אין לומר דשאני ספיקא דערלה בחו"ל דקיל טפי כדאמר בקדושין (דף ל"ט) דמותר

לספק לכתחלה כדאמר שם ספק לי ואנא איכול דבשאר איסור דרבנן ודאי דאסור לספק דז"א דהא אמר שם בסוגיא דלרב דסובר כר"ע בקפריסין גבי מעשר נמי מותר לאכול הקפריסין בטיבלייהו וא"כ קשה אם יברך בפה"ע הוי תרתי דסתרי אהדדי דפשיטא דאפילו בדרבנן נמי לא עבדינן תרתי דסתרי אהדדי וזה ראי' לדעת בה"ג שפסק דעל קפריסין מברך בפה"א וכהך גירסא מדלענין ערלה לאו פירי הוא לענין ברכה מברכינן בפה"א אע"ג דבערלה איכא טעמא דכל המיקל בארץ הלכה כמותו בחו"ל מ"מ לענין ברכה נמי כיון דקיי"ל דבמקום שצריך לברך בפה"ע אם אמר בפה"א יצא מברכינן בפה"א כיון דאיכא ר"ע דסובר לאו פירי הוא וסברא זו מוכרחת גם לדעת הרמב"ם ז"ל שפסק גבי ערלה דאפילו בארץ לאו פירי הוא וסובר דמר בר"א פסק לגמרי כר"ע אפילו בארץ וכמו שביאר דעתו הגר"א ז"ל ביור"ד (סימן רצ"ד) מ"מ תיקשה לדידי' מרב דהא אמר בהדיא ערלה בחו"ל דוקא ותיקשה היכי מברך בפה"ע ואוכלו ואינו חושש משום ערלה וע"כ צ"ל דדין ברכה שוה לערלה בחו"ל דכיון דאיכא תנא דסובר דלאו פירי הוא מברך בפה"א כנלע"ד:

סימן טו

שאלה בדין זר העולה לדוכן אם יש בזה איסור

בשבת (דף קי"ח) אמר ר' יוסי מימי לא עברתי על דברי חבירי יודע אני בעצמי שאיני כהן אם יאמרו לי חבירי עלה לדוכן הייתי עולה וכתב התוס' לא ידע ר"י מה איסור יש בזר העולה לדוכן והקשו ע"ז דהא בהדיא אמרינן בכתובות (דף כ"ד) מהו לעלות מנ"כ ליוחסין תיבעי למ"ד מעלין מתרומה ליוחסין ה"מ תרומה דאיסור מיתה אבל נ"כ דאיסור עשה לא אלמא דיש איסור עשה בזר הנושא כפיו כמש"כ רש"י ז"ל שם דכתיב כה תברכו אתם ולא ישראלים והמג"א (בסימן קכ"ח) תירץ דמ"ש התוס' דליכא איסור בזר העולה לדוכן הוא לר"י דסובר גבי סמיכה דכתיב בני ישראל נשים סומכות רשות וה"ה הכא גבי נ"כ סובר בני אהרן חובה וישראלים רשות אבל לדידן דנשים אסורות לסמוך ה"ה בנ"כ דרשינן בני אהרן ולא ישראלים להכי קאמר דנ"כ בזר איסור עשה וקשה לי דהא התם בכתובות קאמר א"ל רנב"י לרבא מהו להעלות מנ"כ ליוחסין א"ל פלוגתא דר"ח ור"א הילכתא מאי א"ל אנא מתניתא ידענא דתניא ר"י אומר גדולה חזקה דכתיב ומבני הכהנים בני חביה בני הקוץ בני ברזילי אשר לקח מבנות ברזילי הגלעדי לאשה וגו' ויאמר להם התרשתא אשר לא יאכלו מקודש הקדשים א"ל הרי אתם בחזקתכם במה הייתם אוכלים בגולה בקדשי הגבול אף כאן בקדשי הגבול ואי ס"ד מעלין מנ"כ ליוחסין הני כיון דפרסי ידייהו אתי לאסוקינהו עכ"ל הגמ' והא התם מגוף הפסוק לק"מ דהא

אפשר לפרש אשר לא יאכלו גם בתרומה כדאמר לקמן לא במידי דאיקרי קודש ולא במידי דאיקרי קדשים רק ר' יוסי הוא דמפרש לקרא דבתרומה אכלי ורק בקדשי המקדש לא אכלי א"כ קשה הא מר' יוסי ליכא למיפשט דאין מעלין מנ"כ ליוחסין מדלא חיישינן דאתי לאסוקינהו ליוחסין מדפרסי ידייהו כיון דלר"י ליכא איסור בזר הנושא כפיו משום דסובר נשים סומכות רשות אבל לפי דבעי למימר דזר העולה לדוכן עובר בעשה באמת מעלין מנ"כ ליוחסין מדשבקינן להו לפרוס כפים דהוי איסור עשה ע"כ דכהן הוא א"ו דגם לר' יוסי נמי אמרינן דאיכא עשה בזר העולה לדוכן ושפיר פשיט מיני' דאין מעלין מנ"כ ליוחסין אע"ג דאיכא איסור עשה וא"כ הדק"ל על דברי התוספת שכתבו דלא ידע ר"י מה איסור יש בזה ועוד קשה לי על דברי המג"א ז"ל דהא בהא דאמר ר"י בני ישראל סומכים ולא בנות ישראל פרש"י ז"ל בר"ה דף ל"ג) ובעירובין (דף צ"ו) משום בל תוסיף והתוס' כתבו משום דקעביד עבודה בקדשים וא"כ הכא גבי נ"כ ודאי דליכא לפרושי דהא דקאמר הש"ס נ"כ דאיסור עשה הוא משום דקא סבר כר' יהודה דאם נסבור כשיטת רש"י ז"ל דטעמא דר"י משום בל תוסיף לא הוי לי' למימר איסור עשה אלא איסור לאו דהא בל תוסיף לאו הוא כדאמר בר"ה (דף כ"ט) הישן בשמיני בסוכה ילקה ואם נפרש כפירוש התוס' הא ודאי דאף לר' יהודה ליכא איסור בנ"כ בזר דהא הכא ליכא טעמא דעבודה בקדשים ושרי אף לר"י וגם בל תוסיף ליכא לדידהו בזר דהוי לי' שלא בזמנו וליכא בל תוסיף וכמ"ש שם בעירובין ואיך תלי לה המג"א בפלוגתא דר' יהודה ור' יוסי: **לכן** נראה לי ודאי דהא דקאמר הש"ס נ"כ דאיסור עשה הוא לכ"ע בין לר"י בין לרי"ס ואף דבסמיכה לא דרשי תרווייהו קרא דבני ישראל לאיסורא אבנות ישראל רק לר' יהודה אסור מטעם בל תוסיף לשיטת רש"י ומטעם עבודה בקדשים לשיטת התוס' ור"י מתיר באמת לסמוך נשים התם שאני דאיכא למידרש קרא למעט נשים מחובה בסמיכה משום דאי לאו קרא ה"א דמחייבי לסמוך כמו אנשים דמ"ש נשים מאנשים כדאיתא חולין (ד' ב') הכל סומכין אחד האנשים וכו' להכי איצטריך קרא למעטינהו מחובה אבל הכא גבי נשיאת כפים מחובה לא צריך קרא למעט דאיך ס"ד דישראלים חייבים לברך דמי יהיה המברך ומי יהי' המתברך כיון דכל ישראל חייבים במצוה זו. ודוחק לומר דמכל ציבור וציבור יעמדו מעט מהם לברך את הציבור או דכל יחיד ויחיד מחוייב לברך את כלל ישראל ועיין בסוטה (דף ל"ח) דקאמר שם בהכנ"ס שכולה כהנים מברכים ופריך שם למי מברכין והיינו כיון דכולם כהנים למי מברכין משום דאין סברא לומר שמחויבים לברך אלו את אלו וא"כ ה"ה דאין סברא לומר דישראל מחוייבים לברך אלו את אלו ואף דקאמר שם דמברכים לעם שבשדות דאניסי לבא מ"מ גבי ישראלים אין

סברא לאמר דמחייבי לברך עם שבשדות דבשלמא גבי כהנים אפשר לומר דמברכים עם שבשדות דאניסי משום שאלו היו עם שבשדות בבהכנ"ס היו מתברכים מכהנים לכן השתא דאניסי מברכין אותן הכהנים אבל אי הוי אמרינן דחובה על ישראל לברך תקשה למי מברכים וא"א לומר דמברכים לעם שבשדות דהא אי הוי האי עם שבשדות בבה"כ הי' החוב מוטל עליהם לברך והיכא נימא השתא דהחיוב על אותן שבבהכנ"ס לברכם והם יהיו מתברכין הא החיוב עליהם לברך כמו על אותן שבבהכנ"ס וא"כ תקשה מי יהיה המברך ומי יהי' המתברך. ואף דאמר התם דבהכנ"ס שכולה כהנים אם יש עשרה לבד המברכים. מקצתן מברכים והשאר עונים היינו משום דעונים דמי כמברכים ודמי כמו שכולם מברכין לעם שבשדות הישראלים אבל שיהא על ישראלים חובה לברך א"א למיטעי כלל דלמי מברכים ולא צריך קרא לזה וא"כ ודאי דלא צריך קרא למעוטי שאין החיוב על ישראל לברך ודרשינן כה תברכו בני אהרן מחוייבים לברך וישראלים אסורים לברך וא"ש בזה מה דקשה באמת לשיטת רש"י דסובר דלר"י דסובר בני ישראל ולא בנות ישראל הוא משום דקא עברו אבל תוסיף א"כ אמאי אמר הכא דבזר איכא איסור עשה הא איכא נמי לאו דבל תוסיף אבל הדבר נכון דכיון שבארנו דהכא ע"כ דדרשינן אהרן ובניו לאסור ישראלים לישא כפיהם ממילא דליכא בזה לאו דבל תוסיף כמ"ש לעיל דהמניח תפילין בלילה עובר בעשה ולא בלאו דב"ת דכיון דמייחד קרא לאיסורא בעשה דמימים ימימה למעוטי לילה נפיק לי' מאיסור בל תוסיף וקם לי' בעשה ודוקא שבת ויו"ט אמרינן בעירובין (דף צ"ו) דאיכא לאו דב"ת והיינו לר' עקיבא דדריש והיה לך לאות יצאו שבתות ויו"ט שא"צ אות דליכא קרא לאסור רק דפטור להניח בשויו"ט משום דא"צ אות בזה שייך ב"ת וכן בנשים לשיטת רש"י ז"ל אליבא דר"י דמיפטרי משום דהוי מ"ע שהז"ג אבל איסור מיוחד לא מצינו בהו להכי שייך בל תוסיף אבל היכא דאיכא קרא לאסורא כמו תפילין בלילה למאן דדריש מימים ימימה אתפילין דקאי קרא דושמרת לאסור לילה ושבת ויו"ט באיסור עשה ליכא ב"ת כיון דמייחד לה קרא איסור בפ"ע נפקא לי' מאיסור ב"ת ולהכי נמי נשיאת כפים בזר כיון דדרשינן איסור עשה בזר ליכא בל תוסיף:

ומה שכתבו התוס' דלא ידע ר"י מה איסור יש בזר הנושא את כפיו י"ל דא"ש כפשוטו ולק"מ דדעת ר"י ז"ל דאף דדרשינן קרא לאיסור עשה בזר העולה לדוכן מ"מ היינו דוקא במכוין למצוה דנשיאת כפים אבל הכא גבי ר' יוסי שאמר שאם היו חביריו אומרים לו עלה לדוכן הי' עולה הא לא היה מכוין לשם מצוה דהא ידע בעצמו שאינו כהן רק שהי' עושה ועולה לדוכן שלא לעבור על דברי חביריו אבל לא לשם מצוה ובאינו מכוין לשם

מצוה אינו עובר בעשה דקרא דאסר במכוין לשם מצוה מיירי וכמו דאמרינן גבי עשה במניח תפילין בלילה במנחות (דף ל"ז) דאם לשמרן מותר וכן גבי נ"כ אמרינן בר"ה (דף כ"ט) דשלא בזמנו בעי כוונה וה"נ מיקרי שלא בזמנו ולא עבר בעשה אלא במכוין לשם מצוה ולא ידע ר"י מה איסור יש בזר העולה לדוכן בכה"ג דהי' ר' יוסי עולה שלא לעבור על דברי חביריו וזה פשוט:

ודע דלכאורה יש לי להביא ראי' לשיטת רש"י ז"ל דבמה דפטרה תורה נשים אם עשתה המצוה איכא איסורא דב"ת ולא כמ"ש התוס' דגבי נשים מיקרי שלא בזמנו מהא דאמרינן בחגיגה (דף ד') זכורך להוציא את הטומטום ופריך בגמרא איצטריך קרא למעוטי ספיקא ופירשו התוס' דקושית הש"ס הוא דממילא הוי פטרינן לי' דכיון דהוי ספק איש ספק אשה אינו יכול ליכנס לעזרה ולהביא קרבן דהוי חולין בעזרה ועל תנאי אינו יכול להביא משום ביטול מצות סמיכה וקשה לשיטת התוס' דליכא ב"ת באשה משום דמיקרי שלא בזמנו הא ודאי איצטריך קרא דאי לאו קרא הוה אמינא כיון דמסופק אם הוא איש או אשה אינו יכול ליכנס לעזרה. דכיון שאינו יכול להביא עולת ראי' אינו יכול ליכנס לעזרה שלא יעבור על לאו דלא יראה פני ריקם אם הוא איש וקמ"ל דטומטום פטור אפילו אם הוא איש ופטרינן לי' מתורת ודאי ולא מטעם ספק וכיון דודאי פטור יכול ליכנס לעזרה ואינו עובר על לאו דלא יראה כלל כמו שאין אדם עובר בכל השנה כשנכנס לעזרה ואינו מביא קרבן דלאו דלא יראה פני הוא רק ביו"ט ובמי שמחוייב בראיה אבל מי שאינו מחוייב בראי' מותר ליכנס אבל לשיטת רש"י ז"ל אתי שפיר דמי שפטור מראי' אם נכנס בעזרה לשם מצוה עובר אבל תוסיף כמו אשתו של יונה שהושבה משום ב"ת כדאיתא בתוס' עירובין שם בשם הפסיקתא ולא מיקרי שלא בזמנו א"כ פריך שפיר למאי איצטריך להוציא טומטום דממילא ידעינן שפטור מחמת שאינו יכול להביא קרבן ושמא איש ואינו יכול ליכנס לעזרה מחמת ספק וליכא למימר דאיצטריך להשמיענו שפטור מטעם ודאי ולא מטעם ספק ומותר ליכנס לעזרה אם רוצה ואינו עובר בלאו דלא יראה דהא אפילו אם ודאי אשה אסור ליכנס לעזרה משום בל תוסיף כשיטת רש"י ז"ל. וק"ל:

סימן טז

שאלה מציאה שנמצאת בחצר בית הכנסת אם היא של מוצאה או דצריך ליתנה לגבאי בהכנ"ס לצורכי בהכנ"ס:

תשובה המג"א (בסי' קנ"ד) כתב בשם האגודה דאם מצא מציאה בחצר בהכנ"ס לא זכה בה הבה"כ דחצר קונה משום יד ואין יד להקדש והתיו"ט (במס' מעילה) הקשה הא

במציאה חצר קונה משום שליחות ושליחות יש להקדש. כדאמרינן בקידושין ונדרים דכהני שלוחי דשמיא נינהו וא"כ להוי האי חצר שלוחא דשמיא עיי"ש ולענ"ד אי משום הא לא אריא דמאן לימא לן דרחמנא שויא שליח לזכות במציאות ולא אמרינן שלוחי דשמיא אלא לענין קרבנות שהתורה אמרה שיקריבם הכהן אולם כבודו מצא ברמב"ן בחידושיו (לב"ב דף עט) בהא דאמרינן שם הקדיש בור ואח"כ נתמלא מים אשפה ואח"כ נתמלא זבל מועלין בהם ולא במה שבתוכן וכתב הרשב"ם הטעם משום דאין יד להקדש והרמב"ן ז"ל שם כתב דאפשר לומר דאי נמי יש יד להקדש ונקנה להקדש מ"מ מעילה ליכא בזכייתן עיי"ש ולפ"ז כיון דיש יד להקדש חצר בהכ"נ נמי קני למציאה שבתוכו:

אבל נראה לי דדברי בעל אגודה נכונים דאף לשיטת הרמב"ן ז"ל דיש יד להקדש מ"מ חצר בהכנ"ס לא קנה את המציאה משום דחצר בהכנ"ס יש גם לקטנים וחרשים חלק בו כמ"ש הר"ן ז"ל (בפ' בני העיר) דהא דז' טובי העיר יכולין למכור בהכנ"ס אף שיש ליתומים קטנים חלק בו הוא משום דנעשו זט"ה כאפטרופסים לקטנים עיי"ש וא"כ כיון דיש לקטנים חלק בחצר בהכנ"ס נראה דמציאה שנמצא בחצר שחרש או קטן ופקח שותפין בו לא קני גם הפקח וכדאמרינן בב"מ (דף ח') דחרש ופקח שהגביהו מציאה מתוך שלא קנה חרש לא קנה פקח דמה שביד החרש נעשה כמי שמונחת ע"ג קרקע עיי"ש וא"כ הוא הדין חצר הקנויה לחרש ופקח כיון דחצר משום יד אתרבאי דחצר קטנה לכ"ע משום יד אתרבאי] דמי ממש כמו שהגביהו שניהם דהרי גם כח החרש מעורב בהאי חצר ומתוך שלא קנה חרש לא קנה גם פקח דיד שניהם שוה ויד שניהם הגביהו המציאה וכיון שמעורב יד החרש בהאי חצר לא קנה גם הפקח ואף דאמרינן בנדרים (דף מז) גבי שותפין שנדרו הנאה זה מזה דראב"י סובר דמותרין לכנוס בחצר ולא אמרינן דמתהני מחבירו באיסור וכמ"ש הר"ן שם דלענין שותפין אמרינן יש ברירה דאדעתא דהכי נשתתפו דיהא כ"א משתמש בשלו. היינו התם לענין שימוש החצר בזה אמרינן דכל אחד משתמש בשלו אבל בעצם החצר כח ויד שניהם מעורב בו וכל שיש כח ויד החרש בהאי חצר לא קנה גם הפקח וכדאמרינן דחצר מתורת יד אתרבאי ובעינן דומיא דיד שיהא משתמר לדעתו ה"נ ודאי דבעינן דומיא דיד שלא יהא כח מי שאינו בר קנין מעורב בו ואם כח מי שאינו בר קנין מעורב בו אין לו תורת יד למיקני מציאה ואף דאמרי' בב"מ (דף י"א) דחצר משום יד אתרבאי ולא גרע משליחות גבי גט דחוב הוא לה בעינן דומיא דידה דסמוכה ועומד בצד שדהו וגבי מציאה דזכות הוא לא בעינן עומד בצד שדהו דקנה לה החצר משום שליחות וא"כ חצר שפקח וחרש שותפין בו אף דלא קנה מטעם יד מפני שכח החרש מעורב בו מ"מ קנה מטעם שליחות ומטעם שליחות

ודאי לא איכפת לן בזכותו של חרש דכיון דחרש וקטן לאו בני שליחות נינהו אין זכותם מגרע כח הפקח כמו בכל השימושים שמשתמשים בחצר דאמרינן בנדרים דזה משתמש בשלו וזה משתמש בשלו. והחרש והקטן שאין להם שליחות לא קנה החצר עבורם ולא הגביה עבורם כלל והפקח שיש לו שליחות קנה החצר עבורו. מ"מ ז"א שהרי אמרינן בגיטין (דף כא) כתב לה גט ונתן בחצירו וכתב לה שטר מתנה עליו דסובר אביי דלא הוי גט משום דחצר משום יד אתרבאי ומה יד דהוי בין מדעתה בין בע"כ אף חצר בעינן דליהוי בין מדעתה בין בע"כ והא מתנה דליתא בע"כ גם מדעתה לא קנתה הגט והקשו שם התוס' נהי דלא הוי מתורת יד מכל מקום תקנה בתורת שליחות דהא לאו חוב הוא לה דהא מתרצית לקבל וכדאמרינן בב"מ דלא גרע משליחות ורק היכא דחוב הוא לה לא קנתה מתורת שליחות והכא זכות הוא לה ותירצו דדוקא לענין עומד בצד שדהו אמרינן דמהני מתורת שליחות אע"ג דלא הוי בסמוכה דומיא דיד אבל לענין מילי אחרינא בעינן דומיא דיד הלכך כיון דאינו דומיא דיד דיהיב לה באופן שיכולה למאן מלקבל ליתא נמי בשליחות עיי"ש בתוספת וא"כ ה"נ חצר שפקח וחרש או קטן שותפין בו דליתא בתורת יד שאין החצר דומיא דיד לזכות בו עבור הפקח מפני שיד החרש מעורב בהאי חצר ולא דמי ליד שאין כח מי שאינו זוכה מעורב בו שאם היה מעורב ביד כח החרש הלא מתוך שלא קנה חרש לא קנה פקח ליתא נמי בשליחות ולהכי חצר בהכנ"ס שבנאו הציבור להתפלל בו ויש לקטנים וחרשים זכות בו לא קנה אף הפקח אף שיש לו זכות בהאי חצר. משא"כ הקדש גבוה לשיטת הרמב"ן שיש יד להקדש אין לשום אדם זכות בו רק שהוא ממון גבוה וכיון דיש יד להקדש קנה ההקדש המציאה. ומיושבים דברי האגודה על נכון כנלע"ד:

הנה מה שרצה כבודו לישב דברי הרמב"ם ז"ל שכתב (בפי"א מה' שמיטה) בירושת הבעל דהוי דרבנן ועשו חיזוק כשל תורה ולהכי אין ירושתו חוזרת ואם ירש בית הקברות נוטל דמים משום פגם משפחה ומחזיר שדה לבעליו ובגמ' בכורות (דף נב) ובכתובות מפרש הש"ס דריב"ב דקאמר היורש את אשתו יחזיר לבני משפחה וינכה להם מן הדמים מיירי כגון שהורישתו אשתו בית הקברות ומשום פגם משפחה אמרו רבנן דלישקל דמי וליהדר אבל בשאר שדה אינו צריך להחזיר משום דירושת הבעל דאורייתא דמשמע בהדיא דאי הוה סבירא לן ירושת הבעל דרבנן חוזר אפילו שאר שדה שאינה בית הקברות ולא אמרינן דעשו חיזוק לדבריהם כשל תורה שלא תחזור ביובל ורצה כבודו לאמר דהתם רב קאמר להאי שינויא דסובר אחין שחלקו כיורשין המה אבל אנן דפסקינן כרבי יוחנן דהאחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל שפיר

מצינן למימר דמדרבנן שאר שדה אינה חוזרת דהיינו שאינה חוזרת לבטלה כדקאמר התם משום דאין כאן ביטול מ"ע דהא צריך לחזור בלא"ה דא"א שיהא חד בר חד עד יהושע בן נון ולא משכחת לה כלל שדה שלא תחזור לבעליו ואפילו אם בכמה וכמה דורות מוקדמות היה שני אחים נמי צריך להחזיר כעת וכמש"כ הרמב"ם דאם לקח שדה ומכרה לשני ושני לשלישי ושלישי לרביעי חוזרת לראשון וא"כ כיון דלא משכחת כלל שדה שלא תחזור ביובל שלא לבטלה אין כאן ביטול מצות יובל ושפיר מפרש הר"מ לדידן טעמא דריב"ב משום דירושת הבעל דרבנן ועשו חיזוק לדבריהם כשל תורה עכ"ד מעכ"ת ידע נא כבודו שלא דיבר נכונה בזה דגם לר' יוחנן דאמר מחזירין ביובל אכתי איכא ביטול מצות יובל דהא משום חשש לקוחות דשמא היה השדה מחלוקת שני אחין סגי בחזרה שלא לגמרי ומשום דירושת הבעל אי הוי דרבנן בעי חזרה גמורה ובטלה וכל שלא החזיר לגמרי ביטל מצות יובל דחזרה דמוכר ולוקח וחזרת שני אחין תרי מילי נינהו חזרת לוקח חוזר למוכר והמוכר נוטלה לחלוטין והרי הוא שלו לעולם דלכתחילה לא נמכרה לצמיתות בזמן שהיובל נוהג אבל לחזרת אחין אם רצה אחד מן האחין ליטול חלק אחיו ולתת לאחיו חלקו מחזירין זה לזה ומחליפין חלקם ביובל ואם כל אחד מהם רוצה בחלקו ואינו רוצה להחליף החלקים ודאי דאין חובה עליהם להחליף ומותרים כ"א לעמוד בשלו דעל איזה זמן יחול החוב על שנת היובל עצמה הא שנה זו כל השדות הפקר ואחר עבור שנת היובל הא יכולים להסכים שתהא החלוקה כדמעיקרא ודווקא אם אחד מהם רוצה להחליף החלקים מחליף אבל כששניהם מסכימים שלא להחליף הרשות בידם ומתקיימא מצות יובל מאליה במה שפקע רשות כ"א מהם מחלקו לענין שאם חבירו רוצה יכול לכופו להחליף החלקים ואף אם אין מחליפים נמי מתקיימא מצות יובל תדע דהא רש"י בגיטין (דף כה) מפרש מחזירין זה לזה ביובל משום מצות יובל והדר שקלי כדמעיקרא עכ"ל משמע בהדיא דכ"א זוכה אחר היובל בחלקו כמו שעלה לו הגורל בחלוקה ראשונה דאהני ליה גורל הראשון גם אחר היובל אלמא דמקיימא מצות יובל במה שפקע כחו ורשותו מחלקו אף שחלקו נשאר אצלו לעולם ולהכי קרי ליה קנין פירות כיון דפקע כחו ורשותו בשנה זו מחלקו ולהכי אמר דלר"י לא משכחת לה דמייתי ביכורים אלא חד בר חד עד יהושע בן נון אע"ג דמי שהיה לו שדה בירושה א"צ להחזירה לשום אדם אם אין האחין שחלקו עמו קיימים ורוצים לבטל החלוקה הראשונה דאי משום דורות הראשונים שאינם לפנינו לא איכפת לן כיון דאין תובע לפנינו לבטל החלוקה ממילא הוא נשאר בחלקו ומתקיימא מצות יובל מעצמה במה שפקע כחו מאליו והיא אינה ברשותו ואחר היובל נשאר בחלקו שהרי לא תבע

ממנו שום אדם להחליף החלקים זהו חזרה דיורשים אבל חזרה דלוקח חוזר לגמרי למוכר ואחר היובל נשארת ביד מוכר לעולם ואם הלוקח כובשה ת"י ביטל מצות יובל וגזל קרקע מהמוכר וחזרת לוקח למוכר לא משכחת שיומשך מיובל זה ליובל שלפניו דהא מיד שפגע יובל הראשון של המכירה חוזרת לחלוטין למוכר ומ"ש הר"מ שראובן שמכר לשמעון ושמעון ללוי הכל חוזר לראשון לא משכחת אלא ביובל אחד שאם הי' כל המכירות ביובל אחד חוזר לראשון אבל מיובל זה ליובל שלפניו לא משכחת לה דכיון שחזרה חזרה לחלוטין והש"ס דקאמר בגיטין (דף מח) לא משכחת דמייתי בכורים לר"י אלא חד ב"ח עד יהושע בן נון הרי דצריכין לחשוב עד יהושע בן נון הוא בחלוקת יורשים דהתם אם בכמה דורות שלפניו היו חלוקות שני אחין נמי מיקרי קנין פירות דאף דכל אחד נשאר בחלקו ולא כפו זא"ז להחליף החלקים מ"מ אלו היה רוצה כעת להחליף החלקים ביובל זה יכול לכוף לזה א"כ מיקרי קנין פירות אף אם אין מי שיתבענו להחליף ולא משכחת לה אלא בחד בר חד עד יהושע בן נון ואחרי הדברים האלה מה הואיל כבודו במה שחידש דלר"י דמחזירין זה לזה לא נתבטל מצות יובל בירושת הבעל משום דבלא"ה מחזירין זה לזה הא חזרה דירושה הוא רק אם יש לפנינו מי שתובע להחליף החלקים הא לאו הכי כ"א נשאר בחלקו ומדורות שעברו הלא אין מי שיתבע וירושת הבעל מדין תורה צריכה להחזיר לגמרי ליורשי האשה ותשאר לחלוטין ביד קרובי האשה ואם הבעל כובשה ת"י מבטל מצות יובל וגוזל הקרקע וצ"ל לשיטת הר"מ ע"כ דזה מיקרי שוא"ת ויש כח ביד ב"ד לתקן זה א"כ הדק"ל אמאי לא אמר רב ג"כ דירושת הבעל דרבנן ועשו חיזוק לדבריהם כשל תורה ובמק"א הארכנו ליישב קושיא זו באופן אחר:

ובזה מיושב מה שהקשה כבודו בהא דאמרינן בב"מ המוכר שדהו לששים שנה אינו חוזר ביובל והקשה כבודו דמהיכן היה לו השדה למוכר אם לקחה מאחר צריכה לחזור להמוכר הראשון ואם ירשה הא הר"מ ז"ל פסק האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל ולא משכחת אלא בחד בר חד עד יהושע בן נון ולפמש"כ לק"מ דמשכחת לה שפיר בירושה ונהי דצריכה לחזור לשאר האחין של מוכר מ"מ אם אין האחין של מוכר מקפידין וערב עליהם חלקם ומניחים השדה הזו ביד אחיהם המוכר אין המוכר יכול להוציא מיד הלוקח מטעם חזרה ביובל כיון שנמכרה לס' שנה ואינה נצמתת בלא יובל וא"כ כל שדות ארץ ישראל שירש כל אחד מאבותיו א"צ לחזור ביובל אם רוצים לעמוד בחלקם ולהכי א"א לאמר כדברי כבודו דאף דירושת הבעל דרבנן אפ"ה אינה

חוזרת ביובל דאכתי הוי עקירת דבר מן התורה דמדאורייתא חוזר והם תיקנו שלא יחזור כ"ז נלע"ד:

סימן יז

על דבר שאלתו שבקהלתו סתרו הבהכנ"ס הישנה ובונים על מקום זה בהכנ"ס חדשה מחמת שיש כמה בע"ב שאין להם מקום להתפלל בבית הכנסת הישנה ובתחילה מיחו רוב בע"ב שהיו להם מקומות בבהכנ"ס הישנה וצעקו שלא יניחו לסתור הבהכנ"ס כי יכולה לעמוד עד מאה שנים בתקון קצת ואח"כ נתפתו המוחים להתרצות לזה יען כי יבנו מחדש בכל פאר והידור וגם יעשו באופן שיכולים להסיק בחורף להתפלל שם בקביעות ונתרצו ליתן ערך חלק ששית משווי המקום. ועתה רוצים הבונים שיתנו להם לכה"פ מחצה ההוצאות ורצונם לידע דעתי בזה עפ"י דין:

תשובה הנה מש"כ לטעון בעד בעלי הבונים שיכולין לסתור ביהכנ"ס הישנה בע"כ של בעלי מקומות כדי שיהא מקום להתפלל לכולם דהא כופין בני העיר זא"ז לבנות בהכנ"ס ואפילו במקום שיש לרובן מקום להתפלל כמ"ש הצ"צ בשם הב"י בשם הר"י דאפילו מיעוטן יכולין לכוף את המרובין ואפי' היכא שאין כולם צריכים עכ"ל הצ"צ (בסי' צ"ד):

לענ"ד ז"א דאף דתניא בתוספתא דכופין בני העיר זא"ז לבנות בהכנ"ס מיהו זה דווקא כשאין לכולם בהכנ"ס להתפלל וכן אם יש בהכנ"ס המחזיק רוב בני העיר והמיעוט נשארו בלי מקום תפלה יש לכוף זא"ז לבנות בהכנ"ס המחזיק את כולם דמאי חזית שאלו יהא להם מקום להתפלל ואלו לא יהא להם מקום להתפלל וכ"ז בימיהם שהיו הבתי כנסיות ובתי מדרשות בנוים מקופת הקהל ואין לאחד מהם יתרון על חבירו בשום דבר ולא היה לשום אחד מקום מיוחד שיהא שלו לגמרי למכור ולהשכיר ולהוריש לבניו ונהגו כי הא דתניא (בפ"ג דמגילה) כיצד היו יושבים זקנים יושבין כלפי העם ואחוריהם כלפי קודש שנאמר ותקהל העדה פתח אה"מ כו' עיי"ש ולא הי' לשום אחד מקום מיוחד שיהא שלו לגמרי רק שהבהכנ"ס היה משל ציבור והיה עומדין כ"א לפי מעלתו אבל בזמה"ז שבונין בהכנ"ס ומוכרין לכל אחד מקום שיהא שלו לגמרי למכור ולהוריש לבניו אם למקצתם יש מקומות שקנו בממונם מהיכי תיתי יכופו אותם שאין להם מקומות שיתנו להם הני שיש להם מקומות להוצאת הבנין אתמהה הלא הבהכ"נ שיבנו מחדש ימכר ג"כ לבעלי מקומות להיות שלהם למכור ולהוריש ואיך נחייב את אלו לעשות אחוזת נחלה לאחרים ואי משום העניים שאין להם מקומות מיוחדים. והבהכנ"ס הישנה אינו מחזיק כל עניי העיר הבאים בתוכם להתפלל הלא בני בהכנ"ס הישנה יאמרו להם הבהכנ"ס שלנו מחזיק מעט עניים ואתם בנו לכם ג"כ בהכנ"ס משלכם ויעמדו העניים

גם בבהכנ"ס שלכם וא"כ ודאי דאין יכולין לכוף את בני בהכנ"ס הישנה ליתן להם על הוצאות הבנין ודברי הצ"צ (בסימן צ"ד) תמוהין בזה דמה שהביא ראיה ממהר"י מינץ שהביא הרב בהג"ה בחוה"מ (ס' קס"ג) וז"ל כל צורכי העיר אע"פ שאין מקצתן צריכין כגון בית חתנות או מקוה וכדומה אפ"ה צריכין ליתן חלקם עכ"ל לאו ראיה לבהכנ"ס לפי מנהגינו דהא בית חתנות הוא לכל בני העיר וכל המשיא בנו או בתו משיא שם ואין לשום אחד קנין ממון בזה וכן מקוה היא לכל העיר לטבול בה לעת הצורך לכן כל אחד צריך ליתן על הוצאות אף מי שאין לו בן או בת וכן אם אינו צריך מקוה אבל בהכנ"ס שלנו שמיוחד לכל אחד מקום ונעשה מממונו ושלו ממש אין לכופו ליתן על הוצאות בהכנ"ס שיהא לחבירו מקום מיוחד כשאר ממונו גם מהר"י מינץ לא הזכיר בהכ"נ בדבריו שגם בימיו היה מנהג להיות נמכר מקומות בהכ"נ להתפלל והיו נמכרים לבעה"ב ולהכי כשיש לאלו בהכ"נ להתפלל א"צ ליתן על בנין בהכ"נ לאותן שאין להם דלא דמי להא דהתוספתא כמ"ש מיהו אם כשנבנה בהכ"נ הישנה ניתן מעות מקופת הקהל להתחלת הבנין קודם שיהא מקומות מצויינים למכור לבעה"ב צריכים ליתן גם כעת מקופת הקהל להתחלת הבנין. אבל אותם שיש להם מקומות שיתנו ממונם להוצאת הבנין זה ודאי שאינם מחויבים כיון שבהכ"נ הישנה לא הי' בו תיוהא:

ומה שטענו ותבעו אותם שיתנו מה שנתעלה הבהמ"ד החדש ביופי והידור והרחבת האויר בזה יש לדון דהנה קיי"ל היורד לתוך שדה של חבירו שלא ברשות ובנאה יש לו ההוצאה כדאיתא בב"מ (דף ק"א) מיהו זהו דוקא בבונה בנין לחבירו שהרי בעל הקרקע נוטל הבנין ומשתמש בו להכי צריך לשלם ההוצאה אע"פ שבנה שלא ברשות אבל בנהנה במעשה חבירו הנאה בעלמא קיי"ל בב"ב (דף ד') גבי המקיף את חבירו מג' רוחותיו דקיי"ל כר"י דאמר אם עמד ניקף וגדר את הרביעית דגלי דעתיה דניחא ליה מגלגלין עליו את הכל ואם לא גלי דעתי' דנ"ל פטור לגמרי ובעי למימר הש"ס בב"ק (דף כא) טעמא דר"י משום דזה נהנה וזה לא חסר פטור וה"נ מה שסתרו המקומות של בהכ"נ הישן מחוייבין לבנות מחדש ע"פ דין ומה שנהנים בעלי המקומות הישנה מהידור ויופי הבנין והרחבת האויר בזה לא חסרו הבונים מאומה ולא מקרי זה חסר והוי זה נהנה וזה לא חסר ופטורים ומהאי טעמא מיבעא לן בב"ק (דף קא) אי יש שבח סממנין ע"ג צמר או אין שבח סממנין וקאמר דנ"מ כגון דצמר דחד וסמנין דחד וקאתי קוף וצבעו להנך צמר בהני סממנין אי יש שבח סמנין ע"ג צמר דא"ל הב לי סמנאי דגבך נינהו א"ד א"ש סמנין ע"ג צמר וא"ל ל"ל ולא כלום ואע"ג דודאי נהנה שם מ"מ כיון שאינו נוטל חפץ של חבירו ממש ומשתמש בו רק שנהנה מהצבע פטור אם אין שבח סמנין ע"ג צמר ועיין תוס' שם

ד"ה או שכתבו דלהכי א"צ לשלם מה שנהנה דהנאה דהכא אינו באה ע"י מעשיו ולא ע"י מעשה בהמתו ועיי"ש עוד שהקשו מהא דחייב בכתובות (דף לא) גבי תחב לו חבירו בבית הבליעה ותירצו דהכא לא חשיבא הנאה דאין זה אלא נוי בעלמא עיי"ש וא"כ ה"נ שאין זה אלא הנאת נוי בעלמא לא מקרי הנאה ופטור לשלם מה שנהנה מממון חבירו ע"י הרחבת הבנין ובלא"ה לא ידעתי מאי קשיא להו מהא דתחב לו חבירו בבה"ב דהא באמת קאמר שם הש"ס דאם לא מצי לאהדורה פטור משום דאנוס הוא וכמש"כ שם התוספת ישנים וה"נ אנוס הוא דמאי הו"ל למיעבד אם קוף צבעו ועוד דאפילו ביורד לתוך שדה של חבירו שלא ברשות ובנה שבעל הקרקע משתמש בעצים ובאבנים של הבונה אפ"ה כתב הרמב"ן ז"ל בפ"ק דב"ב בחידושיו דאם מיחה בעל הקרקע בפירוש קודם שבנה א"צ לשלם לו ההוצאה ויכול לומר לו טול עציך ואבניך וא"כ בנ"ד נמי כיון שמיחו בעלי המקומות בפירוש בתחילה והיו יכולים למחות ע"פ דין א"צ לשלם מה שנהנים מהרחבת הבנין אע"פ ששוה הרבה רק אחרי שכתב כת"ר שנתרצו בתחילת הבנין לתת חלק ששית משיווי המקומות יש לחייבם גם כעת ליתן סך זה אבל יותר ממה שנתרצו בתחילת הבנין אין לחייבם כלל זהו הנראה לי לפי עניות דעתי בהאי דינא:

סימן יח

אשר שאל כבודו איך יש לנהוג בענין נטילת ידים אם המים שרוחץ מהם עומדים בבית החיצון והוא אוכל בבית הפנימי אם רשאי ליטול ידיו בבית החיצון וליכנס לאכול בבית שהוא אוכל או לא לפי שטורח גדול הוא להדר שיהא הרחיצה דווקא במקום שאוכל:

תשובה הנה התוס' בסוטה (דף לט ע"א) ד"ה כל כתבו בהא דקיי"ל דבעינן תיכף לנט"י ברכה דשיעור תכיפה איכא למשמע מתכיפת סמיכה לשחיטה דאמרינן בפרק כל הפסולין כל הסמיכות שהיה שם קורא אני בהם תיכף לסמיכה שחיטה חוץ מזו שהיתה בשער ניקנור שאין מצורע יכול ליכנוס שם אלמא כדי מהלך משער נקנור עד בית המטבחיים לא חשיבא תכיפה ובמסכת מדות (פ"ה) משמע דלא הוי טפי מעשרים ושתים אמה מקום דריסת רגלי ישראל ומקום דריסת רגלי הכהנים שכל אחד היה י"א אמה וכתב המ"א (סי' קס"ו ס"ק ג') וזה לשונו וקשה לי דבזבחים (דף לג) פריך מהא ברייתא למ"ד ביאה במקצת לא שמה ביאה לעייל ידיו ולסמוך ולשחטי' שם אצל הפתח דס"ד דקיי"ל כרבי דס"ל דכל העזרה כשירה לשחיטה ומשני דקיי"ל כר"י בר' יהודא דאסור לשחוט כ"א בצד המזבח והשתא קשה לפי מאי דסלקא דעתך כרבי אם כן אפילו למ"ד שמה ביאה לסמוך לפני הפתח ולעיילה ולישחוט אצל הפתח בפנים אלא ע"כ כשהולך ממקום למקום חשוב הפסק אפילו הליכה מועטת וכ"מ במשנה (ס"פ ב'

דמנחות) במקום שסומכין שוחטין שתיכף לסמיכה שחיטה וצ"ע עכ"ל. וכן הקשה על דבריהם בתשובות חכם צבי ז"ל (סי' ק') והגר"א ז"ל בביאורו שם כתב דמגמרא משמע דאפילו פסיעה אחת הוי הפסק:

ונ"ל ליישב דברי התוס' דדבריהם נכונים דהא תנן במנחות (דף צג) במקום שסומכין שוחטין ותיכף לסמיכה שחיטה. ומפרש שם בש"ס דהכי קאמר במקום שסומכין שוחטין שתיכף לסמיכה שחיטה ודייקא לשון המשנה שלא לסמוך במקום א' ולשחוט במקום אחר ולהכי ודאי לפי מה דס"ד דש"ס דברייתא דקתני דבאשם לא היה תיכף לסמיכה שחיטה אתיא כמ"ד דיכול לשחוט בכל צפון העזרה ומוכיח מזה דביאה במקצת שמה ביאה ואינו יכול להכניס ידיו ולסמוך וצריך להוציא האשם לשער נקנור ולסמוך שם ולהכניסו אח"כ לעזרה לשחוט אתי שפיר מה דזה לא מיקרי תיכף לסמיכה שחיטה דשער נקנור ועזרה תרי מקומות נינהו דשער נקנור לא נתקדש ועזרה מקודשת ולא מיקרי במקום שסומכין שוחטין אע"ג דלא להוי אלא פסיעה א' נמי לא מיקרי תיכף לסמיכה שחיטה משום דהוי שתי מקומות אבל התוס' הוכיחו שפיר דכ"ב אמה הוי הפסק משנויא דמשני הא מני ר"י בר"י הוא דסובר מרחק צפון והיינו דביאה במקצת לא שמה ביאה ויכול להכניס ידיו ובהונות ואפ"ה לא מיקרי תיכף לסמיכה שחיטה משום דמרחק מצפון וצריך לשחוט בצד המזבח והא התם דמקום דמכניס ידיו בעזרה וגם השחיטה הוא בעזרה ואפ"ה אמרינן דלא מיקרי תיכף לסמיכה שחיטה מזה מוכח דכ"ב אמה לא מיקרי תיכף לסמיכה שחיטה אבל מס"ד דש"ס לא מוכח מידי דפסיעה אחת מיקרי הפסק משום כיון דב' מקומות הן הוי הפסק אף בפסיעה אחת וכלישנא דמתניתין דמקום שסומכין שוחטין וכן העתיק הרמב"ם ז"ל לשון המשנה (בפ"ג מה' מעשה הקרבנות) ועיין שם בכ"מ שתמה על הרמב"ם דלא הוי ליה למימר אלא שתיכף לסמיכה שחיטה כלשון הגמרא] אבל פסיעה לחוד היכי דלא הוי ב' מקומות מיקרי שפיר תיכף דקיי"ל בזבחים (דף ק"ה) מחוסר קריבה לאו כמחוסר מעשה דמי אע"ג דאמרינן התם דפרים הנשרפין ושעירים הנשרפין אין מטמאין טומאת אוכלין בפנים כבחוץ אף שסופן לטמא טומאה חמורה משום דמחוסר יציאה כמחוסר מעשה דמי עיי"ש והא יציאה נמי הוי רק מחוסר קריבה להוציאם מעזרה ואפ"ה מיקרי מחוסר מעשה. משום דעזרה וחוץ לעזרה שני מקומות הן וגרע ממחוסר קריבה והכי נמי איכא למימר גבי תיכף לסמיכה שחיטה דלמ"ד שמה ביאה א"ש דלא מיקרי תיכף לסמיכה שחיטה אף דיכול לסמוך בשער ניקנור ולשחוט בעזרה משום דהיכי דמחוסר מעשה הכנסה מחוץ לעזרה לא מיקרי תיכף לסמיכה שחיטה אף בפסיעה א' וכן מצינו בנזיר

(דף מה) דדריש התם מאי דכתיב גבי נזיר וגלח הנזיר פתח אוהל מועד בשלמים הכתוב מדבר ואמר ר' יצחק התם משום דא"א לאמר שיגלח פתח אהל מועד ממש שהרי הוא אומר ולקח שער ראשו ונתן על האש מי שאינו מחוסר אלא לקיחה ונתינה יצא זה שמחוסר לקיחה והבאה ונתינה והיינו שאם יגלח בעזרה ממש והשלמים מבשל בירושלים בכל העיר מחוסר הבאה מעזרה לחוץ לעזרה ואמר התם נמי במתניתין שאם גילח במדינה חוץ לירושלים לא היה משלח תחת הדוד ופירשו התוס' (שם ע"ב) ד"ה לא שאם היה מגלח בגבולין לא היה משלח תחת הדוד דכתיב בקרא וגלח הנזיר פתח אהל מועד ולקח את שער ראש נזרו ונתן על האש אשר תחת זבח השלמים ודרשינן בגמרא יצא זו שמחוסר לקיחה הבאה ונתינה וה"נ מחוסר הבאת שערו מחוץ לירושלים לתתם תחת דוד השלמים בירושלים עכ"ל והא התם אם גילח בירושלים ובשל הדוד בירושלים אף שהיה הגילוח רחוק מהדוד רב לא מיקרי מחוסר הבאה כיון שהכל בירושלים ואלו אם גילח חוץ לירושלים ובשל הדוד בירושלים אף שהיו קרובים מאוד זה לזה כגון שבשל סמוך לחומה בפנים וגלח סמוך לחומה בחוץ מיקרי מחוסר הבאה ואינו משלח תחת הדוד. וע"כ טעמא דמילתא דירושלים וחוץ לירושלים שני מקומות הן דירושלים נתקדשה וחוץ לירושלים חול מיקרי מחוסר הבאה אף בפסיעה אחת וה"נ איכא למימר לענין תכיפה דשני מקומות כמו עזרה וחוץ לעזרה דמחוסר מעשה לא מיקרי תיכף והתם דלא בעינן תכיפה לא איכפת לן ברחוק מקום כלל ותליא רק באיכות המקומות שאם הם שני מקומות מיקרי מחוסר מעשה ואם הם מקום א' לא מיקרי מחוסר מעשה והכא גבי סמיכה דבעינן תכיפה בעינן תרווייהו שלא יהא ב' מקומות וגם שלא יהא רחוק מקום כ"ב אמה כמש"כ התוס' והוכיחו התוס' דכ"ב אמה לא מיקרי תיכף מהא דמשני דאתיא כר' יוסי בר"י דמרחק מצפון ואפשר לסמוך במעייל ידיו לפנים והתם הוי כ"ב אמה ומצי לעייל ידיו לפנים משער ניקנור ואפ"ה לא הוי תכיפה אע"פ שידיו והקרבן הם שניהם בעזרה משום שאינו יכול לקרב ידיו הסומכים למקום השחיטה לא מיקרי תיכף והתם לא הוי שני מקומות דמה איכפת לן במה שאין הסומך יכול להתקרב למקום שחיטה הא אנן בעינן שיהא רק הסמיכה סמוך לשחיטה לא שיהא הסומך סמוך למקום שחיטה ושפיר הוכיחו התוס' מדאמרינן לר"י בר"י דסובר מרחק צפון לא מיקרי סמוך לסמיכה שחיטה אף שמעייל ידיו לעזרה ש"מ דכ"ב אמה לא מיקרי תיכף ומיושב נמי היטב קושיית המג"א והח"צ ז"ל:

אלא שלפי זה יש להקשות דברי התוס' להיפוך דלא מוכח כלל דשיעור כ"ב אמה מוצא מכלל תכיפה דאיכא למימר דע"כ לא אמרינן דא"א להיות תיכף גבי אשם מצורע לר"י

בר"י דאמר מרחק צפון אף שיכניס ידיו ויסמוך בעזרה אלא דוקא התם דכיון דהסומך לא מצי קאי במקום ששוחטין דהיינו בצפון המזבח להכי מיקרי מחוסר מעשה כיון שאינם יכולים להתקרב זה לזה מקום הסמיכה למקום השחיטה ודמי להא דנזיר דאם נימא דצריך לגלח פתח מועד דווקא והדוד שמבשל בו שלמים אורחא דמילתא לבשלם בירושלים כמש"כ התוס' שם בנזיר ד"ה ולא עיי"ש מיקרי מחוסר הבאה דהא הגילוח הוא דוקא במקום זה ואף שבירושלים הדוד יכול להיות בעזרה כמ"ש רש"י בפירוש חומש פ' נשא ששלמי ציבור מתבשלים בעזרה מפני שצריך להניף הזרוע בשלה דכתיב תנופה לפני ה' וגו' מ"מ אינו מחויב לבשלה בעזרה דוקא ורשאי לבשלה גם בירושלים כדמשמע במשנה דמדות דלשכת נזירים הי' בעזרת נשים ששם מבשלים שלמיהם ומגלחים שעריהם הרי דרשאי לבשל בעזרת נשים ולא בעי קדושת עזרה] וכן משמע מלשון התוס' גבי אם גלח במדינה שכתבו דמיקרי מחוסר הבאה תחת הדוד לירושלים ומיקרי מחוסר הבאה משום שדוד השלמים מוכרח להיות בירושלים שלא יפסול ביוצא וכשמביא השער ממדינה מיקרי מחוסר הבאה וה"נ גבי סמיכה כיון שא"א לו לשחוט אלא בצפון המזבח והסמיכה א"א להיות שם לא מיקרי תיכף אבל גבי נטילה שיכול לרחוץ בכ"מ שרוצה וגם אחר שרחץ יכולים להביא הלחם אליו הוי רק מחוסר קריבה ומחוסר קריבה לאו כמחוסר מעשה דמי וכה"ג כתבו התוס' בחולין (דף פ"ד) דדרשינן התם גבי כיסוי הדם ושפך וכיסה מי שאינו מחוסר אלא שפיכה וכיסוי יצא זה שמחוסר שפיכה גרירה וכיסוי וכתב התוס' שם בד"ה יצא וז"ל ול"ד לדם הניתז דהתם אם לא נתזו לא היה צריך גרירה. אבל כאן א"א בלא גרירה עכ"ל ואף דודאי א"א לאמר דרשאי להרחיק ברכה מנטילה דהא בעינן תיכף מ"מ שיעור כ"ב אמה א"א ללמוד מסמיכה דאפשר לומר דהתם טעמא אחרינא הוא משום דלא מיקרי מקום ששוחטין דמחוסר מעשה קריבה הואיל ויש לו מקום קבוע:

מיהו קשה לפ"ז דהא גבי גט דרשינן וכתב ונתן ובעינן שלא יהא מחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה. ומטעם זה פסלינן אם כתב על קרן של פרה וקצץ הקרן ונתן לה משום דמחוסר מעשה קציצה אע"ג דבדידיה תליא מילתא שאם היה רוצה היה נותן לה הפרה בשלימות והוי גט כדאמרינן שם (בגיטין כ"ג) ואפשר לחלק דהתם קציצה הוי מעשה גמורה ומיקרי מחוסר מעשה אף שהיה יכול ליתן כל הפרה מ"מ עכשיו שאינו רוצה ליתן הפרה וכותב ע"מ ליתן הקרן לחוד הוי מחוסר מעשה אבל גבי מעשה קריבה לא מיקרי מחוסר מעשה אלא אם כן אין בידו לעשות בלי מעשה ובזה נדחה מה שהקשה הג"מ איך שולחין גט למרחוק הא בעינן וכתב ונתן שלא יהא מחוסר מעשה והכא מחוסר

הבאה ליד האשה ולפמ"ש לק"מ דהא דקרינן בנזיר מחוסר הבאה למחוסר מעשה הוא משום דא"א לעשות בענין אחר ויש לו קביעות מקום לעשות באופן שמחוסר מעשה אבל גבי גט שבידו לכתוב הגט במקום שהיא עומדת או שתבוא אליו לכתוב וליתן לה. ובזה אמרינן דמחוסר הבאה לא מיקרי מחוסר מעשה ולפ"ז צ"ל דמש"כ התוס' גבי דם הניתז דלא מיקרי מחוסר מעשה משום דהיה אפשר בלא מעשה אם לא היה ניתז התם הטעם משום דבתחילת השחיטה עדיין היה אפשר לכסות בלא גרירה אם לא היה הדם ניתז ולהכי לא מיקרי מחוסר מעשה אבל מה שהי' אפשר קודם התחלת השחיטה להיות הכיסוי בלי חסרון מעשה לא מהני כדאשכחן גבי גט שהיה בידו לכתוב הגט ע"מ ליתן לה כל הפרה ואפילו הכי מיקרי מחוסר מעשה ולפ"ז מה שהקשה התוס' שם (בדף פג) בהא דתניא שחט בהמה ואח"כ חיה דלגררי' ולכסי' כדם הניתז ע"ש בד"ה שחט חיה קאי קושייתם רק לפי הוי אמינא דלא ידע מהך דשפך וכסה דלפי המסקנא דדרשינן ושפך וכיסה לא מהני גרירה בבהמה ואח"כ חיה דהא גרירה מעשה גמורה היא וכיון שבתחילת השחיטה שרוצה לשחוט על דם הבהמה מחוסר גרירה פטור מכיסוי אע"ג דאפשר לשחוט במקום אחר כמו דחשבינן מחוסר מעשה גבי ** (הגה"ה וראיתי בספר בית מאיר שהקשה בשם הגאון מוהרי"ל הורוויץ בהא דאמרינן בגיטין האשה כותבת גיטה משום דידעה לאקנויי והא מחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה דצריכה להקנות לו הנייר ומחוסר הקנאה מיקרי מחוסר מעשה כמו דאמרינן בפרק כיסוי הדם דכיסוי הדם אינו נוהג בקדשי בדק הבית משום דמחוסר פדיה ואנן בעינן ושפך וכיסה ונ"ל דלק"מ דודאי פדיה הוי מחוסר מעשה דפדיית הקדש בעי שלשה כדאיתא בפ"ק דסנהדרין. ומי יימר דמזדקקי תלתא כדאמרינן בשבת (דף מג) אבל הקנאה בהדיוט דסגי בינו לבין עצמו לא מיקרי מחוסר מעשה:) גט אע"ג שהיה יכול ליתן כל הפרה ומעתה לפי מה שבארנו דגבי מחוסר קריבה היכא שהיה בידו לעשות בלי חסרון לא מיקרי מחוסר מעשה. וא"כ אין ראיית התוס' מוכרחת במה שהכריחו דכ"ב אמה הוה שיעורא דתכיפה גבי נט"י:

ומ"מ נראה שהתוס' לא משמע להו למימר דהתם הטעם משום דלאו מקום שחיטה הוא הוי מחוסר הבאה כיון דמ"מ הכל במקום אחד הוא שהסמיכה היתה בעזרה במעייל ידיו והשחיטה בצפון המזבח העזרה הוי מיקרי שפיר מקום ששוחטין אי לאו טעמא דכ"ב אמה מוצא מכלל תיכף ולהכי כתבו דכ"ב אמה הוי שיעורא דתיכף:

מיהו נראה לי דאף לדעת התוס' דכ"ב אמה הוי הפסק או בית אחר הוי הפסק ולא מיקרי תיכף לנטילת ידים. מ"מ היינו אם אחר הניגוב הלך כ"ב אמה או לבית אחר. אבל אם ניגב ידיו ולא הפסיק בהילוך כ"ב אמה או בית אחר אחד שניגב לא הוי הפסק דניגוב

גמר נטילה הוא כמו שכתב התוס' והרא"ש בפ"ק דפסחים והביאם הרמ"א ז"ל (בסי' קנ"ח סעיף י"א) דאף דצריך לברך קודם נטילה שהוא עובר לעשייתן מ"מ אם מברך קודם ניגוב מיקרי עובר לעשייתן שגם הניגוב מן המצוה ומיקרי עובר לעשייתן עיי"ש וכיון דגם הניגוב מן המצוה אם הניגוב היה תיכף לברכה שפיר דמי כן נלע"ד:

סימן יט

בש"ע או"ח (סימן ש"א סעיף מ"ב) המוצא תפילין בשבת בבזיון במקום שאין משתמרין כו' מכניסן זוג זוג דרך הלבשה עד שיכניסם כולם וכ' המג"א ע"ז הקשה בתויו"ט כיון דקיי"ל שבת לאו ז"ת א"כ יכניס ב' זוגות בבת א' דלא עבר אב"ת דלאו זמני' הוא כדאיתא בגמרא:

ונ"ל לישב על נכון דדעת הרמב"ם ז"ל דאף דאיתא בגמ' דטעמא דר"ג דמכניסן ב' ב' משום דסובר שבת לז"ת והוי שלא בזמנו ושלא בזמנו לא עבר אב"ת בלא כוונה דלעבור שלא בזמנו בעי כוונה מ"מ הא איתא במנחות (דף ל"ו) תפילין מאימתי מברך עליהן כו' ועד מתי מניחן עד שתשקע החמה ר' יעקב אמר עד שתכלה רגל מן וחכ"א עד זמן שינה ומודים חכמים לר"י שאם חלצן ליכנס לבה"כ או לבית המרחץ ושקעה חמה שוב אינו חוזר ומניחן ופרש"י דר"י וחכמים סברי לילה לז"ת מיהו הנ"מ להניחן אבל אם הם מונחים עליו מכבר מבע"י ליכא איסורא מה"ת ורק מדרבנן אסור שמא יישן בהם וכן הוא בירושלמי וכ"כ הרמב"ם ז"ל (בפ"ד מהלכות תפילין ה"י) וז"ל זמן הנחת תפילין ביום ולא בלילה שנאמר מימים ימימה חוק זה הוא מצות תפילין וכן שבתות ויו"ט כו' ומאימתי זמן הנחתן משיראה את חבירו ברחוק ד"א עד שתשקע החמה ומי שהניח תפילין קודם שתשקע החמה וחשכה עליו אפילו הן עליו כל הלילה מותר ואין מורין דבר זה לרבים אלא מלמדין אותן שלא יניחו תפילין עליהם כלל אלא יחלצו אותן משתשקע החמה וכל המניח תפילין לכתחילה אחר שתשקע החמה עובר בלאו שנאמר ושמרת את הזאת מימים ימימה כו' עכ"ל. הרי שפסק בהדיא דאף דלילה לאו זמן תפילין ועובר בלאו אם מניחן מ"מ אם היה עליו מכבר מותר מה"ת רק שאין מורין כן והיינו וודאי אפילו אם מכוון לשם מצוה בשעה שהן עליו וא"צ לשומרן כלל דבצריך במה שהם עליו לשומרן אמאי אין מורין דבר זה לרבים. הא כתב (בהלכה י"ב) ואם לא חלץ תפילין משקעה החמה מפני שלא היה לו מקום לשומרן ונמצאו עליו כדי לשומרן מותר א"ו מש"כ דאין מורין כן מיירי אפילו אם מכוון לשם מצוה במה שהם עליו אפ"ה שרי מה"ת כיון שלא הניחם בתחילה בלילה והיו עליו מבע"י וגם הא דאמרינן דבצריך לשומרן מותר ומורין כן מיירי נמי דלובשן ומכוון בזה לקיים מ"ת ואפ"ה שרי מן הדין הואיל וצריך להניחן

בלא"ה כדי לשומרן והכי משמע בגמ' דמנחות שם דקאמר הוי קאימנא קמיה דרב אשי וחשך והניח תפילין ואמינא ליה לשמרן קבעי מר וכו' קסבר הלכה ואין מורין כן וקשה מאי מסתפק אי לשומרן קבעי אי לא הא קא חזא אי מברך עלייהו אי לא ואם מברך עלייהו ע"כ לאו לשומרן קבעי ואי לא מברך הלא לשומרן קבעי ודוחק לומר דלהכי לא בירך משום שחלצו ע"מ לחזור ולהניחן שא"צ לברך וכה"ג הקשו התוס' בברכות (דף י"ד) ד"ה ימים גבי רב בענין הלל ע"ש אלא וודאי דהא דלשומרן שרי היינו אפילו במכוין לשם מצוה וכיון דצריך לשומרן יכול להניחם לשם מצוה ולברך עלייהו להכי שפיר הוה מסתפק אם לשמרן קבעי לו או לא וכן נמי הא דשרי במונחין עליו כבר מירי נמי אפילו במכוון לשם מצוה אלא דלשומרן מורין כן ובמונחין מכבר אין מורין כן ובזה פליגי ת"ק עם ר"י וחכמים דת"ק סובר עד שתשקע החמה משום דסובר לילה לז"ת ולא מפליג בין מניחו למונחים מבע"י בתרווייהו אסור מה"ת מקרא דושמרת ור"י וחכמים סברי דמה"ת שרי במונחים עליו רק מדרבנן אסור להכי שרי עד שתכלה רגל מן השוק ולחכמים עד זמן שינה ומזמן שינה ואילך אסור:

ולפ"ז נראה דהא דאמרינן (בפ' המוצא תפילין) דלר"ג דסובר שבת לז"ת מותר להכניס שתים שתים משום דלא עבר אב"ת דהוי שלא בזמנו היינו לת"ק דר"י וחכמים דלא מחלק בין מניחן בתחילה למונחין מבע"י ולריה"ג תרווייהו אסורין מאזהרה דושמרת וכן לר"ע דמפיק שוי"ט מקרא דוהי' לך לאות על ידך יצאו שוי"ט שאין צריכין אות אין חילוק בין מניחן למונחין מתחילה בתרווייהו ליכא מצוה אבל לר"י דסבר דקרא לא אזהר אלא מלהניחן בתחילה בלילה אבל אם מונחים מכבר רשאי להחזיקן עליו אף לשם מצוה כמו שבארנו וכיון דסברי גבי לילה דבמונחין כבר שרי אף במכוון לשם מצוה ה"ה גבי שבת בעינן למימר הכי דאם מונחים עליו מבע"י שרי מה"ת אף במכוון לשם מצוה דמ"ש שבת מלילה דתרווייהו מחד קרא נפקא מדכתיב מימים ימימה ואין לחלק בין אזהרת ושמרת דשבת מאזהרת ושמרת דלילה דתרווייהו שרי במונחין מכבר א"כ אם לובשן בשבת שנים שנים עובר אב"ת אף בלא כוונה דאף דלעבור שלא בזמנו בעי כוונה מ"מ הא מסיק דלא מקרי שלא בזמנו אלא בישן בשמיני בסוכה דלא משכחת ליה כלל מצות סוכה בשמיני להכי מיקרי שלא בזמנו אבל גבי בכור שנתן במתן ד' דקאמר ר' יהושע שעובר אב"ת אע"ג דכי יהיב ליה מתנה מבכור עברי' לזמנו אפ"ה עובר אב"ת אף בלא מתכוון משום דלא מיקרי שלא בזמנו דכיון דאי מתרמי' ליה בוכרא אחרינא הדר מזה מיניה כולא יומא מקרי בזמנו כדמסיק רבא התם בסוף הסוגיא דפריך והא מתן דמים לר' יהושע דלעבור לא בעי כוונה ומשני אלא אמר רבא לצאת לא בעי כוונה לעבור בזמנו לא

בעי כוונה שלא בזמנו בעי כוונה עיי"ש וכיון דבבכור מקרי בזמנו משום דאי מיתרמיא ליה בוכרא אחרינא ה"נ בשבת לענין תפילין לר"י וחכמים לא מיקרי שלא בזמנו דהא למי שהתפילין מונחים עליה מבע"י רשאי להחזיקן עליו ולכוין לשם מצוה [ואינו אסור רק ללובשן לכתחילה] ומיקרי שפיר בזמנו ולא בעי כוונה ואם יכניס שנים יעבור אבל תוסיף והש"ס דקאמר דלר"ג דסובר לז"ת הוי שלא בזמנו ולא עבר אב"ת קאי בשיטת הת"ק דר"י דסובר דאפילו במונחין אסור גבי לילה וה"ה גבי שבת והוי שלא בזמנה דלא משכחת לה למצות תפילין בלילה ובשוי"ט כלל להכי לא עבר בלא כוונה אב"ת אבל לדידן דקיי"ל כרי"ע וחכמים דבמונחין מכבר שרי אף במתכוון לשם מצוה הוי שפיר בזמנו דכיון דמשכחת לה לכוונת מצות תפילין אף בשבת הוי בזמנו ולא בעי כוונה ואף שיש לחלק קצת דדוקא גבי בכור מיקרי בזמנו גם אחר ההזאה דלהאי גברא מצי לאתרומי' בוכרא להזות גם האידנא וכן גבי כהן שהוסיף ברכה אחר שגמר כל ברכותיו דאי מתרמי ליה ציבורא אחרינא מצי לברך להכי מיקרי גם השתא בזמנו אבל תפילין כיון שכבר לא היו עליו בתחלת הלילה שוב לא מצי ללבשן כל הלילה ומקרי שלא בזמנו ולא עבר אב"ת בלא כוונה מ"מ נראה דגם זה מיקרי בזמנו כיון דלגבי מאן דלא חלץ משקעה החמה עליו רשאי להחזיקן עליו ולכוון לשם מצוה אע"ג דלהאי גברא שלא היה עליו בתחילת הלילה שוב לא מצי להניחן. מ"מ הזמן הזה משכחת ביה מצות תפילין דהא גבי ברכה דכהן נמי מי לא משכחת שאין שהות עוד ביום להתחיל ולהגיע לברכת כהנים ולברך ציבורא אחרינא וכן גבי בכור מי לא עסקינן שאין שהות עוד ביום לשחוט בכור ולזרוק הדם ואפ"ה אמר ר' יהושע כשאתה נותן במתן ד' אתה עובר אב"ת. וע"כ משום דכיון דמשכחת לפעמים גם בהאי זימנא המצוה מיקרי בזמנו אע"ג דלהאי גברא בהאי מעשה לא משכחת לה. וה"נ גבי שבת ולילה כיון דאי הוי עליו התפילין מבעו"י רשאי להחזיקן עליו לשם מצוה מקרי בזמנו:

ואף שהתוס' כתבו בעירובין (דף צ"ו) גבי נשים שאינן מצוות במ"ע מיקרי שלא בזמנו אי לבשי תפילין וציצית אלמא דמגברי לנשי מיקרי שלא בזמנו מ"מ היינו דווקא גברי ונשי דנשים עם בפ"ע הם אבל מגברא לגברא כיון דבמאן דלביש מבעו"י מקרי זמנו לגבי מאן דלא לביש תפילין מבע"י נמי מקרי זמנו ועובר אב"ת אם לובש שנים ושפיר פסק הרמב"ם ז"ל כת"ק דמכניסן זוג זוג כיון דקיי"ל כר' יעקב וחכמים דבעודן עליו מבעו"י מותרין להיות עליו כל היום מה"ת:

ואין להקשות לפ"ז אמאי פסק הרמב"ם דמכניסן זוג זוג נהי דאזהרה דושמרת ליכא כשמניח לשומרן בלילה או בשבת מ"מ הא איכא נמי ב"ת בזוג אחד וכיון דבארנו דמיקרי

בזמנו משום שאם היו עליו מבעו"י רשאי להחזיקן עליו אף לשם מצוה הא בזמנו לא בעי כוונה וכמו שאסור שנים שנים משום ב"ת ה"נ איכא ב"ת בזוג אחד וא"כ אמאי רשאי להכניסם זוג זוג הא עבר אב"ת. א"ו דזה מיקרי שלא בזמנו משום שאם לא היו עליו מבעו"י אסור להניחן מיקרי שלא בזמנו ולהכי רשאי ללובשן ולשמרן ולא עבר אב"ת דשלא בזמנו לא עבר אב"ת וא"כ ב' נמי לישתרו כיון דהוי שלא בזמנו דז"א דנ"ל דכיון דאיכא קרא מיוחד אהנחת לילה ושויו"ט דכתיב ושמרת וגו' מימים ימימה אם הניחן בלילה או בשויו"ט ליכא ב"ת רק עבר באזהרה דושמרת ולא אב"ת דלא שייך לשון הוספה כיון דאזהר קרא ע"ז באזהרה מיוחדת [אף דבעירובין קאמר התם אהך אוקימתא דבעי לאוקמי דכ"ע שבת לאו ז"ת ובלעבור שלא בזמנו קמיפלגי דת"ק סבר לא בעי כוונה ופריך א"ה זוג אחד נמי לא והיינו משום דעבר אב"ת הרי דבזוג אחד למ"ד לז"ת נמי איכא ב"ת התם קאי לר"ע דפוטר שבוי"ט מוהיה לאות על ידך דמהאי קרא ליכא ללמוד איסורא בשויו"ט כמו שכתבו הפוסקים רק פטורא בעלמא להכי שייך ב"ת כיון שפטור מדבר ועושהו עובר אב"ת אבל לריה"ג דדריש ושמרת אלילה ושבויו"ט דאיכא אזהרה מיוחדת לשבת ולילה אין בזה גדר ב"ת רק אזהרה דושמרת] וכיון דלשומרן ליכא אזהרה דושמרת ב"ת נמי ליכא דבמאי דכתב קרא להזהיר להניח תפילין בלילה ובשבת ויו"ט מפקינן מצות תפילין מאיסור ב"ת דאם הי' בזה איסור ב"ת לא הי' מפיק קרא מיעוטא דלילה ושבת ויו"ט בלישנא דושמרת שהיא אזהרה כמו לאו אלא הוה כתוב קרא בלישנא אחרינא למעט לילה ושבת ויו"ט דליכא בהו מצוה אם מניח וממילא הוי ידעינן דאיכא בל תוסיף כמו בכל התורה שהזהירה תורה שלא להוסיף על ד"ת ומדאפקי קרא בלשון ושמרת שהוא אזהרה כמו לאו ש"מ דב"ת ליכא בזה דלא שייך ב"ת אלא היכא דליכא איסור רק שמוסיף על ד"ת אבל היכא דאיכא איסור לא שייך הוספה וכיון דליכא ב"ת בזוג אחד כשמניחן בשבת ויו"ט או בלילה למ"ד דדרשינן אזהרת ושמרת ואפקיה רחמנא מאיסור בל תוסיף לאזהרת ושמרת ממילא היכא דמניח לשמרן או במונחין עליו מכבר דאמרינן דאינו עובר על אזהרה דושמרת אינו עובר נמי אבל תוסיף דהא אפקי' רחמנא הנחת תפילין מדין בל תוסיף וגלי קרא דהמניח תפילין בשעה שאינו חייב ליכא בל תוסיף וכ"ז במניח זוג א' דאז ליכא ב"ת רק אזהרת ושמרת דאפקי' קרא מאיסור ב"ת אבל שנים שנים אסור דהא בחול נמי עובר אם לבש שנים אב"ת. לכן בשבת נמי עבר דהא בארנו דלא מיקרי שלא בזמנו כיון שאם מונחים מכבר רשאי להיות מונחים עליו לשם מצוה. ומיושבים היטב דברי הרמב"ם ז"ל:

ואין להקשות אמאי לא יכניסם שנים שנים להר"מ ז"ל כיון דפסק כריה"ג ושבת אסור בהנחת תפילין מקאר דושמרת וכמ"ש השא"ר (בסי' מ"א) אליבא דהר"מ ז"ל א"כ הא דשרינן להכניס זוג א' הוא משום דסבר דלשמרן שרי להניח לכתחילה א"כ אמאי אסור להכניס שנים שנים משום ב"ת הא כיון דמכוון בהדיא לשמרן הרי מכוון שלא לשם מצוה והר"ן ז"ל בר"ה כתב בשם רבינו שמואל דבכיון בהדיא שלא לצאת לכ"ע לא יצא ופשיטא דכ"ש לענין ב"ת דאינו עובר אב"ת במכוון שלא לצאת וא"כ אמאי אסור שנים שנים ובמשנה דקאסר ת"ק שנים שנים משום ב"ת אתי שפיר דסובר דבשבת ליכא איסורא בתפילין ולובש זוג אחד לשם מצות תפילין אבל שנים שנים אסור משום ב"ת אבל להר"מ הא לשם תפילין אסור משום ושמרת אפילו זוג א' וע"כ הא דשרינן זוג אחד היינו במכוון לשמרם וא"כ בשנים נמי ליכא ב"ת ואפשר ליישב דהר"מ ז"ל סובר דלענין מצות למ"ד מצות א"צ כוונה יוצא אפילו כיון שלא לצאת כדעת הר"ן בר"ה (דף כ"ט) וממילא לענין ב"ת בזמנו דלא בעי כוונה עובר במכוון שלא לצאת:

ועוד אפשר לומר אפילו אם נימא דמכוון שלא לצאת ליכא ב"ת מ"מ הכא גזרינן שמא אחר שיניחן לשמרן ישכח אח"כ ויכוין לשם מצוה ואז יעבור אב"ת אבל בזוג א' אפילו אם יכוין אח"כ לשם מצוה שרי דכמו שאם היו מונחין עליו מבעו"י שרי להחזיקן עליו אף לשם מצוה. ה"נ אם הניחן בתחילה לשמרן ואח"כ כיון לשם מצוה שרי כיון דלא קפיד קרא אלא אתחילת הנחתן שלא יהי' לשם מצוה ולהכי זוג א' שרי לשמרן ולא חיישינן שמא אח"כ יכוין לשם מצוה אבל בשנים חיישינן שמא ישכח אח"כ ויכוין לשם מצוה ועבר אב"ת:

ודע דלכאורה יש להקשות ע"ד רבינו שמואל שהביא הר"ן דבמכוון שלא לצאת לכ"ע לא יצא מהא דאמרינן בקידושין (דף ל"ט) ובחולין (דף קמ"ב) ר' יעקב אומר אין לך כל מצוה שבתורה שאין תחיית המתים תלוי' בה בכיבוד או"א כתיב למען ייטב לך והארכת ימים ובשילוח הקן כתיב למען יאריכון ימיך ולמען ייטב לך הרי שאמר לו אביו להביא גוזלות ועלה לבירה ונטל את האם ושלח את הבנים ונפל מן הגג ומת היכן אריכות ימיו של זה והיכן טובתו ש"ז אלא למען ייטב לך לעולם שכולו טוב ולמען יאריכון ימיך בעולם שכולו ארוך ודלמא לא הוי הכי ר' יעקב מעשה חזא ודלמא מהרהר בעבירה הוי מחשבה רעה אין הקב"ה מצרפה למעשה ודלמא מהרהר בע"ג הוי כו' דכתיב למען תפוש את ישראל בלבם כו' וקשה לימא דלמא חישב בלבו שאינו עושה הדבר לשם מצוה אלא להנאת אביו וכן בשילוח הקן חישב בלבו בהדיא שאינו עושה לשם מצוה אלא למדת הרחמנות כדאמרינן בברכות אתה חסת על קן ציפור וכשמכוון בפירוש שלא לשם מצוה

אין כאן מצוה כלל א"ו דאף שמחשב שלא לשם מצוה נמי הוי מצוה ושפיר הוכיח ר' יעקב מזה דמתן שכרן של מצות בעוה"ב הוא (ועיין ברמב"ם ז"ל שכ' (בהלכות מלכים) גבי ב"נ שקיים שבע מצות מפני שדעתו נוטה לזה ולא לשם מצות בוראו אינו מחסידי אוה"ע אלא מחכמיהם דמשמע שכל העושה שלא לשם מצוה אין בזה סרך מצוה ואפשר לומר דדוקא בב"נ אמרינן הכי ולא בישראל:

וכה"ג מפלגינן (בפ"ק דר"ה) לענין סלע זו לצדקה בשביל שיחי' בני דמהני בישראל ולא בב"נ וכן אפשר לומר במכוון שלא לצאת דבישראל מקרי מצוה ולא בב"נ ועוד יש לחלק בין מצוה שבקום עשה לשב ואל תעשה דבשוא"ת לא הוי מצוה אלא כשמכוון לשם מצוה כדאמרינן בקידושין פ"ק גבי ר' צדוק וחביריו שישבו ולא עברו עברה מחמת מצות בוראן מעלה עליו הכתוב כאלו עשה מצוה אבל אם לא עבר אלא מחמת משפט שכלו לא חשיב כאילו עשה מצוה ולהכי בב"נ שאין בשבע מצות דידהו קום עשה רק שוא"ת שפיר כתב הרמב"ם ז"ל שאם קיימן מחמת נטיית דעתו לא מחשב מצוה אבל בקום עשה שעושה מעשה מחשב מצוה בכל גווני]:

ונ"ל ליישב דעת הר"ן ז"ל דיש תרי גווני מצות האחד מצות מצה או לולב דא"צ לעשות אלא פ"א ואחר שעשה אותה אין עוד שום מצוה בעשותה פעם שני דאם אכל כזית מצה או נטל הד' מינין אין עוד מצוה בעשותה עוד פעם שני. ויש מצוה שבזמנה אין לה הפסק כמו תפילין שכל זמן שמניחן קיים מ"ע וכן כבוד או"א כל שמצוה לו אביו לעשות ועושה מקיים מ"ע וכן שילוח הקן כל שמזדמן לו קן מצוה בשילוח ולמ"ד מצות צ"כ אין חילוק בין מצוה למצוה ובכולהו סובר דאם עשאן בלא כוונה לא יצא מפני שהוא סובר דהכוונה הוא מפרטי המצוה ואם לא כיון לבו חיסר חלק מחלקי המצוה להכי בין במצה ושופר ולולב שיש שיעור לעשייתן פעם א' בין בתפילין שאין שיעור לקיום מצותן בכולהו סובר דבלא כוונה לא יצא כדאיתא בר"ה גבי מצה ושופר ובעירובין (צ"ה) גבי תפילין אבל מ"ד מצות א"צ כוונה לדידי' אין הכוונה מתנאי ופרטי המצוה רק שאם חשב בהדיא שלא לצאת הוא סותר מצותו כמ"ש הר"ן בשם רבינו שמואל ולדידי' איכא לאפלוגי דדוקא במצוה שיש שיעור לקיומה כמו מצה ולולב ושופר בזה מהני מחשבתו לסתור המצוה דהא אין באכילת מצה מצוה כ"א פ"א וכיון שאינו רוצה לצאת באכילתו זו אין כאן מצוה ודומה כמי שאוכל אחר שאכל הכזית ראשון דלא מיקרי מצוה וזה לא רצה לצאת גם באכילתו הראשונה ולא יצא משא"כ בתפילין וכיבוד או"א ושילוח הקן שאין שיעור לקיום מצותן וכל אימת שעושה אותן יש בהם קיום המצוה אין כח במחשבתו שחישב על מעשיו שהן שלא לשם מצוה לסתור ולבטל כח המצוה

ומאיליו הוי מצוה אף אם כיון שלא לצאת דכל אימת שעושה אותן כשנזדמנו לו הם קיום המצוה ומחשבתו לסותרה לאו כלום הוא וא"ש הא דלא פריך בקידושין גבי מעשה דר"י דלמא כיון בהדיא שלא לשם מצוה דגבי כאו"א הוי מצוה אף בכיון בהדיא שלא לשם מצוה ודו"ק:

סימן כ

שאלה איש אחד שגג והעמיד בשבת קדירה קרוב לאש שהי' בוער בתנור להחם הבית ולא ידע שיש בקדירה תבשיל חי כי היה סבור שהקדירה רקנית והעמידה שם בלא כוונת בישול ונתבשל התבשיל שבתוך הקדירה עד שהי' ראוי לאכול אם מותר באכילה ביום השבת או לא:

תשובה הנה במבשל בשבת קיי"ל כר' יהודה דבשוגג יאכל למ"ש כמו דפסקינן בשו"ע (סימן שי"ח) אלא שיש להסתפק דבשוגג היינו שגגת שבת או שגגת מלאכה דחייב עליו חטאת אבל הכא שלא ידע שיש כאן תבשיל בקדירה דפטור אף מחטאת משום דהוי מתעסק בעלמא ובשבת אמרינן מלאכת מחשבת אסרה תורה אפשר דלא גזרינן לאסור באכילה ומותר אף בו ביום ומהא דאמרינן בשבת (דף ל"ח) שכח קדירה ע"ג כירה ובשלה בשבת דרבה ורב יוסף תרווייהו אמרי להתירא דבין בשוגג בין במזיד יאכל משום דדוקא מבשל דקא עביד מעשה אבל שכח דלא עביד מעשה שרי אין ראי' להתיר במתעסק דאף דשכח כמתעסק דמי מ"מ הא התם העמיד הקדירה בע"ש והי' התחלת המלאכה בחול אבל אם נעשה המלאכה כולה בשבת אפשר דאסור בו ביום וראיתי להגאון רע"א זצ"ל בתשובה שכ' לחלק בין היכא דפטרינן משום מתעסק להיכא דפטרינן משום מלאכת מחשבת אסרה תורה דהיכא דפטור משום מלאכת מחשבת לא מיקרי מלאכה כלל וחבירו הרואה שרוצה לעשותו א"צ להפרישו כלל אבל במתעסק מיקרי עבירה רק שפטור מחטאת ומחויב חבירו להפרישו. והנה במש"כ דכל היכא דמיפטר מטעם מלאכת מחשבת לא מיקרי מלאכה כלל ואין אחר מצווה להפרישו צע"ג דהא בכריתות (דף י"ט) מבואר דמתכוון לחתוך מחובר זה וחתך מחובר אחר מיפטר מטעם מלאכת מחשבת וכ"פ הרמב"ם ז"ל וא"כ איך אפשר לאמר שהרואה שחבירו רוצה לחתוך מחובר אלא שטועה שסובר שהוא מחובר אחר שלא יהא חבירו מצווה להפרישו הא ודאי ליתא וכן בנתכוון לזרוק ארבע וזרק שמונה פטרינן בשבת משום מלאכת מחשבת איך אפשר לומר דבזה אין חבירו מצווה להפרישו:

ואפשר לומר דתליא במחלוקת רש"י ותוס' בב"ק (דף ל"ה) דפריך התם אמ"ד מקלקל בחבורה פטור ממתניתין דקתני שורו שהדליק את הגדיש חייב והוא שהדליק את הגדיש

פטור ומשני רבא מתניתין בשוגג וכדתני דבי חזקיה מכה אדם ומכה בהמה כו' ופרש"י ז"ל לעולם מתניתין דלא קבעי לי' לאפרי' והאי דפטור מתשלומין לאו משום דהוי חיוב מיתה דהא מתניתין אפילו בשוגג מיתוקמא דליכא חיוב מיתה פטור מתשלומין עכ"ל הרי משמע בהדיא דמקלקל דמי לשוגג דאיכא איסור ומיפטר מתשלומין והיינו ע"כ דאיכא איסור תורה דאי ליכא איסור תורה רק איסור דרבנן קא עביד לא מיפטר משום זה מתשלומין והא מקלקל דמיפטר הוא מטעם דלא הוי מלאכת מחשבת כמ"ש התוס' בכתובות (דף ה') ד"ה את"ל והוא מש"ס דכריתות דכי היכא דמקלקל חייב מתעסק נמי חייב. ואפ"ה חשבינן לי' למקלקל דקא עביד איסור כמו עושה בשוגג ופוטר מתשלומין א"כ כל מתעסק היכא דלא הוי מלאכת מחשבת מיקרי נמי עביד איסורא ומש"כ רש"י ז"ל בשבת (דף קמ"ו) אמתניתין דקתני שובר אדם את החבית לאכול ממנה גרוגרת ובלבד שלא יתכוון לעשות כלי ופרש"י ז"ל דאין במקלקל שום איסור בשבת התם הוי מקלקל בלי שום מלאכה דהא אין בנין וסתירה בכלים ומקלקל בלי מלאכה ודאי דליכא שום איסור ואפילו למ"ד יש בוס"ת בכלים מ"מ גבי סתירה הא בעי ע"מ לבנות להכי בשבירת כלי בעלמא ודאי דליכא איסורא כלל תדע דהא מותר לכתחילה ועיין בר"נ ז"ל שם במשנה אבל עושה מלאכה ומקלקל במלאכתו שעשה איכא איסור תורה אף דלא הוי מלאכת מחשבת והתוס' שם הקשו על רש"י וכתבו שם דלא דמי מקלקל לשוגג דשוגג איכא איסור מלאכה ובמקלקל ליכא איסור מלאכה:

ומ"מ נראה לי דאין ראי' מדברי התוס' דמתעסק אין בו איסור מלאכה דהא התוס' כתבו שם דר' אבוה ור' יוחנן פליגי אליבא דר"ש דמחייב מקלקל בחבורה דר"א סובר דלא בעי תקון כלל ור"י סובר דבעי תקון קצת ומקשה אר"י ממשנה דהוא שהדליק הגדיש פטור אף דמיירי דומיא דשורו דלא קבעי לי' וע"ז פרש"י דרבא משני דאף דהוי מקלקל אפ"ה פטור מתשלומין דדמי לשוגג וע"ז חלקו התוס' דמקלקל עדיף משוגג דליכא איסור מלאכה כלל והיינו היכא דליכא תיקון כלל כדקיימינן הכא אליבא דר"א אבל היכא דאיכא תיקון קצת אפשר דמודו התוס' לשיטת רש"י דאיכא איסור מלאכה אף למאן דפוטר מקלקל בחבורה ומתעסק הא דמי למקלקל שיש בו תקון קצת [דהא מ"מ נעשה מלאכה אף שלא כיון לה] ויש בו איסור מלאכה ויש להביא ראי' לזה דמתעסק דמי למקלקל שיש בו קצת תיקון ולא למקלקל גמור דהא הש"ס בפסחים קאמר אמתניתין דשחטו ונמצא טריפה בגלוי חייב לדברי האומר מקלקל בחבורה פטור מה תיקן ומשכח שם תיקון להוציאו מידי אבה"ח וכתבו התוס' דקושיית הש"ס הוא לר' יוחנן דסובר דגם לר"ש דמחייב מקב"ח מ"מ בעי תיקון קצת אבל לא בעי הש"ס לשנויי מתניתין

אליבא דר' יהודה דסובר מקלקל בחבורה פטור דהא ודאי דמתניתין לא אתיא כר"י דהא קתני במתניתין ושאר זבחים ששחטן לשם פסח אם אינו ראויין חייב וזה הוי מתעסק ששחט שאר זבחים וסבור שהוא פסח ולר' יהודה דמקב"ח פטור מתעסק נמי פטור אע"כ דמתניתין אתי כר"ש דמחייב מקב"ח ולהכי מתעסק נמי חייב והש"ס דקאמר לדברי האומר מקב"ח פטור היינו ר' יוחנן אליבא דר"ש דבעי תיקון קצת עי"ש בתוס' שביארו כ"ז וא"כ מוכח מזה דהא דמדמי הש"ס דכריתות מתעסק למקלקל היינו למקלקל שיש בו תיקון קצת דליכא למימר דמתעסק דמי למקלקל גמור א"כ אמאי מחייב בשוחט אינן ראוין לשם פסח הא הוי מתעסק ואף דמקב"ח סובר דחייב מ"מ הא במקלקל גמור מודה דפטור א"ו דמתעסק דומה למקב"ח שיש בו תיקון קצת וכיון דמחייב במקלקל שיש בו תיקון קצת מחייב נמי במתעסק וא"כ ודאי דיש מקום לומר דכיון דמש"כ התוס' דמקלקל לית בי' שום איסור היינו במקלקל גמור אבל מקלקל שיש בו תיקון קצת יש בו איסור מלאכה וה"ה מתעסק דדמי למקלקל שיש בו תקון קצת יש בו איסור מלאכה והכי משמע לי ממימרא דרבה (ב"ק דף כ"ו) דקאמר היתה אבן מונחת לו בחיקו ולא הכיר בה ועמד ונפלה לענין נזקין חייב כו' לענין שבת מלאכת מחשבת אסרה תורה כו' הכיר בה ושכחה ועמד ונפלה לענין נזקין חייב לענין שבת פטור כו' נתכוין לזרוק ב' וזרק ד' לענין נזקין חייב לענין שבת מלאכת מחשבת בעינן כו' והנה שינה רבה בלשונו דבלא הכיר בה אמר לענין שבת מלאכת מחשבת אסרה תורה ואח"כ בהכיר בה ושכחה אמר סתם לענין שבת פטור משמע דהא נמי מהאי טעמא דמלאכת מחשבת אסרה תורה ובנתכוין לזרוק שתים וזרק ארבע אמר מלאכת מחשבת בעינן ולא אמר כדאמר מעיקרא מלאכת מחשבת אסרה תורה מזה נראה בעליל דבתרתי בבי קמייתא בלא הכיר בה או בהכיר בה ושכח ועמד ונפל אמר מלאכת מחשבת אסרה דבזה שלא הכיר או הכיר ושכח ליכא איסור מלאכה מן התורה כלל כיון שלא כיון לעשות שום דבר ונעשה הכל מאיליו אבל בנתכוין לזרוק שתים וזרק ארבע שעשה דבר בידים אף שלא כיון למלאכה מ"מ איסור מלאכה איכא רק דלענין חטאת פטור דמלאכת מחשבת בעינן לענין חטאת: אבל לא אמר מלאכת מחשבת אסרה תורה דמזה הוי משמע דליכא איסור תורה בנתכוין לזרוק שתים וזרק ארבע ובאמת איכא איסור מלאכה מן התורה רק דחטאת ליכא ובזה מיושב מה שהקשו התוס' והרשב"א ז"ל בשבת (דף י"א) אמתניתין דלא יצא החייט במחטו שמא ישכח ויצא וז"ל אליבא דרבא דאמר לא גזרינן גזירה לגזירה אין לפרש שמא ישכח המחט דאפילו יצא ליכא איסור דאורייתא כדאיתא (בפ"ב דב"ק) הכיר בה ושכחה לענין שבת פטור מלאכת מחשבת אסרה תורה אלא שמא ישכח את המחט

להצניעו עד שיהא שבת ולבסוף שיזכור את המחט ישכח את השבת ויצא עכ"ל וכן הרשב"א בחידושיו הקשה מהא דרבה לרבא ולפמש"כ א"ש דדוקא גבי אבן מונחת לו בחיקו ועמד ונפלה דלא עביד מעשה כלל והאבן נופל מאיליו בזה אמר רבה דליכא איסור תורה דמלאכת מחשבת אסרה תורה אבל היכא דעביד מעשה אף שלא נתכוין לדבר שהוא מלאכה שאסור בשבת מ"מ איסור שבת איכא אף מן התורה שהרי נעשה מלאכת שבת מאיליה ולהכי גבי חייט גזרינן שלא יצא במחטו שמא ישכח ויצא דנושא אותו בידו או בבגדו ולא דמי לאבן הנופל מחיקו כשהוא עומד:

וקצת יש להביא ראי' ג"כ דכל מלאכת שבת אף במתעסק או במתכוין לזה ועשה באחר מיקרי נעשה איסור כמו שוגג דשבת מהא דאמר בשבת (דף ד) היתה ידו מלאה פירות והוציאה לחוץ תני חדא מותר להחזירה ותני חדא דאסור להחזירה ומשני כאן מבעוד יום כאן משחשיכה מבעוד יום דלא עביד איסורא לא קנסוהו רבנן משחשיכה דעבד איסורא קנסוהו רבנן שלא להחזירה ומיירי שם בשוגג כיון דהש"ס בעי לשנויי הא דלא קנסוהו רבנן שלא להחזירה מיירי בדלא עביד איסורא ל"ל לאוקמי מבעוד יום שזהו דוחק דמיירי שהוציא מבעו"י וחשכה עליו לוקמי שהוציא בשבת גופא רק שהי' בדרך מתעסק ולא כיון להוציא או שסבור שהם פירות אחרים (כדאמרינן בכריתות דמתכוין ללקוט תאנים וליקט ענבים פטור מטעם דלא הוי מלאכת מחשבת) וכיון דבמתעסק לא עביד שום איסור לא קנסוהו רבנן אבל בשוגג דיש איסור תורה בשגגה אסור להחזירה ומדלא מוקי הש"ס הכי ע"כ דכל מתעסק דמי לשוגג לענין זה דמיקרי עביד איסור כיון דעביד מעשה בגופו ועי"ז נעשה מלאכת שבת ורק לענין חטאת פטריה רחמנא אבל איסור שבת שלא בכוונה איכא ולפי"ז נראה דכמו דמבשל בשבת גזרו שלא יאכל בו ביום ה"ה במבשל בדרך מתעסק נמי לא יאכל בו ביום דלענין איסור שבת לא שני לן בין שוגג למתעסק ומקרי נעשה מלאכת שבת כן נלע"ד:

סימן כא

ודין מתעסק הואיל ואתא לידן נימא בה מילתא לבאר מה מיקרי מתעסק דהנה התוס' הקשו על רש"י ז"ל בשבת (דף עג) בפלוגתא דאביי ורבא דאמר התם נתכוין להגביה את התלוש וחתך את המחובר ד"ה פטור לחתוך את התלוש וחתך את המחובר אביי אמר חייב ורבא אמר פטור אביי אמר חייב דהא מתכוין לשם חתיכה רבא אמר פטור דהא לא מכוין לחתיכה דאיסורא ופרש"י ז"ל שנתכוין לחתוך תלוש זה וחתך מחובר אחר והקשו התוס' דא"כ שחתך דבר שלא נתכוין לו פטור אפילו לחתוך מחובר זה וחתך מחובר א' כדאיתא בכריתות דנתכוין להדליק נר זה והדליק נר אחר נמי פטור

ופירשו הם ז"ל דפלוגתא דאביי ורבא הוא היכא דמתכוין לחתוך את התלוש ונמצא שהוא מחובר שחתך מה שרצה לחתוך רק שהי' סבור שהוא תלוש אבל אם כיון לחפץ זה ונמצא חפץ אחר פטור אפילו כיון לאיסור:

ולי נראה דדברי רש"י ז"ל נכונים מאוד למעיין שם בסוגיא דכריתות (דף יט ע"ב) שכתב שם רש"י ז"ל ד"ה אפילו וז"ל אע"ג דאביי ורבא לא פטרי אלא במתכוין להתירא כגון לחתוך את התלוש אבל שמואל אפי' מתעסק באיסור פטר מדנקטה הש"ס למלתיה מלאכת מחשבת אסרה תורה משמע שיתכוין בו עכ"ל והיינו דסובר רש"י ז"ל דאביי ורבא לא פטרי אלא במתכוין לעשות היתר ומשום דכתיב אשר חטא בה דהיינו שיתכוין לעשות דבר שהוא חטא ופטרי במתכוין לעשות דבר שהוא היתר אבל במתכוין לחפץ איסור חייב אעפ"י שלא נתכוין לחפץ זה ושמואל פוטר מטעם מלאכת מחשבת אפילו נתכוין לעשות דבר שהוא איסור רק שעשה הדבר בחפץ אחר שלא כיון לעשות בו וא"כ שפיר כתב רש"י ז"ל דאביי ורבא מיירי בנתכוין לחתוך תלוש זה וחתך מחובר א' דבזה פליגי אביי ורבא ורבא פוטר דאילו נתכוין לחתוך מחובר זה וחתך מחובר א' חייב לדידהו דהא דווקא שמואל פוטר במתכוין לאיסור זה ועלה בידו דבר אחר כגון מתכוין למחובר זה וחתך מחובר א' אבל אביי ורבא לא פטרי בכה"ג ולא פטרי אלא במתכוין לתלוש זה וחתך מחובר א' ודברי רש"י ז"ל בכאן מכוונים למ"ש בכריתות שם בסוגיא ונראה מזה דרש"י ז"ל סובר דדוקא בנתכוין לתלוש זה וחתך מחובר א' בזה פטרי אביי ורבא דמיקרי לדידהו מתעסק אבל מכוין לתלוש זה ונמצא שהוא מחובר שכתבו התוס' זה לא מיקרי כלל מתעסק אלא שוגג גמור ואף דלדידהו טעותו של חפץ אינו גורם פטור דהא מחייבי בנתכוין למחובר זה ונמצא מחובר א' מ"מ בטעותו של איסור כגון נתכוין לתלוש לא פטרי אלא אם יש עמו טעות החפץ ג"כ כמו מתכוין לחתוך תלוש זה וחתך דבר אחר דבר שהוא מחובר אבל אם לא נתחלף לו החפץ רק שטעה בחפץ זה שסבור שהוא היתר ותלוש ובאמת הוא מחובר זהו שוגג גמור ולא מתעסק וכמו דמיקרי שוגג לחייב חטאת אם טעה וסבור שמלאכה מותרת ומותר לחתוך המחובר ה"נ אם טעה וסבור שדבר זה אינו מחובר נמי מיקרי שוגג:

ועל דברי התוס' שכתבו דפלוגתא דאביי ורבא מיירי בטעה וסבור שחפץ זה תלוש ונתכוון לחתכו ונמצא שהוא מחובר ורצה לחתוך מה שחתך קשה לי טובא דבכה"ג הא מיקרי שוגג גמור תדע דאמרינן בפסחים (דף עג) שחטו ונמצא טריפה בגלוי חייב ופריך הש"ס שם למ"ד מקלקל בחבורה פטור מה תיקן ומשני תיקן להוציאו מידי אבמה"ח וקשה דאם נימא כדעת התוס' דבסבור שזה תלוש ונתכוין לחתכו ונמצא שהוא מחובר

פטור מטעם מתעסק א"כ למ"ד מקלקל בחבורה פטור דמי חבורה לשאר מלאכת שבת וליפטר מטעם מתעסק דהא הי' סבור דבהמה זו כשירה היא ומותרת לקרבן ולשוחטה בשבת ונמצא שהיא טריפה ופסולה לקרבן ואסור לשוחטה בשבת ומה בין זה למתכוין לחתוך את התלוש ונמצא שהוא מחובר אלא ע"כ לומר דכל שלא טעה בעצם החפץ רק שסבור שחפץ זה מותר לעשות בו מה שהוא רוצה לעשות זה לא מיקרי מתעסק ולא מיקרי מתעסק אלא אם טעה בחפץ שרצה לעשות בחפץ של היתר ואחר שעשה נודע לו שעשה בחפץ אחר של איסור רק דלאביי ורבא לא מיקרי מתעסק אלא אם טעה בחפץ של היתר שסבור שהוא חפץ אחר של היתר ועשה בו מלאכתו ולשמואל דדריש משמעותא דמלאכת מחשבת פטור אפי' נתכוין לחפץ אחר שגם בו יש איסור מלאכה משום דלאו מלאכת מחשבת הוא:

אבל אם ליכא טעות בהחפץ רק שהטעות הוא אם מותר לעשות בהחפץ מה שהוא רוצה או לא זה מיקרי שוגג גמור ומחוייב חטאת:

ובזה נראה לי לבאר דברי הרמב"ם ז"ל (בפ' ב' מהלכות שגגות הלכה ח) וז"ל מי שהיו לו שני תינוקות אחד למול בשבת ואחד למול בערב שבת או באחד בשבת ושכח ומל שניהם בשבת פטור מחטאת שהרי יש לו רשות למול א' מהן ושבת דחוי' היא אצלו ומצות עשה אעפ"י שהם שני גופים הואיל וזמנו בהול אינו מדקדק אבל אם לא היה א' מהן ראוי למול בשבת ושכח ומל בשבת מי שאינו ראוי למול בשבת חייב חטאת עכ"ל והנה מ"ש הרמב"ם ז"ל ושכח ומל שניהם בשבת כתב הכ"מ שם יש לתמוה דמשמע שאם לא מל אלא אותו שלא היה ראוי למול בשבת חייב וצ"ל דלא נקיט רבינו ומל שניהם אלא משום חלוקת אחד למול בערב שבת ואחד למול בשבת דאם מל של שבת בע"ש ושל ער"ש בשבת חייב מאחר שלא הי' שם מי שראוי למולו בשבת אבל בחלוקת אחד למול אחר שבת וא' למול בשבת ונתחלף לו ומל של אחר השבת בשבת פטור לר' יהושע מאחר שהי' שם מי שראוי למולו בשבת עכ"ל ודבריו אינם מעלים ארוכה למ"ש הרמב"ם ז"ל ומל שניהם דנהי דקאי אבבא דאחד למול בע"ש מ"מ קשה הא בגמרא דשבת (דף קל"ד) אמרינן שאם קדם ומל של שבת בע"ש חייב משום דלא ניתן שבת לדחות אצלו וא"כ למה שינה הרמב"ם לשון הגמרא שאין דרכו לשנות:

ולפמש"כ א"ש דבכריתות שם (דף יט) פריך רבא לר"נ דקאמר מתעסק בשבת פטור משום דמלאכת מחשבת אסרה תורה והא תינוקות דכי מתעסק דמי ותנן מי שהיו לו שני תינוקות אחד למול בשבת ואחד למול אחר השבת ושכח ומל של אחר השבת בשבת ר"א מחייב חטאת ור' יהושע פוטר ע"כ לא פטר ר"י אלא משום דקא סבור טעה בדבר

מצוה ולא עשה מצוה פטור אבל מתעסק בדבר דלא מצוה אפילו ר"י מחייב אמר לו הנח לתינוקות הואיל ומקלקל בחבורה חייב מתעסק בחבורה נמי חייב ופרש"י ז"ל תינוקות היינו שנתכוין למול זה ומל את זה ושוגג היינו מתכוין לזה עצמו אבל סבור שנולד בשבת עכ"ל הרי חזינן דמתניתין מיירי בנתחלפו לו התינוקות דמחמת זה מל של שבת בע"ש שהי' סבור שתינוק זה נולד בע"ש ולמחר מל של ע"ש בשבת שהי' סבור שזה נולד בשבת וחייב משום דלא ניתן שבת לדחות אצלו ואע"ג דבנתחלפו הוי מתעסק דהא כשמל בשבת הי' סובר שזה התינוק שנולד בשבת ובאמת הוא תינוק אחר וכדפריך רבא לר"נ שם בכריתות מ"מ חייב משום דסובר מקלקל בחבורה חייב וכיון דמקלקל חייב מתעסק נמי חייב כדמשני ר"נ אבל הרמב"ם ז"ל שפסק (בפ"א מהל' שבת) דמקלקל בחבורה פטור א"כ בנתחלפו פטור מטעם מתעסק והוצרך לכתוב הך דינא דר' יהושע דפוטר מחמת טעה בדבר מצוה לא בנתחלפו אלא בשכח ומל שניהם והיינו שהי' לו טעות אחר וע"כ דמיירי שהי' סבור על התינוק הנולד בע"ש או אחר השבת שגם הוא נולד בשבת כמו שיתבאר ולהכי כשהתנה הרמב"ם ז"ל דבעינן שיהי' ניתן שבת לדחות אצלו לא כ' לשון הגמרא שקדם ומל של שבת בע"ש משום דהאי לישנא משמע שנתחלפו וטעה שסבור על התינוק של שבת שנולד בע"ש ועל התינוק של ע"ש הי' סבור שנולד בשבת כמו שכ' רש"י ז"ל להדיא בכריתות (דף יט ע"ב) ד"ה תינוקות דמיירי שנתכוין למול את זה ומל את זה ובפסחים (דף עב) ובנתחלפו הא פטור מטעם מתעסק וכיון דלא מיירי בנתחלפו אלא בטעות שטעה שגם הוא נולד בשבת כתב הרמז"ל שמל שניהם שבזה ניתן שבת לדחות אצלו התינוק שנולד בשבת ופטור אף על התינוק שנולד בע"ש מפני שטעה בדבר מצוה שהרי היה לו תינוק למול ולהכי מסיים שאם לא היה תינוק למול בשבת ומל חייב ולא כתב שמל של שבת בע"ש דבזה פטור מטעם מתעסק והש"ס בכריתות דפריך לשמואל דפוטר מתעסק ממשנה דהי' לו שני תינוקות ולא מוקי לה בהי' לו טעות שסבור שגם התינוק שנולד אחר השבת נולד בשבת דלא הוי מתעסק הוא נמי מהאי טעמא דהא לכאורה תמוה דהא חזינן דהש"ס מייתי לשון המשנה דשבת בפלוגתא דר"א ור"י בהיו לו שני תינוקות אחד למול אחר השבת ובמתניתין דידן במס' שבת קתני דפליגי בהי' לו אחד למול בע"ש כדאיתא שם ולמה לא הביא ר"נ לשון המשנה השנוי' אצלינו לזה נראה דקושיית רבא הוא מברייתא דר' חייא ששנה ר"מ דפלוגתייהו בהי' לו שני תינוקות אחד למול אחר השבת ונקט הך ברייתא לעיקר כמו שהעתיק גם הרמב"ם ז"ל הך דינא דתינוקות כברייתא דר"ח וכמו שפירש דבריו הכ"מ ז"ל כיון דר' ינאי ור"א ורב כהנא שקלו וטרו אליבא דהך ברייתא הילכתא היא והכי בעינן לשנות גם בלשון המשנה

פלוגתא דר"י ור"א. וכהך סוגיא מצינו בסוכה (דף כג) דקתני מעשה כשנתנו לריב"ז לטעום התבשיל ואמר העלום לסוכה ומפרש הגמרא שמחמיר על עצמו היה וביומא (דף עט) מייתי לשון המשנה לא מפני שהלכה כך אלא שמחמיר על עצמו היה אף על גב דלא קתני הכי במתניתין מייתי לה בלשון המשנה משום דהש"ס בסוכה מפרש הכי ולא פריך ממשנתינו עצמה משום דאיכא לאוקמי דמיירי בלא נתחלפו התינוקות רק בטעה שסבור שגם זה התינוק נולד בשבת אבל מברייתא דר"ח פריך שפיר דלישנא דקדם ומל לא שייך אלא בנתחלפו כמו שבארנו דמחמת שהי' סבור למול את התינוק של ע"ש בשבת שנולד לפי טעותו בשבת מחמת זה קדם ומל את של שבת בע"ש שהי' סבור שזהו הנולד בע"ש וה"ה דהוי מצי להקשות מבבא דמחייב במל של ערב שבת בשבת הא הוי מתעסק אלא משום דלא קתני בהדיא הכי במתניתין מקשי מדיוקא דל"ל לר"י למפטר משום טעה בדבר מצוה תיפוק ליה דהוי מתעסק] ומיושבים דברי הרמב"ם ז"ל היטיב:

ואחר שביארנו דברי הרמב"ם ז"ל דמיירי ע"כ בטעה ולא בנתחלפו נחזי אנן באיזה טעות מיירי אם שסבור שתינוק זה זמנו למול בשבת או שטעה שסבור שמילה שלא בזמנה ג"כ דוחה שבת ומוכרחים אנו לומר דמיירי שטעותו הי' בתינוק זה שהי' סבור שזמנו למול בשבת לא באופן השני הנ"ל דבזה לא שייך למיפטרי' משום שניתן שבת לדחות אצלו דדוקא אם נתחלפו לו התינוקות של אחר השבת בהתינוק של שבת או שהי' סבור שגם התינוק שנולד אחר השבת נולד בשבת בזה מהני מה שניתן שבת לדחות אצלו דעיקר הדבר שטעה בו ניתן לטעות בו מפני שמוטל עליו לעשות דבר כזה ומפני כך טעה דהיינו שטעותו היה שהתינוק שהוא מל נולד בשבת ובאמת אף שתינוק זה אינו נולד בשבת מ"מ יש לפניו תינוק שנולד בשבת אבל אם טעותו הי' שהיום חול או שטעותו היה שסבר שמילה שלא בזמנה מותרת בשבת לזה לא מהני מה שניתן שבת לדחות אצלו דכעין טעות זה לא היה לפניו שיביאנו לטעות זה דאטו מי שיש לו חולה שצריך לחלל עליו את השבת וחילל עליו את השבת וטעה ומל ג"כ תינוק שלא בזמנו דאטו נפטרי' משום שניתן שבת לדחות אצלו זה ודאי אינו דלא מהני ניתן שבת לדחות אצלו אלא אם דבר זה שניתן אצלו לדחות יכול להביאו לידי טעות. ובהדיא אמרינן בפסחים (דף עב) אמתניתין דהפסח ששחטו שלא לשמו דקתני ושאר זבחים ששחטן לשם פסח אם אינן ראוין חייב אם ראוין ר' יהושע פוטר משום טעה בדבר מצוה דאי בעוקר מה לי ראוין מה לי אין ראוין עיי"ש בגמרא דאפילו בראוין כיון שידע שהי' שלמים ורצה לשוחטו לשם פסח חייב אף שהוא שוגג וסבור שגם שלמים מותר לשחוט לשם פסח

אפ"ה לא פטר ר' יהושע אף דשבת ניתן לדחות אצלו לשחוט פסחו ולא מיפטר משום טעה בדבר מצוה אלא אם טעה שסבור שזה פסח וה"נ גבי מילה אם טעה שסבור שמילה שלא בזמנה דוחה שבת לא מיקרי טעה בדבר מצוה וא"כ ע"כ דהרמב"ם מיירי שטעה וסבור שתינוק זה זמנו למול בשבת ופוטרו משום טועה בדבר מצוה אבל אם לא מל רק שלאחר השבת ולא מל את של שבת דלא ניתן שבת לדחות אצלו לא מיפטר משום טעה בדבר מצוה וקשה הא הרמב"ם ז"ל סובר דמתעסק פטור וכן פסק (בה' שגגות) דנתכוין לחתוך את התלוש וחתך את המחובר פטור וה"נ הרי דמי למתכוין לחתוך את התלוש דהיה סבור שתינוק זה נולד בשבת ומותר למולו בשבת ובאמת הוא תינוק שנולד אחר השבת ובעינן למפטרי' משום מתעסק אלא ודאי שסובר גם הוא כרש"י ז"ל דנתכוין לחתוך את התלוש וחתך את המחובר לא מיפטר אלא כשחתך מחובר אחר אבל אם זה שנתכוין לו נמצא מחובר לא מיקרי מתעסק ולהכי אם מל תינוק שנולד אחר השבת שטעה בו שסבור שנולד בשבת לא מיקרי מתעסק וחייב דומיא דשחטו ונמצא טריפה בגלוי בפסחים:

ובעיקר הדבר שכתבנו בדעת הרמב"ם ז"ל שסובר דהיכי שנתחלפו התנוקות פטור מטעם מתעסק משום דסבר דמקלקל בחבורה פטור יש לעיין בזה דהא הרמב"ם ז"ל פסק (פ"ו מהלכות שגגות) אם שחט זבחים אחרים לשם פסח בשבת אם אינם ראוים לפסח חייב כיון שאינם ראוים לפסח לאו טועה בדבר מצוה הוא והוא משנה בפסחים (דף עב) ובש"ס מוקי לה בטועה שסבור שהוא זבח אחר משום דבעוקר מחייב אף ראוים דלאו טועה בדבר מצוה הוא כיון דידע שהוא אינו פסח ושחטו לשם פסח להכי מוקי לה דמיירי בטועה שהוא סבור שהוא זבח אחר כפרש"י שם ותוס' כתבו שם (בדף עג) ד"ה לדברי האומר דמתניתין ע"כ ר"ש היא דסובר מקלקל בחבורה חייב ולדידי' מתעסק נמי חייב ולא אתי כר"י דלר"י מפטר מטעם מתעסק ששוחט זבח זה וכסבור שהוא אחר ע"ש היטב בתוס' וא"כ תקשה על הרמב"ם ז"ל דהוא סובר מקלקל בחבורה פטור כר"י ופסק ג"כ כהך מתניתין דשוחט זבחים שאינם ראוין לשם פסח דחייב שהוא רק אליבא דר"ש דלדידי' דפסק כר"י הו"ל למפטר מטעם מתעסק. ולכאורה היה אפשר לומר דגם הרמב"ם ז"ל סובר דמקלקל בחבורה חייב כר"ש ומה שכתב דמקלקל בחבורה פטור אם עשה דרך השחתה לאו משום דפסק כר"י במקלקל בחבורה אלא משום דמפרש כפירש התוס' בכמה דוכתי דר' אבהו דתני כל המקלקלין פטורים חוץ מחובל ומבעיר ור"י דאמר לי' פוק תנא לברא חובל ומבעיר אינה משנה ואת"ל משנה בחובל וצריך לכלבו ומבעיר וצריך לאפרו תרווייהו אליבא דר"ש פליגי דמחייב מקלקל בחבורה וסובר ר"א

דר"ש מחייב אף במקלקל גמור אף בלי שום תיקון. ור"י סבר דבעי תיקון קצת ופסק הרמב"ם ז"ל כר"ש דמקלקל בחבורה חייב הואיל ור"א ור"י שקלו וטרו אליבי' ופסק נמי כר' יוחנן דבעי תיקון קצת וזהו שכתב אם חבל דרך השחתה דאין בזה תיקון כלל פטור אבל אם היה בזה קצת תיקון חייב כר"ש והשתא א"ש מה שפסק דשוחט זבחים שאינם ראוים לשם פסח חייב:

והיינו כדאמר בכריתות הנח לתינוקות הואיל ומקלקל בחבורה חייב מתעסק בחבורה נמי חייב ואף דגם בחבורה בעינן תיקון קצת כר' יוחנן מ"מ כיון דשני לן במלאכת חבורה והבערה משאר מלאכות דלא בעי תיקון גמור כמו בשאר מלאכות שאני לו נמי לענין מתעסק דפטור בשאר מלאכות וחייב בחבורה אבל ז"א דיש להביא ראי' דמ"ש הרמב"ם (בפ"א מה' שבת) כל המקלקל ועשה חבורה דרך השחתה פטור הוא משום דפסק כר' יהודא דמקלקל בחבורה פטור ובעי תיקון גמור ככל שאר מלאכות ולא משום דסובר כר"ש ופטר משום דליכא תיקון קצת דהא בסנהדרין (דף פה) אמרינן רב לא שביק לברי' למישקל לי' סילוא דילמא חביל והוי' לי' שגגת איסור ופריך א"ה אחר נמי ומשני אחר שגגת לאו בנו שגגת סקילה והא דתנן מחט של יד ליטול בה את הקוץ ליחוש דילמא חביל והויא לי' שגגת סקילה התם מקלקל הוא הניחא למ"ד מקלקל בחבורה פטור אלא למ"ד מקלקל בחבורה חייב מאי איכא למימר מאן שמעת לי' דאמר מקלקל בחבורה חייב ר"ש ור"ש הא אמר מלאכה שאינה צריכה לגופה פטור עלי' עכ"ל הגמרא וא"כ כיון דחזינן דא"א להתיר מחט של יד ליטול את הקוץ אלא אי סבירא לן מקלקל בחבורה פטור או מלאכה שא"צ לגופה פטור עלי' א"כ כיון שפסק הרמב"ם ז"ל במלאכה שא"צ לגופה כר"י דחייב כמ"ש בפ"א מה' שבת ובפ"ה מהל' שבת פסק דרשאי ליטול מחט של יד ליטול את הקוץ א"כ ע"כ דסובר מקלקל בחבורה פטור דאי סובר מקלקל בחבורה חייב א"כ הא הוי לי' שגגת סקילה ואסור כדאמר בש"ס דא"א להתיר אלא א"כ נסבור לקולא או במקלקל בחבורה או במלאכה שא"צ לגופה כי היכי דלא תהוי שגגת סקילה ואין לומר דהש"ס דקאמר דלר"ש דאמר מקלקל בחבורה חייב אסור ליטול הקוץ אי הוי סובר משאצ"ל חייב אזיל בשיטת ר' אבוה דסובר דמקלקל גמור חייב ולא בעי תיקון קצת והרמב"ם פסק כר' יוחנן וכשיטת התוס' דגם לר' שמעון בעי תיקון קצת ומחט של יד ליטול הקוץ לא הוי תיקון כלל ולהכי שרי ולא הוי שגגת סקילה דז"א דאי אמרת דסתמא דהש"ס סבור כר"א לא הוי לי' להרמב"ם ז"ל לפסוק כר' יוחנן ומדקאמר סתמא דהש"ס דלר"ש הי' אסור ליטול את הקוץ אי הוה סבור מלאכה שאינה צריכה לגופה חייב עליו ע"כ או דסובר כר' אבוה דר"ש לא בעי תיקון כלל או דסובר הש"ס דמחט של

יד ליטול את הקוץ הוי תיקון קצת א"כ א"א דסובר הרמב"ם ז"ל כר"ש לא הוי לי' להתיר מחט של יד ליטול את הקוץ ומדהתיר ע"כ דפוסק כר' יהודא במקב"ח דפטור ולהכי פסק דשרי ליטול את הקוץ אע"ג דמשאצ"ל חייב מ"מ שרי משום מקלקל וכן התוס' שם בסנהדרין ד"ה מאן הוכיחו דר"י אית לי' מקלקל בחבורה פטור מדשרי ליטול את הקוץ לכ"ע ור"י הא סבר משאצ"ל חייב ולא פליג אמתניתין דנטילת הקוץ וע"כ דסובר מקב"ח פטור ולא דחו להוכחה זו דלעולם ר"י סובר מקב"ח חייב וסובר כר' יוחנן דר"ש נמי בעי תיקון קצת ומחט של יד לא הוי תיקון כלל והיינו מטעמא דחזינן דהש"ס תלי הא דמחט של יד בפלוגתא דר"י ור"ש מוכח דלר"י דמתיר מחט של יד ע"כ דסובר מקב"ח פטור וא"כ גם הרמב"ם דמחייב במשאצ"ל ומתיר מחט של יד ע"כ דפוסק כר' יהודא במקב"ח ובעינן שיהא בו תיקון גמור וא"כ הדק"ל במה שפסק דשוחט שאר זבחים לשם פסח אם אינן ראויין חייב הא הוי מתעסק ומתעסק בחבורה פטור:

לכן נראה לי דודאי גם הרמב"ם ז"ל סובר כר"י דמקב"ח פטור עד שיהיה תיקון גמור ולדידי' מתעסק בחבורה פטור כדאיתא בש"ס דכריתות וכמו שבארנו לעיל בזה דברי הרמב"ם (בה' שגגות) גבי תינוקות דלא מצי לכתוב דינו בנתחלפו התינוקות משום דהוי מתעסק ופטור והא דהעתיק המשנה דשוחט שאר זבחים לשם פסח אם אינם ראויין חייב נראה לי דאף שהתוס' כתבו דזה הוי מתעסק מ"מ הרמב"ם סובר דזה לא מיקרי מתעסק דדוקא מכוין לחתוך מחובר זה וחתך מחובר אחר מיקרי מתעסק שהמחובר שחתך לא היה צריך כלל לחתכו ולהכי לא חל עליו שם מלאכה והוי כלא נחתך כלל ואף אם יהיה צריך לחתכו לאחר זמן מ"מ עכשיו אינו רוצה בחתיכתו כלל וע"ד דאמרינן בכריתות לקדם איכא בינייהו דהיינו אפילו אם הקדים מלאכה שהיה בדעתו לאחרה נמי מקרי מתעסק ע"ש]. אבל זבח או עולה ששחטו בשבת שמצוה עליו לשוחטו ומשעה שהקדיש רמיא חיובא עליו לשוחטו ולהקריבו עד שאנו אומרים בפ"ק דזבחים בכל הקרבנות דסתמן לשמן קיימי ורק יומא הוא דקא גרים ואיסור שבת מונעו מלשחוט ואם עבר ושחטו נעשה מצותו ונתקיים בו מצות שחיטת הקרבן המוטלת עליו מן התורה ועלו לבעלים לשם חובה ואף ששחטו לשם פסח מ"מ עקירה בטעות לא שמי' עקירה והרי הוא עולה לבעלים למה שהקדישו. כמ"ש הרמב"ם ז"ל (פ"ב מה' שגגות הלכה י"ד) וז"ל שחט קרבנות יחיד שאין דוחין את השבת חייב חטאת והבשר מותר בהנאה ואין זורקין את הדם ואם עבר וזרק דמם לשמן בין בשוגג בין במזיד עלו לבעלים לשם חובה ויקטיר האימורים לערב והבשר יאכל עכ"ל ומדאורייתא שרי לזרוק הדם לכתחילה ויעלה לבעלים לשם חובה ורק מדרבנן אסור משום דזריקת הדם הוי שבות כדאמרינן

בביצה (דף כ) מ"מ אם זרק הורצה והיכי ניקו אנן ונימא דלא מיקרי מלאכה מה שנשחטו השלמים והעולה הא מן התורה הוי שחיטה מעליא ורשאי לזרוק הדם וגם מדרבנן אם זרק הורצה ועלו לשם חובה ועיין בשבת (דף מג) דאמרינן טבל מוכן הוא אצל שבת הואיל אם עבר ותיקן מתוקן ובתוס' שם ועוד דהא הצל"ח כתב שם בפסחים דשוחט זבחים אחרים לשם פסח אם הם אינן ראוין רשאי לזרוק הדם לכתחילה אף מדרבנן הואיל ושינה בדבר המותר ורשאי לזרוק הדם כדי שיתקיים המצוה ויהא טעה בדבר מצוה ועשה מצוה כל דהו א"כ ודאי דמיקרי מלאכה גמורה ולא מתעסק אף שנתחלף לו בפסח ועוד דהרי בתוס' סנהדרין (דף סב) ד"ה להגביה הקשו דל"ל לשמואל טעמא דמלאכת מחשבת אסרה תורה תיפוק לה מקרא דאשר חטא בה פרט למתעסק ותירצו דאי מקרא הוה אמינא דדמי לחלבים ועריות דחייב בהו מתעסק הואיל ונהנה ה"נ הרי נהנה שנעשה מלאכה [ועיין בפ"י שבת (דף עג) שחיזק דבריהם בסברא זו] וא"כ כיון דחזינן דאי לאו טעמא דמלאכת מחשבת הוי אמינא דבשבת מתעסק חייב משום דמ"מ נעשה מלאכה ונחתך מחובר אף שאינו צריך לו עכשיו ולא נתכוין לו מ"מ נהנה מחתיכה זו לאחר זמן אלא דפטרינן לי' משום מלאכת מחשבת הואיל ולא נתכוין לה ומה שאין האדם מתכוין לזה לא מיקרי מלאכה וא"כ די לנו אם נפטור במלאכת חולין שבזה נוכל לומר שלא נקבע ע"ד זה שם מלאכה אבל בשחיטת קדשים שאף אם לא נתכוין לו מ"מ נעשה מצותו ונשחטה כראוי דעקירה בטעות לא שמי' עקירה ומותר לקיים בה גם מצות זריקה מה"ת וגם מדרבנן אם זרק הורצה היכי נימא דדמי כאילו לא נעשה מלאכה ודאי מלאכה גמורה היא ואף דגבי נתכוון לחתוך מחובר זה וחתך מחובר אחר ודאי דמיקרי מתעסק אף אם צריך לאותו מחובר שחתך ורק משום שלא נתכוון לו מיקרי מתעסק התם אף שצריך לו מ"מ חשבינן כאילו נחתך מאיליו והוא לא חתכו אבל בקדשים דקי"ל מתעסק פסול כדאמרינן בחולין (דף יג) עיי"ש בתוס' דאפילו מתכוין לחתיכה פסול עד שיתכוין לחתיכת סימנים א"כ כיון דהקרבן כשר ע"כ דלא חשבינן לי' למתעסק אלא לשוחט ולהכי אף אם מקלקל בחבורה פטור כר"י דאז מתעסק נמי פטור מ"מ כי שחט שאינו ראוין לשם פסח חייב דלא מיקרי מתעסק והכי משמע מלשון הש"ס בפסחים (דף עג) דפריך לדברי האומר מקלקל בחבורה פטור מה תיקן דמשמע דמתניתין מצי אתיא כמ"ד מקלקל בחבורה פטור אף על גב דקתני בה אם אינו ראוי' חייב משום דזה לא מיקרי מתעסק דלא כמ"ש התוס' בפסחים:

ועפ"י דברינו אלה יתורץ מה שיש לדקדק בסוגיא דכריתות א"ל רבא לר"נ והא תינוקות דכמו מתעסק דמי ותנן היה לו שני תינוקות אחד למול בשבת ואחד למול אחר השבת

ושכח ומל את של אחר השבת בשבת ר' אליעזר מחייב חטאת ור"י פוטר ע"כ לא פטר ר' יהושע אלא משום דסבר טעה בדבר מצוה ולא עשה מצוה פטור אבל מתעסק בדבר דלאו מצוה אפילו ר' יהושע מחייב עכ"ל וקשה למה לי' להקשות מדיוקא היה לו להקשות מרישא דהך ברייתא לפמ"ש לעיל דהש"ס פריך מברייתא דר"ח דהוא עיקר וסובר דכן צ"ל במשנה ולהכי פריך תנן אחד למול בע"ש ואחד למול בשבת חייב לדברי הכל ואמאי הא הוי מתעסק ולפי דברינו אתי שפיר דבמל של ערב שבת בשבת דמ"מ קיים מצות מילה אף דנתחלפו לו התינוקות דהוה מילה שלא בזמנה מ"מ מצות מילה איכא על התינוק להכי לא מיקרי מתעסק כיון דנתקיים בזה מצות מילה הויא מלאכה גמורה ואין בזה משום מתעסק ופריך רק מבבא דמל שלאחר השבת בשבת דשם לא קיים מצות מילה וצריך להטיף דם ברית כמו שביאר השג"א ז"ל בדיני מילה יעו"ש ואמרינן ביבמות ריש פרק הערל ערלות שלא בזמנו לא הוי ערלה ואפילו הכי מחייב לי' ר"י אי לאו משום דטעה בדבר מצוה ולהכי מקשה רבא שפיר מדיוקא דברייתא אשמואל דהא בעינן למפטרי' מטעם מתעסק ודו"ק:

סימן כב

בהא דאמרינן בשבת (דף ק"ו) דר"ש סובר מלאכה שאינה צריכא לגופה פטור ולהכי סובר מקלקל בחבורה חייב ויליף לה ממילה דהוה מקלקל ואיצטריך קרא למישרי מילה בשבת ש"מ דמקלקל בחבורה חייב. וזה ימים רבים הקשיתי דלמא אתא קרא למילה בצרעת שחלה בשבת ובאומר לקוץ בהרת בנו הוא מתכוון כדמוקי לה לקרא דבשר למישרי מילה בצרעת לר"ש באומר לקוץ בהרת בנו הוא מתכוון וכדאיתא בשבת (ד' קל"ג) ואם חלה המילה בשבת הא מתקן הוא בחבורתו ואפ"ה שרי רחמנא אבל מקלקל בחבורה פטור ומצאתי אח"כ בספר מעין החכמה שהקשה כן:

ונראה לי ליישב לפמ"ש הרשב"א ז"ל בהא דתנן בשבת (דף ק"ז) גבי צידת צבי ישב הראשון על הפתח ומלאוהו ובא השני וישב בצידו אעפ"י שעמד הראשון והלך לו הראשון חייב והשני פטור הא למה זה דומה לנועל ביתו ונמצא צבי שמור בתוכו וכתב הר"ן ז"ל בשם הרשב"א ז"ל וז"ל ובירושלמי משמע שהתירו לנעול ביתו בתחילה לשמור ביתו וצבי שבתוכו כיון שהוא צריך לשמור ביתו אעפ"י שע"י כך ניצוד הצבי ממילא מותר ובלבד שלא יתכוין לשמור את הצבי בלבד דהכי גרסינן בירושלמי ר"י בר בון בשם ר' חנינא היה צבי רץ כדרכו ונתכוון לנעול בעדו ונעל בעד הצבי מותר ראה תינוק מבעבע בנהר ונתכוין להעלותו ולהעלות נחילה של דגים עמו מותר ר"י בר בון בשם ר' הונא הי' מפקח בגל ונתכוין להעלותו ולהעלות צרור של זהובים עמו מותר ולפ"ז הא דאמר

נתכוון לנעול בעדו לא בעדו בלבד קאמר אלא אם נתכוין לנעול אף בעדו קאמר ולומר שאלו צריך לנעול בעדו מותר אעפ"י שמכוין שיהא הצבי ניצוד לתוכו עכ"ל הרשב"א ז"ל והקשה הר"ן ז"ל איך אפשר דאפילו במתכוין לנעול בעדו ובעד הצבי יהא מותר וכי מפני שצריך לנעול ביתו נתיר לו לעשות מלאכה בשבת ולא עוד שאני אומר שאפילו אינו מתכוין לנעול בעד הצבי כל שהוא יודע שהצבי בתוכו ושא"א לו שלא יהא הצבי ניצוד בתוכו אסור והיינו דאמרינן בכולהו מכילתין מודה ר"ש בפסיק רישא ולא ימות וזו שאמרו בירושלמי הוא ענין אחר לומר שאם נתכוון לנעול את ביתו ולא נתכוין לצבי כלל אעפ"י שאח"כ מצא הצבי שמור בתוכו מותר שאינו מחויב לפתוח את ביתו כו' עכ"ל הר"ן ז"ל. והנה קושיית הר"ן ז"ל חמורה מאוד על הרשב"א ז"ל דאיך נתיר לו לכוין ליצוד הצבי בשבת במה שהוא צריך לנעול ביתו ומ"ש מכל פסיק רישא דעלמא דאסור מן התורה בכל דוכתא:

ונראה לי דדעת הרשב"א ז"ל דפ"ר אינו אסור אלא משום דהמעשה שהוא עושה עכשיו א"א להעשות בלי מלאכה שאסרה תורה לעשות בשבת כמו הפוסק ראש העוף א"א לפסוק ראש בלי מלאכת נטילת נשמה או הגורר מטה כסא וספסל גדול א"א לעשות גרירה בלתי אם יהא באפשרו לעשות חריץ שהיא מלאכה אסורה אבל הכא גבי נעילת בית וצבי בתוכו נעילת בית שהוא עושה אין בה סרך מלאכה רק מחמת שנכנס הצבי בתוכו נעשה בנעילה מלאכת צידה להכי כיון שהוא מכוין לנעילה לצורכו לא איכפת לן במה שמכוין גם לצוד דכיון דנעילה אין בו מלאכה והוא מכוין לנעילה לא איכפת לן בכוונתו לצוד דהוי כוונה לצוד בלי מעשה צידה דמעשה נעילתו שהוא עושה רמינן לי' אנעילת בית ולא על צידת הצבי ולהכי שרי אף במתכוין לצוד אם מתכוין לנעול ביתו ג"כ (וגבי ראה תינוק מבעבע ונתכוין להעלותו ולהעלות נחילה של דגים שרי כמ"ש הר"ן שהתירו לו חכמים לכוין גם למלאכתו כדי שיהא זריז לפ"נ) אלא שלכאורה קשה על דברי הרשב"א ז"ל מהא דאמרינן גבי מילה בצרעת דפריך ל"ל קרא למישרי מילה בצרעת הא הוי דשא"מ ואביי סובר דלר"ש אפילו פ"ר שרי ומשני באומר אבי הבן לקוץ בהרתו מתכוין וליכא אחר ואשמעינן דשרי למול ולדעת הרשב"א ז"ל אכתי קשה ל"ל קרא דאף אם אומר שמכוין לקוץ בהרת בנו מ"מ שרי למול כיון דהוא צריך למול ומצוה למולו ומשכחת לה מילה בלי צרעת מה איכפת לי' מה שיש צרעת על המילה ורשאי למולו ולכוין לקוץ בהרת בנו דכמו דרשאי לנעול ביתו ולכוין לצוד הצבי שבתוכו ה"נ רשאי למול ולכוין לקוץ בהרת בנו לדעת הרשב"א ז"ל:

ונראה שיש חילוק איסור מלאכת שבת לשארי איסורין דבשבת מלאכת מחשבת אסרה תורה להכי אם אין במעשיו סרך מלאכה והיתר גמור קא עביד רק שנזדמן לו שנעשה מלאכה עם המעשה שהוא צריך לעשות רשאי לעשות מה שצריך לעשות אף לכוין להמלאכה שנעשה ע"י מעשיו להכי רשאי לנעול ביתו אף שניצוד הצבי בתוכו משום דבנעילת דלת ליכא סרך מלאכה אבל בשארי איסורין אף שרוצה לעשות דבר שאין בו איסור וע"י ההזדמנות נעשה ביחד עם מעשיו איסור כמו המל וממילא נקצץ הבהרת אסור לכוין לקצוץ דעל מעשה האיסור קפיד רחמנא ושפיר קאמר דצריך קרא למישרי מילה באומר לקוץ בהרת בנו הוא מתכוין והשתא א"ש הא דלא מוקמינן קרא דמתיר מילה בשבת להיכא דיש בהרת והוי מתקן אצל קציצת בהרת אבל מקלקל בחבורה פטור. דז"א דלענין מלאכת שבת כיון דצריך למול ומילה לית בה משום מלאכה דהוי מקלקל ומקלקל לא הוי מלאכה כלל הילכך שרי למול אף שנעשה בהרת על המילה ואפילו אם מכוין לקוץ הבהרת כמו דשרי לנעול ביתו אף שמכוין לצוד צבי שבתוכו ומדאיצטריך קרא למישרי מילה בשבת יליף שפיר ר"ש דמקלקל בחבורה חייב:

וחילוק זה שחלקנו בין שבת לשאר איסורין מוכרח גם מדברי תוס' בפסחים (דף מ"ו) בהא דפריך ר"ח לרבה דאית לי' הואיל מברייתא דיש חורש תלם א' וחייב משום שמונה לאווין החורש בשור וחמור ביו"ט כו' ואם איתא אחרישה לא לחייב הואיל וחזי לכיסוי דם ציפור והקשו בתוס' הא יו"ט עשה ול"ת ולא דחה כיסוי ותירץ רשב"ם דחופר גומא וא"צ אלא לעפרה פטור וקשה מאי מהני הא דא"צ אלא לעפרה פטור הא השתא מיהא מכוין לחרישה ודאי הוי חייב בעשה ול"ת וא"כ ליכא הואיל א"ו דסובר כדעת הרשב"א ז"ל דנועל ביתו ומכוין לצוד נמי שרי וה"נ כיון שצריך לחפור אף אם מכוין לחרישה נמי פטור משום דאם לא היה צריך לחרישה נמי הי' חופר ודומה לנועל ביתו ומכוין לצוד:

ועדיין קשה לי על דברי הרשב"א ז"ל מהא דאמרינן בשבת (ד' קל"ט) היוצא בטלית שאינה מצוייצת כהלכתה חייב חטאת והא הכא נמי צריך ללבוש הבגד רק שתלוין עליו ציצית שאינם בטלים לו והויין משאוי ובעינן למימר דרשאי ללבוש הבגד אף אם מכוין להוציא גם הציצית התלוין בהם וצ"ל דלא דמי לנעילת ביתו שאינו עושה שום פעולה בצידת הצבי רק שניצוד מאליו ע"י הנעילה משא"כ בלבישת בגד ציצית מטלטל בגופו ממש הציצית וצע"ג בכלל זה:

סימן כג

בטור (סימן רמ"ו) כתב בשם ספר המצות להתיר להשכיר בהמה בהבלעה ע"י הפקר שצריך להפקירה להפקיע איסור שביתת בהמה עיי"ש. והנה בספר קצוה"ח (סימן רנ"ז)

הקשה דאיך מהני הפקירו הא בירושלמי בגיטין (דף פ') אמר שם דהאומר שדה זו מופקרת מעכשיו לאחר שלשים לא אמרינן דגופא דקרקע הוי הפקר מיד והפירות אחר שלשים כדאמרינן בב"ב (דף קל"ט) גבי מתנה בכותב לבנו מהיום ולאחר מיתה משום דאי הוי גוף הקרקע הפקר אין לו זכי' גם בהפירות כמו דאמרינן גבי הקדש שא"א לקרקע להיות הקדש והפירות שלו כן גבי הפקר א"א להיות הקרקע הפקר והפירות שלו וא"כ אם השכיר בהמתו לכל השבוע הרי יש לא"י בה קנין פירות ולהישראל קנין הגוף ולא מהני הפקרו כלל:

ולכאורה נראה דלק"מ דכיון דקיי"ל דשכירות לא קניא כדאמרינן בע"ז (דף ט"ו) ולהכי אמרינן שם דאם הא"י עושה מלאכה בבהמת ישראל המושכרת לו עובר משום שביתת בהמתו משום דמיקרי בהמתו של ישראל א"כ אם הישראל השכיר בהמתו לא"י על יום שבת או על כמה ימים בהבלעת יום השבת הבהמה משועבדת לא"י לשאר ימים אבל לא ליום השבת ואין לו שום שיעבוד על הבהמה לעשות בה מלאכה ביום השבת דהא עיקר הבהמה היא של ישראל כמש"כ הנמ"י (בפרק הזהב) דשוכר אין לו שום קנין בגוף הבהמה אלא בפירות עיי"ש דאפילו לזמן נמי לא קנה גוף הבהמה דאם הי' דין שכירות שיהא לו קנין בגוף הבהמה לא מבעי לן למיחש כלל משום שביתת בהמתו דישראל דלאו דישראל היא] ורק שיעבוד בעלמא הוא דאית לי' על הבהמה שזכה בשימושה ע"י משיכתו וכדאמרינן (בב"ק ד' ע"ט) כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים ועל יום השבת דישראל גופא אסור לעשות בה מלאכה לא מצי לשעבדה לא"י שיעשה בה מלאכה ואילו אתו קמן לדינא אחר שהשכירה ליום השבת ורצה הישראל לחזור שלא ליתנה לו ליום השבת ודאי דמצי הדר בי' דהא"י לא זכה בה ע"י משיכתו לעשות בה מלאכה ביום השבת א"כ ממילא דאינו קנוי' לו ביום השבת ובטלה קנין שכירתו מיום זה ומהני הפקירו של ישראל:

ואין להקשות לפ"ז למה לו להפקיר כלל ומה איכפת לישראל אם הא"י עושה בה מלאכה הא שכירות לא קניא לי' לא"י על יום השבת זה אינו דודאי צריך להפקיר דאם אינו מפקירה אף דא"י לא קני' לי' ע"י השכירות מ"מ הרי הא"י כשלוחו לעשות מלאכה בבהמתו של הישראל שהרי השכיר לו בהבלעה ויום השבת בכלל והיכי דהוא כשלוחו אסור וכיון שנוטל שכר גם עבור שבת ודאי הוא כשלוחו ואסור אבל קנין פירות גמור אין לו לא"י בבהמתו של הישראל ביום השבת דהישראל לא מצי משעבד לי' בהמתו על יום השבת וכיון דאין לא"י שיעבוד מלאכה בבהמה זו מצי הישראל להפקיר הבהמה ואף אם זמן השכירות נמשך גם לאחר השבת ויכול קנין פירות של אחר השבת שיש

לא"י לבטל הפקירו של ישראל מ"מ הא הטור כתב שם בשם הר"פ דמהני אם הפקירו רק ליום השבת עיי"ש וביום השבת הא ליכא קנין פירות לא"י דלא מהני משיכתו להיות לו שיעבוד על יום השבת:

אלא שלכאורה יש סתירה לזה מהא דבעי רמי ב"ח בב"מ (דף צ"ו) שאלה לרבעה מהו כדשיילי אינשי בעינן ולהא לא שיילי אינשי או דילמא טעמא מאי משום הנאה והא נמי אית לי' הנאה ופרש"י ז"ל דמבעי לי' אם מתחייב באונסין והא התם דאיכא איסורא בזה בשאלה לישראל ואף ב"נ נמי מצווה ע"ז דמה"ט אסרינן למכור בהמה לא"י (שם בסוגיא דע"ז) וישראל נמי מצווה אלפני עור וכו' ואפ"ה בעי רב"ח למימר דאי לאו דבעינן כדשיילי אינשי מחייב באונסין ומדמתחייב באונסין ע"כ דקני לה לרבעה במשיכה שמשכה אלמא דמהני קנינו למיעבד בה איסורא מיהו לשיטת התוס' ביבמות (דף ס"ו) דמייתי התם דשכירות לא קניא מהא דתנן כהן ששכר פרה מישראל לא יאכילנה כרשיני תרומה ומייתי מזה ראי' דעבדי צאן ברזל לא יאכלו בתרומה וקאמר שם דלא דמי עבדי צאן ברזל לשוכר דגבי שוכר נהי דמחייב בגניבה ואבידה באונסין ובכחשה ובפחת דמיה מי מתחייב הא לא דמי אלא לכהן ששם פרה מישראל דיאכילנה כרשיני תרומה ופירשו התוס' דהאי שם פרה לא מיירי ששמאה בדמים שאם תכחש או תאנס או יוזלו הפרות יתן דמים דזה אסור משום ריבית אלא מיירי בשואל עיי"ש ולפי"ז שואל קנה לה לפרה קנין גמור כל ימי שאילתה א"כ אין ראי' דמהני קנין למלאכת איסור גבי שוכר מהא דשאלה לרבעה דאפשר לומר לגבי שואל דקני לה קנין גמור לזמן קני לה אף לרבעה דמהני לי' קנייתו לגוף הפרה לזמן וממילא אינו יכול לחזור בו ולמחות בו מלעשות שימוש האיסור דבהמה דשואל הוא כל ימי שאילתה אבל גבי שוכר דלא מהני משיכתו למקני עצם הפרה ולא מהני קנין אלא על שימוש המלאכה ששכרה וכיון דמלאכת איסור הוא לא חל עליו קנין כלל כיון שגם המשכיר אין לו רשות לעשות בה מלאכה זו מיהו הרמב"ן והרשב"א ז"ל כתבו שם דשואל נמי לא קני קנין גמור וכהן ששאל פרה מישראל לא יאכילנה כרשיני תרומה וא"כ כיון דגם שואל לא קני קנין גמור אלא למלאכה ואפ"ה משמע מבעי של רמב"ח דבשאלה לרבעה קנאה אי לאו דבעינן כדשיילי אינשי הרי מוכח דמהני משיכה אף למלאכת איסור:

ולשיטת הרא"ש ז"ל שהביא הטור והב"י (בסימן רצ"א ובסימן ש"ז) דלא בעינן משיכה בשומרים להתחייב בגו"א או באונסין אלא מיד שנסתלקו הבעלים משמירתן נתחייב כ"א כדינו ואפילו שואל באונסין ומה שתיקנו משיכה בשומרים הוא רק לענין חזרה

עיי"ש א"ש דאף דלא שייך קנין לרבעה אפ"ה מחייב באונסין אי לאו דבעינן כדשיילי אינשי ומיבעי לי' לרמב"ח רק לענין אי מיקרי בבעלים:

אבל לשיטת הרמב"ם ז"ל שכ' דבלא משיכה אין שומר ושואל מתחייב באונסין הרי מוכח דמהני משיכה וקנין לעשות בה איסורא:

ונ"ל להביא ראי' לדעת הרמב"ם ז"ל דתיקנו משיכה בשומרים להתחייב באונסין ובלא משיכה לא מתחייב מהא דתנן בב"ק (דף ע"ט) גבי גנב ונתנו לבכורות בנו לשומר חנם ולנושא שכר והשוכר הי' מושכו ויוצא ומת ברשות בעלים פטור הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים ומת חייב ופרש"י ותוס' שם דהגנב נתנו לש"ח ושואל כדמוכח בש"ס שם דפשיט מזה דתיקנו משיכה בשומרים ואם נימא כשיטת הטור והרא"ש דבאונסין מתחייב בסילוק הבעלים משמירה ומשיכה תיקנו בשואל רק דלא למיהדר בי' ומהני קנינו לזכות בשימושה כל ימי שאילתה היכי מהני התם קנינו בדבר שאינו שלו שהרי הבעלים לא הירשוהו לזכות בה ולהיות שאולה אצלו ונתינת ושאילת הגנב לא מהני מידי שיזכה בה השואל להשתמש בה ומה מקום משיכה לכאן אבל לשיטת הרמב"ם ז"ל א"ש דלא מתחייב באונסין עד שימשוך ולהכי שפיר מהני משיכת השומר להתחייב באונסין אף שהוא של בעלים כמו שבארנו במק"א דהמתחייב עצמו להיות שומר אף שנודע דהאי פיקדון לאו של מפקיד הוא נמי מתחייב השומר באונסין לשלם לבעליו ומהני משיכת השומר לגבי גנב כיון דנתחייב באונסין במשיכתו מהני נמי לגבי גנב דשלוחו כמותו מיהו נראה דלק"מ דאף דלדעת הטור והרא"ש מתחייב באונסין מסילוק שמירה בלי משיכה מ"מ מודו דמשיכה נמי מהני אף שלא נסתלקו הבעלים משמירתן ומיירי הכא שהגנב לא נסתלק עדיין משמירתן והשואל משך בפניו דמהני משיכתו להתחייב באונסין ומהני נמי משיכתו לגבי גנב מדין שליחות:

מיהו אפשר לומר דגם הרמב"ם דסובר דמשיכה בעינן להתחייב באונסין וגם לחזרה שלא יהא ביד המשאיל לחזור בו מ"מ היכא דא"א לקנין לחול על חזרה כגון היכא דאיכא איסורא כמו בשאלה לרבעה דאין הקנין חל שיקנה השואל לרבעה מ"מ חל להתחייב באונסין וכמו בש"ח וש"ש דאין לו ג"כ שום קנין שימוש בהך פרה ואפ"ה מהני משיכה להתחייב בפשיעה או בגו"א לשיטת הרמב"ם ז"ל ה"נ היכא דאיכא איסור חל הקנין להתחייב באונסין אע"ג דלא מהני למקני' בי' לשימוש ושפיר מבעיא לי' להש"ס בשאלה לרבעה אי מתחייב באונסין אי לא משום דבעינן כדשיילי אינשי אבל לעולם אפשר לאמר דלא מהני לשעבד עצמו בדבר האסור לו:

ואף להפוסקים הסוברים דמקח שנעשה באיסור מהני כדאיתא בחו"מ (סימן ר"ח) מ"מ היינו דווקא התם דאחר שנגמר המקח ונעשה האיסור שוב ליכא שום עשיית איסור אבל שיחול קנין או משיכה לחייבו לעשות איסור מכאן ולהבא כמו המשכיר בהמתו לא"י לעשות בה מלאכה בשבת ודאי דנראה דלא מהני וכיון דלא קני לה לא"י על יום זה בתורת שכירות מצי הישראל להפקירו אלא שיש לעיין בהא דקיי"ל דקידושין תופסין בח"ל ולפי דברינו הא אי אפשר להתחייב בעונה בח"ל וכיון דא"א לחול עליו חיוב זה היכי הוי קדושין דהא אפילו ר' יהודה דסובר (בקידושין מ"ט) המקדש ע"מ שאין לך עלי שאר כו"ע בדבר שבממון תנאו קיים מ"מ מודה בעונה דתנאו בטל משום דבממון מהני מחילה ולא חייבתו תורה אלא ברצונו של זה אבל בדבר שאינו של ממון לא שהרי הן עיקר נשואין של תורה כמו שכ' הרמב"ן ז"ל בחידושיו לב"ב (דף קכ"ו) וא"כ אם אינו חל עליו חיובי אישות בדבר שאינו של ממון לא חיילי קדושין והיכי תפסי קידושין בח"ל וצ"ע בזה:

סימן כד

כתב הרמב"ם ז"ל בהלכות חו"מ (פ"א ה' ג') אינו לוקה משום לא יראה ולא ימצא אא"כ קנה חמץ בפסח או חימצו כדי שיעשה בו מעשה והנב"י במ"ק הקשה דאם קנה חמץ בפסח אמאי לוקה הא אין קנין באיסורי הנאה כדאמרינן בב"ק (דף מ"ה) גבי שור הנסקל משנגמר דינו מכרו אינו מכור הקדישו אינו מוקדש ובירושלמי דמכילתין אמרינן הקדיש חמץ בי"ד דאינו קדוש ולכאורה נ"ל לפי מש"כ הר"ן ז"ל בהא דאמרינן (בפ' כל הצלמים) בהא דאמרינן גזירה דלמא מגבה לה והדר מבטל לה דמבואר שם דאי מגבה לה קונה לה שפיר והו"ל ע"ז של ישראל ולא מהני לה ביטול ואע"ג דאין קנין וזכי' באיסורי הנאה משום דכיון דכל זמן שלא הגביה הישראל הוי לה ע"ז של כותי ויש לה ביטול וכיון דיש לה ביטול מקרי שפיר בר דמים להכי מצי זכה בה ואע"ג דכשיזכה בה הישראל לא יועיל לה ביטול מ"מ כיון דקודם זכייתו מהני ביטול מצי זכי והכי נמי נ"ל גבי חמץ דכיון דקודם שזוכה בהן הישראל הוי החמץ בר דמים דחמצו של כותי מותר אחר הפסח וכיון דמותר אחר הפסח מיקרי בר דמים להכי אהני ביה זכיה ואע"ג דכשיזכה בהן הישראל הא אסור בהנאה גם לאחר הפסח מ"מ קודם זכייתו הוי בר דמים ומצי זכי בו. מיהו יש לעיין בזה דבפסחים (דף כט) גבי האוכל חמץ של הקדש מעל וי"א לא מעל קאמר הש"ס דפליגי אי דה"ג לממון כממון דמי או לא דמ"ד מעל משום דסובר דה"ג לממון כממון דמי ונקרא בר דמים דיכול להשהותו עד לאחר פסח ולמ"ד לא מעל משום דסובר דה"ג לממון לאו כממון דמי ואין להקדש בו זכות ממון ואע"ג דאחר הפסח

יהא מותר באכילה ע"ש וא"כ כיון דאנן קיי"ל דבר הגורם לממון לאו כממון דמי בכל מילי הדרא קושין לדוכתא איך מצי הישראל זכי בו הא השתא נמי שהוא חמצו של כותי עדיין נמי לאו בר דמים הוא ואע"ג דחמצו של כותי מותר אחר הפסח מ"מ מה שיהי' ניתר לאחר זמן משום זה לא מיקרי בר דמים לדידן דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי ודוקא גבי ע"ז של כותי מיקרי בר דמים דמצי לבטלו וליהנות בו מיד אבל חמץ שאינו יכול ליהנות ממנו כל ימי הפסח לא מיקרי בר דמים במה שיהי' ניתר אחה"פ [ואע"ג דגבי חמץ קיי"ל דה"ג לממון כממון דמי משום דכתיב לא ימצא היינו לענין דדבר שיש לו בו זכות גורם לממון עובר עליו אבל מה שאנו דנין אם החמץ כשהוא ביד כותי מיקרי בר דמים מילתא אחריתא היא והדרינן לכללא דדה"ג לממון לאו כממון דמי]:

ועוד שבעיקר הדבר שתירץ הר"ן ז"ל דלהכי אמרינן דבעבודת כוכבים מהני הגבהה משום דקודם שזכה בו יש בו דין ממון ע"י ביטול. ולמדנו מזה דאזלינן בתר תחילת קנינו ולא איכפת לן במה שילך ממנו חשיבות הדמים אחר שיקנה יש לעיין בזה דאפשר לומר דהא דמהני זכי' בעבודת כוכבים טעמא אחרינא אית בהו משום דכיון דגבי שאר איסורי הנאה תנן בקידושין (דף נ"ו) מכרן וקידש בדמיהן מקודשת שאין הדמים נתפסים באיסור וכתב הריטב"א ז"ל שם טעם הדבר מפורש בירושלמי דגרסינן התם ר' חגי בשם ר' זעירא לפי שאין דמיהן פי' שאין איסורי הנאה שוים כלום ואין להם דמים ומעות שנתן לוקח בהם גזל הם בידו או מתנה אפי' אם מכרן לכותי שהוא רשאי ליהנות שאינו מוזהר מלהנות מעבודת כוכבים כדמוכח בפסחים (דף ע"ג) דקאמר תיקן להוציא מידי אבמה"ח לב"נ ע"ש. מ"מ כיון שלא הי' האיסור הנאה ברשות המוכר למוכרו לא מיקרי המעות דמיהן של איסורי הנאה דדוקא אם מוכר דבר שהוא מותר בהנאה ולוקח מעות נחשבין המעות דמיהן אבל איסורי הנאה דלאו דידי' לא מיקרי דמיהן ואין תופסין דמיהן אפילו במכרן לכותי להכי לא מיקרי הדמים דמי איסורי הנאה עכ"ל. וא"כ בעבודת כוכבים דקיי"ל שתופס דמיו משום דדרשינן והיית חרם כמוהו כל שאתה מהוה ממנו הרי הוא כמוהו גלי בי' קרא שהן ברשות בעלים דאי לא היה ברשות בעלי' לא היה תופס דמיו ומדתופס את דמיו ש"מ דיש בהן זכיה ולקמן יבואר הדבר ביתר ביאור וכיון דאיכא למימר דהא דמהני זכי' בעבודת כוכבים הוא משום דגלי קרא ולא משום דקודם קנין מיקרי בר דמים ע"י ביטול:

מסתבר לן יותר לומר דכל היכא דע"י קנינו ילך ממנו חשיבות הדמים לא מהני קנינו ובחמצו של כותי נמי לא מהני קנין כיון דאם יזכה בו יאסר גם אחה"פ כדין חמצו של ישראל ולייישב דברי הר"מ ז"ל י"ל דכיון דחמץ בפסח איננו ברשותו ועשאו הכתוב כאילו

הוא ברשותו להכי עובר אם קנה חמץ. דהא חמץ שהי' שלו מכבר נמי יצא מרשותו ע"י שנאסר בהנאה ואפ"ה אמרה תורה דכ"ז שבעל החמץ מחזיקו לשלו ואינו משביתו עובר עליו א"כ ה"ה נמי אם קנה חמץ בפסח עובר עליו אע"ג דאין קנין באיסור הנאה: **ועוד** נראה דאם קנה חמץ בפסח אף אם נימא דלא קנה החמץ משום דאין קנין באיסור הנאה מ"מ עובר בב"י דהא ודאי דכיון דאין המקח נתפס יכול לתבוע מהמוכר הדמים בחזרה ואף שהריטב"א ז"ל בקידושין (דף נ"ו) כתב במכירת איסורי הנאה דלשמואל דאמר דמקדש מעות מתנה ה"נ בהכיר בו שהוא איסורי הנאה המעות מתנה והכא הרי הכיר בו שהוא חמץ דהא במזיד והתראה קיימינן מ"מ נראה דהכא המעות חוזרין דהתם יכולין לאמר גמר ונתן לשם מתנה ומה שאמר לשם קידושין הוא משום כיסופא אבל הכא הרי חזינן שרצה לעשות איסור להחזיק החמץ דהא אף אם אין המקח נקנה מ"מ אסור להחזיקו אצלו דלא גרע מחמצו של כותי דעושה לו מחיצה אף בלא קיבל עליו אחריות וכיון דעבד איסורא וקנה ודאי דלא נתן מעות רק לשם זבינא וכיון דאין המקח נקנה יכול לתבוע מהמוכר הדמים וכל היכא חוזר אי מיגנב או מיתביד החפץ אצל הלוקח הוא באחריותו כדאיתא בשו"ע (סי' רל"ב סעיף כ"ב) וכיון דחייב באחריות עובר בב"י וב"י ולקי ע"ז ובזה אין שייך לומר אין קנין באיסורי הנאה דאף דאין קנין באה"נ מ"מ להתחייב באונסין שפיר קונה דהא אמרינן בב"ק (דף ע"א) גבי גנב שור הנסקל וטבחו דר"מ מחייב דמיירי דגנב בבית שומר וחייב משום גורם לממון אע"ג דאין הגנב מתחייב בדו"ה אא"כ משך כדאמרינן שם (דף ע"ט) גבי ראוהו שהטמין בחורשין וטבח ומכר חייב והא לא משך עיי"ש ושור הנסקל אסור בהנאה ואפ"ה מתחייב הגנב באונסין ומהני משיכתו להתחייב באונסין ואע"ג דלא מהני למהוי שלו לגמרי עיין תוספ' ב"מ (דף צ"ט) ד"ה כיון שכתבו כה"ג לענין משיכה ברה"ר דמהני להתחייב באונסין אע"ג דלא מהני למהוי שלו עיי"ש וא"כ ה"נ הלוקח החמץ בפסח אע"ג דלא קנה משום דאין קנין באיסורי הנאה מ"מ הרי אם החמץ בעין יכול לתבוע דמי החמץ שנתן להמוכר ואי מיגנב או מיתביד לא ישלם לו המוכר מפני שהלוקח חייב באחריות החמץ ושפיר לוקה בהאי קנין שקנה החמץ:

מיהו כ"ז בקנה חמץ בפסח אבל שומר שקיבל פקדון חמץ בפסח והתרו בו וקיבל ההתראה נ"ל דלא משכחת בי' מלקות כלל כיון דקיי"ל חייבי מלקות מזידין פטורין מן התשלומין לכ"ע א"כ איך נוכל לחייבו מלקות משום דאי מיגנב או מיתביד ברשותו קאי הא על כל רגע ורגע שמחזיק החמץ אצלו עובר על ב"י ובשעה שנגנב החמץ נמי בר חיוב מלקות הוא:

וא"כ על איזה רגע מהחזקת הפקדון נחייבו מלקות דעל הרגע שאנו רוצים לחייבו מלקות אם היה מיגנב או מיתביד באותו רגע היה פוטרו המלקות מתשלומין וא"כ כיון דחיוב המלקות א"א לחול אא"כ נחייבו בתשלומין ומלקות ותשלומין ביחד ליכא א"כ לא משכחת מלקות בכה"ג וא"ל דמלקות מתחייב על כל רגע שמחזיק החמץ אצלו ואף דלא הוי מעשה בשהייתו את החמץ מ"מ כיון שתחילתו בא ע"י מעשה שקיבל החמץ לידו ונתחייב בשמירתו מיקרי לאו שיש בו מעשה כמו שהוכיח השאגת ארי' ז"ל מכמה סוגיות ותשלומין מתחייב משעה שמשך הפקדון דאז מתחייב לשלם אי מיגנב או מיתביד דז"א דאנן קי"ל דלא אתחייב באונסין משעת שאלה כדאמרינן בכתובות (דף ל"ד) לענין הניח להם אביהם פרה שאולה ומתה אין חייבין באונסין וכיון דחיוב תשלומין בא בשעת גניבה ואבידה הרי מלקות ותשלומין באין כאחד ולא משכחת לה דלקי ואף דאם לא מלקין ליה ממילא נתחייב ממון וכיון דמחויב ממון אילו היה מיגנב כבר איכא ב"י מ"מ אנן אין יכולין להלקותו משום דאי מיגנב אי מיתביד כיון דבמה שמלקין היה פטור אי מיגנב ודוקא בקנה חמץ שפיר לקי משום גורם לממון כמש"כ דגוף החמץ לא קנה דאין קנין באיסורי הנאה ויכול לתבוע מהמוכר הדמים ואי מיגנב החמץ לא יחזיר לו המוכר הדמים מפני שהלוקח חייב באחריות ולא שייך קלבד"מ דהא המוכר מוחזק בדמים וקלבד"מ לא אמרינן אלא לענין שאינו יכול להוציאו בדיינים אבל אם תפס לא מפקינן מיני' וכ"ש כיון שהמוכר מוחזק בדמים שלא יצטרך להחזיר לו הדמים אי מיגנב והוי גורם לממון ולקי שפיר אם התרו בו אבל בפקדון שאין המפקיד מוחזק אם נחייבו מלקות ממילא מיפטר מאחריות על אותו רגע ולא משכחת לה מלקות כלל. [ואפשר לומר דלא אמרינן האי כללא דקלבד"מ אלא היכי דמתחייב ע"י מעשה דידי' אבל שומר דמתחייב ע"י פשיעתו בלי מעשה לא אמרינן קלבד"מ ועיין בב"ק (דף ג') דקרי לי' היזקא דממילא]:

מיהו א"א לומר כן דיש להביא ראי' דאפי' חיובא דאתי עליו ממילא בלא מעשה נמי אמרינן קלבד"מ מהא דאמרינן בב"ק (דף כ"א) אשו רי"א משום חציו רל"א משום ממונו ופריך למ"ד משום ממונו ממשנה דהי' עבד כפות לו וגדי סמוך לו פטור אם הדליק את הגדיש ולמ"ד אשו משום ממונא אטו אם קטל תורא עבדא מיפטר ופירשו התוס' שם דקושיית הש"ס הוא דעל היזק ששורו עשה לא שייך קלבד"מ ומשני שהצית בגופו של עבד דקלבד"מ עיי"ש הרי דאם הצית בגופו של עבד מיפטר על הגדיש אף למ"ד אשו משום ממונו משום קלבד"מ וכיון דמיפטר על היזק שעשה ממונו ע"י שנתחייב מיתה בשעת מעשה ה"ה דמיפטר על מה שנתחייב ע"י פשיעתו ע"י חיוב מיתה או מלקות א"כ

פשיטא דלא משכחת מלקות בשומר משום דאי מחייבין לי' מלקות לא מצי לחייבו ממון אי מיגנב או מיתביד וממילא ליכא מלקות ולא משכחת לה אלא אם המפקיד מוחזק במעותיו של הנפקד דאז שפיר הוי גורם לממון דאי מיגנב אי מיתביד לא יצטרך להחזיר לו מעותיו ועיין בירושלמי (פ' תמיד נשחט) א"ר יצחק ממה שהוא מתחייב על הזריקה הדא אמרת הפסח כשר א"ר יוסי תפתר שנתמנה לו חמץ בין שחיטה לזריקה וקשה נמי דאכתי לר"י דאמר אחר זמנו ולפני זמנו נמי אסור בהנאה איך משכחת שנתמנה לו חמץ בין שחיטה לזריקה דהא השחיטה לאחר חצות הוא וכבר הגיע זמן איסור הנאה וגם לאחר זמנו יהא אסור בהנאה א"כ אין שייך בו זכי' כלל וצ"ל ג"כ דקיבל פקדון ובגוונא שהמפקיד מוחזק במעותיו של הנפקד דהוי גורם דאי מיגנב או מיתביד מחזיק במעותיו דבלא"ה הוי קלבד"מ:

[**וכה**"**ג** מצאתי להגאון בס' המקנה (פרק קמא דקידושין) שהקשה ע"ד הרש"ל ז"ל דאם סימא ב' עיני העבד בבת א' יוצא לחירות באחת ומשלם לו עבור אחת א"כ אמאי אמרה תורה בעבד דישנו בדין יום או יומים הא במה שאיבד לו אבר א' יוצא בו לחירות ועבור כל גופו יתחייב מיתה דבבן חורין ליכא דין יום או יומים ותירץ דא"א לומר כן דממ"נ אם נחייבו מיתה עבור איבוד כל גופו הרי האדון בר קטלא וא"א לחייבו ממון דהיינו חירות העבד דקלבד"מ וממילא אין העבד יוצא לחירות וכיון שאינו יוצא לחירות אינו מתחייב מיתה וישנו בדין יום או יומים ואע"ג דהשתא דאינו מתחייב מיתה ממילא דצריך לצאת לחירות ואם יוצא לחירות ממילא דאיכא חיוב מיתה. מ"מ אינו חייב מיתה משום דלא משכחת מיתה אלא ביציאה לחירות וחירות ומיתה בהדדי לא משכחת לה וה"נ מלקות בל יראה וחיוב אחריות בהדדי לא משכחת לה וכ"מ עוד שם כה"ג גבי סירסו דמיירי דוקא סירסו בלא מעשה. ומ"מ דבריו ז"ל צ"ע דהא העבד תופס ומוחזק בעצמו כמש"כ הרא"ש ז"ל (בפ"ק דב"ק) והיכא דהוא תופס מתחייב במיתה וממון וצ"ע]:

ובמש"**כ** השא"ר ז"ל (בדיני חמץ) דלחמץ המופקד וקיבל עליו אחריות לא מהני ביטול דכיון דלאו דידי' הוא רק שהתורה חייבי' עליו משום גורם לממון וזהו דווקא לענין חמץ רבי קרא דלא ימצא דבגורם לממון יחשב דידי' לענין ב"י אבל לענין ביטול הדרינן לכללא דקיי"ל בכל התורה כרבנן דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי ועוד אפילו לר"ש דאמר גורם לממון כממון דמי בכל התורה ה"מ היכא דאיגנב:

אבל הכא דאיתי בעיני' לאו כממון דמי לכל מילי כדאמרינן בש"ס דמהאי טעמא איצטריך לא ימצא וא"כ לענין ביטול אמרינן דלאו דידי' הוא דליבטל ע"ש בדבריו ז"ל:

והנה במה שכ' דבמיגנב או מיתביד לר"ש גורם לממון כממון אבל באיתא בעיני' מודה דלאו כממון דמי קשה לי טובא דבהדיא אמרינן בסנהדרין (דף ק"י) דאוקי ר"ל הא דקתני היו בה קדשי קדשים ימותו בקדשים שחייב באחריותן ואליבא דר"ש דאמר ממון בעלים הוא עיי"ש והכא הרי הם בעין ודייינינן רק לענין אי מיקרי שללה או שלל שמים ואפ"ה הוי לר"ש ממון בעלים אלמא דבכל ענין הוי לר"ש גורם לממון כממון וע"כ הא דקאמר בש"ס כי פריך הניחא למ"ד דבר הגורם לממון לאו כממון דמי היינו דאצטריך לא ימצא אבל למ"ד כממון דמי לא ימצא ל"ל ומשני סד"א הואיל וכי איתא הדרא בעיני' לאו ברשותו קאי ופרש"י ז"ל דכי אר"ש דה"ג לממון כממון דמי ה"מ היכא דאיגנב דהא גורם לו להתחייב ממון עיי"ש היינו דהו"א הכי אבל באמת השתא דכתיב קרא דלא ימצא דעובר על ב"י על חמץ המופקד ומקרי גורם לממון אע"ג דאכתי בעיני' שוב ילפינן גם בכל התורה דהוי גורם לממון אע"ג דאיתא בעיני' ולא מפליג ר"ש בין איתא בעיני' למיגנב או מיתביד ואע"ג דלרבנן לא ילפינן כל התורה מחמץ וסברי בכל התורה לאו כממון דמי היינו משום דכיון דלא מצינו לדידהו בדוכתא אחרינא דכממון דמי אמרו דבחמץ הוי גזירת הכתוב אבל לר"ש דדריש בד' וכיחש דבכל התורה כממון דמי כדאיתא בפ' הזהב (דף נ"ח) ובחמץ כתיב לא ימצא דאפי' איתא בעיני' כממון דמי שוב אמרינן דבכל התורה נמי כממון דמי אף באיתא בעיני' ולא מסתבר לי' לחלק לקושטא דמילתא בין איתא בעיני' בין ליתא בעיני' ואע"ג דבגמרא עביד צריכותא בזה מ"מ לקושטא דמילתא לא מחלקינן [וכה"ג מצינו בכמה דוכתי וביותר ביבמות (דף י"ד) תוס' ד"ה אכל שכתבו גבי יש זיקה דאע"ג דהש"ס עביד צריכותא בין מחיים לאחר מיתה אבל האמת הוא דאין חולקין חילוק עיי"ש] בין איתא בעיני' בין ליתא בעיני':

ויש להסביר הא דלרבנן לא ילפינן בכל התורה מחמץ לשווי' גורם לממון כממון ור"ש סבר דדה"ג לממון כממון דמי אף באיתי' בעיני' הוא משום דר"ש לטעמי' ורבנן לטעמייהו דרבנן סברי חמץ אחר הפסח אסור בהנאה וא"כ חמץ אינו ברשותו של אדם ועשאו הכתוב כאילו ברשותו והוי חידוש. וכיון דגם בחמץ דידי' הוי חידוש מה שעובר בב"י דהא לאו דידי' הוא א"כ מחידוש לא גמרינן ואמרינן דוקא בחמץ הוי גורם לממון כממון אבל בדוכתא אחרינא לא אבל ר"ש דסובר בכל התורה גורם לממון כממון ודריש בד' וכיחש לחייבו ק"ש. וגם סובר דחמץ אחר הפסח מן התורה מותר בהנאה א"כ אין כאן חידוש מה שאמרה תורה שהוא עובר בב"י אם השהה חמצו דהא ברשותו וכדידי' דמי דהא חמץ של הקדש קרי' לי' בש"ס גורם לממון משום שיהא מותר אחר הפסח וה"נ כל חמץ של הדיוט לפום דינא דאורייתא לר"ש דידי' הוי משום דאחר הפסח יהא

שרי בהנאה והוי גורם לממון דכממון דמי בכל התורה. ואם משהה אותו בפסח הרי משהה דבר שהוא שלו ממש ושפיר חייבו הכתוב לבערו ולעבור עליו בב"י מפני שהוא בעליו ממש. וא"כ ליכא חידוש כלל בזה להכי ילפינן גם לענין האי מילתא דגלי קרא גבי פקדון דגורם לממון הוי כממון אף דאיתא בעיני' לכל התורה כולה ואמרינן בכל דוכתא דבר הגורם לממון כממון דמי אף באיתא בעיני':

ובמש"כ דטעמא דר"ש דיליף דה"ג לממון בכל התורה כולה מחמץ אף היכא דאיתא בעינא הוא משום דסובר חמץ לאחר הפסח מותר בהנאה ולא הוי בו חידוש דהא ברשותו הוא וילפינן מיני' שפיר משא"כ רבנן דסברי אחה"פ אסור בהנאה והוי חידוש מה שעובר בב"י דאינו ברשותו של אדם ומחידוש לא ילפינן להכי לא גמרינן בכל התורה מחמץ לענין גורם לממון יש ליישב דעת בעה"ת שהביא הש"ך (סי' שפ"ו) דפסק כר"ש דסבר דה"ג לממון כממון דמי וקשה הא בעינן למיפסק כרבנן ולפי מה שכתבתי א"ש דכיון דפסקינן כר"ש דחמץ לאחר זמנו מותר מן התורה ממילא בעינן נמי למיפסק כר"ש בגורם לממון כוותי' וק"ל:

וכיון שנתברר דלר"ש הוי בכל התורה גורם לממון כממון דמי אף באיתא בעיני' א"כ ע"כ דמהני ביטול לדידי' גם בחמץ המופקד ותקשה לר"ש הא הוי התראת ספק שמא ביטלו דהא מצי לבטולא ובחמץ של עצמו ודאי דאינו משכחת לה לר"ש דהא לפני זמנו שרי בהנאה לר"ש ויכול לבטלו ונ"ל דלר"ש לא מהני ביטול בחמץ המופקד ולא מטעמי' של השא"ר ז"ל דאמר דסובר ר"ש לאו כממון דמי היכא דאיתא בעינא ולאו דידי' הוא אלא אדרבה דר"ש סובר גורם לממון כממון דמי אע"ג דאיתא בעינא ומה"ט אינו יכול לבטלו בלבו ובעי הפקר גמור דהא הר"ן ז"ל כתב בטעמא דמהני ביטול בלב ולא בעי הפקר גמור משום דבלא"ה אינו ברשותו ועשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו להכי מהני גילוי דעתא ובטול בלב בעלמא וכ"ז הוא רק בחמץ שלו דחיובו הוא משום שהוא שלו ובאמת לא הוי שלו דהא אסור בהנאה ואפילו גורם לממון משום היתר דאחר הפסח נמי לא הוי כיון דרבנן אסרוהו לאחה"פ כמש"כ השא"ר ז"ל] אבל בחמץ המופקד דחיובו הוא משום גורם לממון דאי מיגנב או מתביד בעי שלומי וגורם לממון הוי כממון בכל התורה אפילו באיתא בעיני' כמו שבארנו א"כ ראוי הוא שיתחייב עליו בב"י דכדידי' דמי ויש לו בו הנאת ממון שמחשב ממון בכל התורה כולה א"כ לא מהני ביטול בלב ובעי הפקר גמור וכיון דבעי הפקר גמור בפה שוב משכחת לה דלא הוי התראת ספק שראינו שלא ביטלו ולא זזה יד העדים משעה שקנאו עד שעת שחיטה ולר"י דסובר גורם לממון לאו כממון דמי כבר כתב השא"ר ז"ל בעצמו דלדידי' ודאי דלא קשה כלל דמשכחת לה שקנה

חמץ לאחר זמנו שהוא אסור בהנאה ולא מצי לבטלו ולהכי לא הוי לדידי' התראת ספק] הרי נתברר דלר"ש דסובר דגורם לממון כממון דמי לא מהני ביטול בחמץ המופקד אבל הפקר גמור מהני ולא מטעמי' של השא"ר ז"ל משום דלאו כדידי' דמי לבטל אלא אדרבה כדידי' דמי לגמרי ולא מהני ביטול אלא בעינן הפקר גמור מעתה כיון שעיקר הוכחת השא"ר ז"ל שהוכיח דלר"ש לא מצי לבטל חמץ המופקד משום דלאו דידי' הוא כ"ש לרבנן דסברי בכל התורה דגורם לממון לאו כממון דמי דלאו דידי' הוא לבטלו אבל לפי מה שבארנו דהא דלר"ש אינו יכול לבטלו הוא משום דדידי' הוא לגמרי ולא מהני ביטול א"כ לרבנן דסברי דבה"ג לממון לאו כממון דמי אפשר דמצי לבטלו ומהני ביטול כיון דלאו ברשותו קאי רק לענין ב"י גלי קרא שעובר עליו להכי מהני ביטול בלב וכמו דאתי איסור ב"י ע"י גרם ממון שיש בו ה"נ מהני האי גרם ממון שיש בו שיהא בידו לבטלו אף דבכל התורה לאו כממון דמי. ומש"כ השא"ר ז"ל דמה שייך ביטול כיון שאינו שלו בעצם לענ"ד לק"מ דהא הרמז"ל כתב דעיקר ביטול הוא השבתה והיינו שמחשב שאין דעתו ולבו עליו לשומרו והוא אצלו כעפרא בעלמא א"כ זה מהני שפיר בחמץ המופקד דהא עיקר מה שהוא עובר עליו משום שדעתו עליו לפטור עצמו בו שלא יצטרך לשלם ממון אחר וכשמבטלו ומסיר מחשבתו ולבו ממנו שאינו מקפיד על איבודו שוב אינו עובר עליו:

ובר מן דין מצאתי להריטב"א בקידושין (דף מ"ב) בשם הרמב"ן ז"ל שכתב דהא דאמרינן גבי חמץ מבטלו בלבו לאו בלבו ממש דההוא מהרהר קרי לי' אלא הוא כמו דאמרינן לא יברך אדם ברכת המזון בלבו ואם בירך יצא דלאו היינו מהרהר אלא שאינו משמיע לאזניו מה שמוציא בשפתיו וכן גבי שליחות יד דאמר לחייב על המחשבה כמעשה לאו היינו מהרהר א"כ א"ש מה דלא הוי התראת ספק דמשכחת שקנה חמץ וראוהו שלא הוציא בשפתיו עד שחיטת הפסח ודו"ק:

ודע שראיתי להגאון בעל ס' קהלת יעקב שתמה על פרש"י שפירש הא דאמר ריש לקיש דאם אין החמץ עמו בעזרה הוי התראת ספק הוא משום דאמרינן דילמא ליתא לחמץ בעולם בשעת שחיטה והקשה דהא תנן בגיטין (דף ל"א) המניח פירות להיות מפריש עליהן והולך ה"ז מפריש בחזקת שהן קיימין אלמא דמוקמינן לפירות בחזקת קיימין וסמכינן ע"ז לאכול הפירות בחזקת שהורמו וה"נ אם ידעינן שהניח חמץ לא הוי הת"ס דמוקמינן לה בחזקת שהן קיימין לכן פירש באמת דהא דקרי לי' הת"ס הוא דאמרינן שמא ביטלו ולכאורה קשה דהא קאמר שם בגמרא דמסיק דפליגי בעל בסמוך וצריכא דאי אתמר גבי מקדש לחם דסובר ר"ל דבעינן על בסמוך ה"א דלענין חמץ מודה לי'

לר"י דלא בעינן על בסמוך דאיסורא הוא וכל היכא דאיתא איתא וקשה נהי דה"א דר"ל מודה גבי חמץ דלא בעינן על בסמוך מ"מ הא א"א ללקות לר"ל מטעם הת"ס כדסובר, גבי שבועה שאוכל ככר זה היום ועבר ולא אכלה וצ"ל דהא דקאמר דה"א דלוקה אעפ"י שאין עמו בעזרה בגוונא דליכא הת"ס ובאופן דליכא למימר שבטלו כגון שקנה חמץ מחבירו בעזרה והחמץ היה בבית חבירו דכיון דהשתא הוא דקני לי' לא שייך לומר שבטל ולא הוי הת"ס ולקי דעל בסמוך לא בעינן והא דקאמר עד שיהא עמו בעזרה לאו דוקא עמו בעזרה אלא שיצא מחשש ביטול כגון שבעזרה קנה אותו. א"כ אף לפרש"י ז"ל איכא למימר דלמאי דהוי ס"ד דפליגי בהת"ס מיירי ע"כ שא"א לאוקמי אחזקה כגון שהניחו בביתו ויש ספק שמא ב"ב ביערו את ושרפו אותו דלא שייך לאוקמי בחזקת שהן קיימין דודאי איכא למיחש שמא חשו לאיסור חמץ וביערו עיין במג"א (ס' תל"ו ס"ק י"א) ומה דעביד צריכותא דה"א לר"ל לוקה ולא בעינן על בסמוך מיירי נמי בכה"ג דליכא חשש איבוד כגון שלא הי' לו ב"ב לחוש שמא אבדו ושרפו החמץ דלא הוה הת"ס וא"ש פרש"י ז"ל ודו"ק:

סימן כה

שאלה אחד שלקח חיטים שנרחצו במים ולא משך והחמץ הי' עדיין אצל המוכר רק נתן מעות והלוקח מכרו לא"י אצל הב"ד שבעירו כנהוג והמוכר לא מכרו מהו דין החמץ:

תשובה מה שנסתפק מעכ"ת כיון דקיי"ל מעות אינן קונות א"כ עדיין ברשות מוכר קאי והמוכר לא מכרו לכותי ומכירת הלוקח לא מהני ואף דמה"ת מעות קונות מ"מ כיון שחז"ל הפקיעו הקנין הדר דינא דלא הוי קנין כלל אף מה"ת כדאמרינן בפסחים (דף ו') המקדש משש שעות ולמעלה אפילו בחיטי קורדניתא אין חוששין לקידושיו משום דכיון דרבנן אסרוהו שוב לא הוי קידושין כלל ואזלינן בתר תקנתא דרבנן אף לקולא כש"כ דבעינן למיזל בתר תקנתא דרבנן לחומרא וכיון דמדרבנן לא הוי קנין עדיין החמץ קאי ברשות המוכר והנה אם היה בהיפוך שהמוכר מכר החמץ לכותי והלוקח לא מכרו ודאי דהוי שרי דאף דלמ"ד מעות קונות מה"ת אפ"ל דהחמץ הוא של הלוקח מה"ת ולא מהני מכירת המוכר מ"מ כיון דכמה מרבוותא סברי דמשיכה מפורשת מה"ת כר"ל א"כ מהני מכירת המוכר דכיון דאיסור חמץ שעבר עה"פ הוא מדרבנן סמכינן אהנך רבוותא דמשיכה מפורשת מה"ת אבל בנ"ד שהמוכר לא מכרו רק הלוקח מכרו איכא לספוקי דאף להנך רבוותא דמעות קונות מה"ת מ"מ כיון דרבנן הפקיעו הקנין ובטלו אותו שוב עובר המוכר על ב"י מה"ת. והכי משמע לי דהנה בגמרא בב"מ (דף מ"ח) קאמר התם קרא ומתניתא מסייע לי' לר"ל מתניתא דתניא נתן לבלן מעל וא"ר דוקא בלן דלא מחסר

משיכה אבל ספר דמחסר משיכה לא מעל עד דמשך ולר"י דאמר מעות קונות מה"ת מעל מיד משום דלענין מעילה אזלינן בתר דין דאורייתא דמעות קונות מה"ת לר"י עיי"ש בכל הסוגיא ובדקה לוי במתניתא נתנה לסיטון מעל עיי"ש בגמ' ועיין בע"ז (דף ס"ג) דקאמר שם בא עליה ואח"כ נתן לה אם אמר לה התבעלי לי בטלה זה אתננה אסור ופריך והא מיחסר משיכה וכתבו שם התוס' דמקשה אף לר"י דאמר מעות קונות מה"ת הכא גבי אתנן לא קני כיון שהפקיעו חכמים הקנין ואמרו דאין מעות קונות ואוקמה אמשיכה גם ממנה הפקיעו ואין כאן אתנן כלל ולא דמי להההיא דהזהב נתנה לסיטון מעל דכיון דמעל מה"ת מי יפקיע המעילה ממעות הקדש עכ"ל ודבריהם צריכים ביאור דמ"ש אתנן ממעילה וכמו דאמרינן במעילה דכיון דמה"ת מעל מי יפקיע המעילה ה"נ נימא באתנן כיון שמה"ת הוי אתנן וקנתה מי יתיר הטלה לקרבן:

ונ"ל שכוונתם דאם תקנת חכמים חלה מעיקרא ואח"כ נתגלגל הדבר שאנו צריכין לדון לענין איסור דאורייתא בזה אמרינן כיון שחכמים הפקיעו הקנין אזלינן בתר תקנתא דרבנן אף לענין איסור דאורייתא כמו שמקדש משש שעות ולמעלה שכבר נאסר החמץ ונעשה כעפרא שוב אין קידושין תופסין כלל דלא יהיב לה מידי וכן גבי אתנן כיון דהיא הקדישה אחר שנתן לה וקודם ההקדש לא קנתה בביאתו דמעות אינן קונות ואח"כ נתגלגל הדבר שהקדישה שוב אין ההקדש חל דכיון שחלה תקנת חז"ל קודם שבאנו לדון על דין דאורייתא מהני אף לענין דאורייתא משא"כ במעילה שהמעילה תליא בקנין המוכר בהני זוזי ולא חלה עדיין תקנתא דרבנן. ומעיקרא אנו באנו לדון על איסור דאורייתא אוקמינן אד"ת וכיון דמה"ת מעות קונות לר"י שפיר מעל וזהו כוונת התוס' דגבי אתנן נפקע הקנין קודם שבא לידי איסור דאורייתא אבל גבי מעילה מי יפקע הקנין כיון שמיד אנו דנין לענין איסור דאורייתא וראיתי להרמז"ל שפסק (בהלכות מעילה בפ"ו) אם קנה חפץ במעות של הקדש לא מעל ע"כ והוא נגד הש"ס דב"מ דאמרינן לר"י מעל וצ"ל לכאורה דסובר דסוגיא דע"ז פליגא אסוגי' דב"מ ובב"מ סובר הש"ס דאזלינן בתר קנין דאורייתא לענין דין דאורייתא ובע"ז סובר הש"ס דאזלינן גם לענין דין דאורייתא בתר קנין דרבנן וכ"פ (בפ"ד מהלכות איסורי מזבח) נתן לה טלה באתננה אם בא עלי' ואח"כ נתן לה מותר משום דמחסר משיכה:

מיהו אפשר לומר וליישב קושי' התוס' בסתירת הסוגיות דב"מ ודע"ז ויתיישב בזה גם דעת הרמז"ל דבאמת אמרינן כיון דחכמים הפקיעו הקנין מהני אף לענין איסור דאורייתא וכדאמרינן בסוגיא דע"ז והא מחסרה משיכה ולא נאסר משום אתנן והא דמוכח בב"מ דלר"י מעל בנתנה לספר אע"ג דמחסרה משיכה הוא מטעמא אחרינא

לפמש"כ התוס' שם בב"מ (דף מ"ג) במפקיד מעות אצל שולחני אם מותרין ישתמש בהן לפיכך אם אבדו חייב באחריותן וקאמר ר"ה אפילו נאנסו ור"נ אמר נאנסו לא ומתיב ר"נ לר"ה המפקיד מעות אצל שולחני מותרין ישתמש בהן לפיכך אם הוציא מעל הגזבר ואי אמרת אפילו נאנסו מאי אריא הוציא אפילו לא הוציא נמי ומשני ה"ה אפילו לא הוציא ואיידי דקתני רישא הוציא קתני סיפא נמי הוציא והקשו התוס' דכיון דמוכח בסוגיא זו דהיכא דחייב באונסין מעל. א"כ בנתן מעות ולא משך תקשה דהא ע"כ דמותר להשתמש במעות דאי הוה אסור להשתמש במעות א"כ אכתי יאמר נשרפו מעותיך בעליה וכיון דמותר להשתמש במעות א"כ לר"ה חייב באונסין וכיון דחייב באונסין מעל ואמאי אמרינן דלר"ל נתנה לספר לא מעל משום דמעות אינן קונות למעול משום היתר תשמיש ותירצו דלר"י דאמר מעות קונות מה"ת רק שחכמים תיקנו שלא יקנו מותר המוכר להשתמש במעות. אבל לר"ל דמשיכה מפורשת מן התורה ומעות אינן קונות כלל אסור למוכר להשתמש במעות ולהכי לא מעל לר"ל עד דמשיך:

ולפי זה אפשר לומר דהא דקאמר רבא מתניתא מסייע לי' לר"ל ומייתי מהא דתניא נתנה לבלן מעל אבל לספר לא מעל עד דמשיך ולר"י מעל אפילו בספר משום דרבא לטעמי' דסובר (בדף מ"ג) אפילו נאנסו דמקשה לי' לר"נ דאמר נאנסו לא וכיון דהיתר שימוש מחייב באונסין מעל לר"י דאף דחכמים הפקיעו הקנין ולא מעל משום קנין מ"מ מעל משום היתר שימוש דכיון דמה"ת קונה רק שחכמים הפקיעו הקנין מותר להשתמש במעות וכיון דמותר להשתמש במעות חייב באונסין ומעל אבל לר"ל דמשיכה מפורשת מה"ת א"ש דכיון דמה"ת לא קנה אסור להשתמש במעות ולא מעל וכן ברייתא דנתנה לסיטון מעל הוא נמי משום היתר שימוש דמחייב באונסין אבל משום עצם הקנין לא מעל דכיון דחכמים הפקיעו הקנין לא מעל וכדאמרינן בסוגיא דע"ז לענין אתנן:

ובזה נכון מה שפסק הרמז"ל דלקח מקח במעות הקדש לא אף שפסק דמעות קונות מה"ת הוא משום דכיון דכל קושיית הש"ס הוא מהיתר שימוש ובזה רבא לטעמי' דסובר שם דהיתר שימוש מחייב באונסין להכי מעל לר"י אבל הרמז"ל פסק כר"נ דנאנסו לא דהיתר שימוש אינו מחייב באונסין להכי פסק דלא מעל דמשום היתר שימוש אינו מועל כיון דאינו חייב באונסין ומשום עיקר הקנין תפס כסתמא דתלמודא בע"ז דאפילו לר"י דמעות קונות נמי לא מיקרי אתנן:

ולפ"ז בעינן למימר דכל היכא שאנו דנין בקנין מעות לענין איסור דאורייתא לא מהני הקנין מידי אלא שראיתי להרמב"ם ז"ל (פ"י מה' תרומות) שכ' ויראה לי כהן שמכר פרה לישראל ונתן הישראל מעות אין להאכילה תרומה מפני שד"ת מעות קונות אעפ"י

שעדיין לא משך הלוקח ואם מכר ישראל לכהן אעפ"י שנתן הדמים לא תאכל בתרומה עד שימשוך עכ"ל מבואר מזה דלענין איסור דאורייתא אזלינן לחומרא ובכהן שמכר פרה לישראל אזלינן לחומרא בתר קנין מעות ובישראל שמכר פרה לכהן אמרינן לחומרא דלא קנה עד דמשיך וזה סותר למש"כ (בהלכות מעילה) שהלוקח חפץ במעות של הקדש לא מעל משום דאזלינן בתר תקנתא דרבנן אף לקולא ולמש"כ בהלכות איסורי מזבח כמו שכתבנו לעיל בשמו:

לכן נ"ל ליישב שיטת הר"מ ז"ל באופן אחר דהנה רש"י ז"ל כתב בב"מ (דף מ"ח) גבי פלוגתא דר"י ור"ל דנ"מ לענין איסורא כגון אם קידש בו אשה דלר"י הוי קדושין דמדאורייתא קני' ודידי' הוי ולר"ל לא הוי קידושין [ובמק"א עמדנו על דברי רש"י דכיון דהלוקח מסר החפץ אל האשה בתורת קידושין א"כ הוי נמי משיכה כדתנן ב"ק (דף ע"ט) נתן לבכורות בנו או לבע"ח קנה הגנב להתחייב באונסין במשיכת הכהן או הבע"ח וה"ה לענין קנין גמור להיות שלו ועיין בטור אהע"ז (ס' ק"כ) בשם הרמ"ה ז"ל לענין קנין הנייר לענין גט אשה וישבנו דמיירי שהקידושין היה שלא בפני המוכר ולא א"ל לך וקני] ולכאורה הוי עדיף למימר איפכא היינו דאם קידש בו המוכר אשה דלר"י אינה מקודשת ולר"ל מקודשת:

מיהו נ"ל דאפילו לר"י מקודשת אם קידש בו המוכר דאף דמה"ת מעות קונות מ"מ כיון שתיקנו רבנן דמעות אינן קונות הרי הפקיעו הקנין מהלוקח והוי החפץ של המוכר כדאמרינן בפ' כ"ש (דף כ"א) המקדש משש שעות ולמעלה אין חוששין לקידושין כלל אף שאין איסורו אלא מדרבנן מ"מ הלא לא שוה מידי וה"נ דכוותה אף דמה"ת מעות קונות מ"מ חכמים הפקיעו הקנין והא דאמרינן דאם קידש הלוקח לר"י הוי קידושין אע"ג דחכמים הפקיעו הקנין נראה דכ"ז שלא חזרו בהן לא בטל הקנין דדיו שיפקיע הקנין משעת חזרה ואילך אבל כ"ז שלא חזרו בהן הקנין קיים רק שתקנו שיהא בידם לחזור משום גזירה דנשרפו חיטך בעליה אבל כ"ז שלא חזרו בהן הוי דלוקח ולהכי כתבו התוס' (דף מ"ג) דלמ"ד מעות קונות מותר המוכר להשתמש במעות כיון דמה"ת הוי קנין מעליא אף דלמ"ד מעות אינן קונות אסור לשמש במעות אלמא דלא בטל הקנין לגמרי ולפ"ז א"ש דאם הלוקח קידש בו אשה לר"י מקודשת כיון דמה"ת קנה בכסף הוי דידי' וכ"ז שלא חזר לא בטל הקנין. אבל אם קידש בו המוכר אשה הרי חזר בו המוכר ואינו רוצה להחזיק במכירתו שהרי קידש בו אשה ואף לר"י מקודשת דכיון שחזר בו המוכר הרי הפקיעו חכמים הקנין וכן נמי בנתנה לספר דמעל לר"י אע"ג דחכמים הפקיעו הקנין מ"מ כ"ז שלא הדר בי' הוי קנין מעליא והוי מעילה ואע"ג שאם היה לוקח הגזבר חפץ

במעות של הקדש במעכשיו אם לא יחזור בו לאחר ל' יום ודאי דלא מעל עדיין כיון דיכול לחזור בו התם שאני שלא חל עדיין המקח עד שיעבור למ"ד יום משא"כ הכא כיון שמה"ת חל המקח מיד להכי מעל וכי הדר בי' טעמא אחרינא הוא ב"ד הקנין ממנו משום גזירה דשמא יאמרו נשרפה [ואין להקשות לר"י אמאי הוי קידושין הא האשה לא סמכה דעתה דחיישא דלמא הדר בי' המוכר די"ל דסמכה דעתה שפיר דשארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ועוד דהא קאי עלי' במי שפרע]:

והנה בפ' השואל (דף צ"ט) אר"ה השואל קורדם מחבירו בקע בו קנאו לא בקע בו לא קנה ופריך למאי אילימא לאונסין מ"ש פרה דמשעת שאילה אלא לחזרה בקע בו לא מצי משאיל הדר ביה לא בקע בו מצי משאיל הדר בי' ופליגא דר"א דאר"א המשאיל קורדם של הקדש מעל לפי טובת הנאה שבו וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה ואי לא קנאו אמאי מעל ואמאי חבירו מותר לבקע בו לכתחילה נהדרו ולא ליקניה ולא למעול ע"כ וקשה לי טובא (כמדומה שמצאתי אח"כ קושיא זו בש"מ) א"כ מאי פריך ר"נ לר"ה (דף נ"ג) אהא דאמר המפקיד מעות מותרין ישתמש בהן וחייב באחריותן אפילו נאנסו מברייתא דהמפקיד מעות אצל שולחני אם צרורין לא ישתמש בהן לפיכך אם הוציא לא מעל הגזבר ואם מותרין ישתמש בהן לפיכך אם הוציא מעל הגזבר ואי אמרת אפילו נאנסו מאי איריא הוציא אפילו לא הוציא נמי ומשני ה"ה אע"ג דלא הוציא ואיידי דתנא רישא הוציא תנא סיפא נמי הוציא ע"כ והא התם ודאי דמפקיד מצי הדר בי' דעיקר נתינתו לא הי' רק בתורת פקדון רק שממילא מותר להשתמש בו ופשיטא דמצי הדר בי'. א"כ אמאי פריך אפילו לא הוציא נמי נימא דמשום הכי לא מעל משום דמצי הדר בי' וצ"ל ע"כ דסוגיא דהשואל פליגא אסוגיא דהמפקיד דר"נ בהמפקיד סובר דמעילה לא תליא בחזרה ואף דמצי הדר בי' מ"מ מעל אם חייב באונסין וסוגיא דהשואל סובר דמדמעל ש"מ דלא מצי הדר בי' דאי מצי הדר ביה לא מעל דלא אמרינן מוציא מעות הקדש מעל בשוגג אלא אם הוציאם בגוונא דבהדיוט לא מצי הדר בי' אבל אם בהדיוט מצי הדר בי' גם בהקדש לא מעל ואע"ג דבשליח שעשה שליחותו מעל המשלח אף דודאי מצי הדר בי' המשלח ואם ביטל שליחותו לא מעל אף שלא נזכר שהוא של הקדש כדמשמע מדברי רש"י ז"ל בחגיגה (דף יו"ד) גבי הא דאמרינן נזכר בעה"ב ולא נזכר שליח שליח מעל שליח עניא מאי עביד ופרש"י דנהי דבעה"ב פטור כיון דנזכר אנן סהדי דלא ניחא לי' בשליחות דהיאך ומהשתא לאו שלוחו הוא ומיהא השליח מאי עביד עכ"ל (ובמק"א בארנו דברי רש"י ז"ל) הרי חזינן דביטל שליחות מהני גבי מעילה וכ"ז שלא ביטל השליחות אם עשה שליח שליחותו מעל הבעה"ב אף דמצי הדר בי' התם שאני

משום דשליח כמשלח דמיא וכ"ז שלא חזר בו דומה כמו שהוא בעצמו עושה המעילה הלכך מעל אעפ"י שיכול לחזור בו ולבטל השליחות משא"כ במפקיד או במשאיל שאין זה בתורת שליחות והנפקד והשואל אדעתא דנפשי' קא משתמש רק שהמפקיד או המשאיל נתן לו רשות לזה ומעל כמו נתן מעות הקדש לאחר בתורת מתנה וכיון דמצי הדר בי' לא מיקרי נתינה עדיין ולא מעל [ועיין מש"ל דנותן מעות הקדש לחבירו אינו בגדר שליחות רק שהוא בעצמו הוא המוציא מעות הקדש לחולין והך סברא שהסוגיות הללו סותרות זא"ז הוא באמת פלוגתא דתנאי תנא דמתניתין ותנא דברייתא בסוף מעילה (דף כ"א) דבתוספתא דמעילה והיא בש"ס דפ' המפקיד (דף מ"ג) קתני המפקיד מעות אצל שולחני אם צרורין לא ישתמש בהן לפיכך אם הוציא לא מעל הגזבר ואם מותרין ישתמש בהן לפיכך אם הוציא מעל הגזבר ע"כ הרי דמותרין מעל הגזבר כמו שכ' רש"י ז"ל דהו"ל כנותן לו רשות להשתמש בהן ואילו במשנה דמעילה (דף כ"א) תנן המפקיד מעות אצל שולחני אם צרורין לא ישתמש בהן לפיכך אם הוציא מעל אם מותרין ישתמש בהן לפיכך אם הוציא לא מעל ע"כ הרי שלא הוזכרה כאן מעילה גבי מפקיד ומשמע שהמפקיד לא מעל אף במותרין ולא מחלק בין צרורין למותרין אלא גבי הנפקד דבצרורין מעל הנפקד ובמותרין לא מעל הנפקד אבל המפקיד לא מעל אף במותרין ואף שרש"י ז"ל כתב שם במשנה אם מותרין ישתמש בהן לפיכך לא מעל השולחני אלא המפקיד ע"כ מ"מ הרמז"ל לא פי' כן שכ' (בפ"ז מהלכות מעילה הלכה יו"ד) וז"ל המפקיד אצל שולחני או חנוני ולא היו חתומין או קשורין קשר משונה הואיל ויש לו רשות מן הדין להשתמש בהן אם הוציא שניהן פטורים בעל הפקדון פטור שהרי לא אמר לו להשתמש בהן והחנוני פטור משום שאינן קשורין קשר משונה ולא חתומין וכאלו השתמש ברשות ע"כ הרי שכ' בהדיא שהמפקיד פטור אף במותרין ובאמת מגופא דמתניתין מוכרח כן דאם איתא דבמותרין מעל המפקיד א"כ ל"ל למיתני דלא מעל השולחני פשיטא דהא אין מועל אחר מועל במוקדשין (ודוחק לומר דמיירי שהפקיד מותרין במזיד כדי להשתמש בהן) א"ו כדעת הרמז"ל דהמפקיד לא מעל לעולם וע"כ הוי טעמא דמתניתין דלהכי לא מעל המפקיד דסובר כהך סוגיא דפרק השואל דכל היכא דמצי הדר בי' לא מעל והכא פשיטא דמצי הדר בי' דהא לא נתן לו רשות בהדיא להשתמש בהן רק שהפקיד אצלו ולא צררן ולא עוד אלא דדעת הרמז"ל דאפילו הוציא נמי לא מעל כיון דהמפקיד מצי הדר בי' אין חיוב הוצאתו על המפקיד דליכא מעילה אלא אם שלחו להוציאן דאז אמרינן שלוחו כמותו או שהפקיד אצלו באופן דלא מצי הדר בי' דאז מעל תיכף אם מתחייב הנפקד באונסין אבל אם הפקיד באופן דרשאי להוציא והמפקיד מצי הדר בי' מה שהוציא

על הנפקד רמי דוגמא למש"כ התוס' בפרק הגוזל (דף ק') בחייב הזכאי היכא דהדר דינא אף שאח"כ שילם אעפ"כ אין הדיין חייב דדיבורא דידי' לא הוי מעשה דהוה מצי למיהדר בי' עיי"ש וה"נ דכוותה. אף דחייבה התורה במוציא מעות הקדש לחולין מ"מ היינו שהוציאן באופן שבהדיוט כה"ג אינו יכול לחזור בו ולהוציאן מיד מי שנתן לו אבל במפקיד מעות מותרין שבהדיוט יכול להוציאן מיד הנפקד לא מעל המפקיד אף שהוציאן הנפקד וכיון דתנא דמתניתין ותנא דברייתא פליגא בהאי דינא דאיכא מעילה היכא דמצי הדר בי' פסק הרמב"ם ז"ל כסתם מתניתין ומכש"כ דהך סוגיא דפרק השואל מכרעת כסתם מתניתין דהיכא דמצי הדר בי' לא מעל וסוגי' דפרק המפקיד דפריך ר"נ לר"ה דאמר אפילו נאנסו מברייתא דאם הוציא מעל הגזבר ולר"ה מאי איריא הוציא אפילו לא הוציא נמי מקשה רק לפי שיטת הברייתא דאיכא מעילה אע"ג דמצי הדר בי' דהא קתני לפיכך אם הוציא מעל הגזבר א"כ מאי איריא הוציא אפילו לא הוציא נמי כיון דהיתר שימוש מחייב באונסין מעל אפילו בלא הוציא ומוכיח מזה דהיתר שימוש אינו מחייב כ"א בגניבה ואבידה ואה"נ דלתנא דמתניתין לא מעל כלל אפילו הוציא משום דמצי הדר בי' כדאמר בהשואל אבל לתנא דברייתא דמעל אע"ג דמצי הדר בי' א"כ אפילו לא הוציא נמי:

ומעתה א"ש מה שפסק הר"מ (בפ"ו מהלכות מעילה) דלקח חפץ במעות של הקדש לא מעל אם לא משך ובגמ' מייתי סייעתא מברייתא דנתנה לבלן מעל אבל בספר דמחסר משיכה לא מעל עד דמשך לר"ל אבל לר"י מעל מיד אף בספר משום דמעות קונות משום דתנא דנתנה לבלן מסתמא אזיל בשיטת תנא דברייתא דמעילה דאף דמצי הדר בי' נמי מעל א"כ לר"י דמעות קונות ד"ת מעל אע"ג דרבנן הפקיעו הקנין מ"מ הא לא בטלו הקנין קודם שחזר בו ולע"ע הוי קנין מעליא ומעל ואף דיכול לחזור בו מ"מ מעל דתנא דברייתא סובר דחזרה אינה מבטלת כח המעילה וכן הא דקאמר בדקה לוי במתניתא נתנה לסיטון מעל הוא הכל לסברת תנא דברייתא אבל הר"מ ז"ל דפסק כתנא דמתניתין במפקיד מעות דלא מעל משום דמצי הדר בי' וכסוגיא דפ' השואל. להכי פסק בלקח חפץ במעות של הקדש לא מעל משום דמצי הדר בי' ומה שפסק הר"מ ז"ל בנתן לבעלי אומנות מעל מיד נראה דגבי אומנות לא תיקנו רבנן כלל שלא יקנו מעות דדוקא גבי מכירה שדרך ליתן מעות מיד גזרו משום דטרח ומציל אבל בשכירות דמשתלמת לבסוף ואין דרך להקדים מעות אי מיקרי ונתן מעות לא גזרו כמו דלא גזרו בדמי פרה בחמור או במכור לי באלו כדאמרינן בש"ס בהזהב (דף מ"ו) וכ"כ התוס' בהדיא בפ' השואל (דף צ"ט) בד"ה כך תקנו שכתבו וז"ל ול"ל דקאי אשוכר שתקנו משיכה ולא

קני מעות דהא שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף עיי"ש. וברור הוא דכוונתם כמש"כ דכיון דאינה משתלמת אלא לסוף לא תקנו כלל שאין מעות קונות ושפיר נקנה שכירות מטלטלין במעות ואוקמה אדינא ושפיר כ' הר"מ ז"ל דבנתן לבעלי אומנות מעל מיד דמעות קונות ד"ת וחכמים לא הפקיעו הקנין וא"ש נמי מה שפסק (בהלכות תרומות) דישראל שלקח פרה מכהן ונתן מעות אינה אוכלת בתרומה משום דמה"ת מעות קונות ואף שחז"ל הפקיעו הקנין מ"מ קודם שחזר בו לא הפקיעו הקנין ולהכי אינה אוכלת ומה שפסק בסיפא בכהן שלקח פרה מישראל ג"כ אינה אוכלת דמשמע אף שלא חזר אחד מהם נמי אינה אוכלת דאמרינן מעות אינן קונות איכא למימר דאם יאכילנה כהן בתרומה שמא יחזור בו המוכר ותאכל ג"כ אחר החזרה ואפשר עוד לאמר דכשחזר בו בטל הקנין למפרע להכי לא תאכל בתרומה שמא יחזור בו ונמצא שפרתו של ישראל אכלה בתרומה:

ומה שפסק (בהלכות איסורי מזבח) באתנן דאם מחסר משיכה לא הוי אתנן אם בא עליה ואח"כ נתן אע"ג דלא חזר בו. נ"ל דגם זה נכון לפמש"כ התוס' בתמורה (דף כ"ט) בהא דאמר אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו והקשו התוס' דהא לא משכחת בא עלי' ואח"כ נתן אלא בדקיימה בחצירה א"כ הרי היא מוחזקת בטלה זה והיכי שייך לאמר זיל הב לה ות' דכיון דאי לא הוה מוחזק לא אמרינן לי' זיל הב אע"ג דמטעם חצירה היא זוכה לא קרינן לה אתנן אי לאו טעמא דמפרש התם כיון דיהיב לה לצי"ש עיי"ש הרי דאף דקיימה בחצירה והיא זוכה בטלה בשכר ביאה ואפ"ה לא מיקרי אתנן אלא אם מחויב ליתן לה עפ"י דין או לצי"ש אם לא הי' תופס ואי לאו הכי לא מקרי אתנן אעפ"י שהיא זוכה בעצמה באמת בשכר ביאה א"כ פשיטא דבכה"ג דמעות ד"ת אע"ג דלא הפקיעו חכמים הקנין ושכר ביאה הוא כ"ז דלא הדר בי' מ"מ אלו תבעה לו בדינא הי' יכול לחזור בו מחמת תקנתא דרבנן וא"צ ליתן לה לצי"ש פשיטא דלא מקרי אתנן ומהתימא על התוס' ז"ל שלא חלקו בזה והקשו ממעילה:

ונראה דאזלי בשיטת הרמ"ר בתמורה (דף כ"ט) בתוס' שם דתירץ תירוץ אחר וכתב הא דאמר אתנן אסרה תורה בבא על אמו מיירי בהקנה לה בקנין סודר ובזה לא הוי אתנן אי לאו טעמא דלצי"ש אבל אי הוי קיימא בחצירה הוי מיקרי אתנן אע"ג דאינו חייב לצי"ש אילו תבעה לי' אבל דברי הר"מ ודאי דיש לישב דסובר כתירוץ שבתוס' דבאתנן בעינן שיהא מחויב לה ע"י תביעה בדין או לצי"ש להכי במחוסר משיכה אחר התקנה לא מיקרי אתנן:

והנה לפי מה שנתבאר דאף אם נימא דתקנתא דרבנן מהני גם לענין דאורייתא. ובעינן למיחש בהאי חמץ שקנה במעות ומכרו לא"י שלא קנוהו כלל מפני שחכמים תקנו שמעות אינן קונות מ"מ הם לא תקנו לבטל הקנין מיד רק שאם חזר בו מתבטל הקנין ואם לא חזר בו הוי קנין מעליא ושפיר זבין הלוקח חמצו לא"י וא"ל דממ"נ אם הלוקח קונה בכסף דקנין כסף בישראל קונה מה"ת א"כ הרי נכרי אינו קונה בכסף כדדרשינן בבכורות (דף יג) לעמיתך בכסף ועובד כוכבים במשיכה וא"כ לא קני ליה הכותי בקנין כסף דז"א חדא דהא התוס' כתבו בב"מ (דף מ"ח) דאיכא אמוראי דסברי דישראל וכותי שניהן קונין בכסף ולא דרשי לעמיתך להך דרשא ועוד דמסתמא הקנו ליה בקנין אגב ובק"ס כמו שנוהגין בכל בתי דינין בישראל ואין לאסור מטעם הואיל ומצי הדר ביה המוכר ברשותו קאי כדאמרי' (פסחים מו) גבי חמץ של תרומה הואיל ואיבעי מיתשיל עלה וה"נ אי הוי הדר ביה בטל הקנין למפרע דז"א דכיון דאסור לחזור בו דהא קאי במי שפרע להכי לא אמרינן הואיל כה"ג מ"מ יש לחוש בו מטעם אחר דהא אי מגניב או מתביד החמץ לא ישלם הנכרי לישראל הלוקח שמכר לו ויחזור הלוקח ממכירתו ויהא מותר לחזור בו דהא אפילו מי שפרע ליכא כדאמרינן בחמרא דבעי למינסב ליה בי' פרזק רופילא בב"מ (דף מט) ובשו"ע חו"מ (סימן ר"ד) וכיון דאי מיגנב מצי הדר ביה הלוקח אע"ג דהשתא הוי קנין מעליא כמש"כ לעיל מ"מ כיון דמצי הדר ביה אמרינן הואיל דמצי הדר ביה הלוקח כממונו של מוכר דמי אף שעדיין לא חזר בו הלוקח מיהו בזה אפ"ל דתרי חששא לא חיישינן למימר דאי מיגנב ומיתבד וודאי הדר ביה דלא מצינו שחייב הכתוב בב"י ובב"י אלא אי מיגנב ומיתבד מתחייב לאלתר לשלומי משא"כ הכא דאף אי מיגנב לא מחייב לשלומי אלא אם הדר בו הישראל מקנייתו ושמא לא יחזור בו הישראל. מיהו אכתי יש לחוש בזה מטעם אחר דהא כיון דהחמץ היה מונח ברשותו של מוכר ונהי דהלוקח קנה ליה בקנין מעות ומכרו לכותי מ"מ לא גרע מחמצו של כותי המופקד אצל ישראל שאסור אחר הפסח ואף דאין דין שומרים בכותי והאי חמץ הוי של כותי מ"מ בכה"ג שלקח הכותי מישראל פקדון שיש לו ביד ישראל חבירו נראה דחייב לשלם להכותי אם נאבד הפקדון דדוקא אם קיבל הפקדון מהכותי מיעט קרא מדין שומרים אבל אם קיבל פקדון מישראל והישראל מכר הפקדון לכותי חייב באחריות שכבר נתחייב באחריות משעה שקבל הפקדון דהא בכותי גופא אלו פירש שיתחייב באחריות חייב דהא עיקר ברייתא (פסחים ה') דלא יקבל פקדונות מכותי מוקמינן שם בקיבל עליו אחריות והיינו שהתנה בפירוש שיתחייב באחריות כמש"כ השג"א בתשובתו בדיני חמץ ורק בסתמא מיעט רחמנא כותי מדין שומרים אבל כה"ג שכבר נתחייב באחריות

על האי פקדון כשהיה ביד ישראל מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו וזכה הכותי בהאי פקדון בחיוב אחריותו ולא מיבעיא להך לישנא דסובר בכתובות (דף לד) דשומר מתחייב משעת משיכה ומההוא שעתא אשתעביד נכסיה דודאי חייב אף אם מכרו לכותי אלא אפילו למ"ד דלא מתחייב אלא משעת גניבה ואבידה והכא בשעת גניבה כבר הוי דכותי ובפקדון דכותי ליכא דין שומרים מכל מקום כיון שחיוב קבלת אחריות התחיל כשהיה ביד הישראל חייב גם כשמכרו המפקיד לכותי ובכל המכירות הנהוגות בינינו דלא חיישינן להאי חששא דאי מגניב החמץ לא ישלם לו הכותי אפ"ל דכיון דאנו מוכרין גם הרשות שהחמץ מונח בתוכו להכותי א"כ דמי לקיבל עליו אחריות על חמצו של כותי בבית כותי אבל בחמץ זה שהלוקח מכר החמץ לכותי והחמץ מונח ברשותו של מוכר הראשון הרי הוי ממש חמצו של כותי המופקד אצל הישראל דהא הלוקח לא הוי בידו למכור הרשות של המוכר שהחמץ מונח בו ודעת המג"א (בסי' ת"מ) שהחמץ של הכותי המופקד אצל ישראל אסור בהנאה מיהו הח"י פסק בסי' הנ"ל שחמצו של הכותי המופקד אצל ישראל מותר בהנאה והביא דברי הירושלמי דקאמר בפ"ב דפסחים כותי שהפקיד חמצו אצל ישראל ר' יונה אמר מותר ר"י אומר אסור ר' יונה אמר מותר חמצו של כותי הוא וישראל הוא שעבר עלה ע"כ הרי דמסיק כר' יונה דמותר:

ובאמת דדברי הח"י בזה צ"ע טובא דמדברי הרא"ש ז"ל בפסחים (דף ל"א) מבואר בהדיא גבי כותי שהלוה לישראל על חמצו דחמץ המופקד אסור בהנאה אחה"פ שכתב שם (בסימן יו"ד) דהכותי שהלוה לישראל על חמצו אם לא הרהינו אצלו אף דאמר לו מעכשיו לא גרע מחמצו של כותי ברשות ישראל ואחריות הוא על ישראל עיי"ש. הרי שכתב בהדיא דחמצו של כותי ברשות ישראל אם קיבל הישראל עליו אחריות אסור אחה"פ ובאמת שיש לתמוה דמאי קנס הוא לישראל הנפקד שהחמץ נאסר בהנאה כיון שיכול להחזירו לכותי ואפילו אם הוזל ע"י שנאסר בהנאה ואינו ראוי לישראל נמי יכול לאמר הש"ל כמו שפסק המג"א בסי' הנ"ל וא"כ מאי קנסא הוא לגבי הנפקד מה שנאסר בהנאה ומכש"כ היכא דלא הי' יכול למוכרו קודם הפסח דלא פשע כלל דודאי יכול להחזירו להכותי אף למ"ד אין אומרין באיסורי הנאה הש"ל:

מיהו לפמש"כ במ"א על מש"כ המק"ח (סימן ת"מ) אם הכותי המפקיד חמץ בבית ישראל חייב מעות לישראל הנפקד וכשיאבד החמץ לא ישלם לו חובו מיקרי אחריותו עליו וחייב לבער עכ"ל ולענ"ד צריך עיון בדין זה טובא דנ"ל דלא אמרינן גורם לממון כממון דמי אלא היכא דאי מיגנב ומיתבד צריך לשלם דמים מביתו דזה שייך שפיר מיקרי גורם לממון דהיינו שממונו מינטר אגב זה הפקדון דאלו מיגנב הפקדון מחוייב

לתת ממונו וכיון דממונו ודאי דידיה מיקרי. הפקדון הגורם לקיום ממונו נמי מיקרי ממון דידיה ואף אם אין לו במה לשלם אם יגנב או יתבד מ"מ יחול עליו שיעבוד ממון לשלם מכל אשר תשיג ידו אבל אם כבר נתן מעותיו בתורת הלואה להכותי ואי מיגנב או מיתבד יאבד מעותיו ולא ישלם לו הכותי זה לא מיקרי גורם לממון דמעותיו כבר להוצאה נתנו ואיבוד מעותיו שכבר אינם ברשותו לא הוי גורם לממון דהא שיעבודא בעלמא אית ליה על הנכרי ודמי להא דאמרינן בפ"ק דקידושין (דף ו') דהמקדש במלוה אינה מקודשת משום דמלוה להוצאה ניתנה והא דאמרינן בפסחים (דף ל"א) דישראל שהלוה לכותי על חמצו למ"ד ישראל מכותי לא קנה משכון אינו עובר עליו אפילו בהרהינו אצלו וכתב הבעה"מ והרא"ש ז"ל דמיירי שלא קיבל עליו אחריות הא אם קיבל הישראל אחריות עובר בב"י מטעם קבלת אחריות והתם לא יצטרך הישראל לשלם מעות מביתו רק שיאבד חובו שהכותי לא ישלם לו הרי דגם מה שמאבד חובו מיקרי גורם לממון התם איכא למימר דלא משום דמי המשכון בעינן בלא קבלת אחריות דבדמי המשכון לא איכפת לן במה שינכה לו על חובו רק משום דמסתמא המשכון שוה יותר מדמי החוב ויצטרך הישראל לשלם מביתו כשיאבד להכי הוצרכו לומר דמיירי שלא קיבל עליו אחריות דאף דמצינו בשבועות (דף ל"ב) גבי משביע עד א' דמיקרי גורם לממון במה שהוא מוציא ממון ע"פ העד אלמא דמיקרי גורם לממון כה"ג התם שאני דעיקר חיוב קרבן שבועה הוא על שהפסיד וכפר להעיד ממון שהיה יכול להוציא מנתבע א"כ הרי ע"ז חייב רחמנא להכי חייב אף בע"א שאפשר שהיה משלם עפ"י העד אבל בחמץ שהחיוב על הממון דאיתא גבי' לא מיקרי גורל"מ אלו היה מוציא ממון וכן ראיתי בריטב"א שם שכתב דמאן דאית ליה התם גורם לממון כממון סובר נמי בעלמא לאו כממון דמי ורק גבי קרבן שבועה סובר כמ"דמ מדלא אייתי הש"ס הני תנאי בכל דוכתא דמזכיר דין גורם לממון ע"כ והיינו משום דהכא גלי קרא דחייב ק"ש על הוצאת ממון אף דבעלמא זה לא מיקרי גורם לממון אף לר"ש ולפ"ז נראה בנידון דידן דגורם לממון זה שאם יאבד לא ישלם לו הכותי החוב בעד החמץ לאו כממון דמי דלא מיקרי גורם לממון אלא שאם יאבד יצטרך ליתן דמים מביתו אבל בהאי חמץ שאם יאבד לא ישלם לו הא"י החוב לא מיקרי גר"ל ולא נאסר ודו"ק:

סימן כו

שאלה מי שנתן חמצו לא"י קודם הפסח במתנה ע"מ להחזיר לו אחה"פ אי מותר אחר הפסח או לא:

תשובה באו"ח (סימן תמ"ח) מבואר דמתנה ע"מ להחזיר אסור בחמץ משום חומרא דחמץ ועמש"כ המג"א ז"ל דהוא רק חומרא ולא מדינא וכ"כ המחנה אפרים הלכות מאכלות אסורות (דף לא) דכיון שנתקיים התנאי והחזירו לו הרי היה החמץ של כותי למפרע ולא עבר אב"י אלא שהקשה ע"ז מהא דאמרינן האוכל חמץ של הקדש במועד מעל וי"א לא מעל ומוקי לה דפליגי בדבר הגורם לממון אי כממון דמי אי לא דמ"ד מעל משום דסובר כממון דמי א"כ חזינן דמה שאחר זמן יהא בו דין ממון נמי מיקרי ממון אף שעכשיו הוא אסור בהנאה ואין להקדש שום זכות בו א"כ בחמץ דפסקינן דבר הגורם לממון כממון דמי מקרא דלא ימצא אם נתן לו במתנה ע"מ להחזיר לא מהני דמ"מ הוי גורם לממון שאחה"פ מחויב הכותי להחזיר לו ומטעם זה כתב דאם החמץ היה ברשות הכותי שרי דכיון דאיסורו משום גורם לממון מהני מה שמוציאו מרשותו וכדעת הפוסקים דבפקדון אם לא היה מונח ברשות ישראל שרי אבל אם היה מונח ברשות ישראל אסור מטעם גורם לממון וכבר עמדנו בעצמינו מהך סוגיא דאוכל חמץ של הקדש במועד:

אבל נראה שיש לחלק דהא דזה מיקרי גורם לממון מה שיהא לו דמים בו לאח"ז הוא דוקא אם עכשיו אין לשום אדם זכות בו רק שרובע עליו איסור חמץ כמו בחמץ של הקדש ולהכי כיון דידעינן שאחה"פ יחזור להתירו מיקרי בר דמים אבל בדבר שעכשיו הוא קנוי לאחר ורשות אחרים עליו לא מהני מה שאחה"פ יחזור לידו דהיכא דאין רשות אחרים עליו רק שיוצא מרשותו ע"י אפקעתא דמלכא שנאסר בהנאה בזה אמרינן שפיר כיון שאח"ז מותר בהנאה ודבר הג"ל כממון דמי אינו יוצא כלל מרשותו אבל דבר שכעת הוא ברשות אחרים הרי ע"כ הוא יוצא מרשותו ועכשיו לאו ממונו הוא:

ובזה מיושב נמי מה שהקשה הקצה"ח (בסימן שפ"ו) מהא דאמרינן בב"ק (דף צ) המוכר עבדו ופסק עמו ע"מ שישמשנו עוד למ"ד יום רמ"א ראשון ישנו בדין יום או יומים רי"א שני ישנו בדין יום או יומים ומפרשינן דר"מ סובר קנין פירות כקנין הגוף דמי ומיקרי כספו דראשון א"כ קשה דהא ר"מ סובר כר"ש דדבר הג"ל כמ"ד ומקרי גם כספו דשני בתוך למ"ד משום גורם לממון דאח"ז:

ולפי מש"כ א"ש דהתם שבתוך למ"ד הוא ממון דראשון לא מיקרי ממון דשני משום גורם לממון דאחר זמן. ולפ"ז אין לאסור מטעם גורם לממון במתנה עמל"ה ועוד שבעה"מ ז"ל פי' התם הסוגיא דאוכל חמץ של הקדש באופן אחר וז"ל ת"ק סובר דבר הג"ל כממון דמי ואשכחן חמץ בפסח שהוא גורם לממון כגון גזל חמץ ועעה"פ ובא אחר וגנבו ואכלו שגרם לו הפסד ממון שאלו לא גנבו היה זה הגזלן אומר לו להנגזל הש"ל וה"נ באכל

חמץ של הקדש שהבעלים חייבים באחריותן שהוא גורם לבעלים תשלומי ממון הלכך בר דמים הוא ובר מעילה הוא מהשתא וי"א סובר דבר הג"ל לאו כמ"ד הלכך לאו בר דמים הוא ולאו בר מעילה הוא ואע"ג דלקמי חזי דא"נ דכר"ש ס"ל מ"מ השתא לא חזי ובתר השתא אזלינן עכ"ל ולדבריו לא מיקרי גורם לממון כל מה שיהא ראוי לאח"ז והא דהוי כממון למ"ד דג"ל כממון דמי הוא משום שהבעלים חייבין לשלם להקדש:

וראיתי לקצה"ח שכ' שלא ירד לכוונתו דכי משום שהפסיד לבעלים באכילתו ישלם קרן וחומש ואשם להקדש הא להקדש לא הפסיד מידי שהרי הוא אסור בהנאה ואדרבה עשה טובה להקדש שהבעלים מתחייבין לשלם דמים ע"י אכילתו ולענ"ד דברי הבעה"מ נכונים וברורים דהא אמרינן בב"ק (דף קה) בבעיא דגזל חמץ ועבר עה"פ ונשבע עליו מהו מי אמרינן כיון דאי מגנב או מתבד בעי שלומי ממונא קכפר לי' א"ד השתא הא איתיה בעיניה ומסיק דמילתא דמיבעי' לי' לרבא פשיט לי' לרבה שורי גנבת והוא אומר לא גנבתי מה טיבו אצלך ש"ח אני ש"ש אני עליו חייב כו' כיון דאי מיגנב ממונא קא כפר לי' אלמא דלמ"ד דבר הגורם לממון כמ"ד אם כפר לי' דבר שאם היה נגנב היה חייב באחריותו לשלם דמים מקרי כפירת ממון א"כ האי חמץ שהבעלים הקדישוהו וחייבין באחריותו כגון שהקדיש ע"מ לחייב באחריותו אף שמעכשיו לאו בר דמים הוא שאסור בהנאה הוא מ"מ יש להקדש זכות בגווי' שאם יגנב אז ישלמו הבעלים ממון להקדש ולהכי למ"ד דהג"ל כמ"ד יש להקדש ממונא בהאי חמץ:

דאף כשהוא בעין עפרא בעלמא הוא דבתר השתא אזלינן והבעלים א"צ ליתן חמץ אחר דמה איכפת להו במה שנאסר החמץ [ולעיל בארנו דאפילו אם פשע במה שלא מכרו יכול לומר גבי הקדש נמי הש"ל וא"צ לשלם דמים] אבל אי מיגנב או מיתבד מחויב לשלם דמים שהרי חייב באחריותו ואף אם נימא דכיון שנאסר קודם שנאבד מפטרי הבעלים מאחריותו שכבר נעשה כעפרא בעלמא והם לא קבלו אחריות רק כשיהא להקדש פסידא ע"י אבידתו מ"מ משכחת לה אם פשע במה שלא מכרו שאז ודאי חייב לשלם אי מיגנב כיון שאינו בעין לומר הש"ל חייב לשלם מחמת אחריותו וכשקיבל אחריות בשעת נדרו חייב גם בהקדש באחריות וא"כ יש להקדש גורם לממון בהאי חמץ שאם יאבד ישלמו הבעלים וכיון דג"ל כממון דמי מיקרי אוכל ממון הקדש וחייב לשלם קרן וחומש ואשם להקדש דהא יש להקדש דין ממון בהאי חמץ שהוא גורם תשלומין לבעלים אם מגנב או מתבד וזה שאכלו נהנה מממון הקדש. ואין לומר דלא הפסיד להקדש מידי משום דעכשיו שאכלו ישלמו הבעלים להקדש משום שחייבין באחריות של האי חמץ דסוף סוף כיון דקיי"ל גורם לממון כמ"ד ולהקדש יש בהאי חמץ גורם

לממון והוא אכלו כבר אכל ממון הקדש ולא מיפטר עד דמשלם קרן וחומש ואשם והבעלים באמת פטורין כיון דהוא משלם דמים ושפיר דייק בעה"מ ז"ל בלשונו שהחמץ גורם לממון גבי הקדש שגורם שהבעלים ישלמו אי מגנב. אבל מה שיהא מותר אחה"פ לא מיקרי כלל גורם לממון כיון דהשתא לא חזי מידי אפילו למ"ד גורם לממון כמ"ד וזהו כוונת בעה"מ ז"ל בבירור ואע"ג דהוא ז"ל מייתי גורם לממון דגזל חמץ ועעה"פ ושם גרם לגזלן באכילה זו שמתחייב לשלם ממון ובאוכל חמץ של הקדש לא גרם להקדש שום תשלומין רק שאם לא היה אוכל אפשר שהיה מגנב או מתבד והיה ההקדש מרויח מזה ממון דינו של בעה"מ ז"ל מוכרע מהך דינא דגזל חמץ ועעה"פ ונשבע עליו וכן משורי גנבת והוא אומר ש"ח או ש"ש אני עליו דשם מיקרי גורם לממון במה שמנע ממנו הספק ריוח דדילמא מיגנב ומקרי גורם לממון וחייב קרבן שבועה וה"נ גבי הקדש מנע מהקדש ריוח הספק דדילמא מיגנב וכמו באוכל הקדש דהתירא שהקדישו בעלים וקבל אחריות שהאוכל מעל והבעלים פטורים. ה"נ האוכל חמץ של הקדש שקבלו הבעלים אחריות האוכל חייב ומעל משום שמנע מהקדש ספק ריוח דמיגנב ומתבד דאם החמץ בעין הבעלים פטורים וכשנאבד הבעלים חייבין ולזה מעל האוכל:

והבעלי' פטורי' כיון שהאוכל משלם הרי הוא כמו שהחמץ קיים]:

ועוד נראה דאף אם נימא דא"א לחייב האוכל החמץ משום דמתהני מהקדש ע"י שיש להקדש זכות גורם לממון בהאי חמץ משום דכיון דבאכילה זו גרם תשלומין להקדש שע"י שיאכלו נתחייבו הבעלים להכי לא מקרי מפסיד להקדש לחייבו עי"ז אעפ"י שאכל ונהנה מ"מ הכא מיירי שהבעלים שהקדישום גופא אכלו וכיון שהבעלים הקדישום ע"מ להתחייב באחריות ואי מגנב או מתבד חייב לשלם הרי יש להקדש בהאי חמץ זכות גורם לממון וממונא דהקדש הוא והבעלים שאכלו מחויבים לשלם דאפילו אם היה מתבד היה חייב לשלם כש"כ עכשיו שאכלו ומשלם קרן וחומש ואשם הואיל ויש להקדש בו זכות גורם לממון דומה כמו שהיה בו דין ממון בשעת אכילה ממש ולמ"ד דבר הג"ל לאו כמ"ד ליכא מעילה בזה דאף שהוא חייב באחריותו וכשאכלו הרי ליתא בעינא למימר הש"ל ומחויב לשלם ממון מחמת קבלת האחריות ומעילה ליכא כיון דדבר הג"ל לאו כממון דמי ולא היה להקדש דין ממון בזה ליכא מעילה דמעילה ליכא אלא בהנאה מדבר שההקדש יש בו דין ממון משא"כ בזה דליכא להקדש דין ממון דדבר הג"ל לאו כממון דמי וחייב לשלם ממון מחמת קבלת אחריות דידי' ומ"מ מעילה ליכא להביא חומש ואשם אבל למ"ד דבר הג"ל כממון דמי יש להקדש דין ממון משום האי זכותא דאי מגנב או מתבד וחייב בדין מעילה בחומש ואשם שנהנה מדבר שיש להקדש דין ממון:

ובזה היה מיושב מאי דקשיא לי בהא דמפרש דפליגי אי גורם לממון כממון דמי דא"כ מאי איריא דנקט האוכל חמץ של הקדש האי דינא הוי מצי למיתני בנטל חמץ של הקדש והגביהו ע"מ לטלו דמעל בהגבהה בלא אכילה וצ"ל דמיירי בגזבר או בבעלים שהקדישו החמץ שהוא כגזבר עליהם דלא מעל בהגבהה לחוד כדאמרינן בב"ק (דף כא) הכא באבני בנין המסורות לגזבר עסקינן כמש"כ רש"י שם דהגזבר לא מעל בהגבהה והיא גופא קשיא למה נקט בגזבר וצריך למתני האוכל חמץ של הקדש נתני הנוטל חמץ של הקדש ובאדם דעלמא שאינו גזבר דמעל בהגבהה לחוד אבל למש"כ א"ש דאפשר לומר דאחר שאכל פטור דלא הפסיד להקדש אלא אדרבה גרם רווחא להקדש שבאכילתו מחויב הגזבר לשלם להקדש דאין לו עוד במה לומר הש"ל אבל השתא דנקט גזבר שאכל שפיר מתחייב אף שכבר נאסר בהנאה מ"מ היה להקדש דין ממון בזה דאלו מגנב ומתבד צריך הגזבר לשלם דמים מחמת קבלת אחריות ולהכי מקרי אוכל ממון הקדש שיש להקדש דין זכות גורם לממון בגוויה ולא מיקרי עפר בעלמא:

ויש לי להביא ראי' דכל מידי דאסור בהנאה עכשיו ויהא מותר לאחר זמן הוי ממון למ"ד דבר הג"ל כמ"ד:

מהא דפריך בפסחים (דף כב) לר' אבהו דסובר לא תאכל איסור הנאה משמע מחדש דרחמנא אמר לא תאכל ותנן קוצר לשחת ומאכיל לבהמה ומשני שאני התם דא"ק קצירכם עיי"ש ואמאי לא משני דע"כ חדש מותר בהנאה דהא מייתינן לי' למנחת העומר ואם הוא אסור בהנאה הרי לא חל עליו קדושה כלל דאיסורי הנאה לא מצי מקדיש כדאמרינן בכל דוכתא ובש"ס דב"ק פשיט לי' שאם אין הקדושה חל על הקרבן פסול כדפריך שם (בדף סו) אימת אילימא לפני יאוש איש איש כי יקדיש את ביתו אמר רחמנא וכיון דלא מצי להקדיש פסול הקרבן א"ו דמותר בהנאה ומדפריך מחדש ש"מ שדבר המותר לאחר זמן מיקרי ממון למ"ד דבר הג"ל כממון דמי וחדש מותר לאחר י"ו בניסן ואזלא קושיית הש"ס מחדש לר"ש דסובר כממון דמי [וכן צ"ל בהא דפריך והרי אבמה"ח דא"ר לא תאכל ושרי בהנאה דקשה טובא דאם אבמה"ח אסור בהנאה א"כ איך שרי לחרוש בבהמה בחייה ואיך מותר למכור בהמה ורחמנא אמר לא תחרוש בשור וחמור הא בשור לחודיה שרי וכן במעשר כתיב לא ימכר ולא יגאל הא בחולין שרי. וצ"ל דקושיות הש"ס למ"ד בהמה בחייה לאו לאיברים עומדת אבל למ"ד לאברים עומדת פשיטא דשרי בהנאה מדשרי לחרוש ומזה ראי' לשיטת התוס' חולין (דף קב) דלמ"ד לאו לאיברים עומדת סובר דלבשר נמי אין עומדת דלרש"י ז"ל שסובר דלבשר לכ"ע עומדת א"כ לכו"ע מוכח דאבמה"ח שרי בהנאה מדשרי לחרוש אע"ג דאית בה איסור בשר מן

החי. א"ו דלמ"ד לאו לאברים עומדת לבשר נמי אין עומדת] מיהו כ"ז בדבר שיהא מותר לאחר זמן ועכשיו אין רשות אחרים עליו אבל במה שעכשיו רשות אחרים עליו כמו חמץ שנתנו במתנה ע"מ להחזיר ודאי דלאו כממון דמי ושרי וכמש"כ:

ובהך סברא שחקרנו לעיל אם חייב הנהנה מן ההקדש בקרבן מעילה היכא דיש מי שישלם להקדש פסידא דהקדש מבלעדי הנהנה יש לעיין בהא דתנן בשקלים (פ"ב משנה ב') נתנו לחבירו לשקול על ידו והלך ושקל ע"י עצמו אם כבר נתרמה התרומה מעל ואם עדיין לא נתרמה התרומה לא מעל ופסקה הרמז"ל (בהלכות שקלים) דמשמע שעד שלא נתרמה התרומה אין קדושה בשקלים וכן פי' הרמז"ל (בהל' שקלים פ"ג ה' ו) וז"ל הנותן חצי שקל לחבירו להוליכו לשולחני לשקול אותו ע"י ושקלו ע"י עצמו כדי שלא ימשכנו אותו אם נתרמה התרומה מעל השוקל שזה השקל ברשות הקדש שכבר תרמו על העתיד לגבות ונמצא זה המציל עצמו בממון הקדש ונהנה בשקל הזה ואם לא נתרמה התרומה לא מעל והוא חייב ליתן לחבירו חצי שקל שנתן לו ומדכתב והוא חייב ליתן לחבירו חצי שקל שנתן לו משמע שלא היה קדוש עדיין וכאילו גזל ממנו ממון הדיוט וכמו שכ' אח"כ (בהלכה י"א) הגונב או הגוזל מחבירו חצי שקל ושקל יצא וחייב בתשלומין עכ"ל והשקל משמע שעולה עבור השליח עכ"פ הרי חזינן דליכא מעילה קודם שנתרמה התרומה וע"ז קשה טובא דהא הרמב"ם ז"ל כ' (בהלכות מעילה פ"ו הי"ג) המפריש שקלו והוציאו בשאר צרכיו בין הוא בין חבירו מעל והוא מהתוספתא כמ"ש הכ"מ שם אלמא דיש מעילה מיד שהפריש השקל וכן מוכח מש"ס דב"מ (דף נח) דמייתי שם מתניתין דבני העיר ששלחו שקליהן ונגנבו או שאבדו אם משנתרמה תרומה נשבעין לגיזברין ואם לאו נשבעין לבני העיר ופריך מזה אמתניתין דקתני בהקדש ש"ח אינו נשבע ומוכח שם דפריך גם מבבא דעד שלא נתרמה תרומה אמאי נשבע דהא ר"י משני התם הא מני ר"ש היא דאמר קדשים שחייב באחריותן חייב ופריך תינח עד שלא נתרמה תרומה משנתרמה תרומה מאי איכא למימר משמע בהדיא גם עד שלא נתרמה תרומה ליכא שבועה אלא לר"ש. אבל לרבנן ליכא שבועה משום דהקדש פטור משבועה הרי דגם עד שלא נתרמה תרומה ונתנו לשליח להוליך לירושלים הוי הקדש וא"כ ודאי דקשה אמאי בנותן לחבירו לשקול ושקל ע"י עצמו אמאי לא מעל עד שלא נתרמה התרומה הא בהפרשה בעלמא נמי קדוש ואמאי לא מעל עד שלא נתרמה התרומה דודאי מה שנתן לחבירו להוליכו לשולחני לא גרע מהפריש שקלו דאין לך הפרשה גדולה מזה ואין לומר דלהכי לא מעל עד שלא נתרמה תרומה אף שהשקל הוא כבר קדוש משום דעד שלא נתרמה הוי השליח כגזבר ובגזבר ליכא מעילה עד שיתנה לאחר כדאמרינן בחגיגה (דף

יא) הכא באבני בנין המסורות לגזבר עסקינן משא"כ כשנתרמה התרומה אז שוב לא מיקרי השליח כגזבר דז"א חדא דעדיין תקשה על הרמב"ם ז"ל שהוא סובר דגם גזבר מועל במה שתחת ידו כמבואר בדבריו (בהלכות מעילה פ' ו' הלכה ז') ובכ"מ ומפרש הא דאמרינן באבני בנין המסורות לגזבר שהמקבל הוא הגזבר עיי"ש דלא כרש"י ותוס' והראב"ד ז"ל ועוד דאם נימא דהשקל קדוש רק שלא מעל מטעם שהוא כגזבר אמאי צריך לשלם למשלח חצי שקל הא השקל עלה למשלח כיון שהשליח לא מעל ולא יצא ע"י מרשות הקדש ומתחילה חלה הקדושה על חשבון המשלח במה יצא מרשות המשלח: **ולכאורה** היה אפשר לומר דעד שלא נתרמה תרומה עדיין אינו ברשות הקדש ומשום קדושת הפרשת בעלים ליכא מעילה משום דאמרינן אדעתא דהכי לא קדשו וכמו דאמרינן בב"ק (דף קי) גבי נתן הכסף לאנשי משמר ומת דאם כסף אינו מכפר מחצה אמרינן אדעתא דהכי לא נתן וה"נ בטלה קדושתו במה ששקל ע"י עצמו אבל ז"א דאדרבה עדיפא לי' למשלח שלא יבטל הקדושה ויהא עולה השקל עבור המשלח עצמו משיתבטל הקדושה ויעלה השקל לשם שליח כמ"ש הרמז"ל דמשלא נתרמה התרומה עולה השקל עבור השליח ומשלם דמים למשלח לכן נראה לכאורה דטעם משנתינו דבאמת עד שלא נתרמה התרומה מעל והיינו שהשקל יוצא לחולין ע"י ששקלו לעצמו ונהנה ממנו מיהו אינו חייב במעילה להקדש כיון שהבעלים מחויבים ליתן שקל אחר והוא צריך לשלם לבעלים כמ"ש הרמב"ם בהלכות שקלים] ואין להקדש היזק במה ששקל לעצמו להכי אינו חייב לשלם הקרן כיון דליכא היזק להקדש וכל היכא דליכא קרן ליכא חומש ואשם כדאמרינן בפסחים (דף כט) גבי אוכל חמץ של הקדש עיי"ש בתוס' ד"ה ר"נ ודמי קצת לנהנה ולא פגם דאמרינן במעילה דדבר שדרכו ליהנות ממנו ע"י פגם לא מעל עד דפגם כדאיתא שם (דף יח) ובתוס' ד"ה יכול ומטבע דרכה ליהנות ממנה ע"י הוצאה מרשות לרשות שיוצאת מרשות זה ונכנסת לרשות אחר וכשיוצאת מרשות בעלים לצורך הנאתו ליקח איזה דבר איכא פגם לבעלים והנאה להכי היכא דלקח סלע של הקדש שאחר מחויב לשלם סלע אחר מיקרי נהנה ולא פגם בהקדש שהרי האחר ישלם יעו"ש ואף דתנן במעילה (פ"ג) חטאת ואשם מועלין בהן וחטאת ואשם הבעלים חייבים באחריותן שאם אבדו או מתו חייבין להביא קרבן אחר נראה דיש חילוק בין קדשי מזבח לקדשי בדק הבית דבקדשי מזבח כיון שיש מועל אחר מועל כדתנן במעילה (דף יט) רכב על בהמה ובא חבירו ורכב עלי' שתה בכוס של זהב ובא חבירו ושתה כולן מעלו ובתוספתא שם הביאו התוס' ד"ה אין מועיל אמרינן נתנה לחבירו וחבירו לחבירו מעל והשני לא מעל ובעולה כולן מעלו אלמא אף שהראשון מעל

ומשלם להקדש מ"מ השני נמי מעל להכי מועל בחטאת ואשם אף שהבעלים חייבים באחריותן אבל בקדשי בדק הבית דאם נתנו לחבירו הראשון מעל ולא השני אמרינן דליכא מעילה אלא כשיש פסידא להקדש אבל אם חייבין באחריות דליכא פסידא להקדש לא מעל בקדשי בדק הבית ולהכי עד שלא נתרמה התרומה דהבעלים חייבים לשלם להקדש שקל אחר לא מעל השליח וחייב לשלם לבעלים שקלו והשקל הזה שמסר השליח להקדש עולה לשם השליח דהא גזלו מבעלים והגוזל שקל יצא ידי שקלו כמ"ש הרמב"ם בהלכות שקלים דאף שאינו מחויב קרן וחומש ואשם מ"מ יצא לחולין וקנהו השליח ועולה לו לשקלו מידי דהוי אנוטל פחות משו"פ מהקדש שיצא לחולין אע"ג דליכא מעילה בפחות מש"פ:

וראי' לזה דגם בפחות מש"פ יצא לחולין מהא דפריך בפסחים (דף כז) אהא דאמרינן ואפר הקדש לעולם אסור והלא מעל המסיק וכל היכא דמעל המסיק נפיק לחולין ולא משני כגון דלא הי' בעצים שהסיק שו"פ דלא מחייב במעילה ולא נפיק לחולין א"ו דנפיק לחולין אף שאין בו שו"פ וה"נ היכי דמעל בדבר שחייב אדם באחריותן אע"ג דלא מחייב קרן וחומש משום דליכא פסידא להקדש מ"מ נפיק לחולין ויצא ידי שקלו כמו בגזל מהדיוט שכ' הרמב"ם ז"ל דיצא יד"ח]:

וכה"ג כתבו התוס' ג"כ לחלק בין קדשי בה"ב לקדשי מזבח בכריתות (דף יג) אמתניתין דיש אוכל אכילה א' וחייב עליה חמש חטאות ואשם א' טמא שאכל חלב והוא נותר כו' וכתבו התוס' וז"ל והא דאמרינן דמעל אע"ג דלא שוי מידי ובפסחים אמרינן האוכל חמץ של הקדש במועד לא מעל התם בקדושת דמים דלא נחית עלייהו קדושת הגוף וכשנאסר בהנאה אינו שו"פ ולא נהנה מן ההקדש שו"פ עכ"ל הרי דבקדושת הגוף מעל אע"ג דלא שוי מידי ובקדושת דמים בעינן שיהא להקדש שו"פ אף אנו נאמר דבקדושת הגוף מעל אף שהבעלים חייבים באחריות ובקדושת דמים לא מעל אם הבעלים חייבים באחריות דליכא פסידא להקדש:

שוב מצאתי שמשמע כן מדברי הפ"י בב"ק (דף י"ב) דקאמר התם נכסים שאין בהם מעילה מעילה הוא דלית בהו הא מקדש קדשי מאן תנא ר' יוסי הגלילי ובקדשים קלים דהוי ממון בעלים. והקשה הפ"י אמאי לא מוקי לה כר"ש דאמר קדשים שחייב באחריותו הוי ממונו עיי"ש מה שתירץ משמע דבקדשים שחייב באחריותן מקרי אין בהם מעילה ולר"ש חייב בנזקם עיי"ש:

ולפי זה קשה מה שפירשנו בדברי הבעה"מ דמיירי שאכל חמץ של הקדש שהמקדיש חייב באחריותו והאוכל מעל משום דהפסיד להקדש דבר הג"ל הא גבי שקלים אמרינן

דהשוקל עד שלא נתרמה תרומה לא מעל ואדרבה המשלח צריך לשקול שקל אחר והמועל פטור מחמת שכבר שילם המשלח וה"נ נימא שהמקדיש ישלם להקדש מחמת שחייב באחריותו וממילא יפטור האוכל שכבר שילם המקדיש:

ונראה דג"ז נכון דודאי באמת עדיף טפי שהאוכל ישלם קרן וחומש והבעלים יפטרו דבהכי איכא רווחי להקדש שיש להקדש קרן וחומש ודטבא להקדש בעינן למיעבד דאם ישלמו הבעלים לא נוכל לחייב האוכל קרן וחומש כיון דלא הפסיד להם מידי שכבר נשתלם הקדש פסידא דידי' מהבעלים להכי עדיף טפי לפטור הבעלים ולחייב האוכל קרן וחומש מיהו גבי שקלים א"א ליפטר המשלח ולחייב השליח במעילה דהא השוקל מחויב לשקול פעם שני כיון שהשליח שקל לעצמו עד שלא נתרמה תרומה מחויב המשלח לשקול שקל אחר לצאת י"ח וממילא ליכא שוב מעילה גבי שליח כיון שכבר נשתלם הקדש מפסידא דידהו ששקל המשלח שקל אחר וכל היכא שכבר גבו הקדש פסידא דידהו ליכא מעילה אבל גבי אוכל חמץ של הקדש שחייב המקדיש באחריות אנו יכולין לפטור הבעלים מתשלומין ומחייבין האוכל במעילה וממילא מיפטרי הבעלים דהא לא הוי פסידא להקדש שקיבלו קרן וחומש ושוב ליכא חיוב אחריות לבעלים וכה"ג מצינו גבי תרומה דתנן (בפ"ו דתרומות) המאכיל את פועליו ואת אורחיו תרומה הם משלמין קרן וחומש מפני שהם כשוגגין והוא משלם להם דמי סעודתן שדמי החולין יתירים מדמי תרומה ולא אמרינן שהמאכיל ישלם קרן דהא הוי עלי' גזלן והאורחים יפטרו מקרן וחומש התם ניחא טפי לכהן למימר שהאוכלים ישלמו קרן וחומש והמאכיל יפטור מלשלם דמי תרומה לכהן ואלו שם בפ"ז המאכיל תרומה לעבדיו ובניו הקטנים משלם את הקרן ואינו משלם את החומש מפני שאין להם לשלם וקאמר בירושלמי היו לו נכסים שאין לרבו רשות בהן לא הספיק לשלם עד שנשתחרר נותן היינו העבד נותן קרן וחומש עיי"ש ונקט לא הספיק לשלם עד שנשתחרר הא אם שילם האדון אין העבד נותן אף שנשתחרר אח"כ והיינו דהעבד לא היה לו מה לשלם קרן וחומש והוצרך האדון לשלם קרן אבל אם נשתחרר העבד קודם ששילם הרי יש להעבד מה לשלם ובר תשלומין עדיף טפי למרמי חיובא על העבד קרן וחומש וממילא האדון פטור וזה ממש כדברינו דכל היכא שבידינו לחייב את אחד קרן ואת אחד קרן וחומש עדיף טפי לחייב בקרן וחומש ולפטור את השני מקרן להכי באוכל חמץ של הקדש שהבעלים חייבים באחריות מעל והבעלים פטורים אבל היכא שההכרח לחייב את זה קרן כמו גבי שולח שקלו שצריך לצאת מצות שקל ממילא ליכא על השליח מעילה וכן גבי תרומה שההכרח הי' שישלם האדון מפני שהעבד אין לו לשלם מיפטר העבד מקרן

וחומש אף אם נשתחרר אחר ששילם האדון ודברי הבעה"מ ברורים מיהו בחולין (דף קל"ט) דפליגי ר"י ור"ל גבי אומר הרי עלי מנה לבדק הבית וסובר ר"ל דאם נגנבו או שאבדו פטור המקדיש משום דכל היכא דאיתא בגזא דרחמנא איתא פרש"י ז"ל ואם הגנב הוציאו לחולין מעל הגנב והבעלים פטורים משמע דלר"י הבעלים חייבים מחמת שאמר הרי עלי ואף היכא דהגנב מעל ומשלם קרן וחומש ושמא יש לחלק בין קבלת אחריות דשומר לקבלת אחריות דהרי עלי וצ"ע:

ומ"מ זהו שלא כדברי הפ"י ודו"ק:

סימן כז

דין מוצא חמץ בתוך ביתו ולא בטלו מעיו"ט אי מותר לבערו ביו"ט

בגמרא פסחים (דף ו') אמרינן המוצא חמץ בתוך ביתו ביו"ט כופה עליו כלי ע"כ וכתב רש"י ז"ל דמיירי בביטלו משמע דבלא בטלו כיון דעובר מה"ת בב"י ובי"מ רשאי לבער ביו"ט אבל הרמב"ם ז"ל כתב (בפ' ג' מהלכות חמץ הלכה ח') דאפילו לא ביטל מ"מ אסור לבער ביו"ט וכ"פ בש"ע (סימן תמ"ו) דמדסתם משמע אפילו לא ביטלו ועיין מג"א (ס"ק ב') דאפילו לטלטלו אסור ואע"ג שלא הי' בכלל הביטול כגון שנתחמץ ביו"ט ועובר על ב"י דאורייתא ומוקצה הוי דרבנן מ"מ כיון דשוא"ת הוא אסרוהו. והר"מ תירץ דלא שרי לטלטלו כדי לבערו משום דבעידן דמטלטל לי' לא מקיים מ"ע דתשביתו עד שעת הבערה עיי"ש:

ולכאורה יש להביא ראי' לדברי הר"מ ז"ל מהא דאמרינן בפסחים (דף ו') דלבתר איסורי' לא מצי מבטל לי' ופריך מהא דתניא היה יושב בבהמ"ד ונזכר שיש לו חמץ בתוך ביתו מבטלו בלבו אחד שבת וא' יו"ט בשלמא שבת משכחת לי' בי"ד שחל בשבת אלא יו"ט לבתר איסורו הוא ומשני הכא בתלמיד היושב לפני רבו עסקינן ונזכר שיש לו עיסה מגולגלת בתוך ביתו ומתירא שמא תחמיץ דמבטל בלבו מקמי דתחמיץ דיקא נמי דקתני היה יושב בביהמ"ד ש"מ ופרש"י ז"ל דיקא נמי דקתני היה יושב בבהמ"ד דמשמע מפני שאינו יכול לקום ולילך משם הוא מבטלו בלבו ואי בחמץ גמור ל"ל יושב בבהמ"ד ואפילו אם היה פנוי מה בידו לעשות יותר השבתה בלב זהו ביעורו א"ו כשיש בידו לתקן קאי ובידו לאפותה אם היה פנוי עיי"ש וא"כ קשה לרש"י מאי דיקא נמי דקאמר דלמא לעולם דכבר החמיצה העיסה והא דקתני היה יושב בבהמ"ד משום דאם הי' בביתו הי' יכול לבער בשריפה או בדבר אחר ועכשיו כשהוא בביהמ"ד משום ביטול בהמ"ד התירו לו לבטל בלבו ומזה מוכח דלשורפו אסור אע"ג דעבר בב"י כדעת הר"מ ז"ל ושפיר קאמר דיקא נמי מיהו אין זה ראי' כלל דגם רש"י ז"ל דסובר דיכול לבער כשלא ביטל משום

איסור ב"י הוא רק לפי המסקנא דלא מהני ביטול אחר זמן איסור ומשום איסור ב"י שרי לבער אבל לפי מאי דהוי מפרשינן דברייתא מיירי שכבר החמיצה העיסה וביטול מהני אפילו אחר שתחמץ א"כ פשיטא דאסור לבער ביו"ט כיון דלא עבר בב"י אם יבטל ואפילו לבער בכ"ד אסור ואפילו לטלטלו אסור כיון דיכול לבטל ביו"ט וכמו דקיי"ל לדידן דאסור לבער ביו"ט ביטלו לשיטת רש"י ז"ל ולא שרי אלא לכפות עליו כלי ושפיר קאמר דמדקתני הי' יושב בביהמ"ד ע"כ מוכח דכשיושב בביתו יש לו תקנה אחרת ומזה מוכח דמיירי בעסה מגולגלת מקמי דתחמיץ והנה האחרונים הקשו על הר"מ ז"ל דהא בגמ' אמרינן אהא דאמר ר"ע תשביתו מעריו"ט דאי ביו"ט הא כתיב ל"ת כל מלאכה ש"מ לא אמרינן שהותרה הבערה לצורך הותרה נמי שלא לצורך א"כ לדידן דקיי"ל דאמרינן מתוך הא שרי לבער ביו"ט ועוד דקיי"ל השבתתו בכ"ד ויכול להשביתו בפירור וזורה לרוח ואמאי אסור לבער היכא דלא ביטל ואין לומר דבאמת מן התורה שרי ורבנן הוא דגזרו ועקרו דבר מה"ת בשוא"ת דז"א דכיון דשרי מה"ת לבער במלאכה גמורה פשיטא דגם מדרבנן שרי דהא ודאי מה שעקרו דבר מה"ת ואסרו מדרבנן לבער אפילו במלאכה דרבנן הוא משום דגזרינן שמא יבער בשריפה דהוי מלאכה דאורייתא ע"כ גזרו שלא לבער כלל אפילו במלאכה דרבנן ועקרו דבר מה"ת בשוא"ת אבל אם נימא דשרי לבער בשריפה ממש ודאי דאף מדרבנן לא גזרו בזה כיון דא"א לבא בזה לידי איסור תורה ע"י ביעורו ואמאי פסק הר"מ ז"ל דאסור לבער אפילו כשלא ביטל:

ונ"ל דדברי הר"מ ז"ל נכונים דהנה הנבו"י הקשה אהא דאמר רבא אדר"ע ש"מ אין ביעור חמץ אלא שריפה דהא אפילו אי השבתתו בכ"ד נמי אסור לבער ביו"ט וכמש"כ רש"י ז"ל בביצה (דף כ"ח) על החלה שנטמאת לא יזיזנה ממקומה ואפילו להאכיל לכלבים אסור משום דרחמנא אחשבי' לביעור תרומה וקדשים דהביעור בעצמו מיקרי מלאכה א"כ ה"נ גבי חמץ אפילו אם יכול לבער בכ"ד מ"מ הביעור מקרי מלאכה ובאמת אף שהתוס' חלקו שם על רש"י במש"כ דלכלבו אסור להאכיל משום דמצותה בשריפה מ"מ בהאי סברא שכ' רש"י דטעמא שאסור לשרוף קדשים משום דביעורו מחשיב מלאכה לא מצינו שיחלקו על רש"י ז"ל ועוד דבדעת הר"מ ז"ל בודאי מוכרחים אנו לומר שסובר כדעת רש"י ז"ל דמצות ביעור מחשיב להקרא מלאכה דהא בעיקר הדבר שאמרו אין שורפין קדשים ביו"ט קשה דהא אנן קיי"ל דאמרינן מתוך שהותרה מלאכה לצורך הותרה נמי שלא לצורך א"כ אמאי אסרו שריפת תרומה וקדשים מקרא דהוא לבדו אי משום דהוי יו"ט עשה ול"ת ואין עשה דוחה ל"ת ועשה הא מ"מ לישתרי משום מתוך והרא"ש כ' (בפ"ק דביצה) בסוגיא דמתוך דלהכי לא אמרינן בי' מתוך משום דלא הוי

צורך קצת דהא יכול לשורפו אחר יו"ט. אבל הר"מ ז"ל הא סובר דלא בעי צורך קצת גבי מתוך כמ"ש הה"מ בשמו (בה' יו"ט). וכמו כן קשה לרש"י ז"ל דכתב בהדיא בביצה (דף י"ב) דמדאורייתא אינו צריך צורך קצת כלל נימא גבי שריפת קדשים מתוך. אבל לפי מש"כ רש"י דמלאכת הביעור מיחשב מלאכה א"ש דעל הביעור לא שייך מתוך כלל דמתוך לא שייך אלא במלאכה שעושים אותה לפעמים לצורך הדיוט כמו הבערה ובישול וכדומה ואמרינן מתוך שהותרה וכו' אבל מלאכת מצות הביעור לא שייך גבי צורך הדיוט ולא שייך גבי' מתוך ואסור אף בפירור וזורה לרוח וממילא דאין שורפין דנהי דעל מלאכת השריפה אפשר לומר מתוך מ"מ על מלאכת הביעור לא שייך מתוך ולא עדיף שריפה משאר ביעור דאסור משום מלאכה דלא שייך בו מתוך משום דלא משכחת לה גבי צורך הדיוט:

ויש עוד סמך לסברא זו דאמרינן בפסחים (דף מ"ז) למ"ד מוקצה דאורייתא לקי משום ל"ת כל מלאכה אע"ג דלאו כלום עביד אלא הכנה בעלמא מ"מ כיון דרחמנא אחשבה להכנה מיחשב מלאכה וה"נ לענין ביעור קדשים וקושיית הנב"י נראה לי ליישב דדוקא ביעור דקדשים מיקרי מלאכה כיון דאין לו תקנה אלא בביעור להכי אחשביה רחמנא לביעוריה ומיחשב מלאכה אבל חמץ אי הוי אמרינן דתשביתו ביו"ט עצמו הרי יכול לבטל ביו"ט דגלי קרא. ואע"ג דאח"ז איסור אינו יכול לבטל משום דלאו ברשותו קאי היינו לדידן דתשביתו מעריו"ט אבל אי תשביתו ביו"ט א"כ גלי קרא דיכול לבטל ביו"ט דביטול מלשון תשביתו נפקא וכיון דיכול לבטל אין הביעור מיחשב מלאכה דהא לא קפיד קרא אביעור דידי' דוקא ושפיר מוכיח רבא דר"ע דאמר ואי ביו"ט מי שרי הא כתיב ל"ת כל מלאכה סובר אין ביעור חמץ אלא שריפה דאי השבתתו בכ"ד הוי שרי ביו"ט דכיון דרשאי לבטלו אין הביעור נחשב מלאכה וכ"ז אי תשביתו ביו"ט אבל לדידן דתשביתו מעריו"ט א"כ בי"ט אינו יכול לבטל משום דלאו דידי' הוא ושוב עצם הביעור מיחשב מלאכה כיון דאין לו תקנה אלא בביעור ושפיר פסק הר"מ ז"ל דהמוצא חמץ בביתו ביו"ט אסור לבער אף לדידן דאמרינן מתוך מ"מ כבר הוכחנו מהא דשריפת קדשים דעל מלאכת הביעור לא שייך מתוך ואסור לבער אף בכ"ד ואין להקשות לפי מש"כ דכל היכא דלא מהני ביטול אסור לבער אפילו בכל דבר א"כ לפי מש"כ השא"ר דבחמץ המופקד אצלו לא מהני ביטול משום דלאו דידי' הוא כמש"כ שם בתשובה א"כ לא מוכח מר"ע דסובר אין ביעור חמץ אלא שריפה. דאפ"ל דר"ע נמי סובר דהשבתה בכ"ד והוכחתו דתשביתו מעריו"ט הוא משום דמסתמא קראי מיירי בכל מיני חמץ הצריך ביעור בין שלו בין של אחרים וקבל עליו אחריות ובפקדון דלא מהני ביטול

הא מקרי הביעור בעצמו מלאכה אף שמבערו בכ"ד ואכתי מנ"ל דר"ע סובר אין ביעור חמץ אלא שריפה מיהו ז"א דמש"כ השא"ר דלא מהני ביטול בפיקדון הוא רק לפי המסקנא דתשביתו מעריו"ט אבל לאח"ז איסורו אינו יכול לבטל משום דלאו דידי' הוא ה"נ בפקדון מיקרי נמי לאו דידי' הוא אבל לפום ס"ד דתשביתו ביו"ט ורשאי לבטל אף לאח"ז איסורו אע"ג דלאו דידי' הוא א"כ הוא הדין דיכול לבטל פקדון אע"ג דלאו דידי' הוא וסגי בגילוי דעתא דלא ניחא לי' בקיומי' ועוד דכיון דעיקר ביעור חמץ לאו דוקא ביעור אלא או ביעור או ביטול לא מיחשב הביעור מלאכה אף בפירור וזורה לרוח ואף דבחמץ המופקד לא מהני ביטול זה מצד שאין חמץ שלו אבל מצד מצות השבתה הי' מועיל ביטול ואין הביעור עיכוב להכי לא מקרי פירור וזורה לרוח מלאכה דדוקא בתרומה דמצותו הוא רק בביעור מיקרי הביעור מלאכה אבל בחמץ שמצותו או בביעור או בביטול אף אם נזדמן לו חמץ שאינו יכול לבטלו מחמת שאינו שלו מ"מ הביעור לא נחשב אצלו מלאכה ורשאי לבערו בכל דבר]:

עוד נ"ל פשוט דדברי הרמב"ם ז"ל נכונים בזה דבאמת מה הנוב"י מאי מוכיח דאין ביעור חמץ אלא שריפה דילמא אסור משום דהביעור חשיב מלאכה לענ"ד לא קשה מידי דבשלמא בשריפת קדשים דמצוה לבערו ומצות ביעור זה נוהג בחול וביו"ט אמרינן שפיר דאי מצות הביעור חלה אצלינו ביו"ט אסור לבער משום דאף דאמרינן מתוך מ"מ הביעור חשיב מלאכה וכמש"כ ולא מצד הבערה אסור אלא מצד הביעור דמצות ביעור המזדמנת לנו ביו"ט מקרי מלאכה ואסורה אבל החמץ אי הוי אמרינן תשביתו היינו ביו"ט א"כ לא שייך לקרא עצם הביעור מלאכה ולמרמי הא כתיב דלא תעשה כל מלאכה דהא אין לביעור זה מקום אלא ביו"ט דהא אינו מוזהר לבערו קודם יו"ט וביו"ט מחצות ואילך מוזהר עליו לבערו. ואיך שייך לאוסרו משום חשיבות הביעור והיכן קבע לו הביעור הזה חשיבות מלאכה שיהא נחשב למלאכה הא עכשיו הוא זמנו ואין לו מציאות אלא בפסח (ולדעת רוב ראשונים ז"ל לא הוי תשביתו ניתק לעשה רק אתחילת זמנו לחוד ולא אכל ימי הפסח ואי תשביתו ביו"ט היינו ביו"ט לחוד ואין לו זמן אחר] ול"ד לקדשים שביעורן יש לו מציאות תמיד וחשיב מלאכה אם צריכה לנו ביו"ט. ושפיר אמר אין ביעור חמץ אלא שריפה. ואי הוה אמרי מתוך הוה שרי וכ"ז הוא אם תשביתו הוה ביו"ט אבל לדידן דתשביתו הוא מעריו"ט ויש למצות ביעור חמץ מציאות גם קודם יו"ט והוא מצוה בפ"ע ואם באה לנו מצות ביעור ביו"ט כגון שמצא חמץ ביו"ט בזה שוב הביעור חשיב לן מלאכה דשריפת קדשים דאסור אף למ"ד מתוך משום דביעור נקרא

מלאכה ולא שייך בזה מתוך דבהדיוט לא שייך הא מלאכה דביעור ושפיר פסק הר"מ ז"ל דאפילו לא ביטלו אסור לבער ביו"ט אפילו לדידן דאמרינן מתוך:

ונ"ל להביא ראי' לזה דטעמא דשריפת קדשים הוא משום דביעור נחשב מלאכה כמ"ש רש"י ז"ל דלשיטת הרא"ש דהטעם משום דבעי צורך קצת ובשריפת קדשים דיכול לבער אחר יו"ט ליכא צורך קצת א"כ תקשה בפסחים (דף מ"ח), בהא דכיצד מפרישין חלה בטומאה ביו"ט דאמר לי' ר"א לדבריך הרי הוא עובר על ביוב"י וקשה אמאי עובר הא הכא ודאי יכול לבערו תיכף אחר שיפריש משום מתוך דהא אסור להשהותו משום איסור ב"י דהא לא ביטלו ועובר על ב"י והוי שפיר צורך קצת [ואף דר"א מתלמידי שמאי וב"ש לית להו מתוך בביצה (דף י"ב) מ"מ הא ר' יהושע נמי לא פליג אלא מטעמא אחרינא] א"ו דעיקר הטעם דשריפת קדשים כמ"ש רש"י ז"ל משום דרחמנא אחשיב לביעורי' והאי טעמא נמי שייך בחמץ ולא מהני בזה מתוך דמלאכת הביעור לא שייכא לצורך יו"ט דנימא בה מתוך ולהכי אסור לבער אף היכא דעבר אב"י:

מיהו בעיקר הדבר שכתבנו בטעם הרמז"ל דאסור לבער החמץ משום דביעור עצמו נקרא מלאכה נראה דיש לדחות דאפילו אם נימא דלבער בכ"ד מיקרי מלאכה מ"מ היינו דווקא היכא דמצוה בשריפתה כמו תרומה וקדשים שאין שריפתן לכלות הדבר מן העולם רק דשריפתן הוא קיום מצותן וכמ"ש בשבת (דף כ"ה) כשם שמצוה לשרוף את הקדשים שנטמאו כך מצוה לשרוף את התרומה שנטמאת וכמו שהתרומה טהורה מצותה באכילה כך תרומה טמאה מצותה בשריפה ומצינו בזה פרטי דינים דאין שורפין אותן בלילה ושריפה כזו שפיר מיקרי מלאכה ומשו"ה אסור לשרוף קדשים ביו"ט. אף דבשארי הבערות אמרינן מתוך שהותרה לצורך הותרה וכו' אבל שריפת קדשים אסור משום מלאכת הביעור דרחמנא אחשבי' לביעורי' וזה לא הותר לצורך אבל ביעור חמץ למ"ד השבתתו בכ"ד דלא קפיד קרא אלא שיעבירו מן העולם ואין עיקר מצותו עסק בביעורו אלא העדרו שאחר ביעורו הוא יסוד ועיקר מצותו בזה לא מצינו שיהא הביעור נחשב מלאכה כשיבערו בכ"ד ולדידן דקיי"ל השבתתו בכל דבר אמאי אסור. ובזה נדחה נמי הראי' מהא דמפריש חלה בטומאה ביו"ט דאמר ר"א לדבריך הרי הוא עובר בב"י דאף דמשום ביעור חמץ הא יכול לבער ביו"ט דאין ביעורו נחשב מלאכה מ"מ הא החמץ הזה תרומה ויש בו מצות ביעור מחמת קדושת תרומה וביעור דתרומה שפיר מיקרי מלאכה דרחמנא אחשבי' לביעורי' ולא שייך בזה מתוך אבל בחמץ גרידא דאין הביעור נחשב מלאכה אה"נ דשרי):

ונראה דמגופא דסוגיא דהמוצא חמץ בביתו יש להביא ראי' גדולה לשיטת רש"י ז"ל דהיכא דלא ביטל קודם יו"ט רשאי לבער ביו"ט דיש לדקדק בסוגיא זו דקדוק עצום דמעיקרא אמר רב המוצא חמץ בביתו ביו"ט כופה עליו את הכלי ולא הזכיר הך דינא דאם של הקדש הוא א"צ משום דמיבדל בדילי מיני' רק רבא הוא דמסיים ואם של הקדש הוא א"צ משום דמיבדל ובאידך מימרא דרב דחמצו של עובד כוכבים עושה לו מחיצה י' טפחים קאמר רב בעצמו ואם של הקדש הוא אינו צריך וכבר מצאנו לגאון ר' יעקב מקארלין זצ"ל שעמד ג"כ בזה אבל לשיטת רש"י ז"ל דהיכא דעבר בב"י מה"ת רשאי לבער ביו"ט מיושב דברי רב ורבא על נכון באר היטב:

דהנה המג"א (בסי' תמ"ח) כ' דשומר חנם שלא מכר החמץ קודם הפסח חייב ומיקרי פשיעה כמו שומר שיכול לקדם ברועים ומקלות ולא קידם מיהו כשהחמץ בעין יכול לומר לו הרי שלך לפניך ועיין בח"י שהקשה על המג"א מדברי רש"י (דף צ"ח) דאמר שם אברייתא דשור עד שלא נגמר דינו החזירו שומר לבית בעליו מוחזר ומשנגמר דינו אינו מוחזר. ור' יעקב אמר אף משנגמר דינו החזירו מוחזר וקבעי למימר דפליגי אי אמרינן באיסורי הנאה הרי ש"ל דת"ק סובר אין אומרים ורי"ע סבר אומרים ופריך א"ה אדמיפלגי בשור הנסקל ליפלגו בחשעעה"פ ופרש"י ז"ל בגזל חמץ ועבר עליו הפסח יעו"ש ומדנקט גזל חמץ ולא נקט הפקיד אצלו כמו. דמיירי בברייתא דר"י ורבנן ש"מ דשומר לא מיקרי פושע במה שלא מכרו משום דאינו מחויב למכרו אלא מפני השבת אבידה לבעלים ואם לא השיב אבידה לבעלים אין לחייבו ע"כ. ולענ"ד לאו ראי' היא כלל דהא אף אם נימא כדעת הח"י שאין זה מיקרי פשיעה אכתי לא הו"ל לרש"י ז"ל למשבק שומר דקאי בו ולמנקט גזלן והו"ל לפרושי קושיית הש"ס בשומר כגון שפשע בו ונגנב מבית שומר ולקחו השומר מיד הגנב אחר הפסח דאי אומרין באיסורי הנאה הרש"ל יכול להחזירו לבעליו ואי אין אומרין הש"ל באיסורי הנאה מחויב לשלם דמים מחמת פשיעותו דמשעת גניבה אתחייב בתשלומין ואמאי נקט גזלן א"ו דלא ניחא לי' לרש"י למינקט שומר דבעי למימר שפשע בהאי חמץ ועי"ז נגנב קודם המועד ולהכי נקט גזלן דפסיקא לי' דמחייב בכל גווני א"כ אפ"ל דבאמת מה שלא מכרו נמי מיקרי פשיעה ולא ניחא לי' למנקט שומר ולמימר דמיירי שהיה לו למוכרו ולא מכרו ונקט גזלן דפשיטא לי' ועוד דבלא"ה לאו ראי' מדברי רש"י ז"ל דהא רש"י ז"ל כתב בב"ק (דף מ"ה) דעיקר קושיית הש"ס דפריך ליפלגו בחמץ בפסח הוא מדאנן קיי"ל דלרבנן אומר לו הרי ש"ל בחמץ בפסח דקתני גזל חמץ ועבר עליו הפסח והחזירו וכן שור עד שלא נגמר דינו אומר לו הש"ל והא סברא לרבנן הוא דשמיע להו וקתני דבחמץ בפסח מודו דאמרינן

באיסורי הנאה הש"ל ע"ש ברש"י וכיון דעיקר קושיית הש"ס סמך אהך ברייתא דמייתי (בדף צ"ח) דמודו רבנן בחמץ שעעה"פ ולהכי פירש"י ז"ל דקושיית הש"ס דליפלגו בחמץ בפסח נמי אגזלן קאי כמו דקתני בברייתא ועיין בתוס' שתמהו בזה על רש"י ז"ל שם (דף מ"ה) דמשמע בש"ס דרבה שהקשה ליפלגו בחמץ בפסח לא ידע כלל להך ברייתא דחמץ שעעה"פ:

ולי נראה דדברי רש"י ז"ל מוכרחים דע"כ גם רבה ידע מהך ברייתא ועיקר קושיתו מהך ברייתא דבלא"ה תקשה לן מאי מקשה ליפלגו בחמץ בפסח דלמא סברי רי"ע ורבנן דחמץ בפסח שרי בהנאה כר' יוסי הגלילי בפסחים (דף כ"ג) דאמר תמה על עצמך היאך חמץ אסור בהנאה כל שבעה א"ו דקושיית רבה מברייתא דמייתי רבה בר שמואל דקתני שם חמץ שעעה"פ לא פליגי רבנן ומדחשיב חמץ בפסח בהדי שאר איסורי הנאה דחשיב התם כמו יין ונתנסך שור ונגמר דינו ש"מ דסובר חמץ אסור בהנאה ואפ"ה מצי אומר הש"ל וע"כ דהאי מקשה דפריך ליפלגו בחמץ בפסח נמי ידע מברייתא דגזל חמץ ואף דמשמע (בדף צ"ח) דרבה לא ידע מהך ברייתא מ"מ רש"י ז"ל גרס הכא (דף מ"ה) רבינא וכן גרס ר"ח ז"ל כמש"כ בתשובות הרשב"א ודו"ק והא ודאי דמימרא דרב דחמצו של עובד כוכבים עושה לו מחיצה מיירי בלא קיבל עליו אחריות כמש"כ רש"י ז"ל דהא קודם הפסח קיימינן ושרינן לי' להחזיקו במחיצה י' טפחים אבל מימרא קמייתא דרב מיירי בחמץ שאם הי' יודע ממנו הי' מחוייב לבערו רק שלא ידע ממנו ומצאו ביום טוב אם כן בכוונה גדולה לא אמר רב בהך מימרא ואם של הקדש הוא אין צריך דהיכא נימא דהקדש שלא קיבל עליו אחריות אין צריך לכפות עליו כלי הא הקדש שלא קיבל עליו אחריות שייכא באידך מימרא דחמצו של עובד כוכבים דמיירי קודם יו"ט ולא שייכא בהך מימרא כלל והקדש שקיבל עליו אחריות נמי לא שייך להזכיר לי' לרב כאן דרב פוסק לקמן כר' יהודא דחמץ לאחר זמנו אסור בהנאה אחר הפסח א"כ בקיבל אחריות על חמץ של הקדש והגיע הפסח ולא מכרו מקרי פושע ופשיעה חייב בהקדש כשיטת הרמב"ם ז"ל והש"ך דלא אימעטו הקדשות אלא מדין גניבה ואבידה ולא מדין פשיעה וכיון שפשע שלא מכרו לישראל בתורת פדיון נתחייב לשלם דמים וכשהחמץ בעין אומר לו הש"ל כדאמר בב"ק גבי שור שנגמר דינו אצלו דמצי א"ל הש"ל אף שאסור בהנאה ופושע להקדש לא חמיר מדין פושע להדיוט:

וכיון דמצי א"ל הש"ל א"כ הרי החמץ מקרי לגבי גזבר גורם לממון דאי מיגנב או מיתבד מחויב לשלם מטעם שפשע קודם יו"ט ואלו איתא בעינא אומר הש"ל וכל היכא דהוי גורם לממון גבי חמץ הרי עובר בב"י וכיון דעבר בב"י שפיר יכול לבערו ביו"ט לשיטת

רש"י ז"ל וביטול אינו מועיל דהא של הקדש הוא ולאו דידי' וכיון דלא מהני ביטול א"כ לא מצי רב למימר הך דינא דשל הקדש בדילי מיני' גם בקיבל עליו אחריות דהא לדידי' משכחת לי' דרשאי לבערו ביו"ט כגון אם מצי למכרו ולא מכרו וכ"ז לרב אבל לרבא הא פסק כר"ש דחמץ לאחה"פ מותר בהנאה מה"ת ושל הקדש מותר לגמרי א"כ בחמץ של הקדש שקיבל עליו אחריות שצריך למוכרו לישראל בתורת פדיון קודם יו"ט ושכח ולא מכרו ומצאו ביו"ט לא עובר בב"י כלל דהא לא פשע כלל במה שלא מכרו שאם ישהנו עד אחר הפסח יהא מותר ולא מפסיד להקדש מידי ואי משום שחייב בפשיעה וצריך לשמרו ביו"ט מאחריות פשיעה הא ע"י אחריות פשיעה לא עובר בב"י כשיטת הר"מ ז"ל ורוב ראשונים דדוקא מאחריות גניבה ואבידה עובר בב"י ולא מאחריות פשיעה והכא כיון דלרבא לא פשע קודם יו"ט ואין בו גורם לממון מאחריות גניבה ואבידה דהא לא נתחייב בתשלומין במה שלא מכרו וא"כ לא עבר בב"י ושפיר אסור לבערו ביו"ט ואשמעינן רבא גבי האי חמץ של הקדש שקיבל עליו אחריות שא"צ גם לכפות כלי משום דמיבדל בדילי מיני' דדוקא לרב שכבר פשע קודם יו"ט במה שלא מכרו ואי מיגנב ומיתבד נמי מתחייב לשלם דאין לו במה לפטור עצמו ולומר הש"ל אז חייב בב"י משום גורם לממון וכיון דחייב בב"י מה"ת רשאי לבער ביו"ט כשיטת רש"י ז"ל אבל לרבא דלא פשע קודם יו"ט ולא נתחייב לשלם ומשום חיוב השמירה דיו"ט גופא לא עבר בב"י דלהקדש אינו מתחייב רק בפשיעה ומאחריות פשיעה ליכא ב"י להכי אסור לבער ביו"ט וצריך להשמיענו דאף לכפות עליו כלי אין צריך משום דבדילי מיני' אבל באידך מימרא דרב דמיירי קודם יו"ט ולא קיבל עליו אחריות אמר גם רב הך דינא דשל הקדש א"צ לעשות מחיצה משום דמיבדל בדילי מיני' וזה ראי' לשיטת רש"י ז"ל דהיכא דעבר בב"י מה"ת רשאי לבערו גם ביו"ט:

מיהו נ"ל דאפשר לפרש דברי רב לשיטת הר"מ על נכון דבמש"כ לרב דחמץ שעעה"פ אסור מה"ת אם לא מכר חמץ של הקדש פשע וכשישנו בעין יכול לומר הש"ל נ"ל דא"א לומר כן לפי מה דסובר רב בחולין (דף קל"ט) במקדיש תרנגולתו לבדק הבית ומרדה דפקע קדושתייהו דכיון דאין להקדש דין ממון בהן מחמת שמרדו (כמו הדיוט שיצא מרשותו ע"י יאוש והפקר) פקע נמי הקדושה א"כ לא שייך בזה הש"ל כיון דבשעה שמחזיר החמץ אין בו לתא דקדושה כלל ופקע קדושתה לא מקרי השבה לרשות גבוה כלל ולפ"ז א"ש דלר"י כיון שנאסר החמץ קודם הפסח והוי כעפרא בעלמא שוב אין בו קבלת אחריות דלמאי מיבעי' לי' להקדש לא שויא מידי דעפרא בעלמא הוא דלעובד כוכבים אסור למכור דאין פודין את הקדשים להאכילן לכלבים וגם הוא אינו יכול לפטור

עצמו להקדש בהשבתו בעינא כיון דפקע קדושתייהו לגמרי לא מיקרי השבה לרב א"כ כיון דרב מיירי במימרא **(הג"ה ואע"ג דבהדיוט נמי איסור הנאה לאו דבעלים נינהו ואפ"ה מיקרי השבה ואומר לו באיסורי הנאה הרש"ל מ"מ לא דמי להדיוט דבהדיוט לכה"פ משיב ליד הבעלים ורשותם ומסר לידייהו ואפ"ג דפקע זכותייהו מ"מ כ"ז מיקרי היזק שאינו ניכר ולדידהו קא מסר אלא שאין להם זכות בזה ושפיר מיקרי השבה אבל בהקדש דכיון דפקע קדושתייהו וזכותייהו וחצר ויד נמי ליכא להקדש כמ"ש התוס' בב"ב (דף ע"ס) ד"ה ואין מועלין לא מקרי השבה כלל דלא מטי השבתו לידא דהקדש וק"ל:)** קמייתא בחמץ שלו לגמרי שעובר עליו בב"י אינו יכול לומר ואם של הקדש הוא א"צ דהא בהקדש לא שייך לאשכוחי חמץ שעובר עליו בב"י כמו שבארנו דכבר נאסר בהנאה והוי כעפרא בעלמא ואין בו משום גורם לממון ודמי לחמץ של הקדש שלא קיבל עליו אחריות וממ"נ אם היה יכול למוכרו קודם הפסח ופשע ולא מכרו מתחייב לשלם דמים להקדש ולא מהני בי' חזרת החמץ דהא פקע קדושתו ולא הוי השבה ואי לא פשע בו כגון שלא הי' יכול למוכרו פטור לגמרי ועכשיו במועד אין בו דין שמירה אפילו מפשיעה כיון שכבר נאסר מאיליו ונעשה עפרא בעלמא ואין בו שום גורם לממון וכיון דלא משכחת אלא בלא קיבל עליו אחריות וזה כבר נאמר במימרא שני' דחמץ של הקדש שלא קיבל עליו אחריות א"צ כפיית כלי דמיבדל בדילי מיני' אבל רבא דסובר דשרי בהנאה לאחר הפסח ויש להקדש עדיין זכות בזה שאחה"פ יהא מותר לגמרי ואם קיבל עליו אחריות עובר בב"י ולהנך פוסקים דאחריות פשיעה לא שמיה אחריות מ"מ משכחת לה שקיבל עליו בפירוש כמו ברייתא דיכול יקבל פקדונות מן העובד כוכבים דמיירי שמקבל בפירוש אחריות של גניבה ואבידה ובקנין ולהכי עובר בב"י ולהכי הוצרך רבא לומר הך דינא גבי הקדש שמצאו ביו"ט ועובר על ב"י א"צ כפיית כלי משום דבדילי מיני' דמשכח"ל לדידי' גם גבי הקדש קבלת אחריות ביו"ט והא דהוצרך רבא להשמיענו תרתי מימרא חדא בקיבל עליו אחריות וחדא בלא קיבל נ"ל דמצרך צריכי דאי אשמעינן מימרא בתרייתא בלא קיבל עליו אחריות הו"א דווקא בלא קיבל עליו אחריות לא חיישינן שיבא לאוכלו דדבר שאין אחריותו עליו אין דעתו עליו ואינו שומרו אבל דבר שאחריותו עליו דעתו עליו ועוסק בשמירתו ומתוך כך יבא לאוכלו והו"א דלא מהני טעמא דבדילי מיני' בקיבל אחריות ואי אשמעינן מימרא קמייתא הו"א דלא מקילינן בחמץ של הקדש למסמך אטעמא דבדילי מיני' אלא ביו"ט שלא יצטרך ליטול כלי לדבר שאינו ניטל אבל קודם יו"ט מחויב לעשות מחיצה אף להקדש ולא סמכינן אטעמא דבדילי מיני' וזה מוכרח בלא"ה בתרתי מימרא דרבא:

ומעתה מיושבין ג"כ דברי רב ורבא גם לדעת הרמב"ם ז"ל ואדרבא יש קצת ראי' לשיטת הרמב"ם ז"ל דאפילו היכא דלא בטלו נמי אסור לבער ביו"ט דהא מימרא קמייתא דרבא מיירי בקיבל עליו אחריות בפי' ועובר בב"י אפ"ה אינו מחויב לבערו ולשיטת רש"י ז"ל דהיכא דעובר בב"י רשאי לבערו ביו"ט ה"נ הי' צריך לבערו ואע"ג דאינו יכול להפסיד להקדש מ"מ יוכל לפדותו ולבערו ומדאין צריך לעשות כן מוכח דאין איסור דיו"ט נדחה מפני איסור ב"י וכשיטת הרמב"ם והש"ע:

סימן כח

שאלה אם מותר למכור בהמה לא"י ערב פסח שיאכילנה או לא:

תשובה התבו"ש החמיר בזה דעיקר מה שאנו סומכין על המכירה הוא משום דמדאורייתא בביטול בעלמא סגי והביעור אחר הביטול הוא מדרבנן ובדרבנן סמכינן אהערמה כמ"ש רש"י ז"ל בשבת (דף קל"ט) אבל להאכיל חמץ לבהמתו לא מהני הערמה לענין איסור דאורייתא וקשה לי על דבריו ז"ל דמש"כ דמה דסמכינן על מכירה לנכרי הוא משום דמה"ת בביטול בעלמא סגי הא מה שמכר אינו מבטל כלל דהא סומך עצמו על המכירה שמכר ומש"כ דגבי מע"ש שרי להערים בגיטין (דף סב) הוא דווקא משום דמיירי בעציץ נקוב תמיהני הא שם בסוגיא פליגי ר"י ור"ח אי קטן זוכה לאחרים דאורייתא או מדרבנן כמ"ש שם התוס' בד"ה שאני עיי"ש ולרב יהודא זוכה לאחרים מה"ת ופריך לר"ח דסובר דאינו זוכה לאחרים ממשנה דמערימין על מע"ש כיצד אומר אדם לבנו ובתו הגדולים עבדו ושפחתו העברים הא לכם מעות הללו ופדו בהם מעשר ועבדו ושפחתו ע"כ בשלא הביאו שתי שערות ואפ"ה זכי לאחרים וקשיא לר"ח ומשני דמיירי בעציץ נקוב דרבנן הרי מבואר להדיא דלר"י דאית לי' דזוכה לאחרים מה"ת מיירי במע"ש דאורייתא ואפ"ה מערימין הרי דשרי אף בדאורייתא ועוד דעיקר מה שקרא למכירה זו הערמה קשה דהרי מצינו גם לענין איסור דאורייתא מכירה כה"ג דתנן בנדרים (דף מח) גבי מודר הנאה דכותב נכסיו לנשיא וחבירו מותר בהם ואנשי גליל שהיו קנתרין כתבו נכסיהון לנשיא עיי"ש אע"ג דידעי שהנשיא לא יגע בהן כלל וכלל והם ישלטו בנכסיהון והתם הוי איסור דאורייתא וכן בנדה (דף ע) בשני מצורעין שנתערבו קרבנותיהן ומת א' מהם כותב השני נכסיו לאחרים ומביא חטאת העוף הבא על הספק הרי חזינן דסמכינן אמכירה באיסורי תורה וע"כ דזה לא מיקרי הערמה כיון שגמר ומקנה וגומר בדעתו להקנות:

וראיתי בספר מק"ח שהביא ראי' לדברי התבו"ש מהא דאמרינן בנדרים (דף מג) גבי מודר הנאה מחבירו ואין לו מה יאכל והיו מהלכין בדרך נותן לחבירו במתנה והלה

מותר בה הרי שלא התירו לסמוך על מה שנותן לאחרים אלא כשאין לו מה יאכל הא לא"ה לא סמכינן על מתנה כיון שאינו נותן לו אלא משום זה שיהא מותר לאכול וה"נ גבי מכירת בהמה לא סמכינן להאכילה חמץ בשביל שמכרה ול"נ דלק"מ דהתם מיירי שהי' מודר הנאה מחבירו ולהכי לא התירו שיתן במתנה לאחר והאחר יאכילו דמ"מ הוא נהנה מהמדיר דהא ממציא לו מזונות ולא התירו אלא באין לו מה יאכל וכ"כ הר"ן ז"ל בנדרים (דף לד) ד"ה בעא דהתם מיירי במודר הנאה מחבירו ולא מנכסיו אבל אם היה מודר הנאה מנכסיו היה מותר כשנתנו לאחר אף כשיש לו מה יאכל דכיון שנתנו לאחר אין הנכסים שלו ולא נהנה מנכסי מדיר כלל וה"נ גבי מכירת חמץ כיון שמכר הבהמה לכותי הא בהמתו של כותי אוכלת החמץ ולא בהמה דידיה אלא שעיקר הדבר נראה לי שיש להזהיר המוכר והקונה שיכוונו להקנות ולקנות ולא יעשו מצות אנשים מלומדה: **ולענין** הקנין שמקנין החמץ לכותי ראיתי להגאון מוהר"ש קאנדוואר הובא בתשובת נחלת שבעה שכתב וז"ל דהתוס' והרא"ש כתבו לענין בכור שיקבל פרוטה מן הכותי ויקנה לו המקום שהבהמה עומדת וכן אנו נוהגין במכירת חמץ שמקנין לו בכסף ובשטר החדר שבתוכו החמץ והמקום קונה לו החמץ וכמ"ש הב"ח בטור או"ח ותמיהא לי מילתא דהא דחצר קונה הבהמה או החמץ הוא מדין שליחות דאי משום יד הי' צריך הכותי עומד בסמוכין לו דמה יד בסמוכה וכו' כדאיתא בפ"ק דמציעא וכיון דמדין שליחות קונה החצר ואנן קיי"ל דאין שליחות לכותי לא הן לדידן ולא אנן לדידהו מן אתם גם אתם כדאיתא (בפרק א"נ) א"כ תקנה זו לא ידענא דמנ"ל דחצירו של כותי קונה לו עכ"ל והביא שם תקנה להקנות להנכרי החמץ או הבהמה אגב קרקע והביא שם שגם ברבינו ירוחם מצא שכתוב גבי בכור שיקנה לו בתורת אגב דמשמע מזה דבתורת חצר לא מהני ע"ש והקצה"ח (בסימן קצ"ד) כתב דמה שנראה מדבריו דאפילו נימא דאין לו חצר בשליחות הא בסמוך לי' אית לי' יד ליתא דאי נימא דאין לו חצר גם בסמוך ליה לית לי' דהא בפ"ק דמציעא (דף יא) מסיק דלא ילפינן חצר דגברא מחצר דאיתתא ויש יד לקטנה ואין יד לקטן וכן הוא בטשו"ע (סימן רמ"ג) וא"כ אין חצר לקטן אפילו בסמוכה דחצר דגברא לעולם משום שליחות הוא דהוי וכותי דליתנייהו בתורת גיטין אין לחלק בהו בין זכר לנקיבה וא"כ אינו אלא משום שליחות ואפי' בחצר הסמוך אינו בתורת יד ומסיק שם הקצה"ח דכיון דאשכח בגמרא דחצר קונה לכותי דהא אמרינן בע"ז (דף עא) מכי מטא לאויר כלי קנה יי"נ לא הוי עד דנסכי' ויד ליכא בכותים ע"כ דמתורת שליחות הוא ואף דאין שליחות לכותי מ"מ חצר שפיר נעשה שליח לכותי דלא קפדינן אדרשא דמה אתם ב"ב אף שלוחכם ב"ב אלא באדם אבל חצר כי היכי דנעשה שליח לישראל

אף שאין החצר בן ברית הכי נמי נעשה שליח לכותי אף שהכותי המשלח אינו בן ברית עיי"ש בקצה"ח שהאריך בזה:

ונראה דהא ליתא דהא אמרינן בגיטין כתב לה גט ונתנו בחצירו וכתב לה שטר מתנה עליו דאמר אביי דלא הוי גט משום דחצר מתורת יד אתרבאי ומה יד דאיתא בין מדעתה בין בע"כ אף חצר דאיתא בין מדעתה בין בע"כ והא מתנה מדעתא איתא ובע"כ ליתא עיי"ש והקשו בתוס' מהא דאמרינן (בפ"ק דב"מ) חצר משום יד אתרבאי ולא גרע משליחות ובמציאה דזכות הוא קני אעפ"י שאינו עומד בצד שדהו ולא הוי דומיא דיד וקני מכח שליחות דזכין לאדם שלא בפניו וא"כ הכא דכתב לה שטר מתנה עליו אע"ג דלא הויא דומיא דידה דמתנה ליתא בע"כ תתגרש מכח שליחות ותירצו דדוקא לענין שלא בפניו אמרינן דלא גרע משליחות במידי דזכות הוא לו אבל בשאר דברים בעינן דומיא דידה דאל"כ חצר מהלכת אמאי לא קנה תיקני מטעם שליחות כמו שליח מהלך אע"ג דמטעם יד לא קנה עכ"ל הרי חזינן דדוקא לענין עומד בצד חצירו אמרינן דחצר מהני מטעם שליחות אע"ג דלא הוי דומיא דיד אבל לענין שאר מילי כמו מהלך או לענין איתא בע"כ היכא דלא הוי דומיא דידה לא מהני מטעם שליחות מידי (והא דמהני במציאה מטעם שליחות אע"ג דלא הוי דומיא דידה דליתא בע"כ שאם אמר שאין רצונו שיקנה לו החצר המציאה לא קנה וליתא בע"כ התם שפיר הויא דומיא דידה דהא בידו נמי אם כיון שלא לקנות אין היד קונה המציאה כמ"ש התוס' בביצה (דף לט) ובע"ז (דף סב) ואע"ג דאנן קיי"ל כרבא דנתנו בחצירו וכתב לה שטר מתנה מגורשת היינו דסבירא לן דאע"ג דליתא בע"כ נמי הויא דומיא דידה כיון דהא דליתא בע"כ הוא מטעם אחר שאין נותנין מתנה לאדם בע"כ וכשהוא בע"כ אין זה חצירה אבל אין המניעה מכח נתינת הגט אבל היכא דלא הוי דומיא דידה כלל דהיינו גברא דלית לי' יד כלל גם לרבא ליתא בשליחות וא"כ אם איתא דבכותי ליתא לחצר מתורת יד [כמו חצר דגברא דליתא בתורת יד] בתורת שליחות נמי לא מהני דלכל מילי לבד לענין עומד בצד שדהו בעינן חצירה דומיא דידה דווקא ואי לא הויא דומיא דידה ממש לא מהני וכ"ש היכא דלא הוי חצר כיד דודאי לא מהני מטעם שליחות וא"כ א"א לומר כדברי הקצה"ח דבכותי ליכא תורת יד בחצר והא דמבואר בש"ס דיש לו חצר הוא מטעם שליחות דהא ביארנו דהיכא דליתא חצר מתורת יד ליתא בתורת שליחות כלל:

אולם נראה לי מה דפשיטא לי' דבכותי ליתא לחצר מתורת יד בין בגברא בין באיתתא נראה לי דליתא אלא דבכותי איתא לחצר מתורת יד בין בגברא בין באיתתא לפי מה שבארנו בהא דאמר הש"ס דמ"ד קטן אין לו חצר הוא משום דלא יליף קטן מקטנה

והיינו דלא יליף גברא מאיתתא דאף דבאיתתא מרבינן מונתן בידה גם חצר אבל בגברא לא מרבינן חצר מתורת יד וצריך ביאור מה סברא הוא לחלק בין גברא לאיתתא לענין חצר ונראה לי לפמ"ש התוס' בקידושין (דף ד) בהילך מנה ואקדש אני לך דמקודשת ופריך רב אשי שם א"כ הוי לי' נכסים שיש להם אחריות נקנים עם נכסים שאין להם אחריות ואנן איפכא תנן פרש"י ז"ל שיש להם אחריות אדם הוקש לקרקעות דכתיב והתנחלתם אותם לרשת אחוזה ע"כ והתוס' הקשו דהאי קרא בעבד הוא דכתיב אבל בן חורין לא איתקש ועבד נמי פלוגתא הוא בב"ק אי כמקרקע אי כמטלטלי עיי"ש וצ"ל בטעמא דמילתא דעבד כמקרקע דמי ולא בן חורין משום דכתיב באדם וייצר ה' אלקים את האדם עפר מן האדמה ובן חורין המקודש בכל מצות בטל ממנו התחברותו לקרקע אשר לוקח משם אבל עבד שאינו חייב בכל המצות רק במ"ע שלהז"ג כמקרקע דמי ולזה פרש"י ז"ל שגם אשה מיקרי נכסים שיש להם אחריות שגם היא אינה חייבת במצות יותר מעבד ולהכי אמר נמי דאף דגלי קרא באשה שחצירה הוא כידה הוא דווקא באשה שלא ריבה בה הכתוב מצות כאיש הלכך איכא למימר שחצירה הוא ממש יד דידה אבל איש שחייב בכל המצות [אף שהוא קטן מ"מ אתי לכלל מצות] לא ילפינן מאשה ואין חצירו כידו שאין לו התחברות לחצירו כולי האי שנחשוב אותו כידו ממש זה הנראה לי בביאור דברי הש"ס דמחלק בין קטן לקטנה ואם כן לפי זה בכותי דלאו בני מצות נינהו חצר משום יד אתרבאי בין בגברא בין באיתתא והיינו דמבואר בש"ס דחצר קונה בכותי ואף דלאו בני שליחות נינהו מיהו קני מתורת יד ולפ"ז היכא דעומד בצד חצירו ודאי דקנה מתורת יד כנלענ"ד:

סימן כט

שאלה כותי שגנב חמץ מישראל והישראל ידע ואחה"פ מכרו הכותי לישראל אחר מה דינו של החמץ אי שרי בהנאה או לא:

תשובה לכאורה יש להתיר החמץ דאין לאוסרו מטעם דעבר הנגנב אב"י עליו דהא לא הי' בידו לבערו ודמי לחמץ שנפלה עליו מפולת אבל באמת נראה דל"ד לנפלה עליו מפולת דנהי דלבערו לא היה יכול מ"מ היה יכול לתתו לכותי גופא במתנה דלאחר אינו יכול למוכרו אבל לגנב גופא שפיר יכול למוכרו וכיון דהיה יכול למוכרו להגנב ולא מכרו הרי עבר אב"י ויש לאוסרו אחה"פ:

מיהו נראה דיש להקל מטעם אחר דהא בב"ק (דף ס"ו פריך למ"ד יאוש קני מהא דתנן גזל חמץ ועעה"פ אומר לו הרי שלך לפניך. והא הכא כיון דמטא זמן איסורא איאושי מייאש מיני' ואי אמרת יאוש קני אמאי א"ל הש"ל. ומשני כי אמרינן היכא דזה מתייאש

וזה רוצה לקנות הכא זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות וזהו בגזלן ישראל דבכדי שלא יעבור על איסור אינו רוצה לקנות אבל בגזלן כותי שרוצה לקנות דלא איכפת לי' איסור חמץ וא"כ כיון דהישראל מתייאש מיני' קנה הכותי ואע"ג דלדידן יאוש לא קני מ"מ הא כתב הרא"ש ז"ל במרובה (דף ס"ו) דספיקא הוי אי יאוש קני או לא ולענין איסור דרבנן בעינן למיפסק דיאוש קנה וקנה הכותי בתורת גזל ביאוש והוי חמץ של כותי שעעה"פ ושרי בהנאה שוב ראיתי שזה טעות שהרא"ש ז"ל פסק בב"ק שם (סימן ב') וז"ל דרבה סובר דמספקא לי' אי יאוש קני מה"ת או מדרבנן וקיי"ל כרבה לענין זה דקני מדרבנן לענין קידושי אשה ולענין עורות של בעה"ב אבל מדאורייתא לא קנה כר"נ ור"ש ועולא עיי"ש הרי מבואר בדבריו ז"ל דפשיטא לן דמה"ת יאוש אינו קונה ורק להחמיר אמרו רבנן דקנה אבל לא להקל א"כ פשיטא דלענין חמץ שעעה"פ דאסרינן ולא מקילינן לומר יאוש קונה דאף שאין איסורו אלא מדרבנן מ"מ לקולא לא תיקנו לומר דיאוש קנה ועוד דהא עיקר איסור של חמץ שעבר עה"פ הוא מטעם דקנסינן לי' הואיל ועבר עליו בב"י ובי"מ והכא כיון דפשיטא לן דמה"ת יאוש אינו קונה א"כ הרי לא קנהו הכותי ועבר בב"י בודאי ובעינן למיסר אחה"פ אף שאיסור חמץ שעבר עה"פ הוא מדרבנן מ"מ כיון שטעם איסורו הוא משום שעבר איסור תורה ולענין איסור תורה אמרינן יאוש לא קני בלי ספק והרי הוא אסור אחה"פ מדרבנן ועיין באהע"ז (סימן כ"ח) ובביאור הגר"א ז"ל שם שרוב פוסקים פסקו דיאוש לא קני כלל גם אין לומר דהיאוש גופא מיחשב כמו ביטול:

דז"א דהא כל חמץ הבעלים מתייאשים ממנו כדאמר בש"ס מכי מטא זמן איסורי' מייאש מרי' מיני' ואפ"ה כ"ז שלא ביערו אסור בהנאה לאחה"פ דב' דברים אינם ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאלו הן ברשותו:

מיהו נ"ל דיש להקל מטעם אחר דהנה בב"ק (דף קט"ו) פליגי רב ור' יוחנן בשינוי רשות ואח"כ יאוש דרב סובר דקני לוקח ור"י סבר דלא קנה לוקח והרמב"ם ז"ל (בפ"ה מהלכות גניבה הלכה ג') פסק כרב עיי"ש וה"מ שם תמה איך פסק כרב לגבי ר"י דהא קיי"ל רב ור"י הלכה כר"י:

ונ"ל דלכאורה הא גופא דמהני שינוי רשות ואח"כ יאוש בעי טעמא רבא דהא המכירה לאו כלום הוא קודם יאוש:

ובשלמא ביאוש ואח"כ ש"ר אמרינן דבשעת מכירה חיילא קנייתו מטעם שכבר נתייאשו הבעלים אבל ש"ר ואח"כ יאוש הא בעידנא דזבין לא הוי זבינא ואיך חיילה מכירה אח"כ כשנתייאש. והא תינח אם הגזילה עומדת בשעת יאוש ברשות לוקח היה אפ"ל דקני לה בשעת יאוש אבל לא מצינו לאחד מן המפרשים ז"ל שיכתוב כן דלשיטת הר"מ ז"ל

דשינוי רשות ואח"כ יאוש קני הוי רק אם בשעת יאוש עומדת הגזילה ברשות לוקח וע"כ פשיטא דמיירי בכל גוונא אף בעומד באגם א"כ קשה מאי מהני מכירה שמכר קודם יאוש הא דברים בעלמא הוי ולא היה בהם שום קנין:

ובאמת לא על הרמב"ם לבד קשה אלא בעיקר פלוגתא דרב ור"י בש"ר ואח"כ יאוש קשה ג"כ אמאי מהני לרב הא בעידנא דזבין לא הוי מהני ואף דרב ור"י תרווייהו סברי ביבמות (דף צ"ג) דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם:

מ"מ היינו דוקא אם אמר שדה זו לכשאקחנה קנוי' לך אבל במוכר דבר שאינו שלו סתם לא מהני אף לר"מ וכ"כ בהדיא בשיטה מקובצת פ"ק דב"מ (דף ט"ז) בסוגיא דחזר ולקחה מבעלים ראשונים דאי לאו הך סברא דבההוא הנאה דקא סמיך עליו גמר ומקני לי' בשעה שקנאה מהבעלים לא היה מהני מכירת הגזלן אפילו לר"מ דאדם מקנה דשלבל"ע כיון דזבין לי' סתם ולא א"ל שיחול אחר שיקנה מהבעלים:

[**והא** דאיתא בירושלמי (פ"א דתרומות משנה א') גבי תורם שלא ברשות ובא בעה"ב ואמר לו כלך אצל יפות דתרומתו תרומה וקאמר שם מכאן ולכא והיינו מכאן ולהבא: דמשמע דאע"ג דבעידנא דתרים לא הי' חל תרומתו אפ"ה חל אח"כ כשאמר כלך אצ"י שאני התם דתרומה ניטלת במחשבה דכתיב ונחשב לכם כדאיתא בכמה דוכתי וכשאומר כלך אצ"י הרי חישב שיהא תרומה וחל מכאן ולהבא] וה"נ זבינא דזבין קודם יאוש אמאי מיקרי ש"ר וכ"ש לדידן דקיי"ל אין אדם מקנה דבר שלבל"ע דלא מהני ש"ר ואח"כ יאוש:

ונ"ל לבאר בזה בעז"ה דהנה הר"מ ז"ל כתב (בפ"ה מהלכות אישות הלכה ז') דבאשה אם קדשה בגזל נמי מקודשת וכן הובא דעתו בש"ע אהע"ז (סימן כ"ח). והטעם כתבו הה"מ שם והריטב"א בחי' לקידושין (דף נ"ב) דאף דבקידושין בעי שיתן לה משלו מ"מ כיון דבמה שנתן לה קנאתו מטעם יאוש וש"ר וכיון שקנאתו אף הוא קנאו מקודם למפרע ולהכי חיילין ומקודשת ובאמת צריך ביאור דמהיכי תיתי נימא דכיון דקנאתו האשה קנאו גם הגזלן למפרע:

ע"כ היה נ"ל דבכל הקניינים בגזילה אין הקנין בשעת היאוש או השינוי רשות אלא דקנה למפרע משעת גזילה והרי ביאוש למ"ד דקני ביאוש לחוד כתבו התוס' בב"ק (דף ס"ט) ד"ה כל דקונה אף אם הגזילה מונחת בעת היאוש ברה"ר ונחזי אנן אם נתייאשו הבעלים והגזילה מונחת ברה"ר איזה קנין יש לגזלן בזה שקנה עכשיו ומוכרחין אנו לאמר דהקנין הוא משעת גזילה וכן בשינוי דקיי"ל דקנה אותה ואת גיזותי' ואת וולדותי' כתב הרא"ש ז"ל בפ' הגוזל קמא (סימן ג') וז"ל וגם נראה אע"ג דקאמר דמי פרה העומדת

לילד ודמי רחל טעונה עומדת להגזז דמשמע דשמין הפרה כמה היתה שוה רגע א' קודם לידתה והרחל סמוך לגיזתה והכי הוי מסתבר שהרי גזלה מעוברת וטעונה ואין כאן אלא שינוי הלידה והגיזה ועד שעת השינוי הוי ברשות הנגזל וברשות הנגזל השביחו ודמיא להא דאמר רבה (שם דף ס"ח) האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחברי' מעיקרא שווי' זוזא ולבסוף שווי' ד' זוזי תברה או שתיה משלם ד' משום דברשות הנגזל אייקר מיהו אינו משלם אלא כמו שהי' שווין בשעת הגזילה דכל היכא דקנה גוף הגזילה בשינוי ואינו חייב לשלם אלא דמי חזרה השומא לשעת הגזילה והכי כיילי בסיפא זה הכלל כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה דקאי אכולא בבא דמתניתין דכולהו שווין לענין זה שתהא שומא כשעת הגזילה ואע"ג דאם הוציא הנגזל מן הגזלן קודם לידה וגיזה היה נוטל בהמתו כמו שהיא דברשותו אשבח ולא אשני' ביד הגזלן השתא מיהא דילדה וגזזה ונשתנית הגזילה משלם כשעת הגזילה וכל השבח שהשביח משעת הגזילה ואילך הוי של גזלן ול"ד לתברה או שתיה דהתם איבדה מן העולם דבאותה שעה נעשה גזלן אבל היכא דהגזילה בעולם אלא שנשתנית וקנאה באותו שינוי משלם כשעת הגזילה עכ"ל:

וע"כ אנו צריכין לאמר בטעמו של דבר דאם קנאה בשינוי ונעשית שלו הרי היא שלו משעת הגזילה ולהכי צריך לשלם כשעת הגזילה וטעמא דמילתא נ"ל נכון דשינוי מעשה קונה למפרע משום דע"י השינוי קונה משעת הגזל דהא הרב בעל מח"א ז"ל כתב בהלכות גזילה (דין א') דגזל פחות משו"פ אע"ג דאסור מ"מ כיון שאינו בתורת השבה ואין בו מצות והשיב כו' קני לי' לגמרי והיינו ע"כ דמשעת גזל קני לי' הרי חזינן דהא דאינו קונה משעת גזילה להיות שלו הוא משום מצות השבה דרמיא עלי' ובפחות מש"פ דלא רמי' עלי' מצות השבה קני לי' משעת גזילה לגמרי וא"כ בכל גזילה דעלמא היכא דקני בשינוי דבטלה לה מצות השבה מהאי חפץ ודמים בעלמא בעי שלומי נגמר למפרע קנינו דשעת גזילה ולא מיבעיא למ"ד כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד ואי עביד מהני ודאי דאתי שפיר מה שכתבנו דכל גזל קנוי לו משעת גזילה לגמרי אי לאו עשה דהשבה אלא אפילו למ"ד אי עביד לא מהני מ"מ הא באמת פריך התם משינוי לדידי' בתמורה (ד' ו') ומשני שאני התם דכתיב אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר וא"ל דמים בעלמא בעי שלומי א"כ גלי קרא דאהני גזילתו למקני היכא דנשתנה וא"צ להשיבה כמו שהיא עכשיו ולהכי פחות משו"פ דלאו בת השבה היא מהני גזילתו למקני מיד וכן בשינוי נמי כיון שפקע מצות השבה אהני גזילתו למקני למפרע וכל כמה דמחייב להשיבה מיתלא תלי קנינו וכיון שאינו מחויב להשיב חל קנינו למפרע [דוגמא לזה אמרינן ביבמות (דף ק"ט) גבי קידושי קטנה עיי"ש]:

ובזה מיושב נמי מה שעמדנו זה שנים רבות בהא דפריך בש"ס במס' תמורה למ"ד אי עביד לא מהני והרי גזל דרחמנא אמר לא תגזול ותנן הגוזל עצים ועשאן כלים כו' וקשה טובא דהא כתבו התוס' שם בד"ה רבא דלא שייך לאמר כל מילתא דא"ר ל"ת אי עביד לא מהני אלא בדבר דבעינן שיעשה ע"י אדם אבל בדבר שאם נעשה מאיליו נמי מהני לא שייך ל"מ ולהכי לא הקשה מצורם אוזן בכור דמהני מה"ת משום דמום הנעשה מאיליו נמי מהני וא"כ הא שינוי הנעשה מאיליו נמי מהני כדתנן גזל פרה ונתעברה כו' ומאי פריך נימא דלא מהני אבל לפמש"כ א"ש דכיון דהא דשינוי קונה משום דחל הקנין משעת גזילה דהא משלם כשעת הגזילה ולא כשעת השינוי ובגזילה שפיר שייך לאמר אי עביד ל"מ דהא אין גזילה בלא קנין בידי אדם כדתנן (בב"ק ע"ט) היה מושכו ויוצא ברשות הבעלים פטור והא דתנן (בחולין דף קל"ה) גבי ראשית הגז לא הספיק ליתנו עד שצבעו פטור משום דשינוי קונה כדאמרינן בב"ק (דף צ"ג) אע"ג דהתם לא קני לה בהגבהה דלא שייך התם הגבהה דמעיקרא נמי דידי' הוא ואפ"ה קונה בשינוי התם שאני דכיון דא"צ להוציא הגזילה מרשות אחר דמעיקרא נמי דידי' ורק שחייבתו תורה לתת לכהן להכי קונה בשינוי בלא הגבהה אבל היכא דצריך להוציא מרשות אחר לא מהני שינוי בלא הגבהה להתחייב באונסין קודם השינוי דבלא הגבהה הוי לי' מזיק בעלמא ולא קנה ובנותן צמר לצבע לצבוע אדום וצבעו שחור דקני לר"מ בשינוי אע"ג דלא כיון לקנות ולא שייך שם הגבהה התם נמי משום דאומן כשומר דמי ונתחייב בהשבה בהגבהתו להכי מהני שינוי לר"מ וכיון דעיקר קנין השינוי הוא משעת גזילה שהשינוי חל שיקנה למפרע ושפיר פריך נימא אי עביד ל"מ. ולפ"ז א"ש מה דביאוש קני אפילו עומדת ברה"ר וכן הא דפסק הר"מ ז"ל דשינוי רשות ואח"כ יאוש נמי מהני ואע"ג דהמכירה דלפני יאוש לאו כלום היתה דהא לא הוי שלו. מ"מ כיון דהקנין היה משעת הגזילה למפרע חיילא המכירה למפרע כיון דיאוש וש"ר מקנין הגזילה להגזלן אין שום נ"מ איזו מהן קודם ואם היו שני הדברים הללו בהך גזילה מקנין את הגזילה שלא יצטרך להחזירה לבעלים רק דמים בעלמא. אבל גוף החפץ נקנה לגזלן משעת גזילה כמו בשינוי דקונה בשעת גזילה:

ובזה נ"ל ליישב דברי הר"מ ז"ל בהלכות תרומות (פ"ד הלכה ג') שכ' התורם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חבירו ולקט ותרם פירות שלא ברשותו כדי שיקחם לעצמו אם בא הבעה"ב וא"ל כלך אצ"י אם הי' יפות מהם תרומתו תרומה והקשו המפרשים דהא בש"ס ב"מ (דף כ"ב) מקשין מהך ברייתא לאביי דסבר דיאוש של"מ לא הוי יאוש הא בעידנא דתרם לא הוי ידע ואמרו שם תרגמא רבא אליבא דאביי דשווי' שליח וא"כ אנן

דקיי"ל כאביי דישל"מ לא הוי יאוש לא הוי תרומה עד דשוי' שליח ואמאי פסק הר"מ ז"ל סתמא דהוי תרומה ולא הזכיר הך אוקימתא דשוי' שליח אבל לפמש"כ א"ש דהנה הרמב"ם ז"ל נקט בלשונו תרם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חבירו וליקט ותרם כדי שיקחום והאי כדי שיקחום היינו שרוצה ליקח פירות התרומה לעצמו ומעיקרא נקט שירד לתוך שדה חבירו שלא ברשותו והיינו שתרם בשביל בעה"ב והא ודאי דלישנא דברייתא משמע שרוצה ליקחם לעצמו דהא קתני אם חושש משום גזל אין תרומתו תרומה ולשון חושש משום גזל לא שייך על ההפרשה כ"א על מה שרוצה ליקח הפירות לעצמו והנה על מה שקשה על דברי הרמב"ם דבגמרא מוכח לאביי דקיי"ל כוותי' דיאוש שלמ"ד לא הוי יאוש מיירי ברייתא דשויא שליח וכן מסיק התם אח"כ דאפילו לרבא דסובר ישל"מ הוי יאוש ומהני ניחותא דלמפרע מ"מ גבי תרומה בעינן שליחות משום אתם גם אתם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם ומיירי בדשוי' שליח ולדברי הר"מ ז"ל הוי תרומה אף בדלא שוי' שליח דהא סתמא נקט אם אמר כלך אצל יפות הוי תרומתו תרומה ע"ז כבר תירץ הט"ז (בסי' של"א) דסמך אסוגיא דקדושין בההוא סרסיא דקדיש בפרוזמא דשיכרא אתא בעה"ב אמר אמאי לא שקלית מהנך שפירא אמר רבא לא אמרו כלך אצ"י אלא בתרומה דמצוה היא וכיון דשני לן בין מצוה לדבר שאינו מצוה שוב אמרינן דבמצוה לכ"ע מהני ניחותא למפרע וגם לא בעינן שליחות גבי תרומה ומיקרי לדעתכם אלא שהט"ז הקשה שם דכיון דהרמב"ם ז"ל כ' שליקט כדי שיקחם א"כ ודאי דקשה אמאי הוי תרומה הא אף מאן דסובר ישל"מ הוי יאוש הוא רק בדבר שסתמו עומד שיתרצו הבעלים אבל בדבר שאין סתמו עומד לזה לא מהני והכא אטו סתמו עומד שיתרצו הבעלים שיקח התרומה מכריו וימחול לו טוה"נ שיש לו בתרומתו עיי"ש בדברי הט"ז (ואין לומר דכוונתו במה שכתב אם נמצא יפות מהן תרומתו תרומה היינו מכאן ולהבא וכמו שמפרש בירושלמי דז"א דכיון שלקחם לעצמו ונעשה גזלן עליהם משעת לקיטת הפירות כמו שאינו חל התרומה בשעת הפרשה ה"נ לא חייל אחר שבא בעה"ב ואמר כלך אצ"י כיון שהפירות כבר הם ביד המלקט בתורת גזל דקיי"ל גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולין להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו וכיון שקנאם התורם בתורת גזל שוב אין הבעלים יכולים לתרום ולא מהני מה שאומרים כלך אצ"י אף מכאן ולהבא] ואף דבקידושין (דף מ"ח) אמרינן בגונב טיבלו של חבירו למ"ד טוה"נ אינו ממון אינו משלם לו אלא דמי חולין מתוקנים שבהן משום דעל התרומה לא מיקרי גנב דבלא"ה הבעה"ב מחויב ליתנו לכהן מ"מ לכתחילה ודאי דאסור לתרום

ולגזול ממנו התרומה וכי מתרצה הבעה"ב לבסוף לא מהני למפרע ואין סתמו עומד להתרצות לזה ודמי לדבר שאין בו סימן דלא מהני ישל"מ אף לרבא:

ונ"ל דגם זה נכון דהנה בב"ק (דף ס"ז) מקשין למ"ד יאוש לא קני מברייתא הגנב והגזלן הקדישן הקדש ותרומתן תרומה ומשני התם איכא שינוי השם מעיקרא חולין והשתא תרומה מעיקרא חולין והשתא הקדש והנה הך סברא דשינוי השם רב יוסף הוא דחדית לי' לאביי דהוי מקשה לי' ממתניתין דעורות של גזלן אין מחשבה מטמאתן ושל גנב מחשבה מטמאתן דמוכח מינה דיאוש קנה והוה קשה בה רבה ור"י עשרין ותרתין שנין עד דיתיב ר"י ברישא ופירקה שינוי השם כשינוי מעשה דמי אבל אביי הוי סבר דלאו כשינוי מעשה דמי ובעיקר היאוש נמי נראה דסובר אביי דלא קני מה"ת דהא חזינן שם בסוגיא דמעיקרא מקשה לי' אביי לרבה מברייתא דקתני קרבנו ולא הגזול אימת לפני יאוש פשיטא ל"ל קרא אלא לאו לאחר יאוש וש"מ דיאוש לא קני משמע דסבר אביי דיאוש לא קנה ולבסוף מקשה מעורות של גנב מחשבה מטמאתן דמוכח מזה דיאוש קני. וצ"ל דאביי סובר בעצם דמדאורייתא יאוש לא קני ומדרבנן קני. להכי גבי קרבן דרשינן קרבנו ולא הגזול דמה"ת יאוש לא קנה וגבי עורות של גנב מחשבה מטמאתן הוא מדרבנן לחומרא יאוש קני וכמו שאמר רבה שם בתחילת הסוגיא יאוש אמרי רבנן דניקני ולא ידענא אי מדאורייתא אי מדרבנן:

מעתה א"ש כיון דבארנו דהטעם דשינוי רשות ואח"כ יאוש מהני הוא משום שנקנה לו הגזילה למפרע ואם נתייאש אח"כ הוי זבינא למפרע א"כ ה"ה ביאוש ושינוי השם דקיי"ל דקני אם היה היאוש אחר שינוי השם נמי מהני למפרע א"כ לא קשה כלל באמת מהך ברייתא דכלך אצ"י דמצינו לפרש שתרם ליקח לעצמו כמו שכ' הרמב"ם ז"ל שתרם ליקח לעצמו וא"כ אף אם לא מהני מה שאמר הבעה"ב כלך אצ"י למהוי שלו לגמרי והוי לי' עדיין כדין גזל בעלמא מ"מ הוי יאוש משעת אמירת הבעה"ב ובתרומה הא איכא נמי שינוי השם דמעיקרא טיבלא והשתא תרומה ושינוי השם ואח"כ יאוש נמי מהני כמ"ש וחל התרומה למפרע ובעידנא דתרם שפיר תרם וקושיית הש"ס הוא רק לאביי דהוא סובר דמה"ת יאוש לא קני ושינוי השם נמי לית לי' [כמו שבארנו מסוגיא דב"ק הנ"ל] א"כ אם תרם ליקח לעצמו נמי לא מהני וע"כ דמיירי שתרם בשביל הבעה"ב וקשה לאביי דסובר ישל"מ לא הוי יאוש אמאי הוי תרומה הא לא הוי שלוחו למפרע אבל לדידן דקיי"ל דיאוש ושינוי השם קני ושינוי השם ואח"כ יאוש נמי מהני כמש"כ מפרשינן להך ברייתא בתרם ליקח לעצמו ומהני משום שינוי השם ואח"כ יאוש:

ומדוקדק לשון הש"ס דאמר תרגמא רבא אליבא דאביי משום דקושיא זו רק לאביי לשיטתו דל"ל טעמא דשינוי השם ולדידי' בעינן לאוקמא בתרם בשביל הבעה"ב ושוי' שליח אבל לדידן לא צריכין לכ"ז ומוקמינן לה בתרם ליקח לעצמו משום גזל כמ"ש הר"מ ז"ל ואפשר לומר עוד דגם מש"כ הרמב"ם ז"ל בריש דבריו בתורם שלא ברשות דמשמע שלא רצה ליקח לעצמו אלא שתרם בשביל בעה"ב נמי יש לו דין גזל אם בעה"ב חושש משום גזל ומקפיד עליו דמה לי אם תורם ליקח לעצמו או אם תורם שיהי' פירות אלו תרומה בשביל בעה"ב כיון דבעה"ב לא ניחא לי' שיתרום הוא הרי לקח פירותיו של בעה"ב והטיל עליהם שם תרומה שיהיה ממון של כהנים ואף שבעה"ב מחויב לתרום פירותיו אולי פירות אחרים ניחא לי' לעשות תרומה ולא פירות אלו והכל גזל מיקרי ושייך בהו קנין יאוש ושינוי השם (ועיין בחולין (דף מא) ברש"י ד"ה פטור דבמגביה יין ע"מ לאוסרו נמי מיקרי גזלן ומדאגבי' קני' עיי"ש] אע"ג דלא רצה ליקחם לעצמו כלל [ועיין בפרש"י בגיטין (דף נג) וביארנו דבר זה במק"א ואפשר לומר עוד דתורם שלא ברשות דנקט הרמב"ם היינו שתרם לתנם לאיזה כהן ואח"כ נקט שתרם ליקח לעצמו ובזה ודאי דמיקרי גזל למקני ע"י יאוש ושינוי השם כיון שתרם ע"מ ליתנם לכהן או ליקח לעצמו (ומה שהשמיט הרמז"ל שינויא דשויא שליח אף דיש בזה חידוש דין דאם שויא שליח וא"ל תרום ולא א"ל מהני תרום ותרם מיפות ובא בעה"ב ואמר כלך אצ"י דמהני ודין זה לא זכר הרמב"ם ז"ל דהא הוא מירי בתורם ולקח לעצמו ומטעם יאוש ושינוי השם דקנה התרומה בכלך אצ"י והאי טעמא לא מהני רק דלהוי יאוש עכשיו אבל דליהני כלך אצ"י בתרם לבעה"ב למפרע זה לא ידעינן דהא קיי"ל כאביי בזה דבר זה יבואר לקמן אי"ה]:

אלא שלכאורה מצינו סתירה לסברא זו מדברי הרמב"ם ז"ל בעצמו דהנה בגיטין (דף נה) תנן ועל החטאת הגזולה שלא נודעה לרבים שהיא מכפרת מפני תיקון המזבח ופליגי שם עולא ור"י דעולא סובר ד"ת בין נודעה ובין לא נודעה אינה מכפרת משום דיאוש כדי לא קנה ומשום שלא יהיו הכהנים עצבים תיקנו שבלא נודע מכפרת ור"י סובר ד"ת בין נודעה בין ל"נ מכפרת דיאוש קני ומשום שלא יאמרו מזבח אוכל גזילות תיקנו שבנודעה לא יכפר עיי"ש כל הסוגיא ודברי הרמז"ל בזה תמוהין מאוד דבהלכות מעה"ק (פי"א ה' י"ד) כתב גנב והקדיש ואח"כ שחט בחוץ חייב ומאימת העמידוהו ברשותו כדי לחייבו עליו משעה שהקדישה והוא ששחטה אחר יאוש אבל לפני יאוש אינה קדושה וזהו כעולא דלדידי' אמרינן דאוקי רחמנא ברשותו כדי לחייב כרת ולר"י אין אנו צריכין לזה משום דסבר יאוש קני ומדאורייתא הוי הקרבן כשר אף בנודע לרבים ואדרבה התקנה

היתה שלא יכפר בנודע לרבים משום שיאמרו מזבח אוכל גזילות והרמב"ם ז"ל ע"כ דפסק כעולא ולדידי' הוי תקנה דבלא נודע מכפר:

דהא איהו פסק בהלכות גניבה ואבידה (פרק א' הלכה י"ב) דיאוש לא קני וא"כ קשה טובא מה שכתב בהלכות איסורי מזבח (פ"ה ה' ז') הגונב או הגוזל והקריב הקרבן פסול כו' ואם נתייאשו הבעלים כשר ואפילו היה חטאת שכהנים אוכלים את בשרה ומפני תקנת מזבח אמרו שהחטאת הגזולה אם נודעה לרבים אינה מכפרת אעפ"י שנתייאשו הבעלים שלא יאמרו מזבח אוכל גזילות וכן העולה עכ"ל וא"כ קשה כיון דפסיק כעולא דד"ת אינה מכפרת רק שעשו תקנה שיכפר בלא נודעה אבל בנודעה א"צ טעם אמאי אינו מכפר דבנודעה הא מוקמינן לה אדינא דאורייתא שאינו מכפר ולמה הוצרך הר"מ להביא הטעם דמזבח אוכל גזילות גם תמוה מה שתמה הראב"ד ז"ל במש"כ ואפילו חטאת דהא אמרינן בש"ס לעולא דווקא חטאת שיהיו הכהנים עצבים מפני הבשר שאכלו והר"מ ז"ל דפסק כעולא וכ' דאפילו חטאת לענין שיכפר בלא נודע תמוה הוא:

ונ"ל דדברי הר"מ נכונים ומדוקדקין מאוד דהא באמת קתני בברייתא גנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר משלם תשלומי כפל ולא דו"ה ובחוץ ענוש כרת וא"כ הרי קתני בברייתא סתמא בחוץ ענוש כרת ולא מפליג בין נודע ובין לא נודע ואפילו נודע חייב כרת וקשה בשלמא לר"י ניחא דסובר מה"ת מכפר אפילו בנודע אלא שעשו תקנה שלא יכפר בנודע שלא יאמרו מזבח אוכל גזילות והיינו כמש"כ התוס' שעשו תקנה שלא יזרק הדם בנודע דאם זרק ודאי דהורצה דאין ב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת ולתקן שיביא קרבן אחר כיון שמה"ת כבר נתכפר ולא היה יכולת בידם רק לתקן שלא יזרק הדם. ולהכי אם שחט בחוץ ענוש כרת אף בנודע דהא הקרבן כשר אם זרק ומקרי ראוי לפתח אוהל מועד אבל לעולא דמה"ת אינו מכפר כלל אלא שבלא נודעה עשו תקנה שיתכפר אבל בנודעה דליכא תקנה אוקמה אדאורייתא ואינה מכפר ואינו ראוי לפתח אוה"מ ואמאי בחוץ ענוש כרת בנודעה וצריך לומר דלמסקנא דמשנינן לעולא דאוקמה רבנן ברשותו כי היכי דלחייב כרת א"כ תיכף שהקדישה הקרבן כשר מה"ת וראוי לפאוה"מ דאוקמי רבנן ברשותו ומהני אף לענין דאורייתא כדאמרינן בגיטין דף לו] דפריך ומי איכא דמדאורייתא לא משמע ואמרו רבנן דתשמט ומשני אביי שב ואל תעשה הוא. ורבא משני הפקר ב"ד הפקר עיי"ש דבהפקר ב"ד הפקר נעקר אפילו קום ועשה וכ"ה ביבמות (דף פט) עיי"ש ולהכי אף בנודעה לרבים חייב כרת משום דמה דבנודעה אינו מכפר הוא משום שלא יאמרו מזבח אוכל גזילות אבל מה"ת קרבן כשר ע"י שאוקמה ברשותו דמהני תקנת חכמים למהוי כשר מה"ת דכמו דלרב יהודא כשר מה"ת אף בנודע משום דיאוש קני

והוצרך לתקן שלא יכפר בנודעה שלא יאמרו מזבח אוכל גזילות והיינו שלא יזרוק הדם כמש"כ התוס' דלאחר זריקה אין ב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת להביא קרבן בחנם לעזרה] ה"נ לעולא תיכף שהקדיש אוקמי רבנן ברשותו וראוי לפתח אוה"מ מה"ת רק שאם נודעה לרבים עשו תקנה שלא יזרוק הדם ולהכי חייב כרת לעולא אף בנודע ולא מפליג בברייתא בין נודע ללא נודע וכן הרמז"ל לא מפליג וסתמא קאמר דחייב כרת דהא מה"ת ראוי הוא לפתח אוה"מ ואם זרק נמי הורצה רק שתקנו שלא יזרק הדם כדי שלא יאמרו מזבח אוכל גזילות ומשום זה אין לפוטרו מכרת:

(הגה"ה ומה שלא הזכיר הר"פ דבנודע לרבים אם זרק הורצה וא"צ להביא קרבן אחר דמה"ת מכפר מחמת דאוקמה ברשותו ומשום תקנה דמזבח אוכל גזילות אין יכולין לעקור דבר מה"ת הוא משום דאין דרכו של הרמז"ל להביא דין שלא הוזכר בש"ס:)

ומעתה הרי, מוכח דאף עולא אית לי' הך לא מכפר בנודעה אף דמה"ת היה מכפר ע"י שאוקמה ברשותו ובש"ס דמפרש לעולא תקנת מזבח שלא יהי' כהנים עצבים דמשמע דעולא לית לי' האי טעמא דמזבח או"ג היינו לפום הוא דלא ידע דלעולא אוקמוה ברשותו והוי' טעמא דעולא בתקנה דלא נודעה יתכפר משום כהנים עצבים אבל הא דבנודע אינו מכפר אינו צריך לשום טעם משא"כ לפי המסקנא דאוקמי ברשותו צריך טעם למה שאינו מתכפר בנודע משום מזבח או"ג דמה"ת ראוי להתכפר אחרי שאוקמה רבנן ברשותו משעת הקדש והוי שלו ממש וע"כ תקנת מזבח דקתני במתניתין אתרווייהו קאי הא דמכפר בלא נודע הוא משום תקנת מזבח שאם הכהנים יהיו עצבין יהא המזבח בטל ומשום זה אוקמי ברשותו וכיון שאוקמי ברשותו שוב הוצרכו לתקן שבנודע לא יכפר אף שמה"ת מכפר מחמת הקנין דרבנן מ"מ לא יכפר בנודע משום תיקון המזבח שלא יאמרו מזבח אוכל גזילות:

ובזה מיושב מש"כ הרמז"ל בהא דבלא נודע מכפר ואפילו חטאת ובגמרא אמרינן לעולא דווקא חטאת דהש"ס קאמר הכי לפום ס"ד דלא ידע מהך דאוקמוה ברשותו ועשו רק תקנה לעולא שיתכפר בלא נודע והיינו שעקרו דבר מה"ת בשוא"ת שלא יביא קרבן אחר ומיירי מתניתין אחר זריקה אבל קודם זריקה ודאי דאסור לזרוק דם מקרבן פסול כמו שיבואר לקמן ומכש"כ דאסור לאכול הבשר מחטאת כיון דמה"ת הקרבן פסול לעולא אסור לאכול הבשר כמש"כ הר"מ (פי"ט מהלכות פסולי המוקדשין) ובקום ועשה אין יכולין לעקור דבר מה"ת ולהכי א"א לשנויי דנקט חטאת לאשמעינן שמותר לאכול הבשר דהא באמת אסור לאכול הבשר משום דאכילת הבשר הוי קום עשה ומפרשינן דוקא חטאת אבל לא עולה אבל לפי המסקנא דאוקמי רבנן ברשותו ומהני אף

לענין איסור דאורייתא דהא מתחייב כרת מהאי טעמא א"כ ה"ה דרשאי לאכול הבשר לכתחילה בחטאת דהוי קרבן כשר לגמרי. א"כ שוב מפרשינן הא דקתני במתניתין חטאת היינו אפילו חטאת דלא מיבעיא עולה דליכא אכילת בשר אלא זריקת דם. ובזה כ' הר"מ דאינו לוקה אם זרק דם מקרבן פסול כמש"כ (בפ"ג מהלכות איסורי מזבח) אלא אפילו חטאת דאיכא אכילת בשר ונעקר דבר מה"ת בקום ועשה דאכילת בשר מקרבן פסול באיסור לאו כמש"כ הרמז"ל (בפי"ט מהלכות פסולי המוקדשין) נמי שרי משום דמהני הא דאוקמי ברשותו לענין דין תורה כמו דמהני לענין כרת ויצא לו להרמז"ל דלמסקנא אמרינן לעולא אפילו חטאת משום דבברייתא דתני עלה בחוץ ענוש כרת לא מפליג בין חטאת לעולה ומשמע דבעולה נמי ענוש כרת משום דאוקמי ברשותו א"כ תקשה אמאי נקט חטאת דווקא א"ו דלמסקנא מפרשינן אפילו חטאת משום רבותא דאכילת בשר:

ומיושב לשון הר"מ ממה שהקשה עליו הראב"ד בהא דכתב ואפילו היה חטאת שהכהנים אוכלין בשרה דלפי דברינו הרמז"ל מיירי קודם זריקה ושרי לזרוק הדם לכתחילה ואשמעינן רבותא טפי שמותרין ג"כ לאכול הבשר משום דמהני הא דאוקמי ברשותי' לענין קום עשה ג"כ ומה שבנודע לא מכפר מיירי ג"כ דווקא קודם זריקה שתקנו שלא יזרוק אבל אם זרק הורצה דמה"ת הקרבן כשר משום דאוקמי ברשותו ואין אנו יכולין לחייבו בקרבן בקום עשה מחמת תקנה דמזבח אוכל גזילות ולהכי נמי מתחייב כרת ג"כ אפילו בנודע דמה"ת הקרבן כשר אם זרק ולהכי לא חשב הר"מ ז"ל שם (בפ"ג מהלכות איסורי מזבח) בהדי כל הפסולין קרבן גזול משום שבאמת בגזל עשו תקנה שיכפר ואוקמה ברשותו ומזה ג"כ ראי' לדברינו הנ"ל דהא דבנודע אינו מכפר לדידן היינו שלא יזרוק הדם אבל אם זרק הורצה מדלא חשיב הרמז"ל שם אלא י"ד פסולין ולא חשיב גזול ונודע לרבים שאינו מכפר א"ו דמכפר אם זרק וזה ברור:

והנה (בפי"ח מהלכות מעשה הקרבנות הלכה י"ד) כתב הרמז"ל גבי גנב והקדיש ושחט בחוץ דחייב כרת משום שעשו תקנה והעמידו ברשותו והוא ששחטו אחר יאוש אבל לפני יאוש אינו קדוש ע"כ מבואר מזה דאם לא נתייאשו הבעלים לא עשו תקנה להעמידו ברשותו והכי משמע בתלמודא דכולא סוגיא מיירי ביאוש ולא הקפיד הרמז"ל אלא שהשחיטה תהא לאחר יאוש אבל ההקדש לא איכפת לן אפילו הוא מקודם יאוש ולפמש"כ א"ש דכיון דש"ר ואח"כ יאוש נמי מהני א"כ אם הקדיש לפני יאוש נמי קנה וחל ההקדש שפיר כמו בהקדיש אחר יאוש וכיון דהקדש חל ואין בו פסול אלא משום מהב"ב כמ"ש התוס' שם בגיטין (דנ"ה) להכי עשו תקנה להעמידו ברשותו ולהכשירו

לגמרי אבל בלא יאוש דאין ההקדש חל כלל לא עשו תקנה להעמידו ברשותו אלא שקשה לפי"ז מה שכ' הרמז"ל (בפ"ב מהל' גניבה הלכה ו) גנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר פטור מדו"ה בד"א שהקדיש אחר יאוש אבל הקדיש לפני יאוש אינו קדוש וחייב בדו"ה והוא מהסוגיא דב"ק (דף סח) דקאמר שם איתבי' ר"י לר"ל גנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר פטור אימת אילימא לפני יאוש איש כי יקדיש את ביתו אמר רחמנא וכו' אלא לאחר יאוש וטעמא דהקדיש כו' הרי מבואר בהדיא דלפני יאוש לא מהני ההקדש (וצ"ל דאף דבגיטין אמרינן דאוקמי רחמנא ברשותי' שיהא חל ההקדש מ"מ לענין דו"ה לא רצו לפוטרו משום תקנתם וכדאמרינן בב"ק (דף עב) למ"ד חולין שנ"ב לאו דאורייתא אין האיסור פוטרו מדו"ה וכן לענין מעשה שבת (דף עא) עיי"ש ומצאתי להש"מ בב"ק (דף סח) שהקשה מאי פריך אילימא לפני יאוש מי קדוש דילמא קדיש משום דאוקמי' רחמנא ברשותו ולענ"ד כמש"כ] הרי חזינן דלא משכחת לה שיחול ההקדש אלא אם נתייאש קודם ההקדש כדקאמר בהדיא אימת אילימא לפני יאוש מי קדוש אבל בנתייאש אח"כ לא מהני ההקדש כלל ובדברי הש"ס א"ש דהתם ר' יוחנן קאמר לה להך קושיא ואיהו סובר בב"ק (דף קט"ו) דש"ר ואח"כ יאוש לא קני להכי בעינן שיהא היאוש קודם ההקדש אבל על הר"מ ז"ל שכתב דבעינן הקדיש אחר יאוש קשה דהא איהו סובר ש"ר ואח"כ יאוש נמי מהני א"כ יועיל ההקדש אף אם נתייאש אח"כ וכמש"כ בעצמו בהלכות מעה"ק (פרק י"ח הלכה י"ד) בשחטה אחר יאוש הקרבן כשר משמע אף שההקדש היה קודם יאוש וכמ"ש לעיל כיון דאיכא קנין ש"ר ואח"כ יאוש למקני הקרבן מהני תקנת חכמים להעמידו ברשותו דלא ליהוי מהב"ב:

לומר דהרמז"ל סובר דשינוי השם ואח"כ יאוש לא מהני ולהכי לא מהני הקדש ואח"כ יאוש ואף דגבי ש"ר סובר דמהני ש"ר ואח"כ יאוש מ"מ שה"ש ואח"כ יאוש לא מהני וסובר דהקדש לא מיקרי ש"ר כדאמרינן בב"ק (דף עו) לענין דו"ה דהקדש לא חשיב כמכירה דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן ומה שמוכח בש"ס דסוכה (דף ל) דהקדש אחר יאוש קני אף למ"ד יאוש לא קני דקפריך התם אקרא דוהבאתם את הגזול ואת הפסח הא קני ביאוש לאו משום יאוש וש"ר הוא כמש"כ התוס' שם אלא משום יאוש ושה"ש הוא דמעיקרא חולין והשתא הקדש ובשה"ש סובר הרמז"ל דבעינן יאוש מעיקרא ולא מהני אח"כ. ומש"כ (בהלכות מעה"ק) והוא ששחטו אחר יאוש לא בעינן האי יאוש למקני שיהא שלו דזה לא מהני כיון שההקדש היה קודם יאוש אלא שלא תקחז"ל להעמידו ברשותו אלא אם היה יאוש ואם נתייאש תקנו להעמידו ברשותו אף אם לא קנה דזה אינו דא"א לומר כן דממ"נ אם היאוש לא קני כשהיה אחר ההקדש

א"כ למה הוא בא כלל ואמאי לא תיקנו חז"ל להעמידו ברשותו אף בלא יאוש כיון שאין היאוש מועיל לקנות ועוד דגם זה לא יתכן לומר דש"ר מהני אף קודם יאוש ושה"ש לא מהני אלא אם היה אחר יאוש דמ"ש:

לכן נ"ל בביאור דברי הרמז"ל דודאי כמו דמהני ש"ר ואח"כ יאוש ה"נ דמהני שה"ש ואח"כ יאוש וזה שכתב (בה' מעה"ק) והוא ששחטו לאחר יאוש משום דבעינן יאוש כי היכי דלהוי ש"ר ואח"כ יאוש למקני הקרבן דאז מועיל תקנת חכמים דלא להוי מהב"ב וכדמשמע פשטא דתלמודא בב"ק (דף סח) דקאמר אימתי אילימא לפני יאוש מי קדוש רק ר' יוחנן אזיל לטעמי' דסובר דש"ר ואח"כ יאוש לא קני להכי מצריך שיהא היאוש קודם ההקדש והרמב"ם ז"ל אזיל לשיטתו דפסק כרב דש"ר ואח"כ יאוש נמי מהני להכי גבי הכשר הקרבן כתב והוא ששחטו אחר יאוש אבל ההקדש לא איכפת לן אף אם היה קודם היאוש שפיר חל ומש"כ (בפ' ב' מהלכות גניבה) דלא מפטר מדו"ה אא"כ הקדיש אחר היאוש הוא מטעם אחר דלכאורה צריך לבאר דהנה בגמרא אמרינן שם בסוגיא דחטאת הגזולה אמר רבא הא וודאי קא מיבעי לי כי אוקמוה רבנן ברשותו משעת גניבה או משעת הקדש למאי נ"מ לגיזותי' וולדותי' מאי הדר אמר רבא מסתברא משעת הקדש שלא יהא חוטא נשכר ולכאורה קשה דמשמע שאם היו מעמידין ברשותו משעת גזילה הי' חוטא נשכר ע"י שהעמידו ברשותו הא בלא"ה קנה גיזות וולדות דקנה ביאוש וש"ר ומשלם כשעת הגזילה וגיזות וולדות דגזלן נינהו ואף אם נימא דמיירי שהקדיש ואחר כך נתייאש וסובר דש"ר ואחר כך יאוש לא מהני מכל מקום תקשה כיון דשחטה הא הוי שינוי ואין לך שינוי גדול משחיטה ואי לאו דאוקמי רבנן ברשותו ולא היה ההקדש חל היה קונה גיזות וולדות ע"י שינוי דשחיטה ככל הגזלנים שקונים בשינוי שגיזות וולדות של גזלן הוא דהא השחיטה שינוי מעליא הוא כדקאמר הש"ס בב"ק דף סח) מה טביחה דאהני מעשיו וא"כ אכתי קשה מאי חוטא נשכר איכא בזה וצ"ל דהא דקאמר מסתברא שלא יהא חוטא נשכר אין כוונת הש"ס שאנו צריכין לראות שלא יתיפה כח הגזלן ע"י מה שחל ההקדש אלא כוונת הש"ס הוא דאפילו אם אנו מוצאין עילה לגרע כח הגזלן ע"י חלות ההקדש אנו מגרעין כחו כדי שלא יהא חוטא נשכר וקא מיבעיא לי' רבא מאימתי אוקמה ברשותו משעת הגזילה או משעת הקדישה וקא פשיט מסתברא דמשעת הקדישה שלא יהא חוטא נשכר היינו דבמה שנוקי ברשותו משעת הקדישה יהא תועלת שלא יהא נשכר כולי האי ע"י גזילתו [והאי נשכר לאו ע"י ההעמדה ברשותו הוא אלא שיהא נשכר ע"י גזילתו] דאם נימא דהעמידוה ברשותו משעת גזילה הרי יהא הגיזות וולדות משעת גזילה של גזלן משא"כ אם נעמיד ברשותו משעת הקדישו נגרע

כחו והגרעון הזה יהא עפ"י דין לפי מה שבארנו דהא דבשינוי מעשה או ביאוש וש"ר הגיזות וולדות של גזלן וכן לענין יוקרא וזולא משלם כשעת הגזילה משום דהקנין מתחיל משעת גזילה להכי הגיזות וולדות משעת גזילה לגזלן והיינו בקנין שינוי או ש"ר עם יאוש שקנין זה מתחיל למפרע והגזילה הוא דאהני לי' לקנות בשינוי דאוקמי רחמנא ברשותו דגזלן את הגזילה אם עשה בה שינוי או יאוש וש"ר למהוי שלו לגמרי ולהתחייב רק דמים [וכמו דאמרינן בסנהדרין (דף עב) לענין חיוב אונסין דאוקמי רחמנא ברשותו להתחייב באונסין] וזה שייך אם ש"ר והיאוש היה בעוד שנמשך על הגזילה דין גזל דאז מהני היאוש וש"ר לקנות למפרע משעתא דגזל אבל אם קודם הש"ר קנאה הגזלן בקנין דרבנן שהעמידו ברשותו ונעשה כקנין דאורייתא לכל מילי וקנין זה אינו נמשך משעת גזילה אז לא מהני הש"ר למיקני משעת גזילה דהא א"א להועיל שום קנין כלל שהרי כבר פקע ממנו דין גזל ע"י תקנת חכמים ודידי' הוי ואיך יועיל למפרע על שעתא דגזל כיון דבשעת ש"ר הוא שלו לגמרי להכי לא מהני לי' הש"ר למפרע וקני לה רק משעת תקנת חכמים ולא משעת גזילה דהא הפסיק קנין חכמים בין גזילה להיאוש וש"ר וכן בין גזילה לקנין שינוי הטביחה ואין הגזילה מועלת להיאוש וש"ר או להטביחה כלל ולא קני גיזות וולדות משעת גזילה וזהו שאמר מסתברא משעת הקדישה כדי שלא יהא חוטא נשכר היינו דבזה שנימא שקנה משעת הקדישה אנו מרוויחין שנגרע כח הגזלן שלא ירוויח על ידי גזילתו כל כך:

ונראה דמזה גופא יצא לו להר"מ ז"ל דהתקנה היתה אפי' בהקדיש קודם יאוש דאי מיירי דוקא בהקדיש אחר יאוש א"כ אמאי הפסיד הגזלן גיזות וולדות דמשעת גניבה עד שעת הקדישה הא בשעת הקדישה קנה אותה ביאוש וש"ר. ומחמת זה קנה הגיזות וולדות מאי איכפת לי' לגזלן שעשו לו קנין דרבנן כדי שלא יהא קרבנו מהב"ב כיון שבלא"ה קנה נמי הגיזות וולדות כדין גזלן שקונה ע"י שינוי למפרע א"ו דמיירי שהקדיש קודם יאוש ובזה שפיר אמרינן דמפסידין להגזלן גיזות וולדות שמשעת גזילה דכיון שמשעת הקדש כבר הוא ברשותו וקנין היאוש וש"ר אינו יכול לחול אלא בשעת היאוש שאחר ההקדש וכאן מפסיק הקנין דרבנן בין הגזילה להיאוש להכי לא מהני כמו דלא מהני קנין הטביחה למיקני גיזות וולדות דמשעת גזילה משום שהפסיק קנין דרבנן בין גזילה לטביחה:

ובזה מיושב ג"כ קושיית התוס' שהקשו דהא גיזות וולדות הוי שינוי וקנה גיזות וולדות ע"י שינוי הלידה והגיזה ולדברינו א"ש דכיון דהא דקנה גיזות וולדות ע"י שינוי זהו מטעם דהקנין נמשך משעת הגזילה וכאן הא דאוקמוה ברשותו מבטל הקנין מלחול למפרע ומיירי שלא נטלו מעל הבהמה הגיזות קודם ההקדש:

ומעתה נכונים מאוד דברי הר"מ ז"ל שכ' (בפ' ב' מהלכות גניבה הלכה ו') בחיוב דו"ה דבעינן שיקדיש אחר יאוש דאז פטור מדו"ה משום שקנה ביאוש וש"ר ושלו הוא טובח ושלו הוא מוכר אבל אם הקדיש קודם יאוש ונתייאשו הבעלים ואח"כ שחטה חייב בדו"ה אע"ג דהוי ש"ר ואח"כ יאוש וקנה למפרע משעת גזילה אפ"ה חייב בדו"ה משום דהקנין דרבנן שהעמידוהו ברשותו לא מהני לענין לפוטרו מדו"ה כמ"ש לעיל וכדאמר בש"ס דב"ק (דף ס"ח) אימת אילימא לפני יאוש מי קדיש ואי דלהוי שלו הוא טובח מחמת דש"ר ואח"כ יאוש עושה קנין למפרע:

גם זה לא מהני מחמת שהפסיק קנין חכמים בין גזילה לשינוי רשות דהקדש וכל שהפסיק קנין חכמים בין גזילה לש"ר לא אמרינן דחל קנין הגזילה למפרע משום דבשעת ש"ר כבר הוא שלו מחמת תקנת חכמים ואף דתקנת חכמים לא מהני לי' למקני לפוטרו מדו"ה מ"מ מהני לבטל הקנין דלמפרע דמשעת גזילה ולא אמרינן ממ"נ אי הועיל קנין דרבנן שהעמידו ברשותו ליפטר מדו"ה מחמת זה דשלו הוא טובח ואי לא מהני אם כן לא ליבטל גם קנין דאורייתא שנעשה מחמת יאוש וש"ר למיקני' למפרע משעת גזילה וליפטר מדו"ה אלא אמרינן דהקנין דרבנן אינו פוטרו מדו"ה אבל מיגרע כח הקנין דאורייתא שלא לקנות למפרע משעת גזילה ע"י ש"ר ואח"כ יאוש ואשכחן כה"ג ביבמות (דף י"ט גבי שני אחים שהיו נשואים נשים נכריות ומת א' מהם ועשה בה השני מאמר ואח"כ נולד לו אח וקאמר ר"ש דביאתה וחליצתה של שני פוטרת צרתה משום דקסבר יבם ואח"כ נולד לא הוי אשת אחיו שלא היה בעולמו ומספקא לי' אם מאמר קונה קנין גמור מדאורייתא אם לא להכי אם חלץ או יבם לשני' פוטר ממ"נ אי מאמר קונה א"כ הו"ל יבם ואח"כ נולד ואי מאמר אינו קונה א"כ אין השני' צרת הראשונה כלל וכ' רש"י ז"ל דהא דמאמר קונה מדרבנן ל"ל לר"ש כלל דאם הי' סובר דמאמר קונה מדרבנן א"כ הו"ל צרת אשת אחיו שלא הי' בעולמו מדרבנן עיי"ש וכ"כ התוס' בשם רש"י ז"ל לענין זיקה ולענין מאמר דל"ל לר"ש זיקה או מאמר קונה מדרבנן עיי"ש הרי דאם מאמר או זיקה קונה מדרבנן אסורה השני' ולא אמרינן ממ"נ אי קונה א"כ הו"ל יבם ואח"כ נולד ואי אינו קונה לאו צרתה דראשונה היא כלל אלא אמרינן כיון דמדרבנן הוא מחמרינן ומשוינן לה ככנוסה לחומרא שתהא השני' צרתה של הראשונה ולא לענין יבם ואח"כ נולד והו"ל צרת אשת אחיו שלא הי' בעולמו בנולד ואח"כ יבם. וה"נ כיון דחזינן דלענין דו"ה לא רצו חכמים שיגרום תקנתם פטור ואזלינן לחומרא שיתחייב דו"ה מהני האי קנין דרבנן לבטל הקנין ש"ר ואח"כ יאוש מעל הגניבה משום שהפסיק בין תחילת

הגזילה לסוף הקנין ולא מהני למיקני ולחול ההקדש לפוטרו מדו"ה וחייב בדו"ה כאילו לא הקדיש כלל:

ולהכי שפיר כתב הר"מ ז"ל דדוקא נתייאש ואח"כ הקדיש פטור מדו"ה דבזה אף שאין הקדש שע"י קנין דרבנן מועיל לפוטרו מ"מ באותו שעה שהעמידו ברשותו יש ג"כ קנין דאורייתא דיאוש וש"ר וחל ההקדש לפוטרו מדו"ה. ואף שהעמידו ברשותו משעת הקדישו כי היכי דלא להוי מהב"ב מ"מ אינו מתבטל ע"ז הקנין יאוש וש"ר דהא הקנין דרבנן אינו מפסיק בין גזילה לקנין יאוש וש"ר ובבת אחת באו ואין טעם לומר שהקנין דרבנן יבטל קנין יאוש שהוא מדאורייתא משא"כ בהקדיש קודם יאוש שהקנין דרבנן שהוא שעת הקדש הפסיק את קנין דאורייתא לבטל מעליו תורת גזל וההקדש שחל ע"י קנין דרבנן לא רצו חז"ל שיפטרנו מדו"ה להכי חייב בדו"ה והא דלא אמרו כן לענין גיזות וולדות שלא יקנה כלל משום דקנין דרבנן לא מהני למיקני גיזות וולדות ואדרבה מבטל הקנין דאורייתא משום הפסק הקנין דרבנן בין הגזילה לשינוי רשות הוא משום דלענין גיזות וולדות אף אם לא היה מקדיש הגזילה נמי היה הגיזות וולדות שלו דהא שחטה ושחיטה נקרא שינוי כמ"ש התוס' ב"ק (דף ע"א) ד"ה איה"נ שאין לך שינוי גדול משחיטה א"כ א"א לבטל קנינו מגיזות וולדות דהא בשינוי הגיזות שלו בכל גזילה אם לא היה מקדיש ודיינו שהורענו כחו שלא יקנה משעת גזילה אלא משעת הקדש מחמת הפסקת הקנין דרבנן בין הגזילה לש"ר אבל לגרע קנינו לגמרי אי אפשר אבל לענין דו"ה דקנין השחיטה אינו מבטל חיוב דו"ה כמ"ש התוס' שם (בב"ק דע"א) ד"ה איה"נ דבכל טביחות גניבה איכא שינוי ובהכי חייב רחמנא ואין לפוטרו מחמת ההקדש דהוי ש"ר עם יאוש דכיון דהפסיק קנין חכמים בין גזילה להקנין ש"ר ויאוש בטל קנין זה וחייב בדו"ה ולא מיפטר מדו"ה אא"כ הי' ההקדש אחר יאוש שאז לא הי' הפסק בין גזילה לקנין יאוש וש"ר דהא מאימתי העמידוה חכמים ברשותו בשעת הקדש ואז כבר חל קנין יאוש וש"ר ופטור מדו"ה דשלו הוא טובח וכדברי הרמז"ל דלא מיפטר אא"כ הקדיש אחר יאוש וזה ברור ונכון:

ולפי דברינו ניחא מה שפסק הרמז"ל כרב דש"ר ואח"כ יאוש נמי מהני ולא כר' יוחנן משום דסוגיות הש"ס דהנזקין כוותי' אזלא דהא אמר שם אוקמוה רבנן ברשותו משעת הקדישו וזה שייך בהקדיש קודם יאוש דאי לאו דאוקמוה ברשותו לא הוי קונה מה"ת בשעת הקדש אבל ביאוש ואח"כ הקדיש הא קנה מה"ת בשעת הקדש בלא"ה. וכיון דמיירי בהקדיש קודם יאוש הרי חזינן דקנה בהקדיש ואח"כ יאוש דהא לא עשו תקנה אלא היכא דבלאו התקנה הקרבן קנוי להגזלן רק שהיה מיפסל מחמת טעם מהב"ב:

הרי נתברר מדברי הרמז"ל היטב שמועיל הקדש אם נתייאש אח"כ וכיון שבררנו דהקדיש ואח"כ יאוש נמי מהני יש לנו ראי' ברורה למש"כ דהטעם דבהקדיש ואח"כ יאוש הוא משום דחל למפרע משעת גזל דאי נימא דהקנין חל משעת יאוש א"כ אמאי הקרבן כשר בהקדישו קודם יאוש הא מעיקרא כשהקדישו הוי דחוי דלא נתייאשו הבעלים עדיין והיכא דלא נתייאשו הבעלים לא תקנו לכפר כלל ואף שאח"כ נתייאשו קיי"ל בזבחים (דף י"ב) דגבי קדשים דחוי מעיקרא הוי דחוי ונהי דלענין פסול גזל בהאי קרבן מהני מה שהעמידו ברשותו והוי דידיה ממש דלענין ממון מהני הפקר ב"ד. אבל כיון דהוי דחוי הוא פסול ואין ב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת בקום עשה לזרוק דם של קרבן פסול א"ו דכשנתייאשו אח"כ קני לי' למפרע משעת גזילה וכיון דחל למפרע הקנין אלא דהוי מהב"ב בזה שוב תקנו שיעמוד ברשותו משעת הקדישו ולא הוי מהב"ב ודיחוי לא הוי דבדבר שחל למפרע לא אמרינן דיחוי ועדיף מהא דאמרינן כל שבידו לא הוי דיחוי כש"כ בזה דאע"ג דלאו בידו שיתייאשו הבעלים מ"מ כשנתייאשו אגלאי מילתא למפרע שקנאה וחל תקנת חכמים להעמידו ברשותו ולא הוי מצוה הבב"ע כלל:

וראיתי להש"ך (בחו"מ סי' שנ"ג) שפסק דש"ר ואח"כ יאוש לא מהני והביא ראי' מסתמא דתלמודא בב"מ (דף כ"א) דפריך לאביי דסובר ישל"מ ל"ה יאוש מהא דתניא הגנב והגזלן וכן ירדן שנטל מזה ונתן לזה מה שנטל נטל ומה שנתן נתן בשלמא גזלן וירדן קא חזי לי' ומייאש אלא גנב מי חזי לי' ע"כ ולשיטת הרמז"ל דש"ר ואח"כ יאוש נמי מהני הא הוי ש"ר ואח"כ יאוש ולהכי קני:

מיהו נ"ל דדברי הר"מ נכונים וברורים ואין שום סתירה לדבריו מהך סוגיא דאף לרב דש"ר ואח"כ יאוש מהני וחל קנין הגזילה משעת גזילה מ"מ שפיר מקשה דהא בהך ברייתא קתני מה שנתן נתן משמע בוודאי דבשעת נתינה ממש קני לה מי שנטלה מן הגזלן וא"כ לאביי דסובר ישל"מ לא הוי יאוש נהי דקני לי' בש"ר ואח"כ יאוש למפרע משעת גזל לגמרי מ"מ היינו דווקא היכא שהיה אח"כ יאוש בהדיא שנתייאשו הבעלים אבל אם לא בא אח"כ לידי יאוש לא מהני רק אם היה יאוש מהני למפרע והגע עצמך אם הקדיש המקבל מתנה או הלוקח את החפץ הזה ונהנה אחד ממנו קודם שנתייאשו הבעלים ודאי דלא לקי על מעילתו משום דהוי התראת ספק שמא לא יתייאש ואף שסתם גניבה יאוש בעלים הוא מ"מ עדיין לא נתייאש ואף שהתוס' בנדה (דף מ"ו) ד"ה ר"י ור"ל כתבו בהקדיש תוך זמן ואכלו אחרים דלא הוי התראת ספק שמא לא יביא ב"ש בשנת י"ג משום דרוב מביאין ב' שערות בשנת י"ג מ"מ הא בממון לא אזלינן בתר רובא ולא נפיק עדיין מרשותו קודם שנתייאש דשמא לא יתייאש ואף שעכשיו אנו דנין לענין איסור

מעילה מ"מ כיון שלענין ממון לא נפיק מרשות בעלים לא חייל ההקדש ולא לקי משום בל יחל דקונמות] ובברייתא קתני מה שנתן נתן דמשעת נתינה קני לה לגמרי ולרבא א"ש דישל"מ הוי יאוש ומהשתא הוי יאוש כאילו הוה ידע ומתייאש כדאמרינן שם בכל הסוגיא וכמו גבי תרומה דאמרינן כיון דניחא לי' בסוף דמי כאלו עשאו שליח מתחילה אבל לאביי דלא מהני למפרע למהוי כאילו כבר נתייאש נהי דבגניבה אם נתייאש מהני למקני למפרע מ"מ קודם שנתייאש אין אנו יכולין לדון בה כאילו כבר נתייאש וכן נ"מ לענין אם גנב מהקטן ונתן לאחר דקטן לאו בר יאוש הוא ולרבא דסובר דישל"מ הוי יאוש אמרינן אפילו בקטן דמהשתא הוי יאוש כדאמר התם לאביי הני תמרי דזיקי היכי אכלינן בבאגי דארעא דיתמי ופי' התוס' דלרבא ניחא דכיון דאלו גדלי הוי מייאשי מהשתא הו"ל יאוש עיי"ש אבל לאביי דישל"מ לא הוי יאוש נהי דש"ר ויאוש וכל קניני גזילה קונין למפרע מ"מ הקטן דלא חייל על ממונו דין יאוש ודאי דלא מהני שסתם גניבה יאוש בעלים הוא כיון דלאו בר יאוש הוא דהא דאמרינן סתם גניבה יאוש בעלים הוא לא מהני רק לדון שבודאי נתייאשו או שבוודאי יתייאשו כשיתוודע להם אבל לא מהני לדון על הגניבה דין יאוש מעכשיו [כמש"כ התוס' בב"ק (דף ס"ח) ד"ה מה טביחה דאף דסתם גניבה יאוש בעלים, מ"מ קודם שנודע לבעליו שנגנב לא מהני מה דסתמא עומד ליאוש למ"ד ישל"מ לא הוי יאוש] ולמ"ד ישל"מ הוי יאוש אנו דנין גם קודם יאוש ע"ז דין יאוש אף בקטן דלאו בר יאוש הוא וכן כ' בשיטה מקובצת בהדיא שם בסוגיא דישל"מ דלרבא הוי יאוש אפילו עומד וצווח כשמתוודע שאינו מתייאש דבטלה דעתו אצל כ"א. ואף דגבי תרומה אם לא נמצאו יפות אין תרומתו תרומה ועיי"ש בטעמו של דבר ושפיר מקשה בהך ברייתא לאביי דבברייתא קתני מה שנתן נתן דמשמע דמשעת נתינה מיד קנה המקבל מתנה או הלוקח ואם קידש אשה מקודשת ואם הקדיש החפץ ואסרו בקונם יש בו מלקות וכן אפילו בגנב מן הקטן דלאו בר יאוש הוא. וע"כ משום דדמי כאילו נתייאש עכשיו וקשה לאביי ונתברר לנו היטב דסוגיא דב"מ אתיא אפילו לרב דסובר דש"ר ואח"כ יאוש קונה וכל קניני גזילה הם למפרע ומ"מ שפיר מקשה לאביי ודלא כהש"ך ז"ל:

ואין להקשות דמקשה בב"ק (דף ס"ו) לרבה מקרבנו ולא הגזול אימת אילימא לפני יאוש ל"ל קרא ופי' התוס' דהא אינו שלו להקדישו ומאי קושיא דאכתי איצטריך קרא שלא נימא דיכול להקדישו משום דבשחיטה הוי שינוי והוי דידי' למפרע להכי יכול להקדישו ואצטריך קרא דפסול נ"ל דבאמת הא דפריך ל"ל קרא לא מכח דאינו יכול להקדישו קא פריך אלא מקרא דמכם כדאמר בסוכה (דף ל') גבי קרא דוהבאתם את הגזול ואת הפסח

וגו' אימת אילימא לפני יאוש ל"ל קרא מכם אמר רחמנא וה"נ אקרא דמכם סמך להכי יליף מקרבנו דמיירי אפילו לאחר יאוש והתם יליף לה מקרא דוהבאתם משום דסובר דקרא דקרבנו מיירי בגזל קרבן דחברי' ועיין בתוס' שהקשו שם לשיטתם למה הוצרך שם קרא דמכם ת"ל משום דאינו יכול להקדיש כדפריך בב"ק מהאי טעמא אילימא לפני יאוש ל"ל קרא ולפי דברינו א"ש דגם הכא סמך אקרא דמכם:

וראיתי להב"ש באהע"ז (סימן כ"ח סק"ד) שכתב שאם בשעת הקידושין לא היה יאוש ואחר הקידושין היה יאוש לכ"ע לא מהני ואף להר"מ ז"ל דש"ר ואח"כ יאוש מהני מ"מ הכא לא מהני דבשעת הקידושין נתן לה דבר שאינו שלו:

ולענ"ד דכיון דבארנו דהטעם דש"ר ואח"כ יאוש מהני הוא משום דקני למפרע שפיר חלין הקידושין למפרע וראי' ברורה לדברי מהר"מ ז"ל שכ' (בפ"ה מהלכות אישות הלכה ח') הנכנס לבית חבירו ולקח לו כלי או אוכל וכיוצא בהן וקידש בו אשה ובא בעה"ב אעפ"י שאמר לו למה לא נתתה לה דבר זה שהוא טוב ממה שנתתה אינה מקודשת שלא אמר כן אלא כדי שלא להתבייש ממנו והואיל וקידש בממון חבירו שלא מדעתו אינה מקודשת והוא מעובדא דקדושין (דף נ"ב) בהאי גברא שקידש בפרומא דשיכרא כו' ואמר רבא לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה והשתא קשה דרבא שפיר הוצרך לומר האי טעמא דלא אמרו כלך אצ"י אלא לענין תרומה משום דאזיל לטעמי' דסובר ישל"מ הוי יאוש ולהכי אי הוי אמרינן דהא דאמר כלך אצ"י קושטא קאמר ולאו משום כיסופא הוי יאוש מעיקרא וכשקדשה הוי ש"ר ומקודשת שפיר כמש"כ הרמז"ל שם דבקידשה בגזל דאחרים אחר יאוש מקודשת משום יאוש וש"ר אבל אנן דפסקינן כאביי דישל"מ לא הוי יאוש א"כ לא הוצרך להאי טעמא דמשום כיסופא דאפילו קושטא קאמר מ"מ הא אין היאוש חל למפרע אלא משעת אמירה וכשקידש בדבר שאינו שלו קידש א"ו דכמו דדעת הרמז"ל דש"ר ואח"כ יאוש מהני גבי מכירה ה"נ בקידושי אשה מהני דלא כהב"ש ז"ל ולהכי אי לאו טעמא דמשום כיסופא הוי' קידושין מעליא משום ש"ר ואח"כ יאוש ולהכי הוצרך הרמז"ל להך טעמא דמשום כיסופא קאמר ולא נתרצה כלל ולא מתייאש גם עכשיו מיהו אפשר לומר כיון דלא ידעה שיתייאש אח"כ לא סמכה דעתה ולא חלין הקידושין מהשתא מיהו היכא דא"ל בהדיא בשעת קידושין שתתקדש מהשתא אם יהיה יאוש חלין הקידושין מהשתא לפי מה שביארנו:

ועוד יש להביא ראי' לסברא זו דגזל נקנה בשינוי למפרע מהא דאמרינן בב"ק (דף קי"ח) גזל שדה מחבירו והיתה פרה רבוצה בה דר' אלעזר סובר דחייב להעמיד לו פרה אחרת משום דקרקע נגזלת והקשו הקצה"ח והנתיבות דאף אם קרקע נגזלת מ"מ הא לא קני

לה אלא להתחייב באונסין ואיך קונה הפרה שבתוכה ומטעם אגב נמי א"א לומר דהא לא הוי דעת אחרת מקנה אותה ולפי מש"כ א"ש דכיון דשטף נהר דמי לשינוי וקונה הקרקע למפרע לר"א למהוי שלו ולהכי נקנה גם הפרה ואף דגבי תברה או שתייה כתב הרא"ש ז"ל פ' הגוזל (דף צ"ה) דקנה רק משעתא דתברה או שתייה מ"מ שטפה נהר לא דמי לתברה או שתיי' רק לשינוי בעלמא וקונה למפרע:

מעתה כיון שבארנו דביאוש ואח"כ ש"ר נעשה למפרע של גזלן האי חמץ שגנבו עכומ"ז ומכרו לישראל אחה"פ כיון שכבר נתייאש ממנו וקיי"ל סתם גניבה יאוש בעלים ואחר כך מכרו לישראל אחר דהוי יאוש ואחר כך ש"ר ואיגלאי מילתא דבפסח נמי הוי האי חמץ של עכומ"ז ודמי לעכומ"ז שהלוה לישראל על חמצו וא"ל דאם לא אפרע לך עד יום פלוני יהא שלך מעכשיו והגיע זמן ולא פרעו דמותר אחה"פ בהנאה כדאיתא בפסחים (דף ל"א) ואף דכ"ז שלא זכה בו הישראל שלקח מיד העכומ"ז אכתי של בעלים הוא ואסור בהנאה ואין זכייה באיסורי הנאה מ"מ כיון שאם יזכה בו יתברר למפרע שהי' מותר שייך בו זכיה ואף שהרבה מהראשונים ז"ל חלקו על הר"מ ז"ל בדין יאוש ואח"כ ש"ר. מ"מ כיון שאיסור חמץ שעעה"פ הוא רק מדרבנן כדאי הוא הרמז"ל לסמוך עליו:

(הג"ה ומטעם זה יש לדון עמש"כ הנבו"י בגזל חמץ ועעה"פ שהחמץ מותר בהנאה משום דנא שייך למקנס את הנגזל דמאי הול"ל למיעבד הוא אינו יכול לבטלו כדאמרינן גזל ולא נתייאשו הבעלים כו' דאכתי היה יכול לתתו במתנה להגזלן גופי' ואין לומר שלא רצה להכשיל את הגזלן שיעבור עליו בב"י דז"א דהא גם עכשיו עובר עליו הגזלן בב"י משום דחייב באחריותו וזה ברור ופשוט:)

ועוד יש להקל בזה מטעם אחר לפמש"כ לעיל דהיה אפשר לדמות האי חמץ לחמץ שנפלה עליו מפולת. דהא אין ביד הבעלים לא לבערו ולא לבטלו רק שכתבנו שהיה יכול לתתו להגנב גופי' במתנה ובאמת א"א לתת לו במתנה דכיון דהגנב הוא נכרי במאי יקנה לו את הגניבה דאף דאמרינן בב"ב (דף מ"ג) דמצי להקנות הגניבה ע"י קנין גבי בני העיר שנגנב ס"ת שלהם דאין דנין אותה בדייני אותה העיר ופריך וליסלקו בי תרי מינייהו ולדייני משמע דיכול להקנות הגזילה להגזלן עצמו בקנין מ"מ איכא למימר ה"מ לישראל דקנין סודר מהני אף שלא בפניו כמש"כ התוס' והרא"ש בקידושין (דף כ"ו) ד"ה לדמי וכ"פ בח"מ (סימן קצ"ה סעיף ג') וא"כ ה"מ אם מקנה לישראל דיכול אחר להיות שלוחו ולקנות אבל אם מקנה לעכומ"ז כיון דאין שליחות לא"י לא מצי להקנות לו שלא בפניו ואף אם החמץ הוא בחצירו של עכומ"ז נמי לא מצי להקנות לו ע"י חצירו לפמש"כ רש"י ותוס' בב"מ (דף י"א) דחצר אם אינו עומד בצדו אינו בתורת

יד אלא בתורת שליחות כמש"כ הש"ך (סימן רמ"ג ס"ק יו"ד) וקיי"ל אין שליחות לא"י ואף שהש"ך שם כתב דבחצר המשתמרת הוא בתורת יד אף שאינו עומד בצידו מ"מ מידי ספיקא לא נפקא ובאיסור דרבנן יש להקל ולומר שלא היה יכול להקנות להאי חמץ לעכומ"ז משום דמתורת שליחות הוא ואין שליחות לא"י ולא היה בידו להוציאו מרשותו וליכא למקנסי' דדמי לחמץ שנפלה עליו מפולת דמי יודע אם היה העכומ"ז עומד בצד חצירו בשעה שהגיע זמן ביעור של חמץ ועוד דאפילו אם העכומ"ז עומד בצד חצירו איכא למימר דלא מצי להקנות לו בתורת חצר כמש"כ הרבה מהאחרונים ז"ל דאף דמבואר בש"ס דאם עומד בצד חצירו חצר משום יד אתרבאי מ"מ הא אמרינן התם (דף י"א) דלא ילפינן קטן מקטנה והיינו דדוקא בחצר דאיתתא אתרבאי משום יד מקרא דונתן בידה דכתיב גבי גט לרבות גגה וחצירה וקרפיפה אבל חצר דגברא לא אתרבאי מתורת יד אלא מתורת שליחות ואין שליחות לא"י:

אלא שבס' מק"ח הקשה שהרי בהדיא אמרינן בע"ז (דף ע"א) ותקני לי' כליו כו' עיי"ש וכלים קונים מטעם חצר הרי דעכומ"ז יש לו חצר לכה"פ אם עומד בצד חצירו ועיין בדבריו ז"ל שכ' דהא דמפלגינן בין קטן לקטנה היינו בין חצר דגברא לחצר דאיתתא הוא רק בקטנים שאינו משתמר לדעתם אבל בחצר דגדולים שמשתמר לדעתם מהני משום יד אפילו בגברא ואנו בארנו לעיל (בסי' כ"ח) דיש לחלק באופן אחר דיש לחקור בטעם הדבר מ"ט נימא דחצר דאיתתא הוא משום יד וחצר דגברא הוא משום שליחות כיון דלא מצינו בהדיא קרא לחלק ביניהם אמאי נוקי ונימא הכי:

ונראה דהטעם הוא דכיון דקרא דחצר משום יד כתיב באתתא אמרינן דוקא אשה שאינה חייבת במצות חצר דידה חשוב כידה ממש אבל גברא דחייב במצות אין חצירו חשוב כידו לפי מה שהחצר חשוב כיד הוא מפני התקשרותו אצל אחוזתו עד שעדיף משלוחו ודמי לידו:

[**וכמו** שמצינו בתוס' בקידושין (דף ז') שהקשו על רש"י שכ' דאדם הוקש לקרקעות דהא ההוא קרא דוקא בעבד כתיב ולא בבן חורין עיי"ש והטעם הוא ג"כ דמי שאינו חייב בכל המצות נוכל לדמותו לקרקע אבל ב"ח שחייב במצות בטל גופו לנפשו ואינו דומה כקרקע] וזהו דוקא באדם שאינו חייב במצות כמו אשה אבל איש דחייב במצות אין אחוזתו כיד ממש וה"נ לענין חצר משום יד איש שחייב במצות אין חצירו כגופו ממש אלא כשלוחו בעלמא ואשה שאינה חייבת בכל המצות חצירה כגופה ממש וכידה והנה כ"ז בישראל אבל עכומ"ז דאינו בר מצוה כלל חצירו כידו וידו כחצירו ממש וחצירו

משום ידו אתרבאי ל"ש איש ול"ש אשה ושפיר יש קנין חצר לנכרי דגברא ואם עומד בצד שדהו שפיר יש לו דין יד:

ומ"מ בנ"ד יש להקל דמי יודע אם בשעת חובת הביעור היה עכומ"ז עומד בצד חצירו שיקנה לו החמץ להפקיע ממנו איסור ב"י כנ"ל לענ"ד:

ודע שאין להקל בנידון זה מטעם שכתב הנבו"י שהחמץ נעשה הפקר וקנה לו חצירו דעכומ"ז בתורת הפקר ולא עבר הישראל הנגנב אב"י כמש"ל בתשובה והבאנו ראי' מהא דאמרינן בב"ק (דף ס"ו) דפריך למאן דאמר יאוש קונה מהא דתנן גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך. ואי אמרת יאוש קונה האי מכי מטי זמן איסור מייאש מיני' ומשני כי קא אמינא זה מתייאש וזה רוצה לקנות הכא זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות ע"כ והתם מיירי בישראל שגזל דאמרינן דודאי אינו רוצה לקנות דהחשוד על הגזל אינו חשוד אאיסור ב"י. אבל בעכומ"ז שרוצה לקנות בעינן למימר כיון דמייאש מרי' מיני' קנה בתורת הפקר ושוב לא עבר הישראל בב"י ובבי"מ:

מיהו אין זה מעלה ארוכה דכבר כתבנו לעיל דהאי חמץ אינו בדין הפקר משום דאין אדם יכול לזכות בו שהגנב צריך להחזירו לבעליו לפטור עצמו מגניבתו ולומר לי' הרי שלך לפניך וכיון דאין אדם יכול לזכות בו מחמת שהעכומ"ז יכול למחות אין בזה דין הפקר והבאנו ראי' מדברי התוס' בב"ק (דף ס"ט) ד"ה כל שהקשו בהא דאמר כל שלקטו העניים יהא הפקר אם בעה"ב מתייאש למה צריך הפקר כדי לפוטרו מן המעשר הלא יאוש חשוב כהפקר ותירצו דלא מקרי יאוש הפקר משום שכ"א אסור להחזיק בה מפני שהיא צריכה לגזלן לפטור מן הנגזל ואם זכה בה אחר לכה"פ חייב לשלם דמים לגזלן הלכך לא חשוב כהפקר לפטור מן המעשר וה"נ בנ"ד לא חשיב כהפקר לפטור את הבעלים מדיני איסור ב"י ועיי"ש בדברינו ודו"ק

סימן ל

בענין משהה חמצו על מנת לבערו אי עובר עליו אי לא.

כתבו התוס' בפסחים (דף כ"ט) ד"ה ר"א דב"י הוי לאו הניתק לעשה ומזה הטעם כתבו בשם ר"י ז"ל דהמשהה חמצו ע"מ לבערו אינו עובר עליו באותו שהיי' והביאו ראיה מהא דאמרינן דלמ"ד אין פודין את הקדשים להאכילן לכלבים האוכל חמץ של הקדש במועד מעל לריה"ג משום דיכול להסיק תחת תבשילו ואם נימא דהמשהה חמצו ע"מ לבערו עובר עליו אמאי מעל הא מיד כשיפדה אותו עובר עליו ואינו יכול לפדותו כלל א"ו דאינו עובר עליו כשמשהה ע"מ לבערו:

ולכאורה לא הוי צריכי התוס' להסביר סברת הר"י ז"ל דלהכי אינו עובר עליו במשהה ע"מ לבער משום דהוי ניתק לעשה דבלא"ה איכא למימר כיון דבחמץ מהני ביטול ועיקר הביטול הוא במה שיסירנו מדעתו שלא יהא נחשב אצלו כשאר ממון שלו ולא ידאג עליו אם יאבד או ישרף כמ"ש בתשובה במק"א א"כ הרי לא אסרה תורה אלא כשמחזיקו לצורכו ולהנאתו ובמשהה ע"מ לבערו הרי אינו מחזיקו להנאתו ולצורכו ולא עבר עליו וכה"ג אמרינן (בע"ז דף ס"ד) גבי שכרו לשבור ביי"נ דכל למעוטי תפלה שפיר דמי אף דרוצה בקיומו אסור מ"מ אם רוצה בקיומו כדי לאבדו שרי כמ"ש הב"י (סימן קל"ג). וה"נ רוצה בקיומו לאבדו לקיים בו מצות ביעור אלא דמשום הא לא אירי' דהא ביטול לא מהני אלא אם ביטלו קודם זמן איסורו או קודם שתתחמץ אבל אחר שנתחמץ ואחז"מ איסור לא מהני ביטול מטעמא דאף דהוא לא ניחא לי' בהאי חמץ מ"מ כיון שהוא ממונו מכבר אינו יוצא מרשותו במחשבת ביטול ומאיליו הוא ברשותו ועובר עליו עד שיבערנו ולהכי נמי לא מהני במשהה ע"מ לבערו דאף דלא ניחא לי' בהאי חמץ ומשההו רק לבערו מ"מ אין החמץ יוצא בזה עדיין מרשותו כמו שאינו יוצא בביטול לאח"ז איסורו והכא הרי מיירי בפדהו תוך המועד:

מיהו קשה לי טובא דמאי ראי' הוא מהכא הא יכול לפדות ע"מ שלא יחול הפדיון עד שיתן את החמץ על האור דאז כבר מקיים בו מצות ביעור ולא עבר כלל אלאו דב"י. וכדאשכחן בעירובין (דף ל"ו) אמר רבא ככר זה היום קודש ולמחר חול ואמר עירבו לי בזה אין עירובו עירוב ופרש"י ז"ל שאמר למחר תהא מחולל על מעות שיש לי בבית הרי שיכול לפדות שיחול הפדיון לאח"ז (עיין ריטב"א שם) וה"נ להכי מעל משום שיכול לפדות שיחול פדיונו כשיניחו על האור קודם שתמשול בו האור דכל דבר שבידו יכול להתנות שיחול לאחר זמן:

ונראה שדעת התוס' דאם איתא שמשהה חמצו ע"מ לבערו עובר עליו אסור לפדות אף שיחול הפדיון כשיניח על האור דמ"מ נכנס רגע אחד לרשותו ועבר על ב"י אף שבאותו שעה הוא מבערו מ"מ עבר על אותו רגע שנכנס לרשותו ועוד י"ל לפמש"כ התוס' במנחות (דף צ') ד"ה מארבע שאסור ליקח מעות הקדש לילך אצל בעה"ב שיש לו פירות ליקח בהם פירות שיחולל המעות על הפירות מטעם דחיישינן שמא ימעול בהם עד שיחוללו א"כ ה"נ אסור ליקח חמץ של הקדש שיחול בשעה שיניחם על האור דכיון שאין הפדיון חל עכשיו מיד חיישינן שמא ימעול בהם עד שיניחם על האור ובהא דהיום קודש ולמחר חול אינו לוקחם לעצמו קודם הפדיון משא"כ הכא שצריך ליקחם להסיק תחת תבשילו חיישינן שמא ימעול בהם ואפילו מונחים ברשותו מ"מ כיון שתלה הפדיון

לאחר זמן חיישינן מדרבנן שמא ימעול בהם ואסור לפדותו אא"כ פודה שיחול הפדיון מיד ושפיר הוכיחו התוס' שהמשהה חמצו ע"מ לבערו אינו עובר עליו מיהו קשה לי על דברי התוס' דאף אם נימא דהמשהה חמץ ע"מ לבערו אינו עובר מ"מ הא זהו דוקא אם משהה לבערו בלא שום הנאה רק לקיים מצות ביעור אבל זה שמשהה ע"מ להסיק תחת תבשילו הרי משהה בשביל הנאתו ופודהו בכוונה מהקדש ונותן דמים להקדש כדי שישתמש להסיקו תחת תבשילו וזהו עיקר אסור ב"י שמחזיק החמץ לצורכו והנאתו אטו לא הזהירה תורה רק אם מחזיק החמץ לאוכלו הלא רק אם מחזיק לעצמו והנאתו זהו איסור ב"י ומאי אהני לן מה שבשעת הסקה מקיים מצות ביעור מ"מ הא הוא מחזיקו לצורכו ועבר אב"י:

ואף שהתוס' בשבת (דף כ"ז) ד"ה לפי כתבו בטעמא דאין מדליקין בתרומה טמאה ביו"ט אף שרשאי ליהנות בשעת ביעורה משום דכיון דהתורה אסרה כל הנאות רק הנאת שריפה א"כ הבערה זו אינה לצורך הנאתו אלא לשם מצות שריפה ובטל צורך הדיוט לגבי צורך גבוה עיי"ש וא"כ ה"נ הא אפשר לומר דכשיבער החמץ ויסיקו תחת תבשילו יתבטל צורך הדיוט שלו לגבי צורך גבוה ומקרי משהה חמצו ע"מ לבערו ואינו עובר מ"מ הא לא דמי כלל להתם. דהתם אנו דנין רק על מלאכת ההבערה שהתורה אסרה הבערה לצורך גבוה ובהעברה זו יש צורך הדיוט וצורך גבוה ולהכי אנו אומרים דבטל צורך הדיוט גבי צורך גבוה וחל על תכונת תכלית מלאכתו צורך גבוה ואסור אבל הכא גבי פודה את החמץ להסיקו תחת תבשילו נהי דבשעת הסקה יחול על מעשה ההיסק שם ביעור חמץ משום דצורך הדיוט בטל גבי צורך גבוה ולא חל עליו שם צורך הנאת בישולו מ"מ משעה שפדה עד הסקה מה שמחזיקו ודאי עובר עליו בב"י ולא שייך לאמר דחל על פעולת החזקת החמץ ברשותו צורך גבוה לבערו מן העולם דהא לא הי' שלו כלל והוא ברצונו קנהו ופדה אותו מן ההקדש לצורך הנאת הסקת תבשילו ועל מעשה החזקת החמץ ודאי דחל צורך הנאתו יותר מצורך גבוה שהוא ביעור חמץ כיון שלא הי' מוטל עליו לבערו כלל והבאת החמץ לרשותו והחזקתו אצלו הוא רק בשביל צורך הדיוט ועבר אב"י ולא מהני לי' מידי מה דבשעת הבערה יתבטל צורך הדיוט לגבי צורך גבוה כיון שאנו דנין על ההבאה לרשותו והחזקה שהוא מחזיק עד שעת ההבערה וזה הי' לצורכו ודאי דעבר אב"י:

שוב ראיתי דלק"מ דכיון דפדיית הקדש במידי דלא חזי לגופי' הוי מצוה וכמש"כ הפנ"י בשמעתין (בדף כ"ט) שהיא אחת ממצות שבתורה דכתיב אך בהמה טמאה פדה תפדה ומצוה בבעלים קודם לכל אדם עיי"ש בדבריו ז"ל א"כ שפיר אמרינן דלר' יוסי הגלילי

האוכל חמץ של הקדש במועד מעל דיש להקדש בהם דמים שהרי הבעלים יכולים לפדותן דלרבנן לא מעל דכיון דאסור בהנאה לא חייל פדיון עלייהו כיון שאינו שו"פ. אבל לריה"ג שיכול להסיקו תחת תבשילו מעל שיכול לפדות ואין פדיונו בשביל שיסיק תחת תבשילו לצרכו אלא לקיים מצות פדי' [ומשכחת לה נמי שאם ימתין עד אחר המועד יתקלקל החמץ ולא יהא בו שו"פ ולא יהא באפשרו לפדותו] וכיון שאינו פודהו לצורכו רק לקיים מצות פדי' שרי אח"כ להסיקו תחת תבשילו:

אלא שלכאורה לפי"ז נראה בעיקר דבריהם ז"ל שהוכיחו מכאן דמשהה חמצו ע"מ לבערו אינו עובר עליו ממה שיכול לפדות במועד ולא חיישינן לאיסור ב"י הוא רק לשיטתם דסברי דלאו דב"י הוי ניתק לעשה אבל לשיטת הר"מ ז"ל דחמץ לא הוי ניתק לעשה דהא כתב בהלכות חו"מ דאם עשה מעשה לוקה ודחי סוגיא דפסחים (דף צ"ה) מהלכה כמש"כ שם המל"מ ונראה דלפי דברי הר"מ ז"ל ליכא כלל עשה דתשביתו ביו"ט גופא וקרא דאך ביום הראשון תשביתו מוקמינן לי' אערב יו"ט כדאמרינן בש"ס (דף ה') וכן כתב הר"מ ז"ל בהלכות חו"מ (פרק ב' הלכה א') ובעריו"ט איכא עשה ולא הלאו וביו"ט איכא לאו ולא עשה וכן משמע מדברי הר"מ ז"ל דבכ"מ דאיכא עשה ול"ת דרכו לכתוב שעובר בעשה ול"ת עיין בריש הלכות יו"ט ודוכתי טובא ובהלכות חו"מ כ' המניח חמץ ברשותו בפסח עובר בב' לאוין ולא הוזכר שעובר בעשה וע"כ הטעם דסובר דהעשה הוא רק בעריו"ט אבל ביו"ט ליכא אלא לאו לחודיה ואע"ג דבש"ס (דף כ"ז) אמרינן לא מצא עצים לשורפו יהא יושב בטל והתורה אמרה תשביתו שאור מבתיכם ור"ת ז"ל פי' (בדף כ"ז) דפלוגתא דר"י ורבנן אחר זמן איסורו משמע דביו"ט נמי איכא תשביתו יש לומר דמיירי בעריו"ט אחר חצות דמקרי נמי לר"ת ז"ל בשעת ביעורו שהרי אסור מה"ת ואז איכא עשה דתשביתו]:

א"כ כיון שבארנו דמצות פדי' בבעלים הוי מ"ע ומנאה הר"מ ז"ל במנין המצות (סימן קט"ו) וז"ל להיות מעריך בהמה טמאה ליתן דמי' שנאמר והעמיד את הבהמה וגו' ובבכורות (דף י"ג) איתא מצות הגאולה באדון עיי"ש:

ובערכין (דף כ"ז) איתא דאי צייית ציית ואי לא כופין אותו ע"ז ואם יתקלקל החמץ אם ימתין מלפודאו עד אחר המועד ודאי דאתי עשה דפדי' ודחי לל"ת דב"י כיון דהוי רק לאו גרידא ועשה דתשביתו ליכא ביו"ט ולהכי לא חיישינן במה שיעבור אב"י עד שיבערנו ויסיקנו תחת תבשילו ואף דהרמז"ל כ' (בפ"א דחו"מ) דב"י ובי"מ הוי שני לאווין מ"מ הא כ' הפנ"י ז"ל בביצה (דף ח') דחד עשה דוחה לשני לאווין דמה לי חד לאו ומה לי תרי לאווין ומזה גופא סעד לשיטת הר"מ ז"ל דבתוך המועד ליכא עשה כלל ואע"ג דאמרינן

בכל דוכתא דלא דחי עשה לל"ת אלא היכא דבעידנא דמיעקר לאו קא מקיים לעשה דומיא דכלאים בציצית והכא בא העבירה דב"י אחר הפדי' מ"מ נראה דדוקא היכא דעבירת הלאו בא קודם קיום העשה להכי לא דחי ועיין ריטב"א ר"ה שכ' הטעם משום פשיעה שיעבור על הלאו ולא יקיים העשה] אבל הכא שהלאו בא אחר קיום העשה שפיר דחי ועוד דלענין זה ודאי דמהני אם יתנה שיחול הפדיון תיכף קודם התחלת ההבערה בחמץ וכמ"ש למעלה דאז באים טפי כאחד עבירת הלאו וקיום העשה מהיכי שחל הפדיון תיכף:

וראיתי להגאון בעל שא"ר ז"ל שתמה מאוד על דברי התוס' שכ' דבמשהה ע"מ לבערו אינו עובר וז"ל ותמה על עצמך לאוי דגזל ומשכון ופיאה ואונס שגירש דכל הני הוי לאו שנל"ע כדאמרינן התם (בפ"ג דמכות) וכי מותר לכתחילה לעבור על לאוין הללו כשכוונתו בשעת עבירת הלאו לקיים העשה שבו כגון שגירש ע"מ להחזירה וגזל ע"מ להשיב וכו' עיי"ש בדבריו ז"ל ובהדיא אמר (בפ' הכונס) גבי הא דשאל דוד לסנהדרין מהו ליטול גדישים של שעורים דישראל ליתן לפני בהמתו ע"מ לשלם גדישים של עדשים דפלשתים ושלחו לי' חבול ישיב רשע גזילה ישלם וכו' הרי אעפ"י שגזל ע"מ להשיב רשע מיקרי עיי"ש בדבריו:

ונראה לי דדברי התוס' ז"ל נכונים מאוד דאף דבבכל לאו הניתק לעשה אסור לעבור על הלאו ע"מ לקיים העשה כמו גבי גזל פיאה ואונס שגירש גם התם הוי שרי ולא הוי חיישינן שמא לא יקיים העשה בפשיעתו דבאיסורא מזדהרי אינשי כדאמרינן בנדרים (דף ט"ו) בקונם עיני בשינה למחר אם אישן היום שמותר לישן היום ולא חיישינן שמא יישן למחר דדוקא בתנאי לא מזדהרי אינשי אבל באיסורא מזדהרי אינשי וה"נ הרי האיסור נגמר כשמבטל העשה או כשאינו מקיימה ובאיסורא מזדהרי אינשי רק דחיישינן שמא לא יהא בידו סיפוק לקיים העשה כגון בגזל ופיאה שתשרף הגזילה ואז תשאר איסור הגזל במקומו שהרי לא תשוב דבר הגזול לבעליו וכן באונס שגירש שמא לא תתרצה להנשא אח"כ ונשארו הגירושין בתקפם והעשה לא נתקן כלל. או כי ימות הגזלן או המגרש אנוסתו ולא יתקיים העשה ומעשה הגזל והגירושין בתקפם אבל בחמץ אם ישרף החמץ ולא יקיים העשה הרי בזה תתקיים רצון התורה שהרי לא יהא בה חפץ והנאה של כלום עוד ויצא לאור מחשבתו אשר חשב עליו בשהייתו שלא יהא נחשב כממונו או כי ימות עד שלא ישרפנו הרי ג"כ שוב לא יהנה ממנו ונתקיים רצון התורה שאין החמץ לבעליו ואין בהם הנאה של כלום ובין אם יבערנו בעצמו ובין אם יבא לידי ביעור מעצמו או שימותו הבעלים בכל גווני לא יהנה ממנו ולפשיעה לחזור מדעתו

הנכונה להחזיקו לעצמו לא חיישינן כמ"ש דבאיסורי מזדהרי אינשי הלכך אף שהתורה אמרה שהחמץ שהי' מכבר שלו אינו יוצא מרשותו במחשבת ביטול לאח"ז איסור מ"מ אם חישב בו לעשות בו מעשה ביעור שפיר יוצא מרשותו כיון שראינו דבחמץ בתר לבסוף אזלינן והביעור דלבסוף מתקן מה שהיה בתחילה והכא בודאי יבא הדבר לידי רצון התורה שיש בהאי לאו דב"י שהרי לא יהנה ממנו עוד להכי שרי ולא דמי לכל לאו הניתק לעשה דהתם יכול להיות שלא יבא לידי קיום העשה והאיסור הלאו ישאר בתקפו וכחו נגד רצון הבורא והתורה משא"כ בחמץ במשהה ע"מ לבערו איזה איסור יהא בזה הא שהייתו כעת הוא לבער שהביעור דלבסוף מבטל כל כח האיסור שיש בשהייתו וגם אם לא יבא לידי כך ולא יתבער לבסוף ע"י איזה סיבה נמי יתבטל כח האיסור שיש בשהיי' זו דממילא לא יהא שלו דלפשיעה להחזיקו אצלו לממונו לא חיישינן כלל. ולהכי שרי אף לכתחילה להשהותו ע"מ לבערו:

ונראה להביא ראי' לדעת הרמב"ם ז"ל דלאו דב"י לא הוי ניתק לעשה מהא דאמרינן בפסחים (דף כ"ט) האוכל חמץ של הקדש במועד מעל וי"א לא מעל וקאמר שם דפליגי אי פודין את הקדשים להאכילן לכלבים או דפליגי בדבר הגורם לממון אי כממון דמי או בפלוגתא דריה"ג ורבנן קמפלגי והיינו דמ"ד מעל סובר פודין את הקדשים או דסובר כריה"ג דחמץ בפסח מותר בהנאה או דסובר דבר הגורם לממון כממון דמי ויש להקדש דמים בהאי חמץ ומ"ד לא מעל סובר דאין להקדש דמים בחמץ משום דאסור בהנאה עיי"ש. וקשה דא"כ אמאי נקט האוכל חמץ של הקדש הא בהקדש יש מעילה בהגבהה לחוד כמ"ש התוס' בקידושין (דף מ"ג) ומוכח בש"ס בכמה דוכתי א"כ הך פלוגתא גופא הו"מ למיתני בנטל חמץ של הקדש להיות שלו אי מעל ובאדם שאינו גזבר על ההקדש דמעל בהגבהה ועוד איך שייך לומר קלב"מ על האכילה הא כבר מעל בהגבהה כמו שהקשו התוס' בכתובות (דף ל"א) ד"ה ולאביי ואי דמיירי שתחב לו חבירו בבית הבליעה כדמוקי לה הש"ס בכתובות אכתי קשה אמאי דחיק למיתני פלוגתייהו דריה"ג ורבנן באוכל ותחב לו חבירו ליתני בהגביהה ונטל לעצמו. וצ"ל דבהגבהה לכ"ע לא מעל אף למ"ד דמותר בהנאה דכיון דעובר אב"י פטור מתשלומין דמעילה דמלקות פוטר מתשלומין להכי נקט האוכל חמץ של הקדש דאכלו בלא הגבהה כגון שתחב לו חבירו בביה"ב [ומיירי שהתוחב הי' מזיד דאם הי' שוגג נפיק לחולין משהגביה חבירו] כדאמר בכתובות (פ' א"נ דף ל') דלא מעל עד דאוכל ובאכילה ליכא מלקות דבל יראה דאדרבה בשעה שאכלו הרי מבערו מן העולם כמ"ש המאור ז"ל (בפ"ב דפסחים) ומעל למ"ד דשרי

בהנאה ואם נימא דלאו דב"י הוי ניתק לעשה הרי אין מלקות שלו פוטר מן התשלומין כיון דניתק לעשה א"ו כדעת הרמב"ם ז"ל דב"י לא הוי ניתק לעשה:

מיהו נראה לי דיש לדחות ראי' זו דאפשר לומר הא דקתני האוכל הוא משום דבהגבהה לחוד לא מעל בחמץ של הקדש לפמש"כ הריטב"א בחי' למס' מכות בשם הרמ"ה ז"ל בהא דאמרינן שם (דף כ"ב) אברייתא דהמבשל גיד בחלב ביו"ט ואכלו לוקה חמש דמיירי שבישלו בעצי הקדש ואזהרתי' מהכא ואשיריהם תשרפון באש לא תעשון כן לה' אלקיכם והקשה הריטב"א ז"ל ולימא נמי דלילקי משום זדון מעילה דלא ישאו עליו חטא ותי' רבינו מאיר הלוי ז"ל כיון דאיסורי הנאה הוא ולא מצי לאתהנויי מיני' בהיתרא לית בי' משום מעילה אע"ג דכל הקדש איה"נ הוא מ"מ לא חייבו הכתוב משום מעילה אלא היכא דבר מהקדש חזי לי' לאתהנויי מיני' עכ"ל ודבריו ז"ל צריכים ביאור דהא במעילה דהקדש מחויב בהגבהה לחוד כדאיתא בש"ס בכמה דוכתי ובתוספת בקידושין (דף מ"ג ד"ה שלא א"כ מיד שהגביה מעל אף שאח"כ בישל בהם גיד בחלב דלא מצי לאתהנויי מהאי תבשיל מ"מ בשעת הגבהה מעל שהרי הי' יכול לעשות מהן תשמיש אחר ולקחן לעצמו להשתמש בהן ומעל ומאי איכפת לן מה שבישל בהן אח"כ איה"נ בזה לא מיפטר ממעילתו שמעל משעת הגבהה ואין לומר דמיירי בגזבר דלא מעל בהגבהה לחוד עד שמשתמש בהן לצורכו כדאיתא בחגיגה (דף יוד) ובב"ק (דף כ') או דמיירי שלא הגביה העצים רק שהיו מונחים מעצמן והצית בהן האש לבשל הגיד בחלב דהיא גופה קשה אש"ס מ"ט קאמר דלקי אהאי לאו דלא תעשון כן ומיירי בגזבר או בלא הגביה העצים לימא דלקי אלאו דלא ישאו עליו חטא כזדון מעילה דעלמא ובהגביה העצים קודם בישולו מיהו זה אינו דאמעילה דשעת הגבהה לא שייך למחשבי' בהדי לאו דבישול דהא לאו בשעת בישול קאתי. ובברייתא קתני שלש על בישולו ולהכי כי מוקי לה שבישל בעצי הקדש ע"כ דלא מעל בשעת הגבהה כגון בגזבר או שלא הגביהה וע"ז כתב שפיר הרמ"ה ז"ל דליכא לאו דמעילה בשעת בישול כיון דלא מצי לאתהנויי מהאי בישול אלא שקשה לפ"ז כיון דמשמעות הברייתא דעיקר האיסור הוא בשעת בישול א"כ קשה בלאו האי טעמא דלא מצי לאתהנויי מיני' נמי הא ליכא מעילה דהא מעילה לא שייכה אלא בהגבהת החפץ של הקדש או בשעת הנאה אבל בשעת בישול דאכתי לא נהנה ממנו מאי הנאה איכא ואף אם הי' מבשל תבשיל של היתר נמי לא מעל בשעת בישול שעדיין לא נהנה ממנו וא"כ למה לי' לרמ"ה ז"ל לפרש דליכא לאו דמעילה משום דהתבשיל הי' של איסורי הנאה הא בלאו הכי ליכא מעילה בשעת בישולו משום שעדיין לא נהנה ממנו וצ"ל דהרמ"ה ז"ל סובר דאיכא מעילה בשעת בישול אם הי' מבשל תבשיל של היתר

אע"ג שאכתי לא נהנה ממנו מ"מ הואיל והעצים כלים בשעת הבערתן וכמו דאמרינן בנטל אבן או קורה של הקדש ובנאה לתוך ביתו ה"ז לא מעל עד שידור תחתיו ש"פ ואמר שמואל והוא שהניחה ע"פ ארובה עיי"ש משום דע"פ ארובה ליכא עדיין שינוי אבל אם בנאה בתוך ביתו הוי שינוי ומעל מיד שבנאה הרי שמועל במה שבנאה לתוך ביתו ועשה בה שינוי כיון שבנאה ע"מ לדור בה אע"ג דבהגבהה לא מעל דהא בגזבר עסקינן א"כ ה"נ אם בישל בעצי הקדש תבשיל של היתר מעל מיד כיון דההבערה הוי שינוי בעצים ועשאן ע"מ ליהנות מהן מעל אף שלא הגביהה מיהו אם בישל בהן איסור הנאה בזה אמרינן דלא מעל כיון דהשינוי עשה באופן שלא יוכל ליהנות מהן בר מאיסור הקדש לא מעל דגבי בנאה לתוך ביתו דמעל הוא משום דיכול אח"כ ליהנות ממנו אחר שיוגמר הבנין אבל אם אינו יכול ליהנות ממנו לא מעל בשינוי והוה כמו מזיק הקדש דלא מעל והוצרך הש"ס לאמר דלקי משום ואשיריהם תשרפון לא תעשון כן וגו' ולפי"ז כיון שבארנו בדעת הרמ"ה ז"ל דאמעילה אם עשה שינוי לא לקי אלא אם יכול להנות ממנו אבל אם אינו יכול להנות ממנו הוי כמו פגם ולא נהנה דתנן במס' מעילה (דף י"ח) דלא מעל א"כ ה"ה אם הגביה ונטל החפץ של הקדש להיות שלו נמי לא מעל אא"כ אין בו איסור אחר לבר מהקדש אבל אם יש בו איסור הנאה לבר מהקדש לא מעל בהגבהתו כמו דאמרינן גבי שינוי דמעל אם שינה בדבר שיכול ליהנות ממנו ואם לא מצי לאתהנויי לא מעל אע"ג דכוונתו הי' ליהנות ממנו כמו במבשל גיד בחלב ואכלו אח"כ מ"מ בשעת בישול אינו עומד להנות ממנו דמסתמא יחזור בו ולא יעשה איסור לאכול איסורי הנאה ה"נ בהגביה להיות שלו דבר שיש בו איסור הנאה לבר מהקדש לא מעל דבהגבהה הוי מעילה רק בדבר שיכול להנות ממנו לבר מאיסור הקדש אבל בדבר שאסור להנות ממנו מיקרי ההגבהה פגם ולא נהנה ממנו ולהכי א"ש הא דקתני האוכל חמץ של הקדש דפליגי אם מעל דיש להקדש בו דמים או לא ולא קתני המגביה חמץ של הקדש ליטלו לעצמו. משום דבהגבהה ע"מ לאכול לא מעל כיון שיש בזה איסור הנאה של חמץ לבר מהקדש לא מעל אף אם יש להקדש בו דמים וכן אם נטלו ע"מ למוכרו לכותי נמי לא מעל מהאי טעמא דיש בו איסור אחר לבר איסור הקדש שאסור למכור איסורי הנאה לנכרי רק שאם אכל ונהנה באמת מעל ולהכי קתני האוכל חמץ של הקדש וא"כ אין ראי' מזה דאיכא מלקות בב"י מדלא קתני הנוטל חמץ של הקדש דאפשר לומר דבנטל ולא אכל לא מעל לכו"ע:

והרמב"ם ז"ל כתב (בה' חו"מ) שאינו לוקה אלאו דב"י וב"י אא"כ קנה חמץ בפסח ע"ש ותמהו עליו מפרשי דבריו ז"ל דכשעשה מעשה אמאי לוקה הא הוי לאו הניתק

לעשה וצ"ל דמירי שביטל העשה בידים כמש"כ (בפט"ו מה"ס) דבלאו הנל"ע אם ביטלו בידים לוקה והאחרונים הקשו איך אפשר לאשכוחי בחמץ ביטל העשה בידים דאם ביער החמץ מן העולם הרי קיים העשה ולא ביטלה דאנן קיי"ל בחמץ דהשבתתו בכל דבר ובכל אופן שביער קיים עשה שבו. מיהו נראה דמשכחת לה שמכר החמץ לכותי דקני לי' הכותי ואינו יכול לקיים בו עוד מצות ביעור דאפילו אם יפייס את הכותי שיניחנו לשורפו מ"מ לא קיים בו מצות תשביתו דכבר אין החמץ שלו ואין בו מצות ביעור ולא מתקן הלאו בזה מיהו לפי"ז תקשה אמאי אמר ר"י במכות (דף ט"ז) אנו אין לנו אלא זאת ועוד אחרת הא משכחת לה ביטלו בידים בכה"ג שקנה חמץ וחזר ומכרו לכותי שבזה ביטל מ"ע דתשביתו בידים [ונהי דבמכר לישראל לא משכחת לה משום דגם הישראל מצווה להשביתו ואם ישביתו אותו יתקנו שניהם הלאו שעברו המוכר והלוקח אבל בכותי מיקרי שפיר ביטל בידים מפני שהכותי אינו מצווה לבערו ואם יבערו הישראל אחר שיחזור לו אין בזה קיום מצות ביעור דכבר אין החמץ שלו מיהו גם זה נכון דר"י לטעמי' דסובר בב"מ (דף מ"ח) דבר תורה מעות קונות ואמרינן בבכורות (דף י"ג) דלמ"ד ד"ת מעות קונות דרשינן לעמיתך במעות ולכותי במשיכה וכיון דנגמר קנין הכותי במשיכתו לא מיקרי ביטל העשה ללקות ע"ז במה שמכרו להכותי דהכותי קעביד ביטול העשה ולא איהו קעביד ואף שהישראל מתרצה למוכרו מ"מ משום זה לא מיקרי ביטל העשה וכדאמר שם בסוגיא גבי אונס שגירש דאפילו אי שויתי' שליח לקבל קידושין מאחר לא מיקרי ביטל העשה משום דעיקר מעשה השליחות אדידה רמי' אע"ג דאם לא הי' רוצה להעשות שליח לא הי' נעשה שליח אפ"ה לא מיקרי ביטל בידים ואם נתן להכותי החמץ במתנה ודאי דלא מיקרי ביטל העשה בידים שהמתנה נגמרה ע"י הגבהת המקבל מתנה וכ"ז לר"י דסובר ד"ת מעות קונות אבל הר"מ ז"ל דפוסק (בפ"א מה' זכייה) דא"י מישראל וישראל מא"י קונה מטלטלין בין בכסף בין במשיכה עיי"ש ובמ"מ שם. יש לומר שמכרו בכסף ונגמר הקנין ע"י מה שקיבל הכסף מן הכותי בעד החמץ ומקרי ביטל העשה בידים ושפיר לקה עלה מיהו אכתי קשה דהא גם לר"י משכחת לה שקיבל פקדון חמץ מכותי בפסח ועבר עליו על ב"י והחזירו לבעליו דבזה ביטל העשה שבו ואפילו אם יבערו עכשיו לא קיים מצות תשביתו ואולי יש לאמר דבפקדון ליכא כלל עשה דתשביתו ועיין בשא"ר ז"ל (בדיני חו"מ) שמסתפק לומר כן אלא לפי"ז טפי הו"ל להר"מ ז"ל לכתוב דמשכחת לה מלקות בב"י בקיבל פקדון בפסח דבזה ליכא עשה כלל ולקי ודאי ול"ל לכתוב בקנה חמץ דלא משכחת לה מלקות אלא בחזר ומכרו וביטל העשה שבו מיהו כיון דהפקדון של כותי ליכא חיוב אחריות כלל

אלא א"כ קיבל עליו אחריות בהדיא משום דאמעיטו מדין שומרים א"ל להכי לא רצה הר"מ ז"ל להאריך ולכתוב דמיירי בפקדון כותי וכתב בקיצור דמשכחת לה בקנה חמץ בפסח [ובמ"א כתבנו דאפשר דלא משכחת מלקות גבי פקדון חמץ מטעם אחר]:

ונסתפקתי לפי"ז לפ"מ שראיתי להאחרונים ז"ל השא"ר ז"ל והנוב"י במה"ת ז"ל דלמ"ד אין ביעור חמץ אלא שריפה אם פירר וזורה לרוח מקרי ביטל העשה בידים אף שביערו מן העולם מ"מ תיקן הלאו לא מיקרי אלא א"כ תיקן כמצותו וביערו כמו שצוותה התורה והכי משמע לי' פשטא דתלמודא דקפריך לר"י דאמר אב"ח א"ש דהוי דין שתחילתו להחמיר וסופו להקל דאם לא מצא עצים לשורפו יהא יושב בטל והתורה אמרה תשביתו משמע דכשמפרר וזורה לרוח לא קיים כלל מצות תשביתו וא"כ ודאי דלא מתקן לאו בזה ולפי"ז יש לנו מקום ספק אם קיים העשה בעבירה כגון ששרפו ביו"ט דעבר אאיסור מלאכת יו"ט בעשה ול"ת. לדידן דקיי"ל כחכמים דר"י דהשבתתו בכל דבר ויכול להיות מפרר וזורה לרוח דליכא אלא איסור דרבנן והוא עבר ושרפו אי מיפטר ממלקות ע"י קיום העשה הזה דאפשר דלא מיקרי ניתק לעשה להפטר ממלקות ולתקן הלאו אלא אם קיים העשה בלי עבירה אבל אם קיים העשה בעבירה דקיי"ל דבכל התורה כולה מצהב"ע פסול ודעת כמה רבוותא דפסול מצהב"ע הוי מה"ת (ועיין ברמב"ם ז"ל הלכות איסורי מזבח) ה"נ לא חשיב קיום העשה לנתקו ללאו ולתקן אלא אם קיים העשה כתיקונו בלי עבירה אבל אם קיימו בעבירה לקי אלאו שעבר דומה למש"כ החכ"צ בתשובה דאם שרפו אחה"פ לא מינתיק לאו דשוב לאו זמן מצותו הוא ה"נ אם קיים העשה בעבירה לא מנתק הלאו:

ולכאורה יש להביא ראי' לזה מהא דאמרינן במכות (דף ט"ז) אין לנו אלא זאת ועוד אחרת:

ופריך הש"ס והרי גזל דרחמנא אמר לא תגזול ומשכחת לה בקיימו ולא קיימו וביטלו ולא ביטלו דהיינו כששרפה ומשני התם כיון דחייב בתשלומין אין לוקה ומשלם ע"כ ואם נימא דקיום העשה במצוה הב"ב לא מנתק הלאו וחייב מלקות א"כ הא משכחת לה ששילם להנגזל בגזילה שגזל מאיש אחר וכבר נתייאש הנגזל ממנה ועתה כששילם בגזל הא קיים העשה דוהשיב את הגזילה דהנגזל שקיבל התשלומין קנאה לה ביאוש ושינוי רשות והוה תשלומין מעליא רק דהוי מהב"ע דהא בהאי תשלומין פקע החפץ הזה מרשות בעלים ונגמר גזילתו וביטל העשה בידים דלא מהני אם ישלם פעם שני בממון שלו כיון דכבר קנאה הנגזל שקיבל התשלומין ביאוש ושינוי רשות וקיבל התשלומין בדמי גזילתו ונפטר הגזלן מתשלומי הגזילה ואם ישלם אח"כ הגזלן בממון שלו מתנה

בעלמא הוא דיהיב לי' ולא יהא בזה קיום העשה שכבר נתקיים העשה במה שנתן להנגזל הגזילה שגזל מאחר וכיון שהי' עבירה בקיום העשה לא נתקן הלאו ולקי עלה משום ביטול העשה בידים [עיין ב"ק (ד' ס"ח) דר"י סובר דיאוש לחודא לא קני ונגמר קנין הגזילה ביאוש ושינוי רשות] מיהו ראי' זו רק לשיטת התוס' שפירשו התם הא דקאמר התם גברא בר תשלומין היינו דבתשלומי ממון נמי מקיים עשה דוהשיב את הגזילה וא"כ הוי מצי לאוקמי ששילם להנגזל בגזילה אחרת דאז לא מחייב לשלם פעם שני והעשה לא נתקיים ג"כ דהוי מצוהב"ע אבל לשיטת הרמב"ם ז"ל (בפ' א' מה' גזילה ואבידה) הטעם שאין לוקין על לאו דגזילה אפילו אם שרף הגזילה משום שחייב בתשלומין וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו עיי"ש בכ"מ ולעיל כתבנו א"כ אם שילם להנגזל בגזילתו של אחר נמי לא לקי דאף דמצהב"ע לא מתקן הלאו מ"מ כיון ששילם אינו לוקה דלאו שניתן לתשלומין אינו לוקה עליו ובזה מיושב מה שהקשו האחרונים ז"ל בהא דפליגי ב"ש וב"ה בחמץ אי בכזית או בככותבת דמאי נ"מ הא חצי שיעור אסור מה"ת ומלקות בלא"ה ליכא דהא הוי ניתק לעשה וביטלו בידים לא משכחת לה דקיי"ל השבתתו בכל דבר וכשמבערו מקיים העשה אבל למש"כ אתי שפיר דמשכחת מלקות כששרפו ביו"ט דהוי קיום העשה במצהב"ע ולא מתקן הלאו:

אחרי כותבי עלה בדעתי דאין ראי' מסוגיא דמכות דמיקרי ניתק לעשה ליפטר ממלקות היכא שקיים העשה בעבירה אחרת מהא דלא משכח גבי גזל ניתק לעשה ששילם להנגזל ע"י גזילה מאיש אחר דאפשר לומר דגבי קיום העשה דתשלומי גזילה לא שייך לאמר מההב"ע כיון דמ"מ שילם להנגזל קיים מצותו וכמ"ש במ"א ומצאנו גם בתשובת רע"א ז"ל דגבי מילה לא שייך מהב"ע אם מל בשבת דמ"מ התנוק מהול הוא לפנינו ולא דמי לשאר מצוה כמו לולב ומצה דלא מינכר מצוותו אחר קיומו ואפשר לומר דכמאן דלא עביד דמי אבל דבר דמינכר מצותו דלא אפשר לאמר דכמאן דלא עביד דמי כמו מילה לא מיפסל מצותו משום עבירה שעשה עם קיום המצוה ויש להביא ראי' לזה ממ"ש הרמב"ם ז"ל (פ"ג מהלכות שקלים) הגונב או הגוזל חצי שקל ושקל ע"י עצמו יצא ומשלם שנים או חומש וקשה אמאי יצא הא הוי מהבב"ע וכמו דאמרינן במצוה בעלמא דלא יצא אם עשאה בעבירה ה"נ במצות שקלים ומ"ש מצות שקלים משאר מצות. אבל לפמש"כ א"ש דמצות שקלים שאני משאר מצות דפריעת חוב להקדש הוא ורמי רחמנא חוב על כל איש ישראל למיהב חצי שקל בשנה **(הגה"ה וכדאמרינן במדרש רבה על פסוק כי תשא את ראש בני ישראל אמר הקב"ה למשה חייבים לי ישראל מה שלוו ממני שנאמר כי תשא כמה דתימא כי תשה ברעך משאת מאומה אמור להם שיפרעו מה שהם

חייבים לי הוי כי תשא כו' עכ"ל ובארנו בעזה"י המדרש על נכון בדרוש לפ"שקלים.)** ואף אם נתן השקל בעבירה כגון שגזל השקל או גנב נמי יצא דההקדש קני לה מטעם יאוש ומשום מהבב"ע לא איכפת לן כיון דמ"מ שילם חובו להקדש וכן נמי מי שאמר ערכי עלי ונתחייב לתת ערכו להקדש וגזל ושילם בגזל נמי ודאי דיצא יד"ח נגד ההקדש ואין הגזבר יכול למשכנו שכבר שילם חובו ומהבב"ע לא שייך כאן דמ"מ נפרע חובו. והכי משמע ממתניתין דב"ק (דף ע"ט) גבי גנב דתנן התם נתנו לבע"ח או לבכורות בנו הי' מושכו ויוצא ומת חייב עי"ש דנתחייב הגנב במשיכת השומר או הכהן הרי דקני לה הכהן בפדיון הבכור שפדה ממנו בגניבתו ולא אמרינן מהבב"ע דהא פדיון מצוה כשאר מצות ומברכינן עליו א"ו דכיון דאף דהוי מצוה כשאר מצות מ"מ חוב דכהן הוא שחייבו רחמנא לתתו לכהן להכי לא שייך בזה מצהב"ע דלא שייך לאמר דכמאן דלא עביד דמי דמ"מ הא חוב דכהן משולם וה"נ גבי שקלים לא שייך מצהב"ע דכבר שילם להקדש ודוקא גבי הקדש קרבן שייך מהב"ע כמ"ש התוס' בכמה דוכתי שחיוב הקרבן הוא חיוב מצוה ולאו משום ממון דהקדש הוא להכי פוסל בו מהב"ע אבל חיוב שקלים אף שהוא מצוה כשאר מצות מ"מ עיקר מצותו לשלם חובו להקדש מה שהטיל עליו הכתוב ואח"כ נעשה ממון גבוה ומהני אף אם נעשה בעבירה:

ודע דאם נימא דקיום העשה במהב"ע לא מתקן הלאו דלא מתקן הלאו אלא ע"י קיום העשה כשאר מצות עשה. יתישב בזה מה שהקשו האחרונים ז"ל על דברי התוס' שכתבו דמשהה חמצו ע"מ לבערו אינו עובר עליו מהא דכיצד מפרישין חלה בטומאה ביו"ט בפסחים (ד' מ"ו) ר"א ור"י כיצד יעשה ולדברי התוס' הא יכול להפריש חלה ולהשהותה ע"מ לבערה בערב ולשורפה בערב ולא עבר אב"י כיון דמשהה לשורפה ולפמש"כ דלא מתקן הלאו אלא בקיום מצות עשה כתיקונה אפשר לומר נמי דלא מתקן הלאו אלא אם מינכר מילתא דמה ששורפו הוא משום שאינו רוצה בקיומו וחפץ לבערו מן העולם דבזה מתקן מה ששהה אותו עד עכשיו דניכר ששהה אותו ע"מ לבערו דהא עכשיו מבערו מן העולם ונודע מדעכשיו לא ניחא לי' מעיקרא נמי לא ניחא לי' ושהה אותו רק ע"מ לבערו ומתקן הלאו אבל גבי חלה בטומאה דאם שרפו לערב לא מינכר קיום העשה בשריפתו דהא לבד מאיסור חמץ נמי בעי שריפה כדין תרומה טמאה דדינו בשריפה ולא מינכר דשריפתו משום ביעור חמץ לא מתקן הלאו בביעורו מן העולם ונמצא עבר בשהייתו בב"י. דומה למש"כ הח"צ בתשובה דמשהה חמצו וביערו אחר הפסח נמי לא מתקן הלאו דדוקא אם משביתו ביו"ט ומקיים עשה דתשביתו מתקן הלאו:

ודע דלכאורה קשה לי טובא בהא דקאמר הש"ס שם דלהכי סובר ר"א דאם יפריש ויתחמץ יעבור עליו בב"י משום דטוה"נ ממון וקשה היכא שייכא בזה טוה"נ כיון דאסור בהנאה ולא חזי מידי לכהן ולא מהני לי' מידי במה דיהיב לי' התרומה ואף דכל חמץ נמי אסור בהנאה ולא חזי לי' מידי ואפ"ה עבר עליו כשמשהה אותו התם רחמנא רמי עליו לבער ולבטל ולגלות דעתו שגם הוא חפץ במימרא דרחמנא שלא להחשיב החמץ לממונו וכל שלא גילה דעתו ע"י ביטול או ביעור עבר עליו דאולי ניחא לי' להחזיקו בממונו:

אבל הכא גבי תרומה שצריך למוסרו לכהן אחר הפרשתו ולכהן לא חזי מידי איזה טוה"נ יש לו בה בנתינה לכהן עד שנאמר שעובר משום טוה"נ אלאו דב"י הלא אם יתן לכהן לא יקבל ממנו כדי שלא יעבור הכהן אב"י ואם הוא חשוד שמחזיקו להנאתו אחרים לא חשידי וכיון דשום כהן לא יקבל הא ליכא טוה"נ בזה ואמאי עבר אב"י ועדיף מהא דאמרינן בנדרים (דף פ"ד) גבי קונם כהנים ולויים נהנים לי דבאין ונוטלין בע"כ אפילו למ"ד טוה"נ ממון משום כיון דאסרה אכ"ע שוב ליכא טוה"נ והכא כיון דהתורה אסרה אכ"ע מי יקבל ממנו אף אם ירצה הוא ליהנות ממנו בטוה"נ. וצ"ל דכיון שיכול להחזיקו עד אחר הפסח ולתתו אחר הפסח לכהן ואז יהא הכהן רשאי ליהנות ממנו לדידן דקיי"ל כר"ש דחמץ אחהפ"ס מותר מן התורה ואסור מדרבנן רק משום קנס והכא אם ישהה הישראל התרומה אצלו ויתנה לכהן אחר הפסח לא שייך לאסור מטעם קנס דעל מי יהא הקנס ישראל המשהה א"א למיקנסי' דהא לאו דידי' הוא והכהן לא הי' לו עדיין האי חמץ בפסח ולמי נקנוס לכן מותר הכהן ליהנות ממנה אחר הפסח ואפשר דאף באכילה שרי לכהן אחה"פ וא"כ דיכול להשהותו לאחה"פ ואז יהא ראוי לכהן ליתנו לו הרי מיקרי טוה"נ גמורה וכל מידי דיכול ליהנות ממנו בטוה"נ עובר עליו בב"י ודו"ק:

סימן לא

וראיתי בס' קצה"ח (בסימן רס"ב) שכ' באחד ששכח מחמת אונס לבטל חמצו ע"פ קודם שש ואחר שש נזכר וביטל חמצו והעלה דמותר בהנאה אחר הפסח:

כיון דכבר העלו האחרונים להתיר כל שביטל אפי' בלא מכירה כיון דעכשיו כבר נהגו כ"ע בנוסח כל חמירא לא חיישינן להערמה שבוודאי יעשה כסדר הזה אלא שבנידון זה גם ביטול לא הי' לו בזמנו וכ' ראי' מהך סוגיא דעירובין (דף ע"א) בביטל משחשיכה דהו"ל כמו כלך אצ"י ואמרינן מסתמא ניחא לי' מעיקרא אלא ששכח ולא ידע א"כ ה"ה בזה שנזכר אחר שש וביטל אמרינן מעיקרא ניחא לי' אלא ששכח ולא ידע והא דאמרינן בפ"ק דפסחים (דף ז') ולבתר איסורא לא מצי מבטל לי' והתניא היה יושב בבהמ"ד ונזכר שיש חמץ בתוך ביתו א' שבת וא' יו"ט מבטלו בלבו כו' יו"ט בתר איסורא

הוא ולא אמרינן מעיקרא ניחא לי' בביטול אלא ששכח ולא ידע דאפ"ל הך סוגיא נמי אידחי מהך סוגיא דעירובין כמו דאדחי הך סוגיא דא"מ וא"כ הא דאח"ז איסורא לא מצי מבטלו היינו בידע מעיקרא ולא ביטל אבל שכח ולא ידע הו"ל כמו הך דעירובין דביטל משחשיכה אמנם חלילה להקל בזה כיון דמדברי הפוסקים באו"ח לא משמע כן אלא שכתבתי לסניף שהי' שם עוד הרבה צדדי היתר ע"כ:

ול"נ דאין בזה אף סניף להקל דהא בפסחים (דף ו') משני רבא להך אוקימתא דשמא ימצא גלוסקא יפה. ורבא הא סובר ישל"מ הוי יאוש ומהני כלך אצ"י אף בלא שווי' שליח ואפ"ה לאח"ז איסורו לא מצי מבטל לי' וגם מאיליו לא בטל:

ולשיטת רש"י ז"ל שפירש בהא דקאמר הש"ס ודעתו עלי' היינו שיחוס עלי' לשורפה היה אפ"ל כמש"כ הקצה"ח דבטל מאיליו אף אם לא ידע רק שם חשש הש"ס דלמא חס עליו אחר שימצאנה ודעתו עלי' להכי עבר משעת מציאה אבל התוס' הא דחו שם פרש"י דא"כ מאי פריך וכי משכחת לה לבטלה הא חיישינן שיחוס עלי'. ולהכי פירשו הם הא דקאמר ודעתו עלי' היינו שלא בטל מאיליו הרי דאף לרבא לא מתבטל החמץ מאיליו:

(הגה"ה ובלא"ה דבריו תמוהין הם דא"כ אמאי פסקו כל הפוסקים להא דהבודק צריך שיבטל כיון דקיי"ל משום ניחותא דמצוה בטל מאיליו ודוקא אם ידע ולא מבטל לי' עובר אבל אם לא ידע אינו עובר א"כ נא לבטל בשעת בדיקה וכי משכח לה לבטלה כמו שמקשה הש"ס:)

ועוד לפי מש"כ במק"א בשם הש"ך (סימן שנ"ח) דהא דאמרינן ישל"מ לא הוי יאוש לדידן היינו היכא דבעינן לאפקועי ממנו ממונא מחמת ניחותא דלמפרע אבל ניחותא בעלמא מהני למפרע ומה"ט רשאי לאכול פירות חבירו אם אין חבירו מקפיד עליו. אף שאין חבירו יודע מזה. א"כ בחמץ כיון שאסור בהנאה ואינו ברשותו רק דגלי קרא שעובר בב"י ובבי"מ ובגילוי דעתא דלא ניחא לי' מהני בזה אפ"ל דאף לאביי מהני מה דאמרינן דעתי' דידי' דודאי לא ניחא לי' ואביי ורבא שווין בזה ואפ"ה חזינן דפשיטא לי' להש"ס דאם לא ביטל עבר בב"י:

והטעם נ"ל דלא שייך כאן לומר אגלאי מילתא למפרע דלא ניחא לי' בהאי חמץ דגבי איסורין לא אמרינן הכי דמסתמא לא ניחא לי' כמש"כ הר"ן ז"ל בכתובות (דף ק"א) גבי מקדש חייבי לאווין שלא הכיר דלא הוי מקח טעות דאיסורין ל"ד למומין דבמומין אין אדם מתפייס משא"כ באיסורין אפשר דהוי מתפייס אלו הוי ידע. ה"נ הצריכה תורה שיבטל או יבער ולא סמכינן אמאי דמסתמא לא ניחא לי' ודוקא בקנין חדש אמרינן בב"מ (דף צ"ו) גבי בעל בנכסי אשתו התירא ניחא לי' דליקני איסורא לא ניחא לי' דליקני

אבל במה שהיה עד עכשיו שלו וגם אחה"פ יאכלנו או יהנה ממנו אפשר דלא ניחא לי' להוציאו מרשותו אף שאסור להשהותו ואין להקשות לפ"ז מאי פריך וכי משכחת לה לבטלה מאי מהני מה שיבטלו הא אכתי עובר עליו עד שעת מציאה וביטולו דהשתא לא מהני למהוי כאילו בטלו מעיקרא דז"א דלשיטת התוס' באמת אין כוונת הש"ס בהא דקאמר ודעתו עלי' היינו שיעבור עד שעת מציאה שהרי כתבו (דף כ"א) ד"ה ואי שכ"ז שאינו מוצאו אינו עובר אב"י עיי"ש וצ"ל דמאי דאמר הש"ס שמא ימצא גלוסקא יפה ודעתו עלי' אין החשש שיעבור עד שעת מציאה אלא דחיישינן שימצאנו ביו"ט דלא מצי לבער ויעבור משעת מציאה ואילך כיון דלא בטלו ומאיליו אינו בטל מפני חשיבותו אבל עד שעת מציאה לא עבר כלל ולהכי פריך שפיר וכי משכחת לה לבטלה ומהני שלא יעבור משעת מציאה אבל לא מהני לי' האי ביטול למפרע דלא מהני ניחותא דלמפרע לענין חמץ וכמ"ש דאם איתא דמהני ביטלו למפרע הי' מועיל אף אם מצאו לאח"ז איסורו אף דהשתא לא מצי מבטל לי' כמו שמועיל יאוש של"מ למפרע אע"ג דהשתא לא מועיל יאוש דידי' דלבתר דאתא ליד מוצא לא מהני יאוש מ"מ מהני משום דחל היאוש למפרע וכן גבי תמרי דזיקי דיתמי אמרינן שם בב"מ דאכלינן להו למ"ד ישל"מ הוי יאוש אע"ג דלא מהני כלל יאוש דידהו משום דלאו בני מחילה נינהו ואמרינן כיון דאלו הוי גדולים הוי מייאשי השתא נמי הוי יאוש וכן גבי תרומה ודאי דהוי מהני אם בא בעה"ב ואמר כלך אצ"י לבתר דאכלינהו אחד מב"ב למימר דלא הוי אכלי טבלים ומשלמינן קרן וחומש משום דמהני ניחותא דלמפרע וה"נ אם איתא דמהני ניחותא לגבי חמץ הוי מועיל אף אם מצא לאח"ז איסורי' דאף דהשתא לא מצי לבטל מ"מ ודאי דלא ניחא לי' וכמ"ש הקצה"ח. ומדקאמר הש"ס דלבתר איסורא לא מצי לבטלו ע"כ כמ"ש דגבי חמץ לא אמרינן מסתמא לא ניחא לי' ולא מהני אף אם בטלה בשעה שאינו מועיל ביטול לענין למפרע והא דקאמר הש"ס וכי משכחת לה לבטלי' היינו שיועיל שלא יעבור מכאן ואילך אבל עד שעת מציאה לא עבר כלל כמ"ש:

אולם מדברי הרמז"ל (פ"ג מה' חו"מ) משמע שאם לא ידע שיש לו חמץ עובר עליו בשוגג ודמי לאוכל חלב בשוגג. שכתב בטעם שהבודק צריך שיבטל אבל אם בדק משש ולמעלה אינו יכול לבטל שהרי אינו ברשותו לפיכך אם לא ביטל קודם שש ומשש ולמעלה מצא חמץ בביתו שהי' דעתו עליו והיה בלבו ושכחו ולא ביטלו ה"ז עובר בב"י שהרי לא ביער ולא ביטל ואין הביטול מועיל לו כלום לפי שאינו ברשותו וחייב לבערו בכל עת שימצאנו עכ"ל ומלשון שהרי לא ביער משמע דעל מה שעבר קאי שעובר עד שעת מציאה וכ"כ הרא"ש ז"ל בהדיא בפ"ק דפסחים (סימן ט') שעובר אעפ"י שאינו

יודע שהוא בביתו עיי"ש ולפ"ז קשה הא דפריך וכי משכחת לה לבטלה דאכתי הוא יעבור אב"י עד שעת מציאה:

שוב מצאתי בב"ח (סימן תל"ד) שהקשה ג"כ על הרא"ש ז"ל זה וצ"ל דסובר המקשה דאם ביטלו לא עבר למפרע משום דאיגלאי מילתא למפרע דלא ניחא לי' בהאי חמץ וכמו שסובר רבא גבי יאוש שלא מדעת [ולפמש"כ לעיל גם אביי מודה לזה] והא דמשני דלמא משכח לי' לבתר איסורי' ולא מצי מבטל אע"ג דכבר הוכחנו דכל היכא דמהני ניחותא למפרע מועיל אף אם מגלה דעתו בשעה שאין כח בגילוי דעתו לחול מ"מ הכא גבי חמץ כיון דכבר בארנו דהכא איכא למימר אדם מתפייס באיסורין ולא ברירא לן הך אומדנא דוודאי לא ניחא לי' להכי לא מהני גילוי דעתא למפרע אלא אם גילה דעתו בשעה שמועיל דהיינו קודם זמן איסורו שהוא עדיין ברשותו ואז מועיל למפרע:

ובעיקר הדבר שנחלקו הראשונים ז"ל בהיה לו חמץ ולא ידע ממנו אם נחשב כעובר בשוגג אם לא שדעת התוס' כיון דלא ידע ממנו לא עבר כלל ולדעת הרא"ש ז"ל עובר בשוגג כאשר בארנו הכל בסי' הקודם. ראיתי להגאון בעל מק"ח ז"ל שהביא ראי' לדעת הרא"ש מהא דאמרינן בש"ס בדיקת חמץ מדרבנן דמדאורייתא בביטול בעלמא סגי משמע היכא דליכא ביטול אז הבדיקה דאורייתא אף אם אינו יודע שיש לו חמץ בביתו דאם איתא דכל היכא שאינו יודע שיש לו חמץ בבירור אינו עובר עליו כלל כדעת התוס' א"כ לא הו"ל להש"ס לומר דבביטול בעלמא סגי מדאורייתא דהא לא צריך לא ביעור ולא ביטול אלא לבטל החמץ הידוע ולכאורה ראייתו מוכרחת מאוד:

ונ"ל דהנה המק"ח כ' דלכאורה זה דומה למתעסק דהא אינו עושה שום מעשה בכוונה ולי נראה דבאמת אי פסקינן חמץ אחה"פ אסור בהנאה ודאי דדמי למתעסק בעלמא. אבל אי חמץ בפסח שרי בהנאה או לר"ש דשרי לאחה"פ לא מיקרי מתעסק דכמו דאמרינן מתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה ה"נ מה שהזהירה התורה שלא יחזיק הדבר לממונו רק שיבערנו או יבטלנו שדומה להפקר והוא מחזיקו שיהא שלו והוא עדיין ברשותו נמי נקרא נהנה שמה שהוא ממונו ע"י שאינו מבערו נקרא נהנה דאף דבהחזקת שאר איסורי לא מיקרי נהנה דכל המחזיק איסור הנאה לא עביד איסורא התם אין היתר לאיסורין ולא מהני לי' החזקתו מידי הלכך לא מיקרי נהנה במה שמחזיקו אבל חמץ דאחר פסח שרי לר"ש ומחזיקו כדי ליהנות ממנו אחר הפסח מיקרי החזקתו בפסח נהנה שמחזיקו להיות שלו לאחר הפסח. דכיון דמצינו דנתינה לאחר נקרא הנאה אם האחר זוכה מכחו כדילפינן היתר הנאה בנבילה מלגר אשר בשעריך תתננה משום דדבר האסור בהנאה אם נותנו לאחר והאחר זוכה נקרא נהנה א"כ כ"ש אם מחזיק הדבר לעצמו והוא

ממונו וברשותו דמקרי הנאה **(הגה"ה והא דלא מוכח הש"ס בפסחים (דף כ"ג) דחדש מותר בהנאה מהא דמותר להחזיקו עד הקרבת העומר איכא למימר דשאני התם דא"א בענין אחר דאם יהא אסור להחזיקו לא משכחת כלל דין חדש וישן:)** מה שהוא ממונו נגד רצון התורה ולא מיקרי מתעסק דדמי למתעסק בחלבים ועריות שחייב שכן נהנה ועיין לקמן בחי' שבארנו שם דאף דקיי"ל דאפשר ולא מכוין שרי כר"ש בפסחים (דף כ"ו) מ"מ בהנאה גדולה כמו מתעסק בחלבים ועריות אסור מתעסק. והוכחנו זה מדברי הר"ן בחולין (פ' גה"נ) ובארנו שם מסוגיא דתורם משלו על של חבירו דהנאת ממון דמי להנאת אכילה דאסור בה אפשר ולא מכוין עיי"ש היטב ועיין עוד בסנהדרין (דף ס"ב) תו' ד"ה להגביה שהקשו דל"ל לשמואל למפטר מתעסק בשבת משום מלאכת מחשבת ת"ל מבה פרט למתעסק ותירצו דבשבת פטור אעפ"י שנהנה ולא מיפטר משום בה ומיפטר משום מלאכת מחשבת עיי"ש ועיין בפ"י למס' שבת (דף ע"ב) שחיזק דבריהם בתירץ זה דשבת מיקרי מתעסק דידי' נהנה ופירש שם דבשאר מצות נמי מתעסק פטור וקמ"ל לרבותא דאף בשבת דה"א דחייב כמו בחלבים ועריות משום שנהנה אפ"ה פטור משום דמלאכת מחשבת אסרה תורה הרי דלאו דוקא הנאת גרונו מיקרי נהנה אלא ה"ה מלאכה שנהנה ממנו וא"כ ודאי דה"ה הנאת ממונו מיקרי נהנה ועיין בסנהדרין ובשבת (דף ע"ג) דאפילו סבור רוק הוא ובלעו ונמצא שומן חייב היכא דנהנה אע"ג דלא נתכוין לאכילה כלל רק בשבת מיפטר מטעם מלאכת מחשבת. א"כ ה"ה אף שלא ידע כלל שיש לו חמץ מיקרי עבירה בשוגג שכן נהנה:

[**ובזה** מיושב מה דקשה בהא דתנן אלו עוברין עליהן בפסח וקחשיב התם חמץ דגן גמור ע"י תערובות ונוקשה בעיני' וכו' ופרש"י ז"ל דעוברין עליהן בב"י ור"ת ז"ל חלק עליו דכיון דליכא קרא מיותר על ב"י מנ"ל דעובר לכן פירש עוברין מעל השולחן דלאו בני מיכל נינהו ומשמע דלשיטת ר"ת א"צ לבערם כלל מדלא פירש האי עוברים מן העולם וכ"כ בתוס' בהדי' (דף כ"א) דלר"ת שרי לשהות כותח הבבלי בפסח דלא כר"א דלא כמ"ש התוס' בריש מכילתין דמדרבנן אסור אלא אף מדרבנן מותר להשהות וקשה איך אפשר דרשאי להשהותם בפסח הא אמרינן (בדף ל"ו) אין לשין את העיסה ביין שמן ודבש ואם לש ר"ג אומר תשרף מיד ואמאי ישרף הא רשאי להשהותם בפסח לשיטת ר"ת ועיין במג"א (סימן תמ"ב) שיישב הא דתניא שיאור ישרף מפרש התם שיאור דר"מ לר"מ ודר"י לר"י הא דבעינן שריפה הוא משום דאי ישהנו יתחמץ יותר ויהא חמץ גמור עיי"ש אבל הך ברייתא דיין שמן ודבש ודאי דקשה אמאי אמר ר"ג תשרף מיד הא לשיטת ר"ת רשאי להשהותן ואפילו לר"א דסובר דאיכא לאו בנוקשה ותערובות דהא התם לא

יוגמר חימוצו לעולם דמים עם מי פירות הוי רק נוקשה כמ"ש התוס' שם (דף ל"ה) ד"ה מי פירות ולפמש"כ יש ליישב שיטת ר"ת ז"ל היטיב דלהכי אמרינן ישרף מיד דכיון דנוקשה אסור בהנאה בפסח לכ"ע כדאמר שיאור ישרף דר"מ לר"מ ודר"י לר"י ונותנו לפני כלבו דר"מ לר"י הא דר"י לר"י לכ"ע אסור ליתן לפני כלבו וכיון דאסור בהנאה ולאחר פסח שרי דכיון דליכא ב"י לא קנסינן לי' לאסור לאחה"פ:

וא"כ אם ישהנו עד לאהפ"ס מיקרי הנאה שמחזיקו לממונו עד עת שיכול ליהנות ממנו להכי אסור להשהותו וישרף מיד והא דלא פי' ר"ת ז"ל הא דתנן אלו עוברין היינו מן העולם כפשטא דלישנא דאע"ג דליכא איסור ב"י לשיטתו מ"מ עוברין מן העולם משום דאסור להשהותן משום איסור הנאה. משום דדווקא בנוקשה שפיר אמרינן דאי משהה לי' עד לאהפ"ס מיקרי הנאה שהחזקת דבר להיות שלו מיקרי הנאה אבל בתערובות חמץ לא חיישינן לזה דהא מחזיקו משום ההיתר דאיתי' בהאי מילתא וההיתר לא נהפך להיות איסור למהוי חמץ כמותו דקיי"ל בשאר איסורין אפשר לסוחטו מותר כמש"כ הטור ביו"ד (סימן צ"ב) וכיון דמותר להשהות משום היתרא דאית בי' לא איכפת לן מה שמשהה גם תערובות חמץ דאית בי' דהוי דבר שאינו מתכוין כיון שא"א להפריד החמץ שבו ומוכרח להשהות איסורא משום היתרא. דהוי פ"ר מ"מ הא כתב הר"ן בפנ"ה דפ"ר שרי גבי איה"נ ולהכי לא רצה ר"ת לפרש אלו עוברין מן העולם משום דקתני במתניתין תערובות חמץ ג"כ כמו כותח הבבלי שעיקרו היתר והחמץ לטעמא בעלמא ובתערובות חמץ שרי להשהותו דב"י ליכא ומשום הנאה ג"כ שרי משום דאיכא היתרא ומשהה אותו משום היתרא והוכרח לפרש עוברין מן השולחן. משא"כ בנילושה ביין שמן ודבש דהוי נוקשה בעיני' שפיר קאמר ר"ג תשרף מיד דאף דליכא ב"י לשיטת ר"ת ז"ל מ"מ אסור להשהות משום דאי משהה אותו הרי נהנה ונוקשה אסור בהנאה ולהכי כתבו התוס' שפיר (בפ' כל שעה) דלר"ת מותר להשהות כותח הבבלי בפסח ואין להקשות דא"כ דהחזקת הדבר שיהא שלו מיקרי הנאה א"כ למה הוצרכה התו' להזהיר אב"י כלל הא בלא"ה ידעינן שצריך לבערו שאם יחזיקו אצלו הא לר"ש דס"ל דשרי בהנאה לאחה"פ וחמץ בפסח אסור בהנאה דז"א דאי משום הנאה הא כתב הר"מ ז"ל דבהנאה ליכא מלקות ועוד דהא לפי דעת הרבה מהאחרונים ז"ל חמץ של ישראל עובר עליו הנפקד בב"י שלא קיבל עליו אחריות והסכים לזה הגר"א ז"ל דלא כמג"א עיי"ש ובזה לא מטיא לי' שום הנאה דלאו דידי' הוא כלל וקיי"ל דעובר אב"י. מיהו במה שכתבנו יתיישבו רק דברי ר"ת שמתיר להשהות כותח הבבלי בפסח אף לר"א דבזה אפשר לומר דלא היתר רק כותח הבבלי דהוי תערובות ולא איכפת לן במה שנהנה ומשהה אותו אבל בנוקשה

מודה שישרף אבל מדברי הרא"ש (בפ' א"ע) משמע מדבריו שם דלר"ת מותר להשהות כל הני דמתניתין דמשמע אפילו נוקשה וא"כ תקשה מהא דאסרינן בעיסה שנילושה ביין ושמן ודבש תשרף מיד מ"מ נלע"ד דאפשר ליישב גם דעת הרא"ש ז"ל דבתערובות ונוקשה דמתניתין שהיו אצלו מעריו"ט שפיר כתב הרא"ש דרשאי להשהותן עד אחר יו"ט וישתמש בו ולא גזר דילמא אתי למיכלינהו בפסח שהרי לא נעשה מתחילה כדי לאוכלו בפסח אבל עיסה שנילושה ביין ושמן ודבש דלשה אותה כדי לאוכלה ביו"ט אם ישהה אותה גזרינן שמא יבוא לאוכלה בפסח שהרי לשם זה נעשית וישכח ויבוא לאוכלה וזה חילוק נכון ומיושב גם שיטת הרא"ש ז"ל ולהכי תשרף מיד ודו"ק כנלע"ד]:

ובזה א"ש מה שהקשה לשיטת התוס' מהא דאמרינן מדאורייתא בביטול בעלמא סגי דמשמע דבלא בדיקה וביטול עובר עליו אף שאינו יודע ממנו דלפי דין הכתוב דחמץ שרי בהנאה לאחה"פ כר"ש ודאי אם החמץ אצלו והוא אינו יודע ממנו עובר עליו בשוגג כדין מתעסק בחלבים ועריות שזה גופא מיקרי הנאה מה שהחמץ יהי' ממונו דהא השתא ודאי ממונו הוא שלאחה"פ יהא מותר בהנאה דהנאת גורם לממון נמי מיקרי הנאה בחמץ ועיין מש"כ לעיל בשם בעל המאור ז"ל דמה שמותר לאח"ז לכ"ע מיקרי ממון אף למ"ד דבר הגורם לממון לאו כמ"ד ועיין בפ"י שם שכ' ג"כ כנ"ל והא דקרי לחמץ אינו ברשותו של אדם דמשמע דאף לר"ש דאחה"פ שרי בהנאה נמי מיקרי אינו ברשותו היינו משום דכיון דאסור להשהותו עד אחה"פ א"כ ממילא לא מיקרי ברשותו וקאמר ר"א דאינו ברשותו ועשאו הכתוב כאלו הוא ברשותו לעבור עליו דא"א שיתקיימו ב' הדברים הללו שהוא אסור בהנאה ואסור להשהותו ועובר עליו כעל דבר שהוא שלו ואה"נ דאי לא מוזהר עליו לבערו ודאי שהיה שלו לגמרי כיון דאחה"פ יחזור להתירו רק דהשתא דאזהר עליו קרא לבערו הוא עובר על דבר שאינו שלו ועשאו הכתוב כאלו הוא שלו] וא"כ ודאי דמחוייב מה"ת לחפש שמא יש לו חמץ דאם לא יחפש ויש לו באמת הרי יהא מותר אחה"פ והוא ממונו גם כעת והרי הוא מתעסק בדבר שנהנה דמה שהדבר ברשותו וממונו והתורה אסרו שיהא חמץ ברשותו מיקרי מתעסק בדבר שנהנה וכ"ז הוא לד"ת שחמץ אחה"פ שרי בהנאה אבל השתא דגזרו חז"ל על חמץ שעעה"פ שאסור בהנאה לעולם לא מיקרי מתעסק בדבר שנהנה דהא לאו ממונו הוא כלל ואינו ברשותו. דכל דבר האסור בהנאה ואין היתר לאיסורו לאו דידי' הוא ואם משהה אותו ואינו יודע ממנו הוי מתעסק בעלמא ולא קא עביד איסורא כלל כמש"כ התוס'

ובזה יש לישב מה שדקדקו התוס' בפסחים (דף ה) דקאמר התם תשביתו מעריו"ט ויליף אביי מדכתיב שבעת ימים שאור לא ימצא בבתיכם וכתיב אך ביום הראשון תשביתו

שאור מבתיכם ולקמן הביא ברייתא בשם ריוה"ג ג"כ הך דרשא ממש ולא הביא קרא דז' ימים שאור לא ימצא בבתיכם רק קרא דאך ביום הראשון אך חלק ואתקש השבתת שאור כו' עיי"ש:

ולפי דברינו א"ש דבאמת היה אפשר לישב רומיא דהנך קראי דלעולם תשביתו ביו"ט עצמו והא דאתקש השבתת שאור לאכילת חמץ דאסור כל ז' היינו לחמץ ידוע דחמץ ידוע מחויב לבער קודם כניסת יו"ט ועובר עליו כל ז' אבל לבדוק ולבטל חמץ שאינו ידוע אינו מוזהר עד חצות דיוט"ר ואף שאינו עובר עליו למפרע אם אינו יודע ממנו דהוי מתעסק בעלמא מ"מ מחויב לבדוק שמא ימצאנו ויאכלנו או שיהא דעתו עליו וחיוב זה אינו מוזהר עליו עד חצות דיוט"ר מיהו לריוה"ג א"א לומר כן דלריוה"ג דחמץ בפסח שרי בהנאה והוי ממונו ממש א"כ אם יש לו חמץ והוא אינו יודע ממנו מודו התוס' שחשיב כעושה עבירה בשוגג דהא לא דמי למתעסק דהוי מתעסק בחלבים ועריות שכן נהנה דהיינו שהוא ממונו וא"כ כיון דאתקש השבתת שאור לאכילת חמץ ממילא מחויב לבדוק קודם יו"ט שלא יהא לו חמץ בשוגג וכ"ז לריוה"ג דחמץ בפסח שרי בהנאה אבל אבייי קאי לדידן דחמץ בפסח אסור בהנאה א"כ הא אפשר לומר דחמץ ידוע עובר עליו מתחילת יום ראשון ואינו ידוע לו חייב לבער רק בחצות דט"ו ועד השתא אינו עובר עליו דהוי מתעסק בעלמא דהא לאו ממונו הוא שהרי אסור בהנאה ולאו ברשותו להכי אינו עובר עליו עד השתא כ"ז דלא ידע לי' להכי הקדים אבייי קרא דשבעת ימים שאור לא ימצא בבתיכם דמהאי קרא ילפינן לקמן (דף ה') דגבי חמץ גורם לממון כמ"ד וכיון דלאחה"פ שרי בהנאה וגורם לממון כמ"ד בחמץ א"כ א"א לפרש דזמן ביעור חמץ שאינו ידוע הוא מחצות דט"ו דהא עד חצות נמי עבר אע"ג דלא ידע לי' משום דלא מיקרי מתעסק כיון דיש כאן הנאת גורם לממון דשרי לאחר זמן:

ועד"ז נ"ל לישב על נכון מש"כ הריטב"א ז"ל בב"מ (דף לה) בשוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר דהקשה הא צריך השוכר לישבע שלא שלח בה השואל יד וזה אינו יכול לישבע דהא אינו יודע אם השואל שלח בה ידו דאז חייב הראשון אף שמתה כדרכה דהא השני כשלוחו של ראשון דמי ומחויב כששלח שלוחו בה יד ותי' דלא דמי שליחות יד לפשיעה דבפשיעה ודאי חייב הראשון אם פשע השני שהרי הראשון קבל עליו לשומרו יפה אבל שליחות יד למה יתחייב הראשון בשליחות יד השני כיון שלא נאבדה בשליחות יד של שני הא לא דמי אלא לאומר לחבירו צא וגזול שפטור המשלח דאין שליח לדבר עבירה דבטביחה ומכירה הוא דמרבינן מקרא דיש שליח אבל בעלמא לא והקשה הקצה"ח דהא גם בשליחות יד מרבינן שליח לדבר עבירה:

ונלע"ד ליישב דהיינו דאיכא בין שליח לד"ע דשליחות יד לשליחות דטו"מ דגבי שליחות יד דמרבינן מעל כל דבר פשע לא מרבינן אלא אם צוה לשליח להגביה החביות על מנת ליטול ממנה עבור עצמו של שומר דהכי משמע קרא על כל דבר פשע אם לא שלח ידו ודרשינן דבר לשון דיבור היינו אם לא אמר לשליח לשלוח יד עבור עצמו של השומר. והכי משמע לישנא דברייתא בסוף פרק המפקיד (דף מד) אין לי אלא הוא אמר לשלוחו ולעבדו היינו שאמר להם שיטלו עבורו אבל אם אמר לשליח שיטול עבור עצמו לא מתחייב משום שליחות יד וכיון שלא נאבדה לא מתחייב באונסין ע"י השליחות יד של שני דמה ששלח השני יד אף שעשאו הראשון שליח לזה בהדיא לא מהני דלא רבי קרא שלד"ע כה"ג שהשליח עושה עבורו ודווקא גבי טו"מ דרבינן שליחות ולא מחלקינן אם השליח שוחט לעצמו או מכר השליח ולקח הדמים לעצמו בשליחותו של הגנב וכגון שלא נתן לו הגנב במתנה עצם הגניבה רק נתן לו רשות למכור וליקח הדמים לעצמו דאל"ה הרי מתחייב הגנב משעת נתינה דדמי למכירה] או טבח ומכר בשביל הגנב משום דגבי טו"מ אין החיוב משום שלקח לעצמו בהמת חבירו וטבחה ומכרה לצורכו אלא גזה"כ לשלם דו"ה בטו"מ תדע דהא ר"ל מוקי מתניתין דמחייב ר"ש בדו"ה בקדשים שחייב באחריותן בשוחט תמימים לשם בעלים כדאיתא בב"ק (דף עז) אלמא אע"ג דשחיטתו הי' לשם בעלים לפוטרן מחיובן נמי חייב דו"ה ולא בעינן דוקא שישחוט לצורך עצמו להכי חייב אם שלח שליח שישחוט השליח עבור עצמו של שליח אבל שליחות יד החיוב שנהנה מממון חבירו ואין החיוב אלא אם צוה לשליח שישלח יד עבור המשלח להנות מממון המפקיד אבל לא כשהשליח עשה לעצמו והאי כדינו והאי כדינו. דכמו דאמרינן דאף דלשמאי הזקן די"ש לד"ע מ"מ בזה נהנה וזה מתחייב א"ש לד"ע כדאיתא בקידושין (דף מג) ולהכי אם הגביה השליח ע"מ ליטול לעצמו אף דבהגבהתו לא קנה למהוי שלו מ"מ הא ההגבהה היתה להנאתו ולצורכו ע"מ לחסרה והתורה חייבה על ההגבהה ע"מ ליהנות וליטול לעצמו כאילו חסרה וכאלו נהנה וכיון דבנהנה גופי' ליכא שליחות דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן ה"ה בהגביה ע"מ להנות שחייבה תורה על מחשבתו שרצה ליהנות אם היתה בהגבהה נמי לא מתחייב השומר בהגבהת השליח שרצה לשלוח יד לעצמו. ודווקא גבי טו"מ שאין החיוב דו"ה על הנאתו אלא גזה"כ לחייב דו"ה בטו"מ ואף אם השליח שחט לעצמו או מכר ליקח הדמים לעצמו שם אין החיוב של טו"מ מחמת שרצה ליקח לעצמו אלא גזה"כ הוא דבטו"מ משלם דו"ה וחייב נמי כשצוה להשליח לשחוט עבור עצמו של שליח או למכור עבור עצמו אבל בשליחות יד דהחיוב בא על הגבהתו לחסרו וליהנות אמרינן זה נהנה וזה מתחייב

לא אמרינן] ואף שהלשון דחוק קצת במש"כ הריטב"א דוקא בטו"מ מרבינן שלד"ע מ"מ הענין בעצמו נכון הוא דלא מרבינן שלד"ע בש"י אלא כשהשליח עשה בשביל השומר לא בשביל עצמו ומטעמא דכתיבנא דכמו דבאכול חלב זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן ה"נ בהנאת ממון לא אמרינן זה נהנה וזה מתחייב וכיון שעיקר החיוב הוא בש"י שחייבה תורה בהגבהתו לחסר ולהנות כמו שנהנה בכולה או למ"ד צריכה חסרון חייבה תורה בהנאתו ממקצתו כאלו נטל כולו ולא עדיף מאלו נהנה השליח לגמרי דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן ואמרינן בזה אשלד"ע ורבא דאמר בקידושין (דף מג) מודה שמאי הזקן באומר צא ואכול חלב ה"ה נמי דמודה בצא וגנוב או גזול לעצמך דפטור המשלח וכן בפ"ק דב"מ (דף י) דפריך א"מ האומר לאשה צאי וגנבי לי מדייק לומר לי משום דצא וגנוב לעצמך לא שווי' שליח כמש"כ:

ובזה מבוארין דברי הסמ"ע שהרעישו עליו האחרונים ז"ל במש"כ (בסימן רצ"ב) בשליחות יד ע"י שליח דמירי שלא ידע השליח שהיא של אחרים או שאין לו לשלם דאל"כ הא קיי"ל אשלד"ע והרעישו האחרונים ז"ל עליו דהא בש"י ישלד"ע ולדברינו א"ש דהסמ"ע קאי אם צוה לשליח לשלוח יד עבור עצמו של שליח דבזה כבר כתבנו דלא אתרבי שליחות בש"י משום דדמי לזה נהנה וזה מתחייב ובזה נהנה אמרינן דחייב השליח אם יש לו לשלם מיהו אם אין לו לשלם דעת הסמ"ע דחייב השומר לשלם דהאי טעמא דזה נהנה וזה מתחייב לא מהני אלא באם יש לו לשלם אבל אם אין לו לשלם או שאינו בר חיובא לא פקע החיוב מהמשלח:

שוב ראיתי שהנתיבות המשפט כ' שהסמ"ע מירי שצוה להשליח לאכול ומשום זה נהנה וזה מתחייב לא אמרי' ולדברינו א"צ לזה דכמו באכילה אמרינן זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן ה"נ בהנאת ממון ואפילו אם צוה לו לשלוח יד ולהגביה ע"מ לחסר נמי חייב השליח אם יש לו לשלם:

אלא שמצאתי להתוס' בקידושין (דף מג) שהקשו בהא דאמרינן שם זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן הא במעילה אמרינן זה נהנה וזה מתחייב דאם אמר לשליח אכול ככר זה של הקדש חייב ותירץ דהתם אין המעילה אשעת אכילה כ"א אשעת הגבהה דמכי אגבהה מעל ונפק לחולין וכ"כ עוד במעילה (דף יט) דאכילתו ואכילת חבירו מיירי שנתן לחבירו ליטול וחבירו אכל דלא מקרי זה נהנה וזה מתחייב משום דמעל בשעת הגבהה ולדברינו תקשה דהא גם התם שייך לומר זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן מה לי נהנה באכילה ומה לי נהנה בקנין ממון. [ואפילו אם נימא דגבי שליחות יד אם שלח השליח יד לעצמו לא מקרי זה נהנה וזה מתחייב היינו התם דלא קני לי' קנין גמור רק

להתחייב באונסין אבל בהקדש דבמעילתו נפיק לחולין וקנה להיות שלו ודאי דמקרי נהנה ולא שייך בזה שליחות]:

מיהו בלא"ה דברי התוס' תמוהין מאוד ולא זכיתי להבינם דמשמע מדבריהם דהאומר לחבירו ליטול ככר של הקדש וחבירו נטל מעל משום שליחות דמרבינן במעילה. ולענ"ד דאין זה מטעם שליחות כלל דהא המשלח בעצמו הוא שעשה כל המעילה שהוציא מרשות הקדש להדיוט במה שצוה לו ליטול שהמשלח היה סבור שהוא שלו וצוה לחבירו ליטלו לעצמו וה"ז הוצאה מרשות לרשות בשוגג ואף שלא נתן בידו ממש נמי מעל כיון שחבירו נטל ההקדש על פיו שהיה סובר שהוא נותן את שלו ונטל נקרא הנותן המוציא מרשות לרשות ומעל בעצמו בלי שום שליחות כלל דהא לא בעינן במו"מ נתינה מיד ליד אלא שהמוכר אומר ללוקח שיטול ויקנה והלוקח מגביה בזה וקונה וה"נ במעות הקדש שהיה סבור שהוא שלו וצוה לחבירו ליטלם היינו מעילה ובשלחם ע"י חש"ו אמרינן במעילה דמעל המשלח אע"ג דלאו בני שליחות נינהו מ"מ מעל המשלח משום דאיתעביד שליחותו ומה לי שלחם ע"י חש"ו ומה לי צוה ליטלם בעצמו הכי עיקרא דמעילה ואין אנו צריכין בזה לשליחות כלל והתנא דבעי למיתני מעילה בשליחות שנה באומר לשלוחו ליתן לאורחים דבזה אנו צריכין לדין שליחות דהא השליח לא נטל לעצמו רק שמסר לאורחים ואנחנו מחייבים את המשלח ולא את השליח וזהו מטעם שליחות. אבל באומר לחבירו ליטול לעצמו אין זה שליחות ולפ"ז במפקיד מעות אצל שולחני (בב"מ מג) מעל המפקיד בזה שמסר אפילו בלאו טעמא דשליחות (ומהא דאמרינן בהזהב (דף מח) נתנה לספר מעל ומוקמינן לה בספר כותי אע"ג דכותי לאו בר שליחות הוא אין ראי' דנתינה לחבירו חפץ הקדש לא בעי גדר שליחות דז"א דאפילו נימא כשיטת התוס' דזהו מטעם שליחות נמי ניחא דמעל בכותי משום דאיתעביד מחשבתו כמו בשליח חש"ו]:

ע"כ נ"ל דזהו באמת כוונת התוס' דכיון שמעל משעת הגבהה אין המעילה מטעם שליחות כלל אלא שהבעה"ב בעצמו עשה המעילה במה שנתנו לו וכיון דלאו מדין שליחות הוא לא איכפת לן מה שזה נהנה וזה מתחייב כיון שזה הנותן גופא עשה עבירה ואין בזה דין שליחות כלל והא דקתני במתניתין דמעילה (דף כ) אמר ליתן חתיכה והוא אמר טלו שתים והם נטלו שלש כולן מעלו מה שמעל השליח ע"י נטילת אורחים החתיכה השני' לאו מדין שליחות הוא באמת אלא שזהו עצם המעילה שנתן לאורח חתיכה של הקדש ופירושא דרישא דשליח שעשה שליחותו בעה"ב מעל הוא ברישא דסיפא במה שבעה"ב מעל על חתיכה א' שנתן השליח שעשה השליח שליחותו:

ובזה מיושב נמי הא דאמרינן (כתובות דף צח) דמקשינן ממתניתין דאמר לאורחים טלו שתים והם נטלו שלש דכולן מעלו ואי מעביר על דבריו הוי אמאי בעה"ב מעל הא א"ל תן א' ומשני דאמר להם טלו א' מדעת בעה"ב וא' מדעתי והקשו התוס' א"כ אמאי מעל השליח הא האורחין העבירו על דעתו שאמר להם טלו ב' מדעתי והם נטלו ג':

ולפי דברינו א"ש דדוקא גבי בעה"ב פריך שפיר דהא מעילה דידי' בתורת שליחות הוא וכיון דמעביר על דבריו הוא במה שאמר לאורחים טלו ב' בטל השליחות אבל לענין חתיכה השני' שנטלו האורחים מדעת השליח אין זה מתורת שליחות רק מתורת מעילה שאמר לאורחין ליטול והם נטלו וזה מעילה גמורה שצוה לחבירו ליטול והוא נטל ומעל בהגבהה. ובמעילה גמורה לא איכפת לן אם נטל יותר והגע עצמך בתוחב לתוך פיו של חבירו חתיכה של הקדש והוא לקח בשעת מעשה עוד ח' ואכל אטו משום זה לא יתחייב המאכיל משום שאכל עוד חתיכה אחת וה"נ דכוותה ואף שיש להעמיס זה קצת בתירוץ שכתבו התוס' מ"מ אין כוונתם לזה ועיין במעילה (דף כ) תוד"ה ש"מ שכתבו ג"כ דעל השני' מעל בתורת שליחות השליח]:

ועוד ראיה דבנתן לחבירו א"צ כלל לשליחות ממש"כ התוס' בפ' השואל (דף צט) דבעי למימר בשם הר"י ז"ל דנותן קורדם של הקדש דלא מעל אלא לפי טוה"נ שבו ולא לפי כולה וא"א דהנותן לחבירו מעל מחמת שהמקבל עושה שליחות הנותן א"כ צריך למעול לפי כולה דהא השליח נטל כולה א"ו דאין מעילתו של נותן מטעם שליח אלא מטעם נתינתו שמעל בעצמו מחמת הנתינה וכיון דהנאת הנתינה הוי רק טוה"נ להכי לא מעל רק לפי טוה"נ שבו ואם כן צריך להבין באמת אמאי לא מעל לפי כולה דנהי דאין הנאתו רק לפי טוה"נ מ"מ הא באמת המקבל נטל בצווי הנותן ולא גרע משלוחו ולמעול לפי כולה ועכצ"ל כמ"ש דקנין ממון נמי מיקרי הנאה א"כ א"א לחייב הנותן מחמת קנין המקבל בתורת שליחות דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן וא"א לחייבו אלא אמה שהוא עשה בעצמו להכי דעת הר"י ז"ל שלא מעל רק לפי טוה"נ שזה מעל ולכאורה יש להקשות לר"מ דסובר (בקדושין דף נד) דהקדש במזיד מתחלל בשוגג אין מתחלל ולא משכחת מעילה אלא באכילה דבהוצאה מרשות לרשות ליכא מעילה משום דכל היכא דאיתא בגזא דרחמנא איתא א"כ שליחות במעילה היכי משכחת לה דאי אמר לחבירו אכול חתיכה של הקדש אין זה בגדר שליחות דכיון דהיה סבור שהוא שלו ונתן לחבירו מעל הנותן כמו שביארנו מיהו בלא"ה קשה דהא בלא"ה בכה"ג ליכא שליחות דהא הוי זה נהנה וזה מתחייב כמ"ש התוספת בקידושין ונראה דלר"מ מתחייב כשאמר לו צא ואכול משום דע"י הלעיסה קנאה בשינוי ושינוי קונה בהקדש אף בלא הגבהה

כמ"ש לעיל מהא דתנן בנאה בתוך ביתו דמחייב אעפ"י שלא דר בה ולא נהנה כלל וגם אם הוא גזבר דלא הוציא מרשות אחר אפ"ה חייב דקנה בשינוי ובזה לא שייך זה נהנה וזה מתחייב דדוקא באיסור אכילה כמו בצא אכול את החלב שחייבה תורה על הנאת מעיו או על הנאת גרונו כדאיתא בחולין (דף קג) בזה אמרינן זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן אבל היכא דאין האיסור משום הנאה כמו משנה חפץ דהקדש מתחייב המשלח אף שהשליח נהנה כיון שיש חיוב מלבד ההנאה דהיינו השינוי שע"י זה מוציא מרשות הקדש ובשינוי מודה ר"מ דמתחלל ודווקא ע"י הגבהה סובר דאינו מתחלל אבל בשינוי שפיר מתחלל ואכילה הוי שינוי בלעיסה כמ"ש האחרונים ז"ל לענין מצה גזולה ולפ"ז שפיר שייך שליחות לר"מ דאף שכתבנו לעיל דבחיוב מעילה בהגבהה אם צוה לחבירו ליטול לא מיקרי שליחות אלא שהנותן בעצמו מועל אבל אם צוה לאכול שהאוכל יעשה שינוי בלעיסה מקרי שפיר שליחות דמידי הוא טעמא שכתבנו שאין אנו צריכין לטעם שליחות באומר לחבירו ליטול משום דהוי הוצאה בלי שום שליחות מחמת שצוה לו ליטול ודמי לנתינה דהדיוט דהמשלח הוא הנותן והנוטל הוא המקבל ומעל בנתינתו אבל בקנין שינוי דלא בעי צווי המשלח כלל דהשינוי מקרי הוצאה מרשות לרשות בלא שום צווי בעולם א"כ הא המשלח לא מעל בתורת נותן ומקבל דהא בלא נתינתו נמי מעל אם שינה ואכל דהא עיקר מעילה בשוגג אזלינן בתר קניות הדיוט ובצוה לחבירו להגביה דבהדיוט כה"ג בעי נותן ומקבל ובלא צווי הנותן אין המקבל יכול לזכות רק מכח צווי המקבל יכול לזכות מקרי הנותן המוציא מרשות לרשות בלי שום שליחות שע"י צווי דידי' זכה המקבל אבל אם המקבל לא זכה אלא ע"י שינוי דאכילה הא שינוי לא בעי צווי ומקבל ואם רצה לעצמו לקנות נמי קונה א"כ אין הבעה"ב מעל במה שצוה לו לאכול ואין זה הוצאה מרשות לרשות בצווי דידי' שאין הצווי מצטרף להקנין דהשליח כלל ורק מטעם שליחות יש לחייב הבעה"ב דהוא צוה לו לאכול ולזכות באכילתו והוה שליח דידי' דבשליחותו קונה הוא בעצמו ע"י שינוי אכילתו ושפיר שייך בזה שליחות: **ובזה** יתישב היטב דברי הרמז"ל שכ' (בפ"ז מהלכות מעילה) אחר שכ' שם דבמעילה יש שלד"ע כ' וז"ל בד"א שהיה החתיכה מקדשי בה"ב אבל אם הי' בשר עולה וכיוצא בו לא מעל אלא האוכל בלבד שהרי הוא חייב באיסור אחר חוץ ממעילה ובכה"ת אשלד"ע חוץ ממעילה שלא יתערב עמה דבר אחר, ודבריו ז"ל לקוחים המה מהתוספתא וכבר הקשינו טובא ואח"כ מצאנו בהמקנה בקידושין דממ"נ איך סובר הר"מ אי מיירי שמועל משעת הגבהה א"כ איך שייך כאן עירוב איסור אחר הא איסור המעילה בא משעת הגבהה ואיסור אכילת בשר באה בשעת אכילה וכיון שכבר נתחייב המשלח משעת הגבהת

האוכל א"כ מה איכפת לן במה שהאוכל עובר אח"כ על אכילת בשר עולה ואי לא מעל משעת הגבהה א"כ בלא"ה אין כאן שליחות דזה נהנה וזה מתחייב ל"א ודוחק לומר דבאמת לא מעל אלא עד האכילה והר"מ סובר דבמעילה אמרינן זה נהנה וזה מתחייב זהו ליתא לענ"ד דהא הרמב"ם ז"ל כ' בהדיא (בפ"ו מהלכות מעילה ה"ה) בבהמת קדשים אם נתנו לחבירו וחבירו לחבירו דכולם מעלו:

הרי שמעל בהגבהה לחוד בלי שום אכילה ואפילו בעולה שלא יצא לחולין נמי סובר הר"מ שמעל בהגבהה עיי"ש ובראב"ד. אבל לפי מש"כ דברי הרמז"ל נכונים מאוד דבאמת באומר לחבירו לאכול לא מעל משעת הגבהה דדוקא בנותן סתם לחבירו כתב הר"מ ז"ל בעולה דמעל על הגבהה אבל באומר לו לאכול לא קנה אלא באכילה שלא אמר לו ליטול אלא לאכול וכמו שסוברים התוס' בקושייתם שהבאנו מיהו נהי דלא מעל בהגבהת האוכל מ"מ הא בשעת אכילה קנה בשינוי בשוגג דאף דעולה אינה יוצאה לחולין מ"מ כמו שבהגבהה מעל בעולה משום שהגבהה קונה בכ"מ ה"נ בשינוי מעל שהשינוי קונה בכ"מ דכל דבר שבהדיוט קונה בהקדש מעל אף שאינו יוצא לחולין כמו בעולה וכמו בהקדש בשוגג לר"מ דאינו מתחלל ואפ"ה מעל ומעילה דשינוי שפיר הוי מטעם שליחות אם אמר לשליח לעשות שינוי ולא מטעם הוצאה בעצמו דהשינוי לא בא ע"י צווי הבעה"ב דנימא שהבעה"ב מעל במה ששינה השליח ולא הוי לבעה"ב אלא דין משלח לחוד ויש שלד"ע במעילה וזה נהנה וזה מתחייב לא שייך כאן דנהי דעל האכילה שייך זה נהנה מ"מ על קנין השינוי שיש בו מעילה לא שייך זה נהנה ואף דכתבנו דבקנין ממון נמי שייך זה נהנה מ"מ היינו בהקדש בדה"ב דיצא לחולין ומקרי נהנה בקנין ממון אבל בעולה שלא יצא לחולין בשום אופן לא מיקרי זה נהנה וזה מעל ושפיר מעל בשליחותו המשלח כמש"כ ורק משום זה לא מעל הבעה"ב כיון דעיקר מעילתו בשעת אכילה בשינוי שהוא עושה ולא בהגבהה דהא לא נתן לו אלא לאכול והמעילה הוא בשעת אכילה ובשעת אכילה הוא אוכל בשר עולה ועושה ג"כ איסור אחר ואין שלד"ע כיון שמתערב איסור אחר עם המעילה ואע"ג דהמעילה בא בשעת הלעיסה ואיסור האכילה בא בשעת הבליעה כדאמרינן (בכתובות דף ל) גבי תרומה מתחייב בנפשו לא הוי עד דבלע לי' ומדלעסי' קני' היינו דוקא גבי חיוב דתרומה שאינו חייב מיתה רק על אכילה ממש דהיינו בליעה אבל בשר עולה לפני זריקתו דאזהרתו מלא תוכל לאכול כדאמרינן במכות (דף טז) ובהנאה נמי אסור כמ"ש הלח"מ (פי"א מהלכות מע"ה) משום דקיי"ל כר' אבוה דא' איסור אכילה וא' איסור הנאה במשמע וכ"כ המל"מ (בפ"א מה' מעילה) אלא שכתב שאינו לוקה בהנאה דנפקא לן מלשון אכילה

אבל איסורא איכא ולבד איסור מעילה איכא איסור הנאה מבשר עולה קודם זריקה וכיון דאסור בהנאה א"כ בלעיסה ג"כ איכא איסור הנאה מבשר עולה קודם זריקה חוץ איסור מעילה שבכל הקדשים וכיון שבשעת הלעיסה שבא השינוי והמעילה בא ג"כ איסור אכילת עולה היינו הנאתו בלעיסה א"כ מתערב איסור אחר ושפיר כתב הר"מ ז"ל דכשמתערב עם שליחות איסור מעילה איסור אחר כגון בעולה דעם שליחות האכילה שהוא מה שצוה לו לאכול ולשנות ע"י הלעיסה מתערב ג"כ איסור הנאת בשר עולה בשעת לעיסה אמרינן אין שלד"ע כדברי התוספתא ודו"ק:

סימן לב

שאלה אחד שמכר חמצו חצי שעה קודם חצות ומפני טרדות עסקיו שכח למסור קודם שעה ששית: ויש בזה הפסד מרובה מה דינו של החמץ אחר הפסח והמכירה היתה ע"י קנין החצר שמכר המקום שהי"ש עומד שם לא"י הקונה:

תשובה הנה מה שרצה מעכ"ת להתיר מטעם הואיל והא"י זכה בו קודם זמן בל יראה יצא מרשות ישראל ולא עבר עליו הישראל בב"י ובי"מ לעולם ואף דהמקדש בחמץ משש ולמעלה אין חוששין לקדושיו משום דלאו ברשותו קאי וכן אינו יכול לבטלו ואינו יכול למוכרו אחר שנאסר בשעות דרבנן מ"מ הא"י זכה בעצמו בתורת הפקר דכיון שנאסר בהנאה הוי הפקר וכל הקודם בו זכה וכיון שמועיל זכיית א"י בתורת הפקר כבר יצא מרשות ישראל ואין הישראל עובר בב"י ולא שייך למקנסי' אחר הפסח אם הא"י נתן לו בחזרה ומסתייע לכבודו בהך סברא מדברי הצל"ח ז"ל שכתב כן הובא בנוב"י מה"ת (סימן ס"ג) רק שלכאורה יש לעיין בזה לפי מה דבעי בגיטין (דף כ') היו מוחזקין בטבלא שהיא שלה והרי היא יוצאה מת"י וגט כתוב עלי' מהו מי אמרינן אקנוי' אקניתא לי' א"ד אשה לא ידעה לאקנוי' וכתבו התוס' פי' בדבר שהוא מחזיר לה ולא גמרה ומקני לי' אלא בתורת שאלה משאילתו עיי"ש ופשיט הש"ס מזקן שהיה מלוה לבני הכפר כו' ודחי שאני זקן דידע לאקנוי' פרש"י ז"ל שהוא חכם ויודע שאינו שטר אא"כ מקנהו לו לגמרי ואחר כך פשיט מערב היוצא לאחר חיתום שטרות ודחי שאני גברא דידע לאקנויי ואח"כ פשיט מהאשה כותבת את גיטה והאיש את שוברו דגם אשה ידעה לאקנויי עיי"ש א"כ כיון דחזינן דהש"ס רוצה לחלק בין ת"ח לגברא בעלמא ובין גברא לאיתתא לענין להקנות לגמרי כד"ת וכדין א"כ נהי דפשיט דגם איתתא ידעה לאקנויי מ"מ אכתי בכותי מנ"ל דידע לאקנויי בדבר שאין דעתו לעשות בזה קנין אמיתי ויודע שצריך להחזיר דכותי גרע טפי מאשה דהא לענין כתיבת גט בכותי אמר בגיטין (דף כ"ב) דלא מהני אפילו מה שגדול עומד ע"ג ומלמדו לכתוב לשמה משום דאדעתי' דנפשי'

קעביד ולא ציית לן כלל וא"כ בזכיית הכותי בחמץ נמי איכא לאסתפוקי טובא אי מהני דכיון דהכותי יודע שיחזיר להישראל אחה"פ אין דעתו לקנות לעצמו כלל ולא קנה דמה לי אינו יודע לאקנויי ומ"ל אינו יודע לקנות כיון שאין בדעתו לקנות לא קנה וכמ"ש התוס' בב"ב (דף נ"ד) דאף דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו מ"מ זהו דווקא אם לא ידע שהמציאה וההפקר בתוך החצר אבל אם ידע שהמציאה או דבר ההפקר בתוך החצר ולא כיון לקנות לא קני כדאמרינן האי מאן דפשח דיקלא אדעתא דחיותא לא קנה. וא"כ כיון דידע הכותי שהחמץ בחצירו לא כיון לקנות ודעתו ליתנו להישראל אחה"פ לא קני ולא אמרינן שכיון שפיר לקנות במה שהישראל א"ל לקנות אלא לא ידע לקנות במה שצריך להחזיר אחה"פ ובעיקר מכירת חמץ שמוכרים לכותי בתורת חצר ולא איכפת לן במה שאין הכותי יודע לקנות משום דבדעת אחרת מקנה אותו קונה אפילו בלא כוונה לקנות כלל כמ"ש הנמק"י בב"ב (דף מ"א) בעובדא דר"ע שקיל בידקא בארעי' וז"ל שם שמעינן מהכא דאי הוה ידע המזכה אע"ג דלא ידע ר"ע שהוא הזוכה קנה ומשו"ה לא הוה סגי למימר לי' את וודאי לא הוות ידעת ואע"ג דאמרינן העודר בנכסי הגר וסבור שהן שלו לא קנה כיון שהזוכה גופא לא הוי ידע תי' הראב"ד ז"ל דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה וא"כ ה"נ כיון דהישראל מקנה להכותי החצר והחמץ קונה אעפ"י שאין דעתו לקנות לגמרי ולא ידע לקנות ואפ"ה בקנין כסף למ"ד דקונה בכותי שנוהגין להקנות לו חמץ או בכור להפקיע קדושתו אע"ג דהכותי צריך להקנות הכסף להמוכר ורגילין שהמוכר מחזיר לו אח"כ הכסף אפ"ה לא חיישינן לומר דהכותי לא ידע להקנות הכסף לישראל בדבר שישראל מחזיר לו אח"כ משום דרגילין שלא להקפיד אם יתן לו דוקא אותה מטבע שנתן לו או אם יחזיר לו מטבע אחרת א"כ הרי נותן לו מטבע ע"מ שלא להחזיר לו ולהכי מהני קנין הכסף ולא אמרינן דלא ידע לאקנויי [וגם זה צריך עיון דלענ"ד קשה לסמוך על קנין ג"כ מה"ט דלא ידע לאקנויי] אבל בנ"ד שנסתלק רשות ישראל מעל החמץ מתחילת שעה ששית ולא ברשותו הוא כלל להקנות וליכא דעת אחרת מקנה אותו והכותי זוכה מן ההפקר וכיון דהכותי יודע שיחזירם לישראל אחה"פ לא ידע לקנות ולא קנה כמ"ש התוס' דאם ידע שיש דבר של הפקר בחצירו ולא כיון לקנות לא קנה:

ואפילו לפמש"כ הריטב"א והר"נ שם לפרש הא דאמרינן אשה לא ידעה לאקנויי דאינה בקיאה בדינין ומשמע הכי מדבעי הש"ס בהיו מוחזקין בטבלא שהיא שלה והרי היא יוצאה מת"י ולא בעי סתם אי מהני אם הקניתה לי' נייר שלה ומזה משמע דבידעינן שהקניתה לו לא מספקינן כלל רק אנו מסופקין אם ידעה בדין זה דצריך להקנות מ"מ

נראה דבכותי מודו לשיטת רש"י ז"ל והתוס' דלא ידע כלל לקנות ולהקנות בדבר שצריך להחזיר וכמש"כ דאדעתא דנפשי' קא עביד:

אחרי כתבי זאת מצאתי לתה"ד (בסי' ק"כ) שכתב לענין עיקר המכירה שראוי למכור לכותים אעפ"י שיודע שלא יגע בו ויחזירנו לו כיון שנותן לו במתנה גמורה ומביא ראי' מהא דגיטין דאמרינן גבי אשה דידעה לאקנויי ולא חיישינן משום חומרא דא"א שמא לא גמרה ומקנה במה שאין דעתה שיהא שלו עיי"ש בדבריו ז"ל:

והנה כ"ז הוא במה שחקר לענין אם חיישינן שהנותן החמץ לא גמר ומקנה וע"ז הביא שפיר ראי' דאפילו אשה ידעה לאקנויי. והנה הוא ז"ל מיירי לענין מכירה או מתנה דבזה אין חשש במה שהכותי אינו יודע לקנות כמ"ש דבדעת אחרת מקנה אותו לא בעי כוונה אבל בהפקר דבעי כוונה לקנות ודאי דאמרינן כותי לא ידע לקנות:

מיהו לפמש"כ הרמב"ם ז"ל הובא בש"ע (סי' ער"ה סעיף י"א) המחזיק בשטרות של גר ע"מ לקנות הקרקע אף שלא קנה הקרקע מ"מ קנה השטר לצור עפ"י צלוחיתו הרי שקונה אף שידע שיש בידו שטר של הפקר ולא כיון לקנותו ועיין בש"ך טעמו של הרמז"ל דאף דבעיא דרב ייבא סבא ור"נ פליגי אריב"ח דאמר חצירו ש"א קונה לו שלא מדעתו ואנן פסקינן כריב"ח הלכך קנה השטר אף שדעתו היה רק אארעא ולא איכפת לן במה שידע שהשטר הוא של הפקר ולא כיון לקנותו ובכל ענין אמרינן דידו קונה שלא מדעתו עיי"ש בש"ך:

ואף שדברי הש"ך קשה לכאורה דלפ"ז אמאי פסק הרמב"ם והשו"ע (בסעיף י"ז) המפצל זמורות או שריגי אילנות וכפות תמרים בנכסי הגר אם דעתו לעבודת האילן קנה ואם דעתו להאכיל העצים לבהמה לא קנה והוא מימרא דשמואל ב"ב (דף נ"ד) האי מאן דפשח דיקלא אדעתא דציבא לא קני עיי"ש והא אנן קיי"ל כריב"ח דחצירו ש"א קונה לו שלא מדעתו. ואפילו אם ידע שהוא של הפקר ולא כיון לקנות וא"כ ה"נ ליקני אף דפשח אדעתא דציבי וצ"ל דיש חילוק בין קנין יד לקנין חזקה דהא דלא בעינן כוונה לקנות בהפקר היינו דוקא בקנין יד שהדבר נכנס לרשותו וכן בקנין חצר דדמי ליד. אבל קנין שבא ע"י מעשה בעי כוונה להכי העודר בנכסי הגר וסבור שהוא שלו לא מהני וכן אם פשח אדעתא דציבי לא מהני דבקנין מעשה בעינן מכוין לקנות גבי הפקר ועיין בחי' הרשב"א ז"ל בגיטין (דף ס"א) גבי אם ליקט ונתן ביד ה"ז גזל גמור ודו"ק] ומצינו להראשונים ז"ל שחלקו בין קנין מעשה לקנין שנכנס הדבר לרשותו כמש"כ הר"ן והריטב"א ז"ל בגיטין פרק התקבל (דף ס"ד) דהא דאמרינן גבי קטן דחפץ ומחזירו לאחר שעה קונה היינו דווקא היכא דנכנס הדבר לרשותו:

אבל בקנין אג"ק או חליפין או שטר אין הדבר נכנס לרשותו ולא קנה א"כ אף אנו נאמר לדעת הרי"ף והרמז"ל דבקנין חצר אף אם ידע שהוא הפקר ולא כיון לקנות נמי קנה דלא כשיטת התוס' בב"ב שפיר קנה הכותי החמץ מטעם הפקר הואיל ומונח בחצירו ובקנין יד וחצר לא איכפת לן במה שאינו מכוין לקנות קנין גמור:

מיהו בעיקר הדבר שכ' דהכותי זכה בתורת הפקר ופקע דין בל יראה ממנו לא הבנתי הדא דאיתא בירושלמי דפסחים (פרק ב') הפקיר חמצו בי"ג דר' יוחנן אמר אסור וריש לקיש אמר מותר ומפרש דר"י חייש להערמה ואנן קיי"ל כר"י דאסור א"כ התם בהפקיר הרי ודאי שלא עבר עליו בפסח בב"י ואפ"ה אסור הואיל ולא ביערו כדין וחיישינן להערמה כש"כ זה שלא הפקיר כלל רק שנעשה הפקר מאיליו ע"י אפקעתא דמלכא ולא עבר אב"י ע"י שיזכה בו הכותי דלא מהני כיון דסוף סוף הוא לא ביערו ומכירתו לא מהני והדברים ק"ו ומה התם דלא עבד איסורא כלל רק שלא השביתו כתקנת חז"ל אסרינן לי' כש"כ הכא דעביד נמי איסורא ומכרו בעת שהוא אסור במכירה מדרבנן דמכירה גופא מיקרי הנאה דוודאי אסור בהנאה לאחה"פ דהא חזינן דלאו משום איסור ב"י לחוד קנסינן לי' דהא בהפקיר בי"ג ליכא ב"י אלא משום ביטול מצות השבתה לחוד נמי קנסינן לי' אף דהפקיע מצות השבתה ע"י הפקר ולא עבר נמי אב"י א"כ דה"נ לא מהני מה שזכה בו הכותי וכן מצאתי בפר"ח (סימן תמ"ח סק"ה) עיי"ש ואף שהכותי זוכה אותו מן ההפקר נמי לא מהני להתירו לאחה"פ:

ויש להביא ראי' ברורה לזה מהא דאמרינן בפסחים (דף ל"א) בברייתא אבל כותי שהלוה לישראל על חמצו אחה"פ ד"ה עובר בב"י ואסור בהנאה משום דכותי מישראל לא קנה משכון והוי האי חמץ דישראל ולדברי הנוב"י ז"ל אמאי אסור נהי דלא קנה הכותי בתורת משכון מ"מ יקנה מן ההפקר דכיון דמטא זמן איסורו נאסר בהנאה ונעשה הפקר ולא עבר הישראל על ב"י ואמאי אסור אחה"פ ואין לומר דמיירי שהרהינו אצלו ולא הי' מונח בביתו של הכותי בפסח אלא בבית אחר דלא זכה בו הכותי בתורת הפקר דא"כ מאי פריך אח"כ תנן כותי שהלוה לישראל על חמצו אחה"פ מותר בהנאה ואמאי הא אמרת כותי מישראל לא קנה משכון והוצרך לשנות דמיירי שאמר לו מעכשיו עיי"ש ומאי קושיא לישני דמתניתין מיירי שמונח ברשותו של כותי ולהכי אף דכותי לא קנה משכון מ"מ בתורת הפקר קני לי' שפיר ובברייתא מיירי בשאינו מונח ברשותו של כותי דלא קנה מן ההפקר ובתורת משכון נמי לא קני לי' א"ו דלא מהני מה שהכותי קונה בתורת הפקר להתירו אחר הפסח בהנאה:

מיהו אין זה סתירה לדברי הנוב"י דלעולם אימא לך דאם החמץ נעשה הפקר וזכה בו הכותי מן ההפקר מותר מיהו התם גבי כותי שהלוה לישראל על חמצו לא שייך לומר דהכותי קונה מתורת הפקר דהא הא דאיסורי הנאה נעשה הפקר הוא רק אם הם של ישראל דכיון דאין לו בהם הנאה של כלום יוצאין מרשותו אבל חפץ של נכרי אם נאסר בהנאה אינו יוצא מרשותו דהכותי אינו מוזהר על איסורין וממונו הוא וא"כ האי חמצו של ישראל שהלוה הנכרי עליו כשהגיע זמן הפסח ונאסר בהנאה מצד הישראל לא לומר שהחמץ נעשה הפקר דהא האי חמץ מורהין אצל הכותי ואין אדם יכול לזכות בו מצד הכותי דשיעבודי' רמי על החמץ וכיון דאין אדם אחר יכול לזכות בו לבד הכותי אין בו דין הפקר אף לגבי הכותי דהפקר לא הוי עד שיכול כל אדם לזכות בו. וכה"ג כתבו התוס' בב"ק (דף ס"ט) ד"ה כל שהקשו בהא דאמר כל שלקטו העניים יהא הפקר אם בעה"ב מתייאש למה צריך הפקר כדי לפוטרו מן המעשר הלא יאוש חשיב כהפקר כדמוכח בפ' אלו מציאות ותי' דל"ד יאוש דהכא דגבי גזלן ליאוש דמציאה דאפילו אם נימא דיאוש דווקא ברשות הגזלן ואם מונח בר"ה כל המחזיק בה זכה בה מ"מ אין זה פוטר מן המעשר דנהי דנגזל אינו יכול לתבוע מן המוחזק בה אחר יאוש מ"מ כיון שכל אדם אסור להחזיק בה מפני שהיא צריכה לגזלן לפטור מן הנגזל ואם כבר זכה בה אחר לכה"פ חייב לשלם דמים לגזלן הלכך לא חשיב כהפקר לפטור מן המעשר דטעמא דהפקר פטור מן המעשר הוא משום דכתיב ובא הלוי כי אין לו חלק ונחלה עמך יצא לשו"פ שיש לו חו"נ עמך והכא אין לו חלק בה דאסור לזכות בה ואם זכה בה חייב לשלם לכה"פ דמים עכ"ל התוס' בקיצור הרי דאף שמה שאין אדם יכול לזכות בו הוא מצד הגזלן אעפ"כ לא נחשב הפקר גם לגבי גזלן וחייב במעשר וה"נ כיון דהאי חמץ אין אדם יכול לזכות בו מצד זכותו של הכותי אין חל עליו דין הפקר וגם הכותי עצמו אינו יכול לזכות בו מדין הפקר משום דלא חל עליו דין הפקר דאין אדם אחר יכול לזכות בו הלכך שפיר אמרו דחמץ הממושכן אצל כותי כיון דכותי לא קנה משכון ובתורת הפקר נמי לא קני לי' כמש"כ הו"ל האי חמץ ככל חמץ של ישראל שעע"הפ דאסור. אבל היכא דנעשה הפקר לכל אדם והכותי קני לי' לחמץ מתורת הפקר אפשר דמותר כמש"כ הנוב"י:

ולפי מה שכתבתי במק"א לבאר דברי הרשב"א ז"ל בחי' למסכת סוכה בלא"ה אין ראי' מכאן שהרי הרב ז"ל כתב שם גבי ערלה דוודאי כל מידי דהוי דידי' וברשותו דלית בו זכות לאחרים לכם קרינא עכ"ל עיי"ש הרי שאין איה"נ מוצאין לגמרי מרשות הבעלים וצ"ל לדבריו ז"ל בהא דאמרינן בכל דוכתי גבי איה"נ דלאו ברשותו קאי כמו לענין ביטול

דקאמר דלאו ברשותו קאי לבטלו לאחר איסורו וכן לענין מכירה דלא מצי למוכרו לאו משום דלאו דידי' הוא כלל אלא כיון דלא מצי לאתהנויי מיני' לא חייל עליו מכירתו וכמו שמצינו בגזל ולא נתייאשו הבעלים שאין הבעלים יכולים להקדישו משום דלאו ברשותו קאי אע"ג דשלו מיקרי אלמא דאיכא מילתא דמיקרי שלו ולא מצי להקדישו ולמוכרו ולהפקירו משום דלאו ברשותו הוא לאתהנויי מיני' מחמת תפיסת הגזלן. ה"נ איה"נ שלו מיקרי אלא דלא מצי לאתהנויי מיני' מחמת גזירת התורה ולא מצי למוכרו: **ויש** להביא ראי' דאיה"נ מקרי שלו דאמרינן בב"ק (דף ס"ו) גזל חמץ ועעה"פ יין ונתנסך אומר לו הרי שלך לפניך ואם איתא דאיה"נ יוצאין לגמרי מרשות בעלים א"כ נהי דלא חשיב שינוי שיקנהו הגזלן משום שהיזק שא"נ לא שמי' היזק כמ"ש התוס' בגיטין (דף נ"ג) מ"מ הרי יצא הדבר מרשות נגזל לגמרי ואיך יאמר לו הרי שלך לפניך א"ו דבמה שנאסר בהנאה אינו יוצא מרשות בעלים והא דאמרינן בב"ק (דף ע"א) שור הנסקל לאו דמרי קא טבח וכן פריך בשוחט לע"ז וכי שחיט בי' פורתא אסרו אידך לאו דמרי קטבח אין הטעם במה שנאסר בהנאה נעשה הפקר מאיליו אלא דאמרינן דוודאי הבעלים מפקירין אותו תיכף כשנאסרו כדאמרינן בכריתות (דף כ"ד) בשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה אף שבאמת אינו נאסר בהנאה מ"מ כיון שהבעלים ידעו שנאסר בוודאי מפקירין אותו כ"ש היכא דבאמת נאסר בהנאה שהבעלים מפקירים אותו ואף דאחר שנאסר לא מצי הבעלים להפקירו כמו שאין הבעלים יכולים להקדישו ולמוכרו מ"מ בתחילת איסור חל הפקירו ואיסורו כאחד וכמ"ש הר"ן בפ' כה"צ דלהכי הגבהה דישראל בע"ז דכותי מהני משום דבשעת תחילת הגבהה חל זכייתו ואז הי' עדיין ע"ז דכותי דמהני לי' ביטול ושייך בי' זכי' ה"נ להכי מהני הפקירו בתחילת איסורו על איה"נ ולהכי אמרינן דאפילו כשלא ידעו הבעלים שנאסרו בהנאה נמי נעשה הפקר דדמי לזוטו של ים ושלילותו של נהר דהוי אבוד מכל אדם והוי יאוש אף שלא ידעו הבעלים. ושפיר פריך בשוחט לע"ז ובחולין שנשחטו בעזרה מכי שחיט בה פורתא אסרה אידך לאו דמרי קא טבח מטעם דדמי כאילו הפקירוהו הבעלים אבל אם ידעו הבעלים ולא הפקירו איה"נ דלא הוי הפקר ואף דאין הנגזל יכול להקדיש מה שביד הגזלן מ"מ היינו היכא דהגזלן רוצה להחזיק הגזילה לעצמו אבל הכא דגם מצד הגזלן נעשה הפקר דגם לדידי' איה"נ לא שוי מידי ודאי דמהני הפקר דבעלים [והוי ניחא בזה הא דאמרינן בגיטין (דף כ') כתבו על איה"נ כשר ואע"ג דבעינן שיהא הגט כתוב על קלף של בעל כמבואר בפוסקים משום דאיה"נ אע"ג דלית בה שו"פ מ"מ של בעל מקרי]:

(הגה"ה וכן במש"כ הרשב"א ז"ל בנדרים (דף פה) הביאו הר"ן ז"ל דהאוסר נכסיו נעשו הפקר ויכול כל אדם לזכות בהן נמי לאו משום דאיסורי הנאה הויין הפקר ממילא אלא משום דהבלים ודאי מפקירין אותן וכשנאסרו על עצמו דמי להפקירן בפירוש:)

אלא דלפי"ז צריך להבין הא דאמר שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו ואלו הן חמץ בפסח הא לשיטת הרשב"א ז"ל שפיר מיקרי חמץ דידי' וא"כ הא לא הוי חידוש מה שהוא עובר ואחר אינו עובר דכיון שהוא מחזיקו ואינו מבערו עובר עליו דדידי' הוא כיון שרוצה בו וצ"ל דעל חמץ שידוע לו ומחזיקו אינו חידוש כלל מה שהוא עובר דאיסור הנאה דידי' נינהו אלא דכוונת הש"ס הוא על חמץ שאינו ידוע לו שהצריכה תורה בדיקה וכמ"ש הרא"ש (בפ"ק דפסחים סימן ט') דמדלא כתיב לא תראה חמץ אלא לא יראה משמע לא יהא לך חמץ במקום הראוי לראי' ואעפ"י שאין ידוע שהם בביתו עיי"ש בדבריו ז"ל:

ובחמץ שאין ידוע הרי בעינן למימר דיוצא מרשותו מאיליו משום דכיון דנאסר בהנאה וודאי מייאש מרי' מיני' ודמי לזוטו של ים ושלילותו של נהר ולא מיבעיא אם אין החמץ מונח בביתו דודאי נעשה הפקר אלא אפילו אם מונח בביתו נמי הוי בעינן למימר דנעשה הפקר ואפ"ה גלי קרא דעבר אב"י וב"י הרי שאף שאינו ברשותו עשאן הכתוב כאילו הן ברשותו אבל בחמץ ידוע שמחזיקו לעצמו לא הוי חידוש כלל מה שהוא עובר ואחר אינו עובר דאיה"נ הוי שלכם כמ"ש הרשב"א ז"ל ולפי"ז ודאי דא"ש מאי דמקשה הש"ס מהא דכותי שהלוה לישראל על חמצו דמותר בהנאה ואמאי הא הכותי מישראל לא קני משכן ולא משני דהכא שרי בהנאה משום דהכותי קני מהפקר כסברת הנוב"י וה"ט דמילתא דכיון שבארנו בדעת הרשב"א ז"ל דחמץ לא נעשה הפקר אא"כ שכחו בתחילת זמן איסורו דאז יוצא מאיליו מרשותו אבל אם ידע ממנו ולא ביערו ורצה להחזיקו דידי' הוא והכא במתניתין סתמא קתני כותי שהלוה לישראל על חמצו מותר בהנאה דמיירי אפילו בידע ממנו והיה בידו לפדותו ולמכרו ולא מכרו ובזה לא נעשה הפקר כלל ואמאי מותר בהנאה הא כותי מישראל לא קנה משכון אבל בענין שאילתינו ששכח ולא מכרו נעשה הפקר וקני לי' הכותי מתורת הפקר:

עוד יש לצרף לזה סברת הגאונים ז"ל שכתבו ישראל שהפקיד חמצו אצל ישראל אחר או אצל כותי וקיבל עליו אחריות אין המפקיד עובר עליו ומייתי ראי' מהא דאיתא במכילתא בבתיכם יצא חמצו של כותי ברשות ישראל שהוא בביתו ואינו יכול לבערו יצא חמצו של ישראל ברשות כותי שהוא שלו ואינו ברשותו ובארנו דבריהם ז"ל במק"א דהנה הרא"ש ז"ל כתב (בפ"ק דפסחים) וז"ל והר"י ז"ל כתב דלעולם ברשות המפקיד וחייב

בביעורו מה"ת כדאמרינן בב"ק (דף ע"ו) וגונב מבית האיש ולא מהקדש ולא ידעתי לפרשו וגם לא כתב הר"י ז"ל איך יפרש ההוא דמכילתא ולי נראה דברי הר"י כפשטן דראייתו מהא דאמרינן וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש אלמא דגבי כפל בעינן בית האיש ואפ"ה אמרינן בגונב מבית השומר הכפל לבעלים ומשנה שלימה שנינו המפקיד אצל חבירו בהמה או כלים נגנבו או שאבדו נשבע ולא רצה לשלם ואח"כ נמצא הגנב משלם תשלומי כפל לבעל הפקדון אלמא דנגנב מבית שומר מבית האיש קרינן לי' ועיין בש"ס ב"ק (דף ע') ובתוס' שם שלמדו דאדם יכול להקדיש פקדון שברשות אחרים אף דאינו יכול להקדיש גזילה שביד אחרים והביאו ראי' דהא אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל משום דגונב מבית האיש כתיב ובית הגנב לא בית האיש הוא משום דר' יוחנן דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולין להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו ובפקדון משלם כפל לבעלים שפיר דעיקר קרא דכפל בנגנב מבית שומר כתיב כי יתן איש אל רעהו וגונב מבית האיש והאי איש היינו שומר ומשלם כפל לבעלים ומזה הוכיחו דיכול להקדיש ג"כ מה שברשות שומר עיי"ש וא"כ הרי דברי הר"י ז"ל נכונים כיון דכתיב וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב ואפ"ה בגונב מבית שומר מתחייב כפל לבעלים אלמא דברשות המפקיד הוא וקרינן לי' ביתו וה"נ גבי חמץ קרינן לי' בבתיכם ואף שעל מה שכתב הרא"ש מסברא דכיון שהשאיל לו ביתו לשמירת ממונו קרינא בי' ביתו הקשה השא"ר ז"ל דהא שכירות לא קניא מ"מ הר"י ז"ל אין כוונתו כלל להאי סברא דשאילת רשותו שכתב הרא"ש אלא כיון דיד שומר כיד בעלים והשומר מחויב לשמור כדין שומר מה שמונח ברשותו דמי למונח ברשות בעלים דרשות השומר כידו וידו כיד הבעלים ועיין ברמב"ן ז"ל במלחמות (בפ' אלו מציאות) שכ' בטעמא דלא מהני יאוש במציאה לבתר דאתא לידו דמוצא משום דכיון דהגביה קודם יאוש נעשה שומר לבעלים ודמי כמו שמונח ברשות בעלים ולא מהני יאוש בדבר שמונח ברשותו אלמא דבר שמונח ברשות שומר דמי למונח ביד בעלים וה"נ גבי חמץ:

ולפ"ז נ"ל דזהו דווקא בשומר ישראל דרבי קרא בי' דין שמירה וידו כיד הבעלים שמתחייב לשמור ומשעבד גופו לשמור דגבי רעהו כתיב וגונב מבית האיש אבל שומר כותי אעפ"י שקבל עליו אחריות מ"מ אין בו דין שומרים להתחייב בשמירה שיהא ידו כיד הבעלים וחיוב ממונא בעלמא הוא דהתחייב אם מגנב או מתביד (ומצינו לענין כמה דברים דקליש שיעבודא דכותי משעבוד ישראל כגון במשכון לת"ק דר"מ (דף ל"א) דישראל מכותי לא קנה משכון ולענין למפרע הוא קונה שכ' המלחמות שם דלא שייך בישראל מכותי וה"נ דכוותה] אבל אין ידו כיד הבעלים וכיון דמונח ברשות כותי לא

קרינן לי' בבתיכם דבמה שהשאיל לו ביתו לא קרינן לי' ביתו דשכירות לא קני וידו לאו כיד בעלים להכי לא מקרי בבתיכם:

ולפ"ז א"ש ההוא דמכילתא לרבינו יונה ז"ל דשם מיירי בהפקיד חמצו אצל הכותי ובזה מודה הר"י שאינו עובר דהכותי אינו נעשה שומר להיות כיד בעלים ולא קרינן בו בבתיכם להכי אינו עובר אבל הפקידו אצל ישראל דעת הר"י ז"ל שעובר על ב"י משום דילפינן מקרא דוגונב מבית האיש דשומר ישראל קרינן בי' בבתיכם ולא חלק הר"י על הגאונים אלא בזה שפטרו בהמפקיד אצל ישראל אבל בהפקיד אצל כותי מודה להו ולא הוצרך ר"י לפרש זה כיון דכל ראייתו הוא רק מוגונב מבית האיש דמיירי בנפקד ישראל [והא דאמרינן בגמ' אבל כותי שהלוה לישראל על חמצו ד"ה עובר עליו אלמא דבהפקידו אצל כותי נמי עובר כבר כתב הר"ן ז"ל דהיינו מדרבנן בעלמא לשיטת הגאונים והר"י מודה להו בנפקד כותי]:

ועוד הי' נ"ל דאפ"ל דהר"י אינו מחלק בין שומר כותי לשומר ישראל אלא בין קיבל עליו אחריות ולא קיבל וכלפי מה שכתבו הגאונים ז"ל דאפילו בקיבל הנפקד אחריות ג"כ אין עובר המפקיד וע"ז חלק הר"י ז"ל דמקרא דוגונב מבית האיש דמיירי בשומר מוכח דהיכא דקיבל הנפקד אחריות ונעשה שומר ומשועבד לשמור הוי כיד בעלים אבל בלא קיבל עליו אחריות מודה להגאונים דלא קרינן לי' בבתיכם:

ולפ"ז נמי לא קשה ההוא דמכילתא לר"י דהמכילתא מיירי שלא קיבל עליו הכותי אחריות להכי לא קרינן לי' בבתיכם אבל בקיבל עליו אחריות הוי ידו כיד בעלים ורשותו כרשות בעלים אף בכותי. דכבר ביארנו במק"א דאף דאין שליחות בכותי מ"מ פועל הכותי ידו כיד בעה"ב. ומה שמונח ברשות הכותי כמו שמונח ברשות ישראל מיהו כ"ז כשהפקידו אצל אחר אבל אם מונח ברשות אחר שלא נעשה שומר או שלא קיבל עליו אחריות לא חלקו הר"י והרא"ש דלא עבר בב"י וכדברי הרמב"ן ז"ל בפי' על התורה דאי לא"ה בתים וגבולים דכתב רחמנא ל"ל וראיתי שגם הגאון בעל מק"ח חילק בין נפקד ישראל לנפקד כותי ודעתו דבנפקד כותי אין המפקיד עובר מטעם אחר ולא ירד לחלק ככל הדברים שכתבנו עיי"ש. וא"כ כיון שבארנו דלדעת הגאונים אינו עובר מדאורייתא בב"י רק מדרבנן מחייב לבערו אפ"ל דאם עבר ולא ביערו אף שגם שהם מודים שאסור בהנאה כמש"כ הר"ן מ"מ היינו דווקא במזיד אבל בשוגג או אונס שרי כיון דאפילו שהייה במזיד נמי ליכא ב"י לא קנסינן שוגג אטו מזיד ומותר בהנאה לכה"פ ועיין בתשובת הריב"ש (סימן ג') שכתב דחמץ נוקשה שרי בהנאה אחר הפסח וכן פסק הרב"י באו"ח (סימן תמ"ז) ועיין במ"א ובביאורי הגר"א ז"ל שם שתמהו עליו כיון דחמץ

המופקד ביד כותי אחה"פ אסור בהנאה אף לדעת הגאונים ז"ל שביעורו רק מדרבנן א"כ ה"ה חמץ נוקשה שביעורו רק מדרבנן יהא אסור בהנאה:

ולדברינו אפ"ל דהריב"ש דהתיר חמץ נוקשה אחה"פ משמע שהשהה בשוגג או באונס. אע"ג דגם בחמץ שביטלו דמדאורייתא לא עבר עליו נמי אסרינן אחה"פ אפילו בשוגג ואונס התם ה"ט משום דבביטול קל להערים שלא יבטלנו ויאמר שביטלו אבל בנוקשה או בהפקידו אצל אחר דדבר הגלוי לכל הוא דמדאורייתא אינו עובר עליו לא קנסינן שוגג אטו מזיד ויש להקל בהאי חמץ:

ובמה שבארנו דעת הרשב"א ז"ל דאיסור הנאה יש להם בעלים וראיתי בס' קצה"ח שהסביר דעת הרשב"א ז"ל דאף דאיה"נ יש להם בעלים מ"מ מכרו אינו מכור משום דאיה"נ לא מיקרי ברשותו והוי שלו ואינו ברשותו וזה אינו דהא בב"ק (דף ע"א) אמר מכי שחט בה פורתא אסרה אידך לאו דמרי' קא טבח הרי דלא מקרי דמרי' כלל אבל לפמש"כ לעיל א"ש דלהכי מיקרי לאו דמרי' משום שהבעלים מפקירין אותו:

והנה יש להביא ראי' דאיה"נ יש להם בעלים אם הבעלים רוצים להחזיקם ואינם מפקירין דהא אמרינן במנחות (דף ק"א) והוא מתניתין בפ"ה דטבו"י הערלה וכלה"כ ושור הנסקל ועגלה ערופה וציפורי מצורע ופטר חמור ובב"ח מטמאין טומאת אוכלין והרמז"ל כ' (בפ"ב מהלכות טומאת אוכלין) דלא מהני הכשר באוכלין אא"כ בא עליהם המים להכשירן ברצון הבעלים ואם נימא דאיה"נ אין להן בעלים הא שוה"נ וציפורי מצורע וערלה וכלה"כ כשנפל עליהם המים כבר אין להם בעלים דהא במחובר או מחיים לא מקבלי הכשר וכשמקבלים הכשר הרי הם אסורים בהנאה ואין להם בעלים כלל דהא קרי לי' התם לא היתה להם שעת הכושר ואנן בעינן בעלים לגבי הכשר:

שוב ראיתי דאין זה ראי' דהא קיי"ל גבי הכשר כל שתחילתו לרצון אעפ"י שאין סופו לרצון מכשיר כדתנן במס' מכשירין וכמש"כ רש"י ז"ל בחולין (דף ט"ז) דאי אחשבינהו לגשמים בירידתן לצורך שום דבר ואח"כ נפלו פירות לתוכן ולא ניחא ליה בההוא הכשר הוו מוכשרין עכ"ל וכ"כ הראב"ד ז"ל (פי"ב הלכה ב') ועיין בכ"מ שגם דעת הרמז"ל כן [ונראה לי דמש"כ הרמז"ל שם היו המים שעל האדם ועל הכלים תלושים ברצון ונגעו בהם אוכלים ברצון הוכשרו דמשמע שאם נגעו האוכלין שלא ברצון לא הוכשרו אע"פ שתחילת תלישתן הי' ברצון. התם במשקין שהיו מחוברין בקרקע להכי לא מהני מה שתלישתן הי' ברצון להכשיר האוכלין שלא ברצון ורצון דמעיקרא לא מהני להו דהא השתא הוא דמשוי להו משקין אבל משקין תלושין שהי' בהם רצון קודם שנפלו על הפירות ואח"כ נפלו על הפירות שלא ברצון נמי מכשיר כדתנן כל שתחילתו לרצון

אעפ"י שאין סופו לרצון] וכיון שמתחילתו לרצון מכשיר א"כ משכחת הכשר באיסורי הנאה במשקין שהיו תלושין והי' תחילתן ברצון בעלים ונפלו אח"כ על הערלה וכה"כ דמכשיר אעפ"י שהערלה וכה"כ אין להם בעלים כלל:

ובזה נדחה נמי מה שראיתי בספר קצה"ח בהא דאמרינן בחולין (דף ל"ו) אקרא דוהבשר אשר יגע בכל טמא לא יאכל דאתכשר במאי ומוקי לה כגון שהיה פרה של זבחי שלמים והעבירה בנהר ועדיין משקה טופח עלי' שכ' רש"י ז"ל דלהכי נקט פרה של זבחי שלמים דבשלמים העור לבעלים ואורחא דמילתא להעבירה בנהר כדי שתהא נוחה להפשיטה את העור והוא פי' דלהכי נקט פרה של זבחי שלמים דכיון דהכשר בעי בעלים לדעת הרמז"ל ושלמים הוי ממון בעלים לר"י הגלילי אבל בשאר קדשים דלא הוי ממון בעלים לא מהני הכשר ובזה סתר דברי רש"י ז"ל (בפסחים דף ך') שכ' דהש"ס לא מקשה אלא אמתניתין דמחט שנמצא בבשר במאי איתכשר אבל אקרא דוהבשר אשר יגע בכל טמא לא פריך משום דנאכלין בכל העיר ואיכא משקין טובא דמדיחין אותן ומבשלין אותן וע"ז כתב הקצה"ח דלא מהני הכשר דאחר שחיטה כלל דהא אמרינן בב"ק (דף י"ב) ובקידושין (דף נ"ב) דלאחר שחיטה ודאי ממון גבוה הוא דכי קא זכי משולחן גבוה קא זכי (וזהו כפרש"י שם בב"ק דגם חלק הבעלים לא הוי ממון בעלים אבל התוס' חולקים שם על רש"י ז"ל וכתבו דחלק הבעלים הוי ממון בעלים שפיר עיי"ש] ואין ההכשר חל כשיוצא מהעזרה אחר ד' עבודות ועיקר ההכשר הוא רק אחר שחיטה קודם זריקה דאז לא זכו הבעלים משולחן גבוה והוי דידהו ומהני רצון דידהו להכשירה ע"ש בדבריו אבל לפמש"כ א"צ לכל זה דודאי משכחת הכשר אף היכא דלא הוי ממון בעלים אף לדעת הרמב"ם ז"ל והיינו במשקה שהי' מתחילתו לרצון דמכשיר אף דלא ניחא לבעלים בשעת נפילה על האוכלין כמש"כ רש"י בחולין (דף ט"ז) וכ"כ הרמז"ל בעצמו (פ"י מהלכות טומאת אוכלין הלכה ט"ו) וז"ל הואיל ודם קדשים אינו מכשיר קדשים שנשחטו בעזרה לא הוכשרו בדם שחיטה ואין לבשר קדשים הכשר אלא במשקין שיפלו על הבשר חוץ ממשקה בית המטבחיים ואח"כ כתב פרת קדשים שהעבירה בנהר ושחטה ועדיין משקה טופח עלי' ה"ז מוכשרת עכ"ל הרי שכתב בהדיא דמשכחת הכשר בבשר קדשים במשקין שנפלו על הבשר חוץ לעזרה ולדברי קצה"ח לא משכחת שיפלו על הבשר חוץ לעזרה ויכשירו דהא כשהבשר הוא חוץ לעזרה כבר אינו ממון בעלים וליכא רצון בעלים א"ו דמשכחת לה במשקין שהיו תחילה לרצון דלא בעינן סופו ברצון [ומה שהקשה הקצה"ח על מש"כ רש"י ז"ל דאקרא דוהבשר לא מצי למיפרך משום דאיכא משקין טובא בשלמים דנאכלין בכל העיר ופריך רק אמתניתין דמחט שנמצא בבשר דמיירי

בעזרה ומשקין דבית מטבחייא דכן. והקשה הקצה"ח דהא בחולין (דף ל'ו) קאמר חיבת הקודש דאורייתא מנלן אילימא מדכתיב והבשר אשר יגע בכל טמא דאתכשר במאי הרי גם אקרא גופא קא פריך נמי לק"מ דבפסחים דסתמא דגמ' מקשי דאיתכשר במאי ודאי א"א להקשות אקרא דאיכא לשנויי דקרא מיירי בבשר שלמים שמבשלין אותן חוץ לעזרה ואיכא הכשר אבל בחולין דלא מקשה מידי רק דמהדר לאשכוחי מהיכן מוכח האי דינא דחיבת הק' וקאמר אילימא מקרא דוהבשר אשר יגע בכל טמא והיינו דסובר ר"ל דקרא סתמא מיירי אפילו בבשר חטאת שאינו יוצא מן העזרה כלל (ועוד דאיכא למ"ד בזבחים דף ק"א מפני טומאה נשרפה הרי שהי' טומאת בשר גם בחטאת) וע"ז מדחה דאיכא לאוקמי שהעביר הבהמה בנהר ועדיין משקה טופח עלי' וליכא הוכחה מזה ודברי רש"י ז"ל נכונים דוודאי בדרך קושיא ליכא לאקשויי מקרא דאיכא למימר דמיירי בשלמים שנאכלים בכל העיר אבל בדרך אילימא שפיר קאמר לה דהיינו אם נימא דמוכיח מדכתב קרא סתמא אפילו בחטאת דחיבת הקודש מכשיר ודו"ק):

סימן לג

בדין ישראל וא"י שהיה להם יי"ש בשותפות ועבר עליו הפסח.

השא"ר ז"ל בדיני חמץ כתב (בסימן פ"ט) וז"ל וע"ד חלק המגיע לא"י אחר החלוקה הדבר ברור בעיני דשרי בהנאה לאחה"פ דקיי"ל דבדרבנן יש ברירה ואמרינן הוברר הדבר דזהו חלקו המגיעו משעה ראשונה והו"ל חמץ של א"י שעבר עליו הפסח ומותר בהנאה כדתנן בפ' כל שעה וכה"ג אמרינן בפ' משילין (דף ל"ז) גבי ב' שלקחו חבית ובהמה בשותפות דרב אמר חבית מותרת כלומר מותר לכ"א להוליך חלקו למקום שעירב משום דיש ברירה ושמואל אמר חבית נמי אסורה משום דאין ברירה ומסיק התם הגמרא אליבא דר' אושעיא דחבית מותרת דבדרבנן יש ברירה ובדאורייתא אין ברירה ודריש מר זוטרא הלכה כר"א וכ"פ הפוסקים ז"ל. וה"נ הא דחמץ של ישראל שעבר עליו הפסח אסור בהנאה אינו אלא מדרבנן משום קנסא הואיל ועבר עליו בב"י וכיון דבדרבנן יש ברירה חלקו של כותי ודאי שרי והסכים לזה המק"ח בהלכות פסח (סימן תמ"ח):

וכן יש להביא ראי' מהגהת אשר"י (במס' ע"ז בפ' ר' ישמעאל) שכ' וז"ל והיכא שיש לישראל שותפות א"י מבטל חלקו אבל לא בחלק ישראל ומשהוברר חלקו של כותי מותר בהנאה דהא בטלי' ואפילו למאן דלית לי' ברירה הכא יש ברירה דכל איסורי ע"ג דרבנן נינהו כך פירש רשב"ם בשם רש"י ולפענ"ד יש להסתפק בדין זה טובא לפי מה דאמרינן בבכורות (דף נ"ו) אמתניתין דחלקו וחזרו ונשתתפו פטורין ממעשר בהמה משום דדמי ללקוחות ולקוח פטור ממע"ב אמר רב ענן ל"ש אלא שחלקו גדיים נגד

תיישים ותיישים נגד גדיים אבל חלקו גדיים נגד גדיים ותיישים נגד תיישים אמרינן זהו חלקו המגיעו משעה ראשונה לכך. ור"נ אמר אפילו חלקו גדיים נגד גדיים ותיישים כנגד תיישים אין אומרין זהו חלקו המגיעו משעה ראשונה לכך ור"א אמר ל"ש אלא שחלקו ט' נגד יו"ד ויו"ד כנגד ט' אבל חלקו ט' כנגד ט' ויו"ד כנגד יו"ד אמרינן זהו חלקו המגיעו משעה ראשונה לכך ור"י אמר אפילו חלקו ט' נגד ט' ויו"ד נגד יו"ד אין אומרים זהו חלקו המגיעו משעה ראשונה לכך ואזדא ר"י לטעמי' דאר"י האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זל"ז ביובל ע"כ:

ומבואר מזה דאף רב ענן ור"א דסברי יש ברירה היינו דוקא במין א' שחלקו זה נגד זה אבל בשני מינין מודו דאין ברירה ופרש"י הטעם דכיון שחלקו בשומא גדיים נגד תיישים ותיישים כנגד גדיים לפי שויין דהתם ליכא למימר זה חלקו המגיעו ממיתת אביהם דודאי בשעת מיתת אביהם זכה זה בחצי הגדיים וחצי התיישים וזה בחצי הגדיים וחצי התיישים הלכך השתא קנין הוא שזה קונה מזה והוולדות שיש להם בשעת חלוקה פטורין ממע"ב משום לקוח והעתידים לבא פטורים משום שותפות אבל חלקו גדיים נגד גדיים ותיישים נגד תיישים אמרינן ברירה דזהו חלקו המגיעו ממיתת אביו ועדיין ירושה היא ושם ירושה עליו עכ"ל וכן מסיק התם בש"ס דפריך למ"ד יש ברירה ממתניתין דתמורה (דף למ"ד) דתנן וכן השותפין שחלקו א' נטל יו"ד ואחד נטל ט' וכלב שכנגד הכלב אסורין שעם הכלב מותרין וא"א יש ברירה לברור חד מינייהו לבהדי כלב ולשקול והנך לשתרי ומשני ר"א אי דשוו כולהו להדדי ה"נ הב"ע דלא שוו כולהו להדדי ושוי האי כלבא חד ומשהו והאי משהו משיך ואתי בכולהו והאי ברירה דמקשה הש"ס פי' התוס' דסמכינן אמה שאנו מבררין הטלה א' מכל היו"ד טלאים לומר עליו שהוא המחיר כלב ועי"ז הותרו שאר הטלאים והקשו באמת אמאי יועיל ברירה הא אין ידוע איזו שכנגד הכלב ותירצו שכך סברת הש"ס דכיון דיש ברירה יש לדבר להיות תלוי בדעתו ומסתמא כך דעתו בתחילה דאותו שיברור יהא כנגד הכלב ובתמורה (דף ל') ד"ה ואידך כתבו הטעם הואיל ולא היה האיסור מבורר קודם שנתערב להכי סמכינן אברירה עיי"ש בדבריהם ז"ל וע"ז פריך דלמ"ד יש ברירה יש להתיר ע"י שימשוך חד מינייהו שיהא הוא המחיר כלב לגמרי אבל להתיר כל הטלאים לגמרי ע"י ברירה לא פריך דפשיטא דלא מהני ברירה להתיר כל הטלאים דכיון דהכלב היה לו מחיר טלה א' שהוא א' מהעשרה וטלה כנגד כלב הוי ב' מינין ובב' מינין לכ"ע אין ברירה ומיקרי מחיר ונאסר טלה א' משום מחיר אלא שמקשה שיועיל ברירה לברר הטלה מהיו"ד טלאים כמ"ש התוס' וכ"פ הרמב"ם ז"ל (בהלכות איסורי מזבח פרק ד' הלכה ז') כאוקימתא דר"א שאם יש טלה

השוה כנגד הכלב ממשיך טלה א' כנגדו והשאר מותרים הרי דיש ברירה לברור הטלה מהעשרה טלאים [ועיין בר"ן בנדרים (דף מ"ה) ובתוס' דתמורה שם והמבי"ט בתשובה כתב משום דמה"ת בלא"ה בטל המחיר חד בתרי ומדרבנן בעלמא לא בטל משום דהוי בע"ח וחשיבי ולא בטלי וכיון דהאיסור הוי מדרבנן אמרינן ברירה] ואפ"ה טלה א' יש לו דין מחיר כלב ולא סמכינן אברירה לבטל מחלוקה זו דין מחיר כלב לגמרי ולומר דהוברר הדבר שהכלב בא בירושה לבעל הכלב והטלה לבעל הטלה ולית כאן מחיר משום דכלב וטלה הוי ב' מינין ובשני מינין אין ברירה לכ"ע וכ"כ הרשב"א ז"ל בקדושין דאמר התם רבא (בדף י"ז) גר יורש כותי אינו מדברי תורה אלא מדברי סופרים דתנן גר וכותי שירשו את אביהם כותי גר יכול לומר לכותי טול אתה הטלמסאות ואני מעות טול אתה יי"נ ואני פירות ואם משבאו לרשות גר אסור ואס"ד דאורייתא כי לא באו לרשותו נמי כי שקיל חליפי הטלמסאות הוא דקשקיל אלא מדרבנן גזירה שלא יחזור לסורו תנ"ה בד"א שירשו אבל בנשתתפו אסור וכתבו התוס' דאין לומר דהטעם הוא משום ברירה כלומר דהשתא הוברר הדבר דזהו חלקו דא"כ אפילו בא לרשותו נמי יהא מותר מהאי טעמא וע"ז כתב הרשב"א ז"ל בחי' שהקשה בהא דאמרינן ואס"ד דאורייתא כי לא באו לידו מאי הוי כי שקיל חליפי עכו"ם קא שקיל וז"ל ואיכא למידק והא אמרינן חבר וע"ה שירשו אביהם ע"ה והניח פירות מעושרין ושאינם מעושרין יכול חבר לומר לע"ה טול אתה פירות שבמקום פלוני ודעתו הוא על המעושרין אע"ג דירושה דאורייתא הוא וי"ל דהתם משום יש ברירה אבל בב' מינין כי הכא אין ברירה וכדאמרינן התם בהדיא אבל לא יאמר לו טול אתה חיטין ואני שעורין והלכך בירושה דאורייתא אסור דכי שקיל דמי עכומ"ז שקיל דבשני מינין אין ברירה:

ואכתי לא ניחא דהא תנינן בתמורה (דף ל') וכן שני שותפין שנטל א' עשרה ואחד נטל תשעה וכלב את שכנגד הכלב אסורין ושעם הכלב מותרין ואקשינן בגמ' ואמאי אסורין נשקול חד לבהדי כלב ונתסר כלומר משום ברירה וט' אחרים נשתרו ופרקיה רב אשי כגון דשוו יו"ד אימרי כל חד וחד ד' זוזי ופלגא חומשא וכלבא שוה חמשה זוזי דזוזי יתירא דכלבא משיך בכולהו אלמא אי לא"ה ט' אחריני שרי אלמא דיש ברירה אף בב' מינין ושמא רבא סבר דבשני מינין אין ברירה וההוא מתניתין כפשטא מפרש לה אפילו לא שוה כלבא טפי מד' זוזי דאסרי עכ"ל הרשב"א ז"ל:

הנה הסכים הרשב"א ז"ל ג"כ דבשני מינין אין ברירה לכ"ע רק שכתב דרב אשי בשינויא דידיה שתירץ דמתני' מיירי שהכלב שוה טפי מכל הני אימרי סובר אף בשני מינין יש ברירה ולא זכיתי להבין דנראה מדבריו שהוא מפרש דברירה דאמר המקשן הוא לברר

בחלוקת הכלב והטלה שכנגדו וזה א"א לפרש בשום אופן דאם נימא דבשני מינין נמי יש ברירה א"כ ליכא כאן מחיר כלב וא"צ למשוך אפילו טלה א'. אלא דבעל הטלה זכה בטלה מירושת אביו ובעל הכלב זכה בכלבו בירושה כמו דאמרינן גבי מעות ועכומ"ז דלמ"ד יש ברירה ליכא כאן חליפי עכומ"ז דנכרי נטל בירושה כומ"ז ולא בחליפין וה"נ לית כאן מחיר כלב כלל דבעל הכלב נטל כלב בירושה ומדהוצרך הש"ס למשוך ולברר חד טלה ע"כ דגם המקשה סובר דבשני מינין אין ברירה ויש כאן מחיר כלב. מ"מ נסמוך אברירה לברר טלה א' מהיו"ד טלאים שהוא המחיר כלב והשאר לישתרי דזה הוי ברירה במין א' וכמו שפי' התוס' בתמורה ובבכורות ע"ז משני ר"א כגון ששוה הכלב יותר מכל א' מהטלאים אבל גם ר"א מודה לרבא דבב' מינין אין ברירה ודברי הרשב"א ז"ל לא זכיתי להבין:

ולולא שהתוס' ז"ל פירשו דקושית הש"ס שם בתמורה הוא דנסמוך אברירה לברר הטלה מהעשרה טלאים היה נ"ל לפרש באופן נאות דבאמת היה קשה להתוס' סברא זו ונדחקו בזה איך אפשר לסמוך אברירה לברר תערובות איסור ומ"ש התוס' בבכורות דלהכי מהני ברירת טלה א' למ"ד יש ברירה משום דאמרינן דודאי בשעת חלוקה היה דעתו שהטלה שיברור שיהא תחת הכלב יקבע בו מחיר כלב והשאר לישתרו ג"כ תמוה הא אמרינן בב"ק (דף צ"ח) הצורם אזן פרתו של חבירו פטור משום דסתם שוורים לאו למזבח קיימי וא"כ היכא נימא דודאי אסיק אדעתו ענין הכשר לקרבן בשעת חלוקה ולהתיר מחמת זה ע"י ברירת הטלה:

ועוד קשה לי טובא במש"כ הרמז"ל (בהלכות איסורי מזבח פרק ד' הלכה י"ז) שאם הי' בעשרה טלאים טלה א' שדמו כדמי הכלב או יותר מדמי הכלב מושכו והשאר מותרין ואם כל אחד מהן דמיו פחותין מדמי הכלב הרי העשרה כולן אסורין וכ"פ בפי' המשניות עיי"ש וכיון דלא בעינן דווקא שיהא בעשרה טלה שדמו ממש כדמי הכלב אלא אפילו דמיו יתירין מדמי הכלב נמי יכול למושכו בעד הכלב א"כ תיקשי נהי דרב אשי מוקי לה שכל העשרה שכנגדו כל אחד מהן דמיו פחותין מדמי הכלב מ"מ הא יכול למשוך שני טלאים ולקבוע בהן דמי מחיר הכלב ויותרו השאר כיון דאמרינן דמשום האי טעמא דברירה בדידי' תליא מלתא לברר האיסור ולהטיל על א' מהטלאים דין מחיר כלב ולהתיר עי"ז השאר א"כ מה לי חד ומה לי תרי וכשדמי כל א' פחותין מהכלב ימשוך ב' טלאים ויהיו אסורים והשאר יהיו מותרים:

ע"כ היה נ"ל דבאמת א"א להתיר כלל ע"י ברירה שום תערובות וקושית הש"ס דפריך ונברר חד מינייהו אפשר לפרש לפמש"כ הר"ת בתוס' דזבחים (דף ע"ג) דספק דרוסה

שנתערב ברוב מותר והטעם משום ס"ס שמא לא נדרס ושמא לא זהו ונראה דמ"מ בהמה א' יש לאסור דאם יאכל כולם הא ודאי אכל ספק איסור ואפילו לדעת הר"י ז"ל שחלק על ר"ת וסובר דגזרינן שמא יקח מן הקבוע בחולין מ"מ בספק טריפה שבא לו הטריפות אחר שנתערב מודה דמותר מטעם ס"ס ספק שמא אינו טרפה ושמא לא זהו דדוקא אם נאסר מספק קודם התערובות סובר הר"י דאסור משום דנעשה כודאי איסור אבל אם נולד הטריפות בתוך התערובות שרי דהוי ס"ס כמ"ש הרשב"א בחי' בחולין (דף י"ג והב"י (בסימן נ"ז). מיהו ודאי צריך לאסור אחד מהם כיון דההיתר הוא מטעם ס"ס צריך אחד לכל הפחות לאסור ולפי"ז הכא גבי נטל א' תשעה וכלב איסור מחיר כלב שיש כאן הוא רק ספק דאפילו למ"ד אין ברירה ובב' מינין דלכ"ע אין ברירה מ"מ הוי רק ספק שמא הוי הטלה מחיר הכלב אבל מחיר כלב ודאי לא הוי דהא איכא למימר דלבעל הכלב הגיע הכלב לחלקו משעה ראשונה ולבעל הטלה הגיע הטלה משעה ראשונה ואין כאן מחיר כלב כלל כדאיתא בגיטין (דף כ"ד) גבי כתוב לאיזה שארצה אגרש דרק ר"י סובר דאינו פוסל מן הכהונה משום דגם לקולא אין ברירה ואף בדרבנן סובר אין ברירה בפ' משילין עיי"ש אבל זעירי ורב אסי סברי דאף דאין ברירה היינו לחומרא חיישינן דא"ב והגט פסול אבל לענין כהונה חיישינן דילמא יש ברירה והא דאמרינן בגדיים נגד תיישים דחלקו וחזר ונשתתפו פטורין ממע"ב ולא מחייבינן מספק שמא נטל כל א' שלו ולא הוי לקוח הוא משום דקיי"ל עשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק כדאיתא (בפ"ק דב"מ). אבל ודאי מידי ספיקא לא נפקא וא"כ באחין שחלקו ואחד נטל כלב ואחד נטל טלה לא הוי אלא ספק מחיר כלב ובספק שנתערב יכול למשוך חד מינייהו ואינך לשתרי ולא גזרינן שמא יקח מן הקבוע מיהו כ"ז לרב ענן דסובר דבמין א' יש ברירה והיינו ע"כ דסובר דבמין א' אמרינן דוודאי כל אחד נטל מה שהגיע לחלקו דאי הוה ספק א"כ ליפטר ממעשר דעשירי ספק פטור א"ו דאמרינן ודאי הוברר הדבר דכל א' נטל שלו א"כ הט' טלאים נגד ט' אמרינן בהו ברירה ולא שייך בהו חליפי הכלב כלל דממילא נתפס בהו החלוקה והברירה ט' נגד ט' דהא דאמרינן בגדיים נגד גדיים דיש ברירה מיירי אפילו יש עוד מינין שאינן שווין בירושתן אפ"ה על הדברים ששווין במינן אמרינן ברירה ורק אחד יש בהם שבו נתפס מחיר כלב ולא ודאי מחיר כלב כ"א ספק מחיר כלב דהא גם בטלה נגד כלב יש ספק ברירה. וכיון דליכא אלא ספק מחיר כלב אחד מעורב בעשרה יכול לברור חד מינייהו ואינך לשתרי כדעת ר"ת ז"ל בטריפה וכ"ז לרב ענן דסובר דבמין אחד אמרי ודאי ברירה להכי הט' נתפסים נגד תשעה ורק טלה א' יש בו מחיר כלב אבל לר' יוחנן דאמר דבמין א' נמי אין ברירה א"כ אין נתפסין תשעה

נגד ט' אף שהם מין א' ויש שייכות חליפי הכלב בכל העשרה דנוכל לומר שחליפי הכלב הם בכל אחד מעשרה דהיינו שבכל טלה יש מקצת מחיר כלב ואין שייך כאן למשוך ולברר ולהתיר לאחרים כיון דאיכא חשש מחיר כלב בכל או"א מעשרה. ושפיר קתני במתניתין דעשרה אסורין כולן אבל לרב ענן קשיא ולפי"ז אין אנו צריכין כלל לומר דמהני ברירה בתערובות מחמת שלא הוכר האיסור כמ"ש התוס' דהכא מטעם אחר קאתינן עלה לרב ענן דכיון דהט' נתפסין נגד ט' ואין בזה חשש מחיר כלב ולא נשאר חשש מחיר כלב רק באחד הוא מתבטל ברוב ומהני מה שנמשוך אחד מהן כדעת ר"ת ז"ל בספק דרוסה שנתערב:

ובזה מיושבים גם דברי הרשב"א ז"ל בקדושין היטב דאין כוונת הרשב"א ז"ל לומר דסוגיא דתמורה סברה דבב' מינין יש ברירה בוודאי דא"כ הא לית כאן איסור מחיר כלל רק כלפי מה שהקשה על רבא מה ראי' מייתי מירושת הגר דלמא סובר תנא דירושת הגר כתנאי דס"ל דיש ברירה אפילו בדאורייתא ותירץ ע"ז דאף מ"ד יש ברירה מודה דבב' מינין א"ב משום דבב' מינין לא שייך כלל ברירה והיינו ע"כ משום דאין סברא כלל לאמר בב' מינין ברירה דמאי חזית לומר דבמיתת אביהם נפל מין זה לזה ומין זה לזה וא"כ אפילו ספק לא מיקרי כלל אלא דודאי אין ברירה. וע"ז חזר והקשה דבתמורה מוכח דגם בב' מינין יש ברירה. ולא דוודאי יש ברירה אלא דמוכח מהתם דגם בב' מינין שייך לומר יש ברירה ותליא בפלוגתא דתנאי דמאן דאית ליה יש ברירה בשני מינין נמי סובר יש ברירה וזה שיעור דברי הרשב"א ז"ל דמתחילה הקשה מנ"ל לרבא דירושת הגר דרבנן אימא הא דמותר לומר טול אתה הכום"ז ואני מעות הוא משום דסובר האי תנא יש ברירה וע"ז תירץ דבב' מינין ודאי דאין ברירה היינו דליכא למ"ד יש ברירה בב' מינין דאין סברא כלל לומר שלכל אחד הגיע חלקו משעה ראשונה בב' מינין ואפילו מאן דסובר בכה"ת יש ברירה מודה בב' מינין דאין ברירה מדקאמר התם דבטול אתה חיטין ואני שעורין אסור ואע"ג דהתם הוי איסור דרבנן דדמאי הוי רק דרבנן ומה"ט תנן התם דבטול אתה חיטין שבמקום פלוני ואני חיטין שבמקום פלוני מותר משום דדמאי דרבנן ויש ברירה ואפ"ה בב' מינין אסור משום דאף מאן דסובר דבדרבנן יש ברירה היינו משום דסובר דספיקא הוי אם הגיע לכל אחד חלקו ובדרבנן אזלינן לקולא ואמרינן דהגיע לכל אחד חלקו אבל בב' מינין דאין סברא כלל לומר דהגיע לכל אחד חלקו דמהיכי תיתי נימא שזה ירש חיטין וזה ירש שעורין ואפילו באיסור דרבנן אסור וע"ז מקשה דהכא משמע דבב' מינין לא שייכא ברירה ואפילו מאן דסובר בכה"ת יש ברירה מודה בב' מינין דאין ברירה ולהכי אסרינן אף באיסור דרבנן דאין זה בגדר ספק כלל דהא בבכורות

מוכח דגם בב' מינין אפשר לומר ברירה למאן דאית לי' דהא פריך ונברור חד מינייהו וכבר בארנו דהאי תקנה ליתא אלא אי נימא דגם בב' מינין יש ספק דלמא כ"א נטל חלקו דאז אין כאן אלא ספק מחיר כלב ולרב ענן אין הספק אלא בטלה א' דהשאר הוי ט' כנגד ט' ובטלה א' שיש בו ספק מחיר כלב מהני מה שמברר חד מינייהו כדעת ר"ת ז"ל בספק דרוסה. אבל אם נימא דבב' מינין ודאי לא אמרינן ברירה א"כ יש כאן ודאי איסור מחיר כלב דכלב וטלה ב' מינין הם ולא מהני ברירה אף לרב ענן דאף דט' כנגד ט' יש ברירה וליכא מחיר כלב אלא בטלה א' מ"מ הא בוודאי איסור לא מהני משיכת חד מינייהו גזירה שמא ימשוך מן הקבוע וליכא קושיא אר"ע כלל:

(הגה"ה ואף דגבי גר אמרינן כיון דירושת הגר דרבנן שרי לומר טול אתה עכופ"ז ואני פירות היינו דווקא התם שעיקר זכות הגר הוא רק מדרבנן ולא נפל עכומ"ז לירושתו כלל מתחילה אבל בדמאי אף שהאיסור מדרבנן מ"מ כיון שזכיות החבר הוא דאורייתא אסור משום דבב' מינין לא שייך ברירה כלל והוי' לי' כמוכר דמאי לאחיו ע"ה ואסור מדרבנן:)

מיהו מה שמסיים הרשב"א ז"ל בסוף דבריו ואפשר דרבא סבר בב' מינין אין ברירה וההוא כפשטי' מפרש לה אפילו לא שוי כלבא טפי מד' זוזי ע"כ אינו מובן דאטו רבא קאמר לה דבב' מינין א"ב הא מתניתין דפ"ז דדמאי אמר כן דאף דיכול לאמר טול אתה חטין במקום פלוני ואני אקח חטין במקום פלוני אפ"ה אסור לאמר טול אתה חיטין ואני שעורין וא"כ א"א שיחלוק ר"א ע"ז ואמאי הוצרך לאוקמי בדטפי דמי כלבא טפי מיהו גם זה נכון דר"א סובר דגם בשני מינין הוי ספק אם הוברר הדבר או לא ולא אמרינן דודאי אין ברירה ומתניתין דחבר וע"ה שירשו אביהם דאינו יכול לאמר לו טול אתה חיטין ואני שעורין הוא משום דדמאי שיש לו עיקר בדאורייתא וכמ"ש התוס' בעירובין (דף ל"ז) ד"ה מאן תנא ורבא סובר כיון דדמאי דרבנן אם איתא דיש ספק ברירה בשני מינין הוי לן למימר יש ברירה גבי, דמאי שהוא מדרבנן אף שיש לו עיקר מן התורה:

ולפי דברינו אין מקום למ"ש האחרונים ז"ל ליישב דעת הרמב"ם ז"ל שפסק (בהלכות איסורי מזבח) דאם יש טלה אחד שדמיו כדמי הכלב הוא אסור והשאר מותרים. והקשה הלח"מ דהא הש"ס לא קאמר אלא למ"ד יש ברירה. והרמז"ל (בהלכות בכורות) פסק דאפילו בגדיים נגד גדיים א"ב והאיך מזכה שטרא לבי תרי ותי' דכיון דהא דבע"ח לא בטלו הוא רק מדרבנן ובדרבנן פוסק הרמז"ל יש ברירה ע"כ. ולדברינו לא יתכן תירוצו דכאן לא שייך ביטול ברוב כלל דכיון דא"ב בעינן למיחש שמא יש חליפי הכלב בכל טלה וטלה מהעשרה טלאים ומאי מהני שיברר טלה א' לאוסרו משום מחיר כלב כיון

שיש בכל טלה וטלה ספק מקצת חליפי הכלב ומאן לימא לן שטלה אחד הוא נגד הכלב דלמא מקצת שבכל טלה וטלה הוא נגד הכלב וכולם אסורים והש"ס לא קאמר דהאיסור הוא בטלה אחד רק למ"ד יש ברירה בט' נגד ט' אבל לא למ"ד אין ברירה:

ולפי דרכינו יש ליישב דברי הרמב"ם ז"ל באופן אחר דהא דמבואר בגמרא דדוקא לרב ענן מקשה ונברור חד מינייהו והשאר לשתרי אבל לר' יוחנן אתיא מתניתין בכל גוונא אפילו יש טלה אחד שדמיו כדמי הכלב היינו משום דר' יוחנן אית ליה א"ב אפילו לקולא כדאיתא בגיטין (דף כ"ה) דקאמר ר"י אף אחרון אינו פוסל לכהונה ומשו"ה אמרינן בביצה (דף ל"ז) דלר"י אף בדרבנן א"ב דכיון דסובר דאין זה ספק רק בודאי לא הגיע לכ"א חלקו ומכירה גמורה היא. להכי אף בדרבנן לא מקילינן מטעם ברירה א"כ ודאי יש כאן מחיר כלב ולא ידיע בהי מינייהו וכולם אסורים. אבל לדידן דפסקינן בדרבנן יש ברירה וע"כ משום דספק הוא אי בא חלקו לידו משעה ראשונה או לא להכי בדאורייתא פסקינן לחומרא דא"ב ובדרבנן מקילינן וסמכינן אברירה. להכי הכא באחד נטל עשרה ואחד נטל תשעה וכלב הוי ס"ס שמא אין כאן מחיר כלב כלל והגיע הכלב לחלקו משעה ראשונה ואפילו אם יש כאן מחיר כלב שמא חלפיה בהטלה שבירר אותו והשאר מותרין ולא מיקרי שם אחד כיון דאנו מתחילין שמא אין כאן מחיר כלב ודמי לספק על ספק לא על דמיקרי ס"ס ושפיר פסק הרמז"ל דאם יש טלה א' שדמיו כדמי הכלב בורר חד מינייהו והשאר לישתרי אף שפסק בכל דוכתא אין ברירה בדאורייתא דהש"ס דקאמר דלמ"ד א"ב לא מהני הך תקנה אזיל לר"י דסובר א"ב אף לקולא דלדידי' איכא כאן וודאי מחיר כלב והספק הוא אם בטלה אחד או בכולן להכי כולן אסורין וק"ל:

ואפשר לומר עוד דקושיית הש"ס ולמשוך חד מינייהו לא קאי אאחר חלוקה. דאחר חלוקה דכבר נתפשט בכל היו"ד טלאים ספק מחיר כלב לא מהני ברירה לברר התערובות רק דמקשה אשעת חלוקה דמשמעות המשנה דאפילו לא משכו עדיין כל א' חלקו רק שחלקו והסכימו ליטול זה תשעה וכלב וזה העשרה העשרה אסורין ואין שום תקנה להתיר העשרה לקרבן ואמאי כיון דרב ענן סובר דבט' נגד ט' יש ברירה ונקבע בהן דין ירושה דכל שחלקו טלאים נגד טלאים במספר השוה אמרינן דזהו חלקו משעה ראשונה א"כ הרי יכולים לחלוק ט' טלאים נגד ט' טלאים וטלה אחד נגד הכלב ואז יקבע בהטלה היחידי דין מחיר כלב והתשעה מותרים שאין לחוש בהם משום מחיר כלב כיון שנקבע בהן דין ירושה ע"י שנתחלקו תשעה כנגד ט'. והוברר שזה חלקו משעה ראשונה שירשו מאביהם הרי לא נכנס בהם ספק מחיר כלב וע"י שנקבע בהם דין ירושה בטלאים נגד טלאים ממילא חל שם המחיר על הטלה יחידי ומשתרי ממילא התשעה טלאים

דהא דאמרינן בטלאים נגד טלאים יש ברירה הוא אפילו שנשאר גם טלאים אחרים ונטל כנגדן מין אחר מ"מ הטלאים נגד טלאים מקבע בהן דין ירושה דמה שנטלו שוה בשוה חל ע"ז דין ירושה והטלה האחד שלא נטל כנגדו ממינו רק שנטל כלב כנגדו ובשני מינין אין ברירה הטלה הזה אסור דלא אמרינן ביה שמשעה ראשונה הגיע למי שנטלו והו"ל דין מחיר כלב וקשה לרב ענן דאמר במין אחד יש ברירה ובב' מינין א"ב אבל לר"י דאמר דגם בט' נגד ט' אין ברירה א"ש דלא מהני אף שימשוך בתחילת חלוקה הטלה נגד הכלב להתיר ע"ז שאר הטלאים דהא איהו סובר אין ברירה אפילו במין אחד והתוס' כתבו בגיטין (דף מ"ז) גבי ישראל ונכרי שלקחו שדה בשותפות דלמ"ד א"ב טבל וחולין מעורבין זה בזה ולא מצי להפריש אפילו מיני' ובי' משום דלא אמרינן דבכל חטה וחטה מעורב חלק הישראל והנכרי אלא איכא למימר חטה זו של ישראל וחטה זו של נכרי וגבי נמי אמרינן חלק שדה זו שייך לזה וחלק שדה זו שייך לזה א"כ לא מהני כלל הכא מה שימשוך טלה אחד לעשות אותו מחיר כלב כיון שבט' הנשארים לא נקבע דין ירושה דא"ב אפילו בטלאים נגד טלאים ואכתי יש להסתפק בכל א' מהן למי הוא בא בתחילת מיתת אביהם א"כ איך נימא דע"י שימשוך טלה א' יהא בו דין מחיר כלב כיון דגם בט' הנותרים לא נקבע דין ירושה דא"ב אפילו בט' נגד ט' ואפשר שהטלה שנטל עבור הכלב ונקבע בו דין מחיר כלב הוא בעצמו טלה שלו משעה ראשונה ואינו מחיר הכלב כיון שהוא שלו בעצמו ומחיר הכלב הוא בט' הנשארים שגם בהם לא נקבע דין ירושה ולא הוברר הדבר למי הם משעה ראשונה. ולמ"ד א"ב אנו מסתפקין בכל טלה וטלה למי הוא משעה ראשונה וא"א לקבוע דין מחיר כלב בטלה א' ע"י משיכתו כלל דדוקא לר"ע שבהטלאים הנותרים ט' נגד ט' נקבע בהן דין ירושה וממילא נקבע דין מחיר כלב בהאחד שמשך שא"א לקבע בטלה אחר שכבר נקבע בהן דין ירושה אבל לר"י א"ש וזהו קושית הש"ס ולא רצה לאוקמי' מתניתין דמיירי שכבר משך בסתם היו"ד טלאים ולא בירר הטלה שכנגד הכלב שאז לא מהני ברירתו למשרי אח"כ ולברר התערובות. משום דמתניתין סתמא קתני דאם נטל זה ט' וכלב וזה עשרה העשרה אסורים משמע דאף אם רצונם לחלוק בזה האופן לא מהני להו תקנה להתיר הט' מהעשרה שהוא נוטל:

ואמאי לא קתני הכא במתניתין דעד שלא באו לרשותו יכול למשוך טלה א' כנגד כלב כדקתני בישראל וא"י שירשו אביהם דעד שלא באו לרשותם יכול לומר טול אתה כו"מ ואני מעות וה"נ ניתני כן דעד שלא בא לרשותו יכול למשוך טלה אחד והשאר מותרין [ומצאתי במהרי"ט שם בקדושין פי' הא דקתני גבי גר וא"י שירשו אביהם א"י ואם משבאו לרשותו אסור דמיירי שלא קנו עדיין רק שבירורו כ"א חלקו ולא זכו עדיין א"כ

ה"ה דיש לפרש מתניתין דידן דקתני ולקח א' מהן וכו' היינו שלא זכו עדיין ושפיר פריך הש"ס ולברור היינו כיון דלא זכו עדיין ומוכיח מזה דא"ב אפילו בטלאים נגד טלאים ועוד דאפילו כבר זכו כל או"א בחלקו זה ביו"ד טלאים וזה בט' וכלב יכולים לחזור ולהשתתף ולחלק ט' טלאים נגד ט' וחד טלה נגד כלב כמו שבארנו בהגה"ה דלמ"ד י"ב אם חלקו וחזרו ונשתתפו מיקרי עדיין תפיסת הבית ומתניתין משמע דלית תקנתא לכל היו"ד טלאים] אלא וודאי דא"ב אפילו בטלאים נגד טלאים כר' יוחנן ולא מהני למשוך טלה א' אפילו עד שלא באו לרשותו משום דא"ב גם בט' הנותרים ולא נקבע בהן דין ירושה וא"כ מתפשט הספק בכל היו"ד טלאים דאיכא למימר טלה זה דהאי משעה ראשונה וטלה זה דהאי משעה ראשונה ואולי הטלה שמושך נגד הכלב בלא"ה שלו ונקבע ע"כ מחיר כלב בטלה אחר וממילא כל הט' אסורים והשתא א"ש הא דמשני דהכלב שוה טפי מכ"א מהתשעה ולא מהני מה שימשוך שני טלאים נגד הכלב להתיר הנותרים דכיון דכל שריותא הוא ע"י שהטלאים נגד טלאים נקבע בהן דין ירושה לכן לא נאסר אלא הטלה הא' שמשך עבור הכלב משום דבאינך טלאים ליכא לאיסתפוקי במחיר מחמת דנקבע בהן דין ירושה אבל אם ימשוך שני טלאים נגד הכלב ישארו בידו שמונה נגד ט' הנותרים ור"א אמר בהדי' דלא אמרינן י"ב בטלאים נגד טלאים אלא בט' נגד ט' כיון דשווין הן יש דין ברירה אבל יו"ד נגד ט' כיון דאינן שווין והוי שומא א"ב וכיון דליכא טלה א' להמשיכו נגד הכלב ונתפס גם בטלה שני מחיר כלב שגם הוא יהא בגדר לקיחה כדין גדיים נגד טלאים שא"ב ונשאר אח"כ ט' נגד שמונה ובט' נגד שמונה שוב א"ב ולא מהני משיכתו דעיקר ההיתר הוא מחמת שהנותרים היו טלאים נגד טלאים וי"ב ועי"ז נקבע המחיר רק בטלה שבירר אבל אם נשאר ט' נגד שמונה הא א"ב ולא מהני משיכתו כלל:

וא"ש דברי הש"ס וא"צ לדחוק כדברי התוס' שמועיל ברירה לברר התערובות דהכא אין הבירור ע"י מה שהוא מושך ומברר אלא כיון שהוקבע בתחילת לקיחתו בט' נגד ט' דין ירושה ממילא לית בהן דין מחיר כלב ומה שלא הזכיר הרמז"ל דאם הכניס לרשותו וקנה כ"א חלקו לא מהני מה שימשוך ויברר טלה אחד משום דאין דרכו להזכיר דין שאינו מוזכר בגמרא ועוד דמילתא דפשיטא הוא דאחר שכבר קנה כל אחד חלקו פשט המחיר בכל העשרה טלאים ולא מהני מה שיברור]:

סימן לד

והנה אחרי שנתבאר בסימן הקודם דבשני מינין לרבא ודאי דאין ברירה ואפילו בדרבנן לא סמכינן אברירה בשני מינין דהא בארנו דבמחיר כלב שכנגד הי' טלאים ליכא אלא

איסור דרבנן משום דמדאורייתא בטל ברובא ואפ"ה לא סמכינן אברירה להתיר כל הטלאים לגמרי ולומר דהכלב הי' שלו משעה ראשונה ולא נטל כלל מחיר הכלב משום דכלב וטלה שני מינין הם ובשני מינין אפילו בדרבנן אין ברירה:

ולפי"ז כיון דעיקר טעמא דבב' מינין אין ברירה משום דלא שייך לומר שהוברר הדבר שזהו חלקו משעה ראשונה שמשעה ראשונה לא היה עומד לכך א"כ בחמץ שישראל ונכרי שותפים בו ועבר עליו הפסח א"א להתיר חלק הנכרי אחר חלוקה מטעם ברירה שזהו חלקו משעה ראשונה דכיון דחלק הישראל אסור בהנאה כמאן דלא נתחלק כלל דמי דהא הישראל לא שקל מידי ועפרא בעלמא הגיע לידו מהאי שותפות ואף שזה דומה לטלאים נגד טלאים שבהאי חמץ גופא נטלו כ"א חלק מ"מ כיון שזה שחלקו נאסר בהנאה הוי כלא נטל שום חלק וגרע אפילו מגדיים נגד טלאים שבגדיים נגד טלאים נטל חלק רק שלא היה עומד להתחלק באופן זה אבל זה לא נטל שום חלק וכמאן דלא נתחלק כלל דמי ולא שייך ברירה דעדיין הספק קבוע בהאי שותפות על כל זית וזית חמץ של מי הוא וגם חלקו של נכרי אסור שלא נתברר עדיין חלקו וחלקו של ישראל מעורב בחלקו של א"י כמו קודם חלוקה בשלמא אי הוה אמרינן דלמ"ד יש ברירה אפילו בגדיים נגד טלאים נמי יש ברירה ולא קפדינן אם היה עומד בסתמא לחלק כך או לא רק שבכל אופן שחלקו אמרינן הכל שמשעה ראשונה היה לכ"א חלקו כמו שנעשה החלוקה אח"כ א"כ שפיר אפ"ל דאפילו אם נאסר חלקו של א' מהם נמי אמרינן דאגלאי מילתא למפרע שזה החלק שנאסר היה שלו משעה ראשונה. אבל כיון דחזינן דלא אמרינן יש ברירה אלא אם נעשה חלוקה שהיה עומד לכך משעה ראשונה אבל בב' מינין שאינו עומד להתחלק כך אין ברירה ומכירה בעלמא הוא דהוי א"כ מכש"כ אם לא נתחלק כלל ולאחד מהם לא הגיע שום חלק רק עפרא בעלמא הוא דשקיל דוודאי אין ברירה לכ"ע דהא עכשיו לא שקיל מידי דאין זכי' באיסורי הנאה ואין זה דרך חלוקה כלל:

והגע בעצמך אם היו שנים שותפים באיזה דבר ומחצית השותפות הי' מונח אצל אחד ומחצית היה מונח אצל השני ונאבד חלקו של א' מהן בפשיעתו דודאי הדין נותן שהוא מפסיד חלקו ע"י פשיעתו האם נימא ג"כ בזה אם נחקור בדין ברירה אח"כ שהחלק שהגיע להשותף שחלקו קיים שהגיע לו משעה ראשונה הלא זה גרע טפי מחלקו גדיים נגד טלאים דלכ"ע א"ב דהתם נטל כ"א חלק מהשותפות והכא לא נטל שום חלק מהשותפות רק שהפסיד חלקו ע"י פשיעתו ומשום פשיעותו של זה בחלק א' אין אומרין על החלק שאצל שותף השני שזה חלקו משעה ראשונה כיון שלא הי' דרך חלוקה רק שזה זכה בחלקו מחמת שהפושע מפסיד חלקו ע"י מעשיו:

[**ועוד** נראה דהדין נותן שאין השותף שפשע מפסיד חלקו בחצי השותפות שביד חבירו ואם רוצה לשלם לחבירו בעד חצי החלק שפשע בו יכול ליטול מחצית החלק שביד חבירו ואין שותפו יכול לסלקו לגמרי ולומר שמה שהפסיד הוא המגיע לחלקו אלא אמרינן שמה שנשאר הוא של שניהם ומה שפשע והפסיד הוא ג"כ של שניהם והפושע צריך לשלם לחבירו בעד מחצית החלק שנאבד] וה"ה אם נאסר חלקו של א' מהם בהנאה קודם שחלקו השותפות אפילו אם יחלקו אח"כ נוטל זה שנאסר חלקו מחצה והשני מחצה לא אמרינן בזה ברירה דלא באה לידי חלוקה כלל רק שנשרף חלקו קודם שבא לידי חלוקה ואף שבארנו לעיל דבמידי דאתי ממילא שייך זכי' באיסורי הנאה כדמוכח מדברי הר"ן בנדרים (דף מ"ז) גבי קונם בני ממני שבנו זוכה בנכסיו לאחר מותו ובארנו הטעם משום דירושה ממילא אתי וזוכה אף באיסורי הנאה. וה"נ כיון דכבר קנו השותפות קודם שנאסר בהנאה והשתא גילוי מילתא בעלמא לידע חלקו של כל אחד מהם נכנס חלקו ברשותו אף שהוא אסור בהנאה מ"מ לא דמי כלל דירושה חיילא ממילא ולא בעי שום קנין אלא כל היכא דאיתא נכנס לרשות היורש תיכף במיתת מורישו אבל חלוקת השותפות בעי קנין גמור שיקנה כ"א חלקו בקנין גמור או שיקנה לו רשותו כמבואר בפ"ק דב"ב (דף ג') ובח"מ (סימן קנ"ז וסי' קע"ג) וכיון דאיסורי הנאה לאו בני קנין נינהו משום דאין לו דמים לא מיקרי חלוקה כלל וכיון דלא מיקרי חלוקה לא שייך לומר יש ברירה אפילו בדרבנן:

ואף דגבי עכומ"ז אמרינן בע"ז (דף מ"ב) גזירה דלמא מגבה לה והדר מבטל לה הרי דיש קנין וזכי' באיסורי הנאה התם כבר כתב הר"ן ז"ל הטעם משום דכיון דקודם זכייתו הוי שפיר בר דמים דע"ז של נכרי יש לו ביטול מהני בה קנין אף שע"י קנייתו מפסיד חשיבות דמיו מ"מ עד השתא הוי בר דמים אבל הכא דע"י קנייתו איגלאי מילתא למפרע שקודם קנייתו בחלק זה היתה חמצו של ישראל ואסור בהנאה לא שייך בו קנין וכיון דלא שייך בו קנין ממילא בטלה הברירה ודמי לישראל ונכרי שהיה להם חמץ בשותפות ונשרף חלק א' בפשיעתו של ישראל שאין חלקו של נכרי ניתר בשביל זה כיון שלא בא לידי חלוקה וברירה ומה שכתבנו בשם הגהת אשרי דישראל ועכומ"ז שלקחו כומ"ז בשותפות דמותר חלקו של עכומ"ז ע"י ביטול מטעם יש ברירה דמשמע מזה דשייך ברירה אף שחלקו של ישראל אסור בהנאה ואין לו ביטול התם מיירי שנשתתפו לכתחילה בכומ"ז ומתחילת השותפות היה חלקו של ישראל אסור בהנאה להכי אמרינן שפיר דכשמתחלקים הגיע לישראל חלקו משעה ראשונה ומקרי בא לידי חלוקה דהא נשתתפו באיסורי הנאה אבל אם נשתתפו בהיתר וחלקו של ישראל נאסר אח"כ לא שייך

ברירה דהרי השותפות היה בהיתר וזה לא בא לכלל חלוקה ולא מיבעיא לרבא דסובר דבב' מינין לכ"ע אין ברירה דודאי לא שייך ברירה מחמת שחלק הישראל אסור בהנאה אלא אפילו לפמ"ש הרשב"א דלרב אשי בבכורות גבי מחיר כלב אמרינן יש ברירה אפילו בשני מינין למ"ד יש ברירה מ"מ הכא דלא בא לכלל חלוקה וחלק הישראל נאסר בהנאה קודם חלוקה ודאי אין ברירה דגרע יותר מב' מינין:

והא דאמרינן בסנהדרין (דף קי"ב) בהמה חצי' של עיר הנדחת וחצי' של עיר אחרת אסורה. עיסה חציה של עיר הנדחת וחציה של עיר אחרת מותרת מ"ט בהמה לאו כמאן דפליגי עיסה כמאן דפליגי דמי ועיסה דמותרת הוא מטעם ברירה דסובר ר"ח יש ברירה הרי שאף שחלק של עיר הנדחת נאסר בהנאה ע"י הגמר דין וכשנחלוק ונימא יש ברירה איגלאי מילתא למפרע שחל הגמר דין קודם החלוקה על חלק זה. ואפ"ה אמרינן בה ברירה כיון שמ"מ בררה עיר הנדחת את חלקה מישתרי חלקה אצל עיר האחרת ומוכח מזה שלא כדברינו. ז"א דבלא"ה הקשה השא"ר ז"ל בתשובה על הרמב"ם ז"ל שפסק (בהלכות עכומ"ז) כר"ח דעיסה חציה של עיה"נ וחציה של עיר אחרת מותרת דהא ר"ח ע"כ דסובר יש ברירה ומטעם זה עיסה מותרת דאמרינן הוברר הדבר שמה שהגיע לעיה"נ היא חלקה משעה ראשונה ומה שהגיע לעיר האחרת היא חלקה משעה ראשונה ואנן דקיי"ל אין ברירה אף עיסה אסורה והניח בתימא והגאון בעל מק"ח באו"ח (סימן תמ"ח) תי' דכיון דנכסי עיה"נ נאסרין ע"י הגמר דין של ב"ד ולב ב"ד מתנה שיחול הגמ"ד על החלק שיגיע לאנשי עיה"נ ולהכי שרי אף למ"ד אין ברירה וא"כ א"ש נמי שמועיל ברירה אף שנכסי עיר הנדחת אסורין בהנאה דהא איסור ההנאה חל אחר החלוקה ולאחר שזכו אנשי עיה"נ בחלקם אז חל הגמ"ד ונאסר ובשעת חלוקה עדיין היתר הוא אבל היכא דבשעת חלוקה ממש אסור חלקו של אחד בהנאה לא מיקרי חלוקה אף למ"ד יש ברירה:

ובזה ישבתי מה דקשיא לי בה כמה שנין ואח"כ מצאתי להגאון ב"ס תורת גיטין שעמד בזה בהא דאמרינן בחולין (דף מ"א) דמקשינן למ"ד אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ע"י מעשה ממתניתין דהמטמא והמדמע והמנסך בשוגג פטור ובמזיד חייב ואמאי הא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ומשני דאית לי' שותפות בגוויה ופירשו התוס' דנאסר חלקו של המנסך לבד וקשה דהא למ"ד יש ברירה לא אפסדי' מידי דאפשר לחלק היין וחלקו של המנסך יהא אסור וחלק השותף יהא מותר דהוברר הדבר שזהו חלקו של המנסך משעה ראשונה וכ"ת דתנא דמתניתין סובר אין ברירה אכתי תיקשי הא בגיטין (דף נ"ג) איתא בברייתא ג"כ המטמא והמדמע והמנסך בין בשוגג בין במזיד חייב דר"מ והא ר"מ סובר יש ברירה **(וי"ל לפ"ד התוס' ביומא נ"ו ד"ה דברי ר"מ וש"מ.)** ותיקשי לדידי'

הא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ולא מצי לשנויי דמיירי דאית לי' שותפות בגווי' דכיון דיש ברירה הא אפשר לחלק היין ולא יהא שום היזק להשותף ותקשה למ"ד אין אדם אוסר דבר שאינו שלו וא"ל דלר"מ בלא"ה לא קשה דלטעמי' אזיל דסובר (בכלאים פ"ז) ומייתינן לה ביבמות (דף ס"ג) גבי כלאים דהמסכך גפנו על גבי תבואתו של חבירו ה"ז קידש ואדם אוסר דבר שאינו שלו. דז"א דהך דאדם אוסר דגבי כלאים אינו ענין כלל להך דמנסך ור"מ מודה במנסך דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו משום דמנסך בדעתו ומחשבתו תליא ושייך לומר א"א אוסר דש"ש כמש"כ התוס' ביבמות (דף פ"ג) ד"ה אין אבל גבי כלאים אין האיסור תלי במחשבה כולי האי והתם בקראי פליגי כמ"ש רבינו שמשון בשם הירושלמי שם וראי' לזה דאין הש"ס מביא הנך דכלאים גבי פלוגתא דבהמת חבירו רבוצה א"ו משום דפלוגתא אחריתא הוא וא"כ כיון שהוכחנו דלמ"ד אין אדם אוסר דשא"ש גם לר"מ אמרינן כן ומוכרח לאוקמי הא דאר"מ באית לי' שותפות בגווי' ותיקשי דהא ר"מ סובר יש ברירה ויכול לחלק היין ולא מידי אפסדיה אבל לפי מה שבארנו דאם חלקו של א' נאסר בהנאה ולא אתיא לכלל חלוקה ודמי לעפרא ולכ"ע א"ב א"כ ה"נ אף שהוא בעצמו נסכו מ"מ אין לו אלא דין מזיק ומפסיד חלקו אבל לכלל חלוקה לא בא ואפילו אם יחלוקו יהא מעורב חלק האיסור במה שיגיע ליד שותפו ולא מהני חלוקה אפילו למ"ד יש ברירה ושפיר מוקמינן דאית לי' שותפות בגווי':

מיהו נ"ל דאין ראיה מזה דאפשר דלעולם למ"ד יש ברירה מהני חלוקה להתיר חלק האחד אף שחלקו של זה אסור בהנאה והא דקשה א"כ תהני לר"מ חלוקה אפ"ל דהא דהוצרך הך מ"ד דסובר א"א אוסר דשא"ש לאוקמי מתניתין דהמנסך דאית לי' שותפות בגוויה הוא רק משום ר' יהודא דברייתא ותנא דמתניתין דסברי בשוגג פטור ובמזיד חייב ולדידהו אמרינן היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק ובמזיד חייב רק משום תיקון העולם אבל לר"מ דסובר דבין בשוגג בין במזיד חייב לק"מ למ"ד א"א אוסר דשא"ש דאפשר לומר דלהכי מצי לאסור יינו של חבירו משום דסובר היזק שאינו ניכר שמיה היזק וכיון דשמיה היזק לא שייך לומר א"א אוסר כו' דהניסוך גופא הוי שינוי כמש"כ התוס' בגיטין (דף נ"ג) דלהכי פשיטא לי' להש"ס דלמ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק אינו יכול לומר הרי שלך לפניך בגזל חמץ ועבר עליו הפסח משום דמה שנאסר מיקרי שינוי למ"ד שמי' היזק כמו היזק הניכר כגון שבירה דמיקרי שינוי וה"נ הניסוך אם נאסר היין מיקרי שינוי וכיון שאם יאסר היין יהא שינוי ממילא חל האיסור כמ"ש הרשב"א ז"ל בחי' במרובה (דף ס"ז) בהא דקאמר דגנב וגזלן שתרמו תרומתן תרומה דמעיקרא טבלא והשתא תרומה והוי יאוש ושינוי השם ואע"ג דאם לא יחול התרומה לית כאן

שינוי השם. מ"מ הקנין וחלות התרומה באין כאחת. וה"נ גבי יין נסך כיון דאם יאסר יהא שינוי כדין כל השינוים בא האיסור והשינוי ביחד וא"כ בלא שותפות נמי יכול לאסור. והא דמקשה הש"ס ממתניתין דהמטמא והמדמע והמנסך ולא משני דסובר כמ"ד שמי' היזק ויכול לאסור מחמת דקנה בשינוי. משום דהש"ס אזיל כאן בשיטת הש"ס בגיטין דבעי למימר שם דר"מ ור"י פליגי בהך מילתא גופי' דר"מ דסובר דגם בשוגג חייב סובר היזק שאינו ניכר שמיה היזק ור"י דסובר בשוגג פטור וכן תנא דמתניתין הוא משום דסובר לאו שמיה היזק ואפ"ה נאסר היין אע"ג דלית כאן שום שינוי הרי דנאסר בלי שינוי וע"ז הוצרך לאוקמי בדאית לי' שותפות בגוויה אבל לר"מ דלא מצינן לאוקמי בדאית לי' שותפות דהא סובר יש ברירה אפשר לשנויי לדידי' דלהכי נאסר היין משום דסובר היזק שאינו ניכר שמי' היזק והוי שינוי מיהו אכתי אין זה מספיק בטעמא דלר"מ א"צ לאוקמי בדאית לי' שותפות בגוויה משום דנאסר לדידי' מטעם שינוי דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק דהא שמעינן לי' לר"מ דאמר בב"ק (דף צ"ה) הגוזל רחל וילדה רחל וגזזה משלם אותה ואת גיזותי' ואת וולדותי' משום דקניס ר"מ לומר דשינוי אינו קונה וצריך להחזיר גוף הגזילה ואף בשינוי שע"י מעשה הגזלן בידים משמע התם דקניס ר"מ שלא יקנה בשינוי כדמוכח התם דמייתי ראי' דבשוגג לא קניס ר"מ ממשנה דהנותן צמר לצבע לצבוע לו אדום וצבעו שחור דנותן לו דמי צמרו ולא דמי צמרו ושבחו ש"מ דבשוגג לא קניס ומדלא מחלק בין שינוי שע"י מעשה ושינוי דממילא ש"מ דאפילו ע"י מעשה קניס ר"מ נמי וכיון דקניס צריך להחזיר בעינא ולא קנה א"כ ממילא בעינן לומר א"א אוסר דשא"ש וצ"ל דלענין איסור בעינן לאוקמי אד"ת ומה"ת שינוי קונה לר"מ וממילא נאסר היין ותקנת חכמים נדחה ממילא דתקנת חכמים הוא לקונסו שיחזור גזילה בעינא וכאן שנאסר היין טיבותא דנגזל הוא שיחזיר דמי היין:

שוב ראיתי דא"א לומר דטעמא דר"מ משום דסובר היזק שאינו ניכר שמי' היזק דהא שמעינן לי' בב"ק (דף ע"א) דאמר גנב שור הנסקל וטבחו משלם דו"ה ומוקמינן לי' דסובר כר' יעקב דאמר אף משנגמר דינו החזירו מוחזר וכיון דסובר החזירו מוחזר ע"כ דלא שמי' היזק דאי שמי' היזק הא הוי שינוי וקנה בשינוי ואינו יכול לומר הש"ל דמה"ת לר"מ שינוי קונה רק משום קנס אינו קונה וכאן טיבותא דנגזל הוא דליקני בשינוי ויתחייב לשלם דמים דמאן דאית לי' אין אומרין באיה"נ הש"ל משום דדמי להיזק ניכר והוי שינוי לדידי' גם בשומר אין אומרים הש"ל באיה"נ כדאיתא בב"ק (דף מ"ה ודף צ"ח) דאע"ג דשומר לא קני בשינוי מ"מ הא לא מחזיר מאי דיהיב ליה והש"ס דבעי למימר בגיטין (דף נ"ג) דר"מ סובר היזק שאינו ניכר שמי' היזק הוא ה"א בעלמא והו"מ

למימר ולטעמיך ומסקנא לא קיימא הכי אלא טעמא דר"מ משום דקניס שוגג אטו מזיד וכיון שבררנו דגם ר"מ אית לי' היזק שאינו ניכר לא שמי' היזק א"כ אנו מוכרחין לומר דברייתא דהמטמא והמדמע והמנסך מיירי דאית לי' שותפות בגווי' למ"ד אין אדם אוסר דש"ש ור"מ סובר יש ברירה ואפ"ה לא מהני חלוקה וש"מ כמש"כ דכל היכא שחלק א' אסור בהנאה לא שייך ברירה:

ועוד נ"ל להביא ראיה לזה מהא דאמרינן בחולין (דף מ"א) דמקשינן למ"ד אין אדם אוסר דש"ש אפילו ע"י מעשה מהא דתנן שם היו שנים אוחזין בסכין ושוחטין א' לשם א' מכל אלו וא' לשם דבר כשר שחיטתו פסולה ומשנינן דאית ליה שותפות בגוויה והא ברישא דהך מתניתין (דף ל"ט ע"ב) קתני השוחט לשם הרים לשם גבעות לשם ימים לשם מדבריות שחיטתו פסולה ופרכינן עלה פסולה אין זבחי מתים לא ורמינהו השוחט לשם הרים וכו' לשם מדבריות לשם חמה ולבנה כו' ה"ז זבחי מתים ומשני הא דאמר להר הא דאמר לגדא דהר ופרש"י ז"ל דמתניתין מיירי ששחט להר דהר אינו נעשה כומ"ז דכתיב אלהיהם על ההרים ולא ההרים אלהיהם הלכך לשמן לא מיקרי זבחי מתים מיהו פסולה מלאכול משום דדמיא לזבחי מתים ומיחלפא עכ"ל הרי מבואר דשוחט לשם הרים פסול רק מדרבנן ועלה קתני בסיפא היו שנים שוחטין אחד לשם אחד מכל אלו וא' לשם דבר כשר שחיטתו פסולה ומוקמינן לה באית לי' שותפות בגוויה וא"כ תקשי כיון דליכא אלא פסול דרבנן משום דמיחלף בשחיטת כומ"ז אמאי פסולה כל הבהמה לחלקה והשותף השני יטול את שלו ונימא איגלאי מילתא למפרע שחלק זה מותר שהיה שלו למפרע דהא שחיטה לעכומ"ז מטהר מידי נבילה כדאמרינן בב"ק (דף ע"א) בשוחט לעכומ"ז שחיטה שאינה ראוי' שמה שחיטה ומחייב בדו"ה דמטהר מידי נבילה ואמאי קתני סתמא פסולה הא חלק של השני מותר אחר החלוקה. ואין לומר דהאי תנא סובר דאפילו בדרבנן אין ברירה בעירובין (דף ל"ז) אמר רבא לר"נ מאן האי תנא דאפילו בדרבנן ל"ל ברירה דתניא אמר לחמשה הריני מערב על איזה מכם שארצה רציתי ילך לא רציתי לא ילך רצה מבעו"י עירובו עירוב משחשיכה אין עירובו עירוב אשתיק ולא א"ל מידי והיינו משום דלא אשכח ר"נ תנא דסובר בדרבנן אין ברירה והא הכא ר"נ הוא דאמר אין אדם אוסר דבר שאינו שלו אפילו ע"י מעשה ולדידי' בעינן לאוקמי מתניתין דשנים אוחזין בסכין וא' שוחט לשם א' מכל אלו באית לי' שותפות בגוויה ואפ"ה קתני פסולה דמשמע דכל הבהמה פסולה ואסורה באכילה ולא מהני חלוקה משום דאין ברירה אע"ג דקאי אשוחט לשם הרים דהוי רק איסור דרבנן דמיחלף בשחוטה לכומ"ז. הרי תנא דסובר אין ברירה אפילו בדרבנן ואמאי אישתיק. א"ו כמש"כ

דכל כה"ג שחלק א' מהשותפין נאסר בהנאה קודם חלוקה אפילו באיסור דרבנן אין זה ברירה כלל דכמאן דלא נתחלק דמי וכמש"כ לעיל:

מיהו לפמש"כ התוס' שם דהו"מ למימר ר' יוסי הוא דסובר באגודה של ירק אין ברירה אלא משום דאגודה של ירק יש לו עיקר מה"ת חשוב לי' כדאורייתא. א"כ אין ראי' נמי מההיא דחולין דהתם נמי יש לו עיקר בדאורייתא בשוחט לגדא דהר ולהכי אישתיק ר"נ:

ולפי מש"כ הריטב"א שם בחי' דרבא בעי לי' תנא שמוזכר שמו בברייתא שיסבור בדרבנן אין ברירה ואע"ג דמייתי ברייתא דחכמים סתם שאומרים רצה מבעו"י עירובו עירוב משחשיכה אין עירובו עירוב מ"מ סמך הוא אמסקנא דמהפך דברי חכמים לר"ש ור"ש לחכמים ור"ש הוא דאמר רצה מבעו"י עירובו עירוב א"כ מוזכר בזה שם התנא דסובר דאפילו בדרבנן אין ברירה וא"ש דלהכי לא מייתי מתניתין דחולין משום דלא מוזכר שם שם התנא ולעולם אימא לך דסובר אין ברירה דלמ"ד יש ברירה שייך ברירה אפילו בשנאסר חלקו של א' מהם:

ולכאורה יש להביא ראי' לדברינו שכתבנו דזה לא מיקרי חלוקה אם חלקו של א' מהן אסור בהנאה מהא דאמרינן בר"ה (דף י"ג) בעו מיני' חברייא מרב כהנא עומר שהקריבו ישראל בכניסתן לארץ מהיכן הקריבו אילימא דעייל ביד נכרי קצירכם אמר רחמנא ולא קציר נכרי והקשו התוס' הא אמרינן בע"ז (דף נ"ג) א"י ירושה להם מאבותיהם. ותירצו דמ"מ יש לעכום"ז חלק במה שזרע והקשה בטו"א דא"כ מאי אמר ר"א בע"ז דישראל שזקף לבינה ולא השתחווה לה ובא עכום"ז והשתחווה לה אסורה כתחילתה של א"י מדכתיב ואשיריהם תשרפון באש מכדי א"י ירושה להם מאבותיהם וא"א אוסר דבר שא"ש ואי משום הנך דמעיקרא בביטול בעלמא סגי אלא מדפלחו ישראל לעגל גלו אדעתייהו דניחא להו בעכום"ז ועכום"ז שליחותייהו קא עבדי ולפי דברי התוס' דיש לעכום"ז חלק במה שזרע איכא למימר דמה שאסרה תורה האשירות הוא משום חלק העכום"ז ולא שייך לומר א"א אוסר דבר שא"ש ותירץ הטו"א דהעכום"ז וישראל הם שותפים בהאילנות שזרע ונטע העכום"ז ור"א לטעמי' אזיל דסובר בבכורות (דף נ"ו) בגדיים נגד גדיים יש ברירה ומקשה דנימא א"א אוסר דש"ש ואמאי אמרה תורה לשרוף כל האשירות יטול הישראל חלקו שהוא מותר עיי"ש בדבריו ולכאורה אכתי קשה כיון דר"א סובר יש ברירה א"כ השתא נמי דאמרינן ישראל שזקף לבינה ולא השתחווה לה ובא עכום"ז והשתחווה לה אסרה ונאסר חלק הישראל מ"מ לחלק העכום"ז מועיל ביטול וכדאמר ואי משום הנך דמעיקרא בביטול בעלמא סגי ואכתי אמאי אמרה תורה לשרוף כל האשירות הא יכול לטול חצי האשירה ולשרוף והחצי של עכום"ז מועיל ביטול

ודוחק לומר שלא היו נמצאים שם העכומ"ז בעלי האשירות שיעשו עמהם חלוקה ולא מיקרי חלוקה כיון שנהרגו קודם חלוקה דזה אינו דאטו כולם נהרגו וקרא סתמא קאמר ואשיריהם תשרפון באש אפילו האשירות שבעליהן קיימין ועוד הא קיי"ל בע"ז (דף מ"ג) דעכומ"ז מבטל כומ"ז שלו ושל חבירו ואפילו בע"כ:

ועוד דהא אמרינן בע"ז (דף מ"ה) גידוע עכומ"ז קודם לכיבוש א"י כיבוש א"י קודם לביעור עכומ"ז ואמר התם תני רב יוסף רדוף ואח"כ שרוף ופרש"י שם שנצטוו לגדוע האשירות ואח"כ לכלות העכומ"ז ואח"כ לשרוף האשירות ע"ש וכיון שנצטוו בגידוע קודם כיבוש בשעה שהיו העכומ"ז עדיין קיימים א"כ נתבטל חלק העכומ"ז ע"י גדוע כדאמרינן התם (דף מ') כיצד מבטלה קירסם וזירד נטל ממנה מקל או שרביט אפילו עלה ה"ז בטילה וכיון שנתבטלה בשעת גידוע הרי הותר חלק העכומ"ז והיו יכולין ליתן להעכומ"ז חלקם שיבטלם וליטול מהם אח"כ וליהנות מהם וחצי שלהם יניחו עד אחר כיבוש א"י ולשורפם אח"כ והתורה אמרה לשרוף כל האשירות וא"ל דהא דר"א סובר בבכורות בחלקו גדיים נגד גדיים יש ברירה לאו לקולא הוא דסובר הכי אלא לחומרא לחייבו במעשר בהמה משום דשמא יש ברירה והו"ל תפיסת הבית כשנשתתפו אח"כ וחייבין לחומרא והכי משמע לישנא דתלמודא דקאמר אומר דהוי חלקו המגיעו משעה ראשונה ור' יוחנן סובר ודאי אין ברירה אפילו לקולא ופטור ממעשר בהמה והיה ניחא בזה מה שלא היה מועיל ביטול לחלק הנכרי דכיון דר"א ספוקי מספקא לי' אי יש ברירה א"כ מספק אין להתיר חלקו של עכומ"ז דדלמא אין ברירה וזהו חלקו של ישראל ומה שאמר ר' אלעזר מכדי ירושה היא להם מאבותיהם וא"א אוסר דשא"ש ולא אמר שאסור חלקו של ישראל משום דשמא אין ברירה הוא משום דאם נימא דחלקו של ישראל לא נאסר כלל ועיקר האיסור משום חלקו של עכומ"ז הא מהני ביטול ובש"ס דאמר ואי משום הנך דמעיקרא בביטול בעלמא סגי הוי מצי למימר ואי משום חלקו של עכומ"ז בביטול בעלמא סגי ולהכי אמר אי משום הנך דמעיקרא שהם אסורים לגמרי כל האילנות כמות שהן אבל לעולם ר"א נמי אית לי' דא"א לסמוך אברירה לקולא ומש"ה לא הי' יכולין להתיר חלקו של עכומ"ז ע"י ביטול זה אינו דהא בש"ס מוכח דלר"א לקולא נמי יש ברירה דקא פריך לדידי' בבכורות ממשנה דמחיר כלב וא"א יש ברירה נברור חד מינייהו והנך לישתרי עיי"ש כמ"ש לעיל הרי דלר"ע ור"א לקולא נמי יש ברירה א"כ תקשה אמאי אמר רחמנא ואשיריהם תשרפון באש הא יכולין ליתן להעכומ"ז חלקם ויותר מטעם ברירה שכבר היה להם ביטול ע"י הגידוע אבל לפמש"כ דאפילו למ"ד יש ברירה אם חלקו של אחד נאסר בהנאה קודם חלוקה מודה דאין ברירה משום דלא

מידי שקיל א"כ ה"נ כיון שחלקו של ישראל אסור בהנאה ולא מהני לי' ביטול משום דגלו אדעתייהו דניחא להו בעכומ"ז כדין ישראל שזקף לבינה וכיון שהם אינם יכולין לזכות בחלקם אין כאן דין ברירה ואסורים כל האילנות ולא מהני להו ביטול משום חלק הישראל המעורב בהן ואין ברירה אף לר"א וכמ"ש לעיל:

וכן צ"ל הך סברא במש"כ כמה מהאחרונים ז"ל דאין חדש נוהג בשל עכומ"ז והקשה הש"ך ביו"ד (סי' רצ"ג) דהא אמר בר"ה (דף י"ג) מנ"ל דאקריב דכתיב ויאכלו מעבור הארץ ממחרת הפסח דאקריבו העומר והדר אכול מעיקרא לא אכול ואמאי לא אכול הא כל התבואה היתה של עכומ"ז ומוכח דחדש נוהג בשל עכומ"ז ותירצו האחרונים ז"ל דאפ"ל דאינו נוהג בשל עכומ"ז והא דלא אכלי משום דא"י ירושה להם מאבותיהם והוי תבואה של ישראל ואף שיש לעכומ"ז חלק בו מ"מ אסור משום חלקו של ישראל ואכתי תיקשי להנך תנאי ואמוראי דסברי יש ברירה הא יכולין לחלק התבואה ולאסור חלקם וחלק העכומ"ז יהא מותר אם אין חדש נוהג בשל עכומ"ז א"ו כמש"כ דכיון שנהרגו האומות ולא הי' להם עם מי לחלוק רק שמצאו תבואות מונחים לא שייך ברירה כיון שלא בא לכלל חלוקה דברירה לא שייך אלא כשבא לכלל חלוקה כמש"כ לעיל אבל בלא בא לכלל חלוקה אף שהישראל יברור חלקו מ"מ כיון שלא הגיע לעכומ"ז חלקו הרי לא נתחלק ומעורב חלקו של ישראל וחלקו של עכומ"ז:

וכיון שנתברר דבכה"ג לכ"ע אין ברירה א"כ חלק הישראל וחלק העכומ"ז שוין הן ובתרווייהו יש להסתפק באיסור חמץ שעבר עליו הפסח ולשיטת רש"י ז"ל שהביאו השא"ר שכ' בהא דישראל ועכומ"ז שלקחו שדה בשותפות דלמ"ד אין ברירה וטבל וחולין מעורבין זה בזה מצי הישראל להפריש התרומה מחלקו מיני' ובי' משום דבכל חטה וחטה יש חלק להישראל ולהעכומ"ז וכשמפריש מיני' ובי' שפיר דמי וה"נ חלק העכומ"ז והישראל אסורין שניהם דבכל א' יש איסור חמץ שעבר עליו הפסח כיון דאין ברירה מעורב חלקו של ישראל בכל משהו ולפי שיטת התוס' שכתבו דאף מיני' ובי' לא מצי להפריש משום דאפשר דהחיטין שמפריש לתרומה הם של עכומ"ז והכרי שמפריש עליו הם של ישראל ומפריש מפטור על החיוב משום דלמ"ד אין ברירה אפשר לומר דחיטה זו דהאי וחיטה זו דהאי א"כ יש להקל ולהתיר חלקו של העכומ"ז ולומר דהגיע לו חלקו בלי שום ברירה רק שהחיטים שהגיעו לו הם שלו כיון דחמץ שעבר עליו הפסח הוא רק מדרבנן כמש"כ השא"ר ז"ל:

והנה התוס' הקשו על רש"י ז"ל מהא דאמר רב יוסף אי לאו דאר"י קנין פירות כקנין הגוף דמי לא מצא ידיו ורגליו בביהמ"ד דכיון דאר"י האחין שחלקו לקוחות הן והו"ל

קנין פירות לחוד וא"כ לא משכחת לה דמייתי ביכורים כ"א חד בר חד עד יב"נ ולשיטת רש"י דאמר דכל היכא דאמרינן אין ברירה כל משהו הוי של שניהן א"כ הכא גבי חלוקת שדה של ירושה יש לכל אחד חלק בודאי במה שהגיע לו בשעת חלוקה ויכול להביא ביכורים מחלקו לכל הפחות ואמאי לא משכחת לה דמייתי ביכורים בלאו חד בר חד:

ולכאורה הי' נראה ליישב דיש לחלק בין תערובות המעורב בתחלת ברייתו לתערובות המעורב אחר ברייתו דבתערובות המעורב בתחילת ברייתו אמרינן דליכא חלק מיוחד כלל רק כל משהו הוי דתרווייהו. אבל תערובות שמעורב אחר ברייתו אמרינן שיש חלק מיוחד לכ"א רק שמעורב ואינו ניכר:

ובחילוק זה מיושב מה שהקשו התוס' בחולין (דף ע"ט) ד"ה מה"ד דמותר להרביע באבוה דהאי חמור ואמו סוס ואבוה דהאי סוס ואמו חמור ולא אמרינן אתי צד סוס ומשתמש בצד חמור וגבי חצי עבד וחצי ב"ח אמרינן דאסור לישא חצי' שפחה וחציה ב"ח משום דאתי צד חירות ומשמש בצד עבדות ועיי"ש שדחקו בזה ולדברינו יש לחלק בין דבר המעורב בתחילת ברייתו למעורב אחר ברייתו דבפרידה שמתחילת ברייתו מעורב בה שני הכחות של סוס וחמור אמרינן דאין בה צד סוס מיוחד ולא צד חמור מיוחד רק שהוא כמין בפ"ע שמעורב בכל משהו כח סוס וחמור ולהכי שרי להרביעו אמינו אבל בחצי עבד וחב"ח ששיחררו רבו ונעשה התערובות אחר לידתו והוייתו בעולם יש חלק חירות מיוחד וחלק עבדות מיוחד ושפיר אמרינן דאתי צד עבדות ומשתמש בצד חירות וה"נ לענין קושיית התוס' על רש"י ז"ל יש לומר כה"ג דמש"כ רש"י ז"ל שיכול להפריש מיני' ובי' הוא גבי ישראל ועכומ"ז שלקחו שדה בשותפות שאנו דנין על יניקת החיטין שינקו משדה השותפות ונתערב בהן יניקת קרקע עכומ"ז ויניקת קרקע ישראל מתחילת ברייתו ממש ונעשה תערובות גמור עד שכל משהו הוא מיניקת שניהן ממש כמו גבי תערובות דפרידה ולהכי שרי להפריש מיני' ובי' אבל גבי בכורים דבעינן שיאמר האדמה אשר נתתה לי [דהאי לא משכחת לה דמייתי דקאמר היינו דמייתי וקורא קאמר כמ"ש רש"י ז"ל שאינו יכול לומר פרי האדמה אשר נתתה לי אבל להביא יכול אף בקנין פירות] ובעינן שהקרקע יהא שלו והקרקע נתחלק בעת שירשו מאביהם. ואי אמרינן אין ברירה איכא למימר שהגיע לכל אחד חלק חבירו ממש דהא אין בה תערובות מתחילת ברייתו רק תערובות שאחר ברייתו כמו בחצי עבד וחב"ח ויש לכל אחד חלק מיוחד ואיכא למימר שנתחלפו החלקים ואינו יכול לאמר מן האדמה אשר נתתה לי:

(הגה"ה ואחר כותבי מצאתי להרמב"ן ז"ל בחי' למס' חולין (דף ע"ט) שהביא הקושיא מפרידות. ותי' וז"ל ולאו קושיא היא דשאני תולדה דמבלבל זרעייהו כדאמרינן לעיל דאל"כ סומא יוליד סומא כו' עיי"ש והוא כמ"ש שיש חילוק בין תערובות שבתולדה לתערובות שאח"כ:)

ולפי"ז היה מקום לחלק גם בנידון דידן אם היי"ש שהי' לישראל ולא"י בשותפות הוא מתחילת הוייתו של שניהם כגון שעשו אותו מתבואה שלהם בזה אמרינן דבכל משהו יש חלקו של ישראל ואסור גם חלק העכום"ז משום דאין ברירה ומעורב בו חמץ של ישראל שעבר עליו הפסח ואם קנו בשותפות היי"ש חלק העכום"ז יש להתיר דשמא הגיע לו חלקו ממש ואפילו חלקו של הישראל נמי יש להתיר מה"ט משום שמא הגיע לו חלקו של עכום"ז אלא משום דדמיא לב' שבילין ותליא אם בא לשאול זה בפ"ע וזה בפ"ע תלינן בשניהם לקולא מיהו ל"ד להתם דהתם יש לשניהם חזקת טהרה להכי מקילינן אף דהחזקות סותרות זא"ז אבל הכא ליכא חזקת היתר אדרבה בפסח היו שניהם אסורין וא"א להתיר שום אחד מהם ועיין ברמב"ם (פ"א מהלכות תרומות הלכה ב') שכ' ישראל ועכום"ז שלקחו שדה בשותפות אפילו חלקו שדה בקמתה ואצ"ל אם חלקו גדיש הרי טבל וחולין מעורבין בכל קלח וקלח מחלקו של עכום"ז בד"א בא"י שהמעשרות של תורה ובש"ת אין ברירה אבל אם לקחו שדה בסוריא הואיל והמעשרות שם מדבריהן אפילו חלקו הגדיש חלקו של עכום"ז פטור מכלום מבואר מזה דחלקו של ישראל אסור דחייב בתרומה ומעשר ולא אמרינן שיהא פטור חלקו של ישראל ג"כ מטעם דנימא לקולא אין ברירה והגיע ליד ישראל חלקו של עכום"ז כיון שהחיוב הוא רק מדרבנן וע"כ מטעם שכתבנו דא"א להתיר ב' החלקים דלהוי תרי קולי דסתרי אהדדי מיהו מדברי הרמב"ם ז"ל אין ראי' דהא הוא כתב דבא"י דאמרינן אין ברירה אמרינן דטבל וחולין מעורבין בכל קלח וקלח וזה כמו שבארנו לעיל דדבר שמעורב מתחילת ברייתו איכא בכל משהו ומשהו שני חלקים א"כ א"א להקל בסוריא גם בחלקו של ישראל משום ספיקא דאין ברירה והגיע לישראל חלקו של עכום"ז דהא בתערובות שמתחילת ברייתו ליכא חלק מיוחד כלל וא"כ חלקו ש"י אסור ממ"נ דאי יש ברירה הרי הגיע לו חלקו שמשעה ראשונה וחייב בתו"מ ואי אין ברירה הרי מעורב בכל משהו ומשהו שני חלקים ויש במה שהגיע ליד הישראל חלק משעה ראשונה:

**(הגה"ה ובזה י"ל ג"כ פה שהקשו התוס' בחולין (דף ע"ט) בהא דאמרינן התם דלמ"ד שה ואפילו מקצת שה חייב לכסות כוי ביו"ט. ובביצה אמר דאם שחט בהמה חיה ועוף ונתערבו דמם זב"ז אסור לכסות ולדברינו א"ש דגבי כוי דהוי תערובות שמתחילת

ברייתו ויש בכל משהו דם כח החיה יכול לכסות דטרח בשביל דם חיה. משא"כ בשחט בהמה וחיה ונתערב דמם שיש משהו של בהמה מיוחד ומשהו של חיה מיוחד הרי דטרח בשביל דם בהמה לחוד ואסור ביו"ט ודו"ק:)**

ובחידושינו בגיטין (דף מ"ז) כתבנו ליישב קושית התוס' הנ"ל וכן מה שהקשו שם (בדף מ"ח) דכיון דרב יוסף אמר אי לאו דאמר ר' יוחנן קנין פירות כקנין הגוף דמי לא מצא ידיו ורגליו בבהמ"ד כיון דהוא סבר האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל א"כ לא משכחת לה דמייתי ביכורים אלא חד בר חד עד יהושע ב"נ א"כ אנן דקיי"ל אחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל וקיי"ל נמי כרי"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי איך מצאנו ידינו ורגלינו בבהמ"ד דהא ליכא חיוב ביכורים אלא בחד בר חד וכן הקשו המפרשים על הרמב"ם ז"ל ונראה לי ליישב דכיון דר"י דאמר דלר"י לא משכחת דמייתי ביכורים אלא חד בר חד ע"כ דסובר דגבי שותפין בקרקע אמרינן דנתחלפו החלקים ויכול להיות שהגיע לכ"א חלקו של חבירו למ"ד אין ברירה. וכמש"כ לעיל בשם התוס' להכי לא משכחת לה דמייתי ביכורים משום דכל אחד יש לו דין לוקח חד במה שהגיע לחלקו אבל הרמב"ם ז"ל דחה דברי רב יוסף מהלכה משום דמצינו לר' ירמי' ורבא שחלוקין על רב יוסף בענין זה והכי איתא בבכורות (דף **(הגה"ה ואף אם מכר על תנאי שלא יוחזר ביובל נמי מחוייב להחזיר וכמש"כ הגמ"י בב"מ בפ' הזהב בשם הרשב"א ז"ל דאפילו למאן דאמר דתנאי דע"מ שלא תשמיטנו שביעית מהני מכל מקום תנאי שלא תחזור ביובל לא מהני כיון דכתיב ביובל קודש לה' לאו דידי' הוא כלל ולא מהני תנאו ומחויב להחזיר א"כ לא משכחת לה דמייתי ביכורים אלא חד בר חד לדידן:)** מ"ח) אמתניתין דמי שלא ביכרה אשתו וילדה שני זכרים ומת האב והבנים קיימים ואמר ר"מ אם נתנו עד שלא חלקו נתנו וא"ל פטורים ופריך בגמ' מ"ש כי חלקו דאזיל לגבי האי ומדחי ליה ואזיל לגבי האי ומדחי לי' כי לא חלקו נמי ליזול לגבי האי ולידחייה וליזיל לגבי האי ולידחייה א"ר ירמי' זאת אומרת שני יוסף בן שמעון שהיו בעיר אחת ולקחו שדה בשותפות בעל חוב גובה אותה מהם דא"ל אי בדידך מסיקנא מנתא דידך קא שקילנא ואי בחברך מסיקנא מנתא דחברך קא שקילנא אמר רבא מכדי ניכסי דבר איניש אינון ערבין בו מי איכא מידי דלדידיה לא מצי תבע ליה ולערב מצי תבע לו כו' ע"כ הרי דר' ירמי' סובר דשני יוסף ב"ש שלקחו בשותפות בע"ח גובה מהם ורבא נמי לא פליג אלא משום דניכסין דאינש אינון ערבין כו' ולרב יוסף דסובר דשותפים שיש להם שדה בשותפות יש לכל אחד חלק מיוחד רק שאין חלקו ניכר והכי הוא דינא דשותפות דיש לכל אחד חלק מיוחד אלא שאינו ניכר ואחרי שאינו ניכר אדעתא

דהכי נשתתפו שישתמש כל אחד גם בחלק חבירו דהא למ"ד אין ברירה יש לכל אחד חלק מיוחד רק שאנו חוששין שנתחלפו החלקים והגיע לכל אחד חלקו של חבירו גם קודם חלוקה אמרינן שיש לכל אחד חלק מיוחד דהא לדעת התוס' אסור להפריש מיני' ובי' שמא מעט חיטים הם של ישראל ומעט הם של הנכרי וחוששין שמא מפריש מן החיוב על הפטור והא התם אשעת גידול קא מספקא לן דחיובא דמעשר תליא בשעת גידול התבואה דהא מייתי לה למיפטר משום דגנך ולא דגן עכו"ם והיינו אשעת הבאת שליש כדאיתא שם בסוגיא ואי נימא דבשעה שהם שותפים גם התוס' מודו דליכא חלק מיוחד לכל חטה דהאי ודהאי א"כ אמאי אסור להפריש מיניה ובי' א"ו דלדעת התוס' גם בשעה שהיו שותפים אמרינן דיש חלק מיוחד להעכום"ז ולישראל ולהכי לא מצי להפריש מיניה וביה דילמא מפריש מן החיוב על הפטור והכי הדין בב' שותפין דעלמא שיש חלקים מיוחדים שאינם נכרים וא"כ היכא יכול לגבות מב' יוב"ש השותפין בקרקע דבשלמא בראובן ושמעון שיש להם שדה בשותפות ואחד מהן חייב לבעל חובו כיון שידוע שראובן הוא חייב להבע"ח בא הבע"ח ונוטל חלק א' מן השדה ואם יאמר לו שמעון החלק שאתה נוטל הוא שלי ואני איני חייב לך יאמר לו הבע"ח אם אתה אומר שזה החלק שלך א"כ תן לי חלק השני שהרי ע"כ יש לשותפך חלק בהאי שדה ואם אתה אומר שהחלק זה שלך תן לי חלק השני שהוא של הלוה שלי והלוה השני אינו יכול לדחותו שהרי הוא חייב לו בודאי אבל הכא בשני יוב"ש אם יבא ליטול חצי שדה בדרום יאמר לו אחד מהם זה שלי ואני איני חייב לך וכן אם יבא ליטול החצי שדה שבצפון יאמר לו האחר זה שלי ואני איני חייב לך דהא אינו ידוע מי הוא היוב"ש שחייב לו וממילא דאין המלוה יכול לגבות משדה זו ומדסבר ר' ירמי' דבע"ח גובה מהן ע"כ דסובר דשדה של שני שותפים יש לכל א' חלק בכל משהו ולהכי שפיר גובה הבע"ח מהאי שדה כיון שבכל חצי שדה שרוצה ליטול עבור חובו יש ללוה שלו חלק בה וכמו שהלוה יש לו חלק בכל השדה בכל משהו ומחמת זה משתמש בכל השדה כן נכנס המלוה בשדה זו בחובו ונעשה שותף עם מי שאינו חייב לו לאכול פירותי' עד שיחלקו את השדה ויטול המלוה מחצה בחובו וכיון דר' ירמי' ורבא סברי הכי דלא כרב יוסף דסובר דיש לכל א' חלק מיוחד כוותייהו נקטינן דאינהו בתראי ושפיר מייתינן ביכורים אף דקיי"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי והאחין שחלקו לקוחות הן ואין ברירה. מכ"מ יש לכל אחד חלק ירושתו בכל משהו ומשהו ומיושבים דברי ר' יוחנן וגם פסק הלכה דידן ולפי"ז מוכח דאפילו בדבר שאינו מעורב מתחילת ברייתו כמו קרקע אמרינן נמי דיש

לכל אחד חלק בכל משהו. ולמ"ד אין ברירה גם אחר החלוקה אמרינן כן וכיון דאתברר לן דע"כ לדידן בעינן למיפסק כשיטת רש"י דלמ"ד א"ב יש לכל אחד חלק בכל משהו: ולפי מה שבארנו דבענין דידן א"א לומר כלל ברירה משום דלא באו עדיין לכלל חלוקה רק שהחלק האחד נאסר מאיליו א"כ יש בכל משהו יי"ש חלק הישראל ואסור משום חמץ שעעה"פ:

ובלא"ה יש לעיין במש"כ השא"ר ז"ל דכיון דבדרבנן יש ברירה והוי ספק דרבנן. הא אמרינן במכות (דף ד) חבית מלאה מים שנפל לים הגדול הטובל שם לא לו טבילה חיישינן לשלשה לוגין שלא יהיה במקום א' אלמא אע"ג דג' לוגין שאובין הוי דרבנן וטומאה דאורייתא ודאי אזלה לה ע"י טבילה ואפ"ה חיישינן לספק טומאה חדשה דמים שאובין דשמא בא זה ראשו ורובו במים שאובין וזה א' מן הדברים הפוסלין את התרומה ואע"ג דהוי רק ספיקא דרבנן אפ"ה חיישינן לה משום שנולד האיסור דרבנן תיכף בהליכת האיסור דאורייתא וה"נ גבי חמץ שעעה"פ בתוך הפסח היה האיסור מדאורייתא ובכלות הפסח תיכף נולד האיסור דרבנן דחמץ שעעה"פ ובעינן למיחש לספיקא דידי' אף שהוא מדרבנן מיהו איכא למידחי דהתם הטעם משום דאורחיה להיות קוו וקיימא כדאמר התם ודווקא ים הגדול דקוו וקיימי אבל נהרא לא ולהכי חיישינן התם לספק מים שאובין אע"ג דהוי מדרבנן תדע דאמרינן שם חבית מלאה יין שנפל לים הגדול ונפל שם ככר של תרומה דטמא אע"ג דאיכא למימר אוקי ככר אחזקתו וע"כ משום דאורחיה להיות קוו וקיימי. מיהו נ"ל דכיון שכתב מעכ"ת דלעכומ"ז יש ב' חלקים ולישראל חלק א' וכבר כתב המג"א (בסימן תמ"ז ס"ק מ"ד) דיש לסמוך ארוב פוסקים דחמץ שעעה"פ בטל ברוב ה"נ כיון שחלק העכומ"ז הוי רובא לגבי חלק הישראל הכל שרי ואף דלמ"ד יש ברירה לא שייך כאן ביטול ברוב כיון דיש לברר ההיתר מתוך האיסור ולהפריד חלקו של ישראל מתוך חלקו של עכומ"ז ע"י חלוקה וכל היכא שיש לברר ההיתר מתוך האיסור לא שייך ביטול ברוב כמו שיתבאר לפנינו וה"נ בדרבנן קיי"ל יש ברירה ולא שייך ביטול מ"מ כיון דאם נימא ברירה שייך ביטול דהא א"א לברר החלקים ע"י ברירה מקילינן בדרבנן ואמרינן אין ברירה להקל כמ"ש השא"ר ז"ל דהיכא דנוכל להקל בדרבנן ע"י מה שנאמר אין ברירה מקילינן. ומכש"כ דא"ש טפי לפי מה שבארנו לעיל דהכא לכ"ע אין ברירה משום דא"א לבא לידי חלוקה מחמת איסור הנאה שיש בו:

אולם גם בהיתר הזה יש לפקפק לכאורה לפי מה שכתבו הפוסקים דדבר המעורב בתחילת ברייתו לא בטל והביאו ראיה לזה מיבמה שרקקה דם דמיקרי רקיקה משום שא"א לדם בלא צחצוחי רוק ולא אמרינן דהרוק בטל בדם. והקשו ע"ז מהא דפסקינן

ביור"ד (סימן קב) דדבר המעורב מתחילת ברייתו בטל אף דהוי דבר שיש לו מתירין וביאר הצל"ח דאם דבר המבטל היה ניכר קודם התערובות רק שהדבר המתבטל לא היה ניכר שפיר מהני ביטול ואדרבה קיל טפי ואפילו בדשיל"מ בטל כמו גבי גיגית מלאה ענבים בעוטה והיין צלול בו הרבה מקודם השבת ויצא גם עתה יין בשבת מן הענבים מותר לשתות מן התערובות בשבת אף דהוי דבר שיל"מ משום שהמבטל היה ניכר מקודם שבא לתוכו המבטל אבל היכא שהמבטל לא היה ניכר קודם התערובות לא בטל כלל כמו שביאר כ"ז הצל"ח בפסחים פרק כ"ש ובנוב"י מהד"ת:

וא"כ נחזי אנן בהאי שעבר עה"פ בתוך הפסח היה ב' החלקים אסורים חלק הישראל וחלק העכומ"ז ביחד דאנן קיי"ל דלא ילפינן שאור דאכילה משאור דראיה ואחה"פ הותר חלקו של עכומ"ז וחלקו של ישראל נשאר באיסורו וא"כ א"א לדון בזה דין ביטול דהא עיקר התערובות שאנו דנין עליו התחיל אחה"פ ולא היה ניכר חלקו של עכומ"ז בהיתרו כלל ומתחילת הזמן שהתחיל ההיתר בחלקו של עכומ"ז מעורב בו חלק ישראל שהוא אסור וכל היכא שאין המבטל ניכר בהתירא בפ"ע קודם שבא לתוכו המתבטל לא מהני ביטול:

ונ"ל להביא ראיה לסברא זו מהא דאמרינן בב"מ (דף נג) דפריך לחזקיה דאמר מע"ש שאין בו שו"פ אומר הוא וחומשו מחולל על מעות הראשונות לפי דא"א לצמצם מהא דתניא דמע"ש בטל ברובא באין בו שו"פ ומשני דלא פריק ופריך וניתי ב' פרוטות ונחלל עליה בפרוטה ומחצה ונחלל האי על האיך יתירא ומשני מי סברת פרוטה ומחצה תפסה ב' פרוטות לא פרוטה תפסה פרוטה חצי פרוטה לא תפסה הדר הוי לי' דאורייתא ודרבנן ולא מצטרפי עכ"ל הגמ' וקשה אמאי קרי' לי' להאי חצי פרוטה דאורייתא הא איהי נמי רק דרבנן מפני דמדאורייתא היא מתבטלת בפרוטה השלימה שהובא עמה ביחד וא"כ הו"ל דרבנן ודרבנן ומצטרפי שפיר וקשה להנך רבוותא דסברי דהא דאין מבטלין איסור לכתחילה הוי רק דרבנן והכא משום איסור דרבנן לא איכפת לן דהא החצי פרוטה שנתערבה מכבר תצטרף עם החצי פרוטה של עכשיו ויתפס בהם פדיון ויאכלם בכאן בלא ביטול ולא שייך כאן אין מבטלין איסור לכתחילה דממ"נ אי אזלת בתר דאורייתא כל חד וחד בטלה אף דהוי דבר שיש לו מתירין ומותר לבטל איסור אף לכתחילה מה"ת מאי אמרת דמדרבנן אסור לבטל לכתחילה לאוכלה ע"י ביטול הא הכא יהא פדיון מדרבנן דהני תרתי חצי פרוטות יצטרפו ויתפס בהם פדיון ויאכלם בלא ביטול א"ו דלא שייך בזה דין ביטול משום דקודם הפדיון היה הכל אסור משום מע"ש ובשעה שפדה אותן בהנך פרוטות והלך איסור מע"ש מפרוטה השלימה מיד מעורב בו החצי פרוטה

ממע"ש ומעולם לא הוכר הפרוטה השלימה בהיתרה להכי אין בה כח לבטל את חצי הפרוטה ושפיר הוי החצי פרוטה זו דאורייתא וחצי הפרוטה הישנה דרבנן ודאורייתא עם דרבנן לא מצטרפי:

מיהו להנך רבוותא דסברי דהא דאין מבטלין איסור הוי דאורייתא אין ראי' מכאן. דהא א"א למיעבד הכי כיון דחצי הפרוטה לא תפסה ומתבטלת בהך פרוטה השלימה ולא תבא בשום פעם לכלל פדיון דאורייתא רק שתצטרף עם החצי פרוטה הישנה ויתחלל רק מדרבנן דמדאורייתא כל חד מינייהו בטלה ברובא דידה להכי אסור לעשות כן לכתחילה. ואף דאפשר לומר דלא שייך כאן אין מבטלין איסור לכתחילה דהא אכתי מצי לאסקינהו לירושלים ולמכלינהו שם מ"מ הוא אדעתא למיכל כאן קא מחלל ומיקרי מבטל איסור לכתחילה ואסור אבל להנך רבוותא דסברי דמבטלין איסור לכתחילה מדאורייתא קשה וצ"ל דלהכי לא בטל משום שלא היה ניכר המבטל קודם התערובות וכמ"ש הצל"ח ומ"מ נ"ל כיון דקיל לן טפי האי ביטול דחמץ שעבר עה"פ משאר ביטולים דאפילו בשאינו מינו בטל ברוב ולא איכפת לן בטעמא דידי' וטעמא דמילתא הוא משום האיסור הוא משום דקנסוהו על שעבר על ב"י ובי"מ. ולהכי לא קנסו בתערובות וכדמשמע לישנא דהש"ס כי קניס ר"ש בעיניה אבל ע"י תערובות לא קניס להכי נמי לא קפדינן אמה שהוא מעורב בתחילת ברייתו. דמ"מ כיון שהוא בתערובות לא קנסינן ושרי משום דקיל לן האי תערובות משאר תערובות זהו הנלע"ד:

ויש לעיין בהא דאמרינן בתמורה (דף טו) אפילו למ"ד חטאת ציבור שכיפרו בעליה מתה חטאת ציבור שמתו בעליה אינה מתה לפי שאין הציבור מתים ויליף לה משעירי הרגלים ושעירי ר"ח דאמר רחמנא אייתינהו מתרומת הלשכה ודלמא מתו מרייהו דהני זוזי אלא לאו ש"מ דאין הציבור מתים. ופרש"י וז"ל שאין דין חטאת שמתו בעליה בציבור משעירי מוספי הרגלים ור"ח דחטאת נינהו ואמר רחמנא אייתינהו מתרומת הלשכה משקלים הבאין באדר ואע"ג דאיכא למימר דילמא מתו מרייהו דהנך זוזי קצת מאותן שהביאו השקלים מתו קודם הרגלים ונמצא שמקריבין חטאת שמתו בעליה שהרי יש להם חלק בהן עכ"ל רש"י ז"ל וקשה מאי ראיה היא זו ודלמא לעולם חטאת ציבור שמתו בעליה נמי מתה והכא ה"ט דלא חיישינן דלמא מתו מרייהו משום דבטל חלקם ברובא ועיין במל"מ (ה' מעילה) שהקשה ג"כ מהא דתנן בשקלים שהכהנים דורשים מקרא זה לעצמן כל מנחת כהן כליל תהיה לא תאכל הואיל והעומר ושתי הלחם ולחם הפנים שלנו הם האיך הם נאכלים ומזה למדו שכל כהן אינו מחויב להביא שקלים והקשה המל"מ דלמא לעולם חייבין להביא שקלים ומ"מ הם נאכלין משום דבטל חלקם ברוב:

ול"נ דאין זה קושיא דשפיר הביאו הכהנים ראי' מעומר ושה"ל דממ"נ כיון דא"א לקיים מצות עומר ושתי הלחם כתיקונם אא"כ יתבטל חלקם א"כ ע"כ שאין החיוב עליהם להיות להם חלק בעומר ושתי הלחם דאיך אפשר לומר תרתי דסתרי דמחויבין שיהא להם חלק והמצוה א"א לקיים אא"כ יתבטל חלקם הא עיקר טעם הביטול משום דחלקם כמאן דליתא דמי וממילא מוכח שאינם מחויבים להביא וכיון דפטירי מעומר ושתי הלחם ולחה"פ ממילא פטירי נמי משאר קרבנות אלא דקשה מהא דפריך בערכין (דף ד') ולבן בוכרי כיון דלכתחילה לא מחייבי לאתויי כי מייתי נמי חוטא הוא דקא מעייל חולין בעזרה עיי"ש וע"ז שפיר יפול קושית המל"מ מאי איכפת לן על חלקם משום חולין בעזרה הא בטל חלקם ברובא ול"נ דגם מזה לא קשה דביטול לא שייך אלא באיסור שנתערב בהיתר ואין אנו יכולין לברר ההיתר מתוך האיסור ובכל משהו שנפרש מהתערובות הזה יהיה בו תערובות איסור והיתר יחד בזה אמרינן שהתורה אמרה שהמיעוט בטל ברוב אבל בדבר שאם נפריש מעט מהתערובות הזה יצא האיסור לגמרי מהתערובות ולא נצטרך לבא לביטול כלל בזה לא שייך ביטול כלל ובתערובות שקלים שנשתתפו הישראלים והכהנים יחד ונעשה מזה תערובות גמור ושקלי הכהנים הם חולין אם נפריש אח"כ שקלי הכהנים לבד יתפרד התערובות לגמרי שהרי יצא מכאן חלק הכהנים וקבלו חלקם והשקלים הנשארים שקלי ישראלים לבד הם ואף דלענין איסור בשותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורים ליהנות מדבר של שותפות ולמ"ד אין ברירה לא מהני חלוקה כלל כמ"ש הר"ן ז"ל בנדרים (דף מו) היינו דוקא התם גבי איסורא כיון דנכסי חבירו נאסרו עליו אסורים לעולם אף לאחר שיצאו מרשות חבירו ואף אם מכרו למודר עצמו כמ"ש הר"ן בשם הרשב"א ז"ל בנדרים (דף לה) ד"ה דיקא וכיון דאין ברירה הא מתהני מנכסי חבירו שאסורים עליו לעולם אבל לענין ממון אם השותף האחד נטל חלקו ושייר המותר לפני חבירו כבר אין לו חלק ממון במה שנשאר לחבירו דלענין ממון מהני הקנאה דמכאן ולהבא דאף דלמ"ד א"ב לא אמרינן שע"י חלוקה איגלאי מלתא למפרע שכ"א נטל מה שהיה שלו מעיקרא אבל מכאן ולהבא מהני החלוקה שנוכל לומר שכ"א מחזיק בשלו דמכאן ולהבא מהני הקנאה שכ"א מקנה לחבירו חלקו וה"נ אם נפריש מהקופה שיעור שקלי הכהנים יפקע זכות כח ממונם משאר כל השקלים ותשאר כל הקופה בדין שקלי ישראל אף אם לא יעלה בידינו ליתן להכהנים אותן שקלים שנתנו ממש וכמ"ש התה"ד (בסימן שי"ד) והביאו להלכה הרמ"א (בסימן רצ"ב) בעובדא דראובן מסר לשמעון עשרה זהובים והי' לו משלו עשרים זהו' ונקרע הכיס בהליכתו ונאבדו לו ד' זהובים ושמעון אמר שאינו מקבל אחריות אבידה רק שאנו מסתפקין

איזה נאבד משל ראובן או משל שמעון והשיב דלא שייך לאמר בזה כל דפריש מרובא פריש וודאי משל שמעון נאבד משום דשל שמעון היה עשרים זהובים והוי רובא נגד מעותיו של ראובן דלא שייך הכא לאמר כן משום דאע"ג דהי' לכל אחד כבר מבוררים הזהובים שלו מכ"מ לאחר שעירבו מדעתו שם טבעא חד הוא ואם לא הי' נפסד כלום מהם ודאי היו נוטלים בלא קפידא מן הכיס והי' מחזיר לכל א' לפי המנין שנתן לו ולא דמי למפקיד טלה דיש קפידא בין טלה לחבירו וכל אחד מקפיד שיבא לידו את שלו משא"כ בזהובים שהן כולן טבין ותקילין לא קפדי אינשי כלל שיבא שלהם לידם וא"כ שם כולם על כל זהובים וזהובים ולא שייך לאמר בהן שלך נפסד וכל דפריש מרובא פריש עכ"ל התה"ד אלמא דגבי מטבעות כל שנטל א' מהשותפים מטבע יהי' שלו או של חבירו כבר נטל שלו ופקע זכותו מהאי תערובות אפילו למ"ד אין ברירה משום דמיד שנתערבו שוב אין מקפידין שיגיע לכ' המטבע שנתן וה"נ כיון שנפריש כמנין שקלי הכהנים וניתן להם פקע זכותם משקלים שנשארו בקופה ואף ששקלי הכהנים נתקדשו במה שהפרישו אותם להביא מהם קרבנות ציבור מ"מ האי קנין שיש לכל נותן שקל לקופה שיהא נקרא הבאת הקרבנות ציבור מממונו כבר יפסידו הכהנים במה שניתן להם כמנין שקלים שנתנו ועוד דהא הוי הקדש טעות שמן הדין לא היו צריכים להפריש שקלים והם הפרישו ומתחלל שקלי ישראל הנברר עבור הכהנים על שקלי הכהנים הנשאר בתוך הקופה ונעשו שקלי הישראל שנבררו ליתן להכהנים בחזרה חולין ושקלי הכהנים שישארו בתוך הקופה הקדש ולהכי לא שייך בזה ביטול דכל תערובות שאם נבדיל מעט מהתערובות ילך האיסור לגמרי ולא נצטרך לדין ביטול לא דייניגן בזה דין ביטול כלל דכמו שאם ניכר האיסור במקומו לא בטל ה"נ אם אינו ניכר רק שע"י הפרשת שיעור האיסור יתברר האיסור לחוד וההיתר לחוד לא בטל ושפיר פריך כי מייתי נמי חוטא הוא דקמייתי חולין בעזרה כיון דאינן מחוייבין להביא ואין חלקם קדוש וביטול לא שייך כאן דיכולין להפריד חלקם נמצא מעורב בהנך קרבנות חולין בעזרה:

והנה כ"ז שייך כאן אבל בסוגיא דחטאת הציבור שמתו ודאי דקשה אמאי דלא בטל הני זוזי דמתו מרייהו דשם א"א להפריד התערובות דאחר שיקנו השעירים במעות השקלים מתו קצת בעליהן ונמצא יש בתוך כל שעיר חטאת שמתו בעליה דהא ודאי דקושית הש"ס הוא מהני שמתו אחר שנקנו השעירים לחטאות דהני שמתו קודם שנקנו השעירים איכפת לן דכיון שמתו אבד זכותם ונשאר חלקם לצבור ואין כאן דין חטאת שמתו בעליה ורק מהני דמתו אחר שנקבע בשעירים שם חטאת קא פריך דהני כבר זכו בחטאת ואח"כ מתו והוי חטאת שמתו בעליה וזהו כוונת רש"י ז"ל שכ' מתו קודם

הרגלים דהיינו לאפוקי אותן שמתו זה זמן רב קודם שנקבע דין חטאת בשעירים אלא דעיקר החששא מהנך שמתו בקרוב קודם הרגל אחר שנקבע דין חטאת בשעירים. ולא כ' רש"י קודם הרגל לאפוקי בתוך הרגל קודם ההקרבה אלא לאפוקי אותן שמתו זמן רב לפני הרגל קודם שנקבע בשעירים דין חטאת וכיון דקושית הש"ס הוא מהנך דמתו אחר שנקבע דין חטאת ודאי דקשה דנימא דבטל האיסור חטאת שמתו בעליה ברובא בכל שעיר ושעיר דהא אף אם נפריד עבור חלקם שקלים מ"מ דין חטאת שמתו בעליה שיש בתוך השעירים לא בטל דחטאת אינו נמכר וא"כ יועיל ביטול ברוב דהא א"א להפריד האיסור כלל אולם לפי מה שבארנו לעיל יש לישב גם זה דכיון דקודם זריקת הדם היה כל הקרבן אסור באיסור מוקדשין ולאחר שנזרק הדם הותר חלקן של הבעלים הקיימים וחלק המתים באיסורן קיימין א"כ לא היה ניכר המבטל בהתירו ולהכי ליכא כאן דין ביטול וצ"ע:

סימן לה

ובמה שכתבנו לעיל (בסימן ל"ד) דלא שייך ביטול אלא אם גם אחר שנפריד שיעור האיסור נצטרך לבא לדין ביטול אבל היכא שאם נפריד שיעור האיסור יהא השאר מותר לגמרי בלי שום ביטול לא שייך בזה ביטול יש לעיין בפרט זה ולכאורה יש להביא ראיה דגם בכה"ג שייך ביטול דבפסחים (דף ל"ה) ממעטינן שאינו יוצא במצה של טבל משום דכתיב לא תאכל עליו חמץ שבעת ימים תאכל מצות כל שאיסורו משום ב"ת חמץ יצא בו יד"ח מצה וכל שאין איסורו משום ב"ת חמץ אין יוצאין בו יד"ח מצה והתוס' בפסחים (ל"ח) ובסוכה (דף לה) הקשו ל"ל קרא ת"ל דטבל לא הוי לכם כמו דילפינן אתרוג של טבל ומצה נמי בעי לכם ותירצו דגבי אתרוג שפיר לא מיקרי לכם משום דאתרוג החסר פסול וחלקו של כהן שיש בהאי אתרוג לא מיקרי לכם ופסול אבל גבי מצה הא יכול לאכול יותר מכזית שיהא שיעור מצה לבד חלקו של כהן ושפיר הוי לכם להכי איצטריך קרא דב"ת עליו וקשה להני אמוראי דחיישי למצוה הבב"ע בר"פ לולב הגזול (דף למ"ד) אכתי לא מיבעי לן קרא דבת"ע דתיפוק לי' משום מהב"ב (ובאמת נשארו התוס' שם בתימא) ואף דאיכא למימר דמירי שאין לו מצה אחרת וה"א דאתי עשה ודחי ל"ת ולא מיקרי מהבב"ע מ"מ כיון שצריך לאכול יותר מכשיעור לא שייך לומר אתי עשה ודחי ל"ת דבהאי יתורא דקאכיל ליכא עשה ועיין בשא"ר (סימן צ"ז) שהקשה כן. ואף שהתוס' בעירובין (דף ק') הקשו בהא דמתן א' שנתערב במתן ד' דליתי עשה דמתן ד' ולדחי ל"ת דבל תוסיף. ותירצו דכיון דבא ע"י פשיעה לא דחי עיי"ש משמע הא אי לאו טעמא דע"י הפשיעה הוי אמרינן שיתן כולן במתן ד' אע"ג דהעשה מקיים בטפתא דמא

שהוא ממתן ד' והל"ת עובר בהני טיפות שהם מקרבן של מת"א אפ"ה דחי עשה ל"ת משום דכיון דמעורבין זב"ז וא"א להפרידן וא"א לקיים מ"ע דמתן ד' אא"כ יעבור אל"ת בדמים של מתן א' רשאי לזרוק הדם משום דחיית עשה לל"ת וא"כ ה"נ הכא באוכל יותר מכזית מצה של טבל אף שהעשה הוא מקיים רק בשיעור כזית מ"מ רשאי לאכול יותר מכזית שאם לא יאכל יותר מכזית לא יצא דמעורב בו חלקו של כהן להכי מותר לאכול האי יתורא דכזית מפני דחיית העשה והותר לו לאכול אף יותר מכשיעור המצוה כדי לקיים העשה אף דבהאי יתורא ליכא קיום המצוה וליכא מהב"ב. מ"מ נראה דלא דמי כלל דהתם כשנותן מתן ד' בהאי נתינה גופא מקיים זריקה דמתן ד' בדמי העולה ועובר אבל תוסיף בדמי הבכור ומעשר דאף דלאו באותו דם עצמו שמקיים עשה דזריקה עובר ל"ת דבל תוסיף מ"מ בחדא נתינה מקיים מצות זריקה ועובר אבל תוסיף ואתי עשה ודחי ל"ת אבל אכילה דמצה כשאוכל יותר מכשיעור מצה האי אכילה מעשה לחוד והאי אכילה מעשה לחוד דחיך יטעם אוכל וכל משהו אכילה בפ"ע הוא והמצוה מקיים בשיעור מצומצם וביתורא דקא אכיל ליכא מצוה ואכילה בפ"ע הוא הלכך אם אכל יותר מכשיעור לא שייך לומר דאתי עשה ודחי ל"ת והוי מהב"ב ול"ל קרא דב"ת חמץ וצ"ל דאם יאכל יותר מכשיעור נמי שרי מטעם דכיון דהכזית שאוכל אין בו איסור משום שמקיים בו המצוה ונדחה האיסור ל"ת שבו מפני המצוה גם היתרון שיותר מכזית נמי שרי שהוא בטל בהיתר היינו הכזית שאוכל לקיום המצוה דהא היתרון אין בו אלא מעט והוא משהו בעלמא לחלקו של כהן דחטה אחת פוטרת את כל הכרי ומתבטל בכזית דשיעור מצה ולא דמי לשאר טבל דעלמא שהאוכלו חייב ולא אמרינן דמתבטל חלקו של כהן דהתם כל כמה שלא הפריש כולו אסור אבל הכא שהכזית הותר מפני דחיית העשה שפיר מתבטל מה שיש בו מעט יותר מכזית (ובזה היה אפשר ליישב שיטת הרב אלפסי ז"ל שפסק בלולב הגזול דביו"ט שני נמי פסול כר"י דמצוה הבב"ע דאורייתא דדריש מקרא והבאתם את הגזול ואת הפסח וגו' שתמהו עליו הראשונים ז"ל שלא פסק כשמואל דסובר דל"ש אלא ביוט"ר אבל ביו"ט שני מתוך שיוצא בשאול יוצא נמי בגזול דאף דשמואל ור"י הלכה כר"י מ"מ כיון דרבא סבר שם כוותי' דשמואל צריכין למפסק כשמואל ובעינן למפסק כרבא דהוא בתרא אבל לפמש"כ א"ש דא"א למפסק בזה כשמואל ורבא דשמואל לטעמי' דסובר בפסחים (דף כ"ט) ובע"ז (דף ע"ד) כר"י דמין במינו לא בטל וכיון דלא בטל היותר מכשיעור א"כ ליכא למימר דאתי עשה דמצה ודחי ל"ת דטבל דאיותר מכשיעור ליכא עשה והאיסור יש וא"כ הוה מצוה הב"ע אם יאכל ומדאצטריך ברייתא למעוטי מקרא למצה של טבל משום שישנו בב"ת טבל ולא משום

ב"ת חמץ מוכח מזה דלא חיישינן למצוה הבאה בעבירה וכן רבא סובר נמי כר"י דמין במינו לא בטל בפסחים (דף ל') לשיטת רש"י ז"ל שם עיי"ש וכן שיטת כמה רבוותא ז"ל אבל לר' יוחנן דסובר דמין במינו בטל ליכא הוכחה מהך ברייתא דלא חיישינן למצוה הב"ע משום דהאי משהו היותר מכשיעור בטל בשל היתר וליכא מצוה הבב"ע והוצרך ללמוד דאינו יוצא במצה של טבל משום שאינו בבת"ח ולהכי לדידן נמי דפסקינן דמין במינו בטל בעינן למיפסק כר"י דמהב"ע פסול ובעינן למימר כיון דקפסיק ותני גזול פסול ל"ש ביו"ט א' ול"ש ביו"ט שני ועיין ברא"ש ע"ז (דף ע"ג) שגם הרב אלפסי ז"ל חזר ממה שפסק כשמואל במין במינו ופסק כר' יוחנן דמין במינו בטל]. מיהו לפמש"כ לעיל דבכה"ג לא שייך ביטול דכל היכי דאם נפריש מעט מהאיסור נשאר ההיתר בהיתר גמור עד שלא יצטרך לדין ביטול א"כ ה"נ לא שייך לומר דליבטל מה שיותר מכזית בשיעור כזית דהא כיון אם היה מפריש מעט מזה ילך האיסור לגמרי וישאר הכזית היתר גמור לא שייך בזה דין ביטול והוי מהב"ב אף לר' יוחנן ודו"ק:

ובסברא זו שחדשנו בדין ביטול א"ש נמי מה שהקשינו לעיל בהא דב"מ (דף נ"ג) במע"ש שאין בו שו"פ שנתערב דלא מצי למיתי מע"ש בפרוטה ומחצה משום דהוי דאורייתא ודרבנן ולא מצטרפי והקשינו דליבטל האי מחצה פרוטה בפרוטה השלימה ולא יהא כאן איסור דאורייתא ויהא דרבנן ודרבנן ומצטרפי אבל לפי מש"כ א"ש דלא שייך בזה ביטול דכיון דאם יפריש שיעור דמחצה פרוטה ישאר הפרוטה בהיתר גמור בלי שום ביטול לא דיינינן בזה דין ביטול:

ובזה מיושב הא דאמרינן בע"ז (דף ס"ב) בשוכר את הפועל ואמר לו העבר חבית של יי"נ שכרו אסור כשאמר לו העבר לי מאה חביות במאה פרוטות ודעת הרשב"א ז"ל הביאו הר"ן ז"ל שם דכולם אסורים כמו דאיתא שם (בדף י"ט) הגיע לכיפה שמעמידין בה ע"ז שכרו מותר משום דמכיש אחרון לית בה שו"פ הא אית בה שו"פ כל השכר אסור משום דבהאי פרוטה דמכיש אחרון שייך כל השכר וה"נ בחביות:

אבל הטור בשם הראב"ד ז"ל (בסי' קל"ג) כ' דכשמשליך בים שכר חבית א' שרי עיי"ש מבואר שאינו נאסר אלא שכר של חבית זו וא"כ תקשה דלבטיל האי פרוטה במאה פרוטות ואמאי צריך להוליך לים המלח אבל לפי דברינו א"ש דלא שייך כאן ביטול דאם ישליך פרוטה אחת יהיה השאר היתר גמור דהא לא נתן לו הפרוטה של שכר יי"נ בעצמו רק ששילם לו כל המאה פרוטות ביחד וכשמשליך אחד אין כאן איסור ולא שייך ביטול מיהו בלא"ה יש לומר דהתם לא שייך ביטול משום שלא הוכר ההיתר בפ"ע קודם התערובות וכמש"כ לעיל:

ויש לעיין דלפי"ז לר"ל דסובר ביומא (דף ע"ד) דחצי שיעור מותר מה"ת אם נתערב זית חלב בשני זיתים שומן לח בלח דנתערב לא ליבטיל דאם יפריד מעט ישאר היתר גמור דהא לא ישאר שיעור שלם מהאיסור וחצי שיעור הוי היתר גמור ולא שייך כאן ביטול וכן אפילו לדידן דקיי"ל חצי שיעור אסור מה"ת מ"מ נ"מ בנשבע שלא יאכל דדעת כמה מרבוותא הביאם הר"ן בפ"ב דשבועות דחצי שיעור מותר בזה מה"ת דעל פחות מכשיעור לא נשבע כלל ולא דמי לשאר איסורין שבתורה א"כ אם יתערב ממין שנשבע עליו זית ברוב מב"מ לא ליבטל ברובא מטעם שאם יפריש מעט יהא התערובות היתר גמור ולא ישאר בו שום דבר מאיסור בלא דין ביטול וצ"ע בזה:

ובעיקר מה שכתבנו לעיל בשם הטורי אבן בהא דפריך בר"ה (דף י"ג) עומר שהקריבו ישראל בכניסתן לארץ מהיכן הקריבו אי דעייל ביד עכומ"ז קצירכם אמר רחמנא ולא קציר עכומ"ז ובע"ז (דף נ"ג) אמרינן דכל האשירות הי' של ישראל משום דא"י ירושה להם מאבותיהם ומחמת זה הוצרך התוס' לחדש דהעכומ"ז יש לו חלק במה שזרע דר"א לטעמיה דסובר בבכורות יש ברירה ולהכי קא מקשה שם בע"ז גבי אשירות שיחלקו וחלק הישראל יהא מותר משום דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו וע"ז קשה לי טובא דלענ"ד דכל כה"ג אף למ"ד יש ברירה לא מהני חלוקה לברר האיסור דדוקא גבי ישראל ועכומ"ז שלקחו שדה בשותפות אמרינן למ"ד יש ברירה הגדל בחיוב חייב הגדל בפטור פטור וכשמחלקין התבואה אמרינן יש ברירה והגיע לכל אחד חלקו שמשעה ראשונה משום דעל דעת כן נשתתפו וקנו בשותפות שמה שיגיע לחלקו זהו שקנה משעה ראשונה וכן האחים שחלקו למ"ד יש ברירה אמרינן שהגיע לכ"א חלקו המיוחד לו דכיון דבשעת מיתתו תיכף נפלו נכסיו ליורשיו רק שאין יודעין איזה שדה יגיע לראובן ואיזה לשמעון וכיון שחלקו הרי אנו רואין שזהו לראובן וזו לשמעון דהא משפט הירושה שיחלקו בגורל או בעלוי להדדי כפי מה שיבחרו ואמרינן דנתברר חלקו של כל או"א משעת מיתה שלמפרע נפלה לו כיון שכן דעת תורה משפט הירושה הוא שכ"א מה שיגיע לו עפ"י גורל או עפ"י התרצות שניהם בשומא הרי הוא שלו אבל מי שמחזיק שדה חבירו וזרעה ובא הנגזל וטרפה ויש לגזלן חלק במה שזרע ויחלקו הפירות איך אפ"ל שלמ"ד יש ברירה נימא שהוברר הדבר שכ"א נטל חלקו הא הם לא נשתתפו ברצונם דנימא דע"ד כן נשתתפו והמחזיק הא זרע לעצמו ורק אח"כ בא הנגזל וקטריף מיני' ואין זה מתברר אלא מכאן ולהבא אבל עד עכשיו היו החלקים מעורבים וכבר כתבנו לעיל מדברי התוס' דאין סברא שיועיל ברירה לברר התערובות למפרע וא"כ איך אפשר לפרש דקושיית הש"ס דפריך מכדי א"י ירושה להם מאבותיהם קאי לר"א משום

דסובר יש ברירה דודאי כל כה"ג לכ"ע אין ברירה שאין לנו שום דבר לתלות בו ברירת התערובות למפרע שאין כאן לא ירושה ולא קניית השותפות דנימא שהוברר הדבר שזה חלקו משעה ראשונה:

ועוד שבעיקר דברי התוס' שכתבו דיש לעכום"ז חלק במה שזרע קשה לי מהא דאמרינן בסוכה לולב של אשירה פסול ופריך והאמר רבא לולב של עכום"ז לא יטול ואם נטל כשר ומשני באשירה דמשה ופרש"י ז"ל אותם שהיו בשעת כיבוש א"י שהצריכן הכתוב שריפה כדכתיב אשיריהם תשרפון באש ולולב צריך שיעור והאי כמאן דמיכתת שיעורא דלשריפה קאי ואף שהראשונים ז"ל כתבו דלאו דוקא אשירה דמשה אלא ה"ה כל ע"ז של ישראל שאין לה ביטול מ"מ ודאי דפשטא דלישנא משמע דבאשירה דמשה נמי מיירי מתניתין ועיקר דינא קאי אאשירה דמשה כמו שפרש"י ז"ל וא"כ קשה הא לקמן (בדף ל"ד) תני נמי גבי אתרוג האי לישנא דשל אשירה ושל עיה"נ פסול ומפרש בש"ס טעמא כיון דלשריפה קאי כתותי מיכתת שיעורי' והתוס' שם (בדף ל"ה) ד"ה לפי הקשו למה לן טעמא דכתותי מיכתת שיעורי' תיפוק לי' משום דבעינן דין ממון. ותירצו דנקט טעמא דמיכתת שיעורי' כדי לפסול ביו"ט שני דביו"ט שני לא בעינן לכם א"כ קשה לשיטת התוס' דהא מסתמא האי בבא דאתרוג של אשירה מיירי נמי באשירה דמשה דומיא דרישא בלולב של אשירה ואם נימא דבאשירה דמשה היה לעכום"ז חלק במה שזרע וישראל ועכום"ז שותפין בו א"כ אמאי אתרוג של אשירה דמשה פסול דנהי דלא יצא בחלקו של ישראל משום דעכום"ז של ישראל אין לו ביטול מ"מ הא בעי למיפק בחלקו של עכום"ז שהיה בהאי אתרוג שיש לו דין ע"ז של עכום"ז דמהני לי' ביטול. ואתרוג החסר ביו"ט שני כשר כדאמרינן שם (דף ל"ו) ר' חנינא מטביל ביה ונפיק משום דביו"ט שני לא בעינן לקיחה תמה. וכה"ג כתב הר"ן ז"ל שם בפרק לולב הגזול אמתניתין דאתרוג של דמאי ב"ש פוסלין וב"ה מכשירין משום דלא קרינן ביה לכם מפני שיש בו חלק לכהן והו"ל כאתרוג השותפין דלא נפיק בי' חד מינייהו ולכ"ע בטבל גמור אין יוצאין בו ביום ראשון והא דלא תני ליה תנא משום דלא תני אלא מאי דפסול ואפילו ביום שני עכ"ל ואף הרמב"ן ז"ל לא נחלק עליו בזה אלא מטעם דכיון שיכול לסלק הכהן והלוי באתרוג דעלמא שיפריש ע"ז לכם קרינן בי' אבל אי לאו האי טעמא לא היה נחלק בדבר הרי דאתרוג של טבל מפני שיש לכהן חלק בו יש לו דין חסר ופסול ביו"ט ראשון וכשר ביו"ט ב' א"כ אתרוג של אשירה דמשה שחלק א' שבו יש לו דין ע"ז של ישראל שאין לו ביטול וחלק א' יש לו דין ע"ז של עכום"ז שיש לו ביטול מתכשר ביו"ט שני כדין אתרוג החסר ואמאי תני אתרוג של אשירה פסול ואפ"ל דהאי תנא סובר אין ברירה

וצריך לשרוף שני החלקים משום דא"א לברר חלק העכום"ז מחלק הישראל ותרווייהו לשריפה קיימו וכתותי מיכתת שיעורייהו ואף דחלק העכום"ז אינו צריך שריפה אלא מספק ויש כאן חלק האחד דמהני ליה ביטול מ"מ כיון דסוף צריכין אנו לשרוף שני החלקים משום ספיקא דאין ברירה אמרינן בתרווייהו כתותי מיכתת שיעורא:

לכן נראה דודאי אף שיש להם זכות במה שזרעו מ"מ בגוף הפירות אין להם שום קנין וזכות רק דמים בעלמא אית להו דהא אפילו ביורד ברשות לשדה חבירו ונטעה שמין לו אבל בגוף הפירות אין לו כלל ונוטל בעל השדה ולהכי ודאי שלא היו יכולין לאסור האשירות דלאו דידהו נינהו ודמים בעלמא אית להו והא דקרי ליה הש"ס קציר א"י ולא מיקרי קצירכם ופסול לעומר ביארנו בדרושים דלק"מ לפי מה דאיתא במדרש רבה פ' לך ובפ' אמור אמר ר' יוחנן אל תהי מצות העומר קלה בעיניך שהרי אברהם לא זכה להוריש את ארץ כנען אלא ע"י מצות העומר הדא ה"ד ונתתי לך ולזרעך אחריך על מנת ואתה את בריתי תשמור ואיזה זה מצות העומר וביארנו שם בארוכה היכן מרומז מצות העומר בקרא דואתה את בריתי תשמור] א"כ כיון דלא ירש את הארץ אלא ע"מ שיקריבו בניו את העומר ומסתברא דקאי על העומר הראשון שהקריבו בכניסתן לארץ דאין סברא שיהא נתינת תלוי ברפיון כל הימים אם יקריבו את העומר או לא א"ו דקאי אהקרבה ראשונה שאחר כניסתן לארץ שבשבילה זכו לירש את הארץ דע"מ כן ניתן לו ירושת הארץ ובירושלמי בגיטין אמרינן מצינו אשה בתחילה חייבים עליה משום ערוה ולבסוף אין חייבין עלי' משום ערוה. אמר ר' מני למה"ד לאחד שאמר לאשתו ה"ז גיטך ע"מ שתבעלי לפלוני בתחילה הוא אסור לבעול עבר ובעל הותר הגט למפרע עכ"ל הירושלמי ועיין בחי' הרשב"א בגיטין (דף פ"ד) בד"ה ע"מ שתבעלי לפלוני שהביא דברי הירושלמי אלו וביאר שם טעמי' דלכתחילה לא תבעל לי' דהא אינה מגורשת עד שתבעל נמצא שתחילת ביאה היה באיסור אשת איש דהא עד עכשיו לא נתקיים עדיין התנאי ורק בשעת ביאה הוא מקיים תנאו ולהכי בתחילה חייבין עליה משום ערוה ועיי"ש בדבריו ז"ל וקאי אף למ"ד כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי. דאף דלדידיה אמרינן דכשנתקיים התנאי איגלאי מלתא למפרע דמגורשת מעיקרא הואי מ"מ הכא דבעצם קיום התנאי איכא איסורא דא"א אי לאו קיומו דהאידנא אסור ולא אמרינן דקיומו והתירו באין כאחד ואף שאם נבעלה לאחר ואח"כ נתקיים התנאי אמרינן איגלאי מלתא למפרע דפנוי' הואי מ"מ אם יש בעצם התנאי איסור אי לאו קיומו דהאידנא אמרינן דאיסורא קא עביד בעת קיומו א"כ ה"נ בענין נתינת הארץ כיון שניתנה בתנאי שיקיימו הקרבת העומר נהי דלכל מילי חשבינן א"י ירושה להם מאבותיהם וכשהקריבו את העומר

אגלאי מילתא למפרע דמשעת נתינה זכו בה דקיי"ל דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ונחשבין כל האשירות כדין ע"ז של ישראל וכן לענין חלה אמרינן בירושלמי (בפ"ב דחלה) שהתבואה שמצאו ביד עכומ"ז היתה חייבת בחלה משום דלמפרע ירשו מ"מ פריך שפיר מהיכן הקריבו את העומר דאי מהנך דעייל ביד עכומ"ז הא קציר עכומ"ז פסול להקרבה וכיון דירושת הארץ לא נגמרה אלא בעצם הקרבת העומר שהוא קיום התנאי וקציר עכומ"ז פסול להקרבה א"כ הא הוי פסול בעצם ההקרבה ובתחילה הוא מקריבו בפסול וכמו שהוכחנו מדברי הירושלמי והרשב"א ז"ל דלא אמרינן שקיומו והתירו באין כאחד ואף דבכל מילי מהני הא דא"י ירושה להם מאבותיהם מ"מ פסול שבעצם התנאי לא מתכשר ע"י קיום התנאי ושפיר פריך מהיכן הקריבו דכיון דבעינן שיהא העומר מקציר ישראל בעינן שיהא קציר ישראל מבלעדי ההקרבה ולא מהני מה שע"י ההקרבה יהא נעשה קציר ישראל ופסול הקרבן ודו"ק:

[ובזה המתקנו הא דאיתא בברכות (דף נ"ז) אמר ר' זירא אנא לא סלקי לארעא דישראל עד דחזאי שערי בחלמא ועיין במהרש"א ז"ל שנדחק ליישב מה ענין שעורים אצל א"י ופי' שם בדוחק ולדברינו הנ"ל א"ש לפי דברי המדרש שאברהם לא זכה לירש את הארץ אלא בשביל מצות העומר והעומר בא מן השעורים להכי רמזו לי' במה שהראו לו שעורין בחלומו שיעלה לא"י ובדרושים שלנו מבוארים הדברים בעזה"ש ביתר ביאור]:

סימן לו

ואשר נסתפק כבודו במי שהיה לו חמץ בעה"פ במקום אחר והוא במקום אחר והשעות זמניות שבמקומו אינם שווים להשעות זמניות שבמקום החמץ מחמת שינוי האקלים בתהלוכות השמש ובמקומו עדיין קודם התחלת הששׁ שעות שמותר למכור את חמצו לנכרי והחמץ מונח במקום אשר לפי ערך שעות היום הוא אחר ששׁ שעות ומכר חמצו במקום שהוא מפני ששׁם הי' עדיין תוך שעה חמישית שמותר בהנאה אם חמצו מותר בהנאה או לא. אי בתר דידיה אזלינן או בתר חמצו:

ולכאורה נראה לי קצת ראי' לדין זה דבתר חמצו אזלינן כיון שחמצו הוא במקום שהוא אחר זמן איסור נאסר בהנאה ולא משגיחינן על זמן מקום שהבעלים עומדים שם מהא דתנן בפסחים (דף ל"א) האוכל תרומת חמץ בפסח בשוגג משלם קרן וחומש במזיד פטור מן התשלומין ומדמי עצים ומבעיא ליה כשהוא משלם לפי דמים משלם או לפי מדה משלם וקפשיט ממתניתין דקתני האוכל תרומת חמץ בפסח בשוגג משלם קרן וחומש א"א בשלמא לפי מדה משלם שפיר אלא א"א לפי דמים משלם חמץ בפסח בר

דמים הוא ודחיק לאוקמי דמתניתין אתיא כר"י הגלילי דס"ל חמץ בפסח מותר בהנאה והוה בר דמים בפסח עיי"ש בגמרא:

ואם איתא דבחמץ אזלינן בתר מקום שהבעלים שם היכי שהוא במקום אחר וחמצו במקום אחר א"כ אמאי לא משני דמיירי שאכל תרומת חמץ בשביעי של פסח בסוף היום והבעלים עומדים במקום שכבר כלה היום והאי חמץ הוי שפיר לבעלים בר דמים שהרי יכולים למוכרו שם במקום שהם ולהביאם אצלם דכיון שביטלו ולא היה יכול לבער שהי' בריחוק מקום אין החמץ נאסר אחר הפסח משום קנסא. ואפילו אם נימא דהחמץ נאסר מדרבנן מטעם קנס מ"מ נראה לי דא"ש מתניתין דבשוגג משלם קרן וחומש שאע"ג שאסור בהנאה מדרבנן מטעם קנסא מ"מ אין האיסור דרבנן פוטרו מלשלם קרן וחומש דומיא דהא דאמרינן בב"ק (דף ע"ב) דאין איסור דרבנן דחולין שנשחטו בעזרה פוטר את הגנב מתשלומי דו"ה וה"נ אין איסור דרבנן המבטל את התרומה מבר דמים פוטרו מתשלומי קרן וחומש ובמזיד פטור דבמזיד הוי כגזלן דעלמא וכיון דלא הי' בר דמים גם אצל בעלים כדין חמץ שעעה"פ פטור מתשלומין ומדמי עצים ולא הוי צריך לאוקמי מתניתין כר' נחוניא בן הקנה] והוי לבעלים האי חמץ בר דמים דלדידי' כבר הוא אחר הפסח מיהו האוכל חייב כרת דבמקום שאכל החמץ עדיין יום וחייב כרת ולהכי בשוגג משלם קרן וחומש דהתשלומין הוי כפרה ובמזיד פטור משום קילבד"מ ומדלא משני הכי ודחיק לשנויי דאתיא מתניתין כריוה"ג דלא קיי"ל כוותיה משמע דלרבנן לא משכחת לה שיהא חמץ בפסח בר דמים מוכח מזה דבחמץ אזלינן בתר מקום שהחמץ מונח וכיון דבמקום שהחמץ מונח עדיין הוא זמן איסורו לאו בר דמים הוא לגבי בעלים ואסורים ליהנות ממנו ולמוכרו אף שהם במקום שהוא לילה:

נסתפקתי בחולה שיש בו סכנה שצריך להחזיק החמץ ברשותו מפני הסכנה כההיא דתנן לא' ילעוס אדם חיטין ויתן ע"ג מכתו דמפני הסכנה ודאי דשרי אם רשאי לשחוט פסחו או לא ולכאורה אפשר לומר דדמי להא דאמרינן ביבמות (פ' הערל) דערל אסור לאכול בתרומה. וכתבו התוס' שם בשם הירושלמי דאפילו מתו אחיו מחמת מילה דהוא אנוס ואינו רשאי למול מפני פ"נ נמי אסור לאכול בתרומה. וע"כ משום שהקפידה תורה בערל שלא יאכל בתרומה ולהכי אסור אפילו באונס מפני פ"נ. וה"נ כיון שאסרה תורה לשחוט הפסח כשיש חמץ ברשותו אסור אפילו אם אנוס להחזיק החמץ דמ"מ יש לו חמץ ולאו בר אתויי פסח הוא

מיהו אפשר לומר דדמי למילת זכריו שמעכבים שחיטת הפסח דכתיב המול לו כל זכר ואז יקרב לעשותו ואפ"ה אמרינן ביבמות (דף ע"א) שאם היו אביו ואמו חבושים

בבית האסורים אין מילת זכריו מעכבתו שהוא אנוס וה"נ אף שהחזקת חמץ מעכבתו מלשחוט הפסח מ"מ כשהוא אנוס בהחזקת החמץ אינו מעכבתו:

מיהו אפשר לומר דמילת זכריו לא נאמר בלשון לאו לא תשחט הפסח ובכך ערל רק בלשון עשה כתיב המול לו כל זכר ואז יקרב לעשותו וכיון שהוא אנוס ופטור מהעשה אינו מעכבתו מלשחוט פסחו אבל הכא דאזהרתו בלשון לאו לא תשחט הפסח על החמץ לא מהני מה שהוא אנוס כיון דמ"מ הוא שוחט על החמץ ואי הוה נאמר אזהרת פסח על החמץ תשביתו חמץ ואז ישחט הפסח אז הוי אמרינן שפיר כיון דאנוס מלהשבית החמץ יכול לשחוט הפסח אבל השתא דכתב רחמנא לא תשחט פסח על חמץ אין נ"מ אם הוא אנוס או לא כל שיש לו חמץ לא ישחט וה"נ מסתברא מפשטות הסוגיא דיבמות (דף ע"א) דבעי התם קטן ערל מהו לסוכו בשמן של תרומה ערלות שלא בזמנה שמי' ערלה או ל"ש ערלה ופשיט מהא דתניא אין לי אלא מילת זכריו בשעת עשי' ועבדיו בשעת אכילה מניין ליתן את האמור של זה בזה ת"ל אז אז לג"ש בשלמא עבדיו משכחת לה דאיתנהו בשעת אכילה וליתנייהו בשעת עשי' דזבנינהו ביני ביני אלא זכריו דאיתנייהו בשעת אכילה וליתנייהו בשעת עשיה היכי משכחת לה לאו דאתיליד ביני ביני ש"מ ערלות שלא בזמנה הויא ערלה ופריך רבא ותסברא המול לו כל זכר כתיב והאי לאו בר מהילא הוא עיי"ש הרי הוי סובר כיון דערלות שלא בזמנה מיקרי ערלה אסור לאכול אף שאין בידו למול ורק רבא דחי ליה כיון דכתיב המול לו כל זכר ואז יקריב לעשותו משמע שאינו מעכבתו מלאכול אלא היכא דבידו למול א"כ הכא גבי חמץ דלא כתיב בהאי לישנא תשביתו שאור מבתיכם ואז יקרב לעשות הפסח דהוי משמע מיני' כל שאין בידו להשבית מחמת אונס אינו מעכב אלא כתיב בלשון אזהרה לא תשחט על חמץ דם זבחי אונס נמי בכלל ומעכבתו מלשחוט כמו דהוי סובר הפשטן גבי מילת זכריו כנלע"ד:

סימן לז

שאלה חמץ של נכרי שעבר עליו הפסח מה דינו

תשובה כתב המג"א (בסי' תמ"ט ס"ק ב') וז"ל משמע מדברי הב"ח דחמץ שנמצא אחר הפסח ולא ידעינן אם הוא של עכו"ז או של ישראל אסור באכילה ומותר בהנאה וכ"מ בעירובין (דף ס"ד ע"ב) ברש"י ובתוס' דאם לא היו הולכין אחר רוב עוברי דרכים והוי תלינן בשל ישראל אפ"ה הוי שרי בהנאה ומוכח משם דאזלינן בתר רובא דהיינו רוב העיר כדאיתא ביו"ד (סי' א') ואם הוא בענין שאפשר לתלות שנעשה אחר הפסח אפילו במקום שרוב ישראל מצוין שרי עכ"ל המג"א:

והנה מדבריו משמע דהב"ח סובר דבחמץ הידוע שהוא של עכומ"ז מותר אף באכילה ובחמץ הנמצא כיון דאיכא למימר דשל ישראל הוא אסור באכילה ומותר בהנאה ותמיהני דלא מוזכר דבר זה בב"ח דהב"ח הביא דעת בעל העיטור דחמץ של עכומ"ז אסור באכילה ורק בהנאה מותר והקשה עליו מברייתא דפסחים דחנות של עכומ"ז ופועלים ישראלים נכנסים לשם דמותר באכילה עיי"ש וא"כ לדברי ב"ה אפילו בידוע שהוא של עכומ"ז אסור באכילה ולפי מה שהביא הב"ח מברייתא דחנות דחמץ של עכומ"ז מותר באכילה אפשר לומר דגם בנמצא ואינו ידוע אם של ישראל אם של עכומ"ז נמי מותר באכילה דכיון דחמץ של ישראל שעבר עה"פ הוא נמי רק מדרבנן א"כ הוי ספיקא דרבנן ומותר אף באכילה דתלינן דשל עכומ"ז הוא לקולא כמו שהסכים המג"א בעצמו לענין הנאה דתלינן לקולא שהוא של עכומ"ז אבל מה שכ' המג"א בשם הב"ח דחמץ הנמצא אסור באכילה לא ידעתי מנין לו ולא ידעתי מה מקום ספק בזה ואף מה שכ' המג"א דהכי משמע מרש"י ותוס' לענ"ד לא מוכח מידי דהא כוונת המג"א בעירובין (דף ס"ד) מדאמר שם בר"ג שמצא גלוסקא סמוך לפסח ואמר לר' אלעאי טול גלוסקא ואח"כ צוה ליתנו לעכומ"ז ואמר ש"מ שהולכין אחר רוב עוברי דרכים ולמדנו שחמצו של עכומ"ז אחר הפסח מותר בהנאה ופרש"י ותוס' דמוכח שהולכין אחר רוב עוברי דרכים שהם עכומ"ז דאי לא אזלינן בתר רוב עוברי דרכים אמאי אסרו באכילה משום פיתן ואמאי לא פירשו דמוכח דאזלינן בתר רוב עוברי דרכים מדשרי ליתנו לעכומ"ז ולא אסרו בהנאה משום דשמא של ישראל הוא א"ו דמזה לא מוכח מידי דאפילו הוי ספק השקול נמי שרי בהנאה:

ולפענ"ד לא מוכח מזה מידי דהא התוס' כתבו שם דהיה אפשר לומר ולתלות שנעשה הפת אחר הפסח עיי"ש בד"ה שהולכין וא"כ הוי ס"ס שמא של עכומ"ז הוא ואת"ל של ישראל שמא נעשה אחר הפסח וכיון דהוי ס"ס ודאי דשרי ואי אפשר להוכיח מזה דהולכין אחר רוב עוברי דרכים להכי הוצרכו רש"י ז"ל ותוס' לפרש דהוכחת הש"ס הוא מדאסר הפת באכילה ע"כ דהולכין אחר רוב עוברי דרכים אבל היכא דליכא אלא ספק א' לא מוכח מסוגיא זו דאזלינן לקולא מ"מ לא ידעתי מה מקום ספק בזה דמה נשתנה ספק זה מכל ספיקות דרבנן דאזלינן לקולא. ואף שהרי"ף ז"ל פירש הא דתנן לא בדק בתוך המועד יבדוק אחר המועד היינו אחר יו"ט דצריך בדיקה גם אחר יו"ט שמא יש חמץ שעבר עליו הפסח מ"מ אין ראיה מזה דספק חמץ שעעה"פ אסור. דהתם שאני דאתחזק איסורא מכולה שתא כמ"ש המג"א (ס' תל"ז ס"ק ד') ומצוי חמץ גם האידנא ויבוא לאכלו:

(הגה"ה ודע שראיתי במהרש"א ז"ל דבר תמוה שהקשה על מה שכתבו התוס' שם בירובין (דף ס"ד) ד"ה ולמדנו דאי סבור שאסור בהנאה הי' לו לאסור מספק דשמא בפסח נעשה והקשה המהרש"א הא הוי ספיקא דרבנן ולק' ותמיהני דהא אי סבירא לן דחמצו של כותי נמי אסור בהנאה ע"כ מדאורייתא אסור כר' יהודא כדמסיק בפסחים (דף כ"ט) דלרבי יהודא גם של כותי אסור מן התורה לאחר הפסח והוי ספיקא דאורייתא ובעינן למיחש שמא נעשה בפסח ודברי התוס' נכונים:)

מיהו אפשר לומר דבחמץ הנמצא אם הוא בודאי מימות הפסח וספק של ישראל ספק של עכומ"ז יש לאסור מטעם חזקה דהא בתוך הפסח היה בודאי אסור דאף חמץ של כותי אסור בתוך הפסח מוקמינן לי' אחזקתו ולא אזיל איסורא מיני' אולם נראה דלא שייך חזקה אלא בדבר שאנו דנין אם נשתנה מכמו שהיה אי לא כגון אם הלכה ממנו הטומאה או הטהרה או לא אם הלך ממנו האיסור או היתר או לא דמעמידין הדבר על חזקתו כמו שהי' עד עכשיו ולא נשתנה אבל אם אנו מסופקין על דבר אחד אם הוא דבר שמועיל לו זמן להתירו ואם אנו רוצים להעמידו על חזקת איסורו אנו צריכים לאמר שמתחילתו היה ממין שאין לו היתר לעולם זה לא אמרינן דמשום החזקה לא ישתנה הדבר מכמו שהי' ואם הוא ממין שמועיל לו היתר לא ישתנה בשביל החזקה להכי אם אנו מסופקין על חמץ זה אם בפסח הי' של ישראל או של כותי לענין אם הלך ממנו איסורו אחר הפסח או לא אין אנו יכולין להעמידו על חזקתו שלא הועיל לו הזמן להתירו ולאמר מחמת זה שהי' מתחילתו חמצו של ישראל דלא מהני חזקה אלא על מה שאנו דנין על ספיקו אחר לידות הספק אבל לא לדון הדבר איך היה קודם שנולד הספק הלכך ספק בחמץ שעבר עליו הפסח אם הוא של ישראל או של כותי דמי לשאר ספק דרבנן שמתירין אותו ונלע"ד עוד אפי' לדעת הגאונים שהביא בעל העיטור דסברי דגם חמץ של כותי אחר הפסח אסור באכילה הוא רק שאסור ליטול חמץ מיד כותי אם החמץ ע"ע הפסח אבל בחמץ הנמצא מותר אף באכילה וטעמא דמילתא דליטול חמץ שעעה"פ מיד עכומ"ז גזרינן שמא יצוה הישראל להכותי שיכין לו חמץ בפסח שיהא מזומן לו לאכול אחר הפסח והחמץ יהא בביתו של ישראל גם בפסח וזה אסור אף דהחמץ הוא עדיין של כותי מ"מ אסור משום רוצה בקיומו כמ"ש המג"א (בסי' ת"נ ס"ק י"א) גבי משכיר כלי לכותי שיבשל בו חמץ דאסור משום שרוצה בקיומו של הכלי שלא ישבר הכלי ולהכי אם הכותי אופה החמץ בביתו של ישראל כדי שיהא מזומן לישראל לאכול אחר הפסח אסור משום רוצה בקיומו ואפשר דאסור מה"ת ולהכי אסרו שלא לאכול אחר הפסח חמצו של עכומ"ז שעבר עליו הפסח ואף דגבי שבת אמרינן דמה שהכותי עושה

בשבת לעצמו אינו אסור אחר השבת התם אף אם יצוה לעכומ"ז לעשות ליכא אלא איסור שבות אבל הכא אם העכומ"ז יעשה בשביל הישראל ויהא בביתו של ישראל אסור משום רוצה בקיומו מה"ת וכ"ז הוא בחמץ שנוטל מעכומ"ז אבל בחמץ שאינו נוטל מיד העכומ"ז רק שהוא חמץ הנמצא לא גזרו ולהכי אמרינן חנות של ישראל ופועלים עכומ"ז נכנסים לשם חמץ הנמצא מותר באכילה ואצ"ל בהנאה דבחמץ הנמצא לא גזרו ועיין בבע"ה שכתב בסוף דבריו וז"ל והדין עלינו להחמיר שנהגו עכשיו שהישראל מקבל דורון חמץ מן המנחה ולמעלה ונעשה חמץ של ישראל שעע"ה שאסור בהנאה ומערימים בזה לפיכך הי' לנו לגדור גדר עלינו עכ"ל ואפשר שהגאונים שהביאו בהע"ט לאסור סברי דגם מדינא אסור מהך גזרה דגזרינן שמא יתן עכומ"ז דורון או שיאמר לו לאפות ויהיה בביתו של ישראל ויבוא לידי איסור דאורייתא:

ובמה שבארנו שספק חמץ שעעה"פ שרי לדידן דקיי"ל כר"ש דחמץ שעעה"פ הוי דרבנן. יתבאר היטב סוגיא דחולין (דף ד') דמייתי התם סייעתא דישראל אוכל נבילות לתיאבון בודק סכין ונותן לו משום דלא שביק היתרא ואכל איסורא מברייתא דחמצן של עוברי עבירה אחה"פ מותר מיד מפני שמחליפין סברוה הא מני רבי יהודה היא דאמר חמץ שעעה"פ דאורייתא וקתני מפני שמחליפין והתוס' נדחקו הרבה דהא אסור משום פת עכומ"ז עיי"ש אבל מצאתי לרבינו ירוחם בדיני חמץ שכתב בשם בעל העיטור דמחליפין השאור קאמר דהעיסה עצמה עושין אחר הפסח והשאור לוקחין משל עכומ"ז ע"ש שהוכיח לפרש כן מפני כמה קושיות ומצאתי להגאון בעל משכנות יעקב ז"ל שפי' כן ליישב קושית התוס' מדעתו דנפשי' ולא זכר שכן מבואר בבהע"ט לרבינו ירוחם אלא שהקשה המ"י שם דא"כ דקאי מחליפין על השאור א"כ מאי קאמר סברוה הא מני ר"י היא דסובר חמץ שעעה"פ דאורייתא ונילף מינה דאמרינן לא שביק היתרא ואכל איסורא אף היכא דאיכא למיחש לאיסור דאורייתא הא בשאור שעעה"פ ליכא איסור דאורייתא אף לר"י דמדאורייתא שאור בטל ברובא כדאמרינן בנדה (דף מ"ו) גבי עיסה של חולין שנדמעה או נתחמצה בשאור של תרומה דקרינן לה התם דימוע דרבנן כמ"ש רש"י ותוס' דמה"ת ברובא בטל וא"כ אמאי קרי לה הכא איסור דאורייתא לר"י והניח הדבר בצ"ע:

ולענ"ד לא קשה מידי דכיון דמוקמינן לה כר"י ור"י סובר לה התם מב"מ לא בטיל ושפיר הוי דאורייתא דשאור המחמץ העיסה מיקרי מין במינו כמ"ש התוס' שם במנחות בהדיא עיי"ש והא דקרי לה התם בנדה דימוע דרבנן אף לר' יהודה עיי"ש הוא משום דהתוס' במנחות (דף כ"ב) ד"ה הדבר הקשו לר' יהודא דאמר מב"מ לא בטל איך משכחת הא

דתרומה עולה בא' ומאה מב"מ ותירצו דמשכחת לה בתרומה ביד כהן דליתא בשאלה וא"א למתבטל להיות חולין כמבטל הלכך הוי לי' מין באינו מינו ושפיר בטל אבל היכא דאפשר למתבטל להיות כמבטל לא בטל עיי"ש שהאריכו בזה ולפ"ז אתי שפיר דבנדה מיירי גם כן בתרומה ביד כהן דליתא בשאלה והוי מין בשא"מ ובטל אף לר"י אבל הכא גבי שאור של חמץ שעעה"פ לר"י הוי מב"מ דהא אפשר לחמץ של היתר להיות כחמץ של איסור לכשישהה אותו לשנה הבאה יהא אסור וגם אפשר לחמץ של איסור להיות מותר כשיפסל מאכילת הכלב כדאמרינן גבי נבילה שם במנחות (דף כ"ג) ולהכי בין למ"ד בתר מבטל אזלינן בין למ"ד בתר בטל אזלינן הוי' לי' מב"מ ולא בטל לר"י ושפיר קרי לי' איסור דאורייתא לר"י אלא דעדיין תקשה בעיקר הדבר שסברו רבנן דמייתו הך סייעתא מהך ברייתא דחמצן של עוברי עבירה וסברוה דאתי כר"י דסובר דחמץ שעבר עליו הפסח אסור מה"ת וסובר נמי מין במינו לא בטל הלא בפשיטות איכא לאוקמי כר' שמעון ולא יהא סייעתא מהך ברייתא לרבא דבדאורייתא אמרינן לא שביק היתרא ואכל איסורא אבל לפמ"ש לעיל דספק חמץ שעבר עליו הפסח מותר משום דהוי ספיקא דרבנן אתי שפיר דלהכי דייקי הני רבנן דמייתו סייעתא דהך ברייתא אתיא כר' יהודה משום דאינהו דייקי לישנא דברייתא דקתני מפני שהן מחליפין ולא קתני שאני אומר שמחליפין מוכח מזה דאין זה ספק אלא ודאי הוא שמחליפין כדמסיק הש"ס שם ומזה גופא דייקי דאתי כר' יהודה דחמץ שעבר עליו הפסח אסור מדאורייתא דאלו לר"ש כיון דהוי דרבנן אפילו אם ספיקא הוי אי מחליפין אי לא נמי הוי שרי ככל ספק דרבנן דהוי לקולא ומזה הוכיחו דברייתא אתי' כר"י דסבר חשעה"פ אסור מן התורה וממילא אתי' כוותי' דס"ל דמין במינו לא בטל ואיכא איסור דאורייתא כמו שביארנו לעיל דזה מיקרי מין במינו וכיון דאתא כר' יהודה אתי שפיר לישנא דברייתא דהוצרך לומר שוודאי החליפו דמש"ה מקילינן אפילו באיסור דאורייתא בחמץ שעבר עליו הפסח עכ"פ הרי מוכח דלר' שמעון דקיי"ל כוותי' דחמץ שעבר עליו הפסח דרבנן ספיקו לקולא ודו"ק:

סימן לח

שאלה חטה שנתרככה שנמצאת במיני טיגון שנילוש במים ושומן אם אוסרת במשהו או לא:

תשובה דין זה מבואר בנב"י מה"ק שרצה לאמר דכיון דמי פירות עם מים הוי חמץ נוקשה כדאיתא בש"ע (סימן תס"ב) והטור (בסימן תמ"ב) פסק דנוקשה הוי דרבנן א"כ אינו נאסר במשהו ובטל בס'. ולכאורה קשה לי בעיקר דעת הפוסקים שפסקו דנוקשה הוי דרבנן הוי ונפיק ממ"נ ומסיק דמבעי ליה בשיאור דר"י לר"י דהיינו סידוק דתנן בפסחים

שיאור והאוכלו פטור להכי מבעי ליה או ספיקא הוי או בריה ולא שם בעיין וא"כ כיון דלר"ז מספקא לי' אליבא דר"י אי הוי ונפיק אי חמץ הוא או מצה וכיון דמספקא לן דילמא חמץ הוא מן התורה איך כתב הטור דמותר לשהותו ניחוש דילמא חמץ הוא ועבר בב"י ודוחק לומר דכיון דמספקא לי' לר"י מוקמינן אחזקתו שלא היה חמץ קודם שנעשה סידוק ועוד דכמה מרבוותא סברי דלא מוקמינן אחזקה בספיקא דדינא:

ונראה לי דספיקא דר"ז אידחי מסתמא דהש"ס במנחות (דף נ"ג) דפריך הש"ס התם גבי מנחות דתנן כל המנחות באות מצה ואימא לא תאפה חמץ אלא שיאור ופריך שיאור דמאן אילימא דר"מ לר"מ הא מדלקי עלה חמץ גמור הוא אלא שיאור דר"י לר"י ומשני התם מצות תהי' הכתוב קבעו חובה ומדפריך דילמא לא תאפה חמץ אלא שיאור דר"י הרי מוכח דשיאור דר"י בריה הוי דאם נימא דלר"י מספקא ליה בשיאור אי חמץ הוה אי מצה א"כ א"א לאמר דקרא אתי לאפות שיאור דהא אי חמץ הוה אסור במנחה דליכא ספיקא קמי שמיא וכיון דבסוגיא זו מוכח דלר"י בריה הוא פסקינן הכי דהוי בריה וכיון דאינו לוקה לר"י איסור תורה נמי ליכא לשיטת הני רבוותא ועיין בתוס' מנחות (דף נ"ג) ד"ה אין מחמיצין בסוף דבריהם שנסתפקו בזה אי לר"י איכא בשיאור איסור דאורייתא או דאסור רק מדרבנן והנה הנב"י כתב דאין ממש בהיתר זה משום דלמ"ד מ"פ הוי חמץ נוקשה צ"ל לדידי' דנוקשה דאורייתא דהא אמרינן בש"ס במנחות (דף נ"ז) אשר תקריבו לרבות מנחת נסכים לחימוץ דברי ר"ע ופריך התם מנחת נסכים מי פירות הם ומשני אומר הי' ר"ע מנחת נסכים מגבלה במים והיא כשירה וא"כ אם נימא דנוקשה הוי דרבנן א"כ איך מרבה לה קרא לחימוץ הא מים ושמן דמנחה הוי מי פירות ולא מיקרי חמץ אלא נוקשה וע"כ אחת משתי אלה או דר"ע סובר דנוקשה הוי דאורייתא או דמים ומי פירות הוי חמץ גמור ולא נוקשה וא"ל דר"ע סובר נוקשה דאורייתא כר"מ ואנן פסקינן כר"י ולעולם דמים עם מי פירות הוי רק נוקשה דז"א דאם ר"ע סובר דנוקשה הוי דאורייתא בעינן למפסק כוותי' דהלכה כר"ע מחבירו ומטעם זה פסק דבמים עם מי פירות אוסר במשהו חטה שנפל לתוכו כדין חמץ גמור:

ולכאורה לא הבנתי ראייתו דהא אפשר לפרש דכיון דמנחת נסכים מגבלה במים ואין המים פוסלין את המנחה וא"כ משכחת לה חימוץ שנתן המים לתוך המנחה קודם שנתן לתוכה השמן והוי חמץ גמור ואשמעינן קרא דעובר עלה משום כל המנחה אשר תקריבו וכמ"ש התוס' שם בפסחים (דף ל"ה) ד"ה מי פירות גבי חומץ האדומי דחשוב חמץ דגן גמור ע"י תערובות משום ששורין השעורין במים קודם שנותן בהם יין עיי"ש. וה"נ נותן המים קודם שנותן השמן והוי חמץ גמור ובלאו הכי קשה לי על דברי הנב"י דהא המג"א

כתב שם (בסימן תמ"ז ס"ק ה') דאף אם נימא דנוקשה אסור מן התורה ולקי עלה מ"מ בעינן למימר דבטל בששים דהא רש"י ז"ל פירש בהא דאמר רב חמץ בזמנו בין במינו בין שלא במינו במשהו משום דגזרינן אינו מינו אטו מינו משום דחמץ בפסח בכרת מחמרינן בי' והא דלא החמירו בחלב ודם לאסור אינו מינו במשהו אטו מינו משום דבדילי מיניה עיי"ש משמע דאי לאו דאיכא כרת לא הוי גזרינן להיות במשהו אע"ג דלא בדילי מיניה ומשום זה פסק הטור (בסימן תמ"ז) דמשש שעות ולמעלה אין אוסר במשהו משום דליכא רק לאו בעלמא והוא דעת כל הראשונים לבד הר"ן ז"ל כמ"ש שם הב"י והך סברא דנוקשה הוי דרבנן כתב רק לרווחא דמילתא וא"כ נהי הוי מה"ת מ"מ הא ליכא אלא לאו ובטל בששים ואם באנו לחוש לשיטת רש"י ז"ל שסובר דמי פירות לחוד נמי הוה נוקשה ועל מי פירות לחוד בלי מים נמי אמר ריש לקיש אין חייבים על חימוצו כרת הא מלקות איכא ולדידיה הקשו התוס' בפסחים (דף ל"ה) מהא דפריך הש"ס במנחות מנחת נסכים מי פירות הם. ולרש"י מאי מקשה הא חמץ נוקשה נמי אסור במנחה ותירצו ע"ז (בדף נ"ג) ד"ה אין מחמיצין דקושית הש"ס הוא לר' יהודה דסובר נוקשה הוי דרבנן וא"כ לא הוי חימוץ לענין מנחות וא"כ כי משני אומר הי' ר' יוסי מנחת נסכים מגבלה במים והיא כשירה צ"ל דמי פירות עם מים הוי חמץ גמור ולא נוקשה לחוד וא"כ לפ"ז איכא כרת במי פירות עם מים אין לחוש לזה חדא דכל הפוסקים חולקים על רש"י ז"ל בזה ועוד לפמש"כ לעיל הא איכא לפרושי הא דמשני מגבלה במים היינו שיתן המים בקמח קודם שיתן השמן והיא כשירה ורבי' קרא לאיסור חימוץ אבל מי פירות עם מים ביחד גם לרש"י לא הוי אלא נוקשה:

ומה שהביא הנוב"י מתשובת הרשב"א (סימן כ"ג) שכתב שם לדחות דברי הרב ר"א מעכו דהא דחמץ בפסח במשהו הוא אפילו בנימוח החמץ ולא דווקא כשהוא בעין והביא ראיה לזה מדברי תשובות רב האי גאון ז"ל שכתב על יין צמוקים שנעשה לצורך הפסח ובתר דעבדין נטירותא יתירתא זימנין דמשתכח בעידן סחיטה תרי או תלת חיטי או שערי למשתי' ודאי אסור לבעורי מאי והשיב דכה"ג לא תשתון מיני' בפסחא דחמץ בזמנו במשהו ולד"ה מאן דשתי לא מחייב כרת עכ"ל הרי דפסק דמים עם מי פירות הוי ג"כ במשהו צ"ל דר"ה גאון סובר כשיטת רש"י ז"ל דהא דאמר ר"ל עיסה שנילושה ביין שמן ודבש אין חייבים על חימוצה כרת משום דהוי מי פירות מיירי במי פירות בלא מים וכמה שתירצו התוס' במנחות (דף נ"ג) ד"ה אין מחמיצין לשיטת רש"י דהא דפריך במנחות מי פירות הן ואין מחמיצין קאי לר"י דסובר דנוקשה לא מיקרי חמץ וכי משני מגבלה במים וכשירה הוא משום דסובר דמי פירות עם מים הוי חמץ גמור עי"ש בתוס'

ולהכי פסק רה"ג ז"ל דאוסר במשהו כדין חמץ בזמנו [ואפ"ה כתב דכרת ליכא משום דבתערובות ליכא כרת א"כ לדידן דפסקינן כר"ת ז"ל דמי פירות עם מים הוי חמץ נוקשה ולא חמץ גמור ודאי דבטל בס' כמו חמץ גמור קודם הפסח וכן ממה שכ' הרשב"א דברי הירושלמי דרבי שמואל בר יצחק הוי ליה יין תוסס יהיב בגוי' שעורין בגין דחמא שאל לר' אמי א"ל צריך אתה לבער ומן הסתם לא נתן בתוכו כל כך שעורים שלא יהא ביין ששים כנגדן ע"ש נמי אין ראי' לדידן דהא הרא"ש ז"ל כתב בפרק כל שעה דר' אמי בהך עובדא סובר כאביי דמי פירות לחוד נמי מחמיץ וכ"כ התוס' במנחות (דף נ"ג) ד"ה אין מחמיצין דר' אמי סובר כאביי וכיון דהוי חמץ גמור ודאי דאוסר במשהו. אבל במים ומי פירות לדידן דלא הוי רק נוקשה בטל בס' ודו"ק כנלע"ד:

ומה ששאל כבודו איך לנהוג בישובים שבאים לב"ד לעשותם שלוחים למכור חמצן ועדיין אין החמץ בידם אם יכולים הב"ד למכור חמצם:

תשובה גם אנכי נהגתי תמיד לצוות לחקור אצל הבאים לב"ד לעשותם שלוחים לחקור אם כבר יש בידם החמץ דאם אין החמץ עדיין בידם וקנו אותו אח"כ לא מהני מה שעשו את הב"ד שליח דקי"ל כל מילתא דאיהו לא מצי עביד שליח לא מצי משוי' והם בעצמם אינן יכולים למכור דבר שלא קנו עדיין דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע וכמו כן אינן יכולין לעשות שליח למכור אף דבשעת מכירה כבר הוא בידם מ"מ לא חיילה עשיית שליחות דידהו:

אולם אחד שנשאלתי ע"ז מכבודו ועוד מרב אחד נתתי אל לבי להתבונן בזה כי כתבו לי שקשה הדבר להקפיד על זה כי כמה אנשים הדרים בישוב ובאים לעיר לפני ב"ד לעשותם שלוחים ואין החמץ עדיין בידם וא"א להם לבא אחר שיקנו החמץ לכן התבוננתי דאפשר לומר דמהני המכירה אף בכה"ג לפי מה דאמרינן בב"מ (דף ס"ו) דקאמר ר"נ גבי פירות דקל ומודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיני' וכן פסקינן בש"ע (סימן ר"ט סעיף ד') וכתב שם הרמ"א וה"ה שאר דברים שלא באו לעולם מהני בהו תפיסה ועיין בסמ"ע (ס"ק י"ב) דהא דמהני תפיסה אין זה מטעם ספק אלא שכן הדין נותן ובש"ס שם דפריך על הא דאמר ומודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיני') מהא דאמרינן אסמכתא לא קני' והדרא ארעא והדרא פירא ומשני התם הלוואה הכא זבינא ופרש"י ז"ל התם הלוואה ואסור משום ריבית אבל הכא גבי אסמכתא הוי' זבינא ואין כאן חשש ריבית ולהכי מהני מחילה והתוס' חלקו עליו והקשו דהא מחילה בטעות לא הוי מחילה כדאמרינן בב"ב (בפרק חזה"ב) גבי בידקא דארעא דרב ענן לכן פירשו התוס' דהכי קאמר הש"ס דהכא זבינא דנהי דיכול לחזור מ"מ אין לו לחזור כי היכי דליקו

בהימנותא לכך אית לן למימר דאפילו היה יודע שיכול לחזור לא הי' חוזר ועיין ברא"ש שם שכ' ומכאן הביא ר"ת ראי' המוכר לחבירו שטר בעדים אע"ג דקיי"ל אין אותיות נקנות אלא בכתיבה ומסירה אם קדם הלוקח וגבה אין המוכר יכול לחזור בו ויראה לי דהיינו דווקא כשידע המוכר שגבה הלוקח ומטעם מחילה אבל אם לא ידע המוכר חוזר וגובה מבע"ח עכ"ל והנה לפי דברי הרא"ש שהוא מטעם מחילה הוא דווקא באכילת פירות מקרקע שנמכרה קודם שבא לעולם. או במכירת חוב דבזה מהני מחילה אבל בחפץ ידוע פשיטא דלא מהני מחילה ובעינן הקנאה גמורה:

אולם הש"מ כתב שם בשם ר"י דלאו דוקא שמיט ואכיל אלא כיון שהגביה או נתנן בכליו נמי לא מפקינן מיני' עיי"ש ולפי דבריו נראה דלאו מטעם מחילה הוא דכיון שהפירות הן בעין ועדיין לא אכלן והרי הם של מוכר לא מהני מחילה בחפץ ידוע אלא בעינן הקנאה גמורה וצ"ל לשיטת הר"י משום דעיקר הטעם דניחא לי' דליקו בהמנותא ולהכי כיון שהגביה הלוקח הפירות או שנתנן בכליו קנה אותן. משום דאמרינן וודאי הי' ניחא גם למוכר שיקנה משום דליקו בהימנותא וברשות ורצון המוכר קנה אותן ואף דהשתא מוכר קא הדר בי' אמרינן השתא דקא הדר בי' אבל מעיקרא ניחא לי' [ועיין בקצה"ח שהקשה מהא דקיי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ונראה דלא קשה מידי דהא הכא כבר גילה דעתו מעיקרא שרוצה שיקנה הלוקח שהרי מכר לו להכי אמרינן דגם השתא ניחא לי' דליקו בהימנותא ואין זה ענין כלל ליאוש שלא מדעת] וכיון שהן ברשותו קנה הלוקח בתורת קנין ולהכי פסקינן בשו"ע (סימן ר"ט) וכתב הרמ"א (שם סעיף ד') וה"ה בשאר דברים שלא באו לעולם ואפילו לא תפס אלא כתב לי' שטר ומסר לו השטר ופירש שם הסמ"ע דאין זה מטעם ספק אלא שכן הדין נותן:

אמנם קשה לי על דברי הסמ"ע שכתב שאין זה מטעם ספק אלא שכן הוא הדין תקשה הא דאמר ביבמות (דף צ"ג) דרבי סובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דתניא לא תסגיר עבד אל אדוניו בלוקח עבד ע"מ לשחררו הכתוב מדבר היכי דמי דכתב לי' לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך עיי"ש וקשה דהא ע"כ מיירי בלא חזר בו קודם שלקחו דאי חזר בו הא מודה ר"מ דעד שלא בא לעולם יכול לחזור בו א"ו דלא חזר בו וא"כ תקשה הא העבד תפוס בעצמו ואף לרבנן מהני תפיסתו בדבר שלא בא לעולם ואפשר לומר דבעבד לא שייך תפיסה בעצמו דכ"ז שלא נשתחרר גופו קנוי לרבו ולא מיקרי תופס בעצמו כמו שבארנו במק"א בהא דהקשה המל"מ דלדעת הסוברים דגם בממון בעינן כאשר זמם ולא כאשר עשה א"כ תקשה איך משכחת הזמה גבי שן ועין גבי עבד בב"ק (דף ע"ג) הא מיד שהעיד הוי העבד תופס בעצמו והוי כאשר עשה וכתבנו דלק"מ דלא מיקרי

כאשר עשה כ"ז שלא נשתחרר כדין דגופו קנוי לאדון ואינו תופס בעצמו ואף שהרא"ש כתב בשם הראב"ד והוכיח דלא מהני תפיסה קודם הודאה בקנס מהא דאמר ר"ג אי אתה יודע שטבי עבדי יוצא לחירות וא"ל ר' יהושע אין בדבריך כלום שכבר הודית אלמא מהני הודאה אעפ"י שהעבד תפוס בעצמו עיי"ש הרי דתפיסת העבד בעצמו מקרי תפיסה התם שאני דעיקר טעם תפיסה קודם הודאה הוא משום דלא מימעט מירשיעון אלקים היכי דתפס מקודם דהיינו שא"צ הב"ד לחייבו כלל ובזה שפיר מייתי הראב"ד ראי' דאם איתא היכא דתפס לא מהני הודאה הא הכא גבי עבד תופס בעצמו וא"צ ב"ד לגבותו ואמאי מהני הודאה כלל אבל לענין מילי אחרינא אם אנו דנין אם מיקרי תפיסת העבד בעצמו תפיסה אמרו שפיר דזה לא מיקרי תפיסה דהא אם אין שיחרורו שיחרור לא מיקרי תופס בעצמו אלא האדון תופס בו ולהכי שפיר אמרינן דלרבנן בלוקח עבד ע"מ לשחררו מיקרי דבר שלב"ל ולא מהני תפיסת העבד בעצמו:

ועוד יש ליישב שיטת הסמ"ע דמיירי שאמר לו מעכשיו וכשיטת הרמב"ן ז"ל שהביא הריטב"א והרשב"א ז"ל שם דלר"מ באומר מעכשיו קנה ואינו יכול לחזור בו אף בדבר שלב"ל ומיירי שחזר בו קודם שקנה דלרבנן יכול לחזור בו דהיכא דחזר בו מקודם שבל"ע הא ודאי מודה הרי"ף דלא מהני תפיסה ולר' מאיר אינו יכול לחזור בו ועוד דלפמש"כ התוס' ביבמות (דף נ"ב) ד"ה ולאשה דעלמא שכתבו שם דהא דאמרינן אמר ללבלר כתוב גט לאשה דעלמא לכשאכניסה אגרשנה דאינו גט משום דלא הוי לשמה דזהו דווקא לרבנן דסברי אין אדם מקנה כו' אבל לר' מאיר דסובר אדם מקנה דשלב"ל מיקרי שפיר לשמה א"כ בודאי לא קשה מהא דקונה עבד ע"מ לשחררו דלא מהני לרבנן משום דלא הוי לשמה וגט שחרור שוה לגיטי נשים בענין לשמה ולענין זה הא לא מהני תפיסה כלל עכ"פ כיון דמהני תפיסה מדינא ולא מחמת ספק ומטעם דניחא לי' דליקו בהימנותי' א"כ נראה פשוט דמה לי אם מכר בעצמו דשלב"ל ולא חזר בו עד שהגיע ליד הלוקח מה לי צוה לשלוחו למכור דשלב"ל והגיע ליד השליח אף שאין כאן דין שליחות דמילתא דלא מצי עביד לא מצי משוי שליח מ"מ לא גרע ממכר בעצמו דג"כ לא הוי אלא דברים בעלמא כ"ז שלא ב"ל ומהני כשבא ליד הלוקח ה"נ בצוה לשליח למכור והגיע ליד השליח דמהני אף שאין כאן דין שליחות גמור. וא"כ גבי חמץ כל שמכר הרשות לכומ"ז ע"י השליח והחצר ישנו בעולם ונעשה שליח גמור על מכירת הרשות ונעשה החצר של עכומ"ז וכשקונה הישראל חמץ ומעמידו בחצר שהקנה לכומ"ז כבר הכומ"ז תופס ומוחזק בהחמץ אחר שב"ל וקני' לי' וכ"ש הכא דודאי ניחא לי' לישראל שיקנה העכומ"ז מלבד מה דניחא לי' דליקו בהימנותא ניחא לי' נמי דליקני כדי שלא לעבור אב"י ובי"מ

ושפיר קני לי' הכומ"ז [ואין כאן משום קני את וחמור דבשעה שהשליח מוכר לכומ"ז כבר ישנו לחמץ אצל המשלח] אולם כיון שעיקר הקנין הוא בתורת חצר יש לעיין מה שהעירו האחרונים ז"ל אם מהני קנין חצר גבי כומ"ז אם אינו עומד בתוך שדהו משום דאמרינן בפ"ק דב"מ דחצר שאינו עומד בצידו אין לו דין יד רק דין שליחות וא"כ הא קיי"ל דאין בכומ"ז דין שליחות והכא אין כומ"ז עומד בצד החצר שמכר לו ועיין בקצה"ח מש"כ בזה דגבי שליחות דחצר לא קפדינן אבני ברית והחצר נעשה שליח לכומ"ז אף שאינו בן ברית ויותר טוב במי שבא למכור ואין החמץ עדיין בידו שימכור הרשות והחמץ שיקנה לשלוחו וכיון דהשליח הוא ישראל יקנה לו החצר את החמץ כשיקנה בתורת חצר וכמש"כ דהיכא דתפס מהני אף בדבר שלא בא לעולם והישראל ימכור אח"כ החמץ להכומ"ז קודם שש שאז כבר החמץ ברשות הישראל ויקנה להעכומ"ז בקנין אגב או בקנין סודר ולא יצטרך לבא לדין קנין חצר בעכומ"ז שיש בזה דיעות:

סימן לט

שאלה בדין מצה גזולה ומרור הגזול אם יוצאין בו ידי חובת מצוה:

תשובה בפסחים (דף ל"ח) אמר רב אשי מצה של מע"ש לדברי ר"מ אין אדם יוצא בה יד"ח בפסח לרבנן אדם יוצא בו ידי חובתו בפסח עיסה של מע"ש וכו' אתרוג של מע"ש וכו' מתקיף לה ר"פ בשלמא עיסה דכתיב עריסותיכם אתרוג נמי דכתיב לכם אלא מצה מי כתיב מצתכם אמר רבא ואיתימא ר"י ב"ש אתיא לחם לחם כתיב הכא לחם עוני וכתיב התם והיה באכלכם מלחם וגו'. והרשב"א ז"ל בחי' לסוכה (דף ל"ה) כתב ע"ז בירושלמי פסלי בפסח מהאי טעמא מצה גזולה ובגמרא דילן לא אידכרי מהא התם כלל משום דלא משכחת לה דסברי לה כדאמרינן בפ' אלו נערות דמכי לעסי' בפומי' קנינא דלאו בר אהדורי הוא ואין לנגזל אלא דמים ותו ליכא בשעת הנאת גרונו ומעיו דעביד מצוה לא משום לכם ולא משום מצוה הבאה בעבירה ולא משכחת לה נמי במצה שאולה דשאולה כה"ג במידי דלא הדר בעיני' הלואה היא וממונא של לוה גמור הוא ולכם קרינן ביה ולא משכחת לה אלא במע"ש ואליבא דר"מ כיון דברשות הוא אוכל ומשולחן גבוה קא זכי בדין ליכא למימר דקני' בלעיסה דכל היכא דאיתא דגבוה הוא ולרבנן ליכא למידרש לחם לחם משום לכם אבל דרשי' ליה למידי אחריני טובא עכ"ל הרשב"א ז"ל:

ולא זכיתי להבין דבריו דאכתי משכחת לה גם לרבנן כגון שבלע מצה ולא לעסי' דקיי"ל בפסחים (דף ט"ו) דבלע מצה יצא ולא קני' בשינוי ושפיר משכחת לה למצה גזולה

ואפילו כשבא המצה בתוך גרונו למקום דלא מצי לאהדורי מ"מ שינוי לא מיקרי דהמצה לא נשתנה והוי מצה גזולה:

וראיתי להגאון בעל שא"ר ז"ל (בסי' צ"ד) שכתב ג"כ דא"א ללמוד הך גז"ש דלחם לחם מחלה ולפסול מצה גזולה דהא בחלה גופא לא אשכחן דגזל פטור מחלה ואדרבה דבב"ק (דף צ"ד) אמר אביי דראב"י סובר שינוי במקומו עומד מהא דאמר הרי שגזל סאה חיטין טחנה לשה אפאה והפריש ממנה חלה אין זה מברך אלא מנאץ הרי דאף למ"ד שינוי אינו קונה דהויא גזל מעליא אפ"ה יש בו דין חלה רק שאינו יכול לברך דאם איתא דליכא חיוב חלה בגזל כלל א"כ לא שייך לומר אין זה מברך אלא מנאץ א"ו דאיכא הפרשה מעליא אף בעיסה גזולה וכיון דחייב בחלה ממילא אי אפשר למעט מצה גזולה מגז"ש דלחם לחם מחלה שלא יהא טפל חמור מהעיקר עיי"ש בדבריו ונראה שכוונתו דגבי חלה איכא חיוב בגזול דהיינו שהגלגול שביד הגנב מחייב בחלה דאע"ג דברשות דנגזל קאי מ"מ כיון שנתגלגל ביד הגזלן חייבת בחלה והאוכלה בטבלה חייב מיתה וה"ה דגבי תרומה ודאי דמירוח שביד גזלן נמי מחייב במעשר ובתרומה ואע"ג דמהא דתניא (בב"ק ס"ה) הגנב והגזלן שתרמו תרומתן תרומה אין ראי' משום דאיכא למימר דמיירי שנתמרח ביד הבעלים מ"מ פשיטא לי' להשא"ר ז"ל דחייב אף שנתמרח ביד הגזלן אבל מ"מ לענ"ד ראי' זו אינני מבין דהא בלא"ה קשה כיון דב"ש סברי שינוי אינו קונה הא הו"ל תורם שאינו שלו והאיך חיילא הפרשתו וע"כ צריך לומר דהפרשה חיילא משום דקיי"ל בב"ק (דף ס"ז) הגנב והגזלן שתרמו תרומתן תרומה וכדאמרינן התם משום דהוי יאוש ושינוי השם מעיקרא טיבלא והשתא תרומה וקנה לה לכ"ע רק דאביי הוה סבר דלענין ברכה לא מהני הא דקונה ביאוש ושינוי השם ואסור לברך אא"כ קנה בשינוי ממש דמשום דנשתנה הוה מילתא אחריתא ולא זה הוא שגזל ולא מאוס לברכה כמו גבי אתנן דאם שינוי קונה לא מאיס לגבוה ולהכי מוכיח אביי דקסברי שינוי אינו קונה מדאמר אין זה מברך אלא מנאץ ש"מ דסובר שינוי אינו קונה והא מילתא דיאוש ושינוי השם לא מהני לענין ברכה ורבא דחי ליה דאפשר דב"ש נמי סברי שינוי קונה ואפ"ה לענין ברכה לא מהני וכ"ז הוא רק לענין ברכה אבל לענין הפרשתו ודאי דמהני כיון דאיכא יאוש ושינוי השם וא"כ לפי"ז אין ראיה מכאן דגזל חייב בחלה דשאני התם דאיכא יאוש ושינוי השם קודם הגלגול דהא גזל סאה של חיטין וטחנה והוי יאוש ושינוי השם דמעיקרא חיטין והשתא קמח וכיון דקודם הגלגול קנאה לה ביאוש ושינוי השם ודאי דנתחייב בחלה וב"ש לא קאמר רק לענין ברכה דהוה בוצע בירך אם משום דשינוי אינו קונה או משום דלענין ברכה לא מהני שינוי כדרבא אבל לענין קנין קני לה שפיר

קודם גלגול דאף מ"ד שינוי אינו קונה מצי סבר דיאוש ושינוי השם שפיר קני וכ"ז בגזל סאה חיטין וטחנה אבל אם גזל ולא נעשה לא שינוי השם ולא שינוי מעשה כגון שגזל ככרות של בעה"ב שהיה בתנור ולא היה בכל אחד מהם שיעור חלה והגזלן צרפן בסל דאם היה הבעה"ב מצרפן מחייבי בחלה אבל אצל הגזלן אפשר דפטור מטעם דדרשינן עריסותיכם ולא הגזול:

ומהא דתנן (בפ"ב דביכורים משנה ג') שהתרומה והחלה נוהג בסקריקון והגזלן אין ראי' דגזל חייב בתרומה וחלה אף אם לא קנאו דהתם נמי מיירי שקנאו קודם הדיגון וקודם העריסה כגון דהגזילה היה בשעת קצירה מן הקרקע ואח"כ קנאו שעשאן חיטין או שקנאם ביאוש ושה"ש כדאמר בב"ק (דף ס"ז) ובשעת מירוח ועריסת העיסה כבר היה שלו לגמרי ואתי לאפוקי מביכורים דאפילו קנאן לגמרי לא מצי מייתי ביכורים דהא בעינן שיהא הקרקע שלו וכן צ"ל בהא דתנן בחלה (פ"ב משנה ה') ומייתי לה בקידושין (דף מ"ו) המפריש חלתו קמח אינה חלה וגזל ביד כהן וחייב בחלה דמשמע דאף דהוי גזל ביד כהן אפ"ה חייב בחלה התם נמי הוי שינוי מעשה דמעיקרא קמח ולבסוף עיסה דבלא"ה קשה הא אינו יכול להפריש דבר שאינו שלו כדאמר שם בש"ס דלרב דאמר המקדש אחותו המעות פקדון הוי גזל גמור עיי"ש:

ועוד נ"ל דאפילו אם נימא כדברי השא"ר ז"ל דגזל חייב בחלה מ"מ הך גז"ש דילפינן מצה לחם לחם מחלה ג"ש גמורה הוא ואע"ג דגבי חלה גופא עיסה גזולה חייב בחלה. מ"מ נהי דחייב בחלה וזר האוכלה במיתה מ"מ אינו יכול להפריש מעיסה גזולה כ"ז שלא קנאה בשינוי שיהא שלו לגמרי כמו דממעטינן בתרומה תורם שאינו שלו וא"כ שפיר ילפינן כמו בחלה אינו יכול להפריש שאינו שלו כן במצה אינו יוצא במצה שאינה שלו אם לא קנאו וילפינן מהפרשה דחלה ולא מחיוב דחלה ולפי זה שבארנו דגז"ש גמורה היא יש לפסול גם מרור הגזול כמו דפסלינן מצה גזולה דכל פסול במצה פסול במרור כדאמרינן בפ' כ"ש (דף ל"ט) והשא"ר ז"ל כ' דהך גז"ש דלחם לחם לא קיימא ופסול מצה הוא רק משום מהב"ב. ולפי"ז במרור דרבנן לא חיישינן למצוה הבב"ע לכמה רבוותא אבל לפמש"כ דגז"ש גמורה היא ומצה גזולה פסול מה"ת ממילא מרור הגזול נמי פסול אף שהוא מדרבנן כדמוכח בש"ס דפסחים הנ"ל גבי מרור של מע"ש:

מ"מ בעיקר הדין בעיסה גזולה לענין חלה לא נ"מ לדידן דממ"נ אם נתגלגל ביד הנגזל כבר נתחייבה בחלה והאוכלה בטבלה במיתה ואם נתגלגל ע"י הגזלן הא קנאה בשינוי דקיי"ל שינוי קונה וליכא נ"מ אלא לענין צירוף סל שגזל ככרות שנתגלגלו בפטור פחות מכשיעור ונצטרפו בסל ביד הגזלן ונראה דאפילו למ"ד שינוי אינו קונה מ"מ עיסה גזולה

חייבת בחלה דהא ילפינן חלה מתרומה ראשית ראשית כדאיתא במנחות (דף ס"ז) דמאן דאמר מירוח עכומ"ז פוטר גלגול עכומ"ז פוטר ומאן דאמר מירוח עכומ"ז אינו פוטר גילגול עכו"ם אינו פוטר ובתרומה ודאי דאם גזל תבואה ומירחה הוקבעה לתרומה ויש בה דין טבל וראי' לזה דהא בב"ק (דף ס"ט) מייתינן ברייתא דר"י אמר כל שילקטו עניים יהא הפקר ור' דוסא אמר לעתות ערב אומר כל שלקטו יהא הפקר משום דזימנין דהעניים מלקטים שיבלים שלא זכתה להם תורה והוי גזל בידייהו והמה יסברו שזה לקט ולקט פטור מן המעשר ויאכלו בלא מעשר הרי חזינן דאם אין בזה דין לקט הוקבעו למעשר אף שגזל הוא ביד העניים. והתם מוכח בסוגיא דהוי טבל מן התורה דהא מפיך התם דר"י לדר"ד ודר"ד לר"י ור"י אומר כל שלקטו יהא הפקר משום דא"א לומר דר"י סובר כל שילקטו כמו דאיתא בברייתא משום דשמעינן ליה לר"י דלית לי' ברירה גבי לוקח יין מבין הכותים ואם נימא דחיוב הפרשת תרומה ומעשר בתבואה גזולה הוא מדרבנן א"כ הוי מצי למימר דר"י סובר כל שילקטו ומשום דהוי איסור דרבנן אף אם לא יפקירו הבעלים והם לא יפרישו להכי אמרינן יש ברירה אבל בלוקח יין סובר אין ברירה משום דהוי איסור דאורייתא א"ו דגם בתבואה גזולה איכא איסור טבל מן התורה ומשו"ה מהפך לה דר"ד לר"י ואין לומר דהעניים יקנו אותם בשינוי מעשה ע"י טחינה ואפיה ויתחייבו במעשר דז"א דא"א דגזל פטור מן המעשר כל שהיה גזול בשעת מירוח פטור ולא מהני שינוי דאח"כ כלל והא דגנב וגזלן שתרמו תרומתן תרומה מיירי ע"כ כשנתמרח ביד הבעלים אם נימא דגזול פטור מן התרומה. א"ו דתבואה גזולה חייבת בתרומה מדאורייתא וכיון דיש בה איסור טבל מן התורה לא מהני הפקירה דבעה"ב וע"כ דסובר יש ברירה והוצרך הש"ס להפוך דר"י לר' דוסא ודר"ד לר"י ואף דקיי"ל דלקוח פטור מן המעשר כדדרשינן בב"מ (דף פ"ח) וה"ה דפטור מן התרומה כמבואר בתוס' גיטין (דף כ"ג) ד"ה העכומ"ז והכותי שתרמו כו' עיי"ש מ"מ גזול עדיף מלקוח דברשותא דמרא קיימא ותבואת זרעך קרינן בי' [ואף דהאי תנא סובר כל שילקטו אבל כל שלקטו לא מהני דסובר כצנועים דכל גזילה לא קאי ברשותא דמרא להקדישה היינו דווקא להקדישה אינו יכול אבל קדושת תרומה דחיילא מאליה לא פקע רשות בעלים מהתבואה וקרינן בי' תבואת זרעך]:

ועוד דמטעם אחר א"א לומר התם דחיוב התרומה ומעשרות הוא מטעם שהעניים יקנו בשינוי דהתם גבי עניים שלקטו יותר מדין לקט לא מהני בה שינוי כלל דהא לא כוונו לגזול רק שטעו בדין וסברי שגם זה לקט כמ"ש רש"י ז"ל שאין בקיאין בהלכה וגזלן בשוגג אין לו דין גזלן כמ"ש הריטב"א בחידושיו למס' כתובות (פ' א"נ) גבי הניח להם

פרה שאולה וטבחוה ואכלוה דכיון דבשוגג אכלוה אין להם דין גזלן וכן כתב המחנ"א (בה' גזילה) וכיון דאין להעניים דין גזלן ממילא לא מהני שינוי גבייהו דשינוי לא מהני אלא היכא דיש לו דין גזלן וכיון דלא מהני התם שינוי ומדברי הגמרא מוכח דאי לא מהני ההפקר הוי איסור דאורייתא ש"מ דגזל חייב בתרומה ומעשר דאורייתא (ומה שלא פירשו רש"י ותוס' שם בסוגיא דלהכי אמרו כל שלקטו או כל שילקטו הוא משום שלא יכשלו העניים באיסור גזל ולא משום תו"מ משום דלענין גזל לא שייך לאפלוגי אם כל שלקטו או כל שילקטו דכל שהבעה"ב אומר שאינו מקפיד על מה שהעניים נוטלין אין בזה איסור גזל ולא איכפת לן בזה לדין ברירה ולא לדין גזל ולא נתייאשו הבעלים רק באמירתם שאינם מקפידים סגי להכי הוצרכו לפרש דאמירתם הוי בשביל מכשול תרומה דבזה בעינן הפקר גמור וכיון שהוכחנו דתבואה גזולה חייבת בתרו"מ ה"ה עיסה גזולה חייבת בחלה אף למ"ד שינוי אינו קונה ונ"מ לדידן לענין צירוף סל אם נצטרף ביד הגזלן חייב בחלה מיהו יש לדחות דהתם כיון דהעניים אינם מתכוונים לקנות רק טעו בדין וסברי שהוא לקט ובשוגג אין לו דין גזלן להתחייב באונסין כדאמרינן גבי הניח להם אביהם פרה שאולה וכיון דלא נתחייבו באונסין לא נפיק מרשותא דמרא ולהכי חייב בתרומה ומעשר אבל אם נתמרח ביד גזלן גמור שקנה בדין גזל ולאו ברשותו דמרא קאי להקדישו לא מהני נמי מירוח דגזלן לחייב בתרו"מ מ"מ נראה דאין לחלק בזה ודו"ק:

סימן מ

שאלה בהא דאמרינן בר"ה (דף כ"ח) כפאו ואכל מצה יצא ומוקי לה בשכפאוהו פרסיים ומשום דמצות אין צריכות כוונה יש להסתפק אי מיירי דוקא באמרו לו שיהרגוהו אם לא יאכל והוא אכל אבל אם תחבו לתוך פיו עד בית הבליעה עד שנבלע המצה לא יצא דדוקא אם עשה המעשה בעצמו רק שחיסר כוונה אז יצא אבל אם לא עשה המעשה בעצמו לא מהני או דילמא אפילו בכה"ג שתחבו לתוך פיו נמי יצא:

תשובה הנה גבי גט דקיי"ל גט מעושה בישראל כדין כשר ודאי דלא מהני אם נטלו ידו בע"כ וזרקו לה הגט דלא מתכשר אלא כשאיימו עליו עד שנתן בעצמו מיהו התם שאני דבעינן רצון וכשהחזיקו בידו עד שנתן לא מיקרי רצון דדוקא אם כפוהו שיתן בעצמו בזה אמרינן דודאי יתרצה משום מצוה לשמוע דברי חכמים ואף אם האי גברא באמת בלבו לא ניחא לי' הוי דברים שבלב ואינם דברים דרובא דאינשי אם כופין אותם לעשות מצוה ועושים ואומרים רוצה אני מתרצים נמי בלב כמש"כ לקמן אבל כשהחזיקו בידו ליתן גט לא מהני דבזה לא רובן מתרצים בלב גמור:

וכ"ז בגט דבעי רצון אבל במצוה דלא בעינן רצון אלא כוונה לחוד וכיון דמצות א"צ כוונה מהני אף אם עשו עמו בע"כ ולא עשה בעצמו וכן גבי יבום אמרינן ביבמות (דף נ"ג) הבא על יבמתו בין בשוגג בין במזיד בין באונס קנה ומפרשינן אונס כגון שנתקשה לאשתו ותקפוהו עכום"ז ביבמתו ועיי"ש בתוס' דלא רצה התלמוד לפרש שאיימו עליו שיהרגוהו אם לא יבא עלי' בקישוי דכל שעושה מעצמו אפילו ע"י פחד מיתה לדעת חשיב לי' ודבריהם צריך ביאור דהא בכל דוכתא קרי אונס מה שמגזמין עליו להורגו אם לא יעשה דבר זה ואיך כתבו דזה אינו קרוי אונס ונראה כוונתם ז"ל דאף דודאי בכל התורה דבר שעושה ע"י פחד מיתה לא מהני כמו בגיטין וקידושין מ"מ הכא גבי יבום כיון דכבר תנא דלא בעינן רצון וכוונה כלל ואפילו בשוגג נמי קנה א"כ פשיטא דגם מה שמפחידין אותו ע"י אונס מיתה נמי מהני ותנא דקתני נמי אונס ע"כ דאשמעינן רבותא טפי דאפילו אונס כי האי שלא עשה מעצמו כלל רק שכפוהו והדביקוהו נמי מהני וילפינן הכל מקרא דיבמה יבוא עליה דאפילו באונס כי האי נמי מהני ועיין בחי' הרמב"ן ז"ל שם ומשמעות דבריו ג"כ כמ"ש שכ' שם וז"ל וא"ת למה לא פרשו משנתינו בשאנסוהו למיתה לבא עלי' ותי' ההוא כיון דבביאה עלי' ליכא אונס לא קרינן בה הבא על יבמתו באונס אלא מדעת שלא במתכוין למצוה הוא בא עלי' עכ"ל הרי בהדיא דבאנסוהו למיתה מקרי אונס רק דהש"ס לא רצה לפרש מתניתין באופן זה משום דכבר שנה לנו התנא דלא בעינן רצון גבי יבום ולהכי הוצרך לפרש שתקפו לבא עלי' דאפ"ה נמי מהני וא"כ אפשר דבמצות נמי מהני אפילו אונס כי האי והכי משמע לי דלכאורה קשה למה לי' לאוכוחי מהא דשלחו לי' לאבוה דשמואל כפאו ואכל מצה יצא דמצות א"צ כוונה ואמאי לא מוכיח זאת מברייתא דכתובות (דף פ') בד"א במצות ל"ת אבל במ"ע שאומרים לו עשה סוכה ואינו עושה לולב ואינו נוטל כו' א"כ ש"מ דמצות א"צ כוונה א"ו דמברייתא לא מוכח מידי דמיירי שמכין אותו עד שעושה מעצמו. ובזה אפשר לומר דאף דמצ"כ מ"מ מהני משום דודאי מתרצה אח"כ כמו גבי גט דמהני משום מצוה לשמוע דברי חכמים אבל מהא דשלחו לי' כפאו ואכל מצה יצא מוכיח דאל"כ מדקאמר סתמא כפאו דמיירי אפילו בתחבו לי' בבית הבליעה נמי יצא דבזה לא אמרינן גבי גט דודאי מתרצה ואפ"ה יצא ש"מ דמאצ"כ מיהו ז"א דאפשר לומר דלעולם גם הא דכפאו ואכל מיירי דוקא שאכל בעצמו ולא שאחרים תחבו לתוך פיו והא דלא פשיט מברייתא דבמ"ע כופין עד שתצא נפשו הוא משום דהתם אפ"ל כשכופין אותו אמרינן דמסתמא מתרצה כמ"ש גבי גט דכיון שהוצרך לעשות המצוה למה לא ירצה לעשות המצוה ברצון ובכוונה אבל הכא מיירי במי שיודע בעצמו שלא כיון כלל ושאל אותנו אח"כ אם יצא או לא דאף דגבי

גט אמרינן דמשום מצוה לשמוע דברי חכמים תלינן דודאי מתרצה ולא חיישינן שמא בלבו לא הי' מתרצה משום דהוי דברים שבלב ואף אם לא הי' מתרצה מהני דדברים שבלב אינם דברים מ"מ זהו דוקא גבי גט וקניינים דבזה אמרינן דברים שבלב א"ד אבל במצות ודאי דאחר כוונת הלב הן הן הדברים ולא מהני מה שאנו אומדין דעתו דניחא לי' אם יודע בעצמו שלא נתרצה בלבו ולהכי לא פשיט מהך ברייתא דמכין אותו כו' ועוד אפשר לומר דהתם שהב"ד כופין אותו כדי לקיים המצוה ועושה אותה אמרינן דמסתמא מתרצה לעשות לשם מצוה אבל הכא שכפוהו עכומ"ז שאין כפיית העכום"ז כדי לקיים המצוה רק לאיזה פני' שיש לו בזה לא שייך לומר דודאי מתרצה ולהכי לא פשיט מהך ברייתא דמצות א"צ כוונה אבל לעולם אימא לך דגם הך דכפאו ואכל מצה מיירי שכפוהו לאכול ואכל מעצמו אבל אם תחבו לו בע"כ כו' לא יצא והכי משמע לישנא דכפאו ואכל מצה יצא משמע שכפאו ואכל מעצמו וכן מצינו בע"ז (דף נ"ד) שכתבו התוס' שם בד"ה כגון וז"ל פי' אנסוהו שאמרו להורגו אם לא ישתחוה מאיליו. אבל אין לפרש שכפפו קומתו בע"כ דא"כ הוא לא היה עושה כלום אלא הם עשו מעשה בגופו ואין אדם אוסר דבר שאינו שלו עכ"ל התוס'. הרי להדיא דאם אנסוהו להשתחוות לבהמתו והשתחווה מעצמו מיקרי שפיר מעשה להיות אוסר את בהמתו כדין נעבד ואם כפפו קומתו והוא לא עשה מעשה בעצמו אינו אוסר את בהמתו וה"ה לענין קיום מצוה נמי אין לדמות היכא שתחבו לו בביהב"ל והוא לא עבד מידי להיכי דכפאוהו לקיים המצוה ולעשות המעשה בעצמו דאפ"ל הואיל דלא עביד איהו מידי אינו יוצא ואע"ג דגבי טבילה אשכחן בחולין (דף ל"א) דאמרינן שם נדה שנאנסה וטבלה מותרת לביתה ופריך ה"ד אי נימא דאנסה חברתה וטבלה כוונה דחברתה כוונה מעלייתא הוא מ"מ אפשר לומר דשאני הכשר ממצוה דדוקא בהכשר לא שני לן בין עשה בעצמו או לא אבל גבי מצוה בעינן שעשה מעשה בעצמו ואף דבהגהות אשרי בר"ה (דף כ"ח) שם כתב ראי' דמצות אצ"כ מהא דקיי"ל כרב דנדה שנאנסה וטבלה טבילה מעלייתא היא אלמא דמצוה והכשר לענין זה חדא מלתא הוא וכיון דבהכשר מהני אי טבלה חברתה ה"נ לענין מצוה מהני לי' תחב לי' בביה"כ. מ"מ הא הרמב"ן ז"ל בחי' לחולין (דף ל"א) כתב להדיא דאין לדמות פלוגתא דרב ור"י בנדה שנאנסה וטבלה לפלוגתא דמצות צ"כ משום דאין לדמות הכשר למצוה וכן פלוגתא דר' נתן ורבנן לענין שחיטה נמי לא תליא בזה והוכיח בראי' דהא נפלה מן הגשר טהורה לביתה לרב ואלו מתעסק בתקיעה לד"ה לא יצא עיי"ש בדבריו ז"ל:

מ"מ נ"ל כיון דאשכחן גבי עריות דבאשת כהן באונס נמי אסורה מקרא דוהיא לא נתפסה אסורה ויש לך אחרת שאעפ"י שנתפסה אסורה ואמרינן ביבמות (דף נ"ו) הכל היה בכלל זונה והכל היה בכלל אחרי אשר הוטמאה ולא מפלגינן שם בין גיזם עלי' שתעשה מעשה ותביאו עלי' בין לא עשתה שום מעשה והיתה קרקע עולם דבכל ענין נאסרת כדאשכחן בכתובות פ"ק גבי תינוקות שירדה למלאות מים מן העין ונאנסה וכן ביבמות גבי מעשה בריבה אחת בהיתלו שרבעה כלב כופרי כו' ש"מ דגם בלא עבדה מעשה רק שהאחר עושה הדבר נמי מיקרי מעשה ובכלל אשר הוטמאה וה"נ גבי מצות אף שתחבו לו בביהב"ל נמי מיקרי קיום המצוה ויצא יד"ח. ומה שבעכומ"ז לא מיקרי מעשה כלל הוא משום דהשתחואה לא מיקרי אלא בעביד בעצמו וכשחבירו כופף קומתו לא שייך לשון השתחואה כמ"ש התוס' ביבמות (דף נ"ד) ד"ה אין עיי"ש ואע"ג דגבי חליצה קיי"ל דחליצה מעושה אינו פוסל כלל כדאיתא ביבמות (דף ק') ובארנו בתשובה דאע"ג דחליצה לא בעי רצון רק כוונה וחליצה בלא כוונה פסול ופוסל מן האחין מ"מ חליצה מעושה אינו פוסל כלל משום דאונס כמאן דלא עביד כלל מ"מ הכא גבי מצוה לא מיקרי כמאן דלא עביד כיון דמחויב לעשות המצוה בלא"ה לא אמרינן דכמאן דלא עביד דמי דמה"ט שרינן גט מעושה בישראל כדין כמש"כ הרמב"ם ז"ל (בפ"ג מהלכ' גירושין) דכל מה שאדם מחויב לעשות לא מיקרי אונס לענין דלא הוי כמאן דלא עביד וכמו שבארנו דבריו בתשובה ולא מיקרי אלא מחוסר כוונה וקיי"ל מצות אצ"כ וכ"ש במצה שאף הני רבוותא דפסקי מצות צריכות כוונה סברי במצה אצ"כ משום שכן נהנה כנלע"ד וק"ל:

סימן מא

נסתפקתי בחולה שיש בו סכנה והגיע ליל פסח וזמן אכילת מצה ואמרו הרופאים שאם יאכל מצה יסתכן והוא מרוב חביבת המצוה לא שמע לקולם ואכל כזית מצה ולשעה או שתים נתרפא וסר החולי מעליו עד שאמרו שרשאי לאכול כזית מצה אי יצא במה שאכל בעת שהי' מסוכן או דילמא כיון שהי' פטור אז מלאכול לא יצא בו. ודומה לאדם שהוא עתים חלים ועתים שוטה ואכל מצה בעת שטותו ונעשה חלים דלא יצא באכילת שטותו כדאמרינן בר"ה (דף כ"ח) גבי כפאוהו ואכל מצה עיי"ש:

לכאורה נראה להביא ראי' מהא דאמרינן ביבמות (דף ס"ד) כי אתי ר' יצחק בר יוסף אמר עובדא הוי קמיה דר"י בכנישתא דמעון ביוה"כ שחל להיות בשבת ומלה ראשונה ומת שניה ומת שלישית באה לפניו אמר לה לכי ומולי א"ל אביי חזי דקא שרית איסורא וסכנתא ופרש"י ז"ל איסורא שאם איכא חזקה בשני פעמים והשלישי ניתן לדחות ממנה הו"ל מילה שלא בזמנה ואינו דוחה את השבת עכ"ל. ומדחשיב ליה מחלל את השבת

במל באופן שלא היה מחויב למול א"כ הרי חזינן דמצוה שאינה צריכה לעשות משום סכנה ועבר ועשה דמי כמי שלא עשה ומחשבינן ליה כאלו חלל את השבת שלא לצורך מצוה וה"נ בענין שאלתינו דמי כמי שלא אכל מצה וצריך לחזור ולאכול ודוחק לומר דהא דקרי ליה איסורא היינו מחשש שמא ימות הוולד ואז מקרי חילול שבת דהא חזינן שלא היה ניתן לדחות את השבת אבל בזה שאכל מצה ולא הזיק לו מקרי שפיר קיום מצוה דז"א דאם נימא דכל היכא דלא הזיק לו מקרי קיום מצוה אף שהיה פטור עפ"י ד"ת. א"כ התם נמי כשמת מקיום המצוה נימא נמי דהמצוה קיים ולא מיקרי חילול שבת דהא מילה דוחה שבת ועבר רק על מצות וחי בהם. ומדקא חשבינן לי' התם חילול שבת במת הוולד ש"מ דעיקר טעמא הוי דכיון דההתורה פטרתו מלמול אין כאן מצוה כלל והוי מילה שלא בזמנה וחילל שבת וה"נ אין כאן קיום המצוה כלל וצריך לחזור ולאכול ואע"ג דגבי עוסק במצוה פטור מן המצוה מבואר בש"ס דזבחים דאם עשה המצוה שפטור ממנה שפיר מיקרי מצוה לגביה אע"ג שהי' פטור ממנה מחמת שעוסק במצוה ראשונה דהא אמרינן שם (דף י"ט) גבי בגדי כהונה תפילין מהו שיחוצו מצוה דגופי' חייץ או לא חייץ איגלגל מילתא ומטא לקמיה דר"א ואמר תלמוד ערוך בידינו תפילין חוצצת מיתבי כהנים בעבודתם ולוים בדוכנם וישראל במעמדן פטורין מן התפילה ומן התפילין מאי לאו אם הניחו אינן חוצצת עכ"ל הגמרא. הרי דאף שפטורים מן התפילין מטעם עוסק במצוה פטור מן המצוה כמו שפי' רש"י ז"ל שם אפ"ה אם הניחן בעי למימר דאינן חוצצת משום מצוה דגופיה לא חייץ הרי דאף שהיה פטור מלעשות המצוה אפ"ה אם עשאה מקרי עשה מצוה. נראה דלא דמי כלל דהתם בר חיובא הוא גם במצוה השניה אלא שקדמתה מצוה ראשונה שעסק בה להכי אם קיים גם השניה מקרי עשה מצוה משא"כ מי שפטור מן המצוה מחמת סכנת נפשות שאמרה תורה וחי בהם לאו בר חיובא הוא בזה ואם עשה כמאן דלא עביד דמי ולא מיקרי מצוה כלל:

ואין לדקדק מלשון רש"י ז"ל איפכא מדכתב הו"ל מילה שלא בזמנה ולא כתב דהו"ל כמי שלא מל כלל ש"מ דדעת רש"י ז"ל דמצוה שהוא עושה בשעה שהוא פטור ממנה משום וחי בהם ולא שימות בהם שפיר מיקרי קיום המצוה רק דהוי שלא בזמנה לענין שבת כמו מל לאחר ח' בשבת דאמרינן בשבת (דף ק"ל) דמל של ערב שבת בשבת דהו"ל מילה שלא בזמנה ומקרי עביד מצוה ומ"מ מחייב משום שבת. דז"א דמ"נ אם זה היה קרוי קיום המצוה היה מיקרי בזמנה ג"כ לענין שבת שהרי מל אותו בזמנו וקיים מצותו ומדקרי לי' רש"י ז"ל מילה שלא בזמנה ש"מ דכל שלא הי' צריך לעשות מפני הסכנה ועבר ועשה לא יחשב לו כלל למצוה ומה שלא כתב רש"י ז"ל דדמי כמי שלא מל הוא

מטעמא אחרינא דהאי כללא שכתבנו דאם עשה המצוה בשעה שהוא פטור ממנה צריך לחזור ולעשות הוא רק בדבר שצוותה תורה לעשות ולא מינכר אחר העשיה כמו אכילת מצה וכדומה שאכילתו לא יחשב לו קיום מצוה כיון שעשה אותו בשעה שהוא פטור ממנה אבל במילה דמינכר מצותו שהרי ניטל ערלת הוולד שפיר מיקרי קיום המצוה וכה"ג מצאתי לרבינו בעל טו"א ז"ל (דף כ"ט) שהקשה מהא דאמרינן ביבמות (דף ס"ב) היו לו בנים בגיותו ונתגייר רי"א קיים מצות פ"ו ואמאי הא בגיותו לא היה מצווה על מצות פ"ו ודמי לאוכל מצה כשהוא שוטה ותי' דהתם שאני דשבת בעינן והאיכא ואע"ג דגבי היו לו בנים ומתו פליג ר"י אר"ה דאמר שבת בעינן והאיכא מ"מ בהיו לו בנים בגיותו והן קיימין מודה ר"י דמקרי שבת מעליא עכ"ד הט"א ז"ל. וה"ה גבי מילה איכא למימר שעיקר טעם ושורש המצוה למול ערלתו והרי נימול להכי מהני אף שהיה פטור ול"ד למצה שחלף והלך קיום מצותו ולא מינכר להכי צריך לחזור ולאכול כשנעשה חלים ולהכי לא מצינן למימר במילה שלא היתה צריכה למול מפני הסכנה ועבר ומל דמיחשב כמי שלא מל כלל דבמצות מילה א"א לבטל קיום המצוה לגמרי שהרי מ"מ הוא מהול ולהכי כתב רש"י ז"ל דהוי מילה שלא בזמנה דנהי דמילה חשבינן לה מחמת שהוא מהול מ"מ דומה למילה שלא בזמנה דכיון דמה שלא היה לו לעשות מפני הסכנה חשבינן אף בדיעבד כמאן דלא עביד כלל א"כ לענין זמן המצוה דמי כמו שמל אותו בשבת שלא בזמנו דהא מצות מילה וזמן המילה תרי מילי נינהו ואי לא מל בשמיני מחויב למול אח"כ א"כ הכא שעבר על מצות וחי בהם ומל בשבת בשמיני כיון דקיי"ל דכל מצוה שעשה בשעה שהיה פטור מפני הסכנה כמאן דלא עביד דמי רק שבמילה אין דלא עביד דמי רק שבמילה אין אנו יכולים לומר כמאן דלא עביד לענין עצם מצות מילה. משום דמינכר מצותו והרי הוא מהול לפנינו כמו גבי מצות פ"ו. אבל לענין זמן המילה דמי כמי שלא עביד מצות מילה בזמנה ודמי כמי שמל מילה שלא בזמנה בשבת וחילל את השבת:

(הגה"ה ובזה יש ליישב מה שהקשה הגרע"א ז"ל בהא דאם מל בתוך ח' נימא דצריך להטיף דם ברית מטעם דהוי מצוה הב"ב ע"כ. ולדברינו י"ל דלא שייך מצוה הבב"ע בדבר שמצותו ניכר דהא מ"מ הוא מהול לפנינו ול"ד למצה וכדומה וכן צ"ל במה שנסתפק הב"ש אם יוצא בממזר מצות פ"ו דלא שייך בזה מהב"ב משום דהא איכא שפיר שבת וק"ל:)

וכל זה אי אמרינן דבמה שעבר על מצות וחי בהם לא יחשב לקיום המצוה ולהכי לא יחשב גבי מילה מילה בזמנה אבל אם נימא דאף שעבר בקיום מצותו על וחי בהם מקרי

קיום המצוה ה"נ מיקרי מילה בזמנה וליכא חילול שבת כלל ואמאי קרי לי' איסורא וסכנתא גם אין לחלק ולומר דהתם כיון שקבעה תורה זמן למצוה זו להכי כל היכא שהילד מסוכן ומלו דומה כמו שלא הגיע זמנו עדיין ולהכי אף בדיעבד אם מלו מיחשב מילה שלא בזמנה דדמי למל בתוך ח' דחשבינן בשבת (דף ק"ל) אם מל של א' בשבת בשבת טעה בדבר מצוה ולא עשה מצוה וכדפסקינן ביור"ד (סימן רס"ד) בהגה"ה דבתוך זמנו רשאי למול ע"י עכומ"ז דלא הוי מצוה כלל וה"נ כיון שהילד מסוכן מתחילת לידתו לא הגיע זמן מצותו עדיין אבל למיחשב עשיית מצוה בעת שפטור ממנה מפני הסכנה כמו שלא עשה לא חשבינן דז"א דבהדיא כתבו התוס' ורש"י ז"ל ביבמות (דף ע') דהא דאמרינן הערל לא יאכל בתרומה דערלות שלא בזמנה לא הוי ערלות כמש"כ בשם הירושלמי אבל מתו אחיו מחמת מילה מיקרי ערל ואסור בתרומה עיי"ש א"כ הרי דמתו אחיו מחמת מילה לא דמי לקטן ערל בתוך ח' דזה לא מיקרי ערל עד ח' ומתו אחיו מחמת מילה כבר מיקרי ערל א"כ אי אפשר לדמותו למל בתוך ח' וע"כ מה שדימה רש"י ז"ל מתו אחיו מחמת מילה לנימול שלא בזמנו היינו לתינוק שנימול אחר ח' בשבת ואם איתא דסכנה אינו מבטל קיום המצוה בדיעבד ה"נ אינו מבטל מצות יום השמיני במה שמסוכן הילד ומל אותו ואמאי קרי לי' איסורא א"ו דהסכנה מבטל קיום המצוה לגמרי וגבי מילה מבטל קיום זמן המצוה:

ומזה יש להקשות על שיטת הריב"א ז"ל שהביאו התוס' בפסחים (דף מ"ז) ובחולין (דף קמ"א) דכל היכא דאמרינן אין עשה דוחה ל"ת ועשה אם עבר וקיים העשה אינו לוקה על הל"ת דהא דלא דחי היינו משום עשה אבל הל"ת כמאן דליתא דמי דהעשה דחאתו הרי חזינן דאף שאמרה תורה שלא ידחה הל"ת מחמת העשה דאיכא בהדיה מ"מ אם עבר ודחה אינו לוקה ולא אמרינן השתא דאמר רחמנא שאין הל"ת נדחה מחמת העשה הרי היא במקומה ולוקה גם עליה והכא גבי סכנת מילה אמרינן הואיל ואמר רחמנא דכשהילד מסוכן לאו בר מילה הוא ונדחית המילה אם עבר ומל חילל את השבת משום מילה שלא בזמנה ואדרבה הוי לן למימר מה שעבר על עשה דוחי בהם ולא שימות בהם עבר ומ"מ מילה בזמנה קיים כי שבת נתן לדחות מפני המילה:

ולפי מש"כ במק"א ליישב קושית השעה"מ על דברי ריב"א ז"ל מהא דב"מ (דף למ"ד) דקאמר והתעלמת פעמים שאתה מתעלם הא כיצד אם היה כהן והיא בבה"ק ופריך ל"ל קרא הא אין עשה דוחה ל"ת ועשה ולשיטת הריב"א ז"ל הא איצטריך קרא דאי לאו קרא ה"א אם עבר והחזיר אינו לוקה משום טומאה דלאו דטומאה נדחה מפני עשה דהשבת אבידה ועשה לחוד הוא דעבר ואשמעינן קרא דאפילו לאו דטומאה אינו נדחה מפני

עשה דהשבת אבידה ואם עבר וטימא עצמו לוקה וכתבנו ליישבו דמש"כ הריב"א ז"ל דאינו לוקה משום הלאו הוא דווקא אם גם עכשיו שאין העשה דוחה ל"ת ועשה נשאר עדיין חיוב העשה עליו כמו בכיסוי שאינו רשאי לחרוש ביו"ט בשביל מצות כיסוי מ"מ מצות כסוי לא נדחה מעליו לגמרי ואם יזדמן לו עפר תחוח יהא חייב לכסות מיד הלכך כיון שאין העשה נדחה ממנו לגמרי רק שנשארה עליו עדיין אם עבר וכיסה ועבר על עשה ול"ת אמרינן דאינו לוקה עבור הל"ת שהיא נדחית מחמת העשה שעליו אבל גבי כהן והיא בביה"ק שאינו רשאי לטמא ונדחה מעליו מ"ע דהשבת אבידה זו לגמרי כיון שהיא בביה"ק דהא ע"כ דמיירי שאם ימתין עד שתצא הבהמה מביה"ק תאבד לגמרי ולא יוכל להחזירה עוד דאם היה אפשר להמתין עד שתצא מביה"ק בלא"ה אין צריך קרא דכל היכא דאפשר לקיים שניהם אין עשה דוחה אפילו ל"ת גרידא ובודאי דאינו רשאי לטמאות] וכיון שמחמת העשה ול"ת הולך ממנו העשה לגמרי בזה אמרינן אם עבר וקיים העשה לוקה מפני הל"ת כיון שכבר העשה חלף הלך לו ממנו לגמרי ולא איצטריך קרא לזה:

ולפי"ז יש ליישב נמי מה שהקשיתי ממילה דגבי מילה שמלה בנה הא' ומת שני ומת צריך להמתין עד שיגדל הילד ואין עליו שום קיום מצות מילה כעת בזה אמרינן אם עבר ומל בשבת הוי חילול שבת דהו"ל מילה שלא בזמנה כיון שמצות מילה חלף לו ממנו:

ובזה יש ליישב מאי דקשה טובא לשיטת הריב"א ז"ל דהל"ת נדחה וליכא מלקות מהא דאמרינן בנדרים (דף י"ז) בנשבע לבטל את המצוה שבועה לולב שאינו נוטל שאינו שבועה ומייתי לה קרא שלא יחל דברו ופריך מהכא נפקא לי' מהתם נפקא לי' דתניא יכול נשבע לבטל את המצוה ולא ביטל יכול יהא חייב ת"ל להרע או להיטיב מה הטבה רשות אף הרעה רשות יצא נשבע לבטל וכו' שאין הרשות בידו ומשני חד קרא למיפטריה מלאו דשבועה וחד קרא למיפטרי' מקרבן שבועה:

והנה שם הקשה הרשב"א ז"ל בחי' וא"ת ליתי עשה דסוכה ולידחי ל"ת דלא יחל דברו וי"ל דנדרים עשה ול"ת הם עשה ככל היוצא מפיו יעשה ל"ת דלא יחל דברו עיי"ש. וא"כ הוא הדין דשבועה הוי עשה ול"ת (ואף דשבועה הוי ישנו בשאלה ובפ"ק דיבמות (דף ה') אמרינן דעשה דוחה ל"ת ועשה שישנו בשאלה צ"ל דכיון דעשה דלולב וסוכה היא אינו שוה בכל לא עדיף ממידי דישנו בשאלה כדמשמע בפ"ק דיבמות דאינו שוה בכל וישנו בשאלה כחדא נינהו] וא"כ קשה מאי קאמר חד למיפטרי' מלאו היינו דאיצטריך קרא לפוטרו מלאו אם עבר על שבועתו וקיים המצוה הא לשיטת הריב"א לא צריך קרא לזה שהלאו כבר נדחה מחמת עשה דקיום המצוה ול"ל קרא לזה ולא איצטריך אלא

למיפטרי' מעבירת העשה א"ו דכיון דע"י שבועתו נדחה קיום המצוה לגמרי ממנו ואין בידו לקיים המצוה אם עבר וקיים לוקה גם על הלאו דשבועות ושפיר איצטריך קרא למיפטרי' מלאו אם קיים המצוה (כמש"כ התוס' שם דמיירי אם קיים המצוה) ואכתי צ"ע דאכתי לא נדחה ממנו המצוה לגמרי דהא יכול לשאול על שבועתו ומצוה לאתשולי עלי' ולפי מש"כ התוס' בר"ה (דף כ"ט) דאין עשה דוחה ל"ת היכא שפשע א"ש:

אבל כבר נדחו דבריהם בטו"א בר"ה שם עיין בדבריו ז"ל וצ"ע:

מ"מ נ"ל דסברא זו שדחינו לעיל נכונה היא דאין ראיה מדברי רש"י ז"ל לענין שאילתינו דבאמת היכא דלא היה צריך לקיים המצוה מפני מצות פ"נ ועבר וקיים יצא ידי מצותו והיינו אם אכל מצה ונתרפא דחזינן שלא הזיק לו קיום המצוה דבזה אמרינן או שהרופא טעה או שנעשה לו נס ומשמיא הוא דרחימו עליו שלא יזיקנו קיום המצוה להכי אמרינן מצוה דעבד עבד ומה שאמר חזי דקא שרית איסורא וסכנתא היינו מחשש שמא ימות הילד ע"י מילה זו דאז כיון שבאמת חזינן שהמילה הזיקתו והוא א"צ להמית הילד מפני מצות מילה בזה אמרינן דלא קיים המצוה אבל היכא דחזינן שלא הזיקתו קיום המצוה שפיר יצא

ויש לעיין לדעת הר"מ ז"ל דסובר דאסור לעבור על מ"ע דוחי בהם ולא שימות בהם היכי דהדין הוא יעבור וא"י דלא יצא מטעם דהוי מצוה הב"ב ואף לפמש"כ הנוב"י דבכל דוכתא דאמרינן אין עשה דוחה עשה אי עבר וקיים אמרינן מאי אולמי' דהאי עשה מהאי עשה ולא הוי מהב"ב מ"מ זה דוקא בעשה שפגע דרך מקרה בעשה אחרת כמו חייבי עשה וכמו מצרי ואדומי שנפלה לפניו ליבום ועבר ובעל דקנה דעשה דמצרי ואדומי לעצמה נאמרה ועכשיו שפגע בה מצות יבום ובעל אמרינן מאי אולמי' עשה דמצרי ואדומי מעשה דיבום וקנה שפיר אבל עשה דוחי בהם שעיקרה נאמר שלא לדחות פ"נ מפני ל"ת או מפני עשה אי עבר ודחה ה"נ הוי מצוה הבאה בעבירה שעבר על עשה דוחי בהם ועיין לקמן בדיני יבום וצריך עיון כעת [ועיין במהרי"ט סימן ט"ז שכתב בשם הראנ"ח ביבמה שמת אבי' שלא רצה הראנ"ח שתחלוץ כשהיא אוננת ופי' הוא ז"ל הטעם משום שהיא פטורה מכל המצות ואינה רשאי להחמיר ע"ע ומאחר שהוא פטור מאותה מצוה כמאן דליתא דמי עיי"ש משמע דמצוה שהוא עושה בשעה שהוא פטור כמאן דליתא דמי ועיין לקמן שבארנו דבריו ז"ל]. מיהו כל זה אם בעצם המצוה הי' הסכנה אבל אם בעצם המצוה ליכא סכנה רק בהכשר קיומה כגון שנסתכן להביא מצה ואכל ודאי דיוצא י"ח כמו דאמרינן בקדושין (דף ל"ט) ובשילהי חולין (דף קל"ג) דלמד ר' יעקב דאין לך מצוה שאין תחיית המתים תלוי בה מהא דחזא מעשה באמר לו אביו

להביא גוזלות ועלה ושלח האם ולקח הקן ובחזירתו נפל ומת היכן אריכות ימיו של זה והיכן טובתו של זה ואם נימא דהיכא דמסתכן בהכשר מצוה נמי לא קיים מצוה כלל א"כ לא מוכח מידי דהא דנפל מן הגג הוא משום שלא קיים מצוה כלל א"ו כמש"כ דסכנה בהכשר מצוה אינו מבטל המצוה ודו"ק:

שוב ראיתי שדברי רש"י ז"ל אתי כפשוטו הא דקאמר שרית איסורא וסכנתא דהוי לי' מילה שלא בזמנה ואינה דוחה את השבת משום דאפילו אם נימא דמקרי עביד מצוה וקיים מצות מילה מ"מ מיקרי חילל את השבת מפני שלכתחילה לא הי' לו למול ויש ראיה לזה מהא דאמרינן בכתובות (דף כ"ב) אם הקילו לענין שבוי' דאיסור לאו נקל בא"א והקשה ר"ת ז"ל שם בד"ה עידי טומאה דהא בשבויה נמי איכא איסור סקילה אם נשאת לכהן שישמש ע"ג המזבח עיי"ש הרי דקיי"ל כר' יהושע בהי' עומד ע"ג המזבח ומקריב ונודע שהוא ב"ג וב"ח עבודתו כשרה והקרבן דוחה שבת והקרבן שהקריב כשר לדעת הרמב"ם ז"ל (בפ"ו מה' ביאת המקדש) אפילו לאחר שנודע בדיעבד אפ"ה מיקרי חילול שבת הואיל והוא חלל ואין לו להקריב ולא ניתנה שבת לדחות אצלו וה"נ אף שקיים מצות מילה ומילה דוחה שבת אפ"ה הואיל ולא היה לו למול מפני הסכנה מיקרי מחלל את השבת כנלע"ד:

סימן מב

ומה שהקשו בתוס' במנחות (דף כ"ג) ד"ה אלא למ"ד בהא דאמרינן העושה עיסה מן החיטים ומן האורז אם יש בה כזית בכדי אכילת פרס מהחיטים יצא י"ח מהא דאמר בפסחים (דף קט"ו) לא לכרוך איניש מצה ומרור בזה"ז משום דמצה בזה"ז דאורייתא ומרור דרבנן ואתי דרבנן ומבטל דאורייתא משום דרבנן לגבי דאורייתא הו"ל רשות וא"כ ה"נ ליתי אורז דרשות ולבטל מצה דאורייתא עיי"ש וכן הקשו בזבחים (דף ע"ח):

לכאורה ה' אפשר ליישב דמירי באמת באוכל בבליעה בלי לעיסה דקיי"ל התם בלע מצה יצא והתוס' שם כתבו בהא דאמרינן בלע מצה ומרור ידי מצה יצא ידי מרור לא יצא אע"ג דכיון דלא יצא במרור הו"ל מרור רשות אפ"ה יצא ידי מצה ולא אתי מרור דרשות ומבטל מצה משום דבבליעה לא מבטל ורק בלעיסה אמרינן דמבטל:

ובזה היה אפשר ליישב לשון הרמב"ם ז"ל שכ' (בפ"ח מהלכות חו"מ הלכה ו') וז"ל ואח"כ כורך מצה ומרור כאחת ומטבל בחרוסת ומברך בא"י אקבמ"ו על אכילת מצות ומרורים ואם אכל מצה בפ"ע ומרור בפ"ע מברך ע"ז בפ"ע וע"ז בפ"ע עכ"ל ולשון זה קשה להולמו דכיון דפסק כהלל דהא כתב וכורך מצה ומרור כאחת אלמא דלכתחילה בעי למיעבד הכי א"כ מאי שייך תו למימר אם אכלו זה בפ"ע דהא זהו רק בדיעבד אם

טעה ואכל בתחילה מצה ובירך עלי' צריך לאכול מרור ולברך על מרור בפ"ע א"כ אין מקום להאי לישנא דמברך על מצה בפ"ע דהא לכתחילה אין לו לעשות כן. וכ"ז שלא אכל עדיין מצה אמרינן לי' קום אכול מצה ומרור ביחד והכי הול"ל ואם אכל מצה בפ"ע מברך על המרור בפ"ע ויש לומר בדוחק דמיירי במי שא"א לו להשיג מצה ומרור כאחד ועכשיו יש לו מצה ואין לו עדיין מרור ומתירא להמתין עד שישיג מרור שמא יעבור זמן אכילתן להכי אוכלן זה בפ"ע וזה בפ"ע ומברך על כל א' בפ"ע:

ולפמש"כ משכחת לה שצריך לכתחילה לאכול זה בפ"ע וזה בפ"ע כגון בעושה עיסה מן החיטין ומן האורז דצריך לאכול המצה בבליעה כדי שלא יתבטל מהאורז ואח"כ אוכל המרור בלעיסה ואז מברך ע"ז בפ"ע וע"ז בפ"ע:

ועפ"ז יישבנו מה שמקשה הגאון בעל דורש לציון בהא דאמרינן בירושלמי הביאו התוס' בקדושין (דף ל"ח) שהקשה אקרא דמייתי שם בבבלי דכתיב ויאכלו ב"י מעבור הארץ ממחרת הפסח דאקריב העומר והדר אכיל וא"כ לא אכלו מצה בשנה זאת משום איסור חדש וע"ז הקשה הירושלמי למה לא אכלו ישראל מצה בשנה ההיא ליתי עשה דמצה ולדחי ל"ת דחדש ותי' דמצה הוי עשה דלפני הדיבור ולא דחי ל"ת דלאחר הדיבור והקשה הדורש לציון הא מצה נמי ישנה לאחר הדיבור דכתיב גבי פסח שני על מצות ומרורים יאכלוהו והאי עשה איתא נמי בפסח ראשון דהא כתיב ככל משפטו וחוקתו:

ונראה ליישב דבאמת כבר הקשה המקנה מאי מקשי הירושלמי ליתי עשה לדחי ל"ת דהא קיי"ל דאינו יוצא במצה של טבל משום דאין איסורו משום בל תאכל חמץ אלא משום בל תאכל טבל ומפרש בפסחים משום דאין איסור חל על איסור להכי מיקרי אין איסורו משום בל תאכל חמץ א"כ הא לא שייך כאן עשה דוחה ל"ת דהא אינו יוצא במצה של חדש משום שאין איסורו משום ב"ת חמץ דהא כל התבואות היו אסורין משום חדש ולדעת הפוסקים דאין חדש נוהג בשל עכומ"ז ומה שלא אכלו מתבואות העכומ"ז מצה הוא דא"י ירושה להם מאבותיהם והיו כל התבואות של א"י של ישראל ואסורים משום חדש אבל תבואות של עכומ"ז דחו"ל אין בהם משום חדש היה אפשר לומר דשפיר יוצא בו יד"ח מצה אם הוי דחי ל"ת דחדש ומקרי שפיר איסורו משום בת"ח דהא בגמרא מוקמינן להא דתניא דאינו יוצא במצה של טבל כר' שמעון דסובר האוכל נבילה ביוה"כ פטור משום דאין איסור חע"א והיינו אף בכולל דיוה"כ על נבילה הוי כולל. וא"כ לדידן דאית לן אחע"א בכולל מקרי שפיר איסורו משום בת"ח דחמץ הוי כולל על טבל דחייל גם על חולין מתוקנים וכן מצאתי להגאון בעל שא"ר ז"ל בתשובותיו שכ' דלדידן דאית לן איסור חל על איסור בכולל מצה של טבל נמי מיקרי איסורו משום ב"ת חמץ בכולל:

אבל מדברי הרמב"ם ז"ל משמע דגם לרבנן דר"ש נמי אין יוצאין במצה של טבל שהרי הוא פסק (בפ"ו מהלכ' חו"מ) שאין יוצאין במצה של טבל ומעשר עני אף דהוא פסק (בפ"ו מהלכות מאכלות אסורות ובפ"ט מהלכה א"ב) דאיסור חל על איסור בכולל ואין לומר דמה שכ' שאין יוצאין הוא משום מהבב"ע דא"כ לא הוי לי' למיסתם דאין יוצאין דהא אם ל"ל כ"א מצה של מעשר עני רשאי לאכול ולצאת בו משום דאתי עשה דמצה ודחי ל"ת כמ"ש השא"ר ז"ל בתשובותיו ומדכתב סתם דאין יוצאין בו דמשמע אפילו בדלית ליה במה לצאת וע"כ דסובר דאין יוצא בהם משום דאין איסורו משום ב"ת חמץ ואולי דפוסק כרבינא דאמר שם אפילו תימא רבנן דבעינן שיהא אסור משום בל תאכל חמץ בלבד. אבל טבל כיון שאיסורו נמי משום ב"ת טבל אין יוצאין בו ואע"ג דהש"ס דחי התם מידי בלבד כתיב ונראה דע"כ דהירושלמי סובר דאין חדש נוהג בשל עכומ"ז והתבואה שהיה להם בכניסתן לארץ היה מעורב בהם חלק העכומ"ז וחלק דישראל כמ"ש התוס' בר"ה כמבואר לעיל ובחלק הישראל א"א לצאת דהא אסור משום חדש ובחלק העכומ"ז אפשר לצאת דקציר עכומ"ז אין חדש נוהג בו ולחלקה א"א דאין ברירה ואפילו למ"ד יש ברירה מ"מ עם מי יעשו חלוקה דהא עכומ"ז בעלי התבואה נהרגו ופריך הירושלמי שהי' להם לאכול מצה דהיינו שיאכלו כ"א ב' זיתים ויצא יד"ח מצה בהך כזית שהוא חלקו של עכומ"ז דאין חדש מהני בי' ואיסורו משום בל תאכל חמץ ואע"ג דמעורב עם הך זית עוד זית של ישראל דבו אינו יכול לצאת יד"ח מצה משום דאין איסורו משום בת"ח אלא בל תאכל חדש. ע"ז נימא דעשה דוחה ל"ת. דכיון דא"י לצאת בזית חלקו של עכומ"ז אא"כ יאכל גם חלקו של ישראל מפני שמעורבין זב"ז וא"א להפרידן אתי עשה ודוחה ל"ת [כמ"ש במק"א דאף בכה"ג עשה דחי ל"ת כמו שהקשו התוס' בעירובין (דף ק') גבי מתן א' שנתערב במתן ד' שמקיים עשה בדם של מתן ד' ועובר הל"ת בדם של מתן א' ואפ"ה דחי מפני שא"א להפרידן. וה"נ מקיים עשה בחלקו של עכומ"ז ועובר הל"ת בחלקו של ישראל ודחי שפיר מפני שא"א להפרידן] מיהו האי חלק הישראל אף שרשאי לאוכלו מפני דחיית עשה לל"ת מ"מ הא בו אינו יוצא יד"ח מצה ומקרי רשות ואם אוכלן יחד אתי רשות ומבטל למצוה דאף דלא איכפת לן איסור שבו משום דחיית העשה מ"מ כיון שאינו יוצא בו הו"ל רשות ומבטל למצוה ואין תקנה כ"א שיאכלם בבליעה בלא לעיסה דבבליעה לא מבטל רשות למצוה מיהו אם יאכל מרור ביחד עם המצה לא יצא יד"ח מרור דהא קיי"ל בלע מרור לא יצא וכיון שאינו יכול לאכול המצה כ"א בבליעה ובמרור לא יצא בבליעה לאכול המרור בפ"ע בלעיסה וכיון שאינו אוכלם ביחד לא מקיים עשה דעל מצות ומרורים יאכלוהו דהירושלמי סובר

כהלל דכורכן ואוכלן ולשיטת הרי"ף להלל לא יצא כלל אם אכלן זה בפ"ע וזה בפ"ע דהא סובר דהאי תנא דתנא יכול לא יצא יד"ח אלא אם כרכן כאחד ת"ל יאכלוהו אפילו זה בפ"ע וזה בפ"ע הוא תנא דפליג אהלל אבל להלל לא יצא באכלן זה בפ"ע וזה בפ"ע ונראה דהיינו עשה דעל מצות ומרורים יאכלוהו לא יצא אם לא אכלן ביחד אבל עשה דבערב תאכלו מצות ודאי מקיים גם להלל דהא מיני' מרבינן דהכתוב קבעו חובה אף בזמן הזה כדאמרינן בפסחים (דף ק"כ) וכיון דליכא פסח כלל הרי דמקיים מצות עשה במצה לחוד אבל עשה דעל מצות ומרורים לא קיים לשיטת הרי"ף ואף לשיטת התוס' בפסחים שם דגם להלל יצא בדיעבד בלא כרכן מקרא דיאכלוהו. ופלוגתא דהלל ורבנן הוא רק לענין לכתחילה דלהלל בעי כריכה לכתחילה ולרבנן לא בעי. אבל בדיעבד אף להלל יצא וקיים עשה דעל מצות ומרורים יאכלוהו. מ"מ נראה דהיינו דוקא היכא דמצי לאוכלן ביחד אז דרשינן מיאכלוהו דכריכה לא מעכב אבל היכא דלא מצי לאכול כלל בכריכה מודה דמעכב כדקיי"ל בכל המצות דבעי רק לכתחילה ובדיעבד אינו מעכב דאם אינו ראוי לקיים כדבעי לכתחילה מעכב אף בדיעבד. [ובמנחות (דף כ"ז) גבי ד' מינים שבלולב דאין מעכבין אם יש לו ובאין לו מעכבין] וא"כ כשאינו יכול לכרוך ולאכול ביחד לא קיים מצות על מצות ומרורים יאכלוהו להלל רק קיים מ"ע דבערב תאכלו מצות דמיירי אף בזמן דליכא פסח ושפיר קאמר דלא אתי עשה דלפני הדיבור ודחי ל"ת דחדש דלאחר הדיבור דעשה דבערב תאכלו מצות לפני הדיבור נאמר אבל עשה דמצות על מרורים יאכלוהו לא היו יכולין לקיים דאינן יכולין לאכול כ"א בבליעה מחמת חלקו של ישראל ובבליעה לא יצא יד"ח מרור וליכא עשה דעל מצות ומרורים יאכלוהו ומיושב היטב קושיית הדורש לציון:

ובענין מצה של טבל דאמרינן בגמרא אמתניתין ובריייתא דאין יוצאין בה יד"ח מצה דהא מני ר"ש היא דסובר האוכל נבילה ביוה"כ פטור משום דאין איסור חל על איסור וכל שאין איסורו משום בל תאכל חמץ אין יוצאין בו יד"ח מצה וטבל מיקרי אין איסורו משום בת"ח משום דלא חל איסור חמץ על איסור טבל ולהכי פשיטא לי' להגאון בעל שא"ר ז"ל בתשובה דלדידן דקיי"ל כרבנן דר"ש דאיסור חל על איסור בכולל ואוכל נבילה ביוה"כ חייב כרת משום דאיסור יוה"כ כולל שחוטות ונבילות ממילא נמי יוצאין במצה של טבל או של שארי איסורין משום דמיקרי איסורו משום בת"ח דחל איסור חמץ על שאר איסורין ע"י כולל שכולל גם דברים המותרים החמוצים ואין כאן איסור אלא משום מהב"ב. ונפקא מיני' להיכא דלית לי' מצה של היתר דיכול לאכול מצה של איסור שיש בו ל"ת גרידא כיון דעשה דוחה ל"ת אין כאן מהבב"ע אבל אנחנו כתבנו לעיל דמדברי

הרמב"ם ז"ל (בפ"ו מהלכ' חו"מ) משמע דאין יוצאין במצה של טבל ומעשר עני אפילו היכא דלית לי' מצה של היתר דלא מיקרי מצוה הבב"ע מדכתב סתמא וע"כ הטעם משום דאין איסורו משום בל תאכל חמץ אף דאנן קיי"ל כרבנן דר"ש דאיסור חל על איסור בכולל מיהו אין ראי' מזה דאין דרכו של הר"מ ז"ל לכתוב דבר שלא הוזכר בגמרא: **ומ"מ** נראה לי בעיקר הדבר דפשיטא להשא"ר ז"ל דחמץ מקרי כולל לגבי טבל צע"ג דהא ודאי דחמץ שנתחמץ קודם שחשכה או קודם חצות די"ד לר"י דאוסר חמץ לפני זמנו מיקרי כולל כמו דאמרינן גבי נבילה ביוה"כ דכשקידש היום נאסרו כל המאכלים של היתר ונכלל עמהם גם נבילות ע"י כולל וה"נ דכיון דכשקידש היום נאסרו כל לחם חמץ שבעולם ונכללו עמהם אף מאכלות האסורות כמו טבל ע"י כולל זה. אבל עיסה של טבל שנתחמצה ביו"ט גופא איזה כולל יש כאן וכי משום שיש עיסות וככרות חמוצים בעולם יחול גם על ככר זה של טבל איסור חמץ ומה ענין ככר זה לככרות אחרים ומי כללם יחד ולא דמי לנבילה ביוה"כ דשם קדושת היום כולל כל המאכלים אבל עיסה שנתחמצה ביו"ט עם מי נכללת שיחול איסור חמץ אף שהוא טבל וא"כ אם לש עיסה בליל פסח והוא של טבל אין יוצאין בה אף לרבנן דר"ש דאית להו כולל שהרי אם היתה חמץ לא הי' איסורה משום בת"ח אלא משום ב"ת טבל שהרי אין כאן כולל ואין לומר דכיון דמשכחת לה גבי טבל איסור חמץ אם לשה קודם זמן איסור חמץ להכי יוצאין בה דז"א דהא דאין יוצאין בדבר שאין איסורו משום בת"ח במצה זו שהוא יוצא בה בעינן שיהא בה משום בת"ח. דכמו שהקפידה תורה שלא יצא יד"ח אלא בדבר שבא לידי חימוץ דאם הי' באפשרות בעיסה זו שתחמץ והוא אפה מצה ואכלה יוצא בה אבל דבר שא"א להיות בה חימוץ אינו יוצא בה ודומיא דהא דהקפידה תורה שיהא שימור לשם מצה ולא מהני מה שהיא מצה מעצמה שלא נתחמצה אלא שהוא ישמרנה לשם מצה במעשיו בלישה ואפי' כן הקפידה תורה שאם תהי' חמץ יהא בה איסור חמץ אז יצא בה יד"ח מצה וא"כ בעינן שיהא האי כזית שהוא יוצא בו אפשרות שיתחייבו בו משום חמץ אלו הי' מתחמץ וא"כ הלש מצתו ביו"ט והיא טבל הרי אלו הי' נתחמץ נמי לא היה חייב עליו משום חמץ דהא אין כאן כולל דאחר קידוש היום אין מי שיכלול חמץ של היתר וחמץ של איסור ביחד ומקרי אין איסורו משום בת"ח והש"ס דמוקי מתניתין דאין יוצאין בטבל כר"ש משמע דלרבנן מיקרי איסורו משום בת"ח מחמת כולל היינו דוקא בעיסה של טבל שנילושה קודם הלילה או קודם שש לר"י אז אלו היה חמץ היה חל עליו איסור חמץ והאוכלה הי' עובר משום בת"ח משום דהוי' איסור כולל דבהש"מ נאסרו כל הככרות שבעולם אף שאינם טבל וחל נמי על טבל בכולל אבל עיסה שנילושה בלילה

או אחר שש לר"י גם לרבנן אינו יוצא בה דלא הוי כולל ומשום דמתניתין סתמא קתני דאינו יוצא במצה של טבל דמשמע אף שנילושה ביום או קודם שש לר"י להכי מוקי לה כר"ש דלית לי' אחע"א אף בכולל:

תדע דבעינן דבהאי כזית מצה שהוא אוכל יהא בו איסור בת"ח אם הי' חמץ ולא מהני הא דמשכחת לה גבי טבל איסור חמץ לפעמים דאם איתא דמהני הא דמשכחת גבי טבל איסור חמץ א"כ אמאי אמר הש"ס דלר"ש דלית לי' כולל אינו יוצא במצה של טבל משום דאין איסורו משום בת"ח משום דאין איסור חע"א בכולל הא אם החמיץ במחובר אחר שש וקצר חל עליו איסור חמץ דקדים מאיסור טבל ואסור משום בל תאכל חמץ כדאמרינן בפסחים (דף ל"ג) במה ד"א שהפריש תרומה והחמיצה אבל מפריש תרומת חמץ ד"ה אינה קדושה ומוקי לה התם כגון דאחמיץ במחובר שלא היתה לו שעת הכושר א"ו דבעינן דבהאי זית שיוצא בו יד"ח יהא בו איסור חמץ אם היה חמץ וא"כ עיסה שנילושה בלילה או אחר שש לר"י אף לרבנן דר"ש אין איסורו משום בת"ח ולא מיקרי איסור כולל דמאן כלליהו שארי ככרות חמוצים עם האי ככר ונראה שלזה פרש"י ז"ל שם במשנה הטעם משום בת"ח אע"ג דאנן פסקינן כרבנן דאית לן איסור כולל אפ"ה אית לן טעמא דאין איסור משום בת"ח והיינו במצה שנילושה אחר שש לר"י או בלילה לר"ש דאז לא הוי כולל ואינו יוצא בה משום דאין איסורו משום בת"ח:

ולולי דמסתפינא הייתי אומר ליישב קושית העולם במה שהקשו על הירושלמי דפריך מפני מה לא אכלו ישראל מצה של חדש ליתי עשה ולדחי ל"ת והקשו הא אין איסורו משום בת"ח אלא משום ב"ת חדש ואין יוצאין בו ואפילו לרבנן דר"ש דאית לי' אחע"א בכולל מ"מ הא אז היו כל התבואות אסורים משום חדש ולא הוי איסור כולל ונראה לי דלא קשה כלל דהא גופא מיקרי איסור מוסיף כיון דעיסה זו ששמרה לשם מצה כ"ז שלא נתחמצה ראוי' לאוכלה לצאת בה יד"ח מצה משום עשה דוחה ל"ת ואילו הי' מסלק שמירתו ממנה והי' מניחה להתחמץ הי' אסורה דכבר אין מצה ואין בה היתר אכילה הרי ממילא חל עלי' איסור חמץ על איסור חדש דמשום איסור חדש הי' מותרת באכילה לקיים המצוה מפני דחיית העשה ועכשיו שנתחמצה אסורה באכילה ולהכי חל עליו איסור חמץ ומיקרי איסורו משום בת"ח וכה"ג כתבו התוס' ביבמות דאיסור טריפה חל על איסור אבמה"ח דמשום אבמה"ח היתה ראוי' לשוחטה לקרבן ואיסור טריפה אוסרה בלי תקנה ובש"ס דקא חשיב חמץ על טבל איסור כולל ולא קרי לי' איסור מוסיף שמוסיף איסור ע"י החימוץ מלצאת בו יד"ח מצה למאן דלית לי' מצה של היתר הוא משום שכ' הרמב"ם ז"ל (בפ"ד מהלכות שגגות הלכה ג') גבי דין איסור מוסיף דכל

אלו שתאסר זו הערוה עליהן באיסור מוסיף צריך שיהיו האנשים מצויין בעולם כדי שתאסר עליהן ומתוך עליהן יתוסף איסור אחר לזה אבל אם אינן מצויין אין אומרין הואיל אלו הי' לזה בנים או אחים היתה נאסרת עליהן יתוסף בה איסור לזקן שהרי אין שם עתה לא בן ולא אח וכן כל כיוצא בהן עכ"ל ולהכי נמי במצה של איסור דמיקרי אין איסורו משום בת"ח ולא הוי איסור מוסיף ולא כולל לגבי מאן דל"ל מצה של היתר משום דלא שכיח ישראל שצריך לצאת יד"ח מצה ולית לי' מצה של היתר ואית לי' מצה של איסור אבל ישראל בכניסתן לארץ שכל התבואות שבעולם היו אסורין משום חדש שהרי לא קרב העומר מעולם שפיר איקרי איסור מוסיף שאם היה חמץ היה ניתוסף איסור חמץ על איסור חדש לאסור את התבואה אף לקיום מצות מצה:

וידעתי שיש לחלק דלא דמי למש"כ התוס' ביבמות דאיסור טריפה חל על איסור אבמה"ח דמשום אבמה"ח היתה ראוי' לקרבן ואיסור טריפה אוסרה בלי תקנה דהתם מה שאין מועיל שחיטה לקרבן הוא מחמת איסור טריפה משא"כ במצה של איסור מה שלא היתה ראוי' לקיום מצות מצה לכשנתחמצה הוא לאו מפני איסור חמץ שבה אלא מפני שאיננה מצה ומצה אמר רחמנא דליכול והאי לאו מצה היא ואפילו אם לא היתה חמץ רק שלא נשתמר לשם מצה נמי אין יוצאין בה ואין איסור חמץ גורם לדחותו מלקיים בו מצות מצה דבמה שלא נשתמר לשם מצה נמי נדחה מקיום המצוה ואלו הי' חמץ לא הי' איסורו משום בת"ח דאין איסור חמץ חל על האיסור שבו מכבר ומה שנדחה מקיום מצות אכילת מצה הוא לאו מפני איסור חמץ שבו אלא מפני שלא נשתמר לשם מצה אבל מ"מ זה אינו דהא הכזית מצה של חדש שהוא רוצה לאכול ולצאת בו כשהתחיל לשמרו בלישה לשם מצה אילו הי' מסלק ממנו שמירתו אחר שהתחיל לשמרו והי' מניחו להתחמץ ודאי דהוי חל עליו איסור חמץ אף שהוא אסור משום חדש דהא משום איסור חדש היה יכול לאוכלו כדי לקיים מצות עשה דמצה וחימוצו גרם לדחות ממנו היתר אכילה לשם מצוה א"כ ודאי דחל עליו איסור חמץ דאיך נימא דלא חל עליו איסור חמץ כיון שקודם חימוצו היה מותר לאוכלו לשם מצות מצה שכבר הותחל להשתמר מחימוץ וחימוצו דחה אותו מזה א"כ ודאי דחל עליו איסור חמץ וכיון שחל עליו איסור חמץ יוצאין בו יד"ח מצה כשלא נתחמץ וזה ברור:

מיהו זה לא יתכן אלא לר"מ דסובר בפסחים (דף מ"ח) שיאור האוכלו בארבעים א"כ תיכף שהכסיפו פניו ונעשה שיאור שוב נדחה מלקיים בו אכילת מצה וחל עליו איסור חמץ דלדידי' שיאור חמץ מיקרי כדאמרינן (במנחות נ"ג) ובחולין (דף כ"ג) מדלקי עלי' לר"מ ש"מ חמץ הוא וא"כ אם הי' חמץ היה איסורו משום בת"ח שהי' עליו כשהכסיפו

פניו על איסור חדש במוסיף ממה שנאסר עי"ז מקיום מצות מצה בהאי עיסה אבל לר' יהודה דסובר בפסחים (דף מ"ח) בשיאור דהאוכלו פטור א"כ א"א לומר דמיקרי מוסיף מחמת שנאסר לאכילת מצה דהא כשנעשה סידוק כבר נדחה מאכילת מצה דסידוק לר"י אף דלא לקי עלי' משום חמץ מ"מ מצה נמי לא מיקרי כדמוכח במנחות (דף נ"ג) דפריך אימא לא תאפה חמץ אלא שיאור דר"י לר"י ומשני מצה תהי' הכתוב קבעה חובה עי"ש ולא נפיק בי' חובת מצה משנעשה סידוק ואיסור חמץ הא לא חייל לר"י אלא כשנתערבו סדקים זה בזה ואז לא חל איסור חמץ על איסור חדש דלא מצינן למימר דחייל איסור חמץ בזה שנקרא מוסיף שנאסר לקיום מצות מצה דלמצות מצה כבר נאסר משעה שנעשה שיאור ועתה כשנעשה סידוק לא חייל איסור חמץ על איסור חדש. וצ"ל דקושיית הירושלמי לר"מ דווקא:

ולולי דמסתפינא הייתי אומר לישב קושיית העולם במה שהקשו על הירושלמי דפריך מפני מה לא אכלו ישראל מצה של חדש ליתי עשה וידחה ל"ת הא אין איסור משום בת"ח אלא משום ב"ת חדש ואין יוצאין בו דאז לא הי' כולל שהרי כל התבואות היו אסורין משום חדש והי' נראה דאף דדרשינן דבעינן שיהא אסור משום בת"ח מ"מ לא דמי האי דרשא להא דדרשינן דאין יוצאין באורז ודוחן משום שאינם באין לידי חימוץ ואין איסורו משום בת"ח דהתם כיון דאין באין לידי חימוץ לא מיקרי מצה כלל ולא מקיים כלל מצות אכילת מצה דשם מצה הונח על דבר שלא נתחמץ והיינו שיש בכחו להתחמץ ולא הניחו להחמיץ ולא על דבר שאין בכחו להתחמץ אבל דבר שבא לידי חימוץ בטבעו אלא שאין איסורו משום בת"ח משום דאין איסור חע"א מיקרי שפיר מצה דהא היה יכול להתחמץ ולא הניחו להחמיץ והא דאין יוצאין בו היינו משום דבמצות עשה דמצה הי' רצון התורה לשתי ענינים האחד שלא יאכל חמץ ובמה שאינו מניח להחמיץ הכזית שאוכל פורש עצמו מאיסור חמץ ומקיים לא תאכל חמץ שגם זה מצוה [כדאמרינן בשילהי מכות ישב אדם ולא עבר עבירה מעלה עליו הכתוב כאילו עשה מצוה דאין דומה מצות אכילת מצה למצות סוכה דאמרינן אמרה תורה צא מדירת קבע ושב בדירת ארעי דהתם היוצא מדירת קבע לא קיים פרישה מל"ת רק מ"ע דסוכה אבל גבי מצה קיים עשה ופרישה מל"ת] וענין השני שיקיים אכילת מצה וכל דבר שאין איסורו משום בת"ח לא קיים לא תאכל חמץ שהרי אם היה מניחו להחמיץ ולאוכלו נמי לא הי' עובר משום חמץ שאין איסור חל ע"א אבל מצות עשה שפיר קיים שהרי מצה היא שיש בכח הפת הזה להחמיץ והתנא דתנא דאין יוצאין בו משום דבעי לקיומי תרתי בל תאכל חמץ וקום אכול מצה ובמצה של איסור אין משום בל תאכל חמץ להכי אין

יוצאין בו אבל אין ה"נ דמי שאין לו אלא מצה של איסור דמחויב לאוכלו דאף שאינו יכול לקיים בו בת"ח מ"מ מצות אכילת מצה מקיים בו שפיר ולהכי שפיר מקשה הירושלמי כיון דלא אכלו מצה מחמת חדש תיקשה אמאי לא אכלו ניתי עשה ונדחי ל"ת ולמה הניחו מלקיים מ"ע דמצה אף שלא הי' בידם לקיים בת"ח מ"מ מ"ע דמצה היו יכולים לקיים ויש בזה דין חדש דמי שאין לו אלא מצה של איסור לאו צריך לאוכלו לקיים מ"ע דמצה:

והכי משמע לי מדברי הרמב"ם ז"ל (בפ"ה מה' חו"מ הלכה ח') וז"ל תבשיל שנתבשל אם נתבקע הרי כל התבשיל אסור שהרי נתערבו החמץ ואם לא נתבקעו מוציאין אותן ושורפין ואוכלין שאר התבשיל שאין הדגן שנבלל ולא נתבקע חמץ גמור של תורה ואינו אלא מדברי סופרים משום שנאמר ושמרתם את המצות כלומר הזהרו במצה ושמרו אותה מכל צד חימוץ לפיכך אמרו חכמים צריך אדם ליזהר בדגן שאוכל ממנו בפסח שלא יבוא עליו מים אחר שנקצר עד שלא יהיה בו שום חמץ עכ"ל והוא ז"ל הא מיירי בשאר ימי הפסח דאז ליכא חוב לאכול מצה וע"ז כתב שנאמר ושמרתם את המצות משמע דקרא דושמרתם את המצות קאי נמי אכל ימי החג ואע"ג דבש"ס דפסחים (דף ל"ח) דריש קרא ושמרתם את המצות אמצות של לילה הראשונה לענין שאינו יוצא בחלת תודה מ"מ משמע לי' להרמז"ל דקאי גם לענין שאר ימי החג דאם אוכל מחמשת מיני דגן צריך שישמרנה מחימוץ דאע"ג דליכא חיובא לאכול מצה מ"מ כשאוכל דבר שיכול לבא לידי חימוץ מוזהר לשמרה שלא יחמיץ ואם נימא דבמה שנזהר מחמץ כל ימי הפסח דומה לפורש עצמו משארי איסורים שבתורה דאמרינן בשלהי מכות ישב אדם ולא עבר עבירה מעלה עליו כאילו עשה מצוה למה לי' להרמב"ם ז"ל ללמוד מושמרתם את המצות הא בכל איסורין צריך לפרוש מהן א"ו דקרא אתא להורות שיש מצוה כשאוכל דבר הבא לידי חמץ שישמרנה מחימוץ. וא"כ אף אנו נאמר דגם בלילה הראשונה שיש חיוב מ"ע לאכול מצה יש בזה ג"כ מצוה במה שאינו אוכל בחימוצו. ומטעם זה אינו יוצא בדברים שאין בהם משום בת"ח מפני שאין בהם מצות פרישה מן החמץ ובעזה"י אנהרינהו לעיינין דגם מדברי הש"ס משמע הכי (דבדף ל"ה) גבי הא דאין יוצאין באורז ודוחן קאמר הש"ס אמר קרא לא תאכל עליו חמץ שבעת ימים תאכל עליו מצות דברים הבאים לידי חימוץ אדם יוצא יד"ח במצה יצאו אלו שאינם באים לידי חמץ ואלו גבי מצה של טבל קתני בברייתא תלמוד לומר לא תאכל עליו חמץ מי שאיסורו משום בת"ח יצא זה שאין איסורו משום בת"ח כו' ולא הזכיר לאמר מי שאיסורו משום בת"ח יוצאין בו יד"ח מצה כדקאמר התם גבי אורז ודוחן גם לא הזכיר כלל סיפא דקרא

דשבעת ימים תאכל מצות והיינו כמש"כ דחובת מצה יצא גם בטבל רק דהל"ת דלא ת"ח לא קיים בטבל:

המג"א בסימן תצ"ד ס"ק א') הקשה בהא דאמרינן בחג השבועות זמן מתן תורתינו הא קיי"ל פולטת ש"ז טמאה עד ששה עונות ובגמרא דשבת (דף פ"ח) מבואר דמאן דאית לי' דבעינן ששה עונות סובר בשבעה בסיון ניתנה תורה דבשבת ניתנה תורה לישראל ובחד בשבת איקבע ירחא וכיון דלדידן ע"כ בשבעה ניתנה תורה איך אומרים זמן מתן תורתינו בששה בסיון ותירץ שאנו נוהגין כדעת הרמב"ם ז"ל שפסק דג' עונות בעינן לפליטה וגרס בש"ס (דשבת דף פ"ו) זו דברי ריי"ש ור"ע אבל חכמים אומרים שלש עונות בעינן וכיון דסגי בשלש עונות ע"כ דבה' עביד פרישה וניתנה תורה לישראל בששה בסיון כמבואר שם בסוגיא ונראה לי דמזה אין ראי' דחכמים סברי דבה' עביד פרישה דאפשר לומר דגם חכמים סברי בד' עביד פרישה והא דאמרי דבעינן רק ג' עונות משום דלא ילפינן מיום שהוסיף משה מדעתו דהא הכי אמרינן ביבמות (דף ס"א) דב"ש סברי דמצות פרו ורבו בשני זכרים דיליף ממשרעה"ש דהיו לו שני זכרים ופירש מן האשה וב"ה סברי זכר ונקבה ממשה לא ילפינן דמדעתו הוא דעבד ופסקינן כב"ה א"כ ה"נ לא ילפינן ממה דהוסיף משה יום אחד מדעתו וכיון דהקב"ה אמר לו היום ומחר חזינן דסגי בשלש עונות רק משה הוסיף יום אחד מדעתו ולא ילפינן מיני' [וה"נ כתבו התוס' בע"ז (דף ג') בהא דדרשינן יום הששי תנאי התנה הקב"ה במעשה בראשית אם מקבלין ישראל התורה מוטב כיון דלר' יוסי דסובר בשבעה ניתנה צ"ל הא דכתיב יום הששי משום שהיה ראוי ליתן ביום הששי אי לאו שהוסיף יום אחד מדעתו] והני חכמים נמי סברי כב"ה דלא ילפינן מהא דהוסיף משה מדעתו ובזה א"ש הא דלא קאמר זו דברי ראב"ע ורי"ש ור"ע ולא הזכיר ראב"ע משום דעיקר דברי ר"י הוא דחכמים פליגי ארי"ש ור"ע בענין מה שלמדו מהוספת משה מדעתו דאינהו סברי דילפינן מזה וחכמים סברי דלא ילפינן ואע"ג דסברי כוותייהו בהא דבד' עביד פרישה מ"מ סברי דלא בעינן אלא ג' עונות משום דלא ילפינן ממה דעביד מדעתו להכי הזכיר רק ריי"ש ור"ע דאינהו נמי סברי בד' עביד פרישה וחכמים נמי כוותייהו סבירא להו דבד' עביד פרישה ומחולקים רק אם ילפינן ממה דעביד מדעתו וא"כ כיון דחכמים נמי סברי דבד' עביד פרישה הרי ניתנה תורה בשבעה ואיך אומרים זמן מתן תורתינו בששה:

ונראה משום דבלא"ה קשה הא דאמרינן בפסחים (דף ס"ח) אמר ר' אלעזר הכל מודים בעצרת דבעינן נמי לכם מ"ט יום שניתנה בו תורה הוא וע"ז קשה איך אמר הכל מודים דמשמע לכ"ע בעצרת ניתנה תורה הא פעמים הרבה אין עצרת חל באותו יום שניתנה

תורה דהא עבדינן חג העצרת אחר ספירת שבעה שבועות כדכתיב קרא וקביעת החודש אינו שוה בכל השנים כדתני רב שמעי' בר"ה (דף ו') עצרת פעמים חמשה פעמים ששה פעמים שבעה וכשעצרת בחמשה לחודש הרי אינו ביום שניתנה תורה שהתורה ניתנה בשבעה לרבנן ובששי לר' יוסי ועצרת חלה לפעמים בחמשה לכן נראה דלהכי אומרים בעצרת זמן מתן תורתינו משום דכיון דחזינן דלא נתנה תורה זמן לימי החודש על עצרת ובכל המועדים קבעה התורה יום לחודש כמו בפסח ובסוכות כתיב בחמשה עשר יום וכן בר"ה ויוה"כ ובעצרת ל"כ יום החודש רק בשבועותיכם וכן בענין מ"ת לא הוזכר בקרא באיזה יום לחודש מזה אנו רואין דשני הדברים האלו קדושתן לאו ביום החודש תליא אלא במספר השבעה שבועות תליא דאחר ספירת השבעה שבועות עושין עצרת יהיה באיזה יום מימי החודש שיהי' וכיון שגם זמן מתן תורה לא הוגבל באיזה יום מימי החודש הי' ש"מ שגם זה לא היה תלוי ביום החודש רק אחר שספרו שבעה שבועות היו מוכשרים לקבלת התורה ולא היה יום החודש סיבה וגרם לקביעתו ולהכי אמרינן זמ"ת תורתינו בעצרת שאנו עושין אחר ספירה וקורין אותו יום מתן תורתינו דהיינו שיום זה אחר כלות ספירת השבעה שבועות היה זמן מתן תורה ואף בשנה שעצרת הוא בחמשה לחודש ואז ניתן בשבעה לחודש או בשישי לחודש מ"מ לא יום החודש קא גרם אלא זמן השבעה שבועות קא גרמי ואמרינן בי' זמן מתן תורתינו לכ"ע דכל שהוא יום נ' לספירה משיצאו ממצרים זמן מתן תורתינו קרינן בי' מיהו לר' יוסי קשה שאם ניתנה תורה ביום נ"א כמ"ש המג"א מסוגיא דשבת א"כ הרי אנו **(הגה"ה ונראה דמה"ט דרשו במדרש תנחומא על פסוק בחודש השלישי לצאת ב"י מארץ מצרים החודש שנעשו בו ישראל שלישים כדכתיב ושלישים ע"כ. משום דהוקשה לו הא דמזכיר הכתוב בחודש השלישי כיון שמעשה מ"ת לא תליא כלל בקביעות החודש והא ראי' מדלא הזכיר באיזה יום לחודש א"כ למה מזכיר באיזה חודש להכי פי' החודש שנעשו בו ישראל שלישים:)** שעושין בששי לא הוי כמו שהי' אז לא בימי החודש ולא בימי הספירה ואפ"ל דכמו שכתבו התוס' בהא דדרשינן (בפ"ק דע"ז) אקרא דיום הששי תנאי התנה הקב"ה עם מב"ר אם מקבלין התורה מוטב כו' והקשו דלר"י דסובר בשבעה ניתנה קשה הא כתיב יום הששי ותי' כיון דלר"י הוסיף משה יום אחד מדעתו ואי לאו דהוסיף הי' ראוי' להנתן בששי בחודש להכי כתיב יום הששי עי"ש וא"כ אפ"ל נמי אע"ג דניתנה ביום נ"א מ"מ קרינן ביום נ' זמן מתן תורה שהיתה ראוי' להנתן ביום נ':

מיהו קשה דבשבת שם בסוגיא אמרינן בברייתא דניסן שיצאו ישראל ממצרים חמשה עשר שבו הי' בחמישי בשבת ואייר דהאי שתא עברוה ואתי כרבנן ע"ש א"כ קשה הא

לרבנן לא הי' הוספה מדעתו כלל ובששי ניתנה ביום נ"א לספירה. א"כ היכי עבדינן אנן ביום נ' ואמרינן זמן מתן תורתינו אם חל עצרת בחמשה בחודש או בשבעה הא לא יום זה כיום מ"ת לא ביום החודש ולא ביום נ"א ונראה דגם זה נכון דאף שהי' אז ביום נ"א מ"מ אנן עבדינן ביום נ' וקורין אותו זמ"ת. דהנה בקרא כתיב וספרתם לכם ממחרת השבת ש"ש עד ממחרת השבת השביעית תספרו חמשים יום ונדחקו המפ' מאוד דמעיקרא קאמר ש"ש שהוא מ"ט יום ולבסוף קאמר חמשים יום ונראה דכוונת הכתוב שזמן עשיית חג השבועות הוא לזמן מ"ט יום וגם לזמן חמשים יום וקדושתו באה לקרוא אותו מקרא קודש אחר עבור מ"ט יום ואחר עבור חמשים אלא שהמ"ט יום מחשבים ממחרת הפסח היינו מיום ט"ז והחמשים יום מתחשב גם עם יום ראשון של פסח ויש בזה ענין שא"א לתורה להנתן לישראל עד יעברו חמשים יום עם יום הראשון של פסח כדאיתא במדרש שה"ש ע"פ כתפוח בעצי היער כן דודי בין הבנים א"ר עזריה מה התפוח הזה משעה שהוא מוציא ניצו עד שגומר פירותיו חמשים ישראל משיצאו ממצרים עד שניתנה תורה חמשים יום עכ"ל המדרש חזינן שהיו צריכים המשך חמשים יום לקבלת התורה ואותן חמשים יום מתחשבים משיצאו ממצרים ואותן מ"ט יום הוא ענין בפ"ע והחמשים יום הוא ענין בפ"ע שהמ"ט יום מתחילין מיום ט"ז והחמשים יום מתחילין משיצאו ממצרים ויום ראשון ש"פ בכלל וסיומם שוה שיום החמשים הוא ממש יום מ"ט לספירה אלא שמשך זמן החמשים התחיל ביום א' לפני התחלת ספירת המ"ט להכי כתיב עד ממחרת השבת השביעית תספרו חמשים יום דהיינו שעד ממחרת השבת השביעית נגמר ספירת החמשים יום מפני שהם מתחילין עצמן בראשון של פסח. ומהאי קרא לא הי' צריך לספור בפה לא מ"ט יום ולא חמשים כדאשכחן לשון ספירה אף שאינו מחויב לספור בפה כמו גבי זבה דכתי' וספרה לה ואינה צריכה לספור בפה אלא בהמשכת והמתנת הזמן מיקרי ספירה כמ"ש הנוב"י במה"ת (סימן קכ"ג) אלא משום דכתי' בקרא אחרינא מהחל חרמש בקמה תחל לספור ילפינן שצריך לספור בפה כדמשמע לישנא דתחל לספור שהוא לעשות מעשה לספור בפה מיהו בהאי קרא הא לא כתיב אלא שבעה שבועות להכי אין אנו מחוייבים לספור בפה אלא מ"ט יום אבל ענין חמשים יום אשר יום ראשון של פסח הוא במנינו ונגמר עם חג השבועות אין אנו צריכין לספור אלא בהמשכת הזמן סגי דלא שני' בי' קרא כדשני במספר המ"ט יום ומתיישב היטיב פשט הכתוב שצוה לספור מ"ט יום ויהא עד ממחרת השבת חמשים יום עם יום ראשון של פסח ולפ"ז א"ש מה שקשה דהתורה ניתנה להך תנא דמייתי שם בשבת כר"ע ביום נ"א ואנו קורין ביום נ' זמן מ"ת משום דכיון דבעינן חמשים יום עד עצרת והחמשים יום

מתחשבים עם יום ראשון ש"פ כמו שבארנו וזהו רק לדידן אנו מחשבים גם ראשון דפסח למנין החמשים יום אבל כשיצאו ממצרים לא נכנס יום ראשון ש"פ למנין החמשים יום שהרי לא הי' כל היום בקדושה שהרי לא יצאו ממצרים עד צפרא כדאמר בברכות (דף ד') דגאולה מעלייתא לא הוי עד צפרא הלכך הוצרכו להמתין חמשים יום חוץ מיום ראשון של פסח אבל לדידן גם יום ראשון דפסח מתחשב אבל גם אז גם עתה הכוונה להשלים מנין חמשים יום הוא זמן מתן תורה ודו"ק:

סימן מג

בשו"ע או"ח (סימן תפ"ט סעיף ז') כתב שכח ולא בירך כל הלילה יספור ביום בלא ברכה והרמב"ם ז"ל כתב (פ"ז מהלכות תמידין הלכה כ"ג) שכח ולא מנה בלילה מונה ביום עכ"ל ומשמע דמונה ומברך ונראה דקאי בשיטת הבה"ג שהביאו התוס' במנחות (דף ס"ו) ד"ה זכר וז"ל פסק בה"ג דהיכא דשכח לספור בלילה סופר ביום. וכן הי' נראה מתוך סתם מתניתין דסוף פירקין דתנן מצותו בלילה לקצור ואם נקצר ביום כשר אבל נראה לר"ת עיקר אידך סתמא דמתניתין דפ"ב דמגילה (דף כ') כל הלילה כשר לקצירת העומר כו'. ודייקינן מינה בסו"פ לילה דומיא דיום מה דיום בלילה לא אף דלילה ביום לא ואמרינן במו"ק (דף ג') ר"ג וב"ד נימנו על שני פרקים הללו והתירו ומסיק רב אשי התם סבר לה כר' ישמעאל דדריש מה חריש רשות אף קציר רשות יצא קציר העומר שהוא מצוה ודוחה שבת וכיון דדוחה שבת אינו נקצר אלא בלילה כדמוכח בסו"פ ועוד דר' יוחנן דאמר עשר נטיעות הלמ"מ סבר לה כר' ישמעאל דדריש מה חריש רשות ודחי שבת עכ"ל:

ולכאורה קשה לי טובא במה שפסק הבה"ג שיכול לספור ביום מהא דקיי"ל כסתם מתניתין דנקצר ביום כשר דהא מה דכשר נקצר ביום לאו דוקא ביום ט"ז אלא אפילו נקצר קודם הפסח נמי כשר דהא פריך שם במנחות (דף ע"ב) ואי ס"ד נקצר ביום כשר אמאי דחי שבת נקצור מע"ש והאי מע"ש דקאמר הש"ס לאו דוקא דהא יו"ט הוא וכמו שאינו דוחה שבת אינו דוחה יו"ט אלא מעיו"ט קאמר] וכן כתבו התוס' שם בד"ה אף בהא דפריך שם אמתניתין דנקצר ביום כשר ממתניתין דכל הלילה כשר לקצירת העומר וקתני לילה דומיא דיום מה דיום בלילה לא אף דלילה ביום לא:

והקשו התוס' ותימא לימא דמתניתין דנקצר ביום כשר היינו ביום שלפניו דומיא דהקטרת חלבים ותירצו דלענין קצירה לא שייך לחלק בין יום שלפניו ליום שלאחריו מדילפינן בריש פרקין ספירה וקצירה עיי"ש וכיון דבארנו דנקצר ביום כשר הוא לאו דוקא יום ט"ז א"כ אין שייך כלל ללמוד מזה דיכול לספור ביום ט"ז דהא אפשר לומר אם

נקצר ביום ט"ז אינו מקיים מצות קצירה וספירה. רק שהקרבן כשר אף אם נקצר שלא כמצותו דהא אם קצר ביום שלפניו ודאי שאינו מקיים מצות קצירה וספירה והקרבן כשר וא"כ איך שייך ללמוד דיכול לספור ביום מהא דנקצר ביום כשר כיון דהא דנקצר ביום כשר נכלל גם אם קצר קודם ט"ז ואז ודאי אינו יכול לספור משעת הקצירה א"כ אפשר דגם אם קצר נמי ביום ט"ז אין יכול לספור שכבר עבר זמן הספירה אם לא ספר בלילה ורק מצות קצירה קיים:

ונ"ל דדברי בה"ג נכונים דבאמת הך קושיא קשה לי בעיקר פרכת הש"ס דפריך אמתניתין דנקצר ביום כשר והתנן כל הלילה כשר לקצירת העומר ולילה דומיא דיום מה דיום בלילה לא אף לילה ביום לא אימא הא דקתני נקצר ביום כשר היינו שהקרבן כשר משום דאפילו נקצר קודם פסח נמי נישרי דומיא דלא מצא אלא מן היבש או מן העומרים דכשר בדיעבד כדתנן התם והא דלילה ביום לא היינו לענין מצות קצירה וספירה דפסול ביום ט"ז אם עשאן דלא קיים מצות קצירה וספירה דצריך לעשותן דוקא בלילה ואם לא קצר בלילה אין זה קצירה בזמנה וה"ה דיכול להביא אף מה שנקצר קודם הפסח דט"ז לא עדיף ממה שנקצר קודם הפסח מאחר שעברה לילה וא"כ מאי פריך מתניתין אהדדי:

ונ"ל ליישב דהא דפריך רומיא דמתניתין הוא משום דהש"ס מפרש הא דנקצר ביום כשר היינו שקיים מצות קצירה כמו בלילה משום דיום דומיא דלילה וזמנה ביום כמו בלילה לענין קצירה דהא דבעי קצירה וספירה בלילה היינו משום כיון דכתיב תמימות בעי לכתחילה להתחיל בלילה אבל זמנה נמשך כל היום וקיים מצות קצירה בזמנה גם כשקצר ביום ולמד כן ממשנה גופא דקאמר נקצר ביום כשר דע"כ דקיים גם מצות קצירה כמו אם הי' נקצר בלילה דליכא למימר דרק הקרבן כשר אבל מצות קצירה בזמנה לא קיים דהא כבר קתני לא מצא מן הקמה יביא מן העומרים ומן העומרים היינו שכבר נקצר שלא לשם מצות קצירה ואפ"ה כשר וכיון דנקצר שלא לשם מצוה כשר הקרבן אין חילוק בין מה שנקצר בלילה שלא לשם מצוה למה שנקצר קודם הפסח ול"ל למיהדר ומתני נקצר ביום כשר א"ו דבנקצר ביום אשמעינן דהקצירה כשירה דהיינו דבזה קיים גם מצות קצירה בזמנה דיום דומיא דלילה להכי מקשה ממתניתין דכשר כל הלילה אבל ביום לא קיים כלל מצות קצירה בזמנה ומשני הא רבי הא ראב"ש דתניא הי' עומד ומקריב מנחת העומר כו' דרבי קאמר אם. יש אחרת אומר ומביא אחרת תחתיה והיינו אם יש אחרת שנקצר ביום כמ"ש רש"י ז"ל אם יש אחרת במחובר שיקצרו כעת ביום ופירושו מוכרח דודאי לא מיירי רבי ביש אחרת שנקצר לפני הפסח דהא טומאה לכה"פ דחוי' בציבור ולכתחילה הא בעי לילה ופשיטא דעדיף להקריב בטומאה מלהקריב מה

שלא נקצר בלילה דלא דחינן מה שמצותו בלילה משום טומאה. א"ו דמיירי רבי אם יש אחרת במחובר שנקצר ביום דסובר רבי דקציר יום כשר כמו קציר לילה ורשב"א פליג עליו וסובר דקציר יום הוי שלא כמצותו ובנקצר שלא כמצותו סובר דפסול ואתי מתניתין דנקצר ביום כשר כרבי והיינו שקיים גם מצות קצירה בזמנה ומתניתין דדייקינן דלילה ביום לא כרשב"א דסובר דלא מצי לקצור ביום כשנטמאת:

ומעתה א"ש דברי בה"ג ז"ל שלמד דינו דאם לא ספר בלילה יספור ביום מהא דנקצר ביום כשר:

דמוכח מהש"ס דהא דאמרינן נקצר ביום כשר היינו דקיים מצות קצירה בזמנה ועדיף מקצירת קודם הפסח דשם לא קיים מצות קצירה ובנקצר ביום קיים מצות קצירה בזמנה. ואף שלכתחילה צריך לקצור ולספור מתחילת הלילה כדי שיהא תמימות מ"מ אם קצר ביום נמי קיים מצות קצירה בזמנה. וממילא נמי דאם שכח לספור בלילה יכול לספור ביום וקרינן בי' מהחל חרמש בקמה:

מיהו קשה עדיין מאי קאמר ר"י ראב"ש בשיטת ר"ע רבו אביו אמרה דאי ס"ד נקצר ביום שלא כמצותו כשר אמאי דחי שבת נקצרי' מע"ש דאכתי נהי דלמד ראב"ש מר"ע רבו של אביו דפסול אם נקצר קודם פסח דהוי שלכ"מ:

מ"מ מנא ידע לפלוגי על רבי בהא דאמר נקצר ביום כשר אימא ביום ט"ז שאני דקציר יום שוה ללילה והוי נקצר כמצותו וכמו שפירשנו אליבא דרבי וכן קשה מאי פריך לקמן נקצר ביום כשר מני רבי היא ודוחה את השבת ומאי קושיא אימא רבי לא מכשיר אלא בנקצר ביום ט"ז כפי פי' הבה"ג שהוא יום אחד עם הלילה אבל בנקצר שלא בזמנו לגמרי פסל גם רבי ולהכי דוחה את השבת:

ונ"ל דגם זה נכון דהא דקאמר ר' יוחנן דרשב"א בשיטת ר"ע רבו של אביו אמרה שלמד דינו מר' ישמעאל לא קאי באמת אקציר יום דהא דסובר דקציר יום לא דמי לקציר לילה ומקרי שלא כמצותו אמר מסברא דנפשי' רק שלמד מדברי ר' ישמעאל דנקצר שלא כמצותו פסול מדדחי שבת והא דקציר יום ט"ז מיקרי שלא כמצותו אמר מסברא דנפשי' וכן הא דפריך אח"כ ורבי לאו תלמיד דר"ע הוא ואמאי סובר רבי דדוחה שבת ואף דבדברי רבי לא מוזכר שנקצר שלכ"מ כשר דהא לא קאמר אלא קציר יום כשר ואפ"ל דרק קציר יום ט"ז כשר אבל שלא כמצותו לגמרי פסול ולהכי דוחה שבת. מ"מ סובר הש"ס כיון דהך בבא דנקצר ביום כשר כרבי אתיא דאיהו אמר אם יש אחרת אומר ומביא אחרת תחתי' מסתמא הך בבא דרישא דלא מצא מן הקמה יביא מן העומרים נמי כרבי אתיא ופריך שפיר אמאי דחי שבת והא דקאמר נמי אפיסקא דנקצר ביום כשר מאן

שמעת לי' דנקצר ביום כשר רבי היא וקתני דוחה השבת לא מקשה כיון דנקצר ביום כשר אמאי דוחה שבת אלא כיון דנקצר ביום רבי הוא מסתמא סבר נמי להא דרישא דמן העומרים כשר וא"כ אמאי דוחה שבת:

ומעתה נתברר לנו היטב פי' הסוגיא אשר מזה עולה יפה פסק הבה"ג ז"ל דלרבי אם שכח לספור בלילה יספור ביום דקיי"ל כסתם מתניתין דנקצר ביום כשר והו"ל ממש כמו קציר לילה אף לכתחילה לענין הקרבן ומקרי נקצר כמצותו וקיים מצות הקצירה בזמנה ומה שהביא הר"ת ז"ל ראי' מהא דפ"ק דמוע"ק (דף ג') דר"ג וב"ד נימנו על ב' פרקים וביטלום משום דסברי לה כר' ישמעאל דדריש מה חריש רשות אף קציר רשות יצא קציר העומר כו' וכיון דדוחה את השבת ע"כ דנקצר שלא כמצותו פסול כדאמר ר' יוחנן במנחות שם ולפמש"כ לאו ראי' היא כלל דאף דמוכח מהא דרי"ש מדדחי שבת דנקצר שלא כמצותו פסול היינו דוקא בנקצר קודם הפסח דזה שפיר מוכח מרי"ש דאם נימא דשלא כמצותו נמי כשר נקצרי' מעריו"ט אע"כ דנקצר מעריו"ט פסול אבל נקצר ביום ט"ז אכתי איכא למימר דכשר דקציר יום דומה לקציר לילה כמו שהוכחנו ממתניתין דפרקין דהא דקתני נקצר ביום כשר היינו שקיים אף מצות קצירה דאי נימא דכוונת המשנה דרק הקרבן כשר אבל מצות קצירה לא קיים א"כ הרי כבר קתני לא מצא מן הקמה יביא מן העומרים והיינו שנקצר קודם הפסח ומר' ישמעאל נמי לא מוכח אלא דנקצר שלכ"מ פסול והיינו קודם הפסח אבל נקצר ביום ט"ז דומה לנקצר בלילה דראב"ש נמי דסובר דקציר יום מקרי שלא כמצותו גבי נטמאת בידו לאו מרי"ש למדה אלא מסברא דנפשי' אמרה ומרי"ש לא למד אלא דקציר שלכ"מ פסול אבל הא דקציר יום מיקרי שלכ"מ אמר מעצמו ובזה נוכל לפסוק כסתם מתניתין דנקצר ביום כשר:

ועוד נ"ל דאין ראי' מהא דדוחה שבת דשלא כמצותו פסול דבאמת הרמז"ל פסק (בפ"ו מהלכות תמידין ומוספין) דנקצר ביום כשר ואפ"ה פסק דדחי שבת. וכבר תמה ע"ז בספר ברכת הזבח במנחות שם ובש"ך יו"ד (סי' רס"ב):

ונ"ל דדברי הר"מ ז"ל נכונים דלכאורה קשה טובא בהא דאמר ר"י דראב"ש בשיטת ר"ע רבו של אביו אמרה דאי ס"ד נקצר שלכ"מ כשר לא הו"ל למידחי שבת ואמאי הא כיון דהקרבת העומר דוחה שבת דוחה אפילו דבר שאינו מעכב בדיעבד הקרבן ולא דמי למכשירין שאינו דוחה שבת דמכשירין שאני שהי' יכול לעשותן מע"ש אבל קצירה שקבוע לה זמן לא דחי שבת וגדולה מזו מצאנו במנחות (דף ס"ד) בשחט כחושה ואח"כ שמינה פטור ולא עוד אלא שאומרים לו הבא שמינה לכתחילה אע"ג שכבר הביא כחושה מחללין את השבת להביא שמינה משום הידור מצוה וכ"ש שיכול לחלל שבת

בקצירה כיון שלכתחילה מצוה לקצור בלילה דהא הוי מלאכה שא"א לעשותה מע"ש וכן התוס' במנחות שם (דף ע"ב) ד"ה אמאי דחקו עצמן בזה דלא דחי שבת הא לכתחילה בעי קצירה בלילה עיי"ש:

ונ"ל טעמא דר"י דאזיל לטעמי' דהנה במכות (דף ח') אמרינן בהא דא"ר ישמעאל מה חריש רשות אף קציר רשות א"ל ההוא מרבנן לרבא ממאי דחרישה דרשות דילמא חרישת העומר דמצוה ואפ"ה אמר רחמנא תשבות וכו' דומיא דחרישה מה חרישה אם מצא חרוש אינו חורש אף קצירה אם מצא קצור אינו קוצר ואי ס"ד מצוה מצא קצור אינו קוצר מצוה לקצור ולהביא עיי"ש:

והנה במנחות (דף פ"ד) אמרינן אמתני' דשומרי ספיחי שביעית נוטלין שכרן מתרומת הלשכה ופריך לאכלה אמר רחמנא ולא לשריפה ומשני אמר רחמנא לדורותיכם ואת אמרת תיבטל ופריך וליתי מדאשתקד ומשני כרמל בעינן ופריך וליתי מכרמל דאשתקד ומשני אמר קרא כרמל תקריב בעינא כרמל בשעת הקרבה. וליכא איתמר ר"י אמר כרמל תקריב בעינן היינו שיהא כרמל בשעת הקרבה ורא"א ראשית קצירך ולא סוף קצירך ואי מייתי מדאשתקד הו"ל סוף קצירה משנה העברה ולכאורה קשה דהא הש"ס דפריך וליתי מדאשתקד ע"כ דסובר דלא כראב"ש אלא דנקצר שלא כמצותו כשר דהא מדאשתקד שלא כמצותו הוא א"כ מאי קמשני בעינן כרמל וליכא והא תנן (בדף ע"א) מצותו מן הלח לא מצא מן הלח יביא מן היבש ומאן דמכשיר מדאשתקד מכשיר נמי אם הביא מן היבש וע"כ צ"ל דהש"ס סובר כיון דכתיב לדורותיכם בעינן להביאו בשביעית בכל פרטיו כמו שמביאין בשאר שנים אף בדבר שאינו מעכב בדיעבד א"כ מאי פריך וליתי מדאשתקד הא מצותו לקצור בלילה ובעינן להביא מקציר לילה בשביעית כמו בשאר שנים וצ"ל דר"י סובר דאם הביא מדאשתקד שנקצר בליל ט"ז נמי מקרי נקצר בלילה שהרי קצר בליל ט"ז שהוא זמן התחלת הקצירה וספירה וקרינן בי' החל חרמש בקמה אף שאינה מקצירה של שנה זו מ"מ מיקרי ראשית קצירך שנקצר בלילה של ט"ז דאשתקד בזמן התחלת הקצירה והספירה ורשאי להביא אף לכתחילה ולהכי הוצרך לשנות דלהכי אינו מביא בשביעית דאשתקד משום דלא הוי כרמל תקריב דהיינו דהתבואה מתייבשת מאשתקד ור"א פליג עליו בהא מילתא וסובר דתבואה דאשתקד פסול בלא טעמא דכרמל אלא משום דכתיב ראשית קצירך ולא סוף קצירך ותבואה דשנה שעברה אף אם יארע בדרך מקרה שתהא עדיין לח מ"מ לא מיקרי ראשית קצירך שאף שאז בזמן הקצירה היתה ראשית קציר מ"מ עכשיו מקרי סוף קציר שנה שעברה:

ונראה דפלוגתא דר"י ור"א בהא דאשתקד הוא רק לרבי אבל לראב"ש דסובר נקצר שלא כמצותו פסול ודאי דקציר לילה דאשתקד נמי פסול דאף שבארנו דלר"י הי' רשאי להביא לכתחילה משל אשתקד ואין הפסול אלא משום כרמל תקריב אף דבעינן קציר לילה וילפינן לה מהחל חרמש בקמה תחל לספור שתהא קצירה וספירה בלילה מ"מ בקציר לילה דאשתקד נמי מקיים האי קרא דהא הי' הקצירה בלילה קודם הספירה אז וזהו דוקא לרבי אבל לראב"ש בעינן דוקא קציר לילה שלפני ההבאה אבל משל אשתקד פסול אף אם לא נתייבש התבואה דהא טעמא דראב"ש דסובר נקצר שלכ"מ פסול מפרש בירושלמי דמגילה משום דכתיב מהחל חרמש בקמה והיינו משום דמפרש ראב"ש קרא דמהחל חרמש בקמה היינו התחלת הקצירה שהיא בליל ט"ז שמקריבין ממנה העומר וכן מפרש קרא דראשית קצירך היינו הקצירה שבליל ט"ז משנה זו וכיון שבקדשים בעי קרא לעיכוב יליף עיכובא מהני תרי קראי דראשית קצירך ומקרא דהחל חרמש בקמה דתרווייהו קאי אקצירת ליל ט"ז דשנה זו וממילא ידעינן שהיא בלילה וחדש וכרמל דהא תחילת קציר שנה זו היא בלילה וחדש וכרמל ור"י ור"א לא פליגי אלא אליבא דרבי דר"א סובר דראשית קצירך הוא משנה זו וא"כ בעינן שיביא העומר ממה שקוצר בשנה זו בלילה אבל עיכובא לית ליה לרבי דקרא דהחל חרמש בקמה סבר דלא קאי דוקא אקצירה שמביאין ממנה קרבן רק שהכתוב אומר שבלילה זו מתחילין לקצור אבל מקרבן לא מיירי וכיון דליכא עיכובא ממילא נקצר שלכ"מ כשר דבקדשים בעי קרא לעכב ור"י סובר דלענין שתהא הקצירה משנה זו דוקא ליכא למילף מקרא דראשית קצירך אפילו לענין לכתחילה דמשל אשתקד נמי מיקרי ראשית קציר דאשתקד שנקצר בלילה דאשתקד ונמצאנו למדין דלר"י לרבי אם מביא מדאשתקד מיקרי קציר לילה ולכתחילה לא יביא רק משום דלא הוי כרמל ולראב"ש מדאשתקד לא מיקרי קציר לילה דמהחל חרמש וגו' מפרש דוקא אקצירה שבלילה שלפני ההבאה ור' אלעזר פליג עלי' וסובר דלרבי נמי פסול קציר דאשתקד לכתחילה כמו מן היבש משום דכתיב ראשית קצירך ומדאשתקד מיקרי סוף קצירך ופסול אפילו היכא דהוי כרמל ובדיעבד כשר גם מדאשתקד ולראב"ש בעינן לעיכובא דוקא כרמל וחדש ולילה שלפני ההבאה ואי לא פסול אף בדיעבד:

והשתא א"ש דהא דאמר ר"י דלרבי דנקצר שלכ"מ כשר אינו דוחה שבת לטעמי' דכיון דסובר דמאי דבעינן לרבי לכתחילה קציר לילה הוא לאו דוקא מלילה שלפני ההבאה אלא דמדאשתקד נמי הוי כשר רק משום דבעינן כרמל והתבואה דאשתקד מתייבשת האידנא א"כ הרי אין זמנה קבוע לקצירה דווקא בלילה זו דהא אם הביא מדאשתקד

נמי הוי כשר לכתחילה אם הי' התבואה עדיין לח ופסול היובש מילתא אחריתא היא דאי הוי משכחנא תבואה לחה מדאשתקד הוי רשאי להביא ואף שאין במציאות שתהא התבואה עדיין לחה מ"מ אין הפסול מחמת שנקצר שלא בזמנה רק משום שאינה לחה וכיון שאין הפסול מחמת שנקצר שלא בזמנה אינה דוחה שבת דהא עיקר ילפותא דר' ישמעאל הוא משום דדריש מה חריש רשות אף קציר רשות ומפרש בש"ס דמכות (דף ח') מה חריש אם מצא חרוש אינו חורש אף קציר אם מצא קצור אינו קוצר אבל קציר העומר דאם מצא קצור קוצר דוחה שבת וזהו רק אם נימא דיש זמן לקצירה בלילה ואם מצא קצור קוצר מחמת שיש זמן קבוע לקצירה אבל אם משום הקצירה הוי מתכשר דאשתקד רק שצריך לקצור משום שהתבואה דאשתקד נתייבשה ואלו הוה מצא לחה דאשתקד אינו קוצר הרי אינו דוחה שבת דדמי לחרישה דאם מצא חרוש אינו חורש ונקצרה מע"ש דהא אינו דוחה שבת ומזה מוכח דסובר ראב"ש כר' ישמעאל דנקצר שלא כמצותו פסול משום דמהחל חרמש בקמה קאי דווקא אלילה שלפני הבאה דמזה יליף עיכובא לכל פרטי מצות העומר] וקבוע זמן לקצירה ושפיר דחי שבת דלא דמי לחרישה כיון דאם מצא קצור קוצר מפני קביעת זמנה וכ"ז לר"י דסובר דמאשתקד נמי הוה מתכשר אי לאו דבעינן כרמל תקריב אבל ר"א הא סובר שם דמאשתקד פסול משום דכתיב ראשית קצירך ודאשתקד מקרי סוף קצירך וכיון דכתיב מהחל חרמש בקמה תחל לספור ובעינן שתהא הקצירה לפני ההבאה כוונת הכתוב דווקא על קציר העומר של שנה זו שהוא ראשית הקציר ולא מדאשתקד א"כ הרי קבוע זמן לקצירה דווקא בלילה שלפני ההבאה ושפיר דוחה שבת אף אם נקצר שלכ"מ כשר כיון דאם מצא קצור קוצר ואף שבדיעבד כשר לרבי שלא כמצותו מ"מ בדבר הקבוע לו זמן ואם מצא קצור קוצר דוחה שבת אף דבר שאינו מעכב דהרי דריש רי"ש מקרא דחריש וקציר תשבות וכיון דבגמרא אמרינן תניא כוותי' דר"א דמשום ראשית קצירך מפסל תבואה דאשתקד ובעינן לכתחילה להביא ממה שנקצר בשנה זו דוקא ולא מקיימא ראשית קציר אלא במה שנקצר בשנה זו בלילה מהחל חרמש בקמה א"כ דוחה שבת אף דנקצר שלכ"מ כשר כיון דלכתחילה בעינן דוקא לילה זו וקבוע לו זמן ואף אם מצא קצור מצוה לקצור ואנן דרשינן מה חריש רשות אף קציר רשות ולא קציר העומר כיון דמצא קצור קוצר דוחה שבת ושפיר פסק הרמז"ל דדוחה שבת אף דפסק נקצר שלכ"מ כשר:

ולפ"ז אין לנו ראיה לפסוק כסתמא דמתניתין דכל הלילה כשר לקצירת העומר ממה דר"ג וב"ד סברי כר' ישמעאל דדחי שבת דאנן קיי"ל כר"א דבעינן ראשית קצירך ולא סוף קצירך וכיון דקבוע זמן לקצירה דוחה שבת אף אם נקצר ביום כשר:

ונ"ל עוד דגם ראי' השני' שהביא ר"ת ז"ל מהא דאמר ר' יוחנן עשר נטיעות וכו' הלל"מ ולא דריש בחריש ובקציר דתוס' שביעית ש"מ דסבר כר' ישמעאל דדריש בחריש לקצירת העומר שדוחה שבת נמי לאו ראי' הוא אף לפי מה שבארנו דלר' יוחנן ודאי דמ"ד דוחה את השבת סובר דנקצר שלא כמצותו פסול מ"מ הא כבר כתבו התוס' בר"ה (דף ט') ד"ה ורבי עקיבא דלפי המסקנא דמסיק במ"ק (דף ד') דגמירא הילכתא בזמן שביהמ"ק קיים דומיא דניסוך המים יתכן לפרש הילכתא גם לר"ע וקראי אתא לזמן שאין בהמק"ק א"כ אפשר דר"י נמי דאמר הלכה דעשר נטיעות לא דריש קרא דבחריש ובקציר דקצירת העומר דוחה שבת אלא לתוס' שביעית והלכתא לבזמן שביהמק"ק וקראי לזמן שאין ביהמק"ק ואף שהתוס' סיימו התם וז"ל ומיהו לרבי דאמר שביעית בזה"ז דרבנן לא אפשר למימר הכי עכ"ל והיינו כיון דרבי סבר דשביעית בזה"ז דרבנן א"א לומר קרא לבזמן שאין ביהמק"ק כיון דאין שביעית נוהג בזה"ז לא שייך כלל תוספת שביעית מ"מ אכתי איכא למימר הכי לפמש"כ ליישב קושית הפ"י שהקשה על דברי התוס' שכתבו דלרבי דסובר שביעית בזמה"ז דרבנן א"א לומר קרא לזמן שאין ביהמק"ק דא"כ איך כתבו התוס' דלר"ע איכא למימר הלכתא לבזמן שביהמ"ק קיים וקראי לבזמן שאין בהמ"ק קיים הא תנן בפיאה (פרק ג' מ"ו) ר"ע אמר קרקע כל שהוא וכו' ולכתוב עליו פרוזבול ובגיטין (דף ל"ו) פריך ומי איכא דמדאורייתא משמט שביעית והתקין הלל דלא משמט ומשני בשביעית בזה"ז דרבנן ורבי היא דתניא רבי אומר וזה דבר השמיטה כו' ועיין שם בתוס' ד"ה מי איכא דאף לרבא דאמר בתר הכי הפקר ב"ד הפקר נמי הוכרחנו לומר דאתיא כרבי דאמר שביעית בזה"ז דרבנן דלא מהני הך סברא דהפקר ב"ד הפקר לעקור שביעית דהוא מדאורייתא וא"כ ר"ע דאית ליה פרוזבול ואמר קרקע כ"ש כותבין עליו פרוזבול ע"כ דסובר לה כרבי דאמר שביעית בזה"ז דרבנן ואיך כתבו התוס' דלפי המסקנא דהש"ס במ"ק יתכן למימר קראי לר"ע לבזמן שאין ביהמ"ק קיים:

ול"נ דלק"מ דאמרינן שם בגיטין (דף ל"ז) תנן התם השביעית משמטת את המלוה בין בשטר בין שלא בשטר רב ושמואל דאמרי תרווייהו בשטר שיש בו אחריות נכסים שלא בשטר שאין בו אחריות נכסים כ"ש מלוה ע"פ ר' יוחנן ור"ל דאמרי תרווייהו בשטר שאין בו אחריות נכסים שלא בשטר מלוה ע"פ אבל שטר שיש בו אחריות נכסים אינו משמט. ופרש"י ז"ל דכגבוי הן וכמו שהקרקעות בחזקת המלוה הן וגבויות ממש ואין כאן חוב והתוס' בב"מ (דף ד') הקשו למ"ד שיעבודא דאורייתא למה נשבע הא כופר שיעבוד קרקעות ואין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות ותירצו דמיירי שאין לו קרקעות אפילו משעבדי עיי"ש וכתבו נמי דהא דאמר ר' יוחנן בשבועות (דף ל"ז) כופר בממון שיש עליו

עדים חייב קרבן שיש עליו שטר פטור משום דכופר שעבוד קרקעות ובעדים לא חשיב שיעבוד קרקעות אע"ג דר' יוחנן גופא סבר בב"ב (דף קע"ה) שעבודא דאורייתא היינו משום דהפקיעו חכמים השיעבוד במלוה ע"פ משום פסידא דלקוחות חשוב כאלו מחל לו השעבוד עכ"ל וא"כ קשה גם גבי שמיטה היכי משכחת לה דמשמט כיון דשעבודא דאורייתא וגובה מה"ת מלקוחות והו"ל מע"פ כמלוה בשטר שיש בו אחריות נכסים דאינו משמט לר' יוחנן א"כ שמיטת כספים היכי משכחת לה:

ולשיטת הש"ך (סימן ל"ט ס"ק כ"ח) דכתב שם דכל היכי דיכול לטעון פרעתי משמט אף כשעמד בדין משום דמחוסר גובייגא א"ש דדוקא מלוה בשטר שיש בו אחריות נכסים סבר ר' יוחנן דאינו משמט אבל מע"פ אף שגובה מה"ת ממשעבדי שפיר משמט משום דיכול לטעון פרעתי. אבל לפמ"ש המבי"ט הובא בש"ך שם דאף היכי דיכול לטעון פרעתי נמי אינו משמט א"כ קשה שמיטה לר"י היכי משכחת וצ"ל דמיירי באין לו קרקע או שמחל השעבוד לו וכמו שתרצו התוס' גבי קרבן שבועה ומיושב בזה נמי מה שהקשו התוס' בגיטין (ל"ז) ד"ה שטר אר' יוחנן מהא דאמרינן לעיל דאונס קנס ופתוי שזקפה במלוה משמטין ומפרש דהיינו משעת העמדה בדין ומשעמד בדין הא גבי ממשעבדי ואמאי משמט לר"י ולפמ"ש א"ש דמיירי שאין לו קרקע] ולפ"ז לא קשה כלל לר"י מי איכא דמדאורייתא משמט ואמרי רבנן דלא לשמט דהא אין כותבין פרוזבול אלא על הקרקע וכשיש לו קרקע הא מדאורייתא בלא"ה אינו משמט משום דשיעבודא דאורייתא והו"ל כשטר שיש בו אחריות נכסים ורק מדרבנן משמט משום דתקנו דמלוה ע"פ אינו גובה מנכסים משועבדים והם אמרו שאם כתב פרוזבול אינו משמט ואע"ג דגבי קרבן שבועה כתבו התוס' כיון דהפקיעו החכמים השעבוד שוב חייב קרבן שבועה מה"ת וא"כ ה"נ בעינן למימר כיון שהפקיעו חכמים השיעבוד למלוה ע"פ דאינו גובה ממשעבדי שוב משמט מה"ת ואיך אמרו רבנן דלא משמט ז"א דהא דעת רש"י והר"ן ז"ל דלרבא דאמר הפקר ב"ד היה הפקר מתורץ גם קושיא מי איכא מידי דמדאורייתא משמט ואמרו רבנן דלא לשמט משום דגבי ממון דהפקר ב"ד הי' הפקר לא שייך לאקשויי הכי רק שהתוס' חולקים ע"ז וכתבו דרבא לא קאי אהך קושיא משום דאף דהפקר ב"ד הי' הפקר מ"מ לא הי' לו להלל לעקור שביעית שהיא דאורייתא עיי"ש בד"ה מי איכא והיינו משום דלא מצי חכמים אף לגבי ממונא לתקן דבר שהוא נגד מ"ע שבתורה אבל כיון שבארנו דלר' יוחנן בלא"ה אינו משמט ביש לו קרקע מה"ת הרי לא ביטלו ע"י תקנתם מ"ע שבתורה ואף שע"י מה שהפקיעו חכמים את השעבוד ואמרו דמלוה ע"פ אינו גובה מנכסים משועבדים היה ראוי להיות שמלוה ע"פ תשמט מ"מ הרי לא עקרו שביעית

לגמרי שהרי מה"ת אינו משמט משום דיש לו קרקע וכגבוי דמי ובזה ודאי דמהני סברא דרבא דהפקר ב"ד הי' הפקר וא"כ מה שמוכרח הש"ס לתרץ בשביעית בזה"ז דרבנן הוא רק לרב ושמואל דפסקינן כוותייהו דמלוה בשטר שיש בו אחריות נכסים משמט וגם דסברי שעבודא לאו דאורייתא ולא מהני מידי מה שיש קרקע והקשה הש"ס שפיר מי איכא מידי וכו' והוצרך לתרץ דשביעית בזה"ז דרבנן אבל לר' יוחנן א"ש אף לרבנן דסברי דשביעית בזה"ז דאורייתא ומכ"ש דאתי שפיר טפי לשיטת רש"י והר"ן ז"ל דשינויא דרבא דהפקר ב"ד הי' הפקר קאי נמי אהך קושיא מי איכא מידי דמדאורייתא משמט כו' ואין אנו צריכין להך שינויא דשביעית בזה"ז דרבנן וא"כ שפיר כתבו התוס' בר"ה דלמסקנא דסוגיא דמו"ק איכא למימר דר"ע נמי אית לי' הלכתא דעשר נטיעות והלכתא לבזמן שביה"ק קיים דומיא דניסוך המים וקרא דבחריש ובקציר לבזמן שאין בהמ"ק קיים:

וממילא נדחה ראיית ר"ת ז"ל שהביא במנחות שם מדאמר ר' יוחנן הלכתא דעשר נטיעות מכלל דדריש קרא דבחריש וקציר לקציר העומר שהוא דוחה שבת דז"א דאפ"ל גם לדידי' דקרא דבחריש ובקציר אתא לתוס' שביעית לבזמן שאין ביהמק"ק כמו שכתבו התוס' בר"ה לר"ע וכמו שביארנו דלדברי ר' יוחנן אין אנו צריכין לומר שביעית בזה"ז דרבנן והוי שפיר מדאורייתא ואתא קרא לתוס' שביעית וא"כ אף שבארנו לעיל דלדברי ר' יוחנן שפיר מוכח דנקצר ביום פסול מדדחי שבת מ"מ אין הכרח לר"י דדריש קרא לקציר העומר שהוא דוחה שבת ויכול להיות דדריש לי' לתוס' שביעית בזמן שאין ביהמ"ק קיים אבל קציר העומר אינו דוחה שבת ונקצר ביום נמי כשר:

ומיהו לכאורה נ"ל להביא ראי' דנקצר שלא כמצותו פסול כראב"ש מהא דתנן בר"ה (דף למ"ד) בהא דהתקין ר"י בן זכאי שיהא יום הנף כולו אסור שמא יבנה ביהמ"ק ויאמרו אשתקד מי לא אכלנו בהאיר המזרח השתא נמי ניכול ופריך דאיבני אימת אילימא דאיבני בשיתסר הרי הותר בהאיר המזרח אלא דאיבני בחמיסר מחצות היום ואילך לשתרי אלא דאיבני בחמיסר סמוך לשקיעת החמה א"נ דאיבני בלילה פי' שלא יהא שהות לקצור וימשוך הקצירה יותר מחצות היום. וא"כ קשה מאי פריך אי דאיבני בשיתסר הרי הותר בהאיר המזרח איך מתיר האיר מזרח הא בעינן למיחש שמא יבנה בהמ"ק בשיתסר ויהא אפשר לקצור ולהביא וכיון שאם יבנה ביהמ"ק ואפשר לקצור ולהביא אין האיר המזרח מתיר. אף שבשעת הארת המזרח לא נבנה עדיין מ"מ אפשר להבנות. ובשלמא מהא דאמר במנחות (דף ס"ח) כאן בזמן שביהמ"ק קיים כאן בשאין ביהמ"ק קיים דבזמן שאין ביהמ"ק קיים האיר המזרח מתיר לא קשה דאם נקצר ביום

כשר הא אפשר להבנות עדיין ולהביא די"ל דבאמת לכתחילה אסור שמא יבנה אבל אם אכל ולא נבנה אגלאי מילתא למפרע שאכל בהיתר וגלי קרא דאינו לוקה אבל בסוגיא דר"ה דמיירי לענין היתר אכילה קשה אמאי מותר באכילה מיד בהאיר המזרח שמא יבנה ויוכל לקצור ולהביא:

וכה"ג אמרינן במנחות (דף מ"ו) בשתי הלחם הבאים בפ"ע דמה"ת לאכילה אתינן ואפ"ה אסור לאוכלן עד הלילה גזירה שמא יזדמן להם כבשים לאחר מכאן עיי"ש ברש"י ז"ל הרי דאף דשתי הלחם מתירין א"ע כשהן בלא כבשים מ"מ אסור לאוכלן שמא יזדמנו להם כבשים וה"נ אף שתחילת היום מתיר מ"מ אסור לאכול שמא יבהמ"ק ויוכלו לקצור ולהביא וכדאמרינן בתענית (דף י"ז) כהנים בזה"ז אסורין לשתות כל השנה יין שמא יבנה בהמ"ק ובעינן כהן הראוי לעבודה [ועיין בירושלמי סוף מסכתא יומא גבי כפרת יוה"כ בפלוגתא דר"ז ור"ח ודו"ק] א"ו דכיון דעבר לילה ולא נקצר שוב א"א להביא עומר דקצירת יום פסול כראב"ש דהוי נקצר שלכ"מ וכשהאיר המזרח התיר העומר דלא מהני בנין בהמ"ק מידי כיון שלא נקצר בלילה וכרשב"א דסובר דשלכ"מ פסול לגמרי כ"ז נלע"ד:

סימן מד

שאלה בדין שחיטת בהמות כיו"ט בזמן דשכיחי טריפות:

תשובה בביצה (דף ל"ד) אמרינן תנן התם דרסה או שטרפה בכותל או שרצצתה בהמה ומפרכסת ושהתה מעל"ע ושחטה כשירה א"ר אלעזר בר' ינאי משום ר' אלעזר בן אנטיגנוס צריכה בדיקה בעי מיני' ר"י מר' זירא מהו לשוחטה ביו"ט מי מחזקינן ריעותא ביו"ט או לא א"ל תנינא אין מלבנין את הרעפים לצלות בהן והוינן בה מאי קא עביד ואמר רבה בב"ח אר"י הכא ברעפים חדשים עסקינן מפני שצריך לבודקן א"ל אנן מפני שצריך לחסמן מתנינן לה פרש"י ז"ל ולא משום חשש פקיעה אלא משום דודאי משוי לי' מנא וכתב הר"מ ז"ל (בפ"ב מהלכות יו"ט) בהמת חולין שנפלה מן הגג ועמדה ושהתה מעל"ע והרי היא צריכה בדיקה שוחטין אותה ביו"ט אפשר שתמצא כשירה ותאכל וכ"פ הרא"ש ז"ל לקולא אבל הר"ן ז"ל כתב דכיון דבעיין לא איפשט מסתברא דהוי ספק דאורייתא:

וראיתי להגאון בעל שאא"ר ז"ל שכ' בטעמו של הר"ם ז"ל שפסק לקולא משום דאע"ג דבעיין לא איפשט הכא מ"מ אזלינן בתר פשיטותא דסוגיא דחולין דמבואר שם דמותר לשחוט ביו"ט בהמה נפולה שצריכה בדיקה דקאמר (שם דף נ"א) אמר רב נחמן בית הרחם אין בו משום ריסוק אברים ובעי לאתויי ראיה מהא דאם נולד הוא ומומו עמו שזה

הוא מן המוכן ומשני הכא במ"ע שהפריס ע"ג קרקע וא"כ קשה הא קיי"ל עמדה א"צ מעל"ע אבל בדיקה וודאי בעי ואמאי מותר לשוחטו ביו"ט הא בעי בדיקה א"ו כדפשיט לי' להש"ס דמותר לשחוט ביום טוב בהמה שיש בה חשש נפולה וכבר קדמוהו להגאון בשא"ר ז"ל הגאון בעל עבודת הגרשוני הובא בחו"י:

אולם לענ"ד אין ראיה מזה למיפשט בעיין לקולא דהא בשבת (דף קל"ה) קאמר רשב"ג כל ששהה ל' יום באדם וכו' שמונה ימים בבהמה אינו נפל ופריך הא לא שהה ספיקא הוי וכו' ופריך מהא דשוין שאם נולד הוא ומומו עמו שזה מן המוכן ולא חיישינן דלמא הוא נפל ומשני דמיירי בקים לן בגווי' דכלו לו חדשיו והיינו משום דבעי לאוקמי כרשב"ג אבל רבנן הא פליגי עלי' דרשב"ג כדמסיק התם. וא"כ בחולין דבעי למפשט מהך ברייתא הא דר"נ דאין בו משום ריסוק אברים ודחי דלעולם יש בו משום ריסוק אברים ומיירי דהפריס ע"ג קרקע איכא למימר דלעולם דבהמה נפולה הצריכה בדיקה אסור לשחוט ביו"ט שמא תמצא טריפה וקא שחיט שלא לצורך יו"ט והכא מיירי בלא קים לן שכלו חדשיו ואתיא כרבנן דרשב"ג דלא חיישי למיעוטי דנפלים ויהא מותר באכילה אחר שחיטה ובדיקה ולעת עתה מותר לשחוט ולא חיישינן שמא תמצא טריפה וקא מחלל יו"ט שלא לצורך משום דלענין איסור מלאכת יו"ט איכא ספק ספיקא שמא ימצא כשר ויהא מותר באכילה ביו"ט ואת"ל שתמצא בו טריפות האוסרה באכילה אכתי שמא נפל הוא ובנפל ליכא חילול יו"ט דהוי כמחתך בשר בעלמא כדאמר שם בשבת (דף קל"ו) גבי מילה ונהי דלענין אכילה אם ימצא כשר אחר הבדיקה לא חיישינן לס' נפל לרבנן דרשב"ג מ"מ לענין איסור חילול יו"ט דשחיטה מצרפינן האי ספק נפל לספק שמא ימצא כשר ומתירין שחיטתו ולכשישחט וימצא כשר מתירין אותו באכילה ולא חיישינן לס' נפל לחוד לרבנן דרשב"ג ושפיר דחי להא דרב נחמן ומיירי בהפריס ע"ג קרקע ובסתם וולדות כרבנן דרשב"ג אבל היכא דליכא האי ספיקא דאימר נפל הוא אסור לשוחטו ביו"ט שמא ימצא טריפה ומחלל יו"ט שלא לצורך והכא שרי משום ספיקא דנפל דלא שייך בי' חבורה דמצטרף בהדי ספק דשמא כשר הוא ומותר לשוחטו ואכתי בעיין דמי מחזקינן ריעותא ביו"ט לא איפשט ומש"כ השא"ר ז"ל דלהכי פסק בהאי בעיא לקולא משום דבדיקת נפולה אחר ששהא מעל"ע הוי רק מדרבנן בעלמא וכיון דהאי חששא דשמא נעשה בה טריפות ע"י הנפילה הוא רק מדרבנן ומה"ת לא מחזקינן לי' בחשש טריפה הרי מה"ת ודאי דמותר לשוחטה ביו"ט דודאי תמצא כשרה ורק מדרבנן מיבעיא כיון דמדרבנן צריך בדיקה מי אחמיר לי' גם לענין שמחת יו"ט א"כ הוי ספיקא דרבנן ולקולא ומסתייע לי' מלשון המשנה דקתני במשנה סתמא דרסה או שטרפה בכותל או

שרצצתה בהמה ושהתה מעל"ע ושחטה כשירה ולא הזכיר שצריך בדיקה מכלל דמה"ת כשר בלא בדיקה ותנא תנא דיני דאורייתא ע"כ:

(הגה"ה לדעת כמה פוסקים דמצרפין לס"ס ספק שהוא נגד הרוב דהמיעוט וספק השני הוי רובא ומיקרי שפיר ספק ספיקא ואף לפי מה שכתב התוס' בכתובות (ד' ט') גבי ספק אונס דאי אמרינן דאונס לא שכיח לא מצרפין לי' לס"ס וכן גבי מוכת עץ שם מכל מקום הכא מיעוט דנפלים דהוי מיעוט המצוי וכמש"כ התוס' יבמות (דף ל"ו) ובכמה דוכתין ודאי דמצרפין לי לספק ספיקא:)

ולענ"ד דאין זה ראיה דהא כבר כתבו הראשונים ז"ל דהא דבעינן מעל"ע והא דבעינן בדיקה תרי מילי נינהו מעל"ע בעינן שיצא מכלל ספק ריסוק איברים. ובדיקה בעינן מחשש טריפה שמא ע"י הנפילה נעשה בה טריפות א"כ התנא דתנא בי' טריפות ברישא נפלה מן הגג דחשיבא טריפה היינו משום ריסוק שהיא טריפה בפ"ע והוא הלל"מ כדפי' רש"י ז"ל ובסיפא קתני דאם אחר הנפילה שהתה מעל"ע כשירה ויצאתה מחשש ריסוק וממה שיש לחוש שמא נולד בה טריפות אחרות לא הוצרך לשנות בכאן דהא כבר תני כל דיני טריפות ברישא וכאן מטריפות הריסוק מיירי ועוד דאדרבה נראה לי להיפך דמלשון המשנה מוכח דבעי בדיקה מדקתני שהתה מעל"ע ושחטה כשירה ולמה לי' למנקט ושחטה דהא גם עכשיו כשהיא בחיים איכא נ"מ אם היא כשירה ביצה דידה מותרת והל"ל סתם שהתה מעל"ע כשירה ומדקתני שהתה מעל"ע ושחטה כשירה ש"מ דאינה כשירה כ"א אחר שחיטה משום דבעי בדיקה אבל מחיים לא מצי למיכל ביצתה משום חשש טריפות דחיישינן שנולד בה מחמת הרציצה רק שלא הזכיר בהדיא משום דהתנא לא מיירי בטריפות המוזכרין כבר רק בענין ריסוק קאי דברישא קתני דבנפולה טריפה משום ריסוק ובסיפא קתני דבשהתה מעל"ע יצאתה מחשש ריסוק ומזכיר בדיקה במאי דקתני שחטה דווקא לאשמעינן דלא מתכשרה מחיים ועוד קשה לי לדברי השא"ר ז"ל דהך בדיקה דנפולה הוי רק מדרבנן בעלמא ולהכי בעי מי מחזקינן ריעותא ביו"ט ומשום דאפשר דלא גזרו רבנן בדיקה אלא לענין אכילה משום דכיון דאיכא למיקם עלה דמילתא בבדיקה לא שרינן בלא בדיקה אבל לענין שחיטה דא"א למיקם עלה דמילתא קודם שחיטה שרי למישחט ביו"ט ולהכי פשטינן לקולא דלא מחזיקינן ריעותא ושרי לשחוט ביו"ט קשה הרי בזבחים (דף ע"א) דתנן כל הזבחים שנתערב בהן חטאות המתות כלאים וטריפה ויוצא דופן ירעו עד שיסתאבו וימכרו ויביא בדמי היפה שבהן מאותו המין ופריך שם בגמרא האי טריפה ה"ד אי דלא ידע מנא ידע אי דידע ליתי ולשקליה ומשני ריש לקיש כגון דאתערב בנפולה ופריך נפולה נמי ליבדקה ופרש"י ז"ל נבדקה אם תלך

כשירה לגמרי ומשני קא סבר עמדה צריכה מעל"ע הלכה צריכה בדיקה ע"ש א"כ לדברי השא"ר ז"ל דהך בדיקה הוי מדרבנן ולא חיישינן לה היכי דליכא למיקם עלה דמלתא א"כ הכא גבי קדשים נוקמי אדאורייתא ונקדיש גם בהמת חולין הנפולה שנתערבה בבהמת קדשים לאותו המין קרבן שנתערבה בהן ונקריב אותה כמו גבי בהמת חולין שנתערבה בבהמת קדשים דקתני התם בסיפא ימכרו לאותו המין וה"נ נקדישנה לאותו המין ונוקי אדין תורה דודאי כשירה היא כיון דא"א לבודקה עכשיו. כמו דמוקמינן גבי מלאכת יו"ט מהאי טעמא דא"א למיקם עלה דמילתא ואמאי ירעו עד שיסתאבו א"ו דהך בדיקה הוי מדאורייתא ומה"ת חיישינן שמא טריפה היא וא"א להקדישה ולהקריבה משום דלמא טריפה היא וקשחיט חולין בעזרה. וגם לטעם השני שכתב השא"ר ז"ל דלהכי לא מחזקינן ריעותא ביו"ט משום כיון דהבדיקה הוא רק מדרבנן לא גזרו במקום שמחת יו"ט ה"ט שייך נמי גבי קדשים דבדוכתא טובא חשו להפסד קדשים וגם דברעי' עד שיסתאבו אפשר למיתי לידי תקלה ואמאי לא חשו לד"ז כמו שחשו דלא לאמנועי משמחת יו"ט א"ו דהך בדיקה הוי דאורייתא וכמש"כ לעיל:

ועוד דהא הרא"ש ז"ל בעצמו אחר שמביא (בפ' א"ט) פלוגתא דר"י א"ר עמדה א"צ מעל"ע הלכה א"צ בדיקה ר"ח בר אשי אמר אחת זו ואחת זו צריכה בדיקה כתב ומה שפסק רב אלפס ז"ל כר"י ולא פסק לחומרא כרחב"א דהא משמי' דרב קאמרי משום דבזבחים סברי ר' ירמי' ור"י דהלכה א"צ בדיקה יע"ש ולדברי השא"ר ז"ל דהבדיקה הוי מדרבנן מאי קשיא לי' להרא"ש במאי דפסק הרב אלפס דהלכה א"צ בדיקה לקולא הא בדרבנן אזלינן בתר המיקל א"ו דסובר דהבדיקה הוי מדאורייתא דמה"ת חוששין שמא נולד בה טריפות א"כ אין תירוצו של השא"ר מספיק ליישב דברי הרא"ש ז"ל. וברשב"א ז"ל בתורת הבית (בבית שני שער ג') מצאתי שכתב להדיא וז"ל ופסקו רבוותא כרב יהודא וכן פסק רב אלפס ז"ל ואע"ג דבשל תורה הלך אחר המחמיר מ"מ פסק כרב יהודא מדאמרינן בזבחים (דף ע"ד) כולהו כר"ל לא אמרי קסברי עמדה א"צ מעל"ע הלכה א"צ בדיקה ור"י ור' ירמי' נינהו דפליגו עלי' התם והלכתא כוותייהו דרבים נינהו עכ"ל הרי דקרי לה בהדיא לפלוגתא דר"י ור"ח בר אשי דפליגי בבדיקה של תורה [ודוחק גדול לאמר דבהא גופא פליגי דלר"י דסובר דהלכה א"צ בדיקה סובר דהבדיקה הוי מדרבנן ולהכי מיקל בהלכה ולר"ח בר אשי הוי הבדיקה מדאורייתא ושפיר קרי' הראשונים ז"ל פלוגתא של תורה ולדידן דקיי"ל כר"י הוי הבדיקה דרבנן דזה דוחק גדול כמובן] ועוד קשה לדבריו ז"ל דהבדיקה הוי רק מדרבנן והוכיח זה מהא דבעי למשרי עוף הנדרס לשחוט ביו"ט ולא חיישינן שמא ימצא טריפה ומחלל יו"ט שלא לצורך יו"ט א"ו שהוא

רק מדרבנן ואכתי תקשה בהא דשרינן ללבן רעפים ואמר התם אנן מפני שצריך לחסמן מתנינן לה אבל מפני שצריך לבודקן לא איכפת לן ניחוש שמא פקעי וליבן אותם שלא לצורך אוכל נפש ואין לומר דלהאי לישנא דצריך לחסמן אמרינן דאין דרכן של רעפים לפקוע דז"א דאטו דעת ר"ז בפשיטותו ודעת ר"י בדחייתו להא פשיטותא במציאות תליא דלר"ז דרכן של רעפים לפקוע ולר"י דאמר מפני שצריך לחסמן אין דרכן לפקוע א"ו דהכי דחי לי' ר"י אנן מפני שצריך לחסמן תנינא לה אבל משום בדיקה אפ"ל דלא חיישינן כלל וא"כ תיקשה אמאי לא ניחוש לקושטא דמילתא דלמא פקעי ועביד מלאכה שלא לצורך כמו שהקשה השא"ר לענין שחיטת עוף הנדרס א"ו דהא דשרינן לשחוט עוף הנדרס הוא לאו משום דמדרבנן בעלמא בעי בדיקה אלא אפילו אם נימא דבעי בדיקה מן התורה נמי בעי להתיר ביו"ט משום כיון דאוכל נפש ביו"ט היתר גמור הוא רשאי לשחוט שמא ימצא כשירה ויאכלנה כדרך שעושה בחול ודוקא היכא דידעינן שהיא טריפה הוי שחיטה שלא לצורך אבל בספק דצריכי בדיקה רשאי לשחוט דעיקר שחיטתו משום אוכל נפש שמא הי' ראוי' לאכילה דכל ענין אוכל נפש ביו"ט היתר גמור הוא וכמו שכתב הרא"ש ז"ל (ביומא פ' יום הכפורים) בשם רבינו מאיר ז"ל וכיון דאוכל נפש ביום טוב היתר גמור הוא אפשר דמותר לשחוט גם ספק טריפה שמא ימצא כשר כדרך שהוא עושה בחול אף דבעי בדיקה מה"ת וזה תורף בעיא דר' ירמי' וכמו דאמרינן גבי מלאכת יו"ט מתוך שהותרה לצורך הותרה גם שלא לצורך אי איכא צורך יו"ט קצת וכן קיי"ל דאמרינן הואיל באופה מיו"ט לחול משום דמשכ"ל (ביש שהות ביום) שיאכלנו אלו הוי לי' אורחים שרי מה"ת משום דעסיק באוכל נפש ה"נ בעי למימר דמותר לשחוט ספק טריפה אע"ג דאפשר שהיא טריפה ושחט בחינם מ"מ הואיל והוא אינו יודע וסבור שימצא כשירה מותר לשחוט דעיקר מלאכתו לכוונת אוכל נפש הוא וע"ז פשיט מברייתא דליבון רעפים שאסור ללבן דלמא פקעי ולא אמרינן דשרי רחמנא אוכל נפש כמו בחול ואי פקעי פקעי:

ובזה יש לישב שיטת הרמב"ם ז"ל שפסק שמותר לשחוט בהמה הנדרסת ביו"ט אף דבעיין לא איפשטא כמ"ש הר"ן ז"ל (דהא למ"ד מפני שצריך לחסמן אפשר דמודה דמשום ספק דלבודקן נמי הוי אסור רק דנקט לחסמן דהוי איסור ודאי] דדעת הר"מ ז"ל דמדאורייתא ודאי שרי כיון דקטרח בהתירא רשאי לשחוט מספק רק מדרבנן קא מיבעיא לי' אם אסרו כמו שאסרו באופה מיו"ט לחול למאן דאית לי' הואיל וה"נ קא מיבעיא לי' אם אסרו מדרבנן משום ס' טריפה וכיון דלא איפשט בעיין אזלינן לקולא בדרבנן והכי דייק לשון הר"מ ז"ל שכתב מותר לשוחטה אפשר שתמצא כשירה עיי"ש:

ועוד יש להביא ראי' לפסק הר"מ ז"ל דמותר לשחוט בהמה שנולד בה ספק טריפות ביו"ט. מהא דאמרינן בביצה (דף כ"ה) הפשט וניתוח לעולה וה"ה לקצבים מכאן למדה תורה ד"א שלא יאכל אדם בשר קודם הפשט וניתוח מאי קמ"ל אילימא לאפוקי מדר"ה דאמר בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה נשחטה בחזקת היתר עומדת עד שיודע לך במה נטרפה והתנן כדר"ה ר"ע אומר כזית חי מבית טביחתה מאי לאו בית טביחתה ממש לא ממקום שטובחת אכילתה והתני ר' חייא מקום טביחתה ממש עכ"ל והא התם דבעי למימר לאפוקי מדר"ה פרש"י ז"ל דאסור לאכול מבהמה עד שינתחנה שמא ימצא לה סימן טריפה בסתר והחזיק לנו הבהמות בספק טריפות אף קודם שראה בהם טריפות עי"ש ברש"י ז"ל וא"כ קשה למה לי' לאתויי מר' חייא דתני מבית טביחתה ממש להוכיח דמותר לאכול קודם בדיקה תיפוק לי' דבלאו הכי מוכח דאין מחזיקין הבהמות לספק טריפות דאי מחזיקינן לספק טריפות ואסור לאכול מהן קודם בדיקה א"כ בהמה ביו"ט היכא שחטינן דלמא תמצא טריפה ושחטינן שלא לצורך ומזה מוכח דלא מחזקינן לה לספק טריפה ומותר לאכול קודם בדיקה ול"ל לאתויי מדר' חייא א"ו דמזה לא מוכח כלל דאפילו אם נימא דכל בהמות בספק טריפה עומדות מ"מ שפיר מותר לשוחטן ביו"ט כמו דמותר לשחוט גם בהמה שנולד בה ספק גמור וכמ"ש כיון דכוונתו לשוחטה לצורך אוכל נפש:

ודע דבעיקר בעיית הגמרא בעוף הנדרס בכותל יש לנו מקום לומר דאזלינן לקולא מטעם אחר דהא בפסחים (דף ע"ג) פריך בהא דאמרינן שחטה ונמצא טריפה בסתר פטור בגלוי חייב לדברי האומר מקלקל בחבורה פטור מה תיקן ומשני תיקן לטהרה מידי נבילה השוחט חטאת בשבת בחוץ לא"י חייב ג' חטאות מה תיקן ומשני תיקן להוציא מידי אבמה"ח לבן נח:

ונראה דמה שחשוב תיקון לטהרה מידי נבילה הוא רק בבהמה שמטמאה במיתתה בנגיעה והוי תיקון שלא יטמא אבל בעוף שאינו מטמאה בנגיעה רק בביה"ב כדאיתא בדוכתא טובא לא שייך לחשוב תיקון מה שלא יטמא העוף באכילה בבית הבליעה דמאן אכיל לי' כשהוא טריפה ולגבי נכרי לא שייך טומאה וכן הא דמשני ברייתא דשוחט בחוץ לא"י דמתקן לב"נ מידי אבמה"ח נמי משני למ"ד אין אדם אוסר דבר שאינו שלו בחולין (דף מ"א) דלדידי' מוקי לה אף בבהמה אבל למ"ד אדם אוסר דבר שאינו שלו מוקי לה בחטאת העוף וכגון שהי' חצי קנה פגום דבלא"ה אמרינן מכי שחיט בה פורתא אסרה אידך מחתך עפר בעלמא הוא ולא מחייב אשחוטי חוץ וכיון דבעוף מיירי ליכא לשנויי דתיקנו להוציא מידי אבמה"ח לדעת הר"מ ז"ל (בהלכות מלכים) דבעוף אין

ב"נ מוזהר על אבמה"ח ועיין כרו"פ דאפילו איסורא ליכא והש"ס דקחשיב לי' תיקון קאי למ"ד אין אדם אוסר דבר שאינו שלו דלדידי' מיירי בבהמה וא"כ לפ"ז עוף שנדרס בכותל מה"ת מותר לשחוט ביו"ט דלמאי ניחוש שמא ימצא טריפה א"כ הא הוי מקלקל בעלמא ואנן קיי"ל כר"י דמקלקל בחבורה פטור כמש"כ הרמב"ם ז"ל (בפ"א מהלכות שבת) ולטהרה מידי נבילה ליכא בעוף דהא אינה מטמאה בנגיעה וגם תיקון דלהוציאו מידי אמ"ה ליכא בעוף לשיטת הר"מ ז"ל דב"נ אינו מצווה על אבמ"ה דעוף והוי מקלקל והש"ס דבעי אי מותר לשחוט הוא רק מדרבנן בעלמא דמדרבנן אסור אף מקלקל כיון דהוי שלא לצורך ול"ד לשובר החביות להוציא ממנה גרוגרות (בשבת קמ"ו) דשרי לכתחילה אף מדרבנן דהתם לא הוי מלאכה כלל אבל הכא שחיטה הוי מלאכה מעליא רק ששוחט זה הוא מקלקל ואסור מדרבנן וע"ז בעי אי שרי לצורך או"נ משום דאוכל נפש היתר גמור ולא איכפת לן אם ימצא טריפה או דילמא דחיישינן שמא ימצא טריפה ומחלל יו"ט שלא לצורך והוה מקלקל ואסור מדרבנן וכיון דהוה ספק דרבנן אזלינן לקולא ושרי' למישחטא לעוף הנדרס בכותל ולא חיישינן שמא ימצא טריפה דמה"ת ודאי דשרי דהוי מקלקל ומספקא לן בדרבנן ואזלינן לקולא אבל בבהמה הנדרסת שכ' הר"מ ז"ל בזה ליכא לשנויי הכי דהא בבהמה הוי תיקון מעליא אף אם תמצא טריפה שמתקן לטהרו מידי נבילה ומידי אבמה"ח:

ועוד אפשר לומר דגם בבהמה אפשר דהוי מקלקל לפי מש"כ הר"ת ז"ל שבת (דף ק"ו) דלהכי סובר ר' יהודא דמקלקל פטור אפי' בצריך לכלבו ולאפרו משום דלא חשוב תיקון כיון שאין התיקון בא משעת הקלקול אלא לאח"ז ושוחט חשיב תיקון שמוציאה מידי אבמה"ח מיד בשעת שחיטה ועיין בתשובת ר' עקיבא אייגר ז"ל (סי' קס"ה) דדוקא בבהמה כשירה בא התיקון בשעת הקלקול דמותרת מיד לב"נ דכיון דמותר לישראל בשחיטה ליכא מידי דלישראל שרי ולנכרי אסור. אבל בטרפה דאסור לישראל באכילה אסור לב"נ עד שתמות. והש"ס בפסחים דחשיב מתקן משום אבמה"ח לב"נ אתיא כר' שמעון דמקלקל נמי חייב היכא דאיכא קצת תיקון לאח"ז א"כ לפ"ז בשוחט בהמה הנדרסת לדידן דבעינן למיפסק כר' יהודא דבעינן תיקון גמור בשעת מעשה הוי מקלקל אם נמצא אח"כ טריפה דאי משום תיקון שמטהרה מידי נבילה לא חשיב תיקון מיד אחר שחיטה דהאי תיקון הוי רק שמצילה שלא תבא לידי טומאה שאלולי היה שוחטה היתה באה לידי טומאת נבילה בסופה וע"י שחיטה לא תבא לידי טומאה ובשעה ששחטה בודאי לא היתה עלולה ברגע זו לטמאות דהא חיה היא רק שהיתה באה לאחר זמן לידי טומאה וע"י שחיטה נתקנה שלא תבא לאח"ז לידי טומאה דכיון דמה שצריך לכלבו

ולאפרו לא חשיב תיקון בשעת מעשה אע"ג דגם עכשיו יש אפר ודם לאפרו ולכלבו אפ"ה לא חשיב תיקון מיד אלא אח"כ כשיתן לכלבו וכשישתמש באפרו א"כ כ"ש דמה שמונע ממנה טומאה אם היתה מתה דלא חשיב תיקון אלא תיקון שמצילה מטומאה לאחר זמן כשהי' בא זמן מיתתה א"כ אין זה תיקון הבא בשעת שחיטה ממש אלא תיקון הבא לאח"ז וכן האי תיקון שמוציא מיד אבמה"ח לב"נ נמי לא בא רק לאחר שתמות בבהמה טריפה כמ"ש הגאון רע"א ז"ל א"כ הוי מקלקל ופטור לר' יהודא לשיטת ר"ת ז"ל:

אולם דברי הר"מ ז"ל א"א לתרץ כן דהא הר"מ ז"ל פסק בשוחט בשבת בחוץ חייב ג' חטאות משום האי תיקון דמטהרה מידי נבילה או שמוציאה מידי אבמה"ח שהרי העתיק (בפ"ד מהלכות שגגות) ברייתא דשוחט בהמה בשבת בחוץ לע"ג עיי"ש ועל כרחך דסובר דלא בעינן גם לר' יהודא שיבוא התיקון מיד ומהני לדידיה גם תיקון דלאחר זמן וכמו שכתב הרשב"א ז"ל בחי' לב"ק (דף ל"ה) דכיון דהוי תיקון בעצם הבהמה מהני גם לר' יהודא א"כ לא מיקרי בבהמה הנדרסת בכותל מקלקל דהא מתקן הוא לענין לטהרו מידי נבילה ולהוציא מידי אבמה"ח:

ובמאי דפרישית מיושב נמי מה שהקשה בפני יהושע והשא"ר בהא דתנן בביצה (דף כ"ה) בהמה המסוכנת לא ישחוט אלא א"כ יכול לאכול ממנה כזית חי מבע"י והקשו הא אמרינן בחולין (דף ל"ז) דבעי פירכוס ואם לא פירכסה אסורה א"כ אמאי מותר לשוחטה ואמאי לא פשיט ר' ירמי' בעיא דידי' מהך מתניתין מדלא חיישינן שמא לא תפרכס. ולדברינו א"ש דהא אמרינן התם דכל שלא פירכסה בידוע שנטלה נשמתה קודם שחיטה וא"כ לית לן למיחש שמא לא תפרכס דאז הוי מקלקל בעלמא דהא לא מיטהר מידי נבילה דהא נטולה נשמתה קודם שחיטה ומשום תיקון דאבמה"ח ליכא דהא היתה עומדת למות מיד וגם בלא שחיטה היה הולך ממנה איסור אבמה"ח אחר כותבי זאת מצאתי בס' באר אברהם שתירץ כך מיהו ראיתי שזה אינו דאכתי הוי תיקון אם לא תפרכס דאם היתה מתה מאלי' לא הוי אכיל לה נכרי שאין דרכן לאכול נבילה שמתה מאילי' וכששוחטה אכיל לה נכרי והוי מתקן ואף דתנן בעוקצין ומייתי לה בכריתות (דף כ"א) דנבילת בהמה טהורה אין צריכה מחשבה והכשר משום דנכרים אוכלין אותה מ"מ ודאי דמום הוי לגבייהו ועדיף להו לאכול שחוטות מלאכול נבילות שמתה מאליהן כדאמר בחולין (דף צ"ד) ולא ימכור לו נבילות וטריפות מפני שמתעהו כו' הרי דזה מיקרי אונאה לגבייהו כשמוכר לו נבילה במקום שחוטה א"כ ודאי דמיקרי מתקן במה ששוחטה קודם שתמות ועדיף טפי מהא דאמרינן בשבת (דף ע"ה) גבי שוחט דמחייב משום צובע דניחא ליה דלתווסי בית השחיטה דמא כי היכי דלקפצו עלה אינשי ועוד

במה שכתבנו דאין בזה תיקון להוציאה מידי אבמה"ח משום דאם לא הי' שוחטה היה מתה מאילי' אין זה נכון דמה איכפת לן מה שבלא"ה הי' הולך ממנה איסור אבמה"ח ע"י מיתת עצמה מ"מ הא עכשיו ששוחטה הולך האיסור דאבמה"ח ממנה ע"י שחיטה והוי מתקן ואטו אם נטל קדירה עומדת אצל האש ומתבשלת והעבירה מכאן והעמידה אצל אש אחר וכי אינו מחויב משום מבשל מפני שהיתה מתבשלת בלא"ה וה"נ אף שבלא שחיטתה הי' הולך ממנה אבמה"ח ע"י מיתת עצמה מ"מ עכשיו ששחטה הוא תקנה והוציאה מידי אבמה"ח ואף שיש לחלק קצת מ"מ נראה כמש"כ. ועוד דאף אם נימא דאם לא תפרכס לא הוי תיקון מ"מ מקלקל נמי לא מיקרי דהא מסוכנת היא ואם לא היה שוחטה היתה מתה מאלי' ולא הוי קלקול דכיון דהשחיטה צריכה לי' לא הוי מלאכה שאין צריכה לגופה שצריך לשוחטה שמא תפרכס ותהא מותרת באכילה אף אם לא תפרכס אין לפוטרו משום מקלקל דגבי שבת לא פטרינן אלא מקלקל אבל כשאין במלאכתו קלקול אף שתיקון נמי לא הוה לא מיפטר וצ"ע בפרט זה בדברי התוס' בשבת (דף ק"ו) וכן בב"ק (דף ל"ד) ד"ה חובל שהקשו אמאי מחייב ר' אבהו בחובל ומבעיר אעפ"י שאינו צריך לכלבו ולאפרו הא כיון שא"צ כלל הוי משאצל"ג ותירצו דמיירי שהוצרכו לגופו כגון חובל באיסורי הנאה שסבר שיכול להנות ליתן לכלבו וכן מבעיר באיסורי הנאה שסובר שיכול לבשל בקדירה עכ"ל דזה מיקרי מקלקל דבאמת אינו יכול להנות ממנה אף שצריכה לגופה מפני טעותו שסובר שיכול להנות וקשה אמאי מיקרי מקלקל הא כיון דאיסורי הנאה לא חזו למידי לא קלקל כלום שהרי לא איבד אלא מידי דלא חזי לשום דבר ומזה מוכח לכאורה דכל היכא דלא הוי תיקון אף שקלקול נמי לא הוה דמי למקלקל ולא מחייב גבי שבת ודוחק לומר דמיירי באיסורי הנאה של מוקדשים דשפיר הוי מקלקל דלישנא דאיסורי הנאה שכתבו התוס' לא משמע הכי]:

והנה אחרי שנתברר לנו דהא דעוף שנדרס בכותל בעי בדיקה הוא מה"ת ואפ"ה פסקו הרמב"ם והרא"ש לקולא שמותר לשוחטו ביו"ט א"כ במקומות דשכיחי טריפות כמו כשירות נמי מותר לשחוט מהאי טעמא ואע"ג דבעינן למיחש שמא ימצא טריפה [ומה שכתב השא"ר ז"ל להקל מטעם דהא דמטרפינן בכמה דברים הוא משום דמחמירין עלן טפי מדינא אבל מדינא שריא קולא זו לא זכיתי להבין כיון דמ"מ קבלו עלייהו להחמיר ע"ע בכל הני חומרות אכתי שחיט שלא לצורך דלא חזי לאכילה ועיין בתבואת שור (סימן ל"ה) דאיכא בזה משום דברים המותרים ואחרים נהגו בו איסור] מ"מ כיון דנקטינן בעיין לקולא אמרינן דשרי לשחוט אפילו בהמה ועוף שמסתפק לן בספק גמור אם ימצא כשר או לא משום דאוכל נפש הוא היתר גמור אצל יו"ט וכי שחיט בהתירא קשחיט

כדרך שהוא עושה בחול ואף דלפום חד טעמא שכתבנו להקל בעוף הנדרס מטעם דהוי מקלקל לשיטת ר"ת ז"ל דבעי שיהא התיקון בשעת הקלקול ובבהמה טריפה בא התיקון אחר הקלקול משום דכיון דלישראל אסור משום טריפות אסור לב"נ ג"כ עד שתמות ואין השחיטה מתרת אצלו והאי טעמא לא שייך בבהמות שלנו שאנו מחמירין לאוסרן יותר מדין הש"ס דהא שפיר הוי מתקן לב"נ מידי אבמה"ח ושרי מיד בשעת שחיטה לב"נ מחמת שהתירה השחיטה לישראל לאכול דמדינא כשירה היא רק חומרא בעלמא היא שהחמירו על עצמן ומדינא מותרת ומתיר ג"כ לב"נ משום מי איכא מידי דלישראל שרי מדינא ולב"נ אסור מ"מ הא כבר כתבנו דלהר"מ ז"ל דמיקל ע"כ א"א לומר האי טעמא וכן הרא"ש ז"ל כ' בפשיטות דאיפשט הך בעיא מדאמר ר"ל משום ליבון רעפים נגעו בה ועיקר הטעם לדידהו דנקטינן דאפילו בספק טריפה מותר לשחוט ביו"ט משום דאוכל נפש הותרה אצל יו"ט א"כ בהמות שלנו נמי מותר לשחוט ביו"ט:

אחר כותבי כ"ז ראיתי שיש להביא ראי' דשרי לשחוט ספק טריפה דאורייתא ולא חיישינן שמא ימצא טריפה ומהאי טעמא שכתבנו דכיון דקטרח בהיתירא דאוכל נפש רשאי לשחוט שמא תמצא כשרה מהא דאמרינן בביצה (דף ו') אתמר אפרוח שנולד ביו"ט רב אמר אסור ושמואל ואיתימא ר' יוחנן אמר מותר רב אמר אסור מוקצה הוא ולשמואל ואיתימא רי"א מותר הואיל ומתיר עצמו בשחיטה א"ל ר"כ ור"א לרב וכי מה בין זה לעגל שנולד ביו"ט א"ל הואיל ומוכן אגב אמו בשחיטה וכי מה בין זה לעגל שנולד מן הטריפה שתק רב אמר רבה ואיתימא ר"י מ"ט שתק רב לימא הואיל ומוכן אגב אמו לכלבים א"ל אביי השתא מוכן לאדם לא הוי מוכן לכלבים מוכן לכלבים הוי מוכן לאדם א"ל אין מוכן לאדם לא הוי מוכן לכלבים דמאי דחזי לי' לאינשי לא שדי לכלבים אבל מוכן לכלבים הוי מוכן לאדם דדעתי' דאינש אכל מידי דחזי לי' עכ"ל הגמרא:

והנה הא דקאמר הואיל ומוכן אגב אמו לכלבים אין כוונת הש"ס שמותר לשחוט אמו לכלבים דהא קיי"ל כר' יוסי הגלילי דדריש לכם ולא לכלבים (בביצה כ"א) ועוד דאם איתא דסובר דמוכן לשחוט לכלבים א"כ מאי פריך ומוכן לכלבים מי הוי מוכן לאדם והתנן ר"י אומר אם לא היתה נבילה מע"ש אסורה לפי שאינו מן המוכן השתא מוכן לאדם לא הוי מוכן לכלבי' מוכן לכלבים הוי מוכן לאדם ומאי קשיא הא כיון דישחוט את אמו לכלבים יכול לשחוט אח"כ הוולד לאדם ושפיר הוי מוכן לאדם א"ו דאין כוונת הש"ס שהאם מוכנת לכלבים ע"י שחיטה רק שיכול ליתנה חי לכלבים ולהכי שפיר פריך מוכן לכלבים מי הוי מוכן לאדם דכיון דהאם קיימא לאכילת כלבים חי ממילא גם העובר קאי לאכילת כלבים דמי יציל העובר מפיהם אחר שיאכלו את האם וגם העובר

מוכן אגב אמו לכלבים דלשחוט האם לכלבים אסור משום דכתיב לכם וליתנה חי שוב א"א להציל העובר מפיהם וכן מצאתי להרשב"א ז"ל בחי' למס' ביצה שכתב כדברינו שכוונת הש"ס שיתנה חי לפני כלבים וראייתו חזקה לזה מקושיית הש"ס הנ"ל:

ומעתה נחזי אנן בהך פירכא דפריך מעגל שנולד מן הטריפה דלא ממשנה או מברייתא פריך אלא מהא דלא אישתמיט שום תנא למיסר לשחוט עגל שנולד מן הטריפה כמ"ש רש"י ז"ל בד"ה הטריפה דלא אשכחן מאן דאסר עכ"ל וא"כ תיקשה לי' לרבה ור"י דאמרי מ"ט שתיק רב לימא הואיל ומוכן אגב אמו לכלבים דמידי דחזי לכלבים לא מקצי איניש מדעתיה והוי מוכן לאדם אכתי תיקשה לרב וכי מה בין זה לעגל שנולד מספק טריפה דאסור לשחוט אמו לאוכלה שהרי היא ספק טריפה ושמא תמצא טריפה ומחלל יו"ט: ובזה ליכא למימר דבמה שהוא מוכן אגב אמו לכלבים הוא מוכן לאדם דהא לא מקצי לי' לכלבים דשמא היא כשירה ומידי דחזי לאדם הא לא מקצי לכלבים וא"כ איך מותר לשחוט עגל שנולד מספק טריפה דהא אינו מוכן אגב אמו שאסור לשחוט אמו שלא תמצא טריפה ומחלל יו"ט שלא לצורך ולהשליכה לכלבים לא קיימא דחייס עלה שמא היא כשירה ולא מקצי לה לכלבים ולשחוט הוולד במעי אמו כבר כתבו התוס' שם בד"ה וכי דאסור משום דהוי כשוחט בלילה] ואנן לא אשכחן תנא דאסר לשחוט עגל שנולד מספק טריפה דהא אינו מוכן אגב אמו שאסור לשחוט אמו שמא תמצא טריפה ואפ"ה מותר לשחוט הוולד וע"כ דאמרינן הואיל ומתיר עצמו בשחיטה אזיל מיני' דין מוקצה כר' יוחנן ומדלא פריך הכי לרב ע"כ דסבר רבה ור"י דספק טריפה אפילו בספיקא דאורייתא מותר לשחוט ולא מיקרי חילול יו"ט וא"כ לא מצי מקשי מספק טריפה דעגל שנולד מספק טריפה נמי הוי מוכן אגב אמו שהיה יכול לשחוט אמו שמא תמצא כשירה וממילא גם הוולד הוי מוכן דאחר שחיטת אמו אם תמצא כשירה נאכל הוולד בלי שחיטה כלל כדין בן פקועה ואם תמצא טריפה יתיר לוולד שחיטת עצמו וזה ראי' ברורה לפסק הר"מ ז"ל דמותר לשחוט ספק טריפה ואפילו בספק דאורייתא [ועיין בר"מ (פ"ב מהלכות יו"ט) ובמגיד משנה שם] מיהו לפי מה שכתב הר"ן ז"ל בריש פירקין דבמה שהאם מוקצה מחמת איסור שחיטה לא חשיב הוולד מוקצה ודווקא אם האם מוקצה מצד עצמה אז גם הוולד מיקרי מוקצה אבל משום איסור דרביע עליו לא מיקרי מוקצה א"כ לפי"ז א"צ לפרש כפי' הרשב"א ז"ל בהא דקאמר הואיל ומוכן אגב אמו לכלבים היינו ליתנו חי לפניהם דאף דדרשינן לכם ולא לכלבים מ"מ מיקרי האם מוכן דמצד עצמו הוא מוכן אי לאו משום איסור יו"ט דרביע עליו א"כ לפ"ז אף אם הוא ספק טריפה נמי מיקרי הוולד מוכן אגב אמו דממ"נ האם מוכנת דאם היא טריפה היא

מוכנת לכלבים ומוכן לכלבים הוי מוכן לאדם ואם היא מוכנת לאדם בוודאי עדיף ובמה דאסור לשוחטה ביו"ט לא נתבטל הכנה דידה לגבי הוולד וכמש"כ הר"ן:

ועוד ליישב דברי הרמז"ל שפסק לקולא בעיין דעוף הנדרס דהא באמת קשה מאי קא מיבעיא אי מותר לשחוט הא תנן (בדף כ"ו) בכור שנפל לבור ירד חכם ויראה אם יש בו מום יעלה וישחוט וכן אמרינן (בדף ל"ז) אותו ואת בנו שנפלו לבור דר"י ס"ל מעלה את הראשון ע"מ לשוחטו וכו' וחוזר ומערים ומעלה את השני רצה זה שוחט וכו' וקשה הא סתם בור יש בו יו"ד טפחים כדאמרינן בב"ק (דף נ') ואיך שוחטין אותו דהא איכא חשש נפולה ובאותו וא"ב שנפלו לבור איכא למימר דאתי כר"ע דשרי לשחוט לכלבים דאך אשר יאכל לכל נפש אפילו נפש בהמה משמע אבל בכור שנפל לבור איך שוחטין אותו ביו"ט דהא בכור אסור להאכיל לכלבים כשהוא טריפה ולמ"ד בחולין (דף נ"א) דהלכה א"צ בדיקה א"ש דנבדקה ע"י הילוך ואם תלך נשחוט אותה אבל לר' חייא בר אשי שם דסובר אפילו הלכה צריכה בדיקה א"כ איך מותר לשחוט הבכור ביו"ט וצ"ל דבאמת הך בעיא ר' ירמי' הוא דבעי לה מר"ז ור"י לשיטתו דסובר בזבחים (דף ע"ד) דהלכה א"צ בדיקה טיי"ש דמה"ט לא מוקי מתניתין דזבחים דאיערב בנפולה משום דסובר הלכה א"צ בדיקה ולדידי' שפיר א"ל דאסור לשחוט בהמה שצריכה בדיקה ומתניתין דבכור מיירי שנשחט אחר שתלך אבל לר"ח בן אנטיגנוס דסובר הלכה צריכה בדיקה אם כן מוכח ממתניתין דבכור שנפל לבור דשרי לשחוט ביו"ט מה שצריך בדיקה מדמותר לשחוט הבכור שנפל לבור אעפ"י שצריך בדיקה ואף דאנן לא קיי"ל כרחב"א בהא דסובר הלכה צריכה בדיקה מ"מ במה שסובר דבהמה שצריך בדיקה שוחטין אותה ביו"ט קיי"ל כוותי' נגד בעיא דר"י דלא שבקינן פשיטותא דרחב"א ונעביד כר"י דלרחב"א פשיטא לי' דמותר לשחוט בהמה ועוף הנדרס ביו"ט כדמוכח לי' ממתניתין ולר' ירמי' מיבעיא לי' ופסק הרמז"ל כפשיטותא דר"ח ב"א [ור"ל נמי דאמר שם הכא בקדירה חדשה עסקינן ומשום ליבון רעפים נגעו בה דמוכח מיני' דמשום בדיקת רעפים לא חייש כמ"ש הרא"ש ז"ל אזיל נמי לשיטתו דסובר שם בזבחים (דף ע"ד) הלכה צריכה בדיקה כרחב"א ומוכח לדידי' נמי דמותר לשחוט בהמה הנדרסת להכי לא חשש לבדיקת רעפים] ומיושב דברי הרמז"ל היטב:

ואין להקשות נהי דסובר ר' ירמי' דהלכה א"צ בדיקה אכתי הוה מצי למיפשט מהא דמותר להעלות הבהמה מבור ולא חיישינן שמא תמצא טריפה דהא בהעלאה נמי איכא איסור דהא ר"י לא שרי אלא בהערמה דמעלה ע"מ לשוחטו ואינו שוחטו הא לא"ה איכא נמי איסור בהעלאה ואמאי לא חיישינן שמא תמצא טריפה דז"א דזה הוי פשיטא

לי' לר"י דלאיסור דרבנן דטורח העלאה לא חיישינן לשמא תמצא טריפה ומבעי לי' לענין שחיטה דהוי מלאכה דאורייתא ועוד דאיכא למידחי דמשום צער ב"ח לא חשו לספיקא לשמא תמצא טריפה באיסור דרבנן ועיין בט"ז שהקשה (בסי' תצ"ח סק"ח) על הרמז"ל והב"י שפסקו שמותר לשחוט בהמה הנדרסת ובסימן תצ"ז פסקינן דיוני שובך בעינן זימון שמא ימצא כחושים וקא מטלטל בחנם ונראה דלק"מ דהתם כיון שראוין לו לשחוט רק שהוא רוצה בשמינה יותר והוי הטלטול בחנם ואסור דלמה יטלטל בחנם כ"ז שאינו יודע שבאלה בחר אבל הכא כיון שאחר שמצא טריפה אי אפשר לו לשוחטו ולע"ע בהתירא קא טרח]:

בענין בהמה המסוכנת דתנן לא ישחוט אלא א"כ יכול לאכול כזית צלי ר"ע אומר אפילו כזית חי מבית טביחתה ופסק הטור בהלכות יו"ט (סימן תצ"ח) דאפילו אין שהות ביום לנתחה ולבודקה יכול לאכול בלא בדיקה והוא מדברי אביו הרא"ש ז"ל ולכאורה קשה טובא דהא בגמ' ביצה (דף כ"ה) קאמר הפשט וניתוח בעולה וה"ה לקצבים. ופריך מאי קמ"ל אילימא לאפוקי מדר"ה דאמר נשחטה הותרה והתנן מתניתין כדר"ה דתנן ר"ע אומר אפילו כזית מבית טביחתה מאי לאו מבית טביחתה ממש ומשני לא ממקום שטובחת אכילתה ופריך והתני ר' חייא מבית טביחתה ממש עיי"ש. וא"כ כיון דרק בדברי ר"ע מוזכר בית טביחתה א"כ איכא למימר דלרבנן באמת אסור לאכול בלי בדיקה ולא שרינן לאכול בלי בדיקה משום הפסד ממונו וצ"ל כיון דחזינן דהש"ס מקשה מר"ע ע"כ סובר הש"ס דבהא דקאמר מבית טביחתה לא פליגי רבנן עלי' דר"ע ולא פליגי עליו אלא במאי דסובר דביכול לאכול בשר חי סגי ואינהו סברי דבעי שהות לאכול בשר צלי:

וראיתי להגאון מוהר"י ז"ל שכתב דהא דפשיטא לי' להש"ס דגם רבנן סברי מבית טביחתה הוא משום דהא דקתני מבית טביחתה לאו ר"ע הוא דקאמר לה אלא קאי לדברי חכמים דהא ר"ע סובר לכם ולא למצרים אבל לכלבים שרי ואם יכול להאכיל לכלבים נמי שרי לשחוט ולא חידש ר"ע בדבריו אלא במאי דאתא לאשמעינן דאפילו בכזית חי סגי משום דאזיל לטעמי' דסובר דלאכילת כלבים נמי שרי לעשות מלאכה ביו"ט ומבית טביחתה רבנן הוא דקאמרי לה דלר"ע דשרי להאכיל לכלבים אין רבותא בהא דקאמר מבית טביחתה דהא אכילת כלב לא בעי בדיקה וכיון דרבנן קאמרי לה להכי פשיט שפיר דיכול לשחוט ולאכול אף שאין שהות לבדוק ודבריו תמוהין חדא דהאי לשחוט ולאכול דקאמר וודאי דקאי גם אדברי ר"ע דגם ר"ע בעי שיהא שהות לאכילת אדם דאם איתא דר"ע סובר דבאכילת כלבים סגי הול"ל כזית חי להאכיל לכלב לאפוקי מת"ק דקאמר אם יש שהות לאכול דמשמע אכילת אדם ועוד דאף דר"ע סובר

דמותר לחלל יו"ט לצורך כלבים מ"מ הכא במסוכנת אסור אם ליכא שהות ביו"ט אלא להאכיל לכלבים דהא כל עיקר מה שממהר לשחוט הוא כדי שלא תמות מאיליה והרי אם תמות מאיליה נמי תהא ראוי' להאכיל לכלבים ועוד דלרב דס"ל בפ' כלל גדול (דף ע"ה) דשוחט חייב משום צובע ודאי דאסור לשחוט לצורך כלבים דצביעה לא שייך אלא בשחיטה כדאמר שם ניחא לי' דלתוויס בית השחיטה דמא כו' וזהו רק לאכילת אדם אבל להאכיל לכלבים הרי יכול להרוג את הבהמה באופן שלא יהי' מלאכת הצביעה וא"כ גם לר"ע איכא רבותא במאי דסגי ביש שהות לאכול כזית חי מבית טביחתה וא"כ מנ"ל דרבנן קאמרי להאי כזית חי מבית טביחתה אימא דר"ע קאמר לה ורבנן פליגי כמו דפליגי אכזית חי ובעי צלי דווקא ה"נ פליגי עליו בהא דקאמר מבית טביחתה ומתיר לאכול בלי בדיקה:

ובענין שחקרנו לעיל בהא דאמרינן הואיל ביו"ט במבשל מיו"ט לחול אם יש איסור דרבנן לאוכלו אם מהני הואיל לפוטרו ממלקות ומאיסור דאורייתא או דילמא כיון דאסור מדרבנן שוב ליכא הואיל דהא מ"מ לא חזי ליה והבאנו ראיה מהא דקאמר ראוי לכותשן כלאחר יד אלמא אע"ג דאיכא שבות בכתישה דלאחר יד נמי אמרינן הואיל כיון דליכא איסור תורה נ"ל לבאר בזה גם דעת הרמב"ם ז"ל (בפ"ח מה' תומ"ס הל"ח) שכתב שם דשתי הלחם אינן דוחין את היו"ט באפייתן שנאמר לכם ולא לגבוה והקשה עליו בע"ת וש"מ דהא בפסחים (דף מו) פריך ר"מ לרב חסדא דלית ליה הואיל והא דאופין מיו"ט לשבת הוא משום דצורכי שבת נעשין ביו"ט ממתניתין דמנחות דשתי הלחם אינן דוחות את היו"ט וא"א צורכי שבת נעשין ביו"ט אמאי שתי הלחם אינן דוחין יו"ט הא לא גרע שתי הלחם דמצות היום מצורכי שבת ומשני משום שנאמר לכם ולא לגבוה אבל לרבה דסובר דאמרינן הואיל אתי שפיר בלאו טעמא דלכם וכמ"ש רש"י ז"ל דכיון דעד שחיטת הכבשים וזריקתן לא משתרו לחם לא שייך הואיל או כפי מה שכתבו התוס' דמשום דאין עיקרן לאכילת אדם לא שייך הואיל עיי"ש וא"כ לדידן דפסקינן כרבה דאמרינן הואיל וצורכי שבת אינן נעשין ביו"ט להכי אין שתי הלחם דוחה יו"ט ולא צרכינן דרשא דלכם:

ונראה לי ליישב דברי הרמב"ם ז"ל דלכאורה יש לדקדק בלשון הגמרא דקדוק עצום דמעיקרא אמר איתביה לחם הפנים אינן נאכלות כו' והיינו דרבה בעצמו הוא דמותיב לר"ח מלחם הפנים כדמוכח בסוגיא דשם ואח"כ מותיב רב מרי לר"ח משתי הלחם וא"כ קשה הא במשנה דמנחות (דף ק') קתני ברישא הא דשתי הלחם אינו דוחה את השבת והדר תני לחם הפנים א"כ רבה דמותיב מלחם הפנים מאי טעמא לא מותיב לר"ח משתי

הלחם השנוי' ברישא ושביק רישא ופריך מסיפא ונראה לי דזה נכון דבמנחות (דף מו) תנא שתי הלחם הבאות בפני עצמן יונפו ותעבר ויצאו לבית השריפה. ופריך הש"ס מאי נפשך אי לאכילה אתיין ליכלינהו אי לשריפה אתיין לשרפינהו לאלתר ולמה להו עיבור צורה אמר רבה לעולם דלאכילה אתיין גזירה שמא יזדמנו להם כבשים לשנה הבאה ויאמרו אשתקד מי לא אכלנו לחם בלא כבשים עכשיו נמי נאכל ואינהו לא ידעי דאשתקד לא הוי כבשים אינהו שרייא נפשייהו השתא דאיכא כבשים כבשים שרי להו ורב יוסף אמר לעולם לשריפה אתיין והני טעמא דלא שרפינן מיד משום דאין שורפים קדשים ביו"ט ולפ"ז אתי שפיר דלרבה דסובר שתי הלחם הבאות בפני עצמן לאכילה אתיין ליתא האי תיובתא כלל משתי הלחם דהיכא ליתב לרב חסדא דאי אמרת צורכי שבת נעשין ביו"ט אמאי אינו דוחה את היו"ט הא איכא למימר אלא מאי דאין צורכי שבת נעשים ביו"ט והא דאופין מיו"ט לשבת משום הואיל תקשה נמי לישתרי לאפות שתי הלחם ביו"ט דהא חזי ליה ליו"ט ואי משום דלא חזי עד שישחטו הכבשים ויזרקו הדם וכמ"ש התוס' שם דלא דמי לשלמים דעלמא דשרי ביו"ט אע"ג דלא הותר לאכול עד אחר זריקת הדם וכן כל שחיטה דעלמא דלא חזי לאכול עד אחר בישול ואפ"ה שרי ביו"ט משום דהתם בעצמם לא חזי עד אחר זריקה אמרינן דמסתמא יוגמר היתירן ויותרו לאכילה אבל בשתי הלחם דהן בעצמן כבר הוכשרו לאכילה ואפ"ה אינם ראוים ותלוים בשחיטת הכבשים להכי לא דחי יו"ט משום דחסרין מעשה דשמא לא יוגמר התירן ולא יושחטו הכבשים דהיינו שיופסלו בשו"ז מ"מ לרבה א"א לומר כן דהא סבר דמדאורייתא שריין לאכילה אף שנאבדו הכבשים רק מדרבנן הוא דאסור משום גזירה דשנה הבאה וכיון דחזי מדאורייתא רק מדרבנן לא חזי שפיר אמרינן הואיל ותקשה לרבה ג"כ אמאי שתי הלחם אינן דוחין יו"ט הא חזי לאכילה ואף דלא חזי אלא אחר שחיטת וזריקת הכבשים ואפשר יופסלו בשחיטה או בזריקה ולא יהא שהות להביא כבשים אחרים ויהא אסור לאכול הלחם מ"מ הא זה רק מדרבנן משום גזירה דשנה הבאה אבל מדאורייתא שרי לאוכלן וכיון דליכא איסור דאורייתא אם יאכלן שוב ליכא איסור דאורייתא באפייתן כדאמרי' גבי הואיל דכיון דמדאורייתא חזי ליה ליכא איסור דאורייתא במלאכה שעושה ואי משום דאיכא איסור דרבנן באפייתו מחמת שיהא אסור לאכול מדרבנן משום גזירה דשנה הבאה הא שתי הלחם הוי שבות קרובה דמצות היום הוא ובעינן למשרי במקדש ושפיר דוחה יו"ט. וצ"ל גם לדידיה האי שינויא דלהכי אינו דוחה משום דכתיב לכם ולא לגבוה ולהכי לא הקשה רבה מרישא רק מסיפא דלחם הפנים דאינו דוחה יו"ט למ"ד צורכי שבת נעשין ביו"ט דזה ניחא למ"ד דסובר צורכי

שבת אין נעשין ביו"ט להכי אסור לאפות ביו"ט לחה"פ ונאכל לעשרה בשבת הבאה ואף דידע ע"כ מדרשא דלכם ולא לגבוה שהרי מטעם זה לא הקשה לר"ח משתי הלחם אפ"ה הקשה מלחם הפנים אמאי לא דחי יו"ט דלדידי' ניחא דלא שייך הואיל מיו"ט לשבת אבל לר"ח קשיא והוי סובר רבה דדוקא גבי שתי הלחם שייך לכם ולא לגבוה משום דעיקרו לגבוה כדאמרינן שם במנחות (דף מה) דכתיב לה' לכהן דקאי אשתי הלחם דקנאו לה' ונתנו לכהן וכיון דקנאו ה' ונתנו לכהן דרשינן ביה לכם ולא לגבוה דכהנים מגבוה קא זכו אבל גבי לחם הפנים לא מיקרי לגבוה כמו דנדרים ונדבות לא ממעטינן מלכם למ"ד נדרים ונדבות קרבין ביו"ט ולהכי אף דידע רבה מדרשא דלכם ולא לגבוה אפ"ה הקשה מלחם הפנים ורב מרי דמותיב משתי הלחם למ"ד צורכי שבת נעשין ביו"ט דמשמע מזה דלמ"ד הואיל א"ש ע"כ דסובר כרב יוסף דאמר גבי שתי הלחם הבאות בפ"ע לשריפה אתיין ולהכי פריך גם מרישא דמתניתין דהיינו משתי הלחם משום דלמ"ד צורכי שבת אינן נעשין ביו"ט א"ש דאף דאמרינן הואיל והכא הא חזיין לאכילת היום מ"מ כיון דתליין בשחיטת וזריקת כבשים ושמא יופסלו בשחיטה וזריקה ולא יהיה הלחם ראוי לאכילה אלא לשריפה מן התורה להכי אינו דוחה יו"ט אבל למ"ד צורכי שבת נעשין ביו"ט אמאי לא דחי ומשני משום דכתיב לכם ולא לגבוה:

ולפי"ז הרמב"ם ז"ל דפסק כרבה ורבא נמי סובר כוותיה שם במנחות דשתי הלחם הבאין בפ"ע מדאורייתא נאכלין ורק משום גזירה דשנה הבאה אינן נאכלין צ"ל לדידיה הטעם דאינו דוחה יו"ט הוא משום לכם ולא לגבוה דבלא"ה הוי דחי כיון דחזי לבו ביום ואף אם יפסלו הכבשים בשחיטה וזריקה נאכל הלחם ומיושב היטב מה שכתב הר"מ דרשא דלכם אף דסובר דאמרינן הואיל וצורכי שבת אינן נעשין ביו"ט משום דבגמרא מוכח כן דגם לרבה הוכרחנו להאי דרשא מדלא מותיב לר"ח משתי הלחם ורב מרי דמותיב משתי הלחם משום דסובר כרב יוסף בשתי הלחם הבאין בפ"ע הרי מוכח מזה דמה שיהא אסור באכילה מדרבנן אינו גורם להיות איסור דאורייתא באפייתו:

ונראה דגם מגוף הסוגיא יש להביא ראיה דהיכא דאיכא איסור דרבנן נמי אמרינן הואיל לפטור מאיסור דאורייתא דכיון דקאמר אחרישה לא לחייב הואיל וחזי לכיסוי דם צפור והא ודאי דמי שאין לו עפר אלא אם יעבור על ל"ת אסור לו לשחוט דכמו דאם אין לו עפר כלל אסור לו לשחוט כדאיתא ביור"ד (סימן כח) ה"נ אם אין לו עפר של היתר בלתי אם יעבור על ל"ת אסור לו לשחוט וכמו שבארנו במק"א דכיון דקיי"ל כר"ל דאמר כ"מ שאתה מוצא עשה ול"ת אם אתה יכול לקיים שניהם מוטב וכו' וכדאמרינן בשבת (דף קלג) ואי איכא אחר ליעבד אחר וא"כ הוי רק דחוייה ולא היתר א"כ פשיטא דאינו

רשאי לשחוט לכתחילה ע"מ שיצטרך אח"כ לדחות ל"ת דכלאים או ל"ת דיו"ט וכן כתב בס' המאור ז"ל (בשבת פרק ר"א דמילה) דאי ליכא חמימי לרחוץ התינוק לאחר המילה אסור למולו בשבת אע"ג דלאחר המילה מותר לחלל עליו השבת משום פקוח נפש מ"מ אין למולו לכתחילה לבא לידי דחייה דפקוח נפש דחוייה היא וכיון דמכשירי מילה לא דחי שבת לרבנן דר' אליעזר ומה שמותר לחמם חמין אחר המילה הוא רק משום פיקוח נפש שהתינוק מסוכן אחה"מ להכי אסור להביא עצמו לידי דחייה ע"כ דברי הרז"ה ז"ל ה"נ אסור לשחוט לכתחילה ולהביא עצמו לידי דחיית ל"ת. ואם כן אמאי אמר אחרישה לא לחייב הואיל וחזי לכיסוי דם צפור וע"כ צ"ל דמה שכתב הרז"ה ז"ל דאסור להביא עצמו לידי דחייה הוא רק מדרבנן אבל מדאורייתא שרי וכמו שסובר שם הרמב"ן ז"ל במלחמות דאמרינן אין למצות אלא מקומן ושעתן והשתא בהיתירא קא מהיל ולא איכפת לן במה שאח"כ. יצטרך לדחות את השבת מפק"נ וה"נ השתא בהיתירא קא שחיט למצות שמחת יו"ט ולא איכפת לן במה שיצטרך אח"כ לדחות ל"ת ולכסות ורק מדרבנן הוא דאסור להביא עצמו לידי דחייה וכיון דמדרבנן הוא דאסור שפיר אמרינן הואיל כנלע"ד:

** (הגה"ה ואף דמהא דאמרינן בפ"ק דביצה לא ישחוט אא"כ היה לו עפר מוכן אין ראיה דהתם יו"ט הוי עשה ול"ת ויהא אסור לכסות אח"כ ואסרו אפילו מלאכה דרבנן כמו חופר גומא וא"צ אלא לעפרה. אבל היכא דליכא רק ל"ת לחוד אפ"ל דשרי לשחוט לכתחילה ע"מ לדחות אח"כ הל"ת מ"מ מסתברא כיון דהא דעשה דוחה ל"ת הוא רק בתורת דיחוי אסור לכתחילה ע"מ שידחה הל"ת וק"ל:)

סימן מה

וסוגיא דהואיל הואיל ואתא לידן נימא בה מילתא דאמרינן התם שלח לו רב חסדא לרבה ביד רב אחא בר הונא מי אמרינן הואיל והתנן יש חורש תלם א' וחייבין עליו משום שמונה לאוין החורש בשור וחמור והן מוקדשין וכלאים בכרם ושביעית ביו"ט כהן ונזיר אבית הטומאה ואי אמרינן הואיל אחרישה לא ליחייב הואיל וחזי לכיסוי דם צפור אמר רב פפא בר שמואל באבנים מקורזלות ופריך הא ראויות לכותשן ומשני כתישה ביו"ט מי שרי והקשה הריב"א בתוס' ד"ה כתישה מאי פריך הא וודאי שרי כמו חרישה דשרי משום הואיל ה"נ כתישה ועוד תימא דהיכי פריך הכא דליתי עשה דכיסוי ולידחה לאו דיו"ט הא אין יו"ט נדחה מפני עשה דהתנן בכיצד צולין דאין שריפת קדשים דוחה יו"ט ובפרק ב"מ יליף לה מקראי או כדמסיק רב אשי התם דיו"ט עשה ול"ת ואין עשה דוחה ל"ת ועשה וע"ש בתוס' שר"ת ז"ל תירץ בדוחק דקושית הש"ס קאי אחרישה דכלאים

דליכא אלא לאו גרידא אבל איו"ט לא קאי ומסיק כתישה ביו"ט מי שרי כיון דמשום יו"ט אסור משום דאית בו עשה ול"ת גם משום כלאים לא שייך למיפטר בהואיל דאפילו היה שם דם צפור היה אסור ובתחלה נמי הוי מצי לשנויי חרישה ביו"ט מי שרי אלא דמשני לה בענין אחר כדי להגדיל תורה ויאדיר ע"כ לשון התוס' וזה דחוק מאוד דשביק חרישה דאיירי בה ונקט כתישה ביו"ט. גם בעיקר הדבר שכתב ר"ת ז"ל דבאיסור כלאים נמי שייך הואיל לא מצאנו מקור לזה דליפטר ממלקות דכלאים משום הואיל דלכאורה נראה דלא שייך הואיל לפוטרו ממלקות אלא במלאכת יו"ט [ועיין בפסחים שם בתוס' ד"ה רבה ובמנחות (דף סד) תוס' ד"ה להעלות דגים דמבואר מדבריהם דגם במלאכת שבת שייך למיפטר משום הואיל אבל בשאר איסורים דלאו מלאכה נינהו מהיכי תיתי דלימא בהו הואיל ועוד דא"כ לא משכחת לה כלל מלקות בחרישה דכלאים. לכן פירוש הר"ת ז"ל דחוק מאוד גם מה שתירצו בשם רשב"ם דהא דקאמר אחרישה לא לחייב הוא משום דלא מקרי מלאכה וחופר גומא ואין צריך אלא לעפרה פטור. ולהכי שייך אחרישה הואיל דאי הוי בעי לכסות היה החרישה מלאכה שאינה צריכא לגופה והוי שרי ולהכי פריך רק מכתישה דכתישה הויה כטחינה וצריכא לגופה הוא שמתכוון לעשות עפר לכסות ולא מישתרי לצורך כיסוי דאין עשה דוחה ל"ת ועשה עיי"ש וגם זה תימה גדולה דהא מ"מ השתא חפר וחרש וצריך לעצם החרישה לצורכו וזה היה אסור אף אי הוה מתרמיא לו מצות כיסוי דאטו משום שהיה רשאי לחפור ולחרוש היכא דהוה צריך רק לאפרן לא ילקה השתא שחרש לצורך חרישה הא השתא למלאכת חרישה כיון ומלאכה גמורה היא [ועיין לעיל בתשובה שכתבנו דדבר זה תליא במחלוקת שבין הרשב"א והר"ן ז"ל בשבת פרק האורג גבי נועל ביתו וצבי בתוכו ומתכוון לנעול ביתו ולצוד הצבי עיי"ש **לכן** נראה לי דוודאי קושית הש"ס דמקשה אחרישה לא לחייב הוא רק אחרישה דיו"ט וכמו שפרש"י ז"ל ומה שהקשו הא יו"ט עשה ול"ת ואין עשה דוחה ל"ת ועשה נראה לי דזה נכון לפי מה דאמרינן בזבחים (דף לב) גבי מצורע שחל שמיני שלו להיות בער"פ וראה קרי בו ביום וטבל דאמרו חכמים דאע"פ שאין טבול יום אחר נכנס להר הבית זה נכנס משום דעשה שיש בה כרת דוחה עשה שאין בה כרת ופריך למ"ד ביאה במקצת שמה ביאה היכי נעייל ידיה בבהונות אידי ואידי עשה שיש בה כרת הוא ומשני שאני מצורע הואיל והותר לצרעתו הותר לקריו וקאמר רב יוסף דמזה אנו למידין רובן טמאי מתים ונעשו זבין הואיל והותרו לטומאתן הותרן לזיבתן ופריך אביי הא לא דמי מצורע היתירא הוא הואיל ואישתרי אישתרי טומאה דחויה היא להא אידחאי ולהא לא אידחאי. א"ל רבא אדרבה איפכא מסתברא מצורע היתירא היא להא אישתראי ולהא

לא אישתראי טומאה דחויה הוא מה לי חד דיחוי מה לי שתי דחיות עכ"ל הגמרא וזה נראה ברור דלרבא דאמר מה לי חד דחיה מה לי שתי דחיות הא דאמרינן בכל דוכתא דאין עשה דוחה ל"ת ועשה הוא רק אם אנו צריכין אלא לדחות איסור א' שיש בה עשה ול"ת כמו איסור מלאכת יו"ט שיש בה עשה ול"ת או איסור אלמנה לכה"ג מן הנישואין שיש בה עשה ול"ת כדאמרינן ביבמות (דף כ) דליכא למימר בהא דהואיל והלאו נדחה ידחה גם העשה משום הואיל ואישתרי אשתרי דזה אינו דאדרבה דהעשה מחזק את הלאו שלא ידחה גם את הלאו דהא שניהם על איסור א' בא זה וחיזק את זה [ותדע שהתוס' בחולין (דף קמא) רצו לומר שם כיון דאין הלאו נדחה משום חיזוק העשה אם עבר וקיים מצות עשה ע"י דחיית עשה ול"ת לקי גם על הלאו שעבר משום דעשה חיזק את הלאו שלא יודחה מפני מצות עשה] ולא שייך כאן לומר הואיל ואשתרי אשתרי אבל אי איתרמי לן שני איסורים שבאחד איסור עשה ול"ת ובאיסור א' ליכא אלא ל"ת גרידא ואנו צריכין לדחותן כדי לקיים איזה מצות עשה בזה אמרינן כמו דדחי איסור לאו גרידא ה"נ דחי האיסור שיש בה עשה ול"ת וכדאמר רבא שם בזבחים מה לי חד דחייה מה לי שתי דחיות ואע"ג דמאיסור קל לאיסור חמור לא אמרינן הואיל ואישתרי אישתרי מ"מ היכא דאתרמי שני איסורין שיש בכ"א מהן לאו גרידא ואיסור א' דעשה ול"ת דהני תרי איסורין שיש בהן ל"ת גרידא נדחין מפני קיום מ"ע כדאמרינן בנזיר (דף מח) מה לי חד לאו מה לי תרי לאווין [וכ"כ הפ"י בפ"ק דביצה והגאון בפ"מ כלל ב' דעשה דוחה שתי לאוין מהש"ס דנזיר הנ"ל] ממילא נדחה נמי האי איסור שיש בו עשה ול"ת משום מה לי חד דחייה מה לי שתי דחיות וכדאמרינן ביבמות פרק קמא (דף ז) דל"ת חמור מעשה א"כ ממילא דאין עשה ול"ת חמור משני לאווין ועיין לעיל שבארנו דהא דעשה דוחה ל"ת הוי רק דחויה ולא הותרה להכי פשיטא דבעינן למימר לרבא דקי"ל כוותיה בכל דוכתא מה לי חד דחייה מה לי ש"ד] ובהיות כן נתבאר לנו דברי הש"ס כמין חומר דפריך לרבה דאמרינן הואיל אחרישה לא לחייב והיינו אחרישה דמלאכת יו"ט משום הואיל וחזי לכיסוי דם צפור ואע"ג דיו"ט עשה ול"ת הוא ואינן נדחין מפני מצות כיסוי מ"מ הא אנן אמרינן הואיל אי מתרמיא ליה מצות כיסוי ולא היה לו עפר במה לכסות והיה עומד כנגדו כל הני לאוין שעבר עליהם עכשיו כולן היו נדחים מפני מצות כיסוי כמו חורש בשור וחמור דהוי לאו גרידא וכן כלאים בכרם ושביעית וכן נזיר אבית הטומאה אע"ג דהוי נזיר עשה ול"ת מ"מ הא כתבו התוס' ביבמות (דף ו') דעשה ול"ת דנזיר נדחין מפני עשה מפני שישנו בשאלה וכולהו בהדדי היו נדחין מפני מצות כיסוי דאתרמי ליה כמו שבארנו דאין חילוק לחד לאו לכמה לאוין ואף איסור מוקדשין

דחשיב במתניתין אע"ג דחייבין על איסור מעילה מיתה מ"מ היה רשאי לחרוש בשור של מוקדשין למען יהיה לו עפר למצות כיסוי דמה שהיה חורש למצות כיסוי לא מקרי הנאה דמצות לאו ליהנות ניתנו וא"כ כיון דכולהו איסורי דקחשיב במתניתין היו נדחין מפני מצות כיסוי אילו הוי מתרמי ליה ולא היה עומד כנגדו אלא איסור חרישה דמלאכת יו"ט שהוא עשה ול"ת ואינן נדחין מפני מצות כיסוי וגם ליתא בשאלה מ"מ הא בעינן למימר הואיל ואשתרי כל הני לאוין מפני מצות כיסוי אישתרי נמי איסור חרישה דיו"ט משום מה לי חד דחייה מה לי שתי דחיות ושפיר פריך הש"ס אחרישה דיו"ט לא לחייב משום דאי הוי מתרמי ליה צפרים וחיות טובא היו נדחין כל האיסורין שבחרישה הזאת והי' מותר גם איסור דחרישת יו"ט וע"ז משני שפיר דמיירי באבנים מקורזלות ופריך הא ראוין לכותשן ומשני כתישה ביו"ט מי שרי דהא בכתישה לא שייך הני איסורים דשור וחמור וכלאים בכרם ושביעית וכיון דלא שייך בכתישה הני איסורין לא שייך לומר הואיל ואשתרי אשתרי גבי כתישה ולא נשאר בכתישה אלא איסור מלאכת יו"ט וכיון דלא נשאר אלא איסור מלאכת יו"ט גרידא הדרינן לכללא דאין עשה דוחה ל"ת ועשה דיו"ט וממילא לא שייך למימר הואיל דאף אי הוה מתרמי מצות כיסוי היה אסור לחרוש משום דאבנים מקורזלות אינן ראוין לכיסוי בלי כתישה וכתישה ביו"ט אסור וגבי כתישה ליכא איסורים אחרים דלימא בהו הואיל ואשתרי אישתרי ודברי הש"ס נכונים וברורים בעז"ה יתש"ו ודו"ק:

סימן מו

נסתפקתי במסוכנת שמעמידין אותה ואינה עומדת דבעיא פירכוס אם מותר לשוחטה ביו"ט דלפי מה דמבואר מדברינו שכתבנו לעיל משמע לפי המסקנא כפי שפסק הרמב"ם ז"ל דמותר לשחוט עוף הנדרס ולא חיישינן שמא תמצא טריפה ה"ה דמותר לשחוט מסוכנת ולא חיישינן שמא לא תפרכס אבל מה שאני מסתפק בזה דלכאורה יש לאסור דע"כ לא שרינן ספק בטריפה אלא משום דליכא אלא חדא ספיקא שמא תמצא טריפה ובחדא ספיקא שרינן כמו שבארנו לעיל דמ"מ לצורך יו"ט קא שחיט אבל מסוכנת דאיכא תרי ספיקי לחומרא שמא לא תפרכס ושמא תמצא טריפה ובתרי ספיקי לחומרא לא שרינן לשחוט ביו"ט דהא אף בבהמה שלא נולד בה ספק טריפות איכא למימר שמא תמצא טריפה והוי ס"ס לחומרא ומתניתין דשרי לשחוט מסוכנת היינו בהמה חולה שמעמידין אותה ועומדת דלא בעי פירכוס אבל בהמה מסוכנת ממש דבעי פירכוס אסור מטעם ס"ס ואף להרא"ש והטור שכתבו דביש שהות לאכול כזית צלי מבע"י מותר לשחוט אף שאין שהות לבודקה מטריפות ויכול לאכול בלי בדיקה משום

הפסד ממונו וא"כ לא בעינן למיחש דלמא תמצא טריפה דהא יכול לאכול בלא בדיקה מ"מ אם באמת הי' טריפה אין אנו יכולין להתיר לו לשחוט משום הפסד ממונו דמאי הפסד ממונו איכא הא באמת טריפה היא ונוחה למות ויאכילנה לכלבים ואין אנו יכולין להתירה לשחוט אא"כ היא כשירה א"כ איך נתיר לו לשחוט הרי אנו צריכין לחוש שמא באמת היא טריפה ויש לאסור לשוחטה (אף שאנן לא ידעינן מטריפותה) ושמא לא תפרכס ואין לומר דלהכי שרי לשחוט דהא בשעת שחיטה ליכא אלא חדא ספיקא דפרכוס לחוד ובחדא ספיקא שרינן לשחוט כמו בעוף הנדרס ואידך ספיקא דשמא תמצא טריפה לא איכפת לן מחמת שאנו מתירין לו לאכול קודם בדיקה וכיון שיאכל ממנה הרי שחט לצורך אוכל נפש דז"א דהא השוחט בהמה טריפה ביו"ט ע"מ לאוכלה ודאי דלוקה אף שהוא רוצה לעשות איסור לאוכלה עכ"ז מיקרי עושה מלאכה שלא לצורך אוכל נפש כדאמרינן בפסחים (ד' מ"ז) המבשל גיד הנשה בחלב ביום טוב לוקה משום מבשל גיד ביו"ט עיי"ש. א"כ ודאי דה"ה בהמה ששחטה ונודע לו מטריפותה אף שרוצה לאכול מ"מ כיון שטריפה היא קא שחיט שלא לצורך אוכל נפש ואף דאיכא למימר דהתם לוקה משום דבשעת בישול הוי שלא לצורך אוכל נפש משום דאמרינן דאף שבדעתו הי' לאוכלה מ"מ תלינן בי' שיחזור בו מלעשות איסור ולא יאכל דבר האסור. אבל הכא יודעים בשעת שחיטה שהתירו לו חכמים לאכול בלי בדיקה משום הפסד ממונו וא"כ אף שהיא טריפה נמי לצורך או"נ קא שחיט מ"מ נראה דכיון דמה שהתירו לו חכמים לאכול בלי בדיקה הוא רק מחמת שתלו שאין בה טריפות א"כ כשאנו באין לדון בתחילת שחיטה אם לשחוט או לא ודאי בהצטרפות ספק שמא לא תפרכס יש לנו לספק גם שמא יש בה טריפות וטריפה אסור לשוחטה ביו"ט ואף דשרינן לשחוט נפולה ביו"ט התם ליכא אלא חד ספיקא דטריפות אבל הכא איכא תרי ספיקי שמא לא תפרכס ושמא טריפה:

ועוד דע"כ לא שרינן לאכול בלי בדיקה אלא היכא דליכא שהות ביום לבדוק ולאכול דאם לא נתיר לו לאכול בלי בדיקה ממילא יהי' אסור ויפסיד את בהמתו. אבל היכא דאיכא שהות לאכול ולבדוק לא שרינן לאכול בלי בדיקה וא"כ הוי שפיר ס"ס לחומרא שמא לא יהי' בה פרכוס ושמא תמצא טריפה (וכ"כ בש"ג בשם ריא"ז דבדאיכא שהות לבדוק לא התירו לאכול בלי בדיקה] ואף דהך ספק שמא טריפה היא הוא נגד רוב בהמות כשירות הן מ"מ דעת כמה רבוותא דמיקרי ס"ס אף שספק אחד נגד רובא. ואף שמהתוס' בכתובות (דף ט') משמע דמידי דלא שכיח לא מצרפינן לס"ס כמו מוכת עץ דלא מצרפינן לי' לספק אחר מ"מ מבואר בדבריהם בנדה (דף מ"ה) להיפוך דגם מידי

דלא שכיח מצטרפין לספק השקול בהא דאמרינן התם איבעיא להו הני בתולין מיזל אזלי ואתו א"ד אתצודי הוא דלא מתצדי עד לאחר ג' שנים למאי נפ"מ כגון שבעל בתוך ג' ומצא דם ובעל לאחר ג' ולא מצא דם אי אמרת מיזל אזלי ואתו שהות הוא דלא הויא להו אלא א"א אתצודי הוא דלא מתצדי עד לאחר ג' הא אחר בא עלי' מאי ופריך ומאן לימא לן דמכה שבתוך ג' אינה חוזרת לאלתר שמא חוזרת לאלתר והא אחר בא עלי' אלא נפ"מ כגון שבעל בתוך ג' ומצא דם ובעל לאחר ג' ומצא דם אי אמרת מיזל אזלי ואתו האי דם בתולין היא אלא א"א איתצודי הוא דלא מיתצדי אלא עד לאחר ג' האי דם נדה מאי וכתבו התוס' שם ד"ה האי בשם רש"י ז"ל שפירש הא דקאמר איתצודי הוא דלא מיתצד היינו דלא שכיח הוא דמיתצד אבל אם מיתצד תו לא הדרי והקשו התוס' ע"ז דלפי"ז אמאי הדר בי' הש"ס מהא דקאמר מעיקרא נ"מ לענין זנות לאוסרה על בעלה והדר בי' למימר דנפ"מ לענין נידה הא גם עכשיו איכא נ"מ לזנות כגון שמצא דם תוך ג' ושוב לא בעל עד י"ב שנים דגדלות ולא מצא דם דאם מיזל אזלי ואתי האי ודאי אחר בא עלי' והוי רק ספק א' אם בא עלי' בקטנות או בגדלות ובספק א' אסורה אף לבעלה ישראל ואי איתצודי לא מיתצד שריא לבעלה ישראל משום ס"ס דאימר דם דתוך ג' דם בתולים הוי ואפילו אם הוי דם נידות אימר אחר בא עלי' בקטנות ושרי לבעלה ישראל משום דאונס הוא ע"כ הרי חזינן דפשיטא להו דאף דאמרינן דלא שכיח דמיתצד מ"מ כיון דלפעמים מתרמי דמיתצד מצרפינן לספיקא דקטנות ומשוינן לה ס"ס למשרי לבעלה ישראל:

וראיתי להגאון רע"א ז"ל שהביא ראי' דספק שהוא נגד רוב אינו מצורף לס"ס מהא דפריך בב"מ (דף כ"א) למ"ד יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ממתניתין דככרות של נחתום ועגולי דבילה דהרי אלו שלו ואמאי הא לא ידע דנפל מיני' והאי לא ידע דנפל דקאמר לאו דודאי הוא דמהיכי תיתי לומר דודאי הוא דלא ידע וע"כ שספק דילמא לא ידע:

והא ודאי דמתניתין לא מיירי אלא במקום שאין מצויין רק נכרים אלא דמיירי נמי במקום שרובן ישראל ומיעוט נכרים. א"כ הא הוי ס"ס דשמא נתייאש ושמא מנכרי נפלה ולהכי קתני הרי אלו שלו ומאי פריך לאביי א"ו דהך ספיקא דנכרים לא מצטרף לס"ס משום דהוי נגד רובא דישראל:

ולפענ"ד לאו ראי' היא דהתם מלבד דהך ספיקא דשל א"י הוא נגד רובא איכא נמי חזקה נגד הך ספיקא דשמא נתייאש דמוקמינן הממון בחזקת מרא קמא ובודאי לא נתייאש ולהכי לא הוה' ס"ס כיון דספק א' נגד הרוב וספק א' נגד החזקה אבל היכא דאיכא ספק א' ואין כנגדו שום סתירה שפיר מצרפינן בהדי' ספק אחר שהוא כנגד הרוב ודנין בהם דין ס"ס:

ובמק"א בארנו שלכאורה יש להביא ראי' דמיקרי ס"ס בכה"ג מהא דתנן בנדה (דף ס') האשה שהיתה עושה צרכיה וראתה דם אם עומדת טמאה יושבת טהורה דר"מ ר' יוסי אומר בין כך ובין כך טהורה ובעי שם איש ואשה עומדין מה לי אמר ר"מ כי מטמא ר"מ באשה עומדת דחד ספק הוא אבל איש ואשה דתרי ספיקא (היינו ספק מן האיש ספק ממכה שבאשה) מטהר או"ד ל"ש ופליגי שם ר"ל ור"י דר"ל סובר היא היא ור"י סובר דר"מ מודה באיש ואשה עומדין משום דהוי ס"ס ומסיק שם הש"ס תניא כוותי' דר"י דר"מ מטהר באיש ואשה עיי"ש והתם הרי ספק מן האיש הוי כנגד רוב ואפ"ה מחשב ס"ס לר"י דהא אמרינן שם במשנה חזקת דמים מן האשה ואפ"ה מצרפינן ספיקא דמן האיש לספק מן המכה שבאשה:

ותיתי לי שאחר שכתבתי ראי' זו מצאתי להגאון ר"ע בתשובה שהביא ראי' זו אולם אחרי שהתבוננתי ראיתי דלאו ראי' היא מדברי ר"י דזה מיקרי ס"ס דנהי דר"י סובר דלר"מ דמטמא בעומדת מודה באיש ואשה דטהור מטעם ס"ס. מ"מ הא התם בש"ס מיבעיא לי' לר"ש איש ואשה יושבין מה לי אמר ר"ש כי אמר ר"ש בעומדת דדחיק לה עלמא ויושבת דחד ספק הוא אבל בס"ס לא אמר או דילמא ל"ש ופשיט ת"ש כיון דאמר ר"ש חזקת דמים מן האשה ל"ש עומדין ל"ש יושבין:

והנה ודאי דר"ש מודה בכה"ת דמהני ס"ס להתיר והכא מטמא בס"ס וע"כ מטעם דלא הוי ס"ס משום דחזקת דמים מן האשה וא"כ אף דר"י פשיט דלר"מ זה מיקרי ס"ס:

מ"מ הא ר"ש פליג עליו ובעירובין (דף מ"ו) בעי שם ר"מ ור"ש הלכה כדברי מי וקיימא בתיקו ובאיסור דאורייתא בעינן לחוש לדברי ר"ש דכה"ג לא מיקרי ס"ס ובנ"ד דהס"ס הוא לאיסורא בעינן לחוש לדעת ר"מ שסובר דגם כה"ג מקרי ס"ס ואסור ומה שדימה הגרע"א ז"ל להביא ראי' מהא דאמרינן ביבמות יצתה מלאה אינה חוששת משום דסמכינן מיעוטא דנפלים למחצה דנקיבות והוי לי' רובא שאינו זקוק ליבום הרי דמצטרפין דבר שהוא רק מיעוטא ויש רוב כנגדו לספק אחר וראי' זו יש להביא ג"כ מפ' אלמנה לכ"ג בכהן שהניח מעוברת ובנים זכרים דיאכלו העבדים בתרומה ואין העובר פוסל משום חלקו דהוי מיעוטא דנפלים ומחצה דנקיבות אלמא דבסמוך מיעוטא לפלגא מיקרי רובא ולא אמרינן דהמיעוט כבר נתבטל ולא חזי לאצטרופי כלל לספק אחר.

נ"ל דלאו ראי' כלל דכל דבר שהוא במנין מחצה על מחצה ממש הדבר ידוע שאם ניתוסף על מחצה האחת עוד אחד ממקום אחר נעשה מהמחצה רוב בלי ספק וא"כ כשאנו דנין על וולדות הנולדים ואנו אומרים שמחצה מהם זכרים הפוסלים העבדים שבמעי אמן מתרומה ומחצה נקיבות שאינן פוסלין אם מוסיפים על מחצה שאינם פוסלים מיעוט

וולדות נפלים שאינם פוסלים ג"כ הרי ניתוסף מיעוט נפלים על מחצה נקיבות והוי לי' וולדות שאינן פוסלין רובא דהכי הוי בודאי אם ניתוסף מעט על מחצה נעשה מהמחצה רובא והמחצה שכנגדה הוי רק מיעוטא ולא שייך לאמר דהמיעוט כמאן דליתא דמי ולא ליצטרף להמחצה דהא כל דבר שבמנין אם ניתוסף על מנינו אם הי' מעיקרא רק מחצה לעשה ע"י הוספה רובא וכן גבי זיקה ליבום ניתוסף על מנין הנקיבות שאינן זוקקות ליבום מיעוט המפילות ונתרבה מנין הוולדות שאינן זוקקות והזוקקים ליבום הוי לי' מיעוטא וכן נמי בהא דאמרינן בפסחים (דף ז') גבי מעות שנמצאו לפני סוחרי בהמות לעולם מעשר ופרש"י ז"ל מפני שרוב אוכלי בשר בירושלים ממעות מעשר הם שלא היו מספיקים לאכול כל המעות מע"ש שלהם ברגל ונותנים אותם לבני העיר והן אוכלין אותם בקדושת שלמים ואע"ג דאיכא למימר מיד המוכר נפל וכבר נתחלל המעות על הבהמות מ"מ ספק איסורא לחומרא והקשו בתוס' שם דנימא מיעוט דחולין לפלגא דמוכר והויא לי' רובא להתירא עכ"ל התם נמי שפיר הקשו דנימא סמוך מיעוטא לפלגא דהתם נמי ליכא למימר דהמיעוט נתבטל לגמרי עד שאין ראוין לצרפן כלל לפלגא כיון דניתוסף מיעוט מעות מלקיחת בהמות חולין על הפלגא חולין שביד המוכר הרי נעשה מעות חולין רובא ומעות שלמים מיעוטא ככל דבר שבמנין שניתוסף במנינו ולהכי הקשו התוס' דנימא סמוך מיעוטא לפלגא אבל גבי ס"ס דמוכ"ע דאמרינן דמוכ"ע לא שכיח שפיר אמרינן דכיון דמוכ"ע הוי מיעוט ולא שכיח שתהא אשה מוכ"ע לא מצטרפין לי' לספק אחר ואף אם יש ספק תחתיו או אינו תחתיו לא מצרפינן ספק מוכ"ע לספק אינו תחתיו מוכ"ע כבר נדחה ונתבטל מחמת שאינו שכיח. ולא שייך כאן לאמר שהספק אינו תחתיו נעשה רובא להתירא מחמת שניתוסף עליו מיעוט מוכ"ע דאטו ספק תחתיו ספק אינו תחתיו דבר שבמנין הוא להוסיף על מנינו בהאי מיעוטא דמוכ"ע הא לאו דבר שבמנין הוא רק בהאי אשה שנמצא פ"פ מספקינן מעשה היכא הוי אם תחתיו או אינו תחתיו אם מוכ"ע היא או אינה מוכ"ע וכיון דמוכ"ע לא שכיח ונתבטל הך היתרא דמוכ"ע משום דע"כ מרובא היא דלאו מוכ"ע נינהו היכי נצרפו לספק אינו תחתיו כיון שכבר נתבטל דהתירא דאינו תחתיו ומוכ"ע לאו בכמות הוא דנימא שניתוסף ההיתר במנינו דלאו על הכמות דיינינן אלא על איכות מעשה האשה דייינין וכיון דמוכ"ע לא שכיח הוי לי' ספק תחתיו ספק אינו תחתיו ספק איסורא לחומרא וזה חילוק נכון מאוד ולפ"ז גם בענין שאלתינו מותר לשחוט בהמה המסוכנת ביו"ט ולא אמרינן דהוי ס"ס ספק שמא לא תפרכס וגם ספק שמא תמצא טריפה משום דטריפות הוי מיעוטא דלא שכיח ולא מצרפין מיעוט דטריפות לספק שלא תפרכס משום דמיעוט דטריפות כמאן

דליתא דמי ומתבטל ברוב כשירות כמי שאינו ולא שייך לאמר שניתוסף על פלגא דשאינן מפרכסות דהא תרי מילי נינהו ופרכוס שייך רק במסוכנת וטריפות הוא בכל בהמה ובהמה ולאו דבר שבמנין הוא דנימא דניתוסף מיעוט טריפות על פלגא דאינן מפרכסות דהא רק על אכילת הבהמה דיינינן אם תפרכס ויש בה חיות וכן אם כשירה או טריפה היא וכיון שהחשש טריפה נתבטל מחמת רובא הוי רק ספק פירכוס ספק השקול ומותר כמו עוף הנדרס שמותר לשוחטו ביום טוב:

מיהו לדעת הר"ן ז"ל דאסור לשחוט עוף הנדרס ביו"ט דבעיא דר' ירמי' לא איפשוט גם בהמה המסוכנת דבעי פירכוס אסור לשחוט וכן לדעת השא"ר ז"ל דסובר דהא דבעי למשרי עוף הנדרס רק משום דהבדיקה הוא מדרבנן בעלמא אבל היכא דבעי בדיקה מה"ת אסור לשחוט ביו"ט בהמה המסוכנת נמי אסור דהא בעי פירכוס מה"ת:

אולם לכאורה נראה דבלא"ה מותר לשחוט מסוכנת לכ"ע ולא חיישינן דילמא לא תפרכס דהא כל בהמה שיש בה חיות בשעת שחיטה ודאי תפרכס כדאמרינן בחולין (דף ל"ז) שאני אומר כל שאינה עושה כן וכו' בידוע שנטלה נשמתה מקודם וא"כ שאנו מסופקים אם יש בה עדיין חיות ויועיל מה שישחוט אותה או לא בעינן ליתן לה חזקת חיים ועדיין היא חיה ויועיל בה שחיטה דכל בע"ח אית לי' חזקת חיים ואף דתנן (בפ"ו דטהרות) המסוכן ברה"י והוציאוהו לרה"ר והכניסוהו לרה"י כשהוא ברה"י ספיקו טמא וכשהוא ברה"ר ספיקו טהור אלמא דברה"י ספיקו טמא ולא מוקמינן אחזקת חיים התם טעמא משום דבספק טומאה ברה"י ספיקו טמא ולא מהני חזקה (אף דאיכא נגד חזקת חיים חזקת אינה זבוחה מ"מ הא בארנו בתשובה דבספק שאנו דנין עד שלא נשחטה לא שייך חזקת אינה זבוחה עיי"ש היטב בדברינו]. וא"כ הכא כשאנו רוצין לשחוט מסוכנת ביו"ט בעינן לאוקמה אחזקת חיים ובודאי תפרכס דעדיין יש בה חיות דלענין ספק אם יש בה חיות עכשיו לא שייך חזקת אינה זבוחה מיהו ז"א דנהי דבעינן לאוקמי בחזקת חיים מ"מ אסור להתחיל לשחוט שמא תמות קודם גמר השחיטה ואנן בעינן שלא תהא נטולה נשמתה עד גמר שחיטה (דהא קיי"ל יש טריפות לחצי חיות] וא"כ איך מתחיל לשחוט נהי דאמרינן דעכשיו יש בה חיות משום חזקת חיים מ"מ דלמא קודם גמר שחיטה יצא חיותה שלא מחמת השחיטה ועוד דאנן פסקינן פרכוס שאמרו בסוף שחיטה כרבא א"כ אמאי מותר לשחוט ואף דלא חיישינן לשמא תמות מ"מ במסוכנת ודאי דבעינן למיחש שמא תמות לאלתר קודם גמר שחיטה:

ועוד דהא תנן במסכת אהלות (פ' ט"ז מ"ד) המפקח את הגל אינו אוכל בדמעו [היינו תרומה] משום דחיישינן שמא כבר מת זה שמונח בגל ונטמא המפקח או דחיישינן

שמא ימות קודם שיבלע התרומה כמ"ש במק"א] א"כ פשיטא דה"ה הכא ודאי דבעינן למיחש שמא כבר אין חיות בבהמה זו או שמא תמות קודם גמר שחיטה ועביד מלאכה שלא לצורך:

מיהו בעיקר הדבר בענין שחיטת מסוכנת שכתבנו שיש לחוש שלא לשוחטו ביו"ט שמא לא תפרכס והוי ליה שחיטה שלא לצורך יש לעיין בזה טובא דאפשר לומר דבהמה המסוכנת שלא פירכסה אין בה משום נטילת נשמה כלל. כדאמרינן בחולין (דף ל"ז) גבי פרכוס דכל שאינה עושה כן בידוע שנטולה נשמתה מקודם ושרי אף למ"ד מקלקל בחבורה חייב כיון דליכא בה נטילת נשמתה ודמי להא דאמרינן בשבת (דף קל"ה) גבי ספק בן ח' דמלין אותו ממ"נ אי חי הוא שפיר מהלינן לי' אי לאו מחתך בשר בעלמא וה"נ אפשר לומר במסוכנת שלא פרכסה דהוי לה כמחתך בשר בעלמא ואין בו משום מלאכה כלל דדמי ממש לבן שמונה דאע"ג דחזינן דאית בי' נשמה וקרהיט ואזיל אפ"ה לא מחייב עליו משום נטילת נשמה בשבת וכן הרמב"ם ז"ל בהלכות מאכלות אסורות (פ"ד הי"ג) כתב דאם שחטה ולא פירכסה כלל הרי זו נבילה ולוקין עליה והיינו כמו שכתבנו לעיל מהא דאמרינן בגמרא דכל שאינה עושה כן בידוע שנטולה נשמתה קודם לכן מיהו שם בחולין פליגי אמוראי בדין פרכוס דרב נחמן בר יצחק סבר פרכוס שאמרו בתחילת שחיטה ור"ח אמר פרכוס באמצע שחיטה ורבא אמר פרכוס שאמרו בסוף שחיטה ע"ש ונראה דלרבא דאמר פרכוס שאמרו בסוף שחיטה אם לא פירכסה רק בתחילת שחיטה אין מזה הוכחה שלא היה בה חיות גם בתחילת שחיטה דלמה לן לעשות פלוגתא רחוקה בין רנב"י לרבא דלרנב"י פרכוס דתחילת שחיטה מהני לגמרי ומוכח שיש בה חיות גם עד אחר השחיטה ולרבא לא הוי הוכחה כלל אף על התחלת שחיטה ומסתבר יותר למימר דלרבא נמי פרכוס בתחילת השחיטה מוכיח שיש בה בתחילת השחיטה חיות עדיין רק דאנן בעינן שיהא בה חיות עד גמר שחיטה וכלשון הגמרא בחולין (דף י"ט) דכי נפקא חיותא בעינן רובא בשחיטה עיי"ש]. וסובר רבא דפרכוס דתחילת שחיטה אינו מורה אלא שיש בה חיות בתחילת שחיטה אבל על סוף שחיטה אין זה הוכחה להכי סובר דבעינן פרכוס גם בסוף שחיטה והא דקאמר הש"ס שם כל שאינו עושה כן בסוף שחיטה בידוע שנטולה נשמתה קודם לכן האי קודם לכן היינו קודם סוף שחיטה ולא קודם תחילת השחיטה:

ולפי"ז דקיי"ל כרבא דפרכוס שאמרו בסוף שחיטה אף אם נימא דבהמה שאין בה פרכוס לית בה משום נטילת נשמה ואין בה איסור מלאכה אם שוחטין אותה ביו"ט מ"מ הא בעינן למיחש שמא יהא בה פרכוס בתחילת השחיטה שיהא בה עדיין חיות

בתחילת השחיטה ובסוף השחיטה לא תפרכס וקא עביד מלאכה דנטילת נשמה בתחילת השחיטה [כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפי' המשניות בחולין (דף י"ד) במשנה דהשוחט בשבת דאיסור מלאכה איכא בכל משהו שהוא שוחט] דכיון דלא פרכסה בסוף השחיטה אסורה באכילה דקיי"ל כרבא דפרכוס שאמרו בסוף שחיטה וחלל יו"ט בהתחלת השחיטה שלא לצורך ואסור לשחוט מסוכנת ביו"ט:

ובזה מיושב היטב מה שהקשו האחרונים בהא בעיא דר' ירמי' שם בביצה (דף ל"ד) בעוף הנדרס אם מותר לשוחטו ביו"ט ואמאי לא פשיט ממתניתין דהתם דמותר לשחוט בהמה המסוכנת ביו"ט דמשמע אפילו מסוכנת הצריכה פרכוס ולא חיישינן שמא לא תפרכס ודחקו עצמן דמתניתין מיירי במסוכנת שמעמידין אותה ועומדת דלא בעי פרכוס. אבל לפי מש"כ אתי שפיר אף אם נימא דמתניתין מיירי במסוכנת שמעמידין אותה ואינה עומדת דבעי פרכוס ואפ"ה לא רצה למפשט בעיא ממתניתין משום דאיכא למדחי דפרכוס שאמרו בתחילת שחיטה וא"כ מותר לשחוט ממ"נ אם לא תפרכס בתחילת שחיטה הרי נטולה נשמתה מקודם וליכא מלאכה כלל דמחתך בשר בעלמא ואם תפרכס בתחילת שחיטה תהא מותרת באכילה ולצורך יו"ט קא שחיט ואף דאנן קיי"ל כרבא דפרכוס שאמרו בסוף שחיטה מ"מ כיון דאיכא למימר דפרכוס שאמרו בתחילת שחיטה כרנב"י להכי לא פשיט מזה ונראה שזה דעת הר"מ ז"ל במה דפסק דמותר לשחוט עוף הנדרס ביו"ט אף דבעיין לא איפשט כיון דאנן פסקינן כרבא דפרכוס שאמרו בסוף שחיטה א"כ ממילא מוכח ממתניתן דלא חיישינן לספיקא דשמא לא תפרכס דהא לרבא איכא למיחש שמא יהא בה חיות בתחילת השחיטה וקא עבד מלאכה ביום טוב ובסוף השחיטה לא תפרכס ותהא אסורה באכילה ומחלל יו"ט שלא לצורך ומדלא חיישינן להכי ושרינן לשחוט בהמה המסוכנת ביו"ט ש"מ דלא חיישינן לספיקא דלא תפרכס וה"נ שרי לשחוט עוף הנדרס ולא חיישינן שמא תמצא טריפה וחילל יו"ט שלא לצורך:

והשתא דאתינא להכי ודאי דמותר לשחוט בהמה המסוכנת ממש ולא חיישינן להך ס"ס שכתבנו לעיל שמא לא תפרכס ושמא טריפה היא דאף שאם לא תפרכס בסוף שחיטה יש בה משום מלאכה ביו"ט מ"מ אם לא פירכסה כלל גם בתחילת שחיטה אין בה משום מלאכת שחיטה ביו"ט וא"כ איכא נמי ס"ס לקולא שמא אין בה חיות כלל גם בתחילת השחיטה ולא קא עבד מלאכה כלל ואת"ל שיש בה חיות בתחילת שחיטה ועביד בשחיטתו מלאכה שמא גם בסוף שחיטה יהא בה פרכוס וגם טרפה לא תמצא ועבד מלאכה לצורך יו"ט ושרי כ"ז נלע"ד:

סימן מז

שאלה אם מותר לתקוע בר"ה אחר שיצא ידי חובתו שלא לצורך מצוה:

תשובה השא"ר (בסימן ק"ג) האריך להוכיח דמותר לתקוע בר"ה שלא לצורך אחר שיצא יד"ח תקיעה של מצוה ודלא כדברי הרמ"א ז"ל (בסימן תקצ"ו) שכ' דאחר שיצא אין לתקוע בחנם ועיקר ראיית השא"ר מהא דאמרינן בחולין (דף פ"ד) ר"י אומר כוי אין שוחטין אותו ביו"ט ואם שחטו אין מכסין את דמו מק"ו ומה מילה שודאה דוחה שבת אין ספיקה דוחה יו"ט כיסוי שאין ודאו דוחה שבת אינו דין שאין ספיקו דוחה יו"ט אמרו לו תק"ש בגבולין יוכיח שאין ודאה דוחה שבת וספיקה דוחה יו"ט ודייק עלה בגמרא מאי ספיקא אילימא ספק יו"ט ספק חול השתא ודאי יו"ט דחי' ספק יו"ט ספק חול מיבעיא אלא ספק איש ספק אשה ור"י לטעמיה דאמר אשה ודאית נמי תקעה דתניא בני ישראל סומכין ולא בנות ישראל סומכות ר"י ור"ש אומרים נשים סומכות רשות ע"כ ואם נימא דאיש אסור לתקוע שלא לצורך א"כ מאי קאמר ר"י לטעמי' דאשה וודאית נמי תקעה אכתי לר"י נמי איכא למימר תוכיח מתק"ש שאף שאין וודאה דוחה שבת ספיקה דוחה יו"ט והיינו בספק תקע ספק לא תקע דחוזר ותוקע כמו ספק קרא ק"ש ספק לא קרא ק"ש דחוזר וקורא אעפ"י שיש ספק איסור תקיעה ביו"ט שלא לצורך א"ו מדקאמר הש"ס דלר"י לא משכחת כלל ספיקא דוחה יו"ט ע"כ דמותר לתקוע שלא לצורך כיון דהותר לאיש קודם שיצא לקיים מצותו הותר לו לגמרי ולהכי לא משכחת לר"י ספיקא דוחה יו"ט בתק"ש כיון דשלא לצורך נמי ליכא איסור:

והנה ראייתו יש לדחות דהא בספק תקע ספק לא תקע גברא בחזקת חיובא קאי כמ"ש הרמב"ן בקידושין דף ס"ו) דמי שחייב קרבן יש עליו חזקת חיוב כמו שיש על הטמא חזקת טומאה ע"ש וה"ה מי שחייב במצוה נמי יש עליו חזקת, חיוב וא"כ לעולם דשלא לצורך אסור לתקוע ואפ"ה ליכא למימר תוכיח מספק תק"ש בספק תקע אספיקא דכיסוי בכוי דמה לתקיעת שופר שספקה דוחה יו"ט בספק תקע משום דגברא בחזקת חיובא קאי להכי ספיקה דוחה יו"ט אע"ג דאין וודאה דוחה שבת בגבולין אבל כיסוי דהוי ספק השקול אם האי כוי חייב בכיסוי או לא וליכא לחזקת חיוב אין ספיקו דוחה יו"ט כמו שאין ודאו דוחה שבת וליכא למימר תוכיח מספק תקע אספק כיסוי ולענ"ד בזה נדחה כל בנינו של הגאון ז"ל שהתיר לתקוע שלא לצורך ובנה יסודו על ראיה זו:

ומה שרצה להתיר מטעם הא דאמרינן בביצה (דף י"ח) גבי חושש בשיניו דבעי לחלק בין קודם טיבול דמותר לאחר טיבול דאסור משום דמוכח מילתא דלרפואה קא עביד שהרי כבר אכל ומסיק דהואיל וקודם טיבול שרי לאחר טיבול נמי שרי וכמו שפרש"י

ז"ל דלא תקנו חכמים לאסור בחצי שבת היכי שבחצי שבת מותר היינו קודם אכילה ה"נ הואיל וקודם שתקע לצאת יד"ח מותר לאחר שתקע ויצא ידי מצותו נמי לא גזרו. נ"ל דלא דמי כלל דהתם קודם שאכל מותר לגמוע אף אם מכוין לרפואה כמ"ש רש"י ז"ל דכל היכא דלא מוכחא מילתא שעביד לרפואה שרי אף לרפואה ולהכי לא גזרו לגמוע לרפואה אחר האכילה כיון שקודם אכילה שרי אף לרפואה משא"כ בתקיעה שגם קודם לא שרי אלא אם מכוין לצורך מצוה אבל אם מכוין לשיר או מתעסק ודאי דאסור לתקוע א"כ אם נאסור לתקוע שלא לצורך אחר שתקע אין זה איסור לחצי שבת רק דלמצוה מותר ושלא לצורך מצוה אסור ולא שייך בזה הואיל וקודם תקיעה שרי דקודם תקיעה נמי אסור שלא בכוונת מצוה ולא דמי כלל לחושש בשיניו דהתם קודם אכילה לרפואה נמי מותר ואם אתה אוסרו אחר טיבול מיקרי איסור לחצי שבת ולא דמי נמי למה שאמרו התם הואיל ובשבת שרי ביוה"כ נמי שרי דבין שבת ליוה"כ אין סברא לחלק אבל בין צורך מצוה שלא לצורך מצוה שפיר אפשר לחלק דדוקא לצורך מצוה שרי אבל שלא לצורך אסור והכי אמרינן גבי קיפול הכלים והצעת המטות בשבת (דף קי"ג) דכ"ז שצריך לשימושן בשבת שרי אבל אם כבר נשתמש בהן אסור לקפל ולהציע לצורך מחר ולא אמרינן הואיל וקודם שימושו שרי לאחר מכאן נמי שרי וע"כ ה"ט דכיון דלא שרי קודם שימושו אלא לצורך השבת לא מיקרי איסור לחצי יום ולא דמי לגמיעת חומץ דהתם קודם אכילה שרי אף לצורך רפואה להכי אמרינן הואיל וקודם אכילה שרי לאחר אכילה נמי שרי ודו"ק:

סימן מח

שאלה אם מותר ליקח אתרוג של חבירו ולברך עליו ביו"ט אם חבירו אינו מתרצה בזה:

בהא דפסקינן דאתרוג הגזול פסול אף ביו"ט שני דלא בעינן לכם משום מהב"ב כמ"ש הרי"ף ז"ל כר' יוחנן דגזול פסול אף ביו"ט שני יש להסתפק אם זהו דוקא אם גזל האתרוג להיות שלו לגמרי ונטלו ויצא בו אז לא יצא אבל בנטלו בע"כ של בעלים לצאת בו ולהחזירו אח"כ יצא בו ידי נטילה או לא שנא:

ולכאורה נראה דדוקא אם גזל להיות שלו לגמרי אז מיקרי אתרוג הגזול אבל נטל להחזירו לא מקרי גזול ודמי להא דאמרינן בסוכה (דף ל"א) לרבנן דסברי קרקע אינה נגזלת אם תוקף את חבירו והוציאו מסוכתו יצא משום דקרקע אינה נגזלת אע"ג דודאי עביד איסורא מ"מ כיון שלא קנאה בתורת גזל לא מקרי מהב"ב וה"נ באתרוג שלא נתכוון לגוזלו להיות שלו רק נטלו בע"כ לצאת בו לא הוי מהב"ב מיהו אפ"ל דדוקא גבי קרקע דמיעט רחמנא מתורת גזל אין לו דין גזל אבל במטלטלין כל שנטלו בע"כ של הבעלים

אף שרוצה להחזירו נמי מיקרי גזול דרחמנא אוקמי' ברשותו להתחייב באונסין דהא אמרינן בב"מ (דף מ"א) אמתניתין דהמפקיד חבית אם טלטלה להביא עלי' גוזלות הוי שואל שלא מדעת ונקרא גזלן להתחייב באונסין מיהו בגיטין (דף נ"ג) גבי מנסך דקאמר רב מנסך ממש ואף דקים לי' בדרבה מיני' מ"מ מדאגבי' קני' מתחייב בנפשו לא הוי עד שעת ניסוך ופרש"י ז"ל דאגבי' ע"מ לגוזלו משמע שאם הגביה רק לנסכו לחודא ולהחזירו לא קנה לה בתורת גזל וקשה לכאורה דהא בב"ק (דף צ"ח) אמרינן הזורק מטבע של חבירו לים המלח פטור דאמר ליה הא מנחא קמך וה"מ בדאדי' אדויי אבל שקלי' בידו מגזל גזלי' והשבה בעי למיעבד הרי דהגביה ע"מ להזיק נמי מקרי גזלן דהא התם הגביהו לזורקו לים וא"כ למה הוצרך רש"י ז"ל לפרש הכא גבי ניסוך שהגביהו ע"מ לגזול אפי' הגביהו ע"מ לנסך נמי מיקרי גזלן וצ"ל דהתם שהגביה לזרוק לים ולא להחזיר לבעליו הוי גזלן אף שלא נטלו להיות שלו אבל גבי מנסך שרוצה להחזירו לבעליו אחר הניסוך ויין מנוסך נמי מקרי השבה דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק כדאמרינן בב"ק (דף צ"ח) עיי"ש לא מיקרי גזלן להכי הוצרך רש"י ז"ל לפרש שהגביהו ע"מ לגוזלו דבלא"ה לא מיקרי גזלן אם דעתו להשיבו ודוקא בטלטלה להביא גוזלות מקרי גזלן אף שדעתו להחזירו כיון שרוצה ליהנות ממנה בהבאת גוזלות אבל אם אינו רוצה ליהנות ממנה וגם רוצה להחזירה לא מיקרי גזלן:

ולפ"ז אפשר לומר דלא מיקרי גזלן אלא בא' משני פנים או שנטל ע"מ לאבד לגמרי או ליהנות מן הגזילה וכיון דקיי"ל מצות לל"נ א"כ אם נטל אתרוג של חבירו לצאת בו ולהחזירו לא קנה בתורת גזל כיון דדעתו להחזירה וגם אינו נהנה ממנו דמצות לל"נ לא הוי גזלן ודמי לתוקף חבירו והוציאו מסוכתו דיצא לרבנן דסברי קרקע אינה נגזלת והא דלר"א דסובר קרקע נגזלת לא יצא דמשמע אפילו אם רוצה להחזיר סוכתו נמי מיקרי גזולה ולא יצא אע"ג דמצות לאו להנות נתנו התם שאני דבסוכה לא אמרינן לל"נ דהא יש בה הנאת ישיבה כמ"ש התוס' בר"ה (דף כ"ח) ד"ה המודר להכי מיקרי גזל דדמי לטלטלה להביא גוזלות ועוד דהא ר"א סובר דסוכה שאולה פסולה ובעי נמי לכם א"כ כ' חבירו והוציאו מסוכתו מסתמא רוצה לקנותה להיות שלו לגמרי דבלא"ה לא יצא להכי מקרי סוכה גזולה אבל באתרוג ביו"ט שני דשאול כשר ואינו רוצה לקנות גם ליכא אלא הנאת מצוה ומצות לל"נ יצא דלא מיקרי גזול. [ועיין בקצה"ח ריש הלכות גניבה שנסתפק בגנב ע"מ למיקט אי חייב באונסין או לא]:

ובזה יש לבאר הא דאמרינן בקידושין (דף ס"ט) דאושפיזיכנא דר' שמלאי ממזר הוה וא"ל אי אקדמתך טהרתינהו לבנך והיינו דהוי א"ל לישא שפחה. ודחי דלעולם לישא

שפחה לכתחילה אינו יכול דר"ט דקאמר יכולין ממזרים ליטהר היינו לישא שפחה הוא רק בדיעבד והא דקאמר שהי' יכול לטהר בניו דהוי אמר לו זיל ואזדבן בעבד עברי עיי"ש וקשה איך שרי לכתחילה לגנוב והא השתא איסור קא עביד דעבר אלאו דלא תגנובו דכיון דאסור לישא שפחה בשביל לטהר זרעו פשיטא דאסור לגנוב כדי לטהר זרעו ולפמ"ש אפ"ל דהוי אמר לו לגנוב ויהא דעתו להחזיר הגניבה אח"כ ולא יודיע להנגנב שרוצה להחזיר וימכר בע"ע בב"ד כדין ואח"כ יחזיר לו הגניבה וכיון שאינו רוצה לקנות וגם לא יהנה מהגניבה לא עבר אלאו דלא תגנובו ואף דדרשינן בב"מ (דף ס"א) לא תגנוב ע"מ למיקט מ"מ זהו דוקא אם כוונתו להקניט את חבירו אבל זה שאין כוונתו להקניט רק להכשיר זרעו לא מיקרי גנב שוב ראיתי בתוס' רי"ד שם שכ' וז"ל והאי דמשיאו עצה לגנוב אין איסור בדבר כיון שבדעתו לשלם ומתכוין להכשיר זרעו עכ"ל ויותר נראה שהיה בדעתו להחזיר הגניבה עצמה בעין:

(הגה"ה ולכאורה הי' אפשר לומר דכאן שייך לאמר כופין על מדת סדום כדאמרינן בב"ב (דף י"ב) מיהו התוס' כתבו בב"ק (דף ל') דגבי חצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר יכול לעכב לכתחילה ולא אמרינן כופין על מדת סדום. והטעם נ"ל פשוט דלא שייך כופין ע"מ סדום אלא כשהדבר יוצא מרשותו כגון אם האחין או השותפין באין לידי חלוקה יכול האח לאמר ליתן לו שדה הסמוכה למצר שלו משום כופין עמ"ס אבל דבר שהוא שלו יכול לעכב את חבירו מליהנות ממנו אף שאין לו היזק ממנו שכל אחד יכול להשתרר על שלו כפי מה שירצה והכא נמי יכול לעכב על חבירו מלטול לולבו לצאת בו:)

ולפענ"ד הי' נראה דגם לכתחילה רשאי ליקח אתרוג של חבירו ביו"ט שני לצאת בו ולהחזירו אף שחבירו אומר שמקפיד ע"ז כההוא עובדא דר' שמלאי:

ואף דגבי ציצית כ' הרא"ש בחולין פ' כל הבשר (דף ק"י) על מה שסמכו להתעטף בטליתו של חבירו בלא ידיעה ומברך עליו משום דניחא לי' לאיניש למיעבד מצוה בממונו וכן הוא (בש"ע או"ח סימן י"ד) משמע הא אם בעל הטלית מקפיד בהדיא אסור. התם שאני דאיכא נמי הנאת לבישה אמנם מדברי הרמ"א (ס' תרמ"ט ס"ק ה') נראה דגם בלולב אסור:

**(הגה"ה וכבר כתבנו דכל היכא דנהנה מיקרי גזל אפילו אם דעתו להחזיר משא"כ באתרוג דליכא הנאה אלא הנאת מצוה שרי היכא דרוצה להחזיר ואף דאפשר דבאתרוג איכא הנאת ריח מ"מ הוא לא מכוין לזה ולא דמי לטלטלה להביא עלי' גוזלות ושרי משום קיום המצוה:

ולא שייך לומר גבי ציצית מללה"נ כיון דאיכא הנאת לבישה ועיקר מצות ציצית לא ניתן אלא על הבגד שלובש ונהנה ממנו בלבישה בגד זה חייבתו תורה בציצית וא"כ לא שייך לומר מללה"נ דהא אם לא מיקרי הנאת לבישה ליכא מצות ציצית ודו"ק:)**

סימן מט

שאלה בדין ישיבת סוכה בעת ירידת הגשמים:

תשובה בסוכה (דף כ"ח) תנן ירדו גשמים מאימתי מותר לפנות משתסרח המקפה משלו משל למה הד"ד לעבד שבא למזוג כוס לרבו ושפך לו קיתון על פניו ופרש"י שם כלומר כשירדו גשמים בחג סימן קללה הם ובשו"ע או"ח (סימן תרל"ט) ברמ"א שם כתב דכל הפטור מן הסוכה ואינו יוצא משם נקרא הדיוט ואינו מקבל שכר עיי"ש וקשה לי ע"ז כיון דקיי"ל דעצי סוכה וכ"ש סכך גופא אסור בהנאה כל שבעה כדדריש ר"ע מקרא דחג הסוכות שבעת ימים לד' בסוכה (דף ט') וא"כ איך מותר לישב בה בשעה שפטור מסוכה הא איסורא נמי איכא דמתהני מסוכה בעידן דליכא מצוה שפטור מחמת הגשמים ואותן שיש להם גגות ומכסין בגג בשעת הגשמים נראה דאין חשש מה דמתהני ממנה דכיון שנפסלה הסוכה משום סוכה שתחת הבית מותר ליהנות ממנה מן התורה ודמי לנפלה הסוכה שכתב בטור (בסימן תרל"ח) דמותר מן התורה ואסור מדרבנן ואפשר דבכה"ג שירדו גשמים לא אסרו חכמים לישב בה אבל האוכל בה אם לא נפסלה רק שירדו גשמים לכאורה יש כאן איסור תורה ועיין בר"ן (פ"ק דסוכה) דאף דליכא איסור הנאה אלא בעצים שהם כדי הכשר סוכה לבד מ"מ כשבנה כל הארבעה דפנות בבת אחת ולא בנה מתחילה שיעור הכשר סוכה לחוד אז כל הסוכה אסורה בהנאה אף שיש בה יותר מהכשר סוכה:

ולשיטת הרי"ף והרמב"ן דמהני תנאי גם בעצי סוכה אפשר לומר דדמי להתנה בפירוש שלא יחול עליה קדושה לאסור בהנאה בעת ירידת גשמים דהא כל אדם מסופק אם ירדו גשמים בחג ודמי לאומר איני בודל ממנה כל בהשמ"ש אבל לשיטת הבעה"מ בביצה (דף ל"ב) והרשב"א בחידושיו שם והרא"ש בתשובה (כלל כ"ד) דבעצי סוכה לא מהני תנאי כלל ובע"כ חל עליה קדושה כשישב בה כמו שבארנו לעיל בתשובה ודאי דאסור לישב בה בעת גשמים דלא הוי מצוה ונהנה בישיבתה ולא תימא דלא אסרה תורה אלא הנאה של כלוי דהיינו שנוטל עצים מהסוכה וסותרה אבל ליהנות ממנה כשהיא בשלימותה שרי כדמשמע ריהטא דלישנא בתוס' שבת (דף כ"ב) ד"ה אבוהון דכולהו דם שהקשו אמאי לא אמר אבוהון דכולהו עצי סוכה דנפקא מקרא דמה חג לה' ותירצו דמעצי סוכה לא הוי ילפינן דשאני סוכה דבמסתפק בהן איכא ביטול מצוה אבל בהרצאת מעות נגד

נר חנוכה ובנוי סוכה ליכא ביטול מצוה עכ"ל דז"א דודאי גם התוס' לא כתבו כן לדינא ולא באו רק לתרץ הא דלא קאמר הש"ס אבוהון דכולהו סוכה משום דאיכא למידחי דלא אסרה תורה אלא היכא דאיכא ביטול מצוה אבל קושטא דמילתא אסור כל הנאות אפילו היכא דליכא ביטול מצוה כמו הרצאת מעות נגד נר חנוכה וכמו דאסרינן הנאה מנוי סוכה אע"ג דליכא ביטול מצוה וגבי הדס של מצוה נמי אמרינן בסוכה (דף ל"ז) דאסור להריח בו אף על גב דליכא ביטול מצוה רק הנאה בעלמא ומדאורייתא נראה דאסור כל הנאות כ"ז שהסוכה קיימת כיון דמקשינן לחגיגה וחגיגה אסורה בכל הנאות כדין בהמת קדשים וישיבת בית מיקרי הנאה כמ"ש התוס' בר"ה (דף כ"ח) ד"ה המודר דבסוכה בלאו המצוה איכא נמי הנאת ישיבה עיי"ש וא"כ נראה דאסור לישב בה בעת גשמים דליכא מצוה אז ואל תשיבני מהא דאשה מותרת לישב כדאשכחן בהילני המלכה בפ"ק דסוכה ובשמאי הזקן שפיחת המעזיבה בשביל כלתו שילדה ולא חיישינן למה דמתהנית מסוכה והיא אינה חייבת בסוכה אפילו מדרבנן דז"א דלא מיבעי לר' יוסי דסובר בר"ה (דף ל"ג) דנשים סומכות רשות ולא איכפת לן במה דעבדה עבודה בקדשים משום דכל מידי דהותר גבי איש הותר נמי גבי אשה אלא אפילו למאן דאוסר נשים לסמוך משום דכיון דאינן מצווים במצות סמיכה אית בהו איסור עבודה בקדשים נמי לא קשה מישיבת אשה בסוכה דהתם נמי גבי הילני המלכה לא ישב בה איש המחויב במצות דלא נעשה רק בשבילה וסוכה אינה מתקדשת להאסר בהנאה אלא אם ישב בה בקיום המצוה ואפי' בהזמנה לישב בה לשם מצוה נמי לא מיתסרא בהנאה כמ"ש הרשב"א בחידושיו בביצה וכיון שלא ישב בה איש המחויב בסוכה היא מותרת בהנאה ואף לר"י דסובר בניה גבה הוו יתבי הא קטנים הוו ואינם מחוייבים בסוכה מדאורייתא וכן גבי שמאי הזקן הי' הסוכה רק בשביל בנה הקטן ולא נאסרה בהנאה אם לא ישב בה אחד לשם מצות סוכה וכמ"ש ג"כ הרמ"א (בסימן תרל"ח) ועוד אפשר לאמר כיון דגבי סוכה כתיב תשבו ודרשינן תשבו כעין תדורו מה דירה איש ואשתו אף סוכה איש ואשתו ומה"ט הוי בעינן למיפטר כהנים מסוכה בפ"ק דערכין א"כ מותרת לישב משום בעלה ופנוי' אסורה הלכך לא חיישינן גבי אשה למה דמתהניא מסוכה של מצוה אבל סוכה שישב בה כבר מי שמחויב בסוכה ונתקדשה לשם חג אסור לישב בה בשעה דליכא מצוה:

מיהו לישנא דמתניתין בסוכה (דף כ"ח) דקתני ירדו גשמים מאימתי מותר לפנות משתסרח המקפה ומדקתני מותר לפנות משמע דאיסורא ליכא ואי בעי אכיל וגומר סעודתו ולא חיישינן למה דנהנה מסוכה של מצוה שלא בעידן קיום מצותו:

ונראה כמו דאמרינן ביומא (דף סט) בגדי כהונה היוצא בהן למדינה אסור ובמקדש בין בשעת עבודה בין שלא בשעת עבודה מותר מפני שבגדי כהונה ניתנו ליהנות מהן וכן אמרינן בקידושין (דף נד) בגדי כהונה ניתנו ליהנות בהם לפי שלא ניתנה תורה למלאכי השרת ופרש"י ז"ל שלא ניתנה תורה למלאכי השרת שיהיו הכהנים זריזים כמלאכי השרת להפשיטן בגמר עבודה ולא ישהום עליהם אחר העבודה כהרף עין ע"כ הרי דאף דבג"כ יש עליהם קדושת כלי שרת או קדושת דמים כמ"ש התוס' שם בקידושין אפ"ה מותרין אף שלא בשעת עבודה מהאי טעמא דלא ניתנה תורה למה"ש שלא יהיו מלובשים רגע אחר העבודה ה"נ סוכה אף שאסורה בהנאה ולא מהני בה תנאה מ"מ שפיר יכול ליהנות אם ירדו גשמים משום הך סברא דלא נתנה תורה למה"ש שלא ישהה רגע אחת משהתחילו הגשמים לירד:

מיהו זה לא יתכן אלא לשיטת ר"ת ז"ל שהביא הטור בשמו (בסימן תרל"א) דסוכה שאין הגשמים יכולים לירד לתוכה פסולה א"כ כיון שע"כ צריכה להעשות באופן שיכולין הגשמים לירד לתוכה ולא ניתנה תורה למה"ש שלא ישהה רגע א' משירדו הגשמים להכי חזינן דניתנה ליהנות בה אף שלא בעידן קיום המצוה דומיא דבג"כ אבל לפי מה שנחלקו עליו הראשונים ז"ל וסברי דאף אם אין הגשמים יורדים לתוכה כשירה כמ"ש הטור שם א"כ אין ראיה דניתן ליהנות מסוכה שלא בעידן מצותה דהא אפשר באמת שצריך לעשותה באופן שלא ירדו לתוכה גשמים כדי שלא יצטרך ליהנות מישיבתה כשירדו גשמים ועוד דאפי' לדעת ר"ת ז"ל דסוכה שאינה מקבלת גשמים פסולה דמוכח מזה דניתנה תורה רשות ליהנות מסוכת מצוה שלא בשעת קיום המצוה משום דלא ניתנה תורה למה"ש כמו גבי בג"כ מ"מ הא גבי בג"כ גופא כתבו התוס' ביומא שם ד"ה בגדי דאפילו בעזרה אסור ללובשן לכתחילה שלא לצורך עבודה ודווקא לענין ליזהר להסירן מיד אחר העבודה אמרינן לא נתנה תורה למה"ש אבל ללובשן בתחילה שלא לצורך עבודה אסור א"כ בסוכה נמי נהי דאם יושב בסוכה וירדו גשמים א"צ למהר לצאת ממנה דניתנה ליהנות ממנה דלא ניתנה תורה למלה"ש אבל ליכנס בתחילה בשעת גשמים לישב ולאכול בה אסור דקא מתהני מסוכת מצוה שלא בשעת קיום המצוה כמו דאסור ללבוש בג"כ בתחילה שלא בעידן עבודה מיהו מלשון רש"י ז"ל ביומא שם שכתב למדינה אסור שנוהג בהן דרך חול משמע דמדרבנן בעלמא אסור מפני שנוהג דרך חול ולא משום נהנה מהקדושה וכיון דמדרבנן הוא אפשר דלא גזרו בסוכה ודו"ק:

סימן נ

שאלה סוכה שסיככה בסכך של איסורי הנאה כמו עצי אשירה או קשין של כלאי הכרם מה דינו:

תשובה נראה לכאורה דאפשר לומר בזה דמללה"נ כדאמר בהדיא בנדרים (דף ט"ז) דמחלק אביי בין אמר שבועה שלא אהנה מן הסוכה דלא חל ובין אמר הנאת סוכה עלי דשפיר חייל ופריך רבא עליה וכי מצות ליהנות נתנו עיי"ש ושרי באומר הנאת סוכה עלי אלא שהתוס' בר"ה (דף כח) ד"ה המודר כתבו שם ולדברי רבא דאמר דאם אמר ישיבת סוכה עלי אסור לישב בסוכה היה משמע דכאן נמי אם אמר תקיעת שופר עלי אסור לתקוע בו תקיעה של מצוה כמו גבי סוכה אם לא נחלק דגבי סוכה בלאו מצוה יש הנאה בישיבה אבל גבי שופר אי לאו מצוה אין הנאה בתקיעה ובאמת דבריהם ז"ל תמוהין מאוד דאם נימא דשייך הנאה בסוכה משום ישיבה לבד הנאת מצוה א"כ מאי פריך רבא וכי מצות ליהנות ניתנו הא כל היכא דאיכא הנאה לא מהני הא דמצות לל"נ כדאמרינן גבי מעין שאין המודר הנאה ממנו טובל בו בימות החמה משום דאיכא הנאת הגוף וכ"כ הר"ן בנדרים (דף טז) גבי הנאת תשמישך עלי דאע"ג דמלל"נ מ"מ הכא דאיכא הנאה שאני וכבר עמד על דברי התוס' בס' מחנה אפרים:

והנוב"י מה"ת (סימן קל"ג) פירש מתוך קושיא זו דבאמת הא דפריך וכי מצות ל"נ אין כוונת רבא להאי כללא דקיי"ל מלל"נ רק שכוונתו דכיון דקאמר הנאת סוכה עלי אין כוונתו על ישיבה של מצוה כלל אבל באיסורי הנאה שאסרה תורה לא אמרינן מללה"נ משום דאיכא הנאת ישיבה ומתוך זה למד הנוב"י ז"ל דאם סיכך באה"נ האסור מאילי' לא אמרינן מללה"נ משום דאיכא הנאת ישיבה:

ולענ"ד דגם בסוכה אמרינן מצות לל"נ אע"ג דאיכא הנאת ישיבה ואע"ג דבכל המצות שיש בהן הנאת הגוף לא אמרינן בהו מצות לל"נ היינו היכא דהמצוה הוא ענין בפ"ע וההנאה הוא ענין בפ"ע כמו בטבילה דהמצוה הוא ביאתו במים וההנאה הוא דבר בפ"ע ואין להמצוה שייכות עם ההנאה רק שאינו יכול להפריד ההנאה מן המצוה בימות החמה וכן בהנאת תשמישך עלי אין קיום מצות עונה שייכות עם ההנאה רק שא"א להפריד ההנאה מן המצוה וכל כה"ג לא אמרינן מצות לל"נ דנהי דלא איכפת לן במה שנהנה מקיום המצוה מ"מ תערובות ההנאה שיש בהאי מעשה להיכן אזיל ואסור אבל מצות סוכה שעיקר יסוד המצוה הוא על ההנאה שהתורה אמרה צא מדירת קבע ושב בדירת עראי דהיינו שהשימוש שהאדם יש לו בביתו כל השנה דהיינו ישיבה יהא בחג שימוש זה בסוכה בדירת עראי ולהכי הולכי דרכים פטורים מן הסוכה וכן שומרי פירות

או מצטער ואם ישב בסוכה לא קיים מצוה כלל משום דעיקר המצוה לישב בסוכה במקום בית ומי שיש לו איזה סיבה שבשבילה לא היה יושב בבית אין כאן מצות סוכה דעיקר המצוה שיהא סוכתו תמורת ביתו ואכילתו ושתיתו וישיבתו שבכל השנה היא בביתו תהא כעת בסוכתו א"כ כיון דיסוד המצוה הוא על ההנאת הישיבה וכיון דקיי"ל מצות ללה"נ לא איכפת לן בהנאת הישיבה דאית בה דהא הנאת הישיבה היא עיקר המצוה ומתבטלת ההנאה בתוך קיום המצוה דכיון שההנאה היא נכללת בקיום המצוה היא מתבטלת בתוכה ושפיר פריך וכי מצות ליהנות ניתנו דלא דמי למקוה שטובל בה בימות החמה דמקרי נהנה. דהתם ההנאה נפרדת מן המצוה ואין שייך לומר שההנאה תתבטל בתוך המצוה שיהא לה גם כח המצוה שהרי אין לה ענין עם המצוה כלל רק שנפגשו יחד קיום המצוה עם התקררותו בימות החמה משא"כ בסוכה שקיום המצוה נקבע בהנאת הישיבה כמו שביארנו וגם התוס' לא כתבו סברא זו דבסוכה יש הנאה בישיבה אלא לענין מה שחקרו אם מדמינן שופר לסוכה לענין הא דאמרינן בסוכה שאם אמר ישיבת סוכה עלי אסור אע"ג דמצות לל"נ וחל הנדר אף שאין בו הנאה והוי דבר שאין בו ממש ה"נ אם אמר תקיעת שופר עלי חל אע"פ שאין בו הנאה וע"ז כתבו שיש לחלק דלעולם ע"ד שאין בו הנאה אין הנדר חל ומותר בשופר אף שאמר תקיעת שופר עלי דכיון דמצות ללה"נ והנאה אחרת ליכא בתקיעה אין מקום שיחול הנדר. אבל בסוכה שיש בה הנאת ישיבה כמו בישיבת בית חל הנדר על הנאה זו דהא לא הוי דבר שאין בו ממש דישיבת הסוכה חשיבא דבר שיש בו ממש אבל גם התוס' מודים דבסוכה אמרינן מללה"נ והיכא דתלי נדרו בהנאה שאמר הנאת סוכה עלי מותר לישב בסוכה דלא מהני הנאת ישיבה למיסר כיון דמצות ללה"נ וההנאה הוא מעיקר המצוה גם הישיבה לא מקרי הנאה לענין שיהא זה נקרא נהנה מאיסור ורק לענין שלא נקרא מצות ישיבת סוכה דבר שאין בו ממש מהני האי סברא דהנאת ישיבה ולא לענין שיהא נקרא נהנה מאיסור דמצות ללה"נ כ"א לעול ולמשא כמ"ש רש"י ז"ל בסוכה (דף ל"א) והכא שהישיבה הוא מעיקר המצוה גם היא אינה נקראת הנאה לענין איסור ולפ"ז אם סיכך בקשין של ערלה וכלאי הכרם שפיר אמרינן מללה"נ ושרי ולא איכפת לן משום הנאת ישיבה:

מיהו כ"ז הוא במצוה שאין עיקר כוונתה להנאת אדם כמו סוכה שאין עיקר המצוה להנאת אדם רק שתלתה התורה המצוה בהנאתו וצוותה שהנאת בית יהנה מסוכה שפיר אמרינן מללה"נ אבל מצוה שעיקר כוונתה הוא הנאת אדם כמו הדלקת נר בשבת שמצוותה משום עונג בית בזה ודאי דלא שייך מללה"נ ואסור להדליק בשמן של איסורי הנאה דלא שייך לומר מללה"נ כיון שעיקר המצוה היא להנאת הגוף

ובזה יישבנו מה דקשיא לן ומצאתי להרשב"א ז"ל שהניח בצ"ע בהא דאמרינן בשבת (דף כ"ד) אין מדליקין בטבל טמא בחול ואצ"ל בשבת והקשה הרשב"א דמאי שייך לומר ואצ"ל בשבת דהא בשבת ליכא איסור מוסיף יותר מבחול דעיקר האיסור משום הנאה של כלוי דאסור בטבל ובזה שבת וחול שווין ולדברינו א"ש דבשבת יש בזה מצוה הבב"ע ומקיים מצות הדלקת הנר בעבירת איסור הנאה של כלוי בטבל ויש בשבת שני איסורין האחד מה שנהנה מטבל הנאה של כלוי ועוד שאינו מקיים מצות הדלקת הנר כתקונה אלא ע"י מצוה הבאה בעבירה. ועיין בסוכה (דף למד) דגם ביוט"ש דהוי מצוה דרבנן פסול מהבב"ע ואף לשמואל דסובר דביוט"ש לא איכפת לן משום מהבב"ע מ"מ לכתחילה ודאי דאסור לצאת מצוה דרבנן בעבירה והוי בשבת איסור מוסיף דאינו מקיים מצות הדלקת הנר כמצוותה משום מצהבב"ע וא"ש לשון הברייתא ולא שייך בזה מללה"נ כיון דעיקר המצוה היא להנאת ועונג גופו דאיך נימא מללה"נ הרי עיקר המצוה שיהנה גופו:

מיהו נראה דבטבל בלא"ה לא שייך מללה"נ דלא שייך מללה"נ אלא היכי דכל ההנאות אסורין דאז חזינן דהקפידה תורה שלא יהנה מזה בזה אמרינן דמצות ללה"נ. אבל בדבר שכל ההנאות שרי רק הנאה של כלוי אסור עיקר הקפידה על הכלוי אף אם הכלוי בא מהנאת מצוה אסור דהא מ"מ מכלה הטבל קודם ההרמה ועיין בפ"י בשבת גבי נר חנוכה שכתב דגם בזה שייך מללה"נ ולענ"ד כמו שכתבתי ודו"ק:

סימן נא

שאלה אתרוג שנבלע במקצתו בליעת איסור אי מותר לצאת בו ידי חובת אתרוג:

תשובה המג"א (בסימן תרמ"ט) כתב בשם הש"ג דאתרוג שנאסר מחמת בליעת איסור פסול וכתב עליו שאינו מוכרח די"ל כיון שאין איסורו מחמת עצמו לא מפסל. לכן הכשיר בשאר הימים כיון דהתוס' ורש"י מכשירין בשאר ימים אפילו אתרוג של ערלה לכן יש לסמוך עליהם לכה"פ בכה"ג שאין האיסור מחמת עצמו אבל ביום ראשון פסול מיהו כ"ז בנאסר כולו אבל בנאסר מקצתו יש לעיין כיון דכל האתרוג אין בו איסור רק מקצתו אי מיחשב כחסר או לא:

ונראה כיון דאתרוג החסר פסול ואותו מקצת שנאסר כמאן דליתא דמי הו"ל אתרוג החסר ופסול ביום ראשון משום דבעינן לקיחה תמה וליכא וכה"ג כתב הר"ן ז"ל בפ"ג דסוכה (דף ל"ד) אמתניתין דאתרוג של דמאי דב"ש פוסלין וכ' הוא ז"ל דהטעם דאתרוג של טבל פסול משום שיש לכהן חלק בו ופסול ביום ראשון דהו"ל חסר משום חלק הכהן וכשר ביוט"ש עכ"ל עיי"ש. הרי אף דבאמת הוא אתרוג שלם מ"מ כיון דחלק הכהן אינו

מצטרף לצאת בו הו"ל חסר ופסול וכה"ג מצינו בפ"ב דגיטין (דף כ') דבעי אם אמר ה"ז גיטך והנייר בין שיטה לשיטה בין תיבה לתיבה שלי מהו ופריך ותיפוק לי' דספר אחד אמר רחמנא ולא ב' וג' ספרים אלמא אע"ג דבאמת הספרים מחוברים מ"מ כיון ששייר לעצמו הנייר שבין תיבה לתיבה אינם מן המנין והשורות חשובים כמו ב' וג' ספרים וה"נ דכוותה והכי משמע בבכורות (דף ג') דקאמר כמה תהא שותפות העכומ"ז ופטור מן הבכורה אמר ר"ה אפילו אזנו מתקיף לה ר"נ ולימא ליה שקול אזניך וזיל ופרש"י ז"ל לימא כהן לעכומ"ז שקול אזניך וזיל דאי נמי הוי בכור בעל מום ניתן לכהן עיי"ש. משמע דע"י חלק העכומ"ז הוי בעל מום משום דחלקו של עכומ"ז כמאן דליתא דמי וחשוב מום וה"נ באתרוג חלק הנאסר כמו שאינו והו"ל חסר:

ועד"ז כתבנו במק"א ליישב דברי הרמב"ם ז"ל (בהלכות חגיגה פרק ב') מי שחציו עבד וחציו בן חורין פטור מפני צד עבדות שבו וכתב הראב"ד ז"ל עליו הא דלא כהילכתא דהיא כמשנה ראשונה ע"כ דאמרינן התם אמשנה זו דהכל חייבים בראי' חוץ מנשים ועבדים שאינם משוחררים וקאמר רב הונא בטעמא דעבדים פטירי דכתיב יראה כל זכורך את פני האדון וגו' מי שאין לו אלא אדון אחד יצא זה שיש לו אדון אחר ופריך ל"ל קרא לפטורי הא כיון שהנשים פטירי עבד נמי פטור דהא הוי מ"ע שהז"ג ומשני לא נצרכה אלא חצי עבד וחצי בן חורין ופריך ולרבינא דאמר הכל חייבין לאתויי ח"ע וחב"ח מאי איכא למימר ומשני כאן כמשנה ראשונה כאן כמשנה אחרונה ופרש"י ז"ל דלמשנה ראשונה פטור ולמשנה אחרונה חייב ומפרשי הר"מ ז"ל פירשו דהר"מ ז"ל מפרש להיפוך דהא דאמרינן כאן כמשנה ראשונה כאן כמשנה אחרונה היינו דלמשנה ראשונה חייב ולמשנה אחרונה דכופין את רבו ועושה אותו ב"ח פטור מן הראי' אבל קשה לי טובא על דבריהם ז"ל דהא הר"מ ז"ל כ' שם הטעם דח"ע וחב"ח פטור מן הראי' מפני צד עבדות שבו משום דכתיב יראה כל זכורך ומצוה שהנשים פטורות גם העבדים פטורים ונאמר בבוא כל ישראל להוציא את העבדים ובגמרא מבואר דמטעם זה לא מיפטר ח"ע וחב"ח אלא מקרא דאת פני האדון וגו' מי שאין לו אלא אדון א' יצא זה שיש לו אדון אחר ומוקי הא דאיצטריך קרא דאדון אחד לח"ע ולחב"ח דהו"א דמחייב משום צד חירות שבו להכי ילפינן מקרא דבעינן שאין לו אלא אדון אחד דגם הצד חירות מיפטר כיון שמ"מ יש על גוף זה אדון אחר אבל אי לאו האי קרא הוי מחייב משום צד חירות דהא הכי מבואר שם בסוגיא (דף ד') דפריך ל"ל קרא דאדון א' תיפוק לי' דמיפטר מג"ש דלה לה ומשני דאיצטריך לח"ע וחב"ח א"כ הרמב"ם ז"ל שאינו מזכיר כלל קרא

דאדון א' רק שפוטרו משום גז"ש דנשים דבריו תמוהים ולא הועילו בזה המפרשים במה שתירצו שמפרש היפוך ממה שפי' רש"י ז"ל בענין משנה ראשונה ומשנה אחרונה:

לכן נראה לי דאף דהר"מ ז"ל מפרש דלמשנה אחרונה פטור מן הראי' כמו שהסכימו המפרשים ז"ל וכמו שפי' בפי' המשנה כאן (בחגיגה ובפסחים פ' האשה) מ"מ הכא גבי ראי' פטיר לי' מטעמא אחרינא וסובר דסוגיא דחגיגה שם דפטור לר"ה ח"ע וחב"ח מקרא דאין לו אלא אדון א' יצא זה שיש לו אדון אחר ותליא בפלוגתא דמשנה ראשונה ומשא"ח הוא הכל למאן דל"ל הא דר' יוחנן בן דהבאי דאמר סומא בא' מעיניו פטור מן הראי' וכדאמר בריש פרקין דתנא דמתניתין דקתני הכל חייבים מרבה סומא בא' מעיניו אבל אנן פסקינן כר"י בן דהבאי דסומא בא' מעיניו פטור מן הראי' מקרא דיראה יראה מה כשבא לראות בשתי עיניו כך כשבא ליראות בשתי עיניו. א"כ צד חירות מיפטר ממילא כיון דצד עבדות פטור הו"ל צד חירות חצי גוף וחצי גוף פטור מן הראי' וע"כ לא הוצרך ר"ה ללמוד פטורא דח"ע וחב"ח מקרא דאדון א' אלא למאן דסובר דמי שאין גופו שלם נמי חייב בראי' כמו סומא בא' מעיניו וא"כ אף דצד עבדות פטור מטעם מ"ע שהז"ג מ"מ החציו של חירות בעינן לחייבו ולהכי הוצרך ללמוד מקרא דאדון א' לפטור אף הצד חירות משום דמ"מ על הגוף הזה יש אדון אחר ומיפטר למשנה אחרונה (וכפי שיטת הר"מ ז"ל בהא דאמרינן כאן כמשנה ראשונה כאן כמשנה אחרונה). אבל אנן דפסקינן כריב"ד דסומא בא' מעיניו פטור משום דבעינן לענין ראי' שיהא גופו שלם וכמ"ש רש"י ז"ל בריש סנהדרין (דף ד') כיון דמיפטר צד עבדות מג"ש דלה לה שאין העבד חייב במצוה שאין האשה חייבת א"א לחייב הצד חירות כלל דהא הוי חצי גוף ואנן בעינן שיהא שלם לענין ראי' ואין אנו צריכין כלל להך לימוד שהביא ר"ה קרא דמי שאין לו אלא אדון א' ושפיר כתב הר"מ ז"ל דפטור מפני שהנשים פטורות דהיינו דכיון דצד עבדות פטור א"א לחייב צד חירות לחוד:

ועיי"ש ברמב"ם שכ' תיכף אחר טעם זה ונאמר בבוא כל ישראל ליראות כשם שהם באים להראות לפני השם כך הם באים לראות הדר קדשו ובית שכינתו להוציא סומא שאינו רואה אפילו נסמית אחת מעיניו עכ"ל משום דמה"ט פטור צד חירות שבעבד אף שהוא חייב בכל המצות מ"מ כיון שצד עבדות פטור הרי הוא כסומא בא' מעיניו בלאו קרא דאדון א':

והא דהוצרך הרמב"ם ז"ל להאי טעמא למיפטרא משום דהצד חירות לחוד אינו חייב מחמת שאינו גוף שלם ולא פטר לי' מטעם שפוטר אותו מפסח לפי פירושו דלמשנה אחרונה פטור מפסח וכמ"ש הר"מ (בפ"ב מה' ק"פ ה' י"ג) ע"ש הוא משום דאיכא נ"מ

לדינא דאילו להאי טעמא דפטרינן ליה גבי פסח כפי פירושו משום שכופין את רבו ופטרינן לי' כדי שישחררו וכמ"ש המפרשים זה שייך אם אין העבד סריס דבזה כופין אותו כדי לקיים פרו ורבו אבל אם העבד סריס לא שייך לכופו דהא עיקר הטעם שכופין אותו לשחררו הוא משום דאינו יכול לישא אשה אבל בסריס דליכא פרו ורבו וגם שבת ליכא כמבואר בנוב"י מה"ק אינו מחויב לשחררו והויא לי' לגבי' כמו במשנה ראשונה דמיקרי אין לו אדון אחר (לשיטת הר"מ ז"ל בפירושו גבי ראי' וגבי פסח) ויש לחייבו בראיה אבל לטעם שכ' הר"מ ז"ל פטור אף בסריס כיון דחצי עבדות פטור מג"ש דלה לה הוי לי' כסומא בא' מעיניו דקיי"ל כר"י בן דהבאי דפטור:

ועוד נ"ל נ"מ בחציו עבד וחב"ח שהאדון מת והניח בן קטן שאין משחרר אותו עד שיגדיל עובד א"ע יום א' ואת רבו יום אחד למשנה אחרונה כדאיתא ביור"ד (סימן רס"ז סעיף ס"ג) דהוי לי' לגבי' אין לו אדון אחר ואפ"ה פטור מטעם דפסקינן כר"י בן דהבאי ודו"ק:

וראיתי לכתוב בכאן מה שראיתי להאחרונים ז"ל שהקשו על דברי הרשב"א ז"ל בחידושיו פ"ק דשבת שהקשה בהא דאמרינן וכי אומרים לאדם חטוא בשביל שיזכה חבירך והא אשכחן בחצי עבד שכופין את רבו ועושה אותו בן חורין ועובר אעשה דלעולם בהם תעבודו כדי שיקיים העבד מצות פרו ורבו ותירץ דבחציו עבד וחציו בן חורין לית בי' משום לעולם בהם תעבודו משום צד חירות שבו וההיא אמתא דהוו עבדי בה איסורא משום שהרבים היו נכשלים בה התירו לשחררה וכפוהו עכ"ל והקשו עליו במ"ש דבחצי עבד וחב"ח לית בי' משום לעולם בהם תעבודו מהא דאמרינן בגיטין (דף ל"ח) ההיא אמתא דהות בפומבדיתא דהוו עבדי בה אינשי איסורא אמר אביי אי לאו דאר"י המשחרר עבדו עובר בעשה הוה כייפנא לי' למרה וכתיב לה גיטא דחירותא רבינא אמר בכי הא ר"י מודה משום מילתא דאיסורא ופריך ואביי משום מילתא דאיסורא לא והאמר ר' חנינא בר רב קטינא מעשה באשה אחת שהיתה חציה שפחה וחצי' בת חורין וכפו את רבה ועשה אותה בת חורין וארנב"י מנהג הפקר נהגו בה עכ"ל הגמרא ולדברי הרשב"א ז"ל מאי מקשה אדאביי הא אביי מיירי בשפחה סתמא להכי סובר דאסור לשחררה אפילו משום מילתא דאיסורא ובעובדא דפומבדיתא הוי חציה שפחה וחב"ח דלית בה משום לעולם בהם תעבודו להכי כפו אותו משום מילתא דאיסורא לשחררה. ונראה לי דע"כ לא כתב הרשב"א ז"ל דבח"ע וחב"ח ליכא עשה דלעולם בהם תעבודו אלא גבי עבד דצד חירות שבו חייב בכל המצות וצד עבדות שבו פטור ואיכא כמה מצות שאינו יכול לקיים מפני צד עבדות שבו דהא רשות רבו עליו

כמו לישא אשה שאינו יכול וכן לענין כל המצות שצד עבדות פטור מהן להכי אמרינן בכי הא לא אמרה תורה לעולם בהם תעבודו:

ואדרבה טפי עדיף שישחררו ויתחייב גם הצד עבדות במצות שצד חירות חייב בהם אבל באשה שחיובה במצות שוה לחיוב העבדים ואין הצד חירות שבה חייב יותר ממה שחייב הצד עבדות וכשישחררה לגמרי לא יתוסף חיוב מצות בצד עבדות שבה יותר ממה שהי' חייב קודם החירות מודה הרשב"א ז"ל דאיכא עשה דלעולם בהם תעבודו גם בחצי' שפחה וחב"ח ושפיר פריך לאביי דסובר משום מילתא דאיסורא לא כייפינן מעובדא דר"ח שכפו חצי' שפחה וחב"ח לשחררה משום שנהגו בה מנהג הפקר אע"ג דאית בה עשה דלעולם בה"ת וזה פשוט:

סימן נב

שאלה בדין הדס שהיו ענביו מרובין מעליו והיו הענבים ירוקין והושחרו ביו"ט ומיעטן וליקטן ביו"ט אי שרי לצאת בו:

תשובה בש"ע (סימן תרמ"ו) פסק סתם דאם מיעטן ביו"ט כשר ולא מפליג בין אשחור בעיו"ט דהוי לי' דיחוי מעיקרא לאשחור ביו"ט ובתחילת יו"ט היו ירוקין דהוי לי' נראה ונדחה וראיתי להא"ז ז"ל (בהלכות לולב) שכ' דאם מיעטן ביו"ט כשר והוא דאשחור מעריו"ט עיי"ש והטעם משום דסבירא לי' דדיחוי מעיקרא לא הוי דיחוי אבל נראה ונדחה הוי דיחוי ואשחור ביו"ט נמי הוי נראה ונדחה ואינו חוזר ונראה וכן ראיתי להרמב"ן ז"ל בספר מעשה צדיקים לענין ע"ז של עכומ"ז גבי לולב דבעינן שעבדה מעריו"ט דהוי דיחוי מעיקרא אבל עבדה ביו"ט הוי נראה ונדחה ופסול וכן תמה הט"ז (בסימן תרמ"ו) על הר"מ ז"ל שלא הזכיר הך דינא דאשחור ביו"ט פסול משום דיחוי:

ויש להסתפק אם אשחור בלילה של יו"ט ראשון אם מקרי נראה ונדחה כיון שנכנס יו"ט מקרי זמן מצוותו או דילמא כיון דלולב מצותו ביום ובלילה לאו זמן לולב הוא לא מיקרי דיחוי עד שמגיע היום ודמי לאשחור מעיו"ט ולכאורה נראה כיון דאמרינן בתענית (דף. ב') דלר' אליעזר דתלי הזכרת גבורת גשמים במצות לולב אינו מזכיר בלילה דלילה לאו זמן לולב הוא ה"נ לא מקרי דיחוי במה דלא חזי באורתא מיהו אפשר לומר כיון דקיי"ל דלילה לא מיקרי מחוסר זמן ומה"ט אמרינן במנחות (דף ק') דקומץ שנקמץ בלילה מתקדש בכלי שרת אע"ג דכלי שרת אינן מקדשין אלא בזמנה ולילה לאו זמנה הוא מ"מ לילה לא מיקרי מחוסר זמן וה"נ אפשר לומר דבכניסת יו"ט מיד מיקרי זמן מצותו של לולב אלא דאכתי לילה ולא מיקרי מחוסר זמן וכיון שבתחילת לילה הי' ראוי מיקרי נראה ונדחה ואינו חוזר ונראה ויש לו דין אשחור ביו"ט:

ובזה היה אפשר לישב קושית התוס' והריטב"א ז"ל בסוכה (דף ל"ג) דבעי ר' ירמי' נקטם ראשו מעיו"ט ועלתה בו תמרה ביו"ט מהו יש דיחוי אצל מצות או אין דיחוי אצל מצות והקשו התוס' והריטב"א אמאי לא פשיט ממתניתין דקתני בענביו מרובין מעליו ואין ממעטין ביו"ט וקאמר בגמרא הא אם מיעטן כשר דאשחור אימת אילימא דאשחור מעיו"ט דיחוי מעיקרא הוא ומסיק לעולם דאשחור מעיו"ט ותפשוט מינה דדיחוי מעיקרא לא הוי דיחוי ונראה ולבסוף נדחה לא תפשוט מינה והא דנקטם ראשו בעיו"ט ועלתה בו תמרה ביו"ט נמי דיחוי מעיקרא ואמאי לא פשיט ממתניתין דלא הוי דיחוי דדייקינן מדקתני אין ממעטין דמוכחינן מינה בש"ס דאם מיעטן כשר ודחקו התוס' והריטב"א בזה וכתבו דהא דאשחור מיקרי בידו שבידו למעט דאע"ג דאסור למעט נמי מיקרי בידו אבל נקטם ראשו אין בידו שתעלה תמרה וזה דחוק לומר דמה דאסור לעשות מיקרי בידו:

ולפמ"ש אפשר לומר דבאמת צריך להבין בהא דדייק הא אם מיעטן כשר מנ"ל הא דילמא אין ממעטין ולהכי אם מיעטו פסול משום דיחוי דכיון דאסור למעט לא הוי בידו והוי דיחוי מיהו ז"א דאם איתא דאם מיעטן פסול הא לא שייך למיתני אין ממעטין ביו"ט דמשמע מינה שיש איסור למעט ומאי איסורא איכא בזה הא לא הוי מתקן מנא כיון שלא תיקן בזה כלל דגם אחר המיעוט הוא פסול והכי הוי' לי' למתני ואם מיעטן ביו"ט פסול אבל לשון אין ממעטין דקתני אין לו ביאור אם נימא דאם מיעטן פסול דהא לא עביד שום איסורא דלא מתקן מנא דבפסולייהו קיימי ומזה מוכיח דבדיעבד אם מיעטן כשר משום דאין דיחוי אצל מצות ולהכי קתני דביו"ט אסור למעט משום דמתקן מנא והנה אם נימא דבלילה של יוט"ר לא מיקרי דיחוי עדיין משום דלאו זמן מצוותו הוא עדיין א"כ אכתי לא מוכח מידי דאכתי איכא למימר שיש דיחוי אצל מצות ואם מיעטן ביו"ט פסול משום דיחוי והא דקתני אין ממעטין ביו"ט הוא משום ליל יו"ט דאין ממעטין משום מתקן מנא ואם מיעטן כשר דבלילה עדיין לאו זמן מצותו הוא וכשהאיר היום כבר עליו מרובין מענביו וכשר ואסור משום מתקן מנא כיון דאם מיעטן כשר דלא מיקרי דיחוי בלילה אבל אם מיעטן ביום לא מהני מיעוטו כלל משום דיחוי וצ"ל דהש"ס דמוכיח כן סובר דכיון דקיי"ל לילה אין בו משום מחוסר זמן אי אמרת דדיחוי פוסל במצות גם בלילה מיקרי דיחוי דלילה ויום שוין בזה להכי מוכיח שפיר מדקתני אין ממעטין ביו"ט ע"כ דאם מיעטן כשר והוי מתקן מנא דאי לא"ה לא שייך למיתני אין ממעטין. מיהו ר' ירמי' סובר בחגיגה (דף ט') דלילה יש בו משום מחוסר זמן. דקאמר על דברי ר"י דסובר נטמא אף בלילה מביא משום דטומאה יש לה תשלומין בפסח שני

ולא קאמר כרב פפא דשאני לילה דלא הוי מחוסר זמן עיי"ש] וכיון דלילה יש בו מחוסר זמן מסתברא דלא מיקרי דיחוי במה שהיו ענביו מרובין בלילה וא"כ ליכא לאוכוחי ממתניתין דקתני אין ממעטין ביו"ט דאי מיעטן כשר משום דאין דיחוי דאפשר לומר דיש דיחוי והא דקתני אין ממעטין הוא משום ליל יוט"ר דאין ממעטין משום מתקן מנא ואם מיעטן כשר דאכתי לאו זמן מצותו הוא ולא מיקרי דיחוי ולהכי לר"י לשיטתו לא מצי לפשוט ממתניתין מידי משום דסובר לילה יש בו משום מחוסר זמן והש"ס דפשיט מינה דאין דיחוי הוא לדידן דקיי"ל לילה אין בו משום מחו"ז וא"ש. ואין לומר דאם מיעט בלילה לא מיקרי מתקן מנא דהא השתא לא מהני לי' מידי עד למחר דז"א דודאי גם בלילה אסור למעט שמתקנו על יום מחר דהא סתמא קתני במתניתין אין ממעטין ביו"ט דמשמע אף בלילה:

מיהו לכאורה אכתי צריך עיון היכי מוכח מהא דאין ממעטין ביו"ט דאם מיעטן כשר דאין דיחוי דילמא לעולם יש דיחוי אצל מצות והא דקתני אסור למעט היינו משום דאסור למעט ביו"ט ראשון אע"ג דלא מתקן מידי ביו"ט דלא חזי ליומא משום דיחוי מ"מ מתקנו לשאר הימים דבשאר הימים אפשר דראוי לצאת בו משום דבתחלה לא נדחה רק מיוט"ר שאין בידו למעט וגבי אתרוג כל יומא מצוה באפיה נפשיה הוא כדאמרינן בסוכה (דף מ"ה) ובביצה (דף ל"ו) ועוד דאפשר דמה שמתקנו שיהא ראוי לשנה הבאה למצות לולב נמי מיקרי מתקן מנא דהדס לא מיפסל ביב"ח כמ"ש הר"ן ז"ל דלא מיקרי יבש ביב"ח וצ"ע בזה לדינא באשחור ביו"ט לדעת הפוסקים דיש דיחוי בנראה ונדחה אי רשאי למעט ביו"ט:

ודע שהפ"י כתב דלהכי השמיט הר"מ ז"ל להך דינא דאשחור ביו"ט פסול משום דאי אשחור ביו"ט מותר ללקט הענבים לכתחילה דקיי"ל כר' יהודה דמכשירי אוכל נפש שרי בא"א לעשותן מעיו"ט ושרי לתקן כלי כגון שנשבר ביו"ט וכש"כ הכא דלא הוי תיקון כלי ממש ודיחוי נמי לא מיקרי כיון דמותר ללקט לכתחילה דהא לא הי' אפשר לעשות בעריו"ט דביו"ט הוא דאשחור ע"כ וז"א דהא גבי שופר תנן בר"ה (דף ל"ב) דאין חותכין אותו בדבר שהוא משום שבות ומשמע ודאי אפילו בדא"א לעשות מעיו"ט דומיא דפיקוח הגל ומוקי לה התם מתניתין כר' יהודא בהא דקתני אין מעכבין את התינוקות מלתקוע ומסתמא רישא נמי ר"י היא אלמא דאפילו לר"י דמכשירי אוכל נפש שרי בא"א לעשותן מעריו"ט אפ"ה אסור לעבור על מלאכת שבות משום מצוה ועיין בר"ן ביצה (פ' אין צדין) דמודה ר"י דאסור לעשות כלי משום מכשירי אוכל נפש והטעם משום שהכלי תשאר בקיומה גם אחר שיגמר מלאכת אוכל נפש להכי אסור א"כ פשיטא דאפילו לר"י

אסור למעט הדס שענביו מרובין מעליו אפילו אשחור ביו"ט משום תיקון כלי דאסור אפילו בדלית לי' הושענא אחריתי כמו גבי שופר ודו"ק ועיין מרדכי (פ' לולב הגזול) דהאי מתקן למצוותו הוי מלאכה דאורייתא [ועתוס' בשבת ק"ג סד"ה ל"צ]:

ודע דבעיקר הדין דמשנתינו דאין ממעטין ביו"ט משום תיקון. צ"ל דאינו אסור למעט אא"כ רוצה לצאת בהאי הדס אבל אם אינו רוצה לצאת בו ומלקטם לאכילה מותר אע"פ שממילא הוכשר ההדס ואם ירצה אדם לצאת בו יכול לצאת מ"מ לא מיקרי מתקן מנא כיון שאינו יוצא בו י"ח מצותו דכיון דבעצם הליקוט ליכא מלאכה רק מה שמתקנו למצוותו ואם אין אדם משמש בו למצוה לא הוי תיקון ודמי להא דאמרינן בב"ק (דף צ"ח) הצורם אוזן פרתו של חבירו פטור מ"ט סתם שוורים לאו למזבח קיימי ולא מיקרי היזק ותנן נמי שם (דף צ"ו) גזל בהמה ונפסלה מע"ג מזבח אומר לו הרי שלך לפניך ולא חשיב שינוי ופרש"י דכל בהמות לאו למזבח קיימי וה"נ נוכל לומר סתם הדס לאו למצוה קיימי אלא להריח ולא חשוב תיקון במה שעושה מעשה שיהא כשר למצוה והתם בב"ק (דף צ"ו) דבעי ר"פ נחלקה התיומת מהו היינו מי הוי שינוי או לא וקאמר ת"ש דאמר ר' מתון אמר ר"י ב"ל נטלה התיומת פסול מאי לאו ה"ה לנחלקה דמשמע דבמה שנפסל למצותו מיקרי שינוי ולא אמרינן סתם הדס לאו למצוה קיימי אין ראי' מכאן דהא רש"י ז"ל כתב התם וז"ל וכיון דלענין פסול מפסלא לענין מקנה נמי שינוי הוא וקנה עכ"ל מלשון זה משמע דלאו דזה גופא שפסלו ממצותו מיקרי שינוי רק דיליף מדברי ר' יהושע ב"ל דכיון דמיפסל ממצותו במה שנחלק אלמא דזה מיקרי אשתני מברייתו א"כ ה"ה לענין שינוי מיקרי אישתני מברייתו וקנה אבל עצם פסולו מה שנפסל ממצותו לא הוי שינוי כמו דלא הוי שינוי מה שנפסלה הבהמה מקרבן אלא שמדברי הש"ס לכאורה לא משמע כן דהא מוקי שם בסוכה (דף ל"ג) הא דאמר ראב"ש ממעטין ביו"ט בלקטן לאכילה ופריך הא אביי ורבא דאמרי תרווייהו מודה ר"ש בפסיק רישי' ולא ימות ומשני הב"ע דאית לי' הושענא אחריתא ופרש"י ז"ל דלא צריך להאי משמע דאע"ג דלא צריך לי' נמי מיקרי תיקון ולמ"ד דבר שאין מתכוין אסור אסור ללקט מיהו אפשר לפרש דאית לי' הושענא אחריתי והוא יוצא בהדס הזה שממעטו ולא מיקרי מתקן כיון שיכול לצאת באחר דומיא דהא דאמרינן בשבת (דף קמ"ב) דמעלין את המדומע בא' ומאה ולא מיקרי מתקן כמו מגביה תרומות ומעשרות כיון שבידו ליתן עיניו בצד זה ולאכול בצד זה כראב"ש להכי מותר אף להעלות המדומע וה"נ כיון שיכול ליטול הדס אחר יכול למעט גם את זה שענביו מרובין מעליו ולא מיקרי מתקן] אבל אם אינו רוצה לצאת כלל בהאי הדס וממעטו רק לאכילה מותר אף למ"ד דבר שאינו מתכוין אסור דסתם הדס

לאו למצוה קיימי [ואף דמצינו בפסחים (דף ע"ג) גבי שוחט בשבת דחשיב תיקון מה שמוציאו מידי נבילה הרי דחשיב תיקון גבי שבת מה שהי' אפשר שתבוא לידי נבילה שאני התם דהא סוף בעלי חיים למות ואילו לא שחטה היתה מתה מאיליה לבסוף ועוד דהתם יש מלאכה גמורה דאורייתא רק דבעינן שיהא בזה תיקון להכי מיחשב תיקון מה שמוציאה מידי נבילה אבל הכא דליקוט ענבים מתלוש ליכא מלאכה כלל רק מה שמתקן למצוותו וכיון דלא בעי לה לא הוי תיקון ולא הוי מלאכה]:

ואילולי דמסתפינא הו"א דהא דאמר דאית לי' הושענא אחריתא אין הפירוש שהוא יוצא בהני הדסים שמלקטן ואית לי' ג"כ אחרינא לצאת בהו אלא דמיירי דבהאי לולב גופא אגוד ג"כ הדסים אחרים שאין בהם ענבים וכמ"ש הר"מ ז"ל (בהלכות לולב) דבהדס ליכא ב"ת אף שמוסיף באגוד יותר משלשה דלת"ק אסור ללקט הענבים דהא לא מינכר באיזה שיצא בו י"ח אם באלו ואם באלו ואולי יוצא באותן שמלקט מהם הענבים והוי מתקן מנא ולראב"ש דסובר דבר שא"מ מותר אם מלקטן לאכילה לא הוי מתקן מנא דהא איכא בהאי אגודה הדסים אחרים לצאת בהן ואין כאן תיקון והכי ניחא טפי לפרש דאם נפרש דאית לי' הושענא אחריתא בביתו קשה טובא דממ"נ אם אינו יוצא בהאי הדס שמלקט לאכילה א"כ פשיטא דשרי אף למ"ד דבר שא"מ אסור כמו שביארנו ואם יוצא בהאי הדס שמלקט הענבים אכתי קשה מאי מהני שיש לו הושענא אחריתי לצאת בו כיון שיוצא בהאי ומתקנו ע"י המיעוט הוי מתקן מנא אבל לפ"מ שכתבתי א"ש שיש בהאי לולב גופא הדסים ויוכל לצאת בהן דלראב"ש לא הוי מתקן ולת"ק כיון שמ"מ הן אגודין בלולב ולא מינכר באיזה מהן יצא י"ח הוי מתקן מנא ואסור אף בליקטן לאכילה דסובר דבר שא"מ אסור גבי שבת כן נלע"ד:

חלק יורה דעה

סימן נג

כתב הטור (סימן א') תניא וזבחת וגו' כאשר צויתיך מלמד שנצטווה משה על פה בהלכות שחיטה עכ"ל והקשה ע"ז הט"ז מהא דאיתא בסנהדרין (דף נ"ו) דשבת וכאו"א נצטוו במרה דכתיב בהם כאשר צוך. ונ"ל ליישב כיון דר"ע סובר בחולין (דף י"ז) דבשר נחירה הותר להם במדבר ודריש לה מקרא דכי ירחק ממך המקום וזבחת מבקרך ומצאנך דלא בא הכתוב אלא לאסור בשר נחירה שבתחילה הותר להם א"כ לא שייך לדרוש כאשר צויתיך במרה דלמאי יצוה להם דיני שחיטה כיון שעדיין נחירה הותר להם ולא

נצטוו עדיין על השחיטה ולהכי דרשינן שנצטוו ע"פ בסיני שאז נצטוו כל הדינין אף אותן שאינן נוהגין עכשיו שוב מצאתי שגם הכרו"פ כתב ליישב כן קושית הט"ז:

אולם לכאורה נ"ל דזה אינו דאף לר"ע דסובר דבשר נחירה הותר במדבר זהו אחר הקמת המשכן וכמו שנבאר בטעמא דמילתא אבל קודם הקמת המשכן הי' בשר נחירה אסור גם לר"ע ובזה יתיישב לנו בעזהי"ת דברי הרמב"ם ז"ל דז"ל הרמב"ם ז"ל (בהלכות שחיטה) כשהיו ישראל במדבר לא נצטוו על שחיטת חולין אלא היו נוחרין או שוחטין ואוכלין כשאר עכום"ז ונצטוו במדבר שכל הרוצה לשחוט לא ישחוט אלא שלמים שנאמר איש איש מבית ישראל אשר ישחט וגו' ואל פתח אה"מ וגו' למען אשר יביאו וגו' וזבחו זבחי שלמים לד' אבל כל הרוצה לנחור ולאכול במדבר היה נוחר ומצוה זו אינה נוהגת לדורות אלא במדבר לבד בעת היתר נחירה ונצטוו כשיכנסו ישראל לארץ תאסר הנחירה ולא יאכלו חולין אלא בשחיטה כו' עכ"ל ותמהו המפרשים ז"ל דהא בגמרא איתא דר"ע ורי"ש פליגי דלר"ע בשר תאוה לא איתסר כלל ולר' ישמעאל בשר נחירה לא אישתרי כלל והרמז"ל תפס דברי שניהן דבשר תאוה איתסר ובשר נחירה אישתרי והוא נגד דברי הש"ס ובאמת גם התוס' שם הקשו מנ"ל להש"ס דפליגי דילמא מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי כלל ואף דלכאורה אם בשר תאוה איתסר היכי משכחת לה דלישתרי בשר נחירה מ"מ הא משכחת לה בבעלי מומין דלא חזו להקרבה עיי"ש בתוס' ד"ה ר"ע:

אבל נראה לי דדברי הרמב"ם ז"ל נכונים מאוד דז"ל הגמרא (בדף ט"ז) אמתניתין דהכל שוחטין ולעולם שוחטין הכל שוחטין הכל בשחיטה ואפילו עוף לעולם שוחטין מאן תנא אמר רבה ר' ישמעאל היא דתניא כי ירחיב ה' את גבולך כאשר דבר לך ואמרת אוכלה בשר וגו' ר' ישמעאל אומר לא בא הכתוב אלא להתיר להם בשר תאוה שבתחילה נאסר להם ב"ת משנכנסו הותר להם בשר תאוה ועכשיו שגלו יכול יחזרו לאיסורן הראשון לכך שנינו לעולם שוחטין מתקיף לה רב יוסף האי לעולם שוחטין לעולם שוחטין ואוכלין מבעי לי' ועוד מעיקרא מאי טעמא איתסר משום דהוו מקרבי למשכן ולבסוף מ"ט אישתרי דהוו מרחקי ממשכן וכ"ש השתא דארחיקו להו טפי אלא אמר רב יוסף ר"ע היא דתניא כי ירחק ממך המקום אשר יבחר ה' אלהיך לשום שמו שם וזבחת מבקרך ומצאנך ר' עקיבא אומר לא בא הכתוב אלא לאסור להם בשר נחירה שבתחילה הותר להם ב"נ משנכנסו לארץ נאסר להם ב"נ ועכשיו שגלו יכול יחזרו להתירן הראשון לכך שנינו לעולם שוחטין במאי קמיפלגי ר' עקיבא סבר ב"ת לא איתסר כלל ור"י סבר ב"נ לא אישתרי כלל עכלה"ג. והנה בהא דאמר ר"ע ב"נ אישתרי להו ע"כ הטעם שלא נצטוו במדבר עדיין על מצות שחיטה וסגי להו בנחירה ואף דתנן בקידושין (דף ל"ו)

כל מצוה שאינה תלוי' בארץ נוהגת בין בארץ ובין בחו"ל מ"מ מצינו גם חובת הגוף שלא נצטוו עד שנכנסו לארץ כמו ביעור עכומ"ז דאמרינן בע"ז (דף מ"ה) שלא נצטוו עד שנכנסו לארץ עיי"ש דקאמר כיבוש א"י קודם לביעור עכומ"ז וע"כ צריך לאמר כן ואף דבאמת בהא דסובר ר"ע דבשר נחירה אשתרי להו אפשר לומר שני טעמים אחד שלא נצטוו עדיין במדבר על מצות שחיטה עד שבאו לארץ וכנ"ל:

ואפשר לומר טעם אחר דהוצרך להתיר להם נחירה משום כיון דהוו מקרבי למשכן ומטעם דהוו אסורים לשחוט בשר תאוה משום דמחמת התקרבותם למשכן דמי הכל לקדשים בחוץ וכל שישחטו ויאכלו דומה כמו ששוחטין קרבן להכי הוצרך הכתוב להתיר להם בשר נחירה דכשנוחרין ואוכלין שוב אינו דומה לקדשים בחוץ שהרי קדשים צריכים שחיטה כדאמר שם בש"ס מדכתיב ושחט את בן הבקר ונחירה פסול בקדשים ולהכי נתנה התורה להם הכשר נחירה כדי שעי"ז יכולים לאכול בשר תאוה ולא ידמה לקדשים בחוץ ולפי טעם זה בעינן למימר דמסיני עד הקמת המשכן נצטוו על השחיטה ורק אחר הקמת המשכן שנאסר להם בשר תאוה הותר להם בשר נחירה כדי שיהא רשאים לאכול ולא יהא דומה כקדשים בחוץ וחיה ועוף ובעלי מומין היו יכולים לשחוט ולאכול דבזה אין חשש מה שדומה לקדשים בחוץ דהא לאו בני קרבן נינהו וכבר נצטוו על השחיטה מסיני רק דבאותן דבני קרבן הותר להם נחירה כדי שלא ידמה לקדשים בחוץ מחמת דמקרבי למשכן. אבל חיה ועוף ובעלי מומין דלאו בני קרבן נינהו שרי בשחיטה ואפשר דמחויבים לשחוט ולא לנחור וזה א"א לאמר דבשר תאוה נאסר להם משום דהוו מקרבי למשכן ובשר נחירה הותר להם משום דלא נצטוו עדיין על השחיטה עד אחר ביאתם לארץ כמו שאמרנו לעיל דהא כיון דלא נצטוו עדיין על השחיטה בחולין ואפי' חיה ועוף ובהמות בעלי מומין נמי מותרין לנחור ולאכול א"כ לאו בני זביחה נינהו עדיין וא"כ אמאי אסורין לשחוט בשר תאוה הא אע"ג דמקרבי למשכן אפ"ה אין שחיטת חולין דידהו דומה לקדשים בחוץ דהא קדשים בעי שחיטה ומתנאי השחיטה שיהא גברא בר זביחה ומטעם זה פסלינן אנן שחיטת עכומ"ז משום דכתיב וזבחת ואכלת אותו שהוא בר זביחה שחיטתו כשירה ומה שנשחט ע"י אינו בר זביחה דומה לנחירה וכאלו נפלה סכין מאליה ושחטה וכיון שהם לא נצטוו על הזביחה זביחה דידהו הוי כמו נחירה ואם יזבחו נמי לא יותפס בהן שם קדשים בחוץ כמו שאין נתפס שם קדשים בחוץ אם נוחרין משום דקדשים בעי שחיטה והם נוחרין ה"נ אין נתפס שם קדשים בחוץ בזביחה דזביחה דידהו לאו כלום הוא אלא כמו שנפל סכין מאיליו ושחט דלאו זביחה הוא וכמו שהיו מותרין לשחוט בהגרמה ושהיי' ודרסה [דודאי לא נאסרו

בזה כיון דלאו שחיטה הוא כלל ה"נ לא היו אסורין לשחוט משום דלאו בני זביחה נינהו וזביחה דידהו כהגרמה ועיקור דמי]:

ועוד דלפמש"כ הגאון בעל ושב הכהן ז"ל דבמדבר הי' צריך להיות שחיטת הקרבנות ע"י כהנים דווקא דהא דשחיטה כשירה בזר הוא משום דשחיטה לאו עבודה היא וגם חולין בעי שחיטה ולענ"ד יש לפקפק בזה דהא לדידן דחולין בעי שחיטה נמי יש חילוק בין שחיטת חולין לשחיטת קדשים דבחולין לא בעי כוונה לשחיטה כדאמרינן בחולין (דף ל"א) דהפיל סכין לנעוץ בכותל והלכה ושחטה כשירה ובקדשים מתעסק פסול כדאמרינן (בדף י"ג) מניין למתעסק בקדשים שהוא פסול כו' ואפ"ה אמרינן דשחיטה לאו עבודה היא א"כ ה"ה לדידהו אע"ג דחולין סגי בנחירה וקדשים בעי שחיטה אפ"ה כשירה בזר דלאו עבודה היא וצ"ע ואפשר לחלק] וא"כ במדבר דחולין שרי בנחירה וקדשים בעי שחיטה מיקרי עבודה ובעי כהן א"כ ודאי דאין שחיטת חולין דידהו משוי שחיטתן לשחיטת קדשים בחוץ אע"ג דמקרבי למשכן דקדשים בעי כהן וישראל ששחט לא מיתפס בי' דין קדשים בחוץ וא"כ א"א לומר כלל דבשר תאוה אסור משום דמקרבי למשכן ובנחירה מותרין משום דלא נצטוו עדיין על השחיטה דאם לא נצטוו על השחיטה כלל לא היה אסור בשר תאוה דשחיטה דידהו דמי ממש לנחירה ולא איכפת לן כלל במה דמקרבי למשכן ומאן דסובר דבשר תאוה איתסר משום דמקרבי למשכן ע"כ דלדידי' שפיר נצטוו על השחיטה מסיני ובחיה ועוף ובעלי מומין מחויבים לשחוט ומקריין בני זביחה שפיר ורק בבהמות תמימים נאסרו לשחוט משום דמקרבי למשכן ובכל בהמת חולין ששוחטין נתפס בה שם קדשים בחוץ [ולדעת רש"י ז"ל שם כרת נמי מחייבי אם שחטו בהמת חולין וכן הסכימו הרמב"ן והרשב"א ז"ל בחידושיהם] דכיון דבני זביחה נינהו בחיה ועוף ובעלי מומין דומה זביחתן לשחיטת קדשים בחוץ דגם שחיטת קדשים לא בעי כהן דלא מיקרי עבודה דהא גם חיה ועוף ובעלי מומין בעי שחיטה הלכך בזר נמי כשר ודומה זביחת חולין ע"י זר לשחיטת קדשים:

ומעתה אחרי שנתברר לנו דמאן דסובר דב"ת איתסר משום דהוו מקרבי למשכן אם יסבור נמי דרשה דבשר נחירה הותר להם אי אפשר לי' לומר בטעמא דהיתר בשר נחירה אלא משום מחמת שנאסרו בבשר תאוה ולא רצה הכתוב לאסור להם בשר בהמות תמימים להכי הוצרך הכתוב ליתן להם הכשר נחירה לבשר בהמות תמימים כדי שלא יהא נתפס בשחיטתן דין קדשים בחוץ מחמת התקרבות למשכן וא"א לו לאמר דלא נצטוו כלל על מצות שחיטה כמו שבארנו א"כ רבה דקאמר דלעולם שוחטין דמתניתין אתי להתיר בשר תאוה כר' ישמעאל ורב יוסף פריך עליו ואמר דלהא לא

איצטריך להשמיענו דמעיקרא מ"ט איתסר דהוו מקרבו למשכן ואח"כ דאישתרי מחמת דארחיקו להו וכ"ש השתא דארחיקו טפי והוצרך לשנויי דמתניתין דלעולם שוחטין אתי לאשמעינן דבשר נחירה אסור דלא נימא דשרי כמו במדבר הוצרך לומר דפליגי ורי"ש סובר בשר נחירה לא אישתרי ור"ע סובר דבשר תאוה לא איתסר דהא אי אפשר לו לפרש דלא פליגי ובשר תאוה איתסר ובשר נחירה אישתרי כיון דמפרש דמתניתין דלעולם שוחטין אתי לאשמעינן שלא יחזרו להיתר בשר נחירה וא"כ תחזיר עליו אותו קושיא שהקשה על רבה דמעיקרא מ"ט אשתרי בבשר נחירה משום דכיון דנאסר להם בשר תאוה הוצרך ליתן להם הכשר אחר לחולין היינו נחירה ובשר תאוה נאסר משום דהוו מקרבי למשכן ועכשיו דמרחקי טפי ודאי דהותר להם בשר תאוה וממילא דאסורין בבשר נחירה דהא לא הותרו אלא משום איסור בשר תאוה ועכשיו דמרחקי והותר בשר תאוה פשיטא דאסורין בבשר נחירה להכי הוצרך לומר דפליגי דר"ע סובר ב"ת לא איתסר וטעמא דאשתרי בנחירה הוא משום דלא נצטוו כלל על השחיטה במדבר עד בואם לארץ ושפיר הוצרך להשמיענו מתניתין דלעולם שוחטין כי היכי דלא נימא דעכשיו שגלו יחזרו להתירן הראשון כמו שהיו מותרין בב"נ קודם כניסתן לארץ משום דסובר דבמדבר לא נצטוו כלל על השחיטה וא"כ הרי מוכרח לאמר דפליגי דא"א לאמר דלא פליגי כמ"ש התוס' דכיון שלא נצטוו עדיין במדבר על השחיטה א"א לאסור בשר תאוה משום דמקרבי למשכן כמו שבארנו דאין שחיטתן כלום ודומה לנחירה כיון שלא היה נוהג בהם מצות שחיטה כלל וכ"ז הוא לרב יוסף דמפרש מתניתין דלעולם שוחטין כר"ע שבא לאסור בשר נחירה דהוצרכנו לפי"ז לפרש טעמא דהיתר בשר נחירה שלא נצטוו כלל עדיין על השחיטה כי היכי דלהוי רבותא במאי דאשמעינן מתניתין איסור נחירה בזה"ז אבל במסקנא התם דחי רבא אוקימתא דרב יוסף ג"כ ומפרש הא דקתני לעולם שוחטין בין ביום בין בלילה א"כ שוב אפשר לנו לאמר דטעמא דר"ע דהיתר בשר נחירה הוא משום דאית ליה דרי"ש דבשר תאוה נאסר וכיון שהצריכה תורה להתיר להם בשר תמימים הוצרכה ליתן להם הכשר אחר לשחיטת חולין דהיינו נחירה ובעינן למימר שנצטוו על השחיטה גם מסיני עד הקמת המשכן ורק אחר הקמת המשכן דמקרבי למשכן הותרו בבשר נחירה כי היכי דלא להוי כמו שחיטת קדשים בחוץ וגם אז לא הותרו רק בבני קרבן אבל חיה ועוף ובעלי מומין בעי שחיטה וכיון דהוזהרו מכבר על השחיטה וגם כעת מוזהרים לשחוט חיה ועוף ובע"מ מקריין בני שחיטה ודמי זביחתן לקדשים בחוץ ולהכי ניתן להם נחירה ושוב אין אנו צריכין לומר בטעמא דהיתר נחירה משום שלא נצטוו על השחיטה כמו שמפרש ר' יוסף. דזה דוחק גדול כיון דשחיטה

חובת הגוף ואינה תלוי בארץ אמאי לא נצטוו אלא דנצטוו והותרו לפי שעה בבהמות תמימין ושפיר כתב הרמב"ם ז"ל דרשה דר"ע ודרי"ש דבשר תאוה איתסר ובשר נחירה אישתרי והיינו בתמימים ועדיף טפי לפרש דלא פליגי רי"ש ור"ע וגם אין אנו צריכים לאמר דלר"ע לא נצטוו כלל על השחיטה קודם כניסתן לארץ אף שהוא חובת הגוף:

ולפי מה שבארנו בדעת הרמז"ל דלמסקנא אמרינן דהיו מצווין עה"ש קודם הקמת המשכן אפשר לפרש כפשוטו הא דדריש וזבחת כאשר צויתיך מלמד שנצטווה משה על הושט ועל הקנה ועל רוב א' בעוף ועל רוב שנים בבהמה ולא דריש כאשר צויתיך במרה דהא אין מוכח לדרוש כאשר צויתיך במרה דהא אף שלא נצטוו במרה א"ש נמי לשון כאשר צויתיך משום דכיון דמצות זביחה היה לה הפסק ומהקמת המשכן ואילך הותרו בנחירה הוצרך לומר כי ירחיב ה' את גבולך ואמרת אוכלה בשר וזבחת כאשר צויתיך בסיני לא כמו כל מ' שנים שהייתם במדבר שהותר לכם בשר נחירה רק תזבח כאשר צויתיך משא"כ גבי שבת וכאו"א שלא היה למצותם הפסק מאי כאשר צויתיך דקאמר ש"מ שנצטוו במרה וזה פשוט:

ויש להקשות לכאורה במש"כ הרמז"ל שכל הרוצה לשחוט יביא שלמים דמשמע שהיו יכולים להביא שלמים במדבר. ובחגיגה (דף ו') קאמר ר"ע אקרא דעולת תמיד העשויה בהר סיני קרבה ושוב לא פסקה הא מה אני מקיים הזבחים ומנחה הגשתם לי במדבר ארבעים שנה שבטו של לוי קרבוה שלא עבדו עכומ"ז עיי"ש אבל ישראל לא היו יכולים להקריב. ופי' הטו"א שם שלא היו יכולים להקריב לפי שהיו נזופים. והא דאמרינן במ"ק (דף ט"ו) בבעיא דמנודה מהו שישלח קרבנותיו וקאמר רב יוסף ת"ש כל ארבעים שנה שהיו ישראל במדבר ושלחו קרבנותיהן זהו לר' ישמעאל דסובר בשר נחירה אסור להם ולא היו יכולים לאכול בשר כ"א בזביחה ובשר תאוה היה אסור להם וע"כ דהקריבו שלמים ואכלו הבשר ומזה מוכח שמנודה יכול להקריב אבל ר"ע לטעמי' דבשר נחירה הותר להם והיו יכולים לאכול בשר נחירה סובר באמת שמנודה אסור להקריב והוצרך לומר ששבטו של לוי הקריבו התמיד ואם כן איך כתב הרמז"ל ששחטו שלמים והלא היו מנודים ולר"ע מנודה אסור להקריב וצ"ל דבאמת מש"כ הרמז"ל שהיו שוחטים שלמים קאי רק אשבטו של לוי ועיין ברמב"ם ז"ל (פ"ב מהלכות ביאת מקדש) שכ' ג"כ שהדבר ספק אם מנודה מותר בהבאת קרבנותיו. ואין להקשות לרב יוסף דפשיט במ"ק (דף ט"ו) דמנודה מותר לשלח קרבנותיו מהא דלריש ע"כ דשלחו קרבנותיהם לפשוט מר"ע דאמר שבטו של לוי הקריבו התמיד אבל שאר שבטים היו אסורים ש"מ דמנודה אסור בהבאת קרבנות. דאפשר לומר דלהכי לא פשיט ליה מר"ע דשם (ע"א) פשיט רב

יוסף דמנודה אסור בשאלת שלום מדתנן גבי תעניות שאסורין בשאילת שלום כבני אדם הנזופין למקום ודחי לי' אביי ודלמא שאני מנודה לשמים דחמיר ולהכי לא פשיט מר"ע דאינו משלח קרבנותיו דאיכא למימר מנודה לשמים חמור ופשיט מרי"ש דשרי אפילו במנודה לשמים דחמיר ודחי לי' דאיכא למימר נמי איפכא שאני מנודה לשמים דקיל:

סימן נד

כתב הרא"ה ז"ל (בבדק הבית) בשוחט בהמת חבירו לשם עכומ"ז אע"ג דלא אסרה ע"י מעשה מ"מ באכילה אסורה וז"ל והיכא דלית לי' בה שותפות לא מתסרא בהנאה אבל באכילה אסורה דלאו משום דאסר דבר שא"ש אלא משום דהאי גברא לא חזי לשחיטה והוי לי' כנוחר ובגמ' נמי אמרינן דדוקא בישראל מומר הא לא"ה אמרינן לצעורי קמכוון ולא מתסרא בהנאה אבל באכילה אסורה דלא חזי לשחיטה כדאמרן עד כאן לשונו:

וממשמעות דבריו משמע שאסור באכילה מה"ת דה"ל כנוחר והר"ן ז"ל הביא דבריו (בפ"ב דחולין) והט"ז ביור"ד (סי' ד') פי' כוונתו דלהכי אסורה באכילה מה"ת דכיון דאמרינן אין אדם אוסר דשא"ש ומסלקין אנו מעשה שחיטתו הרי היא כמו שנשחטה מאילי' ואנן קיי"ל נפלה סכין ושחטה פסולה דכתיב וזבחת ואכלת מה שאתה זובח אתה אוכל ומטעם זה כתב דאם שנים שוחטין ואחד כוונתו לשם עכומ"ז בדבר שא"ש מותר אף באכילה דכיון דאיכא חד שלא הי' כוונתו לעכומ"ז הבהמה מתכשרא בהאי דשחט שחיטה מעליא:

והנה לכאורה קשה טובא ע"ד הרא"ה ז"ל מש"ס דחולין (דף מ') דפריך לעולא דאמר אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה מברייתא דהשוחט בחוץ בשבת לעכומ"ז חייב ג' חטאות ואי אמרת אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה מכי חתך בה פורתא אסרה אשחוטי חוץ לא ליחייב מחתך בעפר הוא עיי"ש ולדברי הרא"ה ז"ל תיקשה גם אם נימא אין אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה הא מ"מ אסורה באכילה והוי לה כנוחר ולא מחייב אשחוטי חוץ כיון דמיד אחר התחלת השחיטה הוי לי' כנוחר פטור אשחוטי חוץ ומצאתי שגם הרשב"א ז"ל במשמרת הבית הקשה כן:

ולענ"ד נ"ל ליישב דכיון דעיקר טעמו של הרא"ה ז"ל שאוסר באכילה לפי פי' הט"ז משום דכיון דאנו מסלקין מעשיו הוה כשחיטה שנעשה מאילי' ואסורה וכ"ז הוא אם אין אוסרין אותה כלל ולא נתפס בה דין תקרובת עכומ"ז כלל כמו שוחט בהמה של חבירו לעכומ"ז דאמרינן אין אדם אוסר דשא"ש ומבטלין מחשבתו לגמרי בזה אנו אומרין כיון שאנו מסלקין מחשבתו גם מעשיו מסולקין וכמו שנשחטה מאלי' דמי אבל השוחט בהמת קדשים בחוץ לעכומ"ז דבשעת גמר השחיטה חל איסור קדשים בחוץ וקדשים

בחוץ אסור בהנאה וכל מידי דאסור בהנאה לאו דמרי' נינהו כדאמרינן בב"ק (דף ע"א) וכ"כ בחטאת ששחט בחוץ פקע רשות הקדש מיני' ואמרינן במעילה (דף ב') כל קדשים שמתו יצאו מידי מעילה ד"ת שכבר פקע מהם רשות הקדש ופשיטא דה"ה נשחטו בחוץ ומדרבנן בעלמא מועלין בהם אבל מה"ת פקע רשות הקדש מינייהו והוי הפקר ואף שאין אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה מ"מ דבר הפקר ודאי דיכול לאסור ע"י מעשה זו כמו שבארנו לקמן בתשובה וא"כ חל על הבהמה דין תקרובת עכומ"ז בשעת גמר שחיטה וכיון דחל עלה דין תקרובת עכומ"ז הרי נתקיימה מחשבת השוחט ששחטה לעכומ"ז ויש בזה דין שחיטה שכיון שאין אנו מסלקין מחשבתו גם מעשיו אינם מסתלקין והוי שחיטה מעליא וחייב משום עכומ"ז ומשום קדשים בחוץ דהא לא אמר בדוקא שרוצה שתאסר בתחילת שחיטה רק שרוצה ששחיטה זו תהא לעכומ"ז ויתפס בה תקרובת עכומ"ז והרי נתפס בה דין תקרובת עכומ"ז בגמר שחיטה בשעה שנגמר גם איסור שחוטי חוץ ולהכי א"ש למ"ד אין אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה דלדידי' אינה נאסרת אלא בסופה ולהכי חייב משום שחוטי חוץ משום דעד סוף השחיטה הוי השחיטה כדינה ול"א דמפסלא מחמת שהוא רוצה לשוחטה לעכומ"ז ובאמת לא נתפס בה דין תקרובת עכומ"ז והוי כמתה מאילי' כיון דסוף סוף בסופה נתפס בה דין תקרובת עכומ"ז:

מיהו מדברי רש"י ז"ל משמע למ"ד אין אדם אוסר דשא"ש אפילו ע"י מעשה לא מתסרא הבהמה אפילו בסוף שחיטה שכ' שם (בדף מ"א) ואי אין אדם אוסר דבר שא"ש מאי איריא דתני עוף אפילו בהמה נמי דהא לא פקע שם קדשים מיני' ומיהו איהו מחייב משום עובד עכומ"ז דמ"מ אע"ג דלא מתסרא מפלח פלחא עכ"ל משמע מדבריו בהדיא שלא נאסרה כלל הבהמה אפילו בסוף השחיטה ונראה שטעמו של רש"י ז"ל דאע"ג דבסוף השחיטה פקע שם קדשים מינה ויצא מידי מעילה ד"ת מ"מ כיון דמדרבנן יש בה מעילה כדאמרינן פ"ק דמעילה (דף ב') יש עליה עדיין רשות הקדש ומקרי דבר שא"ש ואינו נאסר אף ע"י מעשה:

ומיהו בעיקר סברת הרא"ה ז"ל קשה לכאורה מהא דאמרינן בנדרים (דף ל"ה) איבעיא להו הני כהני שלוחי דידן נינהו או שלוחי דרחמנא ופשיט מדתנן הכהנים שפגלו במקדש מזידין חייבין הא שוגגין פטורין אלא שפיגולן פיגול אא"ב שלוחי דרחמנא שפיר אבל אי אמרת שלוחי דידן לימא לי' לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי וכ' הר"ן ז"ל שם וז"ל שוגג הוא דקשיא לי' בשלמא במזיד נהי דשלוחי דידן נינהו פיגולן פגול דכיון שמפגל במזיד אינו עושה שליחותו אלא אדעתא דנפשי' קא עביד וקיי"ל בפ"ב דחולין (דף מ) אדם אוסר דבר שא"ש ע"י מעשה אבל בשוגג אי שלוחי דידן נינהו אמאי פיגולן

פיגול הא לאו אדעתי' דנפשי' קא עביד שנתכוין לעשות שליחותו ולימא לי' לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי עכ"ל הר"ן ז"ל ולדעת הרא"ה ז"ל קשה טובא דמאי מקשה הש"ס משוגג הא חזינן דמעיקר קרא דפיגול דחייב רחמנא כרת לא מקשה הש"ס משום דאיכא למימר דהא דחייב כרת בפיגול מיירי באמת שבעל קרבן הי' כהן ופגלו ועוד דמצי למימר דמיירי במזיד ובמזיד א"ש אף אי שלוחי דידן דאדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה רק דמקשה דכהנים שפיגלו במקדש דמיירי בקרבן של אחרים מדחייבין לשלם. וע"ז מקשה משוגג נימא לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי וא"כ לדעת הרא"ה מאי מהני הא דיאמרו הבעלים לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי דאף דאין השליח יכול לקבוע מחשבתו מחשבת פיגול בהאי קרבן משום שע"ז לא נעשה שליח מהבעלים מ"מ אם נסלק מעשה השליח מהקרבן הקרבן פסול בלא"ה ודמי כאלו לא נשחט מכח גברא ובזריקה כאילו לא נזרק מכח השליח והגיע הדם על המזבח מאיליו ונפסל הקרבן ולהכי חייבין לשלם ומאי מקשה הש"ס כלל:

ומיהו בלא"ה קשה לכאורה מאי פריך התם לימא לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי דממ"נ אם נימא לתיקוני שדרתיך הרי נתבטל השליחות ואנן בעינן שליחות הבעלים וממילא הקרבן פסול דמסתמא מיירי נמי שנתפגל בזריקה דוודאי בעינן בה שליחות ואחרי כותבי זאת מצאתי להרשב"א ז"ל בחי' וז"ל וקשיא לי והא אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה רבה כדאמרינן בע"ז וי"ל דה"מ בשאר איסורין אבל הכא איבעי שליחות כשהוא משנה שליחותו ומעוות נמצא שאינו שליח לכך ולא הוי כשוחט קרבן אלא כנוחר ולא הוי פיגול וכשר מיהא לא הוי ואיהו לא קשי' לי' למה אינו כשר אלא פיגול הוא דקשיא לי' עכ"ל הנה הוא מפרש דקושית הש"ס לא מפסול הקרבן קשיא לי' אלא מחיוב כרת:

אבל לא זכיתי להבין דבריו הקדושים דלפי דבריו הו"ל להקשות גם ממזיד אמאי חייב כרת הא הוי קרבן פסול ולמה לי' להש"ס לאסוקי הך דיוקא דהא שוגגין פטורין דמשמע דרק משוגג קא מקשי [ועי' בפירוש הרא"ש בנדרים שם דבאמת הקושיא גם ממזיד ולא מייתי הברייתא אלא להוכיח דהוי פיגול מה"ת ואולי גם הרשב"א מפרש כן] ומזה מוכח כדברי הר"ן ז"ל דמקשה רק משוגג משום שאין השליח רוצה לאפוקי מדעת בעלים כלל ולא שייך בזה אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה וקושית הש"ס הוא ממה שהקרבן פסול ולא מכרת דהא בשוגג בלא"ה ליכא כרת וא"כ כיון שבארנו דקושית הש"ס מהא דהקרבן פסול הדק"ל דהא פסול מטעם דכיון דבעי שליחות והוא שינה בשליחות ממילא ליכא כאן שליחות ונפסל:

ולכאורה היה אפשר לומר דהש"ס מפרש הא דהכהנים שפגלו במקדש היינו בשחיטה ובשחיטה לא בעי שליחות כיון דבזר נמי כשירה וכמו שבארנו במק"א והא דלא משני דמיירי באמת בשאר עבודות ונפסל הקרבן מטעם שינוי השליחות כדברי הרשב"א ז"ל הוא משום דהרשב"א ז"ל בגיטין (דף נ"ג) מקשה שם אהא דכהנים שפגלו במקדש מזידין חייבין מ"ש מעושה מלאכה בפרת חטאת דפטור מדיני אדם וחייב רק בד"ש ותי' דשאני פיגול דבשעה שמפגל עושה מעשה ששוחט אבל הכא אינו עושה מעשה ומשמע דזהו דווקא בשחיטה דאיכא מעשה שחיטה אבל לא בשאר עבודות דבשאר עבודות חייב רק בד"ש ולהכי מקשה שפיר כיון דע"כ מיירי בשחיטה דלא בעי שליחות לימא לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי מיהו ז"א דא"א לומר דהש"ס סובר דמתניתין מיירי רק בשחיטה דא"כ אפילו אם נימא דכהני שלוחי דשמיא נינהו נמי תקשה אמאי יכול לאסור הא על שחיטה לא שייך לומר דרחמנא שוויא שליח אף לאסור דמאן שוויא שליח דכיון דשחיטה כשירה בכל אדם הא לא נעשה הכהן שליח לשחוט דדוקא בשאר עבודות שייך לומר שלוחי דשמיא ולא בשחיטה ומדקאמר הש"ס א"א שלוחי דשמיא שפיר ע"כ דמוקי לה בשאר עבודות דבעי שליחות ומה דחייב בדיני אדם ולא מדמינן לה לעושה מלאכה בפרת חטאת שהכניסה לרבקה בשביל שתינק ותדוש שפטור מד"א. משום דהתם ליכא מעשה כלל דבשעת הכנסה לרבקה לא מיפסלה ואח"כ כשדשה מיירי דהוא לא עביד מעשה והיא דשה מאיליה רק שפוסלה במחשבתו שרוצה שתדוש וכיון דלא הוי אלא מחשבה להכי פטור מד"א משא"כ בפיגול דבשעה שמחשב זורק וקא עביד מעשה חייב נמי בד"א] וא"כ הדק"ל מאי מהני הא דמצי למימר לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי:

מיהו לשיטת הר"ן ז"ל נראה דלק"מ כיון דכ' דלא שייך בשוגג אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה משום שלא רצה לאפוקי מדעת בעלים א"כ אין בזה ביטול השליחות נמי כיון שעשה הדבר לדעת בעלים רק שהי' שוגג שהי' סובר שאין הקרבן נפסל בכך השליחות קיימת ורק מחשבתו מתבטלת מטעם לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי ודוקא היכא דשינה השליח במעשה אז בודאי אמרינן דאף בשוגג השליחות מתבטלת אבל הכא דהמעשה עביד כפי שנצטווה רק שחישב מחשבה הפוסלת בזה אמרינן כיון שעשה בשוגג ולא רצה להוציאה מציווי הבעלים מעשיו קיימים ומחשבתו מתבטלת משום לתיקוני שדרתיך כו' ושפיר פריך אמאי פיגולן פיגול:

ולפי"ז לא קשה על דברי הרא"ה דלהוי כנוחר מטעם דכיון דאנו מבטלין מחשבתו כמאן דלא עביד דמי דגם הרא"ה לא אמר אלא כששחט בהמת חבירו לעכו"ז מדעת עצמו

שזה רצה להוציא מדעת בעלים וכיון שאנו מבטלין מחשבתו גם מעשיו מתבטלין אבל הכא גבי פגול ששחט אדעת בעלים ובשוגג חישב מחשבה הפוסלת בזה אף שהמחשבה מתבטלת מ"מ מעשה דידי' קיים שהרי רצה למלאות שליחות הבעלים ואלו הוה ידע שמחשבתו פוסלת אף הוא לא הי' מחשב כלל להכי מעשיו קיימין ומיושבין דברי הרא"ה ז"ל:

אולם לע"ד אין כוונת הרא"ה ז"ל כמו שפי' הט"ז דלהכי אסורה באכילה משום דכמאן דלא עביד דמי היכי שמחשבתו מתבטלת אלא כוונת הרא"ה ז"ל דלהכי אסורה באכילה משום דגברא לא חזי דאף דאין הבהמה נאסרת בתקרובת עכומ"ז משום שאין אדם אוסר דשא"ש מ"מ האי גברא עבד עכומ"ז ודמי למשתחווה להר שההר אינו נאסר וגברא חייב מיתה כדאיתא סנהדרין (דף ס"א) וקיי"ל דמומר לעכומ"ז שחיטתו פסולה והויא נבילה ואף דבפעם אחת לא נעשה מומר כמ"ש התוס' בחולין (דף י"ד) מ"מ הא כתב הר"מ ז"ל בפהמ"ש בחולין (שם) גבי שוחט בשבת דבמזיד נעשה מומר בתחילת שחיטה ושחיטתו פסולה כדין שחיטת מומר לעכומ"ז [ואף דבגמרא שם פריך אמתניתין דשוחט בשבת ונוקמה במזיד ור"מ צ"ל לדעת הרמז"ל דהש"ס בעי לאוקמי במזיד וכמ"ד מקלקל בחבורה פטור דלא נעשה מומר לחלל שבת כיון דהוי מקלקל והר"מ קאי למ"ד מקלקל בחבורה חייב וצ"ע] וה"נ בתחילת השחיטה נעשה מומר לעכומ"ז [וכמו שבארנו במק"א דאם גמר כל שחיטת הסימן לעכומ"ז נעשה למפרע כל השחיטה זבחי מתים דקיי"ל ישנה לשחיטה מתחילה וע"ס] ופסולה כל השחיטה דהוה לה כנוחר משום דגברא לא חזי והיינו דכתב הרא"ה ז"ל דגברא לא חזי ולא איהו אסר לה אלא דלא שרי לה דהיינו דמומר לעכומ"ז אינו ראוי להתיר ע"י זביחתו ומומר לעכומ"ז ששחט דמי לשחוטה מאילי' כגון נפלה סכין ושחטה דהויא נבילה דרחמנא אמר וזבחת ואכלת מי שהוא בר זביחה אכול מזבחו שמתיר ע"י זביחתו אבל עכומ"ז ומומר לעכומ"ז אינו מתיר ע"י זביחתו ואף שאינו שלו מ"מ איהו לא שרי לה:

ולפי"ז לא קשה נמי קושית המשמרת הבית מהא דפריך משוחט בחוץ לעכומ"ז למ"ד א"א דבר שא"ש מכי שחיט בה פורתא אסרה כו' דמשמע דלמ"ד אין אדם אוסר דשא"ש לא נאסרה דהתם כיון שהי' שוגג דהא חייב ג' חטאות קתני ובשוגג הא לא נעשה מומר כלל ומיושבים היטב דברי הרא"ה ז"ל:

ומש"כ הראיה ז"ל שם דגם למ"ד דבישראל אמרינן לצעורי קא מכוין מ"מ באכילה אסור ולכאורה קשה דהא כיון דאמרינן לצעורי קא מכוין ולא כיון כלל לעכומ"ז א"כ הא לא נעשה מומר ואמאי אסור באכילה וי"ל דגם זה נכון דבאמת הא דאמרינן לצעורי קא מכוין

היינו דאף שאמר שכיון לעכום"ז לא מהימן לי' ואמרינן דבמחשבתו לא כיון לעכום"ז רק שאמר כן לצעורי' וע"ז קשה דהא בגיטין (דף נ"ד) אמרינן היה עושה עמו בטהרות וא"ל טהרות שעשיתי עמך נטמאו היה עושה בזבחים ואמר לו זבחים שעשיתי עמך נתפגלו כל שבידו נאמן אבל אם אמר לו שעשיתי עמך ביום פלוני אינו נאמן עיי"ש בגמ' וא"כ ה"נ כשאומר שכיון באמת לעכום"ז נאמן ואין לומר דהתם נאמן כשהוא בידו דמיירי כשאומר ע"י אחרים נטמאו אבל לומר על עצמו שעשה איסור אינו נאמן אפילו היכא דבידו. דז"א דהא בזבחים שעשיתי עמך נמי עשה איסור ואפ"ה נאמן היכא דבידו וא"ל דהתם גלי קרא דנאמן כשאומר פיגול דז"א דהא איכא לאוקמי קרא במפגל קרבן עצמו שיודע בעצמו שפיגלו אבל אם כהן אחר שאמר שפיגל קרבן שאינו שלו אינו נאמן ואף דדרשינן בנדרים (דף ל"ו) לא יחשב מ"מ ולא אמרינן לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי א"כ גלי קרא דגם אחר מצי מפגל מ"מ הא אפשר לומר דהאי קרא לא מהני אלא דלא נימא לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי ויש כח ביד הכהן לאסור אף שאינו שלו אבל לענין נאמנות אפ"ל דלא מהימן כיון שאינו שלו וקרא מיירי בשמעיני' דמפגל כדאמר בגיטין (דף נ"ד) אבל אם לא שמענו לא מהימן ומדלא מפליגינן בהכי ש"מ דכל שבידו מהימן אפילו לאמר שעשה בעצמו האיסור וא"כ ודאי דקשה לכאורה למה אמרינן בשוחט בהמת חבירו לעכום"ז לצעורי קא מכוין הא עומד וצווח שלא אמר לצעורי ושחט באמת לעכום"ז ואפילו אם אומר כן אחר ששחט נמי הא רבא סובר שם בגיטין (דף נ"ד) דכל שהי' בידו פעם אחת אפילו אמר אח"כ נמי נאמן א"כ אם אומר אחר השחיטה ששחט לעכום"ז ולא לצעורי אמאי אינו נאמן ורוב פוסקים פסקו בזה כרבא עיין ברא"ש בגיטין (דף נ"ד) שם:

ונראה דהא דאמרינן דכל שבידו נאמן הוא דווקא על מה שנעשה פועל ולא על דבר אחר ובזבחים שנמסר הקרבן לידו להכשירו ולעשות בו הכשר קרבן ובלעדו הקרבן פסול דהרי הקרבן שחוט לפנינו ואם לא נעשה בו כל הכשר קרבן הרי הוא פסול והוא נעשה פועל להכשיר הקרבן לכן נאמן לומר שהוא פסול מחמת פגול וכן טהרות ויי"נ שהוזכר בתוספות ובראש"ש שם בגיטין שהוצרכו לשימור מטומאה וניסוך כגון במקום שע"ה ועכום"ז מצויים ליגע בהן והוא נעשה שומר ופועל לשמרם מנגיעת ע"ה או עכום"ז ע"ז אמרינן דכל שבידו כעת לאביי או שהיה בידו פעם אחת לרבא נאמן מפני שנאמן לומר ע"ע שלא עשה פעולתו וכיון שלא עשה פעולתו דומה הקרבן כמי שלא הוכשר ע"י אדם ופסול והיין כמו שלא נשתמר מניסוך והטהרות כמו שלא נשתמרו מטומאה דמהני אמירתו למימר דכמאן דלא עביד פעולתו דמי ונאמן לומר שלא עשה פעולתו

אבל באומר ששחט לעכו"ז בשלמא לענין אכילה שפיר אמרינן כיון שהוא בידו מהימן לומר לא עשיתי פעולתי ונשחט בפסול ואסור באכילה דכמאן דלא עביד דמי דהא ע"ז נעשה פועל להכשירו לאכילה אבל לענין הנאה אטו הוא נעשה פועל שלא יהא השור נשחט לעכו"ז עכו"ז מאן דכר שמי' וע"ז לא נעשה שומר ופועל וכיון דבחזקת היתר להנאה קיימא אין ע"א נאמן לאסור בהנאה ולומר ששחטו לעכו"ז ואף שבידו לשוחטו לעכו"ז מ"מ הא לא מהני טעמא דבידו אלא במה שנעשה עליו שומר ומסלק פעולתו ונשאר הדבר בפסול וגבי שחיטה אם אנו מסלקין פעולתו ודומה כמו שהשור מת מעצמו לפנינו נמי אינו נאסר בהנאה וסובר הרא"ה ז"ל כדעת ר"ת דאין ע"א נאמן לאסור בדבר שלאו בידו ובקידושין דאמרי' אמר לו ע"א נטמאו טהרותיך והלה שותק נאמן ואפילו אינו בידו הוא משום דשתיקה כהודאה אבל אם אמר איני יודע אין הע"א נאמן אלא אם הוא בידו וגם מה שבידו אינו נאמן אלא בדבר שהפעולה נמסר בידו לתקנה בזה נאמן לאמר שלא נתקן ושפיר קאמר הרא"ה ז"ל אף למ"ד לצעורי קא מכוין לחלק בין אכילה להנאה דבאכילה אמרינן לא איהו אסר לה אלא לא שרי לה היינו שעל פעולתו המוטלת עליו מהני טעמא שבידו משא"כ בהנאה וזה ברור:

[וה"נ ודאי מסתברא לדינא דדוקא אם אמר טהרות שעשיתי עמך ביום פלוני נטמאו בשעה שהיה הוא עסוק לשומרן אבל אם אמר לו טהרות שעשיתי עמך נטמאו בשעה שהיה בידך קודם שמסרתם לידי ודאי דאינו נאמן אע"ג דבידו לטמאן כעת לאביי או שהיה בידו לרבא וע"כ הטעם כמ"ש משום דלא מהני מה שבידו אלא להאמינו לסלק פעולתו ושמירתו אבל לומר שנאסרו או נטמאו קודם שנעשה פועל עליהן לא מהימן אף שבידו לטמאן כעת מיהו בזה בלא"ה לא מהימן דאם איתא דנטמאו או נתנסכו קודם שמסרן לידו לא הוי לי' לקבולי עליו לשומרן כיון שכבר נתנסכו או נטמאו] ואף דלא משכחת לה איסור אכילה בלא איסור הנאה דממ"נ אם כיון לצעורי מותר אף באכילה ואם כיון לעכו"ז אסור אף בהנאה וגבי לא בדק בסימנים אמרינן בחולין (דף ט') דאם לא בדק בסימנים מטמאה אף במשא אף דלגבי טומאה ליכא חזקת איסור דהא לאו בחזקת טומאה קיימא מ"מ הואיל ולגבי אכילה קיימא בחזקת איסור דבהמה בחייה בחזקת איסור קיימא ממילא נמי מטמאה במשא משום דכיון דמהני חזקת איסור לאוסרה באכילה ואנו דנין שלא נשחטה כהוגן ממילא מטמאה במשא כדין נבילה אף דלגבי טומאה ליכא חזקת איסור ואפילו למ"ד דאסורה באכילה ולא מטמא משום דליכא חזקה לגבי טומאה הא כתבו שם התוס' דהוא משום דרוב פעמים שחט שפיר הא לאו הכי לא מצינן למיפלג בין אכילה לטומאה והכא מפלגינן בין אכילה להנאה אע"ג דהא בהא

תליא ולא מצינן למפלגינהו ועיין ב"ב (דף קל"ד) בבעל שאמר גרשתי את אשתי דנאמן מכאן ולהבא הואיל ובידו לגרשה ואינו נאמן למפרע וקאמר התם דאם אמר גרשתי למפרע אף מכאן ולהבא אינו נאמן ולא פלגינן דיבורא לומר דיהא נאמן לכה"פ מכאן ולהבא דבחד גופא לא מפלגינן דבורא וא"כ אמאי כ' הרא"ה ז"ל דמפלגינן דיבורא לאסור באכילה משום דהוי בידו ולענין הנאה אינו נאמן נראה דלא דמי דהכא כיון דמשכחת לה במחשבת עכומ"ז שיהא אסור באכילה ומותר בהנאה כגון בשוחט להר דאמרינן בחולין (דף מ') דהוי פסולה ולא זבחי מתים שפיר מצינן למפלג הנאה מאכילה ולא דמי לאכילה וטומאה דלא משכחת כלל שיהא אסור באכילה גבי חשש אינו זבוח כדין ולא יהא מטמא:

הרי נתבררו דברי הרא"ה ז"ל שמחלק בין איסור אכילה להנאה למ"ד אין אדם אוסר דבר שאינו שלו הוא מטעם דבאכילה אמרינן גברא לא חזי והוי כשחיטת מומר לעכומ"ז דאינו מתיר בשר באכילה משא"כ בהנאה ולמ"ד אדם אוסר דבר שאינו שלו רק דאמרינן דלצעורי קא מכוין החילוק בין אכילה להנאה הוא משום דבאכילה נאמן לומר שלא כיון לצעורי' הואיל שהוא בידו ולענין הנאה לא מקרי בידו ודו"ק כ"ז נלע"ד:

סימן נה

ולענין קושית התוס' והרשב"א ז"ל שהקשו בהא דאמרינן בחולין (ד' י"ב) אמתניתן דכולן ששחטו ואחרים רואין אותן שחיטתן כשירה ואמרינן מאן תנא דלא בעי כוונה לשחיטה ר' נתן הוא כו' ואמאי לא אמרינן דכוונת העומד על גביו מהני כמו גבי גט וחליצה:

ונ"ל דאפ"ל דלא שייך לומר דכוונת העוע"ג מהני אלא היכא דהכוונה היא לכוון לשמה כמו גבי גט וחליצה דבעינן שיכוון לפוטרה דכוונה זאת ראויה להתחלק מהמעשה ואין לה חיבור עם המעשה להכי אמרינן דאף אם עושה המעשה אינו יכול לכוון משום דעתא קלישתא דידי' ואיש אחר העע"ג מחשב אותה כוונה נמי מהני ומצטרפין מחשבת העע"ג עם מעשה דידי' משא"כ בשחיטה דאפילו לרבנן לא בעי כוונה לשם זביחה אלא לשם חתיכת סימנין דהיינו כוונה לעשות המעשה שהוא עושה וכוונה זאת לא חשיבי להתחלק מהמעשה אלא העושה גופא הוא צריך לכוון לשם עשיה שהוא עושה ובזה לא אמרינן זה עושה וזה מחשב דהוה מחשבה הדבוקה במעשה אבל מחשבת לשמה דגבי גט וחליצה דהוא מחשבה המיוחדת מהני מחשבת העע"ג והרי איכא מעשה ומחשבה יחד:

וראיה לזה דהא רבה בר עולא מוקי שם (ד' ב') הכל שוחטין לטמא במוקדשין וכולן ששחטו אליתא קמן דנשייליה ומ"מ אחשו"ק נמי קאי דמזה מוכיח הש"ס דלא בעי

כוונה כמש"כ רש"י ז"ל וא"כ קשה הרי בקדשים ודאי בעינן כוונה לשם זביחה כמ"ש התוס' לקמן (ד' י"ג) ד"ה מנין דמתעסק בקדשים היינו שלא כיון לשם זביחה או שהיה סבור שהוא חולין וכוונת הקטן גרע מסתמא כמו שפי' התוס' בשמעתין (בד"ה קטן) דקיימא עולה בדרום וא"כ אמאי שחיטתן כשירה בדיעבד ודוחק לומר דוכולן ששחטו קאי אטמא במוקדשין ואחשו"ק בחולין ולשיטת התוס' שפירשו דמתני' מיירי באחרים שרואין אותן ששוחטים כהוגן ולא מכווני מידי תיקשי אמאי מהני בקדשים ואפילו לשיטת הרשב"א ז"ל שהבאנו בתשובה דלהכי לא מהני מחשבת הגדול העע"ג בשחיטה משום דלא שייך שליחות בשחיטה ואדם שוחט בהמת חבירו שלא מדעתו ומהני שחיטתו לטהר מידי נבילה וא"כ איכא למימר דכ"ז הוא בחולין דלא שייך שליחות בשחיטה אבל בקדשים דבעינן שליחות הבעלים גם בשחיטה כדילפינן בקידושין (דף מ"א) מושחטו אותו כל קהל עדת ישראל מהני נמי מחשבת הגדול העע"ג מ"מ הא ביאר שם הפ"י דגבי שחיטת קדשים נמי לא בעינן שליחות משום דשחיטה לאו עבודה היא וא"כ לא מהני מחשבת הגדול עע"ג גם בקדשים אבל לפי מה שכתבתי א"ש דדוקא היכא דבעינן מחשבה לשם מעשה לא מהני מחשבת הגדול עע"ג דבעינן שהעושה בעצמו יכוין לשם מעשה אבל בקדשים כיון דבעינן כוונה לשמה ממש מהני מחשבת הגדול עע"ג:

אלא שיש לדחות סברא זו דכיון דלענין כוונת מעשה לא מהני מה שהגדול עע"ג ומחשב א"כ מאי מהני הא דבקדשים וגיטין בעינן מחשבת כוונה לאיזה תכלית הוא עושה הדבר מ"מ הא בעינן נמי כוונת מעשה ונהי דלענין כוונת איזה דבר בא העשיה מהני כוונת העע"ג מ"מ לענין כוונת מעשה לא מהני גדול עע"ג ומחשב וכיון דמחשבת חש"ו דמי כאין לו מחשבת מעשה כלל, א"כ לא מהני גבי קדשים וגיטין מחשבת הגדול עע"ג דדמי לעשה בלי כוונת מעשה דלענין מחשבת מעשה לא מהני מחשבת הגדול עע"ג ואטו קדשים דבעי מחשבה גדולה לשם איזה דבר הוא עושה מגרע גרע דלא בעי גבי דידהו מחשבת מעשה הא ודאי ליתא דוודאי בעי מחשבת מעשה שיכוין לעשות וכיון דחש"ו אין להו הך מחשבה ומחשבת גדול העע"ג נמי לא מהני לענין זה אכתי מאי מהני געע"ג בגט וקדשים מיהו גם זה נכון דאפשר לומר שפיר כיון דמהני מחשבת הגדול העע"ג לענין לשמה של קרבן מהני נמי לענין הא דבעינן כוונה לשם מעשה:

וכעין סברא זו מוכרחת בסוגיא דחולין דבעי מיניה שמואל מר"ה מנין למתעסק בקדשים שהוא פסול שנאמר ושחט את בן הבקר שתהא שחיטה לשם בן בקר א"ל זו בידינו הוא לעכב מנין ת"ל לרצונכם תזבחוהו לדעתיכם זבחוהו ופרש"י ז"ל ד"ה מנין כלומר מנין למתעסק בקדשים שהוא פסול כגון מתעסק בסכין להגביהו או לזורקו ושחט בקדשים

שלא נתכוין לשם שחיטה עכ"ל וקשה ל"ל תרי קראי חד למצוה וחד לעכב הא למצוה לא צריך קרא כלל דהא ילפינן בפ"ק דזבחים (דף ד') דבעינן בכל הקדשים לשמן מדכתיב ואם זבח שלמים קרבנו עד שתהא זביחה לשם שלמים וילפינן כל הקרבנות משלמים מדכתיב זאת התורה כו' ומקשינן כל הקרבנות להדדי וכיון דלמצוה בעינן שיכוין לשמן ממש פשיטא נמי דבעינן שיתכוין לשם חתיכת סימנים וא"כ לא צריך קרא למצוה ובחד קרא תסגי לעכב וצ"ל משום דקיי"ל בזבחים דף ב') דסתמא נמי לשמה קאי כיון שהקדישום כבר לשם קרבן זה והא דכתיב אם זבח שלמים קרבנו שתהא זביחה לשם שלמים היינו שלא יכוין בהדיא לשם קרבן אחר דהא מיקרי זביחה שלא לשם שלמים אבל סתמא מיקרי נמי לשם שלמים והשתא אי לאו קרא דושחט את בן הבקר למעוטי מתעסק הו"א דמהני נמי האי דסתמא לשמה קאי לענין כוונת חתיכה ודמי כאילו כיון לשם חתיכת סימנים ולשם הקרבן שהקדיש מתחילה ולא בעי כוונת חתיכת סימנין אף למצוה להכי בעינן קרא מיוחד לחתיכת סימנין הרי מבואר דאי לאו קרא דבן הבקר הו"א דמהני הא דסתמא לשמה קאי אף לענין כוונת חתיכת סימנים אע"ג דלא שייך לומר סתמא לשמה קאי אלא לענין הקרבן בעצמו שסתמא עומד לשם דבר שהוקדש אבל לענין מה שלא כיון במעשה זריקת הסכין לשחוט לא שייך לומר סתמא לשמה קאי דהא חתיכה זו לא לשם קרבן קאי דיכול לשחוט הקרבן אח"כ ואפ"ה הו"א אי לאו קרא דבן הבקר דמהני גם לזה הא דסתמא לשמה קאי כיון דמהני לענין כוונת קביעת שם הקרבן מהני נמי לענין חתיכת סימנים א"כ אף אנו נאמר אף דגלי קרא דלא מהני הא דסתמא לשמן קאי לענין כוונת חתיכת סימנין מ"מ בגדול עע"ג של קטן ומכוון שתהא השחיטה לשם הקרבן שהוקדש אמרינן מיגו דמהני. מחשבת הגדול העע"ג לענין הא דבעינן כוונה לשם הקרבן שהוקדש מהני נמי לענין כוונת חתיכת סימנין כיון דאיכא מחשבה מעליא ועדיף טפי מסתמא דאע"ג דבסתמא לא מהני הך סברא דבסתמא לשמה להמשיך עמה גם כוונת חתיכת סימנים שיה דומה כאלו מכוין לחתיכת סימנין מחשבת העע"ג שמחשב בהדיא מהני גם להמשיך עמה מחשבת חתיכת סימנין ומהני בקדשים געע"ג ודו"ק:

(הגה"ה ודע דדברי רש"י ז"ל מוקשים קצת שפירש מתעסק בקדשים כגון מתכוין לזרוק בכותל דאם כן מאי שייך בזה למצוה אטו אזהר קרא על דבר שבא בלא מתכוין וי"ל בדוחק ואין להאריך:)

סימן נו

בש"ע יור"ד (סימן ד' סעיף ב') פסק שחטה ואח"כ חישב עלי' ה"ז ספק זבחי מתים. ומהרש"ל פסק כרבינו ירוחם דאסורה באכילה ומותרת בהנאה והכרו"פ כ' דהטעם הוא משום דהוי ספק אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו אי לאו כדאיתא בחולין (דף ל"ט) פלוגתא דרשב"ג ורבנן ולענין אכילה אוקמינן אחזקה אבל בהנאה שרי ע"כ ולא הבנתי דהא בלא בדק בסימנים פליגי (דף ט') דר"א ב"א אמר משום ראבר"י טריפה ואסורה באכילה ובמתניתא תניא נבילה ומטמאה במשא וקאמר דקמיפלגי בדר"ה דאמר בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת מ"ס בחזקת איסור קיימא והשתא מתה היא ומ"ס בחזקת איסור אמרינן בחזקת טומאה לא אמרינן והרמב"ם ז"ל פסק (בפ"א מה"ש הי"ב) דמטמא נמי ועיין בתוס' שכתבו דאף מ"ד דאינה מטמאה הוא משום דרוב פעמים שוחט שפיר ומה"ת שרי אף באכילה ורבנן הוא דגזרו להכי לא גזרו טומאה אבל בספק דאורייתא מודה דמטמא הרי דכיון דאסרינן באכילה מטעם חזקה מהני נמי הך חזקה לטמויי כנבילה אע"ג דבחייה לא היתה מטמאה כיון דאנו מחזיקינן אותה שלא נשחטה כהוגן ממילא בת טומאה היא א"כ הכא נמי לענין איסור הנאה אף דבחייה לא היתה אסורה בהנאה מ"מ כיון שמה שאנו אוסרין אותה באכילה הוא מחמת שמהני חזקת איסור דידה לחוש שמא חישב עליה בשעת שחיטה א"כ ממילא אסורה בהנאה ומ"ש איסור הנאה מאיסור טומאה ואין לומר דדוקא גבי טומאה מהני החזקה משום דלא משכחת כלל שלא יהא בה טומאה אם לא נשחטה שחיטה הגונה משא"כ לענין איסור הנאה דמשכחת שפיר שתהא נבילה ולא תהא אסור בהנאה דהיינו אם לא חישב עלי' להכי לא מהני חזקת איסור לענין הנאה דז"א דמאי איכפת לן הא דלפעמים מתחלק איסור הנאה מאיסור אכילה כיון דבהאי חששא שאנו דנין עלי' דהיינו שאנו מסופקין אם חישב גם בשעת שחיטה א"א להתחלק איסור הנאה מאיסור אכילה ואם חשב עלי' ע"כ אסורה גם בהנאה ואם לא חישב מותרת גם באכילה וכיון דאסרינן באכילה משום חזקה ממילא אסורה גם בהנאה כמו דמטמאה במשא משום האי חזקה:

מיהו יש להסביר קצת דמהני האי חזקה שהיתה בחייה בחזקת איסור שתהא דומה כאילו לא נעשה בה שום מעשה המכשירה כמו שלא נעשה בה בחיי' שום מעשה מכשיר ולהכי לענין טומאה דאם לא נעשה בה שום מעשה מטמאה דהרי מתה להכי אמרינן דבלא בדק בסימנין מטמא אבל לענין איסור הנאה דאם מהני חזקת איסור דידה למהוי כאלו לא נעשה בה שום מעשה עדיין מותרת בהנאה להכי שרינן שפיר בהנאה אע"ג דבגוף הספק שנולד לנו במחשבת השוחט א"א להתחלק איסור הנאה מאיסור אכילה:

ונ"ל להביא ראיה דלא מפלגינן גבי ספק בין איסור אכילה לאיסור הנאה ולא כדברי הכרו"פ ז"ל דאמרינן בחולין (דף י"ג) שחיטת כותי נבילה ומטמאה במשא נבילה אין זבחי מתים לא מאן תנא אר"ח בר אבא אר"י דלא כר"א דאי ר"א האמר סתם מחשבת כותי לעכומ"ז וכו' ופריך וניחוש שמא מין הוא ומשני אר"נ א"ר בר אבוה אין מינין באומות והא קא חזינן דאיכא אימא אין רוב אומות מינים ופרש"י ז"ל הלכך הוי להו מינין מיעוטא ולמיעוטא לא חיישינן עכ"ל ומשמע דדוקא משום דהוי מינים מיעוטא ולמיעוטא לא חיישינן הא אי הוי ספק השקול הוי חיישינן למינין לאסור אף בהנאה כדמשמע מלשון רש"י ז"ל וגם מדברי הש"ס גופא משמע הכי דפריך וניחוש שמא מין הוא אלמא דמספיקא בעינן למיחש ולאסור בהנאה אלא דלכאורה קשה אף לפמש"כ דחזקת איסור דאכילה מהני גם לענין איסור הנאה מ"מ הא בסוגיא דלא בדק בסימנין מבואר דאפילו מאן דסובר מטמאה בנבילה היינו משום דכיון דמוקמינן בחזקת איסור והשתא מתה היא וכיון דמהני חזקה להחזיק שלא נשחט רובא ע"כ ממילא מטמא אבל הכא דאסורה באכילה משום שחיטת כותי מהיכי תיתי נימא דאסורה בהנאה ומנין לנו להחזיק שחישב עלי' הא לענין הנאה ליכא חזקת איסור ובשלמא בישראל ששחט שפיר היה אפ"ל דהיכא דמספקינן אי חשב לע"ג אי לא אסרינן בהנאה דמגו דמהני חזקת איסור לגבי אכילה מהני ע"כ לענין הנאה ממילא דהא מחזקינן שחישב עלי' דהא אם לא חישב עלי' מותרת אף באכילה וכיון דבעינן למיסר באכילה מחמת דחישב עלי' ממילא נאסרה בהנאה אבל בכותי ששחט דבאכילה אסורה בלי ספק ואנו מסופקין שמא חישב עלי' מהיכי תיתי תועיל החזקה לגבי איסור הנאה דהא דאסרינן באכילה לא מטעם חזקת איסור (הנאה) רק דשחיטת כותי אסורה בלי ספק אבל לענין הנאה הא ליכא חזקה לאיסורא ואין לומר דנהי דחזקת איסור לא מהני לאסור בהנאה מ"מ ספק השקול מיהו הוי דבעינן למיחש שמא חישב עליו דז"א דאדרבה לענין הנאה איכא חזקת היתר שעד עכשיו היתה מותרת בהנאה דהרי גבי לא בדק בסימנין למ"ד בחזקת איסור אמרינן בחזקת טומאה לא אמרינן אזלינן לקולא משום דכיון דלא מהני חזקת איסור ספק השקול נמי לא הוי משום דאיכא למימר אדרבה נעמידנה בחזקתה שלא היתה טמאה עד עכשיו ואף שהתוס' הוצרכו התם לאמר דמה"ת מותר לגמרי משום דרוב פעמים שוחט שפיר משמע הא לאו ה"ט דרוב פעמים שוחט שפיר היה מטמא אף למ"ד דחזקת איסור לא מהני לגבי טומאה דמשום ספק השקול בעינן למיזל לחומרא מ"מ הא כבר כתבנו במק"א דטעמם משום דלא שייך לאוקמי אחזקת טהרה שעד עכשיו לא היתה מטמאה משום דעד עכשיו היתה בעלי חיים ולא היה שייך בה טומאה וכל כה"ג לא הוי חזקה

אבל לענין איסור הנאה דגם בבעלי חיים שייך איסור הנאה והיתר הנאה ודאי דמוקמינן אחזקה שהיתה מותרת בהנאה עד עכשיו וא"כ ודאי דקשה מאי פריך ניחוש שמא מין הוא כיון דלא מהני חזקת איסור של הבהמה לענין לאסור בהנאה להחזיקה שחישב עלי' מחמת שבלא"ה אסורה באכילה א"כ בעינן לאוקמי אחזקה דהתירא לענין הנאה: **ונ"ל** דמזה יש להביא ראיה לשיטת הפוסקים דבשוחט בהמה לכותי נאסרה במעשה כל דהו ואפי' במיעוט קמא דקנה כמו שביאר הש"ך בנקודת הכסף (ביור"ד סימן ב') ולהכי שפיר פריך וניחוש שמא מין הוא משום דבמיעוט קמא דקנה הוי כקוץ בעלמא דניקב הקנה כשירה ואז נולד לנו ספק לאוסרה שמא שחט הכותי לשם כומ"ז דאז אין בה עדיין איסור במה שהתחיל לשחוט מיעוט הקנה וע"י מעשה דידי' ואם לא חישב לכומ"ז אינה נאסרת דאילו היה שבקה הי' מועיל לה שחיטה להתירה ע"י ישראל רק שאנו מסופקין שמא חישב לעבודת כוכבים ואסרה במחשבתו גם במעשה דמיעוט קמא דקנה. וכיון דבהמה בחייה בחזקת איסור אינה זבוחה עומדת בעינן למימר שהכומ"ז הזה אסרה במעשיו ומחשבתו שנאסר לגמרי שלא יועיל לה שום שחיטה כלל להכי נאסרת גם בהנאה דכיון דחזקת איסור דידה הועיל לאוסרה וע"י מעשה דידי' לחוד אינה נאסרת דמיעוט קמא דקנה לאו כלום הוא ואין בידינו לאוסרה אלא אם נימא שחישב לעכומ"ז וממילא נאסרת בהנאה אף שבחייה לא היתה אסורה בהנאה מפני שמועיל החזקה לאוסרה באכילה והאיסור אכילה גורר עמו ג"כ איסור הנאה אבל אי נימא כשיטת האחרונים דאינה נאסרת רק במעשה גמור דהיינו וושט או קנה א"כ קודם ששחט סימן א' לא חל איסור הנאה כלל וכששחט סימן א' ואנו צריכין לדון על איסור הנאה ומסתפקין אם כוונתו לעבודת כוכבים אי לא לא מהני לה חזקת איסור אכילה להמשיך עמו איסור הנאה ולומר מחמת זה שחישב לעבודת כוכבים דהא אפילו לא חישב לכומ"ז נמי אסורה באכילה משום שנעשית נבילה ע"י שחיטת כומ"ז שהוא כקוץ ונקב בעלמא וכיון שאסורה באכילה בלא"ה לא מהני החזקה על איסור הנאה והוי לענין איסור הנאה ספק השקול ובעינן לאוקמי אחזקת היתר כמו שהיתה מותרת בחייה בהנאה כן מותרת עכשיו] ולהכי שפיר פריך וניחוש שמא מין הוא דמספיקא בעינן למיסר דבתחילת השחיטה נאסרה באכילה משום מחשבתו ע"י חזקת איסור דידה ויגרור עם איסור זה גם איסור הנאה ושוב לא יפקע עד דהוצרך לשנויי אין רוב אומות מינין והו"ל מינין מיעוטא כמש"כ רש"י ז"ל א"כ הרי הוכחה ברורה דהיכא דא"א לחלק איסור הנאה מאיסור אכילה מהני חזקת איסור גם לאיסור הנאה א"כ ה"ה בשחטה ואח"כ חשב עלי' בישראל דאם לא חשב הרי מותרת לגמרי ואם אנו באין לאוסרה

באכילה הוא רק מחמת ספיקא דשמא חישב עלי' וממילא נגרר איסור הנאה עם איסור אכילה מחמת חזקה ואסורה בהנאה:

ואפשר לומר דמהני חזקת איסור להחזיקו באיסור אכילה לחוד ותלינן ששחט מתחילה לכומ"ז באופן שאינו נאסר רק באכילה ולא בהנאה כגון ששוחט להרים וגבעות דתנן בחולין (דף מ') דפסולה ולא הוי כזבחי מתים אע"ג דהשתא לאחר שחיטה אמר ששוחט לדבר שנאסר בהנאה מ"מ מה שהוכיח סופו על תחילתו אמרינן רק דשחט לשם כומ"ז אבל לא לשם ע"ז האוסר בהנאה ואף דרש"י ז"ל פי' דלשם הרים פסולה רק מדרבנן מ"מ כיון דבחזקת איסור קיימא אסור אפילו בספק דרבנן וצ"ע:

עוד יש לעיין במש"כ הכרו"פ דלענין הנאה מוקמינן אחזקה דלכאורה נראה דעל רגע קטנה דמשעת שחיטה עד המחשבה לא מוקמינן אחזקה וראי' לזה מהא דתנן בנדה (דף י"ד) נמצא על שלה אותיום טמאים וחייבים בקרבן לאח"ז פטורים מן הקרבן ותני עלה שם וחייבים באשם תלוי וקשה כיון דספיקא הוא אמאי חייבין באשם תלוי נוקי אשה בחזקת היתר דמה"ת מוקמינן אשה אחזקה כדאיתא בריש נדה שם (דף ב') לענין חולין וכל היכא דאיכא חזקה ליכא אשם תלוי כמש"כ התוס' ביבמות (דף פ"ח) ואין לומר כיון דבלא"ה טמאה משום משמשת טומאת ערב להכי לא מוקמינן לה אחזקה דאכתי נוקי אחזקה לענין טומאת נדה שאינה טמאה נדה. א"ו דעל שעה קטנה לא מוקמינן אחזקה מיהו זה אינו דהתם דאשה עלולה לראות והשתא ראתה בודאי לא שייך לאוקמי אחזקה ברגע קטן ולאחר זמן ראייתה על רגע קטנה משא"כ הכא דאין הבהמה עלולה לחשב על שחיטתה לכומ"ז ואיכא למימר דלא שחט לכומ"ז ומוקמינן אחזקה שפיר ודו"ק כנלע"ד:

סימן נז

כתב מהרש"ל בספרו יש"ש בחולין (פ"ב סימן י"ג) דאע"ג דקיי"ל הפיל סכין ושחט בו שחיטתו כשירה דלא בעינן כוונה לשחיטה מ"מ אם כיון להדיא שלא לשחוט אותה שחיטה המכשרת אלא לעשות כנחירה וחניקה נראה בעיני דזה לא מיקרי שחיטה וגרע יותר מנפלה מעל הקורה שאינו בכלל וזבחת עכ"ל:

ולכאורה מדברי הש"ס חולין (דף פ"ה) לא משמע הכי דאמר שם ר"ח נפל לי' ואניבא בכיתנא אתי לקמיה דרבי א"ל שקול עופא שחוט על בוביתא דמיא דמורח דמא ושביק ליה ופריך והיכי עביד הכי והתניא השוחט וצריך לדם חייב לכסות כיצד יעשה נוחרו או ומשני כי אתי ר"ד אמר צא טרוף א"ל כי אתי רבין אמר צא נחור א"ל עיי"ש ומאי קשיא לי' לתלמודא דילמא א"ל לשחוט ע"מ שלא יתיר בשר באכילה ומכיון שלא יתיר

ולא יטהר מידי נבילה אין השחיטה מתרת ול"ל לשנויי דא"ל צא וטרוף או צא ונחור ואף דמסיק שם דבעי לאשמעינן רבותא לכל חד וחד לר"ד אשמעינן דשחיטה שאינה ראויה לענין כסוי לא שמיה שחיטה ולרבין אשמעינן דיש שחיטה לעוף מה"ת מ"מ מעיקרא מאי מקשה תלמודא אימא שצוה לשחוט בכוונה שלא לטהר מידי נבילה וכן בברייתא דקתני כיצד יעשה נוחרו או עוקרו אמאי לא קתני תקנתא מעלייתא לשחוט בכוונה שלא לטהר מידי נבילה דעדיף טפי דנחירה הוי צער בע"ח א"ו דהא מילתא לא מהני מידי דכיון דשחיטה לא בעי כוונה אפילו אם כיון שלא יטהר מידי נבילה נמי מותר באכילה:

אלא שלכאורה יש להביא ראי' לדעת מהרש"ל מהא דאמרינן בחולין (דף ל"א) נדה שנאנסה וטבלה אר"י א"ר טהורה לביתה ואסורה לאכול בתרומה טהורה לביתה משום דבעלה חולין הוא וחולין לא בעי כוונה ורי"א אף לביתה לא טהורה. ופריך בסוף הסוגיא ה"ד נדה שנאנסה אילימא דאנסה חברתה ואטבלה כוונה דחברתה כוונה מעלייתא הוא ותו בתרומה נמי אכלה דתנן החרשת והשוטה והסומא ושנטרפה דעתן אם יש להן פקחות מתקנות אותן אוכלות בתרומה ודחיק ר"פ לאוקמי שירדה להקר או שנפלה מגשר ואמאי לא משני כדבעי למימר מעיקרא דאנסה חברתה ואטבלה וגבי שוטה וחרשת דאין להן דעת לעצמן כלל מהני כוונת הפקחות אבל בפקחות דיש להן דעת עצמן והיא כוונה שלא תטהר לא מהני לה כוונה דחברתה להכי א"ר דטהורה לביתה ואסורה לאכול בתרומה ומדלא מוקי הש"ס הכי ע"כ דאם כוונה בהדיא שלא תטהר אף לרב אסורה לביתה דאף דחולין לא בעי כוונה מ"מ במתכוונה שלא תטהר לא מהני אף בחולין וממילא דה"ה בשחיטה כה"ג אם כיון שלא יטהר מידי נבילה אינו מטהר דהא הש"ס מדמה התם שחיטה לטבילה דרמי דר"י דנדה שנאנסה אהא דאמר ר"י דהלכה כסתם משנה דנפלה סכין ושחטה כשירה עיי"ש דאין לומר דפשיטא ליה להש"ס לאידך גיסא דהיכא דאטבלה חברתה מיקרי כוונה מעליא אף גבי תרומה דבעי כוונה אפילו אם היא בעצמה כוונה שלא תטהר דזה וודאי א"א לומר דודאי היכא דבעינן כוונה והיא מכוונה להיפוך לא מהני כוונת חברתה כיון דהיא עצמה בת דעת:

וראי' לזה דהרי דעת התוס' ביבמות (דף ק"ד ע"ב) ד"ה והא דגבי חליצה מהני כוונת ב"ד העומדים ע"ג ולהכי הוצרך לפסול חרש משום שאינו באמר ואמרה וקטן משום דאיש כתיב בפרשה ולא פסלינן להו משום דחליצה בעי שיתכוונו שניהם ואם לא נתכוונו חליצתן פסולה משום דמטעם זה א"א לפסול דגבי חליצה איכא ב"ד המלמדין אותן ועומדים ע"ג שיכוונו עיי"ש בתוס' ואפ"ה אמרינן בהא דאר"ל שם (דף ק"ו) ה"ד חליצה

מוטעת דכשירה כל שאומרים לו חלוץ לה ובכך אתה כונסה וא"ל ר' 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 עיי"ש ומאי קושיא דילמא להכי מכשרינן משום דמיירי דאיכא כוונת ב"ד שכוונו להתירן בחליצה ומהני כוונת העומד ע"ג ומכוון אף שהוא אינו רוצה ומטעינן ליה שיחלוץ ע"מ לכונסה והב"ד מכוונים שתהא מותרת בחליצה זו והא דאסרינן בלא נתכוונו מיירי שלא כוונו ב"ד על מעשה חליצתו בשעת מעשה שיהא לשם פטור להכי אם לא כיון גם הוא חליצתו פסולה ומה שהיא כוונה לשם פטור לא מהני שלא כוונה על מעשיו כ"א על מעשה עצמה ואנן בעינן שיכוון העע"ג על מעשה מי שאינו מכוון [ועיין לעיל שבארנו דכוונת חליצה אינו אלא בגדר כוונה] וכן בההוא דאתא לקמיה דר"ח אמר לי' חלוץ לה ובכך אתה כונסה ולבתר הכי א"ל מינך הוא דאפסלה חלוץ לה חליצה מעליא ולא מצא תקנה להכשיר חליצה ראשונה על ידי כוונת ב"ד ואמר נמי התם דבחליצה מעושית בעי שיאמר רוצה אני מכ"ז מוכח דלא מהני כוונת אחרים העע"ג אלא בקטן וחרש וחרשית כשאין להם דעת עצמן אבל גדול שאינו מכוין ואדרבה מכוין להיפך לא מהני מחשבת הגדול העע"ג:

מיהו אפשר לחלק ולומר דהא דכוונת אחר לא מהני במי שיש לו כוונת עצמו ומכוון להיפוך זהו דוקא בחליצה וכדומה שהוא בעצמו עושה המעשה ודחיי' לכרעי' והיא חולצת ואם הוא אינו מכוון לפוטרה אלא מכוון לכונסה בזה לא מהני מחשבת האחר העע"ג ומכוין לשם פטור אבל הכא מיירי שאנסה חברתה והטבילה היינו שלקחתה בידים בע"כ ואטביל לה במיא בזה אף שהיא כוונה שלא תטהר מהני כוונת חברתה שכוונה לטהרה כיון שחברתה עשתה המעשה והטבילה אותה בידים. ולהכי לא מוקי באנסה אותה חברתה ואטבלה והיא אינה רוצה להטהר דכוונה דחברתה מהני אף לתרומה היכא דהיא מטבילה בידים:

וסברא זו מוכרחת לנו מדברי הרשב"א ז"ל בחידושיו לחולין (דף י"ב) דקאמר שם מאן תנא דלא בעי כוונה בשחיטה ר' נתן היא כו' והקשו התוס' והרשב"א דליהני כוונה דהגדול העע"ג ובשם רבי' ז"ל תי' הא דמהני כוונה דהעע"ג היינו דוקא בגט דמהני שליחות ולא בעי שיכתוב הבעל בעצמו להכי מצטרפין עשיית הקטן והחרש עם כוונת הגדול והוי כוונת העומד ע"ג העושה מדין שליחות אבל דבר שא"א לעשותו ע"י שליח אף עמידת בן דעת ע"ג לא מהני דלא מעלה ולא מוריד במקום שצריך כוונה והלכך חליצה שא"א לעשותה ע"י שליח לא מהני עמידת בן דעת ע"ג וה"ט דשוטה שנחלץ חליצתו פסולה אבל גט שאפשר למנות שליח לכתיבת הגט ולכוונת כתיבת לשמו

ולשמה ואף זה שעע"ג כשליח הממונה לכתוב ולכוין בכתיבתו וטעמא דשחיטה דלא מהני עמידת גדול ע"ג לרבנן דבעי כוונה בשחיטה לפי שהכל תלוי בדעת השוחט דאלו שחט בהמת חברו שלא מדעתו כשירה ואע"פ שלא נתכוון לה כלל בעל הבהמה אלמא כל ההיתר תלוי בדעת השוחט וכוונתו משא"כ בגט דאלו אחר שגרש את אשת חבירו לא עשה ולא כלום והלכך דעת שוחט דוקא בעינן עכ"ל הרשב"א ז"ל ותוכן דבריו דלא מהני מחשבת הגדול עע"ג אלא היכא דשייך גדר שליחות כמו בגט אבל בחליצה דלא שייך שליחות ובעינן שיעשה בעצמו לא מהני גדול עע"ג לענין מחשבה וכוונה וכן בשחיטה אע"ג דיכול לשחוט בהמת חברו ולא בעינן בעלים דווקא מ"מ כיון שאינו צריך בעלים לא שייך בזה גדר שליחות והכל תלוי בדעת העושה לא מהני מחשבת האחר העע"ג וקשה לפ"ז דהא חזינן דגבי טבילה אמרינן באטבלה חברתה דכוונה דחברתה הוי כוונה מעליא ובטבילה נמי ליכא גדר שליחות שהוא בעצמו צריך לטבול וא"כ חזינן דאף במילתא דלא שייך שליחות נמי מהני כוונת העע"ג וצ"ל כמש"כ לעיל דאף דבדבר דלא שייך שליחות לא מהני מחשבת הגדול עע"ג מ"מ היינו עשה מעשה אלא שחישב על מעשה חבירו אבל אם הטבילו אותה בידים ועשו ג"כ מעשה מהני מחשבת המטביל אע"ג דלא שייך שליחות בטבילה מ"מ כיון שהמחשב עושה מעשה ג"כ שפיר דמי. וה"נ לענין מה שאין העושה מעשה הטבילה רוצה להטהר מהני מחשבת המטביל דאע"ג דלא שייך שליחות בטבילה מ"מ כיון שהמחשב עושה מעשה ג"כ שפיר דמי ה"נ לענין מה שאין העושה מעשה הטבילה רוצה להטהר מהני מחשבת המטביל בידים שיועיל טבילתו והא דאמרינן ביבמות (דף מ"ח) עבד איש אתה מל בעל כרחו ואי אתה מל בן איש בע"כ ופרש"י ז"ל גר הבא להתגייר אין לו כח למול בנו גדול בע"כ עיי"ש ברש"י ז"ל ותוס' שם והיינו משום דהבן אינו רוצה הרי דלא מהני מחשבת אביו להטבילו ולהטיל עליו עול מצות מחמת שהבן בעצמו אומר דלא ניחא ליה בגירות ומשמע דאפילו אם מטבילו בידים במים נמי לא מהני מחשבת אביו לשויה גר מחמת שהבן אומר היפוך מחשבת האב התם שאני דבעינן נמי קבלת מצות ולא סגי בכוונת טבילה לחוד ולענין קבלת מצות ודאי דלא מהני מחשבת האב היכא דלא ניחא ליה להבן אבל בטבילה דלא בעינן אלא כוונת טהרה לחוד מהני מחשבת המטבילו בידים אע"ג דלא ניחא ליה להטובל בעצמו וא"כ אפשר לומר דלהכי לא מוקי לה באטבלה חברתה והיא אינה רוצה דבזה הוי כוונה אפילו לתרומה והא דלא מוקי לה באנסה חברתה שתטבול בעצמה והיא אמרה שאין רצונה להטהר דאז לא מהני מחשבת חברתה כיון שלא עשתה בה שום מעשה הוא משום דלשון נדה שנאנסה וטבלה משמע שהיא לא עשתה מעשה הטבילה בעצמה דאי

עשתה מעשה הטבילה בעצמה הול"ל נדה שאנסוה וטבלה. ומדקאמר שנאנסה משמע שלא עשתה בעצמה הטבילה להכי בעי לאוקמי שאנסה חברתה ותקפתה וטבלתה או שנפלה מן הגשר או שירדה להקיר ונפלה כולה לתוך המים דכל הני לא עשתה בעצמה מעשה הטבילה דהכי משמע לשון שנאנסה] היכא דאטבלה בידים אבל היכא דליכא כוונת חברתה או היכא דלא אטבלה בידים דלא מהני כוונת חברתה והיא כוונה שלא ליטהר לא מהני אפילו בחולין גרידא כדעת מהרש"ל ז"ל דדוקא בלא כוונה מהני לחולין אבל במכוון להיפוך לא מהני אף בחולין. ובלא"ה אין ראיה מהא דלא מוקי הש"ס במכוונת שלא ליטהר דאפ"ל דלא ניחא ליה להש"ס לאוקמי הכי משום דהו"ל לרב ור"י לפרושי שנאנסה וכוונה שלא להטהר ומדאמרי סתם נדה שנאנסה משמע דלא חשבה כלל ומוקי לה שנפלה מן הגשר או שירדה להקר:

ולכאורה יש ראיה דלא מהני בשחיטה מה שמכוין שלא לטהרה מידי נבילה מהא דמפרש ר"ל במסכת יבמות (דף ק"ו) דחליצה מוטעת דכשירה היינו באומר חלוץ לה ובכך אתה כונסה ור"י דחי לה משום דבעינן כוונה בחליצה אלמא דלר"ל דסובר דלא בעי כוונה הוה פשיטא ליה נמי דאפי' במכוין שלא לפוטרה מהני כגון בחלוץ לה ובכך אתה כונסה. וא"כ ה"ה בשחיטה כיון דלא בעינן כוונה מהני אע"ג דמכוון שלא לטהר מידי נבילה והדברים ק"ו ומה התם בחליצה דסובר ר"ל דלא בעי כוונה היינו דלא בעינן שיכוון לפוטרה בחליצה זו אבל מ"מ כוונת מעשה אפשר דמודה ר"ל דבעינן דהיינו שיכוין לחליצת מנעל בעלמא ואפ"ה סובר ר"ל דמהני אפילו במכוין שלא לפוטרה א"כ כ"ש בשחיטה דקילא טפי מחשבה דידה דלא בעינן כוונה אפילו לחתיכה בעלמא לרבנן דודאי מהני אף שמכוין שלא לטהר מידי נבילה:

מיהו גם זה יש לדחות דהא דמהני בחליצה לר"ל אף במכוין שלא לפוטרה מיירי שהיא מכוונת לשם פטור רק שהוא מכוין לכונסה וכיון שהיא עושית עיקר מעשה החליצה סובר ר"ל דבתר דידה אזלינן אבל בשחיטה אם מכוין שלא לטהר מידי נבילה לא מהני מידי ועוד יש לחלק בין שחיטה לחליצה דשחיטה לא הוי מצוה וחליצה הוי מצוה אלא שאין כאן מקום לזה] ואין להביא ראיה מהא דאמרינן גבי מצות דאף למ"ד מצות א"צ כוונה מ"מ אם מכוון שלא לצאת לא יצא כמש"כ הראשונים ז"ל (בפ"ק דברכות) בסוגיא דפתח אדעתא דחמרא כו' דהתם שאני דאף למ"ד מצות אצ"כ היינו שא"צ לכוון לשם מצוה אבל מ"מ כוונת מעשה בעינן כדאמרינן בר"ה (דף כט) גבי תקיעת שופר דלא מהני מנבח נבוחי וכיון דבעינן כוונה לשם תקיעה בעלמא וכוונתו גורמת קיום המצוה יש כח גם כן בכוונתו לבטל קיום המצוה היינו כשמכוין בהדיא שלא לצאת. אבל גבי

שחיטה דלא בעינן שום כוונה אפילו אם לא כיון לחתיכה כלל נמי מהני כדאמרינן הא הפילה כשירה וכח גברא לחוד הוא דבעינן ואין בכוונתו שום גורם בקיום כח השחיטה בזה נמי לא מהני כוונתו לבטל כח השחיטה אפילו במכוין שלא לטהר מידי נבילה:

ונ"ל ראיה דגם במתכוין שלא תועיל השחיטה לה לטהרה מידי נבילה נמי מטהר מידי נבילה דהא אמר בחולין (בדף י"ג) מנין למתעסק בקדשים שהוא פסול א"ל דכתיב ושחט את בן הבקר עד שתהא שחיטה לשם בן בקר א"ל זו בידינו הוא לעכב מנין לרצונכם תזבחוהו לדעתכ' זבוחו ופרש"י ז"ל מתעסק שפסול בקדשי' היינו מתעסק בסכין להגביהו או לזורקו שלא נתכוין לשום שחיטה עכ"ל וקשה לי טובא מאי קאמר לעכב מנין והיינו דמקרא לא ילפינן אלא לענין לכתחילה ולעכב מנין וע"ז קשה הא לא שייך לכתחילה שלא יהא מתעסק הא מתעסק הוא בלא כוונה שזורק לנעוץ בכותל והסכין שחט מעצמו ועל דבר שבא בלא כוונה לא שייך להזהיר האדם שלא יעשה כיון שנעשה מאיליו. וכיון דלא שייך בזה לכתחילה ע"כ דאתי קרא לעכב ול"ל תרי קראי אבל אם נימא שלא כדעת מהרש"ל ז"ל דמתעסק בחולין כשר אפילו במתכוין שלא יטהר מידי נבילה נמי כשר דג"ז לא גרע ממתעסק א"כ שפיר קאמר דמחד קרא לא ידעינן אלא לכתחילה דהיינו דאזהר קרא שלא יזרוק סכין לנעוץ בכותל ויכוין שאם ישחוט דרך הילוכו הבהמה לא יטהר מידי נבילה דגם זה קרי מתעסק וכשר בחולין אף שכיון שלא לטהר מידי נבילה וקמ"ל קרא דבקדשים אסור לעשות כן ואצטריך קרא דלרצונכם לעכב וכ"ז אם נימא דבחולין כשר אף אם כיון שלא לטהר מידי נבילה שפיר ואפשר לומר דגלי קרא דבקדשים לא יעשה כן ובלשון מתעסק נכלל גם חושב בהדיא שלא יטהר מידי נבילה דמתעסק בחלבים ועריות דמחייבין בכריתות (דף י"ט) וודאי דנכלל בלשון זה אף אם חישב בשעת אכילתו מפני שהוא שומן ואם היה חלב לא היה אוכל) אבל לדעת מהרש"ל ז"ל דבכיון שלא לטהר מידי נבילה גם בחולין פסול א"כ א"א לאוקמי קרא דבן הבקר להכי כיון דבחולין נמי פסול וע"כ דקרא אתי במתעסק סתם ולא חישב שלא לטהר מידי נבילה וע"ז קשה דלא שייך ע"ז אזהרה לענין לכתחילה דהא הוא דבר שבא בלא כוונה וא"א לאוקמי קרא אלא אדיעבד וא"כ אמאי קאמר לעכב מנין הא ע"כ קרא אתי לעכב וזה ראיה ברורה דמטהר מידי נבילה אף שכיון בהדיא שלא לטהר וקצת יש לדחות דאף דלא שייך להזהיר את המתעסק שלא ישחוט קדשים דרך מתעסק דהא דבר זה נעשה שלא בכוונה ולמאן אזהר קרא מ"מ אפשר לומר דנ"מ לענין אדם אחר הרואה שאיש אחד זורק את הסכין ורואה שדרך הילוכו של סכין יכול להיות שישחוט את בהמת קדשים וצריך הרואה להסב את הבהמה שלא יפגע בה הסכין או

להסב את הסכין שלא יפגע בבהמה וישחטנה משום דלכתחילה מתעסק בקדשים פסול אבל בדיעבד ה"א דכשר להכי איצטריך קרא דתזבחוהו כ"ז נלע"ד:

סימן נח

דין שוחט משהו דסימן א' לעכו"ז מה דינו:

תשובה הר"מ ז"ל כתב (בפ"ח מהלכ' עכו"ז) דבע"ח אינן נאסרין בד"א שלא עשה בה מעשה אבל אם עשה בה מעשה כגון ששחט סימן א' לעכו"ז ה"ז נאסרת ועיין בט"ז (ס"ב סקי"ד) שהוציא מדבריו דבעינן דווקא סי' א' ובפחות אינה נאסרת ובנה"כ הקשה עליו מהא דאמרינן בחולין (דף מ') בהא דמשני הבריי' דשוחט חטאת בחוץ לעכו"ז חייב ג' חטאות דמיירי בחטאת העוף דכולהו בהדי הדדי קאתי ופריך מכדי ר"ה כמאן אמרה לשמעתי' כעולא ועולא מעשה כל דהו קאמר הרי דבמעשה כ"ד נמי נאסרת עיי"ש שכ' דהא דנקט הר"מ ז"ל סימן א' הוא לאו דווקא:

ולענ"ד נראה דדברי הר"מ נכונים דכל שלא שחט סי' א' אינה נאסרת משום זבחי מתים כלל דפחות מסימן א' לאו זביחה היא כלל ודוקא לענין מה דבעינן מעשה משום דבלא מעשה אינו יכול לאסור משום דאין אדם אוסר דבר שאש"ל לענין זה מהני מעשה כל דהו דכיון שעשה בה מעשה כ"ד נקבע מעשיו אף בדבר שאינו שלו אבל לענין שתהא זבחי מתים בעינן זביחת סימן א' לכה"פ ובציר מסימן א' אין הבהמה נאסרת אפי' שלו דאנן זביחה בעינן כדאמרינן בע"ז (דף נא) דבעינן זביחה כעין פנים ובענין אחר לא מיקרי תקרובת עכומ"ז ואינו נאסר וכ"כ הרמב"ם ז"ל (בפ"ג מהלכ' עכומ"ז) דבזביחה חייב בכל מיני עכומ"ז אבל מה שאינו דומה לזביחה לא מחייב אלא א"כ עבודתה בכך ושיבר מקל לפני עכומ"ז חייב ונאסרת זרק מקל לפני' פטור ואינה נאסרת שאינה כעין זביחה אא"כ עבודתה בכך. ובסתם עכומ"ז דאין עבודתה בחתיכת משהו ומעשה כל דהו אינה נאסרת משום תקרובות עכומ"ז אלא בזביחה וזביחה אינה נקראת בפחות מסימן א' והא דפריך מכדי ר"ה כמאן אמר לשמעתי' כעולא ועולא מעשה כ"ד קאמר היינו משום שגמר אח"כ כל הסימן וקיי"ל ישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף וכיון דנשחט כל הסימן מקרי גם התחלת חתי' הסימן זביחה וחל עליו דין זבחי מתים וכדאמרינן (דף לב) דאם שחט מיעוט סימנים בחוץ וגמרן בפנים נמי חייב ועיין רש"י ז"ל דהא דפריך מכי שחט סימן א' אסרה אידך מחתך עפרא בעלמא הוא ולא מחייב אתחילת שחיטה מטעם ישנה לשחיטה מתועד"ס הוא משום דכיון דנאסר בסוף השחיטה ונעשה עפר לא מחייב גם אתחלת שחיטה וכדאמר שם בש"ס נתקלקלה בשחיטה קאמרת כו' וכ"ז שייך לענין שחוטי חוץ דכיון דבסוף שחיטה לא הי' ראוי לפתח אוהל מועד לא מיקרי שחיטת חוץ

למפרע אבל לענין שחיטה לכומ"ז כיון שנגמר הסימן הרי הי' גם התחלת הסימן בגדר שחיטה ומיקרי זבחי מתים ולענין מה שהיא בהמת חבירו מהני גם מעשה כ"ד ושפיר פריך שנאסרה גם בתחילת שחיטה אבל היכא דלא שחט רק משהו דקנה או וושט וודאי דאינה נאסרת דלא מקרי ז"מ במשהו ובע"ח אינן נאסרין אלא בזביחה וראיה לדברינו שהר"מ ז"ל בעצמו כ' (בפ"ד מה' שגגות) בחטאת העוף שמששחט משהו נאסרת ובעינן דוקא חצי קנה פגום וע"כ דשם דמיירי שנגמר כל שחיטת הסימן נאסרת גם מתחילת השחיטה דישנה לשחיטה מתועד"ס אבל בה' עכומ"ז כתב סימן א' משום שאם לא שחט רק משהו אינה נאסרת:

ובזה נראה לי ליישב מה שהקשה הכרו"פ בהא דרב אדא בר אהבה סובר בחולין (דף כח) וושט ולא קנה ולא נתכשר בשחיטת קנה לחוד וסובר נמי בע"ז (דף נד) דאדם אוסר דבר שאינו שלו ע"י מעשה כעולא וכר"ה וא"כ תיקשה לדידיה השוחט חטאת בחוץ לעכומ"ז אמאי חייב ג' חטאות הא מכי שחט בה פורתא אסרה אידך מחתך עפרא בעלמא הוא וליכא לשנויי לדידיה כגון שהיה חצי קנה פגום דהא סובר דשחיטת קנה לא מהני כלל ולפמש"כ א"ש דראב"א יסבור כר"ל דאינה לשחיטה אלא לבסוף ול"צ לאוקמי בחצי קפ"ג אלא כגון ששחט הוושט ובמשהו קמא לא מיתסר דאכתי לא מקרי זביחה כלל ולא נאסר רק בגמר שחיטת הוושט ואז מתחייב משום שחוטי חוץ והש"ס דמקשה דלעולא מיתסר בכל דהו הוא רק לדידן דקיי"ל ישנה לשחיטה מתועד"ס וזה פשוט:

סימן נט

לבאר דעת הרמב"ם ז"ל בדין אין אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה ויבואר בזה כמה סוגיות: ז"**ל** הרמב"ם ז"ל (פ"ב מהלכות שחיטה ה' כ"א) שנים אוחזין בסכין ושוחטין אחד מתכוין לשם דבר שהשוחט לו שחיטתו פסולה והאחד לא היה לו כוונה כלל ואפילו נתכוין לשם דבר המותר להתכוין לו ה"ז פסולה וכן אם שחט זה אחר זה והתכוין אחד מהם לשם דבר הפוסל פסול בד"א כשהי' לו שותפות בה אבל אם אין לו בה שותפות אינה אסורה שאין אדם מישראל אוסר דשא"ש שאין כוונתו אלא לצערו עכ"ל. והלח"מ כתב שם אבל עכומ"ז אוסר כמבואר שם דאוקמי מתני' דשנים אוחזין בישראל מומר עכ"ל הנה מבואר שמפרש בדעת הרמב"ם ז"ל דאדם אוסר דבר שא"ש ע"י מעשה רק דבישראל אמרינן לצעורי קמכוין אבל בעכומ"ז וישראל מומר אסרינן. וכן דעת הכ"מ (בפ"ח מה' עכומ"ז) בדעת הרמז"ל שכתב שסמך מ"ש בה' שחיטה לחלק בין ישראל לעכומ"ז ובין אית לי' שותפות ללית לי' שותפות וכן דעתו בב"י (סימן ד') בדעת הר"מ ז"ל:

אבל לענ"ד דלפי דבריהם דבריו ז"ל מוקשים מאוד שכ' שאין אדם מישראל אוסר דשא"ש דמשמע שאין לו כח לאסור ומסיים שאין כוונתו אלא לצערו דמשמע שאנו מתירין מחמת שהוא בעצמו לא כיון לאסור הא אם היה מכוין לאסור היה יכול לאסור ע"י מעשה וכבר עמד בזה הגאון בכרו"פ ז"ל ועוד קשה שמדברי הרמז"ל (בה' עכומ"ז) מבואר שדעתו שאין אדם יכול לאסור דבר שא"ש אפילו ע"י מעשה כלל ואפילו עכומ"ז שודאי כיון לאסור נמי אינו יכול לאסור שהרי שם (בפ"ח) סתמא דמילתא דמיירי בעכומ"ז שעבד וכתב שאם שחט בהמת חבירו לעכומ"ז או החליף אינו אוסר דש"ש וסתמא דמילתא מיירי בכותי ואפ"ה אינו יכול לאסור ולא הוזכר שם כלל הך סברא דלצעורי קמכוון:

וגם הראב"ד ז"ל פירש כן בדעת הרמב"ם ז"ל שכתב על דברי הר"מ הנ"ל (בה' עכומ"ז) וז"ל א"א אינו כן אלא אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה כדרב הונא ובהכי קיי"ל שמעתתא בעכומ"ז אליבא דהילכתא מיהו דווקא בעכומ"ז או בישראל מומר אבל בישראל אמרינן לצעורי קמכוין עכ"ל הרי שגם הוא פירש בדעת הרמב"ם ז"ל שסובר דאין אדם אוסר דשא"ש אפילו ע"י מעשה והוא חלק עליו מסוגיא דע"ז דאמרינן התם (בדף נ"ד) דנעבד בין שלו ובין של חבירו אסור דמוקי לה שניסך לה יין בין קרני' וכי הא דאמר עולא אעפ"י שאמרו המשתחווה לבהמת חבירו לא אסרה עשה בה מעשה אסרה כו' ומייתי התם מכלים דאחז דכתיב בהו הכנו והקדשנו אחרים תחתיהם משום דעשה בו מעשה אסרו אבל הר"מ ז"ל סובר דאין אדם יכול לאסור דשא"ש ע"י מעשה כפי שפירש הראב"ד ז"ל כוונתו בה' עכומ"ז ומהאי טעמא נמי השמיט הרמב"ם ז"ל (בפ"ד מה' איסורי מזבח) הך אוקימתא דניסך לה יין בין קרני' וכתב התם דנעבד של חבירו נמי אסור והראב"ד ז"ל הגיה שם והוא שניסך לה יין בין קרני' והרמב"ם שהשמיט הך דניסך לה יין בין קרני' משום דסובר דמעשה לא מהני לאסור דבר של חבירו אלא שסובר דבלאו הכי נמי מיתסר ונראה דסמך אסוגיא (דבדף נ"ב) דבעי התם כלים ששימשו בבית חוניו מהו שישמשו בבהמ"ק ומבעי לי' אליבא דמ"ד בית חוניו לאו בית עכומ"ז הוא מי אסירי מטעם קנסא או לא וא"ל אסורים ומקרא הוא בידינו כל הכלים אשר הזניח המלך אחז במלכותו במעלו הכנו והקדשנו ומפרש שהקדישו אחרים תחתיהם ופרש"י ז"ל דיליף מכלים דאחז אע"ג דמדאורייתא לא נאסרו דהקדש נינהו ואין אדם אוסר דשא"ש אפ"ה משום קנסא אסרו מדבריהם וה"ה כלים ששמשו בבית חוניו ועיי"ש בתוס' שהקשו דהכא משמע דהוי רק דרבנן (ובדף נ"ד) משמע דהוי מה"ת דיליף מינייהו דאדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה ודחקו עצמן בזה אבל הרמב"ם ז"ל מפרש דסוגיא דניסך לה יין בין קרני' אזיל

להנך אמוראי דסברי אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה אבל סוגיא דכלים ששימשו בבית חוניו אזיל להנך אמוראי דסברי אין אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה וע"כ הא דהקדישו כלים אחרים תחתיהם ואותם דאחז נאסרו הוא מדרבנן לגבוה ולהכי פשטינן מינייהו גם כלים בבית חוניו ולהכי השמיט הרמב"ם ז"ל (בפ"ד מה' איסורי מזבח) אוקימתא דניסך לה יין בין קרניה וכתב סתם דנעבד בשל חבירו אסור כיון דהוא פסק כמ"ד אין אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה ולא מהני מידי מה שניסך לה יין בין קרני' ותפסינן כהך סוגיא דסברי דכלים דמלך אחז נאסרו רק מדרבנן לגבוה א"כ ה"ה נעבד של חבירו אף בלא מעשה מיתסר לגבוה כמו דמלך אחז:

והא דאמרינן בסוגיא דחולין (דף מ') דלמ"ד אין אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה מחייב משום שחוטי חוץ בשוחט קדשים בחוץ לעכומ"ז ולא פטרינן לי' משום דאינו ראוי לפתח אה"מ דאסור מדרבנן לגבוה כמו נעבד של חבירו לדעת הרמב"ם ז"ל הוא משום דכיון דראוי לפתח אהל מועד מן התורה חייב קרבן אע"ג דמדרבנן לא חזי:

עכ"פ הרי מבואר דהרמז"ל פוסק דמעשה לא מהני בשל חבירו כלל (ובפ"ב מהל' שגגות) שכתב בשוחט קדשים בחוץ לעכומ"ז דאינו חייב אלא בחטאת עוף וחצי קנה פגום או באומר בגמר זביחה הוא עובדה הא לאו הכי נאסרה מתחילת השחיטה ופטור משום שחוטי חוץ התם משום דסובר כיון דקני לו לכפרה כדידי' דמיא כדאמר בחולין שם (דף מ"א):

אלא שקשה לפי זה מ"ש (בה' חובל ומזיק פ"ז) וז"ל המנסך יין של חבירו לא אסרו שאין אדם מישראל אוסר דבר שאש"ל ואם הי' לו בו שותפות או שהי' מומר לעבודת כוכבים שהרי הוא כעכומ"ז או שהתרו בו וקבל ההתראה שהרי הוא כמומר ה"ז אוסר וחייב לשלם ולפמ"ש בדעתו ז"ל שסובר אין אדם אוסר דשא"ש אף ע"י מעשה מאי מהני אם הי' ישראל מומר הא זה לא מהני אלא כי היכי דלא נימא לצעורי קא מכוין אבל למאן דסובר אין אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה גם ישראל מומר אינו יכול לאסור ובאמת שגם לשיטת מפרשיו ז"ל שפירשו דסובר דיכול לאסור ע"י מעשה מוקשה הלשון שכ' מתחילה שאין אדם אוסר דשא"ש דמשמע שאין בכחו לאסור כלל אף אם כיון לאסור ולא מטעם לצעורי קמכוין וכמ"ש לעיל שהקשה כן הכרו"פ על לשון הר"מ (בה' שחיטה) והכא קשה טפי שלא הזכיר כלל לשון וסברא דלצעורי קא מכוין ומזה ודאי משמע דסובר דאין אדם אוסר דשא"ש אף ע"י מעשה:

ומה שקשה במש"כ שישראל מומר יכול לאסור יין של חבירו נראה לי לבאר ויתיישב בזה גם מה (שבה' חו"מ) כתב הני תרי אוקימתא דאית לי' שותפות בגווי' או בישראל

מומר (ובה' שחיטה) כ' רק הך אוקימתא דאית לי' שותפות בגוויה והך אוקימתא דישראל מומר לא זכר הרמב"ם כלל והלא דבר הוא ומה שכתב הב"י ביור"ד (סימן ה') להכי לא הביא הרמב"ם הך אוקימתא דישראל מומר גבי שחיטה משום דמומר בלא"ה שחיטתו פסולה משום גברא דלא חזי קשה דאכתי נ"מ לענין איסור הנאה דמשום גברא דלא חזי לא מהני שחיטתו והוי נבילה ומותר בהנאה משא"כ משום פסול מחשבתו לעכומ"ז אסור בהנאה ועוד נ"מ אם לא עשה הישראל מומר מעשה טריפה וגמר הכשר דכשר לגמרי אע"ג דגברא לא חזי כמש"כ הרמב"ם ז"ל (בה"ש פ"ד הלכה י"ג) ומשום מחשבתו לעכומ"ז השחיטה פסולה אף במעשה כל דהו ואפילו במקצת הקנה כדמוכח בסוגיא דחטאת עוף דמוקי לה דווקא שהי' חצי קנה פגום עיי"ש. וא"כ אכתי הו"ל להרמב"ם ז"ל להשמיענו הך דינא דבישראל מומר השחיטה פסולה משום תקרובת עכומ"ז כמו שזכר (בה' חו"מ) גבי יי"נ גם קשה טובא (דבהלכות חו"מ) כתב הרמב"ם מעיקרא דין מטמא ומדמע תרומה בחולין ומערב יי"נ וחילק בין שוגג למזיד כלשון המשנה ואח"כ כ' דין מנסך ממש וכתב ע"ז דמיירי באית לי' שותפות בגווי' או בישראל מומר ולא חילק כלל בין שוגג למזיד וכתב סתם חייב וקשה דאם סובר כרב דמנסך ממש הוא ג"כ בהך דינא דמתניתין א"כ הוי לי' לפלוגי בין שוגג למזיד דהא רב מוקי מתניתין במנסך ממש ומתניתין קתני בשוגג פטור במזיד חייב ואמאי לא כ' הרמב"ם דבשוגג פטור וזה תימא גדולה:

ועוד קשה לי בסוגיא דחולין (דף מ"א) כי פריך לר"נ ולר"ע ולר"י דסברי אין אדם אוסר דשא"ש ממתניתין דהמטמא והמדמע והמנסך ומשני דאית לי' שותפות בגוויה אמאי לא משני דמיירי בישראל מומר כמו דמשני אהא דפריך למאן דסובר לצעורי קא מכוין ואע"ג דלמ"ד דאין אדם אוסר דש"ש מומר ואינו מומר שוין דכיון דלאו דידי' אינו יכול לאסור מ"מ הא הראב"ד ז"ל כתב ונביא דבריו אי"ה לקמן] דאף מ"ד אין אדם אוסר דשא"ש היינו דווקא למהוי יי"נ האסור מה"ת אבל מדרבנן מיתסר לכ"ע דגזירת מגע עכומ"ז גזרו אף ביינו של ישראל שאינו שלו וא"כ לוקמי מתניתין בישראל מומר דאוסר יין במגעו וכש"כ כשניסכו בהדיא ונאסר היין מדרבנן דאף דאינו נאסר מן התורה מטעם שאינו שלו מ"מ מדרבנן מיתסרי דלא גרע ממגעו וכיון שנסכו בכוונה שידע שיאסר היין צריך לשלם דודאי אף היכא שאוסר היין מדרבנן לחוד נמי צריך לשלם כיון שמזיד הוא בזה שידע שהיין אסור עי"ז. ונהי דבנוגע ביין של חבירו אף שיודע שהיין אסור אינו חייב לשלם כיון דאינו אומר בפיו שמנסכו מאי חיובא איכא עליו שיזהר שלא יגע ביין של חבירו ואף שאנו יודעין בו שהוא יודע שאם יגע ביין ישראל נאסר היין מ"מ אינו

מוטל עליו מלזהר מליגע ביין של ישראל ואם אמר בהדיא שנוגע בו כדי לאוסרו אין היין אסור כלל כמ"ש הרמ"א ז"ל ביור"ד (בס"ס קכ"ד) בשם התה"ד והא"ז ז"ל דאפילו רק כשניכר שנוגע רק להכעיס ולאסור אין היין נאסר ע"י מגעו ובשלא אמר שרוצה. ליגע בו כדי שנאסר היין אין עליו חיוב כלל כיון שלא נסכו בהדיא רק שנגע בו ועבור זה אין עליו חיוב תשלומין [ועי' בתוס' דחולין שם בד"ה הכא נמי ובפ"י בגיטין מה שהקשה בזה ולפי דברינו ניחא] אבל מנסך שנסכו בהדיא כדינו של ניסוך חייב לשלם כשיודע שיאסר היין על ידי ניסוך זה משום דבמה שנסכו לא גרע ממגעו סתם אף דאין אדם אוסר דשא"ש וא"כ תיקשי לישני דמיירי בישראל מומר שניסך היין בהדיא רק שאינו נאסר מחמת שאינו שלו אבל מדרבנן מיתסר דלא גרע ממגעו סתם דגזרו בי' כל שאינו אומר שעושה כדי להכעיס ולאסור היין וחייב במזיד כשיודע שהיין נאסר ע"י ניסוך ואין לומר דדחיק לי' להש"ס לאוקמי סתמא דמתניתין בישראל מומר ועדיפא לי' לשנויי דמיירי באית לי' שותפות רק בתר הכי למ"ד לצעורי קא מכוין דלא מצי משני דאית לי' שותפות דגם בשותף מצינן למימר לצעורי קא מכוין כמ"ש התוס' שם בסוגיא להכי מוכרח לשנויי בישראל מומר אבל מעיקרא עדיפא לי' לתרץ באית לי' שותפות מלתרץ בישראל מומר דז"א דהא הרמב"ם ז"ל פוסק דגם באית לי' שותפות לא אמרינן לצעורי קא מכוין (בה' חו"מ) כמ"ש לעיל לשונו ז"ל א"כ גם למ"ד לצעורי קא מכוין הוי מצי לתרץ דמיירי באית לי' שותפות כדמשני למ"ד אין אדם אוסר דש"ש והא דלא משני הכי למ"ד לצעורי קא מכוין ומשני בישראל מומר לעבודת כוכבים ע"כ דהך אוקימתא דאית לי' שותפות בגוויה דחיק לי' טפי לאוקמי סתמא דמתניתין בשותף ומוקי לה בישראל מומר דהכי ניחא טפי [ועיין לעיל בתשובה] א"כ תיקשה אמאי לא משני גם כי מקשה למ"ד אא"א דבר שא"ש דמיירי בישראל מומר והאיסור הוא משום מגעו דאסור מדרבנן אף בדבר שאינו שלו כיון דהאי שנויא דישראל מומר עדיף לי':

ומכ"ז נראה לי דודאי הרמב"ם ז"ל פסק כמ"ד אין אדם אוסר דשא"ש אפילו ע"י מעשה וכפי הבנת הראב"ד ז"ל בכוונתו וכן פסק בה"ג (בהלכות שחיטת חולין) והביא כן משמו הרמב"ן ז"ל בס' מעשה צדיקים על מסכת עכומ"ז ומה שפסק (בהלכות חו"מ) דאם הי' ישראל מומר אסור נבאר ג"כ על נכון בעזהש"י דלכאורה קשה לי בהא דקים לי' להש"ס דאי אין אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה אין אדם יכול לנסך יין חבירו דהנה הא בגיטין (דף נ"ג) פריך למ"ד היזק שא"נ שמי' היזק ממתניתין דגזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך ופרשו התוס' דקושית הש"ס הוא דלמ"ד שמי' היזק מיקרי שינוי ולא מצי אמר הש"ל משמע דלמ"ד לא שמי' היזק א"ש משום דלא הוי שינוי וקשה נהי

דשינוי לא הוי מ"מ איסורי הנאה לאו דמרי' נינהו ופקע רשות בעלים מיני' ואמאי מצי אמר הש"ל הא הגזילה לא דנגזל הוא והגזלן צריך לשלם אשעתא דגזל מיני' ואין לומר אף שהגזילה יצא מרשות הנגזל ע"י שנאסר בהנאה מ"מ כיון שלא נכנס עי"ז לרשות הגזלן מצי אמר הש"ל להכי אעפ"י שיצא מרשות נגזל משום דנאסר בהנאה מ"מ לרשות גזלן לא נכנס דז"א דהא עיקר קניית הגזלן תלי' ביציאתה מרשות נגזל דכל אימת דיוצא מרשות נגזל ממילא קני לה גזלן דהא מה דיאוש קנה למ"ד יאוש קונה אטו הגזלן עשה בזה שום קנין דליקני' האי יאוש אלא ע"כ דאין פעולת היאוש אלא שהיאוש מחליש רשות בעלים מהגזילה וממילא קני לה הגזלן ועיין בתוס' ב"ק (ס"ט) ד"ה כל שלקטו שנסתפקו לומר דאפילו אין הגזילה מונחת ברשות הגזלן בשעת יאוש נמי קני לה אע"ג דלא קני' לי' רשותא דהא אינה מונחת ברשותו אעפ"כ קנהו וע"כ הטעם דהוקלש רשות הנגזל ע"י יאוש וממילא קני לה הגזלן ואהני לי' הגבהתו בשעה שגזלה שיכנס לרשותו כל אימת שיוחלש כח הנגזל ע"י יאוש ואפילו הא דשינוי קונה דדרשינן לה מקרא דאשר גזל אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא חייב לשלומי אטו הגזלן עשה שום קנין בזה הא אפילו שינוי דממילא נמי קני כמו גזל פרה וילדה ואפילו אינו ברשותו בשעת שינוי וע"כ נמי מטעם דגלי קרא דהיכא דנשתנה החפץ יוצא מרשות בעלים וממילא קנהו הגזלן [ועיין מה שכתבתי במק"א] א"כ חמץ שנאסר בהנאה ויצא מרשות נגזל ממילא נכנס לרשות גזלן ואמאי מצי אמר הש"ל למ"ד היזק שא"נ לא שמי' היזק נהי דשינוי לא הוי מ"מ מרשות נגזל יצא ע"י איסורו וצ"ל דנהי דכל היכא דיצא מרשות נגזל קני לה הגזלן מאיליו בלי שום מעשה מ"מ איסורי הנאה שאני שאינו יכול ליכנס לרשות גזלן דלאו בר קנין הוא:

והא דפריך בב"ק למ"ד יאוש קונה ממתניתין דגזל חמץ וע"ע הפסח אומר לו הש"ל ואי אמרת יאוש קונה האי כיון דמטי זמן איסורו מייאש מיני' התם לא פריך משום דקונה הגזלן החמץ לאחר שנאסר בהנאה דהא לאחר שנאסר בהנאה אינו נכנס לרשות הגזלן דלאו בר קנין הוא אלא דפריך דכרגע קודם זמן איסורו שאינו יכול למוכרו שאין שהות למוכרו עוד ואיסור הנאה עדיין לא בא אז הנגזל מתייאש שידע שאסור בהנאה והגזלן קני לה דעדיין לא נאסר ובר קנין הוא אבל ודאי דאחר שנאסר בהנאה אינו נכנס לרשות גזלן דלאו בר קנין הוא:

והא דפריך בגיטין למ"ד היזק שא"נ שמי' היזק מגזל חמץ ועעה"פ אומר לו הש"ל ואי אמרת שמי' היזק אמאי מצי אמר הש"ל אע"ג דאיסורי הנאה לא מצי הגזלן לקנות התם הכי פריך כיון דהיזק שא"נ שמי' היזק ודמי כאילו הוי היזק ניכר וכמו שנשבר הדבר

ונפסד לגמרי ובנשבר הא לא מצי אמר הש"ל ואע"ג דאיסורי הנאה לאו בר קנין מ"מ אם אין הדבר בעין אלא שנשבר ודאי דלא מצי אמר הש"ל דהא לא מיהדר לי' מאי דגזל מיני' תדע דלאו משום קנין קא פריך דאי משום קנין פריך הא הוי מצי לשנויי דלא קני משום דלא ניחא לי' לקנות איסורא כדמשני בב"ק גבי פרכא דפריך למ"ד יאוש קני אלא ודאי דפריך דכיון דהיזק שא"נ שמי' היזק דמי לנשבר ולא מיהדר לי' מידי אבל משום קנין לא מצי פריך מידי דאיסורי הנאה לאו בר קנין הוא:

ולפי"ז יצא לנו דקושית הש"ס למ"ד השא"נ שמיה היזק דהוי שינוי אבל למ"ד לא הוי שינוי לא קשה דאף שנאסר בהנאה ויצא מרשות נגזל וכל שיוצא מרשות נגזל ממילא קני הגזלן מ"מ לא קשה אמאי א"ל הש"ל הא יצא מרשות נגזל וממילא נכנס לרשות גזלן מתרי טעמא חדא דאין קנין באיה"נ ועוד דאיסורא לא ניחא לי' דליקני להכי מצי אמר הש"ל לפ"ז בהא דפריך מהמטמא והמנסך למ"ד אין אדם אוסר דשא"ש קשה נמי לכאורה דאם הגביה היין [כדאמר בגיטין (דף נ"ג) לרב דאמר מנסך ממש מדאגביה קני' מתחייב בנפשו לא הוי עד שעת ניסוך] וקנאו בתורת גזל לא שייך לומר אין אדם אוסר דשא"ש דהא אמרינן במרובה דאף גנב וגזלן שתרמו תרומתן תרומה משום דהוי יאוש ושינוי השם מעיקרא טיבלא והשתא תרומה ואע"ג דאם לא יחול התרומה ליכא שינוי השם אמרינן דחיילא התרומה ועי"ז גופא בא קנינו וא"כ ה"נ גזלן שמנסך היין אם יחול הניסוך יקנה הגזלן היין דאיפקע ממנו רשות בעלים וכל שפקע רשות בעלים נכנסת ממילא לרשות גזלן וא"כ כשיחול האיסור יהא נקנה לגזלן ובעינן למימר שחל האיסור ניסוך וקני לה כמו גבי תרומה דאינו יכול לתרום דבר שא"ש ואפ"ה חל תרומת הגזלן שע"י התרומה נעשה קנינו ביאוש ושה"ש ה"נ בעינן למימר שחל ניסוך הגזלן שע"י ניסוך ילך ממנו רשות בעלים וזה קנינו וקנינו ואיסורו באין ביחד דכל שפקע רשות בעלים נכנס לרשות גזלן:

מיהו כ"ז שייך בעכומ"ז שניסך אבל בישראל שהגביה ונסך שפיר אמרינן אין אדם אוסר דשא"ש משום דגם אחר הניסוך אינו נכנס לרשותו דאיסורא לא ניחא לי' דליקני כמו דאמרינן גבי חמץ דלא קני מטעם יאוש משום דזה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות וה"נ אף שהגביה ונעשה גזלן ורוצה לנסך מ"מ לקנות שיהא שלו אינו רוצה שאסור אף להיות רוצה בקיומו ולא רצה רק לנסך ולאסור על חבירו ולא לקנות וכמ"ש רש"י ז"ל בחולין (דף מ"א) דמיירי שהגביהו ע"מ לנסך עיי"ש דמשמע שרצה רק לנסך ולא ליטול לעצמו ושפיר אמרינן בזה אין אדם אוסר דשא"ש:

מיהו ישראל מומר נראה דלא אמרינן גביה איסורא לא ניחא לי' דליקני ובו אין שייך לומר אין אדם אוסר דשא"ש משום דאם יחול האיסור יצא מרשות נגזל ומה שיצא מרשות נגזל זהו קנינו של הגזלן ובא קנינו ואיסורו כאחד כמו גבי תרומה דבא חלות התרומה וקנינו כאחד ואין לומר דאכתי גם בישראל מומר שייך אא"א דבר שא"ש דלא קני' לי' ע"י הניסוך משום דאיסורי הנאה לאו בר קנין הוא וזה אמרינן אף בישראל מומר דודאי הא דתנן המקדש באיסורי הנאה אינה מקודשת מיירי אף בישראל מומר דאף שעובר ונהנה מהם מ"מ לא חשיב דמים גביה ז"א דהאי כללא דאין קנין באיה"נ הוא רק אם האיה"נ הוא מבלעדי הקנין כמו חמץ ושור הנסקל ושארי איה"נ אז האיסור מבטל הקנין אבל אם מבלעדי הקנין אין כאן איה"נ והאיסור בא ע"י קנין בזה אמר דתפיס הקנין שפיר ואין האיסור מבטל הקנין דהכי כתב הר"ן ז"ל (בפ' כה"צ) בהא דאמרינן גבי עכומ"ז דלמא מגבה לה והדר מבטלה דאע"ג דאין קנין באיה"נ מ"מ קני לה בהגבהה משום דכיון דמבלעדי קנינו הוי לי' ע"ז של עכומ"ז ויש לה ביטול והאיסור בא רק אם יקנה שאז יהא ע"ז של ישראל דלא מהני לה ביטול אין האיסור מבטל הקנין וה"נ בישראל מומר כיון שיוצא היין מרשות בעלים ע"י שאחר שיחול האיסור יכנס לרשות גזלן לא שייך לאמר אין קנין באיה"נ דהא אם לא יוקנה להגזלן ליכא איסור הנאה והאיסור הנאה בא ע"י מה שנכנס לרשות גזלן ויכול לעשותן יי"נ אין האיסור הנאה מעכב חלות הקנין כיון שמבלעדי הקנין לא היה בו איסור הנאה וא"כ בישראל מומר לא שייך לאמר אין אדם אוסר דשא"ש משום דהיין נכנס לרשותו וקני לי' ע"י האיסור ואין כח באיסור שבא ע"י קנין לבטל הקנין כיון דבלא קנין ליכא איסור אין האיסור מבטל הקנין וחל הקנין וממילא חל גם האיסור:

מיהו זה דוקא אם הגביה היין ונסך דאז שייך לאמר דבא קנינו וחלות האיסור ביחד כמו גבי גזלן שתרם אבל אם לא קנה קודם הניסוך בתורת גזלן ודאי דאינו יכול לאסור דאל"כ כל אדם יכול לאסור דבר של חבירו מחמת שאם יאסר יצא מרשותו א"ו דדוקא בגזלן אמרינן הכי דאם עושה מעשה שאם יחול יצא מרשות בעלים חל הדבר ויוצא מרשות הבעלים ונכנס לרשותו:

ומתבאר לנו מתוך דברינו הלכות גדולות וקבועות המוכרחים בש"ס דגזלן שקנה בהגבהה אם עושה מעשה שאם יחול המעשה יחול קנינו חל קנינו ומעשיו ביחד אף שבלא קנין אין כח במעשיו לחול מ"מ חלים שניהם כאחד וחלו מעשיו כמו גזלן שתרם והקדיש) גם מתבאר לנו דאיה"נ אינם יכולים ליכנס לרשות גזלן דלאו בני קנין נינהו. ואף שבארנו לעיל דעת הרשב"א ז"ל דאיה"נ אינם יוצאים מרשות בעלים מ"מ ליכנס

לרשות קונה ע"י קנין א"א באיה"נ] מיהו מתבאר מדברי הר"ן ז"ל (בפ' כה"צ) דהיכא דקודם הקנין לית בהו איסור הנאה והאיסור יבא אם יחול הקנין אין הקנין מתבטל ע"י מה שיביא הקנין איסור הנאה על דבר הקונה מיהו כ"ז אם א"א לאיה"נ לבא אלא אם יחול הקנין אבל אם האיה"נ בידו לחול אף בלא קנין אף שבא בשעת הקנין ודאי דחל האיסור הנאה ומבטל הקנין כיון דקיי"ל דאין קנין באיה"נ א"כ ודאי דאיה"נ הבא בשעת קנין מבטל הקנין דהר"ן ז"ל לא כתב אלא אם האיסור א"א לחול רק ע"י הקנין דאז אמרינן דאין כח באיה"נ לבטל הקנין כמו גבי ע"ז של עכומ"ז דעד עכשיו הי' בר דמים שמהני בו ביטול והקנין מבטל דמים אין ביטול הדמים שבא ע"י קנין מבטל הקנין אבל אם האיסור הנאה יש בכחו לחול מבלעדי הקנין אף שבא בשעת הקנין ודאי דמבטל הקנין:

ומעתה אחרי הדברים האלה תתבאר כל הסוגיא כולה על מכונה דמעיקרא מקשה הש"ס למ"ד אא"א דבר שא"ש ע"י מעשה ממשנה דמנסך הוא דשם מיירי, בישראל דאף דהך מתניתין מיירי בהגביה היין ונעשה עליו גזלן כדאמר התם דמה"ט לא אמרינן ק"ל בדרבה מיני' משום דמדאגביה קנה מתחייב בנפשו לא הוי עד שעת ניסוך מ"מ בישראל אין הקנין בא ע"י חלות האיסור דאמרינן דאינו רוצה לקנות היין כלל דהא ישראל אסור לו להחזיק יי"נ דאפילו רוצה בקיומו אסור וממילא לא חייל האיסור למ"ד אא"א דשא"ש ולא מצי לשנויי דלעולם אא"א דבר שא"ש ומתניתין מיירי בישראל מומר שהוא כעכומ"ז ולא שייך למימר גביה ישראל מומר זה אינו רוצה לקנות וקני' להאי יין לגמרי א"כ מה שייך למיתני מנסך בהדי אינך בבא דהמטמא ומדמע דהתם אשמעינן דאף שהיזק שא"נ ל"ש היזק מ"מ חייב מפני תקנת חכמים שלא יהא כאו"א הולך ועושה היזק שא"נ אבל הכא אם קנה להאי יין אין חיובו מחמת שעשה היזק שא"נ אלא מחמת שגזל וקנה בהגבהה ואח"כ קנה קנין גמור ע"י איסור של היין ולא מצי אמר הש"ל וא"כ אין זה שייך לדין היזק שא"נ כלל וע"כ דמתניתין מיירי באופן דלא קני להיין לגמרי רק בהגבהה בעלמא להתחייב באונסין מיהו משום חיובא דהגבהה הוי מצי אמר הש"ל והשתא דנסכו בידים חייב אשעת ניסוכו מדין מזיק השא"נ מתקנות חכמים וכמו שביארו בש"ס שם בסוגיא אבל בישראל מומר שקני לגמרי ע"י הניסוך לא מצי לאוקמי והוצרך לשנויי דמיירי דאית לי' שותפות בגויה ולא נאסר אלא חלקו בלבד אבל חלק הניזק לא נאסר רק מפני שא"א לברר חלק הניזק חייב וגם חלק הניזק לא נקנה להמנסך דהא חלקו לא ניסך ולהכי הוי רק היזק שאינו ניכר ולהכי יכול לאסור היין וקמ"ל מתניתין דאף דבשעת הגבהה היה יכול להחזיר לו היין ולאמר הש"ל מ"מ חייב אשעת ניסוך מתק"ח [ואף דלא היה מועיל אם יתן לו חצי היין לחוד משום דקיי"ל אין ברירה והוא צריך להחזיר

לו גזילה בעינה וכשמחזיר לו חצי היין הא איכא למימר שנתן לו חלקו של המזיק ולאו האי דגזל ממנו יהיב ליה וקיי"ל דגזל ואינו יודע אם החזיר חייב מ"מ הי' מועיל אם יתן לו כל היין שני החלקים ביחד ויאמר הש"ל אבל מטעם שחייבו חכמים לשלם לעושה היזק שא"נ לא מהני מה שמחזיר היין וצריך לשלם לו אשעת ניסוך]:

וא"ש נמי הא דלא משני בישראל מומר דמחייב משום מגעו דנאסר מחמת מגעו אף שאין אדם אוסר דבשא"ש דז"א דכיון דע"י ניסוך קני לי' שוב הוי ליה גזלן ואין שייך לדין היזק שא"נ כמו שבארנו וכן הא דמייתי אח"כ תנאי דעכומ"ז שניסך יינו של עכומ"ז דריב"ב וריב"ב מתירין משום דא"א אוסר דבר שא"ש משום דברייתא סתמא קתני דמתירין ומיירי בכל גוונא אפילו לא הגביה היין רק שניסכו וא"כ בלא הגביה דלא נעשה עליו גזלן ודאי דשייך לאמר א"א אוסר דשא"ש ולא שייך לאמר דיבוא האיסור והקנין ביחד דזה לא אמרינן אלא בגזלן אבל אינש דעלמא שלא קנה הדבר בתורת גזילה לא שייך לאמר שיחול האיסור ותפיסת האיסור יהא קנינו כיון דלא קנה לו בתורת גזילה ולהכי סברי דהיין מותר משום דאא"א דשא"ש ולקמן יבואר דאף בהגביהה היין לא קני היין בעכומ"ז המנסך יין] ובתר הכי אמרו ר"נ ור"ע ור"י דאפילו למ"ד אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה מ"מ בישראל אמרינן לצעורי קא מכוין ופריך גם ע"ז ממתניתן דמנסך דנאסר היין ולא אמרינן לצעורי קמכוין וע"ז שפיר משני דמיירי בישראל מומר דלא אמרינן בי' לצעורי קמכוין ולפום סברא דהשתא דאדם יכול לאסור דש"ש ע"י מעשה שפיר מצי לשנויי דמיירי בישראל מומר ולא קשה דא"כ הא ישראל מומר נמי ניחא לי' גם בי"נ וקני לי' ע"י איסורו וחייב מטעם הגבהתו בלא חיובא דניסוך דלא מצי אמר הש"ל דקנייה ליה להיין דז"א דהא דאמרינן דקני ישראל מומר להיין אע"ג דאיה"נ לאו בר קנין הוא היינו דווקא דומיא דע"ז של עכומ"ז שהגביה הישראל דהתם אין כח באיסור הנאה לבטל הקנין משום דאחרי שאם לא יעשה הקנין ליכא איסור הנאה כלל להכי אין כח באיסור ההנאה לבטל הקנין אבל אם איה"נ יש בכחו לחול גם בלעדי הקנין אז ודאי דיכול לבטל הקנין דאיה"נ לאו בר קנין הוא ולהכי השתא כי קיימינן דאדם אוסר דשא"ש ודאי מצינן לאוקמי מתניתין בישראל מומר ואי תקשה הא בישראל מומר לא אמרינן לא ניחא ליה דליקני ונכנס היין לרשותו ע"י האיסור ואינו יכול לאמר הש"ל וחייב אף מבלעדי חיוב הנסך ז"א דכיון דאדם אוסר שא"ש ע"י מעשה ונאסר היין בלא שום קנין לא קני לי' דלא שייך קנין באיה"נ היכא שהאיסור חל מבלעדי הקנין וכיון דלא קני ליה הוה מצי למימר הש"ל ואין חיובו אלא מחמת מעשה הניסוך ושפיר מוקי לה השתא בישראל מומר אע"ג דמעיקרא למ"ד אא"א דשא"ש לא מצי משני דמיירי בישראל מומר משום דא"כ מתחייב

בלי שום תק"ח דהיזק שא"נ מ"מ למ"ד א"א דשא"ש רק דאמרינן לצעורי קא מכוין שפיר משני דמיירי בישראל מומר:

והשתא א"ש פסק הרמז"ל במה שכתב במנסך יין חבירו (בה' חו"מ) דבישראל מומר נאסר היין [אף לפי מה שביארנו דפוסק דאא"א דבר שא"ש ע"י מעשה משום דבישראל מומר שדינו ממש כעכומ"ז לא אמרינן בי' שודאי אינו רוצה לקנות היין וכיון שנעשה עליו גזלן [כמ"ש הרמז"ל שם דמה"ט לא אמרינן ק"ל בד"מ משום דנתחייב משעת הגבהה] ובו לא אמרינן שאינו רוצה שיהא שלו כיון דהוא ממש כעכומ"ז קנה היין ע"י ניסוך ולא שייך בו אא"א דבר שא"ש ושפיר נאסר היין ואף דלפי"ז לא דמי הך חיובא דמנסך ממש לחיובא דמטמא ומדמע דשם החיוב מחמת שעשה היזק שא"נ וחייבו חכמים לשלם ובמנסך ממש בישראל מומר לעבודת ככבים החיוב הוא משום דקני לי' לגמרי ולא מצי אמר הש"ל מ"מ הרי הרמב"ם ז"ל באמת לא כלליהו ביחד בחד בבא וכתב דינא דמטמא ומדמע ומערב בהלכה בפ"ע ומנסך ממש בפ"ע ע"ש והיינו משום דתרי טעמא נינהו ומעיקרא כתב דינא דמתניתין ואח"כ כתב דינא ואוקימתא של רב במנסך ממש [ועיין לעיל בתשובה שבארנו בשם הרשב"א ז"ל שגם שמואל לא פליג עליה דרב לדינא ע"ש]:

והא דפטור בשוגג אע"ג דלפי דברינו מתחייב אשעת הגבהה וקנינו ע"י האיסור וא"כ הי' לו להתחייב אף בשוגג אף דליכא לחיובי' משום תק"ח דהיזק שא"נ אפשר לומר דהא שוגג דהכא היינו שלא ידע שהיין נאסר עי"ז כמ"ש רש"י ז"ל והרמב"ם בפהמ"ש א"כ ודאי דפטור דכיון דלא ידע שע"י הניסוך יאסר ולא כיון כלל להוציאו מרשות בעלים א"כ אף אם יאסר היין אין כאן קנין דלא מקרי הגבהה להעשות עליו דין גזלן וממילא נאסר היין דהא אף בשינוי גמור קיי"ל כר"י בב"ק (דף ק') בנתן צמר לצבע לצבוע לו אדום וצבעו שחור דאם השבח יתר על ההוצאה נותן לו ההוצאה כו' ולא קני' לי' בשינוי משום שלא רצה להוציאו מרשות בעלים וה"נ א"א שיחול קנינו ע"י הניסוך כיון שלא ידע כלל שהיין יאסר ע"י הניסוך וממילא לא חייל איסורו ועוד דבשוגג שלא ידע שהיין נאסר אין לו דין גזלן כלל דאף שרש"י ז"ל כתב בהא דאמרינן מדאגבהה קני' שהגביהה ע"מ לנסכו דמשמע אעפ"י שלא כיון ליקח לעצמו נמי קניא וכדאמרינן בב"ק (דף צ"ח) גבי הזורק מטבע של חבירו לים הגדול פטור ה"מ דאדי' אדויי אבל שקלי' בידי' מגזל גזלי' השבה בעי למיעבד דמשמע דאפי' לא כיון ליקח לעצמו אלא שהזיק נמי קני' מ"מ היינו דווקא אם כיון לכה"פ להפסיד לבעליו כמו לזורקו לים או לאוסרו אבל אם לא ידע שהיין נאסר בזה ולא כיון כלל לאוסרו ולהפסיד בעליו לא נעשה עליו גזלן כלל ולהכי בשוגג

אינו מתחייב דלא נאסר היין כלל דהרי אף אם נימא דהיין נאסר מ"מ אינו נכנס לרשות המנסך משום דלא כיון להוציאו מרשות בעלים שלא ידע שהיין יאסר ע"י זה א"כ ממילא אינו נאסר דאא"א דבר שא"ש ודוק שם בלשון הרמב"ם ז"ל (בהל' חו"מ) שלא הזכיר שם בהדיא הדין דבשוגג פטור כמו שכתב מתחילה גבי מטמא ומדמע ומערב והיינו משום דהכא גבי מנסך בשוגג ממש לא נאסר היין וליכא היזקא כלל ולא בא הרמב"ם ז"ל אלא לכתוב דינא של רב במנסך במזיד וכתב דחייב לשלם ומשכחת או באית לי' שותפות בגויה או בישראל מומר אבל דינא דשוגג לא הזכיר כלל שכבר הזכיר (בהלכה ב') הני תלתא בבי דמתניתן מטמא ומדמע ומערב טיפת יי"נ ביין של חבירו ושם חילק בין מזיד לשוגג ואונס (ובהלכה ו') לא נחית אלא לכתוב דינא של רב במנסך ממש במזיד [ובדין שוגג חלוק הך בבא דאית לי' שותפות בגווי' מהך גוונא דישראל מומר דבאית ליה שותפות בגווי' נאסר היין ופטור רק מטעם שלא קנסו בשוגג ובישראל מומר בשוגג לא נאסר היין כלל משום דלא קני ליה ואין א"א דשא"ש] ורב דמוקי למתניתין במנסך וקתני בשוגג פטור דמשמע שהיין נאסר והוא פטור או דמיירי באית ליה שותפות בגווי' או דמיירי בישראל מומר וסבר אדם אוסר דשא"ש ונאסר היין אף בשוגג דלא קני לי' [ועיין בר"ן ז"ל בע"ז (דף נ"ג) שביאר שם בשם הרמב"ן ז"ל דאפשר לומר דגם רב סובר דאדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה] אבל הרמב"ם דסובר דאין א"א דבר שא"ש ע"י מעשה לא כתב דינא של רב במנסך ממש אלא לענין מזיד ולא הזכיר שוגג בזה שבזה יש חילוק בין אית ליה שותפות לישראל מומר כמו שכתבנו:

והשתא א"ש גם לשון הר"מ ז"ל (בה' שחיטה) שכתב בשנים אוחזין בסכין ושוחטין בד"א דאית ליה שותפות בגווי' ולא זכר ג"כ דבישראל מומר יכול לאסור דכיון דסובר אא"א דבר שא"ש אפילו ע"י מעשה גם ישראל מומר אינו יכול לאסור כיון דלאו דידי' הוא והתם נמי מיירי בלא הגבהה דלא קני הבהמה ע"י מה שנאסרה בהנאה ומ"ש שאין אדם מישראל אוסר דשא"ש שלא כיון אלא לצערו נראה שכלל בזה שני טעמים ביחד שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו אפילו ע"י מעשה ועוד שלא כיון אלא לצערו דגם בזה פסק כר"נ ור"ע ור"י דאפילו אם יכול לאסור נמי אמרינן לצעורי קא מכוין ולא כיון לאסור כלל ונ"מ בזה דאי משום שאא"א דשא"ש ע"י מעשה הא כתב הר"ן ז"ל דזה לא מהני אלא שלא לאסור בהנאה אבל באכילה אסורה דהוי כנבילה דלאו איהו אסרה אלא דלא שרי לה כמ"ש לעיל (בסימן נ') ולהכי מהני טעמא דלצעורי קא מכוין למשרי אף באכילה [והגם דהרא"ה לא ס"ל הכי כמ"ש לשונו לעיל] שגם הוא לא כיון כלל לשם עכומ"ז ולא כיון אלא לצער ואף דהרמב"ם מיירי שם בשנים אוחזין בסכין ושוחטין כמו שהעתקנו לשונו

לעיל והט"ז כתב בס"ה דדברי הר"ן ז"ל אמורים רק באחד ששחט לשם עכומ"ז דאף דאיהו לא אסר לה מ"מ לא שרי לה נמי אבל בשנים ששוחטין ואחד מחשב לשם דבר פסול ואינו יכול לאסור משום דהוי דבר שא"ש שרי אף באכילה משום דנהי דאיהו לא שרי לה ניתרת ע"י חבירו מ"מ זהו דווקא אם שנים שוחטין בבת אחת אבל בזה אחר זה לדברי הר"ן ז"ל ודאי דאסור באכילה אם שחט זה שחישב לשם דבר פסול סימן א' דהאי סימן ששחט כמו שנחתך מאיליו דמי והרמב"ם הא כתב שם ברישא גם בבא דשנים ששחטו בזא"ז א"כ אף דסובר א"א אוסר דשא"ש אף ע"י מעשה מ"מ באכילה בעינן למיסר בזא"ז להכי כתב ג"כ שלא כיון אלא לצעורי ואף הוא לא כיון כלל לשם עכומ"ז ושרי לגמרי אף באכילה וא"ש לשונות הרמב"ם ז"ל בכל המקומות שבארנו שסובר א"א אוסר דשא"ש אפילו ע"י מעשה וכהבנת הראב"ד ז"ל (בהלכ' עכומ"ז) בכוונתו:

והיה אפשר ליישב דברי הר"מ ז"ל שפסק דבישראל מומר נאסר היין אף דסובר א"א אוסר דשא"ש ע"י מעשה עפ"י שיטת הראב"ד ז"ל שהביא הרמב"ן דמדרבנן יכול לאסור היין אף שאינו שלו וכיון שניסך בכוונה לאסור חייב לשלם דמי היזקו מתק"ח שלא יהי' כאו"א הולך ומנסך יין של חבירו והא דקרי לי' הרמב"ם ז"ל מתחייב בנפשו הוא משום דאף שהיין אינו נאסר מה"ת מ"מ הוא חייב מיתה כדאמרינן גבי משתחווה להר דהר מותר ועובדו בסייף אלא שלפי"ז תקשה עלינו אמאי לא מוקי הש"ס כי פריך לר"נ ור"ע ור"י ממתניתן דהמנסך דמיירי בישראל מומר ומשום איסור מגע עכומ"ז דרבנן ומוכרחים אנו לאמר דטעמא של הרמב"ם ז"ל משום דבישראל מומר קני לי' להאי יין לגמרי ע"י איסורו ובזה ניחא דלא משני הש"ס הכי לר"נ ור"ע ור"י משום דמתניתן לא מצי מיירי בגוונא דקני לי' יין לגמרי דא"כ פשיטא דלא מצי אמר לי' הש"ל ומחייב לשלומי אשעתא דאגביה ולא הוי דומיא דמטמא ומדמע משום הכי לא משני דמיירי בישראל מומר:

אבל הרמב"ם שפיר נקט להאי דינא בפ"ע ולא כללינהו בהדי מטמא ומדמע כמו שבארנו לעיל בארוכה:

וראיתי להרמב"ן ז"ל בספר מעשה צדיקים על מס' ע"ז שהקשה וז"ל דר"נ ור"ע ור"י דסברי בחולין דא"א אוסר דשא"ש אפילו ע"י מעשה וכי לית להו כולהו הלכתא דיי"נ לאיסורי הנאה וכ"ת לית להו הא ר"נ א"ל לרבא לעיל (דף נח) אימר דאמרי אנא לבר מדמי דההוא חמרא דמי דההוא חמרא מי אמרי ודחק בזה הרבה ובשם הראב"ד ז"ל תירץ דשאני ליה לר"נ איסור יי"נ דע"י עכומ"ז דאחמירו ביה רבנן טפי אפילו במגעו משום גזירה דיין של עכומ"ז עצמו ולריב"ב לא שאני לן ותמה בזה שם גם עליו דא"כ

היכא קאמר בחולין (דמ"א) כתנאי דת"ק סובר כר"ה דאדם אוסר דש"ש ע"י מעשה דילמא היינו טעמא דת"ק משום דשאני לן איסורא דיי"נ דגזרו בו משום יינו ולא אמרינן בהאי איסורא אא"א דבר שא"ש גם תמה שם על בה"ג שכתב (בה' יי"נ) ומשום דקאמרי ר"נ ור"ע ור"י אא"א דשא"ש וקמו לה כריב"ב וכר"י בב"ת ש"מ דהלכה כוותייהו ותמוה הוא אין לך יי"נ שאסור בהנאה במגע עובד ככבים והוא עצמו פסק בהם דאסור בהנאה עכ"ל הרמב"ן. ולפי מה שפירשנו שגם דעת הר"מ ז"ל לפסוק כר"נ ור"ע ור"י דא"א אוסר דשא"ש ע"י מעשה תפול גם עליו קושיא זו איך משכחת דליתסר יינו של ישראל ע"י מגע המבואר בהלכותיו (בה' מאכלות אסורות) ונראה לי דאפשר לומר דסובר כדעת הראב"ד ז"ל שהביא הרמב"ן ז"ל דבמגע עכומ"ז גזרו טפי אף שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו על ידי מעשה ומה שהקשה דא"כ מאי מייתי בחולין ראיה מת"ק דריב"ב דסובר כר"ה דילמא שאני מגע עכומ"ז דאחמירו ביה טפי נראה דמשמע לסתמא דהש"ס דלשון הברייתא עכומ"ז שניסך יינו של ישראל מיירי שניסך לה בהדיא ואסרה ת"ק מן התורה דאי במגע בעלמא מיירי לא הוי ליה למיתני עכומ"ז שניסך וריב"ב ור"י בב"ת דמתירין היינו נמי רק מן התורה אבל מדרבנן אסור דלא גרע ממגעו ביין ישראל סתם דאסור מדרבנן אף שאינו שלו ושלא בפני עכומ"ז ולהכי מייתי ראיה מת"ק דברייתא דסובר אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה:

ולפמש"כ בדעת הרמב"ם ז"ל דעכומ"ז שהגביה יין ישראל ונסכו אסור אף למ"ד א"א אוסר דשא"ש ע"י מעשה משום שכיון שנעשה עליו גזלן בהגבהתו קני ליה ע"י מה שנאסר ואיסורו וקנינו באין כאחד יש לעיין בהא דאמר רב אשי בע"ז (דף נט) האי עכומ"ז דנסכי' לחמרא דישראל בכוונה אע"ג דליזבוני לעכומ"ז אחרינא אסור שרי למישקל דמי מההוא עכומ"ז מ"ט מקלי' קלייה ואמר שם מנא אמינא לה דתניא עכומ"ז שניסך יינו של ישראל שלא בפני עכומ"ז אסור ריב"ב וריבב"ת מתירין מפני שני דברים אחד מפני שאין מנסכין אלא בפני עכומ"ז ועוד שא"א אוסר דשא"ש. והוקשה שם לרש"י ותוס' דמה ראיה היא זו מריב"ב וריבב"ת דהא אינהו שרי בהנאה לגמרי לזבוני לעכומ"ז אחר ואנו אסרינן למיזבן לעכומ"ז אחר וע"כ דלא סבירא לן כוותייהו א"כ אפשר דלדידן דאסרינן למיזבן לעכומ"ז אחר גם מההוא עכומ"ז אסר למישקל דמי ודחקו עצמן בזה הרבה ופירשו דכיון דריב"ב וריבב"ת מקילין למיזבן אף לעכומ"ז אחר מסתברי דאף רבנן לא מחמרי כולי האי למיסר למישקל דמי מההוא עכומ"ז עיי"ש. וא"כ לפ"ז אם העכומ"ז הגביהו ונסכו לכאורה אסור למישקל דמי מההוא עכומ"ז דכיון דכל טעמו של רב אשי שהתיר למשקל דמי הוא משום שיש לנו קולא זו דאין א"א דשא"ש וכבר

כתבנו דאם הגביה העכומ"ז היין נעשה עליו גזלן ולא שייך בזה אא"א דשא"ש דקנ"ל ליה באיסורא א"כ אסור למשקל דמי אף מההוא עכומ"ז מיהו ז"א דהיכא דהגביה היין מקודם ודאי דשרי למשקל דמי ולא מקרי דמי יי"נ משום דקודם הניסוך כבר נתחייב דמים כדאמר בגיטין (דף נג) מדאגביה קני' וכו' ואף ר"א לא הוצרך להשמיענו דשרי ליטול דמים מההוא עכומ"ז אלא כשלא הגביהו וא"א לחייבו אלא אשעת ניסוך אבל בהגביהו פשיטא דשרי למישקל דמי דכבר נתחייב משעת הגבהה שאז הי' היין עדיין היתר וכסתמא דמתניתין דגיטין אליבא דרב דמפרש מנסך ממש:

מיהו נראה דלפמ"ש בדעת הר"מ ז"ל דבעובד ככבים או ישראל מומר שאסר יינו של חבירו לא שייך אא"א דשא"ש משום דקני ליה להאי יין נראה לפרש דברי ר"א דאמר דשרי למשקל דמי מההוא עובד ככבים ומייתי ראיה מהא דריב"ב וריבב"ת מתירין היין הוא כפשוטו וא"צ לדחוק כמו שדחקו עצמן רש"י ותוס' דראייתו הוא כיון דהם מתירין לזבוני לעכומ"ז אחר יש לסמוך עליו לכה"פ למשקל דמי מההוא עכומ"ז אלא דראיית ר"א הוא כפשוטו דהא קשה אמאי קרי ליה ריב"ב וריבב"ת דשא"ש הא איסורו וקנינו באין כאחד ומסתמא מיירי אף בהגביה עובד ככבים היין דהא סתמא קתני ועוד דר"ת ז"ל כ' הביאו התוס' בכמה דוכתי דא"א לניסוך דאורייתא בלא הגבהה וא"כ אמאי קרי' לי' דשא"ש הא קנינו ואיסורו באין כאחד וצ"ל דאף דבכל דוכתא אמרינן דאיסורי הנאה לאו דידיה נינהו ויוצא מרשות בעלים מ"מ ביי"נ שנסכו עכומ"ז א"א לומר כן דהא דאיסורי הנאה לא מיקרי דידיה הוא משום שאין לו בהם הנאה של כלום ופקע רשות בעלים ממנו ממילא וכמו שהסכימו רוב המפרשים ז"ל [ועיין לעיל בתשובה] אבל ביי"נ כיון דאמרינן דשרי למשקל דמי מההוא עובד ככבים מ"ט מקלי' קלייה וכתב הר"ן ז"ל שם דאפי' אם אין העובד ככבים רוצה לשלם עד שיתן לו הישראל היין רשאי ליתן לו היין וליקח דמים) ומסתמא נמי ה"ה אם עובד כוכבים בא ליקח היין והישראל אינו מניח ליקח היין עד שיתן לו דמי נמי שרי והכל הוא משום דדמי היזקו קא שקיל ולא דמי יי"נ א"כ יש להישראל צורך בהאי יין שרשאי ליטול דמיו מהאי עכומ"ז דנסכו ואפילו אם אין העכומ"ז רוצה לשלם דמים והוא עכומ"ז אלם שאינו יכול לתובעו בדין מ"מ אם יתן היין לעובד כוכבים בהרבה פחות משווי' יתן לו דמים וכיון שיש להישראל צורך בהאי יין לא יצא מרשותו דצריך לו לגבות על ידו דמי היין מהעכומ"ז ולא נעשה היין הפקר ע"י מה שנאסר בהנאה ועדיף טפי ממ"ש התוס' בב"ק (דף סט) ד"ה כל שלקטו בגזילה דאף שהנגזל נתייאש ממנה מ"מ לא חשיב כהפקר להפטר ממעשר משום דנהי דהנגזל אינו יכול לתבוע מן המחזיק בה אחר יאוש מ"מ אין אדם רשאי להחזיק בה מפני שצריכה

לגזלן להפטר בה מן הנגזל עיי"ש וכ"ש דלא חשיב היין הפקר אחר שנאסר מפני שנצרך הוא לבעליו ליטול על ידו מן העכומ"ז דמים דודאי לא ירצה העכומ"ז לשלם אא"כ יטול היין וא"כ כיון שיי"נ לא נעשה הפקר ע"י איסורו היכי ניקו ונימא דע"י איסורו נכנס לרשות העכומ"ז ומכח זה יחול קנינו כיון שגם אחר איסורו אינו יוצא מרשות בעלים ובשלמא אם יי"נ היה דומה לשאר איסורין שאחר שנאסרו פקע רשות בעלים מהם שפיר נוכל לאמר דבזה גופא חל האיסור ויצא מרשות בעלים ומהני מעשה הגזלן לאוסרו שאם יחול איסורו הרי הוא שלו ואיסורו וקנינו באין כאחד אבל כיון שיי"נ אינו יוצא מרשות בעלים אף אחר שנסכו משום דמבעי ליה לתבוע דמי היזקו ממילא הדרינן לכללא דא"א אוסר דשא"ש. וא"כ שפיר קאמר ר"א ומייתי ראיה כיון דריב"ב וריבב"ת מתירין מטעם דא"א אוסר דשא"ש וסתמא קאמרי עובד ככבים שניסך יינו של ישראל דמיירי אפילו בהגביה היין ובהגביה נעשה עליו דין גזלן וחייל איסורו וע"י האיסור יוצא היין מרשות בעלים ויבא לרשות עכומ"ז שהגביה וגזלו ואמאי קרי ליה דשא"ש אלא ודאי דשרי למישקל דמי מההוא עכומ"ז ואינו יוצא כלל מרשות בעלים ע"י שנתפס דין יי"נ דעדיין ברשות בעלים הוא ליטול דמי היזקו כמו שבארנו ולהכי קרי' ליה דבר שא"ש דאפילו אם יאסר היין נמי לא יצא מרשות בעליו ור"א למד מדבריהם דשרי למישקל דמי מההוא עכומ"ז ואין בזה משום דמי יי"נ ולהכי אמר דאף לת"ק דריב"ב וריבב"ת דאדם אוסר דשא"ש ונאסר היין בהנאה מ"מ שרי למישקל דמי ואין בזה משום דמי יי"נ:

והא דבישראל מומר פסק הר"מ ז"ל (בהלכות חו"מ) דהיין נאסר וביארנו מטעם דקני ליה הישראל מומר ולא אמרינן דלא קני ליה מטעם שאף אם יאסר יהא ברשות ישראל למשקל דמי הוא משום דהך סברא שכתב הר"ן ז"ל דשרי למשקל דמי אף אם העכומ"ז אינו רוצה לשלם לו אא"כ יתן לו היין הוא דווקא בעכומ"ז שרשאי למסור לו היין ואין בזה משום לפני עור כו' דעכומ"ז אינו מצווה שלא לשתות או ליהנות מיי"נ וכמ"ש במק"א בסוגיא דפסחים (דף ע"ג) דקאמר גבי שוחט לעבודת כוכבים בחוץ דתיקן להוציאו מידי אמה"ח אבל איסור תקרובות ליכא גבי') אבל ישראל מומר שמצווה שלא לשתות יי"נ אם אינו רוצה לשלם אא"כ יתן לו היין אסור לו ליתן היין משום דלפני עור כו' וא"כ אין לבעל היין אחר ניסוך בהאי יין הנאה של כלום דממ"נ אם רוצה לשלם בלא היין ישלם לו:

ואם אינו רוצה לשלם לו בלא היין אסור למסור לו היין. ואף דבמשנה (מעשר שני פ"ה) דתנן התם כרם רבעי וערלה מציינין אותם כו' ואמר רשב"ג בד"א בשביעית דהפקר נינהו אבל בשאר שני שבוע הלעיטהו לרשע וימות והיינו משום דהמלקט לא קפיד באיסור

גזל אין אנו אחראין לשומרו מאיסור כרם רבעי וערלה התם שאני דבשעה שיאכל פירות הגזולים באותו שעה יעבור על איסור ערלה להכי אין אנו אחראין לו כיון דבלא"ה עביד איסורא משא"כ הכא שכבר ניסך היין ואם יהנה אח"כ מן היין אז יעשה איסור הנאה מתקרובת אמרינן מאי דעבד עבד ומכאן ולהבא אנו מוזהרין אלפני עור וכו' ואסור למסור לו היין וכיון שאין הבעלים יכולין למסור לו היין ולעכבו על התשלומין של דמי היין ממילא יוצא היין מרשות בעלים לגמרי ואמרינן בגזלן שהגביה קנינו ואיסורו באין כאחד ולהכי פסק הר"מ ז"ל דבישראל מומר דליכא למישרי משום דלצעורי קא מכוין אסור דלא שייך כאן היתירא דאא"א דשא"ש:

[**ולפי** דברינו אלה א"ש טפי מה דמייתי בחולין שם תנאי היא דת"ק סובר אדם אוסר דשא"ש וריב"ב וריב"ב סברי אין א"א וכתבנו לעיל דמשמע ליה דמיירי אף בלא הגביה היין ולהכי קרי דשא"ש משום דבהגביה ונעשה גזלן הא קני ליה לגמרי ע"י ניסוך אבל לפמש"כ כעת בביאור מימרא דר"א אפשר לאמר דמיירי אף אם הגביה ואפ"ה לא קני ע"י ניסוך משום דגבי עכומ"ז היין ברשות ישראל אף אחר שיאסר משום דמיבעי ליה למשקל דמי עבורו]:

ודע שהמרדכי כתב בשם ר"ת ז"ל (בפ' ר' ישמעאל) שהי' נוהג בשהי' כותי נוגע ביינו היה מוכרו לאותו כותי עצמו מפני שאותו כותי חייב לפרוע מה שהזיקו וכדאמר רב אשי האי כותי וכו' עכ"ל הרי מבואר דסובר דגם בסתם מגע מותר למישקל דמי אולם הר"ן ז"ל בפירוש האלפסי ז"ל כתב שבחידושיו ביאר דר"א לא שרי אלא היכא שנסכו ודאי והיינו בכוונה אבל לא בסתם מגע עיי"ש והכי משמע לישנא דר"א דאמר האי כותי דנסכי' לחמרא דישראל משמע שידוע שנסכו בכוונה:

ויש להביא ראיה לזה מהא דאמרינן בע"ז (דף עא) אמר רב להני סבוייתא כי כייליתו חמרא לעובדי ככבים שקילו זוזי מינייהו והדר כיילי להו דאי לא עבדיתו הכי כי קא הוי יי"נ ברשותייכו הוי וכי שקליתו דמי יי"נ קא שקליתו ע"כ וקשה כי יהבי דמי לאחר המדידה אמאי אסור הא מההוא עכומ"ז דנסכי' שרי למישקל דמי אח"כ מצאנו להב"י בסי' קל"ב שעמד בזה ע"ש אלא ודאי כדעת הר"ן ז"ל דרב אשי לא שרי למישקל דמי אלא כשנסכו בכוונה אבל אם אסרו ע"י מגע סתם לא שרי למישקל דמי אף מאותו כותי ואף דלכאורה הא מילתא טעמא בעי ומסברא מותר למישקל דמי מההוא עובד כוכבים דממ"נ אם הי' כוונתו לנסכו ונסכו הרי שרי למישקל דמי היזקו ואם לא נסכו העכומ"ז ודאי דשרי דהא דמי יין של היתר קשקיל. מ"מ חכמים לא התירו ליטול דמים אלא היכא שבודאי נסכו ויכול לתבוע ממנו דמי היזקו בדין להכי שרי דדמי היזקו

קשקיל אבל בנגיעה בעלמא אף דהיין נאסר מ"מ כיון שהישראל אינו יכול לתבוע ממנו בדין דהא העכום"ז יכול לומר לא נסכתי אותו כלל כי קשקיל ממונו לא מיקרי דמי היזקו וכיון דהיין אסור מדרבנן מקרי דמי יי"נ ולא אמרינן דשרי למישקל דמי ממ"נ דאם נסכוהו הוה דמי היזק ואם לא נסכו הוה דמי יין של היתר משום דהר"ן ז"ל כתב (בפ' א"מ בע"ז) דהא דנאסר סתם יינן של עובד כוכבים עצמו או של מגע עובד כוכבים ביינו של ישראל בהנאה הוא רק משום בנותיהן כדאמר בשבת (דף י"ז) ובע"ז (דף לו) דמדאורייתא לא בעינן למיחש שמא נסכו דלא חיישינן למיעוטא ואין האיסור רק משום בנותיהן. ובגמ' (דף כט) דיהיב טעמא לסתם יינם דקתני במתניתין דאסור בהנאה משום יין שנתנסך לעכום"ז בהדיא כמבואר שם האי טעמא הוצרכו רק לאיסור הנאה דמשום בנותיהן לא הוי לן למיסר בהנאה רק בשתי' לחוד דומיא דפתן ושמנן רק הואיל והתורה אסרה יין שנתנסך בהדיא בהנאה הוצרכו חכמים לאסור אף סתם יינן בהנאה דכיון שהוצרכו לאסור סתם יינם בשתי' משום בנותיהן אם נתיר סתם יינם בהנאה יבואו להתיר גם יין שנתנסך בהנאה ויאמרו כמו שסתם יינם אסור בשתי' ומותר בהנאה כו' וא"ש הא דהוצרכו לשני הטעמים דמשום בנותיהן הוצרכו לאסור בשתי' ומשום דנאסר בשתי' הוצרכו לאסור בהנאה משום יין שנתנסך להדיא לעכום"ז עיי"ש בר"ן ז"ל בפ' א"מ:

ולפ"ז ניחא נמי טעמא דאסור למישקל דמי מההוא עכום"ז דנגע ביינו של ולא שרינן מטעם ממ"נ או דשקיל דמי היזקו או דמי היתר משום דאם נתיר ליטול דמי מההוא עכום"ז כשנגע בו יבא ליטול דמי יי"נ גמור מעכום"ז אחר שלא נסכו שזה אסור מן התורה ולא שרינן אלא היכא שנסכו העכום"ז בכוונה דאז ניכר דשקיל דמי הזיקו שהרי יכול לתבוע ממנו דמי היזקו בדין [ואף לשיטת רש"י ז"ל בעירובין (דף ס"ב) דגם בעכום"ז אמרינן ק"ל בד"מ ואינו יכול לתבוע ממנו מ"מ אי תפס לא מפקינן מיני' וכיון דיכול לתפוס מהכותי דמי היזקו רשאי למישקל דמי ממנו ולא מיקרי דמי יי"נ רק דמי היזקו] ולא אתי למשרי למשקל דמי מעכום"ז אחר שהכל יודעין שמעכום"ז זה הוא נוטל דמי היזקו שהזיקו. אבל אם אסר את היין בנגיעה בעלמא שאז אין יכול הישראל לתובעו בדין אם נתיר למשקל דמי מהאי כותי יבוא להתיר גם דמי יי"נ גמור שהרי לא ניכר דשקיל ממנו דמי היזקו שהרי אינו יכול לתובעו בדין וכמו דעיקר איסור הנאה דסתם יינם הוא משום דאתי לאחלופי ביי"נ גמור כמו שמבאר הר"ן ז"ל ה"נ אסור למשקל דמי מההוא כותי הוא משום דאתי לאחלופי בדמי יי"נ גמור:

ולפ"ז מיושב היטב קושית הרמב"ן ז"ל שהק' דלר"נ דס"ל אין אדם אוסר דשא"ש למה אסרו מגע עובד כוכבים ביינו של ישראל דהא כבר בארנו דאף ריבב"ת וריב"ב לא התירו אלא משום דסברי שאם יאסר היין יכול ליטול דמי היזקו ולא נפיק היין מרשות הישראל ולא נכנס לרשות העכומ"ז אף אם יאסר להכי לא חל האיסור כלל דאין א"א דשא"ש אבל במגע סתם שלא נודע שנסכו רק שחכמים אסרו מגעו דלא מצי לתבוע דמי היזקו ואסור ליטול דמי היין כמ"ש בשם הר"ן ז"ל דנקנה היין לעובד כוכבים אם יאסר דאין לישראל שום זכות בו בזה אמרינן קנינו ואיסורו באין כאחד להכי היין אסור:

ואף דלא שייך האי טעמא אלא כשהגביה את היין דאז אם נסכו ונעשה עליו גזלן וכיון שקני לי' בתורת גזילה יכול לאסור מפני שקנינו ואיסורו באין כאחד אבל בלא הגביהו שלא קנה לי' בדין גזל אינו יכול לאוסרו דדוקא בגזלן אמרינן שיכול לקבוע בו דבר שעי"ז יצא מרשות בעלים כמו תרומה והקדש ולא באינש דעלמא מ"מ ביינו של ישראל ודאי דחשו חכמים בגזירתם שמא הגביה ונעשה עליו דין גזלן ויכול לאוסרו והבעלים אין יכולין לתבוע ממנו דמי היזקו דהא יכול לאמר לא נסכתי וכל היכא דאין הבעלים יכול לתבוע אסור ליטול דמיו משום גזירה דדמי יי"נ גמור וכיון דאסור ליטול דמיו יצא מרשות בעלים ע"י איסורו וקנינו ואיסורו באין כאחד ואפילו בנגע ביינו של ישראל ואנו יודעין שלא הגביה דודאי לא נעשה עליו דין גזלן כיון שלא הגביה מ"מ לא אמרינן אא"א דשא"ש בזה דלא פליג רבנן בין הגביהו ללא הגביהו דכיון דלאיסור שתיה אסור במגע ביינו של ישראל בין הגביהו בין לא הגביהו משום בנותיהן לא חלקו גם באיסור הנאה בין הגביהו ללא הגביהו אף דבלא הגביהו איכא למימר אין אדם אוסר דשא"ש משום דאתי לאחלופי ביי"נ גמור להתירו בהנאה כנלע"ד:

סימן ס

נסתפקתי בהא דקיי"ל אדם אוסר דבר שאינו שלו ע"י מעשה אם הי' סבור שהבהמה שלו ושחטה לעכומ"ז אם נאסרת או לא ולכאורה נראה דאפשר לומר דאילו היה יודע שהוא אינו שלו לא הי' שוחט לעכומ"ז לא נאסרה הבהמה ועיין בתוס' יבמות (דף פ"ג) ד"ה אין אדם כו' שהקשו וז"ל וא"ת מ"ש מנותן נבילה או חלב בתבשיל של חבירו שנאסר ותירצו דלא דמי דדבר התלוי במחשבה הוא דאמר הכי כגון משתחוה לבהמת חבירו דספ"ב דחולין דאפילו עשה בה מעשה כגון ששחטה איכא למ"ד דלא אסרה ואיסור כלאים נמי תלוי במחשבה וכו' עכ"ל וכיון דתקרובת עכומ"ז לא נעשה אלא על ידי מחשבתו הרי אמרינן בכל התורה דטעות מבטל המחשבה ולא חיילא:

מיהו אפשר לומר כמו דמהני הא דעשה בה מעשה שיותפס האיסור אע"ג שאינו שלו וקיי"ל דא"א אוסר דשא"ש ואלים כח המעשה שעשה בה לאוסרה אעפ"י שאינו שלו ה"נ אלים כח המעשה לאוסרה אף שהי' בטעות שהי' סבור שהוא שלו ואין להביא ראי' מהא דפריך בחולין (דף מ') על ר"ה דאמר עשה בה מעשה אסרה מהא דהשוחט בשבת בחוץ לעכום"ז חייב שלש חטאות וא"א עשה בה מעשה אסרה מכי שחיט בה פורתא אסרה אידך מחתך עפר בעלמא הוא עיי"ש דדחיק לאוקמי דמיירי בחטאת העוף ובחצי קנה פגום ואמאי לא מוקי לה שהיה סבור שהיא בהמה דידי' ונמצאת של קדשים דאינה נאסרת מטעם טעות ומ"מ חייב משום שוחט לעכום"ז כמו משתחוה להר דאינו נאסר ועובדו בסייף ומדלא מוקי הכי מוכח מזה דעשה בה מעשה נאסרת אף בטעות שהי' סבור שהיא חולין ונמצאת קדשים:

מיהו אין זה ראי' דהא אמרינן בכריתות דמתעסק בשבת פטור משום דמלאכת מחשבת אסרה תורה ומבואר שם בסוגיא דכריתות (י"ט) דאפילו נתכוין לאיסור כגון נתכוין לחתוך מחובר זה וחתך מחובר אחר נמי פטור עיי"ש ובשבת (ע"ב) בתוס' א"כ לא מצי לשנויי שהיה סבור שהיא בהמה דידי' ונמצאת של קדשים דא"כ לא מחייב משום שבת דהוי מתעסק ופטור. מיהו אכתי קשה דאכתי הו"ל לאוקמי דמיירי שהי' סבור שהיא שלו ונמצאת של קדשים ואי תיקשה ליפטר אמלאכת שבת מטעם מתעסק נימא דאתי כמ"ד מקלקל בחבורה חייב ולדידי' אמרינן שם בכריתות דמתעסק בחבורה נמי חייב הואיל ומקלקל חייב ולא בעינן גבי חבורה מלאכת מחשבת מתעסק נמי חייב. ואפשר לומר דהש"ס בעי לשנויי דתיקו הך ברייתא לכ"ע אף למ"ד מקלקל בחבורה פטור דלדידי' לא מצי לשנויי בסבור שהיא שלו דא"כ מיפטר אשבת מטעם מתעסק ולהכי מוקי לה בחטאת העוף ובחצי קנה פגום:

מיהו קשה לפירוש התוס' בפסחים (דף ע"ג) דקאמר התם לדברי האומר מקלקל בחבורה פטור מה תיקן ופירשו התוס' דכל הסוגיא קאי התם למ"ד מקלקל בחבורה חייב ולדידי' פליגי ר' אבהו ור' יוחנן דר"א סובר דלא בעי קצת תיקון ומקלקל גמור נמי חייב ור"י סובר דבעי תיקון קצת והא דקאמר לדברי האומר מקלקל בחבורה פטור הוא ר"י אליבא דר"ש עיי"ש בדבריהם ובשבת (ק"ו) ולפ"ז הא דמסיק דגבי שוחט בחוץ לעכום"ז הוי תיקון מה שמוציאו מידי אבמה"ח הוא נמי רק לר"ש דמחייב במקלקל בחבורה דלדידי' מהני תיקון דהוצאה מידי אבמה"ח אבל לר"י דסובר מקלקל בחבורה פטור לא מהני האי תיקון דהוצאה מידי אבמה"ח ובעי תיקון גמור וא"כ אתיא הך ברייתא כר"ש דמקלקל בחבורה

חייב ולא בעי תיקון גמור ולר"ש הא אמרי' בכריתות דכיון דמקלקל חייב מתעסק נמי חייב וא"כ אכתי מצי לאוקמי שהי' סבר שהיא בהמה דידי' ולהכי אינה נאסרת:

ואין לומר דהא דקאמר הש"ס בכריתות הנח לתינוקות הואיל ומקלקל בחבורה חייב מתעסק נמי חייב היינו לר' אבהו דמחייב במקלקל אף דליכא שום תיקון דלדידי' אמרינן דכיון דחייב אף במקלקל גמור מחייב נמי מתעסק וסובר ר"נ בכריתות דמשני האי שינויא כר' אבהו דמחייב לר"ש במקלקל גמור וגבי תינוקות נמי הוי מקלקל גמור בלי שום תיקון דמה שמל בתוך שמונה כאילו לא קיים שום מצוה כדאמר בשבת (דף קל"ז) דמיקרי טעה בדבר מצוה ולא עשה מצוה ועיין שאגת ארי' ז"ל (בדיני מילה) אבל לר' יוחנן דסובר דר"ש בעי נמי תיקון קצת ומקלקל גמור פטור מתעסק נמי פטור להכי לא משני דמיירי הא דשוחט חטאת בחוץ בטעה וסבר שהוא שלו משום דסובר שם הש"ס כר' יוחנן דמקלקל בעי תיקון קצת אבל מקלקל גמור פטור ומתעסק נמי פטור דז"א דמסוגיא דפסחים (דף ע"ג) ומשיטת התוס' שם מוכח דאפי' לרבי יוחנן דבעי תקון קצת לר"ש במקלקל נמי מתעסק חייב דהא מוקי הש"ס בפסחים הא דתנן שחטו שלא לאוכלו או שחטו ונמצא בעל מום בגלוי דחייב משום דתיקן שאם עלו לא ירדו דהוי תיקון קצת והיינו כר' יוחנן אליבא דר"ש דבתיקון קצת סגיא וכמ"ש התוס' שם בד"ה לדברי והתם במתניתן הרי קתני ושאר כל הזבחים ששחטן לשם פסח אם אינן ראויין חייב והיינו מתעסק ששוחט זבח זה וסבור שהוא זבח אחר ואפ"ה מחייב ואע"ג דמתעסק פטור בשבת מ"מ הכא הואיל ומקלקל בחבורה חייב מתעסק נמי חייב והיינו כר"ש וכמ"ש שם התוס' בדיבור הנ"ל א"כ הרי מוכח בהדיא דאפילו לר"י דסובר דמקלקל בחבורה לר"ש בעי תיקון קצת אפ"ה מתעסק חייב דהא מתניתן דפסחים מוקמינן לה כר"ש דמתעסק חייב מדמחייב שאינן ראויין לשם פסח ואפ"ה מוקמינן לה כר"י אליבא דר"ש דבעי תיקון קצת וכן מוכח ומבואר בדברי התוס' בב"ק (דף ל"ד) ד"ה חובל דהא דקאמר הנח לתינוקות הואיל ומקלקל חייב מתעסק נמי חייב הוא אפילו לר' יוחנן אליבא דר"ש שהקשו שם דכיון דבעי תיקון קצת אמאי מתעסק פטור עיי"ש מה שתירצו:

וכיון שבארנו דאף לר"י אליבא דר"ש דבעי תיקון קצת אפ"ה מתעסק חייב בחבורה א"כ כיון דהך ברייתא דשוחט בשבת בחוץ אתיא כר"ש דמהני תיקון קצת במקלקל בחבורה שפיר הוי מצי לאוקמי דמיירי שטעה שסבור שהיא בהמת חולין שלו ולהכי אינה נאסרת משום תקרובת עכומ"ז והא דמחייב אשבת אע"ג דהוי מתעסק הוא משום דלר"ש הואיל ומקלקל חייב מתעסק נמי חייב ומדלא משני הש"ס הכי מוכח דלמ"ד עשה בה מעשה אסרה נאסרת אפילו בטעות דסבור שהיא שלו:

ואף שהתוס' בשבת (דף ע"ג) ד"ה אלא כתבו דגם בשחוטי חוץ פטור מתעסק מקרא דאשר חטא בה וא"כ לא הוי מצי לאוקמי בסבור שהיא בהמת חולין דידי' דא"כ מיפטר אשחוטי חוץ מ"מ משכחת לה שסבור שהיא בהמת קדשים שלו כגון שהי' לו חטאת שהפריש לעצמו ושחט חטאת של חבירו דלא מיפטר מטעם מתעסק כיון שנתכוין לאיסור ולשחוט בהמת קדשים בחוץ. ובמתכוין לאיסור לא פטרינן אלא בשבת דבעינן מלאכת מחשבת כגון נתכוין לחתוך מחובר זה וחתך מחובר אחר אבל בשחוטי חוץ מתכוין לשחוט בהמת קדשים זו בחוץ ושחט בהמה אחרת לא מיפטר משום מתעסק והוי מצי לאוקמי בהכי ואיכא נמי לאוקמי איפכא כגון שסבור שהיא בהמת קדשים של חבירו ושחטה לעכומ"ז בחוץ ונמצאת שהיא שלו דאמרינן נמי דאלו ידע שהיא שלו לא הי' אוסרה:

ומכל זה מוכח דכיון דעשה בה מעשה אוסרה ואין טעותו מבטל האיסור וכמו דלא מהני הא דהוי שאינו שלו לבטל האיסור אם עשה בה מעשה ה"נ לא מהני טעותו לבטל האיסור בעשה בה מעשה כ"ז נלע"ד:

סימן סא

שאלה בדין שוחט בסכין של עבודת כוכבים:

תשובה איתא בחולין (דף ח') אר"נ ארב"א סכין של עבודת ככבים מותר לשחוט בה ואסור לחתוך בה בשר מותר לשחוט בה מקלקל הוא ואסור לחתוך בה בשר מתקן הוא וכ' הרמב"ם ז"ל (בפ"ז מהלכות עכומ"ז הלכה י"ט) אם היתה בהמה מסוכנת ה"ז אסורה משמע דגם בדיעבד כל הבהמה אסורה וכ"כ בסיפא אסור לחתוך בה בשר ואם חתך דרך הפסד והשחתה מותר משמע בהדיא דהיכא דהוי מתקן אסור אפילו בדיעבד:

אולם הרא"ש ז"ל כ' יראה הא דקאמר אסור לחתוך בה בשר היינו לכתחילה ולא שיאסר הבשר בדיעבד משום דכתיב ולא ידבק בידך מאומה ול"ד לנטל הימנה עצים והסיק בו תנור חדש שאסור התנור או אפה בו את הפת שהפת אסור ונטל הימנה כרכר וארג בו בגד דאסור דהבגד כולו נעשה באיסור אבל הכא בשביל חתיכת הבשר בסכין זה לא נעשה כל הבשר באיסור וכן דעתו ז"ל גבי שחיטה אפילו במסוכנת שאינו דומה לאפיית הפת ואריגת הבגד שתיקונן ועשייתן נעשה ונגמר באיסורי הנאה אבל מסוכנת כבר גדלה הבהמה ואינה חסירה כ"א להכשירה באכילה ע"י שחיטה אעפ"י דנהנה הרבה בשחיטה ע"י איסורי הנאה לא אסרו חכמים בדיעבד:

ולפענ"ד קשה טובא לדבריו ז"ל שמחלק בין הנאה דאפיית הפת שנגמר כל הפת ע"י איסורי הנאה ובין הנאה דשחיטה בסכין של איסורי הנאה דהא בב"ק (דף ע"א) גבי גנב

וטבח בשבת דר"ש פוטר משום דסובר שחיטה שאינה ראויה לא שמה שחיטה ופריך שבת שחיטה ראוי' היא דתנן השוחט בשבת וביוה"כ אעפ"י שמתחייב בנפשו שחיטתו כשירה ומשני סבר לה כר"י הסנדלר דתנן המבשל בשבת כו' ר"י הסנדלר אומר במזיד לא יאכל עולמית לא לו ולא לאחרים והשתא אם איתא דהנאה דסכין של שחיטה בבהמה לא דמיא להנאה ותיקון דבישול) א"כ ממאי דר"י הסנדלר פליג אמתניתין דהשוחט בשבת דלמא ר"י הסנדלר לא אסר בדיעבד אלא במבשל משום דעיקר התבשיל נגמר ע"י מעשה שבת וכיון דכתיב כי קודש היא מה היא קודש אף מעשיה קודש להכי אסור התבשיל שנגמר תיקונו ע"י מעשה שבת אבל בשחיטה דלא נגמרה הבהמה ע"י השחיטה כלל רק שהשחיטה הכשירה לא נפיש הנאה דמעשה שבת כולי האי ומודה ר"י הסנדלר דשרי באכילה דלא מיקרי מעשה שבת שלא נגמרה הבהמה ע"י מעשה שבת א"ו מדמדמי הש"ס שחיטה לבישול לענין זה ש"מ דתיקון השחי' חשיבה בבהמה כמו תיקון המאכל ע"י בישולו ודא ודא אחת היא וזהו לכאורה ראי' גדולה לדעת הרמז"ל ועוד דמסברא נמי אמרינן דזה הוי הנאה גמורה כמו בישול כיון דאסור לאכול הבשר בלא שחיטה דמי ממש לתיקון דבישול דלא חזי לאכילה בלא זה:

וראיתי להכרו"פ ז"ל שכ' (בסימן יו"ד) ואי לאו דמסתפינא דלא ליכחו עלי בבי מדרשא הו"א הך דלאכול בשחיטה הוי מצוה וזבחת ולא לנחור כבמדבר ולכך מברכין א"כ מצות לל"נ כשם שמצות לולב וכדומה מותר באשירה ובזה יש ליישב דברי הרי"ף שהשמיט כל המימרא דסכין של עכומ"ז ותימא הוא למה השמיט ולפמש"כ ניחא דס"ל דהך איתניא קודם חזרת רבא בפ"ג דר"ה (דף כ"ח) וס"ל מצות ליהנות ניתנו אבל לפי מה דקיי"ל מצות לל"נ ליתנהו לכל הני דברים עכ"ל:

ולפענ"ד אין זה ענין כלל להך דמצות ללה"נ דהא הר"ן ז"ל כתב (בסוכה פ"ג) בהא דאמרינן מללה"נ גבי מודר הנאה ממעין טובל בו בימות הגשמים ואע"ג שגורמת לו טבילה זו לעלות מטומאה לטהרה ומכשירתו לכמה דברים לית לן בה וכדאמרינן בסנדל של עכומ"ז דלא תחלוץ ואם חלצה חליצתה כשירה משום דמללה"נ ואע"ג דמרווחא טובא בההיא חליצה אפ"ה כיון דלא מתהניא מגופו של איסור גרמא בעלמא הוא ולית לן בה:

ולכאורה קשה טובא מהא דאמרינן בעירובין (דף ל"א) דרבנן סברי אין מערבין בביה"ק משום דקסברי מערבין אפילו לדבר הרשות הלכך הנאה הוא הרי דאף דהא דאסור ליילך בלא עירוב מצות חכמים בעלמא הוא אפ"ה היכי דמערב לדבר הרשות דלא שייך לומר מצות לל"נ מקרי הנאה ואסור ולא אמרינן דהוי גרמא בעלמא כמו טמא שטובל במעין

שמודר הנאה ממנו וניתר עי"ז בתרומה וקדשים דחשבינן גרמא בעלמא ונ"ל לחלק דלא דמי כלל דהיכא דהיה אסור בדבר הרשות מאיסור דרביע עליה מכבר והאיסור הנאה מסלק האיסור ממנו וניתר עי"ז בדבר שרוצה ליהנות ממנו זהו מיקרי גרמא בעלמא ושרי דהא אחרי שסילק איסורא דרביע עליה שוב אין פעולתו נזכרת בשעת הנאת גופו ולהכי בטמא שאסור לאכול תרומה משום טומאה דרביע עליו ואין המכשיר אלא סילוק והעברת הטומאה ואינו פועל עליו דבר חדש כלל ואחר הטבילה הוא כמו שלא נטמא דאף קודם הטבילה לא היה אסור מפני שלא טבל דאין לנו צורך בטבילה אלא להעביר טומאתו שלא היה רשאי לאכול תרומה מפני שנטמא והוצרך טבילה להעביר הטומאה אבל מי שלא נטמא אוכל בתרומה בלא טבילה וכן בחליצה אין לנו צורך בחליצה אלא להסיר הזיקה ואלו לא היה בה זיקה היתה יכולה להנשא בלא חליצה ולא נאסרה להנשא בלא חליצה אלא מפני הזיקה שבה להכי מיקרי הסרת הטומאה והזיקה גרמא בעלמא לגבי ההנאה הבאה לו אח"כ ע"י שאוכל בתרומה או מה שנשאת לבעל שבשעה שבאה ההנאה מאכילת התרומה ומהנשואין כבר חלף הלך לו מעשה הטבילה והחליצה ואין רישומו ניכר עוד אחר שעשה פעולתו להעביר הטומאה ולהסיר הזיקה אבל בעירוב אי מערבין לדבר הרשות שבשעה שהוא אוכל סעודתו אז פועל בו קנין העירוב שלא בא למידה זו לעשות רצונו במקום זה אלא ע"י העירוב שקבע לו מקום בקרוב בתוך אלפים אמה ובשעת הנאתו ממש הוצרך לפעולת העירוב ואף דאם נאכל העירוב משחשיכה קונה עירוב מ"מ פעולתו נשארת על כל השבת שעושה מקום דירתו מה שנתנה תורה תחום לכל איש הישראלי בתוך אלפים לסעודתו וכיון דפעולת העירוב נשאר עליו גם בשעת הנאתו אסור לעשות עירוב זה מאיסורי הנאה דבשעת הנאתו ממש הרי נהנה מאיסורי הנאה ואין זה גרמא אלא הנאה בשעת מעשה ממש ולהכי למ"ד מערבין לדבר הרשות אסור לערב בביה"ק ולא שייך בזה מצות לל"נ. ולפי"ז בשחיטה נמי לפי שיטת התוס' בשבועות (דף כ"ד) דבנבילה איכא עשה מלבד לאו דלא תאכלו נבילה איכא עוד עשה וזבחת ואכלת זבוח אכול שאינו זבוח לא ועשה זו אינה באה אלא לומר שהתורה אמרה שלא לאכול בע"ח כ"א כשהוא זבוח בדיני שחיטה ופעולת השחיטה צריך להיות עלי' בשעה שאוכלין אותה ולא סילוק איסור בעלמא הוא אלא פעולה חדשה שצוותה תורה שלא לאכול בע"ח בלתי היות עלי' הכשר זביחה וכיון דבשעת אכילה בעינן לקביעותא דהכשר זביחה שעלי' אם שחט בסכין של איסורי הנאה לא אמרינן בי' מללה"נ ואסור ודמי לעירוב דאין מערבין בביה"ק למ"ד מערבין לדבר הרשות:

ולפי"ז כיון שביארנו דעיקר תיקון השחיטה מקרי הנאה גמורה הקבוע בכל בשר בהמה ורביע על הבשר בשעת אכילה ממש פשיטא דתיקון השחיטה לא גרע מתיקון הבישול וכי היכי דהתם אסור בדיעבד אם בישל באיסורי הנאה ה"נ הכא בשחיטה וכדעת הרמז"ל:

ובזה היה נראה לי ליישב מה דלכאורה קשה טובא בהא דאמר ר"נ סכין של עכום"ז מותר לשחוט בה מ"ט מקלקל הוא משום דבחייה הבהמה שוה יותר שבחייה עומדת לגדל וולדות ולחרישה ולאכילה ואמאי הא כיון דמתחיל לשחוט הוושט כבר אדחי' לה מלגדל ולחרוש ואם יניחנה כך תאסר משום נקובת הוושט ובגמר שחיטה הוי מתקן וכה"ג כתב הרמז"ל בפהמ"ש בחולין (דף י"ד) דבשוחט בשבת במזיד השחיטה פסולה משום דבתחילת השחיטה נעשה מומר ובגמר שחיטה הוא פסול עיי"ש וה"נ לימא הכי שבתחילת השחיטה כבר אינה ראוי' לגדל והוי מתקן ונהנה בגמר השחיטה. ולפמש"כ א"ש דר"נ סובר ישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף וכיון דבתחילת השחיטה הוא מקלקל שרי משום דעיקר ההנאה הוא מה שניתרת הבהמה בשחיטה ונקבע בה הכשר שחיטה והכשר שחיטה נקבע ע"י תחילת השחיטה עד סופה ובתחילה היה מקלקל ולא איכפת לן על תחילת המעשה ע"כ לא נאסר הבהמה גם מחמת סוף השחיטה אף שבסוף השחיטה היה מתקן דאע"ג דלמ"ד ישנה לשחיטה מתוע"ס סובר דבתחילת השחיטה לחוד יש דין שחיטה וכן בסוף השחיטה לחוד לענין שחוטי חוץ וכדומה מ"מ גבי דין איסורי הנאה דקיי"ל זו"ז גורם מותר ודבר הנגמר על ידי איסורי הנאה אינו אסור אא"כ כל גמרו היה רק ע"י איסורי הנאה אבל אם גמרו היה ע"י איסור וע"י היתר שרי וה"נ הכשר שחיטה בא לבהמה זו ע"י שחיטת ב' סימנין שבתחילתו היה מקלקל ולא היה חשש בזה רק סופו נגמר בתיקון שכאשר נקב הוושט ע"י תחילת השחיטה ונדחית מלגדל וולדות הוי גמר שחיטה תיקון:

והגע בעצמך אם היה שוחט מסוכנת מיעוט סימנין בסכין של היתר ומיעוט סימנין בסכין של עכום"ז שאסור בהנאה נמי הוי שרי אפילו להרמז"ל דאוסר בדיעבד במסוכנת משום דשחיטה זו נגמרה ע"י איסור והיתר והוי זוז"ג וכן אם נעשית מסוכנת באמצע השחיטה שנולד בה חולי אחר שלא מחמת השחיטה וה"נ היכא שבתחילת השחיטה היה מקלקל נמי מחשב זוז"ג כיון שהיתר שחיטה הנקבע בה בא גם ע"י תחילת השחיטה שהוא מקלקל מקרי זוז"ג ושרי וכן פסק הרמב"ם ז"ל דישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף:

ובזה מיושב מה שהשמיט הרי"ף דין זה לגמרי דהרי"ף ז"ל אפשר דסובר דבעינן למיפסק דאינה לשחיטה אלא לבסוף כמו שנראה מדברי רבא (בזבחים ד' ל') ע"ש בתוס' דסובר

אינה לשחיטה אלא לבסוף וכיון שכן אסור לשחוט אף בהמה בריאה דנהי דבתחילת שחיטה הוי מקלקל מ"מ עיקר הכשר שחיטה מביא עליה הגמר שחיטה ובגמר שחיטה הוי מתקן גמור שכבר לא היתה ראוי' לגדל וולדות ולהכי לא הוצרך הרי"ף ז"ל להביא דין זה דממילא ידעינן דבסכין של איסורי הנאה אסור לשחוט כיון שאסור ליהנות ממנו רק ר"נ חידש לנו דמותר לשחוט בו משום מקלקל וכיון דלא קיי"ל כוותי' ממילא אסור ליהנות מאיסורי הנאה והא דלא הביא הך דינא דמותר לחתוך בו באטמא דקיימא לקורבנא זה נמי לא הוי שום חידוש דפשיטא הוא דאם מקלקל גמור הוא שאין כאן שום איסור ורבא קאמר הך דינא רק משום דאמר חלוקי שחיטה בין בריאה למסוכנת אמר נמי החילוק בלחתוך בה בשר וכיון שהרי"ף ז"ל השמיט עיקר חידוש שחידש ר"נ שמותר לשחוט בו לא הוצרך להביא כלל יתר החילוקים שהם פשוטים דהיכא שהוא מקלקל מותר ואם הוא מתקן אסור:

ובדעת הרא"ש ז"ל שהתיר הבהמה שנשחטה בסכין של עכומ"ז באכילה נראה דסובר דמשום עיקר הכשר שחיטה דרמי על הבהמה אין לאסור דמללה"נ. ואפשר דסובר כדעת הריצב"א בשבועות (דף כ') דהאי עשה וזבחת ליתא כלל שלא בא הכתוב אלא להתיר לשחוט ולא לאסור בלי זביחה רק דבאמת לא שייך מללה"נ אלא בדבר שאין בו הרווחת ממון אבל השוחט מסוכנת דאיכא הרווחת ממון דאם לא היה שוחטה היתה מתה ולא שווי' כלום וכששחטה שוה הרבה יותר בזה לא אמרינן מללה"נ דהרי בנדרים (דף ל"ה) אמרינן דהמודר הנאה מחבירו מלמדו משנה ואינו מלמדו מקרא ומפרש הש"ס התם משום דנוטלין שכר על המקרא להכי אסור ללמדו בחנם ומודר הנאה קיל לענין זה משאר איסורי הנאה דהא רבא הוי סובר מעיקרא (בר"ה כ"ח) מצות ליהנות ניתנו אע"ג דתנן גבי מודר הנאה מלמדו משנה וע"כ הטעם משום דסובר דבמודר הנאה קיל משום שלא היה דעתו על הנאת מצוה דהא בדעתו תליא מילתא שהוא הביא האיסור על עצמו משא"כ באיסורי הנאה שאסרה התורה סובר רבא מצות ליהנות ניתנו [ועיין טו"א בר"ה (דף כ"ח) שעמד בזה ולענ"ד כמש"כ] וכיון דאפילו במודר הנאה דקיל לענין זה אסור היכא דאיכא הרווחת ממון כש"כ באיסור הנאה דסכין של עכומ"ז ולהכי אסור במסוכנת משא"כ בבריאה דהרווחת ממון ליכא דבחייה שוי' טפי ומה דאיתעביד מחשבתו שהוא רוצה לאוכלה והסכין מכשירה לאכילה בזה אמרינן מללה"נ:

ובזה היה מיושב נמי מה שהקשיתי לעיל דבבריאה נמי כיון שהתחיל לשחוט שוב לא קיימא לגדל וולדות והוי מתקן בגמר שחיטה ולפי הנ"ל א"ש דכיון דלענין עיקר השחיטה מה שמכשירה לאכילה ל"ח הנאה כלל דמללה"נ ועיקר הנאה במסוכנת הוא

שמחשיבה בדמים שעומדת למות ובסכין זה הוא מחשיבה ומתירה באכילה ומעלה אותה בדמים וכ"ז אם היתה מסוכנת בעצמה אבל בהמה בריאה שעשה בה מעשה טריפה בתחילת השחיטה וניקב הוושט הרי זה הי' דרך השחיטה ולא באתה לכלל טריפות ולא הפסידה חשיבות דמי' כלל אך ורק שאם היה מניחה כמו שהיא ולא הי' גומר השחיטה היה להנקב הזה שעשה בשחיטה בוושט דין טריפות אבל עדיין לא בא לכלל זה א"כ אין זה מיחשב הנאה בחשיבות דמיה דהא עדיין לא באה לכלל מסוכנת רק שבגמר שחיטה הצילה מכל טריפות ומיתה מאלי' וזה הוי גרמא בעלמא לענין הרווחת ממון ע"י הסכין של איסורי הנאה ובעיקר השחיטה הוא ומללה"נ:

ובזה היה מיושב נמי מה שהקשו התוס' בהא דאמרינן הכא דבבריאה הוי מקלקל ולענין שבת אמרינן דהשוחט בשבת מחייב ולא הוי מקלקל ולפ"ז א"ש דהכא גבי איסור הנאה לא מחשבינן המצוה להנאה דמללה"נ ומפני חשיבות הדמים הוי מקלקל דבחייה עומדת לגדל אבל גבי שבת דבעינן תיקון ותיקון מצוה נמי חשיב תיקון כדאמרינן בשבת (דף ק"ו) מה לי לתקן מילה מה לי לתקן כלי להכי השחיטה נמי חשיב תיקון ובזה דברי הרא"ש ז"ל נכונים כיון דעיקר ההכשר שהשחיטה מכשיר את הבהמה אמרינן מללה"נ וליכא איסורא במסוכנת רק מה שמחשיבה בדמים לזה לא נאסר בדיעבד דלא קביע הנאה בבשר ממש כמו מבשל בעצים דאיסורי הנאה להכי שרי בדיעבד אבל באמת כבר כתבנו סברא נכונה דלא שייך כלל גבי שחיטה מללה"נ משום שהכשר השחיטה קבוע בבשר בשעת אכילה ממש וכל כה"ג לא אמרינן מללה"נ. ומה שמותר בבהמה בריאה ולא אסרינן מטעם דבתחילת השחיטה שוב איננה ראוי' לגדל ובסוף השחיטה הוי מתקן כמש"כ לעיל דכיון דישנה לשחיטה מתחילה וע"ס ובתחילת השחיטה הוי מקלקל שהיתה עומדת עדיין לגדל ועיקר האיסור הוא מחמת היתר הכשר השחיטה דקביע בה והיתר זה הוא ע"י תחילת השחיטה וסופה ובתחילתו היה מקלקל להכי שרי:

ודע דמש"כ לעיל בסוגיא דסנהדרין (דף קי"ב) דאמר שם ר"ח עיסה חציה של עיה"נ וחציה של עיר אחרת מותרת בהמה אסורה מ"ט עיסה כמאן דפליגי דמי בהמה לאו כמאן דפליגי דמי וכ' רש"י ז"ל דבהמה כיון דא"א לכזית בשר בלא שחיטה והחציה של עיה"נ אין בה דין שחיטה ואף אם ישחטנה הוי כמתה והר"ן ז"ל תמה עליו דהא ר"ח לקמן בעי בהמה של עיהנ"ד ששחטה אי מטהר מידי נבילה או לא ואיך אפשר דהכא בהך מימרא פשיטא לי' דלא מטהר ע"כ פי' הוא ז"ל דאף דמטהר מידי נבילה מ"מ כיון שחלק עיה"נ אסור בהנאה לא מהני להתיר בשר באכילה ואין זה שחיטה ותמהתי שם דמאי איכפת לן שחלק עיה"נ אסור בהנאה כיון שמטהר מידי נבילה מהני

שחיטתו לחלק של עיר אחרת והיכן מצינו שמה שחלק א' אסור בהנאה יעכב היתר אכילה בחלק השני:

אבל נראה לי דכמו לדעת הרמז"ל אם שחט המסוכנת בסכין של איסורי הנאה נאסרה הבהמה שמה שהסכין מתירה באכילה מיחשב הנאה גמורה א"כ כמו דהסכין מיקרי מכשיר ה"נ חלקי הבהמה מתירין זא"ז דא"א לשחוט חצי הבהמה והסימנים מתירין אותה באכילה ואם יש בה חלק א' האסור בהנאה ונשחטנה אם נאכל חלק השני הרי החלק של איסורי הנאה הכשיר את החלק השני דעדיפא פעולת החלק הזה בחלק השני מפעולת הסכין בבהמה ומתהני מאיסורי הנאה הנאה גמורה ולהכי אסור באכילה גם חלק של עיר אחרת וכמו להרמז"ל בשוחט בסכין של עכום"ז אסור באכילה בדיעבד משום נהנה מאיסורי הנאה ה"נ בהמה חצי' של עיר הנדחת אסור גם חלק השני באכילה משום נהנה מאיסורי הנאה והכא למסוכנת דמיא דהא א"א ליהנות ממנה בחייה מחמת איסור הנאה של חלק עיה"נ שבה ומוכרחים לחלקה דמי למסוכנת ומקרי הנאה ולהרא"ש ז"ל לכל הפחות לכתחילה אסור לשוחטה כמו שאסור לשחוט בסכין של עכום"ז וא"ש מה דקאמר בהמה אסורה ואף שלשון הרמז"ל אינו מבואר לדברינו מ"מ הענין נכון מאוד לעצמו כן נראה לפע"ד:

שוב ראיתי שדברי הר"ן ז"ל נכונים בלא"ה שהרי אמרינן בחולין (דף פ"ה) לא לכל אמר ר"מ שחיטה שאינה ראוי' שמה שחיטה מודה ר"מ שאין מתירתה באכילה ופריך פשיטא טריפה ששחטה מי משתרי ומשני לא צריכא לשוחט את הטריפה ומצא בה בן ט' חי סד"א הואיל דאר"מ שחיטה שא"ר שמה שחיטה תהני לי' שחיטת אמו ולא לבעי שחיטה קמ"ל ע"כ הרי דשוחט את הבהמה ומצא בה בן ט' חי שאין טריפות אמו פוסל בו דלאו ירך אמו כמש"כ שם רש"י ותוס' אפ"ה לא מהני לי' שחיטת אמו להתיר באכילה ואע"ג דמהני לי' שחיטת אמו לטהר מידי נבילה כדאמר שם (בדף ע"ו) בשוחט את הטריפה ומצא בה בן ט' חי דטעון שחיטה ואם מת טהור מלטמא במשא אלמא אע"ג דמהני לי' שחיטת אמו לטהר מידי נבילה וגם הטריפות של אמו אין פוסל בו אפ"ה אם לא נשחט בעצמו אסור באכילה משום ששחיטת אמו לא יכלה להועיל לו אלא לענין לטהר מידי נבילה כמו שהועיל השחיטה לאמו גופא אבל להתיר באכילה לא הועילה לו כלל דכיון שאמו בעצמו אסורה באכילה אין כח בשחיטתה להתיר העובר באכילה ולא עדיף עובר ממנה ולא מהני לי' לעובר אלא לטהר מידי נבילה וא"כ ה"נ בבהמה חצי' של עיה"נ וחצי' של עיר אחרת אף אם נימא דשחיטת עיה"נ מהני לטהר מידי נבילה מ"מ לענין אכילה אין שחיטת החצי שאסור באכילה מועיל לשחיטת החצי שמותר באכילה

דכיון שהוא עצמו אסור אין מועיל שחיטתו לגבי חצי השני אף שמועיל לטהר מידי נבילה מ"מ להתיר באכילה אינו מועיל ושחיטת חצי בהמה לאו שחיטה היא ושחיטת בהמה שלימה מתיר באכילה ולא חצי בהמה וכאן חצי אסור באכילה ואסור גם חצי של עיר אחרת ושפיר קאמר ר"ח בהמה אסורה:

ואף שרש"י ז"ל כתב שם (בדף ע"ה) בהא דאמר לדברי המתיר אוסר וז"ל אוסר בשל טריפה דשחיטה דידי' לא מהני לי' ובשחיטת הטריפה לא משתרי שהרי הוא כאחד מאיברי' עכ"ל וא"כ אפשר לומר דדוקא גבי עובר אמרינן שאם לא יהי' לו אלא שחיטת אמו יהיה אסור משום טריפות מפני שהוא כאחד מאברי אמו אבל אם חצי הבהמה יש בו איסור אכילה לא איכפת לן במה שחצי השני ניתר על ידו באכילה מ"מ מסתבר להר"ן ז"ל דה"ה גבי חצי של עיה"נ וחצי של עיר אחרת נמי אמרינן דאם החצי יש בו איסור אכילה אין באפשרו של החצי השני להיות ניתר ע"י שחיטה שהרי לא מיקרי שחיטה אלא בבהמה שלימה וכשחצי המותרת צריכה להיות ניתרת ע"י חצי האסורה נעשה ג"כ כמותה ואסורה ודו"ק:

סימן סב

ביור"ד (סימן י"ד סעיף ה') עובר שהוציא אבר ונאסר האבר ואח"כ נשחטה האם והוציאו העובר והרי היא נקיבה החלב שלה אסור לשתותו הואיל והוא בא מכלל האיברים ויש בה איסור אבר א' אסור והרי הוא כחלב טריפה שנתערב בחלב כשירה וכתב הב"ח והש"ך שם דאם יש ס' בבהמה בבשר וגידין ועצמות נגד האיסור כל החלב מותר מטעם תערובות שבטל בס' עיי"ש בש"ך וט"ז והרב בעל מל"מ (בה' מטמאי מו"מ) תמה עליהם דלא מהני בזה ביטול כלל כיון שמעורב מתחילת ברייתו וכמ"ש המרדכי בשם רבינו משולם דכל המעורב מתחילת ברייתו לא שייך ביטול עיי"ש:

והנוב"י ז"ל מה"ת (סימן נ"ד) כתב ליישב דברי הב"ח והט"ז והש"ך דאף דדבר המעורב מתחילת ברייתו אין בו ביטול היינו דווקא ברובא לא בטל דהא דבטל ברובא ילפינן מאחרי רבים להטות דכתיב גבי סנהדרין וזהו דווקא באינו מעורב מתחילת ברייתו אבל ביטול בששים לא מקרא דאחרי רבים להטות ילפינן אלא מטעם שאין עוד בו טעם האיסור שהרי מבשא"מ דלא מהני רובא מדאורייתא משום טעם כעיקר מדאורייתא ואפ"ה בטל בששים והיינו משום שהביטול אינו בתורת רוב רק שאין בו עוד טעם איסור כלל להכי בטל אם מעורב מתחילת ברייתו עכ"ד:

אבל לענ"ד ז"א דהא דמהני ששים הוא רק לבטל טעמו של איסור וזהו רק אחר שהועיל רובו של היתר לבטל עצם האיסור והוי האיסור כמאן דליתא משום שהתורה אמרה

אחרי רבים להטות רק שאנו חוששין למה שאנו מרגישין טעם האיסור וטעם כעיקר לזה אנו צריכין לששים לבטל הטעם וכיון שממשות האיסור נתבטל ברובא וטעמו אינו נרגש שרי לאוכלו אבל בדבר המעורב מתחילת ברייתו דלא מהני ביטול ברובא משום דלא כתיב אחרי רבים להטות במה שמעורב מתחילת ברייתו לא מהני ששים כלל דמאי מהני מה שריבוי ההיתר של ששים גורם שלא יורגש הטעם כיון דמ"מ האיסור בעינו בכל מקום שהוא ולא נתבטל וכל פעולת ביטול של ששים רק אחר שרובו של היתר ביטל ממשות האיסור אז מועיל ריבוי ששים לבטל הטעם אבל כל כמה דלא נתבטל גוף האיסור ברובא לא מהני גם ששים לבטולי כמו שמצינו לרבי יהודה דמין במינו לא בטל משום שאין בכח ההיתר לבטלו ולהתגבר עליו מחמת שהוא כיוצא בו דאפילו בששים נמי לא בטל כיון שעצם האיסור דומה כמו שהוא בעין בכל מקום שהוא ה"נ כל מידי דלא בטל ברובא לא מהני בו ששים הלכך כיון דדבר המעורב מתחילת ברייתו לא בטל ברובא לא מהני בי' נמי ששים ויפה כתב המל"מ דלדעת המרדכי חלב דאבר יוצא אינו מתבטל אף שיש ששים כנגדו בבשר וגידין ועצמות דהיתר:

והכי משמע נמי מדברי הר"ן ז"ל (בחולין פ' גיה"נ) בהא דקאמר הש"ס התם גבי זרוע בשלה זהו היתר הבא מכלל איסור רבא אמר לא נצרכא אלא לטעם כעיקר וקאמר התם לעיל מינה אטו אנן לקולא גמרינן לחומרא גמרינן דמדאורייתא ברובא בטל והקשה הר"ן ז"ל היכא אמרינן דמדאורייתא ברובא בטל הא טעם כעיקר דאורייתא ותירץ שם דה"ק דמדאורייתא ברובא בטל היכא דלא יהיב טעמא דכמה מיני איסורין דלא יהבי טעמא אפילו ביו"ד ועשרים הלכך כי בעינן ששים בכל האיסורין אע"ג דליכא טעמא חומרא הוא דמדאורי' כל היכא דליכא טעמא ברובא בטל עכ"ל הר"ן ז"ל הרי דמבואר בדבריו דגם מין בשא"מ בעינן ביטול ברוב לבטל ממשו של איסור ובעינן גם שיעור ביטול לבטל הטעם כל איסור ואיסור לפי ערך נתינת טעמו וא"כ היכא דליכא ביטול ממשו לא מהני נמי ביטול טעמו וזה ברור:

סימן סג

שאלה ע"ד שוחט א' שבא מעיר אחרת וישב בקהילה ושחט אצל איזה קצבים ולא בא לפני המורה וב"ד שבעיר להראות להם סכינו מה דינו:

תשובה לכאורה יש לאסור השו"ב הזה מלשחוט עוד כדאמר בחולין (דף י"ח) האי טבחא דלא סר סכינא קמי חכם מעברינן לי' ומוקי לה ואפילו בנמצאת סכינו יפה ואף דאיתא ביור"ד (סימן י"ח) דהאידנא מחלו חכמים להשוחטים על כבודם מ"מ זהו להשו"ב שבעירם אבל שיבא איש אחד ממקום אחר לשחוט במקום שיש ב"ד קבוע ושוחטים

מובהקים הממונים לזה ודאי דלא מחלו ומעברינן לי' מיהו נראה לי דקלקלתו תקנתו ויש לצדד לאמר דבש"ס מיירי בטבח שאם היה מראה סכינו היה מרשה אותו לשחוט אם היה מוצא סכינו יפה והוא לא רצה להראות והוי אפיקרותא ומשו"ה מעברינן לי' אבל השוחט הזה אם היה מראה סכינו לחכם העיר לא היה מרשה אותו לשחוט בשום אופן מפני שיקפח פרנסת השוחטים הקבועים בעיר ולהכי לא הראה לו אין זה אפיקרותא שמה שלא רצה להראות סכינו לחכם העיר לא מפני שהיקל בכבודו רק מפני שרצה להרויח שכר שחיטה ובזה לא גזרו חכמים להעבירו אף שמשיג גבול השוחטים שבעיר דלא גרע מגנב ששחיטתו כשירה והחשוד על הגניבה לא חשוד על השחיטה ולא אמרו להעבירו אלא מפני אפיקרותא וכאן ליכא אפיקרותא כן נראה לי לצדד ולהפך בזכותו של השוחט הזה ומ"מ הואיל ואיכא קצת אפיקרותא וגם שיש בזה קלקול השחיטה שאחרי שהוא שוחט וצריך להיות נזהר מעין רואה ואוזן שומעת אין דעתו ולבו פנויים לבדוק הסכין במתינות ובכוונת הלב כמ"ש רבינו יונה ז"ל שצריך לכוין הדעת מאוד לבדיקה הזה וזה השוחט במחשך מעשהו צריך להעבירו על זמן מה שלא ישחוט אף במקומו ואח"כ יחזיר לכשרותו כנלע"ד:

סימן סד

שאלה סרכה בכסדרן בין אונא לאונא ואירע שקלפוה וראו שהקרום חסר תחת הסרכה והיה חסרון בשני הקרומין תחת הסרכה מה דינה:

תשובה לכאורה אף דקיי"ל דסרכה כסדרן כשירה מטעם דמהני הסתימה או משום דאין סופן להתפרק מ"מ היינו כשלא חסר כלום אבל נקב שיש בו חסרון טריפה ולא מהני סתימה כלל דלא מצינו סתימה אלא לטריפות נקב אבל לטריפות חסרון לא מצינו סתימה ובכמה דוכתי מצינו שהנקב אינו פוסל וחסרון פוסל כמו בגרגרת שנקב אינו פוסל וחסרון פוסל וכן אמרינן בחולין (דף מ"ז) דאף לר"ש דסובר דנקב אינו פוסל אם אינו מנוקב עד בית הסמפונות מ"מ אם יש חסרון הקרום עם הנקב מודה דטריפה אלא שקשה לי לפ"ז הא דפריך התם ר' אבא לעולא דסובר חסרון מבפנים לא שמי' חסרון ממתניתין דקתני הריאה שניקבה או שחסרה מאי חסרה אילימא מבחוץ היינו ניקבה אלא לאו מבפנים ודחיק לשנויי דאתיא כר"ש דאמר עד שתינקב לבית הסמפונות ואמאי לא משני הא דקתני חסרה היינו מבחוץ ובגוונא דמטעם נקב לא הי' אסור דנסתם ע"י סרכה כסדרן להך שיטה דטריפות סרכה הוא מטעם נקב או בריאה הסמוכה לדופן במקום רביתא דאונא דהסרכה סותם הנקב ולהכי אשמעינן מתניתין דאם יש חסרון טריפה מטעם חסרון ולטריפות דחסרון לא מהני סתימה כמ"ש דמ"מ חסרה הריאה:

וראיתי להרב פ"ח ז"ל (סימן ל"ט ס"ק מ') שכתב בשם המרדכי שהביא משם הר"ח והגאונים דהא דאמרינן במקום רביתא כשירה ובלבד שלא יהא שחין אבעבועות במקום סרכות האונות שאם יש שם טריפה והכל תמהו וכי חמור שחין מנקב ממש תו קשה דבגמרא פריך דרב נחמן אדרב נחמן ולא משני דההיא בניקב ולא העלתה צמחים להכי כשירה והכא בהעלתה צמחים דגריע טפי ולהכי חוששין לה ומכח קושיא זו נחלק ראב"ן עליו עכ"ל ולפמ"ש דברי המרדכי בשם ר"ח נכונים בטעמו דכוונתו דאם נמצא שחין אבעבועות במקום הסרכא טריפה אף במקום רביתא דאונא דבשחין אבעבועות מתקלקל הקרום ואין הדופן סותם אלא נקיבת הקרום לחוד אבל חסרון הקרום לא מהני לי' סתימה דמ"מ בקרום חסר לי' והש"ס דמקשה דר"נ אדר"נ דמשמע דבמקום רביתא דאונא סותם אפי' העלתה צמחים מיירי בצמחים שאינם כמו שחין ואבעבועות שהקרום שלם רק שהוא גבוה מבשר הריאה ובתוכו מוגלא כמו חזי הנהו דקיימי צמחי צמחי האמור (בדף מ"ח) דאין חוששין בהם לנקיבת הקרום אבל אבעבועות שחין שהקרום נתקלקל מיקרי חסרון ובחסרון לא מהני סתימת הדופן:

ומאי דקשה לן מהא דלא משני הש"ס דמתניתין דריאה שחסרה מיירי שחסר נגד סתימת הדופן או סתימת אונה שבצידה דלא מיטרף מטעם נקב ומיטרף מטעם חסרון נ"ל דקושית הש"ס הוא דאף דמצינן לאשכוחי גוונא דלא מיטרף משום נקב ומיטרף מטעם חסרון מ"מ לישנא דמתניתין קשיא ליה דקתני שנקבה או שחסרה דמשמע דלא נקבה וחסרה וע"ז פריך דהא לא משכחת חסרון בלי נקב וכל חסרון הואי נקב גם כן ומשני דאתיא כר"ש דאמר עד שתינקב לבית הסמפונות ולדידי' שפיר קתני או שחסרה ולא נקבה שהרי לר"ש כ"ז שלא נקב לבית הסמפונות לא מיקרי ניקב ולא משני שחסר במקום סתימה דאכתי לישנא לא ניחא לי' דמשמע שחסר ולא נקבה כנלע"ד:

סימן סה

שאלה העגלים שנקנים מן הכותים בשוק והכותים מסיחים לפי תומם וסיפר לפני הישראל זמן עיבורה של הפרה שכלו לה חדשיה אם נאמן הכותי או לא:

תשובה בשו"ע יור"ד (סימן י"ד) פסק בשם תשובת הרשב"א ז"ל דאם הכותי הסיח לפ"ת שהן בני ח' ימים אינו נאמן ועיין פמ"ג שהקשה אמאי אינו נאמן הא מבואר בכל הראשונים ז"ל דחשש נפל הוי רק מדרבנן ומן התורה אזלינן בתר רוב וולדות שהן בני קיימא ובדרבנן כותי נאמן במסל"ת ותירץ דהכא איכא חזקה דמוקמינן לאם בחזקת מעוברת ומאחרין זמן לידתה ע"כ והנה זה שייך רק אם הכותי אומר שהן בני ח' ימים דבזה מוקמינן לה אחזקה לאחר זמן לידתה להכי א"נ אבל בנידון דידן שאמר הכותי

שכלו לו חדשיו דבזה ליכא חזקה דאיסורא דאף אם ליכא ח' ימים ללידתה נמי מותר שמזמן עיבורה כלו לה חדשיו נראה דמהימן כיון דהוי רק דרבנן וחזקה לאיסורא נמי ליכא מיהו אפשר לומר דאיכא למימר נמי חזקה דמאחרין זמן עיבורה של הפרה וליכא ח' חדשים משנתעברה וממילא ילדה קודם זמנה ואיכא חשש נפל:

מיהו קשה לפ"ז דאמרינן ביבמות (דף ל"ז) בספק בן תשעה לראשון בן שבעה לאחרון דאמרינן התם דהוי השני ספק ממזר ואמאי לא אמרינן דמוקמינן לה אחזקה ונתעברה באיחור הזמן והאי וולד בן שבעה לאחרון הוא דהא זמן לידתה ידוע הוא ואנו מסופקין רק על עיבורה ונימא דנוקי אחזקה ונתעברה באיחור הזמן ומבתרא הוא ועיי"ש בתוס' שהקשו דנוקי אחזקת היתר ליבם ולא הקשו דנוקי אחזקת הגוף שלא נתעברה בזמן הקודם:

וצ"ל דכיון דלא מוקמינן אחזקה אלא בדבר שאנו יכולין לאמר השתא הוא דיצא מחזקתו כמו בהמה שנשחטה ונמצא טריפה דאמרינן השתא סמוך לשחיטה נטרפה אבל היכא דא"א לומר כן לא שייך חזקה א"כ הכא דילדה ואחר הלידה לא ידעינן אם היא מעוברת זה תשעה חדשים או שבעה בזה לא מוקמינן אחזקה כיון דלא מצינן למימר סמוך לזמן לידת הספק יצאתה מחזקתה וכמ"ש הפוסקים ביור"ד (סימן פ"א) דאם הוגלד פי המכה ונטרפה בודאי ג' ימים קודם השחיטה אסרינן למפרע כל החלב משום דכיון דליכא למימר השתא קודם לידת הספק נטרפה משום דע"כ קודם ג' ימים נטרפה אסרינן למפרע לגמרי וה"נ זמן לידת הספק הי' בשעת הכר' העובר שאז אנו מסופקין אם בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון והכרת העובר הוא אחר שליש ימי העיבור לא מהני החזקה לדון על פיה במה שמסתפקין בב' או בג' חדשים קודם הכרת העובר כיון דאין אנו יכולין לאמר בשעת לידת הספק השתא נתעברה. וה"נ גבי בהמה בספק נפל הואיל דהשתא אחר הלידה אנו באין לדון על זמן העיבור וידעינן שנתעברה בזמן קודם איזה חדשים ולא ידעינן אימת לא מוקמינן אחזקה [ולהכי לא הקשו התוס' גבי ספק ב"ט לראשון ב"ז לאחרון דנוקי אחזקת הגוף ונתעברה באיחור הזמן] וה"ה גבי וולד שאמר הכותי במסל"ת שכלו לו חדשיו ליכא חזקה לאמר שזמן לידתה הוא באיחור הזמן וכיון דליכא חזקה קיי"ל בדרבנן כותי נאמן במסל"ת (מיהו לדינא בלא"ה כתב המג"א דאין אנו בקיאין בכלו לו חדשיו עי"ש בה' יו"ט (סימן תצ"ח) ובת"ש ביו"ד א"כ פשיטא דאין לסמוך על כותי שאומר שקים לו שכלו לו חדשיו]:

ועוד אפשר לומר דגבי ספק נפל שאנו מסתפקין אם כלו לו חדשיו לא שייך לאחר זמן עיבורה משום חזקה משום דכמו דאמרינן בבכורות (דף כ') דרובא דתלי במעשה

לא הוי רובא ולהכי לא אמרינן גבי ספק בכור רוב בהמות מתעברות דעיבור בהמות חשוב תלוי במעשה ועיין בתוס' שם בבכורות ה"נ איכא למימר דבמידי דתלוי במעשה לא אזלינן בתר חזקה כה"ג ודווקא במידי דאתי ממילא כמו חסרון המקוה או נגיעת השרץ בטהרות או ראיית דם נדה באשה דזה אתי ממילא להכי אנו מעמידין על חזקה לאמר שלא נתחדש דבר כ"ז שאנו יכולין לתלות שהי' הדבר בחזקתו הראשונה אבל מידי דתלוי במעשה כמו עיבור הבהמה דלא נעשה מאיליו אלא ע"י מעשה ואין אנו יודעין מתי נעשה המעשה לא מוקמינן אחזקה וכה"ג כתב הגאון בעל נוב"י ז"ל לענין נמצא הרוג ספק בתוך ג' ספק לאחר ג' דלא מוקמינן לי' בחזקת חיים לאמר שבתוך ג' נהרג כיון שהריגתו ע"י אדם דחזקת חיים לא מהני אלא במת מאיליו מיהו זה אינו דהא בכתובות (דף י"ג) גבי משארסתני נאנסתי אמר התם דטעמא דר"ג דנאמנת משום דאוקי אחזקה והיינו חזקת הגוף שלא נבעלה עד אחר אירוסין אלמא דגם במידי דתלי במעשה ע"י ביאת אדם הבועל נמי מוקמינן אחזקה וצ"ל כמ"ש מעיקרא דהטעם דלא מוקמינן אחזקה הוא משום דהספק הוא על זמן רב קודם לידת הספק דהיינו על תחילת עיבורה לא מהני חזקה כה"ג:

מיהו קשה לי לכאורה על כל הראשונים ז"ל שכתבו בפשיטות דחשש נפל הוי רק מדרבנן הא כיון דאיכא חזקה לאיסורא דבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת ואם היא נפל לא מהני בי' שחיטה בעינן למימר סמוך מיעוטא לחזקה ואיתרע לה רובא דהא תנן (בפ' האשה בתרא) האשה שהלך בעלה וצרתה למדה"י ה"ז לא תנשא ולא תתייבם עד שתדע שמא מעוברת היא צרתה ולא אמרינן דתנשא משום דרוב נשים מתעברות ויולדות אלא אמרינן סמוך מיעוטא דמפילות לחזקה דיבם ולא תנשא ופסקו כן הרי"ף והרא"ש והרמב"ם ז"ל והטור וב"י דלא כהתוס' שכתבו דמתניתין דלא תנשא אתיא כר' מאיר אלא דאף רבנן מודו לזה:

ועיין ברשב"א ז"ל (בתורת הבית) שכתב בטעמא דאמרינן רוב מצויין אצל שחיטה מומחין ולא אמרינן סמוך מיעוטא דאין מומחין לחזקה דאינה זבוחה משום דלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה אלא בחזקה דעלמא אבל חזקה המסתלקת ע"י המתעסקין לסלקה ורוב דמתעסקין כל שיתעסקו בה מסלקין אותה ודאי לשנתעסק בה מתעסק אחד ולא ידענו אם מן הרוב או מן המיעוט על כרחנו יש לנו לאמר זיל בתר רובא ומיעוטא כמאן דליתא דמי עכ"ל מ"מ זהו דוקא גבי רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן שמומחין מסלקין ודאי את החזקה אבל הכא בחשש נפל דהרוב הוא רוב וולדות בני קיימא הן ואינו מסלק איסור אינו זבוחה כלל והחזקה באפי' עומדת עד שיודע בה הכשר שחיטה

ודאי דבעינן למימר סמוך מיעוטא לחזקה כמו דאמרינן גבי אשה שהלך בעלה וצרתה למדה"י ומדברי הרשב"א ז"ל משמע דכל היכא דאין החזקה מסתלקת ע"י הרוב אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה מדאורייתא דהא מקשה שם מפרה אדומה ומפסח דהתם אין החזקה מסתלקת ע"י הרוב ולא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה עיי"ש משמע דסמוך מיעוטא הוי מה"ת א"כ ודאי דקשה אמאי קרינן לחשש נפל רק איסור דרבנן גבי בהמה נימא סמוך מיעוטא לחזקה:

והנראה דמש"ה לא סמכינן חזקה דאינה זבוחה למיעוטא גבי נפלים דחזקת אינה זבוחה לא מהני אלא היכא דהספק אם נעשה בה מעשה השחיטה כהוגן וע"ז יש לה חזקה דבחייה ודאי לא נעשה בה מעשה השחיטה אבל אם נעשה מעשה השחיטה כהוגן רק שאנו מסופקין אם מועיל בה שחיטה כמו נפל דמסתפקין שמא נפל הוא וחשוב כמת ולא מהני בי' שחיטה בזה לא שייך חזקה דהא לא היתה מוחזקת מעולם שלא יועיל בה שחיטה ואדרבה כשהיתה במעי אמו הי' מועיל בהאי עובר שחיטת אמו ואין כאן חזקה לסמוך למיעוטא מיהו זה נכון לשיטת התוס' שפי' בביצה (ד' כ"ה) הא דאמרינן בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת היינו איסור אינה זבוחה דמשום איסור אבמה"ח לא הוי מחזקינן לה לאיסור שהרי כבר נשחטה והלך ממנה איסור אבמה"ח אבל לפירוש רש"י ז"ל שפי' שם הא דאמרינן בחזקת איסור איסור אבמה"ח אעפ"י שעכשיו כבר הלך האי איסורא מ"מ מקרי חזקת איסור שהרי היתה אסורה עכ"פ יהי' מאיזה טעם שיהי' א"כ ה"נ גבי נפל אף דלא הי' לו חזקה שלא יועיל לו שחיטה מ"מ הי' עליו איסור גם במעי אמו שהרי לא נשחט וכשנולד בו ספק אם מועיל לו שחיטה מחזיקין אותו מאיסור אבמה"ח לאיסור שאינו מועיל בו שחיטה וצ"ל לשיטת רש"י ז"ל דסמוך מיעוטא לחזקה הוי רק דרבנן:

וראיתי להגאון בעל בית אפרים והגאון בעל משכנות יעקב בספרו קהלת יעקב שהאריכו להוכיח דהך ספיקא דנפל הוי מן התורה וראייתם מדברי הרמז"ל בה' מאכלות אסורות שכתב (בפ"ד מה' מ"א הלכה ד') ואסור לאכול מן הבהמה שנולדה עד ליל שמיני שכל שלא שהה שמונה ימים בבהמה ה"ז כנפל ואין לוקין עליו עכ"ל ומדכתב אין לוקין עליו משמע מלקות הוא דליכא אבל איסורא דאורייתא איכא ומ"ש (בה' חליצה ויבום פ"א) דמדברי סופרים אין היבמה נפטרת וכו' אלא מדברי סופרים בעינן שתדע בודאי שכלו לו חדשיו או שכלו לו שלשים יום מיום לידתו עיי"ש הא דקרי לי' מדברי סופרים לאו משום דסובר דחשש נפל בסתם וולד הוא מדרבנן אלא משום דמן התורה כל שחי הוולד

שעה אחת אף שהוא בן שמונה ודאי נמי פוטר מן החליצה ויבום וכ"ז שלא כדעת התוס' שכתבו בכמה דוכתא דחשש נפל בסתם וולדות הוא רק מדרבנן:

ולענין מה שכתב הרא"ש ז"ל (בפ"ק דביצה) בעגל שנולד ביו"ט שוחטין אותו ביו"ט וה"מ דכלו לו חדשיו אבל אם לא קים לן בגווי' דכלו חדשיו אסור לשוחטו עד ליל שמיני ללידתו והוא שהפריס ע"ג קרקע שיצא מספק ריסוק אברים ותמהו עליו האחרונים ביור"ד (סימן ט"ו) דהא אמר ר"נ בחולין (דף נ"א) בית הרחם אין בו משום ריסוק איברים ובחולין משני הש"ס דמיירי כשהפריס עג"ק לדחות דברי ר"נ אבל אנן דקיי"ל כר"נ לא בעינן הפריס על גבי קרקע ולי נראה דברי הרא"ש ז"ל נכונים דהא התוס' כתבו דר"נ אתי לאשמעינן דאין בו משום ריסוק איברים אף דאיכא ריעותא שאינו הולך עיי"ש דבלאו הכי אין כאן רבותא כלל אם כן מסתבר להרא"ש ז"ל דר"נ מיירי בכלו לו חדשיו דאז מותר לשוחטו בו ביום ואשמעינן דהך ריעותא שאינו הולך ביום לידתו לא הוי ריעותא דאולי הוא מחמת חולשה אבל בלא כלו לו חדשיו דצריך להמתין ח' ימים ואם כל הח' ימים לא הלך ולא הפריס עג"ק ריעותא כי האי ודאי דחיישינן לריסוק אברים ובהא לא מיירי ר"נ דבזה ודאי חיישינן שהרי יצאת מכלל רוב וולדות דרוב וולדות עומדים על רגליהם תוך ח' וזו לא עמדה וחיישינן לריסוק וכן ברייתא דעגל שנולד ביו"ט דמייתי סייעתא לר"נ מיירי נמי בקים לי' שכלו חדשיו כדאמרינן בשבת (דף קל"ג) ששוחטין אותו בו ביום אבל אם איכא ריעותא דלא הפריס כל ח' מודה ר"נ דחיישינן ולהכי כתב הרא"ש והוא שהפריס ע"ג קרקע. והא דלא בעינן נמי בדיקה כמו בכל נפולה אפשר לומר דבית הרחם יכול לרסק האיברים אבל לא לעשות טריפות באחד מאיברים הפנימים להכי אין צריך בדיקה מטריפות ודו"ק:

סימן סו

שאלה השוחט בסכין ונמצאת פגומה לאחר שחיטה אם מותר למכור הבני מעיים מבהמה זו לכותי:

תשובה הנה התב"ש (בסי' כ"ז) פסק שלא למכור וטעמו כדאמרינן בחולין (דף ל"ג) מזמנין ישראל על בני מעיים ואין מזמנין עכומ"ז עב"מ משום דכמאן דמנחא בדיקולא דמיא ובעכומ"ז במיתה תליא מילתא ומי איכא מידי דלישראל שרי ולעכומ"ז אסור נמי ליכא דהא לישראל נמי לא מהני האי שחיטה מידי דהא נתנבלה בשחיטה:

ולכאורה יש לומר דתליא בפלוגתא דר"י ור"ל בחולין (דף ק"ב) דר"י סובר לא תאכל הנפש עם הבשר זה אבר מה"ח ובשר בשדה וגו' זה בשר מה"ח וכו' ור"ל סובר לא תאכל וגו' זה אבמה"ח ובשר מה"ח ובשר בשדה וגו' זה בשר מן הטריפה וכן פסק הר"מ ז"ל

(בפ"ד מה' מ"א ה"י) כר"י והכ"מ ז"ל (בפ"ט מהלכות מלכים ה' י"א) כ' דלר"י דיליף בשר מה"ח מבשר בשדה טריפה א"כ אין ב"נ מוזהר על בשר מה"ח דקרא דבשר בשדה טריפה לא תאכלו בישראל כתיב ולא בב"נ ותמה שם על הר"מ ז"ל במ"ש שב"נ מוזהר על בשר מן החי כיון שפסק כר"י דבשר מן החי ילפינן מבשר בשדה טריפה אין ב"נ מוזהר עליו וא"כ היה אפשר לומר דמותר למכור הבמ"ע לעכומ"ז דאבמה"ח צריך שיהא בו עצמות וגידין ובשר ובמ"ע דלית בהן גידין ועצמות אין איסורן אלא משום בשר מה"ח וב"נ אינו מוזהר על בשר מה"ח דלא כתיב גבי' קרא דבשר בשדה טריפה לא תאכלו:

מיהו ז"א דהא הרמב"ם ז"ל כ' (בפ"ה מהלכות מ"א) וז"ל אחד אבר שיש בו בשר גידין ועצמות כגון היד והרגל ואחד אבר שאין בו עצם כגון הלשון והביצים והטחול והכליות וכיוצא בהם. אלא שהאבר שאין בו עצם בין שחתך כולו בין שחתך מקצתו הרי אסור משום אבמה"ח והאבר שיש בו עצם אינו חייב עליו משום אבמה"ח עד שיפריש כברייתו בשר וגידין ועצמות עכ"ל הרי שגם באבר שאין בו עצם וגיד יש בו משום אבמה"ח וממילא דב"נ מוזהר עליו ואף שהראב"ד ז"ל כתב עליו שם וז"ל תימא הוא זה דמאי שנא זה מן הבשר מן החי שאין בו אלא משום טריפה עכ"ל מכל מקום הא כתב שם הרב המגיד ז"ל דבאבר שלם שאין בו גיד ועצם גם הראב"ד ז"ל מודה דיש בו משום אבמה"ח והראב"ד ז"ל חולק על הר"מ ז"ל רק במה שכ' דאם חתך מקצתו מאבר שאין בו גידין ועצמות חייב משום אבמה"ח סובר דאינו חייב בזה אלא משום בשר מן החי אבל אם תלש אבר שלם שאין בו גיד ועצם מודה הראב"ד ז"ל דחייב משום אבמה"ח והביא שם ראיה מהא דאמרינן אכל חלב מן החי מן הטריפה חייב שלש דיש בחלב איסור אבר מה"ח והחלב לא נמצא אלא באברים הפנימים וליכא שם גידין ועצמות וע"כ דבאבר שלם לא בעינן גיד ועצם ומיירי שתלש כוליא בחלבה עיי"ש בדבריו ז"ל א"כ הרי מבואר דגם בבמ"ע יש בו איסור אבר מן החי אם תלש אבר שלם:

ובזה יש לבאר לשון הגמרא דקאמר ראב"י ש"מ מדר"ל מזמנין ישראל על במ"ע ואין מזמנין כותי על במ"ע כו' וקאמר תניא דלא כראב"י דתניא הרוצה שיבריא חותך כזית בשר מבית השחיטה קודם שתצא נפשה כו' אחד ישראל ואחד כותי מותרים בו עכלה"ג והאי לישנא דקאמר תניא דלא כראב"י אינו מובן אמאי לא מותיב תיובתא לראב"י כדרך הש"ס בכל דוכתא ושני בלישנא ואמר תניא דלא כראב"י אע"ג דמצינו כהאי לישנא בש"ס דחולין (דף י') גבי הא דאמר ראב"י מנא ה"מ דאזלינן בתר חזקה וקאמר התם תניא דלא כראב"י ולא קאמר בלשון תיובתא על ראב"י התם שאני דלא איתותב לענין איזה דין רק לענין ילפותא דחזקה אם ילפינן מקרא דהבא אל הבית דכתיב גבי נגעים או

לא להכי לא שייך שם לשון מיתבי משא"כ בסוגיא זו דנ"מ לענין דינא אם מזמנין עכומ"ז על בני מעיים או לא שייך דווקא לשון מיתבי ולפי הנ"ל ניחא דבאמת אעיקר הדין דאין מזמנין עכומ"ז על במ"ע ליכא תיובתא דאפשר לומר דודאי אמרינן דבמ"ע כמאן דמנחי בדיקולא דמיין ואסור לזמן עכומ"ז על במ"ע ולא אמרי' מי איכא מידי והא דקתני וגם עכומ"ז מותר בבשר בית השחיטה שחתך קודם שתצא נפשה הוא משום דקיי"ל כר"י דבשר מה"ח נפקא לן מקרא דבשר בשדה טריפה לא תאכלו ואין ב"נ מוזהר ע"ז כדברי הכ"מ ז"ל דבשר בית השחיטה לאו אבר שלם הוא אלא בשר בעלמא אבל במ"ע שיש בהן אבר שלם יש בהם משום אבמה"ח כדעת הראב"ד והכ"מ ז"ל ואסור לזמן כותי עליהם שהוא מוזהר על אבמה"ח רק ראב"י דדייק מר"ל דאין מזמנין עכומ"ז על במ"ע איתותב דלר"ל ודאי דא"א לומר כן דהא בברייתא קתני דגם עכומ"ז מותר בבשר בית השחיטה ולדידיה א"א לומר דהטעם משום שאינו מוזהר על במה"ח דהא הוא מפיק בשמה"ח מקרא דלא תאכל הנפש עם הבשר וגם בב"נ כתיב בשר בנפשו לא תאכלו ואמאי מותר בו עכומ"ז א"ו דמותר מטעם מי איכא מידי דלישראל שרי ולעכומ"ז אסור ולא איתותב ראב"י בעיקר הדין דאין מזמנין לעכומ"ז על במ"ע דודאי לדידן דקיי"ל כר' יוחנן לא קשה מהך ברייתא רק דהברייתא מוכחת דלר"ל א"א לומר דאין מזמנין כותי על במ"ע ולהכי קאמר תניא דלא כראב"י במה שהוכיח לר"ל דאין מזמנין עכומ"ז על במ"ע דלר"ל דמפיק בשמה"ח מלא תאכל הנפש עם הבשר ודאי מוכח מברייתא דלא אסרינן לעכומ"ז מה שישראל מותר משום מי איכא מידי דלישראל שרי ולעכומ"ז אסור:

מיהו בעיקר דברי הכ"מ ז"ל במ"ש דקיי"ל כר"י דיליף בשר מה"ח מקרא דבשר בשדה טריפה וגו' ואין ב"נ מוזהר על בשמה"ח צריך עיון טובא שהם לכאורה נגד הש"ס ערוך בחולין (דף קכט) דקאמר התם אמתניתין דקתני האבר והבשר מדולדלין מטמא טומאת אוכלין במקומן וצריכין הכשר נשחטה הבהמה הוכשרו בדמי' דברי ר"מ ר"ש אומר לא הוכשרו מתה הבהמה הבשר צריך הכשר והאבר מטמא משום אבמה"ח דברי ר"מ ור"ש מטהר ואמר שם ר' אסי א"ר יוחנן מ"ט דר"ש אמר קרא מכל האוכל אשר יאכל אוכל שאתה יכול להאכילו לאחרים קרוי אוכל ומסיק שם בש"ס דר"י קאי אסיפא דר"ש מטהר במתה וקאי אבשר עיי"ש הרי דקרי ר"ש בשמה"ח אוכל שאי אתה יכול להאכילו לאחרים והתם ר"י הוא דמפרש טעמא דר"ש הרי דגם לר"י בן נח מוזהר על בשר מן החי ולא כדברי הכ"מ ז"ל:

ומצאתי בעזה"י להר"ן ז"ל בחי' לחולין שהקשה כן בשם הרמב"ן ז"ל כיון דר"י גופא סובר בשלהי פגה"נ דלא תאכל הנפש עם הבשר זה אבמה"ח ובשר בשדה טריפה זה

בשמה"ח א"כ בשמה"ח דאסור לב"נ מנלן דפסוק זה לישראל נאמר ולא לב"נ ותירץ דהא דכתיב לא תאכל הנפש עם הבשר משמע ליה לר"י דבר שהוא כנפש שאינו עושה חליפין כלל ואין בכלל זה בשר אבל בב"נ כתיב בשר בנפשו דמו לא תאכלו כלומר להבשר בנפשו בו ואפילו בשמה"ח משמע לפיכך קרי לי' ר"י אוכל שאי אתה יכול להאכילו לאחרים ע"כ הרי שגם הר"ן ז"ל דעתו דאף לר"י ב"נ מצווה על בשמה"ח וכדברי הש"ס הנ"ל דר"ש קאי אבשר:

הן אמת שקשה לי על דברי הרמב"ן ז"ל שכ' דר"י מודה דקרא דאך בשר בנפשו דמו לא תאכלו דכתיב גבי ב"נ כולל אבמה"ח ובשמה"ח ולא קאמר רק דלא תאכל הנפש עם הבשר לא משמע אלא אבמה"ח דא"כ תיקשה בסנהדרין (דף נט) פרכינן על כללא דריב"ח דכל שנאמרה ולא נשנית לישראל נאמרה וכל שנאמר ונשנית לזה ולזה נאמרה והרי מילה דנאמרה ונשנית ולישראל נאמר ולא לב"נ ומשני למישרי שבת הוא דאתא ביום אפילו בשבת עיי"ש וכיון דחזינן דהיכא דאיתני' למילתי' אמרינן לישראל נאמרה ולא לב"נ הא אמרינן בחולין שם (דף קב) אכל אבמה"ח ובשמה"ח לר' יוחנן חייב שתים משום דמפיק לאבמה"ח ובשר מה"ח מתרי קראי א"כ ה"נ מנלן דלב"נ נאמר קרא דבשר בנפשו דמו לא תאכלו אימא דלישראל נאמר והא דנשנה הוא משום דאי מקרא דבשר בנפשו לא הוי לקי אלא חדא על אמה"ח ובשר מה"ח כיון שנזכרו בחד קרא כמ"ש הרמב"ן ז"ל ונשנה למילתי' אבמה"ח בקרא דלא תאכל הנפש עם הבשר ובמה"ח בקרא דבשר בשדה כדי לחייב שתים אם אכל אבמה"ח ובשמה"ח ומנלן דנשנה בשביל שיהא אזהרה ראשונה לב"נ אימא דנשנה לחייב שתים וא"כ מדחשיב הש"ס אבמה"ח דנאמרה ונשנית ש"מ דסובר דקרא דבשר בנפשו דכתיב גבי ב"נ אין בו אלא אזהרת אבמה"ח לחוד ומדנשנה גבי ישראל ש"מ דלב"נ נאמרה:

מיהו יש ליישב קצת דאי אפשר לומר דשנה הכתוב איסור אבמה"ח ובשר מה"ח לחייב שתים לאוכלם ביחד ולא לחייב את ב"נ דא"כ לא הו"ל למיהדר למכתב תרווייהו אבמה"ח ובמה"ח דהא בחד מינייהו סגי לחייב שתים דאי הוה כתיב אבמה"ח לחוד או בשר מה"ח לחוד הוה ידעינן דחייב שתים על במה"ח ועל אבמה"ח חד לאו מקרא דבשר בנפשו דמו לא תאכלו דקודם מ"ת שנכללו בו שניהם וחד לאו שלאחר מ"ת והוה תלינן דלמילתי' נשנה כדי לחייב שתים ומדשנה הכתוב תרווייהו אבמה"ח בקרא דלא תאכל הנפש עם הבשר ובמה"ח בקרא דבשר בשדה טריפה ש"מ דנשנה שיהא אזהרה ראשונה לב"נ ולא לישראל ולהכי שנה תרווייהו כדי לחייב ב"נ באבר מן החי ובבשר מן החי:

מיהו בעיקר דברי הרמב"ן ז"ל שהוכיח מהא הש"ס דר"ש קאי אבשר וקרי לי' אוכל שאי אתה יכול להאכילו לאחרים ש"מ דב"נ מוזהר על בשר מן החי יש לעיין טובא דלכאורה קשה לפי מה שבארנו לעיל בשם הרמב"ם ז"ל דאבר שלם מיקרי אבמה"ח אף שאין בו גיד ועצם כמ"ש (בהלכות מ"א פ"ו) כגון הלשון וכדומה והה"מ ביאר שגם הראב"ד ז"ל מודה לזה ולא חלק על הר"מ ז"ל אלא במש"כ שאם חתך מקצת מן האבר שאין בו גידין ועצמות מיקרי אבמה"ח אבל באבר שלם מודה הראב"ד ז"ל דמיקרי אבמה"ח ושכן מבואר בסוגיא דתלש חלב מן החי מן הטריפה דחייב שלש לר"י וקשה הא אמרינן בחולין (דף קכח) דתניא יכול יהא בשר הפורש מן החי טמא ת"ל וכי ימות מן הבהמה מה מיתה שאינה עושה חליפין אף כל שאינו עושה חליפין דברי ר"י רע"א אומר בהמה מה בהמה גידים ועצמות אף כל גידים ועצמות רבי אומר מה בהמה בשר גידים ועצמות אף כל בשר גידים ועצמות וקאמר בין ר"ע לר"י הגלילי מאי איכא בינייהו אמר רב פפא כוליא וניב שפתים איכא בינייהו דלר"י מטמא ולר"ע אינו מטמא מפני שאין בהם גידין ועצמות ופסק הרמב"ם ז"ל (בפ"ב מהלכות אבות הטומאה) כר"ע וז"ל הכוליא והלשון והשפה וכיוצא בהן אע"פ שהן אברים ואין עושין חליפין הואיל ואין בהם עצם הרי הן כבשר עכ"ל הרי חזינן דאבר שלם שאין בו עצם מיקרי בשר ולא אבר ומ"ש לענין איסור דמיקרי אבמה"ח אף שאין בו עצם הא בגמרא בכל דוכתא בחד לישנא מחלק בין אבר לבשר גבי איסור וגבי טומאה משמע דמאי דנקרא גבי טומאה אבר מיקרי גבי איסור אבר ומה דנקרא גבי טומאה בשר מיקרי גבי איסור בשר וצ"ל ע"כ דעכ"ז יש חילוק בין איסור לטומאה דגבי טומאה דילפינן מקרא דוכי ימות מן הבהמה אמרינן מה בהמה שיש בה גידין ועצמות אבל גבי איסור דכתיב לא תאכל הנפש עם הבשר אף שאין בו גידים ועצמות כיון שיש בו נפש מיקרי אבמה"ח ולהכי גבי איסור אמרינן דתלש חלב דחייב משום אבמה"ח ומיירי בתלש כוליא וגבי טומאה פסק הר"מ ז"ל כר"ע דבעינן דומיא דבהמה שיש בה גיד ועצם:

ולפ"ז אפשר לומר כדברי הכ"מ ז"ל דלר"י דיליף בשמה"ח מקרא דבשר בשדה אין ב"נ מוזהר עליו והא דקאמר ר"ש דבשר טהור משום שאי אתה יכול להאכילו לאחרים מיירי בבשר שנקרא אבמה"ח לענין איסור כמו לשון ושפה ובמ"ע שאסור להאכילו לאחרים ולענין טומאה לא נקרא אבמה"ח אלא בשמה"ח ובשר מן החי הרי אינו מטמא וטומאת אוכלין אין בו משום שאין יכול להאכילו לאחרים ולענין איסור כל שהוא אבר שלם אף שאין בו גידין ועצמות מיקרי אבמה"ח ואף דר"ש סתמא קתני ר"ש מטהר דמשמע דאף בבשר שאינו אבר שלם מטהר משום שאינו יכול להאכילו לאחרים איהו דחיק

ומוקי נפשי' דמיירי בבשר שהוא אבר שלם ואין בו גיד ועצם דמיקרי בשר לענין טומאה ואבר לענין איסור וכש"כ דא"ש טפי לשיטת הרמב"ם ז"ל דסובר דגם אם חתך מקצת מאבר שאין בו גידים ועצמות דמיקרי אבמה"ח וקאי הא דמטהר ר"ש בשר בכה"ג דאסור משום אבר מה"ח לב"נ ולא קרינן בי' אשר יאכל וטומאת עצמן אין להם כיון דליכא בה גידין ועצמות ולא מיירי בבשר שנתלש מהבהמה שאינו מאחד מאברי' ומ"מ אף שדחינו ראיה זו נראה דאין להקל מחמת דברי הכ"מ שאין ב"נ מוזהר על בשר מה"ח כיון שדעת הר"מ והה"מ ז"ל שגם אבר שאין בו גידים ועצמות מיקרי אבמה"ח וגם שדעת הרמב"ן ז"ל שב"נ מצווה גם על בשר מה"ח א"כ אין להקל מטעם זה:

מיהו נראה דאם נמצא הסכין פגום לאחר שחיטה דיש להקל ליתן לב"נ דהא ר"ה דאסר בחולין (דף י') בנמצאת הסכין פגומה הוא משום דס"ל כשמעתי' דבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה והאי חזקת איסור פי' רש"י ז"ל משום אבמה"ח והתוס' בביצה (דף כה) הקשו ע"ז דהא קיי"ל בהמה בחייה לאו לאיברים עומדת ובאמת לא קשה דרש"י ז"ל אזיל לטעמיה דסובר בחולין (דף קב) דאף מאן דסובר דלאו לאברים עומדת אבל מ"מ לחתיכות בשר עומדת ואיכא חזקת איסור בשמה"ח מיהו התוס' שם בד"ה שאין חולקים על רש"י ז"ל וסוברים דגם לחתיכה אינה עומדת עיי"ש. והם פירשו דהא דאמר בחזקת איסור עומדת היינו איסור אינו זבוחה ואם כן בבן נח דלא שייך איסור אינו זבוחה דכיון שמתה מאליה מותר בה בעינן למימר שמא במפרקת נפגמה ולא מיבעיא לשיטת הר"מ ז"ל דספיקא דאורייתא מה"ת לקולא ורק מדרבנן לחומרא בעינן למימר דבב"נ לא גזרו להחמיר בספק איסור אלא אפי' לשיטת הראשונים ז"ל דסברי דמה"ת לחומרא מ"מ הא כתבו התוס' בפ"ק דחולין (דף י') דשוחט בסכין ונמצאת פגומה איכא ספק ספיקא שמא במפרקת נפגמה ואת"ל בעור שמא לא שחט כנגד הפגימה וגבי ב"נ דליכא חזקה ודאי דמהני ס"ס:

ועוד לפי מה שהקשה הרשב"א ז"ל ביבמות (דף לא) אהא דאמרינן בהמה בחיי' בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה ואלו גבי צרת ערוה לענין ספק גירושין אמרינן אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת דהיינו שבחיי בעלה עומדת להיות מותרת אחר מיתת בעלה ותירץ דאשה שניתרת במיתת בעלה בלי שום מעשה שייך לומר שעומדת להיות מותרת אחר מיתת הבעל והרי מת וקברו מוכיח עליו אבל בהמה שאינה ניתרת אלא ע"י מעשה זביחה בידי אדם לא שייך לומר שעומדת להיות מותרת דמי יימר שיעשה בה מעשה המתירה ע"ש אם כן בב"נ דלא בעי מעשה זביחה ומיתה עצמה מתיר אותה לבן נח בלי שום מעשה ודאי דשייך לומר לגבי בן נח שעומדת בחזקת היתר להיות

מותרת אחר מיתתה כיון דכבר ביארנו דחזקת אבמה"ח וחזקת אינה זבוחה לא שייך לגבי ב"נ משום דלאו לאיברים עומדת ובזביחה לא הוזהר א"כ בעינן למימר דאדרבה בחזקת היתר עומדת להיות ניתרת לאחר מיתתה ובהמה זו שנשחטה ועתה מסתפק לן אם שחט כנגד הפגימה ואסורה לישראל ואז אסורה גם לב"נ משום דכמאן דמנחא בדיקולא דמיא או שלא שחט כנגד הפגימה ומותרת לישראל והותרה גם לב"נ משום מי איכא מידי דלישראל שרי ולעכומ"ז אסור בעינן למימר גבי ב"נ דמוקמינן לה אחזקתה שהיתה עומדת בחייה להיות מותרת לאחר מיתתה כיון שאינה צריכה מעשה להתיר ואף דעכשיו אין אנו יכולים להתיר לב"נ אא"כ ניתר לישראל דהתירא דב"נ בישראל תלי' דאי שריא לישראל דנשחט שלא כנגד הפגימה שרי גם לב"נ ולא הוי כמאן דמנחא בדיקולא ואם נשחט כנגד הפגימה ואסור לישראל אסור גם לבן נח משום דכמאן דמנחא בדיקולא דמיא ולישראל יש חזקת אינה זבוחה ובעינן למימר דממילא לב"נ אסורה מ"מ כיון דלב"נ עצמו יש חזקת היתר דבחיי' בחזקת היתר עומדת להיות ניתר שלא ע"י מעשה כמ"ש לעיל בעינן למיתלי לגבי דידיה ששחט שלא כנגד הפגימה והותרה לו אף דלישראל אסורה דהא דאסורה לישראל לאו ודאי איסור הוא אלא משום דלגבי ישראל יש חזקת איסור תלינן ששחט נגד הפגימה. אבל לגבי ב"נ דאיכא חזקת היתר תלינן שלא שחט נגד הפגימה והותרה גם לישראל ושרי ממילא גם לדידי' וזה ברור וק"ל:

סימן סז

שאלה שחט בהמה ומצא בה בן ט' חי ונמצא בו בעובר טריפות מהו:

תשובה בגמרא (דף ע"ה) אמרינן אדא בר חבו הוה ליה בן פקועה דנפל עלי' דובא אתא לקמיה דרב אשי א"ל זיל שחטיה וכמ"ש התוס' שם ובשו"ע (סימן י"ג) דדוקא בשחיטה אמרינן דבעי מדרבנן דמפרסמא מילתא אבל טריפות אין פוסל בו כלל אלא שיש להסתפק דדלמא דווקא טריפות שנולד בו אחר לידה אינו נאסר אבל טריפות שהיה בו כשהיה במעי אמו אוסרו:

מתחילה נבאר אם איסור טריפות יש בעובר או לא מדברי התוס' בחולין (דף ק"ג) ד"ה דאיסור גבי הא דאר"י אכל חלב מן החי מן הטריפה לוקה ג' ומוקי לה שנטרפה עם יציאת רובה דאיסור חלב ואיסור טריפה ואיסור אבר מן החי בהדדי קאתי ופי' בקונטרס התם דכשנולדה חל איסור חלב והקשו ע"ז דהא ר"י אמר (דף ע"ה) הושיט ידו למעי בהמה ותלש חלב מבן ט' חי חלבו כחלב בהמה א"כ איסור חלב קדים ותירצו שם דדוקא נקט תולש מבן ט' חי והוציא ממעי אמו לחוץ הוא דמקרי חלב והא דאמר חדשים גרמי ולא אוירא אוירא דבהמה הוא דלא בעי אבל אוירא דחלב בעינן והשתא ניחא דכולהו

בהדדי קאתי והא דקאמר כשנטרפה עם יציאת רובה ה"ה אם נטרפה במעי אמה דלא מחייב משום טריפה עד שיולד כמו חלב אלא לאפוקי נטרפה אחר יציאת הרוב עד כאן לשון התוס' מבואר מדבריהם דאיסור טריפה אינו חל כשהוא במעי אמו אלא שקשה לי ע"ז מהא דבעי ר' הושעיא (דף ע"ד) שם הושיט ידו למעי בהמה ושחט בן ט' חי כו' ופשיט ממתניתין הרי שנולדה טריפה מן הבטן שלא היתה לה שעת הכושר מניין ששחיטתה מטהרתה ואם איתא משכחת לה שהיתה לה שעת הכושר דאי בעי עייל ידו ושחטה אמר לו רבא תני שנוצרה טרפה מן הבטן ומשכחת לה בבעלת ה' רגלים ע"כ ולדברי התוס' שאין טריפות חל על עובר עד שיולד ויצא לאויר העולם א"כ גם בנוצרה מן הבטן הרי היתה לה שעת הכושר לשחטה במעי אמו דהא אז לא היה בה דין טריפות כלל שהרי לא יצא לאויר העולם ומועיל בו דין שחיטה ולהכי מועיל גם עכשיו הואיל והיתה לו שעת הכושר א"ו דגם במעי אמו חל דין טריפות. ואין לומר דאף שאין דין טריפות בעובר כשהוא במעי אמו אפ"ה קרי ליה לא היה לו שעת הכושר לענין שחיטה כיון דמ"מ יש בו טריפות כדבעי התם (דף ע"ה) בנולדו בדגים סימני טריפה אי מטמאין משום דכמתים דמיין וה"נ אע"ג דאין בהו דין איסור טריפות מ"מ קליש חיותיה ולא מהני ביה שחיטה אם לא היה לו שעת הכושר. דז"א דעיקר מה שאנו דנין אם שחיטת טריפה מטהר מידי נבילה לאו מטעם זוטר חיותיה קאתינן אלא כמ"ש רש"י ז"ל במשנה שם משום דלא ידעינן אם נדמי אותה לבהמה טמאה ולא הוי בכלל בקר וצאן או דהוי בכלל בקר וצאן ולהכי קאמר כיון דטריפה היה לה שעת הכושר והיה בכלל בקר וצאן תו לא נפקא מכלל בקר וצאן אף שנטרפה. וע"ז קאמר הרי שנוצרה מן הבטן כשהיא טריפה דלא היתה לה שעת הכושר אימא בזה דמי לבהמה טמאה ונפקא מכלל בקר וצאן וא"כ אם נימא דלא היה בו דין טריפה כשהוא בבטן והיה אז בכלל בקר וצאן אכתי תיקשי לרב הושעיא דהיתה לו שעת הכושר לשוחטו במעי אמו:

ולכאורה היה אפשר ליישב דברי התוס' ולחלק דמש"כ דאין איסור טריפה חל עד שיולד ויצא לאויר העולם מיירי כשהבהמה בעצמה כשירה ולהכי לא מיקרי חלב העובר חלב משום דלא נקבע בו עדיין איסור חלב כיון דאפשר שתשחט אמו קודם לידתו ויהא מותר בשחיטת אמו לר' יהודא דמתיר גם חלבו דשליל וכיון דאפשר שיהא מותר ע"י שחיטת אמו לא מיקרי חלב עדיין. ובגמרא דקתני הרי שנוצרה טריפה מן הבטן דמשמע שחל טריפות במעי אמו מיירי שהאם טריפה שאז לא יועיל לו שחיטת אמו להתירו באכילה ולהכי נאסר העובר משום טריפה גם כשהוא במעי אמו כיון שבוודאי לא יהא לו היתר וכה"ג מצאתי להרשב"א ז"ל בחידושיו ר"פ גיה"נ שכתב דאף אם איסור גיד וחלב שייך

בבטן מ"מ לא חל האיסור עדיין לר' יהודא כיון שיש ספק שמא יהא ניתר בשחיטת אמו עיי"ש בדבריו ז"ל:

אבל באמת א"א לתרץ דברי התוס' כן דמלשונם משמע דבעינן אוירא ובלא"ה לא מיקרי חלב כלל ולא מיקרי טריפה כלל ואפי' במעי טריפה נמי דהא משמעות לשונם שאין בו תכונת איסור חלב כלל ובזה לא שייך לאפלוגי בין עובר במעי טריפה לעובר שבמעי כשירה והרשב"א ז"ל שכתב הך סברא שאינו יכול לחול איסור גיד וחלב משום שמא יהא ניתר בשחיטת אמו ולא יהא בו דין גיד כתב כן רק לענין איסור חל על איסור שאינו חל עדיין עד שיתברר אם תשחט אמו או לא אבל לענין עצם קביעות האיסור אם יש בו דין חלב לא שייך לאפלוגי בזה ואם יש בו דין טריפות כשהוא במעי אמו לא מפלגינן בין במעי טריפה לבמעי כשירה:

וכיון שנתברר מדברי הש"ס דקאמר תני הרי שנוצרה טריפה מן הבטן דשייך דין טריפות בבטן שייך אפי' במעי כשירה וא"כ יש לעיין דנהי דאמרינן גבי נפל עליו דובא דאין טריפות פוסל בבן פקועה אפשר דזהו דווקא טריפות שנולדו בו אחר לידתו משום דכיון שהיה במעי אמו בשעת שחיטתה ונעשה כאבר מגופה אין בו טריפות אבל מה שנולד בו טריפות כשהיה במעי אמו ונעשה כבר טריפה כמו שכתבנו שטריפות נוהג גם כשהוא במעי אמו אין שחיטת אמו מועלת להתיר טריפתו וגבי חלבו וגידו דמתיר ר' יודא הוא נמי משום דאין איסור חלב וגיד חלין קודם שחיטתו (כמש"כ התוס' משום דכתיב חלב שור וכשב) אבל איסור טריפה שיש בעובר במעי אמו לא מהני שחיטה להתיר האיסור:

והיה מיושב בזה קושית התוס' בר"פ גיה"נ בהא דקאמר שם דאשמעינן מתניתין דאיסור גיד ומוקדשין בהדדי קאתי דנוהג בשליל ופריך והא מדקתני סיפא נוהג בשליל ר"י אומר אינו נוהג בשליל מכלל דרישא לאו בשליל עסקינן והקשו התוס' דהא הרישא מיירי בשליל שלא נשחטה אמו והסיפא מיירי בשליל שנשחטה אמו ולדברינו א"ש דשפיר קפריך דודאי ר"י דקאמר אינו נוהג בשליל שנשחטה פליג ארישא ג"כ דברישא קתני נוהג בשליל שלא נשחטה ואם כבר יש בו איסור גיד איך יהא מותר ע"י שחיטה כיון שכבר נאסר משום גיד ומדקתני ר"י אומר אינו נוהג בשליל ע"כ דפליג נמי ארישא וסובר דאין גיד נוהג בשליל שלא נשחטה אמו עדיין ושפיר פריך הש"ס:

אולם התוס' ודאי דלא סברי כן דהא הקשו שם בהא דקאמר וקסבר נוהג בשליל וקסבר וולדות קדשים במעי אמן הם קדושים וקאתי בהדדי. ולקמן אמר מחלוקת בבן ט' חי והלכו ר"מ לשיטתו ור"י לשיטתו הרי שאין גיד חל עד שיהא בן ט' ואיסור קדשים חל קודם ותירצו דהא דשרי ר"מ גיד דשליל בן ח' היינו לאחר שנשחטה האם דניתר

בשחיטת האם. אבל כ"ז שלא נשחטה האם איכא איסור גיד בשליל הרי שכתבו בהדיא דאף שאיסור גיד חל במעי אמו מ"מ ניתר בשחיטת אמו בבן ח' לכ"ע ובן ט' לר"י וא"כ בטריפה אף שנמצא העובר טריפה במעי אמו ויש דין טריפות במעי אמו מ"מ שחיטה מתירתו ואזיל מיניה דין טריפות כמו שניתר דין איסור גיד ואף דבמסקנא מסקינן בסוגיא דר"פ גיה"נ דהכא במבכרת עסקינן דברחם הוא קדוש ופי' התם התוס' דגם איסור גיד לא חייל עד שיצא לאויר העולם עיי"ש בד"ה הכא במבכרת כו' וא"כ שוב אפשר לומר דהא דלר"י חלבו וגידו דשליל מותר היינו משום שלא חל עדיין איסוריהן במעי אמו אבל בטריפות שחל במעי אמו לא מהני שחיטה בדבר האסור כבר מ"מ נראה דנאיד המתרץ מתירוצא קמא ממה שהי' סובר דגיד חל במעי אמו אבל מהך סברא שהיה סובר דמועיל שחיטה אף להתיר דבר שחל על העובר מכבר לא מצינן דנאיד וגם בטריפות הנמצא בעובר ממעי אמו מהני שחיטה:

ועוד נראה לי דאף דמעיקרא היה סובר הש"ס דמוקי לה בוולדות קדשים דהאיסור גיד חל במעי אמו ואפילו בבן ח' וכמש"כ התוס' דדוקא גבי חלב בעינן חדשים משום דכתיב חלב שור וכשב אבל לא גבי גיד אבל לפי המסקנא דמסיק דגם גיד אינו נוהג עד שיצא לאויר העולם אע"ג דלא כתיב ביה שור וכשב גם איסור טריפה אינו נוהג עד שיצא לאויר העולם אע"ג דלא כתיב בי' שור וכשב דלא גרע מגיד. וסוגיא דפ' המקשה דאמר רבא שנוצרה מן הבטן סברה הו"א דר"פ גיה"נ דאיסור גיד חל במעי אמו להכי איסור טריפה נמי חל במעי אמו. ולהכי קאמר בנוצרה טריפה מן הבטן לא היתה לו שעת הכשר. אבל לפי המסקנא דבאיסור גיד אמרינן דלא חייל עד שיצא לאויר העולם איסור טריפה נמי לא חייל עד שיצא לאויר העולם א"כ ודאי דמהני ביה שחיטה כמו דמהני לענין חלב וגיד:

ועוד אפ"ל דכיון דפליגי ר"מ ור"י דלר"י חלבו וגידו מותר בשחיטת אמו ולר"מ חלבו וגידו אסור אף אם נשחטה אמו כמו שפירש"י (דף ע"ד) משום דחדשים ואוירא גרמי א"כ אפשר לומר דרבא דאמר תני שנוצרה מן הבטן מוקי מתניתין כר"מ דסתם מתניתין ר"מ היא ועוד דמיירי התם ברישא:

ולדידיה איסור טריפה נוהג במעי אמו כיון דלא מהני לה שחיטה אבל לדידן א"א לאיסור טריפה לחול שמא תשחט אמו וכמש"כ לעיל בשם הרשב"א ז"ל לענין איסור חע"א אעפ"י שלעיל דחינו סברא זו מ"מ יש פנים לסברא זו בהלכה מיהו לפי מש"כ בשו"ע (סימן ס"ד) לחוש לדעת הרמז"ל דגם בחלב וגיד של שליל יש לאסור משום דרבי יוחנן

אמר חדשים גרמי ואין שחיטה מתיר. א"כ ה"ה אם יש טריפות בעובר מן הבטן אין שחיטה מתיר:

מיהו יותר נראה דאף לשיטת הרמז"ל דפסק בחלב וגיד דאסור אף אם נשחט היינו משום דחדשים גרמי ומיקרי חלב וגיד אבל לענין טריפות דתלי בחיותא כיון דניתר בשחיטת אמו כר' יודא ע"כ משום דדמי לאבר שבאיברי אמו לא נקבע בו טריפות ג"כ דטריפות בחיותא תליא מילתא ומותר אפילו אם היה בו טריפות מן הבטן שוב מצאתי בהג"א (פ' בהמה המקשה) שכתב מצא בה בן ט' חי והפריס ע"ג קרקע ונמצא טריפה אסור דהא טעון שחיטה משום דלא אתי לאחלופי בבהמה מעליא ה"נ טריפות דידי' מצא בה בן ט' חי ולא הפריס ע"ג קרקע ראבי"ה קיבל מרבינו יואל ששחיטת אמו אין מתירתו מידי טריפה ואסור וכן פסק רבינו יעב"ץ ורבינו שמואל בר נוטראי מתיר משום כל בבהמה תאכלו ונראין דבריו עכ"ל הנה ברישא בהפריס ע"ג קרקע פסק בפשיטות דאסור משום מראית העין. ובסיפא בלא הפריס ע"ג קרקע דליכא מראית עין אסר רבינו יעב"ץ משום שאין שחיטה מטהר מידי טריפה והוא כמש"כ שכיון שכבר חל עליו טריפות במעי אמו אין השחיטה מתירו מידי טריפה וזה ממש כפי ספיקא דידן וסיים שנראין דברי רבינו שמואל בר נוטראי וצ"ע:

שוב ראיתי שהרמב"ם ז"ל כ' בפהמ"ש בפ' בהמה המקשה במשנה דבהמה המקשה והוצא העובר את ידו בסוף דבריו וז"ל ודע שבן שמונה שנטרף ונשחט אין שחיטתו מטהרתו והיינו כשנמצא במעי אמו וכ"כ בהלכות אבות הטומאה (פ"ב הלכה ו') וז"ל השוחט את הבהמה ומצא בה עובר מת שחיטת אמו מטהרתו מידי נבילה מצא בה בן ח' חי נטרף אעפ"י שנשחט אחר שנטרף אין שחיטתו מטהרתו מידי נבילה לפי שאין במינו שחיטה עכ"ל ועיין בכ"מ שנדחק בפי' דבריו עכ"פ הרי מבואר בהדיא דבעובר שנמצא במעי אמו יש דין טריפות דאף דכשנמצא עובר כשר שחיטת אמו מטהרתו אבל בנמצא טריפות בעובר אסור בבן ח' דלא מהני לי' לא שחיטת אמו ושחיטת עצמו נמי אין בו מפני שהוא בן ח' הרי דדין טריפות יש בו והוא כדעת רבינו יעב"ץ שהביא הג"א:

ודברי הרמז"ל שהבאנו נראה לבאר דהנה הכ"מ תמה עליהם מאוד ועיי"ש שנדחק לפרשו דמיירי שנקרע אמו ולא טהרתו שחיטת אמו ומ"ש הרמז"ל נטרף היינו שדינו כטריפה שאין לו שחיטת עצמו עיין בדבריו שזה דוחק גדול:

ולי נראה דברי הרמז"ל כפשוטן דקאי אאריאשא דשוחט את הבהמה ומצא עובר דאם העובר מת שחיטת אמו מטהרתו וע"ז אמר שאם מצא בה עובר חי והעובר יש בו טריפות אעפ"י שנשחט אין שחיטתו מטהרתו לפי שאין במינו שחיטה ושחיטת אמו נמי לא

הועיל' דסובר דטריפות חל על העובר כשהוא במעי אמו כדעת רבינו יעב"ץ הנ"ל וכיון דיש בו איסור טריפות לא מהני לי' שחיטת אמו דמה ששחיטת האם מועיל בבן ח' הוא לאו שדומה בעצמו כאילו הוא נשחט דזה א"א לומר בבן ח' דכיון דהוא בעצמו אינו בן שחיטה איך אפשר שתועיל לו שחיטת אמו רק שמועיל לו השחיטה מפני שהוא כאחד מאיברי' כמ"ש (בפ"ה מהלכות מאכלות אסורות הלכה ט"ו) בבן ח' הנמצא במעי אמו טריפה ה"ז אסור מפני שהוא כאבר מאמו וכ"כ התוס' בחולין (דף פ"ה) ד"ה אימא דשוחט את הטריפה ומצא בן ח' חי לא איצטריך לר' אבא להשמעינו שאינו מותר באכילה דפשיטא דאסור משום דהוי ירך אמו ורק בבן ט' חי הוצרך להשמיענו שאסור באכילה משום דהו"א כיון שאין חיותו תלוי באמו והוי לי' שחיטה וטריפותה לא יזיק כלל קמ"ל דאסור הרי דבן שמונה הוא כאחד מאיברי' וא"כ אם יש בו טריפות עצמו אסור באכילה ושחיטת אמו לא מהני לי' כלל אף לטהר מידי נבילה כיון דעיקר מה דמהני שחיטת האם בבן ח' חי הוא משום שהוא כאחד מאיברי' וזה שהוא טריפה א"א לומר שהוא כאחד מאיברי' שהרי אמו אין בה טריפות ומותרת באכילה והעובר יש בו טריפות ואסור באכילה וכיון שאינו כאחד מאיברי' לא מהני לי' שחיטת אמו ושחיטת עצמו לא מהני דהא אין במינו שחיטה ולא חל עליו בפ"ע ולהכי אינו טהור מידי נבילה דלא מהני לי' שחיטת אמו אלא כשיכולין להשוותו לאמו להיות כאחד מאברי' אבל לא כשהבן ח' יש בו טריפות ובבן ט' חי שנולד בו טריפות שפיר מטהרתו שחיטת אמו אף שאמו מותרת באכילה והוא אסור ואינו כאחד מאברי' מ"מ טהרתו ע"י שחיטת אמו אינו משום שנעשה כא' מאברי' אלא משום שמועיל לו שחיטת אמו כמו שחיטת עצמו. אבל בן ח' דלאו בר שחיטה הוא אין טהרתו בשחיטת אמו אלא כשאנו יכולין לעשותו כאחד מאיבריה אבל כשיש בו טריפות וע"כ אינו כמו אבר אמו שאמו מותרת באכילה והוא אסור לא מהני ביה שחיטתה אף ליטהר מידי נבילה ושפיר כ' הרמז"ל דאם מצא בן ח' חי ונטרף אעפ"י שנשחט אחר שנטרף לא מהני לי' שחיטתו שאין במינו שחיטה ומה"ט נמי לא מהני לי' שחיטת אמו ג"כ כמו שבארנו דבבן ח' אין שחיטת אמו מועלת דלאו בר שחיטה הוא ומה שניתר בשחיטת אמו הוא רק מפני שהוא כאבר מאברי' וכשהוא טריפה ואינו כאבר מאברי' אינו ניתר בשחיטת אמו וסובר הרמז"ל דכיון דאמרינן במשנה (דף ע"ב) בן שמונה חי אין שחיטתו מטהרתו לפי שאין במינו שחיטה כיון דקרי לי' אין במינו שחיטה וודאי דגם שחיטת אמו לא מהני לי' מידי דאי הוי מהני לי' שחיטת אמו לא הוי קרי לי' אין במינו שחיטה ומה דניתר ע"י שחיטה הוא רק משום דהוי כאבר מאיבריה הלכך כשנטרף במעי אמו ואינו כאחד מאיברי' אין לו

טהרה מידי נבילה עולמית וזה הוא מה שאמר הש"ס (דף ע"ד) ותנא דידן מינא דאימא לא פריך והיינו דזה לא מיקרי במינו שחיטה רק שמועיל מחמת שחשוב כאחד מאיברי' כנ"ל כוונת הרמב"ם ז"ל שדבריו בפהמ"ש ובה' טומאה אחד הם ולא כמו שנדחק הכ"מ בכוונתו:

אלא שקצת קשה לי ע"ז מדברי הש"ס בשבת (דף קל"ו) בפלוגתא דרשב"ג ורבנן דרשב"ג חייש לנפלים ורבנן לא חיישי וקאמר אביי אכלו ארי או נפל מן הגג כ"ע לא פליגי דחי הוא כי פליגי בפיהק ומת נ"מ לפטור מן היבום מ"ס חי הוא ומ"ס מת הוא:

והנה הדברים מובנים שבלא דברי אביי דשקיל וטרי התם אליבא דרשב"ג ורבנן לא נחית הש"ס למינקט לענין מאי נ"מ פלוגתתם ובדברי אביי נחית ללמדינו לענין איזה דבר נ"מ ונקט חליצה והדבר מובן מאיליו שבלא דברי אביי הי' נ"מ בבהמה לענין אכילה דלרבנן שרי לשחוט קודם ח' ימים ולרשב"ג אסור מחשש נפל והוי א"ש הא דנקט רשב"ג במילתי' שמונת ימים בבהמה אבל השתא דאמר אביי דפלוגתתם הוא רק בפיהק ומת פליגי. ועיין ברז"ה ז"ל דדוקא בפיהק ומת פליגי לאביי אבל חלה דליכא ריעותא דמי לאכלו ארי ונפל מן הגג דלכ"ע חי הוא א"כ אין שום נ"מ בבהמה דודאי מותר לשחוט הוולד קודם ח' כיון שלא נראה בו ריעותא מודה רשב"ג דאין חוששין לנפל ומותר לשוחטו דאין לומר דאסור לשוחטו דלמא יפהק וימות דא"כ כי חלה ומת אמאי מותר דילמא אי חי הוה מפהק ומת א"ו דמותר לשוחטו וא"כ אין נ"מ בבהמה בפלוגתתם והוצרך לומר דנ"מ רק לענין חליצה בפיהק ומת אם צריכה חליצה דלענין בהמה לא נ"מ מידי ואף דרשב"ג נקט נמי שמונת ימים בבהמה טעמא דקרא מפרש דלענין קרבן היה כוונת התורה ג"כ להמתין ולחוש שמא נפל הוא אבל בחולין לא נפקא מיני' מידי. ואם כן לשיטת הרמב"ם ז"ל הא נ"מ גם לענין בהמה בפיהק ומת באם נשחט אמו ומצא בה בן ט' חי והוא טריפה מן הבטן דלרבנן דלא חששו לנפל א"כ הרי הוא בן ט' חי ומהני בו שחיטת אמו לטהר מידי נבילה כדאמר בחולין (דף ע"ה) בשוחט את הטריפה ומצא בה בן ט' חי אם מת טהור מלטמא במשא וה"ה כשהוולד טריפה אבל לרשב"ג דסובר דבכל וולד חוששין שמא נפל הוא בעינן למיחש שמא בן ח' חי הוא ובן ח' חי שהוא טריפה לא מהני לי' שחיטת אמו ולא שחיטת עצמו לשיטת הרמב"ם ז"ל כפי מה שפירשנו דבריו ז"ל והוי נ"מ נמי לענין בהמה ולא הוי צריך אביי לדחוקי ולומר דלענין בהמה לא נ"מ מידי אף דרשב"ג נקט במילתי' בהמה ומדלא נקט אביי הך נפקותא דהוי לענין בהמה ש"מ דסבירא לי' דגם בן ח' טריפה מהני לי' שחיטת אמו לטהר מידי נבילה:

אחרי כותבי כל זה מצאתי להרדב"ז ז"ל (סימן ק"צ) שמביא דברי הגהות אשרי ותמה ע"ז וכתב דבר תימא אטו תו לא אשכח מאן דפליגי עליו אלא רבינו שמואל והלא כל העולם חולקין עליו ובשלמא אליבא דר' מאיר דקאמר בן ט' חי אינו ניתר בשחיטת אמו איכא למימר דטריפה כחי חשיב לי' ואין שחיטת אמו מטהרתו באכילה אבל לא קיי"ל בהא כר' מאיר אלא כסתם מתניתין דבן ט' חי או מת שחיטת אמו מטהרתו אם לא הפריס ע"ג קרקע וכן כתב בעל הגה"ה מצא בה בן ט' והפריס ע"ג קרקע ונמצא טריפה אסור דהא טעון שחיטה משום דלא אתי לאיחלופי בבהמה מעליא הכא נמי טריפות דידיה ולרבנן איצטריך להאי טעמא דלר' מאיר מדינא טעון שחיטה ומתוך הדוחק אני אומר דלא נחלקו הני רבוותא שנטרף אחר שחיטת אמו דס"ל לראבי"ה ז"ל דשחיטת אמו אינה מתרת אלא מה שאירע בתוכה טריפות או מיתה אבל מה שאירע אחר כך אינה מתרת עכ"ל שם וכל דבריו תמוהין דכתב דלא נחלקו הני רבוותא אלא שנטרף אחר שחיטת אמו אבל בנטרף מקודם ווודאי מותר ובגמרא אמרינן בהדיא (דף ע"ה) אדא בר חבו הוה לי' בן פקועה נפל עלי' דובא אתא לקמי' דרב אשי אמר לי' זיל שחטיה הרי בהדיא דטריפות שלאחר שחיטה אין פוסל בו עיי"ש ברש"י ותוס' דרק לענין שחיטה אמרינן דטעון מדרבנן דלא ליתי לאחלופי בבהמה דעלמא אבל לא לענין טריפות ואדרבה פלוגתת ר' יעב"ץ ור' שמואל דווקא בטריפות כשהוא במעי אמו שרבינו יעב"ץ סובר דלא התירו אלא טריפות שנולד אחר שחיטה דכיון דכבר נעשה כבשר שחוטה לא חל עלי' טריפות אבל אם נטרף קודם שחיטת אמו וחל עלי' הטריפות אין שחיטת אמו מפקיע ממנו הטריפות שכבר חל עליו ובסברא זו נחלקו דרבינו שמואל מתיר גם זה והדברים ברורים בעזה"י כמ"ש:

שוב ראיתי בא"ז הגדול ושם מפורש בהדיא כדברי דמיירי שהעובר יש בו טריפות וזה לשונו אבל השוחט את הבהמה ומצא בה בן ט' חי ולא הפריס על גבי קרקע ונמצא טריפה בהא נחלקו רבותינו שמורי רבינו אבי העזרי קבל מרבינו יואל אביו זצ"ל שהוא אסור דתנן מנין לטריפה ששחיטתה מטהרתה בהמה טמאה אסורה באכילה וטריפה אסורה באכילה מה בהמה טמאה אין שחיטתה מטהרתה אף טריפה לא תטהרנה שחיטתה לא אם אמרת בבהמה טמאה שלא היתה לה שעת הכושר תאמר בטריפה שהיתה לה שעת הכושר טול מה שהבאת הרי שנולדה טריפה מן הבטן מנין ואם איתא ששחיטת אמו מטהרתו באכילה הוי לי' למימר נולדה טריפה מן הבטן נמי היתה לה שעת הכשר אגב אמו אם שחטה קודם ללידתה עכ"ל הרי מבואר בהדיא דמיירי שהוולד טריפה בעצמו:

וראיתי להגאון בעל שעה"מ ז"ל שהקשה דלדברי התוס' דכשהעובר במעי אמו אין בו דין טריפות א"כ הא דאמר בגמרא דחולין מנא לן דאזלינן בתר רובא ומייתי מרישא של עולה ופרה אדומה ועגלה ערופה דלא חיישינן דילמא טריפה היא וא"כ קשה הא התוס' כתבו בכמה דוכתי דבספק בכור שאנו מסתפקין אם כבר בכרה אמו או לא איכא חזקה דבמעי אמו לא הי' קדוש וה"נ הא איכא חזקה דבמעי אמו לא הי' טריפה דהא אפילו אם הטריפות היה במעי אמו מ"מ אין זה טריפות כמ"ש דאינו חל במעי אמו ונ"ל דלא קשה מידי דוודאי גבי בכור שייך לאוקמי אחזקה שלא הי' קדוש במעי אמו דהא שייך בו קדושה במעי אמו דגם בעובר תופס קדושה למ"ד וולדות קדשים במעי אמן הן קדושים בנתעברה ולבסוף הקדישה כדתנן בתמורה פרק כיצד מערימין וכיון ששייך קדושה כשהולד במעי אמו רק דגלי קרא גבי בכור [ולאידך מ"ד בכל וולדות קדשים] שאינו קדוש במעי אמו להכי אם נולד לנו ספק אחר שיצא ממעי אמו אם הוא קדוש או לא שייך לאוקמי אחזקה דכמו שלא הי' קדוש במעי אמו אף שהי' שייך בו קדושה ה"נ עכשיו לא נשתנה מכמות שהי' ואין בו קדושת בכור אבל גבי טריפות דלא שייך כלל טריפות במעי אמו משום דאין לו חיות והוי כבשרא בעלמא לא שייך לאוקמי אחזקה ולומר דכמו שלא הי' בו טריפות במעי אמו כן אין בו טריפות עכשיו דהא במעי אמו היה רק בשר בעלמא וכשיצא לאויר העולם אפשר שנטרף מיד ולהכי לא מיקרי חזקה ודו"ק:

סימן סח

איתא בסנהדרין (דף קי"ב) אר"ח בהמה חציה של עיה"נ וחציה של עיר אחרת אסורה. עיסה חציה של עיה"נ וחצי' שע"א מותרת מ"ט בהמה כמאן דלא פליגי דמי עיסה כמאן דפליגא דמי ופסק כן הרמב"ם ז"ל (בפ"ד ה' י"א מה' עכומ"ז) וע"ז תמה השא"ר בתשובותיו דהא ר"ח דסובר עיסה מותרת ע"כ דסובר יש ברירה דאל"ה אמאי מותרת וכיון דאנן קיי"ל דאין ברירה בדאורייתא אמאי פסק דעיסה מותרת ונלאו האחרונים ז"ל ליישב קושיא זו ובס' מקור חיים תירץ דהכא לכ"ע יש ברירה כיון דנכסי עיה"נ נאסרין ע"י הגמר דין של ב"ד ולב ב"ד מתנה ודאי לאסור החלק שיגיע לאנשי עיה"נ לחוד ולא החלק שיגיע לאנשי עיר אחרת עיין בדבריו (סימן תמ"ח בהלכות פסח):

ולדידי עדיין קשה דאם איתא דהכא לכ"ע יש ברירה א"כ תקשה אמאי בהמה חציה של עה"נ וחצי' של עיר אחרת אסורה הא רש"י ז"ל פי' בטעמא דבהמה אסורה משום דא"א לכזית בשר בלא שחיטה ואפי' שחטה אין בשחיטתו כלום דלא לשחיטה קיימא אלא למיתה ושחיטתה זו היא מיתת הבהמה ואין היתר אפי' להחצי שאין של עיה"נ דכי שוחט לסימן של עיה"נ אין שוחט אלא ממית ולא מהני בה שחיטה עכ"ל וכיון

דעיקר הטעם דבהמה אסורה הוא משום דלא מהני שחיטה לסימן של עיה"נ ומדברי הרמב"ם ז"ל משמע דסובר דמהני שחיטה לבהמת עיה"נ לטהר מידי נבילה דהא כתב בהמת עיה"נ ששחטה אסור בהנאה כשור הנסקל משמע דמהני השחיטה לטהר מידי נבילה מדאיצטריך לומר דאסור בהנאה וכן משמע מדמדמי לה לשור הנסקל ובשה"נ ודאי דמהני שחיטה לטהרו מידי נבילה וא"כ אמאי בהמה חציה של עיה"נ וחציה של עיר אחרת אסורה כיון דבכה"ג לכ"ע יש ברירה ולא נאסר חלק של עיר אחרת ע"י הגמר דין. ושחיטת הסימן של עיה"נ נמי מועיל לחלק של עיר אחרת דהא פסק דמהני שחיטה לבהמת עיה"נ ואמאי בהמה אסורה:

הן אמת שראיתי להר"ן ז"ל בחידושיו לסנהדרין (דף ע"ב) שהקשה על דברי רש"י ז"ל שפי' דהא דבהמה אסורה הוא מטעם שאין השחיטה של חלק עיה"נ מועיל לטהר מידי נבילה דהא ר"ח גופא מבעי ליה מיד בתר הכי אי שחיטת בהמת עיה"נ מועיל לטהר מידי נבילה ואין זה סוגית הש"ס דמעיקרא פשיטא לי' לר"ח דאין השחיטה מועיל לטהר ומיד בתר הכי מבעי לי' ומטעם זה פי' הוא ז"ל דלהכי אסורה הבהמה אם חציה של עיה"נ משום דכיון דהסימן א' של עיה"נ אסור בהנאה אינו מתיר שע"כ לא איבעי לן אלא אם תהני שחיטה לטהר מידי נבילה למ"ד שחיטה שאינה ראוי' שמה שחיטה דאיכא למימר דהא לאו שחיטה הוא אלא הדין שדנה בה תורה שאמרה לפי חרב אבל ודאי פשיט שאין השחיטה עושה היתר אף בבהמה של שותפות שאותו סימן של עיה"נ אין בו שחיטה שהרי הוא אסור בהנאה והוי שחיטה שאינה ראוי' ואינה מתרת באכילה לד"ה כו' עיי"ש בדבריו שעיקר הא דבהמה אסורה הוא מטעם דכיון דהסימן של עיה"נ אסור בהנאה אינו מתיר בשחיטתו באכילה אף שלטהר מידי נבילה מועיל ולפי"ז הוי א"ש מה שהבהמה אסורה אף דיש ברירה דמ"מ אינו מתיר באכילה:

אבל באמת לא זכיתי להבין דבריו ז"ל דכיון דסימן של עיה"נ מטהר מידי נבלה אמאי אינו מתיר באכילה ומאי איכפת לן מה שהוא אסור בהנאה והיכן מצינו שאם הסימן אסור בהנאה לא יועיל שחיטתו להתיר באכילה גם חלק הבהמה שאין בו איסורי הנאה בשלמא לשיטת רש"י ז"ל שכ' דר"ח בהך מימרא סובר שהסימן של עיה"נ לא מהני ביה שחיטה משום דשחיטה אין לה רק דין מיתה בעלמא משום דכתיב לפי חרב ניחא כיון דהסימן של עיה"נ אין בו דין שחיטה גם חלק עיר האחרת אסור דאין בע"ח ניתר בסימן א'. אבל לדברי הר"ן ז"ל דר"ח קאי גם בהך סברא דמהני שחיטה לסימן של עיה"נ רק שהוא אסור בהנאה לחוד א"כ הסימן השני שאין בו איסור הנאה יהא מותר לגמרי שאין איסור הנאה שבסימן של עיה"נ מעכב מלהתיר חלק השני באכילה כיון דיש בכל

הבהמה דין שחיטה לטהרה מידי נבילה ואיסור הנאה ודאי דלא מעכב בשחיטה דהא שוה"נ מהני ביה שחיטה אע"ג דהוא אסור בהנאה. ועיין תוס' ב"ק (דף ע"א) ד"ה איסורי הנאה דהא דקאמר בחולין מכי שחיט בה פורתא אסרה אידך מחתך עפר בעלמא הוא לאו דלא מהני שחיטה באיסור הנאה אלא משום דלא חזי לפתח אהל מועד אבל שחיטה מהני וכיון דשייך בו דין שחיטה אמאי חציה השני אסורה באכילה וצ"ל דסובר הר"ן ז"ל דאין כח בסימנים להתיר באכילה אם הם עצמם אסורים דכיון דכל היתר הבהמה תליא בהיתר הסימנין ואם הם עצמן אסורין איך יתירו הבהמה מ"מ אכתי קשה דהו"ל להרמז"ל לפרש דחלק עיה"נ אסור בהנאה ג"כ וחלק של עיר אחרת אינו אסור רק באכילה לחוד וכמש"כ הר"ן ז"ל דאין אסור חלק עיר האחרת רק באכילה מפני שאין כח בסימנין להתיר באכילה והרמז"ל כתב סתמא בהמה אסורה:

ע"כ הי' נלע"ד דיש לדקדק בלשון הש"ס דקאמר עיסה חציה של עיר הנדחת וחציה של עיר אחרת מותרת מ"ט עיסה כמאן דפליגא דמי ולשון כמאן דפליגא דמי לא א"ש דהול"ל עיסה דאפשר למיפלגה [עיין ביצה דף כ"א] ועוד קשה לי טובא לדעת האחרונים ז"ל דבעיסה אמרינן יש ברירה וחלק של עיר הנדחת אסורה ושל עיר האחרת מותרת הא גבי עיר הנדחת אמרינן בסנהדרין (דף קי"ב) בעי ר"י שער נשים צדקניות שבה מהו ומסיק רבא דמותר משום דדרשינן וקבצת ושרפת מי שאינו מחוסר אלא קביצה ושריפה יצא זה שמחוסר תלישה וקביצה ושריפה וכן דרשינן בחולין (דף פ"ט) גבי מכסין בעפר עיה"נ משום דמחוסר תלישה קביצה ושריפה וכיון דצריך להפריד חלק עיר הנדחת מחלקה של עיר אחרת הוא מחוסר תלישה כמש"כ התוס' בגיטין (דף כ"א) דדרשינן התם וכתב ונתן מי שאינו מחוסר אלא כתיבה ונתינה יצא זה שמחוסר כתיבה קציצה ונתינה ופסלינן כותב על קרן הפרה וקוצץ ונותן לה וכתבו התוס' בד"ה יצא דמה"ט פסול אם כתב הגט על קלף גדול וחתך ונתן לה וכן פסק בה"ג ור"ת והרא"ש והובא בש"ע אה"ע (סימן קכ"ד) והר"ן ז"ל כ' שם בפרק המביא דכל שאין החתך דבר מועט ליפותו אסור וא"כ הכא דצריך לחתוך המחצה של עיר אחרת מיקרי מחוסר קציצה [ועיין תוס' שם דילפי דין גט מדין עיה"נ]:

ועוד נלע"ד אפילו לשיטת הסוברים דכל היכא דיכול ליתן הגט בלא חיתוך וקציצה כשר אף אם קצצו היכא דאינו קוצץ ממחובר או מבע"ח מ"מ בעיסה חציו של עיר הנדחת וחציו של עיר אחרת מודו דהכא ודאי דצריך לקצץ חלקה של עיר האחרת דלמה יפסיד בחנם לאנשי עיר אחרת ובל תשחית נמי איכא ודאי דמיקרי מחוסר קציצה ודמי לקרן הפרה דהתם נמי רשאי ליתן לה הפרה בשלימות ומתכשר הגט אם נתן לה הפרה

ואפ"ה אם קצץ מיקרי מחוסר קציצה ופסול כדאמר בגמרא בהדיא משום דבע"ח חשיבי והקוצץ מהן חשוב כקוצץ מן המחובר ומיקרי מחוסר קציצה וה"נ ממון חבירו חשוב הוא כיון שאינו מתחייב בשריפה וצריך לקוצצה ומטעם זה צריך להיות מותר גם חלק עיר הנדחת משום דמחוסר קציצה ודמי קצת להא דאמרינן בביצה (דף ל"ח) ממונא חשוב ולא בטל. וזה תימא גדולה שלא הרגישו האחרונים ז"ל בזה:

ע"כ נלע"ד דבאמת הא דאמרינן עיסה מותרת הכוונה שגם חלקה של עיר הנדחת מותרת לגמרי ומה"ט שכתבנו דכיון דבעיה"נ אינו נאסר אלא דבר שאנו יכולין לעשות בהם הדין שקבעה בה התורה בלי שום מעשה אחר הגמר דין של ב"ד ובעיסה זו מחובר חלקה של עיר אחרת נפטרה העיסה לגמרי מדין של עיה"נ. ואף דקיי"ל אין ברירה וצריכין אנו לשרוף גם חלק של עיר אחרת מ"מ כיון דבאמת אנו צריכין להפריד חלק של עיר האחרת ולשרוף רק חלק של עיר הנדחת. רק שאין אנו יכולים לברר החלקים ומטעם זה אנו שורפין שניהם אבל באמת הי' ראוי להפרידם וכיון שראוי להפרידם אף שנשרוף שניהם נתבטל מעיסה זו דין שריפת שלל עיר הנדחת. וכה"ג נמי תנן בגיטין (דף כ"א) שכותב גט על קרן הפרה ונותן לה את הפרה ופי' הר"ן ז"ל בשם הרב רבינו מאיר ז"ל שם במשנה דדוקא אם נותן לה כל הפרה שיהא שלה לגמרי וצריך שיתן לה בפירוש הא בנותן לה ואמר הא גיטך סתמא אינו במשמע שנותן לה כולה והגט בטל ואע"ג דאמרינן לעיל אוירא דמגילתא הוא התם היינו טעמא לפי שמה שנשאר הרי הוא טפל לגט אבל הכא העבד והפרה כיון שיש להם חיות אינם טפלים לקרן ולא ליד עכ"ל הרי מבואר בהדיא דאם נתן לה הפרה בלא קציצה נמי לא מהני עד שיתן לה גם הפרה בתורת נתינה גמורה שאז כל הפרה בטילה להגט אבל אם שייר הפרה לעצמו אף שנתן בשעת מסירה כל הפרה בידה לא מהני. והפ"י ז"ל נדחק שם במשנה בטעמו של דבר ורוצה לפרש דאם לא נתן כל הפרה לגמרי אין זה כריתות כיון שמחובר הפרה שהיא שלו להגט וכתב בעצמו שהוא דוחק. אבל לענ"ד ברור כיון שמחובר להגט דבר שהוא של בעל מיפסל מטעם שמחוסר קציצה ונתינה אף שהוא לא קצץ מ"מ הא קיימא לקציצה וכיון שלא נתן לה בשלימות לא מקרי וכתב ונתן:

וכ"מ מדברי הרא"ש ז"ל בגיטין שם שהקשה מהא דבעי לעיל אם אמר הרי זה גיטך ע"מ שהנייר שלי בין שיטה לשיטה בין תיבה לתיבה מהו הא מיפסל בלא"ה משום מחוסר קציצה ותי' כיון דהנייר שבין שיטה לשיטה אינו דבר חשוב להכי בטל לגבי כל הגט עיי"ש והא התם מיירי בנותן לה כל הגט בשלימות ומניח אותו בידה רק שהנייר שבין שיטה לשיטה משייר לעצמו שאינו מקנה לה ואפ"ה הקשה דליפסל מטעם מחוסר

קציצה אי לאו משום דכיון דלא הוי דבר חשוב בטל הוא לגבי הגט אלמא דאף אם מניח בידה גם מה שמשייר לעצמו נמי מיפסל משום מחוסר קציצה:

וכן מצאתי בריטב"א ז"ל בגיטין (דף כ') גבי בעיא בין שיטה לשיטה בין תיבה לתיבה וז"ל ולא אמרינן דאינה מגורשת משום דהוי מחוסר קציצה כידו של עבד או כקרן של פרה משום דבכה"ג לא חשיב מחוסר קציצה כיון דאין עיקר טפי במה שהוא משייר ממה שהוא נותן עכ"ל. הרי בהדיא דאי לאו דנייר שבין שיטה לשיטה לא חשיב הוי פסול משום מחוסר קציצה אף שמניח בידה כל הגט כיון שאין מקנה לה כל הגט מקרי מחוסר קציצה החלק שמשייר לעצמו וא"כ ה"נ גבי עיסה חציה של עיר הנדחת אף דאנן קיי"ל דאין ברירה וא"א להפריד חלקה של עיר אחרת מחלקה של עיה"נ ונשרוף הכל מ"מ כיון שבאמת חלקה של עיר אחרת א"צ שריפה וכששורפין אותה אינה בדין שריפת שלל העיר הנדחת רק משום שאין אנו יכולים להפרידן מקרי מחוסר קציצה ורחמנא אמר דבעינן שאינו מחוסר קציצה [ודוחק לחלק דהתם גבי גט אי בעי הבעל היה קוצץ הנייר שאינו נותן לה להכי מקרי מחוסר קציצה משא"כ גבי עיסת עיה"נ אין אנו יכולים לחלק מטעם דאין ברירה. דז"א דמ"מ כיון דחלקו של עיר אחרת א"צ שריפה מקרי מחוסר קציצה כמו גבי גט ולהכי עיסה מותרת] וזה שאמר עיסה כמאן דפליגא דמי היינו שחלק עיר אחרת אף על גב שא"א לחלקו מטעם אין ברירה מ"מ כמאן דמיפלג דמי ואינו בדין שריפה וכיון דלא חל עליו דין שריפה נפטר גם חלק של עיה"נ משא"כ בהמה כמאן דלא פליגי דמי דהא דינו של בהמה היא בהריגה לפי חרב והריגת בע"ח לא משכחת לה בחצי בהמה ונקבע הדין שדנה תורה בחלקה של עיר הנדחת להורגה כשהיא מחוברת בחלקה של עיר אחרת. א"כ לא שייך לומר מחוסר קציצה דהא צריך לעשות הגמר דין כשהיא בחיים ונשתעבד גם חלקה של עיר אחרת להיות עמה בשעת גמ"ד וכיון שהורגין אותה ממילא נאסרת כולה ונעשית נבלה וגם יש איסור הנאה בשתיהן דהא אין ברירה וזה שאמר בהמה כמאן דלא פליגא דמי היינו שאינו דומה כמו שהיא חלוקה קודם הגמ"ד כמו עיסה דהא בעי הריגה והריגה אינו שייך כ"א כשהיא בחיותה ועיקר החילוק שבין עיסה לבהמה דדין העיסה בשריפה ודין שריפה אינו חל כ"א על חלק האחד וא"צ לחלק השני לדין שריפה ומיקרי מחוסר קציצה וניתרת לגמרי ודין הבהמה בהריגה ולא שייך למיפטר משום מחוסר קציצה דא"א להפרידם קודם ההריגה ומחמת חלק עיר הנדחת חל ההריגה על כל הבהמה וממילא נאסרת כולה מטעם אין ברירה וגם מלשון הרמז"ל משמע דעיסה מותרת לגמרי עיין בלשונו:

ואפ"ל עוד ביתר ביאור דהא דעיסה מותרת אף דקיי"ל אין ברירה דהנה התוס' כתבו בחולין (פ"ק דף ט') דמוקמינן אחזקה אף בשני נזירים שאמר להם אחד ראיתי שנטמא אחד מכם שהחזקות סותרות זא"ז שהרי אחד מהן ודאי טמא וכתבנו במק"א דלר"ח דסובר בשבועות (דף מ"ז) בהדי סהדי שקרי למה לי לא מוקמינן אחזקה היכא שסותרות זא"ז א"כ להכי הכא לר"ח עיסה מותרת דהא דינה בשריפה ואם היה אפשר לחלק ולברר אנו מוכרחים לחלק ולשרוף חלק של עיה"נ ולהתיר חלק של עיר אחרת רק דאסור משום דאין ברירה והנה באמת בכל דוכתי דאסרינן מחמת אין ברירה הא בעינן למימר דמוקמינן כל חלק אחזקתו אם יש לו חזקת היתר. רק דכיון דאחד מהן ודאי אסור אין אנו יכולים להעמיד שום אחד מהם אחזקתו דהי מינייהו נתיר והחזקות סותרות זא"ז אבל הכא אם נתפוס רק חלק אחד ונעמידו אחזקתו ממילא מותר השני משום דמחוסר קציצה. ומיפטרי תרווייהו החלק שהעמדנו על חזקתו מיפטר מטעם שאנו דנין מחמת החזקה שהוא של עיר אחרת והחלק השני מיפטר אף אם הוא של עיר הנדחת מ"מ הא הוא מחוסר קציצה ומפטרי תרווייהו דדוקא היכא דהחזקות סותרות זא"ז קודם הגמר דין והוא מותר גם עכשיו מפני שהוא חלק של העיר האחרת אין חלק השני נאסר על ידי זה ואדרבה דבמה שאנו מעמידין חלק האחד על חזקתו ומחזיקים אותו לחלק עיר אחרת ממילא ניתר השני משום דמחוסר קציצה שפיר אזלינן בתר חזקה ומותרת לגמרי חלק אחד מטעם חזקה וחלק אחד מטעם מחוסר קציצה ומותרת לגמרי אף אם לא נתחלקה דכמאן דפליגא דמי דכיון דאנו מחוייבין לחלק דמצות שריפה חלה רק אחלק אחד וכשנחלקה תהא מותרת השתא נמי כמאן דפליגא דמי. דכמו דאם היינו מחלקים אותה היו שני החלקים מותרים משום שנתיר חלק אחד ונעמידו על חזקתו ונימא שהוא של עיר אחרת וחלק השני נתיר משום שמחוסר קציצה פקע מיני' דין עיה"נ ה"נ השתא דלא פליגא כמאן דפליגא דמי ומותרים שניהם שיש בו חלק אחד שמותר ומחוסר קציצה וכ"ז בעיסה שדינה בשריפה ודין שריפה מתקיימת בחלק אחד של עיה"נ ואנו צריכין לחלקו קודם גמר דינו לשריפתו ויותר חלק אחד מטעם חזקה שהוא של עיר אחרת וחלק השני מטעם שהיה מחוסר קציצה בשעת גמר דין של ב"ד הלכך כמאן דפליגא דמי אע"ג דלא פליג אבל בבהמה שדינה בהריגה וההריגה הוא רק בבע"ח ואנו צריכין להרוג הבהמה כולה משום חלקה של עיר הנדחת ואינו מחוסר קציצה לקיום גמר דינה וכולה אסורה ולאחר הריגתה לא מהני לחלקה דאין ברירה ויש בה חלק האיסור דדוקא גבי עיסה דמצות דינה הוא אחר חלוקה דבשריפת חלק מקיימין מצות שריפה הלכך כמאן דפליגי דמי וכיון שאם נחלקה תהא מותרת מטעם מחוסר קציצה עכשיו נמי מותרת לגמרי דהא

יכול לחלקה משא"כ בהמה דמצות הריגה א"א לקיים בחלק א' כ"א בבהמה כולה ולא מיקרי מחוסר קציצה וכולה אסורה. ואם יחלקו אותה אח"כ הא אין ברירה ולהעמידה על חזקתה נמי א"א דהחזקות סותרות זא"ז דהי מינייהו נתיר ועוד דביארנו במק"א דלרב חסדא מחזיקין מאיסור לאיסור והיינו מאיסור אבמה"ח לאיסור עיר הנדחת]:

ואף דהכא אמרינן דבהמת עיה"נ אסורה מטעם שדינה בהריגה וחל עליה כשהיא בחיים ובחולין (דף ק"מ) אמרינן שתי צפרים חיות למעוטי ציפורי עיה"נ ופריך למאי אילימא לשלוח לא אמרה תורה שלח לתקלה אלא לשחיטה ופירש"י ז"ל התם אפי' ההיא דשחוטה היא ולא אכלי לה ויכול לשורפה אחר שחיטה לא תיתי מעיה"נ עכ"ל הרי משמע דאי לאו קרא דחיות הוי מכשרינן לאתויי מציפורי עיה"נ ולשוחטה ולשורפה אח"כ. הרי דגם בבע"ח אנו יכולין לקיים מצות דין דעיה"נ בשריפה אחר שחיטה התם שאני דיכולין לשורפה אחר שחיטה משא"כ הכא דאם נשחטה ונרצה לקיים דינה בשריפה תפטר לגמרי שאז אנו צריכין להפריד חלק עיה"נ ותפטר משום דמחוסר תלישה קביצה שריפה כמו עיסה וא"כ ההכרח לקיים דינה בהריגה וממילא נאסר גם חלק עיר האחרת מטעם אין ברירה ואפשר עוד דהתם גופא נמי מקיימא מצות לפי חרב בשחיטתה דע"כ לא איבעי לן בסנהדרין אלא אם זה מיקרי שחיטה לטהר מידי נבילה אבל מצות לפי חרב ודאי מתקיים בשחיטה ומש"כ רש"י ז"ל שישרפנה אפשר דרש"י ז"ל סובר דכל בע"ח הנהרגין משלל עיה"נ בעי שריפה אחר הריגה:

ובמה שעמד הר"ן ז"ל על רש"י ז"ל שכ' בטעמא דבהמה אסורה משום דא"א לכזית בשר בלא שחיטה ושחיטת עיר הנדחת הוי רק כמיתה וע"ז הקשה הר"ן ז"ל דהא ר"ח בתר הכי מיד מיבעיא ליה אי מטהר מידי נבילה או לא ואיכו השתא פשיטא ליה דלא מטהר מידי נבילה:

היה נראה ליישב על נכון דבאמת צריך להבין הא דבעי למימר דשחיטת בהמת עיה"נ מטמאה בנבילה מ"ש משחיטת שור הנסקל דודאי הוא מטהר מידי נבילה כדמוכח בב"ק (דף ע"א) גבי גנב שור הנסקל וטבחו דפליגי ר"ש ורבנן אי שחיטה שאינה ראויה שמה שחיטה וחייב דו"ה או לא אבל מידי נבילה לכ"ע מטהר דאי לא הוי מטהר מידי נבילה היה לכ"ע פטור מדו"ה כדאיתא שם (דף ע"ח) במשנה דהנוחר ומעקר פטור מדו"ה וא"כ מ"ש בהמת עיר הנדחת מבהמת שור הנסקל. וצ"ל דשור הנסקל כיון דמצותו בסקילה אם שחטו לא חייל על מעשה השחיטה דין סקילה ולא איתעביד ביה מצות סקילה דשחיטה וסקילה תרי מילי נינהו ולהכי מטהר מידי נבילה [ומהאי טעמא בעי למימר שם בב"ק (מ"א) ואימא הנמ היכא דבדק קרומית של קנה ושחט בה דהוי כעין

סקילה אז אסור באכילה דלא חל על שחיטה זו דין שחיטה אלא סקילה. אבל היכא דשחטה בסכין מותר כיון דשחטיה בסכין לא עביד ביה כלל מצות סקילה ושחיטתו התירתו באכילה לגמרי ומסיק מדכתיב לא יאכל את בשרו אע"ג דעבדיה כעין בשר ולא חייל עליה דין סקילה נמי אסור באכילה ובהנאה] אבל בעיר הנדחת דמצוותו בהריגה לפי חרב בזה אפשר לומר דאם שחטו לא חייל על מעשה שחיטה זו דין שחיטה לטהר מידי נבילה אלא דין הריגת הבהמה לפי חרב ובשחיטה זו קיים מצות לפי חרב ומה"ט פשיטא לי' להש"ס בזבחים (דף ע') דעגלה ערופה ששחטה מטהר מידי נבילה אף אם נאסרת מחיים עיי"ש משום דעריפה אינו דומה לשחיטה דשחיטה מן הצואר ועריפה בעורף להכי פשיטא דחל עליו דין שחיטה אם נשחטה ולא דין עריפה ואפילו שחטה בנחל איתן נמי מיקרי שחיטה ולא עריפה ולא דמי לבהמת עיה"נ שמצותה בחרב ובשחיטה נמי הא מיקרי לפי חרב והכי משמע לישנא דר"ח לפי חרב אמר רחמנא ל"ש קטליה מקטיל ול"ש שחטיה משחיט וחל עליה דין לפי חרב ממילא ולא דין שחיטה או דילמא כיון דשחטה מטהר מידי נבילה ולפי"ז שפיר קאמר ר"ח בהמה חציה של עיה"נ וחציה של עיר אחרת אסורה ממ"נ דאם מטהר מידי נבילה בודאי אסור לשוחטה דאז לא מקיים בה מצות לפי חרב אלא שחיטה בעלמא וממילא אסור לשוחטה ולבטל ממנה דין לפי חרב וצריך להורגה דבשחיטה מבטל מצות לפי חרב שהרי לא יקיים בה מצות לפי חרב שהרי יחול ע"ז דין שחיטה ואי אינו מטהר מידי נבילה הרי נאסרה משום דא"א לכזית בשר בלא שחיטה. מיהו לכאורה בהא דקאמר בחולין (דף ק"מ) גבי ציפורי עיה"נ אלא לשחיטה ופירש"י ז"ל שישחטנה וישרפנה אח"כ משמע שיכול לשוחטה אף אי אמרינן דשחיטה מטהר מידי נבילה דהא התם קיימינן שמטהר מידי נבילה דהא הוי מכשירינן ליה לציפורי מצורע דבעי שחיטה מעליא ואפ"ה מותר לשוחטה ולא חיישינן לביטול מצות לפי חרב משום דיכול לשורפה אח"כ ולקיים מצות ביעור של עיה"נ בשריפה ודוחק לומר דהתם משום מצוה הוי שרינן לקיים דין ביעורה בשריפה:

מיהו נ"ל דאף שמדברי התוס' שם משמע שמפרשים הא דצפורי עיה"נ מיירי בנגמר דינם מ"מ אפשר לפרש דמיירי בלא גמר דינא כדמוקי בתר הכי רבינא בעוף שהרג את הנפש דפריך אי דגמר דינא בר קטלא הוה אלא דלא גמר דינא ה"נ מיירי בלא גמר דינא והא דלא קאמר גבי עיה"נ נמי אי דגמר דינא בר קטלא הוא אפשר לומר דגבי עיהנ"ד לא מצי לאוקמי בלא"ה בגמר דינא משום דסובר דאין שחיטה מטהר מידי נבילה בעיה"נ אחר גמ"ד ובע"כ דמיירי קודם גמ"ד וע"ז פריך אי לשילוח לא אמרה תורה שלח לתקלה ואף שעדיין לא נגמר דינם מ"מ כיון שהב"ד יגמרו דין של שאר השלל יאסר ממילא

הצפור הזה כל היכא דאיתא ויאסר ויהא תקלה אלא לשחיטה ויכול לשוחטה ולשורפה אח"כ ואע"ג דעיקר דינא הוא בהריגה ובשחיטה לא מקיים מצות לפי חרב כמש"כ מ"מ כיון דלא נגמר דינו לא איכפת לן לקיים מצותו כדין כמו שאמר גבי עוף שהרג את הנפש בתר הכי אף שדינו בסקילה רשאי לשוחטו כיון דלא נגמר דינו אבל גבי בהמת עיר הנדחת בסנהדרין שם שנגמר דינו אסור לשוחטה אי אמרינן דמטהר מידי נבילה ואין זה לפי חרב והוי א"ש מה שעמדנו ע"ז מכבר מאי דבחולין פשיטא ליה להש"ס דמטהר מידי נבילה דהא אי לאו קרא דחיות הוה אמינא דמצי מייתי לה לשחיטה אע"ג דבעינן שחיטה מעלייתא ובסנהדרין איבעיא לן ולא איפשטא. ומצאתי כעת בס' נחל איתן על הרמב"ם ז"ל שעמד ג"כ בזה. ולפי מש"כ דמיירי קודם שנגמר דינו א"ש דלעולם אימא לך דלאחר שנגמר דינו אינו מטהר מידי נבילה:

ועוד נ"ל דיש לחלק דהא דאמרינן בסנהדרין דאיכא למימר דאינו מטהר מידי נבילה הוא מטעם שכתב רש"י ז"ל דכיון דדינה במיתה אם שחטה אינו חל על השחיטה שם שחיטה אלא שם מיתה וכלשון האבעיא לפי חרב אמר רחמנא ל"ש משחט שחטה ל"ש מיקטל קטלה והסברנו הדבר דכיון דשחיטה בעי מעשה בידי אדם וכדתנן בחולין (דף ל"א) נפלה סכין מידו ושחט פסולה ועיין מהרש"ל ביש"ש שכתב דאף דשחיטה א"צ כוונה מ"מ אם כיון בפירוש שלא יתיר בשר באכילה אין השחיטה מתיר] וכאן כיון שחל על מעשה זו דין הריגה לא חל עליו דין שחיטה דכיון דלהריגה קיימא חל ממילא על מעשה שלו שם מצות לפי חרב ולא שם שחיטה ודמי קצת למש"כ התוס' בשבת (דף כה) דהא דאין שורפין תרומה טמאה ביו"ט אע"ג שיכול להנות ממנו ולבשל בו ביו"ט מ"מ כיון דאיכא בהאי מעשה צורך גבוה וצורך הדיוט דצורך גבוה לבער את התרומה וצורך הדיוט הוא לצורך תבשילו אתי צורך גבוה ומבטל צורך הדיוט וחל על מעשה הבערתו שם צורך גבוה וכתיב לכם ולא דגבוה וה"נ כיון דחייבתו תורה להרוג את הבהמה אף אם שחטה חל על מעשה דידיה שם הריגה ולא שם שחיטה [ואע"ג דבשחט פרה אדומה ונשחטה בהמה אחרת עמה אמרינן בחולין (דף לב) דלר"נ פרה פסולה ובהמה כשירה ולא אמרינן דאף דלא בעינן כוונה לשחיטה מ"מ הכא חל על מעשה דידיה שם שחיטת פרה שהוא מצוה וממילא תהא פרה כשירה ובהמה פסולה שדומה כאילו נשחטה בלי מעשה אדם התם שאני דבמעשה שנשחטה בהמת חולין ליכא מצוה משא"כ הכא דבהאי בהמה גופא איכא מצות לפי חרב ומתבטל מעשה שחיטה ממנה ודו"ק] ודמי לנפלה סכין ושחטה דפסול וה"נ כיון דעל מעשה דידיה חל מצות הריגה דמי לנשחטה מאילי' וכ"ז הוא אם שחטה לצורכו ולא לשחיטת מצוה אבל אם שחטה

לה לטהרת מצורע שזה גופא מצוה לא מתבטל שם שחיטה ממנה מפני שם הריגה דזה מצוה וזה מצוה אע"ג שיכול לקיים טהרת מצורע באחרת מ"מ כיון שלקחה כבר חל עלי' דין צפור מצורע ואפשר דסובר רנב"י כר"ל בקדושין (דף נז) דלקיחתה אוסרתה] ומהניא לה שחיטה שפיר אי לאו קרא דחיות דממעטינהו אבל בשאר בהמה ששחט אימא דלא מהני שחיטה ואין אוקימתא דרנב"י סותר לבעיא דר"ח בסנהדרין:

ועוד יש לחלק דהא דבעי ר"ח לומר דאפי' שחטה מישחט אינו מטהר מידי נבילה דזהו דין מיתה שדנה תורה ה"מ היכא דשחטה סתם ולא כיון לקבוע בה דין שחיטה רק שכיון לבערה כדין שלל של עיר הנדחת אלא שלא הרגה בהריגה בעלמא ושחטה בזה אפשר לומר דכיון דדינה במיתה לא חל עלי' שם שחיטה אבל אם כיון בפירוש לשחטה לשם שחיטה ולא לשם ביעור שלל של עיה"נ ודאי דמהני בה שחיטה וכמש"כ כמה פוסקים לענין מצות דאף למ"ד מצות אינן צריכין כוונה מ"מ אם מכוין בפירוש שלא לצאת אינו יוצא וה"נ כיון דעיקר הטעם הוא כמ"ש רש"י ז"ל שהתורה קבעה בה דין מיתה לא מיקרי שחיטה והיינו היכא שחל על מעשיו מצות ביעור השלל אבל אם כיון בהדיא לשם שחיטה ולא לשם מצות שלל עיה"נ מהני השחיטה וכדאמרינן גבי קדשים אף דסתמא הסכין מושכתן למה שהן מ"מ אם מחשב מחשבה אחרת פוסלתן] ולהכי איצטריך קרא למעטינהו דפסולות לטהרת מצורע משום דעומדות להריגה ולא מיקרי חיות ויש לחלק עוד בין שחיטת עוף לבהמה ע"פ מש"כ הפמ"ג בפתיחתו להלכות שחיטה אלא שלא רציתי להאריך עוד בזה ודו"ק:

והואיל וקיימינן בסוגיא דחולין (דף ק"מ) נזכיר כאן מה שקשה על דברי התוס' שם ד"ה למעוטי וז"ל וצ"ע בבהמת עיר הנדחת אם עבר והקדישה והקריבה אם הוא קרבן כשר כיון דלשריפה קיימא עכ"ל וכבר תמהתי בזה דהא איסורי הנאה אינו יכול להקדיש כדאמרינן בשור הנסקל הקדישו אינו מוקדש וכיון שאינו יכול להקדישו הקרבן פסול כדאמרינן בב"ק (דף סו) אימת אילימא לפני יאוש ל"ל קרא ופירשו התוס' שם ובסוכה (דף ל' ע"א) ד"ה כי יקריב דהיינו טעמא דפשיטא ליה להש"ס דהקרבן פסול לפני יאוש משום דאינו יכול להקדישו והרי הוא חולין עיי"ש:

ומצאתי להגאון בתשובות פני אריה שהקשה ג"כ קושיא זו על דברי התוס' ונראה לפענ"ד דכוונת התוס' דמיירי שהקדישו והקריב הקרבן קודם הגמ"ד דיכול להקדישו שלא נאסר עדיין בהנאה ועיקר ספיקותם הוא משום דקיי"ל דרובע ונרבע ושור הנסקל פסולין לקרבן אף ע"פ עד אחד דלא מחייבו מיתה ולקרבן פסולים וע"כ נסתפקו התוס' בבהמת עיר הנדחת שלא נגמר דינו אי אסורה כמו שאר חייבי מיתה הואיל ולהריגה

קיימי דמי ממש לרובע ונרבע ע"פ עד א' דפסולין ועוד גריע מהם שלא יבואו הם לדין מיתה ובהמת עיה"נ תבוא לדין מיתה רק שעדיין לא נגמר דינו או דילמא דלא דמי כלל דרובע ונרבע ושור הנסקל שנעבד בהם עבירה הפוסלן משא"כ בהמת עיה"נ אין בה פסול בעצמותה רק משום לתא דבעלים נתחייבו מיתה ועבירת בעליהם גרם גם להם חיוב מיתה ע"כ כשרים הם כ"ז שלא נגמר דינם אבל לעולם אחר שנגמר דין דנאסרו בהנאה לא מהני בהו הקדש ודו"ק:

סימן סט

שאלה לפעמים נמצא בריאה הדלדולים שבשיפולי האומא או האונא ונסרכו הדלדולים זה לזה ונסתפקו השו"ב אם לדון בזה דין הדלדולים שכתב הד"ם (סימן ל"ט) שא"צ להסירן ולבודקן כלל וכ"ה המנהג או כיון שדבוקים הדלדולים זה לזה אנו צריכין לחוש שמא סירכא היה מאונא לאונא שלא כסדרן ונתכסה אח"כ הסירכא בדלדולים ויבואר בסימן זה פרטי דיני ספק טריפה:

תשובה תנן ביבמות (דף ל"א) וכולן שהי' בהן קידושין או גירושין בספק הרי אלו הצרות חולצות ולא מתיבמות כיצד ספק קידושין זרק לה קידושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה וכו' ספק גירושין כתב בכתב ידו ואין עליו עדים יש עליו עדים ואין בו זמן כו' וקאמרינן בגמרא ואלו בגירושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה לא קתני מ"ט א"ר אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת ומספק אתה בא לאוסרה אל תאסרנה מספק. א"ל אביי א"ה בקדושין נמי נימא הכי אשה זו בחזקת היתר ליבם עומדת ומספק אתה בא לאוסרה אל תאסרנה מספק התם לחומרא כו' א"ה בגרושין נמי ניתני ולהצריכה חליצה ומידע ידעי דחומרא בעלמא הוא אם אתה אומר חולצת מתייבמת. והתוס' הקשו דהכא מוקמינן אשה בחזקת היתר לשוק אע"פ שבשעה שנולד הספק היתה עומדת בחזקת איסור שבעלה עדיין חי ובפ"ק דחולין אמרינן בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה נשחטה בחזקת היתר עומדת עד שיודע לך במה נטרפה ומשמע דווקא לענין ריעותא דאתיליד אחר שחיטה הוי בחזקת היתר כגון בא זאב ונטל בני מעיים והחזירם כשהם נקובים דלא חיישינן שמא במקום נקב ניקבו אבל אם נולד הספק מחיים כגון ספק דרוסה לא משום דבשעה שנולד הספק היתה עדיין בחזקת איסור ואור"י דהתם חיישינן לספק דרוסה משום דשכיחא ומוכח מילתא לאיסורא טפי מלהתירא עכ"ל הנה מבואר מדברי התוס' דאף שנולד ריעותא מחיים אם ההיתר והאיסור שניהם שווין לפנינו לתלות מוקמינן בחזקת היתר והד"מ כתב (בסימן לא) בדין ספק אם המוח מקיפין המים או לא דיש שרוצים להכשיר מהא דתניא נשחטה הותרה עד שיודע לך במה נטרפה ול"ד

דהואיל ויש כאן ריעותא ברורה מחיים אין להכשיר משום זה וכן משמע בתוס' פ"ד אחין עכ"ל הד"מ ומהר"ם לובלין בתשו' ס"ו חלק על דברי הרב ואמר דאדרבא התוס' שם דחו חילוק זה ומסקנת התוס' דאפילו היכא דנעשה הריעותא מחיים אפ"ה יש להעמיד בחזקת היתר כדאמרינן אשה זו בחזקת היתר עומדת אל תאסרנה מספק והא דחוששין לספק דרוסה וכן לעיל (סימן לג) בישב לה קוץ בושט דחוששין שמא הבריא היינו משום דשכיחי והש"ך כ' (בסי' נו"ן) דדעת הרב הוא דהתוס' כתבו כן לרבה דאמר בש"ס התם אשה זו בחזקת היתר עומדת כו' אבל אביי הא אקשי ליה לרבה שם מהך דנפל עליו הבית אמאי נימא אשה זו בחזקת כו' ומסקו אביי ורבא דלא מוקמינן אשה זו בחזקתה א"כ התוס' דמדמי דין זה לנשחטה הותרה מוכח דכי היכי דלא מוקמינן אשה זו בחזקת היתר ה"נ לא אמרינן נשחטה הותרה היכא דאתיילד ריעותא מחיים ואע"ג דאפשר לומר דלמסקנא נמי אמרינן אשה זו בחזקת היתר עומדת אלא דלחומרא אמרינן דבעי חליצה וכדכתב הרב"י שם וגם בדברי התוס' דוחק קצת לומר דלא כתבו כן למסקנא מ"מ כיון דאינו מוכרח ויש פנים לכאן ולכאן וגם פשטא דש"ס משמע התם דאביי אעיקרא דדינא פליג א"כ מנ"ל ללמוד היתר דילמא למסקנא קיימא דלא מוקמינן אשה זו בחזקתה כן נ"ל ע"כ לשון הש"ך ז"ל:

והא ודאי דפשטא דלישנא דתלמודא משמע כדברי הד"מ והש"ך דאביי ל"ל כלל הך חזקה דאשה זו בחזקת היתר לשוק דהא קא מקשי ליה א"ה בקידושין נמי נימא הכי וכן כי פריך ליה ממתניתין דנפל הבית עליו ועל בת אחיו קאמר ואמאי ה"נ נימא אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת הרי משמע דאביי בעצמו סובר דלא אמרינן כלל הך חזקה ואע"ג דאח"כ כי מייתי מתניתין דמחצה על מחצה מגורשת ואינה מגורשת ואמרינן למאי הילכתא שאם ערוה היא צרתה חולצת ולא מתייבמת ולא אמרינן שאם אתה אומר חולצת מתייבמת עכ"ל הגמרא ומלשון זה משמע דאביי נמי אית ליה הך חזקה רק דסובר דלחומרא חולצת ולא חייש שמא תתייבם מ"מ אין זה ראי' כלל דהתם אדמעיקרא קאי דאקשי אביי מנפל הבית עליו ועל בת אחיו דאמאי נימא אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת ואל תאסרנה מספק וכ"ת ה"נ לחומרא חומרא דאתי לידי קולא הוא שאם אתה אומר חולצת מתייבמת וקאמר גרושין דשכיחא גזרו בה רבנן וחשו שלא יחלוץ שמא תתייבם מפולת דלא שכיחא ל"ג בה רבנן שמא תתייבם וע"ז פריך וגבי גירושין מי לא תנן שתחלץ והתנן כו' ואמרינן שאם ערוה היא צרתה חולצת ולא מתייבמת ולא אמרינן שמא תתייבם ואמר האי לישנא משום דקאי אהאי דקאמר גירושין דשכיחא גזרו

בה רבנן אבל באמת אביי גופא סובר דלא אמרינן כלל הך חזקה דלשוק עומדת ומה"ת חולצת ולא מתייבמת:

ולכאורה קשה לדעת הש"ך דאביי ל"ל כלל הך חזקה הא התוס' הקשו שם וא"ת תינח היכא דכנס ואח"כ גירש שכבר היתה צרת ערוה אבל גירש ואח"כ כנס הא לא הוי בחזקת היתר לשוק ותי' דמ"מ מוקמינן הערוה בחזקת שלא נתגרשה וא"כ נהי דמצינן לומר דאביי ל"ל חזקה דלשוק משום דאתחלא מחיים או מטעם אחר אבל חזקת א"א דערוה ודאי חזקה מעליא בכל דוכתי והיכא פליג אביי עלה וא"כ ע"כ אביי ורבא סברי דספק גירושין נמי חולצת ולא מתייבמת הוא רק לחומרא מדרבנן דמדאורייתא מוקמינן הערוה אחזקה שלא נתגרשה:

מיהו נ"ל דגם מזה אין ראיה דהא באמת דברי התוס' בתירוצם דמוקמינן הערוה אחזקה שלא נתגרשה צריך ביאור דא"כ אמאי הוצרך רבה למימר אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת שיש לפקפק על הך חזקה משום שנולד הריעותא מחיים ולמה לא אמר כפשטא דמוקמינן הערוה אחזקתה שלא נתגרשה כמו שמוכרחין אנו לומר בגירש ואח"כ כנס ע"כ נ"ל ביאור הדברים דבאמת הך חזקה דערוה לא מהני כלל לגבי צרה להתירה דערוה וצרתה תרי גופי נינהו ואיכא למ"ד בפ"ק דכתובות לדברי המכשיר בה פוסל בבתה מ"ט בתה לית לה חזקה דכשרות איהי אית לה חזקה דכשרות ואפילו למ"ד לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה איכא למימר דהתם שאני דהבת נולדה ממנה ולהכי מהני חזקה דאם וכן הא דאמרינן (בפ"ק דחולין) גבי שוחט בסכין ונמצאת פגומה דמהני חזקת בדוק דסכין לגבי בהמה היכי דשיבר בה עצמות וכן חזקת שלימה דמקוה מהני לגבי אדם שטבל בה כמבואר ביור"ד (ס' ר"א ס"ק ס"ה) התם נמי כיון דהסכין מכשיר את הבהמה והמקוה מכשרת את הטובל בה מהני חזקת המכשיר לדבר שהוכשר בה אבל צרה וערוה תרי גופי נינהו ואין הערוה פועלת רק שהתורה גזרה דהיכא דאיכא ערוה לא מתחלא דין יבום כלל בהצרה אבל אין הערוה פועלת בצרה שום דבר ולהכי לא מהני חזקת הערוה לגבי צרה ולהכי לא מצי רבה לומר ערוה זו בחזקת שלא נתגרשה עומדת והוצרך לומר דצרה גופא אית לה חזקת היתר לשוק ובחיי הבעל היתה עומדת בחזקת שאם ימות בעלה תהא מותרת לשוק ואיכא חזקה על הצרה גופא וע"ז הקשו התוס' דהתינח בכנס ואח"כ גירש דשייך לומר דבחזקת היתר היתה עומדת קודם שנולד ספק של הגירושין אבל גירש ואח"כ כנס מאי איכא למימר דהא מתחילת נישואין של הצרה היתה בספק אם תהיה מותרת לשוק לאחר מיתת בעלה וע"ז תי' התוס' דמוקמינן הערוה אחזקה שלא נתגרשה ואין כוונתם דמהני חזקת הערוה לגבי הצרה רק שכוונתם

כיון דבחיי הבעל היינו פוסלים את הגט מדאורייתא משום דמוקמינן לה אחזקה דא"א והיינו מחזיקים אותה כא"א גמורה וממילא אם היינו דנין אז על הצרה מה יהיה לאחר מיתת בעלה אם תהא מותרת לשוק או לא היינו מחזיקים אותה שתהא מותרת לשוק כיון שאנו מחזיקין את הערוה לא"א גמורה מטעם חזקה דידה א"כ אפילו אם גירש ואח"כ כנס נמי שייך לומר אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת אבל אין כוונתם כלל לומר דחזקת א"א דערוה מכריע להתיר הצרה לשוק רק כוונתם שע"י חזקת א"א דערוה היתה הצרה עומדת בחזקת היתר לשוק וכ"ז הוא רק למאן דס"ל הך חזקה דהיתר לשוק. אבל למאן דל"ל כלל הך חזק' מטעם שנולד הספק מחיים או מט"א לא מהני גבי צרה חזקה דא"א דערוה:

** (הגה"ה ועוד דכיון דבחיי הבעל לא אמרינן שבחזקת היתר עומדת מפני שבעלה חי אי אפשר להכריע דין הצרה מחזקה של הערוה לאחר מיתת הבעל שוב לא שייך לומר על הערו' שהיא בחזקת א"א כיון שכבר מת הבעל וכלו אישות דידה ודו"ק:)

ומעתה שוב אנו יכולין לומר שפיר דאביי ורבא ל"ל כלל הך חזקה דחזקת היתר לשוק וחולצת מדרבנן בעלמא וכיון דל"ל הך חזקה דהיתר לשוק הואיל והתחיל בחיי הבעל ממילא אמרינן כיון דהך חזקה לא מהני חזקה דא"א דערוה נמי לא מהני לגבי צרה כמו שבארנו:

מיהו נ"ל כדעת מהר"ם ז"ל דגם אביי ורבא אית להו הך חזקה דהא (בדף קי"ט) קאמר סתמא דגמרא גבי היתה לה חמות במדה"י אינה חוששת דאיכא חזקה לשוק ורבא גופא קאמר התם דלהכי לא חיישינן למיעוטא שמא ילדה חמותה בן וזקוקה ליבם משום דהוי רובא לשוק וחזקה לשוק עיי"ש הרי דרבא גופא סובר דאשה שאין לבעלה אחים דנין עליה חזקה שהיתה עומדת להתיר לשוק לאחר מיתת בעלה ומה לי חזקת היתר לשוק דאין לבעלה אחין או חזקת היתר לשוק שיש לה צרה שהיא ערוה הרי חזינן דמוקמינן אשה בחזקת היתר לשוק והתם נמי נולד הספק בחיי הבעל שבחייו כבר היתה החמות במדה"י ודוחק לומר דהתם להכי מוקמינן אחזקה לשוק משום דלא הוי אלא איסור דרבנן בעלמא דמדאורייתא שריא להנשא מטעם רובא דמחצה נקיבות ומיעוט מפילות רק מדרבנן חיישׁ ר"מ למיעוטא כמ"ש התוס' בחולין (דף י"ב) ובכמה דוכתי ולענין איסור דרבנן מהני הך חזקה דזה דוחק כיון דזה מיקרי חזקה מהני נמי לענין איסור דאורייתא ועוד נראה מגוף הסוגיא דגם לאביי ורבא דאמרו יגיד עליו ריעו ותני בקדושין וה"ה בגירושין מדאורייתא אזלינן כה"ג בתר חזקה רק מדרבנן בעלמא לחומרא בעי חליצה דהא קתני במתני' ספק קידושין ס' גירושין בתרווייהו חולצת ולא מתייבמת

משמע דחד דינא אית להו וכי היכי דבספק גירושין היינו בכתב בכת"י ואין עליו עדים דמדאורייתא הגט כשר כדאיתא בגיטין (דף פ"ו) ומתייבמת מה"ת והא דאינה מתיבמת הוא רק מדרבנן ה"נ בספק קידושין נמי מתייבמת מה"ת ולחומרא דרבנן אינה מתייבמת והיינו מטעם דאמרינן אשה זו בחזקת היתר ליבם עומדת א"כ ע"כ אביי ורבא אית להו הך חזקה אע"ג שנולד הספק בשעה שהיתה א"א ולא פליגי ארבה אלא במה דפטר רבה בספק גירושין אף מחליצה מטעם חזקה ואינהו סברי דחולצת מדרבנן ולא חיישו לשמא תתייבם אבל מודו דחזקה כה"ג הוי חזקה מעליא ובספק קידושין מה"ת מתייבמת:

וכן מצאתי בחידושי הרשב"א ז"ל שם בסוגיא גבי הא דפריך התם כי בעי לאוקמי בב' כיתי עדים אי בב' כיתי עדים תתייבם ואין בכך כלום קיימי עדים ואמרי קרוב לה ואת אמרת תתייבם ופי' הרשב"א ז"ל דהכי פריך דודאי מתניתין דקתני חולצת בספק קידושין מדרבנן בעלמא הוא ואם תתייבם אין בכך כלום דהא דומיא דספק גירושין קתני לה וג' גיטין ודאי כשרין ד"ת הן אלא שחז"ל החמירו בהם משום דאם תתייבם אין בכך כלום ואי מתניתין בב' כיתי עדים מדינא חולצת עכ"ל הרי שגם הרשב"א ז"ל מפרש דפשטא דמתניתין קתני ספק קידושין דומיא דספק גירושין וכמו דבספק גירושין הא דאינה מתייבמת הוא רק מדרבנן ה"נ בספק קדושין מה דאינה מתייבמת הוא רק מדרבנן דמדאורייתא מוקמינן אחזקה ודוחק לומר דהרשב"א ז"ל כתב כן רק לפום הו"א דתלמודא דקתני חד בבא בגירושין וחד בבא בקידושין מסתמא בחד גוונא מיירי דמדאורייתא מתייבמת אבל לפי המסקנא דמפרש רבא כל שיש בקידושין יש בגירושין ויש בגירושין מה שאין בקידושין אז אמרינן דבבא ראשונה דקידושין וגירושין מיירי בספיקא דאורייתא משום דלא מוקמינן אחזקה ובבא דסיפא דגירושין לחודא מיירי בספיקא דרבנן דז"א דאין מקום כלל לחלק בכך ועוד הא אביי מוקי לה ביגיד עליו ריעו ותני בקידושין וה"ה בגירושין ומסתמא תרווייהו מיירי בחד גוונא דליכא אלא איסור דרבנן כדברי הרשב"א ז"ל]:

וכן מוכרח מתחילת הסוגיא מדברי רבה גופא דאי אפשר לאוקמי פשטא דמתניתין אלא באיסור דרבנן דומיא דכתב בכתב ידו דקאמר רבה דלהכי לא קתני בגירושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה משום דאשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת וקשה הא אכתי משכחת לה דבחיי הבעל הי' לו אח ששתיהן היו מותרות לו ולאחר מיתתו של הבעל מת האח הזה ונשאר האח שהערוה אסורה עליו שהיא בתו וכיון שבבתו הי' ספק גירושין הצרה חולצת ולא מתייבמת ולא שייך לומר אשה זו בחזקת היתר לשוק היתה עומדת דהא בחיי הבעל היתה בחזקת איסור לשוק שאם ימות בעלה תהא זקוקה ליבם לאותו האח

שאין צרתה ערוה עליו וא"כ א"א להתירה לשוק ואמאי הוצרך למיתני כתב בכת"י דלא הוי אלא איסור דרבנן ולא נקט ספק קרוב לה ובהיה לו אח אחר ג"כ דליכא חזקת היתר לשוק וחולצת ולא מתייבמת א"ו דהתנא לא רצה לשנות רק אותן שחולצת ולא מתייבמת מדרבנן משום דמה"ת מוקמינן אחזקה אבל בגוונא דליכא חזקה והוי ספק דאורייתא לא קתני וכמ"ש הרשב"א ז"ל ורבה לא בא לחדש דאמרינן אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת דזה ידעינן דחזקה זו מעליא רק שבא להשמיענו דכיון דמוקמינן אחזקה א"צ חליצה כלל אף מדרבנן שאם אתה אומר חולצת מתייבמת:

מיהו אפשר לומר דאפילו בהיה להבעל אח אחר שלא היתה ערוה עליו נמי איכא חזקה ואף דליכא למימר בחזקת היתר לשוק עומדת מ"מ איכא למימר דפטורה מן החליצה משום דמוקמינן לה אחזקה שאסורה ע"ז האח החי משום אשת אח דהיינו כמו שבחיי הבעל קודם שזרק לה הגט היינו דנין שאם ימות הבעל תהא אסורה עליו משום אשת אח מחמת שהיא צרת ערוה לו ה"נ עכשיו היא צרת ערוה ואסורה עליו משום אשת אח וממילא היא מותרת לשוק [ואע"ג דלא מחזקינן מאיסור אשת אח שבחיים לאיסור אשת אח שאחר מיתה דהא אמרינן גבי ספק קידושין אשה זו בחזקת היתר ליבם קיימא ולא אמרינן דאדרבה בחזקת איסור אח עומדת התם שאני דנהי דבחיים היתה אסורה ליבם משום אשת אח מ"מ היתה עומדת לזה שאם ימות ילך ממנה איסור אשת אח ותהא זקוקה ליבם אבל הכא שבחיי הבעל היתה צרת ערוה ע"ז האח והיתה עומדת לזה שגם אחר מיתת הבעל תהא אסורה משום אשת אח זה שפיר מיקרי חזקה מעליא ולהכי לא מצי למתני ספק גירושין בהי' לו אח אחר ומת אחר מיתת הבעל דהתם נמי א"צ חליצה משום חזקה דאשת אח ואם אתה אומר חולצת אתי ליבומי]

ומ"מ א"א לומר כן דאיך נימא דבהיה לו אח אחר שמותרת הערוה עליו מותרת לשוק ע"י חזקה שאסורה ליבם זה החי דמאי חזית דאזלת בתר הך חזקה דאיסורא ליבם החי ולהתירה עי"ז לשוק אדרבה נימא דאמרינן אשה זו בחזקת איסור לשוק עומדת ותאסר לשוק עד שתחלוץ וחולצת ולא מתייבמת דהא בחיי הבעל היתה עומדת לזה שתהא אסורה ליבם זה החי מחמת הערוה ותהא אסורה לשוק מחמת היבם האחר ומאי חזית דאזלת בתר חזקת איסור להך יבם זיל בתר חזקת איסור לשוק ותהא צריכה חליצה מה"ת ואכתי הוי מצי למיתני ספק גירושין בזרק לה אלא ודאי שלא רצה לשנות רק אותן שחולצת מדרבנן:

מיהו ז"א דהך חזקה לאסור לשוק ע"י הזיקה ליבם המת ודאי דאיתרע דהא מת וקברו מוכיח עליו ובטלה הך זיקה וחזקה דאיסור ליבם החי שפיר הוה חזקה וממילא מותרת

לשוק ומ"מ יש להביא ראי' מדברי הרשב"א ז"ל בחי' שהקשה בהא דאמר רבה אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת תינח היכי דכנס ואח"כ גירש אבל גירש ואח"כ כנס הא לא היתה כלל בחזקת היתר לשוק וכתב הרשב"א ז"ל ע"ז דאיכא מ"ד דמיירי באמת בכנס ואח"כ גירש עכ"ל וקשה דאכתי ליתני בספק קרוב לה ובגירש ואח"כ כנס וצ"ל נמי כמש"כ ובגירש ואח"כ כנס דליכא חזקה דהוי ספיקא דאורייתא לא תנא במתניתין והדברים נכונים לפמש"כ במק"א בתשובה דהיכא דהוי ספיקא דאורייתא דלא מוקמינן אחזקה לא שייך למיתני כלל חולצת ולא מתייבמת דלא מהני חליצה כלל ולהכי תני במתניתין רק הני דמדאורייתא מוקמינן אחזקה כגון ספק קידושין בספק קרוב לו דמתייבמת מה"ת או ספק גירושין בספק קרוב לו לאביי ורבא דצריכה חליצה מדרבנן אבל היכא דאיכא ספק דאורייתא לא קתני וכדברי הרשב"א ז"ל בחידושיו:

ולפי"ז שנתברר דגם אביי ורבא אית להו חזקה קשה לכאורה בהא דאמרינן בכריתות (דף י"ז) בבא על יבמתו ספק בן ט' לראשון ספק בן ז' לאחרון דמייתי אשם תלוי למאן דלא בעי איקבע איסורא ולרבה הא כיון דבחזקת היתר ליבם קאי אמאי קאי באש"ת נימא דודאי הולד מן האחרון ומותרת ליבם ומצאתי שהתוס' ביבמות (דף ל"ז) הקשו כן. ובלא"ה נראה לי ליישב קושית התוס' דבספק בן ט' לראשון לא שייך לאוקמי בחזקת היתר ליבם דהא גבי יבום אזלינן בתר שעת מיתה דקיי"ל מיתה מפלת ויבמה שאין אני קורא בה בשעת מיתה יבמה יבא עלי' הרי היא כא"א שיש לה בנים וכאן בשעת מיתת הבעל לא שייך לומר אוקמי אחזקה ליבם דשמא יהא הוכר עוברה ויתודע שהיא מעוברת וכיון דבשעת מיתה ליכא חזקה לא מהני חזקה גם לאחר שהלך זמן הבירור ואם נימא דרק רבה הוא דאית ליה הך חזקה דהיתר ליבם אבל אביי ורבא ל"ל הך חזקה הוי א"ש דלרבה מצינן לשנויי דמיירי בב' כיתי עדים א' אומרת שמן הראשון נתעברה והוכר עוברה לשליש ימי' וכיון דהוכר עוברה לשליש ימיה בן תשעה לראשון הוא והוי האי וולד מן הראשון כדאמרינן ביבמות (דף ל"ז) ואחת אומרת שיודעים שלא נתיחדה עם הראשון אז ולא הוכר עוברה והוי האי וולד מן השני ולהכי חייב אש"ת דלא מוקמינן אחזקה בב' כיתי עדים אבל כיון שבירורו דגם אביי ורבא דאמרי יגיד עליו ריעו סברי להך חזקה דליבם עומדת ואנן קיי"ל דגם בתרי ותרי מוקמינן מה"ת אחזקה כדאמרינן גבי נכסי דבר שטיא. א"כ אכתי קשה לאביי ורבא אמאי חייב באש"ת נוקמי אחזקה ונימא דודאי הוולד מן האחרון ונראה דלק"מ דאפשר דמיירי שבשעה שנולד הספק בחיי הבעל אם היא מעוברת או לא אז היו לו בנים אחרים ומתו קודם מיתתו הלכך לאו בחזקת היתר ליבם קיימא והא דלא משני בסוגיא דספק דקידושין כי פריך נימא אשה

זו בחזקת היתר ליבם קיימא דמיירי בהיו לו בנים ומתו אחר שזרק לה הספק קידושין דא"כ דליכא חזקה כלל הרי חולצת ולא מתייבמת מה"ת וכבר כתבנו דמתניתין מיירי דומיא דג' גיטין דהוי רק מדרבנן ועוד אפשר לומר ולחלק דלענין ספיקא דבנים לא שייך לומר בחזקת היתר ליבם קאי דהא עיקר החזקה ליבם אין לה מקום אלא שאם ימות בעלה בלא בנים תתייבם וכיון דנולד הספק אם יש לו בנים לא מהני החזקה מידי דהא לא שייך יבום ביש לו בנים משא"כ בנולד הספק בקידושי ערוה דמילתא אחריתא הוא דשייך כאן דין יבום כיון שמת בלא בנים אלא שיש ספק אם ערוה פוטרתה וע"ז שפיר אמרינן בחזקת היתר ליבום קאי וזהו סברא נכונה:

ובמש"כ דגם אביי ורבא אית להו הך חזקה יש ליישב הא דהקשו התוס' והרא"ש ז"ל ביבמות (דף י"א) בהא דא"ר צרת סוטה אסורה משום דטומאה כתיב בה כעריות וא"צ חליצה ובסוטה אמתניתין דנכנסה עמו לבית הסתר ואם מת חולצת ולא מתייבמת פריך בגמרא ותתייבם יבומי ומשני ר' יוסף א"ק ליבם ולא לאחר א"ל אביי אלא מעתה חליצה נמי לא תיבעי א"ל ר"י אלו איתא לבעל מי לא בעי גט השתא נמי תבעי חליצה ורבא משני במותר לה נאסרה לאסור לה לא כש"כ ולמה דחיק לאשכוחי טעמא תיפוק לי' דכיון דאם זינתה אסורה ליבם משום דטומאה כתיב בה כעריות ובזו שנסתרה והוי ספק להכי חולצת ולא מתייבמת:

אבל לפמש"כ א"ש דלפמש"כ התוס' בסוטה (דף כ"ח) כל סוטה יש לה חזקת היתר לבעלה ואף דחזקת כשרות דידה איתרע שהרי קינה לה ונסתרה מ"מ חזקת היתר לבעלה לא איתרע ואפ"ה גלי קרא שאסורה ולא מוקמינן אחזקתה וכפי מה שביארנו בעזה"י דאף דנטמאה לא כתיב אסתירה כדאמרינן ביבמות דהאי ונטמאה אנבעלה הוא דכתיב מ"מ ילפינן שהספק אסור לבעל דהא אסרה הכתוב עד שתשתה ולתרומה נמי ע"כ אתי קרא דונטמאה לאסור מספק דבנבעלה ודאי לא צריך קרא דזונה היא ואסורה בתרומה וכן לבועל הא דאסרינן הוא נמי מספק אע"ג דונטמאה אנבעלה קאי מ"מ כיון דאם נבעלה מקרי טומאה לגבי בועל לא גרע מכל ספק טומאה דברה"י טמא ולא מוקמינן אחזקה ולהכי אסורה לבועל אבל ליבם נהי דאם זינתה ודאי אמרינן מסברא דע"י שנטמאה לבעל מדחיא מיבם אבל אם נסתרה אימא דמוקמינן לה אחזקה דיבום דאשה זו בחזקת היתר ליבם עומדת כדרבה להכי הוצרך רב יוסף לאשכוחי טעמא אחרינא משום דכתיב לאחר ולא ליבם והיינו דבסתירה לחוד מדחיא מיבם. וכן רבא אמר משום ק"ו במותר לה כו' דאיהו נמי סובר כרבה דמוקמינן אחזקת היתר ליבם אע"ג שנולד הריעותא בחיי הבעל להכי לא מצי לשנויי דטעמא משום ספק טומאה דכתיב בה

דהא מיבעיא לן לאוקמה אחזקה והוצרך לומר דמטעם הסתירה לחוד אסורה להתייבם ומשום דאמר קרא לאחר ולא ליבם או משום ק"ו דבמותר לה כו' ואע"ג דמדרבנן ודאי דלא מוקמינן לה אחזקה לאביי ורבא ולא גזרי שאם אתה אומר חולצת תתייבם וא"כ אכתי הוה מצי לאוקמי טעמא דמתניתין דחולצת ולא מתייבמת משום ספק שמא זינתה ומדרבנן לא מוקמינן אחזקה מ"מ אינהו הוו בעי לאוקמי טעמא דמתניתין מדאורייתא דומיא דאינך דמתניתין ועיין בירושלמי דאמר באמת בטעמא דלא מתייבמת משום ריח ערוה נגעו בה כרב ואזיל לטעמי' דדריש תלתא ונטמאה לבעל ולבועל וליבם וכיון דלגבי יבם נמי כתיב ונטמאה להכי אין אנו צריכין לדרשה דלאחר אלא דסג' בטעמא דרב דכיון דאם זינתה ודאי דמי לעריות אם נסתרה אסורה להתייבם ולא מוקמינן אחזקה דכיון דגבי יבם נמי כתיב ונטמאה דמי לשאר ספק טומאה ולא מוקמינן אחזקה ואין אנו צריכין לדרשה לאחר ולא ליבם ולא לק"ו וזה פשוט:

ובזה ישבנו הא דקשה בסוגיא דסוטה דפריך אביי התם אאוקימתא דרבה ור"י ורבא ולא אמר שם טעמא דמתניתין אמאי לא מתייבמת ואורחא דתלמודא בכ"מ שהאמורא סותר דברי האמוראים מסיק איהו אוקימתא אחריתי וכאן לא אמר אביי שום טעם אבל לפמש"כ א"ש לפי המבואר בחולין (דף ט') דאמר אביי התם ולא שני לן בין סכנתא לאיסורא והא אלו ספק מים מגולין אסורין וספק טומאה בר"ה טהור א"ל רבא התם הלכתא גמירא לה מסוטה מה סוטה ברה"ר טהור ופי' התוס' דאביי סובר דהא דבר"ה טהור בדאיכא חזקת היתר ולאו מסוטה גמרינן לה אלא מסברא ידעינן לה ומסוטה גמרינן לטהר בלא חזקה ורבא סובר דבדאיכא חזקה נמי מסוטה ילפינן עיי"ש בתוס' א"כ נראה דאביי סובר דסוטה ל"ל חזקת טהרה דמחמת רגלים לדבר אתרע החזקה כשיטת התוס' בחולין שם להכי סובר דילפותא דטומאה מסוטה בדליכא חזקה כמו סוטה אבל בדאיכא חזקה אין אנו צריכין ללמוד מסוטה רק מסברא [ונ"מ דהיכא דאיכא חזקה טהור אע"ג דל"ד לסוטה כמו בשני שבילין דא' מהן ודאי טמא כמ"ש התוס' שם א"כ לדידי' דליכא חזקה בסוטה אין אנו צריכין לשום טעם לאסור ליבם דכיון דנבעלה אסורה דטומאה כתיב בה כעריות א"כ בנסתרה לא מתייבמת מספק דהא לאביי ליכא חזקת היתר בסוטה דאתרע חזקתה מחמת רגלים לדבר:

עכ"פ הרי נתברר היטב מתוך כל הדברים שכתבנו כדעת מהר"מ לובלין שם דגם אביי ורבא אית להו הך חזקה דחזקת היתר לשוק אף בנולד הריעותא מחיים:

והנה לפי מה שבררנו דכ"ע אית להו גבי יבמה דמעמידין אותה בחזקת היתר לשוק או ליבם כפי שהיתה עומדת בחיי בעלה במה שעתיד להיות אחר מיתתו לפי"ז גבי בהמה

שיש בה ספק טריפות כגון אם המוח מקיפין מכל צד או לא אמרינן ג"כ שבחזקת היתר עומדת שעומדת להיות מותר אחר שחיטתה וכמ"ש התוס' דדוקא גבי דרוסה דשכיח אסרינן אבל היכי דאיכא למימר הכי והכי הרי היא בחזקת היתר כדאמרינן נשחטה הותרה ואף שהספק היה בה מחיים כמו גבי יבמה דמעמידין אותה בחזקת היתר לשוק ואף שנולד הספק בה מחיים בשעה שהיתה עדיין א"א אבל קשה היכא אמרינן אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת הא אמרינן בחולין (דף ט') בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה ופי' רש"י ז"ל בחזקת איסור היינו איסור אבמה"ח ואע"ג דהשתא שנשחטה כבר אזלא ממנה איסור אבמה"ח אף אם נשחטה שלא כהוגן מ"מ מהני חזקה שהיתה בחזקת אבמה"ח לחוש עליה משום נבילה משום דמחזיקין מאיסור אבמה"ח לאיסור נבילה וא"כ היכא אמרינן הכא גבי ספיקא דצרת ערוה שזו בחזקת היתר לשוק עומדת הא אדרבה בחזקת איסור א"א היתה עומדת ואף עתה שמת בעלה אנו צריכין לחוש אליה משום איסור אשת אח להחזיק מאיסור א"א לאיסור אשת אח ולשיטת התוס' שפירשו בביצה (ד' כ"ה) הא דרב הונא דבהמה בחיי' בחזקת איסור עומדת היינו איסור אינה זבוחה א"ש דסברי דאיסור אבמה"ח כיון דכבר נסתלק בודאי לא מהני מידי לענין איסור נבילה דאין מחזיקין מאיסור לאיסור אבל לשיטת רש"י קשה:

וראיתי להרשב"א ז"ל ביבמות (דף ל"א) וז"ל והא דאמרינן אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת איכא דקשיא להו והא באיסור א"א קיימא הלכך כיון דבחזקת איסור הוי קיימא השתא דמית נעמידה בחזקת איסור ואע"ג דאיסורא קמא אסתלק לה דכוותה אשכחן בעלמא דמחזיקין מאיסור לאיסור כדאמרינן בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת כלומר בחזקת איסור אבמה"ח עד שיודע לך במה נשחטה ואע"ג דמשעה שנשחטה נסתלק איסור אבמה"ח אפ"ה חוששין לה משום נבילה אלמא מחזקינן מאל"א עיי"ש מה שתירץ הרשב"א ז"ל דהתם גבי בהמה כל שלא מתה או שמתה מאלי' או שלא נשחטה כהלכתה אסורה עד שיתחדש בה דבר המכשירה הלכך כיון שאתה בא להתירה ולאמר דנעשה בה מעשה שהכשירה עליך להביא ראי' אבל הכא כיון שזו מתחילה צרת ערוה היתה ואלו מת בעלה ממילא הותרה לשוק והרי מת וקברו מוכיח עלי' כשאתה בא לאוסרה ולומר דנעשה בה מעשה האוסרה עליך הראי' כנ"ל עכ"ל:

הנה מבוארים דברי הרשב"א ז"ל דלהכי מחזיקים מאיסור אבמה"ח לאיסור נבילה משום דאיסור נבילה ידוע לנו גם בחיי הבהמה שאחר מיתתה תהי' אסורה משום נבילה אם לא יהי' לה מעשה המכשירה לאכילה דהיינו הכשר שחיטה ואם לא יהיה לה הכשר שחיטה מאלי' תפול באיסור נבילה להכי עתה שאנו דנין אם נעשה בה

מעשה השחיטה כהוגן אם לא מחזקינן מאיסור אבמה"ח לאיסור נבילה משא"כ בצרת ערוה שבחיי' אנו יודעין שאחר מיתת בעלה תהי' מותרת לשוק בלא שום מעשה מפני שהצרה שעומדת לפנינו היא תתיר אותה לשוק בלא יבום להכי לא מהני לה חזקת איסור א"א דמחיים לאוסרה לאחר מיתת בעלה מטעם חזקה דאדרבה היא היתה עומדת בחיי בעלה להיות ניתר לשוק בלי שום מעשה והרי מת וקברו מוכיח עליו והנה זה מהני בספק הנולד בשחיטה וכדברי הרשב"א ז"ל דכיון דאיסור נבילות אין לו היתר כ"א ע"י מעשה אמרינן בזה בחזקת איסור עומדת דבשעה שהי' עלי' איסור אבמה"ח היתה עומדת להיות אסור אחר מיתתה אם לא תהיה עליה מעשה המכשירה והיא אסורה עד שיודע לך במה נשחטה אבל לענין ספק טריפות הנולד אחר מיתתה א"א להחזיקה בחזקת איסור להחזיק מאיסור אבמה"ח לאיסור טריפות דהא איסור טריפות לא שייך בו מעשה המכשיר ובחיי' עומדת לזה שאחר מיתתה תהא מותרת דלא בעינן לחוש שמא תמצא טריפה ובעינן למימר בספק טריפות הנולד בה בהמה זו בחיי' בחזקת היתר לאחר שחיטה עומדת דעומדת בחייה להיות ניתר אחר שחיטה והרי היא שחוטה לפנינו ומאי איכפת לן במאי דשחיטה בעי מעשה המכשיר כיון שאין אנו דנין על ספק נבילה רק אנו דנין על ספק טריפה וספק טריפה לא בעי מעשה המכשיר ובהמה לשחיטה עומדת ולא למות מאלי' דבשלמא אם אנו דנין על ספק נבילה אמרינן שפיר דבחזקת איסור עומדת ולא אמרינן בחזקת היתר עומדת שתהא ניתרת לאחר שחיטה דע"ז גופא אנו דנין אם נשחטה או לא אבל כשאנו דנין על איסור טריפה אנו יכולין לומר בחזקת היתר עומדת לכשתשחט והרי היא נשחטה לפנינו:

ואין לומר דבאמת סובר הרשב"א ז"ל דבספק טריפה מעמידין בחזקת היתר, והא דחוששין לספק דרוסה הוא משום דדרוסה שכיח וכשיטת התוס' דז"א דהרי הרשב"א ז"ל כ' בחולין (דף ט') וז"ל והיכא דנשמטה גף העוף או נשברה רגלו מן הארכובה ולמעלה ואין ידוע אם קודם או לאחר שחיטה כ' רבינו ז"ל דמסתברא דספק דאורייתא הוא ולחומרא כדתניא שחט את הוושט ונמצאת גרגרת שמוטה ואינו ידוע אם קודם שחיטה כו' זה היה מעשה ואמרו כל ספק בשחיטה פסולה וה"ה לכל שאר טריפות כדאמרינן לקמן (דף נ"א) ההיא אימרתא דהוי בי רב חביבא והוה משדרא כרעא בתרייתא א"ר יימר האי שגרונא נקטה מתקיף לה רבינא דלמא האי חוט השדרה איפסק אלמא מדאתקיף רבינא הכי ש"מ דכל היכא דאיתליד ריעותא לחומרא תלינן. ואע"ג דפסק תלמודא התם כרב יימר הא קאמר טעמא התם משום דשגרונא שכיח חוט השדרה לא שכיח אלמא אי תרווייהו שכיחי או תרווייהו לא שכיחי לחומרא תלינן והא דאמרינן

לקמן (דף נ"ג) ספק כלבא ספק שונרא אימר כלבא ואמרינן נמי ספק קניא ספק שונרא אימר קניא התם משום דלא שכיח דדריס שונרא דהא מעשים בכל יום דשכיח שונרא בין התרנגולים ואינו דורס ותדע דהא קיי"ל שם דחוששין לספק דרוסה אלמא היכא דתלינן לקולא כגון בספק כלבא ספק שונרא טעמא דמילתא משום דמסתבר טפי למיתלי להתירא ואנן קיי"ל דתלינן לקולא בזאב והיכא דמשמשא ידא דטבחא התם לפי שיש דבר לפנינו לתלות בו להיתר ואין דבר לפנינו לתלות בו לאיסור ומיהו כל היכא שיש לפנינו דבר שיש בו לתלות להיתר כגון שדרסו על העוף או פרכס ונלחץ אל הקיר ואיכא אומדנא דאפשר שנשמטה גפו מחמת כן תלינן לקולא דהא תלינן בזאב עכ"ל מבואר מזה דכל היכא דאיכא ספק השקול תלינן לחומרא ולאו בדרוסה לחוד דשכיחא חוששין אלא לכל ספק טריפות חוששין לחומרא וע"כ משום דמחזקינן מאיסור אבמה"ח לאיסור טריפה ולא אמרינן בהמה זו בחייה בחזקת היתר היתה עומדת לכשתשחט א"כ קשה הא לדברי הרשב"א ז"ל בחי' ליבמות בעינן למימר דדוקא בספק בשחיטה מחזיקין מאיסור אבמה"ח לספק נבילה משום דבאיסור נבילה בעי מעשה המכשיר אבל איסור טריפות דלא בעי מעשה המכשיר בעינן להעמידה בחזקת היתר שהיתה עומדת בחייה לכשתשחט וא"כ למה החמיר הרשב"א ז"ל בחי' לחולין בכל ספק טריפות:

ואפשר ליישב דברי הרשב"א ז"ל דדוקא בספק צרת ערוה דאיסור דידה הולך ממנה ע"י מיתה ולא בעי מעשה להתירה אנו יכולין לומר שעומדת להיות ניתר אחר מיתתו אבל בבהמה דאינה עומדת להיות ניתר כ"א ע"י מעשה שחיטה א"א כלל לדון בה חזקה שעומדת להיות ניתר דדבר המחוסר מעשה לא שייך לומר שעומד על זה וכיון דלא שייך לומר שעומד להיות ניתר להכי אפילו אם אנו באין לדון על ספק טריפות שאינה צריכה מעשה נמי אין אנו דנין חזקה שעומדת להיות ניתר דהא סוף סוף היא צריכה מעשה להתירה מחמת איסור נבילה ודבר שמחוסר מעשה אין שייך לומר שסתמא עומד לזה. וכיון דלא שייך להעמיד על חזקה דעומדת להיות ניתר ממילא מחזיקין מאיסור אבמה"ח לאיסור טריפה:

ובעיקר דברי הרשב"א ז"ל שכתב דלהכי אמרינן אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת ולא אמרינן אדרבה בחזקת א"א קיימא משום דניתרת מאלי' ע"י מיתת בעלה קשה טובא מהא דאמרינן בב"ב (דף קל"ה) בההוא דהוה מוחזק דל"ל אחין ואמר בשעת מותו דל"ל אחין והוי אמרי' דאיכא סהדי במדה"י דאית לי' אחין ואר"י השתא מיהו ליתנהו קמן לאו היינו דאר"ח עדים בצד אסתן ותאסר אמר לי' אביי אם הקלנו בשבוי' נקל בא"א ופי' הרשב"ם ז"ל נקל בא"א בתמיה דאיכא איסור חזק והרי היא בחזקת איסור עד עתה

ואל תתירנה מספק כיון דאמרי אינשי דאיכא עדים במדה"י שזקוקה ליבם ע"כ הרי מבואר בהדיא דגם במיתת הבעל מחזיקין מחזקת איסור אשת איש לחזקת יבמה לשוק אף על גב דלא בעי מעשה להתירה ומצאתי אחר כן להשיטה מקובצת שם וכ' עוד יש לי לפרש נקל בא"א דכיון דהוחזקה באיסור א"א ובעודה בחזקת איסור א"א יצא הקול דאית לי' אחין לא מפקינן לה מחזקת איסור כשמת הבעל דמחזיקינן לה מאל"א ולא נהירא האי פירושא מהא דאמרינן בפ"ד אחין אשה זו בחזקת היתר עומדת ומספק אתה בא לאוסרה עכ"ל:

וצ"ל דהרשב"א ז"ל מפרש הא דקאמר אם הקלנו בשבוי' נקל בא"א באופן אחר דשבוי' קילא משום דמנוולא נפשה גבי שבאי או משום דשבוי' הוי איסור לאו וא"א הוי איסור מיתה ולא כפי' הרשב"ם ז"ל דהטעם דאיסור יבמה לשוק חמיר משום דמחזיקין מאיסור לאיסור. ובמק"א יישבנו דאפשר לפרש כפי' הרשב"ם ז"ל דאיסור יבמה לשוק חמיר משום דמחזיקין מאיסור א"א לאיסור יבמה לשוק ומה שהקשה השיטה מקובצת מהא דאמרינן אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת ולא מחזקינין מאיסור א"א לאיסור יבמה לשוק או לאיסור אשת אח. נ"ל ליישב דהוא מטעם אחר דכיון דאיסור א"א היה כולל הכל בין ליבם בין לשוק ועכשיו כשמת הבעל אי אתה יכול לאוסרה על כולן דממ"נ אם בת יבום היא מותרת ליבם ואסורה לשוק ואם לאו בת יבום היא מותרת לשוק ואסורה ליבם א"כ איך אתה יכול להעמידה על איסור מחזקה לחזקה דאין אנו יודעים לאיזה צד להכריע החזקה אם ליבם או לשוק ואם נביא לשמש בחזקה זו לאוסרה על היבם אנו סותרין בזה החזקה לשוק ואיכא למימר אדרבא נחזיק מאל"א לשוק וממילא מותרת ליבם ואם נשמש בה לאוסרה לשוק אנו סותרין החזקה לגבי היבם ואיכא למימר אדרבה נחזיק מאל"א גבי יבם ונתירה לשוק ומאי חזית וממילא אין מקום לחזקה זו והוי ספק השקול ומעמידין אותה על חזקה שהיתה מעותדת בחיי בעלה להיות אחרי מותו ולא דמי לבהמה בחייה דשם אין שום סתירה בחזקה להכי מחזקינן מאל"א אבל הכא אין מקום לחזקה ומעמידין אותה בחזקת היתר לשוק או ליבם כמו שהיתה מעותדת בחיי בעלה להיות אחרי מיתתו וא"א לשמש כאן בהמשכת איסור חזקת א"א ואף דגבי ב' שבילין וכן בשני נזירים שנזרק טומאה ביניהן כתבו התוס' בחולין (דף ט') ובנדה (דף ב') דמוקמינן כ"א אחזקתו אעפ"י שהחזקות סותרות זא"ז דאחד ודאי טמא הוא התם שאני דכל נזיר יש לו חזקה בפ"ע ומהני לי' חזקתו לגבי דידי' ולא איכפת לי' במה שאנו צריכין לדין על חבירו. אבל הכא שחזקה של אשה זו גופא סותרת עצמה ואין אנו יודעין איך לשמש החזקה בטלה לגמרי אבל בעובדא דב"ב (דף קל"ה) שמת א' בלא בנים ולא

נודע אם יש לו אחין שפיר מיקרי אתחזק איסורא כדברי הרשב"ם ז"ל. דהא כתבנו דעיקר הטעם שאין מחזיקין מאל"א בספק גירושין וקדושין ומעמידין בספק גירושין בחזקת היתר לשוק ולא בחזקת איסור א"א הקדום הוא משום שהחזקה סותרת א"ע לגבי יבם ושוק וכ"ז הוא אם הספק בצרת ערוה שאנו דנין ע"י ספק גירושין להתירה לשוק או ליבם דאם נתגרשה מותרת ליבם ואם לא נתגרשה מותרת לשוק והחזקת א"א סותרת עצמה ואין אנו יודעין לאיזה צד נשמש בה אבל בספק אם יש לו אח אין אנו דנין אם מותרת על היבם או לא דאם יש לה יבם אין ספק שהיא זקוקה לו בוודאי רק אנו דנין אם יש לה יבם או לא בזה שפיר נוכל לאוסרה לשוק מטעם א"א משום דמחזיקין מאיסור א"א לאיסור יבמה לשוק מאי אמרת דנימא אדרבה נחזיק אותה לאיסור ליבם מאיסור א"א הקדום לה זה לא מצית אמרת דאם יש לה יבם הרי ודאי דמותרת עליו וזקוקה אליו ואין אנו דנין אלא אם יש לה יבם ואסורה לשוק או לא ועל זה בעינן לאוקמא לשוק באיסור מחזקת איסור א"א:

(הגה"ה ועיין בנודב"י מה"ת (סימן קפ"ה) שדן שם באשה שהיה בעלה אסופי)

ובזה מיושב נמי הא דאמרינן ביבמות (דף ל"ז) בילדה ספק בן ט' לראשון ספק בן ז' לאחרון דחייב אשם תלוי וקשה ע"ז נימא דמוקמינן לה אחזקה מאיסור א"א לאיסור אשת אח ליבם ויהי' חייב חטאת ולדברינו א"ש דלא שייך להחזיק כאן מאל"א משום דהחזקה סותרת א"ע וכמו שכ'. ולהעמידה על חזקת איסור אשת אח כמו שהיתה קודם שנתעברה לא שייך דאדרבה בחייה היתה עומדת להיות ניתר אחר מיתתו כיון שאין לה בנים מבעלה והא דאמרינן בפ' האשה בתרא (דף קי"ט) גבי היתה לה חמות אינה חוששת ומוקי למתניתין דהתם כר"מ דחייש למיעוט ואפ"ה אינה חוששת משום דאיכא חזקה לשוק ורובא לשוק והו"ל מיעוטא דמיעוטא ולא חייש ר"מ ולפי דברינו אמאי חשיב התם חזקה לשוק הא איכא נגדה חזקה לאיסור לשוק מטעם דמחזיקין מחזקת איסור א"א והתם לא שייך להחזיק מאיסור א"א לגבי יבם דהא עיקר הספק הוא רק אם יש לה יבם ואם יש לה יבם ודאי זקוקה ואין החזקה סותרת א"ע. נראה דהתם לא שייך לאוסרה לשוק מטעם חזקה ולומר שנולד לבעלה אח דמשום חזקת א"א דידה אין לנו לחדש מעשה ולומר שנולד לה יבם דלא מצינו שיועיל החזקה אלא אם נוכל לאוסרה מבלי שנצטרך לחדש בה מעשה. אבל שיועיל חזקת איסור דידה שנאמר שנתחדש בה מעשה האוסרה זה לא מצינו ועיין בכורות (דף כ') דאפילו גבי רובא היכא דתלוי במעשה לא מהני וכ"ש חזקה [ועיין יבמות (דף קי"ט) תוס' ד"ה ר"מ איזה מיקרי תלוי במעשה] דתליא במעשה דוודאי לא מהני:

(מן השוק ומת להתיר אשתו לשוק משום דהוי ס"ס שמא אינו מישראל כלל ומותרת לכל אדם ואת"ל שהוא מישראל ואסורה לאיש שיש להסתפק שהוא אבי בעלה משום כלתו מ"מ לאיש שאין ספק בו שהוא אביו מותרת שמא אין לו אח ואין כאן איסור יבמה לשוק עיי"ש שדן כן. ולדברי הרשב"ם ז"ל הוי אתחזק איסורא ולא מהני ס"ס היכא דאיתחזק איסורא:)

ומ"מ אף שלפי דברינו מחזיקין מאיסור א"א לאיסור יבמה לשוק כל היכא שאין החזקה סותרת א"ע. אף על גב שניתרת במיתת הבעל בלי שום מעשה מ"מ אין מכאן ראיה להחזיק מאיסור אבמה"ח לאיסור טריפה דאפ"ל דהתם איכא למימר דבחיי בעלה עומדת להיות אחר מיתתו באיסור יבמה לשוק שגם בחיי בעלה הוי אמרי דאיכא סהדי דאית לי' אחין במדה"י אבל לענין איסור טריפות כגון בספק מוח מקיפין שנתוודע לנו אחר שחיטה ולא בעינן מעשה לזה ואינה עומדת לזה, מנ"ל להחזיק איסור בספק השקול ואף דבדרוסה מחזיקין לאסור.

סימן ע

ובגוף הדבר אם מחזיקין מאל"א לכאורה נראה להביא ראיה נכונה דאין מחזיקין מאל"א מהא דאיתא ביבמות (דף ס"ט) במתניתין כיצד הי' ישראל שבא על בת כהן תאכל בתרומה עיברה לא תאכל ופריך בגמ' כיון דעיברה לא תאכל ליחוש שמא עיברה מי לא תנן מפרישין אותן ג' חדשים שמא מעוברות הן ופירש"י אלמא לחדא ביאה חיישינן עכ"ל] אמר רבה בר ר"ה ליוחסין חששו לתרומה לא חששו ופריך ולתרומה לא חששו והתניא ה"ז גיטך שעה אחת קודם מיתתי אסורה לאכול בתרומה מיד אלא אמר רבה בר"ה בנשואין חששו ובזנות לא חששו ופירש"י משום דאשה מזנה מתהפכת כדי שלא תתעבר וליכא ספק. ופריך בנשואין מי חששו והתניא בת כהן שנישאת לישראל ומת טובלת ואוכלת בתרומה לערב א"ר חסדא טובלת ואוכלת עד ארבעים דאי לא מעברא הא לא מעברא ואי מעברא עד ארבעים מיא בעלמא הוא א"ל אביי א"ה אימא סיפא הוכר עוברה במעיה תהא מקולקלת למפרע מאי מקולקלת עד ארבעים עכ"ל הגמרא:

והנה לכאורה קשה טובא בהא דבעי רבה בר רב הונא מעיקרא למימר דלתרומה לא חששו שמא מעוברת ואמאי לא ניחוש לספק איסורא ואף שבא עליה רק ביאה אחת כמ"ש רש"י ז"ל מ"מ אמאי לא ניחוש בספק איסורא. וצ"ל משום דאיכא חזקה שאינה מעוברת עד השתא להכי לא חיישינן שמא עיברה (והא דפריך מהא דהז"ג שעה אחת קודם מיתתי אסורה לאכול בתרומה הוא משום דהתם נמי להך חששא דמי דהא באמת יש לבעלה חזקת חיים רק דכיון שאנו יודעין שסוף אדם למות ובודאי ימות בזה אנו

מרעין החזקה של חיים וחיישינן שמא ימות ואף שהשעה שימות בה אינה מבוררת ויכול להיות שיחי' עוד שעות הרבה ואולי אף שנים הרבה מ"מ כיון שיש בודאי שעה שימות בה הרי כל השעות נכנסות לבית הספק וה"נ אף שיש להאשה זו חזקה שלא נתעברה עדיין מ"מ כיון שרוב נשים מתעברות בודאי אף שאינם מתעברות כל אחת מביאה אחת וכמה ביאות נבעלות ואינן מתעברות בעינן למיחש אף לביאה אחת שמא עיברה ואתרעי הך חזקה שלא היתה מעוברת עד עתה ע"י שאנו יודעין שרובן מתעברות כמו שהורע התם חזקת חיים ע"י שעה אחת של מיתה שיבא בודאי ולהכי פריך מגט דחיישינן שמא עכשיו שעת מיתה וה"נ ניחוש שמא בביאה זו נתעברה] וא"כ כיון שטעמו של רבה בר רב הונא דלא חשש שמא עיברה הוא מטעם חזקה ואם נימא דמחזיקין מאל"א קשה הא ודאי דבעינן למיחש שמא עיברה דנגד חזקה שלא נתעברה איכא חזקה לאיסורא דהא קיי"ל בנדה (דף מ"א) משמשת אסורה לאכול בתרומה וכתיב קרא ורחצו במים וטמאו עד הערב ואף אחר שטבלה לשימושה נמשיך איסורה בתרומה מאיסור טומאת השימוש לאיסור פסול העיבור וניחוש שמא עיברה ואסורה לאכול בתרומה. א"ו דאין מחזיקין מאל"א ויש לדחות דמטומאה לאיסור אין מחזיקין דמשמשת אסורה משום טומאה ופסול העיבור הוא איסור כמו זר אבל מאיסור לאיסור מחזיקין שפיר:

ובעיקר שיטת רש"י ז"ל שפי' הא דאמר רב הונא בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת היינו חזקת איסור אבמה"ח ואע"ג דכבר איסתלק לי' איסור אבמה"ח מ"מ מחזיקינן ממנו לאיסור נבילה ושיטת התוס' שחלקו עליו דהאי חזקת איסור דקאמר היינו חזקת איסור אינה זבוחה יש להביא ראי' לרש"י ז"ל מהך סוגיא דחולין (דף פ"ו) דאר"י מחייב היה ר"מ אשחיטתן משום נבלה וקאמר ר' אמי מ"ט הואיל ורוב מעשיהן מקולקלין ופריך מאי איריא רוב אפילו מיעוט נמי דהא ר"מ חייש למיעוטא וסמוך מיעוטא לחזקה והו"ל פלגא ואתרע לי' רובא. ולשיטת התוס' דהך חזקה היינו חזקת אינה זבוחה משום דכתיב וזבחת מבקרך ומצאנך זבוח אכול אבל לא שאינה זבוח א"כ תקשה הא ר"מ אמר בחולין (דף ק"ב) אבמה"ח אינו נוהג אלא בבהמה טהורה בלבד ואמר שם מ"ט דר"מ דא"ק וזבחת מבקרך ומצאנך עיי"ש ופירש"י ז"ל ובתריה כתיב אבמה"ח עכ"ל והיינו דכתיב וזבחת מבקרך ומצאנך ובתר הכי כתיב ולא תאכל הנפש עם הבשר א"כ לר"מ דסובר דקרא דלא תאכל הנפש עם הבשר משתעי דווקא בבקר וצאן משום רישא דקרא דבקרך וצאנך א"כ פשיטא דהאי עשה דוזבחת מבקרך ומצאנך גופא לא קאי רק אבקר וצאן ומאי פריך נימא לר"מ סמוך מיעוטא לחזקה דאינו זבוח דהא ר"מ פוטר שחיטת חש"ו מכיסוי וכיסוי אינו נוהג רק בחיה ועוף ובחיה ועוף אינו נוהג לדידי' עשה

דאינו זבוח לא תאכל דבקרך וצאנך כתיב וליכא גבייהו חזקה ולהכי הוצרך לומר רוב מעשיהן מקולקלין ומאי פריך מאי איריא רוב ואפי' מיעוט נמי משום סמוך מיעוטא לחזקה הא הוצרך לומר רוב מעשיהם מקולקלין משום כיסוי דליכא חזקה בחיה ועוף ומצאתי להפמ"ג בפתיחה להלכות שחי' שהקשה ג"כ קושי' זו אבל לשיטת רש"י ז"ל ניחא דסובר דהאי חזקה לא מזבחת מבקרך ומצאנך אתי אלא חזקת אבמה"ח ואע"ג דהשתא ודאי מתה היא מ"מ מחזקינן מאל"א ובחזקתה הראשונה קיימא א"כ שפיר מקשה מאי איריא רוב אפילו מיעוט נמי אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה דנהי דבחיה ועוף ליכא איסור אבמה"ח מ"מ איסור בשר מן החי איכא דהא אליבא דר"י קיימינן דאיהו אמר מחייב היה ר"מ על שחיטתן משום נבילה ור"י הא אמר בחולין (דף ק"ב) דלא תאכל הנפש עם הבשר אתי לאבמה"ח ובשר מן החי ילפינן מקרא דבשר בשדה טריפה לא תאכלו דכתיב בפ' משפטים א"כ נהי דאבמה"ח ליכא בחיה ועוף משום דלא תאכל הנפש עם הבשר אצאן ובקר קאי אבל בשר מן החי דנפקא לן מבשר בשדה טריפה לא תאכלו איכא גם בחיה ועוף ומחזיקינן מאיסור בשר מן החי לאיסור נבילה וסמכינן מיעוטא לחזקה ושפיר פריך מאי איריא רוב אפילו מיעוט נמי דגם גבי חיה ועוף איכא חזקה אבל לשיטת התוס' קשה דהא ליכא חזקה גבי חיה ועוף כיון דליכא גבייהו עשה דוזבחת משום דאבקר וצאן הוא דכתיב לר"מ ומאיסור בשר מן החי הא לא מחזקינן לאיסור נבילה:

ועוד נ"ל להביא ראיה לדעת רש"י ז"ל מהא דאמרינן במכות (דף ד') דמייתינן שם ברייתא חבית מלאה יין שנפלה לים הגדול הטובל שם לא עלתה לו טבילה חיישינן לשלשת לוגין שאובין שלא יהיו במקום א' וכן ככר של תרומה שנפל שם טמא וקאמר עלה מאי וכן מהו דתימא התם אוקי גברא אחזקה הכא אוקי תרומה ופרש"י אע"ג דלגבי טבילה חיישינן לגבי ככר לא חיישינן דהא מלתא ספיקא הוא אי קאי יין בדוכתיה או לא וגבי גברא הוא דאמרינן לא עלתה לו טבילה דאוקי גברא אחזקתו וטמא היה ובטבילת ספק אתה בא לטהרו אל תטהרנו מספק והכא אוקי תרומה אחזקה ובחזקת טהורה קיימא קמ"ל עכ"ל הרי משמע מלשון הש"ס דלענין טבילה בעינן לאוקמי אחזקה אע"ג דהאי גברא נטהר בודאי מטומאתו ואנו דנין אם נפסל מתרומה כדין הבא ראשו ורובו במים שאובין אפ"ה מוקמינן לי' בחזקת טומאה הואיל ולא יצא לשעה טהורה מטומאתו מחזיקינן מחזקת טומאה דידי' לפסול מים שאובין ודוחק לומר דהתם שם טומאה א' הוא ומחזיקינן מטומאה זו לטומאה אחרת אבל איסור אבמה"ח ואיסור נבילה ב' שמות הן ולא מחזקינן מאיסור זה לאיסור אחר כמ"ש התוס'

ומצאתי להריטב"א ז"ל בחי' למסכת מכות שהקשה על פרש"י וז"ל מאי האי דאמרינן לקמן אוקי גברא אחזקתו אדרבה כיון דודאי נטהר מטומאתו ומספק שהכניס אחר טבילה ראשו ורובו במים שאובין אתה פוסל טבילתו לתרומה אל תפסלנו מספק עכ"ל: **וביסוד** הדבר דמחזיקין מאל"א נ"ל דתליא בפלוגתא דר"ה ורב חסדא בשבועות (דף מ"ז) שני כיתי עידים המכחישות זא"ז דר"ה סבר זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה ור"ח אמר בהדי סהדי שקרא ל"ל וטעמא דר"ה משום דמוקמינן לכל חד מינייהו בחזקת כשרות דידהו ואף דחד מינייהו ודאי שקרא העידו ונפסלו ור"ח סובר דלא מוקמינן בכה"ג כל חד וחד אחזקתי' כיון דחד מינייהו ודאי פסולים הם משום דר"ח סובר דהא דמוקמינן אחזקה בכל התורה משום דההחזקה מאמת לנו שלא נעשה בדבר שאנו דנין בו עליו שום התחדשות ובודאי הוא על תכונתו הראשונה וא"כ בשני כתי עדים המכחישות זא"ז דא"א לומר דשניהם כשירי' הן לא מהני החזקה מידי ולר"ה מהני החזקה אף בכה"ג משום דמה שאמרה תורה אוקי אחזקה לא מפני שהחזקה מברר לנו הענין רק שהתורה אמרה שכל דבר שנולד לנו בו ספק נחזיקנה בתכונתו הראשונה להיתר או לאיסור להכי אף בשני כיתי עדים אף שאין החזקה מאמת לנו כשרות דידהו דהא חד מינייהו ודאי שיקרי נינהו אפ"ה צריכין אנו להחזיק כל חד מינייהו על תכונתן הראשונה שהיו כשרים והאי עניינא דמחזקינן מאל"א נמי הכי הוא דלר"ח דסבר דכחו של חזקה הוא לאמת הענין שמפני חזקתו מתברר לנו עצם הספק. א"כ זה שייך לומר דדוקא היכא דאנו מסתפקין שמא עדיין נמשך בדבר שאנו דנין עליו האיסור שהי' עליו עד עכשיו. אבל להחזיק מאל"א כמו בהמה שנולדה עליה ספק טריפות דאיסור אבמה"ח ודאי חלף הלך לו איך נוכל להעמידו על חזקת איסור בענין ספק טריפות אלו מפני שהיה עד עכשיו אבמה"ח נחזיקנו כעת לטריפה אבל לר"ה דסובר שאנו מעמידין כל דבר אחזקתו אף שאין החזקה מבררת הענין כמו בשני כתי עדים דההחזקה סותרת זא"ז מפני שהתורה אמרה להחזיק כל דבר בהיתרו או באיסורו עד שיתברר לנו היפוך תכונתו הראשונה ה"נ אפשר לומר כיון שהבהמה היתה אצלינו בחזקת איסור אבמה"ח ולא יצאת מאיסורה עד שנולד לה ספק טריפות הרי היא באיסורה הראשון ואף שאין כח החזקה לברר לנו שהיא טריפה דטריפה ואבמה"ח תרי מילי נינהו מ"מ הא לר"ה מהני החזקה להעמיד כל דבר באיסורו או בהיתרו אף שאין החזקה מאמת עצם הענין כמו בשני כיתי עדים שאין החזקה מאמת לנו עצם הענין דהא חד מינייהו שיקרא הוי ואפ"ה מוקמינן כל חד מינייהו אחזקתו:

ובזה יש להבין לשון הש"ס בחולין (דף י') דאמר שם השוחט בסכין ונמצאת פגומה אמר ר"ה אפילו שיבר בה עצמות כל היום כולו פסולה חיישינן שמא בעור נפגמה ורח"א כשירה וכו' בשלמא ר"ה כשמעתי' דאר"ה בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת כו' אלא ר"ח מ"ט א"ל ר"ח עצם ודאי פוגם עור ספק פוגם ואין ספק מוציא מידי ודאי מתיב רבא לסיוע לר"ה טבל ועלה ונמצא עליו דבר החוצץ אפילו נתעסק באותו המין כל היום לא עלתה לו טבילה כלל עכ"ל הגמרא והאי לישנא צריך ביאור [מיהו מצינן לשון זה ביומא (ד' מ"ב) מתיב ר"י ב"א לסיוע לרב ובנדה (מ"ו) גבי מופלא הסמוך לאיש ע"ש] מדוע לא אמר סתמא מתיב רבא כאורחיה דתלמודא בכל דוכתי ואמר מתיב רבא לסיוע לר"ה אבל לפמש"כ הוא נכון מאוד דבאמת לר"ח לא קשה מידי מברייתא זו דטבל ועלה כיון דהוא סובר בהדי סהדי שיקרי ל"ל ולדידי' לא אזלינן בתר חזקה אלא היכא שיש בכח החזקה לאמת הענין להאיסור הראשון אבל מאל"א לא מחזיקינן כיון דהאיסור הראשון כבר הלך לו ולהכי לא דמי לטבל ועלה ונמצא עליו דבר החוצץ דהתם איכא חזקת טומאה גמורה משא"כ הכא דליכא חזקה דאיסור אבמה"ח כבר הותר בוודאי להכי תלינן בעצם דודאי פוגם. והא דפריך הש"ס בשלמא לר"ה כשמעתיה אלא ר"ח מ"ט ולא אמר דטעמא דר"ח הוא משום דפליג אעיקר דינא דר"ה דאמר בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת הוא משום דבהאי שינויא לא הוי מהני לן דנהי דל"ל דר"ה דבחזקת איסור עומדת אכתי הוי ספק השקול ומ"ט תלינן לקולא הא הוי ספיקא דאורייתא ולחומרא להכי הוצרך לשנויי דעצם ודאי פוגם ועור ספק כו' ולהכי תלינן לקולא והשתא דאמרינן הך שינויא דעצם ודאי פוגם ודאי דלא קשה לדידי' מטבל ועלה דהתם דאיכא חזקת טומאה אתי ספק ומוציא מידי ודאי משא"כ הכא בשחיטה דליכא חזקת איסור רק ר"ה גופא לשיטתו דס"ל דזו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה לדידי' מחזיקין מאל"א ולא בעינן שיהא בכח החזקה לאמת הענין כמש"כ לדידי' הוי שפיר סייעתא מטבל ועלה דכמו דהתם איכא חזקת טומאה כמו כן הכא איכא חזקת איסור אבמה"ח ומדוקדק לשון הש"ס דקאמר מתיב רבא לסיוע לר"ה משום דאין בזה קושיא לר"ח רק סיוע לר"ה לשיטתו:

ואף שיש לפקפק במש"כ דלר"ח אין מחזיקין מאל"א משום דאפשר לומר דדוקא היכא שהחזקות סותרות זא"ז הוא דאמר בהדי סהדי שיקרא ל"ל משום דא"א לתפוש את החבל בשתי ראשין אבל היכא דליכא סתירת החזקות מעמידין הדבר על איסורו אף שהאיסור הראשון כבר הלך לו מ"מ משמ"כ דלר"ה מחזיקין מאל"א ודאי דמסתבר כיון דלדידי' מהני חזקה אפילו היכא דסותרות זא"ז ואין הטעם שהאיסור מתאמת ע"י החזקה אם כן פשיטא דמהני החזקה אף שהאיסור הראשון הלך לו בעת שנולד ספק איסור אחר:

ומעתה לפי מה שבארנו דלר"ה ודאי מחזיקין מאל"א וקיי"ל כר"ה גבי ב' כיתי עדים המכחישים זא"ז. וגם ישבנו פה מה שקשה ע"ז מהא דיבמה בספק גירושין ולא מהני לה חזקת א"א וגם דברי הרשב"א ז"ל נתבאר לעיל דגבי בהמה כיון שאינה ניתרת אלא ע"י מעשה המכשיר לא אמרינן בה דעומדת להיות ניתרת אחר שחיטה וממילא מחזקינן מאיסור אבמה"ח לאיסור טריפה א"כ ודאי דספק טריפות שנודע לנו מחיים ודאי דאסור מטעם חזקת איסור ולאו דוקא בדרוסה דשכיח חיישינן אלא ה"ה בכל שאר טריפה שנודע מחיים מיהו כ"ז אם נודע לנו הספק טריפות מחיים אבל אם יצאת בחזקת היתר ולא נודע לנו שום ספק בשעת שחיטה רק שאח"כ נולד בה ספק טריפות בזה בעינן למימר נשחטה הותרה דלא אמרינן דמחזיקין מאל"א אלא מיד שיצאתה מחזקת איסור הראשון תיכף נולד בה ספק איסור וכיון דלא הוחזקה לפנינו להיתר מחזיקין לה באיסור מחזקה הראשונה אבל היכא שהחזקה הראשונה הלך ממנה והוחזקה לפנינו בהיתר אף שאח"כ חזר ונולד בה ספק איסור לא מהני לה חזקה הראשונה לאוסרה כיון דכבר אזדא לה:

ואף דביבמות וכתובות (כ"ב) גבי שנים אומרים מת וב' אומרים לא מת אם נשאת לא תצא פריך שם בש"ס היא גופה באשם תלוי קיימא וכתבו שם התוס' דטעמא דהוי רק אשם תלוי ולא חטאת אע"ג דבחזקת א"א קיימא הוא משום דחזקה דדייקא ומינסבא מרע לה לחזקה דא"א ע"ש משמע הא לא"ה הוי מייתי חטאת משום חזקה דא"א אע"ג דמיד שבאו העדים הראשונים שאמרו מת כבר הותרה חזקת א"א ואפ"ה כשבאו אח"כ עדים ואמרו לא מת חזרה החזקה למקומה ומחייבינן להו חטאת כוודאי איסור מ"מ אפ"ל דזהו דוקא אם באנו לאוסרה מחמת חזקה דשני' ממש כמו התם כשבאו העדים ואמרו לא מת חזרה החזקה השני' למקומה אבל הכא דחזקה שאבמה"ח בודאי הלכה לה רק שאנו באין לאסור משום מחזיקין מאל"א וכמו שבארנו לעיל דטעמא של חזקה הוא שנחזיק כל דבר על חזקתו הראשונה כמו שהיינו מחזיקים אותו עד עתה בזה הוא דווקא אם לא הי' שום הפסק משפסק חזקה הראשונה עד שנולד הספק אבל אם קודם שנולד לנו הספק החזקנוהו בהיתר אין אנו חוזרין ומגלגלין עליו חזקה הראשונה:

אולם מדברי הרשב"א ז"ל שהבאנו לעיל משמע שדעתו לאסור גם בספק שלא נודע לנו בשעת שחיטה. דהא כתב בנשמטה גף או נשברה רגלו מן הארכובה ולמעלה ואין ידוע אם קודם שחיטה או לאחר שחיטה אסור והתם ע"כ מיירי שלא הרגישו בעת שחיטה השבירה או השמטה ויצאתה בהיחו אחר שחיטה ואפ"ה אסר הרשב"א ז"ל מיהו אף שדעת הרשב"א ז"ל בחי' שאף באיסור שנולד אחר שחיטה לא תלינן לקולא

אא"כ שההיתר שכיח טפי כמש"כ בהא דתלינן בזאב מ"מ בתשובותיו כתב אם נסתפק בסירכה בגב או בחיתוך וכשנופחין אותה הרבה נראה שהוא בחיתוך וכשאין נופחין אותה כ"כ נראית הסירכה שהיא בחוץ כשירה וכ"פ המחבר (בסימן ל"ט סעיף ה') והוא משום נשחטה הותרה ואפשר לומר דדוקא בא זאב ונטל בני מעיים כ' הרשב"א ז"ל דאי לאו דהיתר שכיח טפי הוה אסרינן לי' מספק משום דאיכא לפנינו ריעותא הברורה ונקבו במ"ע ואולי במים במוח וא"י אם מקיפין המוח את המים נמי הוה ריעותא ברורה שהרי התחיל בה מעשה טריפות וחולין] אבל בנסתפק על סירכא אם היא בגב או בחיתוך אפ"ל שהיא בחיתוך והוי סירכא כסדרן דלאו ריעותא היא כלל כדאמר בש"ס היינו רביתייהו להכי אמרינן נשחטה הותרה:

אחרי כותבי זאת מצאתי להכרו"פ שהרגיש ג"כ בסברא זאת לפ"ז נראה פשוט דהדלדולים שיוצא מהם סירכא מזו לזו אין לחוש בהן שמא קדמה סירכא לדלדולים אלא אמרינן דאין כאן סירכא אלא דלדולים לחוד וליכא ריעותא כלל דרביתייהו דבהמות דידן למהוי בהו דלדולים ומותרת כנלע"ד:

ודע שאף דלכאורה איכא למימר דכיון דאתיליד בבהמה ריעותא שגוררת רגליה או יש מים בראשה לא שייך למיזל בתר רוב בהמות כשירות הם משום דאיכא למימר אדרבה רוב בהמות כשירות אין רגליהם נגררות וזו הואיל וגוררת רגליה טריפה היא כדאמרינן בפ"ב דכתובות (דף ט"ז) גבי רוב נשים בתולה נישאת דכיון דרוב הנשואות בתולות יש לה קול וזו אין לה קול איתרע לה רובא וכן בחולין (דף נ"ג) גבי רוב אריות דורסין וכמדומה לי שגם התב"ש כ"כ מ"מ נ"ל דלא שייך לומר דאתרע לה רובא מה"ט אלא היכא דרוב השני סותר ומנגד לגמרי לרוב הראשון כמו התם דרוב בתולות יש להם קול והני דלית להו קול רובן לאו בתולות נינהו וכן גבי ארי שנכנס בין שוורים ונמצא צפורן בגבו של אחד מהן דאיכא למימר רוב אריות דורסין ורוב הדורסין אין צפורן נשמט מהם והני דנשמט צפורן דידיה אין דורסין והרי הוא סותר לגמרי את הרוב הראשון דרוב אריות שנשמטה צפורן מהם לא דרסי אבל הכא נהי דרוב בהמות הכשירות אין גוררות רגליהן אטו מי איכא למימר נמי רוב הגוררת רגליהן טריפות הן הא איכא טריפות ואיכא כשירות וכן בספק אם המוח מקיף את המים נהי דרוב בהמות הכשירות אין בהם מים כלל אטו רוב שיש במוחן מים טריפות הן יש מהם שהמוח מקיף את המים ויש מהם שאינו מקיף ולהכי אין הרוב סותר את הרוב בהמות כשירות ובעינן למיזל בתר רוב בהמות כשירות:

ויש להביא ראי' לסברא זו מהא דאמרינן בנדה (דף מ"ח) במשנה בא סימן העליון עד שלא בא סימן התחתון וחכ"א או חולצת או מתייבמת וכו' לפי שא"א לעליון לבוא עד שלא בא התחתון וכתבו התוס' דמתייבמת כדי נקטה דהא אפילו בקטנה אית להו לרבנן דמתייבמת ולא חיישי לאילונית משום דאזלינן בתר רובא דלאו אילונית עיי"ש והא התם מיירי באותן שהגיעו לכלל שנותיהם להביא ב' שערות ועדיין לא הביאו א"כ נימא דאף לרבנן דסברי דאזלינן בתר רובא מודו הכא דלא מתייבמת משום דאף דרוב נשים לאו אילונית הן מ"מ רוב נשים שאינן אילונית מביאות סימנים כשמגיעות לכלל שנים וזו הואיל ולא הביאה שערות איתרע לה רובא חיישינן דילמא אילונית היא דאיתרע לה רובא א"ו כיון דאין הרוב השני סותר לגמרי את הרוב הראשון דהא ליכא למימר רוב שאינן מביאות בשנת י"ב שערות הוי אילונית לא איתרע לה רובא דרוב נשים לאו אילונית נינהו ואזלינן בתרה ומתייבמת לרבנן וה"נ כיון דליכא למימר רוב שאירע בהן ריעותא זו טריפות הן אזלינן בתר רוב בהמות כשירות הן וא"כ אמאי כ' הרשב"א ז"ל דאזלינן לחומרא [ועיין בריב"ש (סימן תע"ד) בענין מי שנולדו בו קצת סימני סריס וספק אם הביא ב' שערות אי אזלינן בתר רובא דלאו סריסים נינהו משום דאיכא למימר רוב שאינן סריסים אין בהם סימני סריס והתם נמי איכא למימר רוב שיש בהם סימני סריס הם סריסים אבל היכא דליכא למימר הכי כמו גבי טריפות דליכא למימר דרוב הבהמות שנולד בהם ספק זה הם טריפות לא איתרע בהו רובא דרוב בהמות כשרות הן] ועוד דאיכא למימר אוקי אחזקה שלא נעשה בה טריפות זה שאנו דנין עליו וכדאמרינן בחולין (דף נ"ה) גבי ספק דרוסה איכא למימר הכי ואיכא למימר הכי ואוקי אחזקה ופירשו התוס' שם אוקי אחזקה שלא נדרסה ואמאי תלינן לחומרא:

(הגה"ה והכי מוכח ביבמות (דף פ') שהקשו התוס' בהא דא"ר אכל חלב מבן י"ב עד י"ח ונולדו בו סימני סריס נעשה סריס למפרע והקשו הא הוי התראת ספק דשמא יביא סימנים קודם י"ח עיי"ש ואם נימא דרוב שאין מביאין סימנים בזמנן הוי סריסין א"כ הא לא הוי התראתספק כיון דהספק הוי כנגד הרוב כמבואר בכתובות (דף ט"ו) גבי זורק אבן לגו:)

ומה שכתבנו בסימן שלפנינו דהיכא דאיכא חזקה דאיסורא לוקה משום נבילה וכ"כ הרמב"ם ז"ל (בפ"א מה"ש) גבי לא בדק בסימנים וכ"כ התוס' בחולין (דף פ"ו) דאי שחיטת חש"ו הוי פלגא מתוקנים ופלגא מקולקלין לקי עלה משום נבילה ומותר לשחוט אחריהם מטעם חזקה דבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת וכ"נ להוכיח מגוף מימרא דר"ה דאמר בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת והוכרחנו לדחוק ולהמציא מקום לחזקה

זו להחזיק מאל"א כפרש"י ז"ל או להמציא איסור עשה דאינו זבוח כפי' התוס' ואם נימא דהך מלתא לא משוי לן אלא ספיקא בעלמא לחוש לחומרא א"כ ל"ל כלל האי טעמא דחזקה הא בלא"ה בעינן למיחש לחומרא כיון דודאי נעשה בה מעשה טריפות דנקיבת הוושט ופסוקת הגרגרת מעשה טריפה הוא רק שאם נעשה בדרך שחיטה כהלכתו יש כח במעשה זו להכשיר אבל אם נחסר בה דבר אחד מגדרי הכשר שחיטה מעשה טריפה בעלמא הוא כמו שביאר רש"י ז"ל בחולין (דף כ') ד"ה וכי מתה עומד ומולק כו' וכיון שודאי נעשה בה חתיכת הוושט ופסוקת הגרגרת ואנו מסתפקין אם נעשה בהכשר שחיטה עליך להביא ראיה שנעשה בהכשר. א"כ למה הוצרך להאי חזקה א"ו שחידש לן ר"ה שיש כאן חזקה דודאי נבילה ללקות עליה משום נבילה ולא הוי כספיקא בעלמא:

והא דאמרינן בחולין (דף פ"ו) גבי חשו"ק ששחטו ואחרים רואין אותן דר"מ מחייב על שחיטתן משום נבילה ולהכי מתיר לשחוט אחריהם משום דרוב מעשיהן מקולקלין. ופריך מאי איריא רוב אפילו מיעוט נמי דהא ר"מ חייש למיעוטא דתנן תינוק שנמצא בצד העיסה כו' ומשני אם אמרו בספק טומאה לטהר יאמרו ספק איסור להתיר ואכתי קשה נהי דלא הו"מ לומר מיעוט מעשיהן מקולקלין משום דמיעוט וחזקה הוי פלגא ופלגא וספק איסור לאיסור מ"מ הו"מ לומר דמעשיהן ספק מקולקלין ספק אינו מקולקלין וכיון דאיכא נמי חזקת איסור חייב משום נבילה ומותר לשחוט אחריהם ול"ל לומר רוב מעשיהן מקולקלין:

ונ"ל דהש"ס סובר דשחיטת אותו ואת בנו הו"ל דבר שיש לו מתירין ובדבר שיש לו מתירין דאינו בטל ברוב לא אזלינן בתר רובא וכיון דלא אזלינן בתר רובא דעדיף מחזקה כש"כ דלא מהני חזקה ולהכי אי לאו דרוב מעשיהם מקולקלין היה אסור לשחוט אחריהם ועיין בר"ן פר"ק דביצה בהלכה דבדק בקינה של תרנגולים מעיו"ט דאפילו בדשילמ"ת אזלינן בתר רובא משום דלא אתחזק איסורא והיינו דדוקא לענין ביטול דיש כאן איסור ברור אמרינן דדשיל"מ לא בטל אבל למיזל בתר רובא ולומר דלית כאן איסור כלל אזלינן אפילו בדבר שילמ"ת והכי משמע בחולין (דף כ"ו) דאמרינן התם אלא מתניתין דקתני החמיץ אין לא החמיץ לא דלמא אי שבקיה הוה מחמיץ ופרש"י אי שבקיה היכא דליתא קמן ניזיל בתר רובא ורובא מחמיצין הן ומדקתני אינו ניקח ופוסל ש"מ כל כמה דלא החמיץ אעפ"י שעתיד להחמיץ מיהו ההיא שעתא לאו פירא הוא ולא הוי חילול עכ"ל רש"י ז"ל והרי מע"ש הוי דשיל"מ כדאיתא בב"מ (דף נ"ב) ואפ"ה אזלינן בתר רובא ועיין במל"מ הלכות מעילה] ועוד אפ"ל כיון דודאי שחוט לפנינו ואיכא ספיקא אם נשחט כהוגן יש לאסור מדרבנן לשחוט אחריו אף דאיכא חזקה

דאבמה"ח להתיר לשחוט אחריהם כדאמרינן בכתובות (דף כ"ג) ע"א אומר נתקדשה וע"א אומר לא נתקדשה לכתחילה לא תנשא ואם נשאת לא תצא וכתבו התוס' ע"ז אע"ג דאיכא חזקת פנוי' מ"מ כיון דודאי זריק לה קידושין ומספקא לן אי קרוב לה או לו לא תנשא לכתחילה. וה"נ דכוותה כיון דודאי שחוט ואיכא ספיקא אי שחוט שפיר או לא אסור מדרבנן לשחוט אחריהם ולהכי אי לאו דרוב מעשיהן מקולקלין היה אסור לשחוט אחריהם:

ומיושב בזה קושית התוס' בד"ה מ"ט שהקשו שם ורבנן מאי סברי דאי הוה פלגא ופלגא נסמוך חזקה דאיסורא לפלגא דמקולקלין ונתיר לשחוט אחריהם ולפמש"כ א"ש דמדרבנן ודאי דאסור לשחוט אחריהם בפלגא ופלגא והא דדייק הש"ס לר"מ מאי איריא רוב אפילו מיעוט נמי משום דר"מ סובר סמוך מיעוטא לחזקה ולא משני דאי משום מיעוט וחזקה הוי אסור מדרבנן לשחוט אחריו נ"ל דהש"ס היה סובר מעיקרא דמיעוטא וחזקה עדיף טפי דשרי אף מדרבנן והמתרץ הוא דחידש דהוי פלגא ופלגא וכן פרש"י ז"ל שם בהא דפריך מאי איריא רוב אפילו מיעוט נמי וז"ל אפילו מיעוט מקולקלין נמי פשיטא לן דנבילה הוא כו' עכ"ל הרי דהמקשה הוי סבר דמיעוט וחזקה עדיף מרובא והויא ודאי נבילה ובלאו הכי צריך לפרש כן דאי אפשר לפרש דהמקשה הוי סבר דמיעוט וחזקה נגד רובא הוי פלגא ופלגא א"כ מאי מקשה אטו לא ידע דספיקא דאורייתא לחומרא ואסור לשחוט אחריהן ובודאי הוצרך למימר טעמא דר"מ משום דסובר רוב מעשיהן מקולקלין א"ו דהש"ס היה סובר מעיקרא דמיעוטא וחזקה עדיף טפי דשרי אף מדרבנן:

וראיתי להפמ"ג בפתיחה להלכות שחיטה שהקשה ממש"כ הרמב"ם ז"ל (בפ"א מה"ש) גבי נמצא הסכין פגום אחר שחיטה דהוי רק ספק נבילה וכ"כ (בפ"ג מה"ש) גבי נמצא הסימן שמוט ואינו ידוע אם קודם שחיטה אם לאחר שחיטה דהוי ספק נבילה ובלא בדק בסימנים פסק דהוי ודאי נבילה ע"כ ולא ידענא מאי קשיא ליה דהא בנמצא הסכין פגום איכא חזקת בדוק דסכין נגד חזקת איסור דבהמה וכן גבי נמצא הסימן שמוט איכא נמי חזקה שלא נשמט עד עכשיו כמו חזקת הגוף בכל דוכתי דאמרינן השתא הוא דאתרע וכיון דאיכא חזקה נגד חזקה לא הוי רק ספק נבילה משא"כ בלא בדק בסימנים דלהתירא ליכא חזקה כלל ולחומרא איכא חזקה דבהמה בחיי' בחזקת איסור עומדת להכי הוי ודאי נבלה וכן (בפ"ג ה' כ"א) כתב גבי ישב לה קוץ בווושט דחוששין שמא הבריא והוי ספק נבילה היינו נמי משום דנגד חזקת אינה זבוחה איכא חזקת כשרות דבהמה שלא נקב וושטה להכי הוי ספק השקול דזה הכלל דחזקת אינה זבוחה משוי לה

בודאי נבילה רק היכא דמסתפקא לן במידי דמיטרפא בי' ולא מהני נמי שחיטה מהני לן חזקת כשרות המנגד לחזקת אינה זבוחה והוי ספק השקול ומ"ש הרמב"ם ז"ל (בפ"ג ה' י"ח) וז"ל כ"מ שאמרנו בשחיטה פסולה ה"ז נבילה ואם אכל ממנה כזית לוקה וכל ספק בשחיטה ה"ז ספק וכל האוכל ממנה מכין אותו מכות מרדות דמשמע דגם ספק בהכשר שחיטה אע"ג דלית בה ספק טריפות נמי הוי רק ספק נבילה אע"ג דליכא חזקת כשרות המנגד לחזקת אינה זבוחה כמו שהייה במיעוט סימנים או החליד תחת העור ותחת צמר מסובך שכתב שם בפ"ג דהוי ספק נבילה ולא אמרינן דחזקת אינה זבוחה משוי לה לודאי נבילה. נראה לי דדעת הרמב"ם ז"ל לחלק דבספיקא דמעשה כמו לא בדק בסימנין שפיר אמרינן דחזקת אינה זבוחה משוי לי' לודאי נבילה ללקות עלה אבל ספיקא דדינא לא משוי לודאי כיון דמספקינן איך הדין והדבר הוא בחסרון ידיעתינו לא משוי לה חזקה לודאי וק"ל:

סימן עא

וראיתי להפ"י ז"ל בחי' לגיטין (כ"ח) שכתב דהיכי דזרק לה ספק קידושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה דהוי ספיקא דאורייתא ולא מוקמינן אחזקה מה"ט שכתבו התוס' דכיון שודאי זרק לה קידושין איתרע חזקת פנוי' דידה ואף שהתוס' כתבו שהוא רק מדרבנן ומה"ת מוקמינן כדאמרינן ביבמות (דף ל"א) גבי ספק קידושין וכ"כ הרשב"א ז"ל בקידושין (דף ס"ו) מ"מ נראה לו שהוא מה"ת והביא ראיה מהא דאמרינן ביבמות (דף קי"ג) אמר שמואל אשת חרש חייבין עלי' אשם תלוי משום דסובר כר"א דאמר תרומת חרש לא תצא לחולין מפני שהוא ספק ומדמחייב עלי' שמואל אשם תלוי ש"מ דלא מוקמינן לה אחזקת פנוי' משום כיון דודאי קבלה קידושין וספק אי הוי קידושין מעליא לא מוקמינן אחזקה מה"ת:

ונ"ל דדברי התוס' נכונים דודאי מוקמינן אחזקה מה"ת וכדאמרינן ביבמות (דף ל"א) גבי ספק קידושין עיי"ש והא דאשת חרש חייבין עליה אשם תלוי נראה דלא שייך לאוקמי אחזקה אלא אם נולד ספק בענין אחד וכשנתפוס להכריע הדבר לצד אחד מטעם חזקה לא ישאר דבר בספיקא עוד כמו גבי נגע שאנו דנין להעמיד הנגע על חזקתו ולא נחסר משעת ראיית הכהן עד הסגרו או גבי סכין שלא נפגם משעת בדיקתו עד אחר שחיטה (בפ"ק דחולין) וגבי מקוה שלא נחסר משעת מדידתו עד אחר טבילת הטמא (קדושין ס"ו) וכן בספק קידושין או גירושין (ביבמות ל"א) וגבי נדה וגבי חביות של תרומה (בנדה ב') אבל הכא גבי חרש שהוא כל ימיו בספק דעתא צילתא או דעתא קלישתא דאף אם נדין את האשה שקידש להעמידה בחזקת פנוי' נשאר החרש בספיקו כל ימי היותו חרש

אין מעמידין גם את האשה על חזקתה והיא בספק א"א כמו שהוא בספק פקח דא"א להעמיד את האשה בחזקת פנוי' ולדונו לענין זה לדעתא קלישתא ולכל מילי ישאר בספיקו כגון אם יעיד על אחד להחזיק ממונו בידו נדון אותו לספק פקח שלא להוציא ממון להכי לא מהני חזקה בספק חרש כלל להחזיקו לחרש כיון שהספק נשאר לפנינו ובדבר שלא יהא חזקה נדין אותו בעתיד לבא לפנינו לספק ובדבר שיהא חזקה לדונו לפקח נדון אותו לפקח להכי אין דנין במעשיו חזקה כלל אף מה"ת ומטעם זה הוצרך הריטב"א ז"ל לפרש בהא דאמרינן בעירובין (דף ל"ה) ככר זה היום חול ולמחר קודש מספיקא לא נחתא לי' קדושה משום דלא נחית איניש נפשי' לספיקא ולא פירש מטעם דמוקמינן ככר אחזקתו שהי' חול עד עכשיו דכיון דהספק של ביהש"מ ספק יום ספק לילה הוא נוגע לשארי דברים גם כן כגון לענין מלאכה בשבת או לולד שנולד באותו שעה לענין מילה וכדומה ואף אם נדון על הככר הזה דין חזקה מ"מ לשארי דברים הזמן הזה עומד בספיקו אין דנין בזה דין חזקה ואף דאמרינן (בפ"ו דטהרות) המסוכן ברה"י והוציאוהו לרה"ר וחזר והכניסו לרה"י ברה"י ספיקו טמא ברה"ר ספיקו טהור אף דכשמטהרין ברה"ר ממילא מחזיקינן לי' לטהור גם כשהי' ברה"י ואפילו הכי לא איכפת לן בסתירה זו ודנין כל אחד לפי דינו נראה דדוקא בטומאה אמרינן הכי כיון דגזה"כ לטמא ברה"י ולטהר ברה"ר ולא מהני חזקה מידי לא להקל ולא להחמיר להכי דייניגן כ"א לפי דינו אף שסותרים זא"ז אבל באיסורין לא מוקמינן אחזקה אלא היכא שלא נצטרך לסתור החזקה ולא דמי נמי להא דקיי"ל ב' כיתי עדים המכחישים זא"ז זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה דהתם כיון דיש לכל כת חזקה בפ"ע ונקבע החזקה על כל כת מהם שוב הם נשארים בכשרותם לכל דבר שיצטרך לדון עליהם אבל באשת חרש אטו מפני חזקת פנויה דהך נדון לעולם החרש לדעתא קלישתא א"ו נצטרך לדון בכל ענין לפי דינו להכי לא מהני החזקה גם לענין הך איתתא וכה"ג כתבו התוס' בב"ק (דף י"א) לענין ס"ס אף דדמי לרובא ועדיף מחזקה מ"מ היכא דלאחר זמן נרצה להקל בס"ס להיפך אין זה ס"ס עיי"ש גבי שיליא שיצאתה מקצתה]:

ונראה לפי"ז דבהא דמספקא לי' לרב אשי שם ביבמות בחרש לר' אלעזר אי חדא דעתא היא מיהו מספקא לי' לר' אלעזר אי דעתא צילתא או דעתא קלישתא הוא או דילמא עתים חלים ועתים שוטה הוא צ"ל לשמואל דסובר דחדא דעתא הוא ומספקא לי' לר"א אי דעתא צילתא אי דעתא קלישתא דאין לומר דסובר דעתים חלים ועתים שוטה כדבעי רב אשי התם. א"כ וודאי דאין חייבים עלי' אשם תלוי דבעינן לאוקמי אשה אחזקתה דמה שנדון אותו עכשיו לגבי הקידושין לשוטה אינו סותר למה שנדין אותו אח"כ לפקח

דאולי אז יהי' דין פקח ובשעת קידושין הי' לו דעתא קלישתא כדאמרינן גבי נכסי דבי בר שטיא דמוקמינן נכסי אחזקתייהו וכשהוא שוטה זבין אעפ"י שהוא רגיל להשתנות עתים חלים עתים שוטה ע"ש בכתובות (דף כ') וגם ללישנא קמא דקאמר שמואל אין חייבין עלי' אשם תלוי ודחיק לאוקמי שם דסובר דבעינן חתיכה אחת משתי חתיכות אכתי לא ידע הש"ס הך סברא דאיכא למימר עתים חלים עתים שוטה דלהך סברא דעתים חלים וכו' בלא"ה ליכא אשם תלוי משום דמוקמינן איתתא אחזקתה והוי שוטה בשעת הקידושין וכ"ז הוא הכל להך סברא דעתים חלים ועתים שוטה אבל להך סברא דחדא דעתא הוא ומספקא לי' אי הוי דעתא קלישתא או דעתא צילתא לא שייך לאוקמי אחזקה כיון שהספק נשאר על החרש תמיד וכמ"ש אבל בכל דוכתא דאיכא ספק קידושין שפיר מוקמינן אחזקה מה"ת ומדרבנן לחוד הוא דאסור:

מיהו קשה לפ"ז מ"ש הר"מ ז"ל (בפט"ו מהלכות איסורי ביאה הלכה יו"ד) איזהו ספק ממזר זה שבא מספק ערוה כגון אשה שנתקדשה ספק קידושין או ספק גירושין וכיוצא בו מד"ס כגון אשה ששמעה שמת בעלה וניסת ואח"כ בא בעלה הראשון ובא עלי' כו' ע"כ וקשה דבספק קדושין נוקי אחזקה ותהוי בחזקת פנוי' ולא הוי ממזר מה"ת ובשלמא בספק קדושין לא קשה דאף דמדאורייתא מוקמינן אחזקה מ"מ מדרבנן הוי ספק ממזר אבל בספק גירושין נוקי בחזקת א"א והוי ממזר ודאי מה"ת ולא ספק ממזר ואין לומר דמיירי בספיקא דדינא וסובר הר"מ ז"ל כדעת הנך רבוותא שכ' הר"ן ז"ל בפ"ק דקדושין גבי נתנה היא ואמר הוא דבספיקא דדינא לא מוקמינן אחזקה דז"א דהא הרמז"ל קאי לפרושי ממזר ספק שהתירה תורה כדדרשינן ממזר ודאי הוא דלא יבא הא ממזר ספק יבא ומי איכא ספיקא קמי שמיא ואפשר לומר דמ"מ אתא קרא ללמדנו דהיכא שיסתפק לן איזה דין בקדושין וגירושין יהא הוולד מזה מותר בקהל כמ"ש התוס' בחולין (דף כ"ב):

ואפשר לומר עוד לפמ"ש הש"מ (בפ"ק דב"מ) גבי קפץ אחד מן המנויים לתוכן כולן פטורין משום דעשירי וודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק והקשו התוס' דליבטול ברובא ותי' הש"מ דכיון דכתב רחמנא עשירי ודאי ולא עשירי ספק לא מהני רובא ואע"ג דנתערב ברוב נמי מיקרי ספק א"כ ה"נ אפשר לומר דדעת הר"מ ז"ל דאע"ג דבכל התורה אזלינן בתר חזקה מ"מ כיון דדרשינן ממזר ודאי ולא ממזר ספק מיקרי ספק אף היכא דאיתא חזקה להכי בספק קדושין וספק גירושין נמי מיקרי ממזר ספק:

ומיושב בזה מה שהקשה המהרי"ט ז"ל בתשובה לשיטת הר"מ ז"ל דכל הספיקות מה"ת לקולא א"כ ל"ל קרא דממזר ודאי ולא ממזר ספק ולדברינו א"ש דאיצטריך קרא כ אפילו היכא דאיכא חזקה נמי שרי:

אלא דלכאורה א"א לומר כן דהא אמרינן בקידושין (דף עג) דבר תורה שתוקי כשר מאי טעמא רוב כשרים אצלה ומיעוט פסולים ודילמא אזלא איהי לגבייהו הוי ליה קבוע וכל קבוע כמע"מ דמי והתורה אמרה לא יבוא ממזר ודאי לא יבוא הא ספק ממזר יבוא בקהל ע"כ. הרי דלא שרינן מטעם ספק אלא היכא דהוי מחצה ע"מ הא אי הוי רוב פסולין אצלה ואזלה אינהו לגבה דלא הוי קבוע אסור מה"ת ואם נימא כדברי הש"מ דגבי עשירי אפילו אם נתבטל ברובא מיקרי ספק א"כ נימא אפילו ברוב פסולין אצלה שרי מה"ת דמיקרי ספק ממזר מיהו אפשר לומר דמה שהתחיל רבא לומר דבר תורה שתוקי כשר מ"ט רוב כשרים אצלה הוא קודם שמסיים הך סברא דממזר ספק שרי ובעי למימר דכשר מטעם רוב כשרים אצלה ואם באנו לחוש דילמא אזלה איהי לגבייהו ע"ז מסיים התורה אמרה ממזר ודאי לא יבא הא ספק יבא ולפי הך דרשא אפילו רוב פסולים אצלה נמי שרי דגם זה מיקרי ספק והכי מוכח בגמרא דהא פסקינן (שם ע"ד) כאבא שאול שהיה קורא לשתוקי בדוקי ואמרינן מאי בדוקי שבודקין את אמו ואומרת לכשר נבעלתי ואמרינן שם דהלכה כאבא שאול ואפילו ברוב פסולין וטעם נאמנות שלה כ' הה"מ (בפ' ט"ו מהלכות א"ב הלכה י"א) שמה"ת אין לאמו נאמנות ומה"ט אינה נאמנת אם אומרת לממזר נבעלתי עיי"ש רק שנאמנת לומר לכשר נבעלתי שתנשא הבת לישראל משום דמה"ת בלא"ה מותרת משום דהוי רק ספק ממזר הרי חזינן דגם ברוב פסולין אצלה מיקרי רק ספק ממזר:

וכיון שבארנו דאף בתר רובא לא אזלינן בספק ממזר א"כ ודאי דא"ש מ"ש הרמז"ל דספק קידושין וספק גירושין הוי ספק ממזר ולא אזלינן בתר חזקה דהא עדיף רוב מחזקה וכיון דלא אזלינן בת"ר כ"ש דלא אזלינן בתר חזקה אבל בכל דוכתא אזלינן בתר חזקה מה"ת ומדרבנן בעלמא אסרינן כמו ביבמות (דף לא) גבי ספק קידושין וכ"כ הרשב"א ז"ל בחי' לקדושין (דף ס"ו) דבזרק קרוב לה מוקמינן אחזקת פנוי' וזרק לה גט מוקמינן לה בחזקת א"א ומה"ת מתייבמת ואם היה כהן מותרת לו עכ"ל עיי"ש שתי' כל הסוגיות הסותרות לזה וגם הא דפריך בכתובות (דף כ"ג) הבא עלי' באשם תלוי קיימא ולא קאמר בחטאת קיימא עיי"ש היטב וכן מ"ש הר"מ ז"ל (בפ"ב מהלכות אבל הי"ג) הספיקות אינו מטמא להם שנאמר לה יטמא מטמא הוא על הודאי ואינו מטמא על הספק לפיכך הוולדות שנתערבו והבן שהוא ספק בן שבעה לאחרון אם בן תשעה לראשון וכל כיוצא בהן אינו מטמא להן מספק וכן כל המתגרשת ספק גירושין או בגט פסול אינו מטמא לה עכ"ל והוא לשון הברייתא הביאו הרא"ש ז"ל בהלכות קטנות וקשה לכאורה אמאי אינו מטמא לה בנתגרשה בספק גירושין נימא דנוקמי אחזקה והיא עדיין אשתו גמורה ודוחק

לומר דמדרבנן בעלמא אינו מטמא לה דמדרבנן לא מוקמינן אחזקה ואף דקיי"ל כר' עקיבא (בסוטה דף ג') דלה יטמא חובה מה"ת מ"מ ב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת בשוא"ת וחיישינן שמא אינו אשתו ואסור לטמאות. דז"א דמשמעות לשון הר"מ ז"ל דיליף לה מקרא דלה יטמא מטמא על הודאי ואינו מטמא על הספק דומיא דוולד התערובות דהוי מה"ת וכן נתגרשה בגט פסול נמי הוי מה"ת דגט פסול הוא גט שכשר מה"ת ופסול מדרבנן ואינו מטמא לה מה"ת כיון שמה"ת הוא כשר ודומיא דהכי חשיב נתגרשה בספק גירושין דאינו מטמא מה"ת וקשה דנוקמי אחזקה אבל לפי מה שכתבנו לעיל א"ש דכיון דדרשינן מטמא על הודאי ואינו מטמא על הספק לא מהני הא דמוקמינן אחזקת א"א דמ"מ מיקרי ספק כמ"ש לענין ספק ממזר:

** (הגה"ה ועיין במל"מ שם שכתב דאם נתערב ממזר בוולדות כשרים כולם אסורים ואף מה"ת משום דאיקבע איסורא ואין זה סתירה לדברינו דאף שכתבנו דלא אזלינן בתר חזקה או בתר רוב גבי ספק ממזר מ"מ באיקבע איסורא גרע טפי שהרי יש כאן ממזר אחד ודאי משא"כ ברובא וחזקה דאפשר דאין כאן ממזר כלל:)

ומדברי הר"ם אלו שהם מברייתא הביאם הרא"ש ז"ל (בהלכות טומאה) מוכח דסובר הר"מ דכמו דספק איסור מה"ת לקולא ה"נ בספק קיום המצוה לקולא מה"ת וא"צ לקיים דהא לכאורה קשה מנלן דקרא אתא למעוטי דאסור לטמאות מספק דילמא מותר לטמאות כמו בכל ספק איסור וקרא אתי למעוטי רק מחיובא דהא קיי"ל לה יטמא לחובה כר"ע ואתי קרא דבספק לא הוי חיובא אבל איסורא מנלן וצ"ל דספק מצוה נמי לקולא ולא צריך קרא דא"צ לטמאות א"ו דאתי קרא לאיסורא שאסור לטמאות אף דבכל דוכתא ספיקא לקולא מה"ת הכא גלי קרא דאסור לטמאות מספק [ועיין בטורי אבן בחגיגה (דף ד') בהא דפריך שם אהא דממעטינן טומטום מראי' דמבואר מדבריו שם ג"כ דלדעת הרמב"ם ספק מצות ראי' לקולא הוא מה"ת כמו ספק איסור] ולשיטת רוב הראשונים דסברי ספיקא מה"ת לחומרא צ"ל באמת דקרא ממעט מחיובא שאינו מחויב לטמאות דהו"א דמחויב לטמאות אע"ג דספיקא דאורייתא לחומרא מ"מ ה"א כיון דאיכא ספק עשה דלה יטמא אתי ספק עשה ודחי ספק ל"ת דטומאה ומחויב לטמאות [ועיין בטו"א בר"ה שנסתפק בזה אי ספק עשה דחי ספק ל"ת ומכאן ראי' דדחי ואפשר לומר דאדרבה מהכא ילפינן דלא דחי דגלי קרא דאסור לטמאות ואין ספק עשה דוחה ספק ל"ת דטומאה] וצ"ל דהך ברייתא דיליף מלה יטמא שאינו מטמא על הספק אתיא כר"ע דסובר לה יטמא חובה דלר' ישמעאל דסובר רשות וליכא חובה אפילו בודאי וע"כ ממעט דבספק לא הוי רשות אלא איסור וקשה ל"ל קרא דפשיטא דאסור לטמאות דספיקא

דאורייתא לחומרא לדידי' דהא איהו סובר בסנהדרין (דף ד') יש אם למסורת דדריש לטטפת ובכריתות (ד' י"ז) אמרינן דמאן דדריש יש אם למסורת מחייב אשם תלוי אף בחתיכה אחת דדריש מצות ולא מצוות וכיון דחייב אשם תלוי פשיטא דספיקא דאורייתא לחומרא א"כ הא לא צריך קרא למעט ספק מגורשת דבלא"ה ידעינן דאסור לטמאות מספקא כיון דמצוה ליכא דהא סובר לה יטמא רשות וצ"ל דל"ל הך דרשא ולשיטת הפוסקים באהע"ז (סימן צ') דבספק מגורשת הבעל יורש אותה אפשר לומר דגם רי"ש אית ליה הך דרשא דאינו מטמא על הספק ואתי קרא דהו"א הואיל ויורשה הוי לה כמת מצוה דקרי לי' ולא עני ומותר לטמאות כדאמרינן הך סברא גבי קטנה ביבמות (דף פ"ט) להכי דרש קרא דאפ"ה אינו מטמא לה וצ"ל לפ"ז דסובר ירושת הבעל דאורייתא ומיהו אפילו למ"ד ירושת הבעל דרבנן מ"מ אתא קרא לתערובות וולדות שהן יורשין את הוולדות כדתנן ביבמות (דף ק') דהוי ממון המוטל בספק וחולקין ואפ"ה אתי קרא שאין מטמאין מספק:

ונ"ל דיש להביא ראיה דספק מצוה לקולא לדעת הר"מ ז"ל מהא דאבעיא לן בכתובות (דף מ"ו) בעי רב אשי הוציא שם רע על נשואין הראשונים על נשואי אחיו מהו ובעיא קמייתא לא איפשטא ופסק הרמב"ם ז"ל (בפ"ג מהלכ' נערה בתולה) בקידש נערה וגרשה וחזר וקידשה והוציא עלי' שם רע ה"ז פטור מן המלקות ומן התשלומין וכל הפטור אם רוצה לגרש יגרש והקשה המל"מ כיון דהוי בעיא דלא איפשטא נהי דפטור מן התשלומין וממלקות אבל לענין מ"ע ולו תהיה לאשה כתיב ואמאי יכול לגרשה עיי"ש ולכאורה מוכח מזה דסובר הרמב"ם ז"ל דגם בספק מ"ע מן התורה ספיקא לקולא:

ואפשר לדחות דאין ראי' מזה דספיקא דאורייתא לקולא אלא התם הטעם משום דכל מוציא ש"ר שויא אנפשי' חתיכה דאיסורא דאע"ג שהבעל אינו יודע אם זינתה או לא רק שהביא עדים לב"ד שהעידו שזינתה דאנן לא קיי"ל כרבי יהודא דבעינן שישכור עדים ורק אם טען לא מצאתי לבתך בתולים והביא עדים ע"ז יש לו דין מש"ר כמ"ש הרמב"ם ז"ל שם (בהלכה ו') כיצד הוש"ר שיבא לב"ד ויאמר נערה זו בעלתי ולא מצאתי לה בתולים וכשבקשתי על הדבר נודע לי שזינתה תחתי אחר שארסתיה ואלו הם עדי שזינתה בפניהם ואם הביאה עדים שהזימו עדים שהביא הבעל ונמצא שהעידו שקר ילקה ונותן מאה סלעים עכ"ל דמשמע שהבעל לא ידע שזינתה רק שלא מצא בתולים וביקש על הדבר ומצא עדים שזינתה אבל הוא לא ידע אם זינתה וא"כ לא שייך שויא אנפשיה חד"א. דהא לא אמר שזינתה ובמה שאמר לא מצאתי לבתך בתולים לא שויא אנפשי' חד"א אלא באשת כהן או בנתקדשה פחותה מבת ג' שנים ויום אחד דליכא

ספק ספיקא אבל באשת ישראל שנתקדשה אחר ג"ש לא שויא אנפשי' חד"א דהא הוי ס"ס ספק תחתיו ספק אינו תחתיו ספק באונס ספק ברצון כדאמרינן בכתובות (דף ט'). מ"מ הא כתב הרמב"ם ז"ל שם (בפ"ג ה' וא"ו) דאם אמר לא מצאתי לבתך בתולין ולא אמר שזינתה תחתיו וכן אם אמר שזינתה תחתיו ולא הביא עדים ה"ז פטור וכיון דבעינן שיאמר שזינתה תחתיו מלבד מה שיאמר לא מצאתי בתולים א"כ הרי שויא אנפשיה חד"א:

ועיין בש"מ בכתובות (דף מ"ה) בהא דאמרינן שם נערה המאורסה שזינתה ומשבגרה הוציא עלי' ש"ר הוא אינו לוקה ופירש"י אינו לוקה אם כיחש וכתב הש"מ וז"ל דהא ודאי אין המלקות בא לו ע"י מה שהוזמו דמפני שעדיו הוזמו לאו בר מלקות הוא דאפשר שאמת הי' דבריו אלא שהעדים הוזמו אבל לא הוכחשו ולכך בעינן שיכחיש הוא עצמו את דבריו הראשונים והרמב"ם ז"ל (בה' נערה) לא כתב כן שכ' כיצד הוצאות ש"ר שיבוא לב"ד ואם הביא האב עדים והזימו עדים שהביא הבעל ונמצא שהעידו שקר יסקלו וילקה הוא ונותן מאה סלעים עכ"ל אפשר לומר דבעינן תרווייהו שיזימו עדים שהביא הבעל וגם הבעל בעצמו יודה ששקר דיבר ובהזמת העדים לא סגי שהרי הוא עומד וצווח שזינתה תחתיו ואע"ג דעדיו הוזמו הרי לא הוכחשו והיום או מחר יביא עדים ואין ללקות מספק אבל מאחר שהוזמו עדיו וגם הוא מכחיש דבריו הרי הדבר שקר לכך לוקה ויש לדייק כן מלשון הרמב"ם ז"ל שכ' ונמצאו שהעידו שקר והרי לשון זה מיותר א"ו כדכתיבנא וזהו שכתב רש"י ז"ל הוא אינו לוקה אם כיחש פירש כיחש דבריו הראשונים עכ"ל הש"מ בקיצור הרי חזינן דמיירי שהודה שדיבר שקר או שהודה שאמר שקר במה שאמר שלא מצא לה בתולים ובאמת מצא או שאמר שראה שזינתה והודה שלא ראה והעמיס הש"מ זה בלשון הר"מ ורש"י ז"ל:

ובאמת הדבר מוכח מעצמו דבלא"ה קשה טובא לפי מה דמשמע פשטא דתלמודא ולשון הרמב"ם שאמר רק לא מצאתי לבתך בתולים א"כ אמאי עונשין אותו מלקות ומאה כסף הא אפשר לומר שהאמת הדבר שלא מצא והלא הי' חובה עליו לבא לב"ד דהא מהאי טעמא קבעו חכמים יום מוגבל לנשואי בתולה ליום רביעי כדי שאם יהיה לו טענת בתולים יבא לב"ד ולא יתקרר דעתו כמבואר כ"ז בפ"ק דכתובות בגמרא ורש"י ותוס' שחובה עליו לבא לב"ד שיתברר הדבר ואם מצא עדים שהוזמו הוא מה פשע בזה ואפילו אם אמר שיודע בעצמו שזינתה הא אפשר שאמת הדבר דהעדים הוזמו ולא הוכחשו כמ"ש הש"מ א"ו דמיירי שהודה שאמר שקר במה שאמר שלא מצא בתולים או שראה שזינתה כמ"ש הש"מ מ"מ מאי מהני חזרתו הא שוי' אנפשי' חד"א אלא דבמש"ר גלי

קרא דלא חיישינן למה דשויא אנפשי' חד"א ורמי עליו קרא מ"ע דולו תהי' לאשה ועוד דבמוציא ש"ר אתי עשה דולו תהי' לאשה ודחי ל"ת דלא יוכל לשוב לקחתה אחרי אשר הוטמאה לפי דבריו שזינתה דהא בדידה ליכא ל"ת שהיא מכחשת ובדידיה איכא עשה ודחי ל"ת אבל בספק מש"ר אין ספק עשה דוחה ל"ת ולהכי בספיקא דדינא כמו מש"ר על נשואי הראשונים כיון דהוי ספק אם יש כאן מ"ע או לא הא שויא אנפשי' חתיכה דאיסורא שאמר שראה שזינתה ואין ספק קיום מ"ע דולו תהיה לאשה דוחה איסור דשויא אנפשי' חד"א:

ואין לומר דלפי זה תקשה אמאי כתב הרמב"ם ז"ל דאם רצה לגרש יגרש דמשמע שאם רצה שלא לגרש הרשות בידו הא שויא אנפשיה חד"א ומחוייב לגרש ז"א דהא הראב"ד ז"ל כתב (בפי"ח מה' א"ב ה"ט) ועיין במל"מ שם גבי אשה שאמרה טמאה אני לך אם אמרה אחר מיתת בעלה שהיא טהורה ולא אמרה כן אלא כדי להפקיע עצמה מתחת בעלה מותרת לכהונה משום דזה הוי אמתלא א"כ ה"נ מאי דמשמע מדברי הרמב"ם שאם רצה שלא לגרשה הרשות בידו היינו אם יתן אמתלא לדבריו ויאמר שמה שאמר שיודע שזינתה הוא מחמת שרצה לאוסרה עליו והוי אמתלא טובה ומהני אבל אם רצה לגרשה רשאי היינו אם לא נתן אמתלא לדבריו למה אמר שיודע שזינתה רק שחזר מדבריו שבתחילה אמר שיודע שזינתה חזר בו ואמר שאינו יודע שבזה שויא אנפשי' חד"א ודין מש"ר אין כאן משום דלא נפשטה בעיין אם יש בנשואין הראשונים דין מש"ר להכי אם רצה לגרש יגרש משום דשויא אנפשי' חד"א ואם רצה שתהא אשתו ויתן אמתלא לדבריו רשאי:

ויש להביא ראיה דלהרמב"ם ספק מצוה לחומרא דהא אמרינן בע"ז (דף נ"ג) ישראל שזקף לבינה ולא השתחווה לה ובא עכומ"ז והשתחווה לה אסרה מתחילתה של א"י דכתיב ואשריהם תשרפון באש מכדי א"י ירושה להם מאבותיהם ואין אדם אוסר דבר שא"ש אלא מדפלחו ישראל לעגל גלו אדעתייהו דניחא להו ועכומ"ז שליחותייהו עבדי ופריך ואימא דבהדי עגל ליתסר מכאן ואילך לישתרי ומשני מאן מוכח ע"כ אלמא שנאסרו כל האשירות משום הנך דבהדי עגל והקשו המחברים האחרונים ז"ל דהא להר"מ ספיקא לקולא ונהי דלא שרינן משום רובא משום דהוי קבוע מ"מ הא בספק השקול נמי מה"ת שרי ומהני ביטול כמו טלמסאות של עכומ"ז ואין לומר דלא מהני בספק משום דמוקמינן אחזקה כמו שהיתה אסורה קודם ביטול דכבר כתבנו לעיל בתשובה (בדיני חמץ) דלא מהני חזקה אלא אם אנו באין לדון על הדבר מזמן לידת הספק והלאה אבל לא מהני חזקת איסור להחזיק האשירה שקודם ביטולה היתה של

ישראל שאם אנו באין לאוסרה ולאמר שלא יועיל הביטול אנו צריכין לאמר שקודם ביטולה היתה של ישראל וזה לא אמרינן עיי"ש. וא"כ קשה אמאי נאסרו כל האשירות ולא מהני להו ביטול הא מן התורה ספיקא לקולא אבל אם נימא דספק מצוה לחומרא א"ש דביעור עכומ"ז הוי מצוה שנצטוו אחר כניסתן לארץ כדאמר בע"ז (דף מ"ה) וספק מצוה לחומרא וכן נראה לי בהא דאמרי' ביבמות (דף ס"א) דקאמר רשב"י קברי כותים אין מטמאין באהל משום דאתם קרוין אדם ואין הכותים קרוין אדם ופריך הש"ס מקרא דכתיב כל הורג נפש וכל הנוגע בחלל תתחטאו ומשני דלמא איקטיל חד מן ישראל והקשו האחרונים ז"ל הא להרמב"ם ספיקו לקולא ולמה ניחוש דאיקטיל חד מן ישראל. אבל לפמש"כ א"ש דסובר כר"י דאית לי' ביומא (דף ח') דהזאה בזמנה מצוה וספק קיום מצוה לחומרא מיהו אכתי קשה נהי דספק מצוה לחומרא מ"מ אמאי חייבין להזות משום דלמא איקטיל חד מן ישראל הא כאו"א פטור מלהזות דבעינן למיזל בתר רובא ורוב חללי כותים היו וכ"א יתלה דאפילו אם יקטול חד מישראל מכ"מ הוא נגע בכותי ולא נגע בישראל ונראה דגם זה ניחא בלא"ה דאף דהתם אמר רבינא נהי דמעטינהו קרא מטומאת אהל ממגע ומשא מי ממעטינן קרא דמשמע דמעיקרא הוי סבר הש"ס דמת עכומ"ז לא מטמא אף במגע ומשא היינו דלא מטמא טומאת שבעה כדין מגע ומשא שבמת אבל טומאת ערב כנבילה ידע הש"ס גם מעיקרא שמטמא דאף דלא קרי אדם מכ"מ לא גרע מבהמה שמטמא במותה טומאת ערב במגע ובמשא [והכי משמע לשון רש"י ז"ל שם בד"ה כל הורג נפש שכתב שם ומדבעי טומאת שבעה אלמא מטמא ע"כ הרי משמע דקושית הש"ס לרשב"י הוא רק מהא דמטמא טומאת שבעה אבל אי מטמא טומאת ערב לא קשה לרשב"י וזה ידע הש"ס גם מעיקרא] וכיון דטומאת ערב איכא גם אם נגע בחלל עכומ"ז ממילא בעינן לטמויי טומאת שבעה מספיקא דלמא אקטיל חד מישראל לפמש"כ לעיל דמחזיקין מאל"א ומכ"ש מטומאה לטומאה דשם טומאה אחת היא ואף דקיי"ל רובא וחזקה רובא עדיף ורובא מתי עכומ"ז היה מ"מ אפשר דרשב"י סובר כר"מ דאית ליה סמוך מיעוטא לחזקה:

סימן עב

שאלה סרכה שלא כסדרן על הריאה במקום שנתרוקן הבשר והקרומים דבוקין זה בזה עד שאם נוקבין במחט אין רוח יוצא מחמת דיבוק הקרומים מה דינה:

תשובה לכאורה כיון דסרכה שלא כסדרן אפילו אם הלכה ע"י מיעוך בעי בדיקה והכא ליכא בדיקה דהא חזינן דדיבוק הקרומים מעכב הרוח מלצאת דאפילו בנקיבת מחט נמי אין הרוח יוצא וא"כ הרי לא נבדקה הריאה:

אולם לכאורה יש להקל דהא עיקר טריפות נקובת הריאה הוא משום שהנקב מוציא רוח כמ"ש רש"י בחולין (מ"ו) ד"ה ל"ל בדיקותא שכתב שם ואע"פ שהקרום סותם הנקב ואין מוציא הרוח הא אמרן קרום שעלה מחמת מכה בריאה אינו קרום עכ"ל הרי משמע דעיקר טריפות דנקיבת הקרום הוא משום שמוציא רוח ואם כן הכא שהקרומים דבוקים זה בזה עד שאינו מוציא רוח אפילו מנקבין במחט הא גופא לא גרע מסתימה דעלמא וכן משמע בנקה"כ (בסימן מ"ג) גבי טחול דעיקר טעם דנקיבת קרום הריאה הוא משום שהרוח יוצא מחמת הנקב:

מיהו ז"א דמאן לימא שמתחילת עשיית הנקב היו הקרומים דבוקים זה בזה דילמא מתחילה היה במקום הסרכא נקב ועדיין היה שם בשר והיה הרוח יוצא מהנקב ואח"כ נדבקו הקרומים עד שאין רוח יוצא ואנן קיי"ל דלא מהני סתימה אא"כ הוי סתימא דמעיקרא כמו סתימת הדופן בריאה או סתימת הכבד במרה אבל סתימה דאח"כ לא הוי סתימה ומה"ט אין סרכה סותמת והא דאמרינן בחולין (דף מט) חלב טהור סותם ולא חיישינן דילמא עלה השומן אחר שניקב אפשר לאמר דהתם אמרינן אין דרכה להיות משבחת במידי דמיטרפא בי' כדאמר בחולין (דף נ"ז) גבי ניטלה הנוצה והגדילה כנפים יותר מן הראשונים דפריך ודילמא קא סבר טריפה משבחת ומשני דבמידי דמטרפה אינה משבחת אבל הכא בדביקות הקרומים חיישינן שמא אחר שניקבה נדבקו:

מיהו נראה דאפשר לומר דהוי ס"ס דהא הרא"ש כתב בחולין בפ' א"ט דבהמה שנטרפה מחמת סירכה הוי רק ספק טריפה לענין החלב שנחלב ממנה ואף שהש"ך כתב ביו"ד (סימן פ"א ס"ק ט') דאיכא סרכות שהן ודאי טריפות דהיינו סרכא שלא כסדרן מ"מ דעת הגאונים ז"ל דשלא כסדרן הוי רק אם נסרך ראשונה לאונה השלישית אבל אם נסרך אונה לחברתה הסמוכה לה מיקרי כסדרן וכן בסרוכה לשומן איכא כמה מרבוותא דמכשרי כמ"ש הב"י ביור"ד (סימן ל"ט) עיי"ש. וא"כ לא הוי אלא ספק טריפה ושפיר הוי ספק ספיקא שמא ליכא כאן נקב והסרכה באת מחמת הפשטת ליחה בעלמא. ואת"ל שבא מחמת נקב שמא נעשה אחר שנדבקו הקרומין זה לזה והוי סתימא דמעיקרא שלא נטרף כלל:

ודע שיש לעיין הא דבכל מקום שהוזכר בש"ס בדיקה גבי ריאה הוא רק בנפיחה אי מפקא זיקה כמו בריאה הסמוכה לדופן דרב נחמיה בדק לה בפשורי וממילא היכא דא"א לבדוק בפשורי כגון שיש טינרי המעכב הבדיקה וטינרי לא מיקרי העלתה צמחים דצמחים הוא בועה ולא טינרי] אסורה ולא מהני מה שנראה בעין שאין כאן נקב ובשאר דוכתי מהני בדיקה במראית עין שאין כאן נקב כדאמרינן שם (בדף נ"ו) גבי קרום של

מוח בעוף שהכתה חולדה על ראשה למ"ד דמהני בדיקה דרב שיזבא בדיק בשימשא פרש"י ז"ל נגד השמש מסתכל אם יראה נקב שהאור יפה לבדיקה עכ"ל ואם כן בריאה נמי היכא דא"א לבדוק בנפיחה נבדוק בשימשא מיהו באמת הדבר נכון דאיך אפשר לבדוק בשימשא דהרי אנו רואין כל היכא דמפקא זיקא אין ניכר שם נקב בריאה אפ"ה יוצא הרוח הרי שודאי נקבי הריאה אינן דומין לשאר נקבי איברים הפנימים דבכל איברים הפנימים אם יש נקב ניכר לעין ובריאה מוציא רוח אף שאין ניכר לעין שום נקב וריעותא בקרום להכי א"א לסמוך בריאה אלא בבדיקת פושרי ולא במראית עין מיהו לפעמים שנראה לעין על קרום הריאה מחמת מוגלא שתחת הקרום שדוחק את הקרום ונראה כמו שניקב הקרום ויכול להיות שבאמת לא ניקב רק מחמת קושי המוגלא ודחיקת הקרום נראה כמו נקב אז מהני להסיר את המוגלא ואם נראה שהקרום לא ניקב לעיני השמש אז יש להתיר דבזה אנו רואין שמה שהיה נראה כמו נקב הוא רק מחמת דקירת המוגלא בקרום אבל בשארי ריעותות אין בדיקה אלא בפושרין ודו"ק:

סימן עג

שאלה במה שמצוי האידנא בריאה שנמצא עלי' בשר בלוי וכשקולפין הבשר בלוי מזעת טיפי דמים ולפעמים יוציאו הרבה דם וכשמקנחין את הדם לרגע או לשתים חוזרת ומזעת והאחרונים נסתפקו לומר דכיון דלא מפקא זיקא לא מיקרי נקב ויש אומרים שהדם בא משני הקרומין וניקב העליון ולא התחתון מה דינו:

תשובה הנה באמת קשה הדבר להקל בסברות כרסיות כאלו בספק תורה מ"מ נראה לי דיש להקל מטעם אחר דהנה הרמ"א ז"ל כתב (בסי' ל"ט) ריאה שנמצא עלי' כמו חלב כיסוי והוא בשר בלוי קולפין אותה מעל הריאה ואם הריאה תחתי' שלם ויפה כשירה מיהו צריך לבדוק הריאה בנפיחה עכ"ל וכיון שנמצאת הריאה שלם ויפה אחר הקליפה יש לתלות דם זה היוצא מחמת קליפת הבשר בלוי שניקלף בחוזק ונקרעו ונפתחו עורקי הדם וקודם הקליפה לא היה שום נקב בריאה רק שהקליפה גרם הנקב דמחמת שנפרד בכח גרם לינקב ואין לומר דאכתי לא עדיף מאלו לא נבדוק כלל דז"א דנראה לי דהך בדיקה דבשר בלוי אינה חיובית כלל ואם הסירו הבשר בלוי וראה שאין תחתיו מכה והיא בגדר שלם ויפה ולא בדק בנפיחה נמי כשירה דהאי שלם ויפה שכתב הרמ"א ז"ל אין כוונתו על הוצאת רוח מדכתב אח"כ מיהו צריך לבדוק הריאה בנפיחה אלא דהאי שלם ויפה שכתב כוונתו שלא תהא תחת הבשר בלוי מכה או מסמוס הקרום שדומה לנקב אבל בדיקת נפיחה ודאי דאינה מעכבת דהא הב"י בשם הרוקח למד דין זה דבשר בלוי מהאי ריאה דקיימא גילדי גילדי המוזכר בגמרא (דף מ"ו) ושם אמרינן סתם כשירה

ולא מצרכינן בדיקה וכן ציין הגר"א ז"ל בביאורו לש"ע על דברי הרמ"א ז"ל ממימרא דגילדי גילדי ואף דגם בדיקת שלם ויפה אחר הקליפה לא הוזכר שם ואפילו הכי היא חיובית וכמ"ש גם הטור (בסימן ל"ח) גילדי גילדי כמו נתק והיא שלימה איכא למימר דזה א"צ להזכיר דממילא מובן דבעינן שתהא שלימה בלי מכה תחת הנתק אבל בדיקה אם איתא דבעינן הוה ליה להזכיר ומדאמרי' סתם כשירה משמע דלא בעינן בדיקה כלל וקים להו לחז"ל דהריאה רגילה להעלות קרומים כאילו עליה שלא ע"י נקב וכן גבי סירכא תלוי' הסכימו כל הראשונים ז"ל שא"צ בדיקה בנפיחה כיון שאין נסרך למקום אחר בא על הריאה מחמת איזה חולשה אף בלא נקב:

ואף הר"מ ז"ל שמצריך לבדוק בסירכא תלוי' כמו שלמדו מדבריו הר"ן ז"ל והרשב"א ז"ל שכתב שכ"מ שיש ריעותא נופחין אותה נראה דטעמא רבה אית ביה דממ"נ אם נימא אין סרכה בלא נקב וכסדרן כשר משום דהוי סתימה מעליא א"כ ה"ה סרכה תלויה הויה סתימה מעליא ומ"מ בעי בדיקה שמא עדיין לא נסתם הנקב וכמ"ש התוס' בפ' א"ט (דף מ"ז) סברא זו וכ"כ המרדכי שם וכן להך שיטה דיש סירכה בלא נקב ושלא כסדרן טריפה משום דסופו להתפרק ולהעשות נקב א"כ כשמוצאין סירכה תלוי' בעינן לחוש שמא היתה דבוקה למקום אחר וכבר נפסקה וניקבה ע"י מה שנפסקה ולהכי בעי בדיקה לשיטת הרמז"ל אבל בבשר בלוי שהוא כמו גילדי גילדי דל"ל מידי למסרך למקום אחר מודה גם הרמז"ל דא"צ בדיקה וכיון דבדיקת נפיחה לא הוי חיובית יכולין לתלות שמחמת הקליפה בעצמה נעשו הנקבים להוציא רוח או דם ואף שקלפו בנחת וכמ"ש הרמז"ל (בפ"ז מה"ש) גבי ריאה הסמוכה לדופן דאי איכא מכה בדופן תלינן בתר דופן אף אם נמצאת נקובה תלינן הנקב שנעשה בשעת פירוק הריאה מהדופן אף שפרקה בסכינא דחלש פומיה מ"מ שמא לא נזהרו יפה יפה ואף שהלחם משנה כתב שם דסירכה לדופן והסירו הסירכה מהריאה לא תלינן שבא הנקב מקליפת הסירכה מ"מ לא נראו דבריו ז"ל בזה דהחוש מעיד כשמפרידין מהריאה דבר שדבוק בה יכולה לינקב:

ועוד נראה לי דאף הרמ"א ז"ל לא הצריך לבדוק הריאה בנפיחה אחר הסרת הבשר בלוי אלא שצריך לנפחה קודם ההסרה שמא יש בה נקב עכשיו כמו בכל ריאה שיש בה איזו ריעותא שצריכה בדיקה אבל לא בעינן לבדוק מקום שקלף דאפשר דמחמת הקליפה ניקבה וכן כל הפוסקים שהצריכו בדיקה בסרכה כסדרן ומכללם הרמ"א ז"ל (סימן ל"ט) אין כוונתם להסיר הסירכה ולבדוק מקומה אלא כוונתם לבדוק הריאה קודם הסרת הסירכה שמא יש בה נקב ועיין בתוס' פרק א"ט (דף מ"ז) שכתבו לשיטת האומרים אין סירכה בלא נקב וכסדרן סותם הנקב דבעי בדיקה שמא עדיין לא נסתם והתם ודאי

כוונתם לבדוק בלא הסרת הסירכה דהא לאחר הסרת הסירכה שוב אין בחינה לידע שלא נסתם שהיא בעצמה סותמת הנקב וכן כוונת כל הראשונים ז"ל לבדוק קודם הסרת הסירכה והכי נמי לא הצריך הרמ"א ז"ל לבדוק מקום הקליפה של הבשר בלוי בנפיחה שמא תבצבץ דאף אם יבצבץ תלינן שמחמת הקליפה בא הנקב. רק דבעינן לבדוק הריאה ומהני הבדיקה אף קודם הקליפה וכיון שכן ודאי דיכולין לתלות הבצבוץ או הוצאת הדם בקליפת הבשר בלוי ועוד דהד"מ כתב (בסימן ל"ט ס"ק י"ד) ריאה שנמצא בה דלדולים כעין סירכות כשר ולא הוזכר שם קליפה ובדיקה וכן נוהגין להכשיר בכ"מ והמה בשיפולי הריאה ואם קולפין אותם לפעמים יוצא ג"כ דם הרבה ומקנחין וחוזר ומתמלא דם ולית מאן דחש להטריף וע"כ משום דאורחיה ורביתא דריאה היא אם קולפין ממנה דבר שנדבק בה בדוחק נפתחין העורקין ומוציאה דם ותימא גדולה הוא על המורים המטריפים אם נמצא דם תחת בשר בלוי וכשנמצא תחת הדלדולים מכשירין בפשיטות: **ועוד** נ"ל סברא להקל לפמ"ש הרא"ש ז"ל (בפ' א"ט סימן י"ד) וז"ל וא"ת כיון דאין סרכה באה בלא נקב כדפרישית א"כ מאי נ"מ במה שהקרום סותם הנקב הא אמרו קרום שעלה מחמת מכה בריאה אינו קרום וי"ל דהא דאמרינן דאינו קרום היינו בנקב שאינו רגילות להעלות קרום כגון שלא כסדרן ואם לפעמים יעלה קרום סופו ליפסק אבל כסדרן רגילות להעלות קרום ששוכבות זה אצל זה וגם אינו נפסק ומשמע לי מדברי הרא"ש דבכסדרן שרגיל להעלות קרום אף שקודם שעלה הקרום כבר נטרף מ"מ כשעלה בו קרום חוזר להכשירו ע"י קרום זה והכי כתב בפ' בהמה המקשה (סימן ז') שהקשה בשם הרמב"ן ז"ל דאם נחתכו הגידין יחתוך הרגל למעלה מצומות הגידין ותחזור להכשירה ותי' הרמב"ן ז"ל אה"נ דחזרה להכשירה אלא ודאי אם שחט אחר שנחתך הצומות הגידין טריפה שהרי יש בה מכה שאינה חיה אפילו בביזור סממנין אבל חתך למעלה מצומות הגידין ושחטה כשירה כו' וכן מצינו טריפות נכשרות ריאה שנקבה ולא סביך בבשרא טריפה חזרה ונסבכה הוכשרה ודעת רחוקה היא שטריפות תחזור להכשירה בידי אדם אלא מיד שנחתך צומה"ג מתה היא ואלו חתכה מתחילה למעלה היתה חיה אבל אחר שנחתכה בצוה"ג שוב אין לה תקנה שכבר נכנס בה החולי ואין לה תקנה ולא דמי לריאה שמעצמה עומדת ומתחילה להסתבך עכ"ל הרי שדעת הרמב"ן והרא"ש ז"ל דגבי ריאה הסמוכה לדופן הויא טריפות שחוזר להכשירו ע"י סתימה ולא נחלקו הרמב"ן והרא"ש ז"ל אלא גבי צוה"ג אם מהני חיתוך למעלה ממקום טריפות דלהרמב"ן מהני ולהרא"ש לא מהני תיקון בידי אדם אבל גבי ריאה הסמוכה לדופן הטריפות חוזר להכשירה ומשום דלא ממעטינן ביבמות (דף ע"ו) בלישנא דזהו פסול החוזר להכשירו למעוטי קרום שעלה

מחמת מכה בריאה דאינו קרום אלא קרום שעלה מחמת מכה מחמת דסתימת קרום בעלמא לאו סתימה הוא דכיון שאינו רגיל להעלות סופו ליפסק אבל סתימת סביך בבשרא דאין סופו ליפסק הוי סתימה מעלייתא ושפיר חוזר להכשירו:

ובזה א"ש מה שהקשה הר"ן מהא דאמרינן (דף נ"ד) גבי טבי רישבא מחו בכוליתא וקטלו ואפ"ה אין בו טריפות משום דגמירי דאי בדרי ליה סמא חיי אלמא דכל היכי דמהני תקנה לא מיקרי טריפה כלל וכן אמרו (בדף ס"ח) ובשר בשדה טריפה לא תאכלו לפי מה שמצינו במעשר שני וביכורים שיצאו חוץ למחיצתם וחזרו מותרין יכול אף זה כן ת"ל טריפה מה טריפה כיון שנטרפה שוב אין לה היתר אף בשר כיון שיצא חוץ למחיצתה שוב אין לה התיר ע"כ הרי דדבר ברור הוא דטריפות אין לו היתר ואמאי אמרינן גבי ריאה הסמוכה לדופן דכי לא סביך טריפה וכי סביך חוזר להכשירו אבל לפמ"ש הרא"ש ז"ל לא קשה דהא דפשיטא להו דטריפות אין לו היתר היינו בידי אדם דדבר שיש לו תקנה בידי"א ע"י ביזור סמים לא מיקרי טריפה ואם נטרפה ע"כ דלא מהני ליה תקנה בידי אדם ע"י ביזור סמים אבל בידי שמים שפיר יש תקנה לטריפות וקודם התקנה הוי טריפה וחוזר להכשירה וכן הא דקאמר גבי בשר שיצא חוץ למחיצתו מה טריפה אין לה תקנה היינו נמי בידי אדם דלפי שאם נדמה בשר שיצא חוץ למחיצתו למע"ש וביכורים היה מועיל לו חזרה בידי אדם שמחזירן והן מותרים להכי קאמר קרא כטריפה שאין לה היתר בידי אדם וכיון דאין לו היתר ע"י חזרה בידי אדם לא מהני נמי אם הוחזר האבר מאיליו דגבי חזרה לא שייך לחלק בין הוחזר מאיליו או ע"י אדם דכיון דלא מטרף ע"י יציאה ולא נאסרו אלא כשהן בחוץ וכשהוחזר מאליו מותר ממילא כשהוחזר ע"י אדם נמי מותר דדוקא גבי טריפות שייך לחלק דחולי שיכול להתרפאות ע"י אדם וסמא בידו לא מיקרי מכת מות אלא נכנס בה סכנת מות אבל חולי שאין לה תקנה בידי אדם אף שיכולה להתרפאות בידי שמים מיקרי מכת מות וכבר התחיל מיתה בה אבל גבי חזרת אבר היוצא אין סברא לחלק בזה וכיון דילפינן מקרא דבשר בשדה טריפה שאין חזרה מועיל לבשר היוצא ובמה שיצא חוץ למחיצתו נטרף ממילא הוי טריפה אפילו אם הוחזר מאליו ועוד דאפילו נימא דגם גבי אבר היוצא נמי היה אפשר לחלק בין החזירו להוחזר מאליו מ"מ שפיר יליף דאסור בכל ענין דהא שם אפשר להחזירו בידי אדם [כדתניא שם בברייתא שחטו ואח"כ החזירו דמשמע שהוא מחזירו בידן] וכיון דמצי להחזיר בידי אדם הרי סמיה בידן וכל דבר שיש לו תקנה בידי אדם לא מקרי טריפה וכיון דהכתוב קראו טריפה ודאי דלא מהני חזרה עכ"פ הא דקאמר הש"ס

מה טריפה אין לו היתר היינו בידי אדם אבל בידי שמים דעת הרמב"ן והרא"ש דאף שניטרף חוזר להיתרו ע"י קרום שרגיל להעלות ואינו נפסק:

וכן מצאתי להרא"ה ז"ל בבדק הבית (דף ה') שחילק לענין זה בין דבר שבידי אדם לדבר שבידי שמים אלא שהוא כתב שם בדרך אחר דבדבר שרפואתו בידי אדם לא מיטרפא כלל ובדבר שרפואתו בידי שמים פעמים נעשה הנקב והחולי באופן שאין בו כח להעלות ארוכה וקרום ובזה שפיר מיטרפא ולפעמים נעשה הנקב באופן שיכול להעלות בו קרום ובזה לא מיטרף גם קודם שמתחיל להתרפאות להכי מספק אנו אוסרין קודם שעלה הקרום וכשאנו רואים שעלה קרום אגלאי מילתא למפרע שלא נטרפה כלל וכן הביא הר"ן ז"ל בשמו בפא"ט ואף לדבריו ז"ל צ"ל מה דבקרום שעלה מחמת מכה טריפה ולא הויא סתימה ובריאה הסמוכה לדופן וסרכה כסדרן הוה סתימה ולא מיטרף למפרע אם אנו רואין שעלתה סתימה הוא כמ"ש הרא"ש ששם רגיל להעלות קרום ואינו מיפסק ובקרום שעלה מחמת מכה סופו ליפסק וכיון שהרא"ש ז"ל תלי לה דאין סופו ליפסק הוא משום דרגיל להעלות קרום גבי ריאה הסמוכה לדופן ובסרכא כסדרן א"כ אף אנו נאמר בהני נקבי הזיעה שלא ראינו מעולם שבאו הני נקבים בלא קרום ותמיד כשהם נמצאים יש קרום עליהם א"כ הרי רגילים להעלות קרום ושפיר יש לומר שהקרום סותם הנקב ואינו נפסק והוי סתימה מעלייתא והוי פסול שחוזר להכשירו כדעת הרמב"ן והרא"ש ז"ל או דאגלאי מילתא למפרע שלא נטרף מעולם כדעת הרא"ה ז"ל:

ואף שהרשב"א ז"ל במשמרת הבית מחולק על הרא"ה וכתב שאין שום טריפות חוזר להכשירו ומה שמתירין סירכה כסדרן וריאה הסמוכה לדופן הוא משום דלא נטרפה מעולם מחמת שהסתימה היתה אצל הנקב מתחילת הווייתו ואף שלא היה קרום ולא נטרף מעולם ואף דבעינן סביך בבשרא וההסתבכות לא נעשה אלא אחר שנעשה הנקב מ"מ הסתימה היה מועלת אף קודם שנסתבך והא דבעינן סביך הוא מפני שאנו חוששין לה מן הספק שלעתיד שמא לא תסתום יפה ולפיכך אין אנו מתירין אלא אם סביך ומ"מ אפשר שסתמה הדופן היטב ולא נפרדה עד שנסתבך הדופן בבשר ולא זהו פסול החוזר להכשירו דמתחילה נמי בשעת סיבוך אפשר דעדיין לא טריפה ממש היא שהדופן היתה סותמתה עכ"ל הרי מבואר דלא מיקרי סתימה אא"כ היה מתחילת הווית הנקב שלא נטרף מעולם וגבי זיעה אפשר דהקרום נעשה אח"כ ולא מיקרי סתימה וכ"כ הש"ך (בסימן ל"ט) מ"מ הא בארנו דדעת הרמב"ן והרא"ה והרא"ש אינו כן אלא דאפילו סתימה דאח"כ נמי מהני ולא איכפת לן להא דפסול שחוזר להכשירו כמו שבארנו:

ולפי"ז כיון דהני נקבים שמוציאין דם ואינם מבצבצין לא נמצאו מעולם בלא בשר בלוי שעליהם והם נמצאות תמיד תחת קרום או בשר בלוי א"כ חזינן דנקב כזה רגיל להעלות עליה קרום תמיד ושפיר מקרי סתימה מעלייתא וגם אין סופו ליפסק שאינו דבוק למקום אחר:

(הגה"ה ודברי הרשב"א ז"ל שם במשמרת מוקשים לכאורה למעיין בהם דאטו משום ספיקא מקילינן ואמרינן שמא לא נפרדה עד שנסתבכה בבשר הדופן אדרבה בעינן למיזל לחומרא שמא לא נסתמה יפה קודם ההסתבכות:)

ועוד יש להקל לפי מה שכתב הרשב"א ז"ל בת"ה (דף לה) בסרכה תלוי' דהוי ס"ס ספק מחמת נקב ספק שלא מחמת נקב ואת"ל מחמת נקב שמא קרום העליון לבד הוא שניקב וממנה הסרכה נמשכת וה"נ יש לומר ספק דהזיעה שלא מחמת נקב רק שטבע הבע"ח כן ואת"ל מחמת נקב שמא הקרום העליון לבד הוא שניקב והדם הוא בקרומים ועוד יש מקום קצת להקל דאף שכתבנו שנראה שהדם בא מבשר הריאה ונקבו הקרומים מ"מ כיון שאנו רואים דלא מפקא זיקא וזה רחוק המציאות שיוציא דם ולא יוציא רוח [ואין לתלות דהדם סותם הנקב דכמה פעמים רואין שנקרש דם הרבה תחת הקרום ואפ"ה אם נוקבין במחט מוציא רוח ואין הדם מעכב את הרוח מלצאת]. להכי בעינן למיתלי שניקבו הקרומים זה שלא כנגד זה ומחמת שאין הקרומים מכוונים אין הרוח יוצא ומ"מ הדם מקלח רק שהרוח אין יוצא מהנקב מחמת שמתעכב בין שני הקרומים וכיון דאיכא כמה מרבוותא ומכללם הרב"י בשולחנו פסק כן דניקב זה שלא כנגד זה כשר א"כ יש לנו יסוד גדול להקל:

שוב מצאתי שהפמ"ג הביא בשם הרשד"ם שמיקל בקרום שנמצא על הריאה כל שאינו עב כטילא ממש ונאבד בלא בדיקה וכיון שבררנו דאפשר לתלות הדם בהסרת הקרום כמו שמצינו בדלדולים ודאי דיש להקל בזה מיהו כ"ז בזיעה הנמצאת תחת בשר בלוי אבל זיעה היוצאה אחר קליפת הסרכה לא ידעתי מקום להקל דאף שכתבנו שזיעה כזה נמצא גם תחת דלדול הריאה ואנן מכשירין בפשיטות משום דהנקב בא מחמת קליפת הדלדולין מ"מ אכתי לא נבדקה הריאה ובלא בדיקה ודאי א"א להכשיר דבסירכה הבדיקה חיובית ואף אם נימא דהזיעה אינה באה מחמת נקב כלל כ"א שטבע הבע"ח להזיע בלא נקב אף לאחר שחיטה מ"מ לא הוי בדיקה דאפשר דיש כאן נקב דהזיעה והדם נכנס בנקב ולהכי לא מבצבץ לכן אין להקל בסירכה שמזעת וכ"ז אם נמצא דם ממש אבל אם הריאה אדומה קצת במקום שהסירו הסרכה ל"ל בה כיון דליכא זיעה ממש כן נלע"ד:

סימן עד

שאלה בהמה או עוף שיצאו בני מעיה אי מותר לשוחטה קודם החזרה או לא:

תשובה הנה במשנה (בפרק אלו טריפות) קא חשיב יצאו בני מעיה באלו כשירות ומשמע אפילו לא הוחזרו עדיין וכ"כ הד"ח על הרא"ש ז"ל שם בהדיא דבלא הוחזרו כשרים אלא שלענ"ד מלשון רש"י ז"ל לא משמע הכי דקאמר שם בגמרא ל"ש אלא שלא היפך בהן אבל היפך בהן טריפה ופרש"י ז"ל שלא היפך בהן כשהכניסן לתוכו ואם נימא דמתניתין מיירי שלא החזירן א"כ ר' יוחנן דאתי לומר לן דין חדש דהיפך טריפה הו"ל לומר דהחזירן והיפך בהן טריפה ומדלא הזכיר ר"י בלשונו חזרה כלל משמע דר"י מפרש המשנה דיצאו בני מעיה היינו שפ"א יצא ועכשיו הם בתוכה דהוחזרו דבלא הוחזרו פשיטא דטריפה דחיישינן שמא יצאו באופן שלא יוכלו לכנוס בחזרה רק דמתניתין מיירי בהוחזרו וע"ז קאמר ר"י ל"ש דכשרין כשהוחזרו ולא נטרפו ביציאתן אלא שלא היפך בהן אבל היפך בהן טריפה ולא הוצרך ר"י להזכיר בלשונו חזרה משום דקאי אמתניתין דמיירי בהוחזרו הרי משמע בהדיא דבלא הוחזרו טריפה אולם הרמז"ל כתב (בפ"ו מה' שחיטה ה' ט"ו) בני מעיים שיצאו לחוץ ולא נקבו מותרת ואם נתהפכו אעפ"י שלא ניקבו טריפה שא"א שיוחזרו כמות שהיו אחר שנהפכו ואינה חיה עכ"ל מבואר בדבריו בהדיא דאם לא נתהפכו כשרין אע"פ שלא הוחזרו ומפרש למתניתין יצאו בני מעיה כשרין בלא הוחזרו כלל כ"ז שלא היפך בהן כשרין מפני שאפשר שיוחזרו ובהיפך בהן א"א שיוחזרו ומדבריו בפי' המשניות מבואר יותר שכתב שם יצאו בני מעיה כשרין ע"מ שלא ישתנה סדרן ר"ל שלא יהפכו בידים ולא נתקנו שכ"ז שעושה כן הרי היא טריפה לפי שאי אפשר חזרתן עכ"ל ונראה שהוא מפרש האי לא היפך בהן לא שידע שהפכן אלא כל שמשמש בהן לתקנו א"א חזרתן ולא שרי אלא כשלא משמש בהן כלל רק שהן כמו שיצאו ודמי להא דאמרינן (בדף י"ג) גבי מעלה פירותיו לגג מפני הכנימה ל"ש אלא שלא היפך בהן דלאו דווקא הפיכה ממש אלא כל שמשמש בהן שיבא בהן המים היטיב הוי מעשה וחרש שוטה וקטן יש לו מעשה והוא הדין הכא כל שמשמש בהן אי אפשר חזרתן להכי דייק וכתב ולא נתקנו עכ"פ אם לא הוחזרו כשירים לפי דברי הרמז"ל כדמשמע פשטא דמתניתין יצאו בני מעיה כשירין ולא הזכיר כלל שהוחזרו וק"ל:

סימן עה

לבאר דעת הרמז"ל בדין גיה"נ מותר בהנאה:

הרמז"ל פסק (בפ"ח מה' מ"א) דג"ה מותר בהנאה והקשו עליו הראשונים ז"ל דהא בפסחים (דף כ"ב) מוקמינן דלרבי אבהו דלא יאכל איסור הנאה ג"כ במשמע גיד הנשה

אסור בהנאה ורק למ"ד יש בגידין בנו"ט אמרינן כשהותרה נבילה היא וחלבה וגידה הותרו אבל למ"ד אין בגידין בנו"ט א"כ ג"ה אסור בהנאה שאינו בכלל היתר נבילה והרמז"ל פסק דאין בגידין בנו"ט א"כ אמאי פסק דמותר בהנאה הא איהו פסק כר"א דלא יאכל איסור הנאה במשמע והה"מ כתב בשם הרמב"ן ז"ל דלרווחא דמילתא איתמר ההיא סוגיא אבל למסקנא אמרינן שם בפי' בפסחים (דף כ"ג) דלר"ע אמרינן כשהותרה נבילה היא וחלבה וגידה הותרו ולר"י הגלילי דסובר היא הותרה חלבה וגידה לא הותר ומפיק חלב להיתר הנאה מיעשה לכל מלאכה אתיא גיד בק"ו ומה חלב שענוש כרת מותר בהנאה גיד שאינו ענוש כרת לא כ"ש:

ולכאורה נראה לי להביא ראי' לדעת הרמז"ל דלמסקנא אמרינן דג"ה מותר בהנאה אף למ"ד אין בגידין בנותן טעם מהא דאמרינן בחולין (דף פ"ט) אהא דתנן ג"ה נוהג בחולין ומוקדשין פשיטא משום דאקדשי' פקע איסור גיד מיני' וכ"ת קסבר יש בגידין בנו"ט ואתי איסור מוקדשין וחייל על איסור גיד מוקדשין נוהג בגיד מיבעיא לי' אלא קסבר אין בגידין בנותן טעם ובמוקדשין איסור גיד איכא איסור מוקדשין ליכא וסבר תנא דידן אין בגידין בנו"ט והתנן ירך שנתבשל בה כו' וקשה היכי בעי למימר משום דאין בגידין בנו"ט ליכא בגיד איסור מוקדשין הא גבי מוקדשין גם גידין ועצמות אסורין כמבואר בזבחים (דף פ"ו) דבגידין ועצמות מועלין בהן ולרבה אם פירשו אחר זריקה מועלין בהם שבשעת זריקה היו עומדים להקרב ע"ג מזבח ולר"א אם פירשו לפני זריקה מועלין בהם לעולם משום דכיון דפירשו לאו בני הקטרה נינהו ולא מהני להו זריקה ובאיסורייהו קיימא ועיין בר"מ ז"ל (פ"ג מה' מה"ק) שנחלקו המפרשים בדעתו לפסוק הלכה עכ"פ הרי איכא מעילה בגידין ועצמות למר בפירש לפני זריקה ולמר בפירש לאחר זריקה א"כ נהי דאין בגידין בנו"ט ולאו בכלל בשר נינהו מ"מ לא גרעי מעצמות ואמאי אין מוקדשין נוהג בהם ובשלמא אם נימא דג"ה מותר בהנאה א"ש הא דקתני דבגיד נוהג רק איסור גיד ולא איסור מוקדשין נוהג בו דאם אכלו אינו לוקה משום אוכל מוקדשין דעץ הוא ולאו אכילה הוא כלל ואינו חייב אלא משום גיד דעץ הוא והתורה אסרו אבל אם נימא דגיד אסור בהנאה א"כ אמאי קתני דאיסור מוקדשין ליכא בגיד נהי דאם אכלו ליכא איסור מוקדשין מ"מ אם נהנה ממנו שאר הנאות כגון שנתנו לשונרא וכלבא או עשה ממנו חוטי תפירה ותפר בו לוקה משום גיד שאסור בהנאה ומשום מוקדשין דלא גרע מעצמות קדשים ואמאי קאמר איסור גיד איכא איסור מוקדשין ליכא הא איכא גוונא דעבר אתרווייהו גיד ומוקדשין כגון בנהנה מן הגיד ונהי דבאכלו ליכא איסור הנאה דמוקדשין דהוי שלא הנאתן (דף כ"ו) ד"ה שאני משום דילפינן חטא חטא מתרומה מ"מ

בשאר הנאות איכא איסור ומדקאמר הש"ס איסור גיד איכא איסור מוקדשין ליכא א"כ ע"כ דאיסור גיד ליכא אלא באכילה לחוד ולא בשארי הנאות ולהכי קאמר שפיר גיד הנשה נוהג במוקדשין דאין בגידין בנו"ט וליכא על הגיד אלא איסור גיד אף כשהוא ממוקדשין משום דבהאי גוונא דאיכא איסור גיד דהיינו באכילה ליכא איסור מוקדשין דאין בגידין בנותן טעם והא דאסור בהנאה משום מוקדשין מילתא אחריתא היא דבהנאה ליכא איסור גיד הרי מבואר מדברי הש"ס דאף למ"ד אין בגידין בנו"ט אפ"ה ג"ה מותר בהנאה וכדעת הרמז"ל:

מיהו קשה על הרמז"ל מסוגיא זו דהוא כתב (בפ"ח מה' מ"א ה"ו האוכל ג"ה של נבילה או של טריפה או של עולה חייב שתים משום כולל דאף דאין בגידין בנו"ט מ"מ מיגו דמחייב משום גיד מחייב נמי משום נבילה או טריפה. עיי"ש דהכא אמר בש"ס דלמ"ד אין בגידין בנו"ט איסור גיד איכא איסור מוקדשין ליכא כמו שתמה עליו הרשב"א ז"ל בתשובה הביאו הכ"מ שם:

(הגה"ה ובזה מיושב גם מה שהקשו התוס' שם ד"ה איסור דא"כ אין מוקדשין נוהג בגיד מיבעיא לי' ולפי מה שכתבתי א"ש דלא מצי למיתני אין מוקדשין נוהג בגיד דהא נוהג לענין שארי אכילות דלאו אכילה להכי קתני בהאי לישנא דגיד נוהג ולא מוקדשין דהיינו דהיכא דאיכא איסור גיד דהיינו באכילה אז ליכא איסור מוקדשין:)

ונראה דאפשר ליישב דהרמז"ל מפרש הא דקאמר איסור גיד איכא איסור מוקדשין ליכא הוא משום דהכא אזיל הש"ס בשיטת הש"ס בפסחים בתחילת סוגיא זו דמ"ד אין בגידין בנו"ט ג"ה אסור בהנאה משום דלא הוי בכלל היתר נבילה וכיון דקיי"ל בב"ק (דף מ"ד) גבי שור הנסקל משנגמר דינו הקדישו אינו מוקדש שאינו יכול להקדיש מה שאסור בהנאה דלאו דידי' הוא ורחמנא אמר איש כי יקדיש ביתו ואמרינן נמי בירושלמי בפסחים הקדיש חמצו בי"ד אינו קדוש. א"כ הכי קאמר וכ"ת קא סבר אין בגידין בנו"ט ובגיד איסור גיד איכא איסור מוקדשין ליכא היינו משום דלא חייל הקדישו על הגיד משום דכיון דאסור בהנאה אינו קדוש ולהכי איסור מוקדשין ליכא [אלא איכא למידק להאי פירושא יותר ה"ל להגמ' למפרך ממשנה הקודמת דשולח אדם כו'] ואף דאמרינן בתמורה דף י') האומר רגלה של זו עולה כולה עולה ובקידושין (דף ז') משום דפשיט קדושה בכולה היכא דליכא דעת אחרת המעכבת מ"מ היינו היכא דיכול להקדיש כולה בזה פשט הקדושה בכולה אבל בדבר שאינו יכול להקדיש כלל דלאו דידי' אף דאין לו בעלים אין הקדושה מתפשטת ולהכי קאמר הש"ס איסור מוקדשין ליכא למ"ד אין בגידין בנו"ט וכיון דעיקר הטעם דאינו חייב מחמת מוקדשין הוא משום דלא חייל הקדש

כלל הא אי הוי חייל הקדש הוי חייב אף דאין בגידין בנו"ט משום דמגו דחייב משום גיד חייב נמי משום מוקדשין ולהכי שפיר פסק דהאוכל ג"ה של נבילה או של עולה חייב שתים משום מגו אף דאין בגידין בנו"ט משום מגו דחייב אגיד חייב נמי משום עולה משום דבהא דמבואר מתוך הסוגיא לפירש זה דלמ"ד אין בגידין בנו"ט ג"ה אסור בהנאה לא פסק כהך סוגיא וסמך אמסקנא דפסחים דילפינן גיד מחלב להיתר הנאה כמ"ש לעיל בשם הרמב"ן ז"ל וכיון דמותר בהנאה חייל הקדש על הגיד ולוקה משום גיד ומשום ערלה:

ובזה יש ליישב מאי דקשה לכאורה בהא דקאמר שם בחולין (דף צ') אמר רב הונא גיד הנשה של עולה חולצו לתפוח אמר רב חסדא מרי דכי מי כתיב לא יאכל המזבח לא יאכלו בני ישראל כתיב ע"כ. ומאי מתמה דילמא סובר ר"ה גיד הנשה אסור בהנאה ולהכי אסור להקריבו דכל מידי דאסור בהנאה אסור להקריב לשם בעלים דהוי הנאה וכמ"ש המל"מ (פ"ה מה' איסורי מזבח) במ"ש הרמז"ל דאין מביאין מנחות ונסכים לא מן הטבל ולא מן החדש קודם לעומר ואצ"ל מערלה וכ"כ ופירש המל"מ דהאי ואצ"ל הוא משום דערלה וכ"כ אסורים בהנאה וכשהוא מביא נהנה בהבאתם והוי מהבב"ע אבל לפמ"ש א"ש דממנ"פ אם ג"ה אסור בהנאה א"כ לא חל הקדש הבעלים עליו ולא קעבר מידי ולא נהנה בהבאתן דלא מכח הקדישו דבעלים קמקדיש לי' ואכתי קשה כיון דלא חל הקדש והוי חולין בעלמא להכי חולצו לתפוח דלמה יקריבנו כיון שאינו קדוש כלל והוי חולין בעלמא ומאי מתמה ר"ח מי כתיב לא יאכל המזבח דילמא סובר ר"ה ג"ה אסור בהנאה ומזה קצת ראי' לשיטת הרמז"ל דפסק דג"ה מותר בהנאה ושפיר מתמה ר"ח מי כתיב לא יאכל המזבח וקצת יש לדחות דר"ה מפרש לקמן (בדף צ"ט) הא דתנן בבשר בלפת בראשי לפתות תנן משמע דסובר יש בגידין בנו"ט ולדידי' לכ"ע מותר בהנאה ולהכי מתמה ר"ח מי כתיב לא יאכל המזבח ואין ראי' מזה לפסק הרמז"ל ודו"ק:

סימן עו

שאלה גיד הנשה אם נוהג בבהמה טמאה או לא:

תשובה הנה בחולין (דף ק') במשנה גיה"נ נוהג בטהורה ואינו נוהג בטמאה כו' א"ל ר"י והלא אף לבני יעקב נאסר ועדיין בהמה טמאה מותרת א"ל בסיני נאמר אלא שנכתב במקומו גמרא וסבר ר"י איסור חל על איסור עיי"ש כל הסוגיא והנה הרמז"ל פסק כת"ק דנוהג בטהורה ואינו נוהג בטמאה ותמה התפל"מ ז"ל דאף דהלכה כת"ק נגד ר"י מ"מ מפשטא דתלמודא משמע דטעמא דת"ק משום דאין איסור גיד חל על איסור טומאה וכ"ז לת"ק דסובר יש בגידין בנ"ט ושייך בגיד איסור טומאה אבל אנן קיי"ל אין בגידין בנ"ט

ואיסור גיד איכא איסור טומאה ליכא א"כ ודאי דנוהג בטמאה ואם נימא דהר"מ מפרש דטעמא דת"ק הוא כר"ש משום דכתיב ע"כ לא יאכלו ב"י את ג"ה מי שבשרו מותר גידו אסור ושפיר מצינו למיפסק כת"ק מ"מ מנ"ל להר"מ להקל ולפרש דטעמא דת"ק כר"ש ופסק כת"ק דלמא טעמא דת"ק משום אין איסור חל על איסור ול"ל למיפסק כת"ק ולהקל משום דאנן קיי"ל אין בגידין בנ"ט ולא שייך אין איסור חע"א דאיסור טומאה ליכא אבל קרא דבשרו מותר ל"ל כאן ובאמת מדברי הטור משמע דנוהג בטמאה כר"י וע"כ מפרש הכי דטעמא דת"ק משום דאין איסור חל על איסור:

ונ"ל ליישב דשיטת הר"מ מוכרחת היטיב דהרי אמרינן בשבועות (דף כ"ג) שבועה שלא אוכל ואכל נבילות וטריפות חייב ומפרש דמיירי במפרש חצי שיעור דלא שייך לומר אין איסור חע"א דבח"ש אף שאסור מה"ת (וע' בתוס' שם) מ"מ מלקות ליכא וכיון דאיסור שבועה הוי אף בח"ש שפיר חייל והשתא אמינא כיון דבסוגיא דשם מבואר דאיסור טומאה קדים דהא פריך על כזית מן המת חייב על המת לא כ"ש ומשני לא נצרכה אלא למת שלא נתקשרו איבריו בגידין דכ"ז שלא נתקשרו הגידין ליכא כזית בבשרו ורק שם טומאה איכא א"כ תיקשה לן מאי פריך ואיך איסור גיד חל על טומאה הא קיי"ל לעיל (דף צ"ו) דאכלו ואין בו כזית לוקה מ"ט דהוי בריה א"כ בשעת תחילת היצירה דהוה עדיין כל הבהמה פחות מכזית וכ"ש דהגיד עצמו לא היה בו כזית בשעת תחילת הקישור של גידין דמשום טומאה ליכא עדיין מלקות דהוי ח"ש ומשום גיד שפיר לוקה משום ברי' וחל איסור גיד אאיסור טומאה וכיון דחייל תו לא פקע אף אחר שנעשה הגיד כזית:

ע"כ נ"ל דקושית הש"ס רק לר' יהודא לשיטתו דסובר לעיל (דף צ"ו) דלא הוי ברי' מ"ט אכילה כתיב בי' א"כ שפיר פריך וסובר ר"י איסור חע"א דהא לדידי' שיעור איסור של טומאה ושל גיד שווין בכזית אבל לת"ק דסובר גיד בכ"ש א"כ א"א לומר דטעמא משום דאין איסור חע"א כמ"ש דחייל שפיר וע"כ הטעם משום דבעינן שיהא בשרו מותר וכר"ש וכיון דהכי הוא בעינן למיפסק כת"ק ושפיר פסק הרמז"ל כת"ק דאינו נוהג בטמאה:

והנה הרמב"ם ז"ל (בפי' המשניות) כתב וז"ל ושים לבך אל העיקר הגדול הזה הנכלל במשנה הזאת והוא מה שאמר בסיני לפי שאתה הראת לדעת שכל מה שאנו מרחיקין או עושין היום אין אנו עושין אלא במצות הקב"ה ע"י מרע"ה לא שהקב"ה אמר זה לנביאים שלפניו כגון זה שאין אנו אוכלין אבר מה"ח אינו מפני שהקב"ה אסר לנח אלא מפני שמשה אסר עלינו אבמה"ח במה שצוה בסיני שיתקיים איסור אבמה"ח וכמו כן אין אנו מלין מפני שאברהם אבינו ע"ה מל עצמו ואנשי ביתו אלא מפני שהקב"ה צוה אותנו ע"י מרע"ה למול כמו שמל אאעה"ש וכן גיה"נ אין אנו הולכין אחר איסור יעקב אבינו אלא

מצות משרע"ה הלא תראה מה שאמרו תרי"ג מצות נאמרו למשה מסיני וכל אלו מכלל המצות עכ"ל וראייתו פשוטה דאף אותן שנצטוו האבות הן במספר התרי"ג ועכ"ז אמרו שנצטוו בסיני אלמא דאף איסורין שנאסרו מקודם נמשך מסיני אבל קשה טובא על דבריו ז"ל דהא חזינן דת"ק ור"י תלו טעם פלוגתתם בזה דת"ק סובר דאינו נוהג בטמאה משום דסובר דבסיני נאסר ור"י סובר דלבני יעקב נאסר להכי סובר דנוהג גם בטמאה אבל הכל מודים דאי נאסר לב"י אז ודאי דנוהג גם בטמאה א"כ איך כתב הרמז"ל דנאסר לבני יעקב ואפ"ה פסק דאינו נוהג בטמאה:

ולכאורה היה אפשר לומר דהרמז"ל סובר דכ"ע סברי דנאסר לב"י רק דפלוגתייהו מאימת נמשך האיסור אצלינו דרבי יהודא סובר לבני יעקב נאסר היינו שגם אצלינו נמשך האיסור מאזהרה דבני יעקב וכיון דהאיסור נמשך מאז ואז עדיין בהמה טמאה היתה מותרת ונהג בו איסור גיד גם עכשיו נוהג בו איסור גיד אף שנאסר בשר בהמה טמאה ולא בעינן כלל שיהא בשרו מותר ורבנן סברי בסיני נאסר היינו שאצלינו אין נמשך האיסור מאזהרה דב"י רק מסיני וכיון שאזהרה דילן הוא מסיני ובסיני נאסר בהמה טמאה דרשינן מי שבשרו מותר גידו אסור אבל מי שבשרו אסור גידו מותר ואע"ג דעד סיני היה אסור גם גידו של בהמה טמאה מ"מ כיון שאזהרה דילן אינו נמשך מב"י רק מסיני אנו יכולין לומר דעד סיני נוהג בבהמה טמאה ומסיני שנאסר הבשר אין הגיד אסור והרי מצינו גבי איסור אבמה"ח דאמרינן שם (בדף ק"ב) לענין אבמה"ח דר"א ור"י סברי דנוהג בטמאין וחכמים סברי דאינו נוהג בטמאין משום דכתיב לא תאכל הנפש עם הבשר כל שבשרו מותר אתה מצווה על אבריו וכל שאין בשרו מותר אין אתה מצווה על אבריו וקאמר התם מחלוקת בישראל אבל בב"נ ד"ה מוזהר על הטמאין כטהורין שהרי בשר בהמה טמאה מותר להם להכי מצווה על אברי' עיי"ש הרי דאף שגם עד מ"ת היו אסורין באבמה"ח דהא אבמה"ח הוא ממצוה שנאמרה ונישנית ואפ"ה אמרינן לישראל מותר אבמה"ח של בהמה טמאה וקשה דהא הכא גבי גיה"נ פשיטא להו לרבנן ור"י דאי לבני יעקב נאסר גיה"נ אסור ישראל גם בגיה"נ של בהמה טמאה ולא נחלקו אלא אם הוזהרו ב"י או לא וצ"ל דלא דמי איסור אבמה"ח לאיסור גיה"נ דאיסור אבמה"ח שהוא נאמר ונישנית ויש לישראל אזהרה מיוחד בסיני שפיר מצינן למימר דעד מ"ת היו אסורין גם בבהמה טמאה והאזהרה שבסיני נשתנה ולא נאסר רק בטהורה והותר בטמאה מחמת שנאסר בשרו אבל גיה"נ שנאמר ולא נישנה ולא הי' לישראל אזהרה אחרת בסיני ואיסורו נמשך מאזהרה ראשונה שקודם מ"ת אין סברא לומר שעד מ"ת היו מוזהרין בטמאה ואחר מ"ת שנאסרו בבשר טמאה הותרו בגידו ותשתנה האיסור

של אותו אזהרה עצמה ממה שהיתה קודם מ"ת להכי הוצרכו חכמים לומר שלא נאסרו אלא בסיני:

ולפי סברא זו אפשר לומר דגם רבנן סברי דלב"י נאסר גה"נ רק שנחלקו אם האיסור שלנו נמשך מאזהרה דקודם מ"ת או לא דר"י סובר דאזהרה שלנו נמשך מאזהרה דב"י ואין סברא לומר שישתנה הדין שעד מ"ת יהא גיה"נ דבה"ט אסור ואחר מ"ת יהא מותר ותשתנה אותה האזהרה עצמה ולהכי פריך והלא לב"י נאסר ורבנן סברי דאף שנצטוו ב"י מ"מ מה שאנו מוזהרין הוא רק מסיני ולהכי אפשר לומר דעד מ"ת שהי' בשר בה"ט מותר הי' הגיה"נ אסור ואחר מ"ת שנאסר בשר בה"ט הותר גיה"נ של בהמה טמאה כיון שאין אזהרתינו נמשך מאזהרה שלהם יכול הדין להשתנות וזה שאמרו חכמים בסיני נאסר היינו שאזהרה שלנו נמשך מסיני אלא שנכתב במקומו:

מיהו א"א לומר כן דרבנן נמי סברי שב"י הוזהרו על גיה"נ רק דפליגי מאימת נמשך אזהרה שלנו דברייתא (בדף ק"א) קאמר והא כתיב ע"כ לא יאכלו ב"י ולא נקראו ב"י עד מ"ת הרי משמע דעד מ"ת לא הוזהרו כלל ועוד דהא לעיל (בדף צ"א) קאמר ריב"ח מאי דכתיב טבוח טבח והכן פרע להם בית השחיטה וטול גיה"נ בפניהם כמ"ד גיה"נ נאסר לב"נ וכן אמר ריב"ח בסנהדרין (דף נ"ט) מצוה שנאמרה ולא נישנית לישראל נאמרה ואנו אין לנו אלא גיה"נ ואליבא דר"י הרי בהדיא דלרבנן לא נצטוו כלל על גיה"נ ונהי דבמ"ש הרמז"ל בפי' המשניות דגיה"נ נאסר לבני יעקב והוא נגד דברי חכמים דסברי בסיני נאסר יש ליישב דסובר כריב"ח דדריש קרא דטבוח טבח והכן כמ"ד נצטוו על גיה"נ אלמא הכי סבירא לי' אבל במה שפסק דגיה"נ אינו נוהג בטמאה קשה דהא ע"כ לא פליגי רבנן עלי' דר"י אלא משום דסברי דבסיני נאסר אבל אי הוו סברי דלבני יעקב נאסר הוו מודו דנוהג בטמאה:

ואיהו ז"ל כתב דנאסר לב"י ופסק דאינו נוהג בטמאה:

שוב ראיתי שדברי הרמז"ל נכונים לפמ"ש הרשב"א ז"ל בחי' (דף ק"ב) גבי אבמה"ח דאמר התם ר' יהודא ור' אלעזר דאבמה"ח נוהג בין בטהורין בין בטמאין ורבנן סברי דנוהג בטהורין ולא בטמאין ומפרש טעמא דר"י ור"א דכתיב לא תאכל הנפש עם הבשר כל שאתה מצווה על דמו אתה מצווה על איבריו והני טמאין הואיל ואתה מצווה על דמן אתה מצווה על אבריהן ורבנן סברי דבעינן שיהא בשרו מותר ופריך לר"י למה לי קרא ליתי איסור אבמה"ח וליחול באיסור טומאה ומשני כי איצטריך קרא לר' אלעזר וכתב הרשב"א ז"ל וז"ל קשיא לי לר"א נמי ל"ל קרא תיפוק לי' מההוא טעמא דהא משמע דכ"ע מודו באיסור שנוהג בב"נ שחל אשאר איסורין וכדמשמע מדאמרו לי' רבנן לר'

יהודא וכי לבני נח נאסר דאלמא אלו נאסר לב"נ מודו לי' לר"י וי"ל דבמתניתין לטעמי' דר"י קאמרי לי' ולדידהו לא סבירא להו עכ"ל הרשב"א ז"ל הרי שהוכיח הרשב"א ז"ל מדברי ר' יוחנן דמפרש טעמא דנוהג בטמאין מקרא דכל שאתה מצווה על דמו אתה מצווה על אבריו ואי לאו קרא הו"א דאינו נוהג בטמאה משום דאין איסור אבמה"ח חל על איסור טומאה אע"ג דאיסור אבמה"ח נוהג בב"נ משום דהא דמשמע גבי גיה"נ דמודו רבנן באיסור הנוהג בבני יעקב דחייל אשאר איסורין הוא רק לדברי ר' יהודא דסובר כן והוצרכו לומר בסיני נאסר אבל הם סוברים דלא חייל איסור הנוהג בב"נ אשאר איסורין א"כ אנן בדידן שפירשנו שיטת הרמז"ל דטעמא דחכמים דאין גיה"נ נוהג בבה"ט משום שאין בשרו מותר נמי נימא דסברי דאף אלו נאסר גיה"נ לבני יעקב ועד מ"ת הי' נוהג בטמאה מ"מ לאחר מ"ת שנאסר טמאה הותר גיד של טמאה והא דקאמרי בסיני נאסר היינו לדברי ר"י שהוא סובר דבדבר שנאסר קודם מ"ת א"א להשתנות אחר מ"ת ממה שהי' קודם מ"ת ע"ז קאמרי לי' דגם גיה"נ בסיני נאסר להכי אינו נוהג בטמאה אבל אינהו סברי דאף דבר שנאסר קודם מ"ת וקודם מ"ת הי' נוהג בו גיד משום שבשרו הי' מותר נשתנה לאחר מ"ת שנאסר בשרו וגידו הותר ומהאי טעמא שכתב הרמז"ל דכל מה שאנו עושין או אנו מתרחקין ממנו אין אנו עושין מחמת שעשו האבות רק מחמת שנצטווינו בסיני ולהכי אף שקודם סיני הי' נוהג בבהמה טמאה מ"מ אחר סיני שנאסר בהמה טמאה הותר הגיד ולא איכפת לן מה שנשתנה הדין מקודם סיני כיון שאנו עושין מחמת הצווי שאחר סיני:

ואפשר לומר עוד דיצא לו להרמז"ל דרבנן לדברי ר"י קאמרי לי' ואינהו סברי דאף דבר הנאסר קודם מ"ת נשתנה איסורו אחר מ"ת מדברי רב דאמר גבי אבמה"ח שם מחלוקת בישראל אבל בב"נ דברי הכל מוזהר על הטמאין ודייק לה ממתניתין כדקאמר שם אף אנן נמי תנינא הרי אף שעד מ"ת נאסר אבמה"ח של טמאין נשתנה אחר מ"ת והותר אבמה"ח של בה"ט מחמת שנאסר בשרו להכי פסק הרמז"ל גבי גיה"נ דאף שנאסר לבני יעקב אפ"ה אינו נוהג בטמאה כחכמים משום דחכמים נמי לדברי ר"י קאמרי לי' ואינהו לא סברי לה ומה שלא פסק כחכמים בהא דסברי בסיני נאסר הוא משום דסובר כר"י בר' חנינא דאמר אקרא דטבוח טבח והכן כמ"ד גיה"נ נאסר לב"נ ומיושבים גם דברי הרמז"ל בפי' המשניות היטב ודו"ק:

ובמק"א ישבנו דאפשר לומר דר"י לשיטתו דסובר בגיטין (דף ס') כותבין מגילה לתינוק להתלמד ומשמע בגיטין שם דסובר תורה מגילה מגילה ניתנה [ועיין ברא"ש שם] א"כ כיון דמגילה ניתנה הרי נכתב כל מעשה שהי' עד מ"ת בכתב קודם מ"ת כמו שפי' שם

התוס' א"כ אז בשעת כתיבת פרשה זו הי' בכלל גיד גם טמאה דעדיין בשרו מותר ואין סברא שישתנה אח"כ להכי שפיר פריך והלא אף לב"י נאסר אבל אנן קיי"ל דתורה חתומה ניתנה א"כ נכתב כל התורה בבת אחת אחר מ"ת קודם מיתת משרע"ה להכי יום שנכתב הפסוק דע"כ לא יאכלו כבר נאסר בהמ"ט ואינו בכלל גיד וליכא שינוי כלל: **ובדברי** הרמז"ל בפהמ"ש שכתב שכל מה שאנו עושין או מרחיקין מלעשות הוא אינו מפני צווי האבות כ"א ממה שנצטווינו בסיני א"ש הא דאמרינן בברכות פ' תה"ש (דף כ"ו) דריב"ח אמר תפילות אבות תקנום וריב"ל אמר תפילות כנגד תמידין תקנום ומייתי הש"ס תניא כוותי' דריב"ח אברהם תיקן תפילת שחרית כו' יצחק תיקן תפילת מנחה כו' יעקב תיקן תפילת ערבית כו' תניא כוותי' דריב"ל מפני מה אמרו תפילת השחר עד חצות שהרי תמיד של שחר קרב והולך עד חצות כו' וקאמר לימא תהוי תיובתא דריב"ח א"ל ריב"ח לעולם אימא לך תפלות אבות תקנום ואסמכינהו רבנן אקרבנות עכ"ל הגמ' ולכאורה הדבר תמוה אמאי פריך אריב"ח מברייתא דקרבנות ולא פריך נמי אריב"ל מברייתא דאברהם תיקן תפילת שחרית שהוא כוותי' דריב"ח אבל לפי מה שכתב הרמז"ל א"ש דעל ריב"ל לא קשה מידי דאף דאבות תיקנו תפילות מ"מ שפיר קאמר ריב"ל תפילות כנגד תמידין תיקנום מפני שאנו אין עושין שום דבר מפני שעשו האבות להכי הוצרך לומר תפילות כנגד תמידין תיקנום ולא קשה עליו מברייתא דתניא כוותי' דריב"ח משא"כ לריב"ח פריך שפיר דאיהו אמר דגם. אנחנו עושין זה מפני תקנת האבות וקשה עליו מברייתא דתניא דטעם התפילות אצלינו הוא כנגד תמידין וזה פשוט:

סימן עז

שאלה ביצים קרושים הנמצאים בתרנגולת והביצים נסרכו ונדבקו היטב עם הריאה אם יש להכשיר התרנגולת או לא:

תשובה אם כי ראה כבודו באחרונים שהחמירו בזה מטעם חשש נקיבת הריאה מ"מ נ"ל דיש להקל בזה דהא אמרינן בפ' אלו טריפות (דף מ"ח) הריאה הסמוכה לדופן אין חוששין לה העלתה צמחים חוששין ר"נ אמר אחד זה ואחד זה חוששין לה היכי עבדינן מייתינן סכינא דחלש פומא ומפרקינן לה אי איכא ריעותא בדופן תלינן בתר דופן ואי לא טריפה דמחמת ריאה היא וא"כ הכא שסרוכה לביצים נקרשים הרי יש בהן ריעותא ותלינן הריעותא בתר ביצים אם אין ריעותא בריאה ורואה שבשר הריאה שלם ויפה מכל צד ולא העלתה צמחים ואף דאמרינן התם דרב נחמיה בדיק לה בפשורי היינו משום דהתם איכא למיחש שהמכה התחילה בריאה ונקלט בדופן מחמת חולי הריאה ומזה נעשה ריעותא בדופן אבל הכא א"א לאמר שמחמת מכה שבריאה נקלטו הביצים אצלה

שהרי הביצים מונחים רחוק הרבה מן הריאה כשהן בריאים ולקותא שבריאה אינו יכול להגיע בביצים כשהם בריאים וע"כ שהחולי התחילה בביצים שנימוחו ונשפכו עד שהגיעו לריאה להכי אין אנו צריכים להחזיק ריעותא על הריאה כיון שבודאי התחיל הריעותא בביצים ואין לומר דמ"מ ניחוש שמא מחמת דיבוק הביצים נתקלקלה הריאה דז"א דא"כ גבי סמוכה לדופן נמי ניחוש להכי ומאי מהני הא דאיכא ריעותא בדופן אכתי שמא מחמת זה נתקלקלה הריאה א"ו כל היכא דיש לתלות התחלת המכה בדופן לא מחזיקינן ריעותא בריאה וה"נ כיון שבודאי התחילה החולי בביצים לא מחזקינן ריעותא בריאה וכ"ז אם אין אנו רואים ריעותא בריאה אבל אם אנו רואים ריעותא בריאה ג"כ אז ודאי טריפה דהא חזינן שמחמת קלקול הביצים נתקלקלה גם הריאה וזה ברור:

סימן עח

ומה ששאל כבודו בסרכה על הבועה שהי' מקצתה על הבועה ורובה מתפשטת חוץ לבועה והטריף מעכ"ת וחלקו עליו איזה לומדים בבהמ"ד ורצו להכשירה:

תשובה הנה טעם המכשירין הוא דסבירא להו דאזלינן בתר רובא כמ"ש בפ' א"ט (דף מ"ח) גבי ריאה שנקבה ודופן סותמתה כשרה וכתב שם הרא"ש ז"ל דאם מקצתה סרוכה במקום רביתא דאונא ומקצתה שלא במקום רביתא דאונא אזלינן בתר רובא ואם רובה שלא במקום רביתא טרפה ואם רובה במקום רביתא כשירה ורצו המכשירין לאמר דגם בנ"ד כיון שרובה חוץ לבועה לא הוי תרתי לריעותא הדין בזה עם מעכ"ת והמכשירין טעו בזה דהך סברא דאזלינן בתר רובא לא שייך אלא כשהיא במקום שהנקב פוסל ובמקום שאין הנקב פוסל כמו גבי אונא ואומא הסרוכה לדופן דבאונא אין הנקב פוסל מפני שהדופן סותם ובאומא הנקב פוסל דאין סותם. וזאת מסתבר שהנקב הוא רק במקום אחד והסרכא המתפשטת להלאה ממקום הנקב לכן תלינן שהנקב הוא ברובא ואם רוב שטח הוא במקום שסותם תלינן ששם שורש הסירכא ושם נקבה ונתפשטה הסרכא להלאה ממקום הנקב וכשירה כיון שיצא ממקום שמועיל סתימה אבל בענין סרכה על הבועא דמטרפינן משום תרתי לריעותא שמעידין שהסרכה מחמת נקב היכי נימא דאם רוב הסרכה חוץ לבועה כשירה משום שתולין שמשם יצא שורש הסרכה ושם נקב הא אם יש שם נקב נמי טריפה דהא אין לנו שום קולא להקל אם הסרכה במקום דלא מהני סתימה אלא אם נימא דהסרכה הוא רק הפשטת ליחה ולענין זה לא שייך רובא דכל שאינו מורה על הפשטת ליחה מאיזה מקום שיצאת טריפה ואדרבה ריעותא של הבועא מעיד שמשם יצאת הסרכה ושם נקבה הריאה לכן ברור דהדין עם מעכ"ת בזה:

סימן עט

שאלה באחד שקנה עשרים כבשים אצל אדון א' מדיר שהי' בו שני מאות כבשים ובבוקר נמצא מחתרת חתורה ושני כבשים מתים מוטלים חוץ לדיר וארבעה כבשים מתים רחוק כמו חצי וויארסט והד' הנ"ל לא נמצאו שלמים כ"א טרופים הבשר והעצמות:

תשובה הנה לכאורה אין להקל בזה משום דקיי"ל קטע רישי' דחד מינייהו נח רוגזי' כדאיתא בחולין (דף נ"ג) ובשו"ע יור"ד (סי' נ"ז) וכתבו הפוסקים דלאו דוקא חד מינייהו אלא אפילו אם הרג הרבה נמי אמרינן נח רוגזי' ולא חיישינן לשמא דרס ואח"כ הרג וכמ"ש הר"ן ז"ל (בפרק א"ט) דכיון דיכול לדרוס איזה מהן שירצה אני אומר זה דרס ראשונה והרגו דזה אינו דכבר כתב הצ"ץ בתשובה דדוקא אם נמצא מת תיכף אחר שקפץ הדורס עליו דחזינן שמת תחת ידו בזה אמרינן דנח רוגזי' אבל אם לא קטע רישי' ונמצא מת לא מהני דשמא דרסו ואח"כ מת מעצמו ולא נח רוגזי' דנח רוגזי' לא הוי אלא כשהמיתו הדורס ומסתייע מלשון הגמרא דקאמר קטע רישי' דחד מינייהו והלשון זה תמוה דהול"ל המית אחד מהן א"ו שבעינן לידע שמת ת"י הדורס להכי נקט קטע רישי' דחד מינייהו שזה מהני להתיר האחרות דכיון שנמצא מת ונקטע ראשו ממילא ידעינן שמת ת"י הדורס ולא אח"כ דכיון שקטע רישי' אי אפשר לבע"ח לחיות בלי ראש אבל במיתה בעלמא אנו צריכים לידע שמת ת"י וראינו שהוא המיתו ושראה הדורס מיתתו והש"ס לא רצה להאריך בזה נקט לישנא פסיקא קטע רישי' דחד מינייהו ותיתי לי שקיימתי מסברא בעזהי"ת לפרש כן דברי הגמרא ומצאתי אח"כ בצ"צ ז"ל ואעפ"י דאיכא לספוקי אם מת ת"י הדורס ונח רוגזי' או לא מ"מ לא מקילינן בדרוסה בכהאי גוונא כמ"ש הר"ן ז"ל בפא"ט בהא דאמרינן בש"ס אימר נח רוגזי' וז"ל כל אימר דאיתמר הכא ודאי חשבינן לי' כיון דתלינן לקולא והביא ראי' לזה עיי"ש הרי דאם יש ספק אם נח רוגזי' או לא לא תלינן לקולא ורק משום דחשבינן לי' כוודאי להכי מקילינן בה ואם כן אין להקל בכאן ולתלות לקולא שמא מת ת"י הדורס ונח רוגזי' דשמא דרסו ואח"כ מת מעצמו ואכתי לא נח רוגזי':

אלא שלכאורה קשה לי לפמ"ש התוס' בחולין (דף מ"ג) ד"ה קסבר בהא דחוששין לספק דרוסה ולא אמרינן נשחטה הותרה משום שנולד הריעותא בעודה בחייה והיתה בחזקת איסור וגבי יבום מוקמינן אחזקת היתר ליבם אף שנולד הריעותא בשעה שהיתה בחזקת איסור אשת איש ותירצו דדרוסה שכיח עיי"ש והקשו שם עוד מהא דישב לו ציפורן בגבו של אחד מהן דחוששין לשמואל אף דהתם הוי ספק השקול דנגד רוב אריות הדורסין איכא נמי רוב הדורסין אין ציפורן נשמטת מהן ואפ"ה למ"ד חוששין אסור ותירצו דמ"מ

התם נמי דמי יותר לתלות בדריסת ארי כמו בספק דרוסה דעלמא עיי"ש א"כ לפ"ז בנ"ד דיש ספק אם הדורס נח מרוגזי' או לא ודאי דבעינן למימר נשחטה הותרה דכאן אין צד איסור שכיח טפי דמהיכי תיתי מסתבר לן טפי למיתלי שלא מת הדורס ת"י מלומר שמת ת"י ונח רוגזי' וגם על דברי הר"ן ז"ל קשה ג"כ כזאת דאמאי נפרש דהך אימר הוי וודאי הא אפילו בספיקא בעינן להקל מטעם נשחטה הותרה:

ונראה לי דלשיטת התוס' באמת מדאורייתא שרי רק מדרבנן אסור כמו דאמרינן שם בסוגיא ביבמות וה"נ גבי דרוסה אעפ"י דמדאורייתא בעינן לאוקמי אחזקה אעפ"י שנולד הספק מחיים מ"מ מדרבנן אסור דבשעה שנולד הספק היתה בחזקת איסור אבמה"ח כמו דאמרינן בספק גירושין היכי שהיתה בשעת לידת הספק בחזקת א"א וממילא א"ש גם קושית התוס' מהא דנמצא ציפורן ע"ג וכו' דחוששין לשמואל דבאמת אע"ג דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי והוה ספק השקול מ"מ מדרבנן אסור וכמדומה לי שגם הכרו"פ כתב כן ואין הפנאי לעיין בזה:

מיהו הרשב"א ז"ל שם בחידושיו ליבמות תירץ קושית התוס' בא"א יעוי"ש ולדבריו ז"ל שם לא שייך לומר כאן נשחטה הותרה עיי"ש ומ"מ נראה הואיל ולשיטת התוס' הוי רק איסור דרבנן וכבר כתב המהר"מ מלובלין ז"ל (בס' ק"ד) דאם היה הצאן הרבה מאוד נוכל לומר שוודאי לא דרס כל הצאן וכאן לא נודע לנו בבירור מספר הזאבים אלא משמה זאבים דמסתמא כל אחד נשא עליו טלה הרוג אחד והצאן הם מספר שני מאות שבוודאי רוב מהם לא נדרסו ואין בהם אפילו חשש דרבנן והטור (בסי' נ"ז) כתב דאפי' ודאי דרוסה שנתערבה באחרות דנכבשינהו דניידי וכל דפריש מרובא פריש ועיין בב"י שם שכתב בספק דרוסה שנודע הספק אחר שנתערב מודה גם הר"י ז"ל דאמרינן כל דפריש מרובא פריש עיי"ש ועיין (בסי' ק"י) שהביא הרמ"א בשם חמיו הגאון ז"ל דאם נתפרשו כולם ביחד ולא נשארו במקומן ובשעת עקירתן פירשו קצתן אותן שפירשו מותרים רק שנים האחרונים אסורים:

ולפי"ז בנידון דידן אשר לפי הנראה העשרים כבשים שקנה הישראל מסתמא מכירם היטב ומהם מצויינים אצלו יש לאוסרם משום דלא שייך לומר בהם התירא כל דפריש מרובא פריש כיון דניכרים הם בפני עצמן הוו כדיר בפני עצמו שנולד עליהן הספק ועיין בח"מ (סי' רצ"ב ס"ק י') ברמ"א שם ובסמ"ע לענין נתן לו מעות להוליכו על אחריותו ונתנן עם מעותיו ונאבדו מקצת המעות שההפסד לפי ערך המעות עיי"ש וכתב שם הסמ"ע לחלק דגבי דברים המסוימים לא שייך לומר כל דפריש מרובא פריש כמו טלאים אם הפקידו אחד מעט ואחד הרבה ומתו או נגנבו לא אמרינן דמרובא מת כיון דלא

נכנסו בגדר תערובות ודוקא במטבעות שאין עליהם קפידא דזוזי כי זוזי דמי בזה אזלינן בתר רובא אבל לא בבהמות וה"נ בנ"ד בודאי העשרים שלקח הישראל היו בפני עצמן מסוימים כנהוג אצל קונה בהמות ולא שייך לצרפם להמאה ושמונים ולאמר שהעשרים הם מהרוב שאינם נדרסים דבהעשרים לחוד ליכא רוב שאינם נדרסים שהרי יכול להיות שנדרס כעשרים כבשים רק שאנו צריכים לאמר לצרפם להמאה ושמונים וליקח מהם עשרים שאינם נדרסים ולאמר שבכולם יש בודאי עשרים שאינם נדרסים וזה אי אפשר שהעשרים אינם מצטרפים עם המאה ושמונים מפני שהעשרים מסוימים בפ"ע והוי כדיר בפ"ע רק המאה ושמונים שנתותרו בדיר אצל האדון המוכר יש להתיר להישראל שיקח רשות מהאדון שבשעה שהם רועים בשדה ונפרשו ממקום קביעותן אזי יקח מהם עשרים כבשים ונוכל להתירם מטעם כל דפריש מרובא פריש דהא יש כאן רוב שלא נדרסו והמותר על העשרים שיבחור אין להתיר לישראל לקנות לכתחילה כי אין אנו מתירין אלא לישראל זה כפי המספר שקנה כבר משום הפסדו אבל לכתחילה אין להתיר וגם לישראל זה לא התרנו אלא שיחליפם בעשרים כבשים אחרים שיעקרן ממקומן וממקום קביעותן וכנ"ל אבל אותן כבשים עצמן שקנה כבר והם מצויינים אצלו אי אפשר להתירם כ"ז נראה לי מפני הפס"מ וטרדותי לא יתנוני להאריך בזה:

ועוד נ"ל לפי מה שכתב הרשב"א ז"ל בחידושיו לחולין (דף נ"ג) בסוגיא דספק דרוסה וז"ל אלא דקשיא לי היכא דאיכא שוורים הרבה במקום אחד ועאל ויתיב ארי בינייהו ואיהו שתיק ואינהו מקרקרין אמאי צריכין בדיקה דהא ספק ספיקא הוא דאכל חד וחד איכא למימר שמא לא דרס זה דהא ליכא למימר דודאי כולהו דרס להו דלא די לנו אם נחוש לספק דרוסתו ונעשה הספק כוודאי משום דשתק ואינהו מקרקרין אלא שנאמר שכולן הוא דרס וכיון שכן איכא למימר זו לא דרס ואת"ל דרס אימר דרס שלא כנגד החלל שאין דרוסה פוסלת בו ושמא יש לאמר דלא שריא ס"ס אלא היכא דא"א לעמוד על בוריו של דבר אם אסור אם לא אבל אם אפשר לעמוד על בוריו של דבר בודקין כו' ואם לא היתה אותה ספק דרוסה אלא אחת כגון שנכנס ארי בדיר שאין שם אלא בהמה אחת והוא שתק והיא מקרקרה בזו כיון שהוא מספיקא דאורייתא אסור עד שתבדוק קרוב הדבר שאפילו נתערבה באלף כולן אסורות עד שיבדקו שהרי כבר אסרתה לזו מדאורייתא וכיון שכן אף כשנתערבה אין כאן ס"ס שאין אתה יכול לאמר בזו ואף את"ל שזו שעלתה בידינו היא שנתערבה כאן שמא אותה נמי מותרת היתה שהרי כבר אסרתה קודם לכן עד שתבדוק כמו שאומר ר"י ז"ל (בפ"ק דביצה) וספיקא אסורה אפילו נתערבה באלף כולן אסורות ופי' ר"י אספיקא קאי מטעם הזה שכתבתי ולא כפי' ר"ת דארישא

קאי אבל בספיקא כולן מותרין כעין שנפלו לרבוא עכ"ל הרשב"א ז"ל והנה מבואר מדבריו דאף לדברי הר"י ז"ל שאוסר ספק אחד בגופו וספק אחד בתערובות זהו דוקא בנאסר הספק קודם שנתערב אבל אם נולד ספק איסור בשעה שהוא מעורב מותר מטעם ס"ס ואין האיסור רק מחמת שאפשר לברר ע"י בדיקה ובמק"א ביארנו דזהו דווקא היכא דליכא פסידא אם יברר כגון בבהמות העומדות לשחיטה אבל בהמות העומדות לחליבה שיש פסידא אם ישחטם א"צ בדיקה ומותרים מטעם ס"ס ויישבנו בזה דברי מהרא"י בתה"ד שהביא הש"ך בשמו דכל היכא דאיכא ס"ס א"צ לברר והביא ראי' מהא דר"ת התיר ספק דרוסה שנתערב אע"ג דאפשר בבדיקה והקשה הש"ך על דבריו ביו"ד (סימן ק"י) דהא בגמרא דזבחים מוקי מתניתין דכל הזבחים שנתערבו דאיערב נקובת הקוץ בדרוסת הזאב או בנפולה שנתערב אלמא דאע"ג דאיכא ס"ס בעי בדיקה וכתבנו ליישב דמהרא"י מיירי היכא דאיכא פסידא דהתם א"צ לברר עיי"ש בדבריו דקאי שם לענין טהרת אשה לבעלה ובש"ס דזבחים מיירי בזבחים דלשחיטה קיימי ע"כ בעי בדיקה ולא סמכינן אס"ס א"כ אם ישראל קנה הכבשים לחלוב יש להתיר מטעם ס"ס וכדעת הרשב"א ז"ל דכיון דהישראל קנה עשרים כבשים ובוודאי יותר מעשרים כבשים לא דרס והלא נשאר אצל הנכרי יותר ויותר מעשרים כבשים א"כ הוי ס"ס שמא לא דרס יותר ממה שהמית ואת"ל דרס שמא לא אותן מיהו נראה כיון דוודאי המית כבשים לא מקרי ס"ס מה שנאמר שמא לא דרס יותר ושמא לא זהו שנדרס אף שבוודאי כולן לא דרס מ"מ נקרא שם אחד ודווקא היכא דאפשר לומר לא דרס כלל בזה כתב הרשב"א ז"ל דהוי ס"ס שמא לא דרס כלל ואת"ל דרס שמא זהו לא דרס דהא בוודאי לא דרס כולם אבל בנ"ד שראינו שהמית הרבה לא מיקרי ס"ס:

אבל יצא לנו מדברי הרשב"א ז"ל שאם לא ראינו שהמית רק שהוא שותק והן מקרקרין ויש הרבה כבשים בדיר עד שבוודאי לא כולן דרס והכבשים עומדים לחליבה יש פנים להקל מטעם ס"ס אף דאיכא לברורי ע"י בדיקה. מ"מ במקום פסידא סמכינן אס"ס אף היכא דאיכא לברורי:

סימן פ

שאלה בדין שומן של תרנגולת טריפה שנפל לבשר שנתבשל בקדירה ויש ספק אם היה ששים או לא מה דינו של הבשר:

תשובה הפ"מ כתב בפתיחתו לה' תערובות כיון דעיקר דין טעם כעיקר אי הוה דאורייי' מחלוקת הראשוני' הוא דדעת רש"י והרמב"ם והרמב"ן ז"ל דטעם כעיקר לאו דאורייתא ודעת התוס' וסייעתם דטכ"ע דאורייתא ולהכי מהראוי להקל בנשפך ואי אפשר לעמוד

אם יש בה בנותן טעם או לא מטעם ס"ס שמא טכ"ע לאו דאורייתא ואת"ל דאורייתא שמא יש בה שיעור ביטול אלא שנהגו העולם להורות כדעת התוס' ולהכי מחמירין בנשפך:

מיהו יש בזה מקום עיון אם זה מיקרי טעמו ולא ממשו או דמיקרי ממשו של איסור דהנה רש"י ז"ל בע"ז (דף ס"ז) כתב בהא דאר"י כל שטעמו וממשו לוקין עליו טעמו ולא ממשו אין לוקין עליו כגון חלב שנפל לקדירה או חלב שנפל ונימוח שאין ממשו בעין עכ"ל הרי דחלב נימוח שנפל מיקרי רק טעמו ולא ממשו ואף התוס' בד"ה אר"י לא נחלקו שם על רש"י ז"ל אלא בחלב שנפל על בשר שזה מיקרי גופא של איסור שבדרך הזה אסרה התורה בשר בחלב אבל בחלב ודם שנפלו ונבלעו בתוך בשר מיקרי רק טעמו ולא ממשו אפילו לשיטת התוס' אליבא דרש"י עיי"ש אולם בזבחים (דף צ"ז) כתב רש"י ז"ל בד"ה עד שיבלע. כגון המחתך שומן חטאת וסך ממנו צלי של שלמים ונבלע בו. ומכאן אנו למדין היתר מצטרף לאיסור בקדשים ואין ללמוד מכאן טעם כעיקר שאין זה טעם אלא ממשות עכ"ל שם. הרי שכתב להדיא דשומן שנבלע בבשר מקרי ממשות של איסור:

ונראה לי ליישב דברי רש"י ז"ל שאין כאן סתירה ואזיל לטעמיה בחולין (דף צ"ח) דר"ח בר אבא אמר משום ריב"ל כל איסורין שבתורה בששים ורב אסי אמר משום ריב"ל כל איסורין שבתורה במאה ושניהם לא למדוה אלא מזרוע בשלה דכתיב ולקח הכהן את הזרוע בשלה כו' דכ"ע בהדי איל מבשל לה מאן דאמר בס' סבר בשר ועצמות בהדי בשר ועצמות משערין והוי לי' בששים ומאן דאמר במאה סבר בשר בהדי בשר משערינן והוי ליה במאה ופריך ומי ילפינן מינה והתניא זהו היתר הבא מכלל איסור זהו למעוטי מאי לאו למעוטא שאר איסורין שבתורה כו' ומשני רבא לא נצרכה אלא לטעם כעיקר דבקדשים אסור וליגמר מיני' גלי רחמנא גבי חטאת כל אשר יגע בבשרה יקדש להיות כמוה שאם פסולה היא תפסול ואם כשירה תאכל כחמור שבה מאי חזית דגמרת מהאיך ליגמור מהאי חידוש הוא א"ה למאה וששים נמי לא ליגמור ומשני אטו לקולא גמרינן לחומרא גמרינן דמדאורייתא ברובא בטל עכ"ל הגמרא ופירש"י ז"ל דבקדשים אסור טכ"ע ולא מהני מאה וס' והכא גבי זרוע בשלה מהני והוי היתר הבא מכלל איסור וגבי חטאת דכתיב יקדש לא מהני מאה וס' והתוס' והרשב"א ז"ל תמהו הרבה ע"ז וז"ל ועוד תימא דע"כ אין כ"ש אוסר בקדשים דלא אסר במשהו אלא עולין לרבנן ומין במינו לר"י כדאמרינן בהקומץ רבה וכן בפ' התערובות הפגול והנותר והטמא שבללן זה בזה ואכלן פטור ואמר שם ש"מ נותן טעם ברוב לאו דאורייתא אלמא משמע דאפילו כדי נתינת

טעם לא אסר במינו וזרוע בשלה וחטאת דשמעתין במינו עסקינן ועוד אמר בהקומץ רבה שתי מנחות שלא נקמצו ונתערבו דבטל ברוב לרבנן דאמרי מין במינו בטל אלמא אין כ"ש אוסר בקדשים וכן בכמה דוכתין עכ"ל וביותר תמה הרשב"א ז"ל בחידושיו על דברי רש"י דבקדשים לא מהני מאה וס' לבטולי הא משנה שלימה בזבחים (דף צ"ז) בישל בו קדשים וחולין קדשים קלים וקדשי קדשים אם יש בהם בנותן טעם הרי הקלים כחמורי' שבהן הרי בהדיא דבקדשי' מהני ביטול:

ונראה לי ליישב שיטת רש"י ז"ל דהנה בזבחים שם פרכינן אהא דאמר יקדש להיות כמוה שאם פסולה היא תפסל ואם כשירה תאכל כחמור שבה וליתי עשה ולידחי ל"ת פרש"י עשה דאכילת קדשים לידחי ל"ת דכל שבקודש פסול בא הכתוב ליתן ל"ת על אכילתו ומשני רבא אין עשה דוחה ל"ת שבמקדש רב אשי אמר יקדש נמי עשה הוא והאי תירוצא דר"א דמשני יקדש נמי עשה הוא צריך ביאור דמאי שייך לומר יקדש עשה הוא הא מהאי קרא ילפינן דאסור לאכול בשר קודש שנתערב בו קודש פסול וע"ז גופא מקשינן דליתי עשה ולידחי ל"ת או נילף מכאן דאין עשה דוחה ל"ת כמ"ש התוס' שם וא"כ מאי משני יקדש עשה הוא הא על זה גופא קשיא לן:

ונראה דרב אשי סובר דכיון דכתב רחמנא יקדש ע"כ כוונת הכתוב דבשר קודש שנתערב בו קודש פסול או בשר חולין שנתערב בו קודש אינו דומה לשאר היתר שנתערב בו איסור דהיתר שנתערב בו איסור ההיתר בהיתרו קאי רק שאין אנו יכולין להפריד ממנו האיסור אבל בשר קודש שנתערב בו קודש פסול נאסר עצמותו של הקודש כשר והוא עצמו נהפך מהיתר לאיסור וכן אפילו בשר חולין שנבלע בו בשר קודש מתקדש הבשר חולין דכל הנוגע בו יקדש כתיב בין חולין בין קדשים וחל איסור עשה על הבשר שנבלע בו בשר קודש כשר או פסול משום שהקודש או החולין שנבלע בו הבשר מתקדש ונעשה הבולע כמו הנבלע ולא שייך בזה עשה דוחה ל"ת דזה הי' שייך אם הבשר שבלע לא נולד עליו שום איסור רק שמעורב בו קודש כשר או פסול בזה הי' שייך לומר עשה דוחה ל"ת אם נתערב בו קודש משום דהקודש כשר אין עליו פסול ואיסור ויש בו עשה דאכילת קדשים ודוחה ל"ת שיש בתערובתו אבל כיון שעי"ז התערובות ניתוסף איסור עשה על הקודש הא לא שייך עשה דוחה ל"ת דהכשר גופא נפסל וזה שאמר ר"א יקדש נמי עשה הוא:

ולכאורה הי' נראה נ"מ לדינא בין שינויא דרבא לשינוי' דר"א לענין הא דקיי"ל בחולין (דף ק"ח) דאפשר לסוחטו אסור כרב ור' חנינא ור' יוחנן והיינו דחתיכת היתר שנאסר מבליעת איסור ולא היה בהיתר לבטל האיסור ואח"כ ניתוסף על ההיתר כדי לבטל

האיסור אפ"ה החתיכה שנאסרה באיסורה קיימא משום דחתיכה נעשה נבילה כתבו התוס' והרשב"א ז"ל והר"ן בשם רבינו אפרים דלא אמרינן הכי אלא בבשר וחלב דדוקא גבי בשר בחלב אמרינן דחתיכה עצמה נעשה נבילה וצריך ששים כנגד כל החתיכה ולא סגי בביטול הטיפה לחוד משום דכל חד וחד באפי נפשי' שרי וכי איתנהו בהדדי אסור הלכך הבשר עצמו נעשה איסור ולוקה אם אכל חצי זית מבשר וחצי זית מחלב ולכך צריך ברוטב ס' לבטל כל החתיכה שנפלה עלי' טיפת חלב אבל חתיכת היתר שבלעה טעם נבילה ונאסרה וחזרה ונתנה טעם ברוטב א"צ אלא ס' לבטל האיסור שנבלע בהחתיכה וא"צ שיעור ס' של אותה חתיכה עכ"ל ולפ"ז כיון דבב"ח אמרינן חנ"נ מחמת שהחתיכה שנאסרה היא עצם האיסור ולא כשאר איסור שהדבר שנאסר לא נאסר אלא מפני שא"א להוציא ממנו הבלוע שבו ולהכי דוקא בב"ח אמרינן חנ"נ א"כ לפי זה בשר קודש שנבלע בו בשר קודש פסול לרב אשי דאמר יקדש נמי עשה וכמו שביארנו דאחר שנתערב בו קודש פסול חל על ההיתר ג"כ איסור עשה דיקדש מלבד הלאו שיש באכילתו מחמת הבלוע שבתוכו [שכל שבקודש פסול ל"ת באכילתו] ודאי דאמרינן בו חנ"נ כמו בב"ח ואם נאסר בפחות מס' לא מהני מה שמוסיף עליו לבטל דדמי לבב"ח דאפשר לסוחטו אסור כיון שהבלוע נעשה עצם האיסור וכ"ז הוא לרב אשי אבל לרבא דסובר דיקדש לאו עשה וההיתר בהתירו קאי רק שאסור משום בליעת האיסור שא"א להפריד ממנו דמי לשאר איסורין שבתורה דאפשר לסוחטו מותר לשיטת רבינו אפרים ז"ל כן היה נראה לכאורה:

מיהו נראה דאף לרבא דלית לי' עשה דיקדש מ"מ מודה דאפשר לסוחטו אסור גבי בליעת קודש כשר או פסול שנבלע בקודש או בחולין דאף דלא משמע לי' לרבא האי יקדש למחשבי' לעשה בפני עצמה מ"מ לישנא דקרא מודה רבא דמשמע הנבלע נעשה קדוש ואסור באכילה בעצמותו ע"י מה שבלע הבשר קודש וכיון שהנבלע מיקרי עצם האיסור אמרינן ביה אפשר לסוחטו אסור ואף דשאר איסור שנבלע בבשר קודש חוזר להתירו אם יצא האיסור ממנו דהכי משמע בפסחים (דף ע"ד ע"א) דקאמר האי מולייתא שרי דכבולעו כך פולטו וקאמר לימא מסייע לי' נותן כרעיו ובני מעיו לתוכו והא בלע דמא מאי לאו דאמרינן דכבולעו כך פולטו ע"כ אלמא דבשר קודש של פסח שבלע דם חוזר להתירו ע"י פליטה ולא אמרינן דכיון שנאסר אין לו תקנה [וגם דיחוי לא אמרינן בבשר קודש לאוסרו ע"י מה שנדחה מאכילתו כמו מזבח שנפגם דאמרינן בזבחים (דף ס') דאין אוכלין בגינו שירי מנחה וקדשי קדשים וקדשים קלים. ומשמע מדברי הרמב"ם ז"ל (בפ"ג מהלכות פסולי המוקדשין) דאם חזר ונבנה אחר שנפגם מותר לאכול הקדשים

שנזרק דמן קודם שנפגם שהרי כתב שם שאין אוכלין עד שיבנה משמע דכשיבנה מותר לאכול אף הקדשים שנזרק דמם קודם שנפגם] מ"מ זהו דוקא בשאר איסורין אבל בשר קודש שנבלע חל על הנבלע עצם איסור ולא מהני לי' תקנה ואפי' אם נבלע בחולין מיקרי החולין עצם האיסור אם הוא קודש פסול ואם הוא קודש כשר חל על החולין כל חומרת בשר קודש דקרא סתמא כתיב כל אשר יגע בבשרה יקדש בין שנגע בקודש בין שנגע בחולין ולהכי כתבה התורה כל הנוגע בו יקדש להיות כמוה ולא מהני להוסיף ולבטל את הבלוע אף להנך רבוותא דסברי דמבטלין איסור לכתחלה מן התורה ומכ"ש בקדשים דראוי להתיר להוסיף לבטל את הבלוע פסולה כדי לקיים עשה דאכילת קדשים א"ו דאפשר לסוחטו אסור גבי בליעת קדשים וכיון שנאסר מתחילה לא מהני מה שמוסיף לבטל. ונראה דלהכי כתב כל הנוגע בו יקדש ואפקיה בלשון נגיעה אף דבאמת בנגיעה בעלמא לא מיתסר עד שיבלע בתוכו אלא לאשמעינן דתיכף שנבלע נאסר אף שאח"כ ניתוסף על הבלוע ויש בו כדי לבטל גם הטעם שנתן בתחילת בליעתו נמי אסור אע"ג דהטעם נתבטל ואין זה אלא כנגיעה בעלמא מ"מ כבר נאסרה מתחילה ואין לו תקנה ומגופא דמתניתין בזבחים מוכח דבקדשים הנבלעים אפשר לסוחטו אסור דהא קתני התם בישל קדשים וחולין קדשי קדשים וקדשים קלים אם יש בהם בנותן טעם הרי הקלין כחמורין ופוסלין במגע ופרש"י ז"ל אם היו החמורין פסולין והקלין כשירים נעשו הקלין כחמורין לפסול את הנוגעין בהם עכ"ל וקשה דאם אין בנוגע הראשון והשני ביחד לבטל את החמורין או את הפסולין פשיטא דנפסלו השניים וצ"ל דמיירי שיש בשניהם לבטל החמורין או הפסולים רק כיון דכתיב יקדש א"כ אפשר לסוחטו אסור בהו ולא מהני מה שיש כדי לבטל החמורין או הפסולין הראשונים ובעינן שיעור ביטול לבטל גם הקלין משום דאפשר לסוחטו אסור ונעשה הנוגע גופו של איסור ובעינן לבטל גם את הנוגע:

ואחרי שנתבאר דאפשר לסוחטו אסור בבליעת קודש יבואר לנו היטיב דברי רש"י ז"ל דבחולין (דף ק"ח) תנן טיפת חלב שנפלה על החתיכה אם יש בה בנותן טעם אסורה ניער את הקדירה אם יש בה בנותן טעם באותה קדירה אסורה ופירשו הרשב"א והר"ן בשם ר"י בעל התוס' דבלא ניער את הקדירה בעינן ששים רק באותה חתיכה והשאר מותרת משום דאיסור לח שנפל בחתיכה העומדת חוץ לרוטב האיסור מתפשט בכל החתיכה אבל אינו יוצא מחתיכה לחתיכה וכדאמרינן בגמ' אילימא לא ניער וכסה כלל מבלע בלע מפלט לא פלט דמשמע שאין האיסור נפלט מחתיכה לחתיכה כל זמן שלא ניער. והוקשה להר"ן ז"ל דמ"ט נימא שיהא האיסור מתפשט בכל החתיכה ואפילו גסה

כמה ולא יהא יוצא מחתיכה לחתיכה ואפי' בדקה שבדקות ועוד דאפילו נימא דמילתא דפסיקא היא שאין האיסור יוצא מחתיכה לחתיכה לעולם מ"מ היא עצמה פולטת לחתיכה הסמוכה לה ותאסר בפליטתה דחתיכה עצמה נעשה נבילה ותירצו בזה דאפי' למ"ד חתיכה נעשה נבילה אינה אוסרת אלא במקום שהאיסור עצמו יכול להתפשט לפי שבכל מקום שהאיסור וההיתר יכולין להתפשט חשבינן אף פליטת ההיתר כפליטת האיסור כיון שהוא מתערב עמו אבל במקום שאין האיסור יוצא אין ההיתר לבדו אוסר דאי לא תימא הכי רותח דצלי שאנו מתירין בקליפה נימא שאותה קליפה נעשה נבילה ואוסרת הסמוכה לה ושני' לשלישית וכן לעולם א"ו היינו טעמא שכיון שאין בליעת האיסור מתפשט אלא כדי קליפה מוהל של היתר היוצא מאותה קליפה אינו אוסר הסמוך לה זה דעת רבינו יצחק ז"ל אבל אינו מחוור דכיון דקיי"ל אפשר לסוחטו אסור וחתיכה עצמה נעשה נבילה שאפי' היה אפשר לאיסור שיסחט ויצא מחתיכה זו אפ"ה החתיכה זו אסורה הרי כל מה שחתיכה זו פולטת איסור הוא וכיון שהוא כגוף האיסור למה לא תאסר חברתה בפליטתה ומה שהביא ראי' מן הצלי נראה לי כיון דחתיכ' נעשה נבילה מבב"ח למדנו כמו שאפרש לקמן אין אומרין כן אלא דומיא דבב"ח דרך בישול ואין בבב"ח קליפה מן התורה דדרך בישול אסרה תורה ומאי דאמרינן לקמן בגמרא מבלע בלע מפלט לא פלט דאלמא כל שלא ניער אין החתיכה אוסרת חברתה מחמת פליטתה הני מילי למאן דס"ל אפשר לסוחטו מותר דכיון שכן אין חתיכה זו שקבלה טעם מן החלב נידונית כחתיכת בשר אסור אלא כחלב שקבלה טעם ממנו ומשום הכי מקשינן מבלע בלע מפלט לא פלטה פליטה אוסרת לפי שהחלב שבה אפשר שאינו יוצא מחתיכה לחתיכה ואפילו הוא יוצא ממנה הו"ל מין בשאינו מינו וא"א שתאסר כל החתיכות כולן מפני שהן מינה. אבל למאי דמסקינן אפשר לסוחטו אסור אפשר דאפילו בשלא ניער כלל ולא כיסה כלל אמרינן דכיון שגוף היתר של חתיכה זו נעשה איסור אוסרת כל החתיכות מפני שהן מינה כיון שכולן עומדות בקדירה שיש בה הבל ולחות ולפיכך נראין דברי רש"י ז"ל דרב הכי מפרש לה למתניתין טפת חלב שנפלה אם יש בה בנותן טעם באותה חתיכה אסורה כלומר הקדירה כולה מפני שחתיכה עצמה נעשית נבילה ואוסרת כולן מפני שהן מינה עכ"ל הר"ן ז"ל:

הנה נתבאר לנו מדברי הר"ן ז"ל שני שיטות שיטת התוס' דאף היכא דחתיכה עצמה נעשה נבילה עכ"ז אין בכח הנאסר לאסור במקום שאין האיסור יכול לילך והוא הטעם בקליפה ונטילה שאין הקליפה והנטילה אוסרין בסמוכין להן וכן להלן ושיטת רש"י ז"ל דהיכא שהנאסר נעשה נבילה יכול הנאסר לאסור בסמוך לו אף שהאיסור אינו יכול

לילך שמה וטעמא דקליפה ונטילה אינה אוסרת לסמוך הוא משום דנעשה נבילה בשאר איסורים הוא רק מדרבנן וגבי בשר וחלב לא אשכחן קליפה ונטילה משום דכל היכא דבעי נטילה וקליפה הוא רק משום בליעה בעלמא אבל אינו מתבשל ובב"ח לא אסר קרא אלא דרך בישול הלכך בשאר איסורין שהחמירו בהן משום בב"ח לא החמירו אלא בגוונא דאסור בבב"ח דהיינו דקן בישול אולם הרשב"א ז"ל בחי' הקשה על שיטת רש"י ז"ל שפירש דטיפת חלב שנפלה על חתיכה שחוץ לרוטב שנאסרות שאר החתיכות משום שהחתיכה הראשונה נעשה נבילה ואוסרת שאר החתיכות א"כ טיפת חלב שנפלה על חתיכה מאי מהני אם יש בה ס' נימא מה שסמוך להטיפה נאסר מיד קודם שהגיע הטעם להלן להתבטל ונעשה נבילה ואוסר אח"כ בסמוך לו וכן להלן ותאסר כל החתיכה ולא יועיל ס' לבטולי ודחה מחמת זה פרש"י ז"ל והסכים לשיטת התוס' דכל מקום שאין האיסור יכול לילך אין הנאסר יכול לאסור אף שהנאסר נעשה נבילה:

ונראה לי ליישב שיטת רש"י ז"ל דכיון דבב"ח לא אסרה תורה אלא דרך בישול דוקא ומזה ילפינן דבעינן טעם כדאמר רבא בחולין (ק"ח) דאף אי טכ"ע לאו דאורייתא אפ"ה א"א לומר דבב"ח יהא אסור היכא דלא יהיב טעמא משום דרך בישול אסרה תורה ודרך בישול מיקרי היכא דיהיב טעמא. להכי בעינן נמי שהחלב יהא בכחו לתת טעם בכל החתיכה. שזה מיקרי נתינת טעם דרך בישול אבל מה שנותן טעם רק סביבות החלב וכשמתפשט בחתיכה זו עצמה שנפל עלי' אין בכחה ליתן טעם אין זה דרך בישול דטעם דדרך בישול הוא כשמתפשט במקום נפילתו יכול ליתן טעם על כל החתיכה ולהכי אם בכל החתיכה אין בו לתת טעם שפיר מתבטל ולא איכפת לן במה שמתחיל ליתן טעם סביבות נפילתו דדרך בישול אסרה תורה ובישול הוא נתינת טעם כדמשני לרבא למ"ד טעמו ולא ממשו לאו דאורייתא:

ולפ"ז כיון שביארנו דלדעת רש"י ז"ל והר"ן יכול הנאסר לאסור אף שאין באיסור עצמו להתפשט שם היכא דחנ"נ וטעמא דמהני ששים בטיפת חלב שנפל על חתיכה הוא משום דדרך בישול אסרה תורה א"כ היכא דלא בעינן דרך בישול בעינן למימר היכא דאפשר לסוחטו אסור לא מהני ששים דהטפה אוסרת סביבותי' ונעשה נבילה וכן לעולם כקושית הרשב"א ז"ל א"כ זרוע בשלה שנתבשלה עם האיל לא מהני בה ששים לבטולי דהאיל בולע מן הזרוע שאסור לזרים וכיון שנאסר הבשר שסביב הזרוע נעשה עצם האיסור שהרי ביארנו דבקדשים אפשר לסוחטו אסור כמו בב"ח וכשנבלע בתחילה סביב לזרוע נאסר וכן שני לשלישי וכן לעולם כמ"ש הרשב"א ז"ל וכאן לא בעינן דרך בישול וזה שאמר רבא דזה היתר הבא מכלל איסור הוא משום טכ"ע דאסור

בקדשים וכיון דטעם כעיקר אסור בעינן למימר דלא מהני מאה וששים דהא בקדשים אפשר לסוחטו אסור דכתיב יקדש וכאן התירה תורה לבשל האיל עם הזרוע מחמת שבטל בס' ומאה ולא הקפידה תורה על מה שהאיל בולע מן הזרוע ונאסר האיל מחמת שבולע מן הזרוע סביבות הזרוע טרם שמגיע הבליעה לכלל ביטול וחוזר הנאסר ואוסר סביבותיו וזהו היתר הבא מכלל איסור והא דאמר בזבחים שם נוגע במקצת חתיכה אין כל החתיכה נאסרת מיירי שמקצתה היתה חם ובלעה ומקצתה צונן ולא בלעה והא דתנן בשר קדשים שנתבשל עם בשר חולין או קדשי קדשים וקדשים קלים אם יש בהן בנותן טעם הרי הקלים כחמורין דמזה הקשה הרשב"א ז"ל על רש"י ז"ל דהא מבואר דבקדשים בעינן בנ"ט לא קשה דכיון דבארנו דגם רש"י ז"ל סובר דבקדשים מהני ביטול ואין איסורן במשהו רק דהיכא דהבליעה אוסרת קודם שמתפשטת בשיעור ששים לא מהני מה שמתפשט אח"כ הטעם ומתבטל בששים משום דכבר נאסר ונעשה עצם האיסור ואוסר להלן וזה שייך דווקא בזרוע בשלה שנותן טעם באיל מפני שטעם איסור שנכנס בדבר יבש אינו מתפשט בבת אחת בכל שיעור ששים רק מתפשט מעט מעט כידוע ושייך בו דין אפשר לסוחטו אבל טעם הנכנס בדבר לח כמו רוטב אם יש בו שיעור ביטול מתפשט הטעם בבת אחת בכל הנ"ט חלקי הביטול וא"כ שפיר קתני במתניתין בישל קדשים וחולין קדשי קדשים וקדשים קלים אם יש בהם בנותן טעם הרי הקלין כחמורין משום דמשכחת לה שלא יהא בו בנותן טעם כגון שיש ברוטב שיעור ששים לבטל הקדשים דאז מותר דבזה אין שייך דין אפשר לסוחטו מפני שטעם הקדשים מתבטל בבת אחת ברוטב ולא דמי לטעם הזרוע שנכנס באיל שמתפשט מעט מעט ובדבר גוש ידוע שאין הטעם מתפשט בפעם אחד בכל החתיכה אלא מעט מעט ועוד שהרשב"א ז"ל כתב בחידושיו דקרא מיירי אפילו בבישלו בלא מים כגון צלי קדר דמשערין רק בבשר בהדי בשר וליכא רוטב עיי"ש:

והשתא מיושב כל קושיות התוס' על רש"י ז"ל מה דהא אין כ"ש אוסר בקדשים לא קשה כלל דהא גם רש"י מודה דיש בקדשים דין ביטול ואין כ"ש אוסר רק דבקדשים טכ"ע אוסר וכשנאסר גם אפשר לסוחטו אסור ובזרוע בשלה התירה התורה הטעם שנסחט אחר שנתבטלו במאה וששים ואמרינן בו אפשר לסוחטו מותר והא דלא קאמר לא נצרכה אלא לאפשר לסוחטו דבקדשים אסור והכא שרי הוא משום דאי הוי אמר הכי הוי משמע דאפשר לסוחטו בקדשים אסור הא בחולין אפל"ס מותר אבל טכ"ע גם בחולין אסור ובאמת בחולין גם טע"כ שרי כמו שפסק רש"י ז"ל להכי אמר רבא לא נצרכה אלא לטכ"ע דבקדשים אסור והיינו הואיל ובקדשים טכ"ע אסור אין האיסור ניתר אפילו

אפשר לסוחטו אח"כ ובזרוע בשלה ניתר האיסור דהא מהני מאה וששים ולא חיישינן למה שנאסר סביבות הזרוע ונעשה נבילה. וכן מה שהקשו דהא הכא גבי זרוע הי' מין במינו ומין במינו ודאי בטל לרבנן כדאמרינן בהקומץ שתי מנחות שלא נקמצו ונתערבו דבטל ברוב לרבנן נמי לא קשה דהתם מיירי ביבש דליכא נתינת טעם כלל ובטל ברובא אבל הכא גבי זרוע בשלה שהזרוע נותנת טעם באיל דאף שהוא מין במינו וליכא טעם חדש באיל מ"מ פליטת הזרוע באה באיל ונאסר האיל ע"י התפשטות פליטת הזרוע טרם שמגיע לשיעור ביטול באיל ובקדשים טכ"ע אוסר ולא מהני מה שמגיע שיעור ביטול אח"כ וזהו היתר מכלל איסור דבקדשים אסור והכא שרי דגם מין במינו שייך לשון נתינת טעם דאף שאינו טעם חדש נרגש מ"מ פליטתו מיקרי טעם כדדרשינן הטמאים לאסור צירן ורוטבן ואמר בחולין (דף ק') כיון שנתן טעם בחתיכה חתיכה עצמה כו' והתם במין במינו מיירי וקרי לי' טעם:

(הגה"ה דהא ודאי דחתיכה של נבילה שנתבשלה עם חתיכה של היתר ושניהם שווין ואין ההיתר יותר מהאיסור דאסור מן התורה אף למ"ד מין במינו בטל מן התורה ברוב כיון דשניהם שווים ולא אמרינן דוודאי בנבלע יש רוב נגד הבלוע וה"נ בזרוע בשלה מה שנבלע מן הזרוע בתוך האיל קודם שמתפשט, פליטת הזרוע לתוך בשר האיל שיהא רוב נגד הזרוע נאסר ואפשר לסוחפו אסור:)

ולכאורה יש להקשות לפי מה שביארנו דבקדשים אפשר לסוחטו אסור מקרא דיקדש ולפמ"ש הר"ן ז"ל שהבאנו לעיל היכא דאפשר לסוחטו אסור לא מהני נטילה בצלי ולא קליפה משום שהקליפה אוסרת להלן והא דמהני נטילה הוא רק משום דבשאר איסורין אפשר לסוחטו מדרבנן ולא החמירו גבי נטילה משום דליכא למיגזר אטו בב"ח א"כ תקשה ממתניתין דפסחים (דף ע"ה) דתנן נגע בחרסו של תנור יקלוף את מקומו והא התם קדשים ואפשר לסוחטו אסור ותאסור הקליפה בסמוך לה וכן להלן ויאסר הפסח כולו ונראה דלק"מ דודאי אם לא קלף נאסר הפסח כולו והתנא השמיענו דצריך לקלוף מיד וכשקולף מיד לא אמרינן אפשר לסוחטו אסור כיון שסילק הקליפה מיד:

ועוד נראה לי דכיון שבארנו דאפשר לסוחטו אסור גבי קדשים א"ש אף לשיטת התוס' והרשב"א ז"ל שכתבו דהא דאין הטיפה אוסרת סביבותי' גבי בב"ח ולא אמרינן חנ"נ הוא משום דאין הנאסר יכול לאסור במקום שאין האיסור הראשון יכול לילך דלפי דבריהם גם בקדשים לא שייך לאמר דלא יועיל ס' ומאה מחמת אפשר לסוחטו אסור כיון דיש שיעור ביטול בכל האיל אין הזרוע אוסרת מ"מ א"ש שיטת רש"י ז"ל מה שפירש דהכא הוי היתר מכלל איסור מאי דמהני מאה וס' משום דכיון דאפשר לסוחטו אסור כבר נאסר

כדי קליפה משעת מליחה למ"ד מבשל לה והדר מחתך לה ונעשה נבילה ולא מהני מה שיש מאה וס' נגד הזרוע רק דבעי לשער גם נגד קליפה במקום שמחובר הזרוע להאיל וקי"ל להאי תנא דליכא ס' ולא מאה אלא נגד הזרוע לחוד ולא כנגד קליפת האיל וא"כ הא הוי טעם כעיקר שנאסר ע"י מליחה ואפשר לסוחטו אסור ואפ"ה שרי. ועי' בפמ"ג (סי' צ"ב בש"ך ס"ק ט"ז) שכתב דאף אם לא אמרינן חנ"נ גבי מליחה מ"מ הקליפה נשארת באיסורה:

ומעתה כיון שנתבאר דאפשר לסוחטו אסור גבי בליעת קודש א"ש מ"ש רש"י ז"ל בזבחים דהמהתך שומן של חטאת ע"ג שלמים לא מיקרי טע"כ אלא גופו של איסור אע"ג דבחלב שנבלע בתוך בשר כ' רש"י ז"ל בע"ז דמיקרי רק טעמו משום דלמ"ד טכ"ע לאו דאורייתא הא דשרי שומן שנבלע בו חלב רק מחמת דמדאורייתא בטל ברובא דאי לאו הכי לא היה מועיל מה דטכ"ע לאו דאורייתא דהא מ"מ נכנס איסור בתוך ההיתר ואיך שרינן לי' מה"ת לאכול שומן שנבלע בו חלב הא אוכל גם החלב אלא משום דמה"ת בטל עיקר החלב ברוב וליכא אלא טעם שרי משום דטעם לאו כעיקר וכמו שביארנו לעיל בתשובה מדברי הש"ס דקאמר אנן לחומרא גמרינן דמדאורייתא ברובא בטל וכמ"ש שם הר"ן והרשב"א ז"ל בחידושיו וא"כ זה שייך דוקא בשאר איסורין דאין ההיתר נהפך להיות איסור ובטל ברובא בזה דלענין איסור בטעמא תליא אי טכ"ע דאורייתא או לא אבל בבליעת קדשים דההיתר נהפך להיות איסור כ"ז שלא נתבטל א"כ שומן של חטאת שנפל על בשר שלמים דא"א להתבטל מחמת דקמא קמא נהפך להיות איסור קודם שמתפשט לשיעור ביטול ולא שייך ביטול ברובא מיקרי שומן שנפל על בשר גופו של איסור דשומן שנפל עליו להיכן אזיל ולא מיקרי טעמו להכי כתב רש"י ז"ל דמיקרי היתר מצטרף לאיסור אבל בשאר איסורין דאפשר לסוחטו מותר שומן שנפל על הבשר מיקרי רק טעמא משום דגוף האיסור נתבטל ברובא דגם במין בשא"מ נמי שייך ביטול ברובא כמו שהאריך הרשב"א ז"ל שם בסוגיא דזרוע בשלה (ומה שהקשה הרשב"א ז"ל שם דא"כ דשייך במין בשא"מ ביטול ברובא א"כ כזית בכדי אכילת פרס דלקי היכי משכחת לה לא הבנתי דהא משכחת כשאכל כזית כדא"פ בתערובות היכא דאפשר להפריד האיסור מן ההיתר דאז לא שייך ביטול כיון שאפשר להפריד האיסור להכי לקי ע"ז] שוב ראיתי שגם הרשב"א ז"ל בחידושיו לחולין (דף צ"ח) נסתפק בזה אם חלב שנבלע בתוך בשר מיקרי טעמו או ממשו עי"ש:

סימן פא

שאלה חלב רותח שעמד סמוך לקדירת בשר רותח ומסופק אם נשפך החלב על הבשר או לא ועתה א"א להכיר:

תשובה דבר זה נראה לכאורה דלפי מה דקי"ל ספיקא דאורייתא לחומרא יש להחמיר בזה וכן פסקינן ביור"ד (סימן צ"ח) בנשפך מין בשאינו מינו וא"א להעמיד עליו אי הוי ששים אסור וכתבו הט"ז והש"ך דבבשר בהמה וחלב אם נשפך אסור בכה"ג:

ולכאורה יש להקשות מ"ט לא נימא דמוקמינן תבשיל של היתר אחזקתו ולא נאסור אותו מספק. וראיתי בתשובת שיבת ציון (סימן ל"ב) וז"ל שם באמצע התשובה אם נפל חתיכת בשר טריפה או שאר דבר איסור לתוך קדירה ולא ידעינן אם יש בקדירה ס' נגד האיסור בזה בלא"ה לא שייך לומר לאוקמי התבשיל בחזקת היתר דיש נגד זה חזקת איסור דהא האיסור שנפל לתוכו היה אסור ויש לו חזקת איסור מקודם שנתערב בהיתר ואם נימא שיהא בטל בהיתר הרי נעשה האיסור שנתערב להיתר ומוציאין אותו מחזקת האיסור שהי' לו קודם שנעשה התערובות וכיון שיש כאן ב' חזקות מתנגדות חזקת היתר של התבשיל וחזקת איסור של האיסור שנתערב בו אין לילך אחר שום חזקה עכ"ל ועדיין קשה לי דזה ניחא בשאר שיש להם חזקת איסור ובעינן למימר שלא נתבטלו עדיין אבל בחלב שנשפך לתוך קדירת בשר ולא ידענו אם יש ס' נגד החלב בזה שפיר הוי לן לאוקמי התבשיל על חזקתו של היתר ומותר הוא והחלב שנשפך לתוכו דהא שניהם היה להם חזקת היתר:

וצ"ל דלהכי לא מוקמינן אחזקתו בנפל ואינו ידוע אם יש ס' לבטל משום דכיון דודאי נפל רק דמספקינן אם יש ס' לא מוקמינן אחזקה מדרבנן וכה"ג כתבו התוס' בכתובות (דף כ"ג) בזרק ספק קידושין כגון שע"א אומר קרוב לו ועד אחד אומר קרוב לה דלא מוקמינן אחזקה להתירה לכתחילה עיי"ש. מיהו הח"מ כתב באהע"ז (סימן ל') דדוקא בכת א' מחולקים אי קרוב לו או קרוב לה אסור מדרבנן משום דאיכא ע"א שאומר קרוב לה אבל אי מסופק לשני העדים אי היה קרוב לה אנן מוקמינן שפיר אחזקה אעפ"י שודאי זרק לה קידושין וא"כ ה"נ הוי לן לאוקמי אחזקה [ועיין בב"ש שם (ס"ק ט') שכתב טעם אחר להתיר במסופק לשני העדים דהוי כמקדש בלא עדים משמע הא לאו האי טעמא דמקדש בלא עדים לא הוה מוקמינן אחזקה] ועוד נ"ל דדברי בעל שיבת ציון שייכא אף בתערובות בב"ח אע"ג דהחלב היה מעיקרא מותר ולא שייך לומר דמוקמינן ליה אחזקת איסור דידיה מ"מ אכתי שייך לומר דמוקמינן אחזקתו שיש בו טעם ועודנו בטעמו ולא נתבטל בבשר ולהכי לא מוקמינן הבשר אחזקת היתר דידיה דאדרבה מוקמינן החלב

אחזקתו ועודנו בקיומו וטעמו מיהו כ"ז בנפל ולא ידעינן אי יש ס' לבטלו אבל אם ספק אם נפל כלל בזה ודאי צריכין לאוקמיה אחזקתו בין בשאר איסורין בין בבב"ח:

מיהו נ"ל דלא שייך חזקה אלא בדבר שהספק רכיב אכולא חפצא כמו בתרומה דמוקמינן אחזקת טבל דאי אמרת שנתרם הרי יצא מידי טבל דהוי פתיך בכולא כרי קודם שתיקן. או באשה שראתה דם דמטהרינן לה למפרע מחמת חזקה דהא אם נימא דעכשיו ראתה א"כ בראי' זו רבע שם טומאה אכולא גופא אבל בתערובות שאם נתערבה איסור בהיתר הרי ההיתר לא נשתנה מכמו שהיה רק שנדבק אליו איסור שאין באפשרי להפרישם בזה לא שייך לאוקמי אחזקה וכה"ג כתב הרשב"א ז"ל לענין גיד הנשה בספק אם נטל גידה ממנה דלא שייך לומר אוקמא אחזקת איסור על הירך משום שהגיד הוא דבר בפני עצמו והירך הוא דבר בפ"ע ואינם רק מחוברין זה בזה ואף שהפוסקים כתבו גבי תערובות איסור בהיתר ברוב דאיסור נהפך להיות היתר היינו דווקא דאיסור נהפך להיות היתר דאזיל מינה כח האיסור שהיה בו ונעשה ככל דבר המותר באכילה אבל היתר באיסור לא בטיל להיות בו קביעות כח האיסור כדאמרי' (מנחות כ"ג) א"א לשחוטה שתעשה נבילה והרי קיי"ל דהיתר בהיתר לא בטל דאין שייך ביטול אלא בכח הרע שבאיסור אבל לא היתר בהיתר ולא היתר באיסור:

ויש להביא ראיה לזה מהא דפריך ביבמות (דף פ"ב) וסבר ר"י תרומה בזה"ז דאורייתא והתניא ב' קופות א' של תרומה וא' של חולין ולפניהם ב' סאין א' של תרומה וא' של חולין ונפלו אלו לתוך אלו מותרין שאני אומר תרומה לתוך תרומה נפלה וחולין לתוך חולין נפלו ואר"ל והוא שרבו חולין על התרומה ור"י אומר אעפ"י שלא רבו חולין על התרומה בשלמא ר"ל קסבר בדרבנן נמי בעינן רביה אלא דר"י קשיא ופרש"י דמי תלינן לקולא באיסור דאורייתא ע"כ ומאי קשיא דילמא אף דסובר ר"י תרומה בזה"ז דאורייתא מ"מ שרינן בלא רביה משום דמוקמינן הך חולין אחזקתייהו שהיו מותרין עד עכשיו א"ו דבדבר שנאסר מחמת תערובות לא שייך לאוקמי אחזקתן כיון שאין אנו באין לאסור החולין בעצמותן רק מחמת התרומה שנתערב בהן ואף שהתוס' הקשו שם אהא דמותיב מהך ברייתא ולא מייתי מתניתין דב' קופות א' של חולין וא' של תרומה שנפלה סאה של תרומה לתוך א' מהן ואינו ידוע לאיזה מהן נפלה אני אומר לתוך תרומה נפל ואמאי לא פליגי נמי ר"י ור"ל אהך משנה ותי' דמשום רבותא דר"י מייתי הך ברייתא דאפי' בשתי קופות ושתי סאין דליכא למימר כולי האי אוקי חולין אחזקתייהו והיינו משום דכיון דודאי נפל להו רק דלא ידעינן מה נפל דמה שנפל בקופה של חולין ספק הוא ואין לו חזקת היתר שרי בה ר"י בלא רביה ואפשר דבסאה א' אפי' ר"ל שרי בלא רביה דסמכינן

אחזקת חולין שבקופה ומוקי לה אחזקתייהו ולהכי לא פליגי אמתניתין אלא אברייתא עכ"ל התוס' הרי משמע מדברי התוס' דשייך לאוקמה אחזקה:

מ"מ נ"ל דאפ"ל דדוקא גבי תרומה דרבנן מוקמינן אחזקה כה"ג גבי תערובות דקיל טפי אבל באיסור דאורייתא לא מוקמינן אחזקה גבי תערובות כמו שהוכחנו לעיל מהא דפריך הש"ס לר"י דסבר תרומה בזה"ז דאורייתא [ואפילו באיסור דרבנן נמי נ"ל דיש לחלק בין איסור תרומה שנפלה לתוך חולין דבתרומה שייך קצת לאוקמי אחזקה גבי תערובות משום דאיסור תערובות תרומה נפקא לן בספרי ובירושלמי בפ"ד דתרומות מקרא דכתיב מכל חלבו את מקדשו ממנו ודרשינן דבר שאתה תורם ממנו אם נפל לתוכו מקדשו דמשמע לישנא דקרא שתערובות התרומה מקדש חולין שנפל לתוכו ומשמע פשטא דלישנא שגם החולין נעשה קדוש וכיון שנשתנה שם החולין ע"י התערובות שייך קצת לאוקמי אחזקתו הראשונה שלא נתערב ולא הקדישו אבל בשאר איסורין לא שייך כלל חזקה גבי תערובות]:

שוב ראיתי שגם בגמרא איתא בהדיא דבספק דימוע שייך לאוקמי אחזקה דאמרינן בעירובין (דף ל"ו) כיצד אמר ר' יוסי ספק עירוב כשר עירב בתרומה ונטמאת ספק מבע"י נטמאת ספק משחשיכה וכן בפירות ספק נתקנו מבע"י ספק משחשיכה ופריך מ"ש ספק תרומה דאמרינן העמד תרומה על חזקתו ואימא טהורה היא פירות נמי העמד טבל על חזקתו ואימא לא נתקנו ומשני לא תימא ספק מבע"י נתקנו אלא אימא ספק מבע"י נדמעו עיי"ש. והא התם טעמא דר"י דאמר ספק עירוב כשר משום חזקה דתרומה כמ"ש רבא שם וכדקאמר הש"ס מ"ש תרומה דאמרינן העמד על חזקתו הרי חזינן דבספק נדמעו נמי מוקמינן אחזקה אע"ג דע"י הדמוע אין העצם החולין נשתנה והוי רק תערובות אפ"ה מוקמינן אחזקה:

מיהו לפמ"ש הה"מ (בפ"ו מהלכות עירוב) מקילינן בספק עירוב אף היכא דליכא חזקת היתר ולא בעינן רק שלא יהא חזקת איסור וצ"ל הא דאמר מ"ש תרומה דאמרינן העמד תרומה על חזקתו הוא לרווחא דמילתא שוב ראיתי דאף אם נימא דלא מקילינן אלא היכא דאיכא חזקה לקולא מ"מ א"ש דמיירי שנפל תרומה לתוך החולין ורבו החולין על התרומה דמדאורייתא בטל ברובא רק מדרבנן אסור דהוי דימוע דרבנן ולא חזי לעירוב וכיון דהוי ספק מבע"י נדמעו ספק משחשיכה אוקמינן תרומה המעורבת אחזקתייהו ונפלה משחשיכה דהא תרומה אם נפלה לרוב חולין מדאורייתא אזיל מיני' קדושת תרומה ואיסור נהפך להיות היתר ומוקמינן אחזקה דלא אזיל מינה דין תרומה עד

שחשיכה ובזה שפיר אזלינן בתר חזקה כיון דהביטול מהפך איסור להיתר שייך חזקה שנתהפך משחשיכה אבל היכא דאין אנו רוצין להפך דבר מעצמותו לא שייך חזקה:

ובזה ישבתי מה שהקשה בעה"מ משכנות יעקב מהא דאמרינן במס' ע"ז (דף כ"ג) דפליגי ר"א ורבנן אם לוקחין קרבנות מעכומ"ז דר"א סובר אין לוקחין דחיישינן לרביעה ורבנן לא חיישי לרביעה ומשמע שם דר"א מדאורייתא חייש דהא מקשי לי' התם מקראי טובא ואמאי הא ספק בעלמא הוא דלמא נרבעה ופסולה לקרבן ולימא דמוקמינן אחזקתיה שכל בהמה שנולדה כשירה להקרבה אבל לפמש"כ א"ש דלא שייך חזקה אלא בדבר שאנו רוצים לשנות עצם הדבר כמו באיסור או טומאה שאנו רוצים לשנות הדבר מטהרה לטומאה ומטומאה לטהרה או מאיסור להיתר ומהיתר לאיסור אבל רביעה פסול בפ"ע הוא ואינו בעצם הבהמה רק דרחמנא פסליה נרבע לקרבן וגם לא שייך לומר שהיא בחזקת שהיא כשירה לקרבן דאין הכשר לקרבן מוטל על עצם הבהמה שנדון בה שהיא בחזקת כשירה לקרבן כדאמרינן בב"ק (ד' צ"ח) גבי צורם אוזן פרתו של חבירו דפטור משום דסתם שוורים לאו למזבח קיימי ואין שייך לדון דין חזקה גבי ספיקא דרביעה ודו"ק:

ובזה נ"ל לבאר סוגיא דקידושין (דף ס"ו) במקוה שנמדד ונמצא חסר כל טהרות שנעשה ע"ג היה ר"ט מטהר ור"ע מטמא אמר ר"ט מקוה זה בחזקת שלם הוא עומד ומספק אתה בא לחסרו אל תחסרנו מספק אר"ע אדם זה בחזקת טמא הוא עומד ומספק אתה בא לטהרו אל תטהרנו מספק אמר ר"ט משל לכהן עומד ומקריב ע"ג המזבח ונודע שהוא בן גרושה או בן חלוצה שעבודתו כשירה אר"ע משל לעומד ומקריב ע"ג המזבח ונודע שהוא בעל מום שעבודתו פסולה אר"ט אתה דמיתו לבעל מום ואני דמיתיו לב"ג או לב"ח נראה למי דומה אי דומה לב"ג ולב"ח נדוננו כב"ג או כב"ח אם דומה לבעל מום נדוננו כבעל מום התחיל ר"ע לדון מקוה פסולו ביחיד ובעל מום פסולו ביחיד ואל יוכיח ב"ג וב"ח שפסולו בשנים ד"א מקוה פסולו בגופו ובע"מ פסולו בגופו ואל יוכיח ב"ג וב"ח שפסולו מאחרים א"ל ר"ט עקיבא כל הפורש ממך כאילו פורש מן החיים עכ"ל הגמרא והקשו התוס' וז"ל וא"ת ומאי משל הוא זה הרי במשל אפי' נודע שפסול היה בשעת עבודה אפ"ה עבודתו כשירה כדמוכח בסמוך מקרא ובכה"ג גבי מקוה אם נמצא שמדידתו היתה תחילה בטעות טהרותיו טמאות למפרע אפי' לר"ט ותי' דבתרתי פליגי פליגי לענין טהרות בלא ידעינן אם היה חסר למפרע ולענין עבודה ע"ג המזבח אי ידעינן שהי' חסר למפרע עיי"ש וקשה דמשמע דמייתי הא דבע"מ ודב"ג וב"ח אפלוגתא ראשונה. ונראה דבאמת עיקר החילוק שבין בע"מ לב"ג הוא כדמסיק דבע"מ פסולו בגופו וב"ג פסולו

מאחרים דהיינו בע"מ גופא אחרינא הוא ורחמנא פסל גוף כי האי לעבודה משא"כ ב"ג שאין בו פסול ובא מטיפה כשירה רק שאביו עבר עבירה בביאתו אלא שהתורה קראו חלל שבא ע"י מעשה חילול הכהונה שחילל כהונתו אבל אין בגופו שום חסרון ולהכי מקרי פסולו מאחרים ולהכי אפי' לר"ע דאמר אין קדושין תופסין בחייבי לאוין מ"מ בחייבי לאוין דכהונה מודה שאין עושין ממזרין לר' סימאי (בקדושין ס"ד וש"מ) והשתא פליגי ר"ט ור"ע בפסול טומאה דר"ט מדמי ליה לב"ג דסובר דטומאה נמי אינה פסול הגוף כמו בע"מ שהוא רק טומאה רביע עלי' אבל בגופו ליכא שום פסול להכי עבודתו כשירה אף בנודע שהוא טמא למפרע כמו בב"ג ור"ע סובר דטומאה דמי לבע"מ דבמה שנטמא נשתנה בגופו ממש ונעשה טמא ולהכי פסלינן עבודתו שעבד למפרע כמו גבי בע"מ ומהך סברא דפליגי לענין טומאה גבי עבודה שעבד ע"ג המזבח עד שלא נודע טומאתו מזה גופא הביאו ראיה כל חד וחד לנפשי' ר"ט לטעמיה ור"ע לטעמיה לענין מקוה שנמדד ונמצא חסר לענין טהרות שנעשה ע"ג למפרע דר"ט מטהר ור"ע מטמא משום דבזה יש לנו ב' חזקות המתנגדות חזקת האדם לטומאה וחזקת שלימות המקוה לטהר ואר"ט דשבקינן חזקת האדם ואזלינן בתר חזקת המקוה משום דחזקת המקוה עדיף לן טפי שבמקוה אנו דנין על עצמותה אם היתה שלימה בשיעורה או לא והויא חזקה מעליא טפי אבל חזקת האדם לאו חזקה מעליא שאין פסול טומאה בגופו של אדם דנימא דכמו שעד עכשיו היה טמא עתה נמי טמא הוא שאין הטומאה והטהרה משנין עצמות גופו וכמו שסובר ר"ט לענין טמא שעבד עד שלא נודע טומאתו שפסול טומאה לא הוי פסול הגוף כמו בעל מום ואף דבכל דוכתי מודה ר"ט דאזלינן בתר חזקת טומאה או טהרה היינו היכא דליכא חזקה אחרת המנגדתה אבל היכא דאיכא חזקת שלמה דמקוה המתנגדת לה שבקינן חזקה דאדם ונקטינן חזקה דמקוה ומייתי ראיה דכמו לענין עבודה בעבד עד שלא נודע טומאתו יש לטומאה דין ב"ג וב"ח ולא דין בע"מ אלמא לא פתיכי ביה טומאה כולי האי כמו בע"מ להכי היכא דיש לנו שני חזקות אמרינן דחזקת מקוה עדיפא לן מחזקת האדם ור"ע פליג וסובר דטומאה פסול הגוף ממש הוא כמו בע"מ שהוא בגופו. ובעבודה אם עבד עד שלא נודע פסולה עבודתו כמו בע"מ. ולהכי בנמדד ונמצא חסר עדיפא לן חזקה דאדם ממש כמו חזקה דמקוה ולהכי כל הטהרות שנעשו ע"ג למפרע כולן טמאות:

עכ"פ נתברר לן דלא שייך חזקה בדבר שאין אנו משנין עצם הדבר להכי פשיטא דבתערובות נמי לא שייך לאוקמי אחזקה שלא נתערב דאף אם נימא שנתערב אין אנו

משנין ההיתר בעצמותו רק שאנו אומרין שמעורב בו איסור ולא שייך בזה חזקה והוי ספיקא דאורייתא ולחומרא:

מיהו כ"ז הוא רק ביבש שנתערב דאין בהיתר גופיה טעם האיסור רק שמעורב בו איסור ובזה לא מוקמינן אחזקה אבל בתערובות הנותן טעם שיש ספק אם נתערב בזה אפשר לומר כיון דקיי"ל בחולין (דף ק"ח) אפשר לסוחטו אסור והיינו משום דההיתר גופא נעשה איסור בדליכא שיעור ביטול כמש"כ רש"י ז"ל שם א"כ שפיר שייך לאוקמי אחזקתו דאם אנו באין לאוסרו אנו אומרין שנתהפך מהיתר לאיסור מבעי לן לאוקמי אחזקתו הראשונה ותליא בפלוגתא דרבוותא אי אפשר לסוחטו אסור בשאר איסורין אז שפיר מוקמינן אחזקה ולרבינו אפרים ז"ל שכ' דבב"ח דוקא אפשר לסוחטו אסור אבל בשאר איסורין מותר לא שייך לאוקמי אחזקה. מיהו בב"ח אם יש ספק אם נתערב בב"ח אי לא בזה ודאי דשייך לאוקמי חלב אחזקה ולא נפל בו בשר כלל דבב"ח אם נפל בב"ח נשתנה החלב ממש מהיתר לאיסור דזהו כחו של איסור בב"ח דהאי לחודיה והאי לחודיה שרי ותרווייהו בהדדי אסור כמ"ש הפוסקים לענין חתיכה נעשה נבילה וא"כ שייך לאוקמי אחזקה שלא נעשה החלב איסור ואפילו למ"ד אפשר לסוחטו מותר היינו דסובר דאחר שנסחט ונתבטל טעמו אזל לי' איסורא ונהפך להיתר אבל קודם שנסחט ונתבטל מתהפך ממש מהיתר לאיסור להכי אם יש ספק אם נפל בשר לתוך חלב או לא שייך לאוקמי חלב אחזקתה:

אלא שיש ליזהר כשרוצה לשמש בהאי חזקה דאם עביד דנפל או נגע הבשר בהחלב באופן שאסרו לא מוקמינן אחזקה וכמ"ש הרשב"א ז"ל בחי' לחולין (דף ט') דפליגי התם אביי ורבא דאביי מייתי ראיה דסכנה חמור מאיסור מהא דספק טומאה ברה"ר טהור ובספק מים מגולין אסרינן ורבא השיב לו דהא דספק טומאה ברה"ר טהור הוא משום דהלכתא גמירי לה מסוטה מה סוטה ברה"ר טהור אף כל ברה"ר טהור ולאביי הוא משום דמוקמינן אחזקה מטהרינן ברה"ר כמש"כ התוס' שם בביאור הסוגיא וע"ז הקשה הרשב"א ז"ל וכי לית לי' לרבא הא דאזלינן בתר חזקה והא ליכא מאן דפליג בזה ואיך אפ"ל דהא דספק טומאה ברה"ר הילכתא גמירא לה ולא מדינא ותי' הרב רבינו ניסים ז"ל דמים מגולין בטלה חזקתן משנתגלו כיון דאיכא דוכתי דשכיחי נחשים וכההיא דאמרינן בנדה אשה כיון דשכיחי בה דמים כאינו מכוסה דמיא ואפ"ה ס"ל לאביי דכל ספק איסור שהאיסור תלוי במקרה הבא לו אעפ"י שאין שם חזקת טהרה מטהרינן ומקילינן באיסור לומר שלא נתחדש לו מקרה זו אע"ג דבספק מים מגולין מחמרינן ורבא סובר דהתם מקילינן רק גבי טומאה משום דילפינן לטהר בר"ה אף בליכא חזקה

אבל באיסורין באמת לא מקילינן וכן בההיא דמותיב ר' שימי בטלה לה חזקת טהרות כיון שחולדה מהלכת ע"ג ככרות ושרץ בפיה דעביד דנגע עכ"ל הרשב"א ז"ל בקיצור וכיון דקיי"ל כרבא לא מוקמינן אחזקה בחולדה מהלכת ע"ג ככרות ושרץ בפיה ורק גבי טומאה מטהרינן דאף דליכא חזקה מ"מ ילפינן מסוטה לטהר ברה"ר אבל לא גבי איסור וגבי תערובות נמי אם עביד דנגע ומסתבר לן עפ"י אומדנא דעביד דנגע אין להקל מטעם חזקה אף בב"ח שביארנו דשייך חזקה וכמש"כ ונ"ל שזה כוונת התוס' בחולין (דף מ"ג) שהקשו בהא דחוששין לספק דרוסה ולא אמרינן נשחטה הותרה אע"ג דאתיליד ריעותא מחיים ותי' דדרוסה שכיחי ונראה דכוונתם נמי כמש"כ הרשב"א ז"ל דבכה"ג שנכנס הדורס והוא רגיל לדרוס בטלה חזקה כמו בשרץ בפי חולדה וחולדה מהלכת ע"ג ככרות משום דעביד דדריס וכן בישב לו קוץ בווושט מדמינן לספק דרוסה שם משום דעביד דמינקב כיון שנכנס הקוץ בווושט ובאמת לאביי מוקמינן גם בספק דרוסה אחזקה אבל אנן קיימא לן כרבא וזה פשוט וברור:

וראיתי בתשובת בשמים ראש (סימן קכ"א) שנשאל בהא דלא גזרו על שבות בה"ש אם הוא דוקא בע"ש הואיל ואיכא חזקת היתר אבל במו"ש דאיכא חזקת איסור לא והשיב סברא גדולה הוא לחלק דמקרי כעין חזקה מיום הראשון וכההיא דאמרינן בעירובין (דף ל"ו) ככר זה היום חול ולמחר קודש מערבין לו בו מ"ט מספיקא לא מחית לי' קדושה היום קודש ולמחר חול אין מערבין לו בו מספיקא לא פקע קדושה ומ"מ סיים שם לדינא דשני בה"ש שווין הם ואין זה דומה להההוא דככר דשאני לן בין איסור דאתפיס אחפצא ובין איסור גברא דלית עלי' חזקת איסור אלא כשבאת לפוטרו ע"י מעשה דנשתנה שחזקת הענין כמו שהיה אבל אין מחזיקין מזמן לזמן והזמן אינו מחובר עכ"ל הנה הוכיח מההוא דככר דשייך חזקה גבי ספק בה"ש רק דמ"מ לא גזרו על שבות בה"ש משום דכיון דליכא איסור חפצא לא שייך חזקה גבי זמן שאין על מה שיחול החזקה וגבי ככר מוקמינן שפיר אחזקה משום דנתפס איסור חפצא על הככר ע"י הזמן והיכא דנתפס שייך חזקה:

ולפי"ז היה אפשר לחדש דין א' דקטנה שנתקדשה ע"י אביה ונתגרשה ע"י אביה ספק גירושין אע"ג דקיי"ל בכל ספק גירושין דמוקמינן אחזקה ובחטאת קיימא כמש"כ התוס' ביבמות (דף פ"ח) מ"מ בפחותה מבת ג' שנים שאינו נתפס בגופה איסור א"א כדאמרינן ביבמות (דף ל"ד) לגי' התוס' שם בשופעת מתוך ג' לאחר ג' לחיובא אינהו דפחות מב"ג לא חל עלי' איסור כלל וליכא איסור חפצא עדיין ולא איסור גברא על שום אדם להכי לא שייך לאוקמי אותה אחזקתה דלא שייך חזקה אלא אם נתפס איסור באיזה אדם או

חפץ אבל בזה שלא נתפס עדיין איסור גברא ולא איסור חפצא לא שייך חזקה והוי ספק השקול ובאשם תלוי קיימא ואף שבאמת יש גם בפחות מב"ג דין א"א מ"מ כיון שלא נתפס בעצמותה איסור א"א לא שייך חזקה:

ואל תשיבני דא"כ ביבמות (דף למ"ד) דקאמר שם בספק קידושין זרק ספק קרוב לו ספק קרוב לה ובגירושין כתב בכתב ידו ואין עליו עדים ופריך ואלו בגירושין ספק קרוב לה לא קתני ומשני אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת ומספק אתה בא לאוסרה אל תאסרנה מספק התוס' תינח כנס ואח"כ גירש אבל גירש ואח"כ כנס לא היתה כלל בחזקת היתר לשוק ותי' דמ"מ איכא חזקה דמוקמינן הערוה בחזקת א"א ע"ש ולדברינו הא אכתי הוה מצי למתני ספק גירושין בספק קרוב לו ספק קרוב לה וכגון שנתקדשה ונתגרשה הערוה ע"י אביה פחותה מב"ג ואח"כ כנס הצרה דליכא חזקת א"א והוי ספק השקול וחולצת או מתייבמת דלפי מה שביארנו במק"א לא רצה התנא לשנות כל גווני דאיכא ספיקא דאורייתא וליכא חזקה כמו שביארנו שם באורך. והבאנו ראיה לזה מדברי הרשב"א ז"ל ע"ש א"כ אין ראיה מהתם וכן אפשר לומר גבי ספק קידושין שקבל לה אביה דלא מוקמינן לה בחזקת פנוי' כיון דאין הקדושין חלין עלי' למהוי איסור חפצא והרי היא בהתירא כמקדם ואף דהקדושין נתפסים בה ונאסר הבעל בקרובותיה גם עכשיו מ"מ איסור חפצא בעצמותה ליכא לא מוקמינן לה אחזקה ולא הוי ספיקא דאורייתא:

ולכאורה יש קצת ראי' לזה דלא שייך חזקה אלא כשאנו משנין הדבר מעצמותו שהיה מקדם מהא דאמרינן בחולין (דף ט') לא בדק בסימנים מאי ר"א בן אנטיגנוס משום ר"א בר ינאי אמר טריפה ואסורה באכילה במתניתא תנא נבילה ומטמא במשא וקא מיפלגי בדר"ה דאר"ה בהמה בחי' בחזקת איסור עומדת מ"ס בחזקת איסור קיימא והשתא מתה היא ומ"ס בחזקת איסור אמרינן בחזקת טומאה לא אמרינן וקשה לכאורה נהי דלא מהני הך חזקת איסור לענין טומאה מ"מ מידי ספק השקול לא נפקא ודלמא לא שחיט רובא והויא נבילה. והתוס' כתבו שם דרוב פעמים שחט שפיר להכי לא החמירו לטמא בנבילה וכ"כ הרשב"א בחידושיו אבל מדברי הרמב"ם ז"ל שפסק (בהל' שחיטה) בלא בדק בסימנין דהויא נבילה וכתב הכ"מ דפסק כמתניתא לחומרא משמע ודאי דמדאורייתא מטמא להכי פסק ספיקא לחומרא ולית לי' הך סברא שכתבו התוס' והרשב"א דרוב פעמים שחט שפיר וא"כ קשה לדידיה מ"ט דמ"ד בחזקת איסור אמרינן בחזקת טומאה לא אמרינן אכתי ליטמא משום ספיקא וצריך לומר לשיטת הר"מ ז"ל דכיון דחזקת איסור לא אלימא להביא טומאה על הבהמה לא הוי אפילו ספק השקול משום דאיכא למימר איפכא כמו שבחייה לא היתה טמאה גם עכשיו אינה מטמאה

והוי חזקה לקולא והתוס' והרשב"א ז"ל שהוצרכו לומר דלהכי אינה מטמאה משום דרוב פעמים שחט שפיר ע"כ משום דסברי דלא שייך לאוקמי אחזקתה שהיתה בחייה טהורה כיון דלא שייך טומאה בבע"ח כלל לא מיקרי חזקה כה"ג וכיון דהתם לא מיקרי חזקה מה שבחייה היתה טהורה משום דלא נתפס בה דין טומאה וטהרה מחיים אע"ג דמ"מ היתה טהורה בחייה מ"מ לא מיקרי חזקה משום דבמה שנטמא אותה עכשיו אין אנו משנין אותה מעצמותה הקדום משום שלא הי' בה גדר טומאה כלל א"כ ה"ה בכל ספק שאנו דנין על איזה דבר ומקודם שנולד הספק לא היה בגדר זה שיותפס בו הך איסורא שאנו דנין עליו לאו חזקה הוא משום דכל כחו של חזקה הוא רק שלא לשנות דבר מעצמותו הראשונה:

מיהו אכתי יש לדחות דהתם להכי לא שייך לאוקמי בהמה בחזקת טהרה במה שהיתה טהורה מחיים דבבע"ח ליכא כלל ענין טומאה אבל בקטנה שהיא פחותה מבת ג' אף דלית בה איסור חפצא לחיובא עלה מ"מ דין אישות יש בה דהא קידושי אביה קדושין גמורין הן וקרובותיה נאסרין בזה שייך שפיר לאוקמי אחזקת פנויה וגבי ספק גירושין אחזקת א"א ול"ד לטומאה דבע"ח שלא היה בה דין טומאה כלל אבל בפחותה מבת ג' דאיכא בה דין אישות אף שאינה נתפסת באיסור חפצא שפיר מוקמינן אחזקה והא דלא מוקמינן אחזקה לענין בה"ש דמוצ"ש שמזה הביא הבשמים ראש בתשובה ראי' דלא שייך חזקה גבי זמן משום דליכא איסור חפצא:

ובאמת גם לנו יש ראיה דלא מוקמינן אחזקה לענין בה"ש מדאמר בשבת (דף ל"ה) העושה מלאכה בשני בה"ש חייב חטאת ממ"נ ואם איתא דשייך חזקה גבי בה"ש א"כ בעושה במו"ש לחוד נמי לחייב חטאת דבכל ספק דאיכא חזקה חייב חטאת כמ"ש התוס' ביבמות (דף פ"ח) גבי הא דקאמר תרי ותרי נינהו באשם תלוי קיימא וכ"פ הרמז"ל (בה' שגגות) א"ו דלא שייך חזקה גבי בה"ש וכן איתא בהדיא בירושלמי (פ"ק דברכות) דהעושה מלאכה במו"ש בה"ש דחייב אשם תלוי ולא חטאת:

אבל נ"ל דאין הטעם משום דלא הוי איסור חפצא ואין מקום על מה לחול החזקה דבאמת אפילו היכא דליכא איסור גברא או איסור חפצא נמי שייך חזקה והא דלא מוקמינן אחזקה בספק ביה"ש הוא מטעמא אחרינא דלא מיבעי' לשיטת הרי"ף ז"ל שכ' גבי ספיקא דדינא דאזלינן לחומרא ולא מוקמינן אחזקה כמש"כ בפר"ק דקדושין (דף ח') גבי בעיא דכלב רץ אחרי' דהוי ספיקא דאורייתא ולא מוקמינן אחזקה כמ"ש הר"ן בשמו ג"כ גבי נתן הוא ואמרה היא עיי"ש וכ"כ הר"ן ז"ל בפ"ק דנדרים (דף ז') גבי בעיא דיש יד לנדרים דהוי לחומרא וע"כ ה"ט דלא מוקמינן אחזקה אלא בספיקא שאין אנו מכריעין

מחמת חזקה רק בהאי עובדא דאתי לקמן אמרינן מחמת החזקה שהיה בגוונא שהיא בחזקתה אבל בספיקא דדינא שהאי דינא מתרמי גם בדוכתא אחרינא ולפעמים אתרמי האי דינא לפנינו היכא דליכא חזקה להכריע ולדוגמא אם יבוא לפנינו עובדא בנתן הוא ואמרה היא ונכריע דהיא עדיין פנוי' משום חזקה ולפעמים יקרה הך עובדא דנתן הוא ואמרה היא היכא דליכא חזקת פנוי' כגון שנתנה רשות לשלוחה לקדשה וקיבל קידושין עבורה והיא קדמה וקידשה א"ע בנתן הוא ואמרה היא דחזקת פנוי' ליכא דממ"נ היא א"א דאם קדושי עצמה לא כלום חיילא קדושי השליח ועיין בר"ן ר"פ האומר בקדושין לאחר למ"ד ונתקדשה לאחר ונתגרשה דחיילי קידושי ראשון כיון שנתבטלו קידושי שני והקידושין של השני אינם נחשבים לחזרה וה"נ אם נתבטלו קידושי דידה נתקיימו קדושי השליח דקבלת קידושין לא הוי ביטול השליחות עיי"ש] ובזה נחוש לספיקא דנתן הוא ואמרה היא כיון דליכא חזקת פנוי' ולהכי אף היכא דאיכא חזקה לא מהני להכריע הדין דאין אנו יכולין להכריע פעם כך ופעם כך ולפי"ז בספיקא דביהמ"ש דהוי נמי ספק לכל העולם ובכמה דברים אין אנו יכולים להכריע ע"י החזקה לחושבו כוודאי דאיך נימא בזה שעשה מלאכה דחשיב כודאי מטעם חזקת איסור מלאכה לחייבו חטאת ואם יולד ולד באותו רגע שעשה מלאכה נאסר למולו עד יום א' דדלמא באותו רגע היה לילה ושם לא שייך חזקה דהא לא שייך חזקה אלא לענין להעמיד על חזקת איסור מלאכה ולהכי כיון שהספק של ביהמ"ש כולל ענינים אחרים והספק הוא לכל העולם אין החזקה מכרעת בו כלל:

ואפילו למה שנסתפק הר"ן ז"ל גבי נתן הוא ואמרה היא דהוי ספיקא דדינא ומוקמינן אחזקת פנוי' מ"מ מודה הוא בספק ביהש"מ דלא שייך חזקה דדוקא גבי ספיקא דדינא שפיר אמרינן חזקה דהא האי ספק דאתרמי באשה זו אינו נוגע לאשה אחרת ובה יש חזקה והתורה אמרה להעמיד כל דבר על חזקתו ושרינן לה ואם יתרמי עובדא זאת היכא דליכא חזקה ישתנה הדין כמש"כ לעיל אבל הכא בספק ביהש"מ דהאי ביהש"מ שעשה זה בו מלאכה מחזקינן אותו ספק לכל העולם היכא דליכא חזקה לא מהני אף לגבי האי מילתא דאיכא חזקה כיון דהאי ספיקא ממש כולל גם גווני טובא דליכא חזקה ולהכי לא מוקמינן אחזקה בספק ביהש"מ:

אלא שלפ"ז תקשה בהא דאמרינן ככר זה היום חול ולמחר קודש מערבין לו בה דמספיקא לא נחית קדושה. ולדברי הבשמים ראש ניחא דגם ככר כיון דאיכא איסור חפצא יש מקום על מה שיחול החזקה מוקמינן אחזקה. אבל לפמש"כ דלא איכפת לן אם יש איסור חפצא על מה שיחול החזקה רק בבה"ש איכא טעמא אחרינא דלא מוקמינן

אחזקה א"כ אמאי מערבין לו בה הא הוי ספק שמא קידש היום וחיילא קדושה מספק. ונ"ל דגם זה נכון דהא דקאמר מספיקא לא נחית קדושה אין הטעם כלל משום חזקה אלא כההיא דאמרינן בנדרים (דף כ"א) בנודר לפני הפסח דר"מ סובר אסור עד שיגיע ורי"א עד שיצא ומסקינן דמוחלפת השיטה ור"י סובר עד שיגיע ומשום דלא מחית איניש נפשיה לספיקא והיינו דסתם נודר אין משמעות לשונו אלא מה שבודאי נכלל בלשונו אבל לא על הספק וכן אמרינן שם (י"ט) גבי מקדיש חייתו ובהמתו לא הקדיש את הכוי מהאי טעמא וה"נ זה שאמר היום חול ולמחר קודש לא מחית נפשיה לספיקא ואין דעתו שיחול אלא אחר שיהא לילה בודאי לא בספק ובה"ש עדיין לא חל נדרו ואין אנו צריכין לטעם חזקה אבל לעולם לגבי ביהש"מ ליכא חזקה כלל מטעמא דכתיבנא מיהו יש לעיין בהא דיבמות (דף ל"ד) דמוקי לה באיסור ב"א ושוי' שליח ושופעת מתוך י"ג לאחר י"ג דאתי איסור נדות וא"א בב"א ולפי דברינו הא איסור נדות חל ברגע ראשונה דיום שנת י"ג דהוא איסור הבא מאליו ואיסור א"א לא חייל עד דנפיק זמן בה"ש וצ"ל דמ"מ דעתו שיחול הקידושין מיד דלענין הקדמת הזמן מחית נפשא לספיקא וכן משמע בקדושין (דף נט) דבקדושין ניחא ליה שיחולו מיד ועוד אפ"ל דמיירי בהתנה בפי' שיחולו הקידושין בתחילת היום ממש אף בה"ש וצ"ע:

מיהו מלשון רש"י ז"ל משמע דמטעם חזקה הוא שכתב שם בעירובין גבי ככר דקניית עירוב ספיקא הוא ומספיקא לא תפקיע ממילתא קמייתא ומלשון זה ודאי משמע דגם בביה"ש שייך חזקה היכא דאיכא איסור חפצא וע"כ הא דלא מוקמינן אחזקה בעושה מלאכה ביהש"מ הוא משום דלא הוי איסור חפצא וזה נ"ל יותר משום דלא שייך חזקה אלא אם אנו דנין על איזה דבר איסור או היתר טומאה או טהרה שאז מעמידין הדבר על חזקתו הראשונה וכמו שהיה קבוע בגופו איסור או טומאה עד עכשיו כן הוא גם כעת או כמו שהי' בהתירו עד עכשיו כן הוא כעת וכן לענין חזקת חיוב במצוה שהוא חל על האדם על גופו ממש אבל אם אנו דנין על דבר שאין לו קביעות בעצם החפץ רק שאנו דנין אם נעשה דבר זה או לא לא שייך לומר דמוקמינן אחזקה שלא נעשה דבר זה:

וגם מהש"ס דחולין שהבאנו לעיל יש ראיה לזה דהא אמרינן שם לא בדק בסימנין ר"א בר ינאי אמר טריפה ואסורה באכילה במתניתא תנא נבילה ומטמאה במשא במאי קמיפלגי בדר"ה דאר"ה בהמה בחיי' בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה מר סבר בחזקת איסור קיימא והשתא מתה ומ"ס בחזקת איסור אמרינן בחזקת טומאה לא אמרינן וקשה לפ"ד הרמב"ם שבארנו לעיל] אמאי בחזקת טומאה לא אמרינן הא בעינן למימר שהיא בחזקתה כמו שהיתה עד עכשיו אינה זבוחה כן היא עכשיו אינה

זבוחה וממילא מטמא כיון דאינה זבוחה הוי כמתה מאליה א"ו דלא שייך להעמיד על חזקת אינה זבוחה שעל העדר הדבר לא שייך חזקה ועיקר חזקת אינה זבוחה שייך על קביעות מהות הבהמה דהיינו שאנו אומרים דכמו שהיתה הבהמה אסורה באכילה עד עכשיו מחמת שלא היתה זבוחה כן גם עכשיו אסורה באכילה מחמת שלא נשחטו רוב סימנין וכיון שעיקר החזקה הוא על קביעות האיסור שבבהמה להכי סובר ר"א בר ינאי דלא מהני הך חזקה לענין טומאה דהא בחייה לא היתה טמאה הרי מוכח מזה דא"א לדון דין חזקה אלא מחמת קביעות האיסור דרביע על דבר הנידון ובלתי זה א"א לומר שהיא אינה זבוחה כמו שהיתה עד עכשיו שהוא דבר שאין בו ממש ולא שייך ע"ז חזקה ואפילו לפי דתנא במתניתא דמטמא במשא אע"ג דעד עכשיו לא היתה מטמא אין הטעם משום דסובר דמעמידין על חזקת אינה זבוחה בלי שום קביעות איסור שבגוף הבהמה אלא דסובר כיון דמהני חזקה לענין איסור אכילה (שאיסור זה רביע עליה מחיים] לדון עלי' שלא נשחטה כהוגן ממילא היא טמאה דכל שלא נשחטה כהוגן מטמא אבל גם לדברי המתניתא היכא דאין שום קביעות איסור בדבר הנידון לא שייך חזקה כלל והכי משמע לשון הש"ס מ"ס בחזקת איסור קיימא והשתא מתה היא משמע בהדיא דלהכי מטמא משום דכיון דמהני לענין איסור ממילא היא טמאה כיון דמחמת האיסור אנו דנין שלא נזבחה כהוגן. אבל לענין טומאה לחוד לא הי' מועיל חזקה דבחי' לא היתה מטמאה ולומר שהיא בחזקת אינה זבוחה לא אמרינן שהוא דבר שאין בו ממש:

ועיין בעירובין (דף ל"ה) תוס' ד"ה אמר ר' ירמי' שהקשו בהא דפריך הש"ס דר"מ אדר"מ דגבי עירוב סובר ר"מ דספק עירוב אסור ובנגע בא' בלילה ואינו יודע אם חי אם מת ולמחר השכים ומצאו מת סובר ר"מ דטהור ומאי קושיא נימא הא דלא מוקי ר"מ גבי עירוב תרומה אחזקתה משום דאיכא כנגדה חזקה דמוקמינן לגברא בחזקת שלא עירב כמ"ש רש"י לקמן בהא דאמרינן היינו טעמא דר"י דסובר גבי עירוב ספק עירוב כשר וגבי מקוה בספק שיש מ' סאה טבל דספיקא לחומרא דה"ט דר"י דאמרינן העמד טמא על חזקתו ופרש"י דגבי מקוה כולה חזקה לחומרא אבל גבי עירוב איכא חזקה לקולא ולחומרא חזקת תרומה שלא נטמאת לקולא וחזקת תחום ביתו לחומרא ע"כ:

ונ"ל לישב דודאי לר' יוסי פרש"י שפיר דאיכא חזקת ביתו לחומרא דאי נימא שנטמאת מבע"י ולא יקנה עירוב ממילא יש לו תחום ביתו אבל לר"מ לטעמי' ליכא כלל תחום ביתו דהא אמר בעירובין (דף נ"ב) לא תימא טעמא דר"מ ספק עירב ספק לא עירב הוי חמר גמל אלא אפילו ודאי לא עירב הוי חמר גמל ופרש"י אפילו נתגלגל העירוב מבע"י חוץ לתחום ובודאי לאו עירוב הוא הוי חמר גמל לר"מ דסילק עצמו בכוונתו מאלפים

של צד שני לביתו עכ"ל א"כ לא שייך לר"מ חזקת תחום ביתו דכיון דתחום ביתו אין לו אפי' אם נטמאת מבעוד יום ושפיר פריך על ר' מאיר דסובר ספק עירוב אסור אע"ג דאיתא חזקת טהרה דתרומה וגבי נגע בא' בלילה מטהר משום חזקה אבל לר"י שפיר פירש"י ז"ל דאמרינן חזקת תחום ביתו ודווקא לר' יוסי דסובר דאם אין עירובו עירוב לא הפסיד תחום ביתו שפיר אנו אומרים בספק מבעוד יום נטמאת ספק משחשיכה דמעמידין אותו על חזקת תחום ביתו אבל לר"מ דסובר דבכל גוונא הפסיד תחום ביתו אף אם נטמא מבעו"י א"כ לא שייך להעמידו על תחום ביתו דבין כך ובין כך הפסיד תחום ביתו ולהעמידו על חזקתו שלא עירב א"א שזה שאין לו תחום שהניח הוי דבר שאין בו ממש ולא שייך בו חזקה:

וגם מהש"ס מוכרח דלר"י איכא חזקת תחום ביתו ולר"מ ליכא למימר חזקת תחום ביתו דהא מקשה מדר"י אדר"י דגבי מקוה סובר ר"י בנמדד ונמצא חסר טמא למפרע ובספק עירוב סובר דכשר ואטו לא ידע דגבי טומאה איכא חזקת טומאה וגבי עירוב איכא חזקת טהרה דתרומה ואף אי נימא דהוי ס"ד דמיירי במקוה שנמדד ואיכא התם נגד חזקת טומאה חזקה דמקוה אכתי הוי ספק השקול ולהכי מטמא ר"י ובעירוב מיקל דהוי חזקת טהרה לחוד א"ו דבעירוב נמי איכא נגד חזקת טהרה חזקת תחום ביתו ושפיר פריך דגבי עירוב מיקל בספק השקול ובטומאה מחמיר בספק השקול עד דמשני רבא דמיירי במקוה שלא נמדד והוי גבי טומאה חזקה לחומרא לבד וכ"ז הוא לר"י אבל לר"מ מוכח שם בש"ס דלא שייך לאוקמי אחזקת תחום ביתו והוי ספק השקול דהא רבא קאמר התם אהא דמקשינן דר"מ אדר"מ התם תרי חזקה הכא חדא חזקה דהיינו דבנוגע בא' בלילה יש תרי חזקה חזקת טהרה של הנוגע וחזקת חיים של המת והכא בעירוב חדא חזקה לקולא דהיינו חזקת תרומה משמע דהוי רק חזקה לקולא וחזקה לחומרא ליכא כנגדה. והיינו משום דלר"מ לא מיקרי חזקת תחום ביתו חזקה כלל כיון שכבר איבד תחום ביתו ולהעמידו על חזקתו שלא הי' לו תחום החדש נמי לא שייך דלא שייך חזקה על מה שלא היה לו שזה רק העדר בעלמא וכח חזקה הוא רק אם יש לה לחול על איזה דבר (ועיין ברש"י ז"ל שפי' דברי רבא בתירוצא דהתם תרי חזקה הכא חדא חזקה דמוקי נמי כרבה ורב יוסף דמיירי בשני כיתי עדים ובנגע בא' בלילה מטהר ר"מ אף בב' כיתי עדים משום דאיכא תרי חזקה ובעירוב מטמא בחדא חזקה בב' כיתי עדים וקשה למה הוצרך רש"י ז"ל לפרש לרבא דמיירי בב' כיתי עדים ולא פירש כפשוטו דרבא מיירי בכת אחת ומחלק בין תרי חזקה לקולא לחדא חזקה לקולא אבל לפמש"כ מ"ש דהוקשה לרש"י ז"ל דמאי משני הכא דלא מהני חדא חזקה לקולא הא בכל התורה מהני ומקילינן גם בחדא

חזקה ואמאי אמר ר"מ הכא דהוי חמר גמל כיון דליכא חזקה אחרת לחומרא כנגדה דהא לר"מ ל"ל חזקת תחום ביתו להכי פרש"י ז"ל דרבא מוקי נמי בב' כיתי עדים וסובר כרבה ור"י דבב' כיתי עדים לא מוקמינן אחזקה מיהו בתרי חזקה מקילינן אפי' בב' כיתי עדים והיינו דמחלק רבא בין תרי חזקה לחדא חזקה משום דקאי אב' כיתי עדים אבל בכת אחת ודאי לא מחמיר ר"מ אף בחדא חזקה לקולא כיון דל"ל לר"מ חזקת תחום ביתו לחומרא בעינן למיזל בתר חזקה לקולא כמו בכל התורה וא"ל אוקמיה אחזקה שלא היה לו תחום חדש דזה לא שייך לאמר משום דלא שייך חזקה שלא הי' לו דחזקה הוא רק על איסור חפצא ולא שייך חזקה על ההעדר]:

ואחרי שבארנו קצת עניני חזקה נבאר עתה דברי התוס' ביבמות (דף ס"ח) ד"ה רישא שהקשו בהא דתנן ספק בן ט' שנה ויום אחד ספק שאינו פוסל בביאתו בפסולי כהונה ואמאי נוקמי הקטן אחזקה קמייתא דהוא פחות מבן ט' ונוקי אתתא אחזקתה. מיהו לכהונה ניחא דלא מוקמינן ליוחסין אחזקה כו' אבל לתרומה קשיא. ויש לומר דהכא כגון דהשתא דאתי קמן הוי ודאי בן ט' אף על פי שהיה ספק כשבא עלי' לא מוקמינן ליה אחזקה קמייתא אלא אזלינן בתר השתא שהוא ודאי בן ט' דחזקה קמייתא איתרע לה עכ"ל. והקשה המהרי"ט ז"ל (חלק א' סימן י"א) אמה שכתבו התוס' כיון שהוא בן ט' לפנינו לא אמרינן אוקי אחזקה והא בכל דוכתא מוקמינן אחזקה אע"ג דעכשיו אשתני הדבר כמו בנדה דאמרינן אשה זו בחזקת טהורה עומדת אע"ג דעכשיו היא טמאה ובחביות ובמקוה אי לאו דהוי תרתי לריעותא הוי מוקמינן המקוה בחזקת שלימה והחביות בחזקת שלא החמיץ אע"ג דהשתא נמצאת המקוה חסירה והחבית חמוצה וכן גבי נגע בפ"ק דחולין (דף י') דמוקמינן לה אחזקת שלימה ולא חיישינן אדנפיק ליה ואתי בציר לי' שיעורא אע"ג דהשתא היא חסירה כמ"ש התוס' שם ודווקא גבי בוגרת ביומא דמשלם שית לא מוקמינן לה בחזקת נערה כשהיא בוגרת לפנינו כדאיתא בקידושין (דף ע"ט) משום שביום זה היא עשויה להשתנות ולהביא סימני בוגרת אבל בכל דוכתי אזלינן בתר חזקה אע"פ שנשתנה עכשיו:

ונ"ל דלענין מה שהקשו התוס' נוקי קטן אחזקה יש לומר דלא אמרינן אוקי אחזקה אלא בדבר שאנו ממשיכין זמן החזקה הראשונה במה שמעמידין הדבר על חזקתו כמו נדה שאנו אומרין שעד עכשיו טהורה היתה ועכשיו ראתה מפני שאנו צריכין להעמיד אחזקה כמקדם כל מה שאנו יכולין לומר שתכונתו הראשונה נמשך כל מה שאנו יכולין להמשיך כמו בנגעים ובמקוה ובחביות וכן בסימני גדלות שהקטנות יכול להמשך זמן רב וכן כל כיוצא בו אבל בדבר שזמנו ידוע כמו ט' שנים ויום אחד דקטן שאף ע"י החזקה

שנעמיד אין אנו יכולין להמשיך הזמן יותר שהרי בכלות ט' שנים ויום אחד ע"כ נעשה גדול לענין שתהא ביאתו פוסלת בלי איחור רק שאם נרצה להתיר האשה הזאת שאנו דנין על ביאתו עליה ולומר שבשעת ביאה עדיין לא היה בן ט' אנו מוכרחין לאחר זמן לידתו ולומר שלא כלה הזמן קטנותו עד אחר ביאתו ומאי חזית לאחר לידתו מלהקדימו להכי אין זה בכלל חזקה דגופא כיון שזמן קטנותו קצובה וא"א להמשיכו יותר מקצבתו ודוקא אם אפשר לומר שגם כעת הקטן אינו בן ט' בזה שייך שפיר לאוקמי אחזקה כיון שאנו באין לדין על גופו של קטן זה אז מעמידין גוף זה על חזקתו ואומרין שעדיין הוא קטן אבל אם הקטן לפנינו הוא בן ט' ואנו באין לדון על זמן ביאתו אם היה תוך ט' או לאחר ט' בזה עיקר הספק אימתי התחילו הט' שנים ואימת כלו לא שייך בזה חזקה ומאי חזית שכלו אחר זמן ביאתו שמא כלו קודם זמן ביאתו ולהמשיך הזמן יותר מט' א"א מפני שהט' שנים הוא קצוב וזה פשוט ועיין בשו"ע אהע"ז (סימן קנ"ה סעיף י"ד) ברמ"א בשם תשובת הרשב"א בספק אם הגיע לי"ב אי לא אזלינן לחומרא והיינו כמש"כ דלא שייך בזה חזקה:

ובסברא זו נ"ל ליישב מה דקשה לי במש"כ הר"ן בפ"ק דביצה (דף ב') בשוחט את התרנגולת ומצא בה ביצים גמורות מותרות אף ביו"ט שחל אחר השבת כדמשמע לישנא דהש"ס וקשה נימא אי לא הוה שחיט לה היה מתיליד האידנא ומאתמול גמרה לה ואסור מה"ת משום שבת מכין וספיקא אסורה כדאמר התם בש"ס דלרבה ספיקא אסורה ודחיק שם הר"ן והרא"ש בשם הרמב"ן ז"ל דכל כמה דלא מתילדא לא מיקרי גמר הכנה עיי"ש וקשה לכאורה מאי קשיא להו להנך רבוותא נהי דהכנה דאורייתא מ"מ נוקי אחזקה והיום הוא דנגמרה ושריא וכמ"ש התוס' בב"ק (דף מ"ו) ד"ה מידע לענין לידת בהמה ואף דביצה הוי דבר שיל"מ מ"מ הא מבואר בדברי הר"ן ז"ל דאזלינן בתר רובא בדבר שיל"מ כיון דלא אתחזק איסורא והכי מוכח התם (דף ז') דקאמר כי לא בדק אימר מאתמול הוא ופרש"י משום דרובא ביממא ילדן עיי"ש אלמא דגם בדבר שיל"מ אזלינן בתר רובא וה"ה בתר חזקה אבל לפמש"כ דבדבר שיש לו זמן ידוע ואינו נמשך יותר לא שייך חזקה י"ל דלידת תרנגולת נמי אין זמנו נמשך ויש לו זמן קבוע מטעינתו עד גמרו להכי לא שייך לאוקמי אחזקה מפני שאין זמן עיבור נמשך יותר מזמן קבוע שיש לו ואין הספק אלא מתי התחיל ומתי נשלם זמנו ובזה לא שייך חזקה ול"ד ללידת בהמה שפעמים נמשך זמנו יותר כדאיתא בבכורות (דף כ"א) דיולדת למקוטעין ואמרינן בה ג"כ מקצת היום ככולו משא"כ בתרנגולת אמרינן בבכורות (דף ח') שיולדת לכ"א יום ואין עיבורה נמשך יותר ומסתמא אינה נגמרת קודם זמן הקבוע:

ובזה מיושב נמי מה שקשה לי בהא דפריך בביצה (דף ג') למ"ד משום גזירה מברייתא דקתני וספיקה אסורה הא הוי ספק דרבנן ודחיק לשנויי דאתאן לספק טריפה וקשה אמאי לא מוקי דמיירי בספק על הביצה אימתי נולדה בעיו"ט או ביו"ט דאסור מטעם חזקה והשתא הוא דנולדה לדעת הפוסקים דספק דרבנן אסור בחזקת איסור א"ו דגבי תרנגולת דזמנה קבוע כ"א יום לא שייך בה חזקה לאחר את זמן לידתה ודו"ק כי נכון הוא:

ולענין מה שהקשו התוס' בספק בן ט' ספק אינו בן ט' דנוקי אשה אחזקתה לתרומה ולכהונה א"ש דלא מוקמינן ליוחסין אחזקה אבל לתרומה קשיא נוקי אותה אחזקה. נ"ל דא"ש הא דלא מוקמינן אחזקה דכיון דמשמשת אסורה לאכול בתרומה דכתיב ורחצו במים וטמאו עד הערב ואם נתהפכה אסורה כל ג' ימים שא"א שלא תפלוט כדאיתא בנדה (דף מ"א מ"ב) מיהו זהו ודאי דווקא בבן ט' שנים ויום אחד שביאתו ביאה אבל פחות מבן ט' אין ביאתו ביאה ואינה מטמאה משום משמשת וגם משום פליטה שאין קריו מטמא ואם בא עלי' מי שהוא ספק בן ט' שנים אם ברה"י דקיי"ל ספיקו טמא ולא מוקמינן אחזקה דספק טומאה ברה"י כוודאי דמי כמ"ש התוס' בחולין (דף ט') עיי"ש ובנדה (דף ב') ואסורה לאכול בתרומה משום משמשת דטמא עד הערב ומחזקינן לה לוודאי טמאה כדין ספק טומאה ברה"י ואמרינן דהאי בועל בן תשעה ויום אחד הוא ומטמא בביאתו כמו ספק שרץ ספק צפרדע בדבר שיש בו דעת לשאול ברה"י וכיון שהחזקנו אותו לודאי בן ט' עד שתטבול וגם יעברו ג' ימי פליטה לכן אף שתטבול אח"כ ותטהר מטומאת השימוש והפליטה נמי אינה אוכלת בתרומה דכיון שהחזקנו את הבועל לבן ט' לענין פליטה ממילא פוסל בביאתו ואנו מוכרחים לאוסרה לתרומה לעולם. ואף דלענין הך ספק פסול ביאתו הוי לן לאוקמי איתתא אחזקה מ"מ כיון שספק טומאה שבביאתו גרמה לנו להחזיקו בוודאי בן ט' אנו מחזיקין אותו גם לענין ספק פסול ביאתו לודאי בן ט' ולא מוקמינן אחזקה דהא כמה מרבוותא סברי דהא דחוששין לספק דרוסה וכל ספק טריפות דאיתילד מחיים הוא משום שנולד הספק בשעה שהיתה באיסור אמה"ח להכי אסרינן אף אחר שחיטתה שהלך ממנה בודאי האי איסור אבמה"ח ולא מוקמינן לה אחזקה דאתיא מכח רוב בהמות כשירות הן כ"ש הכא שהספק פסול ביאה נולד ביחד ממש עם הספק טומאת ביאה דוודאי מהני מה שהחמירה תורה למשווי לודאי את הספק טומאת ביאה למשווי גם את הספק פסול ביאה לודאי ולא להעמידה על חזקתה לענין פסול ביאת הספק בן ט':

ואף לשיטת התוס' בחולין (דף מ"ג) דסברי דהא דחוששין לספק דרוסה הוא משום דדרוסה שכיח הא לא"ה הוה מוקמינן אחזקת כשרות אף שנולד בשעה שהיתה אסורה

עדיין מחמת אבמה"ח ולא מהני איסור אבמה"ח לספק איסור טריפה מידי אחרי שאיסור אבמה"ח כבר הלך לו בודאי שהרי נשחטה מ"מ היינו דוקא התם שאיסור אבמה"ח ואיסור טריפה תרי מילי נינהו ולא מסבה אחת נולדו אבל הכא ספק טומאה של האשה וספק פסול תרומה של האשה נולד מסיבה אחת מביאת הספק בן ט' וכיון שהתורה טומאה לודאי טומאה ממילא גם פסול כודאי ולא מוקמינן אחזק' ועוד דבלא"ה א"א לאוקמי לענין ספק פסול ביאתו אחזקה שהיתה אוכלת בתרומה עד שנבעלה להספק כיון שהפסיק שעת טומאתה וג' ימי פליטתה שהיתה אסורה לאכול בתרומה הרי כבר אתרעי חזקתה ואף אחר שטבלה לטומאתה לא מהדרינן לקביעותא שהיתה מוחזקת לאכול בתרומה [ומכ"ש דא"ש טפי להנך רבוותא דסברי מחזיקין מאיסור לאיסור דלדידהו איכא למימר דאפילו חזקת איסור יש לה לפוסלה מן התרומה מחמת ביאת הספק כיון שקודם שטבלה היתה אסורה לאכול בתרומה דספק טומאה ברה"י כודאי טומאה מחזיקין מאיסור טומאה לאיסור פסול ובמק"א ביארנו דמטומאה לאיסור לא מחזקינן]:

ואף שהתוס' בב"ק (דף י"א) גבי שליא שיצאה מקצתה דמבואר שם דאי יש מקצת שליא בלא ולד אין מטמאין לה מראשון משום דהוי ס"ס ספק אין כאן ולד כלל ספק ליכא רוב ולד ואי אין מקצת שליא בלא ולד ולא הוי אלא ספק אחד אם יש כאן רוב ולד או לא מטמאינן לה מראשון והקשו דממ"נ ברה"ר ספק א' נמי טהור וברה"י ב' ספיקות נמי טמא. ותירצו דמיירי לבעלה ולא לטהרות משמע דאף דלטהרות ס"ס ברה"י טמא מ"מ לבעלה טהור ולא אמרינן הואיל והוכרחנו לטמא לטהרות למחשבי' להך שליא לולד נטמא גם לבעלה דהא שני האסורין בחד מילתא תליא) התם שאני דטהרות ובעלה תרי מיני איסורי נינהו וטומאה לחוד ואיסור לחוד אבל הכא דספק טומאת הבן ט' וספק פסולו בביאתו הוא הכל לענין אכילת תרומה ובאכילת תרומה עצמה אנו דנין ע"ז וע"כ בזה אני אומר דכיון שהחזיק ספק טומאה לודאי בן ט' מהני נמי לענין ספק הפסול ואף אם נבעלה להספק בן ט' ברה"ר מ"מ כיון דרוב פעמים נבעלת ברה"י ולא שכיחא ברה"ר אסרו רבנן לתרומה ולא מוקמינן אחזקה ומיושב היטב קושיית התוס' בהא דלא מוקמינן אחזקה לתרומה ודו"ק:

ועיין בנוב"י מה"ק (סימן נ"ב) שכתב דלהכי כתמים טמאים אף דמה"ת בעי הרגשה ומדרבנן בעלמא טמאה בלי הרגשה והוי ספק דרבנן מ"מ הואיל דלענין טומאה הוי ספק דאורייתא דמקור מקומו טמא מוכרחים אנו לטמא אף לבעלה אף דלבעלה הוי ספק דרבנן:

סימן פב

שאלה יש להסתפק בהא דקיי"ל גבי כומ"ז אין אדם אוסר דבר שאינו שלו אם אוסר דבר שאינו ברשותו כגון שגזל לבינה אחת מחבירו וקנאה בתורת גזל להתחייב באונסין ובא הנגזל והשתחווה לה בעודה בבית גזלן אי נאסרה או לא:

תשובה לכאורה נ"ל דדוקא לענין דבר שאינו שלו מדמינן איסור להקדש דכמו דאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו כן אין אדם יכול לאסור דבר שאינו שלו אבל לענין דבר שאינו ברשותו יכול לאסור אף שאינו יכול להקדישו דהא דבר שאינו שלו גרע מדבר שאינו ברשותו שבדבר שאינו שלו כ"ע סברי דאין אדם יכול להקדיש ובדבר שאינו ברשותו איכא תנאי דיכול להקדיש כדאמרינן בב"ק (דף ס"ט) דצנועין סברי דיכול להקדיש דבר שאינו ברשותו וכיון דדבר שאינו ברשותו לא גרע כדבר שאינו שלו איכא למימר דאף לדידן דפסקינן גבי הקדש כר' יוחנן דגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו היינו דווקא גבי הקדש דכתיב קרא ואיש כי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו אבל גבי איסור יכול לאסור כל היכא שהוא שלו אף שאינו ברשותו:

ונראה לי להביא ראי' לזה מהא דאיתא בע"ז (דף נ"ג) ישראל שזקף לבינה ולא השתחווה לה ובא כותי והשתחווה לה אסרה מתחילתה של א"י דכתיב ואשריהם תשרפון באש מכדי א"י ירושה להם מאבותיהם ואין אדם אוסר דבר שאינו שלו אלא ודאי מדפלחו ישראל לעגל גלו אדעתייהו דניחא להו בעכומ"ז ושליחותייהו קא עבדי ואם נימא דאיסור דמי ממש להקדש ואין אדם יכול לאסור דבר אא"כ הוא שלו וברשותו כמו גבי הקדש א"כ מאי מהני הא דגלו אדעתייהו דניחא להו כיון דאינהו גופייהו אי הוו פלחו להו לא הוו מצו אסרי דהא לא ברשותייהו קאי והאשירות הם ביד עכומ"ז בדין גזל וכבר כתבתי לעיל בתשובה דדעת הרמז"ל בהא דגזל ולא נתייאשו הבעלים דאפילו אם הנגזל מתרצה שיקדישנה הגזלן לא מהני הקדישו של גזלן וא"כ ה"נ מאי מהני הא דניחא להו לבעלים ישראל בכומ"ז כיון דהם בעצמם אינם יכולים לאסור האילנות אלו הוו משתחוין להו מחמת שאין האילנות ברשותם ואיך יכולים הכותים לאסור דבר שאינו שלהם ואף לפי מה שכתבתי במק"א דהא דקאמר דעכומ"ז שליחותייהו דישראל קא עביד לאו שליחות גמור הוא דהא אין שליחות לעובד כוכבים אלא דלא בעינן שליחות בזה ובניחא להו לחוד סגי דכיון דניחא להו לבעלים יכולין העכומ"ז לאסור מ"מ אם נימא דדבר שאינו ברשותו אינו יכול לאסור א"כ מאי מהני ניחותא דבעלים כיון דאינהו בעצמן אין יכולין לאסור מטעם דבר שאינו ברשותו ואף דהאילנות מחוברין לקרקע ובקרקע אמרינן בב"מ

(דף ז') דאפילו אינו ברשותו מצי מקדיש לה כל שיכול להוציא בדיינין משום דקרקע אינה נגזלת מ"מ הא מרא דשמעתתא בע"ז שם הוא ר' אלעזר והוא סובר בשבועות (דף ל"ז) דמשביע עדי קרקע חייב ק"ש משום דדריש רבויי ומיעוטי וסובר שם כר' אליעזר דקרקע נגזלת וכיון דקרקע נגזלת הא מיקרי אינה ברשותו כמו גזילת מטלטלין וא"כ מאי מהני הא דניחא להו בע"ז הא אינהו גופייהו לא הוי מצי לאסור אלא ודאי דבאיסור אדם יכול לאסור אף דבר שאב"ר דדוקא לענין הקדש גלי קרא דבעינן מה ביתו ברשותו אבל לא באיסור ולהכי אינהו בעצמם הוו מצו לאסור וכיון דניחא להו בכומ"ז נאסרו האשירות גם ע"י העכומ"ז כיון דגלו ישראל דעתיי' דניחא להו בכומ"ז:

ובזה נראה לי לבאר בהא דאמרינן בש"ס בכל דוכתא הקדש חמץ ושיחרור מפקיע מידי שיעבוד כתב רש"י ז"ל בגיטין (דף מ') דדווקא קדושת הגוף מפקיע מידי שיעבוד אבל קדושת דמים אינו מפקיע וראי' מדתנן בערכין (דף כ"ג) המקדיש נכסיו והיה עליו כתובת אשה ובע"ח הפודה פודה ומוסיף עוד דינר ופודה ומפרש בגמ' דהקדש הוא רק משום דר' אבהו שלא יאמרו הקדש יוצא בלי פדיון ולהכי די בפדיון כל דהו דמדאורייתא א"צ פדיון דלא חל הקדושה כיון דמשועבדים לבע"ח דקדושת דמים אינה מפקיע מידי שיעבוד ועיין בתוספת גיטין שם בד"ה הקדש שהקשו מאי שנא הקדש דמים מהקדש הגוף ועי"ש מה שתירצו:

אולם רש"י ז"ל בפסחים (דף ל"א) בהא דאמר היכא דאקדיש לוה וזבין לוה כ"ע לא פליגי דאתי מלוה טריף ואתי מלוה ופריק וז"ל אפילו לרבא דאמר עד עכשיו היה ברשותו של לוה מודה הוא דאין מכירתו מכירה ואין הקדישו הקדש שהרי ממושכנין הן למלוה אע"פ שהן שלו אינן ברשותו ורחמנא אמר איש כי יקדיש את ביתו מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו עכ"ל וע"ש ברש"י ז"ל שמסיים ג"כ דהא דאמר רבא הקדש מפקיע מידי שיעבוד היינו דווקא קדושת הגוף אבל לא קדושת דמים והנה לפמש"כ רש"י דבקדושת דמים לא מפקיע מידי שיעבוד אף לרבא דסובר מכאן ולהבא הוא גובה משום דאף דהוי שלו מ"מ מיקרי אינו ברשותו כיון שהם ממושכנים למלוה ונראה מזה דקדושת הגוף דמפקיע מידי שעבוד הוא משום דקדושת הגוף חייל אף שאינו ברשותו וקרא דוכי יקדיש הוא רק בקדושת דמים וקשה דהא בב"ק (דף ס"ח) דמוקי ר"ל מתניתין דגנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר שהקדישו בעלים ביד גנב ופריך ומי קדיש והאר"י גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש עיי"ש והא התם דהוי קדושת הגוף למזבח ואפ"ה פריך מדרבי יוחנן אלמא דגם בהקדש מזבח בעינן שיהא ברשותו:

ומצאתי להקצוה"ח (בסימן קי"ד) שהקשה כן ותירץ דלר"ל פריך לטעמי' דאיהו מוקי לקמן (דף ע"ז) משנה דגנב והקדיש ואח"כ טבח בשוחט בעלי מומין בחוץ דהוי רק קדושת דמים להכי בעינן שיהא ברשותו:

אבל תירוץ זה אינו מעלה ארוכה לחומר הקושיא דהא חזינן שם בסוגיא (דף ע"ו) דפריך אר"ש דאמר קדשים שחייב באחריותן חייב נהי דסבר ר"ש מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים איפכא מיבעיא לי' קדשים שחייב באחריותן פטור דאכתי לא נפיק מרשותי' קדשים שאינו חייב באחריותן חייב דמפקי לי' מרשותו ע"ש דמקשי הכי משום דמפרש דמיירי שהקדיש הגנב ומחמת זה הוצרך לחסר מתניתין ולאמר דר"ש אמילתא אחריתא קאי והכי קתני אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי דו"ה וכן גונב הקדש מבית בעלים פטור מ"ט וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש רש"א קדשים שחייב באחריותן וכו' וכ"ז רק מחמת שהוא מפרש מתניתין שגנב והקדיש שהקדישו הגנב. דלר"ל שמפרש שהקדישו בעלים ביד גנב אין צריך לחסר מתניתין דשפיר קאי ר"ש אהקדישו בעלים בבית גנב ומחלק בין קדשים שחייב באחריותן דהוי עדיין ברשות בעלים וחייב לקדשים שאינו חייב באחריותן וכמ"ש התוס' בהדיא שם (עמוד ב') ד"ה ור"ל דלר"ל אין צריך לומר דר"ש אמילתא אחריתא קאי א"כ הא גופא תיקשי אמאי לא מוקי סתמא דהש"ס בהקדישו בעלים ביד גנב ולא נצטרך לחסר מתניתין ולמימר דר"ש אמילתא אחריתא קאי וע"כ דהיינו טעמא דמילתא דר"ל מוקי לה כשהקדישו בעלים ביד גנב הוא משום דסובר כצנועין דיכול להקדיש דבר שאינו ברשותו אבל ר"י לא בעי לאוקמי הכי משום דאזיל לטעמי' דסובר שאינו יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו כמו שאינו יכול להקדיש דבר שאינו שלו ולהכי לא מצי לאוקמי כשהקדישו בעלים ביד גנב דאינם יכולים להקדיש והוצרך לומר דר"ש אמילתא אחריתא קאי אגונב מבית הקדש וא"כ תיקשי לשיטת רש"י ז"ל דסובר דבקדושת הגוף מצי להקדיש דבר שאינו ברשותו הא ר"י מוקי לה בשוחט תמימים שלא לשם בעלים שם בסוגיא כי היכי דלא תיקשי והא חזרה קרן לבעלים וא"כ כיון דבתמימים מיירי הא הוי קדושת הגוף וחל ההקדש אף שאינו ברשותו והוי' לי' לאוקמי שהקדישו בעלים ביד גנב ולא לחסר מתניתין ולמימר ר"ש אמילתא אחריתא קאי:

לכן נראה לי דדברי רש"י ז"ל נכונים מטעם אחר ולא קשה מסוגיא דב"ק דודאי גבי קדושת הגוף חיילא קדושה אף בדבר שאינו ברשותו אף דבקדושת דמים לא חיילא וטעמא דמילתא דגבי קדושת דמים אמרינן דלא חייל קדושה בדבר שאינו ברשותו משום דלאחר שיחול ההקדש שוב אין לבעלים זכי' בגווייהו ונפיק מרשותו לגמרי ואנן קיי"ל

דדבר שאינו ברשותו אינו יכול להקדיש אבל קדושת הגוף שאחר שיחול ההקדש יהא לבעלים זכי' בגווייהו שהקרבן יקרא ע"ש ומה"ט אמרינן בב"ק (דף ע"ו) דאף דהקדש מקרי מכירה גבי קדשי בדק הבית משום מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לגבוה מ"מ בקדשי מזבח לא מיקרי מכירה משום דעדיין שם בעלים עלייהו וכמ"ש התוס' (שם) ד"ה והשתא עיי"ש וכיון דשם בעלים עלייהו ויהא אחר הקדש לבעלים זכי' בגווייהו לא איכפת לן במה שעכשיו בשעת הקדש אינו ברשותו כיון שאחר ההקדש יהא ברשותו דלא גרע הא דבעינן לענין הקדש שיהא ברשותו מהא דבעינן שיהא שלו דאמרינן בב"ק (ס"ז) הגנב והגזלן שתרמו תרומתן תרומה אפילו למ"ד יאוש לחוד לא קני משום דאיכא יאוש ושינוי השם דמעיקרא חולין והשתא תרומה ואע"ג דכל כמה דלא חיילא תרומתו ליכא שינוי השם ממילא חיילא התרומה א"כ כ"ש דאמרינן הכי לענין דבר שאינו ברשותו דאף אם קודם ההקדש אינו ברשותו מ"מ בגוונא דאם יחול ההקדש יהא ברשותו שפיר חייל וא"כ בקדושת הגוף אף דהשתא לאו ברשותו מ"מ כיון דשלו הוי למ"ד מכאן ולהבא הוא גובה שפיר חייל ההקדש משום דאם יחול ההקדש יהא ברשותו ככל קדשי מזבח דרשות בעלים עליהם ופקע שיעבוד הבע"ח וחייל ההקדש ושפיר אמר רבא דקדושת הגוף מפקיע מידי שיעבוד:

וכ"ז בקדשי מזבח אבל בקדשי בדק הבית דלאחר שיחול ההקדש אין לבעלים שום זכי' בגווייהו ולא יהא ברשותו אחר ההקדש כלל דמה"ט חשבינן להו כמכירה גמורה והשתא קודם הקדש נמי לאו ברשותו קיימי כמ"ש רש"י דבמה שהם ממושכנין למלוה לא מיקרי ברשותו של לוה להכי בדבר שאינו רשותו ברשותו לא חייל הקדש וא"ש הא דתנן מוסיף עוד דינר ופודה דמן התורה לא חייל ההקדש בקדושת דמים מה"ט דלא הוי ברשותו:

ולפ"ז מיושב הא דפריך לר"ל דמוקי שהקדישו בעלים ביד גנב ומי קדוש הא הוי דבר שאינו ברשותו דהא התם לא מיקרי ברשותו מחמת שהגנב תפיס לי' בביתו ולהכי לא מהני הקדישן של בעלים דהא גם לאחר הקדישו הוא ברשות גנב ובביתו דדוקא גבי בע"ח דמיקרי אינו ברשותו משום שיעבודו של מלוה מהני בקדושת הגוף משום דכיון דאם יחול ההקדש ויפקע השיעבוד יהא ברשות לוה וקני לי' לכפרה וחייל ההקדש אבל גבי גנב גם אחר ההקדש יהא ברשותו של גנב לא חייל הקדש כלל אף בקדושת הגוף דגם בקדושת הגוף לא חייל הקדש אם גם אחר ההקדש לא יהא ברשותו:

וכן נמי בקונמות דאמר רבא דמפקיע מידי שיעבוד דמיירי שם בכתובות (דף נ"ט) בקונם שאני עושה לפיך אף דמשעבדא לבעל ודעת רש"י ז"ל דכל דבר ששיעבודן של אחרים

עליו מיקרי אינו ברשותו מ"מ כיון שלא אסרה אכ"ע רק אבעלה ואם יחול הקונם יהא שלה לגמרי וברשותה להכי הקונם מפקיע מידי שיעבוד ולא איכפת לן במה שאב"ר דאחר שיחול הקונם יהא ברשותה אלא שקשה ע"ז לכאורה מאצטלא דפרסוה אמיתנא ביבמות (דף ס"ו) דקאמר רבא דקניא מיתנא מה"ט דקונם מפקיע מידי שיעבוד אע"ג דמשעבדא לאשה ואם יאסור הקונם יהא אסור בהנאה אכ"ע כדין תכריכי המת וגם אחר שיחול האיסור לא יהא ברשות היורשים ולא איכפת לן במה דקיי"ל דדבר שאינו ברשותו לא מצי להקדיש אבל לפמ"ש לעיל א"ש דהתם הטעם כמ"ש דבאיסור יכול לאסור אף דבר שאינו ברשותו ובעינן רק שיהא שלו וכיון שהוא שלו מצי לאסור אף שאינו ברשותו וכיון דלרבא מכאן ולהבא הוא גובה והוי שלו מצי לאסור באיסור תכריכי המת אף שאינו ברשותו:

ואכתי יש לבאר אם יכול לאסור דבר הפקר או לא והנה גבי הקדש וודאי דא"י להקדיש דבר הפקר ואף דאמרינן בנדרים (דף ל"ד) אמר רבא היתה לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זה הקדש נטלה לאוכלה מעל ופירשו הר"ן והרא"ש ז"ל שהיתה בתוך ד"א והואיל ומצי זכי בה יכול להקדישה אלמא דאף להקדיש מצי דבר הפקר התם מיירי שבידו לזכות בה כיון שהוא בתוך ד' אמותיו ולשיטת הר"א ממיץ שם שהביא הרא"ש מיירי שאין אחר יכול לזכות בה רק הוא להכי יכול להקדיש אבל דבר הפקר שאינו מונח בד"א או שעומד בתוך ד' אמות שלו וגם אחר עומד בתוך אותן ד"א דלא מצי זכי בהו אינו יכול להקדיש אבל לאסור דבר הפקר יש להסתפק טובא אם יכול לאסור והיינו דאיכא לפלוגי בין הקדש לאיסור דבהקדש בעינן שיהא הדבר שלו ממש דכתיב איש כי יקדיש את ביתו אבל לאסור לא בעינן שיהא שלו ממש דגם אחר יכול לאסור ורק היכא דהבעלים מקפידים אז אין האיסור נתפס אבל היכא דליכא קפידא דבעלים כמו דבר הפקר יכול כל אדם לאסור והיינו נמי דקיי"ל דאף שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו מ"מ אם עשה בו מעשה אסרו כדאיתא בחולין (דף מ"א) וגבי הקדש בדבר שאינו שלו בודאי לא מהני שום מעשה. ואף דלכאורה לא משכחת שום מעשה גבי הקדש מ"מ הא מצינו גבי יחוד דבר שאינו שלו דאמרינן בב"ק של גזלן בדבר שאינו שלו עיין שם בדבריהם ומוכח שם דאף שיחדו ע"י מעשה נמי לא מהני דהא מוקי לה התם הא דתנן עורות של גזלן מחשבה מטמאתן מפני שהבעלים מתייאשין כגון שקיצען דהוי לה יאוש ושינוי מעשה ופריך עלה רבא בר רב חנן הלא עיצבא שנו כאן ועיצבא אינה צריכה קיצוע והיינו כיון דאין צריכה קיצוע לא חשיב שינוי מעשה לקנותה בכך כמו שפירשו שם התוס' ואכתי קשה נהי דלא חשיב שינוי מעשה לקנותה בכך מ"מ הא מעשה מיקרי וכמו דאמרינן

לענין איסור עשה בה מעשה אסרו אף שאינו שלו ה"נ נימא לענין יחוד טומאת מדרס אף שאינו יכול ליחד דבר שאינו שלו מ"מ אם עשה בו מעשה ויחדו למדרס מהני אלא ודאי הטעם כמו שכתבנו דליחד לטומאת מדרס בעינן שיהא שלו ממש מדכתיב משכבו והיכא דבעינן שיהא שלו ממש לא מהני בדבר שאינו שלו אף אם עשה בה מעשה דמ"מ לאו דידי' הוא. אבל גבי איסור לא בעינן שיהי' שלו ממש רק דהקפדת הבעלים מעכב שלא יחול עליהן האיסור ובזה מהני מעשה דידי' שיותפס האיסור בע"כ דבעלים ולהכי אם עשה בו מעשה אסרו ומהאי טעמא פסק הרמז"ל (בה' איסורי מזבח פ"ד) דנעבד של חבירו אסור אם עשה בו מעשה ומוקצה של חבירו מותר אף דכל מוקצה הוא ע"י מעשה כדאיתא בתמורה (דף כ"ט) והטעם דמוקצה הוא מטעם יחוד ואינו יכול ליחד דבר שאינו שלו אף ע"י מעשה משא"כ נעבד שאינו מטעם יחוד מהני מעשה ולפ"ז פשיטא נמי דאדם יכול לאסור מידי דהפקירא שאין עליהם עיכוב בעלים:

מיהו נראה שיש להביא ראי' מהא דאמרינן בע"ז (דף מ"ד) אמר להם ר' יוסי והלא כבר נאמר וכתת נחש הנחושת אשר עשה משה א"ל משם ראי' הרי הוא אומר ויאמר ה' אל משה עשה לך שרף לך משלך ואין אדם אוסר דבר שאינו שלו והתם בדין דכתותי נמי לא הוי צריך כו' עי"ש. והא התם אף שעשה משה משלו מ"מ בניו לא ירשו את נחש הנחושת והניחו להפקר והיו ישראל מקטרין לו ונתייאשו בניו ממנו ולא הוי שלהם ואפ"ה אמר ע"ז אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ומזה ראי' דדבר הפקר נמי אינו נאסר ואין לומר דבשעה שעשה משה נחש הנחושת אז מסרו לציבור והוי של כל ישראל ולהכי מיקרי דבר שאינו שלו לגבי המשתחווה וכמו דאמרינן (ביצה דף ל"ט) גבי בור עולי רגלים בירא דשותפין הוא דז"א דא"כ הי' חלק גם להמשתחווים לנחש הנחושת והיו יכולים לאסור חלקם כדאמרינן בחולין (דף מ"א) גבי מנסך דבאית לי' שותפות בגוה יכול לאסור ולהכי היה צריך לכותתו ועוד דאם נימא דכוונת הש"ס שמשה מסר זה לכל ישראל א"כ לא הי' צריך לאתויי הא דדרשינן עשה לך משלך דמאי נ"מ אפילו היה משל ציבור או של יחיד שנמסר לציבור נמי היה יכול להוכיח מזה דינו אלא וודאי דכוונת הש"ס במה שהביא דרשה דעשה לך משלך להוכיח שהי' של משה ולא של ציבור או של יחיד אחר שמסרו לציבור א"כ תקשה דא"כ היה הפקר דיורשי משה הפקירו ונתייאשו ממנו אלא וודאי דגם דבר הפקר אינו יכול לאסור ומייתי דרשה דעשה לך כי היכי דלא נימא שעשה משל ציבור ויש לכל ישראל חלק בו ויכול לאסור חלקו אלא של משה היה ועכשיו הוא הפקר ואין אדם אוסר דבר שאינו שלו וכנ"ל עכ"פ הרי מוכח דאין אדם יכול לאסור דבר הפקר:

ועוד יש להביא ראי' מהא דתנן (בפ"ז דכלאים משנה ד') המסכך את גפנו ע"ג תבואתו של חבירו ה"ז קידש וחייב באחריותו ר"י ור"ש אומרים אין אדם מקדש דשא"ש אר"י מעשה באחד שזרע את כרמו בשביעית ובא מעשה לפני ר"ע ואמר אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ע"כ ופירשו הר"מ והרא"ש ז"ל משום דבשביעית אין לאדם קנין בכרמו והוי דבר שא"ש עיי"ש מזה מוכח דגם בדבר של הפקר אמרינן אין אדם אוסר דשא"ש גם מלשון רש"י ז"ל בע"ז (דף נ"ב ע"ב) ד"ה דכתיב ובאו כו' שכתב מכיון שנכנסו כותים להיכל יצאו כליו לחולין וכיון דנפק לחולין נקנינהו בהפקירא והוו להו דידהו וכשנשתמשו לעכומ"ז נאסרו עכ"ל משמע שלא היו יכולים לאסור אא"כ קנינהו מהפקירא אבל הפקר אינו יכול לאסור וכן פירש"י ז"ל דף נ"ד ע"א) ד"ה דילמא כדרב פפא דאמר קרא אשכחו ודרוש ויצאו לחולין וקנאום ויכלו לאוסרן עכ"ל:

מיהו נראה לי דוודאי בהשתחווה לדבר הפקר שלא קנאו ולא עשה מעשה אינו נאסר אבל בעשה מעשה נאסר אף למ"ד אין אדם אוסר דשא"ש אפילו ע"י מעשה דדוקא בדבר שהוא של חבירו קא סבר אין אדם אוסר דשא"ש אפילו ע"י מעשה אבל בדבר הפקר ודאי דמהני מעשה דכיון שאין על הדבר בעלים שיעכב ע"י ועשה בו מעשה נאסר דדוקא בלא מעשה כתבנו לעיל דאינו יכול לאסור דכיון דאין הדבר שלו לא נתפס בו מחשבתו ודיבורו אבל מעשה נתפסת שפיר בדבר הפקר ורש"י ז"ל שפי' גבי כלים שקנו אותם דמשמע אבל הפקר אינם יכולים לאסור היינו משום דלא עבדי כותים מעשה בהו דהא בהנך כלים לא הוי מעשה גמור כמ"ש התוס' (בדף נ"ב) ד"ה ברוך שלא נאסרו מחמת מעשה דהוה רק מעשה זוטא רק מדרבנן נאסרו [ועיין שם שיישבו הך סוגיא דלקמן דמשמע דהוי בהו מעשה] ולהכי הוצרך רש"י ז"ל לאמר שהפריצים קנאום לגמרי בהפקר בהגבהה אבל מעשה גמור בהפקר נמי מהני:

ובלאו הכי יש לעיין בדברי רש"י ז"ל במ"ש שקנינהו דנהי דנימא דרש"י סובר דגם הפקר אינו נאסר ע"י מעשה מ"מ היכא שבידו לזכות ודאי דיכול להקדיש וכן לאסור כדאמרינן גבי ככר של הפקר לפניו והתם הרי הכלים הי' בידם לקנות והיו יכולים לאסור אף בלא קנין וצ"ל דמ"ש רש"י וקנינהו משום דבאמת כן הי' הדבר שהחזיקום להיות שלהם וה"ה אם לא היו מכוונים לקנות נמי היו יכולים לאסור והא דזרע כרמו בשביעית דאמרינן דאין אדם אוסר דבר שא"ש אף דהוי ג"כ הפקר התם לא מיקרי עביד מעשה דבשעת מעשה סיכוך הגפנים אין הזרעים נאסרים כדאיתא (בפרק ה' דכלאים) וביור"ד (סימן רצ"ו) אלא אח"כ בשעת הוספות מאתים ומהאי טעמא נמי לא מייתי לה הש"ס בחולין אפלוגתא דאדם אוסר דבר שאינו שלו על ידי מעשה משום דלא מיירי אלא באיסור שחל

בשעה שעשה מעשה אבל בכלאים האיסור בא אחר המעשה אבל עושה מעשה בדבר הפקר יש בידו לאוסרו:

סימן פג

שאלה אשה שהתחילה לספור שבעה נקיים ובדקה עצמה ביום הראשון כדין ולמחרתו נסע בעלה מביתו ולא היה בדעתו לחזור עד אחר חצי שנה ונתייאשה מלבדוק ושהה בדרך שני ימים וחזר לביתו אם הימים שנתייאשה מלספור ולבדוק עולים לה למנין שבעה נקיים או לא:

תשובה לכאורה נראה דהני ימים שהסיחה דעתה ולבה מלספור מפני שסבורה שלא יבא בעלה בימי טהרתה עולים לה למנין נקיים ויכולה להשלים עד ז' ימים נקיים ולטבול כדקיי"ל דאף אם לא בדקה בכל יום רק בראשון ושביעי נמי סגי כר"א בנדה (דף ס"ט) ואף שהכא גרע מלא בדקה בנתיים דהתם חשבה אותם בלבה לנקיים רק שלא בדקה אבל הכא נתייאשה מלחשבם לנקיים מפני שהיתה סבורה שלא תטבול כלל עד זמן רב וטרם שתצטרך לטבול כבר יגיע ראי' אחרת מ"מ נראה דמה דמחוסר כוונה להחזיקם לנקיים אין בזה חשש כיון שלא הרגישה שום ראי' בימים שהסיחה דעתה מלמנות דלא עדיף ספירת ז"נ מטבילה דאמרי' בחולין (דף ל"א) דנדה שנאנסה וטבלה טהורה לבעלה משום דבעלה חולין הוא וחולין לא בעי כוונה ומוקמינן לה לר' נתן דקיי"ל כוותי' בנפלה מן הגשר ולא כוונה כלל להטהר מטומאתה ואפ"ה טהור וה"ה לענין נקיים כיון שבדקה ראשון ושביעי וימים שבנתיים לא החזיקה בדעתה שיהיו נקיים מהני דלא בעינן כוונה לנקיים והבדיקה הוא רק לראות שפסק ראייתה:

והכי משמע קצת בש"ס (דף ך') שם דרבי ראה דם בלילה וטימא ראה ביום וטיהר עיי"ש ולא חש רבי לשאול לה דאולי היא עומדת בשבעה נקיים וכיון דטימא לה הדם בלילה כבר נתייאשה מלחשוב הז"נ וצריכה להתחיל לספור מיום המחרת אחר שתפסוק בטהרה אף שהדם טהור מפני שכבר הסיחה דעתה והוא אמר לה סתם ביום שטעה והדם טהור. א"ו משמע דלא איכפת לן במה שהסיחה דעתה מספירה. וכיון שראה רבי שהדם טהור טיהר לה ועולה יום ההוא לספירת ז"נ ועוד ראיה גדולה מהא דתנן שם (בדף י"ג) החרשת השוטה והסומא ושנטרפה דעתה אם יש להם פקחות מתקנות אותן והן אוכלות בתרומה והא ודאי דלא כיונה כלל להחזיק הימים לז"נ ואפ"ה מהני אלמא דלא בעינן אלא בדיקה לראות שפסק דמה אבל כונה להחזקת נקיים אין צריך:

וקצת יש לדחות דשאני שוטה דהא בחולין שם אמימרא דנדה שנאנסה וטבלה פריך ה"ד אילימא דאנסה חברתה ואטבלה הא כוונה דחברתה כוונה מעלייתא היא ועוד בתרומה

נמי אכלה דתנן החרשת והשוטה אם יש להם פקחות מתקנות אותן והן אוכלות בתרומה עיי"ש ואם כן כמו דמהני כוונה דחברתה לענין טבילה אף לתרומה דבעי כוונה ה"נ מהני כוונה לענין ספירת נקיים כיון שהשוטה היא לאו בת דעת וככלי דעלמא דמיא מהני מה שהפקחות בודקת אותה ע"מ שיעלה לה הימים שתמצא טהור לנקיים מ"מ נראה ודאי דמשום כוונה לא איכפת לן דלא עדיף מטבילה עצמה דלא בעי כוונה לחולין:

ואם באנו לחוש שמא ראתה ולאו אדעתה כיון שלא חשה אז להיות טהורה נראה דהא נמי ליתא דהא תנן בנדה (דף ט"ו) כל הנשים בחזקת טהרה לבעליהן והבא מן הדרך נשיהם להם בחזקת טהרה וקאמר בגמרא למה ליה למימר הבאים מן הדרך ומשני דה"א ה"מ היכא דאיתא במתא דרמי' אנפשה ובדקה אבל היכא דליתא במתא דלא רמי' אנפשה משום דליתא במתא ע"כ וה"נ כיון שבדקה בראשון ונמצאת טהורה לא חיישינן לדילמא לא רמי' אנפשה וחזיא ולאו אדעתה ואף דהתם בחזקת טהרה קיימא והכא בספירת שבעה נקיים קיימא וא"כ אפשר דאף דאשה בעלמא אין חוששין לשמא חזיא ולאו אדעתה מ"מ בז"נ חיישינן דילמא חזיא ולאו אדעתה משום דלא נתנה דעתה לספור ז"א דהא לענין זה ודאי דראי' גדולה משוטה ושנטרפה דעתה דאם איתא דחיישינן דילמא חזי' ולאו אדעתה היכי מהני מה שפקחות מתקנות אותן וכי הפקחות עיניהם ולבם עמם כל הזי' ימים ודלמא ראתה השוטה א"ו דגם בשבעה נקיים לא חיישינן לדילמא ראתה ולאו אדעתה וכיון שבדקה אותן ראשון ושביעי או בכל יום הרי היא בחזקת טהרה וה"נ כיון דלא איכפת לן משום כוונה ולא לשמא חזיא ולאו אדעתה עולים לה הימים שהסיחה דעתה מלספור:

ועוד נ"ל להביא ראיה לזה מהא דאיתא שם בש"ס (דף ס"ט) דקאמר רב התם זבה שהפרישה בטהרה בשלישי שלה סופרתו למנין שבעה נקיים ואשמעינן סופן אעפ"י שאין תחילתן ותחילתן אעפ"י שאין סופן ומתיב ר"י בר חיננא טועה דקיי"ל שבוע קמא דאתיא קמן בלילותא מטבלינן לה ביממא לא מטבלינן לה ואי ס"ד לא בעינן סיפורין בפנינו ביממא נטבלינה דילמא יולדת בזוב היא ועבדי לה ספורין אלא לאו ש"מ בעינן סיפורין בפנינו עיי"ש וקשה מאי מקשה לרב דילמא אף דרב סובר תחילתן אעפ"י שאין סופן וסופן אעפ"י שאין תחילתן היינו לענין בדיקה דסגי בבדיקה א' בתוך השבעה אבל מ"מ בעינן כונתה שתחזיק הימים לשבעה נקיים והך איתתא דטועה לא כוונה כלל להחזיקם לנקיים משום הכי לא בעי לאטבלה ביממא כדין זבה א"ו דפשיטא לי' לש"ס דאין זה קפידא כלל גבי זבה שתחזיק אותה לנקיים ואף דמהך סוגיא אין ראיה דלא חיישינן שמא ראתה ולאו אדעתה דהא התם גבי טועה מספיקא מצרכינן לה לטבול

שמא לא ראתה וצריכי לטבול משום טבילה בזמנה מצוה מ"מ הא כבר בארנו דלענין חשש שמא ראתה ולאו אדעתה מוכח מהא דחרשת ושוטה דלא חיישינן ולענין כוונה דלא בעינן שתחזיק אותם לנקיים ודאי מוכח מהא דטועה דלא בעינן דא"א דבעינן שתחזיק אותם לנקיים לא מקשי מידי לרב:

ואף גבי בדיקה אנו רואים דלר' חנינא דבעי סופן ותחילתן שאם לא הי' סופן ותחילתן אף שבאמת לא ראתה אין זה ספירה דהא מקשה לרב מטועה שא"צ לטבול ביממא משמע דלר"ח ניחא ולא חיישינן שמא לא ראתה וצריכה לטבול ביממא וע"כ משום דסובר הש"ס דלר"ח כל שלא בדקה ראשון ושביעי אפילו אם באמת לא ראתה אין כאן ספירה והכי מסתבר להש"ס דלר"ח כיון דקפיד אבדיקת ראשון ושביעי ולא סגי בבדיקת יום שלפני הראשון ושל אחר השביעי אע"ג דגם בזה אנו רואים שעברו עליו ז' ימים טהורים ע"כ משום דסובר דעיקר הספירה שהצריכה תורה הוא שיתברר לעיני' ע"י בדיק' שהיא טהורה ושתהא הבדיקה בראשון ושביעי דוקא לזה א"ש לדידי' דטועה דלא בדקה עצמה כלל א"צ לחוש לטבול ביום משום דאף אם לא ראתה מ"מ כיון שלא בדקה בהן אין זה ספירה ורק לרב פריך כיון דסובר סופן אעפ"י שאין תחילתן ותחילתן אעפ"י שאין סופן ולא קפדינן אבדיקתה אלא במה שיתברר לה שלא ראתה סגי א"כ טועה נמי מספיקא תבעי טבילה ביממא משום ספק שמא לא ראתה אבל לר"ח א"ש מה דטועה לא בעי טבילה ביממא משום דאפילו לא ראתה לא הוי ספירה מ"מ זה דווקא לענין בדיקה בעינן לר"ח תחילתן וסופן שזה עיקר הספירה במה שתראה שהיא טהורה אבל לענין כוונה ודאי דלא בעינן אף לר"ח דאם איתא דבעינן כוונה לא מקשה גם לרב מידי דהא אפשר לומר דאף דלרב סגי בבדיקה בראשון או בשביעי מ"מ כוונה בעי א"ו דפשיטא להש"ס סברא זו הפשוטה דלא איכפת לן בכוונתה וכוונת לבה להחזיקם לנקיים:

מיהו כ"ז אם בשעת בדיקת ראשון ושביעי הי' בלבה לספור ז"נ אבל מי שהי' בעלה בדרך והיא בדקה עצמה ולא היה בדעתה שיהא הבדיקה לשם נקיים רק שרצתה לראות אם פסק דמה ומחמת זה בדקה עצמה אף שבדקה עצמה בכל יום לא מהני דעיקר הספירה בבדיקה תליא ומילתא דלא רמיא עלי' דאינש לאו אדעתי' ואימר לא השגיחה שפיר על העד או שלא הכניסה לחורין וסדקין ולא מהני לה הך בדיקה למנין שבעה ודע שלכאורה קשה לי טובא במ"ש הרא"ש שם דפסק כרב דבדיקת ראשון או שביעי סגי אבל אם לא בדקה לא בראשון ולא בשביעי רק שפסקה בטהרה לערב וביום השמיני בדקה עצמה לא מהני ולכאורה ודאי דהכי משמע לשון הש"ס דאשמעינן תחילתן אעפ"י שאין סופן וסופן אעפ"י שאין תחילתן דמשמע דודאי חד מנייהו בעינן או תחילתן או סופן וקשה

טעמא מאי כיון דמוכח בגמרא דלרב טועה בעי לאטבולי ביממא אלמא אף שלא בדקה כלל אם קמי שמיא גליא שלא ראתה הוי ספירה ומספיקא שמא לא ראתה מצרכינן לה לטבול ביממא והרא"ש בעצמו מביא שם ראיה דהלכה כרב מהא דטועה דמוקמינן לה כר"ע אבל לרבנן בעי טבילה ביממא וטועה הא לא בדקה כלל והויא ספירה אם לא ראתה ולא בעינן בדיקה אלא להחזיקה ללא ראתה לקולא א"כ בבדיקה שלפני השבעה ושלאחר שבעה נמי הא הוחזקה בלא ראתה ואמאי לא מהני כנלע"ד:

סימן פד

שאלה אשה שעמדה מלדת וצוה הרופא לעשות לה רפואה שתתחוב לה ספוג ממורח באיזה משיחה בתוך פי המקור ויהי' הספוג בתוך המקור כמה שעות אם טהורה לבעלה אחר שהוציאה הספוג ונמצא נקי ומה דינה אם נמצא דם על הספוג:

תשובה בנדה (דף כ"א) תנן המפלת חתיכה אם יש עמה דם טמאה אם לאו טהורה כו' ר"י אומר בין כך ובין כך טמאה ומסקינן בש"ס דת"ק סובר אפשר לפ"ק בלא דם ולהכי אם אין עמה דם טהורה ור"י סובר א"א לפה"ק בלא דם והרמב"ם פסק (בפ"ה מהלכות א"ב) כת"ק דאפשר לפה"ק בלא דם אבל הרמב"ן והרשב"א והרא"ש ז"ל פסקו דא"א לפה"ק בלי דם ועיין בנוב"י מה"ת (ה' נדה) דאין חילוק בין נפתח מבפנים או נפתח מבחוץ או על ידי כלי בכל גוונא אמרינן דוודאי יצא דם מיהו הטור כתב (בסימן קפ"ח) דדוקא בחתיכה גדולה א"א בלי דם אבל בחתיכה קטנה לא חיישינן לדם והוא מדברי הרמב"ן ז"ל שהביא ראי' מדפריך שם בש"ס אבבא דהמפלת כמין דגים חגבים שקצים ורמשים וליפלוג נמי ר"י בהא ולימא דאף אם אין עמהם דם טמאה משום דא"א לפה"ק בלא דם. ולא פריך ולפלוג נמי ברישא גבי המפלת כמין קליפות ושערות ויבחושין אדומים ע"כ דבקליפות ושערות ושקצים ורמשים דהוי דברים קטנים מודה ר"י דאפשר לפה"ק בלא דם:

והב"י (בסימן קפ"ח) כתב שהטור הוכיח לחלק בין חתיכה קטנה לגדולה ממה שפסק הרא"ש ז"ל כר"י דא"א לפה"ק בלא דם והוא בעצמו פסק ברואה דם בשפופרת טהורה ומשמע נמי מדבריו דסבר דהלכה כרבנן דסברי דאין דרכה של אשה לראות בחתיכה וקשה לפי מה שפסק כר"י אמאי מטהר הרי נפתח הקבר עי"ז וא"א בלא דם ולכך חילק בין קטנה לגדולה עיי"ש בדברי הב"י וכתב עוד הב"י בסוף הסימן וז"ל ושיעורא דחתיכה גדולה לא איתפרש לן דאין לאמר דכל שהיא גדולה מקליפה ושערה הוי גדולה שהרי כתב רבינו בסימן זה ודווקא חתיכות קטנות דומיא דשפופרת אלמא דשיעורא דשפופרת

הוי קטנה לענין זה מיהו שיעורא דשפופרת גופא לא אתפרש לן אם עב או דק הלכך אזלינן לחומרא ולא מטהרינן אלא בשיעורא דשפופרת דק מן הדקים עכ"ל:

הנה מדברי הטור והב"י משמע דלמדו דשיעור עובי לענין פה"ק הוא כעובי שפופרת מהא דמטהרינן רואה דם בשפופרת ולא חיישינן לפה"ק ולא זכיתי להבין דמה ענין שפופרת לענין פה"ק דבשפופרת מטהרינן מטעם חציצה שהשפופרת חוצץ בין דם לבשרה והכתוב אומר בבשרה, כמ"ש רש"י ז"ל ותוס' בסוגיא שם ויכול להיות דמיירי שהכניסה גם ראש המקור בשפופרת וכשהי' פי המקור בשפופרת יצא הדם לחוץ דרך השפופרת ולא נפתח המקור כלל ע"י השפופרת ולא נכנס השפופרת לתוך המקור כלל [ומנהג הרופאים עכשיו שעושים כן כשרוצין לראות אם יש איזה מכה במקור מכניסין שפופרת עד שגם המקור נכנס ראש התחתון לתוך השפופרת ושם גם פי המקור וכן הר"מ כתב הך דינא דשפופרת (בפ"ה מהא"ב) וכתב שהכניסה השפופרת בפרוזדור ולא כתב שהכניסה למקור וכן משמע לשון רש"י ז"ל שכ' הכניסה שפופרת באותו מקום. וא"כ אין שום ראי' מהך דשפופרת לענין עובי החתיכה לפתיחת המקור ומדברי הש"ס שם דקאמר המפלת חתיכה סתם וגם אמר שם אעפ"י שמלאה דם לא משמע שיהא דק כקנה דק מן הדקים:

עכ"פ אם נמצא הספוג נקי אחר שהוציאוהו מן המקור לדעת הרמב"ם ודעמו טהורה לבעלה דאפשר לפה"ק בלא דם ולדעת הרא"ש והטור וסייעתו הוי ספיקא דדינא אם זה מיקרי דבר עב לענין פה"ק או לא מיהו נראה שיש להקל ע"ז האופן כיון שהאשה אומרת שקודם שמכנסת הספוג לתוך פי המקור מכנסת שפופרת והמקור נכנס ראשו התחתון לתוך השפופרת ומוציאה השפופרת והספוג נשאר בפי המקור א"כ יש להזהירה שגם קודם שתוציא הספוג תכניס השפופרת עד שיהא פי המקור, בשפופרת ותוציא הקנה שהספוג עליו דרך השפופרת. ואז ליכא חשש שמא יצא דם מפתיחת הקבר דהא כ"ז שהספוג מונח במקור לא חיישינן שיצא דם כדאמרינן בנדה (דף ג') דבמוך דחוק לא חיישינן שיצא דם דרך המוך ואין לחוש רק שמא יצא הדם אחר שהוציאה המוך ולזה לא בעינן למיחש דהלכה רווחת הרואה דם בשפופרת טהורה משום חציצה וזה אין לחוש שמא יצא הדם אחר הוצאת השפופרת והוי בבשרה דמסתמא הא דאמרו א"א לפה"ק בלא דם היינו שהדם יוצא בשעת פה"ק ממש והכא לא איכפת לן ביציאת הדם דהא הוי חציצה ע"י השפופרת ולא מסתבר שיתעכב יציאת הדם אחר פה"ק הרבה ויצא בשעה שאין השפופרת בתוכה ועוד דהא הוי ס"ס ספק שמא לא יצא דם כלל דאפשר לפה"ק בל"ד או דזה הוי חתיכה קטנה ואת"ל שיצא דם שמא יצא בשעה שהי' השפופרת מונח

בתוכה וטהורה משום חציצה ויותר טוב שיתעכב השפופרת בתוכה איזה רגעים אחר יציאת הספוג מהמקור דזה לא חיישינן שיתעכב יציאת הדם כ"כ אחר פה"ק:
ולכאורה נראה לפ"ז אפילו אם תמצא דם על הספוג נמי טהורה דהא הרואה דם בשפופרת טהורה ואין לומר דהא דאמרינן הרואה דם בשפופרת טהורה הוא רק משום נדה אבל מדרבנן טמאה משום כתם דומיא דהא דדרשינן בבשרה עד שתרגיש בבשרה דהוי רק מדאורייתא אבל מדרבנן טמאה משום כתם וכן הא דאמרינן באשה שראתה דם במר"ג בין עומדת בין יושבת טהורה ויש כמה רבוותא דסברי דטהורה משום נדה וטמאה משום כתם כמ"ש הש"ך (בסימן קצ"א) דז"א דלא אשכחן לרבוותא דכתבי הכי גבי רואה דם בשפופרת לטמאה משום כתם ש"מ דלגמרי מטהרי וטעמא רבא איכא בהא מילתא דגבי כתמים איכא למיחש שמא ארגשה ולאו אדעתה וכן גבי עד שאינו בדוק והניחתו בקופסא ולמחר מצאה עליו דם דטמאה משום כתם התם נמי איכא למימר אע"ג דתלינן בי' בעלמא מ"מ הא אפשר דמגופה אתיא בשעת בדיקה וכן גבי מ"ר אע"ג דא"א להם לצאת בשעת מ"ר מ"מ אפשר דמקמי הטלת מר"ג הי' הדם להכי מטמאינן משום כתם אבל גבי רואה דם בשפופרת כיון דחזינן דלא נמצא דם רק בשפופרת אמאי יחמירו רבנן לטמאה כיון דרחמנא טהרה והיכא דלא נמצא דם על הספוג ואנו באין לחוש רק משום א"א לפה"ק בלא דם ודאי דשרי דאף אם נימא דשפופרת מטמא משום כתם מ"מ הוי רק ספק דרבנן דהוי ספק אם יצא דם כלל משום דספוג זה לא הוי דבר עב להוציא דם וכיון דאם יצא דם הוי רק טומאת כתם ספיקא דרבנן לקולא]:
ולכאורה הי' מקום להקל מטעם שכ' הרא"ש בשם רבינו שמשון (בפ' המפלת) באשה שנעקר מקורה וכמין חתיכת בשר נפל לה בבית החיצון וטיהר אותה לבעלה כיון שאין דרך נשים לראות בכך כדקאמרי רבנן דאין דרכה של אשה לראות דם בחתיכה ופירש אין דרך דם נידה לבא בענין זה ועיין בשו"ע (סי' קפ"ח) ובדברי האחרונים ז"ל וביותר בדברי הכרו"פ שביאר דברי הר"ש דאפילו ראתה דם מהמקור כל שנשתרבב המקור ונופל למטה ומחמת זה יוצא הדם מיקרי אין דרכה של אשה לראות בכך וה"נ נימא אין דרכה של אשה לראות ע"י תחיבת ספוג והא דקא בעי ר' ירמי' מר"ז ראתה דם בשפופרת מהו ומבעי לי' אי דרשינן בבשרה ולא בשפופרת ומטהרינן משום חציצה ולא מטהר בלאו טעמא דחציצה משום שאין דרכה לראות בשפופרת הוא משום דמשכחת לה שתראה בשפופרת דם באופן שגם אם לא הי' השפופרת נמי היתה רואה רק כיון שהשפופרת הי' מונח בתוכה חייץ בין דם לבשר ומיבעי ליה אם דרשינן בבשרה והחציצה מונע מלטמא אבל משום אין דרכה לראות כן א"א לטהרה דבלאו השפופרת נמי הי' יוצא

הדם מגופה ולהכי מיבעי ליה ברואה דם בשפופרת ולא ברואה דם בקיסם כדמבעי ליה (בדף כ"ב) גבי קרי משום דגבי אשה בקיסם טהורה בלאו האי טעמא דחציצה משום שאין דרכה של אשה לראות בקיסם דהא הקיסם הוא שהוציא הדם ואלולי הקיסם לא הי' דם ליצא וכיון דעיקר האבעי' דרואה דם בשפופרת הוא רק משום חציצה להכי ליכא למבעי ברואה בקיסם דבקיסם טהורה בלאו הכי ומיבעי לי' רק בשפופרת באופן שהדם הי' יוצא גם בלא השפופרת] ומשכחת לה שהגיע שעת ווסתה והכניסה השפופרת ויצא הדם דרך השפופרת או שנכנס גם פי המקור לתוך השפופרת שלא נכנס השפופרת לתוך המקור להוציא דם] אבל אם השפופרת הוציא הדם טהורה משום שאין דרכה של אשה לראות בכך כדעת רבינו שמשון:

ונראה לי דאפשר לחלק דלא אמרינן איך דרכה של אשה בכך וטהורה אלא אם ראתה בחתיכה דכל הנשים אין מפילות חתיכות ובאשה דעלמא לא משכחת כלל שתפיל חתיכות רק באשה זו אירע מקרה שהפילה חתיכה וכן בעובדא דר"ש שנעקר המקור שלה ומוציא דם עי"ז כל הנשים אין מקור שלהן עקור. אבל להוציא דם בקיסם כל אשה אם תוחבין לה קיסם בפי המקור מוציא דם ולהכי טמאה ולא מיקרי אין דרכה של אשה לראות דם בחתיכה ולהכי באשה פשיטא ליה דראתה דם בקיסם טמאה ולא מיבעי ליה רק בזב משום דכתיב ממנו ולא בקיסם אבל באשה ודאי טמאה אף לפי' הר"ש דזה לא מיקרי אין דרכה לראות בכך דכל אשה מוציא דם בקיסם מעתה יש לנו לדון באשה זו דאף אם הוציאה הספוג מן המקור ונמצ' נקי דאמרי' א"א לפה"ק בלא דם אבל אם המקור הי' בשעת הוצאת הספוג בתוך השפופרת יש להקל מטעם חציצה דדרשינן בבשרה ולא בשפופרת:

(הגה"ה ודע שקשה לי טובא לר"ש שמטהר באשה שנעקר מקור שלה משום שאין דרכה של אשה לראות דם כן דא"כ באשה שראתה דם במר"ג נמי נימא אין דרכה של אשה לראות כך:)

סימן פה

שאלה מקוה שהיא מעין הנובע ועומדת בצד הנהר וכשניקו את המקוה לא נזהרו לנקותה לשאוב המים בכלי נקוב כד"ת אם מותרת או לא:

תשובה כתב הרא"ש ז"ל (במס' נדה ה' מקוואות) והמרדכי במס' שבועות ופסק כן השו"ע (בסימן ר"א סעיף מ') והרמ"א ז"ל כתב שיש להחמיר לעשות כן גם במעין כי יש חולקים אפילו במעין ואומרים דשאיבה פוסלת בה רק שהיקל באם יש טורח גדול לסמוך על המקילין דאין שאיבה פוסלת במעין כי כן עיקר ועיין בש"ך (שם ס"ק

פ"ח) דהיכא דיש ספק אם נפל הג' לוגין בבת אחת יש להקל אפילו בלא טורח גדול ובעובדא דמעכ"ת ודאי דהוי רק ספק אם בשעה שניקוהו נפל מהכלי ששאבו בו ג' לוגין בב"א ושרי אפילו בלא טורח גדול כהכרעת רמ"א אלא שחשש כבודו למה שראה במשכנות יעקב ז"ל דמקוה שעומדת בצד הנהר אין לה דין מעין כדתניא בתוספתא (דפ"א דמקוואות) והביא הר"ש שם החופר בצד הנהר בצד הים במקום הביצין הרי הן כמי תמצית החופר בצד המעין אעפ"י שפוסקין וחוזרין ומושכין הרי הן כמעין פסקו מלהיות מושכין הרי הן כמי תמצית הרי שבצד הנהר אין לו דין מעין משום דאמרינן דהמים באין מצד הנהר וכיון שאין לו דין מעין נפסל בשאיבה וכתב שגם המהרי"ט כתב כן:

והנה לפענ"ד יש לתמוה על דבריו טובא דודאי אם נימא דמעין אינו נפסל בשאיבה יש להכשיר גם מקוה העומדת בצד הנהר דהא המהרי"ק ז"ל כתב בטעמו של דבר שאין המעין נפסל בשאיבה משום דכיון דמעין מטהר בכ"ש א"כ השאובים גופייהו נטהרו ע"י המעין משאיבתן וכמו שכתב הרא"ש ז"ל בב"ק בטעמא דאין מקוה שיש בה מ' סאה נפסלת במים שאובין משום שהמים גופא נטהרו מטומאתן ע"י ההשקה במ' סאה וה"נ במעין נטהרו ע"י המעין וכ"כ התוס' במכות (דף ד') בהא דאמרינן התם חבית של מים שנפל לים הגדול הטובל בו לא עלתה לו טבילה חיישינן לשלשת לוגין שלא יהא במקום א' והקשו התוס' דהא מדשוי להו השקה כמחוברין לטהרה מטומאה ה"ה לענין טבילה נמי ומטעם זה כתבו דגרסינן חבית של יין וכ"כ הריטב"א ז"ל שם בחידושיו דחבית של מים אין בו פסול שאובין משום דהוי כזריעה ואף להנך רבוותא דסברי דאדם בעי מ' סאה ולא מהני לי' מעין פחות ממ' סאה מ"מ כיון שנטהרו השאובין ע"י השקה במעין יכול האדם לטבול בו אחר שניתוסף עליו עד מ' סאה:

ומה שרצה הגאון בעל מ"י ז"ל לאמר דכיון דלא מהני לאדם מעין פחות ממ' סאה לא מהני לי' נמי השקה לבטל מהמים תורת שאובין ורק גבי כלי המעין מבטל מתורת שאובין משום דגבי כלי המעין כ"ש הוא כמקוה שלימה אבל לא גבי אדם לענ"ד זה תימא גדולה דאיך ניקו ונימא דאם נפלו מים שאובין לתוך המעין וטבל בו כלי עלתה לו טבילה אף אם היו רובן שאובין דפוסל מן התורה לרוב ראשונים ז"ל אפ"ה אמרינן שהמים מן המעין בטלו ממנו דין שאובין ע"י זריעה וכשטבל אח"כ אדם במעין זה שנפלו בו שאובין לא עלתה לו טבילה והויין לגבי דידי' שאובין וכי אחרי שנתבטלו מדין שאובין חזרו להיות שאובין. א"ו כיון שנטהרו השאובין ע"י המעין ואזלו מנייהו דין שאובין יכול גם אדם לטבול בו:

א"כ לפ"ז אם המקוה עומדת בצד הנהר נמי אינה נפסלת בשאיבה דהא דתניא החופר בצד הנהר ובצד הים הרי הוא כמי תמצית היינו רק דלא מטהר בכ"ש כמעין אבל לענין שיפסל ע"י מים שאובין ודאי דאינו נפסל דהא האי כמי תמצית דקאמר היינו מי תמצית שלא פסקו כמ"ש הר"ש שם והרמב"ם (פ"ט מה' מקוואות הלכה ג') ובמי תמצית שלא פסקו הא תנן (בפ"א דמקוואות משנה וא"ו) שתה טמא ושתה טהור טהור משום דסלקא טבילה למים הטמאים שנפלו שם אעפ"י שאין בהם מ' סאה. וכ"כ הרמב"ם ז"ל (פ"ט ה"ב) דמי תמצית שלא פסקו מטהרין מים שנטמאו אעפ"י שאין בהם מ' סאה א"כ אין לפסול שאובין שנפל מן הכלי מחמת שמי המעין עומד בצד הנהר דכיון דדומה למי תמצית שלא פסקו הרי נטהרו במי המקוה. וכיון שכבר הכריעו לנו הרמ"א ז"ל דבטורח גדול או בספק אם נפל מהכלי ג' לוגין בב"א יש להקל ולסמוך על דברי האומרים דמעין אינו נפסל בשאיבה והיינו ע"כ שאנו אומרין דנטהרו המים ע"י השקה והוכשרו אף לטבילת אדם א"כ ממילא גם במקוה העומד בצד הנהר לא חמירא משאר מקוה נובע דגם מקוה העומדת בצד הנהר הוא כמי תמצית שלא פסקו ותימא גדולה על המשכנות יעקב ז"ל שלא הרגיש בזה:

ומ"ש שגם המהרי"ט כתב כן הנה מדברינו אלה תתבונן שאין דברי המהרי"ט ענין לדבריו כלל שהמהרי"ט כתב בטעם הגדולים שנהגו לנקות גם מקוה נובע בכלי מנוקב משום שכמה מקוואות שבקרקע שהם מי תמצית שחופרים בעומק ומי גשמים הנבלעים בקרקע מתמצים לתוך אותה גומא ועל הרוב הם מליחות ועפרות הארץ ורובם פוסקים מימיהם בימות הקיץ כשיבשה לחלוחית הארץ והני אין להם דין מעין שמטהר בכ"ש אפילו בזמן שבוצצין עכ"ל ומי גשמים שנבלעו בקרקע יש להם דין תמצית שפסקו ולהכי שפיר כתב המהרי"ט שנפסלים במים שאובין כדתנן (בפ"א דמקוואות) במי תמצית שפסקו דשתה טמא ושתה טהור טמא משום דמי תמצית שפסקו אין מטהרין המים הטמאים אבל חופר בצד הנהר דתנן שהם כמי תמצית שלא פסקו מודה המהרי"ט שאין פסול בשאיבה שהרי מטהר המים כמו מעין גמור:

תדע שדעת המהרי"ט כן דהא בעצמו כתב שם באותו דיבור דטעם לנקות בכלי מנוקב א"א לתרץ משום דסברי דאדם בעי מ' סאה דא"א לאמר כן דכיון דנטהרו המים שאובין דמעין מטהר מים וכלים בכ"ש שוב מהני אף לאדם וא"כ גם בעומד בצד הנהר נמי הרי המים נטהרו דהא מי תמצית שלא פסקו מטהרין נמי המים א"ו דקאי רק על בורות שאינם עומדין בצד הנהר ונובעים מעצמן שיש להסתפק בהם שהמים באו רק ממי גשמים שנתאספו בקרקע אבל לא קאי על חופר בצד הנהר ומה שהביא בסוף דבריו הך

משנה דחופר בצד הנהר הוא רק לחלוק על דברי מהרי"ק שמבואר בדבריו דכל הבארות יש להם דין מים חיים וע"ז חלק המהרי"ט וכתב דמי בארות שאינה מושכת ומוצאה מים חיים אלא שהכותלים בוצצין מעט מכאן ומעט מכאן אין להם דין מעין אלא דין מי תמצית וע"ז הביא ראיה שגם חופר בצד הנהר נמי אין לו דין מעין לטהר בכ"ש ובעי מ' סאה אבל מ"מ ודאי דאין דינן שוה דמים שנתאספו בקרקע מהגשמים יש להם דין מי תמצית שפסקו ואינו מטהר את השאובין ומים שבצד הנהר יש לו דין מי תמצית שלא פסקו ומטהר את השאובין:

והנך רואה שדברי המהרי"ט רחוקים הרבה מדברי המ"י שהמהרי"ט לא מיירי אלא במקוואות הנובעים דאיכא למימר שבאים ממי גשמים הנבלעים בקרקע ורובם פוסקים בימות הקיץ אבל המקוואות הנובעים מצד עצמם וכששואבין אותן מתמלאין ביום א' ואינם פוסקים גם בימי הקיץ ודאי דנביעתן לאו מאסיפת מי גשמים הוא רק שנובעים מעצמן ולא איכפת לן במה שעומדים בצד הנהר דיש להם דין מי תמצית שלא פסקו שמטהר את השאובין כמ"ש הרמב"ם ז"ל (בה' מקוואות):

ומה שהקשה המ"י ז"ל דלסברת הרא"ש ז"ל והמהרי"ק דמעין אינו נפסל בשאיבה וכשר אפילו לטבילת אדם כשנתוסף עד מ' סאה א"כ היכא משכחת דעת הראשונים ז"ל הסוברים דשאיבה ברובה הוי דאורייתא הא נטהרו השאובים במים הכשירים דמה"ת רביעית נמי מטהר את המים אף שאינו מי מעין ג"כ תמיהני הא משכחת לה במי גבאים ומי בורות שיחין ומערות ומי תמצית שפסקו דאמרינן בה במשנה שתה טמא ושתה טהור טמא מפני שאינן מטהרין המים הטמאים ואם נפל בהם כ"א סאין שאובין אינן מטהרין ואם הי' בהם מ' סאה מטהרים אדם וכלים ואף אם נימא דמי תמצית שפסקו שאינן מטהרין מים בהשקה הוא רק מדרבנן אבל מן התורה כל שאינן שאובין מטהרין נמי משכחת לה הא דשאוב ברובא פסול מה"ת ולא נטהרו השאובים ע"י השקה וזריעה כגון שנפלו הכ"א סאה השאובין בב"א וכיון שהן רבין על המים שבקרקע ונפלו בב"א לא סלקא להו השקה דהא רביעית לא מטהר אלא מחטין וצינורות שכל גופן עולה במים אבל כ"א סאה שנפלו בבת אחת לא מהני להו השקה ולא נטהרו בתערובתן ולהכי פסול מדאורייתא וכן משכחת אם המים הם מלוחים ועבים דלא מהני בהו השקה כמ"ש הריטב"א במכות דלהכי לא מהני השקה לחבית מים שנפל לים הגדול מפני שמי ים הגדול עבים ומלוחים ואינם מתערבים:

הרי נתבאר דגם אם עומדת בצד הנהר נמי אינה נפסלת בשאיבה להנך רבוותא דסברי דמעין אינו נפסל בשאיבה כנלע"ד:

סימן פו

שאלה ראובן שאסר בקונם הנאתו על שמעון ונתערב מאכל של ראובן בשל שמעון מב"מ ויש בה כדי לבטלו מה דינו:

תשובה בנדרים (דף נ"ט) אמרינן דקונמות לא בטלי דהוי דבר שיש לו מתירין משום דאיתא בשאלה עיי"ש בגמ' אולם מצאתי להרב מהרי"ט ז"ל שכ' דלא מיקרי דשילמ"ת אלא באוסר פירותיו על עצמו דהוא עצמו האוסר והנאסר אבל האוסר על חבירו לא הוי דבר שיל"מ דלהאוסר אינו אסור והנאסר אין בידו להתיר עכ"ד (בח"א סי' ה'):

ולכאורה יש להקשות מהא דאמרינן (דף מ"ז) תנן התם כ' בבעיא דקונם פירותיו על חבירו מהו בחילופיהן מי אמרינן גבי דילי' הואיל ואדם אוסר פירות חבירו על עצמו ולהכי אדם אוסר דבשלב"ל על עצמו גבי חבירו הואיל ואין אדם אוסר פירות חבירו על חבירו אין אוסר דבר שלב"ל על חבירו או דילמא חליפין כגידולין דמי הרי דבחליפין מיבעיא לי' אבל גידולין פשיטא לי' דאסור וכן פסקינן בשו"ע (סי' רי"ו) וכ"כ הרא"ש ז"ל בהדיא והר"מ ז"ל כתב (בפ"ה מהלכות נדרים) שהאוסר פירותיו על חבירו הרי החליפין והגידולין ספק ואינו נהנה ואם נהנה אינו לוקה והקשה הראב"ד ז"ל בהשגות על מ"ש דגם הגידולין הוי ספק דהא בגמרא פשיטא לי' דגידולין אסור דהא קאמר או דילמא חליפין כגידולין דמי ולא מסתפק אלא בחליפין לחוד מדקאמר או דילמא חליפין כגידולין דמי עיי"ש ותירץ הלח"מ דהר"מ מיירי בגידולין דבר שזרעו כלה דאז אין בהם איסור תערובות ולא אסירי יותר מחליפין והוי בעיא דלא איפשטא והש"ס דקאמר או דילמא חליפין כגידולין דמי ופשיטא לי' דגידולין אסורין מיירי בדבר שזרעו אינו כלה דאסור משום תערובות ע"ש בלח"מ א"כ הרי מבואר דפשיטא להש"ס דדבר שאין זרעו כלה אסורין הגידולין משום תערובות ובגמרא (דף נ"ט) מסקינן טעמא דדבר שאין זרעו כלה אסור הגידולין ולא בטלי ברוב הוא משום דהוי דבר שיל"מ א"כ הרי חזינן דמיקרי דשיל"מ אף באוסר פירותיו על חבירו ולא כמהרי"ט:

מיהו נראה לי דאין ראי' מכאן דהא בעל האיבעיא הוא רמב"ח ואיהו מקשה לקמן (דף נ"ט) על ר"א דסובר גדולי היתר מעלין את האיסור ממשנה דשאיני אוכל בדבר שאין זרעו כלה אף גידולי גידולין אסורין ור"א משני ליה דהטעם הוא משום דשיל"מ ע"ש אבל רמב"ח סובר דטעמא דדבר שאין זרעו כלה גידולי גידולין אסורין הוא משום דאין גידולין מעלין את העיקר ולהכי פשיטא לי' דגידולין אסורין אף באוסר פירותיו על חבירו דכיון דטעמא הוא משום דאין גידולין מבטלין העיקר מה לי באוסרן על עצמו מה לי באוסרן

על חבירו ושפיר קאמר או דילמא חליפין כגידולין דמי דגידולין ודאי אסירי בדבר שאין זרעו כלה משום דאין גידולין מעלין את האיסור:

ולפ"ז אין אנו צריכין לומר כדברי הלח"מ דהש"ס מיירי בדבר שאין ז"כ ולהכי גידולין פשיטא דאסורין. והר"מ שכתב דגידולין נמי הוי ספק מיירי בדבר שזרעו כלה אלא דיש לומר דהר"מ מיירי בכל גוונא ואפילו בדבר שאין ז"כ הוי רק ספק רק דרמב"ח דסובר דהא דבדבר שאין ז"כ גידולין וגידולי גידולין אסורין אפילו אם החליפין מותרין הוא משום דגידולי היתר אין מעלין את האיסור מפני חשיבותו של עיקר להכי גם באוסר פירותיו לחבירו גידולין אסורין אבל הרמז"ל פוסק כר' אבא וכמסקנא דהש"ס דגידולי היתר שפיר מעלין את האיסור וטעמא דמתניתין דגידולין אסורין בדבר שאין ז"כ הוא משום דהוי דשיל"מ ולהכי באוסר פירותיו על חבירו לא חמירי גידולין מחליפין דבאוסרן על חבירו הא לא הוי בידו למיתשל עלייהו כדברי המהרי"ט להכי כתב דחליפין וגידולין תרווייהו הוי ספק וניחא בזה מ"ש הר"מ ז"ל באוסר פירותיו על חבירו דחליפין וגידולין הוי ספק ולא חילק בדבר שז"כ לדבר שאין זרעו כלה הוי הגידולין ודאי אסור משום תערובות אבל לפמש"כ דדעת הרמז"ל דלדידן דקיי"ל כר"א דדבר שאז"כ אסור משום דשיל"מ א"כ באוסר פירותיו על חבירו דלא הוי דבר שיל"מ דאין ביד הנאסר להתיר לא חמיר דבר שאז"כ מדבר שז"כ ובתרווייהו הוי רק ספק שאין איסורן משום התערובות אלא משום דלמא היה כוונת הנודר גם על הגידולין:

מיהו עיקר דברי הלח"מ שפירש מה דאמר בש"ס או דילמא חליפין כגידולין דמי קאי אדבר שאין זרעו כלה הוא דוחק גדול דהא קאי שם אארישא דמתניתין שהביא רמב"ח בתחילת בעייתו דקתני בה בבא דדבר שזרעו כלה ועלה קאי ואמר או דילמא חליפין כגידולין דמי ויותר נראה דהר"מ ז"ל מפרש הא דקאמר או דילמא חליפין כגידולין אין הכוונה דגידולין ודאי אסורין אלא דכלפי מה שאמר בתחילת בעייתו דהטעם דחליפין משום שגם הם היו בכוונת נדרו ודמי לאוסר דשלב"ל עליו ע"ז אומר או דילמא טעם האיסור של חליפין הוא משום דדמי לגידולין ונימא דגידולין אסורין ולפי מאי דבעי למימר דהטעם משום דאדם אוסר דשלב"ל על עצמו באמת גם גידולין מותרין כיון שזרעו כלה וזה עיקר בעייתו אי טעם החליפין משום דכוונתו היה על החליפין וא"כ לא שייך זה באוסר על חבירו א"ד הטעם דחליפין משום דהוי כגידולין וגידולין אסורין דדמי לגופו של פרי אף שזרעו כלה ולא איפשטא בעייתו ונשארו חליפין וגידולין ספק כמ"ש הרמז"ל:

והנה הראב"ד ז"ל בהא דהגידולין אסורין הקשה דהא בדבר שז"כ הוי הגידולין זה וזה גורם וקיי"ל דזה וזה גורם מותר אמנם לפמ"ש המג"א באו"ח (סימן תמ"ה) דבדבר שאיסורו במשהו וזו"ג אסור א"ש דקונמות דהוי דבר שיל"מ דהא אפשר בשאלה ולא בטל להכי זו"ג נמי אסור ועיין בכ"מ שם ולפ"ז יהא מוכח דלא כמהרי"ט דהא חזינן דגם באוסר פירותיו על חבירו הגידולין אסורין ולהרמב"ם ז"ל הוי ספק ולא שרינן מטעם זו"ג וע"כ מטעם דהוי דשיל"מ א"כ הרי חזינן דאף באוסר על חבירו שאין ביד הנאסר לשאול על הנדר נמי מיקרי דשיל"מ:

מיהו נראה דאין ראיה מכאן דלכאורה יש להקשות על דברי מהרי"ט מהא דתנן בנדרים (דף מ"ח) הריני עליך ואת עלי שניהם אסורין ומותרין בדבר של עולי בבל ואסורין בדבר של אותה העיר ואיזהו דבר של עולי בבל הר הבית והעזרות ובור שבאמצע הדרך ע"ש משמע דדבר של אותה העיר אסור משום דשותפי נינהו ואסור להנות מחלקו של מדיר וכן אמרינן בביצה (דף ל"ט) דגם בבור של עולי בבל אי הוי אמרינן דבירא דשותפי נינהו היה אסור ואמאי נימא דחלקו של המדיר בטל בשאר החלקים ומותר לשתות. וע"כ הטעם משום דהוי דבר שיש לו מתירין והא התם קתני הריני עליך חרם ואת עלי וא"כ אמאי אסור המודר בבור של אותו העיר הא המודר אינו יכול לשאול על הנדר ולא מיקרי דבר שיש לו מתירין לדעת מהרי"ט ז"ל:

מיהו נראה דבלא"ה אנו צריכין לתת טעם בהא דלא אמרינן שיתבטל חלקו של המדיר לרב"ח (בדף נ"ט) דטעמא דגידולין הוא משום שאין ההיתר מעלות את העיקר ולא נחית להך סברא דקונמות דשיל"מ א"כ תיקשה לדידי' ממתניתין דבור של אותו העיר אסור ולא אמרינן דבטל חלקו של המדיר וצ"ל דלהכי לא בטל משום דדבר המעורב מתחילת ברייתו לא בטל כמ"ש המרדכי בשם רבינו משולם הובא במל"מ (בפ"א מהלכות משכב ומושב) וחיישינן שמא יתמלא הבור מים אחר נדרו דאז הוי איסור והיתר מעורב מתחילת ברייתו [ומיירי בבור שהוא ממעינות הנובעין מעצמן דאז הוי האיסור מעורב מתחילת ברייתו ולא בבור המתמלא ממי גשמים דבבור המתמלא ממי גשמים לא בא האיסור מתחילת ברייתו אלא אחר שבא המים לבור וזוכה בו המדיר] ולא בטל מיהו לפמש"כ הנוב"י במהד"ת ביור"ד (סימן נ"ד) דדוקא ברובא לא בטל דבר המעורב מתחילת ברייתו אבל בס' בטיל אכתי קשה דליבטל חלקו של מדיר דהא התם ודאי יש ששים נגד חלקו של מדיר:

ונראה דיש ליישב לפי מה דאמרינן בביצה (דף ל"ח) גבי אשה ששאלה מחברתה מים ומלח ותבלין לעיסתה הרי הוא כרגלי שתיהן לענין תחומין ופריך וליבטל מים ומלח

לגבי עיסה ואמר ר"א הרי שנתערב לו קב חטין בעשרה קבין חטין של חבירו וכו' ע"ש בסוגיא דר"א סובר דאיסור תחומין מחמת שהוא ממונו של זה שאינו יכול להוליך לתחומו לא בטל ואביי ורבא שם פליגי עלי' ויהבי שם טעמא אחרינא להא דלא בטלי מלח ותבלין א"כ י"ל דלהכי במודר הנאה אסורים בבור של אותה העיר ולא אמרינן דבטל חלקו ברוב משום דהעיקר האיסור הוא מחמת שממונו של חבירו נאסר עליו וממונא לא בטל ובמתניתין בקונם פירות האלו ע"פ או שאינו אוכל או שאינו טועם דהוצרך ר' אבא לשנוי' הא דלא בטל משום דהוה דבר שיש לו מתירין הא לא"ה שפיר הוה בטל הוא משום דהתם אין האיסור משום הממון כלל שלא אסר עליו ממונו והנאתו כלל רק שאוסר פירות האלו עליו ובזה שפיר הוה בטל אי לאו דהוה סבר שיש לו מתירין אבל בהריני עליך ואת עלי שממונו של זה אסורין על זה לא שייך ביטול דממונא לא בטל:

ונ"ל דאפילו לאביי ורבא דאמרי התם שינויא אחרינא בהא דלא בטלי מים ומלח לגבי עיסה ול"ל הך סברא דלא בטל משום דממונא לא בטל מ"מ נראה דהיינו דוקא תחומין דאין עיקר ושורש האיסור משום ממון רק שהוא תלוי בממון שדין תחומין הוא שהממון של איש ואיש נגרר אחר תחומו ובמקום שהבעלים אסורים לילך גם ממונו אסור להוליך ועיקר האיסור הוא משום תחומין בזה סברי אביי ורבא דאית ביה דין ביטול אבל גבי קונמות שאוסר ממון חבירו עליו או שאוסר ממונו על חבירו שהעיקר האיסור ושורשו הוא מחמת שהוא ממון חבירו בזה מודו אביי ורבא דלא בטל משום דהוה ממונא ולהכי שפיר תנן דאם אמר הריני עליך ואת עלי אסורים בדבר של אותו העיר דלא מהני בזה ביטול:

ולפי"ז שוב אנו יכולין לומר כדעת המהרי"ט ז"ל דאם חבירו הדירו לא מיקרי דשיל"מ שהרי אין ביד הנאסר להתיר איסורו והא דלא שרינן באוסר פירותיו על חבירו דבר שזרעו כלה מטעם זוז"ג אף דלא הוי דשיל"מ הוא מטעם דממונא לא בטל דבאוסר פירותיו על חבירו דהאיסור הוא משום שהוא ממון חבירו לא בטל שהרי לא אמר פירות אלו על חבירי דאז היה האיסור על פירות אלו רק שאמר פירותי אסורים על חבירי שכל שהוא פירות אסרן על חבירו מפני שהם שלו הרי האיסור משום שהוא ממונו ואף שלא אסר כל ממונו על חבירו דשארי חפצים לא אסר רק פירות לחוד מ"מ כל פירותיו אסור דהיינו מקצת ממונו ולהכי לא בטל וכיון דלא דיינינן בזה דין ביטול זוז"ג נמי אסור וכמ"ש הכ"מ שם ובמתניתין דקונם פירות האלו על פי אסור דבר שזרעו כלה ולא שרינן מטעם זוז"ג משום דהוי דשיל"מ דהא הוא אסר על עצמו ובידו להתיר נדרו ובבעיא דרמב"ח באוסר פירותיו על חבירו לא שרינן מטעם זוז"ג משום דממונא לא בטל:

מיהו נלפענ"ד דאין זה נכון דאף דהיכא דלא מתבטל מחמת דבר שיל"מ אסרינן נמי זוז"ג מ"מ היכי דאינו מתבטל מטעם ממונא לא אסרינן זוז"ג דבשלמא אם מניעת הביטול הוא מחמת דשיל"מ אז שפיר אמרינן דהא דהוי דשיל"מ מהני נמי לאיסור זוז"ג דלמה ליה לאהנויי במקום שיש ספק איסור כיון שיש לו מתירין אבל הך חומרא דממונא לא בטל לא מהני אלא היכא שיש ממשות של ממון חבירו מעורב כמו גבי בור של אותה העיר שיש לחבירו מידי בהאי בור ולא בטל אבל לענין זוז"ג כמו בגידולין בדבר שזרעו כלה כיון שכבר נסתלק ממון חבירו מכאן דהא זרעו כלה שוב הדרינן לכללא זוז"ג שרי בכל האיסורין שבתורה ולפ"ז כיון דאסרינן גידולים בדבר שז"כ בפירות האלו על פלוני ולא שרינן מטעם זוז"ג ע"כ דמיקרי דבר שיש לו מתירין אף באוסר פירותיו על חבירו שאין ביד הנאסר להתיר הנדר וכדעת הרשב"ץ שהביא המהרי"ט שם דגם בכה"ג מיקרי דשיל"מ הואיל וחבירו יכול להתיר הנדר:

מיהו עדיין קשה לרמב"ח דפריך שם בש"ס (דף נ"ט) למ"ד גידולי היתר מעלין את האיסור ממתניתין פירות האלו ע"פ דאסור בחילופיהן וכו' ובדבר שאז"כ אפילו גידולי גדולין ואין גידולי היתר מעלין האיסור ולא סבר לשנוי' דר"א דקונמות הוי דשיל"מ א"כ תקשה לדידיה נהי דבדבר שאז"כ אסור משום דאין גידולי היתר מעלין האיסור אבל בדבר שז"כ דליכא גופו של איסור אמאי אסר בחילופיהן וגידוליהן הא קיי"ל דזה וזה גורם מותר כקושית הראב"ד ז"ל וצ"ל דרמב"ח סובר דהך מתניתין דקונם פירות האלו עלי אסור בחילופיהן וגידוליהן אתיא כמ"ד זה וזה גורם אסור וכן מוכח מהא דבעי רמב"ח בפסחים (דף כ"ז) בתנור שהסיקו בעצי הקדש מהו ואמר ר"ח וכי מה בין ערלה להקדש ואמר רבא הכי השתא ערלה בטלה במאתים הקדש אפילו באלף לא בטיל וקשה אמאי לא פשיט רמב"ח דדשיל"מ זוז"ג אסור ממשנה דדבר שז"כ אסור בגידולין דהטעם כמ"ש הכ"מ ז"ל משום דהוי דבר שיל"מ ואסור אף דהוי זוז"ג א"ו דרמב"ח לטעמי' בנדרים דקונמות לא הוי דבר שיש לו מתירין והא דלא שרינן חליפין וגידולין בדבר שזרעו כלה הוא משום דהאי תנא סובר זה וזה גורם אסור בכהת"כ:

ונ"ל להביא ראיה מדברי הרמז"ל דגם באוסר פירותיו על חבירו מקרי דשיל"מ כדעת הרשב"ץ ז"ל דהא הר"מ פסק בהך בעיא דקונם פירות אלו על חבירו לחומרא דהחליפין אסורין מספק ופי' המפרשים דמפרש דבעיא דרמב"ח הוא אי החליפין אסורין מה"ת להכי פסק לחומרא כדין ספיקא דאורייתא לחומרא כמ"ש מפרשי הרמז"ל עיין בדבריהם וקשה איך אפשר לומר דהחליפין אסורין מה"ת הא ודאי חליפין לא גרע מזוז"ג דנהי דדבר המוחלף בא לידו ע"י שנתן לחבירו דבר האיסור מ"מ דבר המוחלף בעצמו היתר

הוא ולא גרע עצמותו של דבר המוחלף מכל זוז"ג כמו נטע אגוז של ערלה וטען פירות שהפירות באו מכח יבול הארץ ומכח אגוז של ערלה וכן דבר המוחלף בא בעצמותו מהיתר ומחמת שנתן לחבירו הדבר של איסור ולא גרע מזוז"ג ואמאי בעינן למיסר חליפין מה"ת ואפילו אם נימא דדעת הרמז"ל דגם באוסר על חבירו הוי דבר שיל"מ ובדשיל"מ בזוז"ג נמי אסור כמ"ש לעיל וכמו שגידולין אסורין מה"ט מ"מ תקשה הא רמב"ח ל"ל דקונמות הוי דבר שיל"מ כמש"ל מסוגיא דגידולי היתר מעלין את האיסור ואם כן איך בעי למימר דחליפין אסורין הא לא גרע מזוז"ג:

לכן נראה דגם הר"מ מפרש כדעת הר"ן ז"ל דבעיא דרמב"ח הוא רק משום קנסא למחליף עצמו ובעי רמב"ח למימר אף דזוז"ג שרי בכל התורה כולה וקונמות לא הוי דבר שיל"מ לרמב"ח מ"מ קנסינן ליה הואיל והחליף באיסור ומה שפסק הרמז"ל מספיקא לחומרא ולא מקילינן מטעם ספיקא דרבנן. הוא משום דאנן קיי"ל דקונמות הוי דבר שיש לו מתירין דלא כרמב"ח ובדשיל"מ אסרינן אף בספק דרבנן כדאיתא בפ"ק דביצה וביו"ד (סי' ק"ב) ולהכי בשארי איסורין פסק (בפ"ה מהלכות מאכלות אסורות) דמותר אף למחליף עצמו משום דלא הוי דבר שיל"מ ופסקינן מספיקא לקולא משא"כ בקונמות דהוי דבר שיל"מ פסק לחומרא דאסור וזה ברור בדעת הרמז"ל ולפ"ז יש לנו ראיה דגם באוסר פירותיו על חבירו נמי הוי דבר שיל"מ דהא מה"ט פסק הרמז"ל לחומרא בבעיא דקונם פירותיו על חבירו:

מיהו הרמ"א ז"ל ביו"ד (סימן ק"ב) כתב מי שנדר מדבר אחד ונתערב אחר כך לדידיה מיקרי דבר שיל"מ עכ"ל משמע דוקא לדידי' היינו לבעל הנדר מיקרי דשיל"מ אבל למי שלא נדר רק שחבירו הדירו לא מיקרי דשיל"מ כדעת המהרי"ט ז"ל:

שוב ראיתי דאין מדברי הרמב"ם ז"ל ראיה כלל דאף שמוכח מדבריו דבאוסר פירותיו על חבירו מיקרי דבר שיל"מ יש לומר דהר"מ לשיטתו אזיל שפסק (בפ"י מהלכות נדרים) דהמדיר את חבירו וההנהו דלוקה המדיר וכמ"ש הר"ן ז"ל בנדרים (דף ט"ו) בשמו בהא דאמרינן שם שאת נהנית לי עד הפסח אם תלכי לבית אביך עד החג הלכה לפני הפסח אסורה ולוקה היינו שהוא לוקה שהדירה אם ההנה אותה אבל היא אינה לוקה דכיון דלא נדרה כלל לא שייך בה בל יחל דברו אם כן עיקר האיסור בקונם פירות על פלוני על המדיר ולהכי שפיר הוי דבר שיל"מ דהא המדיר בידו לאיתשולי על נדרו אבל לפי מה שחלק עליו הר"ן ז"ל בנדרים (דף ט"ו ובדף ל"ה) וסובר דהא דקאמר לוקה היינו היא לוקה שעלי' חל האיסור אם כן בקונם פירותיו על חבירו עיקר בל יחל על המודר

אפשר לומר דלא מיקרי דבר שיל"מ דעיקר האיסור על המודר ואין בידו לשאול על הנדר כ"ז נלע"ד:

סימן פז

שאלה באחד שנדר ליתן סך מסויים לצדקה ושמע אביו בידעו את מעמד בנו כי ברע הוא וחילק סך זה לעניים כדי לפטור את בנו מנדרו ועתה הבן שואל אם יצא ידי נדרו בזה או לא:

תשובה לכאורה נראה לי דאף דבחוב דעלמא אדם פורע חובו של חבירו ומיפטר הלוה אבל בנדר יש להסתפק אם יצא ידי נדרו במה שאחר נתן עבורו אם לא זיכה לו המעות מקודם ואין אדם יכול לפטור חבירו מנדרו וצריך הנודר בעצמו לקיים נדרו ואף דאמרינן בערכין (דף כ"א) חטאתו ואשמו של פלוני עלי לדעת יצא שלא לדעת לא יצא עולתו ושלמיו עלי בין לדעת בין שלא לדעת יצא אלמא דאדם יכול לפטור את חבירו המחוייב קרבן אפשר לומר דזהו דוקא קרבן שאדם חייב מאיליו שחייבתו תורה כמו חטאת ואשם שחייבתו תורה וכן עולה מיירי בעולת ראי' ועולת נזיר ושלמים מיירי בשלמי נזיר וכדאיתא בתמורה (דף י') דקרבנות נזיר יכול אחר להפריש עבורו עיי"ש שהוא לא נדר להכי יכול חבירו לפוטרו אבל נדר להביא עולה ושלמים אין חבירו יכול לפוטרו עד שיביא מממונו לקיים נדרו והא דבעי ר' זירא בחולין (דף כ"ג) הרי עלי תודה מן החמץ או מן המצה והביא שיאור מהו ספיקא הוי ונפיק ממ"נ או דילמא ברי' הוי ולא נפיק ופריך הא לא ידע אי חמץ הוא דליתי מצה אי מצה הוא דליתי חמץ ומשני כגון דאמר הרי עלי לפטור תודתו של חבירי ופריך והא לא ידע חבירו ולא מיפטר ומשני כגון דלא אמר לפטור מיפק גברא ידי נדרו נפיק או לא יעוי"ש משמע דחבירו המחויב תודה מיפטר במה שהוא מביא חלת לחם עבורו התם מיירי שחבירו אמר הרי זו תודה שהקדיש בהמתו לתודתו ומחויב להביא תודתו וחלת חמץ ומצה עמה להכי יכול זה לפוטרו ולהביא חלות עבורו ובכה"ג שפיר יכול להפטר המקריב את התודה ע"י אחר שמביא עליו חלות ויצא ידי נדרו דהא לא אמר הרי עלי רק שאמר הרי זו על בהמה ידוע וכשמביאה יצא ידי נדרו ומה שמחוייב להביא לחם אין זה בלשון נדרו רק שהתורה חייבתו לכל המביא תודה להביא לחם עמה וכיון שהלחם הוא חוב עליו מחמת שמביא בהמתו לקרבן תודה יכול חבירו לפוטרו ולהביא חלות עבורו כמו כל הקרבנות שחייבתו תורה שאדם יכול לפוטרו:

ואפילו אמר הרי עלי תודה נמי אין חיוב החלות מחמת נדרו רק שהתורה חייבה לכל המביא תודה להביא לחם והכי משמע במנחות שם (דף פ"א) דתנן האומר עלי תודה

מביא תודה ולחמה ומייתי שם ת"ש האומר הרי עלי תודה בלא לחם זבח בלא נסכים כופין אותו ומביא לחם עם התודה ונסכים עם הזבח ופריך שם הש"ס אמאי הא הוי נדר ופתחו עמו ומשני ר' יוחנן באומר אלו הייתי יודע שאין נודרין אלא כך לא הייתי נודר כך והשתא הדר בי' ואינו רוצה להביא לחם כופין אותו להביא לחם עיי"ש הרי דהאי גברא כיון בפירוש שתהא התודה בלא לחם ואין לחם בכלל נדרו כלל שהרי התנה שיהא בלא לחם וב"ה ל"ל תפוס לשון ראשון ואפ"ה חייב להביא לחם ג"כ משום דכיון דמ"ע להביא לחם עם תודה ומה שהתנה הוא שיהא בלא לחם הי' בטעות ותנאו בטל מוקמינן אדין תורה וחייב להביא לחם עם תודתו הרי חזינן דאף שאין חיובו של לחם מחמת שנכלל באמירת הרי עלי תודה מ"מ חל חיובו של לחם מפני שהוא מצוה בפ"ע וכדאמרינן נמי (בדף פ') דאם אמר זו תודה וזו לחמה אבדה תודה אינו מביא תודה אחרת אבד לחם מביא לחם אחר משום דלחם גלל תודה ואין תודה גלל לחם עיי"ש. וא"כ ודאי דאפשר דהש"ס דחולין דאמרינן שם דמצי לפטור בחלתו תודתו של חבירו מיירי אפילו היכא שחבירו אמר הרי עלי תודה דמחוייב להביא לחם ממצוה דרמיא עליה ולא מחמת נדרו ולהכי מצי מיפטר בחלת חבירו [וכ"ש אם אמר הרי זו תודה דודאי אין חיובו של לחם בלשון נדרו רק לחיוב שחייבתו תורה] אבל הנודר איזה דבר לא מיפטר במה שחבירו מביא עבורו:

ובזה נ"ל ליישב מאי דאיתא בנדרים (דף ל"ה) דאיבעי להו הני כהני שלוחי דידן נינהו או שלוחי דרחמנא למנ"מ למודר הנאה א"א שלוחי דידן אסור וא"א שלוחי דרחמנא שרי ופשיט ממתניתין דתנן גבי מודר הנאה ומקריב עליו קיני זבין וזבות נדות ויולדות ופריך ולטעמיך ליתני ומקריב עליו קרבנות אלא כדר"י דאמר הכל צריכין דעת בעלים חוץ ממחוסרי כפרה ולהכי שרי במודר הנאה משום דכיון דא"צ דעת א"צ שליחות. ואח"כ קאמר מתיב רב שימי בר אשי מברייתא אם היה כהן יזרוק עליו מדם חטאתו ואשמו ומשני דם חטאתו ואשמו של מצורע דהוי נמי מחוסר כפרה וא"צ דעת ושליחות וקשה דהא הש"ס הוכיח דדוקא מחוסרי כפרה הוא דשרי דהא קאמר ולטעמיך ליתני מקריב עליו קרבנות ואיך בעי רשב"א לאכוחי מברייתא דכל הקרבנות שרי הא תקשה עליו א"כ ליתני במתניתין סתם מקריב עליו קרבנות כקושית הש"ס וגם הר"מ ז"ל פסק (בה' נדרים פ' ו' ה"ה) דכל הקרבנות מותר להקריב עליו וקשה גם עליו קושית הש"ס ואף שהר"ן ז"ל שם כתב דאף דהש"ס קאמר ולטעמיך מ"מ הוכחה גמורה ליכא מזה דאפשר לומר דגם שארי קרבנות מותר והא דנקט מחוסרי כפרה הוא לרבותא דאע"ג דמתירו לאכול בקדשים עכ"ל אבל דברי הרמב"ם ז"ל לא יתיישבו בזה דאם איתא דיש

רבותא בזה שמותר להקריב קרבן שמתירו לאכול בקדשים א"כ אמאי שתיק הרמב"ם להשמיענו רבותא זו דכיון דההכרח לאמר לפום מאי דאמרינן דשלוחי דשמיא נינהו דהא דקתני במתניתין מחוסרי כפרה הוא להשמיענו דמה שמתירו לאכול בקדשים לא הוי הנאה, א"כ אמאי השמיט הרמב"ם להשמיענו הך רבותא:

ועוד שהרי הרמב"ם ז"ל כתב (בפ"א דמחוסרי כפרה) שאשם אינו מעכב מלאכול בקדשים ועיין בלח"מ (בפ"י מה' נזירות) שביאר דבריו וא"כ אם איתא דהתנא אתי לאשמעינן הני דמתירין לאכול בקדשים לא הוי לי' למיתני אשם שאינו מעכב מלאכול בקדשים ועוד הקשו שם הרשב"א ז"ל והר"ן ז"ל בהא דפריך רב שימי בר אשי מברייתא דקתני אם הי' כהן יזרוק עליו דם חטאתו ואשמו הא במשנה נמי קתני כן ומקשה מברייתא ומטעם זה יש שרצו לשבש הספרים ולא גרסי במתניתין חטאות ואשמות והם תירצו דבמתניתין ידע דאיכא לשנויי בחטאת ואשם דמצורע משום דדומיא דקיני זבין קתני דהוי נמי מחוסרי כפרה להכי פריך מברייתא דקתני חטאת ואשם לחוד דמשמע כל חטאת ואשם אפילו דלאו מחוסרי כפרה וזה דוחק:

לכן נראה לי לפי מאי דאמרינן בכתובות (דף ק"ח מתניתין בשלמא שוקל שקלו מצוה קא עביד דתנן תורמין על האבוד ועל הגבוי אלא פורע חובו הא משתרשי לי' ומשני ר' אושיעא הא מני חנן הוא דאמר גבי עמד אחד ופירנס את אשתו איבד מעותיו רבא אמר דמיירי שלוה ע"מ שלא לפרוע. ועי"ש בתוס' ורא"ש ובח"מ (סימן קכ"ח) שדעת ר"ת וסייעתו דדווקא במזונות אשתו פטור אבל בשאר חובות חייב ובשקלים מיירי באבוד וגבוי דווקא והראשונים חלקו עליו והביאו דברי הירושלמי בכתובות ובנדרים שאמר שם בהדיא דבכל חוב דעלמא נמי פטור לחנן דהירושלמי מייתי ראי' ממתניתין דמקריב עליו קיני זבין וזבות כו' דמשמע לי' להירושלמי דמקריב משלו ושרי אע"ג דממשכנין ע"ז ובתשובה אחרת פירשנו פירוש אחר בדברי הירושלמי] וכ"פ הרמב"ם ז"ל דשוקל את שקלו ולא הזכיר אבוד וגבוי כלל ולפ"ז נראה דהא דפריך הש"ס ולטעמיך לתני מקריב עליו קרבנות משום דהש"ס מפרש הא דמקריב עליו קיני זבין מיירי דמקריב משל המודר ולהכי פריך שפיר ולטעמיך דאי נימא דכהני שלוחי דרחמנא ומותר להקריב קרבנות דלאו מחוסרי כפרה א"כ ניתני מקריב עליו קרבנות סתם ומדלא תני סתם ע"כ דדווקא במחוסרי כפרה שרי משום דא"צ דעת בעלים הא בכל הקרבנות אסור ורב שימי בר אשי דמותיב מברייתא דאם הי' כהן ובעי לאוכוחי דכל הקרבנות מותר להקריב לא חש להך וליטעמיך דפריך הש"ס משום דסובר כדעת הרמב"ם ז"ל דשרי להקריב משל המדיר אפילו היכא דממשכנין כמו שקלים או מחוסרי כפרה ולהכי מצינן לפרושי מתניתין

דמקריב עליו קרבנות היינו שמקריב משלו עבור המודר ושוב לא תקשה אמאי לא תני מקריב עליו קרבנות סתם שהרי ביארנו דאין אדם יכול להקריב על חבירו קרבנות שהוא מחויב בנדר. ואין הנודר מיפטר בנדרו במה שאחר הקריב עבורו ולא מהני הקרבת חבירו אלא בקרבנות שחייבתו תורה והיינו קיני זבין וזבות ויולדת וחטאות ואשמות שהן חוב עליו [ואף דבשלמים נמי משכחת שהן חובה עליו מן התורה כמו שלמי נזיר דאמרינן בתמורה דף י') שאדם מביא על חבירו מ"מ לא מיתני לי' שלמים כיון דאיכא שלמים ועולות הבאים בנדר שאין חבירו יכול להביא עליו להכי לא תני שלמים] וא"כ איכא למימר דבשאר קרבנות שאינם מחוסרי כפרה נמי לא חיישינן לאיסור הנאה משום דשלוחי דשמיא נינהו והא דלא קתני קרבנות סתם משום דמיירי במקריב משלו על המודר וזה לא מהני בשאר קרבנות הבאין בנדר משום דאין הנודר יוצא ידי נדרו במה שחבירו מביא עליו וא"כ לא קשה הך ולטעמיך לר"ש בר אשי מחמת שהוא מפרש ומקריב עליו היינו משל עצמו והש"ס דמקשה מעיקרא ולטעמיך הוא משום דמפרש ומקריב עליו היינו משל המודר וכשיטת הש"ס דילן בכתובות דשוקל את שקלו מיירי באבוד וגבוי אבל בלא"ה אסור משום דמהנהו הוא כיון דמשתרשי לי' שפוטרו מלהביא בהמתו ומביא הקרבן משל עצמו א"כ אם איתא דשלוחי דשמיא נינהו ליתני קרבנות סתם אבל רשב"א דמפרש ומקריב משל המדיר לא מצי למיתני קרבנות סתם דאין המודר יוצא בהקרבת המדיר בקרבנות שלא חייבתו תורה אלא שנתחייב בנדר:

והשתא מיושב היטב קושית הרשב"א ז"ל והר"ן ז"ל אמאי לא מקשה רב שימי ממתניתין דקתני נמי חטאות ואשמות ויפרש בחטאות ואשמות דעלמא שרשאי המדיר להביא עבורו דז"א דהא ר"ש דבעי לאוכוחי דשלוחי דשמיא ע"כ דמפרש למתניתין שהכהן המדיר מקריב משלו א"כ ליכא לאוכוחי מידי ממתניתין דשלוחי דשמיא נינהו דהא איכא לפרושי הא דתנן ומקריב עליו לאו בכהן קמיירי כלל אלא בישראל וקרי מקריב עליו מה שנותן בהמתו להקריב עליו והכהן מקריבו ואף אם נימא דלישנא דמקריב עליו משמע בכהן המקריב הקרבן למזבח מ"מ אינו מוכח מזה דשלוחי דשמיא נינהו דאפשר דשלוחי דידן נינהו מיהו לא בעינן דלהוי שליח המתכפר כ"א שליח המפריש הקרבן על חבירו והיינו שליח של בעל הבהמה אבל שליח המתכפר לא בעינן וכיון דמתניתין מיירי שהכהן המדיר מקריב משלו לא איכפת לן למה שעושה שליחותו של המודר דלא בעינן שליחות המתכפר אלא שליחות בעל הבהמה והכא הכהן המקריב הוא בעצמו בעל הבהמה ולעולם אימא לך דשלוחי דידן נינהו ולהכי הוצרך רב שימי לפשוט מברייתא דקתני אם היה כהן יזרוק עליו דם חטאתו ואשמו דמיירי שהבהמה של המודר. רק

שהכהן המדיר מקריבו למזבח וזורק הדם ואפ"ה שרי אלמא דלא הוי כלל שלוחי דידן ושרי במודר הנאה וא"ש הא דהוצרך לפשוט מברייתא ולא פשיט ממתניתין:

הדרן למילתא קמייתא דרשב"א מפרש למתניתין שהמדיר מקריב משלו על המודר ולהכי לא קשה עליו קושית הש"ס ולטעמיך דשלוחי דשמיא נינהו ליתני קרבנות סתם. משום דלא מצי למיתני סתם קרבנות שאין אדם יכול להקריב על חבירו אלא קרבנות שחבירו חייב בהם מעצמם ולא מה שנדר מיהו ראיה זו יש לדחות דלעולם אימא לך שיכול להקריב על חבירו אף קרבנות שנדר מעצמו והא דלא חש רב שימי בר אשי להא דמוכח ממתניתין דדוקא במחוסרי כפרה שרי מדלא קתני קרבנות סתם משום דהוכחת הש"ס מהא דלא קתני קרבנות סתם הוא רק לעולא דאמר בערכין (דף כ"א) דהא דתנינן חטאתו ואשמו של פלוני עלי לדעת יצא שלא לדעת לא יצא עולתו ושלמיו של פלוני עלי בין לדעת בין שלא לדעת יצא מיירי בשעת הפרשה דעולה ושלמים א"צ דעת בשעת הפרשה. אבל בשעת כפרה אידי ואידי צריכין דעת להכי פריך שפיר דא"א דבכל הקרבנות אמרינן שלוחי דשמיא ושרי א"כ ליתני קרבנות סתם ומדלא תני קרבנות סתם ש"מ דלא שרי במודר הנאה אלא במחוסרי כפרה דא"צ דעת אבל כל הקרבנות אסור להקריב עבורו משום שליחות דשלוחי דידן נינהו במידי דצריך דעת אבל לשמואל דאמר התם בערכין דעולה ושלמים א"צ דעת בשעת כפרה ופסיק כוותי' הרמב"ם (בפ' י"ד מה' מעשה הקרבנות) דבעולה ושלמים אם נתרצה בשעת הפרשה אף אם חזר בשעת כפרה ואמר שאינו רוצה נמי מהני א"כ ליכא לאוכוחי מדלא קתני קרבנות סתם. דז"א דהא אפילו אם צריך דעת בעלים אסור במודר הנאה מדלא קתני קרבנות סתם. דז"א דהא אפילו אם נימא דלא שרי אלא היכא דא"צ דעת בעלים ואסור בחטאת ואשם אכתי הוי לי' למיתני במתניתין עולות ושלמים דשרי ג"כ משום דא"צ דעת דאף דבשעת הפרשה צריך דעת לשמואל בעולה מ"מ ההפרשה וודאי דלא צריך שליחות ואין איסור הנאה דנדרו אוסרת ההפרשה והש"ס מסתפק רק על ההקרבה אי אסור משום שליחות א"ו דאין ראי' מזה דהתנא לא נחית לחשוב דווקא הקרבנות דא"צ דעת ולעולם דבכל הקרבנות נמי שרי ורב שימי בר אשי נמי סובר כשמואל דקיי"ל כוותי' דעולה א"צ דעת בשעת כפרה להכי דייק מברייתא שאם הי' כהן דשלוחי דשמיא ולא חש להא דפריך ולטעמיך וכ"פ הרמב"ם ז"ל דשלוחי דשמיא נינהו כסוגיא דקידושין וכשמואל גבי עולה (בפי"ד ממעשה קרבנות):

מ"מ אף שיישבנו הא דלא קשה אמאן דסובר שלוחי דשמיא אמאי לא מוכח ממתניתין דשלוחי דידן נינהו מדלא קתני במתניתין קרבנות סתם דמזה לא מוכח מידי משום דאפילו אי שלוחי דידן נינהו נמי תקשה אמאי לא קתני נמי עולה ושלמים דא"צ דעת

מ"מ קשה באמת אמאי לא קתני קרבנות סתם לדידן דקיי"ל דשלוחי דשמיא ושרי כל הקרבנות כמו שפסק הרמב"ם ז"ל וע"כ לאמר כמ"ש דלדידן דקיי"ל שלוחי דשמיא נינהו בעינן לפרושי מתניתין מקריב עליו קרבנות דהיינו שהמדיר מקריב משלו ולהכי לא מצי למיתני סתם קרבנות שהרי אינו יכול לפוטרו מקרבנות שנדר המודר שאין אדם יכול לפטור את חבירו מנדרו ולהכי לא מיתני ליה אלא קרבנות שחייבתו תורה כמו קיני זבין וזבות וחטאות ואשמות:

ובזה נראה לי לבאר מ"ש הרמ"א ז"ל בחה"מ (סימן ריב וסי' רנ"ב) דהנודר ומת אין היורשים מחוייבים לקיים נדרו וכן כתב המהרי"ט ז"ל והביא ראיה מריבית דאין היורשים מחוייבים להחזיר ריבית שלקח אביהם אעפ"י שאביהם נתחייב להחזיר ולא אמרינן דנשתעבדו נכסי מחיים וכן בגזל הגר ונשבע לו ונתן הכסף דאי לאו דכסף מכפר מחצה הי' הכהן צריך להחזיר הכסף ליורשים משום דאדעתא דהכי לא יהבי לי' דמשמע דעל היורשים ליכא חיובא לשלם גזילת הגר של אביהם עיי"ש במהרי"ט ולכאורה צריך טעם דמ"ש נודר מכל חיובי אדם במלוה הכתובה בתורה כמו עולת יולדת דתנן האשה שהביאה חטאתה יביאו יורשים עולתה וכן עולת ראי' אמרינן בירושלמי דחגיגה דלמ"ד שיעבודא דאורייתא מחוייבים היורשי' כשהניח להם אביהם קרקעות ומ"ש נודר דליכא חיוב על היורשי' אף שהניח להם אביהם קרקעות:

ולפמ"ש הדבר נכון מאוד דהא מילתא דשיעבוד נכסים הוא מטעם ערבות כדאמרינן בבכורות (דף מ"ח) מכדי נכסי דאינשי אינון ערבין וא"כ לא שייך ערבות אלא היכא דאם הערב משלם בעד הלוה מיפטר הלוה דבזה שייך ערבות וכן נכסין של אדם ערבין שיוכל המלוה לגבות מהם וחל עליהם חיוב מן התורה בתורת ערבות אבל דבר שהוא מתחייב והוא צריך לשלם בעצמו ואלו אם אדם אחר סילק החוב בעבורו לפוטרו מן החוב לא נפטר בזה החייב כ"ז שלא נתן בעצמו משום דהחוב רמי על החייב בעצמו לא שייך בזה ערבות כלל להכי לא חל שיעבוד על הנכסים כלל רק על עצמו של המתחייב להכי בנודר ליתן להקדש או לעני שאין אחר יכול לפוטרו מחוב זה וחל החיוב על עצמו של נודר לקיים נדרו לא חל תורת ערבות על הנכסים דהא ודאי דאם נדר ליתן להקדש וכפוהו ב"ד לקיים נדרו וגבו ממנו אם יודע בעצמו שלא נתרצה ליתן רק שלא הי' בכחו להנצל מכפיית ב"ד נמי לא יצא ידי נדרו שהרי הוא לא נתן ברצונו רק שהגזבר והב"ד לקחו ממנו והוא נדר ליתן ואף דאמרינן (בפ"ק דר"ה) ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך דמשמע שבזה יצא ידי נדרו התם היינו משום דאמרינן דודאי מתרצה משום מצוה לשמוע דברי חכמים. אבל אם ידע דבלבו לא ניחא לי' לא יצא ידי נדרו ואפשר דאמרינן גם בזה

דברים שבלב אינן דברים וכיון שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני יצא ידי נדרו ובמק"א נסתפקנו אם הא דאמרינן דברים שבלב אינן דברים הוא רק גבי קנינים ולא גבי קיום מצות או דלא שנא] ואף שהנכסים שלמו חיוב נדר לא מהני וכיון דלא מהני אא"כ ישלם בעצמו לא חל על הנכסים תורת ערבות וליכא שיעבוד עלייהו כלל וכיון דליכא שיעבוד נכסים אלא שיעבוד הגוף לחוד היורשים פטורים דכיון שמת ליכא חיובא:

וכן נמי מי שנדר ליתן סלע לעני והגיע סלע שלו ליד העני בלא דעת אפשר דאין העני רשאי לעכבו כיון שהנודר לא יצא ידי נדרו שנדר ליתן ולא נתן וכ"ז הוא רק גבי נודר ליתן לצדקה והיינו נמי טעמא דריבית דחייבתו תורה להחזיר לתקן איסורא דעבד ליקח ריבית דהא קרינן ליה מה"ט בב"מ (דף ס"ב) ניתק לעשה ובעינן שיחזיר מעצמו אבל אם הגיע ממונו ללוה ותפס משל המלוה לא ניתקן הלאו ואף דקיי"ל ריבית קצוצה יוצא בדיינים אלמא דמתקן הלאו במה ע"י כפיה מ"מ הא כתב הריב"ש בתשובה (סימן ש"ה) בשם הרשב"א ז"ל דלא נחתינן לנכסיו משום דשיעבוד נכסים ליכא וכופין אותו כמו שכופין מ"ע שבתורה ומכין אותו עד שיקיים [וכשמקיים אמרינן דודאי נתרצה] עיי"ש וכיון דחיוב מ"ע בעלמא הוא לא שייך כאן שיעבוד נכסים דשיעבוד נכסים הוא מטעם ערבות וערבות לא שייך אלא היכא דאם פרע הערב פקע חיובא אבל הכא דאם פרע הערב בלא רצון המחוייב לאו כלום הוא ובריבית לא מתקן הלאו ובנודר לא קיים נדרו ליכא דין ערבות כלל ולא חל שיעבוד על הנכסים והוי רק חיובא דגופא לחוד וכן גבי גזל הגר נמי ודאי דבעינן שיתן הגזלן בעצמו ולא מהני מה שיתן אחר עבורו להכי ליכא שיעבוד נכסים דמילתא דרמי אגופא ואין אחר יכול לפוטרו לא שייך שיעבוד נכסים דשיעבוד נכסים הוא מטעם ערבות וחיוב זה חל על הגוף לבד ולהכי ליכא חיובא ביורשים דערבות דנכסים כערבות דאיש אחר דמי ואין אחר יכול לפוטרו מנדרו והא דאדם מביא עולה ושלמים חטאת ואשם מנכסיו על חבירו בקרבנות שחייבתו תורה מיירי אבל לא בקרבנות שנדר דבקרבנות שנדר אין אחר יכול לפוטרו וכן בערכו עלי דאמרינן בערכין (דף י"ט) האומר משקלי עלי דחייבים היורשים ליתן הוא נמי דלא אמר לשון אתן שיחול חיובו על גופו לקיים נדרו בעצמו אלא אמר ערכי ולא שיתן הוא בעצמו אלא ששיעבוד מוטל עליו ואלו נתן אחר עבורו נפטר הוא להכי גם יורשים מחויבים ליתן כשהניח קרקעות אבל אם היה אומר אתן ערכי להקדש אין אחר יכול לפוטרו וכשמת היורשים פטורים משום דאז צריך לקיים בעצמו נדרו וליכא שיעבוד נכסים וצ"ע:

סימן פח

שאלה המדיר חבירו מהנאתו ועבר וההנהו מי עבר על בל יחל המדיר שההנהו או המודר שנהנה ממנו:

תשובה הרמב"ם ז"ל (בהלכות נדרים פ' י' הלכה י"ב) כתב דהמדיר את חבירו וההנהו דלוקה המדיר. דהא דאמרינן בנדרים (דף ט"ו ודף נ"ז) שאם הדירה ואמר קונם שאת ניהנית לי עד הפסח אם תלכי לבית אביך עד החג הלכה לפני הפסח אסורה בהנאתו עד הפסח וא"ר אבא הלכה לפני הפסח אסורה ולוקה דהיינו שהוא לוקה כיון שהדירה לוקה אם ההנה אותה אבל היא אינה לוקה כיון דלא נדרה ולא שייך בה בל יחל והר"ן ז"ל חלק עליו בנדרים (דף ט"ו ודף ל"ה) וכתב דוודאי המודר עובר משום בל יחל דברו דאף דהוא לא דיבר כלל לא יחל אדבר קאמר:

וכ' עוד שם דודאי הוא אינו לוקה מדאמרינן לקמן בפ' אין בין המודר (דף ל"ה) גבי יש מעילה בקונמות א"ל ר"א ברי' דרב איקא לרב אשי ככרי עליך ונתנה לו במתנה מי מעל למעול נותן הא לא אסירא עלי' אלמא אין האוסר עובר כלל והמודר נמי ודאי עבר דאע"ג דכתיב לא יחל דברו לא יחל אדבר קאמר עכ"ל הר"ן ז"ל:

ולכאורה יש להביא ראי' לדעת הרמב"ם ז"ל מהא דאמרינן בנדה (דף מ"ו) דפריך התם למ"ד מופלא לאיש מן התורה מהא דתניא יתומה שנדרה בעלה מיפר לה א"א בשלמא מופלא סמוך לאיש מדרבנן אתי נשואין דרבנן ושרי נדר דרבנן אבל אי מופלא סמוך לאיש מדאורייתא היכי אתי נשואין דרבנן ושרי נדר דאורייתא ומשני בעלה מיפר לה ממ"נ אי דרבנן דרבנן ואי דאורייתא קטן אוכל נבילות הוא ואין ב"ד מצווין להפרישו וקשה הא בברייתא סתמא קתני יתומה שנדרה מי לא עסקינן נמי שאסרה הנאתה עליו כמו הנאת תשמישי עליך או בשארי דברים וכיון דמדאורייתא חל נדרה דמופלא סמוך לאיש דאורייתא ושיעבוד דידי' נמי הוא רק מדרבנן מנשואין דרבנן ומאי מהני מאי דמיפר לה. וע"ז לא שייך לשנויי קטן אוכל נבילות הוא דהא הוא נהנה ועביד איסורא א"ו כדעת הרמז"ל דאם הדירה אותו והוא נהנה האיסור עלי' אם תהנהו שהיא נדרה ועברה אבל יחל ושפיר מקרי קטן אוכל נבלות:

מיהו קשה לי מהא דתנן בנדרים (דף פ"ג) קונם כהנים לווים וישראלים נהנים לי יתנו ע"כ ופריך בגמרא אלמא אמרינן טובת הנאה אינו ממון אימא סיפא כהנים אלו ולווים אלו נהנים לי יטלו אחרים אבל להני לא אלמא טובת הנאה ממון ע"ש בסוגיא דמוקי לה כתנאי ורבא משני שאני תרומה משום דלא חזיא אלא לכהנים וכיון דקאתי למסרי עלייהו שווי' עפרא בעלמא ולדעת הרמב"ם ז"ל דהמדיר את חבירו מהנאתו איסור בל

יחל על המדיר א"כ לא מקשי מידי דאע"ג דטובת הנאה ממון מותר ליתן להם דהא נתינה לכהן הוי מ"ע כמו שביאר בתוס' רי"ד בקדושין (דף נ"ח) דמלבד הפקעת איסור טבל שחיטה א' פוטרת כל הכרי יש עוד מצות נתינה לכהן כדי שיעור תרומה וא"כ אתי עשה דנתינת התרומה לכהן ודחי ל"ת דבל יחל ואע"ג דנדרים הוי נמי עשה ול"ת מ"מ הא אמרינן ביבמות (דף ה') דעשה דחי ל"ת ועשה שישנו בשאלה (ומה שכתב הרשב"א ז"ל בנדרים (דף ט"ו) גבי הא דאמר ישיבת סוכה עלי דאסור לישב בסוכה מטעם דאין עשה דסוכה דוחה ל"ת ועשה דנדרים בארנו במק"א דאף דנדרים ישנו בשאלה מ"מ עשה דסוכה נמי יש בה קולא שאינו שוה בכל וביבמות שם מבואר דלאו שאינו שוה בכל קיל כמו מידי דישנו בשאלה דתרווייהו נדחין אף אם יש בהם עשה ול"ת א"כ פשיטא דאין כח בעשה שאינו שוה בכל דקיל לדחות עשה ול"ת שישנו בשאלה ולהכי אסור בישיבת סוכה אבל עשה השוה בכל ודאי דדחי ל"ת ועשה דישנו בשאלה] וא"כ אמאי פריך אמאי באין ונוטלין בע"כ הא מתהני מטובת הנאה דמדיר לימא דאתי עשה דנתינת תרומה ודחי ל"ת ועשה דנדר כיון דנודר הנאה מכל הכהנים והוא צריך לקיים המצוה מצות נתינה ולדעת הרמב"ם ז"ל איסור בל יחל על המדיר אם ההנהו ואתי עשה דרמי עלי' ודחי ל"ת א"ו דהאיסור על הנהנה וא"כ שפיר פריך איך נוטלין בע"כ הא טובת הנאה ממון ונהנים הכהנים וגבי דידהו ליכא עשה כלל:

ואין לומר דא"א לומר דמכח עשה דוחה ל"ת קאתינן עלי' דא"כ אמאי באין ונוטלין בע"כ ליתיב להו בידים מטעם דחיה דז"א דכיון דיוצא ידי נתינה כשהם נוטלים בעצמן אסור ליתן להם בידים דהא אפילו שימוש בעלמא אסור במודר הנאה דהא רק בבנו שרי למלאות לו חבית של מים ולהדליק לו את הנר ולצלות לו דג קטן כדאיתא שם (דף ל"ח) אבל בלא"ה אסור שימוש בעלמא ולהכי אסור ליתן לו בידים אבל ליטול בעצמם בעינן למשרי לדעת הרמב"ם ז"ל דהאיסור על המדיר מטעם עשה דוחה ל"ת דנדרים וא"ל דבאמת לא קיים מצות נתינה כשנוטלין בע"כ ומה שבאין ונוטלין הוא רק משום דממונם הוא ורחמנא זכי להו אבל מצות נתינה לא קיים להכי מקשה הש"ס כיון דטובת הנאה ממון איך באין ונוטלין דאי משום מצות נתינה הא לא מקיים כשנוטלין בע"כ דז"א דא"כ הא גופא תקשה אמתניתין דבאין ונוטלין בע"כ ליתיב להו בידים מטעם עשה דוחה ל"ת כיון דע"י מה שנוטלין בע"כ לא יצא ידי נתינה ומוכח ממתניתין גופא דהאיסור על הכהנים מדלא שרי למיתב להו בידים אבל באמת דודאי יוצא ידי נתינה גם כשבאין ונוטלין מעצמן רק הא דאסור ליתן להם בידים הוא משום הנאת השימוש בעלמא והש"ס מקשה הא טוה"נ ממון נמצא הם נהנין במה שנוטלין מעצמן דהא אית

לי' להמדיר זכות בהך תרומה א"כ תקשה לדעת הרמז"ל נימא דרשאים ליטול מטעם דחיה שדחי לל"ת ומוכח מזה דהאיסור על המודר דהיינו על הכהנים ובדידהו ליכא עשה ושפיר מקשה הא טוה"נ ממון:

מיהו לפמ"ש התוספות בעירובין (דף ק') דהיכי שבא ע"י פשיעה לא דחי ל"ת. א"כ אפ"ל דהכי נמי מיקרי בא ע"י פשיעה כדאמרינן בנדרים (דף כ"ב) (דפתח רב סחורא פתחא באיזהו דרך ישרה שיבור לו האדם וכו' ושם הנודר כאלו בנה במה וכו') מיהו מדברי הרשב"א ז"ל מוכח דעשה דסוכה הוי דחי ל"ת דנדרים אי לאו דנדרים הוה עשה ול"ת ולא אמרינן הך סברא דבא ע"י פשיעה וגם הגאון בעל טו"א ז"ל שדי נרגא בהך תירוצא שתירצו התוס' דהיכא דאיתא ע"י פשיעה לא דחי מהא דאמרינן בזבחים (דף צ"ז) מקדש להיות כמוה שאם פסולה היא תפסל ואם כשירה תאכל כחמור שבה ומקשה התם ליתי עשה ולידחי ל"ת אע"ג דהתם נמי בא ע"י פשיעה ובארנו במק"א דגם התוס' שכתבו דע"י פשיעה לא דחי היינו דוקא התם דבהך טיפתא דמא דמתן ב' דעובר אבל תוסיף אינו מקיים עשה דמתן ד' מקיים בהך דמא וב"ת עובר בהך דמא רק שנתערבו זו בזו ובזה שאינו מקיים העשה בעצם הדבר שעובר הל"ת לא דחי היכא שבא ע"י פשיעה אבל היכא דמקיים העשה בעצם הדבר שעובר הל"ת דחי אף שבא ע"י פשיעה ולהכי במקדש שנתערב טעם הפסול בבשר קודש כשר התם מקיים ממש העשה במה שעובר הל"ת דאנן ילפינן דטעם כעיקר והיתר מצטרף לאיסור ועצם ההיתר נעשה איסור ובעצם הבשר שעובר עליו בו ממש מקיים העשה דחד מילתא הוא להכי דחי אפילו בבא ע"י פשיעה ולהכי סובר הרשב"א ז"ל ג"כ דעשה דסוכה דחי ל"ת דנדר אי לאו דהוי עשה ול"ת:

מיהו יש לדחות ראיה זו דאפ"ל דעשה דנתינה לכהן לא דחי ל"ת וכהא דאמרינן בב"מ (דף ל"א) דדרשינן שם בברייתא והתעלמת פעמים שאתה מתעלם הא כיצד הוא כהן והיא בבה"ק ופריך הש"ס ל"ל קרא הא אין עשה דוחה ל"ת ועשה ותו מי דחינן איסורא מקמי ממונא עיי"ש אלמא דפשיטא ליה להש"ס דמצות עשה דהשבת אבידה לא דחי ל"ת אע"ג שהיא מצוה ככל המצות שבתורה אפילו הכי כיון שעיקר מצותה הוא משום לתא דממון חבירו להכי לא דחה ל"ת דלא דחינן איסורא מקמא ממונא א"כ אף אנו נאמר דמצות נתינת התרומה לכהן ל"ד ל"ת דבל יחל משום דלא דחינן איסורא מקמי ממונא דעיקר מצות נתינה לכהן הוא משום ממונא דכהן שהיה רצון התורה לתת לו חלף עבודתו וכ"כ רש"י ז"ל בתמורה (דף ח') דאם לא נתן בכור בעל מום לכהן יש בו דין גזל עיי"ש בדברי רש"י ז"ל היטב ולהכי מצוה זו לא דחי שום ל"ת ואם טובת הנאה ממון ודאי דהמדיר אסור ליתן המתנות לכהנים ולווים:

ועוד נ"ל בדעת הרמב"ם ז"ל דפסק דלוקה המדיר אם ההנהו לו דיצא לו זה מהא דאמרינן בנדרים (דף ל"ו) במודר הנאה מחבירו דתורם את תרומתו ומבעי בגמ' התורם משלו על ש"ח צריך דעת בעלים או א"צ דעת בעלים ופשיט מהא דתנן ותורם את תרומתו לדעתו הכ"ד אילימא משל בעל הכרי על בעל הכרי ולדעתו דמאן אילימא לדעתו דבעל הכרי הא קא מהני לי' אלא לדעתו דידי' מאן שווי' שליח אלא בתורם משלו על של בעל הכרי ומשני כדאמר רבא באומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום ופי' הר"ן ז"ל דרבא אמר לאוקימתא דידי' לקמן בבעיא דטוה"נ של מי עיי"ש. והנה שם בבעיא דטוה"נ למי מי אמרינן אי לאו פירא דהאיך לא מתקנא כרי דההוא או דילמא אי לאו כרי דההוא לא הוי פירא דהדין תרומה אמר לי' אמר קרא את כל תבואת זרעך ונתתה איתבי' תורם את תרומותיו ואת מעשרותיו לדעתו ואי אמרת טוה"נ דבעל הכרי הא קא מהני לי' אלא ש"מ דטוה"נ דילי' אמרי לא משל הכרי על בעל הכרי ולדעתו דבעל הכרי ובאומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום והנה התם לא הוזכר כלל רבא ואיך כתב הר"ן ז"ל דהא דקאמר לעיל דקאמר רבא היינו בבעיא דטוה"נ למי ושם לא הוזכר כלל רבא:

ועוד קשה דאם נימא דהך אוקימא דדחינן פשיטותא דטוה"נ למי רבא קאמר לה קשה טובא דלפ"ז אמר רבא הכי משום דלא רצה לאוקמי בתורם משלו על של בעל הכרי משום דסובר דטוה"נ לבעל הכרי ואסור דקא מהני ליה א"כ נהי דפשטינן מר' יוחנן דאמר טוה"נ לתורם מ"מ הא בעינן למיפסק כרבא נגד ר' יוחנן דהוא בתרא והר"מ ז"ל פסק כר"י דטוה"נ לתורם ועוד קשה מה שהקשה הלח"מ על הרמז"ל שכתב (בפ"ו מה' נדרים) דתורם את תרומותיו היינו באומר כל הרוצה לתרום ולא הזכיר הך דינא דתורם נמי משלו על של בעל הכרי ותקשה דלפי מה שפסק דתורם משלו עש"ח א"צ דעת בעלים ופסק נמי כר"י דטוה"נ לתורם א"כ הי' לו לכתוב ג"כ הך דינא שיכול לתרום משלו על של המודר דכיון דא"צ דעת וגם טוה"נ לתורם שרי כדמוכח בגמרא:

לכן נראה דהרמז"ל מפרש דהא דרבא מוקי לה באומר כל הרוצה הוא מטעם אחר דלא ניחא ליה כלל לאוקמי בתורם משלו עש"ח משום דסובר דזה באמת אסור במודר הנאה דלא דמי לשוקל שקלו ופורע חובו דהתם אין כאן הנאה רק שאם לא הי' משלם עבורו הי' צריך הוא לשלם והוי רק גרמא כמ"ש הר"מ ז"ל (בה' נדרים פ"ו) אבל תרומה דמעורב חלקו של כהן בהאי כרי דהא מה"ט אמרינן בנדרים דאם נדר בתרומה לא הוי דבר הנדור אלא דבר האסור וכתב הר"ן שם משום דגם קודם שתורם יש קדושת תרומה בכל הכרי רק שנתנה לו תורה רשות להפקיע קדושת כל הכרי למקום אחד אבל קודם הרמתו הי' מעורב חלקו של כהן בכל הכרי ומה"ט פסלינן אתרוג של טבל בסוכה (דף ל"ה) כמ"ש

הר"ן ז"ל שם משום דמיקרי חסר מפני חלקו של כהן המעורב בו עיי"ש ולא מכשרינן אלא אתרוג של דמאי א"כ כשהמדיר תורם על כרי של המודר דמי ממש לנותן להמודר חלקו של כהן כיון שכבר היה חלקו של כהן אצל המודר והוא פוטרו מלתת לכהן והוי הנאה גמורה ולא גרמא בעלמא וכה"ג כתבו בב"ק (דף נ"ח) בהא נהר חמורו וחמור של חבירו דאין לו אלא שכרו הא שכרו מיהא שקיל ולא מיקרי מבריח ארי מנכסי חבירו משום דכיון שכבר בא לידי הפסד מיקרי הנאה וצריך לשלם דלא מיקרי גרמא בעלמא אלא אם הוא עושה לו טובה שלא יגיע ההפסד על ממונו אבל אם כבר בא והוא מצילו מיקרי הנאה להכי נותן לו שכרו [וכה"ג כתבו התוס' בב"ק (דף י"ז) ד"ה זרק דאם זרק אבן על הכלי חייב ולא אמרינן מנא תבירא הוי מתחילת צאת האבן משום דבגופו של כלי לא התחיל עדיין ההיזק אבל אם זרק כלי מראש הגג מיקרי מנא תבירא לענין בא אחר ושברו במקל משום דמנא תבירא תבר דכבר התחיל ההיזק בעצם הכלי] וא"כ הכא שמעורב בעצם הכרי חלקו של כהן והוא מהנהו ותורם משלו ולא יצטרך המודר ליתן לכהן חלקו הוי הנאה גמורה ואסור ואף דאמרינן בקידושין (דף נ"ח) בגונב טבל של חבירו דאיכא למ"ד דמשלם דמי טבלו משום דמצי אמר שהיה פוטר הכרי בחיטה אחת כדשמואל. וא"כ ה"נ לא מיקרי הנאה דלפטור עצמו מחלקו של כהן הי' יכול לפטור בחיטה אחת ומה שמחוייב לקיים מצות נתינה לכהן והוא פוטרו ממצוה לא מיקרי הנאה כמו דלא מיקרי הנאה מה ששוקל שקלו דז"א דהא תינח בתרומה גדולה שאין לה שיעור ויכול לפטור בח"א אבל תרמ"ע שיש לה שיעור מעשר מן המעשר הוא ודאי מהני ליה ומתניתין סתמא קתני תורם את תרומתו דמשמע אף תרומת מעשר וקשה דזה הוי הנאה:

וצ"ל דהש"ס סובר דהמדיר את חבירו ומהנהו האיסור על המודר כסברת הר"ן ז"ל ולהכי שרי לתרום משלו על של בעל הכרי דאף דמהנה ליה מ"מ כיון דא"צ דעת ותורם רק לדעתו דידי' והמודר לא ידע בשעה שתורם מיקרי אפשר ולא מכוין דשרינן באיסורי הנאה כדאיתא בפסחים (דף כ"ה) דמסקינן שם דאפשר ולא מכוין שרי לר"ש כלישנא בתרא דרבא להכי שרי לתרום ואף כשמתידע לו נהנה במה שתרומת כרי נשאר אצלו מ"מ כיון דבשעה שתרם לא הוי ידע מיקרי לא קא מכוין ושרי דעל המדיר ליכא איסור רק על המודר מיקרי לא מכוין [ואף דבמודר הנאה אסור לזכות לו ע"י אחר שאין המודר יודע בשעה שמזכה לו דהא לא משכחינן תקנה באין לו מה יאכל אלא בהולך אצל חנוני הרגיל אצלו אבל לזכות ע"י אחר אסור אף שלא מדעתו התם שאני כיון שאסור המודר בהנאתו לא זכה בהו כלל ע"י אחר ואח"כ כשנוטל לאכול משל מדיר קא אכיל

משא"כ הכא כיון דתרם שלא בידיעתו וחיילא התרומה לא איכפת לן מה שמתיידע אח"כ ונשאר הכרי בשלימות אצל המודר כיון דכבר חיילא התרומה] אבל רבא לא ניחא לי' לאוקמי הך מתניתין בתורם משלו על של מודר דסובר כדעת הר"מ ז"ל דהאיסור על המדיר שהוא נדר ומחלל דברו וא"כ הרי מכוין להנות את המודר שישאר תרומת כרי אצלו והוי הנאה ואסור ולהכי מוקי מתניתין באומר כל הרוצה לתרום יתרום ובתורם משל בעל הכרי ולאו משום דסבר רבא דטוה"נ לבעל הכרי הוא דקאמר הכי כמש"כ הר"ן ז"ל אלא משום דסובר דאיסור בל יחל חל על המדיר והמדיר הא קא עביד בדעתו: **והר"מ** ז"ל פסק כרבא בזה ולהכי השמיט הך דינא בתורם משלו על של חבירו משום דסובר כרבא דזה באמת אסור אע"ג דפסקינן דאין צריך דעת בעלים וגם טוה"נ לתורם אפ"ה אסור משום דמהנה לי' ועובר המדיר משום בל יחל. ומזה הוציא הר"מ ז"ל ג"כ דהמדיר את חבירו וההנהו לוקה המדיר דאם נימא דהאיסור על המודר הא הוי אפשר ולא מכוין ושרי דהא המודר לא ידע בעידנא דתרם:

מיהו לפמ"ש במק"א במ"ש הר"ן ז"ל בחולין (פ' גה"נ) גבי בת תיהא דפליגי אביי ורבא שם אי ריחא מילתא היא או לא דהיינו דפליגי אי ריחא הוי כאכילה או לא דליכא למימר דפליגי אי מיקרי הנאה או לא דהא בהנאה קיי"ל ד"ש מתכוין מותר ואף בפסיק רישא דהא מוכרי כסות מוכרין כדרכן אף על גב דהוי פסיק רישא משום דאפשר ולא מכוין שרי באיסור הנאה ומאן דסבר ריחא מילתא אסר משום דסובר דדמי לאכילה דמתעסק בחלבים ועריות נמי חייב עיי"ש בדבריו. וביארנו דבריו דלאו דוקא באכילה וריחא אסור אפשר ולא מכוין אלא בכל מידי דהנאתו מרובה מדמינן לה לאכילה לאסור אפשר ולא מכוין בפסיק רישא דהא בר"ה (דף כ"ח) אמרינן במודר הנאה דמללה"נ ואפ"ה בימות החמה אסור משום דמתהני ואע"ג דלא מכוין להקר רק לטבול מ"מ אסור וע"כ הטעם דכיון דהנאת קירור הוי הנאה חזקה דמי להנאת ריחא למ"ד מילתא היא דאסור בפסיק רישי' באפשר ולא מכוין (ולא שרינן אפשר ולא מכוין אלא בהנאה מועטת כמו צלו היכל וכדומה שם בפסחים) ועיין בסנהדרין (ס"ב) שם בתוס' ד"ה להגביה דלענין מתעסק בחלבים ועריות דחייב שכן נהנה דלאו דוקא בחלבים ועריות אמרינן הכי אלא ה"ה במלאכת שבת אם עשה במתעסק נמי מיקרי נהנה והוי חייב אי לא דאמרינן מלאכת מחשבת אסרה תורה עיי"ש וא"כ לפ"ז אפ"ל דהא דמוקי רבא באומר כל הרוצה לתרום אבל משלו על של בעל הכרי אסור לאו משום דסובר דהאיסור על המדיר כמ"ש הר"מ ז"ל אלא דאיסור על המודר ואפ"ה אסור אע"ג שלא ידע כשתרם עליו משום דהך הנאה שמסלק מכריו של המודר חובת התרומה ומרבה ממונו של מודר הוי הנאה מרובה

ודומה להנאת אכילה וריחא למ"ד מילתא היא ואוסר אע"ג דלא מכוין הלכך אע"ג דלא ידע המודר שתורם עליו נמי אסור לגרום לו הנאה זו דבהנאה כזה אפשר ולא מכוין נמי אסור ודו"ק:

ומה שהקשה הר"ן ז"ל מהא דאמרינן (בנדרים ל"ה) ככרי עליך ונתנה לו במתנה מאן למעול למעול נותן הא לא אסירא עליו ולדברי הרמז"ל הא עיקר האיסור על המדיר לא הבנתי דנהי דהרמז"ל סובר דהאיסור דבל יחל על המדיר מ"מ איסור מעילה לא שייך למימי על המדיר דאין מעילה אלא על הנהנה מדבר האסור עליו ולא בנהנה מדבר המותר עליו. ומ"מ בל יחל איכא שהדירו וההנהו ולק"מ על הרמז"ל כנלע"ד:

סימן פט

שאלה מי שאוסר הנאת נכסיו עליו אם מותר לתת מהן צדקה לעני או לא:

תשובה המהרש"ל ביש"ש (פ"ט דב"ק) כתב על מ"ש הר"ן ז"ל בנדרים (דף פ"ה) שהאוסר נכסיו עליו יכולים אחרים ליטלם בע"כ ואינו יכול לעכב עליהם וחלק עליו הישׁ"ש וכתב שאינם יכולים ליטול בע"כ דאעפ"י שנאסרו נכסיו עליו מ"מ אינם הפקר ויכול ליתנם לצדקה דאין שום טוה"נ ומה שנהנה מן המצות הא קיי"ל מללה"נ דלא גרע איסור קונם מאיסורי הנאה דקיי"ל דמותר לכסות בעפר איה"נ ומותר לתקוע בשופר שהודר הנאה ממנו הלכך ה"נ יכול לאמר אקיים בו מצות צדקה או לצורך בהכנ"ס או לת"ת עכ"ל. וכן ראיתי בספר מחנ"א שכתב בפשיטות שהאוסר עליו נכסיו יכול ליתן מהם צדקה משום דמללה"נ:

ובדברי המהרש"ל ז"ל שכ' דכיון שיכול ליתנו לעני צדקה לא נעשו הפקר הי' אפשר ליישב מה שקשה לי דהנה בפ"ק דמנחות (דף ו') דפריך גבי מן הבקר להוציא את הטריפה והא מהכא נפקא מהתם נפקא ממשקה ישראל ומשני אי מהתם ה"א ה"מ היכא דלא היתה לו שעת הכושר כמו ערלה וכ"כ עיי"ש והשא"ר ז"ל הקשה על הר"מ שכתב (בה' א"מ) משום מהב"ע ל"ל טעמא דמהב"ע הא בש"ס נפקא לי' מקרא דממשקה ישראל ולכאורה קשה ל"ל טעמא דממשקה ישראל או מהב"ב תיפוק לי' כיון דערלה וכ"כ אסור בהנאה וכל מידי דאסור בהנאה אינו יכול להקדישו כדאיתא (ב"ק מ"ה) וגבי קרבן בעינן שיקדישו בעליו כדאמר בב"ק (דף ס"ו) אקרא דקרבנו ולא הגזול אימת אילימא לפני יאוש ואיש כי יקדיש את ביתו אמר רחמנא והאי לאו דידי' הוא אלמא פשיטא לי' להש"ס דכיון דאינו יכול להקדישו הקרבן פסול א"כ פשיטא דמו"נ מערלה וכ"כ פסול אבל לדברי המהרש"ל ניחא דאי לאו קרא דממשקה ישראל ה"א דכשר לקרבן

וממילא הוי שלו כיון דיכול להביא לקרבן אין אחר יכול לזכות בו וממילא מיקרי בעליו ויכול להקדישו להכי הוצרך לפוסלו מטעם שאינו ממשקה ישראל:

מיהו זה לא קשה בלא"ה דהא משכחת לה אם הקדישן קודם שנעשו ערלה וכן בכה"כ קודם שנאסרו דה"א דשרי למנחות ונסכים וקמ"ל קרא דממשקה ישראל דפסולין ומ"מ יש להביא ראי' לדבריו מהא דאמרינן בפסחים (דף כ"ג) דפריך לר"א דאמר כל מקום שנאמר לא תאכל לא אחד איסור אכילה ואחד איסור הנאה במשמע והרי חדש דרחמנא אמר בהנאה דאי הוי אסור בהנאה איך אפשר להקריבו הא אי אפשר להקריבו אלא אם כן חל עליו הקדש מעיקרא וכיון שאסור בהנאה אין רשות הציבור עליו להקדישו ובשלמא כיון דלא חל קדושה מעיקרא ודאי דפסול וה"נ אם חדש אסור בהנאה אין להציבור דין בעלים להקדישו כלל ול"ל קרא למישרי בהנאה:

אבל לפי מה שכתב המהרש"ל א"ש דכיון דכשר להקרבה מיקרי ממונא דציבור שיכולין להקריבו ודידהו הוי ואין כל אדם יכול לזכות בתבואה זו [אפילו כותי שאינו מצווה על חדש ולהכי מהני הקדש דידהו על חדש אף אם נימא דחדש אסור בהנאה]:

אולם בעיקר דברי המהרש"ל שכ' במצות צדקה אמרינן מללה"נ יש לעיין דלכאורה היה אפשר לומר דלא אמרינן מללה"נ אלא במצוה שהטילה עליו תורה לעשות פעם אחת וכיון שעשה שוב ליכא שום מצוה אם חוזר ועושה בו פעם שני כמו בשופר בר"ה וכיסוי הדם ולולב וחליצה דאמרינן בכולהו בש"ס מללה"נ וכלשון רש"י ז"ל (בסוכה ל"א) מללה"נ כלומר אין קיום המצות הנאת הגוף אלא עבודת עבד לרבו עכ"ל והיינו במצוה שהטילה עליו תורה לעשות פ"א וכשעשה נפטר ואין מצוה בעשייתו פעם שני אבל מצוה שאין לה שיעור כמו מצות צדקה דאפילו אם כבר נתן כשיעור שקבעו חכמים לצדקה מ"מ כל שעושה אותה הוא מקבל שכר אפי' כמה פעמים לא דאמרינן בי' מללה"נ ומעין סברא זו כתב הבעה"מ ז"ל בר"ה שם דדוקא במצוה דאורייתא אמרינן מללה"נ אבל במצוה דרבנן אמרינן מצות ליהנות ניתנו עי"ש אלמא דהיכא דלא רמי אכתפי' חיובא כולי האי והוא עושה אותה מיקרי הנאה אע"ג דגם במצוה דרבנן איכא לא תסור אפ"ה כיון דאין גזירת התורה עליו לעשותה לא מיקרי עול ואדרבא מיקרי הנאה:

א"כ כ"ש במצוה שאינה חיובית לעשותה פ"א רק שכ"ז שעושה אותה מקבל שכר דאמרינן בה ליהנות ניתנו:

וכה"ג כתב המהרש"א ז"ל בהא דאמרינן בברכות (דף כ"ח) ר' זירא כי הוה חליש מגירסי' הוה אזיל ויתיב אפתחא דבי ר"נ בר טובי' אמר כי חלפי רבנן אז איקום מקמייהו כי היכי דאקבל אגרא והקשו הא תנן אל תהיו כעבדים המשמשים את הרב ע"מ לקבל פרס

והיכי אמר כי היכי דאקבל אגרא ותירץ המהרש"א דדוקא במצוה שהאדם חייב לעשות וא"א לו להפטר ממנו אסור ע"מ לקבל פרס והכא הוא הלך לישב שם כדי לקיים מצות קימה מפני ת"ח רשאי לעשות כדי לקבל אגרא ובזה מיושב קושית התוס' בפסחים אהא דאמרינן סלע זו לצדקה בשביל שיחי' בני ה"ז צדיק גמור שהקשו היכי הוי צדיק גמור הא תנן אל תהיו כעבדים המשמשים ע"מ לקבל פרס ולפמ"ש א"ש דהכא מיירי שאין עני עומד לפניו שמצוה להחיותו רק שמפריש סלע לצדקה כשיזדמן לו איזה עני או שכבר נתן שיעור שקבעו חכמים לצדקה ומפריש סלע לצדקה בשביל שיחי' בנו ולהכי ה"ז צדיק גמור כיון שאינו מחויב לעשות מצוה זו ומכניס עצמו בחיוב שרי ע"מ לקבל פרס אף אנו נאמר דמצוה שאין לה שיעור ולא רמי עליו לעשותה ומכניס עצמו בחיובה לא אמרינן בזה מללה"נ כיון דשרי לעשותה על מנת לקבל פרס מיקרי הנאה אם עושה אותה ולפ"ז הי' אפשר לומר בענין מצות צדקה במי שאסר נכסיו על עצמו דלא אמרינן בזה מללה"נ דהא אינו מחויב ליתן דהוא עצמו עני שהרי אסר נכסיו עליו כדאמרינן (ברכות מ"ז ובכ"ד) מיגו דאיבעי מפקיר נכסיו והוה עני וחזי' לי' רק שמכניס עצמו לעשות מצוה ליתן לעני ואמרינן בזה ליהנות ניתנו בקיום מצוה ואפילו בעני הסמוך עליו שמחויב לפרנסו מ"מ כיון שהוא אסר נכסיו עליו אינו מצווה לפרנסו וכשנותן לו עביד מצוה ומיקרי הנאה:

מיהו מצינו דגם במצוה שאין לה שיעור נמי אמרינן מללה"נ שהרי שנינו בנדרים (דף ל"ה) במודר הנאה מחבירו דמלמדו מדרש הלכות ואגדות ופי' הר"ן ז"ל משום דמללה"נ. והא לימוד התורה כצדקה דמי דאין שיעור והפסק לקיומה וכל המרבה משובח ואפ"ה אמרינן בי' מללה"נ ואף דאין ראי' ממודר הנאה לשארי איסורי הנאה של תורה כמ"ש במק"א דבמודר הנאה אמרינן מללה"נ אף למ"ד באיסורי הנאה ליהנות ניתנו דאי לא תימא הכי תקשה למאי דבעי רבא למימר בר"ה (דף כ"ט) דמצות ליהנות ניתנו תקשה לי' ממתניתין דמלמדו מדרש הלכות ואגדות אלמא דמללה"נ אע"כ מדלא מקשי הש"ס לרבא הוא משום דבמודר הנאה מודה רבא דמותר בהנאת מצוה משום דאין דעתו על הנאת מצוה ובדידי' תליא מילתא ורק באיסורי הנאה שאסרה תורה סובר רבא דליהנות ניתנו שאזהרת התורה הי' גם על הנאת מצוה וא"כ איכא למימר דאף דמוכח ממשנה דמלמדו הלכות דאמרינן לאו ליהנות ניתנו גם במצוה שאין לה שיעור מ"מ זהו דווקא גבי מודר הנאה דאמרינן שאין דעתו על שום הנאת מצוה אף על מצוה שאין לה שיעור. אבל באיסור תורה במצוה שאין לה שיעור והוא חפץ בה שפיר מיקרי הנאה מ"מ בענין

שאלתינו במודר הנאה מנכסיו בעינן למימר ודאי דאמרינן מללה"נ גם במצוה שאין לה שיעור ורשאי לתת מהן צדקה כמו דאמרינן מללה"נ גבי מלמדו מקרא:

מיהו קשה לי בעיקר דבריו דנראה דבנתינת צדקה לעני לא שייך כלל מללה"נ דכמו דאמרינן (ר"ה ד' כ"ח) במודר הנאה ממעין דמותר לטבול בו טבילה של מצוה בימות הגשמים ולא בימות החמה משום דאיכא הנאת הגוף בהדי הנאת מצוה ואסור משום הנאת הגוף ה"נ בנתינה לעני כיון דקיי"ל דנתינה לחבירו מיקרי הנאה כדאיתא בפסחים (ד' כ"ב) בסוגיא דרבי אבהו א"כ הרי איכא הנאת הגוף לבד קיום המצוה דהיינו מה שנותן לחבירו וא"כ כיון דאיכא הנאת נתינה בנתינה לעני ודאי דאסור במודר הנאה כמו דאסור לטבול במעין בימות החמה משום דאיכא הנאת הגוף בהדי הנאת מצוה וה"נ איכא הנאת נתינת ממון לבד המצוה ואסור. וראיתי להגאון בעל חמד"ש ז"ל שהקשה ג"כ על דברי מהרש"ל דלפי דבריו אמאי אמרינן חמץ אינו ברשותו של אדם הא מיחשב ברשותו שיכול ליתן לגר תושב שרשאי לאכול חמץ ומצווין להחיותו ומיקרי שלו כיון שיכול לקיים מצוה בזה ואמאי קרי לי' אינה ברשותו לדברי מהרש"ל:

לכן נראה לי דוודאי לתת לעני יחיד ודאי דאסור אם הדיר הנאה מנכסיו וכמו שבארנו דנתינה לחבירו מיקרי הנאה ולא מהני הא דאמרינן מללה"נ כיון דאיכא הנאה אחרת בהדי הנאת קיום המצוה ומהרש"ל לא התיר אלא לתת לקופה של צדקה דכיון דהוא אינו נותן לאדם מיוחד ליכא הנאת נתינה רק הנאת מצוה ואמרינן מללה"נ ודוק בלשונו של מהרש"ל ז"ל שכ' שיכול לאמר אקיים מצות צדקה או לת"ת או לבה"כ דהיינו נתינה לקופה של צדקה אבל לאדם מיוחד אסור ומיושב גם קושית החמד"ש ז"ל דשפיר מיקרי חמץ אינו ברשותו דלאדם פרטי כמו גר תושב אסור ליתן דהוי הנאת נתינה ולא שרי אלא היכי דליכא הנאת נתינה כגון שנותנו לקופה של צדקה דליכא אלא קיום המצוה וכיון דיכול לקיים בו מצוה דעת המהרש"ל דאחר אינו יכול לזכות בו:

מיהו נראה לי אף שכתב המהרש"ל דבאוסר נכסיו על עצמו אין אדם רשאי לזכות מ"מ נראה דעני הרשאי לקבל צדקה רשאי לזכות בו בע"כ דמידי הוא טעמא דאין אדם רשאי לזכות בו הוא משום דבעה"ב מצי לתתו לקופה של צדקה לקיים בו מצות צדקה א"כ יכול עני לתפוס ולא מצי אמר לעני אחר דהא בארנו דהוא אינו רשאי ליתנו לאדם מיוחד ואין לו בה אלא קיום מצות צדקה א"כ יכול העני לתופסו ודמי להא דאמרינן בנדרים (דף פ"ג) קונם כהנים ולוים נהנים לי באין ונוטלין בע"כ ומפרש שם רבא בגמ' דאפי' למ"ד טוה"נ ממון מותרים ליטול בע"כ דכיון דאסר הנאתו על הכהנים שויא לטוה"נ כעפרא

בעלמא ורשאים ליטול בע"כ וה"נ כיון דאינו רשאי ליתן לעני מיוחד יכולים ליטול בע"כ דכבר אין לו בהם טוה"נ של נתינה:

ודע דלכאורה אפשר לדחות דברינו דרשאי ליתן אפילו לעני מיוחד כדברי המחנ"א אע"ג דאיכא הנאת נתינה ולחלק ולאמר דנתינה לא מיקרי הנאה אלא אם נותן לחבירו דבר שיכול להחזיקו לעצמו וליהנות ממנו או למוכרו בזה מיחשב הנאה אם נותן לחבירו שחבירו מחזיק לו טובה שנותן לו דבר שראוי לעצמו אבל אם נותן לו דבר שלדידי' לא חזי ליהנות ממנו אין כאן החזקת טובה וכיון דליכא החזקת טובה לא מיקרי הנתינה הנאה ולהכי המודר הנאה מנכסיו יכול ליתן צדקה מהם לאדם מיוחד דכיון דלדידי' לא חזי לא מיקרי הנתינ' הנאה:

אבל באמת ז"א דבגמרא דעירובין (דף ס"ד) מוכח דאפילו דבר האסור לו בהנאה נמי אסור ליתן לאחר דאמר שם מעשה בר"ג שהי' רוכב על החמור והי' רבי אילעאי מהלך אחריו מצא גלוסקין בדרך אמר לו אילעאי טול גלוסקין מן הדרך מצא כותי אחד א"ל מבגאי טול גלוסקין מאילעאי וקאמר למדנו שלשה דברים למדנו שאין מעבירין על האוכלין ולמדנו שהולכין אחר רוב עוברי דרכים ולמדנו שחמצו של נכרי אחר הפסח מותר בהנאה ופרש"י מדלא שרי לי' לאוכלם בעצמו ש"מ שהחזיק אותו לפת עכומ"ז ומדשרי ליתנם לעכומ"ז אף דאיכא החזקת טובה ש"מ דחמץ של עכומ"ז שע"ע הפסח שרי בהנאה וקשה היכי מוכח דשרי בהנאה חמץ של עכומ"ז שע"ע הפ' אימא דאסור בהנאה אף חמצו של כותי והא דהתיר ליתנו לכותי הוא משום הא גופא דכיון דאסור בהנאה א"כ לא קני לי' ר' אילעאי דכל דבר האסור בהנאה לעולם לאו בר קנין הוא וכיון דלא קני לי' שרי ליתנו לכותי דאין הנתינה הנאה כיון דלאו דידי' יהיב לי' ולא חזי לדידי' לא מיקרי הנאה א"ו מדמוכיח הש"ס מזה דחמצו של כותי מותר בהנאה ש"מ דאי נימא דאסור בהנאה היה אסור ליתן לכותי אע"ג דלא קני לי' ר' אילעאי ולא חזי לדידיה משום דמ"מ איכא החזקת טובה במה שנותן לו אע"ג דלדידי' לא חזי לי':

ודוחק לומר דהתם שלא ידע הכותי המבגאי שר"א לא הי' לו קנין בהאי חמץ הנמצא מיקרי החזקת טובה אף אם אין לו בו קנין כיון שהכותי סובר דמשלו נותן לו אבל היכא דהמקבל יודע שהנותן אינו רשאי ליהנות ממנו ליכא החזקת טובה מנתינתו ושרי דזה דוחק ועוד דהא אמרינן בירושלמי דפסחים ופסק כן בשו"ע (סימן תמ"ח) דאסור להאכיל חמץ אפילו לכלבים של הפקר משום דכתיב לא יאכל חמץ אע"ג דליכא החזקת טובה מיהו לפמ"ש שם המק"ח ז"ל דדוקא בחמץ אסור אפילו היכא דליכא החזקת טובה משום דכתיב לא יאכל אבל לא בשארי איה"נ, א"כ אפשר לומר דגבי מודר הנאה אם

העני יודע שאסר נכסיו ע"ע ליכא החזקת טובה ושרי מ"מ נראה דמ"מ איכא החזקת טובה במה שנותן לו אף שהמקבל יודע דלא חזי מידי להנותן בעצמו ולא שרי אלא ליתן לקופה של צדקה כדברי המהרש"ל:

וראיתי להרדב"ז ז"ל בחלק חמישי (סימן ש"א ש"ו) שמסתפק אי מותר להלות מנה לחבירו ע"מ שיתן דינר לצדקה ופסק דשרי ומה דתנן בשלהי א"נ לא יאמר לו דע שפלוני בא ממקום פלוני ופירש הרמב"ם ז"ל (בפ"ה מה' מלוה ולוה) דהיינו שאמר לו אם יבא פלוני ממקום פלוני כבדהו מיירי דווקא אם פלוני הוא עשיר אבל אם אותו פלוני הוא עני שרי ולפמ"ש לא שרי אלא אם מלוהו ע"מ שיתן דינר לכיס של צדקה אבל אם אומר לו ע"מ שתתן לפלוני עני אסור דנתינה לפלוני הוי הנאה מה לי עני מה לי עשיר ומתניתין דאם בא פלוני ממקום פלוני כבדהו כמו שפי' הר"מ ז"ל סתמא קתני אפילו בעני וגם מה שהביא הרדב"ז ז"ל שם ראי' מהא דאיתא בירושלמי דמעות צדקה לוין בריבית תמוה דהתם שאני דהמעות אינם של המלוה כלל ולא הוי ריבית הבאה ממלוה ללוה. אבל הכא דמעות דידיה נינהו ונתינה לעני ידוע הוי הנאה ואסור ולא שרי אלא ע"מ שיתן לכיס של צדקה:

סימן צ

שאלה באחד שהדיר הנאה מחותנו ויש לו נושים רבים אם רשאי לבקש מחותנו שיפרע חובותיו באשר קשה עליו לסבול עול נוגשיו או לא:

תשובה בנדרים (דף ל"ג) תנן המודר הנאה מחבירו שוקל את שקלו ופורע לו חובו ופסק הרמב"ם ז"ל כן (ובש"ע סי' רכ"א) דאפי' יש להמלוה משכון על מעותיו רשאי לפרוע חובו מיהו נ"ל דכל זה אם הוא פורע בעצמו אבל לבקש את המדיר שיפרע לו חובותיו אסור דכל שמבקש ממנו ועשה רצונו אסור דזה מיקרי הנאה והכי אמרינן בנדרים שם (ד' ל"ו) גבי תורם תרומתו לדעתו דמאן אילימא לדעתו דבעל הכרי הא קא מהני ליה ומסיק דאמר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום וכדפי' הר"ן ז"ל שם דכל הרוצה מהני לענין תרומה דלא ליהוי תורם שלא מדעת בעה"ב ולענין מודר הנאה לא מיקרי שליחות אא"כ ציווהו בהדיא לתרום עכ"פ הרי חזינן דבאומר לו לתרום אסור במודר הנאה ואין לומר דדוקא בתרומה אסור באומר לו לתרום משום דתרומה בעי שליחות אבל פריעת חוב דלא שייך בזה שליחות שרי אף באומר לו לפרוע' דז"א דהא גבי תקיעת שופר פסקינן באו"ח (סימן תקפ"ט) דאסור לו לומר שיתקע להוציאו דכיון דמצוהו לתקוע מהנהו ואסור א"כ ה"ה בפריעת חוב דאינו שרי אא"כ פרע המדיר בעצמו אבל אם מבקשו שיפרע אסור:

שוב מצאתי להרשב"א ז"ל בחי' לב"ק (דף ק"ח) במשנה דהאומר לבניו קונם כו' וז"ל ואעפ"י ששנינו פורע את חובו ה"מ בפורע את חובו מדעת עצמו אבל אם אמר לו פרע את חובי דשליחותו קא עביד לא ומייתי שם ראיה שהבאנו לעיל מתרומה דאסור כשעושה מדעת המודר היינו שמצוה לו לתרום עיי"ש מבואר בהדיא כדברינו דאף בפורע חובו דלא שייך שליחות נמי אסור מדעת המודר:

ובזה מיושב מה שקשה לכאורה הא דבעי בירושלמי אי מותר לפרוע חוב שיש עליו משכון או בבע"ח דוחק ופשיט מהא דשוקל את שקלו דאי לא שקל ממשכנין ואפ"ה מותר לשקול עבורו עיי"ש ועיין באו"ת שמפרש דמסקנת הירושלמי דשרי אפילו בבע"ח דוחק ולהכי סתמן הרי"ף והרמב"ם ז"ל וכל הפוסקים דפורע את חובו דמשמע אפילו בבע"ח דוחק ולכאורה קשה הא תנן (בפ"ש דשקלים) הנותן שקלו לחבירו לשקול ע"י ושקל ע"י עצמו אם נתרמה תרומה מעל ופריך שם בירושלמי מה נהנה ומשני א"ר אבין כיון שנתנו ב"ד עיניהם למשכנו ולא משכנו כמו שנהנה הרי דמיקרי הנאה מה שלא משכנו א"כ קשה דברי הירושלמי אהדדי דהתם גבי שוקל את שקלו מסיק דאפילו במשכון נמי שרי אבל לפמש"כ א"ש דכיון דהא דפורע חוב שרי הוא רק אם המדיר עושה מדעת עצמו אבל מדעת המודר אסור דשליחותו קא עביד כמ"ש בשם הרשב"א ז"ל דאפילו היכי דלא בעי שליחות אסור אם עושה בציווי המודר משום דמה שעושה רצונו מיקרי הנאה ואסור א"כ כש"כ כשהמודר בעצמו פורע חוב משל המדיר דמיקרי הנאה ומעל דלא עדיף מה שהמודר עושה בעצמו ממה שהמדיר עושה בשליחותו וכיון דכשהמדיר עושה בשליחותו מיקרי הנאה ואסור ה"ה כשהמודר עושה בעצמו מיקרי הנאה ולהכי א"ש הא דאם שקל לעצמו שקלו של חבירו מעל ומיקרי הנאה אע"ג דאם חבירו שקל ע"י לא מיקרי הנאה:

אלא שלכאורה קשה לפי"ז אמאי לא קתני נמי גבי ומקריב עליו קיני זבין וקיני יולדות לדעתו כמו דקתני ברישא גבי ותורם עליו תרומתו ומעשרותיו לדעתו דמבואר בש"ס שם (דף ל"ו) דמוקי לה בתורם משל בעל הכרי על של בעל הכרי ובאומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום דדעת בעלים איכא ושליחות ליכא דלא הוי שליחות לענין מודר הנאה דע"כ הא דקתני במשנה לדעתו אין כוונת התנא להשמיענו בזה דאסור לתרום תרומת חבירו בלא ידיעת ורשות בעלים דא"כ אין כאן מקומו לאשמעינן זאת דכבר שנה לנו התנא (במס' תרומות פ"א) דתורם שאינו שלו לא מהני וע"כ דעיקר רבותא דתנא לדעתו לאשמעינן שיהא לדעת התורם שלא יעשה אותו שליח גמור בזה דהיינו שלא יאמר לו לתרום דאז אסור משו' דשליחותו עביד ולא שרי רק באומר כל הרוצה לתרום

וא"כ ודאי דקשה אמאי לא קתני הך לדעתו בסוף המשנה גבי ומקריב עליו קיני זבין דגם שם אסור שיאמר לו להקריב וא"כ מוכח מזה לכאורה דבקיני זבין וזבות שרי אף באומר לו להקריב דכיון דלא בעינן שליחותו של המודר משום דשלוחי דשמיא נינהו לא איכפת לן מה שאומר לו להקריב:

מיהו ז"א דודאי דברי הרשב"א ז"ל מוכרחים דגם היכא דלא בעינן שליחות אסור לדעתו דמודר דהא הש"ס הוה בעי לאוקמי הא דתורם את תרומתו משלו על של חבירו כדאיתא שם בסוגיא דתורם משלו על של חבירו א"צ שליחות וכמבואר שם בדברי הרשב"א ז"ל בחי' ואפ"ה הוה ניחא ליה הא דקתני לדעתו היינו אדעתיה דנפשי' א"כ הרי חזינן אפילו היכא דלא בעי שליחות נמי אסור לדעתו של מודר והא דלא קתני גבי קיני זבין וזבות דבעינן דוקא לדעתו של מדיר הוא משום דדרכן הי' לתת מעות הקינין בשופרות כדאי' בשקלי' (פ"ו) והכהן נוטל מעצמו ומקריב ולא היה דרכן למסור ליד הכהן הקינים בעצמם להכי לא הוצרך לומר לדעתו דאורחא דמילתא דהכהן מקריב בעצמו בלא ציווי הבעלים ולהכי הפסיק בתיבת לדעתו בין תרומה לבבא דקינים:

מיהו ז"א דא"א לומר כלל דהש"ס מפרש דמתניתין מיירי שהניח לתוך השופרות דא"כ דמי לאומר כל הרוצה להקריב יבוא ויקריב ושרי אפילו אם נימא שלוחי דידן נינהו. כמו דשרי בתרומה באומר כל הרוצה אע"ג דודאי בעי שליחות וא"כ מדפשיט דשלוחי דשמיא נינהו ע"כ דמפרש למתניתין שמסר ליד כהן אחד ולהכי אי שלוחי דידן אסור ואפ"ה אי שלוחי דשמיא שרי הרי דשרי אף באומר לו להקריב אי שלוחי דשמיא נינהו ועוד שהתוס' כתבו שם שהקשו אמאי לא משני דמיירי באומר כל הרוצה להקריב יקריב ותירצו דמיירי שאסר עליו הנאת כל הכהנים ולפי דבריהם אפי' אי מיירי בנתן לתוך השופרות נמי דומה לאומר להמודר להקריב דאיזה כהן שיקריב הוא אסור ליהנות ממנו ואפ"ה חזינן דאי שלוחי דשמיא שרי אף שאמר להם להקריב ע"י נתינתו לשופרות:

ודברי התוס' קשה לי טובא דאם נימא דמיירי שאסר עליו הנאת כל הכהנים ואין לו מי שיקריב בהיתר א"כ מאי פריך אי שלוחי דידן נינהו הא מהנהו ואסור ניתי עשה דהקרבת הקרבן ולידחי ל"ת ועשה דנדרים שישנו בשאלה כמו שבארנו בסימן שלפנינו דל"ת ועשה דנדרים נדחי מפני עשה השוה בכל וע"כ דמיירי שאסר עליו הנאת כהן אחד דלא שייך לאמר אתי עשה ודחי ל"ת דהא אפשר בכהן אחר ואשמעינן מתניתין דאעפ"י דאפשר בכהן אחר נמי שרי להקריב המודר משו' דזה לא מיקרי הנאה ולהכי פריך הש"ס שפיר דאי שלוחי דידן נינהו הא קמהני ליה ואסור ומה שהקשו התוס' אמאי לא משני באומר כל הרוצה להקריב יקריב לפענ"ד לק"מ דא"כ דמיירי דוקא באומר כל הרוצה הא

לא"ה אסור א"כ הו"ל לתנא למיתני מקריב קרבנותיו לדעתו לאשמעינן דדוקא באומר כל הרוצה להקריב שרי אבל לא באומר לו להקריב כמו דקתני ותורם תרומותיו לדעתו ומדלא תני הכי פשיטא לי' להש"ס דאף ליתן לידו להקריב נמי שרי ושפיר פריך אי שלוחי דידן נינהו הא קא מהמ קא מהני ליה ואסור ואי שלוחי דשמיא ניחא:

ומוכח גם מזה דלמ"ד שלוחי דשמיא שרי אף באומר לו להקריב שלא כדעת הרשב"א ז"ל שהבאנו לעיל:

וראיתי להרא"ש ז"ל בנדרים שם וז"ל והא דקתני מלמדו מקרא היינו אפילו אם ביקש ממנו שילמדו מותר ואע"ג דאוקימנא להא דתורם תרומתו באומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום הא אי אמר לו תרום אסור אלמא דאסור למיעבד שליחותו אפילו במידי דלא עבידי למשקל עליו אגרא כגון קריאת שם תרומה וכן לעיל גבי ומקריב קרבנותיו א"א שלוחי דשמיא נינהו ושרי ואע"ג שמהנהו שמקריב קרבנותיו מצוה קעביד ולא מיקרי הנאה מיהו אי שלוחי דידן נינהו קא מהניא לי' דקא עביד שליחותייהו אלמא אפילו היכא דמצוה קעביד אי משויא ליה לשליח אסור והיינו דוקא בדבר שצריך דעת ושליחות כגון תרומה וקרבן אבל מחזיר אבידתו ומלמדו מקרא ומרפאו רפואת נפשות כיון דא"צ דעת ושליחות אפילו אם מצוה לעשות לו מותר דאין איסור שליחות אלא בדבר שצריך שליחות והכי אמרינן גבי תרומה וא"א צריך לדעת הא קמהני ליה וכן גבי קרבן אי שלוחי דידן נינהו ואין הכהן רשאי להקריב קרבן אלא מדעת בעלים קא מהניא ליה ואי שלוחי דשמיא נינהו יכול הכהן להקריב מדעת בעלים ולא מיקרי הנאה והרמב"ן ז"ל פי' בע"א ואינו נראה עכ"ל והובא דבריו ביור"ד (סימן רכ"א ברמ"א) ולפמש"כ יש הוכחה לדבריו מהא דלא קתני במתניתין גבי קיני זבין וזבות דבעינן לדעתו של מדיר דווקא רק שקשה מהא דבש"ס בעי לאוקמי הא דתורם את תרומתו בתורם משל מדיר ולדעתו דמדיר אף דבתורם משלו על של חבירו א"צ שליחות כמ"ש הרשב"א ז"ל בחי' שם ואפ"ה לדעתו דמודר אסור:

ונ"ל דודאי דברי הרשב"א ז"ל מוכרחים מהא דתורם משלו על של חבירו דבעינן לדעתו דמדיר אף היכא דלא בעינן שליחות מיהו זה בתרומה שאין על המדיר מצוה לעשות דבר זה לתרום את תרומתו של מודר או בפריעת חוב שג"כ אין מצוה עליו לפרוע חוב של מודר להכי אסור אם אמר לו להפריש או לפרוע חובו דכיון שאין על המדיר מצוה לעשות דבר זה הרי עושה רק לקיים אמירתו של המודר ואסור דקא מהניא ליה אבל בהקרבת הקינים לפי מה דבעינן למימר דשלוחי דשמיא נינהו שהמצוה על הכהן להקריב שרי אף באומר לו להדיא להקריב דכיון דשליחות ליכא הכא משום דלאו

שלוחי דידן נינהו אלא שלוחי דשמיא שרי אף באומר לו דמה שמקריב הוא לאו משום אמירתו אלא משום המצוה שמוטלת עליו להכי אתי שפיר הא דלא קתני גבי ומקריב עליו קיני זבין דבעינן לדעתו של מדיר דווקא וכן במש"כ הרא"ש ז"ל דמלמדו מקרא ומחזיר אבידתו ומרפאהו רפואת נפשו דשרי אף באומר לו. התם נמי איכא מצוה על המדיר ואיכא למימר דלאו משום אמירתו הוא עבד אלא משום מצוה דרמיא עלי' דידיה:

ואפשר דגם הרא"ש ז"ל מודה להרשב"א ז"ל בפריעת חוב דאסור לומר לו לפרוע חובו ומה שכתב הרא"ש ז"ל דהרמב"ן ז"ל פי' בע"א ואינו נראה צ"ע שז"ל בנדרים (דף ל"ז) ושמעינן מינה שהמודר הנאה מחבירו לא מיבעיא ליה למיעבד שליחותו ואפילו הו"ל שליחות כגון קריאת שם דתרומה דלא עביד למישקל עלי' שכר אסור דכיון דקאמר לי' ועביד קמהני לי' עכ"ל הרמב"ן ז"ל ובקריאת שם דתרומה משל בעל הכרי על בעל הכרי הא מודה גם הרא"ש ז"ל דאסור דהא בעינן שליחות גמור] והא דלא קתני במתניתין גבי פורע חובו ושוקל את שקלו דבעינן לדעתו דמדיר דווקא נראה משום דכיון דהתם מיירי שהמדיר פורע ממעותיו פשיטא דלדעתו דמודר אסור ואף דגבי תורם משלו על של חבירו איצטריך לי' לתנא למיתני לדעתו התם שאני שהתרומה שייך להמדיר התורם כדמסקינן התם דטובת הנאה לתורם ודו"ק:

סימן צא

שאלה מי שנדר מעות לצדקה ומסרה לחבירו שיהא חבירו המחלק לעניים ואח"כ ירד ממעמדו עד שהוצרך לבריות והמעות שמסר לחבירו עדיין בעין אם יכול לשאול על נדרו ויחזיר לו אותו פלוני המעות לצורכו או לא:

תשובה בשו"ע יו"ד (סימן רנ"ח) כתב הנודר צדקה אינו יכול לחזור בו אא"כ נשאל לחכם והתיר לו ואם הגיע ליד גבאי אינו יכול לשאול ע"כ והרשב"א ז"ל בתשובה למד דין זה מהא דאמרינן בנדרים (דף נ"ט) דפריך אמתניתין דסאה תרומה טמאה שנפלה לפחות ממאה תרקב הא למאה תעלה והא הוי דשיל"מ בשאלה ומשני בתרומה ביד כהן הרי מבואר דאחר שבא ליד כהן לא מצי לישאל על התרומה ומזה דבצדקה נמי כל שמסר ליד אחר שיזכה בשביל עניים לא מהני שאלה עיי"ש בתשובה (סימן תרנ"ו):

אמנם ראיתי להגאון בעל נוב"י ז"ל במה"ת (סימן קנ"ד) שפלפל בדין זה וכתב שמדברי הרא"ש בשם הר"א ממיץ מוכח שחולק על זה וסובר דמהני שאלה בתרומה אף אחר שבא ליד כהן שכ' הרא"ש שם וז"ל והרב ר' אלעזר ממיץ כתב דלא מצי למשאל עלי' דלאו איהו קרא עלה שם תרומה דאכהן קאי אבל ישראל שהפרישה מצי למשאל עלה

ואע"ג דישראל מצי למשאל ולהחזירה לחולין מיקרי דבר שאין לו מתירין דלא שכיח שישאל עלה כשהיא ביד כהן עכ"ל:

וראיתי להנוב"י שכ' דאפילו לדעת רש"י ז"ל והר"ן ז"ל דגבי תרומה לא מצי לאיתשולי ביד כהן מ"מ מודו דבצדקה מהני שאלה אף אחר שבא ליד גבאי לפמ"ש הר"ן ז"ל (בנדרים פ"ה) דהאוסר נכסיו עליו יכולים אחרים לזכות בהן מפני שנעשו הפקר ואף אם ישאלו הבעלים על נדרם לא מצי מפיק מהזוכים משום דאף דאיסורא אזל ע"י שאלה מ"מ זכות ממונם של הזוכים לא פקע ולהכי גם בתרומה ביד כהן משעה שנתנה לכהן כבר הסיח דעתו מהן שכבר אינו שלו. ואף שנשאל אח"כ מ"מ כבר זכה בה הכהן אף אם אינו תרומה הרי זכה מן ההפקר דל מהכא נתינתו של זה נשאר זכייתו של כהן מצד עצמו ואף דקיי"ל כב"ה דאינו הפקר עד שיופקר לכל כשמיטה ועיין בח"מ (סימן רע"ג) דאין אחר יכול לזכות בו בהפקר שהפקירו הבעלים לעניים ולא לעשירים נלענ"ד דהיינו בהפקירו לכל העניים ולא לעשירים שאז שום עני לא יכול לזכות בה אבל במפקיר זכות נגד אחד או שנים לנוכח מהני שהם יכולים לזכות והכי מוכח בנדרים (דף מ"ה) דקאמר הא דאפקרי' באפי תרי הא דאפקרי' באפי תלתא ופי' הר"ן ז"ל דבאפקרי' באפי תרי אז לא אפקרי' אלא אדעתא דחד מהנך משום הכי דמי למתנה כי היכי דבמתנה לא מפיק ליה מרשות אלא אדעתא דאידך ה"נ לא מפקיר לי' אלא אדעתא דאידך הלכך כי היכי דבמתנה לא נפיק מרשותו עד דאתי לרשות מקבל ה"נ בהפקר כי האי עיי"ש והיא גופא קשיא כיון דלא אפקרי' אלא אדעתא דהני איך הוי הפקר כלל ואיך רשאי לזכות בו ואטו ר' יוסי פליג על ב"ה. א"ו שאם מפקירו בפני אותן שמפקיר להם מהני להכי בתרומה ביד כהן כבר זכה בו הכהן אפילו אם יהא מיתשל על כך לא מצי למיתשל עלה אבל צדקה ביד גבאי שאם נשאל על זה אפילו אם נימא שהיתה הפקר למפרע לא זכה הגבאי לצורך העניים שהרי לא היו העניים כאן לנוכח כו' עכ"ל הנוב"י ז"ל בקיצור:

והנה תחילת דברי הנוב"י משמע דרצה לפרש דמהני שאלה לענין שהתרומה חוזרת לטבלה רק דממונו של כהן לא פקע. ובסוף דבריו משמע דכיון דממונו של כהן לא פקע שוב לא מהני שאלה להחזיר התרומה לטבלה שהרי כתב להכי בתרומה ביד כהן כבר זכה בו הכהן אפיו אם יהא מיתשל עליו לא מצי למיתשל עליו ואף שהסברא דחוקה דמאיזה טעם נתלה זה בזה ואמאי לא נימא דלענין זכות ממונו לא מהני שאלה ולענין הפקעת קדושת תרומה מהני שאלה מ"מ ע"כ כוונתו דלא מהני שאלה אף לענין חזרת התרומה לטבלה דהא הש"ס מוקי לה בתרומה ביד כהן כי היכי דלא להוי דבר שיש לו מתירין ועולה באחד ומאה ואם נימא דשפיר חוזרת לטבלה הרי שוב מיקרי דשיל"מ

ומה איכפת לן דלא מהני שאלה לענין זכות ממונו של כהן סוף סוף כיון דפקע ממנו שם תרומה הוי דשיל"מ וע"כ דכוונת הנוב"י דהיכא דלא מהני שאלה לענין זכות ממון של כהן לא מהני לענין קדושת התרומה ולא הוי דבר שיל"מ:

מיהו נראה דאכתי אפשר לאמר דלענין הפקעת התרומה שפיר מהני שאלה אע"ג דלא מהני לענין זכות ממונו של כהן וכמ"ש הר"ן גבי אוסר נכסיו על עצמו וזכה בהן אחר דמהני שאלה לענין איסור ולא לענין להפקיע זכות הזוכה והא דמשני הש"ס בתרומה ביד כהן דלא מיקרי דשיל"מ אע"ג דלענין הדרא לטבלה מהני שאלה מ"מ כיון שהכהן כבר זכה בתרומתו וממונו הוא מטעם הפקר כמ"ש הנוב"י הרי ממילא צריך הישראל לתרום על פירותיו ממקום אחר והרי איכא הפסד לישראל ע"י שאלה זו דהתרומה נשארת ביד כהן והוא צריך לחזור ולתרום על פירותיו וכל היכא דאיכא פסידא לא מיקרי דשיל"מ כדאיתא ביו"ד (סימן ק"ב ס"ג) והש"ס דקאמר דלא מצי מיתשיל עלה ר"ל כיון דלא מצי לשאול שיופקע עי"ז ממונו של כהן להכי הוי דבר שאין לו מתירין:

מיהו אכתי קשה דהא יכול הכהן לחזור ולעשות פירות אלו שנשאל הישראל עליהן תרומה על פירותיו של ישראל השואל כדין תורם משלו על של חבירו וכמ"ש הרמב"ם ז"ל (בפ"ד מה' תרומות) שאחר השאלה יכול לחזור ולעשותן תרומה עיי"ש ונראה דגם זה לא קשה דהא אנן בתרומה טמאה עסקינן כדקתני סאה תרומה טמאה ומשכחת לה שנטמא אחר ההפרשה והשתא שישאל עליו שוב א"א לעשותן תרומה על פירותיו של ישראל דאין תורמין מן הטמא על הטהור וצריך הישראל לתרום על פירותיו ממקום אחר ופירות שנשאל עליהן כבר זכה בהן הכהן ולא מיקרי דשיל"מ כיון דאיכא פסידא כמבואר בסי' ק"ב ביו"ד:

מיהו עיקר דברי הנוב"י שכ' דעיקר הטעם דלא מהני שאלה אחר שבא ליד כהן משום דאף אם מהני שאלה לענין התרומה מ"מ זכות ממונו לא פקע משום שזכה בתורת הפקר והפקר לנוכח מהני אע"ג דלא הוי לכל זה אינו נראה כלל דודאי כל שלא הפקיר לכל כשמיטה לא הוי הפקר ומה שמביא ראיה מהא דאמרינן בנדרים הא דאפקרינהו באנפי תרי דיכולים הני תרי לזכות בהן משום דאדעתא דידהו הפקיר לאו ראיה היא כלל דמה שהנהו תרי יכולים לזכות בהם לאו מדין הפקר הוא אלא מדין מתנה דכיון שאמר באפי תרי שמפקירם אמדינן לדעתו שרצה שהם יזכו בזה והוציא הדבר בלשון הפקר ואף אם אינו הפקר מ"מ מתנה הוי דהא גלי דעתו דניחא לי' שיזכו הן ולהכי אמר בפניהם שמפקיר כדי שיזכו ואיהו אמר לשון הפקר ומהני לענין שיועיל זכייתם מדין מתנה אבל ודאי הפקר לא הוי עד שיפקיר לכל אדם וא"כ הכא שנתן התרומה ושאל עליו כמו

שנתבטלה קדושת התרומה מחמת שאלה ה"נ נתבטל זכיית הכהן מטעם שאלה דשאלה הוי כמו טעות שהרי נתן לו שהיה סבור שהיא תרומה ועכשיו שנעשה חולין למפרע בטלה מתנותיו ומדין הפקר מחמת שנסתלקו הבעלים נמי לא זכה דהפקר לא הוי עד שיפקיר לכל וממילא גם מה שכ' הנוב"י לפי דרכו דבצדקה מודה הרשב"א דמהני שאלה דשם לא זכה הגבאי מתורת הפקר משום דלא הוי לנוכח ובעינן שיפקיר לכל זה ג"כ אינו דנהי דלא הוי הפקר אם הפקיר לעניים לחוד מ"מ זכה הגבאי בתורת מתנה שהרי נתן לו לזכות לעניים ולא שייך כאן דין כלל וכל דברי הנוב"י בזה אינם מובנים לי:

מיהו נראה לי דשפיר אפשר לומר דהא דלא מהני שאלה בתרומה משבא ליד כהן הוא דע"י שאלה לא בטלה זכות הכהן [וכמ"ש לעיל דכיון דלא בטלה זכיית הכהן שוב לא מיקרי דשיל"מ מטעם פסידא דישראל] ולא מטעמא של הנוב"י דהפקר לנוכח מהני אף שאינו הפקר לכל דודאי כל שלא הפקירו לכל אין זה הפקר אלא מתנה והש"ס דמשני בתרומה ביד כהן קאזיל לשנויי מילתא דר' אבא דאיהו משני דתרומה הוי דשיל"מ ועלי' דידי' מקשה הש"ס מסאה תרומה שנפלה לפחות ממאה חולין תרקב הא למאה תעלה והא הוי דשיל"מ וע"ז משני בתרומה ביד כהן דלא מצי למיתשל עליו ור' אבא לשיטתו דאמר בב"מ (דף י"א) אעובדא דר"ג וזקנים שהלכו בספינה ואמר ר"ג עישור שאני עתיד למוד נתון לר' יהושע ומקומו מושכר לו דפריך התם אעולא דאמר דבעינן עומד בצד שדהו וכי בצד שדהו של ר"ג עומדים ומשני דמטלטלין אג"ק הקנה להם ור"ז קיבל האי שינויא ור"א לא קבלה משום דכי לא היה להם סודר לקנות ממנו אלא משום דטוה"נ אינה ממון לקנות בקנין סודר או אגב קרקע ולא מצי להקנות אלא בתורת חצר ופרש"י שם דכיון דטוה"נ אינה ממון ואין לו בה אלא זכות לתתה למי שירצה אינה ממון לחול עליו קנין חליפין אלא אפקורי בעלמא אפקר גבייהו וכי אוגר להו מקום קנתה להם חצירו בתורת חצר כשאר הפקר עיי"ש הרי מבואר דסובר ר' אבא דטוה"נ אינה ממון וכשמקנה לכהן הוא בתורת הפקר שמסלק רשותו מה שנתנה לו תורה זכות לתת למי שירצה ומתרצה שיזכה כהן זה ואחרי שהוא מסלק רשותו קונה הכהן בתורת הפקר [ואף דלא הוי הפקר אלא לכהנים ולא לישראלים צ"ל דהא דבעינן שיהא הפקר לכל ואי לאו הכי לא הוי הפקר היינו דווקא במידי דחזי לכל בזה צריך שיהא הפקר לכל אבל תרומה דלא חזי אלא לכהנים ולא לישראלים סגי במה דהוה הפקר לכהנים ותרומה לא חזי לישראלים אף דמצי למכרם מ"מ הא עיקרה קאי לקיים בהו מצות אכילת תרומה לכהן הילכך הוי הפקר לכהנים לחוד] ולדידי' שפיר משני בתרומה ביד כהן דלא מצי

לאיתשולי עליו משום דאף אם יתבטל דין תרומה מכל מקום זכיית הכהן שזכה מדין הפקר לא בטל ולהכי לא מצי לאיתשולי:

והא דלא אמרינן דהוי הפקר בטעות וחוזר שהפקירו מחמת שהי' סבור שהוא תרומה דזה אינו דהא אמרינן בכריתות (דף כ"ד) שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה ולא אמרינן דהוי הפקר בטעות והראשונים ז"ל הקשו הא אמרינן בב"ק (דף קט"ז) בר"ס דאפקרי' לארי דלוה בהדייהו ולא אכל הארי את חמורו דלא הוי הפקר משום דלארי אפקרי' אדעתא דכ"ע לא אפקרי' וה"נ נימא אדעת שידונו אותו אפקרי' ולא אדעתא דכ"ע ותירצו דהיכא דהפקיר מדעתו ורצונו אמרינן אדעתא דארי אפקרי' כו' אבל מה שמפקיר בע"כ כמו שור הנסקל שהוזמו עדיו דבע"כ שקלי ב"ד מיניה הוי הפקר אף שנתברר אח"כ שאינו חייב מיתה וה"נ גבי תרומה שהתורה חייבתו לתת לכהן תרומתו ונתינתו מיקרי לגבי כהן הפקר ואין טעותו מבטל ההפקר הלכך אף שאח"כ שאל על התרומה מ"מ דידי' לא פקע וזכותו של כהן במקומו עומד ולהכי לא מהני שאלה לר"א תרומה ביד כהן ולא הוי דבר שיש לו מתירין:

ולפ"ז לדידן דלא סבירא לן כרבי אבא בהא מילתא וקיי"ל דמתנות כהונה נקנה באגב קרקע כדמוכח בש"ס דקידושין (דף כ"ז) גבי קרקע במכר ומטלטלין במתנה דר"ג וזקנים אג"ק הקנו וכמ"ש הש"ך בחוה"מ (סימן ר"ג) דאפילו אם טוה"נ אינה ממון מ"מ נקנה באגב משום דבעי נתינה ממש ולא הוי הפקר א"כ כיון דהוי נתינה הא במתנה מעות מבטל מתנה:

ובזה מיושב מה שקשה על הרמב"ם ז"ל שהשמיט הך דינא דלא מהני שאלה אחר שבא ליד כהן הוא ג"כ מהאי טעמא ולפמ"ש א"ש דהש"ס משני הכי לר' אבא לטעמי' דנתינת תרומה הוי בתורת הפקר ואנן לא קיימא לן הכי כדמוכח בסוגיא דקידושין דמהני אג"ק במתנות כהונה:

ולפ"ז הי' אפשר לומר עוד לענין צדקה שנמסר ליד גבאי שיש חילוק דאם נדר ליתן צדקה ואח"כ מסר הצדקה ליד גבאי בזה שפיר מהני שאלה דע"י שאלה בטלה זכיית הגבאי בעד העניים דשאלה הוי כמו טעות ואף שהיה מחויב ליתן להגבאי לקיים נדרו והיכא שהיה מחויב ליתן לא אמרינן אדעתא דהכי לא נתן כמו בשור הנסקל שהוזמו עדיו מ"מ הא צדקה מיקרי מתנה לעני ולא הפקר ועוד הא בשעת נתינה הי' יכול לשאול על נדרו ונתן לו מדעתו אף שהי' יכול לשאול על נדרו הילכך אתי שאלה ומבטל זכיית הגבאי בעד העניים אבל אם לא קדם נדר לנתינתו ונתן מעות לגבאי לחלקם לצדקה בזה אף אם ישאל לא בטל זכיית הגבאי בעד העניים אף אם ישאל על נתינתו דהא לא

שייך לאמר דהוי נתינה בטעות דאיזה טעות הביאו לנתינה זו הא לא הי' עליו חיוב נדר קודם נתינה והשתא הוא דנדר בשעת נתינה וזכה הגבאי בעד העניים ולא מהני שאלה כלל (וכן בעובדא של הרשב"א ז"ל בתשובה (סימן תרנ"ו) מיירי נמי בהאי גוונא שלא קדם נדר לנתינתו דמיירי באיש אחד שהי' צריך לילך לדרכו ומסר חפציו לשני אנשים שיחלקו לעניים אם לא ישוב לביתו אף שהרשב"א ז"ל לא כיון לזה]:

מיהו הטור ביו"ד (בסימן רנ"ח) ודאי דל"ל האי חילוקא שכתבנו אלא אפילו קדם נדרו לנתינתו ליד גבאי נמי לא מהני שאלה. דהא כתב שם וז"ל מי שנדר צדקה א"א לו לחזור בו וה"מ בלא שאלה אבל אם מתחרט ומצא פתח לנדרו י"א שנשאל לחכם ומתירו כ"ז שלא יצא מתחת ידו דהוי כמו הקדש טעות עכ"ל הרי דמיירי בנדר ואפ"ה כתב דלא מהני שאלה אלא כ"ז שלא יצא מת"י הא בנמסר ליד גבאי לא מהני. וע"כ דסובר הטור דהא דלא מהני שאלה בנמסר ליד גבאי אין הטעם משום דא"א לקנין ממון דעניים להתבטל אלא משום דלא מהני שאלה אלא על דבר שהוא בידו עדיין ולא על דבר שיצא מרשותו והיינו טעמא דתרומה והיינו טעמא דצדקה וק"ל:

סימן צב

איתא ביו"ד (סימן ריי"ח) מי שנשבע שלא יעשה יין למכור והיה לו יין מקודם אסור למוכרו דאע"פ שאמר שלא יעשה אזלינן בתר כוונתו וכ"ש קהל שעשו תקנה כיוצא בו שאסורין למכור אפי' מה שהיה להם מקודם לכן והוא מדברי הרא"ש (בפ"ק דחולין) בבעיא דבעי התם ר' ירמי' איברי בשר נחירה שהכניסו ישראל עמהן לארץ מהו ולא איפשיטא וכתב הרא"ש דנ"מ לענין אם אדם אסר על עצמו באחד מן המינים מזמן ידוע ואילך וכשהגיע הזמן היה לו מאותו המין שהיה אוכל עד שהגיע הזמן אם מותר לו מה שנתותר לו א"נ כגון שרצו ב"ד לאסור איזה דבר אם אסור מה שיש לו ממנו מאותו המין ביד ישראל וכיון שנשאר בתיקו קיי"ל להחמיר בשל תורה. ועיין בט"ז וש"ך שם שחקרו היכא דהתקנה היה באיסור דאורייתא אזלינן לחומרא והיכא דהתקנה הוי רק באיסור דרבנן אזלינן לקולא:

ועיין בנוב"י שכתב דדברי הרא"ש אמורים רק אם אסרו הב"ד מזמן ידוע ואילך והיינו שלא יתחיל האיסור מיד בזה שייך הספק כיון שלא נאסר תיכף בשעת מעשה שמא מה שנשאר משעת היתר על שעת האיסור נמי לא נאסר כלל והוא ממש כמו בשר נחירה שנאמר להם במדבר שכשיבואו לארץ יהא ספק שדבר הנאסר מאותו שעה אסור כל מה שיש במין מקודם לזה והביא ראיה מדלא איבעיא לן בחלב ודם ודגים ועופות טמאין שנאסר להם בשעת מתן תורה אם היה להם דברים הללו מקודם מ"ת שכבר אכלו ונתותר

בידם אם מותרים בהנותר א"ו ע"כ צ"ל דדבר שנאסר מאותו שעה נאסר גם מה שהיה בידם מכבר רק באיברי ב"נ הואיל ובשעה שנאסר לא התחיל האיסור תיכף וקבע להם זמן אימת יתחיל האיסור עכ"ד:

ובאמת בעיקר הדבר שלמד הרא"ש צבור או יחיד שאסר דבר על עצמו מהך בעיא דר' ירמי' היה נראה דאפשר לומר דאין ראי' מכאן כלל דדבר שנאסר לא מהני כלל מה שהיה מוכן אצלו מכבר ותליא בלשון הנדר אם נכלל כל מה שהיה מוכן או לא והכא באיברי ב"נ טעמא אחרינא איכא בהא מילתא דהא אף כשהיו במדבר והותר להם ב"נ היו אסורין בבהמה שמתה מאלי' מטעם לא תאכלו כל נבילה ולא היו מותרין רק אם היה נחירה ע"י אדם אבל מתה מאלי' אסורה וכההיא דאמרינן גבי עוף דאיכא למ"ד אין שחיטה לעוף מה"ת ואפ"ה מתה מאלי' אסורה דבלא"ה לא משכחת לה נבילת עוף וכמש"כ התוס' בחולין (דף כ') ד"ה לא אמרן וברש"י (דף כ"ז) שם. רק דבעי מעשה נחירה בידי אדם להכשירה ובלאו הכי הוי נבילה וא"כ כיון דמתה מאילי' היתה אסורה להם אז כמו עכשיו ונחירה מותרת והיתה נחירה להם במקום שחיטה כמו ששחיטה מכשרת לנו כן היה נחירה מכשיר להם ובזה שפיר קא בעי באברי ב"נ שהכניסו עמהם לארץ אי שרי משום דאפשר דנהי דעכשיו ניתן להם הכשר שחיטה מ"מ בשעת שהיה נחירה נוהג היה לנחירה כח להכשיר הבשר כמו שיש עכשיו כח לשחיטה להכשיר והואיל והוכשר הבשר בשעתו ע"י הכשר נחירה הוכשר אף שעתה נאסר ב"נ היינו שמכאן ואילך לא יכשיר נחירה כ"א שחיטה אבל מה שהכשיר בשעתו הכשיר או דלמא כיון דלא מהני עכשיו נחירה אף הבשר שכבר הוכשר אסור אבל דבר שהיה מותר לגמרי ועכשיו נאסר אף שנקבע זמן להתחלת איסורו נמי אסור מה שהיה מוכן כבר והכא דווקא קא בעי למימר דשרי משום דנחירה בשעתו היה בו כח להכשיר כמו שחיטה עכשיו:

ומצאתי להר"ן ז"ל בחי' שם בחולין שכתב בהא דמשני כי אישתרי שלל של כותים דידהו לא אישתרי דאיכא נוסחי דגרסי או דילמא לא שנא ולא מחוור דא"כ ל"ל לר' ירמי' למינקט בעיא באיברי ב"נ שהכניסו ישראל עמהן לארץ הו"ל למינקט בעיא בכתלי דחזירי דידהו או באברי ב"נ שנחרו משנכנסו לארץ א"ו לא הוי מסתפק ר"י אלא במה שנעשה כבר בהיתר ותלמודא אהדר לי' דאפי' דבר טמא אישתרי ולנחור לכתחילה מותרין ומשו"ה משני דדלמא שלל גוים אישתרי דידהו לא אישתרי ומשו"ה לא הוה מספקא לי' אלא במה שנחרו בהיתר עכ"ל ולשון שנחרו בהיתר דדייק הר"ן ז"ל משמע כדברינו שעיקר בעיית ר"י הוא משום דבשעתו היה הנחירה מתיר ומכשיר כמו שחיטה וכבר הותר הבשר וכמש"כ:

ומ"מ יש ליישב קצת דברי הרא"ש ז"ל דמוכח מבעיא דר"י דבעי למימר דאיברי ב"נ שהכניסו לארץ מותרין דכל דבר שנאסר לזמן מותר אף שמוכן אצלו מקודם אף שעד עכשיו היה היתר גמור דאי נימא דהא דבעי למימר דשרי הוא רק משום דנבילה היתה אסורה להם גם במדבר ונחירה הכשירתו והוציאתו מידי נבילה אמרינן הואיל והועילה להכשיר בשעתו שרי גם עכשיו אבל דבר שלא נאסר עד עכשיו אמרינן דכשנאסר נאסר גם מה שהיה מקודם א"כ תקשה לפי שיטת הראשונים דבכל בהמה בחייה איכא עשה דוזבחת כמש"כ התוס' בביצה (דף כ"ה) והיינו דמלבד הלאו דלא תאכלו כל נבילה איכא עליו איסור עשה דזבוח אכול שאינו זבוח לא תאכל. והיינו שהזהירה התורה שלא לאכול בע"ח דבהמה כ"א כשהוא זבוח והאי איסורא רביע עליו גם מחיים וכשאוכלה בין מחיים בין אחר מיתה עבר אעשה דוזבחת ומלבד לאו דנבילה עבר אעשה שאכל בע"ח בלי הכשר זביחה ועיין לעיל שבארנו דמה"ט לא אמרינן גבי שחיטה מצות לאו ליהנות ניתנו כמו גבי מקוה עיי"ש] והאי עשה ודאי דלא נצטוו במדבר כשהיה להם הכשר נחירה ואז לא היה אצלן רק אזהרה שלא לאכול נבילה שמתה מאלי' כ"א כשהוכשר ע"י אדם בנחירה אבל האי עשה לא הי' נוהג אצלם דנחירה לא היה אלא להצילה שלא תמות מאלי' דבמתה מאלי' אסורה ובנחירה שריא וכשמתה מאלי' אין אסורה משום שלא נחרוה דהא לא כתיב עשה גבי נחירה דנימא נחור תאכל שאינו נחור לא תאכל כדכתיב גבי זביחה רק שאסורה משום שמתה מאלי' וא"כ אח"כ שנצטוו על הזביחה נהי דמהני נחירה שנחרו עד עכשיו להכשיר הבשר שלא יהא בכלל מתה מאלי' משום דלענין איסור מתה מאלי' שהיה נוהג גם במדבר היה הנחירה בשעתו כמו שחיטה אבל לענין אזהרה דשאינו זבוח לא תאכל הבא מכלל עשה דוזבחת לענין זה הא לא הועילה הנחירה בשעתו דלא היה נוהג כלל האי עשה במדבר ובדבר שנתחדש איסור בעינן למימר דאף שהיה מוכן מקודם אסור וא"כ אמאי בעי למימר שישרי איברי ב"נ שהכניסו עמהן לארץ מזה מוכח כדברי הרא"ש ז"ל דאף דבר שהיה עד עתה היתר גמור ועכשיו נאסר נמי בעי ר' ירמיה למימר דמה שהי' מקודם מותר ולהכי מותר איברי ב"נ אף שנתחדש עתה עשה דשאינו זבוח לא תאכל שלא היה נוהג במדבר ולא הועילה לו נחירה מ"מ כיון שהיה להם מכבר מותר וה"ה לקהל שאסרו דבר למכור שמותר מה שהיה מכבר כנ"ל ליישב דברי הרא"ש ז"ל:

ומ"מ יש להביא ראי' דבאיסור שהתחיל בזמן ידוע ועד אותו זמן לא היה לא מהני מה שהיה מוכן מקודם ממה שכתבו התוס' בר"ה (דף י"ג) בשם הירושלמי (פ"ב דחלה) ר' יונה בעי קמי דר' ירמיה בשעה שנכנסו ישראל לארץ ומצאו תבואה לחה מהו שתהא

אסורה משום חדש א"ל למה לא עד כדון לחה אפי' יבישה א"ל אפי' יבישה ואפי קצורה ואפי' חיטין בעלי' כו' והרי בעומר אמרינן במנחות (דף פ"ד) שלא נתחייבו בעומר עד שנכנסו לארץ דכתיב בהדיא כי תבואו אל הארץ כדאיתא התם בברייתא דר' יוסי בר"י דאמר התם אמתניתין דתנן עומר אינו בא אלא מן הארץ כמאן דלא כהאי תנא דתניא ר"י ברי"א עומר בא מחו"ל ומה אנו מקיימין כי תבואו אל הארץ שלא נתחייבו בעומר עד שנכנסו לארץ וקא סבר חדש בחו"ל דאורייתא דכתיב מושבותיכם כל מקום שאתם יושבין משמע וכי תבואו זמן ביאה כו' וכיון דלא נתחייבו בעומר היה חדש ג"כ מותר להם עד שלא נכנסו לארץ דהא בהא תליא כמש"כ רש"י ז"ל במנחות שם בד"ה דמושבותי' דדוקא לאחר שבאו לארץ אסור חדש הקרבת העומר וא"כ קשה לשיטת הרא"ש ז"ל אמאי פשיטא ליה לר' ירמיה דאסור אפי' תבואה יבישה שמצאו משנכנסו לארץ הא בחולין בעי למימר דאיברי ב"נ שהכניסו עמהן לארץ שרי וכמש"כ הרא"ש ז"ל דמה שהי' מוכן מקודם שרי:

ואין לומר דהכא שאני שלא היה מוכן בידם רק שמצאו בידי הכותים שבא"י ובזה אסור אף שהיה מוכן מכבר כיון שלא היה ביד הישראל עד שהגיע זמן האיסור דז"א דהא בתבואה של כותים ליכא איסור חדש כדאמר התם קצירכם ולא קציר כותי וכן דעת כמה פוסקים ומה שנאסר תבואה יבישה הוא משום חלק הישראל וכמש"כ התוס' שם בר"ה (דף י"ג) דארץ ישראל ירושה להם מאבותיהם וכמו שביאר הטו"א שם דישראל וכותי הם שותפין בתבואה וא"כ כיון שלא שייך לאסור משום חדש רק חלקו של ישראל נימא דגם חלקו מותר שכיון שלא התחיל האיסור עד שלא נכנסו לארץ מותר התבואה שהיה מוכן אצלם מכבר ומה לי אם מונח בידו ממש ומה לי אם מונח ביד הנכרי בתורת גזל סוף סוף של הישראל הוא מכבר א"ו דלא מהני מה שיש בידו מכבר ולא בעי ר' ירמיה באיברי ב"נ אלא משום שגם קודם שנכנסו לארץ היה האיסור של נבילה נוהג והועיל לו נחירתו להכשירו מיהו לפי דעת הרא"ש ז"ל שהביא הרב"י בשמו ביו"ד (סימן רצ"ב) דחדש נוהג בשל כותי א"כ לא היו יכולין לאכול מפני חלקו של כותי שמעורב בתבואה שבזה לא שייך להתיר מחמת שהיה אצלם מקודם דהא של נכרי הוא ולהכי היו אסורין אפי' בתבואה יבישה:

ואין להקשות לפמש"כ דטעמא דר' ירמיה דבעי למימר דאיברי ב"נ מותר משום דבשעתו היה נחירה הכשר מעליא והועיל בשעתו דא"כ אמאי אסור התבואה יבישה הא עבר עליהן האיר המזרח דאשתקד ובמנחות (דף ס"ח) אמרינן לרב ושמואל דבזמן שאין ביהמ"ק קיים האיר המזרח מתיר ובזמן שביהמ"ק קיים העומר מתיר וא"כ נימא כיון

שעבר עליהן יום ט"ז בניסן והאיר המזרח הותרו אז ואף דעכשיו שבאו לארץ נצטוו להקריב העומר מ"מ בשעתו הועיל האיר המזרח דאשתקד דז"א דוודאי אם היו מצווין אז על איסור חדש שלא יאכלו עד שהאיר המזרח דיום ט"ז היה אפשר לומר דאף שאח"כ ניתן היתר דהקרבת העומר מ"מ בשעתו כבר התיר האיר המזרח ושרי גם עכשיו אבל כיון שאז לא נצטוו כלל על איסור חדש ועכשיו שנצטוו הוזהרו שלא לאכול עד שיקריבו העומר לא מהני העברת האיר המזרח דאשתקד כיון שאז לא היו צריכין לזה כלל [ועיין בר"ש (פ"ק דחלה) שהקשה ותימא אמאי לא התירן העומר של אשתקד ושמא דלא חל איסור חדש עד השתא וכוונתו ג"כ על יום ט"ז מקרי ליה עומר ור"ל אמאי לא התירן יום ט"ז דאשתקד דהא לא הקריבו העומר במדבר דכי תבואו כתיב בעומר שוב מצאתי להש"ך ביו"ד (סימן רצ"ג) דמפרש באמת הא דבעי בירושלמי אפי' חיטין בעליה היינו דשנה זו משום דמסתפק ליה שמא כיון שמונח מכבר ביד הנכרי מיקרי קציר עכומ"ז אבל של באמת הותר משהאיר המזרח דאשתקד מיום ט"ז:

ועוד אפ"ל דר"י סובר כר' יוחנן ור"ל דאמרי במנחות (דף ס"ח) דאף בזמן שביהמ"ק קיים האיר המזרח מתיר ועד הביאכם למצוה וכמש"כ בביאור הדברים דחדש הותר גם בזמן שביהמ"ק קיים בהאיר המזרח רק שמצוה בפ"ע היא להמתין ולאכול עד שיביאו העומר וא"כ לא שייך לומר שיועיל העומר האיר המזרח דאשתקד דנהי דמועיל מה שעבר האיר המזרח דאשתקד לענין איסור חדש מכל מקום לענין המצוה המחודשת להמתין מלאכול עד הקרבה לא מהני כיון שהמצוה לא היה עד כאן כלל וכמש"כ דדוקא גבי איסור נבילה שהיה מכבר ונתחלף הכשר נחירה בהכשר זביחה שייך הואיל ואשתרי אשתרי אבל במצוה שנתחדש לגמרי לא מהני מה שהיה מוכן מכבר ועד הביאכם היא עשה מחודשת לגמרי:

ובזה ישבנו קושיית התוס' במנחות (דף ס"ח) דאמרינן התם רב ושמואל דאמרי תרווייהו בזמן שאין ביהמ"ק קיים האיר המזרח מתיר ובזמן שביהמ"ק קיים העומר מתיר ור"י ור"ל דאמרי תרווייהו אפי' בזמן שביה"ק קיים האיר המזרח מתיר ופריך והא כתיב עד הביאכם ומשני למצוה עיי"ש דסברי ר"י ור"ל דריב"ז דהתקין שיהא יום הנף כולו אסור משום דסובר כל היום אסור מה"ת כר' יהודה דאי סובר דהאיר המזרח מתיר ועד הביאכם למצוה א"כ משום מצוה ניקו וניגזור ע"ש בכל הסוגיא והקשו התוס' דכיון דר"י ור"ל סברי דר' יהודה וריב"ז תרווייהו סברי כל היום אסור בזמן שאין ביהמ"ק קיים היכן מצאו תנא דסובר דהאיר המזרח מתיר כיון דר"י וריב"ז תרווייהו לא סברי הכי ובת"ק

דמתניתן נמי לא מוזכר דהאיר המזרח מתיר ומנ"ל לר"י ור"ל לחדש דין זה אליבא דת"ק מה שלא מוזכר בדבריו:

ונראה דר"י ור"ל מוכרחים לזה לומר דת"ק סובר האיר המזרח מתיר דאמרינן בקידושין (דף ל"ז) בשלמא למ"ד מושב בכל מקום שאתם יושבין היינו דכתיב ויאכלו מעבור הארץ ממחרת הפסח אקריב העומר והדר אכיל אלא למ"ד אחר ירושה וישיבה מעיקרא אמאי לא אכיל ומשני לא הוי צריכי שהיו מסתפקין ממן שבכליהם וקשה דמ"מ היכי כתב קרא דלא אכלו עד ממחרת הפסח אכתי היו צריכין לאכול מצה ובשלמא למ"ד כל מקום שאתם יושבים ונהג איסור חדש א"ש דלא אכלו אפי' מצה כדאמר בירושלמי שהוצרכו לאכול מצה ממה שתגרי עכומ"ז מוכרים להם או שלא אכלו מצה כלל אבל למ"ד מושב לאחר ירושה וישיבה ולא נהג אז איסור חדש א"כ לכל הפחות מצה היו צריכין לאכול מתבואת הארץ כיון שאין איסור חדש נוהג אז ודוחק לומר שאכלו ממה שתגרי עכומ"ז מוכרין להם דכיון דשרי לאכול גם מתבואת הארץ למה אכלו ישראל דוקא ממה שתגרי עכומ"ז מוכרין להם ולא מתבואת הארץ ומצאתי גם בספר דורש לציון שהקשה כן:

ונראה דהיינו טעמא דלא אכלו מצה מעבור הארץ דכיון דדרשינן בפסחים (ל"ה) כל שאסור משום בל תאכל חמץ יוצאין בו משום מצה וכל שאין אסור משום בל תאכל חמץ אין יוצאין ידי חובת מצה ולמ"ד אין איסור חע"א אינו יוצא ידי חובת מצה בטבל משום דאם היה חמץ לא היה איסורו משום חמץ שהרי לא חל עליו איסור חמץ א"כ בשבע שכבשו ושבע שחלקו היו מותרים לאכול חמץ של כותים כמו שמותרין בכתלי דחזירא כדדרשינן בחולין מדכתיב בתים מלאים כל טוב וכיון דאם היה חמץ לא הי' בו משום בל תאכל חמץ אין יוצאין בו יד"ח מצה כשהוא מצה:

ואין לומר דנהי דשרי איסורי אכילה מקרא דבתים מלאים כל טוב מ"מ איסור ב"י לא הותר והיו אסורין לאוכלן דקא עברי בב"י במה שמחזיקין אותן לעצמן וכיון דעברי בב"י ממילא שעובר גם אלאו דבל תאכל חמץ כדמשמע מהתוס' בפסחים (דף מ"ז) דהיכא דאין עשה דוחה ל"ת ועשה אם עבר וקיים העשה לוקה נמי על הל"ת דלא גלי שתדחה הל"ת אלא במקום שרשאי לקיים העשה אבל היכא שאינו רשאי לקיים העשה מחמת דאין עשה דוחה אם עבר וקיימה לקי נמי אל"ת וה"נ דכוותה דכיון דאינו רשאי לאכול מחמת שעובר בב"י אם אכל לקי נמי על בל תאכל חמץ דז"א דלא מבעי לדעת התוס' דב"י הוי ניתק לעשה ורשאי להשהותו ע"מ לבערו ואפי' לזכות בו לכתחילה ע"מ לבערו דמהאי טעמא חשבינן בפסחים (דף כ"ט) חמץ של הקדש בר דמים שיכול לפדותו ע"מ להסיקו תחת תבשילו לריה"ג א"כ ה"נ הרי יכול לזכות בו ע"מ לבערו ואכילתו גופא

מיקרי ביעורו כיון שאין איסור באכילתו כמ"ש בעל המאור ז"ל בפסחים דלר"ש דס"ל דחמץ לפני זמנו אינו עובר עליו בלא כלום אם אוכלו מקיים בו מצות השבתה באכילתו רק שלכתחילה אסור להשהותו אחר שש שעות דמבטל מצות תשביתו ואפי' לשיטת הסוברים דאסור להשהותו ע"מ לבערו מ"מ אם שהה אין איסור ב"י באכילתו א"כ אם היה אוכלין חמץ משלל של כותים לא היו עוברין בב"י וביי"מ דבאכילה הא לא עבר אב"י דאדרבה הוא משביתו מן העולם וכיון שבעצם אכילתו אין איסור ואף שביטל מ"ע דתשביתו במה שמחזיקו עד אכילתו מ"מ בשעת אכילה ליכא ב"י ומה שעבר עבר וכיון דליכא ב"י מותר באכילה [או משום דליכא ב"י במשהה ע"מ לבערו או משום דמה שעבר עבר ובשעת אכילה ליכא ב"י דאדרבה מבערו מן העולם] ואם היה חמץ ואכלו לא עבר אב"ת חמץ דרחמנא שריא לשלל כותים ולהכי לא היו יכולים לאכול מצה משלל של כותים שאין יוצאין בו והוצרכו לאכול ממה שתגרי עכומ"ז מוכרין להם ואף דקיי"ל א"י ירושה להם מאבותיהם ויש לישראל חלק בהך תבואה ולא מיקרי שלל של כותים ודידהו לא אישתרי מ"מ כיון דאין ברירה שמא מה שיאכל לצאת בו יד"ח מצה הוא חלקו של עכומ"ז ואפי' אם יאכל כמה זיתים [ועוד נראה דאף דיש לישראל חלק בו מ"מ כיון שהיה עד עתה בידי הנכרי בתורת גזל מיקרי ג"כ שלל של כותים דסוף סוף עד עתה לא היה ביד הישראל ועכשיו לקחו ממנו ודווקא של ישראל שבידו ורשותו לא אישתרי] ולהכי לא אכלו מעבור הארץ אף לצאת בו יד"ח מצה:

מיהו נראה דהאי תירוצא לא שייך כ"א לר' יהודא דסובר חמץ לאחר הפסח נמי אסור בהנאה א"כ אפשר דאם היה חמץ לא היה בו משום ב"ת חמץ דשלל של כותים אשתרי אבל לר"ש דסובר דמותר בהנאה מה"ת לא אישתרי דלמה נתיר לו לאכול ולעבור על בל תאכל חמץ כיון שיכול לאכלו אחר הפסח בהתירא (וכן מצאתי אח"כ בטו"א בר"ה שכתב סברא זו שלא הותר חדש משום שלל של כותים מחמת שיש לו היתר לאחר זמן] וא"כ תיקשה לר"ש אמאי לא אכלו מעבור הארץ לכה"פ למצה של מצוה וצ"ל דלר"ש באמת דדרשינן מושב כל מקום שאתם יושבין והיה נוהג איסור חדש אז ולא אכלו מעבור הארץ מצה משום אסור חדש כדאמר בירושלמי וא"כ דלת"ק דר"י שהוא ר"ש בכל דוכתי אמרינן דלא אכלו מחמת איסור חדש אם נימא דסובר כר' יהודה דבזמן שאין ביהמ"ק קיים סוף היום של ט"ז מתיר תיקשה קושיית הר"ש אמאי לא התיר להם יום ט"ז דאשתקד התבואה של אשתקד ובשלמא ר' יהודא סובר הכי משום דלדידיה באמת לא היה איסור משום חדש ולא אכלו מצה של עבור הארץ משום דהוי שלל של כותים אבל לר"ש דשרי לאחה"פ ואין בזה דין שלל של כותים וע"כ שלא אכלו משום

איסור חדש א"כ אמאי לא התיר להם יום ט"ז דאשתקד כיון דבזמן שביה"ק קיים עומר מתיר בהקרבה ובזמן שאין בהמ"ק קיים צריך להמתין כל היום של ט"ז א"כ הרי חזינן שיום ט"ז הוא היתר מאוחר דאי ליכא עומר יש בכח של עצומו של יום ט"ז להתיר והרי כבר עבר יום ט"ז דאשתקד ואף שעכשיו נתנה התורה היתר של הקרבת העומר מ"מ הרי גם בזמן שביה"ק קיים אם עבר ולא הקריבו עצם של ט"ז מתיר וכבר עבר ט"ז דאשתקד דהא קרינן לחדש בקידושין (דף ל"ח) יש היתר לאיסורו ופרש"י והתוס' שם ובפסחים (דף מ"ד) דאתיא כר' יהודה דיום הנף כולו אסור בזמן דליכא עומר א"כ עיקר התירו בעברת יום הנף כולו רק שבזמן שיש עומר עומר מתיר איסורו אבל יום הנף כולו עדיף להתירו שהוא עיקר התירו וכבר עבר יום ט"ז דאשתקד דלר"י עומר מקדים היתרו אבל יום ט"ז ודאי דמתיר ולהכי מוכרח דלר"ש אמרינן דבזמן דליכא עומר האיר המזרח מתיר ובזמן דאיכא עומר גלי קרא דהעומר מעכב התירו עד שיקריבו את העומר והעומר מאחר היתרן של התבואה. א"כ ליכא למימר דט"ז של האישתקד התיר התבואות דעכשיו שנכנסו לארץ יכולים להקריב את העומר ולא מהני התירו של האיר המזרח עד שיקריבו העומר ולא עדיף התירו של ט"ז דאשתקד מט"ז דהאידנא דכיון דט"ז דהאידנא שהוא מתיר בליכא עומר התירו מעוכב בזמן דאיכא עומר כ"ש ט"ז דאשתקד: ואין לומר דהואיל לא היה עומר שהיו אז במדבר הועיל לו האיר המזרח ולא איכפת לן במה שנצטוו כעת בהקרבת העומר דז"א דכבר כתבנו דזה אמרינן דווקא גבי בשר נחירה שנצטוו בשעת הנהגת התירו של נחירה על איסור נבילה בזה אמרינן שהתיר בשעתו אבל גבי חדש שלא נצטוו אז על איסור חדש לא התיר יום ט"ז בשעתו לענין שיועיל גם עכשיו שנתחדש עיכוב היתרו של עומר ודוקא לר"י מועיל היתר ט"ז דאשתקד דלדידיה הוא עיקר היתר רק שהעומר הוא בגדר היתר לאיסור א"כ לא איכפת לן מה שנתחדש כעת התירו של עומר כיון שבאשתקד ניתר ע"י גוף התירו היינו יום ט"ז אבל למ"ד דהאיר המזרח עיקר ההיתר ועומר מעכב התירו א"כ לא מהני כעת היתר ט"ז דאשתקד דעכשיו אנו יכולין להקריב העומר ומעכב ההיתר דהא ביארנו דלא אמרינן שהועיל היתר יום ט"ז בשעתו כיון שלא היו מוזהרים אז על החדש ועכשיו הוזהר בחומרא יתירא דהקרבת העומר:

ועוד דהא ר"י ור"ל אמרו דגם בזמן שביה"ק קיים האיר המזרח מתיר ועד הביאכם למצוה והיינו דאיסור חדש כבר אזיל מהתבואה ע"י האיר המזרח רק שמצוה בעלמא רמי על האדם שלא לאכול התבואה עד שיקריבו את העומר ואין זה באיסור התבואה שאיסור התבואה ודאי דכבר הלך לו רק מצוה בפ"ע להמתין באכילת חדש עד הקרבת העומר

א"כ ודאי דלא מהני מה שעבר על התבואה האיר המזרח דאשתקד דנהי דמהני לענין איסור חדש על התבואה מ"מ המצוה עליו כעת דאיכא עומר שלא לאכול עד שיביא עומר ולא עדיף ט"ז דאשתקד מט"ז דהאידנא דהא נתחדש מצוה אחרת לגמרי ולהכי לא היו יכולין לאכול מעבור הארץ משום איסור חדש וא"כ הוכרחו ר"י ור"ל לומר דאיכא תנא דפליג על ר"י וסובר דאין סוף יום ט"ז מתיר בזמן דליכא עומר כ"א האיר המזרח דהא ר"ש דסובר חמץ אחה"פ שרי בהנאה ולא מיקרי לדידיה שלל של כותים מוכרח לומר שלא אכלו משום איסור חדש ומה שלא התירן יום ט"ז דאשתקד משום דהתירו של עומר הוא היתר מאוחר ולמצוה ובפרט דר' יוחנן סובר בפסחים (דף כ"ט) כר' שמעון ומיושב קושית התוס' שפיר ולר"י א"צ לדחוק מה שדחק בירושלמי אמאי לא אכלו מצה משום דאתי עשה ודחי ל"ת דחדש דכיון דסובר דהתבואה כבר הותרה בהאיר המזרח רק דאיכא עשה דעד הביאכם שלא יאכל חדש עד שיקריבו את העומר א"כ אמרינן דלא אתי עשה ודחי עשה דעד הביאכם:

אלא דלפ"ז תקשה לדידן דקיי"ל כר"ש דחמץ לאחר זמנו שרי באכילה מה"ת ופסקינן נמי כר"י דחדש אסור עד סוף ט"ז א"כ קרא דויאכלו מעבור הארץ ממחרת הפסח היכי מוקמינן ליה דאמאי לא אכלו מעיקרא לצאת יד"ח מצה אי משום איסור חדש הא התירן ט"ז דאשתקד ואי משום דהוי שלל של כותים ואינו אסור משום בת"ח הא כיון דשרי אחה"פ לא הותר משלל של כותים וצ"ל כמ"ש הר"ש (בפר"ק דחלה) דכיון דלא היה נוהג אז עדיין איסור חדש לא הועיל כלל מה שעבר על התבואה יום ט"ז כיון שלא ניתפס האיסור עדיין. ולהכי אף דקיי"ל כר"ש דחמץ לאחר זמנו מותר ולא היה בו דין שלל של כותים ומ"מ לא אכלו מחמת איסור חדש שהיה בו והוצרכו לצאת יד"ח מצה במה שתגרי כותים מכרו להם:

וליישב קושיית התוס' שהקשו דמנ"ל דאיכא שום תנא דפליג אר' יהודא וסובר דהאיר המזרח מתיר דילמא כולהו סברי כר' יהודא דכל יום ט"ז אסור נראה לענ"ד ליישב בפשיטות דלכאורה קשה הא דמסיק במשנה מפני מה אמרו הרחוקים מותרים מחצות היום מפני שאין ב"ד מתעצלים הך מילתא הו"ל לאסוקי ברישא קודם תקנת ריב"ז. וע"כ דר"י הוא דמסיק ליה לפי שהוקשה ליה דהשתא דאמרינן דבלא עומר כל היום אסור מן התורה א"כ אמאי הרחוקים מותרין מחצות היום ומשמע משום דאמרינן חזקה שליח עושה שליחותו כדאמרינן בעירובין (דף ל"ג) דפליגי התם ר"נ ור"ש דר"נ סובר דבשל תורה לא אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו ובדרבנן אמרינן חזקה שע"ש ור"ש סובר דאפילו בשל תורה אמרינן שע"ש ומקשי התם לר"נ מהא דרחוקים מותרים מחצות היום

ואילך ומשני ב"ד שאני שאין בית דין של כהנים מתעצלים ולר"ש מקשי ל"ל טעמא דאין ב"ד כו' הא גם בשליח דעלמא אמרינן חזקה שע"ש ומשני שליח דעלמא כולי יומא ב"ד פלגא דיומא ע"ש ולהכי הוקשה לר"י דסובר כל היום אסור מה"ת אמאי מותר מחצות דלר"נ הא לא אמרינן שע"ש בדאורייתא ולר"ש היה לו להמתין לכל הפחות כולי יומא וע"ז משני שאין ב"ד כו' ומשמע דלת"ק היה ניחא בלאו האי טעמא דאין ב"ד כו':

ולזה הוצרכו ר"י ור"ל לומר דלת"ק א"צ להמתין כל היום משום דאף בזמן שביה"ק קיים האיר המזרח מתיר ועד הביאכם למצוה ולהכי מותרים מחצות לא מיבעיא לשיטת הירושלמי דסובר דמה שצריך להמתין עד הקרבה אינו ד"ת כדאיתא בירושלמי פ"ק דחלה] דודאי שרי משום דבדרבנן אמרינן חזקה שע"ש בלא טעמא דב"ד של כהנים כו' אלא אפילו אם נימא דעד הביאכם הוי ד"ת כדעת התוס' וכמבואר בהגה"ה מ"מ שרי מחצות ואילך אף דלא אמרינן חזקה שע"ש בשל תורה מ"מ הכא שרי מחצות ואילך מטעם ס"ס דשמא הקריבו עד חצות כדרכם בכל שנה ואת"ל שלא הקריבו עד חצות שמא אין להם כלל עומר להקריב וכשאין להם עומר אז האיר המזרח מתיר אף בזמן שביה"ק קיים כדאמרינן בירושלמי דיומא לענין שעיר המשתלח דאמר התם אם אין שעיר היום מכפר כיצד הוא מכפר ר' זעירא אומר כל שהוא ר' חנינא אמר כל לבסוף אר"ז מתניתא מסייע לר"ח חומר ביוה"כ מבשעיר שיוה"כ מכפר בלא שעיר ושעיר אינו מכפר בלא יוה"כ חומר בשעיר מיוה"כ שהשעיר מכפר מיד ויוה"כ אינו מכפר עד שתחשך א"ר הונא איתתבת קמיה ר' ירמיה ואמר תפתר כשהיה בדעתו להביא ולא הביאו [פי' דאז אינו מכפר יוה"כ בתחילת היום ותלוי כפרתו עד שיביאו השעיר וכיון שכל היום היה בספק נמשך כפרתו עד שתחשך ופריך ר' יוסי בר בון ואין הקב"ה רואה את הנולד ויכפר מיד עכ"ל פי' כיון שבסוף לא הספיק בידם להביא הרי הקב"ה רואה את הנולד ונתכפר בתחילת היום וא"כ ה"נ גבי עומר אם אין בידם להביא עומר ודאי דהאיר המזרח מתיר דדמי לזמן שאין ביהמ"ק קיים ואפי' לר' ירמיה דסובר גבי שעיר דכשדעתן להביא אז כפרתן תלויה ובזה פליג עם ר"י בר בון אבל כשאין בדעתן להביא כלל מחמת שאין להם לכ"ע תחילת היום מכפר וה"נ גבי עומר אם אין בדעתן להביא כלל האיר המזרח מתיר והוי ס"ס שמא הביאו קודם חצות ואת"ל שנתאחרו יותר ממה שדרכן בכל שנה הא ע"כ שיש להם איזה סיבה וכעובדא דהורקנוס ואריסתובלוס (שם במנחות) א"כ אפשר שלא יביאו כלל לר"י בר בון ולר' ירמיה אפשר שאין בדעתן להביא ואז האיר המזרח מתיר ובמק"א כתבנו דבס"ס אם ספק אחד אינו מצוי נמי מהני כדאשכחן בנדה (דף ט"ו) אשה שיש לה ווסת בעלה מחשב ימי ווסת ובא עליה משום דהוי ס"ס אימר לא ראתה ואת"ל

ראתה שמא טבלה ומהני אפי' לענין שא"צ לשואלה כלל והתם נמי ספק לא ראתה הוי אינו מצוי כלל דהא יש לה ווסת ואפ"ה מהני האי ס"ס דא"צ לשואלה וה"נ א"צ להמתין יותר מחצות] רק דאסור מדרבנן אפילו בס"ס משום דחדש הוי דבר שיל"מ ובזה שוב מהני האי טעמא דחזקה דשע"ש דהא דס"ס אסור בדשיל"מ ודאי דהוי רק מדרבנן וסמכינן בזה אחזקה שע"ש ושרי עד פלגא דיומא [דהא דאמר ר"ש שליח כולי יומא וב"ד פלגא דיומא היינו בדאורייתא אבל בדרבנן גם בשליח דעלמא רק פלגא דיומא]:

וא"כ הרי א"ש הא דהוכרחו ר"י ור"ל לומר דלת"ק האיר המזרח מתיר דכיון דחזינן דר' יהודא דסובר כל היום אסור בזמן דליכא עומר הוצרך לומר טעמא דאין ב"ד כו' משמע דלת"ק א"צ לזה א"כ ע"כ דת"ק סובר דבזמן שאין ביהמ"ק קיים האיר המזרח מתיר ועומר מעכב ההיתר להכי א"ש לדידיה מה דמותר מחצות היום וכמש"כ דכיון דהוי ס"ס שמא הביאו ואת"ל לא הביאו שמא אין סיפוק בידם להביא כלל והתיר האיר המזרח ור' יהודא דסובר דאם ליכא עומר כל היום אסור הוצרך לטעמא דאין ב"ד של כהנים מתעצלים אבל אליבא דת"ק א"צ לזה וסמכינן אחזקה דשע"ש כמש"כ:

ורב ושמואל ור"י ור"ל שוין בהך מילתא דלת"ק האיר המזרח מתיר בזמן דליכא עומר כדמוכח מהא דא"צ לת"ק לומר הך סברא דאין ב"ד כו' רק דפליגי בסברא בעלמא אליבא דת"ק דרו"ש סברי דכיון דכתיב עד הביאכם אית לן למימר דבזמן שביה"ק קיים ההיתר תלוי בעומר ומגרע כח ההיתר של האיר המזרח (כמו דמצינו גבי שעיר של יום הכיפורים דהשעיר מגרע כח הכפרה של תחילת עצם היום] ור"י ור"ל לא מסתבר להו למימר הכי דאינהו סברי דאם יש כח בעיצומו של האיר המזרח להתיר אין סברא לומר שבזמן שביה"ק קיים יהא ההיתר מעוכב עד הביאכם דל"ד היתר לכפרה] להכי אמרי דבין כך וב"כ עומר מתיר ועד הביאכם למצוה בעלמא שצותה תורה דאף שהתיר האיר המזרח לא נאכל חדש עד שיקריבו הקרבן ולכ"ע האיר המזרח מתיר בעת שאין בהמ"ק קיים דליכא עומר כדמוכח מלשון המשנה דקאמר אין ב"ד כו' וזה ברור:

ולפמש"כ נדחה מש"כ הנוב"י בשם חכם אחד (בסימן פ"ד במה"ת חא"ח) דלפמש"כ בעל תה"ד לענין חדש דסגי אם נזרע ג' ימים קודם לעומר אם נזרע בע"פ ג"כ מותר דיש כאן מקצת היום עה"פ ויו"ט ראשון של פסח ויום הנף ואף דאמר בפסחים (דף נ"ה) דבהשרשה חד מקצת היום ככולו אמרינן תרי מקצת היום ככולו לא אמרינן היינו בזמן המקדש שהיה העומר מתיר וליכא יום הנף אלא מקצת דהיינו עד שקרב העומר אבל אחר חורבן דקיי"ל כר"י דיום הנף כולו אסור מה"ת א"כ הרי יש כאן יום ט"ז כולו עכ"ל ולפמ"ש א"א לומר כן דאף בזמן שביה"ק לא פקע התירו של יום ואם לא הביאו עומר

סוף היום מתיר רק שהעומר יש לו כח להתיר קודם סוף היום וכמ"ש התוס' בפסחים (דף מ"ד) ד"ה והוא הדין דחדש מיקרי יש היתר לאיסורו משום דלר"י דסוף היום מתיר והעומר יש לו כח להתיר מקודם מיקרי התיר איסורו ע"ש אבל מ"מ היתר דסוף היום לא נתבטל אם לא הביא העומר וה"ה תבואה שלא נשרש בשעת הבאת העומר ונשרש קודם סוף יום הנף מותרת דאף שהעומר לא התירה מ"מ סוף היום התירה ואמאי קאמר שם בפסחים (דף נ"ה) המנכש בי"ג ונעקר בידו שותלה במקום הטיט בי"ג אין בי"ד לא משום דתרי מקצת היום ככולו לא אמרינן אכתי גם בי"ד מתיר סוף יום הנף אף בזמן שביה"ק קיים א"ו דלא אמרינן בזה יום ג' עולה לכאן ולכאן כמ"ש הנוב"י שם ולא כדברי החכם שרצה לחדש דלדידן בזמן החורבן בי"ד נמי מותר:

ועוד דנראה לי ראי' לדברי הש"ך בנקה"כ (בסימן רצ"ג) דלהשרשה בעינן שתי שבתות ולא סגי בג' ימים. מדאמרינן בב"מ (דף נ"ו ע"ב) בעי רבא חיטין שזרען בקרקע מהו עומר מתירן או אין עומר מתירן ומסיק דמיירי דחצדינהו וזרעינהו קודם לעומר וחלף עלייהו עומר ולא אשרוש קודם לעומר מהו למינקט ומיכל מנייהו כמאן דשדינן בכדא דמי ושרינהו עומר או דילמא בטלי הנהו אגב ארעא ואם נאמר דסגי בהשרשה ג' ימים קשה הא רבא סובר שם בפסחים דתרי מקצת היום נמי אמרינן דהא שני התם הא דאמר ר' יהודא בי"ג משום דבגליל שנו שהיו אסורים במלאכה אבל במקום שעושין מלאכה וזורעין בי"ד מותר אלמא דתרי יומא היום ככולו נמי אמרינן וא"כ איך משכחת לה הבעי' אדרבה אפי' אם זרען בי"ד נמי מיקרי מושרשין בשעת הבאת העומר דתרי יומא מקצת ככולו נמי אמרינן והתירן העומר בזמן שביה"ק קיים ובזמן שאין ביה"ק קיים מתיר יום הנף ואיך משכחת לה בעיא דרבא אם בטלו אגב ארעא הא כבר נשרש והותרו בעומר או ביום הנף ככל התבואות בהשרשה בשעת עומר או בסוף יום הנף א"ו דלא מהני להו השרשה וכדאמר הש"ס בהדיא דמיירי בלא אשרוש ובעיא הוא רק על התבואה וע"כ דלדידן דקיי"ל שתי שבתות לא מהני ג' ימים להשרשה כדעת הנה"כ ודוחק לומר דמיירי שזרען במקום הגריד שאינו נשרש בג' ימים כדאמר ר' יהודא בברייתא או שזרען כותי ביום ראשון של פסח דכל כה"ג הוי ליה לרבא לפרש בבעיא דידיה וזה ברור:

סימן צג

שאלה הא דאמרינן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזב לפי שאינו ברשותו. אם נתרצה הגזלן שיקדישנו הנגזל אם מהני הקדישו או לא:

תשובה לכאורה נראה כיון טעמא דאין הנגזל יכול להקדיש הוא משום דלאו ברשותו הוא. א"כ כשהגזלן מתרצה לזה שפיר יכול להקדישו וכן הוא (בש"ע אהע"ז סימן כ"ח ברמ"א) אשה שחטפה מעות מאיש א' וביקש ממנה שתחזור ולא רצתה וא"ל הרי את מקודשת לי בהם ושתקה והחזיקה במעות לא הוי קידושין דשתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום הוא וכתב הב"ש (שם) דאם אמרה הן מקודשת דכשאמרה הן מיד נעשה פקדון אצלה ופקדון וקידושין נעשין כאחד. ולפ"ז הא דאר"י גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינן יכולים להקדיש היינו כ"א לבדו אינו יכול להקדישו אבל ברצון שניהם נעשה הקדש ועי"ש שמביא כן בשם תשובת שארית יוסף דאם אמרה הן מקודשת:

ומדברי הרמב"ן ז"ל בב"ק (פ' שור שנגח דו"ה) מבואר שלא כדעת הב"ש שסובר דאם נתרצית שפיר הוי קידושין אלא דאף ברצון הגזלן אין יכול הנגזל להקדיש שכתב שם וז"ל שאעפ"י שהלה רוצה ליתן לו אינו קדוש כיון שבתורת גזל הוא אצלו עיי"ש:

ובזה נ"ל ליישב דמייתי בב"מ (דף כ"א) ברייתא כיצד אמרו התורם שלא ברשות תרומתו תרומה הרי שירד לתוך שדה חבירו ולקט ותרם ובא בעה"ב וא"ל כלך אצל יפות אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה ואם לאו אין תרומתו תרומה ופריך מזה לאביי דאמר יאוש של"מ לא הוי יאוש הא בעידנא דתרם לא הוי ידע והוצרך לשנויי דשויה שליח ובירושלמי (פ"ק דתרומות) אמרינן על מתניתין דקטן שתרם ובא אביו ואימן על ידו תרומתו תרומה ובעי מכאן ולהבא או למפרע ופשיט מהא דכלך אצ"י דתנן תרומתו תרומה ואית לך למימר למפרע אלא מכאן ולהבא יעו"ש. ואף שלכאורה קשה על דברי הירושלמי דכיון דלא חל התרומה בשעת ההפרשה היך חיילא אח"כ. מ"מ נראה דנכון הוא דכיון דתרומה ניטלת במחשבה א"כ מה שאמר כלך אצ"י והסכים מחשבתו על מה שתרם השליח לא גרעה מתורם במחשבה וא"כ קשה מאי פריך הש"ס לאביי דלמא תרומתו תרומה דקאמר היינו מכאן ולהבא כמו שפי' הירושלמי מדאשכחן במתניתין הקטן שתרם דקתני נמי תרומתו תרומה ולא חיילה אלא מכאן ולהבא:

אבל לפי שיטת הרמב"ן ז"ל דסובר דהא דאר"י גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינן יכולים להקדיש אפי' ברצון הגזלן נמי לא מהני הקדישו וא"כ א"ש דכיון דכבר כתבנו בסימנים הקודמים דהברייתא מיירי שלקט ותרם ולקח לעצמו כמש"כ הרמב"ם ז"ל (בה' תרומות) וביארנו שם דלשון הברייתא הכי מוכח א"כ לא מצי לשנויי לאביי דתרומתו תרומה היינו מכאן ולהבא דכיון דלא אמרינן לאביי דבמה דניחא ליה השתא מעיקרא נמי ניחא ליה א"כ כי אתי לידיה עדיין גזל הוי [ואפי' למש"כ הש"ך (ס' שנ"ח) דמותר לאכול פירות חבירו אם יודע שלא יקפיד היינו היכא דיודע בוודאי שלא יקפיד עליו אבל

הכא שאינו יודע בודאי דהא מספקינן בדעתו גם במה שאמר כלך אצ"י ודאי דהוי גזל לאביי] וא"כ לא חיילה התרומה אפי' מכאן ולהבא דהבעה"ב אינו יכול לתרום כעת כדין גזל ולא נתייאשו הבעלים ואף שהמלקט ניחא ליה שיחול התרומה מ"מ כיון דאתי לידיה בתורת גזל לא מהני מה דניחא ליה לגזלן כמש"כ הרמב"ן ז"ל להכי הקשה שפיר לאביי ואף דודאי אם המלקט כאן בשעה שאומר הבעה"ב כלך אצ"י ודאי דהוי תרומה מכאן ולהבא דהא במה שאמר כלך אצ"י מחיל עכשיו לגבי המלקט ונעשה המלקט בעלים של הפירות ומשוי ליה עכשיו תרומה במחשבתו מכאן ולהבא מ"מ זהו דווקא אם הפירות מונחים ביד המלקט או ברשותו אז זוכה בהן במה שמוחל לו הבעה"ב ונעשים עכשיו תרומה במחשבתו דמלקט אבל אם אינו ברשותו וידו הא לא זכה בהן ולא מצי המלקט למשוינהו עכשיו תרומה והבעה"ב נמי לא מצי למשווינהו משום שהם בתורת גזל ביד המלקט ואינם ברשותו של הבעה"ב ולא מהני אף במה שמתרצה המלקט לזה ובריייתא סתמא קתני תרומתו תרומה אעפ"י שאינם מונחים ברשות המלקט ולהכי הקשה שפיר לאביי והירושלמי דסובר דחייל מכאן ולהבא אפשר דסובר באמת דהיכא דניחא ליה לגזלן יכול הנגזל להקדיש או דהירושלמי מפרש להברייתא דתורם שלא ברשות שלא תרם ליקח לעצמו אלא שתרם בשביל בעה"ב כפרש"י ז"ל שכתב בהדיא וליקט בשביל בעה"ב ולהכי שפיר חייל התרומה מכאן ולהבא אף דלא מהני למפרע:

ועוד אפשר לומר דגם הש"ס דילן דמשני דשויה שליח מפרש שתרם בשביל בעה"ב וחיילה תרומה מכאן ולהבא כשיטת הירושלמי ואף דהמקשה היה מפרש שתרם ליקח לעצמו כשיטת הר"מ ז"ל ולהכי לא הוה מצי לשנויי לאביי דתרומתו תרומה דקתני היינו מכאן ולהבא כדין גזל ולא נתייאשו הבעלי' שניהם אינן יכולים להקדיש אף ברצון הגזלן מ"מ המתרץ שתירץ דשויה שליח מפרש שתרם בשביל הבעה"ב וממילא מצינו לפרש תרומתו תרומה מכאן ולהבא כיון דליכא כאן דין גזל שהרי בשביל בעה"ב תרם ואף דלא חייל למפרע מ"מ כי אתי בעה"ב ואמר כלך אצ"י חייל התרומה במחשבתו מכאן ולהבא ואשמעינן בריייתא דאמדינן לישנא דכלך אצ"י לאומדנא גמורה דניחא לי' וכשיטת הירושלמי:

ונ"ל שגם הרמב"ם ז"ל מפרש כמש"כ דהא דמשני דשוי' שליח מיירי שתרם בשביל בעה"ב ולא כמו שהי' מפרש המקשה שתרם ליקח לעצמו דהוא ז"ל פסק כהך בריייתא דכלך אצ"י בסתמא ופירשנו לעיל דטעמא משום דכיון דמפרש הברייתא בתורם ליקח לעצמו והו"ל גזלן להכי חיילא התרומה למפרע אפי' לדידן דקיי"ל כאביי ביאוש של"מ ומטעם שקנה הפירות ביאוש ושינוי השם כמ"ש לעיל וא"כ אכתי קשה דהא בש"ס

מבואר דאפי' לסברת הש"ס דלאביי לא חיילא התרומה למפרע מ"מ בשויה שליח ותרם מיפות נמי מהני למפרע דלענין שינוי דיפות ובינונית מהני גם לאביי ניחותא דלמפרע וא"כ הו"ל להר"מ ז"ל להביא הך דינא דשליח שתרם מיפות בשביל בעה"ב ובא בעה"ב ואמר כלך אצ"י הוי תרומה למפרע ואף שלא כיון לגוזלן לעצמו ולא היה בו בהם שום קנין מ"מ לענין שינוי דבינונית ויפות מהני ניחותא דלמפרע וכסברת המתרץ שתי' דבהא מודה אביי דהא הש"ס הוי סובר דגם בלוקחם לעצמו ליכא קנין בפירות ואפ"ה משני דמהני לאביי מטעם ניחותא דלמפרע וא"כ נהי דלהר"מ ז"ל היכא דלקחם לעצמו קנה מטעם יאוש ושינוי השם כמ"ש לעיל מ"מ הו"ל לאתויי דאפי' היכא דתרם בשביל בעה"ב דליכא יאוש ושינוי השם מ"מ אם שויה שליח ושינה רק במה שתרם מיפות מהני כלך אצ"י אבל לפמש"כ א"ש דכמו דלא מהני לאביי כלך אצ"י בתורם שלא ברשות לגמרי ה"נ לא מהני בשויה שליח ותרם מיפות והש"ס דמשני בשויה שליח מפרש באמת דהוי תרומה מכאן ולהבא אבל למפרע לא מהני לאביי א"כ אין כאן חידש דין בהך שינויא דפשיטא דמכאן ולהבא חייל ועיקר רבותא דברייתא להשמיענו דלישנא כלך אצ"י לישנא דניחותא הוא וזה כבר השמיענו הר"מ ז"ל במש"כ דין תורם שלא מדעת בעלים ליקחם לעצמו כפי סברת המקשן בפי' הברייתא ובדברי המתרץ אין שום חידוש דין ע"כ לא כתבו הר"מ ז"ל כלל להך שינויא דשויה שליח:

וא"כ לפי מה שביארנו דהמתרץ דמשני בשויה שליח מפרש תרומתו תרומה מכאן ולהבא והמקשה דמקשה לאביי לא רצה לפרש מכאן ולהבא משום דפי' בליקט ולקח לעצמו ולהכי לאביי דלא מהני התרומה למפרע לא מהני נמי אח"כ משום גזל ולא נתייאשו הבעלים הרי מוכח בהדיא כשיטת הרמב"ן ז"ל דהנגזל אינו יכול להקדיש ולתרום אף ברשות הגזלן דהא הכא המלקט רוצה שיהא תרומה רק כיון שלא הועיל מה שאמר בעה"ב כלך אצ"י נעשה המלקט גזלן במה שלוקחם לעצמו עד עכשיו לא מהני נמי מחשבתו דבעה"ב לשויה תרומה מכאן ולהבא:

ונ"ל דטעמו של דבר הוא דהא דאמרינן גזל ולא נתייאשו הבעלים אין הנגזל יכול להקדיש לפי שא"ב אין הטעם לפי שהגזלן קנאה קצת ונכנסה לרשותו להתחייב באונסין. דלפ"ז הוי מהני אם הגזלן מתרצה ג"כ להקדישו אלא הטעם הוא לפי שהוקלש כח הבעלים הואיל ואינו ברשותו ולהכי לא מהני אף אם הגזלן מתרצה ג"כ להקדישו דסוף סוף הוקלש כח הנגזל מהחפץ ואין בידו להקדישו:

ולכאורה יש להביא ראיה לדברינו שביארנו דעיקר הטעם שאין הנגזל יכול להקדיש הוא משום דקלישא כחו ולא משום קנין הגזלן מהא דאמרינן בב"ק (דף ס"ט) גבי צנועין

דאמרי כל הנלקט מזה יהא מחולל על המעות ואמר שם דצנועין פליגי אדר"י דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינן יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שא"ב דהא אינהו הוו מחללי אחר שלקטו וגזלו העניים ולבתר הכי קאמר רבא אי לאו דאר"י צנועין ור"ד אמרו ד"א הו"א מאן תנא צנועין ר"מ היא לא אמר ר"מ מע"ש ממון גבוה ואפ"ה לענין פדיון אוקמא רחמנא ברשותו דכתיב ואם גאל יגאל איש ממעשרו חמישיתו יוסף עליו קרייה רחמנא מעשרו ומוסיף חומש כרם רבעי נמי גמר קודש ממעשר מה קודש דכתיב גבי מעשר אע"ג דממון גבוה הוא לענין פדיה אוקמיה רחמנא ברשותו אף האי קודש דכתיב גבי נטע רבעי אע"ג דלאו ממון דידיה לענין אחולי אוקמי רחמנא ברשותיה דהא כי איתא ברשותו נמי לאו דידיה הוא ומצי מחיל מש"ה מצי מחיל אבל גבי לקט כיון דממונא דידיה כי איתא ברשותו הוא דמצי מפקיר כי ליתא ברשותו לא מצי מפקיר עכ"ל הגמרא והשתא תקשה ל"ל לרבא להאריך בטעמא דמצי בעה"ב לחלל לר"מ משום דבלא"ה לאו ברשותו לר"מ הא בלאו האי טעמא ניחא הא דמצי לחלל לר"מ דהא אמרינן בקידושין (דף נ"ג) דלר"מ דסובר מע"ש ממון גבוה לא מצי יהיב ליה במתנה כלל ולא יוכל אדם לזכות בהן א"כ הא לא שייך לאמר בהן דין גזל ולא נתייאשו הבעלים אין הנגזל יכול להקדישו לפי שא"ב כיון דהגזלן לא קנה להו ואין לגזלן בהם שום קנין דממון גבוה הוא ולא איקליש זכות הנגזל ע"י מה שגזלו העניים ולהכי מצי לחלל בכרם רבעי משו' דגמר קודש קודש ממעשר א"ו דהא דאין הנגזל יכול להקדיש אין הטעם כלל משום קניית הגזלן אלא משום דהורע כחו של הנגזל ע"י מה שאין הדבר בידו ולהכי גם במעשר שני דלא קנה גזלן נמי אין הבעה"ב יכול להקדישו ולהפקיר דמ"מ הוקלש כח הבעה"ב ואינו יכול להקדישו:

מיהו אין ראיה מכאן דאיכא למימר דלעולם הטעם דאין הנגזל יכול להקדישו הוא משום קניית הגזלן ואף דמע"ש ממון גבוה הוא ולא מצי זכי בהו למהוי שלו לגמרי מ"מ להתחייב באונסין שפיר קני ליה ומה"ט דקני ליה להתחייב באונסין אין הנגזל יכול להקדישו דהא בכל גזילה דעלמא נמי לא קני ליה למהוי שלו רק להתחייב באונסין כמש"כ התוס' בחולין (דף מ"א) ד"ה רבוצה והאי קנין שייך גם בממון גבוה והרי גם באיסורי הנאה קיי"ל לדעת רוב הראשונים דלא שייך בהו קנין וזכי' ואפ"ה להתחייב באונסין שייך בהו קנין כדאמרינן בב"ק (דף ע"א) גבי גנב שור הנסקל וטבחו חייב דו"ה למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי אע"ג דהא ודאי דאינו מתחייב דו"ה עד שיקנה להתחייב באונסין כדאמרינן במרובה (דף ע"ט) ראהו שהטמין בחורשין וטבח ומכר חייב דו"ה ופרכינן והא לא משך אלמא דבלא משיכה ליכא דו"ה א"כ ש"מ דבאיסורי

הנאה שפיר קנה להתחייב באונסין וה"נ במע"ש אף דממון גבוה הוא ולא שייך בהו זכיה למהוי שלו מ"מ להתחייב באונסין שייך בהו קנין וכיון דקני' גזלן לענין אונסין אין הנגזל יכול להקדישו:

ואדרבה מסוגיא זו נראה ראיה ברורה דעיקר הטעם שאין הנגזל יכול להקדישו הוא משום דקנה הגזלן להתחייב באונסין ונכנסה קצת לרשותו ולא משום קלישת כח הנגזל דהא התוס' הקשו שם בתחילת הסוגיא דאמר שם דריש לקיש דמוקי למתניתין דגנב והקדיש כגון שהקדישו בעלים בידי גנב פליג אר"י וסובר דיכולים הבעלים להקדיש אף כשהוא ביד הגנב והוא דאמר כצנועין דתנן הצנועין מניחין את המעות ואומרים כל הנלקט מזה יהא מחולל על המעות האלו אלמא שהיו יכולים לחלל אף שהפירות היו אצל העניים כדין גזל ה"נ הבעלים יכולים להקדיש הגניבה שביד הגנב ולא כר"מ וע"ז הקשו התוס' וא"ת והיכי מדמה הקדש לחילול שכמו שיכול לחלל מה שביד חבירו כן יכול להקדיש והלא אעפ"י שאין יכול להקדיש פירות של חבירו יכול לחלל הקדש של חבירו כדמשמע ריש האשה רבה (דף פ"ח) דקאמר אי קדושת דמים משום דבידו לפדותו ואי קדושת הגוף אי דידיה כו' משמע דבקדושת דמים אין חילוק בין דידיה לחבריה ונ"ל דל"ד דהקדש מאחר שהוקדש יצא מרשות בעלים וכמו שהבעלים יכולים לפדותו כמו כן אחר אבל כרם רבעי אע"ג דממון גבוה הוא מ"מ הבעלים זכאים לאכלן בירושלים עכ"ל הרי מבואר מדבריהם דעיקר מילתא דאין אדם יכול לפדות מע"ש וכרם רבעי של חבירו לאו משום דבעי בעלים הוא אלא משום דאית לבעלים זכיה בגווייהו להעלותן לירושלים מצי מעכבו מלפדות משום דאולי ניחא להו לבעלים שיהו הפירות בקדושתן אבל אי לאו עיכובא דבעלים הוי חייל הפדיון אף דאחר מחללן משום דלא בעינן בעלים דוקא גבי פדיון:

וכן מוכח בהדיא מהא דתנן (בפ"ד דמע"ש) ומייתי לה בגיטין (דף ס"ה) מערימין על מע"ש כיצד אומר אדם לבנו ובתו הגדולים לעבדו ולשפחתו העברים הא לכם מעות הללו ופדו בהן מע"ש ואוכלו בלא חומש ומוקי לה בשפחה דלא אתיא ב' שערות א"כ אם נאמר דמה שאחר מחלל מע"ש של חבירו הוא מטעם שליחות הבעלים תקשה הא קטנה לאו בת שליחות היא ואף שכתבו התוס' שם דמתניתין אתיא כמ"ד הגיע לעונת נדרים תרומתו תרומה מ"מ זה מהני רק לענין מה שהקשו דהא אין מעשה קטן כלום ולזה מהני תירוצם כיון שהגיע לעונת נדרים הקדישו הקדש ותרומתו תרומה אבל לענין שליחות ודאי דלא מהני הגיע לעונת נדרים ובעינן גדול ממש וא"כ איך מהני חילול של שפחה עברית א"ו הפודה מע"ש של חבירו לאו משום שליחות הוא אלא משום דלא בעינן

בעלים כלל כיון דאין הבעלים מקפידין יכול כל אדם לפדות [ובלא"ה מוכח בפשיטות דהפודה מע"ש ש"ח אין זה מטעם שליחות דהא הבעלים צריכים להוסיף חומש ואחר א"צ להוסיף חומש א"כ ע"כ לאו בשליחותייהו דבעלים קא עבדי ודוחק לומר דהכי גלי קרא שאף שהוא בשליחות הבעלים עכ"ז אין צריך להוסיף חומש דזה דוחק גדול הוא ואף התוס' שהביאו ראיה מהא דפ' האשה רבה דיכול לפדות קדושת דמים ש"ח בלא דעתו לא הוצרכו להך ראי' אלא משום שרצו להוכיח שיכול לפדות בלא דעת בעלים כלל. אבל לענין דלא בעינן בעלים ממש ושליחותן זה יכולין להוכיח מהא דאין אחר מוסיף חומש] ולהכי נמי תנן (במע"ש פ"ד) הבעה"ב אומר בסלע והאחר אומר בסלע ואיסר של סלע ואיסר קודם מפני שמוסיף על הקרן עיי"ש ומשמע פשטא דמתניתין דאף שהבעלים רוצים לפדות בסלע ואינם רוצים שיפדה האחר בסלע ואיסר עכ"ז האחר קודם הרי שפודה האחר אף שאין הבעלים מתרצים בפדייתו ואף שהתוס' כתבו דבכרם רבעי ומע"ש הואיל ואית להבעלים זכייה בגווייהו אין אחר יכול לפדותם בלא דעתם זהו דוקא כשאין הבעלים רוצים בעיקר החילול דאז יכולים לעכב שישארו הפירות בקדושתן לאוכלן בירושלים אבל כשהם מסכימין בעיקר החילול ורוצים שיתחללו הפירות אז גם אחר יכול לחללן בלא דעתם ואם האחר נותן סלע ואיסר הוא קודם:

עכ"פ הרי ביררנו דפדיון של מע"ש וכרם רבעי לא בעי בעלים דוקא וגם אחר היה יכול לחללן אי לאו קפידא דבעלים ומע"ש וכרם רבעי של הפקר יכול כל אדם לחללן משום דלא בעינן בעלים בחילול ופדיון והשתא אם איתא דהא דאין הנגזל יכול להקדיש משום דהורע כחו של נגזל במה שאינו ברשותו תקשה דזה ניחא גבי הקדש שאין אדם יכול להקדיש דבר שאין לו בעלים כלל ובעינן בעלים ממש. להכי אינו יכול להקדיש נמי דבר שהוקלש כחו ואינו ברשותו אבל גבי חילול דמצי לחלל דבר שאין לו בעלים כלל כמו הקדש בדק הבית רק במע"ש עיקר העיכוב בהו משום זכותן של הבעלים דאית להו בגווייהו להעלותן לירושלים לאוכלם א"כ אם אפילו הוקלש כח הבעלים ע"י שאינו ברשותו ודאי דמצי הן עצמן לחלל ומאי איכפת לן במה שהורע כחו של הבעלים במה שאינן ברשותן הא לא גרע לגבייהו מחילול דבר שאין לשום אדם זכות בהם כמו בדק הבית דמצי כל אדם לחלל כיון דאנן אמרינן דבחילול יד כל אדם שוה אם אין לשום אדם זכות בהן רק במע"ש רביע עלייהו כח הבעלים המעכב אדם אחר מלחלל אבל הבעלים גופייהו הא מצי מחללו אף אם הורע כחו ומי מעכב ע"י ולא גריעי משאר כל אדם בבדק הבית ואכתי תקשה אמאי אמרינן דלר"י לא מצי מחללו. א"ו דהא דאין הבעלים יכולים לחלל הוא משום שקנאן הגזלן להתחייב באונסין ויש להם כח בעלים

ולהכי במע"ש נמי אע"ג דגבי חילול אמרינן דבדבר שיד כל אדם שוה בו יכולים הכל לחלל ולא בעי בעלים דווקא אבל במע"ש שיש לבעלים זכיה בגווייהו אין אחר יכול לחלל והבעלים בעצמו נמי לא מצי מחללו משום דנכנסו קצת לרשות הגזלן להתחייב באונסין וזה שנכנס קצת לרשותן לענין אונסין מעכב את הנגזל מלחלל דמשוי לגזלן כמו בעלים דהא בידו להעלותם לירושלים וגרע מבדק הבית דבבדק הבית יד כל אדם שוה בו ומע"ש זה שביד הגזלן קני ליה הגזלן קצת להתחייב באונסין וזה מכניס הגזילה קצת לרשותו וכמו שנתפס כחן של בעלים במע"ש לבטל כח הפדיון והחילול מאחרים ע"י מה שיכולין להעלותו לירושלים ה"נ נתפס כח קנין של חיוב אונסין של הגזלן לבטל כח הבעלים מלחללן כמו בכל גזילות חולין דאלים כח הגזלן ע"י קנינו להתחייב באונסין כדילפינן מקרא דמה ביתו ברשותו. וכ"ז אם נימא דקנין האונסין של הגזלן מבטל כח הנגזל בזה אמרינן שפיר דגם במע"ש מבטל כח הבעלים משום דגם הגזלן הוה כמו בעלים אבל אי הוי אמרינן דעיקר הא דאין הנגזל יכול להקדישו הוא משום שהוקלש כחו לחוד הוא א"כ בחילול מע"ש הא ליכא למימר הכי דהא מה שהוקלש כח הנגזל לא מגרע כחו מלחלל דלענין חילול לא בעינן בעלים דהא יכולים לחלל בדק הבית של חבירו וה"נ מה איכפת לן מה שהוקלש כחו ע"י קניית הגזלן:

ומ"מ אף שמזה ראיה דקנינו של גזלן מעכב את הנגזל מלהקדישו עדיין אין זה ראיה דאם הגזלן מתרצה להקדיש זה יועיל דאפשר דמ"מ אינו מועיל דכה"ג מצינו בב"ק (דף צ') דאמר שם איש ואשה שמכרו בנכסי מלוג לא עשו ולא כלום ופרש"י משום דל"ד לשותפין בעלמא דהתם יש לזה חלק בכולו ליטול חצי ולזה חלק בכולו ליטול חצי אבל הכא כולן קנוין לבעל לפירות וכולן קנוין לה לגוף וליכא מיוחד לא לזה ולא לזה ע"ש הרי דמצינו כה"ג דאף במה דאין האיש יכול למכור הוא משום זכותה של האשה והאשה אינה יכולה למכור הוא מפני זכותו של האיש אפ"ה לא מהני מה ששניהן מתרצין וה"נ אף שהנגזל אינו יכול להקדיש מפני כחו של הגזלן והגזלן אינו יכול להקדיש מפני כחו של הנגזל אפ"ה לא מהני מה ששניהם ביחד מתרצים לזה:

מיהו אף שביארנו דלא מהני מה שמתרצה הגזלן להקדישו מ"מ זה דוקא בהקדש ותרומה דבעי בעלים ממש ואינו יכול להקדיש ולתרום דבר של הפקר אבל בחילול ופדיון ודאי דמהני אם הגזלן מתרצה דהא כבר ביארנו דלענין פדייה וחילול לא בעינן בעלים ממש דגם אחר יכול לפדות ולחלל היכא דאין הבעלים מקפידין ורק היכא דהבעלים מקפידים יכולים לעכב לאיש אחר מלחלל הואיל ואית להו זכייה בגווייהו לאוכלן בירושלים אבל אי לא עיכובא דידהו יכול כל אדם לחללן א"כ כ"ז שייך היכא

שהבעלים מקפידים באמת או שבא המע"ש ליד גזלן וקני להו הגזלן להתחייב באונסין וע"י קנייתו יש לו הכח לעכב החילול בלא דעתו כמו שהבעלים בעצמם יכולים לעכב וכמו שביארנו לעיל אבל אם הנגזל והגזלן שניהם רוצים לחלל את הפירות ודאי דמהני דדוקא היכא דבעינן בעלים ממש בזה שפיר אמרינן דלא מהני אף ששניהם רוצים משום דהוקלש זכות שניהם ואין להם דין בעלים וכמו דאמרינן באיש ואשה שמכרו בנכסי מלוג כו' אבל במידי דלא בעינן בעלים ולא איכפת לן אלא שלא יהא מהבעלים עיכובא וקפידא וכיון שהנגזל והגזלן מתרצים מי מעכב ע"י ושפיר חל החילול:

ולפ"ז יש לתמוה טובא על דברי התוס' בקידושין (דף נ"ו) דאמרינן שם אין לוקחין בהמה טמאה עבדים וקרקעות ממעות מע"ש ואם לקח יאכל כנגדן ומוקי לה כשברח המוכר והקשו התוס' היאך הוא יכול לחללן הרי אין אדם יכול לחלל דבר שא"ב כדאמרינן במרובה בשמעתא דצנועין דפריך לר"י דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולין להקדיש כו' מהא דצנועין שאומרים כל הנלקט ותי' הר"מ שאני הכא שהלוקח יכול לחלל המעשר שביד המוכר משום דזכות הוא לו למוכר וזכין לו לאדם שלא בפניו דהא זכיה מטעם שליחות והוי כמו שליח וה"נ אמרינן בנדרים (דף ל"ו) דבעי התם התורם משלו על של חבירו צריך דעת בעלים או לא מי אמרינן זכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו א"ד ניחא ליה לאיניש למיעבד מצוה בממוניה וע"כ לא מיבעי ליה התם אלא משום דאמר ניחא ליה לאינש למיעבד מצוה בממוני' אבל היכא דלא שייך כי אם זכות כי הכא עבדינן זכותיה אבל בההיא דצנועין ליכא למימר הכי שהרי הגזלנים עצמם אינם יכולים לתקן כלום מה שבידם שהרי אינו שלהם והוי גזל ולא נתייאשו הבעלים וכיון דאינהו לא מצי עבדי שליחותייהו נמי לא מצי עבדי והשתא ניחא שכשהמעות ביד המוכר יצא לחולין אם יאכל הלוקח כנגדן אע"פ שאין בידו דכיון שהוא זכות למוכר יעשה לוקח שליחות ויחללנו עכ"ל ולפי מש"כ אין תירוצם עולה יפה כיון דמהני גבי חילול אם הנגזל והגזלן מתרצים א"כ כמו דאמרינן גבי לקח בהמה טמאה במע"ש יאכל כנגדן וחייל החילול משום דזכות הוא למוכר ה"נ גבי צנועין דהוי לן למימר דיכולים הבעלים לחלל דאף שהעניים יש להם דין גזלן. מ"מ כיון דניחא להו חייל החילול ולא שייך כאן כלל הא דאמרינן כל מילתא דאיהו לא מצי עבד לא מצי משוי שליח כיון דלא בעינן כלל בעלים גבי פדייה וחילול וכיון דהנגזל והגזלן מתרצים יכולים לחלל כמו גבי לקח בהמה טמאה ולענין קושייתם שהקשו בהא דגבי צנועין אמרינן לר"י דלא מצי הבעלים לחלל וגבי לקח בהן בהמה טמאה אמרינן דיאכל כנגדן כבר כתבנו לעיל ליישב קושיתם:

ועוד נ"ל ליישב בפשיטות דבעיקר הדבר שכתבו התוס' בקידושין ובב"ק דזכות הוא להמלקטין שיחללו הפירות נ"ל לכאורה דז"א ואדרבה חוב הוא לו דכיון שאין הבעלים יכולים לתת במתנה להמלקטין משום דמעשר ממון גבוה הוא כר"מ דאי הוי מצי יהיב להו במתנה לא הוי אמר הש"ס דלר"י לא מצי לחלל דהא מצי יהיב להו במתנה ולחלל בשליחותן דזכות הוא להם א"ו דהש"ס סובר דאתי כר"מ ולא מצי יהיב להו במתנה (וכמו שמהדר הגמרא בקידושין (דף נ"ד) לאוקמא סתמא דמתניתין (דמס' מע"ש) כר"מ ע"ש ואף דבב"ק קאמר רבא אי לאו דאר"י צנועין ור' דוסא אמרו דבר א' הו"א מאן תנא צנועין ר"מ לאו משום דעד השתא בעינן למימר דלאו ר"מ הוא דבאמת עד השתא נמי בעינן למימר דאתיא כר"מ דאי לאו הכי הא מצי להקנות לעניים בתורת מתנה ולחלל בשליחותן משום דודאי ניחא להו א"ו דאתי' כר"מ דאמר ממון גבוה הוא ועיקר מילתא דרבא אמסקנא סמיך דאמר דכיון דלר"מ בלא"ה אינו ברשותו ואוקי רחמנא ברשותיה לענין חומש מצי לחלל אף הגזל שביד העניים] וא"כ הוא בתורת גזל אצל המלקטין הוי החילול חוב לגבייהו דהא כשיתחלל יכנסו הפירות לרשות בעלים ויהא בידם גזילת חולין וקודם החילול לא היה בידם אלא גזילת מע"ש ודמי חולין שוין הרבה יותר מדמי מע"ש והוי חוב לגבייהו במה שמתחייבין לשלם דמי חולין לבעלים ואף דזכות הוא להם במה שיצאו מאיסור אכילת מע"ש חוץ לירושלים מ"מ איכא נמי חוב ששוה יותר ולא הוי זכות גמור ואף דאחר החילול שוב מצי לתת להם במתנה דאז הוי ממון הדיוט מ"מ בשעת החילול איכא חוב להמלקטין שמא לא יתן להם אחר החילול ואנן בתר השתא אזלינן וכיון דאיכא חוב והם קנו בתורת גזילה לא מצי בעלים לחלל משא"כ בלוקח עבדים ובה"ט דתיכף אחר החילול נכנסו המעות מע"ש לרשות המוכר דתופס בהן בדמי הבה"ט שמכר ללוקח ונעשים מיד של מוכר א"כ הוי החילול זכות גמור למוכר דמפקיע ממנו איסור מע"ש ושפיר מצי לחלל וזה פשוט:

וראיתי בס' קצה"ח שתי' עפ"י דברי התוס' הנ"ל שיטת הרמב"ם ז"ל שפסק (בפ"ט מה' מע"ש) כצנועין שכתב שהיו מניחין המעות ואומרים כל הנלקט מזה יהא מחולל על המעות ותמה הכ"מ בשם הרמב"ן ז"ל הא בגמ' אמרינן דצנועין לית להו הא דאר"י וסברי דאדם יכול להקדיש דבר שא"ב וכיון דאנן קיי"ל כר"י לא היה להרמב"ם ז"ל להביא דינא דצנועין וע"ז תירץ הקצה"ח בשם אחיו הריז"ל דהש"ס מיירי בשאר שני שבוע שאין הפירות הפקר ויש לעניים דין גזלנים וכיון דאינהו לא מצו לחלל צנועין נמי לא מצי לחלל בשליחותן דמילתא דאיהו לא מצי עביד לא מצי משוי שליח אבל הרמב"ם ז"ל שהעתיק דין הצנועין מיירי בשמיטה דזכו העניים בפירות בתורת הפקר כדין שמיטה

ויכולים העניים בעצמן לחלל להכי מצו נמי הבעלים לחלל בשליחותן משום דזכות הוא להם וזהו כשיטת התוס' הנ"ל אבל לפי מה שביארנו דגבי חילול ופדיון יכול הנגזל לחלל כשהגזלן מתרצה א"כ א"א לומר כדברי התוס' דאם איתא דאמרינן דוודאי ניחא ליה להמלקט בהאי חילול וזכות הוא לו הוי מצי בעה"ב לחלל אף בשאר שני שבוע. גם מש"כ דבשמיטה זכו העניים בתורת הפקר קשיא לי טובא הא הרמז"ל פסק (בה' מע"ש ובכמה דוכתי) דמע"ש ממון גבוה הוא וכיון דאמרינן בקדושין דלמ"ד מעשר שני ממון גבוה הוא לא מצי יהיב לי' במתנה ה"נ ודאי דאין אדם יכול לזכות בהן בתורת הפקר דהא אפילו למ"ד ממון גבוה הוא אית לבעלים זכיה בגווייהו להעלותן לירושלים ואפ"ה לא מצי יהיב להו במתנה משום דמפני קדושתן אין נתפס בהם זכיית אדם ה"נ אין אדם יכול לזכות מן ההפקר אלא כדקיימא קיימא וכרם רבעי ילפינן ממע"ש בג"ש דקודש קודש והוי נמי ממון גבוה ולא מצי זכו בהו ועוד קשה על הש"ס גופא מנ"ל דפליגי צנועין אר"י דילמא מיירי בשמיטה וכשיטת הרמב"ם ז"ל:

ולתרץ דברי הרמב"ם ז"ל על מכונם מכל הקושיות שהקשו עליו נעתיק לשונו (בפ"ט מה' מע"ש) וז"ל מי שהי' לו נטע רבעי בשנת השמיטה שיד הכל שוה בו צריך לציינו בקזוזות אדמה כדי שיכירו בו ולא יאכלו ממנו עד שיפדה והצנועין היו מניחין את המעות בשנת שמיטה ואומר כל הנלקט מפירות רבעי אלו מחולל על המעות האלו שהרי א"א לפדות במחובר כמו שביארנו עכ"ל וכבר כתבנו שהרמב"ן ז"ל תמה עליו דהא אנן קיי"ל כר"י דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולין להקדיש כו' ולא קיימא לן כסתמא דכל הנלקט אלא כסתמא דאין הגונב אחר הגנב:

גם הקשה עליו הכ"מ בהא דפסק שהרי א"א לפדות במחובר דהא בש"ס אמרינן בהדיא לא תימא כל הנלקט אלא כל המתלקט דהיינו שאמרו הצנועין שכל מה שילקטו העניים יהא מחולל על מעות הללו מעכשיו ומשום דיש ברירה הרי בהדיא דיכול לפדות מע"ש במחובר ואף דבתוספתא איתא שאין פודין מע"ש במחובר כמש"כ הר"מ מ"מ לא הו"ל להר"מ ז"ל למישבק סתמא דתלמודא ולפסוק כהתוספתא:

ולענ"ד דברי הר"מ ז"ל נכונים ותחילה ניישב במה שפסק כצנועין אע"ג דאנן פסקינן כר"י דודאי דהר"מ ז"ל לא מיירי בהך דינא דצנועין כמו דמיירי בש"ס דהש"ס מפרש להא דצנועין בשאר שני שבוע והרמב"ם מיירי בשמיטה כמ"ש הקצה"ח אבל אין הטעם כמ"ש הקצה"ח דבשמיטה זכו בהם העניים ומחללי הבעלים בתורת שליחות אלא הטעם דדוקא בשאר שני שבוע כיון דאית להו לבעלים זכייה בגווייהו להעלותן לירושלים יש להעניים דין גזלן וכמו שביארנו לעיל דאף דמע"ש ממון גבוה הוא ולא מהני בה קנין

לזכות בהן לגמרי מ"מ להתחייב באונסין שפיר קני להו (כמו שהוכחנו לעיל מדין גנב שור הנסקל וטבחו) וכיון דהעניים קנו אותן כדין גזל לא מצו הבעלים לחלל בלי רשותא דידהו ויש להן לעכב החילול כמו הבעלים גופייהו כדין גזל ולא נתייאשו הבעלים. וכמו שהוכחנו לעיל דהא דאין הנגזל יכול לחלל הפירות שביד הגזלן הוא משום קנינו של גזלן שקונה אותן להתחייב באונסין ולא משום גרעון כח של הנגזל עיין היטב לעיל אבל בשמיטה דהפירות הוי הפקר ואין לבעלים שום זכות בהן ולא נחתו העניים בתורת גזל וגם העניים בעצמן לא קני להו במה שלקטו משום דמעשר שני ממון גבוה הוא ולא שייך בהו קנין ויש להם דין הפקר אף כשהן ביד המלקטים שפיר מצי הבעה"ב לחלל דהא כבר בארנו דחילול ופדיון לא בעי בעלים דוקא וכל אדם יכול לחלל פירות של הפקר כמו שאדם יכול לפדות בדק הבית של חבירו דכל היכא דאין רשות הבעלים מעכבין מלפדות ולחלל יכול כל אדם לפדות ולחלל וה"נ בפירות של הפקר ושפיר פסק הר"מ ז"ל הך דינא דצנועין בשמיטה משום דבשמיטה אין כאן דין גזל רק הפקר בעלמא וחילוק זה לא מלבו בדה הרמז"ל אלא הם דברי הירושלמי כמו שיבואר:

ויתבאר נמי בזה הא דלא מוקי הש"ס הא דצנועין בשמיטה כי היכי דלא תקשה אר"י בגזל ולא נתייאשו כו' וז"ל הירושלמי (פ"ה דמע"ש) דאמר התם ר"י גופא אתיא דרשב"ג כמ"ד לעיתותי ערב דתניא רד"א כל מה שילקטו העניים בין העמרים הבקר הרי הוא הבקר רי"א לעיתותי ערב וחכ"א אין הבקר אנסין הבקר שאין אנו אחראין לרמאין ברם כמ"ד בשחרית לא אתיא ויש אדם מבקר במחובר לקרקע א"ר ירמיה אפילו כמ"ד בשחרית אתיא ולאו רשב"ג היא ועוד הוא אית ליה משיכתו של מע"ש הוא פדייתו א"ר יוסי והיינו וקם לו אלו ראה ככר מתגלגל בנהר ואמר ככר זה הקדש כלום אמר א"ר ירמיה עד דאת מקשי ליה בשחרית קשייתה לעיתותי ערב א"ל מאן דאית ליה לעיתותי ערב לית ליה לאילין קשייתא עכ"ל הירושלמי ביאורו לפענ"ד הוא כך אחרי שנקדים לבאר במה שהוכחנו לעיל דפירות של הפקר יכול כל אדם לחלל ולפדות אשר לכאורה קשה ע"ז כיון דהש"ס מדמה חילול להקדש ובהקדש אינו יכול להקדיש דבר של הפקר כדמשמע בנדרים (דף ל"ד) גבי היתה ככר של הפקר מונח בתוך ד"א עיי"ש והכי אמר בירושלמי בהדיא אלו היה ככר בנהר ואמר הרי הוא הקדש כלום אמר. וא"כ אמאי יכול לחלל ואם נימא דיש איזה חילוק בין חילול להקדש א"כ מאי משני אר"ל דמוקי מתניתין כשהקדישו בעלים ביד גנב הוא דאמר כצנועין דלמא חילול עדיף דיכול לחלל אף שאינו ברשותו ולהקדיש אינו יכול א"ו דהש"ס סובר דאין נפקותא בין הקדש לחילול א"כ אמאי יכול לחלל דבר הפקר וצ"ל הטעם דיכול לחלל קדושת דמים מטעמא

שכתבו התוס' דלית לבעלים זכייה בגווייהו ויד בעלים שוה בהו ליד כל אדם להכי יכול לחלל כיון דבמה שמחללין נכנסין לרשותו מקרינן בעלים לחלל דע"י החילול נעשה שלהם להכי מצי מחללו קדושת דמים משא"כ להקדיש דבר הפקר דאחר ההקדש לא יכנוס לרשות המקדיש ועכשיו נמי לאו דילי' הוא להכי לא מצי להקדישו דדוקא גבי חילול שאחר החילול נכנס לרשותו מיחשב המחלל כבעלים ותופס חילולו בהפקר אבל הקדיש דבר הפקר שקודם ההקדש לאו דילי' הוא ואחר ההקדש נמי לית לי' זכי' בגווי' דהא הקדש הוא א"כ במה הוא נחשב כבעלים שיתפוס הקדשו ונקוט האי כללא בידך ויצא כאור נוגה צדקת דברי הירושלמי דמעיקרא אמר דאתיא דצנועין כמ"ד לעתותי ערב דהא לעתותי ערב אמר כל שלקטו העניים יהא הפקר (כדאיתא בבבלי ב"ק ס"ט) וכיון דהוא סובר לעתותי ערב גבי לקט אלמא דסובר דיכול להפקיר דבר שא"ב להכי הכא גבי נטע רבעי נמי אמרי צנועין כל הנלקט ברם כמ"ד שחרית דהוא ר"י דאמר גבי לקט שחרית אומר בעה"ב כל שיהיה נלקט היום יהא הפקר וסובר דלא מצי אמר ערבית [אע"ג דבערבית הוי עדיף טפי שלא יתפקרו עניים ללקוט הרבה ע"י שישמעו שהפקיר כמש"כ התוס' בב"ק (דף ס"ט) ד"ה כל] משום דסובר אין אדם מפקיר דבר שא"ב ואינו יכול להפקיר אחר לקיטה א"כ ה"נ לא מצי לחלל דבר שא"ב וכאן לא מצי אמר שחרית דהא עדיין היה מחובר וכי יש אדם מבקר במחובר לקרקע והיינו שאינו יכול לחלל דבר שהוא מחובר לקרקע וע"ז משני אמר ר' ירמיה אפי' כמ"ד בשחרית אתיא ולאו רשב"ג היא פי' אפילו מ"ד שחרית וסובר ודאי דלא מצי אמר ערבית משום דלערב לאו ברשותו הוא הכא גבי נטע רבעי מודה דמצי אמר ערבית דאתיא כרשב"ג וקאי צנועין לדידיה רק אשמיטה ובשמיטה לא הוי הפירות של בעלים וגם המלקט לא זכה בהן משום דקיי"ל כר"מ דהוי ממון גבוה והוי הפקר בעלמא להכי יכולין הצנועין לחלל ערבית אף שהוא ביד העניים. וע"ז פריך ועוד הוא אית ליה משיכתו של מע"ש הוא פדייתו היינו כיון דמוקמית לה כרשב"ג קשה הלא רשב"ג סובר משיכתו של מע"ש הוא פדייתו כדמייתי בירושלמי (פ"ד דמע"ש מ"ו) ר' יוסי מייתי לה מקרא דכתיב וקם לו דאחר נתינת הכסף אינה קונה אלא משיכה [ומטעם זה אמר שם בירושלמי על משנה דמשך הימנו פירות מעשר בסלע ולא הספיק לפדותו עד שעמד בשתים דנותן סלע ומשתכר בסלע אתיא דלא כרשב"ג דאי לרשב"ג דאמר משיכתו הוא פדייתו א"צ ליתן כלל אלא סלע א' דעיקר חילולא הוא בשעת משיכה ועיין בהשגת הראב"ד ז"ל (בפ"ח מה' מע"ש) שביאר יפה דברי הירושלמי דלרשב"ג עיקר החילול חל בשעת המשיכה וכיון שבשעת המשיכה

היה שוה סלע דין שיתן סלע משא"כ לרבנן שעיקר החילול הוא בשעת נתינת הכסף וכיון שאז עומד בשתים צריך ליתן שתים]:

והשתא מקשה הירושלמי כיון דמוקמית להך דצנועין כרשב"ג דמיירי בשמיטה והוי פירות הפקר א"כ אלו ראה ככר של הפקר בנהר כלום אמר ה"נ אינו יכול לחלל דבר הפקר דבשלמא לרבנן שנכנס המעשר לרשות המחלל בנתינת המעות בלא משיכה כדאמרינן גבי משך ממנו מעשר בסלע משום דסברי דעיקר חילול קדושת הפירות הוא על ידי הכסף ובמה שנתן לחבירו הכסף יצא המע"ש לחולין ה"נ במעשר של הפקר להכי יכול לחלל משום דבמה שמחלל נכנסו הפירות לרשות המחלל ולהכי מהני חילול כמש"כ לעיל אבל רשב"ג דסובר בעצמו דמשיכתו הוא פדייתו ובכסף לא נכנס הפירות לרשותו והכא שהנטע רבעי ביד המלקטים לא קנה המחלל במה שמחלל אלא הרשות והחצר יקנו לו להמלקט שהפירות ברשותו בשעת החילול א"כ לא מצי בעלים לחלל כלל כיון שאף אחר החילול לא יהא שלו וגם עכשיו הוא הפקר כמו שאינו יכול להקדיש ככר בנהר ה"נ אינו יכול לחלל וע"ז השיב ר' ירמיה עד דאת מקשית בשחרית קשייתה לעתותי ערב היינו דלפי קושייתך שהפקר אינו יכול לחלל א"כ למה את מקשה למה שאני מתרץ דצנועין כמ"ד בשחרית תקשה אף למ"ד לעתותי ערב דהא הכא לא מצי אמר לעתותי ערב דהא הוי הפקר ומעות אין קונות בנט"ר וכיון דאחר החילול נמי לא יהא שלו לא מצי לחלל ומשני למ"ד לעתותי ערב לית ליה קשייתא דהיינו שאותו מ"ד כיון שסובר שיכול לחלל דבר שא"ב א"כ אין עליו שום קושיא כלל ואין אנו צריכין לאוקמי לדידיה כלל בשמיטה ומיירי בשאר שני שבוע דאף שיש למלקטים דין גזלן אפ"ה מצי לחלל דסובר דמצי לחלל דבר שא"ב אבל למ"ד שחרית דהוא סובר דאינו יכול לאמר לעתותי ערב משום דלא מצי להפקיר ולחלל דבר שא"ב וא"א לאוקמי מתניתין בשאר שני שבוע דהא הוי גזל ואתה צריך לאוקמי בשמיטה דהוי הפקר. א"כ קשה כיון דרשב"ג סובר כסף אינו קונה במע"ש ונט"ר לא יהיה של בעלים אחר החילול ולא מצי לחלל ולדידיה קשה הא בשחרית אינו יכול לומר דהוי מחובר ובערבית בשאר שני שבוע הוי גזל ובשמיטה הוי הפקר ואינו יכול לחלל וקמו דברי הירושלמי דצנועין כמ"ד לעיתותי ערב ויכול לחלל דבר שא"ב וזהו דווקא לרשב"ג דסובר משיכה קונה במע"ש אבל לרבנן דבמה שיחלל הנט"ר יכנוס לרשותו ויהא שלו ויכול לחלל בשמיטה אחר הלקיטה לדידן דקיי"ל כר' יוחנן דאינו יכול לחלל דבר שא"ב מ"מ כאן הוי הפקר ואחר החילול יהא שלו ומצי לחלל:

והשתא אתי שפיר בעזה"י דלפי מסקנת הירושלמי לא מצינן לאוקמי מתניתין למ"ד בשחרית כיון דסובר דלא מצי לחלל דבר שא"ב ובשמיטה נמי לא מהני חילול כיון דאי נימא דצנועין כרשב"ג דקאי בשמיטה הא לרשב"ג משיכה קונה ולא מהני חילול של בעלים דאחר החילול לא יהא שלו ומוקי לה הירושלמי כמ"ד לעתותי ערב וכמסקנת הש"ס דילן ממש דמשני אימא כל הנלקט ור' יוחנן סתמא אחרינא אשכח אבל הרמב"ם ז"ל דפסק כמתניתין דמשך ממנו מעשר דמעות קונות במעשר כמש"כ (בפ"ח שם ה' ט') שמע"ש פדייתו הוא משיכתו א"כ בשמיטה יכול לחלל דאף שעכשיו הוא הפקר ולא זכו בה העניים משום דממון גבוה הוא מ"מ כיון שלאחר החילול יהא שלו שפיר מצי לחלל ולומר כל הנלקט דעיקר טעם הירושלמי שהקשה על אוקימתא דר' ירמיה דמוקי לה בשמיטה הוא רק משום דרשב"ג בעצמו סובר משיכה קונה כדמקשה. ועוד הוא אמר משיכתו הוא פדייתו אבל לדידן דקיי"ל בהא מילתא דל"א משיכתו הוא פדייתו כרשב"ג אתיא דצנועין אפי' כמ"ד שחרית דסובר כר' יוחנן וכרשב"ג דמיירי בשמיטה וזה ברור בעזהי"ת [והא דלא מוקי הירושלמי מתניתין כר"י דאמר מע"ש ממון הדיוט הוא דלפ"ז הוי מצי לאוקמי שפיר בשמיטה ואפי' לרשב"ג ולא היה קשה מהא דאלו ראה ככר עובר בנהר משום דלר"י יש קנין להמלקט בשמיטה במה שלוקט ונעשה שלו ויכולים הבעלים לחלל משום דזכות הוא להמלקטים צ"ל דהירושלמי סובר כמש"כ לעיל דזה לא מיקרי זכות גמור כיון שע"י החילול יקנה הפירות ואף שאפשר להתנות שיקנה המעות את הפירות בשביל המלקט כמ"ש לעיל בהגה"ה מ"מ הא זה לא מוזכר בדברי הצנועין והם אמרו סתם כל הנלקט מזה יהא מחולל על המעות להכי ע"כ מוכח דאתי כר"מ דאמר ממון גבוה הוא ולא נקנה להמלקט ושפיר מצי לחלל וע"ז הקשה מאלו ראה ככר עובר בנהר דאכתי אינו יכול לחלל כיון שאחר החילול לא יהא שלו]:

הנה נתיישב דברי הרמז"ל במה שפסק כצנועין בשמיטה אף דבש"ס דילן לא רצה לאוקמי דצנועין בשמיטה ולענין מה שהקשו עליו ז"ל שפסק שא"א לחלל במחובר ובש"ס דילן אמר כל המתלקט דהיינו שאמר בשחרית שכל המתלקט יהא מחולל למפרע הרי דמצי לחלל גם כשהוא מחובר נ"ל ליישב ג"כ לפי מה שכ' הר"ש הביאו הכ"מ (בפ"ט מה' מע"ש) דטעמא דאין פודין במחובר הוא משום שאין שומתו ידועה והתוס' כתבו בתמורה (דף כ"ז) ד"ה לא דהא דאמר שמואל הקדש שוה מנה שחיללו על שו"פ מחולל הוא בבעלים שחללו אבל אחר שאינו בעליו שחלל צריך לפדות בשוויו עי"ש וכ"כ במנחות (דף ע"א) ד"ה ומתירין עי"ש ומסתמא ה"ה בנטע רבעי דאחר שחילל בעי לפדות בשווי' דווקא לפ"ז בש"ס דילן דמשני כל המתלקט דקאי אשאר שני שבוע

דבשביעית ודאי דלא מצי למימר כל המתלקט דהא השתא הוי הפקר גמור וגם כשיפדה יהא הפקר דדין שביעית לא יופקע וכ"ז שהם בשדה בעלים הוי הפקר. להכי ע"כ דמיירי בשאר שני שבוע והוי דבעלים ממש וקיי"ל הקדש שוה מנה שחילל על שוה פרוטה מחולל להכי פודין אף במחובר לקרקע אע"ג דלכתחילה בעי שיפדה בשווי' מ"מ בדיעבד מחולל אף בשו"פ והכא בשביל תקנת עניים שרי לכתחילה אבל הרמב"ם ז"ל שכ' דינא דצנועין בשמיטה כתב שפיר שאינו יכול לומר כל המתלקט שאין פודין במחובר לקרקע דבשביעית דלא הוו צנועין בעלים של הפירות בעי שיפדה בשוי' ומחובר לקרקע אין שומתו ידוע דהא דאמר שמואל הקדש שוה מנה שחללו על שו"פ מחולל הוא דוקא בבעלים אבל לא בכל אדם וגם הירושלמי דאמר ברם כמ"ד בשחרית דיש אדם מבקר במחובר לקרקע הוא משום דגם בתחילה נמי הוי מוקי להא דצנועין כרשב"ג בשמיטה דהוי הפקר והכי משמע לישנא דר' ירמיה דאמר ולאו כרשב"ג משמע דגם המקשן הי' סובר דאתיא כרשב"ג אלא דר' ירמיה חידש האי סברא כיון דאתיא כרשב"ג שפיר מצי למימר כל הנלקט משום דלא זכה גם המלקט משום דהוי ממון גבוה אבל גם המקשן ידע דאתיא כרשב"ג] וכ"ז שהם ביד הבעלים ודאי דהוי הפקר ובעי פדיון בשויה להכי אין במחובר:

מיהו נ"ל דא"א לומר כן דהא בש"ס אמר רבא אי לאו דאר"י צנועין ור"ד אמרו ד"א הו"א מאן תנא צנועין ר"מ עיי"ש ולכאורה קשה דאי צנועין כר"מ א"כ אמאי אמרו כל הנלקט הא עדיף למימר כל המתלקט דבכל הנלקט איכא חשש דשמא לא יפרש דבריו לומר שיחול אחר הלקיטה כמש"כ התוס' דצ"ל שחרית כל הנלקט כדי שיאמר קודם שיאכלו המלקטים ואיכא חששא שמא לא יפרש דבריו] טפי הו"ל למימר כל המתלקט דהא ר"מ סובר בהלוקח יין יש ברירה ואין לומר דלהכי עדיף טפי כל הנלקט משום דכל המתלקט לא מהני למה שיגדל אחר האמירה, ואף דמה"ת בטל ברובא מ"מ איכא איסור דרבנן דדבר שיש לו מתירין לא בטיל ועדיף טפי לאמר כל הנלקט ז"א דהא ר"מ סובר אדם מקנה דשלבל"ע ויכול לחלל אף הפירות שיגדלו אח"כ כמו שיכול לתרום דשלב"ל כדאמרינן בקידושין (דף ס"ב) דארב"י אמר פירות ערוגה זו מחובר על פירות ערוגה זו תלושה או איפכא לכשיביאו שליש ויתלשו דבריו קיימין משום דסובר כר"מ דאדם מקנה דשלב"ל וא"כ מ"ט דהאי תנא דלא אמר כל המתלקט וע"כ הטעם משום דלא מצי לומר כל המתלקט משום דאין פודין במחובר וא"כ הרי מוכח דאף היכא דהוי שלו לגמרי דהיינו בשאר שני שבוע כדמיירי בש"ס דילן נמי לא מצי לחלל במחובר אע"ג דבשלו אמרינן הקדש שוה מנה שחיללו על שוה פרוטה מחולל:

ע"כ נראה לי לכאורה ליישב דברי הרמב"ם דסובר דהא דאין פודין במחובר הוא אפי' במעשר שלו אע"ג דהקדש שלו שחילל על שוה פרוטה מחולל היינו בדיעבד אבל לכתחילה בעינן שיפדה בשווי' ממש ולהכי אין פודין במחובר והא דבעי למימר כל המתלקט אע"ג דהוא מחובר לפי אותה אוקימתא באמת לא היו מתקנין הצנועין האיסור דרבנן דמדרבנן אין פודין במחובר לקרקע ורק האיסור דאורייתא היו מתקנין:

כמש"כ התוס' בב"ק שם שלא היו מתקנין איסור דבר שיש לו מתירין לענין מה שגדל אח"כ אבל לר"מ דאמר כל הנלקט משום דסובר ממון גבוה הוא ויכול לחלל אף אחר הלקיטה עדיף טפי לאמר כל הנלקט כדי לתקן גם האיסור דרבנן ולפדות בתלוש להכי אר"מ כל הנלקט ולא כל המתלקט:

ובזה מצאנו ראיה מוכרחת לדברי הר"מ דגם מהש"ס דילן מוכח דאין פודין במחובר דאל"ה אמאי לא אמר ר"מ כל המתלקט וכמש"כ לעיל דהא איהו סובר יש ברירה וגם מהני על הפירות שגדלו אח"כ דסובר אדם מקנה דבר שלב"ל וע"כ משום דאין פודין במחובר אמר הכי ומעיקרא דאמר כל המתלקט היה סובר דלא היו מתקנין אלא איסור דאורייתא. ומיושב בזה גם קושיית התוס' שהקשו אמאי לא חיללו כל הכרם אבל לדברינו א"ש כיון דמדרבנן אין לפדות במחובר לא רצו לעשות לכל הכרם פדיון במחובר דלהמלקטים היו רוצים לתקן כל מה שיש בידם לתקן והאיסור דרבנן שלא היו יכולים לתקן כמו פדיון במחובר לא היו מתקנין אבל לעצמן לא רצו לעבור גם על איסור דרבנן ולא רצו לפדות כל הכרם במחובר. ואין לומר שיפדו כל הכרם במחובר ואחר התלישה יפדו פעם שני לתקן גם פדיון בתלוש ז"א דכיון דכבר נפדה מדאורייתא שוב לא מהני לי' פדיון שני כלל ול"ד להא דאמר בהזהב (דף נ"ג) בנתערב באחד ומאה דהוי דבר שיל"מ ע"י פדיון אע"ג דמדאורייתא ברובא בטל ואפ"ה מהני פדיון לאפקועי איסור דרבנן דהתם מדרבנן לא בטל ולהכי מהני פדיון אבל במחובר לקרקע אפשר דבדיעבד אפי' מדרבנן מחולל ורק לכתחילה אין לחלל במחובר [ואפשר דהטעם הוא משום דגזרינן שמא יפדו קודם גמר פרי כמו סמדר ואז ודאי דלא הוי חילול כלל]. ויש ראיה דהא דאין פודין במחובר הוי רק מדרבנן גם מהש"ס דקדושין שם דבעי ר"א אם אמר פירות ערוגה זו תלושין יהא תרומה על פירות ערוגה זו מחוברין או איפכא לכשיתלשו ונתלשו מהו ופשט דדבריו קיימין ומייתי ראיה מברייתא עיי"ש ואמאי לא מייתי ממתניתין דכל המתלקט דמהני ואם נימא דמחוסר תלישה הוי כמחוסר מעשה א"כ אמאי מהני כשאומר כל המתלקט כיון דהשתא הוי במחובר לא מהני מה שאמר שיחולו כשיתלש ומדלא פשיט ממשנה זו דכל המתלקט דמחוסר תלישה לאו כמחוסר מעשה דמי ע"כ

דהא דאין פודין במחובר הוא רק מדרבנן מטעם שכתב הר"ש מפני שאין שומתו ידוע או מטעם שכתבנו דגזרינן שמא יחלל כשהוא סמדר ולא גמר פירי להכי לא מצי למיפשט אתרומה דהתם מה"ת אינו יכול לתרום במחובר להכי אינו יכול לתרום אף אם אמר לכשיתלשו אבל בפדיון נט"ר יכול לחלל מה"ת במחובר רק מדרבנן אינו יכול לחלל כשהוא מחובר להכי אם אמר לכשיתלקט מהני חילולו

מיהו יש לדחות דלא מצי פשיט ממתניתין משום דאיכא למידחי דאתיא כר"מ דסובר אדם מקנה דשלב"ל. [אע"ג דר' יוחנן בעצמו לא מוקי לה בב"ק כר"מ מ"מ הי' אפשר לדחות דאתיא כר"מ] להכי חייל הפדיון לכשיתלשו ומש"כ הרמב"ם ז"ל בטעמא שלא אמרו כל המתלקט משום דאין פודין במחובר ולא כתב משום דאין ברירה וכמו שהקשו בש"ס אטעמא דכל המתלקט י"ל דאי הוי אמר משום דאין ברירה הוי אמרינן דאכתי הא מצי לחלל כל הכרם בבת א' כקושיית התוס' שם בסוגיא להכי הוצרך הטעם משום דאין פודין במחובר שוב מצאתי להרשב"א ז"ל בחידושיו שעמד בזה על הרמב"ם ז"ל במש"כ הטעם שאין פודין במחובר ויש לכוין דברינו לדבריו ז"ל:

ויותר נ"ל ליישב שיטת הרמב"ם ז"ל במש"כ שאין פודין במחובר באופן פשוט דלכאורה קשה טובא בהא דאמר בב"ק אאוקימתא דכל הנלקט השתא נמי קשיא דר"י אדר"י דאמרת לר"י כל המתלקט אלמא אית ליה ברירה והא ר"י ל"ל ברירה דאר"א אר"י האחין שחלקו לקוחות הן כו' ולפי שיטת התוס' דיכולין לפדות במחובר לקרקע כדי שלא יכשלו העניים תקשה הא התוס' כתבו שם ד"ה כל הנלקט דלא בערב היו אומרים כל הנלקט דא"כ לא הי' מועיל למה שאכלו העניים כבר אלא בשחרית היו אומרים שיחול הפדיון כשיהיה נלקט עיי"ש ואפ"ה אין בכל הנלקט חשש ברירה דברירה לא מיקרי אלא באומר עכשיו שהנלקט יחולל מעכשיו כמו למ"ד כל המתלקט אבל אם אומר שיחולל אחר הלקיטה אין בזה חשש ברירה וכ"כ הר"ש ז"ל בפירוש המשניות והאריכו בפרט זה השא"ר והנוב"י ז"ל בתשובותיהם וא"כ אמאי פשיט ליה להש"ס דמ"ד כל המתלקט ודאי דסובר יש ברירה דילמא לעולם סובר דאין ברירה רק שאין כוונתו שיחול החילול מעכשיו על פירות המתלקטים אח"כ דזה לא מהני משום דאין ברירה אלא כוונתו שיחול בשעת הלקיטה כשיטול הפירות בידו לתלשם קודם שיתלשנו אז יהי' החילול ואז עדיין לא זכה בהן המלקט דהא מחוברים הן ולא נעשה עליהם גזלן וברשותו דמריה קיימא ובאותה שעה מבורר שפיר הפירות שלוקטים כיון שנוטלם בידו לתולשם ושפיר מהני חילול הבעלים וחייל אף למ"ד אין ברירה דהא אינו אומר שיחול החילול מעכשיו אלא לאחר זמן כשיתבררו הפירות שהם מלקטים היינו שיטלם בידו לתולשם

אז יחול החילול ולא למפרע ואם כן מאי מקשה הש"ס דר"י אדר"י דלמא כל המתלקט היינו כשיטלם בידו ללקט ועדיין מחוברים הם יחול החילול ולא דמי לכל שילקטו העניים יהא הפקר דלא מהני למ"ד אין ברירה דשם גבי לקט מיירי בתבואה תלושה ולא מצי אמר שיחול מיד כשיטלנו בידו דמיד שנוטלם בידו זכה ונעשה עליהם גזלן ושוב לא מצי בעלים להפקירן למאן דסובר כר"י ולהכי מוכרח לומר דכל שילקטו ויתבררו יהא הפקר למפרע וזה לא מהני למ"ד אין ברירה. אבל גבי צנועין דהוי מחובר לקרקע דלא זכה מיד בנטילתו בידו קודם שתלשן יכול לאמר שאז יחול החילול שבאותו שעה מבוררין הם וגם עדיין לא זכה בהן המלקט:

וכה"ג איתא במשנה (דמע"ש פ"ב) מי שהיו מקצת בניו טמאין ומקצתן טהורין מניח את הסלע ואומר מה שהטהורים שותים סלע זו מחוללת ע"ז ונמצאו טהורים וטמאים שותים בכד א' עכ"ל המשנה וקאמר עלה בירושלמי אם באומר מכבר משקה מעורב כלומר דאמר מעכשיו יהא מחולל כפי שמגיע לטהורים נמצא הכל מעורב ואף הטמאין שותין מעשר ואם באומר לכשישתו למפרע חולין שתו כלומר ואין הסלע מתחלל על מה ששתו אלא הן קיימין באומר מכבר לכשישתו כלומר מעכשיו יהא מחולל לכשישתו עכ"ל הירושלמי עם פי' הר"ש שם ועיין (בפ"ח מה' מע"ש) שגם הראב"ד הביא דברי הירושלמי שם (בהלכה ט"ו) וסיים שם ויש ברירה ופי' הכ"מ שדעתו להקשות על דברי הר"מ ז"ל שפסק כהך מתניתין והך מתניתין אתיא כמ"ד יש ברירה ואנן קיי"ל אין ברירה. והכ"מ תירץ דלא מיירי המתניתין כמו שפי' הראב"ד ז"ל דאמר מעכשיו לכשישתו אלא שאמר סמוך לעת שמתחילין לשתות תהא סלע זו מחוללת עליו דהשתא חל החילול קודם שיתחילו לשתות ולא מופלג אלא סמוך ביותר בשעה שפירש היין מהכד לפיהם דהשתא אינו ענין לברירה עכ"ל הרי מבואר בהדיא שיכול לחלל באופן שיחולל בשעה שפירש היין מהכד שאז הוא עדיין קודם השתייה ואין בזה חשש ברירה וה"נ אם אמר כל מה שילקטו העניים כשיטלו בידם קודם תלישה מן הקרקע יהא מחולל מהני ואין בזה לא משום ברירה ולא משום דבר שאינו ברשותו:

ע"כ נראה מזה ראי' ברורה לשיטת הרמז"ל דלא מצי לפדות במחובר לקרקע ומה שאמר בש"ס כל המתלקט אין הכוונה שמה שילקוט יחולל מעכשיו כשהוא מחובר אלא שיחולל תיכף בעת הלקיטה אחר התלישה דאף דאין אדם מחלל דבר שא"ב מ"מ אם אמר שיחולל בעת התלישה ויבוא ביחד עם התלישה שפיר חייל דהא בתמורה (דף כ"ה) בעי באמר על לקט עם נשירת רובו יהא הפקר ובע"ל התם דכיון דבהדדי קאתי הוי הפקר וכן בבכור אם אמר עם יציאת רובו הרי הוא עולה נמי חייל ורק דהתם מסתפק בזה משום

דאיכא למימר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ונדחין דברי התלמיד אבל נגזל שאמר שיחול הקדישו וחילולו עם זכיית הגזלן בהדדי בשעת התחלת זכייתו ממש נראה דשפיר חייל דהא זכיית הבעלים קודמת ואין בכח זכיית הגזלן למנוע ההקדש והחילול והכי דייק פשטא דלישנא דכל המתלקט דהיינו בשעת לקיטה ממש יחול החילול עם התלישה ולא הוי מחובר וגם אין קנין הגזלן מעכב חילול של הבעלים אז אבל לעולם במחובר ממש לא מהני כלל חילול וע"ז פריך אח"כ דהא ר"י סובר אין ברירה וברירה שייך אף אם אמר שיחול בשעת לקיטה ואף שביארנו דברירה לא שייכא רק אם מתנה שיחול למפרע אבל אם מתנה שיחול כשיתברר יש ברירה לכ"ע כמו גבי מקצת בניו טמאים דמהני אם אומר מה שטהורין שותין מחולל על הסלע התם שאני דאין שום דבר המונע את החילול עכשיו והיין ראוי להתחלל גם עכשיו להכי לא מיקרי ברירה אם אומר שיחולל כשיטלו הטהורין היין מן הכד אבל הכא דהשתא לא מצי לחלל מטעם מחובר אם מתנה שמה שיתלוש מן המחובר יחולל לא מהני למ"ד אין ברירה דהיכא דדיבורו מצי חייל על כל היין נכנס כל היין בספק וכשהטהור שותה חל ע"ז החילול אבל כשהפירות מחוברין לא חייל דיבורו על פירות המחוברין כלל וכשאנו רוצין שיחול על אותן שנתלשו כשיתלשו אנו צריכין לומר דאגלאי מילתא למפרע שהם היו עומדין לתלוש וחייל אז דיבורו עליהם ושוב קאתינן לחשש ברירה דהא כל אדם שאומר על איזה דבר שיחול לאחר זמן כמו מקדש ומקדיש ומחלל אף שאין הדבר נגמר עכשיו כ"א לאחר זמן מ"מ דיבורו חייל עכשיו על הדבר ומטעם זה נגמר הדבר מאליו בבוא הזמן שקבע לזה אבל אם יש דבר המעכב שאין הדבר ראוי לחול עליו עכשיו לא חייל דיבורו כלל עכשיו ואף אם כשבא הזמן שקבע שפיר ראוי לחול עליו מ"מ כיון שלא התחיל דיבורו כלל אז לא מצי חייל לאח"ז ולהכי אם אמר דבריו על פירות הרבה והן מחוברין שיחול על איזה מהן שיתלש קאתינן לחשש ברירה אף שאינו רוצה שיחול למפרע כ"א אחר התלישה נמי מיקרי ברירה שאין אנו יודעין עכשיו על איזה פירות יתחיל להמשך חלות דבריו ואיזה מהן יהיו תלושין וזה מקרי ברירה גמורה ואף דלענין דשלב"ל אמרינן מחוסר תלישה לאו כמחוסר מעשה דמי ואם אמר פירות ערוגה זו תלושין על פירות ערוגה זו מחוברין לא מיקרי דשלב"ל זהו דווקא לענין דלא מקרי דשלב"ל ומיירי כשמברר הפירות שיחול עליהם כשיתלשו אבל לענין ברירה שאינו מברר הפירות רק שאומר על כל הכרם שיחול על הפירות שיתלשו העניים לא מיקרי מבורר כשמחוסר תלישה דלענין ברירה לא מהני מה שבידו לתלוש. ועוד דהא לא בתלישתו תלה כ"א בתלישת העניים את הפירות וזה לא הוי בידו דהא לא רצה לחלל על אלו המעות רק מה

שיתלשו העניים ותלישת העניים לא הוי בידו] וכיון דלא מצי חייל על מחובר מיקרי ברירה אף שרצה שיוגמר הדבר לאח"ז ושפיר פריך לר' יוחנן דסובר הלכה כסתם משנה ובמשנה הא קתני כל המתלקט דהיינו שיחול עם הלקט בהדדי משום דיש ברירה. ופסק נמי האחין שחלקו לקוחות הן משום דאין ברירה:

ולפ"ז מתברר שיטת הרמב"ם ז"ל מדברי הש"ס גופא דאין יכול לחלל במחובר דהא מהאי טעמא קאתי עלה לדין ברירה מטעם שאינו יכול לחלל במחובר ומה שלא אמר הר"מ ז"ל שלא היה יכול לומר כל המתלקט משום דאנן קיי"ל אין ברירה. משום דבזה עדיין היה קשה אמאי לא חללו כל הכרם ביחד כמו שהקשו התוס' להכי כתב סתם דלהכי אמרו כל הנלקט שהרי אינו יכול לפדות במחובר ובטעם זה מבורר שלא חיללו כל הכרם ביחד וגם שלא אמרו כל המתלקט דהיינו שיחול עם תחילת הלקיטה נמי מתיישב בזה דכיון שאינו יכול לפדות במחובר אם יאמר כל המתלקט קא אתינן לדין ברירה ואנן קיימא לן אין ברירה ונתיישבו בעז"ה כל דברי הרמב"ם ז"ל על מכונם:

סימן צד

הרמב"ם ז"ל (בה' טומאת צרעת פ"י) כתב דמילה דוחה צרעת מפני שעשה דוחה ל"ת וכבר תמהו ע"ז הלח"מ והמל"מ ז"ל דבגמרא בשבת (דף קל"ב) אמרינן דהא דמילה דוחה צרעת הוא משום דכתיב בשר אפילו במקום בהרת ור"י יליף מק"ו דדוחה שבת וקאמר דאי משום עשה דוחה ל"ת ליכא למשרי משום דצרעת הוי עשה ול"ת משום דכתיב השמר בנגע הצרעת והשמר הוי ל"ת ואף דרב אשי אמר התם בטעמא דצרעת דוחה עבודה ולא אמרינן דעשה דעבודה לידחי צרעת הוא משום דכי אמרינן דעשה דוחה ל"ת ה"מ היכא דבעידנא דמיעקר ללאו קא מקיים לעשה כגון מילה בצרעת וכו' משמע דטעמא דמילה בצרעת הוא משום עשה דוחה ל"ת. מ"מ הא כתב ר"ת ז"ל שם בתוס' ד"ה האי דלסימנא בעלמא נקט מילה בצרעת אבל באמת אין זה הטעם משום עשה דוחה ל"ת אלא הטעם משום דכתיב בשר או דילפינן ק"ו משבת עיי"ש וא"כ קשה על הר"מ ז"ל שכתב דהטעם משום עשה דוחה ל"ת:

והמל"מ ז"ל כתב שם דכיון דמייתי בגמרא ברייתא דלעשות א"א עושה אבל עושה אתה בסיב שעל רגלו ובמוט שעל כתפו שוב לא דרשינן לעשה והוי קציצת בהרת ל"ת לחוד:

וקשה לי טובא דכיון דבגמרא פריך אהך ברייתא דבסיב שע"ג רגלו ל"ל קרא הא הוי דבר שאין מתכוין ודבר שא"מ מותר כר"ש ומשני דהוה פס"ר א"כ גלי קרא דאע"ג דבכל התורה פסיק רישיה אסור מ"מ בקציצת בהרת שרי וכיון דשרי בלא מתכוין אף שלא במקום מצוה פשיטא דבמקום מצות מילה שרי דגבי מילה נמי מקשי בש"ס שם ל"ל

קרא לר"ש הא הוי דבר שאינו מתכווין ומותר ומשני דמודה ר"ש בפ"ר וא"כ למה לי' להרמב"ם ז"ל לכתוב הטעם דמילה בצרעת שרי משום עשה דוחה ל"ת ת"ל דפ"ר שרי גבי קציצת בהרת אפילו שלא במקום מצוה:

ועל התנא דדריש מילה בצרעת מקרא דבשר לא קשה מידי משום דאפשר דל"ל דרשא דלעשות כלל ואסור פ"ר בקציצת בהרת כמו בכל התורה ולהכי איצטריך קרא דבשר. אבל הרמב"ם ז"ל שהביא בהלכותיו קרא דלעשות למישרי סיב שעל רגלו א"כ קשה ל"ל טעמא דעשה דוחה ל"ת גבי מילה הא בלא"ה שרי דהא הוי דבר שא"מ ושרי גבי פסיקת בהרת אף דהוי פ"ר:

מיהו אפשר לומר דהרמז"ל איצטריך לטעמא דעשה דוחה ל"ת להיכי דאמר לקוץ בהרת בנו הוא מכווין דה"א דאסור משום דלא שרי רחמנא גבי סיב שעל רגלו אלא משום פ"ר לחוד אבל מתכווין ממש אסור להכי כתב הר"ם הטעם משום דעדל"ת ולהכי אפילו מתכווין ממש שרי מיהו קשה לפ"ז מאי טעמא לא ביאר הרמז"ל דשרי אפילו באומר לקוץ בהרת בנו הוא מכוון ודווקא אי ליכא אחר ועוד לפמ"ש התוס' בעירובין (דף ק') לא אמרינן עדל"ת היכי שבא ע"י פשיעה והוכיחו זה מהא דמתן א' שנתערב במתן ד' עיי"ש בדבריהם ז"ל וה"נ הרי בא ע"י פשיעה דאי לאו דהוי מכוון לקוץ בהרת בנו הוי היתר גמור משום דפסיק רישי' שרי בקציצת בהרת ורק כשמכוין עביד איסורא ואם כן אמאי עשה דוחה ל"ת דקציצת בהרת היכי שמכוין לקוץ בהרת בנו והש"ס דמוקי לה באומר לקוץ בהרת בנו הוא מתכוין יליף לה מקרא דבשר דרחמנא שרי לגמרי אפי' במכווין אבל הרמז"ל דלא מייתי קרא דבשר רק מכללא דכל התורה עשה דוחה ל"ת אם כן ודאי דמכוין לקוץ אסור דאין עשה דוחה ל"ת על ידי פשיעה:

ועוד בעיקר תירוצו של המל"מ שכתב דהרמז"ל סובר דליכא עשה בקציצת בהרת לא נראה לי דכי משום דדרשינן מלעשות הך דרשא דסיב שעל רגלו נתבטל העשה דקציצה והכתוב אומר השמר בנגע הצרעת לעשות ככל אשר וגו' וזה מ"ע ומתיבת לעשות לחוד דרשינן דשרי סיב שעל רגלו אבל אין חולק ע"ז שיאמר דליכא כאן מ"ע דודאי לשון ושמרת לחוד הוי מ"ע כמו גבי תפילין דאיתא בעירובין (דף צ"ו) ובמנחות (דף ל"ו) דהמניח תפילין בלילה עובר בעשה ולא פליגי התם אלא אם מיקרי נמי לא תעשה משום דכיון דהוי השמר דעשה סובר ר"א דהוי רק עשה אבל עשה הוי לכ"ע וכ"כ הרמב"ם ז"ל (בה' רוצח) דכל מכשול שיש בו סכנה מ"ע להסירו שנאמר השמר לך ושמור את נפשך ואם לא הסיר והניח המכשולות ביטל מ"ע ועבר בל"ת עיי"ש הרי דהשמר לחוד הוי מ"ע אע"ג דלא כתיב לשון עשיה וה"נ אע"ג דלעשות דרשינן לענין סיב שעל רגלו מ"מ

מהשמר לחוד דרשינן עשה וכן כתב הרמב"ם ז"ל (בה' בית הבחירה בפ' ח') דשמירת המקדש הוי עשה ול"ת דכתיב ושמרו את משמרת הקודש עיי"ש:

לכן נראה לי דודאי גם הרמב"ם ז"ל סובר דקציצת בהרת הוי עשה ול"ת ומ"ש דמילה דוחה צרעת משום דעדל"ת הוא משום דבגמרא פריך ל"ל קרא הא הוי דבר שא"מ ומשני אביי לא נצרכה אלא לר"י דאמר דבר שא"מ אסור ורבא אמר דמודה ר"ש בפ"ר ולא ימות והקשה הרשב"א ז"ל בחי' וז"ל תמיהה לי אמאי קריא ליה דבר שא"מ דהא מתכוין לקציצה אלא שאין מתכוין לטהר אלא למול ואין זה קרוי דבר שא"מ אלא מלאכה שא"צ לגופה למה זה דומה למכבה גחלת של עץ בר"ה דמתכוין לכבות ולא מחמת שהוא צריך לגופא של כיבוי אלא כדי שלא יזוקו בה רבים וקריא לי' מלאכה שא"צ לגופה ולא דשא"מ וי"ל דאי כתב רחמנא בפירוש השמר בנגע הצרעת שלא תקוץ ה"נ. אלא השמר בנגע הצרעת כתב רחמנא כלומר שלא יטהרנה אלא בהוראת כהן ואנן הוא דקאמרינן דכיון שהוא כהן אסור לקוץ בהרת שמטהר הוא בקציצתו הילכך כשזה קוצץ לשם מילה הוי דבר שא"מ אצל טהרה עכ"ל הרשב"א ז"ל:

הנה מבוארים דברי הרשב"א ז"ל דהי' נראה לו דקציצת בהרת מחמת מילה מיתקרי מתכווין ממש רק שניחא ליה דכיון שלא נאמר לא תקוץ הוה ליה לענין טהרה דשא"מ אכן הר"מ ז"ל נראה לי דמפרש לחלק דלענין הלאו ודאי דמיקרי מתכוין ממש דאזהר קרא שלא לקוץ ואם הוא קוצץ לשם מילה הרי הוא קוצץ במתכוין ממש:

וראיה לזה דהרמב"ם ז"ל סובר דהלאו דקציצת בהרת מיקרי מתכוין אם קוצץ למילה דאם נימא דגם לענין הלאו מתקרי דבר שא"מ משום שאזהרה נאמר רק לשמור דיני הצרעת ולא נאמר בפירוש שלא לקוץ א"כ קשה אמאי כתב הרמב"ם ז"ל דהקוצץ הבהרת לוקה הא קיי"ל דלאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו והכא מה שאינו משמר ומקיים דיני צרעת ככל אשר יורו הכהנים אין בו מעשה והוי רק שב ואל תעשה. ואף דהשוא"ת בא ע"י מעשה קציצה שהוא עושה בידים מ"מ כיון דעיקר האיסור אין בו מעשה מיקרי אין בו מעשה:

וכ"כ השא"ר ז"ל בדיני ציצית דאם עיקר האיסור בשוא"ת אף שבא ע"י מעשה אין לוקין עליו והביא ראיה ממ"ש הרמב"ם ז"ל (בה' חגיגה) דמי שראה פניו בעזרה ביו"ט ולא הביא קרבן אינו לוקה אעפ"י שעבר אלאו דלא יראה פני ריקם מ"מ אינו לוקה דהוי לאו שאב"מ אלמא אע"ג דהעבירה באה ע"י מעשה דאי לאו דנכנס לעזרה לא הי' עובר על הלאו אפילו הכי אינו לוקה הואיל ועצם העבירה אין בו מעשה היינו מה שלא הביא קרבן ומטעם זה קרי הש"ס שם סדין בציצית שוא"ת אף שבא ע"י לבישת הבגד ואם

לא לבש הבגד לא היה כאן ביטול מצות ציצית מ"מ כיון דעיקר האיסור שוא"ת היינו שחיסר מצות ציצית מקרי שוא"ת וה"נ גבי קציצת צרעת אמאי לוקה הא עיקר האיסור הוא מה שלא שמר לקיים דיני צרעת כאשר יורו הכהנים וזה הוי שוא"ת ואינו לוקה אף שבא ע"י מעשה קציצה א"ו כמ"ש דהלאו דנגע צרעת הוא שהזהירה התורה שלא יקוץ ואע"ג דלא כתיב בהדיא לא תקוץ כמאן דכתיב דמי דהכי היא אזהרה דהשמר כמ"ש רש"י ז"ל במנחות (דף ע"ה ע"ב) דהשמר בנגע צרעת משמע לאו גמור ללקות דמשמע שלא לקוץ בהרתו וכיון דהלאו הוא שלא לקוץ בהרתו אם קיצץ מחמת מילה נמי מקרי מתכווין לקוץ כמ"ש הרשב"א ז"ל בקושייתו:

וכ"ז לענין הלאו אבל לענין ביטול העשה מקרי אין מתכוין דהעשה נאמרה שיעשה ככל דיני הוראת הכהנים. וכשהוא קוצץ לשם מילה הרי אינו מכוין לבטל דיני הוראת הכהנים ומתכוין רק למול והש"ס דפריך ל"ל קרא דבשר למישרי מילה בצרעת דבר שא"מ הוא ומותר לר"ש כוונת הש"ס הוא רק על העשה דמיקרי דשא"מ דכיון דהל"ת נדחית בלאו הכי כדקיי"ל בכל התורה כולה דל"ת נדחית מפני עשה ונשאר רק העשה בעינן למישרי למול משום דהעשה מיקרי דבר שא"מ ולפ"ז כיון דקושיית הש"ס הוא מחמת דהעשה הוא דבר שא"מ והל"ת נדחית בלאו הכי ל"ל קרא וע"ז משני דמודה ר"ש בפ"ר א"כ לבתר דמייתינן ברייתא דפ"ר שרי בקציצת בהרת אף שלא במקום מצוה שוב גם לרבא דאמר דמודה ר"ש בפ"ר נמי לא בעינן קרא דבשר דפ"ר מותר גבי בהרת והלאו שהוא מתכוין ממש נדחית מפני עשה דמילה ושפיר כתב הרמב"ם ז"ל הטעם דשרי למול בצרעת משום עשה דוחה ל"ת דאין אנו צריכין לקרא דבשר ללמוד ממנו דבלא"ה שרי משום דפ"ר הותר בצרעת והל"ת דהוי מתכוין ממש שרי מטעם זה:

אלא שלפ"ז תקשה אמאי השמיט הרמב"ם ז"ל הך דינא דאומר לקוץ בהרת בנו הוא מתכווין דכמו דמקשינן לאביי אליבא דר"ש האי בשר מאי עביד ליה ומשני באומר לקוץ בהרת בנו הוא מתכוין ה"נ תפול קושיא לרבא ג"כ דאף דאמר דמודה ר"ש בפ"ר מ"מ הא פ"ר שרי בקציצת בהרת מקרא דלעשות וא"כ ל"ל קרא הא הלאו שהוא נקרא מתכוין נדחה מפני הל"ת [ולשיטת המל"מ ניחא מה שהשמיט הך דינא דאומר לקוץ כיון דסובר הר"מ ז"ל דקציצת בהרת אין בו עשה כלל רק ל"ת לחוד א"כ אף באומר לקוץ בהרתו מתכוין פשיטא דשרי דעשה דוחה ל"ת דאף אם אינו מתכוין לקוץ נמי הא איכא איסור קציצה דהא הוי פ"ר א"כ ה"ה אם מתכוין לקוץ בהרת בנו דכוונתו לא מוסיף שום איסור דבין כך ובין כך הוי ל"ת] אבל לדברינו דהר"מ מודה דהוי עול"ת רק דהעשה הותרה מפני דרשא דלעשות דשרינן פ"ר גבי קציצת בהרת הא לא התירה התורה אלא פ"ר כמו

סיב שע"ג רגלו אבל מתכוין גמור הוי עול"ת ואין עשה דוחה ל"ת ועשה ואיצטריך קרא דבשר להתיר וקשה אמאי השמיט הר"מ הך דינא דמכוין לקוץ בהרתו וללמוד אותו מקרא דבשר:

ונ"ל דגם זה נכון דהנה בזבחים (דף ל"ב) איתא גבי מצורע שחל שמיני שלו בערה"פ וראה קרי בו ביום דמכניס ידיו לבהונות אע"ג דביאה במקצת שמה ביאה משום דהואיל והותר לצרעתו הותר לקריו וקאמר ר"י היכא דרובן טמאי מתים ונעשו זבין אמרינן נמי הואיל ואשתרי אשתרי ואביי אמר דלא דמי למצורע דמצורע היתרא הוא הואיל ואשתרי אשתרי אבל טומאה דחוי' היא להא אדחאי ולהא לא אדחאי ורבא אמר איפכא מסתברא מצורע אישתרי להא אישתרי ולהא לא אישתרי טומאה דחוי' מה לי חד דחי' מה לי שתי דחיות עיי"ש כל הסוגיא:

ולפ"ז נראה גבי מילה בצרעת הוי פ"ר ופ"ר שרי רחמנא גבי צרעת א"כ כשאומר האב לקוץ בהרת בנו הוא מתכוין דאז איכא נמי עשה בעינן למימר הואיל ואישתרי אישתרי כיון שהותר הלאו דקציצת בהרת גבי מילה מטעם עדול"ת הותר נמי העשה ואף דאמרינן ביבמות (דף ח') דדוקא היכא דראה קרי בעה"פ אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי שכבר חלה עליו היתר הכנסת ידו לבהונות אז אמרינן שמותר גם לקריו אבל אם ראה קרי בלילה קודם שהותר לצרעתו לא אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי מ"מ זהו דווקא אם ראה קרי קודם שחל היתר הכנסת ידיו לבהונות כגון בליל שמיני שחל איסור כניסת בע"ק למחנה לויה קודם שהותר לבהונות אבל אם באו בבת אחת שפיר אמרינן הואיל ואישתרי אישתרי והכא כיון שבא יום ח' ללידתו וחל היתר הל"ת דקציצת בהרת משום מצות מילה דהוי ל"ת לחוד כשאינו מכוין הותר נמי עשה דקציצת בהרת אם נתכוין לקוצצו דאז יש בזה עשה ג"כ דהואיל ואשתרי הלאו אשתרי נמי העשה ולא דמי להא דאמרינן בכל דוכתא אין עשה דוחה ל"ת ועשה ולא אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי דכיון דהותר הלאו הותר נמי העשה ג"כ דהתם העשה מחזק להלאו שלא ידחה גם הלאו דכיון דאיכא עשה גבי הלאו וא"א לו לדחות הל"ת אא"כ ידחה גם העשה עמו כמו באלמנה לכ"ג שנפלה ליבום וכדומה דא"א לדחות הלאו אא"כ ידחה ג"כ עשה אז אמרינן דהעשה מחזק הלאו שלא ידחה גם הלאו דהא אם ידחה הלאו בע"כ ידחה עשה עמו ואין עשה דוחה ל"ת ועשה אבל בזה שאומר לקוץ בהרת בנו הוא מתכוין ורוצה לעבור על העשה משום מצות מילה אף אם נימא דלא דחי משום דמצות מילה אין בכחה לדחות עשה דלעשות דכתיב בנגע צרעת מ"מ הלאו דלהשמר נדחה משום דיכול למול ע"י אחר או שיהא נמלך ולא יתכוין לקוץ בהרת בנו ואז לא יהא רק ל"ת לחודא ול"ת נדחה מפני

מצות מילה וכיון דהלאו צריך להדחות מפני מצות מילה אין העשה מחזק הלאו משום שיש לפנינו דרך שידחה הלאו מפני עשה דמילה ולא יעבור על העשה דהיינו שימול אחר להכי שפיר אמרינן הואיל ונדחה הלאו בע"כ נדחה נמי העשה ולא דמי לאלמנה לכה"ג שנפלה ליבום דשם העשה עושה פעולתה שגם הלאו יעמוד במקומו ולא ידחה כלל ולא שייך לאמר הואיל ונדחה הלאו נדחה גם העשה דהעשה גורם שגם הלאו לא ידחה מפני העשה שכנגדה. משא"כ במילה בצרעת שיש מקום לל"ת אף היכא דליכא עשה דהל"ת היא אף שמכוין רק למול והעשה הוא רק כשמכוין שלא ישמור בדיני בהרת והוי כשני איסורים דאמרינן הואיל ואישתרי אישתרי:

וא"כ לרבא דסובר מה לי חד דחי' ומה לי שתי דחיות א"צ קרא דבשר למשרי באומר לקוץ בהרת בנו מתכוין דהא הא דעשה דוחה ל"ת הוי רק דיחוי ואמרינן מה לי חד דחי' מה לי שתי דחיות וכיון דחל עליו חובת מילה ונדחה הצרעת דהיינו הל"ת נדחה גם העשה אם הוא אומר לקוץ בהרת בנו הוא מתכוין דהואיל ואידחי הלאו נדחה נמי העשה כמ"ש וא"צ קרא דבשר למישרי אם אומר לקוץ בהרת בנו הוא מתכוין והש"ס דמוקי קרא דבשר לאומר לקוץ בהרת בנו הוא מתכוין קאי לאביי דסובר דבמידי דדחי' אמרינן להא אידחי להא לא אידחי וה"א אף דל"ת נדחה מפני העשה דמילה מ"מ העשה לא נדחה והכא לא הוי העשה דשא"מ ופ"ר דהא מתכוין להדיא לקוץ בהרת בנו להכי איצטריך קרא דבשר אבל אנן דקיי"ל כרבא לא צריך קרא דבשר:

ולענין מה שהבאנו בשם השא"ר ז"ל דדבר שאין בפנימיות איסורו מעשה אף שבא ע"י מעשה בידים חשיב לאו שאין בו מעשה והביא ראי' ממ"ש הרמב"ם ז"ל דמי שלא הביא קרבן ראי' וראה פנים בעזרה בלא קרבן אינו לוקה אע"ג דעבר אלאו דלא יראה פני ריקם מ"מ אינו לוקה דהוי לאו שאין בו מעשה אע"ג דאם לא הי' נכנס לעזרה לא הי' עובר ובאה העבירה ע"י מעשה הראי' מ"מ עיקר העבירה אין בו מעשה דהיינו שלא הביא קרבן לכאורה נ"ל דלאו ראיה היא כלל דהא קיי"ל (חגיגה ד' ט') מי שלא חג יו"ט ראשון חוגג והולך כל שבעה והיינו הבאת הקרבן אבל ראיית פנים בעזרה הוא רק ביום ראשון. א"כ לא שייך לחייבו מלקות על מה שלא הביא קרבן ולחשבו כעושה מעשה ורואה פנים בלא קרבן דהא בשעת ראיית פנים עדיין היה אפשר לו להביא קרבן. וכשעוברים עליו ימי החג ולא הביא קרבן לא קעביד כלום והוה רק שוא"ת ואינו לוקה מיהו א"א לומר כן דלפ"ז הו"ל למיפטרי' ממלקות משום התראת ספק דביום ראשון שראה פנים הוי ההתראה בספק אם יביא קרבן או לא ולית לן למיפטרי' מטעם שאין בו מעשה:

ומטעם זה נראה לי דמ"ש הרמב"ם ז"ל דאם ראה פנים ולא הביא קרבן לא מיירי במי שעברו עליו ימי החג ולא הביא אלא לפי שהר"מ ז"ל כתב (בה' חגיגה פ"א ה"ג) וז"ל בשעה שיעלה אדם לירושלים לחוג אם היה בידו קרבנות ראי' יביאם או יעלה עמו כסף לקנות בו הקרבן ואם אין בידו כסף לא יביא שוה כסף ואפילו היה בידו שוה כסף כמה זהובים אסור לו לעלות ריקם בלא כסף ובלא קרבן ולמה אסרו שיעלה בידו שוה כמה כסף גזירה שמא לא ימצא למכור או ימצא המעות סיגים עכ"ל והוא מהש"ס דבכורות (דף נ"א) דקאמר התם אמתניתין דכולן נפדין בכסף ובשוה כסף תני חוץ מן השקלים ומעשר והראיון תני ר"י שלא יביא סיגים בעזרה ופרש"י ז"ל שלא יביא כסף סיגים בעזרה ומשמע ודאי דזהו מדאורייתא שכשיבוא לעזרה יהא לו שתי כסף ואם לא הי' לו שתי כסף ובא לעזרה עובר על הלאו דלא יראה פני ריקם ומדברי הרמב"ם ז"ל נמי משמע דהא דאינו רשאי להביא שוה כסף הוא רק מדרבנן גזירה שמא לא ימצא למכור אבל מה דבעינן שיהא לו במה לקנות קרבן זהו מן התורה ואם לא הי' לו אז ונכנס לעזרה לוקה אלאו דלא יראה פני ריקם ובזה מיירי הרמב"ם ז"ל מ"ש שאם נכנס לעזרה ולא הביא קרבן היינו שבשעת ראי' לא הי' לו בהמה או כסף ועבר אלאו דלא יראה פני ריקם ואינו לוקה משום דהוה לאו שאין בו מעשה והשתא ניחא דלא הוה התראת ספק דהא השתא דרואה פנים ואין לו קרבן קעבר אלאו דלא יראה פני ריקם ולא מהני ליה מה שמקריב אח"כ והוצרך הרמב"ם ז"ל לפוטרו ממלקות מטעם לאו שאין בו מעשה:

ולפ"ז קמה וגם נצבה ראיית השא"ר ז"ל דאף שיעשה העבירה ע"י מעשה מ"מ כיון דבעצם העבירה אין בה מעשה לא לקי והכא א"א לתרץ דלהכי לא מיקרי מעשה משום דבשעת הכנסתו לעזרה יש לו תשלומין דז"א דהא אם לא היה לו כסף או קרבן עובר מיד בהכנסתו ואין לזה תשלומין:

מיהו נראה דיש לדחות ראיית השארז"ל מטעם אחר דיש לחלק בין מעשה שהוא חובה עליו לעשות למעשה שהוא רשות אצלו דבראיית פנים הוא מצוה עליו ליכנס בעזרה רק שהוא מוזהר להביא עמו קרבן בכניסתו והוא לא הביא בזה אמרינן דמה שלא הביא מיקרי שוא"ת דא"א לצרף הכנסתו לעבירתו ולאמר דמיקרי מעשה דהא היה מחויב ליכנס לעזרה ואין עליו אשמה אלא במה שלא הביא הקרבן וזה הוי שוא"ת אבל כשלובש בגד ד' כנפות בלי ציצית ואין מצוה עליו ללבוש הבגד וכיון שהוא בלי ציצית מיקרי קום ועשה ואף שחסרון מצות ציצית הוי שוא"ת מ"מ העבירה באה ע"י מעשה לבישה והוה לי' שלא ללבוש בגד דכיון שלא היה מחויב ללבוש מצרפינן מעשה הלבישה לעבירת

ביטול מצות ציצית ולהכי הוכרחו התוס' לאמר דהא דקרי הש"ס לסדין בציצית שוא"ת הוא משום דהחיוב של מצות ציצית מתחיל אחר העטיפה:

ומ"מ נראה ראיה מדברי הרמב"ם ז"ל לדברי השארז"ל שמנה (בה' סנהדרין) לאוין שלוקה עליהם ולא מנה עמהן מצות מעקה שכתב (בפ"ד מהלכות רוצח) מי שהי' לו בור או שאר מכשול שיש בו נזק ולא הסירו עובר בעשה ול"ת וא"כ נהי דלאו דמעקה הוי לאו שאין בו מעשה מ"מ אם היה לו מעקה והסירו בידים הרי יש בו מעשה ולוקה וא"כ למה לא מנה הרמב"ם ז"ל לאו דלא תשים דמים בביתך כמו שכתב בקונה חמץ בפסח דאעפ"י דליכא מעשה בשהיית חמץ בפסח מ"מ אם קנה חמץ בפסח דעשה מעשה לוקה. ה"ה דהו"ל ליחשב לאו דמעקה היכי דמסיר המעקה בידים דלוקה עליו א"ו דאף שעשה מעשה והסיר המעקה לא מיקרי מעשה כיון שגוף העבירה אין בה מעשה דהיינו שלא הי' לו מעקה ולא דמי לקונה חמץ בפסח דמצטרף מעשה הקני' לשהיית החמץ דהתם שהיית החמץ והחזקתו ברשותו הוא עבירת קום עשה רק שהוא נעשה מאיליו ולא חלו בה ידים להכי אם נעשה ע"י קני' שהוא בפועל ידיו מיקרי מעשה ללקות עליו משא"כ הסרת מעקה שעיקר העבירה הוא בשוא"ת דהיינו שלא היה לו מעקה וחסר עשיית מעקה להכי אפילו אם הסירו בידים נמי לא מיקרי מעשה. וא"כ ה"ה לבישת בגד ד"כ בלי ציצית כיון שעיקר העבירה הוא שחיסר מ"ע דציצית אף שבאה ע"י פועל כפיו היינו מעשה הלבישה נמי לא מיקרי מעשה:

ולפ"ז ודאי דמוכח מדברי הר"מ ז"ל שכ' דהקוצץ בהרתו לוקה שאזהרת התורה עצם הקציצה והוא עיקר האיסור ולא שהיתה עיקר כוונת התורה על שמירת דיני הצרעת ומעשה הקציצה הוא רק גרמא בעלמא לזה דא"כ לא הוי לקי ע"ז דביטול דיני שמירת הצרעת אין בו מעשה ומדלקי על הקציצה ודאי דהוא עיקר האיסור וכיון שבארנו דעצם הקציצה הוא העבירה ולקי עלה א"כ הקוצץ מחמת שצריך למול מיקרי מתכוין ממש לענין ל"ת כקושיית הרשב"א ז"ל:

וכ"כ התוס' בבכורות (דף כ"ה) גבי הא דפריך הש"ס וסבר ר' יוסי בן המשולם דבר שא"מ אסור והתניא שתי שערות עיקרן מאדים וראשן משחיר ר"י בה"מ אומר גוזז במספרים ואינו חושש והקשו התוס' שם ד"ה גוזז וז"ל ובקונטרס פי' דדייק מהא דשרי משום דאין מתכוין לשם גזיזה אלא לתיקון וקשה דאין זה כשאר לשון אין מתכוין בעלמא כיון דמתכוין וגוזז במספרים [והוצרכו לפרש מטעם זה פירש אחר בברייתא שם דעל השערות שחורות ליכא איסור גיזה רק על שערות האדומות מקרי ליה אין מתכוין דעם שגוזז השחורות יכול להיות שיגזוז עמהן בלי מתכוין גם האדומות שיש בהן איסור

גיזה] עכ"ל הרי דזה לא מיקרי דשא"מ כיון שגוזז בידים אף שמכוין רק ללקוט השערות שעיקרן משחיר וכן נמי גבי בהרת שקוצץ לשם מילה מיקרי מתכוין ממש:

ואף דגבי איסור שבת מצינו דמיקרי דבר שא"מ אף בעושה המלאכה בידים ממש וקרי ליה הש"ס פסיק רישי' אבל מתכוין ממש לא מיקרי אף שמידיו ממש נעשה המלאכה כמו בתולש עולשין ומזרד זרדין בשבת (דף ק"ג) דבעינן שיעור כגרוגרות דבמיפה את הקרקע שיעורו בכ"ש ופריך התם אטו כולהו לאו ליפות הקרקע הוא ומוקי לה כגון דלא קא מכוין ופריך והא אביי ורבא דאמרי תרווייהו מודה ר"ש בפ"ר ולא ימות ע"כ הרי דקרי ליה דשא"מ אף דבידים תולש העולשין ומיפה הקרקע וכן (בפ"ק דכתובות) גבי מהו לבעול בתחילה בשבת וקאמר התם דאי לדם הוא צריך ופתח ממילא קאתי שרי לר"ש דהוי דשא"מ אלמא דקרי לי' דשא"מ אע"ג דבידים עביד פתח ולא דמי לגרירת כסא וספסל דשם איכא במעשיו פעולה אחרת דהיינו גרירת ספסל וגומא ממילא נעשה. משא"כ בתולש עולשין או בבעילה בתחילה בשבת דעביד בידים ממש יפוי הקרקע או פתיחת הפתח ואפ"ה קרי ליה דשא"מ:

נ"ל דבזה יש חילוק בין איסור מלאכת שבת לשארי איסורין דבמלאכת שבת כל שאין כוונתו לחשיבות המלאכה שיש במעשיו אף שעצם המעשה הוא מתכוין מ"מ מיקרי דבר שא"מ דבשבת מלאכת מחשבת בעינן להכי לא מהני מה שמכוין לעצם המעשה עד שיכוין לחשיבות מלאכה שיש במעשיו ולהכי התולש עולשין אף שמתכוין לתלוש וא"א לתלישה שיהא בלי יפוי הקרקע כל שאינו מתכוין ליפוי הקרקע שהוא חשיבות המלאכה שיש בהאי מעשה מיקרי אינו מתכוין וכן אם אינו מתכוין בבעילתו לפתח אף שעושה פתח בידים וא"א לבעילה בלי עשיית פתח מ"מ כיון שאינו מתכוין להפתח שהוא חשיבות המלאכה שיש בהאי מעשה מיקרי דבר שא"מ וכן הדס שענביו מרובין מעליו בסוכה (דף ל"ג) שאיסורו משום מתקן מנא וקריא ליה הש"ס שם דבר שא"מ כיון שאין כוונתו לתיקון משא"כ בשארי איסורים כל שעושה האיסור בידים מיקרי מתכוין אף שאין כוונתו לעבור על פנימיות הטעם שהזהירה התורה עליו כמו בקוצץ בהרתו מיקרי מתכוין אף שאין כוונתו לבטל דיני נגעים שהוא הטעם שהזהירה התורה על הקציצה הואיל וא"א להתחלק הקציצה בלי טהרת הנגע מיקרי מתכוין וכן בגוזז שער פרה אדומה מיקרי מתכוין אף שאינו מתכוין לגזיזה לצורך השער שהוא טעם שהזהירה התורה על הגזיזה מ"מ הואיל וא"א להתחלק הגזיזה מעצם האיסור לכן קרינן ליה מתכוין ממש משום דבשארי איסורים לא בעינן מלאכת מחשבת כיון שכוונתו לעצם המעשה אף שאין כוונתו לטעם האיסור מיקרי מתכוין וכה"ג חילקו התוס' לענין

מלאכה שאצ"ל דפטור בשבת לר"י ובשארי איסורים חייב לכ"ע משום דבשבת מלאכת מחשבת אסרה תורה]:

ובזבחים (דף צ"א) דקרי הש"ס למזלף יין על גבי האישים דבר שא"מ אע"ג דאיסור כיבוי אש שע"ג המזבח משארי איסורים הוא והמזלף יין על אש הרי הוא מכבה ממש ואפ"ה קרי שם בש"ס דבר שא"מ כבר כתבו התוס' בשבת (דף ק"ג) דמיירי בטיפין דקין דאפשר שלא יכבה להכי אף אם מכבה מיקרי דבר שא"מ אבל בעושה מעשה שוודאי יעשה האיסור ואין על עשייתו שום שם מלאכה אחרת רק מלאכת האיסור לא קרינן ביה דשא"מ ופ"ר אלא מתכווין ממש ולא נקרא בשאר איסורין דשא"מ אלא מי שיש לו בהרת על כתפו ולבוש בגד שמעשה הלבישה וחיכוך הצרעת תרי מילי נינהו. שהוא מתכווין ללבישת בגד ונעשה מאיליו חיכוך הבהרת זה מיקרי אין מתכוין רק דהוה פ"ר ומילה בצרעת לענין העשה שביטל שמירת דיני הבהרת וחתיכת בשר המילה תרי מילי נינהו שהוא מתכוין לחתיכת הבשר וממילא יתבטל דיני צרעת זה מיקרי דבר שא"מ רק דהוה פ"ר אבל לענין הלאו דקציצה שעצם הקציצה הוא אזהרת התורה הו"ל מתכוין ממש ולא פ"ר:

ונראה דגם הא דאמרינן בפסחים (דף כ"ו) דפליגי אביי ורבא בלא אפשר וקא מכווין אי שרי ומייתי ראיה מר"י בן זכאי שהיה יושב ודורש בצילו של היכל והא הכא דלא אפשר וקא מכווין שרי נמי אין הכוונה שכיון ריב"ז ליהנות מצילו של היכל דזה ודאי אינו ואיך אפשר לומר על ריב"ז שיכוין ליהנות מהקדש אלא משום דבשאר איסורין מקרי מכווין אף שאין כוונתו לפנימיות האיסור רק שכיון לעשות המעשה ואין על מעשה דידי' שם אחר רק עשיית האיסור מיקרי מכווין ולהכי ריב"ז שישב בצילו של היכל ולא היה לו מקום אחר אף שלא כיוון ליהנות מצל כותל הקדש מיקרי מכווין ויליף מיניה דלא אפשר וקא מכווין שרי וכן באומנין שהיו משלשלין אותן בתיבות נמי לא היה כוונתם להנות מן הקודש ואפ"ה קרי' לי מתכוין הואיל ומתכוין לראות ועושים מעשה הראיה בידים:

ובזה מיושב מה דקשה בהא דאמרינן בנדרים (דף פ"ד) האומר קונם כהנים ולוים נהנים לי באים ונוטלין בע"כ וקאמר שם בש"ס דזהו רק למ"ד טובת הנאה אינה ממון אבל למ"ד טוה"נ ממון אסורים ליטול ומוקי התם כתנאי עיי"ש ואמאי הא לר"ש דקיי"ל כוותי' דדבר שא"מ מותר לישתרי אפילו למ"ד טוה"נ ממון דהא אינו מכווין ליתנו להההנותו אלא לקיים מצות נתינה לכהן ודעת הר"ן ז"ל (בדף ל"ה) שם דהמדיר את חבירו מנכסיו עובר המדיר אם ההנהו ולא המודר והמדיר ודאי דאינו מכווין להנאת המודר אלא לקיים מצות נתינה והוי דשא"מ ואף דהוה פ"ר מ"מ הא כתב הר"ן ז"ל בפ' גיה"נ דגבי איסור

הנאה שרי פ"ר עיי"ש בדבריו וא"כ ה"נ הא רשאי ליתן להם דהוי דבר שא"מ ואפילו אם נימא דאסור משום דחיישינן שמא יתן להם בכוונה להההנותם מ"מ כשהם באים ונוטלים בע"כ ודאי דשרי ולא איכפת לן במה שנהנים ממנו בטוה"נ כיון דלאו מדעתיה נתן להם ולא מתהני ממה שמהנה אותם דכמו דבנהנה מיקרי דשא"מ אפילו היכי דהוה פ"ר ה"נ היכי דהאיסור במהנה לפי דברי הר"ן ז"ל כמו הכא במדיר חבירו מנכסיו נמי מיקרי דבר שא"מ אף בפסיק רישא א"ו כמ"ש דכל כה"ג בשאר איסורים לא מיקרי דבר שא"מ ואם נותן לו בהדיא אף שאין כוונתו להההנותו רק לקיים מצות נתינה לכהן ודאי אסור למ"ד טוה"נ ממון והא דאסור אף אם באין ונוטלין בע"כ אפשר דמדרבנן אסור דגזרינן שמא יתן להם מדעתו ועובר אבל יחל:

ולדעת הרמב"ם ז"ל דהמודר עובר בבל יחל ודאי דא"ש דאסורין ליטול בע"כ ולא מקרי דשא"מ דבשאר איסורין כל שעושה הדבר בידים לא מיקרי אינו מתכווין והכא נוטלים בידים ונהנים ממנו למ"ד טוה"נ ממון אבל אי הוה אמרינן דגם בשארי איסורין מיקרי כה"ג דבר שא"מ אף שעושה הדבר בידים מחמת שאין מתכווין לעצם האיסור שיש במעשיו. ה"נ הוה לן למישרי ליטול בע"כ שאין הכהנים מתכוונים ליהנות ממנו רק דידהו שקלי וממילא נהנין ממנו בטוה"נ שלו ופ"ר בהנאה שרי כמ"ש הר"ן ז"ל א"ו כמ"ש דזהו מיקרי מתכווין ממש בשאר איסורין:

וגבי מוכרי כסות דסובר ר"ש דמוכרים כדרכן משום דסובר דשא"מ מותר אע"ג דהתם נמי לובש הבגד בידים ואפ"ה קרי דשא"מ התם נמי כל שאינו לובשו להתחמם ולהגן עליו מפני החמה או מפני הצינה לא מיקרי לבישה דהכי אמרינן (בפ"ק דיבמות) דאי כתב רחמנא בגד כלאים שעטנז לא יעלה עליך ה"א כל העלאה אסור ואפילו מוכרי כסות ופרש"י ז"ל התם ואפי' מוכרי כסות דלא מכווין להנאת חימום והרמב"ן ז"ל שם בחי' הקשה עליו וז"ל דהא אינו מתכווין הוא פלוגתא דר"ש ורבנן ואביי ורבא נמי פליגי באפשר ולא מכוין ומייתי התם נמי ברייתא דמוכרי כסות ובלבד שלא יתכוין בחמה מפה"ח ואוקמה כר' שמעון ודבר שאין מתכווין לאו מהכא נפקא התירא דידיה ועוד דאנן לר' יהודא קיימינן אלא האי מוכרי כסות דהכא בשאינו נהנה בהן כלל כגון בימות החמה ואינו עומד בחמה שאינו אלא מצטער בהן ולדברי הכל כיון דלית בו הנאה שרי אבל כשהוא נהנה בהן בחמה מפה"ח ובגשמים מפני הגשמים אלא שאינו מתכוין פלוגתא דר"י ור"ש עכ"ל הרי דכשאינו נהנה מן הבגד שרי לכ"ע ולהכי שני קרא לכתוב לשון לבישה ולא העלאה משום דסתם לבישה הוא להנאתו ופלוגתא דר"י ור"ש כשנהנה רק שאינו מתכוין להנות. א"כ שפיר קרי לה דשא"מ אף שלובשו בידים דמה שלובשו הוא

רק העלאה בעלמא ואין זה שורש האיסור רק מה שמתחמם ממנו ולזה אינו מתכווין כלל וקרינן ליה דשא"מ דהא עצם האיסור הוא הנאת חימום והוא עושה העלאה בעלמא ואפשר להיות העלאה בלי הנאת חימום להכי מיקרי שנהנה בחימום אינו מתכווין:

ולהכי נמי אמרינן בסנהדרין (דף פ"ח) גבי זקן ממרא למ"ד לולב צריך אגד שאם הוסיף ממין אחר עובר אבל תוסיף אע"ג דהאי גברא לא כיון כלל להוסיף על מצות התורה שהרי הוא סבור שהוראת הזקן הי' כדין תורה והלכה כדבריו אפ"ה העושה כהוראתו עובר אב"ת ולא אמרינן דהוי דבר שא"מ שהרי אינו להוסיף על דברי תורה ואף דהתם לפרושי דברי ר' יהודא קאתי דאיהו הוא דקאמר אינו חייב אלא על דבר שעיקרו מדברי תורה ופירושו מד"ס ויש בו כדי להוסיף ואם הוסיף גורע ור"י הא סבר דשא"מ אסור מ"מ הא אמר התם גם לחכמים דסברי א"צ אגד יש בו כדי להוסיף היינו שעובר אב"ת עיי"ש בתוס' ולא קרי לה דשא"מ והיינו נמי כיון דהוא מוסיף בידים על מצות התורה ומקיים בו מצותו אף שלא כיון להוסיף מיקרי מתכוין להוסיף שהרי מתכוין לעשות מצות לולב בה' מינין אף שאין כוונתו להוסיף על דברי תורה וכן אמרינן בר"ה (דף כ"ח) לעבור אבל תוסיף בזמנו לא בעי כוונה ולהכי במתן ד' שנתערבו במתן א' אם ינתן במתן ד' יעבור אב"ת אף שאינו מכווין להוסיף ועושה זה מחמת התערובות מ"מ עובר דמכל מקום מוסיף הוא וכמ"ש דבשאר איסורי תורה כל שעושה המעשה בידים וא"א למעשיו להתחלק ולהבדל מן האיסור לא מיקרי דבר שאין מתכווין כ"ז נלע"ד:

סימן צה

שאלה עובדא הוי שכתבו ס"ת ואחרי שנגמרה בשלימותה נודע שעור א' מהעורות היה עור בכור תם ששחטוהו בשוגג מה דינו של ספר זה אם מותר לקרות בו:

תשובה איתא בגיטין (דף כ') שלחו מתם כתבו על איסורי הנאה כשר וכתבו הר"ן והריטב"א ז"ל (הובא דבריהם בש"ע אה"ע סימן קכ"ד) דכשר אפי' באיסורי הנאה העומדים להתבער ומיהו לר"ש דסובר כל העומד לשרוף כשרוף דמי פסול דכמאן דליתנייהו דמיין עכ"ל (לפי הנוסחא שהגיה בדבריהם הגר"א ז"ל) וזה פשוט דאף ר"ש לא קאמר דכמאן דליתא דמי אלא בדבר הצריך שריפה אבל לא בדבר הצריך קבורה. והכי מוכח במנחות (דף ק"ב) דפריך לר' שמעון נותר ופרה אמאי מטמא טומאת אוכלין הא כשרופין דמיין ומשני חיבת הקודש מכשירתן ואכתי קשה דלעיל (דף ק"א) קאמר ר"ש בברייתא דבשר בחלב מטמא טומאת אוכלין הואיל והיתה לו שעת הכושר והא בב"ח ליכא חיבת קודש ונימא דכמאן דליתא דמי א"ו דבב"ח הואיל וא"צ שריפה אלא קבורה לא אמרינן ביה כמאן דליתא דמי וביבמות (דף ק"ג) דפריך לרבא דאמר

חלצה בסנדל המוחלט פסול משום דכמכ"ש מהא דתניא בית המוחלט מטמא מתוכו ומאחוריו ולא אמרינן דלא מיקרי בית משום דלנתיצה קאי ולא מחלק בין סנדל דבעי שריפה לבית דלא בעי אלא נתיצה כמו שחלקנו לר"ש בין שריפה לקבורה וי"ל דנתיצה דמי ממש לשריפה הואיל והוא מחויב לכלות הדבר משא"כ קבורה דאינו אלא הטמנה לא דמי לשריפה ומשו"ה בשופר של עבודת כוכבים דישראל דאין לה ביטול אמרינן כמכ"ש אע"ג דאינו בשריפה אלא שוחק וזורה לרוח כדאיתא בע"ז (דף מ"ד) ובנקברין לא אמרינן כמכ"ש כדמוכח בדברי התוס' בסוכה (דף ל"ה) ד"ה לפי:

וכיון שביארנו דבנקברין לא אמרינן כמאן דליתנייהו דמי אם כתבו ס"ת או גט על עור בכור תם שנשחט בגבולין כשר אף לר"ש דדבר ברור הוא דעור מבכור תם שנשחט בגבולין א"צ שריפה אלא קבורה והא דאמרינן בזבחים (דף ק"ד) והלכתא העור בשריפה והבשר בקבורה עיין רש"י ז"ל דלא גרס ליה כלל משום דכיון דאנן בבכור שנשחט בגבולין קיימינן כדאמר שם דר"ע קמ"ל דאפילו בגבולין וא"כ מה ענין שריפה בכאן דאין שריפה אלא בקדשי המקדש והר"מ גרס לה ומפרש דחכמים לא קאי אדר"ע דמיירי בבע"מ בגבולין אלא מילתא אחריתא דבכור שנשמט בעזרה ונמצא טריפה העור בשריפה והבשר בקבורה וכ"כ בפירוש המשניות על משנה זו יעו"ש וכן מבואר בחיבורו (ה' בכור) שכתב בכור שנמצא טריפה אם תמים הוא העור בשריפה וזה ודאי דמיירי בשחט בעזרה דהא לא קתני אם עבר ושחט א"ו דמיירי בסתם שחיטתו שהוא בעזרה. ועוד דהא כתב כמו שביארנו בה' פסולי המוקדשין והוא בפי"ט ה"ח ושם כתב להדיא לדין זה לענין קדשים והכ"מ כתב שם במקור הדין שהוא פסק כחכמים בזבחים (דף ק"ד) אלמא דחכמים בנשחט בעזרה מיירי אבל בנשחט בגבולין פשיטא דלא בעי אלא קבורה ואף שהתוס' בזבחים (דף ע"א) ד"ה ובטריפה כתבו בקושייתם להא דדרשינן והמת יהי' לו דכתיב גבי בור למעוטי שור פסוה"מ דהא לר"ע יאותו הכהנים בעורו ותי' דבאמת הך דרשא אתי כחכמים דאמרו העור בשריפה משמע מדבריהם דעור שפסוה"מ שמתו בשריפה. וא"כ כש"כ כשנשחט בחוץ קודם שנפל בהם מום דבעי שריפה מ"מ בבכורות (דף ל"ב ע"ב) חזרו בהם ופסקו דעור בכור תם שנשחט בחוץ הוא בקבורה כדאמרינן בכל דוכתי גבי בכור יקבר וכ"כ בהדיא בב"ק (דף ע"ו) ד"ה שחיטה עיי"ש:

ובאמת קושייתם מב"ק לא זכיתי להבין דהא ר"ע ה"ק דבכור בע"מ שנשחט בגבולין ונמצא טריפה אחר ההפשט העור מותר כיון שלא נודע טריפתו קודם הפשיטו דכמו דבקדשים אם לא נודע טריפותו עד אחר הפשיטו שחיטתו מתרת כן בנשחט במומו בחוץ השחיטה מתרת העור שנפשט קודם שנמצא טריפה אבל נמצא טריפה קודם

ההפשט דאז אין זריקה מתרת בתם אין השחיטה מתרת בבע"מ וכ"ז מבואר ברש"י שם בהדיא וא"כ פסוה"מ שמתו ודאי דאסורין דלא עדיף מנשחט ונמצא הטריפות קודם ההפשט ושפיר מיקרי אין המת שלו וצ"ע:

איברא דלענ"ד יש כאן חששא אחרת דכיון דקיי"ל ס"ת בעי עיבוד לשמה והסכימו כמעט כל הפוסקים לפסול בדיעבד בלא נתעבד לשמה ובסנהדרין (דף מ"ח) מדמינן עיבוד להזמנה ולפרש"י ז"ל רשב"ג דסובר דבעינן עיבוד לשמה הוא מטעם דסובר הזמנה מילתא היא והזמנה הוא מטעם יחוד כדמדמינן התם הזמנה ליחוד דטומאה ובב"ק (דף ס"ו) אמרינן משכבו ולא הגזול ופי' התוס' דאם גזל עור של חבירו ויחדו למשכב דאינו מקבל טומאת מדרס דלא מהני יחוד לדבר שאינו שלו ועיין ברמב"ם ז"ל (ה' כלים) ובמל"מ דלא בטומאת מדרס לחוד הדין כן אלא ה"ה בכל הטומאות וא"כ דבר ברור הוא דאם גזל עורות של חבירו ועיבדן לשם ס"ת דאסור לכתוב עליהם ס"ת היכא דלא נתכוין לגוזלן דאם נתכוין לגוזלן קנאו בשינוי מעשה ואפשר דהוי מהב"ב] דלא מהני יחוד בדבר שא"ש וא"כ עורות של איסורי הנאה דקיי"ל דלאו דידי' נינהו ולאו ברשותו קאי כדאמרינן בב"ק (דף כ"ט) ב' דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הם ברשותו חמץ בפסח ובור ברה"ר (ובדף ע"א) איתא שור הנסקל לאו דמריה קא טבח וכן (דף מ"ה) שור הנסקל משנגמר דינו הקדישו אינו וכן משמע בבכורות (דף י"א) בפ"ח למ"ד דאסור בהנאה אין לו בו זכות ולא מהני יחודו ועיבודו כמו בדבר שא"ש מלבד דיש לדמותו להקדש טעות וכן יחוד טעות ודאי דאינו מועיל]:

והא דאמרינן בזבחים (דף פ"ח) אין מביאין מנחות ונסכים מן המדומע ואצ"ל מערלה וכלאי הכרם ואם הביא לא קדוש וקאמר בגמ' דלא קדוש להביא אבל קדוש ליפסל אלמא דמצי להקדיש איסורי הנאה. נ"ל דיש לחלק בין קדושת פה לקדושת כלי דשם מיירי שהניחו בכלי שרת ואף דכלי שרת אינן מקדשין אלא מדעת (סוכה דף נ') מ"מ האי דעת דכ"ש לא הוי מטעם יחוד רק דבעינן שיתן בכלי ע"מ שיקדשה הכלי אבל קדושת פה נראה דלא מהני באיסורי הנאה דלאו דידיה נינהו ועוד אפשר לומר דהא דקדוש ליפסל קאי באמת אמדומע אבל ערלה וכה"כ לא קדוש כלל ואף שלפי' התוס' הך מדומע דקאמר היינו מדומע דערלה וכה"כ ואכתי איסורי הנאה נינהו מ"מ הא יש תערובות היתר וקדוש היתר וקמ"ל דלא נימא הואיל ואסור להביאם לא מהני בהו קדושת כלי כלל. ובתוס' משמע דלא גרסי כאן ערלה וכה"כ:

אמנם מצאתי סתירה לסברא זו בדברי התוס' פסחים (דף ל"ג) שכתבו דהא דיליף רנב"י דמפריש תרומת חמץ אינה קדושה מקרא דלו ולא לאורו קאי אליבא דריוסה"ג דחמץ

בפסח מותר בהנאה אבל לרבנן דחמץ בפסח אסור בהנאה א"צ קרא דלו דנפקא ליה מתתן או מאת הקודש עכ"ל ולדברינו הא לרבנן ל"צ שום קרא דתיפוק ליה דלא מהני הפרשתו באיסה"נ דלאו דידי' נינהו ומצאתי בגליון הש"ס שעמד הגרע"א זצ"ל ע"ז ואין לחלק ולומר דהא דאמרינן בכל דוכתי דאיה"נ לאו ברשותו קאי היינו דוקא איה"נ הנקברים הואיל ואפרן אסור ול"ל לבעלים שום זכייה בגווייהו אבל איה"נ הנשרפין דאפרן מותר לא יצא עדיין מרשות בעלים דלא כן כתב רבינו הריטב"א ז"ל בחידושיו למס' קידושין בהא דהמקדש בערלה וכה"כ כו' אינה מקודשת והקשה שם דהא יכולה ליהנות מאפרן ותי' דכיון דהשתא לא דידי' נינהו לא יהיב לה מידי ואף אם היא נהנית לאחר שנעשה אפר לאו מכחו קא זכתה וגדולה מזו כתבו הר"ן והרשב"א ז"ל בנדרים (דף פ"ה) דהאוסר פירותיו על עצמו בקונם יכולים אחרים לזכות בהם ע"כ וא"ל דשם הטעם דכיון דאסרן ע"ע גלי דעתיה דלא ניחא לי' בהם והוי הפקר דהא דעת הרשב"א ז"ל דאם שאל עליהן יכול להוציאן מיד הזוכה בהן ואי נימא דזכותו היה מחמת שהפקירן מאי מהני שאלה א"ו דכיון דנאסרו עליו יצאו מרשותו דכל איה"נ לאו ברשותו קאי:

ועוד י"ל דאף התוס' שכתבו בפ' כ"ש (דף כ"ט) דהא דמקדש בערלה מיירי באמת שאין האפר שו"פ דביש שו"פ באפרן מקודשת ג"כ סברי דנשרפין לאו ברשותו קאי ואפ"ה מקודשת דבנתינתו גרם לה הנאת האפר דהדבר מוכח דאף נשרפין לאו ברשותו קאי דהא קאמר בגמרא דחמץ לאחר זמן איסורו אינו יכול לבטל משום דאינו ברשותו ש"א ופריך מהא דתניא היה יושב בבהמ"ד כו' מבטל לה בלבו כו' א' שבת וא' יו"ט ואמאי לא משני דאתיא כר"י דסובר דלאח"ז איסורו חמץ בשריפה (וכפי שיטת התוס' דף י"ב) וא"כ מותר ושפיר קאי ברשותו ויכול לבטל אף לאח"ז איסורו ואף דא"י לשורפו אינו מחויב לעשות בעור אחר כדמקשו ליה חכמים לא מצא עצים לשורפו יהא יושב ובטל וא"ל דלא מצי לאוקמי ברייתא דמבטלה בלבו ביו"ט כר"י דלר"י כיון דברשותו קאי מטעם האפר לא מהני ביטול בלב דהא דביטול מהני הוא משום דבלא"ה לאו ברשותו קאי כמש"כ הר"ן בריש פסחים. דמדברי התוס' (דף ד') ד"ה מדאורייתא משמע דביטול הוי הפקר גמור ועוד דא"כ הוי סתמא דגמרא דפסיק דלאח"ז איסורו לא מהני ביטול דלא כר"י דלר"י ברשותו קאי מטעם האפר וא"כ אמאי פסקו התוס' (דף כ"ז) כר"י א"ו דאף לר"י לאו ברשותו קאי אף שאפרו מותר וכמ"ש הריטב"א ז"ל:

וליישב דברי התוס' דמשמע מדבריהם דאף לרבנן צריך קרא דמפריש תרומת חמץ אינה קדושה נ"ל דהמעיין בדבריהם יראה דעיקר כוונתם להוכיח דרנב"י אזיל אליבא דריה"ג משום דאי נימא דאזיל אליבא דרבנן לא מקשה מידי מתורם מן הטמא דמהני בדיעבד

ההפרשה דתרומה טמאה מותר בהנאה משא"כ חמץ וזה הוכיחו דקאי אליבא דריה"ג דחמץ מותר בהנאה ואפ"ה אינו קדוש:
ומעתה אם יאמרו דלרבנן ל"צ קרא דתיפוק לן דאינו יכול להפריש מידי דלאו דידי' עדיין נוכל לומר דרנב"י אליבא דרבנן ואיצטריך קרא דלו למאן דאית ליה אין אחע"א אפי' בכולל ולדידי' לא חייל איסור חמץ אטבל וא"כ לא נאסר עדיין בהנאה ומשו"ה היה יכול להפריש דאכתי ברשותו קאי ואיצטריך למילף מלו ולא לאורו משום דכשיפריש יאסר בהנאה דאז ילך האיסור טבל ויחול איסור חמץ ע"כ הוצרכו להוכיח דלרבנן נפקא מאת הקודש וע"כ דקרא דלו קאי אליבא דריה"ג דמותר בהנאה ואפ"ה אינו קדוש ושפיר מקשה מתורם מן הטמא דקדוש ועיין ברמב"ם דלאו דוקא לענין מלקות אמרינן אאחע"א אלא אף לענין איסור דלא נאסר כלל בהנאה שהרי הרב כתב כן בפהמ"ש בכריתות במשנה דיש אוכל אכילה א' דאם בישל בשר טמא בחלב דלא נאסר בהנאה כלל דלא חייל איסור בב"ח ע"ש:
אמנם קשה לי בהא דאמרו כתבו על איה"נ כשר דנהי דמסקינן דהאי ונתן דכתיב לאו נתינת שו"פ הוא אלא נתינת גט מ"מ הא לקמן (דף כ"א) פשיט דאשה ידעה לאקנויי מהא דתנן האשה כותבת גיטה ש"מ דהאשה מקנית הגט להבעל וא"כ הרי חזינן דבעינן שיהא הגט משל הבעל וא"כ בכתבו על איה"נ דלאו דידיה נינהו למה כשר ולכאורה היה אפ"ל דבאמת לא קפדינן שיהא הגט משל הבעל אלא שלא יהא משל האשה דדבר שהוא שלה מכבר לא שייך לומר ונתן בידה ולהכי פשיט שפיר מאשה כותבת גיטה דידעה לאקנויי דאל"ה הוי שלה ופסול וכדמספקא לן לעיל (דף כ') בה"ז גיטך וכתובתך דכיון שהוא שלה בתורת פרעון כתובה לא הוי נתינת גט אבל ראיתי להר"ן והריטב"א ז"ל בחי' שכתבו דאם הסופר קונה נייר מן השוק א"צ לזכות להבעל דהוא בעצמו זוכה לו ואם כותב על הנייר שלו צריך לזכות לו ע"י אחר מבואר מדבריהם שאנו מקפידין שיהא משל הבעל וא"כ צ"ע אמאי כשר בכתבו על איה"נ:
עוד צ"ע בעירובין (דף למ"ד) דמבואר שם דאם אמר ככר זה עלי מערבין לו בה אי לאו משום גזירה שמא יאמרו מערבין בהקדשות ואמאי מערבין הא אנן קיי"ל (דף פ') דאחד עירובי תחומין או ע"ח או שתופי מבואות צריך לזכות והיינו דבעינן שיהא העירוב משל המערבין עליו. וא"כ קונמות דלאו דידיה נינהו אמאי מערבין בו כמו שהבאתי לעיל בשם הרשב"א והר"ן ז"ל:
זה נראה עכ"פ לענ"ד דיחוד לא מהני באיה"נ ואין לומר דמהני העיבוד מטעם שכבר נתבטל עור הבכור בין שארי עורות ואזיל איה"נ מיניה דל"מ אם נתעבד עור הבכור בפ"ע

דלא נתבטל בשעת העבוד אלא אפילו אם נתעבד עם כמה עורות ביחד מ"מ כיון דבשעת העיבוד לא נודע שיש כאן איסור כלל לא נתבטל אז דבביטול בעינן ידיעה כדאמרינן (פ"ה דתרומות) בסאה תרומה שנפלה וחזרה ונפלה סאה אחרת דבעינן ידיעה וכל זמן שלא נודע מצורפין הן (ועיין ביור"ד סימן צ"ט ובש"ך שם ס"ק כ"א) וא"כ ה"נ לא נתבטל העור קודם העיבוד ולא היה העיבוד מועיל וא"ל דאף דלא היה העיבוד מועיל מ"מ אח"כ נידון דין ביטול לעור שלא נתעבד לשמה בין רוב עורות שנתעבדו לשמן דז"א דכל כה"ג לא מהני ביטול דכיון שס"ת שחסרה יריעה אין קורין בה כדאיתא בגיטין (דף ס') ע"ש דגרע טפי מחומשין וא"כ אנו צריכין גם להיריעה הפסולה להשלים הס"ת ע"כ אין אנו יכולין לבטלה דאיך נימא דבטל ומצטרף להשלים:

ובזה אפשר ליישב מה שהקשו התוס' בסוכה (דף ל') על הא דדריש בפסחים דא"י במצה של טבל משום שאין איסורו משום בל תאכל חמץ תיפוק ליה דהוי מהבב"ע ועיין בר"ן שכתב באמת הטעם משום מהבב"ע וכן הרמב"ם ז"ל פסק דא"י במצה של טבל וע"כ משום מהבב"ע דהא אנן קיי"ל איסור חע"א בכולל וא"כ הוי שפיר איסורו משום בת"ח:

ולדברינו הנ"ל א"ש דנ"מ אם אכל זית מצה ורוב הזית הי' מחולין מתוקנים ומיעוטו מטבל. ועתה לטעמא דמהב"ב ודאי דיצא דכיון דנתבטל אין כאן עבירה כלל משא"כ לטעמא דבת"ח כיון דרחמנא פסליה לטבל לצאת בה ידי חובת מצה אף שנתבטל הטבל מ"מ אינו מצטרף להשלים הזית דדמי לאורז שאינו יוצא בה משום שאינו ממין שבא לידי חימוץ וה"נ טבל אינו משום בל תאכל חמץ וא"ל דמידי הוא טעמא אלא משום שאין איסורו משום בת"ח ובחצי זית הוי שפיר אסור משום בת"ח ועיין תוספת חולין (דף ק"ב) ד"ה שאין דאיסור מלקות חל על חצי שיעור ואילו הוי האי זית שאכל חמץ הי' חל איסור חמץ על איסור טבל דבאיסור חמץ יש בו שיעור מלקות ובאיסור טבל אין בו שיעור מלקות דז"א דהא מ"מ האי משהו דטבל לא מצטרף לשיעור זית מצה דהוא בעצמו אין בו משום בת"ח ודמי לאורז ועוד דהא רב ששת מוקים לה להך ברייתא כר' שמעון ואיהו סובר כל שהו למכות ולדידיה ודאי דלא חייל איסורא דחמץ על איסורא דטבל אף בחצי שיעור דגם בח"ש יש מלקות [ועיין שם בתוס' דעיקר דחייל על ח"ש הוא משום מלקות וא"כ ודאי דאינו יוצא ולרבינא דמוקים לה אף כרבנן ומטעמא דבעינן שלא יהא איסורו אלא משום בת"ח ודאי דאינו יוצא בכה"ג דהא החצי זית טבל אף שאין בו מלקות מ"מ איסור טבל יש בו משא"כ לטעמא דמהב"ב ודאי דיצא בכה"ג ולהכי הוצרך ללמוד מהאי קרא ועיין בנדרים (דף נ"ט) גבי בצלים שתקנם וזרעם מתעשרת לפי כולה והיינו משום דחלק בצל המתוקן בטל בגידולין משום דגידולין מבטלין העיקר וקאמר

שם ר"ח מאן ציית לך ולר' יוחנן רבך וכי היתר שבהם להיכן הלך ופירש הר"ן ז"ל וז"ל נראה בעיני דהכי מקשה אפילו תימא דגידולין של היתר מבטלין עיקר של איסור התם היינו טעמא משום דכיון דרבו גידולין על עיקרו נמצא שכשאוכל אינו טועם טעם איסור כלל הלכך אעפ"י שאיסור שבו מעורב בתוכו ולא אזיל לי' לעלמא שרי אבל גבי מעשר כיון דלפי חשבון הטבל חייביה רחמנא לעשורי הכא אמאי מתעשרת לפי כולה וכי היתר שבה להיכן הלך עכ"ל הרי דסובר ר"ח דלא שייך ביטול אלא לבטולי איסור אבל לא להחשב כמתבטל בדבר שתלוי בחשבון ואף דפסקינן התם כר' יוחנן דמתעשרת לפי כולה התם איכא למימר דלחומרא אמרינן דבטל אף למחשב כולה טבל אבל לקולא לא אמרינן ביטול כה"ג ועוד מחלק התם הש"ס דדוקא היכא דטרח לבטולי אמרינן דהלך ההיתר שבו אבל היכי דלא טרח לבטולי אמרינן היתר להיכן הלך והכא הא לא טרח לבטולי שמאליו נתערבו העורות:

מיהו מצאתי ביטול אף בדבר הצריך שיעור בב"ב (דף ס"ו) תוס' ד"ה מכלל שכתבו הרשב"ם ז"ל ור"ת דהא דאמרינן שאיבה דרבנן לא דעיקר שאיבה הוי דרבנן אלא דמה"ת מים שאובין בטלי ברובא רק דרבנן פסלו בג' לוגין והתם הא מיירי בדליכא שיעור מקוה לבד השאובין דבדאיכא שיעור מקוה כל מימות שבעולם אינן פוסלין את המקוה כמש"כ שם התוס' בשם ר"ת אע"כ דהשיעור הוי עם השאובין ואפ"ה מדאורייתא בטל ברוב אלמא דבטלי ומצטרפי להשלים שיעורא דמקוה והא דאיתא באו"ח (סימן תנ"ג) בעשה עיסה מן הדגן ומן האורז דמבואר שם בביאורי הגר"א ז"ל דצריך שיעור מדגן לבד האורז אלמא דאף שהאורז נתבטל אינו מצטרף להשלים השיעור ואפילו מאן דסובר דאף האורז מצטרף היינו משום גרירה ע"ש צריך לחלק דדבר שאינו ממין שיוצאין בו כלל אינו מצטרף כלל להשלים אף לאחר ביטול דדמי לעפר ועצים אבל דבר שהוא מינו רק דרחמנא פסליה כמו מים שאובין ומצה של טבל כיון שנתבטל שפיר מצטרף:

ובזה יש ליישב מה שראיתי בדברי הגאון משכנות יעקב (חלק יור"ד) שהרבה להוכיח דבדברים פסולים כמו רובע ונרבע וטריפה לא אמרינן רואין אותן כאילו הן עצים מהא דדרשינן בפסחים (דף מ"ח) מן המאתים ממותר ב' מאות שנשתיירו בבור מכאן לערלה שבטלה במאתים ואי נימא דכל הפסולין אמרינן רואין אותן כאילו הן עצים א"כ למה לן לבטולי הערלה לימא רואין את הערלה כאילו היא עצים. אלא ודאי דבערלה לא אמרינן רואין עד כאן דבריו ובאמת רש"י ז"ל פי' להדיא בזבחים (דף ע"ח) דדם פסולין היינו רובע ונרבע ולדברינו הנ"ל בטלה הוכחתו דמיירי בדליכא שיעור ניסוך שהצריכה התורה לקרבן לבד הערלה ובלאו הביטול היה חסר השיעור ופסול אף דלא איכפת לן בהעלאת

הערלה למזבח אבל השתא דנתבטל הערלה אף הערלה מצטרפת ויש כאן שיעור שלם דדבר שהוא ממין היוצאים בו מצטרף להשלים אחר שנתבטל מיהו נ"ל דכ"ז דוקא בדבר שפסולו בגופו ולא מחמת שמחוסר מעשה דבזה לא אמרינן ביטול ואם נתערב עור שלא נתעבד לשם ס"ת בעורות עבודין לשמן לא אמרינן דבטל העור שלא נתעבד דאטו משום דנתבטל ישיג המעלות שיש בהמבטל בקום עשה ודי לנו בדין ביטול במה שהפסול הולך מהמתבטל והגע עצמך מי שכתב ב' גיטין לגרש את אשתו באיזה שירצה [דכשר למ"ד יש ברירה] ונתערב באלו הב' גיטין גט א' שלא נכתב לשמה אטו נימא דרשאי לגרשה בא' מהג' גיטין משום דגט הפסול נתבטל בגיטין הכשרין אתמהה. א"ו דכל כה"ג דצריך מעשה כתיבה לשמה לא דיינינן בזה ביטול ובזבחים (בר"פ כל הזבחים) בנתערב מחטאות המתות בזבחים כשרי' דמדאורייתא הוי בטל אי לאו משום קביעותא אע"ג דבפסולין לא מהני מעשה המכשיר למזבח כמו שחיטה וזריקה התם כיון דנתבטל קודם השחיטה ממילא מהני ביה שחיטה וזריקה ובדם שנתערב בדם פסולין דפליגי ר"א ורבנן אי גוזרין גזירה במקדש משמע דמדאורייתא כשר לכ"ע ויעלו גם הפסולין למזבח אע"ג דהפסולין לא הוי בהו הכשר קרבן. הא כתב שם רש"י ז"ל ותוס' דתרווייהו סברי רואין אותן כאלו הן עצים וא"כ לא איכפת לן בהעלאתו של דם הפסול רק חיישינן שלא יתבטל הכשר (ובדף ע"ט) בצלוחית של מי חטאת שנפלה לתוכה מים כ"ש שכתבו התוס' דמדאורייתא בטל המים ורבנן הוא דגזרו משום חומרא דמי חטאת התם נמי לאו מחוסר מעשה הוי רק דרחמנא פסלה לשאר מימות. ואף דבעינן מים חיים אל כלי שתהא חיותן בכלי הא זהו מעלה דרבנן כדאיתא בפסחים (דף ל"ה) ובמס' פרה (פ"ט משנה ז') שם באפר מקלה שנתערב באפר פרה דפליגי נמי ר"א ורבנן דרבנן סברי דהולכין אחר הרוב לטמא ולא לטהר ור"א סובר מקדשין בהן אפשר לומר דהתם מה"ת נמי לא בטלה משום דלמא מזה באפר מקלה וע"י ביטול לא נחשבהו כאפר פרה בכל קדושתו ולא מהני ביטול להחשיב כולו כאפר פרה והא דאר"א דמקדשין מיירי נמי כדמוקי לה אמוראי בזבחים שם כגון שנתערב א' בא' או משום דיש בילה והזאה א"צ שיעור:

מיהו בזה שפסלנו מטעם עיבוד אפשר לסמוך אר"מ גאון הביאו הש"ך (בסי' רע"א) דבשעת הדחק יש להכשיר ס"ת אף על עורות שאינן עבודין לשמן ואם נבא לפסול הכתיבה מטעם מהב"ב כבר כתבו התוס' (בפ"ג דסוכה) דבלולב של אשירה לא שייך מהב"ב דלא שייך מהב"ב אלא אם בשעת עשיית המצוה עושה העבירה כמו לולב הגזול אבל אם עושה מצוה בדבר שהוא עבירה לית לן בה ועיין בשא"ר שהבין בדעת הרמב"ם ז"ל שגם בכה"ג אמרינן מהב"ב ולמד כן ממש"כ (בפי"א מה' איסורי מזבח) דאין מביאין

מנחות ונסכים מערלה וכה"כ משום מהבב"ע דע"כ אף דבשעה שמביא הקרבן לא נהנה מידי משום דמללה"נ אבל באמת המל"מ כתב שם דדעת הרמב"ם דבקרבן אמרינן שפיר מצות ליהנות ניתנו וא"כ הוי שפיר מהב"ב דבשעה שעושה המצוה הוא נהנה ועביד עבירה וכן משמע קצת במעילה (דף י"ט) דאם לקח במעות הקדש קיני זבין ויולדות חטאות ואשמות מעל לכשיקרבו והרי חזינן דעל שעת הוצאה לא מעל משום דהוציאו לצורך קרבן ועל שעת הקרבה מעל ש"מ דזה הוי הנאה והא דאיצטריך התם קרא לרבוי משום דאי לאו קרא הו"א דלא חייבה תורה מעילה אלא אם הוציאו לצורך עצמו אבל בקרבן דלהכי קיימי לא מעל להכי צריך קרא וגם אין לפסול מטעם דהקלף איה"נ ולא נתפס בהגליונין קדושת ס"ת כלל חדא דהא מסיק בשבת (דף קי"ו) דגליונין אין בהם משום קדושה ואין מצילין אותן מפני הדליקה ומשמע שם דאפי' מקום כתב לא קדיש כלל ועוד קדושת כתב גליונין יש לדמות קצת לקדושת כלי שרת דמהני אף באיה"נ ואם באנו לחוש מטעם דהקורא בה מתהני ממנה כבר ידוע דקיי"ל מללה"נ ובמודר הנאה משופר מותר לתקוע בו:

אולם ביור"ד (סימן רכ"א) כתב המחבר דהאוסר ספרו על חבירו דאסור ללמוד מתוכו והקשה המהר"מ דמ"ש משופר ולולב ותי' דשופר אינו מתקלקל להכי אין רגילין ליטול שכר משו"ה לא הוי הנאה משא"כ ספר דרגילין להשכירו משום דמתקלקל להכי אסור ללמוד בתוכו וא"כ לדבריהם אסור ללמוד גם מספר שנכתב על איה"נ וכן תנן בנדרים (דף מ"ח) בנדרו הנאה זה מזה דאסור בדבר של אותה העיר:

ולכאורה יש להביא ראיה לדבריהם מהא דתנן בנדרים (דף ל"ה) במודר הנאה מחבירו דמלמדו משנה הלכות ואגדות אבל לא מקרא ומפרש בגמ' משום דנוטלין שכר על המקרא משו"ה אסור ובמשנה אמרינן מללה"נ דאסור ליטול שכר אלמא היכי דמצי למשקל שכר לא אמרינן מללה"נ וה"נ בהך ספר הואיל ויכול להשכירו ל"א מצללה"נ מיהו נלענ"ד דל"ד כלל והוא ע"פ מה שכתב התוס' ב"ק (ק"ט) שהקשו על ר"ת ז"ל דסובר דאסור לפרוע חוב במודר הנאה לבד מזונות אשתו] מהא דתנן שם ואם אין לו לוה ובאין ונפרעין ע"ש מה שתירצו ונ"ל בכוונתם דהא דר"ת אוסר פריעת חוב אין האיסור משום שנהנה מגוף הנכסים דהנכסים באין ליד המלוה ואיזו הנאה מגיע לו מהם רק דנהנה מהמדיר עצמו דבשעה שפורע לו עושה לו טובה ומסלק שיעבודו מעל המודר ובמודר הנאה דאסור אף הנאת גופו כמו לישון עמו במטה ולרחוץ עמו באמבטי (בדף מ"א) משו"ה אסור לפרוע חובו דאז נהנה מהמדיר משא"כ במשנה דב"ק שאביו המדיר מת ונסתלק מן העולם ולא איכפת לן מה שנהנה ממנו רק שלא יהנה מהנכסים ומה

שהב"ח באין ונפרעין בזה אינו נהנה מעצם הנכסים. וחילוק זה מוכח בנדרים בכמה דוכתי בין מודר הנאה מחבירו למודר הנאה מנכסיו (ובמודר הנאה מחבירו ממילא אסור ליהנות מנכסיו:

ומעתה שוב אין ראיה מהא דאין מלמדו מקרא לאסור ללמוד מס"ת של איה"נ דשם מיירי שהדיר הנאה מחבירו דהא איצטריך לאשמעינן דמקריב עליו קרבנותיו דזה לא הוי רק הנאת גופו משו"ה אסור ללמוד בחנם דבר שרגילין ליטול שכר דבשעת הלימוד מהנהו הוא בעצמו משא"כ ללמוד מספר של איה"נ כיון דמללה"נ אמרינן שפיר דמהספר לא נהנה מידי ואף שא"צ לשכור לספר זה לא הוי אלא גרמת הנאה ושרי וכן במשנה דאסורים בדבר של אותה העיר מיירי נמי בנדרו על עצמן כל הנאת גופם ונכסיהם כדאמר הריני עליך חרם ומשו"ה אסור דנהנה מן המדיר:

ולענין מש"כ המחבר באוסר ספרו על חבירו דאסור ללמוד ממנו ושם משמע דלא אסר אלא הנאת ספרו לבד ואפ"ה אסור הרי משמע דמיקרי נהנה מגוף הספר י"ל ע"פ מש"כ הר"ן ז"ל בנדרים (דף ט"ו) וכ"כ התוס' בר"ה (דף כ"ז) דאף דאמרינן מללה"נ אבל אם אסר עליו בפירוש הנאת המצוה כגון דאמר קונם תקיעת שופר עלי בזה אסור לתקוע. וא"כ אפשר לומר דהמחבר והתשובת מיימוני מיירי שאסר על חבירו ללמוד מספרו דאז לא מהני הא דמללה"נ ועוד אפשר דאפילו אמר בסתם קונם ספרי עליך מיתסר נמי בלימוד משום דספר לא חזי למידי אחרינא וליתן ולמכור אסור בספר ומסתמא היתה כוונתו על הלימוד משא"כ שופר דחזי לגמוע בו מים כדאיתא בסו"פ במה מדליקין וכן לולב אמרינן דלא היתה כוונתו על הנאת המצוה ודמי להא דאמר בנדרים (דף נ"ג) באוסר עליו דבר שדרכו לאכול מותר ביוצא ממנו ודבר שאין דרכו לאכלו ודרך היוצא ממנו לאכלו מותר בו ואסור ביוצא ממנו:

וחילוק זה שכתבנו מוכרח ג"כ במ"ש התוס' בחולין (דף ק"מ) דמותר ליקח קרבנות מבהמות עיר הנדחת משום דמללה"נ ובמודר הנאה ודאי דאסור להמדיר להקריב עליו קרבנות משלו ומתניתן לא שרי אלא אם המדיר כהן מותר להקריב עליו והיינו דוקא בשל המודר ובשוקל לו את שקלו כתב הר"ן ז"ל דמיירי שכבר שקל המודר לעצמו ונאבד הא לאו הכי אסור [והא דשרינן לתרום משל המדיר על כרי של בעל המודר התם היינו טעמא משום דחטה א' פוטרת כל הכרי ולא מהנהו מידי] דבמודר הנאה אסור משום דנהנה מהמדיר משא"כ בבהמה של עיה"נ דמותר משום דמבהמה בעצמה לא נהנה מידי דמללה"נ וכיון דאמרינן בזה מללה"נ מותר ללמוד אף לכתחילה כמו במודר הנאה משופר דמותר לכתחילה והא דאסור לתקוע בשופר של עבודת כוכבים כתב

התוס' (בפ"ג דסוכה) משום דמאיס למצוה מיהו בשופר של שלמים ועולה משמע נמי בגמרא דלכתחילה אסור וכ"פ הרמב"ם ז"ל (בהל' שופר) וצ"ע למה ומצאתי בהגהות מל"מ שהביא בשם מהר"מ די בוטין לכתחילה לא אמרינן מללה"נ ואיני יודע מה יענה אהך דמודר הנאה משופר שמותר לכתחילה:

וכן ראיתי ברשב"א ז"ל בחי' ליבמות שהוכיח בשם הרמב"ן ז"ל דהא דגבי מנעל של כומ"ז לא תחלוץ אין הטעם משום דמתהני מאיה"נ דכיון דמללה"נ אין כאן שום הנאה אף לכתחילה דאי הוי קצת איה"נ היה הדין דאף בדיעבד לא מהני החליצה משום דעיקר הטעם דלא יצא למ"ד מצות לה"נ הוא משום דאין כאן הנאה אחרת אלא הנאת מצוה וכשנאמר דלא יצא לא יהיה כאן שום הנאה להכי אנן אמרינן דלא יצא כדי שלא יהנה וא"כ אם נימא דיש הנאה בחליצה הול"ל חליצתה פסולה עכ"ל הרי חזינן דאף לענין לכתחילה אמרינן מללה"נ אולם הוכחת הרמב"ן ז"ל וסברתו בהא דלא יצא למ"ד לה"נ אף שלכאורה מוכרחים דבריו דאין לומר דהטעם דלי"צ לר"י משום מהב"ב דהא ר"י ל"ל מהבב"ע לענין חטאת הגזולה בגיטין (דף נ"ה):

מ"מ קשה לי על עיקר סברתו דאם יש בזה איה"נ בעינן למימר דלא יצא כדי שלא יהנה מהא דתניא (בפ' האורג) הקורע בשבת על מתו חייב ואע"פ שמחלל את השבת יצא י"ח קריעה ומוקי לה התם במת דידיה דחייב לקרוע דבמת דעלמא הוי מקלקל ופטור וא"כ נחזי אנן דהא התם אין תיקון אחר אלא תיקון המצוה כמש"כ התוס' שם ואם נימא דלא קיים מצותו אז יהיה מקלקל א"כ נימא דלי"צ ידי קריעה כדי שיפטר מחיוב מלאכה כדאמרינן הכא לפי' הרמב"ן ז"ל דלי"צ כדי שלא יהנה אח"כ מצאתי שעמד בזה הגאון מלבוב ז"ל בספרו ישועת יעקב:

ולכאורה היה אפשר לומר דסברת הרמב"ן ז"ל לא אמרינן הכי אלא בשוגג אבל במכוין לעבור על האיסור כדי לקיים מצותו למה נימא אנחנו נגד מחשבתו דלי"צ כדי שלא יעבור משו"ה בר"ה דמיירי בשוגג דהא קתני מעילה אמרינן דלי"צ ובשבת לענין קריעה מיירי במזיד כדמשמע לישנא דאע"פ שמחלל א"ה [ולדעת הפוסקים דמצות קריעה הוי דאורייתא צ"ל בלא"ה דמיירי במזיד דבשוגג גמור פטור מטעם טעה בדבר מצוה כמו מוציא את הלולב ביוט"ר שחל בשבת (בסוכה (דף מ"א) ומשכחת לה אף לענין חטאת לר"י בשגגת כרת וזדון לאו ולר"ל בזדון עשה כדאיתא בשבת (דף סט)] ומשו"ה יצא ידי קריעה ויתיישב בזה מה שהקשו התוס' בר"ה הא דקאר"י בשופר של שלמים לי"צ ובשופר של כומ"ז קאמר בסמוך דיצא ולפי הנ"ל ניחא דהא דשופר של כומ"ז אפשר דמיירי במזיד כדמשמע לישנא דלא יתקע דלמזיד קא מזהיר:

מיהו לפ"ז לא מקשה מידי הרמב"ן ז"ל אהנך י"א שפי' דלא תחלוץ משום הנאה דאם יש הנאה אף בדיעבד חליצתה פסולה דאפשר לומר דמיירי במזיד ומשו"ה לא פסלינן החליצה ועוד צריך להבין בדעת הרמב"ן ז"ל דא"כ אמאי אר"י דשופר של עולה יצא משום דמעל ונפיק לחולין היא גופא נימא דלי"צ ולא ימעול:

ע"כ נ"ל דבאמת לא פסלינן מצותו היכא דאפשר לתקן האיסור אלא אם יש גם בהמצוה איזה ריעותא כגון חשש מהבב"ע דקיי"ל בכל דוכתי דפוסל המצוה בזה אמרינן כיון דהמצוה נעשה בעבירה ואפשר לתקן העבירה לי"צ ואף דר"י ל"ל מהבב"ע מ"מ בכה"ג דאפשר לתקן שפיר אית ליה מהב"ב (עיין טורי אבן) אבל אם בהמצוה אין שום פסול מהב"ב אין אנו פוסלים אותה כדי לתקן האיסור ומשו"ה בשופר של עולה קאמר ר"י דיצא דאפשר לומר דקיום המצוה באה אחר עשיית העבירה דהיינו אחר שמעל ונפיק לחולין ובכה"ג הא לא אמרינן מהבב"ע כמו גבי לולב של אשירה ומשום הכי יצא משום דאין כאן פסול בהמצוה ורבא לי' תרווייהו בהדדי קאתי ושפיר יש פסול בהמצוה והשתא א"ש (מפ' האורג) גבי קריעה דהתם אין שום פסול במצות קריעה דלא מיקרי מהבב"ע כמש"כ שם הרשב"א בחידושיו בשם הירושלמי דזה לא מיקרי מהב"ב דדמי למוציא מצה ברה"ר לאכלו וא"כ אין לנו לפסול מצותו כדי שלא יהא כאן האיסור ושפיר קמה וגם נצבה הוכחת הרמב"ן ז"ל דבחליצה ליכא הנאה משום דאי יש כאן הנאה הו"ל למימר חליצתה פסולה:

מיהו יש ליישב קצת דעת הי"מ שהביא הרמב"ן ז"ל דאפשר לומר דבחליצה שפיר איכא הנאה ולהכי לכתחילה לא יחלוץ ואפ"ה לא אמרינן דלא מהני החליצה כדי שלא יהנה. משום דלא אמרינן הא מילתא אלא במצות שופר ולולב שאין אלא מצוה משא"כ חליצה שיש בה הכשר שמתירה לינשא לא פסלינן החליצה כדי שלא תהנה כיון שפעולת הכשר הוא להתיר לא שייך לומר שלא תועיל החליצה כדי שלא תהנה דהאי מילתא לא אמרינן אלא במצוה שאין בה הכשר להתיר אבל במידי דיש בה הכשר להתיר אותה מזיקתה כמו גבי חליצה לא אמרינן הכי ועיין בירושלמי (פ"ק דיבמות) דקרי לחליצה קנין וכן דעת התוס' בגיטין (דף כא) דלכתחילה אסור לכתוב גט על איה"נ משום דמיתהני ובדיעבד מותר ולפ"ז ניחא נמי הא דלא פסלינן בדיעבד החליצה משום מהב"ב דאפשר דבמצוה כי האי לא אמרינן מהב"ב שאינו אלא מכשיר כמו דלא פסלינן בשוחט בסכין של איה"נ בדיעבד וכה"ג חילקו התוס' בנדה (דף סו) ד"ה לענין הא דגבי בילה בעינן ראוי לבילה לכתחילה וגם ביאת מים לא בעינן ראוי לביאת מים כלל ותי' שם דבילה הוי מצוה להכי צריך לעשותה מן המובחר משא"כ טבילה דאינה אלא הכשר

ומימרא דרבא בהמודר הנאה מן המעיין טובל בו נמי לא איצטריך אלא לענין לכתחילה אבל לענין דיעבד אפילו אם נימא דמצות ליהנות ניתנו נמי עלתה לו טבילה דטבילה הוי מכשיר ולפ"ז אפשר דגם להי"מ סבירא ליה דבהנאת מצוה מותרת אף לכתחילה ורק בחליצה פסלי משום דסברי דלא אמרינן בזה מללה"נ וא"כ מותר ללמוד לכתחילה מספר של איה"נ:

מיהו יש לעיין נהי דאין כאן פסול בגוף הס"ת מ"מ כיון דהעור מן הנקברים וצריך גניזה איסור שבו להיכן אזיל ואף עתה שנתפס בקדושת ס"ת לא אזיל מיני' האיסור וראי' לזה מהא דתנן בסנהדרין (דף קיא) גבי עיר הנידחת כתבי הקודש ומע"ש יגנוזו ומפרש שם דבדין דבעי שריפה ומשום כבודן דכתבי הקודש בעי גניזה וטעמא משום דשללה מיקרי והלא הדברים ק"ו דהתם בא האיסור אח"כ על הס"ת ובעי גניזה מכש"כ כאן שהיה העור טעון קבורה קודם שנכתב עליו הס"ת דבעי גניזה מיהו גבי עיה"נ הגניזה דאורייתא אבל בכל איה"נ דבעי קבורה מסופק אני אי זה הוי מה"ת או מדרבנן כדי שלא יהנה מהם ובפהמ"ש להרמב"ם ז"ל ראיתי שכתב וקבלה בידינו שצריך קבורה ולשון זה משמע דהוי דאורייתא:

וצ"ע קצת בהא דבעי בסנהדרין (דף מו) בקבורה אי משום בזיוני או משום כפרה ונ"מ לאומר אל תקברוני דכיון דמת אסור בהנאה צריך קבורה ככל איה"נ ועיין בשילהי תמורה דאפשר מת אסור משום שהוא מהנקברים ואי נימא דקבורה דאיה"נ הוי דרבנן אפשר לומר דלא גזרו במת דבלא"ה לא יהנה ממנו משום שמטמא וכדאמרינן בחולין (דף קכ"ב) דלהכי עור האדם טמא שלא יעשה מעור אביו ואמו שטיחין לחמור אלמא דכיון דמטמא שוב לא יהנה ממנו ויש לדחות:

ולדעת התוס' בקידושין (דף נו) היה אפשר לומר דעור שחוטי חוץ הוי דרבנן שהקשו שם על רש"י ז"ל שפי' דשלי בשלך אסור משום שאין להם מי שיתירן דהא קדשים שמתו יצאו מידי מעילה לכן פירשו הם ז"ל דשלי בשלך אין בהם תורת קרבן כלל עיי"ש וכבר עמדתי בזה דמשמע דבקדשים שנשחטו בחוץ לא הוי בהם שום איסור דאורייתא ובב"ק (דף עו) אמרינן דקדשים בחוץ הוי שחיטה שא"ר ועיין שם (דף עא) דבאיסור דרבנן לא אמרינן דהוי ששא"ר דפריך גבי מעשה שבת למ"ד דרבנן אמאי פטור מד' וה' וראיתי להגאון בס' המקנה דהדר ילפינן ש"ח מחושב"ע לאיסור אכילה והנאה והגאון מהר"י עמדין כתב בספר מגדל עוז שלו דהאיסור הוא משום ל"ת כל תועבה וא"כ כ"ז שייך בבשר אבל בעור לא שייך איסור זה דפסול הבא מחמת השחיטה לא שייך בעור והרי דעת התוס' בזבחים (דף ע"א) דעור האדם אינו נאסר בהנאה אי לאו משום דדמי

לתכריכין ובערכין (דף ז') אמרינן אשה שמתה נהנין בשערה משום דמיתה אוסרתה ואין מיתה בשער. והא דמשמע בב"ק (פ' שור שנגח דו"ה) דאי לא כתיב את בשרו דמשמע למעוטי עורו לא הוה מצרכינן קרא לריבוי איסור עורו היינו טעמא דבבהמה גמר דינה אוסרתה ולהכי גם העור אסור כדאמרינן בערכין שם אבל פסול דהוי מחמת השחיטה אין העור נאסר כלל והא דמשמע בתוס' ע"ז (דף לב) ד"ה דלא דלר"א דאמר סתם מחשבת כותי לעכומ"ז כל העורות שלוקחין מכותי אסורין בהנאה משום שהבהמה נשחטה לכומ"ז אלמא משמע דגם העור נאסר מחמת הבהמה לא דמי כלל דהתם לאו בשחיטה תליא מילתא דאין האיסור מחמת השחיטה רק מחמת המעשה שעשה בה לשם כומ"ז דמשום זה נעשה תקרובת כומ"ז דאפי' לא פגם אלא מיעוט הקנה לבד נאסרה כדמוכח בחולין (דף מ"ב) וביו"ד (ה' עכומ"ז סי' קלט) אע"ג דנשארה בחיים ואין האיסור מחמת השחיטה אלא מחמת המעשה כמו עורות לבובין ובשר הנכנס לכומ"ז ובדבר הזה ודאי דעור שוה לבשר. אבל בדבר שדין שחיטה פוסל כמו קדשים בחוץ בזה לא נאסר העור כדאמרינן בב"ק (דף ע"ח) דעור לא מיקרי דבר שבשחיטה כלל וא"כ אין האיסור אלא כדין קדשים שמתו שיש בהן מעילה מדרבנן וא"כ הי' אפשר להקל באם נכתב עליו ספר תורה דלא דמי לעיה"נ דהגניזה הוי דאורייתא:

מיהו דעת רש"י ז"ל דלהכי שלי בשלך אסור דלא אזיל תורת קדשים מיני'. וצ"ל דלא דמי לקדשים שמתו דדוקא במיתה אזיל דין קדשים אבל בשחיטה לא וכמש"כ המהרש"א ז"ל. וגם התוס' בב"ק (דף עו) משמע דאזלי בשיטת רש"י ז"ל שהקשו דאמאי קרי לקדשים ששא"ר הא אפשר לפדותו אחר השחיטה בשעת פירכוס ואם נימא דהאיסור הוא משום ל"ת כל תועבה א"כ מאי מהני הפדי' כיון דנעשה בהן האיסור אע"כ דסברי דאין כאן איסור מחמת שחיטה וע"כ הא דקרי ששא"ר הוא מחמת דלא אזיל מיני' דין קדשים וכדעת רש"י ז"ל וגם המהרש"ל הסיב כוונת התוס' בקידושין לדעת אחרת עיי"ש בדבריו כי נכונים הם למאוד דודאי יש בקדשים שנשחטו איסור דאורייתא ורק המעילה הוי דרבנן [דלא עדיפא מפסה"מ שמתו דדרשינן ואכלת ולא לכלביך וא"כ העור אסור מה"ת וכבר הוכחנו דהיכא דאסור מה"ת לא אזיל דין גניזה מיניה מספרים של עיה"נ מיהו בזה שוב י"ל דין ביטול דכיון דאין אנו חוששין רק לאיסור שבו אבל דין ס"ת יש בה וכבר הוכחנו דאף בדבר שצריך שיעור שייך ביטול:

מיהו אפשר לומר דיריעה הוי דבר חשוב ודמי לארג בו צפרתא בסוף תמורה מיהו אפשר דהעור בעצמו לא הוי דבר חשוב והחשיבות לא הוי רק מחמת שנכתב עליו הס"ת א"כ אפשר דמי קצת להא דכתבו הפוסקים דהיכא דאין איסורו מחמת עצמו בטל כמו

גבינה שהועמדה מחלב טריפה דבעינן שיהא בה רוב חלב טריפה דאז גוף החלב נעשה ראוי להתכבד אבל אם מהחלב לבד לא היה נעשה גבינה בטל דהחלב לא הוי ראוי להתכבד וכאן העור לבד אינו ראוי להתכבד ועוד דספק דבר חשוב בטלי וגם יש לצרף לסניף בעלמא לדעת הרמב"ם ז"ל (ה' בכורות) דאליבא דר"ע דאמר אם באו לא יקרבו היינו דנאכלין בתמותן וכפי הגרסא שהי' להראב"ד והר"ן ז"ל בדבריו. ולדעתי' גם דעת הרשב"א ז"ל בב"ק (דף יב) כן שהקשה דאמאי לא מוקי הברייתא דומעלה מעל כר"ע ותירץ דלר"ע כיון דאמר אם באו לא יקרבו ודאי דחולין גמורין הן ולישנא דחולין גמורין משמע כדברי ז"ל:

ולענין מה שהקשו עליהם מהא דכמה אמוראי דהוו דיירי בחו"ל וחזו בוכרא אפ"ל כיון דר"ע יליף ממעשר דממקום שאין אתה מביא מעשר אין אתה מביא בכור וא"כ כיון דחכמים גזרו על מעשר בחו"ל גזרו נמי בדין בכור ואף שחלילה להקל בדבר שחלקו עליהם כל הפוסקים מ"מ לסניף בעלמא בפרט מאחר שביארנו שהעור הזה שפיר בטל רק מחמת חשש דבר חשוב וזה הוי רק מדרבנן כמבואר בה' תערובות אין לפסול הס"ת כנלע"ד:

עוד יש להביא ראי' דבדבר הצריך שיעור שייך ביטול מהא דתנן (בחלה פ"א) חלת המדומע פטור מחלה וכתב הר"ש טעמא דמילתא דאתי דימוע דרבנן ומפיק חלה מדרבנן וכתב עוד בשם הירושלמי דוקא שם שיעור חלה דהיינו ה' רבעים לבד התרומה אבל אם יש שיעור חלה לבד התרומה חייבת בחלה עיי"ש. אלמא חזינן טעמא דכיון דחלה בזמן הזה דרבנן להכי מיפקע לי' דימוע דרבנן אבל אם נימא חלה בזה"ז דאורייתא לא פטרינן לי' מחמת דימוע דרבנן ואזלינן בתר ד"ת לבטל התרומה ברוב ולחייב העיסה בחלה אע"פ שאין בה שיעור חלה מן החולין לבד ואמרינן כיון דנתבטל מצטרפת אף לשיעור וכן אם נתערב בק"א דבטל אף מדרבנן גם התרומה מצטרפת:

ודע דדברי הר"ש הללו סותרין לדברי התוס' בנדה (דף מז בפלוגתא דר"י ור' יוסי וכתבו התוס' שם מעיקרא להוכיח מסוגיא זו מדקרי לי' דימוע דרבנן ש"מ דמן התורה גם תרומה בטל ברוב ולא בעי ק"א והדר כתבו דאפשר לומר דדין ק"א הוי דאורייתא ומאי דקרי לי' דימוע דרבנן היינו מה שהחולין נפטר זה הוי מדרבנן ואם נימא דאין מן החולין לבד כשיעור הא גם זה לא הוי דרבנן דכיון דתרומה לא נתבטל ובחולין ליכא שיעורא להכי פטורה ובאמת עיינתי בהירושלמי ולא מצאתי שם כדברי הר"ש ודברי הר"ש נאמרים שם על ספק דימוע ולא על ודאי דימוע מיהו ראייתינו מדברי הר"ש נכונה גם מדברי התוס' בזבחים (דף עח) שכתבו דמדאורייתא בטל ברובא נמי משמע כן וק"ל:

סימן צו

שאלה אם מותר להציע בגד כלאים תחת הקטן או לא ויבואר בזה דין קטן אוכל נבילות:
תשובה לענין אי שרי להאכיל לקטן איסור דרבנן בידים הרשב"א ז"ל בחידושיו ליבמות (פרק חרש) כתב דמסתבר ליה דמותר להאכילו בידים ומייתי ראיה מהא דאמרינן (בפ' תולין) דלא שרי למיהב לתינוק ישראל למיזרע בכרמא משום דאתי למיסרך ולא אמרינן דאסור משום דמאכילו איסור בידים א"ו דאיסור דרבנן מותר להאכילו בידים. אלא שהקשה מהא דאמרינן בעירובין (דף ל"א) דאין מערבין בטבל טבול מדרבנן כמו עציץ נקוב ואם נימא דמותר להאכיל איסור דרבנן לקטן א"כ אמאי אין מערבין בו הא חזי לקטן כמו דמערבין לגדול ביוה"כ הואיל וחזי לקטן עיי"ש שמחלק בין איסורא דיומא לאיסורא דאיסור מאכל דלא מהני הא דחזי לקטן אלא במידי דיומא לחוד קא גרס. ולכאורה קשה על דבריו ז"ל טובא דהאיך אפשר לומר דלהכי מערבין בטבל טבול מדרבנן משום דשרי להאכיל לקטן דנהי דנימא דכל איסור דרבנן מותר להאכיל לקטן בידים מ"מ טבל ודאי דאסור להאכיל לקטן דהא טבל אסור בהנאה של כילוי כדאמרי' בשבת (ד' כ"ו) דאין מדליקין בטבל טמא משום דכתיב את משמרת תרומותי ואין לך בהן הנאה אלא משעת הרמה ואילך וא"כ נהי משום לתא דאיסור דקטן מותר להאכילו, מ"מ הא הגדול בעצמו קא עבר אאיסור דרבנן במה שמאכילו ונהנה הנאה של כילוי בטבל דרבנן ועבר אעשה דמשמרת כו' וא"כ מאי מקשה מטבל ולמאי הוצרך לחלק בדוחק בין איסורא דיומא לאיסורא דחפצא ועיין תוס' שם יבמות (דף ס"ו) דמאכיל טבל לבהמה אסור משום הנאה של כילוי דמה"ט לא הביא הרשב"א ז"ל ראיה מהא דהמקדש משש שעות ולמעלה אין חוששין לקידושין ולא חשבינן ליה ממון משום שיכולה להאכיל לקטן משום דבלא"ה אסור משום הנאתו של גדול:

מיהו אפשר לחלק ולומר דשאני בהמה מקטן דבהמה דלאו בת קנין היא ע"כ נגמרה הנאתו במה שהבהמה אוכלת ואכילה הוי הנאה של כילוי אבל אכילת הקטן לא מיקרי הנאה של כילוי משום דקטן זוכה לעצמו בדעת אחרת מקנה אותו מה"ת או מדרבנן וא"כ במה שהקטן מגביה ונוטל לתוך פיו קונה את הטבל וכיון דנתינה מיקרי הנאה כדילפינן (פסחים דף כ"א) היתר הנאה מתתננה דגבי גר נגמרה הנאת הגדול במה שהקטן זוכה ולא הוי הנאה של כילוי דקנין הקטן אינו מכלה עדיין הטבל והנאה שאינה של כילוי שרי בטבל ומה שהקטן אוכלו אח"כ לא איכפת לן מיהו זה אינו דכיון דקיי"ל א' עירובי תחומין וא' עירובי חצירות צריך לזכות א"כ אם טבל טבול מדרבנן אינו ראוי להאכילו לקטן אלא אם יזכה בהן הקטן תחילה אינו רשאי לערב בו דהא אם יזכה בו

הקטן אינו ראוי לערב בו בשביל אחר דהא דשרינן לערב במידי דראוי לאחר מיירי שיכול ליתן לאחר שהאחר יאכלנו בלא זכיה אבל אם האחר אינו רשאי לאוכלו אלא א"כ יקנה אותו בקנין אינו רשאי לערב דע"ת וע"ח צריכין שיהא משל מי שמערבין עליו וא"כ לערב בשביל גדול במה שראוי לקטן לאכול ע"י שיזכה בו הקטן קודם אכילתו אסור דהא בעינן שיהא העירוב משל מי שמערבין עליו וגם יהא ראוי לאכילה לאיזה אדם ובטבל כ"ז שהוא שלו אינו ראוי להאכיל לקטן דטבל אסור בהנאה של כילוי ואם יזכה בו הקטן שוב אין הטבל של המערב ואינו ראוי לעירוב ונ"ל דדברי הרשב"א ז"ל נכונים דאף דאסור להאכיל טבל דרבנן לקטן משום לתא דמשמרת תרומותי שעובר הגדול כשמאכילו להקטן מ"מ כיון שהקטן יכול ליקח בעצמו ולאכול וכשאוכל לא עביד איסורא שפיר מערבין בו ושפיר מקשה דלהנך רבוותא דסברי דמותר להאכיל איסור דרבנן בידים לקטן ע"כ הטעם הוא משום דגבי קטן ליכא שום לתא דאיסור כלל ומשום דלא העמידו דבריהם על הקטנים א"כ יהא מותר לערב בטבל טבול דרבנן הואיל וחזי לקטן היינו שאם הקטן אוכלו לא עבר אשום איסור משום דלא גזרו בו ואף דהגדול לא מצי להאכילו משום דלא עדיף ממאכיל לבהמה אבל הקטן בעצמו אם אוכלו התירא קא אכיל א"ו דאסור להאכילו בידים משום דאף גבי קטנים העמידו דבריהם וגזירותיהם ואם הקטן אוכל איסורא דרבנן איסורא קא אכיל ולהכי אין מערבין בו דמה שראוי לאכול באיסור לא מיקרי ראוי [ומש"כ הרשב"א ז"ל דאם מותר להאכיל בידים איסור דרבנן מערבין בטבל טבול דרבנן אין כוונתו שרשאי להאכיל קטן טבל אלא כוונתו דאם מותר להאכיל איסור דרבנן א"כ מסתמא הטעם דלא העמידו דבריהם על הקטנים להכי מערבין בו שראוי לקטנים בהיתר גמור דלא גזרו גבייהו עיי"ש בלשונו דמשמע כדברינו] וע"ז הוצרך הרשב"א לתרץ דלהכי לא מערבין בטבל דרבנן משום דחזי לקטנים משום דבדבר שאיסורו מחמת עצמו ולאו יומא קא גרים לא מהני גבי גדול הא דשרי לקטן אבל לעולם דמותר להאכיל איסור דרבנן לקטן בידים משום דלא גזרו על הקטנים באיסור דרבנן:

ולפי סברת הרשב"א ז"ל יש לדון דקטן שהיה לו איסור דרבנן דהיינו דבר מאכל שאסור מדרבנן באכילה ובא אחד ואכלו דחייב לשלם לו כפי שיווי דבר המותר באכילה לגמרי כיון שלגבי הניזק שהוא הקטן היתר גמור הוא שלא גזרינן עליו איסור דרבנן ועיין בנדה (דף מ"ו) בדברי רש"י בהא דאמר ואי מופלא סמוך לאיש דאורייתא מילקא נמי לילקי ואי לאו דאורייתא איסורא נמי ליכא וכפרש"י דלא העמידו דבריהם על הקטנים עיי"ש ויש לחלק דהתם שאני דמיירי באיסור בל יחל שאין אחרים נכללים באיסור זה רק הקטן

אסר על עצמו ובזה שפיר אמרינן דקטן לאו בר קבולי תקנתא דרבנן הוא אבל באיסור הכולל גם אחרים אפשר דמיקרי איסור גם לגבי קטן שהרי הדבר קנה לו שם איסור לגבי גדול:

ובמה שכתבנו דבתרומה איכא איסור עשה להאכיל לזר אפילו אם האוכל הוא קטן כמו שאסור לטמא בידים משום משמרת תרומותי יש לישב לכאורה קושיית התוס' ביבמות (דף צ') דפריך התם למ"ד אין ב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת מהא דאשתו קטנה אוכלת בגינו תרומה ומשני דמיירי בתרומה דרבנן וכתבו התוס' וז"ל ולא בעי לאוקמי אפילו בתרומה דאורייתא ומשום דקטן אוכל נבילות הוא דהא בעיא היא בפ' חרש אם ב"ד מצווין להפרישו או לא ולא איפשטא ע"כ ולפי מש"כ דבתרומה איכא איסור עשה על המאכיל א"כ לא מידי דאף אם נימא דקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווין להפרישו מ"מ הכא שפיר קפריך מהא דאוכלת בתרומה דאף דבשאר איסורין אין ב"ד מצווין להפרישו מ"מ הכא בתרומה מחויב הבעל להפרישה דאיכא עלי' דידי' עשה דמשמרת תרומותי:

שוב ראיתי שדברי התוס' נכונים לפי מה שכתב אלי אחי הרב הגאון מו"ה משה צבי ז"ל להקשות על דברי התוס' אלו דאיך אפשר לומר דהטעם דאוכלת בגינו בתרומה הוא משום דקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווין עליו להפרישו דא"כ מאי אירי' קטנה שהיא אשתו מדרבנן שאוכלת בגינו תרומה הא כל קטנה דעלמא נמי אין ב"ד מצווין להפרישה אם אוכלת בתרומה והתנא הא אתי לאשמעינן מה שיש דין אישות בהאי קטנה שקדושיו דרבנן כדקתני התם ויורשה ומטמא לה וזה קושי' חמורה לכאורה על דברי התוס' ולפי מה שכתבו התוס' בשבת (דף קכ"א) בד"ה ש"מ דמאן דסבר קטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווין עליו להפרישו הוא דוקא רק בקטן שלא הגיע לחינוך אבל בהגיע לחינוך לכ"ע מצווין עליו להפרישו א"ש דקמ"ל דקטנה בת ישראל אוכלת בתרומה אף בהגיעה לחינוך משום דמצות חינוך הוא רק מדרבנן כדאמרינן בסוכה גבי הילני המלכה ומהני לנשואין דרבנן שלא להצריכו חינוך. אבל לפי מה שכתבו התוס' ביומא (דפ"ב) בתוספת ישינים בשם ר' אליעזר ממיץ דאפילו הגיע לחינוך נמי אין מצווין להפרישו משום דחינוך לא שייך אלא לעשות מצוה ולא לאפרושי מאיסורא וכן הסכים לזה הרשב"א ז"ל בחידושיו ליבמות בפ' חרש א"כ ודאי דלא מצי לאוקמי הא דקתני ב"י אוכלת בתרומה משום דסבר אין מע"ל דא"כ מאי אירי' קטנה זו שיש בה נישואין דרבנן אפילו קטנה דעלמא נמי אבל לפי מה שכתבנו לעיל דבריהם נכונים דהא באמת כי מקשה שם מדם שנטמא וזרקו בשוגג הורצה במזיד לא הורצה משני לי' שב ואל תעשה שאני רק דהכא קמקשה מאשתו קטנה דאוכלת בגינו בתרומה דהוי קום ועשה

ואין ב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת בקום ועשה ולהכי שפיר כתבו התוס' דלמ"ד קטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווין להפרישו לא הוי צריך לשנויי דמיירי בתרומה דרבנן אלא אפילו בתרומה דאורייתא נמי כיון דלא איכפת לן במה שהקטן עושה איסור ואוכל תרומה משום דאין ב"ד מצווין להפרישו לא איכפת לן נמי להא דמשמרת תרומותי דהא זה הוי שוא"ת במה שמניח את הזר לאכול בתרומה ואינו מפרישו ובשוא"ת הא ידע רבה דב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת ולא קמקשה אלא ממה שהקטן אוכל ועושה איסור בידים וע"ז כתבו התוס' דמשום לתא דקטן הוי מצי לשנויי דקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווין להפרישו ומיושב גם קושיית אחי הגאון ז"ל על דברי התוס' דבקטנה דעלמא שאין בה קידושין דרבנן אף שאין ב"ד מצווין להפרישו משום לתא דידה מ"מ קא עבר הגדול אעשה דמשמרת תרומותי אבל בהך קטנה שיש בה קידושין דרבנן דלא איכפת לן במה שהגדול עובר אעשה דמ"ת דשוא"ת הוא וב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת בשוא"ת וקמ"ל מתניתין דאוכלת בגינו תרומה דהאיסור דידה דעבדה מעשה ואוכלת בתרומה לא חיישינן משום שאין ב"ד מצווין להפרישה אלא שלכאורה יש להקשות על מה שכתבנו דבתרומה וטבל איכא עשה דמשמרת תרומותי על המניח לזר לאוכלו ואף שבשאר איסורין אין ב"ד מצווין להפריש את הקטן אבל בטבל ותרומה מבטל בזה עשה דמשמרת תרומותי א"כ מאי פריך ביבמות (דף קי"ד) למ"ד קטן אוכל נבילות ב"ד מצווין להפרישו מברייתא דבן חבר שרגיל לילך אצל אבי אמו ע"ה אין חוששין שמא יאכילנו דברים שאינם מתוקנים מצא בידו פירות אין זקוק לו ומייתי מזה דקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווין להפרישו הרי מבואר בהדיא דטבל ותרומה שוו בזה לכל איסורין שבתורה ולמ"ד דבכל איסורין אין ב"ד מצווין להפרישו גם בטבל ותרומה אין מצווין להפרישו. ודוחק לומר דעיקר עשה דמשמרת תרומותי לא חייל אלא על מי שהתרומה שלו משא"כ הכא שהטבל והתרומה הם של עם הארץ ונתנן לבן בתו אין החבר והכהן מוזהרין עליו להפריש את הקטן מלאוכלה דז"א דמסתברא דעשה דמשמרת תרומותי חייל גם עלייהו אם בידם להפריש את הקטן מלאוכלה] ואל תשיבני במה שכתבנו דבתרומה איכא עשה דמשמרת תרומותי על המאכילה לזר מהא דאמרינן בגיטין (דף נ"ה) אמתניתין דקטנה בת ישראל אוכלת בתרומה ואלו חרשת לא אכלה מ"ט גזירה שמא יאכיל חרש בחרשת ופריך וליכול קטן אוכל נבילות הוא הרי דגם בתרומה אמרינן האי דינא דקטן א"נ אין ב"ד מע"ל דלק"מ דהא התם הבעל הוא חרש וגם הוא אינו מצווה על העשה דמשמרת תרומותי ועיין לקמן בתשובה באהע"ז):

מיהו דעת הרמב"ם ז"ל (בהלכות מאכלות אסורות פרק י"ז ה' כ"ז) דלהאכיל בידים אסור אפילו באיסור דרבנן שלא כדעת הרשב"א ז"ל ולכאורה יש להביא ראי' לדברי הרשב"א ז"ל מהא דפריך בנדה (דף מ"ו) לרב הונא דאמר הקדיש ואכל לוקה שנאמר איש כי יפליא לנדור לא יחל דברו כל שישנו בהפלאה ישנו בבל יחל וכל שאינו בהפלאה אינו בבל יחל ופריך לי' לסיועו מברייתא דקתני לפי שמצינו שהשווה הכתוב הקטן כגדול לזדון שבועה ולאיסור בל יחל יכול יהא חייב על הקדישו קרבן ת"ל וזה הדבר קתני מיהא לאיסור ולבל יחל חייב ומשני אימא לאיסור בל יחל איסור בל יחל מנ"פ אי מופלא סמוך לאיש לאו דאורייתא איסור נמי ליכא ומשני לאותן המוזהרין עליו ש"מ קטן אוכל נבילות ב"ד מצווין עליו להפרישו עכ"ל הגמרא ולדעת הרמב"ם ז"ל קשה מאי פריך ש"מ קטן אוכל נבילות ב"ד מצווין להפרישו הא איכא למימר דקאי לאותן המוזהרים עליו שלא להאכילו בידים אלא ודאי דלמ"ד אין ב"ד מצווין להפרישו באיסור דאורייתא באיסור דרבנן שרי להאכילו אף בידים מיהו נראה לי דלאו ראי' היא דהא התם מיירי שהקדיש הקטן וכדקאמר יכול יהא חייבים על הקדישו קרבן וכיון שהקדיש וההקדש חל מדרבנן הרי אסור להאכיל להקטן לבד לתא דקטן רק משום שהגדול עושה איסור דהאומר לחבירו לאכול הקדש מעל כמ"ש התוס' בקידושין (דף מ"ג) דהאומר לגדול אכול ככר של הקדש מעל מטעם שליחות דאתרבי גבי מעילה ועיין לעיל בתשובה שבארנו דאין זה מדין שליחות רק מעיקר מעילה ולפ"ז אם אומר לקטן אכול ככר של הקדש יש בו דין מעילה במה שהקטן אוכל [או כשמגביה שקונה מדרבנן במופלא סמוך לאיש] והוי בגדול מעילה דרבנן בהקדש מופלא סמוך לאיש דהוי דרבנן ואסור משום לתא איסור דגדול וכיון דאסור משום האיסור שעוש' הגדול בעצמו כשמאכילו בידים הא משני עדיפא מיני' כפשוטו דמיירי שאכל הגדול בעצמו ואין ראי' מכאן לשיטת הרשב"א ז"ל:

וראיתי ברמב"ם ז"ל (בפ"י מהלכות תרומות הלכה ג') וז"ל שם ישראלית שנשאת לכהן אפילו קטנה בת ג' שנים ויום אחד תאכל בתרומה וחזה ושוק וד"ת שתאכל משנתארסה וכו' וזה מיירי בהשיאה אביה דהא ביתומה שהשיאה אמה ואחיה לא הוו קידושין כלל בבת ג' שנים כדאיתא בגיטין (דף ס"ה) וברמב"ם (פ"ד מה' אישות) דפחות מבת שש נקרא אינה יודעת לשמור קידושי' ואינה מתקדשת כלל למיאון וכבר תמה עליו התוס' יו"ט ז"ל בגיטין (פ' הנזקין) שם מה שלא הזכיר כלל דין קטנה שהשיאה אמה ואחי' שאוכלת בתרומה כהך עדות שהעיד ר"י בן גודגדא במשנה דהנזקין שם דוודאי הלכתא היא וכמו שהביא הרי"ף ביבמות פרק ב"ש ראי' מהך מתניתין דהנזקין דקטנה

אם מתה הבעל יורשה כר' יהושע בפרק ב"ש ולא כר"ח דאמר אין מעשה קטנה כלום וכן פסק הר"מ ז"ל (בפ' כ"ב מהלכות אישות) לענין ירושה דהבעל יורש אשתו קטנה וממילא ודאי דקיי"ל נמי כר"י בן גודגדא דאוכלת בתרומה דהא בחד בבא קתני לה ר"י בן גודגדא להא דאוכלת בתרומה ואם מתה יורשה ונ"ל דמה דכתב הרמב"ם ז"ל דקטנה אוכלת בתרומה מיירי בין שהשיאה אביה ובין שהשיאה אמה ואחיה ואף שכתב הר"מ ז"ל ואפילו בת ג' שנים ויום אחד וביתומה קטנה בעינן שתהא בת שש כמ"ש לעיל בזה סמך עצמו על מה שביאר בהלכות אישות דקדושי יתומה לא מהני עד בת שש אלא לפ"ז דמיירי הר"מ ז"ל נמי ביתומה קטנה אמאי לא ביאר דדוקא בתרומה דרבנן אוכלת ולא בתרומה דאורייתא כדמשני הש"ס ביבמות שם ולכאורה נראה דאפשר לומר דמאי דאמרינן דבתרומה דאורייתא לא אכלה הוא רק קודם דמסיק הך שינויא דשוא"ת שאני דב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת בשוא"ת אבל לפי מה דמשני לבסוף שם דב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת בשוא"ת אוכלת בתרומה דאורייתא דמה שהקטן אוכל ואין אנו מפרישין אותו מיקרי שוא"ת. ואף שהרמב"ם ז"ל פסק דהרואה את חבירו לבוש כלאים בשוגג מחויב להגיד לו אף דכבוד הבריות דוחה ל"ת שבתורה בשוא"ת מ"מ מה שחבירו עושה איסור מיקרי קום עשה ה"נ מה שהקטן אוכל מיקרי מעשה נראה דסובר דדוקא גדול העושה איסור בשוגג מיקרי מעשה לגבי הרואה אותו אם אינו מפרישו אבל קטן דלאו בר חיובא לא מיקרי מעשה לגבי הרואה אותו אוכל ואינו מפרישו וראיה לזה דהא בשבת (דף ד') איתא הדביק פת לתנור התירו לו לרדותה קודם שיבא לידי חיוב חטאת או לא התירו והקשו התוס' שם פשיטא טא שלא ישמע לנו להניח מלרדות ולבוא לידי חיוב חטאת ותירצו כיון שהוא רוצה לרדות וחכמים מונעים אותו מחמת שבות דרדיית הפת אינו מתחייב חטאת וב"ד יכולים לעקור דבר מה"ת עיי"ש הרי דאף שע"י שלא ירדה הפת יגמר מלאכת האפייה ע"י מעשה שיש בה חיוב חטאת מ"מ יש כח ביד החכמים למונעו מלרדות כיון שהוא אינו עושה כעת מעשה בידים רק שהוא בשוא"ת שאינו רודה ולא איכפת במה שיגמר מלאכת מעשיו ע"י ויוצא מזה מלאכה שיש בה מעשה א"כ ה"ה להפריש הקטן מאיסור שעושה בידים מהני הא דע"י תקנת חכמים נקראת אשתו שלא לחוש למה שיעשה מעשה אכילת התרומה. כיון שהוא שוא"ת הא דאינו מפרישו ובשוא"ת שאינו עושה מהני תקנת חכמים לזה אף שע"י מניעתו מלהפריש נגמר מעשה אכילת הקטנה מיהו יש לדחות הוכחה זו שהוכחנו דאין מזה ראי' כלל דהתם מעת שהורו לו שלא ירדה הפת לא יעשה כלום להכי יכולים להעמיד תקנתם בשוא"ת אבל הכא שהקטן עושה מעשה בידים מיקרי שפיר מעשה לגבי הגדול

דאחר הוראת ב"ד והעמדת דבריהם נעשה איסור הקטן ע"י מעשה ומעשה הקטן נמי נקרא מעשה כמעשה גדול וא"כ ודאי דקשה למה השמיט הרמב"ם ז"ל הך אוקימתא דאוכלת רק בתרומה דרבנן ולא בתרומה דאורייתא מיהו זה נכון דאנן קיי"ל קטן א"נ אבמ"ל להכי סתם הרמב"ם ז"ל דאוכלת בתרומה סתם דהיינו אפילו בתרומה דאורייתא אבל אכתי קשה אמאי לא ביאר הר"מ ז"ל דהא דאוכלת בתרומה היינו שאוכלת בעצמה אבל אסור להאכילה בידים בתרומה דאורייתא ואפילו בתרומה דרבנן נמי הוא אסור להאכילה בידים שהרי הר"מ ז"ל כתב (בהלכות מאכלות אסורות) דאפילו איסור דרבנן אסור להאכיל ביד לקטן:

ונ"ל שדעת הר"מ ז"ל דאף דאסור להאכיל איסור לקטן בידים מ"מ קטנה נשואה אף שנשואין שלה מדרבנן שרי להאכילה בתרומה דאורייתא דלא הזהירה תורה שלא להאכיל לקטן אלא בדבר שאם היה גדול היה הדבר אסור עליו להכי הזהירה תורה שלא להאכיל אף לקטן אבל דבר שאם היה גדול הי' הדבר מותר וקטנותו גורם לו לאסור הדבר עליו לא אסרה תורה להאכילו בידים ולהכי קטנה ב"י נשואה לכהן שאם היתה גדולה היתה אוכלת בתרומה ע"י נשואין דידה שרי להאכילה בידים ע"י נישואי קטנות:

ובזה מיושב מה שהקשו התוס' בפסחים (דף פ"ח) דאמר שה לבית אבות לאו דאורייתא והקשו בתוס' דא"כ איך שרי להאכילו פסח הא הפסח אינו נאכל אלא למנוייו ולפמש"כ א"ש דכיון דאם הי' גדול היה מותר לאכול ע"י המנותו על הפסח רק שקטנותו גורם לו לא אסרה תורה להאכילו בהמנות דקטנות דקראי כתיבי רק בדם ושרצים ובטומאת כהנים שאסור בהן כשהוא גדול אז אסור להאכילו בידים אבל בדבר שמותר כשהוא גדול ע"י איזה מעשה דידי' שרי נמי בקטנותו ע"י מעשה זו רק דמעשה קטנות לא מהני מדאורייתא והש"ס ביבמות דפריך למ"ד אין ב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת מהא דאוכלת בתרומה לא פריך מאכילת הקטנה דזה שרי בלא"ה מטעם שכתבנו רק דכיון דקתני סתמא אוכלת בתרומה משמע דאפילו להאכיל בידים שרי והרי עובר הגדול על עשה דמשמרת תרומותי שמאכיל תרומה לזר אבל ממה שהקטנה אוכלת לא מקשה מידי דמהני נישואין דידה להאכילה בתרומה כמו שאם היתה גדולה היתה אוכלת ע"י נישואין וע"ז משני דאוכלת רק בתרומה דרבנן:

וכ"ז הוא לפי הס"ד דלא ידע עדיין דבשוא"ת מודה רב חסדא דב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת אבל לפי המסקנא דמשני שוא"ת שאני נוכל לומר שפיר דאוכלת אף בתרומה דאורייתא ואף להאכילה בידים שרי ואף דהמאכיל את הזר תרומה עובר אעשה דמשמרת תרומותי מ"מ ביטול עשה הוא רק שוא"ת שאינו משמר את התרומה לעשות

בה כהלכה ומיקרי שוא"ת וב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת והכא מחמת נשואין דרבנן לא איכפת לן בביטול עשה דמ"ת שהוא שוא"ת. ואף דעושה מעשה בידים ומאכילה מ"מ כיון שעיקר האיסור שיש בזה הוא שוא"ת דהיינו ביטול עשה דמ"ת יש לזה דין שוא"ת וכה"ג מצינו גבי סדין בציצית דקרי' ליה הש"ס שוא"ת שלובש בגד פשתן בלי ציצית אף שעושה מעשה ולובש הבגד בידים מ"מ כיון שעיקר האיסור שיש בזה הוא מה שמחוסר מ"ע דציצית מקרי שוא"ת אף שבא האיסור ע"י מעשה וכמו שביאר השא"ר ז"ל (בסימן ל"ב). וה"נ אם הבעל מאכיל את הקטנה תרומה והיא זרה מדאורייתא ביטל עשה דמ"ת היינו שלא שמר את התרומה כהלכתה שהיא עומדת לאכילת כהנים וקנין כספם וזה הוי רק שוא"ת וכיון דמשום לתא דאכילת קטן בעצמו לא חיישינן דמהני נשואין דרבנן כי היכי דמהני לה נישואי דאורייתא למיכל בתרומה וכי היכי דמהני המנות קטן על הפסח כמו שבארנו לעיל ומשום לתא דגדול נמי לא חיישינן משום דב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת בשוא"ת להכי אוכלת אף בתרומה דאורייתא:

מיהו נ"ל דזה שכתבנו דמותר להאכיל לקטן בידים תרומה דאורייתא ע"י נישואין דרבנן מטעמא דכיון דנישואין דגדלות מאכילין בתרומה לא אסרה תורה אף בנשואין דרבנן זהו רק לדידן דקיי"ל קטן א"נ אין ב"ד מצ"ל ומוקמינן קרא דלא תאכילם דלא ליספו להו בידים א"כ סברא הוא מדלא הקפידה תורה להפריש את הקטן מאכילת איסור ש"מ דלא איכפת לן באכילתו מידי להכי לא הוזהרנו להפרישו משום דאיסור והיתר לגבי קטן הכל שווין דאי הוי קפיד קרא באכילתו ודאי דהיינו מוזהרים להפרישו ומדלא הוזהרנו להפרישו ע"כ דלא הקפידה התורה על אכילתו כלל ומה שהזהירה תורה דלא ליספו להו בידים הוא משום דלמא אתי למסרך לאכול בגדלותו ע"י שיזכור שהאכלנו אותו בידים להכי היכי שבגדלותו מותר לאכול ע"י נישואין אנו יכולים להאכילו אף בקטנותו ע"י נשואין דרבנן דהא אם יאכל ע"י נישואין בגדלותו התירא קאכיל:

אבל למ"ד קטן אוכל נבילות מצווין להפרישו א"כ לדידי' ע"כ דקפיד קרא על אכילתו של קטן רק דקטן לא בר קבולי אזהרת התורה הוא אבל הגדול מוזהר עליו להפרישו א"כ לא מהני נישואין דרבנן להאכילו בתרומה דאורייתא כיון דסוף סוף נישואין דקטנות לאו כלום הוא ואיסורא קאכיל ואנו מצווין להפרישו ולדידי' צ"ל הא דמאכילין הקטן פסח משום דשה לבית אבות דאורייתא דבלא"ה הוי אסור להאכילו שאין הפסח נאכל אלא למנוייו ואי לאו דאורייתא הוא קטן לאו ממנוייו הוא או כמ"ש הר"נ והתוס' בנדרים (ד' ל"ו) כיון דאינן ראויין להמנות לא הוי שלא למנוייו עיי"ש]:

ומיושב בזה סוגיא דנדה (דף מ"ו) דפריך שם למ"ד מופלא סמוך לאיש דאורייתא מברייתא דיתומה שנדרה בעלה מיפר לה א"א בשלמא מופלא סמוך לאיש דרבנן אתי נשואין דרבנן ומבטלי נדר מדרבנן אא"א דאורייתא אתי נישואין דרבנן ומבטלי נדר דאורייתא ומשני אמר רב יהודא א"ש בעלה מיפר לה ממ"נ אי דרבנן דרבנן הוא אי דאורייתא קטן א"נ אין ב"ד מצווין להפרישו ואכתי קשה למאן דאמר מופלא סמוך לאיש דאורייתא ועיקר ההיתר הוא מחמת קטן א"נ א"כ ל"ל הפרה תאכל בלא הפרה ואין אנו מצווין להפרישו:

ולפי מה שכתבנו הדברים נכונים דבאמת הרשב"א ז"ל בחי' ליבמות (פרק חרש) הקשה על סוגי' זו מאי קאמר קטן א"נ אמצ"ל הא הכא כיון שמיפר לה נדרה ואמר לה מופר לכי כמאכילה בידים דמי ולהאכילו בידים לכ"ע אסור. ולפי מה שכתבתי לק"מ דהכא כיון דאיכא נישואין דרבנן והפרת הבעל מותר להאכילה אף בידים דכיון שבגדלות מהני נישואין והפרת הבעל אין אנו מוזהרים מלהאכילה בידים אף בקטנות אף שהנשואין והפרה דכעת הוא רק דרבנן וכמו שבארתי לעיל ולמ"ד אמצ"ל ולא אסרה תורה רק שלא להאכילה בידים לא אסרינן להאכילם היכי שיש דבר שהי' מתיר בגדלות אף שעכשיו אין ממש בדבר המתיר מפני קטנותם. דמ"מ ליכא למיחש שמא יאכלו בגדלות דהא בגדלות מהני הך התירא דנשואין והפרה ושפיר משני דסובר קטן א"נ אין ב"ד מצווין להפרישו ואי משום שמאכילה בידים כשאומר מופר ליכי לא איכפת לן כיון דאיכא נשואין והפרה דרבנן שמועיל בגדלות מה"ת דבשלמא אי הוי סובר צריך להפרישו בזה לא הי' מועיל נשואין דרבנן מידי למ"ד מופלא הסמוך לאיש דאורייתא דמ"מ השתא איסורא קעבדה דנישואין והפרה דהשתא לאו כלום הוא מה"ת כמ"ש לעיל אבל כיון דאמצ"ל ורק לענין להאכילו בידים במה שאומר לה מופר ליכי מהני נישואין דרבנן דהא עיקר האיסור שלא תאכל כשתגדיל ובגדלותה אם תאכל התירא קאכיל:

ומיושב קושייתי שהקשיתי ל"ל הפרה הא בלא הפרה נמי מותר משום דקטן א"נ אין ב"ד מצווין להפרישו ולפמש"כ אתי שפיר דהכא צריך הפרה דבלא"ה אסור משום שמאכילה בידים כשאומר לה מופר ליכי כמ"ש הרשב"א ז"ל. רק כיון דמיפר לה שרי אף להאכילה בידים משום שגם בגדלותה אוכלת ע"י נשואין והפרה ולהכי קתני בעלה מיפר לה:

והנה בדבר השאלה אם מותר להציע בגד שיש בו כלאים תחת הקטן הנה הצעה הוי רק מדרבנן כדדרשינן ביומא (דף ס"ט) לא יעלה עליך אבל אתה מציעו תחתיך. מיהו מה שמציעין תחתיו ודאי הוי כמאכילו בידים ולדעת הרשב"א שרי דסובר דאיסור דרבנן מאכילין אותו בידים ולדעת הרמב"ם ז"ל אסור להאכילו בידים גם איסור דרבנן

ונראה עוד דהכא יש לחוש גם לדעת הרשב"א ז"ל דהרמב"ם ז"ל כ' (בפ"י מהל' כלאים) המלביש את חבירו כלאים והי' הלובש שוגג לוקה המלביש עיי"ש. וא"כ כיון דהמלביש עובר אפשר לומר דהמלביש לקטן נמי עובר כיון דשני האי לאו דכלאים משארי לאווין דבשארי לאווין שבתורה המכשיל את חבירו אינו עובר אלא משום לפני עור לא תתן מכשול ואינו לוקה דהוי לאו שבכללות ובלאו דכלאים לוקה המלביש א"ח א"כ איכא למימר דמלביש את הקטן נמי לוקה ודמי ללאו דהקפה דאמרינן בנזיר (דף נ"ז) המקיף את הקטן חייב דאע"ג דניקף לאו בר חיובא הוא מ"מ מקיף חייב וה"נ גבי כלאים כיון דמלבישו חייב אע"ג דהמתלבש לאו בר חיובא הוא וכמ"ש הכ"מ ז"ל בטעמו של הרמב"ם משום דכתיב לא תלבש ודרשינן לא תלביש המלביש את הקטן נמי חייב ולא משום לתא דקטן כמו בשאר איסורין אלא דהמלביש גופא עביד איסורא:

וה"נ משמע בביצה (דף י"ד) דתנן משלחין כלים בין תפורין בין שאינם תפורים ואע"פ שיש בהם כלאים ופריך כלאים למאי חזו למימך תותי' והתניא לא יעלה עליך אבל אתה יכול להציעו תחתיך אבל אסרו חכמים שמא תכרך נימא על בשרו ע"כ וקשה לדעת הרשב"א ז"ל דמותר להאכיל לקטן איסורי דרבנן בידים א"כ מאי מקשה מהא דאסור להציע תחתיו מדרבנן הא יכול להציעו לקטן ופשיטא דיכול לשלחו ביו"ט. א"ו דאף דשאר איסורין מותר להאכיל לקטן בידים לדעת הרשב"א ז"ל מ"מ כלאים אסור להלבישם בידים דבכלאים האיסור על המלביש כמו על הלובש וקא עביד גדול איסורא ולא חזי למידי ואפשר עוד דהמשלח הבגד בשביל שיהא ראוי לקטן דמי למלבישו כמו שכתבתי בשם הרשב"א ז"ל דהמיפר נדרה דמי למאכילה בידים:

ודע שיש לי מקום עיון במה שתמה הרא"ש ז"ל על דברי הרמב"ם ז"ל במ"ש שהמלביש חבירו כלאים לוקה המלביש אם הלובש היה שוגג ותמה הרא"ש (בתשובותיו) מנין לו להרמב"ם ז"ל ונראה דהדבר נכון מאוד דכיון דאמרינן בש"ס דקידושין (דף מג) גבי פלוגתא דשמאי הזקן דסברי יש שלד"ע דמודה שמאי באומר לחבירו צא ואכול חלב ובעול את הערוה דהמשלח פטור משום דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן הרי אי לאו טעמא דזה נהנה וזה מתחייב הוי מחייבינן לשמאי כל אדם האומר לחבירו לעשות דבר איסור אף שאין המשלח צריך לאותו דבר ואינו נהנה מן עשיית השליח כלל כמו אכול חלב ובעול את הערוה ואנו לא סבירא לן כשמאי משום דאמרינן דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וכ"ז שייך אם צוה לחבירו לעשות האיסור וחבירו עשה מעצמו אבל אם הוא עושה והטעין את חבירו באיסור כגון שהלבישו כלאים דבזה לא שייך דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין דהא חבירו לא עבד מידי רק הוא

הטעינו האיסור מהיכי תיתי לא יתחייב המלביש דכיון דאפילו בצווהו ללבוש כלאים הוי מתחייב מטעם שליחות אי לאו דהוי אמר דודאי לא ישמע לו משום דדברי מי שומעין א"כ פשיטא במלבישו בידים דלא שייך לומר דברי מי שומעין דהא בעצמו הלבישו שחייב המלביש. משום דלא גרע משליחות רק דיש לפוטרו מטעם זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן אבל באיסור כלאים לא שייך זה נהנה וזה מתחייב כמו בחלב וערוה דכיון דר"ש סובר דמוכרי כסות מוכרין כדרכן ובלבד שלא יתכוין בחמה מפני החמה ובגשמים מפני גשמים אע"ג דמתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה. מוכרח מזה דדוקא בחלבים ועריות חייב מתעסק מחמת שנהנה שהתם עיקר החיוב על הנאתו דהיינו בחלב על האכילה שנהנה מאכילה אבל כלאים אין האיסור משום שנהנה רק לבישה אסר רחמנא ואם אינו נהנה בהנאת לבישה לא מיקרי מלבוש ואין כאן איסור כלאים אבל אין עיקר האיסור מחמת שנהנה אלא דהאיסור הוא לבישה וההנאה הוא תנאי הלבישה דאם לא נהנה הרי לא מיקרי מלבוש וראיה לזה דהא התוס' (בביצה יד) הוכיחו דבגדים קשין ואע"פ שאין מחממין נמי אסור ללובשן ורק בהצעה מחלקין בין קשין לרכין ובתירוץ השני כתבו דדוקא היכא דאינן שוע טווי ונוז מפלגינן בין קשין לרכין אבל בשוע טווי ונוז דאסור מן התורה אסור גם בקשין אע"פ שאין בהם חימום והנאה כיון דמ"מ מלבוש הוא ואסור אע"פ שאין מחממין כמ"ש רש"י (שם ט"ו) ד"ה בקשין. הרי מוכח מזה דאין איסור כלאים משום הנאתו ומדברי הש"ס בקדושין גופא מוכח דבכלאים אין האיסור משום הנאה מדקאמר מודה שמאי באומר צא ואכול החלב ובוא על הערוה דפטור משום דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן ולא קאמר נמי לבוש כלאים וע"כ דבכלאים לא שייך זה נהנה דאין האיסור משום הנאתו וכיון שכן אפשר לומר דבכלאים לא שייך לומר זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן והאומר לחבירו ללבוש כלאים הי' חייב רק שפטור משום דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ושפיר כתב הרמב"ם ז"ל דמלביש חבירו בשוגג חייב דלא גרע משליחות ואם הי' הלובש מזיד פטור כמש"כ הכ"מ שם דאין סברא לחייב שניהם מלקות וכיון שהלובש לוקה פטור המלביש כמ"ש הכ"מ אבל אם הי' שוגג שהוא אינו לוקה לוקה המלביש דלא גרע משליחות וזה טעמו של הרמב"ם ז"ל ג"כ גבי טומאה שכתב (בה' אבל) דהמטמא את הכהן לוקה הוא מה"ט דאם טמאו בידים לא גרע משליחות ועיין בר"ן (בחולין פ' ג"ה) גבי בת תהא דאביי אמר מותר ורבא אמר אסור שפירש שם דפלוגתא אי ריחא הוי כאכילה או לא דליכא למימר דפליגי משום הנאה דהא קיי"ל כר"ש דאמר דשא"מ מותר ולדידי' הנאה דלא מכווין שרי והכא בבת תהא אינו מכוין ליהנות מיי"נ דלאו ברשיעי עסקינן וכ"ת פסיק

רישא הוא ליתא דלענין הנאה ודאי אף פסיק רישא שרי דהא מוכרי כסות מוכרין כדרכן ובלבד שלא יכוונו בחמה מפני החמה כו' והא התם מטיא לי' הנאה אלא כיון דלא מכוין לא חשבינן לי' מידי עכ"ל ומשמע מדבריו דהנאה אסור בכלאים והוכיח מזה דבהנאה לא איכפת לן אף דהוי פ"ר ולפמש"כ אין ראיה מזה דאפשר דהיכא דההנאה הוא עצם האיסור אסור היכא דהוי פ"ר אבל בכלאים אין ההנאה עצם האיסור רק הלבישה עצם האיסור וכיון דאינו מתכוין ללבישה לא איכפת לן במה דהוי פ"ר דכל שאינו מתכוין ללבישה לא מיקרי בגד ולית בזה איסור כלאים אף שנהנה ממילא [ועי' בתוס' שבת (כ"ט) שכתבו דמיירי בענין דלא הוי פ"ר]:

ובזה יש לתמוה על דברי הט"ז ביו"ד (סימן ש"א סק"ז) שכתב ליישב דעת הרמב"ם ז"ל שפסק דאסור ללבוש כלאים להבריח מכס וגבי מוכרי כסות פסק כר"ש דמוכרין כדרכן והוא כסתם מתניתין (בפ' ט' דכלאים) ולא כברייתא (דב"ק ק"ט) דמתיר ר"ש גם להבריח את המכס מהאי טעמא דהוי דבר שא"מ ודחקו עצמן האחרונים ז"ל דמאי גרע להבריח ממוכרי כסות דאידי ואידי דבר שא"מ הוא והט"ז כתב דלהבריח את המכס גרע טפי שנהנה במה שאין משלם המכס וכיון שנהנה ע"י הלבישה ולהנאה זו דהרווחת הממון הוא מכוין להכי אסור עכ"ד וזה תימא דאטו התורה אסרה שארי הנאות מכלאים הנאת לבישה לחוד אסר רחמנא אבל שארי הנאות לא איכפת לן אם נהנה דהא מותר למכור וליתן בגד כלאים לאחר וכיון דשארי הנאות שרי א"כ מאי גריעותא הוא מה דמרויח ממון ע"י הלבישה הא הלבישה הוי לי' אינו מתכוין:

ובזה מיושב מה שראיתי בתשובת האחרונים שהקשו בהא דאמרינן בכמה דוכתי דבגדי כהונה הותר בהן כלאים בשעת עבודה הא קיי"ל מללה"נ וכיון דלובשן למצות עבודה הא לא מיקרי הנאה וליכא איסורא דכלאים כלל ולפמש"כ לא ק"מ דזה הי' ניחא אם הי' כל הנאות כלאים אסור אז שייך לאמר כיון דמללנ"ת לא מיקרי הנאה אבל כיון דכל הנאות מותר מכלאים ולא אסור רק הנאת לבישה א"כ עיקר האיסור הוא לבישה ומה שמותר אם ליכא הנאה הוא משום דאי ליכא הנאת לבישה לא מיקרי לבוש וכיון דעיקר האיסור בכלאים הוא לבישה היכי נימא בזה מלל"נ וזה לא מיקרי לבישה דע"כ מיקרי לבישה דהא אין עליהם מלבוש אחר בשעת עבודה והתורה קרא את הבגדים האלה מלבוש דכתיב והלבשת אותם וכיון דמיקרי בגד אף שלובש לצורך מצוה נמי מיקרי לבישה דכתיב והלבשת אותם ולא דמי לשאר איסורי הנאה שהנאה בעצם הוא עיקר האיסור משא"כ גבי כלאים שאין עצם האיסור מחמת ההנאה רק שההנאה משוי אותו

מלבוש וכיון שהוא מלבוש אסור אף דהנאת מצוה לא הוי הנאה ורחמנא הוא דשרי כלאים בבגדי כהונה:

אבל באמת נראה לי טעמא של הר"מ ז"ל פשוט הוא שחילק בין הברחת המכס ובין מוכרי כסות דמוכרי כסות ע"כ ניכר עליהם שהם רוצים למוכרן ולובשים בגדים אחרים כדי צרכן והבגדים האלה שעומדים למכירה יש היכר עליהן בלבישתם שהם רוצים למוכרם וכיון שהם מלובשים בגדים אחרים כדי צרכן של היתר ואינן צריכים להנאת אלו הבגדים העומדים למכור אף דמטי הנאה להם מלבישה דידהו להגן מן החמה ומן הגשמים מיקרי דשא"מ שהרי יש עליהן כדי צרכן שאם ימכרו הכלאים ישארו מלובשים בבגדים של היתר להגן עליהם משא"כ הלובש להבריח המכס הוא צריך ללבוש א"ע שלא יכירו מקבלי המכס שהוא מיותר בגדים ולובשן במקום שהי' לובש בגדים של היתר בכדי שיסברו שהבגדים אלו הוא רגיל ללובשן א"כ ממילא הוא לובש כלאים דרך לבישה ובמתכוין ואף שאילולי הברחת המכס הי' לובש בגדים של היתר ולא הי' עובר על איסור כלאים. סוף סוף הוא לובש כלאים עכשיו דרך לבישה ואטו אם אונסין לאדם שילבש כלאים באונס ממון שאומרים לו לבוש כלאים ואי לא ניטל ממונך דקיי"ל דעבור מצות ל"ת מחוייב ליתן כל ממונו שלא יעבור אטו דזה מיקרי אין מתכוין ומותר משום דאילולי שהיו כופין אותו ללבוש לא הי' לובש ועתה לובש אותו רק משום הפסד ממונו זה וודאי אינו דהלבישה היא לבישה גמורה רק שעושה זה באונס ממון וכיון דקיי"ל דאונס ממון אינו מתיר לעבור על ל"ת אסור ולא דמי למוכרי כסות דאינו מתכוין ללבישה כלל דהא יש לו מלבושים אחרים עליו ולובש אילו רק למוכרן להבא לקנות ולא גרע מהא דאמרינן בסוכה (דף ל"ג) בהדס שענביו מרובים מעליו דאין ממעטים ביו"ט ואם יש לו הושענא אחריתא לא מיקרי מתקן מנא כיון שאינו מכוין לתקן. והכי נמי אינו מכוין ללבישה דיש לו עליו מלבושים אחרים כן נראה לפי עניות דעתי:

סימן צז

שאלה מי שנודע לו שילדה אשתו בן בכור והוא במרחקים והגיע יום שלשים ללידתו אם צריך לפדותו מיד או צריך להמתין עד שידע שחי שלשים יום וקודם לזה לא יברך שמא לא חי כל שלשים:

תשובה בשבת (דף קל"ו) אמרינן תניא רשבג"א כל ששהה ל' יום באדם אינו נפל שנאמר ופדויו מבן חודש תפדה עיי"ש בכל הסוגיא הרי דיליף רשב"ג טעמא דקרא דזמן פדיון הוא מבן חודש הוא משום חשש נפל ופסקינן שם הלכה כרשב"ג דבעינן למיחש בסתם וולדות שמא נפל הוא ונ"מ לפוטרו מן היבום או לגבי בהמה אי מהני לה שחיטה

והרמב"ם ז"ל כתב (בה' מ"א פ"ד ה"ד) דבהמה שנולדה אסורה באכילה עד יום שמיני ואין לוקה ע"ז עיי"ש בדבריו ז"ל וכבר עמדו עליו האחרונים ז"ל דמדכתב ואין לוקין ע"ז משמע שהאיסור מן התורה (ובפ"א מה' יבום) כתב דמדברי סופרים אסורה להנשא עד שישהה הוולד שלשים יום או שנדע שכלו לו חדשיו:

וכתבנו במק"א שדעתו ז"ל דגבי איסור נבילה חוששין מן התורה משום דאיכא למימר סמוך מיעוטא דמפילות לחזקה דאינה זבוחה ולהכי אסור מה"ת באכילה רק דאין לוקין עליו משום דהוה ספק בן קיימא וכמו שפוסק הרמז"ל כסתם מתניתין דיבמות (דף ק"ט) דהאשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים דלא תנשא וכמ"ש הרשב"א ז"ל בשמו שם משום דאע"ג דלא קיי"ל כר"מ דחייש למיעוטא מ"מ הכא איכא למימר סמוך מיעוטא לחזקה דאיסורא לשוק משא"כ בה' יבום דמיירי שהאשה לפנינו וילדה ליכא למימר סמוך מיעוטא לחזקה דכיון שהיתה מעוברת לפנינו איתרע לה חזקה דאיסורא לשוק כמ"ש הנמו"י (בפ' האשה שהלכה) גבי היתה לה חמות דמיד שראינו שהיא מעוברת איתרע לה חזקה ולהכי כתב הרמז"ל דרק דמדברי סופרים בעינן לחוש שמא נפל הוא אבל מן התורה לא חיישינן למיעוט נפלים:

ואין להקשות לפי דברינו שכתבנו דטעמו של הרמז"ל בבהמה הוא משום דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה דבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת א"כ מאי פריך לאביי דאמר אכלו ארי או נפל מן הגג ד"ה חי הוא כ"פ בפיהק ומת מהא דר"פ ור"ה בדר"י איקלעו לבי רב אידי בר אבין ועבדו להו עגלא תלתא ביומא דשבעה ולא אכלו מיני' ומאי מקשה דילמא הא דאמר דאכלו ארי לכ"ע חי הוא רק גבי יבום דליכא חזקה לאיסורא אבל גבי בהמה דאיכא חזקת איסור גם באכלו ארי פליגי ולרשב"ג מת הוא דז"א דא"א דאביי סובר גבי בהמה דפליגי אפילו באכלו ארי א"כ אמאי קאמר נפקא מינה לפוטרו מן היבום דמשמע מזה דהשתא דאמר דפליגי בפיהק ומת אין שום בבהמה דהא בהמה בלי שחיטה לא משתרי ושחיטה דמי לאכלו ארי הא בבהמה פליגי נמי באכלו ארי וסובר רשב"ג דמת הוא משום סמוך מיעוטא לחזקה ומדקאמר נ"מ רק לפוטרו מן היבום ש"מ דסובר דבבהמה נמי מודה רשב"ג באכלו ארי דחי הוא ולהכי פריך מר"פ ור"ה בדר"י דלא אכלו ביממא דשבעה יעו"ש:

והנה דעת התוס' ביבמות (דף לו) ובחולין (דף יב) ובבכורות (דף מט) דהא דחיישינן לנפלים בסתם וולדות הוא רק מדרבנן ולהכי פסק רבא התם דאם מת הוולד בתוך למ"ד ונתקדשה לכהן דאינה חולצת ולכאורה בנידון דידן גם לשיטתם אינו יכול לברך על פדיונו קודם שיתוודע לו שחי למ"ד יום משום דבעינן למיחש שמא אין הוולד בן קיימא:

מיהו נראה לי דלכאורה יש לעיין בסוגיא דר"פ האשה שהלכה דתנן האשה שהלך בעלה וצרתה למדה"י ה"ז לא תנשא ולא תתייבם שמא מעוברת היא צרתה ופריך הש"ס בשלמא לא תתיבם שפיר אלא לא תנשא אמאי לימא הלך אחר רוב ורוב נשים מתעברות ויולדות וקאמר התם אלא מחוורתא מתניתין כר"מ דחייש למיעוטא ועיין בתוס' וברא"ש ז"ל דלא קיי"ל כהך מתניתין כיון דמוקי לה כר"מ ואנן לא קיי"ל כר"מ ועיין בחידושי הרשב"א ז"ל שם וקשה למה לי' לאוקמי מתניתין כר"מ דלא קיי"ל כותי' טפי הוה לי' למימר דלא תנשא משום דרשב"ג דקיי"ל כוותי' דכיון דרשב"ג סובר דחיישינן למיעוט נפלים ואילו יבמה שילדה לפנינו אסרינן לה להנשא צרתה עד שישהה הוולד שלשים יום א"כ ה"ה כשהצרה היא במדה"י איך אנו יכולים להתיר היבמה שבכאן להנשא מחמת שהיבמה שבמדה"י ודאי ילדה הא בעינן למיחש שמא ילדה וולד שאינו של קיימא היינו בן שמונה ולא חי כלל למ"ד יום דהא כשהיא לפנינו ומת חוששין אפילו באכלו ארי או נפל מן הגג אע"ג דליכא שום ריעותא במיתתו והשתא שהיא אינה לפנינו נמי דנהי דרוב נשים מתעברות ויולדות מ"מ ניחוש למיעוט נפלים דלמיעוט זה חיישינן בכל דוכתא כרשב"ג:

ולשיטת התוס' בבכורות ובחולין שכתבו דלהכי חיישינן לספק נפל אע"ג דלא חיישינן למיעוטא בכל התורה הוא משום שלא יבואו להקל בפיהק ומת דבזה גם לרבנן אמרינן דמת הוא כדאיתא בשבת שם אתי שפיר דאפשר לומר דדוקא היכי דידעינן דמת גזרו שלא יבואו להקל גם במת מתוך שפיהק אבל כשלא ידעינן אם הוא חי או מת אזלינן בתר רוב וולדות ובוודאי חי הוא גם עתה ולא יבואו להקל בפיהק ומת ולהכי אתי שפיר דבהלך בעלה וצרתה למדינת הים כיון דאמרינן רוב נשים מתעברות ויולדות בודאי תלינן שילדה וולד של קיימא ונפטרת הצרה מן היבום דהיכי דלא ידעינן אם הוולד מת לא חיישינן למיעוט נפלים וא"כ אפשר לומר גם בנידון דידן כיון שיכול לתלות שהולד חי אזלינן בתר רוב וולדות דהוו בני קיימא ולא חיישינן למיעוט נפלים ויכול לפדותו בברכה מיהו לפמש"כ התוס' ביבמות (דף לו) ד"ה הא דלהכי חששו למיעוט נפלים אע"ג דלא קיי"ל כר"מ בעלמא משום דמיעוט נפלים הוי מיעוט המצוי עיי"ש א"כ הדרא קושי' לדוכתא כיון דהוי מיעוט המצוי אמאי אמרינן דלרבנן בהלך בעלה וצרתה למדינת הים מותרת להנשא ניחוש למיעוט המצוי דנפלים ול"ל לאוקמי כר' מאיר טפי הוי לי' לאוקמא כרבן שמעון בן גמליאל דלא תנשא משום חשש נפל:

וצ"ל דכיון דרבא אמר בשבת שם דבנתקדשה לכהן אינה חולצת אלמא דכיון דאם נחוש לחשש נפל ונצריכנה חליצה תאסר על בעלה כהן לא חששו לזה וכמ"ש הרמב"ם ז"ל

דהטעם שאין אוסרין אשתו עליו מפני ספק דבריהם. וה"נ בהלך בעלה וצרתה למדה"י שאם נחוש לחשש נפל תהא אסורה לעולם מלהנשא ומלהתייבם מש"ה לא אסרינן לה ולעגן לה לעולם משום חשש נפל ומשו"ה הוצרך לאוקמי מתניתין כר"מ דחייש בכל התורה למיעוטא אבל לרבנן דר"מ דלא חיישי למיעוטא משום חשש נפל לא מעגנינן לה לעולם ואע"ג דבמים שאל"ס דהוי נמי דרבנן אפ"ה מעגנינן לה לעולם מ"מ אין מדמין גזירות דרבנן להדדי ואע"ג דרשב"ג ודאי דאוסר אף באשת כהן אם נתקדשה כדמשמע ביבמות (דף ל"ו) דקאמר התם כיון דאיכא רבנן דאמרי וולד מעליא הוא עבדינן באשת כהן כוותייהו משמע דלרשב"ג אף באשת כהן אסרינן לה. אפ"ה לא בעי לאוקמי מתניתין דלא תנשא ולא תתייבם כרשב"ג דאסר אפילו היכא דאין לה תקנה משום דלא קיימא לן בזה כרשב"ג דאנן פסקינן דבאשת כהן מותרת לבעלה וכיון שכן לא עדיף ליה לאוקמי כרשב"ג יותר מלאוקמי כר"מ ומוקי לה כר"מ דחייש למיעוטא וסתם מתניתין ר"מ היא: **והנה** לפי זה לענין פדיון חיישינן לנפל אע"פ שלא ידעינן אם הוא חי או מת ואין לנו ראי' ממתניתין דהאשה שהלכה דהתם מילתא אחריתי הוא דכיון דתתעגן לעולם לא חיישינן למיעוט נפלים:

ועוד נראה דאפילו לפמ"ש משיטת התוס' שפירשו הטעם שהחמירו גבי יבום משום ספק נפל הוא משום שלא נבא להתיר גם בפיהק ומת. שהוכחנו דכשאין הוולד לפנינו ואפשר להיות שהוא חי פוטר מן היבום כדמוכח מסוגיא דהאשה שהלכה מ"מ אפשר לומר דזה דווקא לענין יבום אבל גבי פדיון דחזינן דקפיד קרא אחשש נפל דהא רשב"ג יהיב טעמא דקרא דצריך להמתין שלשים יום משום נפל ויליף מזה דבכל התורה נמי אמרינן דבשלשים יום נפיק מכלל נפל רק דאין חוששין לזה בסתם וולדות בכל התורה אבל בבן שמונה ילפינן מכאן דבשלשים יום יצא מספק נפל א"כ חזינן דהכא קפיד קרא שיצא מספק נפל וא"כ בעינן לידע שחי למ"ד יום ואף שכתבו התוס' דהא דקודם ל' יום לאו בר פדיון הוא. הוא אפילו בקים לי' בגווי' שכלו לו חדשיו כמ"ש בב"ק (דף י"א) גבי בכור שנטרף היינו משום שלא חילקה התורה בין כלו לו חדשיו לבין לא כלו לו חדשיו וקבעה זמן אחד לכל הוולדות אבל ודאי עיקר הטעם הוא שרצתה תורה שתהא הפדיון בשעה שיצא מחשש נפל דאילו לאו הכי לא הוה מצי רשב"ג למילף מזה דבשלשים יום יצא מכלל נפל וכמו שבארנו במק"א וכיון דחזינן דהכא בפדיון הקפידה תורה על שלשים יום אפשר לומר דאף שאין הוולד לפנינו נמי בעינן למיחש שמא מת מחמת שנולד נפל ובעינן שנדע שהי' חי שלשים יום ואם לא ידע יפדנו בלא ברכה כ"ז נלע"ד:

סימן צח

שאלה ספק פדיון בכור כגון שהפילה אשתו קודם ותפס הכהן החמש סלעים מהאב אם מוציאין מידו או לא:

תשובה הנה בספק פדיון פטר חמור דמבעי לן בב"מ (דף ו') אם תקפו כהן מוציאין מידו פסק הרמב"ם ז"ל (בה' בכורים פ"ה) דאם תקפו כהן אין מוציאין מידו וא"כ לכאורה ה"ה בפדיון בכור נמי הדין כן. דמ"ש ספק בכור אדם מספק פטר חמור:

וראיתי להגאון בעל מחנה אפרים ז"ל (בהלכות זכי' ומתנה) שחקר בוודאי בכור שתפס הכהן חמש סלעים אי מהני תפיסתו והביא שם דברי הרמב"ם ז"ל שכ' (בהלכות תרומות) שאם חטף הכהן תרומות ומעשרות זכה ואזיל לטעמי' דסובר טוה"נ אינה ממון ודעתו דלא מהני תפיסה אלא בבכור בהמה דכיון דממונא דכהן הוא ודמי לחפץ מבורר דזה אומר שלי. וכן בתרומות ומעשרות דמשעה שהפרישם נעשה ממונא דכהן ואין לבעלים בהם אלא טוה"נ וטוה"נ אינה ממון אבל חמש סלעים דפדיון הבן דכל כמה שלא באו ליד הכהן ממונא דבעלים הוי ואין לכהן זכיה בנכסיו של זה אלא שהנכסים משועבדים מדין ערב אי תפס הכהן בחמש סלעים לא זכה בהן שיכול לאמר לכהן אחר אני רוצה ליתן מה שאני חייב ונמצאו אלו שביד כהן גזל ביד כהן. ונראה דעתו דגבי פדיון בכור שאין מתנת הכהן מבורר אמרינן טוה"נ ממון ולהכי אי תפס מפקינן מיני':

והביא ראיה לזה דאמרינן בבכורות (דף נ"א) ר' חנינא הוי רגיל דהוי שקיל ומהדר חזיה להההוא גברא דהוי קא אזיל ואתי קמי' א"ל לא גמרת ויהבת מדעם ביש הלכך אין בנו פדוי ופרש"י ז"ל אין בנו פדוי אם אחזירם לך. וכן פי' הרמב"ם ז"ל (בפי"א מהלכות בכורות) ולשון פי' רש"י ז"ל אפי' לא אחזירם אין בנו פדוי ולזה הסכים הרשב"א ז"ל בתשובה (סימן קצ"ח) וז"ל אבל באומר הילך ה' סלעים בפדיון בני ואתה תחזירם לי ואפילו לא אמר מידי אלא שדעתו שיחזירם לו כולם או מקצתם ולולי זה לא היה נותנם לו אפילו לא החזיר לו הכהן כלום אין בנו פדוי עכ"ל ואם נימא דהכהן יכול לתפוס מה"ט משום דחוב הוא שחייב ליתן להכהן אף כי לא גמר אבי הבן ליתן מאי הוי כל שבאו ליד כהן כבר זכה בהם ואמאי כ' רש"י ז"ל בלשון שני והרשב"א ז"ל בתשובה שאפילו אם לא החזיר כל שלא הי' בדעת האב ליתן לגמרי אין בנו פדוי א"ו דגבי פדיון דהוי רק שיעבוד נכסים לא מהני תפיסת הכהן משום דיכול לאמר לכהן אחר אני נותן ורק היכא דאין האב רוצה ליתן לשום כהן בזה מהני תפיסת כהן כיון שאין האב רוצה כלל כדאמר בירושלמי בנדרים אמתניתין דקונם כהנים לווים נהנים לי באין ונוטלין

בע"כ ומוקי לה בירושלמי אפילו למ"ד נותן אדם מעשרותיו בטוה"נ משום דהכא שאני דאמר אינו רוצה ליתן כל עיקר אלו תורף דברי הרב במ"א ז"ל:

ודבריו אינן מובנים לי דכיון דמודה הרב הנ"ל דבאינו רוצה ליתן כל עיקר מהני תפיסת הכהן א"כ הדרא קושיא לדוכתא הא בעובדא דר"ח הוא לא רצה ליתן לשום כהן בנתינה גמורה רק באופן שיחזירו לו וא"כ אמאי אין בנו פדוי הא היכא דאינו רוצה ליתן כלל נתינה גמורה יכול הכהן לתפוס בע"כ ואמאי כתב רש"י ז"ל דאפילו אם לא יחזיר אין בנו פדוי:

ועוד דבעיקר דבריו שכ' דגבי פדיון בכור שאין מתנת הכהן מבורר אמרינן טוה"נ ממון לענ"ד לא משמע הכי דהא אמרינן בקידושין (דף נ"ח) הגונב טיבלו של חבירו למ"ד טוה"נ אינו ממון אינו משלם לו אלא דמי טיבלא אבל דמי התרומה שבכרי הזה אינו חייב לשלם משום דטוה"נ אינו ממון אלמא אע"ג דהבעלים היו יכולים להפריש על כרי זה ממקום אחר ולעשות הכרי הזה שגנב חולין מתוקנים אפ"ה אין הבעלים יכולים לגבות מהגנב דמי תרומה המגיע להאי כרי ומיקרי רק טוה"נ ואינו ממון ואף שאין גניבה זו מבוררת ליתן אותה דוקא לכהן נמי אמרינן טוה"נ אינו ממון משום דבדבר שאינו מבורר לכהן ג"כ טוה"נ אינו ממון. ואף דיש לחלק ולומר דלא דמי לפדיון בכור דגבי טבל מ"מ מעורב בהאי כרי חלק הכהן וגבי פדיון ליכא אלא שעבוד נכסים בעלמא מ"מ לא נראה לחלק בזה דכיון שמוכח מהך דטבל דאף באין חלק הכהן מבורר נמי אמרינן טוה"נ אינה ממון א"כ פשיטא דיכול הכהן לתפוס אף היכא דליכא רק שעבוד בעלמא כמו בע"ח דעלמא וכן מצינו בבכורות (דף מ"ז) גבי כהן שמת והניח בן חלל דאמרינן כל היכא דמת האב לאחר שלשים דאין הבן חייב לפדות א"ע שהרי זכה האב בפדיונו:

ופי' הרא"ש ז"ל שם שהבן מפריש ה' סלעים ופודה א"ע ולא יתנם לכהן מידי דהוי כמי שירש טבלים מאבי אמו כהן שמתקנם ומוכר התרומה לכהן ע"כ משמע כמו דאמרינן גבי תרומה מתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמיין כמו כן אמרינן גבי חמש סלעים לאחר ל' ולא אמרינן גבי חמש סלעים ודאי לאו כמו שהורמו דמיין מחמת שאין המתנה מבוררת ועוד שהתוס' כתבו בב"מ (דף ו') ד"ה והא דאפילו למ"ד טוה"נ ממון אין הבעלים יכולין לתבוע מכהן אם תפס רק טוה"נ וגוף הדבר שתפס אין יכולין לתבוע ממנו א"כ אף אם נימא דגבי פדיון הבן טוה"נ ממון משום דאין המתנה מבוררת מ"מ אינו יכול לתבוע ממנו אלא טוה"נ ולא גוף החמש סלעים:

ומה שהקשה האיך אפשר לומר דאין מוציאין מידו כיון שהרשב"א ז"ל כתב דבעינן שיתן האב מדעתו לק"מ דכוונת הרשב"א ז"ל דכיון דכתיב פדה תפדה משמע דבעינן

נתינה לכהן מהאב או מהבן עצמו אבל בתפיסת הכהן אם אין האב רוצה ליתן לו אין בנו פדוי ואע"ג דגם בזרוע ולחיים והקיבה דרשינן נמי בחולין (דף קל"ג) ונתן ולא שיטול מעצמו ואפ"ה אם חטף הכהן נמי יצא ידי נתינה מ"מ לשון פדי' שאני דמשמע דבעינן דעת נותן ג"כ ואפילו היכא דהבעלים הפסידו זכות טוה"נ דידהו לגמרי כגון שאינם רוצים ליתן לשום כהן וכדאמר בירושלמי הנ"ל] מ"מ לא היה מועיל תפיסת הכהן דכ"ז שאין הבעלים מתרצים ליתן אין בנו פדוי

[ולכאורה יש להקשות על דברי הרשב"א ז"ל מהא דאמרינן בבכורות (דף מ"ט) הפודה את בנו בתוך ל' יום דקאמר שמואל אין בנו פדוי משום דלאו בידו לפדותו עכשיו וקאמר שם דאם פדה שיחול הפדיון לאחר ל' יום ואיתנהו למעות גם לשמואל בנו פדוי ואם נימא דאם המעות ביד הכהן ותפסו לשם פדיון אף בלא רצון בעלים מהני א"ש דאף דלשמואל מקרי דבר שלב"ל משום דהוי מחוסר זמן מ"מ כיון דתפס לה עכשיו הכהן חל פדיונו אבל לדעת הרשב"א ז"ל דבעינן רצון הבעלים בשעת הפדיון א"כ לשמואל דדמי לדבר שלב"ל הא לא מהני אפילו איתנהו המעות בעינייהו כדאיתא בש"ע אבהע"ז (סימן מ' בב"ש סק"ט) גבי קידושי אשה בדבר שלב"ל וי"ל דגבי קידושין דחלות הקידושין הוא קנין להכי לא מהני רצון המקדש שהי' כשעדיין לא בא לעולם. אבל גבי פדיון ליכא קנין ולא בעינן רק רצון הפודה לחוד מהני רצונו קודם שבא לעולם שיחול הפדיון לאחר שבא לעולם דהיינו לאחר ל'] דכבר ביארנו בתשובה דחוב דפדיון לא הוי כחוב דעלמא וכל היכא דליכא קיום המצוה לא איכפת לן בחוב דכהן הילכך כיון שאם ליכא רצון האב או הבן הנפדה אין הבן פדוי לא מהני תפיסת הכהן והא דאמרינן בבכורות (דף מ"ח) מי שלא בכרה לו אשתו וילדה שני זכרים ומת האב דר"מ סובר אם נתן עד שלא חלקו נתן ואם לאו פטורין ור' יהודא סובר דנתחייבו הנכסים אף כשחלקו דמשמע התם בסוגיא דאף אם אין הבנים רוצים לפדות עצמם יכול הכהן לגבות מהם בע"כ ואמרינן נמי התם בטעמא דר"י דאמר דנתחייבו הנכסים במת בתוך ל' משום דשני יוסף ב"ש שקנה א' שדה מחבירו בע"ח גובה מהן משום דאמר ליה אי בדידך מסיקנא מנתא דידך אשקלי' ואי בדחברך מסיקנא משתעבד לי מקמי דידך דמכ"ז משמע דיכול לטרוף ממנו בע"כ אף שאין הבן רוצה ליתן וכ"כ הח"צ בתשובה (סימן כ"ה) עיי"ש ולדברי הרשב"א ז"ל הא אם הנפדה אינו נותן ברצונו אינו פדוי במה שהוא נוטל ממנו בע"כ:

נ"ל דגם זה נכון דאמרינן בגט אשה במעושה בישראל כדין כשר כדאיתא בגיטין (דף פ"ח) ואסבר לן הרמב"ם ז"ל (בהלכות גירושין פ"ב ה"כ) דאף דגט בעי רצון ואין האיש מוציא אלא לרצונו מ"מ אמרינן כיון דהאי גברא רוצה להיות כישראל לכל דבר ואנו

כופין אותו לגרש ומוציאין את אשתו ממנו למה לא יתרצה בלבו לגרשה ומה הנאה יהיה לו ממה שלא יתרצה בלבו כיון שסוף סוף היא יוצאת ממנו מוטב לו להתרצות ולא לעבור על דין תורה ולקמן בארנו סברא זו בארוכה אף אנו נאמר הכא גבי פדיון הבן אף דאין נתפס פדיונו אא"כ האב או הבן נותן ברצונו מ"מ כל היכא דהדין נותן דהכהן יכול לגבות ממנו ואינו יכול להפקיע עצמו בטענת הממע"ה אנו אומרים שכהן יכול לגבות ממנו ואחר שהכהן גובה ממנו בדין תופס פדיונו מטעם שוודאי מתרצה להקנות להכהן ברצון כיון שהב"ד מגבין להכהן מה הנאה יש לו אם לא יקנה לו בלב שלם הלא הממון יוצא ממנו וגם בנו לא יהיה פדוי לכן אחר שגובים ממנו ודאי גמר ומתרצה כדי שיהא תופס פדיונו לכה"פ ואפילו היכא דגובה ממנו בתורת ממ"נ שהוא לקח ממי שנתחייב בפדיון נמי אמרינן דמי שמכר לו ודאי מתרצה להקנות להכהן בתורת פדיון שהרי הוא חייב לפדות עצמו והדין נותן שהכהן יכול לטרוף מהלוקח שלקח ממי שנתחייב בפדיון ותופס פדיונו ברצון הנפדה:

והשתא א"ש ולק"מ מה שהקשה המחנה אפרים ז"ל דאיך אפשר לומר דכשתקף זכה ואין מוציאין מידו לדידן דקיי"ל טוה"נ אינה ממון הא בעינן שיקנה האב או הבן לכהן ברצונו לדעת הרשב"א ז"ל דז"א דכיון דהדין נותן שהכהן אם תפס אין מוציאין מידו משום דטוה"נ אינה ממון וחותכין הדין שאין מוציאין מידו ממילא ודאי דגמר האב ומתרצה ליתן ומקנה לכהן ונתפס פדיונו דאם לא יגמור ליתן בלב שלם לא יהא פדוי וגם החמש סלעים הפקיעו הב"ד ממנו להכי ודאי דגמר ויהיב אבל הרשב"א ז"ל שפיר כ' לעומק הדין דכל היכא דאין מתרצה ליתן לכהן אין בנו פדוי כדאמר ר"ח להוא גברא לא גמרת ויהבת אין בנו פדוי וכפרש"י ז"ל בלשון שני דאפילו אם לא יחזיר לו החמש סלעים נמי אין בנו פדוי אם אין האב מתרצה דכל הני דמצינו גבי פדיון דגובין ממנו בע"כ הוא הכל משום דודאי מתרצה אחר שהב"ד פוסקים דחייב ליתן וכן כשתפס הכהן הוא ג"כ מטעם זה דכיון דהדין נותן דאין מוציאין מידו ממילא גמר ומתרצה אבל כשלא מתרצה ויהיב אינו פדוי:

ויצא לנו דאיכא למימר גם גבי פדיון הבן שאם תפס הכהן אין מוציאין ממנו וזכה במה שבידו ובנו פדוי לכ"ע כמו דאמרינן גבי תרומות ומעשרות שאם תפס הכהן זכה ומיושב היטב קושיית המחנה אפרים ז"ל:

מיהו היכא דהוי רק ספק ותפס הכהן יש לעיין אי מוציאין מידו או לא. ונ"ל דגם בזה מהני תפיסה דכיון דבארנו דוודאי בכור מהני תפיסתו אף שאין דבר מבורר גבי ישראל ה"ה בספק כמו דגבי ספק בכור בהמה אין מוציאין מידו לדעת הרמב"ם ז"ל ה"ה בפדיון

בכור אדם ובמק"א בארנו דעתו ז"ל ליישב ממה שהקשו עליו דבש"ס דב"מ (דף ו') פשיט דתקפו כהן מוציאין מידו מהא דתניא הספיקות נכנסין לדיר להתעשר והיינו ס' פדיון פטר חמור שמפריש עליו טלה לאפקועי איסורא והוא שלו ואי אמרת ת"כ אין מוציאין מידו נמצא זה פוטר עצמו בממונו של כהן וקם האי פשיטותא בש"ס ואיך פסק הרמב"ם ז"ל דת"כ א"מ מידו:

ונ"ל דבאמת הרשב"א ז"ל בתשובה הקשה על זה דקאמר דאי ת"כ א"מ מידו נמצא זה פוטר עצמו בממונו של כהן הא השתא מיהא לא תפיס וממונא דידיה הוא ונראה דבחולין (דף קל"ד) אמתניתן דאמר לו מכור לי בני מעי' של פרה והי' בהם מתנות נותנן לכהן ואינו מנכה לו מן הדמים לקחן הימנו במשקל נותנן לכהן ומנכה לו מן הדמים ואמר רב שם לא שנו אלא ששקל לעצמו אבל שקל לו טבח הדין עם הטבח ור' אסי אמר אפילו שקל לו טבח הדין עמו:

ומסיק דבמתנות כהונה נגזלות קא מיפלגי דר' סבר מתנות כהונה נגזלות ור"א סובר מ"כ אינן נגזלות ופרש"י ז"ל מ"כ נגזלות ונתחייב גזלן לשלם בגזילתו דתורת גזלן עליהן ומ"ס אינן נגזלות אין כח לגוזלן וכ"ז שהן בעין כ"מ שהולכין החוב מוטל על מי שהם אצלו לתתם לכהן והראשון לא נעשה גזלן עליהם עכ"ל רש"י ז"ל וכן פי' בב"ק (דף קט"ו) וא"כ איכא למימר דרב חוניא דפשיט מהא דספיקות נכנסים לדיר להתעשר דת"כ מוציאין מידו משום דאי אין מוציאין נמצא זה פוטר עצמו בממונו של כהן הוא משום דסובר כרב אסי דמת"כ אינן נגזלות ואין בהם תורת גזל וכל היכא דאיתנהו ברשותא דמרא איתנהו להכי פריך שפיר דאי נימא דת"כ מוציאין מידו א"ש הא דספיקות נכנסין לדיר להתעשר דטעמא דמוציאין מידו הוא משום דלא זכי רחמנא לכהן בספק בכור מידי ולא דמי לשאר ספק ממון דהתם אם טענת המוציא הוא אמת ממונא דידי' הוא רק שאינו יכול להוציא מיד המוחזק אבל מת"כ לית לי' זכי' בספק כלל ולהכי מוציאין מידו וא"ש הא דנכנס לדיר להתעשר כיון דלית לכהן זכיה גבי ספק כלל וממונא דבעלים הוא כמו דאמרינן עשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק] אבל אם נימא דת"כ אין מוציאין מידו אלא דגם בספק בכור נמי אית לכהן זכיה אם לפי האמת הוא הבכור רק שאינו יכול להוציא מיד בעלים מספק ואם תפס אין מוציאין מידו א"כ אמאי נכנס לדיר להתעשר הא זה פוטר עצמו בממונו של כהן דהא אם בכור הוא ממונו של כהן הוא ואף דהשתא מיהו לא תפיס מ"מ מת"כ כל היכא דאיתא ברשותא דמרא נינהו דאין נגזלות וממונא דכהן הוא והוא פוטר בהן ממונו א"ו דמוציאין ממנו וכל היכא דהוי ס' בכור לית לכהן זכי' בגווי' אפילו אם באמת הוא בכור מ"מ כיון דלדידן הוי ספיקא אין לכהן זכות בו

ומוציאין מידו ושפיר נכנס לדיר להתעשר וכ"ז הוא משום דר' חוניא סובר כר' אסי אבל הרמב"ם ז"ל פסק (בהלכות בכורים פ' ט' הלכה י"ד) דמתנות כהונה נגזלות להכי פסק דאף דת"כ אין מוציאין מידו אפ"ה נכנס לדיר להתעשר ולא קשה הא פוטר ממונו בממון של כהן דהשתא מיהא לא תפס כקושיית הרשב"א ז"ל דקני לה בדין הממעה"ר ודוקא למ"ד אינן נגזלות דכל היכא דאיתא ברשות מרא נינהו מקרי ממונו של כהן אף שלע"ע הבעלים מוחזקים אבל למ"ד דניקנים בתורת גזל כ"ש דיקנו מחמת שהוא מוחזק בהם ועוד דהא ודאי הכהנים מתייאשים מהאי בכור ויאוש קני היכא דבהתירא אתא לידו כמו במציאה וה"נ בהתירא אתא לידי' דדינא הכי המע"ה (ואף דלגבי מת"כ קאמר בב"ק (דף ט"ו) והא הכא דלפני יאוש הוא התם שעפ"י דין חייב ליתן והוא מכרם מיקרי לפני יאוש אבל הכא שעפ"י דין פטור הכהנים מתייאשים ואפילו אם לא ידעו מזה שהוא ספק בכור מ"מ אלו ידעי הוי מייאשי ולא מקרי ישל"מ כמו זוטו של ים ושלילותו של נהר דהוי יאוש אף לאביי] ולא הוי גזל דכיון דמת"כ נקנים בתורת גזל למ"ד מת"כ נגזלות ולא אמרינן כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא ה"ה דנקטינן לבעלים בתורת מוחזק כ"ז שלא תפסם הכהן וכקושיית הרשב"א ז"ל והשתא מיהא לא תפסם ולא מיקרי פוטר עצמו בממונו של כהן ושפיר כתב הרמז"ל דספיקות נכנסין לדיר להתעשר אף דפסק ת"כ אין מוציאין מידו וכבר ביארנו דכיון דבבכור בהמה אין מוציאין מידו ה"ה בפדיון בכור אדם אין מוציאין מידן:

ומה שכתב הגאון בעל מח"א וז"ל ומ"מ נראה דספק בכור אדם אי תפס מוציאין מידו דהרי זה האב הוי ספק בחיובא ואין נכסיו משתעבדין אלא מדין ערב עכ"ל וכוונתו להא דאמרינן שם בבכורות דפריך אי דמיית האב בתוך ל' מ"ש היכא דחלקו דפטורין לר"מ משום דכל חד מצי מדחי ליה כי לא חלקו נמי ליזל לגבי האי ולידחי וליזל כו' ולדחי' ואמר ר' ירמיה זאת אומרת שני יוסף ב"ש שקנו שדה בשותפות בע"ח גובה מהן ופריך רבא מכדי נכסי דאינש אינון ערבין ותנן המלוה את חבירו לא יפרע מן הערב תחילה ומוקי התם מחמת האי פירכא באוקימתא אחרינא וכן בלישנא בתרא התם דמוקי לה בתוך ל' ופריך אמאי מחייב ר' יהודא כי חלקו ליזיל לגבי האי ולידחי כו' ואמר ר' ירמיה נמי ז"א שני יוב"ש שהיו בעיר אחת ולקח א' מהן שדה מחבירו בע"ח גובה מהן כו' ופריך נמי רבא מכדי נכסי דאינש אינון ערבין כלישנא קמא ומטעם זה דעת המח"א ז"ל דבספק בכור כיון דלא מצי תבע ממנו לא מצי תפס מנכסיו שהם משועבדים רק מדין ערב ותנן לא יפרע מן הערב תחילה אבל לענ"ד זה אינו כלל דהנה האחרונים ז"ל תמהו על הרמב"ם ז"ל שהשמיט הך דינא דרבא דשני יוב"ש שקנו שדה בשותפות אין גובין

מהן משום דנכסי דאינש אינון ערבין וכן לא הביא נמי הך דינא דשני יוב"ש שקנה אחד שדה מחבירו ודעת האחרונים ז"ל דכיון דהשמיט הך דינא לגמרי סברא הוא דסבירא לי' להרמב"ם ז"ל למיפסק כר' ירמיה דגובין משום ממ"נ ולית לי' הך סברא דרבא דאמר מכדי נכסי דאינש ערבין כו' ולא הוצרך להשמיענו דגובין דממילא ידעינן דגובה מתורת ממ"נ אולם ע"ז גופא תמהו דאנן בעינן למיפסק כרבא נגד ר' ירמיה:

ול"נ דלא ק"מ דהרמב"ם מפרש דהא דפריך רבא מכדי נכסי דאינש אינון ערבין וכל היכא דלא מצי תבע ממנו לא מצי תבע מנכסיו לא קאי אשני יוב"ש שקנו שדה בשותפות או אקנה א' שדה מחבירו דבזה לא שייך לאמר דלא מצי תבע לדידי' דהא הוא טוען טענת ברי ומכיר היוב"ש שלוה ממנו ותובע שישלם לו רק שהנתבע מדחה עצמו ואומר שלא הוא לוה ממנו רק יוב"ש אחר אבל הוא תובע בודאי שיודע ומכיר מי לוה ממנו ואם הנתבע מדחה עצמו מ"מ מנכסין מצי גבי היכא דאיכא למימר ממ"נ ורבא לא פריך אלא אהא דמתרץ ר' ירמיה מתניתין דקאמר ר"מ עד שלא חלקו חייבים משום ממ"נ וע"ז פריך רבא דהתם לא מצי תבע כלל לשום א' מהן לומר אתה יודע שאתה הבכור ואתה חייב לי חמש סלעים דהכל יודעין דלא הכהן ולא הבנים יודעין מי הבכור ומיקרי לדידי' לא מצי תבע וכל היכא דלדידי' לא מצי תבע לא גבי נמי מנכסים ולא מתרצא מתניתן בהכי אבל בשני יוב"ש דתבע להו בברי ואומר אתה לוית ממני אף שהנתבע מדחה עצמו מ"מ כשיכול לבא עליו מצי גבי מיני' בממ"נ:

וראיה לזה דרבא לא אמר הך סברא דנכסי דאינש אינון ערבין אלא היכא דאינו יכול לתבוע מחמת שגם התובע והנתבע טוענים שמא דאל"כ דנימא דאף היכא דהתובע טוען ברי בתביעתו נמי לא מצי תבע מנכסים היכא דאיכא למימר לא יתבע מן הערב תחילה דא"כ תפיסה דתובע היכי משכחת לה במ"ש התוס' כתובות (כ') וכל הפוסקים בתרי ותרי לא מפקינן מיני' אי תפס ואמאי נימא דמיני' לא מצי תבע גם מנכסיו לא מצי תבע שהם רק מטעם ערב וקיי"ל לא יפרע מן הערב תחילה א"ו כיון דהתובע טוען ברי והנתבע מכחיש מצי תפיס מנכסים ורבא לא קאמר אלא גבי ספק בכור שגם התובע לא ידע בבירור שזה מיקרי לא מצי תבע ולפי"ז ודאי דא"ש מה שהשמיט הרמב"ם ז"ל הך דינא דרבא דכיון דבשני יוב"ש מודה רבא דמצי גבי מינייהו בקנו שדה בשותפות או בקנה א' מחבירו ולא אמר למלתי' אלא אמתניתן דספק בכור דלא מצי גבי מינייהו בממ"נ משום דלא מצי תבע לדידהו כלל ובמתניתן הא פסק הרמז"ל (בפי"א מהלכות בכורים) דאפילו אם חלקו בתוך ל' נמי חייבים משום דגם בתוך שלשים נתחייב האב ואשתעבדו נכסיו אף בתוך למ"ד וכמ"ש הכ"מ שם א"כ אין נפקותא בהך סברא דרבא כלל דלא מצי גבי

בממ"נ כיון דיכול לגבות אפי' אחר חלוקה מחמת שנתחייב אביהם ונשתעבדו הנכסים וא"ש מה שהשמיט הרמב"ם ז"ל הך סברא דרבא:

ועוד נראה לי להביא ראי' לדעת הרמב"ם ז"ל דלית הילכתא כרבא בהא דאמר מכדי נכסי דאינש אינון ערבין וכל היכא דלא מצי תבע לדידי' לא מצי גבי מנכסיו ואף בגוונא דלא מצי תבע מדידי' כלל כמו בספק בכור דהנה איתא בתוספתא (בפ"ו דבכורות) שתי נשים של שני אנשים שלא ביכרו וילדו שני זכרים במחבא זה נותן חמש סלעים לכהן וזה נותן חמש סלעים לכהן נתן האב חמש סלעים לכהן ומתו שמתו שני האבות] הבנים עד שלא חלקו בנכסי אביהם חייבים משחלקו בנכסי אביהם פטורים ר"י אומר אף משחלקו בנכסי אביהם אם יש לזה יו"ד דינרין משל אביהם חייבים ואם לאו פטורין:

והנה הרמב"ם ז"ל השמיט הך תוספתא לגמרי והיינו דר"י דסובר דחייבים אף משחלקו לטעמי' דסובר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי להכי חייבין אף משחלקו דהא הכא כיון שמתו האבות הנכסים ליורשי שניהם וחולקין אותן בשוה כיון שהבנים מעורבים ונוטל כ"א מחצה הנכסים של זה ומחצה הנכסים של זה וכשבא לגבות מאחד מהם יכול כ"א לדחותו ולומר מי שפדה את בכורו קודם מותו הוא אבי רק שהכהן אומר לו אם אתה הוא בן הפודה תן לי המחצה שנטלת משל האב שלא פדה שנתחייב לי בפדיון בנו להכי גובה ממנו וע"ז הרי יש לו דין לוקח גמור דכל אחד נטל מחצה של אביו ומחצה משל אבי האחר ותחת שנטל מחצה של מי שאינו אביו נתן לחבירו מחצה של אביו והוי לקוחות גמורין ולהכי שפיר מצי גבה. ולר"י שפיר מצי גבה דסובר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי וגבי ממשעבדי כדאמרינן בקידושין (דף כ"ט) אבל אנן קיי"ל מלוה הכב"ת לאו ככתובה בשטר דמי ולא טריף ממשעבדי כדאיתא בשו"ע יור"ד (סימן ש"ה) ודווקא מיורשים שחלקו פסקינן כר"י דגובה מהם אחר שחלקו אף דקיי"ל דכלקוחות הם מ"מ לגבי חוב אביהם הם כיורשים [כמבואר אצלינו במקום אחר] אבל בדינא דתוספתא שהם נכרים זל"ז רק שנתערבו הבנים וכ"א מדחה לי' שאני פדוי ומהבן ספק שני מגיע דמי הפדיון הרי הוא לוקח גמור שמחמת הספק החליפו החלקים וקיי"ל דלא גבי ממשעבדי להכי השמיט הרמב"ם הך בבא (בפי"א מהלכות בכורים) שכ' שם כל הבבות השנויות בתוספתא משום דבהך בבא לא קיי"ל כר"י דקיי"ל מלוה הכב"ת לא גבי ממשעבדי ועתה נחזי אנן דנהי דמהך בבא דת"ק דאמר עד שלא חלקו חייבים אין אנו יכולין ללמוד לשני יוב"ש שקנו שדה בשותפות בע"ח גובה מהן משום דהתם וודאי דשפיר מצי גבי עד שלא חלקו דהא הנכסים לא נתערבו וידוע לנו הנכסים איזו הם למי שפדה את בנו ואיזה מהם למי שלא פדה רק הבנים נתערבו ועד שלא חלקו

יכול לגבות מנכסי מי שלא פדה בחמש סלעים. והוא נוטל חמש סלעים מן הנכסים הידועים שהם נכסי מי שלא פדה את בנו והמותר נכסים של כל אחד חולקין בשוה ושפיר קתני עד שלא חלקו חייבין דהיינו שחייבים ליתן נכסי מי שלא פדה שהרי הם ידועים וניכרים ולא יחלקום ביניהם אלא מיתר הנכסים אבל מר"י דסובר דאף משחלקו חייבים שפיר מוכח דלא כרבא דהא כשבאים בני תערובות לחלק בנכסי האבות זה נוטל מחצה מנכסי אביו ומחצה מנכסי אביו של חבירו וכן השני נמצא אצל כל אחד מהבנים יש מחצה משל אביו ומחצה מנכסי אב חבירו ועל מחצה שהגיע לו משל נכסי אביו אין הכהן יכול לגבות ממנו אף לר"י דמצי מדחי לי' ולומר מי שפדה את בנו הוא אבי וכבר נפדיתי רק מהמחצה השני יכול הכהן לגבות ולומר כיון שיש בידך מחצה משל מי שלא פדה ויש לך דין לוקח ע"ז (שנתת תמורת זה מחצה של אבירך] אני יכול לגבות ממך עבור השני משום דר"י סובר מלוה הכב"ת גובה מלקוחות להכי אמר ר' יהודא אם יש עשרה דינרין לזה ועשרה לזה חייבים והיינו שיכול לגבות מכל אחד ממה שהגיע לידו מהנכסים שנשארו ממי שלא פדה את בנו וא"כ קשה לרבא האיך גובה מהמחצה שהוא לוקח עלי' הא כיון דאין יכול לגבות ממי שמכר לו דיכול לדחותו ולומר אנא בן הפודה אנא גם מהלוקח אינו יכול לגבות אע"ג דיכול לומר לו ממ"נ אם אתה לא נפדית תן לי מחצה ירושתך ואם אתה נפדית וחבירך לא נפדה הרי אתה לוקח מחבירך מ"מ הא נכסי דאיניש אינון ערבין וכל היכא דלא מצי גבי מדידי' לא מצי תבע מלוקח ומוכח מזה דר' יהודא סובר כר' ירמי' דגובין בממ"נ בשני יוב"ש שלקח א' מחבירו בע"ח גובה ממנו ולא מצינו למיפסק דלא כר' יהודא דמאן פליג עליו ורבא דאמר מכדי נכסי דאיניש אינון ערבין מוכח בש"ס דלא ידע מהך ברייתא דהא איהו מוקי לר"י שם (בדף מ"ח) דר' יהודא סובר חמש ואפילו חצי חמש ומותבינן שם עליה בש"ס מברייתא דקתני אחין שחלקו אם יש עשרה זוז לזה ועשרה זוז לזה חייבים. ואיתותב שם רבא מהך ברייתא ומהך תיובתא מוקים לפלוגתא דר"מ ור"י בגוונא אחרינא יעו"ש וכיון דע"כ דלא ידע רבא מברייתא דמייתי הש"ס דאיתותב מינה דאי הוה ידע לה לא הוה אמר דר' יהודא סובר חמש ואפילו חצי חמש דהא בהדיא אמר ר"י אם יש לזה עשרה ולזה עשרה דינרים כו' אלמא דסבר חמש ולא ח"ח לא מצינן למיפסק כרבא בהא מילתא דנכסי דאיניש אינון ערבין משום דמדברי ר' יהודא מוכח דלא כוותי' ואנן חזינן דהש"ס מייתי הך ברייתא דרבי יהודא בעינן למיפסק דלא כרבא אלא כהך ברייתא דבני תערובות דמוכח מינה דלא אמרינן מכדי נכסי דאיניש אינון ערבין לי' אלא דגובה בתורת ממ"נ. וא"ש מה שהשמיט הרמב"ם ז"ל הך דינא דרבא ולא פסק כוותי':

וכיון שנתבאר דלא אמרינן מכדי נכסי דאיניש אינון ערבין ואף היכא דלא מצי גבי מדידי' מצי גבי מנכסים היכא דאיכא ממ"נ וכיון שביארנו לעיל דבוודאי פדיון בכור מהני תפיסה ואין מוציאין מידו ה"ה דמהני גם בספק פדיון בכור אע"ג דליכא אלא שיעבוד נכסים ומדידי' לא מצי תבע והך סברא שכתב המח"א ז"ל דכיון דליכא אלא שיעבוד נכסים לא מצי תפס כל היכא דלא מצי גבי מדידי' מחמת ספק לא נתברר לן:

שוב מצאתי באו"ז (שו"ת סימן ח') שכתב ואותן בני אדם שמתו בכוריהם בלא פדי' חייבין לפדותם לאחר מותם כדתנן מת הבן בתוך ל' יום אעפ"י שנתן לכהן יחזיר ואחר ל' יום אעפ"י שלא נתן יתן ואם אינו רוצה ליתן הרי הוא גוזל את השבט וכהן שתפס הימנו חמש סלעים זכה דאפילו בספק בכורות בעינן למימר דאם תקפו כהן אין מוציאין מידו ואפילו לרבה דאמר מוציאין מידו בספק מ"מ בוודאי אין מוציאין בתוקף לכתחילה עכ"ל הרי משמע מדבריו בהדיא דמדמה ספק בכור אדם לספק בכור בהמה ולמ"ד בספק בכור בהמה אין מוציאין מידו גם בספק בכור אדם אין מוציאין מידו כדמשמע מפשטות לישנא דאור זרוע שלא כדברי הרב בעל מחנה אפרים ז"ל כ"ז נלע"ד:

סימן צט

שאלה הדר בכפר ונולד לו בכור ואין שם אלא כהן קטן כבן עשר אם יכול לפדות בנו ליתן להכהן קטן החמש סלעים ויוצא בזה מצות פדיון או לא:

תשובה בדבר זה כבר נסתפק הפר"ח ז"ל בספרו מים חיים וכתב שם דכיון דלא כתיב איש גבי נתינה לכהן ממילא דאם נתן לכהן קטן נמי יצא ידי נתינה. ולענ"ד אי משום הא לא איריא דכיון דכתיב נתינה ממילא ידעינן מסברא דקטן אינו זוכה ולא הוי נתינה והכי משמע בקדושין (דף י"ט) דמבעיא לי' אם יש יעוד לקטן או לא ופשיט מהא דכי ינאף איש את אשת איש פרט לקטן ואי אמרת מצי מייעד מצינו אישות לקטן ופריך אלא מאי דלא מצי מייעד אמאי ממעט לי' קרא תיפשוט לי' דמייעד ע"כ אלמא דאי לא משכחת לה קנין אשה גבי קטן לא צריך קרא למעוטי וא"כ ה"נ גבי נתינה לכהן אפשר לאמר דנתינה לקטן לא מיקרי נתינה משום דלאו בר קנין הוא ולא צריך קרא למעוטי כלל ומה שהביא הפר"ח ז"ל ראי' מהא דאמרינן ביבמות (דף צ"ט) עשרה אין מחלקין להן תרומה בבית הגרנות ומשגרין להם לבתיהן וקא חשיב התם קטן ולשיטת התוס' בסוכה (דף מ"ב) ד"ה היודע אם יודע לישא כפיו חולקין לו אף בבית הגרנות אלמא דיוצאין ידי נתינה בנתינה לקטן ויצא לדון מזה דדוקא בהגיע למידת צרור וזורקו אגוז ונוטלו דאז זוכה לעצמו מן התורה לדעת כמה פוסקים אבל מקמי הכי לא:

ולפ"ז יש ללמוד מהא דנותנין לו תרומה דקטן יש לו זכיה מן התורה ולא כהנך פוסקים דסברי דהא דצרור וזורקו הוא רק מדרבנן כמ"ש הנ"י (פ"ק דב"מ) והה"מ (בפ' כ"ט מה' מכירה) עיי"ש:

ולענ"ד אפשר לאמר דלעולם זכיית קטן הוא רק מדרבנן והא דנותנין לו תרומה הוא מטעם אחר דהא אמר התם בקידושין (דף י"ט) דקרא דאשת איש פרט לקטן מיירי ביבם קטן הבא על יבמתו דמדאורייתא חזיא לי' ופרש"י ז"ל שם הואיל ומדאורייתא זקוקה לו באותו ביאה לכל דבר קנאה ליורשה כדתנן בן ט' שבא על יבמתו קנאה ומיעטי' רחמנא רק ממיתה אבל קנאה קנין גמור ועיין לקמן שבארנו דכמה מהראשונים ז"ל סוברים כשיטת רש"י ז"ל אלמא אע"ג דקטן ל"ק לאשה וכמו שבארנו בתשובה אחרת דאף להנך פוסקים דסברי דבדעת אחרת מקנה אותו יש לו זכי' מן התורה מ"מ באשה אין לו קנין ופשיטא לן דאין קנין אישות לקטן ובארנו שם הטעם דכל היכא דאין הבעל מתחייב בחיובי איש לאשתו אין זה קנין אישות וקטן אף שקונה בדעת אחרת מ"מ אין חל עליו שום חיוב מהחיובים שחייבה תורה בין איש לאשתו] ואפ"ה ביבמתו קנה קנין גמור הואיל ומדאורייתא חזיא לי' וזקוקה לי' קנאה בהך ביאה מן התורה ומשמע ודאי דאפילו אם יש כמה יבמין ובא עלי' הקטן קנאה דלא מצינו מי שמחלק בזה ור' אליעזר סובר בנדרים (דף ע"ד) גבי הפרת נדרים דיבם מיפר בין לאחד בין לשנים ואף דר"י מחלק התם וקאמר דיפר לאחד ולא לשנים היינו משום דלענין הפרת נדרים בעינן שתהא זקוקה לו ביחוד תדע דהא ר"ע סובר דאפילו זקוקה ליבם אחד נמי אינו מיפר משום דבעינן גבי הפרת נדרים שתהא אשתו גמורה אבל לענין קנין דאמרינן דמהני הא דזקוקה לו שתהא קנויה גם לקטן בביאתו לא מפליגינן בין יבם אחד לשני יבמין וכה"ג אמרינן בסוטה (דף מ"ד) חמשה אחין שנפלה לפניהן יבמה כולן חוזרין מעורכי מלחמה דכל חד וחד קרינן לי' אשתו אעפ"י שבוודאי לא תתייבם אלא מאחד מהן וכיון דחזינן דמה דחזיא לי' מהני לענין שיקנה גם הקטן נוכל לומר דמהני נמי הך סברא לענין תרומה כיון דתרומה חזיא לכהן ומחויב ליתנה לו מהני נמי קבלת הקטן וקונה לה שפיר אף דבכל התורה לא מהני זכית קטן מן התורה אף בדעת אחרת מקנה אותו:

ולא דמי להא דאמר בב"מ (דף י"ב) דפריך אשמואל למימרא דסובר דקטן ל"ל זכי' מדאורייתא והתניא השוכר את הפועל ילקט בנו אחריו לשליש ולרביע לא ילקט בנו אחריו ר' יוסי אומר ב"כ וב"כ ילקט בנו אחריו ואמר שמואל הלכה כר"י וא"א קטן ל"ל זכי' מדאורייתא כי קא מלקט לאביו מלקט אמאי ילקט בנו אחריו אבוה עשיר הוא עי"ש ולא מחלק הש"ס דגבי מציאה סובר שמואל דל"ל זכי' מדאורייתא וגבי לקט אית לי'

זכי' משום דלקט חזיא מדאורייתא לעניים להכי גם קטן קונה כמ"ש גבי תרומה נראה דלא דמי דדווקא גבי תרומה אמרינן הכי דתרומה חזיא לכהנים מן התורה דהא אם לא מצא כהן ליתן לו מחוייב הוא להחזיק עד שימצא כהן ויקיים מצות נתינה משא"כ לקט דאי ליכא עניים א"צ ליתן ומצי למשקל לנפשי' לגמרי כדאמרינן בחולין (דף קל"ד) לוי זרע בכישור ולא הוי לי' עניים למיתב להו אתא לקמי' דר"ש א"ל לעני ולגר ולא לעורבים ולעטלפים ועיין בתוס' ר"ה (דף ד') ד"ה לקט דמצי למשקל לנפשי' הלכך ליכא למימר דהלקט מיוחד לעני שיועיל גם קנין קטן דהא אם אין עני יכול הבע"ה ליטול לעצמו ואם אין לקטן זכי' מה"ת בשאר מילי אין לו גם בלקט אבל תרומה המיוחדת לכהן ולא מצי שקיל לנפשי' אף אם אין כהן גם הקטן זוכה:

וכה"ג כתב המהרי"ט לענין הא דאמרינן בירושלמי דא"ל לר' פנחס אמסור לך השם א"ל לית אנא יכיל דאכיל מעשר והיינו דנהנה משל אחרים והקשה המהרי"ט הא מוסרים אותו לצנועים שבכהונה ואטו אינהו לא אכלי תרומה ומעשר ותירץ דר"פ הוי אכיל מעשר עני וזה דמי לאוכל משל אחרים אבל תרומות ומעשר וכ"ד מתנות כהונה חלקן של כהנים ולא של אחרים מיקרי דכתיב כי חקך וחק בניך הוא וכתיב אני חלקך ונחלתך בתוך ב"י עכ"ל ואע"ג דטוה"נ לבעלים היינו לאיזה כהן ליתן אבל חלק השבט הוא ולמי שיבחר הבעה"ב זכה בו כמו שהי' מעולם שלו:

ולהכי אמר (בב"מ פ"ק) טו"ה אינה ממון אלא אפקורי מפקיר לה כפרש"י שם:

ולפ"ז יש לומר דלא דמי פה"ב לתרומה דכיון דלהנך פוסקים דלא מהני זכי' לקטן בדעת אחרת מקנה אותו הא דמהני בתרומה נתינה לקטן הוא משום דמדאורייתא חזיא לי' קונה הקטן וא"כ א"ל דדווקא בתרומה שאותן פירות שנותן להקטן כבר חל עלייהו קדושת תרומה וצריך ליתן אותן הפירות דוקא ומקרי מדאורייתא חזיא לי' ודמי ליבמה שקונה הקטן שהיבמה זקוקה לו אבל גבי פדיון הבן שנותן לו ה' סלעים נהי דהכהן חזי מדאורייתא לקבל מ"מ הא יכול ליתן לו ה' סלעים אחרים ואין קנינו של הקטן נתפס דווקא בהנך ה' סלעים והדר דינא דקטן אינו קונה להנך רבוותא דסברי דאין קנין לקטן מן התורה וקצת דוגמא מצאתי לזה כתבו התוס' בריש זבחים בהא דאמרינן סתם אשה לא לגירושין קיימא ואם כתב סתמא פסול דאפילו אם זינתה וקיימא לגירושין מ"מ לא להתגרש בגט זה קיימא ולא מיקרי סתמא לשמה כ"ז נלע"ד:

סימן ק

שאלה במי שיש לו בן לפדות ואין לו חמש סלעים בשלימות אם יש מצוה ליתן מה שיש לו ע"מ שישלים כשתשיג ידו או דלמא כיון שאין לו חמש סלעים שלמים ליכא שום מצוה במה שיתן פחות ויכול להוציאם לצורכו עד שתשיג ידו ליתן כל החמש סלעים:

תשובה בבכורות (דף נ"א) תניא נתנו לעשרה כהנים בב"א יצא בזא"ז יצא ופרש"י ז"ל בזא"ז לכהן א' הכי תניא לה בתוספתא עכ"ל וא"כ כיון דיצא בנותנו זא"ז והני חמש סלעים כחוב דמי ובחוב ודאי דאם אין לו לשלם כל החוב מחויב ליתן למלוה מה שיש לו ה"ה בפה"ב כמה דאית לי' מחויב ליתן וכשיהיה לו להשלים עד חמש סלעים ישלים ויגמור מצותו מיהו נראה כיון דאמרינן שם (דף מ"ח) דכ"ע אמרינן חמש ולא חצי חמש ואם מת האב וא"א לגבות מן האב עוד ולא מן היורשים כ"א חצי חמש פטורין לגמרי. אלמא דכשנתן חצי חמש לא קיים שום מצוה כלל א"כ מי שאין לו לע"ע כ"א חצי חמש אין מצוה ליתן לכהן שהרי לא יקיים בזה שום מצוה ולא דמי לחוב דעלמא שמחויב כמה דאית לי' דהכא אין החוב עליו אלא אם יקיים מצותו בנתינתו אבל בנתינת חצי חמש דליכא עדיין קיום מצוה אין עליו חיוב ליתן ויכול לעכבם לצורכו עד שתשיג ידו ליתן כל הה' סלעים דאף דאמרינן נתנם בזא"ז נמי יצא לא שקיים פלגא דמצוה כעת אלא שיהא קיום המצוה בשעה שיוגמר נתינת הה"ס בשלימות. אבל כ"ז שאינו נותן בשלימות ליכא עדיין קיום המצוה ואינו מחויב ליתן וליכא בזה משום שהויי מצוה לא משהינן:

ולא דמי למה שנסתפק המל"מ (בהלכות יסוה"ת) במי שאין לו אלא חצי זית מצה דמסתפק שם ואמר דמחויב לאוכלו דהתם איכא למימר דחצי זית נמי מיקרי אכילה והתורה אמרה תאכלו מצות רק משום דאנן לא ידעינן כמה יאכל אם במשהו סגי או אכילה מרובה וע"ז הי' הלמ"מ דשיעור אכילה בכזית וכל היכא דכתיב אכילה במצוה או באיסור בעינן שיאכל כזית אבל פחות מכזית נמי אכילה מיקרי וכיון שאין לו אלא פחות מכזית מחויב לאכול כמה דאית ליה אבל הכא דדרשינן חמש ולא חצי חמש ש"מ דחצי חמש לאו מצוה היא כלל וכיון דלאו מצוה היא בפחות מחמש לא איכפת לן נמי בחוב דכהן שאין חוב זה כחוב דעלמא שיתחייב ליתן לו אף דליכא קיום המצוה והכי מוכח בקידושין (דף כ"ט) דקאמר התם לפדות את בנו ולעלות לרגל פודה את בנו ואח"כ עולה לרגל ר"י אומר עולה לרגל ואח"כ פודה את בנו שזהו מצוה עוברת וזהו מצוה שאינה עוברת וקאמר התם טעמא דרבנן משום דכתיב כל בכור בניך תפדה והדר ולא יראו פני ריקם ע"כ אלמא אי לאו טעמא דילפי רבנן מקרא דכל בכור בניך תפדה הוו

מודי לר"י דלעלות לרגל קודם משום שהיא מצוה עוברת וע"כ דמיירי התם שכבר הגיע ל' יום ללידת בנו וחל עליו חובת פדיון וא"כ קשה אטו מי שצריך לקנות אתרוג או לולב ומטא זמנו לפרוע חובו מי לא יכול הבע"ח לגבות חובו ממנו אף שלא יהא לו אח"כ בידו במה לקיים מצותו דמאי איכפת לי' לבע"ח במה שצריך לקיים מצוה דרמיא עליו ואלו הכא אמרינן דלעלות לרגל קודם לחובו של כהן א"ו דחוב של כהן ל"ד לחוב דעלמא ואין עליו חוב ליתן לכהן אלא כשהוא צריך לקיים מצות פדיון וכיון דלגבי מצות קיי"ל דמצוה עוברת קודם למצוה שאינה עוברת אמרינן דעולה לרגל ואח"כ פודה את בנו ולא איכפת לן בחוב דכהן ה"נ כיון דחצי חמש לאו מצוה אינו מחויב ליתן לכהן מאי דאית לי' עכשיו עד שיהא לו ח"ס:

אלא שיש לתמוה טובא על הרמב"ם ז"ל שלא הביא כלל הך דינא דחמש ולא חצי חמש דכיון דמסקינן בגמרא דכו"ע חמש ולא ח"ח ומייתינן שם גם ברייתא דר"י אומר אם יש עשרה זוז לזה ועשרה זוז לזה חייבין ואם לאו פטורין משום דחמש ולא ח"ח והרמב"ם השמיט ברייתא זו לגמרי ומהתימא על מפרשי דבריו שלא עמדו על השמטה זו:

ולישב דבר זה מוכרח אני להעתיק לשון הש"ס שם אמתניתין שם (דף מ"ח) מי שלא בכרה אשתו וילדה שני זכרים מת האב ר"מ אומר אם נתנו עד שלא חילקו נתנו ואם לאו פטורים ר"י אומר נתחייבו הנכסים ופריך הש"ס דמית האב אימת אילימא דמית לאחר ל' בהא אמר ר"מ כי חלקו פטורין הא אשתעבדו להו נכסי אלא דמית בתוך ל' מ"ש כי חלקו דאזיל להאי ומדחי לי' להאי ומדחי לי' כי לא חלקו נמי ליזל לגבי האי לדחיה ולגבי האי לדחיה אר"י זאת אומרת שני יוסף ב"ש שהיו בעיר אחת וקנו שדה בשותפות בע"ח גובה אותה מהן דאמר לי' אי בדידך מסיקנא מנתא דידך שקילנא אי בדחברך מסיקנא מנתא דחברך שקילנא אמר רבא מכדי נכסי דאינש ערבין מי איכא מידי דלדידי' לא מצי תבע ולערב מצי תבע והתנן המלוה את חבירו ע"י ערב לא יפרע מן הערב תחילה אלא אמר רבא לעולם שמת לאחר ל' ואי דאיכא נכסי טובא ה"נ דשקיל הכא במ"ע כגון דליכא אלא ח"ס ודכו"ע אית להו דר' אסי דאמר האחין שחלקו מחצה יורשים מחצה לקוחות ודכו"ע מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי ודכו"ע אית להו דר"פ דאמר מלוה ע"פ גובה מן היורשים ואינו גובה מן הלקוחות והכא בחמש ולא חצי חמש קמפלגי דר"מ סובר חמש ולא חצי חמש ור"י סובר חמש ואפילו חצי חמש:

ופריך מברייתא דתניא ר"י אומר האחין שחלקו אם יש עשרה זוז לזה ועשרה לזה חייבין ואם לאו פטורים כו' אלמא חמש ולא ח"ח ס"ל אלא דכו"ע חמש ולא חצי חמש והכא בדר' אסי ובדרב פפא קא מפלגי ופי' רש"י ז"ל דהיינו או בדר' אסי או בדר"פ קמפלגי

ר"מ אית לי' דתרווייהו היינו דר' אסי דהוה מחצה יורשים ומחצה לקוחות ודר"פ דגובה מן היורשים ואינו גובה מלקוחות הילכך פטורים כשחלקו משום דהוי לי' חצי חמש ור' יהודה או דפליג על דר"פ וסובר דמלוה הכתובה בתורה גובה נמי מן הלקוחות או דפליג אר' אסי וסובר דכולהו יורשים נינהו ומצי למיגבי מינייהו כל הח"ס להכי אמר דנתחייבו הנכסים אף שחלקו:

והרמב"ם ז"ל (בפ' י"א מהלכות בכורים) פסק כר' יהודא בין שמת בתוך למ"ד בין לאחר ל' בין שחלקו בין שלא חלקו ועיין בכ"מ שתמה עליו דהא רבא מוקי לה בלאחר ל' ובזה הוא דאמר ר"י נתחייבו הנכסים שהחיוב הוא מאביהן אבל בתוך ל' שלא נתחייב אביהם ודאי דפטורין בחלקו דכל חד מצי מדחי לי' ותירץ דכיון דבלישנא קמא שם קאמר אי דמת בתוך ל' כי לא חלקו נמי מצי מדחי לי' ולא פריך מ"ט דר"י דסובר נתחייבו הנכסים הא בתוך למ"ד לא נתחייב האב עדיין כדפריך בלישנא בתרא שם ש"מ דסובר דלר"י נתחייבו הנכסים אף במת בתוך ל' ולהכי פסק הרמב"ם ז"ל כן וכן פי' הגר"א ז"ל (בסימן ש"ה סעיף כ"ו) דברי הרמב"ם ז"ל בקצרה:

וראיתי להרמב"ן ז"ל (בה' בכורות) שפי' שם הא דלא מקשה הש"ס בלישנא קמא אי דמית בתוך ל' מ"ט דר"י דאמר נתחייבו הנכסים משום דהוי מצי למימר דטעמא דר"י משום דאף אם לא נתחייבו הנכסים בתוך ל' ולא נתחייב אביהם ובא הכהן לתבוע מהבנים מחמת חיובא דידהו נמי מצי אמר להו אי בדידך מסיקנא מנתא דידך שקילנא ואי בדחברך מסיקנא משתעבדי לי מקמי דידך וכדאמר שם בלישנא בתרא ע"כ דברי הרמב"ן ז"ל:

ואם נפרש כן לא יתכן ג"כ פסק הרמב"ם ז"ל בהא דפסק דנתחייבו הנכסים אף בתוך ל' חדא דאנן בעינן למיפסק כרבא דפליג אר' ירמיה ואמר שם מכדי נכסי דאינש אינון ערבין לי' ואנן תנן לא יפרע מן הערב תחילה וכל היכא דלא מצי תבע מיני' דידיה לא מצי למיגבי מנכסים בתורת ממה נפשך ובעינן למיפטרינהו במת אביהם בתוך ל' אם חלקו ועוד דהאי ממ"נ דקאמר ר' ירמיה הוא רק אי אמרינן דמלוה הכתובה בתורה גובה מן הלקוחות דלהכי קאמר לי' אם בדחברך מסיקנא משתעבדי לי מקמי דידך והיינו משום דהוא לקח מחבירו והאחין שחלקו לקוחות הן כמו שפרש"י ז"ל שם בהדיא עיי"ש. א"כ אנן הא קיי"ל דמלוה הכתובה בתורה אינה גובה מן הלקוחות כמו שיבואר לקמן בעזה"י בדעת הרמב"ם והטור ז"ל א"כ אמאי פסק הר"מ ז"ל דנתחייבו הנכסים בחלקו בתוך ל' אלא הרמב"ם ז"ל דנתחייבו הנכסים אפילו בתוך למ"ד ע"כ דלא רצה לפרש כרמב"ן ז"ל משום דאם ידע המקשה מהך סברא דממ"נ דדחית לן ר' ירמיה ומשו"ה לא מקשה אר'

יהודא א"כ מאי פריך נמי אר"מ כי לא חלקו נמי מצי מדחי לי' הא כיון דשותפי נינהו מצי למגבי מינייהו ממ"נ ומדפריך לר"מ כי לא חלקו נמי ע"כ דהוי סובר המקשן דלא אמרינן ממ"נ וכדמסיק רבא א"כ הוה לי' למיפרך נמי אמאי אמר ר' יהודא נתחייבו הנכסים בתוך למ"ד ומדלא פריך הכי יצא לי' להרמב"ם ז"ל דלר"י נתחייבו הנכסים מחיובו של אב אף בתוך למ"ד וגם בתוך למ"ד איכא שיעבוד נכסים וכדברי הכ"מ והגר"א ז"ל ואף דאמרינן שם (בדף ס"ט) בפודה בנו בתוך למ"ד אם אמר מעכשיו ד"ה אין בנו פדוי וכן אמרינן שם (דף מ"ז) בכהן שמת והניח בן חלל דאם מת בתוך למ"ד חייב בפדיון אע"ג דבמת אחר למ"ד אמרינן שם דכבר זכה האב בפדיונו מ"מ במת בתוך למ"ד לא זכה האב בפדיונו ומכ"ז משמע דבתוך למ"ד ליכא שיעבוד על האב כלל מ"מ סובר הרמב"ם ז"ל דהיינו דווקא לפדותו אינו יכול בתוך למ"ד אבל שיעבוד נכסים איכא אף בתוך למ"ד:

וכה"ג מצינו גבי חיובא דשומרים דאמרינן בב"מ צ"ז גבי משאיל אומר שאולה מתה והשואל אומר אינו יודע חייב ופריך הש"ס ש"מ מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב לימא תהוי תיובתא דר"נ וכ' הרמב"ן ז"ל דהך קושיא למ"ד בכתובות (דף ל"ד) דמשעת מיתה אתחייב לי' באונסין גבי היתה פרה שאולה לו אבל להך לישנא דמשעת משיכה אתחייב באונסין לא מקשה מידי דהא הוי לי' אינו יודע אם פרעתיך וחייב אפילו לר"נ והריטב"א ז"ל תירץ שם דאפילו למ"ד דשואל מתחייב משעת משיכה לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר דהא כל כמה שהיא בחיים כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא וליכא על השואל שום חיוב אלא לומר דלכי נגנבה או נאנסה ואיתא חיובא עליו משתעבדי נכסי למפרע משעת משיכה ונ"מ למי שמכר נכסיו בינתיים או להההוא דהניח להם אביהם פרה שאולה מ"מ כל שאומר איני יודע אם שאולה מתה או שכורה מתה הו"ל כאומר איני יודע אם נתחייבתי לך ונשתעבדו לך נכסי או לא נתחייבתי ולא נשתעבדו לך נכסי עכ"ל הש"מ (פ' אלו נערות) וכזה ממש דעת הר"מ ז"ל בדברי ר' יהודא גבי בכור דאף דאין שום חיוב בתוך ל' ובפדהו מעכשיו אינו פדוי לכו"ע מ"מ כשבא למ"ד יום נשתעבדו נכסי למפרע אף לטרוף מלקוחות שקנו קודם ל' כמ"ש הריטב"א ז"ל גבי שואל דנ"מ למי שמכר נכסיו בינתיים וכן משמע בהדיא בתוס' בבכורות (דף מ"ט) ד"ה ודידי' דכהן יכול לטרוף מלקוחות שקנו אחר לידת הבן אף קודם למ"ד עי"ש בקושייתם:

אלא שלכאורה יש להקשות טובא על הרמב"ם ז"ל שפסק דנתחייבו הנכסים כר"י כיון דמסיק רבא דטעמא דר"י הוא משום דסובר דמלוה ע"פ גובה מלקוחות או דסובר אחין שחלקו כיורשים הם כדפרש"י ז"ל א"כ אנן דפסקינן דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות כר"פ ופסקינן נמי כר' אסי אמר ר"י דהאחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זל"ז ביובל

א"כ היכי גבי מינייהו כהן אחר שחלקו וליכא למימר דאף דקיי"ל האחין שחלקו לקוחות הן וגם מלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות מ"מ מלוה הכתובה בתורה שפיר גובה מלקוחות דכתובה בשטר דמי דז"א דהא לא קיי"ל כר"י דאמר מלוה הכתובה בתורה גבי ממשעבדי דבפלוגתא דר' יהודא ורבנן בקידושין (דף כ"ט) ובבכורות (דף מ"ט) בהוא לפדות ובנו לפדות דקאמר ר' ירמיה דפליגי באיכא חמש סלעים משעבדי וחמש סלעים בני חרי דר"י סובר מלוה הכתובה בתורה ככב"ד בהני חמש בני חרי פריק לברי' ואזיל כהן וטרף לי' לחמש סלעים לדידי' ורבנן סברי מלוה הכתובה בתורה לככב"ד הלכך מצוה דבגופא עדיף. ופסק הרמב"ם ז"ל סתמא (בפי"א מהלכות בכורים) דהוא לפדות ובנו לפדות הוא קודם ולא מפליג בין ליכא אלא חמש סלעים בין איכא חמש משעבדי וחמש ב"ח וע"כ משום דסובר דלאו ככתובה בשטר דמי ולא טריף ממשעבדי ומצוה דגופו עדיף. ואף שפסק (בפ"א ממחוסרי כפרה) דשעבודא דאורייתא במלוה הכתובה בתורה מ"מ סובר דממשעבדי לא טרף וע"כ הטעם דהוי תקנתא דרבנן משום פסידא דלקוחות וכ"כ הטור והש"ע (בסימן ש"ה) דפדיון בכור לא גבי ממשעבדי וא"כ איך פסק הרמב"ם ז"ל כר"י דאפילו חלקו חייבים. גם התוס' הקשו (בדף נ"ב) ד"ה אמר שם על ר"א גופא דאמר משמי' דר' יוחנן דלקוחות הן לענין יובל וכאן אמר מחצה לקוחות מחצה יורשים דמשמע ממה שאמר האחין שחלקו לקוחות דודאי לקוחות הן ולא מספיקא מחזירין זה לזה ביובל כדאמרינן בגיטין (דף כ"ה) דגבי יובל בעינן למיזל לחומרא] וראיתי באו"ת שתמה ג"כ איך מצאנו ידינו ורגלינו לגבות חובן מאחין שחלקו כיון דקיי"ל לקוחות הן:

ונ"ל טעם הרמב"ם ז"ל אעפ"י שפסק דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי וגם אחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זל"ז ביובל אפ"ה פסק דנתחייבו הנכסים משום דכיון דפליגי רב ושמואל בב"ב (דף ק"ז) באחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם דרב אמר בטלה חלוקתן משום דסובר יורשין הם ושמואל אמר ויתר משום דלקוחות הן ור' אסי סובר דהוי ספק אי כלקוחות אי כיורשין ופסק שם הש"ס הלכתא כרב דבטלה חלוקתן דיורשים הם אע"ג דקיי"ל כר' יוחנן דהאחין שחלקו לקוחות הן וכן ר' אסי דמספקא לי' גבי בא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם אמר משמי' דר"י האחין שחלקו לקוחות הן ש"מ דאין ענין זל"ז ואף דלגבי אחרינא מיקרי אחין שחלקו לקוחות שהחליפו החלקים של זה בזה מ"מ לגבי חוב אביהם פסקינן דכיורשים הם אף אחר חלוקה משום דכרעא דאבוהון לשלם חובותיו. דמה נתנו אלו לאביהם בעד נכסיו שיהיו נחשבים לענין תשלומי חובותיו כלקוחות ודוקא איש לגבי אחיו מיקרי לקוחות שהחליפו החלקים

זב"ז ונתן כ"א לאחיו תמורה עבור חלקו אבל לגבי אביהם נקראו יורשים גם לאחר חלוקה וכמו שמצינו לר"א דסובר דהאחין שחלקו מיקרי זל"ז לקוחות ומחזירין ביובל ולגבי אביהם מספקא לי' בלקוחות כן פסקינן אנן דודאי יורשים הם גבי אביהם ומלוה ע"פ גובה אף אחר חלוקה:

וכן מצאתי סברא זו בט"ז ח"מ (סי' ק"ד) גבי שומא הדרא שכתב הרמ"א ז"ל שם בשם הרא"ש דאם מת והורישה ואין כאן אלא יורש אחד שומא הדרא אבל אם היו יורשים הרבה וחלקו ונפל לאחד מהם שוב אינה חוזרת מטעם דהוי כלקוחות וזבינא לא הדרי וכ' הט"ז ע"ז דז"א דע"כ לא אמרינן דאחין שחלקו לקוחות הן אלא לענין דברים שביניהם כגון לענין מחזירין זל"ז ביובל אבל לענין שומא הדרא תיכף שנפלה הירושה לפניהם הויין כולהון במקום אביהן ועלייהו רבצה המצוה דשומא הדרא משום ועשית הישר והטוב והביא ראי' לזה מהא דאמרינן (בפ' הגוזל) דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמיא ואע"ג דקתני את בניו דמשמע שהיו יורשים הרבה וקתני נמי סתמא דאפילו חלקו ביניהם אפ"ה לא הוי כרשות לוקח וע"כ משום דגבי אביהם לא מיקרי לקוחות וה"ה לגבי לוה ולענין שומא הדרא עכ"ל ולהכי פסקינן כר"י מטעם דסתמא דהש"ס בב"ב פסק כרב דבטלה מחלוקת משום דכיורשין דמי לגבי אביהן אף אחר שחלקו וכמו שמוכח מר' אסי דאף דזל"ז הויין לקוחות מ"מ גבי אביהם איכא למימר דיורשים הויין ונתחייבו הנכסים אף שחלקו:

(הגה"ה וכ"כ הרמב"ן ז"ל בחידושיו שם בב"ב דלהכי אמרינן דבטלה מחלוקת אף דקי"ל כר"י דהאחין שחלקו לקוחות הן משום דאדעתא דהכי נשתתפו שכשיבא עליהם חוב אביהם יתבטל החלוקה כדין יורשים:)

ועתה נבאר מה שהשמיט הרמב"ם ז"ל הך דינא דחמש ולא ח"ח ובריייתא דאמר ר"י אם יש עשרה זוז לזה ועשרה זוז לזה דדבריו ז"ל נכונים בזה מאוד דלכאורה קשה טובא באוקימתא דרבא מעיקרא דמיירי בדליכא אלא חמש סלעים ואחר שחלקו דלא גבי אלא מחצה ופליגי אי אמרינן חמש ולא ח"ח או לא דאם התנא בא להשמיענו פלוגתא דחצי חמש לא הוי לי' למיתני באחין שחלקו ובספק בכור והו"ל למיתני בכור שלא נפדה שמת והניח חצי חמש אם היורשים מחויבים ליתן החצי חמש או לא אי דרשינן ולא חצי חמש או לא ואי דאתי לאשמעינן מימרא דר"פ ור"א דמפלוגתא דר"מ ור"י שמעינן מימרא דר"פ ור"א דהו"ל ח"ח משום דר"פ ור"א הא אין כאן בבכורות המקום לזה ודין זה הו"ל להשמיענו במקום אחר וכאן לא הו"ל להשמיענו אלא פלוגתא דחמש ולא ח"ח והך דינא הוא שייך גם ביורשים שלא חלקו:

ועוד דבתוספתא דהך פרקא קתני שתי נשים של שני אנשים שלא בכרו וילדו שני זכרים במחבא זה נותן חמש סלעים לכהן וזה נותן ח"ס לכהן נתן האב ח"ס ומתו הבנים עד שלא חלקו בנכסי אביהם חייבים משחלקו בנכסי אביהם פטורין ר' יהודא אומר אף משחלקו בנכסי אביהן אם יש עשרה זוז לזה ועשרה כו' חייבים ואם לאו פטורין ע"כ וקשה אמאי אמר ר"י הך תנאי דבעינן עשרה זוז לזה ולזה בלאחר שחלקו ור"מ דמחייב בקודם שחלקו אינו מטיל כלל תנאי זה דבעינן שיהא עשרה לזה ולזה הא ר"מ ודאי דאית לי' חולח"ח ולא הזכיר כלל הך דינא מעשרה זוז רק ר"י אמר כן בלאחר שחלקו: **לכן** נראה דהנה התוס' הקשו שם בבכורות ד"ה דר"מ וז"ל ולא דמי לחמשה בקר דמסקינן בב"ק אפילו חמשה חצאי בקר אמר רחמנא דתשלומין נינהו ויש לו לשלם מה שהוא חייב אבל הכא מצות ח"ס רמי רחמנא עליו ולא מקיימא בפחות מחמש אע"פ שיכול לשלם לעשרה כהנים בזא"ז לא דמי הכא דלא משתעבד אלא בחצי חמש עכ"ל מבואר מדבריהם דעיקר הפטור דח"ח הוא משום דכיון דמצות ח"ס רמי רחמנא עליו להכי היכא דלא משתעבד אלא בח"ח אין המצוה חלה ופטור ממנה א"כ נראה לפי"ז שזהו דוקא אם א"א שיבוא לעולם לידי שווי חמש והוי רק ח"ח פטרה התורה מפדיון היכא דליכא אלא ח"ח וא"א לבא לידי חמש לעולם דומיא להא דאמרינן בחולין (ד' ע"ט) גבי מתנות שה ולא מקצת שה דהיינו היכא דליכא אלא מקצת שה ולא חל עליו כלל חובת המתנות וה"נ היכא דליכא אלא ח"ח ולא יבא לעולם לידי חמש בשום גוונא לא חל עליו חובת פדיון ופקע מצוותו אבל אם אפשר שיבא לידי חמש באיזה אופן אף שעתה הוא רק ח"ח לא ממנו מצות ח"ס ובכל בכור חל עליו השיעבוד אף דל"ל כלל מ"מ המצוה לא פקע ממנו דכשיהי' לו יקיים מצותו וכן במי שמת והניח בכור ספק אם אפשר לבא לידי חמש באיזה אופן לא פקע מצוותו ויכול הכהן לגבות ממנו אף עכשיו הח"ח ואף שאם יטלם הכהן בשעה שהם חצי חמש שוב לא יבוא לידי חמש לא איכפת לן בזה דאנן לא קפדינן אלא שיחול מצות הפדיון על חמש אבל בעת הגעת המעות ליד כהן מקיימא מצותו גם בח"ח דהא אמרינן בקידושין (דף ח') דרב כהנא שקיל סודרא בפדה"ב דאמר לדידי שוו לי ח"ס ואע"ג דר"א אמר התם דווקא ר"כ דגברא רבא הוא ומיבעי לי' סודרא אריש אבל איניש אחרינא לא מ"מ הא הרמב"ם ז"ל (בפי"א מהלכות בכורים) השמיט מימרא דר"א כמ"ש הר"ן ז"ל והכ"מ כ' הטעם דסובר דלאו דווקא ר"כ דגברא רבא הוא אלא ה"ה כל מה ששוה לפעמים לאיזה אדם בעולם יכול לומר לדידי שוה לי לאפוקי מידי דא"א להיות שוה חמש סלעים לשום אדם בעולם דאינו יכול לומר לדידי שוה לי ח"ס וא"כ אחר שהגיע ליד כהן לא איכפת לן במה שהוא ח"ח דהא יכול הכהן לאמר

לדידי שוה לי ולא קפדינן אלא קודם שהגיע ליד כהן יחול עליו השיעבוד ולא יפקע מצותו ע"י שהוא רק ח"ח וכל היכא שיכול לבא לידי חמש באיזה פעם לא פקע מצותו אף עכשיו:

ולפ"ז במי שמת והניח בכור ספק ונכסים ששוו חצי חמש נמי לא פקע מצוותו שהרי אם יתייקר הדבר יבא לידי חמש וחל שיעבוד הפדיון גם עכשיו דקיי"ל דגבי מיורש שבחא דאתי ממילא ונתייקר הקרקע דמי לשבחא דאתי ממילא וכ"ש בהניח קרקע דקרקע אין לו אונאה ומתייקר לפעמים. וה"נ גבי יורש ע"כ דמיירי בהניח קרקע כמ"ש הריטב"א בקידושין (דף כ"ט) דמיירי בהניח קרקע דמטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי. ואע"ג דאין פודין בקרקעות יכול למוכרן ולפדות בהן וליכא כאן הפקעת המצוה שאם יתייקרו יהיו שווין ח"ס [וכ"כ הרמז"ל בהדיא (בפ' כ"א מהלכות מלוה) דבע"ח גובה מיתומים שבחא דאתי ממילא ויוקרא מקרי שבחא דממילא]:

וכיון שבארנו דח"ח לא מיקרי אלא היכא דלא גבי שבחא דממילא היינו אם יתייקר א"כ ביורש א' או בשני יורשין שלא חלקו לא משכחת לה כלל הך דינא דח"ח דהא אפשר לבא לידי חמש אם יתייקר ומיתומים גבי שבחא דממילא ורק בשני יורשים שחלקו משכחת לה הך דינא דח"ח כדאמרינן בסוגיא דפ' יש בכור דלמ"ד לקוחות הן מיקרי נמי לקוחות לגבי חוב האב ולא גבי מינייהו שבחא דממילא דר"מ סובר כיון דמחצה יורשים ומחצה לקוחות כר' אסי ומלוה ע"פ אינה גובה מן הלקוחות כר"פ ולא גבי מינייהו אלא מחצה ואותו מחצה הא לא הי' שוה בשעת חלוקה כי אם ח"ח פקע מינייהו ע"י החלוקה מצות פדיון כיון דמעתה לא יבא לעולם לידי חמש דאפילו אם יתייקר לא יגבה שבחא דממילא ואף דהמחצה שהוא גובה מחמת דחשבינן להו ליורשים ומיורשים גבי שבחא דממילא מ"מ הא רב אסי מספקא לי' אם יורשים הם או לקוחות וגובה מחצה משום ספיקא וכיון דמספיקא גובה המחצה אינו גובה רק מה שהיה שוה בשעת חלוקה אבל מה שנתיקר אחר חלוקה אינו יכול לגבות דדלמא לקוחות נינהו שהרי התוס' הקשו שם ובב"ק (דף ט') בהא דאמרינן דלר' אסי דמספקא לי' אם יורשים אי לקוחות גובה מחצה ואמאי לא נימא הממע"ה אבל באמת נראה הטעם כיון דמתחילת החלוקה נולד הספק אם הם יורשים או לקוחות ועד החלוקה היו בוודאי יורשים לכן יחלוקו דאע"ג דהשתא כל אחד מוחזק בשלו מ"מ ריעא חזקתו הואיל דהספק נולד מתחילת חלוקה ועד החלוקה היו ודאי יורשים וכ"ז שייך במה שהקרקע היה שוה בשעת חלוקה שעל שווי זה נולד הספק מתחילת החלוקה אבל מה שעלה יותר הקרקע לאחר החלוקה בזה בעינן למימר הממע"ה וכיון דמספקא לן דילמא לקוחות הן ומלקוחות אין גובין שבחא

דממילא לכן אינו גובה השבח מה שנתייקרו הקרקעות דהא אין שיעבוד פדיון חל על העצם הקרקע לפדות בה דקיי"ל אין פודין בקרקעות רק שהקרקע משועבדת בדמי שווי לחוב הפדיון ולהכי לא חל השיעבוד אלא על מה ששוה בשעת חלוקה אבל מה שדמיה עולין אחר חלוקה לא חל שום שיעבוד אי אמרינן לקוחות הן ומספיקא אמרינן הממע"ה ולהכי לר"מ מיקרי ח"ח וכי חלקו פטורין:

והשתא א"ש הא דבתוספתא גבי שתי נשים של שני אנשים שלא בכרו וילדו שני זכרים במחבא ונתן האחד ח"ס ומתו דקאמר ר"מ עד שלא חלקו בנכסי אביהם חייבים משחלקו פטורין ולא הוזכר כלל דבעינן שיהא עשרה זוז לזה ולזה כדי שלא יהא חצי חמש דכיון דר"מ לא מחייב כלל כשחלקו ולא מחייב אלא עד שלא חלקו וכשלא חלקו הא הוי ודאי יורשים וביורשים גבי שבחא דממילא ולא מיקרי ח"ח שהרי אם יתייקר שוה יותר רק ר' יהודא דסובר דאף משחלקו חייבים (משום דסובר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי וגבי אף ממשועבדין] הוא אמר דבעינן שיהא עשרה זוז לזה ועשרה זוז לזה דהא כשחלקו ודאי הן כלקוחות ומלקוחות הא לא גבי שבחא דאף דאמרינן בב"מ (דף ט"ו) דגובין שבח מלקוחות הא אמרינן התם הטעם משום שכך כתב לו אנא איקום ואשפי זביני אילין אינון ושבחיהון והיינו שיש לו על מי לחזור ומטעם זה אמרינן התם מקבל מתנה דלא כתב לו הכי ואין לו על מי לחזור ה"נ דלא גבי שבחא וא"כ יורשים אלו שלקוחות גמורים הם ואין אחד מהם יכול לחזור על חבירו כשיטרף ממנו הכהן שהרי חבירו יאמר לו אתה בן מי שלא פדה והכהן טרף החמש סלעים עבורך וכיון שאין לו על מי לחזור לא גבי ממנו אף שבחא דממילא (ואף לדעת הסוברים דמיתומים גבי שבחא דממילא אבל מלוקח שאין לו על מי לחזור ודאי דאינו גובה] וא"כ הוי רק ח"ח ושפיר אמר ר"י דבעינן עשרה דינרין לזה ולזה כדי שלא יהא ח"ח ואף שכתבנו דר"י סובר לפי המסקנא דאחין שחלקו יורשין הם לגבי חוב אביהם מ"מ הא התם לאו יורשים מאב אחד רק שנתערבו ואינו ידוע מי אב כל אחד וחולקין מספק והוי לקוחות גמורין ויש בהם דין ח"ח שאין להם על מי לחזור (והרמב"ם ז"ל השמיט הך דינא דר"י שבתוספתא משום דר"י לטעמי' דסובר מלוה הכתובה בתורה גובה ממשעבדי ואנן קיי"ל כר"פ דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות ואפילו מלוה הכתובה בתורה וכמ"ש בפ"ק דקידושין (דף י"ג) ובב"ב (דף קע"ו) ואינו גובה מבני התערובות משחלקו דהוי לקוחות גמורין]:

והשתא א"ש מה שלא הביא הרמב"ם ז"ל הך דינא דח"ח משום דלדידן לא משכחת דביורש א' או שני יורשים שלא חלקו ודאי לא הוי ח"ח דהא גובין מהם שבחא דממילא ואפשר דאיתייקר ויהא שבחא דממילא וגובין מיורשים ואפילו אם חלקו נמי הא כתבנו

דפסקינן כהך סוגיא דב"ב (דף ק"ז) דבטלה מחלוקת והוו לגבי חוב אביהם כיורשים ומיורשים הא גבי שבחא דממילא ובלוקח גמור היכא דלא גבי מיני' שבח כמו בני התערובות הא קיי"ל דמלוה הכתובה בתורה לא גבי ממשעבדי א"כ לא משכחת לה כלל האי דינא דח"ח הרי נתבאר בעזה"י דברי הרמב"ם ז"ל כמין חומר:

ומעתה כיון שבארנו דהא דדרשינן חמש ולא ח"ח הוא רק באופן שא"א לבא לידי חמש ומשום דפקע מצותו כשיש רק ח"ח וא"א לבא לידי חמש אבל היכא שיכול לבא לידי חמש לא פטרינן ליה א"כ נראה דמי שאין לו אלא ח"ח איכא מצוה בנתינתו לכהן במה שיש לו אף פחות מחמש ואיכא בזה גם שהויי מצוה דבמה שיתן לכהן כמה שיש לו מקיים מצוה דכל אימת שיש עליו חוב המצוה חוב דכהן הוא ודמי למצה שאם אין לו אלא חצי זית שמסתפק המל"מ שצריך לאכול החצי זית ועדיף מיני' דהתם יודע שלא יהי' לו יותר כ"ז אכילה והכא תקותו שיזדמן לו ליתן מה שתשיג ידו עד חמש סלעים ועוד דהכא איכא למימר דאהנאת הכהן קפיד רחמנא כל היכא דחל על האב מצות פדיה ולהכי כל מה דמצי למיתב לי' בעי למיתב לי' השתא וכשתשיג ידו ישלים מצותו ועיין במל"מ (פ"ה מה' שבועות) שמסתפק בנשבע ליתן לחבירו מנה ואין לו אלא פחות דמתחילה רצה לחלק בין חוב למתנה דבחוב מחויב ליתן כמה שיש לו ובמתנה פטור אם אינו יכול ליתן בשלימות ולבסוף מסיק בשם הרדב"ז דגם במתנה חייב ליתן כמה שיש לו משום דעיקר שבועתו על הנאת פלוני עיי"ש וגם פדיון בכור ממתנות כהונה הוא:

סימן קא

שאלה העושה שליח לפדיון בתוך למ"ד ואח"כ גילה דעתו שאינו חפץ שיפדהו השליח ורצונו לפדותו בעצמו והשליח לא ידע מזה ופדוהו אי מהני פדיונו או לא:

תשובה קיי"ל בכל דוכתי מילתא דאיהו מצי עביד מצי משווי שליח ומילתא דאיהו לא מצי עביד לא מצי משווי שליח ואיהו אינו יכול לפדות כעת דאם פדה בתוך למ"ד ואמר שיחול הפדיון מעכשיו לא מהני ואין בנו פדוי כדאיתא בבכורות (דף מ"ט) לא מצי משוי שליח מיהו יש להסתפק כיון דאמרינן שם דאם פדה שיחול לאחר למ"ד מהני דהילכתא כרב ואף שאינו יכול לפדות עכשיו מ"מ יכול לפדות שיחול לכשיגיע הזמן ולא מקרי מחוסר מעשה משום דזמן ממילא קאתי ודמי כאילו היה בידו לפדות עכשיו א"כ לענין משוי שליח אפשר נמי לומר דלא מיקרי לא מצי עביד כיון שאינו מחוסר אלא זמן בעלמא ומחוסר זמן מיקרי בידו או אע"ג שהוא בעצמו יכול ליתן הכסף לכהן בתוך למ"ד ע"מ שיחול אחר למ"ד מ"מ לשוויה שליח בתוך למ"ד שיפדה ביום למ"ד

לא מצי למשווי דלגבי עצמו אמרינן דמחוסר זמן הוי כדבר שבידו אבל לגבי שליח לא מהני האי טעמא:

וראיתי להאחרונים ז"ל שהביאו בשם ס' דגול מרבבה שאינו יכול לעשות שליח קודם למ"ד רק שכתב שאם עשה שליח בתוך למ"ד מהני מטעם אחר דכיון דגלי דעתיה דניחא ליה מצי השליח לפדותו ביום למ"ד:

ולענ"ד יש להסתפק בזה טובא דלא מהני ארצויי ארצי קמיה אלא גבי קידושין דאמרינן בקידושין (דף מ"ה) ודלמא ארצויי ארצי קמיה וכן פסקינן בשו"ע אה"ע (סימן ל"ה סעיף ד') אבל גבי תרומה ודאי דלא מהני ארצויי ארצי קמיה דאם נימא דמהני מה שגילה דעתו דניחא ליה שיעשה השליח א"כ בחנם נתחבטו התוס' בנזיר (דף י"ב) איך מצי משווי שליח קודם שנתגלגל העיסה נהי דלא מצי לעשות מ"מ הא לא גרע מגילה דעתו דניחא ליה שיתרום כמו ארצויי ארצי קמיה א"ו דלא מהני ארצויי ארצי קמיה אלא היכא שזוכה בשבילו באיזה דבר כגון בקידושין שקידש עבורו אשה אבל בתרומה שתורם משל בעה"ב ולא קא זכי בשבילו שום דבר לא מהני וא"כ ה"ה גבי פדיון הבן שהשליח פודה משל אב נמי לא מהני ארצויי ארצי קמיה רק דבעי שליחות גמורה:

ועוד נ"ל דאפי' אם נימא דמהני ארצויי ארצי קמיה. מ"מ אם גילה דעתו אח"כ שאינו חפץ עוד שיעשה השליח עבורו הקידושין או הפדיון והשליח לא ידע מזה ועשה לא מהני דכיון שלא נעשה שליח גמור רק שגילה דעתו דניחא ליה בגילוי דעתא דלא ניחא ליה סגי לבטולי גילוי דעתא קמא אבל אי מהני השליחות שעשה בתוך למ"ד ונעשה שלוחו לא מהני מה שגילה דעתו דלא ניחא ליה דבשליחות גמור לא מהני גילוי דעתא כמ"ש התוס' בגיטין (דף ל"ב) דהא דלא מהני בגיטא גילוי דעתא לבטולי שליחות לא משום הפקעת הקידושין דאפקעינהו רבנן מיניה אלא מדינא הכי הוי דדברים שבלב אינם דברים ולא מהני אא"כ אמר בפירוש שמבטל השליחות א"כ ה"ה בשאר דינים שבתורה לא מהני גילוי דעתא לבטולי שליחות גמורה וכ"כ הפ"י בקידושין (דף מ"א) דלהכי מייתי שם דיש שליחות בקדשים ממשנה דחבורה שאבד פסחה אם שלו נשחט ראשון הם אוכלים משלו ולא מייתי מדוכתא אחרינא דמבואר בפסחים דאחד שוחט על כל החבורה משום דהתם איכא למימר דלא בעינן שליחות גמורה אלא בגילוי דעתא דניחא לי' סגי אבל בחבורה שאבד פסחה ואמרו לאחד צא ובקש ושחוט עלינו ואח"כ נמצא שלהם אם איתא דמטעם גילוי דעתא דניחא להו הוי הא מיד שהקדישו בעצמן פסח אחר גלו דעתייהו דלא ניחא להו בשחיטת השליח ובטל גילוי דעתא קמא ואמאי אוכלין משלו אם שלו נשחט ראשון אע"פ שהקדישו בעצמן פסח אחר דזה הוי גילוי

דעתא להיפך. א"ו דהוי מדין שליחות שנעשה שלוחם ממש וכיון דנעשה שלוחם לא מהני מה שהקדישו פסח אחר דזה הוי רק גילוי דעתא דלא ניחא להו שישחוט עוד עבורם ובשליחות בעינן ביטול ממש ולא מהני גילוי דעתא לבטוליה וא"כ ה"נ אי נימא דשליחות ממש לא הוי במה שעשאוהו קודם למ"ד משום דכל מילתא דלא מצי עביד השתא לא מצי משווי שליח לעשות אח"כ והוי רק גילוי דעתא דניחא ליה שיפדהו עבורו וזה מתבטל בגילוי דעתא דלא ניחא ליה ולא מהני מה שפדוהו השליח:

אולם ראיתי להתוס' בנזיר (דף י"ב) שכתבו שם בד"ה מ"ט וא"ת דהא מעשים בכל יום שהאשה אומרת לחברתה לושי לי קמח והפרישו לי חלה וגם תלמידים של בית רבן אומרים כן ואיך נעשה שליח בדבר הזה הא בשעה שעושה אותה שליח לא היה יכולה בעצמה להפריש חלה מקמח זה שאין מפרישין חלה מקמח ואור"ת דיש בידה להביא עיסה מגולגלת מן השוק ולומר עיסה זו תהא חלה על קמח לכשיהיה נילוש ודברים שבידה הם קיימין דאין זה דבר שלא בא לעולם כיון שבידה ללוש ולגלגל העיסה קרוי שפיר בא לעולם כיון שבידו לעשותו כדאמר בפ' האומר פירות ערוגה זו תלושין יהא תרומה על פירות ערוגה זו מחוברין דבריו קיימין דכל שבידו לעשות לאו כמחוסר מעשה דמי ובידו לתולשם ומ"מ בהאי טעמא לחוד לא סגי לן למימר דמצי למיעבד שליח כיון שבידו ללוש ולגלגל מדאמר בפ' ר"ג האומר לחבירו כתוב גט לארוסתי לכשאכנסנה אגרשנה ה"ז גט מפני שבידו לגרשה ובעי התם ליבמתו מהו ומאי קא מיבעיא ליה והא בידו לבא עלי' ולגרשה א"ו כיון דהשתא לא מצי לגרשה לא מצי משווי שליח כיון דמחוסר מעשה לבא עליה ה"נ כיון דהשתא לא מצי להפריש אינו קרוי בידו מה שבידו ללוש ולגלגל לענין זה שיכול לעשות שליח כיון דמחוסר לישה וגלגול עכ"ל התוס'. והנה קשה לי במש"כ דלהכי יכול לעשות שליח משום שיכול להביא עיסה מגולגלת מן השוק ולהפריש על הקמח דאכתי האי חלה שהשליח מפריש אחרי הגלגול אין בידו של בעל העיסה לעשות כעת חלה ומאי מהני מה שבידו להביא עיסה מן השוק כיון דהאי עיסה אין בידו לעשות תרומה:

ומצאתי שהגאון בעל דורש לציון עמד ג"כ ע"ז אלא צ"ל דכל היכא דהמשלח מצי למעבד השתא שיחול לאחר זמן מצי למיעבד שליח שיעשה ג"כ הדבר לאחר זמן. ולהכי בתרומה וחלה כיון דיכול המשלח לאמר על קמח שיהא חלה כשיעשה עיסה דעשיית עיסה הוי בידו כמו תלישת הפירות וחלה אמירתו כשיעשה עיסה מצי נמי משווי שליח שהוא יעשה חלה כשיהא עיסה (וראיית התוס' מיבמתו דבעי למימר בפ' ר"ג (דף נ"ב) דאי אמרינן דיבמתו לא דמי לארוסתו וכאשה דעלמא דמיא עדיין לא מהני אם אמר

ללבלר כתוב גט ליבמתי לכשאיבמה אגרשנה כמו דלא מהני באשה דעלמא כתוב גט לכשאכנסנה אגרשנה ואע"ג דביבמתו יכול לבוא עליה בע"כ מ"מ לא מצי משווי לסופר שליח כעת לכתוב הגט בארנו במק"א דהתם טעמא אחרינא הוא] ולפי זה פשוט הוא שיכול לעשות שליח בתוך למ"ד שיפדנו כשיגיע הזמן כיון דהוא בעצמו יכול ליתן הכסף לכהן ע"מ שיחול הפדיון ביום למ"ד מצי משווי נמי שליח השתא:

ונראה לכאורה ראיה מסוגיא דנזיר גופא דמוקי התם ברייתא דאמר לאפוטרופוס כל נדרים שתדור אשתי מכאן עד שאבוא ממקום פלוני דמהני כר"א דבעל עצמו יכול לומר כל נדרים שתדורי עד שאבוא ממקום פלוני מופרין ה"ז מופר דלרבנן דאמרי אינו מופר לא מהני שליח דמילתא דאיהו לא מצי עביד שליח נמי לא מצי עביד וא"כ תקשה לר"א נמי דסובר דבבעל עצמו מופר הא אין ההפרה חלה עכשיו אלא אחר הנדר ואיך מצי משווי שליח עכשיו א"ו דכיון דמצי לומר עכשיו וחלו דבריו אחר הנדר מיקרי מצי עביד: וה"ה בכל דוכתי דכל מה שאדם יכול לומר עכשיו שיחולו דבריו לאחר זמן מצי משווי שליח שיעשה השליח שליחותו לאחר זמן:

מיהו זה יש לדחות דהתם היינו טעמא דלא איכפת לן במה שאין הבעל יכול להפר עכשיו ממש משום דעכשיו ליכא נדר עדיין ולא שייכה הפרה להכי חייל השליחות אע"ג דאינו יכול להפר עכשיו ואף אם נימא דבחלה לא מצי משוי שליח כשהוא קמח מחמת שאינו יכול להפריש כעת אף דגם התם עדיין לא שייכא גבי קמח כלל התם שאני דכיון דהוא רוצה לעשות חלה וכעת ליכא שייכות דהרמה כלל הרי תכונת הקמח שהוא כעת אינו על מצב שיעשה עליו שליח להפרשה וסותר את עשיית השליחות להפרשה דהוא עשה השליח להפרשה והקמח עדיין לאו בר הפרשה הוא אבל גבי הפרה מה שלא נדרה עדיין אין זה סתירה להפרה דמאי איכפת לן מהא דלא שייך בה הפרה עכשיו כיון דגם הוא רוצה שלא יהא עלי' נדר וגם עכשיו אין עלי' נדר להכי יכול לעשות שליח עכשיו אע"ג דאינו מיפר עכשיו ממש ותדע דהא בדבר שאינו בידו ודאי דלא מצי משווי שליח והכא הרי אין ביד הבעל שתדור אשתו ואיך מצי משווי שליח וכן הוא עצמו איך יכול להפר לר"א קודם נדרה הא בדבר שאין בידו לא מהני דבריו שיחול אחר זמן לכ"ע א"ו דמה שמחוסר נדר לא איכפת לן כיון שאין זה סותר רצונו דהא הוא רוצה בהפרתה שלא יהא נדר וגם עכשיו אין כאן נדר ולהכי נמי מצי משווי שליח לר"א שיפר אח"כ אע"ג דהוא בעצמו אינו יכול להפר עכשיו ממש:

מ"מ יש להביא ראיה מסוגיא דנדרים ע"ג) דמוקי התם הא דאומר אדם לאפטרופוס דאמר שיחול לכי שמענא משום דבעינן ושמע דוקא וא"כ בזה שפיר תקשה אם נימא

דלא מצי משוי שליח אלא בדבר שיכול עכשיו ממש א"כ אמאי משוי השליח שיחול הפרת השליח אחר שמיעתו של בעל הא הוא בעצמו אינו יכול להפר קודם שמיעה דנהי דמה שמחוסר עשיית הנדר לא מעכב עשיית השליח משום שאינו סותר להההפרה וכמש"כ מ"מ חסרון השמיעה מילתא אחריתא היא ואמאי מצי משוי שליח א"ו דמצי משוי שליח אף אם אין בידו לעשות המעשה בעצמו כעת ממש וכיון דהוא יכול להפר לר"א שיחול אחר השמיעה [דמחוסר שמיעה לא לאו בידו הוא דרגילות הוא שישמע הבעל] ה"נ מצי משווי שליח עכשיו שיחול אחר השמיעה ולא איכפת לן במה שאינו יכול להפר בעצמו קודם השמיעה כיון שיכול לאמר שיחול אחר שמיעתו:

וה"ה בתרומה או בפדיון הבן כיון שיכול לעשות הדבר ע"מ שיחול לאחר זמן יכול לעשות עכשיו שליח ג"כ וכיון דהוי שליחות גמור יכול השליח לפדות ולא מהני גילוי דעת בעלמא לבטל השליחות דכל היכא דחל השליחות אינה מתבטלת בגילוי דעתא עד שיבטל השליחות בפירוש:

סימן קב

שאלה אם מותר לפדות בכור במעות נייר או לא:

תשובה הנה קיי"ל אין פודין בשטרות והח"ס כתב ביור"ד (סימן קל"ב) דמעות נייר אין להם דין שטר כיון שמחויב כ"א ליקחם מדינא דמלכותא ע"ש שהאריך והביא ראיה לזה דהא במעות כסף נמי זימנין שאין הכסף שוה בעצמותו כשיעור המטבע ואעפ"כ ודאי דמיחשב כסף משום דד"מ וא"כ ה"ה בנייר אע"ג דלצור ע"פ צלוחיתו אינו שוה כ"א מעט מ"מ מיחשב מטבע וגופו ממון מחמת דד"מ ולי נראה דלא דמי כלל דמטבע כסף או נחושת נהי שאינו שוה כל שווי' מ"מ הא אינו דומה כסף מטבע קטנה לכסף מטבע גדולה ובכל מטבע יש כסף לפי ערכו ואף שאין שיווי הכסף מגיע לשיווי המטבע בזה דכיון שיש על הכסף מטבע שטבע המלך מתעלה גם שיווי הכסף עי"ז ושוה הכסף יותר ע"י הטבעא שחתום עליו ומקרי שפיר גופו ממון דהא בכל מטבע יש כסף או נחושת לפי ערכו הגדול לפי גדלו והקטן לפי קוטנו ובשארי כלי כסף נמי אנו רואים שיש כסף שמשקלו קטן ושוה יותר מכסף שמשקלו גדול מפני הציורים שיש בו וה"נ ציור צורת חותם המלך מעלה את הכסף בדמו אבל מעות נייר שהנייר שהוא יוצא בא' רוביל אינו שוה פחות מהנייר שהיא יוצאה במאה רו"כ רק שזה כתוב עליו מספר א' וזה כתוב עליו מספר מאה או חמשים ובעצם שויה אין חילוק בין נייר שיוצא למספר קטן לנייר שיוצא למספר גדול ואין החילוק ביניהם אלא המספר שכתוב עליו וה"ז שטר גמור שאין

גופו ממון ואינו אלא לראיה ואין פודין בו ועיין בדברי הגאון הנ"ל באו"ח שכתב בעצמו דלענין פדיון מקריין אין גופן ממון ודו"ק:

סימן קג

נשאלתי בתינוק שנולד ביום א' שעה קודם תפילת המנחה וחי ארבעה שבועות ומת ביום ג' בבוקר אם מחויבים להתאבל עליו או לא:

תשובה הנה אם נימא דבעינן לענין אבילות למ"ד יום מעל"ע אינו מחויב להתאבל דקי"ל לענין אבילות דיום שלשים כלפני שלשים כדאיתא בבכורות (דף מ"ח) ולא שלמו ל' יום מעל"ע עד יום ג' קודם תפילת המנחה באותה שעה שנולד אולם אם לא בעינן מעל"ע כלה השלשים בסוף יום ב' וחייב להתאבל עליו והנה הגאון בעל ח"ס ז"ל בחלק יו"ד (סימן שמ"ג) כתב דלא בעינן מעל"ע וכתב שם דתליא במ"ש התוס' בערכין (דף ל"א) בשם רבינו אלחנן דדווקא לענין בתי ערי חומה בעינן למימני משעה לשעה ולא לשארי ענינים והתוס' פליגי וס"ל כי היכי דילפינן ג"ש דשנה שנה מבע"ח לענין שנתו של עולם ה"נ ילפינן לענין מעל"ע ומסיק הח"ס דלא בעינן מעל"ע כמו דלא בעינן מעל"ע גבי שמונה ימים דבהמה וכמ"ש הנוב"י במה"ת חלק יור"ד בשם הגאון מהרש"ל:

ולענ"ד נראה דאף דגבי שמונה ימים דבהמה לא בעינן מעל"ע משום דיום כתיב וכל היכא דכתיב יום לא בעינן מעל"ע משעה לשעה אבל גבי אדם דלא כתיב שלשים יום רק חודש דכתיב ופדויו מבן חודש תפדה בעינן היקף חודש שלם משעה לשעה והנה הב"ח (בתשובה החדשות סימן קכ"ה) כתב וז"ל ונראה לי דמה ששנינו במשנה ומוכח בגמרא דאין לפדות הבן ביום ל' אלא לאחר ל' יום לאו דווקא ל"א יום אלא כל שעבר על הבן חודש שלם מעת לעת פודין אותו וטעמייהו דרבנן במשנה במת ביום ל' כיום שלפניו קאמר בגמ' דגמרינן חודש חודש ממדבר מה התם ומעלה אף הכא ומעלה א"כ לא בעינן אלא ששלמו לבן חודש שלם דהיינו כ"ט י"ב תשצ"ג ואח"כ יתחייב בפדיון והא דנקט הגמ' יום ל"א מילתא דפסיקא נקט דאלו ביום ל' צריך לדקדק אם הוא מבן חודש או לא ושמא יטעה בחשבונו ולהכי עדיף טפי לפדותו ביום ל"א עכ"ל עיי"ש ומטעם זה פסק דאם כלה כ"ט י"ב תשצ"ג ביום ו' יכול לפדות קודם השבת והסכים לזה הש"ך ביור"ד (סימן ש"ה) עיי"ש. הרי מבואר בהדיא בדבריהם דבעינן שיעבור עליו חודש דהיינו כ"ט י"ב תשצ"ג משעה לשעה וקודם לזה לאו בר פדיון הוא דבחודש תליא מילתא ולא בימים [וכן כתב החכ"צ (סימן קי"ד) והכרו"פ ז"ל ביור"ד (סימן קפ"ט) לענין עונה בינונית דוסתות והזכיר שם גם דברי הב"ח ז"ל בתשובתו הנ"ל ע"ש היטב בדבריו] וא"כ תינוק שנולד ביום א' סמוך לשקיעת החמה אינו ראוי לפדיון עד שיעבור עליו

כ"ט י"ב תשצ"ג דהיינו י"ב שעות ותשצ"ג חלקים מיום ג' שאחר שבוע רביעית ולכאורה לדברי הח"ס ז"ל דלא בעינן מעל"ע יכול לפדותו מתחילת ליל ג' כיון דלא בעינן מעל"ע ואמרינן בו מקצת היום ככולו וגם בלילה יכולין לפדות הבכורים כמ"ש הש"ך ביור"ד (סימן ש"ה ס"ק י"ב):

אבל לפי מש"כ אינו ראוי לפדות עד שיעברו עליו כ"ט י"ב תשצ"ג משעה לשעה וכשנולד ביום א' סמוך לשקיעת החמה כלה כ"ט י"ב תשצ"ג ביום ג' בבוקר ומקודם אינו יכול לפדותו וכיון שביארנו דלענין פדיון בעינן מעל"ע ה"ה לענין אבילות נמי בעינן מעל"ע דהא אבילות בפדיון תליא דהטעם שאינו נפדה בתוך ל' הוא מטעם נפל ואדרבה מקילינן באבילות טפי מבפדיון כדאמרינן בבכורות (דף מ"ט) דלענין אבילות לכ"ע יום שלשים כלפניו ואינו חייב להתאבל עד שיעבור עליו יום שלשים א"כ פשיטא דאי אפשר לחייבו להתאבל עליו אם לא עבר עליו כ"ט י"ב תשצ"ג. אף אם נחשב מקצת היום ככולו יהא יום ל"א ללידתו משום דהכא לאו בימים תליא מילתא אלא בחודש כמבואר בדברי הב"ח בתשובה הנ"ל:

ואף שהתוס' השיגו על רש"י במה שפירש בבכורות (דף מ"ט בטעמא דמת בתוך ל' אם נתן יחזיר משום דשמא נפל הוא וכתבו דאפי' אי לאו נפל הוא נמי לאו בר פדיון הוא קודם ל' וכן כתבו בב"ק (דף יא) גבי בכור שנטרף בתוך ל' שאין פודין דכתיב אך ופרש"י ז"ל דקמ"ל דלא אמרינן דאי לאו דנהרג הוי חי. שם ג"כ דהא אפילו קים לן בגוויה שכלו לו חדשיו נמי לאו בר פדיון הוא ע"ש לאו דסבירא להו להתוס' דטעמא דל' לאו משום נפל דזה וודאי א"א לומר כן דהא קיי"ל כרשב"ג דכל ששהה שמונת ימים בבהמה ול' יום באדם אינו נפל אלמא דוודאי דטעמא דל' יום משום נפל הוא רק דהתוס' סברי דאף דהטעם שנתנה התורה זמן לפדיון הוא משום נפל מ"מ השתא דנתנה התורה זמן ל' יום לאו בר פדיון הוא אף היכא דקים לן דלאו נפל הוא ורצתה התורה בכאן לצאת מספק נפל ונתנה זמן ל' יום לפדיון וכיון שנתנה התורה זמן ל' יום לא חלקה התורה בין קים ליה בגויה שכלו לו חדשיו אי לא ולהכי הקשו שפיר ארש"י שפירש דמת בתוך שלשים אף אם נתן יחזיר מטעם שמא נפל הוא דלא מן השם הוא זה דאפי' ודאי לאו נפל הוא נמי יחזיר אבל ודאי דגם להתוס' הטעם שקבעה תורה ל' יום הוא לצאת מחשש נפל וכיון דבעינן גבי פדיון חודש משעה לשעה משום נפל ה"ה לענין אבילות בעינן משעה לשעה:

והנה אף שלמדנו מדברי הב"ח ז"ל בביאורו לטור ובתשובה דבעינן גבי בכור משעה לשעה מ"מ בזה שכתב דסגי בכ"ט י"ב תשצ"ג לא זכיתי להבין דבמתניתן בבכורות קתני סתמא שלשים יום בכולהו בבי מהיכי תיתי נימא דסגי בכ"ט י"ב תשצ"ג והרי התנא

אמר סתמא מת לאחר ל' אע"פ שלא נתן יתן ואיך נימא דכוונת התנא במה שאמר לאחר שלשים היינו כ"ט י"ב תשצ"ג אין זה במשמע ולא שייך כלל לומר בזה, דהתנא מילתא פסיקא נקט כיון דנ"מ טובא לדינא בין אחר כ"ט י"ב תשצ"ג לענין שלשים יום ועוד דלדברי הב"ח קשה טובא במאי דפליגי ביום שלשים דרבנן סברי יום שלשים כשלפניו ור"ע מספקא ליה וסובר דאם לא נתן לא יתן ואם נתן לא יחזיר דבאיזה זמן פליגי ומאי קרי יום שלשים הא קודם כ"ט י"ב תשצ"ג משעה לשעה מיקרי תוך שלשים. ואחר כ"ט י"ב תשצ"ג כבר נקרא לאחר שלשים ובמאי פליגי:

ע"כ נ"ל דבזה ודאי שפיר קאמר הב"ח דבעינן חודש משעה לשעה אבל כיון דדרשינן במגילה (דף ה') מנין שאין מחשבין שעות לחדשים שנאמר חודש ימים ימים אתה מחשב לחדשים וא"א מחשב שעות לחדשים ולהכי לא קבעינן חודש בכ"ט י"ב תשצ"ג וחשבינן לכל מילי חודש כ"ט יום או שלשים יום וה"נ כיון דהוולד אינו יוצא מנפל עד שיעברו כ"ט י"ב תשצ"ג ולא רצתה התורה לתלות בכ"ט י"ב תשצ"ג לכן קבעה התורה הזמן ל' יום שאז ודאי כבר עבר עליו חודש מלא וכמו שראינו שהטעם שקבעה התורה הזמן הוא משום נפל ואעפ"כ לא רצתה התורה לחלק בין קים לן בגויה שכלו לו חדשיו או לא ובכל גוונא לאו בר פדיון הוא קודם זמנו ה"נ קבעה התורה זמן ל' יום אף דסגי לענין לצאת מספק נפל בכ"ט י"ב תשצ"ג מ"מ לא רצתה תורה לקבוע זמן כ"ט י"ב תשצ"ג משום דאין מחשבין שעות לחדשים וכן לא רצתה התורה לחלק בין חודש מלא לחודש חסר וקבעה התורה זמן ל' יום דאז יצא בודאי בכל גוונא מספק נפל אפילו בחודש מלא ולהכי תנן במשנה סתם שלשים דבציר משלשים לאו חודש דכוונת התורה דכתיב ופדויו מבן חודש היינו שלשים יום וכמש"כ התוס' ביבמות (דף מ"ח) דסתם חודש בלשון הכתוב היינו שלשים והיינו מיום ליום ומשעה לשעה ג"כ דאם לא נימא דבעינן משעה לשעה זימנין שיחול זמן הפדיון קודם כ"ט י"ב תשצ"ג כמו שכתבנו למעלה כגון דאם נולד קודם שקיעה ביום א' ומת בתחילת יום ג' אחר שבוע רביעית א"ו דבעינן משעה לשעה ל' יום ולהכי פליגי רבנן וסברי דיום שלשים כלפניו דבעינן שלשים ומעלה לפדותו דכיון דכתיב חודש ואין מחשבין שעות לחדשים ודאי כוונת הכתוב לפדות אחר יום שלשים ומעלה ור"ע מספקא לי' אי בעינן ולמעלה ואם נתן לא יחזיר דילמא כוונת הכתוב דגם ביום השלשים בר פדיון הוא ובכ"ט ימים לחודש נפיק מספק נפל כיון דלא כתיב ומעלה ולדברי כולם בעינן שלשים מעל"ע ומשעה לשעה כי היכי דלהוי בוודאי כ"ט י"ב תשצ"ג:

נמצא דעיקר הזמן הוא כ"ט י"ב תשצ"ג רק שהתורה קבעה זמן ל' יום כי היכי דלהוי תמיד כ"ט י"ב תשצ"ג ובעינן נמי מטעם זה משעה לשעה ואנן פסקינן כרבנן דיום שלשים

כלפניו משום דבעי שלשים ממש ולא סגי בכ"ט י"ב תשצ"ג וא"כ מ"ש הב"ח דסגי בכ"ט י"ב תשצ"ג הוא תמוה [וכ"כ המ"א בסי' של"ט ס"ק ח'] אבל הא וודאי דפחות מכ"ט י"ב תשצ"ג משעה לשעה נקרא נפל וא"כ ה"ה לענין אבילות אם לא עברו כ"ט י"ב תשצ"ג משעה לשעה לא מהני להוציא מתורת נפל ואינו חייב להתאבל:

סימן קד

שאלה אם אין האב בביתו לפדות את בנו אם יכול אחר לפדות בנו עבורו או לא:

תשובה הט"ז (בסימן ש"ה ס"ק י"א) פסק דאחר יכול לפדות בנו ומביא ראי' דאבעי לן בנדרים בתורם משלו על של חבירו אי אין צריך דעת בעלים משום דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו א"ד ניחא ליה לאינש דליעבד מצוה בעצמו ופסקינן דא"צ דעת בעלים א"כ ה"ה דיכול לפדות בנו עבורו ונראה לי דלא דמי פדיון לתרומה כלל לפמש"כ רש"י ז"ל בגיטין (מ"ז) בד"ה מדאורייתא וז"ל ולא דמי למעשר דאפילו למ"ד אין קנין דלא מחייב לעשר על חלקו של כותי דמעשר טביל ואסיר ליה באכילה ולא מצוה דרמיא עליה אלא א"כ מוכרן או אוכלן דקא משתרשי אבל בכורים מצוה דרמיא עליה עכ"ל א"כ חזינן דתרומה ומעשר לאו מצוה דרמיא עליה להפרישן ורשאי לאחרן וכ"כ התוס' בר"ה (דף ד') ד"ה ומעשרות דקודם הביעור לא עבר עלייהו אב"ת אא"כ הפרישן ולא נתנן אבל אם לא הפרישו לא עבר עליהם קודם זמן ביעור וכ"כ (בדף ה') ד"ה מה מעשר ע"ש וכ"כ הטו"א שם דגבי תרומה ליכא בל תאחר כו' ע"ש א"כ איכא למימר דדוקא גבי תרומה אמרינן דמצי לתרום שלא מדעת חבירו דאין המצוה רמי עליה ומצי לאחרן עד זמן הביעור והוי זכות מה שתורם משלו על של חבירו אבל מצוה דרמיא עליה שצריך לעשותה מיד מאן לימא לן שמיקרי זכות אם חבירו עושה המצוה עבורו בממונו דכיון דעליה דידיה רמיא והוא אינו יודע שנולד לו בכור ודאי ניחא ליה שיעשה בעצמו מצוה דרמי עליה ואף דגבי פטר חמור אמרינן ג"כ בבכורות (דף י"א) הפודה פ"ח של חבירו שלא מדעתו פדוי והתם מצוה דרמיא עליה הוא וכדאמר שם (בדף י"ג) דאחר שלשים יום או פודהו או עורפו התם נמי לא מיקרי הפדיון מצוה דרמיא עליה שהרי יכול לערפו ולא לפדותו. אבל בבנו שמחויב לפדותו מיד אחר שלשים יום ומצוה דרמיא עליה לא מצינו שנקרא זכות אם אחר פודה עבורו ולא דמי למילה שאף שמוטל על האב מ"מ אם אין האב בביתו מוהלין אותו בלא דעתו דמילה שאני דאי לא מהליה אביו מחוייבים הב"ד למולו אבל בפדיון דאין חיוב על ב"ד לפדותו רק על האב מנ"ל שיכול אחר לפדות בלא דעת האב דלמא אמרינן ניחא ליה למיעבד מצוה דרמי עליה בעצמו:

ולכאורה יש להביא ראיה לדעת הט"ז מהא דאמרינן בערכין (דף כ"א) דקאמר שמואל עולה צריכה דעת שנאמר לרצונו ופריך מאי קמ"ל תנינא אע"פ שאין מתכפר לו עד שיתרצה ומשני מהו דתימא ה"מ מדידיה אבל בדפריש לי' חברא לא קמ"ל זימנין דלא ניחא ליה להתכפר במידי דלאו דידיה ומשמע דוקא במידי דלכפרה אמרינן זימנין דלא ניחא ליה להתכפר במידי דלא דידיה הא מצוה אחרת דרמיא עליה מביא עלי' בלא דעתו לצאת בו חבירו ויוצא ידי חובתו ולא אמרינן דניחא ליה למיעבד דוקא בממונו מצוה דרמיא עליה ובנדרים (דף ל"ו) אמרינן הפריש פסח על חבירו לא עשה כלום ופירשו הר"ן ז"ל והרא"ש ז"ל משום דפסח בעי המנאה מדעתו משמע הא לאו האי טעמא דבעי המנאה מדעתו הוי מהני מטעם דזכות הוא לו אע"ג דמצוה דרמי עליה:

מיהו מפסח אין ראיה דאפשר דהוצרכו הרא"ש והר"ן להאי טעמא דהמנאה היכא דרואה דעבר זמנו ואם לא יפריש ויקריב עבורו לא יהא שהות להקריב דהתם ודאי לא אמרינן ניחא ליה למיעבד מדידיה כיון דיהא מעוות לא יוכל לתקנו להכי פירשו דלא מהני משום דבעי המנאה אבל מעולה ומשלמים קשה ל"ל למימר טעמא דניחא ליה להתכפר מדידיה תיפוק ליה דהוי לי' מצוה דרמי עליה ודוחק לומר דנ"מ היכא דכבר עובר בבל תאחר דבזה הוי זכות אף במצוה דרמיה עלי' אי לאו האי טעמא דניחא ליה להתכפר בדידיה דוקא דז"א דודאי היכא דעובר בב"ת הוי זכות ולא אמרינן זימנין דלא ניחא ליה להתכפר במידי דלאו דידיה:

שוב ראיתי דאין ראיה מכאן דאיכא למימר הא דהוצרך הכא למימר זימנין דלא ניחא ליה להתכפר במידי דלאו דידיה ולא אמר טעמא דניחא ליה למיעבד מצוה דרמי עליה ע"י עצמו משום דהא מביא עולה ושלמים בנדבה ולא הפסידו חבירו כלל במה שהפריש משלו על נדרו דאכתי אם רוצה למיעבד מצוה בממונו דווקא יכול לנדור ולהביא אבל במידי שאינו יכול לקיים בעצמו אחר שעשה חבירו עבורו אימא דלא מצי חבירו למיעבד במילתא דרמי חיובא אבעלים וכן עולא דסובר התם בערכין דעולה ושלמים א"צ דעת בשעת הפרשה וכמ"ש התוס' שם דסובר דכפרה דעולה ושלמים לא חשיבא ככפרת חטאת דנימא בה לא ניחא ליה להתכפר במידי דלאו דידיה ולא איכפת לן למימר דניחא ליה למיעבד מצוה בממונו הוא נמי משום דהא יכול לחזור ולהתנדב ולהביא:

ונ"ל שזה דעת הרמב"ם ז"ל שכתב (בפי"ד מה' מעה"ק) כשמואל וכדמסיק הש"ס דהא דאמר שמואל עולה צריך דעת היינו בשעת הפרשה וכי תניא דעולה ושלמים בין לדעת בין שלא לדעת בשעת כפרה ודאירצי בשעת הפרשה. ופירש הרמב"ם ז"ל דמיירי שנתרצה בשעת הפרשה וחזר בו בשעת כפרה ולכאורה מנ"ל להרמז"ל דמיירי דחזר בו

בשעת כפרה דלמא מיירי שמקריב שלא לדעת והוא אינו יודע מזה אבל היכא דחזר בו בפירוש לא מהני ולפמש"כ א"ש דהר"מ סובר דבשלא לדעת שאינו יודע מזה פשיטא דמהני כיון דאירצי בשעת הפרשה ולא קפיד שתהא הכפרה משלו פשיטא דלא בעי דעת דאין לתלות קפידתו בשום דבר כיון שיכול לחזור ולהביא עולה או שלמים ולקיים מצות סמיכה ולא הוי פליג נמי עולא בזה למימר דבשעת כפרה בעי בכולהו דעת. להכי פירש הרמז"ל דמיירי שחזר בו בשעת כפרה אחר שנתרצה בשעת הפרשה וסובר שמואל דלא מהני חזרתו כלל כיון שהפריש מדעתו וגם יכול להביא עולה אחרת בעצמו מקריבין עלי' עולה זאת ועולא סובר דמהני חזרתו כיון שחזר בו בהדיא אבל בלא חזר בו פשיטא דמהני כיון שנתרצה בשעת הפרשה ולא הקפיד שיהא כפרתו משלו ואי משום מצות סמיכה ינדור ויביא קרבן אחר ויקיים מצותו בעצמו:

וכ"ז הוא במה שיכול לקיים בעצמו אחר שעשה חבירו עבורו אבל מצוה דרמי חיובא עליה וכשעושה חבירו שוב אינו יכול לעשות בעצמו לא מצי חבירו למיעבד. אלא שיש קצת ראיה מדברי התוס' שם בערכין שכתבו בד"ה מאי דעולא סובר דבשעת כפרה בכולהו צריך דעת ולא חילקו בין חטאת לעולה רק בשעת הפרשה דחטאת צריך דעת בשעת הפרשה משום דלא ניחא ליה להתכפר במידי דלאו דידיה ע"כ ולמה הוצרכו להך טעמא תיפוק ליה כיון דחטאת מצוה דרמי עליה וכשיפריש חבירו משלו שוב אינו יכול להביא בעצמו דחטאת אינו בא בנדבה ולא מצי להפריש שלא מדעתו דניחא ליה לקיים מצותו בעצמו מיהו אין להעמיד דין על דקדוק זה דאפשר דלישנא דהש"ס נקטי וכיון דנקיט הש"ס האי לישנא דלא ניחא ליה להתכפר במידי דלאו דידיה גבי עולה נקטי אינהו נמי האי לישנא גבי חטאת אע"ג דלא צריך האי טעמא גבי חטאת:

סימן קה

בו יבואר דין בכור שמכרו לכותי אחר שיצא שליש:

בשו"**ע** יו"ד (סימן שי"ט סעיף ב') כתב יצא שליש ומכרו לכותי וחזר ויצא שליש אחר נתקדש למפרע וי"א שאינו קדוש למפרע והוא פלוגתא דאמוראי בחולין (דף ס"ט) דר"ה סובר למפרע קדוש ורבה סובר מכאן ולהבא הוא קדוש ופסק הרמב"ם ז"ל כר"ה דלמפרע הוא קדוש והרא"ש ז"ל פסק כרבה דמכאן ולהבא הוא קדוש:

ולכאורה יש להביא ראיה לדעת הרא"ש ז"ל מהא דאמרינן (רי"פ גיה"נ) אמתניתן דגיד הנשה נוהג במוקדשין פריך פשיטא וכי משום דאקדשה פקע איסור גיה"נ וכ"ת קסבר יש בגידין בנ"ט ואתי איסור מוקדשין וחייל אאיסור גיד האי מוקדשין נוהג בגיד מיבעיא ליה ומסיק דהכא במבכרת עסקינן דברחם קדוש ע"ש בתוס' דהא איסור גיד לר' יוחנן

קדים דאמר תלש חלב מבן ט' חי חלבו כחלב בהמה והדר אתי איסור דחמיר וחייל עליו וא"כ לר' יוחנן מוקדשין נוהג בגיד מיבעיא לי' ותירצו דלר"י לא חייל איסור גיד ואיסור חלב עד שיצא ממעי אמו ע"ש וא"כ מוכח מאוקימתא זו דבכור קדוש מכאן ולהבא כרבה דאי למפרע הוא קדוש וכשנולד חל קדושתו למפרע א"כ חל איסור בכור למפרע משעת התחלת לידה במשהו הראשון שיצא דשליש דקאמר הש"ס לאו דווקא הוא] ואיסור גיד לא חייל עד שיצא ראשו דאז הוא כילוד ואסור אפילו אם הגיד בפנים ואם יצא דרך מרגלותיו חל איסור גיד מכי יצא גיד הנשה לאויר העולם דאיכא חדשים ואוירא ואיך חל איסור גיד אאיסור מוקדשין דהא ודאי דלא אמרינן למפרע הוי כילוד רק לענין קדושת בכור לחוד אבל לא לענין איסור גיד וכן לשארי דברים כמו לענין מילה לא הוי כילוד למפרע רק מכאן ולהבא וא"כ איסור מוקדשין קדים א"ו דהש"ס סובר מכאן ולהבא הוא קדוש וכשיצא ראשו מיירי דחיילי איסור מוקדשין ואיסור גיד בבת אחת [וביצא דרך מרגלותיו א"א לאוקמי אפילו למ"ד מכאן ולהבא הוא קדוש דהא כיון שיצא הגיד מיד חל איסור גיד אף שלא יצא רובו כיון דאיכא חדשים ואוירא. ולא איכפת לן במה שרוב הוולד עדיין במעי אמו דהא אפילו בתלש חתיכה של חלב לחוד נמי חייב לר"י כש"כ ביצא הגיד דחל איסור גיד ומוקדשין לא חל עד שיצא רובו למ"ד מכאן ולהבא הוא קדוש וא"כ מוקדשין נוהג בגיד מיבעי לי' כיון דאיסור גיד קדים א"ו דמיירי ביצא דרך ראשו דאז ניחא למ"ד מכאן ולהבא הוא קדוש]:

מיהו לפמש"כ הרשב"א ז"ל בחידושיו ר"פ גיה"נ בהא דקאמר התם הכא בוולדות קדשים עסקינן וקסבר נוהג בשליל ופריך מדקתני סיפא נוהג בשליל מכלל דרישא לאו בשליל עסקינן והקשו התוס' והרשב"א שם דהא ר"י לא שרי אלא בשליל שנשחטה אמו אבל בלא נשחטה אמו מודה דאסור ותירץ דאע"ג דלר' יהודא אם תלש גיד מן העובר והוציאו לחוץ לוקה משום גיד הנשה אלא דבנשחטה אמו מותר משום כל בבהמה תאכלו מ"מ אף כשנולד לענין איסור חל על איסור לא חשבינן ליה לאיסור גיד משעת יצירתן אלא משעת לידתן משום דכיון דאפשר שתשחט אמו ויהא לגיד היתר אכילה על ידה לא חשבינן ליה לאיסור חע"א עד שנולד או עד שיצא לאויר העולם בחיי האם משום דהאיסור תלוי ועומד שמא תשחט האם ויהא לו היתר בשחיטה ולא חשבינן ליה איסור חל על איסור עכ"ל וא"כ ה"נ אפשר דאף דבכור קדוש למפרע מ"מ כיון שהדבר תלוי ועומד אם יגמר לידתו בלידה מעליא המקדשת הבכור כגון שתמות בשעת לידה דמיקרי יוצא דופן כדאיתא בחולין (דף ל"ח) לא חל עדיין איסור מוקדשין לענין איסור חל על

איסור עד שנולד רובו בהכשר קדושה ואז חייל מוקדשין וגיד בהדדי דלענין בכור נמי לא מהני מה דלמפרע קדוש לענין איסור חל על איסור וכדברי הרשב"א ז"ל:

שוב ראיתי דא"א לומר כן דהא אמר שם בש"ס מעיקרא דקסבר וולדות קדשים במעי אמן הם קדושים וקסבר נוהג בשליל והיינו משום דסובר ממעי אמן הן קדושים הו"א דאיסור מוקדשין חל מיד בשעת יצירה וגיד חייל משעת לידה ולא חייל איסור גיד אמוקדשין להכי איצטריך לאשמעינן דגם גיד נוהג בשליל וחייל תרווייהו בהדדי הרי דלמ"ד במעי אמן הן קדושין חייל איסור מוקדשין משעת יצירה וכן במסקנא קאמר דתנא דמתניתן סובר בהווייתן קדושים ואשמעינן דלא תימא דאיסור מוקדשין קדים משעת יצירה ולא אתא גיד וחייל עליה אלא איסור גיד קדים ואיסור מוקדשין בא בשעת לידה הרי דלמ"ד במעי אמן הם קדושים חייל מיד א"כ מוכח מזה דגם לענין איסור חל על איסור חייל מיד ואף שיש ספק שמא לא תהא לידה מעליא המועיל במוקדשין ושמא יצא דרך דופן אלא לבר קד וכיון שנולד אח"כ לידה מעניא הוא:

וצ"ל דל"ד למש"כ הרשב"א ז"ל גבי גיד דלא חל משום שמא הסחט אמו דסתם בהמה עומדת לשחיטה ואפשר שתשחט עם העובר ולא יחול עלי' איסור גיד כלל אבל גבי לידת בכור רוב בהמות יולדין לידה מעליא ואינן מתין בשעת לידה ושפיר חל האיסור משעת התחלת הלידה למ"ד למפרע הוא קדוש ועיין בתוס' תמורה (דף של ד"ה אמר דמשמע מדבריהם דמ"ד למפרע הוא קדוש הוא רק מדרבנן דגזרו במכירה לכותי שמא ימכרנו אחר יציאת רובו וא"כ לא הוי רק ספיקא דרבנן י דפלוגתא דאמוראי הוא ושפיר פסק הרא"ש לקולא דמכאן ולהבא הוא קדוש ובבכורות (דף ל"ה) כתבו שיש לחלק בין מכירה לכותי לבעל מום ולא ביארו מאיזה טעם יש לחלק ביניהם:

ואפשר לומר דגם מדאורייתא יש לחלק בין הטלת מום למכירה לפי מה שכתב רש"י ז"ל בחולין (דף כ"ט) דפריך למ"ד ישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף מהא' דכל העוסקים בפרה מטמאין בגדים אירע בה פסול בשחיטתה בין לפני פסולה בין לאחר פסולה אינה מטמאה בגדים. ותקשה למ"ד ישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף אמאי אינה מטמא בגדים דלפני פסולה כמו באירע בה פסול לפני הזאה דמטמא בגדים שלפני פסולה. ומשני נתקלקלה בשחיטה קאמרת התם איגלאי מילתא דלאו שחיטה הוא כלל ופרש"י ז"ל דהיינו נתנבלה בשחיטה וע"ש בתוס' שפירשו בדעת רש"י ז"ל דדוקא בנתנבלה בשחיטה אמרינן דאיגלאי מילתא למפרע דלאו שחיטה הוא אבל פסול מלאכה לא אמרינן בו איגלאי מילתא למפרע א"כ חזינן דדעת רש"י ז"ל דכיון דישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף לא נתבטל דין שחיטה למפרע אלא בפסול שחיטה שפסולה בגופה

שנעשית נבילה ולא פסול מלאכה אע"ג דתרווייהו פסול תורה נינהו וא"כ אפשר לומר דלר"ה נמי דאמר גבי בכור למפרע הוא קדוש הני מילי היכי שכל הלידה הי' באופן המביא לידי קדושת בכור אבל אם נעשה בעל מום קודם גמר יציאת רובו אמרינן איגלאי מילתא דאין לו דין בכור ולהכי שרינן להטיל מום קודם יציאת רובו מיהו זהו דווקא בהטיל בו מום קודם יציאת רוב דהוי פסול בגופן לענין קדושת בכור אבל מכירה לכותי לא הוי פסול הבכור לא מהני, מה שמכרו קודם יציאת רוב משום דלמפרע הוא קדוש דמכירה לכותי דמי לפסול מלאכה גבי פרה ולפ"ז אפשר לומר דלר"ה מכירה לכותי קודם יציאת רובו לא מהני מן התורה:

סימן קו

בדין פטר חמור שכתב הר"מ ז"ל שאסור בהנאה ואם מכרו דמיו אסורין עי"ש (בפי"ב מהל' בכורים ה' ד') וכתב הראב"ד ז"ל עליו א"א אם דמיו אסורין למה יתנם לכהן ויהנה בהם שהרי פודין פ"ח בשוויו וכי מאיסורי הנאה שתופסין דמיהן הוא זה עכ"ל וכתב הכ"מ ע"ז שאינו יודע מה קשה על רבינו שהרי דבריו דברי הגמ' (בדף י') פטר חמור אסור בהנאה דברי ר"י ור"ש מתיר ואמרינן בגמרא דפליגי בין בהנאת גופו בין בהנאת דמיו והלכה כר"י ואפשר שאינו תמה אלא על הגמרא עכ"ל הכ"מ ז"ל:

ולי נראה דוודאי הראב"ד ז"ל חולק רק על הר"מ ז"ל אבל דברי הגמרא מפרש שפיר לדעתו ז"ל דסובר דדמי פ"ח מותר בהנאה משום שאינו תופס את דמיו והא דקאמר בגמרא דר"י ור"ש פליגי בהנאת דמיו לאו לאסור הדמים אם מכרן אלא דפליגי אם מותר לכתחילה לעשות מהן דמים כדי ליהנות מדמיהן דלר"י כמו שאסור ליהנות מגופו של פ"ח בגיזה ועבודה ה"נ אסור לעשות מהן דמים כדי להנות מהדמים. כמו בכל איסורי הנאה דאף שאין תופסין דמיהן מ"מ אסור למוכרן כדי ליהנות מדמיהן שבזה נהנה מעצם האיסורי הנאה. כמ"ש התוס' בחולין (דף ד') ד"ה מותר שהוכיח רש"י ז"ל שדמי האיסורי הנאה אסורין למחליף משום דאל"כ מצינו דמים לאיסורי הנאה ותירצו התוס' דאין זה דיוקא דכיון דלכתחילה אסור למכור אינו בר דמים וכן צ"ל בשיטת הר"מ ז"ל שכתב (בפ"ה מהמ"א) דדמי איה"נ מותרין אף למחליף עצמו דהא דאיה"נ לא מיקרי בר דמים הוא משום דאסור להחליפן ולמוכרן אף שאם מכרן והחליפן החליפין מותרים מ"מ כיון דאסור לעשות כן לא מיקרי בר דמים] וזה שאמרו שם בגמרא דאשמעינן תרתי לר"י דאסור בהנאת גופו ואסור בהנאת דמיו היינו שאסור להשכירו וליטול השכר כמו שפירש רש"י ז"ל התם וכן למוכרן ועביד צריכותא שם דליכא למילף הנאת דמיו מהנאת גופו דחמיר טפי מיהו כ"ז שלא ליהנות מדמיו היינו שלא להשכירו ושלא למוכרו כדי

ליהנות מדמיו אבל אם השכירו או מכרו אם בא ליהנות מדמיו שרי ודאי והדרינן לכללא דכל איסורי הנאה אין תופסין דמיהן לבד ע"ז ושביעית:

ושפיר תמה הראב"ד ז"ל דאף דאמרינן בגמרא דאסור בהנאת דמיו אין הכוונה שהדמים נאסרים דודאי הדמים מותרים כמו בכל איה"נ שאין תופסין דמיהן ולשיטת הר"מ ז"ל אף למחליף עצמו מותרין ואף מדרבנן] רק שכוונת הש"ס שאסור להחליפן או למוכרן או להשכירן מן התורה מפני שהוא נהנה מהן בהנאת דמים וראי' גדולה לדעת הראב"ד ז"ל דהא בבכורות שם אמר איכא דמתני לה אהא המקדש בפ"ח אינה מקודשת לימא מתניתין דלא כר"ש דתניא פ"ח אסור בהנאה ור"ש מתיר ומשני רב נחמן לאחר עריפה ודברי הכל. וכן בקידושין (דף נ"ז) קאמר שם נמי נימא מתניתין דלא כר"ש וא"כ לדעת הר"מ ז"ל שכתב דפט"ח שאני מאיסורי הנאה דשארי איה"נ דמיהן מותרים ופט"ח דמיו אסורין. א"כ היכי בעי לאוקמי כר' יהודה הא קתני סיפא מכרן וקידש בדמיהן מקודשת ולר"י בפט"ח גם הדמים אסורין ואמאי מקודשת ודוחק לומר דהש"ס התם לא ידע מהך ברייתא דלר"י גם הנאת דמיו אסור א"ו כדעת הראב"ד ז"ל דהא דקאמר הנאת דמי' אין בזה תפיסת דמים להאסר בהנאה רק שאסור לעשות מהן דמים כמו בכל איסורי הנאה אבל אם עשה מהן דמים אין נתפסין באיסור ושפיר קתני מכרן וקידש בדמיהן מקודשת בפט"ח כמו בכל איסורי הנאה:

וכן נראה מלשון הרא"ש ז"ל שם (בפ' הלוקח) שמפרש הנאת דמיו לענין שאסור למוכרו שכתב וז"ל והיכי דמי הנאת דמים כגון דמזבין ליה למאן דלא ידע שהוא פטר חמור וקא שקיל מיני' כנגד כולו אבל למישקל מיני' מאי דשוה טפי משה קטן שהלוקח זקוק לפרוע עליו דמים שפיר דמי עכ"ל הרי משמע דלענין איסור המכירה קאמר ולא לענין תפיסת הדמים:

הנה מבואר מכל מה שכתבנו דקושית הראב"ד ז"ל לא על דברי הגמרא הם דבגמרא אפשר לפרש הנאת דמיו היינו שאסור למוכרו ולהשכירו אבל אם מכר או השכיר שכרו מותר דאינו תופס דמיו כמו שאר איה"נ רק על הר"מ ז"ל קושיתו שכתב שאם מכר דמיו אסור ע"ז שפיר מקשה הראב"ד ז"ל וכי מאיסורי הנאה שתופסין דמיהן הוא וכן הוכחנו מהא דהוי בעי לאוקמי מתניתין דקידושין דהמקדש בפ"ח כר"י ואפ"ה קתני סיפא מכרן וקידש בדמיהן מקודשת אלמא דמיו מותרין:

אולם אחרי התבוננתי בעזהי"ת נראה לי ליישב דעת הר"מ ז"ל על נכון לפמ"ש במק"א ליישב דברי הר"מ ז"ל ממה שהקשו עליו המפרשים דבפ"ה מהלכות מ"א פסק בכל איה"נ שדמיהן מותרין אף למחליף עצמו ובפ"ה מה' נדרים פסק בקונם פירות אלו על

חבירו דהחליפין הוי ספק וא"כ קשה מ"ש קונמות משארי איה"נ וכתבנו ליישב ומצאנו אח"כ בדברי הריטב"א ז"ל בנדרים קצת מזה דהרמב"ם ז"ל אזיל בשיטת הירושלמי דהטעם דאין לאסור ליהנות בדמי איה"נ הוא משום שאין דמיהן והיינו שכיון שהדבר אסור בהנאה אין הדמים חליפי האיסור כלל וכמ"ש הר"ן ז"ל (בספ"ב דקידושין) דאם טעה הלוקח ולא ידע שזה אסור בהנאה הוי מקח טעות ואם ידע הלוקח שזה אסור בהנאה ולקחו מ"מ כיון שאין דבר האסור בהנאה נכנס ברשותו של לוקח א"כ אין הדמים חליפי האיסור הנאה כלל ואף אם מכרו לכותי דכותי שפיר קונה איה"נ מ"מ כיון דאין איסורי הנאה ברשות המוכר נמצא שלא המוכר מכרן להאי כותי כלל והכותי מעצמו קא שקיל והמעות שנתן הכותי לאו חליפי איה"נ הן ולהכי פסק בקונם פירות אלו על חבירו והחליפן באחר דהחליפין אסורין בהנאה דכיון שהפירות לא היו אסורין על הלוקח והלוקח היתירא קא שקיל וגם מעיקרא היה ברשות מוכר דלדידי' לא נאסרו. א"כ כשמכר הפירות או החליפין אסור בחילופיהן דהחליפין הם חליפי הפירות ממש וכשנהנה מן החליפין כמו שנהנה מן איסורי הנאה בעצמו:

ולפ"ז א"ש מ"ש הר"מ גבי פ"ח דדמיו אסורין דכיון דמסקינן בגמרא בבכורות (דף ט') דהמקדש בפ"ח מקודשת אף לר' יהודה משום דאשה יודעת דפ"ח איסורא אית בי' ופרקי לי' בשה ומקדשה בהך דביני ביני וכן מסיק שם (בדף י' ע"ב) דלר"י גם כן מקדשה בהנך דביני ביני ומוקי למתניתין כגון שאינו שוה אלא שקל וס"ל כריב"י כו' אלמא שאיסורי הנאה שיש להן תקנה לאפקועי איסורייהו בפחות משווין ומצוה נמי לאפקועי איסורייהו שפיר מקודשת בהן ונכנסין לרשות האשה ואין בהם דין איה"נ שאין נכנסין לרשות בעלים וה"נ אמר (בדף י"א) דהגונב פ"ח חייב כפל לבעלים דאעפ"י שאין לו עכשיו יש לו לאחר מכאן ומשום דקני לי' ביני וביני לא דמי להקדש עיי"ש וכיון דאיה"נ דפ"ח יש עליו רשות בעלים להכי אם מכרו לאחר תופס דמיו שהרי הפ"ח הי' של בעלים קודם שמכרו משום דקני לי' ביני ביני וכן נכנס לרשות לוקח משום קנין דביני וביני וכיון שהי' קודם מכירה ברשות מוכר ואחר מכירה ברשות לוקח הרי ממילא הדמים שנטל המוכר חליפי הפ"ח הם ואסורין בהנאה עד שיפדו וכמו דאסרינן בהנאה חליפי פירות הנאסרים בקונם על האדם פרטי מפני שהמעות חליפי דאיה"נ וכמו שביארנו ומתניתין דקידושין דקתני בפ"ח אינה מקודשת מיירי לאחר עריפה דאז הוא דומה לשאר איה"נ ושפיר כתב הרמב"ם ז"ל דחליפי פ"ח אסורין בהנאה שהדמים אסורין וכשנהנה מהם נהנה מהפ"ח משום שהדמים של פ"ח הם ממש חליפי פ"ח משום שיש בו זכות פדיון דביני ביני ולא דמי לשאר איה"נ:

והשתא א"ש מה שהקשינו לשיטת הר"מ ז"ל מהא דבעי הש"ס למימר בקדושין ובבכורות דמתניתין דהמקדש בפ"ח ר' יהודא היא דסובר פ"ח אסור בהנאה והרי שם קתני בסיפא מכרן וקידש בדמיהן מקודשת וקאי גם על פ"ח הרי שגם פ"ח דמיו מותרים לר"י ולפמ"ש א"ש דודאי כן הוא לפום ה"א דהש"ס דמתניתין ר"י היא וע"כ משום דפ"ח נמי דמי לשארי איה"נ דלא יהיב לה מידי דאינה יכולה לפדותו למיקני ביני וביני למהוי שלה דמיירי שאינו שוה אלא שקל ור"י ס"ל כריב"י א"כ כיון דדמי לשאר איה"נ ממילא נמי לענין החליפין של הפ"ח נמי החליפין מותרין כמו בשארי איה"נ שהרי אין בו קנין כמו שאין קנין בכל איה"נ וכיון שאין בו קנין ואין לו בעלים ממילא הדמים מותרים שאין דמיו חליפי הפ"ח שהפ"ח לא הי' המוכר בעליו וגם לא נעשה הלוקח בעליו למהוי הדמים חליפי הפ"ח וכ"ז למאי דס"ד דש"ס דאתיא כר"י אבל למאי דמסיק שם בקדושין ובבכורות דמיירי מתניתין לאחר עריפה אבל קודם עריפה מקודשת במאי דביני ביני ושפיר יש לפ"ח בעלים אע"ג דאסור בהנאה לר' יהודא ומה"ט מקודשת ושייך גבי' כפל ג"כ א"כ ממילא לענין חליפין הוי הדמים חליפי איסורי הנאה דהא הפ"ח יש לו בעלים וכשמכרן המוכר ללוקח נוטל הדמים חליפי הפ"ח וכשנהנה מן הדמים כמו שנהנה מפ"ח. והא דקתני מכרן וקידש בדמיהן מקודשת מיירי לאחר עריפה דאז הוי דומה לשאר איה"נ דאז לא מהני לי' פדיון כלל ובכל איסורי הנאה הדמים מותרים כמ"ש וא"ש פסק הרמב"ם ז"ל דפ"ח קודם עריפה דמיו אסורים:

ולפי מה שבארנו בדעת הר"מ ז"ל דפ"ח יש לו בעלים לכל מילי קודם פדיון תקשה בהא דאמר בבכורות (דף י"א) אמר ר"ל מי שאין לו שה לפדות פודהו בשווי' ומפרש בגמרא דאתיא אפילו לר"י דאמר שהקפידה עליו תורה לפדות בשה מ"מ בשווי' נמי יכול לפדות שלא יהא חמור מן ההקדש והתם דווקא בשווי' קאמר אבל בפחות משווי' אינו פדוי דתנן התם (דף י"ב) דאין פודין בעגל ובחי' ובשחוטה משום דלאו שה הוא אע"ג דלא גרע משילקי וע"כ דמיירי בפחות משווי' דאינו פדוי כיון דלאו שה הוא וא"כ קשה הא אכתי פ"ח חמור מן ההקדש דהקדש שוה מנה שחללו על שו"פ מחולל ובפ"ח אם פדאו פחות משווי' בלא שה אינו פדוי ור"ל קים לי' מסברא דאין פ"ח חמור מהקדש וראיתי להטו"א במגילה (דף כ"ג) שהקשה קושיא זו והוכיח מזה כדעת התוס' דהא דהקדש שוה מנה שחללו על ש"פ מחולל הוא דווקא בבעלים שהקדישו אבל איש אחר שפדה בפחות משווי' אינו מחולל והטעם בבעלים משום שהם הקדישו בפיהם להכי יש להם זכות לפדות בפחות משוויו וכן יש בידם זכות לישאל על הקדשים להכי יש להם זכות נמי לפדות בפחות משווי' וניחא השתא הא דאינו מועיל פדיון בפ"ח בפחות משווי'

אע"ג דבהקדש מועיל משום דבהקדש נמי אינו מועיל כ"א שהוקדש ע"י קדושת פיהם ובפ"ח דלא ע"י פיו הקדש וגם שאלה אין בו לא מהני פדיון בפחות משווי' כמו דלא מהני פדיון בפחות משווי' גבי הקדש ע"י אחר עכ"ד הטו"א בקצרה:

ולפי מה שבארנו לעיל דפ"ח יש לו בעלים לענין קידושין וכן לענין כפל דמשלם לבעליו כדנאמר בש"ס הדק' הא כח פ"ח חמור מהקדש דבהקדש הבעלים שפדו בפחות משווי' מחולל ובפ"ח אינו פדוי ולאו קו"ח הוא ומה הקדש שבאמת אין לבעלים שום זכות אחר דהפודה פודה לעצמו ואין מקדשין בו אשה ואין משלמים כפל על גניבתו מבית בעליו שהקדישום ואפ"ה לענין חללו בפחות משווי' אותן שהקדישו הוי בעלים שמחולל אף על פחות משווי' פ"ח שמקדשים בו אשה אף לר"י ומשלמין כפל לבעלים והפודהו פדיונו פדוי לבעלים ודאי דיש לדין את בעליו לדין בעלים לענין זה שיהא פדוי בפחות משווי' וכיון דחזינן דבפחות משווי' אינו פדוי אכתי הוא חמור מן ההקדש ור"ל קאמר שא"א שיהא חמור מן ההקדש:

ובעיקר קושית הטו"א ז"ל נראה דלק"מ דהא הך מימרא דפדהו בשווי' מטעם שאינו חמור מן ההקדש ר"ל קאמר לה ור"ל הא קאמר בב"מ (דף נ"ז) אמתניתין דאם הי' קודש בע"מ יצא לחולין וצריך לעשות לו דמים דבר תורה ומסיק דמיירי בביטול מקח ור"ל ל"ל כלל לדשמואל וסובר דהקדש שנפדה בפחות משווי' אינו מחולל ואע"ג דאמר התם איפוך דר"י לר"ל ודר"ל לר"י ולפ"ז ר"ל אית לי' דשמואל מ"מ הא כתב רש"י ז"ל התם בד"ה ואיפוך דדוקא לר' יונה אמרינן איפוך אבל אליבא דר' ירמי' דאמר אליבא דר"י דדוקא קרקעות יש להם ביטול אבל הקדשות אין להם ביטול מקח לא אפיכנא דר"י ור"ל ולר"י אית לי' דשמואל ולר"ל ל"ל דשמואל וכן לאוקימתא דמוקמינן התם לעולם בכדי אונאה דאינו בתורת אונאה דאפי' בפחות משווי' חוזר נמי אמרינן דר"ל הוא דל"ל דשמואל כלל וא"כ רבינא דמתני להא דר"ל דלא יהא פ"ח חמור מן ההקדש נמי סבר כר' ירמי' וכמסקנא דהש"ס בב"מ דר"ל ל"ל כלל הא דשמואל וקושית הטו"א מעיקרא ליתא דגם בהקדש אם חילל בפחות משווי' אינו מחולל לר"ל:

ובלא"ה נראה לי דקושית הטורי אבן לא קשה מידי דמה שאין מועיל בפטר חמור פדיון פחות משווי' אין חומר בפטר חמור מהקדש דסברא היא דהקדש שעל ידי חילול פקע קדושה מההקדש וחייל הקדושה על הפדיון שפיר אמרינן כיון דע"י ש"פ נמי פקע הקדושה קצת מההקדש פקע נמי כולה וחייל על הש"פ ולהכי מחולל שפיר אבל בפ"ח שאין חל על הדמים שום קדושה או איסור רק שמפקיע איה"נ מהפ"ח ואם פדוהו בשווי' הרי אינו נהנה מהפ"ח שכבר שילם לכהן כל דמיו אבל כשפדה פחות משווי' אכתי נהנה

מהפ"ח שנתן בעדו לכהן פרוטה והוא שוה יותר ואכתי נהנה ממנו ועל הפרוטה שפדה הא לא חל שום איסור דנימא דפקע איסורו ע"י הפרוטה רק כשפדה בשווי' ממילא פקע איסור הנאה ממנו. שכבר נתן דמיו לכהן אבל כשיפדה בפחות משווי' הרי נהנה ממנו ואין זה חומר בפ"ח מבהקדש אבל זה הש"ס הוכיח שפיר דפדיון בשווי' מהני דאי נימא דלא מהני א"כ הוא חמור מהקדש דבהקדש מהני פדיון ובפ"ח בעינן דווקא שה דהא בשווי' כבר פקע איה"נ ממנו דהא אינו נהנה ממנו שכבר נתן כל דמיו ואפ"ה לא מהני נמצא הוא חמור מהקדש וקושיית הטו"א לק"מ ודו"ק:

סימן קז

שאלה דין הפרשת תרומה וחלה על ידי שליח ומשרת הבית:

תשובה גרסינן (בפ"ב דב"מ) בפלוגתא דיאוש של"מ דאביי סובר לא הוי יאוש ורבא סובר דהוי יאוש ומייתינן התם ברייתא כיצד אמרו התורם שלא ברשות תרומתו תרומה הרי שירד לתוך שדה חבירו ולקט ותרם שלא ברשות אם חושש משום גזל אין תרומתו תרומה וא"ל תרומתו תרומה ומנין הוא יודע אם חושש משום גזל הרי שבא בעה"ב ומצאו וא"ל כלך אצ"י אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה ואם לאו אין תרומתו תרומה כו' וכי נמצאו יפות מהן אמאי תרומתו תרומה הא בעידנא דתרם לא הוי ידע תרגומא רבא אליבא דאביי דשויה שליח הכי נמי מסתברא דאי סלקא דעתך דלא שויה שליח מי הויא תרומה הא אתם גם אתם אמר רחמנא מה אתם לדעתיכם אף שלוחיכם לדעתיכם אלא הבמ"ע דשויה שליח וא"ל זיל תרום כו' ואיהו תרם מיפות וכי א"ל בעה"ב כלך אצ"י ונמצאו יפות מהן תרומתו תרומה עכ"ל הש"ס:

והרשב"א ז"ל בחידושיו למס' נדרים (דף ל"ו) בבעיא דתורם משלו על של חבירו אי בעי דעת בעלים מי אמרינן כיון דזכות הוא לו זכין לאדם שלא בפניו א"ד ניחא ליה לאינש דליעבד מצוה בממונו וע"ז הקשה הרשב"א ז"ל והא שליחות לאו מדין דניחא ליה הוא אלא גזה"כ הוא מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם ותדע שהרי האומר לחבירו צא ותרום והלך ומצא תרום למ"ד אין חזקה שליח עושה שליחותו אינו תרום דדילמא איניש אחרינא שמע אזיל ותרם ואע"ג דהתם ניחא ליה שיתקן כריו וי"ל דהתורם משלו על של חבירו שאני דלא בעינן שלוחו לדעתו אלא בתורם משל בעל הכרי על בעל הכרי אבל בתורם משלו על של בעל הכרי כיון שאינו של בעל הכרי לא בעינן שליחותו ממש ואין הדבר תלוי אלא אי זכות הוא לו אי לאו זכות הוא לו עכ"ל הרשב"א ז"ל בחידושיו מבואר מדבריו דגבי כרי לא בעינן שליחות ממש ולא בעינן אלא שיהא ניחא ליה דכיון דלא בעינן לדעתו לא בעינן נמי שליחות כלל בכרי וטעמא דמילתא נ"ל דאף דגבי כרי

נמי בעינן ניחותא דבעלים דאי לא ניחא להו לבעלים לא מהני מ"מ לא דמי הא דבעינן דעת בעל הכרי להא דבעינן דעת בעל התרומה דבתרומה בעינן דעת בעלים היינו דלא נתנה תורה רשות להטיל שם תרומה על הפירות רק לבעלים לחודייהו. אבל איש אחר אינו יכול להטיל שם תרומה משא"כ בכרי לא איכפת לן שיהא משל תורם רק שלא יהא הבעלים מעכבים דבעל כרחייהו דבעלים אין אדם יכול לתקן להכי כשניחא להו לבעלים א"צ שיהא התורם שלוחו של בעל הכרי ואין בזה לתא דשליחות כלל אבל על עצמה של תרומה בעינן שהבעלים דוקא יעשו תרומה או אחרים בשליחותם להכי אמרינן גבי תרומה מה אתם לדעתיכם אף שלוחיכם לדעתיכם ולענין הכרי סגי בניחותא דבעלים לחוד ומהני בתורם משלו עש"ח אי דלטנין זכות הוא לו:

ואע"ג דלענין איסור קי"ל דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו ואפ"ה אמרינן בע"ז (ד' נ"ג) ישראל שזקף לבינה להשתחוות לה ולא השתחווה לה ובא עכו"ז והשתחווה לה אסורה מתחלתה של א"י דכתיב ואשריהם תשרפון באש מכדי א"י ירושה להם מאבותיהם ואין אדם אוסר דבר שאינו שלו אלא מדפלחי ישראל לעגל גלו אדעתייהו דניחא להו בעכו"ז ועכו"ז שליחותייהו קא עבדי ואי נימא דבעי שיהא משלו ממש ובלא"ה אינו יכול לאסור דשא"ש קשה הא אין שליחות לעכו"ז ואף אם נימא כיון דפלחו לעגל היה להם באותה שעה דין מומר ויש שליחות לעכו"ז לגבייהו מ"מ הא אפילו עכו"ז לעכו"ז אין שליחות כדאיתא בירושלמי (פ"ק דתרומות) א"כ כיון דאין שליחות לעכו"ז אמאי יכולין לאסור ובלא"ה א"א לומר דהתם שליחות גמורה הוי דהא שליחות בעי לכל הפחות שאמר כל השומע קולי יעשה כך וכך כמו גבי גט בגיטין (דף ס"ו) ואטו ישראל אמרו כל השומע יעבוד אילנות דהא אפילו באומר כל הרוצה מסתפק הר"ן ז"ל אי מהני היכא דבעי שליחות א"ו דהתם לאו מדין שליחות נגע בה אלא מכיון דניחא ליה לבעלים שישתחוו יכולין לאסור וכה"ג אמרינן גבי חליצה ביבמות (דף י') איהו שליחותא דאחין קא עביד איהי שליחותה דצרה קא עבדה אע"ג דאין שליחות בחליצה כדאיתא בכתובות (דף ע"ד) וכיון שהוכחנו דאין כאן דין שליחות הרי מבואר דבניחותא דבעלים בעלמא נאסר הדבר אף שאינו שלו ממש וגם לא נעשה שלוחו נ"ל דבדבר זה חלוק באמת איסור ותרומה דבהקדש ותרומה בעי בעלים ממש או בשליחות הבעלים אבל באיסור הא דאמרינן אין אדם אוסר דשא"ש היינו דבעינן שלא יעכבו הבעלים וכל דניחא להו יכול אחר לאסור אף שאינו בדין שליחות דהא דאין אדם יכול לאסור דבר שאינו שלו הוא כמו דאינו יכול ליחד דבר שא"ש כדאמרינן במרובה (דף ס"ו) משכבו ולא הגזול וכמ"ש שם התוס' דבטומאת מדרס בעי יחוד למדרס ודבר שא"ש

אינו יכול ליחד והתם עיקר הטעם משום דמה יועיל יחוד של אחרים כיון שהבעלים יכולים לעכב וה"נ באיסור א"י לאסור משום עיכוב הבעלים אבל כשאין מעכבין שפיר יכול גם אחר לאסור אף שאינו בדין שליחות וה"נ מצינו למ"ד אין אדם אוסר דשא"ש עשה בה מעשה אסרה והאי מעשה היינו ניסך לה יין בין קרני' כדאמרינן בע"ז (ד' נ"ד) ובמה שניסך לה יין לא קנאה דזה לא הוי שינוי ואפ"ה יכול לאסור ואלו גבי הקדש בעינן שיקנה בשינוי מעשה ממש א"ו שאני דין איסור מדין הקדש ותרומה דבאיסור לא בעינן שלו ממש אלא מחשבה אינה פועלת בחפץ של חבירו אבל מעשה שפיר פועלת בע"כ של בעלים אבל בהקדש ותרומה בעינן שיהא שלו ממש להכי לא מהני מעשה ובעינן קנין גמור:

ובזה נ"ל לפרש דברי הירושלמי (פ"ק דתרומות) אתם פרט לתורם את שאינו שלו מה את עביד ליה בתורם שאינו שלו או בתורם של חבירו נשמעינה מן הדא הבקיר כרייו ומרחו [צ"ל ותיקנו] וחזר וזכה בו אין תעבדינה בתורם שאינו שלו אין תרומתו תרומה ואם תעבדינה בתורם של חבירו תרומתו תרומה נשמעינה מן הדא גנב תרומות הקדש ואכלו משלם שני חומשין וקרן מני תורם לא גזבר הרי תורם שאינו שלו ואת אמרת תרומתו תרומה הוי לית טעמא דלא כתורם את של חבירו או נאמר מנוי תורם בר לוי שהקדיש תרומה והתני רבי אושעיא א' המקדיש טבלו וא' המקדיש תרומתו א"ר אידי גזבר כמאן דהוא בעלים עכ"ל:

ולפענ"ד דהירושלמי בעי בטעמא דתורם שאינו שלו אי משום דלא הוי שלו ובתרומה בעינן שיהא שלו דווקא נשמעינה מן הדא פי' אנו למדין מבעיא זו נ"מ אם הבקיר כרי' אחר מירוח ותקנו וחזר וזכה בו אי טעם הכתוב הוא משום תורם שאינו שלו הפקר נמי לאו שלו הוא ולא חייל ואי טעם הכתוב בתורם של חבירו שאין התרומה חלה מחמת קפידת חבירו הכא בהפקר תרומתו תרומה ופשיט ממשנה (דתרומות פ"ו) גנב תרומת הקדש ואכלה וכאן הי' הקדש ואפ"ה חייל מה שהגזבר עשה תרומה וע"כ משום דלא הוי כתורם את של חבירו ולא איכפת לן במה שאינו שלו וע"ז משני דמיירי שהכהן הקדיש אחר שתרם וחזר והקשה מברייתא דר' הושעי' דקתני המקדיש טבלו אלמא דחייל התרומה אף אחר שהקדיש עד דמסיק דגזבר כבעלים דמי וזה ברור בכוונת הירושלמי הרי חזינן דמסקנת הירושלמי דבתרומה מה שאמרה תורה אתם ודרשינן ולא התורם את שאינו שלו לאו משום דתורם של חבירו לחוד הוא דהקפידה תורה אלא דבעינן שיהא שלו ממש ובש"ס דפסחים (דף ל"ב) דאמר במד"א במפריש תרומה והחמיצה אבל מפריש תרומת חמץ ד"ה אינה קדושה ומפרש משום דכתיב תתן לו ולא לאורו האי

איצטריך לר' יוסי הגלילי דסבר חמץ בפסח שרי בהנאה אבל לרבנן בלא האי טעמא דקרא אינו קדוש כיון דחמץ בפסח אסור בהנאה לא הוי שלו והוי הפקר ולא חייל שם תרומה עליו וכ"כ התוס' שם דקאי לר' יוסי הגלילי [וצ"ע מ"ש התוס' דלרבנן נפקא לן מתתן והאי לא מיקרי נתינה דבלא"ה לרבנן לאו ברשותו קאי וא"י להפריש תרומת חמץ]:

ולכאורה יש להוכיח גם מש"ס דילן דבתרומה בעינן שיהא שלו ממש ודוקא הפרשת בעלים הוא דחייל. אבל הפרשת אחר לא חייל אף שאין הבעלים מקפידים מדאמרינן בקידושין (דף מ"א) ואלא הא דתנן האומר לשלוחו צא ותרום תורם כדעת בעה"ב ואם אינו יודע דעת בעה"ב תורם בבינונית פיחת עשרה או הוסיף עשרה תרומתו תרומה שליחות בתרומה מנ"ל ואי אמרת דלא בעינן בעלים דווקא א"כ למאי הוצרך כלל לטעמא דשליחות ופשיטא דיכול השליח לתרום כיון שהבעה"ב צוה לו לתרום הרי ניחא ליה ועדיף טפי מהיכא דאמדינן דעתו דזכות הוא ליה כיון שצוה לו בהדיא א"ו דבעינן שיהא הבעלים מפרישין ואם אחר מפריש לא מהני אלא מטעם שליחות ומ"מ נראה לי דאין מזה ראי' דאפילו אם נימא דמיעוטא דתורם את שאינו שלו הוא רק משום קפידא דבעלים לחוד מ"מ פריך שפיר ממתניתין דאומר לשלוחו צא ותרום שליחות בתרומה מנלן ולא מצי לשנויי דהתם לאו מטעם שליחות הוא אלא מטעם שאין הבעלים מקפידין דא"כ כי תרם מיפות והבעה"ב רגיל לתרום מבינונית אמאי מהני הא ע"ז לא גלי דעתיה דניחא ליה. א"ו דמטעם שליחות הוא וכיון דנעשה שלוחו יכול לומר בהכי אמדתיך ואף שבעה"ב הי' בלבו על בינונית הוי דברים שבלב ואינו מבטל את השליחות בהכי כמו דאמרינן בגיטין (דף ל"ד) שאין השליחות מתבטל ברהיטת הבעל לבטלו משום דאפשר לומר דכוונתו הוא בהא דרהיט לומר אשור הב לה ודבריו שבלבו אינן מבטלין השליחות אבל אי הוי טעמא משום גילוי דעתא דבעה"ב ודאי אם תרם מיפות ובעה"ב רגיל מבינונית לא מהני דלזה לא גילה דעתו:

מ"מ מדברי הירושלמי הנ"ל מוכח בהדיא דמשום תורם את שאינו שלו נגעו בה דבעינן שיהא הבעלים תורמין או שלוחן ולא אחר:

ומצאתי להש"מ בב"מ (דף מ"ט) אהא דאמרינן ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי רשאי לעשותן תרומת מעשר על מקום אחר ע"כ וז"ל כתב ר"מ אעפ"י שלא קנה הבן לוי לא בהגבהה ולא במשיכה איירי במכירי כהונה דחשיב כאילו בא לידו א"נ לא גרע מנותן רשות לחבירו לתרום על תבואה שלו עכ"ל הש"מ ובקצה"ח (בסימן קצ"ח) הקשה על מש"כ דמיירי במכירי כהונה דמכירי כהונה לא חשיב עדיין שלו דלא מיקרי קנין [וכ"כ הריטב"א בגיטין (דף ל') דמכירי כהונה לא חשיב קנין עיי"ש] ועל

מ"ש הש"מ דלא גרע מנותן רשות לחבירו לתרום על תבואה שלו הקשה הקצה"ח דהא טובת הנאה אינה ממון ולא מיקרי המעשר של בעה"ב כלל דאין לו בו אלא טובת הנאה וכיון דאין המעשר שלו לא מהני כלל מה שנתן רשות לתרום עיי"ש בקצה"ח:

ולענ"ד לא קשה מידי דהא אמרינן בגיטין (דף ל"א) כשם שיש רשות לבעה"ב לתרום תרומה גדולה כך יש לו רשות לתרום תרומת מעשר ומפיק ליה מקרא דונחשב לכם תרומתכם א"כ שפיר כתב הש"מ דמיחשב כאילו נתן לו רשות לתרום משלו על של חבירו הבן לוי דהא זכתה לו התורה לבעה"ב לתרום בעצמו תרומת מעשר להכי מצי משווי נמי שליח ומאי איכפת לן בהא דטובת הנאה אינו ממון כיון דגלי קרא דבעה"ב יכול לתרום תרומת מעשר ופשיטא דמצי נמי משווי שליח:

וכן מצאתי בירושלמי (דתרומות פ"א) שם בשם ר' יוחנן ישראל שאמר ללוי כור מעשר יש לך בידי והלך אותו לוי ועשה תרומת מעשר על מקום אחר והלך ישראל ונתנו ללוי אחר אין לו אלא תרעומות (וזהו ממש דברי ר' יוחנן בהזהב (דף מ"ט)] הדא דתימא בשנתנו זה עד שלא עשה זה אבל אם עשאו עד שלא נתנו זה לא כהדא דתנינן ביטל אם עד שלא תרם ביטל אין תרומתו תרומה אם משתרם תרומתו תרומה מכיון שאמר לו כור לך בידי נעשה שלוחו נמצא כתורם ברשות ישראל פתר לה כר"י דאמר בעה"ב שתרם תרומת מעשר מה שעשה עשוי עכ"ל הירושלמי הרי בהדיא דהטעם משום דנעשה שלוחו של ישראל ומשום דהישראל בעצמו יכול לתרום כדברי הש"מ:

אלא דבגיטין (דף ל') אמר אביי בפירושא דברייתא דישראל שאמר ללוי כור מעשר יש לך בידי והרי לך דמיו חוששין שמא עשהו הלוי ת"מ על מק"א וכתב רש"י ז"ל דלא קני לי' מעותיו לישראל דאימת קני האי לוי דליקנייה בקבלת מעות הלכך כי חזר ועשאו ת"מ חל עליו השם ע"כ וקשה כיון דלא קני הלוי א"כ איך חל השם אם עשאו ת"מ על מק"א ומצאתי להריטב"א ז"ל שהקשה כן וחלק על רש"י ז"ל וכאן לא שייך תירוץ הירושלמי דדמי כאילו נעשה שליח מהישראל דהא רש"י ז"ל מפרש שאמר כור מעשר יש לך בידי והילך דמיו ביחד דהכי משמע לשון הברייתא ולא כמו שהתוס' מפרשים דמיירי שא"ל אחר זמן הילך דמיו וחוששין שמא עשאו תרומה קודם שאמר הילך דמיו אבל רש"י מפרש שאמר הילך דמיו מיד ולהכי הוצרך רש"י ז"ל לפרש דלא קנה הישראל במה שאמר הילך דמיו אע"ג דלא מחסר משיכה דברשות ישראל קיימא מ"מ כיון שהב"ל בעצמו לא קנה עדיין וא"כ כיון שאמר לו הילך דמיו מיד הרי א"א לומר דדמי כאילו נעשה שלוחו של ישראל לתרום על פירות של הב"ל דהא הישראל ודאי לא ניחא לי' בזה דהא רוצה לחזור וליקח מהב"ל הפירות א"כ ודאי קשה על רש"י קושית הריטב"א

ז"ל דכיון דלא קני הב"ל איך יכול לעשות ת"מ על מק"א ומצאתי להרמב"ן ז"ל בחי' ג"כ הך קושיא ותירץ דדמי לשויה שליח וכבר כתבנו דלרש"י שמפרש דאמר לו מיד הילך דמיו א"א לומר דדמי לשויה שליח:

(הגה"ה והרי ומאי דפריך הש"ס דילן א"א מצי הדר ביה אמאי רשאי לעשות תרומת מעשר על מקום אחר אשתכח דקאכיל טבלים אע"ג דבכל שליח דעלמא אינו צריך לחוש שמא הדר בי' בעה"ב שאני התם דלא עשאו אלא שליח לחוד ולא ליקח לעצמו ולמאי יחזור בו משא"כ הכא שנתן לו לגמרי שפיר פריך א"א דמצי הדר בי' בעינן למיחש שמא הדר וקאכיל טבלים:)

ע"כ לענ"ד ליישב שיטת רש"י ז"ל דלהכי יכול הב"ל לעשות תרומה על מק"א משום דבתרומה לא בעינן שיהא שלו קודם חלות התרומה אלא אף אם קנינו בא ביחד עם חלות התרומה שפיר חייל כדאמרינן בב"ק (דף ס"ז) הגנב והגזלן שתרמו תרומתן תרומה אפי' למ"ד יאוש כדי לא קנה משום דהוי יאוש ושינוי השם מעיקרא טיבלא והשתא תרומה וקשה התם אמאי הוי תרומה הא עד השתא לאו דידי' הוא. א"ו דכיון דאם יחול התרומה יהא שינוי השם והוי שלו ממילא חייל התרומה והקנין והתרומה באין כאחד [וכן אמרינן בב"מ (דף ו') בסוגיא דהקדישה בלא תקפה דבעי למימר דמהני משום דהקדישה הוי כתקפה וכתב הש"מ אע"ג דעד השתא לא הוי ברשותו ומה שאינו ברשותו אינו יכול להקדיש מ"מ רשותא והקדישא באין כאחד]:

ולפ"ז בישראל שאמר ללוי כור מעשר יש לך בידי והילך דמיו אם היה הב"ל מגביהה את המעשר היה קנוי ליה בהגבהתו אחר שכבר הבטיח ליתן לו ואסור לישראל לחזור בו כדאיתא בב"מ (דף מ"ט) משום דהוי מתנה מועטת ובמה שא"ל הילך דמיו לא חזר בו מעיקר הנתינה וכיון דמעות אינן קונות נשאר מה שא"ל כור מעשר יש לך בידי כאילו לא אמר לו הילך דמיו ואם היה ב"ל מגביהה את המעשר ועשה בה קנין הוי קנה בהגבהתו וכיון דקנין הגבהה מועיל קריאת שם דתרומה נמי קנין הוא:

וטעמא דמילתא דקריאת שם לתרומה מקרי קנין למדנו מדברי הטור אבע"ז (סימן ק"כ) בשם הרמ"ה ז"ל לענין גט דבעינן שיכתוב על נייר של הבעל דווקא וכתב ע"ז הרמ"ה האומר לעדים כתבו גט ותנו לאשתי א"צ לזכות לו הנייר קודם כתיבה אלא אע"ג דכתבו מדידהו ויהבו לה כיון דבשליחותיה קא עבדי וכי יהבי לה בשליחות דבעל כמאן דיהבי לבעל והדר בעל ויהיב לאתתי' דמי וכיון דמזכי לאתתיה בשליחותיה אקנוי' אקני' לבעל לגרושי' ביה ונמצא זכיית הבעל וגרושי האשה באין כאחד עכ"ל וכוונתו ז"ל דהיכא דהבעל בעצמו יהיב לה הגט הא נקט ליה בידיה קודם הנתינה וזוכה בנייר דעיקר

הקפידא שיהא הגט של הבעל בשעת נתינה ולא בשעת כתיבה כמש"כ הפוסקים שם] אבל היכא דאמר לעדים לכתוב וליתן ולא הגיע הגט ליד הבעל כלל והם כתבו על נייר של עצמן דא"א לומר שהם זיכו להבעל הנייר דהא אין אדם זוכה חפץ של עצמו לחבירו דבעינן שיצא החפץ מרשות המזכה וכמש"כ הר"ן ז"ל ג"כ בסופר שכתב על נייר של עצמו שצריך לזכות ע"י אחר עיי"ש והביאו הרב"י בכאן וע"ז חידש הרמ"ה ז"ל דא"צ לזכות להבעל אף אם כותבין על נייר של עצמן משום דבשעה שהשלוחין נותנין הגט להאשה בשליחות הבעל אז מקנין הגט להבעל ג"כ וגרושין דאשה וזכותו באין כאחד והנה א"א לומר בכוונתו שהאשה זוכה מקודם בשביל הבעל ואח"כ בשביל עצמה להתגרש בו דזה ודאי אינו דא"כ הא לא הוי נתינה מעליא דבשעה שהגיע מיד השלוחים לא היה הגט ראוי לגרש בו דאכתי לאו דבעל הוא ואחר שזכתה בשבילו הרי כבר הוא בידה ולא הוי נתינה מיד השלוחים לידה ואנן בעינן ונתן בידה ועוד גט בע"כ מאי איכא למימר שאין רצונה לזכות עבורה כלל כדי שלא יהא הגט מועיל גם אין לומר שהיא זוכית בשביל הבעל ובשבילה ביחד דאיך אפשר לשתי זכיות הסותרות זא"ז ביחד ואנן בעינן שיהא ב' הזכיות ברגע ראשונה של נתינה ושניהם אנו צריכין וממ"נ אי דבעל לאו דידה אי דידה לאו דבעל א"ו דעיקרא דמילתא הכי שזה גופא הוא קנינו של הבעל דכמו שאם היה מגביה בעצמו הנייר היה קונה ה"נ אם נותנין בשבילו ובשליחותו והיא זוכית בו מכחו ומנתינתן הוא קונה עי"ז שהאשה קונית מכחו ושפיר אמרינן דקבלתה זו יש לה ב' כחות דהיינו שהיא זוכית להתגרש מנתינת שלוחו ועי"ז גופא נגמר ממילא קנינו של בעל שזה קנינו מה שהיא זוכית מכחו ומנתינת שלוחיו ותרווייהו ביחד קאתי:

ודוק בלשונו של הרמ"ה ז"ל שכן כוונתו שדייק בלשונו הזהב שאחרי שהנתינה היא בשליחותו של בעל וזכייתה היא מכחו להכי מיקרי זכייתה קנין לגבי הבעל וגם השלוחים במה שמקנים להאשה נגמר הקנאתם לבעל וראיתי להב"ח ז"ל שנדחק בכוונתו ולי נראה כמו שכתבתי ומשמע לי שגם הט"ז (בסימן ק"כ ס"ק ג') שכתב אחר שהביא דברי הרמ"ה וז"ל פי' שגמר השליחות הוא בשעת נתינת הגט לאשה ואז מתחיל זכות הבעל ג"כ עכ"ל כיון ג"כ למש"כ:

וסמך לסברא זו מצאתי בב"ק (דף ע"ט) נתנו לבכורות בנו או לבע"ח והיה מושכו ויוצא ומת ברשות בעלים פטור משום דלא הגביה הבע"ח או הכהן הגביהו או שהוציאוהו חייב ופרש"י ותוס' ושארי ראשונים ז"ל דהגנב נתחייב באונסין במשיכת הבע"ח או הכהן אע"ג דהגנב לא הגביה כלל מ"מ מתחייב במשיכת הבע"ח והכהן אף שהם לא משכו בשביל הגנב אלא כדי לזכות בעצמו בחובו ופדיונו אפ"ה מיקרי משיכה גבי הגנב

להתחייב באונסין כיון שהוא צווה להם ליקח ומכחו ומנתינתו נוטלים בפדיונו וחובו קנינם מהני נמי למהוי קנין לגבי הגנב וקנינם וקנינו באין כאחד ואף דהתם מיירי לענין חיוב אונסין לחוד מ"מ כמו שמצינו שזה מקרי קנין להתחייב באונסין ה"נ בקנין למהוי שלו מיקרי נמי כה"ג קנין ושפיר כתב הרמ"ה ז"ל שמה שהאשה קונה להתגרש מקרי קנין גבי הבעל הואיל ומכחו היא קונה וגירושין וזכיית הבעל באין כאחד ונ"ל שזה ג"כ כוונת הה"מ (בה' אישות פ"ה הל"ז) המקדש האשה בגזל ובגניבה אם נתייאשו הבעלים ה"ז מקודשת וכתב הה"מ ז"ל והטעם דכשנתיאשו הבעלים הוי מקודשת אע"פ דקי"ל יאוש לחוד אינו קונה הכא שהוא ביד האשה הוי יאוש ושינוי רשות כשהוא בידה וכיון דקנאתו היא אף הוא קונה אותה וכוונתו נמי כדברי הרמ"ה שזה גופא קנינו של הגזלן במה שנותן בידה והיא קונית מכחו ונתינתו של הגזלן אף הוא קונה כדין גזלן שקונה ביאוש ושינוי רשות:

ומעתה נראה לי לפי סברא זו דישראל שאמר לב"ל כור מעשר יש לך בידי והלך הב"ל ועשאו ת"מ על פירותיו של עצמו שפיר חייל אף שאין התרומה חלה אא"כ הוא של התורם בעצמו ויש לו קנין בה כמש"כ מ"מ אם הקנין נגמר ע"י עשיית התרומה הא נמי מהני כמש"כ מש"ס דב"ק גבי גנב וגזלן וא"כ כיון שכתבנו דכל היכא דמהני הגבהתו למיקני מהני נמי אם זכו אחרים מכחו וזה התורם במה שקורא שם תרומה על הפירות זכו הכהנים בתרומתן והיא בחזקת השבט ואלימא קדושת תרומה דבדיבור בעלמא חיילא הקדושה וזכו בה הכהנים א"כ זהו גופא הוא קנינו של הבן לוי מה שנתנו לכהנים ועשאן תרומה והעמידו בחזקת השבט ומה לי אם נתנו לאחר הזוכה בהגבהה ומה לי נתנו לאחר הזוכה באמירה לגבוה לחוד הכל א' דהא גבי גט נמי הגבהת האשה בגט לא בשביל בעל הוא אלא בשביל עצמה אלא דמהני לבעל מה שהיא קונה וזוכה בהגט מכחו לעשות גם קנין לו וה"נ מהני קנין השבט בתרומה באמירה למהוי קנין לב"ל התורם ומזכה להשבט ואף שלא נתן עדיין לכהן מיוחד מ"מ כבר זכו בזה השבט אלא שאין כהן יכול לתופסו דיכול לדחותו ולומר אתן לאחר אבל ברשות כל השבט קיימא גם עכשיו ומטעם זה כתבו התוס' בב"מ (דף ו') שאם תקף כהן אחד אינו צריך להחזיר לו רק דמי טובת הנאה לבעלים. אבל עיקר המתנה אינו צריך להחזיר לבעלים:

וסברא זו שכתבנו דזה שתורם מיקרי נתינה מפני שהכהנים זוכים בו מיד מבוארת היטב בנדרים (דף פ"ד) דפריך התם אמתניתין דקתני דמודר הנאה יכול ליהנות ממנו בלקט שו"פ ולא במעשר עני ובברייתא קתני דשרי גם במעשר עני ומשני הא ר"א הא רבנן דרבנן דסברי דמ"ע טובל קא סברי אית ליה טובת הנאה מיניה ולהכי אסור לאתהנויי

מיניה ולר"א דסובר מ"ע אינו טובל לית ליה טוה"נ ושרי לאיתהנויי מיניה וכתבו התוס' והר"ן ז"ל הא דתליא טוה"נ בטובל הוא משום דכתיב ולא יחללו את קדשי ב"י את אשר ירימו ודרשינן בעתידים לתרום הכתוב מדבר ומדכתיב ולא יחללו משמע דטובל והני דטבלי תלי הרמתן בבעלים לומר שטוה"נ שלהם דכתיב את אשר ירימו וכמאן דכתיב בהו נתינה דמי הלכך דווקא בדטבלי איכא טוה"נ לבעלים עכ"ל הר"ן ז"ל הרי שהש"ס סובר דכל הני דכתיב בהו לא יחללו קרינן בהו ירימו וירימו דמי כמאן דכתיב נתינה ונתינה מיקרי טובת הנאה דבעלים הרי דגם תחילת ההרמה כבר מיקרי נתינה דהא ירימו אהפרשה קאי ולא אנתינה לכהן דהא דרשינן בחולין (דף ק"ל) דישראל שאכל פירותיו טבלים פטור דכתיב אשר ירימו אין לך בהן אלא משעת הרמה אלמא דירימו היינו הפרשה וההפרשה קרוי נתינה שבהפרשת הבעלים כבר זוכים הכהנים בו מכח נתינת הבעלים וההפרשה תחילת נתינה הוא אלא שאינו מבורר עדיין לאיזה כהן יתן וא"כ כיון דההפרשה מיקרי נתינה לכהנים מהבעלים שפיר מיקרי ההרמה קנין גם לבעלים והא דלא קאמר בב"ק גבי גנב וגזלן שתרמו דמהני משום דהוי יאוש ושינוי רשות דמהני לכ"ע ולמה ליה למימר יאוש ושינוי השם טפי הו"ל למימר דהוי יאוש ושינוי רשות. אפ"ל דקאמר האי טעמא דשינוי השם דמהני אפי' אם הגזלן בעצמו כהן דאז לא הוי שינוי רשות דהא מחזיק התרומה לעצמו להכי קאמר טעמא דשינוי השם ועוד להכי נקט טעמא דשינוי השם משום הקדש דקתני נמי בברייתא כמ"ש התוס' שם דבהקדש קדשי מזבח ליכא שינוי רשות מעיקרא תורא דראובן השתא תורא דראובן להכי נקט טעמא דשינוי השם שכולל כל השנוי בברייתא שם תרומה וכל מיני הקדש:

ובירושלמי דתרומות שהוצרך לומר על מימרא דר' יוחנן דישראל שאמר לב"ל כור מעשר יש לך בידי ועשאו הב"ל תרומה על מק"א דמהני מטעם דהוי כשלוחו של ישראל וכר' יוסי דאמר יש רשות לישראל לתרום תרומת מעשר ולא אמר דמהני מטעם שהב"ל קנה התרומה עי"ז גופא שעשאו תרומה כמש"כ וצ"ל דהא מילתא לא מהני אלא למ"ד טוה"נ ממון דלדידיה מקרי התרומה שלו שפיר ע"י ההפרשה דהאי הפרשת תרומה מיקרי נתינה הוא משום טוה"נ שיש לו לבעלים ואם טוה"נ ממון שפיר מיקרי ההפרשה נתינה גם למחשב קנין לנותן דכל דבר שהמקבל קנה מכח נתינת הנותן מיקרי קנין גם לגבי הנותן וחייל קנינו עם זכיית המקבל אבל למ"ד טוה"נ אינה ממון לא מחשב זכיית המקבל להעשות קנין לגבי נותן דלא יהיב לי' דבר חשוב מכחו שלא היה לו להנותן בזה אלא טוה"נ שאינה ממון ודמי כאילו לאו מכחו וזכייתו זכה בו המקבל וכדאמרינן בב"מ (דף י"א) דלמ"ד טוה"נ אינה ממון אינה נקנה באגב קרקע כיון שאינה באה מכח של נותן

לגמרי כמו הקרקע אלא אפקורי מפקיר לה והכהן זוכה בהם משום שאין לנותן בתרומה דין ממון גמור וה"נ לענין זכייה שכתבנו שזכיית הכהנים בתרומה עושה קנין להתורם הוא רק אם טוה"נ ממון שאז זכייתם מיחשב מכחו שההפרשה הוא התחלת הנתינה משא"כ למ"ד טוה"נ אינה ממון אינה חשובה כאילו באה מכחו ואביי דמוקי ברייתא דגיטין דישראל שאמר ללוי דמשמע דהב"ל מצי משווי תרומה ע"כ סובר דטוה"נ ממון או דמוקי ברייתא כמ"ד דטוה"נ ממון אבל הירושלמי דאזיל לשנויי מימרא דר"י ור"י אמר בירושלמי סוף נדרים ובקדושין (סו"פ האיש מקדש) דטוה"נ אינ"מ אין בעשיית התרומה שום קנין להתורם דלאו מכח נתינת ממון דידיה זוכין הכהנים להכי הוצרך הירושלמי לשנויי דמהני מטעם שליחות וכר"י דבעה"ב רשאי לתרום תרומת מעשר וכ"כ התשובת מיימוני בנזיקין (סימן ה') דהנותן דבר שאין לו בו אלא טובת הנאה לא מיקרי דעת אחרת מקנה אותו דלא מקרי נתינה מכחו:

עכ"פ יצא לנו מכל הדברים האלו דגבי תרומה בעינן שיהא להתורם קנין גמור ולהכי שפיר כתב הרשב"א ז"ל דעל התרומה לא מהני ניחא ליה כלל אלא בעינן שליחות ממש דכל מידי דבעינן בעלים אין אחר יכול לעשות אלא אם יש לו דין שליח אבל בכרי לא בעינן בעלים ואחר נמי יכול להוציא טבלן. רק דבעינן שלא יעכבו הבעלים להכי אי זכות הוא לו שפיר יכול לתרום על כריו של חבירו:

סימן קח

והנה אנחנו בארנו בתשובה דדוקא גבי אבידה לא הוי יאוש למפרע משום דבע"כ מתיאש ואינו מתרצה שיטלם חבירו ואסור לחבירו ליטלם אא"כ יצא מרשות בעה"ב ובעינן שיצא מרשותו בשעת מציאה ע"י מה שמתיאש אח"כ וזה לא מהני דלא אמרינן לאביי אגלאי מילתא למפרע שיצא הדבר מרשותו למפרע כמו שהיא עכשיו דלהוציא הדבר מרשות בעלים הוא כמו לעשות קנין חדש וכמו שאינו מקנה לאביי למפרע ע"י ניחותא דאח"כ. וכיון דאינו יוצא מרשות בעלים אשתכח דכי אתי לרשות מוצא באיסור אתי לידיה ולא מהני יאוש דאח"כ אבל לאכול משל חבירו לא בעינן שיקנה הדבר רק אם יודע שחבירו יתרצה שרי ולענין ניחותא לחוד מהני ניחותא דאח"כ שיהא מותר למפרע ואע"ג דבש"ס מדמה תרומה ליאוש של"מ וגבי תרומה נמי ידעינן שלא יקפיד כמש"כ הש"מ בשם הרמב"ן ז"ל דכיון דהש"ס מקשה לאביי מטומאה ותרומה משמע דלרבא ניחא ובתחילת הסוגיא אמר דבדבר שיש בו סימן כיון דאינו עומד להתיאש מודה רבא דלא הוי יאוש א"כ בתרומה נמי אמדינן דעתיה שיתרצה וניחא לי' כיון שהפירות עומדים לתרום וכן גבי הכשר כיון דהעלם לגג מסתמא יתרצה אלמא דאפי'

בדבר שיודעין עכשיו שיתרצה נמי לא מהני מ"מ היינו דוקא בתרומה דבעינן דעת בעלים ולא נתנה תורה כח להטיל שם תרומה אלא לבעלים לחוד. ובעינן למימר ע"י ניחותא דאח"כ דדמי כמו שהיה שליח הבעלים וזה לא אמרינן וכן גבי הכשר זרעים דלא מהני ניחותא דאח"כ לומר דדמי כאילו ידעו הבעלים קודם שנגבו כדי שעי"ז נעשו המשקין לרצון זה לא אמרינן (דהא מה דבעינן דעת בעלים אין הטעם משום דרשות בעלים מעכבת חלות הכשר דהא משקה שתחילתה לרצון מכשרת אע"פ שאין סופה לרצון אעפ"י שבעיקר ההכשר לא ידעו הבעלים כלל הרי חזינן דניחותא דבעלים דגבי הכשר לא משום עיכובא דידהו הוא שיכולין לעכב אלא גזה"כ הוא דבעינן שהמשקין שנופלים על הפירות יהא לרצון הבעלים ואז מכשירין ולהכי ניחותא דאח"כ לא מהני לומר דמה דניחא להו השתא דמי כאילו היה רצון בעלים מעיקרא ועיין בכ"מ (פי"ג מה' טומאת אוכלין) שהביא בשם הרשב"א ז"ל דלא בעינן דעת בעלים דוקא גבי הכשר אלא דדעת אחרים נמי מהני ויש להביא ראי' מהא דגיטין (דף נ"ג) בעושה מלאכה בפרת חטאת שנפסלת ע"י אחרים כמש"כ התוס' שם דכיון דכתיב עובד ניחותא דאחרים נמי מהני עיי"ש וא"כ ה"ה גבי הכשר כתיב יותן] אבל במידי שא"צ דעת בעלים ממש ולא בעינן אלא שלא יעכבו הבעלים כמו לאכול פירות דאם אין בעל הפירות מקפיד אין כאן איסור ואף שאין לו קנין בזה מ"מ כיון שאין הבעלים מקפידין אין כאן איסור גזל בזה גם לאביי אמרינן דכיון דודאי ניחא לי' ושרי וכיון דלכי מתיידע לי' יהא ניחא לי' גם השתא שרי ולהכי אכלו אמימר ור"א בבוסתנא דבר איסק משום דודאי ניחא לי' ולקמן בעזהי"ת נבאר יותר ונביא ראי' לזה:

ולפ"ז נ"ל דהא דאמרינן דלאביי לא מהני ניחותא דלמפרע גבי תרומה היינו אם בעינן טעמא דניחותא על התרומה שבעינן בעלים ממש אבל גבי הכרי דלא בעינן שיהא הבעלים ממש מתקנין את הכרי רק שלא יעכבו הבעלים כמו גבי איסור גזל וכמ"ש בשם הרשב"א ז"ל להכי אם אמדינן דעת בעלים שלא יקפידו מהני ניחותא דמעיקרא ואפילו היכא דלא הוי זכות רק שאין מקפידין ע"ז נמי מהני כמו דמהני לענין אכילת פירות של חבירו הואיל דלא בעינן קנין גמור:

ונראה לענ"ד שעפ"י דברינו אלה בביאור דברי הרשב"א ז"ל מיושבים דברי הרמב"ם ז"ל התמוהים שנלאו מפרשיו ליישב דבריו שז"ל (בפ"ה מהלכות תרומות) התורם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חבירו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותרם אם בא בעה"ב ואמר כא"י אם היה שם יפות תרומתו תרומה שהרי אינו מקפיד ואם לא היה יפות מהן אין תרומתו תרומה שלא אמר אלא דרך מיחוי ע"כ. וכבר תמה עליו הכ"מ דהא

בש"ס מוקמינן אליבא דאביי דהלכתא כוותי' ביאוש של"מ דמיירי בשוויה שליח דווקא וגם מסקינן שם דאפילו לרבא דסובר דהוי יאוש נמי בעינן דשויה שליח משום מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם ומדוע השמיט הר"מ ז"ל הך אוקימתא דשויה שליח ועיין בט"ז יור"ד שתמה ג"כ בזה וכתב בשם הב"י דר"מ ז"ל דחה סוגיא דפ' אלו מציאות מהלכה מחמת סוגיא דקידושין (דף נ"ב) בההוא סרסיא דקדיש בפרומא דשיכרא אתא מרי דשיכרא א"ל אמאי לא תיתיב מהני חריפא ואמר רבא לא אמרו כלך אצ"י אלא לענין תרומה בלבד אבל הכא משום כיסופא הוא דאמר:

והתם לא שויה שליח דהא מרא דשיכרא לא ידע כלל ואפ"ה הוי בעי למילף מתרומה אי לאו סברא דמשום כיסופא אלמא לא בעינן כלל דשויה שליח ודחה הט"ז דבריו דהא התם רבא אמר לה ורבא סובר יאוש של"מ הוי יאוש ולדידיה הוי שפיר קידושין בניחותא דמעיקרא ומסקנת דברי הט"ז דכיון דמשמע בסוגיא זו דגם בתרומה מיירי בלא שויה שליח מדיליף דכלך אצ"י הוי ניחותא מתרומה ש"מ דגבי תרומה נמי מיירי אפילו בלא שוויה שליח אע"ג דגבי תרומה בעינן לדעתיכם וע"כ דהש"ס סובר הכא דכיון דאיכא מצוה לא איכפת לן בלדעתיכם דלא כסוגיא דא"מ ה"נ אמרינן לענין ניחותא דמעיקרא דאע"ג דבכל דוכתא לא מהני ניחותא דמעיקרא אבל לענין תרומה מהני שפיר משום מצוה עכ"ד הט"ז בקצרה:

ודברי הט"ז ז"ל אינן מספיקים ליישב דברי הר"מ ז"ל. חדא דאם איתא דהרמב"ם סובר דסוגיא דא"מ וסוגיא דקדושין סתרי אהדדי הו"ל למיפסק כסוגיא דא"מ דהיא בתראה ועוד דבאמת אין כאן סתירה כלל דכיון דהתם רבא קאמר לה ואיהו סובר יאוש של"מ הוי יאוש שפיר הוי מצינו למילף דכלך אצ"י הוי לישנא דניחותא וזהו עיקר תלמודא דהוי מיבעי למילף מתרומה ואף דגבי תרומה מיירי בשוויה שליח מ"מ הרי חזינן דבמה שאמר כלך אצ"י אמדינן לדעתו דניחא לי'. וכי היכי דמהני גבי תרומה בשויה שליח ה"נ מהני גבי קידושין בלא שווי' שליח דיאוש של"מ הוי יאוש לרבא ואין כאן סתירה כלל בב' הסוגיות ועוד דהא קיי"ל בגיטין (ד' נ"ב) דאפוטרפוס תורם של יתומים להאכיל ולא להניח משום דכתיב אתם ולא אפוטרופוס וגם להאכיל כתבו התוס' שם (בדף מ') דהטעם משום דהפקר ב"ד הפקר והפקירו ב"ד התבואה של היתומים ונתנוהו לאפטרופוס כדי שיוכל לתרום. הא לאו הכי אין יכול לתרום ליתומים קטנים דמיקרי יאוש של"מ כדאמרינן בב"מ שם גבי חמרא דזיקא ואמאי לא אמרינן דמשום מצוה אמרינן כיון דאילו הוו ידעי הוי ניחא להו השתא נמי ניחא להו ויתרום האפוטרופס מדינא א"ו דלא מהני ניחותא גבי תרומה אף דהוי מצוה:

ולפי מה שכתבנו דבריו מכוונים מאוד במה שפסק בברייתא דתורם שלא ברשות אפילו בלא שויה שליח דהא הרמב"ם מפרש לה לברייתא שליקט לצורך עצמו דהא כתב שליקט פירות כדי שיקחם והכי משמע באמת לישנא דברייתא דקתני ואם חושש משום גזל. ורש"י ז"ל דחק עצמו לפרש דחושש מה שתרם שלא ברשותו משום גזל וזהו דוחק גדול אבל להרמב"ם ז"ל שמפרש שליקט ליקח לעצמו שייך שפיר לשון חושש משום גזל על שלקחם לעצמו וע"ז קתני בברייתא אם חושש משום גזל אין תרומתו תרומה ואם לאו תרומתו תרומה אלא שלפי"ז דמיירי שלקח הפירות לעצמו צריך להבין היכי מדמינן ליאוש שלא מדעת דהוי יאוש לרבא וה"נ מהני מה דאמר כאצ"י למהוי תרומה למפרע. הא גבי אבידה אמר התם בש"ס דגם רבא לא אמר דהוי יאוש אלא בדבר שאין בו סימן דסתמו עומד להתייאש אבל בדבר שיש בו סימן מודה רבא דלא הוי יאוש אע"ג דשמעינן דמייאש משום דאין סתמו עומד להתיאש:

והכא גבי תרומה היכי מהני מה דשמעינן אח"כ דניחא לי' למהוי תרומה למפרע הא ודאי אין סתמו עומד שיתרצה שיבא חבירו ויטול תרומת פירותיו ואע"ג דבלא"ה צריך לתתו לכהן מ"מ הא התורה זכתה לו בטוה"נ לתרום וליתן לכל כהן שירצה והיכי אמדינן אנן לדעתו שניחא לי' שיבא אחר ויתרום ויתן למי שירצה התורם הא ודאי אין סתמו עומד לזה ודמי לדבר שיש בו סימן דלא מהני יאוש דידיה למפרע ואף אם נימא דנהי דאין סתמו עומד להתרצות שיקח התורם הפירות לעצמו מ"מ בעיקר התרומה סתמו עומד להתרצות ומהני ניחותא דלמפרע לענין עיקר התרומה דע"י אמירת כאצ"י מתברר דעיקר התרומה ניחא לי' דז"א דכיון דלא מהני אמירתו לענין מה שיקחם לעצמו למפרע ממילא הוי לי' האי תורם כגזלן עד שעת אמירת כאצ"י. דהא הוא תרם לעצמו וגזלן שתרם קודם יאוש לא מהני תרומתו דהוא תרם ליקחם לעצמו והבעלים סתמא ניחא להו שיתרום וישארו אצל הבעלים ועוד דא"כ דמהני אמירת כאצ"י לברר הדבר למפרע לענין ההרמה אע"ג דלא מהני לענין ליקחם לעצמו א"כ אמאי קתני כלל בברייתא שתרם ליקח לעצמו כדמשמע לישנא דחושש משום גזל האי דינא דכאצ"י הוי מצי להשמיענו בתורם בשביל בעה"ב ואמר כאצ"י דהוי תרומה ולמה לי' למיתני בתורם ליקח לעצמו כיון דעל לקיחתו לעצמו לא מהני אמירת כאצ"י למפרע משום דאין סתמו עומד לזה:

לכן נראה לי דמיירי בכהן שתרם ליקח התרומה לעצמו כדמשמע לשון הרמב"ם ז"ל שתרם ליקח לעצמו היינו לאוכלם בעצמו [ולא בישראל שרצה למוכרם] ובזה א"ש הא דלרבא מהני כאצ"י למפרע דהא הכרי עומד ליתרום ולתת התרומה לכהן וכהן שתרם ליקחם לעצמו ובא בעה"ב ואמר דניחא לי' אמרינן דגם מעיקרא ניחא וכיון דאמרינן

דניחא לי' מעיקרא שיקחם לעצמו ממילא ניחא לי' בהרמתו דהא א"א ליקחם אא"כ יתרום ומהני גלוי דעתא דידי' למפרע דהא סתמו עומד לתת לכהן ודמי לדבר שאין בו סימן דמהני גילוי דעתא דיאוש למפרע ואי משום דמפסיד מיני' מצות ההפרשה דניחא לי' למיעבד מצוה בגופו ז"א דהא השתא נמי דמסכים להרמת התורם נמי הבעה"ב קא עביד המצוה במה שאמר כאצ"י דאם לא היה אומר כאצ"י לא הוי חיילא התרומה כלל ובאמירת כאצ"י נגמר ההרמה וא"כ הוא ניהו דקא עביד המצוה דהא תרומה בלא"ה עיקר מצותו במחשבה דהא ניטלת במחשבה דכתיב ונחשב לכם תרומתכם הלכך כיון שסתמו עומד לתת לכהן ועשיית המצוה נמי אין בעה"ב מפסיד דמי לדבר שאין בו סימן דמהני גילוי דעתא למפרע ואע"ג דודאי לא ניחא ליה שיקנה כהן התורם למפרע גוף הפירות קודם ההרמה דהא ודאי ניחא לי' לבעה"ב דליתעבד מצות ההפרשה בפירות שלו ובממונו ולא שיקנם הכהן קודם ההפרשה מ"מ בעיקר ההפרשה ניחא לי' ואח"כ יטלם הכהן לעצמו וכיון דניחא לי' בהפרשה דמי כאילו עשאו שליח להפריש לרבא דמהני גילוי דעתא דלבסוף גם למפרע אף לקבוע דין שליחות בהרמתו ולהכי מהני הרמתו אע"ג דלא קני לי' קודם ההרמה אבל לאביי קשה הא אין גילוי דעתא דלבסוף מועיל למפרע וליכא דין שליחות ותרומה בעי שליחות וע"ז פריך ותסברא הא בעינן לדעתכם ואף דלרבא מהני גילוי דעתא דלבסוף למפרע מ"מ לדעתכם לא מיקרי ולגבי תרומה בעינן לדעתכם וגזה"כ הוא כמ"ש הרשב"א ז"ל דזכות דמהני בכל התורה לא מהני בתרומה ובעינן לדעתיכם. א"ו דמיירי גם לרבא דשוויה שליח כדמסיק הש"ס:

הנה כ"ז למ"ד טוה"נ ממון ולא נפקא תרומה מרשות הבעלים גם אחר ההרמה הלכך לא מהני תרומת התורם אא"כ עשאו שליח בהדיא דכיון דאין לתורם קנין בגוף הפירות כמו שבארנו דאף דניחא לי' שיתרום מ"מ לא ניחא לי' שיקנה הפירות שעשאן תרומה קודם ההרמה דהא ניחא לי' דלתעביד מצוה בהני פירות כשהן עדיין ממונו [ורק שיקחם לעצמו ניחא לי' ולא שיקנם קודם ההרמה] וכיון דאין לו קנין בעצם הפירות והם של בעה"ב בעי שליחות דבעה"ב ושליחות דתרומה בעי לדעתכם ולהכי לא מהני אף לרבא דתורם שאינו שלו בלי שליחות לדעת בעה"ב לא מהני וגם ניחותא דמתברר למפרע לא מהני:

אבל לדידן דקיי"ל טובת הנאה אינה ממון והתרומה אחר ההרמה יוצא מרשות בעלים דמה שיש לו בהן טוה"נ לא מהני למיקרי ממונו א"כ מהני גילוי דעתא דלבסוף שיחול התרומה למפרע דהא בעיקר התרומה ובמה שלוקחם לעצמו ניחא ומהני ניחותא דידי' גם למפרע וכמו שבארנו דגם לאביי מהני ניחותא דלמפרע לברר שהדבר נעשה מרצונו

אלא שאינו מועיל לעשות בזה דין שליחות והכא לא בעינן קנינו לחלות התרומה מפני שע"י ההרמה יוצא מרשות בעלים ויהי' התרומה של כהן וכדאשכחן גבי גנב וגזלן שתרמו דקתני בסיפא דהך ברייתא בתוספתא (פ"א דתרומות) ומייתי לה בב"ק (דף ס"ז) דלהכי תרומתן תרומה משום דאחר התרומה יהא שלו אם תחול התרומה ויקנה לה ביאוש ושה"ש אע"ג דעד שעת ההרמה לאו דגזלן נינהו וה"נ בזה חל התרומה במה שאחר התרומה יהא שלו בקנין גמור שהרי תצא מרשות בעלים דטוה"נ אינו ממון וכיון דמהני ניחותא דבעלים בתרומתו ובמה שלוקחם לעצמו גם למפרע רק דבעינן קנין בפירות שתרם דלזה לא מהני ניחותא דלמפרע אמרינן דזה גופא קנינו מה שע"י התרומה יהא שלו דטוה"נ אינה ממון ואין אנו צריכין בזה לדין שליחות לדעת בעה"ב דאף דלענין שליחות לא מהני ניחותא דלמפרע מ"מ בזה שנעשה קנין ע"י ההרמה דמי לתורם את שלו כמו דאמרינן גבי גזלן שתרם דמהני כמו תורם של עצמו הואיל וע"י התרומה יהא לו קנין בהפירות וכ"ז כשאמר כלך אצ"י דמהני ניחותא למפרע לברר דניחא לי' לבעה"ב בכל מעשה התורם אבל אם לא אמר כאצ"י ואמרינן דלא ניחא לי' אז לא מהני תרומתו ואף דאם נימא דחיילה התרומה יצא מרשות בעלים דטוה"נ אינה ממון מ"מ נהי שיקנה פירות התרומה אבל הא גם בפירות הכרי בעינן ניחותא דבעלים ובלאו ניחותא דבעלים לא חיילה התרומה כמ"ש הרשב"א ז"ל דבהכי מיירי סוגיא דנדרים וכיון דלא ניחא לי' בתרומתו לא מהני מה שע"י התרומה נעשה קנין בפירות התרומה דהא לא חייל ההרמה מחמת דלא ניחא בהרמתו ובהכרי לא נעשה שום קנין ושפיר פסק הרמז"ל הך ברייתא אף בלא שויה שליח נמי מהני כאצ"י לפי מה שפסק בהלכות אישות (פ"ה) דטוה"נ אינה ממון משום דקושית הגמ' לאביי וכן הא דפריך ולטעמיך הוא רק לאביי דסובר [בסוגיא דגיטין שבארנו למעלה] דטוה"נ ממון ולא קני להני פירות ע"י תרומתו והוצרכנו לאמר דמהני גילוי דעתא דידי' למפרע כאילו עשה שליח וקשה לאביי אבל לדידן א"ש בלא שוי' שליח היכא דתרם ליקח לעצמו והכי דייק לשון הש"ס תרגמא רבא אליבא דאביי דשויה שליח דתירוצו הוא לפי מה דקשה על אביי דסובר טוה"נ ממון ונראה דמ"ש הרמז"ל התורם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חבירו וליקט תחילת דבריו דתורם שלא ברשות נמי מיירי שתרם ליקח לעצמו כמ"ש ותיבת כדי שיקחם קאי גם אתחילת דבריו רק דתחילת דבריו דתורם שלא ברשות מיירי שכבר היו הפירות בבית הבעלים מחוייבים בתרומה ואח"כ כתב או שליקט ותרם שהיו מחוברים אבל אידי ואידי מיירי בתרם ליקח לעצמו כלשון הברייתא ומיושבים היטב דברי הרמב"ם לפי מה שפסק טוה"נ אינה ממון:

ומעתה הרי ביררנו דעת הרמב"ם ז"ל והרשב"א ז"ל דבתרומה לא מהני זכות שיעשה שליח שלא מדעתו משום דבעינן לדעתיכם ובלי שליחות לא מהני:

והר"ן ז"ל כתב (בפ' התקבל) ע"ד הרמב"ן ז"ל שכתב בהא דאמרינן גבי גט דכל השומע קולי יכתוב גט לאשתי הוי שליחות והקשה ע"ז מהא דנדרים דכל הרוצה לתרום יבא ויתרום שרי במודר הנאה אלמא דזה לא מיקרי שליחות ותי' הרמב"ן דכל הרוצה לא הוי שליחות אא"כ נותן רשות לתרום והא דמהני גבי תרומה משום דגבו תרומה בגילוי דעתא סגי כדאמרינן באלו מציאות באמר כלך אצ"י ונמצאו יפות תרומתו תרומה וע"ז כתב הר"ן להקשות עלי' דהא אוקמינא הא דכלך אצ"י דוקא בשויה שליח דאי לא שויה שליח הא כתיב אתם גם אתם מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם ויצא לחלק מזה דשאני תרומה וגט ממודר הנאה דכל הרוצה הוי שליחות מעליא בגט ותרומה אבל גבי מודר הנאה לא אסרינן אלא בצוה לו בהדיא עיי"ש. עכ"פ חזינן דגם הר"ן ז"ל מסכים לגירסא דאתם גם אתם מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם:

ועוד נ"ל ליישב דברי הרמב"ן ז"ל באופן שגם הוא אזיל בשיטת הרשב"א והר"ן ז"ל דבתרומה בעי דווקא לדעתיכם וכגירסת הש"ס דילן דהא באמת יש לתמוה טובא על הרמב"ן ז"ל דמשמע מדבריו כפי פי' הר"ן ז"ל דבתרומה לא בעינן שליחות כלל ובנותן רשות לתרום סגי אף כשאין כאן לשון שליחות כלל ומי איכא למימר דבתרומה לא בעינן שליחות הא עיקר שליחות בעינן למילף בקידושין (דף מ"א) מתרומה וכן אמרינן בב"מ (דף ע"א) דעיקר שליחות מתרומה ילפינן עכ"נ ברור בכוונתו ז"ל דבאמת גם היכא דהשליח נעשה שלא מדעת המשלח נמי מיקרי שליחות דהרי גבי גט דכתיב ושלח ושלחה ותנן בגיטין (דף י"א) האומר תן גט זה לאשתי ושיחרור זה לעבדי דהיכא דזכות הוא לעבד אם רצה לחזור לא יחזור ומתגרש מיד בקבלתו וכתב הר"ן שם דמכאן משמע דאדם יכול ליעשות שליח אף שלא בידיעת וצוואת משלח:

ובקידושין (דף מ"ה) אמרינן ודילמא ארצויי ארצי קמיה ופרש"י ז"ל שגילה דעתו לאביו שהוא חפץ בה והאב נעשה לו שליח מאיליו וזכין לאדם שלא בפניו וכן פי' הרא"ש שם הרי שאף שלא אמר להאב בפי' שיקדשנה נמי נעשה לו שליח:

אלא דגבי כתיבת ונתינת הגט מיד הבעל בעינן שיצוה הבעל לכתוב כדאמרינן בגיטין (דף ע"א) עד שיאמר לסופר שיכתוב ולעדים ויחתמו ולא מהני מאי דניחא לי' רק בעינן שיצווה לעשות הדבר ולדעת כמה רבוותא אין הטעם משום שליחות כלל דלא בעינן שליחות בכתיבה כמ"ש התוס' והר"ן בגיטין (דף כ"ב) ומהאי טעמא מכשרינן כתיבת חשו"ק והא דמוזכר בש"ס בכמה דוכתי בזה שליחות לאו משום לתא דשליחות הוא

אלא משום לשמה דלא מיקרי לשמה אלא א"כ נכתב בצוואת הבעל וגם הרמב"ן והר"ן הם עומדים בדיעה זו עכ"פ חזינן דיהיה מאיזה טעם שיהי' או מטעם שליחות או מטעם לשמה בעינן שיאמר בצוואתו לסופר לכתוב ולעדים לחתום ולא סגי במה שגילה דעתו דניחא ליה:

ולזה כתב הרמב"ן ז"ל בהא דכל הרוצה לא הוי שליחות במודר הנאה ובגט ובתרומה מהני כל הרוצה לתרום יבא ויתרום משום דכל הרוצה לא הוי שליחות ואין כוונתו דלא הוי כלל שליחות אלא דלא הוי שליחות של צווי ואין ה"נ דהשומע ורוצה לעשות שליחותו נעשה שלוחו במה שעושה הדבר אלא דלשון ציווי לא הוי הלכך בגט דבעינן שיאמר דווקא לסופר והסופר לא מצי למשווי עצמו שליח לא מהני כל הרוצה אבל בתרומה דלא בעינן ציווי ואפילו לפי מה דמסקינן דבעי מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם היינו דבעי שידע הבעה"ב מזה אבל ציווי ממש לא בעינן וכשאמר כל הרוצה הרי איכא ידיעה ומייתי ראיה לזה דלא בעינן ציווי מסוגיא דא"מ דמהני כאצ"י אלמא דלא בעינן בתרומה ציווי של שליחות דאטו הש"ס דהוי מפרש בתחילה ברייתא דכאצ"י בלא שויה שליח לא ידע דבתרומה בעינן שליחות וכי לא ידע מדרשא דאתם גם אתם א"ו דידע דבעינן שליחות אלא שא"צ שיצוה לתרום רק שיגלה דעתו דניחא ליה ואז נעשה התורם שלוחו מעצמו בלי ציווי דזה נמי מיקרי שליחות כמו בקבלת גט שיחרור ולהכי כיון דהוי סובר דגילוי דעתא דאח"כ נמי מהני ודמי כמו שגילה דעתו מתחילה להכי מהני כלך אצ"י. והש"ס דדחי ותסברא מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם אין כוונת הש"ס דמחוסר ציווי אלא דבעינן שידע המשלח שהשליח עושה שליחותו שיהא לדעתו דומיא דאתם אבל ציווי ממש ודאי דלא בעינן כמו שהיה סבור מעיקרא ובלא ציווי נמי נעשה שלוחו דמקרא מה אתם לא מוכח דבעי ציווי רק דבעי לדעתו ולהכי מהני כל הרוצה לתרום דלא גרע מגילוי דעת מעיקרא דניחא ליה דמהני לרבא ולדעתיכם נמי הוי דהא אמר כל הרוצה ונעשה מעצמו שלוחו אבל גבי גט דבעינן ציווי לסופר ולעדים לא מהני גם כל הרוצה יכתוב דלשון זה לא הוי ציווי וכל זה ברור ונכון בכוונת הרמב"ן ז"ל:

ולפ"ז גם הרמב"ן מודה לסברת הר"ן דבתרומה אמרינן מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם וכגירסת הש"ס דילן רק שהביא מהס"ד דש"ס דלא בעינן ציווי דהא חזינן מעיקרא דהוי סובר דמהני בתרומה בניחותא דלבסוף ואע"ג דלא הוי שום ציווי מהבעלים ונהי דמסיק דבעינן לדעתיכם היינו שידעו הבעלים בשעת הפרשה שזה נעשה שלוחו אבל ציווי לא בעינן:

סימן קט

והתה"ד כתב (בסימן קפ"ח) דמשרתת הבית מותרת להפריש בלי רשות בעלת הבית אם רואה שהעיסה מתקלקלת וטעמו הוא כיון דמתקלקלת העיסה זכות הוא לה וזכין לאדם שלא בפניו וקי"ל זכיה מטעם שליחות אתרבי ולענין תרומה רבינן שליחות מאתם גם אתם וה"נ המשרתת נעשה שלוחה אפי' שלא מדעתה כיון דרגילות לפעמים שהבעה"ב נותן רשות למשרתת להפריש חלה ואע"ג דבפ"ק דחולין אמרינן דהאומר לשלוחו צא ותרום ושמע אינש אחרינא ותרם אין תרומתו תרומה והוי תורם של"מ אלמא אע"ג דידע האי בעידנא דתרם דניחא לי' לבעה"ב לתרום שהרי צוה לשלוחו לתרום מ"מ הואיל דלדידי' לא עביד שליח לא מהני י"ל דדוקא התם לא מהני משום דאיכא למימר דמקפיד שזה דוקא יתרום שיודע דרכו ומידתו אם יפה או בינוני אבל בהפרשת חלה בזה"ז דהכל שווין ליטול כזית ולשורפה אין לומר כלל שיש קפידא מי יפריש ויתרום ותו דאיכא למימר מטעם שיש לחוש לקלקול העיסה ליכא קפידא כלל וכן לענין גט היכא דידעינן דזכות הוא לה וניחא לה בגירושין לא הוי קפידא מי יקבל הגט במקומה ואי ק"ל הא דתניא בב"מ הרי שמצאו וא"ל כלך אצ"י דבלא שויה שליח לא מהני משום דבעי שלוחכם לדעתיכם דל"ד כלל דהתם בשעה שנעשה שליח לא ידעינן כלל דניחא לי' ובעינן לומר דלמפרע הוי שליח להכי לא מהני. משום דבעינן למידע בשעה שנעשה שליח דזכות הוא וניחא ליה וכה"ג הוי דומיא דאתם דאנן סהדי אי הוי הכא הויא ניחא לה אבל היכא דבשעה שנעשה שליח לא ידע לא הוי דומיא דאתם עכ"ל תה"ד והביאו הרמ"א ביור"ד (סימן שכ"ח) בקיצור ולפמש"כ בשם הרשב"א מוכח דלא סבר לי' למש"כ התה"ד דהא הרשב"א מקשה גבי תורם משלו על של חבירו דבעי למימר דמהני בלא דעתו משום דזכות הוא לו הא גזה"כ הוא דבעינן לדעתיכם ומאי מהני זכות והוצרך לתרץ דלדעתיכם לא בעינן בכרי רק בעצם התרומה הרי דבתרומה דבעינן לדעתיכם לא מהני אף שידעינן בשעה שתורם דזכות הוא לו אין זה לדעתיכם ולא מהני זכות אלא בכרי דלא בעינן שליחות ממש אבל לא בתרומה ואף שהכ"מ (בה' תרומות) כתב דהר"מ לא גרס הך ותסברא דהא לא מייתי כלל אוקימתא דשווי' שליח הא כבר יישבנו שיטת הר"מ על נכון באופן שגם הוא היה גורס ותסברא:

ומש"כ התה"ד דכיון דידעינן דניחא לה שתפריש המשרתת נקרא לדעתיכם ולא מקרי שלא לדעתיכם אלא אם בשעה שתרם לא ידעינן אי ניחא ליה אבל אם בשעה שתרם ידעינן מקרי שפיר לדעתיכם זהו תימא דהא כבר כתבנו בשם הש"מ שכתב בשם הרמב"ן ז"ל להקשות דמדמקשי הש"ס לאביי מכלל דלרבא ניחא ליה מה דהוה תרומה והלא

רבא לא קאמר דמהני למפרע אלא בדבר שעומד להתרצות אבל בדבר שאינו עומד להתרצות לא מהני כמו דלא מהני יאוש למפרע בדבר שיש בו סימן ותי' דגם בתרומה כיון שעומד לתרום מסתמא יתרצה. ומטעם זה פי' הש"ס בברייתא דדוקא אם נתברר שחושש משום גזל לא הוי תרומה אבל בסתמא הוי תרומה משום דמסתמא ניחא ליה עיי"ש בדבריו דדייק לה מלשון הברייתא הרי חזינן דגם בתורם שלא מדעת אמרינן דודאי ניחא ליה ואפ"ה פריך ותסברא מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם אלמא דבתרומה בעינן דעת בעלים ממש ולא מהני הא דידעינן דניחא ליה ואין לומר דהתם נהי דאמדינן דעתיה דניחא ליה מ"מ ליכא טיבותא לבעלים במה שמפריש בלא דעתו משא"כ בנידון דתה"ד דאיכא נמי טיבותא לבעלים מפני שהעיסה מתקלקלת בניחותא כהאי שפיר מקרי לדעתכם. דזה דוחק דכיון דניחותא לא מקרי לדעתכם מה יוסף תת כח במה שטובה היא לבעלים דמ"מ לא מקרי לדעתיכם ומגופא דסוגיא דנדרים (דף ל"ו) מוכח הכי דהוצרך לאוקמי דתורם תרומותיו לדעתו דבעל הכרי ומשל בעל הכרי ובאומר כל הרוצה לתרום ולא משני בשלא לדעתו ממש רק בגוונא דהוי זכות לבעל הכרי א"ו דמשל בעל הכרי לא מהני מה שתורם אחר אם לא מדעת בעל הכרי ממש משום דבעי שליחות גמור ומדעתו דווקא:

ומש"כ התה"ד להביא ראי' מגט אשה ומשיחרור דבעינן שליחות ממש ואפ"ה אמרינן היכא דהוי זכות נעשה שליח שלא מדעתו וה"נ בתרומה נימא הכי ע"ז כבר הבליע הרשב"א ז"ל בנעימת לשונו דגזירת הכתוב הוא גבי תרומה מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם:

אלא שלכאורה קשה מהא דאמרינן בקידושין (דף מ"א) אתם גם אתם ל"ל נלמוד מקדשים ודחק שם בזה. ולפי שיטת הרשב"א ז"ל הא מצי לשנויי דאיצטריך לדרשא דאתם גם אתם לדעתיכם דוקא שדין זה הוא רק בתרומה לחוד וקמ"ל דאין אדם יכול ליעשות שלוחו של בעל הכרי שלא מדעתו ואף לדידן דקיי"ל דגם בכה"ת דניחותא מעיקרא לא מהני מ"מ במידי דהוי זכות הא מודה אביי דמהני מאי דאמדינן דעתי' דניחא ליה דמהאי טעמא מהני זכות השליח בגט שחרור וגט אשה במקום דהוי זכות ואיצטריך לאשמעינן דבתרומה לא מהני ותו ק"ל דהא הרשב"א בחידושיו לנדרים בבעיא דהני כהני שלוחי דידן או שלוחי דרחמנא נינהו ופשיט דשלוחי דרחמנא נינהו כדתנן מקריב עליו קני זבין ויולדות ואי שלוחי דידן נינהו הא קא מהני ליה ומשני שאני מחוסרי כפרה דאר"י הכל צריכין דעת בעלים חוץ ממחוסרי כפרה ופי' הרשב"א ז"ל דפשיטת הש"ס דא"א שלוחי דידן נינהו ודאי דצריך דעת בעלים וכדאמר בעלמא מה אדם לדעתיכם אף

שלוחכם לדעתיכם וא"כ אסור במודר הנאה לעשות שליחותו מדעתו יעיי"ש בדבריו שם הרי דהאי כללא דלדעתיכם לאו בתרומה לחוד הוא אלא בכל התורה במידי דבעי שליחות בעינן דעת משלחו וא"כ קשה מ"ש גבי גט דנעשה שליח בדבר שהוא זכות בלי דעת משלחו:

ונ"ל דבאמת הא דקאמר מה אתם לדעתיכם לאו מקרא קא דריש ליה אלא מסברא בעלמא דפשיטא ליה להש"ס דדבר שאם הבעלים עושין אותו שלא מדעת מהני יכול גם אחר להעשות שליח עבורם שלא מדעתם כמו בגט שחרור דאם זרק גט להעבד והעבד לא ידע מזה נמי משתחרר וכן בגט אשה מהני כדאמרינן בגיטין (דף נ"ה) בכנסי שט"ח זה עיי"ש ובדף ע"ח בתוס' וברמב"ן להכי היכא דזכות הוא לו יכול גם אחר להעשות שליח עבורו שלא מדעתו ומהני כיון דידעינן דודאי ניחא ליה אבל בדבר שאם עשאו בעצמו שלא מדעת לא מהני כמו תרומה דכתיב ונחשב לכם תרומתכם אין השליח יכול לעשות עצמו שליח שלא מדעתו ואפי' ניחותא לא מהני ואפי' אם ידעינן השתא דוודאי ניחא ליה נמי לא מהני ובעינן שהבעלים יעשו אותו שליח (וכן גבי ממונא דקי"ל זכין לאדם שלא בפניו ודעת כמה רבוותא דהוא מטעם שליחות הוא נמי מטעם דאדם יכול ליקנות ממון שלא מדעת דקיימא לן חצירו וידו קונה לו שלא מדעתו] ודבר זה פשיט ליה להש"ס מסברא דבמידי דבעלים צריכין לעשותו בדעת ובכוונה אם נעשה ע"י שליח צריך שידעו הבעלים ושפיר כתב הרשב"א ז"ל גבי קרבן דאם בעינן שליחות והכהן שלוחא דידן הוא בעי לדעתכם דווקא דהקרבת הקרבן בעי כוונה ואין אדם נעשה שליח לחבירו שלא מדעתו במידי דבעי כוונה ודעת וכה"ג כתבו התוס' בשם הירושלמי בחולין (דף י"ג) לענין מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו דבתרומה שכתוב בו מחשבה אין מעשה מוכיח על מחשבתו ובכל דוכתי מעשה מוכיח על מחשבתו וה"נ לענין שליחות כיון דבתרומה עיקרו במחשבה אינו נעשה שליח שלא מדעתו וכן בקדשים וכן נ"ל מלשון רש"י ביבמות (דף קי"ג) שכתב תורם שאינו שלו ולא צוהו בעה"ב דשליחות נפקא לן מאתם גם אתם הלכך מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם ע"כ מלשון זה משמע ודאי דמסברא בעלמא ידעינן דבעינן דומיא דאתם ולא שיש קרא מיותר ע"ז ופשיטא ליה להש"ס דלא מהני בתרומה הא דזכות הוא לו דכיון דלא ידע הבעה"ב לא מהני ובתורם משלו על ש"ח דמהני זכות ע"כ הוא משום דלא בעינן שליחות בתיקון הכרי להכי מהני זכות:

וראיתי להתוס' בקידושין (דף נ"ו) שהקשו בהא דאמרינן לקח בהמה טמאה ועבדים במעות מ"ש יאכל כנגדן הא קיי"ל כר' יוחנן דגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם

יכולים להקדיש. ומה"ט אמרינן גבי צנועין דלא מצי מחללי מע"ש שביד הגזלנים ותי' דהתם אין הצנועין יכולים לחלל משום דהגזלנים עצמן לא מצי מחללי משום דלאו דידהו הוא אבל גבי יאכל כנגדן דלאו בתורת גזל אתי לידיה דמוכר יכול לחלל להכי גם הלוקח יכול לחלל בתורת שליחות כיון דאינהו מצי עבדי שלוחייהו נמי מצי עבדי כמו תורם משלו עש"ח עיי"ש בדבריהם:

הנה מבואר מדבריהם דתורם משלו עש"ח הוא מטעם שליחות הבעלים ולהכי בעינן שהבעלים בעצמן יהא בידם לחלל וגבי צנועין דהגזלנים לא מצי לחלל גם בעה"ב ל"מ לחלל גם מוכח מדבריהם דשייך שליחות בזה אף שלא מדעת המשלחו וכדברי התה"ד דכל היכא דניחא ליה מקרי לדעתיכם ובזה חולקין על הרשב"א ז"ל בשתים שהוא ז"ל סובר דכל היכא דבעינן שליחות בדבר הדומה לתרומה כמו חילול מעשר בעינן דעת בעלים ממש ולפ"ז הא דאמרינן בלקח בהמה טמאה ועבדים יאכל כנגדן ומחלל הלוקח שלא מדעת המוכר ע"כ לאו מטעם שליחות הוא רק מטעם דפדיון מעשר דומה לתורם משלו עש"ח דכמו דהתם מפקיע קדושת הכרי במה שתורם מפירותיו כן גבי חילול מפקיע קדושת המעשר במעותיו ובתורם משלו עש"ח לא בעי כלל שליחות אלא ניחותא בעלמא וכיון דניחא לבעלים מצי לתרום ולחלל בלא שום שליחות לפי דעת הרשב"א ז"ל:

ונראה שהתוס' בב"ק (דף ס"ח) סותרין לדבריהן בקידושין הנ"ל ואזלי בשיטת הרשב"א ז"ל דתורם משלו עש"ח לא מטעם שליחות הוא שכתבו שם בד"ה הוא דאמר כצנועין. והקשו שם אהא דאמרינן דצנועין לא סברי להא דר"י דאינהו אמרי כל הנלקט מזה יהא מחולל על המעות ור"י סובר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהן אינן יכולים להקדיש כו' וע"ז כתבו וז"ל מיהו דבר תימא הוא דהיכי מדמה הקדש לחילול דלמה לא יוכל לחלל נטע רבעי ומע"ש ש"ח שלא מדעתו כיון דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו והא דמיבעיא לן באין בין המודר (דף ל"ו) התורם משלו עש"ח צריך דעת בעלים או לא היינו טעמא כדקאמר התם דדלמא ניחא ליה למיעבד מצוה בממוני' אבל הכא וכי אין טוב להם למלקטים שיחללו אותם הבעלים ממה שיאכלו בלא חילול עכ"ל ולא חשו למה שכתבו בקידושין דכיון דהמלקטים עצמן לא מצי מחללי הבעלים נמי לא מצי לחללו דמלתא דאיהו לא מצי עביד שלוחו נמי לא מצי עבד ומוכח מזה דסברי דלא בעינן שליחות כלל בתורם משלו עש"ח אלא בניחותא בעלמא סגי כיון דזכות הוא לו ולהכי שפיר הקשו דהא דצנועין שפיר מצי סברי כר"י כיון דאפילו היו הפירות של המלקטים לגמרי נמי הוה מצי בעה"ב לחלל מטעם תורם משלו עש"ח כש"כ השתא שהפירות הן בגזל אצל המלקטים:

ונראה ליישב קושיתם לפי שיטה זו שהוא שיטת הרשב"א ז"ל ונ"ל לפי מש"כ התוס' בתמורה (דף כ"ז) בהא דאמרינן הקדש שוה מנה שחללו על ש"פ מחולל הוא דווקא בעלים שחיללו אבל אחר שחילל בעינן דווקא בשווי' דהא תנן הקדשות ומע"ש שאין דמיו ידועין בשלשה אלמא דבעי דוקא פדיון בשווי' ולפ"ז לא קשה קושית התוס' כיון דצנועין לא ידעו כמה לקטו אם איתא דחללו בתורת אחר המחלל הא בעינן דווקא בשווי' ובעי שלשה לשום כמה לקטו ולחלל על שיעור הלקיטה ולא משמע לי' לר' יוחנן שהצנועין אמרו כן אחר שומת שלשה אלא סתמא אמרו בעצמן כל הנלקט יהא מחולל א"ו דחיללו בתורת בעלים ובעלים לא בעי שווי' ומזה למד ר' יוחנן דצנועין ור"ד אמרו דבר אחד דאף דלאו ברשותייהו נמי מיקרי בעלים אבל גבי לקח בהמה טמאה ועבדים דידע כמה נתן עבורם ודמיו ידועים שפיר אמר יאכל כנגדן ומחלל כמו אחר דהא מחלל בשוויה [ולאו משום שליחות דמוכר קא עביד דמצי לחלל של חבירו בלי שום שליחות כמו לתרום עש"ח דא"צ שליחות לזה]:

ולפ"ז יש ראיה לשיטת הרשב"א ז"ל דמידי דבעי דעת בעלים לא מהני שליחות שלא מדעת דאי נימא דמהני שליחות שלא מדעת א"כ קשה מנ"ל לר' יוחנן דצנועין סברי דאדם יכול לחלל דבר שאינו ברשותו דילמא מחלו לגבי המלקטים וכמש"כ בב"ק (דף ק"ט) דלהגזלן גופא ודאי דיכול הנגזל לתת במתנה וחיללו בתורת שליחות מהמלקטים דהוי נמי דין בעלים דשלוחו כמותו ויכולין נמי לחלל אף שלא בשווי' א"ו דא"א לעשות שליח שלא מדעת בעלים גבי חילול משום דחילול מע"ש בעי דעת ואי מחלי לגבי מלקטים ודאי דלא מצי לחלל בשליחותייהו דמה אתם לדעתיכם ושפיר מוכח דסובר אדם יכול לחלל דבר שאינו ברשותו דכיון דע"כ החילול היה בתורת בעלים והיינו שהצנועין חשובין בעלים ולהכי לא בעי פדיונו בשווי' א"כ ש"מ דסובר כר' דוסא דגזילה מקרי ברשות בעלים ואין לומר דאתיא כר"מ דאמר מע"ש ממון גבוה הוא ולא מצי יהיב במתנה כדאמרינן בקידושין (דף נ"ד) דהא שם בסוגי' דב"ק משמע דרבא בעי לאוקמי כר' מאיר אבל ר' יוחנן לא מוקי לה כר"מ עיי"ש:

אבל לשיטת התוס' והתה"ד שכתבו דשייך שליחות אף שלא מדעת בעלים א"כ ודאי דקשה מנ"ל להוכיח דסברי כר' דוסא דאדם מקדיש דבר שאינו ברשותו דלמא יהבי במתנה להמלקטים וחללו אח"כ בשליחותן משום דודאי ניחא להו:

וה"נ משמע פשטא דלישנא דש"ס דנדרים בבעיא דהני כהני שלוחי דידן או שלוחי דרחמנא ופשיט ממשנה דמקריב עליו ומשני דמיירי במחוסר כפרה דא"צ דעת בעלים דאר"י הכל צריכים דעת בעלים חוץ ממחוסרי כפרה שהרי אדם מביאן על בנו ובתו

הקטנים ולעולם בכל הקרבנות הוי שלוחי דידן רק במחוסרי כפרה שרי כיון דלא בעינן בי' דעת בעלים לא עביד שליחותיי' ושרי ומשמע דמוכיח דגבי מחוסרי כפרה לאו שלוחי דידן נינהו מדא"צ דעת בעלים וכ"כ שם הרשב"א בחידושיו וז"ל דאי הוי אמרינן דא"צ דעת בעלים ודאי שמעינן דשלוחי דרחמנא נינהו דאי שלוחי דידן ודאי צריכין דעת בעלים וכדאמרינן בעלמא מה אתם לדעתיכם עיי"ש:

מיהו לכאורה אין זה מוכרח דהא אפשר לפרש דהש"ס מוכיח דשלוחי דרחמנא נינהו במחוסרי כפרה מדמביא קרבן על בנו קטן דהא קיי"ל אין שליחות לקטן ואיך נעשה שלוחו א"ו שלוחי דרחמנא נינהו וקשה באמת על רש"י ור"ן שלא פירשו כן מיהו אפשר לומר דנהי דאין שליחות לקטן מ"מ כיון שהתוס' כתבו בקידושין דהא דאיבעי לן אי שלוחי דידן היינו אי שלוחי דידן נמי הוו אבל שלוחי דרחמנא ודאי הוו דאי לא"ה מי איכא מידי דאיהו לא מצי עבד ושליח מצי עבד רק משום דשלוחי דרחמנא ודאי הוי אז מצי משווי שליח אף דאיהו לא מצי עביד א"כ ה"ה לענין שליחות קטן אף דאין שליחות לקטן מ"מ כיון דעביד בשליחותא דרחמנא מצי עביד נמי בשליחות הקטן וכה"ג מצינו בפ"ק דב"מ (דף ח') לענין שליח לדבר עבירה דשותפין שגנבו חייבין ולא אמרינן אין שלד"ע כיון דעביד גם לדעתי' דנפשיה ומסוגיא זו דנדרים נמי משמע הכי דפריך לקמן אלא מעתה יביא פסח על חבירו שכן מביא פסח על בניו הקטנים ומשני שה לב"א לאו דאורייתא וקשה איך הוה למ"ד שה לב"א דאורייתא ומביא על בנו קטן הא בפסח וודאי בעינן שליחות גמור דהא ילפינן בקידושין מושחטו אותו כל קהל עדת ישראל וכי כל הקהל שוחטין כו' אלא מכאן ששלוחו ש"א כמותו בפסח א"כ איך אפשר לשחוט בשביל קטן אי שה לב"א דאורייתא הא אין שליחות לקטן א"ו דכיון דעביד גם בשביל עצמו מצי עביד גם בשביל קטן וכמו דאמרינן לענין שליח לד"ע א"כ כיון שהוכחנו דמהא דשליחות לקטן אין ראיה דלאו שלוחי דידן נינהו ע"כ דמייתי הש"ס דלאו שלוחי דידן משום דאי שלוחי דידן א"כ הא בעינן לדעתיכם וכדברי הרשב"א ז"ל. מיהו המעיין ברש"י ז"ל בסוגיא יראה דמפרש כפשוטו דכיון דא"צ דעת בעלים א"כ אף אי שלוחי דידן נינהו מ"מ לא אסור דאין איסור בעשיית שליחותו במודר הנאה אלא כשיודע ומצוה לו אבל כשאין המדיר יודע מזה אף דהמודר עושה בתורת שליחות גמור נמי לא איכפת לן כהא דאמר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום דלענין תרומה הוי שליחות ואפ"ה במודר הנאה שרי ש"מ דלא אסר בעשיית שליחות במודר הנאה אלא כשעושה מדעתו אבל בלא דעתו אף במידי דבעינן שליחות גמור לא איכפת לן ושפיר דחי דבמחוסרי כפרה מיירי דלא בעי דעת בעלים יכול הוא להקריב עבורו אף דהוי שלוחי דידן והכי עדיף טפי לפרש

דלפ"ז גם במחוסרי כפרה הוי שלוחי דידן כמו בכל הקרבנות ואפ"ה שרי במודר הנאה הואיל וא"צ דעת בעלים וא"צ לחלק בין מחוסרי כפרה לשארי קרבנות לענין שלוחי דידן או שלוחי דרחמנא כדמשמע בלשון הרשב"א ז"ל דאף דבכל הקרבנות הוי שלוחי דידן אבל במחוסרי כפרה הוי שלוחי דרחמנא וזה דוחק גם אין להוכיח איפכא דכיון דא"צ דעת בעלים א"כ איך יכול להקריב עליו הכהן בלא דעת בעלים דהא הוי שלוחי דידן ובעינן מה אתם לדעתיכם כו' א"ו דלא אמרינן מה אתם לדעתיכם ואף שהמקריב מביא בעצמו בעינן לדעתו דהא אם יביא בעצמו ודאי דצריך דעת דמתעסק בקדשים פסול כדאמרינן (בפ"ק דחולין ובפ"ק דזבחים) משום חולין פסול דהיינו שהוא צריך לידע שזהו קרבן מ"מ חבירו שמקריב עליו יכול להעשות שלוחו בלא דעתו דלא דרשינן מה אתם לדעתכם כו' ז"א דכבר כתבנו דכיון דשלוחי רחמנא נמי הוו להכי הוו שלוחי דידן נמי אף בלא דעתו וכמו דאמרינן לענין שליח לד"ע וכמש"כ לענין שליחות לקטן:

[**ובזה** היה נ"ל לומר בהא דקשה לי במה דאמרינן בכתובות (דף י"א) גר קטן היו מטבילין אותו ע"ד ב"ד משום דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו עיי"ש בתוס' שכתבו שם בסוף דבריהם דהוי גר מן התורה משום דהוי זכות גמור וע"ז דחקו עצמן דהא אין שליחות לקטן ותירצו משום דאתי לכלל שליחות עיי"ש ולפי גירסת כל הספרים דבעינן מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם כו' וכמש"כ דבמידי דאם עשה בעצמו צריך דעת אין השליח יכול לעשות שלא מדעתו א"כ כיון דגירות ודאי דבעי דעת דהא בעי קבלת מצות א"כ איך אפשר להעשות שליח עבורו אבל לפי הנ"ל א"ש דהב"ד הוו שלוחי דרחמנא לגייר הקטן הבא להתגייר וכיון דעבדי לנפשייהו הוו נמי שלוחי הקטן אף שהוא קטן ואף דלא הוי מדעתו:

וכמש"כ דבמלתא דעביד לנפשי' שפיר הוי שליחות אף לקטן ובשלא לדעת המשלח ועיין ברא"ש ביבמות (דף מ"ז) ובתוס' סנהדרין (ס"ח) שכתבו דילפינן זה מזה שהיה בשעת מ"ת כמה יונקי שדים והיה מועיל גירותם משום דעת ב"ד והחיוב הוא על ב"ד מיהו זה אינו דבקידושין (דף מ"א) דילפינן שליחות מחלוקת הארץ מדכתיב ונשיא א' למטה ופריך ותסברא והא קטנים הוי ואין שליחות לקטן אלמא דגם גבי ב"ד שייך אין שליחות לקטן ודוחק לומר התם גבי חלוקת הארץ שאני דלא נעשו ב"ד אלא לחלוקת הארץ כדכתיב קרא שם ולא שייך בזה שהם גם שלוחי דרחמנא שהוא רק דרא דממונא משא"כ גר הבא להתגייר והוא קטן שנעשים שלוחי דרחמנא להכניסו תחת כנפי השכינה ולשיטת ר"י בתוס' דהוי רק מדרבנן בלא"ה לא קשה כלל משם ודו"ק]:

הנה נתבאר לעיל דדעת תה"ד דתורם משלו עש"ח הוא נמי מטעם שליחות כמו תורם משל בעל הכרי ומיקרי נמי לדעתיכם משום דכל היכא דזכות הוא לו מיקרי לדעתיכם ממש ודעת הרשב"א ז"ל דגבי תרומה דבעינן לדעתיכם בעינן שידעו הבעלים ממש שהוא תורם בשליחותו ואפי' היכא דהוי זכות גמור נמי לא מהני שלא מדעתו ובתורם משלו עש"ח דמהני הא דזכות הוא לו הוא משום דלא בעינן שליחות כלל בתורם משלו עש"ח ובניחותא בעלמא סגי ונראה דנ"מ טובא לדינא כגון אם תרם משלו על של הפקר דלדעת התה"ד דבעינן נמי שליחות גבי כרי א"כ כמו שאם תרם פירות הפקר על כרי שלו לא מהני כמ"ש לעיל בשם הירושלמי דבעינן בעלים ממש ה"נ אם תרם על כרי של הפקר לא מהני דבעינן בעלים בכרי כמו בעצם התרומה ובלא רשות בעלים או שליחותן אין הכרי יוצא מידי טבלו אבל לשיטת הרשב"א ז"ל דלא בעינן שליחות גבי כרי ולא קפדינן אלא שלא יעכבו הבעלים וכל שאינן מקפידין יכול אחר לתרום שלא מדין שליחות א"כ אם תרם על כרי של הפקר נמי מהני ויצא מידי טבלו כיון שאין להם בעלים:

ולכאורה יש להביא ראי' לדעת הרשב"א ז"ל דלא בעינן שליחות בתרומה אלא על הפירות שנתפסים בקדושת תרומה אבל בפירות הכרי לא בעינן שליחות אלא ניחותא בעלמא מהא דאמרינן בחולין (דף קל"א) הרי שאנסו בית השר גרנו אם בחובו חייב לעשר ואם באנפרות פטור מלעשר עיי"ש וא"כ הרי חזינן דאם בחובו חייב לעשר מפירותיו על הפירות שביד האנס ומשמע ודאי דאפילו באנס כותי נמי דינא הכי דמעשר מפירותיו על פירות שנטל האנס והא האי אנס ודאי דקני להני פירות שנטל בתורת גביית חוב או בייאוש ואפ"ה יכול לתרום על הפירות שביד האנס אע"ג דאין שליחות לכומ"ז. ואם נימא דבעינן שליחות גם על הכרי כדעת התה"ד א"כ לא חיילא שם תרומה על פירותיו שתרם על הכרי שביד האנס והויין להנך פירות שתרם טבל בעלמא:

אבל לדעת הרשב"א ז"ל ניחא כיון דלא בעינן. שליחות בכרי אלא ניחותא בעלמא שלא יקפידו הבעלים הכא נמי האי אנס ודאי לא איכפת לי' אם הישראל תורם תרומה בפירותיו של עצמו על הפירות שביד האנס וכיון דכבר נתחייבו הפירות בתרומה כשהי' ביד ישראל חייב הישראל לתרום עליהן ומהני תרומתו:

אולם מדברי התוס' בנזיר (דף י"ב) משמע כתה"ד דאמרי' שם בש"ס דכי משוי איניש שליח במילתא דמצי עבד השתא אבל במילתא דלא מצי עבד השתא לא משוי וכתבו התוס' וא"ת דהא מעשים בכל יום שהאשה אומרת לחברתה לושי לי קמח והפרישי חלה בעבורי וגם תלמידים של בית רבן אומרים כן ואיך נעשה שליח בדבר הזה בשעה שעושה אותה שליחות לא היתה יכולה בעצמה להפריש חלה מקמח זה שאינו

בר חיובא שאין מפרישין חלה מקמח ואומר ר"ת 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 בפרק האומר לחבירו פירות ערוגה זו תלושה יהא תרומה על פירות ערוגה זו המחוברת לכשיתלשו ונתלשו דבריו קיימין עכ"ל התוס' הרי מבואר מדברי התוס' דגם על הפירות הכרי בעינן שליחות שהרי הוצרכו לתרץ הא דמצי משווי שליח להפרשת חלה קודם לישה וגלגול משום דיכולה להביא עיסה מגולגלת להפריש על הכרי זה שהתוס' בלשונם לא הזכירו לתרץ חלות התרומה כשהיא קמח על מה שנעשה חלה רק שתירצו דלהכי חיילא הפרשת השליח להוציא העיסה מטבלה משום שגם הבעה"ב יכולה להביא עיסה מגולגלת ולהפריש על קמח זה הרי חזינן דסבירא להו דגם בכרי שמפרישין עליו בעינן דין שליחות ולא מהני אלא דכל שבידה לא מקרי מחוסר מעשה:

ולפמש"כ יש ליישב דברי הרמב"ם ז"ל שפסק (בפ"ד מהלכות תרומות) דתורם משלו עש"ח א"צ דעת בעלים ותמה המל"מ דהא בגמרא לא איפשטא הך דתורם משלו עש"ח ודחי לה בשינוייא דמיירי בכל הרוצה לתרום יבוא ויתרום ואף דבעיא דטוה"נ של מי נפשטה התם מ"מ בעיא דתורם משלו עש"ח לא איפשיטא ומשכחת לה הא דפשטינן דטוה"נ של תורם בתורם משלו על ש"ח לדעת חבירו:

ונ"ל ליישב בפשיטות דבש"ס דבעי למיפשט התורם משלו עש"ח א"צ דעת בעלים ממתניתין דקתני במודר הנאה מחבירו דתורם תרומותיו ומעשרותיו לדעתו במ"ע אילימא מן בעל הכרי על של בעל הכרי ולדעתו דמאן אילימא לדעתו דיליה מאן שוויה שליח אלא לדעתו דבעל הכרי הא קמהני ליה אלא משלו על של בעל הכרי ולדעתו דמאן אילימא לדעתו דבעל הכרי הא קמהני ליה אלא לדעתו דנפשיה ותורם משלו עש"ח א"צ דעת בעלים ומשני כדאמר רבא באומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום וה"נ באומר כל הרוצה כו' ופי' הר"ן ז"ל כדאמר רבא באומר כל הרוצה בבעיא דר' ירמיה בסמוך אמר הכי עכ"ל ומלשון זה מבואר דרבא לא אמר שינויא דידיה דכל הרוצה כו' על איבעיא דתורם משלו עש"ח רק אאבעיא דמבעי ליה התם תורם משלו עש"ח טוה"נ למי ופשיט ממתניתין דתורם משלו עש"ח ואי אמרת דטוה"נ לבעל הכרי הא קמהני ליה וע"ז משני רבא באומר כל הרוצה לתרום יבוא ויתרום וא"כ הא חזינן דעיקר מה שהכריח לרבא לאוקמי בכל הרוצה הוא מאי דהוי מסתבר ליה התורם משלו עש"ח טוה"נ לבעל הכרי והוקשה לו הא קמהני ליה וע"ז הוכרח לתרץ דמיירי בתורם משל בעל הכרי על של בעל הכרי ובאומר כל הרוצה לתרום יבוא ויתרום אבל אי לאו הך קושיא הוי ניחא גם לרבא

לאוקמי בתורם משלו עש"ח ומוכח מזה דא"צ דעת בעלים ולהכי לא אמר רבא אוקימתא דידי' אאבעיא קמייתא דתורם משלו עש"ח משום דניחא לאוקמי מתניתין באמת מתורם משלו עש"ח ובאמת אינו צריך דעת בעלים ולא הוצרך לאוקמי בכל הרוצה עד דמקשי לי' מטו"הנ הא קמהני ליה רק הש"ס הוא דדחי כי בעינן למיפשט דא"צ דעת בעלים דאיכא לאוקמי כדאמר רבא באומר כל הרוצה לתרום וה"נ באומר כל הרוצה לתרום אבל לרבא בעצמו הוי ניחא לי' לאוקמי בתורם משלו עש"ח וא"צ דעת בעלים באמת. וא"כ כיון דחזינן דרבא סובר באמת א"צ דעת בעלים הכי פסקינן ונכון מאוד פסק הרמב"ם ז"ל במה שפסק א"צ דעת בעלים:

והנה לשיטת הרשב"א ז"ל דתורם משלו עש"ח לא מטעם שליחות הוא ולא בעינן לדעתיכם אלא ניחותא בעלמא אין ראי' מהא דלא אמר רבא שינויא דכל הרוצה אבעיא קמייתא הוא משום דהוי ניחא ליה למיפשט דבאמת א"צ דעת בעלים. אלא משום דרבא לטעמיה דסובר יאוש שלא מדעת הוי יאוש. ולדידי' איכא לאוקמי בתורם משלו עש"ח לדעתו דתורם ובעל הכרי לא ידע מזה ומהני כי אתי אח"כ ואמר דניחא לי' דמהני גבי תרומה אי לאו טעמא דמה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם ובתורם משלו עש"ח הא לא בעינן שליחות לדעת הרשב"א ז"ל רק ניחותא בעלמא ומהני לרבא ניחותא דידיה למפרע ולענין מודר הנאה נמי שרי כיון דלא ידע בעל הכרי בשעה שתרם לא קא עביד שליחותי' ועדיף מכל הרוצה וא"כ הרי ליכא למיפשט לרבא דא"צ דעת בעלים דלעולם אימא לך דצריך דעת בעלים ומתניתין מיירי שבאו הבעלים אח"כ ואמרו דניחא להו אבל כל כמה דלא מתיידע לבעלים לא אמרינן דוודאי זכות הוא להו וכמו דאמרינן בכלך אצל יפות דכל כמה דלא אמרו הבעלים כלך אצ"י לא מהני תרומתו וכי אמרו כאצ"י מהני וה"נ דכוותי' וא"ש נמי לשון תורם לו את תרומותיו אע"ג דבעינן שיתרצה הבעלים מ"מ כשמתרצים חייל ההפרשה למפרע כדאמרינן בברייתא דתורם שלא ברשות תרומתו תרומה ומיירי בניחותא דאח"כ וקאמר תרומתו תרומה משום דחייל למפרע ולהכי לא אמר רבא שנויא דידיה אאבעי' דצריך דעת בעלים אבל הש"ס דפסקו דיאוש של"מ לא הוי יאוש הוצרך לאוקמי באומר כל הרוצה לתרום וא"ש לישנא כדאמר רבא דקאמר הש"ס דרבא לא אמר הכי אהך בעיא משום דאזיל לטעמי' ביאוש של"מ:

וא"כ אין ראי' לשיטת הר"מ ז"ל למיפשט מלשון כדאמר רבא שרבא סובר א"צ דעת בעלים דלעולם אימא לך דסובר דצריך דעת בעלים מיהו ניחותא דאח"כ נמי מהני ומיירי בניחותא דאח"כ וע"כ דהר"מ אזיל לשיטת תה"ד דסובר דבתורם משלו עש"ח נמי בעינן שליחות ובעינן נמי לדעתיכם וכל היכא דידעינן בשעת הפרשה דניחא לי'

מקרי שפיר לדעתיכם וא"כ א"א לומר דטעמא דרבא דלא אמר אוקימתא דכל הרוצה אאבעיא דתורם משלו עש"ח משום דמצי לאוקמי בתורם לדעתו דתורם ומהני בניחותא דאח"כ דכיון דבעינן שליחות ובעינן לדעתיכם הא כבר אמרינן אף לרבא בב"מ דלא מהני ניחותא דאח"כ היכא דבעינן לדעתיכם ואם נימא דצריך דעת בעלים בתורם משלו עש"ח הא לא מהני מה דניחא לי' אח"כ דבעינן לדעתיכם שנדע בשעת הפרשה שודאי ניחא ליה ומתניתין קתני תורם תרומותיו דמשעת הפרשה חייל תרומה וא"כ גם לרבא איכא למיפשט דא"צ דעת בעלים ומדלא אמר רבא אוקימתא דכל הרוצה לתרום ש"מ דסובר באמת א"צ דעת בעלים וא"כ הוי ראי' לפסק הר"מ ז"ל מיהו לעיל הוכחנו מדברי הר"מ ז"ל בדין כלך אצ"י דסובר כשיטת הרשב"א ז"ל דבכרי לא בעינן בעלי' וא"כ נסתרה ראיה זו:

מיהו לפמש"כ לעיל דשיטת הש"ך דכל היכא דמהני ניחותא לחוד ולא נעשה קנין ופעולה ע"י ניחותא דידיה למפרע גם לאביי אמרינן כיון דהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה א"כ גם לאביי דסובר יאוש של"מ לא הוי יאוש שפיר הוה מצי לשנויי דלעולם צריך דעת בעלים משום דניחא ליה לאיניש דליעבד מצוה בממוניה וכל כמה דלא שמענו דניחא ליה אין תרומתו תרומה ומתניתין דקתני תורם תרומותיו לדעתו מיירי בתורם לדעתו דידיה וחייל כשיבואו הבעלים ואמרו דניחא להו דהיכא דבעינן ניחותא לחוד ולא בעינן שליחות הא גם לאביי אמרינן דמהני ניחותא דלמפרע ושוב א"א לומר דלרבא לא אמר אוקימתא דכל הרוצה כו' משום דאזיל לטעמי' דיאוש של"מ הוי יאוש. דאם איתא דמצינן לאוקמי מתניתין בניחותא דאח"כ הא גם לאביי מצינן לאוקמי הכי דמודה אביי דניחותא דאח"כ מהני היכא דלא בעינן שליחות ומדלא מוקי הש"ס הכי ע"כ דמסתבר להש"ס דלשון דתורם תרומותיו לדעתו משמע דחיילה התרומה מיד ולא בעינן להמתין עד שיבואו הבעלים א"כ לרבא ליכא לשנויי הכי ונפשוט גם לרבא דא"צ דעת בעלים ומדלא אמר רבא שינויא דכל הרוצה אאבעיא דתורם משלו עש"ח ש"מ דסובר דבאמת א"צ דעת בעלים וקמה וגם נצבה ראייתינו לשיטת הרמב"ם ז"ל אף אם נימא דסובר כשיטת הרשב"א ז"ל דלא בעינן שליחות בתורם משלו עש"ח מדלא אמר רבא אוקימתא דכל הרוצה אאיבעיא דצריך דעת בעלים דהא לכ"ע אנו צריכין להך אוקימתא אם נימא דצריך דעת בעלים א"ו דסובר רבא א"צ דעת בעלים ולהכי לא אמר שינויא דידי' מעיקרא אאיבעיא דדעת בעלים:

ונ"ל להביא ראיה לשיטת הרשב"א ז"ל דתורם משלו עש"ח לאו מדין שליחות נגעו בו אלא מדין דניחא ליה לחוד הוא ומשום דלא בעינן שיעשה בשליחותו של בעל הכרי

אלא שלא יעכב בעל הכרי מהא דאמרינן ביבמות (דף צ"ג) דר' ינאי כר"ח דאדם מקנה דבר שלב"ל דר"י הוי מייתי ליה אריסא כל מעלי שבתא כנתא דפירי יומא חד נגה ליה ולא אייתי ליה שקיל מפירא דביתא עישר עלייהו אתי לקמי' דר"ח א"ל שפיר עבדת דתניא למען תלמד ליראה את השם כל הימים אלו שבתות ויו"ט למאי הילכתא אילימא לעשורי ומיכל איצטריך קרא למישרי טילטול אלא לאו כה"ג ופרש"י ז"ל כה"ג דהוי דשלב"ל והתוס' פירשו כה"ג דהוי שלא מן המוקף עיי"ש עכ"פ מוכיח הש"ס דר"י סובר אדם מקנה דשלב"ל מדעישר מפירי דביתיה עליהם וקשאין בה כמה שנין הא אף אם אין אדם מקנה דשלב"ל נמי מצי לעשר על הפירות שיביא האריס אף שהן של האריס עכשיו דהא מצי לתרום משלו עש"ח וכדאמרינן בנדרים (דף ל"ו) וע"כ לא איבעיא לן התם אלא משום דאפ"ל דצריך דעת בעלים משום דניחא ליה לאיניש למיעבד מצוה בממוניה אבל כאן לא שייך לומר ניחא ליה לאיניש למיעבד מצוה דהא האריס היה רגיל להביא טבל לר"י ור"י היה מתקנם א"כ ודאי דניחא ליה להאריס שיתרום ר"י מפירותיו על הפירות שיביא לו אח"כ וחייל התרומה עכשיו ולא שייך כאן אדם מקנה דשלב"ל אח"כ מצאתי שרבינו רע"א ז"ל הקשה זאת:

ונ"ל ליישב לנכון דבאמת משמע מדברי התוס' ד"ה מייתי דר"י היה לו לחוש שמא הפירות עדיין מחוברין ולא תלש האריס עדיין ע"ש בדבריהם. רק שכתבו דמטעם זה לא מיקרי דשלב"ל כדאמרינן בקידושין (דף ס"ב) משום דבידו לתלוש:

ומיקרי דשלב"ל מחמת שהם עדיין של האריס וא"כ כיון דהיה ר"י חושש שמא עדיין מחוברין שפיר מוכח דסובר אדם מקנה דשלב"ל ותרם שיחול התרומה כשיביא האריס הפירות לר"י אבל אי הוה סובר אין אדם מקנה דשלב"ל לא הוי מצי לתרום אף בתורת תורם משלו עש"ח כיון דהיו מחוברין דהא פריך שם בקידושין אהא דקאמר פירות ערוגה זו תלושין על פירות ערוגה זו מחוברין הוי תרומה משום דבידו לתלוש וכל שבידו לאו מחוסר מעשה הוא אלא מעתה הנותן פרוטה לאשתו וא"ל הרי את מקודשת לי לאחר שאגרשך ה"נ דהוי קידושין משום שבידו לגרשה ומשני נהי דבידו לגרשה אין בידו לקדשה והיינו שמא אח"כ לא תתרצה לו עי"ש הרי דכל היכא דאינו יכול לחול הדבר כעת לגמרי ומפסיק דבר שבידו לסלק כמו אישות דעצמו נמי לא מהני מחמת שאולי לא תתרצה אז ואף שהיא מתרצית כעת להתקדש אחר הגירושין מ"מ כיון שיכולה לחזור לא מיקרי בידו. א"כ ה"נ בענין זה כיון דהפירות עדיין מחוברים אף שבידו לתולשם מ"מ כיון דתורם על פירות של חבירו וביד חבירו למחות אז שלא יתרום על פירותיו אינו יכול לתרום וגרע טפי מהתם דכיון דהתם שקבלה הפרוטה להתקדש אחר הגירושין

ואפ"ה לא מהני שמא תחזור אחר הגט ולא מיקרי בידו. כש"כ הכא דהאריס לא ידע כלל שתורם על פירותיו שאנו אומרים שיכול לתרום על פירותיו משום דזכות הוא לו אבל ודאי דיכול למחות א"כ לא מקרי בידו כיון דהשתא עדיין הפירות מחוברין וכשיתלשו שמא לא יתרצה האריס וכיון דר"י תרם ור"ח א"ל שפיר עבדת ש"מ דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ויכול לתרום שיחול כשיגיע הפירות ויהא שלו ממש:

והנה כ"ז שייך לפרש לשיטת הרשב"א ז"ל דדין תורם משלו עש"ח לא מדין שליחות בעל הכרי נגעו בה אלא מדין דניחא ליה ולא בעינן אלא שלא יעכבו הבעלים בזה אמרינן שפיר דאם הכרי עדיין מחובר לא מיקרי בידו משום דיכול בעל הכרי לעכב כשיתלשו וא"ש מה שלא תרם בתורת תורם משלו עש"ח:

אבל לדעת תה"ד דמדין שליחות נגעו בה וכשתורם משלו עש"ח נעשה שליח של בעל הכרי ממש ודמי כמו שבעל הכרי תורם משום דבעינן בעלים ממש ואין כח להפקיע כח הטבל מהכרי אלא להבעלים לחוד א"כ לא שייך לומר דלהכי לא מצי לתרום על פירות האריס משום דלאו בידו ושמא יעכב האריס אח"כ כשיתלשו כיון דתורם כעת בשליחותו ממש ודומה כמו שהאריס תורם בעצמו ועל עצמו לא שייך לומר לאו בידו דהא הוא ניהו התורם כעת דשלוחו כמותו והוא יכול לתרום כשיתלשו ומוכח כשיטת הרשב"א ז"ל דעל הכרי לא בעינן שליחות הבעלים ולא קפדינן אלא שלא יעכבו הבעלים ועיקר דין שליחות הנאמר בתרומה קאי על התרומה בעצמה וכשתורם על של חבירו אינו בגדר שליחות הבעלים כלל ושייך לומר דלא מיקרי בידו לתרום שמא יעכבו הבעלים אחר שיתלשו ולא מצי לתרום עליהם כשהן מחוברין בתורת תורם משלו על ש"ח ומוכח שפיר דר"י סובר אדם מקנה דשלבל"ע דתרם שיחול כשיהיו שלו ממש:

מיהו יש ליישב אף לשיטת תה"ד דסובר דתורם משלו עש"ח מדין שליחות בעל הכרי נמי א"ש הא דאינו יכול לתרום על כרי של חבירו המחובר משום דלאו בידו הוא אחר שיתלשו ואף שבשליחות דבעל הכרי הוא עביד ובעל הכרי הא בידו הוא גם אחר שיתלשו מ"מ לא הוי בידו של בעל הכרי לתרום מפירות אלו שתורם כעת דהא פירותיו של תורם הוא. ונהי דבידו להפקיע טבלו של כרי אחר שיתלשו, מ"מ אין בידו להפקיע טבלייהו בפירותיו של זה התורם ולהכי לא נעשה התורם שליח של בעל הכרי כיון דבעל הכרי גופא לא מצי לתרום עלייהו כעת משום דהא מחוברין וכשיתלשו שמא לא יתרצה התורם הזה לתרום מפירותיו על כריו וכיון דאיהו לא מצי עביד בעצמו לא מצי התורם למהוי שלוחו ולתרום על כריו ור"י דתרם ודאי לאו מתורת תורם משלו עש"ח תרם אלא בתורת אדם מקנה דשלבל"ע תרם שיחול התרומה לכשיקנה הכרי ואדרבא מסוגיא זו

נראה קצת להוכיח כדעת תה"ד דתורם משלו עש"ח בעי שליחות של בעל הכרי ממש ולא ניתן רשות לאפקועי טבל רק לבעל הכרי או שלוחו ממש. לפי מה דאמרינן בסוגיא דקידושין דלהכי לא מהני באומר לאשתו הרי את מקודשת לאחר שאגרשיך משום דנהי דבידו לגרשה בעל כרחה אין בידו לקדשה בעל כרחה והקשה בס' אבני מילואים דלמה ליה להש"ס למימר הך טעמא תיפוק ליה דמקרי דבר שלא בא לעולם גבי האשה דהא היא אין בידה להתגרש בע"כ של בעל ואינה יכולה להקנות עצמה כעת ונהי דמצד הבעל מקרי בידו משום דבידו לגרש בע"כ אבל מצד האשה הא אין בידה להתגרש בע"כ של בעל. ותירץ ע"פ דברי הר"ן ז"ל בנדרים (דף ל') דלהכי אמר רחמנא כי יקח איש אשה ולא כי תלקח אשה לאיש שלא כל הימנה להכניס עצמה לרשות הבעל ומשו"ה אמרינן בקידושין דאי אמרה הריני מאורסת לך אין בדבריה ממש אלא מכיון שהיא מסכמת לקידושי האיש היא מבטלת דעתה ורצונה ומשוה נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו ע"כ וכיון דאין האשה עושה פעולת הקנאה לא איכפת לן במה שאין בידה להתגרש מן בעלה ולא משגיחינן אלא מצד הבעל וכיון דמצידו בידו לגרש בע"כ מצי לקדשה שיחול לאחר שתתגרש. אף דבעינן גם דעתה להתקדש והיא אין בידה להתגרש מ"מ כיון שאין האשה עושה פעולת הקנאה לא משגיחינן אמה שאין בידה וא"כ חזינן דלא אמרינן אין אדם מקנה דבר שלב"ל אלא במידי דבעי בעלים ממש כמו גבי איש המקדש אבל לא גבי אשה משום שהיא אינה עושית שום קנין והקנאה רק שמסכמת למעשיו ובדבר דלא בעינן רק הסכמת הבעלים שלא ימחו מהני הסכמת הבעלים אף בדבר שלא בא לרשותו לכשיבואו לרשותו וא"כ ה"נ גבי תרומה אם נימא כדעת הרשב"א ז"ל דלא בעינן שהבעלים ממש יפקיעו הטבל מהכרי או שלוחן רק בעינן שלא ימחו הבעלים א"כ מאי מוכיח הש"ס מר"י דסובר אדם מקנה דשלבל"ע מדשקל פירא דביתו ועשר עלייהו קודם שבא לרשותו הא גבי כרי לא איכפת לן במה שלא באו עדיין לרשותו כיון דלא בעינן אלא שלא ימחה בעל הכרי מהני הסכמתו ורצונו קודם שיבואו לרשותו שיחול כשיבוא לרשותו כמו דמהני גבי אשה דעתה בשעה שאין בידה להתקדש לכשתהא ברשותה להתקדש ומוכח מזה דהש"ס סובר דבעינן בעלים או שלוחן גם בכרי ולא נתנה תורה רשות להפקיע הטבל מהפירות רק לבעלים או שלוחן כמו דבעינן בעלים בעצם התרומה ולהכי א"ש הא דקים ליה להש"ס דלמ"ד אין אדם מקנה דבר שלב"ל לא מצי לתרום על פירות שלא באו לרשותו כמו דלא מצי לתרום פירות שאינן ברשותו עדיין וא"כ לפ"ז מבואר שאינו יכול לתרום על כרי של הפקר משום דבעי בעלים ממש כמו בעיקר התרומה גם יש להוכיח קצת דבכרי נמי בעינן

בעלים ועל כרי של הפקר לא מצי לתרום דהא בעינן למימר בנדרים (דף ל"ו) דהתורם משלו עש"ח טוה"נ לבעל הכרי משום דאי לא כריא דידיה לא הוי תרומה ומזה משמע דהתורם כשתורם נעשה שלוחו של בעל הכרי וכמו שיש זכות לבעל התרומה שאחר אינו יכול לעשות פירותיו תרומה אלא הוא או שלוחו ה"נ לבעל הכרי אין לו לאחר כח להפקיעו מטבלו אלא הוא או שלוחו להכי מסתפק לומר דטוה"נ לבעל הכרי אבל אי נימא דלא בעי שליחות דבעל הכרי ולא בעינן אלא שלא יקפיד ודאי מסתברא דטוה"נ לבעל התרומה דבעל הכרי לא עביד מידי]:

מיהו לפ"ז תקשה קושית הרשב"א ז"ל בהא דאמר התורם משלו עש"ח א"צ דעת בעלים משום דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו הא בתרומה לא מהני דזכות הוא לו דהא בעינן לדעתיכם והרשב"א תי' דגבי כרי לא בעינן שליחות אלא בניחא ליה לחוד סגי אבל לפי מה שביארנו דגם בכרי בעינן שליחות קשה כיון דדין הכרי שוה לדין התרומה לענין שליחות הא בעינן לדעתיכם:

ונראה לענ"ד דנהי דהוכחנו דגם בכרי בעינן בעלים ועל כרי של הפקר לא מצי לתרום מ"מ הא מילתא דמה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם לא אמרינן אלא בעיקר התרומה ולא בכרי דהא לפי מה שבארנו לעיל הא מילתא דמה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם לא אמרינן אלא בעיקר התרומה דלדעתיכם ליתא בכל התורה ונעשה שלוחו לזכותו שלא מדעתו היכא דזכות הוא לו. כדתנן גבי גט שחרור בפ"ק דגיטין ורק בתרומה לחוד אמרינן מה אתם לדעתיכם משום דגבי תרומה הבעלים בעצמן אין יכולים לעשות תרומה בלי דעת אבל הכרי שתורמין עליו דמי לשליחות דכל התורה דהיכא דזכות הוא לבעלים נעשה לו שלוחו שלא מדעתו וא"ש הא דא"צ דעת בעלים:

והנה לפמש"כ והוכחנו דשיטת הרשב"א ז"ל עיקר דבעינן מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם יש לעיין במ"ש התה"ד (סימן קפ"ח) דמשרתת יכולה להפריש חלה בלי רשות בעה"ב ורמ"א הביאו ביור"ד (סימן שכ"ח) והטעם כתב התה"ד דכיון דודאי ניחא ליה לא בעינן לדעתיכם עיי"ש ולדברינו במידי דבעי שליחות גמור וגם דעת בעלים אינו יכול להעשות שליח שלא מדעתו ומ"מ נראה לי שיש לדון דמשרתת יכולה להפריש ולא מיבעיא אם בעה"ב צוותה לעשות עיסה דיכולה להפריש כדתנן בתרומות (פ"ג מ"ד) הפועלים אין להם רשות לתרום חוץ מן הדרוכות שהן מטמאין את הגת מיד כמ"ש הרמז"ל בפירושו דכיון דאח"כ מטמאין את הגת וכיון ששכר אותם לדרוך ומסר להם גתו הנה הניחם במקומו וקיבל עליו מעשיהם וה"נ כיון שדרך להפריש חלה קודם אפיה והיא צוותה למשרתה לאפות עיסה דמי לעשאה שליח לתרום ג"כ אלא אפי' אם

המשרתת בעצמה עשתה עיסה בלי דעת בעה"ב נ"ל נמי דיכולה להפריש דאף דבירורנו דאמרינן מה אתם לדעתיכם מ"מ היינו בשליח דעלמא אבל בפועל שאני דעדיף משליח דעלמא כדאמרינן בב"מ דאף דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו אבל פועל ששכרו ללקט מציאות מציאתו לבעה"ב דידו כיד בעה"ב ועדיף משליח ה"נ כיון שהיא פועלת אצלה לתקן צרכי הבית באפיה ובישול ודרך המשרתת להפריש הו"ל כפועל לענין זה דידה כיד בעה"ב ואין בזה משום לדעתיכם ועיין בירושלמי (פ"ב דפאה) גבי שדה שקצרוה כותים דאפי' בכותים דאין בו שליחות מ"מ פועל כותי יש בו שליחות משום דידו כיד בעה"ב. ה"נ ידה כיד בעה"ב להפריש ועדיף משליח ולא בעינן לדעתיכם וכמו שהוכחנו לעיל דהיכי דהוי גם שלוחי דרחמנא לא בעינן לדעתיכם דהא במחוסרי כפרה הוי שלוחי דידן בלא דעת בעלים משום דשלוחי דרחמנא נמי הוי ולהכי נמי לא בעינן לדעתיכם בפועל שהוכחנו דלא בעינן גדרי שליחות דאפי' בכותי הוי שליח להכי לא בעינן לדעתיכם ויש להסתפק בשליח לד"ע אי הוי דין שליח בפועל או לא ומהא דתניא בב"מ (דף מ"ד) גבי שליחות יד אין לי אלא הוא אמר לעבדו לשלוחו מנין ת"ל על כל דבר פשע דמשמע דאתי לרבויי עבד ושליח דלא נימא בם אשלד"ע משמע דבכל התורה כולה אמרינן גם בעבדו אשלד"ע אין ראיה דאפ"ל דזו ואצ"ל זו קתני ובעבדו בכל התורה נמי יש שליח לד"ע]:

סימן קי

מיהו אף שהמשרתת יכולה להפריש אם באת בעלת הבית ומעכבת שהיא אומרת שלא ניחא לה בהפרשתה ורצונה לחזור ולהפריש חלתה אם יכולה בעלת הבית להפריש בברכה או לא היה נראה לענ"ד לכאורה דיכולה להפריש בברכה. דהנה הרה"מ ז"ל כתב (בפ"ד מהל' זכיה ומתנה) בשם הרמב"ן ז"ל וז"ל מהא שמעינן דכי אמרינן דזכין לו לאדם דוקא כשנתרצה כשישמע אבל אם לא נתרצה כשישמע לא מהני עיי"ש:

וכתב ע"ז הרב בעל מחנה אפרים וז"ל בהא דקיי"ל בכמה מקומות דזכין לאדם שלא בפניו צ"ע כל היכא דהכריעו חכמים דעתו של אדם שהוא זכות גמור ואח"כ כששמע צווח וטען שחוב הוא לו מהו אם נאמן או לא והא דמשמע בב"ב (דף קל"ח) בזיכה מתנה ע"י אחר וכששמע המקבל צווח מיד דלא הוי מתנה כמבואר שם בש"ס שאני התם דקבלת מתנה לא הוי זכות גמור דדלמא לא ניחא ליה במתנה משום דכתיב ושונא מתנות יחיה אבל בזכות גמור אמרינן השתא הוא דלא ניחא ליה אבל מעיקרא זכה השליח עבורו. והביא ראיה מההיא דפרק ארוסה (דף כ"ה) איבעיא להו עוברת על דת ורוצה בעל לקיימה אי מצי או לא ומייתי ת"ש ואלו שב"ד מקנין להם מי שנתחרש בעלה

או נשתטה או שהיה חבוש בבית האסורים ואי אמרת רצה הבעל לקיימה מקיים עבדינן מידי דלא ניחא ליה והאיך אנו נעשין שלוחין הא קיי"ל אין חבין לאדם שלא בפניו כך פירש"י ז"ל ומשני סתמא דמילתא כיון דעוברת על דת היא מינח ניחא ליה והדר אבעי לן בעל שמחל על קינויו קינויו מחול או לא ת"ש ואלו שב"ד מקנין להם כו' וא"א רצה בעל למחול מחיל עבדינן מידי דאתי בעל ומחיל ואיכא זילותא דבי דינא כלומר א"א בשלמא אינו מחול א"ש דעכשיו ליכא זילותא דבי דינא מכיון דלא מצי למיהדר ואם איתא דכל מידי דהוי זכות גמור ואמדינן דעתיה דמינח ניחא ליה אף שזכו לו אחרים כששמע אח"כ מצי לומר לא הוי ניחא ליה בקינוי זה א"כ אפילו תימא דבעל שמחל על קינויו אינו מחול היינו דווקא היכא דקינא הוא בעצמו אבל היכא דקנאו לו אחרים כששמע מצי אמר לא הוה ניחא לי וחובה הוא אצלי עכ"ל:

ולענ"ד אין זה ראיה כלל דאף אם נימא דבכל דוכתי דאמדינן לדעתיה דהוי זכות מהני מחאתו מ"מ הכא גבי ב"ד שאני דרבי קרא דאיש איש שנעשים שלוחיו לקנאות עבורו ואינו יכול למחות אח"כ כיון דבשעת הקינוי אמדינן לדעתיה דזכות הוא לו ותדע דשליחות דב"ד עדיפא משליחות דעלמא דאם נימא דשליחות ב"ד דמי לכל שליחות א"כ מאי שנא דאמרינן דוקא שהב"ד מקנין לה נימא דכל אדם יכול לקנאות עבור חבירו כיון דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו ואם יבא הבעל וימחה לא שמעינן ליה כמו בכל זכות דעלמא ומדנקט רבויא דקרא שהב"ד מקנין לה ש"מ דאחר אינו יכול לקנאות דאף דזכות הוא לו מ"מ כיון דאם יבא הבעל וימחה יתבטל הקינוי אין זה קינוי כלל ואף כשבא הבעל ונתרצה בקינוי של האחר מ"מ כיון שעד שבא הבעל היה הדבר בספק אם נתרצה הבעל לא מיקרי קינוי כלל אבל ב"ד הם נעשים שלוחים לו ואינו יכול למחות כלל אח"כ:

ומזה גופא פשיטא ליה לתנא דמתניתין דקרא דאיש איש אתי לרבות שהב"ד מקנין ולא אמרינן דהפסוק מרבה שכל אדם יכול להעשות שלוחו לקנאות משום דזכות הוא לו משום דפשיטא ליה להש"ס דבכל דוכתי דאמרינן זכות הוא לו כשבא הבע"ד בעצמו ומוחה נתבטל זכיית השליח ולהכי א"א לאוקמי קרא בשליח דעלמא דכיון דמצי הבעל למחות אח"כ לא מיקרי קינוי כלל אף כשאינו מוחה ומוקמינן קרא דאיש איש שהב"ד מקנין לה דאלימא כח ב"ד למהוי שלוחו כמו שהוא בעצמו היה מקנא לה ולא מצי למחות אח"כ והש"ס דקפשיט שאין הבעל יכול למחות קינויו מהא דהב"ד מקנין ולא חיישינן דילמא אתי בעל ומחיל על קינויו ולא מחלק בין קינוי ב"ד ובין קינויו דבעל בעצמו דאם הבעל יכול למחול על קינויו מכאן ולהבא פשיטא דגם על קינוי ב"ד יכול

למחול אבל בין קינוי ב"ד לקינוי דשליח ודאי דאיכא לאיפלוגי טובא דבשליח אחר ודאי דיכול הבעל למחות על קינויו ובקינוי ב"ד אינו יכול למחות:

ויש להביא ראיה לזה דהא מבואר בדברי הרשב"א ז"ל בנדרים (דף ל"ו) בסוגיא דתורם משלו עש"ח דכל היכא דבעינן שליחות ממש אמרינן מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם ואינו יכול ליעשות שלוחו שלא מדעתו אפילו היכא דהוי זכות גמור ויישבנו דבריו לעיל בתשובה ומטעם זה הוצרך לומר דבתורם משלו עש"ח א"צ שליחות כלל אבל היכא דבעי שליחות בעינן דעת בעלים ממש וא"כ תיקשי הכא גבי קינוי היאך ב"ד נעשים שלוחו של בעל שלא מדעתו ונימא מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם ואפילו לפי מש"כ לעיל דלא כדעת הרשב"א ז"ל דלא אמרינן האי כללא דאף שלוחכם לדעתיכם אלא היכא דאם עשה הוא בעצמו בלא דעת לא מהני. מ"מ הכא בקינוי ודאי דשייך לומר מה אתם לדעתיכם דהא קרא כתיב ועבר עליו רוח קנאה ובש"ס אמרינן דבקפידא דבעל תלי רחמנא ושייך לומר מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם ואמאי נעשו ב"ד שלוחים שלו שלא מדעתו א"ו דשאני שליחות דב"ד דרבי קרא הכא משליחות דעלמא דאע"ג דבכל דוכתי בעינן לדעתיכם הכא לא בעינן ששה

ולשיטת תה"ד שביארנו לעיל דכל היכא דהוי זכות גמור מקרי שפיר לדעתיכם אף שלא ידעו הבעלים מזה יש להביא ראיה מסוגיא זו דכל היכא דהוי זכות גמור יכול למחות אחר שישמע דאי נימא דאינו יכול למחות אחר שישמע א"כ מ"ש שאמרו שהב"ד מקנאין לה מכיון שכל אדם יכול לקנאות מאחר שזכות הוא לו ונהי דבנתחרש ונשתטה איכא למימר דאדם אחר אינו יכול להעשות שלוחו לקנאות משום מילתא דאיהי לא מצי עביד שליח לא מצי משווי מ"מ הא במתניתין קתני שהיה בעלה חבוש בבית האסורים והרי בעלה בעצמו יכול לקנאות ואמאי אין אחר יכול לקנאות בשבילו. ועוד דאפילו בחרש ושוטה נמי נראה לפענ"ד דלא שייך כאן כל מילתא דאיהו לא מצי עבד שליח נמי לא מצי משווי. דהאי כללא לא שייך אלא היכא דבעינן לגמור ע"י שליחותו איזה קנין כמו בגיטין וקידושין ובהפרשת תרומה אבל בקינוי דלא הוי אלא קפידא ואזהרה בעלמא בזה לא אמרינן גבי חרש ושוטה כל מילתא דאיהו לא מצי עבד שליח נמי לא מצי משווי אלא אמרינן גם החרש והשוטה ראוי לזה רק פומיה הוא דכאיב ליה ול"ד להא דאמרינן בנדרים (דף ע"ב) דלמ"ד אין הבעל מיפר קודם שמיעה של נדר אינו יכול לעשות שליח קודם שמיעה להפר אחר השמיעה משום דכל מילתא דאיהו לא מצי עביד כו' דהפרת הנדר הוי מעשה גמור ועדיף ממעשה דקינוי ועוד דהתם קודם שנדרה האשה ודאי דלא שייך הפרה כלל ושייך לומר כל מילתא דאיהו לא מצי עביד כו'. משא"כ הכא גבי קינוי

דאשת חרש ושוטה אמרינן דחזי לקינוי רק פומייהו הוא דכאיב לי' וא"כ ודאי דתקשה אמאי אין אחר יכול לקנאות א"ו כדאמרינן לעיל דאחר אינו יכול לקנאות משום דכיון דבעל יכול למחות כשישמע אף דזכות הוא לו להכי לא מיקרי קינוי משא"כ ב"ד דרבי קרא שיכולים לקנאות ואינו יכול למחות כשיבוא ומזה ראי' דכל מידי דזכות הוא לו מהני מחאתו כשישמע:

מיהו כ"ז לדברי תה"ד דסובר דכל מידי שזכות גמור הוא לא בעינן לדעתיכם ממש אבל לדעת הרשב"א ז"ל שסובר דאפילו בזכות גמור בעינן לדעתיכם אפ"ל דלעולם היכא דהוי זכות לא מהני מחאתו והא דאין אחר נעשה שלוחו לקנאות הוא משום דבעינן מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם ולהכי לא מהני קינוי' של אחר אלא של ב"ד ומ"מ ראיית המחנה אפרים ז"ל נדחה לדברי כולם דע"כ חזינן דשליחותן של ב"ד עדיף משליח דעלמא מהאי קרא דאיש איש וא"כ אפ"ל אע"ג דבכל דוכתי מהני מחאה והכא לא מהני וכן מצאתי להריטב"א ז"ל בחידושיו לקידושין (דף מ"א) בהא דאמרינן והא דתנן חבורה שאבד פסחה ואמרו לאחד צא ובקש ושחוט עלינו והלך ומצא ושחט והן לקחו ושחטו אם שלו נשחט ראשון הוא אוכל משלו והם אוכלים עמו מנלן כו' וכתב ע"ז הריטב"א ז"ל וכי תימא ל"ל קרא הא זכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו איכא למימר דשאני הכא דהוי מידי דמצוה ודילמא ניחא ליה לאיניש למיעבד מצוה בגופא וחובה חשיבא וכדאמרינן התם בנדרים בתורם משלו עש"ח א"ו דשאני הכא דעשאו שליח גלי דעתא דניחא לי' וכיון שכן ש"מ דשלוחו כמותו ולא עוד אלא דאלו מדין זכיה יכול למחות אחר שחיטה לכי שמע ואנן חזינן דלא מצי הדר בי' כדמוכח מהאי מתניתין דאייתי הכא שאם שלו נשחט ראשון הוא אוכל משלו והן אוכלין עמו והא לא אפשר אלא מדין שליחות והיינו דמייתינן להא מתניתין ולא מייתינן כמה מתני' דאיתא התם שיכול לעשות שליח לשחיטת פסחו עכ"ל הרי שדעתו ז"ל בתי' השני דאף אם נימא דשחיטת פסח הוי זכות גמור אפ"ה יכול למחות לכי שמע אי לאו מטעם שליחות:

ובמה שכתבנו לחלק דגבי שליחות ב"ד אינו יכול למחות א"ש מה שהשמיט הרי"ף ז"ל הא דאמר רב יוסף הגדילו יכולין למחות [ותמה עליו הרא"ש בכתובות (דף י"א)] משום דמוכח מסוגיא דסוטה דגבי ב"ד שנעשו שלוחיו אינו יכול למחות אח"כ דכיון דפריך עבדינן מידי דאתי בעל ומחיל אלמא דהיכי דאתי בעל ומחיל אין ב"ד מקנאין א"כ ע"כ מוכח דאינו יכול למחות בעיקר הקנוי שקנאו ב"ד עבורו וכיון דסתמא דגמרא דסוטה סברה הכי וכן אביי ורבא שמקשים על ר"י ממתניתין נמי סברי הכי שאינו יכול למחות פסק הרי"ף ז"ל כן דהגדילו אינן יכולין למחות שוב מצאתי שהפ"י בקידושין (דף מ"ב)

וכתובות (דף י"א) כתב ג"כ דשליחות ב"ד עדיף משליחות דעלמא דאע"ג דאין שליחות לקטן מ"מ ב"ד שאני עיי"ש:

ומה שהביא המחנה אפרים ראי' מדברי הר"ן ז"ל שכתב בקידושין (דף מ"ד) גבי קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה דחוששין שמא נתרצה האב וכי תימא רצוי דאב בקידושין מאי מהני איכא למימר דהיינו טעמא דכל אדם רוצה להשיא בתו ומצוה דרמיא עליה נמי הוא וזכין לאדם שלא בפניו ומיהו טעמא דנתרצה האב כששמע הא לא נתרצה לא הוי קידושין לפי שאינו זכות גמור לפי שהיא יוצאת מרשותו לכמה דברים אבל כל שנתרצה גלי דעתיה דזכות הוא לו ומהני משעה ראשונה עכ"ל ומדכתב דלהכי לא מהני בלא נתרצה לפי שאינו זכות גמור הוכיח דהיכא דהוי זכות גמור מהני אפילו בלא נתרצה:

ולענ"ד דאין כוונת הר"ן ז"ל במש"כ דאם לא נתרצה לא מהני היינו שמיחה בפירוש אלא כוונתו שלא נתרצה בפירוש ומיירי שלא שמע כלל מקדושי' ומת או שהלך למדינת הים ובזה כתב דדוקא נתרצה בפירוש מהני אבל אם מת קודם שנתרצה לא מהני כיון דלא הוי זכות גמור והיינו דאיכא בין זכות גמור להיכא דלא הוי זכות גמור דהיכא דלא הוי זכות גמור כל שלא שמע ונתרצה בפירוש לא מהני והיכא דהוי זכות גמור בלא שמע כגון שמת קודם ששמע נמי מהני. אבל אם מוחה גם בזכות גמור לא מהני וזה שכתב הר"ן ז"ל לא נתרצה היינו שלא שמע כלל מזה ואף שהמרדכי שם בקידושין כתב דאפי' אם מת האב קודם ששמע נמי צריכה גט מ"מ הר"ן סובר דבלא שמע האב ושתק אינה צריכה גט והכי מוכח מגוף דברי הר"ן ז"ל שכ' שם עוד ומיהו דווקא ששתק בשעת שמיעה אעפ"י שצווח אח"כ אבל בצווח מעיקרא א"צ גט ולא מיאון ולדברי המחנה אפרים ז"ל שפי' מש"כ הר"ן ז"ל מעיקרא אבל כי לא נתרצה האב היינו שמיחה ואמר שאינו רוצה א"כ למאי הדר וכתב דכשצווח מעיקרא א"צ גט היינו לא נתרצה היינו צווח א"ו כמש"כ דלא נתרצה שכתב הר"ן היינו שלא שמע מהקידושין כלל דבזה לא מהני אח"כ כתב דכששמע וצווח מעיקרא נמי אינה צריכה גט ולא חיישינן דילמא בלבו נתרצה וחלו הקידושין או דברגע הראשון קודם שהתחיל לצווח נתרצה אלא כיון שצווח א"צ גט וזה ברור בכוונת הר"ן ז"ל דמעיקרא שכתב כי לא נתרצה לא מהני היינו שלא שמע מהקידושין כלל ולא הוי רצוי וע"ז כתב כיון דלא הוי זכות גמור דבזכות גמור מהני אף שלא שמע כלל אבל במוחה בפירוש אפילו בזכות גמור אין זכין לו:

וכן מצאתי להר"ן ז"ל בחידושיו למס' חולין (דף ל"ט) שכתב בפשיטות בד"ה והאי דלא צווח מעיקרא סבר מי אתי לידי דאצווח וז"ל מהא שמעינן דכי אמרו זכין לאדם שלא

בפניו ה"מ היכא דלכי שמע ניחא ליה אבל היכא דצווח לא קנה דהא אמרינן דאפילו לרבנן לא קנה אלא משום דמשמע להו דכיון דשתק בשעת שמיעה ניחא ליה עיי"ש גם בסוף דבריו (וכ"כ הר"ן בפ"ק דקדושין גבי ובכסף ע"י אחרים ע"ש] ומבואר מדבריו שם דלאו במתנה לחוד אמרינן דאי צווח אח"כ לא קנה אלא כל היכא דאמרינן זכין לאדם שלא בפניו נמי הדין כן ודבריו שבקדושין ע"כ דכוונתו כמו שפירשנו לעיל:

וכן מצאתי להרמב"ן ז"ל במלחמות בגיטין בסוגיא דתן גט זה לאשתי ושטר שיחרור זה לעבדי אם רצה לחזור בשניהם יחזור כתב שם וז"ל שהרי אפילו בדברים שזוכין לו שלא בפניו אם צווח ביום שמעו לא קנה כדאיתא בב"ב ובחולין עכ"ל עיי"ש היטב בדבריו ז"ל הרי דלאו דווקא במתנה לחוד לא קנה אם צווח אח"כ אלא ה"ה בכל מידי דזכות הוא לו:

וגדולה מזו מצאתי להריטב"א ז"ל בחידושיו לקידושין (דף כ"ג) בהא דאיבעיא להו עבד מהו שיעשה שליח לקבל גיטו והקשה ע"ז דהא קיי"ל דרשב"א נמי סבר בשטר ע"י אחרים משום דזכות הוא לו ומה לי משום זכות ומה לי משום שליחות ותירץ דנ"מ דאי הוי שליח קבלה כיון שהגיע גט לידו יצא לחירות ואעפ"י שהעבד צווח עכשיו כששמע ואלו מדין זכיה דכל היכא דכי שמע צווח מעיקרא לא יצא לחירות. ובאמת נראה דגבי שחרור גם המחנה אפרים מודה דמהני מחאתו דלא הוי זכות גמור אף לרבנן דר' מאיר דהא ניחא ליה בהפקירא אלא דגדול הוא לו זכות של שחרור משל הפקירא וכמו שכתבו התוס' בגיטין ובכתובות ר"א] כדפרישית לעיל ואע"ג דאיהו שדריה ואיכא גילוי דעתא דניחא ליה דלקבליה נהליה ואפ"ה כיון דלאו שלוחו הוא גילוי דעתא לא מהני ויכול למחות כשידע בדבר וזה נכון עכ"ל הרי מבואר דדעתו ז"ל אפי' היכא דגלי דעתיה מעיקרא דניחא ליה אפ"ה יכול למחות היכא דלא שויה שליח בהדיא:

ונראה שזה כוונת הר"ן ז"ל בקידושין (דף מ"ב) וז"ל בטעמא דמילתא דתיקנו זכיה לקטן מדרבנן כדאיתא בב"מ (דף ע"א) ולא תקנו ליה ג"כ שליחות מדרבנן כמו זכיה משום דשליחות מילתא אלימתא היא דמכי מטא לידיה דשליח לא מצי משלח למהדר בי' ולא אלמוה לזכותיה דקטן כולי האי ע"כ וכוונתו הוא דאם צוהו הקטן שיזכה מתנה עבורו מצי למיהדר בי' אח"כ וכמש"כ הריטב"א ז"ל דהיכא דהזכיה הוא מטעם זכות לחוד מצי הדר ביה אף דגלי דעתיה מעיקרא דניחא ליה משא"כ אי הוה מתקנו ליה רבנן שליחות דמיד שעשה השליח שליחותו לא מצי משלח למיהדר ביה וכן יש להביא ראי' מסוגיא דישל"מ דאמרינן שם דאם אמר כלך אצ"י ונמצא יפות הוי תרומה משום דאמרינן דהוי זכות כמש"כ הש"מ ז"ל שם דאף דבתורם משלו על של חבירו בעינן למימר בנדרים (דף

ל"ו) דלא הוי זכות משום דניחא לי' לאינש למיעבד מצוה בממונו מ"מ בתורם משל בעה"ב הוי שפיר זכות כיון דהמצוה היא בממונו ניחא לי' שלא יבואו ב"ב לידי מכשול] ואפ"ה אם לא נמצאו יפות מהן אין תרומתו תרומה משום מחאה של בעה"ב אלמא דאפי' במידי דזכות מהני מחאה דאח"כ ואף דשם יש קצת חוב דאולי ניחא ליה למיעבד מצוה בגופו ממש מ"מ הא הש"ס מדמי ליה ליאוש שלא מדעת דזה לא חשיב חוב:

ובני הרב הגדול מוהר"ח הערץ נ"י הביא ראי' דלא מהני מחאה דאח"כ היכא דזכות הוא לו מהא דתניא בגיטין (דף מ') עשיתי פלוני עבדי ב"ח והוא אומר לא עשאני חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר עיי"ש היטב ופשטא דלישנא משמע שהעבד אינו רוצה בשיחרורו ואפ"ה אמרינן דמהני מה שזיכה לו ע"י אחר אלמא דכיון דקיי"ל זכות הוא לעבד שיצא מת"י רבו לחירות לא מהני מחאת העבד ונ"ל דאין זה ראי' דאפשר לומר דגם העבד רוצה בשיחרורו רק שאומר קושטא דמילתא שהוא לא קיבל לידו שטר שיחרורו וקמ"ל תנא דברייתא דמ"מ הוי משוחרר משום דמסתמא זיכה לו ע"י אחר [וכה"ג כתב הטור בשם הרמ"ה ביור"ד (סימן רס"ז) בסיפא דנתתי לו שטר שיחרור והוא אומר לא נתת דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי דמיירי שאח"כ חוזר העבד ורוצה בשיחרורו אף שאמר מקודם לא נתת ואף אנו נאמר דרישא מיירי שגם כעת העבד רוצה בשיחרור רק שאומר שלא עשאו בן חורין]:

הרי נתבאר שבכל דבר שזכות הוא לו אם בא ומיחה אח"כ מהני מחאתו היכא דנאמן באמירתו דלא ניחא לי' וא"כ בענין שאילתנו אם באת בעלת הבית ומוחית ורצונה להפריש חלה בעצמה דוקא יכולה להפריש ולברך ומ"מ הואיל דהמחנה אפרים כתב דאין יכול למחות לכן תפריש חלה בלא ברכה כ"נ לענ"ד:

ועיין בש"ך בחה"מ (סימן ס"ו) בהא דאמרינן בב"מ (דף י"ט) מצא שטר שיחרור בזמן שהאדון מודה יחזיר לעבד ופריך וליחוש שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ואזל עבד וקנה נכסים מניסן עד תשרי ואזל הרב וזבנינהו ואתא עבד וטריף מניסן הניחא למאן דאמר זכות הוא לעבד שיצא מת"י רבו לחירות וכאביי דאמר עדיו בחיתומיו זכין לו אלא למ"ד חוב הוא לעבד שיצא לחירות מא"ל ומשני דכי אתא למיטרף אמרינן לי' אייתי ראיה אימת מטא גיטא לידך וכתב הרא"ש ז"ל עלה ואסיקנא דכי אתא למיטרף לקוחות אמרינן לי' אייתי ראיה אימת מטא גיטא לידך ותמהו הב"י והב"ח והש"ך ז"ל על הרא"ש דהא אנן קיי"ל כחכמים דזכות לעבד שיצא לחירות והרא"ש פסק כאביי דעב"ח ז"ל ולדידי' הא לא בעי לאתויי ראי' אימת מטא גיטא לידי' משום דע"ח ז"ל עיי"ש ושפיר טריף מניסן:

ולכאורה יש ליישב דאפשר לומר דבדבר שאמדו חכמים שזכות הוא לו והוא צווח ביום שמעו שאינו רוצה תליא בפלוגתא דרב יוסף ואביי ורבא דלר"י דסובר הגדילו יכולין למחות בכל מילי שזכות הוא לו אם מוחה כששמע לא חשבינן לי' לזכות למפרע ולאביי ורבא דמקשו ממתניתין לדידהו אמרינן כיון דאמדו חכמים הדבר לזכות לא מהני מחאתו למפרע ומה שהטבילוהו ע"ד ב"ד הוי גירות מעליא. וה"נ גבי עבד כשמטא שטר שיחרור לידו וצווח ע"ז נהי דמכאן ולהבא העבד משתחרר בע"כ אבל עד דמטא לי' לר"י דאמר הגדילו יכולין למחות לא חשבינן לי' זכות למפרע ולאביי ורבא אמרינן דלא מהני מחאתן למפרע והוי משוחרר משעת חתימה והא דקאמר הש"ס הניחא למ"ד זכות הוא לעבד שיצא לחירות וכאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לי' היינו נמי משום דסובר אביי דלא מהני מחאתן לבטל הזכי' למפרע אבל לפמש"כ הרא"ש ז"ל בפ"ק דכתובות כרב יוסף דהגדילו יכולים למחות ודאי דאפילו למ"ד זכות הוא לעבד שיצא לחירות מ"מ יכולים הלקוחות לטעון שמא לא רצה העבד בשיחרורו והיה עומד וצווח ולא הוי זכות למפרע ואייתי ראי' אימת מטא גיטא לידך ושפיר פסק לשיטתו כר"י בהא דהגדילו יכולין למחות:

מיהו אכתי לא ניחא לפ"ז הא דקאמר הניחא למ"ד זכות הוא לו דאפילו לאביי ורבא דסברי הגדילו אין יכולין למחות משום דדבר שאמדו חכמים לזכות לא מתבטלת הזכי' למפרע במה שצווח ביום שמעו מ"מ אם צווח בשעת זכי' ממש ודאי דאין יכולין לזכות עבורו כמ"ש לעיל בשם הרמב"ם ז"ל וא"כ גם למ"ד זכות הוא לו יכולין הלקוחות לטעון שמא היה צווח בשעת כתיבה וחתימת הש"ש ולא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו ואין יכול לטרוף הפירות אלא משעת נתינה ויותר נראה לי ליישב דהנה התוס' כתבו בב"מ (דף כ') ד"ה שובר דהא דעדיו בחתומיו זכין לו הי' תקנת חכמים כדי שיהא העדים יכולים לחתום ואפילו אם בא על בת ישראל בין כתיבה לנתינה לא פסלה וכבר תמה עליהם האו"ת ז"ל דהא אין ב"ד יכולים לעקור דבר מה"ת בקום ועשה:

אולם מצאתי להריטב"א ז"ל בחידושיו דלא אמרינן עבחז"ל רק לענין פירי דהוה ממונא לחוד אבל לענין איסור ודאי דלא מהני עד דמטי לידיה ממש דהא בעינן דומיא דגט אשה דכתיב ונתן בידה והסופר והעדים הא לא זכו עבורו:

ולפ"ז נראה דאף למ"ד זכות הוא לו תליא בפלוגתא דרב ושמואל בב"ב (דף צ"ב) אי הולכין בממון אחר הרוב דלרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב אין הלקוחות יכולין לומר שמא היה הג"ש בע"כ דעבד דאזלינן בתר רובא ורוב העבדים מתרצים כמו שאמדו חכמים דעתם באמת דהוי זכות ומוציאין הפירות מלקוחות משום עדיו בחז"ל והש"ס

דקאמר הניחא למ"ד זכות הוא לו הוא רק לרב דסובר הולכין בממון אחר הרוב אבל לדידן דקיי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב נגד חזקת ממון אפילו למ"ד זכות הוא לו אין יכולין לטרוף מלקוחות דמצי אמרי שמא היית עומד וצווח וגלית דעתך שאינך רוצה בשיחרור ולא זכו העדים בחותמיהן עבורך עד דמטא לידך שאז חל השחרור בע"כ] ואייתי ראי' אימת מטא לידך ושפיר פסק הרא"ש לדידן דקיי"ל כשמואל דמצי אמרי אייתי ראיה כו' ולא מיבעיא בנכסי מטלטלין שודאי אינו יכול להוציא מיד הלקוחות המוחזקין בהם אלא אפילו אם קנו קרקע מהאדון דאפשר לומר דלא חשיבי מוחזקין מפני שהעבד מערער על תחילת הלקיחה דהא העבד הוא בחזקת האדון וכל מה שקנה נכנס לרשות האדון עד שיתברר שנשתחרר וגם הלקוחות הבאין מכחו לא נוכל להוציא מהם ובזה א"ש גם דברי המרדכי בהגהות שכתב שם וז"ל דאמר לי' אייתי ראי' אימת מטא גיטא לידך אבל גבי שט"ח אמר אביי עבחז"ל ושפיר טרף וגבי גט אשה לא שייך לאמר זכות הוא לה שמתגרשת וגבי עבד נמי חוב הוא לו ולהכי אמרינן לקמן דאמרינן ליה אייתי ראיה אימת מטא גיטא לידך עכ"ל וזה תמוה דהא אנן פסקינן כחכמים דר"מ דש"ש הוי זכות:

ולפמ"ש א"ש דהא לחכמים נמי איכא חוב שנאסר בשפחה רק שאפ"ה אמדו חכמים שהזכות מכריע על החוב וזכין לו שלא בפניו השט"ש אבל אם ידעינן שחוב הוא לו כגון שצווח בשעת מעשה ודאי דלא זכין לו ולא הוי משוחרר עד דמטא לידי' להכי אמרינן ליה אייתי ראיה אימת מטא לידך ולא טריף משעת חתימה:

מיהו יישוב זה לא יתכן אלא לשיטת הריטב"א ז"ל דס"ל דלא מהני הא דעבחז"ל אלא לענין ממון בלחוד אבל לענין איסור להשיאו בת חורין לא מהני עד דמטא לידי' ממש. ולהכי תליא מילתא אי הולכין בממון אחר הרוב או לא וכמ"ש לעיל אבל לשיטת התוס' דס"ל לענין איסור להשיאו ב"ח. אמרו עבחז"ל מתקנת חכמים לא יתכן ישוב זה דאף דקיי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב מ"מ כיון דבאותו הדבר איכא נ"מ לענין איסורא ועיקר השיחרור הוא לענין איסור ובאיסור לכ"ע אזלינן אחר הרוב מש"ה אזלינן נמי בממונא אחר הרוב וכמ"ש בהפלאה ז"ל בסוף פ"ק דכתובות והביא כמה ראיות לזה עי"ש ואין לומר לשיטת התוס' דהכא לא אזלינן בתר רובא מטעם דאיכא נגד הרוב ב' חזקות חזקת העבד שלא נשתחרר עדיין וחזקת ממון דאדון ודלקוחות ובתרי חזקה לא אזלינן בתר רובא אף באיסור כמ"ש הריב"ש בתשובה דז"א דא"כ תיקשה להיפך מאי קאמר הניחא למ"ד זכות הוא לעבד ולאביי דאמר עבחז"ל דהא אכתי אין יכול להוציא נכסים מיד הלקוחות מטעם דאיכא תרי חזקה שלא נשתחרר עד דמטי לידי'

משום דאימר הי' צווח על השיחרור ועוד דהך חזקה דעבד שלא נשתחרר איתרע דהא השתא דמטי לידו ודאי דהוי משוחרר שהרי עבד משתחרר בע"כ ודו"ק:

סימן קיא

שאלה מי שיודע בחבירו שאינו מקפיד עליו אם יאכל עיסתו אם רשאי להפריש ממנה חלתה כדי לאכול השיריים:

תשובה נבאר תחילה אי מותר לאכול פירות חבירו שלא מדעתו אם לפי אומדן דעתו אינו מקפיד עליו הנה איתא בב"מ (דף כ"ב) אמימר ומ"ז ור"א איקלעי לבוסתנא דמרי בר איסק אייתי אריסי תמרי ורימוני ושדי קמייהו אמימר ור"א אכלו מ"ז לא אכיל אדהכי אתי מרי בר איסק ואשכחינהו א"ל לאריסיה אמאי לא אייתית להו לרבנן מהנך שפירתא א"ל אמימר ור"א למ"ז השתא אמאי לא אכיל מר כו' וכתבו התוס' שם דאמימר ור"א שאכלו קודם לכן הוא משום דסברי אריסיה מדנפשיה קיהיב דאין לומר שהיו סומכים לומר שיתרצה מרי בר איסק כשידע דהא הלכה כאביי דאע"ג דהשתא ניחא ליה מעיקרא לא ניחא לי' עכ"ל התוס' מדבריהם מבואר דאסור לאכול פירות של חבירו אעפ"י שיודע שחבירו יתרצה משום דקיי"ל כאביי דאע"ג דלבסוף ניחא לי' מעיקרא לא ניחא ליה:

והש"ך (סימן שנ"ח) כתב על דבריהם ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר שמותר ויאוש של"מ שאני שגם אח"כ אינו מייאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא ובע"כ מתייאש א"כ אמרינן מעיקרא באיסורא אתי לידיה דבמה יקנה אי ביאוש הא השתא אינו מתייאש ואלו היה יודע שהוא אצלו לא היה מתייאש משא"כ הכא כיון שידוע שיתרצה א"כ השתא נמי בהתירא אתי לידיה דמסתמא אינו מקפיד ע"ז. שאע"ג דבש"ס שם מדמה תרומה וטומאה ליאוש של"מ טעמא אחרינא איכא התם דלענין תרומה וטומאה ידיעה ממש בעינן ע"ש ודו"ק עכ"ל לשון ז"ל:

וביאור דבריו נ"ל דבאמת כל דלבסוף ניחא לי' אמרינן השתא נמי ניחא לי'. מיהו היינו דווקא היכא דלא בעינן לעשות ע"י הניחותא דבעלים שום פעולה חדשה ולא בעינן אלא שלא יעכבו הבעלים בזה מהני ניחותא דלמפרע ולהכי בתרומה דבעינן למימר ע"י ניחותא דאח"כ דדמי כאילו ידע הבעה"ב ועשאו שליח וכן בהכשר דבעינן למימר דדמי כאילו ידע זה ורצה שיבואו המים על הפירות דבתרווייהו בעינן ידיעה ממש בזה לא מהני ניחותא דאח"כ. אבל לאכול פירות של חבירו לא בעינן שידעו הבעלים ממש דלא איכפת לן בידיעתו רק דבעינן שלא יקפיד דעיקר גזל בקפידא תלי' רחמנא והיכא דאינו מקפיד לא מיקרי גזל אע"ג שאינו מקנה לו ומטעם זה פשיטא שאם קטן נתן לאחד לאכול משלו רשאי לאכול אע"ג דקטן לא מצי להקנות לאחרים מ"מ כיון

דלא קפיד רשאי לאכול ולית ביה דין גזל וכאן הרי אנו יודעין שלא יקפיד להכי שרי וביאוש דאבידה נמי דמי לתרומה והכשר דהא התם א"א לומר שהמוצא זכה בה מטעם דכיון דניחא לי' אח"כ כשמתייאש השתא נמי ניחא ליה לבעל האבידה שיטלם השתא דהא גם אח"כ לא ניחא ליה דהא בע"כ מתייאש ואינו מתרצה כלל שיקח חבירו את שלו ועיקר יאוש הוא מחמת שאינו יודע היכן הוא ואלו ידע שהוא אצל המוצא לא היה מתייאש ולא היה מתרצה שיטלה המוצא. וא"כ אין כאן רצון שנאמר דגם מעיקרא מתרצה הוא ליה. רק שאנו צריכין לומר שזכה בה מאחר שהתורה חידשה דבאבידה יוצאת מרשות בעלים ע"י יאוש דבע"כ (אף דבממון שלא נאבד ממנו לא מהני יאוש] והאובד הזה נתייאש כשנתוודע לו שאבד מהני יאוש דידיה שיצא הדבר מרשותו אף קודם שנתוודע לו שאבדו עד שלא בא ליד המוצאה ובעינן לומר שיצא הדבר מרשותו למפרע דזה לא אמרינן לאביי דהא ע"י יאוש דלבסוף בעינן שיצא הדבר מרשותו למפרע כאלו היה אז היאוש וזה לא אמרינן דגילוי דעתא דלבסוף אינו עושה פעולה חדשה למפרע וזה מיקרי פעולה חדשה דהיינו דבעינן שיהי' היאוש למפרע בכדי שעי"ז יקנה אותה המוצאה למפרע ויהא נקרא בהתירא אתי לידיה זה לא אמרינן כמו דלא אמרינן בתרומה והכשר דניחותא דלבסוף יעשה ידיעה מעיקרא ממש וזה פשוט וברור בכוונת הש"ך דהיכא דמהני רק אומדן דעתו שאינו מקפיד ומתרצה לזה מהני למפרע אף לאביי אבל היכא דבעינן ידיעה ממש לא אמרינן דדמי כאילו ידע ומתרצה מתחילה:

ובזה יש להבין מה דאמרינן בקידושין (דף מ"ד) קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה דצריכה גט דחיישינן שמא נתרצה האב וכתבו הר"ן ז"ל והרא"ש ז"ל דאם נתרצה האב הוו קידושין למפרע והר"ן ז"ל כתב וז"ל וכ"ת ריצוי דבתר קידושין מאי מהני איכא למימר דהיינו טעמא לפי שכל אדם רוצה להשיא את בתו ומצוה דרמיא עלי' נמי הוא וזכין לאדם שלא בפניו ומיהו טעמא דנתרצה האב כששמע הא לא נתרצה לא הוי קידושין לפי שאין זה זכות גמור שהרי יוצאה מרשותו לכמה דברים עכ"ל הר"ן ז"ל ולכאורה קשה הא קיי"ל כאביי ובמידי דלא הוי זכות גמור לא מהני ניחותא דלמפרע. ודוקא במידי דהוי זכות גמור זכין לאדם שלא בפניו כמו בתן שטר שחרור זה לעבדי אבל במידי דלא הוי זכות גמור כיון דבשעת קידושין אנו מסתפקין אי ניחא ליה לא מהני ניחותא דאח"כ אבל לפמש"כ בשיטת הש"ך הדבר נכון דמה שהאב זוכה לקדש את בתו אין זה זכיית ממון כדאמרינן בב"ק (דף מ"ט) בכיוצא בזה גבי וולדות מרי דיכי אטו וולדות צררי נינהו כו' ע"ש וה"נ זה לא מיקרי זכות ממון רק שיש לו זכות שיכול לקדשה למי שירצה והיא אינה יכולה להתקדש בלא דעתו ולהכי אמרינן בקידושין (דף

י"ט) אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך וכתבו התוס' והרשב"א בחידושיו שם דאין זה כאומר תן מנה לפלוני ותתקדש בתי לך דמקודשת מטעם ערב אלא הכא סילוק רשות לחוד הוא שנתן לה רשות להתקדש ומסלק כחו ורשותו ממנה ואיהי יש לה יד לזכות לעצמה הכסף קידושין וקטן יש לו יד לזכות בעצמו כדאמרינן בגיטין (דף ס"ה) וילפינן מקידושי יעוד דמהני מה שנותן לה רשות לקבל קידושין עיין שם ברשב"א [ולא כמ"ש הראב"ד והרא"ש ז"ל שהוא מטעם שליחות] והכי דייק לשון רש"י ז"ל שם (דף מ"ו) גבי נתקדשה שלא לדעת אביה ונשאת שלא לדעת אביה בד"ה הואיל וז"ל בחייו קידשה והשיאה עצמה שלא לדעתו כאילו היא יתומה והוא ראה ושתק או הפקיר רשות וזכות שיש לו בה עיי"ש הרי דלא בעינן אלא שיסלק האב כחו וממילא יכולה להתקדש: **והפנ"י** כתב דמיירי שנתן לה רשות להתקדש לזה שנתקדשה לו דאי לאו הכי הא אינה יכולה להקנות עצמה אם לא ברצון אביה דהא קטנה שאין לה אב אין קידושיה כלום אעפ"י שיש לה יד לקבל כסף קדושיה וע"כ משום דאינה יכולה להקנות עצמה לבעל והכא מיירי שהאב נתן לה רשות להקנות עצמה לפלוני דמהני מחמת רצון האב עכ"ל הפ"י. ולי נראה דלשון הש"ס ודאי משמע שנתן לה רשות לקדש עצמה סתם ולא הזכיר לפלוני דאם איתא דבעינן שיאמר לפלוני לא הוי שתיק הש"ס מלומר צאי וקבלי קידושיך מפלוני א"ו דמיירי אפי' באומר צאי וקבלי קידושיך סתם ומה שהקשה הפ"י הא אינה יכולה להקנות עצמה כיון דקטנה היא נ"ל דזה נכון לפי מש"כ הר"ן ז"ל בנדרים (דף למ"ד) דלהכי אמר רחמנא כי יקח איש אשה ולא אמר כי תלקח אשה לאיש שלא כל הימנה להכניס עצמה לרשות הבעל ומשו"ה אמרינן בקידושין דאי אמרה מאורסת אני לך אין בדבריה ממש אלא מכיון שהיא מסכמת לקדושי האיש היא מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו ע"ש ותמצית דבריו הוא שאין האשה עושה פעולת הקנאה ככל מקנה חפץ שלו לחבירו אלא הבעל הוא הקונה אותה ועושה פעולת הקנין והתורה הצריכה דעתה שתתרצה לזה שיקנה אותה ובלא דעתה לא מהני אבל אם נתרצית אזי הוא עושה כל פעולת הקנין וא"כ לפ"ז כל קטנה שאין לה אב דקיי"ל שאין קידושיה כלום הוא רק משום שאין רצונה רצון. דאף שכתב הרמז"ל דקטנה יש לה רצון אם זינתה תחת בעלה מ"מ רצון גמור שיוגמר ע"י רצונה קנין אישות אין לה ולא מהני קנין הבעל כלום בלי רצונה דאף שיש לה יד לזכות בכסף קידושין מ"מ אין לה דעת גמורה שיתחשב רצונה רצון גמור אבל בזו שאמר לה אביה צאי וקבלי קידושיך ונתן לה רשות כבר יש כאן רצון שיפעול הקנאת הבעל דרצון האב הוי רצון גמור שזיכתה לו תורה בזה ליתן רשות לבעל לקדשה ולקבל כסף קידושיה

דבשלמא אי הוי בעינן באשה הקנאה גמורה אז הוי אמרינן בקטנה שהאב מקנה אותה ולא היה מועיל צאי וקבלי קידושיך עד שידע האב ויאמר לה ממי תקבל אבל כיון דלא בעינן גבי דידה הקנאה כלל ממילא גבי האב שזיכתה לו תורה לקדש בתו אין האב מקנה אותה רק שמקבל לקדושיה ומתרצה שיקנה אותה הבעל וכיון שאמר לה צאי וקבלי קידושיך הרי כבר עשה סילוק רשותו וכחו והכסף הרי יש לה יד לזכות בעצמה:

ולפ"ז א"ש מה דאמר בנתקדשה שלא לדעת האב ואח"כ נתרצה האב דמקודשת למפרע כיון דאין לו בה קנין ממון ולא בעי להקנותה ע"י קידושין אלא רצון בעלמא להכי מהני לכ"ע ניחותא דאח"כ דאין רצונו עושה שום קנין רק מתרצה שהבעל יעשה קנינו בה ויקדשנה ולזה גם לאביי אמרינן כיון דהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה דדוקא אם רצונו עושה קנין כמו תרומה שע"י רצונו דלמפרע אנו עושים התורם שלוחו של בעה"ב ונגמר התרומה ע"י רצון השליח כמו שרוצה הבעה"ב בעצמו או גבי הכשר שנגמר ההכשר ע"י רצון דלמפרע וכן גבי יאוש שיוצא הדבר מרשות בעלים ע"י יאוש דידיה בזה אמרינן דלא מהני למפרע אבל הכא בקדושי קטנה אין הרצון עושה שום קנין דקנין הקדושין נעשין ע"י הבעל אם האשה אינה מוחה רק רצון בעלמא בעינן שלא ימחה האב ולזה מהני למפרע כיון שאין צריך שום פעולת הקנאה ולענין קבלת הכסף קידושין הא יש לה יד:

ובזה יש להבין הא דאמרינן ביבמות (דף ק"ט) קידושי קטנה מתלי תלי וקאי דכי גדלה גדלי בהדה ואע"ג דלא בעל ופרש"י ז"ל דמשגדלה תפסי קידושין מעיקרא ואיגלאי מילתא למפרע דזיקה דהך לאו כלום ומשו"ה תצא אחותה משום אחות אשה ותמה שם הרשב"א ז"ל כיון דהקדושין היה רק מדרבנן במה גדלו בהדה ונעשין קידושין דאורייתא ע"ש שנדחק בזה מאוד ולדברינו א"ש דהא כסף הקידושין יכולה לזכות בהן דקטנה יש לה יד לזכות לעצמה רק שאין לה רצון להתרצות שיקנה אותה הבעל וכיון שגדלה וניחא לה בקידושין אלו ולא מיחתה בתחילת גדלותה אמרינן דגם מעיקרא ניחא לה נמי ומהני כאילו היה מועיל מה"ת רצון דידה בשעת הקידושין ואף שבאשה גדולה שקבל אביה או אחר קידושין עבורה ואחר ששמעה נתרצתה לא מהני רצוי דידה למפרע התם שאני דאף דלענין רצון היה מועיל למפרע מ"מ הא אין הקדושין חלין עד שיגיע כסף קידושין או שטר קידושין לידה בגדלותה או ליד אביה בקטנה וכאן בשעת הקידושין לא היה זה שלוחה לקבל הכסף וא"א לקידושין לחול אבל בקטנה שקיבלה קדושי' בעצמה לא מיחסר אלא רצון ולענין רצון מהני ריצוי דבסוף למפרע ומיירי שקבלה קדושי' בעצמה]:

ואתי שפיר נמי הא דאמרינן בכתובות (י"א) גר קטן היו מטבילין אותו ע"ד ב"ד ע"ש בתוס' שתמהו מאוד בזה דהא קיי"ל אין שליחות לקטן ותירצו דהוי מדרבנן. והריטב"א ז"ל כתב שהוא מדאורייתא והרא"ש בפ' החולץ כתב דילפינן ממ"ת שהיה שם כמה יונקי שדים ולדברינו א"ש דגבי גירות א"צ לעשיית שום פעולת הקנאה רק שהב"ד מטבילין אותו לשם גירות ומטילין עליו קדושת ישראל ובגדול בעינן שיתרצה הוא דכיון שמתרצה ממילא חל עליו הגירות. ובקטן שאין לו רצון יכולים הב"ד להטיל עליו הגירות משום דזכין לאדם שלא בפניו ואמרינן אלו היה בן דעת בודאי היה מתרצה לזה אבל הוא בעצמו אינו עושה שום קבלת קדושה. (ועיין ברא"ש פ' החולץ שלמד דבר זה ממ"ת שהיה שם כמה יונקי שדים והיה מועיל גירות דידהו) ור"י אמר הגדילו יכולין למחות דלא מהני גירות של ב"ד אלא אם הגדיל ולא מיחה דאז אמרינן כיון דהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה דכיון דעיקר הגירות היה ע"י טבילת ב"ד ולא בעינן אלא שיתרצה הוא ואז פועל הטבלת ב"ד לעצמו בו ולהכי מהני ריצוי דידיה למפרע והוי גר גמור מה"ת אבל כשמוחה בטל הגירות למפרע כמש"כ רש"י ז"ל ולא מהני אומדן דעתא שזכות הוא לו כמו שלא מהני בקטנה אם לא נתרצה האב אח"כ אף שאנו מחשבין זה לזכות כמש"כ הר"ן שם הנה מבואר היטב דעת הש"ך ז"ל דמותר ליקח דבר שיודע שאין חבירו מקפיד עליו:

ולכאורה יש להביא ראיה דאסור לאכול דבר של חבירו אף שיודע שאין חבירו מקפיד עליו מהא דאמרינן בב"מ (דף למ"ד) ר"י בר יוסי הוי קאזיל באורחא פגע בו ההוא גברא דהוי דרי פתכא דאופי ואיתפח א"ל דלי לי א"ל כמה שווין א"ל פלגא דזוזי יהב לי' פלגא דזוזי ואפקרי' הדר זכה בו הדר יהיב לי' פלגא דזוזי ואפקרי' חזא דבעי למיהדר למזכי בי' א"ל לכו"ע אפקרינה לדידך לא אפקרינה ופירשו התוס' שהפקירם שלא יכשלו בני אדם בלא תגזול הרי מוכח בהדיא דאף שר' ישמעאל בר"י לא היה מקפיד עליהם אם הי' לוקחם אחר הי' עובר בלא תגזול להכי הוצרך להפקירם ממש כדעת התוס' בעובדא דאמימר ור"א ומ"ז:

מיהו באמת אין זה ראיה כלל דהא לכאורה קשה דאף אם נימא דאסור לאכול דבר שאין חבירו מקפיד עליו מ"מ זהו דוקא אם אינו מקפיד על אדם פרטי דזה אפשר לדמותו ליאוש שלא מדעת דכיון דגבי כ"ע מקפיד רק לאדם זה אינו מקפיד דמי ליאוש שלא מדעת שהרי לא ידעו הבעלים שאמימר ומ"ז ור"א יבואו לפרדסו ולגבי אינש אחרינא הרי מקפיד להכי אסור לאכול דישל"מ לא הוי יאוש אבל אם אינו מקפיד לשום אדם ודאי דא"א לדמותו לישל"מ דהא אינו מקפיד ע"ז החפץ ואין דעתו עליו כלל וידע בעה"ב

בנפשי' גם קודם שבא אחד לאכלו שאינו מקפיד עליו וליכא בזה משום גזל דהא הוי יאוש מדעת וא"כ אמאי הוצרך ר' ישמעאל בר"י לאפקורי דהא אף אם לא יפקירנה ויהיה שלו רק שאינו מקפיד עליו אם יבא אחד ויטלם נמי אין הנוטלם עובר משום לא תגזול לכן נ"ל דלכאורה קשה בלא"ה כיון דעיקר מה שהיה מתירא רי"ש בר"י הוא משום דהך גברא זוכה בו אחר שמפקירו וחוזר על ר"י בר"י חיובא דעזוב תעזוב א"כ הרי היה לו עצה אחרת דהא אדם יכול להפקיר דבר שיחול ההפקר לאח"ז כמו שחל הקדש לאחר זמן כדאמרינן בעירובין (דף ל"ה) ככר זה היום חול ולמחר קודש כו' והקדש והפקר חד דינא אית להו וא"כ הי' לו לר"י בר"י להפקיר את העצים שיחול ההפקר לאחר שילך הוא מכאן ויתרחק מהן שאז שוב לא יהי' עליו מצות עזוב תעזוב וגם בני אדם יוכלו לזכות בהן אח"כ והך גברא דפתכי דאופי הרי אינו יכול לזכות בהן כעת כדי לחייב את ר"י בר"י במצות עזוב תעזוב שהרי עדיין לא חלה הפקר כ"ז שלא נתרחק ר"י בר"י מהן: **לכן** נ"ל דר"י בר"י לא עשה עדיין שום קנין בהנך פתכא דאופי ואף שנתן לו פלגא דזוזי הא קיי"ל דמעות אינו קונות ועיין בח"מ (סימן ר') דבמכירה לא תקנו ד' אמות ואפילו להי"א שהביא הרמ"א שם דגם במכירה ד"א קונות מ"מ אפשר שהי' במקום שאין ד"א קונות ולהגביהם לא רצה וכיון שלא קנה להך עצים ואכתי הם של הנושא ורק ע"י מה שנתן דמי משאו נפטר ממצות עזוב תעזוב כיון ששילם דמיהן ועצם העצים הם של ההוא גברא ואל תתמה כיון שלא קנה אותם איך הפקירם הא אין אדם מפקיר דבר שאינו שלו ז"א דאמרינן בנדרים (דף ל"ד) אמר רבא היתה ככר של הפקר מונחת לפניו ואמר ככר זה הקדש נטלה לאוכלה מעל לפי כולה ופי' הר"ן ז"ל שם שהיה הככר מונח בתוך ד' אמותיו וד' אמות לא קני' לי' דגלי אדעתי' דלא ניחא ליה דליקני ולהקדש ניחא לי' ולא לקנות לעצמו והקדש שפיר חייל אע"ג דלא קני לי' משום דהו"ל כמגביה מציאה לחבירו דחבירו קנה ה"נ הקדש קנה ולא הוא והיינו משום דמונח בד' אמותיו וקנה לי' אם ירצה יכול להקדישו ג"כ ולפ"ז אם קנה חפץ במעות אף דקיי"ל דמעות אינו קונות מ"מ הא אי בעי להגביהו ולקנותו קודם שחזר בו המוכר מצי קני. ודאי דיכול להקדישו ג"כ ולהפקירו וחייל ההקדש או ההפקר דהקדש והפקר חד דינא אית להו כמבואר בב"ק (דף ס"ט) ולהכי הפקירו ר' ישמעאל אחר שנתן לו הדמים והשתא א"ש מה שלא הפקירם ר"י בר"י לאח"ז אחר שיתרחק מן המשא ולא יראה אותו שלא יהיה עליו עוד חיוב עזוב תעזוב דכיון דעדיין לא זכה בהן ולא היה בכחו להפקירן אלא מחמת שבידו לזכות בהן כמו ככר דמונח בתוך ד' אמותיו וזהו דוקא כ"ז שעומד אצל המשא אז יכול להקדישו שיחול ההקדש כעת אבל להפקירו שיחול ההפקר לאחר זמן אינו יכול דשמא

יחזור בו המוכר מיד ואין בידו להקדישו לאח"ז ודמי להא דאמרינן בקידושין (דף ס"ב) הנותן פרוטה לאשתו ואמר הרי את מקודשת לי לאחר שאגרשך לא אמר כלום דאע"ג דבידו לגרשה בע"כ וכל שבידו לאו מחוסר מעשה מ"מ נהי שבידו לגרשה מ"מ אין בידו לקדשה ואף שעכשיו היא מתרצית לקבל קידושין מ"מ הא יכולה לחזור בה ולהכי אינה מקודשת וה"נ נהי שעכשיו יכול להגביה ולקנות מ"מ להקדיש שיחול לאח"ז אינו יכול שמא יחזור בו אז המוכר דהא מעות אינן קונות ויכול לחזור בו:

והוצרך להפקירם מיד בשעה שעומד אצלם עדיין ויכול להגביהם ולזכות בהם אבל לא שיחול ההפקר לאחר זמן והשתא נמי א"ש מה שהוצרך להפקירם כדי שלא יכשלו בהם בני אדם בלא תגזול אע"ג דר"י בר"י לא הקפיד עליהם מ"מ כיון שהם עדיין של בעל העצים מפני שלא זכה בהם ר"י בר"י דמעות אינן קונות וכיון שהם עדיין ברשות בעל העצים והוא מקפיד עליהם ואם יטלם אדם אחר יכשל בלא תגזול שעדיין הם ברשות בעל העצים והמעות שקיבל מר"י בר"י יכול לאמר שהוא רק כדי לפטור עצמו מחיוב דעזוב תעזוב]:

(הגה"ה ועיין ברא"ש בשם רבינו יצחק שפירש באופן אחר דמיירי שאמר שיהיה קדוש אחר שיזכה בו וזכה בו:)

ולפי"ז אין ראי' מכאן שיש איסור גזל בדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו דמה שהפקירם ר"י בר"י הוא כדי שע"י הפקר זה יצאו מרשות בעלים ואם לא היה מפקירן היו עדיין ברשות בעלים ויש בהן לא תגזול:

שוב ראיתי בנוב"י מהד"ק (סימן מ"ט) שכתב דדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו לאדם אחד ומקפיד לגבי אחרים יש בו משום גזל והביא ראי' מהא דפריך התם בב"מ בהא דקאמר ר"י בר"י דלכו"ע אפקרינהו ולדידך לא אפקרינהו והפקר כה"ג מי הוי הפקר והתנן ב"ה אומר הפקר לעניים ולעשירים הוי הפקר אבל לעניים לחוד לא הוי הפקר וה"נ לא מהני מה שאינו מקפיד לאדם אחד ובעינן שלא יקפיד לשום אדם. ולפי מה שביארנו לאו ראי' הוא דהא התם ר"י בר"י לא היה מקפיד לגבי שום אדם ואפ"ה הוי מתירא שמא יכשלו בהן ב"א וע"כ דהי' מתירא מחמת שלא קנה אותם רק במעות ומעות אינן קונות ואולי יחזור בהן בעל העצים והוא מקפיד עליהם ויכשלו בהן בני אדם והוצרך להפקירן כדי שע"י ההפקר יוגמר קניינו של ר"י בר"י כמו גבי ככר בנדרים וע"ז פריך שפיר וכה"ג מי הוי הפקר דכיון דלא הוי הפקר גמור אינו גומר הקנין ויכול בעל העצים לחזור ממכירתו דמעות אינן קונות ויכשלו ב"א בלא תגזול כמו שביארנו בארוכה ואין

מכאן ראי' דלענין לא תגזול בעינן שלא יקפיד לגבי שום אדם אלא כיון שאינו מקפיד לאדם אחד שרי לאוכלו:

מיהו נ"ל דאע"ג דמותר ליקח ולאכול מ"מ אם הוא טבל אסור לתרום ממנו בלי רשות חבירו כיון דאין לו קנין בזה רק שמותר לאכול כמו שהוא של בעה"ב אבל לתרום אינו יכול אא"כ נעשה שלוחו של בעה"ב ממש וזה לא נעשה שלוחו וגם קנין אין לו בפירות אלו ואף אם ירצה לקנות לא מהני אף שאין הבעלים מקפידים עליו דלא מהני ניחותא דלמפרע לחול ע"י זה קנינו למפרע כיון דלע"ע לא ידעו הבעלים שהוא רוצה לקנות ולתרום ואף אם יכוין לגזול מהבעלים ולקנות בתורת גזל וגזל אמרינן בב"ק (דף ס"ז) הגנב והגזלן שתרמו תרומתן תרומה משום דהוי יאוש ושה"ש דמעיקרא טבלא והשתא תרומה מ"מ הא כאן לא ידעו הבעלים מזה והוי יאוש שלא מדעת ועוד כיון דאין הבעלים מקפידים עליו ולענין איסור גזל מהני הא דודאי ניחא להו לבעלים א"כ אין בזה דין גזל כלל וכיון דאין בזה דין גזל דהתירא קא שקיל ממילא אינו נקנה ביאוש ושינוי השם כמו שביארנו בדיני חמץ הא דפריך בתמורה (פרק קמא) למ"ד כל מילתא דא"ר ל"ת אי עביד לא מהני מגזל דכתיב ביה לא תגזול ותנן גזל עצים ועשאן כלים דמשלם כשעת הגזילה וקונה בשינוי משום דכיון דאמרינן לא מהני לא קנה בשינוי משום דשינוי אינו קונה אא"כ קנה בשעת גזילה בהגבהה להתחייב באונסין ובלא"ה לא קנה א"כ היכא דליכא קנין אינו קונה ביאוש ושה"ש ג"כ וכמו כן אמרינן בע"ז (דף ע"א) למ"ד משיכה בעכומ"ז אינה קונה הא דאמרינן בן נח נהרג על פחות משו"פ ולא ניתן להשבון היינו דאינו בתורת השבון ואפי' בפרוטה נמי אינו בתורת השבון דלא קנאו עכומ"ז וכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא ע"ש היטב ברש"י ז"ל אלמא דכל היכא דלא קני ליה להתחייב באונסין בתורת גזל ברשותיה דמרי' קאי ואינו מתחייב להשיבו ולא קנה לו כלל א"כ כיון דברשותא דמרא קאי רק שהוא מותר לאכול לא נקנה ביאוש ושה"ש כלל ולא בשום שינוי והוי כאילו הוא עדיין ברשות בעליו ולא מצי תרם כלל:

ובזה יש ליישב מה שהקשו רש"י ז"ל בסוכה (דף כ' שפירש בהא דאמר רב הונא להנהו דמזבני אסא דליגזו אינהו כי היכי דלהוי יאוש בידייהו ושינוי רשות בידייכו משום דסתם עכומ"ז גזלי ארעתא נינהו ופרש"י ז"ל גזלי ארעתא מישראל והקשו הא רב הונא סובר בב"ק דגזל עכומ"ז אסור וא"כ אפילו גזלו הקרקע מעכומ"ז נמי אסור ולפמ"ש א"ש דרש"י סובר כמ"ש דכל היכא דלא מתחייב באונסין לא קנה לו בתורת גזל ולא מהני שום קנין בעולם ולא קני ליה ביאוש וש"ר וא"כ בעכומ"ז דליכא תורת השבה ואם נאבד מהגזלן פטור וכדאמר בע"ז דלא ניתן להשבון לא קני ביאוש וש"ר. וא"כ קשה לי'

לרש"י ז"ל אמאי לא חייש ר"ה שמא גזלו מעכום"ז ובגזל עכום"ז לא מהני קנין יאוש וש"ר משום דלא ניתן להשבון להכי כתב רש"י ז"ל דסתם עכום"ז גזלי ארעתא מישראל אבל מעכום"ז לא שכיח שיגזלו ובגזילות ישראל דניתן להשבון קנאו ומתחייב באונסין ומהני נמי יאוש וש"ר ודו"ק:

וקצת יש להביא ראי' לזה מהא דאמרינן ביומא (דף פ"ג) דמאכילין אותו הקל הקל בהיה לפניו טבל ותרומה דבן תימא סובר מאכילין אותו תרומה וחכמים סברי מאכילין אותו טבל ואמר רבה היכא דאפשר לתקוני כ"ע לא פליגי דמתקנינן כ"פ היכא דא"א לתקוני מ"ס טבל עדיף ומ"ס תרומה עדיפא ופרש"י ז"ל דא"א לתקוני מיירי שאם נתקן לא יספיק החולין להאכילו כדי שבעו והקשה המל"מ (בפר"ד) דנתקן הטבל ונאכילו החולין והתרומה דהכי עדיף טפי משיהיה הכל טבל אע"ג דאיסור תרומה חמור מאיסור טבל מ"מ עדיף טפי לאכול כזית אחד של תרומה מלאכול הרבה זיתים של טבל כמ"ש הרא"ש ז"ל בסוף יומא ומה"ט שרינן לשחוט עבור חולה שיש בו סכנה ולא ספינן ליה נבילה דמותר לעבור על איסור שחיטה פ"א מלעבור על איסור נבילה בכל זית וזית לכן פי' הוא ז"ל דהא דקאמר א"א לתקוני מיירי שאין הבעלים לפנינו דא"א להפריש ולתקן שלא מדעתו ע"ש והא הכא דמותר ליקח פירות של חבירו אף אם הוא מקפיד משום שאין לך דבר שעומד בפני פ"נ כדאיתא בפ' הכונס בתוס' שם (בדף ס') בבעיא דמהו להציל עצמו בממון חבירו שכתבו התוס' דע"כ לא איבעיא לן אלא אם חייבין לשלם או לא אבל ודאי דמותר להציל א"ע שאין לך דבר שעומד בפני פ"נ ואפ"ה לא מצי לתרום:

מיהו יש לדחות דמיירי שהחולה בעצמו אין דעתו עליו לתרום ואותן בני אדם שמאכילין אותו ודאי דאין להם קנין וזכיה בהני פירות אבל אם היה דעתו של החולה עליו לתרום ה"נ דהו"מ לתרום משום דכיון דרשאי לאוכלן רשאי לתרום מהם מיהו קשה אכתי יכוונו הני שמאכילין החולה לקנותן בתורת גזל ואז יוכלו לתרום דהוי יאוש ושה"ש דמעיקרא טיבלא והשתא תרומה דרשאין לגזול כדי לתרום ולהאכיל לחולה כמו שמותר לשחוט בשבת להאכיל הבשר בשבת להחולה ואין לומר דהוי יאוש של"מ כיון שאין הבעלים כאן דז"א דדמי לזוטו של ים ושלוליתו של נהר דהוי אבוד מכל אדם דהוי יאוש אף שאין הבעלים יודעין מזה כיון דודאי יקחו הפירות להאכיל לחולה מהני יאוש אף של"מ למהוי שלו [ובמק"א כתבנו דאפשר לפרש הא דאמר דא"א לתקוני מיירי שהפירות טמאין ולא היתה להן שעת הכושר כגון שתלשן טמא ומשקה טופח עליהן כמש"כ התוס' ביבמות (דף פ"ט) ד"ה אין תורמין מן הטמא כו' דנפקא לן מתתן לו ולא לאורו דהיכא דלא היתה להן שעת הכושר לא חייל תרומתו וה"נ מיירי שהטבל הוא

טמא דא"א לתקנו ואע"ג דבש"ס אמר מ"ס תרומה חמורה דטבל אפשר לתקוני אע"ג דהאי טבל א"א לתקוני מ"מ איסור טבל הא אפשר בתקנה ובזה מיושב מה שהקשה בס' דורש לציון על התוס' בסנהדרין (דף פ"ז) דקאמר הלכה זו הלכת אחד עשר דאיתמר עשירי רי"א כתשיעי ור"ל אמר כאחד עשר וכתבו התוס' דלר"ל דסובר עשירי כאחד עשר מיירי שנגעה בככר של תרומה וקדש בו האשה דאי טמא הוא אין בו שו"פ ולא הוי קידושין והזקן ממרא עבד כר' יוחנן דהוא טמא ואין בו שו"פ דלא חזי אלא להסקה ואינה מקודשת והתיר דבר שזדונו כרת והקשה הד"ל דהא קיי"ל כשמואל דחיישינן שמא שו"פ במדי א"כ לדברי הז"מ שפסק עשירי כתשיעי והככר טמא נמי יש לחוש לקידושיו שמא שו"פ במדי להסקה עיי"ש ולפמש"כ א"ש דמיירי שנגע בפירות ולא הי' להן שעת הכושר ולפי פסק הזקן ממרא דעשירי בעי שימור הוי טבל טמא דלא חיילה התרומה כלל וטבל טמא אסור אף בהסקה כדדרשינן בשבת (דף כ"ו) את משמרת תרומותי בשתי תרומות הכתוב מדבר אחת תרומה טהורה ואחת תרומה טמאה מה טהורה אין לך בו אלא משעת הרמה אף טמאה אין לך בו אלא משעת הרמה] א"ו דכיון דרשאי לאכול ובהתירא קאכיל לא מצי חייל עלה קנין גזל למהוי שלו ושפיר משכחת לה הא דטבל ותרומה:

ועוד יש להביא ראי' דכל היכא דרשאי לאכול של חבירו ואין בו איסור גזל לא חייל קנין בזה דקנין לא שייך אלא בגזל אבל היכא דבהתירא הוא בידו ורחמנא שריא א"א לקנות אלא מדעת בעלים מהא דאמרינן בב"מ (דף ו') דפשיט דתקפו כהן מוציאין מידו מהא דתניא הספיקות נכנסין לדיר להתעשר וא"א תקפו כהן אין מוציאין מידו נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן וקשה נהי דתקפו כהן אין מוציאין מידו מ"מ השתא מיהא הא לא תקפה ואמאי לא קנאה בעה"ב ביאוש דהא הכא בהתירא אתא לידו שאינו מחויב ליתן ספיקות לכהן והיכא שבהתירא אתא לידו ודאי דיאוש קונה ואמאי קרי לי' ממונו של כהן ואפילו אם נימא דהכהנים לא מייאשו מספיקי בכורות משום דמצי לתפוס אי מהני תפיסה מ"מ קשה הא רש"י ז"ל כתב בתמורה (דף ח') ד"ה אלא וז"ל הלכך ירעה ולכשיסתאב יאכלנו במומו דכל חד וחד אמר לכהן אני כהן ובכור אני אוכלנו דכיון דנפל בו מום אין בו אלא איסור גזל והכא איסור גזל נמי ליכא דשמא זה כהן וזכה בו והממעה"ר עכ"ל הרי שכתב רש"י ז"ל דגבי ספק בכור ליכא איסור גזל משום דהממעה"ר וא"כ כיון דליכא איסור גזל אמאי לא קנהו הישראל כיון דאיסור גזל ליכא ואמאי קרי לי' הש"ס ממונו של כהן אם נימא דתקפו כהן אין מוציאין מידו א"ו דכל מידי דרשאי להחזיקו לעצמו ואין בו איסור גזל דרחמנא שרי' לא אפשר לקנותו דא"א לקנות שום

דבר אלא או מדעת בעלים או בקנין גזל אחר שגזלו וקנאו ביאוש וש"ר אבל ספק בכור אם באמת הוא של כהן והתורה התירה אותו לבעלים והפקיע ממנו ספק איסור גזל לא שייך בו קנין וממונו של כהן הוא גם כשהוא ביד ישראל רק דרחמנא שריא לספק איסור גזל שבו:

ואין לומר דמה שכתב רש"י ז"ל דבספק בכור אין בו איסור גזל הוא רק לפי מה דמסיק הש"ס בפ"ק דב"מ דתקפו כהן מוציאין מידו וכמ"ש במק"א דמ"ד מוציאין מידו הוא משום דספק בכור לא זכי רחמנא לכהנים ורק ודאי בכור אמר רחמנא למיתב לכהן אבל לא ספק ולהכי אע"ג דבכל ספיקא דממונא מהני תפיסה כמ"ש התוס' בכתובות (דף כ') אבל בספק מתנות כהונה לא מהני תפיסה ולהכי כתב רש"י ז"ל דאין בו איסור גזל כלל אבל הש"ס למאי דבעי למימר תקפו כהן אין מוציאין מידו הוי ספק בכור כשאר ספק ממון ומהני תפיסה יש בו באמת ספק איסור גזל דאם הוא בכור גוזל את הכהן ולהכי פריך נמצא פוטר ממונו בממונו של כהן דאם הוא בכור ממונו של כהן ביד הישראל הוא דז"א דודאי בכל ספיקא דממונא דעלמא נמי לית בו ספק איסור גזל דאם הי' בו ספק איסור גזל אמאי אמרינן הממע"ה הא הירא מספק איסור צריך ליתן גם מספק וכ"כ האו"ת בקונטרס ת"כ דספק איסור גזל רחמנא שריא כמו ספק ממזר וכיון דבכל ספיקא דממונא ליכא איסור גזל כלל א"כ ודאי דקשה הא דקאמר אי תכא"מ מידן נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן אמאי קרי לי' ממונא של כהן יזכה הישראל בהאי בכור בקנין חצר וכדומה ואף אם תמצא לומר דאין הכהן מתיאש ממנו א"ו דמהאי טעמא גופא שאין בו איסור גזל ורחמנא שרי לישראל אף אם באמת הוא של כהן מה"ט אין הישראל יכול לזכות בו דממונו של כהן הוא ואין אדם יכול לזכות בו רק דרחמנא שריא לישראל. וה"נ דבר שאין הבעלים מקפידים עליו לית בי' איסור גזל ורחמנא שרי' אבל אין אדם יכול לזכות בו לקנותו שלא מדעת בעלים וא"כ פשיטא דלא מצי להפריש ממנו תרומה דגבי תרומה דעת בעלים בעינן:

מיהו אף שכתבנו דדבר שאין בעה"ב מקפיד ע"ז האדם אם יבוא לאכלו אינו יכול לתרום ממנו זה דווקא אם בעה"ב אינו מקפיד רק על אדם פרטי ועל שאר בני אדם מקפיד עליהם שלא יאכלום דכיון שדעתו של בעה"ב ע"ז ממונו הוא רק שלגבי ההוא גברא אינו מקפיד בזה אמרינן אף שהאיש שאינו מקפיד עליו מותר לאכול אף שלא ידע הבעה"ב שיבא זה לאוכלם משום דלענין קפידא דבעה"ב מהני אומדנא דלמפרע מה שאמדינן דוודאי ניחא לי' להבעה"ב מ"מ לתרום אינו יכול דלענין לתרום בעינן שיהא שלו ממש וזה אינו שלו שהרי עדיין הם של בעה"ב דהא מקפיד לגבי אחרים שלא יאכלום ולא

נפקי מרשותו ואינו יכול לתרום אף דלכי מתיידע לו ניחא לי' מ"מ לא מהני ניחותא דלמפרע אבל דבר שאינו מקפיד עליו על שום אדם אם יבא לאוכלו נראה דיכול לזכות בהם ולתרום מהן לאוכלם שהרי הרב אומר כן הוא הרמב"ם ז"ל (בפ"ה מהלכות אישות ה"ח) שאם נכנס בבית חבירו ולקח דבר שאין בעה"ב מקפיד עליו כגון תמרה או אגוז ה"ז מקודשת מספק עכ"ל והספק הוא שמא הבעה"ב מקפיד אבל עכ"פ חזינן דדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו מהני הקידושין והקידושין הא צריך להיות משל המקדש ובעי למיתב לה שו"פ משלו הרי דיכול לזכות בדבר שאין בעה"ב מקפיד א"כ ה"ה דיכול לזכות בהן ולתרום מהם תרומה ועיין בתוס' קידושין (דף מ') ד"ה וי"א שפי' ר"ח ז"ל הא דאמרינן האוכל בשוק פסול לעדות דמיירי בחוטף ואוכל דמקשה תיפוק לי' דהוה גזלן ותירץ דמיירי בדבר שאינו מקפיד משמע דדבר שאינו מקפיד עליו אין בו משום גזל רק משום שחוטף ואוכל בשוק משל אחרים כ"ז נלע"ד:

סימן קיב

ודע שיש להסתפק בגזבר שלקח חיטים של טבל למנחות אם יכול להפריש מהם תרומה או לא:

הנה לכאורה נראה דגזבר דומה לאפטרופוס וגבי יתומים אמרינן בגיטין (דף נ"ב) דאפטרופוס תורם להאכיל ולא להניח וכתבו שם התוס' (בדף מ') דזהו תקנתא דרבנן דאוקמי רבנן הפירות ברשותא דאפטרופס כדי שיתרום והפקר ב"ד הפקר אבל מן התורה הוי ליה תורם שאינו שלו וא"כ בהקדש דלא שייך לומר הפקר ב"ד שהרי אין יכולת ביד ב"ד להפקיע רשות גבוה אין הגזבר יכול לתרום:

מיהו מצינו דהגזבר מיקרי בעלים גבי הקדש בכמה דוכתא כדאמרינן גבי מעילה גבי נטל אבן או קורה של הקדש לא מעל ומוקמינן לה הכא באבני בנין המסורות לגזבר עסקינן דלא מיקרי מוציא מרשות לרשות משום דבלאו הכי הוי ברשותו וכן מצינו בתמורה (דף ל"ב) דאמר עולא המתפיס עולה לבדק הבית אין בה אלא עיכוב גזברין בלבד ופירש רש"י ז"ל שאינה קריבה עד שיבואו הגזברין לעמוד ע"ג כמו שהבעלים צריכים לעמוד בשעת הקרבה עיי"ש וכן מצינו לענין הא דקיי"ל בכמה דוכתי הקדש שוה מנה שחללו על שוה פרוטה מחולל שכתבו התוס' במנחות (דף ע"א) ובתמורה (דף כ"ז) דדוקא הבעלים יכולים לחלל על שו"פ אבל אחר צריך לפדות בשוויו דווקא וגבי גזבר אמרינן בבכורות (דף כ"ה) גבי פרה שיש בה שתי שערות עיקרן אדום וראשן שחור דגזבר מצי לחלל על שו"פ אע"ג דדמי פרה. יקרים אלמא דגזבר כבעלים דמי וכ"כ

הריטב"א ז"ל בפ' הזהב (דף נ"ז) דגזבר יכול לחלל על שו"פ ולהכי מספקא לן גבי תרומה אי מיקרי בעליו להפריש תרומה ולא מיקרי דבר שאינו שלו:

ומלשון התוס' במנחות (דף ס"ו ע"ב) ד"ה אומר שכתבו שם בהא דתנן גבי עומר שהי' בא משלש סאין והוציאו ממנו עשרון שהוא מנופה בשלש עשרה נפה והשאר נפדה ונאכל לכל אדם וחייב בחלה ופטור מן המעשרות ר"ע מחייב בחלה ובמעשרות וקאמר ר"כ בטעמא דר"ע דמחייב במעשרות משום דסובר מירוח הקדש אינו פוטר כתבו התוס' דהוי מצי למיפרך דא"כ היכא אתי משאינו מעושר הא בעינן ממשקה ישראל דבשאינו מעושר עסקינן מדקתני באותן שנפדו חייב במעשר עכ"ל משמע מדבריהם דגזבר יכול להפריש מדהביאו ראי' מהא דקתני באותן שנפדו חייב במעשרות משמע דאי לאו הך משמעותא ה"א דמיירי במעושר. והא התם היתה התבואה ביד הגזבר קודם שנקצר ומי היה יכול לעשרם א"ו דהגזבר מיקרי בעלים ויכול להפריש תרומה ומעשרות:

אולם מדברי הרמב"ם ז"ל משמע לי שאין הגזבר יכול להפריש שהביא המתניתין (דפ"ו דתרומות) האוכל תרומה של הקדש בשוגג משלם שני חומשין וכתב ע"ז הר"מ ז"ל ואיך חל הקדש על תרומה ותירץ דהקדש הוי איסור כולל דתרומה מותר לכהנים והקדש אסור אף לכהנים ואמאי לא כתב דמשכחת לה שהתבואה היתה של הקדש שהוקדש אחר מירוח והפריש הגזבר ממנה תרומה דתרומה חל על הקדש מטעם מוסיף דבהקדש לא מעל עד שיהא בו שו"פ ובתרומה חייב מיתה בכזית כדאמרינן בפסחים (דף ל"ב). א"ו דסובר דגזבר אינו יכול לתרום דהוי לי' תורם שאינו שלו אלא שלפ"ז ישאר קושיית התוס' למאי דבעי למימר שם במנחות דר"ע סובר מירוח הקדש אינו פוטר א"כ איך הקריבו העומר מאינו מעושר הא בעינן ממשקה ישראל כדאמרינן בפסחים (דף מ"ח) מכאן אמרו אין מביאין נסכים מן הטבל כו' והכא באינו מעושר עסקינן דהא גזבר אינו יכול לעשר דהוי לי' תורם שאינו שלו:

מיהו עיקר דברי התוס' שהקשו דהא בעינן ממשקה ישראל לא הבנתי דנוכל לומר דלר"ע דסובר אליבא דרב כהנא דמירוח הקדש אינו פוטר מיירי שתרם מתבואת חולין על העומר דאטו אין יכולין לתרום מן החולין על ההקדש ובאמת הי' יכול לתרום על השלשה סאין שנקצרו לשם עומר דמחולין על ההקדש יכולין לתרום רק דר"ע ורבנן פליגי לענין דינא אם לא תרם אלא על העומר בלבד הנשאר מהשלש סאין אם מירוח הקדש פוטר או לא אבל ודאי דמיירי דעל העומר הפריש ממקום אחר מפירות חולין והוי שפיר ממשקה ישראל ועוד נ"ל דתבואה של הקדש שנקצר לעומר לא שייך בי' טבל כלל דהא אמרינן בפסחים (דף ל"ג) גבי תרומת חמץ במד"א במפריש תרומה והחמיצה

אבל מפריש תרומת חמץ ד"ה אינה קדושה מ"ט א"ק תתן לו ולא לאורו והקשה שם הש"ס מהא דתנן אין תורמין מן הטמא על הטהור ואם תרם תרומתו תרומה ומשני התם דהיתה לו שעת הכושר הכא דאחמיץ במחובר. והתוס' כתבו דהא דאצטריך קרא דתתן לו ולא לאורו היינו לריה"ג דחמץ בפסח מותר בהנאה אבל לרבנן מתתן לחוד נפקא דמפריש תרומת חמץ לא הוי תרומה דכיון דאסור בהנאה לאו נתינה היא א"כ המפריש תרומת הקדש נמי לא הוי תרומה דהקדש אסור בהנאה וגבי תרומה תתן כתיב והקדש דעומר הא לא היתה לו שעת הכושר דהא בעינן שתהא הקצירה לשם עומר וצריכים לקנות התבואה משל ציבור ולקוצרה לשם עומר וכיון דהקדש אסור בהנאה הא לא חייל הפרשת התרומה כלל משום דלאו נתינה לכהן הוא וכיון דא"א להפריש תרומה מתבואת הקדש שנקצרה לשם עומר אין בו איסור טבל כלל:

והכי משמע בבכורות (דף י"ב) דאמר ר"ח בהמת שביעית פטורה מן הבכורה משום דלאכלה אמר רחמנא ולא לשריפה ופריך מהא דתנן האוכל מעיסת שביעית שלא הורמה חלתה חייב מיתה ואמאי הא אלו מיטמא בת שריפה היא ורחמנא אמר לאכלה ולא לשריפה וכתבו התוס' שם אע"ג דיכול להפריש מעיסה שאינה של שביעית עליהן מ"מ כיון דאינו יכול להפריש מיני' ובי' הוי לי' מן החיוב על הפטור כשמפריש ע"ז ממקום אחר ע"כ הרי מבואר דהפירות שאינו יכול להפריש מהם מיני' ובי' מיקרי פטור גמור והאוכלם בלא הפרשה פטור א"כ תבואת הקדש דאינו יכול להפריש מהן תרומה מיני' ובי' משום דאסור בהנאה ולא הוי נתינה אין בו איסור טבל ומיקרי פטור גמור ושפיר הוי ממשקה ישראל דלא חל עליו איסור טבל כלל שהרי היתה הקדש משעת קצירה ואף שאפשר לפדותן אחר קצירה ולהפריש מהן תרומה ולחזור ולקנות התבואה מהפודה אותן במעות תרומת הלשכה מ"מ אין מחויב לעשות כן לפדותן כדי לחייבו בתרומה כיון דהשתא פטורין מחמת דין הקדש דרמי עלייהו דפטירי מתרומה משום דלא משכחת בהו נתינה ומיקרי ממשקה ישראל אינו מחויב לפדותן לחייבן בתרומה ועוד דאפשר דכיון דבעינן קצירה לשם עומר ובעינן שיהא הקצירה משל ציבור בעינן נמי שלא יופקע כחן של ציבור מהתבואה עד ההקרבה ואם יפדה אדם אותן ויקנו ממנו אף שיקנו ממעות תרומת הלשכה פקע כח הציבור בין קצירה להבאה והוי לי' כמביא מדאשתקד ומצוה להביא מן החדש שנקצר לשם עומר:

ואין לומר דאכתי מצי להפריש תרומה מפירות הקדש דשפיר מיקרי נתינה לכהן משום דהכהן יכול לפדות ההקדש בשו"פ דהקדש שוה מנה שחללו על שו"פ מחולל וכדאמרינן בבכורות (דף י') דאף לר' יהודה דסובר פטר חמור אסור בהנאה אפ"ה אם

קידש בו אשה מקודשת משום דיכולה לפדותו בשה ומקדשא במאי דביני ביני וה"נ מיקרי נתינה לכהן משום דהכהן יכול לפדותו בשו"פ. דז"א חדא דאיכא לאיפלוגי בין קידושין דבעינן הנאה לתרומה דבעינן נתינה ועוד דלפמ"ש התוס' הנ"ל דהא דהקדש שוה מנה שחללו על שו"פ הוא בבעלים אבל אחר צריך לפדותו בשוויו דווקא והטו"א כתב הטעם דהבעלים שהקדישו כיון דיכולים לשאול על הקדשן יכולים לחלל על פחות משוויו אבל אחר צריך לפדות בשוויו א"כ הכא אם יתן לכהן יצטרך הכהן לפדותו בשוויו כיון דהוא לא הקדישן ולא מצי למשאל עלי' הלכך לא מיקרי נתינה וכיון דלא מצי להפריש אין לו דין טבל כלל ומיושב קושית התוס' שוב ראיתי בירושלמי תרומות (פ"א) מבואר בהדיא דגזבר יכול לתרום משום דהוי כבעלים:

סימן קיג

שאלה נסתפקתי בעושה שליח להפריש תרומה וחלה ועשה שליח שליחותו אי מהני שאלה בזה ומי ישאל על הפרשה זו הבעלים או השליח:

תשובה לכאורה יש להביא ראי' דלא מהני שאלה בהקדש שחל ע"י שליח ולא מהני מה שהשליח ישאל עליו מהא דאמרינן בבכורות (דף כ"ה) דמייתי שם ברייתא דפרה אדומה שהיו בה שתי שערות שעיקרן מאדים וראשן משחיר גוזז במספרים ואינו חושש אע"ג דגיזה אסור בקדשים של בדק הבית מדרבנן משום דפרה לא שכיחא ולא גזרו בה רבנן ופריך וליחלה וליפקה לחולין וליגזזה והדר ליקדשה ומשני דמיה יקרים וליעבד כשמואל דאמר הקדש שוה מנה שחללו על שו"פ מחולל ומשני אימר דאמר שמואל דיעבד לכתחילה מי אמר וא"כ אכתי קשה לישאל הגזבר על הקדישו שהרי הוא הקדישה וקנה אותה. א"ו דכיון דהגזבר הקדישה בשליחותן של ציבור וכבר עשה שליחותו לא מצי למשאל עלה:

מיהו זה אינו ראי' כלל דהא א"א לישאל עלי' דהא לקחה בדמי הקדש ואם ישאל על הקדישה של פרה הרי המעות קודש למפרע ויש איסור ביד המוכר שהמעות בידו וגם על הלוקח שהוציא מעות הקדש לחולין ולא נתחלל על המעות שום דבר דשאלה עוקר הדבר למפרע ואפילו אם המעות עדיין בעין ביד המוכר מ"מ הא כל המוציא מעות הקדש בשוגג לחולין ונתנה לחבירו מעל וכיון דבשוגג מעל ודאי נמי דאם לקח מקח במעות הקדש ונמצא המקח טעות נמי מעל דבכל דוכתא דשוגג כמזיד טעות נמי כמתכוין דמי ואם ישאל על ההקדש הרי מעל למפרע אבל היכא דמהני שאלה אפשר דהשליח מצי שאיל ואין ראי' משם ואף אם נימא דהלוקח לא מעל משום דהא דהמוציא מעות הקדש בשוגג לחולין הוא דווקא אם לא היה כאן אלא הטעות שהי' סבור שהמעות חולין והם

הקדש בזה רבי רחמנא מעילה אבל אם לקח מקח והי' טעות בקניה שהמקח בטל אין כאן מעילה כיון שהמקח חוזר וכהא דאמר בב"מ (דף צ"ט) גבי משאיל קורדם לחבירו דאי משאיל מצי הדר בי' ליכא מעילה וה"נ כיון שהמקח חוזר ליכא מעילה וא"כ הכא גבי פרה ליכא מעילה גבי לוקח ולא גבי מוכר כ"ז שהדמים בידו מ"מ אם יוציא המוכר הדמים לצורכו ודאי דאז מעל המוכר ולהכי א"א לשאול על זה:

ונראה לי דודאי א"א לומר דבאמת לא מהני שאלה בתרומה שהופרש ע"י שליח דא"כ בפסחים (דף מ"ו) דקאמר כיצד מפרישין חלה בטומאה ביו"ט ר"א אומר לא תקרא לה שם עד שתאפה ור"י אומר לא זהו חמץ שמוזהרים עליו בב"י ובבי"מ וקאמר התם בגמרא דפליגי בהואיל דר"א סובר אמרינן הואיל ואי בעי מיתשיל עלה כדידי' דמי ועבר עליו בב"י וא"כ א"א דע"י שליח ליכא שאלה אמאי לא מוזכר הך תקנה שיתרום ע"י השליח ודוחק לומר דמיירי בגוונא דליכא אינש לשווי' שליח. וכ"מ בנדרים (דף נ"ט) דפריך והרי תרומה דאי בעי מיתשיל עליה ותנן סאה תרומה טמאה שנפלה לפחות ממאה חולין תרקב הא למאה תעלה ומוקי לה בתרומה ביד כהן ופריך והא קתני סיפא אם היתה טהורה תמכר לכהן והוצרך לחזור מסברתו הראשונה ולחלק בין תרומה לקונמות דקונמות מיקרי דבר שיל"מ משום דמצוה לאיתשולי עליה אבל תרומה לא מיקרי דשיל"מ דלאו מצוה הוא לאתשולי עליה ואם נימא שהתרומה שהופרש ע"י שליח לא מהני שאלה אמאי לא מוקי לה בהופרש ע"י שליח דלא מיקרי דשיל"מ א"ו דגם ע"י שליח מהני שאלה:

וא"כ יש לעיין דאם ישאל המשלח על התרומה מה מהני שאלתו כיון דהוא לא נדר ואף דשלוחו תרם ונדר בשבילו מ"מ כיון דהוא לא חשב ולא דיבר כלל לא שייך לומר גביה אבל אחרים מוחלים דברו ולשאול על עשיית השליחות וודאי דלא מהני דאנן שאלה על הנדר או על ההפרשה בעינן כדכתיב לא יחל דברו אבל אחרים מוחלין לו דברו ולא על עשיית השליח [וכ"כ הרמב"ן ז"ל בחי' גיטין פרק השולח בהא דאמרינן שם בנודר ע"ד רבים אין לו הפרה אבל לדבר מצוה יש לו הפרה דדוקא כי האי מצוה דמיקרי דרדקי יש לו הפרה דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא אדרוהו אבל במצוה אחרת אין לו הפרה כיון שע"ד רבים נשבע. וא"ת יהיו נשאלין עליו כיון שאינן מושבעין אינן נשאלין עליו ועוד דאיהו למיסר עליו שוינהו שליח ולא למשרי לי' הלכך אין חרטתם כלום עכ"ל והביא דבריו הר"ן בתשובה (סימן י"ז) וה"נ להפריש שוינהו שליח ולא לשאול על ההפרשה ואפשר לומר לכאורה כיון דשלוחו ש"א כמותו דמי ממש כאלו הבעלים בעצמן הפרישו וע"כ יכולים לשאול על הפרשתו של שליח מיהו ז"א דהא דאמרינן ששא"כ אין הכוונה

שמחשבין ממש לכל הפרטים כאלו המשלח עשה דבר זה וגופו כגופו רק ששלוחו יש לו כח לעשות דבר זה כמו המשלח. וזה גדר כחו של שליחות להיות כח להשליח לעשות הדבר כמו המשלח ולא מבעי לדעת הר"מ ז"ל (בפ"ב מהל' גרושין) שכתב שאם הבעל עשה שליח לגרש ונעשה הבעל שוטה קודם שגירשה השליח דהגט כשר מה"ת ומדרבנן בעלמא פסול שלא יאמרו שוטה בר גירושין הוא דודאי מוכח מזה שאין גדר השליחות להחשב כאלו הוא עושה בגופו דהא כיון שנשתטה הרי אין בכחו לגרש רק כיון שמסר לו כחו יכול השליח לגרש אף שהבעל אינו יכול לגרש כעת אלא אפילו לדעת הטור (בסימן קמ"א) שפסק דהגט בטל מה"ת בנשתטה הבעל קודם גירושין היינו נמי משום דסובר דכיון דנשתטה פסק כחו מלגרש וגם שלוחו אינו יכול לגרש ולא משום דסובר דגדר שליחות הוא שגופו של שליח נחשב לגופו של משלח ובב"ק (דף ק"ב) בחוכא דבני מערבא דסברי דכל מוכר בעי לידע להקנות החיטין לבעל המעות ופריך ר"ש בר ססרטי א"ה אפי' חיטין וחיטין נימא מי הודיעו ומשני ר"א דחיטין וחיטין שליחותיה דבעה"ב קא עביד וכיד בעה"ב דמי והיינו משום דסובר דאף דבעינן שידע ויכוין בעל החיטין למי שקונה אותם מ"מ סגי במה שמכוין להקנות לשליח משום דשליח דומה ממש למשלח ודמי כמו שמכוין להקנות להמשלח:

הא אידחי התם ראיית ר"א שהביא מכסות אשתו ובניו ודחי התם ר' אבא דהטעם הוא משום דנעשה כמו שהקנה להן כסות אשתו ובניו ולעולם דלא אמרינן דשליחותו קעביד וידו כיד בעה"ב לענין זה דמחשבת המקנה להקנות להשליח דומה כמו שמחשב להקנות למשלח והטעם כמו שכתבתי משום דאין גופו כגוף המשלח רק שכחו ככח המשלח וכן מוכח ממש"כ התוס' רי"ד בקידושין (דף מ"ג) דלהכי לא מהני שליחות גבי מצות ציצית או תפילין וסוכה ולולב דדבר שהוא חיוב על גופו לא מתקיים ע"י שליח דהוא מחויב לעשותו ואם השליח עושה הרי השליח עשה בגופו ולא גופו של משלח עשה המצוה עיי"ש הרי שאין גופו של שליח נעשה ממש כגופו של משלח:

וראי' לזה מהא דאמרינן בב"ק (דף ע"א) בגנב וטבח בשבת חייב ד' וה' לר"מ ומוקמינן לה בטובח ע"י אחר ומשום דרבי קרא שליחות לדבר עבירה בטביחה ומכירה כדאיתא התם. והא התם א"א לומר דחשבינן מעשה השליח במה ששחט דהוא עצמו ממש כאלו המשלח שחט דא"כ נחייב נמי המשלח מיתה משום שוחט בשבת ואף אם נימא דמיירי התם שלא עשאו שליח לשחוט בשבת רק שצווהו לשחוט סתם והוא שחט בשבת ולהכי לא מתחייב המשלח על איסור שבת או נימא דלהכי אינו מתחייב על איסור שבת משום דלגבי איסור שבת אמרינן אשלד"ע מ"מ תיקשה כיון דלא מצינן למרמי מעשה

השליח על המשלח לענין שבת היכא רמינן לה על המשלח לענין טביחה ומכירה ואיך אפשר למעשה א' להתחלק ולחשבה גבי שבת כאילו השליח חילל השבת ולגבי טביחה ומכירה כאילו המשלח עשה הדבר הזה:

ועוד דבמק"א בארנו דגבי שבת לא שייך למרמי כלל מעשה שליח על המשלח דכמו שכתבו התוס' רי"ד דלא שייך שליחות גבי תפילין וציצית משום דהוי מצוה דרמי אגופא שהגוף של איש הישראלי צריך להניח תפילין וא"א לעשות שליח בזה ה"נ מלאכת שבת לא שייך בו שליחות דאשביתת הגוף קפיד רחמנא ואם שלוחו עושה אין המשלח עובר כלום דמ"מ גופו של המשלח שבת ואחרי כתבי זאת מצאתי לכמה מהאחרונים ז"ל שכתבו כן א"כ ודאי דלא שייך למירמי מלאכת שבת אמשלח ואפ"ה לענין טביחה ומכירה רמינן לה אמשלח:

אלא שלכאורה קשה לי על סברא זו שכתב התוס' רי"ד דבדבר דרמי אגוף לא שייך שליחות א"כ הא דאמר בקידושין (דף מ"ג) מודה שמאי הזקן באומר צא ואכול החלב או בעול את הערוה שהוא חייב ושולחיו פטור שלא מצינו בכה"ת זה נהנה וזה מתחייב דמשמע דעיקר פטורו של המשלח הוא משום דאשלד"ע תיפוק ליה דלא שייך בזה שליחות כיון דהאיסור רמי על גופו שלא יאכל ולא יבעול אין בזה גדר שליחות ובאכילה ובבעילה לא שייך שליחות אפילו היכא דליכא עבירה ומה שייך לומר בזה מודה שמאי כיון דענין זה אינו שייך כלל לגדר שליחות וצ"ל דאה"נ דאי הוה אמרינן זה נהנה וזה מתחייב הוי שייך בזה דין שליחות והי' מתחייב לשמאי דיש שלד"ע להכי אמר דמודה שמאי בזה משום דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן ופטור מטעם דאין בזה גדר שליחות כלל:

ולכאורה קשה לפמש"כ דבשבת נמי לא שייך שליחות משום דאשביתת הגוף קפיד רחמנא וזה עובד וזה מתחייב לא אמרינן א"כ אמאי לא אמר נמי צא וחלל את השבת דמודה שמאי בזה משום דזה אינו שובת וזה מתחייב לא אמרינן:

ונ"ל דהא מילתא שכתבנו דבמלאכת שבת לא שייך שליחות משום דאשביתת הגוף קפיד רחמנא הוא רק לב"ה ולא לשמאי דתנן בשבת (דף י"ד) אין שורין דיו וכרשינין אלא כדי שישורו מבע"י וב"ה מתירין ומפרש בירושלמי טעמא דב"ש משום דכתיב ששת ימים תעשה מלאכה וביום השביעי שבת וגו' היינו שהזהירה תורה שתגמר מלאכתו של חול קודם שבת ואסור להתחיל בחול במלאכה שלא תגמור קודם השבת ועיין בתוס' שבת (דף י"ט) ד"ה לא ישכיר דלב"ש אפילו בחמישי ורביעי אסור א"כ חזינן דלאו אשביתת הגוף לחוד קפיד רחמנא אלא על המלאכה שלא תעשה בשבת על ידו אף

שהותחלה בחול ובשבת הוא שובת וא"כ יש בזה דין שליחות כיון דאין הקפידא על שביתת גופו אלא על המלאכה ודמי לצא והרוג את הנפש ואף דהתוס' בשבת כתבו שהטעם משום גזירה שלא יתחיל המלאכה בשבת מ"מ הירושלמי סובר דדריש לה מקרא ואפשר דרבא נמי סובר הכי ולהכי לא אמר רבא דמודה שמאי בצא וחלל את השבת דבזה יש לשמאי שליחות ויש שליח לד"ע ג"כ א"ו דאין גדר שלוחו ש"א כמותו לומר שהמשלח ממש עשה הדבר הזה וגופו של שליח הוי כגופו של המשלח רק דרבי קרא דין שליחות שמועיל מעשה השליח כמו מעשה המשלח אם עשה הדבר בשליחותו ולהכי שפיר מצינו לחלק מעשה הטביחה דלענין דו"ה מהני מעשה השליח כאילו המשלח עשה הדבר הזה ולענין שבת רמינן לה על השליח וכן בש"ע אהע"ז (סימן קכ"ג) בגט שכתבו בשבת כשר אם לא נעשה הסופר מומר בכתיבתו עיי"ש אף דאיכא למ"ד דכתיבת הגט בעי שליחות וקיי"ל אשלד"ע ודעת התוס' בב"מ (דף י') דכל היכא דאמרינן אשלד"ע גוף המעשה בטל דדמי כאילו עשה בלא שליחות המשלח ואפ"ה בכתב גט בשבת כשר וביאר הנו"ב ז"ל הטעם משום שלא צווה להשליח לכתוב בשבת לא שייך בזה אשלד"ע דכיון דהשליח עצמו עשה העבירה עיי"ש הרי דמחלקינן מעשה הכתיבה ורמינן לענין שבת על הסופר ולענין כתיבת הגט רמינן לה על הבעל וע"כ מטעם שכתבנו דזהו גדר שלוחו של אדם כמותו שיועיל מעשה השליח כמעשה המשלח:

ומטעם זה תמהני על המל"מ שכתב דהא דחייב שוחט בשבת דו"ה דוקא אם אמר לו לשחוט סתם ושחט בשבת אבל אם א"ל לשחוט בשבת אמרינן אשלד"ע דאף דרבי קרא שליחות לד"ע גבי טביחה ומכירה זהו דווקא אם לא נתערב עמו איסור אחר אבל אם נתערב עמו גם איסור שבת בטל השליחות גם לענין טביחה ומכירה משום עבירת איסור שבת עכ"ל:

ולפענ"ד יש לתמוה דכמו דאמרינן לעיל עבירה שעשה השליח מעצמו עם מעשה השליחות מחלקינן המעשה ואמרינן דאיסור שבת שעשה לא רמי על המשלח וחיוב דו"ה רמינן על המשלח ה"נ אם המשלח צווהו לעשות המעשה באיסור אמרינן דלענין שבת דמי כאילו עשה בעצמו ולענין טביחה ומכירה עשה בשליחותו ואף דלא היה להשליח לעשות שליחותו של גנב משום איסור שבת מ"מ נימא דבאמת מעשה איסור שבת דמי כאילו עשה בעצמו בלי שליחות המשלח ומעשה הטביחה לענין גניבה דמי כאילו עשה בשליחותו ודמי כאילו צווהו לשחוט סתם ושחט בשבת ול"ד למש"כ הרמז"ל (בהלכות מעילה פ"ז הלכה ב') במה דרבינן שליחות לדבר עבירה גבי מעילה שאם נתערב עם המעילה איסור אחר כגון שאכל בשר עולה דאמרינן אין שליח לדבר

עבירה משום תערובות אכילת בשר עולה בהדי איסור מעילה דהתם שאני דקדושת הקדש ואכילתו ענין אחד וא"א להתחלק והבשר עולה לא נמצא זה בלא זה. א"כ כיון דלא מצינן לחיובי אאכילת בשר עולה מחמת שאשלד"ע ממילא לא מתחייב משום מעילה אבל טביחה ושבת מצי להתחלק אמרינן דבטביחה כמו שעשה השליח בחול דמי ולא בשבת ועוד דשם הקדש ועולה חד ענין הוא ואינו מתחלק אבל כאן איסור טביחה משום לתא דגזל הוא וחילול שבת מילתא אחריתא הוא שפיר אמרינן דמחייב משום טו"מ אף שצווה לשחוט בשבת ומעשה שבת רמינן אשליח ומעשה טביחה ומכירה אמשלח והכי משמע מדברי התוס' בפסחים (דף ס"ג ע"ב) ד"ה או דבשוחט הפסח על החמץ לא מחייב בעל החמץ אף שהוא מבני החבורה הרי אף שהפסח נשחט בשליחותו דשחיטת הפסח בעי שליחות אפ"ה הפסח כשר ויוצא בו י"ח דאיסור שחיטת הפסח על החמץ לא רמינן על בני החבורה ורק השוחט בלחוד חייב. ובמנחות (דף פ"ד) דפריך התם אמתניתין דשומרי ספיחי שביעית נוטלין שכרן מתרומת הלשכה ומקשה שם הש"ס אמאי לאכלה אמר רחמנא ולא לשריפה והקשה הטו"א הא קיי"ל דעשה דרבים דחי עשה דיחיד א"כ מאי מקשה הש"ס הא עשה דהבאת העומר הוי עשה דרבים ודחי לעשה דיחיד דלאכלה אמר רחמנא ולא לשריפה. וצריך לומר דגם עשה דלאכלה עוברים הציבור שהעומר קרב עליהן שהרי הכהנים מקריבים עליהם בשליחותם וא"כ הרי משמע מזה דכיון שהכהנים מקריבים בשליחותן רמי גם איסור עשה דשביעית עלייהו ודמי כאלו הם שורפים פירות שביעית ולא אמרינן דמצות העומר רמי עלייהו ואיסור עשה דשריפת פירות שביעית רמי על הכהן המקריב נ"ל דלא דמי דהתם שאני שהקרבן באה משל ציבור והם מוסרים הפירות שביעית לשורפם בשעת הקרבה הלכך רמי גם עלייהו עשה דלאכלה ולא לשריפה משא"כ באיסור שנעשה בעת הקרבה שהי' אפשר להקריב בלא איסור כמו שוחט הפסח על החמץ שהרי אפשר לבער החמץ ולשחוט הפסח בזה ודאי אמרינן דמעשה השליחות דפסח רמי על כל בני החבורה ויוצאים בו כאלו הם בעצמם שוחטים. ואיסור שחיטת הפסח דאית בי' רמינן רק על השליח משום דאנו יכולים לחלק מעשה השליח ולחשוב מצות שחיטת הפסח על בני החבורה ואיסור חמץ על השליח לבד וכמו שבארנו דאין גופו של שליח דומה כאילו גופו של משלח עושה הדבר:

ולכאורה יש להקשות מהא דאמרינן במכות (דף ט"ז) דדחקינן לאשכוחי התם ביטלו ולא ביטלו באונס שגירש ואמר רב שימי מחוזנאה כגון שקיבל לה קידושין מאחר ופריך רב אי שוויתי' שליח איהי קא מבטלה לי' אי דלא שוויתי' שליח כל כמיני' עכ"ל הגמרא הרי דבשויתי' שליח לא מיקרי ביטלו בידים משום דהקדושין הי' בשליחותה וכמ"ש

הריטב"א ז"ל בחי' שם דאע"ג שהוא מסייע על ידה מ"מ עיקר הביטול בדידה הוא וא"כ קשה אמאי לא נימא גם התם דאע"ג דעיקר קיום הקידושין הוא בשליחותה ומיחשב כאילו היא בעצמה קבלה הקידושין מ"מ לענין ביטול העשה מיחשב כאילו הוא עשה בעצמו וביטל העשה בידים דהא הוא בעצמו קבל הקידושין כמו דאמרינן גבי גנב וטבח בשבת ע"י אחר דאף דחשבינן מעשה הטביחה כאלו טבח הגנב מ"מ מלאכת שבת חשבינן על השליח ולא על הגנב א"ו דא"א לחלק המעשה וכיון דע"כ בעינן למיחשב מעשה הקידושין עלה דידה מיחשב כל כח מעשה עליה כאילו היא בטלה בידים העשה ולא הוא:

מיהו נ"ל דלאו ראי' הוא דהא לכאורה קשה בלא"ה לפי מה שבארנו לקמן בתשובה דאם האשה עשתה שליח לקבל קידושי כסף מאחד א"צ לזה דין שליחות כלל דבקדושי כסף סגי בטלי קידושיך מעג"ק א"כ אכתי מאי פריך רב דאי שויתי' שליח איהי קא מבטלה לי' הא משכחת לה דשויתי' שליח לקבל קידושי כסף ואין אנו צריכין לחשוב קבלת הקידושין כאלו היא מקבלת ממש לידה דבמה שצוותה לקבל סגי ואפילו צוותה למי שאינו בר שליחות כמו חרש שוטה וקטן נמי מקודשת וכיון דאין אנו צריכין לחשב מעשה קבלת הקידושין עלה דידה שפיר חשבינן ליה לביטל העשה בידים שהרי הוא קיבל ועשה מעשה ולא בשליחותה רק דניחא לה וע"כ צ"ל דהא דאמר רב אי דשויתי' שליח איהי קמבטלה אין הכוונה מחמת שמחשב המעשה עלה דידה מדין שלוחו שא"כ אלא דכוונת רב הוא דכיון דצותה לו לקבל קידושין וברצונה קיבל מתבטל העשה על ידה דהא בדידה תליא מילתא וברצונה דמצות ולו תהי' לאשה הוא רק אם היא רצונה להנשא לו אבל אם ממאנת להנשא לו ליכא עשה וכמו דקודם שנשאה ליכא עשה אם ממאנת ה"נ אחר שגירשה ליכא עשה אם ממאנת להנשא כמ"ש התוס' בהדיא שם (דף ט"ו) ד"ה אם כהן הוא ע"ש וכיון דשויתיה שליח לקבל קידושין הרי היא בטלה העשה במה שלא רצתה להנשא לו ונתרצית להתקדש לאחר:

והשתא א"ש נמי דלא רמינן מעשה ביטול העשה עלי' דידיה משום דאין עיקר ביטול העשה במה שלא תוכל להנשא לו ע"י שנתקדשה לאחר כ"א ע"י מה שרצונה להנשא לאחר ולא לו ורצונה נגמר במעשה הקידושין והדבר תלוי בה ורצונה הי' גם קודם שקיבל הקידושין מיד האחר בשעה שצוותה לקבל הרי אז לא הי' רצונה להנשא לו רק היה אפשר שעדיין תחזור בה ותרצה להנשא לו וכשקיבל הוא הקידושין בשליחותה נגמר רצונה שאינה רוצית להנשא לו ואין באפשרי להשתנות הדבר אבל עיקר הדבר נגמר ברצונה ולהכי רמינן ביטול העשה עלה דידה ולא על דידי' אבל בעיקר דין שליחות

נחשב על המשלח רק הדבר שנעשה עליו השליחות ויתר פרטי המעשה שאין השליחות תלוי בו רמי על השליח:

ולפי מה שבארנו דאין גופו של השליח כגוף המשלח רק דרבי רחמנא שיכול למסור לו כחו לעשות הדבר שיעשה עליו שליח כמו המשלח בעצמו א"ש מה דבעי בירושלמי (פ' התקבל) ר' אלעזר שאל חצירו של שליח מהו שתעשה כיד:

והיינו משום דכיון דאין גופו של שליח כגוף המשלח א"כ לא מהני הא דחצירו כידו בכל התורה אלא בחצירה של אשה עצמה ולא חצר של שלוחה דמאי מהני מה דחצר של שלוחה כגופו כיון דאין השליח עצמו כגוף האשה רק שיש לו כח לקבל הגט:

ואף שהטור באהע"ז (סימן ק"מ) כ' בהך ספיקא דמסתברא שדינו כדין האשה לכל דבר נראה לי דלאו משום דסובר דגופו של שליח כגוף המשלח אלא טעמו דכיון דאפי' איניש דעלמא שאינו שלוחה לקבלה הי' אומר תקנה חצירי לאשה גט היא מגורשת כשהיא עומדת בשעת זריקת הגט ומתרצית לזה כמבואר כ"ז (בסימן קל"ט) דאפילו הבעל בעצמו יכול להשאיל לה מקום בחצירו לקבלת הגט א"כ הכא שעשתה שליח לקבלה דמי כמי שאמר השליח תקנה חצירי גט זה להאשה דכמו שהיא רוצה שיקבל בידו ניחא לה ג"כ שיזכה חצירו עבורה ומתגרשת בקבלת עצמה שהחצר של השליח קנה לה ומש"כ הטור דמסתבר שדינו כדין האשה לכל דבר אין הכוונה שבנתינתו לחצר השליח מתגרשת בדין שליחות קבלה שחצר השליח כחצר האשה דמי אלא שמתגרשת בקבלת עצמה שהשליח רוצה שיקנה לה חצירו ואף שהיא לא אמרה רק שיקבל הגט עבורה ואולי בדין שליחות קבלה ניחא לה אבל בקבלת עצמה ע"י קנין החצר של השליח עבורה לא ניחא לה ע"ז כתב הטור סברתו דמסתברא שדינו כדין האשה דאחר שנעשה שליח לקבלה כמו שיש לו רשות לקבל הגט עבורה כן יש לו רשות שיאמר שיהא הגט ע"י שיקנה לה חצירו את הגט ולא אמרינן דלמא בקבלת שליחות ניחא לה אבל בקבלת עצמה ע"י חצר המושאל לה לא ניחא לה ואילו אדם אחר אמר יקנה לה חצירי את הגט אחר שעשתה שליח לקבלה והיא לא ידעה מזה ודאי דלא מהני דבשליחות קבלה ע"י שליח זה ניחא לה ולא בזכות עצמה ע"י חצר אבל כיון שהשליח קבלה בעצמו אמר תקנה לה חצירי מהני דכמו שנתנה לו רשות לקבל כן יש לו רשות להתרצות שיקנה לה חצירו שלא הקפידה רק שיהא הגירושין ע"י שליח זה דהא השליח קבלה יכול לעשות שליח במקומו לדעת רוב ראשונים שהביא הטור (בסימן קמ"א) א"כ כמו שיכול לעשות שליח במקומו כמו כן יכול לומר שהחצר יקנה עבורה שהוא בתורת שליחות ממנה דהא גם אם השליח עושה שליח נעשה השליח שני שליח של האשה כדאמר בגיטין (דף כ"ט) כולהו

מכח מאן קאתי מכח בעל איתא לבעל איתא לכולהו ליתא לבעל ליתא לכולהו ולהכי מהני נמי אם מתרצה השליח שהחצר שלו יקנה בתורת שליחות להאשה דשליחות החצר מהאשה ושליחות השליח הנעשה מהשליח הכל אחד וכמ"ש הב"י (בסימן קמ"א) בשם הרשב"ץ דאף אם כתב בשטר שנמסר הגט ביד השליח והוא לא נמסר אלא ביד שליח השליח אין לפוסלו בזה דכולהו מכח בעל קאתי ע"ש] וע"ז כתב הטור שדינו כדין האשה דמהני מה שרוצה השליח קבלה שיקנה החצר שלו את הגט עבור האשה. ואף דגבי גט דחוב הוא לה לא מהני קנין חצר בתורת שליחות רק בתורת יד ובעינן עומדת בצד חצירה כדאמרינן פ"ק דב"מ (דף י"א) מ"מ הכא שכבר עשתה שליח קבלה וניחא לה בקבלת הגט מהני נמי מדין שליחות ואף דאמרינן בירושלמי דגיטין דאפי' צווחת להתגרש אמרינן שמא חזרה היינו דווקא דלא עשתה שליח לקבלה רק שצווחה להתגרש דכיון שחזרה בלבה הוי חוב דאמירתה מתבטלת ע"י חזרה בעלמא אבל אם עשתה שליח לקבלה אין השליחות מתבטלת בחזרה בעלמא עד שיתבטל השליחות בפירוש אבל כ"ז שלא ביטלה השליחות בפירוש כדין ביטול השליחות המבואר בפ' השולח עדיין השליח במקומה וכשזורק הגט לחצירו של שליח והשליח מתרצה לזה מהני דהרי הוא אומר תקנה חצירי הגט להאשה ודינו כדין האשה עצמה וזהו כוונת הטור אבל אין כוונתו שחצר השליח דומה כאילו הוא חצר האשה מפני שגוף האשה כגוף השליח כמו שביארנו שאין זה בגדרו של שליחות כלל:

ומעתה כיון שביארנו דהא דאמרינן שלוחו ש"א כמותו אין הכוונה שאנו דנין שידי המשלח עשו הדבר או פי המשלח דיבר רק שמועיל דיבורו של השליח כאילו היה המשלח בעצמו דיבר א"כ פשיטא דלענין שאלה על נדר אין המשלח יכול לשאול על דיבורו של שליח כיון שהוא בעצמו לא דיבר ומצינו דוגמתו בנדרים (דף ע"ב) דאמרינן התם דאי אמרינן ושמע אישה דווקא ובעינן שמיעה דידי' לא מהני שמיעת השליח משום דלא שייך בזה שש"א כמותו ע"ש ברא"ש ז"ל]. ואם נימא שישאל השליח על ההפרשה שהפריש יש לעיין ג"כ דאיך מהני שאלת השליח הא כיון שעשה שליחותו והפריש התרומה אין לו עוד כח לשאול כלל דכבר נגמר שליחותו. ואם נימא דהבעה"ב יעשה אותו שליח לשאול הא קיי"ל כל מילתא דאיהו לא מצי עביד לא מצי משווי שליח ג"כ כדאיתא בנזיר (דף י"ב) וכבר ביארנו שהבעלים אין יכולים לשאול מפני שלא נדרו בעצמן להכי אין בכחם לעשות שליח גם כן:

ולכאורה היה נ"ל דהשליח יכול לשאול שפיר ואף דכבר עשה שליחותו ונסתלק לו מ"מ כיון דשאלה מהני מטעם דדמי לנדר בטעות כדאיתא בנדרים (דף ע"ח) דלב"ש

דהקדש טעות הוי הקדש לא מהני שאלה בהקדש א"כ מאי איכפת לן מה שהשליח עשה שליחותו כיון דע"י שאלה נעשה ההפרשה בטעות ודמי כמאן דלא הפריש כלל ממילא הדר לטיבלא:

אלא שעדיין יש להסתפק דאפשר דלא מהני שאלה לבטל נדרו הראשון אלא היכא שהדבור הא' היה חל בכחו של המדבר עצמו אבל בשליח שעיקר דיבורו הא' לא נתפס בכח עצמו רק בכחן של הבעלים אין בכח השליח לחלל הדיבור הראשון ע"י שאלה ולא מיבעיא אם הבעלים מוחים ואינם רוצים בשאלת השליח דוודאי לא מהני שאלת השליח דכיון דכבר עשה שליחותו ונסתלק איזה כח יש לו לשאול אלא אפילו אין הבעלים מוחין מ"מ כיון שהתרומה נתפסת ע"י כחו של בעלים לא מצי מבטל דיבורו ועוד דכיון דעיקר שאלה הוא מטעם דדמי לנדר בטעות כמ"ש וגבי שליח לא שייך לבטל דיבורו משום טעות לפי מה שבארנו במק"א דאם השליח נתן הגט להאשה וא"ל איזה תנאי שע"מ כן הוא רוצה להיות שליח ובאם לאו אינו רוצה להיות שליח הוי גיטא אע"ג דלא נתקיים התנאי שאין בכח השליח להטיל תנאי בשליחותו:

ואף שראיתי להגאון בעל קצות החושן (סימן ער"ה סעיף כ"ד) שכתב בפשיטות דבשליחות הגט בשליח להולכה אם השליח לא ידע שהוא גט ודאי לא מתגרשה כיון דהשליח צריך להתירה ולומר הרי את מגורשת ומותרת לכל אדם עכ"ל שוב מצאתי להגאון בעל משכנות יעקב בחלק אהע"ז (סימן כ"ה) שכתב בפשיטות דאם מטעה את השליח השליחות בטילה כמו טעות דבעל וצ"ע בזה טובא ע"ש] מ"מ בארנו במק"א שלא מצינו תנאי אלא בדבר שצריך רצון העושה בזה שייך להטיל תנאי שאינו רוצה אלא ע"מ כן אבל בדבר שא"צ רצון העושה רק שצריך כוונתו לא שייך תנאי והיינו טעמא דאין תנאי בחליצה כמבואר אצלינו שם א"כ בשליח דלא בעינן גבי' רצון אלא כוונה שידע שהוא גט שלא יהא מעשה קוף בעלמא לא מהני תנאי כלל ואף אם נתן לה ע"מ שיתקיים איזה תנאי הוי גט אף אם לא נתקיים התנאי כיון דמ"מ ידע שהוא גט ושהיא מתגרשת בו ואף שנתינתו היה בטעות כמו בכל תנאי שלא נתקיים דאמרינן שלא ע"מ כן נתן. וא"כ כיון שאין טעות השליח מבטל השליחות לא מהני שאלה כיון דכל עיקר כחו של שאלה לשווי' הנדר נדר טעות וכאן לא איכפת לן בטעותו של שליח כלל כיון שעשה בשליחות המשלח ועיין בספר גט מקושר שהחליט שאם היה השליח אנוס למסור הגט נמי מהני ואף שבסדר הגט הוצרך שלא יהא השליח אנוס מ"מ זהו דוקא באונס דאנוס כמאן דלא עביד כלל דמי ולמעשה קוף בעלמא דמי אבל טעותו של שליח אינו מבטל המעשה]:

שוב ראיתי דז"א דאף דטעות או תנאי של שליח אינו מבטל המעשה זהו דווקא אם הי' טעות או תנאי או אונס בעשיית שליחותו דהיינו שלא רצה להיות שליח כ"א על תנאי זה בזה שפיר אמרינן דלא מהני תנאי אבל אם היה טעות בקיום עצם הענין כגון שנעשה שליח לקדש לו אשה ונתן לו רשות לברור איזה אשה שירצה השליח ועל איזה אופן שירצה השליח וקידש לו אשה על תנאי שתתן מאתים זוז וכיוצא בו בזה ודאי מהני תנאי דהא נתן לו רשות לקדש באיזה אופן שירצה וכן אם קידש ונמצא קדושי טעות הקידושין בטלים כמו במשלח גופא וה"נ בתרומה שעשאו שליח ונתן לו רשות לתרום מכרי זה איזה פירות שירצה להטיל עליהם קדושת תרומה והפריש תרומה יכול הוא לשאול אח"כ דבמה ששואל ומוצא פתח לנדרו דמי כמו שנמצא טעות במה שהפריש הפירות האלו לתרומה וטעות בעצם המעשה מבטל המעשה גבי השליח כמו גבי משלח:

ומה שהערנו דאיך יכול לשאול על נדרו והפרשתו כיון דעיקר חלות נדרו לא היה ע"י דיבורו לחוד כ"א בכח ושליחות הבעלים א"כ לא מצי לשאול נ"ל דמ"מ כיון שביארנו לעיל דתכונת ששא"כ דאמרינן אינו חשוב כאילו פיו של המשלח עשה הדבר אלא שמועיל מעשה השליח כמו שמועיל מעשה המשלח אבל הדבר נחשב על גופו של שליח א"כ שפיר יכול דכיון שעשאו שליח לתרום והוא תרם בטעות דהכי גדר של שאלה לחשוב את הנדר לטעות מעיקרא] נתבטל הפרשתו למפרע וקרינן בי' שפיר אבל אחרים מוחלים דברו דהנדר היה דיבור פיו של השליח ולא דיבור פיו של המשלח אף שהדיבור נקבע ע"י הרשאת המשלח ושליחותו מ"מ דיבור פיו של השליח מקרי וכה"ג איתא בתמורה (דף יו"ד) דאמר התם בעי רב"ח מקדיש עושה תמורה או מתכפר עושה תמורה אמר רבא א"כ מצינו ציבור ושותפין עושין תמורה כגון דשוו שליח לאקדושי ופרש"י א"כ דמקדיש עושה תמורה מצינו תמורה בציבור ושותפין וה"ד כגון דשוו ציבור או שותפין שליח לאקדושי קרבן עלייהו דהשתא הוי מקדיש יחיד וקרינן קרבן יחיד אי בתר דידי' אזלינן ואנן תנן בשילהי פרקין הציבור והשותפין אין עושין תמורה אלא בתר מתכפר אזלינן הילכך אין קרבנם עושה תמורה הואיל ורבים מתכפרים בו ולא קרינן ביה קרבן יחיד עכ"ל רש"י ז"ל. הרי דפשיטא לי' להש"ס דאי בתר מקדיש אזלינן אם עשו ציבור שליח להקדיש עלייהו קרבן יש להאי קרבן דין מקדיש יחיד ואמאי לא נימא דכיון דהיחיד הקדיש בשליחות הציבור ובכחם מיקרי מקדיש ציבור ולא מצי לעשות תמורה אפילו אי בתר מקדיש אזלינן דדמי כמו שהם בעצמם הקדישו דשלוחם כמותם. א"ו דלא אמרינן שלוחם כמותם אלא לענין שיועיל הקדישו של השליח כמו הקדישו של משלח אבל גוף ההקדש חשבינן לי' להקדש יחיד שהשליח יחיד הטיל עליו כח

הקדושה וה"נ בענין שאלה אף שלא היה בכח השליח לתרום רק בכחו של המשלח מ"מ התרומה חלה בדיבור פיו של שליח וקרינן בי' אבל אחרים מוחלים דברו הלכך שפיר מהני שאלת השליח אפילו בלי רשות בעלים:

ולא דמי למש"כ המל"מ (בפ"ו מהלכות גירושין) בשליח שעשה שליח דמסתפק שם לומר שאין השליח הראשון יכול לבטל השליחות משום שכבר נסתלק משליחותו וכולהו מכח בעל קאתי ע"ש דהתם ביטול השליחות הוא מטעם דאתי דיבור ומבטל דיבור כדאיתא בפרק האומר ומבטל רק מכאן ולהבא ולהכי לא מהני כיון שכבר עשה שליח אחר לא מצי לבטלו אבל שאלה דעוקר הנדר מעיקרא שפיר מהני בשליח ודו"ק:

ויש לעיין בהא דאמרינן בשבת (דף קל"ג) דפריך לאביי אליבא דר"ש דסובר דדשא"מ מותר אפילו בפסיק רישא האי קרא דבשר למישרי מילה בצרעת ל"ל ומשני רב עמרם באומר לקוץ בהרתו הוא מתכוין תינח גדול קטן מאי איכא למימר אמר רב משרשיא באומר אבי הבן לקוץ בהרת בנו הוא מתכוין ואי איכא אחר ליעבד אחר ופרש"י שם ואי איכא אחר שאינו חושש לטהרו ליעבד אחר ולא ליקו אב להתם. והמל"מ (בפ"ו מה' צרעת) כתב על דברי רש"י אלו וז"ל משמע מדבריו דאי קאי אב התם אף שהמל אינו לטהרו אפ"ה עובר בלאו וטעמא דמילתא דכיון שהמצוה מוטלת על האב המוהל שליחותי' דאב קעביד וכיון דכוונת האב הוא לטהרו הרי עובר בלאו עכ"ל ולכאורה הדבר צריך ביאור דמה איכפת לן במה שהאב עומד כאן ואומר דלקוץ בהרת בנו הוא מתכוין אם אחר מל והאחר אינו מכוין לקוץ רק במצות מילה קא עסיק ומ"ש המל"מ דכיון דהמצוה מוטלת על האב וקא עביד שליחותו אסור הא ביארנו דאף דאמרי' שלוחו שא"כ מ"מ אם יש במעשה שהוא עושה בשליחותו מידי דלא מצינן למירמי על המשלח ומידי דמצינו למרמי על המשלח אמרינן מה דלא מצינן למרמי על המשלח לא רמינן עליו ומה דמצינן למרמי על המשלח רמינן עליו ואמרינן שלוחו ש"א כמותו:

וה"נ מאי איכפת לן מה שהאב אומר שמכוון לקוץ בהרת בנו והמל עושה בשליחותו אנן נימא דמה שמל הוא בשליחות האב ומה שמכוין האב לקוץ בהרת בנו אין המל עושה בשליחותו אלא הוא מל אדעתו דנפשו ואינו רוצה בקציצת בהרת ועוד דהא קיי"ל דאם לא רצה האב למול מחויבים ב"ד למולו א"כ כשאומר האב שמכוין לקוץ בהרת בנו נחשוב את האב כאילו אינו רוצה למולו וימול אותו האחר שלא בשליחותו. ואם כן קשה למה כתב רש"י ז"ל דלא ליקו האב הכא מה איכפת לן אם האב עומד שם דאפילו בקדשים דהמחשבה פוסלת בהן קיי"ל בזבחים (דף מ"ו) דהכל הולך אחר העובד ואין הבעלים מפגלים ובנדרים (דף ל"ה) מבעי לן הני כהני שלוחי דידן נינהו או

שלוחי דרחמנא נינהו ולא פשיט דשלוחי דרחמנא נינהו מהא דאין הבעלים מפגלין וע"כ משום דסובר הש"ס דאפילו אי שלוחי דידן נינהו מה דאין הבעלים מפגלים שלא עשאום שלוחין אלא על הזריקה ולא על מחשבתו שהוא חושב וה"נ יכול למול בשליחותו והוא לא ניחא לי' בקציצת הבהרת וצ"ע:

סימן קיד

ובמה שהקשה כבודו בשם הגאון בעל שא"ר ז"ל בהא דאמרינן בפסחים (דף ל') אברייתא דאם הפריש תרומת חמץ אין תרומתו תרומה משום דכתיב תתן לו ולא לאורו ומקשינן עלה מהא דתנן אין תורמין מן הטמא על הטהור ואם תרם תרומתו תרומה ומשני התם שהיתה לו שעת הכושר אבל הכא בלא היתה לו שעת הכושר לא מהני וכתבו התוס' ביבמות (דף פ"ט) ד"ה אין דגבי מן הטמא על הטהור דתרומתו תרומה הוא דוקא בהיתה לו שעת הכושר אבל בלא"ה כגון שתלשה ומשקה טופח עלי' גם בדיעבד אין תרומתו תרומה כמו אחמיץ במחובר והקשה הש"א ז"ל ממשנה (דמס' חלה פ"ב) מי שאינו יכול לעשות עיסתו בטהרה יעשנה קבין ואל יעשנה בטומאה ור"ע אומר יעשנה בטומאה ואל יעשה קבים שכשם שהוא קורא לטהורה כך הוא קורא לטמאה לזו קורא חלה בשם ולזו קורא חלה בשם עיי"ש והא התם דעושה עיסה בטומאה לא היתה לו שעת הכושר כלל דחיובא דחלה הוא משעת גלגול דקודם גלגול ליכא חיובא כלל ואפ"ה מפריש חלה בטומאה אע"ג דלא היתה לו שעת הכושר כלל דהא קודם גלגול לא מתחייב כלל כדתנן המפריש חלתו קמח ה"ז גזל ביד כהן ובחלה נמי בעינן למימר לו ולא לאורו בלא היתה לו שעת הכושר:

ואחר העיון נראה לי דלק"מ דהא לכאורה הא מילתא טעמא בעי מה שמחלק הש"ס בין היתה לו שעת הכושר א"ל דממ"נ אם חל קדושת תרומה על תבואה טמאה חל נמי על תבואה שלא היתה לו שעת הכושר ואם אינו חל על תבואה טמאה אינו חל נמי אף שהיתה לו שעה"כ ומאי מהני מה שהיתה לו שעה"כ מ"מ השתא בשעת הפרשה טמאה היא והכתוב אומר לו ולא לאורו אבל נראה דהדברים נכונים באמת דטבל טמא שלא היתה לו שעת הכושר אין בו איסור טבל כלל דאמרינן בבכורות (דף י"ב) אמר ר"ח בהמת שביעית פטורה מן הבכורה מ"ט לאכלה אמר רחמנא ולא לשריפה ופריך מהא דתנן האוכל מעיסת שביעית שלא הורמה חלתה חייב מיתה ואמאי הא אילו מטמיא בת שריפה היא ורחמנא אמר לאכלה ולא לשריפה וכתבו התוס' שם אע"ג דיכול להפריש מפירות שאינן של שביעית עליהם מ"מ כיון דאינו יכול להפריש מיני' ובי' הויא לו

מן החיוב על הפטור [כשמפריש עליו ממקום אחר] עכ"ל הרי מבואר דפירות שביעית שאינו יכול להפריש מהן מיני' ובי' מיקרי פטור גמור והאוכלם בלא הפרשה פטור:

ולפי"ז א"ש הא דמחלק הש"ס בין היתה לו שעה"כ ללא היתה לו שעה"כ דבלא היתה לו שעה"כ כיון דאינו יכול להפריש מיני' ובי' לא חל עליו איסור טבל כלל ולא מהני הפרשה אפילו ממקום אחר דהא הטמא הוי פטור גמור. **(הגה"ה והא דקאמר דאחמיץ במחובר אע"ג דבמחובר לא חל עדיין איסור טבל עד אחר מירוח והוי לי' למימר דאפי' החמיץ או נטמא קודם מירוח נמי מיקרי לא היתה שעת הכושר נראה דכיון דאם הפריש בשבלים נמי מיקרי תרומה מיקרי היתה לו שעת הכושר:)** אבל בהיתה לו שעה"כ אף דבשעת הפרשה כבר היא טמאה מ"מ איסור טבל כבר חלה עליו קודם שנטמא ותו לא פקע וכיון דאית בי' איסור טבל חל עליו נמי קדושת תרומה כשעשאה תרומה ומבואר הדבר לפמש"כ הרא"ש ז"ל בנדרים בהא דתנן שם (דף י"ג) כחלת אהרן וכתרומתו מותר משום דלא הוי דבר הנדור ופי' הרא"ש שם (בדף י"ב) דאע"ג דמיתסר ע"י פיו לא הוי דבר הנדור דהא מעיקרא נמי אסור משום טבל ופיו לא אסר אלא התיר שהוציא השיריים מידי טבל עכ"ל הרא"ש שם וא"כ כיון דאיסור טבל הוא מפני קדושת תרומה שבכל הכרי ממילא היכי דלא מצי להפריש מיני' ובי' לא מיקרי טבל כיון שאין בו קדושת תרומה אין בו איסור טבל ואע"ג דאם הפריש תרומה בשיבלים נמי הוי תרומה ואז ליכא עדיין איסור טבל דכ"ז שלא נגמרה מלאכתו מותר לאכול בלי הפרשה היינו דאיסור ליכא ושרי לאכול אבל מ"מ טבל מיקרי גם קודם גמר מלאכת התבואה ואם הפריש מהני הפרשה]:

ומעתה כיון שביארנו דהא דלא חייל הפרשת תרומה היכא דלא היתה לו שעת הכושר הוא משום דליכא איסור טבל היכא דלא היתה לו שעת הכושר מבואר היטב החילוק בין חלה לתרומה דבתרומה שפיר איכא למימר דלא חייל איסור טבל בלא היתה לו שעת הכושר דבתרומה אין שיעור לאיסור טבל ומי שיש לו חיטה אחת יש בה איסור טבל וקדושת תרומה הגורם להיות טבל וכ"ז שלא קרא שם תרומה הוא בחטה אחת כמו בכרי גדול וא"צ שום צירוף [כדאמר בקידושין (דף נ"א) שאם אמר תקדש פלגא דחיטתא קדשה ופשיטא נמי שאם הי' לו חטה אחת להפריש ממנה פלגא דחיטתא דקדשה וא"צ לשום צירוף] לכן ליכא איסור טבל אלא אם בכל חטה וחטה יכול להפריש ממנה תרומה וליתן לו ולא לאורו אבל אותה החיטה שהיא טמאה שממנה אינו יכול להפריש מחמת דהפרשתו יהא לאורו ולא לו לא חל עליו איסור טבל כלל ולא מהני מה שיכול להפריש עליו ממקום אחר דמצות תרומה הוא שבכל חטה יהא בה ליתן לו וכיון

דבהאי חטה ליכא לקיומי תתן לו מפני שהיא טמאה לא חייל עלי' איסור טבל אבל גבי חלה דאם לש פחות מחמשת רבעים קמח אין שום חיוב חלה משום דראשית עריסותיכם כתיב כדי עיסת מדבר ולא חייל חיוב חלה אלא ע"י צירוף חמשת רבעים הנילושים ביחד א"א לאמר דכל שאין בכל חטה אפשרות להפריש ממנה חלה לא חייל עליה חיוב הפרשת חלה דהא כל עיקר חיוב חלה הוא רק ע"י צירוף דהא בעינן שיעור כדי עיסת מדבר ומצטרפת ע"י גלגול ולהכי חייל קדושת חיוב חלה גם על הקמח שנטמא משום דאף שאינו יכול להפריש ממנה מ"מ יכול להפריש מעיסה שתצרף לפוטרה וחל חיוב חלה אף על עיסה שנטמא ולא דמי לתרומה שאין חיובה ע"י צירוף ובעינן שיהא בידו להפריש גם פלגא דחיטתא להכי אם אי אפשר לתרום בכל חטה וחטה מיני' ובי' לא חייל איסור טבל ולא מהני מה שיתרום מן הטהור על הטמא כיון דמן הטמא אינו יכול לתרום והיינו בלא היתה לו שעת הכושר כגון דאחמיץ במחובר או שנתלש בטומאה והיתה משקה טופח עליה והנה מיושב בזה הא דמפרישין חלה בטומאה אף שנתגלגל בטומאה ולא היתה לעיסה שעת הכושר משום דשפיר חל על התבואה חיוב חלה מפני שיכול לתרום מן הטהור עליו ע"י צירוף הואיל וכל חיוב חלה בא ע"י צירוף וכ"ז בעיסה שנתגלגל בטומאה שפיר אמרינן דאפשר לחייבה בחלה ולא פקע ממנה איסור טבל הואיל ויכול לתרום מן הטהור על ידי צירוף:

אבל בעיסת שביעית שאי אפשר להפריש מפירות שנה זו של שביעית בשום אופן משום דאילו מיטמא בת שריפה ורחמנא אמר לאכלה ולא לשריפה ולצרף עיסה אחרת לא משנה זו א"א דאין תורמין מן הישן על החדש ואף שאפשר לצרף עיסת כותי שאין שביעית נוהג בה אין סברא לומר שחייבה תורה לכל האוכל עיסת שביעית שיביא עיסה מתבואת כותי [וכמ"ש פ"ג דחלה משנה ה'] או עיסה מתבואת חוץ לארץ וכמ"ש ריש פ"ב דחלה] ויתרום עליה ולהכי בעי למימר דלא חייבה תורה כלל פירות שביעית בחלה משום דכיון דא"א לתרום מיני' ובי' ושיתחייב להביא פירות כותי או פירות חו"ל אין סברא ולהכי אמרינן כיון דא"א להפריש מפירות שביעית עצמן לא חייל איסור טבל כלל על תבואת שביעית וזה שכתבו התוס' דאע"ג דיכול להפריש ממקום אחר היינו מפירות כותי או חו"ל דלית בהו קדושת שביעית מ"מ כיון דאינו יכול להפריש מיני' ובי' היינו מפירות שנה זו ליכא בזה איסור טבל ובעינן למימר דודאי לא חייבה תורה להפריש חלה בשביעית ולא חיילה איסור טבל על הפירות שביעית כיון דא"א להפריש מהם תרומה משום דאי מיטמא בת שריפה היא ורחמנא אמר לאכלה ולא לשריפה וע"ז

משני דכיון דכתיב לדורותיכם גבי חלה ע"כ דיש חיוב חלה גם על פירות שביעית משום דלא מיקרי לשריפה משום דאילו מיטמא ולאכלה קרינא בי':

ודע במה שבארנו דפירות טמאין שלא היתה לו שעת הכושר לא חל עלייהו איסור טבל כלל ורשאי לאוכלן בטבלייהו יש ליישב מה שהקשו התוס' בב"ק (דף ק') דמייתי התם מתניתין דבכורות (דף כ"ח) דן את הדין זיכה את החייב חייב את הזכאי טימא את הטהור טיהר את הטמא מה שעשה עשוי וישלם מביתו שהקשו דאיך אפשר לומר מה שעשה עשוי וישלם מביתו דממ"נ אם מה שעשה עשוי והוי הפירות טהורים א"כ לא אפסדי' מידי ואדרבה טיהר לו פירותיו ועביד לי' טיבותא ומה שייך ישלם מביתו ועוד איך אפשר לומר מה שעשה עשוי ולהקל ודחקו עצמן דמה שעשה עשוי מיירי בעירבן עם פירות מרובין וישלם מביתו מיירי בעירב בפירות מועטין וזה דוחק גדול ועיין בש"ך חה"מ (סימן כ"ה ס"ק ה') שדחק עצמו ג"כ בזה באוקימתא רחוקה אבל לשיטת התוס' אפשר לומר דמיירי בפירות שנפל עליהם ספק טומאה במחובר והורה החכם שהם טהורים וממילא יש בהן איסור טבל קודם שתרם מהן ואם תרם תרומתו תרומה ואסור לזרים ובאמת הם טמאים והחכם טעה ומותרים לזרים וגם איסור טבל אין בהם שלא הי' להם שעת הכושר כלל ונטמאו במחובר ובזה אמרינן מה שעשה עשוי ואסורין לזרים וישלם מביתו מה שדמי התרומה מועטים מדמי חולין ואע"ג דמה"ת לא הוו תרומה מ"מ קם דינא והוי תרומה כמו תורם מעציץ שאינו נקוב על עציץ נקוב ביבמות (דף פ"ט) דהוי תרומה מדרבנן ויחזור ויתרום עיי"ש ומשכחת לה שפיר מה שעשה עשוי וישלם מביתו בחד גוונא:

וכל זה לפי מה שבארנו דנטמא במחובר אין בו איסור טבל להכי לפי הדין האמיתי שהפירות טמאין א"צ להפריש מהם כלל תרומה ומותרין באכילה אבל אם נימא דאיכא איסור טבל בפירות שנטמא במחובר א"כ גם לפי האמת שהם טמאים אסורין באכילה משום טבל טמא ולא אפסדי' מידי במה שטיהרם ודו"ק:

סימן קטו

שאלה אם מותר לאשה לטמאות תינוק כהן והתינוק חולה שאין בו סכנה כגון להכניסו מפני הקור לבית שיש בו מת:

תשובה הספק הוא כיון דאמרינן בנזיר (דף נ"ז) דלר"ה אשה המקפת פטורה משום דכתיב לא תקיפו אחד המקיף ואחד הניקף במשמע ואימעוט אשה גם מאיסור מקיף. וה"נ מותר לאשה לטמאות את הקטן בידים דכתיב בני אהרן ולא בנות אהרן וכמו דאמרינן התם דכל שישנו בהשחתה ישנו בהקפה וקאי אמקיף ואניקף ואימעוט נשים

אף מאיסור להקיף ה"נ כיון דהא דגדול מוזהר על הקטן ילפינן מקרא דואמרת אליהם דכתיב בהאי קרא דבני אהרן ה"נ נימא דמיעוט דבני אהרן ולא בנות אהרן קאי בין אעיקר טומאה ובין אאזהרה דואמרת אליהם שהגדולים מוזהרים על הקטנים. דמתרווייהו אימעטו בנות אהרן דהא קרא דואמרת אליהם כתיב ברישא והדר כתיב לנפש לא יטמא בעמיו:

הנה הש"ך ביור"ד (סימן שע"א) כתב בשם הרוקח דאשה מעוברת מותרת ליכנס באהל המת מטעם ס"ס שמא הוולד נקיבה ושמא נפל משמע הא לאו הכי אסור ומוזהרת מלטמא הוולד מיהו בזה אפשר לומר דאסור רק מדרבנן ובחולה שאב"ס שרי אבל באמת זה אינו דאף דדרשינן כל שישנו בהשחתה ישנו בהקפה גם על איסור מקיף וכל שאינו בהשחתה מותר להיות מקיף לר"ה מ"מ דרשא דבני אהרן לא קאי על אאזהרה דואמרת אליהם דהא הא דאסור לטמאות קטן בידים ילפינן מקרא דואמרת אליהם להזהיר הגדולים על הקטנים ואיסור זה לאו בטומאה לחוד הוא אלא בכל האיסורים שבתורה הוא כמו דילפינן במס' יבמות (דף קי"ד) גם בשרצים ודם שאסור להאכיל לקטן בידים ובזה ודאי שוה אשה לאיש לכל איסורין שבתורה ולא קאי מיעוטא דבני אהרן ולא בנות אהרן כ"א שלא יזהרו הנשים מלטמאות עצמן אבל לטמאות כהן קטן אסורים דלא גרע מכל איסורין שבתורה והא דשרינן לר"ה גבי הקפה ולא אמרינן דלא גרע מכל איסורין שבתורה שאסור להאכיל אפילו לקטן:

נראה לי דכל הני קראי שהזהירה תורה שלא להאכיל לקטן בידים הוא רק באיסור שאסור גם לגבי אחרים כמו שרצים ודם שחתיכה זו של שרצים ודם אסורה לכל אדם ואסרה תורה שלא להאכיל גם לקטן וכן מת זה כולל איסור טומאה על כל הכהנים להכי הזהירה תורה גם שלא לטמא את הקטן במת זה וכן נוהג דבר זה שלא להאכיל איסור לקטן בכל האיסורין שבתורה אבל הקפת הראש של קטן שאין איסורו כולל גם אחרים ואין אחר יכול להיות ניקף מפאות הקטן באיסור כזה שאינו אלא בגופו של קטן זה לא אסרה תורה לעשות מעשה בידים בגופו של קטן ולהכי שרי לר"ה לאשה להקיף את הקטן משום דסובר דאשה אימעוט מאיסור מקיף ולא אסר מטעם הקפת הקטן שאסור להאכילו נבילות בידים משום דלעניין זה חלוק איסור הקפה מכל איסורין שבתורה שאין מוזהרין בו משום עבירות הקטן הואיל ואיסורו אינו כולל אחרים וכמ"ש אבל בטומאה שמת זה כולל טומאה לכהנים אחרים ג"כ דמי לכל איסורין שבתורה שאסור להאכיל הקטן בידים מן התורה ולהכי א"א לדרוש קרא דבני אהרן ולא בנות אהרן אקרא דואמרת אליהם ולמעט נשים גם מלהזהיר הגדולים על הקטנים דהא לא גרע

מכל איסורין שבתורה לעשות מעשה האיסור בקטן וכ"ז הוא בחולה שאב"ס אבל ביש בו סכנה ודאי דשרי וכ"ז לענין להכניסו לבית שיש בו מת אבל לעשות לו רפואה שהיא בדרך סגולה לטמא תליא בפלוגתא דר' מתיא בן חרש ורבנן (יומא פ"ג) במי שנשכו כלב שוטה אי מאכילין אותו מחצר הכבד שלו וכפי מה שפי' הרמז"ל בפי' המשניות דפליגי אי מותר להאכילו דבר איסור לרפואה בדבר שאין רפואתו בטבע אלא בדרך סגולה והארכנו בזה במק"א גם צריך לידע אם הרפואה בדוקה:

ודע שדברי הרוקח שהביא הש"ך ז"ל שהתיר למעוברת ליכנס באהל המת מטעם ספק נפל ספק נקיבה קשה לי טובא דהא אפילו הוא זכר בן קיימא נמי ליכא איסור דהא קיי"ל ביבמות (דף ס"ז) עובר במעי זרה זר הוא ואינו מאכיל את עבדיו בתרומה דעדיין לית בו דין כהונה ואע"ג דאנן קיי"ל שם כרבנן דעבדיו אוכלין בתרומה היינו משום דפסקינן אין זכיה לעובר להכי עבדיו אוכלין בתרומה דעדיין לא זכה בהן כמ"ש התוס' והרא"ש אבל בהא מילתא דעובר במעי זרה זר הוא מודו רבנן לר' יוסי ואע"ג דשם אמרינן במעי זרה זר הוא משמע אבל במעי כהנת כהן הוא היינו משום דהתם לענין תרומה מיירי וכהנת אוכלת בעצמה בתרומה להכי גם העובר במעי כהנת אוכל ולהכי נקט במעי זרה. אבל לענין טומאה דכהנת אינה מוזהרת על הטומאה דבני אהרן כתיב ולא בנות אהרן העובר שבמעי כהנת נמי אין בו קדושה לענין זה וזר הוא עדיין לענין טומאה ואפילו למ"ד עובר לאו ירך אמו היינו דווקא שאין נתפס בעובר אחר לידתו דבר הנעשה באמו בשעה שהיה העובר במעי' כמו לענין וולד טריפה וולד נרבעת אבל כ"ז שהוא במעי אמו ודאי דבטל לאמו ואין בו קדושת כהונתו במה שאינו נוהג באמו:

וראיתי בספר אבני מילואים להגאון בעל קצות החושן ז"ל שתירץ קושית המג"א על הרוקח דהא הוי טהרה בלועה וטהרה בלועה אינה מטמאה ותירץ הוא דעובר במעי אמו לא הוי כטהרה בלועה דכ"ז שהוא חי הוה חד גופא עם אמו ולא דמי לעובר שמת במעי אמו דמיקרי טומאה בלועה דכיון דמת הוי גופא אחרינא משא"כ בעובר חי עיי"ש בדבריו וחשב לתקן ולא תיקן מאומה דאדרבה כיון דכחד גופא דמי עם אמו הרי קיי"ל עובר במעי זרה זר הוא ולענין לטמאות במת גם במעי כהנת אין בו קדושה דבטיל לאמו כמ"ש וזה ברור:

חלק חושן משפט

סימן קטז

הרמ"א ז"ל כתב בח"מ (סימן רנ"ז) דהמקדיש שדה מעכשיו ולאחר מיתה או לאחר שלשים יום לא קדוש כלל וראיתי להגאון בעל קצה"ח שם והגאון ר"ע זצ"ל שתמהו עליו מאוד דהא הדברים לקוחים מתשובת הרשב"א ז"ל (סימן תקס"ג) שכתב שם וז"ל אבל הקדש בדק הבית אני אומר שהמקדיש שדהו להקדש בדק הבית מעכשיו ולאחר מיתה או מעכשיו ולאחר שלשים יום לא אמר כלום לפי שכל הנותן לחבירו מעכשיו ולאחר מיתה או מעכשיו ולאחר שלשים יום קיי"ל גופא קני מהיום ופירי לאחר מיתה אבל לגבוה והקדש א"א לאמר כן לפי שא"א שאילן של הדיוט יונק משדה הקדש אא"כ שייר מקום היניקה והראיה מהא דשלהי המוכר את הבית ר"ש. אומר המקדיש את השדה לא הקדיש אלא חרוב המורכב וסדן השקמה ותני עלה מ"ט הואיל ויונקין משדה הקדש כו' אלמא כל כמה דלא שייר מקום היניקה בפירוש אי אפשר שינקו מהקדש וכל שכן זה שמשייר כל הפירות וא"ת ומה ראית לבטל כל ההקדש מפני שיור זה אדרבה נבטל השיור מפני ההקדש הלא הי' הקרקע בחזקת בעלים וכיון שאתה צריך לבטל אחד מהם אוקי ממונא בחזקת מאריה וכדגרסינן בירושלמי גבי פלוגתא דרבי ורבנן באומר זה גיטך מהיום ולאחר מיתה דרבי סובר מגורשת דתנאה הוי ורבנן סברי מגורשת ואינה מגורשת דמספקא להו אי תנאה הוי אי חזרה הוי וגרסינן התם בירושלמי אף בהפקר כן אינה מופקרת שא"א לומר שיהא השדה הפקר לאחרים והפירות לבעלים וכיון שכן הרי ההפקר בטל לגמרי ואע"ג דגבי גט מגורשת ואינה מגורשת לא דמי דהתם כיון דמספקא לן אי תנאה הוי אי חזרה אזלינן לחומרא וחולצת ולא מתייבמת דאפילו תנאי לא יועיל ואתה צריך לבטל אחד מהן אוקי ממונא בחזקת מארי' וכדאמרינן בירושלמי שכתבנו עכ"ל:

וע"ז תמה הקצה"ח על הרמ"א שכתב דהמקדיש מעכשיו ולאחר ל' לא קדוש כלל דכיון דהרשב"א למד דין זה מהירושלמי מדין הפקר ולרבי דתנאה הוי השדה מופקרת ולרבנן הוי בדין ספק תנאה או חזרה הוי וזה שייך רק אם חזר בו בתוך שלשים דאז מספקינן דילמא חזרה הוי הואיל וקדוש רק לאחר שלשים ויכול לחזור בתוך שלשים דאוקי ממונא בחזקת מארי' ואמרינן דחזרה הוי ובהכי מיירי הרשב"א ואזיל לטעמי' בנדרים (דף ל') שהביא הר"ן בשמו דמהני חזרה במקדיש לאחר ל' אבל אם לא חזר בו הוי הקדש אף אם חזרה הוא וכן תמה הגרע"א זצ"ל על הרמ"א ז"ל גם תמה הקצה"ח (בסימן רנ"ח) על דברי הירושלמי דמאי נ"מ בין רבי לרבנן לפרש"י בקידושין (דף נ"ט) דהא דאמרינן

דלרבי תנאה הוי היינו מעכשיו אם לא אחזור בו עד שלשים יום א"כ אם חזר בו אף לרבי לא הוי הפקר ואם לא חזר בו קודם שלשים גם לרבנן הוי הקדש דאף אם נימא דמספקא לן במה שאמר ולאחר שלשים דכוונתו שיחול לאחר שלשים וחזר בו ממה שאמר מעכשיו מ"מ הא חל לאחר שלשים כל זמן שלא חזר בו. ומזה הביא ראי' לשיטת הרשב"א ז"ל שהביא הר"ן בריש פרק האומר בקידושין דלרבי דסובר תנאה הוי לא מהני חזרה כלל משום דפירוש תנאה הוי אם יחי' ליום שלשים ולא היה כוונתו שיוכל לחזור עד שלשים והוי פלוגתא דרבי ורבנן לענין הפקר בחזר בו בתוך שלשים וכ"ז הוא שלא כדעת הרמ"א ז"ל שסתם דבריו וכתב דמקדיש מעכשיו ולאחר שלשים לא קדוש כלל דמשמע אף אם לא חזר בו:

אבל מאוד אני תמה על דבריהם ז"ל דאיך פירשו בדעת הרשב"א שסובר במקדיש מעכשיו ולאחר ל' דקדוש ויכול לחזור בו דהמעיין בלשון הרשב"א ז"ל יראה שאין דבריו **סובל** פירושם כלל וכלל שהרי כתב לא אמר כלום ולשון לא אמר כלום ודאי משמע דאפילו אם לא חזר בו תוך שלשים לא מהני:

לכן נראה לי ברור בעזהי"ת דסובר דגם בלא חזר בו לא אמר כלום וטעמו דכיון דאם אמר בהדיא שמקדיש הגוף מהיום ופירי לאחר מיתה אין בדבריו כלום משום דא"א לפירות לינק משדה הקדש א"כ אם אמר מעכשיו ולאחר ל' נמי לא אמר כלום לרבנן דרבי דכמו דסברי דמספקא לן אי תנאה הוי או חזרה ותנאה הוא מעכשיו אם לא אחזור בו בתוך שלשים לשיטת רש"י ז"ל או אם אחיה כל שלשים לשיטת הרשב"א ז"ל. ה"נ הא איכא לספוקי שמא כוונתו שמקדיש או מפקיר גוף מהיום ופירות לאחר מיתה או לאחר שלשים דהא כוונה זו מישתמע טפי בלשון מעכשיו ולאחר שלשים כדאמרינן בב"ב (דף קל"ו) אמתניתין דהכותב נכסיו לבניו צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה דפריך וכי כתב מהיום ולאחר מיתה מאי הוה הא תנן מהיום ולאחר מיתה גט ואינו גט ואם מת חולצת ולא מתיבמת ומשני התם מספקא ליה אם תנאה הוי או חזרה הוי אבל הכא הכי קאמר לי' גופא קני מהיום פירא לאחר מיתה ופירש רשב"ם ז"ל וכיון דאיכא למימר הכי לא נתכוין לא לתנאי ולא לחזרה ומפקינן ממונא מיד בעליו מהאי טעמא דהכי משתמע טפי וקני הבן גופא מהיום ופירי לאחר מיתה וא"כ כיון דגבי קרקע איכא לפרושי גופא מהיום ופירי לאח"מ או לאחר שלשים א"כ היינו ספיקא שכתב הרשב"א ז"ל דלא אמר כלום לרבנן דאיכא לספוקי בזה אם היה כוונתו לגוף ופירות וממילא דלא אמר כלום דאין הקדש חל אם מתנה שינקו הפירות משדה הקדש לצורכו ולא חל כלל או שהי' כוונתו בתנאי דאם לא אחזור והוי הקדש מיד או שחזר בו מיד ורצה שיחול הקדש אחר

שלשים לכל הפחות כיון דלהך צד שכוונתו לגוף ופירות לא אמר כלום ולהך צד דתנאה וחזרה מהני הקדישו לכל הפחות אם לא חזר בו בעינן לאוקמי ממונא בחזקת מארי' ולא קדוש כלל וע"ז כתב דאף דגבי ספיקא דתנאה וחזרה חולצת ולא מתייבמת משום דהתם בעינן למיזל לחומרא אבל הכא דגם תנאי לא יועיל ואתה צריך לבטל אחד מהם והיינו דאפילו אם נימא דלא הוי חזרה ולתרץ דיבור מעכשיו עם דיבור לאחר שלשים נמי לא מהני דהא איכא לתרוצי ולפרש דבריו שכוונתו גופא מהיום ופירא לאח"מ או לאחר שלשים ואם נפרש כן ממילא בטל ההקדש אוקי בחזקת מארי' ולא חל ההקדש כלל אף אם לא יחזור בתוך שלשים מפני ספיקא דגוף ופירות והקצה"ח בהעתיקו לשון הרשב"א ז"ל לא העתיק תיבות דאפילו תנאי לא יועיל וכתב תיבת כו' משום דאין לדברים אלו הבנה לפי פירושו ולפ"מ שכתבתי שהוא ברור שכוונתו דאפילו אם נפרשו בלשון תנאי ולא בלשון חזרה שלא יהא דבריו סותרים זא"ז אינו מועיל. דאכתי איכא לספוקי בתנאי דגוף מהיום והפירות לאח"מ וגם זה מיקרי תנאי שמקדיש ומתנה לאכול הפירות]:

והקצה"ח והגרע"א ז"ל גרם להם לתמוה על דברי הרמ"א שהם סבורים דודאי לא הי' כוונתו על גוף ופירות ומסתפקים רק בתנאה וחזרה וזה אינו דודאי מסתפקנו שמא כוונתו על גוף ופירות ואין לומר דכיון דאם נימא דכוונתו על גוף ופירות מתבטלין דבריו אין לנו לפרש דבריו כן דז"א דהא לרבנן מסתפקין בחזרה במהיום ולאחר מיתה ואמרינן שחזר בו ממה שאמר מהיום ובמה שאמר לאח"מ כוונתו שיחול הגט לאח"מ אע"ג דאין גט לאח"מ ומתבטלין דבריו לגמרי וה"נ בעינן לאיסתפוקי שמא כוונתו על גוף ופירות ומתבטלין דבריו לגמרי לרבנן:

ומה שאמר דלרבי דסובר תנאה הוי הוי הפקר גמור והא דלא מספק גם לדידיה בספק דמספקינן בתנאי דאם יחי' ובתנאי דגוף ופירות ואוקי ממונא בחזקת מארי' ותלינן שכוונתו הי' לגוף ופירות ולא הוי הפקר גם זה נכון דסובר הירושלמי דלרבי דסובר תנאה הוי ושרינן לה לעלמא אם לא חזר בו ואף אם מת קודם שלשים. וע"כ משום דסובר דאין לנו לחוש לפרש דבריו בחזרה שחזר בו ממה שאמר מעכשיו:

ובעינן לפרש דבריו שיהא כולם קיימים ולא יהא בהם חזרה. כ"ש שאין אנו צריכים לחוש לפרש דבריו באופן שיתבטלו ואין להם קיום ולהכי באומר שדה זו מופקרת מעכשיו לאחר ל' אמרינן תנאה הוי והוי הפקר ולא חיישינן לפרש דבריו שמא כיון גוף יהא הפקר ופירות לאחר ל' מפני שעי"ז יתבטלו דבריו אבל לרבנן דחיישי לחזרה ויתבטל מה שאמר מעכשיו בעינן למיחש נמי לחששא דגוף ופירות ולמיקם אחזקה ולא הוי הפקירו הפקר ואין שיחרורו שיחרור:

וא"ש טפי נמי לפמ"ש הרשב"א ז"ל בחידושיו בקידושין (דף ס') בא אחד וקדשה ואמר לה מעכשיו ולאחר שלשים ובא אחר מעכשיו ולאחר עשרים ובא אחר ואמר לה מעכשיו ולאחר עשרה מראשון ומאחרון צריכה גט מאמצעי א"צ גט מה נפשך אי תנאה הוי דקמא קידושין דהנך לאו קידושין אי חזרה דבתרא הוי קידושין דהנך לאו קידושין ופריך פשיטא ומשני מהו דתימא האי לישנא משמע תנאה ומשמע חזרה ותיבעי גיטא מכל חד ופרש"י ז"ל דה"א דאיכא למימר דלהאי תנאה הוי ולהאי חזרה הוי עיי"ש ברש"י שמבאר צדדי הספיקות דאם איכא למימר להאי תנאה ולהאי חזרה צריכה גט מכולן קמ"ל דאי תנאה הוי לכולם הוי תנאה ואי חזרה לכולם הוי חזרה וכתב הרשב"א ז"ל שם וז"ל ולא שירדו חכמים לסוף דעתן של בריות שאין אומר כך אלא כולן משום תנאי או כולן משום חזרה אלא לחכמים מסתפק להם משמעות הלשון האיך ולכך אעפ"י שזה אומר לכך נתכוונתי וזה אומר בהיפך זה נתכוונתי אנו אין לנו אלא לדקדק עיקר משמעות הלשון ודינו שכוונת המקדש אינה נשמעת לעדים ואין כאן עדים אלא מעיקר הלשון ומשמעותו עכ"ל וא"כ כיון דלא אזלינן בתר כוונת המקדש רק בתר פירושן של חכמים שפירשו משמעות הלשון וסובר רבי שמשמעות הלשון הוא תנאה בלי ספק:

וכן כתב הריטב"א ז"ל בחידושיו שם דלרבי משמעות הלשון תנאה דהיינו או יגיעו שניהם ליום שלשים בעזר ה' ולא ימותו ואין בזה ספק כלל ולרבנן גם לחכמים משמע להו האי לישנא דוקא תנאה וכיון שהדברים סותרים זא"ז חיישינן לספק חזרה ולהכי פשיטא לי' להירושלמי דלרבי באומר שדה זו מופקרת מעכשיו ולאחר שלשים מופקרת כיון דמשמע לי' האי לישנא מעכשיו אם לא אחזור או אם אחי' לסוף שלשים ולא מסתפק כלל בפירוש אחר ה"ז מופקרת לשיטת רש"י ז"ל אם לא חזר תוך שלשים ולשיטת הרשב"א אף אם חזר בו כיון שחי' עד אחר שלשים נעשה הפקר למפרע אבל לרבנן דלא פשיטא להו לשון תנאה כי היכי דמסתפקי בספק שמא חזר בו ה"נ מסתפק בלשון גופא מהיום ופירי לאחר שלשים ולא הוי הפקר כלל דהפקר לא הוי אלא אם הפקיר גופא ופירא וכן בהקדש לא הוי הקדש אם שייר היניקה וכיון דמסתפק לן אוקי ממונא בחזקת מארי' ודברי הרמ"א ז"ל שרירן וקיימין דלא הוי הקדש כלל ומכוונים בדעת הרשב"א ז"ל:

מיהו נראה לי דכ"ז אם אין האיש שהקדיש לפנינו ולא נדע לנו כוונתו דבזה אמרינן כיון דיכול להיות שכוונתו שהקדיש גוף מהיום ופירא לאחר ל' ולא קדוש כלל כיון דמספקא לן בפירוש דבריו בתנאה וחזרה מסתפקין נמי בגוף מהיום ופירי לאחר שלשים ולא קדיש כלל אבל אם הוא בפנינו ומפרש דבריו שכיון בתנאה דאם לא אחזור עד שלשים

יום או אם אחיה שלשים יום ודאי דחל הקדש לפמש"כ בשם הרשב"א ז"ל דהא דאמר הש"ס בקידושין דלא אמרינן לגבי האי תנאה ולגבי האי חזרה לאו משום שירדו חכמים לדעת בני אדם ואמדו דעתם אלא דודאי איכא דכוונתו לתנאי ואיכא דכוונתו לחזרה רק דגבי גיטין וקידושין לא מהני כוונתו ותלוי הדבר לפי מה שמשתמעין דבריו לפני העדים להכי נחלקו רבי ורבנן בפירוש ומשמעות הדברים לפי שמועת סתם ב"א ומה שאומר הבעל שכן הי' כוונתו לא מהני דגט וקידושין בלי עדים לאו כלום הוא לכן הדברים תלויים לפי דעת העדים שמשתמעין דבריו לפניהם וכ"ז הוא בגיטין וקידושין דלא מהני בלא עדים כמ"ש הרשב"א ז"ל וכן בהפקר דבעינן נמי לפני ג' מתקנת חכמים ואי לאו הכי לא הוה הפקר כדאמרינן בנדרים (מ"ה) ובח"מ (סימן רע"ג) דבינו לבין עצמו גם מה"ת לא מהני ובפני אחד מהני מה"ת ומדרבנן לא הוי הפקר ולא יצא מרשות בעלים. וכיון דלא חל ההפקר אלא בפני עדים דמי לגיטין וקידושין ובאנו למחלוקת רבי ורבנן דלרבי אמרינן תנאה הוי והוי הפקר במעכשיו ולאחר שלשים ולרבנן לא מהני כמ"ש אבל הקדש דבינו לבין עצמו נמי הוי הקדש ובאמירה לחוד בלי עדים חל ההקדש בעינן למיזל בתר כוונתו ואם אמר שלא כיון באמירתו להקדיש גוף מהיום ופירא לאחר שלשים ודאי דהוי הקדש דהא בעלים ודאי מהימני על שלהם לאסור ומכ"ש דהא בידו להקדישו ואם אומר שכוונתו היה להקדש גמור ודאי דקדוש ואינו יכול לחזור בו אחר אמירתו:

ובזה נראה לי לבאר דברי הירושלמי שם דקאמר דבהפקר פלוגתא דרבי ורבנן וקאמר אף בהקדש כן כל עמא מודו אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט והיינו דבעי אם גם בהקדש כן דאם הקדיש מעכשיו לאחר שלשים תליא בפלוגתא דרבי ורבנן וקאמר דבהקדש לא משכחת לה דליפלגו בזה רבי ורבנן משום דאמירתו לגבוה כמסירה להדיוט והיינו דבאמירה לחוד חל ההקדש ולא בעינן עדים ובינו לבין עצמו סגי להכי א"א לתלות בפלוגתא דרבי ורבנן דאם הבעלים אומרים שכיוונו לגוף מהיום ופירא לאחר שלשים לא הוי הקדש אף לרבי דסובר תנאה הוי מ"מ כאן שהבעלים אומרים שלא הי' כוונתם לתנאי רק לגוף מהיום לא הוי הקדש והבעלים נאמנים ע"ז כדאמר ביבמות (דף פ"ח) משום דבידו לפדותו או לאיתשולי עליו ואם הבעלים אומרים שכוונתם הי' לתנאי ולא לגוף מהיום ופירי לאחר שלשים ודאי דקדוש אף לרבנן דמספקא להו מ"מ הא אמרי שכוונתם לדבר המועיל בהקדש וכיון דהולכין רק אחר כוונתם ובאמירה לחוד בלא עדים חל ההקדש אין נ"מ בין רבי לרבנן דבתר אמירת הבעלים אזלינן. ואם אין הבעלים בפנינו גם לרבי לא הוי הקדש דבעינן למימר שמא כוונתו לגוף מהיום ופירי לאחר ל' ואוקי ממונא בחזקת מארי' ודוקא בהפקר קאמר דלרבי הוי הפקר דהתם לא מהני מה

שהבעלים כיוונו לגוף מהיום ופירי לאחר ל' דדברים שבלב אינן דברים בממון וקנינים וגיטין וקידושין ולעדים משתמע להו בלשון תנאי לרבי הלכך הוי הפקר אבל בהקדש דבתר כוונת הלב הן הדברים גם לרבי לא הוי הקדש כשאין הבעלים לפנינו משום דאוקי ממונא בחזקת מארי' וגם איכא חזקת חולין ואמרינן דכוונתו הי' לגוף ופירי משום דאיכא דמכוין כן ואיכא דמכוין כן וכשהם לפנינו תליא באמירת הבעלים ומהימני ע"ז כמ"ש וא"כ אין כאן פלוגתא דרבי ורבנן ולשון הירושלמי דקאמר אמירה לגבוה כמסירה להדיוט כוונתו דסגי באמירה בינו לבין עצמו בלי עדים וזה ברור לדינא:

ובמה שנחלקו הרשב"א והר"ן ז"ל במקדיש לאחר שלשים יום אם יכול לחזור בו בתוך שלשים דדעת הרשב"א ז"ל דיכול לחזור בו ודעת הר"ן ז"ל שאינו יכול לחזור בו כמ"ש הר"ן בנדרים (דף כ"ט) עיי"ש והביא הקצה"ח (בסימן רנ"ח) ראי' מדברי הירושלמי שהבאנו לעיל דמיירי במעכשיו ולאחר ל' בהפקר דתליא בפלוגתא דרבי ורבנן גבי גט דרבי דסובר תנאה הוי הפקר ולרבנן דמספקא לה בתנאה או חזרה לא הוי הפקר וקא בעי אף בהקדש כן כל עמא מודו אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט ופירש הפ"מ דפשיט לי' כיון דאמירתו לגבוה כמסירה להדיוט א"כ אפילו אם נימא דחזר בו ורצה שיהא ההקדש לאחר שלשים נמי אינו יכול לחזור תוך שלשים ומזה ראי' לדעת הר"ן דמקדיש לאחר ל' א"י לחזור:

ונראה לי דלאו ראי' הוא דלפי פירוש הפ"מ והקצה"ח הא אכתי איכא נ"מ בין רבי לרבנן בהקדש לענין אם יש מעילה תוך ל' דלרבי יש מעילה וחל ההקדש למפרע. ולרבנן ליכא מעילה עד ל' יום והיכי קאמר הירושלמי כמסירתו להדיוט ואין כאן פלוגתא דרבי ורבנן גבי הקדש ומה שפירש הקצה"ח דכוונת הירושלמי דגבי הקדש לא מהני חזרה אף תכ"ד אינו מעלה ארוכה דאכתי הא איכא נ"מ איפכא דלרבי דאמר תנאה הוי אם מת לשיטת הרשב"א ז"ל קודם שלשים לא הוי הקדש דהא אמר ולאחר שלשים דהיינו אם יחיה עד אחר שלשים כמ"ש הריטב"א והר"ן בקידושין פ' האומר ולרבנן דילמא חזרה הוי ואינו יכול לחזור אף תכ"ד מהני הקדשו אף אם מת או חזר בו כיון שכבר חלה מה שאמר מעכשיו והוי הקדש גמור. ואכתי משכחת פלוגתא דרבי ורבנן גבי הקדש ובמק"א כתבנו ביאור אחר בדברי הירושלמי בעזה"י:

סימן קיז

שאלה צוואה שנכתב בה שנותן מנכסיו סך מסויים לעניים מהיום ומת המצווה. אם היורשים מחוייבים לקיים או לא:

תשובה מה שנסתפק כבודו להפך בזכות היורשים לבטל הצוואה הואיל וכתב בה מהיום לית בי' משום מתנת שכיב מרע וכמ"ש הרמ"א בח"מ (בסימן ר"ן סעיף ט') וז"ל וי"א דמתנת שכ"מ שכתבו שמקנה לו מהיום הוי כמתנת בריא וצריכה קנין ופירש שם הסמ"ע שבא הרמ"א להוסיף על דברי המחבר אם לא שמענו מפי השכ"מ שצווה במעכשיו אלא שכתוב כן בצוואה לפנינו לא אמרינן דט"ס הוא ומעצמו כתב הסופר כן והשכ"מ הי' דעתו להקנות אם ימות וא"כ כיון שבטלה צוואה זו מדין מתנת שכ"מ אין כאן אלא דין נדר לצדקה מהיום וכבר כתב הרמ"א (בסימן רנ"ב) וז"ל מי שנשבע או נדר ליתן לפלוני כך וכך ומת ולא נתן יורשיו פטורים ואין בזה מצוה לקיים דברי המת עכ"ל. וכ"כ הרמ"א (בסימן ריי"ב סעיף ז') דאם אמר מה שתלד בהמתי או יוציא אילן זה פירות אתננו לעניים דחייב לקיים דבריו ואם מת אינו כלום שהרי אינו כאן שיקיים נדרו עכ"ל: **ולענ"ד** נראה דהצוואה בתוקפה והיורשים מחויבים לקיימה כי הנה סברא זו הובא בקצה"ח (סימן ר"ן) בהא דמבעי לן בב"ב (דף קמ"ח) שכ"מ שהקדיש נכסיו מהו חילק נכסיו מהו וקאי בתיקו ופרשב"ם ז"ל דבעיין הוא באם עמד אם יכול לחזור בו וכ"כ הטור (בסימן ר"נ) דמיירי כשעמד והקצה"ח הקשה דהא גם אם לא עמד ומת וגם לא חזר בו קודם מיתתו איכא למבעי דדילמא כוונתו להקדיש מחיים ושכוונתו להקדיש מחיים ליכא בזה כח מתנת שכ"מ וכמ"ש לעיל באומר מהיום ואין כאן אלא תורת נדר ואין היורשים מחויבים לקיים נדר אביהם או דילמא דכוונתו להקדיש אחר מיתה ויש בזה כח מתנת שכ"מ וחייבים היורשים לקיים וכן מסיק שם לדינא דכיון דמספקא לן דילמא כוונתו להקדיש מחיים ומספיקא לא מפקינן ממונא ואין בזה משום מתנת שכ"מ ומשום דהא היורשים לא נדרו עיי"ש בדבריו ז"ל. וכתב שם עוד דמה"ט כתבו הטור והרמב"ם דמבעי לן אם עמד ולא כתבו דנ"מ נמי אם מת רק שחזר בו קודם מותו דיש להסתפק ג"כ אם מהני חזרתו משום דלא גמר להקנות אלא לאח"מ או שגמר להקנות מחיים ואינו יכול לחזור ולא כתבו הטור ושארי פוסקים כן משום דאפילו אם נימא דכוונתו להקנות מחיים ולא מהני חזרתו נמי אין היורשים מחויבים לקיים נדרו ולי נראה דהאי דינא דאין היורשים מחוייבים לקיים נדר אביהם לא שייך בהאי מילתא כמו שיבואר לקמן בעזה"י ומה שלא פירשו הטור והרמב"ם הנך בעיין בחזר בו ומת הוא מטעם אחר דהא לכאורה קשה דהרמב"ם פסק וכן כמה הראשונים ז"ל בהך בעיא דספיקא לקולא וגם הרא"ש ז"ל שפסק ספיקא לחומרא מטעם דכיון דהוי ספק באומדנא לא מבטלינן מעשיו עיי"ש וקשה הא תינח גבי בעיא דחילק לעניים דקיי"ל ספק ממון עניים לקולא כמ"ש הר"ן ז"ל בנדרים (דף ז') גבי בעיא דיש יד לצדקה מהש"ס דחולין דדוקא בקמה אמרינן ספק לקט

לקט משום דקמה בחזקת חיובא קיימא אבל ספק ממון עניים היכא דליכא חזקה לקולא אבל הקדש בדק הבית הא הוי ספק איסורא ולחומרא וכדאמרינן בחולין (דף קל"ד) דגר שנתגייר והי' לו עיסה ספק גלגלה קודם שנתגייר ספק לאחר שנתגייר חייב משום דספק איסורא לחומרא ואע"ג דרש"י ז"ל פירש התם דאיכא התם חזקה לפטורא עיי"ש ברש"י ז"ל (ויבואר אי"ה במק"א) וא"כ ה"נ בהקדש הא איכא ספק מעילה אולם קושיא זו כבר תירץ הנמ"י שם דלענין איסור מעילה המקדיש בעצמו נאמן דע"א נאמן באיסורין היכא דליכא חזקת איסור דקיי"ל יש שאלה בהקדש ומהימן מגו דאי בעי שאיל אלא אי אמדינן לדעתו דהקדיש לגמרי ולא מהני לי' מגו שבהקדש יש דין ממון דהא הגזבר תובע מהמקדיש. ולזה אמרינן דלענין תביעת הגזבר הממע"ה וספק ממונא לקולא עיי"ש בנמ"י ולא דמי לספק איסורא דחלה שגם הגר מסופק מתי נתגלגלה העיסה:

ומה שכתב הרשב"א בתשובה (סימן תרנ"ו) באחד שהלך לדרך ואמר שאם ימות בדרך יהא נכסיו להקדש ומת בחזרתו לביתו ונסתפק בכוונת הנודר אם הי' כוונתו רק על ההליכה וכיון שבא לשם בטל נדרו או שכוונתו גם על החזרה ופסק שם דאין להוציא מיד היורשים והביא ראי' מהא דשכ"מ שהקדיש נכסיו שפסק הרמב"ם דמספיקא לא מפקינן ממונא להוציא מן היתומים וסיים שם ומעתה בין בהקדש עניים בין בהקדש בדק הבית כל שהוא ספק מתחילתו אם חל או לאו ויש חזקת ממון כנגדו אמרינן הממע"ה עכ"ל עיי"ש. הנה מה שפסק בעובדא דידי' דמספיקא לא מפקינן מהיורשים אע"ג דהתם מת הנודר הוי ספק איסורא דהא ליכא מאן דלימא שלכך הי' כוונתו מ"מ הא התם נדר לעניים דהא בדק הבית האידנא ליכא וממון עניים הוי רק ספק ממונא ומה שכלל בסוף דבריו דבין בהקדש עניים בין בהקדש בדק הבית ספיקא לקולא לאו בחדא מחתא מחתינהו דבספק עניים ספיקא לקולא בכל גוונא ובספק הקדש דבדק הבית לא הוי ספיקא לקולא אלא אם איכא הנודר ואמר גם הוא שכן הי' כוונתו דאי ליכא הנודר קמן הא ספק איסור מעילה גבי בדק הבית ולחומרא כמו גבי חלה:

ולפ"ז איכא למימר דלהכי פירשו הנך בעיות דש"ס בעמד ולא פירשו בחזר בו ומת משום הקדש בדק הבית דבזה לא שייך למימר ספיקא לקולא אלא בעמד ואומר שלא כיון להקדיש מחיים דנאמן הוא לענין איסור ומבעי לן אי מהימן לענין תביעת הגזבר דהוי תביעת ממון בעלמא מי אמדינן אנן לדעתו שלא כיון להקדיש אלא אם ימות ומהימן ע"ז או לא ואמרינן ספיקא לקולא אבל אם חזר בו ומת ליכא למימר ספיקא לקולא גבי הקדש דממ"נ אם אמר בשעת חזרה שלא הקדיש אלא אם ימות ועתה יכול לחזור בו פשיטא דמהימן דהא קיי"ל בב"ב (דף קע"ד) שכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי

דחזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש ונאמן במה שאמר בשעת מיתה ואף דמוקמינן לה התם בדנקיט שטרא דווקא היינו משום דאי לא נקט שטרי אמרינן אדם עשוי שלא להשביע עצמו וזהו דווקא אם אמר מנה לפלוני בידי חיישינן שאמר שלא להשביע עצמו וסבור הי' שגם אותו פלוני לא ירצה לגזול את ההקדש ליקח מן ההקדש מה שאינו מגיע לו כלל אבל בחוזר בו מן ההקדש ורוצה ליקח לעצמו ואומר שלא כיון להקדיש אלא לאחר מיתה בזה מהימן כיון שאומר בשעה שהוא עדיין שכ"מ לא חשוד לשקר להוציא הממון מן הקדש דהא בחשש קנוניא שאומר מנה לפלוני בידי נמי החשש שמא רוצה ליקח לעצמו ותולה עצמו באותו פלוני ואפ"ה מהימן אי לאו טעמא דשלא להשביע א"כ פשיטא דמהימן כשאמר שכיון להקדיש רק אחר מיתה וא"כ ליכא למבעי כלל בחזר בו ומת דודאי מהימן בין לענין איסור ובין לענין תביעת ממון של הגזבר. ואם חזר בו סתם ולא אמר שכונתו הי' להקדיש לאח"מ נמי ליכא למימר גבי יורשים ספיקא לקולא דהא הקדש הוי ספק איסורא דמעילה ואבוהון ליתא קמן דנהימני' לענין איסורא והטור הא רצה להביא דעת הראשונים ז"ל דסברי דאמרינן בזה ספיקא לקולא משום הכי הוצרך למימר דהבעיא הוא אם עמד דמיירי שאומר שלא כיון להקדיש אלא לאח"מ דמהימן לענין איסור ולא לענין תביעת הגזבר מ"מ אמרינן גם לענין תביעת הגזבר ספיקא לקולא ואף דגבי בעיא דחילק לעניים הוי מצי הטור לפרש כגון שחזר בו ומת ולא אמר בשעת חזרה דבזה הוי רק ספק ממון דממון עניים אין בו קדושה מ"מ כיון דהש"ס כלל כל אלו הבעיות ביחד כללם גם הטור ביחד ופירשם בעמד מחליו למינקט פלוגתא דרבוותא דסברי דתיקו זה לקולא ואפשר דגם הרשב"א ז"ל שפירש בעיין בעמד הוא נמי מה"ט דס"ל דבחזר בו ומת לא מבעי אם אמר בשעה שחזר בו שנדר רק אם ימות ולהכי חוזר בו כדין מתנת שכ"מ שיכול לחזור בו דנאמן כמש"כ משום דאין אדם עושה קנוניא על ההקדש. אלא אף אם חזר בו ולא אמר בשעת חזרה שהקדישו ונדרו הי' ע"ת דאם ימות נמי אמרינן דכמי שאמר דמי דאדם יודע דלא מהני חזרה בהקדש ומסתמא ידע בנפשי' שהקדיש ונדר רק אם ימות להכי חזר וכדין שכ"מ:

ועוד נראה דבלא"ה א"ש מה שלא פירשו הרשב"ם והרמב"ם והטור הנך בעיין בחזר בו ומת דהא אמרינן בנדרים (דף כ"ט) דהמקדיש שיחול לאחר שלשים יום אינו יכול לחזור בו ואף דמקדש לאחר שלשים יכול לחזור בו מ"מ בהקדש אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וא"כ אף אם נימא כשיעמוד יכול לחזור בו כדין מתנת שכ"מ דאדעתא דהכי לא הקדיש אבל אם לא עמד וגם לא נתרפא מחליו היכי יכול לחזור הא הקדיש כשימות מחולי זה ומת מחולי זה ואינו יכול לחזור בו כדין מקדיש שיחול לאחר שלשים

דאינו יכול לחזור בתוך שלשים וכמ"ש הר"ן ז"ל שם דדמי לאומר מעכשיו וא"כ אפילו מת בתוך שלשים נמי אינו יכול לחזור בו דבשלמא לענין אם עמד חוזר איכא למבעי שפיר דילמא הקדיש לגמרי ורצה ליתן ממונו להקדש אף אם יחיה או דילמא שלא הקדיש אלא אם ימות ואין לו צורך בנכסיו ואף דגבי מתנת שכ"מ להדיוט פסקינן דאם כתב וזיכה וקנו מיני' אינו יכול לחזור בו כדאמרינן בב"ב (דף קנ"ג) דאין אחר קנין כלום בין לעצמו בין לאחרים [ועיי"ש דלהריב"ם והרא"ש ז"ל שם בעינן שימסור לו המתנה ולהרמב"ם (בפ"ט מה' זכי' ומתנה) סגי במסירת השטר וקנין דאינו יכול לחזור בו מ"מ בהקדש לאחר ל' בעי למימר דיכול לחזור בו אם עמד דדוקא כשמסר החפץ או השטר אמרינן דוודאי נתן לגמרי אף אם יחי' משום דכל הנותן אדעתא דמיתה אינו מוסר השטר או החפץ אבל בהקדש אף דאמירה עפ"י דין הוא כמסירה וכמעכשיו. מ"מ כיון שלא מסר ממש לא בטלה אומדנא דאמדינן בכולי שכ"מ דיהיב רק אדעתא דמיתה אבל לענין שיחזור בו מחיים ומת אח"כ כיון דבריא אינו יכול לחזור בו אם מקדיש שיחול לאחר ל' ודאי דגם שכ"מ אינו יכול לחזור דבמה יתבטל נדרו והקדשו הוא הקדיש אדעתא דמיתה והרי מת אח"כ וכיון דמקדיש לאחר ל' אינו יכול לחזור דדמי למסירה להדיוט וכאומר מעכשיו דמי כמ"ש הר"ן שם לא בטל הקדשו וחל כשימות למפרע ולא מהני חזרתו כלום דלא מצינו חילוק בענין נדר והקדש בין בריא לשכ"מ ואף לדעת הרשב"א ז"ל שהביא הר"ן שם דלעולא ואביי ורבא דסברי דקדושת דמים פקעה בכדי בעינן למימר דמקדיש לאחר ל' יכול לחזור בו עיי"ש מ"מ הרשב"ם והטור לא מעיילי נפשייהו בפלוגתא לפרושי בעיין בחזר בו ומת ופירשו בעיין כשעמד וא"כ אין אנו צריכין לדברי הקצה"ח שכתב דבחזר בו ומת היורשים פטורים משום דנודר ומת היורשים פטורים:

ולא עוד אלא שנראה לי דהא מילתא דנודר ומת אין היורשין מחויבין לקיים נדרו לא שייך אלא בנודר אתן סלע לצדקה אבל מי שאמר סלע זו לצדקה ומת ודאי דהיורשים מחויבים ליתנו להעני דכיון דאמר סלע זו לצדקה הוקצה האי סלע לצדקה וממונא דעניים איתא בעינייהו גבי יורשים ואינם רשאים ליקחם לעצמם כמו שאין הנודר בעצמו רשאי לעכבו ומחויב לתתו לעניים ואע"ג דאמרינן בפ"ק דערכין (דף ו') נדר צדקה ואין הקדש צדקה ואמר שם סלע זו לצדקה עד שלא בא ליד גבאי מותר לשנותו וללותו היינו דאין בו קדושה כמו הקדש בדק הבית ומותר לשנותו דעניים לא קפדי ע"ז אבל ודאי דמיתפס בהאי סלע הקצאה לענין שלא יהא לעניים חוב בעלמא גבי נודר אלא דבר מסוים איכא לעניים גבי נודר משום דהסלע מיתפס בצדקה:

תדע דהא בנדרים מבעי לי' אי יש יד לצדקה או אין יד לצדקה כגון דאמר הדין זוזא לצדקה והדין אי קאמר והדין נמי לצדקה או דילמא והדין לנפקותא ואם איתא דסלע המופרש לצדקה אין נתפס בו שום הקצאת צדקה והרי הוא כמו שהי' קודם שהפרישו. א"כ איך שייך להתפיס בו דבר אחר הא אין מתפיסין אלא בדבר מצוה דהיינו דבר שכבר נתפשט ונתפס עליו נדרו ומה"ט פסקינן בשבועות (דף כ') כרבא דאין מתפיסין בשבועות והנשבע שלא יאכל ככר זה והתפיס בו ככר אחר לא מהני משום דשבועה הוי איסור גברא ועל הככר אין שום איסור וא"כ בצדקה דמתפיסין בו ומבעי לן רק אם מהני יד אבל אם אמר בפירוש דינר זה יהא כדינר זה מיתפס ע"כ שסלע שהפריש לצדקה רכיב עליו כח צדקה כשהוא בעיני' תדע דבסוגיא דנדרים שם מבעי לי' אי יש יד לפיאה או אין יד לפיאה כגון דאמר הדין אוגיא לפיאה והדין ואמאי לא בעי נמי אי יש יד ללקט או אין כמו דמבעי לי' גבי פיאה וצדקה א"ו דבלקט שנעשה של עניים שלא ע"י הקצאת בעה"ב אלא שנשר מעצמו לא שייך בו יד דאפילו התפיסו בהדיא נמי לא מהני משום דאין מתפיסין אלא בדבר הנדור ומבעי לי' רק בפיאה וצדקה שבאה ע"י הפרשת בעה"ב הנודר ומהני בהו התפסה ומבעי לי' אי יש יד:

ובזה יש ליישב מה דקשה לי טובא לפי דעת כמה מהראשונים דצדקה מחייב במחשבה כמו קרבנות דכתיב נדיב לב כמ"ש הש"ע ביור"ד (סימן רנ"ט) דא"כ מאי מבעי לי' להש"ס אי יש יד לצדקה או לאו דפשטא דלישנא משמע דמבעי לי' אי מהני האי לישנא דמיקרי רק יד גבי צדקה ולא בכוונת הנודר מסתפק הש"ס אלא דאף אם הנודר כיון לצדקה מ"מ מבעי לי' אי מהני יד לאתפוסי גבי צדקה או לא ולדעת הני רבוותא דסברי דבמחשבה בעלמא נמי מחייב בצדקה א"כ פשיטא דמהני יד דעדיף ממחשבה אבל לפי מש"כ א"ש דבמחשבה מחויב לקיים דהיינו אם גמר בדעתו ליתן צדקה מחויב ליתן כמו באומר אתן אבל אכתי אין הסלע גופא נתפס בצדקה שיהא זה הסלע בעין כמו שהוא ממונא דעניים לענין שיכול להתפיס בו סלע אחר [או לענין יורשים כמו שנבאר] ולהכי מבעי לי' ביד כגון דאמר והדין אי מהני יד ונתפס האי סלע בצדקה או לא:

וכיון שבארנו דבאומר סלע זו לצדקה מיתפס בהאי סלע הקצאת צדקה א"כ לא שייך בזה דין נודר ומת דאין היורשים מחויבים לקיים נדרו דהא ממון עניים בעינא הוא דהוי גבייהו ומחויבים ליתנו לעניים כמו הנודר בעצמו ואם לא יתנום וישלמו להעניים גוזלי עניים נינהו וא"כ בהקדיש נכסיו וחזר בו ומת אף אם נימא דכוונתו הי' שהקדיש מהיום ובמהיום אין בו דין מתנת שכ"מ מ"מ דין נדר יש לו ובסלע זה גם היורשים מחויבים לקיים נדרו שלא כדברי קצה"ח ז"ל. והנה כ"ז אם הקדיש נכסיו לעניים ומת דדמי לסלע

זו לצדקה דמתפסי נכסיו בצדקה אבל במחלק נכסיו ואומר מנה מהם לעניים דלא סיים המנה שנתן לעניים אכתי אפשר לומר כיון דאין המנה מסויים לא מיתפסי בהקצאת צדקה ודמי לנודר ואומר אתן ואין היורשין מחויבין לקיים נדרו היכא דאמר מהיום דלית בה משום מתנת שכ"מ מ"מ נראה כיון דאמרינן בשלהי מעילה דאם אמר פרוטה בכיס זה הקדש אם הוציא כולן מעל דחל על פרוטה דין הקדש בדק הבית רק שאינו מבורר איזו פרוטה וה"נ כיון שבררנו דבסלע זו חל עליו הקצאה לצדקה אם אמר מנה מנכסי לעניים חל על מנה הקצאת צדקה ומחויבים היורשים ליתן לעניים מנה דאיתנהו בעינייהו גבייהו:

וראיה ברורה לדברינו הנ"ל דהא בעובדא שהבאנו לעיל מתשובת הרשב"א ז"ל באחד שהלך לבלנסיאה ואמר שמתיירא שמא יקרנו אסון בדרך יהא נכסיו להקדש. ולא נסתפק הרשב"א ז"ל אלא במה שמת בחזרתו אם היה כוונתו גם על החזרה אבל אם היה כוונתו גם על החזרה מחויבים היורשים לקיים נדרו ותקשה על הרמ"א שפסק דאין היורשים מחויבים לקיים והא התם ליכא אלא דין נדר דהא בריא היה וליכא משום צוואת שכ"מ וגם מצוה מחמת מיתה לא מיקרי דמצוה מחמת מיתה לא מיקרי אלא אם בדעתו שודאי ימות כמ"ש הרמב"ם (בפ"ח מה' זו"מ הלכה כ"ג) וז"ל שכ"מ שצוה מחמת מיתה כגון שהי' דעתו נוטה שהוא מת ודאי וניכר דבר זה מכל דבריו אע"פ שקנו מידו במקצת אם עמד חוזר עכ"ל והיינו מצוה מחמת מיתה דקאמר בש"ס דב"ב (דף קנ"א) אבל שהלך לבלנסיאה והי' מתייירא שמא יקרנו אסון לא מיקרי דעתו נוטה שימות שיהא לו דין מצוה מחמת מיתה א"ו דכיון שלא אמר בלשון אתן אלא אמר יהיה הקדש מחויבים היורשים לקיים מה שנדר אביהם דממון הקדש עניים בעין איתא גבייהו:

ועיין ברמב"ם ז"ל (ה' מכירה פכ"ב ה' ט"ז) שכתב אם צווה אדם כשהוא שכ"מ ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים זכו בהן העניים והראב"ד ז"ל חלק עליו וכתב שם וז"ל ואני אומר שאם אמר אתן לעניים כך וכך מן הפירות שיצאו בכרם שלי וכן כל כיוצא בזה ה"ז חייב עצמו ליתן. אבל אם אמר ינתן לעניים כך וכך מפירות שלא באו לעולם ל"ק עניים עכ"ל משמע דווקא משום שלא באו לעולם לא זכו העניים אבל אם באו לעולם זכו העניים אף שלא אמר לשון אתן ולא הוי לשון נדר מ"מ כיון שאומר על דבר שהוא בעולם זה לעניים זכו העניים וגם היורשים מחויבים ליתן. ועיין בכ"מ שם וזה ברור לענ"ד:

סימן קיח

לבאר דין אמירת הרי שלך לפניך בגזלן ובשומר:

בח"מ (סימן שס"ג) גזל תרומה ונטמאת או חמץ ועבעה"פ או בהמה ונעבדה בה עבירה או שהיתה יוצאה ליסקל אומר לו הרי שלך לפניך ומחזיר אותה בעצמה והוא לשון הרמב"ם ז"ל ממתני' דב"ק (דף צ"ו) ותמה עליו הלח"מ (בפ"ג מהלכות גו"א) דהרמב"ם ז"ל פסק (בפ"א מהלכות נזקי ממון) גבי שומר דעד שלא נגמר דינו החזירו מוחזר ומשנגמר דינו החזירו אינו מוחזר וליישב תמיהתו נראה לי דהנה שם בב"ק (בדף צ"ח) קאמר אמתניתין דחמץ שעעה"פ אומר לו הש"ל מאן תנא אומרין באיסורי הנאה הש"ל אמר רב חסדא ר' יעקב הוא דתניא שור שהמית עד שלא נגמר דינו מכרו מכור הקדישו מוקדש שחטו בשרו מותר החזירו שומר לבעליו מוחזר משנגמר דינו מכרו אינו מכור הקדישו אינו מוקדש שחטו בשרו אסור החזירו שומר לבעליו אינו מוחזר ר' יעקב אומר אף משנגמר דינו החזירו שומר לבעליו מוחזר מאי לאו בהא קמיפלגי דר' יעקב סובר אומרין באיסורי הנאה הש"ל ורבנן סברי אין אומרין באיסה"נ הש"ל א"ל רבה לא דכ"ע אמרינן באיסורי הנאה הש"ל דא"כ נפלגו בחמץ בפסח אלא אמר רבה הכא בגומרין דינו של שור שלא בפניו קמיפלגי רבנן סברי אין גומרין דינו של שור שלא בפניו דא"ל אי אייתיתיה נהלי הוה מעריקנא לי' לאגמא השתא מסרתיה ביד מאן דלא מצינא לאשתעויי דינא בהדי' ור' יעקב סבר גומרין דינו של שור שלא בפניו דא"ל מאי עבדי לי' סוף סוף הוה גמרי לי' דינא שלא בפניו עכ"ל הגמרא וכתב רש"י ז"ל אבל סיפא דמתניתין ודאי ר' יעקב היא ולא רבנן דקתני או שהיתה יוצאה ליסקל אומר לו הרי שלך לפניך עכ"ל וקשה טובא דהא יגיעתו של רבה לאוקמי מתניתין שעעה"פ אף כרבנן וכיון דסוף סוף דסיפא דמתניתין דשור שיוצא ליסקל לא אתי כרבנן א"כ מאי הועיל רבה באוקימתא דידי' וכן הקשה הרש"ל ביש"ש וז"ל ותימא הוא בעיני שרישא דברי הכל וסיפא ר' יעקב עיי"ש. ותירץ שם המהרש"ל לחלק בין שומר לגזלן דבגזלן מודו רבנן דמצי אמר הש"ל בשור הנסקל ולא מצי טעין הוה מעריקנא לי' לאגמא וכבר השיב ע"ז הש"ך (בסימן שס"ג ס"ק ז') וכתב דלא מצא מקום לחלק בין שומר לגזלן במה יהא שומר חמור מגזלן גם הקשה הש"ך שם דהא מייתי ברייתא שם והשיב את הגזילה אשר גזל מת"ל אשר גזל כעין שגזל יחזיר מכאן אמרו גזל מטבע ונפסל חמץ ועעה"פ שור עד שלא נגמר דינו אומר לו הש"ל ומסיק מאן שמעית לי' שור עד שלנ"ד אין משנגמר דינו לא רבנן וקתני חמץ שעעה"פ אומר לו הש"ל ע"כ הרי דלרבנן אף בגזלן לא מצי אמר הש"ל בשור הנסקל וזה הוא דלא כדעת הרש"ל:

וליישב קושית הש"ך ממה שהקשו עליו האחרונים ז"ל נראה לי לבאר הסוגיא באופן נאות לפ"מ שנראה מדברי הרשב"א ז"ל בחי' דגרס רבא הכא בסוגיא זו דהנה לעיל

(בדף מ"ה) הקשו התוס' במה שפרש"י ז"ל אתפסי' לתוראי שמסרו בידים דממ"נ אם זה ההיזק לא הוי היזק ניכר אפילו אתפסי' בידים לא יתחייב ואם הוא ניכר אפילו תפסו ב"ד מאליהן למה יפטר וכי לא היה לו לשומרו שלא יבא לידי כך עכ"ל ונראה לי דלא קשה מידי לפי מה שכתבו התוס' בגיטין (דף נ"ג) בהא דאמר שם דרב אמר מנסך ממש ושמואל אמר מערב ושמואל לא אמר מנסך ממש משום דמנסך ממש קי"ל בדרבה מיני' ורב סובר מדאגבהה קני' מתחייב בנפשו לא הוי עד שעת ניסוך וכתבו התוס' דשמואל סובר דלא אמרי' מדאגבה קני' מתחייב בנפשו לא הוי עד שעת ניסוך משום דכיון דלא מתחייב אשעת ניסוך דמי כמי שנסכו אחר ואילו נסכו אחר מצי אמר הש"ל השתא נמי מצי אמר הש"ל כיון שא"א כלל לחייבו אשעת ניסוך רק אשעת הגבהה ורב סובר כיון דבשעת הגבהה לא שייך קלב"מ יש לחייב מחמת הגבהה אכל מה שיעשה בידים אח"כ אע"ג דההיא שעתא קלב"מ עכ"ל נמצאנו למדין דרב סובר אע"ג דאשעת הגבהה הוי מצי אמר הש"ל ואשעת ניסוך קלב"מ מ"מ מתחייב משעת הגבהה אכל מה שיעשה אח"כ בידים אף דעל ההיא מעשה א"א לחייבו וכה"ג מצינו בב"ק (דף צ"ג) במשנה דקרע כסותי שבר את כדי דחייב ופרכינן מברייתא דלשמור ולא לאבד ולא לקרוע ומשני הא דאתי לידי' בתורת קריעה הא דאתא לידיה בתורת שמירה עיי"ש ועיין בקצה"ח (סימן רמ"ו) בשם המרדכי דאין בלשון קרע כסותי לשון והפטר אלא דהפטור הוא משום דמזיק ברשות פטור ואפ"ה באתא לידי' בתורת שמירה חייב משום דההחיוב בא מחמת ההגבהה ראשונה אלמא אף דמזיק ברשות פטור מ"מ בשעת הגבהה מתחייב אכל מה שיעשה אח"כ בעצמו אף בדבר שאין לחייבו על אותו מעשה בעצמה כמו מזיק ברשות דאם אחר היזק ברשות בעלים והשומר לא הציל ודאי דפטור אבל אם השומר בעצמו היזק ברשות בעלים חייב והוא ממש כסברת התוס' גבי ניסוך והשתא א"ש הא דקאמר דלמ"ד אין גומרין דינו של שור אלא בפניו חייב אף אם סובר אומרין באיה"נ הש"ל דהוא מהאי טעמא דאף דמה שהתפיסו ביד ב"ד מיקרי היזק שא"נ. מ"מ שוב לא מצי אמר הש"ל דכיון דנתחייב בשמירה מתחייב אכל מה שיעשה אח"כ בידים אף שבאותו מעשה ליכא חיובא דהיזק שא"נ לא שמי' היזק מ"מ מהני הגבהתו לחייבו אכל מה שיעשה אח"כ בידים כמו שמתחייב המנסך אשעתא דאגבהה אף שעל הניסוך אין לחייבו מטעם קלב"מ:

ונ"ל ליישב בזה פסק הר"מ ז"ל שכ' (בהלכות חובל ומזיק פ"ז ה"ב) במטמא ומדמע בשוגג פטור במזיד חייב וכן מערב נסך ביין של חבירו ואח"כ כתב המנסך יין של חבירו והיה לו בה שותפות או שהיה מומר או שהתרו בו וקבל ההתראה ה"ז אסור וחייב

לשלם ואיך יתחייב זה לשלם והרי מתחייב בנפשו מפני שמשעה שהגביהה חייב לשלם ומתחייב בנפשו לא הוי עד שעת ניסוך עכ"ל וקשה אמאי לא כ' הר"מ ז"ל גם במנסך ממש שבשוגג פטור כמו במטמא ומערב גם הקשה הש"ך (בחוה"מ סימן שפ"ה) אמאי לא פסק כשמואל דהילכתא כוותי' בדיני והוא לא מוקי למתניתין במנסך ממש כמו שכ' התוס' או משום דס"ל הגבהה צורך ניסוך הוא או משום דמצי אמר לו הרי שלך לפניך ואמאי פסק הר"מ ז"ל כרב עייש"ש [מיהו קושית הש"ך לק"מ לפמש"כ הרשב"א ז"ל בחי' שם דטעמא דשמואל לאו משום דפליג ארב בעיקר הדין אלא משום דסובר דמתניתין מיירי בלא הגבהה אבל בהגבהה מודה לרב] לכן נראה בדעתו ז"ל שמפרש דלהכי לא אמר שמואל כרב דמנסך היינו מנסך ממש משום דסובר דכיון דמנסך ממש לא משכחת אלא בהגבהה דאי לא"ה קלב"מ ובהגביה חייב אפילו בשוגג דאף דהיזק שאינו ניכר לא שמי' היזק ואלו נסכו אחר היה יכול לומר הש"ל ועל מעשה דידי' א"א לחייבו דהא קלב"מ מ"מ נתחייב משעת הגבהה אכל מה שיעשה אח"כ אפילו בהיזק שא"נ ואפילו בשוגג וכמ"ש רש"י ז"ל גבי שור הנסקל דאם מסרו בידים חייב וכיון דשמואל דהלכתא כוותי' בדינא סובר הכי להכי כתב הר"מ ז"ל סתמא במנסך שהוא חייב ולא חילק בין שוגג למזיד:

והנה במכות (דף ט"ז) פריך והרי גזל דרחמנא אמר לא תגזול והשיב את הגזילה ומשכחת לה בביטלו ולא ביטלו קיימו ולא קיימו ומשני התם דכיון דחייב בתשלומין אין לוקה ומשלם והקשו שם התוס' הא אר"י בכתובות כל היכא דאיכא ממון ומלקות מלקי לקי וממונא לא משלם וכתבו שם גירסא אחרת והרמב"ם ז"ל כתב (בפ"א מהלכות גזילה הלכה א') ואין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב נתקו לעשה שאם גזל חייב להחזיר שנאמר והשיב את הגזילה אשר גזל זו מ"ע ואפילו שרף הגזילה אינו לוקה שהרי הוא חייב לשלם דמיה וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו עכ"ל ועיין בכ"מ (פי"ח מהלכות סנהדרין) שתמה על הר"מ ז"ל מהא דקיי"ל דמילקי לקי ממונא לא משלם ונ"ל דלק"מ דדעת הר"מ ז"ל דהא דאמרינן כל היכא דאיכא ממון ומלקות מלקי לקי ממונא ל"מ היינו היכא ששני החיובים נגמרו כאחד אבל בגזל שחיוב ממון נגמר מיד בשעת הגזילה וחיוב מלקות א"א להגמר עד דמבטל לי' לעשה בשריפת הגזילה וכיוצא בו דהא הוי לאו הניתק לעשה אמרינן ממונא משלם מלקי לא לקי ועדיף חיובא דממון שנגמר מיד ונדחה חיוב מלקות מפניו לגמרי:

ובזה מיושב נמי ג"כ מאי דקשה לי על דברי הר"מ ז"ל שכ' דאפילו אם ביטל העשה בידים אין לוקין משום דהוי לאו הניתן לתשלומין מהא דבעי בחולין (דף קמ"א) אין

לוקין אלאו הניתק לעשה לר' יהודא או לא ופשיט מהא דתניא גנב וגזלן לוקין ש"מ דסובר ר"י לאו הניתק לעשה לוקין עליו ולדברי הרמב"ם ז"ל קשה נהי דסובר ר"י לאו הנל"ע לוקין עליו מ"מ לא לקי מחמת שניתן לתשלומין אבל לפי דברינו א"ש כיון דעיקר הוא דממונא משלם מלקי לא לקי הוא משום דהמלקות אינן נגמרין עד שיבטל העשה וחיוב ממון איכא מיד בשעת גזילה. אבל לר"י דסובר לאו הנל"ע לוקין עליו איכא חיוב מלקות נמי מיד בשעת גזילה הדרינן לכללא דכל היכא דאיכא ממון ומלקות מלקי לקי ממונא לא משלם:

ולפ"ז א"ש סוגית הש"ס בהא דאמר רבא דכ"ע אומרין באיסורי הנאה הש"ל והכא ה"ט דרבנן משום דאין גומרין דינו של שור אלא בפניו ומצי א"ל אי הוה מייתת לי נהלי' הוה מעריקנא לי' לאגמא ואתי מתניתין דחמץ שעעה"פ אפילו לרבנן דאינהו נמי סברי אומרין באה"נ הש"ל ואפי' סיפא דמתניתין דקתני או שהיתה יוצאה ליסקל נמי אתי כרבנן דאף דרבנן סברי דמשנגמר דינו אינו יכול לומר הש"ל זהו דווקא גבי שומר ולא גבי גזלן דהא עיקר האי חיובא דהוי מעריקנא לי' לאגמא רק משום דמשעת הגבהה נתחייב אכל מה שיעשה אח"כ בידים אפילו בהיזק שא"נ והיינו שנמשך החיוב משעת הגבהה על מה שיעשה אח"כ בידים דעל הגבהה לחוד אין אנו יכולין לחייבו דמצי א"ל הש"ל ועל המסירה ליד ב"ד נמי אין אנו יכולין לחייבו דהא הוי היזק שא"נ וגם היה מחוייב למוסרו ליד ב"ד לקיים מצותו רק שמשעת הגבהה מתחייב אכל מה שיעשה אח"כ בידים א"כ חיוב זה לא שייך אלא גבי שומר אבל גבי גזלן שיש חיוב מלקות על הגזילה אתי חיוב מלקות ודחי חיוב ממון דכאן חיובא דמלקות בא יחד ממש עם החיוב ממון דכמו שחיוב מלקות מתחיל משעת הגבהה ואינו נגמר עד ביטול העשה דהיינו שמסרו בידים ליד ב"ד שאז מתבטל ההשבה שאינו יכול לומר לו עוד הש"ל [כמ"ש התוס' מכות (דף ט"ז) דלמ"ד ביטלו ולא ביטלו מתחיל העבירה מתחילת עשייתו ונגמרת בשעת ביטול העשה דמה"ט מקרי התראת ספק ע"ש] ה"נ חיוב ממון מתחיל משעת הגבהת הגזילה ונמשך ונגמר בשעת מסירה ליד ב"ד שמתחייב משעת הגבהה אמה שיעשה אח"כ בידים וכל היכא דממון ומלקות באין כאחד מלקי לקי ממונא לא משלם ואף אם לא התרו בו סובר רבא בכתובות (דף ל"ה) כר"ל דחייבי מלקות שוגגין ודבר אחר פטורין דאמר התם דילפינן מכה מכה ע"ש. להכי מודו רבנן בגזלן דמצי אמר הש"ל אף לאחר גמר דין אף דגבי שומר משנגמר דינו אינו יכול לומר הש"ל משום חיובא דהוי מעריקנא לי' לאגמא משום שמסרו בידים מתחייב משעת הגבהה אמה שיעשה

בידים אח"כ השא"נ מ"מ גבי גזלן לא שייך לחייבי' מה"ט משום קלב"מ דמלקות ואתא כולה מתניתין כרבנן:

והא דקתני בברייתא דרבה בר שמואל חמץ ועעה"פ שור עד שלא נגמר דינו א"ל הש"ל דדייק מינה הש"ס דקאמר דמשנגמר דינו לא דמשמע דלרבנן גבי גזלן לא מצי אמר הש"ל משום ה"ט דהוי מעריקנא לי' לאגמא נ"ל דהך ברייתא מוקי רבא כהך תנא דל"ל ג"ש דמכה מכה כמ"ש התוס' בכתובות (ל"ה) ד"ה רבא דהני תנאי דילפי עין תחת עין ממון משארי קראי ולא ילפי ממכה מכה ל"ל ג"ש דמכה מכה ולדידהו ודאי דחייבי מלקות שוגגין ודבר אחר חייבין ולהכי קתני בברייתא דווקא עד שלא נגמר דינו מצי א"ל הש"ל אבל משנגמ"ד לא מצי אמר הש"ל דמצי א"ל הוה מעריקנא לי' לאגמא ומתחייב משעת הגבהה אמה שיעשה אח"כ ומלקות ליכא דליפטר לי' משום דהוי בלא התרו בו אבל מתניתין דידן מוקי רבא כמו שסובר בעצמו דחייבי מלקות שוגגין פטורין ולהכי בגזלן מצי אמר הש"ל אף שמסרו בידים דלא מצי לחייבו משעת הגבהה אשעת היזקא דהמלקות פוטר מתשלומין אף בלא התרו בו ונתיישב הסוגיא על מכונה לפי גירסת הרשב"א ז"ל דגרס רבא בהך סוגיא כמוזכר בחי' שם:

ובמה שבארנו דברי הרמז"ל דלהכי משלם ממונא ולא לקי משום דכיון דהוי נל"ע ולא מתחייב מלקות אתחילת הגבהה שחל חיוב ממון וכיון שניתן לתשלומין לא לקי יישבנו על נכון סוגיא דסנהדרין (דף ע"ב) לשיטת הרי"ף ז"ל דאמרינן שם אמר רב הבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור מ"ט בדמים קנינהו אמר רבא מסתברא מילתא דרב כששיבר אבל נטל לא והאלקים אמר רב אפילו נטל כו' מתיב רב ביבי בר אביי הגונב כיס בשבת חייב שהרי נתחייב בגניבה קודם שנתחייב באיסור שבת והלכתא דשדינהו בנהרא ופרש"י ותוס' ובעל המאור ז"ל דהא דקאמר ששיבר בין ששיבר עכשיו ובין ששיבר לאחר זמן דאי לא"ה מאי קמ"ל רב מתניתין היא הבא במחתרת ושיבר את החבית אם אין לו דמים פטור א"ו דרב אתא לאשמעינן דאי ממתניתן הו"א דוקא שיבר מיד פטור אבל לאח"ז חייב וקמ"ל רב דאפילו שיבר לאח"ז פטור ותמה בעל המאור על הרי"ף שלא הביא מימרא דרב דאפילו שיבר לאח"ז פטור ע"ש ברמב"ן גם נדחקו בעה"מ והרמב"ן בעיקר טעמא דרב שפוטר אפילו שיבר לאח"ז דנהי דבשעת נטילה יש חיוב מיתה דמחתרת מ"מ הא אמר רבה (בב"ק ס"ה וב"מ מ"ג) האי מאן דגזל חביתא דחמרא מעיקרא שווי' זוזא ולבסוף שווי' ארבע איתבר ממילא משלם זוזא כדמעיקרא תברי' או שתיה משלם ד' מ"ט כיון דאלו איתא הדרא בעיני' ההוא שעתא דתברי' הוא דקגזל מיני' וה"נ הרי דבשעת גזילה איכא חיוב מיתה מ"מ ההוא שעתא דתברי' הוא דקגזל מיני' ולחייב

אההוא שעתא ונדחק הבעה"מ מאוד ליישב ע"ש בדבריו והרמב"ן ז"ל פי' מחמת קושיא זו באמת דהא דקאמר כששיבר היינו מיד דווקא:

ולדבריו הנ"ל א"ש הכל על נכון דבאמת אמר רבא אליבא דרב כששיבר פטור אפילו שיבר אח"כ דכיון דבשעת התחלת הגזילה הי' חייב מיתה אי אפשר לחייב על התחלת הגזילה דמיתה פטרה מתשלומין ואשעתא דתברי' נמי א"א לחייבי' דהא בההוא שעתא נגמר חיוב מלקות כמו בכל לאו הניתק לעשה שנגמר הלאו בשעת ביטול העשה. ומלקות פוטר מתשלומין דהא בכל גזל דעלמא שחייב לשלם אם ביטל העשה ואין המלקות פוטרו הוא מטעם שחיוב הממון חל בשעת הגבהה) אבל הכא דאיכא חיוב מיתה בשעת הגבהה א"א לחיובי' אההוא שעתא ובשעת שבירה איכא חיוב מלקות ואף שגם המלקות נדחו מחמת חיוב מיתה דחיוב המלקות אינו יכול לחול כ"א משעת התחלת הגזילה עד גמר ביטול העשה וכאן יש בשעת הגזילה חיוב מיתה דמילקי לא לקי מ"מ לא גרע מלא אתרו בי' דהא איכא חיוב מלקות רק שאינו מסור לב"ד ללקות משום כדי רשעתו אבל חיוב מלקות איכא לענין שלא יכול להתחייב ממון אשעתא דתברי' משום דחיוב המלקות שחל בשעת גמר הגזילה וביטול העשה פוטרו מממון דרבא לטעמי' דסובר כר"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין מממון. וה"נ כחייבי מלקות שוגגין דמי שהרי יש חיוב מלקות אלא דלא לקי משום חיוב המיתה שהי' עליו בשעת התחלת הגזילה וא"כ א"א לחייבו אפילו אם שיבר לאח"ז דעל אימת נחייבו אשעת גזילה איכא חיוב מיתה ואשעת שבירה נגמר חיוב מלקות ככל לאו הניתק לעשה ולהכי פטור:

ומיושב מה שלא הביא הרי"ף ז"ל מימרא דרב כלל דכיון דרבא לטעמי' דסובר חייבי מלקות שוגגין פטורין אבל לדידן דקיי"ל חייבי מלקות שוגגין חייבין אם כן אם שיבר אח"כ חייב לשלם שאין כח במלקות לפוטרו מממון דכיון דמלקות ממש ליכא אפילו בהתרו בו משום שחיוב מיתה שבתחילת הגזילה פוטרו ודמי לחייבי מלקות שוגגין וחייב לשלם וכששיבר בשעת הגזילה לא הוצרך הרי"ף ז"ל להביא מימרא דרב דהא בשיבר מיד ליכא רבותא דמתניתין הוא. הבא במחתרת ושיבר את הכלים פטור אם אין לו דמים ובמה שפטר רב בששיבר לאחר זמן לא קיי"ל כוותי' דקיי"ל חייבי מלקות שוגגין חייבין ולא הוצרך הרי"ף ז"ל להביא מלתא דרב כלל וכלל:

אלא שלפי"ז קשה מה דקאמר הגמרא שם והלכתא דשדינהו בנהרא דמשמע אף שאחר כך השליכו בנהר נמי פטור במגרר ויוצא ולשון והילכתא קשה דהא אנן קיי"ל דחייבי מלקות שוגגין ודבר אחר חייבין דלא כרבא א"כ אם השליכן לנהר אח"כ אמאי פטור מתשלומין הא תברה או שתיה משלם אההוא שעתא ואף שבשעת שבירה נגמר הלאו

דגזל מ"מ הא מסתמא מיירי נמי אפילו בלא התרו בו וחייבי מלקות שוגגין חייבין לדידן וצ"ל בהך מילתא כמש"כ הרמב"ן ז"ל במלחמות שם דמיירי שהוא בעצמו השליכו לנהר בשעת גמר הקנין מיד כגון ששלשל ידו ועשאה קטפרס וקיבל וזרק מיד או שהפיל לנהר שהוא רשות הרבים כגון רקק שרה"ר מהלכת בו שאם באת לחייבו על שעת הוצאה את מחייבו ואיסור שבת וגניבה באין כאחד וכאוקימתא דמוקי לה בכתובות בשלשול ודאפקינהו לרה"ר ולצידי רה"ר עכ"ל והכי דייק לשון הש"ס דאמר דשדינהו בנהרא ולא אמר שהזיקו באופן אחר א"ו דבעי לאשכוחי שיהא ההיזק בשעת גמר ההנחה והקנין ממש וזה ברור:

וכל זה כתבנו ליישב דעת רש"י ז"ל לפי גירסת הרשב"א ז"ל דגרס שם בש"ס רבא ורבא סבר חייבי מלקות שוגגין פטורין מיהו פסקו של הרמז"ל לא יתכן ליישב בזה דהא הוא פסק דחייבי מלקות שוגגין חייבין א"כ כמו דמחייבין בשומר מטעמא דאמר אתפסתא לתוראי ה"נ יש לחייב בגזלן היכא דלא התרו בו ואמאי פסק גבי גזלן דאפילו יוצא ליסקל אומר הש"ל:

ונראה לי דגם זה נכון דגם דברי הרמב"ם ז"ל יש ליישב עפ"י מה שכתבנו דעיקר החיוב מחמת שמתחייב בשעת הגבהה אכל מה שיעשה אח"כ בידים אף שעל מה שעשה אח"כ היה יכול לומר הש"ל וגם שהי' מחויב לעשות מה שעשה עפ"י דין דהנה בכתובות (דף ל"ד) אמר רב פפא היתה פרה גנובה לו וטבחה בשבת חייב שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור שבת היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור א"ל ר"א בריה דרבא לר"א ר"פ פרה אתא לאשמעינן א"ל רב פפא שאולה אתא לאשמעינן סד"א הואיל ואמר רב פפא משעת משיכה הוא דאתחייב ליה במזונותיה ה"נ משעת שאלה אתחייב באונסי' קמ"ל אמר רבא הניח להן אביהן פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאלתה מתה אין חייבין באונסה כסבורין של אביהם היא וטבחוה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול הניח להן אביהן אחריות נכסין חייבין לשלם איכא דמתני לה אריש ואיכא דמתני לה אסיפא מאן דמתני לה אריש כש"כ אסיפא ופליגא דרב פפא מאן דמתני לה אסיפא אבל אריש לא והיינו דר"פ עכ"ל הגמרא וכתב הש"מ שהרשב"א ז"ל כתב בשם הרמב"ן ז"ל שמסוגיא דב"מ (פרק השואל) מוכח כמאן דמתני לה אסיפא וכרב פפא דאינו חייב אלא מאונסין ואילך דהא קאמר התם אמתניתן דמשאיל אומר שאולה מתה והשואל אומר איני יודע חייב ופריך הש"ס נימא תהוי תיובתא לר' נחמן דאמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור ע"ש וא"כ אם נימא כמאן דמתני לה אריש ופליגא דרב פפא ומתחייב שואל משעת משיכה א"כ אמאי לא אתי כרב נחמן הא הוי לי' כאיני יודע אם

פרעתיך אם לאו דחייב אפילו לרב נחמן ומדמקשינן התם אליבא דמאן דמתני לה אסיפא ושקלי וטרי כולה ההיא סוגיא אליבי' ש"מ דהכי קיי"ל עכ"ל הרשב"א ז"ל והריטב"א ז"ל תי' ההיא דפ' השואל שם בחידושיו דהא דפריך תלמודא שמעת מיני' מנה לי בידך כו' אפילו למאן דמתני לה ארישא פריך דאפילו למ"ד דשואל מחייב משעת משיכה לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר דהא ודאי כל כמה שהיא בחיים כל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא וליכא על השואל שום חיוב אלא לומר דלכי נגנבה או נאנסה ואיתא חיובא עליה משתעבדי נכסי' למפרע משעת משיכה. ונ"מ למי שמכר נכסיו בינתיים או לענין ההיא דהניח להן אביהן פרה שאולה מ"מ כל שאומר איני יודע אם שאולה אם שכורה מתה הרי הוא כאומר איני יודע אם נתחייבתי לך ונשתעבדו לך נכסי או לא נתחייבתי לך ונכסי לא נשתעבדו לך כלל עכ"ל הריטב"א ז"ל ולענין הלכה כתב שם הש"מ במאי דהקשו הראשונים ז"ל על הרמב"ם ז"ל דפסק (בפ"ג מה' גניבה) כרב פפא דהיתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת דרך גניבה פטור אף מן הכפל שהרי איסור גניבה ואיסור שבת באין כאחד ואם אין גניבה אין טביחה ומכירה והיינו דלא מתחייב משעת משיכה אלא משעת טביחה ובפ"א מה' שאלה ופקדון פסק הניח להם אביהם פרה שאולה ומתה אין חייבין באונסיה חשבו שהיא של אביהם טבחוה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול ואם הניח להן אביהן אחריות נכסים ומתה או שטבחוה משלמין את דמי' מנכסיו עכ"ל וכיון שפסק במתה שחייבים בהניח להם אביהם אחריות נכסים ע"כ דסובר דמשעת משיכה אתחייב באונסין וא"כ דברי הרמב"ם ז"ל סותרים זא"ז וע"ז תי' הש"מ דדעת הרמב"ם ז"ל בהיתה פרה שאולה וטבחה דרך גניבה שפטור משום דמתחייב בשעת טביחה ולא שייך לומר דמתחייב משעת משיכה למפרע כמ"ש הריטב"א דכיון דטבחה דרך גניבה הרי כלתה שאילתו וחיוב חדש ופנים חדשות בא לכאן דהיינו גניבתו והיכי תו מצינן למימר דלמפרע משעת שאלה מתחייב בגניבה זו והרי בתורת שאלה בא לידו ושוב כשנגנבה בההיא שעתא רמיא הך חיובא דגניבה עליה ולא משעת שאלה אבל בהניח להם אביהם אחריות נכסים אמרינן כיון דנאנסה ומתה לבסוף מעיקרא בשעת שאלה הוא דנתחייב אביהם והש"ס דקאמר ר"פ שאולה אתי לאשמעינן היינו דרב פפא סובר דאפי' אם טבחה ע"מ לשלם דמים והיינו שטבחה בתורת שאלה נמי פטור ולא אמרינן דמשעת משיכה נתחייב למפרע אע"ג דלא יצאת מכלל שאלה ובזה פליגי הני תרי לישני דרבא דמאן דמתני הא דהניח אחריות נכסים אסיפא דטבחוה ואכלוה אבל במתה פטורין סובר כרב פפא דאף היכא דלא הוי דרך גניבה לא מחייבינן למפרע ומאן דמתני לה ארישא וגם במתה חייב בהניח אחריות נכסים פליג ארב פפא וסובר דהיכא

דלא הפסיקה שאילתו כמו מת והניח אחריות נכסים או שטבחה דרך שאילה ע"מ לשלם מתחייב למפרע משעת אונסין והרמב"ם ז"ל לא פסק כרב פפא היכא דטבחה דרך שאילה וכן היכא דהניח אחריות נכסים במת השואל דחייבים לשלם משום דכיון דלא פסקה שאילתו חייב למפרע משעת אונסין כהך לישנא דפליג ארב פפא ומ"מ פסק כרב פפא בטבחה בשבת דרך גניבה דפטור משום דבזה א"א לחייב למפרע משום דכלתה דין שאילה ופנים חדשות בא לכאן והיינו דדייק הרמב"ם ז"ל (בה' גניבה) טבחה בשבת דרך גניבה ולא ע"מ לשלם זהו תוכן דברי הש"מ ז"ל בדעת הרמב"ם ז"ל:

הנה נתבאר היטב מדברי הש"מ בדעת הרמב"ם ז"ל דפסק דבשומר מתחייב ומשתעבד נכסי משעת משיכה והיינו דכשפשע אח"כ או בגו"א בשומר שכר או אונס בשואל מתחייב למפרע דהחיוב נמשך משעת משיכה על שעת האונס שאירע אח"כ ורק אם לקחו אח"כ בתורת גניבה פסק לו דין שאלה וא"א לחייבו משעת משיכה משום דפנים חדשות בא לכאן אבל בשומר מתחייב משעת הגבהה אשעת אונס:

ובזה מתפרש היטב הסוגיא דב"ק דגבי שור הנסקל עפ"י הסברא שכתבנו דלהכי אמרו רבנן משנגמר דינו החזירו אינו מוחזר משום דסברי אין גומרין דינו של שור אלא בפניו ומצי למימר אילו אייתיתי' נהלי הוה מעריקנא לי' לאגמא והיינו דאע"ג דלא התפיסו בידים נמי חייב [כשיטת התוס'] ולא מטעם שכתבו התוס' (דף מ"ה) ד"ה השתא דמה שנופל ליד ב"ד חשיב היזק ניכר אלא דאף דמיקרי היזק שא"נ נמי חייב דחשיב כמו שעשה בעצמו ההיזק דאילו לא עמד בב"ד בשעת גמ"ד לא הוי גמרי לדינא ואף שהי' מחויב עפ"י הדין למוסרו לב"ד מ"מ מתחייב משעת הגבהה אמה שעושה אח"כ בעצמו כמו שכתבו התוס' במנסך שמתחייב משעת הגבהה על מה שעושה אח"כ אף דאז קלב"ם וגם הוי היזק שא"נ ור"י סובר גומרין דינו של שור שלא בפניו וכיון דבלא דידי' נמי הוי גמרי לדינא ולא מיקרי עשה הוא בעצמו ומצי אמר הש"ל ופסק הרמב"ם ז"ל כרבנן דהואיל ואין גומרין דינו של שור אלא בפניו מחייב משעת הגבהה על מה שנגמר דינו בפניו בב"ד אף שהי' מחויב למוסרו לב"ד וכ"ז הוא בשומר אמרינן דמתחייב משעת הגבהה על פשיעה שיהא אח"כ דבשעת הגבהה עדיין לא הי' חיוב ברור שמא לא יבא הדבר לידי פשיעה אבל גזלן מתחייב בשעת גזילה חיוב ברור וקמה לי' ברשותו לכל דבר מה"ט אמר רבה האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחברי' מעיקרא שוי' זוזא ולבסוף שויא ד' תברא או שתיה משלם ד' איתבר ממילא משלם זוזא ומשמע אפילו איתבר ממילא בפשיעתו [וכ"כ הרא"ש במרובה] משום דאין עליו חיוב שמירה ואינו מתחייב משעת הגבהה על מה שיארע אח"כ ולא מתחייב אלא או אשעתא דגזל או אשעתא

דהפסידו בידים מן העולם אבל שיהא נמשך חיוב משעת הגבהתו על מה שיעשה אח"כ זה לא מצינו גבי גזלן הילכך הך סברא שכתבנו דמתחייב משעת הגבהה על מה שיעשה אח"כ בידים אף בהיזק שאינו ניכר זה א"א לומר אלא בשומר שבו נמשך החיוב משעת הגבהה על מה שיהא פסידא אח"כ כמ"ש הריטב"א אבל בגזלן לא אמרינן הכי וכל שא"א לחייבו על שעת הגבהה ממש או על שעת אבידה מן העולם אינו מתחייב (וכ"כ הש"ך (בסימן רצ"ה ס"ק ז') שומר מתחייב כמה שהי' שוה בשעת פשיעה אם נתייקר אף דגזלן אינו משלם יוקרא אף שנתבר בפשיעה והיינו מה"ט שכתבנו דבשומר נמשך חיוב שמירה משעת הגבהה ובגזלן ליכא חיוב שמירה אלא החיוב הוא בשעת הגבהה או אם עבד מעשה ושיברו בידים) הלכך בגזלן בהיזק שא"נ שא"א יכול לחייבו על שעת ההיזק ואלו עשאו אחר הוי גזלן מצי למימר הש"ל השתא נמי דעשאו בעצמו מצי אמר הש"ל ואף דגבי מנסך כתבו התוס' דלרב מתחייב משעת הגבהה אשעת ניסוך ורש"י כתב התם דמיירי שהגביה ע"מ לגוזלו נראה דהרמב"ם ז"ל מפרש דלא הגביה ע"מ לגזול אלא ע"מ לנסך וכל המגביה ע"מ להזיק כל זמן שלא היזק יש לו דין שומר דהא לא רצה ליטול לעצמו רק להזיק ועדיין אין חיובו ברור למהוי גזלן גמור שמא לא ינסך ויוחזר היין לבעלים ומ"מ דין שומר יש לו דכל מי שנוטל חפץ חבירו לידו נעשה עליו שומר עד שיחזירנו לבעלים:

ואף דאמרינן בב"ק (דף צ"ח) הזורק מטבע של חבירו לים פטור מאי טעמא דאמר לי' הא מנח קמך שקליה וה"מ דאדי' אדויי אבל שקלי' בידיה מגזל גזליה השבה בעי למיעבד אלמא דגם הגביה להזיק מיקרי גזלן התם ודאי אחר שכבר נטל מיקרי גזלן אעפ"י שלא נטל לעצמו אבל כ"ז שלא זרק לים אין לו דין גזלן אלא דין שומר ומחייב בהגבהה על מה שיעשה אח"כ בידים הלכך כתבו התוס' דרב סובר דמחייב משעת הגבהה על שעת ניסוך אף דעל שעת ניסוך קלב"ם (ועוד דהתם אם רוצה להחזיר היין ולומר הש"ל ולפטור עצמו בהשבה ודאי דאין לו דין גזלן והיה עד שעת חזרה דין שומר דהא כבר יצא יד"ח השבה מדין גזל במה שמחזיר לו היין ואומר לו הש"ל כדין היזק שאינו ניכר דמהני בו השבה ואין לנו לחייבו אלא מדין שומר ובשומר מתחייב משעת הגבהה על מה שיעשה אח"כ ולהכי כתבו התוס' דרב סובר דמשעת הגבהה מתחייב על שעת ניסוך]:

ושפיר מפרש הש"ס דרישא דמתניתין אפילו כרבנן דאומרים באיה"נ הש"ל וגם סיפא דמתניתין דקתני שור שהי' יוצא ליסקל נמי אתי אפילו כרבנן דבגזלן מודו רבנן דמצי אמר הש"ל וכן פסק הרמב"ם ז"ל כסתמא דמתניתין גבי גזלן אף דגבי שומר פסק כרבנן דאם החזירו אינו מוחזר משום דאין גומרין דינו של שור אלא בפניו ומתחייב משעת

הגבהה על מה שעמד בב"ד בשעת גמר דין דמקרי מעשה בידים ומחייבינן לי' אף שהי' מחוייב למוסרו לב"ד לקיומי בי' ובערת הרע וכמו שבארנו:

והנה כ"ז רק בשור הנסקל דעיקר טעמא דאין גומרין דינו של שור אלא בפניו ומצי אמר אי הוה מייתית לי הוה מעריקנא לי' לאגמא וכשעומד השומר על גמר דינו הוי כמו פשיעה בידים אבל בחמץ שעעה"פ מודה הרמב"ם דמצי א"ל הש"ל ואף שהי' לו למוכרו קודה"פ ולא מכרו דודאי דהוי פשיעה כמו שומר חנם שהי' לו לקדם ברועים ומקלות ולא קידם מכ"מ כיון דמעשה בידים ליכא מצי אמר לו הש"ל כדעת הש"ך והמג"א ולא כדברי המהרש"ל ז"ל בים של שלמה על מס' ב"ק שפסק שבשומר לא אמרינן כלל הש"ל כ"ז נלע"ד:

סימן קיט

הרמב"ם ז"ל כתב (בה' חגיגה פ"ה) אם הפריש עולת ראיה ומת יביאו היורשים עולתו ותמה הלח"מ ע"ז דהא (בה' מחוסרי כפרה) גבי אשה שהביאה חטאתה ומתה יביאו יורשים עולתה כתב אעפ"י שלא הפרישתה מחיים שכבר נשתעבדו הנכסים וא"כ הכא למה גבי עולת ראי' כתב דבעינן דווקא שהפריש מחיים וכ"ת דהכא מיירי בלא ירשו קרקע דלא נשתעבדו הנכסים משום דקיי"ל מטלטלין דיתמי לא משתעבדי להכי בעי שהפריש הקרבן מחיים דא"כ הי' להרמב"ם ז"ל לבאר חילוק זה בין ירשו קרקע ללא ירשו קרקע) והכ"מ כתב שתימה על הר"מ ז"ל דבירושלמי (פ"ק דחגיגה) איתא שאם ירשו קרקע חייבים להביא אף אם לא הפריש מחיים ולמה השמיטו רבינו וראיתי לבעל קרבן עדה ז"ל בירושלמי שם שכתב דהרמב"ם סובר דמי שבא בעזרה ביוט"ר ולא הביא עמו עולה לא די שלא קיים מ"ע אלא עובר על ל"ת שנאמר ולא יראו פני ריקם ופשט דברי הרמב"ם ז"ל משמע שאין לו תקנה להביאו בשאר הימים ואף שהסמ"ג כתב שיש לו תקנה להביאו בשאר ימים מ"מ הרמב"ם סובר דאין לו תקנה וא"כ לא משכחת לה שיביאו היורשים עולתו אם לא הפריש מחיים שהרי צריך להביאו לעזרה עמו ואם לא הביא כבר ביטל מ"ע ול"ת ואין לו תקנה עכ"ל:

ודבריו תמוהין דלפי דבריו הא דאמרינן בש"ס דראי' יש לה תשלומין הוא רק בראית פנים ולא בקרבן וז"א דבהדיא כתב הר"מ ז"ל (ה"ח) וז"ל עולת ראי' ושלמי חגיגה אינן דוחין את השבת מפני שאין זמנן קבוע כקרבנות ציבור שאם לא הביא היום יביא למחר עכ"ל הרי בהדיא דיכול להביא עולתו כל שבעה וא"כ אם ראה פנים ביום ראשון ומת וירשו קרקע חייבים היורשים להביא עולתו אעפ"י שלא הפרישו מחיים שכבר נשתעבדו נכסים והו"ל להר"מ ז"ל לבאר דין זה:

ונראה דדברי הרמב"ם ז"ל נכונים בלא"ה דאף דסובר דהבאת הקרבן יש לו תשלומין מ"מ הפרשת הקרבן או הפרשת כסף לקנות בו קרבן מעכב ובשעה שנכנס לעזרה צריך שיהא מופרש בידו בהמה או כסף לקנות בהמה ואם לא היה בידו בהמה או כסף לקנות בהמה עובר אלאו דלא יראה פני ריקם ואם היה בידו הקרבן יש לו תשלומין כל שבעה להקרבה אבל אם לא היה לו עובר מיד כשראה פנים שהרי הרב אומר כן שם (בהלכה ג') וז"ל בעת שיעלה אדם לירושלים לחוג אם היה בידו קרבנות הראי' יביאם או יעלה עמו כסף לקנות בו הקרבן ואם אין בידו כסף לא יביא שוה כסף אפילו היה בידו שוה כמה זהובים אסור לו לעלות ריקם בלא כסף ולא קרבן ולמה אסרו שיעלה בידו שוה כסף גזירה שמא לא ימצא למכור או שמא ימצאו המעות סיגים עכ"ל והאי אסור לו לעלות ריקם שכתב הרמב"ם ז"ל היינו ליכנס לעזרה שאסור ליכנוס לעזרה אם אין בידו כסף או בהמה והוא תלמוד ערוך בבכורות (דף נ"א) אהא דתנן וכולן נפדין בכסף ובשוה כסף חוץ מן השקלים ותנא עלה בגמרא חוץ מן השקלים ומעשר והראיון תני רב יוסף שלא יביא סוגה לעזרה ופרש"י ז"ל שלא יביא כסף סיגים לעזרה וא"כ כיון שצריך שיהא בידו כסף בשעה שנכנס לעזרה או בהמה הא לא משכחת לה כלל האי דינא דירשו קרקע שיהא חייבין להביא קרבן ראי' אחר מיתתו דאם היה לו כסף לא נשתעבדו קרקעותיו כיון שהכסף נתפס לדמי עולת ראי' לא חל שיעבוד על הקרקע ואם לא היה לו ביום ראשון בהמה או כסף כבר עובר על לאו דולא יראו ולמה יביאו היורשים העולה:

ונראה דבהא פליגי הני תרי לישני בכתובות (דף ל"ד) ובב"ק (דף קי"ב) גבי שואל דאם הניח להם אביהם פרה שאולה ומתה אם היורשים חייבים באונסיה כשהניח להם אחריות נכסים ואמרינן שם דפליגי בזה תרי לישנא אליבא דרבא ונראה טעם פלוגתתן דמאן דפוטר סובר דלא שייך אחריות נכסים שיחול השיעבוד על הנכסים כל זמן שיש בעין הדבר וחייב להחזירו להכי כיון דכל ימי חיי אביהם היתה הפרה בחיים לא חל שיעבוד נכסים מחיים גבי שואל להכי פטורים אף כשהניח אביהם אחריות נכסים ואידך לישנא סובר דשייך שיעבוד נכסים אף כשהדבר בעין שאם יאבד ישלם מנכסיו ומשעת משיכה אתחייב באונסין וחייבים היורשים כשהניח להם אביהם אחריות נכסים והרמב"ם ז"ל פסק (בה' גניבה) בהיתה פרה שאולה וטבחה בשבת פטור משום דהחיוב בא בשבת בשעת מיתה ולא משעת משיכה ועיין במשנה למלך (בהלכ' שאלה) בשם הש"ג דמ"ש הרמב"ם ז"ל גבי מתה דחייבים באונסי' כשהניח אחריות נכסים מיירי שמתה בפשיעה דומיא דאכלוה עיי"ש הא באונס פטורין דליכא שיעבוד נכסים משעת משיכה להכי בעולת ראי' נמי פטורין אף כשהניח קרקע דכ"ז שהוא בעין ליכא שיעבוד

נכסים. ואפילו אם נאבד ברגל ומת נמי פטורים אף דכשנאבדה ברגל מתחייב האב להביא אחרת תחתיה ויש כאן שיעבוד נכסים מ"מ כיון דעיקר החוב הוא בשעת ראית פנים ואז לא היה באפשרי לחול שיעבוד נכסים מחמת שיש בידו הקרבן בעין. א"א לחול שיעבוד נכסים כשמתה העולה דההיא שעתא לאו זמן חיובא הוא דהכי אמרינן בב"ב (דף קנ"ז) דמאן דאמר דאקני לא משתעבד משום דאין אדם משעבד דבר שלא בא לעולם ואין בע"ח גובה מדאקני ולא אמרינן דכשקנה ועדיין החוב רמי עלי' אז חל השיעבוד אלא כיון דבתחילת עיקר החיוב שהוא ההלוואה א"א לשיעבוד לחול מחמת דהוי דבר שלב"ל לא חל נמי אח"כ:

ואף שהתוס' בבכורות (דף מ"ט ע"ב ד"ה ודידיה) כתבו וז"ל ועוד יש לומר דנכסים שקנה אחרי כן חל עלייהו שיעבוד לענין פדיון ואע"ג דלא כתב דאיקני דכל שעתא ושעתא רכיב עליה חיוב פדיון וכיון דחשבינן ליה כמלוה בשטר הוי כאילו נכתב לאחר שקנה הקרקעות עכ"ל לא דמי עולת ראיה לפדיון בכור דהפדיון בכור דמשתעבדי גם הנכסים שקנה האב אחר שלשים יום משום דהתם החיוב לפדות הוא כל שעתא ושעתא משהגיע שלשים להכי משתעבדי הנכסים שקנה אף לאחר שלשים משא"כ בהלוואה שעיקר החיוב בשעת ההלואה ומה שלא הי' באפשר לחול בשעת ההלואה א"א לחול אח"כ וה"נ בעולת ראי' כיון שעיקר החיוב של העולה הוא על שעת ראית פנים בעזרה להכי אם לא היה באפשרי לחול בשעת ראית פנים מחמת שיש בהמה בעין לא חל אחר כך כשמתה העולה והא דתנן עבר הרגל ולא חג אינו חייב באחריותו דמשמע דבתוך הרגל חייב באחריות ולשון חייב באחריות משמע דאם מתה העולה או נאבד חייב להביא אחרת ועיין ברע"ב ורמב"ם ז"ל דקאי גם אעולת ראי' התם מיירי כשהוא בחיים דחייב להביא אחרת ברגל לתקן לאו דולא יראו פני ריקם אבל היורשים פטורים אף כשהניח להם אביהם אחריות נכסים והירושלמי דמשמע דבהניח להם אחריות נכסים חייבים היורשים אפשר דסובר כלישנא דרבא דמשעת משיכה מחייב באונסין משום דיש שיעבוד נכסי' אף כשהוא בעין ולהכי משתעבדי נכסי גם בשעת ראי' אף שהקרבן בעין ולהכי גם היורשים חייבים ועוד אפשר לומר דהירושלמי לא קאי כלל אעולת ראיה אלא על אשה שהביאה חטאתה ומתה עיי"ש היטיב:

חלק אבן העזר

סימן קכ

שאלה אשת איש שנתעברה מכהן בוודאי אם יש על הולד הממזר דין כהונה לטמא למתים ולישא גרושה או דין חלל:

תשובה אם נתעברה ממנו בביאה שני' הרי הוא חלל וחלל וודאי דמותר לטמאות למתים כדאמרינן בקדושין (דף ע"ח) כהן הבא על אחותו משוי לה זונה חללה לא משוי לה חזר ובא עלי' משוי לה חללה א"כ אם נתעברה מביאה שני' שנעשית חללה הולד חלל אבל מביאה ראשונה שבא עלי' הכהן אין הוולד חלל רק ממזר וכ"כ הר"מ ז"ל (פ' י"ט מה' איסורי ביאה ה"ה) ובנתעברה מביאה ראשונה שהולד ממזר ולא חלל יש להסתפק מהו בדין כהונה ומדברי הרשב"א ז"ל (בתשו' סי' כ"ז) משמע לי דממזר נמי אין בו דין כהונה שהקשה לו הרב ר' יצחק הצרפתי ז"ל על הא דאמרינן בתו"כ בפ' אמור יאמר לאמו ולא יאמר לאביו מה ת"ל לאביו מה אמו שהיא מתחללת הוא מטמא לה אביו שאינו מתחלל אינו דין שיטמא לו אלו כן הייתי אומר מה אמו בידוע אף אביו בידוע אביו חזקה מניין ת"ל לאביו קשיא לי ליטמא לאביו ממ"נ אי אביו הוא שפיר מטמא ליה ואי לאו אביו הוא א"כ ממזר הוא ואינו מוזהר על הטומאה והוא ז"ל תירץ דאצטריך קרא למי שהוא מוחזק עפ"י עדים שהוא כהן ואח"כ בא אחד לאח"ז ואמר עליו שהוא אביו ונוהג עמו כאב ומת ובא ליטמא לו שבקינן ליה והרשב"א ז"ל תירץ לו דכוונת התו"כ דאי לאו קרא דאביו הו"א דאף דודאי אביו באמת הוא והוא עומד ומשמש ע"ג המזבח אפ"ה לא יטמא לו משום דגבי טומאה לא שרי קרא לטמאות אלא בידוע שהוא אביו ולא כשהוא אביו מחמת חזקה דאם אנן לא ידעינן שהוא אביו אלא מטעם חזקה אסור לטמאות אף שהוא באמת אביו עי"ש בדברי הרשב"א ז"ל שהאריך בזה הרי מוכח מדבריהם דממזר אף שהוא בנו של כהן אין בו דין כהונה כלל דאי נימא דממזר יש בו דין כהונה ואסור לטמאות למתים א"כ מאי קשיא להו להנך רבוותא ז"ל דליטמא ממ"נ דכיון דבהך הו"א הוי אמרינן דלא אזלינן בתר רובא וחיישינן דילמא לאו אביו הוא א"כ בעינן למיחש שמא אמו זינתה מכהן ונתעברה מביאה ראשונה דהוי הולד ממזר ולא חלל ויש בו דין כהונה ואסור לטמאות לבעל אמו שמת דלאו אביו הוא ומדקשי להו להנך רבוותא ליטמא ממ"נ ש"מ דסבירא להו ז"ל דממזר אין בו דין כהונה אף אם הוא בן כהן ושפיר הקשו ליטמא ממ"נ אפילו אם נתעברה אמו בזנות מכהן:

ולכאורה יש לעיין בהא דאמר במדרש רבה בפ' נשא דאמר רב הונא דבזנות איכא עבירת כל העשרת הדברות וא"ל תלמידיו איך הוא עובר על איסור שבת והשיב להם דמשכחת

לה חילול שבת כיצד כהן יש לו אשה וישראל נואף בא עליה והיא יולדת בן סבורים שהוא בנו של כהן והוא עומד ומשמש בביהמ"ק ומעלה עולה בשבת ומחלל את השבת: ומדנקט ישראל בא עלי' ולא נקט כהן אחר בא עלי' משמע דאם כהן אחר בא עלי' אף דהולד הוי ממזר אפ"ה יש בו דין כהונה ואם משמש ע"ג מזבח הקרבן כשר ואף דאם נתעברה מביאה שני' הוי הולד חלל ג"כ שמביאה ראשונה כבר נעשית זונה וכמ"ש לעיל מקדושין (דף ע"ח) מ"מ ניחא לי' למינקט שבא עלי' ישראל דאז אף אם בא עלי' ביאה אחת ונתעברה נמי עבודת הולד פסול דהא הוי זר גמור מ"מ מוכח דאם בא עלי' כהן אף דהוי הולד ממזר מ"מ יש בו דין כהונה:

ונראה דלאו ראי' היא דאיכא למימר דלעולם ממזר הבא מכהן דינו כחלל לענין כהונה מיהו כיון דקיי"ל גבי חלל בקדושין (דף ס"ו) דאם הי' עומד ומשמש ע"ג מזבח ונודע שהוא בן גרושה וחלוצה עבודתו כשרה וילפינן לה מקרא דברך ה' חילו אף חללין שבו עי"ש א"כ אף ממזר מכהן אף שיש לו דין חלל ואין בו דין כהונה מ"מ אם לא נודע מפסולו עבודתו כשירה כמו חלל דכיון שהוא בן כהן רק שיש בו דין ממזרות שפסול לכהונה אכשרי' רחמנא בלא נודע פסולו ולהכי נקט המדרש שבא עלי' ישראל דהוי זר גמור ועבודתו פסולה אבל בא עלי' כהן הי' עבודתו כשירה אף שהוא ממזר כיון שלא יתברר פסולו ולא יוודע שזינתה ואף שהתוס' והרשב"א ז"ל בחידושיו לקדושין שם הקשה אמאן דיליף מקרא דכתיב והיתה לו ולזרעו אחריו בין זרע כשר ובין זרע פסול מהא דאמרינן (דף ו') וזרע אין לו אין לי אלא זרע כשר זרע פסול מניין וחילק דדוקא פסול חללות מיקרי זרע אבל פסול ממזרות לא מיקרי זרע להכי גבי זרע אין לו איצטרך קרא לרבויי זרע פסול ממזרות וא"כ יש לאמר דבפסול ממזרות עבודתו פסולה אף אם לא נודע פסולו מ"מ הא התוס' תירצו שם בענין אחר דלהכי מרבינן הכא זרע פסול משום דזרעו מיותר ולא מחלקי בין פסול חללות לפסול ממזרות ועוד דאפשר דר"ה במדרש סובר כר' ינאי דיליף לא נודע מקרא דכתיב אל הכהן אשר יהי' בימים ההם דהיינו כשר ונתחלל ולדידי' ודאי דאין חילוק בין פסול חללות לפסול ממזרות דכל שהוא מוחזק לן לכהן עבודתו כשירה אף שבאמת אינו כהן ולא הוי חילול שבת כלל להכי נקט שבא עלי' ישראל:

ונראה לי להביא ראי' דדמי פסול ממזרות לפסול חללות להכשיר עבודתו כ"ז שלא נודע פסולו מסתמא דהש"ס דכתובות (דף י"ד) דקאמר איזה היא אלמנת עיסה כל שאין בה לא משום ממזרות ולא משום נתינות ולא משום עבדי מלכים הא חלל כשר ופריך מ"ש הני דאורייתא חלל נמי דאורייתא ואם נימא דיש חילוק בין חללות לממזרות א"כ אמאי

מקשה דילמא להכי החמירו בספק ממזרות משום דבממזרות עבודתו פסולה אף אם לא נודע משא"כ בפסול חלל עבודתו כשירה כ"ז שלא נודע להכי לא איכפת לן בנתערב ספק חלל. ומדפריך סתמא דהש"ס הכי משמע דאין חילוק גבי פסול כהונה בין פסול ממזרות לפסול חללות:

ויש להסתפק בהא דקי"ל גבי ממזר דממזר וודאי לא יבוא בקהל הא ממזר ספק יבוא בקהל וחדית לנו רחמנא בפסול ממזרות שהספק הוי היתר גמור וכמש"כ הרשב"א ז"ל בתשו' דאף דבכל ספיקא דאורייתא לחומרא לדעת כל הראשונים אבל באיסור ממזרות הוא לקולא אם רק הוא לענין לבוא בקהל אמרינן הכי אבל לענין שפסול לעבודה ספק ממזר נמי פסול לעבודה או דילמא לגמרי שרי רחמנא ספק ממזרות אף לענין עבודה אם הוא בן כהן דלית בי' כלל דין ממזרות ומדברי הר"י הצרפתי והרשב"א ז"ל הנ"ל מוכח דאף אם לא נודע פסולו מ"מ יש בו דין ממזרות לענין פסול כהונה ורק לענין לבא בקהל חדית לן רחמנא הך קולא ולא לענין עבודה דאם נימא דגם לענין פסול כהונה מכשירין לגמרי ממזר ספק. א"כ לא הוי מקשי מידי דהא איצטריך קרא משום דה"א דחיישינן דילמא לאו אביו הוא וזינתה אמו עם כהן ויש לו דין כהן כיון שלא נודע פסולו דלא גרע מספק ממזר דיש בו דין כהונה ואסור לטמאות לבעל אמו דלאו אביו הוא א"ו דלא מהני הא דשרי רחמנא ספק ממזר אלא לבוא לקהל אבל להכשיר עבודתו אם כהן הוא לא מהני ושפיר מקשה הר"י והרשב"א ז"ל דליטמא ממ"נ אפילו אם בן כהן הוא כיון דהוי ממזר אין בו דין כהונה אף דלא נודע לנו שהוא ממזר ודווקא אם עבד עבודתו כשירה כ"ז שלא נודע פסולו כמו שהוכחנו דשוה פסול ממזרות לפסול חללות דרבי קרא להכשיר בדיעבד עבודתו אבל ממזרות יש אף דלא נודע פסולו דלא מכשירינן ספק ממזר אלא לבוא בקהל אבל לא לענין עבודה אם בן כהן הוא וצ"ע בזה:

שוב ראיתי בתשו' הרשב"א ז"ל (סימן אלף ר"א) שנשאל ע"ז בכהן הבא על הערוה אם רשאי הולד לאכול בתרומה. והשיב דאסור לאכול בתרומה אפילו בנתעברה מביאה ראשונה מדאמרינן הכל מודים בבא על חייבי כריתות שהולד פגום מק"ו מאלמנה לכה"ג שאין איסורה שוה בכל ובנה פגום זו שאיסורה שוה בכל א"ד שבנה פגום ופריך מה לאלמנה לכה"ג שכן היא עצמה מתחללת ה"נ כיון דבא עלי' עשאה זונה עי"ש בפ' החולץ וא"כ מיקרי פגום לכהונה ואפשר לומר דדוקא לר"י דלא הוי ממזר מח"כ להכי הוי פגום אבל לרבנן דקי"ל כוותי' דהוי ממזר לא הוי פגום דכל היכא דאיכא ממזרות לא מיתפס איסור חללות בהאי וולד וק"ל:

סימן קכא

נסתפקתי בהא דכתב הרמב"ם ז"ל (בפט"ו מהלכות א"ב) הבא על העריות בין בשוגג בין באונס הולד ממזר והוא מהש"ס בחגיגה (דף י' ע"א) דמוקי ברייתא דרשב"מ דאמר מעוות לא יוכל לתקון זה הבא על הערוה והוליד ממנה ממזר דמירי באונס דלא נאסרה על בעלה ולהכי לא מקרי מעוות לא יוכל לתקון רק משום שהוולד ממזר ולא משום שנאסרה על בעלה הרי שגם באונס הוולד ממזר עכ"ז יש להסתפק דהתם הא מירי שהבועל הי' מזיד רק שהיא היתה אנוסה אבל היכא ששניהם היו אנוסים ואלו הוי אתי קמן לאמלוכי היינו מורים להם שאינם מחוייבים למסור עצמן למיתה ע"ז כמו לר"י בע"ז (דף כ"ז) דסבר דאף בגילוי עריות בצינעה יעבור ואל יהרג וכן לדידן היכי דלא עביד מעשה דג"כ יעבור ולא יהרג כמ"ש התוס' ביבמות בר"פ הבא על יבמתו אי הוה הולד ממזר אם לא ואף דביבמות פ' האשה רבה (דף קי"ז) אמרינן באשה שהלך בעלה למדה"י הוולד ממזר מדאורייתא מן השני אף שהיו שניהם שוגגים וניסת בהוראת ב"ד. מ"מ התם גם הוראת ב"ד הי' בטעות ע"י העד שהעיד על בעלה שמת אבל היכי שהיו שניהם אנוסים ובהתירא קא עבדי מנלן שיהא הוולד ממזר ואין להביא ראי' מהא דאיתא ביבמות (דף כ"ב) וחייב על מכתו ועל קללתו ופריך הש"ס אקרי כאן ונשיא בעמך לא תאור ומשני כשעשה תשובה ואם נימא דאם בא על הערוה ושניהם היו אנוסים הוה הולד ממזר לוקמי דמירי בכה"ג דהוולד הוה ממזר ומ"מ אביו ישראל כשר הוא דהי' אנוס בשעת מעשה דלאו ראיה הוא דבלאו הכי הש"ס משני לה שפיר כשעשה תשובה ואה"נ דהי' יכול לאוקמי בכה"ג תדע דמכאן אין ראי' דהא אפילו אם נימא דהיכא דשניהם אנוסים אין הוולד ממזר אכתי הוי מצי לאוקמי שהי' הוא אנוס והיא מזידה דמקרי עושה מעשה עמך ומ"מ הוולד ממזר א"ו דעדיפא מיניה משני כשעשה תשובה:

ולכאורה יש להביא ראיה מהא דאמרינן בע"ז (דף נ"ד) נעבד באונס אסור וקאמר רמב"ח ה"ד נעבד באונס כגון שאנסוהו עכומ"ז והשתחווה לבהמה דידי' ופריך ר"ז אונס רחמנא פטרי' דכתיב ולנערה לא תעשה דבר ומשני רבא הכל היו בכלל לא תעבדם כשפרט לך הכתוב וחי בהם ולא שימות בהם יצא אונס הדר כתב רחמנא ולא תחללו את שם קדשי דאפילו וכו' הא כיצד הא בצנעא הא בפרהסיא ופירשו התוס' שם דר"ז הי' סבור כיון שהוא אנוס אף שמחוייב למסור עצמו מכל מקום כיון שפטור ממיתה אין הנעבד נאסר בהשתחוואתו ורבא מסיק דהואיל ובפרהסיא חייב למסור עצמו עכומ"ז קרינא בי' ע"ש בדבריהם ז"ל וע"כ לא פליגי ר"ז ורבא אלא היכא דמחוייב למסור עצמו דהתם סובר רבא דמקרי נעבד הואיל דמחוייב למסור עצמו אבל היכי דאינו מחוייב למסור עצמו

לכו"ע לא מקרי נעבד אלמא היכא דרשאי לעבור לא נקבע בהך בהמה דין נעבד כלל דאיסור נעבד הנקבע בדבר העובדין אותו תליא במעשה העובד ואם העובד הי' אסור להשתחוות נמשך בנעבד כח איסור של נעבד ואם העובד הי' מותר להשתחוות לא נקבע בהנעבד שום כח איסור ואי אפשר לאמר דהטעם התם דבאונס לא מיקרי נעבד משום דכיון שהוא באונס הרי לא קבלו עליו לאלוה כלל להכי לא מיקרי נעבד דז"א דהרי לרבא בפרהסיא מקרי נעבד אף שהי' באונס ולא קיבלו עליו באלוה כלל דהא אונס הי' ואפ"ה בצנעא הואיל ומותר לעשות כן לכתחילה לא מיקרי נעבד וא"כ ע"כ דעיקר הטעם דכיון דבצנעה שרי להשתחוות לא מיקרי נעבד וא"כ ה"ה הכא בממזרות דוודאי נמי דכח ממזרות שבוולד תליא בכח האיסור שיש בהאי ביאה דהרי התוס' ביבמות (דף ט') ד"ה והרי הקשו על הא דפשיטא להש"ס בכל דוכתא דלר"ע ח"ל לאו בני חליצה ויבום נינהו ואמאי לימא עשה דחי ל"ת וכן בסוגיא דפ"ק דיבמות משמע דאיצטריך קרא דעלי' לדחות אחות אשה מייבום דאי לאו קרא הו"א דדחה עשה לל"ת לפום הו"א דעשה דוחה ל"ת שיש בה כרת וע"כ דאין הוולד ממזר כשבא ע"י ביאת דחיה עשה לל"ת דאי הוי הוולד ממזר אין סברא שיהא הדין שיהא מותר לייבם ויהא הוולד ממזר להרבות ממזרים א"ו כיון דהל"ת נדחה אין הוולד ממזר דבהתירא קא עביד וכיון דאיסור ממזרות תליא בכח איסור הביאה אפשר לומר דכמו דבנעבד היכא שהי' מותר להשתחוות מחמת אונס אין כאן נעבד כלל ה"נ לענין ממזרות כיון שמותר לעבור על האיסור אין כאן ממזרות מ"מ נראה לי דלאו ראי' הוא דהתם כל שהי' מותר לעשות ולהשתחוות לא מיקרי קיבל עליו אדנות של הע"ז והא דבפרהסיא מיקרי נעבד אף שהי' באונס הוא משום דכיון דבמצות התורה צריך למסור עצמו למיתה ולא להשתחוות א"כ כשהשתחווה לה מפני יראת מיתה הרי הסיר מעליו עבדות ד' ממה שמוטל עליו והשתחוה לה והרי עבדה ועשה לה נגד מה שצוותה תורה ולא תעבדם אפילו באונס וקיבל עליו עבודתה באונס אבל כשהוא מותר לעשות כן עפ"י חוקי התורה לא מקרי נעבד שהתורה התירה לו להשתחוות דוחי בהם [ולכמה רבוותא אסור למסור עצמו למיתה] והוא לא קיבל עליו הע"ז לאלוה ולא עשה לה מה שהוזהר עפ"י התורה להכי לא מקרי נעבד כלל שהרי לא עבדה אבל באונס דעריות אף שמותר לעבור מ"מ יש בהאי ביאה איסור ולא דמי להיכא דעשה דוחה ל"ת שהתורה התירה לגמרי ואין כאן איסור להכי לא הוי וולד ממזר משא"כ באונס דשפיר הוי ממזר אף שמותר לעבור על האיסור והכי מוכח ביבמות (דף נ"ג) דתנן התם וכן הבא על אחת מכל העריות שבתורה או פסולות כגון אלמנה לכה"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט ממזרת ונתינה לישראל כו' פסולה ולא חילק בין ביאה לביאה. ובגמרא קאמר

ר"ע אשת ישראל שנאנסה פסולה לכהונה ותנא תונא וכן הבא על אחת מכל העריות או פסולות מאי וכן לאו בין באונס בין ברצון וכתבו התוס' דליכא למימר משום אחרים נקט וכן דאדרבא עיקר חידוש דאונס ורצון לא הוי אלא בא"א אבל בשאר עריות אין חידוש טפי באונס מברצון עכ"ל הרי דסתמא קתני בין באונס דמשמע ששניהם אנוסים ואפ"ה נפסלה מן הכהונה וכמו דביאת אונס יש בכחה לפסול האשה מן הכהונה כן יש בכחה לשווי' הוולד ממזר ואף דאיכא למימר דהתם מיירי בעביד איסורא דהא צריך למסור עצמו שלא לעבור על ביאת איסור דפסולי כהונה דגם זה הוי בכלל (כדמשמע בפ"ק דקידושין (דף מ') בעובדא דרבי צדוק דתבעתי' מטרוניתא שרצה למסור עצמו למיתה כמו שפירש"י ז"ל התם שאשה גדולה היתה והי' מסור בידה להורגו] מ"מ הא ממתניתין דפ"ק דכתובות (דף י"ד) מוכח דאפילו באונס דליכא איסורא נמי נפסלה מן הכהונה דתנן התם אר"י מעשה בתינוקת שירדה למלאות מים מן העין ונאנסה כו' אם רוב אנשי העיר משיאין לכהונה תנשא הרי דאף היכא דליכא איסורא נמי נפסלה אם נבעלה לפסול באונס דהא אשה קרקע עולם היא וא"צ למסור עצמה למיתה ואפ"ה נפסלת גם באונס מיהו היכא דעשה דוחה ל"ת כגון גרושה שנפלה לפני כהן לייבום דמדאורייתא מתייבמת ביאה ראשונה כדאמרינן ביבמות (דף כ') נראה דאין הוולד חלל אם נתעברה בהך ביאה כיון דשריא לגמרי מה"ת והכי משמע לישנא דמתניתין בקידושין (דף ס"ה) כל מקום שיש קידושין ויש עבירה הוולד הולך אחר הפגום ואיזו זו אלמנה לכה"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט. משמע דדוקא כשיש עבירה אבל כשאין עבירה כלל אין כאן פגום וכמו שכתבנו לעיל דמוכח כן ממה שהקשו התוס' על הא דפשיט להש"ס דלר"ע ח"ל לאו בני חליצה וייבום נינהו ואמאי נימא דאתי עשה ודחי ל"ת. וא"כ ע"כ דהיכא דדחי עשה לל"ת לא הוי הוולד ממזר דאי הוי הוולד ממזר אין סברא לומר שידחה לל"ת להרבות ממזרין בישראל:

וכה"ג כתבנו במק"א לענין הא דקיי"ל דעשה דציצית דוחה לל"ת דכלאים דכיון דהתירה תורה להטיל כלאים בבגד בשביל מצות ציצית אין עליו תורת כלאים ונ"מ לענין אם רשאי להטיל בהאי בגד של פשתן שהציצית צמר עוד חוטי צמר דאי נימא דע"י הציצית נעשה הבגד כלאים מותר להטיל בו עוד חוטי צמר דאין בזה שום תוספות איסור דמה לי בגד פשתן שיש בו חוט אחד של צמר מה לי יש בו שני חוטין הכל איסור אחד הלא תערובות צמר ופשתן אסר רחמנא וחוט אחד שוה איסורו לכמה חוטין [ועיין מש"כ לעיל על דברי הכ"מ בהלכות ציצית] אבל אם נימא דהציצית אין עושה את הבגד כלאים כלל והאי בגד כמי שאין בו כלאים כלל ממילא דאסור לעשות בו עוד חוטי צמר כיון

דע"י הציצית לא נעשה עדיין כלאים בהאי בגד והכי משמע בגמרא דביצה (דף י"ד) דקאמר התם משלחין כלים בין תפורין בין שאינן תפורין ואפילו כלאים ופריך כלאים למאי חזי ומשני למימך תותי' ובקשין ע"ש ואם נימא דרשאי להוסיף על הכלאים של ציצית א"כ מאי פריך למאי חזי הא חזי לעשות ממנו בגד ד' כנפות ולהטיל בו ציצית שהוא אינו ממין הבגד וכיון שנעשה כבר כלאים ע"י הציצית שוב אין איסור אם יש בו כלאים לבד הציצית וכל שנאותין בו בחול משלחין ביו"ט וא"כ מאי פריך למאי חזי ודוחק לומר דדוקא אם קדמוה הציצית לשאר חוטי כלאים אז שרי ולא כשקדם שארי חוטי כלאים לציצית דמאי שנא א"ו דאסור להוסיף חוטי כלאים לבד הכלאים של ציצית וטעמא דמלתא דהציצית לא מחשבי כלאים כלל כיון שנעשה בהיתר דרחמנא שריא דעשה דוחה לל"ת וה"נ נ"ל היכא דדחי עשה דייבום ל"ת דגרושה אין הוולד חלל כלל ולר"ע אין הוולד ממזר כלל כיון דרחמנא שריא הוי היתר גמור ואף שבארנו במק"א דאסור להביא עצמו לידי דחי' דקיי"ל כר"ל דכל מקום שאתה מוצא עשה ול"ת אם אתה יכול לקיים שניהם מוטב מ"מ אם אי אתה יכול לקיים שניהם ודחי אין כאן איסור כלל ולא חשיבה ביאת איסור לשווי' הולד חלל או ממזר דעדיף מביאה באונס שיש בה איסור אלא שהוא אנוס והכא ליכא איסור כלל ודו"ק:

סימן קכב

בשו"ע (סימן ל"ב) אעפ"י שהשטר פסול לקדש בו שמין את הנייר אם יש בו ש"פ מקודשת ואם לאו הרי זו ספק מקודשת דין זה כתבו הב"י בלשון אפשר ועיין בב"ש (ס"ק ה') שכתב דאין בזה ספק שהרי מפורש הוא בש"ס גבי התקדשי לי בשט"ח דחכמים סברי שמין את הנייר אם יש בו ש"פ מקודשת וא"ל א"מ. ולכאורה הי' נראה דשפיר כתב הב"י דין זה בלשון אפשר דמדברי הש"ס אין ראי' דהא הש"ס מוקי התם שקדשה בשטר שיש עליו ע"מ ואין בו עדי חתימה וחכמים מספקא להו אי ע"ח כרתי או ע"מ כרתי ולהכי שמין את הנייר אם יש בו ש"פ מקודשת א"כ איכא למימר דדווקא התם שלא החתים עדים על השטר קידושין שפיר איכא למימר דדעתו אקדושי כסף ומה שכתב בשטר התקדשי לי בשטר זה היינו בתורת כסף ומקדשה בשיווי שטר זה אבל כשהחתים עליו עדי חתימה ודאי דאין דעתו לקדש בתורת כסף ואם נכתב שלא לשמה שאין בו תורת שטר אינה מקודשת כלל. וכן מ"ש הר"נ ז"ל על דברי הרי"ף ז"ל שכתב (פ"ק דקידושין) שם גבי קידושי שטר הדא דתימא בשטר שאין בו ש"פ אבל יש בו ש"פ כסף הוא וכתב הר"נ ז"ל זה שכתבו הרי"ף ללמוד למקדש בשטר ופסול מדין שטר כגון שכתבו שלא לשמה שאם יש בו ש"פ מהני מדין כסף אפשר לאמר דמיירי נמי שלא

הי' עליו עדי חתימה רק שמסרו בפני עדים דאנן קיי"ל ע"מ כרתי. אבל בע"ח לא מהני מדין כסף שהרי ודאי לא הי' דעתו אקדושי כסף מדהחתים עליו עדים ש"מ שהי' דעתו אקדושי שטר:

ועיין בסנהדרין (דף י"ט) גבי קדושי דוד במיכל בת שאול שקידשה במלוה דהבטחת עושר גדול ובפרוטה דמאה ערלות פלשתים דשאול סבר מלוה ופרוטה דעתי' אמלוה ודוד סבר דעתי' אפרוטה ופירש רש"י ז"ל שם שאול סבר דעתי' דמקדש לקדש במלוה דחשיבא הילכך לאו קידושין נינהו ואזל ויהבה לפלטי בן ליש עכ"ל הרי מוכח דקדושי כסף גופא אם הי' דעתי' אמלוה אף שיש שם פרוטה בעין אינה מקודשת כיון דלאו דעתי' אפרוטה מכש"כ בקדושי שטר אם ברור לנו שקידשה בשטר רק שאין קדושיו קדושין משום שלא נכתב לשמה דאינה מקודשת בתורת כסף אף שיש שוה פרוטה בהנייר משום שאין דעתו אהך פרוטה ואף דאיכא למימר הא דהחתים עדים על השטר הי' רק כוונתו לראי' בעלמא ולעולם שדעתו הי' לקדשה בתורת כסף מ"מ כיון דלא דמי לשטר שאין בו עידי חתימה כלל דהתם איכא למימר טפי שדעתו הי' אקדושי כסף להכי שפיר כתב הב"י ז"ל בלשון אפשר דאפשר לומר דאף שהיו בו עידי חתימה נמי דעתו אקידושי כסף אע"ג דמהש"ס לא הוי הוכחה כולי האי וק"ל:

סימן קכג

שאלה ע"ד האשה שאמרה גירשני בעלי שלא בפניו ונשאת ולפי שהיתה בחזקת א"א הוציאוה מתחת בעלה משום שלא הי' לה עידי גירושין וזה הי' בהוראת הרב הגאון המנוח מוהרש"ז אבד"ק ווארשא ועתה בא ע"א והעיד שמת בעלה וקברוהו ויש להסתפק אם יש לחוש בזה לדין ע"א בקטטה דעלה בתיקו ביבמות (דף קט"ז) ונקטינן לחומרא:

תשובה גרסינן ביבמות (דף קט"ז) אמתניתין קטטה בינו לבינה ובאה ואמרה מת בעלי אינה נאמנת. ואמרינן בגמרא היכי דמי קטטה בינו לבינה אר"י א"ש באומרת לבעלה גרשתני ופריך ולהימנה מדרב המנונא דאמר ר"ה אשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת חזקה אין אשה מעיזה פני' בפני בעלה ומשני באומרת גרשתני בפני פלוני ופלוני ושאילנא ואמרו להד"מ וכו' ע"כ והקשה המהרי"ק בתשובה אמאי לא מוקי דאמרה גרשני בעלי שלא בפניו דלא מהימנא ומ"מ מיקרי קטטה ואינה נאמנת אח"כ לומר מת בעלי עיי"ש בדבריו ז"ל ולא מיבעיא לרב שימי בר אשי דקאמר שם דטעמא דקטטה משום דאמרה בדדמי והיינו משום דהואיל דסניא לי' לא דייקא כולי האי וודאי דאיכא לאוקמי שאמרה גרשני שלא בפניו אלא אפילו לטעמא דר"ת דאמר משום דמשקרא נמי

קשה קושיית מהרי"ק ז"ל דהא מבואר שם בפירש"י ז"ל דאין הטעם משום שהוחזקה שקרנית ע"י הכחשת העדים אלא הטעם משום דמרוב שנאה מתכוונת לאסור עצמה עליו כמ"ש רש"י ז"ל שם בד"ה משקרא וא"כ וודאי דהוי מצי לאוקמי שאמרה גרשני שלא בפניו דבלאו הכחשת עדים נמי לא מהימנא הואיל ואיכא קטטה:

ולכאורה נראה דלהכי לא מוקי לה שאמרה שלא בפניו דבזה פשיטא דלא מהימנא גם בלא טעמא דאמרה בדדמי דכיון דעיקר נאמנות האשה במיתת בעלה הוא משום דדייקא ומנסבא ואשה זו שאמרה גרשני בעלי שלא בפניו לא דייקא כלל שאם יבוא בעלה תאמר בפניו גרשתני ותחזיק בטענתה הראשונה שאמרה שנתגרשה ודעת הרשב"א ז"ל בתשובה דאם אמרה גרשני שלא בפניו ואח"כ בא ואמרה ג"כ בפניו גרשתני מהימנא ולא אמרינן דעבידא לאחזוקי שקרא] וכיון דמשמע דטעמא דמתניתין בקטטה הוא משום דאמרה בדדמי דומיא דמלחמה בעולם דהוי טעמא משום דאמרה בדדמי ולהכי א"א לאוקמי דאמרה שלא בפניו גרשני דהתם בלאו טעמא דאמרה בדדמי נמי לא מהימנא משום דלא דייקא שאם יבוא בעלה תאמר בפניו גרשתני ואז בוודאי לא נוכל לדון בה כל הדרכים שאמרו חכמים באשה שנשאת ואח"כ בא בעלה שהרי תאמר לו בפניו גרשתני ולא נוכל לקונסה במה שלא דייקא להוודע על נכון אם אמת הוא שמת בעלה או לא שהרי תוכל לומר שסמכה עצמה על שיודעת בנפשה שכבר נתגרשה מבעלה:

והיה אפשר לומר דליכא למימר דלא דייקא משום דסמכה אמה שתאמר בפניו גרשתני ולא יהיה בה כל הדרכים שאמרו חז"ל באשה שנשאת ואח"כ בא בעלה דהא קים להו לחז"ל דבפניו אינה מעיזה וא"כ הרי ידעה שלא תוכל להעיז בפניו לומר שנתגרשה אבל באמת א"א לומר כן דהא הא דאינה נאמנת לומר נתגרשתי שלא בפניו הוא אפילו אם הבעל בעיר רק שאינו בפנינו ממש מקרי שלא בפניו כמ"ש הריב"ש בתשובה וכדאיתא בש"ע אהע"ז (סימן י"ז ס"ב) ולדעת הרא"ש ז"ל אם רק אינו בעיר אפילו במקום קרוב מקרי שלא בפניו. אע"ג דוודאי יבוא בעלה נמי לא מהימנא וקשה אמאי לא מהימנא הא תצטרך להעיז בפניו ותאמר גרשתני ונימא דהשתא וודאי קושטא קאמרה דהא ידעה שבעלה יבוא בוודאי ותצטרך לומר כן בפניו ובפניו אינה מעיזה וע"כ הטעם דאע"ג דמסקא אדעתה שיבוא בעלה סברה שתוכל להעיז בפניו אע"ג דבאמת אינה יכולה להעיז בפניו ולהכי לא מהימנא כשאמרה שלא בפניו וא"כ אשה זו כשאמרה מעיקרא גרשני בעלי ואח"כ אמרה מת בעלי לא דייקא דסברה שאם יבוא בעלה תאמר בפניו גרשתני ותעיז בפניו כמו שכבר אמרה גרשני ובאשה דעלמא סמכינן אדייקא ומנסבא דלא שייך לומר כן שסומכת ע"ז שתאמר גרשתני אם יבוא בעלה דכיון דלא אמרה כן

עד השתא מהיכי תיתי תטעון אח"כ כן וגם שבוודאי לא תהיה נאמנת משא"כ באשה שאמרה כן שלא בפניו דסמכה אמה שתאמר כן בפניו כשיבוא בעלה וא"ל דתהא מוחזקת לשקרנית מחמת שאמרה מת ולא תהא נאמנת אף שתאמר אח"כ גרשתני דז"א דבמיתה לא שייך לומר דהוחזקה שקרנית דאולי אמרה בדדמי אלא שלענ"ד ראיית הרשב"א ז"ל צ"ע טובא שהוא ז"ל הביא ראי' מהא דאמר בכתובות (דף כ"ב) שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה לא תנשא ואם נשאת תצא שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת לא תנשא ואם נשאת לא תצא ומפרש משום דמיתה אינה יכולה מכחישתו גירושין יכולה מכחישתו ופריך מי חציפא כולי האי והאמר רה"מ האשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת אע"ג דשם התחילה לומר כן שלא בפניו. אלמא דאינה מעיזה בפניו אע"ג שהתחילה לומר כן שלא בפניו ואח"כ אמרה בפניו לא אמרינן דיכול להיות דמשקרא ומעיזה משום שאין רצונה לחזור מהשקר שאמרה מעיקרא זו היא ראייתו ז"ל וקשה טובא דנהי דנימא כדברי הרשב"א דנאמנת במה שאומרת בפניו אף שאמרה מתחילה שלא בפניו מ"מ מאי פריך ומי חציפא כולי האי הא כל אשה שאמרה שלא בפניו אמרינן דלא מהימנא משום דלא חיישא לביאת הבעל משום דסברה שתוכל להעיז ואפילו הוא במקום קרוב שבוודאי יבוא משום דסברה שתוכל להעיז ולהכחישו אע"ג דבאמת אינה יכולה להעיז וא"כ הא שפיר קאמר גירושין יכולה מכחישתו:

ומצאתי בש"מ שהביא בשם הרשב"א ז"ל שהקשה באמת כן מאי פריך הא רה"מ איירי דווקא בפניו ומתרץ דמ"מ גם שלא בפניו הו"ל למימר שלא תצא ודמי ממש למש"כ התוס' בסוגיא דאם משנשאת באו עדים עיי"ש. עכ"פ לפי פירושו בש"מ אין ראי' מסוגיא זו לדין שהביא בתשובתו דאינה מעיזה בפניו אף שאמרה כן שלא בפניו דהתם דפריך ומי חציפא לא פריך אהא דאמר יכולה מכחישתו כ"א אעיקר דינא דתצא בגירושין פריך דליהני לה אמירה דשלא בפניו לענין שלא תצא אם נשאת:

ועוד נראה דבלא"ה אין ראיה כלל דמאן לימא לן דמיירי שגם היא טוענת גרושה אני והתחילה לומר גרושה אני דלמא הסוגיא מיירי דהיא אינה יודעת מגירושין דידה ומשכחת לה בשליח קבלה שעשתה ושנים אומרים שקבל השליח הגט וב' אומרים לא קבל וכה"ג מוקמינן בירושלמי דתרומות במשנה דאשה שהיתה אוכלת בתרומה הובא בתוס' פר"ק דקדושין (דף י') וה"נ מיירי בכה"ג ואע"ג דהגמרא מוקי שם ברייתא דר"מ בר"י באומרת ברי לי הא האי ברי היינו אלו הי' חי היה בא וה"נ גבי גירושין מיירי שאמרה ברי לי שהגיע הגט ליד שלוחה ע"י אומדנא וקאמר גירושין יכולה מכחישתו ולא דייקא שפיר לידע אם העדים אומרים אמת ואם יבוא בעלה ויברר שהעדים אמרו

שקר בעדי הזמה וכה"ג תאמר שהוא גירשה בעצמו ותכחישו אבל במיתה אינה יכולה מכחישתו:

וכן פירש"י ז"ל בהדיא שכ' ולא דייקא מספק עיי"ש אלמא דמיירי שגם היא מסופקת וכיון שלא ידעה ולא אמרה עדיין גרושה אני וודאי דשפיר פריך ומי חציפא כולי האי דהא בפניו וודאי דאינה מעיזה וכאן לא התחילה לומר כלום שלא בפניו ואנו אומרים דלא דייקא מחמת שתאמר בפניו גרשתני [ואע"ג דבאותו ב"ד לא תוכל לטעון גרשתני מדלא טענה הכי שלא בפניו בשעת הכחשת העדים מ"מ כיון דבב"ד אחר תוכל לטעון כן לא מירתתא דלא שייך מירתתא ודייקה אלא גבי מיתה דמירתתא בכ"מ] וגם הריב"ש בתשובה (סימן קכ"ז) כתב דאפשר לומר כיון שהתחילה להעיז מעיזה בפניו ג"כ:

שוב מצאתי להש"מ בכתובות (דף כ"ב) שכ' בהדיא בשם הרא"ש ז"ל דשלא בפניו מעיזה וכיון שהתחילה להעיז אם יבוא אחר זמן תעיז להעמיד דברי' וא"כ כיון שבארנו דאם התחילה לומר נתגרשתי שלא בפניו לא מהימנא אח"כ לומר גרשתני שפיר נאמנת לומר מת בעלי דשפיר דייקא ומנסבא שיראה שמא יבוא ותצא מבעלה ובטענת גרשתני נמי לא תהא נאמנת ולפ"ז קשה כמש"כ אמאי לא מוקי שמואל מתניתין באמרה שלא בפניו גרשני דשפיר דייקא דהא אם יבוא בעלה לא תהא נאמנת לומר שגירשה דכיון דהתחילה לומר גרשני שלא בפניו אינה נאמנת אח"כ אף בפניו ואם נימא דשלא בפניו כיון דלא הוחזקה משקרת לא שייך לקרותו קטטה דלא מקרי קטטה אלא אם גבר השנאה אצלה עד ששיקרה לומר גרשתני אבל שלא בפניו שאין אנו יודעין ששיקרה אין ראיה על השנאה ולא מקרי קטטה מ"מ קשה ג"כ דהא שמואל הוא דמוקי מתניתין הכי ושמואל בעצמו קאמר בגיטין (דף פ"ט) תצא והדבר צריך בדיקה דאי מגליא מילתא דקידושי דקמא הוי קדושין א"צ גט משני כלל ופליגא דר"ה דאר"ה א"א שפשטה ידה וקבלה קדושין מאחר מקודשת מדרה"מ. ואידך כי קאמר רה"מ בפניו אבל שלא בפניו לא אלמא דבהאי פליגי שמואל ור"ה דשמואל סובר כיון דשלא בפניו מעיזה אם קבלה קדושין מאחר א"צ גט כלל ור"ה סובר דצריכה גט לחומרא וכיון דמחזקינן לה למשקרת עד שא"צ גט משני א"כ הרי הוי משקרת גמורה וכמו שמחזקינן לה למשקרת בבאו עדים והכחישוה ה"נ זה מיקרי משקרת דהרי הקילו בה שלא להצריכה גט מאחר ואיך נימא דאינה משקרת ומהתימא על מהרי"ק שלא הזכיר סברא זו דלשמואל לטעמי' מקרי שלא בפניו הוחזקה למשקרת

ע"כ נראה מדלא מוקי בשלא בפניו דשלא בפניו לא מקרי קטטה דדוקא אם גבר השנאה עד שבפניו שקרה ואמרה גרשתני אז מקרי קטטה אבל שלא בפניו לא הוי ראי' כולי

האי דסניא לי'. דהא וודאי אף דמוקמינן בבאו עדים והכחישוה אין הטעם משום דכיון דאמרה שקר חיישינן שמא תשקר עכשיו דא"כ לא הוי תלי תנא טעמא בקטטה אלא במשקרת לחוד א"ו עיקר הטעם דלא מהימנא משום הקטטה דסניא ליה אלא דאנן לא מחזקינן בקטטה ושנאה אלא אם גבר הקטטה עד שבפניו אמרה גרשתני בשקר אבל אם אפשר לומר שאמרה אמת אין כאן החזקת קטטה דדלמא אמת קאמרה וכן הרמז"ל שכ' שהרי הוחזקה שקרנית ורוצית להשמט ממנו עיקר כוונתו להשמט בטענת שקר וא"כ שלא בפניו נהי דלשמואל מחזקינן לה במשקרת מ"מ שלא בפניו לא הוי שנאה כולי האי ולא מיבעיא למ"ד דטעמא דקטטה משום דבדדמי דוודאי כ"ז שלא הוחזקה בשנאה לא מיקרי קטטה אלא אפילו למ"ד דהטעם משום דמשקרת נמי אין הטעם הואיל ושקרה בגירושין תשקר גם במיתה אלא הואיל ושקרה הוא הוכחה וראיה על הקטטה וחיישינן שמא תשקר גם עכשיו והא ראיה דהא בארגיל איהו בקטטה כתבו התוס' דלמ"ד דמשקרא מהימנא דמשום דלא גברה הקטטה והשנאה אצלה לא תשקר עכשיו ואע"ג ששיקרה בגירושין אמרינן דמהימנא והיינו ממה ששיקרה בגרושין אין ראי' שתשקר במיתה כמש"כ התוס' וכמ"ש גרושין יכולה מכחישתו ועל הקטטה אין ראי' כ"כ דבארגיל איהו קטטה לא סניא ליה כולי האי להכי מהימנא א"כ באמרה שלא בפניו גרשני דליכא הוכחה על השנאה אף שהוחזקה למשקרת לא איכפת לן ועדיף מארגיל איהו קטטה דבארגיל איהו קטטה למ"ד בדדמי יש קצת קטטה דאמרה בדדמי אבל בשלא בפניו לא אמרה בדדמי כלל להכי לא מוקי לה דקאמרה גרשני בשלא בפניו דבין להתוס' ובין להר"מ משום שקרנית לחוד לא הפסידה נאמנותה דלא דמי מיתה לגירושין רק משום השנאה חיישינן ובעינן שתגבר השנאה כ"כ עד שבפניו תאמר גרשתני דבאומרת שלא בפניו אפילו באו עדים והכחישוה נמי לא מקרי קטטה כל שלא אמרה בפניו לא מקרי קטטה והויא רק הוחזקה שקרנית לחוד ומשום שהוחזקה שקרנית בגירושין לא הוחזקה במיתה:

אלא שלכאורה לדעת הריב"ש והרא"ש שאם אמרה שלא בפניו וחזרה ואמרה בפניו לא מהימנא דעבידי לאחזוקי שקרא אכתי הוי מצי לאוקמי שאמרה בפניו גרשתני ולא מהימנא משום שאמרה גם שלא בפניו כן מקודם ובזה הוי קטטה דהא אמרה בפניו ולא מהימנא ומחזיקינן לה למשקרת דהא לשמואל בשלא בפניו חשבינן לה למשקרת:

מיהו אפשר לומר דאף שלא בפניו לשמואל חשיבה למשקרת גמורה וא"צ גט כלל מ"מ אם אמרה שלא בפניו ואח"כ אמרה בפניו לא חשיבה וודאי משקרת כיון שאמרה כן גם בפניו ואם קבלה קדושין מאחר צריכה גט וא"כ א"ש דלא מוקי בהכי דלא מקרי קטטה

אלא אם גברה השנאה עד שאמרה שקר בוודאי וכן משמע קצת לשון הריב"ש (סימן קכ"ז) דאם אמרה שלא בפניו ואח"כ אמרה בפניו הוי ספיקא:

ואחרי שבארנו מצד הסברא דבזה לא מיקרי קטטה נ"ל להביא ראיה ברורה לזה דשלא בפניו לא מקרי קטטה מהא דאמרינן בכתובות (דף ק"ז) האשה שבאה ואמרה מת בעלי רצתה ניזונת רצתה נוטלת כתובתה גירשני בעלי מתפרנסת והולכת עד כדי כתובתה ופריך מינה לשמואל דאמר אין פוסקין מזונות לא"א אמאי מתפרנסת ומשני כששמעו בו שמת והקשה רש"י ז"ל דא"כ תטול כתובתה ביחד ומשני רש"י ז"ל דעצה טובה הוא לגבי דידה שמא יבוא בעלה לא תפסיד המזונות עיי"ש ובש"מ ביאר דברי רש"י ז"ל יותר והתם לא מיירי בשמעו בו שמת בב' עדים דאי שמעו בו שמת בב' עדים א"כ לא שייך לומר שמא יבוא בעלה דלא חשדינן עדים גמורים למשקרים (ועיין בתוס' שם ד"ה ששמעו א"ו ששמעו בו שמת ע"י קול דאתחזק בבי דינא כמו עד מפי עד. וכ"כ המהרש"א ז"ל שם בהדיא דלרש"י ז"ל ההכרח לפרש ששמעו שמת היינו בקול והיינו קול דמהני בנשואין דהא נוטלת מזונות שיעור כתובתה אע"ג דאין פוסקין מזונות לא"א לשמואל רק משום ששמעו בו שמת מחזקינן לה לאלמנה וא"כ קשה כיון שאמרה גרשני איך מהני אח"כ להשיאה עפ"י עדים מפי קול הא הוי קטטה ולא מהימנא דקול לא עדיף מע"א א"ו דשלא בפניו לא מיקרי קטטה ועיין בש"מ בביאור הסוגיא דשם מבואר שגם הריצב"א והר"י כולם נתקשו דתגבה הכתובה ביחד עיי"ש [ומדמהני לענין כתובה ומזונות כש"כ דמהני לענין נשואין דהא לב"ה אמרינן תנשא ולא תטול כתובה] ואף שהתוס' מפרשים שם בענין אחר ששמעו בו שמת בעדים ומיישבים קושיית רש"י בא"א שאמרה גרשני אחר הזמן שאמרו שמת כמ"ש המהרש"א בדבריהם שם מ"מ למדנו משיטת רש"י ז"ל ושארי הראשונים דאזלי בשיטתו בפירוש הסוגיא דשלא בפניו לא מיקרי קטטה ולא מצינו חולק דמוכח בהדיא דזה לא מקרי קטטה דאי מקרי קטטה א"כ בעינן עדים דכל דליכא עדים גמורים לא מהני כ"א מטעם דייקא ובקטטה ליכא דייקא ועוד יש להקל מטעם אחר דכבר הוכחנו דכל היכא שלא הוחזקה משקרת לא מקרי קטטה דבעינן שתגבר השנאה עד ששיקרה לומר גרשני והא גופא שכתבנו דבשלא בפניו מקרי משקרת בוודאי לא מלתא פסיקתא הוא דכ"ז הוא לשמואל דסובר א"צ גט משני אבל ר"ה סובר דצריכה גט משני משום דרה"מ הוי אף שלא בפניו לחומרא וסובר כר' אושעיא דמתני לה אריש ומהני דרה"מ שלא בפניו לענין דאם נישאת ואח"כ באו עדים דמדאורייתא הוי מהני אף לענין להנשא לעלמא שלא בפניו משום דכיון דאינה מעיזה בפניו אף שלא בפניו מירתתא לשקר דיראה שמא יבוא בעלה ומדרבנן הוא דאסור דחוששין למעיזה שלא

בפניו להכי צריכה גט מאחר וגם אם נישאת ואח"כ באו עדים לא תצא כמו שביאר כ"ז הרשב"א ז"ל בחי' בפ' התקבל והרמב"ן [הביאו הב"י בסימן י"ז] כתב שיש לחוש לדר"ה ולפי זה לא פסיקא כולי האי דשלא בפניו מוחזקה למשקרת ולא הוי קטטה דדלמא קושטא קאמרה וגם שיש כאן קולא שהע"א אמר קברתיו ולדעת כמה פוסקים בע"א בקברתיו מהני אפילו בקטטה:

מכל הלין טעמי נ"ל שיש להתיר האשה הזאת ובלבד אם נראה לב"ד שהעד המעיד הוא הולך בדרך ישר בדת ישראל ואין עליו שום ריעותא הנלענ"ד כתבתי:

ובהאי עניינא ראיתי להגאון רע"א ז"ל בתשובה (סימן קע"ג) שהקשה בהא דפריך הש"ס על הא דאמר רבא ראה ר"י דבריו של רמב"י בגירושין ולא ראה דבריו במיתה מ"ט מיתה אינה יכולה מכחישתו גירושין יכולה מכחישתו ופריך ומי חציפה כ"ה האמר רה"מ האשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת דלפי"ז דסובר דאשה אין בדעתה שתוכל להכחיש את בעלה בפניו ולומר לו גרשתני א"כ אמאי האמינוה חכמים לומר מת בעלי משום חומר שהחמרת עלי' בסופה תהא נאמנת גם בגירושין דהא יראה לשקר שמא יבוא בעלה ולא תוכל להעיז בפניו לומר גרשתני ותודה לו ותצא מזה ומזה:

ונ"ל דלק"מ דוודאי לא דמי מיתה לגירושין דבמיתה אף דסברה דודאי לא יבוא [וכמו שפירש"י ז"ל שם בכתובות באומרת ברי לי אלו הי' חי הי' בא] ופעמים שיש לה אומדנות אחרות שלא יבוא ומשקרת לומר שמת בזה שפיר סמכו חכמים דלא תעשה כן משום דאף שסברה שלא יבוא מ"מ אם יבואו עדים ויאמרו שראו אותו במקום שהוא והוא חי תצא מזה ומזה לכן יראה לומר שמת אף שבלבה שבוודאי לא יבוא אבל בגירושין שאם יבואו עדים שראו אותו עדיין אינה מוכחשת במה שאמרו שגירשה ואינה יראה רק שלא יבוא בעצמו ויאמר שלא גירשה ולא תוכל להעיז בפניו וזה לא חיישא דאולי לפי דעתה בוודאי לא יבוא בעלה לכן לא האמינוה בגירושין כדתנן כתובות (דף כ"ב) ואם יש עדים שהיתה א"א אינה נאמנת לומר גרושה אני ואין לומר דא"כ בשנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה נמי נימא דלהכי האמינוה במיתה בתרי ותרי מפני שיראה שיבואו עדים שהוא חי משא"כ בגירושין דאינה מתירא מעדים רק מביאתו בעצמו וע"ז סברה שבוודאי לא יבוא דז"א דבמיתה נמי אם יבואו עדים שהוא חי לא תצא דהא כבר יש עדים שמת וסוף סוף הוי תרי ותרי דתרי כמאה ודוקא אם בא בעלה והכל רואין שהוא בעלה אז תצא אבל אם באו אפילו מאה ואמרו שבעלה חי הוי רק תרי ותרי כמ"ש התוס' ביבמות (דף פ"ח) גבי הא דפריך אתא בעלה וקאי ואת אמרת לא תצא וכיון דאינה יראה מהעדאת עדים שבעלה חי לא עדיף מיתה מגירושין והגרע"א ז"ל הביא בשם הג'

מוהר"ש בנו ז"ל שכ' דלהכי לא מהימנא בגירושין משום דאם נאמין לה ויבוא בעלה לא יהא חומר דתוכל להודות שלא נתגרשה והיא לא מהימנא אז לחזור מדיבורה כדאמרינן בקדושין פ"ק (דף י"ב) גבי יהודית דביתהו דר"ח דאמרה קיבל בך אביך קידושין דלאו כל כמינה דאסרת לך עלי וה"נ הרי בידה להודות שלא נתגרשה ותהא מותרת לבעלה השני וא"כ ליכא חומר ע"כ ולענ"ד ז"א דאף דאמרינן דלא מהימנא להפקיע עצמה מבעלה מ"מ הכא שעיקר ההיתר שהתרנו להנשא לשני הוא רק היכא דאיכא חומר בסופה אבל היכא דליכא חומר בסופה לא מהימנא א"כ מתחילה כשנשאת נשאת אדעתא דהכי שאם יבא בעלה ותודה שלא נתגרשה תהא נאמנת דאם לא אדעתא דהכי הרי אין אנו יכולין להתירה כלל להנשא לשני דהא בלא חומר לא אפשר להתירה להנשא ולהפקיע מבעלה הראשון וא"כ לא דמי כלל להא דדביתהו דר"ח דשם לא הו"ל לאסיק אדעתי' שתאמר שנתקדשה מקודם לאחר ונשתעבדה לי' להכי אינה נאמנת משא"כ הכא שבלא חומר א"א להתירה לשני כלל לא נשתעבדה כלל אדעתא דהכי ולפמש"כ א"צ לזה דבלא"ה יש חילוק בין מיתה לגירושין:

סימן קכד

שאלה בדבר העגונה שבא הגב"ע שהלך בעלה מאקירמאן ונהרג תוך איזה ימים ונמצא הכרה בבגדיו כפי המבואר בגב"ע ויבואר פרטי הדברים בתוך התשובה אי"ה:

תשובה הנה המבי"ט כתב בתשובה (סימן קל"ח) אם נאבד יהודי בדרך שהלך ממקום פלוני למקום אחר ואח"כ באותו דרך נמצא הרוג דמן התורה תלינן שזה הוא שנאבד ועדיפי ממים שאין להם סוף ובתשובת ש"י הביא ראי' לזה מפלוגתא דרבי ורשב"ג (פ"ק דפסחים) בשדה שנאבד בה קבר ונמצא בה קבר דאמרינן היינו האי שנאבד היינו האי שנמצא וראיתי להאחרונים ז"ל בתשובתם שנשתמשו הרבה בסברת המבי"ט ז"ל היכא שהלך מביתו בלי קטטה ע"מ לשוב ולא שב ולא נודע עקבותיו היכן הוא ובדרך שהלך נמצא הרוג שאז הוא בגדר אבידה ואמרינן האי שאבד האי שנמצא [וכלשון רש"י בכתובות (דף כ"ב) באומרת ברי אלו הי' חי הי' בא עיי"ש]:

אולם לפי ענ"ד נראה דאין לסמוך על סברא זו כלל דא"כ תקשה (בפ"ג דגיטין) גבי המביא גט ואבד ממנו בנמצא לזמן מרובה במקום ששיירות מצויות פסול אמאי לא נימא היינו האי שאבד היינו האי שנמצא ואין לומר דהתם מיירי שלא נודע שאבד כלל וגם הוא בעצמו לא מצאו אלא אחר מצאו דלא שייך לומר היינו האי שאבד היינו האי שנמצא דא"כ לאלתר נמי אמאי כשר הא אין השליח נאמן כשאין הגט בידו ואפילו במקויים חיישינן לשמא נמלך עליהם שלא ליתנן כדתנן בפ"ק דב"מ (דף י"ח) וכמ"ש התוס' שם

דף הנ"ל ד"ה נפק דק וכו' דגם במקויים יש לחוש לנמלך והשליח לא מהימן כשאינו בידו ולא מהימן כלל לומר שנתן הבעל לידו לגירושין א"ו דמיירי שמצאו השליח בעצמו ואז נאמן לומר שאבד במגו דלא אבדתי או שמצאו אחר ויש עדים שנאבד מהשליח וכ"כ הר"ן ז"ל שם בסיפא דמצאו בחפיסה ודלוסקמא אם מכירו כשר דמיירי במצאו בעצמו ובמק"א הארכנו בזה בעזה"ש וכמ"ש התוס' ביבמות (דף ק"כ) בד"ה מצאו קשור ובד"ה אמר רבא שם עיי"ש עכ"פ הרי מיירי שידוע שהשליח הזה אבד הגט או שהוא מצאו בעצמו וא"כ אמאי לא נימא גם לזמן מרובה היינו האי שאבד היינו האי שנמצא ויהא כשר אפילו לזמן מרובה ורבי גופא דסובר היינו האי שאבד היינו האי שנמצא אמר שם בגיטין דבעינן שימצא לאלתר ובעי שיעורא כדי שיכתוב את הגט אבל לזמן מרובה לא ולא אמרינן היינו האי שאבד היינו האי שנמצא ע"כ נראה דלא אמרינן הך סברא דהיינו האי שאבד אלא בקבר דהקבר שנאבד וודאי ישנו שם ולא אזיל לעלמא ואם באנו לחוש לקבר אחר אנו צריכים לומר שיש שני קברים וזה לא אמרינן אלא אמרינן דליכא אלא קבר אחד האי שנמצא היינו האי שאבד אבל באדם דאיכא למימר דהאדם שאנו יודעין שהלך בדרך זה אזיל לעלמא וזה הנמצא הוא איש אחר לא אמרינן היינו האי שאבד היינו האי שנמצא:

ולהכי גבי גט נמי לא אמרינן היינו האי שאבד לפמ"ש הרשב"א ז"ל בחידושיו לגיטין בהא דאמר שם איזהו שלא לאלתר רנ"א כל ששהא כדי שתעבור שיירה ותשרה שם ורשב"א אומר כל שעומד ורואה שלא עבר שם אדם וי"א שלא שהה שם אדם והקשה הרשב"א ז"ל כיון דעיקר החילוק בין שיירות מצויות לאין שיירות מצויות דבשיירות מצויות הוי נפילה דרבים וחיישינן ואין שיירות מצויות הוי נפילה דיחיד אם כן אפילו לא עבר שם אדם נמי ניחוש שמא מהשיירא שעבר שם מכבר נפל קודם שעבר זה השליח שם ועוד מאי מהני מה שעבר שם אדם יחידי אכתי מקרי נפילה דיחיד ותירץ דבאמת אנפילה דיחיד לא חיישינן רק דחיישינן שמא נפל משיירא שעברה מכבר ואם לא עברה שם שיירא אחר השליח לא אמרינן שהוא משיירא שעברה כבר דגיטו של זה להיכן הלך רק אם שהה שם שיירא אמרינן דגיטו של זה נדרס ונדחף ברגלי השיירא שעברה וגט הנמצא הוא משיירא שעברה מכבר ולמ"ד דעבר שם אדם נמי חיישינן הוא משום דחייש ג"כ שהגט הוא משיירא שעברה מכבר והגט של השליח נדחף ברגלי האיש שעבר שם וכן למ"ד ששהא שם אדם עיי"ש דמה"ט מסיק בירושלמי דאפילו עבר שם א"י נמי פסול אע"ג דא"י וודאי לא הי' בידו גט כלל משום דעיקר החששא שמא נפל הגט משיירות קודם שעבר שם השליח רק דאם לא עבר שם אדם אין תולין בגט אחר

דגט של זה היכן הוא וכשעבר שם אדם דאיכא למתלי בנדרס ונדחף ע"י העוברים שוב חיישינן דגט הנמצא הוא מהשיירא שעברה מקודם עיי"ש ברשב"א ז"ל וא"כ להכי לא אמרינן היינו האי שאבד היינו האי שנמצא דזה לא אמרינן אלא אם זה שהי' שם וודאי כאן כמו גבי קבר אז לא חיישינן לקבר אחר אלא אמרינן היינו האי וכן גבי מצאו לאלתר תלינן שזה שנמצא הוא גיטו של השליח מה"ט דגיטו להיכן אזל כיון שלא נדחף ברגלי אדם] אבל לזמן מרובה שיש לומר גיטו של זה נדחף ע"י שעבר שם אדם חיישינן דלמא גט הנמצא אחר הוא:

ולפי"ז גם גבי נ"ד שנמצא הרוג אף שיודעין שאיש אחד שהלך בדרך זה נאבד לא אמרינן היינו האי שנאבד היינו האי שנמצא משום דחיישינן דזה שנאבד אזיל לעלמא. ואף לרבה דסובר דבלא הוחזקו שני יוב"ש מהדרינן הגט אף בשיירות מצויות ולא חיישינן לאחר וכמ"ש בגיטין (דף כ"ז) ובב"מ (דף י"ח) ומשום דכיון שיודעין שנפל מזה ואין אנו מכירין אחר אין לחוש שמא אחר אבד התם שאני משום דלא חיישינן ליוב"ש אחר כל כמה דלא הוחזק וגם בזה פסקו רוב ראשונים כר"ז דאף בלא הוחזקו חיישינן ליוב"ש הרי שאף שזה וודאי אבד גט ויש סימן דיוב"ש חיישינן שמא נאבד גט של יוב"ש אחר:

ואף שהתוס' כתבו בב"מ (דף כ') שזהו רק מדרבנן משום לעז בעלמא א"כ מדאורייתא לא חיישינן שמא מאחר נפל היינו דווקא הכא דאיכא שם יוב"ש שמוכיח שהוא גיטו של זה השליח הא בלא"ה חיישינן שמא מאחר נפל ולא אמרינן היינו האי שאבד וכנ"ל וכן גבי יצחק ריש גלותא ביבמות (דף קט"ו) דאזיל מקורטבא לאספמיא ושלחו מתם ר"י ר"ג אזיל מקורטבא לאספמיא ושכיב ופסקינן כרבא דלא חיישינן לתרי יצחק הוא נמי משום דאיכא שמו ושם אביו ושם כינויו הא לאו הכי שלא היו שולחין שם המת רק איש אחד אזל מקורטבא לאספמיא ושכיב לא הי' מועיל ואף דוודאי יצחק מאספמיא נאבד מביתו ולא נודע סיבת מניעת בואו לביתו:

וכן מוכח מדברי הרשב"א ז"ל ביבמות (דף קכ"א) בהא דאמרינן מעשה בעסיא באחד ששלשלוהו לים ולא עלתה בידם אלא רגלו אמרו חכמים מן הארכובה ולמעלה תנשא וז"ל מסתברא שקשרוהו ברגלו ושלשלוהו אבל אם השליכוהו והשליכו מצודה בים ולא עלה בידם אלא רגלו או אפילו כל גופו בלא ראשו אין משיאין את אשתו דחוששין שמא אותו הלך לו ויצא במקום אחר ורגל זה מאדם אחר הוא והראי' דההוא דאתלי נורא בי גנני ואשתכח גברא חריכא ופסתא דידא דשדי' ואפ"ה חיישינן דילמא מאינש אחרינא דאתי לאצולי וההוא ערק ואזל לעלמא משום כיסופא ועוד מעשה דב' ת"ח דאסיקנא התם דאסקוה וחזיוה הא לאו הכי אמרינן הני אזיל לעלמא ואתו אחריני עכ"ל וע"ש

שתמה על הר"מ ז"ל שכתב אם השליכוהו לים והשליכו מצודה דתנשא ומפרש דגם הר"מ מיירי שלא נתעלם מן העין עד שעלה רגלו בידם הרי דבאדם דיש לחוש שאזיל לעלמא לא אמרינן היינו האי שאבד היינו האי שנמצא:

והא דאמרינן בבכורות (דף כ"ה) בעלי מומין אוסרין בכל שהוא ור' יוסי אמר יבוקר ומוקי לה ר' יוחנן כשבדק ומצא קא מפלגי בפלוגתא דרבי ורשב"ג דת"ק דאסר לכולהו סובר תיבדק כל השדה כולה הילכך כולהו צריכים ביקור ור"י דאמר יבקר סובר כרבי דאמר נמצא בתוכה קבר הנכנס לתוכה טהור דאמרינן האי שאבד היינו האי שנמצא להכי אמר יבקר היינו דסגי בהאי ביקור שמצא בעל מום אחד עיי"ש הרי דאמרינן היינו האי שאבד היינו האי שנמצא אפילו בדבר שאינו קבוע כמו קבר דהא בהמה בע"מ אפשר למיזל לעלמא:

נראה לי דהתם מיירי שהיו הבהמות סגורין בדיר ואינן יכולין ליצא לחוץ ולהכי סובר ר"י דכיון שמצא אחד מהן בע"מ אמרינן היינו האי בעל מום שנאבד ולא חיישינן שמא בע"מ אחר הוא לבד הבע"מ שנאבד והכי משמע לישנא דהש"ס שם דקאמר ר' אסי מ"ט לא מוקי לה כרחב"א דמיירי בנתערב בע"מ ובדק ולא מצא ומשני אמר לך בשלמא גבי טומאה אימר בא עורב ונטלה בא עכבר ונטלה אלא הכא בעל מום להיכא אזיל עכ"ל הגמ' הרי דמיירי שאין הבהמות יכולין להלוך ולברוח מכאן וא"כ שפיר תלי לה ר"י בפלוגתא דרבי ורשב"ג דלרבי אמרינן האי שאבד היינו האי שנמצא אבל במידי דמצי למיזל לעלמא מודה רבי דלא אמרינן היינו האי שאבד היינו האי שנמצא וכן אין ללמוד מהא דכתבו התוס' בגיטין (דף כ"ד) דלרבה בהוחזק ואין שיירות מצויות מהדרינן גיטא ולא חיישינן שמא מאחר נפל אע"ג דידעינן שיש יוב"ש אחר דכבר כ' הרשב"א ז"ל הטעם שם משום דלנפילה דיחיד לא חיישינן וזה מקרי נפילה דיחיד עיי"ש וגם בזה חלקו הרא"ש והר"ן ז"ל ופסקו כר"ז דבהוחזקו לא מהדרינן אף באין השיירות מצויות מכ"ז מוכח דלא אמרינן הך סברא שכתב המבי"ט לומר באיש הנאבד היינו האי שנמצא היינו האי שנאבד ואין לומר דבאמת מדאורייתא שרי אף בשיירות מצויות והוחזקו משום דאמרינן היינו האי וכנ"ל וגבי גט מחמרינן משום לעז וכמ"ש התוס' בב"מ (דף כ') ד"ה איסורא דא"כ אמאי פסקו הרי"ף והרא"ש והרמב"ם לחומרא בהך פלוגתא דרבה ור"ז דאפילו בלא הוחזקו חיישינן כיון דהוי רק מדרבנן בעלמא א"ו דהוי איסור דאורייתא וכן פסקו לחומרא בפלוגתא דכל שלא שהה שם אדם או לא עבר שם אדם דבעינן לאלתר שלא עבר שם אדם הרי מוכח דהוי ספיקא דאורייתא ופסקינן לחומרא:

ויש להביא ראי' למ"ש דבשיירות מצויות והוחזקו הוי איסור דאורייתא מדברי הרמב"ם ז"ל (בפרק שלישי מהלכות גירושין) שפסק בשיירות מצויות ולא הוחזק סגי בלא שהה שם אדם ובהוחזקו כתב דבעינן שלא עבר שם אדם ותמה עליו הראב"ד ז"ל דמ"ש עיי"ש וכן הרשב"א ז"ל הקשה כן ולפי הנ"ל א"ש שהר"מ ז"ל סובר דבשיירות מצויות והוחזק הוי חשש דאורייתא ופסקינן כהאי תנא דסובר שלא עבר שם אדם לחומרא אבל בלא הוחזק בזה שיטת הר"מ ז"ל כשיטת התוס' דהוי רק משום לעז בעלמא וכמ"ש התוס' בב"מ (דף כ') גבי הא דפריך היכא פשיט מר איסורא מממונא] ולהכי סגי בשלא שהה שם אדם דבזה פסקינן לקולא באיסור דרבנן אבל בשיירות מצויות והוחזק הוי דאורייתא ועוד דהא אמר (בדף כ"ז) בבעיא דסימנין דאורייתא או דרבנן למנ"מ לאהדורי גט אשה בסימנים א"א דרבנן לא מהדרינן משום דמיירי בשיירות מצויות והוחזקו דאז הוי חששא דאורייתא ולא מהני סימנין דרבנן הרי מוכח מכ"ז דבשיירות מצויות והוחזקו לא אמרינן היינו שאבד וכו' אף מדאורייתא דלא כסברת המבי"ט ז"ל:

ובמש"כ בדעת הרמז"ל דבשיירות מצויות והוחזקו הוי איסור דאורייתא ובלא הוחזקו הוי רק איסור דרבנן משום לעז בעלמא ומותר מה"ת יש לישב בזה הא דהקשו התוס' שם בב"מ דביבמות פריך אמשנה דאין מעידין אעפ"י שיש סימנין בגופו ובכליו ורמינהו מצאו קשור בכיס וארנקי אפילו לזמן מרובה כשר ובב"מ לא מייתי הך ברייתא למפשט בעיין דסימנין דאורייתא ולפי מ"ש אפ"ל הא דלא פשיט מהא דמצאו קשור משום דלא מצי למיפשט בעיין מזה דאיכא למימר דמיירי בלא הוחזקו שני יוב"ש והוי רק משום לעז כמ"ש התוס' להכי כשר אפילו לזמן מרובה אבל הך בעיא מיירי היכא דהוי חששא דאורייתא כגון שיירות מצויות והוחזקו ובזה אפשר דלא מהדרינן משום דסימנין דרבנן אבל ביבמות פריך שפיר אמתניתין דשם קאי אמתניתין דאין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם אעפ"י שיש סימנין בגופו ובכליו ועיין בר"מ (פ' י"ג מהלכות גירושין) דמפרש בהדיא דהך אעפ"י שיש סימנין בגופו וכליו קאי אריש דאף שניכר בפרצוף ולא בחוטם ויש נמי סימן אין מעידין ובבכורות (דף מ"ו) אמר שם דמדאורייתא סגי בפדחת או פרצוף לחוד ורק בעדות אשה אחמירו בה רבנן. ואפ"ה לא מהני סימנין אלמא דאפילו היכא דהוי רק איסור דרבנן לא מהני סימנין ושפיר פריך ממצאו קשור בכיס וארנקי דאפילו אם מיירי בלא הוחזקו שני יוב"ש דהוי רק מדרבנן נמי לא בעינן למיהדר גיטא משום דסימנין דרבנן ולא עביד רבנן תקנתא אף באיסור דרבנן כמו במתניתין דפרצוף עם הסימנין דהוי רק איסור דרבנן דמה"ת סגי בפדחת לחוד ואפ"ה לא מהני סימן:

ובזה מבואר דעת הר"מ ז"ל (דבפ"ג הלכה ח') כתב מצאו בחפיסה ודלוסקמא ויש לו טב"ע בארכו וברחבו של גט הרי הוא בחזקתו ותתגרש בו ושם מיירי בשיירות מצויות ולא הוחזקו ובהלכה שאח"כ דמיירי בשיירות מצויות והוחזקו לא הזכיר כלל דין טב"ע רק נקב יש בצד אות פלוני ולפמ"ש א"ש דברי הרמב"ם ז"ל ובכונה לא הזכיר טב"ע גבי שיירות מצויות והוחזקו משום דסובר דלא מהני כלל דהא דמהני טב"ע בצורבא מרבנן אף במצאו אחר שאין לו מגו דלא אבדתי אע"ג דקיי"ל אין ע"א נאמן באיסורין באתחזק איסורא ובפרט בדבר שבערוה כדאמרינן בפ"ק דגיטין ולא מפלגינן בין צורבא מרבנן לאינש דעלמא דגם רבב"ח דאייתי גיטא הוצרך לומר בפ"נ ובנ"ח כדאיתא בגיטין (ד' ה') דבלא"ה לא מהמנינן אע"ג דהוי צורבא מרבנן והכא גבי גט שנאבד מהימן צורבא מרבנן וע"כ הטעם הכא משום דכיון דאיכא עדים דנעשה שליח הגט ואבד ממנו ואין כאן חשש רק משום שני יוב"ש והוי רק חשש דרבנן והימנוהו רבנן לצו"מ וכ"ז הוא רק בלא הוחזק שני יוב"ש דהוי רק חששא דרבנן משום לעז כמ"ש התוס' אבל בהוחזק ושיירות מצויות דהוי חששא דאורייתא לא מהני טב"ע דצורבא מרבנן כלל דהדרינן לכללא דאין ע"א נאמן באיסורין ולהכי בדין שיירות מצויות והוחזק שכתב בהלכה שאח"כ לא הזכיר כלל דין טב"ע רק נקב יש בצד אות פלוני שמהני שהרי הוי סימן מובהק דבחששא דאורייתא לא מהני טב"ע רק בלא הוחזקו דהוי רק חששא דרבנן בזה מהני טב"ע:

והשתא ניחא מש"פ הר"מ ז"ל כר"ז דבלא הוחזקו נמי חיישינן ולא פסק כרבה לקולא דבלא הוחזקו לא חיישינן דבדרבנן בעינן למיפסק לקולא ולדברינו אתי שפיר משום דסתמא דתלמודא סברי בעובדא דרבב"ח דמהני טב"ע וע"כ מיירי בלא הוחזקו דהוי רק חששא דרבנן דבחששא דאורייתא לא מהני טב"ע דאין ע"א נאמן באיסורין וע"כ דמיירי בלא הוחזקו א"כ חזינן דסתמא דגמרא סובר כרבי זירא דגם בלא הוחזקו חיישינן מדרבנן ומהני לזה טב"ע ומיירי שידעו שנאבד הגט מרבב"ח רק החשש הוא משני יוב"ש דאז הוי מדרבנן ומהני טב"ע בלא הוחזקו אבל אם לא הי' ידוע שנאבד ממנו הגט דאז בעינן עדות מדאורייתא לא מהני טב"ע:

ובזה א"ש הא דפריך ר"ע לרבה בב"מ (דף כ') דפשיט לי' ממתניתין דכל מעשה ב"ד הרי זה יחזיר היכי פשיט לי' איסורא מממונא וא"ל תרדא שטרי חו"מ תנן וקשה אטו ר"ע לא ידע סיפא דמתניתין דשטרי חליצה ומיאונין תנן דהוי נמי איסורא ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דהוי מדרבנן דלא הוחזקו שני יוב"ש הוי סובר ר"ע דאיכא לאפלוגי בין איסור כרת ומיתה לאיסור לאו דבממונא ואיסור לאו כמו חליצה לא חיישינן בלא הוחזקו ובאיסור א"א חיישינן מדרבנן ורבה השיב לו תרדא שטרי חליצה ומיאונין תנן ורבה לטעמי'

דסובר ביבמות (ד' קי"ט) ועיין יבמות (ד' פ"ב) דגרסינן רבה] מכדי איסור דאורייתא מה לי איסור לאו מה לי איסור כרת וכדפרש"י ביבמות דפלוגתייהו היכא דאיכא חשש עצם האיסור ולא הרחקה בעלמא בזה סובר רבה דליכא לאפלוגי בין איסור כרת לאיסור לאו וכיון דבשטר חליצה מהדרינן ולא חיישינן לשני יוב"ש ה"ה באיסור א"א דמ"ש:

ובזה אתי שפיר מה שהקשו התוס' שם ביבמות דקאמר בחד לישנא אפלוגתא דר"א בן מהבאי ורבנן דכולי עלמא סימנין דאורייתא ובחד לישנא דכולי עלמא סימנין דרבנן ופריך להך לישנא דכולי עלמא דאורייתא אמאי אין מעידין אף על פי שיש סימנין בגופו ובכליו ואמאי לא פריך נמי להך לישנא דסימנין דרבנן מהאי דמצאו קשור בכיס וארנקי ואמאי כשר ולפמ"ש אתי שפיר דדוקא אמתניתין קמקשה מברייתא דכיס וארנקי משום דאף אם נימא דברייתא מיירי בלא הוחזקו והוי דרבנן ולהכי מהני סימנין מ"מ תקשה ממתניתין דפדחת לחוד נמי הוי מדרבנן ואפ"ה אין מעידין אבל אברייתא דשומא לא קשה אף אם נימא דכו"ע סימנין דרבנן ופליגי בשומא סימן מובהק דאיכא למימר דאף דסימנין דרבנן ולא מהני במיתה אבל בגט מהני כיס וארנקי משום דהוי רק מדרבנן משום לעז:

והנה הארכנו לבאר בדעת הר"מ ז"ל דבשיירות מצויות ולא הוחזק הוי רק איסור דרבנן אבל היכא דשיירות מצויות והוחזקו הוי חששא דאורייתא שמא מאחר נפל ולא אמרינן היינו הך דאבד היינו הך שנמצא וע"כ מטעם שכתבנו דכיון דאיכא למימר דהגט נדחף ברגלי העוברים שמה חיישינן שמא גט זה אחר הוא ול"ד לשדה שאבד בה קבר שהקבר הראשון בוודאי עדיין הוא בשדה זו ולפ"ז אין לנו מקום להקל בעובדא דידן אלא משום הכרת הבגדים שהכירו בטב"ע הקאפאטע והאקאפעלוש והנה דעת הב"י והיש"ש דלא מהני בבגדים אפילו סימן מובהק ועיין בתשובות נוב"י מה"ק (סי' ל"א) בשם הר"מ ברבי ז"ל שרוצה לומר דאף למ"ד דחיישינן לשאלה זהו דווקא בסימן אבל בטב"ע מודה דלא חיישינן לשאלה משום דטביעת עין הוי כעדות ברורה. וע"ש שדחה דבריו ז"ל דאין חילוק וגם בטב"ע חיישינן לשאלה:

ויש לי להביא ראיה מדברי התוס' יבמות וב"מ שכתבו דלהכי לא מייתי הסוגיא דב"מ מהך ברייתא דמצאו קשור בכיס וארנקי דסימנין דאורייתא משום דאיכא למדחי דמיירי שמצאו בעצמו ומכירו בטב"ע עיי"ש ואפ"ה פריך שם הגמרא בב"מ דניחוש לשאלה גבי כיס וארנקי הרי דגם בטב"ע חיישינן לשאלה (ועיין במהרש"א שם):

אולם הרבה מראשונים ז"ל פסקו דלא חיישינן לשאלה וסמכו על דברי התוס' ביבמות שכתבו דלמסקנא דמשני ואיבע"א כליו בחוורי וסומקי לא חיישינן כלל לשאלה וכ"כ

הנמוק"י והסכים לזה הגר"א ז"ל בביאורו והכי משמע וודאי לישנא דהש"ס דקאמר כליו דחיישינן לשאלה ואי חיישינן לשאלה חמור בסימני אוכף היכי מהדרינן משמע וודאי דרק משום דוחק קושיא דמקשה אמ"ד סימנין דאורייתא ממתניתן אעפ"י שיש סימנין בגופו ובכליו והוצרך לשנות גופו דארוך וגוץ דהיינו סימן גרוע ובכליו לא רצה לאוקמי בסימן גרוע דסתם כלי יש בה סימן מעליא והוצרך לומר דחיישינן לשאלה אבל לפי המסקנא דמשני דגם בכליו מיירי בסימן גרוע כגון בחוורי וסומקי אין צריך לומר כלל דלגבי כלים חיישינן לשאלה והב"ח בתשובה שדא בה נרגא דהא בסוגיא דב"מ קאמר מתחילה ואבע"א כליו בחוורי וסומקי ואח"כ פריך ממצא קשור בכיס וארנקי ניחוש לשאלה הרי דהך סברא דחיישינן לשאלה קאי גם למסקנא וע"כ דסברא פשוטה היא לחוש לשאלה:

ולפמ"ש הרי"ף ז"ל ביבמות דפסק גבי יצחק ר"ג הוה אזיל מקורטבא לאספמי' ושכיב דפסקינן כרבא דלא חיישינן לתרי יצחק וגבי גט פסק כר"ז דאפילו בלא הוחזקו חיישינן בשיימ"צ לתרי יוב"ש. וכ' הרא"ש בפ' כל הגט דטעמו של הרי"ף ז"ל דדוקא גבי גט פסק לחומרא משום דאפשר בגט אחר משא"כ בעובדא דיצחק ר"ג אם נחוש לתרי יצחק צריכה להתעגן כל ימי' פסק לקולא עי"ש [ודע שעל דברי הרא"ש אלו קשה לי טובא דמחלק בין גט למיתה דבגט החמירו דאפשר ליתן גט אחר ובגמרא משמע דלא מפלגינן בזה דהא אמר שם (ד' קט"ו) גבי יצחק ריש גלותא דאביי סובר חיישינן לתרי יצחק וקאמר אביי מנא אמינא לה דההוא גיטא דאשתכח בנהרדעא דהוי כתיב בי' בצד קלוני' מתא אנא אנדרולינאי מנהרדעא פטרית ותרכית ית פלונית אנתתי ושלחה אבוה דשמואל קמיה דר"י נשיאה ושלח לי' תיבדק נהרדעא כולה והוצרך רבא לדחות דמשום כבודו דאבוה דשמואל שלח הכי ואמאי לא משני עדיפא דגט שאני דאפשר ליתן גט אחר א"ו דלא מחלקינן בין גט למיתה וכן מוכח שם בסוגיא דרבא דאמר לא חיישינן לתרי יצחק בגט נמי לא חיישי דהא קאמר שם גבי גיטא דאשתכח בסורא וכתיב בי' אנא ענן בר חייא כו' דאמר רבא אפילו לדידי דלא חיישינן הכא חיישינן דילמא בגמלא פרחא אזיל ע"ש הרי מבואר דבלאו טעמא דגמלא פרחא לא חיישינן לרבא אפילו בגט וצ"ע]:

א"כ אפשר דסוגיא דב"מ סברי דאף אם גבי מיתה לא חיישינן לשאלה כדשנינן כליו בחוורי וסומקי אבל בסימנין בינונים מעידים ולא חיישינן לשאלה גבי מיתה מ"מ בגט בעינן למיחש והוצרך לשנויי דכיס וארנקי לא מושלי אנשי אבל במיתה שתתעגן כל ימי' לא חיישינן לשאלה ועוד יש לחלק דבמיתה שנמצא הכלי עליו בעינן למימר חזקה

כל מה שתחת יד אדם הוא שלו אבל בגט שנמצא בשוק אין כאן חזקה שלא תחת יד אדם נמצא וחיישינן לשאלה וסברא זו כתבתי בעצמי ומצאתי אח"כ בנוב"י מה"ק:
ומה שכתב כבודו בשם מהר"י ברונא ז"ל ראי' מדברי הרמב"ם ז"ל דחיישינן לשאלה מהא דכתב (בפ"ג מהלכות גירושין הלכה ט') מצאו בכלי שהניחו בו ויש לו טב"ע בארכו ורחבו של גט שהי' כרוך בו הרי הוא בחזקתו ותתגרש בו והקשה הרה"מ והר"ן ז"ל דכשמצאו בעצמו בטב"ע לחוד סגי דגם ע"ה יש לו טב"ע אלא שאינו נאמן וכשמצא שיש לו מגו דלא אבדתי מהני טב"ע דידי' לחוד וא"צ סימן ואם יש סימן א"צ טב"ע דמחזירין פירות ע"י כלי לכן פי' מהר"י ברונא ז"ל דכוונת הרמב"ם ז"ל דמפרש הא דקתני במתניתין מצאו בחפיסה ודלוסקמא אם מכירו כשר דאעפ"י שיש סימן בכלי מ"מ בעינן טב"ע בגט משום דחיישינן לשאלה וכן מצאתי להרב פני משה בירושלמי שפירש כן דעת הרמב"ם ז"ל:
אולם אנכי מצאתי בחי' הרמב"ן ז"ל בגיטין (ד' כ"ז) שפי' הא דתנן מצאו בחפיסא ודלוסקמא אם מכירו כשר דהאי מכירו אחפיסא ודלוסקמא קאי שמכיר החו"ד בטב"ע וה"ה אם מכיר הגט בטב"ע אלא מתניתין אורחא דמילתא קתני דלא שכיח טביעותא בגט וקמ"ל דמהדרינן פירות בכלי וסמכינן אסימנא דכלי עכ"ל ולא מיירי מתניתין בסימן כלל רק שמכיר החפיסא ודלוסקמא בטב"ע לחוד [והאי סימנא היינו טב"ע] הרי בהדיא דמהדרינן גט בטב"ע דכלי ולא חיישינן לשאלה דסובר כיון דמשנינן דכליו דמתניתין היינו בחוורי וסומקי שוב אין אנו צריכין לומר דחיישינן לשאלה ומה שהוכיחו מהר"י ברונא והפני משה מדברי הר"מ דחיישינן לשאלה ממה שהוצרך במצאו בחו"ד טב"ע בארכו ורחבו של גט ולא סגי בסימן שבכלי נראה לי ליישב דוודאי כוונת הרמב"ם ז"ל דבעינן תרתי טב"ע וסימן בכלי אבל לא מטעם דחיישינן לשאלה אלא מטעם אחר והוא לפי מה שבארנו בתשובה אחת דאף שהר"ן ז"ל פשיטא ליה דהר"מ מיירי במצאו בעצמו ופשטא דמתניתין בגיטין (דף כ"ז) שהעתיקה הר"מ בהך בבא נמי הכי משמע מ"מ לאו דבר ברור הוא והירושלמי וודאי דמפרש דמתניתין מיירי במצאו אחר דהא אמר בירושלמי (בגיטין פ"ג ובפ' בתרא דיבמות) דחשש הוא שמא הי' בידו גט פסול והשליך הפסול ואבד הכשר וכשמצא את הפסול מצא עיי"ש (וגם מעכ"ת הביא דברי הירושלמי) וחששא זו וודאי לא שייכא אלא כשמצאו אחר והשליח אין לו נאמנות דבמצאו בעצמו הא יכול לומר שלא היה בידו גט פסול כלל א"ו דמיירי כשמצאו אחר וכן נראה מפרש"י שסביב האלפסי ז"ל שכתב מצאו לאלתר כשר כגון שנכתב בו ביום עיי"ש ולמאי הוצרך לפרש שנכתב בו ביום א"ו דמפרש שמצאו אחר וקשה לו דבמצאו

אחר מנא ידעינן שהוא לאלתר שמא נאבד מכבר ולהכי פירש שנכתב בו ביום וזה פשוט וגם לפי תש' מהר"י ברונא ע"כ דמיירי במצאו אחר דכיון שפירש בדעת הר"מ דחיישינן לשאלה ע"כ דמצאו אחר דבמצאו בעצמו ואומר שלא השאיל לאחר נאמן במגו דלא אבדתי א"ו דמיירי שמצאו אחר או שיש עדים שאבדו דשוב ליכא מיגו ואין לו נאמנות לומר שלא השאיל:

וכיון שבארנו דמיירי במצאו אחר או שיש עדים שאבדו דאין מגו להשליח א"ש מ"ש דבעינן תרתי סימן בכלי וטב"ע בגט דטב"ע לחוד לא מהני באינש דעלמא דלאו צורבא מרבנן וסימן בינוני בכלי נמי לא מהני דלמא סימנין לאו דאורייתא. אבל בתרווייהו סימן בינוני בכלי וטב"ע בגט מהני שפיר משום דע"י הסימן בכלי מחזירין לו הכלי והגט כדין אבידה דעלמא דאף דלא מהני סימן לענין איסור מ"מ לענין ממון מהני מחמת תקנת חכמים ובעינן להחזיר לצור ע"פ צלוחיתו וכיון שמחזירין לו הגט עפ"י דין ובהתירא ובדינא אתי לידי' שוב מהימן עליו שמכירו בטב"ע שהוא שלו ואינו מיוב"ש אחר כיון שהוא בידו הרי הוא כשליח בעלמא שנאמן אם הגט בידו דכשהוא ביד ע"ה נמי מהימן וסימן לחוד לא מהני דלענין איסור סימן לאו דאורייתא ואם השליח בעצמו אינו יודע שהוא שלו רק ע"י הסימן וטב"ע אין לו בהגט לא מהני וגם טב"ע לחוד לא מהני שאין אנו מחזירין אבידה לאינש דעלמא בטב"ע אבל כשמחזירין ע"י סימן מהני טב"ע דידי' וזה שכתב הר"מ ז"ל מצאו בכלי וסתם כלי יש בו סי' דהיינו מצאו בחפיסא או בדלוסקמא ומכירו גם להגט בטביעות עין כשר ואף אם אבדו במקום שרוב עכומ"ז דמדין אבידה הבעלים מתייאשים מ"מ הא הגט לאו של השליח הוא רק של הבעל והוא אינו יודע שנאבד והוי יאוש שלא מדעת ולפי זה אין ראי' מדברי הר"מ דחיישינן לשאלה:

אלא שלכאורה יש להקשות בהא דרבב"ח אירכס לי' גיטא ואמר אי סימנא אית לי בגוויה אי טב"ע אית לי בגוויה אהדרוה נהלי' ולא ידענא אי משום סימנא וסברי סד"א או משום טב"ע ודווקא לצומ"ר אבל אינש דעלמא לא ואמאי לא קאמר נמי דלמא אפילו לאינש דעלמא מהדרינן משום סימנא וסימנין דרבנן ואפ"ה החזירו משום אבידה לצור על פי צלוחיתו דבאבידה עבוד רבנן תקנתא ושוב מהני טב"ע אף לאינש דעלמא אחר שהוחזר לו והוא בידו ועלה בדעתי לומר דהא מילתא דאמרינן דצריך להחזיר הגט לצור על פי צלוחיתו בתורת אבידה הוא רק אם הגט שו"פ אבל אם אין בו שו"פ אין צריכין להחזיר מדין אבידה ובגט אמרינן בגיטין (דף כ') דלא בעינן שו"פ דכתבו על העלה של זית נמי כשר ועובדא דרבב"ח מיירי דלא הי' שו"פ משא"כ במשנה דמצאו בחפיסא אף שהגע אין בו שו"פ מ"מ החפיסא יש בה שו"פ והכלי והגט אבידה אחת היא ועיין ברא"ש

שם בב"מ דאבידה שאין בו שו"פ לא לבד שאינו מחויב להגביהו אלא אפילו הגביהו א"צ להשיב:

ועוד לפי מה דמבואר בירושלמי דהאי גיטא שאבד רבב"ח אשכחי' כותי אם כן אפ"ל דנתייאש ממנו תיכף שנתוודע לו שמצאו כותי קודם שהחזיר ואף שהגט של המגרש וגבי בעל הוי ישל"מ יש לומר דביד כותי הוי אבודה מכל אדם ודמי לזוטו של ים ושלילותו של נהר דהוי יאוש אף שלא מדעת כדאמרינן בפ' אלו מציאות. ולהכי לא מצי אמר שהחזירו הגט בתורת אבידה משום סימן שנתן ועוד דבלא"ה לק"מ דהא הש"ס קושטא דמלתא קאמר דהא רבב"ח הוי צורבא מרבנן ומשום טב"ע לחוד מהדרינן לי' ומסופק רק דלמא משום סימנין לחוד משום דסד"א או משום טב"ע לחוד משום דהוי צו"מ אבל משום תרתי ליכא למימר דהא איהו צורבא מרבנן הוי ובטב"ע לחוד מהדרינן ואה"נ דבאינש דלאו צו"מ מהדרינן בתרתי דמהני סימנא לדון באבידה ואחר שהגט בידו מהני טב"ע אף למאן דלא הוי צו"מ כמ"ש הר"מ ז"ל:

ובזה א"ש מה שיש לתמוה טובא בהך מילתא דצו"מ מהימן טפי מאינש אחרינא הא לענין איסורין צו"מ שוה לכל אדם וגם רבב"ח דאייתי גיטא בפ"ק דגיטין (דף ה') הוצרך לומר בפני נכתב ובפני נחתם דבזה כל שליח נאמן משום דמעיקרא מידק דייק ומשום עגונה אקילו בה רבנן אף בשליח דעלמא שאינו צו"מ הא אם לא אמר בפ"נ רק שאמר שהוא שליח הגט או ידעתי לא מהני אף בצו"מ ומדוע בגט שאבד מהימן צו"מ ואחרי כותבי מצאתי גם להגאון בעל בית מאיר שעמד בזה באהע"ז (סימן קל"ב) גם הר"מ ז"ל לא הזכיר כלל הך דינא דצו"מ מהימן בטב"ע גבי גט אבל לפי מה שכתבנו א"ש דהר"מ סובר דבאמת ליכא שום מעלה לצו"מ יותר משאר אדם לענין איסור רק כיון דלענין אבידה מהדרינן לצו"מ (ושם הוא בכלל דרשהו אם רמאי הוא דצו"מ ידעינן דלאו רמאי הוא בלא סימנין] להכי כיון שצריכין להחזיר לו מחמת דין אבידה (ומיירי שיש בו שו"פ) ממילא הוי הגט ביד השליח ונאמן עליו אבל אינש בעלמא דלא מהדרינן לי' מדין אבידה אינו נאמן בשמצאו אחר כיון שאינו בידו ולהכי מספקא לי' להש"ס אי משום סימנא וסימנין דאורייתא ומהדרינן לכל אדם ומהני גם לענין איסור כיון דסימנין דאורייתא או משום טב"ע ולא מהדרינן אלא לצו"מ שצריכין להחזיר מטעם אבידה ואח"כ מהני הכרתו ולהכי לא הביא הר"מ דין דלצו"מ מהדרינן בטב"ע ואינש אחרינא לא מהדרינן דכיון דעיקר החזרה הוא מדין השבת אבידה והא דמהני לענין גיטא הוא ממילא וכבר השמיענו הר"מ ז"ל הך דינא בהלכות גזילה ואבידה דלצו"מ מחזירין ע"י טב"ע ולא שנה

לנו כאן אלא דין השנוי במשנה דבסימן בינוני בכלי וטב"ע בגט מהדרינן לכל אדם אף למי שאינו צו"מ אף במצאו אחר וכמו שבארנו:

ונ"ל דזה כוונת הרמב"ן ז"ל בחי' לגיטין אמשנה דמצא בחו"ד וז"ל הא דתנן מצאו בחו"ד אם מכירו כשר ה"ה למכירו בגט עצמו בט"ע דכשר דהא איהו ידע בנפשי' וטב"ע עדיפא אפילו בע"ה טפי מסימנא אלא אורחא דמלתא קתני דלא שכיח טביעותא בגט וקמ"ל דפירות בכלי מהדרינן וסמכינן אסימנא דכלי (היינו טב"ע) והא דאמר רבב"ח ולא ידענא אי משום סימנא אהדרוה נהלי' אי משום טב"ע וש"מ דמהדרינן בי' אבידתא ודווקא לצו"מ דלא משקר בדיבורי' אבל אינש בעלמא לא מהדרינן בי' אבידה דלמא משקר אבל גיטא מה לי צו"מ מה לי שאר אנשי עכ"ל ודבריו ז"ל אין להם ביאור דהא רבב"ח נמי לענין גט קאי ומחלק בין צו"מ לע"ה ומאי מחלק בין אבידה לגט ולפמ"ש זה כוונתו ז"ל שבא לפרש מתניתין שמחזירין הגט בטב"ע דכלי ומירי שמצאו בעצמו להכי נאמן אפילו לאו צורבא מרבנן ואע"ג דאמרינן דדוקא לצורבא מרבנן מחזירין ע"ז תירץ דגבי רבב"ח החזירו מטעם אבידה ואח"כ מהימן גם לענין גט להכי מחלקינן בין צו"מ לע"ה דלענין אבידה הדין כן כמ"ש אבל הכא במתניתן שמיירי במצאו בעצמו אם הי' לו טב"ע הי' נאמן גם ע"ה כיון שיש לו מגו גם ע"ה מהימן והתם גבי רבב"ח הא מצאו אחר ואין לו נאמנות ואין החזרה רק מטעם אבידה מדין ממון ואח"ז מיהא מהימן ממילא ובאבידה מחלקינן בין ת"ח לע"ה אבל במתניתין שמצאו בעצמו ומכירו בטב"ע אפילו ע"ה נאמן במגו וזה ברור:

אלא שקשה על דברינו אלה מהא דאמרינן בב"מ (דף כ"ח) הוא אומר סימני הגט והיא אומרת סימני הגט ינתן לה ע"ש בגמרא ופסק כן הרמב"ם ז"ל דבעינן סי"מ דנקב יש בו בצא"פ אבל ס"ב לא מהני ואמאי נימא כיון שצריך להחזיר לה הגט מדין אבידה דסימן הבעל לא מהני מידי והוי אח"כ הגט בידה ונאמנת לומר שנתגרשה כמו כל אשה דנקיטא גט בידה וצ"ל דמיירי שהגט אין בו שו"פ דלית בי' דין אבידה ואפשר לומר עוד כיון דסד"ר ומהדרינן רק מטעם דניחא לי' לבעל אבידה כדאמר בש"ס ובשטרות דלא ניחא לי' ללוה לאהדורי למלוה כתב הרא"ש ז"ל דלמ"ד סד"ר צ"ל דחכמים ידעו טעמו של דבר ונ"ל דכוונתו דכאן דכיון דעביד רבנן תקנתא באבידה לא פלוג רבנן בכל עניני אבידה אפי' בשטרות וכ"כ הריטב"א ז"ל בחידושיו על ב"מ וזהו דווקא בשטרי ממון אבל בגט אשה שעיקרו אינו לממון רק להתגרש לא מהדרינן בסי' בינוני כיון דאין הבעל מודה דהא אמר שממנו נפל ולא ניחא לי' לאהדורי לא עביד תקנתא כיון דלא ניחא לי' ודווקא במתניתין דמביא גט ואבד ממנו דאין הבעל כאן ולא ידעינן דלא ניחא לי' בזה

מהדרינן לכללא דלענין לצור עפ"י צלוחיתו בעינן למיהדר בסימן בינוני ולהכי בנמצא בחפיסה ודלוסקמא מהני אח"כ הטב"ע בגט כמ"ש בדעת הר"מ ז"ל אבל בש"ס (בדף כ"ח) שהבעל אומר ממנו נפל ולא ניחא לבעל דלהדרי' לדידה לא עביד רבנן תקנתא בגט ולהכי כתב הר"מ ז"ל דבעינן נקב בצד אות פלוני:

והא דאמרינן (בדף י"ח) גבי מצא גט אשה בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה ומשנינן כגון דקאמר נקב יש בצא"פ ולא מהני ס"ב אע"ג דבעינן למיהדר לה מטעם אבידה וגם הבעל אינו מעכב דהא מודה נראה לי דהר"מ לא יפרש כפי' התוס' שמודה שמכבר נתנו לה וממנה נפל דבזה הי' מועיל סי' בינוני דידה כיון שצריך להחזיר לה מדין אבידה רק דמיירי שמודה שרוצה ליתן לה עכשיו וממנו נפל ורוצה ליתן לה ולהכי בעינן סימן מובהק כי היכא דלא ניחוש ליוב"ש אחר והבעל והאשה גופא אינם יודעים אם זה הגט שלו ובאיסור לא מהני ס"ב להכי בעינן ס"מ אבל אם אומר שכבר נתן לה והיא אומרת ס"ב נמי מהני כיון שמודה שממנה נפל וניחא ליה לבעל להחזיר לה מדין אבידה וכשמחזירין לה מדין אבידה והיא יודעת שכבר נתגרשה בו היא נאמנת אחרי שהוחזר לה הגט:

ועוד נ"ל דהדברים נכונים בלא"ה דאף שכתבנו דגבי השליח אם נאבד ממנו והוא נותן סימן בעינן להחזיר לו ע"י סימן מדין אבידה ואחר שהוא בידו אם מכיר אותו בטב"ע שהוא שלו נאמן זהו דווקא בשליח שאומר שמכיר הגט ששלו הוא ואחר שהוא בידו נאמן לומר שזה הגט שלו הוא שנאבד ממנו ומגרשה בו אבל אם האשה אומרת שנאבד ממנה אף אם נחזיר לה מדין אבידה לצור ע"פ צלוחיתה בסי' בינוני אפ"ה אינה נאמנת לומר אח"כ שנתגרשה וממנה נפל ואף שאחר החזרה הוא בידה מ"מ כיון שהיא אינה אומרת שמכרת אותו בטב"ע שזהו שנתגרשה בו ונאבד ממנה רק שאומרת ס"ב ובסימן לא מחזקינן לה שממנה נפל לענין איסור מאי אמרת הואיל והגט בידה נאמנת לומר שנתגרשה ז"א דהא אינה אומרת שבגט זה נתגרשה דהא אינה מכרת הגט (וסימן לא מהני לענין איסור) רק שאנו רוצים להאמין לה שנתגרשה בגט והיא גרושה ע"י גט זה או ע"י גט אחר הא לענין זה לא שייך לחזק נאמנותה מחמת שהגט בידה כיון דאינה אומרת שבגט זה דווקא נתגרשה ודווקא גבי שליח שנמסר בידו הגט מדין אבידה ואחר שהוא בידו מאמינין לו מה שאומר שמכיר הגט שזהו שאבד א"ש דכיון שהוא בידו נאמן לומר שהוא שלו אבל באשה שאינה מכרת הגט רק שאומרת ס"ב וס"ב לא מהני לענין איסור אף שמחזירין לה מדין אבידה אינו מועיל להחזיקה לגרושה אף שהגט בידה דהא אינה יודעת שזה הגט שנתגרשה בו רק שאומרת שנתגרשה בגט ומה שגט זה בידה אינה

ראי' שנתגרשה בגט כלל דלענין איסור סימנין לאו דאורייתא ולהכי א"ש מה דמשני דבזמן שהבעל מודה דקאמרה נקב יש בצא"פ ולא סגי בס"ב ואין ה"נ אם היתה נותנת ס"ב ואומרת שהיא מכרת בטב"ע נמי מתירין אותה להנשא מה"ט דכיון שמחזירין לה מדין אבידה ע"י הסימן נאמנת לומר שזה הגט שלה ובו נתגרשה אבל עכשיו שאינה מכרת אותו בטב"ע מאי מהני מה שמחזירין לה הגט והוא בידה הואיל ואינה אומרת שבו נתגרשה רק שאומרת שנתגרשה ואינה יודעת אם בגט זה אם בגט אחר דהא הסימן בינוני אין בו כח וראי' שבגט זה נתגרשה דסימנין לאו דאורייתא לענין איסור:

ומיושב נמי מה שקשה לפי דברינו בהא דקאמר בב"מ וביבמות מצא קשור בכיס וארנקי ניחוש לשאלה ומאי קושיא הא לענין ממון לא חיישינן לשאלה כדתנן מצא כלי ולפניו פירות וכיון דצריך להחזיר לו הגט ע"י סימן אי סימנין דאורייתא [ומהני נמי לענין איסור] וליכא רק חשש שאלה א"כ הא בעינן למימר כאן שהוצרכנו להחזיר לו הגט מדין אבידה דבדין אבידה לא חיישינן לשאלה ממילא הוי אח"כ בידו ונאמן שלא השאיל לאחר וכמ"ש בדעת הר"מ ז"ל. ולשיטת הריטב"א א"ש שכתב דחיישינן לשאלה אף באומר שלא השאיל לאחר שמא שכח אבל לדברי המהרש"א שכתב דבמצאו בעצמו לא חיישינן לשאלה כיון שהוא נאמן ואומר שלא השאיל לאחר א"כ קשה במצאו אחר נמי לא ניחוש לשאלה כיון שצריכין להחזיר לו מדין אבידה ממילא נאמן לומר שלא השאיל לאחר. וצ"ל כמ"ש דלא מהני מה שמחזירין לו מדין אבידה והוא אח"כ בידו אלא היכא שיכול לומר שיודע שזה הגט שנאבד ממנו:

אבל אם אינו אומר שמכירו שזהו שנאבד ממנו לא מהני מה שהוא בידו ולא מהימן ג"כ לומר שלא השאיל לאחר:

הנה הארכנו לבאר שאין ראי' מדברי הר"מ ז"ל שסובר דחיישינן לשאלה ממה שהצריך במצאו בחו"ד טב"ע בארכו ורחבו של גט ולא סגי בסימן שבכלי והנה בנהרג זה הכירו כל פרצוף פניו שהי' ניכר רק שהספק אם נהרג קודם ג"י או תוך ג"י ולדעת הריטב"א שהביא הנמ"י דחששא דהשתנות פניו אחר ג"י הוא דרבנן וכיון דהוי רק איסור דרבנן דמדאורייתא ניתרת ע"י הכרת פנים יש לסמוך אהכרת בגדים כיון דאיכא תרי לישנא בגמרא אי חיישינן לשאלה ואיפלגי רבוותא בזה בדרבנן סמכינן להקל דלא חיישינן לשאלה וכן ראיתי להגאון שא"ר ז"ל בתשובותיו החדשות שסמך להקל במשאל"ס היכא דאיכא הכרת בגדים מה"ט דמים שאל"ס דרבנן סמכינן אהך לישנא דלא חיישינן לשאלה:

וה"נ נוכל לסמוך אדעת הריטב"א דחששא דג"י הוי דרבנן ולא חיישינן לשאלה היכא דהותרה מה"ת בלאו הכי כנלע"ד:

סימן קכה

שאלה ע"ד העגונה אשת ר' שמואל מטיקטין שהעיד ע"א שראה שנטבע בעלה בנהר ווייעטלה במחוז כשהי' רוכב על הסוס ונשתהה במים לערך ב' שעות עד שבאו אנשים והוציאוהו מהנהר והכיר אותו ר' יצחק עם אשתו בטביעת עין כי הוא ר' שמואל שנטבע גם מלבושיו הכיר שהמה המלבושים שהי' לבוש ר"ש הנ"ל כשנטבע ולא הי' שום חבלה בפניו ונשתהה לערך שמונה ימים עד שהשיגו רשיון מהממשלה לקוברו והעד הנ"ל הי' אצל הקבורה:

תשובה הנה ביבמות (דף קט"ו) מבעי לן בע"א במלחמה אי מהימן מי אמרינן טעמא דע"א מהימן משום דמילתא דעבידא לגלויי לא משקרי אנשי ה"נ לא משקרי או דילמא משום דאשה דייקא ומינסבא והכא לא דייקא דאמרה בדדמי ופשיט מברייתא דמעשה בשני ת"ח שהיו באין עם אבא יוסי בן סימאי בספינה וטבעה והשיא רבי נשותיהן ע"פ נשים והא מים כמלחמה דמי והא נשים אפילו מאה כע"א דמיין והשיא רבי נשותיהן. ופריך ותסברא הא מים שאין להם סוף אשתו אסורה אלא דקאמרי אסקינהו קמן וחזינהו לאלתר וקאמרי סימנין דלאו עלייהו סמכינן אלא אסימנין עכ"ל הגמרא. וכתב הרי"ף ז"ל ולא איפשטא בעיין אלא מיהו כיון דאמרינן בפירקא דלקמן ההוא גברא דטבע בדגלת ואפקוהו אגישרא ואסבא רבא לדביתהו אפומא דשושבינא לבתר חמשא יומין שמעינן דע"א במים שאל"ס נאמן ודווקא היכי דאמר אסקוהו לקמאי וחזיתי' לאלתר ואישתמודענא לי' דאיהו פלוני וכדאסיקנא למעשה דשני ת"ח שהיו באין עם אבא יוסי בן סימאי וכדאמרינן בההוא גברא דטבע בדיגלת ואסקוהו אגישרא וה"ה לע"א במלחמה היכא דאמר מת וקברתיו ואי לא קא מסהדי הכי אפילו תרי סהדי לא סמכינן עלייהו וכש"כ ע"א או אשה חיישינן דילמא אאומדן דעתא קא מסהדי וכן הלכתא עכ"ל:

וכבר בארנו לעיל דברי הרי"ף ז"ל במה שאמר דאיפשט בעיין מההיא דדיגלת וישבנו קושית הרשב"א ז"ל עליו ומה שהקשה הרשב"א והרא"ש ז"ל בהא דקאמר דגם בב' עדים בעינן קברתיו ואי לא אמרי הכי חיישינן דילמא אמרי בדדמי ובגמרא כי בעי לפשוט מברייתא דב' ת"ח קאמר והא נשים מאה כחד חשיבי משמע דאי הוי כתרי לא הוה שייך למיחש בדדמי נראה לי דלא ק"מ דהנה כבר נתקשו כל הראשונים ז"ל במאי דאמר וקאמרי סימנין הא אנן מספקינן אי סימנין דאורייתא או לא ואי קסבר הכא הש"ס דסימנין דאורייתא א"כ למה לן הא דחזינהו לאלתר תיפוק לי' משום סימנין ודחקו עצמן

בזה דע"י שניהם ביחד הכרה לאחר שהעלום מן המים וגם הסימנין יכולין להתיר אע"ג דכל חד באפי' נפשי' לא מהני דסימנין לאו דאורייתא וההכרה לחוד לא מהני משום דאמרי בדדמי אבל אתרווייהו סמכינן וזה דחוק מאוד בכוונת הש"ס וביותר קשה לי על דברי התוס' שם שכתבו דאי סימנין לאו דאורייתא מיירי דקאמרי סימן מובהק וקשה הא סימן מובהק ודאי דהוי דאורייתא א"כ אמאי בעינן שיאמרו אסקינהו לאלתר והיינו שיהא טב"ע יפה טרם שישתנה הפנים הא סימן מובהק לחוד נמי מהני מן התורה:

לכן נראה דהרי"ף מפרש דאף דגבי מלחמה אמרינן בדדמי למי שעומד במלחמה כדאמר רבא בר"פ זימנין דמחו לי' בגירא וברומחא וסברה מת ואיכא דעבדינן לי' סמתרי וחיי וכן באשה שיושבת בביתה ושמעה שמת בעלה חיישינן לבדדמי אף שלא ראתה בעיני' המלחמה כלל רק שידעה שיש מלחמה בעולם כמ"ש רש"י במתניתין דר"פ האשה שהלכה דאם פירש מביתה חודש או חדשים אומרת מאומד לבה ודאי הואיל ולא חזר הרגוהו ע"ש הרי דגם דכשהיתה בביתה חיישינן לבדדמי זהו דווקא במלחמה אבל בטביעה במים שאני דדוקא במי שלא ראה הטביעה חיישינן שאומר בדדמי דכיון ששמע שנפל במים סבור מאומד לבו דבוודאי נטבע ולא צף ממים ובאמת יכול להיות שנטבע וצף מתחת המים מיד אבל מי שעומד ורואה הטביעה בו לא שייך בדדמי אם צף מתחת המים אי לא [היפך מדעת בעל המאור ז"ל שסובר דדוקא במי שראה הטביעה אומר בדדמי ומי שלא ראה אינו אומר בדדמי והרי"ף ז"ל סובר להיפך דדוקא במי שלא ראה הטביעה שייך בדדמי] וכמו בנפלו עליו לסטים דתנשא אע"ג דהוי כמלחמה מ"מ כיון דאשה כלי זיינה עלי' ודרך הלסטים לרחם ולהחיות את האשה ועומדת ורואה עד גמר מיתתו לא אמרינן דאמרה בדדמי אלמא דכל היכא שאינה יריאה לעמוד עד גמר מיתתו לא חיישינן לבדדמי ובנטבע נמי אם רואה הטביעה והוא עומד ביבשה ואין לו שום מורא למה ניחוש אח"כ לבדדמי ודווקא אם היא שומעת בביתה שנטבע והיא לא היתה אצל הטביעה אומרת בדדמי והיינו כיון שידעה שהלך בספינה ושמעה שנטבע אמרה וודאי מת:

ובזה א"ש שיטת הרי"ף ז"ל על נכון דכבר כתבו הרמב"ן והרשב"א ז"ל דלשיטת הרי"ף בעיא דע"א במלחמה הוא על נאמנות העד דמספקא להש"ס דהיכא דהיא אמרה בדדמי וסברה מאומד לבה שמת אם העד נאמן כיון דהיא לא דייקא והכא במלחמה מבעי לן בין שהיתה בביתה וידעה שיש מלחמה בעולם בין שהלכה עמו והיתה ג"כ במלחמה ובאת ואמרה מת בעלה דהיא אמרה בדדמי דלא נטרא עד דחזיא משום דיראה לא מהני עדות העד דכל היכא דהיא לא דייקא גם העד לא מהימן אף דהעד לא אמר בדדמי שאומר

קברתיו וע"ז פשיט משני ת"ח שהיו באין עם אבא יוסי בן סמאי בספינה והשיא רבי נשותיהן ע"פ נשים ומשמע שנשותיהן היו בביתן וע"ז קאמר הא נשים אפילו מאה כחד חשיבי והוי לי' דין ע"א ונשותיהן שהיו בביתן לא ראו הטביעה וגבי טביעה בארנו דמי שלא ראה אומר בדדמי א"כ היא שיודעת שהלך בספינה אומרת מאומד לבה שטבע ולא דייקא ואפ"ה מהימני הנשים המעידים על הטביעה אלמא דע"א מהימן אף דלא דייקא: והשתא מיושב מה שאמר והא מאה נשים כחד חשיבי דמשמע דאלו הוי כתרי הוה א"ש ולא הוי קשה לן הא דמים כמלחמה דמו ולדעת הרי"ף גם בתרי חיישינן לבדדמי דהא בדדמי לא שייך כלל באותן שראו הטביעה וכיון שהנשים ראו הטביעה לא אמרו בדדמי וקושית הש"ס הוא רק כיון דאשת הנטבע לא ראתה הטביעה אמרה בדדמי וכיון דהיא אמרה בדדמי אין העד מהימן משום דהיא לא דייקא וזה לא שייך אלא בע"א דבעינן למימר דהיכא דלא דייקא אין הע"א מהימן. אבל בתרי הא וודאי מהימן בלא דייקא דידה להכי הוצרך לאמר והא נשים אפילו מאה כחד דמיין:

וע"ז כתב הרי"ף ז"ל דהכא לא איפשט בעיין אבל מההוא דדיגלת אפשיט דע"א מהימן אף שהיא יכולה לאמר בדדמי שלא ראתה הטביעה כלל אלמא ע"א מהימן בלא דיוקא דידה וע"א במלחמה מהימן מיהו דווקא כשאמר קברתיו בזה ע"א מהימן במלחמה דאי לאו הכי אפילו גבי תרי חיישינן לבדדמי וזה קאי אמלחמה דכבר בארנו דבמלחמה שייך בדדמי אף במי שהי' במלחמה ממש אף דגבי טביעה בארנו דבמי שהי' אצל הטביעה לא שייך בדדמי משום דהתם עומד ביבשה ואינו ירא להמתין לראות עדותו שפיר אבל גבי מלחמה דירא לעמוד שם ולהמתין אמרינן בדדמי אף במי שהי' במלחמה כדאמר בש"ס גבי אשה עצמה וכמ"ש התוס' ד"ה זימנין וכן גבי עד או עדים כיון דירא להמתין חיישינן לאומר בדדמי להכי בעינן קברתיו לצאת מחשש בדדמי דמהש"ס דמוכח דבב' עדים הוי מהימני בוודאי ולא הוי חיישינן לבדדמי היינו גבי טביעה דשם ליכא כלל בדדמי למי שרואה הטביעה להכי בב"ע דא"צ לנאמנות האשה מהימני ואפשר דהנשים שהעידו לא היו בספינה זו שטבעה אלא בספינה אחרת ולא היו יראים לראות היטב:

אבל במלחמה שפיר כתב הרי"ף ז"ל דחיישינן לבדדמי דגבי מלחמה שייך בדדמי אף למי שראה ועומד במלחמה הלכך בעינן קברתיו דווקא אפילו בב' עדים ומיושב קושיתם זו שעל הרי"ף ז"ל והדר קאמר ותסברא דע"י הגדת העד מהטביעה התירו הנשים הא הוי משאל"ס ואסור אלא דקאמרי אסקינהו קמן וחזינהו לאלתר וקאמרי סימנין דהיינו בסימנין מובהקים כמ"ש הרמב"ן ז"ל בחידושיו להדיא וז"ל כדאמרי סימנין כלומר סימן מובהק כדרך שנותנין באבידה והאי כדרך שנותנין באבידה דקאמר הרמב"ן ז"ל אין

הכוונה על תכונת הסימן שיהא מובהק דהא באבידה לכ"ע מחזירין בסימן בינוני אי דאורייתא אי דרבנן אלא אסוף דבריו קאי שכתב שם דמיירי שהעדים לא היו מכירין כלל בהם ולא ידעו מי הם הנטבעים ומי המה נשותיהם רק שבאו להעיד שאנשים שהיו בהם סימנין כאלו נטבעו ונתעלו מן המים וכיון דלא באו להעיד על הנשים האלו להתירן וודאי דמהימני בלא דיוקא דידה [וכתב שם עוד או שאמרו סימנין שיש להם במקום המוצנע והיינו דבזה יכולין להתיר אף אם היו מכירין את הנטבעים ובאים להעיד על נשותיהן מ"מ לא חיישינן דילמא משקרי כיון שאמרו סימנין שיש להם במקום מוצנע ובעליהן של אלו היו להם אלו הסימנין במקום המוצנע ומנין ידעו העדים סימנין שבמקום מוצנע אם לא שראו בהם אחר מיתתם כדי להעיד עליהם דבלא"ה אין דרך נשים לידע סימנין מוצנעין שבאנשים ובזה מהימני אף שבאים להעיד] והיינו הא דקאמר הרמב"ן ז"ל דקאמרי סימנין כדרך שמחזירין באבידה משום דבאבידה חיישינן למי שאומר שהוא אבד שמא משקר ובעינן שיאמר הסימן קודם שידע שבמציאה זו יש סימן כזה דאז אמרינן דמנא ידע אם לא שהוא אבדו אבל אם ידע קודם שהגיד הסימן שיש באבידה זו האי סימנא לא מהני מידי אבל גבי עדות אשה בעצמה או בע"א דיש לו נאמנות ולא חשדינן לי' למשקר מהני אף אם יודע העד שבעל האשה יש בו האי סימנא ואומר שראה שאדם שיש בו האי סימן מת נמי מהני כיון שלא חשדינן לי' למשקר אבל הכא גבי טביעה מיירי שאומר הסימן כדרך שאומרים באבידה דהא הכא נמי חשדינן להעד למשקר מחמת דהאשה אומרת בדדמי וליכא דיוקא דידה להכי קאמר דמיירי שהעד אומר הסימן כדרך שאומרים באבידה דהיינו שאומר באופן שמועיל אף היכא דחשוד למשקר כגון שאינו יודע כלל שבעל האשה הזאת הי' לו סימן כזה רק שאומר שראה אחד שנטבע והעלוהו מן המים והי' בו סימן כזה והכל מיירי בסימן מובהק שלא נוכל לחוש דילמא אתרמי סימן כזה באדם אחר ותרי מילי קאמר הרמב"ן ז"ל דקאמרי סימן מובהק משום דבעיין דסימנין דאורייתא וסגי בסימן בינוני לא איפשט וגם שאומרים כדרך שאומרים באבידה דהיינו שאין להם נאמנות כמו באבידה וצריכין להעיד עדותן באופן שאינם באים להתיר האשה הזאת כי היכי דלא נחשדינהו למשקרי דנשים מאה כע"א דמיין ולא מהני היכא דהיא לא דייקא:

והנה בדברי הרמב"ן ז"ל בחידושיו לא מוזכר כלל הא דגרסינן אסקינהו קמן וחזינהו לאלתר דכיון דמיירי בסימן מובהק א"כ וודאי דא"ש מה שהתירו ע"י הנשים כיון שלא נתכוונו כלל להעיד ואמרו סימן מובהק אבל גירסת רש"י ותוס' וכל הראשונים הוא דאמרי אסקינהו קמן וחזינהו לאלתר וקאמרי סימנין וכן בנוסח דברי הרי"ף ז"ל שלפנינו

איתא ג"כ הנך תרתי אסקינהו וחזינהו לאלתר וגם קאמרי סימנין. ונ"ל דגם זה נכון לפמ"ש הרמב"ן דהא דקאמר וקאמרי סימנין היינו כדרך שמחזירין באבידה ולא באין להתיר אשה זו כלל והשתא מפרש הש"ס להך ברייתא דהכא לא מיירי שהסימנין ראו בהנטבעים לאחר שהעלום מן המים אלא דלאחר שהעלום מן המים לא ראו בהם הסימנין רק שהכירו אותם בטב"ע שהם אותם שנטבעו וקודם הטביעה ראו בהם הסימנים ולהכי בעינן הני תרתי שהסימנים ראו בהם קודם הטביעה מיהו לא סגי בזה דמאי מהני שהי' בהם הני סימנין הא הוי משאל"ס ולכך בעי שאחר שהעלום מן המים הכירו בהם שהם אותן שנטבעו ואז ראו אותם כשהם מוטלים מתים לאלתר שלא הי' שהות לתפוח עדיין והכירו שהם אותם שנטבעו עם הסימנין ובהני תרתי התירן רבי והא דלא מפרש שראו הסימנין אחר שהעלום מן המים ולא הי' צריך לומר שראו אותם לאלתר דבסימנין לא שייך חששא דנפח הוא משום דלשון הברייתא דקתני מעשה בשני ת"ח שהיו באין עם אבא יוסי בן סמאי בספינה וטבעה והתיר רבי נשותיהן עפ"י נשים משמע דע"י הטביעה הותרו ואם ראו הסימנים לאחר שהעלום מן המים אין אנו צריכים להזכיר הטביעה כלל להכי מפרש שהסימנים ראו קודם הטביעה ונטבעו ואחר שהעלום מן המים הכירו אותם בטב"ע שהם אותם שראו בעת הטביעה ועכשיו אחר שהעלום לא ראו בהם הסימנין דלא הוי אדעתייהו לראות הסימנין רק שהכירום בטב"ע שהם אותם שנטבעו והיינו דקאמר אסקינהו קמן וחזינהו לאלתר שהכירו שאותן שהעלו הם אותן שנטבעו ואותן שנטבעו הלא ראו בהם הסימנין קודם הטביעה. ולהכי הוזכר בברייתא הטביעה דמשום הני תרתי שרינהו במה שראו בהם הסימנין קודם הטביעה והכירו אחר הטביעה לאלתר שהם אותם שנטבעו והיינו דקאמר אסקינהו קמן וחזינהו לאלתר שהכירו שאותן שהעלו הם אותן שנטבעו והלא ראו בהם הסימנין קודם הטביעה אבל אם הי' מפרש שראו הסימנין לאחר הטביעה לא הי' צריך התנא להזכיר הטביעה כלל:

ואלולי דברי הרמב"ן ז"ל הי' אפשר לאמר דסגי כאן אף בסימן בינוני אף דמספקא לן אי סימנין דאורייתא מ"מ הכא לפי המסקנא דמוקי לה בהעלום מן המים מיירי בענין שלא היינו צריכין כלל לעדות הנשים על הטביעה והיו הרבה עדים על הטביעה שהיו מכירין בעליהן של אלו והי' די רק שמשאל"ס אשתו אסורה והתיר עפ"י נשים שהכירום אחר ההעלאה והנשים אמרו שהכירו בטב"ע שהם אותן שנטבעו דחזינהו לאלתר. ומהימני הנשים מפני שהם לא באו להעיד על נשותיהן של אלו שאין יודעין אותן כלל רק שאמרו שראו בהן הסימנין הללו ובזה שוב מהני הסימנין שאינן מובהקים כיון דמשאל"ס הוי רק דרבנן ובדרבנן סמכינן אסימן בינוני:

מיהו להרמב"ן ז"ל משמע לי' מלישנא דברייתא דעיקר ההיתר הי' ע"י הנשים ולא הוצרכו לעדות אחרים להכי מוקי לה בסימן מובהק והנה כ"ז לפי מה דדחי פשיטותא דבעיין ומוקי לה בסימנין אבל לדידן דאיפשט בעיין מסיק הרי"ף ז"ל דע"א במשאל"ס מהימן אי אמר אסקינהו קמן ולאלתר אשתמודעינהו דפלוני הוא וכדאסיקנא למעשה דשני ת"ח וכעובדא דאגישרא דשביסתא דהיינו דמהימן ע"א אף שנתכוין להעיד לפלוני אף דלא דייקא האשה רק דבעי חזינהו לאלתר שלא יהא נתפח בהכרתו אבל סימנין לא בעינן כלל ולהכי לא הזכיר הרי"ף כלל בפסק הלכה שלו סימנין רק הכרה בעלמא:

ונתבאר היטב דברי הרי"ף ז"ל על נכון והנה לפי שיטת הרי"ף ז"ל בנ"ד כיון שאמר קברתיו נאמן ע"א דבעיין איפשט ובעינן רק חזינהו לאלתר לצאת מחשש נתפח ולשיטת בעה"מ ז"ל אף דסובר דבעייא לא איפשיט וע"א במלחמה לא מהימן מ"מ הא כתב דבקברתיו לא מבעי' לי' כלל דודאי ע"א מהימן ומפרש דבעיין הוא רק אם חיישינן שהעד אומר בדדמי אבל באומר קברתיו דלא שייך בדדמי ודאי דמהימן דלא חיישינן למשקר ואם ראוהו לאלתר שהוציאוהו מן המים והכירו אותו בטב"ע והעידו על קבורתו מהני ואם באנו לחוש לדברי ר"ח שכתב דאשה וע"א בנטבע לא מהימני אף הא לא תגרע חדא דהא התוס' והרא"ש כתבו דבכל גופו שלם מהני טב"ע ולא חיישינן לבדדמי והכא הוי כל גופו שלם וכ"כ הטור (בסימן י"ד) ועוד דהא הכא הכירו בטב"ע כל מלבושיו וא"כ דמי לקאמרי סימנין דקאמר בש"ס ורבו הפוסקים דלא חיישינן כלל לשאלה ועוד שהרמ"א כתב בסעיף ל"ב) בנטבע בבגדים והוציאוהו מן המים בבגדים אלו והכירו שאלו הם הבגדים שהנטבע הי' לבוש בשעת טביעתו לא חיישינן לשאלה ואף שיש לחלק ולאמר דהתם מיירי שהטביעה הי' בעדים דליכא חשש בדדמי בשני עדים לכל הפוסקים החולקים על הרי"ף רק שאסורה מטעם משאל"ס והוי רק אסור דרבנן להכי סמכינן אהך סברא דכיון שנטבע בבגדים אלו לא חיישינן שיצא מן המים ופשטן והשאילן לאחר אבל היכא דחיישינן לבדדמי על עיקר הטביעה לדעת הרז"ה ור"ח ז"ל דהוי חשש דאורייתא לא מהני הך סברא וחיישינן לשאלה דז"א דגם הך חששא הוי רק מדרבנן דהא הר"מ ז"ל פסק בע"א במשאל"ס אף לא אמר קברתיו אם נשאת לא תצא א"כ ש"מ דהוי רק איסור דרבנן וכן פסק בכל בעיא דלא איפשטא דאם נשאת לא תצא ולדעת הרז"ה הוי הך בעיא דלא איפשטא לכן לדעתי יש להתיר האשה הזאת כ"ז כתבתי לענ"ד:

סימן קכו

שאלה באשה שהי' קטטה בינה לבין בעלה באופן המבואר בש"ע (סימן י"ז סעי' מ"ח) דאינה נאמנת לומר מת בעלי ונמצא בעלה מת ולא הוכר גופו ופרצוף פניו רק שנמצא בו סימן מובהק ברגלו:

והעדים שמצאוהו באו לב"ד והגידו שנמצא הרוג בסימן כזה והאשה אמרה שהי' בבעלה סימן כזה קודם שידעה שיש בהרוג זה הנמצא סימן כזה אם אפשר להתירה להנשא ע"י סימן זה:

תשובה הנה בב"מ (דף כ"ז) אבעיא להו סימנין דאורייתא או דרבנן למנ"מ לאהדורי גט אשה בסימנין ולא איפשטא הך בעיא כמ"ש הרא"ש שם וכן דעת רוב ראשונים ז"ל מיהו התם בגמרא מבואר דסימנין מובהקים לכ"ע מהני מן התורה דקאמר שם דכ"ע סימנין דרבנן והכא בשומא סימן מובהק קמפלגי מר סבר שומא סימן מובהק ומר סבר לאו סימן מובהק אלמא דסימן מובהק מהני מן התורה וכן פסקינן בשו"ע (סימן י"ז סעיף כ"ד) דסימן מובהק ביותר כמו חסר ויתר או שינוי באחד מאבריו מעידין עליו וכ"כ הריטב"א בחידושיו בב"מ בהא דפריך מחמור בסימני אוכף ומשני בעדי אוכף דהוי מצי לשנויי בסימנין מובהקים דהוי כמו עדים:

ולפ"ז לכאורה יש להתיר אשה זו דאף דבקטטה בינו לבינה אינה נאמנת לומר מת בעלי מ"מ הא קאמרה סימנין מובהקים וכדאמר ביבמות (דף קט"ו) גבי בעיא דע"א במלחמה אברייתא דמעשה בשני ת"ח שהיו באין עם אבא יוסי בן סימאי בספינה וטבעה והשיא רבי נשותיהן עפ"י נשים ומוקי לה דאמרי אסקינהו קמן וחזינהו וקאמרי סימנין דלאו עלייהו סמכינן אלא אסימנין ומהני אף אם נימא דע"א במלחמה לא מהימן וכמ"ש שם התוס' ד"ה וקאמרי דאי סימנין לאו דאורייתא מיירי בסימן מובהק:

מיהו יש לעיין דנחזי אנן בטעמא דסימן בינוני לא מהני וסימן מובהק מהני הוי ע"כ משום דסימן בינוני רגיל להמצא באנשים וחיישינן דלמא איתרמי איש אחר בסימן כזה. אבל סימן מובהק אינו מצוי להמצא באדם אחר כ"א אחד מאלף ולא חיישינן דילמא הנהרג הנמצא הי' בו ג"כ סימן שהי' בבעל האשה וכ"ז לענין חשש דאתרמי ג"כ איש אחר בסימן כזה דלזה מהני סימן מובהק אבל אם באנו לחוש שמא משקרת ובבעלה לא הי' כלל סימן כזה רק ששמעה שהנהרג הנמצא יש בו סימן כזה אמרה שבבעלה הי' סימן כזה ואף שלפי הנראה לא ידעה שבנהרג הנמצא הי' סימן זה מ"מ שמא ע"י רמאות נתוודע לה ולחשש זה לא מהני כלל סימן מובהק דמאי מהני הא דסימן כזה אינו מצוי כיון שאנו חוששין שגם בבעלה לא הי' סימן כזה ושקורי קא משקרי ובש"ס דקאמרינן

דאי שומא הוי סימן מובהק מעידין על השומא הוא בסתם אשה דלא הי' קטטה בינו לבינה ונאמנת לומר מת בעלי או באיש אחר שמעיד על האשה להשיאה כפירש רש"י ז"ל להכי מהני סימן מובהק דהא לא חשדינן לה למשקרת כלל ואין חשש רק שמא אתרמי אדם אחר בסימן כזה ולזה מהני סימן מובהק אבל באשה שהי' קטטה בינו לבינה דאינה נאמנת לומר מת בעלי דחשדינן לה למשקרת כדאמר ר"ח ביבמות (דף קט"ז) מ"ט דקטטה משום דמשקרא] לא מהני כלל אף סימן מובהק דאימר לא היה בבעלה סימן כזה והיא חשודה למשקרת דהא הרמב"ן ז"ל כתב בחידושיו בטעמא דבעינן למימר סימנין דרבנן משום דאימר מחזי חזי אי נמי כסומא בארובה עי"ש בדבריו ואע"ג דלא מגלינן לזה שבא ליתן הסימן שיש במציאה זו סימן כזה עד שיאמר הוא הסימן מ"מ חיישינן שמא נתוודע לו ואיערומי קא מערים וא"כ ה"נ בעדות אשה כל היכא דחשודה למשקרת בעינן למיחש שמא נתוודע לה שיש בהרוג הנמצא האי סימנא וקאמרה שבבעלה הי' סימן זה ולחשש זה לא מהני סימן מובהק כלל:

אחרי כותבי זאת מצאתי להגאון בעל פ"י ז"ל בחידושיו לב"מ שכתב כן דהא דסימן, מובהק הוי דאורייתא לכ"ע הוא רק בעדות אשה על מיתת בעלה שאינה חשודה לשקר ואין החשש רק שמא אתרמי האי סימן באדם אחר ולזה מהני סימן מובהק אבל גבי גט דחשדינן לי' למשקר או במציאה גם סימן מובהק לא מהני אם סימן בינוני לאו דאורייתא ות"ל שכוונתי לדעתו הגדולה בזה ולפ"ז ודאי דבקטטה איכא למיחש דגם סימן מובהק לא מהני:

ונראה לי דמ"מ יש להתירה ע"י סימן זה ולברר הדבר נעתיק מ"ש בעזה"י בסוגיא זו דקאמר שם בש"ס דב"מ (ד' כ"ז) אמר רבא את"ל סימנין לאו דאורייתא היכי מהדרינן אבידתא בסימנין וכו' אלא הא דתנן מצא תכריך של שטרות או אגודה של שטרות ה"ז יחזיר ה"נ דניחא לי' ללוה לאהדורי למלוה אלא א"ר סימנין דאורייתא דכתיב והי' עמך עד כו' דרשהו במאי לאו בסימנין ואח"כ אמר רבא את"ל סימנין דאורייתא את"ל הא פשיט לי' משום דאיכא למימר כדשנינן ופרש"י ז"ל דאיכא למימר דרשהו בעדים וקשה דאכתי מה יענה על הך הוכחה שהוכיח רבא דסימנין דאוריי' מתכריך של שטרות דשם לא שייך תקנתא ועיין בראש שהקשה כן ותירץ דאפשר לשנויי דהם ידעו טעמו של דבר וכוונתו דלא פלוג רבנן וכיון דתקנו בשאר אבידות להחזיר בסימנין שוב לא חלקו בין שארי אבידות לשטר עיי"ש וכ"כ הריטב"א בב"מ:

ולי נראה דבאמת הא דבעינן למימר סימנין דרבנן ומדאורייתא לא מהני סימנין איכא תרי טעמי כמ"ש הפ"י מדברי הראשונים ז"ל חדא דאיכא למיחש שמא לא אבד כלל

רק ששמע מאיזה איש שנמצא אבידה בסימן זה או מחזי חזי וידע הסימנין ועוד איכא למיחש אף אם הוא אבד אבידה שיש בה סימנים כזה מ"מ שמא גם אבד אבידה בסימן זה ואיתרמי סימן כסימן ולהכי מבעיא לי' אי סימנין דרבנן אבל מדאורייתא איכא למיחש להני חששא או דמהני גם מדאורייתא ולהכי קאמר נ"מ לאהדורי גט אשה בסימנין דבזה ג"כ איכא תרי חששא כמו באבידה דאי ליכא עדים שהגט זה הי' אצלו ונפל ממנו והשליח אומר שממנו נפל ונותן סימן איכא למיחש שמא לא אבד גט כלל ומשקר לגרשה וע"א אינו נאמן בדבר שבערוה ואפילו אם נפל ממנו עדיין איכא למיחש שמא גם מאחר נפל מיוב"ש ששמו כשם הבעל ושם אשתו כשם האשה הזאת והשליח רוצה לגרשה ומיושב מה שאמר נ"מ לאהדורי גט אשה בסימנין ולשון לאהדורי היינו להשליח שמחזירין לו לגרשה ואמאי לא אמר נ"מ להאמין להאשה אם האשה אומרת שנאבד ממנה שכבר נתגרשה שמאמינין לה ע"י סימנין:

ולפמ"ש א"ש דשם ליכא חשש רק שמא משקרת ולא נאבד ממנה אבל חשש דשני יוב"ש ליכא דהא אם נאבד ממנה כבר נתגרשה ואין חשש אם נחזיר לה אף אם הוא יוב"ש אחר כמ"ש התוס' בב"מ (ד' י"ח) וכן לא אמר נ"מ לעדות מיתה דשם ליכא רק חשש דאתרמי סימן כסימן אבל חשש משקר ליכא התם דהא נאמן להעיד במיתה והכל נאמנים להעיד ע"ז והש"ס בעי בהני תרתי חששא שמחזירין באבידה ולא חיישינן להו אי הוי דאורייתא או דרבנן להכי קאמר בגט שליח דבזה נמי איכא תרתי חששא אם מחזירין ולא חיישינן להני תרי חששא כמו שאין חוששין להו באבידה מפני שהוא מד"ת או שהוא רק דרבנן אבל באיסורא חוששין להני חששא ופשיט מעיקרא משמלה ומיושב בזה מה שהקשה הריטב"א ז"ל בחידושיו שם הא דלא משני כי פריך מהא דקאמר מה שמלה שיש לה סימנין ומהא דחמור בסימני אוכף ולא משני דמיירי בסימנים מובהקים:

ולפמ"ש א"ש דכי הוי משני דמיירי בסימנין מובהקים אכתי הוי מצינן למיפשט דלא חיישינן גבי סימנין למשקר דהא לענין חשש משקר ומחזי חזי ואיערומי קא מערים שנתוודע לו שיש באבידה זו סימן כזה אין חילוק בין סימן בינוני לסימן מובהק וכיון דסימן מובהק מהני ממילא ידעינן דלא חיישינן למשקר ומהני סימן מובהק גבי גט הנמצא אף אם לא ידעינן שהשליח אבד גט כלל משום דביהיב סימן לא חשיד למשקר והש"ס רצה לדחות דלא מוכח כלל מהך דשמלה ומחמור אפילו לענין חשש דמשקר להכי דחי גבי שמלה דכדי נסבה ובחמור דחי דבעידי אוכף ואח"כ פשיט ממשנה דאין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם אעפ"י שיש סימנין וכו' אע"ג דמזה ליכא למיפשט אלא דמדאורייתא חיישינן לאתרמי סימן כסימן אבל לענין חששא דמשקר

ליכא למיפשט דהא בעדות אשה ליכא חשש דמשקר דהא הכל נאמנין בעדות מיתה מ"מ למאי דמצא פשיטותא פשט לי' דעכ"פ מוכח דחזרת אבידה ע"י סימן הוא מדרבנן כיון דמה"ת חיישינן לסימן כסימן א"כ הא דמחזירין אבידה הוא מדרבנן ואיכא למימר דמה"ת חיישינן לתרתי חששות ונפשוט בעיין דאין מחזירין גט לשליח:

וא"ש הא דלא פשט הכא בב"מ מברייתא דמצא קשור דסימנים דאורייתא והתוס' כתבו דאיכא לפרושי דמצאו בעצמו ומכירו בטב"ע ונאמן במגו דלא אבדתי וזה דוחק דהא חזינן דהש"ס ביבמות פשיט מהך ברייתא דס"ד ומפרש דמחזירין ע"י סימן אע"כ היינו טעמא דלא בעי בש"ס דב"מ למיפשט מינה משום דאיכא למימר דמיירי שמצאו בעצמו דליכא חשש משקר דהא נאמן בכל מה שאמר במגו דלא אבדתי ומחזירין לו ע"י סימן ולא חיישינן דלמא אתרמי סימן כסימן אבל היכא דאיכא למיחש שמא משקר לא מהני סימן כלל ונהי דאיכא למיפשט מינה דלא חיישינן לאתרמי סימן כסימן אבל לענין חשש משקר ליכא פשיטותא מהך דכיס וארנקי ודווקא בסוגי' דיבמות פריך מברייתא דכיס וארנקי משום דשם מקשה אמשנה דאין מעידין דשם ליכא רק חשש דאתרמי סימן כסימן וקשה שפיר מכיס וארנקי דמחזירין ע"י סימן אבל למיפשט בעיין דלאהדורי גט אשה בשליח א"א משום דאפשר לומר דאכתי חיישינן למשקר בדאורייתא אף בסימן:

והשתא נמי א"ש הא דקאמר רבא את"ל סימנין דאורייתא ומיושב היטיב קושיית הרא"ש ז"ל מה שהקשה בהא דמספקא לי' לרבא אח"כ אי סימנין דאורייתא אי לא וקמקשי הש"ס דהא כבר פשיט לי' מקרא דוהי' עמך עד דרוש אחיך ומהך פשיטותא דפשט רבא מתכריך של שטרות דפשיט רבא לעיל דסימנין דאורייתא לא מקשה הש"ס מידי:

ולפי דברינו א"ש דהא ודאי דהש"ס לא מקשה ארבא מאי דמעיקרא פשיטא לי' דסימנין דאורייתא ואח"כ מבעיא לי' אי דאורייתא או דרבנן דהכי אשכחן בדוכתי טובא בש"ס דמעיקרא פשיטא לי' ואח"כ מיבעיא לי' [ועיין סנהדרין (ד' קי"ב) גבי בהמת עיר הנדחת דמוכח שם מדברי רב חסדא דלא מהני לה שחיטה ואח"כ קאמר בעי ר"ח בהמת עיר הנדחת ששחטה מהו] ולא מקשה הש"ס אלא אמאי דמספקא לי' לרבא הא איכא פשיטותא דסימנין דאורייתא ולא מקשה אלא מקרא דוהי' עמך עד דרוש אבל מהך פשיטותא דתכריך של שטרות לא מקשה דכיון דיש בהחזרת אבידה ע"י סימנין שני חששות חשש משקר ברמאות וחשש איתרמי סימן כסימן ובהך קרא דוהי' עמך עד דרוש וכו' אם אמרינן דרשהו בסימנין ודאי דמוכח מיני' דלא חיישינן לא לרמאות ולא לאתרמויי אתרמי סימן כסימן שהרי אמרה תורה להחזיר את האבידה בסימן אבל מהך פשיטותא דפשיט רבא מעיקרא מהך דתכריך של שטרות דמחזירין ע"י סימן מזה אינו

מוכח אלא דלא חיישינן למשקר ברמאות אבל שלא נחוש לאתרמויי סימן כסימן לא מוכח מהתם מידי דהא התם מוזכר בשטר שם הלוה והמלוה ואינו חשש שמא נפל מאיש אחר רק הספק הוא אם כבר נפרע ונפל מלוה או שעדיין חייב לו וממלוה נפל וכיון דאחד מהן נותן סימן דכריכות ואנו רואים ע"י סימן שנתן שאינו משקר ושממנו נאבד השטרות מדידע שהם כרוכים שוב אין חשש כאן שמא אתרמי סימן כסימן ומאחר נפל דאחרי שהסימן מכריח שנפל ממנו הרי כבר הי' השטר אצלו קודם נפילה ואם הלוה נותן סימן ממילא ידעינן שכבר נפרע שהרי הי' בידו כרוכין וממנו נפל ואם המלוה נותן סימן ידעינן שעדיין לא נפרע שהרי הי' בידו כרוכין וממנו נפל ומחזירין לזה שנותן הסימן נמצא שכיון שהסימן מברר לנו שאינו משקר והוא אבדו בסימן זה צריך להחזיר לו אבל חשש אתרמי סימן כסימן לא שייך כאן דלא איכפת לן אם גם מאחר נפל שטר עם אותו סימן עצמו דכיון שהסימן מברר שממנו נפל שטר על זה מחזירין אף אם השטר הוא של אחר כמ"ש התוס' בב"מ (ד' י"ח) ד"ה הא לענין גט אשה אם ראינו בידה לא איכפת לן שמא אחר הוא כיון דכבר נתגרשה בו ועוד דאין כאן חשש שמא אחר הוא דהא מוזכר שם המלוה והלוה דהא הלוה לא טען שהשטר זה על איש אחר ולא עליו או שהוא חייב למלוה אחר ששמו כשם זה המלוה רק שכבר הי' בידו שפרעו וממנו נפל וליכא להסתפק באחר כלל רק בלוה או במלוה וכיון שנתברר ע"י הסימן שהנותן הסימן איבדן ממילא לא אבדן אחר ונמצא דליכא למיפשט מתכריך של שטרות אלא דמהני סימן מה"ת ולא חיישינן למשקר כיון דמחזירין ע"י סימן ותקנתא דרבנן לא שייך התם דלא ניחא ללוה הך תקנתא ש"מ שזה מה"ת. אבל אכתי לא מוכח דהיכא דשייך חשש דאתרמי סימן כסימן יועיל מה"ת דאפשר דמה דלא חיישינן לאתרמי באבידה הוא מדרבנן משום תקנתא ומה שמחזירין שטרות ע"י סימן אף דלא שייך תקנתא גבי שטרות הוא משום דגבי שטרות ליכא חשש איתרמי סימן כסימן אבל היכא דאיכא חשש אתרמי וכנ"ל לא מהני מה"ת והוי רק מדרבנן ורבא דקאמר את"ל סימנין דאורייתא היינו את"ל דלענין חשש איתרמי סימן כסימן נמי הוי דאורייתא או לא ולהכי לא פריך הש"ס על מה דאמר את"ל סימנין דאורייתא דמשמע מזה דמספקא לי' אלא מקרא דוהי' עמך עד דרוש וכנ"ל דמזה מוכח דלא חיישינן לשום חשש ומחזירין אבידה בסימנין וכיון דמשני עד דרוש היינו בעדים שוב לא מקשה מהך מתניתין דתכריך של שטרות משום דאיכא למימר דלהכי מחזירין שם משום דלא שייך שם חששא דאיתרמי [ולחששא דמשקר מהני סימן] אבל היכא דשייך למיחש שמא איתרמי סימן כזה באמת לא סמכינן אסימנא ואיבעי' דרבא בלשון את"ל דקאמר הוא רק אי חיישינן לחשש דאיתרמי [ונ"מ לעדות

מיתה דשם לא שייך חשש דמשקר דהא הכל נאמנים להעיד על מיתת הבעל ומספקא לי' לרבא אם חיישינן בזה לאתרמי סימן כסימן אי סימנין דאורייתא ולא חיישינן] וקאמר את"ל דסימנין דאורייתא סימנין ועדים ינתן לעדים וקמ"ל דאף דסימנין ד"ת גם לענין דלא חיישינן לאיתרמי אעפ"כ עדים עדיפא מסימנים:

ומיושב היטב קושיית הרא"ש ז"ל ויצא לנו מזה דלענין חשש דמשקר נפשט הך אבעיא דסימנין דאורייתא מהא דתכריך של שטרות והיכא דבעינן למיחש שמא אתרמי סימן כזה לא נפשט בעיית הש"ס ואחר כמה שנים שכתבתי זה מצאתי להגאון בעל פ"י ז"ל שתירץ כן קושית הרא"ש כמו שכתבתי וב"ה כוונתי מדעתי בכל זה:

וכן נ"ל להוכיח מדברי הרשב"א ז"ל בחי' לגיטין (דף כ"ז) דמייתי שם הך סוגיא דב"מ הוא אומר בחפיסה והיא אומרת בחפיסה ינתן לו דמידע ידעה דכל מה דאית לי' בחפיסה מנח ודייק שם הרשב"א ז"ל דטעמא דמידע ידעה הא לא ידעה ינתן לה עיי"ש בדבריו ועיין בתוס' גיטין שם דחפיסה לא הוי סימן מובהק וכ"כ הרא"ש (בב"מ פ' א"מ) דחפיסה לא הוי סימן מובהק ומיירי שלא הוחזק שם יוב"ש אחר אלא שאין ידוע אם נפל מן הבעל או מן האשה עיי"ש וקשה כיון דלא הוי סימן מובהק האיך מהני בגט הא בעיין דסימנין דאורייתא לא איפשטא ומה"ט בעינן גבי עדות מיתה באשה סימן מובהק דווקא ואמאי מהני הכא סימן חפיסא אע"ג דלא הוי סימן מובהק אבל לפי מ"ש אתי שפיר דהכא דהספק הוא רק אם נפל מן הבעל או מן האשה וחיישינן דלמא אחד מהן משקר בזה כבר נפשט מתכריך של שטרות האיבעיא דסימנין דאורייתא דהא שם לא חיישינן שמא גט של אשה אחרת רק לא ידעינן ממי נפל או מן הבעל או מן האשה:

ועיין ברא"ש פ' א"מ דכתב ג"כ דאם הוא אומר ממני נפל והיא אומרת ממני נפל וכבר נתגרשתי ואומרת סימן בינוני ינתן לה ולא בעינן סימן מובהק עיי"ש מטעם אחר דאשה שאמרה גרשתני נאמנת ולפמ"ש א"צ לזה אלא מטעם דכיון דמהני הסימן להחזיק שממנה נפל דלענין זה סימנין דאורייתא יכולין להחזיר לה הגט דכבר נתגרשה ובזה א"ש נמי הא דקאמר שם הש"ס בגיטין (כ"ז) ואין מעידין על סימני הגוף בארוך וגוץ דמשמע הא סימן בינוני מעידין ולעיל אמר מעידין בנקב שבצא"פ דווקא שזהו דווקא סימן מובהק משום דסימן בינוני זמנין דמועיל וזמנין דאינו מועיל ולא פסיקא לי' למתני דאם החשש הוא משני יוב"ש אז בעינן סימן מובהק דסימן בינוני חיישינן דלמא אתרמי וכו' דלענין זה לא נפשט בעיין ואם החשש הוא רק לענין נאמנות השליח אז אין מעידין על ארוך וגוץ אבל סימן בינוני מהני לאחזוקי שהי' הגט ביד השליח היכא דליכא חששא

דשני יוב"ש כגון במקום שאין השיימ"צ ולא הוחזקו ג"כ דהוי רק חשש משקר שמא לא איבדו כלל ולחשש משקר כבר איפשיט דסימנין דאורייתא:

ובזה א"ש מה שכתב הר"ן ז"ל בגיטין בשם הר"מ ז"ל בפי' המתניתין דמצא בחפיסא ובדלוסקמא ומכירו כשר דבעי תרתי סימן בחפיסא וגם להכיר הגט בטב"ע והקשה הר"ן ז"ל ל"ל תרתי דסימן בכלי לחוד מהני כמו חמור בסימני אוכף וכשמוצאו בעצמו מהני טב"ע לחוד דדוקא בממון לא מהדרינן כ"א לצורבא מרבנן אבל בגט מהני אם מצאו בעצמו עי"ש בר"ן. [והרב פני משה בפי' על הירושלמי מביא ראיה מזה דחיישינן לשאלה וקמ"ל מתניתין דאע"ג דאיכא סימן בכלי אפ"ה לא מהני עד דאיכא טב"ע בגט משום דחיישינן לשאלה]:

אבל לפי מה שכתבתי אתי שפיר דהרמב"ם ז"ל מיירי שמצאו אחר וכיון דהר"מ ז"ל ס"ל דמיירי בסימן בינוני וסימנין לאו דאורייתא לענין חששא דאיתרמי סימן כסימן ולענין חשש משקר סימנין דאורייתא להכי בעינן תרווייהו סימן בינוני בחפיסא שמזה אנו יודעין שאינו משקר ונאבד ממנו החפיסה עם הגט וטב"ע בגט שמזה אנו יודעין שלא נאבד גט זה מאחר ובחדא מינייהו לא סגי דבסימן בינוני בחפיסא לא מהני לחוד דאיכא למיחש שמא מאחר נפל ואיתרמי סימן כסימן וסימנין לאו דאורייתא לענין דינא להכי בעינן טב"ע בגט ובטב"ע דגט לחוד לא מהני דהא לא מהימן כלל במצאו אחר וחיישינן למשקר אבל אם יש סימן בינוני בחפיסא לאפוקי מחשש משקר וטב"ע בגט לאפוקי מחשש איתרמי סימן כסימן אז מחזירין שפיר ושפיר פי' הרמב"ם ז"ל לשון המשנה מצא בחפיסא ובדלוסקמא והיינו שיש סימן בינוני בחפיסא ובדלוסקמא ומכירו גם להגט בטב"ע כשר והא דלא מייתי הך מתניתין דמצאו בחפיסא לענין בעיא דסימנין דאורייתא וליפשט דסימנין לאו דאורייתא מדבעי תרתי הוא משום דאיכא למדחי דאו מכירו קאמר וכאידך פירושא שפירשו הראשונים ז"ל:

ובמ"ש לחלק בין חששא דמשקר לחששא דאתרמי סימן כסימן יש ליישב קושיית התוס' בחולין (דף צ"ו) א"ר יצחק ברי' דרב משרשיא תדע דטב"ע עדיפא מסימנא דאלו אתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימנא והאי סימנא קטל נפשא לא קטלינן לי' ואלו אמרי אית לן טב"ע בגווי' קטלינן ליה והקשו בתוספת וא"ת מחזירין שט"ח בסימנין והא אי אתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימנא והאי סימנא לוה מפלוני לא מפקינן ממונא ותירצו דל"ד שטר שאין אדם מוחזק שיאמר שלי הוא מהדרינן שפיר אבל ממון שביד הבעלים אין להוציא ע"י סימנין דה"נ לא הוה מפקינן חפץ מיד הבעלים אי אתו סהדי ואמרי ההוא חפץ דהאי סימנא דפלניא עכ"ל ולא הבנתי קושייתם ז"ל דהא ר' יצחק ברי' דר"מ

קאזיל למ"ד סימנין ד"ת דלמ"ד סד"ר לא שייך לומר לא קטלינן לי' כיון דהוא מדרבנן וכן קושיית התוס' נמי לא הוה קשה מידי דמה שמוציאין שט"ח מיד המוצא הוא משום תקנה למ"ד סימנין דרבנן וכמ"ש הרא"ש ז"ל דאף דלא ניחא לי' ללוה לא פלוג רבנן אבל בפלניא דהאי סימנא לוה בהא לא עביד תקנתא דדוקא באבידה עביד תקנתא. א"ו דר' יצחק קאי למ"ד סימנין דאורייתא [או שנביא ראיה מכאן דשני סימנים בינונים הוי כסימן מובהק כדעת מקצת האחרונים ז"ל ומידק דייק לשון פלוני דהאי סימנא ודהאי סימנא דקאמר שני סימנים בינונים] ואפ"ה לא קטלינן והטעם נראה דלא אמרינן סד"א אלא היכי דליכא דקא מכחיש לבעל הסימן בטענת ברי אבל היכא דהרוצח מכחיש ואומר שלא הרג מעולם לא מהני הסימן כלל ואפילו אי הרוצח מודה נמי אינו נהרג כיון דאי הוה בעי הוה מכחיש השתא נמי דמודה אינו נהרג דאין אדם נהרג עפ"י עצמו ולהכי נמי פשיטא להתוס' דפלני' דהאי סימנא לוה דאין מוציאין משום דטוען הלוה ברי דלא לוה וכן מצאתי אחרי כותבי להנוב"י מהד"ק (סי' נ') בטעמא דר' יצחק ברי' דר"מ:

וא"כ קשה הא חזינן לכאורה דגם נגד טענת ברי מהני סימנין גבי הוא אומר סימני הגט והיא אומרת סימני הגט ינתן לה (ב"מ דף כ"ז) אף דהבעל טוען ברי דמיני' דידי' נפל ואין לומר דשם הוי ברי נגד ברי משא"כ בפלני' דהאי סימנא קטל נפשא הרוצח מצי למיטען ברי ואין אדם מכחישו דהעדים נמי אין מכירין אותו רק מכח הסימן אבל ברי בעצם הענין לא קאמרי דז"א דהא בפלניא דהאי סימנא לוה נמי פשיטא להו להתוס' דלא מהני אע"ג דהתם נגד ברי דלוה איכא ברי דמלוה:

וע"כ צריך לומר דגבי פלניא דהאי סימנא קטל נפשא או לוה מנה מפלני' דעדים וודאי לא משקרי והוי רק חשש שמא איתרמי אחרינא בהאי סימנא בזה מהני ברי כיון דבוודאי איכא בעולם אדם אחר עם סימן כזה והעדים לא אמרו שזה לוה רק פלני' דהאי סימנא לוה להכי מהני ברי דבעל דין לומר דאינש אחרינא הוי ואפילו בפלוני דהאי סימנא לוה מפלוני דאיכא מלוה דקא מכחיש לי' ללוה אפ"ה מהני ברי דלוה. אבל גבי הוא אומר סימני הגט והיא אומרת סימני הגט דהחשש הוא משום משקר והסימן מוכיח דאינו משקר משום דאי לאו דמינה נפל לא הוי ידעה סימנא ואין אנו דנין שמא אתרמי שמאחר נפל בהאי סימנא רק שאנו דנין בין הבעל והאשה אם הגיע לידה או לא בזה מהני אפילו נגד ברי כיון דאיכא הוכחה דמנא ידעה. וכן מחזירין שט"ח מן התורה למ"ד סד"א אי יהיב סימנא אע"ג דאידך טוען ברי כיון דאין אנו דנין רק בין לוה למלוה אי משקרי ולא משום איתרמי סימן כסימן דאיכא הוכחה דמנא ידע סימנא מהני אפילו נגד ברי דדוקא לענין חשש איתרמי סימן כסימן לא מהני סימן נגד טענת ברי אבל בחשש משקר מהני

אפילו נגד טענת ברי ומיושב קושיית התוס' דאע"ג דבפלני' דהאי סימנא לוה מפלוני מנה אין מוציאין ממנו משום טענת ברי דלוה ואמרינן דאיש אחר בהאי סימנא לוה דוודאי איכא אחד בעולם בהאי סימנא מ"מ שט"ח מחזירין למי שנותן סימן ואם הלוה והמלוה מכחישין זא"ז ואחד נותן סימן דאז אנו דנין רק בין לוה למלוה ואחד נותן סימן והחשש הוא רק משום משקר מהני הסימן אפילו נגד טענת ברי דמנא ידע סימנא:

עכ"פ הרי נתבאר דלענין חשש משקר הוי סימנין דאורייתא ואיפשוט בעיין לענין זה ומהני אפילו סימן בינוני דכיון דלא חיישינן למשקר בסימן בינוני נמי לא חיישינן למשקר דאי הוי חיישינן בסימן בינוני הוי חיישינן גם בסימן מובהק דלענין זה מובהק ובינוני שוין ולא בעינן סימן מובהק בעדות אשה אלא משום חשש דילמא אתרמי סימן זה גם באיש אחר דלענין זה לא נפשט בעיין:

ויש להביא ראי' גם מדברי הרמב"ן ז"ל דלענין חשש משקר סמכינן אסימנין מן התורה דהא כתב בסוגיא דע"א במלחמה דקאמר התם (דף קט"ו) גבי שני ת"ח שהיו באין עם אבא יוסי בן סמאי בספינה וטבעה והשיא רבי נשותיהם ע"פ נשים ומוקי לה בש"ס דמיירי דאמרי אסקינהו קמן וחזינהו לאלתר וקאמרי סימנים דלאו עלייהו סמכינן ופירש הרמב"ן ז"ל בדאמרי סימנין עסקינן כלומר סימן מובהק כדרך שנותנין סימנין לאבידה ולא שידעו פלוני ופלוני טבעו והכרנו בהם לכשפלט אותן הים בסימן פלוני שהיו יודעין בהם או כיוצא בו דא"כ כ"ש בהכירא דטב"ע דחזיא לאלתר דמהמני אלא משום עדות העד שאין העד נאמן אלא כגון שלא היו מכירין בהם או שאמרו סימן שיש להם במקום המוצנע שמחזירין אבידה בענין זה ואין לחוש לרמאי וכו' עכ"ל והיינו שהוא מפרש בעיא דע"א במלחמה כמו שמפרש הרי"ף ז"ל דבעיין הוא אי חיישינן שהעד משקר הואיל והיא לא דייקא ולהכי קאמר הרמב"ן ז"ל דהא דקאמר וקאמרי סימנין היינו כדרך שמחזירין באבידה דבאבידה חשדינן לי' למשקר ובעינן שיאמר הסימן קודם שיודע שיש באבידה האי סימנא וה"נ גבי ע"א במלחמה ומים שאין להם סוף דדמי למלחמה דחשדינן העד למשקר מיירי ג"כ שהגיד הסימנין באופן שלא נוכל לחשדו למשקר כגון שלא בא להעיד על הני נשי רק שאמר שראה אנשים בהני סימנין נטבעו דהא הכא ע"כ מיירי בכה"ג דאם איתא דסובר הש"ס דיש להעד נאמנות לא הוי צריכין לסימנין אלא בטב"ע שמכירין סגי א"ו דסובר הש"ס דלא מהמני משום דע"א חשוד למשקר בלי דיוקא דידה ולהכי בעינן שיעיד הסימנין כדרך שמחזירין אבידה היינו שלא נוכל לחשדו למשקר כגון שלא בא להעיד על הני נשי ועיין לקמן בתשובה שבררנו יותר דברי הרמב"ן ז"ל אלו עכ"פ חזינן דאף היכא דחשדינן העד למשקר מ"מ אם אמר הסימן

כדרך שאומרים באבידה שלא בא להעיד על אשה זאת מהני וקשה אמאי לא חשדינן לי' למערים וידע שיש לבעל האשה זו סימן כזה ובא להעיד ולדבר זה לא מהני אפילו סימן מובהק אם סימנין לאו דאורייתא א"ו כמ"ש דגם הרמב"ן ז"ל סובר דלענין חששא דמשקר נפשטא בעיין דסימנין דאורייתא ולא חיישינן לאיערומי קא מערים וסימן מובהק מהני שפיר:

ומעתה כיון שנתבאר דלענין חשש משקר נפשט בעיין דסימן בינוני נמי מהני מן התורה ומוכח מזה דלא חיישינן למשקר אחר שהעיד הסימן קודם שידע שיש בהא מילתא הך סימנא הדבר פשוט שיש להתיר האשה הזאת שהעידה סימן מובהק אף שיש קטטה בינו לבינה וחשודה למשקרת כדרב חנינא מ"מ כיון שאמרה סימן לא חשודה למשקרת דלענין זה סימנין דאורייתא כמ"ש ועוד בהא מילתא דחיישינן בקטטה למשקרת ספיקא דדינא הוא דהא רב שימי ב"א אמר שם דטעמא דקטטה הוא משום דאמרה בדדמי ולדידי' לא חיישינן למשקרת כנלע"ד:

סימן קכז

שאלה ע"ד עגונה מק"ק טשעכנאווצע:

מכתבו הגיעני זה יותר משבוע ומטרדותי לא השבתי עד כה מרב עמל הציבור אשר עמוס עלי אך כאשר ביקש כבודו ממני אשר אהי' נמנה בהתירא דהאי עגונה אשר כבר הסכימו הגאון מלבוב והגאון מוהר"צ אורנשטיין להתירא ולאשר לא נתן הפנאי להאריך בזה ולא חפצתי לעכב עוד כי הרבה חשו חז"ל לתק"ע לכן באתי בקצרה בדבר העגונה אשר בעת יצא בעלה מביתו נתלוה עמו א"י א' ובהגיעו ליער הרגו והשליכו לתנור אש שהי' שם ביער ונמצא אח"כ בתוך התנור גופו קיים ורגליו שרופות ופניו ותוארו נשחת:

לדעתי יש להתיר העגונה הזאת והתירה תלוי ונשען על כמה יסודות, האחד דעת ר"ת ז"ל דבהכרת כל גופו מעידין אף שלא ניכר פרצוף פנים כלל ונ"ל ביאור דברי ר"ת במש"כ וז"ל ואומר ר"ת דהיינו דווקא כשאין שם אלא פרצוף אבל כל גופו שלם אפילו אין כאן פדחת וחוטם ניכר הוא היטיב ע"י סימני הגוף ועוד דשמא דווקא בסימנין הוא דקאמר הכי אבל ע"י טב"ע הוא ניכר היטיב ע"י סימני הגוף כיון שיש כל גופו עכ"ל ונראה פירוש דבריו דמעיקרא הי' מפרש ר"ת דמיירי מתניתין שאין גופו שלם ולא נמצא אלא הפרצוף עם הפדחת אבל כשנמצא גופו שלם מעידין עליו. וע"ז דאפשר לומר שנחזיק לדוחק לפרש מתניתין שלא נמצא שם גופו משום דלא משמע הכי דהא קתני אעפ"י שיש סימנין בגופו משמע שיש גם הגוף ע"ז אמר ועוד דאפ"ה מצינו למימר חילוק אחר דדווקא אם העד אין מכיר אותו רק שאומר סימנין על הגוף שראה גוף בסימנין כאלו

מת בארוך וגוץ או סימנין בינונים בזה לא מהני אבל ע"י טב"ע דהיינו שמכירין בעל האשה והכירו אותו שזה הנמצא הוא בעל האשה ניכר היטיב ע"י סימני הגוף והאי סימני הגוף היינו טב"ע שבגוף שגם זה קרוי סימני הגוף כמו שהוכחנו מלשון הרמב"ן ז"ל המובא לעיל בתשובה בדברינו] ומתניתין מיירי שאין מכירין בעל האשה כלל וזה ברור בכוונתו ואף שהאחרונים ז"ל חלקו עליו כבר כתבו הח"מ והב"ש דחזי לאיצטרופי לשאר אומדנות:

וראיתי בספר ש"ש שהביא ראי' לדברי ר"ת ז"ל מהא דאמר ר"ל בבכורות (דף מ"ו) פדחת פוטר בכל מקום חוץ מן הבכור דכתיב יכיר ע"ש בכל הסוגיא דסובר ר"ל דהכרה לא הוי אלא בפרצוף להכי בעי שיצא ראשו עד החוטם לענין בכורה וא"כ כיון דקיי"ל דיציאת רוב גופו וודאי הוי כילוד ומהני נמי לענין בכור ע"כ לר"ל דברוב גופו מיקרי נמי יכיר וזהו כדעת ר"ת דבכל גופו או רוב גופו הוי הכרה לענין עגונה נמי:

ולענ"ד לאו ראי' היא כלל ואין ענין זה לזה דאטו לר"ל דסובר דבעינן פדחת עם פרצוף גבי בכור אטו אם יצא פדחתו לחוד ויש על הפדחת סימן מובהק שיכולין להכיר בינו לבין וולד אחר יש לו דין בכור וא"א לומר דילמא הכי הוא לר"ל דהא ודאי ליתא דאם איתא דהכי הוא לא הוי לי' לר"ל למימר פדחת פוטר בכ"מ חוץ מן הבכור הא כמו שפדחת חשיב לידה בכל מילי ה"נ חשיב בבכור רק שבבכור הטיל בו הכתוב תנאי דבעי הכרה והכרה מילתא אחריתי היא ואם יש סימן מובהק בפדחתו דהוי הכרה ע"י הסימן מהני הלידה ע"י הפדחת והיכא אמר ר"ל פדחת פוטר בכ"מ חוץ מן הבכורה דמשמע דפדחת גבי בכור לא חשיב לידה והכי הוי לי' למימר בכור שיצא ראשו אינו פוטר עד שיהא בי' הכרה ע"י פרצוף פנים או ע"י סימן מובהק ומדלא קאמר ר"ל הכי נראה מזה דגבי בכור אין הפדחת חשיב לידה כלל ואפילו יש סימן מובהק על הפדחת נמי לא מהני דלא הוי כילוד כלל וגלי לן קרא לר"ל דלא הוי כילוד עד שיצא ראשו ופרצוף פניו ולא שהקפידה תורה על ההכרה שלא יתחלף באחר אלא שיעור לידה קפיד קרא ויהיב קרא סימנא בהכרה שאינו כילוד עד שיצא גם הפרצוף וקרי לי' לפרצוף הכרה וכתב בלשון יכיר ובפחות מזה לא הוי כילוד דקרא קפיד גבי לידת בכור שיצא ראשו עם פרצופו ואי לאו הכי לא הוי כילוד למהוי בכור. אבל אין הטעם משום דבעינן הכרה דסימנא בעלמא הוא דיהיב קרא דבעינן פדחת עם פרצוף ובפחות מזה לא מהני אף ביש בו סימן מובהק להכירו שלא יתחלף באחר דאנן אשיעור הלידה קפדינן ולא אהכרה כמו דמצינו דקפיד קרא גבי בכור אבן קיימא ה"נ קפיד קרא גבי בכור אלידה מעלייתא תדע דלר"י דס"ל דפדחת פוטר גם בבכור לענין נחלה תקשה לדידי' ברייתא דמותיב מיני' לר"י דקתני

יכיר זו הכרת פנים פדחת עם החוטם נהי דמשני עד החוטם מ"מ קרא למה לי הא בכל התורה פדחת הוי כילוד ול"ל קרא גבי בכור ודוחק לומר שבאמת מבכור ילפינן לכל התורה אלא וודאי דלר"י אצטריך קרא לאשמעינן דגבי בכור לא בעינן לידה יתירה כל גופו או רובו ואשמעינן דבכור לנחלה שוה לכל מילי א"כ לר"ל אשמעינן וגלי לן קרא דגבי בכור בעינן לידה מעלייתא פדחת עם החוטם אבל לא דקפיד קרא אהכרה:

וכיון שבארנו דלא קפיד כלל אהכרה אלא אשיעור הכרה קפיד ולא נקט קרא יכיר אלא לסימנא ממילא ביציאת רובו הוי לידה דהא בכל התורה רובו ככולו ואף אם נימא כדעת הראשונים ז"ל דליכא הכרה בגופו כלל מ"מ אנן לא קפדינן כלל אהכרה גבי נחלה וגבי ראשו כתיב קרא דיכיר להשמיענו דבעינן שיצא הראש שיעור ההכרה אבל בגופו לא איכפת לן במה שאין כאן הכרה כמו שאין מועיל לר"ל אם יצא רק בפדחת ויש סימן מובהק בפדחת ה"נ אינו מגרע כח הלידה אם יצא רוב הגוף אף ע"ג דליכא הכרה ואין ראי' מכאן לדעת ר"ת ז"ל:

מיהו לכאורה קשה לפ"ז לר"ל דסובר פדחת אינו פוטר בנחלה א"כ במתניתין דשם דקתני יש בכור לנחלה ואין בכור לכהן הבא אחר נופלים שיצא ראשו חי ובן ט' שיצא ראשו מת ליתני נמי הבא אחר מי שיצא ראשו חי ולא יצא רק פדחתו ולא פרצוף והחזירו דהבא אחריו הוי בכור לנחלה שהראשון לא יצא פרצוף דידי' ולא קרינן בי' יכיר והשני שיצא אחריו הוא בכור לנחלה אבל לכהן הוי הראשון בכור דלענין פטר רחם פדחת לחוד הוי לידה ולא שייך כאן תני ושייר דהא מדקתני בן ט' שיצא ראשו מת משמע דביצא ראשו חי לא משכח לה שיהא השני בכור לנחלה ואי הוי אמרינן דטעם ההכרה לאו משום לידה הוא אלא מילתא אחריתא היא דבעינן שיהא בוולד הכרה הוי א"ש דלא קחשיב לה במתניתין משום דלא חשיב אלא דברים הנוגעים לענין הלידה כמו בן ח' חי דלא חשיב וולד לענין נחלה או בן ט' מת אבל הכרה מילתא אחריתא היא דהוולד ולד מעליא הוא רק שאין בו הכרה. וכה"ג לא חשיב נמי בכור שנולד אחר מיתת אביו דהוי בכור לכהן ולא הוי בכור לנחלה דאמרינן בב"ב (דף קכ"ז) מקרא דוילדו לו משום דאין שייך בזה ריעותא דוולד רק דגבי נחלה בעינן תנאי שיהא אביו קיים וה"נ מה שהשני בכור לנחלה ולא הראשון משום שהראשון לא הי' בו הכרה אבל אם נימא דהא דבעי ר"ל פרצוף פנים גבי נחלה הוא משום דגלי קרא גבי נחלה דלא הוי כילוד עד שיצא פרצוף פנים א"כ ליחשבי' גבי בכור לנחלה ואינו בכור לכהן אם יצא הראשון בן ט' חי פדחתו ולא פרצופו דהבא אחריו בכור לנחלה ואינו בכור לכהן ואפשר לומר דאף ר"ל דסובר דלא הוי בכור לנחלה בפדחת לחוד מ"מ סובר דהבא אחריו נמי אינו בכור דכיון

דבכל התורה בפדחת לחוד הוי כילוד מהני לי' האי לידה שלא יהא להבא אחריו דין בכור כמו ביוצא דופן דתנן הכי (דף מ"ז):

ועכ"ז אף שדחינו ראיית הש"ס לר"ת מבכורות עכ"ז כבר כתבו האחרונים דחזי לאיצטרופי לשאר אומדנות והכא הרי הכירו כל גופו שלם עם ראשו לבד הפרצוף פנים שנשחת ועוד הרי הרוצח סיפר לפי תומו כמתוודה שהוא הרג את אבנר באסי ואף להרמב"ם ז"ל דבעי שיאמר קברתיו במסל"ת הכא דמי לקברתיו שהרי גררו להשליך אותו בתנור אש ועוד שההמ"ג כתב (בפי"ג מה"ג) דהיכא דהזכיר הא"י שם הנרצח לא בעי קברתיו וגם יש לצרף להתיר מה שהכירה אשתו איזה בגדים שלו ודעת כמה רבוותא דלא חיישינן לשאלה והרבה הארכנו בזה בתשובה בעז"ה גם יש לצרף בזה דעת המבי"ט דאם נודע שהלך בדרך זה ונמצא אח"כ הרוג בדרך זה אמרינן היינו האי שאבד היינו האי שנמצא ואף שבמקום אחר הבאנו ראיות לסתור היתר זה מ"מ כיון שנמצא הרבה קולות יש לצרף גם סברא זו, מכל הני טעמא גם דעתי מסכמת לדעת כת"ר ולהרבנים הג' שקדמוני להיתירא ויתירה כת"ר בב"ד של שלשה כדין ועל כל אלו פרטי ההתירים בעז"ה יש אתנו כתוב באריכות על כל פרט ופרט אך מאפס הפנאי הוכרחתי לקצר כי אין נכון לעכב היתר עגונה עד עתות הפנאי:

סימן קכח

שאלה ע"ד עגונה מק"ק סיסלעוויץ שבא הגב"ע בשמו ושם עירו וגם הפ"פ הנמצא אצלו:

תשובה יקרת מכתבו בצירוף הקונטרס מהעגונה הגיעני. והנה דעת מעכ"ת להתיר ע"פ עדות שמו ושם עירו וגם הפ"פ הנמצא אצלו והנני מסכים בזה עם מעכ"ת כאשר האריך והרחיב בדברי הפוסקים בזה וכבר הכריע כן הרמ"א ז"ל והסכים גם הגר"א ז"ל לפסק הלכה כפי מה דאיתא בתוספתא אין מעידין עד שיהא מכירין שמו ושם עירו וכן הביאה הרשב"א ז"ל בחידושיו פרק בתרא דיבמות וכ"כ הר"מ ז"ל (פי"ג מה"ג) ראה אחד עומד מרחוק ואומר שהוא פלוני בן פלוני או פלוני ממקום פלוני והרי נשכו נחש והרי הוא מת והלכו ומצאו שנשתנה ולא הכירוהו הרי אלו משיאין אשתו עכ"ל והוא ממשנה דיבמות (דף קכ"ב) וכן בפלוגתא דיצחק ריש גלותא קאזיל מקורטבא לאספמיא ושכיב ושלחו מהתם יצחק ר"ג אזיל מקורטבא לאספמיא ושכיב פסקינן כרבא דלא חיישינן לתרי יצחק ואף שהרמב"ן ז"ל הקשה בזה על הרי"ף דהכא פסק כרבא דבלא הוחזקו לא חיישינן לתרי יצחק וגבי גט פסק (בגיטין כ"ז) דאפילו בלא הוחזקו לא מהדרינן גיטא ותירץ דהא דרבא לא חייש לתרי יצחק ופסקינן כוותיה מירי שיש עדים שאותו שהלך מקורטבא מת רק שאנו מסופקין אם יצחק ר"ג שהיה דר בקורטבא הלך עם העדים ועליו

העידו שמת או שאיש אחר ששמו ג"כ יצחק ר"ג בא לקורטבא והלך עם העדים ואותו יצחק שהיה דר בקורטבא אזל לעלמא ובזה סובר רבא דאמרינן כאן נמצא כאן היה ואותו שהלך עם העדים היה מכבר בקורטבא אבל גבי גט דלא שייך כאן נמצא כאן היה דהא בא ממקום אחר פסקינן כר"י ור"ז דגם בלא הוחזקו חיישינן לתרי יוב"ש:

מ"מ הר"מ ז"ל ודאי דלא סבר בזה כהרמב"ן ז"ל דהא כתב (בפי"ג מה"ג) וז"ל בא אדם ואמר אמרו לי ב"ד או אנשים כשתלך למקום פלוני אמור להם שמת יצחק בן מיכאל ובא השליח ואמר לנו והשליח אינו יודע מי הוא זה ואנו יודעין פלוני הידוע בשם זה הרי אשתו מותרת ואין אומרים שמא יצחק בן מיכאל אחר הוא שמת עכ"ל הרי דלא חיישינן לתרי יצחק אף דלא שייך כאן נמצא כאן היה וכ"כ הגר"א ז"ל דהר"מ ז"ל ודאי דלא סבר כשיטת הרמב"ן ז"ל:

ולי היה נראה ליישב דעת הרי"ף ז"ל לפמ"ש הר"מ ז"ל (בה' נחלות) וז"ל מי שנטבע במשאל"ס אע"פ שאין משיאין את אשתו הרי היורשים יורדים לנחלה וכן אם ראו עדים שנפל לגוב אריות ונמרים או שראוהו צלוב או נדקר במלחמה ומת או שנהרג ולא הכירו פניו אבל היה לו סימנין מובהקים בגופו והכירו בהם בכל אלו אם נאבד זכרו אח"כ יורדין לנחלה אע"פ שאין משיאין את אשתו שאני אומר שלא החמירו בכל אלו אלא לענין איסור כרת אבל לענין ממון שהעידו בדברים שחזקתן למיתה ואבד זכרו כו' ורבים מהאחרונים ז"ל תמהו דהא הר"מ ז"ל פסק דסימנין דרבנן או דהוי לכל הפחות בעיא דלא איפשטא דהא פסק (בה' גירושין פ"ג) דאין מחזירין גט שנמצא אא"כ אמר נקב יש בצד אות פלוני ובגמרא (גיטין כ"ז) אמר דהוא משום דמספקא לן אי סימנין דאורייתא אי דרבנן א"כ אמאי כתב כאן שרק מדרבנן החמירו שלא תנשא ואי משום דמיירי בסימן מובהק בזה וודאי שרי אף מדרבנן כדאמר בש"ס דלמ"ד שומא סימן מובהק מעידין אף למ"ד סימנין דרבנן גם קשה דבגמ' מבואר דאי סימנין דאורייתא מתירין ע"י סימנין וליכא שום תקנתא דרבנן להחמיר:

ונראה לי דהר"מ ז"ל סובר דע"כ לא אבעי לן סימנין דאורייתא או דרבנן אלא היכא דאין אנו יודעין שנאבד כמו באבידה דאנו מסופקין אם זה שבא לדרוש אבד איזה אבידה דשמא נפל מאחר אף שע"י הסימן שנותן ידעינן שממנו נפל דאל"ה מנא ידע הסימנים שיש בהאבידה מ"מ לולא הסימן אין אנו יודעים שנפל ממנו ואין זה דבר ברור דהא לרמאי אף בסימן לא מהדרינן כדאמר (בפ' א"מ) וגם אי איכא עדים שהי' שלו יהבינן למאן דמייתי עדים ולא למאן דיהיב סימנא כמ"ש הרא"ש בפ' אלו מציאות (ד' כ"ח) וכן בגט שמא השליח משקר ולא נאבד ממנו הגט כלל או האשה שאומרת שאבדה חיישינן

שמא משקרת ולא נאבד ממנה כלל דבזה לא סמכינן אסימנין שהאבידה הוא שלו אבל אם אנו יודעין שנאבד ממנו אבידה או גט והוא אומר סימן בזה ודאי סימנין דאורייתא דכיון שממנו נאבד בודאי והוא נותן סימן למה לנו לאמר שגם מאחר נאבד בסימן כי האי וסמכינן אסימנין כיון שזה אבד בודאי וכה"ג כתבו התוס' (בגיטין כ"ז) ד"ה כאן דלהכי לא חיישינן בהוחזקו ואין השיירות מצויות משום דכיון שידעינן שמזה יוב"ש נפל לא חיישינן שמא גם מאחר נפל] ובזה ודאי סימנין דאורייתא ולא אבעי לן כלל ולהכי נמי אמרינן בפג"ה (דף צ"ה) בהני דאבדו בשרא אית לכו סימנא א"ל לא דמשמע דאי הוי להו סימנא הוי מהני אע"ג דלהנך רבוותא דפסקו כלוי דבשר שנתעלם מן העין מותר ע"כ דמיירי הנך עובדא שאבד במקום שרוב טבחי עכומ"ז דהוי איסור דאורייתא ואפ"ה מהני סימן וכן אמרינן שם גבי קיבורא דתכלתא דמהני סימן אע"ג דהוי דאורייתא והיינו משום דכיון שיודע שנאבד ממנו ויהיב סימנא אין לו לחוש שמא גם אחר אבד בסימן כזה וע"א נאמן באיסורין שנאבד ממנו [ועיין בפתיחה בפמ"ג להלכות שחיטה]:

ובזה א"ש מה שהקשו התוס' (בב"מ כ"ז) הא דלא פשיט דסימנין דאורייתא מברייתא דמצאו קשור בכיס וארנקי כמו דמייתי (ביבמות ק"כ) ותירצו משום דאיכא למימר דמיירי שמצאו בעצמו ומכירו בטב"ע ונאמן במגו דלא אבדתי וזה תמוה דא"כ מאי פריך אח"כ אהך ברייתא דכו"א ניחוש לשאלה הא כיון שמצאו יש לו נאמנות והוא יודע שלא השאיל לאחר עיין במהרש"א ז"ל שעמד ע"ז אבל לדברינו א"ש דהא ודאי דהש"ס מפרש בב"מ למתניתא דמצאו קשור בכיס וארנקי דמיירי באופן דל"ל נאמנות להחזיר לו בטב"ע מדפריך וניחוש לשאלה ואין מאמינין לו שלא השאיל רק דבסוגיא דב"מ לא מוכיח מהא דכיס וארנקי דסימנין דאורייתא משום דמצי למידחי שיש עדים שאבדו וכיון שודאי נאבד ממנו גט סמכינן אסימנין מדאורייתא ולהכי לא פשיט מיני' משום דבעיין הוא היכא דלא ידעינן אם אבד אי סמכינן אסימנין מן התורה אבל הכא דמיירי שיש עדים שאבדו כמ"ש התוס' ביבמות שם וכיון שודאי נאבד ממנו להכי מהני סימן ולא מצי למיפשט מהך ברייתא דסימנין דאורייתא דבעיין הוא רק היכא דלא ידעינן אם נאבד ממנו וסוגיא דיבמות דמוכיח מהך ברייתא דקשור בכו"א דסד"א סברה דמיירי בליכא עדים שנאבד ממנו גט:

והנה בהא דאין מעידין אע"פ שיש סימנין איכא נמי תרי גוונא שאם הלך אדם מביתו למרחוק ולא היה עדיין שהות לחזור או שהלך ולא היה בדעתו לחזור כלל ובאו עדים והעידו ע"י סימנין שמת שזה אינו בגדר אבידה כלל שלא נאבד בעלה של זה אבל מי שהלך מביתו ע"מ לחזור ולא בא ולא נודע מה היה לו ונעלם מאתנו סיבת דבר שלא בא

לביתו וזה הוא בגדר אבידה שנאבד זכרו [וכן לשון רש"י ז"ל (בכתובות כ"א) באומרת ברי לי, אין לבי נוקפי שאילו היה חי היה בא] ובאו עדים שמת או נהרג ואמרי סימנין ולפי מה שבארנו היכא שהוא בגדר אבידה היינו שנאבד זכרו לכ"ע סמכינן אסימנין מן התורה דכיון דודאי נאבד בעלה של זו בסימן זה למה לנו לחוש שגם אחר נהרג או מת בסימן זה ואפילו אם במציאה סימנין לאו דאורייתא היינו משום שלא ידעינן אם איש הזה אבד אבידה להכי לא סמכינן אסימנין אבל כאן שיודעין שנאבד בעלה בסימן כזה אין חוששין לאחר מיהו אם סימנין במציאה היכא שאין אנו יודעין שנאבד ממנו הוי דאורייתא מעידין גם בעדות אשה ולא החמירו כלל חכמים דלמה להו להחמיר כיון שמותר מן התורה. אבל אם גבי אבידה שאין אנו יודעין שנאבד ממנו לא סמכינן אסימן רק היכא שנאבד זכרו שאז הוא בגדר שבעלה נאבד בודאי ונמצא מת או נהרג בסימן שיש לבעלה של זו בזה אף שמה"ת בעינן לסמוך אסימנין כיון שזה ודאי נאבד מ"מ החמירו חכמים בזה והטעם משום דכיון דהא מילתא דנאבד זכרו אין לו שיעור ולפעמים משתהה בדרך לאיזה סיבה ולא ידעו בביתו מה היה לו ויאמרו שכבר נאבד זכרו ונתת דבריך לשיעורין להכי החמירו חכמים שלא תנשא ע"פ סימנין כיון דלא מהני הסימן מן התורה אלא מחמת שנאבד זכרו ודבר זה שנאבד זכרו אין לו שיעור החמירו חכמים וכ"ז אם סימנין במציאה לאו דאורייתא והוצרכנו להתיר דווקא מחמת שידעינן שנאבד אבל למ"ד סד"א גבי אבידה אף שלא ידעינן שאבד מהני גם באיסור ערוה ולא החמירו חכמים ולהכי הר"מ ז"ל דפסק סד"ר כיון דהוי בעיא דלא איפשטא מ"מ באבד זכרו והעידו ע"י סימנין פסק שמהני מה"ת רק שחכמים החמירו משום איסור ערוה וכמ"ש:

ולהכי א"ש הא דקאמר בש"ס אמתניתין דאין מעידין אע"פ שיש סימנין בגופו אלמא סימנין לאו דאורייתא ולא קאמר דלעולם סד"א וחכמים החמירו משום איסור ערוה משום דקאי אסימנין דאבידה שלא ידעינן שנאבד ממנו דמוכח ממתניתין דסימנין באבידה לאו דאורייתא דאי סימנין גבי אבידה דאורייתא הוי לן להתיר גם בא"א דכיון דמה"ת שרי ל"ל לחכמים להחמיר כלל ומדקתני אין מעידין ע"כ דגבי, אבידה וכן באיסור א"א היכא דלא ידעינן שנאבד בעלה לא סמכינן אסימנין ולהכי קתני סתמא אין מעידין אף שנאבד זכרו אף דבנאבד זכרו הוי לן להתיר מן התורה מ"מ החמירו חכמים שלא לתת הדבר לשיעורין אבל אי הוה אמרינן סד"א אפילו באבידה שלא ידעינן שנאבד ממנו כלל לא שייך לאמר שיחמירו חכמים ופריך ממצאו קשור בכו"א דמתירין ע"י סימנין וס"ד דמיירי שמצאו אחר כמ"ש התוס' ומחזירין ע"י סימן שיש לו בכו"א אלמא דסימנין דאורייתא דהא כשמצאו אחר לא ידעינן כלל שהשליח אבד גט ואפ"ה מחזירין

ע"י סימן כמו באבידה משום דסד"א ולבסוף דמסיק רבא בחד לישנא דכ"ע סד"ר צ"ל דברייתא דמצאו קשור בכו"א מיירי במצאו בעצמו או שמצא אחר ויש עדים שאבד דבזה ודאי סמכינן אסימנין כיון שידעינן בודאי שנאבד ממנו ויש בו סימן סמכינן אסימנא מדאורייתא ואין חוששין שמא מאחר נאבד ובכאן לא גזרו חכמים דדוקא בעדות מיתה החמירו משום דנאבד זכרו אין לו שיעור משא"כ גבי גט כיון שיודעין שאבד ויהיב סימנא מהני מן התורה וגם חכמים לא החמירו:

ולפי זה אפ"ל גם במה שהקשה הרא"ש ובעה"מ על הרי"ף ז"ל שפסק גבי גט דאפילו בלא הוחזקו חיישינן לשני שווירי ובעובדא דיצחק ר"ג פסק כרבא דלא חיישינן לתרי יצחק דגבי יצחק ר"ג שהלך מביתו ונאבד הוא בגדר אבידה דיצחק בעלה של אשה זו שאנו דנין עלי' ודאי נאבד ויש סימן שמו ושם עירו סובר רבא דלא חיישינן לתרי יצחק דרבא סובר דשמו חשוב כסימן מובהק ומהני מה"ת וכיון דמהני מן התורה בלאו הך מילתא דנאבד זכרו לא שייך להחמיר גם מדרבנן ושרי כיון דהוי ס"מ ואביי סובר דלא הוי אלא סי' בינוני ואף דהכא דנאבד זכרו מהני מה"ת גם סי' בינוני מ"מ כיון דאין ההיתר אלא משום דנאבד זכרו אסור מדרבנן כמו שבארנו. ופסק הרי"ף ז"ל כרבא דסמכינן אסימנא דיצחק ר"ג כיון דגם לאביי שרי מה"ת דבנאבד זכרו מה"ת מהני סימן בינוני ולא הוי פלוגתייהו אלא לענין דרבנן דמדרבנן בעינן בנאבד זכרו סימן מובהק ולא סמכינן אסימן בינוני ובדרבנן פסק כרבא לקולא משא"כ (בגיטין כ"ז) בפלוגתא דרבה ור' ירמיה ור"ז דמיירי במצאו אחר דהא קתני מצא גיטי נשים שחרורי עבדים דמשמע שאחר מצא. הרי"ף כתב שם הלכך לא מהדרינן גיטא בשיירות מצויות ולא הוחזקו ולשון מהדרינן ודאי הוא במצאו אחר ולא ידעינן שנאבד מן השליח ובעינן ס"מ מן התורה למ"ד סד"ר פסקינן כר"י ור"ז דאף בלא הוחזקו לא מהדרינן דהיכא דלא ידעינן שנאבד לא מהני ס"ב למ"ד סד"ר ובעינן ס"מ ור"י ור"ז סברי דזה לא מיקרי ס"מ אף שלא הוחזקו ודוקא גבי יצחק ר"ג פסק כרבא דמיקרי ס"מ משום דבעינן הס"מ רק מדרבנן דהא נאבד זכרו משא"כ גבי גט דבעינן ס"מ מדאורייתא דלא ידעינן שנאבד ממנו כלל פסקינן לחומרא כר"י ור"ז ומיושב דברי הרי"ף ז"ל:

ואפשר לומר דגם הר"מ ז"ל שהעתיק עובדא דיצחק ר"ג שבא שליח אחד ואמר אמרו לי אנשים או ב"ד כשתלך למקום פלוני אמור להם שמת יצחק בן מיכאל מיירי נמי שאותו יצחק בן מיכאל לא נודע בביתו היכן הוא והוא בגדר אבידה שבזה פסקינן כרבא ומ"ש (בפ"ג מה"ג) דחיישינן לשני שווירי בלא הוחזקו היכא דשיירות מצויות מיירי במצאו אחר שלא נודע שנאבד ממנו הגט כלל וכן משמע לשון הגמרא (בב"מ י"ח) איכא

דאמרי אע"ג דלא הוחזקו לא נהדר ולשון לא נהדר ודאי משמע שמצאו אחר והשליח תובע ממנו הגט ואף שמדברי הר"ן ז"ל משמע דהר"מ מיירי דמצאו בעצמו שהרי סיים הר"מ ז"ל שם בהך בבא (פ"ג מה"ג ה' ט') או שמצאו בכלי שהניחו בו ויש לו טביעות עין בארכו ורחבו של גט והיה כרוך הרי הוא בחזקתו ותמה הר"ן כיון דמיירי במצאו בעצמו ל"ל סימן בכלי בטב"ע לחוד סגי דע"ה נמי יש לו טב"ע אלא שאינו נאמן ובמצאו בעצמו נאמן במגו דלא אבדתי הרי שהר"ן ז"ל מפרש דהר"מ מיירי במצאו בעצמו א"כ הרי חזינן דגם במצאו בעצמו שהוא יודע שאבדו ואפ"ה כתב הר"מ ז"ל דבלא הוחזקו נמי בעינן לאלתר או סימן וטב"ע מ"מ אף שהר"ן ז"ל מפרש כן דהר"מ מיירי במצאו בעצמו ופשטא דמתניתין (בגיטין כ"ז) שהעתיקה הר"מ בהך בבא נמי הכי משמע מ"מ לאו דבר ברור הוא:

והירושלמי ודאי דמפרש דמתניתין מיירי במצאו אחר דהא אמר בירושלמי (בגיטין פ"ג ובפרק בתרא דיבמות) דהחשש הוא שמא היה בידו גט פסול הפסול ואבד הכשר וכשמצא את הפסול מצא ע"ש (וגם מעכ"ת הביא דברי הירושלמי) וחששא זו ודאי לא שייכא אלא כשמצאו אחר והשליח אין לו נאמנות דבמצאו בעצמו הא יכול לאמר שלא היה בידו גט פסול כלל א"ו דמיירי כשמצאו אחר וכן נראה מפירש"י שסביב האלפסי ז"ל שכתב מצאו לאלתר כשר כגון שנכתב בו ביום ע"ש ולמאי הוצרך לפרש שנכתב בו ביום א"ו דמפרש שמצאו אחר וקשה לו דבמצאו אחר מנא ידעינן שהוא לאלתר שמא נאבד מכבר להכי פירש שנכתב בו ביום וזה פשוט:

ואין להקשות דאי מיירי במצאו אחר א"כ אמאי לאלתר כשר נהי דלא חיישינן שמא יוב"ש אחר הוא אכתי ניחוש שמא נמלך שלא ליתנו כדאמרינן שם מצא גט אשה אין הבעל מודה לא יחזיר שאני אומר כתובין היו ונמלך שלא ליתנן ועל הירושלמי לא קשה דאפשר לומר דמפרש שמצאו אחר ויש עדים שנאבד ממנו וכיון דמצאו לאלתר דליכא חשש יוב"ש אחר וזהו הגט שאבד הרי ידעינן שהיה בידו ונעשה עליו שליח ויש לו נאמנות שנמסר בידו מהבעל לגירושין ולא חיישינן לביטלו שלא בפניו אבל לפמ"ש בשיטת הר"מ שמפרש המשנה במצאו אחר וליכא עדים שאבדו דלהכי חיישינן אף בלא הוחזקו משום דלא ידעינן שנאבד ממנו] א"כ ניחוש לנמלך ולא נעשה עליו שליח כלל דז"א דע"כ לא חיישינן לשמא נמלך אלא במשנה דמצא גיטי נשים שנמצא במקום שנכתב דאפשר לומר שנפל מהבעל שנמלך שלא ליתנו אבל הכא קתני המביא גט דמיירי שהבעל במקום אחר והשליח בכאן והגט נמצא כאן ליכא למיחש לנמלך דא"כ מאי בעי הגט הכא א"ו מיד השליח נפל ואף דאיכא למימר דהבעל נתנו ליד השליח

לפקדון והוא משקר ורוצה לגרשה והוא אינו נאמן כיון שמצאו אחר מ"מ מדברי התוס' בב"מ (דף י"ח) ד"ה נפק מבואר בהדיא דלא חיישינן לזה שכתבו שם דאי השליח תובעו מיירי בלא כתוב בו הנפק ולא חיישינן לנמלך דאין יכול לבטל שלא בפני השליח ע"ש ולא חששו שמא נתן ליד השליח לפקדון וצ"ל כיון דהבעל הימניה ונתן בידו לא חיישינן שמא משקר ואומר שניתן לו לגירושין אף שניתן לו לפקדון ומהמנינן ליה אף שמצאו אחר ולהכי לאלתר כשר ובתשובה אחרת הארכתי ליישב דברי הר"מ ז"ל לפי דברינו דמיירי במצאו אחר:

ומבואר מכל זה דהיכא שהאיש שאנו דנין עליו לא נודע מה היה לו לא חיישינן לתרי יצחק וכן צ"ל דמיירי במשנה דמשיאין ע"פ בת קול שנודע שאבד האיש הזה שאנו דנין ובאמת קושית מעכ"ת חמורה היא על שיטת הרמב"ן שמפרש דהא דאמר רבא לא חיישינן לתרי יצחק הוא משום כאן נמצא כאן היה והיינו משום שהעדים ראו את זה שמת באספמיא שהלך מקורטבא ולהכי לא חיישינן שמא בא לקורטבא יצחק ר"ג אחר והלך משם עם העדים ומת באספמיא אלא אמרינן דיצחק שהלך עם העדים מקורטבא הי' תמיד בקורטבא אבל היכא דליכא למימר כאן נמצא כאן הי' חיישינן לתרי יצחק דאיך יפרנס מתניתין דצלמון ובראש ההר דלא חיישינן מיהו אף לשיטת התוס' דרבא לא חייש לתרי יצחק אף בלא טעם דכאן נמצא כ"ה מ"מ תקשה לאביי איך יפרנס מתניתין דצלמון כיון דחייש לתרי יצחק ומצאתי שהלח"מ (בפי"ג מה"ג) הקשה כן:

ולי נראה כיון דמסקינן בגמרא (דף קכ"ב) בשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין ולא חיישינן שמא שד הוא ה"נ אין חוששין שמא יוב"ש אחר הוא והמקשן דפריך ודלמא שד הוא ולא פריך דלמא יוב"ש אחר הוא עדיפא מיניה מקשה וה"ה דהוי מצי להקשות דניחוש לתרי יצחק ועוד דסוגית הש"ס דמקשה ודלמא שד הוא ולא מקשה ליחוש לתרי יצחק קאי אליבא דרבא דקי"ל כוותיה ולאביי באמת בלא"ה הוצרכנו לתרץ הך שנוייא דבשעת הסכנה שאני משום דחייש לתרי יצחק:

וגם יש לצרף הפ"פ שנמצא אצלו שהוא מדברים דלא מושלי אינשי רק שצריך לחקור אולי ניתן ע"פ משגה פ"פ לאיש הזה ע"ש איש אחר:

ומה שאמר שהוא רחוק מביאליסטאק תשעה פרסאות ובאמת העיר סיסלעוויץ היא רק שלש פרסאות אין זה ריעותא דאולי לישנא דאתקיל ליה מחמת חליו או שכח וכה"ג כתב הרשב"א ז"ל (בגיטין כ"ז) בהא דמצא בחפיסא ודלוסקמא אם מכירו כשר דמיירי אעפ"י שזכור שלא איבדו בחו"ד אפ"ה אם מכיר ויש לו טב"ע כשר דאמרינן אינש אחרינא אשכחיה ואנחיה בחפיסא ונפל ממנו עיי"ש הרי דכיון דיש טב"ע בגט תלינן

ריעותא דחו"ד במצאו אחר ונפל ממנו אף דהוי מילתא דלא שכיחא וה"נ כיון שיש שמו ושם עירו וגם הפ"פ שנמצא אצלו תלינן מה שאמר שהוא רחוק תשעה פרסאות בטעות וכדומה לכן מצטרפינא בהדי מעכ"ת להתיר:

סימן קכט

הנה בסימן הקודם ביארנו דאי סימנין דאורייתא מעידין על סימני הגוף אף שאין יודעין שנאבד זכרו ובנאבד זכרו לא קא מספקא לן כלל דודאי מעידין אולם כעת אחר ההתבוננות נראה דא"א לומר כן דכיון דסימן בינוני הוא דבר שאפשר שימצא גם באדם אחר לכל הפחות אחד מאלף כמו שהזכירו האחרונים ז"ל א"כ איך אפשר דבאדם שהלך מביתו ולא נאבד זכרו שלא היה לו שהות לחזור עדיין ובאו עדים ואמרו פלניא דהאי סימנא ראו מת שנתיר את אשתו ולא ניחוש שמא אחר הוא במקום ששיירות מצויות ומאי אולמא למיתלי באיש זה מלמיתלי באיש אחר כיון שנמצאים בעולם ב"א בסימן כזה ושיירות מצויות ג"כ ואף דבאבידה מחזירין אף שאין יודעין שנאבד לו אבידה רק בסימן לחוד למ"ד סימנין דאורייתא התם שאני דע"י מה שנותן הסימן ידעינן שנאבד ממנו חפץ דאי לא נאבד ממנו מנא ידע למימר שהמוצא מצא חפץ בהאי סימנא וע"כ שנאבד ממנו חפץ עם סימן זה ומהני סימנא כיון דידעינן שהוא אבד חפץ בסימן זה לא אמרינן שגם אחר אבד חפץ כזה בסימן זה אבל בעדות אשה שהלך בעלה ולא נאבד כלל לא מהני בסימן בינוני דאימר איש אחר הוא שמת והי' בו האי סימן ובעלה חי כיון דלאו סימן מובהק הוא:

לכן נראה לי דהא דאמרינן דאי סד"א מעידין בסימן בינוני מיירי דוקא באיש שנאבד זכרו וכמ"ש הר"מ ז"ל (בה' נחלות) דבזה שפיר מעידין עליו ע"י סימן משום דכיון דידעינן דאיש בסימן זה נאבד אין לנו לתלות באיש הנמצא מת שהעידו עליו שהוא אחר וכמ"ש התוס' (בב"מ י"ח ובגיטין כ"ז) וילפינן לה מאבידה דכשנותן סימן שמזה ידעינן שנאבד אבידה כזו ממנו דאי לאו הכי מנא ידע סימנא לא תלינן שגם איש אחר אבד אבידה בהאי סימן וסימנין דאורייתא והש"ס דקאמר אמתניתין דאין מעידין אע"פ שיש סימנין בגופו אלמא סימנין לאו דאורייתא ולא אמר דמיירי באיש שלא נאבד זכרו ואינו בגדר אבידה שבזה לא סמכינן אסימנין דלא הוי דומיא דאבידה הוא משום דמתניתין סתמא קתני אין מעידין דמשמע אפילו במי שנאבד זכרו נמי אין מעידין וע"כ משום דסימנין לאו דאורייתא אבל במי שלא נאבד זכרו אף למ"ד סימנין דאורייתא אין מעידין [וא"ש בזה הא דפשיטא להש"ס (בחולין צ"ו) דבפלניא דהאי סימנא לא קטלינן וכן כתבו התוס' דבפלניא דהאי סימנא לוה אין מוציאין ממנו דמשמע דאף למ"ד סד"א לא מהני

והוא משום דלא סמכינן אסימנין אלא היכא דהוא אבד בודאי אבל בל"ה חיישינן דלמא אתרמי סימן כסימן אף למ"ד סד"א]:

והר"מ ז"ל שכתב (בה' נחלות) דמה שאין משיאין ע"פ סימנין בנאבד זכרו הוא מדרבנן שהחמירו באיסור ערוה הוא משום דסובר סימנין דאורייתא וכדעת כמה מרבוותא בדעת הר"מ ז"ל והיינו דוקא בנאבד זכרו כמו באבידה דאיהו אבד בודאי דהא ידע סימנא ומה שקשה הא דבש"ס מבואר דאי סימנין דאורייתא משיאין ע"פ סימנין ולא החמירו בה חכמים כלל אפ"ל דכיון דרב עמרם בב"מ בעובדא דגיטא דאשתכח בבי דינא דר"ה דפשיט רבה דיחזיר ממשנה דכל מעשה ב"ד ה"ז יחזיר פריך ר"ע היכי פשיט מר איסורא מממונא וע"כ שאין קושיתו דנימא דבממונא מהדרינן מדרבנן ובאיסורא לא עביד תקנתא דהא קתני התם איגרות שום ואיגרות מזון שהוא שטרות (ובדף כ"ז) אמרינן דגבי שטרות לא שייך למיעבד תקנתא משום דלא ניחא ליה ללוה לאהדורי למלוה עיי"ש וע"כ דכוונתו דמדאורייתא מהדרינן בממון ובאיסורא עבוד רבנן תקנתא להחמיר על של תורה ומה שסתר רבה דבריו וא"ל תרדא שטרי חליצה ומיאונין תנן כבר כתבנו לעיל דלר"ע לא קשה כלל דסובר דמחלקינן בין איסור כרת לאיסור לאו עיי"ש ואנן קי"ל דלא כרבה דהא הרי"ף והר"מ ז"ל פסקו כר' זירא דבשיימ"צ ולא הוחזקו לא מהדרינן ופסקינן כר"ע דמחלקינן בין איסורא לממונא והחמירו באיסור כרת אף דבשטרי חליצה לא החמירו ואף דאיכא למימר דהא דקתני כל מעשה ב"ד ה"ז יחזיר מיירי דאשתכח אבראי דהוי מקום שאין השיימ"צ ולא הוחזקו וכמ"ש בש"ס אליבא דר"ז מי קתני שנמצא בב"ד עיי"ש וליכא אפילו חדא לריעותא ואין אנו צריכין לחלק בין איסור לממון מ"מ כיון דרב עמרם סובר הכי דבאיסור כרת החמירו על של תורה פסקינן כוותיה דהא באמת ר"ע דדחי ליה לרבה ואמר ליה היכא פשט מר איסורא מממונא לא הוי צריך להאי דחויא דהא איהו מפרש כל מעשה ב"ד דאישתכח אבראי דהא קאמר (בדף ט"ז) דלא חיישינן לפירעון ומייתי ראיה ממשנה דכל מעשה ב"ד ה"ז יחזיר ואי מיירי מתניתין דאשתכח בב"ד דמסתמא הובא שם לקיימו כמ"ש רש"י גבי עובדא דר"ה א"כ לא שייך פרעון דע"כ המלוה הביאו לב"ד לקיים שטרו דלוה לא מקיים שטרא והיכי מוכח מינה דלא חיישינן לפירעון א"ו ר"ע מפרש דאשתכח חוץ לב"ד:

וא"כ בל"ה נדחה ראייתו של רבה דהוי מקום שאין השיימ"צ. רק רב עמרם דחי לרבה דאפילו לדידיה דמפרש שנמצא בב"ד נמי אין ראיה משום דבאיסור א"א החמירו חכמים אע"ג דלא החמירו בחליצה ובממון ומשום דר"ע סבר הכי להכי פסק הר"מ ז"ל כן דאף דסימנין דאורייתא מ"מ באיסור ערוה החמירו:

ולפמ"ש במק"א בשם הגאון חכ"צ ז"ל דבשיירות מצויות ולא הוחזקו הוי שמו ושמה סימן בינוני א"כ דעת הר"מ ז"ל מבואר בדברי הש"ס בסוגיא זו לפי דברינו דרבה פשיט ממתניתין דמעב"ד ה"ז יחזיר דבשיירות מצויות ולא הוחזקו מהדרינן והיינו דסמכינן אסימן דשמו ושמה דסימנין דאורייתא ורב עמרם דחי לי' היכא פשיט מר איסורא מממונא דהיינו דבאיסור החמירו על של תורה שלא לסמוך אסימנין כמו שבארנו דע"כ ר"ע הכי סובר דל"ל דסובר דבממונא עבוד תקנתא ובאיסורא אסור מן התורה דהא איגרות שום ואיגרות מזון קתני דלא שייך תקנתא דהא לא ניחא לי' למרי' א"ו דבממונא מהדרינן מן התורה ובאיסור החמירו על של תורה וא"ל רבה תרדא שטרי חליצה ומיאונין תנן ואזיל לטעמי' דלא מחלק ביבמות (ד' פ"ב) בין איסור כרת לאיסור לאו והר"מ ז"ל פסק כר"ע דלא מהדרינן באיסור כרת כמו גט בסימן ומשום דמחמרינן באיסור כרת ובממון הוי סימנין דאורייתא וכן בשטרי חליצה סמכינן אסימנין דהוי רק איסור לאו וכמ"ש לעיל דר"ע דדחי הכי לרבה ע"כ משום דסובר דהכי הילכתא דהא לדידי' בלא"ה ראייתו של רבה אינה ראי' דאיהו מפרש דאשתכח אבראי רק שדוחה ראייתו של רבה לחלק בין איסור לממון משום דסובר הכי הילכתא ופסקינן כוותי' ולפמ"ש בדעת הר"מ ז"ל דמן התורה סמכינן אסימנין בינונים רק שחכמים החמירו א"כ אם יש סימן בינוני וגם הכרה בגופו רק שיש ספק אם הוא תוך ג' ימים או אחר ג' ימים הוי ספק דרבנן אף לדעת הרשב"א ז"ל דהא דאין מעידין אחר ג' ימים הוא מן התורה מ"מ כיון דמה"ת מתירין בסימן בינוני ורבנן הוא דאחמיר ולענין איסור דרבנן מהני ההכרה דהספק דאחר ג' ימים הוי ספק דרבנן ודו"ק:

סימן קל

שאלה ע"ד העגונה אשת ר' ישראל גוריון מהוראדנא אשר בעלה נהרג בבאדין ונסע לשמה אבי האשה ועוד אחד נסע אתו והכירו אותו לאחר ג"י למיתתו וגם הכיר אביה את הטלית (זאק) שלו שנשאר בבית האסורין בטב"ע גם העיד אביה שהראבינער דבאדין סיפר לו שהשופט דבאדין סיפר לו שבא מהשופט דבערלין לחקור על ישראל גוריון אצל השופט דבאדין וכתב עליו הרבה סימנין כמבואר בגב"ע והסימנים נמצאו בהתפוס ומחמת זה אבד עצמו לדעת גם הראה הראבינער לאביה האדרעססע שהניח התפוס אצלו בכת"י ממש לשלוח מכתב לאמו אידלע לאנדא הדרה אצל דוד שפירא והתפוס שינה שמו ליעקב מארשינסקע ובאת האשה ובקשה להזדקק לעיין בדינה:

תשובה הנה במה שהכירו אותו בטב"ע תנן ביבמות (דף ק"כ) אין מעידין אלא עד ג' ימים:

ובדברי הרשב"א ז"ל בחידושיו שם מסתפק לומר שהוא מה"ת ולהכי החמיר גם בספק ג"י דהוי ספק דאורייתא והכי משמע לכאורה בש"ס בכורות (דף מ"ו) דקאמר התם שאני עדות אשה דאחמירו בה רבנן ופריך ומי אחמירו בה רבנן והתנן הוחזקו להיות משיאין עד מפי עד ומשני כי אקילו רבנן בסופה בתחילתה לא אקילו רבנן ואם נימא דהא דאין מעידין אלא עד ג' ימים הוא מדרבנן בעלמא א"כ מאי פריך ומי אחמירו רבנן וכי לא ידע דאחמירו רבנן בתחילת עדות הא מתניתין היא אין מעידין אלא עד ג' ימים. א"ו דמזה אין ראי' דאחמירו רבנן דזה הוא מדאורייתא ולא הוי חומרא דרבנן בעלמא ואע"ג דבלא"ה מצינו שהחמירו חכמים לענין משאל"ס דוודאי הוי רק מדרבנן מ"מ מהא דמשאל"ס לא פריך דאין ראיה מזה דזהו רק לכתחילה כדאמרינן ביבמות (דף קכ"א) ואם נשאת לא תצא והש"ס דפריך מי אחמירו בה רבנן הכי פריך מי אחמירו לענין עדות אשה אף לענין דיעבד כי האי דאין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם דהוי אף דיעבד דאף דהב"ש (בסי"ז ס"ק ע') כתב בשם רמ"ה דאם נשאת בסימנים אמצעים לא תצא היינו לדידן דמספקא לן דלמא מתניתין דקתני אעפ"י שיש סימנין בגופו היינו סימנים גרועים אבל סימנים בינונים מהני דסד"א להכי לא מפקינן לה מבעלה אם נשאת ע"י סימנים בינונים אבל אי סימנין לאו דאורייתא אם נשאת תצא דהא דקתני במתני' אע"פ שיש סימנים בגופו מיירי אף לענין דיעבד למ"ד סד"א בסימנין גרועים ולמ"ד סד"ר אף בבינונים ולהכי פריך שפיר ומי אחמירו בה רבנן לענין דיעבד וכן הביאו רבים מהאחרונים ז"ל מהא דאמרינן בירושלמי (סוף יבמות) ויכם אביה מכה רבה שהעמיד שומרים עד ג' ימים שלא יוכלו להתיר נשותיהם משמע דהוי מדאו' [מיהו אין זה ראיה ברורה שמצינו דבר שהוא רק מדרבנן והיה נוהג גם בימי נביאים ראשונים כדאמרינן בחגיגה (דף ו') דפריך לב"ש דמחייבי מדרבנן קטן שיכול לרכוב על כתיפו של אביו מהא דכתיב וחנה לא עלתה כי אמרה לאישה וגו' הרי דפשיטא ליה להש"ס דאם חייב מדרבנן היה נוהג גם בימי שמואל] מיהו כ"ז הוא לדעת הרשב"א ז"ל דס"ל דהוי דאו' וכן משמע לכאורה מהרמב"ם ז"ל דהא דאין מעידין אלא עד ג' ימים הוי דאו' שכתב (בפ"ח מה' נחלות) וז"ל מי שטבע במשאל"ס וכן אם באו עדים שראוהו שנפל לגוב אריות ונמרים או שראוהו צלוב והעוף אוכל בו או שנדקר במלחמה או שנהרג ולא הכירו פניו אבל היה לו סימנין בגופו בכל הדברים האלו יורדין לנחלה בעדות זו אע"פ שאין משיאין את אשתו שאני אומר שלא החמירו בדברים אלו אלא באיסור ערוה ע"כ. ומדחשיב כל הני שהחמירו כגון משאל"ס וסימנין או נהרג ולא הכירו פניו דהיינו פדחת עם החוטם דאמרינן בבכורות דהוי רק מדרבנן ולא חשיב נמי בהדייהו שהעידו עליו אחר ג' ימים דיורדין לנחלה אעפ"י שאין

משיאין את אשתו ש"מ דסובר הר"מ ז"ל דג' ימים הוי דאורייתא ואין יורדין לנחלה ע"פ עדות זה ודוחק לומר שזה בכלל לא הכירו פניו שכתב הר"מ ז"ל דהיינו שהיה אחר ג"י דלא מהני ההכרה דז"א דלשון לא הכירו פניו משמע שלא הכירו לגמרי כגון שלא היה פרצוף פנים ניכר אבל הנמ"י בשם הריטב"א כתב דהוי רק חששא דרבנן ומה"ת מעידין כ"ז שמכירין אותו:

ודע דיש לנו מקום ספק דאף אם נימא דהא דאין מעידין אלא עד ג"י הוא מדרבנן מ"מ בנ"ד הוי איסור דאורייתא לפי שיטת רוב הפוסקים דהא דע"א נאמן בעדות אשה הוא רק מדרבנן וכמ"ש (ר"פ האשה רבה) דמשום עגונה אקילו בה רבנן וכמ"ש התוס' שם דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת בקום ועשה בדבר הדומה עיי"ש וכן כתב רש"י ז"ל (בשבת קמ"ד) גבי עד מפי עד דבעדות אשה אקילו משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן קמקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה וכאן שלא היה רק ע"א כשר מה"ת שהעיד על הכרתו מה"ת אסורה רק דחכמים הקילו להם והם אמרו שלא לסמוך על הכרה אלא עד ג' ימים ואחר ג' ימים לא התירו ומוקמינן אדאו' ואסורה ממנ"פ דלד"ת הא בעינן תרי ומדרבנן אף שהקילו להתיר בע"א מ"מ לא התירו אלא עד ג' ימים ודמי להא דאמרינן (ביבמות צ"ב) הורוה ב"ד לינשא והלכה וקלקלה חייבת וכו' עיי"ש הרי שאם קלקלה אח"כ וזינתה חייבת אף שבשעה שהותרה היה ההיתר בדין מפני שע"מ כן לא התירוה: כש"כ הכא שבשעת ההיתר יש כאן דבר שמדרבנן אסור שלא נתירוה להנשא ובעינן לאוקמי אדאו' ואם מתירין אותה יש כאן איסור תורה שלא עקרו כאן חכמים את האיסור תורה:

ובזה יהיה מיושב נמי מה דאמרינן ביבמות (דף קט"ו) גבי בעיא דע"א במלחמה ופשיט מעובדא דב' ת"ח שהיו באים עם אבא יוסי בן סימאי בספינה וטבעה והשיא רבי נשותיהן ע"פ נשים והא נשים אפילו מאה כחד דמיין וכו' ופריך ותסברא מים שאל"ס הוא ומשאל"ס אשתו אסורה אלא כגון דאמרו אסקינהו קמן וחזינהו לאלתר וקאמרי סימנין ופירשו התוס' דהיינו סימנים מובהקים או ע"פ טב"ע דגופא מהני הסימנים ג"כ אבל בלא"ה הא לא סמכינן אסימנין דמספקא לן אי סימנים דאו' ע"כ וקשה אפילו אי סימנין דרבנן נמי בעינן למיסמך אסימנין כיון דהוי רק משאל"ס דהוי רק מדרבנן א"ו כיון דנשים אפי' מאה כחד דמיין ומה"ת לא מהני עדותן על הטביעה שוב הוי גם משאל"ס איסור דאורייתא דהם אמרו שלא להתיר במשאל"ס וחזר הדבר לאיסור תורה דנעקרה קולת חכמים שהקילו להתיר ע"פ עד אחד:

מיהו אפ"ל דהתוס' מפרשי דאף דמעיקרא דהוי סובר הש"ס שעיקר ההיתר היה מחמת הטביעה מיירי ע"כ ששהו עד שתצא נפשם אבל השתא דמסיק דההיתר היה מחמת ההכרה דאסקינהו וחזינהו לאלתר מוקמינן ברייתא אף בלא שהו עד שתצא נפשם כיון דלא מוזכר בברייתא ששהו עד שתצא נפשם ולהכי הוי איסור דאו' ולא סמכינן אסימנים ושפיר פירש התוס' אבל אם שהו עד שתצא נפשם שפיר סמכינן אסימנין אף שהטביעה היה רק ע"פ ע"א דכיון שהקילו חכמים להתיר ע"פ ע"א כבר אזיל מיניה איסור דאו' ומה שהחמירו במשאל"ס הוא דבר בפ"ע ולא מצרפין לה לגריעותא דע"א למיהוי איסור דאורייתא גם לכאורה יש להביא ראיה לזה מהא דאמרינן שם (בדף קכ"א) איבעיא להו ריב"ב לקולא פליג או לחומרא פליג ופשיט מההוא דטבע בכרמי ואסקוהו אבי הדיא ואנסבי ר"ד מנהרדעא לבתר תלת יומין וכו' אא"ב ריב"ב לקולא פליג אינהו דעביד כריב"ב אבל אם נימא דלחומרא פליג אינהו דעבדי כמאן ומאי קושיא כיון דהא דג"י הוי דרבנן אימא דלא החמירו במשאל"ס דהוי רק מדרבנן [כמדומה לי שראיתי קושיא זו בנוב"י] אבל לדברינו א"ש דפשיטא ליה להש"ס דהתם לא היה רק ע"א על הטביעה וחזר הך דג"י לאיסור דאורייתא מיהו אפ"ל דפשיטא ליה להש"ס דמיירי בלא שהו עד שתצא נפשו ולהכי פריך אינהו דעביד כמאן וכן תירצו הפוסקים מה שקשה לשיטת ר"ת ז"ל דכל גופו שלם מעידין אפי' אחר ג"י א"כ מאי פריך מהנהו עובדא דלמא מיירי שהיה כל גופו שלם ותירצו דקים ליה להש"ס דמיירי באין גופו שלם:

והנה התוס' בשם ר"ת ז"ל כתבו דהיכא דאינו נחבל בפנים מעידין אפילו אחר ג"י וביארנו דבריו במק"א ורבים מהראשונים חלקו עליו וראיתי להגאון בעל עבודת הגרשוני (בסי' ע"ב) שכתב להתיר אחר ג"י בצירוף סימן הגוף או סימן כלי ומסתייע ליה מלשון המשנה דקתני אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם אפי' יש לו סימנין בגופו ובכליו אין מעידין אלא עד ג"י קשה דהאי אפילו יש לו סימנין בגופו ובכליו הו"ל למיתני בסוף והכי הוי ליה למיתני אלא על פ"פ עם החוטם עד ג"י אע"פ שיש סימנין בגופו ובכליו א"ו דבאמת אם יש סימן בגופו או בכליו מעידין אפי' אחר ג"י ולהכי קתני בבא דסימנין קודם בבא דג"י והסכים לזה הגאון בעל נוב"י ז"ל וכתב שם עוד דאפי' לדעת מהרא"י (סימן רכ"ד) דשני סימנין בינונים לא מצטרפי ומוכיח זה מדברי הרמב"ם שכתב אם העיד על א' שמת כך וכך סימניו לא מהני דמשמע אפי' ב' סימנין לא מהני מ"מ טב"ע גרוע עם סימן שפיר מצטרפי ומביא ראיה מדברי הא"ז שמפרש מתניתין דגיטין מצאו בחפיסא ובדלוסקמא אם מכירו כשר דתרתי בעינן שידע ע"י סימנין שהכלי שלו גם שיכיר הגט בטב"ע ש"מ שכל אחד בפ"ע לא מהני וע"י צירוף מהני וכן פירש הרמב"ם

ז"ל כמו שפירש הא"ז וא"כ כיון שמהרא"י הוכיח מדברי הרמב"ם דצירוף ב' סימנין לא מהני והר"מ פירש כהא"ז במתני' דמצאו בחו"ד ש"מ שיש לחלק בין הצטרפות ב' סימנים להצטרפות טב"ע גרוע עם סימן עכ"ד ועיי"ש שדימה טב"ע דאינש דעלמא שאינו צורבא מרבנן לטב"ע גרוע דלא חשדינן ליה למשקר דע"א נאמן באיסורין רק חיישינן שמא לא דקדק יפה להכי מצטרפין לזה סימן דכלי ונראה דמפרש מתניתין דמצאו בחו"ד שמצאו בעצמו ולהכי לא חשדינן ליה למשקר דנאמן כמו שליח דעלמא ואפ"ה מי שאינו צו"מ אינו נאמן מדרבנן בטב"ע שמא לא דקדק יפה וחולק על התוס' שכתבו (ביבמות ק"כ) ד"ה מצאו דבמצאו בעצמו אף ע"ה נאמן וכ"כ הר"ן בפ' כל הגט אמתניתין שם וסובר דגם במצאו בעצמו לא מהדרינן אלא לצו"מ אף שאין כן דעת כל הפוסקים מ"מ הא"ז סובר כן ובמק"א בארנו דעת הרמב"ם בזה על נכון:

והנה הדקדוק במתניתין אפשר ליישב דתנא סידורא נקט ואתי ומעיקרא תני אין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם שזה שייך להכירו גם בשעה שהוא בחיים דאם ראה אותו בחיים והכירו בפ"פ ולא זז משם עד שנהרג ונשאר מת אף אם לא ראוהו אחר מיתתו בפ"פ הא וודאי דמעיד עליו דכיון שראוהו בחיים ולא זז עד שמת וע"ז תני דבעינן שיכיר שהוא בעל אשה זאת בהכרה בפ"פ ולא מהני הכרה ע"י סימנים ומקדים האי בבא דהכרה שהיא בין בחיים ובין לאחר מיתה כמ"ש ואח"כ תני אופן העדאה על מיתתו איך הוא ומפרש אע"פ שראוהו צלוב והחיה אוכלת בו ומגויד לא מהני עד שתצא נפשו ואח"כ שנה דההכרה שלאחר מיתה אינו נמשך אלא עד ג' ימים וכיון דהתנא סידורא נקט ואתי בתחילה ההכרה שהיא גם מחיים ואח"כ אופן מיתתו שראה העד ואח"כ שנה עד מתי נמשך זמן ההכרה אין כאן קושיא למה לא קתני הא דאע"פ שיש סימנין בגופו לאחר בבא דג"י כיון דסידורא נקט ואתא (וכדאמר בשבת תנא סידורא דפת נקט ואתי) ועוד במאי דפסיקא ליה לבעל עבוה"ג דהכרה גרוע דאחר ג' ימים מצטרפים לסימן דכלי לדעת הסוברים דדין ג' ימים הוא רק מדרבנן כמבואר שם בתשובתו בארוכה לענ"ד מבואר בגמ' להיפך דהא בבכורות (דף מ"ו) פריך אהא דתנן יצא פדחתו הרי הוא כילוד מהא דתנן אין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם אע"פ שיש סימנין בגופו ובכליו ומשני שאני עדות אשה דאחמירו בה רבנן עיי"ש הרי להדיא דאע"ג דהכרה גרוע דפדחת בלא פ"פ הוי רק מדרבנן אפ"ה לא מצטרפין ליה לסימנין דגופו וכליו דהא האי אע"פ שיש סימנים בגופו ובכליו וודאי דקאי אירישא דלא מהני פ"פ בלא חוטם אף שיש סימנים כמ"ש הר"מ (בפי"ג מה"ג) וגם בעל עבוה"ג וודאי דמפרש כן דזהו עיקר דקדוקו מדלא תני אעפ"י שיש סימנין אחר בבא דג"י ש"מ דאחר ג"י מהני סימנין ובפ"פ בלא חוטם

לא מהני סימנין וא"כ קשה הא גם פ"פ בלא חוטם הוי מדרבנן ואמאי לא מצטרפין ליה לסימנין ואף דהתם בש"ס דבכורות משני שנוייא אחרינא דקאמר שם ואבע"א הכרת פנים לחוד ויכיר לחוד ולהך לישנא הא בפ"פ עם החוטם הוי דאו' א"כ אין לנו הוכחה דטב"ע שהוא גרוע מדרבנן אינו מצטרף עם סימן דגופו או כלים מ"מ לא מסתבר לומר דהני תרי לישני פליגי בהכי ועוד דכיון דבהך לישנא דבעי למימר מעיקרא דפ"פ עם החוטם הוי דרבנן מוכח דאין מצטרפין הכרה גרוע לסימן הרי מוכח דאין דקדוקו של העבוה"ג מוכרח דאי נימא דממתניתין מוכח דמצטרפין מדשנה בבא דג"י לבסוף הרי א"א לומר דפ"פ הוי מדרבנן דאי הוי מד"ר הא מצטרף לסימן דגופו וכליו כמו שמצטרף טב"ע גרוע דאחר ג"י לסימן דגופו וכליו ומדבעי למימר הכי הרי שתפסו דאין זה דקדוק וע"כ כמ"ש דתנא נקט ואתי וגם טב"ע דאחר ג"י אין מצטרף לסימן דגופו וכליו ועוד תמיהני דהא מדברי הר"מ ז"ל (בפי"ג מה"ג) מוכח להדיא להיפוך דלא מהני הכרה דאחר ג"י עם סימן דהא כתב שם וז"ל מצאו הרוג או מת אם פדחתו וחוטמו ופ"פ קיימת והכירוהו שהוא פלוני מעידין עליו ואם ניטל אחד מאלו אע"פ שיש סימנין בגופו ובכליו אין מעידין עליו שמא אחר הוא בד"א בתוך ג' ימים אחר הריגתו או מיתתו אבל אחר ג' ימים אין מעידין עליו מפני שפ"פ משתנה עכ"ל הרי שפירש להדיא דהך בבא דא"מ אלא עד ג"י קאי נמי אהך בבא דאע"פ שיש סימנים דהא אחר שכתב אע"פ שיש סימנים כתב בד"א שהוא בתוך ג' ימים:

והיה אפ"ל אף שאין ראיית העבודת הג' מוכרחת כמו שבארנו מ"מ לענין דינא אמרינן דאף דסימנין לאו דאו' מ"מ באיסור דרבנן מהני וכיון דג"י הוי מדרבנן להכי מהני סימנין ובזה לא היה קשה עליו מסוגיא דבכורות דאפשר דסוגיא דבכורות קאי להך לישנא דסימנין דאו' ולהך לישנא מפרשינן ביבמות הא דקתני אע"פ שיש סימנין דמיירי בסימנין גרועין דלא מהדרינן אפילו באבידה להכי לא מהני אף עם הכרה דפ"פ בלא חוטם שהוא מדרבנן דסימן גרוע לאו כלום הוא אבל בס"ב אף אם סימנין דרבנן מ"מ כיון דאלים כחו לענין ממונא ומהדרינן אבידה בס"ב מהני לכל הפחות באיסור דרבנן דהיינו בהכרה שהיא גרוע מדרבנן. מ"מ הלא נפלנו במחלוקת הרשב"א והריטב"א ז"ל דלדעת הרשב"א הא דג"י הוי דאורייתא מיהו נראה דאפ"ל דוודאי שני ס"ב לא מצטרפי וכדמוכח מגופא דמתניתין דיבמות דקתני אע"פ שיש סימנין דמשמע אפילו ב' סימנין ומ"מ טב"ע גרוע עם ס"מ דכלי מהני דכיון דס"מ מהני מה"ת רק שיש לחוש לשאלה וזה דבר רחוק מאוד שנחוש שהשאיל בגדיו לאחר ואותו האיש נהרג ונשתנה צורתו של האיש שנהרג עד שנדמה לצורתו של בעל הבגדים זהו חששא רחוקה ולהכי א"ש

הא דבסוגיא דבכורות מבואר דאף אם פדחת בלא חוטם הוי טב"ע גרוע מדרבנן אפ"ה לא מצטרף לסימן דגופו ודכליו דאיכא למימר דשם קאי הש"ס בהך לישנא דהא דקתני במתניתין אע"פ שיש סימנין בגופו ובכליו לא משום חשש שאלה אלא משום דסימן לא מהני וכדבעי למימר בתחלת הסוגיא ביבמות שם או כדמסיק לבסוף ואב"ע כליו בחיורי וסומקי וכמ"ש התוס' שם ביבמות וכיון דסימנין לא מהני לא מצטרף נמי לסימן גרוע אף שהסימן הוא רק גרוע מדרבנן כיון דכ"א בפ"ע לא מהני אינו מועיל נמי ההצטרפות אבל היכא דיש בכלי ס"מ או טב"ע דמהני מדאו' רק שאנו חוששין לשאלה בזה שפיר מהני ס"ג כדעת העבוה"ג משום דלא חיישינן שישתנה הפנים של השואל להיות נדמה כצורתו של משאיל וגם הר"מ ז"ל שהוכחנו מלשונו דהכרה דאחר ג"י לא מהני אע"פ שיש סימן בגופו ובכליו מיירי נמי אם היה רק סימן בינוני אבל אם יש ס"מ או טב"ע בכלי דאין כאן רק חשש שאלה מהני משום דלא שכיח שישתנה צורת השואל וידמה להמשאיל ואע"ג דהא דיש לו סימן בגופו לא מהני להצטרף לטב"ע גרוע דפדחת וחיישינן שנשתנה צורת הנהרג לאיש שיש לו ג"כ סימן כזה בגופו דאנשים בסימן כזה שכיחי לדידיה דסימנין דרבנן אבל משואל למשאיל לא חיישינן שישתנה צורתו ודמי יותר לנפילה דיחיד דלא חיישינן ובזה אפשר לקיים דברי תשובת העבוה"ג ז"ל והיה מיושב בזה גם מה שראיתי בדברי כבוד הרבנים הג' מהוראדנא שהביאו בשם תשובת רע"א ז"ל שהביא מתשובות הרא"ש והר"ן ז"ל בעובדא דידהו שהיה סימן בינוני בגוף והכרה דטב"ע לאחר ג"י ולא התירו ולדברינו א"ש דודאי ס"ב עם הכרה גרוע אין מצטרפין אבל סימן מובהק בכלי או טב"ע דכלי עם הכרה גרוע שפיר מצטרפין משום דהשתנות והשתוות הצורה משואל למשאיל לא חיישינן ואף שהראי' שהביא בעל עבודה"ג מהא"ז בפירושם במתניתין דמצאו בחפיסא ודלוסקמא משמע דמצטרפין ס"ב עם טב"ע גרוע כבר הוכחנו מסוגיא דבכורות ומדברי הר"מ ז"ל דא"א לומר כן מ"מ סימן מובהק דכלי עם הכרה גרוע עד אחר ג"י מהני דע"ז לא מצינו ראי' דלא מהני ומסברא נראה דמהני כמ"ש:

והנה בנ"ד מה שמבואר בגב"ע שהשופט סיפר להראבינער דשם ששלחו מבערלין סימנים שנמצאו בגופו של ישראל גוריון ונמצאו גם בהאיש התפוס שאיבד עצמו לדעת זה א"א לצרף להכרה דאחר ג"י דהא לא נאמר בהגב"ע שהיה למראה עינים רק שהאשה אמרה שהיה הסימנים האלו בבעלה ישראל גוריון ומה שאמר השופט דבאדין להראבינער שהיה בו הסימנין שהיה בישראל גוריון כפי שנשלח מבערלין נמי לא מהני דנהי דמה שנשלח מבערלין מהשופט דשם יש לו דין ערכאות דמהימני דהא שלח לחקור עליו כנימוס השופטים וממקום המשפט אבל מה שסיפר השופט דבאדין לפני

הראבינער אין לזה דין ערכאות דהוא רק ספירת דברים בעלמא וגם דין מסל"ת אין לזה דאינו מבואר בגב"ע שסיפר לו מעצמו ואולי השיב לו על תשובתו ואולי גם ידע ששואל אותו לענין התרת אשתו ואין לזה דין מסל"ת לכן א"א לצרף לזה גם לטב"ע גרוע דהכרה כלל:

והנה מה שהכיר אבי האשה הטלית שלו, והנה הפוסקים כתבו דבטלית של מצוה לא חיישינן לשאלה מ"מ בנ"ד היה נראה דיש לחוש שמא גנוב הוא אצלו דהאיש שאיבד עצמו לדעת בבית האסורים לפי הנראה היה מוחזק לגנב ול"ד לאינש דעלמא דאחזוקי אינש בגנבא לא מחזקינן ומ"מ בעובדא דידן מצטרפין ההכרה דאחר ג"י לטב"ע דכלי וכמ"ש בשם העבוה"ג ולא חיישינן שמא האיש הזה גנב או שאל מישראל גוריון וכשמת נשתנה צורתו לצורת ישראל גוריון וכמ"ש גם יש למצוא היתר ע"פ האדרעסס שנתן התפוס להראבינער לשלוח מכתב לאמו אידלע לאנדא ואף שאין לחשוב להיתר מה שנודע שם אמו וכינויה כיון דהתפוס היה רע מעללים אפשר שהוא אינו ישראל גוריון רק שידע שישראל גוריון הוא בנה מהיותו עמו בחברת גנבים ורצה להוציא ממנה בצע כסף במרמה מ"מ מה שמכיר אבי האשה כתב ידו יש מזה ראיה שזהו ישראל גוריון שהרי התפוס מסר כת"י להראבינער ואביה הכיר כת"י ואף שלכאורה יש לדון בזה לדינא אם ראו לאחד שכתב מכתב ולא נודע מי הוא ומת אם יועיל מה שמכירין כת"י להעיד על אשתו דלכאורה אם לא חתם חתימתו רק שכתב בכ"י ואנו מכירין שהוא כת"י בעלה יש להסתפק אם יש לסמוך על הכתב ואף דמוציאין ממון ע"י קיום שמדמין חתימה לחתימה ואפילו היכא דהבע"ד טוען מזוייף אף לשיטת ר' אביגדור כהן שהביא הש"ך (בסימן מ"ו ס"ק ט') דהיכא דטעין מזוייף בעי קיום מה"ת ואפ"ה מפקינן ממונא ע"י קיום החתימה מ"מ הא הרמ"א (בסימן מ"ו סעיף ד') כתב דמקיימין חתימה מספר שכתב אבל לא מאגרת שכ' וכ' הסמ"ע הטעם דאין אדם מדקדק בכתיבת אגרת וכתבו משתנה לפי הקולמס והנחיצה והוא מהריב"ש (סי' קל"ו) בשם הירושלמי בפ"ב דכתובות ר' חונה אומר למדין מספר מוגה כגון אילין ספרי דאסי ובאילן איגרתא צריכא דהיינו אם מקיימין מאגרת צריכה עיונא אם מקיימין או לא וכן הביא הש"ך שם ראי' מש"ס דילן בכתובות (דף כ"א) דהוצרך לכתוב אחספא כי היכי דלא ליכתוב עליו אינש דלא מעלי מאי דבעי ולא אמרו שיכתוב אלפא ביתא ש"מ שאין מקיימין מכתב שאינו חתימה:

מיהו נראה דוודאי אם ראובן בן יעקב חתם א"ע בעד ואנו באין לקיים חתימתו מתוך כתב שכ' בלי חתימה אז אמרינן דבכתבו לא דקדק אבל בחתימתו מדקדק ולהכי אם חתימתו שבאה לפנינו דומה ממש לכתבו של ראובן בן יעקב אין זה ראי' שזה חתימתו של ראובן

דשמא בחתימתו מדקדק יותר וחתימתו באופן אחר ממה שחתום לפנינו בהשט"ח ואין זה קיום אבל אם רואים כתב ידו מתוך מכתב ומכירין שזה כתב ידו שפיר הוי הכרה דדוקא מחתימה לכתב נמצא שינוי אבל הכתב גופא שמכירין מהני שפיר והוי כמו סימן ואפשר דהוי אפילו סימן מובהק להעיד על אשתו דבעדות אשה נמי סמכינן אקיום כדאמרינן בירושלמי הביאו הרי"ף ז"ל מצא כתוב וחתום בשטר מת איש פלוני משיאין את אשתו וסובר הרמב"ן ז"ל דהיינו במקויים גם יש סמך גדול להתיר מחמת המכתב שראה אביה שכתב לאחותו שלא תכתוב אליו עוד ע"ש ישראל גוריון רק ע"ש יעקב מארשינסקי מעתה היתר אשה זו נסמך על דעת ר"ת ז"ל דבכל גופו שלם מעידין אפילו אחר ג"י ופסק כן הטור ומהרי"ק (שורש קכא), שנית הצטרפות הכרת כליו כדברי הגאון בעל עבוה"ג, שלישית הכרת האדרעס והמכתב ששלח לאחותו, מכל הלין טעמי הנני נמנה עם כבוד הרבנים הגדולים דק"ק הוראדנא שקדמוני להתירה אחר שיתירו אותה המה בב"ד של ג' והש"י יצילנו משגיאות שלא נכשל בדבר הלכה:

סימן קלא

ומה שהקשה כבודו על דברי רש"י ז"ל בשבת (דף קמ"ה) דקאמר אין עד מפי עד כשר אלא בעדות אשה בלבד ופרש"י ז"ל דאקילו בה רבנן משום עגונה ואפקעינהו רבנן לקידושין מיני' ע"כ, דא"כ אמאי קאמר ביבמות (דף פ"ט) והתנן הוולד ראשון ואחרון ממזר בשלמא משני ממזר אלא מראשון אמאי אשתו היא וישראל מעליא ושרינן לי' בממזרת ע"כ ואם נימא כדברי רש"י ז"ל דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני' היכי ניחא הא דהוולד משני ממזר הא כיון דנתבטלו הקידושין לא הוי ממזר, הנה קושיא זו אמורה בתשו' שבות יעקב. ול"נ בדעת רש"י ז"ל דהא לכאורה קשה על רש"י ז"ל גם מגופא דמתניתין דפ' האשה רבה דקתני התם הורוה ב"ד לינשא והלכה וקלקלה חייבת בקרבן שלא התירוה אלא להנשא. ואם נימא דאפקעינהו רבנן לקידושין מה איכפת לן שלא התירוה אלא להנשא הא מ"מ נתבטלו הקידושין והיא פנוי' ואמאי חייבת קרבן:

לכן נראה דדעת רש"י ז"ל דוודאי החכמים הפקיעו הקידושין דבלא הפקעת קידושין לא הי' כח ביד חכמים להתיר דבר האסור בקום עשה כמו שנתקשו באמת התוס' בזה ולרש"י ניחא דהפקיעו הקידושין מיהו הם לא הפקיעו אלא באשה שניסת עפ"י עצמה או עפ"י עד אחד ולא בא בעלה אף שהוא חי מ"מ כיון שלא בא הפקיעו הקידושין אבל אם בא בעלה אח"כ הוברר הדבר למפרע דלא הי' כאן הפקעת קידושין וכן אם הלכה וקלקלה, דעיקר מה שיכולת ביד חכמים להפקיע הקידושין כתב הש"מ כתובות (דף ד') דדמי למקדש ע"ת ומתנה שאם ירצו חכמים הקידושין יהיו בטלים וכדאמרינן כל

דמקדש אדעתא דרבנן מקדש והם לא רצו לבטל אלא באשה שהלך בעלה ולא בא אף שהוא חי אבל באשה שבא בעלה לא רצו להפקיע הקידושין וכך הוא תנאי ב"ד שכל אשה שתאמר מת בעלה ותנשא ולא יבוא בעלה אח"כ אעפ"י שהוא חי באיזה מקום יהא הקידושין בטלין מעיקרא כמו דאמרינן גבי מגרש בתנאי דאם לא באתי עד יום פלוני דהי' תנאי ב"ד שאם יגרש בתנאי דאם לא באתי ויארע אונס שיתבטלו הקידושין למפרע. או במגרש ומבטל הגט נמי הי' תנאי ב"ד כך אבל על אשה שתאמר מת בעלי ויבוא אח"כ בעלה לא הי' תנאי ב"ד כלל ונשארו הקידושין קיימין ומה שלא רצו לבטל הקידושין בכל גווני אף באשה שיבוא בעלה אח"כ הוא משום דא"כ לא תדייק כלל ותאמר מת בעלי אף שאינה יודעת שמת גם לא תדייק על דברי העד לכן החמירו עליה בסופה שיהא הוולד ראשון ואחרון ממזר אם יבוא בעלה וכל החומר שהטילו עלי' כדי שתדייק היטיב ולא תשקר ואז לא חיישינן שמא מ"מ הוא חי דהא אפקעינהו רבנן לקידושין מיני' וא"ש הא דבגמרא קאמר מתוך חומר שהחמרת עלי' בסופה הקלת עלי' בתחילתה להפקיע הקידושין שזהו טעם על שהאמינוה והתירוה לינשא ולא חשו שכל אשה תשקר לומר כן וע"ז אמר שכיון שהחמירו עלי' בסופה לא תשקר לומר כן ועשו תקנה להפקיע הקידושין כשלא יבוא בעלה ולא רצו לסמוך על הך תקנה דהפקעת קידושין בלחוד ושלא להחמיר עלי' בסופה דא"כ תשקר ותאמר כן אף שידעה שלא מת לכן החמירו עלי' כשבא בעלה שע"ת זה לא הפקיעו הקידושין והפקיעו הקידושין כשלא בא בעלה והשתא א"ש הא דחייבת קרבן כשקלקלה דבאופן זה לא הפקיעו הקידושין וכן הא דקאמר דמשני הוולד ממזר מה"ת דבאשה שבא בעלה לא הפקיעו הקידושין כלל והוי' א"א גמורה:

ובמה שבארנו שיטת רש"י ז"ל דהפקיעו חכמים הקידושין א"ש הא דתנן ביבמות (דף קי"ח) האשה שהלכה היא ובעלה למדה"י ובאה ואמרה מת בעלי תנשא ותטול כתובתה וצרתה אסורה היתה בת ישראל לכהן תאכל בתרומה דברי ר"ט וכתבו התוס' מספקא לר"י אי דווקא בתרומה דרבנן אי נמי בתרומה דאורייתא דאוקמה אחזקה דדייקא ומינסבא ועל צרתה אין להאמינה דאוקמה בחזקת א"א מידי דהוי אשני שבילין מיהו איכא הכא חדא דעביד איסורא ממ"נ ובכה"ג לא ילפינן מסוטה עכ"ל ותמיהתם קיימת איך אפשר להתיר אחת להנשא והשני' תאכל בתרומה אף אם היא בת ישראל לכהן אבל לפמ"ש בדעת רש"י ז"ל א"ש דמה שמתירין אותה שאמרה מת בעלי להנשא משום דאפקעינהו רבנן לקידושין מינה אף אם בעלה חי א"כ אין כאן תרתי דסתרי דאפשר שהוא חי ומ"מ מותרת להנשא משום הפקעת קידושין והשני' תאכל בתרומה משום דלא מהני לה עדות חברתה ואמרינן שבעלה חי ותאכל בתרומה וקידושין שלה לא הפקיעו:

ויתיישב בזה נמי מה שהקשו התוס' שם בהא דאמרינן אמשנה דאחת אומרת מת ואחת אומרת לא מת אותה שאמרה מת תנשא ואותה שאמרה לא מת לא תנשא ופרכינן טעמא דאמרה לא מת הא אשתקה תנשא הא אין צרה מעידה לחברתה ומשני סד"א הא מיית והא דקאמרה לא מת לקלקולא דצרה קא מכוונה ותמות נפשי עם פלשתים דקאמרה והקשו התוס' היכי ס"ד למשרי' הא שווי' נפשה חד"א דקאמרה לא מת אבל לפמ"ש א"ש דה"א דלא שייך בזה שווייה אנפשה חד"א דהפקיעו רבנן לקידושין מינה אף אם לא מת קמ"ל דקידושין דידה לא הפקיעו וכיון דאמרה לא מת אסורה להנשא:

מיהו אף שבארנו דעת רש"י ז"ל במ"ש דהפקיעו רבנן לקידושין מינה מ"מ נראה דזהו קאי רק אעד מפי עד דבזה לא מהני מן התורה רק מדרבנן אבל עדות ע"א שהעיד בב"ד סובר רש"י ז"ל דמהני מן התורה דהא רש"י ז"ל כתב ביבמות (דף פ"ח) דפריך התם לרב דקאמר בניסת ואח"כ באו עדים לא תצא מהא דתניא מנין לא רצה דפנו ת"ל וקדשתו בע"כ ה"ד אילימא דלא ניסת לאחד מעידי' ולא קאמרה ברי לי צריכא למימר דדפנו אלא לאו בניסת לאחד מעידי' וקאמרה ברי לי וקתני דפנו וכ' רש"י ז"ל ובע"א לא מצי לאוקמי דא"כ ל"ל קרא הא וודאי אין אחד במקום שנים עכ"ל משמע דקשה לרש"י ז"ל דנוקמי דניסת בע"א ובאו אח"כ ב' עדים ואמרו שהי' חי וקשה הא אקרא דקדשתו קיימינן ומן התורה אין עד אחד נאמן וע"כ דרש"י ז"ל סובר דע"א נאמן מה"ת (ועי' לקמן בדבריו שיישבנו דברי רש"י ז"ל):

וראיתי להגאון נוב"י ז"ל שהאריך לבאר דעת הרמב"ם ז"ל דע"א נאמן מה"ת ומטעם מילתא דעביד לגלויי לא משקרי אינשי ובעד מפי עד הוי דרבנן דהא לא עביד לאגלויי שאם יבוא הבעל יאמר מאי הוה לי למיעבד ממה ששמעתי מפלוני העדתי:

ולענ"ד ז"א דמדבריו משמע דעיקר מה שאנו קורין עדות אשה עביד לאגלויי הוא מחמת שהוא אומר שהבעל מת וכשהוא חי יכול להיות שיבוא ויתברר שקרו וז"א דהא (בדף צ"ד) גבי בעיא בע"א ביבמה דמיבעי' לי' אם טעמא דע"א משום דמילתא דעביד לגלויי לא משקרי או משום דדייקא ומינסבא פשיט מהא דתנן האשה שהלך בעלה ובנה למדה"י ובאו ואמרו לה מת בנך ואח"כ מת בעלך ונתייבמה ואח"כ באו ואמרו לה חילוף הדברים תצא והוולד ראשון ואחרון ממזר ה"ד אילימא תרי ותרי מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני כו' אלא לאו חד וטעמא דאתי בי תרי אכחשוה הא לאו הכי חד מהימן כו' ופשיט מזה דטעמא משום עביד לגלויי ולא משום דדייקא דהא לא דייקא משום דזמנין דרחמא לי' וא"כ קשה הא הכא עיקר הספק מי מת ראשון ודלמא באמת מתו שניהם רק שהבן מת אחר האב ואסורה להתייבם וזה אינו עתיד להתגלות ע"י שיבואו דהא

מתו שניהם מי לא עסקינן נמי דאנן ידעינן בלאו הך חד סהדא שבעלה ובנה מתו אלא דלא ידעינן מי מת קודם והעד העיד שבנה מת קודם ומהימן מטעם עבידא לגלויי אע"ג דוודאי מתו שניהם ולא יבואו עוד לפנינו ואפ"ה מיקרי מילתא דעבידי לאגלויי א"ו דמה שמיקרי עביד לגלויי אין הטעם מחמת שיבוא הבעל חי אלא שדבר זה עתיד להתברר ויתגלה שקרו, וגם אם מתו שניהם אפשר לברר במקום שמתו מי מת קודם ע"י חקירה וגם זה, מיקרי עביד לאגלויי **(הג"ה והא לא קשה דהיכי קתני סתמא במתניתין ומי לא עסקינן שמתו שניהם בדרך ואין רואה מי מת ראשון דז"א דהא קתני מי שהלך בעלה ובנה למדה"י וקתני מדה"י דמשמע שעי"ז אין אנו יודעין מי מת ראשון א"כ ממילא אנו יודעין דלא מיירי שמתו בדרך באין רואה דאי מיירי במתו באין רואה לא הוי צריך למתני שהלכו למדה"י:)** א"כ לפי"ז עד מפי עד מיקרי נמי רוב פעמים עביד לאגלויי אם העד שמעיד מפיו הוא חי ויתברר שקרו ע"י שיכפור בו. אף שלכמה רבוותא אם העד הראשון כופר בו שלא אמר לו השני נאמן כדאיתא בש"ע (סקט"ו ס"א בב"ש) דלא כהרמב"ן והר"ן מ"מ מיקרי עביד לאגלויי שמתיירא שיאמר לו כחשו בפניו ועוד דמיקרי עביד לאגלויי מפני שיכול להתברר שקרו ע"י דיתוודע מפי שנים שהעיד שקר דשנים מהימני טפי מיני' וכן בבכורות (דף ל"ו) אמרינן נאמן כהן לומר בכור זה נתן לי ישראל במומו משום דמלתא דעבידא לגלויי לא משקרי אנשי אע"ג שאם יבוא הישראל ויכפור בו לא יתברר שקרו דהכהן יכול לומר שהוא אמר אמת והישראל משקר אעפ"כ מיקרי מילתא דעבידא לגלויי משום שהישראל יכחיש אותו בפניו ועוד דלדבריו דע"א נאמן מה"ת בכל עדות אשה רק בעד מפי עד דאינו נאמן מן התורה משום דיכול לכפור בהעד הראשון א"כ הא דתניא בגיטין (דף כ"ח) שמע מפי ב"ד איש פלוני נהרג ישיאו את אשתו מפי קונטרמיסון כו' אל ישיאו את אשתו מאי רבותא דרישא שאם אמר מפי ב"ד ישיאו את אשתו הא כאן אינו יכול לכפור אם הדבר שקר דהב"ד מהימני טפי מיני' ואיך יכול להשתמט לומר שהב"ד אמרו לו שקר אתמהה וא"כ הא מיקרי מילתא דעבידא לאגלויי א"ו דפסול עד מפי עד לא משום דלא הוי מלתא דלא עביד לאגלויי הוא אלא טעמא אחרינא איתי בי':

לכן נ"ל דהא וודאי דמוכח מדברי רש"י ז"ל שהבאנו לעיל דע"א נאמן בעדות אשה ד"ת ועוד דהרי אמרינן בספרי לא יקום ע"א באיש לכל עון ולכל חטאת כו' אבל קם הוא בעדות אשה להשיאה מיהו לא בכל גוונא מהימן ואיכא דוכתא דמהימן ואיכא דוכתא דלא מהימן דהא קיי"ל ע"א נאמן באיסורין וה"מ היכי דלא איתחזיק איסורא אבל היכא דאיתחזיק איסורא מיבעי' לי' בש"ס דיבמות (דף פ"ח) אי נאמן ובדבר שבערוה פשיטא

לי' להש"ס דאינו נאמן היכי דאיתחזיק איסורא מיהו היכא דלא איתחזיק איסורא נראה דאף בדבר שבערוה נאמן כדמשמע מלשון הש"ס בריש גיטין דקאמר אימר דאמרינן ע"א נאמן באיסורין היכי דלא איתחזיק איסורא אבל היכי דאיתחזיק איסורא הוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים משמע דבהאי טעמא דדבר שבערוה לחוד לא סגי למיבעי תרי רק משום דהוי נמי איתחזיק איסורא א"כ אשה שלא היתה בחזקת א"א ובאה לפנינו ואמרה א"א הייתי והרי ע"א שמת בעלי (כהא דתנן בכתובות (דף כ"ב) האשה שאמרה א"א הייתי וגרושה אני דהיינו שלא נתחזקה כלל בא"א] יכולין הב"ד להתירה ע"י ע"א מה"ת אף דהוי דבר שבערוה כיון דלא איתחזיק איסורא כלל ועוד דהא תנן בקידושין (דף ס"ג) מי שאמר קדשתי את בתי וא"י למי קדשתי' ובא אחד ואמר אני קדשתי' נאמן ליתן גט ואמרינן שם הטעם משום דאין אדם חוטא ולא לו וכ' הרן ז"ל שם הטעם דנאמן לומר אני קדשתי' ולהתירה בגט משום דאינו סותר החזקה בדבריו רק שמברר למי שנתקדשה הרי דמטעם אין אדם חוטא ולא לו שרינן א"א כיון דאינו סותר החזקה א"כ ה"ה אם אמר מת בעלה היכי שלא הוחזקה בא"א וודאי דנאמן כיון דלא איתחזיק איסורא עד עכשיו אף שדבריו סותרים ומתירים א"א מ"מ כיון שלא ידענו מחזקת איסור דידה נאמן ובהא מלתא דרשינן בספרי אבל קם הוא לעדות אשה להשיאה היינו היכי דלא הוחזקה בא"א נאמן ע"א. אבל היכא דהוחזקה בא"א אין ע"א נאמן מה"ת רק חכמים התירו מטעם אשה דייקא ומינסבא או מטעם מילתא עבידא לאגלויי כדבעי בש"ס גבי ע"א ביבמה וע"א בקטטה וזהו רק מדבריהם:

ולשיטת התוס' בכתובות (דף כ"ב) דחזקה דאשה דייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א ומהאי טעמא אמר שם בתרי ותרי באשם תלוי קיימא ולא בחטאת. א"כ כל היכא דאיכא למימר דייקא ומינסבא ע"א נאמן מה"ת דהא אחרי שתקנו עלי' כל החומר שבסופה דמחמת זה דייקא ומינסבא שוב ליכא חזקה דא"א מפני שהורע ע"י חזקה דדייקא ומינסבא והיכא דליכא חזקה ע"א נאמן בדבר שבערוה אבל לדעת הרשב"א ז"ל בחי' לקידושין שכ' שם דבתרי ותרי באמת בחטאת קיימא וחזקה דא"א לא איתרע ע"י חזקה דדייקא ומינסבא לא מהימן ע"א מה"ת אלא היכא דלא הוחזקה א"א בפנינו כההיא דא"א הייתי וגרושה אני ומש"כ הר"מ ז"ל (בהלכות עדות) בשני האמינה תורה ע"א בסוטה שלא תשתה ובעגלה ערופה שלא תערוף ומדבריהם בעדות אשה ע"ש הוא משום דהיכא דאיתחזיק איסור א"א הוי נאמנות עד אחד רק מדבריהם והא דלא חשיב נמי בעדות אשה נאמנות מה"ת היכי דלא איתחזיק איסורא אפשר לומר דלא חשיב אלא הני דילפינן מקראי דע"א מהימן כמו בסוטה ועגלה ערופה אבל הא דנאמן בעדות אשה

בלא איתחזיק איסורא לאו מקרא ילפינן לה אלא מסברא דלא גרע משאר איסורין דע"א נאמן בהם והיינו מסברא כמו שפי' רש"י ז"ל (ביבמות ובריש גיטין) דאל"כ אין לך אדם שיכול לאכול אצל חבירו ופשיטא לן דדעת תורה הוא שיהא ע"א נאמן באיסורין וה"ה באיסור א"א היכא דלא איתחזיק איסורא דלא חמיר משאר איסורין היכא דליכא חזקה לאיסורא דקרא וג"ש דדבר דבר מממון דבעי תרי הוא היכא דאיכא חזקה כמו במצא בה ערות דבר שיש חזקה להתירה גלי קרא דבעי תרי לאוסרה וה"ה היכא דיש חזקה לאיסורא בעי תרי להתירה אבל בלא חזקה דמי לשאר איסורין ומסברא ידעינן דע"א נאמן וכיון דמסברא הוא לא חשיב הר"מ ז"ל בהדי עגלה ערופה וסוטה כמו דלא חשיב נמי הא דע"א נאמן בשאר איסורין בהדי ע"ע וסוטה ואע"ג דר' יהושע יליף בספרי עדות אשה מקרא דלא יקום עד אחד באיש אבל קם לעדות אשה משמע להר"מ ז"ל דסתמא דגמרא דקאמר בכל דוכתא ע"א נאמן באיסורין מידי דהוי אחתיכה אחת ספק של חלב ספק של שומן דמשמע מזה דמסברא בעלמא יליף. וכפרש"י [דאל"כ אין לך אדם שאוכל אצל חבירו] ל"ל דרשא דר' יהושע דלר"י דדריש אבל קם הוא לעדות אשה דמיירי בלא איתחזיק איסורא כמ"ש א"צ סברא להא דע"א נאמן באיסורין וכיון דסתמא דהש"ס ל"ל דרשא דר' יהושע ויליף לה רק מסברא בעלמא לא חשיב לה הר"מ בהדי ע"ע וסוטה:

ובזה מיושב מאי דקשה לן טובא בהא דאמרינן דע"א נאמן בעדות אשה מטעם דאשה דייקא ומינסבא דהא תינח גדולה קטנה שהשיאה אביה או שוטה דהיא וודאי לא דייקא מא"ל ובפירוש אמרו (בדף קט"ז) אמרו לו לר"י לדבריך פקחת תנשא שוטה לא תנשא אלא אחת זו ואחת זו תנשא:

ואפילו גדולה נמי מי לא עסקינן שהיא אומרת שהיא אינה יודעת כלום ממיתתו ואיך נסמוך אדיוקא דידה כיון שהיא אומרת שאינה יודעת מאומה:

לכן נ"ל דהאי מאמר שאמרו ז"ל אשה דייקא ומינסבא אמרו על אשה שמעידה בעצמה שמת בעלה שלא תשקר ולא תאמר בדדמי ולא תעיד בפני ב"ד עד שתדע שמת כדאמרינן (בדף קט"ז ע"ב) ע"כ לא קאמרי ב"ש התם אלא משום דאיהי דייקא ומינסבא דמיירי באשה שאמרה מת בעלי דהתם כשאיהי אומרת שמת אינה אומרת עד שמדייקת היטיב ויודעת שמת ולא בזה ולא תאמר בדדמי וכשאמרו גבי ע"א הך סברא דדייקא ומינסבא אין הכוונה שכשהעד אומר שמת היא מדייקת שתדע שהעד אומר אמת דהא זימנין דלא ידעה כלל ממיתתו ועוד קטנה וודאי דלא ידעה אלא שכוונתם דבכל ע"א בעינן למימר שמהימן בעדותו להתיר משום דאין אדם חוטא ולא לו כמו שאמרו גבי קדשתי את בתי וא"י למי קדשתי' אלא דהיכא דאיתחזיק איסורא בדבר שבערוה לא סמכינן ע"ז וחיישינן

שמא יש איזה סיבה בזה שמשקר מצד האשה ואולי שכרתו שיעיד כמ"ש הר"מ ז"ל (בפ' י"ג ה"א מהלכות גירושין) גבי ע"א בקטטה או אולי בקשה אותו להעיד לה או יש לו פני' אחרת בזה וכיון שידעו חכמים שהאשה דייקא ומינסבא כשהיא אומרת שמת בעלה א"כ גם כשע"א אומר שמת בעלה לא חשידא לשוכרו או לבקשו להעיד דהכלל בידינו אשה אינה חשודה להנשא עד שתדע שבעלה מת. וכשהיא עצמה אומרת מת מדייקת לידע על ברור שמת וכשאחר מעיד על מיתתו אין רצונה שיעיד שקר והיא אינה מסבבת הגדתו אחריו שלא יעיד מחמת איזה פניה וכיון שהיא אינה חשודה בזה אז וודאי יש להאמין להעד דהדרינן לכללא דאין אדם חוטא ולא לו כמו שמאמינין לו בדבר שלא איתחזיק איסורא אף בדבר שבערוה כמו שבארנו דע"א נאמן בזה אף מה"ת. ורק היכא דאיתחזק איסורא חיישינן שמא מחמת בקשת הבעל דבר ישקר אבל כשהבע"ד אינו חשוד מהימן אף דאיתחזק איסורא ואהני לן האי כלל דאשה דייקא ומינסבא ואינה משקרת במיתת בעלה גם בהעדאת ע"א דכיון שהיא אינה חשודה בזה סמכינן אעד וזה שאמרו גבי ע"א ביבמה טעמא דע"א מהימן משום דאשה דייקא ומינסבא היינו שמה שביכולתה לדייק על מיתת בעלה מדייקת לומר שאינה חשודה אצלינו בשום דבר וכן זה שאמרו ביבמות (דף כ"ה) והא מת דלא עלי' סמכינן דאמר מר אשה דייקא ומינסבא נמי אין הכוונה דכשהעד מעיד היא מדייקת לידע שמת אלא הכוונה שעל דבריו לא היינו סומכין שהיינו חוששין למשקר ע"י ששכרתו לזה רק מחמת שהאשה אינה חשודה אנו מאמינין לו דאין אדם חוטא ולא לו וקרי לי' הש"ס לא אדיבורא דידי' סמכינן אע"ג דמחמת אמירתו אנו מתירין מ"מ כיון דלענין חשש משקר ושכרתו סמכינן אסברא דדייקא מיקרי לאו אדיבורא דידי' סמכינן. וכן מ"ש רש"י ז"ל שם (דף כ"ה) אשה דייקא עד שיודעת וודאי שמת ואח"כ נשאת קאי נמי אהיכא שהיא אומרת מת בעלה והשתא א"ש הא דשרינן גם בקטנה שאינה יודעת כלום ממיתתו דהא שם בלא"ה הע"א נאמן מטעם אין אדם חוטא ולא לו והיא אינה חשודה כלל לשום דבר בזה שהיא קטנה להכי הע"א מהימן ואפשר דמהימן אף מה"ת דכל הטעם שאינו נאמן בדבר שבערוה באיתחזיק איסורא הוא משום דחיישינן שמא היא גרמה להעד שיעיד שקר וכיון שהיא אינה חשודה העד נאמן וכן בגדולה שאומרת לפנינו שאינה יודעת כלום ממיתתו נמי נאמן העד כיון שהיא אינה חשודה והכלל בידינו אשה אינה משקרת במיתת בעלה והעד אינו חשוד לשקר בלעדה לכן מותרת [ולפ"ז וודאי דנכונים דברי הרשב"א ז"ל דסובר בקידושין (דף ס"ו) דבתרי ותרי בחטאת קיימי ולא סבר למה שכתבו התוס' דהוי רק אשם תלוי משום דחזקה דדייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א דהא לפי

מה שבארנו אין סברא דדייקא ומינסבא מאמת לנו מיתת הבעל דהא זימנין דלא ידעה מאומה רק שמועלת שלא לחשוד העד וא"כ חזקת א"א במקומה עומדת ובתרי ותרי בחטאת קיימי]. ויצא מזה מדברינו דהיכא דלא איתחזיק איסורא דא"א ע"א נאמן מן התורה מטעם דלא גרע משאר איסורין ועוד דאין אדם חוטא ולא לו אף בלא טעם דדייקא ומינסבא כמו שכתב הר"ן ז"ל גבי קדשתי את בתי עיי"ש. והיכא דאיתחזיק איסורא אינו נאמן מה"ת משום דבעי למיחש שמא שכרתו או ביקשה ממנו להעיד לו רק כיון שאשה דייקא ומינסבא האמינו לו חכמים והא דדייקא ומינסבא הוא מתוך חומר שהחמרת עלי' בסופה ויודעת שתצא מזה ומזה לכן דייקא וע"ז כתב הר"מ ז"ל שבעדות אשה ע"א נאמן מדבריהם דאילולי התקנה להחמיר עלי' בסופה לא הי' לנו להאמין להעד היכא דאיתחזיק איסורא דהיכא דאיתחזיק איסורא לא מהני טעמא דאין אדם חוטא ולא לו משום שמא שכרתו להעיד שקר רק מדבריהם מחמת שהחמירו עלי' בסופה ועי"ז לא תשקר בנפשה להסב את העד שיעיד לפנינו עדות שקר ונאמן העד כיון שאין לנו סיבה לחשוד העד ולזה שפיר קרי לה מדבריהם ועיין במשנה שלהי יבמות דהא דאשה נאמנת לומר מת בעלה הי' קודם בזמן ממה שהעד נאמן דנאמנות האשה הורו בימי בית שמאי וב"ה כדאמרינן (בדף קט"ז) חזרו ב"ה להורות כדברי ב"ש ונאמנות ע"א לא נתפשטה עדיין עד ר"ע כדאיתא במשנה (דף קכ"ב) ולא האמינו לעד אחד עד שנתפשטה ההוראה שהאשה בעצמה נאמנת משום דדייקא ומינסבא אז גם ע"א נאמן מטעם דאין אדם חוטא ולא לו:

ובמה שבארנו דהא דאמרינן גבי נאמנות ע"א משום דאשה דייקא ומינסבא אין הטעם שהיא תדייק אחרי העד אם אומר אמת אלא דמהני שהיא לא תסבב שהעד יעיד שקר אבל היא בעצמה אינה יודעת כלום מיושבים דברי הרי"ף משתי קושיות חמורות שהקשה עליו הרשב"א ז"ל בחי' במה שכ' הרי"ף ז"ל גבי בעיא דע"א במלחמה דמיבעיא לן מ"ט דע"א משום דעבידא לאגלויי ולא משקרי אנשי וה"נ עביד לאגלויי או"ד משום דאשה דייקא ומינסבא והכא כיון דאמרה בדדמי לא דייקא וכ' הרי"ף ע"ז ובעיין לא איפשטא מיהו כיון דאמרינן לקמן (דף קכ"א) ההוא דטבע בדגלת ואסקוהו אגישרא דשביסתנא ואנסבה רבה לדביתהו בתר חמשה יומין ש"מ דע"א נאמן במים שאין להם סוף דהוי כמלחמה והקשה הרשב"א ז"ל דא"כ אמאי כ' גבי בעיא דע"א בקטטה דלא איפשט ולא תנשא הא גם התם תלי הש"ס בעיין בהני תרי צדדי דאי אמרינן מלתא דעבידא לגלויי ולא משקרי אנשי הוא טעמא דע"א נאמן אפילו בקטטה ואי אמרינן דטעמא משום דדייקא ומינסבא לא מהימן גבי קטטה וכיון דאיפשיט בעיין דע"א

במלחמה לדעת הרי"ף ז"ל וכן בעיין דע"א ביבמה דאף דסני' לי' מהימן א"כ דהטעם דנאמנות ע"א הוא משום מלתא דעבידא לאגלויי להכי נאמן אף היכא דאיכא למימר סניא לי' ואף היכא דאיכא למימר דאמרה בדדמי דהעד נאמן אף היכא דלא דייקא א"כ גם בע"א בקטטה נפשוט דע"א נאמן דהא חד טעמא בכולהו:

ועוד הקשה הרשב"א בחידושיו בעיקר דברי הרי"ף שכתב דבעיין איפשיט דע"א במלחמה נאמן וא"כ ע"כ טעמא דע"א נאמן משום דעביד לאגלויי לא משקר וסתמא דגמרא קאמר (בדף כ"ה) שם והא מת דלא עלי' סמכינן דאמר מר אשה דייקא ומינסבא וקתני לא ישא את אשתו ע"כ, הרי דטעמא דע"א הוא משום דדייקא והכא כיון דאמרה בדדמי לא דייקא ע"כ קושיית הרשב"א ז"ל ולפמ"ש אין כאן קושיא על הרי"ף ז"ל דוודאי אי הוי מפרשינן הא דקאמר הש"ס דע"א מהימן משום דייקא ומינסבא היינו שהיא מדייקת בעצמה לידע אם מת ובע"א בקטטה פשיט להש"ס דלא תדייק משום הקטטה שביניהם וכן גבי מלחמה לא תדייק משום דאמרה בדדמי א"כ א"א לחלק בין קטטה למלחמה דבשניהם קים לן שהיא לא תדייק במלחמה משום בדדמי ובקטטה משום דמשקרא ואם נאמין ע"א במלחמה ע"כ דע"א נאמן בלא דיוק דידה רק משום דעביד לאגלויי א"כ צריכין אנו להאמין גם בע"א בקטטה דכיון דמהמנינן ע"א במלחמה ע"כ דטעמא דע"א נאמן משום מילתא דעבידא לאגלויי דאי משום דאשה דייקא ומינסבא הא במלחמה לא דייקא דא"א לומר דדייקא גם במלחמה לדעת אם מת בבירור דהא מתניתין קתני דהיא לא מהימנא במלחמה משום דאמרה בדדמי הרי דלא דייקא לדעת אם מת בבירור גבי מלחמה ולמה מהימן וע"כ דסמכינן אטעמא דעבידא לאגלויי א"כ ע"א בקטטה נמי נהמני' אף דהיא עבידא לשקר מ"מ העד לא משקר מטעם עביד לאגלויי ואין לנו לחלק ביניהם וכדברי הרשב"א ז"ל בקושיותיו על הרי"ף ז"ל אבל באמת הרי"ף מפרש הא דבעינן למימר דהעד נאמן משום דדייקא ומינסבא היינו אף שהיא אינה יודעת מאומה מ"מ נאמן דדיוקא דידה מהני שלא תסבב היא שיאמר העד שקר ואז העד נאמן מחמת עצמו ובזה בעי למימר גבי קטטה דלא דייקא דאף דהכלל בידינו שאשה אינה משקרת במיתת בעלה מתוך חומר שהחמרת עלי' בסופה מ"מ בקטטה חשודה לשקר וכיון שחשודה לשקר אז גם נאמנות העד בטל דע"א נאמן רק היכא שהבע"ד אינו חשוד אבל היכא שהיא חשודה גם העד אינו נאמן [וכמ"ש הר"מ ז"ל (פ' י"ג מהלכות גירושין) גבי קטטה דחיישינן שמא שכרתו] וכן בבעיא דע"א במלחמה מיבעיא לן אי טעמא דע"א נאמן משום דדייקא ומינסבא וגבי מלחמה אינו נאמן משום דאמרה בדדמי אין הכוונה משום דאמרה בדדמי לא תדייק בתר מיתתו אלא כיון דאמרה בדדמי ונראה

לה שוודאי מת תגרום שהעד יעיד שקר דאף דהעד אומר מת וקברתיו (כמ"ש הרי"ף ז"ל דגם בעד חיישינן לבדדמי ובעינן שיאמר קברתיו) מ"מ חיישינן שמא העד יאמר שקר ולא מת ולא קברו רק שהיא בקשה ממנו או שכרתו שיאמר מת וקברתיו ואף שהיא אינה חשודה לשקר במיתת בעלה דאשה דייקא מ"מ האשה הזאת שנדמה לה שמת שהעד אמר לה שהי' במלחמה וס"ד כל הני דאיקטיל והוא חי או שאמר לה שמת אבל לא קברו יכול להיות שהיא שכרתו שיאמר שקברו וכ"ז מחמת שנדמה לה שוודאי מת במלחמה וכיון דנאמנות של ע"א הוא רק היכא דהיא אינה חשודה לסבב את העד שישקר להכי פשיטא להש"ס דהיכא דאמרה בדדמי חשודה מחמת זה לסבב שיעיד העד שקר על מה שלא ראה ולומר מת וקברתיו אף שלא ראה מיתתו או קבורתו ולא מהימן והך ספיקא מספקא להרי"ף ז"ל על נאמנות דע"א אי משום דייקא או משום עבידא לאגלויי וע"ז כתב הרי"ף דבעיין לא איפשטא מיהו כיון דאמרינן לקמן גבי ההוא דטבע בדגלת כו' שמעינן דע"א במים שאין להם סוף נאמן היינו דאף אם נימא שהטעם דע"א נאמן מטעם דייקא ומינסבא דהיינו שלא תסבב שיעיד העד שקר מ"מ לא אמרינן רק שהאשה אמרה בדדמי וחשודה לומר שמת אף שיודעת רק שהי' במלחמה וממיתתו וקבורתו אינה יודעת אבל זה אינה חשודה לשכור או לבקש העד שיאמר מת וקברתיו מה שלא ראה בעיניו דע"ז אינה חשודה ודוקא לומר מת על סמך דמיונה דכל הני דאיקטיל והוא חי חשודה שפיר אבל לבקש העד להעיד מה שלא אמר לה שזה שקר גמור ע"ז אינה חשודה וגרע מאמירת מת על אדם שהי' בין הני טובא דאיקטילי ואינה חשודה ע"ז וכיון דאינה חשודה שוב נשאר הנאמנות כיון שהיא אינה חשודה לשוכרו ולבקשו לומר שקר אין אדם חוטא ולא לו ולא דמי לע"א בקטטה דלא איפשטא דחיישינן דלמא הא דע"א מהימן משום דדייקא ומינסבא ואז ע"א לא מהימן היכי דאיכא קטטה משום דהתם חשודה לשקר לגמרי ואזדא לי' גם נאמנות הע"א דהתם כיון דהיא אינה נאמנת מחמת שחשודה לשקר הרי חשודה ג"כ לשכור העד שיעיד שקר ואומר מת וקברתיו אף שהוא שקר גמור [וכמ"ש הר"מ ז"ל בטעמא דע"א בקטטה ובטלה עדות העד דכל נאמנות הוא משום אין אדם חוטא ולא לו וזהו רק במקום שאין הבע"ד חשוד אבל במקום שהבע"ד חשוד גם העד חשוד וכיון דהבעיא אם העד נאמן מצד עצמו מצד עבידא לאגלויי לא איפשיט ממילא אין העד נאמן דלטעם דייקא ומינסבא הכא לא דייקא ואדרבה משקרא ובעיא דע"א במלחמה אף דאיפשטא לא איפשטא מטעם דסמכינן אעבידא לאגלויי אלא מטעם דאף אם עיקר הטעם דנאמנות ע"א משום דדייקא והכא לא דייקא ואמרה בדדמי מ"מ לא משום דחשודה לומר בדדמי חשודה לשכור העד ודווקא בקטטה דחשודה לשקר בזה

אמרינן דלהך בבא דנאמנות העד הוא משום לתא דידה הכא לא מהימן משום דחשודה לשוכרו אבל במלחמה אמרינן דאינה נאמנת משום דאמרה בדדמי אבל לא תסבב משום זה שיאמר העד שקר ולא נתקלקל נאמנות העד על ידה וכל היכא דהיא אינה חשודה לסבב שיאמר העד שקר לא אבעי לן דודאי ע"א נאמן בלי שום דייקא דידה ודוק בלשון הרי"ף שלא כתב בעיין הכא בדוכתא לא איפשטא ואיפשטא בההוא עובדא דדיגלת דהוי משמע דהך בעיא גופא דעבידא לאגלויי או דייקא ומינסבא איפשט אלא כתב מיהו ע"א במים שאין להם סוף נאמן והיינו דאף דהאבעיא דעבידא לאגלויי או דייקא ומינסבא לא איפשט [ואדרבה סוגיא דגמרא דפ"ב דיבמות נקטה דטעם נאמנות הוא משום דדייקא ומינסבא] מ"מ ע"א במלחמה ובמים שאין להם סוף נאמן מעובדא דדיגלת והיינו משום דאף דאיכא למימר דטעמא דע"א נאמן משום דדייקא והכא לא דייקא מ"מ נהי דלא דייקא ואמרה בדדמי מ"מ לא חשודה לשכור עד לומר שקר וכיון דאמר מת וקברתיו נאמן ומיושב היטיב דברי הרי"ף מהשתי קושיות שהקשה עליו הרשב"א ז"ל:

ולפמ"ש דע"א נאמן מה"ת היכא דלא איתחזק איסורא או אפילו באיתחזיק איסורא והיא לא חשודה דהיינו אחר שתיקנו חכמים והחמירו עלי' בסופה דדייקא ומינסבא א"ש מה שהקשה הנוב"י ז"ל בהא דתנן בר"פ שבועות העדות נוהגת באנשים ואינו נוהג בנשים ואם נימא דע"א כשר מה"ת לעדות אשה כדמוכח מדברי רב פפא דאמר הכל מודים בעד מיתה ש"מ שע"א כשר מה"ת מדחייב קרבן שבועה וכיון שעד כשר מה"ת אשה נמי כשירה כמו גבי סוטה ועגלה ערופה א"כ אמאי קתני דאינו נוהג בנשים הא בנשים נמי נוהג בעדות אשה ולפמ"ש א"ש דהא דאמר ר"פ הכל מודים בעד מיתה הוא משום דהשתא דתיקנו רבנן דאשה מהימנא ע"א מהימן מה"ת אף דהוי דבר שבערוה ואיתחזיק איסורא מ"מ כיון דאיהי דייקא ומינסבא ולא חשודה לשקר גם העד לא ישקר ומהימן מה"ת וחייב ק"ש:

ומתניתין דאינה נוהגת בנשים או דאתיא כר"ע דאמר בשלהי יבמות דאשה לא מהימנא ועוד דאפשר דמתניתין מיירי וקאי לפרושי קרא מן התורה דע"א לא מהימן כיון דאיהי לא מהימנא אף העד חשוד שמא שכרתו אף דהשתא דתקינו רבנן דאשה מהימנא ע"א נאמן מה"ת מ"מ תנא אקרא קאי וכה"ג אמרינן בסנהדרין (דף ל"ב) בהא דתנן אחד דיני ממונות כו' בדרישה וחקירה ובברייתא מוכח דד"מ לא בעינן דו"ח ומשני ר"ח ד"ת אחד דיני ממונות ואחד ד"נ בדו"ח ומדרבנן מפני נעילת דלת תקנו דד"מ לא בעי דו"ח ומתניתין אקרא קאי וקתני דין דאורייתא ובברייתא בתר תקנתא קאי ע"ש. ואי קשיא אכתי לדברינו דהיכא דלא איתחזיק איסורא ע"א נאמן מה"ת בלא טעמא דדייקא ומינסבא

מטעם אין אדם חוטא ולא לו וכיון דע"א נאמן אף אשה מהימנא וליתני דנוהג בנשים כגון דלא איתחזיק איסור שלא היתה מוחזקת בא"א ובאתה לפנינו ואמרה א"א הייתי ומת בעלי דאז אשה מהימנא כיון דלא איתחזיק איסורא ואכתי נוהג בנשים, ז"א דכיון דלא הוחזקה א"א ובאת לב"ד רק שתעיד האשה על מיתתו כדי לגבות כתובתה דהא קרבן שבועה ליכא אלא בתביעת ממון אף עד אחד כשר נמי לא מהימן ביחודו דכיון שלא באת לב"ד להתירה לינשא שהרי אינה מוחזקת כלל בא"א ואין אנו יודעין שהיתה אשתו של זה רק שהיא והעד אומרין וביאתה לב"ד הוא רק לגבות כתובתה הרי אין ע"א נאמן בדבר שבממון ודווקא אם אמרה התירוני לינשא ותנו לי כתובתי אז בעיא בגמ' דמהימנא שלא באת אדעתא דכתובה אבל אם באת לפנינו לגבות לא מהימנא כדאמרינן ביבמות (דף קי"ז) ובעיא שם אפילו אם אמרה תנו לי כתובתי והתירוני לינשא נמי לא מהימנא וכ"ש שלא באה כלל להתירה לינשא שהרי לא היתה בחזקת א"א רק שבאת לתבוע כתובתה וע"א כשר נמי לא מהימן וכ"ש אשה ולא מצי למיתני דנוהג בנשים כה"ג ודו"ק:

בשבועות (דף ל"ב) אמר ר"פ הכל מודים בעד מיתה שה"ח והכל מודים בעד מיתה שה"פ הכל מודים בעד מיתה שהוא פטור דאמר לדידה ולא אמר לב"ד והכל מודים בעד מיתה שהוא חייב דלא אמר לדידה ולא אמר לב"ד ועיין ברמב"ם ז"ל (בה' שבועות פ"ח) שהביא רק בבא דחיובא ולא הזכיר שאם אמר לדידה ולא אמר לב"ד פטור ותמה הלח"מ מדוע השמיט הך בבא דר"פ ולא תירץ כלום. ונראה לי לפמ"ש הנוב"י במהד"ק (סימן ל"ג) דע"א נאמן מה"ת בעדות אשה דווקא עד כשר עי"ש שיישב הסוגיות הסותרות דבר זה א"כ אפשר לאמר דר"פ דאמר דבאמר לדידה ול"א לב"ד אזיל לטעמי' דאמר שם (ל"א) בהא דתנן ואינה נוהגת אלא בראוי להעיד לאפוקי מאי רב פפא אמר לאפוקי מלך ראב"י אמר לאפוקי משחק בקוביא מ"ד משחק בקוביא כ"ש מלך ומ"ד מלך אבל משחק בקוביא מדאורייתא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו ע"כ הנה סובר ר"פ דמשחק בקוביא אע"ג דפסלו אותו חכמי' לעדות מ"מ מחויב ק"ש הואיל וחזי מה"ת אעפ"י שבאמת אין. תועלת בעדותו כלל שפסלו אותו חכמים אפ"ה חייב ק"ש להכי נמי הוצרך לאמר דבאמר לדידה ולא אמר לב"ד פטור משום דסד"א דכיון דעפ"י עדותו היו מתירין אותה מה"ת וכשהיא תגיד בעצמה מת בעלה לא מהני אלא מדרבנן חייב ק"ש שמ"מ כבש עדותו המועיל מה"ת ור"פ אזיל בתר דאורייתא לענין ק"ש להכי קמ"ל ר"פ דהכא פטור כיון דסוף סוף לא הוצרכה לעדותו משום דחכמים הימנוה לדידה ג"כ להכי פטור ולא דמי למשחק בקוביא דאזלינן בתר דאורייתא לחיוב דהתם מ"מ איכא תביעה אבל הכא מאי

תבעה לי' כיון שכבר הגיד לה ויכולה לבא לב"ד ויתירוה וליכא תביעה כמ"ש הר"ן שם להכי פטור אבל אנן דקי"ל כראב"י דמשחק בקוביא אע"ג דמדאורי' חזי רק משום דכיון דאינו מועיל עדותו כלום מדרבנן פטור מק"ש א"כ פשיטא דבאמר לדידה ולא אמר לב"ד פטור כיון שאין צורך בעדותו כלל שכבר הימנוה רבנן ואעפ"י שהעד מהימן מה"ת והיא לא מהימנא רק מדרבנן מ"מ הא בתר דרבנן אזלינן לדידן ור"פ הוצרך להשמיענו משום דסובר דמתניתין ממעט רק מלך אבל לא משחק בקוביא וה"א דדמי למשחק בקוביא דאזלינן בתר דאורייתא קמ"ל דהתם הטעם משום דלכל הפחות איכא תביעה דבידו לעשות תשובה אבל באמר לדידה ולא אמר לב"ד פטור אע"ג דהעד נאמן מה"ת ואיהי לא מהימנא אלא מדרבנן מ"מ כיון דליכא תביעה כלל שכבר אמר לה דבר המועיל פטור:

ונ"ל דהר"מ סובר דאפילו העד הראשון ששמעה מפיו מכחיש אפ"ה מהימנא וא"כ קשה פשיטא דליכא ק"ש ומאי קמ"ל ר"פ וצ"ל דקמ"ל אף שאם הי' מעיד הי' מועיל מדאורייתא מ"מ פטור מק"ש כיון דלא הפסיד לה מידי ואין כאן תביעה כלל כמ"ש הר"נ אבל לדידן דאזלינן בתר דרבנן אין כאן רבותא דהא מדרבנן מהימנא אף שהעד מכחיש להכי השמיטו הר"מ ז"ל:

סימן קלב

שאלה אשה שנשאת בלי עדות ובלי היתר ב"ד ושאלו אותה מפני מה נשאת והשיבה ששמעה שמת בעלה ובא ע"א ג"כ שמת אם מותרת עפ"י העד או לא:

תשובה הנה ראיתי להגאון רע"א ז"ל בתשובתו (סימן קכ"ג) שכתב ומסתפקנא באשה שנשאת בלי שום עדות ואח"כ בא ע"א שמת בעלה הראשון מכבר די"ל דלא מהני דאף דמה דאמרינן אשה דייקא ומנסבא אינו דווקא בתחילת נשואין אלא על כל רגע ורגע שיושבת תחת בעלה כמ"ש התוס' ב"ב (דף ל"ב) ד"ה אין מ"מ י"ל דבאשה זו דראינו דנשאת בלי עדות ולא הי' לה ע"מ לדייק אתרע חזקה לגבה ודלמא גם עתה כשמעיד העד והיא יושבת תחת בעלה יושבת בלי דיוק וסיים שלא מצא גלוי לדין זה:

והנה לכאורה נראה לי דיש לפשוט הך ספיקא מהא דאמר רבא בפ' האשה (דף צ"ב) תדע דטעות הוא דאילו הורו ב"ד בחלב ודם להתיר והדר חזו טעמא לאיסור כי הדרי ואמרי להיתר לא משגחינן בהו ואלו היכא דאתי ע"א שרינא אתו בי תרי אסרנא כי הדר אתי ע"א שרינן לה מ"ט לאו משום דטעות הוא עכלה"ג ופרש"י ז"ל כי הדר אתי ע"א ואמר עכשיו מת שרינן לה משום דאמרינן עד קמא אטעיין והאי בתראה מהימן עכ"ל ונחזי אנן היכי מיירי אי בשלא ניסת ע"י העד הראשון א"כ היכי מוכח מנה דטעות מדלא הדרינן בי' מהוראה זו דהתיר ע"י ע"א הא לא חזינן הכא שום טעות בהוראה

שהתרנו ע"י העד הראשון דהא עיקר ההיתר שלנו הי' משום שסמכנו עצמינו על דיוק דידה שלא תנשא עד שתברר והרי באמת לא נשאת עדיין שאף שהותרה לינשא ומ"ט לא נתירה ע"י העד השני שאומר עכשיו נימא ג"כ דלא תנשא עד שתדייק ונתיר אותה ואין כאן טעות בהוראה כלל ואף שקבלה היתר ב"ד ולא דקדקה היטיב מ"מ כיון דלא נשאת עדיין לא נמצא טעות בהוראה דגם הב"ד שהתירוה סמכו רק על מה שתדייק ולא תנשא עד שתדקדק וכ"כ רש"י ז"ל ביבמות (דף כ"ה) ד"ה דאמר דהיא גופה דייקא עד שיודעת שמת ודאי ואח"כ נשאת עכ"ל הרי שעיקר הדיוק קודם נשואין, א"ו דהש"ס מיירי באשה שנשאת ע"י ע"א ובאו ב' ואמרו חי הוא ואסרנוה ועתה בא ע"א ואומר עכשיו מת דמתירין אותה לינשא לאיש אחר ואמרינן קמא אטעיין ובתרא מהימן ומזה מוכיח רבא דטעות הוא א"כ הרי חזינן דאף דאשה זו לא דקדקה ונשאת ע"פ העד הראשון שהעיד שקר והוכחש ע"י ב' עדים אפ"ה מתירין אותה לינשא ע"פ העד השני שמעיד עכשיו מת ולא הפסידה חזקת דיוקא דידה ע"י מה שראינו שלא דקדקה בעדות הראשון: **מיהו** מראי' זו אין ללמוד רק דלא הפסידה חזקת דיוקא ע"י מה שנשאת מכבר ע"י ע"א ולא דקדקה ואמרינן אף דאז לא דקדקה מ"מ עכשיו שרצונה לינשא לאיש אחר תדקדק כדי שלא תצטרך לצאת גם מזה ומתירין אותה עכשיו לינשא ע"י הע"א השני אבל בעובדא זו שראינו שנשאת בלי דיוק ועכשיו אין לה ממה להתייירא כלל דאם בעלה חי הרי יש לה כל חומר ולמה תדקדק כעת אדרבה ניחא לה לישב תחת בעלה שנשאת לו בזה אפשר לומר דאין ע"א מהימן כיון דליכא דיוקה כלל:

מיהו נ"ל דעיקר הא דקאמר בש"ס מתוך חומר שהחמרת עלי' בסופה הקלת בתחילתה הוא החומר שהחמירו עלי' לאוסרה על בעלה הראשון שאף שמן התורה מותרת לחזור לו שהיא אנוסה ושוגגת שסבורה שמת אפ"ה אסרו אותה עליו והולד ממזר ממנו ואין לה כתובה ותנאי כתובה וע"ז סמכו להקל עלי' בתחילתה אבל מה שיש עליה חומר לבעל שני אין זה גורם להקל עלי' בתחילתה דמה שאסורה לו אין זה חומר דכיון דבא בעלה הראשון אסורה לו עד שיגרשנה הראשון וגם אם לא היו מחמירין עלי' לאוסרה על השני מדרבנן היתה מדייקת קודם שתנשא לו דחייש' שמא יבוא בעלה הראשון ולא ירצה לגרשה עד שתצא מן השני [וגם זה לתירוצא בתרא דכתובות (דף ט') דהא דלא אסרו ב"ש לדוד משום דגט כריתות כתב לה אורי' עי"ש משמע דאסורה לבועל אף באונס מן התורה ואין זה מן החומר שהחמירו עלי' מדרבנן] וגם מה שהולד ממזר מן השני הוא מן התורה כדאמר בש"ס וא"כ הא דקאמר מתוך חומר שהחמרת עלי' בסופה הקלת עלי' בתחילתה עיקר החומר הוא מה שאסורה על בעל ראשון והולד ממנו ממזר ואין

לה כתובה ממנו וע"ז סמכו שתדקדק להתירה ע"פ ע"א א"כ קמה ראי' זו וגם נצבה מהא דאמר רבא דכי אתא חד והתירוה ואתי תרי ואסרוה והדר אתי חד ושרינן לה אע"ג דכבר נאסרה על בעלה הראשון ויש עלי' כל חומר בעלה הראשון מחמת שנשאת באיסור ע"י עד הראשון ואפ"ה מתירין ע"י עד השני:

גם אין לומר דכיון שנשאת בלי רשות ב"ד דמי לקטטה בינה לבינו דמספקא לן בש"ס אי ע"א נאמן דלא גרע מאלו אמרה לבעלה גרשתני דז"א דהא התם בעינן שתתחזק שקרנית כגון דאמרה גרשתני ואתא עד ואמר להד"מ אבל הכא לא הוחזקה שקרנית דאפשר ששמעה שמת ולא מת. ועוד דהא קי"ל גם בע"א בקטטה אם נשאת לא תצא והכא כבר נשאת והיא תחת בעלה:

ועוד נ"ל דיש להתיר בנידון דידן שהעד לא העיד על בעלה של זו כלל רק שאמר שהלך עמו איש אחד ממחניכם והי' לו סימן כזה והסימן הוא סימן מובהק שמשיאין אשה עפ"י סימן כזה אף אם סימנין דרבנן ואנו יודעין שיש בבעלה סימן זה והעד בעצמו אינו מכיר האשה זו כלל ולא את בעלה כלל. ובזה שאינו בא להעיד על אשה זו ודאי דמהימן ע"א מה"ת אף בלא סברא דדייקא וכן נראה מדברי הרמב"ן ז"ל ביבמות (דף קט"ו) בסוגיא דע"א במלחמה שפירש שם שיטת הרי"ף דמפרש דהבעיא דע"א במלחמה הוא משום דכיון דלא' דייקא חיישינן דילמא העד משקר דנאמנות דע"א הוא רק משום דדייקא ופירש שם הא דקאמר וקאמרי סימנין היינו כדרך שמחזירין באבידה ובארנו בתשו' שבא לתרץ קושית ההמ"ג (בפ' י"ג מה' גירושין ה' י"ט) שהקשה דלשיטת הרי"ף דבעיית הש"ס בע"א במלחמה הוא משום דחיישינן למשקר א"כ מאי מהני דאמרי סימנין וע"ז בא הרמב"ן לתרץ כגון דקאמרי סימנין כדרך שמחזירין באבידה דהיינו דבאבידה אין אומרים למי שבא ליתן הסימן איזה סימן שיש באבידה זו וה"נ בעובדא דא כיון שאמר העד עדותו ולא ידע את האיש והאשה כלל דמי לאבידה דבסימן מובהק מחזירין מן התורה ולהכי יש להתירה לישב עם בעלה שהרי העד לא בא להעיד לאשה זו ולא ידע שיש בבעלה סימן זה ולחשוד את העד שמא הערים להעיד בב"ד שמצא הרוג כזה בסימן זה מחמת שהאשה שכרתו והיא גילתה לו שבבעלה הי' סימן מובהק כזה וודאי לא חיישינן דאי הוי חיישינן לזה מאי קאמר הש"ס דאמרי סימנין כפי פי' הרמב"ן ז"ל א"ו דלא חיישינן להכי ודו"ק כנלע"ד:

תשובה בקצרה בעסק עגונה

מכתבו קבלתי בעסק העגונה והנה כי כן הדברים אשר מכתבו נאמר על דברת הגב"ע ששלח כבודו שנא' בו שהעיד שאינו זוכר אם הטעות הי' בשם אביו או בפריזוויסקע

שלו והי' קשה עלי מאוד לסמוך על דברי תשובות המקילים כי אולי באמת הי' הטעות בשם אביו וכל הראיות שהביאו להקל היכא שהזכיר העד דברים שאנו יודעים שלא נמצאו בבעל האשה לא נראו לי כי ראייתם מתשובות הר"נ (סימן ל"ג) אינה ראיה כלל כי עובדא דידי' הוי שבעל העגונה אמר קודם נסיעתו שישנה שמו. ומה שהקיל המ"ב בעדות עכומ"ז מסל"ת שהגיד בתוך עדותו דברים שידענו שאינם משום דתלינן בטעות ומקבלים עדותו במה שאנו יכולין לאמר שהוא אמת ומתירין את האשה והביא ראי' מהא דאמרינן אחד אומר בדיוטא עליונה וא' אומר בדיוטא התחתונה עדותן קיימת וכן אחד אומר בב' לחודש וא' אומר בג' לחודש תלינן דטעו בקביעא דירחא כדי לקיים עדותן וה"נ תלינן הדברים שידענו שאינם לטעותא ומתירין עפ"י עדותו עי"ש בסימן ק"ט ולענ"ד אינו דומה כלל דודאי התם דאם לא נתלה בטעות ע"כ דאחד משקר תלינן טפי בטעותא כי היכי דלא להחזיקו למשקר אבל הכא בעדות אשה לא תלינן במשקר רק דאמרינן שכל דבריו אמת רק שאין זה בעל העגונה הזאת ואין כאן לא שקר ולא טעות ועדותו מכוונת ואיש אחר הוא מנלן דמקבלין עדותו להתיר אשה הזאת ובזה נדחו כל ראיותיו וגם ענין פלגינן דיבורו שהזכיר המ"ב לא שייך כלל בכאן דהתם בפלוני רבעני לרצוני אמרינן פלגינן דיבורו משום דאין אדם משים עצמו רשע ואין אנו יכולים להאמינו במה שאומר על עצמו ובמה שאנו יכולים להאמינו מקבלים עדותו אבל הכא אנו יכולין להאמין כל דבריו עפ"י דין רק שאנו אומרי' שהנהרג הוא איש אחר ואיננו בעל האשה הזאת גם מה שכתב מהרי"מ ז"ל בתשובתו שבמה שאמר דברים הסותרים היתר האשה הזאת אמרינן דע"א אינו נאמן לאסור עי"ש בדבריו גם זה אינו כלל אטו הוא אומר בעדותו דבר האוסרה, הוא אינו אומר עדותו עלי' בפרט רק שאומר דברים אשר מזה אנו רואים שהאיש שמעיד עליו איננו בעל האשה מכל הלין טעמים הי' פשוט בעיני שא"א להתיר ע"י עדות האיזבארשציק שאמר בעצמו שהי' טעות בשם אביו ואף לא רציתי לכתוב נגד דעת הגדולים זכרם לברכה רק לא רציתי להזדקק לזה:

ועתה בבוא דברי מעכ"ת בגב"ע ששמע מפי האיזבארשציק שהטעות הי' בפריזוויסקע שלו נתתי אל לבי דשמות הפריזוויסקע עבידי אינשי למיטעי בהברתם ואינו דומה לשמות העצם ששמותם של אחב"י מובהקים הם ומורגלים בפי כל איש ואם בהמכתב שבא להאיזבארשציק כתוב על אביו של הנפטר שם אחר ודאי דאנו צריכין לחוש שמא איש אחר הוא אבל בהפריזוויסקי יכול להיות שהכותב כתב ההברה בקצת שינוי אות אחת עפ"י טעות ע"ז אמר האיזבארשציק שהי' טעות בהפריזוויסקי שלו ונוכל לסמוך בזה על שמו ושם עירו דכיון דכתב המכתב לקאמינקא מסתמא אמר לו הנפטר שהוא

מקאמינקא כמ"ש הפוסקים דזה מיקרי שם עירו לכן מצטרפינא בהדי כבודו ובצרוף הרב שהתירה להתיר האשה הזאת וישב כבודו ב"ד של שלשה להתירה ובחסדי ה' נשען שלא נכשל בדבר הלכה:

סימן קלג

שאלה בעדות עגונה מקאלנא שיש שני עדים על מיתת בעלה רק שמכחישין זא"ז באופן מיתתו איך הי' שאחד אמר שמת במקום פלוני ואחד אמר שמת במקום אחר:

תשובה ביבמות (דף קי"ח) תנן אחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג הואיל ומכחישות זו את זו הרי אלו לא ינשאו דברי ר"מ ר"י ור"ש אומרים הואיל ושניהם מודים שאינו קיים ינשאו ובשו"ע (סימן י"ז סעיף ט') ע"א אומר מת וע"א אומר נהרג אעפ"י שהם מכחישים זא"ז הואיל ושניהם מודים שאינו קיים ינשאו ודין זה כתבו הב"י בשם הרא"ש והב"ש שם כתב בשם הריא"ז שחולק ע"ז וסובר דעא"א מת ועא"א נהרג לא תנשא דדוקא גבי צרה אמרינן הואיל ושתיהן מודים שאין קיים ינשאו משום דהכחשת צרה לאו הכחשה היא לגבי' חברתה אבל עד אחד דעלמא הואיל ומכחישים זא"ז לא תנשא:

ואף שלכאורה הדבר תמוה דכיון דע"א נאמן בעדות אשה וחד מינייהו וודאי אומר אמת א"כ תנשא ממ"נ כמ"ש הב"ש מ"מ נראה דדבר זה תליא אי עד אחד נאמן בעדות אשה מה"ת או לא דאם אמרינן דנאמן מה"ת א"כ באחד אומר מת וא"א נהרג תנשא מטעם דהאחד וודאי אומר אמת. אבל אי אמרינן דמה"ת אין ע"א נאמן רק חכמים האמינוהו אפשר לומר דלא האמינו אלא בכה"ג שאינן מוכחשים אבל אם כ"א מוכחש מחבירו איכא למימר דתרווייהו לא דקדקו במיתתו כמ"ש התוס' (בדף קי"ח) ד"ה ומכחישות גבי צרות דכיון דאחת מהן וודאי שקרנית ואולי אומרים שקר כי לא ידעו אמיתת הדברים. וה"נ גבי ע"א שאינו נאמן מה"ת רק רבנן האמינוהו ובהכחשה חיישינן שמא שניהם לא ידעו אמיתת הדברים וזה דעת הריא"ז ז"ל:

וראיתי בנוב"י ז"ל שכ' שנעלם מהרא"ש דברי הירושלמי שם ביבמות דהכי איתא שם אמר ר' אלעזר מודה ר"י ור"ש בעדים מה בין עדים לצרה לא עשו דברי צרה אצל חברתה כלום ע"כ, הרי חזינן דבעדים מודה ר"י ור"ש דלא ינשאו והיינו בע"א אומר מת וע"א אומר נהרג:

ולולא דמסתפינא הו"א דאין סתירה לדעת הרא"ש מדברי הירושלמי דהירושלמי לא מיירי בע"א אומר מת וע"א אומר נהרג אלא בב' כיתי עדים אחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג תדע דהא הך מימרא דר"א דמודה ר"י ור"ש בעדים מייתי אח"כ שם בירושלמי אפלוגתא דרב ורבי יוחנן באחת אומרת מן הכיס מנה ואחת אומרת מן הצרור מנה או

אחת אומרת במקל הרגו ואחת אומרת בסייף הרגו דרב אמר לא בטלה עדות ור"י סובר דבטלה העדות וקאמר שם דבכת אחת מודה רב דבטלה עדות ופליגי רק בב' כיתות וע"ז אמר חילי' דרב מהא דתנן אחת אומרת מת אחת אומרת נהרג הואיל ושניהם מודים שאינו קיים ינשאו וע"ז אמר לא שמיע לי' הא דאמר ר' אלעזר לא עשו צרה אצל חברתה כלום עיי"ש א"כ הא דאמר נמי מעיקרא מודה ר"י ור"ש בעדים היינו נמי בב' כיתי עדים וע"ז אמר דמודה ר"י ור"ש אבל בע"א אומר מת ועא"א נהרג לא מיירי הירושלמי כלל והחילוק שיש בין ב' כיתות המכחישים זא"ז במת ונהרג לכת אחת המכחישים זא"ז. נראה לפי מה שבארנו דעת הראב"ד ז"ל שהביא הרשב"א ז"ל בחי' לקידושין (דף ס"ה) בהא דתניא התם שנים שבאו ממדה"י ואשה עמהם וחבילה עמהם זה אומר זו אשתי וזה עבדי וזו חבילתי וזה אומר זו אשתי וזה עבדי וזו חבילתי והיא אומרת אלו שני עבדי וזו חבילתי צריכה שני גיטין כו' ופריך ה"ד אי דאית לי' סהדי להאי וסהדי להאי מי מצי אמרה אלו שני עבדי וזו חבילתי כו' וע"ז כתב הראב"ד ז"ל בשאינן מכחישין אלו את אלו אלא אלו מעידין שנתקדשה לזה ואלו מעידין שנתקדשה לזה ואינן מעידין על זמן ידוע ואפשר שנתקדשה לשניהם בזה אחר זה גירש זה ונשא זה אבל אם היו מכחישין אלו את אלו לא היתה צריכה גט מאחד מהן שאין כאן עדים כלל:

והרשב"א ז"ל תמה עליו דהא אפילו שמכחישין אלו את אלו הוי לי' כב' אומרים וב' אומרים לא נתקדשה דאמרינן בפ' האשה שנתארמלה דלא תנשא וכאן זיל לגבי האי הוי לי' כשנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה וכן לגבי אידך ועוד דהא קיי"ל שתי כיתי עדים המכחישין זא"ז זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה הלכך הכא וודאי חדא מינייהו מהימני ולחד מהנהו וודאי נתקדשה וצריכה גט ואפילו אם נישאת תצא ע"כ דברי הרשב"א ז"ל. ותמיהתו עצומה על דברי הראב"ד ז"ל:

ונראה דדעת הראב"ד ז"ל דאף דקיי"ל שני כיתי עדים המכחישין זא"ז זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה מ"מ הא אמרינן בב"ב (דף ל"א) גבי זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתא ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה דאמר ר"נ אוקי חזקה בהדי חזקה ואוקי ארעא בחזקת אבהתא וא"ל רבא דהא עדות מוכחשת היא ואמר שם בש"ס דרבא אית לי' שפיר הא דר"ה בשתי כיתי עדים המכחישים זא"ז זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה מיהו ה"מ בעדות אחרת אבל באותו עדות סובר רבא דמיקרי עדות מוכחשת עיי"ש הרי דסבר רבא דלאותו עדות לא אמרינן זו באה בפ"ע ומעידה וזו כו' אף בדבר שאין מכחישין זא"ז ויש להן דין עדות מוכחשת ואף דר"נ סובר דאוקי ארעא בחזקת אבהתא ואנן פסקינן כר"נ

לאותו עדות לא הוי עדות מוכחשת. מ"מ נראה דדוקא באבהתא ושני חזקה דתרי מילי נינהו בזה סובר ר"נ דאין נפסלין במה שלא הוכחשו דרבא סובר דלאותה קרקע לא מהני עדותן אף דקיי"ל גבי עד זומם דמכאן ולהבא הוא נפסל מ"מ באותה קרקע שהוכחש לא מהני עדותן כמ"ש התוס' בב"ק (דף ע"ב) ד"ה רבא ור"נ סובר דלא נפסל לאותה קרקע משום דאבהתא וחזקה תרי מילי נינהו אבל בהא מלתא גופא שהוכחשו ע"ז אין אנו יכולין לדון בזה על ידן אף בדבר שמודים זה לזה כגון שכ"א מהכיתות מוכחשים במה שאומרים שנתקדשה לאחד מהן אין אנו יכולים לדון על האשה דין א"א דהא ממה שיצא מפיהם שנתקדשה להאי אנו דנין שהיא א"א ואהאי דיבורא הרי הוכחשו זה מזה ובהא גם ר"נ מודה דאף דתרווייהו אמרי שהיא א"א ואין בזה הכחשה מ"מ באותו עדות לא סמכינן עלייהו להאמין להם אף שאין מכחישין זל"ז וכמו דלרבא אין מאמינים להנך סהדי דמסהדי אאבהתא אע"ג דלא הוכחשו בזה משום דבאותו עדות הוכחשו לא מהני עדותן. ה"נ לר"נ אף דסובר דגם באותו עדות מהימני במה דלא הוכחשו מ"מ בדבר שהוא בעצם הכחשתן לא מהימני אף בדבר שהכת המכחישים מודים להם:

ולהכי שפיר כ' הראב"ד ז"ל דאם העדים מכחישין עצמן על זמן ידוע זאת אומרת נתקדשה לזה וזאת אומרת נתקדשה לזה אינה צריכה גט אף מאחד מהם דאף ששניהם מודים שהיא א"א אין אנו יכולין לחתוך הדין עפ"י הדברים ששניהם מודים זל"ז דלאותה עדות לא מהני עדותם אף בדבר שלא הוכחשו מאי אמרת הא חד מינייהו וודאי אמת קאמרי והרי היא א"א ז"א דהא על כל מעשה של אחד מהכתות אנו מסופקין על קדושי ראובן אנו מסופקין מחמת שעדותו של שמעון מכחישין אותן ועל עדותו של שמעון אנו מסופקין מחמת עדותו של ראובן ובספיקא לא מפקינן לה מחזקת פנוי' דהא כשנולדה פנוי' היתה ועל כל מעשה קידושין שהעידה א' מהכיתות יש ספק והרי היא בחזקת פנוי'. דבשנים אומרים נתקדשה שנים אומרים לא נתקדשה לא תנשא לכתחילה הא זהו רק מדרבנן בעלמא כמ"ש הרשב"א בחי' לקידושין (דף ס"ו) והתוס' בכתובות (דף כ"ג) ד"ה מאי שנא ולא החמירו רבנן להצריך גט אלא היכא דאם נחמיר עלי' להצריכה גט יכול להיות שאנו עושין ככת אחת המעידה אמת ואומרים שנתקדשה אבל הכא גבי חבילה אם נצריכה גט לחומרא צריכה שני גיטין וגט אחד יהא בוודאי בחנם לכן לא החמירו כלל ואוקמה אדאורייתא דאכל מעשה הקידושין שהעידה אחת מהכיתות הוי ספיקא ומוקמינן לה בחזקת פנוי' ולצרף דברי שני הכיתות במה שהם מחזיקים אותה לא"א נמי אין אנו צריכין דלאותה עדות לא מהני דבריהם אף במה שלא הוכחשו כדמוכח מההוא דב"ב:

ובהא מילתא פליגי רב ור' יוחנן (בירושלמי שלהי יבמות) בב' כיתי עדים אחת אומרת מנה מן הכיס ואחת אומרת מנה מן הצרור אחת אומרת בסייף הרגו ואחת אומרת במקל הרגו דרב אמר הכחיש עדות בתוך עדות לא בטלה עדות ור"י סובר הכחיש עדות בתוך עדות בטלה עדות. והיינו משום דרב סובר כיון דלדברי שניהם לוה ממון או הרגו הרי חייב בוודאי ור"י סובר דבטלה עדות וכמו שהסברנו לעיל בדעת הראב"ד ז"ל דעל איזה מעשה שאנו רוצים לחייבו הוא ספק אצלינו ספק מעשה מניית מנה מן הצרור הוי ספק ואין לחייבו ועל ספק מניית מעשה מן הכיס נמי אין לחייבו מאי אמרת לחייבו על היוצא מעדות שניהם שהוא לוה או הוא הרג ע"ז כבר אמרנו שבאותה עדות לא אמרינן זו באה בפ"ע ומעידה אף בדבר שלא הוכחשו כההיא דב"ב בזה אומר של אבותי וקאמר התם חילי' דרב הוא מהא דתנן אחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג הואיל ושתיהן מודים שהוא אינו קיים ינשאו וע"ז אמר בירושלמי ולא שמיע לי' דמר ר' אלעזר מודה ר"י ור"ש בעדים מה בין צרה לעדים לא עשו דברי צרה אצל חברתה כלום והיינו דר"א סובר דבשני כיתי עדים המכחישין זא"ז לא תנשא מה"ט שכתבנו דאין להתירה מטעם מעשה המיתה דהוי ספק מחמת הכחשת כת האחרת. וכן מחמת מעשה שנהרג אין להתירה דהוי ספק מאי אמרת שניהם מודים שאינו קיים הרי לאותו עדות לא מהני אף במה דליכא הכחשה כמו בזה אומר של אבותי שכתבנו לעיל ודווקא גבי צרה אמרינן דינשאו דאין הכחשת צרה כלום אבל בב' כיתי עדים שהכחשתן מועיל כ"א לגבי שכנגדו לא תנשא כר' יוחנן:

ואחרי שבררנו שהירושלמי מיירי בב' כיתי עדים א"כ נראה דבע"א אומר מת וע"א אומר נהרג תנשא אף לר"א ור' יוחנן דהא לדברי שניהם מת ואין מכחישין עצמן בזה ואף שבארנו דלא אמרינן באותה עדות זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה אף בדבר שלא הוכחשו זהו דווקא במוכחשין מפי שני עדים דבאותה עדות בהדי סהדי שקרי למה לי אף לרב הונא כיון שבאותו דיבור עצמו הוכחשו אבל הכחשת ע"א לא הוי הכחשה כלל לפסול את דיבורו של העד לגמרי שלא יועיל אף בדבר שלא הוכחשו ואף רב חסדא דסובר בהדי סהדי שקרי למה לי הוא דווקא בב' כיתי עדים אבל כת א' המכחשת זא"ז וודאי דאמרינן זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה וכו' [כדמוכח בכתובות גבי עד א' אומר תנאי הי' דברינו וע"א אומר אינו תנאי דאמרינן תרווייהו בשטרא מעליא קמסהדי עיי"ש (בדף י"ט ע"ב) ובר"נ] משום דהכחשת ע"א לאו הכחשה היא למיפסל העד במה שאינו מוכחש מחבירו וכיון דתרווייהו אמרי מת מותרת להנשא ושפיר כ' הרא"ש בע"א אומר מת וע"א אומר נהרג דתנשא ואין סתירה מדברי הירושלמי דהירושלמי מיירי בב' כיתי

עדים ובירושלמי דקאמר לא עשו דברי צרה אצל חברתה כלום ה"ה בע"א דעלמא נמי לא עשו הכחשתו כלום אצל חבירו אלא דלא מיירי מדין ע"א ועדיפא מיני' אמר דהכחשת צרה וודאי לאו כלום אפילו באומרת לא מת אבל באמת גם הכחשת ע"א לאו כלום הוא אצל חבירו וכיון דתרווייהו אומרים אינו קיים תנשא. ועוד נ"ל דאפילו בשתי כיתי עדים אחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג אף דפשיטא לי' להגאון בעל נוב"י ז"ל דהלכה בזה כר' יוחנן דסובר הכחיש עדות בתוך עדות ובטלה העדות כדקיי"ל בכל דוכתא רב ור' יוחנן הלכה כר"י מ"מ בהא הלכה כרב דלא בטלה העדות. דהכי מוכח בגמרא ביבמות (דף פ"ח) דמייתי רבא שם ברייתא מנין שאם לא רצה דפנו ת"ל וקדשתו בע"כ וקאמר שם ה"ד אילימא דלא נישאת לאחד מעידיה ולא קאמרה ברי לי צריכה למימר דדפנו אלא לאו דנישאת לאחד מעידי' וקאמרה ברי לי וקתני דפנו אלמא מפקינן לה מיני' ופירש"י ז"ל בד"ה אלא לאו כה"ג דנישאת תחילה לאחד מעידיה ואח"כ באו עדים שהי' חי באותו שעה ומת כו' ולא רצה להוציא משום זונה וקתני דפנו וקשיא לרב והיינו דילפינן מקרא דוקדשתו דמפקינן לה בכה"ג משום איסור זונה לכהן והרי חזינן דליכא התם אלא רק איסור זונה לכהן אבל איסור א"א ליכא ובע"כ משום דגם כת השני' מודים שעכשיו הוא מת רק שאומרים שבשעה שנישאת הי' בעלה חי ונאסרה משום זונה לכהן והרי התם דמי ממש לכת אחת אומרים מת וכת אחת אומרים נהרג דאם מת מעצמו לא נהרג ואם נהרג לא מת מעצמו והתם נמי דאם מת קודם שנישאת הרי לא היה קיים באותו שעה שהעידו העדים האחרונים שמת אז ואם מת בשעה שהעידו העדים אחרונים הרי הי' קיים בזמן שהעידו העדים הראשונים על מיתתו ואפ"ה אמרינן דליכא אלא איסור זונה לכהן אבל איסור א"א ליכא וע"כ הואיל ושתיהם מודים שמת תנשא אעפ"י שמכחישים עצמם בזמן מיתתו ולדברי כל כת אחת מהם השני' אומרים שקר הרי בהדיא כרב דאמרינן לא בטלה עדות בתוך עדות וכיון דסתמא דגמרא סבר הכי בעינן למיפסק כרב ושפיר פסק הרא"ש ז"ל בע"א אומר מת ועא"א נהרג תנשא דלא כהירושלמי:

שוב ראיתי שיש לדחות קצת ראי' זו דאכתי איכא למימר דבטלה עדות בתוך עדות ומ"מ הכא בכת אחת אומרת מת ביום פלוני וכת אחת אומרת שמת אחר זמן והיא נשאת בין זמן הכת ראשונה לזמן הכת שני' וליכא איסור א"א משום דהוי ס"ס שמא מת בזמן שהעידו הכת ראשונה ואת"ל חי הי' אז ועדי שקר הם מ"מ שמא מת בזמן שהעידו כת השניה ואין זה ספק אחד דמה לי מת אז מה לי מת לאח"ז משום דהכא הספק מיתה בזמן שהעיד כת שניה אינו מתיר אלא איסור א"א אבל לכהן אסורה משום זונה וספק מיתה בזמן שהעידו כת ראשונה מתיר אף לכהונה וכל היכא שספק אחד מתיר יותר

מחבירו לא מיקרי ספק אחד והוי ס"ס מעליא כמבואר ביו"ד (סימן ק"י) ובפוסקים ובשנים אומרים מת ושנים או' נהרג דליכא ס"ס דהא אין נ"מ בין מת לנהרג לשום דבר דלא הוי ס"ס אמרינן כיון דמכחישין זא"ז בטלה עדותן לגמרי אבל בכת אחת אומרת מת ביום פלוני ונשאת וכת א' אומרת שמת אחר שנשאת הוי ס"ס משום דספק אחד מתיר יותר מחבירו ואפילו להנך רבוותא דסברי דלא מהני ס"ס באיסור א"א להתירה משום דבחזקת א"א קיימא מ"מ הכא הא איתרע חזקת א"א משום חזקה דדייקא ומינסבא כמו שהוכיחו התוס' שם ביבמות מהא דאמר באשם תלוי קיימא ולא קאמר דבחטאת קיימא ש"מ דהוי ספק השקול וא"כ מהני ס"ס ולהכי אין אנו דנין אלא על איסור כהונה אבל משום איסור א"א אין לחוש דהוי ס"ס:

ועיין בתשובות מהרא"י (סימן ק"ל) הובא בש"ך (סימן ק"י) דהתיר ע"י ס"ס כה"ג גבי א' שקנה פרה חולבת ואח"כ ילדה זכר ונקיבה ואינו ידוע מי יצא ראשון הזכר או הנקיבה דהוי ס"ס ספק שמא כבר נפטר רחמה קודם החליבה ואת"ל שחלבה עד שלא ילדה ספק שמא יצא הנקיבה ראשונה והוי ס"ס אע"ג דמה לי נפטר רחמה בזמן הקודם מה לי נפטר רחמה ע"י הנקיבה ואפ"ה לא חשיב לי' חד ספק וכ"ש הכא דחשיב ס"ס שמא נהרג או מת בזמן שהעידו העדים ראשונים ואת"ל דאז לא נהרג שמא נהרג בשעה שהעידו עדים האחרונים דהכא איכא נ"מ לענין פסול כהונה דכשנאמין לעדות הראשונים כשירה אף לכהונה וכשנאמין לעדות האחרונים פסולה לכהונה מחמת שנשאת בינתיים וע"ש בדברי המהרא"י דאם ילדה הפרה שני זכרים לכ"ע הוי ס"ס משום דהספק שילדה קודם החליבה מתיר שני הזכרים והספק איזה יצא ראשון אינו מתיר אלא אחד עי"ש עכ"פ הרי מוכח מדבריו דכה"ג חשוב ס"ס אף ששני הספיקות הם מענין והיתר אחד ואין בהם אלא שינוי הזמן וה"נ גבי היתר האשה לעלמא מיחשב ס"ס בשינוי הזמן כיון שיש נ"מ בין שני הספיקות לענין כהונה ולא תימא דלא מיקרי ס"ס אלא היכא שאין שתי הספיקות מכחישות זה את זה ויכול להיות גם שניהם ביחד כמו ספק אינו תחתיו וספק באונס בסוגיא דפ"פ דיכולים להיות גם שניהם ביחד שנאנסה קודם האירוסין וכן בעובדא דמהרא"י יכול להיות שילדה קודם שחלבה וגם בלידה זו יצאת הנקיבה ראשונה אבל בשני כיתי עדים המכחישים זא"ז בזמן מיתתו דא"א להיות שניהם אמת אין שני הספיקות מצטרפין לס"ס ז"א דכל היכא דיש שני צדדים להתיר ואיזה מהן שנתפוס יש לפנינו היתר הוי ס"ס אף ששניהם ביחד א"א להיות:

וכן מוכח מדברי המהרי"ט בתשובה שכתב בהא דמייתינן בסנהדרין (דף ע"ז) דמייתי הש"ס דכל היכא דחזרה לאחוריה מכח זריקתו לאו כחו הוא מהא דתנן מחט שהיתה

נתונה על החרס והזה עליה ספק על המחט הזה ספק על החרס הזה ומיצה הזאתו פסולה ומשני ר"ח משמי' דרב מצא איתמר והיינו דהוי ס"ד דהזה על המחט והספק הוא אם נפל מיד על המחט או שנפל על החרס ומכח נפילה זו נפל אח"כ והותז על המחט דמוכח מזה דהתזה לאו כחו הוא ודחי דמיירי שמסופק דילמא נפל על החרס וממדרון החרס הלך מעצמו על המחט דזה ודאי לאו כחו והקשה המהרי"ט לפי מה דמשני דהתזה נמי כחו א"כ אמאי הזאתו פסולה הא אף שמסתפק שמא מעצמו הלך על המחט מ"מ הא הוי ס"ס ספק נפל מתחילה על המחט מידו בכח ראשון ואת"ל לא נפל מיד על המחט מ"מ שמא מכח ההתזה דחרס נפל על המחט דהוי נמי כחו. ותירץ המהרי"ט דשאני גבי קידוש דלא מהני ס"ס עי"ש בתשובה חלק שני (סימן ב') והא התם דא"א להיות שניהם ביחד דספק אחד הוא נפילה ראשונה על המחט וספק השני הוא התזה מכחו מהחרס על המחט ושניהם ביחד א"א להיות ואפ"ה חשיב ס"ס וע"כ דכל היכא שיש לפנינו שני דרכים להתיר אף דסתרי אהדדי מיקרי ס"ס. וה"נ גבי שני כיתי עדים המכחישים עצמן בזמן מיתתו אף שא"א להיות שניהם ביחד הוי ס"ס ודו"ק:

סימן קלד

שאלה בדבר עגונה מק"ק קטרינסלאוו שבא מהרב אב"ד דשם כפי המבואר בתוך התשובה:

מכתבו קבלתי קודם חה"ס בעת הטרדות מרובי' ונפישי מילי דחג ולא הי' באפשרי להשיב לכבודו והנה בדבר העגונה אשת אברהם יצחק פאלעניצקי שנטבע בעלה. ראיתי שדעת כבודו שכבר יצאתה האשה הזאת מאיסור א"א מה"ת ע"י עדות הטביעה שיבואר לקמן ולא נשאר אלא רק איסור דרבנן שאסרו במים שאל"ס ואנכי לא כן עמדי. כי עיינתי בכל דברי העדים ולא מצאתי בהם ממש שכל העדים שראו הטביעה לא ידעו מי הוא הנטבע וכולם משערים שהוא אברהם יצחק מפני שראו איש נטבע ושמעו אח"כ שזה אברהם יצחק הלך בספינה לחוף הנהר ולא חזר ואף שאומרים כמה מהם בעדותן שלא הלך על הנהר שום אדם אחר בזה היום וידוע שהאיש הזה אברהם יצחק הלך באותו היום מ"מ אין בזה ממש דאטו מי לא בעי הני אינשי מיכלי ומשתי ואפשר דבשעה מועטת שהלכו מהנהר לצורכם עבר בה איש אחר ונטבע בהנהר להכי אין בזה ממש. גם מה שהעיד הנכרי פראנצישאק לפ"ת שהשומר של העצים נטבע וכתב כבודו שבזה כבר יצאתה מאיסור א"א דאורייתא, תמיהני דאפילו לדעת הני רבוותא דלא בעינן במשאל"ס שהה עד שתצא נפשו מ"מ הא דנכרי מסל"ת מהימן הוא רק מדרבנן ומדאורייתא לאו כלום הוא [ויש לעיין בהא דאמר ביבמות (ד' פ"ז) אמתניתין דנשאת שלא בעדים אלמא

ע"א מהימן ותנן נמי הוחזקו להיות משיאין עד מפי עד וכו' מדאורייתא מנלן דמהימן ומהדר לאשכוחי דמהימן מה"ת עד דמסיק משום עגונה אקילו בה רבנן משום חומר שהחמרת עלי' בסופה וקשה איך הוה ס"ד דבעגונה לא הקלו יותר על דברי תורה דא"כ תקשי מתניתן שם (בדף קכ"א) דקתני בכותי אם היה מתכוון אין עדותו עדות הא אם אינו מתכוון נאמן הא נאמנות דנכרי מסלפ"ת וודאי אינו מה"ת דהא בכל איסורי תורה אינו נאמן וע"כ דמשום עגונה הקילו בה א"כ מאי קשיא לי' על הא דע"א ישראל מהימן. ונראה דלק"מ דוודאי ידע גם מעיקרא דמשום עגונה הקילו מדמהימן נכרי מסיח לפ"ת רק דהוה סובר דאם ע"א מהימן מה"ת ולא בעינן בעדות אשה עדות גמורה כמו בדיני ממונות א"ש נמי מה שהקילו בנכרי מסיח לפ"ת משום עגונה כיון דלא בעינן עדות גמורה וסמכינן מדאורייתא אע"א בלחוד סמכו חכמים גם אנכרי מלפ"ת משום עגונה אבל אם ע"א אינו נאמן מה"ת ובעינן עדות גמורה כמו בד"מ אין סברא שיקילו חכמים להכשיר עובד כוכבים היכי דבעינן עדות גמורה מה"ת עד דמסיק לבסוף דאף אם ע"א אינו נאמן מה"ת מ"מ האמינוהו חכמים משום עגונה ומשום חומר שהחמרת עלי' בסופה אבל וודאי דגם מתחילה ידע דמשום עגונה הקילו מדסמכינן אנכרי מלפ"ת דהוה רק מדרבנן]. א"כ פשיטא דלא יצאתה אשה זו מאיסור תורה עדיין:

מלבד זה נראה לי שאין בעדות הנכרי ממש ואין בזה דין מסיח לפ"ת דהא הרמ"א (בס' י"ז סעיף י"א) כתב גבי אם בא כתב ישראל שמת דמהני כתב שם אבל היכי שיש לומר שכתב כן מחמת שיצא הקול שמת כגון שטבע במשאל"ס וכדומה אין מתירין על הכתב שחוששין שכתב כן מפני הקול שיצא ועיין בט"ז (שם ס"ק ז') דאפילו אם נמצא שכתב אחד לחבירו שפלוני מת ולא זכר את הטביעה מ"מ אמרינן שמחמת הקול כתב כן ובאמת אין ממש באותו הקול כיון שהמים אין להם סוף עיי"ש בשם התוה"ד וא"כ כש"כ בנכרי מסיח לפ"ת כיון שכל אותן שידעו מהליכתו על הנהר ולא שב לביתו וגם שמעו שנטבע איש אחד תלו הכל כי זה האיש אברהם יצחק הוא שנטבע וודאי דיש לאמר שמזה סיפר גם הנכרי שנטבע מחמת הסיפורים ששמע שם. וכבר בארנו דאין בעדות הטביעה ממש לכן אין להתירה מחמת מסיח לפ"ת. ומה שכתב כת"ר להתיר מטעם שכתב המבי"ט בתשובה דאם נמצא הרוג בדרך זה וידוע שנאבד איש אחד בדרך זה אמרינן שהוא זה שאבד הוא זה שנמצא כבר הארכנו בעזהי"ת בתשובה אחת דאין לסמוך ע"ז וברנו דלא אמרינן היינו האי שאבד היינו האי שנמצא אלא גבי קבר שהקבר שנאבד הוא במקומו בוודאי להכי תלינן שהוא שנמצא דלמה לנו לתלות באחר אבל

באדם שיש לתלות שהנאבד הלך לעלמא וזה הנמצא הוא איש אחר וודאי חיישינן והבאנו הרבה ראיות לזה:

לכן לא מצאתי מקום לסמוך עליו בשריותא דהך איתתא אלא במ"ש כבודו שגם שארי אנשים אמרו שמכירים בטב"ע שהבגדים הם של בעלה אברהם יצחק שכל הסימנים שאמרו דהיינו שיש לה חתיכה אחת מאת בגד הארבע כנפות שלו או מה שאמרה שהקאלנער הי' מיט שפיצען או מה שאמרה שממנעל אחד נפל הפאטקאווע זהו בכלל סימנין גרועים שאין לסמוך עליהם אף שאמרה הסימנים קודם שראתה אותן דכל זה יוכל להיות דאיתרמי סימנים כאלו באדם אחר רק מה שהכירו אנשים את בגדיו אחר שהוציאו אותם מן השק דמשמע מדברי כת"ר שלכל הפחות נמצא שני עדים שמכירים בגדיו בטב"ע ע"ז יש לסמוך לכאורה להתירה דאף דאמרינן בש"ס (יבמות ד' קט"ו) דמים כמלחמה דמי ואמרה בדדמי וסברי כמה רבוותא דאפילו מי שלא ראה הטביעה נמי אמר בדדמי מ"מ בשני עדים הסכימו כולם דלא אמרי בדדמי שלא כדעת הרי"ף ז"ל וכיון דלא אמרו בדדמי ומהני הכרה דידהו בגוף הנטבע מהני נמי הכרה דידהו בבגדיו. כמבואר כ"ז אצלינו בתשובה אחת]:

אך בזה באנו למחלוקת הראשונים ז"ל אי חיישינן לשאלה ורבים מאחרונים ז"ל נסתפקו לומר דאף דאמרינן בגמרא דחיישינן לשאלה היינו אם יש רק סימן בבגדיו אבל בטב"ע בבגדים לא חיישינן לשאלה והא וודאי ליתא דהא בהדיא אמרינן בב"מ (ד' כ"ז) דאי כתב רחמנא שמלה ה"א הנ"מ בעדים דגופה וסימנין דגופה אבל חמור בעדים דאוכף וסימנין דאוכף לא כתב רחמנא חמור דאפילו בסימנין דאוכף הרי בהדיא דאי לאו קרא דחמור ה"א דאפילו בעדות דאוכף לא מהדרינן משום דחיישינן לשאלה אף שהעדים מכירים בטב"ע את האוכף וא"כ כיון דלמ"ד דחיישינן לשאלה אמרינן דדוקא באוכף מהדרינן משום דלא מושלי אינשי אבל בשארי דברים חיישינן לשאלה ממילא דגם בעדים המכירים בטב"ע נמי חיישינן לשאלה:

והנה הב"י בתשובה חשש לאמר דלמ"ד סימנים לא"ד חיישינן לשאלה אף בכיס וארנקי, דכיון דמחמרינן כולי האי דלא נסמוך על סימנים לא סמכינן נמי אהך סברא דלא מושלי אינשי כמ"ש הב"ש ז"ל בשמו ולכאורה דבריו תמוהין מאוד דלפ"ז מה נעשה בהך דרשה דחמור בסימני אוכף דמוכח עכ"פ דבאוכף דלא מושלי אינשי לא חיישינן לשאלה ומצאתי אח"כ בתשובת אחרונים ז"ל שהקשו כן ושכחתי מקומו ואפשר ליישב דהב"י סובר כשיטת כמה מרבוותא ז"ל דסברי בדעת הר"מ ז"ל דבאמת סימנים דאורייתא רק מדרבנן החמירו שאין משיאין עפ"י סימנין וסובר הב"י ז"ל דכי היכי דהחמירו שלא

להתיר ע"פ סימנים ה"נ החמירו שלא להתיר בסימני כלים אפילו במידי דלא מושלי אינשי ואפילו בסימן מובהק או עדים:

ועוד אפשר ליישב דעת הב"י דהא דרבי קרא למיהדר חמור בסימני אוכף משום דלא מושלי אינשי ולמ"ד סימנין לאו דאורייתא חמור בסימני אוכף דהיינו סימן מובהק להכי מהדרינן משום דסימן מובהק דמי לעדים כמ"ש כל הראשונים ז"ל ולעולם חיישינן לשאלה דסימן האוכף אינו מועיל לברר שהחמור הוא של בעל האוכף דאפשר לומר שהבעל החמור שאל את האוכף מבעל האוכף הלזה והא דמחזירין את החמור בסימנין דאוכף הוא משום דמיירי שאנו רואים שאין שום סימן על החמור וא"כ לא מפסיד בעל החמור מידי במה שמחזירין את החמור לבעל האוכף דהא גם לו לא יוחזר לעולם כיון שאין לו סימן מובהק בו ועדים לא שכיחא להכי מחזירין לבעל האוכף ולא חיישינן לשאלה ואי לאו קרא ה"א דאין מחזירין לו לבעל האוכף אלא דהוה של מוצאו כיון דחיישינן לשאלה ובחמור עצמו אין בו סימן מובהק וגלי קרא דצריך להחזיר לבעל האוכף כיון דמ"מ הוא נותן סימן באוכף ולית ביה אלא חשש שאלה בלבד ולהמוצאו אין בו שום זכות להכי מהדרינן לי' החמור עם האוכף אעפ"י דחיישינן לשאלה. אבל בעדות אשה גבי מיתה וגט בעינן למיחש שמא שאל הכלים מאחר ולא מהני סימנין דכלים על הגוף זה היה נראה ליישב דברי הב"י ז"ל:

אבל לפ"ז נראה לי שיש להביא ראי' איפכא דלמ"ד סימנין לאו דאורייתא לא חיישינן כלל לשאלה אפילו בכלים דמושלי אינשי וכדעת מהר"ל מפראג ז"ל שהביא הב"ש ז"ל בשמו דמעיקרא כי הוי מפרש למתניתין דאין מעידין אעפ"י שיש סימנין בגופו ובכליו בסימנין בינונים דסימנים לאו דאורייתא לא הוי מפרש כלל טעמא דכלים משום שאלה רק כי מפרש דמיירי בסימנין גרועים וסד"ר מפרש טעמא דכלים משום שאלה דהא התוס' שם ביבמות (ד' ק"כ) ד"ה כליו הקשו מהא דתנן מצא פירות בכלי ה"ז יחזיר וניחוש שמא השאיל הכלי לאחר וידע סימן הכלי אבל הפירות אינם שלו ותירצו דאף אם מן התורה חיישינן לשאלה מ"מ מדרבנן לא חיישינן לשאלה גבי אבידה ומה שהקשה מחמור בסימני אוכף הוא משום דהתם אקרא קאי ודרש חמור אתא לאורוי' דמהדרינן חמור בסימני אוכף להכי פריך וניחוש לשאלה דהא מדאורייתא חיישינן לשאלה אבל מדרבנן וודאי דלא חיישינן לשאלה גבי אבידה זהו תורף דברי התוס' וקשה לי טובא הא שם בב"מ (ד' כ"ז) קאמר רבא את"ל סימנין לאו דאורייתא היכי מהדרינן אבידתא בסימנין [פירש"י ז"ל מה ראו חכמים על ככה ליכנס בספק להחזיר ממון למי שאינו שלו] ומסיק דניחא לי' לבעל אבידה למיהב סימנא ומשקלי' מימר אמר כ"ע לא ידעי סימנין

מובהקין דידה ואנא יהיבנא סימנין מובהקין דידה ושקילנא ופירש רש"י ז"ל ניחא לי' שתהא דת זו בישראל למיהב סימנין וכו' וא"כ קשה איך אפשר לומר דמדאורייתא לא מהדרינן אלא בסימנין דגופא ועביד רבנן תקנה למיהדר בסימנא דכלי הא בזה ליכא למימר דניחא לי' לבעל אבידה שיחזירו בסימני כלים אף שלא יאמר סימנין בגופא:

דבשלמא גבי עיקר מילתא דסימנין בזה שפיר אמרינן אף דסימנין לא"ד ומה"ת לא מהדרינן בסימנין מ"מ בכל אבידה מיד כשאבדה ונודע לו שאבדה ניחא ליה שתהא דת זו נוהגת בישראל אף שיודע שיש רמאים שרוצים ליטול ממון שאינו שלהם מ"מ הוא סבור דבוודאי מי שאינו שלו אינו יודע סימנין כדאמר בש"ס מימר אמר כו"ע לא ידעי סימנין ולהכי ניחא לי' שתוחזר אבידה בסימנין דקשה לי' לטרוח אחר עדים כדין תורה ופעמים שלא ימצא ותולה שמי שאינו שלו לא ידע סימנין וניחא לי' שתוחזר בסימנין וכיון דניחא לי' לבעל אבידה שליחותו דבעל אבידה קא עבדינן ומחזירין ע"י סימנין ותולין גם אנו שמי שאין האבידה שלו לא ידע סימנא והאי דאתא ויהיב סימנא בוודאי דידי' הוא אבל לענין שאלה אם מדאורייתא חיישינן לשאלה לא שייך לאמר דניחא לי' לבעל אבידה שיוחזר ע"י סימני כלים. דהא מיד כשיודע לו שנאבד חמורו עם האוכף הוא יודע שהאוכף שאול הוא אצלו ששאל מאחר והמשאיל הא ידע סימני האוכף והיכי ניחא לי' שיוחזר החמור בסימני אוכף הא הכא ליכא למימר מידע ידע דכ"ע לא ידעי סימנין דידי' כדאמרינן בעיקר מילתא דתקנתא דחזרת אבידה ע"י סימנין דאדרבה הא ידע שגם המשאיל יודע סימני האוכף ויבא ויטול חמורו ובמאי ניחא לי' בהאי תקנתא שיוחזר החמור ע"י סימני אוכף ובגמרא לא אמרינן ניחא להו לכל ישראל למיהדר אבידה בסימנין משום דזה לא הי' מועיל לתת טעם לתקנתן דאכתי מה ראו חכמים על ככה להוציא ממון מבעל אבידה ולהחזיר ע"י סימנין שיכול להיות שהנותן סימן נוטל ממון שאינו שלו ואטו תקנת איסור יש בזה רק אמרו ניחא לי' לבעל אבידה דהיינו שכל בעל אבידה שבא מעשה לידו שנאבד ממנו חפץ ניחא לי' בתקנה זו וא"כ הא להחזיר בסימני כלים הא לא ניחא לי' שיודע שהכלים שאולים אצלו:

ואין לאמר דכמו דאמרינן מימר אמר כ"ע לא ידעי סימנין ומהאי טעמא ניחא לי' בתקנתן. ה"נ מימר אמר ודאי המשאיל לא ירצה ליקח ממון שאינו שלו ויחזיר לו החמור דז"א דכיון דמה"ת בעינן למיחש שמא המשאיל רמאי ורוצה ליקח ממון של אחרים וכשהמשאיל חשוד ע"ז בודאי גם בעיני השואל הוא חשוד לזה ואז לא ניחא לי' להחזיר ע"י סימני אוכף ודווקא גבי עיקר תקנה דחזרה ע"י סימנין אמרינן כיון דמעיקרא הוי ניחא שיוחזר ע"י סימנין משום שהי' בדעתו דכו"ע לא ידעי סימנין דידה לא איכפת לן

אף אם אח"כ בא לפנינו רמאי ונותן סימן או אם בסימן זה נפלה מאיש אחר כיון דכבר נתרצה בעל האבידה שיוחזר ע"י סימנין ע"י טעותו דסבר דכו"ע לא ידעו סימנין אבל גבי חמור בסימני אוכף דבעינן למיחש מה"ת שמא שאול הוא והמשאיל רוצה ליקח ממון שאינו שלו ונותן סימן באוכף ליקח בזה גם את החמור במה נתלה לאמר שאף שהוא חשוד באמת מ"מ בעיני השואל הוא מוחזק לנאמן וניחא לי' שיוחזר החמור ע"י סימני אוכף הא ודאי ליתא דאם חשוד הוא באמת גם בעיני השואל הוא חשוד ואז לא ניחא שיוחזר החמור ע"י סימני אוכף והיכי עביד רבנן תקנתא במאי דבעינן למיחש מה"ת לשאלה ואם הי' שאולה הא לא ניחא לי' לבעל אבידה בהאי תקנתא:

מיהו הא לק"מ דכיון דאין סימן בפירות הא ליתּ לי' פסידא לבעל אבידה אם נחזיר הפירות בסימני הכלי דהא אם לא יחזירו לבעל הכלי מטעם חשש שאלה גם לבעל הפירות לא נחזור כיון דליכא סימנא בגווייהו א"כ מה איכפת לי' לבעל אבידה אם יחזירו הפירות בסימני הכלי וניחא לי' שתהא תקנה זו בישראל שלא לחוש לשאלה כי היכי דלא יפסיד כל איש שיארע לו שיאבד פירות בכלי ויהא סימן בכלי ולא בפירות ואף מי שיארע לו ששאל כלי מחבירו והניח בה פירות ואבד הכלי והפירות והמשאיל חשוד בעיניו ליקח ממון שאינו שלו נמי אין לו פסידא בתקנה זו כיון שהוא אין לו סימן בפירות אלו ולא יבאו לידו אף אם נוקמי על דין תורה ונחוש לשאלה א"כ לא איכפת לי' אם נעשה תקנה להחזיר ע"י סימני הכלי אדרבה טוב הוא לו שיהא התקנה שלא לחוש לשאלה שאם לא ירצה המשאיל ליקח ממון שאינו שלו ויחזירו להאובד האמיתי ע"י סימני הכלי משנלך בתר דין תורה ולא יוחזר לו לעולם:

והנה כ"ז איכא למימר למ"ד סימנין דאורייתא דלדידי' דרשינן מה שמלה שיש לה סימנין ויש לה תובעין היינו דבעינן שיהא להאבידה סימנין דאז אינו מתייאש משום דמימר אמר יהבינא סימנא ושקילנא וכשאין לו סימנין מתייאש משום דבמאי יחזירו לו הא לא ידע סימנא ואי משום דמצי למייתי עדים שיודעים שהוא שלו זה לא שכיח שימצא עדים דנקטינן השתא דכל היכי דידע דל"ל סימנא מתייאש ואינו בוטח לברר שהוא שלו ע"י עדים שיביא וא"כ א"ש נמי מה דניחא לי' לבעל אבידה תקנה להחזיר פירות ע"י סימן דכלי משום דמימר אמר אם יעמידו על דין תורה נמי לא יבוא האבידה לידי דסימנא ליתּ לי בגווה ועל הבאת עדים איני בטוח להשיג ולברר כמ"ש:

אבל למ"ד סימנין לאו דאורייתא הא כתבו התוס' וכל הראשונים ז"ל דהא דדרשינן מה שמלה שיש לה סימנין שע"י סימנין אינו מייאש שיכול לחקור ולמצוא עדים שהוא שלו ועי"ז זה אינו מתייאש מן האבידה נמצא שהאובד אינו מתייאש ע"י מה שמחשב שישיג

עדים לברר שהוא שלו והסימנין בעינן רק שעל ידם יוכל לחקור על העדים ועל האבידה ולאמר ראיתם שמצא איש אבידה בסימנין כאלו א"כ שוב א"א לומר דמדאורייתא חיישינן לשאלה וחכמים תיקנו שלא לחוש דלמה יתקנו כן הא וודאי לא ניחא לבעל אבידה שיהא דין זה נוהג בישראל להחזירו ע"י סימני כלים ולא לחוש לשאלה אדרבה ניחא לי' שיהא נוהג כדין תורה לחוש לשאלה וכשימצא פירות בכלי אף דליכא סימן בפירות יחזור אחר עדים שהפירות שלו ויוחזר לו הפירות דהא לעגין זה יועיל לו סימן דכלי שעל ידם יוכל לחקור על האבידה העדים דהא השתא למ"ד סימנין לא"ד קיימינן ולדידי' אמרינן דאינו מתייאש מחמת שיביא עדים שהוא שלו והסימנין מועילים לו רק להשיג עדים ולחקור על האבידה א"כ בפירות בכלי או בחמור בסימני אוכף ניחא לי' דניחוש לשאלה ולא נחזיר דבר שאין בו סימן ע"י סי' הכלי ואמאי תקנו רבנן דלא נחוש לשאלה הא לא ניחא לי' לבעל אבידה א"ו דמן התורה נמי לא חיישינן לשאלה וילפינן לה מחמור בסימני אוכף ולאו דווקא אוכף דלא מושלי אלא ה"ה מידי דמושלי אינשי נמי לא חיישינן לשאלה ולהכי תנן מצא פירות בכלי ה"ז יחזיר את הפירות בסימן דכלי א"כ הרי מוכח ממתניתן דמצא פירות בכלי דלמ"ד סימנין לא"ד לא חיישינן כלל לשאלה:

ובזה א"ש סוגית הש"ס דלבתר דמוקי מתניתין דסובר סימנין דאורייתא והא דאין מעידין אע"פ שיש סימני' בגופו מיירי בארוך וגוץ אמר הש"ס דכליו הוא משום דחיישינן לשאלה וקשה אמאי חידש השתא חששא דשאלה הא כמו דמפרשינן מתניתין למ"ד סימנין לאו דאורייתא דגופו מיירי בסימנים בינונים וכן כליו מיירי בכה"ג ה"נ יפרש להך אוקימתא דסימנין דאורייתא גופו בארוך וגוץ כליו בסימנים גרועים וכדמסיק באמת אח"כ דכליו איירי בחוורי וסומקי אבל לפמ"ש א"ש דלמ"ד סימנין לא"ד לא הוה מצי לפרושי טעמא דכלים משום חשש שאלה משום דהוה קשה לי' מתניתין דמצא פירות בכלי אבל השתא להך אוקימתא דסימנין דאורייתא נוכל לפרש דבכליו חיישינן לשאלה מוקי לה הכי והכי עדיף טפי ומתיישב בזה מה דקשה השתא סימנין דגופו לא מהני כש"כ דכליו אבל כי משני כליו דחיישינן לשאלה הוי רבותא דבכלים לא מהני אפילו סימן מובהק כמ"ש לעיל וכ"ז למ"ד סד"א אבל למ"ד סלא"ד א"א כלל לאמר דחיישינן לשאלה מכח מתניתין דמצא פירות בכלי כקושית התוס' וכמו שבארנו:

הרי הוכחנו דלמ"ד סלא"ד וודאי דלא חיישינן כלל לשאלה ובלאו הכי רבים מרבותינו האחרונים ז"ל הכריעו דלא חיישינן לשאלה ועיין בהגר"א זצ"ל (בסי' י"ז) שם ובתשובת פ"י ובתשובות הגאון מוהר"ר יצחק זצ"ל אחיו של הגאון בעל הט"ז זצ"ל שכתב ג"כ בדעת הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל דלא חיישינן ומכש"כ בעובדא דידן שהכירו את כל בגדיו

וכבר כתב מהרי"ט דכל בגדיו לא מושלי אינשי ודמי לכיס וארנקי ובהדיא מצאתי להרשב"א ז"ל הביאו בש"מ בב"מ וז"ל מהא דאמרינן כיס וארנקי וטבעת לא מושלי אינשי שמעינן דמעידין עלייהו ואפילו למ"ד סימנין לאו דאורייתא דהא מהדרינן גיטא עלייהו ולא חיישינן לשאלה כלל בכל כי הא וסמכינן לאהדורי גט אשה וה"ה לעדי מיתה עכ"ל הרי בהדיא שלא כדברי הב"י שחשש לאמר דלמ"ד סלד"א חיישינן לשאלה אף בכיס וארנקי:

וגם בכל העדאת העדים אף שכתבנו שא"א להתיר ע"י עדותם מ"מ אומדנא דמוכח שמה שראו איש אחד נטבע הוא אברהם יצחק הנ"ל לכן אם שני אנשים הכירו בגדיו יכול כבודו להתיר אשתו בב"ד של שלשה ויהא רעוא שלא נכשל בדבר הלכה וברחמיו יצילנו משגיאות:

וראיתי בתשובות גאוני בתראי שהביאו ראי' דלא חיישינן לשאלה מהא דכתב רש"י ז"ל (בחולין צ"ו) גבי הא דאמר תדע דטב"ע עדיפא מסימנא דאילו אמר פלניא דהאי סימנא ודהאי סימנא קטל נפשא לא קטלינן לי' ואלו אית לי' טב"ע בגוי' קטלינן לי' ופרש"י ז"ל כך סימנין יש לו בגופו ובכליו עי"ש משמע בהדיא דסימני כליו מהני כמו סימני גופו והיכי דמהני סימני גופו מהני נמי סימני כליו ולא חיישינן לשאלה ולי נראה דאין ראי' מכאן דהא התם אנו רוצים לדון את האיש המעידים עליו וא"כ דסימנין מהני להעיד עליו שהרג הוי קטלינן לי' דאם איתא דשאל כליו מאחר הי' טוען לא אני הוא והכלים שראיתם על ההורג איש אחר הוא שהרג ושאלתי ממנו הכלים ומדלא טען הכי ש"מ שהוא הרג א"ו הא דלא קטלינן משום דסימנין לא מהני לאסהודי עליו דאפשר להיות שאיש אחר הרג והי' לו סימנין כאלו ואין לאמר דאכתי א"א למיקטל על סימני בגדים אי חיישינן לשאלה משום דהוי התראת ספק משום דמצי לטעון אח"כ בב"ד שהכלים שאולים אצלו דז"א דהא יכולים להוליכו מיד אחר שהרג לב"ד וידונו אותו ועוד דזה לא הוי התראת ספק דהתראת ספק מיקרי רק אם הספק אם יהי' כאן עבירה אבל בודאי עבירה מה איכפת לן שיכול להכחיש בב"ד ולפטור עצמו מקטלא:

וראיתי אחרי כותבי להגאון בעל מ"י שהביא ראי' זו ולענ"ד לאו ראי' היא עוד ראיתי שם שכתב להביא ראי' דלא חיישינן לשאלה מהא דתנן (בב"מ דף כ') מצא בחפיסא ודלוסקמא תכריך של שטרות כו' ה"ז יחזיר ופירש רש"י שמצא שטרות בחפיסא ודלוסקמא שהכלי הוא סימן והעיר הגאון הנ"ל מהש"ס שהבאנו לעיל דרבא אמר דבשטרות לא שייך למיעבד תקנתא דהא לא ניחא לי' ללוה לאהדורי למלוה אבל לפ"ז תקשה איך אפשר לאמר כלל דחיישינן לשאלה הא תקשה מתניתין דחפיסא ודלוסקמא

דמחזירין שטר בסימן דכלי ולפמ"ש לאו ראי' הוא כלל דהא איכא למימר דמתניתין מיירי דהלוה בפנינו ולא טען שהמלוה שאל ממנו החפיסא ודלוסקמא וקמ"ל דמחזירין השטר בסימן דחפיסא אם המלוה נותן סימן והלוה אינו נותן סימן אף שטוען הלוה שהחפיסא והשטר ממנו נפל ולא שייך לחוש לשאלה היכא דהלוה לפנינו ולא טען ששאל החפיסא מהמלוה ועוד דלפי מ"ש החכ"צ דכמו דאמרינן בב"ב (דף קע"ב) דלנפילה דיחיד לא חיישינן גבי שני יוב"ש דמוציאין שט"ח על אחרים ולא חיישינן שנפל מיוב"ש אחר דלא שכיח שיתרמי שמיוב"ש זה נפל ויוב"ש זה מצא ה"נ לא חיישינן לשאלה דיחיד ודווקא לשאלה דרבים חיישינן כמו גבי אבידה דאמרינן ששאל מאחר מי שהוא וכן גבי מיתה אבל שישאיל יוב"ש זה מיוב"ש אחר לא חיישינן. וה"נ אם המלוה נותן סימן בחפיסא לא חיישינן שמא שאל החפיסא מן הלוה דהוי לי' שאלה דיחיד ולא חיישינן אלא שבעיקר דברי החכ"צ דלשאלה דיחיד לא חיישינן יש להאריך בזה ויבוא בעז"ה במקום אחר כנלע"ד:

סימן קלה

שאלה לבאר בדין קידושי כסף אם בעינן שיהא הכסף משל המקדש וממונא דידיה או לא:

תשובה בקידושין (דף נ"ו) תנן המקדש בערלה ובכה"כ בעגלה ערופה כו' אינה מקודשת מכרן וקידש בדמיהן מקודשת והנה מדברי המל"מ משמע דאם היתה האשה והאיש חולה שיש בה סכנה שהותר להם לאכול דברים האסורים ודאי דמקודשת רק דחקר שם אם הבעל לא היה חולה אם מקודשת משום דאיכא למימר דאע"ג דגבי דידה הוי ממונא מעליא מ"מ כיון דלדידי' לא הוי ממונא לא הוי קידושין דבעינן שיהא הכסף קידושין משל בעל אם לא שיהא גם הוא חולה שיש בו סכנה:

והנה בעיקר הדבר דפשיטא לי' דאם גם הבעל הי' חולה שיש בו סכנה הוי קידושין מעליא דהויא ממונא לגבי שניהם נראה לי דנהי דלגבי אשה שפיר אמרינן דכיון שהיא חולה שיש בה סכנה הוי קידושין מצד האשה דלא גרע ממקדשה במה שאדבר עליך לשלטון דמקודשת אם יש בזה ש"פ וה"נ כיון דהיא רשאי לאוכלן הוי קדושין אבל גבי המקדש אם נימא דבעינן שיהא ממונא גם לגבי המקדש לא מהני מה שהוא חולה שיש בו סכנה דמ"מ לאו ממונא דידי' הוא אף שהותר לו לאכול. וטעמא דמילתא דרחמנא אפקי' לאיסורי הנאה מרשות בעלים אף שיכולין ליהנות מהן בהיתר ולאוכלן והפקירא נינהו באפקעתא דמלכא וכמו שמצינו בשביעית שהבעלים יכולים ליהנות מהן ולאוכלן ואפ"ה הוו הפקר לכל אדם וה"נ איסורי הנאה רחמנא, אפקרינה ולא מיקרי דידהו ואדם

אחר שאינו בעליו אם הוא חולה שיש בו סכנה נמי יכול לאוכלן ואין הבעלים יכולים לעכב עליהם אף אם בעליו של איה"נ הוא ג"כ חולה מ"מ אינו יכול לעכב על חולה אחר מלאוכלן שאין לו זכות ממון בו יותר מאחר

וקצת יש להביא ראי' לזה מב"מ פרק א"נ (דף ס') דדחיק לאשכוחי תרבית בלא נשך ונשך בלא תרבית ומסיק דלא משכחת לה נשך בלא תרבית ותרבית בלא נשך ולא חלקן הכתוב אלא לעבור עליו בשני לאווין ואם איתא דלגבי חולה שיש בו סכנה מיקרי איה"נ ממונא א"כ הא משכחת לה שאם נתן הלוה להמלוה פירות של ערלה במעותיו והמלוה הוא חולה שיש בו סכנה הרי תרבית בלא נשך דלגבי מלוה הוי ממונא והלוה לא חסר כלום דלדידי' לא שוה מידי ולאו מידי יהיב לי' וכן להיפך אם הלוה חולה שיש בו סכנה ולא המלוה ויהיב לי' פירות של ערלה הוי נשך בלא תרבית ומדלא קאמר הש"ס הכי ש"מ דאיסורי הנאה לא מיקרי ממון אף לגבי חולה שיש בו סכנה וגבי ריבית בעינן ממונא דלהוי ש"פ כמ"ש התוס' והרא"ש שם (בדף ס"א) דליכא ריבית בפחות מש"פ ובאיה"נ לא הוי ריבית מן התורה דבעינן שו"פ וכיון דבעינן שיהא שו"פ ממילא נמי בעינן שיהא דין ממון לגבי מלוה ולגבי לוה ואיסורי הנאה לאו ממונא דידהו הוא וגרע מפחות משוה פרוטה וא"כ ה"ה לענין קידושין אף שהמקדש הוא חולה שיש בו סכנה מ"מ לאו ממונא לגבי דידי' (ולפי מה שבארנו במק"א דמה שנחשב ממונו זה גופא מיקרי הנאה הדבר מבואר יותר בטעמו במה שהפקיעה תורה הדבר מרשותו אף היכא שיכול לאוכלו בהיתר מפני פ"נ דכיון שזה גופא שנחשב שלו מיקרי הנאה להכי הפקיעה תורה הדבר מרשותו כדי שלא יהנה במה שיהא הדבר שלו בזכות ממון) והכי משמע פשטא דמתניתין דהמקדש באיה"נ א"מ דקשה מאי קמ"ל הא כיון שאסורים בהנאה לית בהו שו"פ וכבר ידענו דאין אשה מתקדשת בפחות משו"פ ודוחק לומר דקמ"ל דלא נימא דאם רוצים למוכרן לעכומ"ז באיסור הוי קידושין דז"א דפשיטא דכיון דאינו רשאי ליהנות מהן וגם למוכרן לעכומ"ז אסור פשיטא דא"מ, א"ו דקמ"ל דאפילו הם מותרים ליהנות מהם מחמת חליין נמי לא הוי קידושין דלאו ממונא הוא:

והנה אם נפרש דמתניתין אתא לאשמעינן דגבי חולה נמי לא הוי קידושין מוכח מזה דבעינן גבי כסף קדושין שיהא של המקדש ממש ויהא לו קנין ממון בהאי כספא:

דהא אם היא חולה שיש בה סכנה ודאי דמשום לתא דידה הוי קידושין דגבי דידה לא בעינן ממונא דבהנאה בעלמא מתקדשת אם יש בהנאה זו שו"פ וע"כ מתניתין דקתני המקדש באיה"נ אינה מקודשת קמ"ל אף שהוא חולה שיש בו סכנה והותר לו דברים האסורים אפילו הכי אינה מקודשת דלאו ממונא הוא גבי דידי' אם כן חזינן דבעינן שיהא

ממונא דמקדש ולהכי אינה מקודשת באיסורי הנאה אף שהוא חולה שיש בו סכנה משום דלאו ממונא הוא גבי' ומה שהביא שם המל"מ ראי' מדברי רש"י ז"ל בע"ז (דף נ"ד) שכתב שם ואם מכרן וקידש בדמיהן מקודשת דלא מיתפסי באיסורא וממונא הוא אע"ג דאיהו אסור לאיתהנויי מנייהו מיהו ההיא הנאה מטיא ליה ע"י ערלה אבל איהי לא מערלה קא מטיא לה ההיא הנאה ע"ש ברש"י הרי דאע"ג דלגבי דידי' לאו ממונא הוא דאסור ליהנות מחליפי איה"נ מ"מ כיון דהאשה מותרת ליהנות מקודשת הנה לפי דעת הרמב"ם ז"ל (בה' מאכלות אסורות פ' ח' ה' ט"ז) דחליפי איסורי הנאה מותרים אף למחליף אין ראי' מהא דמכרן וקידש בדמיהן מקודשת דהתם נמי הוי ממונא של המקדש דגם הוא שרי לאיתהנויי מהחליפין:

אולם מה שהביא ראיה דגם הרמב"ם ז"ל סובר דלא בעינן שיהא ממון דמקדש ממ"ש (בפ"ה מה' אישות) דאם קדשה בגזל אחר יאוש משום דקנתה ביאוש וש"ר אלמא דאף דהמקדש עדיין לא קנה הגזילה נמי מקודשת הואיל והאשה קנתה הגזילה לכאורה ראי' מוכרחת היא ומה שדחה ראי' זו מדברי הה"מ והריטב"א שכתבו וז"ל ואעפ"י דיאוש בלבד אינה קונה הכא שהוא ביד האשה הרי כאן יאוש וש"ר כשהי' בידה וכיון שקנתה היא אף הוא קונה אותה עכ"ל וא"כ מהני קנינה למשוי קנין גם גבי דידי' אינו נראה לי דמהיכי תיתי יחשב קנין גבי דידי' במה שקנתה היא ואף דתנן גבי גנב בב"ק (דף ע"ט) נתנו לשומר חנם וש"ש והשואל וכן נתנו לבכורות בנו או לבע"ח בחובו והיה מושכו ויוצא ומת ברשות הבעלים פטור הגביהו או שהוציא מרשות בעלים חייב ופרש"י ז"ל דהאי חייב אגנב קאי דמתחייב הגנב במשיכת הבע"ח ע"ש. וה"נ נימא דקנין האשה מהני לגבי המקדש וכיון שהיא קנתה אף הוא קונה ומיקרי מקדש בממוני' כמו דקנה הגנב ע"י קנין הבע"ח שהבע"ח הגביה בשביל עצמו. מ"מ הא הרמב"ם ז"ל (בפ"ב מהל' גניבה) פירש למתניתין דהאי חייב אשומר ובע"ח קאי שהם חייבים במשיכתם אבל הגנב אינו מתחייב במשיכת השומר והבע"ח דלא כפרש"י ז"ל:

ועוד דהא התוס' שם בב"ק ד"ה נתנו הקשו איך מתחייב הגנב במשיכת השומר והבע"ח הא אין שלד"ע ותירצו דמיירי שהם לא ידעו שבא לידו באיסורא וכסבורין שהיו שלו ובשוגג יש שליח לד"ע דלא שייך דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וכיון דמדין שליחות קאתינן לה א"כ קשה דהכא גבי קדושין ע"כ מיירי שהיא ידעה שהוא גזל דאם לא ידעה שהוא גזל לא הוי קדושין כדאיתא (בשו"ע סימן כ"ח בב"ש ס"ק ג') דבעינן שתדע שהוא גזל וא"כ שידעה שהוא גזל הויא מזידה ובמזיד שידע השליח שהוא דבר עבירה אשלד"ע. ולא מהני קנינה למהוי קנין גם גבי המקדש דאשלד"ע:

ולכאורה יש לחלק בין קנין גמור למהוי שלו לקנין להתחייב באונסין דאף דמהני משיכת הבע"ח בשביל הגנב להתחייב באונסין כיון שלקח מדעת הגנב ובשביל חוב של הגנב אבל למהוי קנין גמור להיות ממונו של הגנב ע"י משיכת האשה וקנינה לא מהני דהא א"א לחול קנינו של הגנב והגזלן אלא אחר שקנתה האשה ואז כבר שלה הוא אבל להגנב והגזלן לא הוי קנין ממון בזה ובלא"ה חילקו התוס' בב"מ (צ"ט) ד"ה כיון בין קנין גמור לקנין חיוב אונסין לענין משיכה ברה"ר ע"ש]:

ונראה לי עוד דאין כוונת הה"מ במ"ש וכיון שקנתה היא אף הוא קונה אותה כמו שפירש המל"מ דקנינה עושה קנין גמור גם לו וחשוב ממונו אלא דכוונתו דכיון שהאשה קנתה קנה אותה היינו את האשה ותיבת אותה לא קאי על הגזילה אלא על האשה והיינו דסבור דאף שלא היה למקדש קנין בהאי כספא נמי הוי קידושין דכיון שהיא קנתה קנה את האשה אף שלא הי' לו קנין בכסף קידושין וכן הא דאמרינן גבי תרומה בב"ק (דף ס"ז) דאף למ"ד יאוש אינו קונה מ"מ חל מה שתרם הגזלן אחר יאוש משום דהוי יאוש ושינוי השם וכן גבי הקדש אחר יאוש שכתבו התוס' שם (בב"ק) ובגיטין (דף נ"ה) דאחר יאוש ההקדש חל משום דהוי יאוש ושינוי רשות התם נמי אין הטעם דשינוי השם דתרומה וש"ר דהקדש משוי קנין להגזלן אלא הטעם דאף שהגזלן לא הי' לו שום קנין בגזילתו מ"מ כיון שאם היה מוכרו להדיוט היה חל המכירה והי' ההדיוט קונה אותה כמו כן אם מכרו להקדש והקדישו או הטיל עליו קדושת תרומה חל עליו קדושת הקדש ותרומה דמידי הוא טעמא שאינו יכול להקדיש ולתרום דבר הגזול הוא משום שאין לו כח להטיל קדושה על דבר שאינו שלו אבל כיון דחזינן דשינוי רשות או שינוי השם מהני להיות פקע כח בעלים ממנו וקונה ההדיוט שלקח מהגזלן ה"נ קונה ההקדש והתרומה וחייל קדושת התרומה אף שקודם הלקיחה וההקדש וההרמה לא הי' לגזלן שום קנין בה וכ"ז גבי הקדש ותרומה ולוקח וגבי קידושי אשה אם נימא דלא בעינן בקידושין שיהא הכסף של המקדש אבל אם נימא דבעינן שיהא כסף של המקדש דווקא לא היה מועיל מה שנעשה שינוי רשות אצל המתקדשת וכן מצאתי להריטב"א ז"ל בחידושיו לקדושין שאחר שכתב בטעמא דמהני קידושין אחר יאוש דכיון שקנתה אף הוא קונה אותה דזה דומה לתרומה דמהני אחר יאוש ולהקדש אחר יאוש דמהני אי לאו טעמא דמהב"ב ע"ש והיינו כמ"ש דבכולהו מהני הקנין של הקונה או של ההקדש או של התרומה אע"ג דלא נעשה מזה קנין להגזלן וכמו שבארנו דתיבות קונה אותה שכתב קאי אאשה שקונה את האשה ולא את הגזילה:

אלא שלכאורה יש לנו ראי' גדולה שדעת הרמב"ם ז"ל גבי קדושין דבעינן שיהא הכסף של המקדש ויהא בו קנין גמור בהאי כספא מדברי עצמו דהנה בקידושין שם (ד' נ"ח) תנן המקדש בתרומות ומעשרות ומתנות ה"ז מקודשת ואפילו ישראל ופרש"י ז"ל אעפ"י שאין לו בכל אלו אלא טוה"נ שבידו לתתם לכל מי שירצה וגם היא לא זכתה אלא בטוה"נ זו שבידה לתתם לכל כהן שתרצה ומיקדשא בטוה"נ זו דקסבר טוה"נ ממון ובגמרא אמר עולא טוה"נ אינה ממון איתבי' ר' אבא לעולא המקדש בתרומות ומעשרות ומתנות ה"ז מקודשת א"ל הכא בישראל שנפלו לו טבלים מבית אבי אמו כהן עסקינן וקסבר מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין ופסק הרמב"ם ז"ל (בפ"ה מה' אשות) כעולא שכתב שם ישראל שקידש בתרומה שהפריש מטבלים שנפלו לו מבית אבי אמו כהן מקודשת דמתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמיין ויכול למוכרן אבל ישראל שקידש בתרומה שהפריש מגרנו אינה מקודשת שהרי אין לו למוכרה ואין לו בה אלא טוה"נ וטוה"נ אינה ממון וקשה שהרי בחולין תנן (דף קל"ב) אמר לו מכור לי בני מעיה של פרה והיו בהן מתנות נותנם לכהן ואינו מנכה לו מן הדמים לקח הימנו במשקל נותנם לכהן ומנכה לו מן הדמים ואמר רב עלה שם (דף קל"ד) לא שנו אלא ששקל לעצמו אבל שקל לו הטבח הדין עם הטבח ופרש"י הדין עם הטבח דינו של כהן עם הטבח ומסיק דפליגי רב ורב אסי במתנות כהונה נגזלות דרב סובר מת"כ נגזלות:

וכתב שם הר"ן ז"ל שנראה דהרמב"ם ז"ל מפרש דה"ק לא שנו דחייב הלוקח ליתן לכהן אלא ששקל לעצמו אבל שקל לו הטבח הדין עם הטבח דרשאי הלוקח לאוכלן שהראשון הוא שגזלן והלוקח מותר לאוכלן מפני שמתנות כהונה נגזלות עכ"ל הר"ן ז"ל וכ"כ הרמב"ם ז"ל בהדיא (בפ"ט מה' בכורים ה' י"ד) עבר ואכל מת"כ או הזיקן או מכרן אינו חייב לשלם מפני שהוא ממון שאין לו תובעים והקונה אותם אעפ"י שאינו רשאי ה"ז מותר לאוכלן מפני שמת"כ נגזלות עכ"ל הרי שדעת הרמב"ם ז"ל דהמוכר מת"כ רשאי הלוקח לאוכלן וגם אינו חייב ליתן דמים דהא (בהלכה י"ד) כתב דאינו חייב לשלם משום דהוי ממון שאין לו תובעין ואף לפמש"כ הר"ן ז"ל דמוכר צריך לשלם משום דקא משתרשי לי' שלקח דמים עבורן אבל הלוקח ודאי דא"צ לשלם דמים משום דמת"כ נגזלות ונקנין ללוקח ולאו דווקא דבמתנות הדין כן אלא ה"ה בתרומות שהפרישם ולא בא ליד כהן נמי הדין כן דהא בגמרא שם (דף ק"ל) פריך אר"ח דאמר המזיק מת"כ או שאכלן פטור מברייתא דקתני מניין לבעה"ב שאכל פירותיו טבלים ובן לוי שאכל מעשרותיו טבלים שהוא פטור מן התשלומין ת"ל ולא יחללו את קדשי בני ישראל אשר ירימו אין לך בהם אלא משעת הרמה ואילך הא משעת הרמה מיהא משלם אמאי ליהוי

כמזיק מת"כ או שאכלן ומשני דאתי לידייהו בטבלייהו עיי"ש הרי דלר"ח דסובר מזיק מת"כ דפטור לאו דווקא במתנות לחוד הדין כן אלא ה"ה בתרומה נמי פטור:

ואף שהרמב"ם ז"ל כתב (בפ"א מה' מעשר) האוכל פירותיו טבלים ובן לוי שאכל המעשר בטבלו אעפ"י שחייבים מיתה בידי שמים פטור מתשלומין שנאמר אשר ירימו אין לך בהם כלום עד שירימו והעתיק לשון הברייתא דמשמע מיני' דמשעת הרמה מיהא מחייב מ"מ ודאי דגם משעת הרמה פטור כשאכלן כרב חסדא דקיי"ל כוותי' דמת"כ ותרומה חד דינא אית להו כדמוכח בש"ס והרמב"ם ז"ל העתיק לשון הברייתא ולא חש לדיוקא דמצינן למידק מהך ברייתא:

וכן מוכח מש"ס דכתובות (דף ל') דפריך בהא דפליגי התם אביי ורבא אם מיתה בידי שמים פוטר מתשלומין דלאביי פטור והאמר ר"ח מודה רנבה"ק בגונב חלבו של חבירו ואכלו שהוא חייב משום דמדאגבה קני' מתחייב בנפשו לא הוי עד שעת אכילה ודחק לשנויי דמיירי שתחב לו חבירו בבית הבליעה ואם נימא דאם אכל תרומה שתרם מפירותיו חייב א"כ עדיפא הוה לי' לשנויי דמיירי שאכל תרומה מפירותיו דלא שייך בזה הגבהה דהא עד השתא נמי הוי ברשותו כמו דלא מהני הגבהת גזבר גבי הקדש למיפק לחולין משום דעד השתא נמי הוי ברשותו כדאמרינן בחגיגה (דף י') ובמעילה (דף כ') וה"נ בבעה"ב שתרם פירותיו לא שייך הגבהה וחייב לאביי א"ו דלא מחייב כלל באוכל תרומה שתרם מפירותיו משום דר"ח דמזיק מת"כ או שאוכלן פטור ולא משכחת לה אלא באוכל תרומה שבא ליד כהן וקצת יש לדחות דלא מצי לאוקמי בתרומה ביד ישראל שהפרישו בעצמו דדוחק לאמר שחייב בתשלומין דהא מצי לשאול עליו ובודאי ישאל עליו ולא ישלם:

וכיון שבארנו דעת הרמב"ם ז"ל לדידן דקיי"ל כרב חסדא דמזיק מת"כ או שאכלן פטור וה"ה לתרומה ואם מכרן לאחר רשאי הלוקח לאכלן לכתחילה א"כ אמאי פסק דאם קידש בהם את האשה דאינה מקודשת הא היא רשאי לאוכלן ודידה הוי אחר הקידושין דהא ודאי דמיירי שידעה שזה תרומה ונתקדשה בהם מדעתה דאי לא הוי ידעה שזה תרומה אם כן אפילו אם נימא טובת הנאה ממון נמי אינה מקודשת שהרי סבורה להתקדש בכל הפירות ואין לה בהם אלא טוה"נ, א"ו דידעה שזה תרומה וא"כ אמאי אינה מקודשת הא ממונא יהיב לה דבהני קידושין קנתה את הפירות להיות שלה ואלו נטלתן בעצמה בלא קידושין היתה צריכה להחזיר כדאמרינן בש"ס דחולין בשקל לעצמם נותנם לכהן ועכשיו שנתן לה בתורת קידושין נקנה לה ורשאה לאוכלן ומה בין זה לקדשה בגזל לאחר יאוש כיון שבארנו דהתם נמי לא השינוי רשות הוי קנין לגבי

גזלן רק כיון שהיא קנאתם הוי קידושין והכא גבי מתנות נמי הרי קנאתם ולרש"י דסובר דלא בעי שיהא ממון המקדש לא קשה דאפשר לומר דסובר דדוקא מזיק מת"כ או אכלן פטור אבל מכרן לאחר שהם בעין חייב ליתנם לכהן:

וידעתי שיש לדחות דהרמב"ם ז"ל מיירי שקידשה רק בטוה"נ שיש בה וע"מ ליתנם לכהן דלא גזלן כלל ואז אסורה למוכרן דדוקא אם גזלן ומכרן קנה הלוקח ורשאי למוכרן אבל אם נתן לו ע"מ שיתנם לכהן הרי הם בחיובן ליתן לכהן אבל לשון הרמב"ם ז"ל לא משמע הכי דכתב שהרי אין לו למוכרן ומכירה מאן דכר שמי' הא לא יהיב לה כלל ע"מ שיהא גוף התרומה שלה ולא קידשה רק בטוה"נ שבהן והוי לי' למימר דטוה"נ אינה ממון א"ו דמיירי שקידש בהם להיות שלה לגמרי ואפ"ה א"מ מפני שאסורה למוכרן כמו דמיירי משנה דהמקדש בערלה שקידש ע"מ להנות בהן ואפ"ה א"מ מפני שאסורה ליהנות מהן ועוד דאפילו אם נפרש דברי הרמז"ל במקדש בטוה"נ שבהן מ"מ תיקשה על דברי הש"ס דמקשה ר' אבא לעולא דאמר טוה"נ אינה ממון ממתניתין דהמקדש בתרומה מקודשת ומאי קושיא לישני דמתניתין מיירי שקידשה להיות שלה ורצה לגזול התרומה והמתנות וכרב דקיי"ל כוותי' דמתנות כהונה נגזלות להכי מקודשת משום דדידה הוי:

ונ"ל דמזה מוכח דהרמב"ם ז"ל סובר דבעינן שיהא כסף קידושין משל המקדש [ואף דאמרינן בקידושין (דף ה') דהילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין ערב אע"ג דהמקדש לא יהיב מידי התם הנותן נותן ממונו בשביל המקדש ורוצה שבתמורת ממונו תהא האשה קנוי' להמקדש ודמי כאילו הממון הוא של המקדש אבל היכא דלא יהיב המקדש מידי מדידי' ולא אחר נתן בשבילו לא הוי קידושין] והא דקידשה בגזל לאחר יאוש מקודשת הוא כפי מה שבארנו לעיל דגזלן שקנה ביאוש למ"ד יאוש קונה או בשינוי נקנה לו הגזילה למפרע משעת גזילה והגבהה כמו שבארנו לעיל באריכות א"כ להכי כיון דאצל האשה הוי יאוש וש"ר קנה הגזילה למפרע ובדידי' מקדשה. ולהכי במת"כ אם קידש בהן האשה אינה מקודשת כיון דבעינן שיהא הכסף קידושין של המקדש והכא בתרומה שהפריש מפירותיו לא שייך קנין למהוי שלו דעד השתא נמי ברשותו הוי ואף דמת"כ נגזלות כמו שפסק הרמב"ם ז"ל היינו רק לענין שקנה אותן מי שמכרן לו דלא אמרינן כל היכא דאיתא ברשותא דמרא הם אבל למהוי קנין גמור לגבי בעלים אי אפשר כיון דעד השתא נמי הוי אצלו כמו גזבר גבי הקדש וכיון דלא קני להו המקדש לא הוי קידושין אף שהיא קנתה אותם בהני קידושין ורשאה לאוכלן לכתחילה:

[**ואפשר** שמזה גופא יצא לו להר"מ ז"ל דחליפי איה"נ שרי אף למחליף משום דסובר דבעינן שיהא כסף קידושין של המקדש ומדתנן מכרן וקידש בדמיהן מקודשת ש"מ

דגם המקדש בעצמו שמכרן שרי לאתהנויי מינייהו דאי הוי אסורין למוכר עצמו לא הוי קידושין דלאו בדידי' מקדש]:

אלא שלכאורה קשה אם נימא דבעינן שיהא כסף קידושין ממונו ממש א"כ אמאי תנן המקדש בהקדש בשוגג קידש לר"י דסובר הקדש בשוגג מתחלל ואמאי נהי דהיא קנתה ע"י הקדושין האי כספא אבל הוא לא הי' לו בו קנין שהרי לא יצאו לחולין עד שקדשה כמו שכתב רש"י ז"ל שם (בדף נ"ג ע"ב) ד"ה דניתחל הקדש על ידה שזו היא הוצאתו כשהוציאו מרשות גבוה ונתנו לה ע"כ ואין לומר דצריך לומר לשיטת הר"מ דהא דקתני בשוגג קידש מיירי באדם שאינו גזבר ומיד בנטילתו מעל קודם שקידשה ויצא לחולין דכי קדיש מדידי' קדיש ולא כמ"ש רש"י ז"ל שלא מעל עד שנתן לה אלא שמעל מיד שנטל ההקדש לידו והא דאמר ר"י דטעמא דרבי מאיר דסובר בשוגג לא קידש משום דלא ניחא לה דניתחל הקדש על ידה אף שכבר נתחלל קודם שהגיע לידה מיד בהגבהת המקדש מכל מקום לא ניחא לה שהרי ע"י מה שנטל ההקדש בשוגג לקדשה יצא לחולין וקדושין דידה גרמו שיתחלל ההקדש ואף דבגזלן שקנה הגזילה בשינוי או ביאוש למ"ד יאוש קונה ודאי דמודה ר"מ דהוי קידושין ולא אמרינן דלא ניחא לה להתקדש בגזילה משום דכבר קנה הגזילה למהוי שלו כשאר ממונו מ"מ היכא שגזלם בשביל לקדשה לא ניחא לה להתקדש בגזל אף אחר הקנין וה"נ לא ניחא לה להתקדש במה שלקח מעות הקדש בשוגג לקדשה] דהא א"א לומר כן דבהדיא אמרינן התם דבעי ר"ח בר אבין מר"ח אשה אינה מתקדשת מעות מהו שיצאו לחולין וא"ל אשה אינה מתקדשת מעות איך יצאו לחולין הרי בהדיא כפרש"י ז"ל דמיירי שלא נתחלל ההקדש עד שיחולו הקידושין [ומשכחת לה בגזבר שלא מעל בהגבהתו עד שיוציא לרשות אחר או שלא הגביהה את ההקדש רק שאמר לה ליטול בתורת קידושין שהי' סבור שהוא שלו ונטלתו להתקדש כמ"ש במקרא דבקידושין לא בעינן נתינה מיד ליד וטלי קדושיך מע"ג קרקע נמי מהני]:

ומה שקשה לן לפ"מ שבארנו דהרמב"ם סובר דכסף קידושין בעינן שיהא משל המקדש קודם קידושין הא בהקדש לא הי' שלו עד שיחולו הקידושין ואפ"ה הוי קידושין לרבי יהודא נ"ל דגם זה נכון דאף שבארנו דבגזל הדיוט אם הגזלן מכרן לאחר וקנה הלוקח ביאוש וש"ר לא הוי קנין אלא לגבי לוקח ולא לגבי גזלן מ"מ זהו דווקא בגזל הדיוט דהא לא מצי לקנות לעצמו בלי שינוי מעשה או יאוש וש"ר ולא קני בהגבהה אלא להתחייב באונסין אבל למהוי שלו אין אדם יכול לקנות ממון של חבירו בלתי שינוי מעשה או יאוש וש"ר להכי אם מכרו לאחר והוי ש"ר אף שלוקח קנאו משום דבהתירא אתי לידי' אבל הגזלן שמכרה במאי קני לה למהוי שלו לגמרי דנימא שיש לו קנין בגווה ע"י הש"ר

למהוי ממונו לענין מה דבעינן שיהא ממונו לגמרי הלא קנין הלוקח הואיל רק למהוי של הלוקח ולא לעשות קנין לגזלן דאחר שנעשה של לוקח לאו דגזלן הוא אבל בגזל גבוה שאמרה תורה דבהגבהתו למהוי שלו נמי קנה לה לגמרי ויצא מרשות הקדש ולא בעי שום קנין אם הי' שוגג בזה שפיר אמרינן דמה שחבירו קונה ע"י נתינתו לא גרע מהגבהה ולהכי אפילו היכא דלא מהני הגבהה כמו בגזבר או היכא דלא הגביה כלל הוי מה שחבירו קונה ע"י קנין גבי' למהוי שלו ואם נתנה לאשה בקדושין אז חלו הקדושין כמו דסובר ר' יהודא קנתה והוא מעל וקנה את ההקדש ע"י מה שנתנה להאשה שיחול קנינה דלא גרע נתינתו מהגבהה דקני בהקדש למהוי שלו לגמרי ואמרינן שפיר דחייל קנינו וקנין האשה ביחד דקנינו ע"י מה שנתן לה או צוה לה ליטול בתורת קידושין וקנינה הוא ע"י מה שנטלה וזכתה בו תדע דאמרינן במעילה (דף כ') נתנה לחבירו הוא מעל וחבירו לא מעל ואם הי' מעילת הנותן ע"י מה שקנה ומה שנכנס לרשות המקבל הא עדיפא למירמי חיוב מעילה על המקבל שהוא קיבלה וכנסה לרשותו ע"י הגבהתו א"ו דמעילת הנותן בא ע"י שנתרצה להכניס לרשותו דאין מקבל בלא נותן ולהכי כיון שחייל מעילת הנותן ע"י נתינתו ליכא מעילה גבי מקבל ולהכי גבי קידושין נמי הוי קדושין אע"ג דבעינן שיהא כסף קידושין משל המקדש משום דקנינו של המקדש ומעילתו חל ביחד ע"י זכיות האשה שהוא מעל במה שנתן לה לקנות ולא דמי לגזל הדיוט שלא זכה הגזלן במה שמכר ורק הלוקח קנה בש"ר כמ"ש:

ודע דלכאורה הי' קשה לי במאי דפשיטא לי' להב"ש (בסימן כ"ז) דלא מהני יאוש וש"ר למהוי קדושין אלא אם ידעה האשה שהוא גזל דאם לא ידעה אמרינן לא ניחא לה להתקדש בגזילה והא בגמרא אמר ר' יוחנן דזה טעמו של ר"מ דאמר בשוגג לא קידש משום דלא ניחא לה דתתחלל הקדש ע"י אבל אנן הא קיי"ל כר' יהודא דבשוגג קידש ולא אמרינן לא ניחא לה דתתחלל הקדש ע"י:

ומצאתי אח"כ שעמד ע"ז בנוב"י מה"ת (סימן ע') ותירוצו דחוק, ול"נ דלא דמי שגגת הקדש לזדון גזל דגם ר"י מודה גבי גזל שעשה איסור במזיד ולא ניחא לה להיות מסייע ידי עוברי עבירה לקבל הגזילה ולהתקדש בה ודוקא גבי מקדש בהקדש שנטל מעות הקדש בשוגג וגם ניתן שגגתו לכפרה בתשלומין קרן וחומש ואשם בזה סובר ר"י דבשוגג קידש כיון שהוא עשה בשוגג לא איכפת לה אף אם יוגמר מעילתו ע"י קדושיה:

ודע שקשה לי אמאי לא פריך לאביי דסובר בכתובות מיתה ביד"ש פוטר מתשלומין מהך ברייתא דמייתי בחולין דקאמר מניין לישראל שאכל פירותיו טבלים ובן לוי שאכל מעשרותיו טבלים שפטור ת"ל ולא יחללו קדשי בני ישראל אשר ירימו אין לך בהן אלא

משעת הרמה ולאביי הא פטור בלא"ה באכלן משום דקי"ל בד"מ ונ"ל דמזה ראי' לשיטת רש"י ז"ל דהיכא דאמרינן קילבד"מ חייב לצאת ידי שמים ואיצטריך קרא למיפטר אף לצאת יד"ש קודם הרמה כ"ז נלע"ד:

סימן קלו

שאלה אי בעינן בקדושין נתינה מיד ליד דוקא או טלי קדושיך מעל גבי קרקע נמי מהני:

תשובה הב"ש פסק באה"ע (סימן למ"ד סעיף א') א"צ שיתן הקדושין לידה ואם אמר טלי קדושיך מע"ג קרקע כתוב בתשובת רש"ך (סימן קנ"ב) דהוי ספק קדושין ולא דמי לפקדון שהיה כבר בידה ועכשיו מקדש אותה בו דהוי קדושין אע"ג דעכשיו לא נתן לה כלום דשם בתחילה נתן לה ובנתינתו בא לידה עכ"ל הב"ש ולכאורה קשה דאמאי בעינן כלל שליחות בקדושין דבשלמא בגירושין דכתיב ונתן בידה אבל טלי גיטך מע"ג קרקע לא מהני וכיון דבעינן נתינה בעצמו של בעל להכי בעינן לרבויי שליחות שיהא השליח כעצמו של בעל אבל קדושין דטלי קדושיך ודאי דמהני דהא הילך מנה והתקדשי לפלוני מהני וגם אם קדשה בהנאת מחילת מלוה מהני ולא בעינן אלא דלימטי הנאה לידה וא"כ פשיטא דמהני גילוי דעתא בעלמא דניחא ליה לקדשה ואין זה מדין שליחות כלל והשליח מעשה קוף בעלמא הוא דעביד בזה:

והנה אחרי כותבי זאת מצאתי להגאון מחנה אפרים בדיני שליחות (בסימן ט"ו) כתב דעכומ"ז ששלח לישראל לשכור לו בית מישראל והלך ושכר קנה העכומ"ז השכירות ולא בעינן בזה שליחות כלל והשליח מעשה קוף בעלמא הוא דעבד והביא ראיה מהא דתנן במעילה שלח ע"י חשו"ק חייב בעה"ב דהוי כמו ביד קוף ע"ש וה"נ מעותיו של משלח קונות לו והמוכר או המשכיר מכוין להקנות לבעל המעות. וחלק שם על הטור שכתב (בסימן ק"צ) בהילך מנה ותהא שדך קנויה לפלוני דבעינן שיעשה אותו פלוני שליח או שיאמר לו תהא שדך קנויה לי והמחנה אפרים כותב דלא בעינן כלל שליחות לזה דהא עבד כנעני קונה את עצמו בכסף ע"י אחרים אף שלא מדעתו וסיים שם דבהודיע למוכר שהוא קונה לפלוני עכומ"ז ודאי דמהני אף בעכומ"ז דהא אף בשינה שליחותו אמרינן בפ' הגוזל דמהני בהודיעו כדקאמר שם מי הודיעו לבעל החיטין ע"ש וה"ה לעכומ"ז דדמי לשינה דאין שליחות לעובד כוכבים ובלא הודיע תליא בתנאי דבני מערבא עיי"ש וה"נ בעכומ"ז בעי להודיע דדמי לשינה דהא אין שליחות לעכומ"ז וא"כ בקדושין נמי אמאי בעינן כלל שליחות אטו אם שלח מעות ע"י קוף רק שהיא יודעת שהוא שלח המעות כדי לקדשה וקבלה בעדים שפיר דמי ואף דאמרינן היה מדבר עמה

על עסקה גיטה וקדושיה ונתן לה ולא פי' משמע דוקא במדבר עמה מקודם, היינו כדי שתדע שכוונתו לשם קידושין אבל אם יודעת ע"י קוף וכותי א"צ שליחות לזה כלל:

ולא דמי להא דאמרינן בב"מ (דף ע"א) ישראל שלוה מעות מן העכו"ם בריבית וביקש להחזירם לו ומצאו ישראל אחר וא"ל תנם לי ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו אסור ואם העמידו אצל עכו"ם מותר ופריך כיון דאין שליחות לעובד כוכבים אמאי מותר איהו ניהו דקא שקיל מיניה ריביתא ע"ש דלא חשבינן כאלו העכו"ם הלוה לישראל השני משום דהישראל הראשון אינו נעשה שליח לעכו"ם משום דאין שליחות לעכו"ם ולא אמרינן כיון דאתעביד מחשבתו דעכו"ם להלותם לישראל השני דמי כאלו העכו"ם בעצמו הלוה לישראל השני אף דאין בעכו"ם תורת שליחות גמורה התם שאני כיון דהמעות המה עדיין ברשות ישראל הראשון בתורת הלוואה רמינן מעשה הלואתו לישראל השני עליו ולא על העכו"ם ואיהו ניהו דקא יזיף בריביתא אבל עכו"ם שנעשה שליח לישראל במעותיו של ישראל רמינן לה על המשלח משום כח מעותיו דמשלח ולא משום גדר שליחות [ועיין בשו"ע חה"מ (סימן קפ"ח) שכתב לפיכך השולח בנו קטן אצל החנוני ולא ידעתי מאי לפיכך דאטו התם מטעם דאין שליחות לקטן הוא וכי שליחות בעינן התם וצ"ע]:

וכן מצאתי בהדיא בחידושי מהרי"ט לקדושין (דף נ"ח) שכתב דלא תקשי לר"ל דאמר לא אתי דיבור ומבטל דיבור ממשנה דהשולח גט לאשתו והגיע בשליח ואמר בטל הוא הרי זה בטל דשאני קדושין מגט דגט בעי שליחות ממש דכתיב ונתן בידה משא"כ בקדושין דלא בעינן שליחות ממש ולא גרע מתן מנה לפלוני ואקדש אני לך ע"ש הרי ממש כדברינו דמהני גבי קדושין טלי קדושיך מע"ג קרקע וצ"ל דהא דמרבינן שליחות בקדושין הוא רק בקדושי שטר או בקדושי כסף ולא בירר לשליח איזה אשה יקדש לו דבזה בעינן שליחות שיהא מעשה השליח והסכמתו כמעשה המשלח אבל אם בירר לו איזה אשה לקדש ושלח הכסף ע"י השליח לא בעינן שליחות כלל:

ולענ"ד נראה להביא ראיה לזה מהא דאמרינן בקדושין (דף מ"ז) בברייתא המקדש במלוה אינה מקודשת וי"א מקודשת ובעי לומר משום דמלוה להוצאה ניתנה אינה מקודשת ופריך א"ה אימא סיפא ושוין במכר שהוא קונה וא"א מלוה להוצאה ניתנה במאי קונה ע"ש ואי נימא דבקידושי כסף לא מהני טלי קדושיך מע"ג קרקע א"כ מאי פריך דלמא שאני מכר דבמה שמחל המלוה מקנה משא"כ בקדושין דבעינן שיהא בידה דבר שנותן לה בשעת קדושין דומיא דגט דבעינן שיהא בידה בשעה שאומר לה ה"ז גיטך והמלוה כבר הוציאתו אבל במקח לא בעינן שיהא הדבר בידו וכיון שיש להמוכר הנאה

ממה שמוחל לו בההיא הנאה דמחיל ליה קנה אע"ג דלא אמר בהנאת מחילת המלוה אבל בקדושין בעינן שיהא בידה הדבר שמקדשה בשעת אמירה וא"כ מאי מקשה מהא דבמכר קנה דלמא סובר מלוה להוצאה ניתנה ואעפ"כ במכר קנה אע"ג דלא אמר בהנאת מחילת מלוה רק בההיא הנאה דמחיל ליה אבל בקדושין לא מהני דבעינן נתינה א"ו דלא בעינן נתינה לידה גם בקידושין:

ולפמש"כ דקדושי כסף מהני טלי קדושיך מע"ג קרקע יתיישב לנו הא דאמרינן ביבמות (דף ל"ד) אמתני' ב' שקדשו ב' נשים ובשעת כניסתן לחופה החליפו של זה לזה ושל זה לזה הרי אלו חייבין משום א"א ואם היו אחין משום אשת אח ואם היו אחיות משום ואשה אל אחותה ואם היו נדות משום נדה ומוקי לה בגמרא באיסור בת אחת ואליבא דר"ש בשלמא כולהו משכחת להו דשוינהו שליח ושוי אינהי שליח ופגע שליח בשליח אלא נדות היכי משכחת לה א"ר עמרם א"ר בשופעות מתוך י"ג לאחר י"ג לחיובי אינהו י"ב לאחר י"ב לחיובי אינהי ע"כ וכתב הרשב"א ז"ל וז"ל פירש"י בשופעות מתוך י"ג לאחר י"ג לחיובי אינהו ופי' הוא ז"ל משכחת לה כגון שנולדו הזכרים בא' בתשרי והנקבות ג"כ בא' בתשרי לשנה הבאה וביום תשלום י"ב לנקבות שהם י"ג לזכרים מסרו הקדושין שיחולו ליום המחרת כשכולם נעשו גדולים והתחילו להיות שופעות מיום תשלום הי"ג לזכרים שהוא יום תשלום הי"ב לנקבות והיו שופעות והולכות עד יום המחרת נמצא שהנדות והקידושין חלין בבת א' ואיכא דקשיא ליה דהא קטנים א"א להם לקדש וא"כ אלו שמסרו הקדושין בקטנותן לא עשו ולא כלום ואין הקדושין חלין אף לאחר גדלותן וא"ת דאתיא כר"מ דאמר לאחר שאתגייר לאחר שאשתחרר מקודשת הא להאי לישנא אפיקנא לה מדר"מ ואוקימנא לה כר"ש וכן התוס' שם הקשו בקצרה דהא לא הוי בבת א' דנדות חל תחילה שאינו יכול לקדש ולא לעשות שליח עד שיגדיל שאין מעשה קטן כלום ועיין מל"מ (פ"ד מה' אישות) ובנוב"י מה"ת אה"ע (סימן נ"ב) עיי"ש:

אבל לפי דברינו דלא בעינן בקדושין נתינה מיד ליד וטלי קדושיך מע"ג קרקע נמי מהני א"ש טובא כשנדקדק בלשון רש"י ז"ל שכתב בד"ה ומתוך וז"ל וביום א' תשלום י"ב לנקבות שהן י"ג לזכרים מסרו הקדושין שיחולו ליום המחרת כו' עכ"ל קשה הא אין נ"מ מתי מסרו הקדושין רק שאנו צריכין לומר שנמסרו קודם גדלות ע"מ שיחולו לאחר גדלות ולמה צמצם רש"י ז"ל בלשונו שמסרו ביום שלפני הגדלות שיחולו למחרת הו"ל לומר סתם שמסרו לפני גדלות ע"מ שיחולו לאחר גדלות אבל באמת כוונת רש"י ז"ל שאין הקדושין בגדלות מחמת האמירה של קטנות שנתנו האנשים וקבלו הנשים שיחולו לאחר שיגדלו דזה ודאי לא מהני דאמירה של קטנות לאו כלום הוא ורצון של

קטנות נמי לאו כלום הוא רק דהכא כיון שמסר לה הקדושין לפני ר"ה של י"ד דגדלות קודם שחשיכה והם יושבים וממתינים עד שחשיכה ואחר שחשיכה ברגע הראשונה ג"כ רוצים בקדושין הללו הרי דומה ממש כאלו היו מקדשים ברגע הראשונה של גדלות דהא כסף הקדושין הוא בידה ברגע הראשונה (ונתינה מיד ליד לא בעינן] ורצון שניהם כעת שיחולו הקדושין ועד עכשיו היו המעות אצלה כדין פקדון ועכשיו הם כסף קידושין ואף שלא אמר לה עכשיו כלום מ"מ הא לא בעינן אמירה בקדושין ובמדבר עמה על עסקי קדושין ונתן לה ולא פי' דיו דא"צ לפרש ועיקר מדבר על עסקי גיטין וקידושין דבעינן הוא רק שלא יהא דברים שבלב ולענין זה ודאי מהני הדיבור שדברו על עסקי הקדושין קודם שחשיכה אף שהיו עדיין בקטנותם כיון דעיקר הקנין נגמר ע"י הרצון והחזקת הכסף שברגע הראשונה דגדלות ולענין דבור לחוד ודאי דמהני מה שדברו קודם הגדלות כיון דלא בעינן הדיבור רק לידע עסק הקדושין:

וכ"ז מהני דוקא אם ברגע הראשונה דגדלות היו יושבים ומתרצים בקדושין והם חושבים על רגע ראשונה דגדלות כדי שיחולו הקדושין אבל אם היו ישנים ברגע הראשונה דגדלות או עוסקים בדבר אחר לא מהני דהא רצון וקנין דקטנות לאו כלום הוא ואפילו מה שרנו שיחול בגדלות לא מהני א"כ אימתי חלין הקדושין, רצון וקנין דקטנות לא מהני וברגע הראשונה דגדלות לא נתכוונו לקדושין כלל ולאח"כ נמי לא חייל דהא הפסיקו בענין אחר ועוד דאנן לענין איסור בת אחת קיימינן ואם יכולין לחול ברגע ראשונה של גדלות שפיר מקרי בת א' שחלין ברגע ראשונה של ר"ה מחמת שרוצים בקדושין ברגע זו אבל אם ברגע ראשונה לא היה דעתם על הקדושין רק אח"כ הרי א"א לצמצם הרגע אצל כולם בשוה ולא מקרי איסור בת א' ולהכי דקדק רש"י ז"ל בלשונו וכתב שמסרו הקדושין ביום שלפני הגדלות שיחולו לאחר הגדלות ליום המחרת משום דלא משכחת לה אלא במוסרים הקדושין סמוך לגדלות ויושבים וממתינים ועסוקים באותו ענין עד שחשיכה וברגע הראשונה נמי עדיין עסוקים הם באותו ענין ואז חייל מטעם רצון והקנאה שברגע ראשונה ועסוקין באותו ענין שהתחילו בקטנותם ואין זה ענין כלל לפלוגתא דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם דכאן אנו דנין שרצונו של שעת נתינת הכסף לא הועיל כלום רק קנין ורצון דגדלות ולא עוד אלא אפי' אם נתאכלו המעות קודם שבאה השעה דגדלות נמי מהני כמו דמהני במקדש לאחר למ"ד יום כדאמרינן (בפ' האומר) משום דהני מעות לאו למלוה דמי דמלוה להוצאה ניתנו והני זוזי לאו להוצאה ניתנו ואף רב דסובר (יבמות ק"ט) בבעיא דר"א בקדושי קטנה אי מיתלי תלי וקאי ולכי גדלה גדלי בהדה אף דלא בעל ואמר רב דלא גדלי בהדה מודה בההיא דפ"ד אחין דחיילו הקדושין דהתם נתן

לה הקדושין ביום האחרון של י"ג שיחולו ביום של י"ד מיד ויושבין וממתינין שיחולו משא"כ הכא שנתן הקדושין כשהיא קטנה סתם לא חלין ממילא כשתגדל וכ"ז אי אמרינן דגבי קדושין מהני טלי קדושיך מע"ג קרקע להכי מהני נתינה דקטנות אבל אי אמרינן דבעינן נתינה מיד ליד אמאי מהני נתינה דקטנות:

ויש להסתפק בהא דקי"ל אין שליח לדבר עבירה משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין בדבר שא"צ שליחות להעשות השליח כעצמו של המשלח כמו כהן דאמר לחבירו צא וקדש לי אשה גרושה בקדושי כסף אי אמרינן בזה אין שליח לדבר עבירה ובטלו הקדושין לדעת התוס' בב"מ (דף יו"ד) דהיכא דאין שלד"ע המעשה בטל או דלמא דלא אמרינן אין שלד"ע לבטל המעשה אלא במידי דבעי שליחות גמור כמו בקדושי שטר ובהכי מיירי התוס' שם בתירוצם השני אבל לא בקדושי כסף דכיון דמ"מ נעשה המעשה ואף דלענין חיוב ודאי דאמרינן גם בזה אשלד"ע מ"מ לענין חלות המעשה יש להסתפק]:

ולפ"ז היה אפשר ליישב מה שהביא הנוב"י והקצה"ח (סימן קפ"ב) בשם הגאון מוהר"י הלוי זצ"ל להקשות דלדברי התוס' דהיכא דאשלד"ע המעשה בטל א"כ בקדושין (דף נ') במשנה מעשה באחד שליקט כלכלה של תאנים וקידש ה' נשים וקבלה א' ע"י כולן נימא אשלד"ע ע"ש ולדברינו א"ש דבקבלת קדושי כסף אין האיסור מבטל השליחות כיון דלא בעי שליחות למהוי כעצמו של משלח ואפי' אם אמרה תנם לקטן נמי מקודשת ואפי' לכלב שלה כדאיתא בפ"ק דקידושין מיהו לפ"ז תקשה הא דפריך מהא דתניא השליח שעשה שליחותו בעה"ב מעל נימא אשלד"ע ומאי פריך דלמא דוקא בשולח הבעירה ע"י אחר אמרינן אשלד"ע משום דהתם א"א לחייב את המשלח אלא אם נימא שלוחו של אדם כמותו כעצמו ממש דאי משום איתעביד מחשבתו הא הוי גרמא בעלמא ופטור בנזקין. ובזה מהני אשלד"ע דלא ליהוי שליח גמור אבל במעילה דלא בעינן שליחות גמור כדאמרינן גבי שולח ביד חשו"ק במעילה (דף כ"א) דחייב משום דאיתעביד מחשבתו אפילו בדבר עבירה נמי חייב המשלח דמ"מ איתעביד מחשבתו ומאן לימא לן בכה"ג אמרינן אשלד"ע ונ"ל דשפיר פריך דדוקא בחשו"ק אמרינן דהמשלח מעל משום דאיתעביד מחשבתו משום דהשליח לאו בר חיובא הוא ולא מצינן למירמא חיובא עליו ע"כ המעשה חל על המשלח אבל בשולח ביד פקח א"א דאשלד"ע מבעי לן למירמא חיובא על השליח ובשלמא אם גם בעבירה אמרינן שלוחו כמותו שפיר אבל כיון דאשלד"ע ולא מצינן לחייב המשלח אלא משום דאיתעביד מחשבתו טפי הוי לן למרמי מעשה המעילה אשליח והיכא דמעל השליח ממילא לא מעל המשלח ועוד נראה דבלא"ה א"ש הא דפריך ממעילה דאף שביארנו דהיכא דלא בעינן שליחות ממש

לא אמרינן אשלד"ע מ"מ זה דוקא לענין שאין המעשה בטילה כיון דלא בעינן שליחות ממש נגמר המעשה במה שנעשה רצונו אבל לענין לפטור את המשלח מעונש ודאי דאמרינן אשלד"ע ומיפטר אפי' היכא דלא בעי שליחות ממש להכי פריך אמאי מעל נימא אשלד"ע:

ובזה מיושב מש"כ הנמוק"י (בפ"ק דב"מ) דבקטן לא אמרינן אשלד"ע דכיון דאין לו דעת כלל דמי לחצר דבע"כ מותיב ויש בו שליח לד"ע והקשה הש"ך (בסי' קפ"ב) הא בקטן בלא"ה לא שייך שליחות אפי' היכא דליכא עבירה דליכא שליחות לקטן ולפי דברינו א"ש דברי הנמוק"י ונ"מ להיכא דלא בעינן שליחות ממש כמו בקדושי כסף ונתן לה הכסף ע"י הקטן ובכהן שקידש את הגרושה דהקדושין חלין אע"ג דאין שליחות לקטן משום דלא בעינן שליחות ממש. וגם משום העבירה לא נתבטל המעשה כיון דלא בעינן שליחות ממש ונ"מ לענין מלקות דהא אפשר לפוטרו משום דאשלד"ע וע"ז כתב הנמוק"י דקטן דמי לחצר דבע"כ מותיב ויש שליח לד"ע ושפיר לקי מטעם איסור גרושה לכהן מיהו אף שביררנו דבקדושי כסף לא בעינן שליחות זהו דוקא אם נתן לו הכסף ליתן לאשה מיוחדת אבל אם נתן לו כסף שיקדש לו בשבילו אשה סתם ולא בירר לו איזו שרוצה שיקדש והלך וקידש לו אשה בזה ודאי בעינן שליחות ממש שהרי הוא במקומו לקדש לו איזה אשה שירצה:

ובמה שנתבאר דבקדושי כסף לא בעינן נתינה מיד ליד ומהני אם א"ל טלי קדושיך מע"ג קרקע יש ליישב מה שהקשו על הרא"ש ז"ל שכתב (בב"ק בפ' מרובה) לענין יאוש קונה מדרבנן או מדאורייתא דהוי ספיקא דדינא ונ"מ לענין אם קידש אשה בגזל אחר יאוש דהוי מקודשת מספק וע"ז הקשו דאף דאם יאוש לא קני הא הוי יאוש ושינוי רשות ולפמש"כ יש ליישב בפשיטות דנ"מ אם לא הגביה הגזלן את הגזילה וצוה לה ליטול בתורת קדושין כהאי דתנן במרובה (דף ע"ט) נתנה לבכורות בנו או לבעל חובו ומשכו ויצא חייב ע"כ ופירשו רש"י ותוס' דהגנב חייב במשיכת הכהן או הבע"ח אלמא אע"ג דלא אתי לרשות גנב ונתן להם לזכות מיד זכו עבורו והוא נעשה הגנב [וביארנו במק"א ליישב קושיית התוס' במה שהקשו דהא אין שליח לד"ע דכאן לא שייך אשלד"ע כיון שהבע"ח או הכהן זוכה לעצמו דמי לשותפין שגנבו דאמרינן (בפ"ק דב"מ) דחייבין ולא אמרינן בהו אשלד"ע וגבי שומר הוי הטעם שדמי לדין פועל] וא"כ ה"נ אם נתנו להאשה בתורת קדושין קנתה אף אם לא הגביה תחלה דהא התם בנתנו לבכורות בנו אין הטעם שקונה בתחילה עבור הגנב ואח"כ קונה מהגנב דהא אשלד"ע. א"ו דתרווייהו באים ביחד קניית הכהן והגזלן וא"כ ה"נ אם לא הגביה וקידש אשה קנייתה וקניית הגזלן באין

כאחד וכהאי גוונא לא מקרי ש"ר כיון שלא בא ליד הגנב תחילה אלא מיד זכה הלוקח בשביל הגנב ולעצמו. וכה"ג כתב הש"מ שם במשנה לתרץ הא דלא חייב דו"ה בנתנו לבכורות בנו משום דלא מתחייב במכירה אלא כשבא לידו מעיקרא משא"כ הכא שלא בא ליד הגנב וא"כ ה"ה לענין שינוי רשות לא מקרי שינוי רשות כשלא בא ליד הגזלן תחילה ומיירי שהבעלים עומדים ורואים ואינן יכולין להציל ואם יאוש קונה מקודשת ואי יאוש אינו קונה אינה מקודשת דזה לא מיקרי ש"ר להכי שפיר כתב הרא"ש דנ"מ לענין קדושין ובגוונא דלא הוי ש"ר זה ברור בכוונת הרא"ש ז"ל ודו"ק:

סימן קלז

שאלה בענין קדושין שבליעל אחד קידש את הבתולה בפני ע"א ונודע שהמטבע שקידשה לא היה שלו רק שאיש אחד שלח אותו למסור מטבע זו לאחד ממיודעיו והוא קידש בה את הבתולה:

תשובה הנה הלכה רווחת בקדושין (דף נ"ב) בקידשה בגזל דאחרים אינה מקודשת אולם מה שיש להסתפק בדבר זה הוא דקי"ל דדוקא קודם יאוש אינה מקודשת אבל לאחר יאוש מקודשת כדאיתא בש"ס (דף נ"ב) לית דחש להא דר"ש דאמר סתם גזילה יאוש בעלים דמשמע הא אי הוי יאוש בעלים הוי קדושין אע"ג דקיי"ל יאוש לא קני כבר כתב הרא"ש וההמ"ג (בפ' ג' מה' אישות) דכיון דהוי בידה שינוי רשות וקנאתו הוי קדושין א"כ כיון דפסק הר"מ (בה' כלים פכ"ד ה"ז) דסתם גניבה הוי יאוש בעלים הוי יאוש ושינוי רשות והוי קדושין מיהו אפשר לאמר דכאן יש לו דין גזל דקי"ל סתם גזילה לא הוי יאוש בעלים כמ"ש הר"מ שם דמידי הוא טעמא דסתם גזילה לא הוי יאוש בעלים משום דידע מאן גזליה יכול לתבוע ממנו וה"נ כשיוודע לו שלא מסר לפלוני ונטל לעצמו יתבע ממנו מיהו אכתי יש להסתפק לפי מה שראיתי בתשו' הגאון נוב"י מה"ת (סימן ע"ז) שכתב דאף דאמרינן סתם גזילה לא הוי יאוש בעלים משום דסובר מוקמינא לי' בדינא אבל אם הגזלן נודע לאלם ובע"ז או שגזל שלא בעדים והגזלן מוחזק לשבע לשקר וודאי דבכי הא אמר דסתמא הוי יאוש בעלים וא"כ בנידון דידן נמי שהמשלח הוא אדם חשוב והשליח הוא במקום רחוק ממנו ובוודאי לא ילך לתבוע ממנו והוי סתמא יאוש בעלים מיהו כיון דאנן קי"ל יאוש שלמ"ד לא הוי יאוש א"כ הא בשעה שקידשה לא נודע עדיין למשלח שנטל הכסף לעצמו ולא הוי קדושין:

ועדיין יש להסתפק דא"ל דהא דקי"ל יאוש שלמ"ד לא הוי יאוש היינו אם הבעלים היו סבורים שהחפץ עדיין מונח אצלם דבזה לא אמרינן כיון דאלו ידעו שנאבד הוי מתייאש השתא נמי הוי יאוש אבל הכא שהבעלים כבר הסיחו דעתם מהאי כסף שיהא מחשב

כשלו וכממונו דהא שלחו ליתן לאחר מיקרי יאוש בעלים לגבי האי כספא דמה לי אם סבור שאבד ממנו מה לי אם סבור שהשליח יתנו לאחר סוף סוף הוא מתייאש מהדבר מהיות עוד שלו ואם בא אחר וגזלו ונתנו או מכרו לאחר או קידש בו אשה הוי יאוש וש"ר. דהא יאוש בגזילה בלא"ה לא קנה רק דמהני מה שהבעלים מתייאשים מלחשוב כשלו את הגזילה לענין דיקני לוקח בש"ר וה"נ כבר נתייאש מהאי חפץ שסבור שיתן למי שנשתלח לו ומהני גזילתו וש"ר דידה להיות קנין גמור כמו יאוש וש"ר. ולא מיקרי יאוש שלמ"ד דזה גופא מה ששלח לאחר מיקרי יאוש ואף דאמרינן בב"ק (דף קט"ז) אדעתא דארי אפקרי' אדעתא דכ"ע לא אפקרי' וכן אמרינן גבי מקבל מתנה שאמר א"א בה דחוזרת לנותן ואין אחר יכול לזכות בה וכדאמרינן בנדרים (דף מ"ג) מה מתנה עד דאתא ליד זוכה וכמ"ש הרא"ש שם היינו דלא יצא הדבר מרשותו לגמרי במה שרצה ליתנו לאחר או לארי שיאכלנו דנימא שהאחר יכול לזכות מדין הפקר אלא שחוזר לבעלים אבל מ"מ לא גרע מיאוש לענין שאם לקח אחר בגזילה שקנה אותה ביאוש וש"ר:

ולכאורה יש להביא ראיה ממש"כ הר"מ ז"ל (בפ' ג' מה' שקלים ה' י"א) הנותן חצי שקל לחבירו לשקול ע"י והלך ושקל לעצמו אם כבר נתרמה התרומה מעל השוקל שזה השקל ברשות הקדש שכבר תרמו על העתיד לגבות כו' ואם לא נתרמה התרומה לא מעל והוא חייב ליתן לחבירו חצי שקל שנתן לו ע"ש ומדכתב שחייב ליתן לחבירו חצי שקל שנתן לו משמע וודאי שהחצי שקל עולה בשביל השליח ולא בשביל המשלח דאם הי' עולה בשביל המשלח פשיטא דלא מעל שהרי לא נהנה כלל ועוד דהא חזרה קרן לבעלים. א"ו דעולה בשביל השליח ובמאי קני לה ההקדש ע"כ ביאוש וש"ר כמ"ש התוס' בסוכה ובגיטין ובב"ק (ומה דלא הוי מצהב"ע כתבתי לעיל בזה] וא"כ קשה הא הבעלים לא ידעו ששקל לעצמו והוי יאוש שלמ"ד ושינוי רשות לחוד לא קני כלל ואמאי יצא השליח ידי שקלו ואין לומר דאף דבשעה שנתן השקל להגזבר לא יצא עדיין משום דהוי ישלמ"ד מ"מ כשמתידע להמשלח אז חלה הקדש מהשקל ויצא יד"ח דז"א חדא דהוי לי' להר"מ ז"ל לכתוב דבעינן שמתיידע להמשלח. ועוד דאף דהרמב"ם פוסק (בה' גניבה) דיאוש אחר ש"ר נמי מהני כרב פפא בב"ק (דף קט"ו) מ"מ היינו דוקא במכירה להדיוט אבל בהקדש אם לא חל ההקדש בשעה שהקדיש לא מהני אף אם נתייאשו הבעלים אח"כ דבעינן דבשעה שמקדיש יהא חל הקדישו ולא דמי למכירה להדיוט שקונה בש"ר ואח"כ יאוש דהתם הקנין חל בשעת יאוש אבל בהקדש דבעינן שיקדיש ורחמנא אמר איש כי יקדיש את ביתו בעינן שבשעת הקדש יחול ההקדש ואף בשקלים נמי השקלים נעשים הקדש ע"י מה שנותנם להגזבר אבל לא הקדישום הבעלים לא נעשו הקדש (ונראה דאף

דקיי"ל ממשכנין על השקלים היינו שממשכנים אותו עד שיתן שקלו וחל ההקדש ע"י נתינתו אבל לירד לנכסיו שיקח הגזבר ממנו שקל וליתן לקופת השקלים וודאי דאסור דאם הוא לא ניחא לי' ודאי לא נעשה הקדש וא"א להקריב מהן קרבנות ציבור] ואפילו אם מתנה שיחול ההקדש אח"כ נמי לא מהני כיון דהשתא לאו בידו להקדיש לא מהני נמי אח"כ וא"כ אמאי כתב הרמב"ם דבשקל לעצמו דיצא א"ו דסובר דכיון דשלח לשקול ע"י כבר נקרא יאוש לענין זה שכבר רצה שיצא השקל מרשותו ומהני לענין אם השליח גנב ושקל לעצמו הוי יאוש וש"ר:

מיהו לפמש"כ בדעת הר"מ דש"ר דמהני לפני יאוש הוא מטעם שקנינו למפרע אחר שנתייאש ומהני נמי לענין תרומה והקדש דביתו קרינן בי' אפשר לאמר דכשיתוודע לבעלים ויתייאשו אז חל ההקדש למפרע משעה שגזל ושקל לעצמו מיהו כ"ז הו"ל להרמב"ם ז"ל לפרש אם לא נתוודע לבעלים לא יצא ידי שקלו:

ולפי מש"כ הב"ש באהע"ז (סימן כ"ז ס"ק ז') גבי קדשה בגזל דידה דאינה מקודשת משום דיכולה לאמר אין שקלי ודידי שקלי דדוקא גבי חפץ אמרינן הכי אבל גבי מטבע לא אמרינן הכי דמשמע מזה דגבי גזילת מטבע נעשה רק חוב אצל הגזלן ועצם המטבע קני לה הוי א"ש מה שיצא הכא ידי שקלו אבל באמת הוא גופא כתב דבגמרא משמע דבגזל מטבע נמי יכולה לאמר לו אין שקלי ודידי שקלי דהא קתני התם קדשה בגזל או בחמס או שחטף סלע מידה וקידשה אינה מקודשת וא"כ גם מטבע לא קנה הגזלן וא"כ מוכח מדברי הרמב"ם דבשלח ליתן השקל לאחר והוא הוציא לעצמו אף שלא ידע משלח שלקח לעצמו מיקרי יאוש וש"ר ולא מיקרי ישלמ"ד דכבר נתייאש מזה במה שצוה ליתנה לאחר. ומהני ש"ר למיקני לי' והכא הוי ש"ר ע"י הקדושין עצמם וצריכה גט:

מיהו צריך לידע אם זה ששלח המטבע למוסרו לפלוני אם חוב הוא או פקדון שיש לפלוני בידו או מתנה לעני שאם הוא באופן שפלוני זכה בה בקבלת השליח הוי לי' גזל ממי שנשתלח לו וקידשה בגזל אינה מקודשת כ"ז נלע"ד:

סימן קלח

שאלה בדבר הקידושין מק"ק גאנאנדז

מכתבו קבלתי ומפני עוצם טרדותי וחלישת כחי לא השבתי עד כה,. והנה בדבר הקדושין שהי' בפני אב ובנו ועד אחד עמהם ראיתי במכתב כבודו שדעתו נוטה להתיר מכמה טעמים. הנה במש"כ לפסול העדים מטעם נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטילה כמבואר ברמ"א (סימן מ"ב) דאם נמצא א' קו"פ הוי כמקדש בע"א וכתב הב"ש והח"מ דמיירי שלא נצטרפו להעיד לכן לא נפסל הכשר בעדותו ובעובדא דידי' כתב

כבודו דדמי לנצטרפו להעיד ולדעתי נראה דאין לפסול כאן משום נמצא א' קו"פ דמבואר בש"ס (מכות ד' ו') דשואלין להו אי למיחזי אתיתו אי לאסהודי אתיתו ופירשו שם התוס' דלאסהודי אתו היינו שכוונו להעיד בשעת ראי' כמבואר בדבריהם במכות (דף ו') ד"ה לאסהודי ובד"ה שמואל שהקשו מקדושין שנמצא בשעת החופה קרובים כתבו וגם לרבי קשה שפעמים יתכוונו אחד מן הקרובים להעיד עכ"ל וכן בראי"ש הקשו איך הקדושין כשרין אם כוונו להעיד וכאן אינו רואה לדון בזה דין כוונו להעיד ואף שהמקדש כיון להביאם בכדי שיהיו עדים כולם ביחד מ"מ מי יודע ידעו שהוא מכוון לזה ואפשר דאלו הוו ידעי שיקדש את הבתולה לא היו רוצים להיות עדים בדבר ואף שאמר ד"ז בסוד להעד שבתי מ"מ השנים האחרים אפשר לא ידעו מזה ומדברי הגאון שהביא הרא"ש במס' מכות מבואר דכל היכא דלא ברור לן שנצטרפו וכוונו להעיד אין אנו יכולין לבטל עדותן ומוציאין ממון עפ"י עדותן שכן כתב וז"ל וחזינן לגאון דקאמר ה"מ בעדות בע"פ אבל בשטר שיש בו שלשה עדים ושנים מהם קרובים זל"ז אם לא נודע בעדות ברורה שישבו שלשתן להעיד וכתבו עדותן זב"ז דדמי כמאן לאסהודי אתינן לא מבטלינן שטרא מספק אלא תתקיים השטר בשאר העדות עכ"ל אלמא דכל כמה דלא ידעינן בבירור שנצטרפו בכוונה לעדות זה לא פסלינן להו ומפקינן ממונא אפומייהו כ"ש דלא מצינן להקל ולפסול הקדושין כ"ז שלא נודע שנצטרפו בכוונה ועוד דהא פסקינן דאם צריך לעדות ומצוה להחרים שכל מי שיודע יבוא ויעיד שלא נתבטלה עדות הכשרים בשביל הפסולים כמ"ש הרא"ש שם ובעובדא דידי' מסתמא שלחו הב"ד אחרי כולם שיבואו להגיד כדי לעמוד על החקירה בבירור ולא מיקרי אתו לאסהודי אלא כשבאו מעצמן להעיד:

אולם מה שיש לדון להקל שהעדים לא ראו הנתינה לידה ממש והרמ"א כתב (בסי' מ"ב) בשם תשובת הרשב"א שצריכים העדים לראות הנתינה ממש אעפ"י ששמעו שאמר התקדשי לי בחפץ פלוני ואח"כ יצא מתחת ידה אינן קדושין עכ"ל ואף שהב"ש כתב שם (בס"ק י"ב) שהמרדכי סובר דבידיעה בלא ראי' נמי סגי ואפילו לא ראו הנתינה אם ראו דבר המוכיח אין לבטל הקדושין כלל כאילו ראו גוף המעשה כדאמרינן הן הן עדי יחוד כו' נלע"ד דגם המרדכי לא החמיר מטעם זה לחוד דז"ל המרדכי (פ' האומר) כתב הרא"מ בתשו' דהיכא דאחד מן העדים לא ראה נתינת הטבעת אין לבטל הקדושין חדא דחוששין לדברי רב פפא דמקדש בע"א חוששין לקדושין ועוד דאם עד רואה דבר מוכיח ונראה יכול להעיד כאלו ראה גוף המעשה עכ"ל הרי שעשה זה סניף למה שע"א ראה הנתינה אבל מטעם ידיעה בלא ראי' לא הי' מחמיר ומודה להרשב"א דלא חיישינן

לידיעה בלא ראי' ועוד נ"ל דהמרדכי והרשב"א לא פליגי כלל דהא לכאורה קשה על המרדכי הא אמרינן בשבועות (דף ל"ד) דרבי אחא הוא דסובר דדנין בד"מ ובד"נ בידיעה בלי ראי' ואנן פסקינן כרבנן גבי גמל האוחר בין הגמלים וא"כ ידיעה בלי ראי' לאו כלום מיהו ז"א דהא התוס' שם כתבו דגם רבנן אית להו אומדנא כההיא דשבועות (דף מ"ו) גבי נחבל שעלתה לו נשיכה ע"ג ובין אצילי ידיו כדאמר בהדיא דבכה"ג נוטל הנחבל בלא שבועה וע"כ דהיינו טעמא דמילתא דידיעה בלא ראי' שאי אפשר להיות בשום אופן אחר מהני גם לרבנן דר' אחא כמו בנחבל שעלתה לו נשיכה ע"ג ובין אצילי ידיו שא"א לחבול בעצמו במקום הזה וגם איש אחר לא הי' שם שנוכל לתלות בו החבלה להכי נוטל בלא שבועה אבל דבר שאפשר אפי' מצד רחוק שהיה באופן אחר באומדנא כזה סברי רבנן דלא מהני ידיעה בלא ראי' ולהכי בגמל האוחר בין הגמלים אעפ"י שלפי האומדנא נראה שזה הרגו מ"מ יכול להיות שמת פתאום מעצמו שהוא רחוק לאמר כן וסברי רבנן דבכה"ג לא מהני ידיעה בלא ראי':

ולפ"ז שפיר איכא למימר דהרשב"א מיירי בידיעה בלא ראי' שאפשר לתלות ע"צ הרחוק שהי' באופן שלא בקדושין נתן לה מעיקרא אלא במתנה רק שאח"כ אמר לה התקדשי לי באתרוג דז"ל שם בשנים שהיו עומדים אחורי גדר בית אחד ושמעו שאמר ראובן ללאה התקדשי לי באתרוג אבל לא ראו הנתינה ממש אפילו ראו אתרוג יוצא מת"י אין כאן חשש כלום אפילו היא מודה שלקחתו לשם קדושין דעדות ראי' בעי ממש עכ"ל ומי לא מצינו למימר דבאמת נתן לה מעיקרא לשם מתנה ואח"כ כשהי' כבר האתרוג בידה א"ל התקדשי לי באתרוג ואף שהאומדנא מוכיח שכיון שרצתה להתקדש בהאי אתרוג מסתמא לא נתן לה מתחילה לשם מתנה מ"מ הא באומדנא כהאי פליגי ר"א ורבנן וקיי"ל כרבנן דידיעה בלא ראי' לא מהני:

אבל המרדכי מיירי בגוונא דליכא למיתלא שנתן לה מעיקרא בתורת מתנה כגון דאמרי עדים שקודם ששמעו ממנו לשון הקדושין ראו שלא נתן לה הטבעת רק שהי' בידו ובעת שאמר לשון הקדושין לא ראו שום נתינה רק שאח"כ ראו שהטבעת יוצא מת"י דזה מוכח דע"כ נתן לה בעת הקדושין ומ"מ כיון שלא ראו הנתינה ממש בעיניהם מיקרי ידיעה בלא ראי' ובידיעה בלא ראי' כה"ג מודו רבנן דמהני דדמי לעלתה נשיכה ע"ג ובין אצילי ידיו דמודו רבנן דחייב:

ולפ"ז אין שום פלוגתא בין הרשב"א והמרדכי וא"כ עובדא דידן דמי ממש לעובדא דהרשב"א ז"ל דהא אפשר לאמר דמעיקרא נתן לה וקיבלה היא בתורת מתנה כמו

שראתה שחלק אגוזים לחביריו ואח"כ א"ל התקדשי לי וידיעה בלי ראי' כהאי לא מהני דקיי"ל כרבנן דר"א:

ועוד דאף דמעיקרא פשטה ידה מרצונה מ"מ נראה מדברי הבליעל שקפץ את ידה בעת נתינת המטבע ודמי למש"כ הרמ"א בלקח ידה בחזקה וקידשה ולא השליכה מתוך ידה שביאר שם הח"מ (בס"ק ב') דלדעת הרמ"ה ז"ל אין זה קדושין דלא אמרינן אם איתא דלא ניחא לה תישדינהו אלא כר"א דסבר בקדושין (דף י"ג) דאמרינן אטו כולהו נשי דינא גמירי וסברי אי משדינהו ומתברי מתחייבנא באחריות:

ועוד יש להקל בזה כמ"ש מעכ"ת עפ"י דעת הנוב"י שכתב שהיא נאמנת לאמר שלא נתכוונה לשם קדושין דע"א נאמן באיסורין היכא דלא אתחזק איסורא ועשינו סמוכין לדבריו בעזה"י בתשובה אחרת ולא רציתי להאריך בכאן והא דפריך הש"ס אמתניתין האומר לאשה קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני ה"ד אי דאיכא סהדי וכו' ואמאי לא משני הש"ס כגון שהיא אומרת שלא כוונה לשם קדושין דהיא נאמנת דז"א דא"כ כיון שהיא נאמנת אף הוא מותר בקרובותי' כיון שנאמנת דלא שייך לומר דאסור משום דשוי' אנפשי' חד"א כיון דאינה מכחשת נתינת הקידושין רק שאומרת שלא כוונה לשם קידושין והיא נאמנת ממילא גם הוא מותר בקרובותי' ועוד יש לצרף סברת המרדכי בקדושין (פרק האומר) דאם השליכתו לטבעת אעפ"י שהי' אחר כד"ד] אמרינן הוכיח סופו על תחילתו כדאי' (בחולין ובב"ב) גבי שחט ואח"כ חשב עלי' וגבי מתנה מכל הני טעמי הנני מסכים לדעת מעכ"ת להתירה בלא גט ואין כאן חשש קדושין:

סימן קלט

ע"ד הקדושין שאיש אחד ביקש משני אנשים שילכו עמו בעסק שידוכין שרוצה לשדך עצמו וכיחש להם. והביא אותם לבית אשה אלמנה שמוכרת יי"ש וכשבאו לביתה צוה המקדש להאלמנה לתת י"ש ונתנה והם ישבו בחדר פנימה ושתו הי"ש ואח"כ קרא המקדש להאלמנה שתבוא לחדרם ונתן לה חמשה ועשרים קאפ' ואמר לה הרי את מקודשת לי וכו' בשעת נתינה והיא הלכה לה מהחדר ההוא וגם הם הלכו להם וקראה להמקדש שיקח ממנה הרעסט שניתותר מהמגיע לה בעד הי"ש סך שמונה גדולים ולא רצה לקבל ונתנה הרעסט להעדים והלכו להם והמקודשת אומרת ששמעה מה שאמר והיטיב חרה לה. אך היא קיבלה המעות לתשלומי הי"ש ששתו אצלה ולא שתה לבה כלל לדברי הבל על כי כן דרך שותי שכר בבתי המשתאות אשר כל פה דובר נבלה ובעל השכר לא ישים לב לדבריהם והמקודשת אמרה שקרא אותה ושאל ממנה כמה מגיע לה ואמרה לו שנים וארבעים ג"פ והעד מכחישה ואומר שלא שאל ממנה כמה מגיע לה

גם אמר העד שהאמירה הרא"מ הי' לאחר שהגיעו המעות לידה תוכ"ד והעד השני אמר שאינו זוכר מתי הי' האמירה:

תשובה הנה בקדושין (דף י"ב) אמר כנסי סלע זה בחובי וחזר ואמר לה התקדשי לי בו בשעת מתן מעות רצתה מקודשת לא רצתה אינה מקודשת לאחר מתן מעות אפילו רצתה אינה מקודשת ומפרשינן רצתה דאמרה הן לא רצתה דאשתיקה א"מ וטעמא דבאשתיקה יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי עי"ש דבלא שדיך עסקינן. וא"כ לפ"ז גם כאן יכולה לומר מה ששתקה הוא משום שנטלתו בעד הי"ש שצוה המקדש ליתן ושתו הוא והעדים אלא מה שיש לפקפק דהרשב"א והר"ן כ' שם הביאם הרמ"א דדוקא אם אמר כנסי סלע זה בחובי אבל אם נתן לה סתם אפילו הגיע זמן פרעון אינה יכולה לומר לפירעון חובי נטלתי:

ולכאורה הדבר תמוה מאוד מ"ט אינה יכולה לומר לפירעון חובי נטלתי כיון שהגיע הזמן והיכי מוכח שקבלה לשם קדושין והרי בכולא סוגיא דקדושין מוכח דגבי שתיקה בעינן הוכחה שקבלה לשם קדושין ולהכי בכנסי סלע זה לפיקדון בעינן דוקא שתיקה בשעת מתן מעות או שתיקה לאחר מתן מעות היכא דאיכא הוכחה מדלא שדתינהו ש"מ דניחא לה בקדושין אבל אם ליכא הוכחה כגון אם איכא למימר הא דלא שדתינהו משום דיראה להשליך שלא תתחייב באחריות לא הוי קדושין כיון דליכא הוכחה דנתרצית בקדושין וה"נ בחייב לה חוב הא ליכא שום הוכחה אפילו בשתיקה בשעת מתן מעות דיכולה לומר שקבלתי בחובי והא דקתני בברייתא כנסי סלע זה בחובי ראיתי בספר המקנה בחידו' לאהע"ז וספר ע"א שתמהו כן וכתבו עוד דלדברי הרמב"ם כפי שפי' הרשב"א בכוונתו דלא מיירי שחזר מדבריו שאמר שנותן בתורת פרעון אלא שנותן בתורת קדושין ג"כ והוי פירעון וקדושין כאחד ודאי דאין ראי' ממה דקתני כנסי סלע זה בחובי דהא אשמעינן רבותא דאם רצתה מקודשת והוי פירעון וקדושין כאחד אבל לעולם אימא לך דאם לא רצתה והיינו דאשתיקה מהני אף אם בלא אמר כנסי סלע זה בחובך והגאון המקנה והגאון ע"א בספרו הניחו הדבר בצ"ע ועוד נראה לי דאפילו לדברי הרשב"א והר"ן דסברי דבעינן שיאמר כנסי סלע זה בחובי בנ"ד יכולה לומר דידי שקלי אע"ג דלא אמר כנסי בחובך דהא בגזל ודאי דלא בעינן שיאמר כנסי סלע זה בהשבת גזילך וראי' מדפריך מברייתא דקדשה בגזל ובחמס או שחטף סלע מידה וקידשה מקודשת אברייתא דכנסי סלע זה בחובי ולא משני דהתם מקודשת משום דלא אמר כנסי סלע זה בגזילתי וע"כ דפשיטא לי' להש"ס דבגזל אף אם לא אמר כנסי סלע זה בגזילתי יכולה לומר דידי שקלי וע"כ משום דגזל להחזיר ולהשיב קאי וסתמא דמילתא כי קא

שקלה להשבת גזילתה קא שקלה ולא הוי קדושין משא"כ בחוב דליכא למימר סתמא כי נתן לה סלע ביומא דמשלם זמנה לפרעון שקלתה דכמה מלוים איכא שמרווחים זמן הפירעון להלוה ומאמינים כמו שהאמינו עד עכשיו בזה צ"ל דווקא כנסי סלע זו בחובי כן צריך לומר לדעת הרשב"א והר"ן ז"ל א"כ אף אנו נאמר דהנכנס לחנות או לבית המשתה שדרך כל האוכלים והשותים שמה שמשלמים מיד חובם (לבד אשר רגיל שמה לאכול ולשתות בהקפה] ורבים אשר לא יתן אותם בעה"ב לצאת מן הבית בלתי תשלומין זה דומה לגזל דסתמא לפירעון קשקלה כיון שאין דרכה להקיף ולהניח את האוכל והשותה לצאת בלי תשלומין ואפילו לא אמר כנסי סלע זה בפירעון נמי יכולה לומר לפירעון שקילתה:

ועוד דהא וודאי היכא דהיא תבעה אותו לשלם לה חובה המגיע לה ונתן לה ואמר לה הראמ"ל וקיבלה בשתיקה ודאי דלא הוי קדושין ואף שכתב הרמ"א (בסי' מ"ב) בשם תשו' הרא"ש וז"ל הי' חייב לה מעות ואמרה לו תן לי מעות וכאשר מתחיל ליתן אמר לה הראמ"ל וזרקה היא המעות מידה אינן קדושין דמשמע דווקא שזרקה המעות מידה אינם קדושין הא אם לא זרקה המעות הוי קדושין אף שהיא אמרה מתחילה לו תן לי מעות התם מעשה שהי' כך הי' אבל באמת אף אם לא זרקה נמי לא הוי קדושין דודאי מסתברא דעדיף מה שהיא תובעת החוב ממה שהוא אמר לה כנסי סלע זו בחובך דכשהיא תובעת הרי גילתה דעתה שרצונה לקבל החוב ופשיטא שיכולה לומר לפירעון חובי קבלתי סלע זה ודברי הב"ש שם (בס"ק ד') שכתב דבלא זרקה הוי קדושין תמוהים וכן כתב הגר"א ז"ל שם (בס"ק י') דאפילו לא זרקה רק שלא אמרה הן לאו כלום הוא וכי היכי כשתבעה היא מתחילה החוב לא בעינן שיאמר לה כנסי סלע זה בחובי ה"נ בחוב שסתמא לפירעון מיד קאי כעובדא דידן נמי לא בעינן שיאמר כנסי סלע זה בחובך

ובזה נראה לי ליישב ג"כ מש"כ הרמ"א (בסי' כ"ח) ביקש ממנ' שתלוה לו מעות על משכון ונתנה המעות וכאשר נתן לה המשכון אמר לה התקדשי לי בו ושתקה הוי ספק קדושין וכתב הח"מ וז"ל בגוף התשו' קאי המעשה באומר לה הלווני דינר על משכון זה ודמי קצת לאומר בתחילה כנסי סלע זה שאני חייב לך אלא שחילק ביניהם שם אבל אם אמר הלווני על משכון סתם אפשר דאין כאן ספק דאפשר דיתן לה משכון אחר לבטחון הלוואה ולא ידעתי למה דילג תיבת זה עכ"ל. ונראה לי דהרמ"א השמיט בכוונה תיבת זה דסובר דאפילו לא אמר זה נמי לא הוי אלא ספק קדושין אע"ג דהרשב"א סובר דבלא אמר כנסי סלע בחובי הוי ודאי קדושין מ"מ זהו דווקא בחוב משום דאיכא למימר כי היכי דמהימנא ליה ע"ע כן תאמינו להבא ואין נטילתה סתמא לשם חוב אבל במשכון

כיון שלא רצתה להלוות לו בלי משכון הרי מיד צריך ליתן לה משכון להכי אף כי לא אמר זה סתמא למשכון קבלתו והוי רק ספק קדושין והשמיט הרמ"א תיבת זה בכוונה דאף בלא זה הוי רק ספק ואח"כ מצאתי סברא זו בספר ע"א ושמחתי שכוונתי לדעתו: **ועוד** דכיון שהיא אומרת שקרא לה ושאלה כמה מגיע לה והשיבה סך שנים וארבעים ג"פ ודאי דזה דמי לכנסי סלע זה בחובי שהזכיר לה החוב מקודם ואף דע"א מכחיש ואומר שקרא לה ולא שאל ממנה כלל מ"מ לא הוי רק ע"א דהעד השני אומר שנתבלבל ולא שמע מאומה ורק ע"א מכחישה ואמרינן בקדושין (דף ס"א) ע"א בהכחשה לאו כלום הוא והיינו אפילו בהכחשת בעל דבר:

סימן קמ

שאלה מדין קדושין מק"ק קריזבורג יתבאר מתוך התשובה:

יקרת מכתבו קבלתי לנכון קודם החג ומחלישות כחי וטרדותי המרובים לא לקחתי לי פנאי להשיב לכבודו ואת כבודו הסליחה ולדין אותי לכף זכות, והנה בגוף השאלה באו דברי כבודו קצרים מאוד שכתב וז"ל שראו העדים שהבחור לקח יד הבתולה בחזקה והבתולה שמטה ידה מן הבחור ואח"כ לקח האצבע שלה ונתן לה הטבעת על ידה ואמר הרי אמק"ל כדמו"י עכ"ל. והנה לא ביאר מה אמרה הבתולה אחרי דבריו. ואני דן שמסתמא הי' המעשה שלא קירבה אצבעה וגם לא אמרה הן דבאמרה הן או שקירבה אצבעה אליו וודאי דאיכא חשש קדושין רק היא לא אמרה הן רק שלא זרקה מידה הטבעת והנה כתב כבודו שהיא אומרת שהטבעת הוא שלה שלקחה אמה עבורה ונדבר מקודם מענין עצם הקדושין אם מהני כה"ג ואח"כ נדבר מענין אמירתה שהטבעת שלה: **הרמ"א** ז"ל כתב (בסי' מ"ב) וז"ל לקח יד האשה בחזקה שלא ברצונה וקדשה והיא לא זרקה הקדושין הוי מקודשת אעפ"י שמתחילה באונס הי' עכ"ל והוא מדברי הגהות מרדכי בסוף גיטין עיי"ש והח"מ הקשה עליו שהוא מזכה שטרא לבי תרי שבסימן כ"ח הביא דברי הרמ"ה ז"ל שאם זרק לה הקדושין אפילו לתוך חיקה שתיקה כה"ג לאו כלום הוא הואיל ולא נתרצית תחלה לקדושין והיינו משום שהרמ"ה ז"ל פוסק דשתיקה דלאחר מתן מעות לא מהני אפילו היכא דאי הוי שדא להו לא הוי מחייבי באחריות כרב אחאי בקדושין (ד' י"ג) אבל הגהמ"ר ז"ל פוסק כר"ה ברי' דר"י דסובר דהיכא דלא קבלה בתחילה בתורת פקדון אמרינן אם איתא דלא ניחא לה לישדינהו והוי קדושין אף בשתיקה דלאחר מתן מעות וא"כ הרמ"א שהביא דברי הרמ"ה וגם דברי ההגמ"ר מזכה שטרא לבי תרי:

ולענ"ד נראה דלק"מ לפי מה שהסביר הח"מ בשם הריב"ש שם שטעמו של הרמ"ה שכל שאינה פושטת יד רק שזרק לתוך חיקה כיון דלא עבדא מעשה דמוכח דניחא לה אין זה קדושין לפ"ז נראה דא"א לדמות זריקה לתוך חיקה לנתן הטבעת ע"י דבהגמ"ר דמיירי שנתן הטבעת ע"י מה שמחזקת הטבעת ע"י מיקרי מעשה ומדלא השליכה אותו והחזיקה אותו גם אחר שאמר הרי אמ"ל עבדא מעשה דניחא לה משא"כ מה שהי' מונח בתוך חיקה לא מיקרי מעשה מוכחת דניחא לה ומיקרי רק שתיקה דלאחר מתן מעות דמה שהאדם לבוש בהן בדרך מלבוש מיקרי עביד מעשה אף שאיש אחר הלבישו אבל מה שמונח בחיקו אם איש אחר הניחו והוא לא זרקו לא מיקרי קא עביד מעשה. וכה"ג אמרינן במכות (דף כ"א) לענין כלאים דבשהה כדי לבישה ופשיטה חייב מלקות דמקרי מעשה אלמא דמה שמחזיק הבגד על גופו ואינו פושטו מקרי מעשה וה"נ מה שמחזיקה הטבעת ע"י ולא זרקתו הוי מעשה מוכחת דנתרצית להתקדש לו אע"ג דמעיקרא לא הוי ניחא לה וטבעת שע"י כבגד דמי כדאמרינן בנגעים (פ' י"ג) גבי בית המנוגע דאם טבעותיו באצבעו אינו טמא עד שישהא שיעור לטמא בגדים ואף שהתוס' ביבמות (ד' צ') כתבו דמה שלובש בגד בלא ציצית מקרי שוא"ת עיי"ש כבר השיג עליהם השא"ר ז"ל (בסי' ל"ג) מסוגיא דמכות הנ"ל אבל מה שהניחה הכסף קדושין בחיקה ולא זרקתם כדינו של הרמ"ה ז"ל זה לא חשיב מעשה כלל והוי רק שתיקה שלאחר מתן מעות ולא הוי קדושין:

וראיתי בספר בית מאיר שהביא ראי' לדברי הגמ"ר מהא דאמרינן בקדושין (דף נ"ב) ההיא איתתא דהוי משיא כרעא במשיכלא דמיא אתא ההוא גברא זוזי מחברי' ושדא לה ואמר לה מקודשת לי אתא ההוא גברא לקמי' דרבא אמר לית דחש להא דר"ש דאמר סתם גזילה יאוש בעלים משמע דאי הוי אמרינן סתם גזילה יאוש בעלים הוי קדושין אע"ג דשדא לה ולא אמרה כלום וע"כ משום שלא זרקה המעות הוי קדושין ושלא כדברי הרמ"ה ז"ל ומזה מוכח דאפילו זריקה לתוך חיקה מהני אם לא שדתינהו דהא לתוך משיכלא דמיא כלתוך חיקה דמי:

ולענ"ד לאו ראי' היא כלל דהא הכא אפילו לדברי הגהמ"ר לא מהני אם שתקה דהא עיקר סברת הגהמ"ר הוא מדלא זרקה ע"כ דניחא לה וזה שייך רק אם קדשה בשלו דמצי למישדינהו ולא איכפת לה אם יאבדו אבל אם גזל מאחר ושדא לה איכא למימר דמה שלא זרקה שאסורה לזורקם שמא יאבדו וכדין השבת אבידה שבא ליד המוצאה שמחויב בשמירתן כש"כ שלא לאבדם ביד ויכול להיות שמחזקת המעות רק להחזירן לבעליהן כי כן ראוי לה וכיון דאין ראי' ממה שלא זרקתם וודאי דלא הוי קדושין וא"כ

ע"כ דמיירי בהך עובדא שנתרצית בהדיא ואמרה הן ואף שלא מוזכר זה בש"ס. וכ"כ הרשב"א ז"ל בקדושין (ד' י"ג) בההיא איתתא דהוי מזבנא וורשכי אתא ההוא גברא חטף מינה אמרה לי' יהבינא נהלי' א"ל אי יהיבנא לך מקודשת לי יהב לה ואשתיקה דמיירי שאמר לה בשעת נתינה התקדשי לי בו דאל"ה פשיטא דאינה מקודשת דדילמא דידה מהדר לה אלא דתלמודא הוא מקצר עכ"ל שם עי"ש. וה"נ הש"ס מקצר ולא מזכיר רק שאמר לה התקדשי לי. ולהכי לר"ש דסתם גזילה הוי יאוש בעלים הוי מקודשת:

ועוד איכא למימר נמי איפכא דהתם הוי קדושין דאם איתא דלא ניחא לה הי' לה למוסרם להנגזל ולא להחזיקם במשיכלא דידה דמשמעות לישנא דהש"ס הוא דגם הנגזל הי' שם באותו מעמד (כדאמר חטף זוזי מחברי' ושדא לה משמע שהיו הדברים תכופין זה לזה] ולמה לה להחזיק בכלי שלה את הגזילה והי' לה לאמר מיד דלא ניחא לה בגזל או שהי' לה למוסרם להנגזל ומדשתקה ש"מ דניחא לה והוי קדושין אי לאו דלא הוי יאוש לרבנן דר"ש. אבל כשזרק לה משלו לא הוי קדושין דלא איכפת לה למשדינהו כמו דלא איכפת לה לאמר שאינה רוצה להתקדש כמ"ש רש"י ז"ל בקדושין (י"ב ע"ב) ד"ה הויא שתיקה עיי"ש וגם להחזיר להמקדש לא איכפת לה כיון שהוא בעצמו זרק מעותיו וא"כ אין סתירה מהך עובדא לדברי הרמ"ה ז"ל מיהו כבר כתבנו דיש סברא גדולה לאמר דגם הרמ"ה ז"ל מודה בטבעת שעל אצבעה דאמרינן מדלא שדתינהו ש"מ ניחא לה:

אולם בנ"ד דהבתולה אומרת שהטבעת שלה והוא מעצמו לקח את הטבעת אצל שכנתה והיא לא ידעה מזה כלל:

וקדשה בגזל דידה אף שתיקה דבשעת מתן מעות לא מהני דיכולה לאמר אין שקלי ודידי שקלי ומפשטא דמתניתין משמע דבהכחשת האשה והאיש היא נאמנת כדתנן בקידושין (דף ס"ה) האומר לאשה קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני היא מותרת בקרוביו ומה לי שאומרת לא קדשתני כלל מה לי אומרת שקדשה בטבעת שלה ולא נתרצית מעולם וכ"כ הרמב"ן ז"ל הביאו הר"ן בפ' האומר גבי תנאי דכל תנאי שבינו לבינה כגון ע"מ שתתן לי מאתים זוז או ע"מ שאתן לך מאתים זוז כלל גדול אמרו המוציא מחבירו עליו הראי' לפיכך בקידושין היא נאמנת ומותרת לשוק ובגירושין הוא נאמן ואסורה עכ"ל הרמב"ן ז"ל. וכתב הר"ן ז"ל שם שנחלקו עליו האחרונים גבי תנאי דשוא"ת בגירושין כגון ע"מ שלא תשתי יין עד יום פלוני אעפ"י שאמר לה עברת על תנאך לא כל הימנו לאוסרה שכל תנאי שהוא בביטול מעשה אין חוששין שמא בטלתו. אבל בקדושין כתב שם בתנאי דע"מ שאדבר עליך לשלטון כל היכא דלא מייתי ראי' שדיבר אינו בדין שתהא מקודשת והמוציא מחבירו עליו הראי' והוי לי' כאומר מנה לי בידיך והוא אומר א"י אם הלויתני

עי"ש מכ"ז מבואר ודאי דה"ה אם ההכחשה ביניהם אם הכסף קדושין הי' שלה או שלו נאמנת כל כמה דלא מייתי ראי' לדבריו:

ועוד שעד כאן לא אמרו בפ"ק דגיטין אין דבר שבערוה פחות משנים אלא דאיתחזק איסורא אבל הכא דלא איתחזק איסורא ע"א נאמן וכ"כ הר"ן ז"ל בהדיא בפ' התקבל גבי האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה דאסור בכל הנשים וז"ל הא אלו באות קרובות ואמרו לא קידשנו שליח ודאי מותר בהן דע"א נאמן באיסורין כ"ש הכא דלא איתחזק איסורא וחששא בעלמא הוא כמש"כ שמתוך שנאמנות על עצמן וניסת לאחרים נאמנות הן לזה וכך הם דברי הרמב"ן ז"ל עכ"ל ומ"ש הר"ן ז"ל עליו ולא נתברר דבריו אצלי מדאמרינן סתמא אסור בכל הנשים לא משמע דבעדות קרובות לחוד סגי ועוד אי מדינא אסור בכל הנשים שבעולם ולאו משום קנסא בלחוד איך מותר בעדות ע"א הוי לי' דבר שבערוה ואין פחות משנים אע"ג דלא איתחזק איסורא שהרי אפילו לאסור אמרו כן גבי אשתו זינתה בע"א אינה נאסרת לרבא עכ"ל הר"ן וכ"כ הר"נ ז"ל בחידושיו לגיטין ב' דבדבר שבערוה אין ע"א נאמן אף דלא איתחזק איסורא:

ולא הבנתי דבריו דמאי ראי' מייתי מאשתו זינתה דמה שאמרו שם דאינה נאסרת הוא משום דמעמידין אותה בחזקת היתר וצדקת שהי' לה עד עתה וכמ"ש התוס' (חולין י"א) ד"ה כגון אבל הכא שהע"א מסייע לחזקה שלא נתקדשה למה לא נאמין לדבריו להעמידם בחזקת פנויות וצ"ע עכ"פ למדנו מדברי הרמב"ן ז"ל דהאשה נאמנת היכא שמכחישין זא"ז בענין הקדושין וכ"כ הנוב"י במה"ק (בסימן נ"ט):

ובזה ביארנו הא דהקשו האחרונים ז"ל בהא דאמר רב פפא (בשבועות ל"ב) הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב ק"ש ובמתניתין תנן שבועות העדות נוהגת באנשים ולא בנשים ולר"פ אמאי אינה נוהגת בנשים הא אשה כשירה להעיד על מיתת הבעל ותתחייב ק"ש ואע"ג דמן התורה לא חזיא הא גם ע"א אינו נאמן מן התורה כמו שאמרו בר"פ האשה רבה משום דאתחזק איסורא והוי דבר שבערוה ואפ"ה מחייב ר"פ ק"ש וא"כ אמאי אינה נוהגת בנשים:

אבל לפי מה שבארנו דע"א נאמן היכא דליכא חזקת איסור אף בדבר שבערוה א"ש דבאמת מה"ת ודאי דאין עד נאמן להעיד במיתת הבעל אבל לבתר דתקינו רבנן שאם יבוא בעלה תצא מזה ומזה וכל הדרכים בה איכא חזקה דדייקא ומינסבא מתוך חומר שהחמרת עלי' בסופה וחזקה דדייקא ומינסבא מרע לחזקה דא"א כמ"ש התוס' בב"ב (דף ל"ב) דמה"ט בתרי ותרי קאי רק באשם תלוי ולא בחטאת עי"ש ולדינא דאורייתא דמותרת לחזור לבעלה הראשון דאנוסה היא ואם בעלה הראשון כהן ואסורה לחזור לו

מ"מ לבעלה השני מותרת דבאונס מותרת לבועל אפילו אם בעלה כהן ואם יבוא בעלה הראשון יגרשנה ותשאר תחת בעלה השני להכי לא דייקא וליכא חזקה דמרע לחזקת א"א להכי אין ע"א נאמן מן התורה אבל לבתר דתקינו דתצא מזה ומזה דייקא ומינסבא מותרת גם מן התורה דחזקה דדייקא מרע לחזקה דא"א:

ובזה א"ש הא דתנן בשלהי יבמות דר"א ור"י אמרי אין משיאין אשה עפ"י ע"א ואמרו שם שלא השיאו עפ"י ע"א אלא ר"י בן בבא וקשה הא ב"ש וב"ה נחלקו לעיל דב"ה אמרי לא אמרו אלא בבאה מן הקציר וב"ש אמרו אחת הבאה מן הקציר אחת הבאה מן הזיתים וחזרו ב"ה להורות כדברי ב"ש אלמא דגם בימי ב"ש וב"ה הוי אשה מהימנא לאמר מת בעלי דהוי קדמי טובא ולע"א דעלמא לא הוחזקו להיות משיאין עדיין ומאי שנא אבל לפמש"כ א"ש דהא דלא הוחזקו להיות משיאין ע"פ ע"א הוא משום דלא תקנו עדיין כל הדרכים דתצא מזה ומזה הלכך אשה בעצמה מהימנא דאם היא אומרת מת בעלי אם יבא בעלה גם מן התורה תצא מזה ומזה דמדידה היא ואסורה לבעל ולבועל וכיון דתצא מזה ומזה יראה לשקר ודייקא שפיר ואתא חזקה דדייקא ומינסבא ומרע לחזקה דא"א ונאמן כמ"ש דהיכא דליכא חזקה לאיסורא ע"א נאמן ואפילו בע"ד אבל ע"א דעלמא שהעיד שמת בעלה ונשאת לדינא דאורייתא אם יבא בעלה אם ישראל הוא מותרת לחזור לו מן התורה דאנוסה היא ואם כהן הוא מותרת לשני כמ"ש ולא דייקא וליכא מידי דמרע לחזקת א"א הלכך ע"א לא מהימן היכא דאיתחזק איסורא להכי אף שהאמינו לאשה על מיתת בעלה אף בימי ב"ש וב"ה מ"מ לע"א דעלמא לא האמינו משום דליכא חזקה דדייקא עד דתקינו שיהא כל הדרכים בה אף שנשאת עפ"י ע"א דעלמא ואז שפיר גם ע"א מהימן דאיכא חזקת דייקא ומינסבא ומרע לחזקה דא"א וע"א נאמן באיסורין אף מן התורה:

ובזה א"ש נמי הא דתנן דשבועות העדות אינה נוהגת בנשים דמן התורה ודאי דלא מהימנא אשה להעיד על מיתת בעל ומתניא הך מתניתין קודם שהוחזקו להיות משיאין ע"פ ע"א כהך משנה דשלהי יבמות דאמר ר"ע אין משיאין עפ"י אשה אע"ג דאיהו אמר בעצמו בברייתא דנשים נאמנות לאמר מת בעלי משום דברייתא מיירי אחר שהוחזקו ומתניתין מיירי קודם שהוחזקו דכה"ג מוקי רבי חנינא (בסנהדרין ל"ב) מתניתין דסנהדרין אחד דיני ממונות אחד דיני נפשות בדו"ח דנישנית קודם תקנה וקאי אדין תורה וה"נ הך משנה דאינה נוהגת בנשים מתני' קודם שהוחזקו דלא תקנו עדיין כל הדרכים בה ולא דייקא ולא מהימנא מן התורה אבל אחר שתיקנו בה כל הדרכים והוחזקו להשיא עפ"י נשים וראו להחמיר בסופה כדי להקל בתחילתה מהימנא אף מן

התורה משום דדייקא ומינסבא מרע לחזקה דא"א ושפיר אמר ר"פ דע"א במיתה חייב ק"ש דהשתא דקיי"ל דתצא מזה ומזה נאמן מן התורה:

הנה הארכנו קצת לבאר דהיכא דלא איתחזק איסורא ע"א נאמן אף בדבר שבערוה ובנ"ד נאמנת לאמר שהטבעת שלה ולא נתרצית להתקדש כלל ואין שייך כאן חזקה מה שתחת יד אדם הוא שלו דזה לא שייך אלא בדבר שהוא תחת ידו ככל שאר חפציו אבל אדם הנכנס בבית חבירו וראינו שחפץ מונח בידו אין כאן חזקה שהוא שלו דאין שום אדם מקפיד על חבירו אם נוטל כלי שלו בידו כ"ז שאינו רואה שנוטלו לעצמו ממש:

ועוד דאף לפי דברי המקדש שאמר שהיה מדובר ביניהם שתתן לו הטבעת שיקדש אותה מ"מ הא ודאי דלא קנה אא"כ יקיים התנאי ויקדש אותה ואם הוא הי' חוזר בו ולא רצה לקדשה מחוייב להחזיר הטבעת וה"נ הכא בנ"ד שרצה לקדשה ובתחילת הנתינה לא רצתה היא נמי לא נתקיים התנאי. דאף דקיי"ל נתינה בע"כ שמי' נתינה מדאורייתא כמו שפסקו בשו"ע (סימן קמ"ג) מ"מ קידושין בע"כ לא הוי קידושין והיא נתנה רק ע"מ שיקדשנה וכיון דבתחילת הנתינה לא רצתה בקידושין זכתה בהטבעת ודידה שקלה ולא מהני מה שלא זרקתו אח"כ והחזיקתו על אצבעה ואין סברא לאמר דאף שלא רצתה להתקדש מתחילה מ"מ לא יצא עדיין הטבעת מרשות המקדש דהא נתנה לו (לפי דבריו) כדי לקדשה ואם עכשיו אין רצונה להתקדש מ"מ עדיין יכול לקדשה לאח"ז וכיון שהחזיקה את הטבעת אח"כ הוי קדושין דז"א דאדרבה הוא לא קנה אא"כ יקדש אותה בהאי טבעת וכיון שבא לקדשה ולא רצתה חזרה בה לגמרי מנתינתה והיא יכולה לחזור בה דהא לא הקנית לו במעכשיו וכיון שחזרה בה דידה שקלה ולא מהני מה שאח"כ החזיקה הטבעת אף אם נתרצית לקדושין ע"י החזקת הטבעת על אצבעה וזה ברור:

גם יש להקל מחמת ששמעו העדים שבקשה ממנו הטבעת להטמינו שלא יאבד א"כ איכא למימר דמה שהחזיקה אותו על אצבעה הוא כדי להטמינו וכמ"ש התוס' בקידושין (דף ט') גבי הבה מיהבה דאדעתא דמעיקרא קאמרה עיי"ש. ויש להאריך בפרט זה אבל א"צ לכ"ז כי כבר כתבנו שיש די להקל להתיר הבתולה להנשא:

סימן קמא

לבאר דין קדושי קטנה שלא מיאנה ונתגדלה:

לכאורה נראה בהא דאמרינן ביבמות (דף ק"ט) שני אחין נשואין לשתי אחיות אחת (דף ק"ט) שני קטנה ומת בעלה של גדולה דר"א סובר מלמדין את הקטנה שתמאן ור"ג סובר אם מיאנה מיאנה ואם לאו תמתין עד שתגדיל ותצא הלזו משום אחות אשה ובעי ר"א מרב מ"ט דר"ג קא סבר ר"ג קדושי קטנה מתלי תלי וקאי אי גדלה גדלי' בהדה, ואע"ג

דלא בעל או דלמא קסבר ר"ג המקדש אחות יבמה נפטרה יבמה והלכה לה אי בעל אין ואי לא בעל לא ופרש"י ז"ל גדלי בהדה ואע"ג דלא בעל דניקדשה השתא מ"מ משגדלה תפסי קידושי' מעיקרא ואיגלא מלתא מעיקרא דזיקה דהך לאו כלום או דלמא קידושי קמאי לאו כלום נינהו ומשום קידושין דבעילה משגדלה נפקא הך יבמה ואע"ג דזיקה קודמת לקידושין קסבר רב המקדש אחות יבמה נפטרה יבמה דאתי קידושין ומבטלה לזיקה עכ"ל:

והנה רש"י ז"ל פי' הא דאמרינן לכי גדלה גדלי בהדה היינו שחלו הקידושין למפרע ולכאורה פירושו מוכרח דהא חזינן דאי אמרינן דטעמא דר"ג משום דסובר קידושי קטנה מתלי תלי וקאי ולכי גדלה גדלי בהדה אין אנו צריכין לומר דסובר ר"ג המקדש אחות יבמה נפטרה יבמה והלכה לה וע"כ הטעם משום דגדלי בהדה וחיילי למפרע א"כ אין זה מקדש אחות יבמה רק מקודשת למפרע ובמק"א הקשינו על דברי רש"י ז"ל מהא דאמרינן (בדף ס"א) כהן לא ישא את הקטנה ומפרש ראב"א דמיירי בכה"ג משום דאימת קא קני לה לכי גדלה בעולה היא וקאמר רבא מכלי לב אי דקדשה אבוה מההוא שעתא הוא דקא קני לה אי דקדשה נפשה ר"א הוא ולא רבנן דודאי גם רבנן סברי כן ע"ש וא"כ מאי מקשה רבא ומתמה ארב אדא בר אהבה דלמא רבנן סברי דבקדשה נפשה מותרת לכה"ג משום דגדלי קידושין בהדה ואין כאן איסור בעולה לכה"ג כיון דחיילי הקידושין למפרע והרי היא אשתו למפרע והרי ר"א בעי למימר הכי ורב ששת אמר ארב דסובר דלא חיילא למפרע אמינא כי ניים ושכיב רב אמר להא שמעתא ויבואר לקמן דכמה מרבותינו הראשונים ז"ל פסקו כרב ששת ומדוע תמה רבא על ר"א בר אהבה דסובר דלרבנן דר"א כה"ג נושא את הקטנה והא ר"א אמר מלמדין את הקטנה שתמאן וע"כ דסברי דקידושי קטנה לא גדלי בהדה ור"ג פליג עלי' לרב ששת וסבר דגדלי בהדה ולהכי סובר תמתין עד שתגדיל ותצא משום אחות אשה ואימא דרבנן דר"א בכהן לא ישא את הקטנה הוא ר"ג ואמאי אמר רבא על הך אוקימתא דר"א בר אהבה מכלי לב:

והנה באמת התוס' והרשב"א ז"ל בחי' פירשו הא דאמרינן לכי גדלה גדלי בהדה היינו שחלו הקידושין לכי גדלה והוקשה להתוס' כיון דסובר דהמקדש אחות יבמה לא נפטרה יבמה א"כ אמאי תצא הלא משום אחות אשה הא הני קידושין דקטנות חיילא לאחר שגדלה ולא למפרע וע"ז תירצו התוס' דכיון דממילא חיילא בלי שום מעשה להכי נפטרה יבמה והלכה אף דהמקדש אחות יבמה לא נפטרה יבמה מכל מקום היכא דקידושין חיילי ממילא נדחה הזיקה ג"כ אע"ג דהקידושין חלין אח"כ ועיין ברשב"א ז"ל שהסביר הדבר במה חיילי הקידושין לכי גדלה ותירץ דדמי למקדש לאחר למ"ד יום דהוי קדושין

אף שנתאכלו המעות ואף דקבלת קטנה לאו כלום הוא מ"מ כיון דהוי קדושין מדרבנן אף בקטנות חייל עלה שעבוד כסף קדושין ומהני למהוי קדושין דאורייתא לכי גדלה ועיין ברי"ף ז"ל שכ' דאיכא כמה רבוותא דפסקי כרב ששת דלכי גדלה גדלי בהדה וכן פסק הר"מ ז"ל (בפ"ה מהלכות אישות הלכה ח') וז"ל ולמה יוצאת בלא גט מפני שאין קידושיה קידושין גמורין מן התורה אלא מדברי סופרים והן תלויין שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה גמרה קידושי' ונעשית א"א גמורה וא"צ לחזור ולקדשה אחר שגדלה וכ"כ שם (בהלכה ט"ז) המקדש אשה שחצי' שפחה וחציה ב"ח אינה מקודשת קידושין גמורין עד שתשתחרר וכיון שנשתחררה גמרו קידושיה כקדושי קטנה שגדלה וא"צ קידושין אחרים עכ"ל הרי שפסק כרב ששת דקידושי קטנה גדלי בהדה לכי גדלה וכן כ' הראב"ד ז"ל בהשגותיו (בפ"ד מהלכות אישות הלכה ט"ז) בכוונת הרמב"ם ז"ל שסובר דקידושי קטנה גומרין כשגדלה:

וראיתי למהרי"ק ז"ל (בשורש למ"ד) שתמה על הרמב"ם ז"ל שדבריו סותרים למ"ש (בהלכות גירושין פרק י"א הלכה ואו) וז"ל קטנה שלא מיאנה והגדילה אעפ"י שלא בעלה משנעשית י"ב שנה ויום אחד הרי זו אינה ממאנת שהרי הגדילה וצריכה גט מדברי סופרים עכ"ל הרי שסובר דקידושי קטנה שלא נבעלה הוי רק מדברי סופרים וצריכה גט מדרבנן:

והנה קושיית המהרי"ק על הר"מ ז"ל הי' נראה לי ליישב דמ"ש (בהל' אישות) דהוי דאורייתא וגדלי בהדה הוא היכא שישבה תחתיו ולא גילתה דעתה כלל שאינה רוצית להיות אשתו כמו שכתב התם וישבה עם בעלה ולהכי אמרינן דגדלי בהדה ובהלכות גירושין מיירי שכבר קודם שנתגדלה גילתה דעתה שאין רצונה בו ויצאת מתחת ידיו רק שלא מיאנה כדין מיאון בפני שנים דאף דלא הוי מיאון כ"א כשמיאנה בפני ב' מ"מ שוב לא נוכל לומר דגדלי קידושין בהדה למהוי קידושין דאורייתא דהא הרשב"א ז"ל כ' דטעמא דגדלי בהדה הוא משום דדמי למקדש שיחול לאחר שלשים. והתם גופא אם חזרה בה תוך שלשים לא הוי קידושין כדאיתא בר"פ האומר להכי בקטנה נמי מהני מה שחזרה בה שלא יחולו הקידושין כשגדלה וצריכה גט רק מדברי סופרים שתקנו דבגדלות לא ממאנה כמ"ש רש"י ז"ל בנדה (דף מ"ו) והרשב"א ז"ל (בפ' ב"ש):

מיהו קשה לשון הר"מ ז"ל שכ' שם (בהלכות גירושין) בסיום דבריו צריכה גט מדברי סופרים שהרי לא בא עלי' אחר שהגדילה כדי שתהי' א"א גמורה ואם נימא דדעת הר"מ ז"ל דבישבה תחתיו עד שהגדילה נעשית א"א גמורה דגדלי קידושין בהדה הול"ל שהרי לא ישבה תחתיו עד שהגדילה כדי שתהי' א"א גמורה כמו שחשיב התם שהרי לא נבעלה

משהגיעה לשני נערות ולא נבעלה אחר שגדלה. הול"ל נמי שהרי לא ישבה תחתיו עד שהגדילה וע"כ דסובר דליכא קידושין דאורייתא אלא בנבעלה משהגיע לשני נערות דאז חיישינן מן התורה שמא נשרו או בנבעלה אחר שהגדילה ממש דהוי קידושין וודאין אבל אם לא נבעלה כלל לא גדלי קידושין בהדה והוי רק קידושין דרבנן:

ועוד קשה על דברי הר"מ ז"ל דכיון דסובר דקידושי קטנה מתלי תלי וקאי ולכי גדלה גדלי בהדה והויא א"א גמורה א"כ הא דאמר רב דימי בנדה (דף מ"ו) הלכתא חוששין שמא נשרו וה"מ היכא דקידש לפני זמן ובעל לאחר זמן דהוי לי' ספיקא דאורייתא אבל מעיקרא לא דהיינו אם לא בעל כשתגדיל אין חוששין שמא נשרו וכן פ' הר"מ ז"ל (בהלכות גירושין) דאם לא בעל בשני נערות אין חוששין שמא נשרו וכיון דהר"מ ז"ל פ' דכל קטנה קידושי' גמרו בהדה ונעשית א"א גמורה מן התורה א"כ בלא בעל בגדלות נמי הא איכא ספיקא דאורייתא דשמא כבר גדלו ונשרו וגדלו קידושין בהדה ומדברי רב דימי בעצמו לא קשיא דאפשר לומר דרב דימי מספקא לי' אי גדלו בהדה אי לא ולא שמיע לי' ברייתא דמייתי רב ששת דקידושי' תלויין להכי אמר דבנבעלה וודאי חוששין שמא נשרו כיון דבעל לשם קידושין הוי ספיקא דאורייתא אבל בישבה תחתיו ולא נבעלה ומספקא לן אם הביאה סימנין או לא לא חיישינן שמא נשרו דהא הוי ס"ס שמא לא נשרו ואת"ל נשרו שמא אין הקידושין גדילין בהדה אפילו כשגדלה וכן להרי"ף ז"ל דפסק הא דרב דימי נמי לא קשה דאיהו פ' ג"כ דהא דגדלי בהדה הוי ספק א"כ בספיקא דשמא נשרו הוי ס"ס. אבל על הרמב"ם ז"ל קשה שהוא פסק דקידושי קטנה גדלי בהדה בפשיטות כרב ששת ופסק ג"כ דבלא נבעלה בהגיע ימי נערות א"צ גט מן התורה. ומשמע אעפ"י שישבה תחתיו ולא מיחתה מ"מ כיון שלא נבעלה לא הוי קידושין מן התורה ואמאי הא בעינן למיחש שמא נשרו וגדלו בהדה ואין לומר דמוקמינן לה אחזקת פנוי' ולא גדלה עדיין כמ"ש התוס' בקידושין (דף ע"ט) גבי קדשה אבי' בדרך דאי לאו דקדשה עצמה בעיר דהוי א"א ממ"נ הוי מוקמינן לה בחזקת פנוי' דא"כ בבעל אחר זמן ולא נמצא לה שערות נמי נוקי בחזקת פנוי' א"ו דא"א לאוקמי אחזקת פנוי' משום דאיכא כנגדה חזקה שכיון שהגיעה לכלל שנותי' הביאה סימנין כמו דקאמר רבא שם בנדה (דף מ"ו) קטנה שהגיעה לכלל שנותי' א"צ בדיקה חזקה הביאה סימנין דאף דמסקינן דכי אמר רבא הנ"מ למיאון אבל לחליצה חיישינן בלא בדיקה היינו משום דלחליצה איכא נגד חזקה שהביאה סימנין חזקת יבמה לשוק אבל בל"ה חזקה שהביאה סימנין חזקה מעליא הוא:

ונראה לי ליישב שיטת הרמב"ם ז"ל דהנה בדברי רב דימי שם בנדה קשה טובא דקאמר וה"מ דקדיש בתוך זמן ובעל לאחר זמן אבל מעיקרא לא דלשון אבל מעיקרא דקאמר

צריך ביאור דהול"ל וה"מ אם בעל לאחר זמן אבל לא בעל לאח"ז לא ומאי לשון מעיקרא דקאמר ותו מאי האי דקאמר וה"מ דקדיש בתוך זמן ובעל לאחר זמן ול"ל למימר דקדיש בתוך זמן הא בכולה סוגיא קיימינן בקידושי קטנה והול"ל וה"מ דבעל לאח"ז אבל לא בעל לאח"ז לא:

ונראה לפי מה שכתבנו במק"א ליישב קושיית התוס' בחולין (דף י') דילפינן דאזלינן בתר חזקה מקרא דהבא אל הבית טמא ודלמא אדנפיק ואתי בציר לי' שיעורא והקשו התוס' דכיון דמיירי אפילו כשנמצא הנגע חסר לפנינו אפ"ה מוקמינן הנגע אחזקתו ואמאי נוקי גברא אחזקת טהרה כיון שהנגע חסר לפנינו כמו דאמרינן גבי מקוה דמעמידין גברא בחזקת טומאה ואין מעמידין מקוה בחזקת שלימה משום שהרי חסר לפניך ומקרי תרתי לריעותא:

ונראה דלק"מ דהא דאמרינן דחזקה דאתרעי נדחה מפני חזקה המתנגדת לה שלא אתרעי כמו הכא דחזקת שלימת המקוה דאתרעי ונמצא חסר נדחית מפני חזקת טומאה דגברא וחשבינן לי' לוודאי טמא היינו משום דהתם כשאנו רוצים לטמא את האדם מפני חזקתו ולסתור חזקת שלימה דמקוה אין אנו צריכים לסותרה מקודם שטבל בה האדם דאף אם נימא דקודם שטבל בה האדם היתה שלימה רק ברגע קודם הטבילה נחסרה נמי לא מהני לי' טבילה להכי שפיר מעמידין גברא אחזקתו ואמרינן דבשעת טבילה חסירה היתה ואף דעד שטבל בה האדם היתה בחזקת שלימה מ"מ קודם טבילתו נחסרה משא"כ בנגע אם באנו לסתור חזקת שלימה דנגע מפני חזקת טהרה דגברא לא מהני מה שנאמר שהנגע חסר ברגע קודם שבא זה אל הבית דהא כיון שהי' בו כגריס בשעת הסגר הוא טמא אף שנחסר אח"כ ולא מצינו לטהרו אלא א"כ נימא דקודם הסגר חסר הנגע וההסגר הי' שלא כדין וזה לא אמרינן דכיון דקודם שבא זה אל הבית החזקנו את הנגע שהיא בחזקת שלם ויש בו כגריס כמו שהי' בשעה שראוהו הכהן עכשיו נמי שהטהור בא אל הבית לא נסתור חזקת שלימה דנגע שהחזקנו מכבר מחמת חזקת טהור דגברא ודווקא היכא דאין אנו צריכין לסתור החזקה למפרע רק מכאן ולהבא בזה אמרינן דחזקה דלא אתרעי דוחה חזקה דאיתרעי אבל לדחות אותה למפרע טרם שנולד חזקה המתנגדת לה אין אנו יכולין והוי ספק איסור לא וודאי:

ובדרך הזה מבואר היטיב הא דחוששת רב דימי שמא נשרו בבעל לאח"ז ובחששת דגדלי בהדה לא חשש לשמא נשרו דבאמת יש לאשה זו שאנו מסופקין בגדלותה חזקת פנוי' רק שנגד חזקת פנוי' יש חזקה דכל שהגיע לכלל שנותי' מסתמא הביאה סימנין כדאמר רבא שם מיהו הך חזקה דהביאה סימנין אתרעי דהרי חזינן דל"ל שערות שהרי איכא

למ"ד דאין חוששין כלל שמא נשרו ומדלית לה השתא לא הוי לה כלל וכ"כ הב"ש (בסימן קנ"ה ס"ק כ"ב) דהך חזקה שהביאה סימנין איתרעי ע"י שאין לה עכשיו וכל היכא שהחזקות מתנגדות וחזקה אחת איתרעי לפנינו אזלינן בתר חזקה דלא אתרעי ובעינן למיזל בתר חזקת פנוי' דלא אתרעי ולא בתר חזקה דהביאה סימנין דאתרעי מחמת שאין סימנין לפנינו מיהו חזקת הבאת סימנין מתחיל מתחילת שנת י"ג דאז בכניסת שנת י"ג יש לדונה לענין נדרים [למ"ד מופלא סמוך לאיש לאו דאורייתא] ולכל מילי טובא כגדולה מחמת הך חזקה וחזקת פנוי' המתנגדת לה להחזיקה כקטנה לא שייך לומר אלא בשעה שנולד בה ספק קידושין דאורייתא וכל היכא שהחזקה המתנגדת נולד אח"כ אין בכחה לבטל החזקה שהי' בה מקודם לו אף שהחזקה שהי' בה מקודם אתרעי ולפ"ז אמר רב דימי שפיר דמי שקידש בתוך זמן ובעל לאחר זמן דהיינו שלא ישבה תחתיו בתחילת גידולה ולא היה בה מעשה חשש קידושין אלא מה שנתקדשה בתוך זמן ומה שנבעלה לאחר זמן דבעל לשם קידושין כמו שפירש"י ז"ל ע"ש בהא אנו צריכין למיחש שמא נשרו דהרי יש לה חזקה מיד שהגיעה לכלל שנותי' שהביא סימנין ואף שיש חזקת הפנוי' המתנגדת לה וחזקת הבאת סימנין אתרעא שהרי אין שערות לפנינו: מ"מ הרי חזקת הבאת סימנין הוחזק בה גם מקודם שנבעלה וחזקת פנוי' לא נולד עד שנבעלה דקודם בעילה לא שייך לומר חזקת פנוי' שהרי אין כאן חשש ספק קידושין שהרי לא נבעלה עדיין ולא ישבה תחתיו שנימא דגדלי בהדה ורק אחר הבעילה שנולד ספק קידושין שייך לומר שיש לה חזקת פנוי' ובשעת בעילה קטנה היתה ואין כח בחזקת פנוי' הבא אח"כ לסתור חזקת הבאת סימנין שהוחזק בה מקודם ולהכי חוששין שמא נשרו וצריכה גט מספק מן התורה. וכ"ז הוא דווקא בקידש בתוך זמן ולא ישבה תחתיו רק שבעל לאחר זמן אבל מעיקרא לא היינו אם החשש קידושין הוא משום מעיקרא דהחשש הוא שמא גדלה כבר וגדלי קידושין הראשונים בהדה והיינו כגון שישבה תחתיו בתחילת גדלות ולא מיחתה בו דאז החשש הוא משום קידושין דמעיקרא כמו שסובר רב ששת ביבמות דקידושי קטנה גדלי בהדה בזה אין חוששין שמא נשרו דהרי אז התחיל בה ספק קידושין מיד בכניסת שנת י"ג שתיכף יש להסתפק בה אם היא גדולה וגדלי קידושין דמעיקרא בהדה או לא ויש לדון בה חזקת פנוי' שעדיין היא קטנה בזה אם נבדקה ולא הי' בה שערות א"צ גט מן התורה. דכיון שבא עלי' חזקת פנוי' מיד שגדלה בזמן שהי' דנין עלי' חזקת הבאת סימנין באותו זמן ממש יש לדון עלי' חזקת פנוי' וחזקת הבאת סימנין אתרעאי שהרי אינן לפנינו שבקינן חזקת הבאת סימנין ואזלינן בתר חזקת פנוי' המתנגדת לה וא"צ גט:

ולא מיבעיא היכא דלא בעל לאחר זמן כלל ואנו באין לספק בה משום קידושין דאורייתא רק מחמת גדלי בהדה דוודאי א"צ גט מטעם זה שנולד בה מיד בתחילת גדלות חזקת פנוי' אלא אפילו נבעלה לאחר זמן כל שיש לספק בה משום קידושין דמעיקרא דגדלי בהדה כגון שישבה תחתיו בתחילת גדלות א"צ גט דכל שיש בה ספק בתחלת גדלות ושייך לאוקמה אחזקת פנוי' בכניסת שנת י"ג מתבטלת חזקת הבאת סימנין ע"י חזקת פנוי' ככלל המסור בידינו בדיני חזקות דשבקינן חזקה דאתרעאי ואזלינן בתר חזקה המנגדת לה:

ומדוקדק היטיב לשון רב דימי דא"צ גט אלא קידש בתוך זמן ובעל לאחר זמן ויותר מזה לא ישבה תחתיו כלל אבל מעיקרא לא, היינו דכל היכא שאנו באין לדון עלי' אם חיילי קידושין דמעיקרא וגדלי בהדה בזה א"צ גט אף בעל לאחר זמן שהרי אז אנו משתמשין בחזקת פנוי' מיד בתחילת כניסת י"ג:

ומיושב היטיב דעת הר"מ ז"ל במה שפסק דקידושי קטנה גדלי בהדה מה"ת שהרי זה מבואר היטיב בדברי רב דימי לפי דברינו דגדלי בהדה ואעפ"י שסובר רב דימי דגדלי בהדה מ"מ בספק שמא נשרו לא חיישינן לחשש גדלי בהדה משום דמוקמינן לה בחזקת פנוי' מה"ת. ובזה מיירי הר"מ ז"ל (בפ' י"א מהלכות גירושין הלכה ואו) שכתב קטנה כו' שלא מיאנה והגדילה ואעפ"י שלא בעלה משנעשית בת י"ב שנה ויום אחד ה"ז אינה ממאנת שהרי הגדילה וצריכה גט מד"ס ע"כ התם נמי מיירי שבתחילת שנת י"ב לא ישבה תחתיו רק שלא מיאנה עדיין והכי משמע לשון קטנה שלא מיאנה דביושבת תחתיו לא שייך לשון לא מיאנה רק באינה יושבת תחתיו רק שלא מיאנה עדיין מיירי: דהתם לא חיישינן שמא נשרו משום דמעמידין אותה בחזקת פנוי' וע"ז מסיים הרמב"ם ז"ל שהרי לא בא עלי' אחר שהגיעה לשני נערות עד שנחוש שמא הביאה סימנין ותהיה ספק מקודשת דאם נבעלה אחר שהגיעה לכלל י"ב אז חוששין שמא נשרו דאין מעמידין אותה בחזקת פנוי' כיון שהוחזקה בשנים שהביאה סימנין קודם שנבעלה וחזקת פנוי' לא בא עליה עד שנבעלה דהא קודם שנבעלה לא שייך לומר דמעמידין אותה בחזקת פנוי' ואינה גדולה דהא אפילו היא גדולה נמי פנוי' היא דלא גדלי קידושין דמעיקרא בהדה כיון שלא ישבה תחתיו ודברי הר"מ ז"ל נכונים לפי דברי רב דימי דבבעל לאחר י"ב חיישינן שמא נשרו ודווקא בלא ישבה תחתיו אחר שהגיע שנת י"ג אבל בישבה תחתיו בשנת י"ג אף בבעל א"צ גט:

ועוד נ"ל ליישב הא דקשה אמאי אין חוששין שמא נשרו וגדלי קידושין בהדה בלא בעל דהא הרשב"א ז"ל כתב בטעמא דקדושי קטנה מתלי תלי וקאי וכי גדלה גדלי בהדה

דאע"ג דקדושי קטנות לאו כלום הוא מ"מ דמי למקדש שיחולו הקידושין לאחר למד יום דמקודשת אף שנתאכלו המעות ואף דקבלת קטנה לאו כלום מ"מ הא איכא עלי' שעבוד מקדושי דרבנן ומהני הא שעבודא למהוי קידושין דאורייתא ע"ש בדבריו ז"ל א"כ כיון דדמי למקדש לאחר ל' יום והגיע יום ל' ולא חזרו בהן דהוי קידושין הוא רק אחר שהתחיל בוודאי יום ל' אבל בהשמ"ש דיום למ"ד לא הוי אפילו ספק קידושין דלא מחית איניש נפשי' לספיקא ואמרינן בעירובין (דף ל"ו) ככר זה היום חול ולמחר קודש מערבין לו בה משום דמספיקא לא נחתא קדושה ובארנו במק"א דאין זה מטעם חזקה אלא משום דלא ניחא לי' דתיחות קדושה מספק וכ"כ הריטב"א ז"ל בחידושיו שם בהדיא וא"כ ה"נ קטנה שקבלה קדושי' דאמרינן דדמי למקדש שיחול כשתגדל אין הקדושין חלין אלא לאחר שהיא בוודאי גדולה ולא בספק ובהשמ"ש דכלות יום האחרון של שנת י"ב לא חיילי הקדושין דלא מחית איניש נפשי' לספיקא ואין רצונם בספק קידושין אלא בקדושין וודאין וכשיהי' בוודאי יום תחלת י"ג אז חלין הקדושין ולא בהשמ"ש ובקידושין (דף ס"ד) מדמי קדושין לנדרים דאמרינן גם בקידושין לא מחית איניש נפשי' לספיקא גבי קדשתי את בתי הגדולה דקיי"ל כר' יוסי דכולן מותרות חוץ מגדולה שבגדולות:

ואף דאמרינן ביבמות (דף ל"ד) דמשכחת לה י"ו חטאות בשופעת מתוך י"ג לאחר י"ג לחיובי אינהו ומתוך י"ב לאחר י"ב לחיובי אינהי דאתי איסור א"א ואשת אח ואחות אשה ואיסור נדות בהדדי ומיירי דשוו שליח בקטנותן שיחול הקדושין כשיגדלו ולפי דברינו הא לא אתי בבת אחת דאיסור נדות חייל בתחילת יום י"ג אף שהוא בהשמ"ש שהרי הוא איסור הבא מאיליו וחייל מספיקא והקידושין לא חיילי בהשמ"ש עד שיתברר שהוא יום תחלת שנת י"ג דלא מחית נפשיה לספיקא הא לא קשיא דהא מוקמינן התם מתניתין כר' שמעון ור' שמעון הא אית לי' (בנזיר ל"ד) דמחית אינש לספיקא גבי הריני נזיר אם יש בכרי הזה מאה כור והלך ומצא שנגנב או שנאבד דהוא נזיר ספק וה"ה גבי קדושין דבהשמ"ש חיילא ספק קידושין כמו איסור נדות ולהכי אתי בהדדי וכ"כ הרמב"ן והרשב"א ז"ל בחי' ליבמות דמוקמינן לה כר"ש לכל מילי ואף לענין אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עיי"ש] ואף שהתוס' כתבו שם בעירובין בהא דאמרינן בלגין טבול יום ומלאוהו יין ואמר הרי זה תרומה משתחשך דבריו קיימין ואם אמר ערבו לי בזה לא אמר כלום ואמר שם רבא זאת אומרת סוף היום קונה עירוב דאי תחילת היום קונה הא כבר נטהר הלגין בתחילת היום והקשו התוס' הא אמרינן מספיקא לא נחתא קדושה ובתחלת היום שהוא ביהשמ"ש לא הוי עדיין תרומה כיון שאמר לכשתחשך והוי טבל בתחילת היום ולהכי לא מהני עירובו ומנא לי' דסוף היום קונה עירוב הא אפשר לומר דתחילת

היום קונה ואפ"ה לא אמר כלום משום דתחילת היום הוי ביהשמ"ש והוי עדיין טבל ותירצו דדוקא בככר זה היום חולין ולמחר קודש אמרינן דמספיקא לא נחית לי' קדושה שהרי הי' יכול להקדיש מיד ולא הקדיש עד למחר אמרינן דדעתו אוודאי ולא אספיקא. אבל בלגין שלא הי' יכול לומר שיחול התרומה מיד דהא תטמא מחמת הכלי להכי אמר לכשתחשך בזה אמרינן בתחילת היום חיילא התרומה כשנטהרה כלי אף שהוא ביהשמ"ש והוי ספיקא וא"כ ה"נ בקטנה שקבלה קדושין שלא הי' יכול לקדשה עכשיו בעינן למימר דגם ביהשמ"ש חייל קידושין למהוי ספק קידושין מ"מ הא הריטב"א ז"ל שם בחי' כ' תירוץ אחר ולא מחלק בין הי' יכול להקדיש שיחול מיד אי לא ומחלק שם תירוץ אחר דבתרומה חייל ביהשמ"ש משום דכיון דקביע בו איסור טבל מכבר וודאי ניחא לי' שיחול התרומה אף ביהשמ"ש משא"כ בככר זה הקדש דמדעתו קא מקדיש אמרינן מספיקא לא בעי למיחת להו קדושה וא"כ ה"ה בקדושין דמדעתו מקדש אמרינן מספיקא לא בעי שיחולו הקדושין עיי"ש בריטב"א. וכיון שבארנו דמקדש לכשיגדיל לא חיילי הקדושין ביהשמ"ש של תחלת יום י"ג א"כ ה"ה ביום י"ג כ"ז שלא נבדקה ולא ראינו שהביאה שערות נמי לא חיילי הקדושין משום דלא מחית נפשי' לספיקא ואינו רוצה שיחולו הקדושין עד שתבדק ויהי' לה סימנין ואף דאיכא לחלק דספק דביהשמ"ש הוא ספק לכל שא"א לברר לשום אדם ולא חיילי קידושין מספק אבל בספק אם הביאה סימנין לא שייך לומר לא מחית אינש נפשי' לספיקא דהא אם יבדוק יראה שיש סימנין וכ"ז שלא בדק חיילי הקידושין ודייניין להו בספק קידושין זה אינו דגבי הריני נזיר אם יש בכרי מאה כור והלך ומצא שנגנב או שנאבד מתיר ר"י משום דלא מחית נפשי' לספיקא וודאי דמיירי אף שנגנב או נאבד אחר שנדר בנזיר דאלו הוי ראה אחר שנדר אפשר שהי' מוצא שיש בכרי מאה כור ואפ"ה כיון שנגנב אח"כ ולא נודע לו שיש בכרי מאה כור אינו נזיר וה"ה הכא בקידושין אם תלה לכשתגדל יהא קידושין כ"ז שלא נבדקה ונמצאת גדולה לא הוי קידושין ואף שנשרו ואפשר דאלו הוי בדק מעיקרא הוי מצא סימנין מ"מ כ"ז שמסופק לן לא מחית נפשיה לספיקא:

ואף לרבא דאמר בנדרים (דף י"ט) דכל שספיקו חמור מוודאו לא מעייל נפשי' לספיקא דאלו גבי נזיר וודאי מגלח ומביא קרבן ונאכל על ספיקא לא מצי מגלח ובזה דווקא אמר ר"י דלא מעייל נפשי' לספיקא משום דספיקא חמור מוודאי מ"מ ה"נ גבי קידושין איכא למימר דלא מעייל נפשי' לספיקא שיחולו הקידושין עד שלא תבדק דאם נימא דלא חיילי מספק הקידושין אם ישבה תחתיו קודם שתבדק ויכולה למאן אם תקבל קידושין מאחר תוכל להתגרש ותשוב לבעלה הראשון דכל שיצאת במיאון מותרת לחזור לו כדאמרינן

ביבמות (דף ק"ח) וכן אם יהי' קידושין וודאין לא תפסי קידושי אחר כלל משא"כ אם יהי' ספק קידושין תפסי קידושי אחר מספק ואסורה לחזור לראשון וכיון דספיקא רע לו מוודאי אמרינן שפיר דלא נחית נפשי' לספיקא. ודמי להריני נזיר אם יש בכרי הזה מאה כור והלך ומצא שנגנב או שנאבד דאינו נזיר לר"י דהלכתא כוותי' והתם וודאי דמיירי אפילו אם בשעה שנדר הי' הכרי שלם והי' יכול לבדוק אם יש בכרי מאה כור או לא ואח"כ נולד ספק וה"נ אם מקדש לכשתגדל וכשגדלה ישבה תחתיו ולא נבדקה וכשנבדקה לא נמצא סימנין ויש ספק אם נשרו לא חיילי קידושין מספק וא"ש הא דאמר רב דימי מנהרדעא דכשלא בעל אין חוששין שמא נשרו ולא חיישינן לספיקא דגדלי בהדה משום דלא עייל נפשי' לספיקא:

והנה כ"ז בארנו דעת הר"מ ז"ל בקידושי קטנה דסובר דגדלי בהדה אע"ג דלא בעל ודווקא אם נתקדשה בכסף לדעת הרשב"א ז"ל אבל בקטן שקידש לא הוי קידושין אף אחר שיגדל אף בקידושי כסף וטעמא רבא איכא לחלק בינייהו לפמ"ש הר"ן ז"ל בנדרים (דף כ"ט) בהא דאמר התם ואשה כפדאוהו אחרים דמי וז"ל דכיון שהתורה אמרה כי יקח איש אשה ולא אמר כי תלקח אשה לאיש לא כל הימנה שתכניס עצמה לרשות הבעל ומה"ט אמרינן בקידושין דאי אמרה הריני מאורסת לך אין בדברי' ממש אלא מכיון שהיא מסכמת לקידושי האיש היא מבטלת דעתה ורצונה ומשווי לנפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו הלכך אין אנו דנין בקידושין מצד האשה אלא מצד הבעל וכו' עיי"ש:

ובארנו דבריו במק"א דאין האשה עושית שום קנין רק שמסכמת להקנות עצמה והבעל עושה הקנין בעצמו והיא עושה רק פעולת הרצון לחוד וכבר בארנו במק"א שקטנה יש לה רצון כמ"ש הר"מ ז"ל לענין זנות דקטנה רק דגזירת הכתוב שאין הקטנה ניקנית דכתיב כי יקח איש אשה ולא קטנה להכי כ"ז שהיא קטנה לא חל הקנין של קידושין כלל אבל כשגדלה דיכול הקידושין לחול עלי' מהני רצונה דקטנות שיחולו כעת הקידושין דבשעת קיחה וגמר הקידושין גדולה היא אבל באיש דבעי כוונת קנין וקטן לאו בר כוונת קנין הוא לא מהני אף דבשעת גמר קיחה הוא גדול מ"מ כיון דבשעה שמקדשה הוא קטן לא מהני:

וכן הקשה הרמב"ן והרשב"א ז"ל בהא דאמרינן בשופעת מתוך י"ב לאחר י"ב ומתוך י"ג לאחר י"ג ופרש"י דשווינהו שליח לקבל קידושין לאחר שיגדלו הקטנים והקשו הא אין מעשה הקטן כלום ועיין בהג"ה למ"ל שעמד על סתירת דברי הרשב"א ז"ל וכתב אם לא שנחלק בין קטן לקטנה ולדברינו יש סברא נכונה לחלק ביניהם דאף דגבי קטנה סובר

הרשב"א ז"ל דגדלי בהדה אבל בקטן לא גדלי בהדיה ושפיר הקשה הא אין מעשה הקטן כלום וגם כשיגדל לא גדלי בהדי' ולקמן יבואר ישוב נכון לקושיית הרשב"א ז"ל על דברי רש"י ז"ל בעזהי"ת:

סימן קמב

ובדברי הר"מ ז"ל (בפ"ד מהלכות אישות הלכה ט"ז) שכתב המקדש אשה שחצי' שפחה וחצי' ב"ח אינה מקודשת קידושין גמורין עד שתשתחרר וכיון שנשתחררה גמרו קידושי' כקידושי קטנה שגדלה ואינה צריכה קידושין אחרים בא אחר וקידשה אחר שנשתחררה ה"ז ספק קידושין לשניהם והראב"ד ז"ל השיג עליו דכיון שפסק שהם קידושין גמורין מן התורה כי בא אחר וקדשה אחר שנשתחררה למה אסרה על הראשון אלא אפילו לא בא אחר וקידשה קדושי הראשון אינם קידושין גמורין וצריך לחזור ולקדשה כדי שתהי' לו לאשה גמורה עכ"ל. וכן תמה עליו הה"מ שם והר"ן ז"ל בפ"ק דקידושין דכיון דבגמרא פליגי בדין זה דר"י משמי' דר"נ אמר פקעי קידושי הראשון ור"ז סובר משמי' דר"נ דגמרו קידושי ראשון וכיון דהוא פסק דגמרו קידושי ראשון עד שא"צ לקדשה מחדש א"כ ממילא קידושי שני לאו כלום הוא:

ועל תמיהת הר"נ ז"ל על דברי הרמב"ם ז"ל יש לתמוה דהא כתב בעצמו גבי נתן הוא ואמרה היא דאמרינן שם דספיקא הוא וחיישינן מדרבנן אבל מדאורייתא מוקמינן לה בחזקת פנוי' שנראה לי עיקר כדעת כמה רבוותא דכל היכא דאיכא ספיקא גבי קידושין מוקמינן לה אחזקה כמו בספיקא דמעשה וא"כ דברי הר"מ ז"ל נכונים מאוד דהא ודאי דהוא סובר דהא דגמרי קידושי ראשון או פקעי הוי ספק וכן מוכח מדבריו (בפ"ו מהלכות חליצה ויבום הל"א) שכ' חצי' שפחה וחב"ח שנתקדשה לראובן ונשתחררה וחזרה ונתקדשה לשמעון ומתו שניהם מתייבמת ללוי אי קידושי דראובן קידושין קידושי שמעון לאו קידושין ואי קידושי דשמעון קידושין קידושי ראובן לאו קידושין עכ"ל וזהו ממש לשונו של רב חסדא בגיטין (דף מ"ג) ורש"י ז"ל פי' התם דספיקא דר"ח הוא אי תפסי קידושין בח"ש וחב"ח או לא והתוס' שם הקשו על רש"י ז"ל דהא רב חסדא אמר שם דתפסי קידושין בח"ש וחב"ח ואמר מקודשת סתם קידושי ודאי (מיהו מצינו כה"ג בסנהדרין (דף קי"ב) גבי בהמת עה"נ דמתחילה מיבעי לי' אי מהני שחיטה ובמימרא דאמר אח"כ פשיטא דלא מהני שחיטה ועיי' בר"ן שם ובמ"ש במ"א] ע"כ פירשו הם ז"ל דהא פשיטא לי' דתפסי קידושין רק מספקא בנתקדשה לאחר אחר שנשתחררה אי גמרי קידושי ראשון או פקעי:

ונראה שגם הר"מ ז"ל מפרש כן דברי ר"ח כמו שפירשו התוס' דהספק הוא אם גמרו או פקעי שהרי העתיק דברי ר"ח כלשונו ממש והוא ודאי סובר דתפסי קידושין שין לראשון קודם שנשתחררה דהא ר"ש דאמר שם בגיטין (דף מ"ג) דלא תפסי קידושין בח"ש וחב"ח אמר שם ואם לחשך אדם לומר איזהו שפחה חרופה זו ח"ש וחב"ח המאורסת לע"ע אמור לו כלך אצל ר' ישמעאל דאמר בשפחה כנענית המאורסת לע"ע הכתוב מדבר אלא מאי מאורסת מיוחדת ה"נ מאי מאורסת מיוחדת והרמב"ם ז"ל (בפ"ד מהלכות אישות) כתב שפחה חרופה האמור בתורה היא חצי' שפחה וחצי' ב"ח שקדשה ע"ע הרי דסובר דתפסי בה קידושין גמורין לחייב עלי' אשם תלוי ומלקות דלשון שקדשה ודאי לא משמע יחוד בעלמא אלא קידושין גמורין וכ"כ הר"ן ז"ל (בפ"ק דקידושין) דבחצי שפחה וחצי' ב"ח ודאי תפסי קידושין וכיון שהר"מ ז"ל פוסק דתפסי קידושי ודאי בח"ש וחב"ח א"כ הא דמספק לי' (בהלכות חליצה ויבום) לענין נתקדשה לראובן וחזרה ונתקדשה לשמעון אחיו לענין אשת ב' מתים ע"כ דהספק הוא אי פקעי קידושי ראשון אי גמרו קידושי ראשון כפירש התוס' בדברי ר"ח ולהכי כתב (בהלכות אישות) בנתקדשה לראובן וחזרה ונתקדשה לשמעון דמקודשת לשניהם מספק דהיינו ספק גמרי או הוא פלוגתא דר"ז ור' יוסף ומה שכתב בלא נתקדשה לשני דגמרי קידושי ראשון וא"צ לקדשה מחדש נראה דהוא מטעם חזקה דכיון דמספקא לן אי גמרי אי פקעי מיבעי לן לאוקמא איתתא אחזקתה ועד שנשתחררה היתה בחזקת א"א דתפסי קידושין בחצי' והשתא נמי הוי א"א ואע"ג דעד השתא לא הוי בה אלא איסור לאו והשתא מחזקינן לה בא"א גמורה לחייב עלה מיתה מ"מ מהני חזקה כה"ג כדאמר בחולין (דף ט') דאם לא בדק בסימנין נבילה ומטמאה במשא ואע"ג דעד השתא לא הי' בה אלא איסור אכילה ולא טומאה מ"מ כיון שמעמידין הבהמה על חזקתה שלא נשחטה ואם לא נשחטה ע"כ יש בה טומאה מהני החזקה אף לענין טומאה אע"ג דעד השתא לא הי' בה טומאה וה"נ כיון דאם לא נימא דפקעי משום דהוי כקטן שנולד ע"כ דגמרי והוי באיסור מיתה ומהני הך חזקה למהוי בה איסור מיתה אע"ג דעד השתא לא הי' בה אלא איסור לאו:

ואפילו למ"ד בחולין (דף ט') גבי לא בדק בסימנין דאסורה באכילה משום בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת ואפ"ה אינה מטמאה במשא ואע"ג דמוקמינן לה בחזקתה ולא נשחטה ממילא מטמאה במשא מ"מ כיון דעד השתא לא מטמאה השתא נמי לא מהני לה הך חזקה לענין טומאה התם שאני דמטומאה לאיסור ומאיסור לטומאה לא מחזקינן אבל בהך איסור דא"א גופא מחזקינן להיות אסורה משום א"א באיסור מיתה כמו

שהיתה עד עכשיו באיסור לאו דא"א דשפחה חרופה כיון שהכל איסור אחד רק שבאנו להחמיר מלאו למיתה:

וכיון שאנו מסתפקין אי פקעי קידושי ראשון משום דאחר השחרור הוי כקטן שנולד כמו שפרש"י או לא הוי כקטן שנולד וממילא גמרי ואם נימא דפקעי הרי היא מותרת לגמרי ונתרת גם מאיסור לאו דשפחה חרופה שבה בעינן לאוקמי אחזקתה ולומר דלא פקעי וכיון דלא פקעי ממילא היא באיסור א"א דמיתה דכיון דלא פקעי ממילא גמרי ומהני החזקה לאוסרה באיסור א"א והוי א"א גמורה לכל [ועיי' בתוס' חולין שם דמ"ד דלא מטמאה במשא הוא משום דרוב פעמים שחט שפיר ומדאורייתא מותר אף באכילה הא אי הוי אסור באכילה מדאורייתא לכ"ע מטמאה במשא אע"ג דעד השתא לא הוי מטמא וכ"ש דמהני הכא החזקה למהוי באיסור א"א דבמיתה אע"ג דעד השתא לא הוי אלא א"א בלאו] ואף דאיסור לאו דשפחה חרופה הי' בה רק בצד חירות ועכשיו מחזקינן איסור א"א גם בצד שפחות מ"מ כיון דאם לא נחזיק צד שפחות באיסור ע"כ דנצטרך לומר דפקעי קידושי ראשון ויותר גם איסור א"א שבצד חירות שבה ונסתור החזקה להכי אנו מוכרחים לתפוס החזקה ולומר דלא פקעי וכיון דלא פקעי ממילא נתפוס איסור א"א גם בצד שפחות וממילא היא באיסור א"א דמיתה:

ועוד דמאן לימא דהמלקות שחייבה תורה בשפחה חרופה שנתקדשה לע"ע הוא משום צד אישות דצד חירות שבה לחוד אימא דהחיוב הוא משום צד שפחות שבה ג"כ ואף דלהאי תנא דסובר בנתקדשה מיירי קרא סובר דבשפחה כנענית המיוחדת לע"ע לית בה לאו מ"מ אפשר דאם יש בה צד אישות מצד חירות חייב רחמנא גם מחמת הצד שפחות ועוד דהא גם בצד שפחות שייך חזקת איסור מחמת איסור שפחות שיש בה מיהו בזה צ"ע דדעת הר"מ ז"ל דאיסור שפחה הוא מדרבנן כמ"ש (בפי"ב מהלכות איסורי ביאה הלכה י"א) וכבר עמדו ע"ז האחרונים ז"ל מדברי הש"ס דקידושין (דף י"ט) גבי ע"ע כהן מהו בשפחה כנענית דקרי לי' הש"ס חידוש וצ"ע] וכיון דמוקמינן אחזקה שפיר כתב הר"מ דגמרי קידושי ראשון קדושין גמורים וא"צ לקדשה דכל היכא דמוקמינן אחזקה להחמיר אף אם ע"ז בא ג"כ קולא לא איכפת לן בזה דחזקה מדאורייתא והתוס' והרשב"א ז"ל כתבו בכמה דוכתי בכתובות ובקידושין דבתרי ותרי המכחישים עצמם במיתת הבעל מוקמינן אחזקה ומייתי חטאת ולא חיישינן לחולין בעזרה והתוס' בחולין (דף פ"ו) כתבו בד"ה מאי טעמא גבי חש"ו ששחטו בינם לבין עצמם דאי לא מספקא לן אי רוב מעשיהם מקולקלין או מתוקנים אלא הוי פלגא ופלגא בעינן לאוקמי אחזקת אינה זבוחה ומותר לשחוט אחריהן ולא חיישינן לאיסור אותו ואת בנו ואף דהיכא

דאיכא חזקה לקולא לא מקילינן לגמרי וחיישינן מדרבנן כדאמר גבי נתן הוא ואמרה היא דספיקא הוי וחיישינן מדרבנן וכן אמרינן ביבמות בספק קידושין דאף דאשה בחזקת היתר ליבם עומדת אפ"ה אינה מתייבמת מדרבנן מ"מ הכא גבי שחיטת חש"ו דמוקמינן לה בחזקת אינה זבוחה מותר לשחוט אחריהן אף מדרבנן משום דאם נחמיר שלא לשחוט אחריהן מדרבנן אתי למיכל משחיטתן כדאמר התם ומה"ט כתבו התוס' דאי הוי פלגא ופלגא מותר לשחוט אחריהם:

מיהו דעת הר"מ ז"ל אינו כן שהרי כ' (בפ' י"ב מה"ש הלכה י"ב) השוחט את הראשון והרי הוא ספק נבילה אסור לשחוט אחריהם עכ"ל ונראה שזהו מדרבנן שהחמירו שלא להעמיד על חזקת אינה זבוחה לקולא ולא חיישינן דלמא אתי ע"י שנאסור לשחוט אחריהם לידי תקלה שנאכל משחיטתן דהרואה אומר בשרא הוא דלא צריך לי' כדאמר שם בש"ס הלכך החמירו שלא לשחוט אחריו אבל היכא דאפשר לבוא לידי תקלה ע"י שנחמיר לא החמירו ומוקמינן אחזקה לגמרי ולהכי בספק אי גמרי קידושי ראשון כ"ז שלא נתקדשה לאחר פסק הר"מ ז"ל דגמרי קידושי ראשון וא"צ לקדשה מחדש דכיון דמוקמינן אחזקה לא החמירו לקדשה שנית דלמא אתי למימר קידושי קמאי לאו קידושין נינהו ואם לא תתרצה להתקדש יפטרו אותה בלא גט וכ"ז היכי שלא נתקדשה לאחר אחר שנשתחררה אבל אם נתקדשה לאחר אחר שנשתחררה בזה פסק הר"מ ז"ל דמקודשת לשניהם מספק דהוי ספק אי גמרי קידושי ראשון אי פקעי דהתם לא שייך לאוקמי אחזקה דאיסורא דהא כיון שבאנו לדון עלי' אחר שנתקדשה לאחר דבין אם גמרו קידושי ראשון או פקעי היא א"א דאי פקעי הוי מקודשת לשני א"כ לא שייך לאוקמי אחזקה דהכי אמרינן בקידושין (דף ע"ט) קדשה עצמה בעיר וקדשה אבי' בדרך דרב אמר הרי היא בוגרת לפנינו ושמואל אמר חוששין לקידושי שניהם וכתבו התוס' דלא פליגי אלא בקדשה עצמה בעיר דממ"נ היא א"א מחמת קידושי עצמה או מחמת קידושי אבי' ולא שייך לאוקמי אחזקת פנוי' אבל בקידשה אביה לחוד כ"ע מודו דאמרינן הרי היא בוגרת לפנינו משום דמעמידין אותה על חזקת פנוי' הרי דכיון שבאת לפנינו אחר שקדשה עצמה בעיר לא שייך לאוקמי אחזקת פנוי' בקידושי אבי' ולומר מחמת חזקה דכבר נתבגרה ואע"ג דאם הי' מקדשה אביה בדרך בבוקר ולא קדשה עצמה הי' הדין דמעמידין אותה בחזקת פנוי' מ"מ אם באת אחר שנתקדשה ע"י עצמה אין מעמידין אותה בחזקתה ואף שקדושי אביה קדמו לקדושי עצמה והי' אפשר לדין עלי' אז דין חזקה וא"כ ה"נ גבי ח"ש וחב"ח שנתקדשה ונשתחררה ובאת לפנינו אחר שנתקדשה לאחר לא שייך לומר דגמרי קידושי ראשון מחמת חזקת איסור דקודם שנשתחררה דהא

אפילו אם נימא דפקעי קידושי ראשון נמי הויא א"א מחמת קידושי שני וכיון דלא שייך חזקה הוי קידושי שניהם ספק כמ"ש הר"מ ז"ל דכמו שאין דנין חזקה להתירא אם בין כך ובין כך אסורה מצד אחר כן אין אנו יכולין לדין חזקה לאיסורא אם בין כך ובין כך אסורה מצד אחר ונכונו דברי הר"מ ז"ל בפסקיו:

אמנם אם כי ישבנו דברי הר"מ ז"ל צריך ליישב גם עיקר פלוגתא דר"י ור"ז דפליגי אי פקעי קידושי ראשון אי גמרי קידושי ראשון דאמאי נקטו פלוגתייהו בח"ש וחב"ח שנתקדשה לראובן ונשתחררה וחזרה ונתקדשה לשמעון הא הך פלוגתא דגמרי אי פקעי הוא אף בלא נתקדשה אחר שנשתחררה דלמ"ד גמרי צריכה גט ולמ"ד פקעי א"צ גט כלל וכמו שכתב רש"י דכקטן שנולד דמי:

ולפמ"ש לעיל הי' אפשר לתרץ בפשוטו דלהכי נקט ונתקדשה לאחר לרבותא דמאן דאמר גמרי הוא דאפילו היכא דליכא חזקה לאיסורא כמו הכא שנתקדשה לאחר דליכא למימר העמידנה בחזקת איסור דקדושי קמאי דהא אפילו אי קידושי קמאי פקעי נמי הוי א"א מקידושי שני נמי גמרי קידושי ראשון משום דלאו מטעם ספק מוקמינן לי' אחזקה אלא דהכי פשיטא לי' דגמרי קידושי ראשון:

ועוד נ"ל ליישב בהא דנקט פלוגתייהו בנתקדשה לשני אחר שנשתחררה ולבאר הסוגיא דיש לעיין בהא דאמרינן גמרו קידושי ראשון אי בעינן דעתה אחר שתשתחרר שתתרצה שיגמרו הקידושין או דחיילא ממילא אפילו אם אין רצונה שיחולו דלדעת הנוב"י שהבאנו לעיל משמע דבעינן דעתה שיגמרו הקידושין מפני שדימה הא מלתא לאומר לה בשעת קידושין הראשונים דכשתשתחרר יחולו הקידושין על חצי' השני ולי נראה דפשטא דלישנא דש"ס משמע דגמרו מאליהן ואפילו אם אין רצונה שיחול חיילי בע"כ ע"י מה שקבלה קידושין הראשונים רק שלא היו יכולין לחול על חצי' השני דצד שפחות לא תפסי קידושין ועכשיו שנשתחררה לגמרי פשטי קידושין בכולה וגמרי בה דהא בקידושין (דף ז') פריך בהא דאמר חצייך מקודשת לי אינה מקודשת ונפשטו קידושין בכולה מי לא תניא האומר רגלה של זו עולה כולה עולה ומשני התם בהמה הכא דעת אחרת והיינו דא"א להתפשט בכולה דהיא אין רצונה שיחולו אלא על חצי':

והרשב"א ז"ל הקשה בחי' דהא גם היא קבלה הקידושין על חצי' מדעתה וכיון שנתרצית על חצי' ממילא נפשט בכולה כמו דאמרינן לגבי דידי' דאף דבעינן דעתו והוא אמר רגלה לחוד יהא עולה אפ"ה פשטי בכולה דהכי גלי קרא גבי עולה ה"נ נימא בהא דבעינן דעתה דכיון שקבלה קידושין על חצי' מדעתה פשטו נמי בכולה ותי' הרשב"א ז"ל שם בשם ר"ח ז"ל דכיון דשמעה דאמר חצייך מקודשת לי לא גמרי ומקני נפשה

ואמרינן דאין רצונה בקידושין כלל וכ"ז היכא שיכול לקדש כולה דבזה אמרינן דאם שמעה דאמר חצייך לא מקניא נפשה אבל בחצי' שפחה דלא מצי מקדש כולה רק חצי' שפיר גמרה ומקניא נפשה אחצי' ולפי"ז כיון דחלין הקידושין בחצי' משום דלא שייר בקנין כשנשתחררה אח"כ פשטו קידושין בכולה כיון דעל חצי' הראשון נתרצו ביניהם ונתפסו פשטו מאליהן בכולה כמו בעולה דאם אמר רגלה של זו עולה אעפ"י שאינו רוצה שיתפס קדושה רק ברגלה פשטה בכל הבהמה וה"נ כיון שנתרצו שניהם שיתפס בחצי' כשנשתחרר פשט בכולה אף שלא מדעתם והתוס' בגיטין שם הקשו בהא דאמרינן גמרי קידושי ראשון מהא דאמרינן בבהמה של שני שותפין הקדיש חצי וחזר ולקחה והקדיש קדושה ואינו קריבה הרי דבעי שיקדיש חצי' השני' אבל מאיליו לא פשטה בה קידושי עיי"ש ותמיהני דלא דמי כלל דהא התם לא חלה הקדושה על חצי' השני' אפילו קדושת דמים דחלקו של שותף אינו יכול להקדיש כלל דאיש כי יקדיש את ביתו כתיב ורק על חלקו חל קדושת דמים לחוד משום דעל רגלה לחוד לא חל קדושת הגוף דרגל לא חזי לעולה להכי אף אחר שלקח החלק השני אם לא הקדישו לא קדיש דקדושת דמים לא פשט בכולה אבל בח"ש וחב"ח דחל הקידושין בחצי' האחת משום דלא שייר בקניינה כשנשתחררה פשט קידושין בכולה דקידושין דמי לקדושת הגוף ולהכי אמרינן גמרו קידושי ראשון מאליהן משום דפשט הקידושין בכולה אף שלא מדעתם דהא דאמרינן דבת חורין לא פשטה קידושין בכולה הוא משום דלא גמרה ומקניא נפשה כיון דיכול לקדש כולה ולא קידש אלא חצי' אבל בחצי שפחה דשפיר מקניא נפשה דהא פסקינן דתפסי בה קידושין והיינו בחצי' לחוד ואף דאשה לבי תרי לא חזיא מ"מ תפסי משום דלא שייר בקניינה להכי כשנשתחררה פשטי בכולה אף שאין שניהם רוצים בזה כמו ברגלה של זו עולה דבמה שהקדיש רגלה לעולה פשטה קדושת עולה בכולה ה"נ במה שנתרצו שיתפס חצי' פושט בכולה דמעיקרא לא הי' יכול להתפשט מפני חלק שפחות שאין קידושין נתפסין בה והשתא שנשתחררה פשט בכולה ולהכי לא הזכיר גם הר"מ ז"ל דבעי שתתרצה שיגמרו הקידושין ואף שהר"מ ז"ל דימה זה לקידושי קטנה שגמרו לכי גדלה ובקטנה בארנו דבעי שתשב תחתיו לכי גדלה אבל אם מיחתה כשגדלה לא גמרה לענין זה לא דימה אותה לקטנה ולא דימה אותה לקטנה אלא לענין זה שעד עכשיו אין הקידושין נתפסין בכולה ונגמרין אח"כ:

אלא שלכאורה קשה לי אם נפרש דהא דגמרי קידושי ראשון הוא מחמת דפשטא קידושין בכולה דהא בתמורה (דף י"א) בעי רבא בעוף מאי בהמה אמר רחמנא והאי לאו בהמה היא א"ד קרבן אמר רחמנא והאי נמי קרבן הוא ורש"י ז"ל פי' התם דמיבעי

לי' לר' יוסי דאמר דכולה עולה אף בדבר שאין הנשמה תלויה בו בעוף מהו ומשמע דבדבר שהנשמה תלויה בו לא מיבעי לי' דאף בעוף כולה עולה אבל הרמב"ם ז"ל (בפט"ו מהלכות מעשה הקרבנות) הביא בעיא דרבא דבעוף הוי ספק והוא פסק שם כר"מ ור"י דבדבר שאין הנשמה תלויה בו לא הוי כולה עולה ומביא ג"כ בעיא דרבא וע"כ דסובר דרבא מיבעי' לי' אף לר"מ ור"י בדבר שהנשמה תלוי בו בעוף אי הוי כולה עולה וכ"כ הכ"מ שם. וא"כ קשה כיון דאמרינן בהמה אמר רחמנא והאי לאו בהמה הוא נימא נמי בהמה אמר רחמנא ולא אשה דנהי דקידושין הוי לי' דין הקדש כמ"ש רש"י ותוס' מ"מ הא בהמה דווקא אמר רחמנא ואמאי פסק דוודאי גמרי קידושי ראשון ומהא דפריך מ"ז בריה דר"מ לרבינא בקידושין ונפשטה קידושין בכולה ולא מפליג בין קידושי אשה לבהמה לא קשה דאפשר דקאי באם תמצא לומר דגם בעוף פשט בכולה יקשה דגם באשה תפשט בכולה אבל על דברי הר"מ ז"ל קשה דפסק בעוף ספק וגבי קידושין פסק דוודאי גמרו ולפמ"ש לעיל דהא דפסק הר"מ דגמרי קידושי ראשון הוא מטעם שיש לה חזקת איסור א"א דשפחה חרופה א"ש דאף דמספקא לן אי אמרינן באשה פשטו קידושין בכולה משום דבהמה אמר רחמנא ולא אשה מ"מ מטעם חזקה הוי קידושי וודאי:

ולפי"ז נוכל לומר דמ"ד פקעי קידושי ראשון הוא לא מטעם שכ' רש"י ז"ל משום דהוי כקטן שנולד אלא משום דסובר דלא אמרינן באשה פשטו קידושין בכולה וכהך בעיא דרבא דבהמה אמר רחמנא ולא עוף וה"ה ולא אשה ולהכי לא פשטו בכולה וכיון דלא פשטו בכולה ממילא פקעי אף הך חצי' שתפס בה קודם שיחרור דהא לא תפס בה מעיקרא אלא משום שלא שייר בקניינו והשתא שיש בה צד חירות בלא קידושין ונולד בה שיור פקעי ממילא הקידושין הראשונים דכל היכי דנולד אחר הקידושין דבר שאם הי' בשעת קידושין הי' מונעים את הקידושין מלתפוס מבטלין גם עכשיו את הקידושין כמו שכתב רש"י ז"ל ביבמות (דף מ"ט) בהא דאמר שם הכל מודים בסוטה שאין הוולד ממזר דהא תפסי בה קידושין ופרש"י שהרי אף לאחר שזינתה לא פקעי מינה קידושין הראשונים עכ"ל הרי דאם הי' הדין דבסוטה לא תפסי קידושין הי' פוקעין ממנה קידושין הראשונים וא"צ גט כלל וה"נ כיון דמעיקרא לא חיילי קידושין אלא משום דלא שייר בקניינו א"כ כשנשתחרר חצי השני ונעשה שיור בקניינו פקעי קידושין מיהו כ"ז שלא קבלה קידושין מאחר לא מיקרי שיור בקניינו דהא יכול לקדשה עדיין שיתפסו הקידושין בחצי השני דע"כ לא איבעיא לן (בקידושין דף ז') באמר התקדשי לי חצייך היום וחצייך למחר אי הוי קידושין אלא היכי דהי' יכול לקדש היום כולה ושייר בקניינו עד למחר בזה איבעי לן אי הוי קידושין או לא אבל בזו שתפס בה הקידושין בחצי' משום שלא היתה

ראוי' לכולה ולא שייר בקניינו אם אח"כ נשתחררה וחזי' כולה חזר וקדשה וודאי דהוי מקודשת גמורה וכן הא דקאמר בגמרא למ"ד פקעי קדושי ראשון דהא דכתיב לא יומתו כי לא חופשה הא חופשה וחזרה ונתקדשה יומתו אם זינתה אח"כ היינו שנתקדשה לזה שקדשה בתחילה דאז נעשית א"א גמורה ולא איכפת לן במה שחצי' נתקדש קודם השיחרור וחצי' לאחר השחרור [וכן מורה לשון הר"מ ז"ל שהבאנו לעיל שכ' גמרי קידושי וא"צ לקדשה מחדש משמע דאם הי' מקדשה מחדש הי' בה קידושין גמורין לכ"ע אף למ"ד דפקעי כשקדשה אחר] וכיון שאם קדשה פעם שני תפסי בה קידושין גמורין אין הקידושין הראשונים שהותפסו בחצי' נפקעים משום שיור הקנין דאית בהו דהא בידם לקדש ברצון שניהם ותהי' א"א גמורה ורק כשקיבלה קידושין מאחר דאז פקעי קידושין הראשונים לגמרי שהרי יש בהם שיור והשיור נתפס לאיש אחר אבל כ"ז שלא נתקדשה לאחר הם תלויין ואם זנתה אחר השחרור השני כ"ז שלא נתקדשה היא רק בלאו דלא פקעי עדיין קידושין הראשונים ולא גמרי ג"כ וקרא דאם חופשה יומתו מיירי בחזרה ונתקדשה והשתא א"ש טובא הא דנקט פלוגתתם בחזרה ונתקדשה דמ"ד פקעי הוא רק אחר שנתקדשה לאחר אבל כ"ז שלא נתקדשה לאחר לא פקעי עדיין והן תלויין:

ובמה שבארנו ויישבנו דברי הר"מ ז"ל דאזיל בשיטת הר"ן דבספיקא דדינא מוקמינן אחזקה כמו בספיקא דמעשה ולכאורה יש להשיב דהא הר"מ ז"ל כתב (בהלכות שחיטה פ"א) גבי לא בדק בסימנין דהוי נבילה ומשמע דהוי וודאי נבילה ולקי עלה מטעם דבחיי' בחזקת אינה זבוחה קיימא וכמ"ש הפ"מ בפתיחתו להלכות שחיטה [ומה שקשה מהא דגבי נמצא הגרגרת שמוטה וא"י אם קודם שחיטה או לאחר שחיטה דהוי ספק נבילה וכן גבי שוחט בסכין בדוקה ונמצאת פגומה לאחר שחיטה כבר יישבנו במק"א דהתם איכא חזקה שאינו שמוט ושאין הסכין פגום נגד חזקת אינה זבוחה ולהכי הוי ספק אבל גבי. לא בדק בסימנין הוי וודאי נבילה דליכא חזקה להתירא נגד חזקת איסור] ואלו גבי ספיקא דדינא גבי שחיטה כתב דהוי ספק נבילה שכן כתב (בפרק א' הלכה ח') גבי אנסה עצמה וכן (בפ"ג הלכה ד') גבי שהה במיעוט בתרא דהוי ספק נבילה וא"כ מוכח מזה דגבי ספיקא דדינא לא אמרינן דמוקמינן אחזקה דאי הוי סובר דמוקמינן אחזקה הי' לו לכתוב דהוי נבילה סתם כמו גבי לא בדק בסימנין:

ונ"ל דמ"מ אפשר לומר דהר"מ סובר דגם גבי ספיקא דדינא מוקמינן אחזקה כמו ספיקא דמעשה לענין איסור מיהו יש חילוק ביניהם דאלו גבי ספיקא דמעשה לקי עלה משום נבילה ואלו גבי ספיקא דדינא לא לקי עלה דכמו דגבי ממונא אמרינן גבי ספיקא דדינא שיכול המוחזק לומר קים לי ולא מפקינן ממונא מיני' ה"נ לא נוכל לחייבו מלקות היכי

דהוי ספיקא דדינא דלא קיל גופו מממונו ואף דיש לחלק בזה מ"מ יש לומר כן ולהכי כל היכי דהוי ספיקא דדינא כ' הר"מ דהוי ספק נבילה דלענין איסורא הא לא נפקא לן מידי בין ספק איסור לודאי איסור דבשל תורה הכל לחומרא [ואף שיש נ"מ אם יש עוד ספק עם ספיקא דדינא ויהא ס"ס ומותר אף בשל תורה והול"ל שהוא רק ספק איסור כי היכי דנצטרף לזה ספק אחר אם ימצא מ"מ אפשר לומר דלא נחית הר"מ לזה ועוד דאפשר דהר"מ ז"ל סובר דספיקא דדינא לא מצרפינן לס"ס כדעת הפר"ח ביו"ד (סי' נ"ט) גבי גלודה ואף שהוא ז"ל פסק (בפ"ט מהלכות שחיטה הלכה ז') דאם ניטל ונגלד העור מעל השדרה או מעל הטבור או מעל ראשי אברים ושאר כל העור קיים ה"ז ספק ויראה לי שמתירין אותה והכ"מ כ' שם דהוא מטעם ספק ספיקא ספק שמא אין זה השיעור מקום השיור בגלודה ואת"ל שזה מקום השיור מכל מקום שמא הלכה דאם ניטל זה לחוד אינו פוסל הרי דסובר דס"ס דדינא נמי הוי ס"ס מ"מ הא הכ"מ כ' שם עוד תירוץ אחר דדעתו דרק בספק דרוסה מחמרינן ולא בשארי טריפות עיי"ש] וליכא נ"מ אלא לענין מלקות לחוד דבספק ליכא מלקות ובוודאי איסור איכא מלקות להכי כתב שהוא ספק נבילה דמספיקא לא מלקינן לי' אף דאיכא חזקה כמו שאין מוציאין ממון בספיקא דדינא ה"נ לא מלקינן לי' מספיקא דדינא. אבל בספיקא דמעשה כמו לא בדק בסימנין מוקמינן אחזקה ומלקינן לי' משום נבילה דבספיקא דמעשה לא מצי למימר קים לי דהא אנן ידעינן שגם הוא בספק דהא חזינן דלא בדק בסימנין להכי כתב בלא בדק בסימנין דהוי נבילה וודאית מטעם חזקת אינה זבוחה ובספיקא דדינא כתב דהוי ספק נבילה שאינו לוקה עלי' משום דמצי למימר קים לי כמו גבי ממון ולענין איסורא לא נפקא לן מידי בין ספק לוודאי:

ואין לומר דאכתי נ"מ לענין טומאה דאי הוי ספק נבילה ונגע בטהרות ברה"ר טהור דז"א דדוקא אם הספק נולד על הך נגיעה לחוד ולא הי' לנו לדון מקודם בהך ספק כמו תשעה צפרדעים ושרץ אחד ביניהם בזה אמרינן ספק טומאה ברה"ר טהור אבל בשר שהחזקנו בספק נבילה כגון שלא נודע לנו אם הוא מבהמה שנשחטה כראוי או מבהמה שמתה מאליו ונגע בטהרות ברה"ר וודאי דספיקא טמא דהספק נולד לנו קודם נגיעה והחזקנו אותו לספק נבילה הוי ספק גם לענין טומאה וא"כ ליכא שום נפקא מינה במ"ש שהוא ספק נבילה ואין לומר דנ"מ לענין לשרוף תרומה אם נגע בהן ואם הוי ספק אין שורפין אלא תולין דכבר כ' הר"מ ז"ל (פי"ג מאבות הטומאה) דבספק אב הטומאה שורפין ג"כ התרומה עיי"ש. מיהו קשה ממ"ש הר"מ במסוכנת וספק אם פרכסה אם לא דהוי ספק נבילה וקשה דנימא דהוי וודאי נבילה מטעם חזקת איסור:

וראיתי להגאון בעל ח"ס בחיו"ד שעמד ע"ז וכ' הטעם משום שיש להעמידה על חזקת חיים ובשעת שחיטה הי' בה עדיין חיות:

ולפענ"ד לא נהירא דעל רגע השחיטה לא שייך להעמיד על חזקה כמ"ש במק"א בהא דתנן (בנדה ד' י"ד) שאם ראתה אותיום חייבין חטאת ואח"כ חייבין אשם תלוי ולא אמרינן דמוקמינן לה אחזקת טהרה וע"כ דעל רגע מועטת של כדי שתרד מן המטה לא שייך חזקה ועוד דמסוכנת דמי לגוסס דאמרינן בגיטין (דף כ"ח) גבי השולח גט ממדה"י נותנו בחזקת שהוא קיים ל"ש אלא חולה אבל גוסס לא עיי"ש והא דתנן (טהרו' פ"ו) המסוכן ברה"י והוציאוהו לרה"ר וחזר והכניסוהו לרה"י ברה"י טמא וברה"ר טהור הא דבר"ה טהור לא מטעם חזקת חיים הוא אלא משום דברה"ר טהור ספק טומאה אף היכא דליכא חזקה לקולא כמ"ש תוס' (חולין ד' ט'):

ול"נ דמטעם אחר הוי בספק פרכסה ספק נבילה ולא וודאי נבילה דהא התם מיירי שרואה קודם שחיטה שהיא מסוכנת ומעמידין אותה ואינה עומדת דהא בהמה בריאה א"צ פרכוס וכיון שרואה קודם שחיטה שהיא מסוכנת ונולד בה ספק אם נטולה נשמתה או לא ואז לא שייך לאוקמי אחזקה דאינה זבוחה דהא אכתי לא שחט אותה ואנו מסתפקין אם יש בה עדיין חיות או לא וע"ז לא שייך לאמר חזקה שאינה זבוחה שהרי עדיין לא נשחטה ואטו שייך לאמר חזקה על דבר העתיד כלומר כמו דעד עתה לא היתה זבוחה כן לא יועיל בה זביחה כשתשחט זה ודאי אינו וכיון דבשעה שאינה מסוכנת לא הועיל בה חזקה אינו מועיל אף אחר שנשחטה והויא ספק השקול דכל חזקה שאין אנו יכולין לדון אותה ולהחזיקה בשעה שנולד הספק אף שאח"כ כששוחטה ואנו רוצין להתירה אנו יכולין לומר דהיא בחזקת אינה זבוחה ולאוסרה בתורת וודאי מ"מ כיון שלא שמשה החזקה בשעה שנולד הספק לא מהניא לן אף אחרי כן כמ"ש במק"א:

ודע שראיתי אחרי כותבי כ"ז להגאון בעל שא"ר ז"ל בתשובותיו החדשות דהאריך הרבה בדין זה דשפחה חרופה ויצא לחלק דדעת הרמב"ם דמן התורה אין קדושין תופסין בח"ש וחב"ח אא"כ נתארסה לעבד עברי שהוא מותר גם בחצי שפחות שלה וחזיא לכולי להכי קדושין תופסין בה אבל בנתקדש לישראל אין קדושין תופסין אלא מדרבנן בעלמא משום דצד שפחות לא חזיא לי' ורוצה ליישב בזה כל דברי הרמב"ם ז"ל אבל לענ"ד ז"א דמלבד דמסוגיית הש"ס בגיטין שם מבואר דאין חילוק בין ישראל לעבד דהא רב ששת קאמר שם המקדש חצי' שפחה וחב"ח אינה מקודשת ואם לחשך אדם לאמר איזהו שפחה חרופה זו חצי' שפחה וחב"ח המאורסת לע"ע אמור לו כלך אצל ר' ישמעאל שהי' אומר בשפחה כנענית המאורסת לע"ע הכתוב מדבר ושפחה כנענית

בת איתרוסי היא אלא מאי מאורסת מיוחדת ה"נ מיוחדת אלמא דרב ששת מייתי ראיה לישראל שקידש חציה שפחה מע"ע שקידש ולא מפליג בין ישראל דלא חזיא לכולי לע"ע דחזיא לכולי וגם בירושלמי (פ"ק דקדושין) קתני בדברי ר"ע בחצי' שפחה וחב"ח המאורסת לבן חורין ולא קתני מאורסת לע"ע אלמא דלא מפלגינן בהכי ועוד דהא בעי התם שפחה חרופה מהו שתקנה עצמה במיתת רבה וקאמר מה צריכה לי' כר"ע דאמר בחצי' שפחה וחב"ח המאורסת לב"ח הכתוב מדבר ברם כר' ישמעאל צריכה לי' דאמר בשפחה כנענית הכתוב מדבר אם נשואי תורה הן דכתיב אם אדוניו יתן לו אשה לא צורכה דלא מהו שתקנה עצמה במיתת רבה ובהשלים שש וכמ"ד אין ע"ע עובד את היורש ע"כ. הרי דקאמר התם דלר"ע דאמר בחצי' שפחה וחב"ח מיירי קרא ליכא למיבעי אי קנתה עצמה במיתת רבה כיון דהוי קדושין מעליא רק לר' ישמעאל דקרא מיירי בע"ע שיחד לו שפחה כנענית וחייבה עליו תורה מלקות איכא למיבעי במיתת האדון כיון שאסורה על העבד פקע איסורה אכ"ע או לא ולדברי השא"ר גם אליבא דר"ע איכא למבעי כיון דעיקר תפיסת הקדושין הוא משום דחזיא לכולהו וכיון שמת האדון נאסר העבד בחצי של שפחות איכא למימר דפקע איסורה ויש לדחות דסובר הירושלמי דאף דעיקר תפיסת קדושין לר"ע משום דחזיא לכוליה מ"מ קדושין בכדי לא פקע:

ואם כנים אנחנו במה שבארנו בדעת הרמב"ם ז"ל דבספיקא דדינא נמי מוקמינן אחזקה יתבאר לנו ג"כ דבריו (בפ"ז מהלכות אישות הלכה ט"ו) שכ' האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שיחלוץ לך יבמך מקודשת משום שאלו קידשה עכשיו מקודשת מספק ע"כ והיינו משום דקיי"ל כשמואל ביבמות דף צ"ב) דקאמר בעניותינו צריכה גט משום דמספקא לי' אי קידושין תופסין ביבמה לשוק או לא וכבר תמהו בזה המהרי"ט ומשנה למלך דכיון דקי"ל אין אדם מקנה דשלב"ל ולמאן דאמר אין קידושין תופסין ביבמה לשוק אם קידש לאחר שיחלוץ לה יבמה לא הוי קידושין כלל כדאמר שם בש"ס א"כ לדידן דמספקא לן אי קידושין תופסין ביבמה לשוק אי לא הוי רק ספק קידושין דדלמא אין קידושין תופסין והוי דבר שלב"ל ואמאי כ' הרמב"ם ז"ל דמקודשת בוודאי דאיך יתכן דהוי וודאי קידושין כיון דהוי ספק דבר שב"ל ספק דבר שלב"ל:

אבל לפי מה שבארנו נראה פשוט שהרמב"ם ז"ל סובר כהנך רבוותא דמחזיקין מאיסור לאיסור כמו שבארנו לעיל בתשובה אחרת ולהכי במקדש לאחר שיחלוץ לה יבמה יש לו דין קידושי וודאין דהא מיד שיחלוץ לה חל ספק קידושין דהא קידשה שיחול לאחר שיחלוץ לה ומחזיקין מאיסור לאיסור היינו מאיסור יבמה לשוק לאיסור א"א והך חזקה משוי לה לוודאי איסור כדקיי"ל בכ"ד להכי הוי קידושין וודאין מיהו כ"ז

היכי שקידש לה שיחולו הקידושין לאחר שיחלוץ לה יבמה דעד שחלצה לא היה בה שום ספק קידושין והספק מתחיל רק אחר שיחלוץ לה יבמה ואז תיכף מחזיקין אותו מאיסור יבמה לשוק לאיסור א"א אבל יבמה שקידשה אחד שיחולו הקידושין מיד קודם שיחלוץ לה בזה לא שייך להחזיק מאיסור לאיסור דהא הספק קידושין נולד בה מיד תיכף שקיבלה הקידושין דהא קידשה שיחולו מיד ועדיין א"א למימר דמחזיקין מאיסור יבמה לשוק לאיסור א"א דאפילו אם נימא דלא תפסי בה קדושין ולית בה איסורא דא"א אכתי אית בה איסור יבמה לשוק והחזקה לא שייך למימר אלא היכא דבלא חזקה אנו רוצים להתירה ובא כח החזקה ואוסרה כמו שהיתה עד עכשיו אבל היכא דבלא"ה היא אסורה לא מהני לן החזקה מידי כמו שבארנו לעיל מסוגיא דקידושין (דף ע"ט) בקידשה אבי' בדרך הלכך זו שנולד בה ספק קידושין משעה שהיא עדיין אסורה משום יבמה לשוק לא מהניא לן החזקה מידי כיון דבלא"ה היא אסורה משום יבמה לשוק ואף דלאחר שיחלוץ לה יבמה ואזיל מינה איסור יבמה לשוק שוב יש לומר דמהני לה קידושין שנתקדשה קודם החליצה להחזיק מאיסור יבמה לשוק לאיסור א"א מ"מ חזקה שלא הועילה בשעתה בשעה שנולד הספק לא מהני אף לאחר זמן דאין סברא לומר דכל הימי' שלא חלצה תהי' בספק א"א ולאחר שחלצה תהא באיסור א"א וקידושין וודאין אבל כשקדשה שיחול אחר החליצה דאין מתחיל בה איסור א"א כלל קודם החליצה רק אחר החליצה אנו דנין אם קידושין תופסין ביבמה לשוק או לא ואם נימא דאין קידושין תופסין אנו רוצין להתירה לגמרי לעלמא שהרי כבר חלצה בזה שפיר אמרינן דמחזיקין מאיסור יבמה לשוק לאיסור א"א והוי וודאי קידושין:

וזה כוונת הרמב"ם ז"ל שכ' ה"ז מקודשת הואיל ואלו קדשה עתה היו קידושין תופסין בה מספק עכ"ל וכוונתו דכיון דאלו קדשה עכשיו יש בה קידושין מספק הרי חזינן דהוי ספק קידושין תופסין עכשיו או לא א"כ ממילא אם קידשה שיחול לאחר זמן דהוי ספק דבר שלב"ל ספק דבר שבא לעולם ומחזיקינן מאיסור יבמה לשוק לאיסור א"א ומיושבים היטיב דברי הרמב"ם ז"ל בדין זה:

ובעיקר דברי המהרי"ט והמל"מ שפירשו בדעת הרמב"ם ז"ל דכל היכא דהשתא תפסי בה קדושי ספק יכול לקדשה לאחר כך בקדושי ודאי ולא מיקרי שוב דבר שלא בא לעולם הואיל וגם עכשיו יכול לקדשה קדושי ספק ותמהו מנ"ל להרמב"ם ז"ל האי דינא נראה לי שהר"מ ז"ל הוציא דין זה מהא דאיתא (בע"ז ס"ג) גבי אתנן נתן לה ואח"כ בא עלי' אתננה מותר ופריך נתן לה ואח"כ בא עלי' וכי בא עלי' ליחול עלה איסור אתנן למפרע אמר ר' אלעזר כשקדמה והקריבתו ופריך היכי דמי אי דא"ל קני מעכשיו פשיט'

דשרי דהא ליתי' בשע' ביאה ומתנה בעלמא הוא דיהב לה ואי דלא אמר לה קני מעכשיו היכי מצי מקרבה ואיש כי יקדיש את ביתו קודש אמר רחמנא מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו אלא דאמר לה ליהוי גבך עד שעת ביאה ואי מצטריך לך קני מעכשיו ע"כ וכן פסק הר"מ ז"ל (בפ"ד מה' איסורי מזבח) והאי מעכשיו דקאמר היינו דקאמר לה מעכשיו לכשתבעלי וכמ"ש התוס' שם בד"ה אלא ופשיטא לי' להש"ס דכשאמר מעכשיו לכשתבעלי והקריבתו לא שייך בזה אתנן כיון דליתא בשעת ביאה וכמ"ש התוס' שם דכיון שכבר קרב הקרבן לא איכפת לן במה שחל עליו למפרע שם אתנן וכן הא דקאמר במסקנא דקאמר לה אי תצטריך קני מעכשיו היינו מעכשיו לכשתבעלי דהכי משמע לישנא דמעכשיו בכל דוכתא וקמ"ל דאע"ג דאמר לה מעיקרא להוי גבך עד שעת ביאה מ"מ כיון דקאמר לה אח"כ וכי תצטרך קני מעכשיו קנה מעכשיו והקרבן כשר דדין אתנן אין בו כיון שהקריבתו קודם ביאה וההקדש נמי חייל כיון שקנתה משעת ביאה למפרע [ואף דמהני הא דקניא ליה למפרע לענין שיועיל ההקדש מ"מ לענין אתנן לא איכפת לן במה שנעשה אתנן למפרע כיון דליתא בשעת ביאה דהכי פשיטא ליה להש"ס מעיקרא דבקדמה והקריבתו לא הוי אתנן דהא פריך מעיקרא פשיטא כו' משני כשקדמה והקריבתו והאי שינויא קאי אאם נתן לה ואמר כשתבעלי יוגמר הנתינה למפרע כמ"ש התוס' ואהא פריך פשיטא דאם קדמה והקריבתו לא הוי אתנן] וא"כ קשה אמאי מהני הקדישה דאף שאמר מעכשיו כשתבעלי מ"מ הא מיקרי דשלב"ל דהא מחוסר מעשה ושמא לא יבעול ולא בדידה לחודה תליא מילתא ואף שהוא רוצה עכשיו מ"מ שמא יחזור בו וכה"ג אמרינן (בקדושין דף ס"ב) באומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאגרשך דפריך התם נהי דבידו לגרשה הא לאו בידו לקדשה אף שעכשיו היא מקבלת בעצמה הפרוטה שמא תחזור בו וה"נ מיקרי דבר שלב"ל ואמאי מהני הקדש דידה הא איש כי יקדיש ביתו אמר רחמנא א"ו דכיון דעכשיו יכול להקדיש הקדש ספק דהא כל האומר מעכשיו לכשיתקיים התנאי הוי ספק אם יתקיים התנאי ואם תקדיש עכשיו הוי הקדש ספק כדאמרינן בקדושין (נ"ט ע"ב) במקדש במעכשיו בתנאי אם לא יחזור בו עד ל' יום דכל ל' יום הוי קדושי ספק אם יחזור בו או לא כמ"ש רש"י שם וה"נ הוי הקדש ספק וכיון דיכול להקדיש מספק מהני אם הקדישה שיחול כשיוגמר התנאי וכשנגמר התנאי אגלאי מילתא למפרע דהוי הקדש ודאי ולא מיקרי דבר שלב"ל כיון דגם עכשיו מצי להקדיש הקדש ספק והקרבן שהקריבה כשר דכשנבעלה איגלאי מילתא למפרע שהי' ההקדש כדין ולדבר שלא בא לעולם לא חיישינן והקרבן כשר ואם חייבת קרבן א"צ להקריב קרבן אחר ומזה למד הרמב"ם ז"ל גבי קדושין ג"כ דכיון דביבמה תפסי

קדושין מספק אם קדשה שיחול לאחר שיחלוץ הוה ודאי קדושין כי היכי דמהני הכא גבי קרבן דידה הקדישה שהקדישה שיחול ההקדש אחר ביאה למפרע ולא מיקרי דבר שלב"ל ודו"ק היטיב בזה:

סימן קמג

שאלה בדבר ביטול הגט:

תשובה קודם החג העבר קבלתי מכתב ומטרדותי אז קודם הפסח במילי דפסחא לא יכולתי לעיין באמרותיו הנעימים ואח"כ נאבד ממני מכתבו וזה איזה ימים שמצאתיו אמרתי לכתוב לכת"ר ולדבר זה יסלח לי כת"ר על איחור מכתבי בדבר אחד שאמר בין כתיבה לחתימה שאינו רוצה לגרש והנה דבריו באו בקצרה מאוד כי לא פירש במכתבו איך היתה הסיבה להתגלגל דברים אלו על שפתי המגרש ודבר זה צורך גדול לידע בענין זה אמנם בסוף דבריו כתב שאמר זה רק בפני ע"א:

ולכאורה אין מקום להחמיר בזה כלל דביטול גמור נמי לא מהני בפני אחד ומה שחשש שהב"ח כתב דביטול גופו של גט א"צ ב' ואנוכי לא מצאתי המקום בב"ח אבל באמת נראה הטעם דאזיל בשיטת הסוברים דהא דבעינן שנים לביטול הוא מדינא משום דלא אתי דיבור שלא בפניו ומבטל דיבור דבפניו וזה שייך בשליחות שצוה לעשות לשליח איזה דבר וחזר בו בעינן שיחזור בפניו אבל ביטול גופו של גט אין זה ענין להסופר והעדים ומתבטל בפני עצמו זה נ"ל בטעמו של הב"ח מיהו לפ"ז תקשה דא"כ הא דאמר בגמרא גיטין (דף ל"ד) דאמר לסהדי אותבי קרי באודנייכו וכן הא דאמר להו שם (דף ל"ג) זילו איטמרו וכתבו אכתי מאי מהני דלמא מבטל גופו של גט דמהני לשיטת הר"מ: א"ו דלא מהני ובפרט הא דעת התוס' דביטול בפני שנים הוא משום תקנות ממזרין וכיון דמשום תקנה הוא דלא ידעי ומנסבה מה לי ביטול השליחות ומה לי ביטול הגט גופו בכולהו איכא למיגזר משום תקנות ממזרין:

ואף לשיטת הסוברים דהוא מדינא משום דלא אתי דיבור ומבטל דיבור מ"מ נ"ל דאין בלשון שאמר המגרש שאינו רוצה לגרש לתא דביטול הגט דלא מצינו לשון ביטול הגט אלא באומר גט שנתתי לך בטל הוא או אי אפשי בו דלשון זה מבואר שאינו רוצה שיתן השליח את הגט אבל אם אמר שאינו רוצה לגרש את אשתו לא משמע כלל שמבטל הגט ודבר שאדם עושה שלא בטובתו רק מחמת הכרח איזה דבר שמביאו לזה אדם יכול לאמר עליו שאין רצונו בזה. וכדאמר (בפ' חזקת) אטו כל דמזבין אי לאו דאניס לא הוי מזבין ואפ"ה מיקרי זביני משום דגמר ומתרצה וה"נ יכול להיות שאומר שאינו רוצה לגרשה מ"מ אינו רוצה שיתבטל הגט או השליחות דמ"מ צריך לגרשה מחמת איזה ענין

שמביאו לזה ואף אם באמת הי' כוונתו שיתבטל מ"מ הדברים שאמר בפיו אין מורין ע"ז והוי דברים שבלב בעלמא כמו כל הני לישנא דחשיב התם בברייתא פסול הוא אינו גט דלא הוי ביטול אף שכוונתו הי' לבטל מ"מ לא מהני דהוי דברים שבלב וה"נ בנידון דידן הא אמר אין רצוני לגרש ולא הוי זה ביטול דלא אמר בפי' שמבטל הגט והשליחות אלא שאומר שאינו רוצה וזה לא מהני דאפשר דאף שאינו רוצה מ"מ גמר ומגרש ולא הוי אלא גילוי דעתא בעלמא וקי"ל גילוי דעתא לאו מילתא. והאי לישנא דאין רצוני לגרש גרע מהאי לישנא דהטוב ומטיב דבהטוב ומטיב מ"מ גלי דעתא שמהלל ומשבח על שלא מסרו לה אבל אין רצוני לגרש יכול להיות שעכ"ז רוצה שימסרו מחמת איזה אונס דנפשי' המכריחו לזה:

וראיה לזה דהא אמרינן בנדרים (דף ע"ח) האומר לאשתו כל הנדרים שתדורי א"א בהן לא אמר כלום ועי"ש בר"נ וברמב"ם (ה' נדרים) דמיירי שאמר כל הנדרים שנדרת ואפ"ה לא מהני וקשה הא א"א בו לישנא דלהבא הוא כדאמרינן בריש השולח וגבי הפרה נמי בעינן לישנא דלהבא כדאמרינן בנדרים שם ואמאי לא מהני אי אפשי בו גבי נדרים אע"כ דגבי גט כיון דאמר גט שנתתי לך א"א בו מורה שקאי על הגט שאינו רוצה שיתנו והיינו שמבטל השליחות [משום דעיקרו של גט אינו יכול לבטל:

או דמורה על השליחות מעצם הביטול של גט וכמ"ש הראשונים ז"ל]. אבל גבי נדרים שאמר אי אפשי בנדרים שנדרת אין בזה לשון הפרה וביטול הנדר דאפשר אף שאינו רוצה מ"מ אחרי שנדרה אין רצונו להפר ולהכי לא הוי הפרה כלל:

משא"כ בגט מיירי שניכר מדבריו שאמר גט שנתתי לך א"א בו שאומר לו שלא יתן הגט לה והוי ביטול מעליא דאם איתא שכוונתו רק שאין זה מרצונו הוי לי' לאמר שאינו רוצה לגרשה ומדקאמר גט שנתתי לך א"א בו משמע שאינו רוצה בגט כלל למוסרו אבל בנ"ד שלא אמר רק שאינו רוצה לגרש אשתו נ"ל דלא הוי ביטול כלל:

ואפילו אם נימא דגם זה הוי ביטול מ"מ ביטול גופו של גט ודאי דלא הוי דהא כתב הרמב"ם (בפ"ו מה"ג) דביטול גופו של גט היינו באומר גט זה בטל מלהיות גט:

אבל אינו רוצה לגרשה לא הוי ביטול הגט בשום אופן. וא"כ בנ"ד כיון דרוב הפוסקים סברי דלא מהני ביטול לגופו של גט וגם להר"מ ז"ל דמהני ביטול לגופו של גט מ"מ בעי שנים להנך פוסקים דסברי משום ממזרין ואפילו להנך דסברי משום דבר שבערוה דהי' אפשר לאמר דבביטול גוף הגט לא בעי שנים הא כבר כתבנו דזה לא מיקרי ביטול גופו של גט א"כ אין לחוש כלל:

ומשום ביטול שליחות עדי חתימה נמי אין לחוש דבזה וודאי בעי שנים דווקא וגם כבר כתבתי דלשון זה לא מיקרי ביטול כלל ועיין בטור שהביא תשו' הרא"ש במי שאמר לשלוחו אם תבא לפה אקיימנה ובאת אח"כ למקום הבעל יכול השליח למסור לה הגט דהאי לישנא הוי רק גילוי דעתא כמו הטוב והמטיב ולישנא דאין רצונו לגרשה לדעתי גרע מלישנא דאקיימנה ע"כ לענ"ד אין מקום להחמיר בזה לפי דבריו במכתבו שכל דברי הבעל בזה היו רק בפני אחד דהלכה פסוקה היא בכל הראשונים והאחרונים דאפילו ביטול גמור צריך בפני שני עדים ומכ"ש בזה שכבר כתבנו שיש מקום לאמר שלשון זה לא הוי ביטול ובעז"ה הארכתי בזה במק"א אבל לענינינו אין צריך להאריך והז"ש מאה"ש:

וע"ד האשה שנשתטית ונתרפאה ועתה אין רואין בה עניני שטות ויודעת במשא רק שניכר שלפעמים אין דבריה מסודרים ולפעמים ניכר קצת שעדיין אין שכלה שפוי כראוי, ואין ספק שיודעת לשמור גיטה ועצמה כי נוהגת כבנות ישראל הכשירות הנה הא ודאי דלדינא דגמרא יכולים לגרשה כיון שיודעת לשמור גיטה ועצמה ואף אם נחוש לדעת הרמב"ם ז"ל שכתב (בה' עדות) שהפתאים ביותר שאינם מבינים הדברים כדרך שמבינים שאר עמי הארץ כשוטה יחשב וגם לדעת איזה מפרשים דלאו לענין עדות לחוד כתב כן אלא אף לכל מילי מיחשב כשוטה מ"מ גבי גטין דאשה מתגרשת בע"כ לא איכפת לן אלא ביודעת לשמור גיטה ועצמה ואם יודעת לשמור גיטה ועצמה אף שהיא שוטה בשאר דברים נמי מתגרשת משום דלא בעינן דעתה כלל דהא ר' יצחק ביבמות (דף קי"ג) קאמר דבר תורה שוטה מתגרשת ומפני מה אמרו נשתטית לא יוציא שלא ינהגו בה מנהג הפקר הרי דעל שוטה גמורה שיש בה כל סימני שטות אפ"ה אין האיסור אלא משום שמא ינהגו בה מנהג הפקר וכן במתניתין דדייקינן מלשון עולמית דקתני גבי איש שבא למעט דבאשה הוי רק מדרבנן מיירי נמי בשוטה גמורה שיש בה סימני שטות ואסורה רק מדרבנן ומה שהקשה כבודו דאמאי לא מקשה ממתניתין לר"ה דאמר בריש חגיגה גבי סימני שוטה דקא חשיב יוצא יחידי בלילה ולן בבה"ק ומקרע כסותו ומאבד מה שנותנים לו דבעי דווקא כולן אבל באחת מהן לא מיחשב שוטה ותקשה הא מאבד מה שנותנים לו הא אינה יכולה לשמור גיטה וכיון דקתני במתניתין נשתטית ע"כ דיש בה כל הג' סימנין לר"ה וא"כ אינה יכולה לשמור גיטה ואינה מתגרשת מן התורה מדרב ינאי ונראה לי דלק"מ דודאי ברייתא דקתני איזהו שוטה וקא חשיב הני ג' דברים כוונת הברייתא להורות לנו דין שוטה שהוא בכל דרכיו פקח גמור כאחד האדם רק שנשתבשה דעתו לעשות דבר אחד בשטות שגם זה שוטה יחשב אף שבכל הענינים הוא פקח גמור

רק שבענין אחד נשתבשה דעתו וע"ז קאמר אלו השלשה דברים ובהא פליגי ר"ה ור' יוחנן דר"ה סובר דבעינן כל הג' דברים ור"י סובר דבאחת מהן נמי מיקרי שוטה אף שבכל הדברים הוא פקח ונחלקו גם רבותינו הראשונים ז"ל אם הני דברים הם בדווקא או לא וכ"ז במי שהוא פקח בכל עניניו ונשתבש בדברים אחדים אבל שוטה גמור כמו שכתב הרמב"ם שהולך ערום ויחף או מכה בני אדם ומתנהג בכל מיני שטות ודאי אף שאין בו אחד מכל אלו הוי שוטה והכי דייק לשון הברייתא דקאמר איזהו שוטה ואטו לא ידע דמינכר על האדם שהוא שוטה בכל מעשיו א"ו דקאמר איזהו היינו בפקח לכל דבריו ונשתבש בענינים מיוחדים וא"כ ודאי דמשכחת שוטה גמורה אף שיודעת לשמור גיטה ומתגרשת מן התורה וא"כ באשה זו שיודעת לשמור גיטה ועצמה מתגרשת אף מדרבנן. ובמה שיש לחוש כיון דלהרמב"ם הפתי ביותר חשוב כשוטה לכל מילי א"כ לדידן דאיכא חר"ג שלא לגרש בע"כ א"כ כיון דמקריא שוטה גמורה אסור לגרש בע"כ נראה דמ"מ זה לא מיקרי בע"כ כיון שבענין הגט אנו רואין שהיא עוסקת בזה כפקחת גמורה אף אם נחשיבנה לשוטה מ"מ בע"כ לא מיקרי ודמי' לחרשת דמתגרשת ודאי אף בזמה"ז כל שמתרצית לקבל גט כמו שכתב מהר"מ מינץ בתשובה (סימן ח') שהביא גם מעכ"ת דאע"ג דרצון אין כאן מ"מ כפיה ואונס נמי אין כאן ויכול כת"ר לסדר גיטה ברצונה וכן מצאתי בתשובות זכרון יוסף שהתיר באשה כזאת לגרשה:

סימן קמד

שאלה ע"ד הגט הנשלח על הבי דואר ובמקום הכתיבה עשה שליח ואמר שם בפני ב"ד בפ"נ ובפ"נ ועשה שליח אחר במכתבו שכתבו ב"ד לאיש אחד שבמקום הנתינה שהשליח שבמקום הכתיבה מינה אותו לשליח במקומו למסור הגט ליד האשה וכ"ז כתוב בכתב מעשה ב"ד וחתום בחתימת הדיינים:

תשובה הנה בשו"ע אה"ע (סימן קמ"א סעיף ל"ה) איתא השולח גט ביד כותי שיתנו לפלוני ומינה הבעל במכתבו לאותו פלוני שליח להוליך הגט לאשתו כשר מפני שהכותי אינו עושה אלא מעשה קוף בעלמא ע"כ וכתב הרמ"א ז"ל ע"ז מיהו יש חולקין דאין למנות שליח להולכה ע"י כתב גם לא ראיתי נוהגין כן עכ"ל והנה דבר זה מחלוקת הראשונים ז"ל כמש"כ הרא"ש ז"ל (בפ"ג דגיטין) דבה"ג ז"ל כתב דאסור למיכרכיה לגיטא בחד מנא ומימר לכותי אמטי האי מנא לישראל פלוני וליתביה לאינתי משום דונתן בידה או ביד שלוחה כתיב אבל כותי לא דכי נפיק גיטא מידא דבעל בעינן דלימטא לידא דאיתתא או לידא דישראל שלוחו כו' אבל הרא"ש ז"ל כתב דכיון דלא עשה הכותי

אלא מעשה קוף בעלמא ומינה הבעל במכתבו הישראל שבאותו מקום למה יפסל הגט ע"כ, והכריע המחבר כהרא"ש ז"ל:

מיהו בכה"ג שנתן הבעל לשלוחו שבכאן והשליח שלח ע"י כותי גם לבה"ג ז"ל ודאי דכשר דהא כי נפיק הגט מיד הבעל נפיק מידו ליד שליח ישראל וכ"כ במרדכי ובהג"א (פ' כל הגט) אחר שכתב דברי ר"ח גאון שפוסל לשלוח הגט ע"י כותי שימסרנו לשליח כתב ואומר אני שבמקום שב"ד שלהם ירצו לעשות שליח שלהם על הגט שבאו לידם ע"י שליח שהעיד בפניהם בפ"נ ובפ"נ יכולים ב"ד לשלחם ע"י נכרי כה"ג ליד שליח כשר והוא יתננו לה ויאמר שליח ב"ד אני עיי"ש וכ"כ בד"מ (סימן קמ"א אות ז"ך) ואפי' לדברי הרמ"א ז"ל שכתב דיש חולקין דאין למנות שליח ע"י כתב מודה בנ"ד שהוא כשר דהוא ז"ל מיירי שלא אמר הבעל בפיו שעושה אותו פלוני שליח רק בכתב אמר כן כמו שכתב המחבר והוא מדברי הרא"ש שמינה השליח במכתבו וע"ז כתב הרמ"א שיש חולקין דלא מהני שליח בכתב עד שיאמר כן בפיו כדאיתא בשו"ע (סימן ק"כ סעיף כ') פלוגתא דרבוותא בזה והיינו מדקאמר עד שישמעו קולו לאפוקי מדרב כהנא דאמר חרש שיכול לדבר מתוך הכתב כותבין ונותנין גט לאשתו וסברי דה"ה בפקח לא מהני כתב וצריך שיאמר בפיו. אבל בכה"ג שמינה השליח הראשון בפיו לפני ב"ד והב"ד הם שכותבין להשליח השני ומודיעין לו שנעשה שליח בזה ודאי מהני דגבי מנוי שליחות לא בעינן שמיעת קולו כדבעינן גבי שליחות לכתוב הגט וכ"כ הרא"ש (בסו"פ התקבל) דדוקא גבי צווי הבעל הוא דבעינן שידבר בפיו ושישמעו קולו אבל לענין שליחות אשה כל היכא דקים לן שהיא רוצה בדבר לא בעינן שמיעת קול עכ"ל ולאו דוקא שליחות האשה לא בעי שמיעת קול אלא ה"ה שליחות הבעל דדוקא גבי צווי בעיקר הכתיבה בעי שמיעת קולו אבל לא בשליחות ההולכה וה"ה בשליח הבעל שעושה שליח לא בעינן שמיעת קול א"כ אין בזה שום חשש ומותר אפי' לדעת הבה"ג והרמ"א:

ואין לומר דכיון דאמרינן בגיטין (דף כ"ט) ההוא גברא דשדר לה גיטא לדביתהו אמר שליח לא ידענא לה א"ל זיל הב לאבא בר מניומי דאיהו ידע לה וליתביה ניהלה אזיל ולא אשכח לאבא בר מניומי אשכחינהו לר' אבהו ורחב"פ וריי"צ נפחא אמרו ליה מסור מילך קמי דידן דכי ייתי ר' אבא בר מניומי ניתביניה ליה וליזיל וליתביניה לה א"ל רב ספרא והא שליח שלא ניתן לגרושין הוא וכדמסיק התם בחד לישנא דהכי קאמר לי' אבא בר מניומי ולא את עיי"ש אלמא משום דהאי שליח לא ידע לה אף שמתחילה היה מתרצה שימסור השליח לידה מ"מ כיון דלא ידע לה ואין בידו ליתן לה קרי ליה שליח שלא ניתן לגרושין ולא מצי משוי שליח א"כ ה"נ בנ"ד אם הבעל עושה שליח במדה"י

והשליח הראשון לא ידע ואינו מתרצה ללכת למסור לה כלל אינו יכול לעשות שליח אחר במקומו משום דמקרי שליח שלא ניתן לגירושין ז"א דהתם שאני שהבעל השיב להשליח זיל הב לאבא ב"מ להכי אמרינן אף שמתחילה רצה שהשליח ימסור לאשתו מ"מ בסוף כשאמר שיתן לאב"מ נכלל במשמעות דבריו אב"מ ולא את אבל לפי מה שאנו נוהגין שאומר בשעת נתינת הגט ליד השליח שיוליך הגט לאשתו א"כ הרי עשהו בפירוש שליח לגרושין ויכול לעשות שליח אחר ג"כ שהרי בפירוש אמר לו שנותן לו רשות למסור הגט לאשתו ממש:

מיהו יש לעיין דנהי דהבעל עושהו שליח לגרש מ"מ אם השליח הראשון הוא במרחקים וידוע שלא ילך למקום שהאשה שם רק שיעשה שליח אחר א"כ אכתי הוי מצד השליח שליח שלא ניתן לגירושין ונהי דמצד הבעל הוי שליח שניתן לגירושין דלא איכפת ליה אם השליח ילך ויגרש בעצמו או שישלח אחר במקומו מ"מ מצד השליח לא ניתן לגרושין דבשעת נתינת הגט לידו אינו מתרצה להיות שליח לגרשה ואף שאומר בב"ד שמתרצה ודברים שבלב אינם דברים מ"מ הא כבר ביארנו דדברים שבלב הידועים לכל לא מקרי דברים שבלב כלל שהכל יודעין שמחשב כן וה"נ זימנין דהשליח הראשון הכל יודעין שאינו מתרצה ללכת למקום שהאשה שם ולדעת הגט מקושר שכתב שליח שלא נתרצה להעשות שליח בשעה שנתן הבעל הגט לידו ואח"כ נתרצה מהני ויכול לגרש:

א"ש דאף דהשליח אינו מתרצה לגרש בעצמו מ"מ לא מקרי שליח שלא ניתן לגרושין כיון שבידו הוא להתרצות אח"כ וללכת למקום שהאשה שם ולגרשה ומקרי ניתן לגרושין אבל לפמש"כ לקמן דיש לפקפק בזה ואם לא נתרצה בשעת קבלת הגט מיד הבעל להעשות שליח לא מהני מה שנתרצה אח"כ א"כ ה"נ מקרי שליח שלא ניתן לגרושין כיון דבשעת נתינת הגט ליד השליח אינו מתרצה ללכת למקום שהאשה שם ולגרשה לא נעשה שליח ע"ז ורצון שאח"כ לא מהני ובשליח שלא ניתן לגרושין קי"ל דלא מצי לשווי' שליח אחר כעובדא דאבא בר מניומי ולפ"ז היה נכון ליתן הגט ליד השליח הראשון ויאמר לו הבעל שהוא יעשה השליח השני במקום שיודעין שלא ילך השליח הראשון דבזה לא איכפת לן במה שהשליח הראשון לא ניתן לגרושין כמש"כ הר"ן והתוס' (בגיטין דף כ"ב) שהקשו בהא דמוקמינן אשה עצמה מביאה את גיטה דאמר לה הוי שליח להולכה עד דמטית התם וכי מטית התם שוי שליח אחרינא להולכה ואמאי הא השליח הראשון לא ניתן לגרושין ותי' דהאי טעמא דלא ניתן לגרושין לא מהני אלא לענין דלא מצי השליח הראשון למשוי שליח בלא צווי הבעל אבל אם אמר לו הבעל שיעשה שליח מצי משוי שליח:

ולפ"ז גם בנ"ד יותר טוב שהבעל יצוה לשליח הראשון לעשות שליח שני כדי לצאת מחשש שליח שלא ניתן לגירושין מחמת שידוע שהשליח אינו מתרצה כלל ללכת למקום שהאשה שם ולגרשה שם מיהו כיון שאומרים בנוסח סידור הגט לשון שהבעל מרשה לעשות שליח ג"כ א"כ הרי אמר לו לעשות שליח ולא איכפת לן בענין שליח שלא ניתן לגירושין ועוד דמצד השליח לא מקרי שליח שלא ניתן לגירושין משום שאינו מתרצה ללכת למקומה דהא אפשר שתבוא היא למקום שהשליח שם ויגרשנה השליח ברצונו:

והנה ראיתי בתשובות אחרונים שהביאו מירושלמי (דגיטין פ"ג) על משנה דהמביא גט ואבד הימנו מצאו לאלתר כשר וקאמר איזה לאלתר ר' יוחנן אומר כל שלא עבר בה בריה ר' יהושע בן לוי אומר כל שלא עבר בה אדם עבר גוי ושמעינן מן הדא אבא בר חנן אייתי גיטא אבד מיניה ואשכחיה חד סורקיא אתא עובדא קמיה דר"י ואכשריה הדא אמר עבר גוי כשר נימר סימן הוה ליה ביה ולא כן תני אין סימן בגיטין והיא דמר תרין תלת שורין ברם הכא חד אות שבו הוה נקוד והביאו האחרונים ז"ל ראיה מכאן דאסור לשלוח ע"י כותי ונראה דכוונתם דאי אמרינן שיכול לשלוח גט ע"י כותי לאמטויי ליד שלוחו א"כ מאי מיבעיא ליה בעבר גוי פשיטא דגם בגוי יש לחוש שמא היה אצלו הגט של ישראל מחמת שנתן לו איזה איש ליתנו לשלוחו א"ו דאסור ליתן לגוי להכי מבעיא ליה ומסיק דעבר גוי אסור וכן פסקינן בשו"ע (סימן קל"ג) והטעם משום דאף שאינו יכול לשלוח ע"י כותי ליד שלוחו מ"מ יכול להיות שנתן להעכומ"ז לפקדון אבל אם נימא דמותר לשלוח גם ע"י העכו"ם א"כ מאי מספקא ליה פשיטא דכי היכי דחיישינן בעבר ישראל שמא נפל ממנו הכי בעינן למיחש בעבר עכו"ם דהא עכו"ם נמי ממטי גיטא כן נראה כוונתם ז"ל:

אבל נראה לי דלאו ראיה היא כלל דאכתי קשה מאי קא מיבעיא ליה פשיטא דבעינן למיחש שמא היה הגט בפקדון אצל העכו"ם וא"ת דלא שכיח להפקיד גט אצל עכו"ם ה"נ אפשר לומר דלעולם שרי לשלוח גט ע"י עכו"ם לאמטויי לשליח ואפ"ה מספקא בעבר שם עכו"ם דלא שכיח לשלוח ע"י עכו"ם א"ו דבל"ה מדברי הירושלמי אין ראיה כלל דבאמת התם דקאמר שיעור שלא עבר שם אדם אין הכוונה משום דחיישינן שמא מאדם הזה שעבר נפל דהא אפי' אם בא האדם והעיד שלא נפל ממנו או שהעידו עדים שהאדם שעבר לא היה אצלו גט נמי לא מהני כמו דלא מהני אם באו עדים ואמרו שאותו אדם ששמו כשמו לא היה בעיר כשנכתב הגט משום חומרא דא"א כמ"ש בירושלמי והטעם דשיעורא בעלמא הבו תנאים שאם עבר שם אדם הוי לזמן מרובה ופסול אם

שיירות מצויות או הוחזקו אפילו אם יודעין דאותו אדם שעבר לא אבד גט כמו דאמרינן למ"ד אם שהה כדי שעבר שם אדם דאף לא עבר בה אדם רק ששהה שיעור שיעבור שם אדם כמו שפירש בש"ס דידן דהוי שיעורא בעלמא וכמו למ"ד כדי לכתוב הגט דהוי רק שיעורא בעלמא וה"נ למ"ד אם עבר שם אדם אף אי ידעינן דהאדם שעבר לא אבד מ"מ מקרי לזמן מרובה ועוד דהא בעובדא דרבה בב"ח נמי לא היה חשש שמא אבדו העכו"ם דהא העכו"ם שעבר בעצמו מסרו לרבה בב"ח ואם היה הוא האובד לא היה מחזיר לרבה בב"ח אלא ש"מ דלא תליא בזה דאם עבר שם אדם לא מהני אף דוודאי לא אבדו דלא פלוג רבנן בשיעורייהו וע"ז בעי אם ראה שעכו"ם עבר שם אם מיקרי לזמן מרובה ואף דאפשר דעכו"ם נמי כשר לאמטויי גיטא אפ"ה אפשר דלא מיקרי זמן מרובה אלא אם עבר שם ישראל כיון דשיעור בעלמא הוא:

דהא לא איכפת לן בחששא אם יש לחוש שמא נפל מאותו אדם שעבר רק שיעורא בעלמא יהבו דאם ראו שעבר שם אדם מיקרי זמן מרובה א"כ אפשר לומר דלא יהבי שיעורייהו אלא בישראל דשכיח גבי גיטין ולא בעכו"ם דלא שכיחי גבי גיטין ואף דמצי לאמטויי לשלוחו או להפקיד גבי עכו"ם מ"מ זה לא שכיח וא"כ אין ראיה מדברי הירושלמי כלל:

אלא שיש להעיר במש"כ הש"ך בח"מ (בסימן מ"ו סק"ט) דבשטר הנמצא גם מדאו' צריך קיום כיון שאינו ביד בעל דבר ולהכי כתב דשטר קידושין הנמצא צריך קיום מן התורה ועיין בנתיבות שהחזיק אחריו וא"כ גט הניתן על הבי דואר שאין יודעין מי מסר הגט על הבי דואר נהי דעל הבי דואר אין שום חשש דדמי לערכאות דלא חיישינן בהו לזיופא מ"מ עדיין לא ידעינן מי הניח הגט וההרשאה על הבי דואר ובעינן קיום מדאו' כיון שאין לפנינו בעל דבר המוציא את הגט והבי דואר מקבל המכתבים ממי שמוסר יהיה מי שיהיה וכיון דהקיום מדאורייתא אף חתימות ב"ד צריך קיום דהא טעמא של הרמ"א ז"ל הוא כיון דמדאורייתא א"צ קיום להכי הקילו בחתימות ב"ד אבל בכאן שמה"ת צריך קיום מהיכי תיתי להקל אלא שלענ"ד דברי הש"ך ז"ל תמוהין שהחליט דבשטר הנמצא שאין הבעל דבר לפנינו בעינן קיום מן התורה ולא כן למדנו מתורתו של הרמב"ן ז"ל הביאו הר"ן (בפ' מי שאחזו) והנמ"י (שלהי יבמות) בהא דירושלמי איש פלוני מת משיאין את אשתו ופי' הרמב"ן דאפילו לא נתקיים משום דקיום שטרות דרבנן וכן העתיק דבריו הגר"א ז"ל באה"ע (סימן י"ז) הרי דאפילו בשטר הנמצא נמי לא בעינן קיום מדאורייתא ובזה שוב יש לומר דשפיר יש לסמוך בנ"ד אחתימות ב"ד בלי קיום כיון דמה"ת א"צ קיום דגם באין הבעל דבר לפנינו א"צ קיום מה"ת אלא דכיון דהרמ"א

ז"ל הקיל קולא גדולה במה שלא הצריך קיום במקום עיגון לחתימות ב"ד והט"ז כתב שכמדומה שאין לסמוך בזה למעשה א"כ אפשר לומר הבו דלא לוסיף עלה ואם שליח מביאו בפנינו בזה שפיר סמכינן על חתימות ב"ד. אבל אם אין לפנינו בעל דין המביא את הגט דבזה לדעת הש"ך צריך קיום מדאו' צריך קיום גם בחתימות ב"ד והגע בעצמך בארץ ישראל דמדינא דגמרא א"צ לומר בפ"נ ובפ"נ כדתנן שם בגיטין דלא חיישינן לזיופא אלו היה נשלח גט על הבי דואר ודאי דצריך קיום מן הדין לכל הפחות מדרבנן כמו בקיום שטרות דעלמא כיון דאין לפנינו שליח המביאו ודאי דחוששין לזיופא והא דבא"י א"צ לומר בפ"נ ובפ"נ היינו היכא שיש שליח המביאו דסמכינן על השליח ואין חוששין לזיוף משא"כ היכא דליכא שליח] ומעתה לפענ"ד ע"פ דין קשה מאוד לסמוך בנ"ד על חתימות דיינים בלי קיום ואין זה תיקון העולם. ע"כ אחרי שביררנו שבעיקר עסק הגט אין שום חשש רק שאנו צריכים לקיימו עצתי שיכתוב כת"ר מכתב להרב אב"ד דשם על אדרעס שלהם והמה ישיבו למעכ"ת ויחתמו חתימתם במכתבם ומחתימות אשר יבא במכתבם יקיים חתימות שבהרשאה ויכול לגלות טעמו ונימוקו שרוצה שיכתבו לו מכתב בכדי שמחתימות המכתב יקיים חתימות ההרשאה ואז נצא מחשש דודאי מקיימין מכתב שיודעין שבא מהחתומים וכיון שכבודו יכתוב להם והם ישלחו במכתב חתימתם הוי קיום מעליא ואם השליח צריך לילך לדרכו וא"א לעכבו יכול למסור הגט ולא תנשא עד שיבוא הקיום משם לדעתי זו עצה נכונה ואם אין באפשר לעשות תקנה זו יודיעני כבודו אז נחכם לה בעזה"י:

ודע שיש לנו מקום עיון אם השליח עושה שליח שלא בפניו ואינו מכיר את האיש שעשהו שליח כלל רק שמזכיר שמו ואומר שראובן בן שמעון יהא שליח ממנו ולא הזכיר שם עירו או שהזכיר שם עירו ויש בעיר כמה אנשים ששמותם ראובן בן שמעון אי הוי שליחות מעליא דהא אין יודעין כלל על מי היתה כונת העושה כיון שאינו מכירו כלל גם לא הי' לו עליו שום סימן דמה שאמר ראובן בן שמעון הרי כמה ראובן בן שמעון איכא בעיר ואם נימא דכוונתו הי' על כל איש שנקרא ראובן בן שמעון מעיר הזאת אם ירצה יהא שליח וכמו דתנן (בגיטין ס"ז) מי שהי' מושלך בבור ואמר כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי הרי אלו יכתבו ויתנו ופירש שם הריטב"א בשם הרמב"ן ז"ל דאפילו עשרה שמעו קולו שנים כותבים כיון דלא אמר כולכם וה"נ נימא דעשה שליח לכל הנקרא ראובן בן שמעון מעיר שהאשה שמה וכל מי שיתן לה הגט הרי הוא שלוחו, הא לאו מילתא היא דהתם הרי אמר כל השומע קולי והרי אמר שכל מי מהשומעים שיכתבו יהיו שלוחים אבל הכא הרי לא אמר כל ראובן בן שמעון שיתן יהא שלוחו רק

אמר על ראובן בן שמעון אחד ולא בירר על מי להכי לא מהני לכן נראה לי דהשליח הראשון שעושה שליח השני צריך לאמר ולפרט שם השליח השני ולסמנו שלא יהא משמע כונתו על איש אחר ששמו כן:

סימן קמה

שאלה באחד שגירש את אשתו ובשעת נתינת הגט אחר שאמר לה הרי את מותרת לכל אדם אמר שלא תנשא עד ארבעה שנים ואין העדים זוכרין אם אמר בשעת תנאי באופן שלא תנשא או ולא תנשא ונודע אח"כ שעשה זה בעצת חביריו שהסיתוהו בכדי לצערה לומר כן בשעת הגט שלא תנשא והמגרש הוא כהן ועובדא הוה כשתי שנים ומחצה וזה כחצי שנה ששב המגרש מדרכו וסידרו לו הב"ד גט אחר בלי שום תנאי אם מותרת להנשא קודם ארבעה שנים:

תשובה לפי דעת הרא"ש ז"ל וכן פסק הטור והמחבר (בסימן קמ"ג סט"ז) לא מהני מה שנותן לה ג"א בלי תנאי משום דכבר אינה אשתו שהרי גט גמור נתן לה אלא שהטיל בו תנאי ואין כח בגט השני לבטל את התנאי דגט השני לאו כלום הוא שכבר אינה אשתו ואין לו תקנה עד שיקדשנה ויחזור ויגרשנה והגר"א ז"ל תמה עליו שדבריו הם נגד התוספתא דגיטין דאמר לה הרי זה גיטך ע"מ שתתן לי מאתים זוז וחזר ואמר ה"ז גיטך מעכשיו כיצד יעשה יטלנו הימנה ויחזור ויתנו לה הרי דיכול לגרשה מחדש משום דעדיין נשאר בה אישות כיון דצריכה לקיים תנאו אבל נראה שהרא"ש ז"ל מחלק בין תנאי דמאתים זוז לתנאי דע"מ שלא תינשא שאין תנאי מסור בידו כלל להכי אמרינן שכבר אינה אשתו ולא מהני בה גירושין אבל בתנאי דמאתים זוז אם ירצה לא יטול המעות ויתבטל הגט ואפי' אם נתינה בעל כורחו שמה נתינה מ"מ יכול להיות נטמן ונתינה שלא בפניו ודאי לא הוי נתינה כדאיתא בגיטין (דף ע"ה) ובשו"ע (סימן קמ"ג סעיף ד' ובב"ש שם) וא"כ אגידה ביה עדיין ויכול לגרשה משא"כ בע"מ שלא תינשא לפלוני דלא אגידה ביה כלל לא מהני בה גט וכעין זה כתב הרשב"א ז"ל בחי' שהקשה בהא דקתני ט"ו נשים פוטרות צרותיהן ואמאי לא קתני שש עשרה כגון המגרש אשה ע"מ שלא תינשא לראובן והלכה ונישאת לשמעון אחיו ונפלה לפני ראובן אחיו כשם שהיא אסורה כך צרתה אסורה ותירץ דודאי זו אינה פוטרת מן החליצה ולא מן היבום שאין פוטרת צרה אלא ערוה גמורה כאחות אשה שהתורה אסרה עליו אבל זו שאינה אסורה אלא מחמת תנאי בלבד ומגורשת גמורה היא אצל הכל אלא שאינה יכולה להתייבם מחמת תנאי של זה וכדי שלא יבטל הגט למפרע לגמרי בכי הא אין צרתה

פוטרת וסיים שם הרשב"א ונ"ל דאף היא עצמה בעיא חליצה שאין איסורה עכשיו אלא מחמת תנאי ולא מחמת ערוה שהרי גיטה גמור ואין כאן שיור כו':

אמנם המהרי"ט בתשובה תמה על הרא"ש ז"ל בתרתי חדא שהרא"ש בעצמו פסק דביטול התנאי מהני משום דאתי דיבור ומבטל דיבור דאין התנאי בעצם המעשה אלא דיבור בעלמא הוא וכשמבטל לו הוי גיטא למפרע ועוד דנהי דעכשיו אינו יכול לגרש משום דכבר אינה אשתו מ"מ כשתנשא לפלוני ותעבור על תנאו אז יתבטל גט קמא ויחול גט השני והנה לסמוך בעובדא דא אדין ביטול התנאי מלבד מחלוקת הראשונים הוא אי מהני ביטול תנאי אי לא נ"ל דבנידון דידן דלא אמר בפירוש שמבטל התנאי מגט הראשון אלא שנתן לה גט שני בלי תנאי וכיון דלדעת הרא"ש הא דמהני ביטול התנאי הוא משום דנעשה מגורשת למפרע משום דאתי דיבור ומבטל דיבור א"כ זה שגירש בגט שני עדיין אינו מוכרח שחזר בו ממה שגירשה בגט קמא על תנאי ואולי מכאן ולהבא הוא דניחא ליה לגרשה בלי' תנאי. אבל לבטל התנאי מגט קמא לעשותה מגורשת למפרע זה לא ניחא ליה ולדעת הפוסקים דביטול התנאי משוי ליה גט מכאן ולהבא ודאי דלא מהני הכא דהא בעת נתינת גט השני גט ראשון כבר קרוע הוא ואפילו לדעת הרא"ש ז"ל דביטול תנאו משוי ליה גיטא למפרע היינו דווקא היכא דאמר בהדיא שמבטל תנאי דגט קמא אבל במה שנותן גט שני לא מתקיים גט ראשון והדברים מוכיחים מהאי תוספתא גופא בתנאי דמאתים זוז וחזר ואמר הז"ג מעכשיו דיטלנו הימנה ואמאי הא לא גרע הא דאמר הז"ג מעכשיו מביטול תנאי ונהי דברייתא אתיא כרשב"א דבעיא נתינה מעליא מ"מ בביטול תנאי לא מצריך רשב"א נתינה אחריתא א"ו דאה"נ אלו היה מבטל התנאי היה הגט הראשון כשר אלא דמיירי דלא רצה לגרשה למפרע אלא מכאן ולהבא וכיון דרשב"א סובר דהיכא דנתינה קמייתא לא הוי מהני צריך נתינה אחריתא להכי אמר דיטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה הרי חזינן דמה שנותן גט אחר בלי תנאי לא מיקרי ביטול תנאי לענין גט ראשון ודוחק לומר דשם מיירי שאומר בפירוש דלא ניחא ליה לבטל התנאי לקיים גט ראשון למפרע כדדייק לישנא דחזר ואומר הז"ג מעכשיו אבל בנותן גט שני סתם יש לנתינה זו דין ביטול התנאי לענין גט ראשון שיחול למפרע. דז"א דאמאי לא נימא דלגרש מעכשיו ניחא ליה ולא שתהי' מגורשת למפרע ומלבד זה הרבה מהראשונים ז"ל חולקים בדין ביטול התנאי שיחול הגט למפרע והכי משמע לי מכולא סוגיא דפ"ק דיומא (דף י"ג) גבי כה"ג דאי הוה מהני ביטול התנאי למהוי גיטא למפרע לא הוי צריך לדחוק כולי האי ואם נבא להקל כסברת מהרי"ט דנהי דעכשיו אינו גט מ"מ כשתנשא לפלוני ויתבטל גט ראשון יחול גט שני אז גם זה אינו ענין לכאן חדא דהא נתן

לה גט שני בסתם וכל הנותן גט שיחול לאחר זמן מבעיא לי' לפרושי שיחול לאח"כ ועוד דגם גט השני נתקרע תיכף אחר הנתינה אלא שיש לומר דכשתנשא לפלוני ויתבטל גט קמא אז יחול גט שני למפרע ולא איכפת לן במה שנקרע הגט מיהו כיון דפסקינן כר"ל בר"פ החולץ דחליצת מעוברת לא שמה חליצה דתגלי מילתא למפרע לא אמרינן א"כ ה"נ אפשר דלא אמרינן בזה תגלי מילתא למפרע מיהו הנמ"י פירש התם הא דלא אמרינן תגלי מילתא למפרע משום דחיישינן דילמא בשעת חליצה הי' הוולד בן קיימא וראוי לצאת לאויר העולם וחליצתה לאו כלום הוא ואח"כ הוא דאתחיל בו כחישותא ובדבר שנתחדש אח"כ לא אמרינן תגלי מילתא למפרע והא דמשמע מסוגיא זו שם דאף לקולא לא שמה חליצה דלא פסלה כלל מן הכהונה ולא חיישינן דילמא בשעת חליצה כבר היה נפל צ"ל משום דאיסור חליצה הוי מדרבנן וספיקא דרבנן לקולא (ועיין בריטב"א שם) ולפי"ז נראה לי דהכא שפיר אמרינן תגלי מילתא למפרע כיון דגט הראשון תלה בתנאי דע"מ שלא תנשא לפלוני וכשתנשא לפלוני איגלאי מילתא למפרע דבטל גיטא ובכל תנאי ודאי אמרינן תג"מ למפרע כיון דתלה הדבר בתנאי וכיון דמחמת תלייתו בתנאי אמרינן תג"מ למפרע על גט ראשון כמו בכל תנאי דעלמא דהא כל התולה גיטו בתנאי הרי לא התחיל הגט לחול עד שיתקיים התנאי ובקיומו חל הגט למפרע ובלא נתקיים התנאי לא התחיל הגט כלל הרי נתברר דבשעת גט שני לא היה גט ראשון גט כלל והיתה אשתו גמורה וחייל גט שני ולא דמי לחליצת מעוברת ועוד נ"ל טעמא דר"ל דאמר תגמ"ל לא אמרינן דוקא גבי חליצה אמר הכי דכמו דאמרינן דאין תנאי בחליצה משום דליתא בשליחות ומילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי ופירשו התוס' משום דאילולי תנאי דב"ג וב"ר הוי אמרינן שאין כח בשום תנאי להטיל ספק בעצם המעשה להיות המעשה תלוי ברפיון עד שיתברר ענין התנאי ומתנאי דב"ג וב"ר הוא דילפינן לה להכי הוא דוקא במילתא דאיתא בשליחות אבל במילתא דליתא בשליחות לא ונהירנא שראיתי בתשובות בשמים ראש דאסביר לן בשם הרא"ש ז"ל במילתא דליתא בשליחות הפעולה נקשרת בבעליו עד שאין כח להמסר הענין ע"י שליח וכ"כ אין באפשר להטיל במעשה כזו תנאי להיות המעשה תלוי ברפיון אלא כיון שעשאה כתיקונה שוב אין נתפס בה ספק ותנאי והדרינן לסברא קמייתא דאין תנאי מטיל ספק בעצם המעשה ורק מתנאי ב"ג וב"ר הוא דילפינן לה והיינו דווקא היכא דאיתא בשליחות ומה"ט גבי גיטין וקידושין בעינן עדים אבל בינו לבינה לא מהני וגבי חליצה מכשיר ר"ע בינו לבינה ביבמות (ק"ד) אם עדים רואין מבחוץ או למ"ד בעל שאמר גרשתי' נאמן גם בחליצה נאמן כמ"ש הרשב"א שם בחידושיו אע"ג דחלץ בינו לבינה משום דחליצה כיון שנעשה

מעשה החליצה פועלת בעצמה ההיתר. וא"א לאמר בה דבלא עדים אינה פועלת כמ"ש לעיל בענין כוונה והני תנאי דפליגי אר"ע ופסלי בינו לבינה הוא רק משום דבעינן ב"ד דכתיב ועלתה יבמתו השערה אל הזקנים. אבל עדים לאלומי מילתא כמו גבי גיטין וקידושין לא בעינן א"כ אף אנו נאמר דהא מילתא דתגלי מילתא למפרע לא מהני אלא היכא דתנאי מהני וכל מקום דתנאי מהני נמי מה שנתברר אח"כ שהמעשה היתה צריכה לחול ובחליצה דתנאי לא מהני תגלאי מילתא למפרע נמי לא מהני כיון דבשעת עשייתה לא היתה ראויה לחול ואף דר"ל מפרש ביבמות (דף ק"ו) הא דחליצה מוטעת בחלוץ לה ובכך אתה כונסה ולא מפרש לה בע"מ שתתני מאתים זוז לאו דפליג על ר' יוחנן בהך כללא דאין תנאי בחליצה אלא דסובר דא"צ כוונה כלל אבל מודה הוא דאין תנאי בחליצה ולהכי לא אמר תגמ"ל בחליצה וזהו דוקא בחליצה אבל בגט שפיר אמרינן תגמ"ל:

אלא שלענ"ד אם נסבור כדעת הרא"ש ז"ל בזה דלא מהני גט להתיר אישות התלוי בתנאי רק שנתיר מחמת תג"מ למפרע שיתברר אחר שתנשא לפלוני דבשעת גט שני היתה בת גירושין זהו דוקא אם היה נותן לה גט ראשון עצמו אבל לכתוב גט אחר דמי להא דאמרינן ביבמות (דף נ"ב) בכתב גט לאשה דעלמא לכשאכנסנה אגרשנה אינו גט משום דאין בידו לגרשה וה"נ הרי עכשיו אין בידו לגרשה לפי דעת הרא"ש ז"ל דכבר אינה אשתו עד שתנשא לאחר ונהי דלדעת הרמב"ם ז"ל שפירש (בפ"ג מה' גירושין) הא דאין בידו לגרשה משום דלא הוי לשמה בזה דאמרינן תג"מ אחר שתנשא לפלוני שהיתה בת גירושין שפיר הוי לשמה דאין לומר דלדעת הרמז"ל בעינן שידע הסופר בשעת כתיבה שהיא בת גירושין דע"כ א"א לומר כן דא"כ תקשה הא דתנן בפ' כיצד קידש א' משתי אחיות נותן גט לזו וגט לזו דהיכי מהני בהו גט כלל הא אכל חדא וחדא בשעה שכותב הסופר הגט יש להסתפק בה דילמא אשה דעלמא היא ולא הוי לשמה ואם היא באמת אשתו וצריכה גט ואיכא לאסתפוקי בה באשה דעלמא לא מיקרי לשמה וכה"ג אמרינן בב"ב (דף פ"א) הקונה ב' אילנות דעביד כריב"ח משום דלא מצי להביא משום האי חששא דלמא הוי ביכורים ובעינן שיהיו ראוים לקריאה דכל שאינו ראוים לקריאה קריאה מעכבת בהו והם אינן ראוין לקריאה משום ספיקא דלאו ביכורים נינהו ומחזי כשיקרא ואע"ג דאם באמת הם ביכורים הרי הם ראוין לקריאה, מ"מ מיקרי אינן ראוין כיון שאינו ידוע לנו שהם ראוין וה"נ אם נימא דהסופר צריך שידע שהיא ראוי' להתגרש א"כ בקידש א' משתי אחיות הרי אין יכול לכתוב הגט דאותו שהיא אשתו הוא מסתפק בה באשה דעלמא א"ו כיון שהיא באמת אשתו הרי הי' ראוי' לגרשה ומיקרי כתיבה

דידה לשמה שפיר ולא איכפת לן במה שמסתפק בה באשה דעלמא וכה"ג אמרינן בפ' החולץ גבי ספיקות חולצות ולא איכפת לן במה שאינן עולות ליבום משום דאם יבוא אלי' ויאמר דהא קדיש שפיר מיקרי עולה לייבום והיינו טעמא דלא דמי התם להה"א דבכורים משום דגבי בכורים בעינן שידע המביא שהוא ראוי לקריאה כמו שמבואר אצלינו במק"א דכיון דלכתחילה בעינן קריאה בעינן נמי שיהא בידו לקרות וכל שאצלו ספק לא מיקרי ראוי לקריאה שהרי אין בידו לקרות משא"כ בחליצה דבעינן רק שיהא ראוי ליבום להכי סגי מה שבעצם היבמה הזאת היא ראוי' ליבום אף שהיבם אינו יכול ליבם מטעם ספק ולפ"ז ה"נ גבי גט לא בעינן אלא שתהא באמת ראוי' להתגרש ולא איכפת לן בידיעתו של הסופר ולהכי בענין זה כיון דאמרינן גבי גט תגמ"ל והרי היתה בת גירושין הוי כתיבה לשמה:

וכל זה הוא לשיטת הרמב"ם ז"ל דטעמא דלכשאכנסנה אגרשנה אינו גט הוא משום דלא מיקרי לשמה כל זמן שאינה בת גירושין להכי הכא דאמרינן תמ"ל שהיא בת גירושין ע"י ביטול התנאי של גט הראשון שפיר מיקרי לשמה אבל לשיטת התוס' והרא"ש דטעמא דלאשה בעלמא אינו גט הוא משום דכיון דאינו יכול לגרשה לא מצי משווי שליח לכתוב ומדמי לה להא דאין אדם מקנה דבר שלב"ל א"כ ה"נ כיון דכל דלאו בידו ומחוסר מעשה הנישואין לפלוני הוי דבר שלב"ל ועכשיו אינה בת גירושין לשיטת הרא"ש ז"ל משום דכבר אינה אשתו לא מהני כלל מה שמתברר אח"כ כשנשאת לפלוני שהיתה בת גירושין דסוף סוף בשעת כתיבת הגט עדיין היתה צריכה למעשה הנשואין ובלא"ה לא הוי מצי משוי שליח וכל שמחוסר מעשה לאו בידו ולא מצי משוי שליח והגע בעצמך הא דאמרינן בפ' המפקיד נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלימני תהא פרתי קנויה לך מעכשיו אלו מכרה השומר קודם שנגנבה בקנין ועדיין היתה אצלו ונגנבה מי קנה הלוקח אותה דאע"ג דעתה נתברר שהיתה שלו למפרע מ"מ כיון דהויא מחוסר מעשה הגניבה עדיין מקרי דבר שלב"ל והכא נמי פשיטא דלא מהני בזה תגמ"ל ולא מהני כתיבת גט חדש דהא לאו בידו שתהא אשתו ומחוסר מעשה נישואי דידה לפלוני וכמו שהיא עכשיו כמו אשה דעלמא לא מצי לאשווי' שליח לכתוב גט אחר. ועוד נ"ל דאפילו לדעת הר"מ ז"ל דמפרש בטעמא דאשה דעלמא משום לשמה נמי לא מהני כתיבת גט אחר דאע"ג דבירנו דלחשש לשמה מהני הך סברא דתגמ"ל מ"מ יש לחוש להך דרשא דדרשינן וכתב ונתן מי שאינו מחוסר אלא כתיבה ונתינה וכו' ואשה זו כיון שנתן לה גט שוב אינה אשתו והיא כאשה דעלמא וכתיבת גט שני דידה לא הוי לשמה אלא שאנו מכשירין אותו ע"י מעשה נשואי פלוני ומחוסר מעשה הנשואין

לפלוני בין כתיבה ונתינה פוסל בגט ואין לדחות דלא דמי לדרשא דוכתב ונתן דשם מחוסר מעשה בין כתיבה ונתינה דהיינו קציצה ממחובר והכתיבה הוה כתיבה מעליא רק שמחוסר מעשה בין כתיבה ונתינה משא"כ כאן דהכתיבה והנתינה תרווייהו לאו מידי נינהו כל כמה דלא נשאת לפלוני דהא לאו בת גירושין היא ואין כאן לא כתיבה לשמה ולא נתינה וכשתנשא לפלוני אז יחולו תרווייהו למפרע הכתיבה והנתינה והרי אין זה מחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה דאף אם יעשה המעשה אחר הכתיבה והנתינה נמי מהני דאחר הנישואין יחול הכתיבה לשמה והנתינה ביחד דזה אינו דהא אמרינן בר"פ כיסוי הדם כיסוי הדם נוהג בחולין אבל לא במוקדשין ומוקמינן לה בקדשי בדק הבית ופריך וליפרקינהו וליכסינהו בעינן העמדה והערכה וכמאן אי כר"מ דאמר הכל היה בכלל העמדה והערכה הא אמר שחיטה שאינה ראוי' שמה שחיטה אי כר"ש דאמר שחיטה שאינה ראוי' לאו שמה שחיטה הא אמר קדשי בדק הבית לא הי' בכלל העמדה והערכה ומשני כולה כר"ש ושאני הכא דאמר קרא ושפך וכיסה מי שאינו מחוסר אלא שפיכה וכיסוי יצא זה שמחוסר שפיכה פדיה וכיסוי ובתוס' שם הקשו בהא דאמר וליפרקינהו וליכסינהו תימא מנלן שצריך לפדותו ולחייב בכיסוי ותירצו דהכי פריך כיון שסופו לפדותו משום הפסד קדשים וכשיפדה הוי למפרע שחיטה ראויה א"כ ליכסינהו אפי' קודם פדיון ועוד דר"ש אית לי' כל העומד לפדות כפדוי דמי ע"ש היטב בדבריהם א"כ ניחזי אנן הא התם כל כמה דלא פריק להו לא הוי השחיטה שחיטה כלל דשחיטה שאינה ראוי' לאו שמה שחיטה וכשפודה אותן אפילו אחר כמה ימים אגלאי מילתא למפרע דשחיטה ראויה הוי למפרע משום דכל העומד לפדות כפדוי דמי ואפ"ה אמרינן דלאו בני כיסוי נינהו משום דמחוסר מעשה אחר השפיכה אע"ג דקודם המעשה לא הוי שפיכה כלל ואחר הפדייה אימת שיהיה יתברר למפרע דהוי שפיכה כבר נעשה מעשה הפדיה ואפ"ה אמרינן דלא שייך בזה מצות כיסוי משום דמחוסר מעשה פדיה בין שפיכה לכיסוי ה"נ אע"ג לכשתנשא יתברר למפרע דהוי כתיבה לשמה משום דהיא בת גירושין מ"מ כיון דאחר כתיבת הסופר עדיין צריכה לאיזה מעשה שיחול הכתיבה לא מיקרי וכתב ונתן. ובעיקרא דמילתא יש להעיר במה שלא פירשו בעיקר הטעם דלא מהני באשה דעלמא משום האי טעמא דוכתב ונתן דהכא הרי מחוסר נישואין ואולי יש לחלק בין מחוסר מעשה בגט או במגרש ומתגרשת:

עכ"פ הרי ביררנו דלדעת הרא"ש ז"ל שחדש לנו דכ"ז שלא ביטלה ועברה על התנאי לאו בת גירושין היא לא מהני תקנתו של מהרי"ט שיחול למפרע דאיכא למיחש טובא לחשש דאין בידו לגרשה כמו אשה דעלמא ולא מהני אלא באותו גט עצמו אבל לא בגט

אחר ועוד נראה דלשיטת הרא"ש ז"ל שכתב דהשתא קודם ביטול התנאי לא מיקרי בת גירושין לא מהני אפילו אם יגרשנה באותו הגט עצמו ולא מהני מה שכתב המהרי"ט שיחול הגט כשתעבור על תנאו דאף דהגט הראשון נכתב בכשרות שאז היתה בת גירושין מ"מ כיון דבנתינת הגט לא היתה בת גירושין לא מהני דבעינן שיתן לידה בשעה שהיא אשתו והכא בשעה שנותן לה הגט פעם שני בלי תנאי לאו בת גירושין היא שכבר אינה אשתו ואף לפמש"כ הר"ן בפ' הזורק אמתניתין דאמר לה כנסי שט"ח זה או שמצאתו מאחורי' קוראה והרי היא גיטה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטך וכי אמר לה הא גיטך אפילו אחר שבא לידה מהני דקרינן ביה ונתן בידה. אע"ג דנתינה הראשונה לאו כלום היא וה"ה כשנותנו לה לשם פקדון ואח"כ אמר לה הא גיטך כיון שמיד הבעל בא לידה עכ"ל וכ"פ בשו"ע סימן קל"ח מ"מ זהו דווקא אם נתנו לה כשהיא כבר אשתו קרינן ביה שפיר ונתן בידה אבל אם נתנו לה בשעה שאינה בת גירושין לא מיקרי נתינה לידה ולא מיבעיא אם נקרע אח"כ דלא מהני אלא אפילו היה בידה עד שנשאת ועברה תנאי הראשון נמי לא מהני דדמי לטלי גיטך מע"ג קרקע דנתינה קמייתא לאו כלום:

אלא שיש להסתפק בזה בעיקר הדבר אם הי' כאן לשון תנאי מעליא או לא ונ"ל דאם אמר ה"ז גיטך ולא תנשא לפלוני ולא אמר לשון ע"מ שלא תנשא לפלוני נמי דמי לתנאי אע"ג דלא אמר לשון ע"מ אם לא תנשא לפלוני ועדיף מגילוי דעתא בגיטא דקי"ל גילוי דעתא לאו מילתא הוא [עיין בתשובות מהר"ם לובלין ז"ל] דיש לומר דאף שדבר זה היטה את לבבו לגרשה מ"מ מחמת זה גמר לגרש בלי שום תנאי. אבל דבר שאומר בשעת גירושין בשעת נתינת הגט קפידא הוא ויש לו דין תנאי והכי משמע פשטא דתלמודא בפ' איזהו נשך (דף ס"ו) דאי הוה אמר בשעת נתינה דאי קיימינא דידי את הוה דומה לתנאי אע"פ שלא אמר בלשון אם וכ"כ התוס' בגיטין (דף ע"ה) ד"ה לאפוקי דאם הוי אמר הכי היה מועיל וכ"ה בגיטין (דף כ"ט) דפליגי באמר הב לה גיטא ושקול חפץ אי הוי שינוי אבל כשלא נטל החפץ כלל לא הוי גט לכ"ע כמ"ש הראשונים מיהו משם ליכא ראי' דשאני שליח דאפילו לר"מ דבעי תנאי כפול מ"מ גבי שליח שהתנה המשלח עמו לא בעינן תנאי כפול א"כ ה"ה לדידן דלא בעינן תנאי כפול אפשר דבשליח אף תנאי גמור לא בעינן:

אולם מסוגיא דביצה (דף כ') בההוא דאמר הבו ליה ד' מאה זוזי ולנסיב לברתי דאמרינן אי בעי נסיב אי בעי לא נסיב וכתב ע"ז האלפסי בפ' מי שמת דטעמא דמילתא משום דהאי לישנא לישנא דמתנה הוא בין בזוזי בין בברתא. הלכך אי בעי תרווייהו שקיל אי בעי חד מינייהו שקיל ובעל המאור ז"ל בביצה תירץ משום דלא הוי תנאי קודם למעשה.

הרי מבואר דלמאן דל"ל הא דרבי חנינא בן גמליאל במשפטי התנאים הוי תנאי מעליא אע"ג דלא אמר בלשון אם ואפילו לשיטת הרי"ף והרמב"ן שם שפירשו דלא הוי תנאי כלל משום דתרווייהו מתנה נינהו היינו דווקא התם דכיון דלא מקדים הנישואין ש"מ דלא קפיד כלל ומה שאמר לינסב לברתי היינו מתנה אחריתא אבל כאן באיזה כח הוא אומר שלא תנשא עד ד' שנים אם לא בכח האישות שיש לו ובדידיה קיימא להטיל בשעת נתינה תנאו ע"כ יש לו דין תנאי גמור:

מיהו יש לעיין בהא דאיתא בנדרים (דף מ"ח) מעשה בא' בבית חורון שהיה אביו מודר הנאה ממנו והיה משיא את בתו ואמר לחבירו חצר וסעודה נתונים לפניך אלא כדי שיאכל אבא עמנו בסעודה אמר אם שלי הם הרי מוקדשין לשמים א"ל לא נתתי לך את שלי שתקדישם לשמים כו' אמרו חכמים כל מתנה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה ואמר רבא שם לא שנו אלא דא"ל והינן לפניך אלא כדי שיאכל אבא עמנו אבל א"ל שיהא לפניך שיבא אבא מדעתך הוא דא"ל וכתב הר"ן ז"ל ל"ש אלא דא"ל והינן לפניך דהוי תנאי גמור אבל א"ל ויבא אבא מדעתך הוא דא"ל דלאו תנאי הוא ומתנה גמורה היא אלא דאי בעי עביד הכי וכדאמרינן בפרק יו"ט בההוא דאמר הבו ד' מאה זוזי ולנסוב לברתי דאר"פ ד' מאה זוזי שקיל ברתא אי בעי נסיב אי בעי לא נסיב ובלישנא אחרינא אמר לא תימא טעמא דאמר והינן לפניך הוא דאסר אבל א"ל הן לפניך שיבא אבא ויאכל מותר אלא אפי' אמר לו הן לפניך ויבא אבא ויאכל נמי אסור מ"ט סעודתו מוכחת עליו אע"ג דבעלמא ויבא לאו תנאי הוא הכא שאני משום דאנן סהדי שאין אדם מכין סעודה לנשואי בנו ונותנה לאחר הילכך סעודתו מוכחת עליו דמאי דאמר ויבא אבא תנאי גמור הוא עכ"ל הר"ן ז"ל, מבואר מדבריו ז"ל דכל שלא אמר בלשון אם לא הוי תנאי כדאמרינן בהבו ד' מאה זוזי ולנסיב לברתי ותימא שלא הזכיר כלל דברי הרי"ף פ' מי שמת שכתב דהתם טעמא דמילתא דתרווייהו מתנה נינהו ודברי בעל המאור ז"ל שכתב משום דלא הוי תנאי קודם למעשה והרמב"ן ז"ל הסכים לדברי הרי"ף ז"ל ומדברי כולם למדנו דבלא אם נמי הוי תנאי מעליא ומה שמוכיח הר"ן ז"ל מסוגיא דנדרים דלא הוי תנאי מדקאמר בלישנא קמא דבלא אמר ואינן לפניך שרי ובלישנא בתרא קאמר דאסור משום דסעודתו מוכחת עליו דמשמע הא לאו האי טעמא דסעודתו מוכחת עליו הוי שרי דלא מיקרי תנאי לא הבנתי כלל דהא הר"ן בעצמו כתב במשנה בהא דאמר שם שאמרו חכמים כל מתנה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה וז"ל שם ואעפ"י דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה אע"ג דאם הקדישה אינה מקודשת שאני התם דמ"מ לשעתה מתנה אבל מתנה זו של בית חורון אפי' לשעתה אינה שלא נתכוין להקנותו לו כלל אלא שתקרא

ע"ש כדי שיהא אביו מותר כו' ובירושלמי ר' ירמיה בעי וכי אין אדם נותן מתנה ע"מ שלא יקדישנה כיני מתניתין כל מתנה שהיא בהערמה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה עכ"ל הר"ן שם א"כ חזינן דאם הי' באמת תנאי גמור שלא יקדישנה הוי שרי רק דהכא אסור משום הערמה. א"כ אפשר דבאמת בכל תנאי אם לא אמר לשון אם נמי הוי תנאי כדמוכח מדברי הרי"ף והבעה"מ והרמב"ן ז"ל והא דאמר רבא דאם לא אמר ואינן לפניך רק שאמר ויבוא אבא ויאכל מותר לאו משום דלא הוי תנאי דתנאי ודאי הוי רק דכיון דאמר ואינון לפניך אלא כדי שיאכל גרע מתנאי והוי מתנה של הערמה אבל אם לא אמר ואינון לפניך יש לו דין תנאי ושרי כמו דשרינן אם אמר שלא יקדישנה כמש"כ בירושלמי ה"נ שרינן ע"מ שיאכל אבא ואם אמר אינון לפניך גרע מתנאי והוי הערמה בעלמא (ומצינו בנמוקי יוסף בנדרים שם שפי' כן ע"ש) וראיתי להרשב"א ז"ל בחי' שם שכתב ונ"ל דמהכא שמעינן דהאומר לחבירו ה"ז מכור לך או נתון לך ואתה תעשה כך וכך אינו תנאי אלא מדעתיך קאמר ליה דכל מי שאינו אומר בלשון תנאי אינו תנאי והמתנה קיימת והשאר אילו רצה יעשה ואי לא לא וכההוא דאמר להו הבו ד' מאה זוזי לפלניא ולינסב ברתאי דאמרינן ד' מאה זוזי יהבינן ליה וברתיה אי בעי נסיב ואי בעי לא נסיב וללישנא בתרא דרבא דאמר אפילו ויבא אבא נמי אסור היינו משום דסעודתו מוכחת עליו דמה שאמר משום תנאי גמור קאמר ואע"ג דלא אמרו בלשון תנאי והאי דינא נמי איכא למילף מהכא עכ"ל הרשב"א ז"ל וגם דבריו ז"ל צ"ע מטעמא דכתיבנא על דברי הר"ן ז"ל ואולי סברי הרשב"א והר"ן ז"ל דאף דתנאי דע"מ שלא יקדישנה אינו מבטל המתנה אבל תנאי דע"מ שיאכל אבא מבטל המתנה כיון שעיקר הערמה היה בשביל זה ולהכי פשיטא להו דאי הוי בזה דין תנאי היה אסור ומ"מ צ"ע למה לא הזכירו דברי הרי"ף והרמב"ן ובעה"מ ז"ל בסוגיא דביצה דפשיט להו דיש בזה דין תנאי והא דאיתא בשו"ע יור"ד (סי' ש"ה) ברמ"א ודוקא שאמר לו ע"מ להחזיר אבל אם א"ל הא לך חמש סלעים ותחזירם לי אין בנו פדוי עכ"ל משמע דבלא אם לא מיקרי תנאי התם שאני דכיון שלא אמר לו לשון נתינה רק הא לך חמש סלעים איכא למימר דבפקדון בעלמא נתן לו [ועיין במג"א סימן תמ"ח סק"ה שכתב דאם א"ל הריני נותן לך ותחזירם לי אין המתנה תלוי' בחזרה ואף אם לא יחזירנו הוי מתנה וצ"ע ומכ"ש בנידון דידן שנודע שבני אדם הסיתו אותו קודם הנתינה שיטיל תנאי זה לצערה ודאי דהוי דין תנאי ואחרי כתבי זאת הוגד לי ע"י הרב המסדר שקודם שגירש בגט השני ביטל התנאי הראשון ואמר בפירוש שאינו רוצה בו א"כ יש לצרף לזה דעת הרא"ש ז"ל שסובר דביטול התנאי מהני

לשוויא גיטא למפרע משום דהתנאי הוי רק דיבור בעלמא ואינו מצורף למעשה נתינת הגט ואתי דיבור ומבטל דיבור:

ויש קצת מקום עיון לדעת הרא"ש ז"ל דביטול התנאי משוויא ליה גיטא למפרע דא"כ אמאי דחיק בירושלמי דתרומות (הביאו התוס' בקידושין דף י') אמתניתין דהאשה שהיתה אוכלת בתרומה ואמרו לה מת בעלך או גירשך ר"א מחייב קרן וחומש ור"י פוטר ופריך תינח מת גירשך מי לא ידעה ודחקינן לשנויי כגון דאמרה התקבל לי גיטי במקום פלוני והיה סוס מוכן לבא ביו"ד ימים ובא בה' ימים ולדברי הרא"ש ז"ל הא מצי לאוקמי בפשיטות שהטיל תנאי בגט כגון ע"מ שתתן לי מאתים זוז ביום פלוני ועבר הזמן ולא נתנה דרשאי לאכול בתרומה כיון שיודעת שלא נתקיים התנאי וא"צ לחוש שמא ביטל התנאי דמסתמא לא חזר בו כמו דלא חיישינן לביטול הגט לרבי דסובר ביטלו מבוטל וכן המגרש אשתו שיחול לאחר למ"ד ימים כשבא הזמן מותרת להנשא וא"צ לחוש שמא חזר בו וה"נ כיון שיודעת שלא קיימה התנאי מותרת לאכול בתרומה ואח"כ באו ואמרו לה שביטל התנאי וחל הגט למפרע ומדלא מוקי הכי ע"כ דלא מהני ביטול הגט לשווי' גיטא למפרע וצ"ע מ"מ אין לסמוך ע"ז דהב"ש כתב דבתנאי שבידה לקיים בשב ואל תעשה לא מהני ביטול התנאי ודעת הב"ח דבתנאי שכיון לצערה לא מהני ביטול התנאי כמ"ש הב"ש (סימן קמ"ג ס"ק למ"ד):

והנה בנידון דידן אף שקשה להקל נגד דעת הרא"ש ז"ל מ"מ יש לצרף כאן ספיקי טובא דלדעת כמה פוסקים בעינן תנאי כפול ואי לא כפליה לתנאי לאו כלום הוא גם ספק שמא הלכה כהחולקין על הרא"ש וסברי דתנאי שלא תנשא לפלוני הוי כתנאי דעלמא ומהני גט שני ושמא הלכה כרא"ש דמהני ביטול התנאי ואע"ג דאיכא חזקת איסור אשת איש מ"מ אפשר לומר דחזקת איסור אשת איש אזדה לה כיון שהותרה לכל אדם ומה שאסורה לפלוני להנשא תנאי בעלמא הוא כמ"ש הרא"ש בעצמו א"כ איתרע חזקת א"א דידה מיהו כיון דאיכא כמה רבוותא דסברי מחזיקין מאיסור לאיסור אחר כ"ש דבכה"ג מיקרי חזקת איסור דאמרינן כמו שהיתה אסורה עד עכשיו לזה ה"נ אסורה עדיין עכשיו מחמת התנאי ועוד יש לדון דלא מקרי ס"ס אלא אם נולדו שני הספיקות ביחד כמו בכתובות (דף ט') וכדומה אבל הכא שמעיקרא נולד הך ספק שמא אסור' להנשא משום תנאי אי לא בעינן תנאי כפול והחזקנו אותו לוודאי איסור כדין ספיקא דאורייתא ולאחר זמן נולד עוד ספק שנתגרשה בגט אחר ואנו מסתפקין אי מהני בה תנאי אין מצטרפין ב' הספיקות ביחד וראי' לזה מהא דאיתא ביבמות (דף קי"ג) דר"א סבר תרומת חרש ספק הוא ומבעיא לן מיפשט פשיטא לי' לר"א דחרש דעתיה קלישתא הוא ומיהו מספקא ליה

אי דעתיה צילותא או לא דעתיה צילותא ולעולם חדא דעתא הוא או דילמא פשיטא ליה דדעתיה קלישתא ולאו דעתיה צילותא הוא והכא היינו טעמא כיון דעתים חלים ועתים שוטה למאי נ"מ להוציא אשתו בגט אי אמרת חדא דעתיה הוא כקדושין כך גירושין וא"א עתים חלים ועתים שוטה קידושין מצי מקדש גירושין לא מצי מגרש עכ"ל הגמרא וקשה אפילו אי אמרינן לאו חדא דעתיה הוא נמי מצי מגרש מטעם ס"ס שמא הי' שוטה בשעת קידושין ואת"ל לאו שוטה הוי אלא שהוא חלים שמא בשעת הגרושין היה חלים א"ו כיון שלא נולדו שני הספיקות ביחד לא מיקרי ס"ס שכבר הוחזק הספק הראשון לבדו לודאי איסור [ומצאתי אח"כ בחידושי רע"א ז"ל ליבמות שכתב כן ובעיקר האי כללא יש לעיין מהא דאמרינן בנידה (דף ט"ו) אשה שיש לה ווסת בעלה מחשב ימי ווסת ובא עליה ומסקינן בטעמא משום דאימר ראתה אימר לא ראתה ואת"ל ראתה אימר טבלה ופרש"י אם שהה בדרך שיעור שיכולה לטבול דאמרינן טבלה וא"צ לשואלה עיי"ש וא"כ קשה מי לא עסקינן נמי שבא לביתו קודם שיעור טבילה ואז היה אסור לבא עליה מטעם ספק ראתה וכשיצא עוד מביתו ובא אח"כ אחר שיעור טבילה שרינן ליה לבא עלי' מטעם ס"ס שמא לא ראתה ואת"ל ראתה שמא טבלה ואמאי לא נימא דכיון שבא בתוך שיעור טבילה והחזיק ספק ראיה לודאי שוב לא מהני מה שנולד בה במשך הזמן ספק טבילה ובכל גווני קאמר ר"י התם בעלה מחשב ימי וסת ובא עליה ומשמע אפילו בא בתוך שיעור טבילה ויצא וחזר ובא מיהו נ"ל דלא דמי כלל דהתם דכיון שבפעם הראשון שבא לביתו יודע שכשיבוא אחר משך ימי הטבילה יהא מותר לבא עלי' שפיר מצטרף לס"ס ולא אמרינן דאז נתחזק ספק הראשון לודאי כיון שגם אז ידע שבהמשך הזמן יהא ס"ס. משא"כ גבי חרש דספק הראשון של קידושין נתחזק לודאי איסור ומי יודע אם יגרשנה אח"כ לכן אף אם גירשה ונולד ספק אחר נמי לא מהני ולהכי נמי בב"ק (דף י"א) גבי שליא שיצאת מקצתה בראשון ומקצתה בשני דקאמר ר"א מונין לה מן הראשון ופריך רבא מאי דעתך לחומרא חומרא דאתי לידי קולא הוא דקא מטהרת לה מראשון והקשו בתוס' ואמאי לא יהיו טהורים הא הוי ס"ס ספק ביום ראשון יצא ראשו או רובו ואפילו לא יצא דילמא הוא זכר עיי"ש אלמא דהוי ס"ס אע"ג דספק ביום ראשון יצא נולד מיד כשכלה יום השביעי לראשון וספק זכר נולד ביום ט"ו לראשון ואפ"ה כתבו התוס' דהוי ס"ס משום דהתם נמי כיון דזמן בודאי אתא וידעינן בשביעי' שבט"ו יהי' ס"ס הוי ס"ס מעליא מיהו התם בלאו הכי ניחא דהא מה שהחזקנו ספק יצא ביום ראשון ספק יצא ביום שני לודאי איסור מטעם ספק א' לחומרא לא הי' מועיל לן כלל ביום השמיני ללידה שאז היינו מסתפקין אם יצא ביום ראשון או ביום שני שהרי בלא"ה טמאה אפילו אם

יצא ביום ראשון דהא איכא לאסתפוקי דילמא נקיבה וטמאה שבועיים ולא מהני לן מידי מה שהחזקנו הספק לחומרא שבלא"ה טמאה משום ספק נקיבה ורק כשכלה י"ד אז אנו יכולין לדון שמא ביום ראשון וכבר כלה אף ימי טומאה של נקיבה ונמצאו אנו באין לדון על שני הספיקות ביחד ושפיר כתבו התוס' דהוי ס"ס משא"כ בחרש לר"א שגירש שבתחילה קודם הגט מה דאסרנו הוא רק משום שמא חלים הוא בשעת קידושין ואסרנו מחמת זה והחזקנו הספק כודאי כדין ספיקא דאורייתא לא מהני מה שנולד אח"כ ספק שני ע"י גיטו של חרש ולא הוי ס"ס:

מיהו יש לחלק דזהו דוקא בס"ס דמעשה דבזה נמי אמרינן שהספק הראשון נעשה כודאי והחזקנו לדון את הדבר שנעשה לצד החומר שבה אבל בס"ס דדינא כמו בנידון דידן לא שייך לומר הספק הראשון נעשה כודאי דהא אם יבא לפנינו האי דינא לימים הבאים נדון אותו לספיקא דדינא ואיך נאמר עכשיו נעשה כוודאי איסור ואכתי ספיקא הוה ומצטרפינן לספק ספיקא:

ועוד נ"ל לחדש קולא אחרת לפי מה שחקרנו במק"א אם אדם יכול לגרש את אשתו מדינא דגמרא על תנאי שלא ברצונה ודאי דאם גירשה ע"מ שתתן מאתים זוז והיא אומרת שאין רצונה ליתן מאתים זוז שתוכל לתבוע ממנו מיד שכו"ע דהא בדידה תליא מילתה לקיים תנאה והיא אומרת שאין רצונה לקיים התנאי וממילא לא הוי גט ומחוייב בשכו"ע אבל אם אמר ה"ז גט ע"מ שלא תנשא לפלוני או ע"מ שלא תנשא עד ארבעה שנים והיא אומרת שאין רצונה לקיים תנאי זה ואין רצונה שיתקיים הגט עם התנאי רק אם רוצה לגרשה מיד בלי שום תנאי שתהא רשאי להנשא מיד לאחר רצונה לקבל ואם לאו אין רצונה לקבל הגט מסתברא נמי דהדין עמה ואינו יכול לגרשה בע"כ שתקיים תנאה דאף שנתנה לו תורה רשות לגרשה בע"כ היינו דווקא באופן שאחר הגירושין תוכל להנשא לאחר אבל שיגרשנה בעלה בע"כ ויפטר משכו"ע ותהא אגידה בתנאי שלא להנשא לאחר לא זכתה לו תורה ויכולה למחות בנתינת גט כזה ולומר לו או יגרשנה גירושין גמורין שתוכל להנשא לאחר מיד או תהא עדיין אשתו ומתחייב בשכו"ע כחיובי הבעל לאשתו דאין סברא לומר שתתן לו התורה רשות לגרשה ולפטור עצמו מכל החיובים שהבעל חייב לאשתו ושתהי' אסורה בעבותות התנאי שלא תנשא לאחר ותמות ברעב אין זה דרכי נועם וכתיב דרכי' דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום תדע דע"כ אין בידו של הבעל לגרשה ולעגנה ע"י הגט דהא ביבמות (דף ס"ה) אמרינן איבעיא להו נישאת לרביעי והיו לה בנים מהו דתיתבעי לשלישי אמרינן לה שתיקותך יפה מדיבורך דמצי אמר לה אדעתא דהכי לא גרשתיך מתקיף לה רב פפא אי איהי שתקא אנן מי שתקינן

נמצא גט בטל ובניה ממזרים אלא אמרינן השתא דבריית ועיי"ש ברש"י ז"ל שפירש דהא דאמרינן השתא הוא דבריית הוא למפטרי' מכתובה אבל לענין שיהא הגט קיים פירש התם דהגט קיים משום דמספיקא גמר ומגרש ולא איכפת שמא תבריא ופרשנו כוונתו בתשובה במק"א שלא רצה לפרש דמה"ט דהשתא הוא דבריית הגט קיים משום דסובר רש"י דמספיקא אין לנו להכשיר הגט ושמא כבר היתה ראוי' לבנים בשעת הגט נמצא גט בטל אולם התוס' שם בד"ה אי כתבו בהדיא שם דלהכי לא שייך קלקולא דאמרינן השתא הוא דבריית ובשעה שגירשה לא היתה ראוי' עיי"ש [ונראה דסברי דאף דאיכא ספיקא אם השתא הוא דבריית או מקודם לכן והם כתבו שם דגבי לא היה בנים הוי קלקול גמור ולא לעז בעלמא אפ"ה אמרינן השתא הוא דבריית משום דכבר נשאת לאחר אזיל חזקת א"א דקמא ובחזקת היתר קיימא ותלינן השתא הוא דבריית לקולא וליכא קלקולא] והשתא קשה הא כתבו התוס' בכתובות (דף מ"ז בד"ה שלא) דבדבר שתלוי בדעת הנותן לחוד אם נולד אחר הנתינה דבר שאנו אומדין דעתו שאלו היה יודע שיילד הדבר לא היה נותן מבטלין המתנה כמו דאמרינן בב"ק (דף ק"י) גבי גזל הגר דאי לא דכסף מכפר מחצה הוי אמרינן דאם מת הגזלן אחר שנתן הכסף אמרינן אדעתא דהכי לא יהב משום דבדעתו תליא מילתא א"כ ה"נ גבי גט מאי מהני מה דאמרינן השתא הוא דבריית שלא לבטל הגט אכתי נימא כיון דבו הדבר תלוי אי הוה ידע שתבריא אחר זמן לא הי' מגרשה ואיכא קלקולא א"ו דאף שהתורה נתנה לו רשות לגרש שלא ברצונה. אבל לגרשה ע"מ כן שאם תתרפא אח"כ יתבטל הגט ותחזור אליו זה אינו יכול דהרי לא תוכל להנשא לעולם שמא תתרפא ותתבטל הגט ולא נתנה לו תורה רשות אלא לגרשה לגמרי ולהכי דבר שנולד אחר הגירושין אינו מבטל הגט ואף אנן נימא דאינו יכול לגרשה בע"כ ע"מ שלא תנשא איזה זמן וע"ז לא נתנה לו תורה רשות והא דאמרינן בגיטין (דף כ"א) כתב לה גט ונתנה בחצירו וכתב לה שטר מתנה עליו קנאתו ומתגרשת בו ופריך אביי מכדי חצירה מידה אתרבאי מה ידה דאיתא בין מדעתה בין בע"כ אף חצירה דאיתא בין מדעתה בין בע"כ והא מתנה מדעתה איתא בע"כ ליתא ואם נימא דאינו יכול לגרש ע"ת דשלא תנשא לפלוני בע"כ מאי מקשה הא גם בידה משכחת דלא מהני בע"כ כגון בתנאי ושפיר אמרינן דגם בחצר היכא דנתנו בחצירו ונתן לה שטר מתנה אע"ג דליתא בע"כ איתא מדעתה הא לאו ראי' דמה דליתא בידה על ע"ת דע"מ שלא תנשא הוא לאו משום דלא מיקרי נתינה אלא משום דלא נתנה לו תורה רשות לגרשה בע"כ אם אינו מתירה לעלמא אבל במה שנתנה לו תורה רשות לגרש לא אשכחן בידה דלא להוי בע"כ והכא

במתנה דחצר אף שנתנה לו תורה רשות לגרש אפ"ה לא מהני בע"כ וא"כ לא הוי דומיא דידה ושפיר פריך אביי:

ומדברי הר"ן ז"ל נראה להביא ראיה דלא מצי לגרשה בע"כ ע"ת דהא אמרינן בפ' הזורק על מתניתין דהזורק גט לאשתו והיא בתוך ביתה בתוך חצירה מגורשת. אמר עולא והוא שעומדת בצד חצירה וכתב הר"ן ז"ל שם היכא דנתנו בחצירה שלא מדעתה ואינה עומדת בצד ביתה מסתברא דבמקום יבם הויא ספק מגורשת דהא מספקא לן בס"פ האשה שלום במזכה גט לאשתו במקום יבם אי זכות הוא לה הלכך בחצירה נמי חולצת ולא מתייבמת וכן פסקינן בשו"ע (סימן קל"ט סעיף ג') וכמו שפירש הגר"א ז"ל שם והיינו משום דחצר אינו סמוך לה אף דאינו מתורת יד מ"מ מתגרשת מדין שליחות וגבי גט חוב הוא לה לא מהני שליחות כדאמרינן בפ"ק דב"מ (דף י"ב) אבל ביבם דמספקינן דילמא זכות הוא לא מתייבמה דדילמא זכות הוא לה ומהני הגט מדין שליחות אף שאינה סמוכה לה וקשה ע"ז הא התוס' שם בגיטין הקשו על הא דאמרינן מכדי חצר משום יד איתרבאי מה יד דאיתא בין מדעתא בין בע"כ וז"ל וא"ת הא בפ"ק דב"מ אמרינן חצר משום יד איתרבאי ולא גרע משליחות גבי מציאה דזכות הוא קני אעפ"י שאינו עומד בצד חצירו ולא הויא דומיא דיד דקני מטעם שליחות דזכין לאדם שלא בפניו א"כ הכא דכתב לה שטר מתנה אע"ג דלא הוי דומיא דידה דמתנה ליתא בע"כ תתגרש מכח שליחות וי"ל דדוקא לענין שלא בפניו אמרינן דלא גרע משליחות לקנות במידי דזכות הוא לו אבל בשאר דברים בעינן דומיא דיד דאל"כ חצר מהלכת אמאי לא קנה תקנה מטעם שליחות כמו שליח מהלך אע"ג דמטעם יד לא קנה עכ"ל מבואר מדבריהם דלא קנה חצר מטעם שליחות אלא אם החסרון הוא מחמת שאינו עומד בצד חצירו. אבל אם החסרון מחמת דלא הוי דומיא דידה דאיתא בע"כ לא מהני מטעם שליחות ואף מדעתא דניחא לי' כמו נתנו בחצירו ונתן לה שטר מתנה א"כ אמאי כתב הר"ן ז"ל דמהני במקום יבם אעפ"י שאינה סמוכה לה מטעם שליחות כיון דזכות הוא הא אכתי לא הויא דומיא דידה דאיתא בין מדעתה בין בע"כ והאי חצר שאינו סמוך דליתא אלא מדעתא דהיינו משום שזכות הוא לה הא אלו עומדת וצווחת דלא ניחא לה לא מהני א"כ אפילו ניחא לה נמי לא מהני דלענין איתא בע"כ לא מהני שליחות דבעינן שיהא דומיא דידה דאיתא בין מדעתה בין בע"כ והיכי מהני במקום יבם באינה עומדת בצד ביתה מטעם שליחות הא לא הוי דומיא דידה והא דמהני במציאה חצר מטעם שליחות אע"ג דליתא בע"כ שאם אינו רוצה שיקנה לו חצירו את המציאה לא קנה התם שפיר הוי דומיא דידה דגם יד אם אינו רוצה לקנות מציאה שבתוכו לא קנה כמ"ש התוס' בביצה (דף ל"ט) גבי מילא מים

ונתנו לחבירו עיי"ש ואף דאנן קיי"ל כרבא דנתנו בחצירו וכתב לה שטר מתנה מתגרשת לאו דרבא סובר דלא בעינן בענין זה דומיא דידה למהוי אף בע"כ אלא דסובר דכיון דהא דליתא בע"כ אין זה עיכוב בגט רק מחמת שאין נותנין מתנה בע"כ ולא הוי חצירה לא איכפת לן בזה אבל אם היה עיכוב בגוף הגט ודאי דלא הוי דומיא דידה וגם בעיקר דברי התוס' קשה דלפי דבריהם אמאי אמר הש"ס בב"מ גבי גט דחוב הוא ואין חבין לאדם שלא בפניו לא מהני שליחות דמשמע מזה דאם אשכחן בגט גוונא דזכות הוא לה היה מועיל מטעם שליחות אעפ"י שאינה עומדת בצד ביתה ואמאי הא אכתי לא הוי דומיא דידה דהא ליתא בע"כ אבל אם נימא דבמגרש ע"ת אינו יכול לגרש בע"כ אתי שפיר דהא בארנו במק"א דבעיין דמזכה גט לאשתו במקום יבם מיירי במגרשה ע"ת דאם ימות יהא גט מעכשיו ואם לא ימות לא יהא גט דבמגרש לגמרי בלי תנאי אין ספק לומר דזכות הוא לה דהא מפסדת את בעלה ושמא יחיה ודאי הוי חוב וכיון דמיירי במגרשה ע"ת שפיר כתב הר"ן ז"ל דהוי גט אעפ"י שאינה עומדת בצד ביתה מטעם שליחות דמאי אמרת דלא הוי דומיא דידה דאיתא בין מדעתה בין בע"כ ז"א דהא בידה נמי לא מצי למיגרשה ע"ת דאם מת בע"כ דיכולה לאמר או גרשיני לגמרי או אל תגרשיני כלל וא"כ הוי חצירה מטעם שליחות דומיא דידה דאיתא מדעתה ולא בע"כ ואף אם נימא דבדיעבד אם גירשה ע"ת בע"כ מגורשת כמו שיבואר לקמן דאיכא לאסתפוקי בזה מ"מ מקרי שפיר דומיא דידה דכיון דגם בידה אינו רשאי לגרשה מדינא:

ומיושב נמי הא דקאמר הש"ס בב"מ גבי גט דחוב הו' לה ואין חבין לאדם שלא בפניו וליכא דין שליחות בעינן עומד בצד ביתה כדין יד דמשמע דאי הוי זכות היה מהני מדין שליחות אע"ג דאינה עומדת בצד ביתה דהוצרך הש"ס לאמר כן להיכא דמגרשה על תנאי שבידה למחות דאז הוי מועיל היכא דזכות הוא לה מדין שליחות דהוי דומיא דידה שפיר דהא גם בידה ליתא בע"כ בתנאי והרי זה ראי' ברורה בעזה"י דאינו יכול לגרשה בעל כרחה על תנאי כל היכא שאומרת או גרשיני לגמרי או אל תגרשיני. וכן מ"ש הר"ן ז"ל בפרק שלישי דקדושין דאין אונס בגיטין משום צנועות ופרוצות דגבי קידושין יש טענת אונס ולא חיישינן לתקנתא דצנועות דסברה דאונס משום דכיון דאינה מתקדשת אלא לרצונה לא היה לה לקבל קידושין ע"ת זה שתהא בספק אונס] עי"ש בדבריו דמשמע דמדינא דהש"ס יכול לגרשה ע"ת דאם לא באתי נראה דהתם ודאי אם הבעל הולך לדרכו ורוצה לגרשה ע"ת דאם לא באתי מכאן ועד יב"ח והיא אין רצונה בתנאי זה ומתרצית לישאר בלי גט אין הבעל יכול לגרשה בע"כ בתנאי רק דהש"ס חשש משום צנועות שכשהבעל הולך לדרכו חוששת שמא תתעגן והוא אינו רוצה ליתן גט

אלא על תנאי דבזה אין בידה למחות מלהתנות תנאי שהרי הבעל אומר אני אין רצוני לגרשך ואם אתה רצונך בגירושין איני נותן אלא על תנאי דאם לא באתי ובזה לא אניס ולהכי תיקנו דאין אונס בגיטין אע"ג דבקדושין לא תקנו:

גם אין להביא ראיה מעיקר דרשת ר"א בר"פ המגרש דסובר דמהני כשיגרשה חוץ מפלוני דאמרינן שם מ"ט דר"א אמר ר' ינאי משום זקן אחד אמר קרא ויצאה והיתה לאיש אחר אפילו לא התירה אלא לאיש אחר ה"ז מגורשת. וכיון דר"א מהאי קרא יליף וקרא מיירי בגירשה בע"כ ואפ"ה מצי לגרשה לחוץ מפלוני דהכי מוכח בירושלמי שהביאו התוס' בשלהי גיטין דקרא מיירי בגירושין בע"כ דפריך לב"ש דאמרי לא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה ערות דבר אמאי איצטריך קרא דלא יוכל בעלה הראשון לשוב לקחתה ת"ל דבלאו הכי אסור להחזיר סוטתו כיון שיש עדים ומשני כדי לעבור עלי' בב' לאוין והקשו המפרשים מאי מקשה הירושלמי הא ברצונה מודי ב"ש שרשאי לגרשה בלא ערות דבר ואיצטריך קרא דמחזיר גרושתו להיכא דגירש מרצונה בלי ערות דבר וע"כ דהירושלמי סובר דכיון דקרא דונתן בידה מיירי אף בע"כ ממילא כל הפרשה כולה מיירי בע"כ ולהכי מקשה דלב"ש קרא דמחזיר גרושתו ל"ל כיון דמיירי בע"כ א"כ לא גירשה אלא בערות דבר ואסור להחזירה משום מחזיר סוטתו א"כ אף אנו נאמר דמסתמא דרשא דדריש ר"א דאפילו לא גירש אלא לאיש אחר מגורשת מיירי נמי אפילו בע"כ כיון דכל הפרשה כולה מיירי בע"כ ומדר"א נשמע לרבנן דכמו דלר"א יכול לגרש בחוץ מפלוני בע"כ ה"נ לרבנן יכול לגרשה בע"מ שלא תנשא לפלוני בע"כ אין ראיה מזה דאפשר לומר דהא התוס' בסוטה (דף ג') כתבו דר"א סובר כב"ש דלא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה ערות דבר וא"כ איכא למימר דמיירי דמצא בה ערות דבר שזינתה עם פלוני דבזה ודאי דמצי לגרשה בע"כ חוץ מפלוני כיון דאסורה עליו בלאו הכי משום ונטמאה אחד לבעל ואחד לבועל יכול להטיל תנאי בגיטו שלא יועיל הגט לגבי אותו פלוני ותהא עליו באיסור א"א ואינה יכולה לעכב כיון שבלא"ה אסורה עליו ורבנן דפליגי דסברי אין גט לחצאין סברי דאין יכול לשייר אישות בגיטו לגבי שום אדם אף לאדם שאסורה עליו בלאו הכי באיסור עשה וכדתנן (בדף פ"ה) הרי את מותרת לכל אדם אלא אלמנה לכה"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט וכל מי שיש לה עליו קידושין אפילו בעבירה פסול וכיון דאיסור סוטה הוא רק בעשה סברי רבנן דאם גירשה חוץ מבועל הגט פסול דהוי שיור בגט ואף דבגמרא דריש מלאיש אחר שלא התירה אלא לאיש אחר ולכ"ע אסרה וה"נ אמר בירושלמי הובא בחידושי הרשב"א ז"ל ג"כ דהך דרשא הוא אפילו באסרה אכ"ע והתירה לאיש אחר נמי מהני לר"א אכתי מצינו למימר דמשכחת לה בערות דבר

שזינתה מאיש אחד ואינו ידוע מי הוא רק שראו עדים שזינתה ולא הכירו הבועל ורק אדם אחד ידוע שהוא בודאי לא הי' הבועל ויכול הבעל לגרשה בע"כ ולאוסרה אכ"ע חוץ מאדם פלוני (ומיירי דאזלא איהי לגבי דידי' דהוי לי' קבוע ואסורה אכ"ע אם אינו ידוע מי הוא הבועל] וקמ"ל קרא דמהני גט כה"ג כיון שמצא בה ערות דבר ועוד דנראה דאשה שזינתה ודאי דיכול לגרשה בע"כ ע"ת שלא תנשא לפלוני דהא אם אינו רוצה לגרשה כלל ולעגנה אין אנו יכולים לכופו ולגרשה כיון שהיא גרמה לעצמה לאסור עליו. וכהא דאמרינן ביבמות (דף קי"א) הנודרת הנאה מיבמה לאחר מיתת בעלה מבקשין ממנו שיחלוץ לה ולא כופין אלמא היכא שהיא גרמה לעצמה אין כופין אותו אפילו אם לעגנה וה"נ בזינתה ועיין באהע"ז (סימן קי"ז) שכתב שם הרמ"א ז"ל שאם רוצה שלא לגרשה רשאי כיון דמאיסה בעיניו מחמת זנות לא חיישינן שמא יבא עלי' מיהו אפשר דהרמ"א מיירי שהיא מתרצית לזה ואינה מבקשת גט ובזה כתב הרמ"א ז"ל דלא חיישינן שמא יבוא עליה אם לא יגרשנה אבל היכא שהיא תובעת להתגרש מחויב לגרשה אבל מלשון התוס' בזבחים (דף ב') משמע דאינו מחויב לגרשה אפילו היא תובעת להתגרש מחמת שהיא גרמה לעצמה שכתבו שם בהא דאמרינן סתם אשה לאו לגירושין עומדת וז"ל אפילו אם זינתה לאו להתגרש בגט זה עומדת וגם אם ירצה הבעל לא יגרשנה אלא שלא תשמשנו וכ"כ בפסקי התוס' שם ע"ש היטב ולשון זה ודאי משמע דאפילו תובעת להתגרש בדידיה תליא מילתא ובשילהי נדרים (דף צ"א) גבי שלש נשים יוצאות ונוטלות כתובה האומרת טמאה אני לך וקאמר עלה בש"ס במאי עסקינן אי באשת ישראל וברצון כלום יש לה כתובה ולא קאמר אי ברצון ואמאי יוצאת בע"כ של בעל כמו שפירש רש"י במתניתין דהא אם ירצה לא יגרשנה הוא משום דפסיקא ליה להש"ס למיפרך מהא דנוטלת כתובה משום דמשנה מפורשת היא בפ"ק דסוטה דבזינתה הפסידה כתובתה וה"ה דהוה מצי למיפרך מהא דיוצאת בע"כ:

וקצת נראה לי להביא ראיה דאינו רשאי לגרשה בע"כ ע"מ שלא תנשא לפלוני מהא דתנן ביבמות (דף כ"ג) הנטען על א"א ה"ז לא ישאנה ואם כנס יוציא ואמאי לא תקנו חכמים שיגרשנה על תנאי שלא תנשא לאותו פלוני. ואף אם לא תתרצה לקבל הגט ע"ת זה יגרשנה בע"כ מיהו מצאתי במרדכי פ' המגרש וז"ל אמר מר רב נוטראי גאון המקנא לאשתו ורוצה לגרשה והוא חושד אותה על שום אדם כיצד יעשה את"ל יאמר לה חוץ או ע"מ נמצא גט בטל ובני' ממזרים אלא אומר לב"ד והן מורים בידיהם שלא ישאו זה את זה לעולם, ואח"כ נותן לה גט ואומר מותרת לכל אדם עכ"ל א"כ א"ש הא דלא קתני שיגרשנה בע"מ שלא תנשא לפלוני שמא יעברו ויהיו בניהם ממזרים:

וחתני הרב הג' מוהר"ר אריה ליב נ"י הביא ראי' שאינו יכול לגרשה בע"כ בתנאי כזה מהא דאמרינן בקידושין (דף ס"ב) הנותן פרוטה לאשתו ואמר לה הרי את מקודשת לי לאחר שאגרשך אינה מקודשת ופריך אמאי נימא הא בידו לגרשה ומשני נהי דבידו לגרשה בידו לקדשה בתמיה והיינו דאין בידו לקדשה אחר גירושין ואע"ג דהשתא מתרצית מ"מ שמא תחזור בה וקשה הא בידו לגרשה על תנאי שתחזור ותתקדש לו אחר גירושין א"ו דלא מצי לגרשה ע"ת זה בע"כ ולא מיקרי בידו ולי נראה דלאו ראיה היא כלל דאף אם נימא דיכול לגרשה בע"כ ע"מ שתחזור ותתקדש לו נמי לא מיקרי בידו לקדשה דאם תחזור בה ולא תרצה לקבל קידושין אחר הגט לא הוי קידושין רק שיתבטל הגט ותהא אשת איש מחמת אישות ראשונה אבל קידושין אחרים ליכא בע"כ ולהכי מיקרי אין בידו לקדשה גם הביא חתני הרב הנ"ל ראי' מהא דתנן בב"ב (קס"ז) כותבין גט לאיש אעפ"י שאין אשתו עמו ואם נימא דאינו רשאי לגרשה ע"ת כזה בע"כ אמאי כותבין ניחוש שמא יגרשה על תנאי כזה בעל כרחה וכדפרכינן בב"מ דף י"ב) גבי כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו ניחוש שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ע"ש וגם זה לאו ראיה היא דאטו אם נתקן שלא לכתוב גט אא"כ אשתו עמו שוב לא יהא בידו לגרשה ע"ת זה דהא אף אם היא מתרצית לכתוב הגט ולקבלו יכול לאמר לה בשעת מסירה תנאי זה ויזרוק הגט בידה או בחצירה וכיון דלא יתקן הדבר אף אם לא יכתוב הסופר אלא אם תרצה לכתוב להכי כותבין לאיש אעפ"י שאין אשתו עמו וראיתי להאו"ת וקצה"ח (סימן מ"ו) שהקשו בגט דאין כותבין בו תנאי איך יעשה הבעל אם רוצה לגרשה ע"ת הא העדים אין נאמנים לאמר תנאי היה דברינו ותי' הקצה"ח כיון דאין כותבין תנאי בגט שוב נאמנים לומר תנאי הי' דברינו דאין זה סתירא להגט כיון שלא היו יכולין לכתוב התנאי בגט. ודבריו תמוהין דאכתי קשה הא אמרינן בהשולח דהאשה נשאת אף אם ליכא ע"מ רק שכתב יד ע"ח יצא ממקום אחר כדאמר שם גבי העדים חותמין על הגט מפני תקון העולם ואיך מותרת להנשא כשאין ע"ח וע"מ לפנינו דילמא גירשה ע"ת ולא קיימה התנאי והע"ח הא לא ידעי מהתנאי דכותבין וחותמין הגט לאיש אעפ"י שאין אשתו עמו ומוסרין הגט להבעל וא"כ מאי מהני מה שכתב הקצה"ח דהע"ח נאמנים הא לא ידעי כלל מהתנאי והע"מ:

אבל באמת בלא"ה לק"מ דאם הי' מגרשה ע"ת לא הוי מוסר הגט לידה רק הי' נותנין לה מעכשיו ולמסור ביד שליש עד שתברר שנתקיים התנאי וכיון שמסר לידה והניח אצלה ש"מ שגירשה בלי תנאי א"ו שהימנה על קיום התנאי כדאמרינן גבי וליחוש שמא פייס ע"ש מיהו אפשר לומר אף דעפ"י דין אינו יכול לגרש בתנאי דע"מ שלא תנשאי לפלוני

בע"כ מ"מ אם גירשה הוי גט ומחוייבת לקיים התנאי אף שלא נתנה התורה לו רשות לעשות כן ויש להביא ראיה מהא דאיתא בסוף גיטין אמר לו רב פפא לאביי לא מצא בה לא ערוה ולא דבר פירש אם עבר וגירשה] מהו ופרש"י ז"ל מהו מי כייפינן לי' לאהדורה או לא משמע דע"כ לא מיבעיא לי' אלא אי כופין להחזירה אבל הגט חל ואיסור א"א פקע מינה אע"ג דאינו רשאי לגרשה מן התורה וא"כ אפשר דה"ה אם גירשה ע"מ שלא תנשא עד ארבעה שנים נמי אע"ג דודאי אסור לעשות כן מ"מ הגט חל שפיר וטעמא כמ"ש התוס' בפ"ק דתמורה בנשבע שלא לגרש וגירש דמהני אף למ"ד כל מילתא דא"ר לא תעביד א"ע לא מהני משום דגירושין אתקיש למיתה דמהני בכל גוונא ואף אם נפרש שם כדעת הנב"י במה"ת (סימן קכ"ט) דבעיתו של רב פפא הוא אם מהני הגט או לא מ"מ הא פשיט לי' מדאמר רחמנא באונס כל ימיו בעמוד והחזר קאי ש"מ דמהני הגט בלא מצא ערוה או דבר וה"ה לדידן אם גירשה בע"כ בתנאי שלא תנשא עד ד' שנים אע"ג דאינו רשאי לעשות כן מ"מ אם עשה כן הוי גט והתנאי קיים מיהו אכתי איכא לאיפלוגי דלגרשה ולהתירה לגמרי הגט אעפ"י שאינו רשאי אבל לגרשה שתהא אסורה להנשא לא מהני בע"כ אף אם גירשה כבר:

ועוד נ"ל דכל היכא דמגרשה בתנאי דשלא תנשא עד ד' שנים אם אומרת מיד שאין רצונה לקיים התנאי הגט בטל דהנה בש"ס פ"מ שאחזו אמתיתין דהרי זה גיטך כל זמן שאעבור מכנגד פניך שלשים יום והי' הולך ובא הולך ובא הואיל ולא נתייחד עמה ה"ז גט ופריך הש"ס וליחוש שמא פייס ופי' האלפסי ז"ל בתשובה והשאלתות דקושית הש"ס דניחוש שמא פייס ומחלו שניהם התנאי ואז הגט בטל אף שנתקיים התנאי ומלו תלתין יומין שעבר מכנגד פני' ואף שנתן לה הגט מעכשיו דאף אם נתקרע או נאבד הגט נמי הוי גט מ"מ אם התנה תנאי שבידם שלא לקיימו יש ביד שניהם לומר שאם יתקיים יהא כמי שלא נתקיים וליבטל גיטא ע"ש בר"ן שהאריך בזה וכתב שם עוד ולפיכך כתב הרמב"ן ז"ל דהאומר ע"מ שתתני לי מאתים זוז אם קבלה עליה שלא תקיים תנאה ולא תתגרש באותה נתינה בטל הגט מעתה. ואצ"ל שאם לא נתנה לשם תנאי ונתנה לו לשם מתנה דגט בטל אלא אפילו אמרה אח"כ נותנת אני ומקיימה התנאי כבר נתבטל שכיון שבידם לבטל התנאי שלא תתן וכיון שבטלוהו בטל לגמרי ושוב אין לו קיום עכ"ל. הרי בהדיא שיכולה לומר תיכף אחר נתינת גט לידה ע"ת דמאתים זוז שאין רצונה לקיים התנאי והרי היא אשתו לכל דבר והגט בטל ואף אם תתרצה אח"כ לקיים התנאי והגט נמי לא מהני שכבר נתבטל במה שלא רצתה ואף שהר"ן ז"ל תמה ע"ז וכתב שכל גט הניתן מעכשיו או בע"מ דכאומר מעכשיו דמי אין ביד שניהם לבטל אלא דווקא במתנה

להנאתה של אשה ולומר שאם לא ינהוג עמה מנהג אישות בזה"ז שלא תתעגן מחמתו ותהא מגורשת ולהכי פרכינן וליחוש שמא פייס ומחלה לו והוי כאומרת כלום אמרת אלא להנאתי זו הנאתי אבל במתנה עמה ע"מ שתתני מאתים זוז ונתגרשה מעכשיו ודאי לא כל הימנה לומר שאפילו קיימה תנאה שלא תהא מגורשת עכ"ל זהו דווקא אם בשעת נתינת הגט נתרצתה לקבל על תנאי זה דמאתים זוז וכיון דנתן לה במעכשיו או בע"מ ונתרצתה כבר נתגרשה ולא מהני מה שחזרה אח"כ כ"א בדבר שהוא להנאתה כגון אם אעבור מכנגד פניך שלשים יום שיכולה לאמר אעפ"י שעבר מנגד פני יהא דומה כאילו לא עבר אבל בדבר שאינה להנאתה אינה יכולה לבטל הגט אחר שכבר קבלתו ברצונה אבל אם בשעת נתינת הגט אומרת שאין רצונה להתגרש ולקיים התנאי אין הגט חל כלל כמ"ש הרמב"ן ז"ל שאם אמרה שאין רצונה לקיים התנאי ולא תתגרש באותה נתינה בטל הגט ולזה גם הר"ן ז"ל מודה ואין לומר דוקא בתנאי דמאתים זוז שבידה שלא ליתן מהני מה שתאמר שלא תתן ומתבטל הגט מיד אבל בע"מ שלא תנשא עד ד' שנים שאין בידה לבטל התנאי דאפשר שלא ירצה שום איש לישאנה אין הגט מתבטל מיד אם אומרת שלא תקיים התנאי. דז"א דבגיטין (דף פ"ד) אמר דלהנשא לפלוני מיקרי בידה לקיים דאפשר דמשחדא לו בממון ותנשא מיד לו וכ"ש בנישואין סתם דודאי מיקרי בידה לבטל התנאי ולהנשא לאיש וכיון דבידה לבטל התנאי אם אמרה מיד שאין רצונה לקיים התנאי הגט בטל והרי היא אשתו גמורה לכ"ד ויכול לגרשה מחדש בגט שני בלי תנאי וא"צ לחזור ולקדשה:

והרא"ש ז"ל בתשובה (כלל מ"ה סימן כ"ו) שכתב בגירש את אשתו ע"מ שלא תנשא לשמעון דלא מהני אם יחזור ויתן לה בלי תנאי משום דכבר נתגרשה וגירושין שניים אין להם על מה לחול, מיירי שקבלה הגט על תנאי זה ברצונה וחל הגט עם התנאי ומיירי שהיה יותר טוב ונוח לה להתגרש בתנאי דשלא תנשא לפלוני משתשאר תחת בעלה אבל אם היא אומרת מיד שנתן לה גט זה ע"ת שאין רצונה לקיים התנאי הגט בטל כמו שהוכחנו מדברי הרשב"א והר"ן ז"ל:

ואין לומר דדוקא באומר ע"מ שתתן מאתים זוז יכולה לאמר שלא ומתבטל הגט דהא אינה מחוייבת ליתן לו ממון אבל בתנאי דשלא תנשא עד ד' שנים אין בידה לאמר שתנשא דהא אסורה להנשא כ"ז שלא נתגרשה ויכול להטיל עלי' תנאי זה שלא תנשא בע"כ דז"א דבשלמא אם היה יכול לומר חוץ מפלוני דמשייר בה אישות לענין נישואי פלוני או נשואי ד' שנים אז הוי מצינן למימר שמטיל עלי' ע"כ אבל באמת הא קיי"ל כרבנן דר"א דחוץ מפלוני הגט פסול משום דהוי שיור בגט ולא מתכשר אלא באומר

ע"מ דאז הוי בתורת תנאי ולא בתורת שיור וכיון דהוי בתורת תנאי שהגט מתירה לגמרי רק שמטיל תנאי שלא תנשא לפלוני יכולה לומר שאין רצוני לקיים התנאי ומתבטל הגט מיד ואין לומר דאינה יכולה לאמר שלא תקיים התנאי דהא התנאי מתקיים בע"כ שכשתרצה להנשא בתוך הזמן שקבע הבעל הרי בטל הגט ואין קידושין ונשואין תופסין בה וממילא מוכרחת לקיים התנאי ודמי למ"ש הר"ן ז"ל שם דבתנאי שהוא מתקיים ע"כ אין בידם לאמר שיהא כאילו לא נתקיים ומייתי ראיה מהא דאמרינן (בדף ע"ג) בראוה שנתייחדה עמו באפילה אין חוששין שמא נתעסקו בדבר אחר ולא חששו שם לביטול התנאי משום דקאי אאם מתי דתנאי זה דאם מתי מתקיים בע"כ ואין בידם לבטלו וא"כ אפשר לומר דגם אם מתחילה בשעת נתינה אמרה שאין רצונה לקיים התנאי לא מהני כיון שהוא מתקיים בע"כ שאין בה קידושין ונישואין כל המשך שקבע לה הבעל. נראה לי דלאו מילתא היא דהא שם (בדף פ"ג) קאמר נענה ר"ע הרי שהלכה זו ונישאת לאחד מן השוק והיו לה בנים ונתארמלה או נתגרשה ונשאת לזה שנאסרה עליו לא נמצא גט בטל ובניה ממזרים והקשו התוס' והלא אין נישואין חלין שהרי אסורה עליו משום א"א מאי שנא מהא דתניא ה"ז גיטך ע"מ שלא תנשא לאבא ולאביך ה"ז גט משמע דאפילו נישאת הוי גט משום דאין הנישואין חלין כלל ותירצו דהכא עמדה ונשאת לאחר מיתת הבעל קאמר ע"כ וא"כ כיון דאמרינן דתנאי שלא תנשא לפלוני משמע שלא תנשא אף אחר מיתת הבעל הרי אחר מיתתו יש בידה להנשא דכבר פקע איסור א"א ממנה א"כ אם היא אומרת שאין רצונה לקיים התנאי ואם ימות תנשא לאחר דמי לתנאי דמאתים זוז שבידה לקיים והיא אומרת שאין רצונה לקיים ובטל הגט מיד ובידה להנשא לאחר מיתתו דאיסור א"א פקע ואפשר דמשחדא לאיזה איש בממון ותנשא לו ומכש"כ דאתי שפיר טפי לפי מש"כ הר"ן ז"ל בשם הרמב"ן ז"ל לתרץ קושיית התוס' דבע"מ שלא תנשא מתבטל התנאי אף שאין הנישואין חלין מחמת איסור א"א דלאו נישואין גמורין קאמר שהרי א"א להיות נישואין גמורין אלא שתהא נישאת לו בדרך נישואין ע"ש וא"כ ודאי דבידה שלא לקיים התנאי ולהנשא לאחד אף שאין הנשואין ממש וכן למ"ש הר"ן ז"ל שם דשפיר חלין הנשואין ודומה לאומר הרי את מותרת לכל אדם ולהנשא לכל מי שתרצה אלא שאם תנשא לפלוני הרי את אשתי עד שעת נישואין ומשעת נישואין ואילך אלא שבשעת נישואין אי את אשתי ע"ש וכיון דהנשואין יכולין לחול ממש ודאי דמיקרי בידה לבטל התנאי ומש"כ הר"ן ז"ל בפ' האומר בקידושין [הובא בש"ך חו"מ ס' כ"א] בענין אונס בתנאי קידושין דסבר ר"י אונסא כמאן דלא עביד משום דלא דמי לגיטין דאי לאו תקנתא שהתקינו שאין אונס בגיטין חשבינן לה כאילו בא והגט בטל משום דהתם אין

הדבר תלוי אלא בו אינו גומר לגרש אלא א"כ יעבור התנאי ברצון אבל באונס לא אבל הכא שהאשה אינה מתקדשת אלא מדעתה הרי אינה מסכמת בקדושיו אא"כ יקיים תנאי אבל כל שלא נתקיים אעפ"י שנאנס אינה מתרצה בקידושיו ומשמע וכו' עכ"ל הר"ן ז"ל שם דמשמע מדבריו שגם גירושין ע"ת בדעת הבעל תליא, התם שאני דשלא לגרש אם לא יבא מחמת אונס ודאי בדידי' תליא מילתא דאם אינו רוצה לגרשה באם לא יבא מחמת אונס מי יכוף אותו לגרשה דאף שיכולה למחות במה שרוצה לגרשה על תנאי מ"מ הא הבעל יכול לאמר דאם אין אתה מתרצית בגירושין על תנאי איני חפץ לגרשך ואם היא רוצה בגירושין שלא תתעגן יכול הבעל להטיל תנאי בע"כ אבל לגרשה בע"כ ושתהא מוכרחת לקיים התנאי היכא שהיא מתרצית שלא להתגרש כלל לאו בדידי' תליא מילתא ואם היא אין רצונה בתנאי ומחמת זה אומרת שלא תקיים את התנאי ורצונה לבטל הגט, הגט בטל מיד ועוד דבהני תנאים שהוזכרו התם אפילו אם רצונה שיהא הגט בטל נמי לא מהני דהא הרמב"ן והר"ן ז"ל נמי לא כתבו שהיא יכולה לבטל הגט ע"י מה שאומרת שאין רצונה בתנאי אלא בתנאי שבידה שלא לקיימה אבל בתנאי שאין בידה שלא לקיימה אינה יכולה לבטל הגט:

ומעתה יצא לנו מדברינו בתנאי דשלא תנשא איזה זמן לא מיבעי אם תיכף כשהזכיר תנאי זה שתקה לא מחמת שנתרצתה לקבל הגט ע"מ לקיים התנאי רק שכן דרכן של נשים לכוף אזנם לשמוע מה יאמר לה הרב המסדר ויראה להוציא דבר מפי' וכה"ג אמרינן גבי קידושין פ"ק דקידושין (דף י"ג) בשתיקה דלאחר מתן מעות דלא מהני והא דלא שדיתי' דסברה אי שדינא להו מחייבנא באחריות ומהנכון כשהרב המסדר רואה שיש לחוש שהמגרש יאמר תנאי כזה בשעת נתינה ילמד להאשה שאם יאמר תנאי כזה תאמר שאין רצונה בגט זה ובתנאי ותשליך הגט מידה לתקנות בנות ישראל למען יהא באפשרי ליתן לה גט אחר אחר שתפייסו שיתן גט בלי תנאי ותתגרש אף לדעת הרא"ש ז"ל. וכמו שבארנו בעזה"י:

סימן קמו

שאלה ע"ד שליח הגט שנתרצה להוליך הגט ואחר כך חזר בו ועתה רוצה למוסרו ליד האשה אם צריך הבעל לעשות אותו שליח מחדש או לא:

תשובה הנה בתשובות פ"י החליט דיכול למוסרו ולא איכפת לן במה שחזר בו בנתיים דומיא דהא דאמרינן בגיטין (דף כ"ג) בנשתטה השליח וחזר ונשתפה דשפיר דמי ולא איכפת לן במה שנתבטל השליחות בנתיים. ולכאורה וודאי דמסתבר כדבריו ז"ל דכיון דהבעל א"צ למסור הגט ליד השליח מיד ליד וכשהשליח נוטלו מעצמו בצוויו של בעל

שפיר דמי. א"כ אם לא נתרצה השליח בשעת צוויו ונתרצה אח"כ לעשות שליחותו ש"ד. וה"ה אם חזר בו משליחותו ונתרצה אח"כ נמי מהני ובירושלמי (פ"ח דתרומות) איתא האשה שהיתה אוכלת בתרומה וא"ל מת בעלך או גירשך חייבת בקרן וחומש ופריך גירשך מי לא ידעה ודחיק לשנוי' כגון שהי' סוס רץ והביאו בה' ימים. ולא משני בפשוט כגון שעשתה שליח לקבלה ולא נתרצה השליח לילך לקבל ונמלך ונתרצה איכא למימר דבשליח קבלה כה"ג אין השליח רשאי לקבל הגט שלא מדעת דכיון שאמר לה שאינו רוצה להעשות שליח קבלה אפשר שחזרה דדווקא היכא שהשליח נתרצה והלך לקבל לא חיישינן שמא חזרה אבל אם לא נתרצה חיישינן שמא חזרה גם היא ולכאורה יש להביא ראיה מדברי הירושלמי דגיטין דלא מהני דאיתא התם (בפ' התקבל) וז"ל בכל אתר את אמר התקבל כזכה הכא את אמר התקבל כהולך שניי' הוא כגון זכין לו לאדם שלא בפניו התיב ר"ש הגע עצמך שהיתה צווחת להתגרש אני אומר שמא חזרה בה הא תנינן היא עצמה מביאה גיטה חש לומר שמא חזרה בה תמן היא חבה לעצמה ברם הכא חובלות עכ"ל והנה מאי דפריך מהא דתנן אשה עצמה מביאה גיטה חש לומר שמא חזרה בה צריך ביאור הא היא עצמה הביאה הגט לפנינו וצ"ל דהירושלמי מוקי לה כדמוקי בש"ס בבלי (סוף פ"ב דגיטין) דאמר לה הוי שליח להולכה עד דמטית התם וכי מטית התם שוי שליח אחריני להולכה וע"ז פריך דניחוש שמא חזרה קודם שבאת לפנינו ואז נתבטל שליחות ההולכה אף שחזרה והביאתה לפנינו הגט ומשני דכיון שהיא עשתה מעשה וחבה לעצמה לא חיישינן שמא חזרה בה הרי מבואר לנו דשליח שחזר משליחותו נתבטל השליחות ולא מהני אף שחזר ונתרצה וזה שהביא ראי' מדברי רש"י ז"ל בהא דאמרינן בגיטין (דף ס"ב) אמרה הבא לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי גיטי ואמר הבעל הולך כמה שאמרה דלא הוי גט משום שעקר שליח לשליחותו ופירש רש"י ז"ל משום דהוי שליח שלא ניתן לגירושין דז"ל רש"י ז"ל דלא ניחא לי' בטירחא דהולכה ועקרי' לשליחותו לגמרי ואמר שליח לקבלה אפשי להיות להולכה א"א להיות הילכך א"נ אמליך ואמטוי' ניהלה לאו גיטא הוא דמעיקרא לא קיבל עליו להיות שליח הבעל להוליך וכן בב"מ (דף ע"ו) פירש"י ז"ל משום דאין זה שליח שניתן לגירושין ע"ש וכ"כ הטור (בסימן ק"מ) ומזה הוכיח הפ"י ז"ל דדווקא משום דלא מטיא לידי' דשליח בתורת גירושין שלא הי' אז לא שליחות קבלה ולא שליחות הולכה אבל אם מטא לידי' בתורת גירושין לא איכפת במה שלא רצה שליח מתחילה דכיון דנמלך ונתרצה מהני וה"ה אם חזר בו אחר שהגיע לידו ונמלך ונתרצה מהני ע"כ תורף דבריו ונראה דלאו ראי' היא כלל דוודאי אם מתחילתו כשעשאו שליח לא נתרצה ואח"כ נתרצה שפיר מהני

דלא נתבטל השליחות של בעל במה שאין השליח מתרצה עדיין לקבל עליו השליחות ואטו באומר כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי אם אמר השומע אין רצוני לקבל עלי טורח השליחות ולשעה נמלך ורצה לכתוב לא יהא רשאי לכתוב הא וודאי רשאי לכתוב דכיון שמתרצה לקבל עליו השליחות נעשה אז שליח וכן בשליח הולכה אם לא רצה ואח"כ נמלך מהני ואז מתחיל כח השליחות של בעל אבל כשקבל הגט להוליכו וכבר נעשה שליח וחזר בו וביטל השליחות שאינו רוצה לקיים בזה שפיר נתבטל השליחות דכיון שכבר התחיל כח השליחות יש לו כח לבטל השליחות דהשליחות ברצון השליח והמשלח תליא וכשנעשה שליח שוב יש לו כח לבטל השליחות דכשחזר בו נתבטל כל עשיית השליחות של הבעל דכמו שהבעל יכול לבטל השליחות אחר שקיבל השליח הגט לידו וקודם שמסר הגט לשליח אז לא שייך בו ביטול השליחות כמו שכתב הב"י (בסימן קל"ד) דאם אמר שהגט שיכתוב בטל לא מהני הכי נמי בשליח אחר שנעשה שליח יכול לחזור בו ולבטל כח שליחותו אבל קודם שהגיע גט לידו הוי כאיש דעלמא ולא שייך בו ביטול השליחות ואם עכשיו אינו רוצה להוליך ונמלך ונתרצה להוליך שפיר דמי, להכי הוצרך הטור לכתוב טעמא דאפילו הגיע לידה אינה מגורשת משום דלא אתאי לידו בתורת גירושין דהתם לא נתרצה כלל מתחילה והוי מהני מה שנמלך אם לאו טעמא דלא אתי לידי' בתורת גירושין אבל אם ביטל השליחות אחר שבא לידו וחזר ונמלך לא מהני כמו שהוכחנו מדברי הירושלמי ובזה נדחה נמי מה שהקשה הפ"י ע"מ דאיתא בסדר הגט שצריך לשאול את השליח אם לא מסר מודעה על השליחות ואם מסר יבטל המודעה לפנינו דמאי מהני ביטול המודעה כיון שבתחילתו לא קיבל השליחות ומזה למד ק"ו דמה זה שלא קבל שליחות מדעתו מעולם ואפ"ה אם מבטל המודעה חוזר לכשרותו ק"ו במי שקיבל גט ונעשה שליח וחזר בו ונמלך ונתרצה דמהני ע"כ ולדברינו איפכא מסתברא דמה שלא נתרצה בתחילה לא איכפת לן כלל דכיון שחזר ונתרצה יש לו דין שליח אבל אם קיבל הגט ונעשה שליח וחזר בו אז יש לו כח לבטל כח השליחות ואפילו אם נמלך אח"כ ואמטיי' לידה לא מהני:

סימן קמז

ומעשה בא לידינו שנשלח גט לאשה אחת מאמעריקע על הבידואר וכשהגיע הגט לפה והגידו להשליח שיש על הב"ד גט שלוח אליו למסור להאשה אמר שאינו רוצה להיות שליח הגט ולא לקח הגט לידו והי' מונח הגט שנתקבל על הב"ד אצל הרב ואח"כ הפצירה בו האשה ונתרצה לקבל הגט ולהיות שליח ולמסור להאשה ודנתי אם יכול להיות שליח אחר שמעיקרא אמר שאינו רוצה:

ונראה לי ברור שאין בזה קפידא ויכול למסור הגט ליד האשה ותתגרש בו וכמש"כ לעיל דאף אם אין מתרצה בתחילה ומתרצה אח"כ נמי מהני וכמ"ש דוודאי באומר כל השומע את קולי יכתוב גט לאשתי ושמע אחד ואמר שאינו רוצה לכתוב וחזר בו ואמר שרוצה יכול לכתוב ונהי דאם הבעל הי' כאן ונותן הגט להשליח והשליח אינו רוצה להיות שליח והלך הבעל ואח"כ נתרצה לזה השליח להיות שליח ולקחו מעצמו במקום שהי' מונח ומסרו להאשה דבזה נראה דלא הוי גט משום כיון דהשליח אמר להבעל שאינו רוצה להיות שליח שוב לא גמר הבעל בדעתו לעשותו שליח שהרי לא יכול לכופו להיות שליח וגמר בדעתו לעשות שליח אחר ושוב לא מהני מה שחזר השליח ונתרצה כיון שכבר נשתנה דעת הבעל מלעשותו שליח דאף דלגבי ביטול שליחות בעינן ביטול גמור בפיו וגם בלשון המועיל כדאיתא כ"ז בר"פ השולח (דף ל"ב) דאם אמר אינו מועיל אינו מתיר לא מהני מ"מ זהו דווקא אחר שנעשה שליח ונתרצה בזה ונגמר עשיית השליחות אז לא מהני אם אמר הבעל לשון שאינו מועיל אבל הכא שלא קיבל עליו עדיין השליח כח השליחות כיון שחזר בו הבעל בלב נמי סגי ולא מהני מה שאח"כ נתרצה השליח כיון שהבעל כבר שמע ממנו שאינו רוצה מסתמא אף הוא חוזר בו ויגרש ע"י שליח אחר וכ"ז כשהבעל כאן ושומע מן השליח שאינו רוצה להיות שליח אבל בעובדא דא שהבעל אינו פה ולא שמע כלל מהשליח שמסרב מלהיות שליח ולא נשתנה דעת הבעל מהני אם חוזר השליח ונתרצה:

וראיתי להגאון בית אפרים ז"ל באהע"ז (סי' פ') שכתב באחד שצוה לכתוב גט לאשתו ע"י כתב ולא רצה השליח ואח"כ נתרצה ודן שם אם מהני מה שצוה ע"י כתב. וכתב עוד דמלבד זה נראה דאין כאן שליחות לפי שכל שליח שלא נתרצה בשעה ששמע השליחות בטל השליחות ואף אם אח"כ הוא חוזר ורוצה השליחות לעשות לא מהני וכן מבואר בס"ג שבשעת עשיית השליחות יאמר השליח בלב שלם גמרתי לעשות דבר זה וראיתי בשו"ת פ"י שכתב שדין זה לא נמצא בטור ושו"ע בדיני שליחות וכו' ובוודאי כתב רק לרווחא דמילתא ולדינא אינו מעכב כיון שמזמינים אותם בשביל זה שם עם הבעל והעדים וכתב שטעות הוא שיצא לו לרב המסדר וכו' ודבריו נכונים אך עם כ"ז אין הדברים אמורים אלא בענין שא"צ השליח להוציא בשפתיו שנתרצה לשליחות זה אלא בסתמא קיבל השליחות עליו וכמש"כ השבו"י אבל אם בפירוש לא נתרצה בשליחות פשיטא דלא מהני מה שעמד אח"כ מעצמו ועשה השליחות ודבר זה מבואר בגיטין (דף ס"ג) הבא לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי וכו' אפילו הגיע הגט לידה אינה מגורשת משום דעקר השליח לשליחותו לגמרי דאמר שליח לקבלה הוינא שליח להולכה לא

הוינא ופירש"י דעקר לשליחות לקבלה א"נ אמליך ואמטה לה לאו גיטא הוא דמעיקרא לא קיבל עליו להיות שליח להולכה כו' עי"ש וכן פסקו כל הפוסקים ועיין בחידושי הרשב"א שם שכתב ואע"ג דמטא גיטא לידה לא מיגרשא דהוי לה כטלי גיטך מע"ג קרקע דהא שקלי לי' לא מבעל ולא משליח הבעל עכ"ל וא"כ פשיטא דבנ"ד דהוי עובדא שאחר שהגיע הכתב לראשי הקהל דק"ק סטשוב שהם יתנו הגט דחו אותו באמת הבנין שבידם והשיבו לו תשובה שאם רוצה שיוגמר ענין הגט אזי יבוא לפני הב"ד הסמוך וכתורה יעשו הרי הדבר מפורש שעקרו שליחותם ושוב אינו מועיל מה שמתרצים עתה להיות שליח כיון שהשיבו לו שאין רצונם להיות שלוחיו ע"ד זה וכיון שבטל מינוי שליחות הראשון סר כחם והיו כאחד האדם ואין רשאים לכתוב גט וליתן כלל עכ"ל בית אפרים ז"ל:

אבל לענ"ד ז"א דודאי אם לא נתרצה מתחילה ונתרצה אח"כ נמי מהני היכא דהבעל אינו בפנינו ואינו יודע מזה שהשליח אינו מתרצה כמו שבארנו והראי' שהביא מהא דגיטין מהא דאמרה הבא לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי והוא אמר הילך כמה שאמרה דלא הוי גט אף אם אח"כ מסר לידה משום דעקר לשליחותו לאו ראי' היא כלל דהתם כיון שהבעל שמע מהשליח שהאשה אמרה התקבל לי גיטי הרי הוא רואה שהשליח רוצה להיות שליח לקבלה אף הוא אינו גומר בדעתו לעשותו שליח להולכה ומאי מהני הא דלשון הילך כמו שאמרה משמע שמסכים לרצונה והיא אמרה לשון הולכה כיון שרואה שהשליח רוצה בקבלה שהיא טרחא מועטת אף הוא מכוין לקבלה ואם השליח מתרצה אח"כ בהולכה לא מהני כיון שהבעל בשעת נתינת הגט לידו לא כיון להולכה ונתנו לקבלה והוא אינו יכול לעשות שליח לקבלה אבל היכי שהבעל לא שמע ממיאונו של השליח ואח"כ נתרצה השליח מהני דלא בעינן שיתרצה תיכף בשעת נתינה לידו אלא כשמתרצה אח"כ נמי מהני דהא גבי שליח לא בעינן נתינה מיד הבעל לידו ממש אלא אפילו אמר טלי הגט מע"ק והוי שליח להולכה נמי מהני להכי מהני מה שמתרצה אח"כ:

אלא שלכאורה יש ראיה לדברי בעל ב"א ז"ל מדברי הש"ס שם (דף ס"ג) דפריך ארב מהא דתנן האומר התקבל גט זה לאשתי או הילך גט זה לאשתי אם רצה לחזור בו יחזור טעמא דרצה הא לא רצה הוי גט ואמאי הא בעל לאו בר שוי' שליח לקבלה הוא אלא אמרינן כיון שנתן עיניו לגרשה מימר אמר תיגרש כל היכא דמיגרשא ה"נ כיון שנתן עיניו לגרשה מימר אמר תיגרש כל היכא דמיגרשא ומשני הכי השתא התם אדם יודע שאין שליחות לקבלה וגמר ונתן לשם הולכה הכא טעי ע"כ, ופרש"י ז"ל דלרב אשי נמי דאוקי טעמא

דר"נ משום דמעיקרא עקרי' שליח לשליחותו שפיר מתרצה בהכי כדמתרצינן דטעמא דמתניתין משום דהתקבל והולך קאמר ומתחילה נעשה שלוחו ולא איצטריך לי' למנקט הכא טעי אלא אליבא דלישנא קמא דטעמא דרב משום דאדיבורא דידי' סמיך עכ"ל רש"י ז"ל וא"כ הרי הוא מבואר מדבריו ז"ל דלרב אשי דאמר דטעמא דרב משום דעקר שליח לשליחותו אינה מגורשת אפילו אם לא טעה הבעל להיות בדעתו שהאשה עשתה שליח לקבלה אלא אדיבורה דידה סמיך ואומר בלבו שיכול להיות שהיא אמרה הבא לי גיטי והשליח שינה לאמר התקבל לי גיטי ומצידו נכון להיות כמה שאמרה אפ"ה לא הוי גט משום דעקר שליח שליחותו ולא מהני מה שהבעל מסכים שיהי' שליח להולכה משום שכיון שלא נתרצה השליח בתחילה לא מהני מה שמתרצה אח"כ כדברי הב"א:

ואכתי נ"ל דמסתבר לאמר דלא איכפת לן במה שהשליח אינו מתרצה בתחילה אם מתרצה אח"כ והתם דאינה מגורשת לאו משום מיאונו של השליח בשעת נתינה הוא אלא משום לתא דבעל והיינו משום דאף דאדיבורה דידה סמיך וכשהבעל אומר הילך כמה שאמרה נכון בלבו וגמר בדעתו להיות כמה שאמרה היא באמת להשליח ולא דווקא לפי שינוי של השליח מ"מ הכא א"א לאמר דהבעל מכוין אם אמת הדבר שאמרה התקבל הוי שליח לקבלה ואם אמרה הבא לי גיטי הוי שליח להולכה דהא הבעל מבין מעצמו שאם היא אמרה הבא והשליח שינה לאמר התקבל ע"כ לא על חינם שינה אלא משום דלא ניחא ליה בטרחא דהולכה א"כ גם הבעל אינו גומר בדעתו לעשותו שליח להולכה כלל ולהכי לא מהני מה שהשליח מתרצה אח"כ משום דהבעל לא עשאו מתחילתו כלל שליח הולכה וזה שכתב רש"י ז"ל דאפילו לא טעי הבעל וסמיך אדיבורא דידה ויודע שאפשר שאמרה הבא לי גיטי נמי לא מהני משום שהבעל רואה שהשליח עוקר שליחות הולכה ובע"כ אינו יכול לעשות ונתן רק לשם קבלה (ולא מהני) ומה שמתרצה השליח אח"כ להולכה נמי לא מהני כיון שהבעל לא עשאו מתחילה להולכה דהי' סבור מה בצע כי אעשנו שליח להולכה אף כי אם אמרה הבא לי גיטי הא הוא עוקר לשליחותו אבל היכא דהבעל אינו יודע ממיאונו של שליח בתחילתו יכול השליח להתרצות ולמסור לה:

אחרי כותבי זאת מצאתי בריטב"א בחידו' לגיטין (דף ס"ג) שכתב אהא דאמרינן דעקר שליח לשליחותו וז"ל וא"נ איכא לפרש דבעל לא יהבי' נהלי' אלא בתורת קבלה ולאו משום דבעלמא לא אמרינן דאדיבורה דידה קסמיך אלא משום דבעל חשיב הכא דאיהו לא יקבלנה אלא בתורת קבלה משום דהוא סבור דשליח כיון דעקר לשליחותו לא יוליכנו

לה וכיון שכן הכא אדיבורא דידי' סמיך עכ"ל הרי גם הוא מפרש דהא דאמרינן דעקר שליח לשליחותו לאו משום לתא דשליח הוא אלא משום לתא דבעל:

אולם עיינתי בסוף דברי הריטב"א וראיתי שכתב שם מעיקרא לפרש הא דאמרינן דעקר שליח לשליחותו משום דלא קיבלו שליח אלא בתורת קבלה ואע"ג דאח"כ מוליכה שליח אצלה נמלך הוא אבל מעיקרא לאו אדעתא דהכי קיבל ולא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו דאדעתא דהולכה קבלי' ואח"כ כתב וא"נ איכא לפרש דבעל לא יהבי לי' אלא בתורת קבלה ולאו משום דבעלמא לא אמרינן דאדיבורה דידה סמיך אלא משום דבעל חשיב הכא דאיהו לא יקבלנו אלא בתורת קבלה משום דהוא סבור דשליח כיון שעקר לשליחותו לא יוליכנה אצלה וכיון שכן אדיבורא דשליח קסמיך. ולפי פירוש זה אפילו הוליכה לה השליח מיד דהשתא נראה דאיהו לא על דעת לעקור לשליחותו הוא דאמר הכי אפ"ה לא הוי גיטא משום דהבעל לא יהבי נהלי' אלא בתורת קבלה אבל באידך פירושא כיון שהשליח מוליך לאלתר להאשה הי' לנו לאמר דלא עקרו והוכיח סופו על תחילתו עכ"ל הריטב"א ז"ל והנה מדכתב לפום הך פירושא משום לתא דבעל הוא דלא מהני אפילו הוליכו אח"כ השליח דהשתא נראה דאיהו לא על דעת לעקור שליחותו אמר הכי אפ"ה לא הוי גיטא משום לתא דבעל משמע דאם באמת הוי עקר השליח שליחותו לא מהני מה שמוליך אח"כ לה גם משום לתא דשליח ומשום כיון דמתחלה כשקבל לא רצה להיות שליח רק שכתב הריטב"א דמשום לתא דשליח לא איכפת לן משום דאמרינן דלא עקר לשליחותו כלל והוכיח סופו על תחילתו אבל אי הוי עקר לא מצי למהדר ולמהוי שליח:

אבל כבר כתבנו דמדברי הש"ס אין הכרח לזה כיון דמצינו לפרש הא דאמרינן עקר לשליחותו הוא משום לתא דבעל א"כ נוכל לאמר דהיכי דליכא למיחש שהבעל לא עשאו שליח להולכה כגון היכא דליתא לבעל לפנינו לא איכפת לן מה שלא רצה השליח מתחילה וכיון שנתרצה בסוף מהני ונראה דגם הריטב"א ז"ל כ"כ לרווחא דמילתא דאפילו אם נימא דגם השליח לא עקר כלל שליחותו נמי לא מהני משום לתא דבעל. אבל אין הכי נמי דלא איכפת לן עקירת השליח אם נתרצה אח"כ כנ"ל ונכון הדבר ודו"ק:

ובמה שרצה הפ"י שם לחדש דשליח שנעשה שליח באונס נמי הוי שליח ומביא ראי' מחצר דהוי שליח אף דבע"כ מותיב יש לעיין בזה טובא דשאני חצר דרחמנא רבי' לשוויי' שליח אבל שליח באונס אפשר דלא מהני דלא מצינו בכל התורה שמעשה אונס יהא כרצון ואף דגבי מצות מצינו דלמ"ד א"צ כוונה יצא בכפאו פרסיים בר"ה (דף כ"ח) שאני התם שכיון שחיובא רמי עליו לאכול מצה בלילה זו שפיר אמרינן דבאונס נמי הוי קיום

המצוה שהרי נעשה מה שמחויב לעשות אבל בדבר שאין עליו חיוב לעשות אם נעשה באונס כמאן דלא עביד דמי וכן הא דמצינו בע"ז (דף מ"ג) דאמרינן שם דעכו"ם מבטל ע"ז בעל כרחו מהא דסטרו ובטלו הוא נמי משום דכיון דהע"ז ראוי' להתבטל באמת כל שביטלה אדם אף באונס הוי ביטול [ואף שאין העכו"ם מצווה על ביעור עכו"ם מ"מ ודאי אם ביטלה מצוה קא עביד] ועוד דאפשר דכיון דהעכו"ם רואה שאין העכו"ם מצילתו מיד הישראל וגברה יד ישראל עליו לבטלה הוא מבטלה באמת דכה"ג אמרינן אפילו גבי ישראל שם (דף נ"ג) בימוסיאות של עכו"ם בשעת הגזירה אסורה משום דא"א דליכא חד דלא פלח להו ברצון ופירש"י ז"ל שם דכיון דרואה יד ישראל מטה פלח לה ע"כ, וא"כ כ"ש דאמרינן בנכרי דיבטלה ברצון מחמת שיד ישראל תקיפה עליו אבל אונס גמור לא מצינו דליחשב כמאן דעביד ואחרי כותבי מצאתי להגאון בספר גט מקושר שדעתו ג"כ דשליחות באונס הוי שליחות ומביא ראי' מהא דאמרינן (בב"ק ע"ט) נתנו לבכורות בנו לש"ח והשואל נושא שכר והשוכר הגביהו או שהוציאו חייב ומתחייב הנגב בהגבהת השומר שהגביה בשליחותו ופירשו שם התוס' דמיירי שהשליח לא ידע שהוא גנוב דאם ידע השליח הא קיי"ל אשלד"ע עיי"ש והא ודאי אלו ידע לא הי' מתרצה להגביה דלמה לו להיות מסייע ידי עוברי עבירה ובפרט בשו"ח דלא נהנה מידי ואפ"ה אין השליחות מתבטל בשביל זה, אם כן הוא הדין דאין השליחות מתבטל בשביל אונס ע"ש בדבריו. ולענ"ד לאו ראי' כלל דהרי מצינו בחליצה (ביבמות ק"ו) דחליצה מוטעת כשירה כגון שאמרו לו חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז ולא אמרינן דאלו הוי ידע שלא תתן לא הי' חולץ ואפ"ה אמרינן שם חליצה מעושית פסולה ע"ש הרי דמצינו דבמקום שטעות אינו פוסל מ"מ אונס פוסל א"כ אפשר לאמר גם בשליחות אע"ג דטעות אינו פוסל השליחות מ"מ אונס פוסל וטעמא דמילתא בארנו במק"א דבחליצה לא בעינן רצון רק כוונה לחוד ולהכי במה דעבד על תנאי נמי מיקרי כוונה שהרי כיון למצות חליצה ואין תנאי פוסל הכוונה משא"כ אונס דכמאן דלא עבד דמי פוסל בחליצה [ולהכי בחליצה מעושה אינו פוסל כלל מאחים דכמאן דלא חלץ כלל דמי וחליצה שמסר מודעא עליו פסול ופוסל משום דכיון דלא נאנס באמת רק שמסר מודעא לא מחסר רק הכוונה וחליצה בלא כוונה פוסל מן האחין כמ"ש באו"ח סימן ב'] והיינו נמי טעמא גבי שליחות דבשוגג ומוטעה אינו פוסל ואונס פוסל דלא בעינן רצונו כמו בכל הקנינים דהא אינו מוציא מרשותו שום דבר ולא בעינן אלא כוונה ודעת שלא יהא מעשה קוף ושיגמור בדעתו לעשות השליחות וכיון שגמר בדעתו לעשות השליחות אף שהי' על תנאי ולא נתקיים או שהי' בטעות נמי

מקרי כוונה שהרי מ"מ בכוונה עשאו ואין תנאי מיתפס בכוונה משא"כ באונס דכמאן דלא עבד כלל דמי פוסל בשליחות:

ודע דאף שהראינו פנים לפסול שליחות באונס מ"מ נראה לנו דאם עיקר מה שלא רצה להיות שליח הוא משום טרחא דידי' שלא רצה לבזות עצמו בזה אפשר לומר דכיון שנאנס ועשה השליחות וגירשה גמר ומתרצה דכיון דמתוך אונסו הוכרח להטריח או להתבזות למה יקלקלנה בחנם דאם לא יתרצה בלבו יהא הגט פסול ואין לו שום תועלת בזה וכמ"ש במק"א בשם הרמב"ם ז"ל בטעמא דאמרינן בגט מעושה כדין כשר כיון דמוכרח לגרש וב"ד מכשירין הגט מה יועיל לו שלא יתרצה בלבו ויהא רשע בחנם וה"נ מה יועיל לו שיקלקל את האשה בחנם וגמר ומתרצה אבל אם יש להשליח איזה טעם שאינו רוצה בעצם הגירושין בזה יש לאמר דאינו מתרצה כדי שלא יהא ממש בהגט ודו"ק:

סימן קמח

ע"ד הגט שכתב מעכ"ת שמסר אי"ח ממחניכם לשליח למסור לאשתו ואח"כ הלכו שני אנ"ח דרך מחניכם וספרו לפני דיין א' שהבעל ביטל הגט לפניהם וצוה להם הדיין שיכתבו ויחתמו שבפניהם ביטל הבעל הגט וכן עשו וכתב הדיין והם חתמו ואין כת"י מקויים והלכו להם לדרכם ועלה על דעת מעכ"ת להקל בזה להתיר למסור לה הגט ולענ"ד אין מקום להקל בזה:

מש"כ כבודו דבעינן שיושיב הבעל ב"ד של ב' ויבטל הגט בפניהם ולא סגי מה ששמעו שביטל אם לא יחדם לעדים בדבר זה הנה התוס' כתבו בגיטין (ד' ל"ב) בד"ה מהו ושם (ע"ב) בד"ה ורב נחמן דמה"ת בביטל שלא בפני השליח והאשה ובלא ב"ד פי' שנים ביחד] נמי מהני והא דמשמע שם דבדלא ב"ד אף לרבי אינו מבוטל הוי רק מדרבנן משום תקנת ממזרים משום דלא ידעה ומינסבא וכיון דמשום קול בעלמא הוא אפשר דלא בעי ייחדם לעדים וכן גבי מחאה בפני שנים משום קול לא מצינו שייחדם לעדים ואמרינן בב"ב (דף ל"ח) ה"ד מחאה פלניא גזלנא כו' ולא הוזכר לשון מוסרני לכם וכן בש"ע (סימן קמ"ו) ברמ"א שכתב שלא יכתבו שמענו שמיחה משום דהוי מפי כתבם והסמ"ע כתב דלר"ת דמותר לשלוח עדות בכתב יכולים לכתוב אע"פ שלא העמידם עדים בדבר עכ"פ מבואר מדבריהם דעיקר המחאה מועיל אע"פ דלא ייחדם לזה. דכיון דמשום קול הוא וכיון שאמר לפניהם פלניא גזלנא כבר יוציאו את הקול וא"כ ה"נ בביטול אפשר לומר לשיטת התוס' דמה"ת לא בעי ב"ד רק כדי שיוציאו הקול לא בעי ייחוד עדים לזה:

ונעתיק מש"כ על דברי הש"ע אה"ע (סימן ל"ה סעיף י"ג י"ד) וז"ל עשה שליח וביטל השליחות קודם הקידושין הרי הוא בטל כו' אין לבטל אלא בפני השליח ואם בטלו שלא בפניו מבוטל עכ"ל ונ"ל שזהו לפי פשטות התוס' שכתבנו לעיל דמה"ת בטל הגט אף אם בטלו שלא בפני השליח ובלא ב"ד והא דמשמע שם דבלא ב"ד אף לרבי אינו מבוטל הוא רק מדרבנן בעלמא משום תקנת ממזרים דחיישינן דלמא לא ידעה ומינסבה וא"כ איכא למימר דתקנה זו לא היתה רק גבי גט דאיכא חששא דלא ידעה ומינסבא אבל גבי קדושין אוקמינן אדאורייתא ומהני ביטול שלא בפניו אבל להתוס' בגיטין (דף ל"ג) ד"ה ר' סבר שכתבו וז"ל דיכול לבטלו בפני א' [מהעשרה] אע"ג דאין דבר שבערוה פחות משנים מ"מ כיון שלשליח עצמו אומר שהוא מבטלו הוא מבוטל א"נ אפי' לא מהני בלא שנים מ"מ יכול לבטל זה שלא בפני זה ואי בטלה כולה אפי' ר' מודה דאינו מבוטל אפי' בדיעבד כדפרישית לעיל וכו' בפני שנים ביחד לר"נ הוא דמבוטל עכ"ל וצריכים אנו למשכוני נפשין שלא יהא דבריהם סותרין וצריכין אנו לומר דמש"כ למעלה שהוא רק מדרבנן משום תקנת ממזרין היינו שתקנו שלא יועיל ביטול עד שיהא בפני ב' ביחד אבל ביטול בפני אחד מה"ת לא מהני משום דאין דבר שבערוה פחות משנים ולקמן נבאר אי"ה דיני נאמנות הע"א בזה] עכ"פ דעת התוס' דמדרבנן בעינן שנים ביחד משום תקנת ממזרים אבל הר"ן ז"ל כתב וז"ל הא דבעי שנים משום דאין דבר שבערוה פחות משנים והביא ראיה מהא דאותיבו קרי באודנייכו דאע"ג דמוכחא מילתא שהוא מבטלו כיון דליכא עדים לא חשיב ביטול ומלשונו משמע דמה"ת לא חשיב ביטול בלא שנים ואף מדרבנן לא בעינן שנים רק כדין עדות דעלמא ואין אנו צריכין למ"ש התוס' שגם קודם תקנת ר"ג היה תקנה להפקיע הקדושין אם ביטל שלא בפני שנים ביחד אלא דמה"ת בעי שנים משום דבר שבערוה כמו עיקר הקדושין דבעי ב' עדים אפי' שניהם מודים בדבר והרמב"ן ז"ל בחידושיו כתב וז"ל תמהני אמאי לא מהני ביטול בינו לבין עצמו ולמה בעי דוקא ג' או ב' וי"ל שהדין נותן כיון ששליחות השליח בפניו היה **(הגה"ה ועיין במק"א שהבאנו בשם בה"ג שהגט צריך לצאת מיד הבעל ליד השליח ואינו יכול לשלוח שלא בפניו שיטול הגט ומדברי הרמב"ן אנו משמע ג"כ כדברי הבה"ג:)** אין מבטלין אותו שלא בפניו דלא אתי דיבור שלא בפניו שהוא גרוע ומבטל דיבור בפניו כענין שאמרו מילתא דמיתעבדא בי עשרה צריכא עשרה למישלפי והיינו נמי דאמרי' אותיבו קרי באודנייכו כו' אע"ג דודאי קא מבטל ליה כיון דלא שמע לא בטל ואפשר דמ"ד בפני שנים דינא קאמר דלא הוי ביטול דהוי דבר שבערוה ואינו פחות משנים אבל מ"ד בפני שלשה דמעיקרא היו חוששין משום תקנת ממזרין ואתא ר"ג וחשש נמי לתקנת עגונות

עכ"ל הרמב"ן ז"ל, וכוונתו בתי' הראשון דאם מבטל בפני השליח והאשה אמרינן אתי דיבור ומבטל דיבור אבל שלא בפניהם לא אתי דיבור דשלא בפניו ומבטל דיבור דבפניו להכי בעינן ב"ד ודיבור שבפני שנים אלים לבטולי אף דיבור שבפניו [ותירוץ השני של הרמב"ן הוא ממש כמו שבארנו בדברי הר"ן]:

ולדבריו ז"ל צריך לומר דגם הא דקא מיפלגי ר"י ור"ל בקדושין (דף נ"ט) באומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר ל' וחזרה בה בתוך ל' דר"י סובר אתי דיבור ומבטל דיבור מיירי נמי בחזרה בו בפניו דוקא או שלא בפניו ובפני ב"ד דבל"ה לא אתי דיבור שלא בפניו ויבטל דיבור שבפניו אבל רש"י כתב התם גבי נתן רשות לשלוחו לתרום וכן גבי היא שנתנה רשות לשלוחה לקדש עצמה דמיירי בין בפניו בין שלא בפניו וצ"ל דסובר ג"כ כשיטת התוס' בגיטין דלר"י אתי דיבור ומבטל דיבור אפי' שלא בפניו והא דבעי ביטול בפני שנים או בפני שלשה הוא רק מפני תקנת ממזרים או תקנת עגונות [או כמ"ש הר"ן והרמב"ן בתי' השני] וכן פירשו התוס' שם בקידושין בהא דנתנה רשות לשלוחה לקדשה דמיירי דוקא שלא בפניו דבפניו ודאי דמצי הדרא בה דאטו משום שאמרה לו להתקדש לא מצי הדרא בה ובזה לא הוי פליג ריש לקיש כלל:

ובאמת שדברי התוס' תמוהים מאוד דאם נימא דבפניו מודה ר"ל דאתי דיבור ומבטל דיבור א"כ מאי מקשה לר"ל ממתניתין דהשולח גט לאשתו והגיע בשליח או ששלח אחריו שליח וא"ל גט שנתתי לך בטל הוא ה"ז בטל ומאי מקשה הא שם היה בפני השליח ודוחק לומר שסמך אסיפא דמתני' דהיה עושה ב"ד במק"א ומבטלו אלמא דיכול לבטלו אפי' שלא בפני השליח ואע"ג דשם איכא ב"ד מ"מ הא התוס' קיימי בשיטתם דהב"ד לאו לאחזוקי כח הביטול הוא רק לאפוקי קלא ומשום תקנת ממזרים דזהו דוחק לומר כן דסמיך אסיפא דמתניתין שלא הוזכר כאן כלל ומצאתי למהרש"א ז"ל שהרגיש בזה וכתב דעיקר קושיית הש"ס הוא מבבא דשלח אחריו שליח שזה מקרי שלא בפניו ולענ"ד ז"א דודאי ג"ז נקרא בפניו לפי מש"כ התוס' הטעם דבפניו מודה ר"ל משום דאטו משום דא"ל תהוי שלוחי לקדשני לא מצי הדרה בה א"כ מה לי אם חזרה בה בעצמה או ששלחה לו ע"י שלוחה כיון שהגיע הדברים לשליח הראשון ודאי דמצי הדרה בה:

ונ"ל לבאר קושית הש"ס לשיטת התוס' דהכי פריך דהא טעמו דר"ל דאמר לא אתי דיבור ומבטל דיבור אמר בירושלמי משום דסובר דאין השליחות מתבטלת בדברים ושם פריך עלה ממתניתין דהשולח גט לאשתו דהדא פליגי אר"ל ומשני שאני ב"ד שכחן מרובה הרי דלר"ל אין השליחות מתבטלת ברצונו ודיבורו לחוד אלא דבעי לזה כח ב"ד יפה ולר' יוחנן מתבטלת בדברי' בעלמא דברצונו תליא מילתא רק דבעינן שיוציא הדברים

בפיו משום דדברים שבלב אינן דברים והנה הר"ן ז"ל כתב (בפ"ק דפסחים) שאם אומר לשלוחו צא והפקר נכסי לא מהני עיי"ש דלא מהני שליחות לדבר שאין בו מעשה רק דברים בעלמא. מיהו ודאי דזה שייך רק בצא והפקר נכסי שהשליח צריך לעשות פעולה להפקיר נכסיו להכי אמרינן שפיר דלא מהני פעולת השליח בדבר שאין בו מעשה רק דיבור בעלמא אבל בביטול הגט לר"י דאין שום ענין נגמר ע"י השליח רק שהמשלח מגלה דעתו שאינו רוצה בגט בזה מהני גם אם מגלה דעתו ע"י שליח כיון שאין השליח עושה פעולה חדשה בזה והשתא שפיר קא מקשה ר"י לר"ל מבבא דשלח אחריו שליח דבשלמא לדידי דהשליחות מתבטלת בדברים בעלמא אף שלא בפניו הוא משום דכיון דלא ניחא ליה בקדושין או בגירושין השליחות מתבטלת בעצמה, א"ש הא דיכול לבטל ע"י שליח שעצם הביטול אין בו שום פעולה חדשה שנאמר עליו מילי לא מימסרי לשליח דהשליח לא מידי קא עביד רק שמודיע דעתו של המשלח שרוצה שתתבטל שליחות הראשונה אבל לר"ל דסובר דאין אדם מבטל שליחותו בדברים שלא בפניו ובעי כח ב"ד יפה לבטל השליחות שלא בפניו וכלשון הירושלמי דשניא היא ב"ד. א"כ איך יכול לשלוח שליח לבטל השליחות כיון דביטול השליחות שלא בפניו הוי פעולה חדשה עד דבעי ב"ד א"כ איך יכול לעשות שליח ע"ז הא ביטול הגט מילי בעלמא הוא ומה איכא בין צא בטל גיטי ובין צא והפקר נכסי תרווייהו כי הדדי נינהו א"ו דביטול השליחות מהני שלא בפניו ולא בעי ב"ד כלל רק מיד שאמר שרוצה שיתבטל הוא מתבטל מאליו ולהכי יכול לבטל ע"י שליח ג"כ ולא מיבעיא אם ביטל השליחות ושלח את השליח רק להודיע להשליח הראשון דמהני אלא אפי' אמר להשליח השני צא ובטל גיטי נמי מהני דאף דבדיבור דצא ובטל גיטי אינו מתבטל עדיין דקי"ל כאביי דגילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא וחל עיקר הביטול בשעה שהשליח השני מבטלו בפני השליח הראשון מ"מ לא דמי לצא הפקר נכסי דעיקר ביטול הגט אין בו פעולה חדשה שלא יוכל להמסר לשליח, זהו מה שנ"ל בביאור שיטת התוס':

אבל לפי שיטת הרמב"ן ז"ל שכתבנו לעיל איכא למימר איפכא דעיקר פלוגתת ר"י ור"ל הוא בפניו אבל שלא בפניו כיון דבלא"ה אינו מתבטל אלא בב"ד וכח ב"ד יפה כדברי הירושלמי ובזה לכ"ע אתי דיבור ומבטל דיבור ועיקר פלוגתת ר"י ור"ל הוא בפניו שהוא מבטלו בלא עדים ובלא ב"ד ובזה פליגי אי אתי דיבור ומבטל דיבור והש"ס דפריך לר"ל דאמר לא אתי דיבור ומבטל דיבור ממשנה דהגיע בשליח התם פריך מביטול שבפני השליח דביטול שבפני השליח הא לא בעי ב"ד איך מועיל לבטל נתינת הגט ליד השליח ומשני דנתינת גט ליד שליח לאו כלום הוא וחשיב רק דיבור בעלמא להכי מהני ולא בעי

ב"ד אבל ביטול שלא בפני השליח בעי ב"ד אף לרבי יוחנן דלא אלים דיבור שלא בפניו לבטל דיבור שבפניו כמש"כ הרמב"ן ז"ל וזהו כוונת רש"י ז"ל בקדושין שם שכתב גבי לא בא אחר וקדשה עצמה וחזרה בה בין בפניו בין שלא בפניו משום דהוקשה לרש"י ז"ל מאי מקשה לר"ל ממשנה דגט דר"ל מיירי שחזרה שלא בפניו ולא אתי דיבור שלא בפניו ומבטל דיבור דבפניו ובגט הא מיירי בהגיע בשליח להכי הוסיף רש"י ז"ל דר"ל סתמא קאמר לא קדשה עצמה וחזרה משמע אפילו בפניו ושפיר מקשה מגט ולפ"ז לא איתותב ר"ל אלא במה דאמר אינה חוזרת בפניו אבל שלא בפניו לא איתותב דשלא בפניו אינה מתבטלת רק בפני שנים:

ולכאורה יש להקשות לשיטת רש"י דלר"ל אפי' בפניו אינו יכול לבטל א"כ אמאי מקשה ממשנה דהשולח גט ולא מקשה ממשנה הקודמת השנויה בפ"ק האומר תן גט זה לאשתי וש"ש זה לעבדי אם רצה לחזור בשניהם יחזור ולר"ל אמאי יחזור הא לא אתי דיבור ומבטל דיבור ונ"ל דלא קשה מידי דאפשר לומר דלעולם אין השליחות בטל ואם רוצה השליח למסור אפי' אחר חזרת האדון נמי יכול למסור שאין השליחות מתבטלת ומתניתין דקתני אם רצה לחזור יחזור היינו דאם אין השליח רוצה למסור ולעבור על חזרתו מהני חזרה דאדון לפי שלא נתגרש האשה עדיין ולא נשתחרר העבד ואשמעינן ר"מ דלא כחכמים דאמרי דבשיחרור הוי זכות ומשחררו מיד בקבלתו לשיטת התוס' אלא דהוי חוב מה שמשתחרר ויכול לחזור בו ואף שאם השליח רוצה למסור יכול למסור לו לר"ל דלא אתי דיבור ומבטל דיבור מ"מ אם השליח רוצה לעשות רצון האדון שלא ליתן להעבד אינו משוחרר במה שקבל להעבד השטר שיחרור דהאדון משום דהוי חוב ואין חבין לאדם שלא בפניו ומיושב שיטת רש"י דלר"ל גם בפניו אמרינן דלא אתי דיבור ומבטל דיבור:

ובדברים אלו זכינו ליישב שיטת הרמב"ם ז"ל דבקדושין (דף נ"ט) איתביה ר"י לר"ל מתרומה דאם עד שלא תרם ביטל אין תרומתו תרומה ומשני רבא כשקדם ותרם ובירושלמי מוקי לה תיפתר כגון שאמר לו לך וקבע מן הצפון וקבע מן הדרום והר"מ פסק אם הרשה עבדו או שותפו לתרום והלכו לתרום וביטל שליחותו מקודם אין תרומתו תרומה [והיינו טעמא דאף דבשאר שליח אין זה קפידא לבטל התרומה מ"מ בזה שביטל השליחות רק שאין בכחו לבטל מחמת דלא אתי דיבור ומבטל דיבור וזהו דוקא אם עשה השליח כדיבור הראשון ממש בלי שום שינוי קצת אבל אם לא עשהו כדיבור הראשון ממש בזה חלה ביטולו שפיר ולא שייך לא אתי דיבור ומבטל דיבור:

דהא לא נעשה כדבור הראשון דכיון דעיקר הא דלא מהני ביטול הוא משום דלא אתי דיבור ומבטל דיבור ואם שינה קצת ממילא חל דיבור השני כמו שביאר גם הר"י קורקס] והקשו המפרשים ז"ל דהא האי תירוצא דשינה מוקי בירושלמי לר"ל ואנן בעינן למיפסק כר' יוחנן דאתי דיבור ומבטל דיבור ובלא שינה נמי אין תרומתו תרומה אבל לפי דברינו א"ש דבאמת מיותר מש"כ הר"מ והלכו לתרום ולשון זה ליתא במשנה כלל ואין דרכו של הרמב"ם ז"ל להוסיף דברים:

עכ"נ דבאמת רבי יוחנן דאותביה לר"ל וסובר דלהכי אמרינן אין תרומתו תרומה משום דאתי דיבור ומבטל דיבור היינו דוקא אם ביטל בפני השליח אבל שלא בפניו לא מצי לבטל כמו גבי גט דשלא בפניו בעי שנים ובפניו א"צ שנים וזהו מן הדין כמש"כ הרמב"ן דלא אתי דיבור דשלא בפניו לבטל דיבור דבפניו והנה הירושלמי משני תירוץ זה לר"ל ולר"ל הוצרכנו לתרץ זה אף בביטל השליחות בפני השליח דהא סובר לא אתי דיבור ומבטל דיבור ואנן קי"ל דאתי דיבור ומבטל דיבור ובפניו יכול לבטל אף שלא שינה השליח ולא הוצרכנו לאוקמי מתניתין ששינה השליח מ"מ הדין שלמדנו מדברי הירושלמי לר"ל דבאמר לו לתרום מן הצפון ותרם מן הדרום הוי שינוי הוא דין אמת ונ"מ לענין אם ביטל שלא בפניו דגם לדידן דקי"ל כר' יוחנן דאתי דיבור ומבטל דיבור מ"מ דיבור דשלא בפניו לא מבטל דיבור דבפניו ובשינה השליח ותרם מן הדרום שפיר מתבטלת השליחות משום השינוי והוצרך הר"מ ז"ל להביא אוקימתא דירושלמי משום דגם לדידן דקי"ל כר"י נ"מ לענין ביטול שלא בפניו דמודה בזה ר"י דאינה מתבטלת בלא שינוי ובשינוי כל דהו מתבטלת ומדויק היטב לשון הרמב"ם ז"ל לנכון שכתב האומר לשותפו ולבן ביתו לתרום והלכו לתרום והוסיף תיבת והלכו דבלא הלכו אמרינן אתי דיבור ומבטל דיבור אפי' בלא שינוי משום דקי"ל כר' יוחנן אבל בהלכו לתרום בזה אמרינן לא אתי ביטול דשלא בפניו ומבטל דיבור דבפניו להכי אם אין כאן שינוי תרומתו תרומה. אבל אם שינה כגון שקבע לו בצפון ותרם מן הדרום אע"ג דבלאו ביטול אין זה שינוי מ"מ בביטול מהני האי שינוי דלא נימא לא אתי דיבור ומבטל דיבור [ואפי' אם נימא דמתניתין נפרש כפשטיה לדידן דקי"ל כר' יוחנן דמיירי בביטל בפניו אבל הר"מ הוצרך להשמיענו האי אוקימתא דירושלמי בהלכו השלוחים דבזה לא אמר ר"י לא אתי דיבור ומבטל דיבור בזה תליא בשינוי ולא הוצרך לבאר האי דינא דבפניו מצי מבטל ושלא בפניו בעי ב' שסמך על זה שכבר ביאר בדיני גיטין דיני ביטול השליחות רק שהוצרך להורות לן האי אוקימתא דירושלמי דאף דלא הוי ביטול מ"מ אם שינה קצת שפיר הוי ביטול]:

ולפי מה שביארנו מש"כ המחבר ואי ביטלו שלא בפניו הרי הוא בטל אם בטלו שלא בפני עדים נראה דלשיטת התוס' דגטין [וכמו שבארנו] והר"ן לא מהני ואף לתי' הראשון של הרמב"ן י"ל דמדאורייתא לא מהני ביטול דשלא בפניו אלא בפני שנים ומ"מ אף לתי' הראשון של הרמב"ן וכמו שביארנו מ"מ יחדום לעדים אפשר דלא בעינן ועוד דמאן לימא לן שלא אמר להא"ח שיודיעו לו דרך לכתם על חעלמא כי הוא ביטל הגט:

ומש"כ כבודו כי לא העידו בפני ב"ד והוי עד מפי עד ולא מהני כלל, תמהני הא אמרינן בקדושין (דף י"ב) והאיכא סהדי באידית דידעי דבההוא יומא הויא ביה שו"פ:

ומסיק שם אם הקילו בשבויה נקיל בא"א וכתבו התוס' דמיירי שיצא קול שיש עדים באידית או במדה"י והר"ן כתב דמיירי בקול דלא איתחזק בב"ד דבאיתחזק בב"ד חוששין כדאיתא בגיטין (דף פ"ט) וכאן מיירי בלא איתחזק ואפ"ה חוששין כיון דבודאי קדשה רק שאין אנו יודעין אי שו"פ להכי חוששין וקול דאיתחזק בב"ד מיקרי שבאו פלוני ופלוני ואמרו שמעו מפלוני והיינו שבאו לב"ד ב' עדים כדאיתא בשו"ע ובנד"ד אף דמיקרי קול דלא איתחזק בב"ד שבאו לב"ד רק עד א' לחוד עכ"ז חוששין דמה התם דהוי ספק בקדושי חוששין כש"כ כאן דהיא בחזקת א"א דחיישינן לקלא עד שיתברר הדבר בעדים והרשב"א ז"ל פי' בחידושיו הא דאמרינן בש"ס משום תקנת עגונות לא שיבטל באמת אלא שיצא הקול שביטל והוא ביטל באמת אחר הגירושין והיא תחוש לקלא שמא ביטל קודם גירושין ולא תנשא בחנם עיי"ש הרי דמשום קול בעלמא לא תנשא ועוד דלדעת ר"ת וסייעתו שולחין העדים כתבם לב"ד ומדאורייתא א"צ קיום ב"ד כלל ומי יקל ראש נגד ר"ת וסייעתו דעדות שבכתב הוי עדות מעליא ואפשר עוד לומר דלהכי קתני במתניתין בראשונה הי' מושיב ב"ד במק"א וקרי ליה ב"ד מפני שיכולין לכתוב עדותן וכמש"כ התוס' בב"ב (דף מ) גבי מחאה שהקשו לפי שיטת רש"י ז"ל דהא הוי מפי כתבם דהא לא נעשה מדעת איזה מתחייב ותירצו דתקנת חז"ל הוא שיכולין לכתוב וקיום שטרות נמי משום דמעשה ב"ד הוא וכל מעשה ב"ד נכתב שלא מרצון המתחייב עכ"ל, וכן בפרוזבל היתה תקנת חכמים שיכתבו וקרו להו ב"ד כדאיתא בגיטין שם ואפשר דה"נ להכי קרי להו ב"ד שיכולין לכתוב עדותן, ובפרט אם נאמר כפשטות התוס' (בר"פ השולח) דמדאורייתא אפי' ביטול בפ"ע נמי מהני כיון שאינו רוצה לגרשה ורק רבנן אפקעינהו לקדושין מינה משום תקנת ממזרין קודם תקנת ר"ג ותיקנו שיהא הביטול בפני ב' דוקא [ועיין תוס' ד"ה מ"ד שנסתפקו אם לחומרא הוי גט מעליא אף שביטלו בפ"ע] ותקנו בפני ב' כדי שיהא קול ולא תנשא עיי"ש שכתבו כן כמה פעמים

(והארכנו בזה במק"א) א"כ כיון דעיקר התקנה הוי בפני ב' כדי שיצא קול נתנו להם רשות לכתוב עדותם כמו גבי מחאה כדי שיצא הקול ויתבטל הגט:

ועוד נ"ל לפמש"כ הרשב"א בחידושיו לגיטין (דף פ"ג) בסוגיא דאומר אמרו לעדים שיכתבו ולעדים ויחתמו דכשר ולא הוי עד מפי עד משום דחד לא מהימן אבל תרי דמהימני לומר שהבעל צוה לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו א"צ להעיד הדבר בב"ד דע"י אמירתם עדיין לא נגמר שום מעשה רק שאומרים שהבעל צוה לכתוב אין בזה דין עד מפי עד א"כ נראה דה"ה עדים המעידים שאמרו להם ב' שהבעל ביטל הגט נמי אין בזה דין עד מפי עד שהרי לא נתגרשה עדיין רק שהעדים אומרים שלא יתנו לה ומה לי אם אומרים בשם הבעל שצוה ליתן לה ומה לי אם אומרים שהבעל מיחה שלא ליתן לה בתרווייהו לא שייך עד מפי עד ואין אנו צריכין בזה הגדת עדים בב"ד ונראה דאפי' חד נמי מהימן אם אומר שביטל הבעל הגט בפני שנים דע"א נאמן לאסור באיתחזק איסורא והתם באומר אמרו דלהיתר קאתי בעי שישמעו מפי שנים ובביטול הגט דבאין לאסור באיתחזק איסורא חד נמי מהימן ומש"כ התוס' והר"ן בגיטין דבעי שנים משום דאין דבר שבערוה פחות משנים בארנו במק"א] ולחוש שלא ליתן הגט חד נמי מהימן ואף דאמרינן אין ערעור פחות משנים הא אמרינן בקידושין (דף ע"ג) ה"מ היכא דאית ליה חזקה דכשרות אבל גבי חיה דליכא חזקה דכשרות ערעור חד נמי מהני ובגיטין (דף ט') דאמרינן נמי ערעור חד לא מהני משום דעדים החתומין על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד דמי אבל הכא דאיתתא בחזקת איסור עומדת מהני ערעור דחד שלא למסור הגט ובפרט במילתא דעבידא לגלויי ובפרט שאין אנו צריכין לכ"ז דקי"ל דחוששין לקול דלא איתחזק בספק קידושין כ"ש בספק ביטול הגט:

ומה שרצה לצרף סברת הרשב"א דלגוף הגט לא מהני ביטול כלל אתמהה דמה ענין זה לכאן הלא מבואר בטור וב"י ובכל הראשונים דבסתמא אם מבטל הגט כוונתו על ביטול השליחות רק שאם אמר בהדיא שמבטל הגט בעצמו ואח"כ חוזר בו ורוצה לגרש בו ועיין בר"ן שפירש דאפי' ביטול הגט בהדיא מפרשינן ליה דקאי אשליחות משום דהגט אינו מקבל ביטול ומזה הוכיח דלא כהר"מ ז"ל עיי"ש] בזה נחלקו הראשונים והרמב"ם אי מצי לגרש בו אבל סתם ביטול הוא ביטול השליחות ובמה נשתנה ביטול הזה מכל הביטולין ומה שרצה לצרף דהוי זכות להאשה וזכין לה הגט ולא מהני ביטול ופלפל בזה בדברי הרי"ף, תמהני דכל היכא דזכות הוא לה הא בעינן שהשליח יכוין לזכות לה [כמש"כ הר"ן בהדיא שם] וכאן מי ידע השליח לזכות לה קודם הביטול והוא לא נעשה שליח לזה כלל והבעל עשאו שליח להולכה בפירוש כפי הנוסח שנהגו מסדרי

גיטין ותיכף כשיגיע גט זה לידה תהא מגורשת א"כ כיון שהבעל אומר בפירוש שעושה אותו שליח הולכה איך אפשר לזכות הגט עבורה בלא דעת הבעל ובפרט שהשליח אמר בפירוש שנעשה שליח להולכה וגם איך אפשר להחליט הדין שזהו זכות לה והלא כמה אנ"ח נושאין נשים ודרים עמהן כדכה"א ואף שהיא צווחה אז שרוצית להתגרש כבר אמרינן בירושלמי (בפרק התקבל) הגע עצמך שהיא צווחת להתגרש אמרינן שמא חזרה בה היינו שמא ברגע שנמסר הגט להשליח חזרה בה ואף כאן מאן לימא לן דהוי זכות:

ומה שפלפל כבודו בדין כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני וכאן הרי נשבע הבעל שלא יבטל הגט כמו שנוהגין בכל ב"ד, נ"ל שאין זה ענין לכאן כלל להא דא"ע לא מהני, דזה לא שייך אלא היכא שאנו רוצין לקבוע ענין ע"י מעשיו כמו בגזל וריבית דאמרינן שקונה הממון ונכנס לרשותו או מכירת מעשר או חלות תרומה מן הרעה על היפה כדאיתא (בפ"ק דתמורה) דבכ"ז שייך למימר כיון דעבר אמימרא דרחמנא אין מעשיו מועילים כלום אבל ביטול הגט אין נקבע ע"י ביטולו ענין חדש רק שהוא מגלה דעתו שאינו רוצה עוד בשליחות זה ובמחשבה בלב נמי הוי סגי אם חזר בו רק שדברים שבלב אינן דברים להכי בעינן שיוציא בשפתיו מה שבלבו ותקנו חכמים שיהא בפני עדים ג"כ משום תקנת ממזרין אבל עיקר כח הביטול הוא רק מה שמגלה דעתו ורצונו שחוזר בו מהשליחות אבל אינו נקבע ע"י הביטול ענין חדש להכי לא שייך הכא אי עביד לא מהני וכ"כ התוס' בבכורות (דף ל"ד) ד"ה ומי גבי צורם אוזן בכור דהוי קנסא וז"ל ואפילו לרבא דאמר מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עבד לא מהני מ"מ הכא שרי מדאורייתא דהא יש בו מום והאי גברא טהור הוא עכ"ל וכוונתם דהטלת המום אינו עושה מעשה רק דממילא כיון שהוא בעל מום א"א להיות בקדושתו וכן גבי קוצץ בהרתו אין נקבע מעשה ע"י קציצתו רק שאין בו נגע ולא שייך לאמר בכה"ג אי עבד לא מהני וזה ברור:

סימן קמט

שאלה יבואר מתוך התשובה:

תשובה יקרת מכתבו הגיעני בדבר האשה שהלכה מבעלה זה כמה שנים ועתה זה יותר משנה שהשכירה עצמה למשרתת בבית נכרי ומתנהגת כנכרית ממש אוכלת מפתם וכל ההנהגות כמותם וכאשר שלח כת"ר לדבר על לבה השיבה שכבר אינה יהודית והנה מעכ"ת כתב להשיג רשיון מהממשלה לזכות לה גט ולענ"ד יש לדין בזה כי אף שבנשתמדת מבואר באה"ע לזכות לה גט אבל הרשעה זו נראה שעדיין לא קבלה דתם בנימוסיהם ואם היתה חוזרת לא היו מוחין בידה א"כ אין לה דין מומרת דטעמא דמומרת

משום דכיון דמומר לעבודת ככבים הוי מומר לכה"ת כולה ונאסרה על בעלה מחשש זנות א"כ אין שום חוב בגרושין דידה ואדרבה זכות יש שתזנה פנויה אבל בזו שאין לה עדיין דין מומרת לא נאסרה על בעלה דאי משום שאומרת שהיא נכרית דמי לאלך ואעבוד דאמרינן בסנהדרין (דף ס"א) דלא הוי מומר לעכו"ם בכך וכמש"כ הרב רמ"א ז"ל ואי משום שדרה בין הנכרים כבר פסקינן באה"ע (סימן ז') דהמתייחדת עם נכרים אפילו יצא עליה קול זנות לא נאסרה על בעלה ודוקא בנחבשה אסורה משום דמסורה בידם להורגה וכיון דלא נאסרה על בעלה שלא בהמרה לעכו"ם הוי הגירושין חוב כי שמא תחזור בה ותחזור לבעלה ואפשר לומר דכיון דמומר לעכו"ם ומומר לכל התורה כולה חוץ מעכו"ם חד דינא אית להו בכל דוכתי א"כ זו שמשרתת בבית הנכרי ואדוקה בהו חשודה לכה"ת כולה א"כ חשודה נמי אזנות:

מיהו לענ"ד לולי דברי רבותינו ז"ל היה לדון הרבה בהאי דינא גופא דמומרת נאסרה על בעלה וכי משום שנכרי חשוד אזנות והיא חשודה אזנות משום זה נאסור אשה על בעלה והלא אין האשה נאסרת על בעלה אלא בקנוי וסתירה דהא בפ"ב דע"ז (דף כ"ג) משני רבינא הא לכתחילה הא דיעבד ובדיעבד שרי אפילו אשת כהן ולא חיישינן לזנות כמו דלוקחין מהם בהמה ולא חיישינן לרביעה ואף דע"י נפשות אסורה לבעלה ישראל דחיישינן לרצון א"כ ה"נ כיון שהיא חשודה להתרצות חיישינן שמא זינתה ברצון ז"א דהא כבר כתב התם הר"ן ז"ל שדרכה להשתדל שיבא עליה כדי שעי"ז תמצא חן בעיניהם וכדאמרינן אשה כלי זיינה עליה וכיון שיש אומדנא שבאתה לידי זנות להכי אסורה אבל מסתמא אף ששניהם חשודים אזנות משום זה לא אסרינן אשה על בעלה, והגע עצמך אשה שנתגרשה כמה פעמים מבעלה ע"י זנות ונשאת לאחר אטו נימא דביחוד כ"ד עם העכו"ם תאסר על בעלה זה ודאי לא ניתן להאמר ודוחק לומר דמשום שזינתה תחת בעל זה אינה חשודה תחת בעל אחר דסוטה תוכיח דמגלגל עליה מאיש זה ומאיש אחר] א"ו דאשה אינה נאסרת על בעלה בחשדא בעלמא כדר"א דאין אשה נאסרת על בעלה אלא בקנוי וסתירה והרי התוס' (פר"ק דכתובות) כתבו דמעיקרא הוי ס"ד דש"ס דאפילו ודאי זינתה נמי אינה נאסרת אלא בשני עדים ה"נ לדידן דמסקינן דפ"פ נמי כשני עדים דמיא מ"מ אשמעינן ר"א דאקיל רחמנא גבי איסורא דאיתתא שלא תאסר על בעלה באומדנות וחשדה ומעיקרא נמי דפריך בע"ז אמתניתין דע"י ממון מותרת לבעלה והוי ס"ד דבעינן למיסר משום שהעכו"ם חשודים על העריות לא מדינא קפריך אלא דאיבעי לן למיסר כמו שבויה דשרי מן הדין רק משום מעלה דיוחסין אסרו ה"נ כיון דחזינן דלאו דוקא שבויה דבזויה בעיניהם חיישינן לאונס אלא אפי' אשה דעלמא לא תתייחד עמהן

מפני שחשודין על העריות א"כ משום מעלה דיוחסין הוי לן למיסר בדיעבד לא מדינא אלא משום מעלה דיוחסין דגבי כהנת נמי איתא להאי כללא דאין אשה נאסרת על בעלה אלא בקנוי וסתירה כמ"ש להוכיח המהרי"ק בתשובה ולהכי מדינא שרי:

ואע"ג דקי"ל חוששין לספק דרוסה בהוא שותק והן מקרקרין משום דרוב אריות דורסין וה"נ כיון דרוב עובדי כוכבים פרוצים בעריות מאי טעמא לא ניחוש לזנות כיון דגם היא חשודה ואמירה דידה לאו כלום הוא לא דמי חדא דהתם התחיל הספק בשעה שהיא בחזקת אבר מן החי כמש"כ התוס' (בפ"ג דיבמות). ועוד דהא באמת אמרינן דקולא הוא דאקיל רחמנא גבי איסור אשה על בעלה ומכ"ש דא"ש לשיטת הר"מ ז"ל דכל הספיקות מותר חוץ מספק דרוסה:

אולם אחרי שכמה מרבותינו הראשונים כתבו בפשיטות דמומרת נאסרה על בעלה אין לנו להרהר ע"ז וכן החזיק רבינו הגר"א ז"ל דיעה זו לעיקר ואפשר דהטעם כיון דבררנו דבכל איסורים כה"ג אסרינן וקולא דאקיל רחמנא גבי איסור אשה על בעלה אבל מומר לע"ז כיון דהוא כעכו"ם לכה"ת כולה לא מצינו דאקיל רחמנא גבה והדרינן לדמות זה לכל איסורין וכיון דעכומ"ז פרוצים בעריות והיא גם היא חשודה לזנות חיישינן לזנות] אבל כ"ז בידעינן בודאי שעבדה עכו"ם או שחיללה שבת בפרהסיא אבל אם לא ראינו זה בבירור לא חשיבא מומרת לכה"ת כולה לאוסרה על בעלה ולזכות לה גט שתנשא ע"י גט זה גם אחר שתחזור לדת ישראל:

שוב ראיתי שיש לדקדק על הרמ"א ז"ל (שבסימן ז') הביא דעת המקילין דמומרת אינה נאסרת על בעלה (ובסי' ק"מ) כתב דמומרת מזכין לה גט ולכאורה הו"ל לכתוב די"א דמומרת לא נאסרה על בעלה ולהכי אין לזכות לה גט דהוי חוב ע"כ נ"ל בדעת הרמ"א ז"ל דאפילו לדעת האומרים דמומרת אינה נאסרת מ"מ מזכין לה גט וטעמא דמילתא דהא בכל אשה דעלמא אמרינן בירושלמי (ר"פ התקבל) הרי שהיתה צווחת להתגרש ומשני שמא חזרה בה ולהכי כתב הרב"י (בסימן ק"מ) דאם כיוונו השעה שנמסר הגט להשליח ובאותו שעה צווחה להתגרש שפיר מהני קבלת השליח ולהכי במומרת כיון דפקרה כולי האי ועבדא עובדא להפרד מבעלה בפרידה קיימת שקיבלה עליה המרת הדת אין לך צווחה להתגרש יותר מזו עד דלא חיישינן כלל שמא חזרה בה וא"כ לפי סברא זו ה"ה באשה זאת כיון שצווחה בפה מלא שאין רצונה בדת יהודית ולא בבעלה ועושית מעשה נכרית לעין כל לא חיישינן שמא תחזור בה ושפיר יכולה להתגרש ע"י זכיית האחר אלא שאחר שהרב מהרי"ק ז"ל חוכך בעיקר מילתא דזכיית גט ע"י אחר וחשש לשיטת הרי"ף גבי גט שיחרור דגיטא לא הוי עד דמטי לידיה וכתב הב"ש בביאור

דברי הרמ"א שכתב יש מחמירין בזה דהיכא דנהוג בזכוי הגט נהוג והיכא דלא נהוג לא נהוג ובפרט בזאת אין אנו יודעין אם היא מומרת גמורה אין לנו להכניס עצמינו בחשש איסור דאורייתא:

ועוד נ"ל כיון דמעכ"ת שלח לדבר על לבה שתקבל גט ולא רצתה א"כ יש לחוש דדמי למיחתה בפירוש ואף שאפשר דעיקר דברי' הוא שאינה רוצית לטפל בעסק זה לטרוחי לב"ד לקבל גט אבל בעיקר קבלת גט לא מיאנה מ"מ מי יימר מה אמרה בשעת מעשה ואולי אמרה שאין רצונה לקבל גט כלל ואנשים השומעים לאו אדעתייהו לזכור דברי' בבירור. לכן מהנכון לזכות לה גט ולהשליש ג"כ גט אחר שאם תחזור לדת יהודית תקבל הגט בעצמה וכמו שאנו עושין בגט מומר שליחות לקבלה והולכה ה"נ נעשה בתורת זיכוי ובתורת השלשה אם כה ואם כה:

ולענין לישא אשה אחרת ודאי דמותר בלי שום התרה ממאה רבנים דאם היא מומרת ודאי דמותר לישא אשה אחרת ואפילו אם אינה מומרת מ"מ עוברת על דת מקריא אחר ההתראה ובעוברת ע"ד כי האי לא תיקן ר"ג ז"ל ולא בעי היתר ק' רבנים וראיתי להח"מ (בסימן קי"ט) שהביא בשם מהרמ"פ (סימן י"ג) שלא התיר בעוברת ע"ד לישא אחרת רק לגרש בע"כ ולהכי הקשה (מסימן י"ט) שהתיר במקום קיום מצות פו"ר לישא אחרת וכתב שזה כתב כנגד היצה"ר ע"ש ואני תמה כי המעיין במהרמ"פ אינו רואה שום סתירה כי מה שלא הזכיר (בסימן י"ג) היתר לישא אחרת היינו משום שלא נשאל ע"ז כלל כמבואר שם ואפשר שהשואל לא רצה לישא אשה אחרת כלל רק להוציא רשעה זו מביתו. ואה"נ אם היה נשאל ע"ז היה מתיר ובאמצע התשובה כתב בהדיא דדברי הרשב"א והריטב"א מבוארין דבמקום מצוה מותר לישא בלי היתר מא"ר ומה שנאמר בלשון התקנה מא"ר היינו אם יראו לעקור התקנה באיזה זמן או באיזה מקום בזה צריך מא"ר וגם השלשת כתובה אבל במקום מצוה באקראי ליחיד בזה לא גזר כלל וא"צ מא"ר, והביא דברי הנמוקי יוסף דסובר דאף במקום מצוה צריך מא"ר וכתב דדבריו בטלים נגד הרשב"א והריטב"א ואח"כ מסיים דגם הנמוק"י מודה בגט בע"כ דלא בעי היתר מא"ר ודוקא בב' נשים כתב דצריך מא"ר אבל בבע"כ א"צ מא"ר והכי מורין דעת הרמ"א ז"ל (דבסימן ז') גבי נשתמדה (ובסימן ע"ז) גבי מורדת (ובסי' קט"ו) גבי מזנית לא הזכיר מא"ר וסתם וכתב מותר לישא אחרת ולמה לא הזכיר דהיתר זה בעי מא"ר א"ו דא"צ לכל הני מא"ר וכן משמע מדברי הב"ח שכתב גבי נשתטית קבלה מגדולי עולם להתיר ע"פ מא"ר כמ"ש בס' כל בו ואם נימא דהב"ח סובר כדעת הנמוק"י שהביא המהרמ"פ דעל מקום מצוה נאמרה התקנה דמא"ר, א"כ למה תלה זה בדעת גדולי עולם

הלא כן נאמר בעיקר התקנה בדברי רגמ"ה אלא דעיקר התקנה מא"ר נאמר רק כשירצו לעקור התקנה לגמרי באיזה זמן ואיזה מקום צריך מא"ר אבל במקום ידוע כמו נשתטית או מורדת או עוברת ע"ד לא בעי מא"ר דבכה"ג לא גזר:

רק שהב"ח עצמו היה לו קבלה מגדולי עולם שלא להתיר בנשתטית רק ע"פ מא"ר ולא מצינו קבלה זו רק בנשתטית. אבל אשה זו כולהו איתנהו בה מורדת ועוברת ע"ד וקרוב לקרותה גם מומרת פשיטא דאין לענן אותו כולי האי:

אחרי כותבי כ"ז מצאתי להגאון החסיד בעל חמד"ש שכתב ג"כ בענין זה וחשש על זיכוי הגט דכיון דמחוייב לישא אשה מה"ת ודאי דמותר לישא אשה דבזה לא גזר הגאון ואם אין אנו מתירין לו לישא אשה עד שיזכה לה גט א"כ הוי גט מעושה ולענ"ד משום זה לא מקרי גט מעושה דדמי לאונס דנפשו דאם תלוהו שיתן מעות ולא היה לו ומחמת זה הוצרך למכור לא הוי אונס כדאיתא בפוסקים וה"נ דכוותיה שאין נותנין לו אשה אחרת עד שיגרש את זו ויכול כת"ר לשלוח לה התראה מחדש שתדע שאם לא תבוא לבעלה היא מפסדת כתובתה ואז יכול הבעל לישא אשה ובדבר הגט כבר ביררנו דעתינו וכ"ז בתנאי שישיג רשיון מהממשלה ואם לאו חלילה לו לעשות דבר מה:

ובעיקר מה שתפסו הפוסקים כולם דעת הרי"ף דלא הוי גיטא עד דמטא לידיה בכל גווני יש לנו לעיין טובא ולולי דבריהם ז"ל היה נראה לפרש דעת הרי"ף ז"ל באופן אחר ונעתיק כאן מש"כ בביאור דבריו ז"ל בגיטין (דף י"א) תנן האומר תן גט זה לאשתי ושטר שיחרור זה לעבדי אם רצה לחזור בשניהם יחזור דר"מ וחכ"א בגיטי נשים אבל לא בשיחרורי עבדים שזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לאדם אלא בפניו וכתב הרי"ף ז"ל הנ"מ לחזרה אבל גיטא לא הוי עד דמטי גיטא לידיה דתנן האומר תן גט זה לאשתי וש"ש זה לעבדי לא יתנו לאחר מיתה דאין גט לאחר מיתה שמעת מינה דלחזרה הוא דזכין לעבד אבל עבדא לא נפיק לחירות עד דמטא גיטא לידיה ואשכחן זכיה כה"ג כדאמרינן לקמן הילך מנה לפלוני שאני חייב לו חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר עכ"ל וכ"כ רש"י ז"ל:

ולכאורה קשה לי טובא דהא עיקר ילפותא דמצינו זכיה כה"ג יליף הרי"ף ז"ל מהא דתניא הילך מנה לפלוני דאינו יכול לחזור וחייב באחריותו והא לא דמי כלל דהתם גבי ממון הא לא בעינן שליחות כלל וכיון דהשליח זכה עבורו בדרך תפיסה ומוסרו לו זכה אח"כ בעצמו אף שחזר בו משליחותו אבל גבי גט אשה ושיחרור הא בעינן ונתן בידה. ומשנה שלימה שנינו השולח גט לאשתו והגיע בשליח ואמר לו גט שנתתי לך בטל הוא ה"ז בטל א"כ מאי מהני תפיסתו דלא מיהדר מ"מ איך ימסור השליח לידו כיון שנתבטל

השליחות קודם מסירת הש"ש לידו וזה תימא גדולה לכאורה ודוחק לומר דמיירי שאמר בלשון שאין הגט מתבטל כמו דאמרינן (בר"פ השולח) דאם אמר אינו גט לא אמר כלום דכיון דר"מ סובר יכול לחזור ורבנן אמרי ליה דאינו יכול לחזור משמע דבשום אופן לא מצי הדרי ואף אם יאמר לשון ביטול לא יועיל לבטולי גיטא:

ונ"ל ליישב דכיון דהא דיכול לבטל הגט אמרינן לקמן דהוא משום דאתי דיבור ומבטל דיבור ולהכי כי פרכינן בקדושין (דף נ"ט) לריש לקיש דאמר גבי לא בא אחר וקדשה וחזרה בה דאינה חוזרת משום דלא אתי דיבור ומבטל דיבור ממתניתין דהשולח גט לאשתו דמצי מבטל משני שאני התם דכל כמה דלא מטא גיטא ליד אשה לאו מעשה אבל נתינת מעות ליד האשה מקרי מעשה ולא מתבטל ע"י דיבור ולר' יוחנן גם נתינת מעות לא מיקרי מעשה ע"ש א"כ הכי נמי כיון שזכה השליח הגט עבור העבד למסור לו משום דזכות הוא לו שיצא לחירות ולא מצי האדון מלעכב על השליח מלמסור לו שוב אין השליחות מתבטלת וחשיב כמו מעשה ואין דיבור החזרה מבטל מעשה הזכיה ויכול למסור להעבד שישתחרר בקבלתו ואין כאן משום ביטול השליחות כלל כיון שנעשה בדיבורו הראשון מעשה שזכה השליח הגט עבור העבד ולא אתי דיבור ומבטל מעשה וביתר ביאור נראה דאפי' אם נימא דלא שייך האי זכיה דלא למיהדר ביה אלא גבי ממון כמו בתן מנה לפלוני אבל בגט ושטר שחרור לא שייך האי זכיה לזכות עבור האשה הגט דלא למיהדר ביה שאין הגירושין והשיחרור דבר שיש בו ממש שיהא נתפס ביה האי זכיה דלא למיהדר ביה מ"מ זוכה את הנייר למסור להאשה או להעבד וממילא כשימסור להם יהא חל הגירושין והשיחרור וביטול השליחות ליכא כאן משום דכיון דקנה הנייר דלא למיהדר ביה הוי מעשה ולא אתי דיבור דחזרה ומבטל מעשה השליחות ואף שלא נתן להשליח הנייר כ"א לגרש בו ולא לקנות הנייר בלא גירושין מ"מ כיון שע"י מה שזכה הנייר יהיה מעשה ולא יועיל חזרתו מפני שאין השליחות יכולה להתבטל ממילא יכול למסור ליד העבד וליד האשה ויוגמר הגירושין ואין לחוש במה שהשליח זוכה הנייר עבור האשה קודם הגירושין ואנן בעינן נתינת גט מהבעל להאשה בשעת חלות הגירושין. דז"א דהא לא זכי השליח הנייר לגמרי שיהא של האשה רק שזכה לענין שלא יחזור האדון והבעל כמו גבי תן מנה לפלוני ועיקר הנתינה הוא בשעה דמטא ליד האשה והעבד והוי גירושין מעליא:

**(הגה"ה ויש להסתפק לפי זה היכא שכתב הש"ש על איסורי הנאה דכשר דלא שייך לומר דקנה הנייר בקנין ממון כיון דאיסורי הנאה הוא אם יכול לחזור לשיטת הרי"ף

ז"ל מי אמרינן דכיון דלא שייך קנין בנייר א"כ הוי ביטול השליחות דאתי דיבור ומבטל דיבור או אפשר דאף דליכא זכיית ממון בגט מ"מ זכה השליח לענין שלא לחזור בו:)** **ועתה** נבאר בעיקר דברי הרי"ף ז"ל דהנה הר"ן ז"ל הקשה מהא דפ' התקבל (דף ס"ב) באמרה התקבל לי גיטי וכן אמר לו אשתך אמרה התקבל לי גיטי והוא אומר הולך ותן לה דחולצת ואינה מתיבמת משום ספיקא דת"ק ור"נ אי תן כזכי אלמא אי תן כזכי מתגרשת מיד בקבלת השליח ולא מקרי גט לאחר מיתה וכן הקשה מהא דבעי ביבמות המזכה גט לאשתו במקום יבם מהו מי אמרינן כיון דסניא ליה ליבם זכות הוא לה א"ד זימנין דרחמא ליה:. אלמא אי זכות הוא לה מתגרשת אע"ג דלא מטא לידה עד דמית וכן הקשה מכמה דוכתי בש"ס דמזכין לעבד ג"ש ע"י אחרים ע"ש בדבריו ז"ל. והנה במה שהקשה מפ' התקבל לכאורה אפשר לומר דגם שם מיירי שמסר השליח לידה אחר שחזר בו קודם שמת ולהכי למ"ד תן כזכי לא מהני חזרתו ומתגרשת במה שמסר לה אבל בלא מסירה לידה לא מהני והוי גט לאחר מיתה ואע"ג דבגמרא לא הוזכר המסירה לידה ונקט סתם הוא משום דלשון קצרה נקט וה"נ לא מוזכר שמה מת עיי"ש:

והיה נראה לומר דהר"ן ז"ל סובר דהאי זכיה לחזרה לא שייכא כלל באשה רק בעבד משום דקנין עבד הוא קנין ממון ושייך שפיר לתפוס הג"ש שלא יחזור בו משום דשיחרור העבד דמי לשטרי ממון אלא דאיסור תליא בממונא משא"כ גט אשה שהוא קנין אישות לא שייך ביה האי זכיה לחזרה ואי לא מתגרשת לגמרי יכול לחזור בו וא"כ כיון דאמר שם דלמ"ד תן כזכי לא בעיא חליצה ע"כ דמתגרשת מיד בקבלת השליח וכן צ"ל במה שהקשה מהמזכה גט לאשתו במקום יבם אלא שלפ"ז עדיפא הו"ל להקשות מהא מתני' גופא דקתני טעמא דיכול לחזור בגיטי נשים לפי שאין חבין לאדם אלא בפניו ותיפוק ליה אפי' היכא דהגט הוא לה לזכות כמו במקום יבם נמי יכול לחזור בו כיון דלמהוי גט גמור גם בעבד לא זכה רק שזכה לענין חזרה ובאשה דלא שייך הך זכי' יכול לחזור אפילו היכא דהוי זכות א"ו דגם באשה שייך האי זכיה לחזרה א"כ תקשה דהא אפשר לפרש הך דהתקבל מיירי שהגיע הגט אח"כ לידה ומבעיא ליה אי מהני חזרה או לא:

מיהו בעיקר דברי הר"ן דמפרש דברי הרי"ף שסובר דאין זכין לעבד כלל שלא מדעתו ראיתי שהרמב"ם ז"ל כתב (בפ"ד מה' עבדים) המזכה ג"ש לעבדו יצא לחירות אע"פ שלא הגיע לידו שזכין לאדם שלא בפניו אבל אם אמר תנו גט זה לעבדי אינו יכול לחזור בו ולא יצא לחירות עד שיגיע הגט לידו לפיכך אם מת לא יתנו לאחר מיתה עכ"ל בקיצור ועיין בטור ובלח"מ הרי שהוא ז"ל סובר שבמזכה גמור זכין בזכיה גמורה להתגרש מיד אבל בתן שהוא כזכי לא מהני אלא לחזרה לחוד ואפשר גם דעת הרי"ף כן ולפ"ז נסתלקו

כל קושיות הר"ן ז"ל, רק מהא (דפ' התקבל) תשאר הקושיא דשם הא אמר הבעל תן ואפ"ה למ"ד כזכי הוי גט אע"ג דמת ולא מטא גיטא לידה כלל מחיים:

אלא שבעיקר הדבר שמחלק הר"מ ז"ל בין זכה לתן אנו צריכין להבין טעמא מאי אי משום קפידא דבעל דכיון דאמר תן הרי לא רצה שתתגרש בקבלתו דהא צוה ליתן לה להכי לא מהני זכיה גמורה רק לחזרה מצי זכי דלהכי היתה כוונתו בלשון תן שהוא כזכי שיזכה לחזרה הא א"א לומר כן דהא מעיקרא אמר שם בש"ס אמתניתין ש"מ התופס לבע"ח קנה ודחקו שם התוס' הרבה וכי מה ענין זה לתופס לבע"ח ומה חייב האדון להעבד שיתפס השליח עבורו ופי' הר"ן ז"ל דממשנה זו שמעינן דכל אדם מדעתו יכול להעשות שליח לחבירו לעמוד במקומו ומשו"ה כיון שהאדון אמר תן שטר שיחרור זה לעבדי הרי השליח יכול לומר אני עושה עצמי שליח קבלה שלו והרי הוא כאלו עשהו העבד שליח ומינה ילפינן דהתופס לבע"ח קנה לפי שהתופס יכול לעשות עצמו שליח של בע"ח עכ"ל. הרי דלפום ס"ד דתן הוי לשון הולכה ותופס לבע"ח קנה הוי שפיר שליח לתפוס עבורו משום דנעשה מעצמו שלוחו ולא איכפת לן בקפידא דבעל במה שאמר לשון הולכה שאין זה קפידא כלל אלא לפי שלא היה יודע אם יתרצה השליח לזכות עבורו אומר האי לישנא ודוקא בהתקבל לי גיטי והוא אומר הולך ותן לה אמרינן למ"ד לאו כזכי דאינו יכול להעשות שליח קבלה משום קפידא דבעל כיון דשליח אומר לו בשמה לשון קבלה והוא שני ואומר תן לה ש"מ קפידא הוא אבל אם אומר מעצמו לשון הולכה יכול השליח להעשות עצמו שליח קבלה רק שהקשו לר' ירמיה דהא הוי תופס לבע"ח ואינו יכול לעשות שליח מעצמו א"כ לפי המסקנא נמי דמשני תן כזכי דמי נהי דתן לא הוי לשון זכיה גמורה לזכות עבורו להשתחרר מזה מ"מ יעשה עצמו שליח קבלה דהא לא איכפת לן בקפידא דבעל ואין לומר דלהרי"ף והר"מ גם לפי הס"ד דתן לאו כזכי רק שהשליח עושה עצמו שליח קבלה נמי הוי מפרשינן דעושה עצמו רק שליח לתפוס לענין חזרה אבל אינו יכול לעשות עצמו שליח קבלה לגירושין גמורין משום דהא קפיד הבעל אשליחות דהולכה והא דיכול לעשות שליח לתפוס לענין חזרה אע"פ שהבעל אמר לשון הולכה לחוד ולא איכפת לן בקפידא דבעל משום דלענין חזרה אמרינן דודאי לא קפיד בעל אם יזכה לחזרה דכיון דרצה לגרש מסתמא אין דעתו לחזור ואינו מקפיד אם יזכה השליח לענין שלא יהא בידו לחזור אבל לענין אם יזכה השליח שתתגרש מיד שפיר הוי קפידא דבעל דאפשר שהוא רוצה שתתגרש משעה שיגיע גט לידה ולא מעכשיו דזה הוי קפידא מעליא ולהכי פסק הרי"ף דאינה מתגרשת מיד משום קפידא דבעל דז"א דודאי לפי המסקנא שייך שפיר לומר זכיה לחזרה דכיון דהזכיה

נעשית ברשות האדון שהוא אמר תן שהוא לשון זכי להכי אמרינן אע"ג דלא משתחרר עדיין מ"מ זכה לחזרה משום דעבד בר זכיה הוא במה שהאדון נותן לו ואף דהרא"ש בפ"ק דקדושין (דף כ"ב) כתב דאם האדון נותן להעבד נמי לא קנה עיי"ש. מ"מ הא הריטב"א והרשב"א ז"ל כתבו שיש מרבותינו ז"ל שכתבו דקנה כמו בעל שנתן לאשתו דקנתה א"כ אפשר דגם הרי"ף סובר כן ואפילו לפי מאי דמסיק הריטב"א דלא קנה. מ"מ הא מסתפק במזכה לו האדון ע"י אחר אי קנה ואפילו למאי דמסיק התם דגם בזה לא קנה מ"מ הא סיים שם דאם נתן הרב ע"מ שאין להרב רשות בו קנה העבד וה"נ בענין זכייה שבגט השיחרור גופא דמי לנותן ע"מ שאין לרבו רשות בו אבל לפום ס"ד דהאדון אמר לשון הולכה והשליח מעצמו נעשה שליח עבורו לתפוס לחזרה תקשי הא העבד לאו בר קנין וזכיה הוא עדיין ואיך יזכה השליח עבורו לחזרה בלא ציווי האדון כיון דאינו משתחרר עדיין לגמרי א"ו דלפום ס"ד דתן לאו כזכי הוי מפרשינן דהשליח עושה עצמו שליח קבלה לשיחרור גמור ושפיר זכה עבורו ככל שיחרור דעלמא וש"מ דלא איכפת לן בקפידא דבעל במה שאמר לשון הולכה אמאי לא יזכה השליח עבור העבד שישתחרר לגמרי כעת:

גם אין לומר הטעם דלמסקנא דתן כזכי אמרינן דתופס לבע"ח לא קנה ואפילו אינו חב לאחרים משום דאין אדם יכול ליעשות שליח מעצמו לומר אני במקומו בלי דעת המשלח ז"א דודאי יכול ליעשות שליח בלא דעתו כדאמרינן גר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד והוא משום שליחות כמש"כ התוס' שם והב"ד מעצמן עושים את עצמן שלוחים לזכות הקטן ועוד דע"כ יכול לעשות עצמו שליח שלא מדעתו דהא אמרינן בב"מ בירד לתוך שדה חבירו וליקט ותרם דהוי תרומה באומר כלך אצל יפות משום דכיון דהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה אלמא דבמידי דודאי ניחא ליה יכול לעשות עצמו שליח עבורו ולרבא שם דסובר יאוש של"מ הוי יאוש מיירי בלא שויה שליח כלל ולא בעי התם כלך אצל יפות אלא כי היכי דתגלי מילתא דניחא ליה. אבל בדבר שבודאי ניחא ליה נעשה שליח עבורו והר"מ לא גרס הא דפריך ותסברא מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם עיי"ש (בה' תרומות) ורש"י דגרס לה כבר כתבנו דקושיית הש"ס הוא דבדבר שאם עשה מעצמו בלא כוונה לא מהני אין אדם נעשה שלוחו בלא ידיעתו אפי' בזכות גמור ודוקא בזכיית ממון דחצירו וידו קונין לו שלא מדעתו וכמש"כ מהרי"ט ז"ל דקנין יד וחצר לא בעי כוונה בזה אדם נעשה שלוחו של חבירו שלא מדעתו כיון שהוא עצמו היה זוכה בלא כוונה אבל דבר שאם הוא עשה בלא כוונה לא מהני כמו תרומה אין אדם

יכול להעשות שליח עבורו בלי כוונה אבל בזכיית ממון ודאי דלא בעי כוונה וא"כ ודאי דתקשה אמאי לא יזכה השליח עבור העבד לגמרי:

וע"כ צ"ל דהטעם במש"כ הרי"ף והר"מ ז"ל דבתן לא מהני הזכיה לשיחרור גמור הוא משום חוב של האדון דכיון דלא נכלל בלשון תן אלא זכיה שלא יחזור אבל לא זכיה גמורה ולהכי לא מצי לעשות בעצמו שליח קבלה לשיחרור גמור משום דהוי חוב להאדון ודמי לתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים. וע"ז קשה אכתי מאי חיבותא הוא להאדון אם יזכה עבורו זכיה גמורה כיון דכבר נותן לו רשות לזכות לחזרה א"כ כיון דאינו יכול לחזור בו מאי חוב הוא לו במה שזוכה עבור העבד זכיה גמורה ואכתי אמאי לא הוי גיטא עד דמטי לידיה מיהו בזה אפשר לומר דלא מבעיא אם אין העבד לפנינו בשעה שמסר הגט לשליח דאין השליח יכול לזכות עבור העבד זכיה גמורה דאף דאין האדון יכול לחזור בו ויכול אח"כ למסור להעבד בע"כ של אדון מ"מ השתא מיהו דנעשה שלוחו של העבד לזכיה גמורה הוי חוב להאדון דהא כל כמה דלא מסר ליה מציאתו ומעשה ידיו לרבו ובמה שזוכה לו משתחרר מיד והוי תופס לבע"ח. אלא אפי' העבד עומד לפנינו והוא מוסר להשליח שיתן לו נמי אין השליח יכול להעשות עצמו שליח קבלה אף דהיה בידו למסור לידו מיד מ"מ במה שזוכה לו הוי תופס לבע"ח ול"ד להא דאמרינן בש"ס דלא חשיב חוב להעבד מה שהוא פוסלו מן התרומה משום דאי בעי זריק ליה גיטא ופסיל ליה מתרומה והקשו התוס' דמאי מהני הא דאי בעי פסיל ליה בגיטא מ"מ הרי השיחרור הוי חוב עיי"ש ותירצו כיון דהאדון יכול לפוסלו בלא"ה שוב לא הוי מסירת הגט חוב וא"כ ה"נ כיון דיכול למסור לו מיד הג"ש שוב לא הוי חוב להאדון מה שזוכה עבורו מעצמו זכיה גמורה זה אינו חדא דהתוס' תירצו שם תי' אחר ועוד דדוקא התם דעיקר השיחרור היה זכות להעבד רק שנמצא בזה גם קצת חוב לר"מ במה שפוסלו מתרומה ואוסרו בשפחה וכיון דזה היה יכול לחוב לו ע"י זריקת גט שוב לא הוי הגט חוב משא"כ הכא דכל עיקר השיחרור הוי חוב להאדון מאי מהני דיכול למסור הגט להעבד סוף סוף השתא שנעשה עבור העבד שליח קבלה מעצמו הוי תופס לבע"ח ולהכי אמרינן בתן גט זה לאשתי וש"ש זה לעבדי ומת לא יתנו לאחר מיתה ולא מפלגינן בין היה העבד לפנינו בשעה שמסר לו או לא רק בכל ענין לא הוי גיטא עד דמטא לידיה משום דאינו נעשה שליח קבלה עבורו משום דאמר לו תן כזכי מ"מ לא נתן לו רשות אלא לזכות לענין חזרה אבל לא לענין זכיה גמורה דזה לא נכלל בלשון תן כזכי וכיון דלא נצטוה מהאדון ע"ז אינו יכול להעשות שליח מעצמו ע"ז משום דהוי תופס לבע"ח:

מ"מ קשה לי דלא דמי כלל לתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דנהי דבמה שזוכה להעבד מקרי חוב להאדון מ"מ כיון שכבר זכה השליח בגט בשביל העבד לענין חזרה ואינו יכול לחזור בו ובזה זכה העבד שיומסר לו בע"כ של אדון פשיטא שיכול לזכות עבורו לגמרי להשתחרר מיד ואף שע"י מה שמשתהה המסירה ליד העבד זוכה האדון במעשה ידיו. מ"מ כל כה"ג לא מקרי חב לאחרים דהא כל תופס לבע"ח קנה אע"פ שמפסיד ללוה במה שתופס דהיה יכול להשתמש במעות עד שיפרע לו ואפ"ה יכול לזכות עבורו ולא מקרי חב לאחרים אלא אם יש על הלוה עוד חובות שזה שפיר מקרי חב לאחרים דהוא רוצה לבטל כח האחד ולתת לאחד אבל במה שחב ללוה לא איכפת לן כיון שהלוה חייב לו אף שהיה יכול להחזיק המעות אצלו עדיין ובגמרא משמע דיכול אדם לגרש אשתו בעל כרחה ע"י שליח הולכה [ועיין בנוב"י שכל חכמי הדור חלקו עליו בזה שכתב שא"י לגרש ע"י שליח בע"כ ומייתו ראיה מש"ס דגיטין (דף י') דקאמר בשליחות בע"כ דבגירושין איתא עיי"ש] ואף שהרא"ש כתב בטעמא דתופס לבע"ח משום שלא ריבתה תורה שליחות היכא דאיכא חוב לאחד ואפ"ה יכול להעשות שליח הולכה אף שחב להאשה כיון שהתורה זיכתה לבעל לגרש בע"כ וה"נ דכוותה א"כ ה"נ לא איכפת לן בחוב דאדון כיון שכבר זכה השליח עבור העבד למסור לו יכול להעשות שליח עבורו והכא שהאדון בעצמו מצוה ליתן לא גרע מהתם שמגיע לו החוב כיון דברשותו נותן:

ומש"כ הרי"ף ז"ל בתשובה הביאה הר"ן ז"ל בהא דתופס לבע"ח דלימא ליה לאו בעל דברים דידי את ותי' דתקנה שהתקינו שיכול לתפוס משמע אבל מדינא אין יכול לתפוס אין כוונת הרי"ף במש"כ תקנה שהתקינו שיועיל תפיסת השליח משום דמה"ת לא מהני תפיסת השליח משום דהוי חוב ללוה דז"א דכבר ביארנו דחוב דלוה לא מיקרי חוב כלל וכן כל הראשונים היינו המרדכי והרא"ש נתנו טעם דצריך הרשאה ולא מהני בשליחות לחוד משום דחיישינן שמא ימות המשלח ולא יועיל שליחותו או שמא יבטל השליחות כמבואר כ"ז בחה"מ (סימן קכ"ב ובש"ך סק"ד) דהטעם משום דכיון דיש לו טענות להכי בעי הרשאה דאי לאו הכי מצי אמר לאו בעל דברים דידי את אבל משום תופס לבע"ח לא איכפת לן בחיבותא דלוה מיהו רש"י ז"ל כתב בב"ק (דף ע') בהא דאמר אמימר אי תפס לא מפקינן מיניה רב אשי אמר כיון דכתב כל דמתעני מבי דינא קבילית עלי שויה שליח ופירש"י דמיירי אי תפיס השליח משל הנפקד דלאמימר מהני אפי' היכא דלא כתב זיל דון ואפיק לנפשך אבל לרב אשי לא מהני משום דשליח שויה והוי תופס לבע"ח עיי"ש בלשון אחד הרי דאפילו בלא חב לאחרים לא קנה תופס לבע"ח א"כ אפשר נמי דשיטת הרי"ף הכי ולהכי כתב דתקנה הוא שהתקינו אבל מן הדין לא מהני משום תופס לבע"ח

דלא קנה משום חוב של הלוה וכדמשמע פשטא דש"ס דהוצרך ללמוד דין תופס לבע"ח ממתניתין א"כ כיון דממתניתין אין ראיה משום דתן כזכי ממילא תופס לבע"ח לא קנה אפילו בלא חב לאחרים רק משום חוב של לוה רק תקנה שהתקינו ולהכי לא התקינו רק באינו חב לאחרים אבל בחב לאחרים לא והיינו טעמא דהרשאה וכ"כ הרשב"א ז"ל והביאו הה"מ (בהלכות מלוה ולוה) ולפ"ז הוי א"ש דעת הרי"ף והר"מ דתן כזכי היינו לחזרה אבל לזכיה לא הוי כזכי ולהכי לא זכי עבור העבד משום דהוי תופס לבע"ח ואף דלא מצי הדר ביה מ"מ כל כמה דלא הדר ביה זכי האדון במעשה ידיו והוי חוב להאדון במה שיזכה עבורו:

מיהו אכתי תקשה דאמרינן בב"מ (דף י"ט) גבי מצא גט שיחרור בזמן שהרב מודה יחזיר לעבד ופריך וליחוש דלמא כתב בניסן כו' הניחא לאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לו עיי"ש והריטב"א ז"ל כתב שם דלאביי דאומר עבז"ל לכי מטא גיטא לידא דעבד זכה במעי"ד ובמציאתו למפרע משעת כתיבה עיי"ש וא"כ תקשה לאביי דאמר עבחז"ל ממשנה דתן גט זה לאשתי וש"ש זה לעבדי לא יתנו לאחר מיתה דאף דתן כזכי רק לחזרה לחוד מ"מ כיון דלא מצי הדר ביה הא השליח מעצמו יכול לזכות לזכיה גמורה ואמאי לא יתנו לאחר מיתה דהא לא הוי תופס לבע"ח דהא נתן לו רשות למסור להעבד ובמה שזוכה עבורו מיד הא לא מפסיד האדון כלל דאף אם ימסור להעבד אחר זמן נמי יפסיד האדון מעשי ידיו משעת כתיבה [ונהי דסוגיא דידן דקרי ליה תופס לבע"ח ודאי דלא כאביי דלאביי לא גרע להאדון הזכייה ממסירה לאח"ז אבל אם נימא כשיטת הרי"ף דלמסקנא נמי לא זכה זכיה גמורה משום תופס לבע"ח ומשו"ה אם מת לא יתנו לאח"מ תקשה לאביי ממשנה דלא יתנו לאח"מ דלדידיה תקשה אמאי לא יתנו לאחר מיתה ולא זכה לו בקבלתו הא לא הוי חוב להאדון במה שזכה להעבד מיד דגם אם לא יזכה לו מיד ויהא חל השיחרור בשעה שיגיע לידו נימא עדיו בחתומיו זכין לו ומפסיד מעשה ידיו משעת חתימת הג"ש ואטו נוקי ונימא לדידיה דמתניתין יחידאי הוא כר"מ דאמר אם רצה לחזור בשניהם יחזור ולא כחכמים]:

ועוד דודאי אם בשעה שאמר תן ש"ש זה לעבדי היה העבד בפנינו והיה יכול למסור לו מיד הגט פשיטא דיכול לזכות לו ואף אם נימא דתופס לבע"ח לא קנה משום חוב דלוה גופא מ"מ בכה"ג שיכול למסור לו ברשות האדון וע"ז נתן לו רשות למסור איך נחשוב לחוב מה שהוא זוכה עבורו ולא דמי כלל למש"כ התוס' דמסירת הגט הוי חוב אע"ג דיכול לזרוק לו הגט דהתם מ"מ תרווייהו דרך חוב בע"כ הוא אבל הכא הא המסירה יכול למסור כמו שנצטוה מהאדון ודאי דיכול גם לזכות עבורו דהא בהדיא אמרינן (בפ'

התקבל) גבי ההוא דשדר ליה גיטא לדביתהו ואמרה דליהוי בידך דלמ"ד אשה עושה שליח קבלה לקבל גט מיד שליח בעלה מתגרשת במה שאמרה להוי בידך אלמא אף שהבעל לא ידע שהאשה עשתה שליח קבלה עכ"ז נעשה שליח קבלה ולא מקרי תופס לבע"ח משום שבידה לקבל מיד הגט א"כ ה"נ גבי עבד אם הוא לפנינו והשליח יכול למסור לו לא מיקרי חוב מה שזוכה עבורו ומתניתין דלא יתנו לאחר מיתה סתמא קתני אפי' העבד לפנינו בשעה שמסר הגט להשליח ועוד קשה לי כיון דכבר הוכחנו דגם לשיטת הרי"ף והר"מ צריך לומר דלמ"ד דתן לאו כזכי מהני קבלת השליח לשיחרור גמור ולא רק לחזרה בעלמא דאין שום זכיה לעבד בלא רשות האדון כמבואר לעיל ואי לאו דמשתחרר לגמרי ליכא למימר זכיה גם לחזרה וע"כ שהוא לשחרור גמור א"כ תקשה לר"ה ולר"י בר יוסף שלא ידעו מתן כזכי וסברי דטעמא דמתניתין משום דתופס לבע"ח קנה איך יפרנסו מתניתין דלא יתנו לאחר מיתה ואטו ניקו ונימא לדידהו דמתניתין יחידאה הוא כר"מ דג"ש הוי חוב ולא כחכמים דסברי דג"ש הוי זכות:

ע"כ נלענ"ד דהא באמת הר"ן ז"ל כתב בהא דס"ד דתופס לבע"ח קונה וז"ל ונראה דהשתא סבירא לן דכי תנן רוצה לחזור בשיחרור לא יחזור היינו כשהשליח אומר אני זכיתי לו דאי לא תימא הכי היכי אמרינן דתופס כו' מנ"ל דשליח זה רוצה לתפוס עבורו עיי"ש בדבריו וזה ודאי דלס"ד דהאדון אמר לשון הולכה והשליח עשה עצמו שליח קבלה צריך שיכוין לזכות בקבלה זו בשביל העבד להשתחרר בקבלה זו דודאי אם שליח מקבל גט עבור האשה ואינו מכוין שתתגרש האשה בגט זה לא מהני אף אם צוותה האשה לקבל מיד הבעל אם לא ידע השליח שזה גט ולא כיון שתתגרש בקבלה זו ואם בשעה זו נטל סתם ואח"כ יכוין לזכות עבורה פשיטא דלא מהני כלל דהא בעינן ונתן בידה והמסירה שמסר הבעל לידו לא מיחשב בידה דאז לא היה במקום האשה שלא עשה עצמו אז שליח כלל ואח"כ כשירצה לעמוד עצמו במקום האשה דומה לנטל מעג"ק [דודאי גם בשיחרורי עבדים לא מהני טלי גיטך מעג"ק] דדוקא אם כיון בשעת קבלה מקרי ונתן בידה שהוא במקום האשה ממש ולא גרע מנתן ליד האשה בתורת פקדון ואח"כ אמר לה להוי גיטך אבל מה שמכוין אח"כ לא מהני דלא הגיע לידה מיד הבעל בשעה שנעשה במקום האשה והגע בעצמך אם נתן גט לשליח קבלה והשליח לא ידע שזה גט ודאי דלא מהני דכמו שבאשה עצמה צריכה שתדע שזה גיטה ה"נ השליח צריך שידע שזה גט ושהוא מקבלו בתורת גירושין אבל אם לא כיון לא מהני ואם יאמר לאחר זמן שעד עכשיו הוא במקום הבעל ועכשיו במקום האשה הא דמי להא דהוי שליח להולכה עד

דמטית התם וכי מטית התם הוי שליח קבלה דלא מהני משום דלא חזר שליחות אצל הבעל והיינו דלא מקרי ונתן בידה כמש"כ שם הריטב"א:

ובזה א"ש דמעיקרא דבעי לאכוחי ממתניתין דתופס לב"ח במקום שחב לאחרים קנה והוי סובר דטעמא דמתניתין שאף שהאדון לא צוה להשליח לזכות עבור העבד דתן לאו כזכי רק שצוה להוליך להעבד ולמסור לידו מ"מ יכול השליח בעצמו לעשות עצמו שליח של העבד ולהיות שליח קבלה עבורו כמ"ש הר"ן ז"ל א"כ ודאי דכוונת המשנה דאינו יכול לחזור ומתגרשת מיד בשעת קבלה ומיירי שכיון השליח מיד לזכות בתורת שיחרור דא"א לומר דלא זכה רק לענין דלא מצי למיהדר ביה אבל עדיין אינו משתחרר דהא כיון דאינו משתחרר אין נתפס שום קנין להעבד דאין קנין להעבד בלא רבו וגם רבו לא אמר שיקנה עבור העבד דהא תן לאו כזכי אבל לבסוף דמסיק דתן כזכי וצוה האדון להשליח לזכות מיירי שהשליח לא כיון שישתחרר בקבלה זו רק שרצה לעשות כמו שאומר לו האדון ליתן להעבד דבזה לא משתחרר עדיין ע"י קבלת השליח כיון שלא כיון השליח לזה ומ"מ קנה השליח לענין שלא יחזור האדון דהא כיון להחזיק ולתפוס הגט עבור העבד למסור לו וקנה לענין דלא למיהדר ביה האדון כמו בתן מנה לפלוני דקנה רק לחזרה וה"נ קנה לענין זה דלענין זה הוי מה שמחזיק עבור העבד כוונה מעליא וגם לא שייך כאן אין קנין לעבד בלא רבו כיון שהאדון גופא אמר לו שיזכה עבורו ואי הוי בעי הוי זכי זכיה גמורה להשתחרר רק שלא כיון לזה אבל לענין להחזיק עבור העבד למסור לידו שכיון מהני קנינו דכל היכא שהאדון נותן ומצוה לזכות עבורו לא אמרינן אין קנין בלא רבו והשתא סובר הרי"ף ז"ל דלמסקנא אין אנו צריכין לפרש מתניתין דאמרי חכמים אבל לא בשחרורי עבדים דמיירי שהשליח רוצה לזכות עבור העבד בגט שיחרורו אף שהאדון לא צוה לו זה דהא האדון אמר לו תן גט זה לעבדי שזה דחוק אלא דמיירי שגם השליח רוצה לעשות ממש כמו שצוהו האדון ולא כיון לזכות ולהעשות שליח קבלה ואינו מתגרש באמת עד דמטי ליד העבד רק שקנה השליח עבור העבד לענין שלא יוכל לחזור בו ובזה מיירי מתניתין דאמר תן שטר שיחרור זה לעבדי לא יתנו לאחר מיתה) דאף דתן כזכי מ"מ כיון שלא אמר לו בפירוש זכי לא כיון להעשות שליח קבלה ולזכות עבורו ולהכי לא מהני תפיסתו של שליח אלא לענין חזרה אבל לא לענין שיחרור גמור וכיון שמת אין שיחרור לאחר מיתה וכ"ז באמר לו תן גט זה דתן הוא לשון הולכה דהא אומר לו ליתן רק שמתרצה גם אם יזכה עבורו להשתחרר מיד ובזה סתמא דמילתא כשהשליח מקבלו אינו מכוין להעשות שליח קבלה אלא רוצה לעשות כמצות האדון ממש למסור ליד העבד ובזה לא מהני תפיסתו רק לענין חזרה ולא להשתחרר

שהרי לא כיון השליח לזה אבל אם אמר לו זכה בגט זה עבורו סתמא דמילתא כשמקבלו השליח הוא בכוונה להעשות שליח קבלה לזכות עבור העבד להשתחרר מיד כיון שכן צוהו האדון ובהכי מיירי בעיא דהמזכה גט לאשתו במקום יבם שאמר לו זכה עבורה והוא קבל על מנת לזכות עבורה והוי גט מיד ומסולקים כל הקושיות מעל הרי"ף ז"ל:

ויצא לנו מדברינו בדעת הרי"ף ז"ל דהיכא דכיון השליח מיד בשעת נתינת הבעל להיות שליח קבלה מודה הרי"ף שמתגרשת מיד במומרת אלא דבזה אחרי שהראשונים ז"ל לא פירשו כן בטלו דברינו וכ"ז היכא דהוי זכות גמור כמו במומרת שהסכימו הפוסקים דהוי זכות או בבעל מומר אבל באופן אחר כמו בבעל חולה או עתים חלים ועתים שוטה דלא הוזכר בפוסקים דהוי זכות ודאי דלא מהני לזכות להגט לכל הדיעות ואפילו אם תגלה דעתה בהדיא דניחא לה נמי לא מהני כדאמר בירושלמי (דפ' התקבל) הגע בעצמך שהיא צווחת להתגרש אני אומר שמא חזרה בה עיי"ש. ודוקא היכא דשויתיה שליח לקבלה לא חיישינן שמא חזרה דשם לא מהני חזרה כלל דאפילו אם אומרת אח"כ שאין רצונה להתגרש אין השליחות מתבטלת דאפילו אם אמרה בהדיא לשון המורה ע"ז אין השליחות מתבטלת כדאמרינן בפ' השולח (דף ל"ב) פסול הוא אינו כלום דהוי לשון גרוע ובעינן דיבור מעליא לבטל הגט וכמ"ש התוס' (בר"פ השולח) אע"ג דמה"ת ראוי שתתבטל השליחות בגילוי דעת לחוד כיון דגט בעי רצון והוא חזר בו מ"מ תקנת חכמים הוא שלא יתבטל אלא בביטול מעליא וכ"ז היכא דנעשה שליח גמור אבל היכא דליכא שליחות רק מה שאומרת שהיא רוצית להתגרש כיון שחוזרת אינו יכול לזכות עבורה ואפשר דאפי' חזרה רק בלבה מהני דבזה מהני מחשבה בעלמא כיון שבדיבור הראשון לא נקבע שום שליחות מהני החזרה בלב לבטל מה שאמרה שהיא רוצית להתגרש והכי משמע בקדושין (דף נ"ט) דאי לאו דמחשבה דטומאה רחמנא קריה מעשה היה המחשבה מוציא מידי מחשבה ובחשב עליו שיהא גמר מלאכה ואח"כ חישב לשפץ היה בטלה טומאתן אפי' במחשבה בעלמא וכיון דלא עשתה שליח רק שראינו שרצונה להתגרשת אמירה זו מתבטלת במחשבה בלב בעלמא כיון שלא נקבע ענין שליחות ע"י אמירתה שאמרה שרצונה להתגרש וכיון שאם חזרה בה הוי חוב ודאי דבעינן למיחש שמא בשעת קבלת הגט חזרה בה בלבה ולא מהני שגלתה דעתה שרצונה להתגרש:

וראיתי להגאון חת"ם סופר ז"ל שהקשה מהא דאמרינן בחולין (דף ל"ט) בשחטה ואח"כ חשב עליה הוכיח סופו על תחילתו וכן בנתן נכסיו לאחר והיה בהם עבדים ושתק ובסוף צווח דהוכיח סופו על תחילתו דמדהשתא לא ניחא ליה מעיקרא נמי לא ניחא ליה וה"נ נימא כיון שהיא מתרצית אחר ששומעת שזיכו לה הגט מסתמא גם בשעת קבלה ניחא

לה וירד לחלק בין זמן מרובה לזמן מועט דעל זמן מועט אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ועל זמן מרובה לא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו עיי"ש:

ולפענ"ד ז"א דהוכיח סופו על תחילתו לא שייך אלא אם עשה אדם איזו מעשה ואנו יכולין לדון כוונתו על שני פנים בזה שייך לומר לברר כוונת מעשיו בתחילתו ממה שהוא עושה בסופו כמו התם שאנו מסתפקין בכוונת שחיטתו אם הוא לשם עכו"ם או לא ומסתבר הדבר ממה שאמר אח"כ ששחיטה זו יהא לשם עכו"ם שגם מתחילתו היה לשם עכו"ם וכן גבי עבדים שאנו מסתפקין על כוונת שתיקתו מה זו שתיקה ואנו מבררין ע"י צווחה שאח"כ שגם מעיקרא לא ניחא ליה והנה כ"ז הוא אם בודאי חשב מענין שאנו דנין עליו רק שאנו מסתפקין למה היתה מחשבתו בזה אנו אומרים הוכיח סופו על תחילתו כמו התם דבשעת שתיקה בודאי היתה שתיקתו על א' משני פנים או דלא איכפת ליה או דניחא ליה וכן בשחטה ואח"כ חישב שאנו מסתפקין על שעת שחיטתו אם חישב לשם עכו"ם או לא דזה דבר ברור הוא שחישב או לא חישב ואם לא חישב ודאי מותרת ע"ז אמרינן הוכיח סופו על תחילתו שמחשבתו היה כמו שחישב בסוף אבל אם יכול להיות שלא חישב כלל מענין זה שאנו צריכין לדון אלא דכיון דלבסוף חזינן דעתו לאחד משני פנים מסתמא גם מעיקרא אלו היה מחשב מענין זה היה ג"כ דעתו כמו שעשה לבסוף אין זה בגדר הוכיח סופו על תחילתו:

ודבר זה תליא בפלוגתא דישל"מ דלרבא אמרינן אף שבשעה שנפל ממנו ודאי לא עלה על דעתו ענין יאוש כלל דהא לא ידע דנפל מיניה מ"מ דמי כאילו נתייאש קודם הנפילה ולאביי אמרינן דלא מהני ישל"מ ולא הוי יאוש כשנתייאש קודם שבא ליד המוצא והכי קי"ל דישל"מ לא הוי יאוש. וא"כ ה"נ גבי גט איך נימא אם זיכו לה הגט ובשעה אחר זיכוי הגט אמרה שהיא רוצית להתגרש דהוכיח סופו על תחילתו כיון דיכול להיות שברגע נתינת הגט ליד השליח לא חשבה מענין זה כלל ולא אמרינן תגלי מילתא למפרע כיון דאח"כ ניחא לה מעיקרא נמי ניחא לה אע"פ שלא ידעה ולא חשבה מענין זה כלל דהא זהו עיקר ישל"מ ובישל"מ קי"ל דלא הוי יאוש ולא מפלגינן בין נתוודע לו לזמן מרובה אחר דאתי ליד המוצא או לזמן מועט אלא בכל גווני לא הוי יאוש. ובהדיא כתב רש"י ז"ל בב"מ דפריך ממעות מפוזרין הרי אלו שלו ואמאי הא לא ידע דנפל מיניה ומשני התם כדר' יצחק דאמר אדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה ופירש"י ז"ל דודאי ידע ומתייאש קודם שבא ליד המוצא משמע אלו היה מתוודע אחר שבא ליד המוצא לא מהני אע"ג שנודע לו בזמן מועט אחר שבא ליד המוצא אפ"ה אמרינן דלא הוי יאוש ולא מהני אלא

אם נודע לו קודם שבא ליד המוצא אבל נודע אח"כ לא מהני למקבע האי רצון דלבסוף גם בתחילה כיון דבתחלה לא חשב על זה והמחשבה לא מהני אלא בשעה שחישב עלה: **תדע** לך דהא עד כאן לא פליגי רשב"ג ורבנן אלא אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו אבל אם הוכיח תחילתו על סופו ודאי דאמרינן כגון שאמר המקבל מתנה קודם הנתינה שרוצה לקבל העבדים אם יתן או שאמר שאינו רוצה לקבל ואח"כ זיכה לו ע"י אחר בפניו ושתק ודאי דאמרינן הוכיח תחילתו על סופו וכאן אמרינן אפי' בצווחת להתגרש קודם הזיכוי שמא חזרה בה ולא אמרינן הוכיח תחילתו על סופו א"ו דהיינו טעמא כיון דאפשר דבשעת הזיכוי ממש לא חשבה מענין הגט כלל א"כ אפשר לומר דחזרה בה והיינו אלו היינו שואלין אותה בשעת מעשה היתה חוזרת בה דדיבורה הראשון אינו קובע בה הרצון וכיון דאנן ידעינן דיש קצת חוב ג"כ בגרושין להכי בשעה שאינה מחשבת בהדיא שהיא רוצית להתגרש לא מחשב זכות ואינה מתגרשת ע"י זיכוי [ולשון הירושלמי דחש לומר שמא חזרה בה אפשר לומר דלאו דוקא הוא שחשבה מענין הגט וחזרה אלא דאנו צריכין לחוש אולי היתה חוזרת אם היתה חושבת מענין זה להכי לא נקבע בה הרצון שצווחה מעיקרא] ואף שאם היו שואלין אותה היתה רוצה להתגרש דהא הוכיח תחילתה על סופה ודאי דאמרינן ומעיקרא אמרה שרצונה להתגרש מ"מ כיון שלא נשאלה ע"ז ולא חשבה מענין הגט לא נקבע הרצון בה בשעה שאינה מחשבית ומעלית על דעתה רצון הגירושין וכיון דבאמת יש חוב בגירושין לפי אומדן דעת חז"ל ואין השליח יכול להעשות שליח עבורה ולא מהני מה שאמרה מעיקרא שרוצית להתגרש ולא דמי להא דהוכיח סופו על תחילתו דשם ודאי חישב מענין זה דכיון שהלה נותן לו מתנה והוא שותק לא ימלט מא' משני פנים או שבשעת שתיקה היה בלבו שטוב הדבר לפניו או לא וכן בשוחט ואח"כ חישב ששחיטה זו לעכו"ם אמרינן מדאמר אח"כ שרוצה לעבוד עכו"ם בשחיטה זו מסתמא גם מעיקרא רצה לעבוד בשחיטה וודאי חישב בהדיא בשעת שחיטה לשם עכו"ם דכן דרך העובדים עכו"ם בזביחה והוכיח סופו על תחילתו שחישב בהדיא בתחילתו כמו שאומר לפנינו בסופו אבל בגט אם נעשה שליח לקבל גיטה בשעה שהיא לא חשבה מענין זה דמאליו לא נקבע בה הרצון שעי"ז יהא הוא שלוחה ודברי החתם סופר ז"ל במחכ"ת תמוהין בזה וראיתי להחכ"צ (בסימן מ"א) באחד שנשבע שלא לגרש אשתו בע"כ ושלא לישא אחרת קודם נשואין ואח"כ נמצא בה מומין ושהה עמה כמה שנים ועתה רוצה לגרש בע"כ דאסור לעבור על שבועתו ואף דאיכא למימר אדעתא דהכי לא נשבע מ"מ כמו שאחר נשואין לא הקפיד כמה שנים אמרינן הוכיח סופו על תחלתו שגם בשעת השבועה הי' נשבע אף שהי' יודע מהמום

הזה ע"ש ולפמ"ש אין שייך כאן הוכיח סופו על תחלתו כיון שלא עלה על דעתו דבר זה ודו"ק:

ודע דהא דאמרינן לרבנן בשיחרורי עבדים או במזכה גט לאשתו אם נימא דהוי זכות דאינו יכול לחזור בו מתגרשת בקבלתה מיד לשיטת התוס' וסייעתם הוא דווקא אם נתן לשליח גט ליתן להם דאז יכול לעשות עצמו שליח קבלה עבור האשה ולא מתחיל בו כלל שליח להולכה וכמו שבארנו לעיל ומשום דתן כזכי וזכין לאדם שלא בפניו אבל אם אמר כתבו ותנו גט לאשתי והם כתבו לא מצי למיעבד נפשייהו שליח קבלה כיון שהם צריכים להיות שליח בעד הבעל בנתינת הגט שוב אין יכולים להעשות שליח קבלה כדאמרינן בס"פ כל הגט (דף כ"ד) דאם אמר הוי שליח להולכה עד דמטית התם וכי מטית התם הוי שליח לקבלה פסול דלא חזרה שליחות אצל הבעל ועיי"ש ברש"י ותוס' בטעם הדבר מיהו לשיטת הרי"ף דגיטא לא הוי עד דמטיא לידה ולא מהני הא דהוי זכות אלא לענין שלא יכול הבעל או האדון לחזור ולמחות בהשליח ליתן א"כ אפשר לומר דאפילו אם צוה לשליח לכתוב וכתב נמי מהני תפיסתו לענין שלא יחזור בו לפמ"ש הש"ך (בסימן קפ"ה ס"ק א') דגבי מכר ומתנה לא בעינן חזרה שליחות אצל המשלח [ועיי"ש דמסתפק בזה והנתה"מ החליט דלא בעינן] א"כ ה"ה לענין זכיה דלא למיהדר ביה אפשר דאף דהיה מעיקרא שליח הולכה יכול לעשות את עצמו שליח קבלה לזכות בגט דלא למיהדר ביה ובפרט לפמ"ש דעיקר הא דמהני הזכיה דלא למיהדר הוא מטעם שזכה בנייר למסור להם וגיטא ממילא הוי ובענין זכיית ממון הא לא בעינן חזרה שליחות אצל המשלח:

וראיתי להגאון בעל נתה"מ (סימן קפ"ה) דפשיטא ליה דבממון לא בעינן חזרה שליחות אצל הבעל דדוקא בגט אשה דלא מהני טלי גיטך מעג"ק בעינן דליפוק מיד שליח הבעל ליד שליח האשה אבל בממון דמהני טלי מעג"ק לא בעינן חזרה שליחות אצל המשלח ומביא ראיה מהא דבעינן למימר בתחילת הסוגיא דהא דאינו יכול לחזור בשיחרורי עבדים משום דתופס לבע"ח קנה וכמ"ש הר"ן שהשליח נעשה מעיקרא שליח להולכה ואח"כ נעשה בעצמו שליח קבלה דבשיחרורי עבדים נמי מהני טלי גיטך מעג"ק וזה תמוה לענ"ד דא"כ למה ליה לתנא למימר דבגיטי נשים יכול לחזור משום דאין חבין לאדם שלא בפניו תיפוק ליה אפילו היכא דהוי זכות גמור כמו במקום יבם או מומר שהסכימו הפוסקים דהוי זכות נמי יכול לחזור בג"נ כיון דנעשה תחילה שליח להולכה אין יכול להעשות בעצמו שליח קבלה דהא לא חזרה שליחות אצל הבעל ובג"נ ודאי דבעינן חזרה שליחות אצל הבעל דהא לא מהני טלי גיטך מעג"ק ומדקתני מתני' הטעם

לפי שאין חבין שלא בפניו ע"כ דגם לפי ה"א דטעמא דרבנן דבשיחרורי עבדים אינו יכול לחזור ועושה עצמו שליח קבלה בלא דעת העבד אין הכוונה שנעשה מעיקרא שליח להולכה ואח"כ שליח לקבלה אלא שגם בתחילת הקבלה מקבל בתורת שליחות קבלה ומשום שאין הבעל מקפיד ע"ז וכמו שביארנו לעיל וא"כ אין ראיה מזה דבשיחרורי עבדים לא בעינן חזרה שליחות אצל המשלח דהא התם נעשה שליח קבלה גם מתחילת נתינת האדון:

ואין לומר דהא דמסיים במתניתין ואין חבין לאדם אלא בפניו לאו טעמא דיכול לחזור בגיטי נשים הוא אלא סתמא דמילתא הוא וריהטא דלישנא הוא דאמר בכל דוכתא זכין לאדם כו' ואין חבין כו' אבל באמת בג"נ אפילו היכא דהוי זכות יכול לחזור משום דלא חזרה שליחות אצל הבעל דז"א דבתוספתא (בפ"ק דגיטין הובאה בגמ' שם דף י"ב) מסיים בהדיא אבל אשה אינה כן אלא חבין לה מזונות ופוסלה מן התרומה עכ"ל הרי דהטעם יכול לחזור הוא משום דאין חבין לאדם שלא בפניו ודו"ק:

סימן קנ

נשאלתי באשה אחת שהלכה כשהיא בתולה מק"ק טרעסטינע ובאה מלובשת כדרך אשה נשואה ובידה כתב שנתגרשה בעיר א' ונמצא כתוב שם על אביה שהוא כהן והוא אינו כהן והגיע הדבר לב"ד ורצו לאוסרה להנשא ואמרה לפני ב"ד שמעולם לא נשאת לאיש רק שנאנסה מאיש א' ונתעברה וילדה ממנו ומפני הבושה לבוא לבית אביה פן יכירו בה שכבר ילדה יעצו לה שתבקש מאיש לכתוב לה כתב פטור גרושין וחתם שלשה חתימות בעצמו אבל מעולם לא נשאת אם מותרת להנשא לאיש גם אם מותרת להנשא לכהן הואיל והחזיקה עצמה בחזקת גרושה:

תשובה הנה בעיקר עובדא דאתי לקמיה שדן כבודו אי מהני אמתלא דידה היכא דקא עבדה מעשה ואם לא נאמין לאמתלא דידה יש לחוש לאוסרה גם לישראל כיון שבכתב ראיה שלה מוזכר שאביה הוא כהן ובאמת אינו כהן יש לעיין בזה מהא דאמרינן בכתובות (דף כ"ד) דאין מעלין משטרות ליוחסין ואף שכתוב בשטר אני פלוני כהן לויתי מנה מפלוני וחתמי סהדי עליה אמרינן אמנה שבשטר קמסהדי ולא אכולה מילתא וה"נ בנ"ד שכתוב בכתב ראיה שלה שראו בידה כתב פטור שנתגרשה כתוב על אביה שהוא כהן אמרינן דעיקר סהדותייהו על הגרושין ולא ע"ז שכתוב על אביה שהוא כהן ועיין בא"ע (סימן ג') שיטת הרמב"ם ז"ל דאפילו אם כתוב בלשון עדות איש פלוני כהן לוה מפלוני מנה נמי אין מעלין ליוחסין ולא מהני אלא לענין כהונה בזה"ז (עיי"ש בב"ש) אלא שיש לחלק לפמש"כ הר"ן ז"ל בטעמו של הר"מ ז"ל משום דאמרינן שהסופרים

סמכו על שמות ב"א כפי שהן מוחזקים בהעיר וכיון דחזי ליה שהוא אוכל תרומה וקורין אותו כהן אינהו נמי קרי ליה הכי וכ"ז שייך התם אבל בכאן דהאשה זו מעלמא אתאי לשם מהיכא תיתי יכתבו על אבי' שהוא כהן אלא מסתמא ראו כן בכתב פטור שלה וכן נכתב בגיטה:

מיהו לשון הר"מ ז"ל (בפ"כ מה' ביאה ה"ט) לא משמע הכי שכן כתב שם וז"ל אין מעלין משטרות לכהונה כיצד הרי שהיה כתוב בשטר פלוני כהן לוה מפלוני והלווהו כך וכך והעדים מלמטה אין מחזיקין כהן זה שהוא מיוחס שמא לא העידו רק על המלוה ע"כ משמע שע"ז שהוא כהן לא עדותן כלל ואכתי יש לחלק דשם אפשר לומר שכתוב שהוא כהן מחמת שהוא אמר שהוא כהן להכי לא סמכינן עליה לענין יוחסין משום דאפשר שעל אותו פלוני בעצמו סמכו אבל בנ"ד א"א להקל משום זה דממ"נ אי סמכו על האשה שהוא כהן מסתמא גם בסידור הגט אמרה האשה להמסדר שהוא כהן ונכתב הגט בפסול:

אלא שבעיקר הדבר נ"ל כיון דבהא מילתא דבמעשה לא שייך אמתלא לא מוזכר בגמרא רק מתורתו של רבינו הרמב"ן ז"ל למדנו דבר זה וכבר הסכימו רוב האחרונים ז"ל בתירוצם להך קושיא דטבח שעשה סימן בראש כבש דאף הרמב"ן ז"ל לא אמרו אלא היכא דלפי מה שמתרצת דבריה לא היתה צריכה לעשות מעשה ומסתמא כיון שעשתה מעשה הולכין בתר דבריה הראשונים ומעשה דידה אבל היכא שנותנת אמתלא גם אמעשה דידה דלא הוי סגי לה בלא"ה שפיר מהני אמתלא דידה אף אמעשה וא"כ הכא בנ"ד שהיה כוונתה שלא יכירו בה שילדה בזנות הוצרכה לעשות מעשה זו נאמנת באמתלא דידה ואף שהיתה יכולה לומר שמת בעלה מ"מ לאו כולהו נשי דינא גמירי והיא היתה סבורה שאינה נאמנת לומר שמת בעלה ע"כ זייפה כתב פטור שלה ומצאתי להרא"ש ז"ל בתשובותיו (כלל ל"ה סימן ד') הובא בב"י (סימן מ"ו) בר"י שהוציא קול על אשת ר' משה שקדשה תחילה ומזה הפחד הלכה האשה וקרוביה לכתוב גט ע"ש ר' יעקב שאם יביא עדים שקדשה יראו גם הגט שגירשה בו ונודע הדבר לר' יעקב ואמר שזה ראיה שנתקדשה לו כיון שמחזרת אחר גט וא"צ לעדים אחרים עיי"ש שהאריך הרא"ש ז"ל להתירה ובכלל דבריו שם נאמר דכיון שהיא אומרת שמעולם לא נתקדשה לר"י ואומרת אמתלא למה צותה לכתוב הגט לא משוינן לה חד"א עיי"ש ולא הזכיר כלל להך סברא דבמעשה לא מהני אמתלא ואין לחלק ולומר דלא מהני אמתלא אלא היכא שהיא מעצמה חוזרת ממעשיה או מדבריה שרצתה לאסור עצמה באיסור א"א דבזה אמרינן כמו שעכשיו רצונה להיות בחזקת פנויה מסתמא כן הוא מקודם רק

שאמרה א"א אני מחמת האמתלא דאי לא"ה למה חזרה בה ממה שנתרצית מקודם להיות בחזקת א"א ועדיף לן לתלות באמתלא מלמיתלי בשינוי דעתה לומר שמעיקרא היה רצונה להיות בחזקת א"א ועכשיו חזרה אבל בנ"ד שהיא בעצמה לא חזרה ממה שאמרה שנתגרשה רק שאנחנו רצינו לאוסרה מחמת שנכתב בכתב ראייתה שאביה כהן ומחמת זה רצינו לאוסרה והוכרחה לחזור מדבריה הראשונים ולומר שלא נשאת מעולם בזה לא סמכינן על אמתלא דידה ואמרינן שחזרתה היה מיראה שלא נאסור אותה ואין בזה שינוי דעתה דז"א דהא בעובדא דתשובת הרא"ש ז"ל שרצתה להפקיע מר"י הנ"ל בעידי גרושין וכשראו שעידי גירושין הם שקר אמרה שלא שכרה אותם אלא להפטר ממנו אף אם ימצא עידי קדושין ומשמעות דבריו שם דמהני אמתלא בכה"ג וה"נ מהני אמתלא ועוד דאיכא למימר איפכא מה מאיסור להיתר מהני אמתלא דידה כש"כ מהיתר זה להיתר אחר דמהני אמתלא דידה וגבי דיני ממונות דמהני טוען וחוזר וטוען היכא שמתרץ דבריו הראשונים כמו באומר זבנתיה מינך והאי דאמרי דאבהתן הוא דסמכי עלה כדאבהתא דמהני כדאיתא בב"ב (דף ל"א) ומהני אף שהוכחש בדבריו הראשונים כהתם שחבירו הביא עידי אבהתא ולא הוא וכיון שמתרץ דבריו וטוען זבנתיה מינך מהימן אף שנתפס בשקר בדבריו הראשונים. וה"נ באיסור דמהני אמתלא בחזרה גמורה מדבריו הראשונים מהני אף מהיתר להיתר אף אם נתפס בדבריו הראשונים רק אם נותן אמתלא לדבריו ולפי דברינו גם באמרה פלוני חכם טיהר לי הכתם ואזיל ושיליה ואישתכח שיקרא והיא אומרת אמתלא למה אמרה כן ובאמת היא טהורה מטעם אחר נמי מהני אף שנתפסה שקרנית בטענתה הראשונה]:

ובירושלמי (פ"ב דכתובות) ר"י בעי אמרה א"א הייתי ונתגרשתי במקום פלוני ובאו שנים ואמרו לא נתגרשה אשה במקום פלוני מכחישין הם אותה ופשטא דלישנא משמע דאסורה להנשא משום שהעדים מכחישין אותה מיירי נמי בדלא אמרה אמתלא לדבריה למה אמרה א"א הייתי וגרושה אני רק דס"ד דלהימנה במיגו קמ"ל דמיגו במקום עדים לא אמרינן אבל אם אומרת אחר שהכחישוה שמעולם לא היתה א"א ונותנת אמתלא למה אמרה א"א נאמנת [ויש לעיין בהא מילתא דבעי בירושלמי מהא דאמרינן בשבועות (דף מ"א) ההוא דא"ל לחבריה הב לי מאה זוזי דמסיקנא בך א"ל לא פרעתיך בפני פלוני ופלוני אתו פלוני ופלוני אמרו להד"מ סבר ר"ש למימר הוחזק כפרן א"ל רבא כל מילתא דלא רמיה עליה דאינש לאו אדעתיה עיי"ש וה"נ כיון שהיתה נאמנת לומר מעולם לא הייתי א"א נימא דלאו אדעתה בפני מי נתגרשה מיהו לפי מה שכתבו התוס' דתליא בפלוגתא בב"ב (דף ק"ע) בבא לידון בשטר וחזקה אם צריך לברר או לא ורבא סובר

כמ"ד א"צ לברר א"ש דהירושלמי יסבור כמ"ד צריך לברר ואם הוכחש אינו נאמן אלא שקשה לי בעיקרא דמילתא לפי מאי דקי"ל דצריך לברר באומר פרעתיך בפני פו"פ, א"כ אמאי בא"א הייתי וגרושה אני א"צ לברר כלל בפני מי נתגרשה ואנן סתמא תנן האשה שאמרה א"א הייתי וגרושה אני נאמנת וא"צ לברר וצ"ל דגבי ממונא דאיכא טענת ברי דחבירו צריך לברר אבל בא"א דליכא דמכחיש לה א"צ לברר כלל רק אם הוכחשה סובר הירושלמי דאינה נאמנת אבל כל כמה דלא הוכחשה א"צ לברר דהא חזינן בלא"ה דבממונא גרע טפי דהא באיסור יכול לחזור מטענתה לגמרי באמתלא ובממונא אינו טוען וחוזר וטוען היכא דלא מתרץ דבריו הראשונים]:

והכי משמע מהא דאמרינן בכתובות (דף כ"ב) שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה אם נשאת תצא ומוקי לה הש"ס בע"א אומר נתגרשה וע"א אומר לא נתגרשה ומשום דתרווייהו בא"א קמסהדי ומ"ד נתגרשה הו"ל א' במקום ב' ופי' שם הרשב"א דמיירי שלא הוחזקה בא"א אלא על פיה וע"פ עדים הללו דאם היתה מוחזקת בא"א בלא"ה ל"ל האי עד שאומר שלא נתגרשה הא בלא"ה תצא דע"א בגירושין לאו כלום הוא עיי"ש ברשב"א ז"ל שכתב דמיירי באומרת א"א הייתי וגרושה אני וקשה לכאורה למאי הוצרך לומר תרווייהו בא"א קמסהדי אפי' אם העד האומר לא נתגרשה לא ידע כלל שהיתה א"א נמי תצא כיון דעיקר נאמנות דא"א הייתי וגרושה אני הוא מטעם מיגו שהיתה אומרת שלא היתה א"א כלל וכאן לא שייך מיגו דלא אמרינן מיגו להכחיש את העד והעד האומר שנתגרשה הרי הוא מעיד שהיתה א"א ולא הוי מיגו ואפילו לפמש"כ הב"ש (סימן קנ"ב) דנאמנת לומר גרושה אני אפי' היכא דאיכא ע"א שהיתה א"א מ"מ נראה דהכא דאיכא ע"א המכחיש לה ואומר שלא נתגרשה אינה נאמנת אלא היכא דאיכא מיגו והכא הרי ליכא מיגו דעד האומר שנתגרשה יודע שהיא א"א א"כ למה הוצרך לומר תרווייהו בא"א קמסהדי ולהכי נ"ל דלהכי אמר תרווייהו בא"א קמסהדי משום דאי לאו דתרווייהו הוי ידעי שהיא א"א אף שלא היתה נאמנת לומר גרושה אני מטעמא דכתיבנא מ"מ אם היתה חוזרת ואומרת לא הייתי א"א והיתה נותנת אמתלא לדבריה היתה נאמנת משום דנתינת אמתלא מהני אפילו היכא שרצתה להתיר עצמה באומרת גרושה אני והוכחשה בע"א ולא פסיקא ליה לתנא דברייתא למתני תצא דלא ליהני לה אמתלא אלא היכא דתרווייהו בא"א קמסהדי דבזה דלא מהני אמתלא כלל ולהכי הוצרך אביי לאוקמי בגוונא דתרווייהו בא"א קמסהדי כי היכא דלא יועיל אפי' אמתלא [ועיקר דברי הב"ש שהבאתי צ"ע לדעתי דנראה דהנך רבוותא דסברי דלא מהימנא לומר א"א הייתי וגרושה אני אלא תוך כדי דיבור אבל לאחר כ"ד לא מהימנא

משום דבעינן מיגו גמור ומיגו למפרע לא אמרינן לדידהו לא מהני נמי היכא דאיכא ע"א שהיתה א"א ואף דבשבויה לא איכפת לן אם יש לו ע"א שהיתה שבויה ונאמנת לומר טהורה אני בשבויה הקילו כמש"כ הב"ש (שם ובסי' ז' עיי"ש) ומה שהביא ראיה מדתנן במתניתין אם יש עדים לאו ראיה הוא כלל דכבר כתב הרא"ש ז"ל בריש ב"מ (סי' ג') דאיכא דוכתא דתני עדים וע"א נמי מהני ומש"כ הר"מ ז"ל דע"א שנשבית לא מהני לאסור נראה נמי דלאו מלשון אם יש עדים קדייק אלא מסוגיא דשתי נשים שנשבו קא יליף לה דהתם הרי חבירתה מעידה שנשבית ואפ"ה קאמר הש"ס בפשיטות אי דליכא עדים על עצמה אמאי לא מהימנא] וכיון שביארנו שמהני אמתלא דידה מותרת אפילו לכהן:

עוד נ"ל לדון בזה דלא שייך לאוסרה לכהן משום דשויא נפשה חד"א לפמש"כ התוס' בנדרים (דף צ') באומרת טמאה אני לך דחזרו לומר במשנה אחרונה דאינה נאמנת. והקשו התוס' הא שויתה נפשה חד"א כדאמרינן בקידושין קדשתני והוא אומר לא קדשתיך הוא מותר בקרובותיה והיא אסורה בקרוביו ותי' הר"א ממיץ ז"ל דלא מצינו זונה שהיא אסורה להנשא לכהן דהוא מוזהר עלי' והיא אינה מוזהרת עליו הלכך גם לדבריה אינה אסורה והתוס' שם הקשו עליו דהא בפ' יש מותרות קאמר כל היכא דהוא מוזהר היא מוזהרת עיי"ש והרשב"א ז"ל כתב בחידושיו וז"ל ותי' הר"א ממיץ ז"ל דזונה לא מוזהרת לכהן אלא כל היכא דהוא מוזהר וכדאמר ביבמות כל היכא דאיהו מוזהר איהי מוזהרת דלא יקחו כתיב עכ"ל הרי שהרשב"א ז"ל הבליע בנעימת לשונו להזכיר גם הש"ס דיבמות דאיהי מוזהרת ואפ"ה כתב דלא אמרינן בזה שויא נפשה חד"א ונ"ל ברור שכוונתו ז"ל בביאור דברי הר"א ז"ל דשויא אנפשה חד"א לא שייך אלא היכא דהאיסור מצד עצמה אבל באיסור זונה שאין האיסור מצד עצמה אלא משום קדושת כהונתו שהזהירה התורה גם אותה שלא להכשילו בזה לא שייך שויא אנפשה חד"א ואף שהיא יודעת בעצמה שהוא בא עליה באיסור מ"מ כיון שהוא אינו מחוייב להאמינה ובהתירא קעביד גם היא אינה מוזהרת דענין שויא אנפשה חד"א לא שייך אלא בדבר שנתפס על עצמה איסור ולא היכא דאין איסורה מחמת עצמה ודמי קצת להא דאמרינן בנזיר (דף נ"ז) לרב אדא בר אהבה דאף דדרשינן לא תקיפו א' המקיף וא' הניקף במשמע מ"מ המקיף הקטן פטור דכל היכא דניקף לאו בר חיובא הוא מקיף נמי פטור ועיין תוס' שם ובריש שבועות דאם המקיף לאו בר חיובא הניקף חייב דעיקר חיובא על הניקף אבל אם הניקף לאו בר חיובא מיפטר גם המקיף וכן בב"מ דף ע' כתבו התוס' גבי ריבית דאע"ג דהלוה עובר משום לא תשיך מ"מ לא מחייב לוה משום לא תשיך אלא כשגם

המלוה מוזהר עי"ש וה"נ עיקר האיסור מחמתו ואם הוא עביד בהיתר אף היא מותרת ואף דלא דמי להתם דהתם ניקף לאו בר חיובא באמת אבל הכא לפי דבריה הבעל בא עליה באיסור מ"מ סברת הרא"מ ז"ל כיון דרשאי לבא עליה ואינו מחוייב להאמינה אף היא מותרת ולא שויה נפשה חד"א כנ"ל בדעת הרא"מ:

ובזה נראה נמי ליישב מה שהקשו לדברי הרא"מ דנהי דלענין זונה אמרינן דלא שויה נפשה חד"א מ"מ הא אמרינן נמי דאוכלת בתרומה. ובזה ודאי דאזהרה רחמנא מכי תהיה לאיש זר היא בתרומת הקדשים לא תאכל כדאיתא ביבמות (דף ס"ח) ונימא שויא אנפשה חד"א ונראה דהתם נמי כיון דרחמנא אמר קנין כספו אוכלת בתרומה והוא רשאי להיות עמה ואינו מחוייב להאמינה קנין כספו קרינן בה ואוכלת בתרומה ואף שהיא יודעת שנבעלה לפסול לה מ"מ הא כל ישראלית שנשאת לכהן אוכלת בתרומה מחמת בעלה ואשה זו נמי כיון דרשאית להיות תחתיו קנין כספו היא ואף דאמרינן כהנת לויה וישראלית שנבעלה לפסול אסורה לאכול בתרומה היינו אם אוכלת מחמת עצמה כגון כהנת אמרינן שנפסלה בביאה פסולה או שאוכלת מחמת בעלה כהן וכיון דנבעלה לפסול לה שוב אינה ראויה לבעלה ואינה אוכלת אבל בגוונא דבעלה יכול להחזיקה שאינו מחוייב להאמין שנבעלה לפסול אוכלת משום קנין כספו ולא איכפת לן מה שיודעת שנבעלה דהא ישראלית דעלמא נמי אינה אוכלת מחמת עצמה אלא מחמת בעלה ולא גרע מה שנבעלה לפסול כיון שמותרת להיות אשתו אוכלת שפיר ומהאי טעמא נמי אמרינן ביבמות (דף ס"ח ע"ב) דבעינן קרא מיותר לישראלית האוכלת בתרומה בשביל בנה שנפסלת ביאת פסולין ולא ילפינן מק"ו מכהנת משום דהיא הנותנת כהנת דקדש גופה פסל לה והיא דלא קדש גופה לא פסל לה ולהכי איצטריך קרא דבת ובת עיי"ש אלמא אי לאו קרא הו"א דכהנת נפסלת בשביל ביאת פסול לה אבל ישראלית האוכלת בשביל בנה אינה נפסלת כיון דבשביל בנה קאכלה א"כ אף אנו נאמר השתא נמי דכתיב קרא דישראלית האוכלת בשביל בנה נפסלת היינו דוקא אם ידעינן שנבעלה לפסול ומשום דלא עדיף בנה מבעלה ואלו היה בעלה חי לא היתה אוכלת משום שאינה ראויה להיות תחתיו בנה נמי אינו מאכילה אבל בגוונא דבעלה מותר להיות עמה שאינו מחוייב להאמין שנבעלה לפסול מקרי גם היא קנין כספו ואוכלת בתרומה שפיר אף שהיא יודעת שנבעלה ולא אמרינן בזה שויא נפשה חד"א. ולפ"ז גם בנ"ד באיסור גרושה לכהן לא שייך שויא נפשה חד"א כיון דאין איסורה אלא מחמת קדושת כהונתו:

ויש לדחות דודאי היכא דאומרת כשהיא נשואה שנבעלה לפסול לה שפיר אמרינן דכיון דאין הבעל מחוייב להאמינה דמשעבדא ליה משויא נפשה חד"א נמי לא שייך באיסור כהונה להכי מותרת אבל בפנויה שאומרת שנבעלה לפסול נימא דאסורה להנשא לכהן מטעם נאמנות ולא מטעם שויא נפשה חד"א רק דהיא נאמנת על גופה לאסור עצמה אכ"ע. דע"א נאמן לאסור בדבר שבידו אף באיתחזק התירא כדאיתא בגיטין דף נ"ד) וה"נ הרי בידה שלא להנשא לכהן והא דפריך בכתובות (דף כ"ב) גבי האשה שאמרה א"א אני וחזרה ואמרה כו' והא שויא נפשה חד"א ולא פריך שתהא אסורה מטעם נאמנות התם שאני שכבר חזרה בה ואזלה נאמנות דידה דלא ידעינן אם נסמוך אדיבורא קמא אי אדיבורא בתרא להכי תלינן לקולא מפני שהיא בחזקת היתר אבל אם לא חזרה אסורה לכ"ע מטעם נאמנות בלא שויא נפשה חד"א ולא גרע מהא דאמרינן בגיטין מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן לפסול הס"ת וה"נ מתוך שנאמנת על עצמה נאמנת על אחרים שיאמינו לדבריה ויהיו אסורים בה:

מיהו מדברי רש"י ז"ל בקידושין (דף ס"ג) דאמר ר"א ומודינא באומרת נתקדשתי שאין סוקלין ע"י לאב הימניה רחמנא לדידה לא הימנה ופירש"י ז"ל ולענין איסורא טעמא אחרינא דשויתה נפשה חד"א עכ"ל משמע דגם זה אין האיסור מטעם נאמנות רק מטעם שויא נפשה חד"א ועיין במהרי"ק שורש יו"ד ובהפלאה כתובות (דף כ"ב) וכיון דהאיסור הוא רק משום חד"א לדעת הרא"מ ז"ל לא שייך גבי איסורי כהונה:

ומדי דברי בדברי הרא"מ ז"ל קשה לי טובא דהרי בהדיא אמרינן בכתובות (דף כ"ג) אני טמאה וחברתי טהורה איהי שויתה נפשה חד"א הרי משמע דגם באיסור כהונה שייך שויא נפשה חד"א וצ"ע ולפמש"כ לעיל צ"ל דמיירי בכהנת האוכלת בשביל עצמה או ישראלית האוכלת בשביל בנה דבזה אמרינן שפיר שויה נפשה חד"א והארכנו בזה במק"א. עכ"פ בנ"ד יש לסמוך שפיר אאמתלא וכבר עלה בדעתי לשלוח לחקור בעיר חאטין אם נתגרשה אשה כזו אף שהוגד לי שיש עיר חאטין ואין ישראלים דרים בה ואולי תרי חאטין יש ע"כ לא רציתי לעכב הדבר עוד וביותר כי הכתב פטור נראה לעין שהוא מזוייף ע"כ אם אחר החקירה והדרישה אצל האשה תעמוד בדבריה שלא נשאת מעולם מצטרפנא בהדי מעכ"ת להתירה:

סימן קנא

ומה שפלפל מעכ"ת במה שנסתפקו הפוסקים הראשונים ז"ל הובא בשו"ע (אהע"ז סימן קי"ט) אם מדינא דהש"ס יכול אדם לגרש את אשתו בעל כרחה כשאין לו לשלם כתובתה:

נ"ל להביא ראי' שיכול לגרשה אף שאין לו ליתן לה כתובתה מהא דאמרינן בנדרים (דף ס"ה) במתניתין מעשה באחד שנדר הנאה מאשתו והיתה כתובתה ת' דינרין ובא לפני ר"ע וחייבו ליתן לה כתובתה א"ל ר' ח' מאות דינרין הניח אבא נטל אחי ד' מאות ואני ד' מאות לא דיה שתטול היא מאתים ואני מאתים א"ל ר"ע אפילו אתה מוכר שער ראשך אתה נותן לה כתובתה ופריך בגמ' מטלטלי מי משתעבדא לכתובה ומאי קושיא דאף דמטלטלא לא משתעבדי לכתובה מ"מ הא אינו יכול לגרשה בע"כ עד שיתן לה כתובתה ושפיר קאמר לי' ר"ע לענין מה שבא לפניו לגרשה שאפילו אתה מוכר שער ראשך מחוייב אתה ליתן לה כתובתה ואם לאו אינך יכול לגרשה א"ו דיכול לגרשה אף בלא כתובה ור"ע דא"ל אפילו אתה מוכר שער ראשך אתה נותן לה כתובתה לא לענין עיכוב הגט קאמר דיכול לגרשה בלא כתובה ג"כ רק לענין עיקר החוב שתשאר עליו קאמר לי' שיהא מחוייב ליתן לה כתובתה וע"ז שפיר פריך דלענין עיקר החוב הא מטלטלי לא משתעבדא לכתובה ולענין הגט אין עיכוב בנתינת הכתובה כלל. מיהו לפמש"כ הריטב"א ז"ל שם בחי' לאלפס נדרים (דף ס"ה) דר"ע חייבו לגרשה וליתן לה כתובה משום דגריס במתניתין ובאת לפני ר"ע היינו שבאת לפניו לקבול על נדרו וחייבו לגרשה וליתן לה כתובה כדין הנודר הנאה מאשתו והוא לא בא כלל לפני ר"ע לגרשה א"כ שפיר קא פריך והא מטלטלי לא משתעבדי לכתובה דהא הוא לא הי' רוצה לגרשה כלל רק ר"ע חייבו לגרשה וע"ז קאמר לי' שמחוייב לגרשה וליתן לה כתובה והרי מטלטלי לא משתעבדי לכתובה אבל לפי גרסתינו דגרסינן ובא לפני ר"ע שפיר הוי ראי' מזה:

וראיתי בירושלמי על הך מתניתין דפריך וגובין מן המטלטלין ומשני א"ר יבא אע"ג דגובין מן המטלטלין אמר לו שיתן ועיי' במפרש שם דהאי אע"ג דגובין מן המטלטלין הוא אע"ג דמקשין וכי גובין מן המטלטלין אומרים לו שיתן ביש לו קרקע עיי"ש שפירושו תמוה מאוד:

אבל לפמש"כ נראה דכוונת הירושלמי הוא למה שכתבנו דאעפ"י דמקשית וכי גובין מן המטלטלין היינו שאין ב"ד גובין לה מהם אבל אומר לו שיתן דהיינו שאם בא לגרשה אומרים לו שאסור לגרשה עד שיתן לה ואם לא יתן לה אסור לגרשה ואין זה בתורת גבייה רק שהדין נותן שלא יגרשנה עד שיתן לה ואם אין לו אלא מטלטלין יתן לה מטלטלין ואם לאו אינו רשאי לגרשה וזה פשוט בכוונת הירושלמי ומוכח מזה דהירושלמי סובר שאינו רשאי לגרשה עד שיתן לה כתובה ויש לומר דגם הש"ס דילן סובר בזה כהירושלמי דאסור לגרשה בלא כתובה בדלית ליה ומה שהש"ס לא משני הכי משום דמפרש שהוא

לא הי' רוצה לגרשה כלל רק שר"ע חייבו לגרשה וכפי' הריטב"א והירושלמי מפרש שהוא בא לפני ר"ע לגרשה:

אלא שיש להקשות ע"ז דא"כ דאסור לגרשה בלא כתובה. א"כ אמאי תנן בב"ב (דף קס"ז) כותבין גט לאיש אעפ"י שאין אשתו עמו וניחוש שמא אין לו ליתן לה כתובה ואסור לגרשה וכשהסופר יכתוב לו הגט הרי יהא בידו לזרוק לה הגט בע"כ ותתגרש ויפטור ממזונותי' והכתובה יהא עליו חוב בעלמא א"ו דיכול לגרשה בלא כתובה והכתובה ישאר חוב עליו:

מיהו נראה דכ"ז הוא בזמן הש"ס שהיה יד ב"ד של ישראל תקיפה לירד לנכסיו ולגבות ממנו כתובתה אבל בזה"ז שאין יד ב"ד של ישראל תקיפה ואי בעי פריק מעליו עול מלכות שמים ולא יאבה ולא ישמע להם וודאי דאסור לגרשה בלי כתובה דאדעתא דהכי נישאת שלא יהא רשאי לגרשה בלא כתובה ולא גרע אומדנא דנשואי אשה לבעלה מאומדנא דפועל הנשכר לבעה"ב דכל מה דאמדינן לדעתו דפועל שע"ד כן נשכר לו אסור לבעה"ב לשנות וה"נ דכוותה ואף דאם גירשה מגורשת מ"מ וודאי דעפ"י דין אסור לו לגרשה אם אין לו ליתן לה כתובה:

ובזה מיושב מה שהקשה הרשב"א ז"ל ביבמות פ' אלמנה (דף ס"ז) בכהן שהניח אשתו מעוברת והניח עבדים דסובר ר' ישמעאל בר' יוסי הבת עם הבן מאכלת הבן אינו מאכיל מפני חלקו של עובר דסובר עובר יש לו זכי' והבת מאכלת היינו בנכסים מועטים דמאכלת ממ"נ אי האי עובר זכר אין לו כלום בנכסים מועטים ואם העובר נקיבה אין לה בתקנת חכמים עד שתצא לאויר העולם להכי הבת מאכלת וע"ז הקשה הרשב"א ז"ל שם כיון דמה"ת אין לבת כלום והעבדים המה של הבן ושל העובר איך אוכלין בשביל תקנת חכמים בתרומה דאורייתא הא מה"ת אין לבת כלום והאבני מלואים תי' דמה"ת בלא"ה אוכלים העבדים לשיטת הר"מ דספיקא דאורייתא לקולא דכיון דאיכא לספוקי שמא העובר נקיבה ואוכלין בשביל הבן הנולד שוב ליכא איסור תורה רק מדרבנן אסור שגזרו על ספק איסור להחמיר בהן ולענין איסור דרבנן שוב מהני תקנתן שתיקנו נכסים מועטים לבת עיין בדבריו אבל לדעתי אין זה נכון כלל דספק שעתיד להתברר בוודאי גם להרמב"ם ז"ל אסור להקל בו מן התורה דאיך אפשר להקל ואח"כ נראה שעשה איסור (וכן כתבנו במק"א על מה שהקשה הפ"י בפ"ק דגיטין על הרמב"ם מהא דאמרי' בכל דוכתי ע"א נאמן באיסורין ולהרמב"ם ל"ל נאמנותו של ע"א הא בלא"ה ספיקא לקולא היכא דלא אתחזק איסורא והיכא דאתחזק איסורא גם ע"א אינו נאמן ולפמ"ש

א"ש דנ"מ היכא דמסתפק לן באיסור היכא דאיכא לברורי דגם להרמב"ם אסור ומהני עדותו להתיר]:

אבל לפמש"כ יש ליישב קושיית הרשב"א ז"ל בפשיטות דכיון דתקנו חכמים דבנן נוקבין יהא מתזנין בנכסים מועטים ואדעתא דהכי נשאת לו משתעבדו הנכסים שלו להבת מה"ת דלא גרע משכירות שאם שכר פועל והתנה עמו איזה תנאי דהתנאי קיים ואף אם התנה עמו לתת לו דבר שלא בא לעולם או לדבר שלא בא לעולם נמי וודאי דהתנאי קיים דכל תנאי שכירות א"צ קנין כדאיתא בחוה"מ (סימן שט"ו סעיף ד') דכל תנאי שכירות א"צ קנין ועי' ברא"ש יבמות (ס"פ מצות חליצה) גבי משטה וכיון דאדעתא דהכי נשאת לו חייב מדאורייתא ואף דהש"ס קרי לה דאכלה בתקנתא דרבנן היינו דרבנן תיקנו שיתחייב הבעל עצמו לזה ותנאי ב"ד הוא שמתחייב עצמו אף שלא כתב לה אבל אחר שתיקנו חכמים כן שוב הוי חיובא מה"ת דאדעתא דהכי נשאת לו דמעיקרא הוי ס"ד דהש"ס דתיקנו רבנן דזכי' דנכסים מועטים הוי זכי' גמורה ונכנסו העבדים מיד לרשות הבנות וכיון דתקנו רבנן הכי הוי תנאי שכירות וא"צ קנין ומקריין קנין כספו מה"ת רק אח"כ פריך הש"ס מהא דאמר רב אסי יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו והיינו דלא תיקנו רבנן כלל שיהיו הנכסים מיד של הבנות רק שהתקנה היתה שיכולים הבנות ליטלן וא"כ אין זה קנין כספם של הבנות וכמ"ש רש"י ז"ל שם דכיון דלענין מכירה ברשות הבן קיימי היכי אכלי עיי"ש ברש"י ז"ל. ועוד דקיי"ל עבדי כמקרקעי דמי וקרקע בחזקת בעלי' עומדת ולא זכו בהן עדיין הבנות ולא אכלי בתרומה אבל מעיקרא הוי ס"ד דהבנות זכו מיד בהנכסים דהכי הוי התנאי ב"ד ומהני אפילו לענין קנין דאורייתא דאדעתא דהכי נשאת ומיושב קושית הרשב"א ז"ל וכ"כ התוס' בר"פ הכותב (דף פ"ג) גבי הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסייך דמהני וקאמר הש"ס משום דרב כהנא דאמר נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר מתנה עלי' שלא יירשנה דמיירי דוקא שלא התנה בדרך תנאי או מטעם שהבעל אמר התנאי והוי פטומי מילי דלאשה מיבעי לאתנויי אבל אם היא התנית דרך תנאי מהני:

ונ"ל דאף לענין הא דאמרינן גבי ארוסה דלית לה כתובה אלא דווקא בדכתב לה כתובה מיירי נמי שלא התנית בשעת קידושין שיתן לה כתובה אם ימות או יגרשנה אבל אם התנית שיתן לה כתובה א"צ כתובה וקנין כלל דכל תנאי שכירות קיים וגם אירוסין מקרי קונה קנין כדאמרינן דבר תורה ארוסה בת ישראל אוכלת בתרומה שהרי אמרה תורה וכהן כי יקנה נפש קנין כספו אלמא דבאירוסין נמי מקרי קנין כספו וכל תנאי שמתנה בשעת קניינו קיים ויקנה ע"י הקדושין והא דמוקי בכתובות (דף פ"ט) ובב"מ (דף י"ז)

הא דתנן נתארמלה או נתגרשה בין מן הנשואין בין מן האירוסין גובה את הכל בדכתב לה כתובה ולא מוקי כשהתנה בשעת קדושין הוא דא"כ שהתנה בשעת קידושין מאי למימרא כדאמר התם אבל השתא דמוקי שכתב לה איכא למימר דאשמועינן לאפוקי מד"ר אלעזר בן עזרי' דאמר שלא כ' לה אלא ע"מ לכונסה אבל בתנאי בשעת קידושין הא ליכא למימר הכי שהרי התנית שיתן לה אף מן האירוסין וכן בברייתא דר' חייא דמת הוא גובה כתובתה דמוקי כשכתב לה כתובה דאיכא רבותא כמ"ש רש"י ז"ל דאע"ג דאיכא אקרובי דעתא כ"כ עד שכתב לה כתובה אפ"ה אם מתה אינה יורשה וזה שייך כשכתב לה מעצמו אבל אם היא התנית בשעת קידושין שיהי' לה כתובה מן האירוסין ליכא אקרובי דעתא וליכא רבותא במה שאינו יורשה אבל אה"נ דבהתנית יש לה כתובה אף שלא כתב ולא קנו מידו:

אלא שלכאורה קשה לפ"ז הא דאמרינן ביבמות (דף פ"ט) שלח לי' ר"ח לרבה ואין ב"ד מתנין לעקור דבר מה"ת והתניא מאימתי אדם יורש את אשתו קטנה כו' והא הכא מדאורייתא אביה ירית לה ומדרבנן ירית לה בעל ומשני הפקר ב"ד הי' הפקר וא"כ מאי קושיא דנהי דנשואי קטנה מדרבנן מ"מ יורשה מה"ת כיון דתיקנו רבנן נשואין הרי אדעתא דהכי נשאת לו שיהא הבעל מתחייב במזונותיה ובקבורתה ועבור זה יורשה וקנה ירושת נכסיה מטעם שכירות כמו שבארנו ואף דקטנה לא חל עלי' שום חיוב מ"מ אטו קטן שיש לו שדות ואפוטרופסים שכרו לו פועלים מי לא זכו פועלים בשכירותם אחר שעשו פעולתם הא אמרינן ביבמות (דף קי"ג) ההוא חרש דהוה בשיבבותי' דרב מלכיו אנסביה איתתא וכתב לה ארבע מאה זוזי מנכסי' קא סבר אלו רצה שפחה לשמשו מי לא זבנינן לי' כ"ש הכא דאיכא תרתי וה"נ קטנה שהשיאוה אמה ואחי' והבעל נשאה ע"מ כן שיהא יורשה זכה הבעל בנכסיה מה"ת ומאי פריך ר"ח לרבה:

ונ"ל דקושייתו לא ממה שזוכה בנכסיה לאחר מיתתה דזה ניחא אף אם אין ב"ד מתנין לעקור דבר מה"ת משום דכיון דתקנו רבנן נשואין ע"מ כן נשאה וזוכה בנכסי' גם מה"ת. רק דקושיית הש"ס דכיון דקתני הבעל יורשה והו"ל דין יורש וקיי"ל בבכורות (דף נ"ב) דירושת הבעל אינו חוזר ביובל כדאיתא שם במשנה דר"מ וחכמים סברי הכי וכיון דקרי לה ירושה גבי קטנה נמי אינה חוזרת ביובל כדין ירושה ואם נימא דהבעל זוכה משום דאדעתא דהכי נשאה צריך להחזיר ביובל דהא אם נתן קרקע בשכירות חוזר ביובל כדין מכר, והשתא דקתני שהבעל יורשה אינו חוזר ביובל דירושת הבעל אינו חוזר ביובל נמצא עוקר דבר מה"ת דמדאורייתא אביה ירית לה ומה שזכה הבעל מנשואין שלו לא מהני ביובל דלא הוי אלא כמו מכר ומדרבנן ירית לה בעל והוי ליה יורש וזכה בנכסי'

לצמיתות נמצא עוקרין דבר מה"ת ומבטלין מצות חזרה ואף דזה הוי שוא"ת מה שאינו מחזיר ביובל מ"מ ר"ח אכתי לא ידע הך סברא דשוא"ת שאני עד דמסיק הכי לבסוף וכדמוכח שם בסוגיא עיי"ש היטיב ואי קשיא א"כ מאי משני הפקר ב"ד הפקר כיון דאיסורא הוא לא שייך בזה הפקר ב"ד כיון דעיקר קושייתו הוא מהא דאינו מחזיר ביובל ועביד איסורא דעבר אלאו והארץ לא תמכר לצמיתות:

נ"ל דגם זה נכון דהא בגיטין (דף ל"ו) פריך אהא דתיקן הלל פרוזבול מי איכא מידי דמדאורייתא משמט והתקין הלל דלא משמט ומשני אביי בשביעית בזמה"ז דרבנן והדר פריך מי איכא מידי דמדאורייתא לא משמט ואמור רבנן דמשמט ואמר אביי שוא"ת שאני ורבא אמר הפקר ב"ד הפקר ופרש"י ז"ל דרבא דמשני הפקר ב"ד הפקר קאי אף אקושיא קמייתא דפריך מי איכא מידי דמדאורייתא משמט ואמור רבנן דלא לשמט דכיון דהפקר ב"ד הפקר לא איכפת לן גבי ממון אף שיש איסור וביטול מ"ע אם אינו משמט ואף שהתוס' שם חולקין על רש"י ומפרשי דשינוייא דרבא לא קאי אלא אקושיא בתרא אבל בקושיא קמא דמדאורייתא משמט ורבנן אמרי דלא לשמט לא מהני הך סברא דהפקר ב"ד כלל כיון דאיכא אסורא דביטול מ"ע דשמיטה מ"מ רש"י ז"ל מפרש דגם אקושייא קמייתא קאי וכ"כ הראב"ד ז"ל (בפ"ח מהלכות שמיטה) אמש"כ הרמב"ם ז"ל דהלל לא תקן פרוזבול אלא בזמה"ז אבל בזמן הבית לא מהני פרוזבול זהו כאביי אבל לרבא דאמר הפקר ב"ד הפקר מהני אפילו בזמה"ב וזהו כפירש"י ז"ל:

ונ"ל שגם הרמב"ם ז"ל סובר כרבא וכפרש"י דהא דאמרינן הפקר ב"ד הפקר מהני נמי היכא דמה"ת משמט ואמור רבנן דלא לשמט וכמו שהוכחנו מסוגיא דיבמות הנ"ל ואף שכ' דאין פרוזבול נוהג אלא בזה"ז אבל לא בזמה"ב אין הטעם משום שסובר דלענין הא לא הי' מועיל תקנת חכמים שלא ישמט שביעית דאורייתא אלא שסובר דלא תיקנו חכמים דלא לשמט אלא בשביעית דרבנן אבל בשביעית דאורייתא לא תקנו כמו דבעי למימר התם דהלל רק לדרי' תיקן ולא לדרא עלמא תיקן וסובר הר"מ דאף דקיי"ל דלדרא עלמא תיקן מ"מ לא תיקן אלא בזה"ז אבל לא בזמן הבית אבל אה"נ דאי בעי לתקוני הוי מצי לתקן אף בזה"ב דלא לשמט משום דהפקר ב"ד הפקר גם כה"ג:

וראיה לזה מדברי הרמב"ם (בפי"א מהלכות שמיטה ויובל) שכתב דירושת הבעל אינו חוזר ביובל אף דירושת הבעל דרבנן עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה ואינו חוזר ביובל רק אם ירש קבר מחזיר משום פגם משפחה ומנכה להם מן הדמים הרי דיכולים ב"ד לתקן שלא יחזיר ביובל דמדאורייתא לא ירית לה בעל וחוזר ביובל ואין לומר דזה מקרי שוא"ת וגם לאביי מצו רבנן לתקן כן דמה שכובש הקרקע ת"י ואינו מחזירו לבעליו הוי

רק שוא"ת וכמ"ש הרמז"ל שם (בהלכות שמיטה פי"ג הלכה י') דבן לוי שנטל חלק ביזה במטלטלין לוקה ובקרקע אינו לוקה משום דקרקע בחזקת בעליו ומה שכובשה ת"י אין בו מעשה ז"א דוודאי אם נימא כאביי דאין ב"ד יכולין לתקן בקום עשה בענין שמיטה גם ביובל לא הוי מצי לתיקוני שלא יחזיר דאין זה דומה לשוא"ת דהא הרמז"ל כתב שם (בהלכות שמיטה פי"א) המוכר שדה לצמיתות עובר בלאו דוהארץ לא תמכר לצמיתות המוכר והלוקח וחולק על הבה"ג שסובר דפסוק זה לא ללאו נאמר אלא שהוא שלילה שהכתוב אומר שאין ביד המוכר למכור מפני שאין הארץ שלו והר"מ ז"ל סובר דהוא אזהרה כשארי אזהרות שאינם רשאים למכור לצמיתות והיינו דבשעת קנין עובר על אזהרת והארץ לא תמכר לצמיתות וא"כ כיון דאמרינן בב"מ (דף צ"ו) בעל בנכסי אשתו מי מעל ופירש"י ז"ל כגון שנפלו לה נכסים מאביה משנשאה ועמהן מעות של הקדש ואין ידועין שהן של הקדש ואמור רבנן בעל זוכה בכל הנכסים להשתמש ולאכול פירות ובתקנה זו נעשה שליש בנכסי הקדש לקנותם וקס"ד שזו היא יציאתם לחולין ואפילו בעודם צרורים ומונחים מי מעל בהוצאה זו והתוס' פירשו שם דמיירי בנכסים שהי' לה בשעת נשואין והי' בהן מעות הקדש מי אמרינן בעל מעל שהוא עושה עיקר המעשה שנשאה ועי"ז זוכה במעות או דלמא היא עשתה עיקר המעשה שהיא נשאת לו או ב"ד עשו עיקר המעשה שתקנו שיזכה במעות ומסיק רבא מאן למעול למעול בעל דהתירא ניחא לי' דלקני איסורא לא ניחא לי' דלקני נמעלו ב"ד כי עביד רבנן תקנתא ואמרו בעל לוקח הוי להתירא לאיסורא לא עביד רבנן תקנתא עיי"ש הרי אי לאו האי טעמא דאיסורא לא ניחא לי' דלקני הוי חל מעילה על הבעל או על ב"ד בשעת נשואין שע"י נשואין זכה בנכסי' א"כ אם יתקנו ב"ד דירושת הבעל אינה חוזרת ביובל הרי בשעת נשואין קונה קרקעות שיש לה עכשיו לצמיתות אם תמות בחייו דהא אמרינן שם האשה שמכרה בנכסי מלוג ומתה בעל מוציא מיד הלקוחות משום דבעל שוי' רבנן כלוקח ראשון וזכה משעת נשואין לירש אותה כשתמות בחייו ואפילו אם תמכור קודם מיתתה נעשה הוא לוקח ראשון לזכות בנכסים והיינו משעת נשואין אם ימות בחייה. וכמ"ש הרשב"ם ז"ל בב"ב (דף קל"ט) דלהכי הבעל מוציא מפני שהוא לוקח משנשאה הרי שזכיית הבעל בירושתה נגמר קנינו בשעת נשואין וא"כ הנשואין גומרין קנינו בנכסיה אם תמות בחייו אף אם יבא היובל לא יחזור וה"ז קנין מכירה לצמיתות וכיון דמדאורייתא אינו יורשה רק שרבנן תקנו שיורש אותה הרי עוקרין דבר מה"ת וכמו דבעי למימר שאם יש בנכסים מעות הקדש שע"י נשואין של זה נעשה כמוציאין מעות הקדש לחולין מהבעל או ב"ד ה"נ אם יתקנו שלא תחזור ביובל דומין נשואין הללו למוכר שדהו לצמיתות שהרי

בנשואין הללו זוכה בהן ליורשה לצמיתות והרי עוקרין דבר מה"ת בקום ועשה היינו בנשואין הללו והכא לא שייך התירא ניחא להו דלקני איסורא לא ניחא להו דלקני דהא אדרבה אנו עושין תקנה שיזכה בנכסים ויהי' ת"י גם ביובל והיכי מצו רבנן לתקן הכי לעקור ע"י נשואין מצות יובל והתורה אמרה לא תמכר לצמיתות אזהרה שלא לעשות קנין שיהא לצמיתות אף שאינו מועיל כמ"ש המל"מ שם מ"מ עוברים אמימרא דרחמנא וקנין זה קום עשה הוא ואף שאפשר שימות הוא בחיי' ולא יבואו נשואין הללו לביטול מצות יובל, מ"מ הא וודאי דגם למכור לצמיתות על איזה תנאי נמי אסור כגון שיאמר אם ירדו גשמים למחר יהא המכירה לצמיתות ונתקיים התנאי הוי למפרע מכירה לצמיתות ואסור וה"נ אם תמות בחייו הוי קנין הנשואין למפרע לצמיתות דהא מה"ת אין לו דין יורש כלל וע"כ מדפסק הרמב"ם דאין חוזר ביובל ויהיב טעמא דירושת הבעל דרבנן ועשו חיזוק לדבריהם כשל תורה סובר כרבא דגבי ממון אמרינן הפקר ב"ד הפקר אף דאיכא ביטול מצות יובל בקום ועשה וכמו שפירש"י ז"ל דלרבא לא הוצרכנו לשינוייא דשביעית בזמה"ז דגם בשביעית דאורייתא מצי לתקוני וה"ה ביובל היו יכולים לתקן שלא יחזור ביובל אף שהוא בקום ועשה דקנין הנשואין מקנה נכסים שיש לה בשעת נשואין שלא יחזור ביובל אם תמות בחי' הפקר ב"ד הפקר:

ולדברינו יש ליישב מה שהקשה הלח"מ (בהלכות נחלות פ"א הלכה ח') על דברי הרמב"ם ז"ל הנ"ל שכ' דירושת הבעל אינה חוזרת ביובל משום דירושת הבעל דרבנן וחכמים עשו חיזוק לדבריהם כש"ת ולהכי אינו חוזר ביובל ורק אם ירש קבר מחזיר ונוטל דמים וע"ז הקשה הלח"מ דהא בש"ס דבכורות (דף נ"ב) קאמר אמתניתין דר' יוחנן בן ברוקה אומר אף היורש את אשתו יחזיר לבני משפחה וינכה מהן את הדמים ופריך מאי קסבר אי קסבר ירושת הבעל דאורייתא אמאי יחזיר לבני משפחה ואי קסבר ירושת הבעל דרבנן דמים מאי עבידתייהו ומשני לעולם קא סבר ירושת הבעל דאורייתא והבמ"ע שהורישתו אשתו ביה"ק ומשום פגם משפחה ע"כ הרי דבהדיא אמרינן דלמ"ד ירושת הבעל דרבנן חוזר ביובל ולא אמרינן דעשו חיזוק לדבריהם כש"ת אפילו רב גופא דקסבר בכתובות (דף פ"ד) דירושת הבעל דרבנן מוקי התם בכתובות להא דריב"ב דלא כוותי' וקאמר דסבר ריב"ב ירושת הבעל דאורייתא ולא ס"ל כוותי' הרי דגם לרב פשיטא לי' דאם נימא דירושת הבעל דרבנן חוזר ביובל ולא אמרינן בזה דעשו חיזוק לדבריהם כש"ת דאי הוה אפ"ל דעשו חיזוק לדבריהם כש"ת טפי הוה עדיף לרב למימר דריב"ב סבר כוותי' דירושת הבעל דרבנן מלמימר דלא סבר כוותי' וא"כ אמאי פסק הרמב"ם דאפילו אי ירושת הבעל דרבנן נמי עשו חיזוק לדבריהם כש"ת ולדברינו א"ש דרב דמוקי

לריב"ב דסובר ירושת הבעל דאורייתא ע"כ דסובר כאביי דלא מהני הפקר ב"ד לענין יובל ואי הוה דרבנן לא היו יכולין לתקן שלא יחזור ביובל משום דהוי קום עשה כמו שבארנו להכי מוקי דריב"ב סובר ירושת הבעל דאורייתא אבל הרמז"ל בעצמו פוסק כרבא דהפקר ב"ד הפקר מהני אף לענין מצות יובל להכי כ' דאף דירושת הבעל דרבנן עשו חיזוק לדבריהם כש"ת ואינו חוזר ביובל דאנן כרבא בעינן למיפסק וכבר הוכחנו מסוגיא דיבמות גבי ב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת מקושיית הש"ס מקטנה ומתירוצא דהפקר ב"ד דמהני הך סברא אף לענין יובל וכפרש"י ז"ל ומש"כ הר"מ דלא מהני פרוזבול בזמן שהשמיטה מדאורייתא הוא מטעם דלא תקן הלל אלא בזמה"ז:

ונראה דמה"ט קבע הש"ס מימרא דרבא אחר קושיא השני' דמי איכא מידי דמדאורייתא לא משמט ולא אקושיא קמייתא דמי איכא דמדאורייתא משמט אע"ג דבארנו דשינויא דרבא קאי גם אקושיא קמייתא מ"מ כיון דבהא לא פליג רבא אתירוצא דאביי דפרוזבול הוי רק בזה"ז אף שבאמת הי' יכול לתרץ תירוצו דהפקר ב"ד אף אקושיא קמייתא מ"מ כיון דלדינא מודה לאביי בזה לא קבע הגמרא תירוצו ע"ז כי היכי דלא נימא דפליג עליו בהא וקבע הש"ס תירוצא דרבא לבסוף אבל אה"נ דהי' יכול לתרץ כן גם אקושיא קמייתא:

ובזה נ"ל לבאר סוגיא דשבועות (דף ל"א) אמתניתין דשבועת העדות אינה נוהגת אלא בראוין להעיד לאפוקי מאי אמר רב פפא לאפוקי מלך ורב אחא בר יעקב אמר לאפוקי משחק בקוביא מ"ד משחק בקוביא כ"ש מלך ומ"ד מלך אבל משחק בקוביא לא דמדאורייתא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו והקשה הרשב"א ז"ל בחידושיו וז"ל תמיה לי מ"מ כיון דפסלוהו רבנן ואפילו יגיד לא יתחייב הלה ממון למה יגיד הלא לא חייבה התורה אלא א"כ יש בכפירתו הפסד ממון לתובע ומתוך הדחק יש לומר דמשחק בקוביא ופסולין דרבנן אעפ"י שאין מוציאין ממון ע"פ עדותן מהני עדותן דאי תפס אפילו בעדים לא מפקינן מיני' ומההיא שמעינן לה עכ"ל) הנה מתוך חומר הקושיא הוצרך הרשב"א ז"ל לחדש דין חדש דמהני תפיסה היכא דמסייע עדים הכשרים מן התורה אף שפסולים מדרבנן אף שגם בעיניו אינו נראה דין זה מ"מ מדוחק הקושיא הוצרך לומר כן:

ולפענ"ד אפשר לפרש בפשוטו דהא וודאי דמה דפסלינן עדות מדרבנן אף שכשרים מן התורה הוא מטעם הפקר ב"ד הפקר וכ"ז הוא בממונא בלא איסורא. אבל היכא דאיכא איסורא ג"כ כגון בהלואה אם טען הלוה ששמטתו שביעית והמלוה טען שלא שמטתו שביעית, משום שהלוה ע"מ שלא תשמטנו בשביעית דאינו משמט כדאיתא במכות (דף ג') והלוה טוען שלא הי' תנאי ומשביע הלוה עדים שהיו בשעת הלואה ויודעים שלא

הי' תנאי והעדים פסולין מדרבנן וכשרים מן התורה דהוי ממונא דאית בי' איסורא בזה סובר ר"פ דכיון דמדאורייתא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו חייבים ק"ש וכסברת התוס' בגיטין שם דבממון שיש בו איסור כמו שביעית לא מהני הפקר ב"ד ואלו הוי מסהדי כיון דמדאורייתא כשרין הם מהני עדותן והשביעית משמטתו וזה שאמר הש"ס אבל משחק בקוביא מדאורייתא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו והיינו כיון דמה"ת חזי להעיד א"א לומר דמעטינהו תנא במאי דתנא ואינה נוהגת אלא בראוין להעיד דהא גוונא טובא איכא דמחייבי ק"ש אף שפסולין מדרבנן וכגון ממונא דאית בי' איסורא וראב"י אפשר דסובר כסברת רש"י ז"ל דמהני הפקר ב"ד אף בממונא דאית בי' איסורא וכל שפסול מדרבנן לא מהני עדותן אף שיש כאן איסור אחר דכל שבממון אמרינן הפקר ב"ד הפקר להכי אמר דמתניתין ממעט אף משחק בקוביא ומיושב תמיהת הרשב"א היטיב ודו"ק:

סימן קנב

ע"ד אשת כהן שנאנסה ומפני הבושה הלכה היא ובעלה למקום אחר ובאת אח"כ ואמרה שבעלה גירשה במקום פלוני ואין בידה שום כתב ראי' שנתגרשה אם נאמנת או לא:

תשובה לברר דבר זה צריך לברר הסוגיא בכתובות (דף כ"ב) תנן אם יש עדים שהיתה אשת איש והיא אומרת גרושה אני אינה נאמנת וממילא מבואר דעד א' לא מהני מידי דאין דבר שבערוה פחות משנים כמבואר כ"ז בש"ס ופוסקים מ"מ נ"ל דיש לדון בזה הרבה דהנה שם אמרינן בברייתא ת"ר שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה הרי זו לא תנשא ואם נשאת לא תצא ר' מנחם בר' יוסי אומר תצא ארמב"י אימתי אני אומר תצא בזמן שבאו עדים ואח"כ נשאת אבל נשאת ואח"כ באו עדים לא תצא מכדי תרי ותרי נינהו הבא עלי' באשם תלוי קאי א"ר ששת כגון שנשאת לאחד מעדי' היא גופה באשם תלוי קיימא באומרת ברי לי וכתב התוספות תימא דבחטאת קאי דהא מסקינן בפ"ד אחים (דף ל"א) דתרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא אוקמא אחזקה ומאי משני נמי כשניסת לא' מעדי' הא עד נמי בחנק קאי דאוקמה אחזקה ואור"ת דחזקה דאשה דייקא ומינסבא מרעא לה להך חזקה דמה"ט נמי שרינן לה כי ליכא עדים כלל אע"פ שהיא בחזקת א"א ע"כ מבואר מדברי התוס' דהך תרי ותרי דשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת הוי ספיקא ודוקא היכא דהוי ספיקא דאשם תלוי אז מהני אם נשאת לאחד מעדי' באומרת ברי לי אבל היכא דבחטאת קיימא תצא אף שנשאת לא' מעדי' ואומרת ברי לי וכ"כ התוס' בהדיא (בב"ב דף ל"ב) ד"ה אנן הרי מבואר מדבריהם דאי לאו סברא דדייקא ומינסבא לא הי' מועיל הא דקאמרה ברי לי ונשאת לא' מעדי' והי' לה לצאת מבעלה ודעת הרמב"ן ז"ל נ"ל כשיטת התוס'

דהא כתב הה"מ (בפי"ב מה' גרושין הי"ט) על מש"כ הרמב"ם ז"ל דע"א אומר מת וע"א אומר לא מת וניסת לא' מעדי' ואמרה ברי לי לא תצא שהרמב"ן ז"ל חלק ע"ז דכיון דע"א בהכחשה לאו כלום הוא לא מהני ברי לי אלמא דלא מהני להרמב"ן ז"ל ברי לי ונשאת לא' מעדי' היכא דבחטאת קיימא וע"א בהכחשה ודאי דבחטאת קיימא ואף הר"מ ז"ל שכתב דמהני ברי בע"א נגד ע"א נראה נמי דהוא משום דסובר דהוי רק ספק השקול משום דלא מוקמינן אחזקת א"א משום דחזקה דדייקא ומינסבא מרע לה להך חזקה דא"א והוי ספק השקול וכמש"כ הרמז"ל גופא שם (בדין י"ט) מפני שהוא ספק וכ"כ שם (בדין ז') גבי שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה דהוי ספק עיי"ש. וא"כ אפשר לומר דדוקא גבי ספק מהני ברי לי:

מיהו הר"נ בכתובות והרשב"א בחידושיו לקדושין (דף ס"ו) גבי עובדא דינאי המלך כתבו דהא דאמר בכתובות דבאשם תלוי קיימא לאו דוקא ולמ"ד תרי ותרי ספיקא דרבנן חטאת נמי הוי ולמסקנא דמסיק שניסת לא' מעדי' מהני אפי' למ"ד בחטאת קיימא דלגבי עצמן נאמנים כיון דאמרי ברי לי עי"ש הרי מבואר מדבריהם דאפי' היכא דהוי לדידן ודאי איסור ובחטאת קיימא נמי מהני ברי לי וניסת לא' מעדי':

ויש ליישב בזה מה שהקשה הרמב"ן על הרמב"ם דאמאי הוצרך לאוקמא בכתובות מימרא דר' יוחנן בע"א אומר מת וע"א אומר לא מת שבאו בזא"ז והקשה לו אפי' לכתחילה נמי לוקמה שבאו בב"א וניסת לא' מעדי' ואמרה ברי לי ולהכי לא תצא ולכתחילה לא תנשא ומזה הוכיח הרמב"ן ז"ל דבע"א בהכחשה לא מהני כלל ברי לי וניסת לא' מעדי' אף גבי מיתה ואפי' אם ניסת תצא אבל לפמש"כ בשם הר"נ והרשב"א דאפי' היכא דבחטאת קיימא נמי מהני ברי לי א"כ אפשר לומר דלא מצי לאוקמי מימרא דר"י בברי לי וניסת לא' מעדי', דא"כ בע"א אומר נתגרשה וע"א לא נתגרשה נמי אם ניסת לא תצא דאע"ג דע"א בגרושין לאו כלום הוא דבדבר שבערוה בעינן שנים מ"מ לגבי עצמן נאמנים כיון דאמרי ברי לן ולהכי לא מצי לאוקמי בברי לי והוצרך לאוקמי גבי מיתה שבא עד מיתה מעיקרא שוב מצאתי שרבינו הגר"א זצוק"ל (בסי' י"ז ס"ק קכ"א) כתב ליישב קושיא זו כמש"כ והנאני שכוונתי לדעתו ובלא"ה יש ליישב קושית הרמב"ן ז"ל דהא התוס' הקשו שם בכתובות בהא דאמרינן כגון שניסת לאחד מעידי' הא אסורה להנשא לו משום חשדא כדתנן ביבמות (דף כ"ה) ותירצו דדוקא בע"א איכא חשדא אבל בשנים ליכא חשדא ורב כהנא סובר שם ביבמות דמשום חשדא אף אם כנס יוציא:

א"כ אפשר דלהכי לא אוקי לה אבייי בע"א דאביי סובר כר"כ דאם כנס יוציא ולהכי מוקי בתרי דליכא חשדא:

ונ"ל דאף לשיטת התוס' והרמב"ן ז"ל דהיכא דלא דייקא לא מהני ברי לי מ"מ היינו דוקא התם דלא אמרה ברי לי לגמרי כמש"כ רש"י ז"ל בכתובות ברי לי אם הי' חי הי' בא בודאי וזה לא הוי ברי לי גמור אלא אומדנא בעלמא וכוונת רש"י ז"ל דא"א לומר שאומרת שיודעת בעצמה שמת א"כ דלעדים המכחישין עצמן אשה בעצמה נאמנת לומר מת בעלי ועיין בר"ן בכתובות שם וכן בשנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה משכחת לה שאומרת ברי לי באומדנא בעלמא כגון שמסר הגט לשלוחה והיא לא ידעה בבירור שקיבל הגט רק אומרת ברי לי באומדנא שכבר קיבל הגט אבל בברי לי גמור שיודעת בעצמה שמת כ"ע מודו דמהני ברי לי דידה ודעד א' שנשאה אף דאיכא תרי ותרי המכחישים זא"ז בלא טעמא דדייקא ומינסבא ואפשר דהר"מ ז"ל שכתב דבע"א אומר מת וע"א אומר לא מת אם באו בבת א' דמהני באומרת ברי לי מיירי נמי באומרת שידעה בבירור שמת כמש"כ הר"נ והרשב"א ולהכי מהני ברי דידה משום דנאמנת לגבי עצמה להנשא להעד הזה שאומר ג"כ ברי לי וטעמא דמילתא כדאמרי' בכריתות (דף י"א) באמרו לו ב' אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי דר"מ מחייב וחכמים פוטרים ומיבעי' לן שם בש"ס אי טעמא דרבנן משום דאדם נאמן על עצמו יותר מק' עדים או משום דנאמן במיגו דאי בעי אמר מזיד הייתי פטור כי נמי אמר לא אכלתי פטור ועיין בראב"ד (פי"א מה' שגגות) שפסק כר' יהודא דאדם נאמן על עצמו יותר מק' עדים ואף שהרמב"ם ז"ל פסק שם (בהלכה ח') כהך לישנא דנאמן מטעם מיגו דאי בעי אמר מזיד הייתי מ"מ אפשר לומר דהיינו דוקא התם דאיכא עדים המכחישין אותו ואומרים שנטמא או שאכל חלב אבל היכא דהוי תרי ותרי כ"ע מודו דאמרינן אדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים ועוד שהרי הכ"מ פירש שם בדעת הרמז"ל דדוקא לענין קרבן פסק הר"מ דלא כרבי יהודה אבל בטהרות ודאי דמודה דהלכה כר"י דהא ר"נ פסק שם הלכה כרבי יהודה דאדם נאמן על עצמו:

ואף דאמר התם (דף י"ב) אר"י לא אמרו אלא בינו לבין עצמו ופירש"י ז"ל דדוקא בינו לבין עצמו נאמן לאכול טהרות אבל בפני אחרים לא יאכל דילמא אתי לזלזולי בטהרות והכא שרינן לה לשהות עם בעלה בפרהסיא אפשר לומר דהא דאסור בפרהסיא הוי רק מדרבנן בעלמא ואין מוציאין אשה מבעלה משום זה ועוד דהתם מיירי שהעדים מכחישין אותו אבל הכא דהוו תרי ותרי שרי לגמרי אפי' מדרבנן דאמרי אינשי דייקו רבנן בהא מילתא ואשתכח כדברי' להכי שרי אפי' בפרהסיא ואף דאמרינן התם דדוקא לעצמו שרי לאכול הטהרות אבל לאחרים לא יאכילם והכא שרינן לה להיות עם בעלה ושרינן ולד דידהו לבוא בקהל ולישא בת ישראל וזה מקרי לאחרים מ"מ א"ש דהא קיי"ל

בקדושין (דף ע"ג) ממזר ודאי הוא דלא יבא הא ספק ממזר יבא וחזקת א"א ליכא הכא כיון שכבר הותרה לבעלה שני הורע חזקת א"א דקמא ומדרבנן בעלמא הוא דאסור. א"כ האשה זו שיש שני כיתי עדים המכחישין במיתת בעלה מדאורייתא ולד שלה כשר בלא ברי לי דידה ורק מדרבנן בעלמא אסור להכי לא תצא מבעלה דבכי האי מילתא לא גזרו רבנן ושרינן לה ולולד דידה אף דהוי לאחרים ואע"ג דאם בעלה השני כהן איכא למיחש שע"י שמתירין אותה לשהות עם בעלה יוחזק גם בנו לכהונה ואם בעלה הראשון חי עדיין נעשית זונה והולד הוי חלל, ולענין זה לא מהני מה שכתבנו ספק ממזר מותר לבוא בקהל מדאורייתא דהא לא שריא רחמנא אלא לבא בקהל אבל לא למהוי לי' דין כהן דהא לא גרע מספק חלל דעלמא דאסור וכי משום דאית בי' נמי ספק ממזרות אזיל מיני' דין ספק חלל וכיון דאסור לכהונה א"כ היכי מהני ברי דידהו דהא זה מיקרי לאחרים ומכשרינן ע"י ברי דידהו הולד להיות עומד ומשמש ע"ג המזבח [ואע"ג דהוי ספק חלל כדאמרינן (בקדושין ע"ח) כהן הבא על אחותו משוי לה זונה חללה לא משוי לה חזר ובא עליה עשאה חללה עיי"ש א"כ ודאי דגם הוולד הוי חלל]:

מ"מ אפשר לומר דלא חששו להך חששא שיכשירו הולד לעבוד עבודה ע"ג המזבח דממ"נ אם יהיו זוכרים שאמו ניסת בהכחשת תרי ותרי ע"י ברי לי ממילא לא יכשירו הולד דלגבי אחרים לא מהני ברי לי דידה ואם ישתכח הדבר נמי ליכא חששא בזה כדתנן בתרומות ומייתינן לה בכמה דוכתי הי' עומד ומקריב ע"ג המזבח ונודע שהוא בן גרושה ובן חלוצה ר"א אומר כל קרבנות שהקריב פסולין ור"י מכשיר וילפינן מדכתיב ברך ד' חילו ופועל ידיו תרצה וכן אמרינן לענין תרומה בפסחים (דף ע"ב) הילכך ליכא למיחש לחששא דולד ומהני ברי לי ואף שהרשב"א ז"ל כתב בקדושין (דף ס"ו) דלא מכשירינן מקרא דברך ד' חילו אלא היכא דליכא רק חשש חללות אבל היכא דנודע ממזרות עבודתו פסולה מ"מ הכא מטעם ממזרות לא פסלה עבודתו דספק ממזר כשר ולא חיישינן רק שמא יהא הולד חלל ובחלל כתיב ברך ד' חילו:

ועוד אפשר לומר דלא ראו חכמים לאוסרה על בעלה משום חששא דולד אפילו אם הוא כהן ויכול לבוא לידי תקלה בהכשירא דידהו להכשיר גם הולד לכהונה משום דאפשר שיתברר הדבר קודם שיבוא לידי חששא זו דהיינו שיבואו עדים ויזימו הני תרי דאמרי לא מת וכיון דהוי ספק שמא לא יבוא כלל לידי תקלה ולגבי נפשייהו מהימני להכי לא תצא:

ובזה א"ש מה שהקשה הגאון ר"ע איגר ז"ל בתשובותיו דהכא מהני ברי לי וגבי שבוי' תנן בכתובות (דף כ"ח) א"ר זכרי' בן הקצב המעון לא זזה ידה מתוך ידי משעה שנכנסו

עכו"ם לירושלים עד שיצאו אמרו לו אין אדם נאמן על עצמו אלמא דלא מהני ברי לי דידהו ולדברינו א"ש דגבי תרי ותרי דא"א אפי' אם הוא כהן נמי לא תצא ולא חיישינן שיבאו להכשיר הולד דשמא יתברר הדבר כדבריהם. אבל גבי שבוי' כיון דאסרו חכמים שבוי' לכהן לא מהימנו באומרים ברי לי דנהי דלגבי נפשייהו מהימנו דאדם נאמן ע"ע מ"מ לגבי ולד לא מהימנו להכשיר ואם נתיר אותה לבעלה יתירו גם הולד לכהונה ואמרי דקו רבנן במילתא והוי עדים שטהורה היא והתם ליכא למימר שמא לא יבוא כלל לידי תקלה בולד שיבואו עדים שלא נטמאה דהא אינהו בעצמם אמרי שלא היו עדים על כל משך ימי שבוייתה שלא נטמאה רק הוא בעצמו יודע שטהורה היא ולא משכחת כלל שיבואו עדים וכיון דברור לן עכשיו שהולד יהא פסול א"א להתירה לבעלה ולאסור הולד דגזרינן שמא יתירו גם הולד אח"כ:

ועוד דאין סברא להתירה ולהרבות חללים בישראל ולהכי א"ל אין אדם נאמן ע"ע אף שברי לו שלא נטמאה:

אלא שלכאורה לפי דעת הרשב"א ז"ל דמהני ברי לי אפילו היכא דאיכא חזקת איסור קשה טובא דא"כ באשה שיש עדים שהיתה א"א והיא אומרת גרושה אני ויש ע"א שאומר ג"כ שנתגרשה נימא ג"כ דמותרת לינשא לכתחילה משום דאדם נאמן ע"ע כק' עדים ואף דבתרי ותרי לא תנשא לכתחילה היינו משום שיש עדים המכחישין אבל כאן דאין אדם מכחישה אמאי לא תנשא לכתחילה להאי עד גופא [ובשלמא בהא דאמרינן (בגיטין ס"ד) בעל אומר לגירושין ושליש אומר לגירושין והיא אומרת ניתן לי ואבד דלא מהימנא אע"ג דבעל נמי אמר לגירושין אפ"ה לא מהימנא משום דהשליש הוי רק ע"א התם היינו דלא תנשא למאן דלא אמר ברי לי אבל אם אמר ברי לי שרי] ומצאתי להגאון מליסא בספרו בית יעקב שהקשה כן:

ונ"ל ליישב ויתיישב בזה בעהי"ת הסוגיות האלו על מכונם בהקדם סברא א' דמה שביארנו בדעת הרשב"א דמהני ברי לי משום דנאמן ע"ע כמאה איש איכא לעיונא בי' טובא דלא אמרי' אדם נאמן ע"ע אלא היכא דלא מפסיד לאחרים אבל הכא שאין הבעל לפנינו והיא רוצית להפקיע עצמה מבעלה להנשא לאחר איך תהא נאמנת בברי לי דידה דנהי דלענין איסור א"א שפיר מהני ברי לי דידה אבל להפקיע זכות הבעל אינה יכולה וע"י שמתירין אותה להנשא לאחר אנו מפקיעין זכות בעלה ממנה ואוסרין אותה עליו וגם מפסידין להבעל כל דבר שהוא זכאי באשתו וכ"כ הר"נ (בפ"ב דכתובות) בשם הרא"ה ז"ל בהא דאמרי' שאם אמרה נתקדשתי ונתנה אמתלה לדברי' נאמנת דוקא באומרת נתקדשתי סתם אבל אם אמרה נתקדשתי לפלוני לא מהני אמתלא דאינה

נאמנת להפקיע זכות פלוני בעלה באמתלא וכן הר"נ ז"ל (פר"ק דגיטין) הביא בשם כמה רבוותא שכתבו דהמוציא שט"ח על חבירו שלא בפניו לא טענינן לי' מזויף ומייתי ראי' מדתנן גבי גט אשה דבא"י לא תקנו לומר בפני נכתב ובפני נחתם ומותרת לינשא בלא קיום הרי שמוציאין אשתו ממנו ולא טענינן מזויף ע"ש הרי שדימו ההיתר שמתירין אותה לינשא להוצאת ממון מחבירו ואף הר"נ שחילק בדוחק דגבי אשה אין אנו מתירין אותה כ"א היא בעצמה נשאת לא סמך על חילוק זה עיי"ש. וא"כ איך מהני ברי לי דידה להפקיע זכות הבעל דדוקא מזויף לא טענינן משום דמה"ת עדים החתומין על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד דמי אבל הכא פשיטא דטענינן עבור הבעל שלא יועיל ברי לי דידה ואע"ג דלענין להפקיע עצמה מבעלה יש לה מיגו דהיתה יכולה לטעון מאיס עלי ואז אפי' אם היה בעלה כאן לא יהי' מעשה ידיה לבעלה ולשיטת הרמב"ם ז"ל כופין אותו להוציא מ"מ מעשה ידיה יפסיד עיין כתובות (דף ס"ג) מ"מ אפשר לומר דכשיבוא הבעל תתרצה לו ותחזיר לו לזכות במעשה ידי' וע"י שאנו מתירין אותה להנשא מפקיעין ממנו זכות זה לגמרי ועיין ברמב"ם ז"ל שכתב בטעמא דמאיס עלי שאין בנות ישראל כהפקר להבעל לשנאוי לה וזה שייך דווקא כשהוא כאן והיא טוענת מאיס עלי אבל כשאינו כאן והיא טוענת גירשני פשיטא דאין להאמינה מכח זכות הבעל:

[**והא** דאמרי' בקדושין (דף ס"ג) קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתי' ובא א' ואמר אני קדשתי' נאמן ואמר בירושלמי ע"ז [הובא בחידושי הרשב"א] דהאומר א' משדותי מכרתי ואיני יודע למי מכרתי' ובא א' ואמר אני לקחתי' אינו נאמן אלמא דבממון כה"ג לא מהימן משום דחיישינן דילמא משקר וא"כ קשה בקדשתי את בתי נמי נהי דכתב הר"נ שם על דהכי סמכינן אמאי דאמר אני קדשתי' משום דאינו מוציאה מחזקתה רק שמעמידה בחזקתה ואומר שהוא המקדש מהימן. מ"מ כיון דלענין ממון חיישינן לפסידא דאחר ואינו נאמן לומר גבי שדה אני לקחתי' ה"נ גבי קדשתי' ניחוש להפקעת שיעבודא דבעל דילמא לא הוא ניהו המקדש והיא נפקעת ע"י מבעלה כמש"כ דהפקעת שיעבוד הבעל דמי להפקעת ממון שלא בפניו ואין לומר דהתם מיירי בארוסה וכיון שהיא עדיין ארוסה ולא זכה בה הבעל בשום דבר להכי לא מקרי דבר שבממון כמו שדה דמ"מ מה שהיא עצמה מפקעת עצמה מבעלה ונאסרה עליו ע"י נשואין של זה דמי לדבר שבממון כמו גבי שדה:

ועיין בגיטין (דף פ') גבי טעה ונתן גט לאשה ושובר לאיש ונתנו זה לזה ולאחר זמן הרי הגט יוצא מת"י האיש והשובר מת"י האשה דקאמר ר"א אם לאחר זמן יצא ה"ז גט לא כל הימנו מן הראשון לאבד זכותו של שני וקאמר ר"ז בירושלמי עד שלא נתארסה ונתארסה

וקאמר מתניתא מסייע לי' לר' זעירא לא הכל מן הראשון לאבד זכותו מן השני עכ"ל הרי דגם באירוסין אמרינן שאינה יכולה לאבד זכותו של הארוס דהא אם תנשא לזה תהא אסורה להנשא לבעלה שקדשה ועיין ברשב"א ז"ל]. וצ"ל דהתם שאני שהעמידו חז"ל על סברא דמירתת לומר בפני האב אני קדשתי' שתועיל אף להפקיע שיעבודא דבעל אע"ג דגבי שדה אינו מועיל משום דהתם לא מיכסף כ"כ מיני' אם יתוודע שרצה ליטול שדה שאינה שלו משא"כ הכא מיכסף מהאב אם יתוודע ויכיר שרצה לישא בתו באיסור א"א ומה"ט אמר התם באומרת נתקדשתי ואיני יודעת למי נתקדשתי שאינו נאמן לכנוס משום דלא מירתת עיי"ש]:

והא דאמרי' כאן בב' אומרים מת וב' אומרים לא מת ב' אומרים נתגרשה וב' אומרים לא נתגרשה דמהני ברי לי דידה הוא משום דכיון דניסת וכבר נאסרה על בעלה דהא קיי"ל דתצא מזה ומזה אפי' בניסת ע"פ ב' עדים ואפי' לא נבעלה כמ"ש הרמ"א (סימן י"ז סעיף נ"ו) וכיון דאסורה לחזור לראשון שוב מהני ברי לי לענין שלא תצא משני דהוי רק איסור גרידא ובאיסור אדם נאמן ע"ע ולהכי אם ניסת לא תצא אבל לכתחילה לא תנשא מה"ת דכ"ז שלא נשאת עדיין בהיתר לבעלה הראשון קיימא ולא מהני ברי לי דידה כיון דמפקעת עצמה מרשות בעלה:

ובזה מיושב קושית התוס' ב"ב (דף ל"א) דאר"נ אנן אחתינן ואנן אסקינן לי' לזילותא דב"ד לא חיישינן ומתיב רבא מהך ברייתא דב' אומרים מת וב' אומרים לא מת אם נשאת תצא לרמבר"י וכשניסת ואח"כ באו עדים ה"ז לא תצא וטעמא משום זילותא דב"ד והקשו התוס' הא על כרחך לאו טעמא משום זילותא דב"ד דאי טעמא הוי משום זילותא דב"ד אפי' לא ניסת אלא התירוה להנשא תנשא לכתחילה כדמשמע בכל הסוגיא דאיכא זילותא דב"ד אפילו לא נעשה מעשה ע"כ. ולדברינו א"ש דכ"ז שלא ניסת אסורה להנשא מה"ת והאי טעמא דזילותא דב"ד לא מהני אלא היכא דהוי רק איסורא דרבנן אבל לא באיסורא דאורייתא וכמש"כ התוס' גופא דלענין להתירה להנשא לאיש אחר שלא אמר ברי לי לא מהני זילותא דב"ד וה"נ כ"ז שלא נשאת שאסורה מה"ת מחמת שאינה נאמנת להפקיע עצמה מיד בעלה ע"י ברי לי לא תנשא אף שהתירוה להנשא אבל אם ניסת דכבר נאסרה על בעל הראשון ולענין זה מהני ברי לי דידה ורק מדרבנן אסורה כיון דמ"מ הוי תרי ותרי ולענין איסור דרבנן מהני הא דניסת ואח"כ באו עדים שניסת בהיתר כי היכא דלא תצא משום זילותא דבי דינא וזה ברור. מיהו קשה לפ"ז הא דאמרינן ביבמות (דף פ"ח) דאמר רב התם אמתני' לא שנו אלא שניסת בע"א אבל בב' עדים לא תצא ומסיק דמיירי בתרי ותרי ואומרת ברי לי ובעי למימר דרב מיירי בניסת ואח"כ באו עדים

וקמ"ל כרמבר"י דדוקא בניסת ואח"כ באו עדים שרי עיי"ש וא"כ קשה הא רב אמר התם בפרקין דניסת ע"פ עדים מותרת לחזור אף מדרבנן א"כ בניסת ואח"כ באו עדים אמאי מהני ברי לי דידה ודעדים הא אכתי בהתירה הראשון לבעלה הראשון קיימא ולא מהני ברי לי לענין שלא תצא מבעלה השני דהא אם תצא ממנו תהא מותרת לראשון לרב ולאו כל כמינה להפקיע זכות הבעל בברי לי דידה מיהו נ"ל דאף הא לא תברא דכיון דמשום איסור הי' לנו להניחה להנשא משום דאדם נאמן ע"ע יותר מק' עדים ואין העיכוב כ"א משום שיעבודא דבעלה וכיון דניסת בהיתר לבעל אחר אף שאח"כ באו עדים והוו תרי ותרי מ"מ סובר רב דלא חיישינן לשיעבודא דבעל ראשון דאלים עכשיו שעבודא דבעל שני שניסת לו בהיתר שלא ניחוש להצריך עדות המועיל נגד שיעבודא דבעל ראשון וכיון דלענין איסור מהני ברי לי לא תצא ואף דלכתחילה לא תנשא אף מה"ת דלא מהני ברי לי דידהו להפקיע אותה מבעלה מ"מ אם ניסת בהיתר שוב אין מפקיעין אותה מבעלה השני אף שלא נאסרה עדיין על הראשון:

ובזה יש ליישב ג"כ מה דקאמר התם אפירכא דברייתא לרב דאמר אם ניסת עפ"י ב' עדים לא תצא מהא דקתני מניין שאם לא רצה דפנו ת"ל וקדשתו בע"כ היכי דמי אי נימא דלא ניסת לאחד מעדי' ולא קאמרה ברי לי צריכא למימר דדפנו אלא לאו דניסת לאחד מעדיה וקאמרה ברי לי וקתני דפנו אלמא מפקינן לה מיניה ומשני איסור כהונה שאני ואבע"א כשבאו עדים ואח"כ ניסת ורמבר"י היא וקשה טובא כיון דמשמע מהאי ברייתא דוקדשתו דרשא גמורה היא והכי משמע לישנא דתלמודא שם וכן רש"י ז"ל כתב כמה פעמים ואשמעינן קרא כו' א"כ קשה למאי נ"מ מה"ת בין באו עדים ואח"כ ניסת לניסת ואח"כ באו עדים דהא מדאורייתא אין חילוק בין ניסת בהיתר לניסת באיסור דלענין איסור זונה באונס נמי מקרי זונה כדאמרינן ביבמות (דף נ"ו) אשת ישראל שנאנסה אסורה לכהונה אבל לפי דברינו א"ש דהיינו דאיכא לפלוגי גם מה"ת בין באו עדים ואח"כ ניסת לניסת ואח"כ באו עדים דהא בבאו עדים ואח"כ ניסת אם בא בעלה מותרת לחזור לו מה"ת ואע"ג שביארנו דהא דלא תנשא הוא מה"ת משום דלא מהני ברי לי דידה להפקיע עצמה משיעבוד בעלה מ"מ כיון דמטעם איסור דבר שבערוה הי' מועיל ברי לי דידה ע"י שאילו היה חי הי' בא כשיטת רש"י ז"ל או שראוהו שמת כשיטת הר"ן ז"ל דמי לניסת בשוגג שסבורה שבעלה מת שמותרת לחזור לו ואף שאם היתה באה לב"ד לא היו מניחין אותה לינשא היינו משום שיעבוד הבעל דטענינן שלא בפניו אבל לענין איסור דבר שבערוה סגי בתרי ותרי בברי לי להכי מותרת לחזור לו. וכיון שמותרת לחזור לראשון שוב אנו יכולין לדון אם מהני ברי לי דידה להפקיע עצמה מבעלה הראשון כיון

שעדיין מותרת לחזור לו ובזה שפיר מפלגינן בין באו עדים ואח"כ ניסת לניסת ואח"כ באו עדים דבבאו עדים ואח"כ ניסת שניסת באיסור לא איכפת לן בנשואי בעל שני כלל כיון שהי' באיסור ואמרינן דאינו מועיל ברי לי דידה להפקיע עצמה מבעלה הראשון ותצא משני אפילו אם מת אח"כ בודאי אוסרין אותה לבעלה שני כהן כיון שנודע לנו עכשיו שקודם שמת בעלה הראשון היינו צריכין להוציאה מבעלה השני שלא הי' מועיל לה אז ברי לי דידה להפקיע עצמה ממנו משא"כ בניסת ואח"כ באו עדים שניסת לו בהיתר שפיר מהני ברי לי דידה ולא חיישינן למה שמפקיע אותה משיעבוד בעלה הראשון. ואדרבה עכשיו היא בשיעבודא דבעל שני שניסת לו בהיתר ולענין איסורא דדבר שבערוה מהני ברי לי דידה] ולהכי נמי אם באו כת השני' ואמרו חי הי' אלא שמת עכשיו אין אוסרין אותה משום זונה שאם היו באין להעיד בשעה שאומרים שהוא חי עדיין לא היו מוציאין אותה מבעלה השני דכיון שנשאת בהיתר הרי היא בחזקת בעלה השני שלא ניחוש לשיעבוד דבעל ראשון:

ובזה יופתח לנו שערי אורה בכל הסוגי' שם דקשה טובא חדא מאי פריך לרב מברייתא דוקדשתו דפנו תקשה את"ק ורמבר"י דתרווייהו מודו דבניסת ואח"כ באו עדים ל"ת ובברייתא קתני דפנו ועוד קשה דבש"ס דב"ב (ד' ל"א) משמע דטעמא דבאו עדים ואח"כ ניסת תצא הוא רק מדרבנן ולהכי בניסת ואח"כ באו עדים דאיכא זילותא דב"ד שרי דמכיון דהוי רק מדרבנן מהני טעמא זילותא דב"ד וכמש"כ לעיל גם בשם התוס' דלענין איסור תורה לא מהני זילותא דב"ד ובש"ס דיבמות סובר דטעמא דבבאו עדים ואח"כ ניסת הוא מדאורייתא דהא מוקי ברייתא דוקדשתו בבאו עדים ואח"כ ניסת אלמא דגם מדאורייתא יש איסור בנשאת באיסור ולפ"ז ע"כ אין הטעם בניסת ואח"כ באו עדים דשרי משום זילותא דב"ד דהא בדאורייתא לא שייך לפלוגי משום זילותא דב"ד וכבר הקשה קושי' זו הפנ"י בכתובות (ד' כ"ב) גם בפירש"י קשה דמוקי וקדשתו בתרי ותרי ואמרה ברי לי דלא הי' צריך לאוקמי באשה שהלך בעלה ותרי ותרי המחולקים במיתת הבעל אלא באשה ששני עדים מכחישים זא"ז אם נבעלה לפסול לה וניסת לא' מעדי' וקאמרה ברי לי וקאמר קרא דתצא:

ואין לומר דבתרי ותרי שנחלקו אם נבעלה לפסול לה שריא מדאורייתא משום דמוקמינן לה אחזקה שהיא כשירה לכהונה דקיי"ל תרי ותרי הוי ספיקא דרבנן ומדאורייתא אוקי אחזקה ולהכי הוצרך לאוקמי שנחלקו העדים במיתת בעלה הראשון דבזה לא שייך לומר אוקמה אחזקת כשרות לכהונה כיון שהעדים האחרונים העידו שבעלה חי הוא ובשעה שנבעלה לשני היתה בחזקת א"א ואיכא חזקת א"א נגד חזקת כשרות לכהונה,

דז"א דהא ביבמות (דף ס"ח) אמתניתין דספק בן ט' הקשו שם התוס' דלוקמה אחזקה שהיא כשירה לכהונה וע"ז תי' שם דלכהונה לא מוקמינן אחזקה והביאו ראי' מכתובות (ד' י"ג) היתה מעוברת ואמרה מאיש פלוני וכהן הוא לדברי ר"י אינה נאמנת ואפי' לר"ג נמי אינה נאמנת אלא משום דקאמרה ברי לי עיי"ש בדבריהם:

וא"כ לא הוי צריך לאוקמי בא"א שנחלקו העדים במיתת בעלה אלא בהכחישו זא"ז אם נבעלה לפסול לה ואף שביארנו במק"א דמש"כ התוס' דלכהונה לא מוקמינן אחזקה הוא רק מדרבנן אבל מדאורייתא מוקמינן שפיר אחזקה אף לכהונה והיינו טעמא שכתבו שם דלתרומה מוקמינן אחזקה משום דכיון דמה"ת מוקמינן אחזקה רק ליוחסין עשו מעלה דלא נוקי כדאמרי' בדוכתא טובא מעלה עשו ביוחסין להכי לתרומה שפיר אזלינן בתר חזקה וא"כ כיון דמה"ת אף לכהונה מוקמינן אחזקה לא מצי לאוקמי הך קרא דוקדשתו בשני כיתי עדים המכחישין זא"ז אם נבעלה לפסול לה דהא בעינן לאוקמי אחזקה מ"מ הא ביארנו שם ג"כ היטב דהא דמשמע מדברי התוס' דמה"ת מוקמינן אחזקה היינו דוקא בנבעלה לפסול לה ספק הוי בן ט' ספק לא הוי דבזה שפיר מוקמינן מה"ת אחזקה דהא דנבעלה לפסול לה הויא משום איסור זונה ודמי לכל איסורין שבתורה דאזלינן בהו בתר חזקה וזהו דוקא בנבעלה לעכומ"ז וממזר וחייבי כריתות. אבל בא"א שזינתה דכתיב בה טומאה וכהן לוקה עלי' משום טומאה כדאמרי' ביבמות (דף נ"ו) דאפילו באונס לוקה עלי' כהן משום טומאה ועיי' בתוס' יבמות (ד' ל"ה) ד"ה אע"פ בביאור הדבר ובסוטה (ד' כ"ח) דרשינן ג' ונטמאה חד לבעל וחד לבועל וחד לתרומה וכהונה עיי"ש בפלוגתא דרי"ש ור"ע דר"ע דריש ד' קראי חד לבעל וחד לבועל וחד לתרומה וחד לכהונה וריי"ש דריש ג' קראי וכהונה אתי בק"ו וכיון דכתיב בה טומאה לא מהני בה חזקה כמו דלא מוקמינן בספק טומאה ברה"י אחזקה כמבואר בתוס' חולין (ד' ט"ו) ובנדה (ד' ב') עיי"ש. וכיון דבספק זנות דא"א לא מוקמינן אחזקה מה"ת א"כ הדרא קושיא לדוכתא דלא הוי בעי לאוקמי קרא דדפנו בשני עדים המכחישין זא"ז במיתת הבעל אלא בשני עדים המכחישין זא"ז אם זנתה תחת בעלה ונשאת לא' מעדי' שהוא כהן וקאמרה ברי לי ואשמעינן קרא דדפנו להוציאה:

עכ"נ דבאמת הא פשיטא דבעדים המחולקים אם נבעלה לפסול לה או אם זנתה תחת בעלה הראשון ודאי דמהני ברי לי דידה דקיי"ל אדם נאמן ע"ע יותר מק' עדים והכא מיירי באשה שהלך בעלה למדה"י ובעדים מכחישין זא"ז במיתת בעלה וניסת ואח"כ באו עדים שמעיקרא אמרו האוסרים חי הוא והכחישו זא"ז ואח"כ נתברר שזה שאמרו עליו האוסרים שהוא חי מת עכשיו ועתה אנו באין לדון עלי' אם רשאי בעלה לקיימה

משום איסור זונה שאם חי הי' מעיקרא אסורה לבעלה השני כהן משום איסור זונה ואי לאו קרא היינו יכולים לומר דגם לענין איסור כהונה מהני ברי לי דידה דלא עדיף איסור כהונה מאיסור א"א דעלמא וכמו דגבי איסור א"א מהני ברי לי אי לאו הפקעת שיעבוד דבעל ה"נ מהני לענין כהונה וע"ז כתבה התורה וקדשתו דפנו דאף דלענין כהונה הי' מועיל ברי לי מ"מ כיון שכבר לא האמינוה במה שאמרה ברי לי לענין בעלה משום דלא מהני ברי לי דידה להפקיע עצמה מבעלה דהא מותרת לחזור לו דאונס בישראל משרי שרי ולאו כל כמינה להפקיע עצמה ממנו בברי לי דידה שוב לא מהני גם לענין כהונה משום דכתיב וקדשתו וכיון שאצלינו לא היו העדים נאמנים אנו מוזהרים לקדש הכהן שלא לישא לו אשה שלפי הדין אין אנו יכולין להאמינה וזהו וקדשתו דקאמר קרא דהצווי עלינו אף שהוא לגבי עצמו נאמן מ"מ כיון שאנו א"צ להאמינה מחמת שמשעבדא לבעל ראשון אנו צריכין לאוסרה לכהונה ג"כ אף שכבר מת דלענין כהונה אנו צריכין להאמינו כדבריו מ"מ מחמת דבר אחר אוסרין אותה דלא אזלינן בתר דידי' אלא בתר דידן וזהו וקדשתו דאזהר קרא לבי דינא שיהי' קדוש לפי דעת ב"ד ואף דבאיסור כהונה לחוד כגון שנים אומרים נבעלה לפסול ושנים אומרים לא נבעלה לפסול והיא אומרת ברי לי וגם הוא אומר ברי לי היתה מותרת כמו דמהני ברי לי לענין איסור א"א משום דאיסור כהונה לא חמיר משאר איסורין אבל היכא דאין אנו צריכין להאמינו משום דבר אחר דהיינו משום שיעבודא דבעל אנו אוסרין גם לכהונה דכיון שאין אנו צריכין להאמינו אנו צריכין לקדשו:

ולא מבעי לפ"מ שפירשנו דמעיקרא כי הוי מפרש הברייתא בניסת ואח"כ באו עדים מיירי שבשעה שבאו עדי האיסור הי' הבעל ראשון חי עדיין ונאסרה על בעלה ואח"כ נודע שמת אחר נשואי בעל השני דודאי א"ש בטעמא דלא מהני ברי לי גבי איסור כהונה שכבר החזקנו בדברי העדים האוסרים ואסרנו אותה על בעלה השני מהאי טעמא שכתבנו דלא מהני ברי לי דידה להפקיע עצמה מבעלה הראשון להכי אף עכשיו שמת הבעל הראשון ואנו באין לדון רק על איסור זונה נמי לא מהני ברי לי דגלי קרא דלענין כהונה לא מהני ברי לי דידהו היכא שלא היו ב"ד יכולין להחזיק בדבריהם כמו הכא שהב"ד היו צריכין לאוסרה מפני שיעבודא דבעל:

ואפי' לפירש"י ז"ל שפי' שבשעה שבאו העדים האחרונים אמרו מיד חי הי' ומת עכשיו שלא היינו צריכין לדון כלל משום איסור א"א שהרי כבר מת ואנו צריכין לדון רק משום איסור כהונה לחוד אפ"ה לא מהני ברי לי כיון שעכשיו נתברר לנו שבשעה שניסת לא היינו צריכין להאמין לדברי' שאמרה ברי לי שהרי יש עדים שאומרים שהי' חי אז ואלו

היו באין אז להעיד לא הי' מועיל ברי לי דידה משום שעבודא דבעל עכשיו נמי לא מהני לענין כהונה משום וקדשתו:

ומעתה כל הסוגי' יבוא על נכון דמעיקרא הקשה לרב מברייי' דמרמבר"י ורבנן לא קשה אברייתא דוקדשתו דאפשר לומר דרמבר"י ורבנן דסברי דבניסת ואח"כ באו עדים לא תצא משום דסברי דניסת בעדים אסורה לחזור מדרבנן אע"פ שאנוסה להכי כיון שאין הדבר נוגע לבעל שכבר נאסרה עליו ולענין איסור מהני ברי לי דידה רק מדרבנן בעלמא אסור להכי בניסת ואח"כ באו עדים ודאי דשרי משום זילותא דב"ד ובבאו עדי' ואח"כ ניסת פליגי רמבר"י ורבנן אי אוסרין בדיעבד מדרבנן משום דאיכא ב' שאומרים שלא מת אבל קרא דוקדשתו דקאי אד"ת דמותרת לחזור ומכש"כ בניסת ואח"כ באו עדים דאנוסה גמורה היא ושרי מה"ת לחזור לבעל ראשון ולא מהני ברי לי דידה לענין בעל להכי אף שנתוודע אח"כ שגם לדברי העדים שאומרים חי הי' עכשיו מת מ"מ לא מהני כיון שכבר לא הי' מועיל ברי דידהו לגבי בעל לא מהני נמי לענין איסור כהונה אבל לרב דסובר ומסתמא סובר רב דרמבר"י ורבנן נמי סברי כן] דמותרת לחזור לבעלה הראשון ואפ"ה מהני ברי לי דידה ומטעמא דכתיבנא דמהני אף להפקיע שיעבוד בעל הראשון שלא תצא משום דאלים שעבוד נשואי בעל השני שלא ניחוש לשיעבוד בעל הראשון.

א"כ קשה מברייתא דוקדשתו דמוכח דלא מהני ברי לי וע"כ דמטעם איסור כהונה לחוד מהני דאדם נאמן ע"ע אלא משום שהכחישו העדים עצמן לגבי בעל ובזה לא מהני ברי לי אלמא דכיון שמותרת לחזור לבעל הראשון לא מהני ברי לי וקשה לרב דהוא סובר דאפי' היכא שמותרת לחזור מהני ברי לי ומשני איסור כהונה שאני דלעולם כרב דלא מפקינן לה מבעלה כשבאו עדי איסור והי' מועיל ברי לי דידה אף שמפקעת עצמה מבעלה הראשון והכא בהך ברייתא דוקדשתו אין הטעם כמו שסובר המקשה דלהכי אסורה לכהונה הואיל ולא היתה נאמנת לגבי בעלה אלא דקרא אשמעינן דלענין כהונה לא מהני ברי לי אע"ג דלענין איסור א"א מהני מ"מ גבי כהונה אזהר קרא לב"ד לקדשהו לפי דעתינו וכיון שאנחנו מסתפקים אם היא מותרת לו אסורה ואם הדין גבי כהונה דבספק זנות דא"א לא מוקמינן אחזקה לענין כהונה מיירי הברייתא באשה ששתי כתות עדים מכחישין עצמן אם זינתה תחת בעלה או לא ועכשיו היא פנוי' ואשמעינן קרא דכיון דהוי ספק לדידן לא מהני ברי לי דידה משום חומרא דכהונה דבעינן וקדשתו ואי נימא דמוקמינן אחזקה בספק זנות דא"א לגבי כהונה מיירי באשה שהלך בעלה למדה"י וניסת ע"פ עדים ואח"כ באו עדים ואמרו חי הי' כשניסת דבזה לא שייך לאוקמי אחזקה כמש"כ לעיל משום שהעדים האחרונים אומרים שהיא היתה א"א כשניסת לא

שייך לדבריהם חזקת היתר לכהונה [דנגד חזקת היתר לכהונה איכא חזקת א"א ועוד דאיכא כנגדה חזקת חיים דבעל הראשון] וכיון דלא שייך חזקה והוי תרי ותרי אשמעינן קרא דאע"ג דבכל האיסורין אמרינן אדם נאמן ע"ע יותר מק' עדים מ"מ גבי כהונה גלי קרא וקדשתו שאנו מחויבים לקדשו וכיון שאצלינו הוי תרי ותרי אנו מוזהרין להפרישן ולא אזלינן בתר ברי לי דידי' ואיבעית אימא כשבאו עדים ואח"כ ניסת דהיינו דכיון דמשום איסור הי' מועיל ברי לי ורק משום הבעל הראשון לא מהני ברי לי בזה אף מה"ת יש לחלק בין ניסת בהיתר לניסת באיסור דבניסת בהיתר שפיר אמר רב דלא תצא ולא אמרינן דלא יועיל ברי לי משום שיעבודא דבעל ראשון שכבר ניסת לשני בהיתר ומהני נשואין דידיה שלא ניחוש לבעל ראשון שכבר חל שיעבוד דבעל שני אבל ברייתא דוקדשתו כרמבר"י דנשואין דידי' כמאן דליתא דמי הואיל והוי באיסור להכי לא היתה נאמנת ע"פ דין בשעה שבאו העדים השניים ולא מהני ברי לי דידה אף לענין כהונה כיון שלא הי' מועיל לענין בעל הראשון מחמת שעבודו כמו שביארנו שאף בבאו עדים ואח"כ ניסת היתה מותרת לחזור לבעל ראשון כיון דמחמת האיסור מהני ברי לי דידה לא מחשבה כזנות במזיד וא"ש דיש חילוק אף מה"ת בין ניסת בהיתר לניסת באיסור:

וכ"ז לפום דינא דאורייתא דאקרא וקדשתו קאי וכן לרב דסובר דבניסת בעדים דמיא לאנוסה ומותרת לחזור אף מדרבנן שוה דין דרבנן לדין דאורייתא ופליגי רמבר"י ורבנן לרב ג"כ בהאי סברא בניסת באיסור אם תצא ולא מהני ברי לי דאשה משום שעבודא דבעל ראשון או לא דמסתמא סבר רב דרמבר"י ורבנן כוותי' סבירא להו:

אבל סוגיא דב"ב אזלא לדידן דפסקינן לקמן (ד' צ"א) דניסת בעדים אסורה לחזור מדרבנן א"כ ודאי דמהני ברי לי דהא לענין כל האיסורי' מהני ברי לי ומבעלה כבר הופקעה. וע"כ פלוגתא דרמבר"י ורבנן הוא רק מדרבנן דרבנן שרו אפי' בניסת באיסור דמהני ברי לי ורמבר"י דאוסר משום דמ"מ איכא תרי שאומרים לא מת יש לאוסרה על שני מדרבנן לכל הפחות ובניסת בהיתר מודה רמבר"י דשרי משום זילותא דב"ד כיון דליכא אלא איסור דרבנן מהני טעמא דזילותא דב"ד ובזה יבואו כל הסוגיות על נכון בלי שום סתירה דסוגיא דיבמות אזלא לפום דינא דאורייתא דמותרת לחזור לראשון וכן סובר רב דגם מדרבנן מותרת לחזור וסוגיא דב"ב אזלא לדידן דאסורה לחזור לראשון ולהכי מה"ת מהני ברי לי דידה ואין האיסור רק מדרבנן ושייך בזה זילותא דבי דינא:

ובמה שביארנו יש לבאר ג"כ הא דבש"ס יבמות (ד' פ"ח) דחיק טובא בטעמא דע"א נאמן בעדות אשה שמת בעלה אע"ג דאיתחזק איסורא והוי דבר שבערוה עד דמסיק דמשום עיגונא אקילו בה רבנן ובספרי פ' שופטים אמרינן לא יקום ע"א באיש אבל קם הוא

בעדות אשה להשיאה דר"י ע"כ משמע מזה דהוי דאורייתא וכבר עמד ע"ז בעל פנ"י ז"ל (בפ"ב דכתובות) והנו"ב ז"ל במה"ק בדיני עגונה אבל לפמש"כ יש ליישב דוודאי לענין איסור דבר שבערוה לא מהני ע"א מה"ת דאין דבר שבערוה פחות משנים והא דדרשינן אבל קם הוא לעדות אשה מיירי שהיא אומרת שהיא יודעת שמת בעלה ורצונה להנשא לאיש א' שגם הוא אומר שיודע שמת בעלה וכיון דתרווייהו אמרי ברי לי לא איכפת לן משום איסור דבר שבערוה דאדם נאמן ע"ע יותר מק' עדים רק שאינה נאמנת להפקיע עצמה מיד בעלה דבדבר שהוא חייב לאחרים לא מהני ברי לי. ע"ז גלי קרא דאם יש ע"א שמעיד ג"כ שיודע שמת בעלה מותרת להנשא ולענין מה שמפקעת עצמה מבעלה מהני העדאת ע"א כשר ובש"ס יבמות דאמרינן דנאמנות עד א' באשה הוא מדרבנן מיירי שהאשה או האיש הרוצה לישא אותה הם בעצמן מסתפקין במיתת הבעל ובעינן עדות משום איסור דבר שבערוה להכי בעינן תרי מדאורייתא ומדוקדק בזה לשון הספרי דקאמר לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם אבל קם הוא לעדות אשה להשיאה משום דקרא דעדות דלכל עון ולכל חטאת מיירי שמעיד דבר שהוא חוב להאיש שמעידין עליו וע"ז מסיים אבל קם הוא לעדות אשה להשיאה ואע"פ שגם זהו חוב לבעלה אפ"ה מהימן:

ובזה יש ליישב ג"כ מה שהקשה הנו"ב לשיטת הסוברים דע"א אינו נאמן בעדות אשה רק מדרבנן מהא דאמרינן בשבועות (ד' ל"ב) אר"פ הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב והכל מודים בעד מיתה שהוא פטור הכל מודים בעד מיתה שהוא פטור דאמר לדידה ולא אמר לב"ד דתנן האשה שאמרה מת בעלי תנשא מת בעלי תתיבם הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב דלא אמר לדידה ולא אמר לב"ד וא"כ מדחייבינן קרבן שבועה בלא אמר לדידה ולא אמר לב"ד ש"מ דע"א נאמן מה"ת דאין לומר דמשום דמהימן מדרבנן נמי חייב קרבן שבועה דא"כ אמאי קתני במתני' שבועת העדות נוהגת באנשים ולא בנשים הא משכחת נמי בנשים לענין עדות אשה דמדרבנן אשה נמי מהימנא א"ו דבאשה כיון דלא מהימנא מה"ת לא מחייבא קרבן שבועה ומדמחייבינן בע"א כשר קרבן שבועה בעדות אשה ש"מ דע"א מהימן מה"ת באשה:

ולפמש"כ יש ליישב דר"פ דקאמר הכל מודים בעד מיתה אזיל לטעמי' דס"ל בקדושין (ד' ס"ה) המקדש בע"א חוששין לקדושין ולדידי' ודאי דאם קידש בע"א ואח"כ בא ע"א והעיד שמת בעלה מהימן מה"ת דממ"נ אם מהני ע"א בדבר שבערוה לענין קדושין פשיטא דמהני נמי גבי מיתה מה"ת וכיון דלר"פ חיישינן לאוסרה משום דדילמא ע"א מהני בקדושין מה"ת מהני נמי להתירה ואי משום דלא מהימן ע"א להפקיע מבעלה הא ע"ז כתבנו לעיל מדברי הספרי דלענין להפקיעה מבעלה ולהתירה לינשא דרשינן אבל

קם הוא לעדות אשה להשיאה דנאמן להעיד שמת בעלה מה"ת והרי מפסידה כתובתה אם כתב לה כתובה מן האירוסין דלכשתנשא לאחר תטול מה שכתב לה וחייב ק"ש ועוד דמשכחת לה באשת כהן שזינתה באונס שכבר נאסרה על בעלה ובזה לא איכפת לן במה שמפקעת עצמה מרשות בעלה דלמיפק ממנו קאי ולענין איסור סובר ר"פ דחוששין לקדושי ע"א ולהכי שפיר מהימן ע"א מה"ת וחייב ק"ש ודוקא עד כשר מהימן בזה מה"ת אבל אשה אפי' בכה"ג לא מהימנא ולהכי קתני דאינה נוהגת בנשים] ומ"מ אם אמר לדידה ולא אמר לב"ד פטור דהא לא הפסידה מידי כיון שאמר לדידה והיתה יכולה להעיד בעצמה לפני ב"ד דמדרבנן מהימנא בכל גווני:

ואע"ג דבשבועות (ד' ל"א) אמר התם אמתניתין דאינה נוהגת אלא בראוין להעיד לאפוקי מאי ר"פ אמר לאפוקי מלך וראב"י אמר למעוטי משחק בקוביא וקאמר התם מ"ד מלך אבל משחק בקוביא מדאורייתא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו:

הרי דלר"פ דאמר לאפוקי מלך מחייב קרבן שבועה במשחק בקוביא אע"ג דלא אפסדי' מידי שהרי הב"ד לא היו מקבלין עדותו מחמת פסול דרבנן דידי' ואפ"ה מחייבינן לי' ק"ש מחמת דאזלינן בתר דין דאורייתא שמה"ת הוא כשר להעיד ולא העיד ה"נ נימא אע"ג דמדרבנן לא הפסידה שגם היא בעצמה נאמנת. מ"מ לפי ד"ת הפסידה שלפי ד"ת הוא נאמן והיא אינה נאמנת מ"מ נראה דהכא בעד מיתה ואמר לדידה ולא אמר לב"ד פטור מק"ש כיון שכבר אמר לה לדידה עדות המועיל מדרבנן לכל הפחות לא אפסדה מידי דהא העיד עדותו במה שאמר לדידה. ועוד דבמק"א ביארנו בטעמא דר"פ דאמר מלך אבל משחק בקוביא חייב ק"ש אע"ג דלאו בר הגדה הוא דרבנן פסלוהו הוא משום דכיון דמצי לעשות תשובה ולהעיד עדותו להכי מחייב ק"ש על שלא העיד ואע"ג דגזלן דאורייתא פטור מק"ש ולא מחייבינן לי' על מה שלא עשה תשובה ולא העיד מ"מ בגזלן דרבנן כמו משחק בקוביא חייב ק"ש:

וכה"ג מצינו בכמה דוכתי בש"ס לחלק בין דאורייתא לרבנן בסברא מועטת ובפסחים (דף מ"ח) אמרינן גבי קרבן דאי מוקצה דאורייתא לא מחלקינן בין איסור גופו לאיסור דבר אחר גרם לו ואם מוקצה דרבנן מסתבר לן דלא אסרינן באיסור דבר אחר גרם לו והכי משמע מסוגיא דיומא (ע"ד) דפריך התם אהא דאמר דלר"ל דחצי שיעור הוא מדרבנן חייל עליו איסור שבועה מהא דאמרי' במתני' אינה נוהגת אלא בראוין להעיד וא"פ למעוטי מלך וראבי"א למעוטי משחק בקוביא אלמא כיון דמדרבנן לא חזי לא מחייב ק"ש וקשה טובא דמאי פריך מראב"י ודילמא ר"ל סובר כר"פ דמשחק בקוביא שפיר מחייב ק"ש להכי סובר נמי דחייל איסורא אח"ש משום דבתר דאורייתא אזלינן והול"ל

הניחא לר"פ אלא אי סבר לה כראב"י מאי איכא למימר אבל לפמש"כ א"ש דפריך מתרווייהו דע"כ לא פליג ר"פ ומחייב ק"ש במשחק בקוביא אלא משום דמצי לעשות תשובה אבל אי לאו האי טעמא פטור מק"ש אע"ג דהוי רק פסול דרבנן וה"נ אמאי חייל איסור אח"ש כיון דאסור מדרבנן [ובמק"א בארנו דברי הרשב"א בזה]:

הדרן למילתא קמייתא דכל היכא דתרווייהו אמרי ברי לי אמרינן אדם נאמן ע"ע יותר מק' עדים רק שאינם נאמנים מחמת שאין ב"ד מניחין אותה להנשא ולהפקיע עצמה מתחת בעלה וא"כ באשה שנאסרה על בעלה בזנות באונס שכבר אסורה לו ומחוייב לגרשה ובאה ואמרה גירשני בעלי מותרת להנשא למי שאומר ג"כ ברי לי שנתגרשה כיון דלא מפסיד הבעל מידי והיא נאמנת לגבי עצמה מה"ת אפילו גבי גירושין דלא עבידא לגלויי ויכולה מכחישתו לכשיבוא ויאמר לא גרשתיך מ"מ השתא מיהו מהימנא לגבי עצמה וכן הוא מהימן לגבי עצמו לישאנה וא"צ עדי גרושין כלל ונראה ודאי דמ"מ מדרבנן אסורה להנשא דהא אמרינן בכריתות (ד' י"ב) בהא דסובר ר"י אדם נאמן ע"ע יותר מק' עדים לא אמר ר"י אלא בינו לבין עצמו אבל בפרהסיא לא וכן אמר התם לא אמר ר"י אלא לעצמו אבל לא לאחרים והכא הוי בפרהסיא ועוד דנ"מ נמי לאחרים שבניהם אשר יולדו להם יטמעו בישראל אע"ג דספק ממזר מותר מה"ת מ"מ לכתחילה יש לחוש ואכתי יש להסתפק דאפשר דדוקא התם שהעדים מכחישין אותה ואומרים שנטמאת אסור בפרהסיא ולאחרים אבל הכא דליכא עדים כנגדה שרי אף מדרבנן. ואף אם נימא דאיכא איסור דרבנן מ"מ בדיעבד אם ניסת נראה דאין להחמיר להוציאה מתחת בעלה אם לא נמצא עידי גירושין:

סימן קנג

בקונטרס זה יבואר דין פתי שאינו מבין הדברים כדרך שמבינים שאר ב"א אם יכול לגרש את אשתו ויבואר עקרים רבים בדיני קידושין וגיטין וכתבנו בעזה"י בעובדא אשר נשאלתי עליו וזה החלי בעזהי"ת:

שאלה איש אחד אשר הוא ערל שפתים ולא יכול לדבר כן עד שרוב דבריו קשה להבין ואפי' אנשים הרגילים עמו תמיד אינם יודעים דבורו לפרקים, וגם דעתו קלושה מאוד עד שאינו מבין כל הדברים כדרך שמבינים שאר ב"א כ"א דברים שרגיל בהם ביותר ואינו מבין ענין לאשורו ומעט מאוד בינתו גם במקח וממכר גם מלאכת המספר אינו יודע ונשא אשה ועתה הוליכתו אשתו לאחת מהעיירות הקטנות אשר לא ידעו את האיש ואת שיחו ולא היה להם לב להבין כי איש כזה צריך בדיקה אם דעתו שלימה ומבין עניני הגט על בוריו אף כי סברי כי האיש הזה אך לשונו מגומגם אבל דעתו שלימה ואשתו

בהוליכה אותו למדה אותו כשישאלוהו אם רוצה ליתן גט לאשתו יאמר הן ונתקיים עצתה וכתבו לו שמה גט כריתות ונתן בידה ואחרי שנתן הגט בידה הלכה מאתו והאיש הזה לא ידע מה היה לו ובא לביתו בדד ואין אשתו עמו ואנחנו ידענו את האיש ואת שיחו כי לא ידע כלל ענין גירושין ולא היה דעתו כלל לשלח אותה ולגרשה בי לא ידע כלל מיום הוולדו אם יש גירושין בעולם אף מתורת משה לא ידע כלל:

וכל מה שהוא עושה הוא רק מה שמורגל לראות שאר ב"א עושים אבל הוא אינו יודע שום דבר והאשה הזאת הלכה ונשאת לאיש אחר ונכנסה לחופה ולא נבעלה. וכאשר שמענו כל אלה שלחנו אחר המגרש ובדקנו אותו והוא ממש נמשל כבהמה ולב אטום לו מלהבין דבר לאשורו וענין גירושין אינו יודע כלל והפרשנו את האשה מהבעל אשר נשאה עד שנעיין בדינה עכ"ל השאלה:

א

תשובה הרמב"ם ז"ל כתב (בה' עדות פ"א) הפתאים ביותר שאינן מבינין הדברים כדרך שמבינין שאר ע"ה ולא יבינו דברים הסותרים זא"ז ה"ה בכלל השוטים ודבר זה לפי מה שיראה הדיין שא"א לכוין הדעת בכתב. וכתבו הטור בחוה"מ (סימן ל"ה) וע"ש בפרישה שפירש מש"כ בכלל השוטים ולא שהן עצמן נקראים שוטים. וה"ט דאלו שוטה הוא שנטרפה דעתו באחד מהדברים ומתנהג בהם שלא כדרך העולם ואף שבשאר דברים הוא חכם נקרא שוטה משא"כ פתאים הללו שאינו שוטה גמור באחד מהדברים אבל בכל ענייניהם אינם מבינים ואינם מכירים דברים הסותרים זא"ז. וכ"כ בסמ"ע שם ומשמעות דבריו שם דדוקא לענין עדות דין הפתי כשוטה אבל לשאר דברים כל שאנו רואין שהבין הענין שאנו עסוקין כעת כמו גיטין וקידושין ומקח וממכר וש"ד כיון שאינו שוטה גמור דבשוטה גמור שנשתבש דעתו באחד מהדברים לא מהני מה שעושה איזה דבר ואנו רואין בו שהוא בלי שטות כמש"כ הרמב"ם שם (בה' עדות) בהדיא ומפורש בברייתא (בפ"ק דחגיגה) איזהו שוטה היינו איזה איש שהוא פקח בכל ענייניו ובמעשה א' שעושה מיקרי שוטה וקחשיב הני תלתא. והכי באמת משמע פשטא דלישנא דבלא"ה קשה מאי קאמר איזהו שוטה אטו לא ידעינן מהו שוטה ההולך ערום ויחף ומשבר כלים וזורק אבנים כמ"ש הרמב"ם שם א"ו דהך איזהו שוטה הוא אף שבכל ענייניו הוא פקח וטעמא דמילתא לא משום דכיון דחזינן דנשתבש דעתו באחד מהדברים חיישינן שמא עשה מקח זה או גט זה בלי דעת דא"כ הא תינח לחומרא. אבל אם קידש אשה אמאי מקלינן ביה לומר דאין צריך גט כלל ניחוש שמא עשה זאת בדעת נכונה א"ו דאין הטעם משום ספק אלא הטעם דמי שדעתו משתבשת לפעמים בדבר אחד מהדברים לא מקרי בר דיעה

בדיני התורה לגמור ע"י גיטין וקידושין וכדומה וכ"ז בשוטה אבל פתי אין לו דין שוטה ובמה שהוא יודע דעתו דיעה וכ"כ מהרי"ט ז"ל בתשובה וז"ל, ועוד דלא כתב הר"מ כן אלא לענין עדות אבל כשאנו באין לקיים עמו דבר כמו מקח וממכר וגיטין וקידושין ומסברי ליה וסבר ואנו מכירין בו שהבין הדברים כגון זה לאו שוטה הוא והרי הוא כפקח לכל מה שעושה בדעת לפנינו והביא ראיה מהא דאמרינן בב"ב (קנ"ה) בפחות מבן כ' שמכר נכסים ואלפוהו קרוביו דניכול תמרא ונשדי קשיותא בי רבא ואמר רבא זביניה לאו זביני ואח"כ אגמרוהו לקוחות שיאמר מגילת אסתר בזוזא שטרא דמר בזוזא ואמר רבא זביניה זביני ואמרו הקרובים הלקוחות אגמרוהו ואמר רבא כיון דמסברי ליה וסבר מידע ידע וה"ה לענין גיטין וקידושין עכ"ל מהרי"ט:

ב

ואף שבראיית המהרי"ט יש לפקפק טובא דהא מסיק שם והאי דעביד הכי חוצפא יתירא הוא דאית ביה א"כ לא החזיקהו לפתי ולא מבעיא לשיטת הרשב"ם שם דלא הוי ראיה כלל דהא פי' שם שלא הגיע לכלל שנותיו ואפ"ה קיים רבא המקח משום דהחזיקו לחכם ביותר ויודע בטיב מו"מ עד שיהא ממכרו ממכר אפילו בלא הגיע לכלל שנותיו א"כ הרי שלא החזיקהו לפתי כלל ואפי' לשיטת התוס' שם בד"ה איתמר שפירשו דמיירי בהגיע לכלל שנותיו ומעיקרא רצה לבטל המקח משום שראהו שוטה דשדי קשייתא בי רבא ואח"כ כשאמר מג"א בזוזא כו' נמי לא החזיקו לחכם להיות ממכרו קיים בלא הגיע לכלל שנותיו אלא שע"י אמירתו דבר זה הוציאו מכלל שוטה ואם הגיע לכלל שנותיו זביניה זבינא אף שאינו יודע בטיב מו"מ מ"מ הרי מסיים בהדיא דעבד הכי משום חוצפא יתירא דאית ביה משמע דלא הוי שוטה ופתי כלל:

ומצאתי אח"כ בספר תורת גיטין שכתב ג"כ שמהש"ס דב"ב איכא ראיה נגד המהרי"ט דמדהוצרך לסיים והאי דעביד הכי חוצפא יתירא דאית ביה ש"מ דאי הוי באמת פתי לא מהני מה דהסבירו ליה מיהו נ"ל דדברי מהרי"ט נכונים הם דהא דהוצרך לסיים דהאי דעביד הכי משום חוצפא יתירא משום דאל"ה לא היה אפשר לקיים המקח במה שהודו הקרובים דמסברי ליה וסבר דכיון דהוא פתי אימא דהמקח הזה עשה שלא בהשכל ולא הסבירו לו עניני המקח כלל. ואע"ג דבעינן לומר חזקה אין העדים חותמין אא"כ נעשה בגדול ומסתמא ראו העדים שהבין הכל ז"א דמיירי שמכר בינו לבין עצמו בלי שטר והקרובים הודו בדבר רק שרצו לבטל מכירתו מחמת שהוא שוטה ולהכי כיון דראה דמסברי ליה וסבר ורצה לקיים המקח הוכרח לומר דלא הוי שוטה כלל. והקשייתא עשה משום חוצפא יתירא דאי הוי פתי א"כ אין מכירתו מכירה דילמא לא ידע ענין

המכירה כיון דלא הוי עדים שנאמר חזקה אין העדים חותמין אא"כ נעשה בגדול אבל במידי שאנו יודעין שעשה הפתי בהשכל דבריו קיימין:

ג

ועוד נ"ל דאין ראיה מהא דמסיים והאי דעביד הכי משום חוצפא יתירא דבפתי לא מהני הסבר:

דלעולם בפתי מהני הסבר אף שאינו מבין הדברים כשאר ב"א רק במה שהסבירו לו ומסבר הרי הוא כפקח מיהו דוקא אם בזה לא הי' שטות אבל כשמכר דרך שטות כגון שוה מנה בדינר וכדומה אף שהסבירו לו היטב עניני המכירה וידע שמכר הקרקע והרי הוא יוצאת מרשותו מ"מ כיון שאלו הי' פקח גמור לא הי' מוכר כלל לא מהני מכירתו ואף דבפקח גמור אם מוכר שוה מנה בדינר היכא דליכא דין אונאה כמו בקרקע או אם אמר יודע אני שיש בו אונאה מכירתו קיימת היינו משום כיון דפקח הוא ידע ומחיל אבל בפתי אמרינן שעשה זה מחמת פתיותו ודוקא היכא דליכא פתיות בעצם המעשה בזה כתב המהרי"ט דכשאנו באין לקיים עמו דבר ורואין בו שהבין הדברים מעשיו קיימין אבל כשעשה דרך פתיות מאי מהני הא דהסבירו לו עניני מכר ולהכי התם דהקרובים שמיחו במכירתו מסתמא הראו לו שהמכירה לא טובה היא לפניו ורצה רבא לבטל המכירה מחמת שטותו ולהכי אף כשראה שמסברי לי' וסבר לא הי' באפשר לקיים המקח מחמת שמסתמא הסבירו לו העדים עניני המכירה כיון שעשה זה בפתיות ולא היה לטובתו ואלו הי' פקח לא הי' מוכר לא מהני מכירתו כלל. להכי הוצרך רבא לומר דכיון דמסברי לי' וסבר לא הוי פתי כלל והא דעבד הכי ושדי קשייתא חוצפא יתירא הוא דהוי בי' וכיון דהוי פקח גמור לא איכפת לן במה שהקרובים מראים שאין המכירה טובתו דידע ומחיל כמו כל פקח דעלמא ובזה מדוקדק לשון דמסברי לי' וסבר מידע ידע היינו שידע טיב המכירה שפיר וגמר ומתרצה אבל אי לאו דהוי פקח גמור לא הי' מועיל מאי דמסברי לי' וסבר כיון שיש בעצם מכירתו שטות:

ד

וכיון שביארנו שאין סתירה מהא דמסיים והאי דעביד הכי משום חוצפא יתירא דבפתי לא מהני מה דמסברי לי' וסבר נ"ל לחזק ראיית מהרי"ט דבפתי מהני מסברי לי' וסבר מהאי סוגיא דלכאורה קשה לשיטת התוס' שרצה לבטל המקח אף שהגיע לכלל שנותיו משום דחזא דאכל תמרי ושדי קשייתא בי רבא החזיקהו לשוטה הא כיון דאיכא למתלי בחוצפא יתירא לא תלינן בשוטה כדאמרינן (בפר"ק דחגיגה) גבי מקרע כסותו ולן בבית הקברות ומאבד מה שנותנים לו אימר גנדריפוס אחדי' ואין לאמר דרבא סובר כר' יוחנן

דאמר אפילו באחת מהן מקרי שוטה ולא תלינן בגנדריפוס וכדומה דא"כ לבסוף ששמע אומר מג"א בזוזא שהוא דבר חכמה אמאי קיים המקח הא בשוטה לא מהני מה שהוא חכם בכל הדברים הואיל ונשתבש בדבר אחד א"ו דרבא סובר כר"ה או דאפילו לר' יוחנן דלא תלינן בגנדריפוס היינו בסתם אדם שלא ראינוהו חכם בשאר דברים ויודעין שעשה דבר א' מהג' דברים מחזקינן לי' בשוטה ולא תלינן בגנדריפוס אבל במי שאנו מכירין אותו שהוא פקח בשאר דברים תלינן במידי דאיכא למיתלי ולא מחזקינן לי' בשוטה ולהכי מעיקרא החזיקו בשוטה ולבסוף כיון שראהו חכם תלה השלכת קשייתא בחוצפא יתירא דבמי שאנו רואין אותו פקח תולין במידי דאיכא למתלי וא"כ דכל עיקר הדבר שתלה רבא בקשייתא הוא משום שראה אותו פקח במאמר מג"א בזוזא והרי הלקוחות הסבירו לו לומר כן וע"ז אמר רבא דאף שהלקוחות גמרוהו לומר כן נמי מקרי פקח דמסברי לי' וסבר מקרי חכם הרי חזינן דמי שמבין הדברים ע"י הסבר נמי פקח מקרי דאי נימא דפתי שאינו מבין הדברים עד שמסבירין לו לא מקרי חכם א"כ אין כח במאמרו להחזיקו לחכם ולתלות הקשייתא בחוצפא יתירא:

והמהרי"ט שהביא ראיה מהאי סוגיא לא ממאי שקיים רבא המכירה ראייתו דמזה אין ראיה דהא החזיקו לפקח גמור רק עיקר הענין דפתי בכל הדברים ויודע דבר א' כתב מהרי"ט מסברא דנפשי' דפתי אינו דומה לשוטה דשוטה דעביד מעשה שטות הוא שוטה לכל דבריו ופתי במה שיודע מקחו מקח רק דהביא ראיה דאם מה שהפתי יודע אינו יודע מעצמו רק עד שמסברו לי' וסבר נמי מקרי יודע דהא מאמר מג"א בזוזא אמר ע"י הסבר דלקוחות ואפ"ה דן מזה שהוא פקח ומחמת זה תלה מעשה דקשייתא בחוצפא יתירא וראיית מהרי"ט נכונה ולפ"ז גם למהרי"ט הא דביטל המכר מעיקרא הוא לא משום דחשבו לפתי שכתב הרמז"ל אלא שחשבו לשוטה וכשיטת הר"מ דבכל מילי דשטותא אתחזק לשוטה רק כיון שראהו חכם בכל הדברים תלה הקשייתא בחוצפא והחזיקו לפקח] ומה שלא ביטל רבא המקח משום חשש פתי שמא לא הבין ענינא דמכירה הוא משום דאולי היו שם עדים ומסתמא הסבירו לו המקח ועוד דריעותא זה לא ראה בו רק שראהו שדי קשייתא שהוא ממיני שוטה וכיון דתלה הקשייתא בחוצפא יתירא קיים המקח:

ה

ומהא דתנן בגיטין (בפ' מי שאחזו) גבי נשתתק דבודקין אותו ג"פ אם אמר על הן הן ועל לאו לאו כותבין גט לאשתו אע"ג דגם אם אמר על הן הן ועל לאו לאו אכתי לא יצא מכלל פתי שאינו מבין דברים הסותרים דפשיטא דגם פתי מבין דברים של חמה

בימות החמה אלא שאינו מבין דברים הסותרים זא"ז בהויות העולם הצריכין לב להבין שהרי הוצרך הר"מ לפוסלו לעדות ש"מ שיכול לספר ולהגיד גם מעשה שראה בעיניו א"כ פשיטא שיודע הן ולאו רק שאינו מבין דברים הסותרים וצריכים לב וא"כ מדלא חיישינן שמא מחמת חליו אין לו דעת להבין דברים הסותרים זא"ז וחשוב כשוטה ש"מ דפתי לא מקרי כשוטה, אין זה ראיה דאפשר דקים להו לרבנן דנשתתק אם ידע להבין הן ולאו הוא בדעת שלימה ומבין נמי דברים הסותרים זא"ז כמו שהי' קודם שנשתתק וכן דייק לשון הרמב"ם ז"ל (בפ"ב מה"ג) שכתב מי שנשתתק והרי דעתו נכונה בודקין אותו וצריך לבודקו יפה יפה שמא נטרפה דעתו ע"ש ולהכי הקדים וכתב והרי דעתו נכונה דהיינו שאין שום חשש עליו רק שמא נטרפה דעתו אבל אם בודקין אותו ויודע להשיב הן ולאו הרי לא נטרפה דעתו והיא נכונה שחולי השיתוק אינו מאבד הדעת ממנו דנכונה ומיושבת תרי מילי נינהו כמש"כ הכ"מ שם. וגבי קורדייקוס שאינה נכונה כלל כמש"כ הר"מ בפהמ"ש שחולי הקורדייקוס הוא במוח להכי לא מהני בדיקה שאין דעתו נכונה כלל כמש"כ הר"ן בר"פ מי שאחזו ואפי' אם אמר על הן הן ועל לאו לאו שדעתו אינה דעת משא"כ נשתתק הוא חולי אחר בגופו אבל דעתו נכונה רק שלפעמים מחמת חוליו דעתו מתבלבלת ומטורפת ואין לנו אלא לבודקו אם לא נטרפה דעתו מחמת החולי וא"י בין הן ללאו וכשיובדק ויודע שוב אין לנו לחוש עליו שמא הוא פתי מלהבין דברים הסותרים זא"ז שהרי דעתו נכונה וגם לא נטרפה אבל לעולם פתי גמור לא הוי בר דעת אף שיודע הן ולאו מ"מ דמי לשוטה ולאחזו קורדייקוס דלא מהני בהו בדיקה דדעתייהו לאו דיעה הוא:

ו

ויש לעיין במ"ש ריי"ר הביאו הרב"י (בסי' קכ"א) דמי שדעתו צלולה ומבין ומשיג הדברים על בורין אע"ג שדלה וקלושה קדושיו קדושין גמורין מיהו אפשר לומר דאין ראי' מכאן דפתי כפקח דהתם מיירי במבין כל הדברים שמבינים שאר ע"ה כמש"כ הר"מ אלא שדעתו קלושה ודלה אבל מי שאינו מבין הדברים שמבינים שאר ע"ה אינו בגדר דעתו קלושה אלא בגדר פתי ואימא דהרי הוא כשוטה וע"כ אנו צריכין לומר כן דדעתו קלושה שכתב הריי"ר מיירי דמבין כל הדברים אלא שקלושה דהא הריי"ר יליף מחרש לר' אלעזר דאמר (בפ' חרש) דאי דעתי' צילותא הוי דעתא אע"ג דדעתי' קלישתא והחרש לר"א מבין כל הדברים כדרך שמבינים שאר ב"א כמו שיבואר לקמן בעזהי"ת וכ"כ הר"מ (בפ"ג מה"ג הי"ז) שהחרש דעתו נכונה ומיושבת ומזה יליף הריי"ר דע"כ לא פליגי רבנן עלי' דר"א אלא משום דסברי דחרש לא מיקרי דעתי' צילותא אבל מי שיש לו דעתא צילותא

אלא דקלישה מקרי בר דעה והיינו במבין כל הדברים אבל מי שאינו מבין כל הדברים זה מיקרי פתי ודמי לשוטה ואף שרש"י ז"ל פי' שם (דף קי"ג) קלישתא כלומר דעתו מועטת ואינו מחודד להבין כשאר בני אדם ומיהו מספקא לי' אותה קצת דעת שיש לו אם צלולה היא ובמה שהוא נותן דעתו ועושה דבר ודאי כוונתו כוונה משמע שאינו מבין כל הדברים לאו ראי' היא חדא דאפשר לומר דמבין כל הדברים אלא שאינו מחודד להבין כשאר ב"א עד שנותן דעתו היטב לזה אבל כשנותן דעתו להבין מבין כשאר ב"א ולא דמי לפתי שיש דברים שאינו מבין כלל ואפי' אם נימא דכוונת רש"י ז"ל שאינו מבין כל הדברים אפשר דמיירי דמ"מ דברים הסותרין זא"ז מבין שפיר:

ועוד דאם באנו ללמוד מהך סוגיא נ"ל ללמוד להיפוך דכיון דמסיק דחרש דעתי' קלישאה ומספקא לי' אי צילותא א"כ לרבנן ודאי דלאו צילותא ובהך לישנא דעתים חלים עתים שוטה לכ"ע דעתי' קלישתא ולאו צילותא א"כ הרי חזינן דמי שיש לו דעתא קלישתא שאינו מבין כל הדברים כשאר אדם לאו דעתי' צילותא היא דמסתמא כיון שאינו מבין כל הדברים חשבינן גם מה שהוא מבין ללא דעתא צילותא דהא האי דעתי' צילותא ולאו דעתי' צילותא דקאמר היינו שמספקא לי' אם ע"פ דין מיקרי דעת קלושה צילותא או לא מקרי צילותא א"כ כיון דלרבנן לא מקרי צילותא א"כ מוכח מסוגיא זו דלא כרבינו ירוחם אבל באמת שאין מסוגיא זו ראי' כלל לפתי שאינו מבין כל הדברים והרי"ר מיירי במבין כל הדברים אלא שדעתו קלושה ודלה ע"ז קאמר דדעת קלושה וצילותא מהני ויליף לה מהך סוגיא דאי הוי קלושה וצילותא מהני וע"כ לא קסברי רבנן גבי חרש דלא מקרי דעתא צילותא אלא משום דחרש אינו שומע ואינו מדבר אבל מי שמבין כל הדברים ושומע ומדבר אלא שדעתו קלושה לא חשבינן לי' ללאו צילותא. אבל פתי שאינו מבין כל הדברים כשאר בני אדם אפשר דמודה ר"י דדינו כשוטה:

אולם אחרי שלא ראינו חולק על המהרי"ט והפרישה בזה דפשיטא להו דפתי במידי דמסברי' לי' ה"ה כפקח. וכן הובא דברי המהרי"ט בס' ג"פ וגם התורת גיטין כתב אף שבראייתו יש לדקדק מ"מ מי יבא אחרי דבריו א"כ האיש הזה קדושיו קדושין דאנו רואין שיכול ליקח דבר המורגל בו מן השוק והפתי יש לו דין פקח במה שמסברו ליה וסבר. רק צריכין אנו לברר היטב הדברים שצריך המקדש או המגרש לידע ובלתי זה לא הוי קדושין ולא הוי גרושין ונראה אם הפתי הזה יכולים להסביר לו דברים אלו ואז נוכל לדין על קדושין ועל גרושין דידי' ונשפוט מישרים בזה בעזהי"ת אם יכול לגרש אשתו:

ז

ואין לדין זה ענין עם משנתינו בפ' חרש (דף קי"ב) דחרש שנשא פקחת כשם שכונס ברמיזה כך מוציא ברמיזה ופירש"י ז"ל כקדושין כך גרושין ונאמר גם כאן כשם שכונס כך מוציא דז"א דהחרש אין לו קדושין מדאורייתא ואפי' ידע הכל כפקח גמור נמי לאו כלום הוא וכמש"כ הרמז"ל (בפ"ג מה"ג) שדעת החרש נכונה ומיושבת ועיין בתשובת צ"צ (סימן ע"ז) דהחרש יכול להבין הכל כפקח גמור ואפ"ה אין לו קדושין דלא מסרה תורה כח קנינים להאי דעתא שאינו שומע ואינו מדבר והכי קים להו לרבנן דמי שאינו שומע ואינו מדבר אף שמבין כל הדברים עכ"ז לא דעתי' צילותא (ועיין רש"י בחגיגה דף ג') וע"ז אמרינן כשם שכונס ברמיזה כך מוציא ברמיזה ותרווייהו דרבנן דמדאורייתא אין ממש לא בקדושין ולא בגיטין ואף אם נמצא ידיעות ובינה יתירה שצריך לידע בגיטין יותר מקדושין מ"מ לא חיישינן שמא ידע ענין קדושין ולא ידע ענין גרושין דלא איכפת לן בזה כיון דמ"מ קדושיו דרבנן הכי תקנו שיתבטלו קדושיו ע"י גט ועוד דהא יש בו דעת לידע הכל ואף אם לא ידע איזה פרט מעיקרו נמי לא איכפת לן כיון דקדושיו דרבנן אבל הפתי שדינו דבמאי דמסברי לי' וסבר יש לו דעת כפקח גמור מה"ת אם המצא תמצא דבר א' שבקדושין א"צ לידע ובגט צריך לידע והוא אינו בכחו להבין דבר זה הרי קדושיו קדושין מה"ת וגיטו לא מהני לבטל קדושין דאורייתא דידי'. וא"כ אנו צריכין לברר דבר המעכב בידיעת הבעל בקדושין ודבר המעכב בידיעת הבעל בגירושין ונראה אז אם בכחו להבין הדברים:

ח

הנה הא לא איבעיא לן דכל מגרש את אשתו צריך שיהא בו דעת להבין שהגט זה שנותן לה הוא הגורם הגרושין והוא המפריד בינו לבינה אבל אם אין יכולין להסביר לו דבר זה רק שהסבירו לו שיגרש את אשתו שלא תהי' אשתו עוד ויודע שהאיש שרוצה שלא תהי' עוד אשתו נותן לה גט וכשדרים יחד אינו נותן לה גט רק שכשנפרדים אז נותן לה גט ואינו יכול להבין שהגט הוא המתיר אותה לעלמא ואין הבחנה בלבו אם הגט ניתן לה להתירה לעלמא או שהוא מנהג ורגילות ליתן גט כשאינו רוצה שתהי' עוד אשתו גט כזה לאו כלום הוא אלא צריך להבין שהגט הוא להתירה ושע"י הגט לא תהא עוד אשתו דהא אמרינן בגיטין (דף פ"ה) בפלוגתא דר"י ורבנן דר"י סובר צריך לכתוב ודן די יהוי ליכי מינאי ומפרש טעמא דידי' דסובר ידים שאין מוכיחות לא הויין ידים ואי לא כתב ודן אמרי בדבורא מגרש לה וגיטא לראי' בעלמא יהיב לה. ורבנן סברי ידים שאין מוכיחות הויין ידים ובלא ודן מוכחא מילתא דבהאי גיטא מגרש לה וכתב רש"י והר"ן דבלא ודן מוכחא מילתא דבהאי גיטא מגרש לה כיון שכתב גט ויהיב לה גלי

דעתי' דבהאי גיטא גירשה, הרי שאין פלוגתתם רק אם צריך לכתוב בגט דבהאי גיטא מגרש לה ומשום ידים שא"מ, אבל לכ"ע צריך לגרשה בהאי גיטא ולא בדיבורא והיינו שצריך הבעל לידע דבהאי גיטא מגרש לה א"כ מי שאין לו דעת להבין שהגט הוא הגורם הכריתות והוא הוא המתיר ונותן גט ממה שלמדוהו ליתן גט אף שהסבירו לו שיתרצה בלב שלם שלא תהא עוד אשתו לא מהני:

ט

ואין לומר דלעולם לא בעינן שידע הבעל דבר זה דבהאי גיטא מגרש לה ומה דאמר אליבא דרבנן מוכחא מילתא דבהאי גיטא מגרש לה הוא כלפי שאמר ר"י שצריך הדבר להכתב בגט שהוא הוא הספר כריתות ע"ז השיבו לו רבנן דא"צ הדבר להכתב בגט אלא דממילא מוכח מילתא דבהאי גיטא מגרש לה והיינו שמוכח מאליו שעל ידי פעולת הגט נגמר רצון הבעל לגרשה אבל הבעל א"צ להבין שדוקא הגט הזה הוא הכורת ביניהם ורק דבעינן שיהא מוכח בגט שהוא הכורת ביניהם אבל בידיעת הבעל לא איכפת לן, דז"א חדא דלשון רש"י והר"נ שכתבו מדכתב גיטא ויהיב לה גלי דעתי' דבהאי גיטא מגרש לה משמע בהדיא דעל הבעל קאי דהוא גלי דעתו שכן כוונתו וכן לשון הש"ס דאי לא אמרי בדיבורא מגרש לה משמע דאבעל קאי וכן מלשון רש"י בדברי רבנן מדכתב גיטא ויהיב לה מוכח דבהאי גיטא מגרש לה, דהיינו שהקורא הגט שהוא לשון הבעל והוא כתב הגט ונתן בידה מבין מאליו שלגרשה נתן לה הגט מכל זה מבואר דקאי אבעל ועוד דאי אמרי' דהוצרכו לכתוב בגט ודן לברר הטעות שבעצם מהות הגט שלא יאמרו הגט אינו כריתות רק לראי' בעלמא א"כ עדיפא הול"ל דאי לא כתב ודן בגט אמרי בגט אחר גרשה והאי גיטא לראי' בעלמא הוא ולא מוכח מתוך הגט שהוא הי' הכורת ול"ל למימר אמרי בדיבורא גרשה, א"ו מדלא אמר הכי ש"מ דלאו משום שיטעו בכח הגט בעינן למכתב ודן רק דחיישינן שיטעו בעצם הגירושין שהי' באופן שאינו מועיל לגרשה דהיינו שיאמרו בדיבורא דהרי את מותרת לכל אדם גרשה וגט לראי' בעלמא יהיב לה שבזה מאן דחזי גיטא בידה וסבר שנתגרשה בדיבור יאמר שעדיין אינה מגורשת כלל להכי פסול הגט עד שיכתוב ודן בכדי שכל מי שיראה הגט בידה וכתוב. בו ודן ידע שנתגרשה בגט כדין וכדת. א"כ הרי מוכח דלהכי פסול בלא כתוב בו ודן משום שיטעו בנתינה שיאמרו שהי' לראי' ובזה פסול ולא איכפת לן בטעותא דעצם הגט רק בטעותא שלא ידעו שהיא מגורשת שיאמרו שהבעל גירשה בדיבורא:

וכן הריטב"א בפ"ק דקדושין כתב דגבי גט אצ"ל ודן ומינאי בע"פ והוכיח זאת מהש"ס דמשני דאמר לי ולא משני נמי דאמר ודן ומנאי א"ו דכיון דכתוב בגט ודן שוב אצ"ל

בע"פ וכן כתב הפנ"י שם, ואם נימא דא"צ הבעל לידע שגט זה הוא המתיר ואף אם לא ידע הבעל דבהאי גיטא מגרש לה מהני, א"כ למימרא בעיא דאצ"ל ודן בע"פ א"ו דבאמת צריך לידע זה ולהכי הוצרכו לומר דאע"ג דצריך לידע עכ"ז לומר בפיו א"צ וכמש"כ הפנ"י כיון דכתוב בגט סגי גם אין לומר דכוונת הש"ס הוא דמאן דחזי גיטא בידה אחר הנתינה יאמר שבדיבורא גירשה וגיטא לראי' בעלמא יהיב לה היינו בפעם אחר יהיב לה הגט לראי' לא בעת הגירושין כלל ואז ודאי אינה מגורשת אבל אם בשעת גירושין נתן לה גט והי' סבור שאין הגט ניתן אלא לראי' בעלמא והגירושין נגמר בדיבורא בעלמא ש"ד דז"א דלעולם לא בעינן ידים מוכיחות משום טעותא דאח"כ רק משום הבירור דבשעת נתינת הגט דבנתינת הגט אין מוכח לר"י דבהאי גיטא מגרש לה דמצינן למימר בדיבורא מגרש לה וגיטא לראי' ואינה מגורשת כלל וכן בקדושין דבעינן ידים מוכיחות הוא הכל משום הוכחה דבשעת הקדושין דהא בקידושין לא שייך הוכחא דאח"כ דאפי' בקדושי שטר איכא כמה מרבוותא דלא בעינן שמו ושמה כלל וכיון דליכא שמו ושמה בלא"ה ליכא הוכחא אחר הנתינה אלא דכל עיקר דידים מוכיחות הוא הכל על עת הנתינה שאנו רואין שנותן לה הגט ומגרשה בו, ועכ"ז בעינן הוכחה דבהאי גיטא מגרשה הבעל. וגם אין לומר דלעולם מי שאין לו לב להבין דבהאי גיטא מגרש לה נמי מהני כיון דרוצה לגרשה ולשלחה ויהיב לה גיטא הגט מעצמו מגרשה והתם דבעינן ידים מוכיחות הוא משום דלא נימא דדעת הבעל לגרשה בדיבורא בעלמא והיכא דדעתו לגרשה בדיבורא אז אין הגט מגרשה אבל בסתמא הגט מגרשה דלא בעינן דעתי' בשעת נתינה לכריתות דא"כ הול"ל מוכחא מילתא דלאו בדיבורא מגרש לה דבזה סגי ומדאמר הש"ס דבהאי גיטא מגרש לה ש"מ דבעינן דעתי' דבהאי גיטא מגרשה:

י

ועוד דהא הסופר ודאי דצריך לכתוב לשם כריתות וכדאמרינן בר"פ כל הגט (ד' כ"ד) למעוטי האיך קמא דלא עביד לשם כריתות וכן בזבחים (דף ב') ודילמא שאני התם דלא איכתב לשם כריתות כלל עיי"ש ואם אין הבעל יודע מזה שהגט הוא הכורת ולא יתנו לשם כריתות מאי מהני כתיבת הסופר אטו בדידי' תליא מילתא וא"ל כיון שהבעל מצוה לכתוב גט לגרשה ולשלחה ממנו סגי אף באינו יודע שהגט הוא המתירה כיון דהסופר כתב לשם כריתות דז"א דלהטעם שכתב הרמב"ם דהא דבעינן שיאמר לסופר לכתוב משום דבלא"ה לא מקרי לשמה וטעמא משום דלא מתפסא מחשבת הסופר שכתב לשמה כ"ז שלא שמע מפי הבעל שיכתוב א"כ ה"ה והוא הטעם אם אין הבעל רוצה לגרשה בגט זה נמי לא מתפסא מחשבת לשם כריתות שחושב הסופר ואם אמר

לו לכתוב גט כדי לגרשה בו אזי יכול הסופר לכתוב שפיר לשם כריתות, אבל אם אין הבעל יודע מזה איך יכתוב הסופר וכן לדעת הראשונים ז"ל דבעינן שליחות בכתיבת הגט דוכתב לה אבעל קאי א"כ הבעל צריך לכתוב הגט לשמה ולשם ספר כריתות וכשהבעל עושה את הסופר שליח לכתוב נעשה שלוחו בין על מעשה הכתיבה ובין על מחשבת לשמה ולשם כריתות על הכל נעשה שליח כמבואר בחידושי הרשב"א (בפ"ק דחולין בשם רבינו) בהדיא דהכתיבה והכונה הכל בשליחות הבעל כמש"נ אי"ה לקמן וכשאמרו שהסופר צריך לכתוב לשם כריתות ממילא גם הבעל צריך לידע זה:

והגע בעצמך אלו אמר הבעל להסופר כתוב אנא פב"פ ומפי הבעל יקרא כל הגט והסופר כותב ולא אמר לו כתוב גט לאשתי מי מהני פשיטא דלא מהני אף דכתב בשליחות הבעל דהא קרא לפניו כל תיבה ותיבה והסופר ידע בעצמו שצריך לכתוב לשמה וכתב לשמה מ"מ לא מהני דנהי דחל שליחות על מעשה הכתיבה מ"מ לא חל שליחות על מחשבת לשמה ולהכי בעינן שיאמר לו כתוב גט לאשתי דאז נעשה שליח לכתוב גט המועיל לגרשה ואף דלכאורה אם אמר לו כתוב גט לאשתי ולא אמר לו שיכתוב לשמו ולשמה ולשם כריתות נמי מהני היינו משום דכיון שהסופר יודע שהגט שלגרשה צריך לשמה ולשם כריתות מהני דכיון שמצוה לכתוב לה הגט לגרשה והסופר בעצמו יודע שהגט לגרש צריך שיכתוב אותו לשמה ולשם כריתות כשהוא כותב לשמה ולשם כריתות חל על הכל שליחות הבעל כמו בתרומה דפשיטא דא"צ לאמר להשליח שיתרום בכוונה רק שיאמר לו לתרום והשליח יודע דתרומה בעי כוונה ועושה הכל בשליחות הבעלים וה"נ בגט כן וכ"ז אם ידע הבעל מענין זה שהגט הוא הכורת וצוה לכתוב, אבל אם הבעל הי' סבור שהגט רק לראי' או למנהג ולא ידע שהוא להתירה, א"כ אם א"ל כתוב גט הרי לא עשה שליח לכתוב גט לגרשה ולהתירה כיון שהוא בעצמו לא הי' לו לב להבין את זה ופשיטא הוא דלא מהני מה שכתב הסופר לשם כריתות מפני שכוונתו לא הי' בשליחות הבעל:

יא

ואין להקשות דא"כ דבעינן שיצוה הבעל לכתוב הגט שיהא הוא המתיר א"כ לר"י דקיי"ל כוותי' דידים שא"מ לא הוויין ידים ליבעי שיאמר הבעל לסופר ג"כ כתוב גט לאשתי לגרשה בגט זה שידע הסופר דבגט בעי לגרשה ולא בדיבורא ואנן לא בעינן מדינא אלא שיאמר כתוב גט לאשתי כדתנן גבי יוצא בקולר וגבי מושלך בבור ובכמה דוכתי הא לאו מילתא היא דאטו ר"י דסובר ידים שא"מ לא הוויין ידים ובעינן ודן דאי לאו ודן אמרי בדיבורא מגרש לה אטו באמת חייש דילמא כוונת הבעל לגרשה בדיבורא ושטרא לראי'

בעלמא הא ודאי ליתא דא"כ יהי' מועיל מאי דיאמר בע"פ ודן להודיע שכוונת הבעל כן, ובאמת בע"פ לא מהני כמש"כ הריטב"א בפ"ק דקדושין אלא דבעינן שיאמר הדבר בספר משום דבאמת גם ר"י מודה דעל עצם המעשה בלא ודן מוכחא מילתא דבהאי גיטא מגרש לה מדכתב גיטא ויהיב לה כדקאמרי רבנן אלא משום דסובר בכל התורה כולה ידים שא"מ לא הוויין ידים ולהכי לא סמכינן אמאי דמוכחא מילתא ממילא אלא בעינן שיפורש הדבר ע"י ידים וכן בנדרים ונזירות דלא נתנה נזירות אלא להפלאה ובעינן שיפורש הדבר מפיו ובזה בעינן ידים מוכיחות וכן גבי גט לענין מה שכתוב בגט כיון דבעי עדי מסירה או עדי חתימה בעינן שיפורש הדבר בגט שהוא הכורת ובהאי גיטא מגרשה וכן בקדושין בעינן לי משום דבעינן עדים שיראו כל עניני הקדושין ולהכי לא סמכינן אמאי דמוכחא מילתא ממילא ובעינן ידים מוכיחות [וכ"כ הפנ"י בפ"ק דקדושין דה"ט דגיטין וקדושין משום דדמיא לנזירות בהפלאה] ובהא פליגי דלרבנן אם נתפרש הדבר בידים שא"מ נמי מהני ולר"י בעינן ידים מוכיחות שהוא הספר כריתות משא"כ לענין אמירה לסופר דלא בעינן עדים מדינא כמש"כ הרמ"א והח"מ (בסימן ק"כ) ומהני אמירה לסופר בינו לבין עצמו בזה ודאי דמהני ידים שאי"מ וכיון דאמר לסופר כתוב גט לאשתי ממילא מוכח דבהאי גיטא מגרשה מדמצוה לכתוב גט למיתב לה כדקאמרי רבנן וידים שאי"מ נמי מהני בזה וש"ד להכי לא בעינן שיאמר כתוב גט זה לאשתי לגרשה בגט זה דממילא מוכח דבגט זה קאמר כמש"כ רש"י בגיטין (דף ס"ד) גבי כתבו גט לאשתי ולשון ב"א הוא וכבר הוחזקו לקרות ספר כריתות אשה גט:

אבל ודאי דבעינן שיעשהו שליח לכתוב גט לגרשה בו אבל אה"נ דבעינן שהבעל המצוה להסופר ידע שבהאי גיטא מגרש לה ואם אין לו לב להבין דבר זה לא מהני מה שמצוה לכתוב:

יב

מיהו לכאורה יש להביא ראי' דלא איכפת לן בשליחות הבעל לשם כריתות מדאמרינן בפרק המגרש (דף פ"ד) א"ר ספרא כתבו בתוכו תנן אבל ע"פ כשר אפי' לפני התורף וכתבו התוס' משום שלא כתבו אלא ע"מ כמו שיאמר הבעל בשעת נתינה וכיון שחזר בו הבעל בשעת נתינה כשר והרי התם צוה הבעל לכתוב בתנאי דחוץ ואפ"ה מכשרינן הגט משום דהסופר כתב בתנאי כמו שיאמר הבעל בשעת נתינה אע"ג דהבעל צוה לכתוב ע"מ לגרשה בחוץ וחוץ לא הוי כריתות ואפ"ה כשר ואף רבא דפליג התם וסובר דלפני התורף פסול הא כתבו שם משום דדעת הסופר לכתוב כמו שאומר הבעל עכשיו, אבל אי הוי דעת הסופר לכתוב ע"מ כמו שיאמר הבעל בשעת נתינה הוי כשר אף לרבא אף

דהבעל צוה לכתוב ע"מ שיגרשנה חוץ מפלוני וזה לא מיקרי כריתות ואפ"ה מהני משום דהסופר אזיל במחשבת הבעל דשעת נתינה אולם באמת א"א לומר כן דאפי' אם נימא דעל ענין כריתות שצריך הסופר לכתוב לא איכפת לן במחשבת הבעל ואפי' אי לא ידע הבעל בשעה שצוה להסופר לכתוב שהגט יהא הכריתות נמי ש"ד הואיל והסופר כתב לשם כריתות מ"מ היכא שהבעל אומר בהדיא שיכתוב ע"מ חוץ מפלוני הא גרע טפי דהא אומר בהדיא שיכתבו שלא לשם כריתות והרי לר"מ דסובר דאפילו מצאו באשפה נמי כשר מ"מ כתבו התוס' (דף ס"ו) ד"ה דהא דאף לר"מ באמרו לסופר לכתוב דפסול משום דמילי לא מימסרא לשליח דכיון דגלי דעתי' דרוצה שיכתוב בשליחותו וטעה שסבר דמהני בזה שליחות ובאמת מילי לא מימסרן לשליח הגט פסול דלא נתקיימה מחשבת הבעל שהוא הי' רוצה שיכתוב בשליחותו ואין כאן שליחות אע"ג דמדינא לא בעי שליחות דמצאו באשפה נמי כשר וכיון דחזינן דכל שנשתנה קצת מדעת הבעל בענין כתיבת הסופר פסול וא"כ איך נימא בזה לרב ספרא דאם הסופר הי' כותב בכוונת חוץ מפלוני הי' פסול ואין הכשירו אלא משום שלא הלך אחר דברי הבעל דהבעל צוה לכתוב בתנאי דחוץ והוא כתב ע"ד שיהא כמו שיאמר בשעת נתינה לא כמו שאמר בשעת צווי הכתיבה אין לך שינוי מדברי הבעל גדול מזה:

וע"כ דטעמא דרב ספרא הוא כמש"כ הרמב"ן שם בהך סוגיא גופא בשם הירושלמי בהא דא"ר יודן הד"ד כשביטל תנאו דכיון שאמר התנאי בע"פ ולא כתבו בגט וגם אח"כ בשעת נתינה לא התנה ידעינן דלאו דעתי' בתנאה ומשעה הראשונה על דעת כריתות גמר וכתב ואף שהירושלמי פוסל תנאין בכתיבה משום ברירה מ"מ בזה לא פסל דלא מקרי ברירה דהוא הי' כוונתו בשעת צווי לכריתות ואנן הוא דעומדין על דעתו בשעת הנתינה שיתן בלא תנאי ומתברר לן שנתן לכריתות אבל לעצמו אין ספק ודו"ק עיי"ש בדברי הרמב"ן בביאור הירושלמי ולפ"ז א"ש לרב ספרא כיון שהסופר אף ששמע מהבעל בשעת צווי הכתיבה תנאי דחוץ מ"מ הוא כותב ע"ד מה שיאמר הבעל בסוף כמש"כ התוס' ודברי התוס' צ"ע דהא זהו חשש ברירה דהסופר כותב ע"ד מה שיאמר הבעל] א"כ הרי כתב הסופר לכריתות דיודע דהבעל מצוה לכתוב לשם כריתות ומה שמחשב כעת ואומר שיהא בתנאי דחוץ אין קפידא אצלו ועיקר רצונו שיהא הכריתות כמו שיגמור בדעתו בעת הנתינה ואם בשעת הנתינה יעלה בדעתו שלא יהא תנאי לא יטיל תנאי ואין קפידא אצלו אם הסופר כותב סתם לשם כריתות בלי תנאי דמה איכפת לו בכתיבה אם רוצה דווקא בתנאי יתנה בשעת נתינה והתנאי שמטיל הבעל בשעת כתיבה אין בו קפידת תנאי ולשם כריתות הוא א"כ הרי הסופר כתב לכריתות וגם הבעל הי' דעתו לכריתות:

ולענ"ד נראה דעל כרחך צריך לומר כן דאי נימא כדעת התוס' דהבעל באמת רוצה שיכתוב הסופר על מנת שיתן בתנאי דחוץ והסופר כתב על מנת מה שיאמר הבעל בשעת נתינה אם כן קשה דהא בדאוריי' אין ברירה וזה ממש דמי לענין ברירה כיון דמבואר מדברי התוס' דאם גם הסופר הי' כותב ע"ד התנאי הי' פסול דלא כתבו לשם כריתות א"כ השתא נמי דאמרי' דכתב ע"מ שיאמר הבעל הא אתינן לחשש ברירה, א"ו דגם הבעל אינו גומר בלבו תנאי זה כמש"כ בשם הרמב"ן א"כ הסופר שתלה באמירת הבעל בשעת נתינה אינו תולה בענין דלהבא אלא בענין דלשעבר דדעת הבעל שבשעת נתינה כבר הי' בלבו בשעת אמירתו לסופר אלא שאצלינו הוא מתגלה בשעת נתינה שלא הי' דעתו ע"ת דחוץ וכבר ידוע דאין ענין ברירה אלא בדבר התלוי בענין דלהבא ולא בענין דלשעבר והא דבזבחים (ד' ב') בעי לאשכוחי סתמא דפסול והוי בעי לאכוחי ממתניתין דקיימא לן סופרין מקרין איש פלוני מגרש אשה פלונית, ומשני שאני התם דלא איכתב לשם כריתות כלל והדר מייתי ממשנה דהכותב טופסי גיטין ופירש"י דהתם איכתב לשם כריתות רק דפסול משום סתמא דמחשבת לשמה אלמא דלענין מחשבת כריתות מקרי לשם כריתות אף שלא ידע הבעל כלל מזה דהא התם טופס בעלמא כתב למי שיזדמן ומקרי לשם כריתות ולא פסול אלא משום שלא לשמה ז"א דאה"נ אי הוי אמרינן סתמא כשר הוי מקרי לשם כריתות דסתמא דהיינו מי שירצה יגרש את אשתו הוי לשמה ובמה שמחשב ענין הגירושין מקרי לשם כריתות אעפ"י שאינו יודע מי הוא הבעל דהא לענין קביעות המגרש סתמא כשר אבל השתא דסתמא פסול ובעי לחשוב מי הוא המגרש צריך שיהא מחשבת הכריתות ע"ז המגרש שיחשוב שהמגרש יגרשנה בגט זה דוקא וכמו שאם לא שמע מהבעל כלל שרוצה לגרש ומצוה לכתוב לא הוי לשמה אף אם כתבו לשמו, כן אם לא ידע הבעל שצריך לגרש בגט זה לא הוי לשם כריתות אף אם הסופר כתבו לשם כריתות דבעינן שהסופר יכתוב לשם המגרש שהמגרש יגרשנה בגט זה ויהא הכל ע"פ דעת המגרש:

יג

ואין לומר דאף שמבואר (בפרק כל הגט) וכן מדברי התוס' בפלוגתא דרב ספרא דהסופר צריך לכתוב לשם כריתות היינו שתצא ממנו ותהא מותרת לכל אדם אבל מ"מ א"צ לכתוב ע"מ שהגט הזה יהא הכורת ביניהן הא ליתא דמה מקום להסופר לכוין ולידע שהוא משלחה אם לא יכוין שבגט זה הוא משלחה ומה שייך על הסופר לומר שיכוין שתצא ממנו אם אין כוונה זו חלה על פעולת הסופר אטו הוא מגרש אותה שיכוין שתצא מבעלה, א"ו שצריך לכתוב לשם כריתות היינו שהספר הזה יהא כריתות ובעינן שיכוין

שהספר יגרשנה לכרות ביניהן עד שלא תהא עוד אגידא בי' וכן מצאתי להגאון בעל פנ"י בקו"א למס' גיטין ברפ"ק שכתב שם די"ל דמדאוריית' צריך לכתוב בפירוש לשמה דצריך לכוין לכתוב לשם כריתות שתהא האשה ניתרת בגט זה מדאמרי' (בפ' כל הגט) למעוטי האיך דלא כתב לשם כריתות כו' אלא ע"כ דאיצטריך נמי למיכתב לענין כתיבה דלא סגי שיכתוב לשמה אלא שיתכוין לשם כריתות עיי"ש הרי שכתב בהדיא שצריך לכתוב לשם כריתות היינו שתהא האשה ניתרת בגט זה ואף שהרמב"ם והמחבר (בסי' קל"א) לא הזכירו רק שצריך לכתוב לשם האיש והאשה ולא הזכירו לשם כריתות ה"ט דכיון שכתב לשם האיש נכלל בזה לשם כריתות דהא כותב לשם האיש לגרש את אשתו זו וכיון שעל גט הזה מחשב לשמן ע"כ היינו שבגט זה תתגרש כמש"כ הפ"י:

ומצאתי להרמב"ן ז"ל בחידושיו ליבמות (ד' ק"ד) שכתב בהא דפסלינן חליצת חרש לפי שאינן בואמר ואמרה ולא פסלינן משום דחרש לאו מבני כוונה הוא ותי' דכיון דחליצה לא בעי כוונה אלא להוציאה בחליצה זו היינו כוונה לאפוקי חלוץ לה ובכך אתה כונסה ובמקצת כונה כזו חרש בר כוונה הוא אבל שוטה אפי' מקצת כוונה אין לו והא דתנן הכל כשרין לכתוב את הגט אפי' חש"ו ומקשינן הא לאו בני דיעה נינהו ואר"ה והוא כשגדול עומד ע"ג, אלמא אפי' שוטה כותב לשמה י"ל דר"ה קסבר כתיבת לשמה כל דהו סגי כלומר א"צ שיתכוין להוציאה אלא שיכתוב אותו על מנת ליתן אותו לפלוני. מיהו מסקנא דהתם והוא ששייר מקום התורף דבעי כוונה אפי' חרש לא בר הכי הוא עיי"ש. הרי דלמסקנא כוונה גמורה בעינן היינו שיתכוין להוציאה דהיינו שיתכוין הסופר בכתיבת הגט כדי שהגט יוציאה מבעלה דכבר כתבנו דלא שייך לומר שהסופר יכוין שתצא מבעלה אם לא שתהא כוונתו שהגט יוציאה מבעלה ואף שיש כמה פוסקים שפסקו כר"ה דלא בעינן ששייר מקום התורף ולדברי הרמב"ן אלו הי' אפשר לומר דלהפוסקים כר"ה א"צ הסופר שיכוין רק ע"מ לתנה לפלוני ולא לשם כריתות מ"מ אין להקל מחמת זה חדא דרוב פוסקים פסקו כר"י א"ש כדאי' בב"י (סי' קכ"ו). ועוד דהרמב"ן ז"ל יחיד הוא בזה שפירש טעמא דר"ה משום דלא בעינן בכתיבת הגט כוונה גמורה אבל התוס' פירשו בגיטין (ד' כ"ב) דלהכי מהני כוונת חש"ו בעוע"ג משום דמוכחא על הכוונה כתיבת שמו ושמה וגם הרמב"ן שפי' משום דלא בעי כוונה גמורה מבואר מדבריו דלהמסקנא לא קיימא הכי והדברים מוכרחים כיון (דבר"פ כל הגט) משמע דצריך לכתוב לשם כריתות והיינו כוונה גמורה א"כ ממילא דלא קיי"ל כר"ה בזה דא"צ כוונה גמורה גם מדברי הירושלמי שהביאו התוס' בחולין (ד' י"ב) מוכח דהסופר בעי לכוין על ענין הגירושין ולא ליתנו לפלוני דהא הקשה גבי תרומה ויוכיח מעשה

שלו על מחשבה ומשני את שכתוב בו מחשבה אין מעשה מוכיח על מחשבתו והרי גט דתנינן הכל כשרים לכתוב את הגט וארי"ה והוא שגדול עע"ג אבל בלא עוע"ג לא מהני כתיבתו ומשני הכא הוא התורם הוא המחשב ברם הכא הוא כותב וחבירו מגרשה, היינו גבי תרומה שפיר מקשינן דיוכיח המעשה על מחשבתו ואי לאו טעמא דמעשה אינו מוכיח על המחשבה במקום שכתוב מחשבה הוי שייך לומר שפיר מעשה מוכיח על מחשבתו דידי' דהא צריך לחשב על מעשה עצמו משא"כ בגט דצריך הכותב לחשוב על מעשה הבעל היינו שיגרשנה הבעל בגט זה שהוא כותב ובזה אין מוכיח מעשה הסופר על מחשבתו בעשיית הבעל כנ"ל הרי בהדיא דבעינן שיכוין הסופר שיגרשנה הבעל בגט זה ולא ליתנו לפלוני ועיין בפ"י בקו"א. וכיון שנתבאר שהסופר צריך לכתוב לשם כריתות שגט זה יגרשה ממילא דהבעל צריך לצוות לכתוב לשם זה וא"כ ודאי דצריך להבין שגט זה יגרשה ויהא הכורת ביניהם:

וכ"כ הרמב"ם ז"ל (בפ"א מהלכות ג') י"ח תנאים בגט והתנאי הט' שיתנהו לה בתורת גירושין ושם (ה' ט') ומנין שאינו נותן לה אלא בתורת גירושין שנאמר ספר כריתות ונתן בידה שיתן אותו בתורת ספר כריתות ועיין בב"ש (סי' קל"ו) שכתב ג"כ דלהרמב"ם דסובר דבלא אמר כלום בשעת נתינת הגט מ"מ כשר מה"ת אתי קרא דספר כריתות ונתן בידה שיתנהו לה בתורת כריתות:

יד)

ולע"ד נרא' דהר"מ לא ס"ל כשיטת התוס' ובעה"מ והרמב"ן והרשב"א במתני' (ד' ע"ח) בא"ל כנסי שט"ח זה או שמצאתו מאחוריו קוראה והרי גיטה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטך ופירשו הם ז"ל משום דבעינן שתדע האשה שהוא מגרשה והקשו בעצמן מהא דאמרינן בהניזקין (ד' נ"ה) אמר לעדים ראו גט זה שאני נותן לה וחזר ואמר לה כנסי שט"ח זה ה"ז גט והוצרכו לתרץ דהתם שאני דעדים יאמרו לה שזהו גט וכל הטעם הוא משום דבעינן שיתבונן הדבר לעדים או לאשה שזה גט ומפקינן לה מקראי כמש"כ בספרי דכתיב ספר כריתות ושלחה מביתו דהיינו שיאמר לה הא גיטך וה"ט דמתניתין בכנסי שט"ח זה (ד' ע"ח) כמבואר כ"ז ברמב"ן ורשב"א אבל הרמב"ם ז"ל סובר דכיון דילפינן דלא בעינן דעתה בגט כמו דילפינן מחרשת שהשיאה אביה (שם דף נ"ה) א"כ לא איכפת לן כלל בידיעתה אם יודעת שהוא גט או לא והא דפסלינן בכנסי שטח"ז הוא הכל משום לתא דבעל דבעינן שיתן לה בתורת כריתות וכאן אומר בשעת נתינה שהוא שט"ח ואף שאולי בדעתו מחשב לתורת כריתות מ"מ בתר פומי' אזלינן אבל אם אמר לעדים מעיקרא ראו גט זה שאני נותן לה וחזר ואמר לה כנסי שט"ח מהני כיון

דנתן לה בתורת כריתות, ומה שא"ל כנסי שטח"ז הוא משום כיסופא ומה שהיא אינה יודעת שהוא גט לא איכפת לן דלא בעינן דעתה אבל בלא א"ל כלום הגט כשר מה"ת דלא איכפת לן בידיעתה ואף דבעינן שיתן בתורת כריתות מ"מ כיון שכל ענין הכריתות כתוב בגט והוא יהיב לה א"צ כלום דמסתמא לתורת כריתות יהיב לה כמש"כ הב"ש (בסי' קל"ה) שזה החילוק שבין גט לקדושין דבקדושין אם לא אמר כלום פסול ובגט להר"מ כשר משום דהכל כתוב בגט:

ואפשר לומר מה שלא פי' הר"מ ז"ל הטעם דכנסי שטח"ז מקרא דדריש בספרי ונתן בידה ושלחה מביתו עד שיאמר לה הא גיטך כמש"כ הבעה"מ והמלחמות והרשב"א, משום דסובר דההיא כר"י דסובר דעסוקין באו"ע לא מהני משום דבעינן ושלחה מביתו היינו שיאמר לה דברי שלוח בשעת נתינה להכי לא מהני כלל עסוקין באו"ע אבל אנן קיי"ל (בפר"ק דקדושין) כרבי יוסי דאמר דיו בעסוקין באו"ע ע"כ דלא דרשינן ונתן בידה ושלחה מביתו וטעמא דפסול בכנסי שטח"ז משום שלא נתן לה לתורת כריתות להכי באודעי לסהדי ש"ד עכ"פ הרי מבואר היטב משיטת הר"מ ז"ל דבעינן שיתן לה לתורת כריתות וכ"כ הסמ"ג בה"ג כלשון הר"מ דבעינן שיתן לה בתורת גירושין:

והא דאמרי' בגיטין (ד' פ"ד) גבי ב' ששלחו ב' גיטין ונתערבו זו בזו נותן שניהן לזו ושניהן לזו ואמר שם אימר דאר"א דבעי כתיבה לשמה נתינה לשמה מי בעי עיי"ש התם לשמה לא בעינן היינו שיהא פסול בנתערבו ואין העדים יודעין איזה גט מגרש לזו ואיזו לזו דפסול זה לא משכחת אלא אי בעינן לשמה בנתינה דהיינו שידעו את הגט שהאשה מתגרשת בו כמו גבי כתיבה, ע"ז אמר דלשמה לא בעינן בנתינה אבל ודאי דבעינן שידעו שע"י גט מתגרשת אף שאינו ניכר איזו גט:

טו

וכ"ז הוא רק בגיטין אבל בקדושין לא בעינן שיבין המקדש שהכסף קונה אותה ועושה אותה שלו דקדושי כסף ילפינן קיחה קיחה משדה עפרון ובקנין שדה ודאי דלא בעינן שידע האיך דהאי כספא קני לי' רק כיון שנתן הכסף ממילא קונה לו אף שהי' בדעתו שהכסף הוא לתשלומין להמוכר בכדי שיתרצה למכור לו והקנין הוא בדיבורא בעלמא במה שא"ל שתהא שלו והרי אפי' במציאה דבעי כוונה לקנותו כדאמרינן ביבמות (ד' נ"ב) דהעודר בנכסי הגר וסבור שהן שלו לא קנה מ"מ פסקו רוב הפוסקים וכ"ה בחוה"מ (סי' רס"ח) דאם נפל על המציאה במקום שד"א קונות לו קנה ולא אמרינן בד"א לא ניחא לי' דליקני בנפילה ניחא לי' דלקני ואפילו לדעת הפוסקים כהאי שנויא דמשום דגלי דעתי' דניחא לי' דליקני בנפילה לא קני בד"א הא כתב שם הרשב"א הטעם משום דקנין

ד"א הוא דרבנן ודמי לאומר א"א בתקנת חכמים ששומעין לו אבל בקנין דאורייתא לא אמרי' גלי דעתי' ומכש"כ בסתמא דלא ידע במאי קנה דקנה וכ"כ הרשב"א ז"ל בהדיא בגיטין (ד' ס"א) גבי אם לקט ונתן ביד הרי זה גזל גמור דקמ"ל אעפ"י שלא כיון לזכות ביד נמי מהני דלא דמי לעודר בנכסי הגר וסבור שהן שלו דלא קנה דלא נתכוין כלל להשיג דבר שאינו שלו לרשותו משא"כ זה שנתכוין לזכות אע"פ שלא כיון לקנות בהגבה זו קנה אלמא דלא בעינן שידע במאי קונה א"כ ה"ה בקנין כסף בשדה לא בעינן שיתכוין הלוקח לקנות בהאי כספא אלא כיון שנתן הכסף קם לו המקח אף שהי' סבור שהמעות הוא לתשלומין בעלמא ולא ידע שהמעות קונות לו וכ"כ רש"י ז"ל בהדיא בב"מ (ד' ע"ז) מכר לו שדה באלף זוז ונתן לו חמש מאות זוז קנה ומחזיר השאר אפילו לאחר כמה שנים ופירש"י שם שנתן לו הת"ק זוז בתורת תחילת פרעון קנה כל השדה עיי"ש והרב"י (בסי' ק"צ) הביא דברי רש"י אלו דבסתם נמי קנה אלמא דלא בעינן שיתכוין לקנות בכסף זה:

ואף הר"ן ז"ל כתב בהשוכר את האומנין וז"ל ודאמרי' במקום שאין כותבין השטר קונה בכסף לאו דוקא כשנתן כל הכסף אלא אפי' לא נתן אלא מקצת כסף סתם קנה והיינו דאמרי' בהשוכר מכר לו שדה באלף זוז כו' קנה ומחזיר את השאר עיי"ש הרי דבסתם נמי קנה ואף שכתב הר"ן (בפ"ק דקדושין) גבי הא דאמרי' במכר לא קנה עד שיתן דמים איכא מ"ד אם נתן מקצת כסף לא קנה אע"ג דכסף קונה ה"מ שנתן לו בתורת קנין דכיון דנתן לו מקצת דמים ולא עייל ונפיק אזוזא גלי דעתי' דניחא ליה דליקני בהכי אבל הכא דמים הללו לא לשם קנין נתנו לו שהרי בשטר הוא קונה אלא לשם פרעון נתנו לפיכך אע"פ שקבלם אין כאן הוכחה דניחא ליה שיקנה בהן ולפיכך י"ל דאפי' כנגד מעותיו לא קנה דכיון דבשטר הוא קונה א"א לו לקנות מקצת שדה שעל כולו נכתב ולא על רצונו וכיון שבטל השטר במקצתו בטל כולו עכ"ל הנה מבואר בדבריו דהא דקונה בכסף הוא משום דגלי דעתי' דלא בתורת פרעון נתנו אלא דניחא לי' דליקני בי' משמע דבסתמא לא קני אם לא נתן הכסף ע"מ לקנות בו מ"מ נ"ל דזהו דווקא לענין דליקנו במקצת כסף כל המקח אבל כנגד מעותיו קנה בסתם אף שלא נתן בתורת קנין בהדיא דלקנות כנגד המעות לא בעי כוונה דהמעות מאליו קונות לו:

ולבסוף דמסיים הר"ן ז"ל דאפי' כנגד מעותיו לא קנה משום דאין שטר למחצה אע"ג דכנגד מעותיו קנה אע"פ שנתן בתורת פרעון כמש"כ נ"ל דה"ק הר"ן ז"ל דאחר דבמקום שכותב את השטר אמרינן דניחא ליה לקנות בשטר לא קנה אף כנגד המעות משום דאין שטר למחצה ובקנין המעות נמי לא קנה כיון דגלי דעתיה דניחא ליה לקנות בשטר לא קנה בכסף כלל וסובר כשיטת הרשב"א ז"ל שהביא הש"מ דגלוי דעתא דלא ניחא

ליה דליקני בהאי קנינא מבטל הקנין ולהכי אזיל מכאן קנין הכסף לגמרי ועוד דלכ"ע כאן בגלוי דעתא בטל הקנין דהא במוכר נמי תליא מילתא וכיון דהמוכר נמי גלי דעתי' דבשטר מקנה ליה לא קנה הלוקח אף כנגד המעות בקנין כסף אבל מודה הר"ן לשיטת רש"י ז"ל בזה דכנגד המעות קונה אף בנתן לו בתורת פרעון שהכסף קונה מאליו:

ובב"מ (ד' מ"ז) דאמרי' שם ד"ת מעות קונות ופירש"י משום דכתיב ונתן הכסף וקם לו והיינו מדין פרעון כיון שנתן הכסף נכנס ההקדש לרשותו ומזה ילפינן קנין כסף במטלטלין לר"י והיינו דהכסף הוא תמור החפץ וכיון שנתן הכסף קם החפץ ברשותו וכ"כ הש"מ שם בשם כמה גדולים שהטעם לר"י משום דרוב דברים קונין בכסף א"כ מסברא הכסף קונה עיי"ש ולפ"ז פשיטא דא"צ ליתן בתורת קנין [ואני מסתפק לר"י דאמר ד"ת מעות קונה אי בעי שיתן כל דמי החפץ או מקצת נמי קונה ואכמ"ל] וה"נ בקנין שדה קונה אפי' נתן בתורת פרעון והלא איכא כמה מרבוותא בח"מ (סי' קפ"ג) דשליח שקנה במעותיו של משלח לעצמו קנה המשלח אע"ג דהשליח לא קנה בשביל המשלח מעותיו של המשלח קונות מעצמן דמוכר מקנה לבעל המעות וא"א דבעי כוונה לקנות במה קנה המשלח הא השליח כיון לעצמו, א"ו דהמעות מאליהן קונות דהשליח לא קנה אף אם משך לעצמו משום דבעל המקח דעתיה להקנות לבעל המעות להכי לא מהני משיכת השליח והמעות קנו מאליהן לבעל המעות:

ומעתה כיון שבקנין שדה לא בעינן כוונה לקנות בהאי כסף א"כ ה"ה בקדושין דילפינן משדה עפרון נמי קונה אף מי שא"י דבהאי כספא מקדש לה. ואף שכתבנו דבקנין שדה בנתן מקצת כסף שיקנה לו כל השדה בעינן שיתן בתורת קנין מ"מ היינו בשדה שיש לו ליתן עוד כסף אבל באשה שהתורה קצבה כסף קדושי' פרוטה הפרוטה הוא כל כסף דילה וא"צ לידע וליתן הכסף בתורת קדושין ע"מ שהאי כספא יקנה לה רק כיון שרצה לקדשה ונתן לה כסף קנה:

טז

והא דאמרי' בקדושין (ד' מ"ו) במקדש במלוה ופרוטה למ"ד דדעתה אפרוטה מקודשת ולמ"ד דדעתה אמלוה אינה מקודשת אע"ג דהיא מקבלת הפרוטה והיא רוצית להקנות עצמה לו התם שאני כיון דהיא אין רצונה להתקדש בפרוטה אין הפרוטה קונה דבדידה תליא מלתא ואף דרצונה להתקדש במלוה זה לא מהני דהתורה אמרה במלוה לא הוי קדושין ובפרוטה אין רצונה להקנות עצמה להכי אין מקודשת. מיהו בסנהדרין (ד' י"ט) גבי שאול ודוד פירש"י דעתי' לקדש במלוה והדין עמו דשם א"א לפרש משום דעת האשה שהיא אמלוה דהא שאול קבל הקדושין והוא ידע דין דמקדש במלוה א"מ ובודאי

היה דעתי' אפרוטה להכי פירש דעתיה דמקדש דהיינו ששאול הי' סובר דדעתי' דדוד הי' אמלוה וא"כ חזינן דאי המקדש הי' סבור לקדש במלוה אף שנתן גם פרוטה מ"מ אינה מקודשת משום דדעתיה היה לקדש במלוה א"כ מזה ראי' דגם גבי קדושין צריך המקדש לידע במאי מקדש לה דהא רש"י דייק התם דהקפידא הוא משום דעת המקדש אף שהיא הי' דעתה אפרוטה א"מ מיהו אין ראי' מזה כלל דאפשר דרש"י סובר כדעת הרשב"א בב"מ דגם גבי קנינין דאורייתא נמי אמרינן אם גלי דעתיה דלא ניחא לי' בהאי קנינא לא קנה וה"נ כיון דדעתי' דמקדש אמלוה לא קנה בפרוטה ועוד נ"ל דאין מכאן ראי' דגבי קדושין שאני דבעינן שלפי ראות עיני העדים יהא נתינה מעליא כדאיתא באה"ע (סי' ל"א) דבעינן שידעו העדים ששוה פרוטה וכ"כ הב"ש באה"ע (סי' מ"ב) שאם היו העדים אחורי הגדר פסולין וכיון דהעדים הוי סברי דדעת כולם הי' אמלוה אינה מקודשת אף שנתן פרוטה דמ"מ העדים הוי סברי דדעת שאול ג"כ אמלוה:

ויש להביא ראי' לזה מהא דאמרינן ביבמות (ד' נ"ב) בהא דאר"י מ"ט דרבי עשאו כעודר בנכסי הגר וסבור שהן שלו ואמר אביי מי דמי התם לא מכוין למקני הכא מכוין למקני הא לא דמי אלא לעודר בנכסי גר זה וסבור של גר אחר והנה האי מתכוין למקני ע"כ אין הכוונה שמכוין לקנותה בכסף קדושין אלו דהא לשם יבמות קדשה כמש"כ התוס' שם שהיה סבור שעדיין זקוקה לו וביבמה כסף לא מהני רק מדרבנן לפוסלה על שאר האחין ואף לפי' הרמב"ן שם בחדושיו שלא טעה בזה וידע שאחר חליצה שוב אינה זקוקה לו רק שהי' סבור שגם אחר חליצה בידו ליבמה ככל דיני יבום מ"מ הא לשם יבמות קדשה וסבור שיש בה עדיין כל דיני יבום וביבמה כסף לא מהני א"ו מתכוין למקני דקאמר היינו רוצה לקנות דבר שלא הי' עד עכשיו ברשותו והיינו מתעסק בזכי' שכתבו הרשב"א והתוס' גבי ליקט ונתן ביד וקרי לי' מתכוין למקני שבאמת אין חילוק בדיני זכי' בין מתכוין לקנות בקנין זה בין מתכוין לקנות בדבר אחר רק שיהא מתעסק בזכיה חדשה אף שלא כיון לקנות בזה דוקא וכלפי שאר"י שזה דומה לסבור שהן שלו השיב לו אביי דלא דמי דהא מתכוין למקני היינו לקנות אשה שלא היה לו עדיין עד עכשיו ולא דמי לסבור שהן שלו דהכא קני שפיר דהאי גברא שנתן הכסף וסבור שקונה משום יבומין ובאמת אין כאן לתא דיבום עכ"ז קנה אותה בתורת קדושין כיון שהוא רוצה לכנסה לזכות בה ונתן לה הכסף הזה קנה לקדושי אישות מיהו יש לדחות דהתם אף לדעתו שהי' סבור לקנות משום יבומין נמי הכסף קונה קנין דרבנן לכל הפחות או דהתם מיירי שהי' דעתו שאחר חליצה נשאר בה מצות יבומין אחר קדושין היינו שאם יקדשנה יהא בה דין יבום מיהו לשון לשם יבמות לא משמע הכי:

ובמה שבארנו דהמקדש ולא ידע דהאי כספא קא קני לי' רק שרוצה לקנות אשה נמי הוי קדושין, א"ש הא דאמרי' בקדושין (ד' ה') אמר שמואל נתן לה כסף או שוה כסף כו' ופריך והא א"ש והוא שהי' נזיר עובר לפניו ומשני דאמר לי, וכתב הריטב"א הא דלא אמר נמי גבי גט דאמר ודן ומינאי משום דכיון דכתוב בגט תו לא צריך לומר בע"פ. והר"נ כתב שם תירוץ אחר עי"ש בדבריו ז"ל וא"כ קשה אמאי לא אמר נמי דאמר בזה דלהוי ידים מוכיחות דבהאי כספא מקדשה כמו גבי גט כי היכא דלא נימא בדיבורא מקדש לה והכסף נותן לה למתנה בעלמא א"ו דאין המקדש צריך לכוין לקנות בהאי כספא רק שיכוין לקנותה ולהכניסה לרשותו ולהכי לא בעינן שיאמר בזה ואף שאם הי' באמת כוונת האשה להתקדש בדיבורא בעלמא ולא בפרוטה אינה מקודשת כמו דאמרינן גבי מלוה ופרוטה דאם דעתה בפירוש אמלוה אינה מקודשת וה"ה אם הי' דעת המקדש לקדש בדיבורא אינה מקודשת משום דלא ניחא לי' דליקני בכסף מ"מ אם לא כיון כלל לקנות בהאי כסף ולא בדבר אחר הוי קדושין כיון שרצה לקנות ולהכי אצ"ל בזה דלא הוצרכו דליהוי ידים מוכיחות אלא בדבר שהבעל צריך לידע כמו גבי גט דבעינן שיתן בתורת ספר כריתות וידע דבהאי גיטא מגרש לה להכי צריך ידים מוכיחות לזה שיאמר ודן. אע"ג דבאמת ודאי כוונתו על האי גיטא כדאמרי רבנן דמוכחא מילתא מ"מ ר"י סובר דבעי להוציא הדבר מפיו בהפלאה ובידים מוכיחות אבל דבר שאין על הבעל ליתן דעתו עליו כלל כמו גבי קדושין דא"צ ליתן לב דבהאי כספא מקדש לה א"צ לזה ידים מוכיחות וסמכינן בזה על מוכחא מילתא דאמרי רבנן דאינו מחשב לקדשה בדיבורא דבשלמא אם ר"י הי' חייש על הבעל שכוונתו היפך הכוונה הנכונה, הי' צריך להוציא מפיו בכל דוכתא אבל באמת ר"י מודה לרבנן בקושטא דמילתא. רק שסבר שצריך להוציא הדבר בפיו ולהוי ידים מוכיחות להכי דוקא היכא דהבעל צריך שיהא הדבר במחשבתו צריך להוציא הדבר בפיו כמו גבי גט שיאמר ודן שנדע שדעתו ולבו דבגיטא מגרש לה אבל גבי קדושין אם לא ידע הבעל דבכספא מקדש לה אלא יהיב לה סתמא ומכוין לקנותה נמי קונה להכי א"צ ידים מוכיחות משום חששא דבדיבורא מקדש לה דהא באמת ודאי לא מחשב לקדשה בדבורא דמוכחא מילתא מדיהיב לה כסף ואמר לה הרי את מקודשת בכסף מקדשה כדאמרינן גבי גט:

והכלל שאין צריך ידים מוכיחות אלא היכא דסתמא לא מהני:

ואף שהרמב"ם ז"ל (בפ"ג מה"א) כתב ה"א מקודשת לי בזה. נלע"ד שאינו מן הדין רק לשופרא דמילתא [ומה שמציין הגאון ז"ל בביאורו ממשנה דבזו וזו לא זכיתי להבין דהא התם הוצרך לשנות בזו לאשמעינן דין צירוף עיי"ש] גם מצאתי להמקנה בקו"א (סימן

כ"ח סעי' ה') כתב דא"צ בזה בקדושין אלא שהוא כתב דאף בקדושי שטר א"צ בזה עיי"ש. והריטב"א כתב בהדיא (בפ"ק שם) דבקדושי שטר בעי בזה אבל בקדושי כסף א"צ בזה עיי"ש. ועוד ראי' דבקדושי לא בעינן ידים מוכיחות דבהאי כספא מקדש לה דאי בעינן בזה א"כ איך משכחת לה לדין מלוה ופרוטה כיון דבעי ידים מוכיחות דלא נימא דבדיבורא מקדש לה א"כ אנן דקיי"ל דבעינן ידים מוכיחות כשמואל מאי מהני הא דדעתה אפרוטה, מ"מ הא ליכא ידים מוכיחות דדעתה אפרוטה ואמרי במלוה מקדש לה ואטו גרע חששא דאמרי במלוה מקדש לה מחששא דבדיבורא מקדש לה וממגרש אשת חבירו וכיון שצריך ידים מוכיחות הרי צריך לומר בזה דהיינו בפרוטה א"כ למאי נ"מ פסקינן דדעתה אפרוטה כמ"ש הראשונים והש"ע הא לדידן בלא"ה צריך לומר בזה משום ידים מוכיחות וצריך לפרש דדעתו אפרוטה אבל לפמש"כ דבקדושי כסף אם לא כיון כלל במאי מקדש לה נמי מהני לא הוצרכנו בזה ידים מוכיחות משום דאמרי במלוה מקדש לה, דהא באמת בפרוטה מקדש לה ובדבר שסתמא נמי מהני לא בעינן ידים מוכיחות ואע"ג דבקדושי שטר כתבנו בשם הריטב"א דבעינן בזה ידים מוכיחות שאני שטר דילפינן מויצאה והיתה וכמו דבגט בעינן דלידע דבהאי גיטא מגרש לה כן גבי קדושי שטר בעינן דלידע דבהאי שטרא מקדש לה אבל קדושי כסף לא ילפינן מגט אלא משדה ובשדה הכסף עצמו קונה וה"ה באשה וכ"כ הר"ן בהדיא (בר"פ האומר) בשם הירושלמי גבי מקדש לשלשים יום דמהני בקדושי כסף ולא בשטר מהאי טעמא דשטר ילפינן מגט משא"כ כסף (והא דאמרי רבנן בקדושין (ד' מ"ח) במקדש במלוה אינה מקודשת ופירש"י אפילו יש בנייר שו"פ אינה מקודשת ולא אמרינן דכסף קונה בעצמו כיון דמתעסק בזכי', התם שאני כיון דדעתה הי' להתקדש בשטר לא מהני קדושי כסף כמש"כ הר"ן ז"ל גבי קנין שדה ור"מ דסובר שמין את הנייר משום דסובר דדעתה הי' להתקדש גם בנייר אם יש בו שו"פ כמ"ש הר"ן בפ"ק בדברי הירושלמי עיי"ש):

ואף שהב"ש (בסי' ז"ך) כתב דבאמר לה טלי קדושיך מעל גבי קרקע הוי ספק קדושין משום דאף כסף ילפינן מגט, א"כ אפשר דה"ה לענין זה מ"מ כבר הכריע הגר"א ז"ל דבקדושי כסף לא בעינן דומיא דגט מהתוספתא דקדשה בעיר הנדחת ובבימוס דמוכח שם דאפילו במחובר לקרקע מקודשת עיי"ש (סי' ל"ב) ומצאתי בספר עצי אלמוגים שכתב על דברי הב"ש שלא נמצא כן כלל ברש"ך. והכי משמע כל הסוגיות דבכסף מהני טלי קדושיך מע"ג קרקע דהא בהנאת מחילת מלוה נמי מקודשת וכה"ג טובא וכיון דלא מקשינן כסף לשטר בזה א"כ לא בעינן דלידע דבהאי כספא קני לה ואפשר עוד דאפילו אי נימא דילפינן קדושי כסף מגט לענין טלי קדושיך מע"ק מ"מ ענין הא מילתא

דלידע הבעל דבהאי כספא קני לה לא שייך ללמוד מגט דהתם כתיב ספר כריתות ונתן בידה ואמרינן שיתן לשם כריתות כמש"כ הרמב"ם ז"ל. אבל הכא כסף קונה בכל התורה משא"כ גבי גט לא נקרא ספר כריתות עד שירצה הבעל לקבוע בו כח ודין כריתות] והא דאמרי' בקדושין (ד' נ') קטן שקידש וכן בקידש בפחות משו"פ אעפ"י ששלח סבלונות לאחר מכאן אינה מקודשת ולא אמרי' דהכסף קונה מאליו התם שאני דהא הי' סבור שהיא כבר שלו ולא מתעסק בקנין וזכי' כלל וגם היא אינה יודעת שצריכה להתקדש:

ולפ"ז הפתי שאינו מבין דהכסף הזה גורם עיקר הקדושין נמי קדושיו קדושין ואף אם הי' דעתו שהכסף הוא נותן לה בשכר שהיא מתרצית להתקדש לו ועיקר הקדושין בדיבורא נמי מהני ואע"ג דבקנין אשה איכא חובה שמתחייב בשאר כסות מ"מ הא הוא רוצה בזה וכבר כתבנו שיש לו קנין ורצון ככל פקח דעלמא במה שהוא רוצה ולא חסר אלא כוונה דידי' בענין קדושין והפתי יש לו דעת לידע שנושא אשה רק שאינו יודע שהכסף קונה. ועוד דהא הנמוק"י כתב (בפ' חזקת) גבי עובדא דרב ענן דא"ל מחילה בטעות משום דלא ידע המקנה שהדבר הי' שלו. הא אי הוי ידע המקנה אע"ג דרב ענן לא ידע קנה ואע"ג דעודר בנכסי הגר וסבור שהוא שלו לא קנה, מ"מ בדעת אחרת מקנה אותו קנה אע"ג דלא כיון לקנות וכ"כ הריטב"א ביבמות (ד' פ"ג) והרשב"א הובא בש"מ (פרק חזקת). א"כ חזינן בדעת אחרת מקנה אותו קונה אם עשה הקנין אע"פ שהוא סבור שהוא שלו. א"כ פשיטא דהמקדש אשה ולא ידע דהאי כספא קני לה רק שרוצה לישא אותה מקודשת דהא אשה הוי דעת אחרת מקנה אותה והיא מכוונת להקנות לו א"ע והיא בת דעת נכונה:

ומעתה הרי מבואר שהאיש הזה שראינו שאין בו דעת להבחין ולהבין דהגט מתירה ונתן לה גט אף אם הי' יודע שמשלחה לנפשה ומסברו לי' וסבר שלא תהא עוד אשתו לא מהני גט דידי' כלום אע"ג דקדושיו קדושין מה"ת משום דידע דמתעסק בזכי' לישא אשה ובקדושין לא בעינן יותר. אבל בגט דבעינן שידע שהגט הוא המתיר והוא לא יוכל להבין זאת לא מהני גיטו ולא שייך בזה כשם שכונס ברמיזה כך מוציא ברמיזה דהתם כיון שהוא חרש אין לו דעת כלל ותרווייהו לאו כלום נינהו וכן הא דאמר (בפ' חרש) לר"א דאי חדא דעתא הוא מצי מגרש משום דכקדושין כך גרושין משום דמיירי ברואין בו שיודע כל עניני גרושין בכל הפרטים הנצרכין לדעת רק שאנו מסופקין אם דעתו צילותא אם לא דהיינו אם ידיעתו ידיעה נכונה אם לא (דהא לרבנן לא מהני ידיעתו כלל) וע"ז אמרינן דממ"נ אם אין ידיעתו ידיעה א"כ אין קדושיו כלום. ואם ידיעתו ידיעה הרי חזינן דידע כל פרטי גרושין ומצי מגרש אבל פתי דמסברי לי' עניני קדושין ולא עניני גרושין

קדושיו קדושין וגרושיו לאו כלום הרי נתברר דצריך להסביר לו היטב שידע שהגט הוא הכורת בינו לבינה וגורם הגרושין ובלא זה לא מהני גיטו כלל:

אולם אחרי שנסביר לו הא מילתא וידע שבגט זה נפטרת ממנו ואחריו לא תהי' עוד אשתו ונתינה זו תגרום שלא תהא אשתו עוד נראה דא"צ לכוין דווקא בשעה שמצוה להסופר שיכתוב לשם כריתות רק אם ידע שבגט זה תפטור ממנו ומצוה לכתוב גט לאשתו אף שאי אפשר להבינו שיהא במחשבתו שמצוה לכתוב גט להתירה נמי מהני ויכול הסופר לכתוב לשם כריתות דהא הבעל יודע שבגט מתגרשת ומצוה לכתוב גט אף שבשעה שמצוה לכתוב אינו מחשב בלבו אלא לכתוב דבר שנקרא גט לאשתו ואינו בכוונת לבו אז שהגט יתירה רק הוא בכוונת לבו שמצוה לכתוב מה שנקרא גט ושלא תהא עוד אשתו נמי מהני דהסופר שכותב בשליחותו הוא כותב וסגי במה שהבעל יודע שבגט זה נפטרת ממנו דאף שהארכנו לבאר שאם הבעל אינו יודע דבהאי גיטא מגרש לה לא מהני כתיבת הסופר מה שכותב לשם כריתות מ"מ אם ידע שבגיטא מגרש לה א"צ שיאמר לו כתוב גט לגרשה היינו לגרשה בגט זה רק כיון שידע זה ומצוה לכתוב גט אף שאינו בכוונת לבו באותה שעה לומר שיכתוב הגט לגרש אשתו בו שכוונת דברים שהגט יתירה נמי מהני ואף שהרשב"א כתב בפ"ק דחולין דהסופר עושה בשליחות הבעל הכתיבה והכוונה מ"מ א"צ לצוות לו בהדיא שיכתוב גט שהגט יתירה אלא כשאמר כתוב גט וכבר ידע שהגט הוא המתיר אשתו יכול לכתוב בשליחותו לשם כריתות דהא ידע שהגט כורת וצוה לכתוב וכן משמע מנשתתק דשואלין אותו אם משיב על הן הן ועל לאו לאו ולא חיישינן אולי מחמת חולשת דעתו אינו בבינת לבו לכוין שיכתוב לגרשה בגט זה א"ו כיון שמצוה לכתוב גט והוא ידע מכבר שהגט נותנין לגרושין שפיר מהני צוויו ויכול הסופר לכתוב:

אולם אכתי פש גבן לברורי בענין הנתינה אי סגי במה שידע שבגט זה נפטרת ממנו ונותן לה סתם בלי שום כוונה. או דילמא בעינן שידע וגם יכוין בבינת הלב בשעת נתינה דוקא כדי לגרשה בגט זה ולהתירה לעלמא לפי שהמגרש שאנו דנין עליו זה א"א להסביר לו שיכוין בשעת נתינה לגרשה בגט זה ואף אם בשעת נתינה נאמר עמו הנוסח המורגל בו תהי' מגורשת ממני, מ"מ אין לו לב להבין שצריך לחשוב מה שהוא אומר שבגט זה תתגרש וא"א להסביר לו דבר זה שיוציא הענין בפיו שנותן גט כדי להתירה לפי שרובי דברים אינו מבין מה שאנו אומרים לו ובפרט בנתינת טעם לאיזה ענין קשה להסביר לו עד שיבין ובקושי גדול ובימים רבים הסבירו לו שבגט נפטרת אשתו ממנו ומחמת נתינתו לידה לא תהא עוד אשתו אבל להסביר לו שיחשוב הוא שנותן גט כדי להתיר'

זהו מהנמנע ומשמע לי שגם דין הפתי שדן בו מהרי"ט ז"ל בענין חליצה הי' ממש כה"ג שהסבירו לו שבחליצה זו נפטרת ממנו וסבר אבל לא היו יכולין להסביר לו שיהא בבינת לבו לכוין בשעת חליצה שחולץ כדי לפוטרה. ובזה הי' דן מהרי"ט דגבי חליצה לא בעינן לכוין בשעת מעשה ולא בעינן רק שידע שבחליצה זו נפטרת ממנו לאפוקי חלוץ לה ובכך אתה כונסה והח"צ ז"ל חלק עליו וכתב דבעינן מחשבה בשעת חליצה ומביא ראי' מהרמב"ם וסמ"ג שכתבו שצריך שיתכוונו היבם והיבמה לשם התרת חליצה]:

והנה גבי גט כתב בסה"ג (אות רכ"ט) להזהיר הבעל שיכוין לגרשה בגט זה וכ"כ החכ"צ בתשובה (סי' א') דפשיטא לי' דכוונת גט וכוונת חליצה חדא מילתא היא מהש"ס (ד' ק"ו) גבי גט מעושה וחליצה מעושית שמשווי להו כהדדי עיי"ש. ומטעם זה דעתו לפסול גט מומר וחליצת מומר אף שנותן ברצונו הטוב בלי כפיה, מ"מ כיון דאדעתא דנפשי' עביד א"כ אינו מכוין בשעת מעשה לגרשה בגט זה ומהרהר בלבו בשעת נתינה בדברים אחרים ויתבאר לקמן אי"ה:

וראיתי לבעל גט מקושר שכתב ע"ז שזה אינו אלא לכתחלה דפשיטא שהוא עסוק לגרשה ואם אמר כתבו ותנו כותבין ונותנין אעפ"י שאין הבעל כאן ובגיטין (ד' פ"ז) אמרי' אימר דבעי ר"א כתיבה לשמה נתינה לשמה מי בעי עכ"ל ודבריו תמוהין מאוד מש"כ מהא דכותבין ונותנין גט הא התם השליח במקום הבעל קאי ומהני כוונת השליח והלא בתרומה ודאי כוונה מעליא בעינן דכתיב ונחשב לכם תרומתכם ואפ"ה משוי שליח והשליח תורם בכוונה בשליחות הבעלים ומש"כ מהא דלא בעינן נתינה לשמה ג"כ תמוה דאף דלא בעי לשמה מ"מ כוונה בעי ולא פליג אביי על ר"י אלא בהא דאמר ר"י דלר"א בעי שידעו העדים באיזו גט מגרשה ואם נתערבו פסול והוא תוקף דין לשמה וע"ז אמר אביי דלא בעינן לשמה אבל מ"מ כוונה בעי דלשמה וכוונה תרי מילי נינהו ואם נתערב אתרוג של ערלה עם אתרוג של היתר ונטל שניהן וכיון לצאת י"ח במותר שבהם יצא דשפיר הוי כוונה ואפ"ה בגט בעי למיפסל משום לתא דלשמה וע"ז מסיק דלא בעי לשמה אבל כוונה דבשעת מעשה לעולם דבעי והתם הוי כוונה מעליא דמכוין לגרשה בגט דידה יהי' איזה שיהי' ומצאתי בתשובות צמח צדק (סימן ס"ח) הועתק שם תשובות הגאון בעל תוי"ט דכשהבעל ע"ה קורין לפניו ומפרשים לו לשון הגט שיבין מה כתוב בתוכו מיהו אפשר דזה אינו מעכב ורק אם יודע שהגט כורת ביניהן סגי:

אמנם גם ראיית החכ"צ ז"ל דלא מחלקינן בין גט לחליצה דנימא דאע"ג דחליצה בעי כוונה בשעת מעשה אבל גט לא בעי כוונה בשעת מעשה מהא דפריך מ"ש גט ומ"ש חליצה אי דאמר רוצה אני אפילו חליצה נמי אי דלא אמר רוצה אני אפי' גט נמי פסול

וא"א דחליצה בעי כוונה בשעת מעשה ולא גט א"כ דילמא היינו דאיכא בין גט ובין חליצה דגט כיון דלא בעי כוונה בשעת נתינה רק רצון להכי מהני באומר רוצה אני אבל חליצה דבעי כוונה בשעת מעשה אף באומר רוצה אני פסול ואע"ג דגם גבי קרבן כשר באמר רוצה אני וקרבן בעי כוונה. היינו כוונת הכהן המקריב אבל בבעלים לא בעינן כוונה רק לרצון בעינן והנ"ל לראי' זו כיון הח"צ ז"ל אבל באמת לאו ראי' היא כלל דהא כיון דמסקינן בקדושין דטעמא דמהני באומר רוצה אני משום דמצוה לשמוע לחכמים וכדאסברה לן הר"מ ז"ל (בה' גרושין) וביארנו דבריו במק"א וא"כ כיון דוודאי גמר ומתרצה ברצון גמור לשמוע דברי חכמים א"כ אף דבעי כוונה בשעת מעשה אמרינן ודאי כיון כד"ת וגם בחליצה מהני רצון:

ועוד נ"ל דאפילו מהס"ד דש"ס בקדושין (ד"נ) דטעמא בגט כשר באומר רוצה אני משום דדברים שבלב אינן דברים ולא ידע עדיין מסברא דמצוה לשמוע דברי חכמים. עכ"ז אין להביא ראי' מזה דגט א"צ כוונה בשעת מעשה דאי אמרת צריך כוונה א"כ מאי מהני הא דדברים שבלב אינן דברים דזהו דוקא בקדושין ומקח וממכר דבעינן רק רצון וכיון שעשה מעשה ומכר אמרי' דברים שבלב א"ד אבל בגט אי בעי כוונה מאי מהני דלא הוי דברים הא מ"מ מחוסר כוונה הוא הא לאו מילתא הוא דכיון דדברים שבלב א"ד ואמר בפיו שרוצה בזה אין לך כוונה גדולה מזו דמה שאומר בפיו הוי כוונה מעלייא ותדע דכל היכא דאמרינן דברים שבלב א"ד מהני אף במקום שצריך כוונה דהא הרשב"א ז"ל בקדושין נדחק שם ליישב הא דאמרינן נתכוין לומר עולה ואמר שלמים לא אמר כלום ולא אמרינן דברים שבלב א"ד עיי"ש והא נדרים וודאי דבעי כוונה מעליא ואפ"ה בעינן לומר דדברים שבלב א"ד וא"כ ה"נ גבי גט אף דבעי כוונה מ"מ כיון דדברים שבלב אינן דברים הוי כוונה מעליא והא דאמרינן בכתובות (דף פ"ו) אם אינו רוצה לעשות מ"ע מכין אותו עד שעושהו וקשה מאי מהני עשייתו למ"ד מצ"כ, ואפילו למ"ד א"צ כ' מ"מ במתכוין שלא לצאת לא יצא וצ"ל דמסתמא רוצה כמו שהסביר הר"מ ז"ל במה שאמרו מצוה לשמוע דברי חכמים:

והנה לשיטת הרמב"ן והרשב"א דטעמא דכנסי שטח"ז אינו גט משום דדרשינן בספרי ושלחה מביתו שיאמר לה הא גיטך אין מכאן ראי' לענין כוונה דהתם משום לתא דידה שתדע היא שזה גט דבאם הודיע לסהדי מהני משום שהם יודיעו לה אבל לשיטת הר"מ ז"ל שכלל פסול דכנסי שטח"ז בתנאי הט' שיתנהו לה בתורת גרושין ומפיק לה מקרא דספר כריתות ונתן בידה וכבר כתבנו דאף דאפשר לדחוק גם בדעת הר"מ דהא דקאמר שיתנהו לה בתורת גרושין היינו נמי משום לתא דידה שהיא תדע שהוא גט מ"מ לישנא

לא משמע הכי דהא בהא דאמר לעדים ראו גט זה שאני נותן לה כתב הר"מ שהרי נתנו בתורת גרושין משמע דמשום לתא דבעל פסלינן בלא נתן בתורת גירושין דבעינן שיתן בתורת גרושין וגם כיון דדרשינן ספר כריתות ונתן בידה א"כ פשיטא דקפדינן על נתינת הבעל שתהא בתורת גרושין וא"כ ודאי דאיכא לאיסתפוקי דלמא בעינן כונה בשעת מעשה:

ולכאורה יש להביא ראי' ממש"כ הרמב"ם דבנתן לה בשתיקה מדאורייתא הגט כשר וכן מהא דקיי"ל בקדושין (ד' ו') כר' יוסי דנתן לה ולא אמר כלום כשר לגמרי בעסוקים באו"ע. וא"כ קשה נהי דעסוקים באו"ע הוי הוכחה שרוצה לגרשה מ"מ מנ"ל דאיכוין בשעת מעשה ליתן לשם כריתות, ואע"ג דאמר שכיון מ"מ כמו דאמרינן גיטין (ד' י"ט) הני בי תרי דיהבי גיטא קמייהו צריכא למקריא ואם לא קראו דעת הרמב"ם וכל הפוסקים דהויא ספק מגורשת והמרדכי כתב דאינו גט כלל אף שקראו אח"כ דעדי מסירה בעי למידע בשעת מסירה מה הי' כתוב בגט ואף דבעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן ומכש"כ בזה דהוי מילתא דעבידא לגלויא מ"מ לא מהני כיון דלא ראו בעצמן ואם איתא דבעי כוונה הי' צריך לפרש הא גיטך שידעו העדים שנותן לה כעת במחשבת גרושין ומאי מהני בעסוקים באו"ע א"כ כיון דפסק שמואל כר"י ש"מ דלא בעינן כוונה בשעת מעשה אלא דלידע שבגט זה תצא ממנו וכיון דידע דהא עסוקים באו"ע ש"מ שלדעת שתתגרש נתנו לה מיהו אפשר לומר הא דפסק דבעסוקין באו"ע סגי מירי שגירש בעדי חתימה וע"ח לא בעינן שידעו אם הי' הנתינה כדין כדאמרי' (ד' פ"ו) גבי שנים ששלחו ב' גיטין ונתערבו דאפי' אי הוי בעינן נתינה לשמה מ"מ גבי ע"ח לא שייך נתינה לשמה וכמש"כ רש"י ז"ל וז"ל דהא כל גיטין נמי משחתמו העדים אינן יודעים למי ינתן א"כ ה"נ לא בעינן שידעו ע"ח אי איכוין ליתן לה לשם כריתות ומירי שאמר שנתן לשם כריתות ובעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן מכאן ולהבא כדאי' ב"ב (ד' קל"ד) ואפי' למ"ד לא מהימן הא כתב שם הרשב"ם משום דא"א שגירשה קלא אית לה אבל הכא לכ"ע מהימן לומר שכיון אבל לשיטת הפוסקים דקיי"ל ע"ח פסול בלא ע"מ א"כ מדמכשרינן בעסוקים באו"ע וכן להר"מ מדאורייתא הגט כשר אפילו אינו עסוקים באו"ע ש"מ דלא בעינן כוונה דאי בעינן כוונה הא לא ידעי ע"מ דאיכוין:

מ"מ נ"ל דאין ראי' מכאן דאפ"ל אפילו לשיטת הפוסקים דבלא קראו הגט קודם נתינה הוא פסול היינו דוקא דלא קראוהו דאפשר דהוי שטר אחר ולא הוי גיטא כלל:

אבל אם ראו המסירה וקראוהו ועסוקים באו"ע נאמן לומר שנתן בתורת גרושין דהא מהאי טעמא דעת כל הפוסקים דבלא קראו הגט הוי רק ספקא אע"ג דודאי ע"מ בעו

לראות נתינה מעליא כמש"כ הפ"י בגיטין (דף ס"ג) גבי אשה שאמרה התקבל גיטי מ"מ בלא קראו קודם הנתינה לא הוי לדידהו ודאי א"א משום נאמנות הבעל לומר גרשתי מכאן ולהבא היכא דלא שייך לומר קלא אית לה ומשום זה משוינן ליה כמו שקראוהו דסמכי אבעל שהוא גט משום דמהימן וכמו דסמכי אהא דקראו קמייהו באין יודעין לקרות משום דקים להו דלא משקרי והוי כמאן דקרו בעצמן א"כ אף אנו נאמר דלענין כוונה להכי מהני בעסוקים באו"ע ולא חיישינן מחמת שהעדים לא ידעו אם נתן לשם כריתות בכוונה בשעת מעשה משום דיכולים לסמוך אבעל דנאמן לומר גרשתי וכיון דהבעל אינו חשוד לקלקלה ומסתמא עביד כדין כדאיתא (בגיטין דף ה') א"כ מסתמא נתן לשם כריתות ועדיף מקריאה דבקריאה לא שייך לומר דסמכי אהימנותא דבעל דהא הוי מילתא דעבידא לגלויי דאם אינו גט כלל רק שהבעל אומר לה הא גיטך לצערה הלא אח"כ יתברר שאינו גט כלל ואינו מכשילה כלל שיתברר הדבר לכל וא"כ בשעת נתינה אכתי לא נתברר לעדים שזה גט דאי משום נאמנות הבעל דהא אפשר דהבעל סומך אמה שיבורר שבאמת אינו גט, א"כ הרי לא איתחזק עדיין לעדים שזה גט משא"כ לענין כוונה שלא יתברר הדבר אח"כ ואף אם הבעל בעצמו יאמר שלא נתן לשם כריתות לא מהימן כדאמרינן בגיטין (דף י"ט) בנטלתו וזרקתו לאור ואמר שטר פסים הוא דלא מהימן א"כ אם הבעל נותן לה בעסוקין באו"ע הרי הוא עדות גמור דכיון דלא חשוד לקלקלה ודאי מכוין לגרשה בגט זה כדין וסמכי עדים אזה כמאן דאמר בהדיא לשם כריתות:

ובזה יישבנו דברי המפרשים שכתבו גבי נייר חלק בגיטין (דף י"ט) דלא מספקינן לי' אי הוי גט או נייר חלק דכיון דאמר גרשתי א"א נאמן וחששא דשמואל הוא רק שמא נבלעו וקשה דהא בלא"ה איכא חששא דצריך לקרות הגט וכאן לא קראוהו ולא תנשא ולפמ"ש א"ש דבנתן לה נייר חלק דא"א להתברר אח"כ עדיף טפי דסמכינן ודאי אהימנותא דבעל דבדבר שא"א להתברר שקרו כיון שאומר שזה גט ודאי קושטא קאמר ולא דמי לקריאה דגט כתוב דשם סמיך הבעל אבירור שנראה אח"כ שאין זה גט ולהכי בשעת נתינה עדיין לא אתחזק להעדים שזה גט (ועיין בריטב"א דלא כתב כן] דאולי אומר שהוא גט אף שאינו גט ואף שאינו חשוד לקלקלה, מ"מ הא סמיך אמה שנראה אח"כ שאין זה גט משא"כ בנייר חלק ודאי קושטא קאמר דאין בידו לחזור מדיבורו:

וכיון שכן אין ראי' מהא דעסוקין באו"ע ומהא דכתב הר"מ דבלא אמר כלום הוי גט מה"ת דלא בעי כוונה. דהתם אמרינן מסתמא כיון ודמי כמאן דאמר בהדיא כן. ובלא"ה ליכא ראיה משם דבאדם דעלמא שיודע לחשב למה עושה דבר זה אמרינן כיון דעסוקין באו"ע ויהיב לה מסתמא יהיב לה לגרשה בו דאי לאו הכי למאי יהיב לה הא אין אדם

עושה דבר לבטלה ולהרמב"ם אפילו לא אמר כלום הוי גט מה"ת דהא כל ענין הגרושין כתוב בגט ועכשיו יהיב לה הגט מסתמא כדי לגרשה נתן לה ולא חיישינן כלל שמא לא איכוין דהא א"צ רק ליתן ושיהא בדעתו להתגרש בו ודבר זה ודאי הי' בדעתו דאי לאו הכי למאי יהיב לה ואפשר דזה הוי ידים מוכיחות דלדעת כן יהיב כיון שכתוב הכל בגט שוב הוי ידים מוכיחות על הנתינה אבל פתי שאינו מבין רק שבזה נפטרת ממנו אבל אינם יכולין להסביר לו שיחשוב בשעת נתינת הגט שתתגרש בו שאין לו לב להבין דבר זה אימא דלא מהני משום דבעינן שיתן בתורת כריתות בכוונה בשעת מעשה ואף שיאמר בפיו שבגט זה מגרשה מ"מ אם אנו יודעין שאינו מבין דברים אלו לא מהני ולא מקרי דברים שבלב אלא אם מבין מה שמדבר רק שיש בלבו סתירת דברי פיו אבל אם אינו מבין מה שמדבר דברים בלא כוונה לאו כלום הוא כמש"כ התוס' בפסחים (דף ס"ג) במתכוין לומר תרומה ואמר מעשר דלא מקרי דברים שבלב משום שלא היה בלבו על מה שמדבר:

מיהו אפשר לומר לכאורה כיון דאנן פסקינן כר' דהיכא דנתינה קמייתא לא הוי כדין א"צ לחזור וליתנו לה רק צריך שיאמר הא גיטך א"כ איך אפשר דבעינן כוונה בשעת נתינה דוקא דהא נתינה לשם גט נמי לא בעינן וכ"כ הר"נ בהדיא (בפ' מי שאחזו) דאם נתן לה בתורת פקדון ואח"כ אמר לה ה"ז גיטך נמי מהני א"כ אי אפשר לומר דקרא קפיד שיהא נתינה בתורת כריתות דהא נתינה בתורת פקדון נמי מהני רק שיאמר לה הא גיטך אח"כ ואע"ג דהיכא דאתי לידה בתורת פקדון ודאי צריך שיאמר לה הא גיטך ויכוין לגרשה בגט זה הנתון בידה מכבר דאי לאו הכי במאי נפיק מתורת פקדון לתורת גרושין מ"מ היכא דהוא נותן לה עכשיו לגרושין א"צ לכוין לגרשה בגט זה רק במה שידע שתתגרש בנתינתו מהני דכיון דליכא למידרש ספר כריתות ונתן בידה שיתן לשם כריתות לרבי א"כ מנין לנו שצריך לכוין לשם כריתות דוקא בשעת נתינה ואמרינן דדמי לשאר דברים הנגמרים ברצון של הבעלים כמו מקח וממכר דברצון לחוד סגי וא"צ כוונה בשעת מעשה:

אבל ז"א דבאמת הא דרבי סובר דא"צ לחזור וליתן לה נ"ל הטעם משום דכיון דלא כתיב ונתן לידה אלא ונתן בידה משמע אף שכבר הוא בידה נמי מהני ועוד מלשון ונתן משמע שכבר נתן כדאמרינן בכתובות (דף מ"ג) ונתן לאבי הנערה לא זכתה תורה לאבי הנערה עד שעת נתינה ואמרינן שם ונתן לחוד ותן לחוד דלשון ונתן הוא לשון עבר שכבר נתן ודרשינן מזה שלא זכה אלא אם כבר נתן דהיינו אחר הנתינה זכה וה"נ דריש רבי ונתן דגבי גט שאחר שנתן בידה מכבר נמי מהני שיאמר לה שהוא ספר כריתות ולהכי דריש

ר' דאף נתינה קמייתא שלא היתה לשם גרושין כ"א לשם פקדון נמי מהני כשאומר לה הרי זה גיטך וכיון שמעיקרא שהגיע הגט לידה מידו מהני מה שהוא אומר עכשיו הא גיטך:

והכי משמע קרא לרבי מה שהוא נתון בידה מכבר יהא לספר כריתות עכשיו ע"י רצונו שיאמר לה שנתינה קמייתא והחזקתה בגט יהא לשם כריתות ובזה ודאי בעינן כוונה מעליא לשם כריתות דאי לאו הכי במאי נפיק מתורת פקדון א"כ כיון דקרא משמע שמה שהיא מחזקת בגט הנתון בידה יהא לשם כריתות, א"כ מנ"ל דאם נתן לכתחילה בתורת גרושין שלא נצריך כוונה בשעת מעשה שיתן בתורת גרושין ולא רק בידיעה בעלמא ונהי דהוכחה ליכא מגט הנתון בתורת פקדון דהתם בעינן דליפוק מתורת פקדון להכי בעינן שיאמר הא גיטך משא"כ בנותן לכתחילה לגרושין מ"מ מנ"ל לחלק בזה בלי ראיה אימא דבכל דוכתא בעינן שיתן בתורת גרושין אפי' אם הי' הנתינה לכתחילה לגרושין. ועוד כיון דלרשב"א דאמר צריך לחזור וליתנה לה ולא מיירי קרא אלא באתי לידה בתורת גרושין ואפ"ה קפיד קרא שיתן בכוונת גרושין א"כ מנ"ל פלוגתא אחרת ביניהם לומר דלרבי לא בעינן כוונת גרושין באתי לידה לגרושין:

ולפמש"כ יש ליישב מה שקשה על הר"מ שכתב הטעם דכנסי שטח"ז משום שלא נתן בתורת כריתות ויליף לה מספר כריתות ונתן בידה ובספרי מפיק לה מושלחה ועוד בספרי שלנו איתא ושלחה מביתו עד שיאמר הא גיטך א"כ אמאי פסק הרמב"ם דבלא אמר כלום הוי גט פסול כיון דמה"ת בעינן שיאמר הא גיטך א"כ בלא אמר אינו גט כלל. מיהו הרשב"א והמלחמות הביאו לשון הספרי ואינו מוזכר שם עד שיאמר הא גיטך מ"מ קשה מאי דמפיק בספרי כנסי שטח"ז מושלחה והר"מ לא הביא כלל הך קרא ונ"ל דהר"מ הי' מפרש הך ספרי דלא מייתי קרא דושלחה לאורויי דכנסי שטח"ז אינו גט דזה ידעינן מפשטא דקרא דספר כריתות ונתן בידה דצריך שיתן בתורת כריתות אלא דאתי לאורויי אם נתן בתחילה בפסול ועכשיו רוצה לגרש כדין דבזה הוא פלוגתא דר' ורשב"א לרשב"א לא מהני עד שיטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה משום דבעי שיהא תחילת הנתינה לשם כריתות ורבי סובר דאף אם הגיע לידה בתורת פקדון או בלשון כנסי שט"ח נמי מהני ומתני' דידן דכנסי שטח"ז אתא כרבי דסגי באומר הא גיטך וע"ז דריש הספרי ונתן בידה ושלחה מביתו דהיינו שאחר הנתינה שהוא כבר בידה אז יהא חל עליו תורת שלוח וגירושין אף שתחילת הנתינה לא היתה לגרושין וזהו שאמר ונתן בידה ואחר הנתינה אז יהא חל עליו גרושין מכאן אמרו כנסי שטח"ז אינו גט עד שיאמר הא גיטך אבל באומר הא גיטך מהני אע"ג דהנתינה לא הי' לגרושין נמי מהני אם אמר אח"כ הא גיטך וילפותא

דושלחה לא קאי אהא דכנסי שט"ח לא מהני אלא אהא דסגי באמר לה הא גיטך ודין זה לא מוזכר בשום מקום במשנה רק במשנה זו ע"כ מזכיר משנה זו] ולזה שפיר פסק הר"מ דאם לא אמר כלום נמי מהני מה"ת דקרא דושלחה משמע דקאי אאתי לידה שלא בהכשר גרושין כמו בכנסי שט"ח או בפקדון דאז פשיטא דבעינן ושלחה שיאמר הא גיטך דאל"כ במאי הוי גיטא:

וא"ש נמי מה שיליף הר"מ דכנסי שטח"ז לא מהני מקרא דספר כריתות ונתן בידה משום דעיקר קרא דספר כריתות ונתן בידה מיירי בנתן לשם גרושין אבל אם נתן לשם פקדון ואח"כ אמר לה הרז"ג ילפינן מושלחה וא"כ לפ"ז הרי מוכרח דגם אם נתן בתורת גט בעי כוונה דהא כתיב ספר כריתות ונתן בידה ומיני' ילפינן דבעי לשם כריתות ואף שנתן מתחילה בתורת גט צריך לכוין לשם כריתות ולכאורה יש להביא ראיה דגט לא בעי כוונה לשם כריתות בשעת מעשה מהא דאמר ביבמות (דף קי"ג) דבעי ר"א מיפשט פשיטא לי' לר"א דחרש דעתי' קלישתא הוא מיהו מספקא לי' אי דעתי' צילותא אי לאו דעתי' צילותא כו' ולעולם חדא דעתא היא או דילמא פשיטא לי' דדעתי' קלישתא ולאו דעתי' צילותא והכא ה"ט כיון דעתים חלים ועתים שוטה למאי נ"מ להוציא אשתו בגט א"א חדא דעתא כקדושין כך גרושין וא"א עתים חלים ועתים שוטה קדושי מצי מקדש גרושי לא מצי מגרש. והשתא נהי דמיירי שידע כל הידיעות שצריך לידע בגרושין כיון דלר"א מהני ידיעתו בקדושין ה"ה בגרושין. מ"מ לדעת הרמב"ן ביבמות (דף ק"ב) וכ"כ הרשב"א בחדושיו (למס' חולין) דהא דמהני בחליצה געוע"ג משום דבעי רק כוונה במקצת. וכן ר"ה דסובר דמהני בגט געוע"ג משום דבעי כוונה רק ליתנה לפלוני ור"י א"ש דסובר דלא מהני געוע"ג משום דבעי כוונה גמורה א"כ אמאי פשיטא לי' לר"א דאי חדא דעתא היא כקדושין כך גרושין דילמא אע"ג דחדא דעתא היא מ"מ לקדושין דלא בעי כוונה בעת הקדושין כ"א דלידע דקני לה [ולפי מש"כ לעיל לא בעי כלל דלידע דבהאי כספא קני לה ואפי' אם צריך לידע דבהאי כספא קני לה מ"מ כוונה בשעת מעשה ודאי דלא בעינן בקדושין רק שיתעסק לישא אשה וידע שבכסף קונה אותה ומקדשה שתהא שלו] להכי מהני דעת החרש לר"א אבל בגיטין דבעי דלידע דבהאי גיטא מגרש לה כמש"כ ומכש"כ אי בעינן שיתן לשם כריתות בשעת מעשה לא מהני כוונתו דחרש כלל מיהו נ"ל דאין ראי' מכאן דכיון דר"א סובר דתרומתו לא תצא לחולין ומהני כוונתו לענין תרומה כש"כ לגט דמהני נתינת גט דידי'. דהא כוונה דתרומה ודאי דבעינן כוונה מעליא דכתיב ונחשב לכם תרומתכם ועיין תוס' (פ"ק דחולין בשם הירושלמי):

מיהו עדיין תקשה הא דפריך שם באיכא דאמרי דא"ש אשת חרש חייבין עלי' אשם תלוי ממשנה דחמשה לא יתרומו. וא"כ קשה מאי מקשה מתרומה דילמא תרומה דבעי כוונה מעליא לא מהני כוונה דחרש אבל לא לקדושין מיהו נראה דלאו קושיא היא כלל דכיון דחרש יש לו קדושין ויש לו קנין א"כ פשיטא דיש לו כוונה דכבר כתבנו במק"א דאפילו לר"ה דסובר דמהני כתיבת חש"ו בגעוע"ג מ"מ היינו כתיבת הגט מהני דהוי רק כוונה ולענין כוונה מהני געוע"ג אבל בגוף הגרושין לא מהני געוע"ג דמשנה שלימה שנינו נתחרש לא יוציא עולמית הרי דלא מהני געוע"ג לענין נתינת עצם הגט משום דלא מהני געוע"ג אלא לענין כוונה אבל להוציא אשתו דבעי דעת ורצון ולענין רצון לא מהני געוע"ג כמו דקיי"ל דמכירת חש"ו לא כלום היא וכיון דסובר ר"א דחרש מצי לקדש ע"כ דחשיב דעה גמורה ויכול לגרש ג"כ:

ולכאורה יש להביא ראיה מהא דפסלינן חליצת חרש כדתנן (יבמות ק"ד) החרש שנחלץ והחרשת שחלצה חליצתה פסולה ופי' הרמב"ם ז"ל הטעם (בפ' ו' מה' ח"ו) משום דלאו בני דיעה נינהו וקשה הא תינח בפקחת ואח"כ נתחרשה וכן בחרש שנפלה לו מאחיו פקח אבל חרשת מעיקרא אמאי חליצתה פסולה נימא כשם שכונס ברמיזה כך מוציא ברמיזה כמו דאמרינן לענין גט דחרש, א"ו דה"ט דגט לאו בכוונה בשעת מעשה תליא מילתא להכי מהני גט דידי' נגד קדושין דידי'. אבל חליצה דבעי כוונה מעליא בשעת מעשה לא מהני אף בקדושין דרבנן מיהו נ"ל דלאו ראיה היא דאפ"ל דגט נמי בעי כוונה גמורה לשם כריתות בנתינה. ומ"מ אמרי' כשם שכונס גבי גט דמעיקרא הכי תקנו שיוכל החרש להוציא בגט בשעה שתיקנו קדושין לחרש דאי לא הא לא קיימא הא ומימנעי ולא נסבו לי' אע"ג דגט בעי כוונה וקדושין לא בעי כוונה מעליא מ"מ תקנו לי' גט דהא הש"ס דילן לא סבר להא דאמרינן בירושלמי על מתני' דכשם שכונס ברמיזה כך מוציא ברמיזה הד"ד כשמקדש בשטר אבל קידש בביאה קדושיו מעשה ואין גרושיו מעשה משום דכל שאין הגרושין על מצב א' וכח א' עם הקדושין לא אמרינן כשם שכונס כך מוציא. אבל הגמרא דילן לא סבר להאי כללא אלא דאפי' קידש בביאה נמי מהני גט כמש"כ המל"מ דמכל הך סוגיא משמע דאפילו בקדושי יבם נמי אמרינן כשם שכונס וגם כל הפוסקים השמיטו להירושלמי וטעמא דמעיקרא הכי תקינו שיוציא בגט כי היכי דלא מימנעו ונסבו לי' ולה"נ אע"פ שגט בעי כוונה יותר מקדושין אפ"ה אמרינן כשם שכונס אבל בחליצה לא חששו משום זה לומר כשם שכונס ברמיזה כך יוציא בחליצה ברמיזה דעל הרוב לא שכיחא שימות בלא בנים ושיהא הוא חרש והיבם חרש וכן גבי חרשת נמי לא שכיחא כולי האי ולא הוצרכו לתקן דלהוי בי' חליצה ולהכי כיון שחליצה בעי כוונה

מעליא יותר מקדושין לא אמרי' בחליצה כשם שכונס כו' ושפיר כתב הרמז"ל דחליצת חרש פסול משום שאינו בן דעת ואפי' בחרש מעיקרא:

אולם יש לדין דאף אם נימא דהבעל צריך ליתן לשם כריתות, מ"מ לפמש"כ הפנ"י בקו"א (למס' גיטין) והבאנו לקצת דבריו לעיל שחקר אמאי לא נימא היכא דהבעל צוה לכתוב גט אז גם אם כתב הסופר סתמא נמי כשר דכיון דצוה לכתוב אפשר לומר דסתמא לגרושין ובש"ס (פ"ק דזבחים) לא מייתי אלא סתמא דקי"ל סופרים מקרין ודכותב טופסי גיטין אבל מנ"ל דהיכא דצוה לכתוב והסופר כותב סתמא נמי אמרינן סתמא פסול וא"כ כ"ש במי שכתב גט דלענין הנתינה אמרינן סתמא כשר וסתמא לשם כריתות יהיב כמש"כ התוס' בעירובין (דף י"ד) דאם נכתב לשם אחרת פסול גבי סוטה וס"ת כשר משום דהוי סתמא ובזה יש ליישב שיטת הרמב"ם שכתב בנתן ולא אמר כלום כשר אף שביארנו בדעת הר"מ דבעינן שיתן בתורת כריתות ומה"ט פסול בכנסי שטח"ז. וכן מצאתי בעזה"י בס' גט מקושר שפי' דברי הר"מ כן] מ"מ מה שפסק דבנתן הגט בשתיקה ולא אמר כלום הגט כשר משום דנהי דדרשינן ספר כריתות ונתן בידה שיתן בתורת גרושין, מ"מ הא חזינן דאף דכתיבה אי לאו דסתמא אשה לאו לגרושין קיימא הוי אמרינן דסתמא כשר והא דכתיב וכתב לה היינו שלא יכתוב לשם גירושין אחרת רק הואיל וסתם אשה לאו לגרושין קיימא פסול א"כ גבי נתינה שכבר נכתב הגט דסתמא לשמה קאי אמרינן דהא דכתיב ספר כריתות ונתן בידה שיתן בתורת גרושין היינו שלא יתן בתורת שט"ח. אבל נתן סתמא מהני דסתמא לשמה קאי וסתמא כיון שצוה לכתוב הגט יהיב לתורת כריתות:

אלא שבאמת בדברי הפנ"י יש לדקדק דלכאורה א"צ ראי' לזה דסתמא כי האי פסול דהא בגמרא דבעי לדמות גט לקדשים נמי יש לדקדק איך אפשר לדמות גט לקדשים דנהי דלא ידע הסברא דקדשים לשמן עומדים ואשה לאו לגירושין קיימא מ"מ איך אפשר לומר באשה כשר סתמא ומקיימא בזה קרא דוכתב לה אם כותב הסופר טופסי גיטין ואח"כ בא א' לגרש אשתו שזינתה מ"מ שמא יש בעולם עוד אשה א' שזינתה וא"ל דאגלאי מילתא למפרע שבשבילה כתב כיון שהיא באת להתגרש, ז"א דהא התם אמרינן דאין ברירה וכל ענין סתמא הוא רק שלא יחול הכתיבה על שום אשה רק סתמא א"כ איך נימא דמקיימא בזה וכתב לה אלא ע"כ דקושיית רבא הוא כך דכמו דאמרינן בקדשים סתמא כשר וע"כ דקרא ושחט את בן הבקר דרשינן שלא ישחוט לשם חולין, א"כ באשה נמי נימא דהא דכתיב וכתב לה היינו שלא יכתוב בשביל אשה אחרת אבל אין אנו צריכין שיכתוב דוקא בשביל המתגרשת וע"ז מייתי דסתמא פסול ומשני דבקדשים

אפשר לדרוש זבח שלמים שלא ישחוט לשם דבר אחר דכיון דלא שחיט לשם דבר אחר סגי וממילא לשמן קאי וקרינן ביה זבח שלמים אבל באשה כיון דסתמא לאו לשמה קאי א"א לומר דקרא קפיד רק שלא לכתוב לשם אשה אחרת דאם כותב סתמא נמי לא מקרי בזה וכתב לה כיון דלאו לשמה קאי. וא"כ וכתב לה דכתיב היינו שיכתוב בהדיא לשמה וכיון דבעינן שיכתוב בהדיא לשמה מאי מהני אף כשצוה הבעל לכתוב מ"מ הסופר לא כתב בהדיא לשמה ולא נתקיים וכתב לה דרומיא דרבא לא הוי אלא שנשוה גט לקדשים דסגי בסתמא ונפרש וכתב לה שלא יכתוב לשם אחרת וכיון דזה א"א והוצרכנו ע"כ לדרוש לכתוב בהדיא לשמה משום דסתמא לאו לגרושין קאי א"כ פשיטא דלא מהני מה שצוה הבעל לכתוב לשווי' סתמא לשמה וע"ז לא הוצרכנו להביא ראיה כלל שלא הוצרך הש"ס רק להביא ראיה דסתמא פסול כמו טופסי גיטין משום דלא דרשינן וכתב לה שלא יכתוב לאשה אחרת וכיון דכבר ידענו דסתמא פסול ובעי שיכתוב הכותב לשם האשה הזאת פשיטא דלא מהני מה שצוה הבעל דאטו אינו יכול לחזור בו מלגרש ואין לומר דכיון שהבעל צוה והוא כותב דמי ככותב בהדיא לשמה, דז"א דדוקא באדם א' מסיק שם גבי לשם פסח ולשם שלמים דכל העושה על דעת הראשונה הוא עושה ודמי כמאן דשחיט גם בסוף לשם פסח אבל מאמירת הבעל על עשיית הסופר לא הוי כמאן דפירש בהדיא והוי רק סתמא והתורה הקפידה שיכתוב בהדיא לשמה ואי הוי מצי למידרש לה כמו גבי קדשים שלא יכתוב לאחרת והוי מצינן למימר אף סתמא הוי מכשרינן אבל כיון דסתמא דטופסי גיטין פסול משום דסתמא לאו לשמה קאי להכי דרשינן וכתב לה שיכתוב בהדיא לשמה א"כ אף כשצוה הבעל לכתוב נמי לא מקרי לשמה:

ונראה להביא ראיה לזה מהא דאמר גבי שנים ששלחו ב' גיטין ונתערבו זב"ז דנותן שניהן לזו ושניהן לזו וקאמר ר"י עלה הא דלא כר"א דאי כר"א הא אמר עדי מסירה כרתי ולא ידעי ע"מ בהי מנייהו מגרשה ומשני אביי כי בעי ר"א כתיבה לשמה נתינה לשמה לא בעי והנה לר"י דבעי למימר דלר"א פסול משום דלא ידעי ע"מ בהי מנייהו מגרשה לא משום חשש דאין ברירה פסול דהא לא שייכא ברירה אלא בדבר שצריך להתברר אחר זמן אבל במה שמתברר עכשיו כמו הכא רק שהוא לא ידע בהי מיגרשה ומגרש בנתינתו שניהם ע"מ שתתגרש בגט דידה אין כאן חשש ברירה כדאמרינן בערובין (דף ל"ו) גבי מתנה אדם על ערובו אר"י וכבר בא חכם ע"ש ברש"י דכיון דהחכם בא רק שהוא אינו יודע לית בזה חשש ברירה אלא נראה משום דבזבחים דבעי לאתויי מכתוב לאיזה שארצה אגרש דסתמא פסול ופריך ודלמא שאני התם דאין ברירה ופירש"י דכיון דא"ב אמרינן שמא אינתיק לשם אחרת וגרע מסתמא ע"ש. א"כ צ"ל דאף דדבר המבורר

עכשיו רק שהוא אינו יודע ליכא בזה חשש ברירה מ"מ לא עדיף מסתמא דלמ"ד יש ברירה כשר אפי' בגט דכיון דמברר ואומר לאיזה שארצה הרי הסכים בדעתו על אותה שירצה אח"כ ולא אינתק כלל לשום אחרת אבל למ"ד אין ברירה לא אמרינן הוברר הדבר שדעתו על זאת. רק הואיל ותלה בדבר שמבורר כעת מאליו אף דאין הגט השני נכנס לבית הספק, משום דמאליו חל נתינה על הגט מעליא להכי אין בזה חשש ברירה מ"מ לא עדיף מסתמא דהוא לא ידע במאי מגרש לה וכל היכא דסתמא פסול כה"ג נמי פסול ודוקא גבי עירוב דבעינן רק שיכוין לקנות עירובו ובעינן רק כוונה בעלמא להכי בתולה עירובו בדבר המבורר כעת לאחרים ונעלם ממנו מהני משא"כ בגט דבעינן לשמה אף שתולה בדבר הברור לאחרים ונעלם ממנו נמי לא מהני כיון דבעינן לשמה שידע הוא במאי מגרש לה וכאן לא ידע משום דלא עדיף מסתמא. ולהכי בקדשים מהני תנאי כדאמרינן בקדושין (דף נ"ה) דמייתי ומתנה על עולה ותודה אע"ג דבעינן לשמה משום דבקדשים סתמא נמי כשר להכי במתנה על דבר המבורר ונעלם ממנו כעת דמי לסתמא משא"כ בגט דסתמא פסול:

ובזה א"ש מה שכתבו האחרונים לחוש בנתינת ב' גיטין משום ספיקא דשמות אע"ג דהתם נמי הספק מתברר עכשיו למאן דידע משום דבגט לא מהני האי סברא דיברר וכבר בא חכם משום דלא עדיף מסתמא וא"כ לשיטת הפנ"י דהיכא דצוה לכתוב גט אמרינן סתמא לגרושין קאי מאי קאמר ר' ירמי' דלר"א פסול בנתערבו משום דלא ידעי ע"מ בהי מגרשה נהי דלר"א הוי ס"ד דר"י דוכתב לה אעדי מסירה קאי שיראו המסירה לשמה הא לפי מה שביארנו בנתערבו דמי לסתמא וסתמא נמי כשר היכא דצוה לכתוב גט וכאן כבר נכתב הגט א"ו דסתם אשה לאו לגרושין קיימא אף היכא שצוה הבעל לכתוב גט אי בעינן נתינה לשמה ממש. ולא מהני סתמא משום דסתמא אכתי לאו לגרושין קיימא:

א"כ ה"ה לענין כתיבה אף שהבעל צוה לכתוב מ"מ סתמא עדיין לאו לגרושין קיימא עד שעת נתינה וה"נ משמע ממה דקיי"ל בגיטין (י"ז) כר"י דיש לבעל פירות עד שעת נתינה:

ועוד ראיה גדולה דאפי' היכא דצוה לכתוב גט לאשתו נמי לא מהני סתמא מהך סוגיא גופא דחשו"ק (גיטין דף כ"ג) דמשני ר"י א"ש והוא ששייר מקום התורף, וכתבנו בשם הרמב"ן ז"ל דטעמא דר"י משום שסובר דבעי כוונה גמורה דר"ה דמכשיר בגעוע"ג משום דסובר דסגי בכוונה קצת ליתנה לפלוני ור"י סובר דכוונה גמורה בעי הרי דאף שצוה לכתוב עכ"ז בעינן כוונה גמורה דאי סתמא נמי כשר אין לך כוונה קלה יותר מסתמא וכן בירושלמי דפריך אר"ה דיוכיח מעשה על המחשבה ומשני ברם הכא הוא כותב וחבירו מגרש הרי דצריך לכתוב לשם גרושין ולהכי אין מוכיח מעשה הסופר על הענין שיעשה

הבעל וא"א דסתמא נמי כשר ודאי דהוי בעינן למימר מעשה מוכיח על מחשבתו דהא א"צ לחשוב כלום רק כותב בצווי הבעל ואף דסתמא דקטן גרע טפי כמש"כ התוס' בחולין (דף י"ב) היינו היכא דליכא מעשה שיוכיח על מחשבתו אבל היכא דסתמא כשר ומעשה הקטן מוכיח על מחשבתו ודאי דמהני ומדפסיל חש"ו ש"מ דבעינן כוונה גמורה אפילו היכא שצוה לכתוב גט ועיין במרדכי ופסקינן כן (באו"ח סי' י"א) גבי טויית ציצית דבעינן לשמה וסתמו לאו לשמה קאי רק בעינן שיאמר בתחילת הטוי' שטווה לשמן או שיאמר לאשה טוי ציצית לטלית משמע דבאומר לה טוי ציצית לטליתי לא בעינן שתכוין היא לשמה וע"כ משום דע"י צוויו לטווית סתמא לשמה קאי מיהו אין ראיה משם דהתם מיירי שגם האשה טווה לשמה אלא משום דלא סגי במחשבה לחוד כמש"כ הרב"י שם בשם כמה פוסקים ולזה מהני אמירת המצווה לענין הוצאה בפיו כיון שהוא צוה לטווית לשמה והאשה טווה במחשבת לשמה מהני אבל אם היא טווה בסתמא לא מהני [ויש לתמוה מזה ע"ד הש"ע באה"ע (סימן קל"א סעי' ז') שכתב וכן יאמר הסופר בפיו כשמתחיל לכתוב שכותב לשם פלונית וכו' וכתב הב"ש ע"ז דאפי' בדיעבד מעכב האמירה ע"כ וזה תימא דהא כאן שהבעל צוה לכתוב גט לאשתו דמי לאומר טוי לי ציצית לטליתי דמהני וצ"ע]:

ועדיין יש לעיין דכיון שהמגרש הזה הוא מחויב ליתן גט כשר מדינא דהא בנתן גט פסול פסק הרמ"א (בסי' קנ"ד) דכופין אותו ליתן גט אחר ואף שיש לומר דהכא שאני דהיא גרמה לעצמה מ"מ ודאי דמצוה לגרשה דהא לא קיים פו"ר ואסור באחרת משום חדר"ג ומצוה לגרשה כדי לישא אחרת וזו כבר אסורה לו מטעם ספק מחזיר גרושתו משנשאת שמא גט קמא מעליא הוא וא"כ בזה וודאי דבעינן למימר סתמא לגרושין קיימא ונהי אם לא ידע כלל שהגט הוא המוציאה ממנו אפשר דדמי למתעסק דגרע מסתמא כמש"כ התוס' בחולין (דף י"ג) ובזבחים שם גבי קטן דדמי למשום חולין וגרע מסתמא וה"נ אם לא ידע כלל שהוא ספר כריתות וסתמא לא מהני בזה מ"מ אם ידע שפיר שבגט זה נפטרת ממנו אלא שלא ידע לחשוב זה בשעת נתינת הגט א"כ אפשר לומר דסתמא לשמה קאי כיון דבעיקר ענין הגרושין הוא רוצה לגרשה וגם יודע שבגט זה מגרשה רק במה דבעינן שיחשוב בשעת נתינה שמגרשה בגט זה ובזה אמרינן סתמא לשמה קאי דהיינו דבר שהוא מצוה לעשות ולחשב אע"ג דלא חשב כמאן דחשב דמי ואע"ג דהתוס' כתבו כדאמרינן סתם אשה לאו לגירושין קאי ואפי' זינתה מ"מ לאו להתגרש בגט זה קיימא א"כ ה"נ נהי דמסתמא להתגרש עומדת מ"מ לאו להתגרש בגט זה עומדת, היינו התם דמספקינן אי חל מחשבת לשמה על הגט בזה אמרינן כיון דלא להתגרש בגט זה עומדת

לא מהני מה דלגרושין עומדת אבל הכא דלענין מחשבת תורת כריתות בשעת נתינה קיימינן מהני מה דלגרושין עומדת. דכיון דלגרושין עומדת נקבע מאליו בנתינת גט זה תורת כריתות מיהו נ"ל דכיון דלא מהני מה שרוצה לגרשה רק דבעינן שיחשוב שרוצה לגרשה בגט זה א"כ מאי מהני מה דלגירושין עומדת סוף סוף אינה עומדת להתגרש בגט זה דוקא ויכול לגרשה בגט אחר ואנן בעינן מחשבת תורת כריתות בהאי גיטא, וע"ז אינה עומדת מסתמא, ואף שכאן תרווייהו איתנהו בה האשה עומדת להתגרש משום דחייב לגרשה מדינא והגט עומד לגרש בו שכבר נכתב כדין לשמו ולשמה ולשם כריתות מ"מ ענין סתמא לשמה קאי מקדשים אנו למדין והתם הבהמה עומדת להשחט לשם חובתה וא"א בענין אחר אבל כאן אף שהיא עומדת להתגרש והגט כבר נכתב לשם גרושין דידהו מ"מ יכול לגרש גם בגט אחר ומנין לנו לקבוע תורת כריתות בהאי גיטא בלא כוונתו וכ"כ החכ"צ בתשובה (סימן א') גבי גט מומר וז"ל וא"ל דסתם אשת מומר לגירושין עומדת כיון דאסורה לו שהרי התוס' כתבו דאפילו זינתה לאו להתגרש בגט זה עומדת ע"ש והרי התם בעי למיפסל גט מומר משום דאדעתא דנפשי' עביד ולא מכוין בנתינתו לגרשה כמבואר שם מדבריו הרי אע"ג דהאשה עומדת להתגרש והגט כבר נכתב כדין נמי לא אמרינן סתמא כשר משום דלא דמי לקדשים דהתם הבהמה עומדת לשחיטה זו ומשום הכי לשמה קאי:

וכן מצאתי להגאון בעל טורי אבן ז"ל שכתב ליישב קושייתו בהא דר"ל סובר בפסחים (דף קי"ד) מצות צריכות כוונה ובנזיר (דף כ"ג) פריך לר"י דאמר האוכל פסח לשם אכילה גסה מקרי פושע וקרי בי' פושעים יכשלו בם נהי דלא עביד מצוה מן המובחר מצוה מיהו עביד ותירץ הטו"א ז"ל דאף למ"ד מצות צריכות כוונה היינו דוקא במצה ושופר ולולב דאין חתיכת מצה זו או לולב זה מיוחדים למצותו דאפשר לקיים במינן ע"י דברים אחרים ואין אלו סתמן עומדים למצותן ודמי לסתמא דגט דסתמא פסול משום דלאו לגירושין קיימא ואפילו זינתה סתם לאו להתגרש בגט זה עומדת אבל בדבר פרטי המיוחד ועומד למצותו וא"א לקיימו אלא בגופו ואפילו במינו א"א אלא בו כגון אכילת קדשים ופסח דמצות אכילתן מיוחד לגופו דמי לשחיטת קדשים דסתמן לשמן עומדין וכן במילה סתמא לשמה קאי עיי"ש בדבריו לפ"ז גבי גט נמי אף שהגט נכתב לשמו ולשמה מ"מ כיון דאפשר עדיין לגרשה בגט אחר מסתמא לאו לשמה קאי דלא דמי לשחיטת קדשים ואכילת קדשים דא"א לקיים מצותו אלא בשחיטה זו ואכילה זו ומכ"ש לפי תירוץ השני שתירץ הטו"א ז"ל לחלק בין היכא דאפשר לחזור ולעשותן כמו גבי מצה ולולב דצריכות כוונה וסתמן לאו לשמן קאי ודוקא גבי אכילה ושחיטה דקדשים

דא"א לחזור ולעשות מצותן פעם שני אז סתמן לשמה קאי א"כ גבי גט לענין כוונה דנתינה כיון דאפשר לגרש בגט אחר לא אמרינן סתמא לשמה ולולי דברי החכ"צ ז"ל הי' נ"ל דלא שייך כלל האי סברא דסתמא לשמה קאי אלא גבי קדשים דאין המחשבה מוציאה שום דבר מרשותו וכן גבי כתיבת הגט דאע"ג דהגט מוציאה מרשותו מ"מ אנן השתא לענין כתיבת הגט קיימינן אי חל על כתיבת הגט ענין לשמה וכתיבת הגט אינה מוציאה מרשותו עדיין אבל כשאנו באין לדין על המחשבה דנתינת הגט דבעינן שיכוין להוציאה בגט זה בשעת נתינתו לא שייך סתמא לשמה כיון דבהאי סתמא אנו מוציאין אותה מרשותו אם השלים כל תנאי הגט לכוין להוציאה אין מחשבה נתפסת מאלי' להוציאה מרשותו וכן גבי כוונת חליצה לא אמרינן סתמא לשמה קאי כיון דבעינן שיכוין להוציאה בחליצה זו לא אמרינן בכה"ג סתמא לשמה קאי:

ובזה כתבנו להוכיח שיטת הר"מ שכתב הטעם דחליצת חש"ו פסול משום דלאו בני דיעה נינהו ולאו משום דלאו בני קריאה נינהו וכתבנו משום דדעת הר"מ דלמסקנא דמסיק אביי דאפילו בחרשת מעיקרא לא מהני חליצה ע"כ הטעם משום דעת ולהכי לא מהני אפילו בחרשת מעיקרא דגבי חליצה לא אמרינן כי היכי דעל הכי נפיק משום דלא שכיחא ולא תקינו לה חליצה ורב גידל א"ר דמשני התם (דף ק"י) אביאה וחליצה בחרשת לא משכחת אזיל בשיטת אביי דמוכיח הכי מכמה משניות דאפילו בחרשת מעיקרא לא מהני חליצה ולהכי אמר דמתניתין דקתני ביאתה או חליצתה לא קאי אחרשת כ"א ביאתה לחודא:

והשתא קשה ל"ל לדחוקי ולמימר דלא קאי כלל אחליצה הא משכחת לה בחרשת חליצה וכגון בחייבי לאוין לר"ג א"ר לשיטתו (בדף כ') שם או בעשה ול"ת לדידן דמדאורייתא ליבום לא רמיא ולחליצה רמיא אף לרבא שם וא"כ כיון דלאו בני יבום נינהו מסתמא לחליצה קיימא להכי מהני בהו חליצה משום דסתמן לשמן קאי ושפיר משכחת חליצה בחרשת לשיטת הר"מ ואין לומר דחש"ו גרע מסתמא דדמי למתעסק כמ"ש התוס' (בחולין י"ג) דז"א דהא שיטת הר"מ דחליצת חרש פסול משום כוונה הוא משום דאזיל לשיטתי' דחליצה בעי כוונה גמורה וכמ"ש החכ"צ בשמו אבל אי הוי סגי בכוונה קצת שלא בשעת מעשה וודאי דהוי מהני בעוע"ג כמ"ש בשם הרמב"ן ז"ל דטעמא דר"ה דמהני גבי גט גדול עוע"ג הוא משום דסובר דלא בעי כוונה מעליא וא"כ בחליצת ח"ל דסתמן לשמן קאי ולא בעינן כוונה מעליא מהני מה שגדול עע"ג דבחליצה הא איכא גע"ג ועוד דהיכא דסתמא מהני אמרינן מוכיח מעשה על מחשבה כמו שמבואר אצלינו במק"א ליישב קושיית הירושלמי מגט ותרומה דלא אמרינן בהו מחשבתו ניכרת מתוך

מעשיו דדווקא היכא דסתמא מהני כמו גבי קדשים אלא דמחשבת חש"ו גרע מסתמא להכי מהני מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו לשווי' סתמא וכן גבי הכשר לא בעינן כוונה בשעת מעשה שיכוין בשעה שמעלה הפירות לגג כדי שיקבלו המים רק כיון דעביד ע"ד כן מהני אף שלא חשב בשעת מעשה להכי גבי קטן אמרינן מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו כדאיתא בחולין (דף י"ג) אבל גבי גט ותרומה דבעינן כוונה מעליא שיכווין בשעת מעשה שכותב לשמו ולשם גירושין וכן גבי תרומה בזה לא אמרינן מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו והשתא גבי חליצת ח"ל דסתמא נמי מהני משום דסתמן לשמן קאי אף שמחשבת חש"ו גרע מסתמא מ"מ בעינן למימר מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו לשווי' סתמא למהני חליצה דחרש וא"כ למה אמר רב דחרש אביאה לחודה קאי לוקמי בחייבי לאווין דמהני חליצת חרש בהו משום דסתמא לשמה קאי וכיון דסתמא כשר חש"ו נמי כשר משום עוע"ג או משום מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו, א"ו דגבי חליצה לא אמרינן סתמא לשמה קאי כיון שע"י חליצה נפטרת ממנו אינה יוצאת מרשותו משום מחשבת סתמא ואע"ג דאינו יכול ליבמה דהא אסורה לו בלאו או בעשה מ"מ לא אמרינן בזה סתמא לשמה ואע"ג דהנוב"י כתב (בס' צ"א) גבי יבום דחרש סתמא לשמה קאי איקנית לו וכו' שאני עיולי מאפוקי דאפוקי לא מפקינן מסתמא ועוד דהתם במחשבת מצוה תליא הקנין ובזה שפיר אמרינן סתמא לשם מצוה קאי והקנין בא מאליו והכא מחשבת פטור בעינן ולא אמרינן סתמא למחשבת פטור קאי:

מיהו יש לדחות דהא דלא משני דמיירי בח"ל ומשום דסתמא לשמה קאי משום דהא שם יש שתי יבמות ואפשר בחליצה דחבירתה ולא שייך סתמא לשמן קאי הרי נתברר מכל הדברים שכתבנו דהאי פתי שאנו דנין בו במאי דמיסברי' לי' וסבר דעתו דיעה גמורה וקדושיו קדושין גמורין ולענין גרושין מהני באופן אם נעמוד על דעתו להבינו שהגט הוא הגורם הכריתות ושיצוה לסופר לכתוב לשם כריתות ולכוין בשעת נתינה שנותן לשם כריתות אבל אם אי אפשר להבינו דברים הללו אין כח בגיטו להתיר קדושיו וזה ברור:

ראיתי בספר תורת גיטין (ר"פ כל הגט) שהקשה בכל הני דפסיל מתניתין דכל הגט משום שלא לשמה כמו קול סופרין מקרין ולהנך פוסקים דבעינן שליחות בגט תקשה ת"ל שנכתב בלי שליחות הבעל ופסול ותירץ דנ"מ אם אמר הבעל להסופר כתוב גט לאשתי ואח"כ כתב גט להתלמד דבזה אין לפסול משום שליחות דהא הסופר במקום הבעל קאי ופסול משום לשמה וכן יישב בזה קושית הרשב"א ז"ל על הנך פוסקים דבעי שליחות ממתניתין דכותב טופסי גיטין עיין שם ונפלאתי על דבריו ז"ל דאטו אם הבעל אמר להסופר כתוב גט לאשתי נימא דמה שכותב טופסי גיטין או להתלמד יהא בזה

שליחות הבעל הא אין שייך לומר שנעשה שלוחו אלא על מה שהוא עושה בכוונת שליחות המשלח אבל מה שהוא עושה להתלמד לא נקבע בזה שליחות המשלח דאטו גופו של השליח כגופו של משלח בכל עת ובכל רגע הלא רק בשעה שהוא עושה בכוונה לשם שליחות הוי כמו שעושה המשלח אבל לא במה שעושה בלי כוונה ואכתי תקשה להנך פוסקים דבעי שליחות אמאי לא פסיל כל הני גוונא דמתניתין משום שנעשה בלי שליחות הבעל וצ"ע:

סימן קנד

שאלה באחד שהלך מביתו זו אשתו ללמוד בעיר אחרת והניח לאשתו ממון ומסחר במה להתפרנס והיא לא היה לבבה שלם עמו וכשבתו שם כשני שנים באת אליו אשתו והפצירה בו שיגרשנה יען כי הפסידה כל אשר הניח לה והיא עניה ודלה ואין לה ממה להתפרנס ונתנה עליו בקולה באשר הוא חייב במזונותיה ומזונות ילדיו ואחרי ההפצרות שמע לקולה ונודע לו כי כחשה לו וכל אשר יש לה הטמינה ויש לה סך רב להתפרנס מזה הוא וילדיו ועתה מערער על הגט באמרו אלו ידע שכן הוא לא היה מגרשה גם מסר מודעא על הגט:

תשובה תחילה נדבר בעזהי"ת מענין ערעור מה שהטעתו. (בגיטין מ"ו) אמרינן המוציא את אשתו משום ש"ר ומשום נדר לא יחזיר ובגמרא אר"נ והוא שאמר לה משום ש"ר אני מוציאך ומפרש בגמ' דקסבר טעמא משום קלקולא שמא תלך ותנשא לאחר ונמצא דברים בדאים ויאמר אלו הייתי יודע שכן הוא אפי' נותנים לי מאה מנה לא הייתי מגרשה ונמצא גט בטל ובניה ממזרים וכתבו התוס' והרשב"א ז"ל דלא הוי אלא לעז בעלמא ולא שיהא הגט בטל ממש דהא לא אמר לה על מנת ואע"ג דבכמה מקומות מהני גילוי דעתא כמו שטר מברחת וזבין ולא איצטריכא ליה זוזי הכא ליכא למימר הכי מדבעי לר"מ תנאי כפול והאחרונים ז"ל נדחקו בפירוש דבריהם במ"ש דהכא ליכא למימר הכי ומהר"מ אלשיך ז"ל בתשובתו רצה לפרש דסבירא להו דגילוי דעת לא מהני בגט אלא בממון:

אבל באמת נראה לי פשוט דא"צ לזה אלא כוונתם דאף דגלוי דעת מבטל הגט מ"מ הכא ליכא גלוי דעת כלל דאפשר לומר דכיון דיש עלי' ש"ר מאוסה עליו ורוצה לגרשה אף אם הדברים בדאים וכן בנדרנית אינו רוצה באשה נדרנית אף שיש היתר לנדרה ולא הוי גילוי לומר שאם היה יודע שהדברים בדאים או שיש היתר לנדרה לא היה מגרשה וכן כתבו התוס' אח"כ בד"ה שלא דלישנא בתרא דסובר משום פריצותא סובר שאין הטעם בש"ר משום קלקולא דלא מצי לקלקלה דכיון דמשום ש"ר מגרשה דעתו לגרשה בכל ענין אפילו אם ימצאו דברים בדאים ע"כ אבל היכא דהוי גילוי דעת גמור מהני

נמי גבי גיטא ואפילו באיילונית נמי איכא למימר כיון דלא היו לה בנים ויש לה קצת סימני איילונית [כמ"ש הרמב"ן ז"ל במלחמות ד"ה ועוד] מוציאה. בכל ענין אע"פ שאינה איילונית גמורה וכה"ג כתב רש"י ז"ל (ביבמות ס"ה) גבי ניסת לרביעי והיה לה בנים שאין הגט בטל משום דלגמרי מגרש לה [ואע"ג דרש"י ז"ל מפרש הכא דהוי קלקול גמור כמו שנפרש לקמן מ"מ הכא דכבר ניסת לשלשה ולא היה לה בנים סבר דלגמרי מגרש לה] ולהכי כתבו התוס' דאין זה אלא לעז בעלמא משום דא"ל דלגמרי מגרש לה ואין צריך למש"כ בס' מחנה אפרים דלא מיקרי גילוי דעת משום דאפשר לומר דעילה מצא לגרשה דזה שייך לומר היכא דלא אמר לה משום זה אני מוציאך אבל באמר לה ליכא למימר הכי אלא הטעם כדפירשנו וכן אין צריך לחלק בין ממון לאיסור כמ"ש המהר"מ אלשיך ז"ל דוודאי גם באיסור מהני גילוי דעת:

והרשב"א בפ' מי שאחזו (ד' ע"ה) גבי הא דאתקין שמואל בגיטא שכתב בסוף דבריו ומיהו גבי דיני ממונות לא בעי תנאי כפול אלא גילוי דעתא כתנאי הוי אע"ג דלא פריש כלום דלמדו האחרונים ז"ל מדבריו דדווקא גבי ממונא מהני ג"ד אינו ראיה כלל למעיין בדבריו שהביא שם דעת רבינו שמואל דבגיטין בעי ת"כ כמו שאתקין שמואל אבל בממונא סגי בגילוי דעתא ולא בעינן ת"כ וקאי אעיקר פלוגתא דר"מ ורבנן בת"כ דבגיטא מחמרינן ובעינן ת"כ אבל לא בממונא ואין הכי נמי דלרבנן דר"מ דלא בעינן בגיטא ת"כ וודאי דגילוי דעתא לחוד נמי סגי ולא מפלגינן בין איסורא לממונא וכן להנך רבוותא דסברי דגילוי דעת עדיף כמו ת"כ וודאי נמי דמהני בגיטא כמו בממונא גם אין זה ענין כלל למה דקי"ל דגילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא דהתם הטעם דמאחר דכבר עשה שליח לגרש אין גילוי דעתא מבטל גיטא ודווקא דיבור מבטל דיבור אבל גילוי דעתא לא מבטל דיבור כמבואר כ"ז בסוגיא (דקידושין נ"ט וגיטין ל"ב) אבל גילוי דעתא שע"מ כן מגרשה אין ענין לכאן וכן אביי דאית ליה גילוי דעתא בגיטא מילתא היא אפשר דסובר דגילוי דעתא שקודם לא מהני והתם שאני שמגלה דעתו שאינו רוצה בגט כלל ואמר ברוך הטוב והמטיב אבל אם רוצה בגט אף שאמר ומגלה דעתו שמטעם זה הוא רוצה אפשר שיש בלבו עוד טעם אחר שמחמת זה מגרשה אלא שבאמת גילוי דעתא מבטל גיטא כמו גבי ממון וכוונת התוס' הכא בגיטין משום דלא הוי גילוי דעת גמור משום דאפשר דלגמרי מגרש לה משום הנדר ומשום הש"ר ומשום קצת סימני איילונית שנראה בה [הארכנו קצת בזה שבזה נדחה הרבה פלפולים שנאמרו בדברי האחרונים ז"ל בזה]:

ודעת רש"י ז"ל מבואר דסובר דהוי קלקול גמור לבטולי גיטא מן הדין כיון דאמר לה משום זה אני מוציאך ונמצא דברים בדאים בטל גיטא לפיכך אומרים לו שלא יחזירנה עולמית ואז גמר ומגרש עיי"ש בדבריו וכן דעת הרמב"ם (בפ"י מה' גירושין) וז"ל מפני מה המוציא את זו לא יחזיר לעולם שמא תנשא לאחר ותעשה תשובה ויאמר הראשון אלו הייתי יודע לא הייתי מגרשה ונמצא כמגרש על תנאי ולא נתקיים שהגט בטל למפרע לפיכך אומרים לו גמור בלבך לגרשה שאין זו חוזרת לך לעולם עכ"ל:

ונראה לי שכן גם שיטת הרי"ף ז"ל שכתב אמתניתין דר"י אומר נשאת לאחר והיו לה בנים והיא תובעת כתובתה אמרינן לה שתיקותך יפה מדיבורך משום דאמרינן לה השתא הוא דבריית והקשו המפ' דא"כ דשייך הכא גבי איילונית השתא הוא דבריית א"כ מאי פריך דרבנן אדרבנן דאמרי גבי איילונית יחזיר ולא חיישי לקילקולא דלמא משום הכי לא חיישי לקילקולא משום דאמרינן השתא הוא דבריית כמו דמשני (ביבמות ס"ה) הקושיא דאנן מי שתקינן אלא אמרינן השתא הוא דבריית [ואע"ג דגבי אשה שאין לה ווסת אמרינן דלא יחזיר וחיישינן לקילקולא אע"ג דאיכא למימר השתא הוא דבריית התם משום דרפואתה קרובה ושכיחא יותר מרפואת אשה שלא היה לה בנים או משום שמא תתחיל קביעת הווסת קודם הגירושין וכמש"כ כ"ז התוס' ביבמות ובנדה אבל לפי מה שכתבנו שסובר דהוי קלקול גמור כשיטת רש"י ז"ל דברי הרי"ף ז"ל נכונים מאוד דהנה שם ביבמות בהא דפריך אנן מי שתקינן נמצא גט בטל ובניה ממזרים אלא אמרינן השתא הוא דבריית כתב רש"י ז"ל וז"ל אלא מדשתקינן וודאי לא מצי לבטולי דאמרינן ליה מספקא קמגרשת לה ולא איכפת לך בה וגמרת בדעתך לגירושין, אלא אי איכא למיפטריה הכי פטרינן ליה דאמרינן ליה השתא הוא דאברית שחזרה להיות בריאה מחולי' ע"כ, הנה חזינן שרש"י ז"ל פירש בהא דאין הגט בטל משום דמספיקא מגרש לה ובהא דלא מצי למיתבעיה כתובה פירש משום דאמרינן השתא הוא דבריית וקשה אמאי לא פירש נמי דלהכי אין הגט בטל משום דאמרינן השתא הוא דבריית ונראה דרש"י ז"ל אזיל לשיטתו דהוי קלקול גמור ומבטל את הגט מן הדין, א"כ לא שייך למימר לקיים את הגט משום השתא הוא דבריית דאיך נוכל להקל מספיקא ודלמא היתה בריאה מקודם ורק הם לא זכו להבנות ממנה והוי גט בעל להכי פירש בטעמא דאנן שתקינן משום דלגמרי מגרש לה ורק לענין מפטר מכתובה ע"ז אמרינן השתא הוא דבריית דמספיקא לא מפקיקן ממונא וזה ברור בכוונת רש"י ז"ל:

והשתא א"ש נמי שיטת הרי"ף ז"ל דאע"ג דסובר דגם גבי איילונית אמרינן השתא הוא דבריית ופירש כן בהא דאמרינן שתיקותך יפה מדיבורך מ"מ זה רק לענין כתובה

דמספיקא לא מפקינן ממונא אבל לענין קלקול שפיר פריך דרבנן אדרבנן דמאן דחייש לקלקולא בעי למיחש נמי באיילונית דכיון דאמרינן אדעתא דהכי לא גירשה מן הדין לא נוכל להכשיר הגט מספיקא ולומר השתא הוא דבריית ולהכי יקשה ג"כ דרבנן אדרבנן גבי איילונית דלא מהני האי טעמא השתא הוא דבריית לענין קילקול הגט והתם גבי ניסת לשלישי דלא חיישינן לקילקולא גם לענין הגט הוא משום דלגמרי מגרש לה כמו שכתבנו בכוונת רש"י ז"ל ודווקא התם משום דכבר לא היה לה בנים מבעלים הראשונים וודאי לא מעיילי שלישי שוב נפשו לספיקא ומגרש לה לגמרי וכמו שפירשו התוס' התם ביבמות דמיירי שלא הכיר בה אבל הכא גבי איילונית דרק גבי דידיה אתיילד האי ספיקא דאיילונית ולא הוחזקה בזה עדיין אמרינן דמגרש לה רק אם היא איילונית ומאן דחייש לקלקולא בש"ר ונדר בעי למיחש נמי גבי איילונית לקלקולא:

ובזה נראה ליישב דעת הרי"ף ז"ל מה שהקשה הב"י באהע"ז (סימן יו"ד) שכתב מתניתין דהמוציא את אשתו משום ש"ר ונדר ומתניתין דמוציא את אשתו משום איילונית כצורתן ולא כתב עליהם כלום והא וודאי דקשה רבנן דש"ר ונדר ארבנן דאיילונית עיי"ש דגבי ש"ר ס"ל לרבנן דלא יחזיר וגבי מוציא את אשתו משום איילונית ס"ל דיחזיר כדמקשה שם בש"ס ומשני שם שמואל דמהפכינן דר"י לרבנן ודרבנן לר"י והאיך פסק הרי"ף ז"ל בתרווייהו כחכמים כפי הנוסחא דמשנה דידן דבמוציא משום ש"ר לא יחזיר ובאיילונית יחזיר נגד הגמ' ואי סובר כרבא דאמר מאן חכמים ר"מ דבעי תנאי כפול הוה ליה לפרושי בכולהו דבעי כפליה למילתא וכן תמה בזה הפ"י ז"ל ונראה דהנה הב"י הקשה שם עוד קושיא חמורה דאביי מתרץ דרבי יהודא אדר"י ולא משני דרבנן אדרבנן וכדתמה רבא דר"י אדר"י קשיא דרבנן אדרבנן לא קשיא עי"ש ורבא נמי אמאי לא אתקיף ליה לאביי כאורחא דתלמודא בכל דוכתא ורק אמר לה למימרא בפ"ע ואף דכהך סוגיא מצינו בסוטה (דף ח') בהא דאמר ר"י אם הי' שערה נאה לא הי' מגלה אם הי' לבה נאה לא הי' מגלה ופריך למימרא דר"י חייש להרהורא והתנן וחכ"א האיש נסקל ערום ואין האשה נסקלת ערומה ומשני שם רבה דברי ר"י ורבא אמר שם דר"י אדר"י קשיא דרבנן אדרבנן לא קשיא ומשני התם עי"ש דרבה לא חייש לשנויי דרבנן אדרבנן מ"מ גם התם אפשר ליישב דרבה לא הוי קשה לי' דרבנן אדרבנן דסובר דגבי סקילה דרשי רבנן אותו נסקל ערום ולא אותה כדדרשינן בסנהדרין (מ"ה) משא"כ הכא עבדינן קרא כדכתיב ופרע את ראש האשה ולא קשה לי' דרבנן אדרבנן ורק רבא סובר דאותו דגבי סקילה לא ממעט אשה כמ"ש התוס' וקשה לי' גם דרבנן אדרבנן דגבי סוטה לא חיישי להרהורא וגבי סקילה חיישי ולהכי מהדר לנויי גם דרבנן אדרבנן:

ונראה לי ליישב על נכון דאיתא בכריתות (דף כ"ג) המביא אשם תלוי ונודע לו שלא חטא אם עד שלא נשחט יצא וירעה בעדר דברי ר"מ וחכמים אומרים ירעה עד שיסתאב וימכר ויפלו דמיו לנדבה ובגמרא במאי פליגי ר"מ סובר כיון דלא צריך לי' לא מקדיש ליה ורבנן סברי מתוך שלבו נוקפו גמר ומקדיש ואח"כ אמר ר"י אמר רב מודים חכמים לר"מ באשם תלוי שהוזמו עדיו שיצא וירעה בעדר מ"ט עד כאן לא פליגי רבנן אלא היכא דאפרשיה ע"פ עצמו ואמרינן לבו נוקפו אבל היכא דע"פ עדים אפרשיה לא הוי סמיך עלייהו דעדים דסבר דילמא אתי אחרים ומזמי להו ומתיב רבא משור הנסקל דמיירי בעדי הזמה ודכוותה בא"ת בעדי הזמה וא"ל אביי דילמא שור הנסקל נמי שבא הרוג ברגליו ודכוותי' באשם תלוי שהוכר האיסור ובפלוגתא אשם תלוי שהוזמו עדיו ר"א אומר הרי הוא כמנחת קנאות שהוזמו עדיו דתניא תצא לחולין ור' יוחנן אמר אינו כמנחת סוטה אלא ירעה עד שיסתאב וימכר ויפלו דמיו לנדבה משום דסוטה לא לכפרה אתיא אלא לברר עון אבל אשם תלוי דלכפרה אתיא מתוך שלבו נוקפו גומר ומקדישו עכ"ל הגמרא הנה חזינן דאביי סובר כרב דבמה שמקדיש ע"פ עצמו גמר ומקדיש מתוך שלבו נוקפו על ספיקו ובמה שמקדיש ע"פ אחרים ונמצא שקר לא גמר ומקדיש ודעתו שאם יתברר ספיקו שיתבטל הקדישו ולאו דווקא בא"ת שהוא לכפרה סובר הכי אלא בכל דבר שעושה מספק ע"פ עצמו עושה לגמרי מתוך שלבו נוקפו דהא אביי ל"ל הך סברא לחלק בין מנחת סוטה שהוא לברר עון לא"ת שהוא לכפרה ויליף א"ת בעפ"י עדים ממנחת סוטה ש"מ דסבירא ליה דבמה שהוא לכפרה אינו גורם שיהא גמר ומקדיש רק החילוק בין ע"פ עצמו לע"פ אחרים לענין גמר ומקדיש ורבא ס"ל האי סברא דלכפרה קאתי ואינו מחלק בין ע"פ עצמו לע"פ אחרים רק דכיון דלכפרה קאתי גמר ומקדיש אפילו בע"פ אחרים ונראה דלרבא היכא דלא אתי לכפרה אפילו ע"פ עצמו אינו גמר ומקדיש דהעיקר הוא לרבא דרק היכא דאתי לכפרה גמר ומקדיש:

וכן כתב הרמב"ם ז"ל בהדיא (פ"ד מה' פסהמ"ק הלכה י"ט) בהפריש א"ת ע"י עצמו ונודע לו שלא חטא דירעה עד שיסתאב ויפלו דמיו לנדבה משום דלבו של אדם דוה על עונותיו עי"ש ואח"כ כתב דין שע"פ עדים ג"כ הדין כן הרי שגם בע"פ עצמו נתן טעם משום שלבו דוה על עונו והיינו טעמא דר' יוחנן דלכפרה אתיא והכי משמע נמי דטעמא דרבא בע"פ עצמו הוא ג"כ משום דלכפרה קאתי דהא לרבא מיירי מתניתין בע"פ עדים נמי דומיא דשוה"נ וכיון דמתניתין סתמא קתני לרבנן יפלו דמיו לנדבה בין ע"פ עצמו ובין ע"פ אחרים כמו דע"פ אחרים הטעם משום דלכפרה קאתי ה"נ בע"פ עצמו הטעם

משום דלכפרה קאתי דמסתמא חד טעמא לתרווייהו הא היכא דלאו לכפרה קאתי לא גמר ומקדיש ובטל הקדישו ואמרינן דלא הקדיש מספק:

ומעתה א"ש דאביי דלא משני דרבנן אדרבנן באיילונית דלדידיה לק"מ דרבנן אדרבנן דדוקא גבי מש"ר אמרינן לא יחזיר דהא הוא לא ידע מידי רק שאחרים הוציאו עליו שם רע ומשום זה מגרשה וכשימצאו דברים בדאים יבטל הגט ויאמר אלו הייתי יודע שכן לא הייתי מגרשה דבדבר שהוא אינו יודע ועושה ע"פ אחרים אינו גומר לעשות ומצפה שאם יתוודע שהוא שקר יבטל הגט כיון דאפילו בעדים ברורים אמרינן הכי גבי א"ת כ"ש בהוצאת קול וש"ר בעלמא וכן גבי נדר שזה הוי טעות גמור שלא ידע שיש היתר או הפרה לנדר ואיכא קילקול גמור וגזרו דלא יחזיר אבל באיילונית שע"פ עצמו ונפל ספק בלבו שמא היא איילונית וכמ"ש הרמב"ן ז"ל במלחמות שראה בה קצת סימני איילונית ולא ידע אי הוי מחמת כחישותא או שהיא איילונית שהוא ספק שע"פ עצמו בזה אמרינן גמר ומגרש מספיקא וכמ"ש רש"י ז"ל ביבמות גבי לא היו לה בנים דאמרינן מספיקא גמר ומגרש לה שהוא נמי ספק שע"פ עצמו וגמר ומגרש ולהכי לא הוצרך אביי לשיטתו לשנויי דרבנן אדרבנן משום דאיכא למימר דאזלי רבנן לטעמייהו במשנה דכריתות ורק רבא לטעמיה דלא סבר להך חילוקא דע"פ עצמו וע"פ אחרים כלל ובכל דוכתא דלאו לכפרה אמרינן דלא גמר ומקדיש וה"נ לא אמרינן גמר ומגרש וא"כ קשיא דרבנן אדרבנן דכיון דאית להו במוציא משום ש"ר לא יחזיר משום קלקולא שיבטל הגט אח"כ דלא אמרינן גמר ומגרש א"כ באיילונית אמאי יחזיר לחכמים הא לא גמר ומגרש דלא אמרינן גמר ועושה אלא היכא דלכפרה אתיא להכי אמר דר"י אדר"י קשיא דרבנן אדרבנן לא קשיא והוצרך לשנויי מאן חכמים ר"מ דבעי ת"כ:

ובזה יש ליישב גם דעת הרי"ף ז"ל שהוא סובר דבעינן למיפסק כאביי דבאיילונית סברי חכמים דיחזיר משום דלא שייך קלקולא דכיון דמעצמו מגרש לה גמר ומגרש לגמרי להכי סברי דיחזיר והעתיק המשנה דחכמים אומרים יחזיר בסתמא דקי"ל יחיד ורבים הלכה כרבים ואף דבמוציא משום ש"ר לא יחזיר משום דש"ר מיקרי עפ"י אחרים ולא מגרש לגמרי אלא על תנאי ואף דבעינן למפסק כרבא נגד אביי ומכ"ש הכא דלענין פלוגתא דגמר ומקדיש ר"י ורב נמי פליגי וקי"ל רב ורבי יוחנן הלכה כר"י מ"מ הכא סמיך אסתמא דתלמודא (דיבמות ס"ה) דאמרינן התם דלא שייך קלקולא וכמ"ש רש"י ז"ל אנן מי שתקינן והיינו משום דבאמת אמרינן דלגמרי מגרש לה דמחמת ספק שבלבו הוא גמר ומגרש והא דפסק גבי אשה שאין לה ווסת דלא יחזיר אע"ג דגם התם הוי רק ספק שע"פ עצמו, אפשר דהתם הטעם כמ"ש התוס' בשם הרב רבי שלמה דחיישינן

שמא תקבע ווסת מהראיה שתראה קודם הגט עיי"ש הא לאו הכי אמרינן בספק שע"י עצמו גמר ומגרש כאביי] והכי סבר רב פפא שהוא המתרץ שם (ביבמות ס"ה) והוא בתרא והלכה כוותי' נגד רבא ואף שהר"מ ז"ל פסק (בה' פסולי המוקדשין) כרבי יוחנן מ"מ הרי"ף ז"ל פסק כרב בזה:

ועוד יש לחלק בין לא היו לה בנים לאשה שאין לה ווסת דבלא היו לה בנים דהוי ספיקא כמ"ש רש"י ז"ל והתוס' דלענין ממונא דווקא בתלתא זימנא הוי חזקה אבל לענין שלא תנשא לשלישי חיישינן בתרי זימנא וכל היכא דמספקא ליה אמרינן דלגמרי מגרש לה כיון שהדבר ספק אצלו גמר ומגרש שמעלה בלבו הספק ואפ"ה גומר ומגרש אבל באשה שאין לה ווסת שיש לה חולי ברור שאין לה ווסת ואין כאן ספק שיגמור בדעתו לגרשה בכל ענין ואינו מעלה על דעתו אופן אחר בזה וודאי אינו מגרשה אלא אדעתא דאית בה האי חולי וכשמתקנא ומתרפא יכול לומר אדעתא דהכי לא גרשתיך. ואף דקי"ל מה שנולד אחר הגט אינו מבטל הגט מ"מ הכא שאני דרפואתה שכיחא ולא הוי נולד כמ"ש התוס' ביבמות ובנדה ע"ש. וזה דמי למגרש מחמת נדר ולא ידע שיש היתר או הפרה לנדרה שמצי מקלקל לה שאין כאן ספק דנימא דגמר ומגרש מחמת זה:

ומצאתי בעזה"י חילוק זה בדברי הרמב"ן ז"ל בחידושיו ביבמות שכתב וז"ל דגבי לא היו לה בנים מתחילה על הספק הוציאה ואע"פ שאנן כפינוהו לשלישי משום ספק כפינוהו שאין אנו רוצים שיעמוד בספיקא ולא משום סימני איילונית ועקרה הוציאוה ובאשה שאין לה ווסת היינו טעמא דאמרינן יוציא ולא יחזיר עולמית דכיון דאית לה מכה על הודאי מגרשה אע"ג דאיכא למימר השתא הוא דבריית מקלקל משא"כ במוציא משום שאינה יולדת שהוא רק שמא לא זכה להבנות ממנה וע"כ הוציאה מספק עכ"ל ז"ל והוא כדברינו דהיכא דאיכא מכה ברורה בלי ספק מגרשה רק אדעתא דהכי ולא גמר לגרשה באופן אחר כמו גבי ספק ועלו דברי הרי"ף ז"ל כהוגן בעזהי"ת כפי שיטת רש"י ז"ל דהוי קלקול גמור:

מיהו כ"ז בדאמר לה בשעת גירושין הוי יודע שמשום ש"ר אני מוציאך אז מצי מקלקל לה אבל בלא אמר לה לא מצי לקלקלה ודעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל דאף באיילונית בעי שיאמר משום איילונית אני מוציאך ואי לא לא מצי לקלקלה והה"מ (בפ"י מה"ג) מסתפק לאמר בדעת הרמב"ם ז"ל דבאיילונית לא בעי אמר לה וסתמו כפירושו וזה קשה דהא בגמרא פריך דרבי יהודא אדר"י דגבי ש"ר ונדר סובר ר"י דלא חיישינן לקלקולא ובאיילונית סובר דלא יחזיר משום קלקולא ואפיך להו שם ואם איתא דאומדנא דאיילונית עדיפא מאומדנא דש"ר הא לא קשה מידי א"ו דכי הדדי נינהו, ואדרבה

התוס' (ביבמות ס"ה) ד"ה אי ובנדה (דף י"ב) כתבו דלהכי לרבנן דרבי יהודה באיילונית יחזיר משום דלא חיישינן לקלקולא דכיון דלא חשש לבדוק בסימני איילונית גמר וגרש בכל ענין ולהכי שתקינן עיי"ש הרי דבאיילונית האומדנא גריעא מש"ר וכן דעת הב"ש בסי' יו"ד דגם באיילונית בעי אמר לה וכל שלא אמר לה בשעת גירושין שמשום זה הוא מגרשה ליכא גילוי דעתא ולא לעז:

מיהו אפשר לומר דכ"ז בדבר שלא הטעו אותו שהרי באמת היה ש"ר רק שנתחדש אח"כ שנודע שהדברים בדאים או שיש היתר לנדרה אבל בדבר שהיה טעות מעיקרו שהטעו אותו לגמרי א"צ לומר משום זה אני מוציאך והגט בטל:

אולם באמת ז"א דהא אף באמר לה משום ש"ר אני מוציאך אכתי איכא למימר דאף אם היה יודע שהדברים בדאים נמי היה מוציאה וכן בנדר אף אם היה יודע שיש היתר לנדרה והוא מקפיד על הלעז שיצא עליו ועל עיקר הנדר שנדרה ובלשון זה שאמר לה משום ש"ר או משום נדר אני מוציאך אינו במשמע שאינו מקפיד על הש"ר או על הנדר אם ימצאו בדאים ואכתי אפשר לומר דעל הלעז או על מה שהיא נדרנית אף אם לא יתקיימו מקפיד וא"כ ע"כ הא דבעינן שיאמר משום ש"ר הוא משום דבלא אמר לה איכא למימר שהוא מגרשה מטעם אחר ולא מחמת הש"ר או הנדר אלא עילה מצא לתלות בדבר זה ולהכי בעינן שיאמר בשעת הגט שמשום ש"ר הוא מגרשה שאז אנו יודעין שלא מחמת שנאה מגרשה וממילא יכול לבטל אח"כ אם נמצא הדברים בדאין וכ"כ הרמב"ן ז"ל בהדיא (בספ"ק דנדה) בחידושיו עיי"ש בדבריו וכיון דבלא אמר לה תלינן הגט בדבר אחר, א"כ ה"ה בטעות שהטעו אותו באיזה דבר נמי נוכל לתלות הגט בדבר אחר ולא במה שהטעו אותו כ"ז שלא אמר לה שמחמת זה מגרשה:

ואף לפירש"י ז"ל בגיטין (דף ע"ב) גבי שכ"מ דגיטו כמתנתו מה מתנתו אם עמד חוזר אף גיטו אם עמד חוזר דקאי אכל שכ"מ שנתן גט דחוזר אם עמד משום אומדנא דלא גירש אלא מחמת פחד מיתה וכשעמד חוזר ומשמע אף שלא פירש שמחמת פחד מיתה הוא מגרש ורבה ורבא נמי לא פליגי אלא משום גזירה שמא יאמרו דיש גט לאחר מיתה הא לאו הכי מודו שהגט בטל אם עמד נראה דל"ד דהתם הוי אומדנא בעצם הגט דהרי אנו רואין שמחמת חליו גירש להכי לא בעי, אמירה בשעת הגט ודמי לשטר מברחת דהוי נמי אומדנא ברורה אבל הכא בנ"ד אפשר שאף אם היה יודע שיש לה מעות הרבה נמי היה מגרשה ואף שאפשר שהיה מבקש ממנה ליתן ממון בעד הגירושין, מ"מ בעיקר הגירושין לא היה מסרב רק בעסק הממון היה מבקש ממנה אבל בגירושין עצמן אפשר דלא היה טעות כלל ואף דבתחילה היה מסרב מלגרשה מ"מ אח"כ שנתרצה לגרשה

נתרצה ואף אם היה יודע שיש לה ממון הרבה ואין רצונה להחזיר לו נמי היה מגרשה כיון דלא אמר לה שמשום זה שאין לה מזונות מגרשה:

ואף לפמ"ש התוס' באיזהו נשך (דף ס"ו) ד"ה פיטומי מילי וז"ל דווקא הכא שכבר עמדו על סוף לקנות שלא באחריות והיה מצטער הלוקח שלא היה מתרצה המוכר למוכרה באחריות אבל אם בתחילת הדברים פתח המוכר קני לך שדי דאי טרפי לה מינך כו' לא הוי פטומי מילי אלא תנאי גמור כי בוודאי לא נתכוין ללוקחו אלא באחריות כמו שפתח לו המוכר כו' וכן בסמוך מיירי שנתרצה וגמר בדעתו לגרש בלי תנאי והיא באת לנחמו בדבריו כו' ע"ש הרי שאם בתחילת המכר והגט אמר הלוקח או האשה כן לא בעי תנאי, והכא תחילת השתדלותה להגט היה רק מחמת שהפסידה ממונה ואין לה ממה להתפרנס נראה לי דאף הם לא כתבו כן אלא בתנאי כמו אחריות דמכירה או חזרת נשואין דגט שזה תנאי בעיקר הדבר ובזה אמרינן כיון שבתחילת כניסתם לעסק זה פתחו אדעתא דהכי הוי כמו תנאי אבל בדבר שאינו תנאי בעיקר הדבר רק שהוא גורם להתרצות לעשות הדבר אף אם בתחילה פתחו בזה להשתדלות עשיית הדבר לא הוי כמו תנאי והכא הפסד ממונה ורכושה לא הוי תנאי דהא לא יהבא ליה מידי רק שזהו הגורם שפעלה ממנו הגט ובזה לא דיינינן דין גילוי דעת אלא כשאמר בשעת גירושין אבל בלא אמר לא מהני אף שפתחו בזה וראיה לזה דבזבין אדעתא למיסק לארעא דישראל פסקו התוס' בכתובות (דף צ"ז) ובשו"ע (סימן ר"ז) דבעינן שיאמר בשעת מכר שמשום זה מוכר ומי לא עסקינן שאמר בתחילת השתדלותו למכור שמוכר מחמת שרוצה לעלות לא"י ואפ"ה אם לא אמר בשעת קנין לא מהני וע"כ דהחילוק כמ"ש דגם שם הוא רק דבר הגורם למכירתו ולא תנאי בעצם המכירה ולהכי בעינן שיאמר בשעת המכירה וקנין וכ"כ המחבר שם בהדיא דאם אמר קודם המכר לא מהני ע"ש גם יש להביא ראיה מהא דתניא בקדושין (ס"ד) בשעת קידושין אמר יש לי בנים בשעת מיתה אמר אין לי בנים נאמן להתיר ואינו נאמן לאסור ופרש"י ז"ל בשעת קדושין אמר יש לי בנים כדי שלא תדאג מן היבום ותתרצה לו מיהו כשקדשה לא אמר על מנת עכ"ל הרי משמע בהדיא דכל שלא אמר ע"מ אין הקדושין מתבטלין אף שאמר שיש לו בנים ואין לו, דאף דאיכא למידחי דמיירי דהוא אמר כן ולא היא דבכה"ג אמרינן דהוי פיטומי מילי בעלמא כדאמרינן בא"נ דכיון דלוקח בעי לאתנויי ואתני מוכר הוי פטומי מילי בעלמא מ"מ מדכתב רש"י ז"ל מיהו לא אמר ע"מ בשעת קדושין מבואר דאין הקדושין מתבטלין אלא בתנאי גמור וע"כ דטעמא דמילתא דלא דמי לזבין אדעתא למיסק לארעא דישראל דמהני גילוי דעת דהכא לא הוי אומדנא ברורה דיש כמה נשים שרצונם להכניס עצמן בספק ולהנשא אף שאם

ימות תזקק ליבום. ואפילו גבי יבם מוכה שחין כתבו התוס' בב"ק (כ"ט) דבנשואין לא אמרינן אדעתא דהכי לא קדשה ומוכח מזה דאפילו ספיקא לא משווינן לי' למימר דהוי ספק שמא אדעתא דהכי לא קדשה דאי הוי ספיקא אמאי אמר רבי נתן נאמן אף לאסור הא הוי ס"ס שמא אין לו אחים ואת"ל יש לו שמא אדעתא דהכי לא קדשה נפשה וגדולה מזה מצאתי במהרי"ט במעשה באחד שלא רצתה אשתו להתקדש עד שנשבע שאין לו אח ואח"כ נשמע שיש לו אח ודן שם המהרי"ט אי חיישינן לדברי האומר יש לו אח ולא הזכיר קולא זו לצרף לספק דילמא אדעתא דהכי לא קדשה נפשה וע"כ דגם הוא סובר שכל שלא אמר בתורת תנאי שלא יהא לו אח אמרינן דנתרצית להתקדש בכל אופן אף שראינו שהיתה מהדרת להשביעו שאין לו אח ואמרינן דגם אם הי' אומר שיש לו אח היתה מתקדשת ואם באמת לא הי' רצונה להתקדש אם יש לו אח הוי רק דברים שבלב ואינן דברים ולא מצרפינן לס"ס כלל:

ואף שכתב הרמ"א ז"ל בחוה"מ (סימן ר"ז) דדוקא במכר דשקל זוזי מסתמא גמר ומקני אם לא שפירש אבל במתנה שהיא בחנם אומדן דעתא כל דהו מבטל ע"ש וא"כ קשה לכאורה אמאי בעינן גבי גט אמר לה בשעת הגט דווקא הא גט נמי למתנה דמיא כמ"ש התוס' (ב"ב מ"ח) דמעושה שלא כדין פסול משום דדמי לתליוה ויהיב ומה שמפטר משכו"ע לא מיקרי תליוה וזבין כיון שרוצה ליתן שכו"ע וכ"כ הב"י באהע"ז (סימן קל"ה) בשם הרשב"א ז"ל דפטור שכו"ע לא מיקרי שקיל דמי נראה לי דגם זה נכון לפמ"ש הטוה"מ בחוה"מ (סימן ר"ה) דאם כפוהו למכור בפחות משויה הוי כמו שאנסוהו ליתן מתנה ומ"מ לענין מודעא בלא אונס הוי כמכר דמודעא בלא אונס לא מבטל מכר ע"ש ברמ"א (ס' ר"ה ס' ד') וטעמא דמילתא דלענין תליוה וזבין כל שאינו מקבל כל שויה לא גמר ומקנה אבל לענין מודעא בלא אונס דווקא במתנה מבטל כיון דלא שקיל מידי מהני גילוי דעתא לחוד ובטיל דהא אין על הנותן שום חוב ליתן אבל כשנוטל דמים אף פחות משויה לא מהני גילוי דעתא דמה היה לו ליקח דמים מהלוקח אחרי שאינו רוצה למכור. וה"נ גבי גט איכא למימר הא מילתא דמיפטר הבעל משכו"ע דמי למוכר בפחות משויה דלענין תליוה ויהיב הוי כמו מתנה שאין שיווי השכו"ע שוה נגד הקנאת גופה ומ"מ לענין גילוי דעתא דמי למכר כיון דמ"מ מיפטר משכו"ע ולא מהני גילוי דעתא כל דהו:

ולהכי א"ש הא דבעינן שיאמר בשעת הגט כמו דבעינן גבי מכר שיאמר בשעת המכר ממש דלענין גילוי דעתא מדמינן לה למכר:

ולכאורה יש לעיין כיון דבארנו דדעת כל הפוסקים דליכא קלקולא אלא כשאמר לה משום ש"ר אני מגרשך א"כ קשה הא דתנן שם (בגיטין מ"ו) נשאת לאחר והיא תובעת כתובה ר"י אומר אומר לה שתיקותך יפה מדיבורך ופירשו רש"י והתוס' ובעה"מ והרשב"א ז"ל דמצי למימר דאדעתא דהכי לא גרשתיך שתתבע את הכתובה ובגמ' קרי לה קלקולא דהא אמר שם והא מדקתני סיפא נשאת לאחר והיא תובעת כתובה ר"י אומר אומר לה שתיקותך יפה מדיבורך מכלל דר"י חייש לקלקולא ע"ש א"כ קשה הא לא אמר לה בשעת הגט שמוציאה אדעתא דלא יתחייב בכתובתה וכיון דבעיקר מה שהיה לה בנים ליכא קלקולא שכבר אמרו לו הוי יודע שהמוציא משום אילונית לא יחזיר וגמר ומגרש בכל ענין משום הכתובה נמי לא מצי מקלקל לה שהרי לא היה גילוי דעת שע"מ ליתן כתובה אינו מגרש לה ובלא אמר לה הא לא הוי קלקולא ולכאורה היה אפשר לחלק בין אומדנא דתביעת ממון שהוא הפסד ממון לשאר אומדנות, דאומדנא דהפסד ממון עדיפא ולא בעי אמר לה:

אולם מצאתי להגאון מהר"מ אלשיך ז"ל בתשובה (סי' ע"ח) באחד שלא רצה לשלוח גט לאשתו עד שתמחול לו הכתובה ותשליש הכתובה וכן עשתה והשלישה הכתובה והוא שלח גט ואחר הגירושין הוציאה מסירת מודעא על מחילת הכתובה ופסק מהר"מ ז"ל דהגט כשר אף שלא נעשית מחילה על הכתובה כיון שלא התנה בשעת הגט וזה לכאורה תימא גדולה דהא במתניתין אמרינן אמרינן לה שתיקותך יפה מדיבורך וכמ"ש רש"י ובעה"מ ז"ל דאדעתא למיהב לך כתובה לא גרשתיך והתם הא לא אמר מידי מענין כתובה בשעת הגט וע"כ משום דאומדנא דהפסד ממון עדיף דלא בעי אמר לה וכמ"ש:

ומיהו נראה לי דברי מהר"מ אלשיך ז"ל נכונים דבמתניתין היינו טעמא דהוי קילקולא אם תתבע כתובה. משום דוודאי ליכא קלקולא אלא באמר לה אבל בלא אמר לה ליכא קילקולא דאמרינן דבלבו היה לגרשה מחמת שנאה ולא מחמת הש"ר או הנדר או האיילונית ואף אם באמת מחמת זה גירשה הוי דברים שבלב ואינם דברים] אבל במתניתין דגירשה מחמת איילונית ומיירי שאמר לה הוי יודע שמשום איילונית אני מוציאך (וכמ"ש לעיל דלא כהה"מ) והרי הוי גילוי דעתא בשעת הגט שאם היא אינה איילונית אינו רוצה לגרשה כלל והב"ד אמרו לו הוי יודע שהמוציא אשתו משום איילונית לא יחזיר כדי שיגמור בדעתו לגרשה לגמרי אף אם לא תמצא איילונית וכמ"ש רש"י ז"ל והרמב"ן ז"ל וכלשון הברייתא לפיכך אומרים לו הוי יודע שהמוציא את אשתו משום ש"ר לא יחזיר [ועיין ברש"י ורמב"ם ז"ל] ומחמת זה גמר לגרשה בלי תנאי אף אם לא תהיה איילונית אבל אם תתבע כתובה מצי אמר לה אדעתא דתתבע כתובה לא

גרשתיך דהא חכמים לא אמרו ליתן לה כתובה אף אם לא תהיה איילונית דהא לא חייבוהו אלא שיגרש לגמרי בלי תנאי כדי שלא יהא קלקול ממזרות אבל כתובה לא חייבוהו ליתן ואם בתר דעתא דידיה אזלת הרי לא היה בדעתו כלל לגרשה אם לא תהיה איילונית דהא אמר הוי יודע שמשום איילונית אני מוציאך ולא שייך למיהב כתובה שהרי אז היה הגט בטל לגמרי ואי בתר תקנת חכמים אזלת שצוו עלי לגמור בדעתי לגרשך בכל ענין וכן גמרתי בדעתי לקיים דברי חכמים זה היה הכל מחמת שלא תבעת אז כתובה ולא חייבו אותי חכמים כתובה דבספק איילונית מספיקא לא מפקינן ממונא ועל אופן זה קיימתי דבריהם וגמרתי לגרשך בלי תנאי אבל אם תתבע כתובתך ואדעתא דלתבוע כתובה לא צוו לי חכמים לגמור בדעתי לגרשך ונשאר רק על דעתי ורצוני, ורצוני לא היה לגרשך אלא אם תמצא איילונית שהרי אמרתי הוי יודע שמשום איילונית אני מוציאך ושפיר יכול לומר לה אדעתא דתתבע כתובתך לא גרשתיך דכיון דאמרתי לך הוי יודע וגליתי דעתי שאין רצוני לגרשך מפני דבר אחר רק שגמרתי לגרשך בכל אופן מחמת צווי החכמים שאמרו הוי יודע שהמוציא משום ש"ר לא יחזיר והם לא חייבוני אלא **(הגה"ה ומצאתי למהר"מ פאדאווה שכתב בסדר הגט שנוהגין למחול הכתובה הוא מטעם שמא תתבע אח"כ הכתובה ויאמר דאדעתא למיתב לך כתובה לא גרשתיך ויהא קלקול:)** לגרשך בלא כתובה וגם אנכי גמרתי בדעתי לגרשך בכל אופן אף אם לא תמצא איילונית, והיינו אם לא תתבע כתובה כפי שהי' אז הדין אבל אם תתבע כתובתך ע"ז לא גמרתי לגרש בכל אופן שזה לא חייבוני חכמים ונשאר הדבר על רצוני ואני לא רציתי לגרשך אלא אם תהי' איילונית שהרי אמרתי הוי יודע:

ובזה צדקו דברי הגאון האלשיך ז"ל שפסק באם היה סובר שמחלה הכתובה ובאמת לא מחלה אין הגט בטל כל שלא אמר לה בשעת הגט תנאי זה ולא שאני לן בין אומדנא דהפסד ממון לשאר אומדנא והכא במתניתין שאני שהרי אמר לה הוי יודע שמשום איילונית אני מוציאך וקלקול זה מהני לענין תביעת הכתובה כמו שכ' ועיין בר"ן בגיטין שם שכתב וז"ל, והנכון דלהכי קאמר על דעת שתתבע כתובתך לא גרשתיך כי הוא היה סבור שהיא איילונית אלא שאמרנו לו שיהא גומר ומגרש בכל צד אבל לא גירשה ע"מ שתתבע כתובתה עכ"ל. והדברים מתאימים עם דברינו למבין דבריו ז"ל:

ונלע"ד שאפילו רש"י ז"ל שכתב בכתובות (דף צ"ז) גבי זבין ולא איצטריכא ליה זוזי שנודע שמכר לקנות איזה חפץ כו' ופי' הריטב"א ז"ל בכוונתו שסובר דא"צ גילוי דעת בשעת מכירה גופא רק בידוע לכל סגי אף שלא פירש בשעת מכירה נראה לי דווקא באומדנא דזבין ולא איצטריכא ליה זוזי שזו אומדנא ברורה שמי שאין לו מעות הוא

מוכר איזה דבר ומשיג מעות ומכירת הקרקע וקניית החפץ קשורים זה בזה וכמ"ש בב"ב אטו כל דמזבין אינש אי לאו דאניס לא הוי מזבין והיינו דאניס ודחיק למעות ומי שאין לו מעות אינו יכול לקנות אא"כ מוכר איזה דבר להכי סובר רש"י ז"ל דלא בעי פירש בשעת מכירה אבל בנ"ד אטו מי שאיבד מעותיו מוכרח לגרש אשתו והרבה עניים מתפרנסים עם נשותיהם בעניות ואין זה אומדנא דמוכח ומודה רש"י ז"ל דבעי פירש בשעת הגט:

וכן הר"ן ז"ל בקידושין (פ' האומר) גבי סבור הייתי שהיא כהנת והרי היא לוויה דמקודשת מפני שלא הטעתו:

וכתב הר"ן הא הטעתו א"צ כפילא דבגילוי דעת סגי עיי"ש:

מיירי נמי שגילה דעתו ואמר בשעת מעשה שמקדשה משום שהיא כהנת הא לא אמר בשעת קידושין מקודשת אע"ג דהטעתו ועיין בא"נ (דף ס"ה) האי מאן דמסיק מחבריה תריסר זוזי דריביתא ואגר ליה חצר דמיתגר בעשרה ואוגריה נהליה בתריסר כי מפקינן מיניה תריסר מפקינן מיניה ופריך לימא כי אגרא הכי דהוה קא משתרשי לי השתא דלא משתרשי כדאגרי כולי עלמא הוא דאגרנא ומשני משום דאמר לי' סברת וקיבלת עיי"ש הרי שאין אומדנא מבטל מקח השכירות והיינו משום דלא פירש בעת השכירות שמשום דקא משתרשי ליה. אף שיש לחלק בין זה להך דנדון דידן מ"מ כבר כתבנו כמה ראיות דבלא פירש לא מבטל אומדנא את הענין:

וראיתי להרא"ש ז"ל (בנדרים צ"א) בבעיא דאמרה לבעלה גרשתני כתב וז"ל ועוד נלע"ד טעם טוב דהלכתא כרה"מ דאפילו למשנה אחרונה היא תובעת שיגרשנה בעלה וחיישינן שמא עיני' נתנה באחר ותנשא לו אחר שיגרשנה בעלה אבל הכא חזקה שלא תאמר אשה לבעלה גרשתני להפקיע עצמה מבעלה בטענות שקר להיות באיסור כל ימי' עכ"ל. הרי מוכח בהדיא דאם הטעתה את בעלה ואמרה טמא"ל אין הגט בטל אף אם באמת היתה טהורה שהרי כתב שאינה חשודה לשקר ולהיות באיסור כל ימי' ואפ"ה בטמא"ל לא מהני משום שאין הגט מתבטל אם משקרת וע"כ הטעם משום שלא אמר לה בשעת מעשה משום זה אני מגרשיך:

מיהו ראיתי להנוב"י מה"ק שכתב בעובדא דאתא לקמיה באשה שאמרה לבעלה טמא"ל והבעל האמין לדבריה ופסק המורה שיגרשנה ואח"כ נתנה אמתלא לדבריה ואמרה שהיא טהורה שמועיל האמתלא וכתב הנוב"י שלכאורה יש לאוסרה משום דאדעתא דהכי לא גירשה רק שכתב דכיון שאומרים בשעת הגט שמגרש בלי תנאי אין לחוש לזה עיי"ש ואי לאו האי טעמא דאמר בלי תנאי הוי הגט בטל אע"ג דלא אמר לה משום זה אני מוציאך משום דכיון דהמורה פסק להוציאה הוי אומדנא דמוכח דמשום זה גירשה עכ"ל:

ולכאורה קשה מדברי הרא"ש שכתב דאם נאמין לה שהיא טמאה ותתגרש לא תהיה באיסור א"א כל ימי' אע"ג דבאמת היא טהורה ובתשובה אחרת כתבנו דאין ראיה מכאן דאפשר לומר דכוונת הרא"ש דנשי לאו דינא גמירי ולא ידעה אשר אם תטעה אותו ותאמר טמא"ל ובאמת היא טהורה יהא הגט בטל ותהיה באיסור א"א כל ימי', ולהכי חששו שמא עיני' נתנה באחר ועוד כתבנו שם דאפשר דאם היה הדין שנאמנת היה זה בכלל מוציא אשתו משום ש"ר ובמוציא אשתו משום ש"ר קיי"ל דאומרים לו הוי יודע שהמוציא אשתו משום ש"ר לא יחזיר ואומרים לו זה כדי שיגמור בדעתו לגרשה בכל ענין בלי שום תנאי וסמכה ע"ז ואמרה טמא"ל שבטוחה שלא תהיה באיסור כל ימי' דהא יגמור בדעתו לגרשה בכל ענין ושפיר כתב הרא"ש ז"ל מ"מ אף אם נאמר דבאמרה טמא"ל ומשקרת הגט בטל היינו התם דווקא שהורו הב"ד להוציאה והכל יודעין שמשום זה הוא מוציאה אבל דבר שנעשה באומדנא בעלמא בעינן פירש בשעת הגט. ועוד בנ"ד מה שמסר מודעא על הגט הוי סתירה להאומדנא דהרי חזינן שלא נתרצה לגרש מחמת שהפסידה ממונה ואין לה ממה להתפרנס דהא ע"כ או שלא האמין לדבריה או שלא נתרצה לגרש אף שהפסידה ממונה:

אולם בדין המסירת מודעא ודאי דיש לדון דאם היה המ"מ כדת הגט פסול ולפי הנשמע גזמו עליו והלשינו באשר אין לו מכתב מסע כנימוס וכל כה"ג הוי אונס גדול ועיין בב"י (סימן קל"ד) דעת רוב ראשונים דאם היה אונס לא מהני ביטול מודעות ופיסול עידי מודעא דסלק כל המודעות הרי אונס כמאן דלא עביד דמי כמ"ש הב"י משום הרשב"א והריב"ש (בס' קל"ד). ואף שמדברי התוס' (בב"ב מ"ח) ד"ה אמר רבא כתבו שם בגט ומתנה והיכא דביטל בשעת זביני מהני ביטול דאגב אונסיה גמר ומבטל כדאמרינן בפ' האומר משקלי עלי משמע דאפילו היכא דאיכא אונס מהני הביטול התם קאי אמעושה כדין דמשום אונס לחוד אינו מתבטל דקי"ל כדין בישראל כשר להכי מהני ביטול דמודעא ועיי"ש בפ' האומר משקלי עלי שהביאו דמיירי בהדיא במעושה כדין אבל באונס שלא כדין אף אם בטל המודעא האונס לחוד פוסל הגט:

ומה שהקשה כבודו על מה שפסקו הראשונים ז"ל גבי זבין אדעתא למיסק לארעא דישראל דבעינן שיאמר בשעת המכר ואמאי לא אמרינן כל העושה ע"ד הראשונה הוא עושה כדאמרינן בפ' המצניע לזרע ולדוגמא דאפילו אם שכח על מה הצניעו והוציאו חייב בכל שהו דעל דעת ראשונה הוא עושה. וכן בזבחים (דף ב') גבי לשם פסח וסתמא דכשר מה"ט. נראה לי דאין זה ענין לכאן כלל דהתם קיימינן בענין יחוד שמייחד אדם חפץ לענין ידוע דיחודו קיים אף שלא חישב אח"כ ולא זכר מענין היחוד בלבו כלל

אמרינן שהוא עומד למי שייחד בתחילה כמו בפ' המצניע שיחדו לזריעה ויחודו קיים ועומד לזריעה וחיובו לשבת כמו חטה העומדת לזריעה דהא מעיקרא שיחדו הוא דבר ברור דאי לזריעה יחזיקו א"א להיות לאכילה ואי לאכילה א"א להיות לזריעה וכיון שייחד לדבר אחד יחודו קיים ועושה הכל ע"ד הראשונה וכן בזבחים אי לפסח לא לשלמים ואי לשלמים לאו לפסח וכיון שחישב מתחילה לשם דבר אחד מחשבתו עומדת לו גם לבסוף משא"כ בעניני מכירה וגיטין שהוא רק דבר הגורם לפעולתו שאמר שדבר זה גורם, ואפשר לומר שאף שיש בלבו גורם זה יש לו גם גורם אחר וזה וזה גורם להכי אין ראיה ממה שאמר בתחילה שכל מעשיו לא היה אלא בשביל זה ודווקא אם אמר בשעת מעשה שעושה משום זה מהני דדיינינן דמשום זה אמר בשעת מעשה כדי לבטל הדבר אם יתבטל הסיבה שהביאו לזה אבל בלא אמר דליכא הוכחה אין שייך כאן כל העושה ע"ד ראשונה הוא עושה דאפשר דעשה בשביל זה ובשביל דבר אחר ג"כ:

תדע דהא התם מצינו לרשב"ג בחולין (דף ל"ט) דסובר דאמרינן נמי הוכיח סופו על תחילתו וכשזרק הדם לבסוף לשם עכו"ם אמרינן שאנו דנין שגם בתחילתו היה כוונתו לעכו"ם וכן (בפ"ק דזבחים) דבסתמא ולשם פסח אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ובקנינים וגיטין וקידושין ודאי דלא אמרינן שיוכיח סופו על תחילתו אלא אם עשה מעשה מתחילה המוכיח ע"ש סופו כמו (בגיטין ס"ו) באחד שעלה לראש הגג ונפל ומת דמהני מה שאמר כתבו גט לאשתי אבל בלא עשה מעשה מתחילה לא אמרינן הוכיח סופו על תחלתו, א"ו דהטעם כמ"ש דיחוד דבר שמייחדו לשם זה שאני דכיון דמייחד לדבר זה א"א שיהא לדבר אחר וכשהוכיח סופו שייחד לשם זה מהני גם על תחילתו ולא דמי כלל לאומדנא בדבר הגורם ומסבב פעולתו וזה ברור בעזה"י הנה הארכנו לבאר דעיקר החשש בכאן הוא רק משום המסירת מודעא וכבודו יתחקה על שרשי המס"מ אם יש בה ממש ויחקור העדים כראוי ויותר מפני טרדותי לקצר אני צריך והש"י יצילנו משגיאות ויעמידנו ע"ד אמת לאמתה של תורה בהלכה:

סימן קנה

וע"ד האיש שזרק גט לאשתו בע"כ, ידע כבודו שלדעתי יש לחוש בזה הרבה במה שחקרנו במק"א אי גט בעי שלשה דווקא בנתינתו והבאנו דברי הא"ז שהובא בנוב"י במה"ת שפסל גט שניתן בלילה והקשה שם דהא בש"ס אמרינן דבפני שנים נמי סגי ותירץ דהש"ס מיירי בארוסה דל"ל כתובה למישקל להכי לא הוי כדיני ממונות והא"ז מיירי בגט נשואה דאיכא כתובה וכדיני ממונות דמיא והנה סברתו דחוקה גם יש להביא ראיה מדברי הרשב"א ז"ל בחידושיו למגילה (דף ט"ו) דמקשו התוס' שם אמאי לא

גירשה מרדכי ותירצו שהי' מתיירא פן יתוודע למלך דגט בעי שני עדים וע"ז הקשה הרשב"א ז"ל דאכתי הי' יכול לגרש בכתוב בכתב ידו ואין עליו עדים דכשר מן התורה ע"ש אלמא דבכתב ידו יכול לגרש בינו לבין עצמו דאי בעי ב"ד לא מקשה מידי דהא התם נשואה הוי ועיין באו"ת שהביא דברי התרגום יונתן שכתב על פסוק וכתב לה ספר כריתות ועלה לתרע בי דינא וכתב לה ספר תרוכין דמשמע מזה דגט בעי ב"ד וזה לכאורה סיוע גדולה לדברי הא"ז ז"ל:

ונראה לי דאפשר לאמר דאם מגרשה בע"כ אז הוי כמו דין דהא מפקיע ממנה זכותה של שאר כסות ועונה דהא הגט חוב הוא לה כדאמרינן בכל דוכתי וכיון דהוא הפקעת זכותה בע"כ בעי ב"ד ולא מבעי למ"ד (בב"ק פ"ג) דלא עביד אינש דינא לנפשי' במקום דליכא פסידא דודאי בעי ב"ד אלא אפילו למ"ד עביד אינש דינא לנפשי' מ"מ הכא דהוי ממונא דאית בי' איסורא בעי ב"ד היכא דמגרש בע"כ וכן גבי כפיית הבעל אמרינן (בגיטין פ"ח) דבעי ב"ד מומחין ואנן שליחותייהו דקמאי עבדינן ובזה מיירי גם התרגום יונתן דקאי אמגרשה בע"כ דבשטר דקרא הכי מיירי כדמשמע בסוגיא דשלהי גיטין ובירושלמי שם דפריך לב"ש אמאי אצטריך קרא למחזיר גרושתו ת"ל דאסור להחזיר סוטתו ע"ש ומאי קושיא הא ב"ש דאמרי לא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה ערות דבר מיירי במגרש בע"כ אבל ברצונה שרי לגרשה גם לב"ש וא"כ מאי מקשה ממחזיר גרושתו א"ו דפשטא דקרא מיירי נמי במגרשה בע"כ וא"כ בזה נמי מיירי התרגום יונתן שכתב ועלה לתרע בי דינא משום דגירושין בע"כ של אשה בעי ב"ד:

ולפ"ז א"ש גם מה שהביא הנוב"י ראי' מדברי רש"י ז"ל בריש סנהדרין שפירש בהא דתנן החליצה והמיאונין בשלשה דכל מה דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון דמשמע מזה דגט בעי שלשה ותיקון חליצה דומיא דגט ולדברינו אפשר לאמר דכוונת רש"י דמיאון דומיא דגט בע"כ כמו דגט בע"כ בעי ב"ד ה"נ מיאון בעי ב"ד דאידי ואידי בע"כ נינהו:

שוב ראיתי בת"י שכתב וז"ל יכתוב לה ספר תרוכין קדם בי דינא ויתן ברשותה ומשמע דבשעת הכתיבה בעי ב"ד וזה לא מצינו בשם פוסק דכולם לא החמירו שצריך ב"ד אלא בנתינה אבל בכתיבה לא מצינו:

ואולי יש ליישב לפי מאי דאמרינן (ביבמות דף נ"ב) האומר ללבלר כתוב גט לאשה דעלמא לכשאכנסנה אגרשנה אינו גט מפני שאין בידו לגרשה ופירש הרמב"ם ז"ל דכיון דבשעת כתיבה אין בידו לגרשה לא מקרי לשמה ובקדושין (דף ס"ב) אמרינן האומר הרי את מקודשת לאחר שאתגייר מקרי דבר שלב"ל דמי יימר דמזדקק לי' בי דינא וא"כ

ה"נ אם לא הי' הכתיבה בב"ד לא מקרי לשמה שהרי עדיין אין בידו לגרשה דמי יימר דמזדקק לי' בי דינא להכי בעי בגט בע"כ שיהא הכתיבה בב"ד:

מיהו יש לחלק דדווקא אם יש דבר בעצם הגירושין שאין בידו לגרשה כגון באשה דעלמא בזה לא חשיב לשמה אבל קיבוץ ב"ד לא מעכב ושפיר מקרי לשמה:

ולפ"ז נ"ל ליישב במה שהביא הנוב"י תנינא (סימן קכ"ט) בשם מהר"מ פדואה (סימן ק"ב) בתקנות שלא ליתן גט לאשה בע"כ ואין הגט כלום ותמה עליו הנוב"י נהי דעבר אתקנת ר"ג מ"מ הגט כשר, ולפי דברינו דגט בע"כ מדינא בעי ב"ד של שלשה דווקא ומסתברא דבעינן מומחין למילי דכפי' כדאמרינן בגיטין דאביי אשכחי' לרב יוסף דיתיב וקא מעשה אגיטא א"ל והא אנן הדיוטות אנן ותניא כו' דבר אחר לפניהם ולא לפני הדיוטות א"ל אנן שליחותייהו עבדינן עי"ש וכי היכי דבעינן מומחין לכפי' דידי' ה"נ בעינן מומחין לכפי' דידה והאידנא ליכא מומחין ואפילו אם נתן הגט בפני שלשה בע"כ נמי לא מהני האידנא דאיכא חר"ג דכיון דאנן הדיוטות ורק שליחותייהו קא עבדינן ולא עשאו קמאי אותנו שלוחים לעשות איסור לכופה לקבל גט בע"כ ולעבור על חר"ג ולא הוי גט מיהו לכאורה א"א לומר כן דגט בע"כ של אשה בעי דווקא בפני ב"ד דהא (בקדושין ס"ב) פריך לר' יוחנן דאמר כל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי אלא מעתה הנותן פרוטה לאשתו ואמר הרי את מקודשת לאחר שאגרשיך ה"נ דהוי קידושין הואיל ובידו לגרשה ואם נימא דאין בידו לגרשה בלא ב"ד א"כ לא מיקרי בידו דמי יימר דמזדקקי לי' בי תלתא כדאמר התם גבי הרי את מקודשת לי לאחר שאתגייר דלא מיקרי בידו להתגייר משום מי יימר דמזדקקי לי' ב"ד:

מיהו נראה לי דיש לחלק דדווקא גבי גר אמרינן מי יימר דמזדקקי לי' בי תלתא דלא מצינו חיוב על ב"ד לקבל את הגר הבא לגייר אם הב"ד אינם רוצים דכ"ז שלא נתגייר הרי הוא עכו"ם ולא כתיב בי' קרא דבצדק תשפוט את עמיתך אבל מי שבא לגרש את אשתו בע"כ מחויבין הב"ד להזדקק לי' כמו בכל דינים שבין איש לרעהו דקרינן בי' בצדק תשפוט את עמיתך ולא שייך לומר מי יימר דמזדקקי לי' בי תלתא שמחויבים הם להזדקק ולהכי אמרינן בכל דוכתא דגרושין מיקרי בידו לגרשה בע"כ אע"ג דבעי תלתא וזהו טעמו של מהר"מ ז"ל שכתב באם גירש בע"כ הגט בטל דכיון דבעינן ב"ד ואנן הדיוטות אנן ולענין איסורא לא שייך שליחותייהו קעבדינן שלא עשו אותנו שלוחים להזדקק לדבר האסור ועיין בר"נ ז"ל למס' סנהדרין (בריש פ"ק) הבאתי דבריו במק"א דמבואר מדבריו גבי עישוי גט לדידי' בהדיוטות הי' הגט פסול אפילו בדיעבד אעפ"י שהי' כדין ולא מהני רק משום תקנת חכמים שתיקנו שיהא גם בהדיוטות דומיא

דהודאות והלוואות משום נעילת דלת וא"כ ה"ה בעישוי דידה אי בעינן ב"ד פסול בלא ב"ד]:

והנה כ"ז כתבתי טרם שראיתי דברי הא"ז ועתה נדפס ספר האור זרוע וראיתי בדבריו בפנים שמבואר בהדיא שם (בדף ק"ו) דאפילו בגט ברצון נמי בעי ב"ד אלא דמשמע שם מדבריו דכיון דמדאורייתא חד נמי כשר כד"מ דכתיב בצדק תשפוט עמיתך גבי גט נמי לא בעי מה"ת אלא חד ומשמע שם דאפילו מדרבנן לא הצריכו תלת ודווקא גבי גר בעי ג' מדרבנן אבל לא גבי גט וז"ל שם וכי תימא לבעי נתינת גט תלתא ולא אשכחן דהוזכרו תלתא אלא במביא גט ממדינת הים משום דקיום שטרות בשלשה וגבי ביטול הגט בהשולח ואמאי הואיל ונתינת גט משפט כתיב בי' לבעי תלתא [ר"ל כדאמר שם מעיקרא לאביי דא"ל לר"י דאשכחי' דהוה מעשה אגיטא הא כתיב לפניהם ולא לפני הדיוטות אלמא דגם גט מקרי משפט] וכמ"ש שם בתחלת התשובה כדאמר ר"י גר צריך שלשה הואיל וכתיב בי' משפט, לא היא ע"כ תלתא דקאמר ר"י היינו מדרבנן דאפילו בד"מ גופייהו רחב"א אר"י לית לי' עירוב פרשיות ולית לי' תלתא אלא ע"כ תלתא דקאמר מדרבנן הוא דקי"ל כרב אחא בדר"א דמדאורייתא חד נמי כשר דשמואל קאי כוותי' דאמר שנים שדנו דיניהם דין וכן פסק בה"ג וכו' הילכך נתינת גט נמי אע"ג דכתיב בי' משפט לא בעי תלתא ובפני חד שיודע להקרות סגי אלא דבעינן תרי שימסור הגט לפניהם ולא מבעיא לר"א דאמר עידי מסירה כרתי אלא אפילו לר"מ דאמר עידי חתימה כרתי פסקו הגאונים ז"ל דבעי מסירה בתרי דאין דבר שבערוה פחות מב' ואותם שנים שמוסר לפניהם בעינן שידעו להקרות לפניהם הגט הילכך הואיל ויהבי לה באפי תרי הן הן עדים הן הן דיינים דהואיל ויהבי לה האי גיטא ביממא דכשר לדין כל כה"ג עד נעשה דיין אפילו בדאורייתא כהא (דף' החובל) וכו' דשמעינן מינה דראו ביום עד נעשה דיין הלכך נראה בעיני דנתינת גט ביום ולא בלילה עכ"ל אור זרוע בקצרה הצריך לענייננו:

מבואר מדבריו דאף דגבי גר בעינן תלתא לר' יוחנן משום דמשפט כתיב בי' מ"מ זהו רק מדרבנן אבל מדאורייתא לר"י חד נמי כשר דהא ר"י אית לי' דרב"ח בבב"ק (דף ק"ו) דלא אמרינן עירוב פרשיות כתיב כאן וגבי גט אפילו מדרבנן לא צריכי שלשה [וזה דלא כשיטת התוספות בסנהדרין (דף ב') ד"ה דה"כ שכתבו דלר' יוחנן בעינן שלשה בד"מ מן התורה] ומיושב לפ"ז הא דחשיב הש"ס גרות לדבר שלא בא לעולם משום מי יימר דמזדקקי לי' בי' תלתא וגבי נותן פרוטה לאשתו ואמר לה ה"ז גיטך לאחר שאגרשך מיקרי דבר שבא לעולם משום דבידו לגרשה משום דגבי גט לא בעינן תלתא אף מדרבנן ולהכי מיקרי שפיר בידו:

והגאון בעל נוב"י ז"ל במהד"ת (ס' קי"ד) הביא דברי הא"ז והרבה להקשות עליו מהא דאמרינן בערכין (דף כ"ג) אטו כל דמגרש בבי דינא מגרש וכן מהא דאמרינן (בפ"ק דגיטין) בפני כמה נותנו לה אשר מכ"ז מוכח דנתינת הגט לא בעי תלתא אבל הוא ז"ל לא ראה את דברי הא"ז כי לא היו נדפסים בימיו והעמיד דבריו רק על מה שהביא הב"י (ס' קנ"ו) והמזרחי בשמו (בס' פ"ב) דגט הניתן בלילה פסול משום דהוי דין ובעי ב"ד ופסול בלילה ומזה דן שדעת הא"ז ז"ל דבעי תלתא אבל לפי מה שזכינו עתה לראות גוף דברי הא"ז אין עליו שום סתירה דגם הוא לא בעי אלא חד שיודע לקרות דמדאורייתא חד נמי כשר וכן לא קשה עליו מ"ש הגאון נוב"י ז"ל ממשנה דגיטין (דף פ"ו) דקאמר ר"א אע"פ שאין עליו עדים אלא שנתנו לה בפני עדים כשר ואם נימא דבעי ב"ד א"כ איך שייך לומר אלא שנתנו לה בפני עדים הא בלאו הכי צריך תלתא משום ב"ד:

ולפמ"ש לק"מ דגם הא"ז ז"ל קאמר דבריו רק למ"ד דחד נמי כשר מה"ת ומשום ב"ד סגי בחד ואפילו הני אמוראי דסברי דדין בעי תלתא ועירוב פרשיות כתוב כאן אפשר דסברי דרבי אלעזר דמתניתין דאמר אעפ"י שלא הי' עליו עדים אלא שנתנו בפני שנים דמשמע דלולי העדים לא הי' צריך שלשה בנתינתו סובר כהאי תנא דאין כאן עירוב פרשיות וחד נמי כשר ולהכי משום ב"ד הוי סגי בחד כדברי הא"ז אבל לעולם דגט צריך ב"ד ואינהו סברי עירוב פרשיות כתוב כאן:

וא"כ לפי מה שבררנו דברי הא"ז דגט בעי ב"ד וחד נמי כשר לדידן דפסקינן כשמואל בשנים שדנו וכל הנך סוגיות דמוכח מנייהו דלא בעי תלתא אתיא כמ"ד חד נמי כשר בד"מ ודאי דנוכל לאמר דגט הניתן ליד האשה שלא ברצונה פסול האידנא דלא מבעי למ"ד עירוב פרשיות כתוב כאן ובעינן בד"מ מומחין מן התורה רק דאנן שליחותייהו קא עבדינן וכיון דאיכא איסור חר"ג לא עשו אותנו שלוחים לעשות איסור אלא אפילו למ"ד אין כתוב כאן עירוב פרשיות דלדידי' לא בעינן בד"מ מומחין כדאמרינן (בריש סנהדרין) מ"מ הא כתבו התוס' שם בד"ה ליבעי דבמילי דכפי' ודאי דבעינן מומחין מקרא דלפניהם ולא לפני הדיוטות כדאמר אביי לר"י כמ"ש באריכות והכא שנותן לה הגט בע"כ הוי מילי דכפי' ובעי מומחין ולא שייך שליחותייהו קא עבדינן וזה גרע מהא דאמרינן (ביבמות צ"ב) בהורוה ב"ד לינשא והלכה וקלקלה ונשאת אלמנה לכה"ג או זינתה חייבת בקרבן שלא התירוה אלא להנשא אע"ג דהב"ד עשו אותה פנוי' והיא קלקלה אח"כ אפ"ה אמרינן דלהתירא התירוה ולא לאיסורא וכ"ש הכא דבעינן למימר דלאיסורא אין הדיוטות נעשין שלוחין מהמומחין שלא עשו אותם שלוחים לאיסורא וכמאן דגירש בלא ב"ד דמי אלא שיש לסתור סברא זו מהא דאונס שגירש לוקה דע"כ

מיירי שגירש בע"כ דאי מרצונה הא רשאי לגרשה וא"כ ע"כ דהוי הגירושין בב"ד והיכי הרשוהו ב"ד למיעבד איסורא ודוחק לומר שמיחו ב"ד בידו ולא שמע להם ועיין במל"מ (פ"ט מה' זכי' ומתנה הלכה ג') בשכ"מ שצוה ליתן מתנה בנכסים מועטים דלא מהני משום דכיון דמתנת שכ"מ מדרבנן הוא באיסורא לא תיקנו ועיין מ"ש הב"י בשם הר"נ בתשובה (סימן מ"ו) דהפעוטות שמקחן מקח מדרבנן משום כדי חייו אם מכרו בנכסים מועטים לא מהני מה"ט דלא עבדי תקנתם לאיסורא ועיין מה שהקשה ע"ז הרב ר' חיים קמחי ז"ל מהא דאמרינן גבי אחריך לפלוני דאסור למכור לכתחלה ואמרינן בב"ב דמודה רשב"ג דאם נתנו במתנת שכ"מ אינה מתנה משום דמתנת שכ"מ אינה אלא לאחר מיתה ואחר מיתה הוא למי שאחריו וא"כ קשה לדברי הר"נ ת"ל דמתנת שכ"מ הוי תקנתא דרבנן ותקנתא לאיסורא לא עבדינן:

אולם מ"ש בשם הגאון ח"ס ז"ל לפסול גט הניתן בע"כ בזמה"ז לפי שיטת התוס' דכל שטר שלא נכתב מדעת המתחייב אינו שטר והוי מפי כתבם ואפילו אם יעידו העדים בע"פ ג"כ שהבעל צוה לסופר לכתוב ולהם לחתום וזהו חתימתם נמי תקשה הא התורה אמרה ספר כריתות ולמ"ד ע"ח כרתי עיקר הספר כריתות ע"י העדים שנכתב חתימתם בספר, וכיון דחתימתם הוי מפי כתבם היכי הוי ספר כריתות דעדות בכתב לא מהני שלא מדעת המתחייב ודבר שבערוה בעי עדים ואי לאו הכי לא מיקרי ספר כריתות וא"כ איך יכול לכתוב הגט שלא מדעתה, וע"כ אנו צריכין לאמר דהא דגט אשה הוי בע"כ הוא משום דכל אשה המשעבדת נפשה תחת בעלה בשעת קדושין גם זה הוא בכלל השיעבוד הוא שאם ירצה לכתוב לה שטר גירושין יגרשנה אפילו אם לא תתרצה אז והוה לי' ספר כריתות נמי כנעשה ברצון המתחייב ולפי זה מי שהוא עובר עכשיו אחר חרגמ"ה ומגרש בע"כ של אשה אפילו נתנה בפני עידי מסירה פסול דהו"ל מזויף מתוכו והעדים חתמו שלא ברצון המתחייב שהרי בשעת חופה לא נשתעבדה לי' שיגרשנה שלא לרצונה והו"ל העדים מפי כתבם עכ"ד:

ולענ"ד ז"א דא"כ תקשה ביבמה דלא בעינן דעתה ודרשינן יבמה יבא עלי' בע"כ ולא שייך לאמר דבשעת קנין היבום נתרצית שיגרשנה בע"כ ואטו ניקו ונימא שאין היבם יכול לגרש בע"כ אלא לר"א דסובר ע"מ כרתי אבל לר"מ דבעי ע"ח דווקא אינו יכול לגרש בע"כ כלל משום דכיון דהגט נכתב שלא מדעתה הוי מפי כתבם ולדעתה דשעת יבום לא מהני כלל דהא אז נקנית בלא רצון כלל ומשנה שלימה שנינו ומייתי לה (ביבמות קי"א) שני אחין אחד חרש ואחד פקח נשואין שתי אחיות אחת חרשת ואחת פקחת מת חרש בעל חרשת מה יעשה פקח בעל פקחת כונס ואם רצה להוציא מוציא ומוקי לה בפקחת

ואח"כ נתחרשה עי"ש והא התם קני לה מדאורייתא שהרי זקוקה לו מנשואין גמורין ואפ"ה קתני ואם רצה להוציא מוציא בגט אחר היבום וגירושי חרשת הא מיקרי שלא מדעתה כדתנן התם (בר"פ חרש) מפני מה האשה שנתחרשה יוצאת כו' מפני שהאשה יוצאה שלא לרצונה ואטו ניקו ונימא דהך סתמא אתיא רק לר"א דע"מ כרתי ויגרשנה בע"מ אבל לר"מ אינו יכול להוציאה משום שאינו יכול לגרשה בלא דעתה דהוי מפי כתבם זה ודאי אינו ולכאורה קושיא זו תפול גם בהא דאמרינן בש"ס בכל דוכתי כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקדושין מיני' וכתב השיטה מקובצת ברפ"ק דכתובות בסוגיא דצנועות ופרוצות בשם הריטב"א ויתר גאונים הראשונים ז"ל משום דהטעם דדמי למקדש על תנאי כמו שאומר ע"מ שירצה אבא וה"נ האיש והאשה מסכימים שיהיו הקדושין אם ירצו חכמים ואם לא ירצו יתבטלו הקדושין למפרע עי"ש בדבריהם ז"ל וכ"כ המרדכי בקידושין ר"פ האומר ותקשה הא תינח בקדושין איש ואשה דעלמא אבל ביבם שבא לגרש את אשתו דקי"ל דיבמה נקנה שלא מדעת מאי מהני תנאי דידהו בשעת יבום ואטו ניקו ונימא דהאי דינא דבטלו אינו מבוטל הוא רק בקדושין הבא מדעתם ולא ביבמה שנתגרשה אחר שנתייבמה ואפשר לאמר דכיון דאחיו שמת קידש אדעתא דרבנן ודמי כאלו התנה שאם ירצה אחיו ליתן גט ויבטלו שלא בפניו יהא הקדושין שלו בטלין למפרע וממילא בטל קניית היבומין דלאו אשת אחיו היא ואין כאן יבום כמו שפירשו התוס' (בסנהדרין ס"ט) הא דפריך אמתניתין דבת ג' שנים ויום א' אם בא עלי' היבם קנאה וליחוש דילמא איילונית היא ואדעתא דהכי לא קידש היינו שאחיו לא קידש אדעתא דהכי וממילא אין כאן יבום עי"ש וכן צ"ל לדעת רש"י ז"ל (בשבת קמ"ה) דהא דהקילו בעדות אשה בע"א ועד מפי עד הוא מטעם אפקעינהו רבנן לקדושין מיני' דקשה לפ"ז הא דאמר (יבמות צ"ג) בבעיא דע"א ביבמה אי מהימן או לא וקאמר רבא דמהימן משום דל איסור כרת התרת לאיסור לאו לאכ"ש. ואם נימא דהא דהימנוהו בא"א הוא משום דאפקעינהו רבנן לקדושין מיני' א"כ הא טעם זה לא שייך ביבמה דלא שייך לאמר אדעתא דרבנן מקדש דהא מאליה זקוקה לו ליבום ולא שייך להפקיע הקדושין ומ"ט מהימן ע"א, א"ו דגם ביבמה שייך אפקעינהו רבנן לקדושין דהיינו שהפקיעו קדושי אחיו המת וממילא אינה זקוקה ליבום ודו"ק:

סימן קנו

שאלה גט הנשלח לאשה ששמה חשא ובמקום הנתינה המבטא חשא בשין ימנית וכן חותמת עצמה ונכתב בגט חסא בסמ"ך כי כן המבטא במקום הכתיבה:

תשובה נראה לענ"ד דהגט פסול בלי ספק דאף שיכול להיות ששם חשא יוצא משם חסא אין דורשין לשון הדיוט בזה, והעיקר בגט לכתוב בשם כמו שקוראין ודווקא בשם הקודש שברור הדבר שהשם יצא ממנו לא איכפת לן במה שמשנין קצת הקריאה וכותבין שם הקודש כמו שמוזכר בקרא והכל יודעין שהשם שנקרא יוצא משם הקודש רק שמורגלין לשנות קצת ולהכי יודעין הכל מי המגרש ומי המתגרשת אבל שם חסא אינו מוזכר בכתוב וכיון שבמבטא מקפידין שלא לשנות ס' בשין ימנית הוי שינוי השם ועיין במהרי"ט חלק ג' (סימן ט"ז) שכתב שם בנדון חלוץ שלא היה יכול לדבר הקריאה דחליצה האותיות כהלכתן והתיר לחלוץ ומביא ראיה מהא דאמרינן (במגילה כ"ד) חיפני ובישני לא ישאו כפיהם מפני שאומרים על אלפין עיינין ועיינין אלפין ואטו בחיפה ובישן לא נשאו כפיהם. א"ו דאינו אסור אלא כשהחיפני ובישני באין למקום אחר לישא כפיהם אבל במקומם שהכל מכירין בלשון המגומגם הזה שרי עי"ש. ולכאורה דבריו צריכין ביאור דהא משם מוכח להיפך דכיון דכשהחיפני ובישני באין למקום אחר אין נושאין כפיהם מפני שאין מכירין בלשונם ה"נ החלוץ הזה הרי הוא עומד בין ב"א שמדברים בלי גמגום וקריאתו פסולה אבל באמת דברי מהרי"ט נכונים בטעמן וראייתו דבשלמא אם בחיפה ובית שאן נמי לא היו רשאים לשאת כפיהם אעפ"י שהכל מבינים לשונם א"כ חזינן דהאמירה בעצמה פסולה אם הלשון מגומגם באותיותיו ואז הי' אפשר דגם בחליצה הקריאה בעצמה פסולה וכמי שלא קרא דמי אבל כיון דחזינן דבמקומן רשאין לישא כפיהם הרי חזינן דלענין עצם האמירה מיקרי אמירת הפסוק אף שקורא האותיות מגומגם ולהכי במקומן נושאין כפיהן רק שלא במקומן הקפידו חכמים שלא ישא כפיו מפני השומעין שיטעו בלשונם כשיאמר אלפין יסברו שאומרין עיינין ודחו אותו מנ"כ כמו במי שידיו צבועות וכדומה להכי גבי חליצה דלא מצינו שהקפידו חז"ל על טעות השומעין רק שיאמרו הפסוק כהלכתו כשר אף בלשון מגומגם דמזה מוכח דלשון מגומגם נמי מיקרי קריאה מדנושאין כפיהם במקומם, וראיית מהרי"ט ז"ל נכונה. הרי חזינן דהיכא דבעינן שיבינו השומעין לא מהני לשון מגומגם, וא"כ בגט דשינוי השם פוסל דבעינן שיהא מוכח מתוכו להקוראים הגט שידעו מי הם המגרש והמתגרשת ודאי דבמדינה שמקפידים שלא להחליף ס' בשין והחליף כותב הגט פסול שהרי יטעו הקוראים בשם המגרש ובמדינתינו מקפידים ע"ז שלא להחליף ס' בשין והלכה פסוקה היא דמקום הנתינה עיקר ואם יש שתי שמות כותבין שם מקום הנתינה ועיין בדברי הגאון מבריסק ז"ל בת' מהרי"ם סי' ל"ד:

סימן קנז

שאלה חלל א' שבא לגרש את אשתו איך כותבין בגט:

תשובה מכתבו הנעים קבלתי אשר נסתפק כבודו בחלל א' הידוע במחנו שבא לגרש את אשתו איך כותבין בגט שאם יכתבו פלוני בן פלוני הכהן יסברו העולם שגם המגרש כהן ובאמת נגעל מדין כהונה כדדרשינן בספרא פ' אמור לענין טומאת כהנים יכול חללים ת"ל הכהנים יצאו חללים וכן פי' רש"י ז"ל בפסחים (דף ע"ב) שהחלל הוא זר גמור לכל מילי והאריך בזה כת"ר לפלפל בחכמה:

ולענ"ד נראה דאין קפידא לכתוב פלוני ב"פ הכהן דהא וודאי דחלל מתייחס אחר אביו כדאמרינן בבכורות (דף מ"ז) בכהן שמת בתוך שלשים יום והניח בן חלל דסבר רבה בר"ה דאין הבן חייב לפדות עצמו משום דאמר לי' אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדי' ופריך מהא דתנן נתגיירה מעוברת בכורה לכהן ומשני שאני כותי דל"ל חייס:

ופרש"י ז"ל דל"ל חייס לגבי ישראל ואין זה בא מכחו דכקטן שנולד דמי ע"כ הרי מבואר דחלל שפיר מתייחס אחר אביו וכן דרשינן בקידושין (דף ס"ו) לענין חלל מדכתיב והיתה לו ולזרעו אחריו בין זרע כשר בין זרע פסול הרי דקרי קרא לזרע פסול ג"כ זרעו אחריו דאע"ג דמלשון אחריו דרשינן בכמה דוכתי בש"ס דבעינן זרעו מיוחס אחריו כדדרשינן ביבמו' (ד' ק') גבי עשרה כהנים עומדים ופי' אחד מהם אפ"ה מרבינן הכא בין זרע כשר בין זרע פסול והוא מטעם שכתבנו דכיון דכתיב אחריו חלל נמי מיקרי מיוחס אחריו כמו שהוכחנו מש"ס דבכורות הנ"ל:

ובזה מיושב קושיית התוס' בקידושין (דף ס"ו) דהכא אמרינן זרע פסול נמי מקרי זרע ובכל דוכתי בש"ס קאמר וזרע אין לה אין לי אלא זרע כשר זרע פסול מניין ת"ל אין לה עיין לה משמע דלשון זרע לא משתמע אלא זרע כשר ולפמש"כ לא קשה מידי דשא"ה כיון דכתיב ולזרעו אחריו גלי קרא דכל שזרעו מיוחס אחריו מיקרי זרע לענין זה אף שהוא זרע פסול ועיין ברשב"א ז"ל שמחלק בין פסול ממזרות לפסול חללות דפסול ממזרות לא מיקרי זרע אבל פסול חללות מקרי זרע ועיין בירושלמי דסוטה פ' ארוסה דפריך שם אהא דאלמנה לכ"ג שותת הא בעינן ונקתה ונזרעה זרע וזרע פסול לאו זרע הוא, מדדרשינן אין לי אלא זרע כשר עיי"ש] ואף דאמרינן ביבמות (דף ע"ד) דחללה לא מיקרי זרעו של אהרן אפ"ל דזרעו של אהרן לא מקרי אבל סתם זרעו מיקרי וכיון דאמרינן דזרעו מיוחס אחריו בחלל א"כ יכול לכתוב פלוני בן פלוני ואין קפידא רק במה שכותבין הכהן ובאמת אינו כהן:

ונראה לענ"ד דגם בזה אין קפידא דאף דמצינו דמה שכותבין אחר שם אביו קאי על שם הבן כמו דוד בן ישי מלך ישראל דקאי מלך ישראל על דוד וכן ביהושע בן יהוצדק הכהן וא"כ איכא לפרושי שגם הבן כהן ובאמת הוא חלל וזר גמור מ"מ כיון דאיכא לפרושי נמי דתיבת הכהן קאי רק על האב ולא על הבן כמו שכתבו רוב הפוסקים באה"ע (סי' קכ"ט) שלא לכתוב המכונה אחר שם האב משום דאם כותבין כן משמע דקאי האי המכונה על האב דהכי משמע לישנא טפי כמו שהאריך בזה הש"ך בחו"מ (סי' מ"ט) וכיון דאיכא לפרושי דקאי על האב לחוד אין כאן שינוי:

ומה שחשש כת"ר דהכא גרע טפי דכיון דאם האב כהן וודאי גם הבן כהן א"כ אפילו אם נימא דקאי על האב נמי יסברו שהבן כהן ובאמת אינו כהן שהוא חלל וזר גמור:

ולפענ"ד אפשר לומר דאין זה מוכרח דאפשר לומר דרוב העולם יודעין דאין ראי' מהאב על הבן משום דאפשר דהאב נשא גרושה או זונה וכ"כ הרמב"ם ז"ל (בהלכות איסורי ביאה פ"כ הל' ט"ו) דאם ע"א העיד על אביו שהוא כהן אין זה עדות להאכיל הבן בתרומה משום דלמא בן גרושה או בן חלוצה הוא וכ"כ הה"מ ז"ל שם אחר שביאר שם טעמו של הרמב"ם ז"ל סיים בסוף דבריו וזהו שלא אמרו בשום מקום שיהא מוחזק עפ"י עד שיאמר בן כהן הוא אלא כשאומר כהן הוא עכ"ל הרי דלא מהני מה שאומר ע"א בן כהן הוא משום דשמא בן גרושה או ב"ח הוא א"כ ה"ה כשכותבין בשטרות ראובן בן שמעון הכהן תיבת הכהן קאי על האב ועל הבן יש לפרש בתרי אנפי או שהוא כהן או שהוא ב"ג או ב"ח ורק האב כהן:

ומצאתי להגאון בעל הפלאה ז"ל שדייק בלשון הש"ס בכתובו' (דף כ"ד) בבעיא דמעלין משטרות ליוחסין דקאמר אלא דכתב אני פלוני כהן וכן העתיק הר"מ ז"ל ואמאי לא קאמר דכתב בשטר אני פלוני בן פלוני הכהן ותי' ההפלאה ז"ל דאי הוה כתוב בשטר אני פלוני ב"פ הכהן וודאי דאין מעלין לכו"ע ליוחסין משום דאיכא למימר דהכהן קאי על האב והוא ב"ג או ב"ח עיי"ש בדבריו ז"ל וזה כדברי הה"מ ז"ל וכדברינו דאיכא לפרושי דהכהן קאי על האב בדווקא ולא על הבן ועיין בתוס' כתובות (דף כ"ד) שכתבו דהיכי דהוחזקו ב' יוב"ש דכותבין כהן כדאמר בב"ב (דף קע"ב) התם וודאי אכולה מלתא קמסהדי והתם וודאי מעלין משטרות ליוחסין עכ"ל ואיכא למימר דמיירי נמי אם כ' פלוני הכהן בלא שם האב ומה שכתבו התוס' שם אז הן צריכין לידע אם בן כהן הוא היינו בן כהן וכשר הוא וקאי מעלין משטרות ליוחסין אבן א"נ דקאי מעלין שכתבו על האב לחוד אבל על הבן אין מעלין דאיכא למיחש שמא חלל הוא ועיין ברמב"ם ז"ל (בהלכה י') דכל כהן שאמר בני זה כהן נאמן להאכילו בתרומה ולהיותו בחזקת כהן

ע"כ א"כ הרי בעינן דווקא שיעיד עליו אביו שהוא כהן הא לא"ה אעפ"י שידוע שהוא בנו מ"מ בעינן שהוא יעיד שהוא כהן. וההמ"ג בשם הרמב"ן ז"ל כ' דגם האב אינו נאמן אא"כ אינו ידוע שהוא בנו שיש לו מגו שהי' אומר שהוא אחר וכהן אבל בידוע שהוא בנו אף האב אינו נאמן ומוכיח כן מסוגיא דפ' עשרה יוחסין עיי"ש וכיון דאפילו האב אינו נאמן להחזיקו לכהן אף בידוע שהוא בנו משום דחיישינן לב"ג וב"ח, א"כ פשיטא דאיכא לפרושי לשון הגט דהכהן קאי על האב והוא ב"ג או ב"ח:

ובירושלמי (פ"ב דכתובות) חד בר נש אתא לקמי' דרבי א"ל בני זה כהן א"ל ר' חייא אם אתה מאמינו שהוא בנו תאמינו שהוא כהן אם אתה אין מאמינו שהוא בנו אל תאמינו שהוא כהן ומשני אני אומר בנו הוא ובן גרושה או ב"ח:

אלא שלכאורה יש סתירה לדברינו דכיון דהרמב"ם ז"ל פסק דבשני עדים המעידים שאביו כהן לא חיישינן שמא הוא ב"ג או ב"ח א"כ כיון שהוא ז"ל פוסק (בה' ט') שם דלענין כהני הזמן דהיינו תרומה וחלה מעלין משטרות א"כ כיון שכתוב בגט שאביו כהן דמי לשנים שהעידו עליו שהוא כהן ואוכל בתרומה ובשנים דיינינן שגם הבן כהן ולא חיישינן בשנים שהעידו לב"ג וב"ח ואם יכתבו כהן על האב נראה ממילא שגם הבן כהן ובאמת הוא חלל מ"מ ז"א דהא מוכח שם בדברי הר"מ ז"ל (ה"ט) דשטרות וע"א חד דינא אית להו דמעלין רק בתרומה דרבנן וא"כ כיון דדמו לע"א ובע"א כבר כ' הר"מ ז"ל דבעינן למיחש שמא הבן הוא בן גרושה וחלוצה א"כ אין ראי' ממה שכותבין על האב כהן שגם הבן כהן כשר והא דמעלין משטרות ליוחסין הוא רק אם כתבו על הבן בעצמו פלוני כהן לוה מנה כלשון הש"ס אבל אם הי' כתוב פלוני ב"פ הכהן אין מעלין אף לתרומה דרבנן משום דלא הוי אלא כע"א ובעינן למיחש שמא ב"ג או בן חלוצה הוא:

ואף שדעת הרשב"א ז"ל דהיכא דכתיב בלשון סהדי כגון פלוני לוה מפלוני וודאי דמעלין אף ליוחסין כמ"ש בשמו הח"מ והב"ש (באהע"ז ס"ג) מ"מ הא גט כתוב בלשון הבעל דבר אנא פלוני בן פלוני שבקית והוי רק כע"א ואין מעלין ליוחסין ואין לומר דאכתי בגט בעינן למיחש דנהי דלדינא אין מעלין משטרות ליוחסין ולא הוי עדות גמורה משום דיכולין לפרש שאביו כהן אבל הוא חלל מ"מ בגט בעינן למיחש שמא יטעו הקוראים את הגט ויפרשו שגם הבן כהן ויסברו שלא זה הוא המגרש, דז"א דהא הרא"ש כתב בפ' הזורק (דף פ') וכן התוס' שם בד"ה ושם עירו, דאם שינה מקום הלידה כשר ומטעם זה כתב המרדכי (פ' השולח) וכן הב"י (בסי' קכ"ט) בשם גדול א' להתיר אפילו בשינה שם אביו משום דלאו אכולא מלתא קמסהדי ועיין בביאור הגר"א ז"ל (סי' קכ"ט ס"ק

ט"ז) לענין כהן ולוי שכתב לענין אם שינה בכהן ולוי שכשר מטעם זה דלאו אכולא מלתא קמסהדי:

ואף לפמ"ש הב"י לדחות ראי זו וכ' שם דלא מהני הך סברא דלאו אכולא מלתא קמסהדי אלא לענין שלא יהי' העדים כעידי שקר וזה הוא רק בשינה מקום הלידה שאין מקום הלידה ידוע לכן ליכא למיחש שע"י השינוי יסברו שהוא אחר אבל בשם אביו או בכהן ולוי כיון שרגילין להכיר במי שהוא כהן או לוי בשם האב פסול משום שיאמרו שהוא אחר:

מ"מ היינו דוקא בשינוי כהן ולוי שידיעת העולם בשם המגרש סותר דברי הגט אבל בחלל כיון שבארנו שגם בלשון הגט אפשר לפרש שאביו הי' כהן והוא חלל כ"ע מודו דזה לא מקרי שינוי במה שאפשר ג"כ לפרש דקאי על המגרש וכן כל הדקדוקים שהוזכרו בש"ס פ' הזורק כמו וי"ו דתירוכין וכדומה ורוב פוסקי' כתבו דדוקא אם כותב הבעל בעצמו או כשמערער אח"כ אבל אי לא"ה לא חיישינן לה אע"ג דאיכא לפרושי בלשון שאינו מועיל בגט מ"מ כיון דאיכא לפרושי ג"כ בלשון המועיל מהני. והכי משמע לי מלישנא דהש"ס בכתובות (ד' י"ד) דקאמר מכירין ישראל ממזירין שביניהם ואין מכירין חללים שביניהם ואם איתא דבגיטין ושטרות כותבין חלל ואין כותבין פלוני ב"פ הכהן א"כ אמאי אין מכירין חללים שביניהם הא מפרסמא מלתא בגיטין ושטרות ברובא דאינשי דהוי רגילי להיות עדים או בעלי דברים בגיטין ושטרות:

ובגוף הדבר שאין לכתוב כהן על חלל יש לעיין טובא. דהא וודאי דחלל אינו מוזהר בכל דבר שהכהן מוזהר ומותר לטמאות למתים ולישא גרושה ובספרי יליף לה מהכהנים להוציא חללים כמ"ש גם מעכ"ת מ"מ הא הרמב"ם ז"ל כתב (בה' אבל פ' ג' הלכה י"א) דין זה ולא יליף מהכהנים כ"א מדכתיב בני אהרן וחלל לא מקרי בני אהרן כמ"ש ביבמות (דף ע"ד) איש מזרע אהרן וחלל לאו מזרעו של אהרן ועיין בלח"מ ז"ל שתמה עליו באמת מ"ט שביק לקרא דדרש בספרי ונקט דרשא דבני אהרן:

ונ"ל דהרמז"ל לשיטתו דפסק (בפ"ו מהלכות ביאת מקדש הלכה י') דחלל שעבד עבודתו כשירה שהרי כ' שם כהן שנבדק ונמצא חלל עבודתו כשרה ומכאן ואילך לא יעבוד ואם עבד עבודתו כשירה ע"כ הרי דמכשיר עבודת חלל אף בנודע שהוא חלל וא"כ לפי"ז וודאי דא"א לומר דחלל לא מיקרי כהן כלל כיון דעבודתו כשירה ע"כ דיש בו דין כהונה דהא זר מחלל עבודה והוא אינו מחלל וע"כ דמקרי כהן רק שהוא כזר לענין לטמאות למתים משום דכתיב בני אהרן הכהנים וחלל לא איקרי בן אהרן הכהן אבל כהן סתמא אקרי והספרי דדרש מתיבת הכהנים אפשר דאתיא כר"א דאמר דעבודת חלל פסולה

כדאיתא בתרומות (פרק ח') ובכ"ד ולדידי' לא מיקרי כהן כלל או דאתיא אפילו כר"י דמכשיר עבודתו ובאמת עיקר דרשא סמך אבני אהרן:

אמנם באמת דברי הרמז"ל תמוהין מאוד במה שהכשיר עבודת חלל אף לאחר שנודע פסולו דהא במתניתין קתני בהדיא הי' עומד ומקריב ע"ג המזבח ונודע שהוא ב"ג או ב"ח דר"י מכשיר משמע דבנודע מקודם שעבד אף לר"י פסול:

ואפשר ליישב קצת דברי הרמז"ל עפ"י דברי הירושלמי דתרומות דקאמר שם ר"י בשם ר' ינאי טעמא דר"י משום ובאת אל הכהן אשר יהי' בימים ההם וכי יש כהן עכשיו ואין כהן לאח"ז ואיזהו זה שהי' עומד ומקריב ע"ג המזבח ונודע שהוא ב"ג או ב"ח ור"ב אמר דכתיב פועל ידיו תרצה ומייתי שם ברייתא דמעשה במגורה של דיסקוס ביבנה שנפגמה ונמצא חסירה והי' ר"ט מטהר ור"ע מטמא אמר ר"ט המקוה הזה בחזקת טהורה לעולם הוא בטהרתו עד שיוודע שחסר אמר ר"ע הטמא הזה בחזקת טמא עד שיוודע לך שהוא טהור אמר ר"ט למה זה דומה לעומד ומקריב ע"ג המזבח ונודע שהוא ב"ג או ב"ח אמר ר"ע למז"ד לעומד ומקריב ע"ג המזבח ונודע שהוא בע"מ שעבודתו פסולה נראה למי דומה וכו' א"ל ר"ע מקוה פסולו בגופו ובע"מ פסולו בגופו וכו' ע"ש מקוה פסולו ביחיד ובע"מ פסולו ביחיד ואל יוכיח בן גרושה ובן חלוצה שפסולו בב"ד ונמנו עליו וטמאוהו: אר"י זאת אומרת הי' עומד ומקריב ע"ג המזבח ונודע שהוא ב"ג או ב"ח שעבודתו כשרה עד שיופסל בב"ד וכו' אר"ח ז"א פסול משפחה צריך ב"ד עכ"ל ושם לעיל פריך מה בין סבור שהוא חולין ונמצא תרומה שהוא חייב ובין סבור שהוא כהן ונמצא שהוא ישראל שהוא פטור [היינו שנמצא בן גרושה או בן חלוצה] א"ל מהוריית ב"ד יעו"ש והיינו משום שאין הבן גרושה או חלוצה נפסל עד שיורו ב"ד שהוא פסול. הרי שבהדיא אמרינן בירושלמי שעבודתו כשירה עד שיוודע פסולו בב"ד וב"ד יורו שהוא פסול א"כ אפשר לומר דהרמב"ם ז"ל שכ' שגם אחר שנודע אם עבד עבודתו כשירה היינו נמי כ"ז שלא יצא ההוראה מב"ד שהוא פסול אעפ"י שכבר נודע פסולו. מיהו זה דחוק קצת דהו"ל להרמב"ם ז"ל לפרושי בהדיא דרק קודם הוריית ב"ד עבודתו כשירה אבל אחר שהורו ב"ד עבודתו פסולה:

ומ"מ לענין נ"ד אפשר לומר כיון דדברי הירושלמי מבוארין דכ"ז שלא הורו ב"ד שהוא פסול עבודתו כשרה אכתי דין כהונה עליו וחלל זה בוודאי לא ישבו ב"ד לפוסלו ולהורות עליו דין חלל ואין לו דין חלל גמור עדיין ואם היה עובד עבודתו כשרה בדיעבד ואע"ג דוודאי מדנפיק עליו קלא שהוא ב"ג או ב"ח אחתינן לי' מעבודתו היינו שלענין איסור

עבודה אסור לעבוד אף קודם הוראת ב"ד אבל לענין חילול עבודתו לא מחלל עד שיורו ב"ד שהוא חלל וטובא אשכחן שאסורין לעבוד מה"ת ולא מחללי עבודה:

ונראה שהירושלמי למד דין זה שתלוי עבודת חלל בהוראת ב"ד משום דסבר כר' ינאי דהא דר"י מכשיר בלא נודע הוא משום דכתיב אל הכהן ואל השופט אשר יהי' בימים ההם דיש שהוא כהן עכשיו ואינו כהן לאח"ז ולהכי דרש נמי מדסמיך קרא כהן לשופט דכהן נמי בשופט תלי רחמנא שאינו יורד מכהונתו לחלל עבודה עד שיורו ב"ד עליו שפסול וא"כ חלל זה שלא הי' עליו הוראת ב"ד אעפ"י שאסור לעבוד מ"מ עבודתו כשירה לדברי הירושלמי ואין זה שינוי השם אם יסברו שכתבו גם עליו כהן ובפרט דאיכא לפרושי דקאי על אביו לבד:

ואפשר לומר עוד דכיון דפסול משפחה צריך ב"ד, א"כ בזה"ז דליכא סמוכים אינו נפסל להיות כחלל לחלל עבודה אם הי' עובד דלא אזיל מיני' דין כהונה לגמרי לפי דברי הירושלמי אף שמותר לטמאות למתים מ"מ דין זר גמור לחלל עבודה לית לי' ועיין בתוס' תענית (דף י"ז) דמשמע מלשונם דאזלי ג"כ בשיטת הרמב"ם ז"ל וראיתי להרמב"ם ז"ל (בהלכות רוצח בפ' ז' הלכה י"ב) שכתב בהא דפליגי במכות (דף י"א) ר' אלעזר ור' יצחק נפחא בנגמר דינו ונמצא כ"ג בן גרושה או ב"ח דחד אמר מתה כהונה וח"א בטלה כהונה למפרע והוי כנגמר דינו בלא כ"ג דאינו יוצא משם לעולם ופסק הרמז"ל כמ"ד דבטלה כהונה וכ' הכ"מ משום דהכי מבואר בירושלמי בפ"ו דתרומות ונראה שרמז למש"כ בסוגיא זו בירושלמי ר"י ב"ז בשם ר"י היה עומד ומקריב ע"ג המזבח ונודע שהוא ב"ג וב"ח מה את עביד לי' כמו שהוא מת ויחזיר הרוצח למקומו או כמו שנגמר דינו בלא כ"ג ואינו יוצא משם לעולם נשמעינה מן הדא מעשה במגורה של דיסקוס שנפגמה ונמצא חסר וכו' וסובר הכ"מ דהירושלמי פשט מברייתא דמגורה שנמצא חסר דבטלה כהונה כמו במקוה דפסול למפרע:

ולפענ"ד ז"א דאדרבה דהירושלמי פשט ממקוה דמתה כהונה דהא מסיים שם אחר שהביא הברייתא ה"א ספק טמא עבודתו כשירה דאת מדמי לי' לב"ג אבל אם מדמי לי' לבע"מ עבודתו פסולה ומקוה לא ספק הוא ה"א פסול משפחה צריכה ב"ד וכוונת הירושלמי הוא משום דספיקא דר"י ב"ז הוא אי כרב או כר"י דלר"י דילפינן מקרא דבימים ההם א"כ ה"ה לענין רוצח בעינן למימר דעד עכשיו היה כ"ג ונגמר דינו בכ"ג והוי מתה כהונה ולרב דסובר דילפינן מברך ד' חילו הוא דוקא לענין קרבן כדאמר מעיקרא בירושלמי ע"ד דרב דוקא בקדשי מקדש א"כ ברוצח בעינן למימר דנפסל הכה"ג למפרע והוי בטלה כהונה ופשיט ממקוה דספק טמא דלמפרע קרי הירושלמי ספק שעדיין לא

היו יודעין מפסולו] אם תלמדנו מב"ג וב"ח הטובל בו טהור ואם תלמדנו מבע"מ הטובל בו טמא דומיא דבע"מ דעבודתו פסולה ור"ע ור"ט אמרו שמקוה לא נוכל ללמוד מב"ג מפני שפסול מקוה ביחיד וב"ג בב"ד:

עכ"פ חזינן דאי הוה מצינו למילף פסול מקוה מב"ג ומב"ח הוי מטהרינן למפרע ומזה מוכח דסברי כר' יוחנן דגבי ב"ג וב"ח מכשרינן בכל מילי ולא דוקא בקדשי המקדש והיינו כר"י דיליף מבימים ההם דלרב דסבר דילפינן מברך ה' חילו ודוקא בקדשי המקדש א"כ היכי הוה בעי למילף מקוה מב"ג וב"ח שעבד כיון דבב"ג וב"ח נמי לא מכשרינן אלא בקרבן וא"כ איך אפשר למילף מקוה מיני' וע"כ מוכח מזה דר"ע ור"ט סברי כר"י דילפינן מבימים ההם דלכל מילי אכשריה רחמנא ב"ג וב"ח למפרע ונשמע מן הדא שגם גבי רוצח אמרינן דמתה כהונה אבל למפרע יש לו דין כה"ג ולא כדברי הכ"מ שמפרש הירושלמי כמ"ד בטלה כהונה:

ואולם מה שפסק הר"מ ז"ל כמ"ד בטלה כהונה הוא מטעם אחר משום דסמך אסוגיא דפסחים (דף ע"ב) דקאמר שם דטעמא דר"י דפוטר אם הי' אוכל בתרומה ונודע שהוא ב"ג משום דסובר טועה בדבר מצוה פטור א"נ שאני תרומה דאקרי עבודה ועבודה רחמנא אכשרי' וקאמר התם נמי מ"ט דר"י משום דכתיב ברך ה' חילו וכו' ומייתי שם ברייתא דתרומה איקרי עבודה, הרי דסתמא דש"ס ס"ל כרב וממילא גבי רוצח דלאו ענין עבודה הוא מפסל למפרע ובטלה כהונה ואעפ"י שהירושלמי קאמר דלרב דווקא במקדשי המקדש עבודתו כשירה אבל לא בקדשי הגבול ובש"ס פסחים קאמר אפילו בתרומה דהוי עבודה וכשרה אף דהוי קדשי הגבול מ"מ לא קשה דבאמת פליגי בזה הש"ס שלנו והירושלמי ואפשר עוד דהיינו טעמא דשינויא קמא דגמ' דשני משום טועה בדבר מצוה משום דס"ל ג"כ כשיטת הירושלמי דדוקא בקדשי המקדש עבודתו כשרה ולא בקדשי הגבול ולהכי משני משום דטועה בדבר מצוה ופטור:

ונחזור לענין שאילתינו נ"ל דאין קפידא אם יכתוב פלוני ב"פ הכהן וישקול נא כבודו את דברינו במאזני שכלו וכתבונות לבבו כן יעשה:

ואשר יצא לדון בדבר חדש אם הא דקיי"ל שליח עושה שליח מהני בזה"ז שאין אדם יכול לגרש בע"כ את אשתו:

הנה מה שראוי להסתפק בזה הוא משום דכתב המרדכי (פ' האיש מקדש) פסק הקדוש מרדוש העושה שליח לקדש לו אשה ומסר לו הטבעת לקדש אפילו איתנס בדרך וחלה אינו יכול לעשות שליח אחר משום דמילי נינהו ומילי לא ממסרי לשליח ואע"ג דגבי גט קי"ל דשליח עושה שליח ולא הוי מילי משום מסירת הגט וה"נ הא איכא מסירת

הטבעת לא דמי דגבי גט אשה מתגרשת בע"כ ומיד כשבא הגט ליד השליח הרי היא כאלו מגורשת הלכך לא הוי מילי שהרי השליח יכול לגרשה בע"כ דיד השליח כיד הבעל אבל שליח של קדושין אם לא תאבה האשה אינה מתקדשת הלכך הוי לי' מילי עכ"ל:

ולפ"ז בזמנינו שאין השליח ואפילו הבעל בעצמו אינו יכול לגרש בע"כ אם לא תאבה האשה הוי לי' מילי ואין השליח עושה שליח ואף דאפשר לחלק לאמר דדוקא גבי קדושין דאין הבעל יכול לקדש בע"כ להכי הוי מילי בעלמא. אבל בגט דאם גירש בע"כ הוי גט וכמ"ש התוס' בתמורה דאפילו נשבע שלא לגרש הוי גט משום דאיתקש מיתה לגירושין א"כ כ"ש באיסור חר"ג דהוי גט ולהכי לא הוי מילי דז"א דמה מהני מה שהבעל אם גירש בע"כ הוי גט דהא מ"מ הבעל לא רצה לעבור על האיסור ולא עשהו שליח רק לגרש מרצונה וכיון דאם לא תתרצה אין השליח יכול לגרשה מיקרי מילי ולא מימסרי לשליח:

וראיתי להגאון בקצוה"ח שהעיר בזה בחו"מ (סימן רמ"ב) שכתב שם דע"כ אם נסבור כהקדוש מרדוש בהא מילתא דהיכא דאנו צריכין לדעת האשה מיקרי מילי אנו מוכרחים לאמר דאומר אמרו כשר דהא בגמרא דגיטין מוקמינן למתניתין דהאשה עצמה מביאה גיטה כגון דאמר לה הוי שליח להולכה עד דמטית התם וכי מטית התם שוי שליח להולכה אחרינא והא התם בדידה תליא מלתא אם לא תרצה תחזור בה משליחותה ולא תהי' שלוחו של בעל אפ"ה מצי לשווי שליח אחרינא ולא אמרינן כיון דבדידה תליא מילתא אין השליח עושה שליח משום דמילי לא מימסרי לשליח וע"כ דאומר אמרו כשר ולא אמרינן באומר אמרו מילי לא מימסרי לשליח ולהכי לדידן אם הבעל אומר לשליח ששלחו שיהא בידו לעשות שליח אחר ל"ל בה דממ"נ או דל"ל הך סברא דהקדוש מרדוש ולא מיקרי מילי אף דאינו יכול לגרש בע"כ או דאומר אמרו כשר דהכי מוכח מש"ס דגיטין עכ"ד הקצות:

ואינני מכיר ראייתו דאם נימא דמה שהשליח יכול לחזור משליחותו משוה את השליחות לדין מילי ולמי"מ לשליח א"כ היכי משכחת לה כלל הא דשליח עושה שליח הא כל שליח יכול לחזור משליחותו אם רוצה וע"כ דדברי הקדוש מרדוש לא נאמר דמיקרי מילי אלא היכי דאין ביד השליח לעשות שליחותו אפילו אם ירצה לקיים שליחותו ותליא בדעת אחרים זה מיקרי מילי אבל מה שהשליח יכול לחזור בו מעשיית השליחות זה לא מיקרי מילי דכל שליח יכול לחזור בו מעשיית השליחות ואפ"ה קיי"ל דשליח עושה שליח וא"כ נסתרה ראיית הקצוה"ח מהא דאשה עצמה מביאה גיטה וקשה לדידן דפסקינן אומר אמרו לא מהני איך נוהגין שהשליח עושה שליח אחר הא

הוי מילי שאין הבעל והשליח יכולים לגרש בע"כ של האשה ולא נעשה כלל שליח לגרש בע"כ:

אולם לכאורה יש סתירה גדולה לדברי הקדוש מרדוש ז"ל מהא דתנן בגיטין (דף כ"ט) המביא גט בא"י וחלה ה"ז ישלחנו ביד אחר ואם אמר לו טול ממנה חפץ פלוני ה"ז לא ישלחנו ביד אחר שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר וקאמר עלה בגמ' דכו"ע היכא דאמר לו טול ממנה חפץ פלוני ותן לה הגט הזה ושלח השליח הגט ביד אחר ויהבא לי' חפץ ושקלא מיניה גיטא דכ"ע לא פליגי דגיטא מעליא הוא עכ"ל הגמרא:

והא התם ברצון האשה תליא דאם לא תתן החפץ אין ביד השליח לגרשה והוי מילי ולא מימסרי לשליח וקשה מזה על הקדוש מרדוש ז"ל דהתם לא אמר כלל שהשליח יעשה שליח אחר ובלא אומר אמרו דכ"ע מילי לא מימסרו לשליח ואפ"ה מצי משוי שליח ומוכח מזה דבמה שאינו יכול לגרש בע"כ של האשה לא מיקרי מילי כלל רק כיון שנותן גט בידו לא מיקרי מילי ומצי משוי שליח כנלע"ד:

סימן קנח

ואשר שאל כבודו באחד שנשלח לארץ גזרה בעד פשעו ורוצה לגרש את אשתו ובמקום שהוא אין שם איש שיודע לכתוב גט. אם יש תקנה שיעשה שליח בכתב לסופר ועדים שבמקום האשה לכתוב גט ולגרשה:

תשובה ידע כבודו כי אף שראה בתשובות האחרונים ז"ל שהתירו במקום עיגון גדול שאם יש במקום שהבעל עומד שם שלשה אנשים כשרים שיעשם הבעל ב"ד ויעשה שליח סופר ועדים העומדים במקום שהאשה עומדת שם שהם יכתבו ויחתמו ויתנו הגט להאשה:

ידע כבודו כי לדעתי יש לחוש הרבה בזה דהנה בענין ביטול הגט קי"ל בגיטין (דף ל"ה) דבעינן שיבטלנו דוקא בפני שנים ואם ביטלו שלא בפני השליח שלא בפני שנים לא מהני כמ"ש בשו"ע (סימן קמ"א סעי' ט') גם בענין שיאמר לשון המועיל כדאמרינן שם בגיטין שאם אמר אינו מועיל אינו מתיר אינו משלח לא מהני כמבואר שם בסוגיא משום דעיקר ביטול השליחות הוא משום דאתי דיבור ומבטל דיבור ולהכי בעינן שיהא דיבור הביטול דיבור מעליא ויהא בו כח לבטל דיבור כמבואר כ"ז בגיטין ובקדושין (דף נ"ח). ולהכי מוסר השליח הגט להאשה ולא חיישינן שמא ביטל הבעל השליחות דכיון דבעי ביטול בפני שנים לא חציף לבטל בפני שנים דהא איכא איסורא בזה דהא התקין ר"ג שלא יבטלנו שלא בפני השליח ורב מנגיד למאן דמבטל גיטא להכי לא חיישינן שמא ביטל הגט בפני שנים בלשון המועיל:

ובגיטין (דף י"ט) בסוגיא דנכתב ביום ונחתם בלילה אמר התם ר"ל לא הכשיר ר"ש אלא לאלתר אבל מכאן עד עשרה ימים לא חיישינן שמא פייס ור"י אמר אפילו מכאן עד עשרה ימים אם איתא דפייס קלא אית לי' ופרש"י שמא פייס ובא עליה והוי גט ישן והתוס' הקשו על רש"י ז"ל ופרשו שמא פייס וביטל והקשו דא"כ לר"ל בכל הגיטין הבאים ממדה"י ובמשליש גט לאשתו ניחוש שמא ביטל ותירצו דהכא הוא דחיישינן טפי לפי שלא נגמר חתימתו עדיין וכי מתפייס נמי ליכא קלא אבל כשכבר חתמו כל העדים ונגמר כל הגט אין רגיל להתפייס וכשמתפייס הכל מרגישין וחזרו והקשו מהא דאמרינן (דף כ"ט) ההוא דשדר גיטא לדביתהו ואמר לא תיתבוהו ניהלה עד תלתין יומין דקאמר התם דחיישינן שמא פייס ומהא דאם לא באתי עד ל' יום דחיישינן נמי שמא פייס. וחילקו בין היכא שמגרשה מחמת קטטה בזה אמרינן קלא אית לי' למילתא ובין היכא שמגרשה לטובתה דחיישינן שמא ביטל:

והרשב"א בחידושיו שם הקשה דאכתי קשה מגיטין הבאים ממדה"י שהרבה פעמים שמגרש לטובתה שלא תתעגן ולא חיישינן שמא ביטל ותי' שם דלא חיישינן שמא ביטל אלא היכא דקבע זמן על הנתינה דחזינן שאינו רוצה לגרשה אבל בלא קבע זמן לא חיישינן שמא ביטל ועיין בתוס' וברשב"א ז"ל שם שכתב דהא חששא שמא ביטל הוא רק משום דחיישינן לערעורו של בעל שמא יערער שביטל אבל אי לאו ערעורו של בעל אין לחוש שמא ביטל. והנה כ"ז בנגמר עשיית השליחות ואז אם רצה הבעל לבטלו צריך הבעל לבטל בפני שנים ובלשון המועיל אבל בלא נגמר עדיין עשיית השליחות די בחזרה בעלמא שאומר שאינו רוצה בינו לבין עצמו סגי ובטל השליחות קודם שיחולו שלא יחולו והכותב ושולח כתבו לשליח כ"ז שלא הגיע כתבו ליד השליח ולא קיבל עליו השליח מינויו להיות שליח לא נגמר עדיין עשיית השליחות דהא לא יכול לעשותו שליח כ"א מדעתו שיתרצה השליח, וכיון שלא נגמר השליחות כ"ז שלא נודע, אם הבעל חוזר בו ואין רצונו לגרש בטל עשיית השליחות וא"כ אנו צריכים לחוש שמא חזר בו הבעל מדעתו ואז אינו צריך ביטול בפני עדים ולא לשון המועיל אלא כשאומר בפ"ע שחוזר מרצונו ומתחרט על מה שנתרצה לגרש בטל עשיית השליחות ולא חיילה כלל:

ועיין בתוס' גיטין (דף ל"ב) ד"ה מ"ד דמשמע מדבריהם דאפילו דברים שבלב שמתחרט מלגרשה יש להועיל מן התורה לבטל אף שליחות גמורה היכא שעשה כל מה שבידו לעשות וליכא סתירה ממעשיו על דברים שבלבו ורק רבנן אפקעינהו לקדושין מיני' היכא דלא הי' ביטול גמור וכ"ז היכא שהיתה שליחות גמור וכבר חלה השליחות שבזה מצינו שהפקיעו חכמים הקדושין מיני' שלא יבוא לידי ממזרות אבל חרטות הבעל

קודם שעשה השליחות לא מצינו שהפקיעו חכמים הקדושין מיני' ואוקמינן אדאורייתא ולא חלה השליחות כלל, וכ"ש אם מוציא הדברים בפיו שחוזר בו. ודוקא אחר עשיית השליחות לא חיישינן שמא יחזור בו ויבטל משום דחזרה לחוד לא מהני דבעינן עדים ולשון המועיל, אבל קודם חלות השליחות בגילוי דעתא לחוד סגי דהרי גבי רצון האשה נמי מצינו שעושית שליח קבלה ולא חיישינן שמא חזרה וביטלה השליחות אע"ג דאמרינן בירושלמי דאין זכין לה הגט אם לא עשתה שליח קבלה אפילו אם היא צווחת להתגרש שמא חזרה בה אפילו הוא מוכה שחין כדאיתא בירושלמי ר"פ התקבל, אלמא דאע"ג דאם עשתה שליח לא חיישינן שמא חזרה בו מ"מ אם לא עשתה שליח חיישינן שמא חזרה אע"ג שהיא צווחת להתגרש חיישינן שמא חזרה:

ובנ"ד כ"ז שלא חלה השליחות גם בבעל אמרינן שמא חזר בו וכ"כ הפ"י בחידושיו לקדושין בהא דמייתי הש"ס שם (בדף מ"א) ראי' דבעינן שליחות בקדשים ממשנה דחבורה שאבד פסחה ואמרו לאחד צא ובקש ושחוט עלינו אם שלו נשחט הראשון הם אוכלין משלו ולא מייתי ממשנה הקודמת דתנן בפסחים דהרי שאמר לו רבו צא ושחוט עלי הפסח וכו' משום דהוי מצי למדחי דלא בעינן שליחות בקדשים והא דשוחט בשביל רבו משום זכי' הוא דאמרינן שבני החבורה ניחא להו שישחוט עבורם אבל שליחות גמורה לא בעינן להכי מביא ראי' ממשנה דחבורה שאבד פסחה דמוכח דנעשה שליח גמור כדין שליחות דאי משום זכי' לחוד הא אח"כ גלו דעתייהו דלא ניחא להו שישחוט עליהם ושחטו לעצמם ובזה ביטלו גילוי דעתם דמעיקרא שנתרצו שישחוט עליהם א"ו דקדשים בעי שליחות וכשצוה לשחוט ע"כ שעשאהו שליח גמור ולא מהני מה שחזרו ושחטו לעצמם דהוי רק גילוי דעתא ובעי ביטול השליחות גמור והם לא ביטלו השליחות להכי אוכלין משלו אם שלו נשחט ראשון ומכ"ז מוכח דהיכא דלא הוי שליחות גמורה בגילוי דעתא דלא ניחא לי' סגי א"כ ה"ה היכא דעשה שליח גמור ועדיין לא נעשה השליחות ולא חלה עדיין השליחות כמו בשליחות בכתב הבעל כ"ז שלא הגיע הכתב ליד השליח נמי בגילוי דעתא דלא ניחא לי' סגי ובעינן למיחש שמא חזר בו ואמר דברים המורים שלא ניחא לו לגרש ואף שאין בהם לשון המועיל בביטול השליחות ולא הי' לפני עדים מ"מ מהני שלא יחול השליחות כשיבוא הכתב ליד השליח:

ובזה נ"ל לבאר דברי הריטב"א בחידושיו לגיטין (דף ל"ב) בהא דקאמר שליח מתנה לאו כשליח הגט למאי נ"מ להולך לאו כזכי והקשה הריטב"א וז"ל ק"ל אטו זכי מי מהני והא חוב הוא לאשה ואין חבין לאדם אלא בפניו ואיכא מ"ד כשעשתה האשה שליח קבלה דהתם ודאי אי א"ל זכי מהני דהא זכות הוא לה מיהו זה אינו כלום דהתם ביבמות

מסקינן דלאו זכות הוא לה דטב למיתב טן דו כו' עכ"ל והדברים תמוהים מאוד דמאי מקשה אהנך דמפרשי בעשה שליח מיירי הא משנה שלימה היא היכא דאשה אמרה התקבל לי גיטי אם רצה לחזור בו אינו חוזר ומתגרשת מיד בקבלתו עיי"ש (בפ' התקבל) ולא חיישינן למה שהוא לה חוב היכא דעשתה שליח קבלה וכן בברייתא שם (דף ס"ג) התקבל לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי גיטי והוא אמר הולך ותן לה וזכה לה אם רצה לחזור אינו חוזר ונראה לי דכוונת הריטב"א ז"ל דלקמן (דף ס"ג) אמר רב התקבל לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי גיטי והוא אמר הולך ותן לה נעשה שלוחו ושלוחה וחולצת ולא מתייבמת והיינו משום דמספקא לי' אי הולך כזכי או לא ופריך והאמר רב הולך מנה לפלוני שאני חייב לו חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר אלמא שכבר זכה בו המקבל ומשני לרב ספוקי מספקא לי' ובספק ממונא לקולא והמ"מ ידו על התחתונה לפיכך אינו חוזר הכא ספק איסורא לחומרא:

והקשה הר"נ ז"ל בשם הרמב"ן וז"ל מאי מקשה מפקדון לגט דלמא גט הרי הוא כמתנה דאע"ג דגבי פקדון הולך כזכי דמי דהא קיי"ל כרב דתניא כוותי' בפ"ק אפ"ה במתנה מסקינן התם דהלכה כר"ש הנשיא דהולך לאו כזכי ואביי נמי אמר (בפ' השולח) דשליח מתנה כשליח הגט י"ל דסבירא לן הכא דגט נמי כיון שהיא עשה שליח קבלה וזה נותן לו סתם דמי לפקדון וה"ה במתנה אם המקבל עשה שליח אבל אם הנותן עושה שליח מעצמו אין רצונו שיזכה לו ומשו"ה מקשינן הכא מפקדון לגט עכ"ל והיינו להכי מקשה מפקדון אגט משום דסובר כיון דהיא עשתה שליח לקבלה וזה נותן סתם אף הולך כזכי כמו בפקדון וכ"כ הריטב"א ז"ל בעצמו בחידושיו שם ממש כדברי הר"ן בישוב קושיית הרמב"ן ז"ל לחלק בין הא דאמר רב אינה מתייבמת דחיישינן שמא כבר זכה השליח לבין הא דאמר אביי שליח מתנה כשליח הגט:

דמלתא דרב שאני כיון שהיא עשתה שליח קבלה:

והנה ודאי דגם מלתא דאביי דאמר שליח מתנה הרי הוא כשליח הגט דהולך לאו כזכי מיירי נמי בעשתה האשה שליח קבלה דאי לא עשתה שליח קבלה וכן במקבל מתנה פשיטא דלא הוי כזכי וכן כתב הריטב"א ז"ל שם דאי בלא עשתה שליח מאי אתא אביי לאשמעינן הא איפסקא הילכתא בהדיא דבמתנה הולך לאו כזכי ועוד לימא הלכה כר"י הנשיא א"ו דגם אביי מיירי דעשאו המקבל מתנה שליח לקבל עבורו וכן האשה עשתה שליח וחילוקו של הר"נ והריטב"א ז"ל הוא רק דגבי מלתא דרב ידע הבעל שהיא עשתה שליח לקבל ולזכות עבורה כדאמר רב התקבל לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי גיטי הלכך לפקדון דמי דאפילו במתנה כל שידע הנותן שהמקבל עשה שליח לזכות עבורו

גמר ויהיב לשלוחו אדעתא דלזכות עבורו אף שאמר רק לשון הולך משא"כ אביי דמיירי שהשליח לא אמר להנותן מתנה או להבעל שנעשה שליח לקבלה מהמקבל או מהאשה הלכך יהיב במתנה ולא רצה שיזכה עבורו מיד אף שבאמת נעשה שליח קבלה מהאשה או מהמקבל מתנה, מ"מ כיון שהבעל והנותן לא ידעו שנעשה שליח אין רצונו שיזכה להן כדמוכח כ"ז מלשון הר"נ ז"ל שם:

ולפ"ז כיון שבארנו דדעת הריטב"א והר"נ ז"ל דאביי מיירי שהאשה עשתה שליח לקבלה רק שהבעל לא ידע מזה ואמר הולך. וכן במתנה המקבל עשה שליח לקבל ולזכות עבורו רק הנותן לא ידע משום דאי ידע הנותן והבעל מהשליחות הוי מועיל לזכות עבורו אף בלשון הולך אף במתנה רק דמיירי שלא ידעו מהשליחות ע"ז הקשה הריטב"א דהכא אמר הולך לאו כזכי דמשמע דזכי מהני הא זכי נמי לא מהני דהא קי"ל דגט אשה חוב הוא לה, דהא דמהני שליח קבלה שתתגרש מיד בקבלתו אף דבעינן למיחש שמא חזרה בה והוי חוב הוא רק משום כיון דעשתה שליח כדין לא מהני חזרתה משום דאין שליחות מתבטלת אלא בפני שנים ובלשון המועיל ולהא לא חיישינן הלכך מתגרשת בקבלתו אף באם חזרה בה והוי חוב לה וכ"ז אם עשתה שליח קבלה והשליח סיפר להבעל שנעשה שליח לקבלה והוא נתן לו סתם או שאמר הולך כמה שאמרה דאז יהיב לשליח אדעתא דידה כמה שאמרה לשליח או אפילו אמר הבעל זכה לה מתגרשת מיד בקבלתו ואף דהוא אמר לשון זכה לה ואולי כבר חזרה בה ולא הוי זכות כלל, מ"מ כיון שהוא ידע שהיא עשתה שליח קבלה ואינה יכולה לחזור בה גמר ויהיב שתתגרש בקבלה זו בין אם זכות הוא לה או לא דאין אחר שליחות כלום ובזה מיירי ברייתא (דפ' התקבל) דאם אמרה התקבל לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי גיטי והוא אומר הולך ותן וזכי דמתגרשת מיד דאף דאמר לשון זכי והיא כבר חזרה ואין זה לה לזכות, מ"מ כיון שידע הבעל שעשתה שליח לקבל גמר ויהיב שתתגרש אף אם חזרה בה משום דאדעתא דשליח קבלה יהיב ואין אחר שליחות כלום אבל במימרא דאביי דשליח מתנה כשליח הגט דהולך לאו כזכי דמוקי לה הריטב"א והר"נ ז"ל שהבעל לא ידע שעשתה שליח קבלה [וכמו שבארנו לעיל דאי הוי ידע מהני אף במתנה לזכות עבורו] שפיר מקשה הריטב"א דזכי נמי לא מהני דהא גט אשה חוב הוא לה ואף אם מתרצת בעינן למיחש שמא חזרה בה והוי חוב והבעל הא לא ידע שעשתה שליח לקבלה ואמר לשון זכי, אין כוונתו אלא שיזכה אם רצונה בכך וזכות הוא לה כדמשמע לשון זכי ואולי באמת כבר חזרה בה ונהי משום לתא דידה לא מהני חזרה דאין שליחות מתבטלת בחזרת דברים בעלמא מ"מ משום לתא דבעל שלא ידע מזה שעשתה שליח קבלה ואמר לשון

זכה לה, והיינו שרוצה שיזכה עבורה ובאמת כבר חוב הוא לה שכבר חזרה ולא מהני אף שעשתה שליח קבלה דלא מהני לשון זכי אלא אם ידע הבעל שעשתה שליח קבלה כברייתא (דפ' התקבל) אבל אם לא ידע אם עשתה שליח קבלה ואמר לשון זכי לא מהני שמא כבר חזרה ולא מהני בלא ידע מעשיית שליחות דידה אלא אם אמר הולך כמה שאמרה אבל לא באומר לשון זכי וכמו שמחלקים הריטב"א והר"ן ז"ל לענין אם אומר הבעל הולך דאם ידע הבעל מעשיית השליחות כוונתו שתתגרש מיד, ואם לא ידע כוונתו שתתגרש כשיגיע לידה אף אנו נאמר בדעת הריטב"א ז"ל דסובר לחלק בלשון זכי דאם ידע מעשיית שליחות דידה ואמר זכי כוונתו שתתגרש מיד אם זכות הוא לה כלשון זכי ולא אם חזרה ושפיר מקשה הריטב"א דבהך גוונא דמיירי אביי דלא ידע הבעל מעשיית השליחות דידה לא מהני אפילו לשון זכי לה משום דבעינן למיחש שמא חזרה ומיושבים דברי הריטב"א היטיב מהתמיה הגדולה שיש בדבריו ודו"ק:

סימן קנט

שאלה בגט א' הנשלח ממדה"י למעזעריטש ורצה הרב דשם לפוסלו וכתב להבעל שישלח גט אחר והבטיח לשלוח גט אחר והרחיק נדוד ולא שלח גט אחר אם יכולים להכשיר הגט ששלח ולגרש בו ויבואר מתוך התשובה:

תשובה יקרת מכתבם הגיעני ואז לא הייתי בשלימות הבריאות. ע"כ נתאחרו דברי אלה עד כה ואת כבודם הרמה הסליחה בזה:

והנה בעיקר הדין באשה אחת שהיה שמה מעריסה רייזיל גאלדא ובמחניכם נשתקע שם רייזיל וכתבו בגט רייזיל גאלדא דמתקריא גאלדא ויש עדים שבעת שהיו דרים בווארשא שמעו כי בעלה היה קורא אותה רייזיל גאלדא גם במחניכם עד עת נשואיה היה אמה ויתר ב"ב קורין אותה רייזיל גאלדא גם בתנאים אחרונים ובכתובה ובתוספת בכולם נכתבה בשם רייזיל גאלדא וכן היא כתובה אצל הממשלה יר"ה בספר הנולדים נראה לענ"ד פשוט דאין קפידא אם כתב שם רייזיל גאלדא לעיקר ועל שם גאלדא דמתקריא כי לדעתי כל שם העריסה אם לא נשתקע לגמרי הוא העיקר אצל כל אדם וכששואלין אותו מה שמו הוא משיב כפי שם העריסה ומכש"כ באשה שאינה חותמת א"ע ואינה עולה לתורה בשם אחר משם העריסה דלא איכפת לן מה שהעולם מקצרין את שמה וקורין לה בשם א' דהוי קיצור השם בעלמא לכתחילה היה ראוי לכתוב כן משום דשם רייזיל גאלדא הוא העיקר לדעתי, ואף אם נימא דלא חשיב שם העיקר מ"מ שם נשתקע ודאי דלא חשיב וכבר מבואר בשו"ע א"ע (סימן קכ"ט) דאם כתב שם הטפל מקודם ועל שם העיקר כתב דמתקריא נמי כשר במקום עיגון כמבואר שם בשם הריב"ש ובב"ש

שם ואין להאריך בזה דכל עיקר חששות שיש בזה הוא הכל שמא לא יבין הקורא את הגט ומכיר את המגורשת שבשבילה נכתב הגט ולא הוי מוכח מתוכו וכאן דאפילו מי שמכיר המגורשת בשם גאלדא אם יראה בגט כתוב רייזיל גאלדא דמתקריא גאלדא יבין שאשה זו היה לה שם העריסה רייזיל גאלדא כיון שמוזכר גם שם גאלדא:

ואם נבוא לחוש מחשש ביטול הגט ממה שנתרצה במכתבו להרב אב"ד ז"ל לשלוח גט אחר הנה אם לא נמצא במכתבו שום לשון ביטול כלל רק שחששו במה שאמר שישלח גט אחר כבר כתב המרדכי (ריש פ' השולח) בשם רש"י ז"ל וז"ל וששאלת על אשה שעשתה שליח לקבל גיטה ונתעצל השליח בשליחותו ועשתה שליח אחר וקיבל השליח זה גט שאינו הגון וכששמע הראשון נתחזק בשליחותו והלך אצל הבעל וקיבל גט כשר דעתי נוטה שלא בטלה שליחותו של ראשון בשביל שליחותו של שני שלא מצינו בכ"מ שליח בטל בגילוי דעתא כו' וכש"כ הכא דליכא גילוי לבטולי אלא לאהדורי בתר גירושין וכל הקודם קודם כו' ועוד דתנן בפסחים חבורה שאבד פסחה ואמרו לאחד צא ובקש ושחוט עלינו והלך ומצא ושחט והן לקחו אחר ושחטו אם שלו נשחט ראשון הוא אוכל משלו והן אוכלין עמו כו' אלמא היכא דשלו נשחט ראשון אע"פ שקדמו לקיחתן לשחיטתו קתני הן אוכלין עמו ושלהן יצא לבית השריפה ואע"פ שמחזירין לעשות שליחותן ע"י עצמן אפ"ה לא בטלה השליחות מן השליח עכ"ל רש"י ז"ל במרדכי שם והובא בטוש"ע א"ע (סימן קמ"א ס"ק מ"ד) וכן דעת הרא"ש והרשב"א ז"ל בתשובה כמש"כ הרב"י שם ואף דגבי שליחות ממון פסקינן בשו"ע חוה"מ (סימן קכ"ג סעיף ג') המרשה לאחד ואח"כ הרשה לאחר ושניהם באים בהרשאתו אין לנתבע להשיב אלא לשני ופי' הסמ"ע שם דמיירי אפילו בלא ביטל בפירוש ההרשאה הראשונה מתבטלת ההרשאה הראשונה עיי"ש נראה דלא דמי שליחות ממון לשליחות גירושין דגבי ממון אמרינן אולי חזר בו ואינו רוצה להאמין לשליח ראשון ולהכי ביטל שליחותו אבל גבי גירושין אמרינן כיון דמהדר אגירושין לא איכפת ליה אם יתן השליח הראשון ומכש"כ בעובדא דתשובת רש"י ז"ל דידעינן סיבת הדבר שעשתה שליח אחר מחמת שהשליח הראשון נתעצל בשליחותו מפני זה עשתה שליח אחר בזה אמרינן דגם שליח הראשון לא נתבטל דסתמא לא ביטלו וזה פשוט וברור:

ולכאורה נראה דגם בעיקר הגט נמי הדין כן דכמו דבשליחות אמרינן דשליחות הראשון לא נתבטל במה שעשה שליח שני ה"נ בגט אם היה סבור שהגט הראשון פסול וכתב גט שני לא נפסל הגט הראשון ויכולין לגרש בגט הראשון אם הוא כשר מהאי טעמא כיון דמהדר אגירושין לא איכפת ליה אם תתגרש בגט ראשון ואין בכתיבת גט שני ביטול גט

ראשון דכיון דיכול לגרש בשני גיטין אם יש לו ספק איזה מהן הכשר כמש"כ הפוסקים בספק שמות דיתן שניהם ויגמור בדעתו לגרש בהכשר שבהן ולא איכפת לן במה שכותב שני גיטין וקצת ראיה ממשנה (דר"פ כל הגט) דקאמר התם שמע קול סופרין מקרין כו' יתר על כן היו לו שתי נשים כתב לגרש את הגדולה לא יגרש את הקטנה יתר על כן אמר ללבלר כתוב לאיזה שארצה אגרש עיי"ש ואמאי לא קאמר נמי יתר על כן אמר לסופר כתוב שני גיטין באיזה גט שארצה אגרש דפסול א"ו דבזה לא שייך אין ברירה כיון ששניהם נכתבים לשמה ועיין נוב"י מה"ת] א"כ ה"ה נמי בזה דכיון דנקטינן דבמה שכתב גט שני אינו מבטל בזה גט ראשון רק מהדר אחר גירושין א"כ אם נפסל גט שני והראשון כשר יכול לגרש בו והכי מוכח מהראיה שהביא רש"י ז"ל מפסחים דאף שנמנו בני החבורה על פסח אחר מ"מ לא נתבטל שליחות השליח מפסח ראשון ומהני שחיטתו עליהן אף דקי"ל נמנין ומושכין את ידיהם מפני דעיקר לקיחתם פסח אחר היה מחמת שלא ידעו שהשליח מצא הראשון אבל לא ביטלו שליחותו בזה וכיון שהוא שחט ראשון אוכלין משלו דאין בזה לשון ביטול שליחות וכן גבי גט אם היה סבור שהגט הראשון פסול וכתב גט שני לא נתבטל הראשון ויכולין לגרש בו ופשוט דיכולין לגרש בו אף אם הבעל אינו יודע מזה שהשליח מגרש בגט ראשון דמה איכפת לן בדעת הבעל כיון דלא ביטלו יכול השליח למסור אף שהבעל טועה בדעתו וסובר שהוא פסול דכל שאין חשש ביטול מגרשין אף בע"כ של בעל כמו דאמרינן בגיטין (דף ל"ד) אותיבו קרי באודנייכו עיי"ש הרי דכתבו הגט ע"כ של בעל כל שלא שמעו ממנו לשון ביטול וכ"ש דלא איכפת לן במה שאינו יודע הבעל שהכשירו ב"ד הגט הראשון והשליח יגרש בו:

והנה כ"ז כתבנו אם היה הבעל שולח גט שני ונאבד דיכולין לגרש בגט ראשון אם הוא כשר אבל בעובדא דידן אין אנו צריכין לכ"ז שהרי לא כתב עדיין גט אחר רק שהבטיח לכתוב גט אחר ובזה ודאי דאין בזה חשש ביטול לגט הראשון ולימוד ערוך הוא בתורת רבינו הרב הרמ"א ובד"מ (סימן קמ"א סעיף ס"ב) שכתב וכן אם אומר לשליח החזיר לי גט זה ואני נותן לך גט אחר אינו אלא גילוי דעת ואינו בטל וגם זה הוא מהמרדכי (פ' התקבל) ומיירי ג"כ כה"ג שהיה הבעל סבור שהגט הראשון פסול והבטיח ליתן גט אחר ואח"כ הכשירו הגט הראשון ופסק דינו דיכולין לגרש בגט הראשון דמה שהבטיח ליתן גט אחר הוי רק גילוי דעתא בעלמא וגילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא והרי זה ממש כעובדא דידן:

ועוד דאפילו נימא דיש בזה לשון ביטול הא לא הוי ביטול השליחות רק ביטול הגט והרי כמה מרבוותא דסברי דלא מהני ביטול בגופו של גט כמבואר בב"י (סימן קמ"א)

בשם הר"ן והרשב"א והרמב"ן ובעלי תוספות ואף שכתבו שלמעשה יש לחוש לדעת המחמירין מ"מ בנ"ד כבר ביארנו דאין בזה לשון ביטול כלל:

ולכאורה יש לעיין דנהי דאמרינן דבמה שהבטיח לשליח גט אחר לא נתבטל גט הראשון מ"מ ניחוש שמא ביטלו בפירוש ואף דבכל גט לעלמא לא חיישינן שמא ביטלו מ"מ בגט זה צריכין לחוש שמא ביטלו דהא בגיטין (דף י"ז) גבי מכאן ועד עשרה ימים (ובדף כ"ט) גבי אי תיתבו ניהלה עד תלתין יומין פרכינן וניחוש שמא פייס ופר"ת דהיינו שמא ביטל הגט ועיין בחידושי הרשב"א ז"ל בגיטין (דף י"ז) שהסכים לפר"ת ז"ל דשמא פייס היינו ביטול אלא שהקשה שם דא"כ בכל גיטין הבאין ממדה"י ניחוש שמא ביטל ואף שר"ת ז"ל חילק בין היכא דמגרשה מחמת קטטה והוא בעיר דאז לא חיישינן שמא פייס בין היכא שמגרשה לטובתה דאז חיישינן שמא פייס וביטל מ"מ קשה בגיטין הבאין ממדה"י דלטובתה נתכוין ניחוש שמא ביטל עיי"ש ברשב"א ז"ל:

ומסתברא דהיינו טעמא דמילתא דלא חיישינן שמא ביטל אלא בגט שקבע זמן לחתימתו כמ"ש התוס' בד"ה שמא או שאומר לא תיתב נהלה עד תלתין יומין שבזה צריך השליח לחוש שמא בכוונה קבע זמן כדי שיהא בידו לבטל הגט ולחזור בו מגירושין ואם הוא מבטל אינו עושה שלא כהוגן ועל השליח רמי לחקור אולי ביטל וע"ז פריך שמא פייס וביטל ולא מהני אלא באומר נאמנת עלי שלא פייס. אבל בגט שמסר לשליח למוסרו לה בלי שום קביעת זמן ולא שייר דרך לעצמו בזה אין להשליח לחוש שמא בטלו אדרבה אם הבעל מבטלו עושה שלא כהוגן כדאמרינן קידושין (דף י"ב) דרב מנגיד אמאן דמבטל גיטא עיי"ש ברש"י ותוס' ז"ל ומטעם שמא לא תשמע מביטולו ותנשא לאחר להכי לא חיישינן שמא עשה שלא כהוגן וביטלו כן נראה לפי שיטת ר"ת ז"ל דמפרש שמא פייס היינו ביטל וא"כ לפ"ז בעובדא דידן שהב"ד כתבו לו שאינם רוצים למסור הגט ששלח וביקשו ממנו שימסור גט אחר, אפשר שבזה שוב לא היה להבעל לחוש לתקלה שימסרו לה הגט הראשון שהרי הב"ד רוצים שיכתוב גט אחר ושפיר ביטלו בפני שנים וחזר בו מהגירושין:

מיהו נראה דאין זה חששא דממ"נ אם אנו מחזיקין לגט כשר לא יבטלנו כמו דלא חיישינן בכל גיטין דעלמא ואם מחזיקין לגט פסול למה ליה לבטול כיון דבלא"ה פסול הוא ואף אם יכול להיות שאמר בפני אנשים דרך ספירת דברים שהגט ששלח בטל נמי אין בזה לשון ביטול הגט דהרי אמרינן בגיטין (דף ל"ב) דבגט לא מהני אם אמר לשון עבר אלא אם אמר לשון עתיד ולשון בטל דמהני הוא משום דאף דבטל שתי לשונות משמע מ"מ אמרינן לישנא דמהני ביה קאמר סתמא דמילתא ומפרשינן ליה לישנא

דמהני דליבטל משמע ובנ"ד אף אם אמר לפני אנשים דהגט ששלח בטל ודאי כוונתו היה דבטל הוא מאליו מחמת שפסלו המסדר ולא שביטלו הוא דלמה ליה לבטוליה כיון שהרב פסלו ולשון עבר לא מהני לבטולי ובפרט דעיקר האי חששא דשמא פייס וביטל הוי רק מדרבנן משום לעז בעלמא כמש"כ הרשב"א ז"ל דמהאי טעמא מהני באומר נאמנת עלי שלא פייס דאז לא אתי לערער:

ולכאורה עלה בדעתי שיש כאן חשש אחר דכיון דבעינן שיהא הנייר של הגט משל הבעל דוקא כדאיתא בשו"ע (סימן ק"כ ס"א) א"כ בנ"ד שכתב לו הרב שלא ימסור גט זה א"כ הרי מייאש עצמו מנייר הגט דהא ידע דלא ישלחו לו גט זה בחזרה ויצא מרשות הבעל לגמרי ואנן בעינן שימסרו לה גט שהנייר יהא של הבעל קנינו וממונו דכתיב ונתן בידה דבעינן דיהיב לה מידי מדידיה אף דלא בעינן שו"פ מ"מ נתינה מדידיה בעינן אחר הארכנו מהא דכתבו על איסורי הנאה כשר להביא ראיה לשיטת הרשב"א ז"ל בסוכה דאיסורי הנאה מקרי דידיה] וכאן שמתייאש מן הנייר דהא ידע שלא יבוא אליו הנייר עוד לא יהיב לה מדידיה מידי:

מיהו נראה דאין זה חששא דא"כ תקשה בגיטין (דף כ"ז) במשנה דהמביא גט ואבד ממנו אמאי לא מפלגינן בין נאבד במקום שרוב עכו"ם מצוין למקום שרוב ישראל דברוב עכו"ם מייאש מהנייר ולא מצי לגרש בו (עיין ירושלמי גיטין פרק כל הגט בסוגיא זו דקאמר עבר עכו"ם נשמעיניה מן הדא עיי"ש) אלמא דמיירי אפי' במקום ששיירות עכו"ם מצויות ואף דאפשר דהתם נאבד מן השליח והבעל לא ידע מאבידת השליח דהוי יאוש של"מ מ"מ תקשי לרבא דס"ל דיאוש של"מ הוי יאוש ומדלא מפלגינן בין רוב ישראל לרוב עכו"ם מוכח מזה דלא חיישינן ליאוש נייר הגט וטעמא דמלתא דנהי דהבעל מפסיד קנינו מן הנייר מ"מ השליח כשמוצאו קונה אותו וכשהוא מוסרו להאשה בשליחותו של בעל בא קניית הבעל וקבלת האשה כאחד כמש"כ הטור בשם הרמ"ה (סימן ק"כ) האומר כתבו גט ותנו לאשתי א"צ לזכות לזה נייר קודם כתיבה אלא אע"ג דכתבו מדידהו ויהבי לה כיון דבשליחותיה קא עבדי מכי יהבי לה בשליחותיה דבעל כמאן דיהביה לבעל והדר בעל ויהיב לאיתתיה דמי דכיון דמזכי לאיתתא בשליחותיה אקנויי אקני לבעל לגרושי ביה ונמצא זכיית הבעל וגרושי האשה באין כאחד עכ"ל וה"נ דכוותיה ועוד דאפשר שיקנה השליח הגט כעת לבעל כמש"כ הב"ש דבדיעבד מהני אם יקנה לו הסופר אחר הכתיבה דהעיקר שבשעת נתינת הגט יהא של בעלך סוף דבר דעתי נוטה למסור לה הגט הזה ואם דעת כבודם מסכמת ג"כ לזה גם דעתי נוטה שתתגרש בגט זה וד' יצילנו משגיאות כנלע"ד:

(הגה"ה ואפשר מטעם זה כתב הרמ"א ז"ל אם אמר תחזיר לי גט זה משום דבעינן שלא יתייאש עצמו ממנו אבל בלא"ה אינו יכול לחזור ולגרש בו:)

ומי ששלח גט לאשתו ואח"כ ביטל השליחות בפני השליח לפי שאמרו לו שאביו צוה עליו שלא לגרש ואח"כ נודע שהיה שקר שלא צוה אביו מעולם אם יכול השליח למסור גט לאשתו:

בזה יש לדון דלכאורה אם בשעת ביטול שמבטל הי' מחמת צווי אביו שאמרו לו ואח"כ נודע שזה שקר דהביטול בטל משום דהוי בטעות וכל דבר שבטעות חוזר בכל הענינים ובגיטין וקידושין ומ"ש ביטול מכל הני והנה במחילה אמרינן בב"מ (דף ס"ג) במוכר פירות דקל לחבירו דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה משום דמחילה בטעות הויא מחילה לשיטת רש"י שם והתוס' הקשו מהא דב"ב גבי ר"ע הוי שקיל בדקא בארעא דקאמר מחילה בטעות לא הויא מחילה ותירץ הש"מ שם דדוקא גבי עובדא דר"ע לא הוי מחילה שלא ידע כלל שחבירו שקל דלאו דיליה אבל היכא דידע דשקל רק שהוא היה סובר דבדין נוטל ונודע לו שאינו בדין שפיר הוי מחילה:

ולכאורה אפשר לומר דלשיטת רש"י ז"ל דמחילה בטעות הוי מחילה וע"כ טעמא דמילתא כיון דמחילה נגמר בדיבור בעלמא ועיין במוהרי"ט ח"ב (סימן מ"ה) ובקצה"ח (סימן י"ב) דהיכא דידוע לכל העולם שמחל מהני מחילה בלב כמו גבי אשה ששהתה כ"ה שנים ולא תבעה כתובתה דאיבדה כתובתה משום מחילה אבל אם לא נודע לעולם רק בלב מחל לא מהני עיי"ש א"כ אפשר דלהכי מהני מחילה בטעות דדוקא בדבר שצריך מעשה או אמירה טעות מבטל אבל לא בדבר שאם נגמר בלב נמי מהני אם נודע לכל העולם דבזה אין הטעות מבטל הדבר וגבי הקדש דקי"ל הקדש טעות אינו הקדש אע"ג דכתיב בהו נדיב לב דחייל במחשבה התם מחשבה כמעשה כמ"ש המחנה אפרים ה' שלוחין (סימן ז') דאם אמר צא והקדש שורי יכול השליח להקדיש אף להך סברא שהביא הר"ן (בפ"ק דפסחים) שאינו יכול לעשות שליח לבטל חמצו ומשום דהפקר לא חשיב מעשה אבל הקדש חשיב מעשה והביא ראיה מהא דאמרינן בתמורה דאבעי לן מקדיש עושה תמורה או מתכפר עושה תמורה ופשיט דמתכפר עושה תמורה דאי אמרת מקדיש עושה תמורה א"כ מצינו תמורה בציבור כגון שאמרו לאחד צא והקדש לנו וטעמא דמלתא דאמירה דהקדש חשיב מעשה דמה שמוסרו לרשות גבוה מיקרי מעשה וכמו גבי תרומה דאמירתו ומחשבתו חשיב מעשה כמ"ש התוס' בקדושין (ד' נ"ט) ד"ה מידי דלהכי לא מהני ביטול הבעה"ב אף שתרם השליח במחשבה דלא אתי דיבור דביטול ומבטל מעשה התרומה והיינו נמי דבמחשבתו חל עליו רשות הכהנים

ואם לקחו הוי גזל השבט ולהכי נמי אמרינן גבי הקדש טעות לא הוי הקדש דלא אשכחן בו שמחשבה לחוד מהני דמחשבה דהקדש הוי מעשה שחל על החפץ רשות גבוה אבל במחילה שמחשבה לחוד מועיל היכא שנודע לכל ולא הוי שם שום מעשה דתביעה בעלמא הוא דהוי ליה על חבירו וע"י מחילה פקע תביעתו [וגבי פקדון דהוי ליה ביד חבירו אם מחל בעינן שיהא הפקדון ברשות חבירו ואז חצירו קונה לו ואין המחילה עושה הקנין רק קנין החצר] וכיון דמהני בלב מהני נמי בטעות כשיטת רש"י ז"ל והש"מ בשם הרמב"ן ז"ל:

ולפ"ז נראה דביטול הגט שאין בו שום מעשה רק העיקר מה שחוזר מלגרש ואפילו במחשבה בעלמא היה מתבטל הגט רק משום דדברים שבלב אינם דברים כמ"ש שם התוס' בר"פ השולח [ועי"ש בתוס' לחד תירוצא דמדרבנן הוא דלא הוי ביטול היכא שניכר לכל שרוצה לבטל עי"ש] ובדבר שעקרו בדיבור נגמר משום שאינו נעשה שום קנין חדש רק שמגלה רצונו דלא ניחא ליה בהאי גיטא אפילו בטעות נמי אינו חוזר כמו מחילה בטעות דהוי מחילה:

ויש לי להביא ראיה לזה מדברי המרדכי (ר"פ השולח) שכתב בשם רש"י ז"ל וששאלת אשה שעשתה שליח לקבל גטה ונתעצל השליח בשליחותו ועשתה שליח אחר וקבל זה השליח גט שאינו הגון וכששמע הראשון נתחזק בשליחותו והלך אצל הבעל וקבל גט כשר, דעתי נוטה שלא ביטל שליחותו של ראשון בשביל שליחותו של שני שלא מצינו בכ"מ שליח בטל בגילוי דעתא כ"ש הכא דליכא גילוי לבטולי אלא להדורי בתר גירושין וכל הקודם קודם ועוד דתנן בפסחים חבורה שאבד פסחה ואמרו לאחד צא ובקש ושחוט עלינו והן לקחו אחר ושחטו אם שלו נשחט ראשון הוא אוכל משלו והן אוכלין עמו אלמא היכא דשלו נשחט ראשון אע"פ שקדמה לקיחתן לשחיטתו קתני הן אוכלין עמו ושלהן יצא לבית השריפה אלמא אע"פ שמחזירין לעשות שליחותן ע"י עצמן אפ"ה לא בטל השליחות מהשליח עכ"ל וקשה לכאורה מאי ראיה מייתי רש"י מהך משנה אימא לעולם דבמה שעושין שליח אחר מתבטל שליח הראשון וכן במה שהפרישו פסח אחר מתבטל שליחותו של השליח ששלחו לבקש ולשחוט עליהן והכא דקתני דאף אם לקיחתן היה קודם ששחט השליח אוכלין עמו ולא נתבטל שליחות השליח במה שלקחו פסח אחר הוא משום דביטולן היה בטעות שהם סברו שהשליח לא מצא עדיין פסחן ובאמת כבר מצאו ואלו הוי ידע שכבר מצאו לא הוי מבטלי אבל היכא דליכא טעות נתבטל שליחות הראשון במה שעשה שליח שני א"ו דדעת רש"י ז"ל דטעות אינו מבטל

ביטול השליחות ואזיל לטעמיה דטעות אינו מבטל מחילה וכמו דמחילה בטעות הוי מחילה ה"נ ביטול השליחות בטעות הוי ביטול:

מיהו ראיתי להרשב"א ז"ל בחידושיו (בפ"ק דכתובות) בהא דאמרינן כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה והקשה הוא ז"ל דלפ"ז היו יכולים ממזרים לטהר וגם שמא יחפה על בת אחותו ושמעתי לתרץ דה"ק שויא רבנן לבעילתו בעילת זנות ואין אדם עושה כן הלכך גמר ויהיב גיטא מעכשיו כדי שלא יפקיעו כו' ולאו למימרא דעקרוהו וכן נמי בקידושי כסף וא"ת ארוסה מאי א"ל כיון דאי בטיל אח"כ יהא בעילת זנות גמר ויהיב גיטא דהא לא הדרא ליה וא"ת משום בת אחותו לא גמר ויהיב גיטא, הא ליתא כיון שאין דעתו לחזור לו אלא משום שיפקיעו קידושין עושה אין הגט בטל שאין תנאי זה וביטול כלום עכ"ל הרשב"א ז"ל וביאור דבריו שעל קושיא דיכולין ממזרים לטהר תירץ דכיון דתקינו רבנן שלא יתבטל הגט ולא תחזור אליו ולא תהיה עוד אשתו ממילא גמר ויהיב גיטא דמאי מהני ליה ביטולו ולא ירויח מזה שתחזור אליו ולא יעלה בידו אלא בעילת זנות הלכך נכון לפניו יותר לגמור ולגרש ולא יצטרכו חכמים להפקיע הקידושין ולא יבא לידי בעילת זנות:

והנה קשה מאי משני הרשב"א ז"ל שלא יבטל מחמת שיודע שיפקיעו הקידושין ויבא לידי בעילת זנות והא תינח מי שיודע הדין שבטלו אינו מבוטל שזה לא יבטל אבל מי שאינו יודע שאם בטלו אינו מבוטל ויבטל שסבור שיועיל ביטולו וכשבא לפני ב"ד אמרי דלא מהני ביטולו משום דאפקעינהו רבנן לקדושין מיניה וא"כ יכולין ממזרים לטהר והדרא קושיא לדוכתיה וע"כ שכוונת הרשב"א ז"ל דהשתא דתקינו רבנן שאם בטלו אינו מבוטל משום דאפקעינהו רבנן לקידושין אם ביטל אחד אפילו אם לא ידע מהא מילתא דתקינו רבנן אין ביטולו מועיל משום דהוי ביטול בטעות שהוא לא ידע שהחכמים יפקיעו הקידושין והיא לא תחזור אליו ויהי' בעילתו בעילת זנות ואלו הוי ידע לא הוי מבטל ליה לגיטא דמוטב ליה לגמר ולגרש ולא יהא בעילתו ב"ז מלבטל ויפקיעו רבנן הקידושין זהו הנראה בכוונת הרשב"א ז"ל. א"כ מוכח מזה דביטול בטעות לא הוי ביטול דאי הוי ביטול א"כ אכתי יכולין ממזרים ליטהר ע"י מי שיבטל ואינו יודע דלא מהני ביטולו ודו"ק:

סימן קס

ולענין מ"ש כבודו במה שנהגו לגרש על תנאי בשכ"מ אם הבעל כהן וראה כבודו להגאון בעל ח"ס שמפקפק ע"ז בתשובה (ס' קי"ט) ועיינתי בדבריו ז"ל שהתפלא שם על הרמב"ם ז"ל שהשמיט הך מתניתין דגיטין (דף פ"א) דכהן שגירש על תנאי ולא נתקיים התנאי אין

בו ריח הגט וכשרה לכהונה ומסיק שם דלהרמב"ם ז"ל לא ברירא לי' אי כשרה לכהונה או לא משום דמתניתין איכא למימר דמיירי בתנאי דאם תעשי כך וכך דאין כאן שום התחלת גירושין עד שתתקיים התנאי. אבל בתנאי דשוא"ת ומעכשיו דמותרת להנשא מיד ואינה צריכה להמתין עד שיתקיים התנאי וגם אינו יכול להוסיף על תנאו ולבטלו כיון דכל אותן הימים היא מותרת לעלמא ואסורה לכהונה א"כ גם אח"ז כשיתבטל התנאי לא תחזור להיתירה עיי"ש בדבריו:

ולענ"ד אין בזה שום חשש דהא המרדכי (בס"פ מ"ש) כתב בהדיא דאין שום ריח הגט בשכ"מ המגרש על תנאי ומביא ראי' מסוגיא (דיומא בפ"ק) שהי' הכה"ג מגרש ע"ת. וכן כתב הרא"ש בתשובה (כלל מ"ה ס' כ"ג) ומ"ש הח"ס דאפשר לאמר דהתם שאני דא"א בענין אחר אבל בעלמא אסור מדרבנן משום ריח הגט לא ידעתי דכיון דלא אשכחן בהדיא בש"ס איסור דרבנן מאן ספין ומאן רקיע לחדש ולאסור מדרבנן:

ומדברי הרמב"ם ז"ל שלא הביא הך דינא דנתגרשה ע"ת מותרת להנשא לכהונה אין שום ראיה כלל דהא הרמב"ם ז"ל כללא כייל (בפ' ב' מה"ג) דכ"מ שכתב בחיבור זה אינו גט או אינה מגורשת ה"ז בטל מן התורה ועדיין היא א"א גמורה ואם נשאת תצא והוולד ממזר ואם הי' בעלה כהן לא נאסרה עליו משום גרושה (ובפ"ח מה"ג) כתב המגרש על תנאי אם נתקיים התנאי ה"ז מגורשת ואם לאו אינה מגורשת וכיון שכתב אינה מגורשת הרי נכלל בדבריו שמותרת לכהן כמ"ש (בפ"ב) וכן מצאתי בתשובות המיוחסות להרמב"ן ז"ל (סימן קכ"ג) שכתב בתנאי דאם לא באתי עד יב"ח ויהא גט מעכשיו דאם בא א"צ קידושין ומותרת לבעלה אף אם הוא כהן אע"ג דאם לא באתי הוי תנאי דשב ואל תעשה:

ומ"ש הח"ס ז"ל להביא ראי' מדברי הירושלמי דקידושין דקאמר שם אמתניתין דיש לו בנים נאמן יש לי אחים אינו נאמן חד פרסאה אמר כד דמך הבו לאיתתי' דההוא גברא גיטא אמרין ליה ולמה בגין ההוא אחוך עליבא כד דמך אתא עובדא קומי רבי שמואל אמר מאחר שיש בידו לגרש נאמן ר"י אמר אינו נאמן נחת עולא לתמן ואמר בשם ר"י וחברון עליו הגע עצמך שהי' כהן ע"כ ופירש המפרש שחברו על ר"י להביא ראי' לדבריו דטעמא דמתניתין לאו משום דבידו לגרשה דהגע בעצמך שהי' כהן ואינו רוצה לגרשה מפני שתהא אסורה לחזור לו עיי"ש ואם נימא דבמגרש ע"ת אין בו ריח הגט הא גם כהן בידו לגרשה ע"ת שאם יעמוד מחליו לא יהא גט ונראה לי דלאו ראי' היא כלל דהא דאמרינן בידו לגרשה סובר הירושלמי דאין הכוונה שבידו לצוות לכתוב גט וימסרו לו הסופר והעדים הגט ואז יתן לה דמשום זה וודאי לא מקרי בידו לגרשה דאפשר דאין לו כח לגרשה בשעת מיתה כמ"ש התוס' בקדושין (ס"ד) ד"ה רבי ואף אם בכחו לגרשה

עתה מ"מ הוא מתיירא שמא עד שיכתבו הגט ויחתמו יכבד עליו חליו עד שיהא כבד עליו לגרשה ועוד דהא כתב הר"נ ז"ל (בפ' אלמנה ניזונית) שהקשה על הר"מ ז"ל שפסק כר"א במי שהקדיש כל נכסיו וגירש את אשתו דידור הנאה ממנה משום דחיישינן שמא עשה קנוניא על ההקדש ור"י סובר כיון דיש שאלה בהקדש לא חיישינן לקנוניא דהא בידו לאיתשולי ופסק הרמב"ם ז"ל כר"א וכתב דאין לומר דלהכי פסק כר"א משום דאמר ר"ה בב"ב (ד' קע"ד) שכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי נאמן משום דאין אדם עושה קנוניא בשעת מיתה משמע הא בבריא חיישינן אף על גב דבידו לאיתשולי דז"א דהתם דהוה דיבור בעלמא שאמר תנו מנה לפלוני אין להאמינו משום דבידו לאיתשולי דדיבור קיל לי' טפי ממעשה השאלה משו"ה חיישינן משא"כ גבי גירושין שגם הוא עשה מעשה גירושין יש להאמינו במיגו דשאלה עכ"ד הר"נ ז"ל הרי דאפילו בבריא אין להאמינו על דיבורו במיגו דעביד מעשה מפני שהמעשה טורח עליו לעשותו כ"ש בשכ"מ שאין להאמינו על דבריו במגו דעביד מעשה גירושין וא"כ ע"כ הא דאמרינן בירושלמי בידו לגרשה היינו משום דבידו לאמר להם שהם יכתבו ויתנו לה ובחולה שקפץ עליו חליו אפילו אם אמר כתבו לחוד נמי כותבין ונותנין כדפסקינן (בשו"ע ס' קמ"א) וזה וודאי הוי בידו לגרשה דהא כמו שאומר יש לי בנים הי' יכול לאמר כתבו ותנו גט לאשתי והם יכתבו ויתנו לה בעצמם:

והנה כ"ז הוא במגרש שיחול הגט מעכשיו בלי שום תנאי דזה שפיר יכול לומר כתבו ותנו אבל אם רוצה לגרש ע"ת דאם מת יהא גט הרי זה אינו יכול לאמר כתבו ותנו בעצמיכם על תנאי דאם מתי דהא קיי"ל דכל התנאין פוסלין בגט ואם הסופר כתב הגט על תנאי פסול כדאמרינן (בגיטין פ"ד) ובשו"ע (ס' קמ"ז) דבעינן שהסופר יכתוב בלי שום תנאי וימסור לו הגט והוא יתן לה על תנאי או יעשה שליח אחר שימסור לה ע"ת וכבר בררנו דלא מקרי בידו לגרשה אלא אם יכול לומר להעומדים אצלו שיכתבו ויתנו. אבל אם צריך לומר שיכתבו והוא יתן או יעשה אח"כ שליח ליתן זה לא מקרי בידו לגרשה וכיון דלא מקרי בידו לגרשה אלא אם יגרשנה בכתבו ותנו וכתבו ותנו לא מהני אלא שיגרש בלא תנאי דתנאי קודם כתיבה אסור להתנות א"כ בכהן אפשר לומר דאין רצונו לגרשה דשמא יעמוד מחליו ויהא אסור להחזירה וא"כ גבי כהן לא מקרי בידו לגרשה דלחלוטין אין רצונו לגרשה שלא תאסור עליו כשיעמוד מחליו, ולאמר כתבו ותנו על תנאי דאם ימות הגט פסול דהוי תנאי בכתיבה ולצוות לכתוב ולמסור לו והוא יתן אח"כ או שלוחו זה ג"כ לא מקרי בידו דשמא לא יהא לו כח אז לגרש כמ"ש התוס' בקדושין (דף ס"ד) ודוקא גבי ישראל מקרי בידו לגרשה שיכול לאמר כתבו ותנו בלי

תנאי ואינו מתיירא שתאסר עליו אם יעמוד מחליו שהרי מותרת לחזור לו אבל כהן שאסורה לחזור לו וע"ת אינו יכול לומר כתבו ותנו וצריך לאמר כתבו ושימסרו לו והוא יתן על תנאי זה מקרי אין בידו לגרשה:

ולהכי מקשה הירושלמי הגע עצמך שהי' כהן דבכהן לא שייך לומר בידו לגרשה שלגמרי אינו רוצה לגרשה שמא יעמוד מחליו ולהטיל תנאי ולאמר כתבו ותנו ע"ת דאם מתי אסור משום דהוי תנאי בכתיבה ולאמר כתבו וליתן אח"כ בעצמו ע"ת טריחא לי' טובא אבל וודאי דגם כהן המגרש ע"ת אם עמד רשאי להחזירה ואין כאן ריח הגט וכמ"ש בסתם מתניתין (בפ' המגרש) ולית דחש לה ועיין בתשובת הרשב"א ז"ל (ס' אלף רמ"ד) שכתב דתנאי דשכ"מ לא פסל משום דפסק דלא כרבא בגיטין (דף פ"ד) דאמר להנהו דכתבי גיטי שתקי שתוקי לבעל עד דכתביתו לי' לתורף דגיטא אבל הירושלמי סובר כרבא:

והנה אחרי כותבי זאת ראיתי למהרי"ט (חלק ב' ס' יו"ד) שכתב שם בענין מי שרוצה לילך לדרך ונחפז ללכת ורוצה לכתוב גט זמן [היינו באם לא באתי עד י"ב חודש] וא"א לכותבו קודם שילך. שכתב בשם מהר"י קארו ז"ל שיאמר לשליח שיתן הגט לאשתו ולא תתגרש אלא לאחר שלשים יום והיינו משום דחשש שא"א לאמר שיכתבו ויתנו במעכשיו אם לא באתי עד שלשים יום משום דהוה תנאי קודם כתיבת הגט וזה אסור כמ"ש לעיל בשם הרמב"ם ז"ל להכי הוצרך הב"י שיאמר שיגרשו שיחול לאחר שלשים דזה לא הוי תנאי דחלות לאחר זמן לא מקרי תנאי והסכים גם המהרי"ט לזה שם אלא שהמציא שם תקנה אחרת כמו שיבואר לקמן. אבל לאמר כתבו ותנו גט שיהא חל מעכשיו אם לא באתי זה הוה תנאי גמור וא"א לאמר כן ולילך לדרכו והוא ממש כמו שכתבנו לעיל גבי שכ"מ שא"א לאמר כתבו ותנו גט במעכשיו אם מתי משום דהוה תנאי בגט קודם כתיבה וא"א אא"כ יאמר כתבו סתם ויתנו לו הגט והוא יתן ע"ת דמעכשיו:

ומצאתי בתשובות הרא"ש ז"ל (כלל מ"ו ס' א') במעשה שנכתב גט שכ"מ וכתוב התנאי דאם מתי ואם לא מתי בגט גופא וכתב שם דטעמם של המסדרים הי' דסברי דתנאי דמעכשיו אם מתי מחולי זה אין נקרא תנאי אלא הוי כאומר מעכשיו ושעה אחת קודם מותי דהכי מפרש לה בגמ' נעשה כאומר מעת שאני בעולם והוי כאומר לאשה ה"ז גיטך לאחר שלשים יום דלאו תנאי הוא וה"נ אמר לה הז"ג מעכשיו שיחול שעה אחת קודם למיתתי ואין זה תנאי עיי"ש ברא"ש ז"ל שכתב שזהו טעמם של המסדרים ולא סמך ע"ז אלא מטעם דאפילו אם הוה תנאי מ"מ כיון שרוב ראשונים ז"ל סברי דבעינן תנאי כפול גבי גט והכא לא כפלי' לתנאו קודם התורף ולא ברירא ליה התם להרא"ש ז"ל אם תנאי דאם מתי הוי תנאי לפסול בכתיבה או דדמי למגרש לאחר ל' יום דודאי לא הוי תנאי

ולהב"י ולמהרי"ט ז"ל נראה דפסיקא להו דהוי תנאי גמור ויש לתמוה שלא הביאו דברי הרא"ש ז"ל ואפשר דס"ל לחלק דדוקא מעת שאני בעולם לא הוי תנאי משום דדמי ממש למגרש לאחר ל' יום שנותן עכשיו ורוצה שיחול קודם מיתתו והב"י והמהרי"ט ז"ל מיירי בגט דאם לא באתי עד יב"ח דבזה לא שייך לאמר דנעשה כאומר מעת שאני בעולם דדוקא גבי מעכשיו אם מתי אמרינן הכי וכמ"ש הב"י באהע"ז בשם המרדכי דבאם לא באתי לא דמי לאומר מעת שאני בעולם:

אבל באמת לא הבנתי דאם נימא דאם לא באתי עד יב"ח יהא גט מעכשיו מקרי תנאי ודאי מעת שאני בעולם נמי הוי תנאי דהא אם אומר מעת שאני בעולם יחול הגט אם עמד מחליו לגמרי ומת לאחר זמן הגט בטל דכוונתו רק על מיתה מאותו חולי כדאיתא בשו"ע (ס' קמ"ה סעיף ח') וא"כ הא הוי תנאי שאם ימות מאותו חולי יחול הגט קודם מיתתו ואם ימות מחולי אחר לא יהא גט ומה לי שאומר מעכשיו אם מתי מחולי זה מה לי אם אומר שיחול קודם מותו אם ימות מחולי זה אידי ואידי תנאי הוא ולהב"י והמהרי"ט דפסיקא להו דמעכשיו אם לא באתי הוי תנאי ה"ה מעכשיו אם מתי או מעת שאני בעולם ג"כ הוי תנאי ולדעת הרמב"ם ז"ל אין לאמר כתבו ותנו הגט במעכשיו אם מתי מפני שאסור להזכיר תנאי קודם כתיבת הגט. וכן מצאתי בתשובות הרמב"ן (סימן קמ"ז) שכתב בהדיא דתנאי דאם לא באתי עד י"ב חודש יהא גט מעכשיו אסור לכתוב בגט משום דכל התנאין פוסלין בגט עי"ש א"כ לרבא בע"פ נמי פוסל וה"ה תנאי דאם מתי יהא גט מעכשיו:

ודע שהמהרי"ט ז"ל שם בתשובה כתב תקנה למי שרצה לילך בדרך ורוצה ליתן גט על זמן אם לא באתי ואינו יכול להמתין עד שיכתבו הגט שיתנה עם השליח ויאמר לו שיתן לה הגט ואם לא יבא עד זמן פלוני יהא שלוחו למפרע ואם יבא לזמן פלוני אז לא יהא שלוחו וכשיבא מתבטלת שליחותו למפרע דכל תנאי שליחות קיים כמו באומר אל תגרשי אלא בימין וגרשה בשמאל א"ת אלא בבית וגרשה בעלי' דלא הוי גט עיי"ש:

ולכאורה קשה דהא לא דמי כלל דגבי שינוי בשליחות ודאי דאמרינן דהשליחות בטל דהא לא נעשה שליח כלל ע"ז האופן דאטו נעשה שליח לעשות מה שלבו חפץ וכל שעשה מה שלא צוה לו המשלח איננו שלוחו לזה והוי כאדם דעלמא דע"ז האופן שעשה לא היה לו לעשות כלל דבימין לא היה לו לגרש כלל כשצוה לגרש בשמאל או בעלי' לא הי' לו לגרש כשצוהו לגרש בבית אבל כשעושה השליחות באופן שצוה המשלח ממש רק שהמשלח היטיל בו תנאי שאם יהא כך יהא הדבר בכח שליחותו ואם יהא כך יהא הדבר כאלו לא נעשה בשליחותו ע"ז יש לדון כיון דקיי"ל מילתא דליתא בשליחות

ליתא בתנאי ואנן קיי"ל נמי מילי לא מימסרא לשליח כר"י בגיטין (דף ס"ז) דאומר אמרו לסופר ויכתוב ולעדים ויחתמו פסול וכל העושה שליח צריך הוא בעצמו לעשותו שליח ולא לאמר לאחר לעשות שליח עבורו וא"כ כיון דעשיית שליחות הוא מילתא דליתא בשליחות לא מהני ביה נמי תנאי למימר אם יהיה כך יהא עשייתך בכח שליחותי ואם יהא כך יהא עשייתך שלא בכח שליחותי אלא כאלו אתה עושה בעצמך בלי שליחותי ולא יועיל מאומה דכל דליתא בשליחות ליתא בתנאי ולא דמי לשינוי בשליחות דבשינוי השליחות לא הי' לו לעשות כלל ע"ז האופן שעשה אבל תנאי בשליחות שלא שינה כלל רק שהמשלח היטיל בו תנאי אם יהא כן יועילו מעשיו כמו שהי' המשלח עושה בעצמו ואם לא יהא כן לא יועילו מעשיו בזה בעינן למימר כיון דליתא בשליחות ליתא בתנאי וקשה על המהרי"ט שכתב דאם נחפז לילך לדרכו יתנה התנאי דאם לא באתי עם השליח:

אמנם נראה לי דלא דמי הך מילתא להא דאמרינן מידי דליתא בשליחות ליתא בתנאי דהא דעשיית שליחות ליתא ע"י שליח וצריך הבעל בעצמו לעשותו שליח אין זה משום דשני מעשה דעשיית שליחות משארי מעשים דשארי מעשים נעשים ע"י שליח ועשיית השליחות אינו נעשה ע"י שליח אלא הטעם דאין הבעל יכול לעשות שליח שיעשה שליח אחר משום שהשליח הראשון אין לו כח להיות כבעל עצמו אם אין בידו איזה חפץ שמסר לו הבעל רק שיש בידו מילי בעלמא שהבעל צוה לכתוב או לעשות שליח לכתוב דמילי לא מימסרי לשליח וכשהבעל לא נתן בידו דבר שיש בו ממש לעשות בו השליחות רק מסר לו דברים צריך הוא בעצמו לעשותן ולא לעשות שליח אחר במקומו ואין החסרון בעשיית שליחות דענין עשיית שליחות הוא ג"כ ממעשים וענינים שנתפס בהן שליחות רק שהשליח הראשון אין לו כח לעשות שליח אחר בזה ואם נתן לו גט ואמר לו שיעשה שליח למסור הגט להאשה אף שהבעל באמירתו עדיין לא עשאו לפלוני שליח רק שצוה לזה שיעשהו שליח מהני כיון דלא הוי מילי והגט בידו יכול לעשות את פלוני שליח להולכה ע"י זה א"כ חזינן דעשיית שליחות נגמר ע"י אחר וכעובדא דאבא בר מיניומי בגיטין (ד' כ"ט) דאמר שיתן לאבא בר מיניומי והוא יתן לה דהיינו שאבא בר מיניומי יהא שליח של הבעל שעשהו שליח ע"י שליח זה רק היכי דלא מסר הגט ליד השליח הוי מילי ומילי אין בכח השליח הראשון למוסרם לשליח שני וכיון דעשיית השליחות נגמר ע"י שליח שפיר כתב המהרי"ט שיכול להתנות שאם יבא לזמן פלוני יהא בטל השליחות למפרע ומסירת השליח הגט ליד האשה יהא כמסירת אדם אחר שאינו שלוחו כלל:

ובעיקר גט שכ"מ ראיתי ליישב שיטת רש"י ז"ל במה שהקשה הר"נ ז"ל בגיטין (דף כ"ה) דקאמר הש"ס דר"י אית לי' ברירה בתולה בדעת אחרים דתנן מה היא באותן הימים ר' יהודה אומר הרי היא כא"א לכל דבריה ולכי מיית הוי גיטא ופרש"י ז"ל דאע"ג דכשנתן הגט מספקא לי' אם ימות אם יחיה ותלה התנאי בדעת מי שמותו וחייו תלויה בידו וכשמת אמרינן הוברר הדבר דמשעת נתינה הי' ראוי למות מחולי זה והוה לי' גט מההיא שעתא ואין זה כשאר תנאים שאדם מתנה בגט שבידו לקיימם ובדעתו לקיימם כשמתנה עליהם וכשנתקיים התנאי הוי גט למפרע דהתם לאו טעמא משום ברירה אבל היכא דאין בידו ובשעת התנאי הוא ספק והתנאי מתקיים מאליו אי לאו משום ברירה לא הוי גט מחיים עכ"ל רש"י ז"ל והר"נ ז"ל הקשה ע"ז וז"ל ואיכא למידק טובא עלה מדפרכינן מדתנן מה היא באותן הימים משמע דכולא גיטא דשכ"מ למ"ד אין ברירה לא הוי גט והיכא אפשר והא איפסקי הלכתא (בפ' משילין) דבדאורייתא פ"ב והכא קיי"ל דכי מיית הוי גיטא ועוד דאשכחן לשמואל דל"ל ברירה דאמר (בפ' בית כור דף ק"ז) האחין שחלקו לקוחות הן ובפ' משילין נמי אמר לענין תחומין גבי שנים שלקחו חביות ובהמה בשותפות דאפילו חביות נמי אסורה אלמא סובר דאפילו בדרבנן א"ב ואשכחן לי' דאמר במעכשיו אם מתי דכי מיית הוי גיטא דאמרינן לקמן דאתקין שמואל בגיטא דשכ"מ אם לא מתי לא יהא גט ואם מתי יהא גט עכ"ל הר"ן ז"ל וכן הפ"י תמה מאוד דאיך מצאנו ידינו ורגלינו בכולהו גיטא דשכ"מ לפי מה דקיי"ל א"ב:

ובעניות דעתי איני רואה שום קושיא על רש"י ז"ל דודאי במעכשיו אם מתי מודה רש"י דמהני אף למ"ד א"ב דמה לי מעכשיו אם מתי מה לי מעכשיו לאחר שלשים יום דהוי גט לכ"ע ואף רש"י לא כתב דבתנאי דאם מתי שהוא לאו בידו קאתינן לדין ברירה אלא באם מתי מחולי זה אבל במעכשיו אם מתי מהני אף למ"ד א"ב והחילוק פשוט ביניהם דמעכשיו אם מתי שלא התנה על זמן מיתתו רק מתי שימות יחול הגט למפרע כיון שסוף אדם למות אין כאן ברירה דהא ודאי ימות ויחול הגט והוי כמו מעכשיו ולאחר שלשים יום להכי מהני אף שאין מיתתו וחייו בידו כיון שהגט חל כעת בלי ספק שהרי סופו למות אבל במעכשיו אם מתי מחולי זה הא בשעת נתינה מספקא לו אם יש ממש בנתינה זו ותבא לידי גירושין בנתינה זו דשמא יעמוד מחליו והוא התנה שלא יהא גט אלא אם ימות מחולי זה וכיון שהדבר תלוי ועומד בספק אם יהי' גט או לא לא הוי גט למ"ד אין ברירה:

והדברים מבוארים בהדיא בדברי רש"י ז"ל שהרי הוא פירש דהא דמוכיח הש"ס דר"י סובר דיש ברירה הוא לאו מהך בבא דמה היא באותן הימים אלא מדלא פליג ר' יהודה

אריש דמתניתין ש"מ דמודה דהוי גיטא והיינו משום דאזיל לשיטתו (בדף ע"ג) דהך בבא דמה היא באותן הימים הוא בבא בפ"ע ומיירי באומר מעת שאני בעולם [ולא כשיטת התוס' שפירש דהא דקאמר הש"ס באומר מעת שאני בעולם קאי גם אמעכשיו אם מתי ואאם מתי מחולי זה משום דכל גט שכ"מ נעשה כאומר מעת שאני בעולם] אבל הנך בבא דרישא לא קאי ר"י עלייהו ולהכי פירש דהוכחת הש"ס הוא מדלא פליג ר"י עלייהו ברישא דמתניתין ש"מ דאית לי' ברירה והאי רישא דמתניתן דמוכיח מיני' הש"ס מדלא פליג ר"י עלי' היינו רישא דאם מתי מחולי זה שהיא שנויה (בדף ע"ב) קודם בבא דמה היא באותן הימים ולא רישא דמהיום אם מתי דהכי נקט רש"י ז"ל בלשונו בד"ה ולכי מיית וז"ל ואע"ג דכשנתן הגט מספקא לי' אם יחיה אם ימות ותלה התנאי במי שחייו ומותו תלויה בידו וכשמת אמרינן הוברר הדבר דמשעת נתינה היה ראוי למות מחולי זה כו' עכ"ל הרי בהדיא דרש"י סובר דהוכחת הש"ס הוא מדלא פליג ר"י אבבא דאם מתי מחולי זה ולא מבבא דמהיום אם מתי והוא הדבר שדברנו דאם מתי מחולי זה שייך ברירה דהא הדבר ספק אם ימות מחולי זה או יתרפה אבל מהיום אם מתי שודאי ימות שהרי לא תלה הדבר באיזה זמן לא שייך ברירה כיון שלא הטיל ספק בחלות הגט שוודאי יחול פ"א מעכשיו דכולהו ברירה דאשכחן בש"ס דאמרינן בהו דלמ"ד א"ב כמאן דלא עביד כלל הוא רק אם מתנה שאם יהא כן יהיו מעשיו קיימין ואם לא יהא המעשה בטל לגמרי כמו ע"מ שירצה אבא דאם לא ירצה יהא הגט בטל לגמרי אבל הכא שהגט יהי' בודאי דהא בודאי ימות רק שמתנה שיחול למפרע מעכשיו אם ימות מהני אף למ"ד א"ב דהא אין מיתתו ספק והוי גט נמצא לפ"ז דגט דאם מתי מחולי זה תליא בברירה אבל אם מתי סתם מהני אף למ"ד א"ב:

ובזה נ"ל ליישב ג"כ מה שהקשו התוס' על רש"י ז"ל (בדף ע"ג) דפירש דטעמא דר' יוסי דאמר במעת שאני בעולם דבעילתו ספק ומייתי אש"ת משום דכל שעתא מספקינן דשמא זו היא השעה הסמוכה למיתה ואע"ג דחיי טפי מ"מ א"ב ולא אמרינן הוברר הדבר שהי' זו השעה רחוקה ממיתה והקשו התוס' א"כ דטעמא דר"י משום דא"ב א"כ כמו שסובר גבי עירוב דלא הוי עירוב כלל ה"נ גבי גט בעינן למימר דלא הוי גט כלל למ"ד א"ב ע"ש ולענ"ד ל"ק כלל דהא התם נמי שתלה שיחול קודם מיתתו אין ספק בעיקר הגירושין דהא בודאי ימות רק שהספק באיזה שעה יחול משום שתלה חלות הגט בשעה שקודם מיתתו ולהכי הגט חל בודאי שבזה אין ספק ולא תליא בברירה ורק על השעות חל חשש הברירה לענין הבא עלי' שיהא באש"ת וה"נ גבי תרומה אשכחן גבי ב' לוגין שאני עתיד להפריש דלמ"ד א"ב פרש"י בשלהי מעילה ובכמה דוכתי דחולין ותרומה

מעורבין זב"ז אבל מידי טבל כבר נפק לי' משום דקדושת תרומה חל במה שקרא שם בחביות זה והתנאי הוא רק על איזה שיפרוש לתרומה נמצא חולין ותרומה מעורבין ואזיל לשיטתו שם דפירש הא דקתני מיחל ושותה מיד היינו שמחלל המע"ש משום דכבר חל קדושת מע"ש בחביות אלא שמעורבין בחולין וכ"כ התוס' במנחות (דף ע"ח) בשוחט התודה על פ' חלות שאם אמר יקדשו מ' מתוך שמונים דקדשי ארבעים מתוך שמונים ופירשו התוס' בד"ה לקדשי דאע"ג דר"י סובר א"ב היינו כשמתברר לבסוף דלא כלום עבד אבל הכא קדשי כל היכא דאיתנייהו ע"ש והיינו דודאי קדשי ארבעים אלא שאין אנו יודעין מאן נינהו הארבעים ונחית קדושה על כל השמונים שיהא בהן ארבעים הקדושות ואינן מבוררות ול"א כיון דא"ב לא קדשי כלל כיון דלא הטיל תנאי שיהא אפשר שלא יקדשו כלל וה"נ כיון דהתנה מעכשיו אם מתי ובודאי ימות חל הגט בודאי אף למ"ד א"ב:

מיהו אמילתא דשמואל קשיא דהוא סובר א"ב ותיקן בגיטא דשכ"מ אם מתי יהא גט ואם לא מתי לא יהא גט והתם ע"כ אם מתי מחולי זה קאמר וכ"כ הרשב"א ז"ל בחידושיו שם אמילתא דשמואל דהאי אם מתי מחולי זה קאמר דא"א לאמר דאם מתי סתם קאמר דא"כ איך קאמר אם לא מתי לא יהא גט וכי אפשר לאדם שלא ימות ודאי דכוונתו מחולי זה וא"כ קשה דודאי באם מתי מחולי זה שייך ברירה דהא אפשר שלא ימות מחולי זה ואמאי מהני האי גיטא לשמואל דסובר א"ב:

ונ"ל דגם זה נכון דהא רש"י ז"ל סובר דהא דאמר ר"ה (בדף ע"ב) גיטו כמתנתו מה מתנה אם עמד חוזר אף גיטו אם עמד חוזר ופרש"י ז"ל דקאי אכל שכ"מ שמגרש סתם אם עמד חוזר והתוס' הקשו דא"כ ל"ל לשמואל לתקן דלימא אם מתי ואם לא מתי הא בסתם נמי אם עמד חוזר ותירצו דשמואל סובר כרבה ורבא דסברי דאף דמן התורה אם עמד חוזר מ"מ מדרבנן הוי גט גזירה שמא יאמרו יש גט לאחר מיתה ותיקנו תנאי זה דכיון שיתנה בפירוש ידעו הכל שאין גט לאחר מיתה והאי דבטל הגט אם יעמוד הוא משום תנאו אבל מה"ת א"צ תנאי כלל והנה הא ודאי דמדין תורה שהגט בטל אם עמד משום אומדנא ליכא חשש ברירה דדוקא במתנה תנאי חיישינן לברירה אבל דבר שיכול להתבטל ע"י אומדנא דאדעתא דהכי לא עשה הדבר לא איכפת לן בחשש ברירה אם נתקיים הדבר והטעם דהא עיקר חשש ברירה הוא מחמת שכיון שהוא פוסח על שתי הסעיפים ומסתפק בדבר אם לקיים הגט או הקדושין או לא לא גמר ומגרש לע"ע אף שמתברר לבסוף כשמתקיים תנאו ומטעם זה מחלק הש"ס בין תולה בדעת עצמו דא"ב ובין תולה בדעת אחרים וכמו שפירש"י ז"ל שם בגיטין (דף כ"ה) ד"ה אמר דתולה בד"ע

מיקרי יותר פוסח על שתי הסעיפים מתולה בדע"א ולהכי נמי בדבר שיכול להתבטל ע"י אומדנא לא איכפת לן בחשש ברירה משום דבשעה שגירש או שנתן לא עלה על דעתו שיתבטל הדבר וגמר וגירש ואם נתבטל אח"כ ע"י אומדנא בטל אבל אם לא נתבטל ע"י אומדנא ליכא ברירה שהרי על דעתו לא עלה האופן שיתבטל:

ולפ"ז א"ש מה שהתקין שמואל בגיטא דשכ"מ ולא חייש לברירה דשמואל נמי סובר כרב הונא דגיטא כמתנתו דאם עמד חוזר מן התורה רק דחייש להא דרבא ורבה דגזרי שלא יאמרו יש גט לאחר מיתה להכי תיקן שיאמר אם מתי אם לא מתי דאז ידעו מה שנתבטל הגט הוא משום תנאו ולא משום דיש גט לאחר מיתה וכמ"ש התוס' בד"ה אמר דשמואל סובר כרבה ורבא להכי אין לחוש משום חשש ברירה כיון דבלאו תנאו איכא אומדנא להכי כיון דפסקינן כר"ה דגט שכ"מ אם עמד חוזר ואפילו אם אמר אם מתי אין בזה דין ברירה דהא מ"מ האומדנא שגירש רק מחשש מיתה במקומה ולא הי' פוסח על שתי הסעיפים ולרווחא דמילתא התנה שאם לא ימות לא יהא גט אבל קרוב הי' בלבו שימות ויהא גט להכי אין בזה חשש ברירה דכמו בשגירש סתם אין חשש ברירה אף שמתבטל מאליו אם לא ימות כן בהתנה אם מתי אין חשש ברירה משום דעיקר גירושין דידי' מחמת שהי' סבור שימות ורב משרשיא דמוכיח דר"י סובר י"ב מדמהני גט לכי מיית לא סבר להא דר"ה דגיטו כמתנתו וכרב זביד (בפ' איזה נשך) כמ"ש התוס' שם דפליג נמי אר"ה וסבר דבגט ליכא אומדנא דמגרש לה רק אם ימות ולא דמי למתנה דבמתנה א"א נותן מעותיו מתנה בכולה לאחר כשהוא בחיים אבל בגירושין אין כאן אומדנא דמוכח דאולי יש לו טעם אחר שרוצה לגרשה אלא שלא מלאו לבו לגרשה ועכשיו שצריך לגרשה מחשש מיתה גמר ומגרש שתהא מגורשת אף אם יחי' אח"כ ואף אם באמת אין בלבו לגרש זולת חשש מיתה מ"מ הוי דברים שבלב דאומדנא דמוכח לכן ליכא וכיון דאומדנא ליכא להכי אם מתנה אם מתי יש כאן חשש ברירה ככל התנאים שאינן בידו:

לכן אנו דפסקינן כר"ה דיש אומדנא בגט שכ"מ ומה"ת אם עמד חוזר ורק מדרבנן גזרו שלא יחזור שמא יאמר שגט לאחר מיתה אבל באמת איכא אומדנא דאדעתא דחשש מיתה מגרש חל הגט אף למ"ד א"ב:

אולם קשה לי לפ"מ שבארנו בדעת רש"י ז"ל דבבא דמה היא באותן הימים דמפרש הש"ס באומר מעת שאני בעולם לא מיירי באומר מחולי זה ולהכי לא שייך בזה ברירה דבאומר אם מתי סתם ולא אמר מחולי זה לא שייך ברירה והוצרך לפרש הא דמוכיח הש"ס דר"י סובר י"ב בתולה בדעת אחרים מרישא דלא פליג ר"י באם מתי מחולי זה

וא"כ קשה הא דתנן שם על ר' יוסי דאמר מגורשת ואינה מגורשת תנא ובלבד שימות דבשלמא לשיטת התוס' דמיירי באומר מחולי זה להכי קתני ובלבד שימות מחולי זה אבל לרש"י ז"ל דמיירי סתם באומר הרז"ג מעת שאני בעולם מה שייך לאמר ובלבד שימות אטו משכחת לה שלא ימות כלל וכל אימת שימות הוי למפרע מגורשת ואינה מגורשת לר"י ומאי ובלבד שימות דקתני:

ונ"ל דלשיטת רש"י ז"ל צריך לפרש הא דקתני ובלבד שימות היינו שימות הוא בחיי אשתו דכיון דאמר הז"ג מעת שאני בעולם כוונתו אם היא תהי' בחיים אז והוא ימות יחול הגט משא"כ אם תמות היא בחייו לא יהא גט להכי כתב הרשב"א ז"ל בחידושיו שם (דף ע"א) וז"ל דאם מתוך בורי' התנה באם מתי [ולא הזכיר מחולי זה] ודאי כל שמת בחייה קאמר וכל אימת דמיית הז"מ דומה לע"מ שתצא חמה מנרתיקה שסוף התנאי להתקיים והוא מתנה בכך עכ"ל וזה שאמר בברייתא ובלבד שימות היינו שימות בחייה דאם היא מתה קודם לא הוי גט ומי שבא עליה בחייה חייב חטאת דע"מ כן לא גירשה כלל:

ומצאתי בגליון ספר אחד למר אבא הה"ג ז"ל שכתב דמברייתא זה דקתני ובלבד שימות יש ראיה לשיטת רש"י ז"ל דלשיטת התוס' דהא דאמר מעת שאני בעולם מיירי באומר מחולי זה אם מתי ומשום דנעשה כאומר מעת שאני בעולם א"כ קשה טובא דמאי קמ"ל בהא דקתני ובלבד שימות דפשיטא כיון שאמר אם מתי מחולי זה ולא מת מחולי זה דלא הוי גט מי לא ידע כזה אבל לשיטת רש"י דפירש דמיירי שלא הזכיר מחולי זה ואמר סתם מעת שאני בעולם והיינו שעה הראויה למיתה טובא קמ"ל שלא נימא כקושית התוס' שם שהקשו על רש"י דאפילו אם לא מת מחולי זה להוי ספק מגורשת דשמא בשעה שבא עליה הבועל הי' שעה הסמוכה למיתה והיינו לפי שסברי התוס' דמיירי באומר אם מתי, מחולי זה להכי נקטו בקושיתם אם לא מתי מאותו חולי] ולפמש"כ דרש"י מפרש בלא הזכיר כלל מחולי זה וכוונת הברייתא ובלבד שימות בחייה קמ"ל דאם מתה מקודם הויא בימים שבנתיים כא"א לכל דברי' שלא אמר מעת שאני בעולם אלא אם ימות בחייה אבל אם היא תמות מקודם אין הגט כלום והיתה כא"א לכל דברי' וטובא קמ"ל:

ולפי דברינו מיושב מה שהקשו התוס' שם על שיטת רש"י דאפילו אם לא מת נמי הוי ספק מגורשת כל אותן הימים ולא נאמר הוברר הדבר שלא חלו הגירושין כלל. ולפמ"ש א"ש דהא בשעה שבא עליה הבועל הי' ס"ס לאיסורא שמא שעה זו אינה שעה הסמוכה למיתה ולא חל עדיין הגט ואפילו אם היא שעה הסמוכה למיתה שמא תמות היא ברגע קודם הבעל וג"כ א"א לגט לחול וכיון דהוי ס"ס לאיסורא להכי אם לא מת הבעל בחי'

הבא עליה בחטאת ולא באשם תלוי דבס"ס לאיסורא חייב חטאת ודו"ק כי דברים כנים בעז"ה:

ע"ד הגט מן נאוורדאק שאין הבעל רוצה לגרש כ"א ע"י שליח קבלה הנה נודע לכת"ר דברי הטור (בסימן קמ"א) שאין לגרש ע"י שליח קבלה אלא במקום עיגון והביאו הרמ"א (בסימן הנ"ל סעיף כ"ט) והטעם כמ"ש שם בסעיף כ"ז דצריך בשטר שליחות קבלה שני עדים כשרים וצריך שיהיו בני אדם ידועים שתהי' חתימתן ניכרת במקום הנתינה ואם יקיימוהו בהנפק צריך שיהא חתימות הדיינים ניכרת וידועים לבני מקום הנתינה ועיין בב"ש שכתב בשם הרשב"ץ דכל זה איירי לכתחילה צריכין להכיר כל ג' חתימות אבל במקום עיגון מקילין אפילו בש"ק אם הביא שטר חתום מכ"ש אם יש עליו מעשה ב"ד אע"ג דאינו יכול לקיים החתימות דקי"ל קיום שטרות מדרבנן וכ"כ הרמ"א לעיל בסעיף ח' וז"ל ולכתחילה לא ימסור הבעל הגט ליד השליח עד שיברר תחילה שהוא שליח קבלה והוא מדברי המרדכי ר"פ התקבל אבל לענ"ד יש לעיין בזה טובא במה שכתבו כולם דבדיעבד אם נתן הבעל הגט ליד השליח קבלה ולא נתברר לו בעדים שהוא שליח קבלה נמי כשר דכיון דכתבו רוב ראשונים ז"ל דאפילו לר"מ דסובר ע"ח כרתי מ"מ בעינן עדי מסירה ובלא עדי מסירה אינו מתכשר כלל וכמ"ש התוס' בגיטין (דף ד') ד"ה דקיימא לן ובשו"ע (סימן קל"ג) ע"ש ואם אין העדים יודעין בשעת מסירת הגט ליד השליח שהוא שליח האשה הא לא ידעי כלל שבנתינה זו היא מתגרשת דהא (בדף פ"ו) אמרינן אמתניתין דשנים ששלחו שני גיטין ונתערבו נותן שניהם לזו ושניהם לזו וקאמר שם מאן תנא אמר רבי ירמי' דלא כר' אלעזר דאי ר"א כיון דאמר ע"מ כרתי הא לא ידעי בהי מנייהו מגרשה ואבייי משני אפילו תימא ר"א אימא דבעי ר"א כתיבה לשמה נתינה לשמה מי בעי ע"ש וע"כ לא פליגי אלא אי בעי נתינה לשמה ואם אינם יודעים באיזו גט מהשנים מתגרשת לא מיקרי נתינה לשמה אבל אם אין העדים יודעים שבנתינה זו מתגרשת לכ"ע לא מהני ואם אין יודעין שהוא שליח קבלה מהאשה הרי אינם יודעים כלל שיש בזה לתא דגירושין כלל ודילמא אינו שלוחה ונותן הבעל הגט לאיש דעלמא ולכ"ע אין כאן עדי מסירה. ומה שהביא המרדכי ראיה ממשנה דר"פ התקבל דקתני האשה שאמרה התקבל לי גיטי צריכה ב' כיתי עדים שנים שיאמרו בפנינו אמרה ושנים שיאמרו בפנינו קבל וקרע דמשמע שאין עדי הקבלה צריכין לידע שהאשה עשתה שליח קבלה וכן משמע מדברי הרמב"ן ז"ל שהביא הרשב"א בחידושיו שם שכתב דה"ה בכת א' סגי רק דקמ"ל דיכול להיות בשני עדים וה"ה אם רוצים הכת שבפניהם עשתה השליח ליל למקום הבעל להיות עדי קבלה בעצמם נמי סגי משמע דכשהם ב' כתות

א"צ עדי שליחות הקבלה לילך להעיד שהאשה עשאו שליח קבלה והבעל יכול למסור לשליח קבלה ולסמוך על אמירתו של השליח שהוא נעשה ממנה שליח קבלה מ"מ איכא למידחי דמיירי שיכתבו עדי השליחות שטר שליחות וימסרו ביד השליח הא לאו הכי אין עדי מסירה יכולין לסמוך על השליח וכ"כ התוס' בהדיא בגיטין (דף ג') ד"ה ורבנן שהקשו על פרש"י ז"ל שפירש בהא דאמר הש"ס סתם ספרי דדייני מגמר גמירי ורבנן הוא דאצרוך ופרש"י משום דאיכא דמשכח כתוב ועומד וכו' וכתבו שם התוס' דאפילו לר"א צריך עדי מסירה שידעו שעשאו הבעל שליח ע"ש בדבריהם ז"ל וצ"ע בזה:

שאלה בא' שגירש ע"ת דאם לא באתי עד זמן פלוני יהא גט ונאנס ולא בא בתוך הזמן שהתנה ובא אח"כ והוא כהן ורוצה להיות עם אשתו אם מותר או לא:

תשובה קי"ל (בפ"ק דכתובות) דבאונס דשכיח ולא שכיח דאין אונס בגיטין משום צנועות ומשום פרוצות והוי גט מעליא ולכאורה כיון דהוי גט מעליא והוא כהן אסורה עליו אולם יש לדון ולהסתפק בזה הרבה דהא אמרינן שם בכתובות דמדאורייתא לא הוי גיטא דאונס מבטל גיטא וכיון דלא הוי גיטא מותרת לו ורק מדרבנן הוי גיטא משום צנועות ומשום פרוצות ואמרינן שם בטעמא שהי' כח ביד חכמים לשויא גיטא אע"ג דמן התורה לא הוי גיטא משום דאפקעינהו רבנן לקדושין מיני' וא"כ כיון דאפקעינהו לקדושין הרי אינה גרושה כלל ומותרת ממ"נ דמה"ת אין כאן גט ומדרבנן אין כאן קדושין למפרע:

וראיתי להרשב"א ז"ל בחידושיו לכתובות שם שכתב וז"ל ואפשר דקדושין נעקרו לגמרי וממזרים אינם נטהרים ואיסורים דקרובים וכהן הוא מדבריהם עכ"ל עי"ש בדבריו ז"ל ואכתי אפשר לאמר דאף דמדרבנן אסורה לכהן ולא מהני לה האי דהפקיעו רבנן הקדושין מיני' מ"מ אפשר דדוקא לכהן אחר אסורה מדרבנן אבל אם רצה בעלה להחזירה רשאי ולא גזרו לאוסרה עליו כיון דשריא ממ"נ דלדין תורה לא הוי גט משום טענת אונס ומדרבנן ליכא קדושין כלל:

ונ"ל להביא ראי' מדברי רש"י ז"ל דבגיטין (ע"ה) אמרינן אתקין שמואל בגיטא דשכ"מ אם לא מתי לא יהא גט אם מתי יהא גט ואם לא מתי לא יהא גט ופירש"י ז"ל שם כשמוסרו לה יאמר אם לא מתי לא יהא גט ואם מתי יהא גט דבעינן תנאי כפול דאי לא כפלי' הוי גיטא מיד ואי כהן הוא מיפסלה עלי' עכ"ל והנה רב הונא אמר שם (דף ע"ב) דגיטו כמתנתו מה מתנתו אם עמד חוזר אף גיטו אם עמד חוזר ופרש"י דהיינו אף בשכ"מ שגירש סתם בלי תנאי ואמר שם רבה ורבא לא סבירא להו הא דר"ה משום גזירה שמא יאמרו יש גט לאחר מיתה והיינו אף דסברי נמי כר"ה דגיטו כמתנתו מה"ת

מ"מ גזרו חכמים דלהוי גיטא משום שמא יאמרו יש גט לאח"מ ופריך מי איכא מידי דמה"ת לא הוי גיטא ואמרו רבנן דלהוי גיטא ומשני כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקדושין וכתבו התוס' שם (בדף ע"ב) בד"ה אמר דלפירש"י ע"כ שמואל סובר כאביי ורבא [וגם מסתימת רש"י הנ"ל משמע כל מה שפי' בתקנתא דשמואל יעלה גם לתקנתא דרבא שם] הרי מוכח מדברי רש"י ז"ל שכתב דהוצרך לשמואל להתנות כדי שלא תפסל לכהונה דאף בכה"ג דמה"ת לא הוי גט ומדרבנן הוי הפקעת קדושין אסורה לחזור לבעלה כהן וכן משמע מסתימת הפוסקים:

סימן קסא

שאלה ע"ד הגט שנתן הבעל לשלוחו למסור לאשתו ואח"כ כתב אבי הבעל שבנו ביטל הגט במקום אשר הוא והרב המסדר כתב לאבי הבעל התראה שאם יש לו ביטול בכתב ישלח לו ולא שמע לקולו ולא שלח לו הביטול ומסר המסדר הגט לאשה ואח"כ הביאה אמו של הבעל הביטול בכתב וכתוב בתוכו בפנינו עדים ח"מ בא ר' עקיבא אלינו והושיב שלשה אנשים להתיר לו השבועה ואמר בפנינו הריני מבטל בפניכם הגט שמסרתי ליד השליח מליכאווע והביטול הי' י"ז אייר והכתב נכתב י"ז סיון וחתמו שני עדים בלי קיום ב"ד וכאשר רצה הרב להעתיק את הכתב כדי לחקור את הדבר מי הם העדים חטפה הכתב מידו והלכה לה ולא רצתה שיחקור בזה זהו שורש השאלה ויש בזה מקום עיגון כי הבעל הלך לו ועקבותיו לא נודעו:

תשובה הנה בגוף הדבר לפלא גדול שתעיז אשה לחטוף הכתב מיד הרב ולא תרצה להראות לו עוד ולא יהא עלי' שוטר ומושל לכפותה להראות הכתב ומה נעשה שבעוונינו הר' רבו המסרבים והמעיזים ואין לאל ידינו ולדין הדבר כמו שהוא אם תעמוד במרי' ולא תראה הכתב ולא יתקיים אם מותרת המגורשת להנשא:

הנה הר"ן ז"ל בתשובה (סימן מ"ג) האריך לבאר כי ערעורו של בעל אחר שהגיע הגט ליד האשה לאו כלום הוא ולא חיישינן כלל מלעכבה מלהנשא ואף שהוא מבקש זמן להביא עדים ולברר עכ"ז אין שומעין לו יעו"ש בדבריו גם מבואר שם שהבעל הביא כתב עם חתימת שני עדים שביטל הגט אבל הב"ד הכירו מיד שהוא מזויף שהכתב וגם חתימות שני העדים הי' הכל מאדם אחד ע"כ לא חשו לזה ואעפ"כ סיים הר"ן ז"ל אף שעפ"י דין מותרת להנשא מ"מ כיון שהבעל מתפאר שיברר בעדים ביטולו עצה טובה הוא ליתן לו זמן לזה פן יבואו עדים אח"כ ויהא דינה לצאת מזה ומזה אולם בעובדא דידן יש לדון טובא חדא דהא אבי הבעל כתב להמסדר שלא יתן הגט מחמת שבנו ביטלו ואף דאמרינן בגיטין (דף ט') דאין ערעור פחות משנים וערעור דחד לאו כלום הוא זהו

דווקא לאחר שנמסר לה הגט אבל קודם שנמסר לה הגט דבחזקת א"א קיימא חד נמי מצי מערער דהעד מסייע לחזקה דהא הר"ן כתב בקדושין (פ' האומר) גבי קדשתי את בתי וא"י למי קדשתי' ובא אחד ואמר אני קדשתי' דנאמן משום דאין אדם חוטא ולא לו דלא אמרינן דלא מהימן משום דהוי דבר שבערוה ודבר שבערוה לא פחות משנים כיון שאינו מבטל החזקה רק מברר החזקה עיי"ש א"כ ה"נ כיון שאינו מוציא מחזקה ע"א נאמן:

ויש לעיין בדברי הרשב"א ז"ל בגיטין בהא דפריך הש"ס (דף ל"ב) אברייתא דגט זה בטל הוא דבריו קיימין למימרא דבטל לישנא דליבטל להבא משמע והא אמר ר"ש מקבל מתנה שאמר לאחר שבאתה מתנה לידו מתנה זו בטלה לא אמר כלום משום דמעיקרא משמע והקשה הרשב"א ז"ל וז"ל ק"ל מנ"ל הא דילמא מעיקרא משמע ובטל הוא דבטלתי מעיקרא קאמר וכרבי דאמר אם ביטלו מבוטל ונאמן במגו דאי בעיא מבטל לי' השתא עיי"ש מה שתירץ משמע מדבריו דבלא מיגו לא מהימן הבעל לאמר שביטל הגט אע"ג שאומר הדבר לפלוני קודם שנמסר הגט לידה וקשה אמאי לא מהימן בלא מיגו דבכל דוכתא דאמרינן דלא מהני ערעורו של בעל הוא אחר גירושין אבל קודם הגירושין דבחזקת א"א קיימא אמאי לא מהימן ואפ"ל דהרשב"א כתב כן לרווחא דמילתא אבל באמת נאמן הבעל אף בלא מיגו אם בא קודם שנתגרשה ואמר בטלתי מכבר ונראה שמזה הטעם קתני במתניתין או ששלח אחריו שליח ואמרינן עלה בירושלמי עשה שליח להוליך את הגט צריך להחזיקו בפני שנים ואין השליח עולה משום שנים הלך שליח לבטל את הגט צריך לבטלו בפני שנים והשליח עולה משום שנים ע"כ והביאה הרשב"א בחי' משמע בהדיא דדוקא העושה שליח להוליך את הגט צריך שנים אבל בעשה שליח לבטל את הגט אין צריך לעשותו בפני שנים והשליח בעצמו נאמן לומר שהבעל בטלו וע"כ הטעם דכיון דעדיין לא נתגרשה ע"א נאמן דבחזקת א"א קיימא:

ולדברי הרשב"א ז"ל שהבאנו לעיל דמשמע מדבריו שאין הבעל נאמן לאמר שביטלו בלא מיגו אפשר ליישב דהטעם הוא משום דכיון דאיכא איסורא בזה הביטול כדאיתא בש"ס דרב מנגיד למאן דמבטל גיטא ומאן דמקדש בביאה וביבמות (דף קי"ח) גבי קידש אחת מחמש נשים קרי' לי' מאן דמקדש בביאה איסורא דרבנן ומסתמא ה"ה מאן דמבטל גיטא. ומשום הכי בלא מיגו אינו נאמן לאמר על עצמו דעביד איסורא רק היכא שיש לו מיגו מהמנינן לי' משום מיגו מיהו מה שהביאה אמו של המגרש כתב בשני עדים שביטל הגט יש לעיין טובא דאף שלא נתקיים מ"מ מדאורייתא לא חיישינן לזיופא ורבנן הוא דאיצטריך קיום ומ"ש כבודו מדברי התוס' ב"ב (דף מ') שהקשו גבי מחאה דא"צ

לומר כתובו הא לא הוי מדעת המתחייב ותירצו דתקנת חכמים כדי שישמע המחזיק והכא לא שייך לאמר כן דאדרבה הוא מבטל שלא ברצון חכמים שהתקין ר"ג הזקן שלא לבטלו כבר כתבנו במק"א דא"א לסמוך ע"ז מכמה טעמים חדא נראה כיון דהתנא קרי' לי' ב"ד כדקתני בראשונה הי' עושה ב"ד ממקום אחר ומבטלו וכיון דקרי לי' ב"ד משמע שיכולין לכתוב ביטולו בכתב ודוחק לומר דדוקא קודם תקנת ר"ג הי' להם דין ב"ד לכתוב הבטול שלא עשו איסור אבל לאחר תקר"ג שלא לבטלו שלא בפני השליח אם עבר ובטל לא הוי להו דין ב"ד לכתוב ביטולו:

ומ"ש כבודו כיון דאסור לבטל למה יעשו תק"ח שיכתבו העדים לדעתי אדרבה כיון דאף לאחר שתיקן ר"ג שלא לבטל אם ביטלו מבוטל כרשב"ג א"כ הלא טוב יותר שיתקנו חכמים שיכתבו העדים ביטולו כדי שיגיע הדבר לאזני השליח ולא יתן לה הגט ולא תנשא שלא יהא בני' ממזרים ובר מן דין הוא דעת ר"ת ז"ל דמפיהם ולא מפי כתבם לא שייך אלא באלו שאינו ראוי להגיד ומ"ש כבודו בשם תשובות הרמ"א דגם ר"ת לא אמר אלא כשנחקרה עדותן בב"ד, במחילה מכבודו לא עיין בתשובת הרמ"א שם שהוא כתב שם דלר"ת ז"ל אם חזרו בהן העדים אחר שכתבו עדותן טרם שהגיע דברים לב"ד מהני חזרתן דכתיבתן לא הוי כהגדה בב"ד עד שיגיעו דבריהם לב"ד ואז א"י לחזור וקודם שנחקרה עדותן היינו קודם שקראו הב"ד דבריהם יכולים לחזור עיי"ש בדבריו אבל ודאי תיכף שראו ב"ד דבריהם הוי ליה עדות מעליא וקשה להקל נגד דעת ר"ת ז"ל:

ומש"כ שיש לסמוך אהני דסברי דלא מהני ביטול בגופו של גט, תמהני הא כתב הר"ן ז"ל בפרק השולח דסתם ביטול הגט היינו ביטול השליחות ולא מיקרי ביטול הגט אלא כשהגט ביד הבעל וביטלו דאז ידעינן שכוונתו הי' לבטל הגט או שאמר בפירוש לשליח גט ששלחתי לך בטל מלהיות גט אבל סתמא ביטול הגט היינו ביטול השליחות גם מ"ש כבודו שהשליח זכה הגט עבורה ג"כ אינו נכון דמה ענין גט מומר לכאן בגט מומר הוי זכות וכאן הדרינן לכללא שכללו חז"ל דגט אשה חוב הוא לה וכדאמר בירושלמי הביאו התוס' בגיטין (דף י"ב) דאפילו בצוחה להתגרש נמי לא מחזקינן לה לזכות:

לכן לדעתי צריך כבודו להתאמץ בזה שתראה הכתב ביטול לפני כבודו ולחקור אחר חתימת העדים אם הם חתמו באמת בלי זיוף ואם תקשה ערפה לעמוד בעזותה שלא ליתן לכבודו או להרב המסדר את הכתב לחקור עליו מיראי הוראה אני בזה ואע"ג דאמרינן בכתובות (דף כ"ב) דאם אמרה עכשיו גרשה אינה נאמנת אע"ג דניסת לאחד מעדי' משום דאמרינן לה אם איתא דהכי הוא אחוי גיטך עיי"ש והכא נמי נימא אחוי ביטולך התם בחזקת א"א קיימא ולא תצא מחזקתה אבל הכא בעינן לאפוקי בסברא זו

דאחוי ביטולך מחזקת א"א ואף אם כעת כבר נתגרשה מ"מ הא כבר קרא אבי המגרש את הערעור קודם גירושין שהיתה עדיין בחזקת א"א:

ומ"ש כבודו בשם רב אחד שבנה היתירו כיון דנשבע שלא לבטל לא מהני ביטולו משום כל מילתא דא"ר לא תעביד אי עבד לא מהני, כבר כתבנו בתשובה אחרת דלא שייך לאמר בענין ביטול הגט כל מילתא דא"ר ל"ת ועוד הרי כאן התיר שבועתו ע"י שאלה גם זאת לפלא בעיני שראיתי בדברי הרב המתיר שכתב וז"ל כיון שהבעל הוא כהן ועכ"פ מידי ריח הגט לא יצא ע"כ לא הי' בביטולו אלא להוציא ממנה ממונא פשיטא שאין מועיל כל טענותיו ע"כ, וזה תימא גדולה אנה מצא שאם הבעל כהן וביטל הגט יש בזה משום ריח הגט דודאי אפילו ריח הגט אין כאן והרמב"ם ז"ל כללא כייל (בה' גירושין) דכ"מ שנאמר גבי גט פסול הוא רק מדרבנן וכ"מ שנאמר בטל פסול מה"ת ובמתניתין דר"פ השולח אמרו גבי ביטול הגט דבטל הוא וא"כ פשיטא דאפילו ריח הגט אין בו גם היכן מצינו לחלק גבי ביטול הגט בין אם מבטל מחמת שרוצה לקיימה או שרוצה להוציא ממנה ממון סוף סוף רוצה שיתבטל הגט אם לא תתן לו מה שרוצה לכן איני רואה היתר בזה ולא בעינא לאצטרופי בהדייהו:

סימן קסב

שאלה בכהן אחד שיש לו אשה ובנים ואירע הדבר שבא אחי האשה לביתם וסיפר להם שזה שנים רבות כשהיתה אחותו אשת הכהן קטנה כבת אחת עשרה שנה הלך אבי' מביתו ואמה השיאה לאיש אחד וכשבא אבי' לביתו צווח ע"ז ובאו לב"ד וסידרו להם ג"פ ונישאת אח"כ לאיש אחר ושהתה עמו איזו שנים ונתאלמנה ואח"כ נשאת לכהן זה שנשכח מהם ענין הגט לגמרי וילדה לו בן ובת ועתה באה השאלה אם מותרת לכהן זה או לא:

תשובה בקדושין (דף מ"ד) אמרינן קטנה שנתקדשה שלא לדעת אבי' אמר שמואל צריכה גט וצריכה מיאון ומפרש התם טעמא צריכה גט שמא נתרצה האב וצריכה מיאון שמא לא נתרצה האב ויאמרו אין קדושין תופסין באחותה וכן אמר רב שם וקאמר ר"נ והוא ששידכו ועולא פליג התם ואמר דאפילו מיאון אינה צריכה עיי"ש כל הסוגיא:

והנה רש"י ז"ל פירש דאם נתרצה האב כששמע מקודשת למפרע כמ"ש שם בד"ה והוא והסכים הר"נ ז"ל לזה. מיהו זה דוקא כשנתרצה כששמע או ששתק ולא מיחה אבל אם מיחה כששמע אין חוששין לקדושין וכן כתב הר"נ ז"ל בהדיא שם והביא ראיה מהא דאמרינן שם בנתקדשה לדעת אבי' ונשאת שלא מדעת אבי' דא"ר אוכלת בתרומה

עד שיבא אבי' וימחה הרי דגם לרב דסובר דחוששין שמא נתרצה האב מודה במיחה בפירוש:

וראיתי להרשב"א ז"ל בחידושיו שכתב וז"ל ולדידי קשיא לי דא"א דמהני מחאה היכי מסתמי סתומי וחסרו עיקרו של דבר דהיינו שמע האב ושתק הו"ל לפרושי נתקדשה שלא לדעת אבי' ושמע האב ושתק ולבסוף צווח חוששין שמא נתרצה האב ובההיא מעשה דהיא אמרה לקרובאי מסתמא צווח מעיקרא הוה דאמר אביי שארית ישראל לא יעשו עולה וגו' ואם שתק הוי רגלים לדבר שהסכים ע"י אלא משמע דאפילו בצווח מעיקרא חוששין וטעמא דמילתא דכל מאן דמקדש קטנה שלא לדעת אבי' יודע שאינן קדושין אא"כ נתרצה האב וע"ד שיתפייס האב הוא מקדש והו"ל כמתנה ע"מ שירצה אביך ובמתנה בפירוש כך אעפ"י שצווח מעיקרא ואח"כ נתרצה מקודשת שהרי נתפייס דהא לא שירצה בשמיעה הראשונה קאמר אלא שיתרצה בקדושי' ויתפייס לבסוף ויאמר אין קאמר ואעפ"י שמת האב חוששין שמא נתרצה סמוך למותו דהכי איתא בתוספתא ע"מ שירצה פלוני אעפ"י שאמר איני רוצה מקודשת שמא נתרצה לאחר שעה ע"מ שירצה אבא אעפ"י שאמר אבא איני רוצה היא מקודשת שמא יתרצה האב לאחר שעה מת האב מקודשת שמא נתרצה סמוך למיתתו ומתניתין בפ' האומר ע"מ שירצה אבא רצה האב מקודשת וא"ל אינה מקודשת התם אינה מקודשת גמורה קאמר וכו' והא דא"ר לקמן בין היא בין אבי' יכולים לעכב לאמר דלא הוי קדושין וודאי אבל קדושי ספק הוי וההיא דרב אסי דאמר שמא יבוא אבי' וימחה ונמצאת זרה למפרע אעפ"י שאין כאן אלא אסורא דרבנן מ"מ אין מאכילין אותה על הספק שמא יתרצה האב לאחר מחאתו דלחומרא אמרו שמא יתרצה ולקולא לא אמרו וזו א"צ לפנים עכ"ל הרשב"א ז"ל הנה מבואר דעת הרשב"א ז"ל דאפילו אם מיחה נמי חוששין לקדושין שמא נתרצה אחר מחאתו:

וראיתי לבעל שעה"מ ז"ל שהקשה עליו דאם איתא דריצוי אחר מחאה מהני א"כ מאי מהני שניתן לה גט שמא נתרצה בקדושין אחר הגט ולא יועיל הגט כלל דכיון שהקדושין חלין בשעת ריצוי האב לא מהני מה שמגרש קודם ריצוי האב דדמי למקדש על תנאי שיחול למפרע ונתן גט קודם חלות התנאי דלא מהני משום דקודם חלות התנאי הויא כאשה דעלמא ודמי לכותב גט לאשה לכשיכניסנה תתגרש דלא מהני וה"נ קודם ריצוי האב לא מהני הגט שעדיין לא חלו הקדושין:

ולי נראה דלא דמי כלל דכיון דמדמינן לה למתנה ע"מ שירצה אבא א"כ פשיטא דהוי כוונתו שירצה כ"ז שלא תתגרש ממנו אבל ריצוי דאחר גרושין אין זה בכלל תנאי וכיון

שנתגרשה ממנו שוב לא מהני ריצוי דאב דעל ריצוי דאחר גירושין לא הי' כלל כוונתו ודווקא אם מתנה בפירוש ע"מ שירצה אבא אמרינן בתוספתא דמהני ריצוי שאחרי מחאה דהכי הי' כוונתו דאימת שיתרצה אזי יחולו הקדושין אבל במקדש סתם אמדינן לדעתו שכוונתו היתה אם יתפייס האב ואף דאמרינן שכוונתו לא הי' על שמיעה ראשונה דווקא אלא אף אם יתרצה אחר שמיחה נמי יחולו הקדושין מ"מ כיון שניתן לה הגט כבר נתבטלו הקדושין דאין כוונתו על ריצוי לאחר הגט ואפשר דגם במתנה בפירוש ע"מ שיתרצה האב נמי אם נתן לה גט לא מהני אח"כ ריצוי דאב דאין כוונתו על ריצוי דלאחר הגט:

אולם בעיקר דברי הרשב"א ז"ל צ"ע טובא דלפי הנראה דעתו ז"ל דלרב ושמואל דאמרי דחיישינן שמא נתרצה האב כוונתם דאם נתרצה האב חיילי קדושין משעת שמיעה דכן נראה ממ"ש שם דאפילו אם נתאכלו המעות הוי קדושין דדמי למקדש לאחר ל' יום דהוי קדושין אפילו אם נתאכלו המעות. ומזה נראה דסובר דחיילי הקדושין משעת שמיעה דאי הוה סובר דכשנתרצה חיילי למפרע הקדושין א"כ פשיטא דהוי קדושין אף שנתאכלו המעות וע"כ משמע דס"ל להרשב"א ז"ל דקדושין חיילי משעת שמיעה אבל דעת רש"י והר"נ ז"ל אינו כן אלא דאם נתרצה האב מקודשת למפרע כמ"ש לעיל ומשום דהוי זכות וכ"ז שלא מיחה אמרינן דוודאי גם מעיקרא ניחא לי' בהני קדושין וזכות הוא לו וכמ"ש הר"נ ז"ל וז"ל שכל אדם רוצה להשיא בתו ומצוה דרמיא עלי' הוא וזכין לאדם שלא בפניו וכמ"ש רש"י ז"ל (בדף מ"ה) בד"ה שמא דאב בקידושי בתו בכ"ד ניחא לי' וכו' [ובמק"א בארנו מה דלא קשה מהא דקיי"ל כאביי דיאוש של"מ לא הוי יאוש ולא אמרינן מדהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי הוה ניחא לי' אע"ג דסתמא עומד ליאוש וגדולה מזה כתב המרדכי דאפילו אם מת האב קודם ששמע שנתקדשה נמי חוששין לקדושין משום דתלינן למפרע דזכות הוא לו עיי"ש במרדכי בסוגיא זו וכדבריהם מוכרח בש"ס דלרו"ש הוי קדושין למפרע כשנתרצה דומיא דהא דאמרינן התם בנשאת שלא לדעת אבי' דאמר רב דאוכלת בתרומה עד שיבוא האב וימחה דחיילי נשואין מיד דודאי יתרצה בנשואין ומתירין אותה לאכול בתרומה מיד וה"נ גבי נתקדשה שלא לדעת אבי' אם נתרצה האב חיילי הקדושין למפרע:

וראיה לזה מהא דאמר התם בנתקדשה שלא לדעת אבי' דרב סובר בין היא ובין אבי' יכולים לעכב ור"א סובר אבי' ולא היא ופריך לר"א מהא דתניא אם מאן ימאן אבי' אין לי אלא אבי' היא מניין ת"ל מאן ימאן וקס"ד דמיירי בפיתה לשם אישות ועיי"ש ברש"י ז"ל דמיירי שהיא מעכבת קודם שנתרצה האב והתוס' פירשו דאפילו אחר ריצוי האב

יכולה לעכב עיי"ש בתוס' ואם נימא דבנתקדשה שלא לדעת אבי' חיילין הקדושין רק משעת שמיעה דדמי למקדש לאחר ל' יום א"כ פשיטא דיכולה לעכב קודם שמיעת האב כדאמרינן בר"פ האומר דחוזרת בתוך ל' ועוד דהתם בקידושי ביאה קיימינן וקדושי ביאה לא משכחת שיחול לאחר זמן דהא אז ליתנה להך ביאה בעולם דדווקא בקדושי כסף מהני אם קידש לאחר ל' ואיך שייך התם ריצוי האב שיחול בשעת שמיעה אלא וודאי כמ"ש רש"י ז"ל והר"נ ז"ל שבאם נתרצה חיילי הקדושין למפרע:

וכיון שבארנו דהקדושין חיילי למפרע קשה טובא מ"ש הרשב"א ז"ל דאפילו אם מיחה האב ואח"כ נתרצה נמי מהני הא מידי הוא טעמא דחיילי הקדושין למפרע הוא ע"כ כמ"ש הר"נ ז"ל דזכות הוא לו שתתקדש בתו ואמרינן דוודאי ניחא לי' דדווקא אם מיחה בפירוש קחזינן דלא ניחא לי' ולהכי לא הוה קדושין אבל בנתרצה בהדיא או ששתק אמרינן דגם מעיקרא ניחא לי' וא"כ זה שייך דווקא אם נתרצה מיד בשעת שמיעה או ששתק מיד דאז אמדינן דעתי' דניחא לי' ובזה שייך לומר כיון דקחזינן דניחא לי' השתא מסתמא גם מעיקרא הוה ניחא לי' ושפיר הוה קדושין למפרע אבל אם מיחה ואח"כ נתרצה היכי נימא דהוה זכות למפרע הא אדרבה חזינן דמעיקרא לא הוה ניחא לי' ומאי חזית למינקט שעת הקדושין בתר שעתא דריצוי אדרבה ניזול בתר שעתא דמחאה ונימא מדבשעת מחאה לא ניחא לי' מסתמא מעיקרא נמי לא הוה ניחא לי' דאיגלאי מילתא למפרע לא שייך אלא בדבר שלבסוף מתברר הדבר בהחלט אבל הכא שכשנודע לו מיחה פעם אחת ומתרצה פעם א' אין כאן דבר ברור בכוונתו ואפילו ספק קדושין אין כאן למפרע ולא דמי כלל למקדש ע"מ שירצה האב דהתם שפיר אמרינן דכוונתו הי' דמתי שיתרצה האב יחולו הקדושין ואפילו אם יתרצה אחר המחאה משא"כ הכא דלא ידע כלל בשעת קדושין ואנן הוא דאמדינן דעתי' ואמרינן מדהשתא ניחא לי' מסתמא מעיקרא נמי ניחא לי' וכיון שמיחה בתחילה ליכא אומדנא כלל אף שנתרצה אח"כ ואנו צריכים לומר לדעת הרשב"א ז"ל דכשמקדש את הקטנה שלא לדעת אבי' דעתו שאם יתרצה האב מיד בשעת שמיעה יהא הקדושין חלין למפרע ואם לא יתרצה מיד ויתרצה אח"כ יהא חלין בשעת ריצוי דאחר מחאה וזה וודאי אין סברא לומר דכן הי' דעתו דאם דעתו שיחול מיד משום דאמד לדעת האב שיתרצה בשעת שמיעה אין דעתו שיחול אח"כ ואם דעתו שיחול בשעת ריצוי אין דעתו שיחול מיד ועיין במהרי"ט ח"ב (סימן י') דיכול לגרש שיחול לאחר שלשים יום אם יבא לאחר שלשים ואם לא יבא לאחר שלשים יהא גט מעכשיו וה"נ יכול לקדש אם יתרצה האב מיד יחול מעכשיו למפרע ואם ימחה ויתרצה אח"כ יחול בשעת ריצוי מיהו זה דווקא כשאומר ומתנה כן בפירוש אבל לאמוד

דעתו שכן הי' בדעתו מסתמא זה ודאי אינו וכיון שבררנו מסוגית הש"ס דחל הקדושין למפרע ע"כ דדעתו שיחול מיד ואנן אמרינן כיון שנתרצה אגלאי מילתא למפרע דניחא לי' וכ"ז אם נתרצה מיד אבל בריצוי דאחר מחאה דליכא למימר דחל למפרע לא חייל נמי אח"כ דהא לא הי' כוונתו שיחול אחר כך ודברי הרשב"א ז"ל צריך עיון טובא:

אולם הרי"ף והרמב"ם ז"ל פסקו כרבינא דהוא בתרא ולא סבר להא דרב ושמואל ולא חייש לשמא נתרצה האב והרי"ף ז"ל כתב דאפילו אם נתרצה בפירוש נמי לא מהני והריב"ש (בס' קצ"ג) כתב דיצא לו להרי"ף ז"ל דאפילו אם נתרצה בהדיא לא מהני מדאמרינן שם בהדיא בסוגיא דבפתה לשם אישות צריכה קדושין אחרים לדעת אבי' ולמה צריכה קדושין אחרים תסגי במה שיתרצה האב לקדושין הראשונים שפתה לשם אישות אלא וודאי דלא מהני ריצוי האב כלל ולכאורה לאו ראי' היא כלל דהא התם בקדושי ביאה קיימינן שפיתה לשם אישות והאיך יועיל ריצוי האב שיחולו הקדושין בשעת ריצוי הא בהאי שעתא ליתא לביאה בעולם ומ"ש הריב"ש ז"ל שם מדלא מפליג בין קדושי כסף לקדושי ביאה ע"כ דגם בקדושי כסף לא מהני ריצוי האב כלל, לא הבנתי דל"ל להש"ס לפלוגי דהא התם במפותה עסקינן ועלה קיימינן למימר דצריכה קדושין אחרים לדעת אבי' ומפותה קדושי ביאה נינהו אבל קדושי כסף לא שייך להזכיר שם ואימא דבקדושי כסף מהני ריצוי דאח"כ וכן כתב המרדכי (בפ' הא"מ) דריצוי דאח"כ מהני ורוצה להעמיד דברי הרי"ף ז"ל דלא מהני דמיירי בנתאכלו המעות עיי"ש במרדכי:

אולם נ"ל ראי' ברורה לדעת הרי"ף ז"ל דאפילו אם נתרצה בפירוש נמי לא מהני מהא דפריך הש"ס לעולא מדתניא ושווין שמוכרה אלמנה לכה"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט ה"ד אילימא דקדשה אבי' הא אין אדם מוכר את בתו לשפחות אחר אישות אלא דקידשה נפשה וקריא לה אלמנה וקשיא לעולא והנה מדבעי לאתוי' ראי' מזה לרב ושמואל דלדידהו ניחא דמיירי בקידשה נפשה וקריא לה אלמנה משום דחיישינן שמא נתרצה האב א"כ ע"כ דסובר הש"ס דמה שנתרצה האב לקדושין לא מקרי לשפחות אחר אישות כיון שהוא לא מכרה רק שהסכים למעשי' [וגדולה מזה כתב הרשב"א ז"ל שם בחידושיו דאפילו שדיך לא מקרי שפחות אחד אישות]. וא"כ מדמקשה הש"ס לעולא ע"כ דעולא סובר דאפילו בנתרצה אחר שמיעה צריכה גט דאל"כ הוה מצי לאוקמי לדידי' דמשכחת לה דקדשה נפשה ונתרצה האב דהוי קדושין משעת שמיעה ומשום הכי קריא לה אלמנה ומדלא מוקי לה הש"ס בכה"ג ע"כ מוכח מזה דעולא סובר דאפילו אם נתרצה אינה צריכה גט ואפילו אם קדשה בכסף והכסף בעין נמי לא מהני שיחולו הקדושין דלא דמי למקדש לאחר ל' יום דהוי קדושין משום דהכא בשעת קדושין הא לאו בת קדושין היא:

אמנם אפשר לומר דהש"ס דמוקי לה לרו"ש בקידשה נפשה היינו בקידשה נפשה ושתק דלרב ושמואל צריכה גט ומיאון וזה לא מקרי שפחות אחר אישות במה ששתק אבל לעולא אם נוקמי כשנתרצה בהדיא כששמע זה מיקרי שפיר שפחות אחר אישות כיון שנתרצה בהדיא:

מיהו אכתי יש להביא ראי' מסוגיא זו דלעולא אפילו אם נתרצה האב בפירוש נמי לא מהני לדידי' דאין לומר דבאמת ריצוי האב מהני רק דעולא סובר דלא חיישינן שמא נתרצה דא"כ מאי מקשה הש"ס לעולא דהא אפשר לומר דגם לעולא מיירי שקידשה נפשה ואעפ"י דלעולא לא חיישינן שמא נתרצה האב, מ"מ כיון דמודה דאם נתרצה האב הוי קדושין ורק לחששא דשמא נתרצה לא חיישינן לדידי', א"כ הא איכא למימר דהא דלא חייש היינו דווקא לענין להנשא לעלמא ומשום דמוקמינן לה אחזקת פנוי' לענין איסור אשת איש אבל לענין כהונה לא מוקמינן אחזקה וכמ"ש התוס' בפ' אלמנה לכה"ג (דף ס"ח) שהוכיחו שם דלענין כהונה לא מוקמינן אחזקה ליוחסין עיי"ש [וכה"ג איתא (ביבמות פ"ח) וקדשתו דפנו וכו' איסור כהונה שאני עיי"ש לענין תרי ותרי וניסת לאחד מעידי'] ולהכי קריא לה אלמנה ואף אם נימא דהא דלא מוקמינן אחזקה ליוחסין הוא מדרבנן מ"מ מקריא אלמנה מדרבנן דומיא דחלוצה דקתני התם בברייתא דהוי ג"כ רק מדרבנן וע"כ דסובר הש"ס דלעולא לאו מטעם ספיקא וחזקה קאמר דא"צ גט אלא מטעם דסובר דאפילו אם נתרצה בהדיא לא מהני קדושין כלל וכדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל ושפיר פריך אלמנה קרית לה:

ועוד נ"ל שדברי הרי"ף ז"ל מוכרחים בסברא דאם איתא דבנתרצה האב הוי קדושין לעולא, א"כ אמאי קאמר עולא סתמא אפילו מיאון אינה צריכה לישאול לו לאב ואם אמר שנתרצה וודאי צריכה גט דקיי"ל האב שאמר קדשתי את בתי נאמן אלא וודאי דלא מהני כלל ריצוי האב מיהו בזה רבו הפוסקים דלא כהרי"ף והרמב"ם ז"ל:

אולם בנ"ד שידוע שמיחה האב וודאי דאינה צריכה גט. ואין לחוש ולאמר דהא דקיי"ל דאין חוששין שמא נתרצה האב היינו שאין האב לפנינו או שהוא לפנינו ושתק ואנו יודעים שלא הי' ריצוי בהדיא דאז אין חוששין שמא נתרצה ואפשר דאדרבה אמרינן מדשתק מירתח רתח דאי הוה מתרצה להקדושין הי' אומר שמתרצה אבל היכי שאנו מסופקים בהמעשה היכי הוה כמו בנ"ד שכבר עברו שנים רבים מזמן הקדושין ומידיעת האב חיישינן שמא אז נתרצה בשעת שמיעה ומרוב הימים נשכח, דזה אינו דהא דפסקינן דאין חוששין שמא נתרצה האב הוא מטעם שאין אנו חוששין לקדושין כל זמן שלא ידענו בבירור שנתרצה וכן כתב רש"י ז"ל שם גבי הא דאמר בפירוש אמר מר דלא

סבר להא דרב ושמואל דלא חיישינן לא לריצוי ולא לשמא שוי' שליח כ"ז שלא שמענו בפירוש שנתרצה עיי"ש הרי דסבירא לן דמשום חששא בעלמא דריצוי אין חוששין לה להצריך גט וכ"כ הר"נ ז"ל שם בסוגיא דלכל הראשונים דסברי דבנתרצה בהדיא הוי קדושין רק שאין אנו חוששין שמא נתרצה האב לא קשה נמי אמאי לא חיישינן שמא נתרצה מעיקרא וכן גבי בן ניחוש שמא ארצויי ארצי קמי' אלא כיון דלא סבר להך דרב ושמואל והיינו דלא חיישינן לשמא נתרצה ה"נ לא חיישינן לשמא ארצויי ארצי קמי' ושויא שליח עיי"ש בר"נ ז"ל הרי דמספיקא אין לחוש לחשש קדושין בקטנה באיזה אופן שיהי' וה"נ אין אנו צריכים לחוש לשמא נתרצה האב וברוב הימים נשכח, וכש"כ כיון שאחיה זוכר שמיחה בפירוש וצווח על נשואיה:

ומעתה כיון דלא חיישינן לשמא נתרצה האב נראה ממילא דאפילו אם נתגרשה מותרת לכהן וכמ"ש הרמב"ם ז"ל (בפ"ג מה' אישות) בהדיא וכן כתב הטור (בס' ל"ז) ותימא על הב"י ז"ל שלא הביא בשולחנו הטהור דברי הרמב"ם ז"ל בזה דאפילו אם נתגרשה מותרת לכהן:

וראיתי למעכ"ת שחשש דאולי סובר הב"י ז"ל דמה שמתיר הרמב"ם ז"ל לכהן בנתגרשה אזיל לטעמי' דסובר דאפילו אם נתרצה האב לא הוי קדושין וכשיטת הרי"ף ז"ל ולהכי מותרת לכהן אבל לפמ"ש הב"י בשם י"א דבנתרצה האב חוששין לקדושין משעת שמיעה א"כ אף אם לא נתרצה ונתגרשה פסולה לכהונה משום שהרואה יאמר שנתרצה ונתגרשה וקאתי למשרי גרושה לכהן:

ולענ"ד זה אינו דהא הר"נ ז"ל כתב שם בסוגיא לפרש דעת הרמב"ם ז"ל דדווקא נתרצה אחר שנתקדשה לא מהני הא נתרצה קודם שנתקדשה מהני ואפ"ה כתב הר"מ ז"ל דאם נתגרשה לא מיפסלא מכהונה ולא חיישׁ לשמא יאמרו שנתרצה אב קודם הקדושין והוי גט מעליא ואסורה לכהונה. א"כ ה"ה להנך רבוותא דסברי דאם נתרצה אחר קדושין מהני דלא בעינן למיחש שמא יאמרו שנתרצה האב לקדושין:

ונ"ל להביא ראי' לדעת הרמב"ם ז"ל דאפילו אם נתגרשה לא מיפסלא לכהונה מהא דפריך שם לעולא מברייתא דאין מוכרה לקרובים משום ר"א אמרו מוכרה לקרובים ושוין שמוכרה אלמנה לכה"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט ה"ד אילימא דקידשה אבי' הא אין מוכר לשפחות אחר אישות אלא דקידשה נפשה וקרי לה אלמנה עי"ש בגמ' ואם נימא דאף לעולא דאין צריך גט ומיאון מ"מ אם נתגרשה פסולה לכהונה א"כ מאי פריך לעולא דהא וודאי דאם בנתגרשה פסולה לכהן הדיוט אף שא"צ גט מן הדין ה"נ במת הבעל קודם שמיחה בו האב אסורה לכה"ג דהכי אשכחן לענין איסור הקרובים

דקיי"ל ביבמות (דף ק"ד) בקטנה שהשיאה אמה ואחי' דאם מיאנה מותרת בקרוביו ואם נתגרשה אסורה בקרוביו ופסלה מכהונה ואם מת קודם מיאון נמי אסורה בקרוביו כמ"ש ההמ"ג והביאו הב"ח והב"ש (בס' קנ"ה) דבמיתת הבעל אסורה לקרובים דדוקא היכי דאיכא יבם דקאי במקום בעל אז מהני מיאון אחר מיתה למישרי קרובים כדפריך ביבמות (דף ק"ז) ותמאן השתא עיי"ש בגמ' אבל היכי דליכא יבם לא מהני מיאון לאחר מיתה ואסורה לקרובים וכיון דאסורה בקרוביו אסורה נמי לכה"ג והכי מוכח ביבמות (דף נ"ט) דאמר רב נבעלה שלא כדרכה פסולה לכהונה וכו' ופריך אי כר"א ת"ל דהויא זונה וכו' ומשני בממאנת ופירש רש"י ז"ל שמיאנה בבעל ולא הויא זונה ואמאי לא מוקי לה שמת הבעל אלא וודאי דאם מת הבעל פסולה לכה"ג משום אלמנה וא"כ מאי לעולא אי דקדשה נפשה אלמנה קרית לה הא כיון דמת הבעל היא אסורה לכה"ג משום איסור אלמנה כמו שאם הי' מגרשה היתה אסורה לכהן הדיוט משום איסור גרושה ה"נ ע"י מיתה נאסרה לכה"ג, אלא וודאי דסובר הש"ס דכיון דא"צ כלל מיאון מותרת לכהן הדיוט אפילו אם נתגרשה ולכה"ג אם מת ומוכח דינו של הרמב"ם ז"ל דלא מיפסלא מכהונה ע"י גט:

ומה שחשש כת"ר למ"ש הרמ"א (באה"ע ס' וא"ו) וז"ל ואפילו לא נתגרשה אלא משום קול קדושין דעלמא אעפ"י שהוא ברור שאין ממש באותן קדושין ואין צריכה גט רק משום חומרא אפ"ה פסולה לכהונה ודעת הב"ח שם שאם נשאת לא תצא והט"ז שם חולק עליו דאפילו אם נשאת תצא, הנה אהובי ידידי בעיקר דברי הרמ"א ז"ל קשה לי טובא דדבריו לקוחין מתשובת הרשב"א ז"ל (ס' תק"נ) ושם הביא ראי' מהא דאמרינן בקידושין גבי היא אומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתיך דרב אמר כופין ושמואל אמר מבקשין ופריך אמאי כופין הא אמר לא ניחא לי דאיתסר בקרובותי' אלמא אע"ג דהוא אומר לא קדשתיך ונותן גט רק מחמת שהיא אומרת קדשתני אפ"ה הוא אסור בקרובותי' וה"נ לענין לפוסלה מכהונה:

אולם במרדכי (בפ' האומר) שם בעובדא בנערה שהיתה משודכת לכהן ובא פריץ לבית הנערה עם עדים ונכנס עמה בדברים ונתן לה טבעת וכו' ופסק שם שאין כאן חשש קדושין עי"ש והר"א מביהם וכו' וראי' מפ' האומר לאשה קדשתיך וכו' עד לא ניחא לי דאיתסר בקרובותי' אלמא כיון שנתן לה גט ונתינת הגט לא הי' מעכב רק להתירה לשוק שהגט אוסרו בקרובותי' ולא דמי לסריס ואיילונית שחלצו דלא פסלה דשאני התם דסימני סריס ואיילונית מוכיחין עלה וליכא למיטעי ועוד הביא ראי' מהא דמעלין משטרות ליוחסין וכו' ונחלקו עליו הר"י הלבן ור"א ממיץ ז"ל וכתב הר"י הלבן ונראה

לי דאשה שאמרה לא קדשתני כמו ברישא דההיא מתניתין דהאומר לאשה קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני וכו' אם היא כופאתו לגט לאחר כן לא מיתסרא בקרוביו ואין זה כמודה לדבריו כדאמרינן בסיפא דמתניתין כשהוא אומר לא קדשתיך והיא אומרת קדשתני דאין כופין משום דאמר לא ניחא לי דאיתסר בקרובותי' דהתם שאני הואיל וכתב בגט וכדו פטרית ותרוכית יתיכי ליכי אנת אנתתי וכו' הרי הודה בקדושין להדיא הילכך מדרבנן אסור בקרובותי' אבל ברישא אם הוא אומר קדשתיך אם האשה כופאתו על גט אינה מודה דאדרבה היא צווחת שלא קדשה מעולם אלא שקבלה מחמת חשש וכו' והרא"מ כתב כל גט שאינו מתיר לאשה אינה פוסלה לכהונה והוי כמגרש פנוי' ואעפ"י שנכתב ונחתם כהלכתו ואמרינן גט מעושה בכותים שלא כדין אפילו ריח הגט אין בו ותנן נמי האשה שהלך בעלה למדה"י וכו' נתקדשה אעפ"י שנתן לה בעלה גט לא פסלה מן הכהונה ומה שדימה הר"א מביהם ז"ל להההיא דקדושין דאמר דאין כופין דאמר לא ניחא לי דאיתסר בקרובותי' שאני התם דגט צריך הוא לה שהיא אומרת קדשתני והגט מתירה וכשכופין ב"ד יאמרו שגרושה היתה וע"כ נאסר בקרובותי' עכ"ל המרדכי ז"ל:

הרי דהר"י הלבן ור"א ממיץ ז"ל שניהם כתבו דגבי הוא אומר קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני אם נתן גט אינה נאסרת בקרוביו והיינו כמו שכתב דהא דאסור בקרובותי' הוא רק מטעם הודאה שהוא מודה שהיא אשתו אבל היא אינה מודית ולשון הגט דידי' הוא ורא"מ ז"ל מחלק דהא דנאסר בקרובי' משום שהגט התיר אותה לעלמא שהיתה אסורה קודם הגט משום שאמרה אבל הוא אינו נאסר בקרוביה מחמת הגט שנתן שלא ימנעו מלישאנה שהרי הגט לא התיר לשום אדם שהרי היא אומרת לא קדשתני והוא אינו נאסר ע"י קדושין ולמדו מזה שגם גבי כהונה אם לא הוי קדושין מדינא לא מיפסלה לכהונה כיון שאין הגט מתיר לשום אדם וגם הודאה לא שייך גבי דידה שהגט לשון הבעל הוא:

וא"כ הרמ"א ז"ל שפסק (בס' מ"ה) דאם הוא אומר קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני ונתן גט אינה נאסרת בקרוביו והיינו כדעת הר"י הלבן והרא"מ ז"ל דכיון דהגט לא התיר לעלמא וגם הודאה לא שייך אינו פוסל לכהונה ומבואר בהדיא במרדכי דפסול קרובים ופסול כהונה כי הדדי נינהו למיפסל היכי דא"צ גט מדינא והר"י הלבן ור"א ממיץ ז"ל שפסקו דאינה נאסרת בקרובים היכי שא"צ גט מן הדין לכהונה נמי לא מיפסלא א"כ אמאי פסק הרמ"א ז"ל כהרשב"א ז"ל דאם נתגרשה אעפ"י שברור שאין ממש בקדושין פסולה לכהונה ומזכה שטרא לבי תרי:

ועוד קשה לי על עיקר דברי הרשב"א ז"ל שהביא ראיה מהא דאמרינן ביבמות (דף קי"ט) גבי יבמה שהלך בעלה למדה"י דלא תחלוץ ולא תנשא לעולם אפילו לאחר ט' חדשים דשמא יהא ולד צרתה בן קיימא ונמצא אתה מצריכה כרוז לכהונה ואיכא דשמע בחליצה ולא שמע בהכרזה ואתו למישרי חלוצה לכהן ע"ש ברשב"א ז"ל ולא זכיתי להבין דלענ"ד אדרבה משם מוכח איפכא דהא קשה למה אסרו אותה לחלוץ ולהנשא לעולם הלא מוטב שתחלוץ ואם יתברר אשר ילדה צרתה אז נאסור אותה לכהן אף שעפ"י הדין מותרת דחליצה דידה לאו כלום היא הואיל שיש ולד הפוטר מיבום מ"מ נאסור אותה לכהן כיון שחלצה ומוטב שתחלוץ ותנשא לישראל ולא לכהן משלא תחלוץ לעולם ואולי תתעגן כל ימי' שלא יוודע לעולם ממדה"י אם יש לצרתה וולד של קיימא ותתעגן לעולם:

ואין לומר דחיישינן שמא תתברר שיש לצרתה ולד ותנשא לכהן בלא דעת ב"ד ואתו למשרי חלוצה לכהן. דז"א דהא קאמר אתה מצריכה כרוז לכהונה ומי הם המכריזין ב"ד הם המכריזין א"כ ע"כ שידעו ב"ד מזה ולמה להו כרוז הלא יותר טוב לאוסרה לכהן ותנשא רק לישראל ואם הוי חיישינן שמא תנשא לכהן בלא רשות ב"ד לא הוה לי' למימר אתה מצריכה כרוז לכהונה אלא הו"ל למימר שמא יהא ולד בן קיימא ותנשא לכהן בלא רשות ב"ד ואתו למשרי חלוצה לכהן ומדקאמר הש"ס אתה מצריכה כרוז לכהונה ש"מ דלא חיישינן שמא תנשא בלא רשות ב"ד דמסתמא אם יתברר שהי' לצרתה ולד תלך לב"ד שיתירו אותה ואתה מצריכה כרוז לכהונה ואיכא דלא שמע בכרוז ואתי למשרי חלוצה לכהן וא"כ קשה טפי הו"ל למימר שאפילו אם יתברר שיש ולד לצרתה לא תנשא לכהן מחמת החליצה אבל לישראל תנשא ע"י חליצה:

א"ו דזה לא הי' באפשרי ביד ב"ד לאוסרה להנשא לכהן כשיתברר שלא היתה צריכה חליצה כלל דמחזי כחוכא וטלולא רק שיכולים חכמים לתקן שלא תחלוץ ותעמוד באיסור זיקתה שמא אתה מצריכה כרוז לכהונה אבל לתקן שלא תנשא לכהן אף שיתברר שלא היתה צריכה חליצה כלל זה א"א הואיל והחליצה לא התירה כלל אין בכח החליצה לאסור וכדברי הר"י הלבן ז"ל והר"א ממיץ ז"ל וכדתנן גבי צרת ערוה חלצו ב"ה מכשירין משום דכיון דלא היתה צריכה חליצה כלל אין החליצה פוסלת ולכהונה מיירי שם וכמ"ש רש"י ז"ל לפי שחליצתן שלא לצורך והוה כחולצת מן הנכרי:

לכן בנ"ד נראה לי כיון דהרמב"ם ז"ל כתב בהדיא גבי קטנה שנתקדשה שלא לדעת אבי' דמותרת לכהן אם נתגרשה וכן הטור כתב כן ועל דברי הרשב"א ז"ל שפוסל לכהונה גבי קדושין שאין בהם ממש חלקו ע"ז הר"י הלבן והר"א ממיץ ז"ל והב"ח כתב שם שגם

להרשב"א ז"ל אם נשאת לא תצא דפשיטא דבנ"ד שאין לאוסרה על בעלה ובפרט באשה היושבת תחת בעלה וילדה לו דנוכל לסמוך על דברי הב"ח ז"ל בלי ספק כנלע"ד להתירה והנה כ"ז כתבנו אם הבעל מאמין לדבריהם ובא לשאל אם מותרת לו אבל אם הבעל אומר שאינו מאמין לדבריהם ואולי כונתה להפקיע עצמה מיד בעלה פשיטא דאין כאן חשש כדאיתא קידושין (דף י"ב) דביתהו דר"ח אמרה לי' אמרה לי אם קיבל בך אביך קדושי כי זוטרת א"ל לאו כל כמינה דאימך דאסרת לך עילואי ע"ש בגמ':

סימן קסג

שאלה כהן א' זה שמונה עשר שנה נשא אשה וילדה לו בנים ובנות ואשתקד חלתה ונטרפה דעתה ונתרפאה אך עדן יושבת שועממית מבלי דבר דבר ושלח אותה בעלה לבית אביה ונתן לה איזה נייר ואמר לה הילך גט ותיסע לבית אביה ובבואה לבית אביה ראו שנתן לה נייר חלק ולאחר עבור ירח ימים חזרה לבית בעלה והיתה עמו כדרך בנות ישראל וכראות הבעל שעדיין אין דעתה צלולה התחכם שנית ושלחה לבית אביה על ימים אחדים והוא גילה לפני שני עדים כי דעתו לתת בידה ספר כריתות אשר יכתוב בכת"י ואחר עבור ימים קם בבוקר וקרא לעדים ההם ואחד מהם החביא עצמו מבוא בדמים והשני נער וריק בא וראה והנה היא יושבת על העגלה לנסוע והבעל נתן בידה איזה נייר כרוך באגרת ואמר לה נא דיר אגט אונ פאר אהיים והיא קבלה ונסעה ואחד מהדרים שמה בכפר מושב הבעל עמד מרחוק ולא שמע הדבר זולת הבעל צעק אליו מרחוק בקול דע שאני נותן גט לאשתי ולא ראה מרחוק שום נתינה איזה דבר להאשה ובבואה לבית אביה סיפרה לו כי שנית צחק והיתל בה לתת לה איזה נייר כמעשהו הראשון ותוציאה מכיסה והנה הוא גט כתוב בכתב מושיטא קצתם אמרו שהוא כת"י הבעל וקצתם אינם מכירים כתב ההוא ואין עליו עדים ועתה הבעל מתחרט על מעשהו והיא בוכית על בעל נעוריה ונפשו בשאלתו אם רשאי לקיימה באשר הוא כהן:

תשובה תנן במתניתין דגיטין (דף ע"ח) אמר לה כנסי שטח"ז או ששלפתו מאחוריו קוראה והרי הוא גיטה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטיך נתן בידה והיא ישינה ניעורה קוראה והרי הוא גיטה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטיך והקשו שם התוס' מהא דאמרינן בהנזקין מעדותו של ר"י בן גודגדא אמר לעדים ראו גט זה שאני נותן לאשתי וחזר ואמר לה כנסי שטח"ז מגורשת ותירצו דהתם נמי אח"כ יגידו לה העדים שהיא מגורשת אע"ג דהאשה מתגרשת בע"כ מ"מ צריך לאמר לה הא גיטיך והרי את מותרת לכל אדם שתדע שהיא מגורשת ולא תהא חוזרת דבעינן שיהא משלחה ואינה חוזרת עכ"ל התוס' והבעה"מ ז"ל כתב דעיקר טעם משנתינו משום שלא הוציא הגירושין בפיו ולהכי התם

שאמר מעיקרא לעדים ראו גט זה שאני נותן לה מהני שהוציא הגירושין מפיו לפני העדים דבעינן שיוצא הבעל השילוחין מפיו לאחר כתיבת הגט בענין שיתבונן הדבר לעדים או לאשה ולשיטתם ז"ל קשה קושית הרשב"א ז"ל בחידושיו שם דא"כ דעיקר הפסול משום שלא הוציא הגירושין מפיו א"כ מאי איריא דאמר כנסי שטח"ז ואפילו לא אמר כלום נמי אינו גט:

ונראה דמשום הך קושיא נאיד הרמב"ן ז"ל מפירושם. ופירש דמיירי בעסוקין באותו ענין דאי לאו דאמר כנסי שטח"ז הוי גט מעליא אבל כיון דאמר כנסי שטח"ז נתבטל מה שהיו עסוקין בא"ע ותניא בתוספתא ונתן בידה ושלחה מביתו מכאן אמרו כתב גט לאשתו ואמר לה כנסי שטח"ז כו' ושנו עוד בתוספתא הוליך אשתו ללבלר ונטל גט ונתן לה ולא אמר לה הא גיטך ר' יוסי אומר אם עסוקין בא"ע מגורשת ואם לאו אינה מגורשת וה"נ מיירי בעסוקין בא"ע רק כיון שאמר כנסי שטח"ז נתבטל מה באותו ענין וזה נמי על דרך הבעה"מ ז"ל דעיקר הטעם משום שלא אמר דברים של שילוח ואנן בעינן ושלחה מביתו שיאמר לה דברים שמשלחה וצ"ל לפ"ז במצאתו ושלפתו מאחוריו נמי נתבטל מה שעסוקין באותו ענין דעסוקין בא"ע לא מהני אלא כשהוא נותן לה דאז מצטרפין הנתינה למה שהיו עסוקין בא"ע אבל בשלפתו מאחוריו שתפסה בעצמה אף דלענין נתינה בידה מיקרי נתינה במה שערק לה חרצי' כדמוקי התם מ"מ לענין מה דבעינן שידבר מענין הגט או שיהיו עסוקין בא"ע אמרינן דכיון שהיא התחילה ליטול הגט לא מוכחא מילתא שמשלחה ע"ש במלחמות:

ולדברי שניהם עיקר הפסול הוא משום דכתיב ושלחה מביתו דבעינן שיוציא ענין הגירושין מפיו לפני' או לפני העדים והנה מדקתני במתניתין אינו גט מבואר דכל שלא אמר לה או לעדים דברי שילוח לא הוי גט כלל ואינו פוסל מכהונה כלל דבהדיא אמרינן בגמרא (פ"ד) אמתניתין דהרי את מותרת לכל אדם חוץ מפלוני כיצד יעשה יטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה מאן תנא א"ח רשב"א היא דאמר גבי כנסי שטח"ז עד שיטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה ומשני אפילו תימא רבי שאני הכא הואיל וקנאתו ליפסל לכהונה והיינו דבחוץ לפלוני בעי נתינה אחרת משום שקנאתו ליפסל לכהונה אבל בכנסי שטח"ז דלא נפסלה לכהונה סובר רבי דסגי באומר הא גיטיך הרי בהדיא דבכנסי שט"ח לא נפסלה לכהונה וכיון דלשיטת התוס' ובעה"מ והרמב"ן טעמא דכנסי שט"ח משום דליכא ושלחה שלא אמר לה כלום שמעינן דבלא אמר לה כלום אינו גט ולא מיפסלא לכהונה כלל:

והרשב"א ז"ל בחידושיו פירש שם טעמא דכנסי שט"ח משום דביטולי בטליה לגט ודוקא היכא דאמר לעדים מעיקרא ראו גט זה שאני נותן לה לא אמרינן דבטליה משום דאם איתא דבטליה לעדים הוי אמר כדאמר בהניזקין אבל אי לא אמר לעדים מעיקרא אמרינן דבטל לגט מ"מ גם מדברי הרשב"א ז"ל אנו למדין דבלא אמר כלום הגט בטל ואינו פוסל מכהונה דהא הקשה מאי איריא כנסי שט"ח אפילו לא אמר כלום נמי והוצרך לתרץ דמיירי בעסוקין בא"ע ואם נימא דבלא אמר כלום הוי פסול ופוסל מכהונה א"כ לא מקשה מידי דלהכי קתני כנסי שטח"ז לאשמעינן דבכה"ג אינו גט ואינו פוסל מכהונה משום דבטלו לגט א"ו דגם הרשב"א ז"ל סובר דבלא אמר כלום נמי אינו גט ואינו פוסל כלל וכדברי הבעה"מ והרמב"ן ז"ל וטעמם ונימוקם לפי שיטתם דכיון דדרשינן מקרא דבעינן שיוציא הגירושין מפיו לאשה או לעדים כדדריש בספרי א"כ פשיטא דבלא אמר כלום אינו גט כלל ואינו פוסל מכהונה:

והנה צריכים אנו לחקור בעובדא דידן אם אמירה כי האי הוי אמירה שאמר נא דיר אגט דלכאורה זה הוי ידים שאין מוכיחות דהא אפשר לאמר שנתן לה גט דעלמא כיון דלא אמר שזה גיטה וגם לא היו מדברים מענין גט כלל:

א"כ אפשר שהי' בידו איזה גט דעלמא ונתן לה ולא כיון לגרשה כלל, וא"כ לא הוי אמירה כלל ובדיוקא קתני במתניתן עד שיאמר הא גיטך דאינו גט כלל עד שיאמר הא גיטך ולא סגי אם אמר הא גט והרמב"ן והרשב"א ז"ל והרבה מן הראשונים ז"ל פסקו כר' יהודה בגיטין (דף פ"ה) דידים שאין מוכיחות לא הויין ידים ואם לא אמר ודן די יהוי ליכי מינאי אינו גט משום דאפשר לאמר דבדיבורא מגרש לה כמ"ש ההמ"ג (בפ"ד מהל"ג) ואפשר דאפילו לרבנן דסברי דהויין ידים מ"מ אפ"ל לענין ודן ומנאי הויין ידים שא"מ ידים דהכל יודעין דבדיבורא אין מגרשין ועוד מוכחא מילתא קצת כדאמר שם בש"ס (דף פ"ה) דמוכחא מילתא ופירש רש"י ז"ל מדכתב גיטא ויהב לה ע"כ בהאי גיטא מגרש לה וכן לענין מינאי אין אדם מגרש אשת חבירו אבל הכא לענין מה דבעינן ושלחה שיאמר לה לשון שילוחין ואמר לה נא דיר אגט אפ"ל דגט בעלמא מצא ונתן לה לצור עפ"י צלוחיתה ולא הוי ידים כלל ואפילו ידים שאין מוכיחות נמי לא הוי אלא דלא הוי ידים כלל וכדאמרינן בנזיר (דף ב') דבאמר אהא ונזיר עובר לפניו הוי ידים שאין מוכיחות אבל אין נזיר עובר לפניו אפילו ידים שא"מ נמי לא הוי וכ"כ התוס' בקידושין (דף ה') ד"ה הכא דבקידושין אם לא אמר לי לא הוי ידים כלל ולכ"ע לא מהני דאדם עשוי לקדש אשה לחבירו ובנדרים (דף ע"א) דמשמע דאם אמר ה"ז חטאת ה"ז אשם דלמ"ד הויין ידים מהני הוא דווקא במחויב חטאת דכיון דמחויב חטאת ואמר ה"ז חטאת הוי

ידים שא"מ אבל אם אינו מחויב חטאת אפילו ידים שא"מ נמי לא הוי והכא אטו הוא מחויב לגרשה וא"כ מה שאמר נא דיר אגט לא הוי ידים כלל:

ומצאתי בריטב"א ז"ל בגיטין שם שכתב וז"ל מיהו גילוי דעת בעינן אבל אם אמר לה סתם הילך זה אעפ"י שמצאתו וקראתו והוא גיטה אינה מגורשת עכ"ל הרי דדייק וכתב שאמר לה הילך זה משמע דאם אמר הילך גט מהני אעפ"י שלא אמר הילך גיטך כיון שהזכיר גט דאי לאו הכי הוי לי' למימר רבותא טפי שאמר הילך גט לא מהני ואף דבמתניתין קתני עד שיאמר הא גיטך דמשמע אם אמר הילך גט ולא אמר גיטך לא מהני איכא למימר דבמתניתן דמיירי דאמר לה מקודם כנסי שטח"ז להכי בעינן שיאמר הא גיטך דבלא"ה לא נתבטל מה שאמר מקודם כנסי שט"ח דאפ"ל דגט דעלמא קאמר דמתחילה קראהו שט"ח ועכשיו קורא אותו גט אבל אין כוונתו כדבריו לשלחה בגט וכמ"ש הרמב"ן ז"ל דבאמירתו כנסי שט"ח ביטל מה שהיו עסוקין בא"ע ולהכי לא מתקן עד שיאמר הא גיטך אבל היכא דלא אמר כנסי שטח"ז בהא גט לחוד סגי משום דאמרינן מסתמא גט דידה יהיב לה ולא גט אחר ואע"ג דאין עסוקין בא"ע כלל:

ומצאתי בריטב"א ז"ל פ"ק דקדושין (דף ו') גבי הא דבעינן שיאמר הא"מ לי שכתב וז"ל מיהו כל היכא דבגיטא כתוב ודן די יהוי ליכי מינאי אע"ג דבשעת נתינה לא אמר לה ודן ולא מינאי אלא שאמר לה והרי את מגורשת או הרי את מותרת לכ"א לית לן בה כיון דכתיב ודן ומנאי דהוי בגט חשיב ידים מוכיחות ובהא מיהת מודינו לרבא אליבא דרבנן וה"ה במקדש בשטר וכתב בו הא"מ לי בשטר זה ונותן לה השטר ולא אמר לה אלא הרי את מקודשת הז"מ גמורה דידים מוכיחות נינהו ולא גרע ממדבר עמה על עסקי גיטה וקדושי' ונתן לה ולא פירש דחשבינן לה ידים מוכיחות ומקודשת ולא בעינן דלימא לי אלא המקדש בכסף והיינו דלא מפרקינן אלא מימרא קמא דשמואל בקדושין אבל בבא דגירושין שבקינן לה דאע"ג דלא אמר בשעת נתינה הרי את מגורשת בשטר זה נמי מגורשת כיון שכתב בגט כדאמרן. הנה מבואר מדברי הריטב"א ז"ל דבאמירה דבעי למימר בשעת נתינה לא בעינן הוכחה כולי האי כמו דבעינן בכתיבה בגופו של גט ואם לא אמר לי נמי מהני ואם אמר הרי את מגורשת או הרי את מותרת נמי מהני מ"מ משמע מדבריו דהרי את מגורשת או ה"א מותרת בעינן אבל אם אמר הרי זה גט או הילך גט בזה לא כתב דמהני וא"כ בנ"ד שאמר רק נא דיר אגט נראה דלא הוי אמירה כלל:

ועוד דהכא בלא"ה לא הוי אמירה לענין הא דבעינן ושלחה דהא הרשב"א ז"ל בחידושיו לגיטין (שם ע"ח) כתב דגבי חרשת שהשיאה אביה שהעיד ר"י בן גודגודא דהוי גט מיירי שאמר מקודם לעדים ראו גט זה שאני נותן לה שהעדים יאמרו לה אח"כ ברמיזה שהיא

מגורשת ולא תחזור אליו דאז הוי ושלחה ומשלחה ואינה חוזרת וכ"כ התוס' ביבמות (דף קי"ב) ד"ה העיד ע"ש דמשמע הכי מדבריהם ז"ל, הרי דאעפ"י שהוא אמר דברים של שילוח מ"מ כיון שלא שמעה מפני חרשותה לא מהני אלמא דבעינן שהיא תשמע מה שאומר ותבין שמשלחה ממנו וא"כ בנ"ד שהיא היתה סבורה שהוא משחק ומהתל בה כמו שעשה לפני חודש ימים שנתן לה מכתב ואמר לה שזה גט ובאמת הי' נייר ומכתב בעלמא וסבורה שגם עכשיו הוא כן ולא ידעה שהוא גט עד שהראית לאבי' ואמר לה שהוא גט ודאי דדמי כמו שלא אמר לה כלום ולא קרינן בי' ושלחה מביתו ומכ"ש דגם הלשון שאמר לה לא אמר שזה גיטה רק נא דיר אגט דלא מיקרי ושלחה כיון שהיא לא ידעה ומה שאמר לעדים לפני איזה ימים כיון שלא ראה הנתינה רק ע"א לא הוי ושלחה וכבר בארנו דלשיטת התוס' ובעה"מ והרמב"ן והרשב"א ז"ל בלא אמר לה כלום אינו גט כלל ואינו פוסל לכהונה:

אולם שיטת הרמב"ם ז"ל (בפ"א מה"ג) דטעמא דמתניתין בכנסי שט"ח אינו גט הוא לאו משום דלא אמר לה דברי שילוחין אלא משום דבעינן שיתן לה בתורת כריתות דכתיב ספר כריתות ונתן ולא שיהי' בתורת שט"ח או מזוזה שכן כתב שם בהדיא וכן הביא הרשב"א ז"ל בחידושיו בשמו ולהכי אינו גט כלל דבלא אמר לה כלום ונתן הגט בשתיקה כתב (בפ"א ה' י"א) דהוי רק גט פסול וממילא דפוסל מכהונה ובכנסי שט"ח כתב דאינו גט משום דלא נתן לה בתורת כריתות וצ"ע לפ"ז הא דקתני במתניתין או שמצאתו מאחוריו דאינו גט דמוקמינן לה בגמרא כגון דערק לה חרציה והוי נתינה וע"כ דפסול הוא משום שלא אמר לה כלום ואמאי אמרינן דאינו גט הא בלא אמר לה כלום דעת הרמב"ם ז"ל דהוי רק גט פסול. וצ"ל דאף דערק לה חרצי' מיקרי ונתן בידה מחמת שהטה לה מתניו מ"מ לענין הא דבעינן נתינה בתורת כריתות לא מהני מה שסייע בקבלתה דכיון שהיא התחילה לתפוס הגט אף שהוא סייע לה לא מחזי כנותן לה בתורת כריתות ורק כיון שהוא רואה שהיא רוצה לקחתו הוא מסייע בקבלתה ולא מחזי לנותן לה גט בתורת כריתות דמסתמא לשם כריתות יהיב מדכתב גיטא ויהיב לה ולא מחסר אלא אמירה ובחסרון אמירה הוי רק פסול אבל היכא שהיא התחילה לקחת הגט מידו לא מינכר דלשם כריתות סייע בקבלתה ואינו גט כלל:

ולכאורה קשה לדעת הרמב"ם ז"ל אמאי בנתן לה ולא אמר כלום הוי רק הגט פסול הא הרמב"ם ז"ל כתב (פ"ו מהלכ"ג) דכל מקום שאמרנו בחיבור זה שהגט פסול ה"ז פסול מדברי סופרים בלבד ונפסלה מן הכהונה מדברי תורה כו' ע"ש וא"כ גבי נתן בשתיקה ולא אמר כלום דכתב דהוי גט פסול הוא נמי משום דכשר מה"ת ופסול מדרבנן וע"ש

בדברי הראב"ד ז"ל בפ"י ה"א] וא"כ קשה אמאי הגט כשר מה"ת בנתן בשתיקה הא בספרי דרשינן מקרא כמו שהביא הרמב"ן והר"ן ז"ל ונתן בידה ושלחה מביתו מכאן אמרו כנסי שט"ח זה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטך:

ונראה לי דהרמב"ם ז"ל מפרש הא דדרשינן בספרי מקרא דבעינן שיאמר לה הא גיטך לא לענין אמירה ושילוחין בפיו דרשינן לה דהא דכנסי שט"ח דפסול הוא משום דכתיב ספר כריתות ונתן בידה כמו שכתב בפ"א אלא דיליף מהאי קרא דמהני מה שאמר לה אח"כ הא גיטך דלא נימא מסברא דכיון דאמר כנסי שט"ח וזה לא הוי נתינה משום דבעינן שיתן בתורת כריתות לא מהני נמי מה שיאמר לה אח"כ הא גיטך כיון דנתינה דמעיקרא לאו נתינה הוא כמו שסובר ר' שמעון בן אלעזר דבעינן שיטלנה הימנה ויחזור ויתננו לה וע"ז למד מקרא דאמירה דאחר נתינה כ"ז שהוא בידה נמי מהני וכמ"ש הר"ן ז"ל (בפ' הזורק) דאפילו נתן לה בתורת פיקדון נמי מהני אם אמר לה אח"כ הא גיטך] ויליף לה מדכתיב ונתן בידה והדר ושילחה דמשמע שאף שהשילוחין היו אחר שכבר הי' הגט בידה נמי מהני והכי אורחא דתלמודא למידרש תיבת ונתן שכבר נתן כמו דאמרינן בכתובות (דף מ"ב) לא זכתה תורה לאב אלא משעת נתינה הייינו אחר שכבר נתן זכה האב] ולהכי מהני מה שאמר הז"ג אחר שכבר הוא בידה אף שהנתינה לאו כלום הוא שהרי נתן בתורת שט"ח או מזוזה. והשתא א"ש דסובר הרמז"ל דהא דבעינן שיאמר הא גיטך מה"ת היינו דווקא שנתן מעיקרא בתורת שט"ח דאז בעינן שיאמר אח"כ הא גיטך מה"ת למיחשב נתינה בתורת כריתות אבל היכא דנתן ולא אמר כלום מן התורה לא בעינן שיאמר דברי שילוחין ורק מדרבנן פסול ולהכי כתב דהוי רק גט פסול בלא אמר כלום:

והנה לפי דברי הרמב"ם ז"ל הי' נראה בנ"ד שפוסלה מן הכהונה דהא נתן לה בתורת כריתות ומה שהיא לא ידעה וסברה שנותן לה מכתב לאבי' לא גרע מנתן לה ולא אמר לה כלום דפסול ופוסל לכהונה אולם נראה לי דמ"ש הרמב"ם ז"ל דבלא אמר לה כלום הוי רק גט פסול מיירי שהיא ידעה שהוא גט רק שהוא לא אמר לה כלום אבל אם היא לא ידעה כלל שהוא גט וכשנתוודע לה שהוא גט כבר לא הי' הגט בידה כעובדא דידן דכשנתנה לאבי' כסבורה שהוא איגרת שלומים מודה הרמב"ם ז"ל שהגט בטל דלכאורה מוכח כן מדבריו שהרי כתב שם (בפ"א) עשרה תנאים בגט והתנאי הא' שיגרשה מרצונו ובתנאי הט' כתב שיתן לה בתורת כריתות ומפרש אח"כ הך תנאי שיתן לה בתורת כריתות שלא יתן לה בתורת שט"ח או מזוזה ואם נאמר דכוונתו רק שהוא יתן בתורת כריתות אבל בקבלתה לא איכפת לן שאף אם היא סבורה שהוא שט"ח נמי מהני ולא בא לאפוקי

אלא אם הוא נותן בתורת שט"ח או מזוזה א"כ היינו התנאי הראשון שיגרשנה מרצונו דכיון דנותן לה בתורת שט"ח או מזוזה הרי אינו רוצה לגרשה רק נתן בתורת שט"ח ואפילו אם נפרש התנאי הראשון שיגרשנה מרצונו שלא יהיה הגירושין מחמת אונס מ"מ ממילא ידעינן דכיון דלא מהני אם גרשה באונס משום דבעינן רצון ואם נתן בתורת שט"ח או מזוזה הרי לא רצה לגרשה כלל. ומה חידש לנו הרמב"ם ז"ל בתנאי הט' מיהו זה היה אפשר ליישב דהתנאי הא' שיגרשנה מרצונו והתנאי הט' הוא דאפילו אם רוצה לגרש רק שאומר שנותן בתורת שט"ח או מזוזה לא מהני ולא בא למעט שיפסל הגט אם אינו אומר כלום בשעת נתינה דבאינו אומר כלום הגט כשר מה"ת לדעת הרמב"ם ז"ל רק בא למעט שאם אומר בשעת מעשה שנותן בתורת שט"ח אינו גט דאף דאם אינו אומר כלום נמי כשר מן התורה מ"מ אם אומר שנותן בתורת שט"ח אינו גט ואשכחן כה"ג גבי קדשים (בפ"ק דזבחים) דדרשינן מקראי דבעינן לשמה דכתיב ואם זבח שלמים קרבנו אפ"ה אמרינן שם דסתמא נמי כשר בקדשים וקרא לא ממעט אלא אם שחט בהדיא שלא לשמה. וה"נ דרשינן ספר כריתות שלא יתן בתורת שט"ח או מזוזה אבל אם לא אמר כלום כשר מן התורה דכיון דכתב גט ויהיב לה מסתמא לשם כריתות יהיב לה אע"ג דלא אמר מידי לא לה ולא לעדים ואף שהיא לא ידעה שזה גט נמי מהני דתורת כריתות שכתב הרמב"ם ז"ל אבעל קאי אבל בדידה לא איכפת לן אם לא ידעה שהוא גט ולהכי כתב דבנתן לה ולא אמר כלום כשר מה"ת:

מיהו א"א לאמר כן שהרי הרמז"ל כתב שם ומנין שאינו נותנו לה אלא בתורת גירושין שנאמר ספר כריתות ונתן בידה אבל אם נתן לה בתורת שט"ח או מזוזה או שנתן בידה וישינה ניעורה והרי גיטה הוא בידה אינו גט ואם אמר לה אח"כ הז"ג כשר עכ"ל הרי שכ' בהדיא דטעמא דישינה הוא מפני שלא נתן לה בתורת כריתות ולא כמו שפירש הרשב"א ז"ל והר"ן ז"ל שהטעם בישינה שאין יד ואין משתמר לדעתה, אלא משום דבעינן בתורת כריתות ונתן בידה והא התם בישינה הוא נתן לה בתורת כריתות רק שהיא היתה ישינה והיא לא ידעה שנותן לה גט הרי חזינן דהתנאי דתורת כריתות אתרווייהו קאי דגם היא צריכה שתדע שנתן לה גט בתורת כריתות ואם לאו אינו גט ומה שמהני אם אמר לעדים ראו גט זה שאני נותן לה ע"כ דגם הרמב"ם ז"ל סובר בזה כדעת התוס' דהעדים יאמרו לה אח"כ כ"ז שהגט בידה ולא הזכיר דבר זה כיון שרבא לא הזכירו דבעינן שיאמרו לה העדים להכי לא הזכיר גם הרמב"ם ז"ל ומתקיים גבי דידה הא דדרשינן ספר כריתות ונתן בידה במה שיתוודע לה אח"כ כ"ז שהוא בידה:

ולפי זה ע"כ דמש"כ הרמב"ם ז"ל דאם נתן לה הגט בשתיקה הוי רק גט פסול אבל מן התורה כשר מירי שגם היא ידעה שהוא גט רק שנתן בשתיקה אבל בלא ידעה עד אחר שיצא מתחת ידה לא הוי גט כלל [ולפ"ז בישינה מהני אם אמר מעיקרא לעדים ראו שאני נותן לה גט כמו דמהני בכנסי שט"ח דחד טעמא לתרווייהו לשיטת הרמב"ם ז"ל משום דבעינן שיתן בתורת כריתות וכי היכי דמהני גבי כנסי שט"ח אמר לעדים ראו גט זה שאני נותן ה"נ מהני גבי ישינה דלא כמש"כ הרשב"א ז"ל דבישינה לא מהני ומה שלא הזכיר הרמז"ל דמהני גבי ישינה אמר לעדים ראו גט זה כו' הוא משום דאין דרכו להזכיר דין שאינו מוזכר בגמרא]:

וא"ש בזה דעת הרמ"א (בסימן קל"ו) שכתב וצריך שתדע שהוא גט אף שהוא קאי על דברי המחבר שהם כדברי הרמב"ם ז"ל דהטעם הוא משום דבעינן תורת כריתות ואפ"ה בעינן שגם היא תדע שזה גט וכפי מה שהוכחנו מדברי הרמב"ם ז"ל דבישינה אינו גט אעפ"י שהוא נתן בודאי בתורת גט משום דבעינן שגם היא תדע שזה גט. וזה שלא כדברי הב"ש שכתב דלהר"מ א"צ שתדע ואפילו אם לא אמרו לה העדים נמי כשר ותמה בזה על הרמ"א ז"ל ולפמ"ש דברי הרמ"א נכונים:

ומעתה יצא לנו היתר האשה הזאת לדעת הבעה"מ והרמב"ן ז"ל והתוס' משום דכל שלא אמר דברים של שילוח אינו גט וכאן אף שאמר נא דיר אגט מ"מ היא היתה סבורה שהוא דרך שחוק עד שיצא הגט מת"י ולהרמב"ם ז"ל כבר בארנו דכל שלא נתן לה בתורת כריתות שהיא לא ידעה שהוא גט אינו גט כלל:

ועוד יש לנו עמוד גדול בנ"ד דאנן קיי"ל כר"א דאמר ע"מ כרתי ונודע דדעת התוס' והרא"ש והטור דע"ח בלא ע"מ לא מהני כלל לר"א כמבואר כ"ז בתוס' גיטין (דף ד') ובר"ן ז"ל (פ' המגרש) וא"כ נהי דתנן גיטין (דף פ"ו) כתוב בכת"י כשר מן התורה משום דכת"י כע"ח דמי מ"מ לר"א כיון דלא הוי ע"מ הגט פסול מן התורה ועיין ברשב"א ז"ל בחי' למגילה בהא דאמרינן שם (דף ט"ו) גבי אסתר שאמרה כאשר אבדתי מבית אבא אבדתי ממך שהקשו התוס' דהי' לו לגרשה ותירצו שהי' מתיירא פן יודע הדבר וע"ז הקשה הרשב"א ז"ל דהי' לו לגרשה בכת"י משמע בהדיא דכת"י כשר אף בלא ע"מ התם נמי קאי לדברי הרי"ף וסייעתו דסובר דע"ח כשרים בלא ע"מ אבל בחידושיו לגיטין הסכים לדעת דבלא ע"מ הגט בטל והב"ש כתב (בסימן קל"ג) דלדעת התוס' הגט בטל בלא ע"מ רק שפוסל לכהונה דאתי לאיחלופי בגט כשר ולא ידעתי מניין לו זה דמדברי התוס' והרא"ש והטור (בסימן קל"ג) משמע דלא הוי גט כלל ואינו פוסל מכהונה:

והרמב"ם שכתב דיש מן הגאונים ז"ל שכתבו שבלא ע"מ הגט פסול קאי בשיטת הרי"ף דע"ח כרתי ובלא ע"מ נמי מהני וסברי הגאונים דאפ"ה הגט פסול אבל לדעת התוס' ודאי דבלא ע"מ אינו גט כלל ואינו פוסל מכהונה וברמז"ל (פ"ו מה"ג) משמע דליכא פסול כהונה אלא בגיטין הכשרין מן התורה ורבנן פסלו אותם להכי פוסלין מן הכהונה כיון שכשרים מה"ת אבל גט שפסול מן התורה אינו פוסל מכהונה כלל חוץ מגט דהרי את מגורשת ממני ואי את מותרת לכל אדם וכתב הה"מ דטעמו משום דפסק כמ"ד (בר"פ כל הגט) דכולן אין פוסלין מן הכהונה חוץ מן האחרון דפוסל מטעם ספיקא דברירה דהוי ספק תורה אבל שארי פסולי ודאי מן התורה גם מכהונה אין פוסלין וא"כ גט שניתן בלא ע"מ לדעת ר"ת וסייעתו ודאי דאינו פוסל. והראב"ד ז"ל שם השיג על הרמב"ם ז"ל וכתב וז"ל יש מקומות הרבה שאין מוכיח לפסולות ויאמרו דגרושה הותר לכהן עכ"ל ולפי דבריו אפשר דגט הניתן בלא ע"מ נמי פוסל אף לדעת ר"ת כדברי הב"ש:

מ"מ נראה דאם נשאת לכהן דלא תצא כיון דמה"ת לא הוי גט ואינה גרושה ומשום פסול כהונה מדרבנן לא מפקינן לה מבעלה דומיא דג' גיטין פסולין דאם נשאת בהן לא תצא וכן פסק הרמב"ם ז"ל גבי עגונה כל היכא דאסורה מדרבנן אם נשאת לא תצא וכן במת הוולד בתוך ל' ועמדה ונתקדשה ג"כ לא תצא ובאשת כהן אינה חולצת ג"כ וה"נ באיסור גרושה לכהן אם הפסול מדרבנן דלא ליתי לאחלופי בגט כשר לא תצא ואף דגבי חלוצה שנשאת לכהן מפקינן לה מבעלה שאני איסור חלוצה דמסמכינן לי' מקרא ביבמות (דף כ"ד) אבל גט פסול מה"ת אפ"ל דלא תצא אם נשאת ומכ"ש הכא דלא מפקינן לה מבעלה שנתן לה גט זה הפוסל רק מדרבנן ומדאורייתא אינו גט ואע"ג דחזינן שהעמידו חכמים דבריהם אף להוציא אשה מבעלה שניסת לו בהיתר גבי איסור כהונה דהא אמרינן ביבמות (ד' ל"א) גבי גט דאם קרוב לה מגורשת מע"מ מגורשת ואינה מגורשת ואמרינן למאי הילכתא דאם כהן הוא אסורה לחזור לו ומן התורה ודאי דמותרת משום דמוקמינן לה אחזקת היתר לבעלה ולכהונה ורק מדרבנן אסורה ואף שהתוס' כתבו ביבמות (דף ס"ח) גבי ספק בן תשע שנים ויום אחד ספק אינו ב"ט דלא מוקמינן אחזקה לענין כהונה ויוחסין, היינו מדרבנן אבל מן התורה ודאי דמוקמינן אחזקה גם לענין כהונה ויוחסין. שהרי התוס' כתבו בעצמן בסוטה (דף כ"ט) ד"ה שכן שהקשו דל"ל קרא לכהונה גבי סוטה כיון שהכתוב עשה ספק כוודאי ותירצו משום דה"א דמוקמינן אחזקה גבי כהונה להכי קמ"ל דגם לכהונה הוי ספק סוטה כודאי עיי"ש אלמא דבכל התורה שאין הספק כודאי מוקמינן אחזקה אף גבי איסור כהונה מן התורה והא דאמרינן ביבמות (דף פ"ח) וקדשתו דפנו ומוקי לה בשנים שאמרו מת בעלה וניסת לכהן ואח"כ באו שנים ואמרו

חי הי' כשניסת ומת עכשיו דחייב להוציאה משום ספק איסור זונה ולא מוקמינן לה אחזקה התם שאני דהא לא הוי חזקה כלל דהעדים העידו שבשעה שניסת הי' בעלה חי והיתה א"א ונעשית זונה ולא היה לה חזקת היתר לכהונה ועוד דהא התם משני מאי דפנו בעדים היינו לטרוח אחר עדי הזמה וכיון שהוכחנו דמן התורה מוקמינן אחזקה גבי איסור כהונה ורק מדרבנן לא מוקמינן אחזקה ומה שאמרו בגיטין (דף ע"ח) גבי מחצה על מחצה דאי כהן הוא אסורה לחזור לו הוא רק מדרבנן הרי חזינן שהעמידו חכמים איסור דבריהם להוציא אשה מבעלה כהן שניסת לו בהיתר אף שמה"ת מוקמינן אחזקה והגט לאו כלום הוא:.)

מ"מ נראה לי דדוקא התם דאיכא חשש לתא דאיסור דאורייתא דדילמא קרוב לה והוי גרושה לכהן בזה החמירו רבנן שלא להעמיד על חזקת היתר לבעלה ואסורה לחזור לו אבל גט הניתן בלא ע"מ לדעת ר"ת וסייעתו דמדאורייתא אין כאן גט כלל וליכא דררא דאיסורא דאורייתא רק דרבנן גזרו שלא לאחלופי בגט כשר לדברי הב"ש לא גזרו רבנן להוציא אשה מבעלה שניסת לו בהיתר עכ"פ בנידון דידן יש לנו יסודות כראי מוצקות להתיר האשה לבעלה ובשמו נבטח שלא נכשל בדבר הלכה ולהיות מעושי רצונו ית"ש בדבר הלכה כל הימים כנפשו ונפש ידידו:

ודע שצריך עיון בדברי רש"י ז"ל ביבמות (דף צ"ד) בהא דדרשינן ואשה גרושה מאישה אפילו לא נתגרשה אלא מאישה פסולה לכהונה ופרש"י ז"ל שאם מת אסורה לכהן ואמאי לא פירש שאם בעלה כהן נאסרה עליו בגט זה אבל מדברי רש"י משמע שבעלה ישראל רק שהנ"מ לאוסרה אחר מיתת בעלה לכהן ואילולי דברי רש"י ז"ל הי' נראה דהא דרשא דדרשינן בהרי את מגורשת ממני וא"א מותרת לכל אדם פוסל לכהונה הוא דווקא אם בעלה כהן דאז מועיל הגט לאוסרה על בעלה משום איסור כהונה נאסרה גם לכל הכהנים אם מת הבעל משום איסור כהונה אבל אם בעלה ישראל דאז אין הגט מועיל כלל כעת דעל בעלה לא נאסרה דהא ישראל הוא ולכהנים דעלמא אסורה בלאו הכי משום איסור א"א דהוי לכל אדם בגט כזה ולא פעל גט זה לא להתיר לעלמא ולא לאסור לכהונה דבלא"ה אסורה לכ"ע להכי גם אם מת בעלה והותרה לאחרים ולא הוי' א"א נמי לא חייל איסור גרושה לכהן דכל גט שלא הועיל בשעת נתינתו אינו מועיל אח"כ ג"כ אם נתנו סתם [אם לא שהתנה שיחול לאחר זמן אבל אם נתנו שיחול עכשיו ולא חייל עכשיו משום דבלא"ה יש בה איסור א"א אינו פועל לאח"ז ג"כ] ואין לומר דמועיל הגט לענין שאם בא עלי' כהן והתרו בו משום גרושה ולא משום א"א דלוקה משום גרושה לכהן דז"א דלא חייל איסור גרושה על איסור א"א [ודוחק לומר דנ"מ לענין לקוברו בין

רשעים גמורים] וקרא דקאמר דהוי גט לאוסרה לכהן מיירי שבעלה המגרש הוא כהן והועיל הגט הזה לאוסרה על בעלה ואסורה גם לכ"ע משום איסור גרושה דהועיל הגט לעשותה גרושה לגבי בעלה הכהן וכיון דמסתברא דקרא מיירי דווקא בבעלה כהן א"כ לא הי' צריך רש"י ז"ל לכתוב דאם מת בעלה אסורה לכהן אלא דנ"מ שאסורה לבעלה בגט זה:

וראיתי בתשובת מהר"ם מלובלין (סימן קכ"ג) שכתב דקרא מיירי בשכ"מ שמגרש את אשתו שלא תזקק ליבום אחרי מותו ונותן לה גט זה שאם ימות לא תזקק ליבום ואם יתרפא מחליו יחזור וישאנה והכריח שם דבריו דע"כ דמיירי הכי דבלא"ה קשה דאי במגרש מחמת שנאה ואין כוונתו להחזירה אליו א"כ כשיאמר לה כן תהי' זאת האשה עגונה לעולם שהרי יוכל לגרשה בע"כ וחלילה לתורתינו הקדושה שכל דרכי' דרכי נועם להתיר לאדם ששונא את אשתו ומגרשה ממנו שתהא נפרדת ממנו כל ימיו שיכול לגרשה ולאמר לה אי את מותרת לכל אדם שא"כ תתעגן היא כל ימיו. שהרי כיון שהוא מגרש אותה מתוך שנאה ודאי אין דעתו לחזור ולישא אותה כל ימיו ואיה א"כ נעימותי' של תורה אלא ודאי במגרש אותה מתוך אהבה שלא תהא זקוקה ליבום ודעתו אם יעמוד מחליו יחזור וישאנה לכך אינו מתירה לעלמא מפני שמחזיקה לעצמה ומאמינים זה לזה שיחזרו וישאו זא"ז עיי"ש בדברי הלבוש ז"ל והנה מ"ש דע"י גט זה תהא פטורה מן היבום הא ודאי ליתא דבהדיא כתבו התוס' בגיטין (דף פ"ב) ד"ה אפילו דמותרת להתייבם אם נתגרשה בגט זה וכבר הקשו אותו חכמי דורו מדברי התוס' אלו כמבואר בסימן שאח"ז:

אולם מה שהקשה דאין זה דרכי נועם שיהא אדם רשאי לגרש את אשתו שתהא מגורשת ממנו ואסורה לכל אדם ודאי קושיא חמורה היא ואם נימא דמגרשה מרצונה ומתרצית לקחת גט כזה נמי קשה לאיזה תכלית הוא נותן לה גט כזה והלא פועל ריק לו ולה להיות מגורשת ממנו ואסורה לכל אדם ואם שניהם יתרצו שלא לדור ביחד מי ימחה בידם מבלעדי גט זה וגט זה למה בא. ונראה דודאי דברי הלבוש נכונים בזה דגט זה משכחת לה שיקרה בשכ"מ אבל לא לפוטרה מיבום אלא דמשכחת לה אם הבעל כהן ומתיירא שמא ימות ויקחנה אחיו ויבמה והיא אין רצונה להיות אשת אחיו ועכ"ז רוצה שאם ימות בלא בנים יקיים אחיו מצות יבום אבל אין רצונה להיות אשתו לעולם דמצות יבום מתקיימת בביאה ראשונה כדאמרינן ביבמות (דף כ') ואם יתן לה גט באם מתי מעכשיו הרי תהי' גרושה גמורה כשימות ולא תתקיים מצות יבום כלל והוא רוצה שיקיים אחיו מצות יבום רק שהיא אין רצונה להיות אשת אחיו לעולם לכן נותן לה גט כזה בהרי

את מגורשת ממני וא"א מותרת לכל אדם דכשימות מותרת להתייבם כמ"ש בשם התוס' ואינה מותרת אלא בביאה ראשונה משום עשה דוחה ל"ת ואסור בביאה שני' ומחוייב לגרשה אחר ביאה ראשונה ותתקיים מצות יבום ותצא ממנו וזה רצון שניהם ואם יעמוד מחליו יתבטל הגט מן התורה ותהא מותרת לחזור לבעלה כהן דקיי"ל בגיטין (דף ע"ב) גיטו כמתנתו מה מתנתו אם עמד חוזר אף גיטו אם עמד חוזר משום דאדעתא דהכי לא גירשה ודמי לתנאי ומותרת גם לבעלה כהן ואינו מפסיד אותה ע"י גט ונמצא מתקיים כל מחשבתם שאם יעמוד תהא מותרת לו ואם ימות יקיים אחיו מצות יבום בביאה ראשונה ויוציאנה בגט ויש מקום לעסק גט זה לפעמים שיתרצו האיש והאשה לזה ומתקיימין דברי רש"י ז"ל במ"ש דאם מת אסורה לכהונה אע"ג דנ"מ גם דאסורה לבעלה כהן כמו שבארנו דאפשר דמיירי בבעלה כהן אפ"ה כתב רש"י ז"ל דנ"מ אם מת משום דלגבי בעלה אין שייך לומר דנאסרה עליו משום גרושה לכהן כיון דקיימינן בשכ"מ ואם רוצה לבא עלי' יכול לבטל הגט ולבא עלי' וממילא בביאתו מבטל הגט דהא לא גרשה אלא במעכשיו אם מתי דאפילו אם לא אמר הכי קיי"ל גיטו כמתנתו ואם עמד בלא"ה בטל הגט להכי כתב רש"י ז"ל דנ"מ אם מת דהוי גט מעליא ולכהנים אסורה משום גרושה והלבוש כתב שמצא מרגניתא בפירושו בהאי קרא דמיירי בשכ"מ ואנו בעזהי"ת מצאנו מרגניתא תוך מרגניתא:

שוב ראיתי שקשה על דברינו דהא ביבמות (דף צ"ב) דדריש שם ר' מתיא ואשה גרושה מאישה ולא מאיש שאינו אישה אמר רב שם ע"ז דהוה לי' לר"מ למידרש בהאי קרא מרגניתא ודריש חספא מאי מרגניתא דתניא ואשה גרושה מאישה אפילו לא נתגרשה אלא מאישה פסולה לכהונה והיינו ריח הגט דפוסל לכהונה עיי"ש. ולרב הא ליכא למימר דמיירי שרוצה שיקיים אחיו מצות יבום בביאה ראשונה ויגרשנה דהא ביבמות (דף י"ט) קאמר רב דחייבי לאוין לא רמיא ליבום כלל מקרא דיבמתו יבמתו יש לך יבמה שאינה עולה ליבום ועולה לחליצה ואסור אפילו ביאה ראשונה וא"כ תקשה לרב מאי מרגניתא הוא דגט זה למה בא, וצ"ל לרב דמיירי שרוצה שאחיו יחלוץ לה ויקיים מצות חליצה ואם יתן לה גט גמור לית כאן מצות חליצה כלל ועכשיו שנותן לה גט כזה יחלוץ לה אחיו דגרושה אסורה לו ואם לא יתן לה גט כלל ייבם אחיו והוא אינו רוצה שישאנה אחיו רק שרוצה שיקיים מצות חליצה ודו"ק:

שאלה שכ"מ דדחיק לי' עלמא ולו אח מומר לעבודת כוכבים ואשתו אינה בכאן אם יש תקנה לזכות לה גט ע"י שליח קבלה או לא:

תשובה ביבמות (פ' האשה שלום) איבעי לן במזכה גט לאשתו במקום יבם מי אמרינן זכות הוא לה או לא ולא איפשיטא ועי' (בשו"ע סימן ק"מ) דביבם מומר ודאי דיש לסמוך ע"ז ולעשות שליח קבלה וגם כי יש לצרף לזה מה דאמרינן (ב"ק ק"י) גבי נפלה לפני יבם מוכה שחין דאבעי לן למימר אדעתא דהכי לא קדשה עצמה רק דדחי שם דאיתתא בכל דהו ניחא לה אבל במומר לעבודת כוכבים דעת הפוסקים דלא שייך לאמר איתתא בכל דהו ניחא לה:

מיהו לכאורה הי' נראה לי דהיינו דוקא לעשות שליח קבלה ולזכות לה הגט על תנאי דאם מתי אבל לגרש לגמרי בלי תנאי דאם מתי רק שתהא מגורשת מעכשיו אין זה זכות אלא חוב דכיון דהשכ"מ אינו בגדר גוסס רק בגדר חולה ורוב חולין לחיים א"כ הרי חוב הוא לה מאי דמתגרשת מבעלה כעת ומאי מהני הא דסניא לי' ליבם כיון דלע"ע חוב הוא לה ושכ"מ לא גרע ממוכה שחין דקי"ל דהוי חוב לאשתו להתגרש ממנו ואף דאח"כ מת הבעל מ"מ בשעה שזיכו לה הגט נחשב קבלת הגט לחוב ובגמרא מיירי במזכה לה הגט בתנאי דאם ימות יהא גט דלא מפסידה מידי דאם יחי' היא אשתו כראשונה ולא מסתפק לן אלא אם מה שלא תהא זקוקה ליבום ע"י הגט מיחשב זכות או לא והכי משמע לשון הגמ' המזכה גט לאשתו במקום יבם מהו משמע דלא גירשה אלא משום חשש יבום ולכשתזקק ליבום יחול הגט למפרע, ומצאתי בתשובת הרדב"ז שכתב כן:

ולכאורה נראה להביא ראי' מדברי הרמב"ם ז"ל (בפ"ט מה' גירושין) שכתב שם (בהלכה כ') דין שכ"מ המגרש על תנאי דאם מתי וכתב שם וז"ל חולה שרצה לגרש על תנאי לכשימות כדי שלא תפול ליבם ואם עמד לא תהא מגורשת ולא רצה לגרשה מעכשיו שלא תטרוף דעתו כך הוא כותב לאחר התורף או אומר לה כשנותן הגט כו' (ובהלכה כ"א) כתב שם הא דינא דמזכה גט לאשתו במקום יבם וז"ל בעל שאמר לאחר זכה בגט זה לאשתי כדי שלא תפול ליבם ונתן הגט לידו ומת הבעל קודם שהגיע הגט לידה הרי זה ספק מגורשת כו' עכ"ל והנה (בהלכה כ') בדין תנאי דשכ"מ כתב חולה שרצה לגרש וכאן שינה וכתב בעל שרצה לגרש ולא כתב חולה משמע ודאי דמיירי גם בבריא והנה בבריא המגרש ומתיירא שמא ימות ודאי דאם גירשה לגמרי בלי תנאי דהוי חוב דאף דסניא לי' ליבם מ"מ כיון שבעלה בריא למה תחוש שימות ואין לך חוב גדול מזה מה שמפסדת בעלה כעת ועיין (ביבמות קי"ב) מי מסקה אדעתא דמית בעל ונפלה קמי יבם] וא"כ מאי ספיקא איכא הכא הא ודאי חוב הוא לה, א"ו דהרמב"ם מפרש בעיין דמיירי במגרשה על תנאי דאם ימות ואם לא ימות תהי' אשתו ולהכי אפילו אם הבעל בריא נמי מיקרי זכות משום דסניא לי' ליבם וכ"ז שהבעל בחיים היא אשתו והכי דייק לשון

הרמב"ם ז"ל שכתב בעל שאמר לאחר זכה גט זה לאשתי כדי שלא תפול ליבם דמשמע שגם להזוכה אמר שלא יזכה אלא כדי שלא תפול ליבם דהיינו אם ימות ואם לא ימות תהי' אשתו ואין רצונו לגרשה לגמרי וצ"ע היטב לדינא:

סימן קסד

שאלה בגט הנשלח ממרחקים ונמסר ליד האשה ואח"כ נודע שמת הבעל ואין ידוע אם היה קיים בשעת מסירת הגט:

תשובה תנן בגיטין (דף כ"ח) המביא גט ממדה"י והניחו זקן או חולה נותנו לה בחזקת שהוא קיים, ולכאורה נראה כיון דנותנו בחזקת שהוא קיים ולא חיישינן למיתה ומתירין אותה להנשא אם שמעו אח"כ שמת תלינן שמת אח"כ. וכן מצאתי להנוב"י באהע"ז מה"ק (סי' ל"א) שכ' בהא דאמר המביא גט והניחו זקן או חולה נותנו לה בחזקת שהוא קיים וז"ל והנה אם יש לו אח והיא נשאת לאיש עפ"י גט זה ואחר כמה שנים ישמעו בו שמת הכי נאמר שמת למפרע והרי זה זקוקה ליבם ובניה ממזרים למ"ד יש ממזר מיבמה לשוק והרי כתיב דרכיה דרכי נועם עכ"ל:

אולם מצאתי להגאון בעל תורת גיטין בחי' לאהע"ז (סימן קמ"א סעיף ס"ח) שכתב אדין זה דנותנו לה בחזקת שהוא קיים וז"ל ואם אחר שנתנו לה נתברר שמת וא"י אם קודם שנתנו אם לאחר שנתנו יש ללמוד דין זה (מסימן קמ"ד סעיף ה') דאם הוא ספק איזו מהן קודם ה"ז ספק מגורשת וזה דלא כהנוב"י:

והנה הדין שלמד ממנו התו"ג האמור (בסימן קמ"ד סעיף ה') הוא מתניתין בגיטין (דף ע"ו:) אמר הם לא באתי עד שנים עשר חודש כתבו ותנו גט לאשתי אין כותבין תוך יב"ח כתבו ונתנו לה לאחר י"ב חודש ומת אם מיתה קדמה לנתינת הגט אינו גט אם גט קודם למיתה ה"ז גט ואם אינו ידוע איזו קודם ה"ז מגורשת ואינה מגורשת. וכ' הר"ן ז"ל שם זו היא שאמרו מגורשת ואינה מגורשת דלא מוקמינן לי' בחזקת חי ונימא דלאחר יב"ח מת אלא כיון דהשתא מת מקמי הכי מספקינן לי' שמת בתוך יב"ח עכ"ל הר"ן ז"ל ומזה למד בתו"ג דגם במביא גט ממדה"י ונותנו לה בחזקת שהוא קיים ואח"כ נודע שמת הדין כן:

והנה וודאי דפשטא דלישנא דמתניתין משמע שכתבו ונתנו לה בחזקת שהוא קיים ולא בא ואח"כ נודע שמת וע"ז אמר דאם גט קודם ה"ז גט ואם מיתה קדמה אינו גט ובאינו ידוע הוי ספק:

ולי היה נראה לכאורה דהך דינא דאם לא באתי אין יכולין לכתוב וליתן הגט עד שיוודע שלא מת ואף דבאומר סתם כתבו ותנו גט לאשתי והלך מכאן וודאי דכותבין משום דמוקמינן לי' בחזקת חיים מ"מ באומר אם לא באתי מכאן ועד יב"ח כתבו ותנו הוי לי'

תורת תנאי כדפריך התם בסוגיא אר' יוסי לימא קסבר ר"י כתב גט על תנאי כשר דהך אם לא באתי עד יב"ח מקרי תנאי שהתנה שלא יכתבו את הגט עד אחר יב"ח וכי מספקינן דלמא מת תוך יב"ח לא שייך לאוקמי אחזקה דדבר שהוא משום תנאי בעינן שיתברר שנתקיים התנאי וכי מת בתוך יב"ח הרי לא נתקיים תנאי דאם לא באתי שהרי הי' אנוס מלבוא ואף דמשום חשש אין גט לאחר מיתה הי' מועיל מה שמעמידין אותו בחזקת חי מ"מ לענין קיום התנאי שהתנה שלא יכתבו אלא עד אחר יב"ח לא מהני חזקה ובעינן שנדע שהי' חי ולא בא שאז נתקיים התנאי ויכולין לכתוב דכל המתנה דעתו שיראו בפועל שנתקיים התנאי ולא שיראו וידונו הדבר ע"י חזקה שנתקיים [וכה"ג כ' הר"מ ז"ל בהא דאם לא באתי מעכשיו ועד יב"ח דבעינן למימר בש"ס שם דאפילו במת בתוך יב"ח לא שרינן לה להנשא אף שבוודאי שוב לא יבוא כיון שמת והתוס' נדחקו בזה וכתבו שהוא משום גזירה דגזרינן אטו לא מת עיי"ש. אבל הה"מ ז"ל (בפ"ח מהלכות גירושין הלכה כ"ב) נתן טעם לזה דכל המתנה כוונתו שיתקיים התנאי בפועל היינו שלא יבוא עד יב"ח אבל מה שאנו יודעין שלא יבוא מחמת שמת זה לא מהני וצריכה להמתין כל יב"ח מלהנשא לקיום התנאי ומה שיודעין שיתקיים התנאי אינו מועיל וכ' שם הה"מ שמזה למד הר"מ ז"ל במתנה על מנת שתתני לי מאתים זוז ולא קבע לה זמן על הנתינה דקיי"ל לי ולא ליורשי והגט בטל אעפ"כ אסורה להתייבם שלא בטל הגט כ"ז שלא נתבטל התנאי בפועל והכא הרי לא נתבטל שהרי לא קבע זמן לנתינת המאתים זוז ומתלי תלי קיום התנאי אף שאנו יודעין שבוודאי לא יתקיים דלי ולא ליורשי קאמר מ"מ בפועל לא נתבטל ודעתו שאם יתבטל בפועל לא יהא גט אבל אם לא יתבטל בפועל אסורה להתייבם וקלסי' הה"מ ז"ל וכ' שזה מורה על שכלו הגדול של הר"מ ז"ל ואף אנו נאמר במתנה שלא יכתבו עד שיעבור יב"ח ולא יבוא לא מהני מה שחזקתו חי ולא בא אלא עד שיודעין בבירור שחי ולא בא דהכי הוא דעתו בתנאי שהתנה ואע"ג דגבי אונס אמרינן בפ"ק דכתובות (דף ב') דאונס מיתה אינו מבטל לתנאי אף למ"ד יש אונס בגיטין משום דלא ניחא לי' דתיפול קמי יבם וא"כ מקרי לא בא זהו דווקא התם שנתן לה הגט כעת ואמר מעכשיו בזה אמרינן דלא ניחא לי' שאונס מיתה יבטל תנאו ויהא כאלו בא משום דלא ניחא לי' דתיפול קמי יבם וזהו עיקר כוונתו בנתינת הגט אבל הכא דאמר אם לא באתי עד יב"ח כתבו ותנו שאם מת בתוך יב"ח אין כותבין ולא איכפת לי' במה דתיפול קמי יבם, וזהו תנאו שנמתין מלכתוב הגט עד כלות יב"ח ואם מת בתוך יב"ח אין כותבין בעינן שיודעין בבירור שהי' חי בתוך יב"ח דאף דלענין גט לאחר מיתה מהני מה

שמחזקינן אותו בחזקת חי מ"מ לענין קיום התנאי בעינן שיתקיים בפועל היינו שנדע שהי' חי ולא בא שכן הי' דעתו שימתינו מלכתוב עד שיראו שחי ולא בא]:
ואחרי שבררנו דאנו צריכין לידע שהי' חי בתוך יב"ח ולא מהני חזקת חיים דברי המשנה ברורים לנו דלכאורה קשה טובא מ"ש הכא דקתני הך בבא אם גט קודם למיתה ה"ז גט ואם מיתה קדמה לגט אינו גט ואם אינו ידוע מגורשת ואינה מגורשת ואמאי לא תני נמי הך מלתא בפ' כל הגט במביא ממדה"י דנותנו לה בחזקת שהוא קיים ואם נמצא אח"כ מת מגורשת ואינה מגורשת ומ"ש דתני לה הכא גבי אם לא באתי אבל לפי דברינו הדבר נכון דגבי מביא גט ממדה"י כיון שמעמידין אותו בחזקת חיים ונותנין לה הגט הרי היא מגורשת ואם יתוודע לנו שמת ואין ידוע אימתי לא איכפת לן למיהדר דינא לאוסרה ואמרינן השתא הוא דמת עד שיתברר בעדים שמת קודם נתינת הגט רק הכא גבי אם לא באתי עד יב"ח כתבו ותנו דאחר יב"ח כשכותבין ונותנין אין אנו יכולין להתירה עד שיתוודע לנו שחי הי' כל היב"ח דלענין קיום התנאי לא מהני חזקה מפני שדעתו הי' שיתברר בוודאי שחי ולא בא וכשכותבין ונותנין לה אחר יב"ח אין להתירה עד שיתברר שחי הי' כל היב"ח ולא בא ואם עתה נודע לנו שמת ואינו ידוע אימת בזה אמרינן [אם הגט קודם ה"ז גט ואם מיתה קודמת אינו גט] ואם אינו ידוע איזה מהן קודם הוי מגורשת ואינה מגורשת דכיון שלא החזקנו חזקת חיים לדון על פיה עדיין מפני שאין חזקת חיים מועיל במקום קיום תנאי וכשנודע לנו אחר יב"ח ממיתתו הרי הוא מת לפנינו ובנמצא מת והחזקה לא הוחזקה עדיין לדון על פיה לגמרי עד שנמצא מת לפנינו בזה לא מהני חזקת חיים כלל. ואין ה"נ אם ידענו שחי הי' כל היב"ח ונתקיים התנאי שלא בא כל יב"ח ונמשך הדבר וכתבנו לה הגט אח"כ בחזקת שהוא קיים דכיון שנתקיים התנאי מהני חזקת חיים ונתנו לה ואח"כ נודע שמת ולא נודע אם קודם נתינת הגט או לאחר נתינת הגט דהגט כשר דכל יב"ח הי' חי בבירור לא מחמת חזקה כ"א מבירורו של עדים וכשנותנין לה הגט אף שאח"כ נודע שמת אמרינן השתא אחר נתינה הוא דמת דבשעה שניתן לה הגט הי' בחזקת חיים ומהני החזקה שדנו עלי' שלא לסותרה אף כשנודע שמת. אבל השתא רצה להשמיענו דאם כשנתנו לה אחר יב"ח לא הי' בירור שהי' חי כל יב"ח ועכשיו שנתברר שמת וא"י אימת דבזה הוי ספק מגורשת דבשעה שכתבו ונתנו לא הי' מועיל חזקת חיים שהרי אנו צריכין לידע חיותו בתוך יב"ח שהוא מחמת קיום התנאי דלא מהני בי' חזקה ונותן לה הגט רק שיועיל אם יתברר שחי היה כל היב"ח וממילא הוי ספק כיון דהשתא מת הוא לא מהני לי' חזקת חיים ואף אם עכשיו יתוודע לנו שבתוך יב"ח וודאי הי' חי ולא בא רק הספק הוא על שעת הנתינה אם הי' חי או לא

נמי לא מהני כיון שלא הותרה ע"י החזקה של חזקת חיים עד שנתוודע הספק על שעת הנתינה והרי מת לפנינו הוי מגורשת ואינה מגורשת:

וזה כוונת המשנה להשמיענו שאם כתבו לאחר יב"ח קודם שידעו אם הי' חי בתוך יב"ח ואח"כ נודע שמת וא"י אימת הוי מגורשת ואינה מגורשת ואף שידענו עכשיו שכל יב"ח הי' חי והספק הוא רק אלאחר יב"ח מ"מ כיון דבשעת נתינה לא הוחזק חזקת חיים לדון על פיה לא מהני והוי ספק מגורשת ואין מקום לדין זה כ"א במשנה זו דאם לא באתי כתבו ותנו) אבל במביא גט ממדה"י ונתנו לה בחזקת שהוא קיים הותרה להנשא ואם אח"כ שמעו שמת אמרינן השתא הוא דמת:

ונראה שמזה הטעם אמרינן בתוספתא והביאו תוס' בעירובין (דף ל"ה) דמודים חכמים לר"מ בראוהו חי מבערב שהוא טהור ולא אמרינן כל הטומאות כשעת מציאותן שהקשו המפרשים דאטו אם לא ראוהו חי מבערב לא ידענו שפ"א הי' חי ומאי נ"מ בין ראוהו חי מבערב או לא אבל לפמ"ש א"ש דבנגע בא' בלילה וא"י אם חי אם מת מטמאין חכמים משום דכל הטומאות כשעת מציאותן ולא שייך לאוקמי אחזקת חיים כיון שמת לפנינו וגם בשעה שנגע לא היינו יכולים להחזיקו לטהור מחמת חזקת חיים דכיון שאינו רואה מי הוא ונוגע באישון לילה בא' לא שייך חזקת חיים דאטו ליכא מתים בעולם. ושמא זה שנוגע בו הוא מת ואפשר דלמחר יכיר בו שהי' מת בשעת נגיעה שיראה שניכר עליו שמת מכמה ימים וא"כ אין שייך לטהרו משום חזקת חיים וכיון דבשעת נגיעה א"א לטהר מחמת חזקת חיים אף למחר שרואה שיש להסתפק עליו שאחר נגיעתו מת נמי לא מהני חזקת חיים כיון שהרי מת הוא לפנינו ובשעה שנולד הספק לא הי' אפשר להחזיק עצמו לטהור שמא יכיר למחר שבשעת נגיעה כבר מת הי' אבל בראהו חי מבערב ואח"כ בלילה נגע בו תיכף כשנגע בו כיון שהי' חי מבערב אמרינן גם עכשיו חי הוא להכי אף למחר שנמצא מת אמרינן השתא הוא דמת ועד עכשיו חי הי' כמו שהעמדנו אותו על חזקתו בשעת נגיעה אין אנו סותרין דינו ואף דבראוהו חי מבערב שמודים חכמים לר"מ שהוא טהור הוא רק ברה"ר אבל ברה"י טמא כמ"ש התוס' בנדה (דף ד') ד"ה כי פליגי דבהדיא איתא בתוספתא אם ראוהו חי מבערב טהור שספק טומאה ברה"ר טהור הרי דברה"י טמא אף שראוהו חי מבערב והעמדנו אותו על חזקתו בשעת נגיעה התם משום דברה"י לא מהני חזקה גבי טומאה כדילפינן מסוטה אבל גבי איסור דמהני חזקה שפיר מעמידין אותו על חזקתו אף שמת לפנינו:

ואין להקשות לפי דברינו דהטעם בהא דאם לא באתי עד יב"ח כתבו ותנו דאמרינן אם ספק מיתה קודמת או גט קודם דהוי מגורשת ואינה מגורשת ואין מעמידין אחזקת חי

הוא משום שלא דנו עפ"י חזקה זו א"כ נימא כל הטומאות כשעת מציאותן ומדהשתא מת גם בשעת נתינת הגט מת הי' דכיון דחזקת חי לא מהני הכא בעינן למיזל בתר שעת מציאותן והויא אינה מגורשת וודאי דז"א דהא אמרינן בנדה שם דשעת מציאותן לקולא לא אמרינן אלא במקום מציאותן אבל שלא במקום מציאותן לא אזלינן בתר שעת מציאותן לקולא עיי"ש והכא לא שייך מקום מציאותן דאטו האדם על מקום אחד הוא עומד ובט"ז ביו"ד (סי' שצ"ז) כ' דהך חזקה דחזקת חיים לא מהני כלל כשנמצא מת אף דבכל חזקות שבתורה מוקמינן אחזקה אף אחר שנמצא ריעותא מ"מ חזקת חיים גרע משארי חזקות הואיל וסוף אדם למות להכי לא מוקמינן אחזקת חי היכא שנמצא מת לפנינו ומטעם זה פסק בא' שהגידו לו שמת קרובו ולא נודע אם הוא תוך למ"ד אם לאחר למ"ד דאינו חייב להתאבל ודלא כמהר"מ מינץ שפסק דחייב להתאבל מטעם דמוקמינן לי' בחזקת חיים והשתא בתוך למ"ד הוא דמת אלא אמרינן כל הטומאות כשעת מציאותן עיי"ש בדבריו ז"ל:

והנה בזה שלא נולד הספק על זמן מיתתו עד שכבר מת וודאי הדין עם הט"ז דלא מהני חזקת חיים כלל וכמו שבארנו לעיל מהא דאם לא באתי עד יב"ח כתבו ותנו גט לאשתי דלא מהני חזקת חיים אחר שנודע לנו שמת אלא אם היינו דנין עפ"י החזקה:

וראיתי להגאון בעל שב שמעתתא שהקשה על דברי הט"ז דכיון דאין מעמידין על חזקת חי כשמת עכשיו א"כ בההוא דאם לא באתי נימא כל הטומאות כשעת מציאותן ותהי' אינה מגורשת בוודאי כמו שמביא הט"ז מהא דמפקח את הגל דאמרינן כל הטומאות כשעת מציאותן אף לקולא הוא. ולפמ"ש א"ש דהא דאמרינן כל הטומאות כשעת מציאותן הוא רק במקום מציאותן כמו במפקח הגל אבל אדם בריא שהולך אנה ואנה ומת ולא נודע זמן מיתתו אין כאן מקום מציאותן והוי ספק השקול כדאמרינן בנדה פ"ק (דף ד') ולהכי בההוא דאם לא באתי הוי מגורשת ואינה מגורשת וגבי אבילות דהוי ספק השקול תלינן לקולא כדקיי"ל להקל באבילות וכן בסוגיא דיבמות (פ"ח) דמייתי ברייתא מניין שאם לא רצה דפנו ת"ל וקדשתו ומוקי לה בתרי ותרי ששנים אמרו מת וניסת ואח"כ באו שנים אחרים ואמרו חי הי' אלא שמת עכשיו שאסורה משום איסור כהונה אף שניסת לאחד מעידי' וקאמרי ברי לי התם נמי חזקת חי ליכא כיון שנולד הספק על זמן מיתתו כשבא כת השני' ואמרו עכשיו מת וגם כשעת מציאותן ליכא למימר להחזיקו שמת מקודם ותהא מותרת להאי כהן משום דשם נמי ליכא מקום מציאותן והוי ספק השקול וקמ"ל דלא מהני ברי לי דידהו:

אולם הראי' שהביא הט"ז ז"ל ממשנה דפסחים (דף צ"א) דתנן התם האונן והמפקח הגל והחבוש בבית האסורים שוחטין עליהן עם אחרים וכולן שנמצא בהם פסול א"צ להביא פ"ש חוץ ממפקח את הגל מפני שהוא טמא מתחילתו ופרש"י ז"ל מפקח הגל וא"י אם ימצא חי או מת להכי מביא פ"ש דמחזיקין אותו וודאי מת מתחילתו והתוס' שם הקשו אהא דאמרינן במפקח את הגל שהוא טמא מתחילתו נימא השתא הוא דמת ותירצו כיון דנמצא מת אמרינן כל הטומאות כשעת מציאותן ומזה למד הט"ז דחזקת חיים לא מהני כשמת לפנינו ואמרינן כל הטומאות כשעת מציאותן ומראי' זה משמע בהדיא דאפילו אם בשעה שנולד הספק העמדנו אותו על חזקתו מ"מ כשנודע לנו אח"כ שמת ואינו ידוע אימת אמרינן כל הטומאות כשעת מציאותן ומקמי הכי מת דהא גבי מפקח את הגל שחטו עליו ואז כבר הי' ספק חי ספק מת והעמדנו אותו בחזקת חיים ואפ"ה כשנמצא אח"כ מת חייב בפ"ש ואינו יוצא בראשון ואמרינן מקמי הכי מת ובוודאי דמתניתין דפסחים דמפקח את הגל שוחטין עליו מיירי בכל גווני אפילו בראוהו חי קודם שנפל עליו הגל דסתמא קתני ועוד דלא מפליג בגמרא בין ראוהו חי קודם שנפל עליו הגל או לא כדקמפליג התם בין גל ארוך לגל עגול ע"כ דאפילו ראוהו חי מקודם ונמצא אח"כ שוחטין עליו פ"ש ולפי מה שבארנו לעיל בראוהו חי מבערב שבשעת נגיעה העמדנו אותו על חזקת חי מודים חכמים דטהור ולא אמרינן כשעת מציאותן ואף דדוקא ברה"ר טהור אבל לא ברה"י היינו משום דגבי טומאה לא מהני חזקה אבל גבי איסור דמהני חזקה מהני החזקה אף שנמצא אח"כ מת ואף גבי טומאה לדעת התוס' בנדה ובעירובין הוא טמא רק לתרומה וקדשים אבל לא בחולין ובחולין מהני חזקת חי א"כ קשה אמאי אמרינן שהוא טמא מתחילתו ומביא פ"ש ואם חי הי' הרי הוי חולין בעזרה:

וראיתי להגאון בעל נוב"י ז"ל במה"ק (תק"ע) שהקשה כן כיון דדעת התוס' דהא דאמרינן כל הטומאות כשעת מציאותן הוא לתרומה וקדשים א"כ הוא רק חומרא דרבנן אבל מה"ת מוקמינן לי' בחזקת חיים א"כ איך מביא פ"ש ומייתי חולין לעזרה דמה"ת אמרינן דטהור הי' בפסח ראשון ותי' דבמפקח את הגל כיון שאיתרע חזקתו שהוא ספק חי ספק מת אמרינן בי' כשעת מציאותן אף לקולא מה"ת ולא מוקמינן לי' כלל ומייתי פ"ש:

ולכאורה קשה ממשנה (דפ"ו דטהרות) דתנן התם המסוכן ברה"י והוציאו לרה"ר והחזירוהו לרה"י כשהוא ברה"י ספיקו טמא כשהוא בר"ה ספיקו טהור והיינו משום דראוהו חי מקודם דמודים חכמים לר"מ דברה"ר טהור והא מסוכן דוודאי אתרע חזקתו כמו מפקח את הגל ואפ"ה לא אמרינן כל הטומאות כשעת מציאותן למהוי טמא אף ברה"ר וכן בתוספתא הביאה הר"ש (בפ"ה דטהרות משנה ז') מעשה במסוכן אחד שהיו

מוליכין אותו מגדפר לחמתא והיו הכתות מתחלפין עליו ובאחרונה נמצא מת ובא מעשה לפני חכמים ולא טמאו אלא כת אחרונה בלבד הרי דאף דאתרע חזקתו אפ"ה לא אמרינן כשעת מציאותן לטמא אף ברה"ר:

מיהו אפשר לומר דהתם לא הוי מקום מציאותן ולהכי הוי ספיקא וטהור ברה"ר אבל במפקח את הגל דאתרע חזקתו ונמצא במקום שנפל עליו את הגל דהוי מקום מציאותו טמא וודאי ומביא פ"ש מיהו נ"ל דאין אנו צריכין לזה דאפילו אם נימא דגם במסוכן שנמצא מת הוי למפרע רק ספק אפילו במקום מציאותן לענין חולין מ"מ א"ש הא דתנן הכא גבי מפקח את הגל דמביא פ"ש מפני שהוא טמא מתחילתו ולא חיישינן דלמא חי הי' אז בשעת שחיטה ומביא חולין לעזרה דהא גבי מקוה שנמדד ונמצא חסר מטמאינן כל הטהרות שנעשה על גבה אע"ג דאיכא למימר אוקי מקוה אחזקת שלימה משום דכיון דנמצא חסר וריעותא לפנינו ולגברא יש חזקת טומאה טמא אף ברה"ר ומקרי תרתי לריעותא כדאמרינן (בריש נדה ובקדושין) א"כ הכא במפקח את הגל הא מעיקרא כששוחטין עליו שוחטין בתורת ספק דאין אנו יכולין לדון עליו חזקת חיים ולהחזיקו בחזקת חיים דהא תנן (בפט"ז דאהלות משנה ד') המפקח את הגל אינו אוכל בדמעו היינו תרומה ופי' שם הר"ש שמפקח הגל ספק שמא ימצא שם חי או מת הרי דמחזקינן לי' בספק חי ספק מת ואסור לאכול בתרומה א"כ ה"נ וודאי דבשעה ששוחטין עליו מסופק לן אם חי הוא או מת שוחטין רק מספק דאם חי הוא שוחטין על המפקח ואם מת הוא והמפקח טמא אין השחיטה עולה על המפקח ואפ"ה הפסח כשר דקיי"ל לטמאין ולטהורין כשר ודומה כמו שלא חשב על הטמא כלל כמ"ש הרמז"ל (בהלכות ק"פ פ"ב) וכן הזריקה הוא בספק שאם המפקח טהור עלה עליו הזריקה ואם לאו דומה כמי שלא חישב עליו כלל) וכיון שבתחילה שוחטין עליו בתורת ספק כשמוציאין אותו אח"כ מת ומסופק לן אם בשעת שחיטה וזריקה הי' חי והמפקח טהור או לא הרי איכא חזקת חיוב מצות פסח על האדם דמוקמינן לי' על חזקת חיוב שעדיין לא הביא פסחו ולא יצא י"ח דפסח ראשון ופ"ש חד חיובא הוא דשני תשלומין דראשון הוא ונמשך החיוב על מי שלא הביא פ"ר עד שיביא פ"ש ומחצות דערב הפסח חל עליו חיובא דפסח כדאמרינן בזבחים (דף ק') כאן קודם חצות כאן לאחר חצות וכיון דחזקת חיים אתרעי שהרי מת לפנינו ויש ג"כ חזקת חיוב המחייבת אותו בפסח הוי תרתי לריעותא וחייב בפ"ש מה"ת אע"ג דבכל דוכתא אם נמצא מת הוי ספיקא גבי חולין מ"מ הכא הוי וודאי מת מתחילתו משום דהוי תרתי לריעותא חזקת חיוב במצות פסח והרי מת לפנינו וכן כתב הרמב"ן ז"ל בחי' לקידושין (דף ס"ו) בסוגיא דבן גרושה דכל המחוייב קרבן יש עליו חזקת חיוב

עד שיוודע שהוקרב קרבנו בהכשר ושפיר תני במתניתין חוץ ממפקח הגל מפני שהוא טמא מתחילתו ומביא פ"ש ואין כאן חשש חולין בעזרה דתרתי לריעותא הוי וודאי ולא ספק ולא מיבעיא לשיטת הרמב"ם (בפ"ו מהלכות ק"פ הלכה יו"ד) דמפרש הא דקתני במתניתין וכולן אם נמצא בהם פסול אין חייבין בפ"ש חוץ ממפקח את הגל דקאי אאם שחטו עליו בפ"ט דוודאי א"ש דכיון ששחטו עליו בפ"ע ונמצא מת אם הי' מת בשעת שחיטה וזריקה הפסח פסול א"כ אם אנו מסופקין אם הי' חי או מת יש להאי פסח חזקת איסור כמ"ש במק"א דכל קרבן כ"ז שלא נזרק עליו הדם בהיתר בחזקת איסור קאי וכ"ש הכא שבתחילה בשעה ששחטו עליו הי' ספק אם הבעלים טהורים או לא וכיון דאיכא חזקת איסור והרי מת לפנינו הוי תרתי לריעותא אלא אפילו לפי מה דמשמע פשטא דמתניתין דהא דקתני וכולן אין מביאין פ"ש חוץ ממפקח הגל קאי באם שחטו עליו עם אחרים ונמצא אח"כ פסול דבזה ליכא חזקת איסור של הקרבן דהא הקרבן כשר ממ"נ דאם הוא טמא עולה השחיטה על שאר בני החבורה וכמי שלא חישב על המפקח כלל מ"מ יש כאן חזקת חיוב של מצות פסח ובהדי ריעותא דהרי מת לפנינו הוי וודאי טמא ושוחטין עליו פ"ש ומיושב קושית המפרשים על התוס' דאף דהא דכל הטומאות כשעת מציאותן הוא רק לתרומה וקדשים אבל בחולין לא מ"מ הכא הוי וודאי משום דהוי תרתי לריעותא כמו דאמרינן גבי מקוה שנמצא חסר דאף ברה"ר טמא:

וכיון שבארנו דהתם דאמרינן כל הטומאות כשעת מציאותן הוא משום דהוי תרתי לריעותא מחזקינן לי' למפרע למת אף בראוהו חי מבערב וגם דשם לא נשחט הפסח עליו בתורת וודאי אלא בתורת ספק א"כ וודאי דאפשר לומר דהיכא דהחזקנו אותו בחזקת חיים ונתנו לה הגט בחזקת שהבעל חי אף שנודע לנו אח"כ שמת ולא נודע אימת הגט כשר ולא מבטלינן חזקה שהחזקנו כדעת הנוב"י ואף שלכאורה הכא איכא למימר דאיכא נמי חזקה שהיא מותרת ליבם ולא נתגרשה מבעלה כדאמרינן ביבמות (דף ל"א) גבי וכולן שהי' להן ספק גירושין עי"ש, מ"מ הא לאו מילתא היא דהא עיקר מילתא דהשמיענו משנתינו דאמרינן בשולח גט ממדה"י נותנו לה בחזקת שהוא קיים הוא רק לענין שלא תהא זקוקה ליבם דלענין איסור א"א אין נ"מ דמותרת ממ"נ בין אם הוא מת או קיים:

סימן קסה

יש להסתפק בשליח הגט שהיה מוטעה באיזה דבר הברור לנו שאם לא היה מטעה אותו לא היה נעשה שליח מרצונו, אם הטעות מבטל את השליחות:

לכאורה נראה דאין טעות מבטל את השליחות כיון דעיקר הגירושין לאו בדידיה תליא אלא בבעל וברצון הבעל לא היה שום טעות לא איכפת לן בטעותא דשליח ויש להביא ראיה לזה מהא דתנן בב"ק (דף ע"ט) נתנו לבכורות בנו או לבע"ח לשומר חנם לשואל וכו' והיה מושכו ומת ברשות הבעלים פטור. הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים ומת חייב ופירשו רש"י ותוספות ז"ל דהאי הגביהו או שהוציאו ומת חייב דקתני משום דמתחייב הגנב במשיכת השומר ושלוחו של אדם כמותו והקשו בתוס' אמאי מחייב הגנב במשיכת השומר האי אין שליח לדבר עבירה ותירצו דמירי שהשומר לא ידע דאתי לידו באיסורא אלא שהיה סבור שהוא של הגנב והיכא דהשליח שוגג לא אמרינן אין שליח לדבר עבירה עי"ש וא"כ קשה עדיין איך נתחייב הגנב במשיכת השומר מטעם שליחות נימא דטעותא של שליח מבטל השליחות דודאי אלו הוי ידע שהוא גנוב לא היה מתרצה להיות שליח בדבר זה ובפרט בשומר חנם דלא מטי שום הנאה לידיה וכדאמרינן בקידושין (דף נ"ג) גבי קדשה במעשר שני דאינה מקודשת דלא ניחא לה שיתחלל הקדש על ידה ובב"מ (דף צ"ח) גבי בעל בנכסי אשתו דאמרינן התירא ניחא ליה דליקני איסורא לא ניחא ליה דליקני עיי"ש אפי' היכא דמטי הנאה לידיה כ"ש בש"ח דלא מטי הנאה לידיה דבעינן למימר באיסורא לא ניחא למיעבד שליח ומדמתחייב הגנב במשיכת השומר מוכח דטעותא של השליח אינו מבטל הקנין:

אולם הרמב"ם ז"ל (בפ"ב מה' גניבה הלכה י"ו) פירש משנתינו באופן אחר וז"ל נתנו שם בבית הבעלים לבכורות בנו או לבעל חובו או לש"ח ולשואל לנושא שכר ולשוכר והיה מושכו זה שניתן לו ומת פטור השומר הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים ומת חייב השומר או בעל החוב שניתן לו מפני שעדיין לא הוציאו הגנב מרשות בעליו עכ"ל והנה הוא מפרש דהאי חייב ופטור אשומר קאי ולא אגנב ונראה טעמו משום דסובר דגם בשוגג נמי אמרינן אין שלד"ע דלא כהתוס' וכן כתב הש"ך (בסימן שמ"ח) וכן הטו"א (במס' חגיגה) וא"כ א"א לחייב הגנב מחמת משיכת השומר להכי פירש דחיובא ופטורא קאי אשומר וראיתי להראב"ד ז"ל שהשיג עליו דא"כ איך מוכח בש"ס דתקנו משיכה בשומרין כיון דחיובא דהשומר מדין גנב הא אין זה משיכה בשומרים אלא בגנב עיי"ש ונראה שהראב"ד ז"ל סובר בכוונת הר"מ ז"ל שמחייב לשומר מדין גנב ומיירי ע"כ כשידע השומר שהוא גנוב דאם היה שוגג לא שייך לחייבו מדין גנב:

ולי נראה דכוונת הר"מ ז"ל לפרש מתניתין שהב"ח והכהן והשומר לאו מדין גנב מתחייבים אלא מדין שומר ולא מיירי שידע שהוא גנוב דא"כ כיון דאין שלד"ע חל החיוב של גניבה על השומר וחייב מדין גנב כיון שידע שהוא גנוב אלא מיירי שהב"ח והשומר

היו שוגגין ולא מתחייבין מדין גניבה. אבל מדין שמירה שפיר מתחייב כיון דנתרצה לעשות שומר לגנב לא איכפת ליה אם נעשה שומר גם לבעלים וכיון דהגנב לא קנאו וגניבה עדיין ברשות הבעלים קאי נעשה הוא שומר לבעלים ושפיר מוכיח הש"ס דתקנו משיכה בשומרין וכן משמע לכאורה לשון הנמו"י ז"ל שם במרובה על המשנה שגם הוא חולק על דברי התוס' הנ"ל וסובר שגם בשוגג אמרינן אין שלד"ע וכתב לפרש המתניתין וז"ל ויש מ"ש דכמו שפטור הכהן מלשלם לבעלים ה"נ חייב דקתני ר"ל הכהן או השומר חייב לשלם ע"ד שאמרו במ"א תחזור פרה לבעלים הראשונים הרי שגם הוא ז"ל מפרש דחיובא דשומר מדין שומרים לבעלים הוא ולא מדין גניבה:

אולם ראיתי להגאון בעל נתיבות משפט (בסימן שמ"ח) שהקשה ע"ז קושיא חמורה דכיון שהשומר היה שוגג א"כ תינח בש"ח בזה שייך לומר דכיון שקיבל עליו שמירה לגבי גנב חייב נמי לגבי בעלים דמאי נ"מ לגבי דידיה אם הוא שומר לגנב או לבעלים אבל גבי שואל דהגבהתו וקנינו הוא לעשות בה מלאכה כל ימי שאלתה ואין אדם מוכר ומשאיל דבר שא"ש ומה שנתן לו הגנב רשות להשתמש בו כל ימי שאלתה לא מהני מידי דהא הבעלים לא נתנו לו רשות להשתמש ושאלתו של גנב לאו כלום הוא וגם לא היה מתכוין להשתמש בה בלא רשות בעלים רק שהיה שוגג וכסבור שהוא של גנב. וא"כ לא מהני הגבהתו מידי ולא נעשה כלל שומר לבעלים וזו קושיא חמורה מאוד על דברי הנמו"י ז"ל ויותר קשה לי מבבא דנתן על חובו דהא ב"ח לא קבל עליו שום שמירה רק שהיה סבור שהיא של גנב ונטלן בחובו וכיון דהיה שוגג ולא מתכוין לגנוב מדין שומר נמי לא מתחייב ואפשר עוד דאלו הוה ידע דלאו דידיה הוא לא הוה שקיל מידי ועוד דהא גופא קשיא דמנ"ל להש"ס לפרש דהשומר מתחייב מדין שומר ולמיפשט מינה דתקנו משיכה בשומרין דילמא מיירי דהוה מזיד בשליחותו ומתחייב מדין גנב דהמשלח לא מתחייב משום דאין שלד"ע והשליח חייב אבל בשומרים לא תקנו משיכה:

ונראה לי דוודאי דכוונת הרמב"ם ז"ל לפרש כמו שכיון הראב"ד ז"ל בדעתו דמיירי שהשליח היה מזיד ודעת הר"מ ז"ל דכאן לא שייך אשלד"ע דכמו דאמרינן בב"מ (דף ח') אלו האומר לשלוחו צא וגנוב פטור דאשלד"ע ושותפין שגנבו חייבין משום מגו דזכי לנפשיה ומהני הגבהתו לגבי עצמו מהני נמי לחבירו וכן אמרינן במרובה (דף ע"ח) עיי"ש שותפין שגנבו חייבין בדו"ה ופסק כן הטור (בסימן ש"נ) ואטביחה ומכירה מיירי שטבח אחד לדעת חבירו דבטו"מ מרבינן דישלד"ע ובקרן מיירי ע"כ שהגביהו שניהם ומהני הגבהת כ"א לגבי חבירו שלא תהא כמונחת ע"ג קרקע משום מגו דזכי לנפשיה זכה לחבריה וה"נ כיון שהשומר הזה הגביה לשם שמירה לגנב ומהני הגבהתו לגביה

נפשיה להיות שומר מהני נמי הגבהתו לגבי גנב דהא הגבהת עצמו הוא רק להתחייב כדינו בפשיעה או בגו"א או באונסין וכן הגנב לא קני להיות שלו רק להתחייב באונסין וכיון דמהני הגבהתו לגבי עצמו מהני לגבי חבירו כמו דמהני גבי שותפין שגנבו דהגבהת כל אחד מהן לא היה מועיל בלתי הגבהת חבירו דנעשה כמו שמונחת ע"ג קרקע רק דמהני הגבהת כ"א לחבירו הואיל ומהני לעצמו ולא אמרינן אשלד"ע. וה"נ מהני הגבהת השומר או הבע"ח לגנב הואיל ומהני לגבי עצמו למיקני להתחייב כל חד כדיניה וכיון דלא שייך אשלד"ע מתחייב הגנב ועל השומר ליכא חיובא דגניבה אף שהיה מזיד דכיון דמהני הקנין לגבי גנב שוב לא מהני לגבי שומר שיקרא הוא גנב דכל היכא דאמרינן ישלד"ע ומתחייב המשלח פטור השליח אף שהיה מזיד ואף שאין להמשלח מה לשלם כמ"ש הנתיבות משפט (סימן רצ"ב) דדוקא אם עשה השליח מעשה גמור כמו (במסכת מכות) גבי הוסיף לו רצועה אחת דשליח ב"ד גולה על ידו דלא פקע חיובא מהשליח במה שחייב המשלח אבל גבי גניבה דאין כאן מעשה גמור אלא קנין בעלמא וכיון דהחיוב בא על ידי קנין ומהני הגבהה לגבי משלח שיהא לו דין גנב שוב לא נשאר גבי שליח קנין גניבה ולא נתחייב השליח מדין גניבה רק מדין שומר וזה קמ"ל מתניתין דאם נתנו לבע"ח או לשומר מתחייב השומר מדין שמירה ואם אין לו לגנב לשלם נתחייב השומר מדין שומר [ולא מדין גניבה ונ"מ נמי לענין שמין לשברים דשמין לשואל ולא לגנב כדאיתא בב"ק י"א] ושפיר מוכיח הש"ס מזה דתיקנו משיכה בשומרים דהא השומר מתחייב רק מדין שומר. וע"י מה שנתחייב בשמירה מהני קנין גם להגנב שיתחייב הוא מדין גנב א"כ מוכח דתיקנו משיכה בשומרים:

וא"ש נמי מה שהקשה הנה"מ, דכיון דמיירי בשליח מזיד שפיר קנה לה להתחייב באונסין דהא רצה לשמש בה כל ימי שאילתה אף שידע שהיא אינה שלו ומ"מ מדין גנב ליכא לחייבו דהא עיקר הקנין חל על הגנב דיש שלד"ע בכה"ג דמהני לגבי נפשיה ומתחייב רק מדין שואל כל ימי שאילתה וכן בשו"ח וש"ש וכן בבע"ח ובכהן אף שעל גוף הגניבה לא רמינן חיובא עליה משום דהחיוב על הגנב המשלחו מ"מ לא גרע משומר לגבי בעלים כיון שנטל הבהמה לרשותו והגביה והכניסה לביתו נעשה עליה שומר לכל הפחות שהוא היה רוצה ליטלה בחובו אף שהיא גנובה ובאמת היא של בעלים ובטלה גבייתו מ"מ הרי הוא שומר עליה ואם מתה חייב כדין ש"ש לכל הפחות הואיל והגנב סילק שמירתו ומסרה לבע"ח נעשה הוא שומר דלא גרע מלוקח חפץ ונמצא מקח טעות שנעשה המוכר ש"ש על המעות אע"ג שהם אצלו בטעות ה"נ אף שאינו מתחייב מדין גנב מחמת שהחיוב על המשלח מ"מ אם אין למשלח לשלם לא גרע הבע"ח שנטלם בחובו

משומר דהא רצה ליטלם לעצמו ונעשה לכל הפחות שומר עליהם ואתיא דברי הר"מ ז"ל כהוגן דמיירי שהשליח היה מזיד ומדין גניבה אין חל חיוב משום שקנין הגניבה חל על המשלח וחייב רק מדין שומר ושפיר פשט מינה הש"ס דתקנו משיכה בשומרים:

ונראה לי דהשתא דאתינא להכי מיושב גם שיטת רש"י ז"ל שפירש דחיובא ופטורא אגנב קאי ולא קשה מה שהקשה עליו התוס' דהא קי"ל דאשלד"ע גם לא הוצרכנו לחלק בין שוגג למזיד ולומר דבשוגג אין שייך שלד"ע דאפ"ל דאפילו במזיד מיירי ואפילו הכי לא אמרינן בזה אשלד"ע דכיון דמהני הגבהתו לגבי נפשיה שרצה לקבל בחובו או להתחייב בשמירה מהני נמי לגבי גנב כמו שבארנו מהא דשותפין שגנבו ויש להביא ראיה לשיטת רש"י בפירושא דמתניתין דאיתא בירושלמי שם (בפרק מרובה) על הך מתני' א"ר מנא מאן דמר לי הדא מילתא אנא נסיב בנרייתיה מהו פטור נפטר מחובו נפטר מגניבה עיין שם בפני משה שפירש דר' מנא קא מבעי ליה היכא דלא הגביהו אם נפטר הגנב בזה מחובו מי אמרינן כיון דלא הגביהו לא נפטר מחובו או דלמא כיון דהיה מושכו ויוצא כבר נפטר מחובו ומוכח מזה דפטור דמתניתין קאי אגנב להכי שפיר מבעי ליה אי קאי פטורא דמתני' רק אגניבה או קאי גם אחובו גם מוכח מדברי הירושלמי שהב"ח והשומר היה במזיד דאם היו שוגגין לא שייך לפוטרו מחובו עי"ז דמה שקבל בחובו היה בטעות שסבור ששלו הוא ונמצאו גנובים:

וא"כ לפי מה שבארנו שיטת רש"י והר"מ ז"ל אין לנו ראיה למה שהוכחנו לפי שיטת התוס' דטעותא של שליח אינו מבטל השליחות ממשנתינו דמיירי שהשליח היה שוגג ואפ"ה מתחייב הגנב בהגבהתו של שליח ולא אמרינן דאתי טעותא דשליח ומבטל השליחות אבל לפמ"ש לשיטת הר"מ ז"ל לא קאי חיובא כלל אמשלח אלא אשליח מדין שומר וכן לשיטת רש"י ז"ל אין אנו צריכין לומר דהשליח היה שוגג אלא דשליח מזיד נמי מתחייב הגנב דלא שייך כאן אין שלד"ע כמו שבארנו:

ולכאורה יש להביא ראיה דטעותו של שליח אינו מבטל השליחות דהנה התוס' בקידושין (ד' מ"ב) הקשו לפי שיטתם דבשוגג ישלד"ע א"כ מאי קאמר (שם) דבמעילה ישלד"ע הא ע"כ מיירי בשוגג דבמזיד ליכא מעילה ובשוגג הא בכל התורה ישלד"ע ותירצו דהכא מיירי אפילו אם נזכר שליח מעל בעה"ב וע"ז פריך אמאי מעל נימא דאשלד"ע. והטו"א בחגיגה הקשה על דבריהם דהא גופא קשיא דהא דבמעילה ישלד"ע ילפינן חטא חטא מתרומה והא קרא מיותר ליכא לזה רק כיון דמקשינן מעילה לתרומה ע"כ כמו שיש שליח בתרומה כן יש שליחות במעילה וכיון דליכא קרא מיותר לזה אימא דמשכחת שליחות במעילה בשליח שוגג דבכל התורה נמי יש שליחות אבל בשליח

מזיד דבכל התורה אשלד"ע במעילה נמי אשלד"ע ומזה הוכיח הטו"א דגם בשוגג אמרינן אשלד"ע וכיון דע"כ יש שליחות במעילה הרי מוכח דגבי מעילה לא אמרינן האי כללא דאשלד"ע:

ואם נימא דבכל התורה טעותו של השליח מבטל השליחות אכתי קשה דלמא הא דמצינו שליחות במעילה מיירי דווקא בשליח מזיד שלא היה מוטעה אבל בשליח שוגג בעינן למימר דטעותו של השליח מבטל השליחות ופטור המשלח ונהי דבנזכר בעה"ב ולא השליח דהשליח חייב א"ש מה שחייב אף שהיה בטעות דמ"מ הוא הוציא מעות הקדש לחולין וכיון דהבעה"ב נזכר השליח חייב ככל מוציא מעות הקדש לחולין מ"מ כשהיו שניהם שוגגים דרמינן חיובא אמשלח נימא דטעותו של שליח מבטל השליחות מהשליח והא דרבינן שליחות במעילה מיירי במשלח שוגג ושליח מזיד דהמשלח חייב מחמת שהיה שוגג והשליח לא היה מוטעה אבל במשלח ושליח שוגגים ליכא מעילה דטעות של שליח מבטל השליחות ואין לאמר דכל היכא דטעותא דמשלח מבטל השליחות גם טעות השליח מבטל השליחות אבל במעילה דטעות המשלח אינו מבטל השליחות דעיקר מעילה הוא בשוגג גם טעותו של שליח אינו מבטל להשליחות. דז"א דהא דטעותו של משלח אינו מבטל הוא משום דבהכי חייביה רחמנא כמו אוכל חלב בשוגג דחייב חטאת אבל טעות של שליח דלאו עליה רמי חיובא דמעילה אם בכל התורה מבטל השליחות משום דאדעתא דהכי לא נעשה שליח בעינן לבטולי נמי גבי מעילה ונימא דהא דחייב רחמנא מעילה בשליחות היינו היכא דהשליח היה מזיד אבל בשוגג אדעתא דהכי לא נעשה שליח ובמתניתין במעילה (ד' כ"א) קתני בהדיא דבשניהם שוגגים נמי בעה"ב מעל דהא קתני התם דבאמר הבא לי מן החלון והביא לו חייב בעה"ב הבא לי מן החלון והביא מן הדלוסקמא שליח מעל הרי דמיירי בשניהם שוגגים וכשעשה שליחותו בעה"ב מעל ולא אמרינן דאתי טעותו דשליח ומבטל השליחות:

ונראה לי דאין ראיה מכאן דבאמת יש להקשות בעיקרא דמילתא דפריך הש"ס נימא גבי מעילה אשלד"ע הא תנן במעילה (ד' כ"א) שילח ביד חש"ו אם עשו שליחותן בעה"ב מעל ופריך והא לאו בני שליחות נינהו ומשני עשאוהו כמעטן של זיתים דתנן הזיתים מאימת מקבלים טומאה משיזיעו וכו' אלמא איתעבד שליחותיה ה"נ איתעבד שליחותיה וא"כ הא אפ"ל דכל היכא דבעינן שליחות גמור כמו גבי טביחה ומכירה דאם טבח ומכר ע"י חש"ו פטור או שולח את הבעירה ע"י חש"ו דפטור וכן שליחות יד בזה שייך לאמר אשלד"ע אי לאו דגלי קרא אבל במעילה דלא בעינן שליחות ואי איתעבד מחשבתו ע"י החש"ו נמי מעל לא אמרינן אשלד"ע:

וצ"ל דבאמת אין החידוש במעילה מה דמתחייב המשלח ולא אמרינן אשלד"ע רק שעיקר החידוש הוא מה דלא רמינן המעילה על השליח דנהי דבחש"ו מעל המשלח משום דאיתעבד מחשבתו אע"ג דלאו בני שליחות נינהו היינו משום דאינהו לאו בני חיובא נינהו ואי אפשר למירמי חיובא דמעילה עלייהו ולהכי מחייב המשלח משום דאיתעבד מחשבתו והוציא מעות הקדש לחולין בשוגג ע"י החש"ו אבל בפקח כיון דבכל התורה אשלד"ע אף בשליח שוגג למה לן למירמי חיובא על המשלח שהוא לא עשה, ושליחות לא שייך משום דגם בשוגג אשלד"ע בכל התורה לכן נרמי חיובא אשליח כדין מוציא מעות הקדש לחולין והמשלח יהא פטור. ושפיר פריך נימא גבי מעילה ג"כ אשלד"ע וע"ז משני דכיון דילפינן חטא מתרומה ע"כ דיש שליחות גבי מעילה ובשליח מזיד הא לא שייך דין שליחות דודאי מתחייב המשלח דלא גרע מחש"ו דמתחייב בע"ב מטעם דאיתעבד מחשבתו וה"נ איתעבד מחשבתו ועל השליח ליכא לרמויי דהא היה מזיד וחייב המשלח אף בלא דין שליחות וע"כ הא דבעינן לאשכוחי שליחות במעילה בשליח שוגג דאז לא שייך לאמר איתעבד מחשבתו דטפי הוי לן לרמויי מעשה אשליח ואפ"ה רבינן שליחות במעילה ומחייבינן את המשלח דשליח כמותו במעילה ולא רמינן לה אשליח ולדברינו יש ראיה ברורה לדברי הטו"א דבשוגג נמי בכל התורה אשלד"ע דהא עיקר הלימוד דבמעילה ישלד"ע הוא רק אשליח שוגג דבשליח מזיד אין אנו צריכין לחייב את המשלח מטעם שליחות דבלא שליחות נמי מתחייב כיון דליכא לרמויי אשליח חייב המשלח מטעם איתעבד מחשבתו, וראיית הגמרא הוא רק משליח שוגג דאיכא למירמי חיובא אשליח ואפ"ה מחייבינן המשלח ש"מ דבמעילה חדית לן רחמנא דישלד"ע אע"ג דבכל התורה אשלד"ע אף בשוגג:

ולפ"ז נדחה נמי ראייתינו דטעות השליח אינו מבטל השליחות מדלא מוקמינן ג"ש דחטא חטא דיש שליחות במעילה בשליח מזיד דליכא טעות גבי שליח אבל בשליח שוגג דאיכא טעותא בטלה שליחות המשלח דז"א דע"כ ליכא למימר הכי דהיכא דהשליח היה מזיד מתחייב המשלח בלי שום רבויא דשליחות דהא על השליח ליכא לרמויי והמשלח חייב מטעם דאיתעבד מחשבתו ואין זה בגדר שליחות ואנו מרבינן שליחות במעילה וע"כ הא דרבי קרא דין שליחות במעילה מירי בשליח שוגג וגלי קרא דאין טעותו מבטל השליחות כמו דחדית לן קרא דלא אמרינן אשלד"ע ה"נ חדית לן דלא אמרינן דטעותו של שליח יבטל השליחות אבל בכל התורה הטעות מבטל השליחות:

ובחגיגה (ד' יו"ד) דקאמר התם אמתניתין דמעילות הם כהררים התלוים בשערה ופריך מכתב כתיבי אמר רמב"ח ל"צ אלא לכדתנן השליח שעשה שליחותו בעה"ב מעל וכי

עשה שליחותו אמאי מעל וכי זה חוטא וזה מתחייב אמר רבא ומאי קושיא דלמא שאני מעילה דיליף חטא חטא מתרומה מה התם שלוחו של אדם כמותו ה"נ שלוחו של אדם כמותו וקשה מעיקרא דלא ידע משינויא דג"ש דחטא חטא אמאי לא פריך נמי אמאי בעה"ב מעל אם עשה שליחותו נימא כיון דהשליח היה שוגג אתא טעותא ומבטל השליחות ולפמ"ש גם זה נכון דהא א"א לבטל המעילה מהמשלח מחמת טעותא דשליח דלא יהא אלא כחש"ו דמעל בעה"ב משום דאיתעבד שליחותו ומקשה רק דנימא וכי זה חוטא וזה מתחייב שלא יהא בזה דין שליחות כמו בכל התורה דאשלד"ע ונרמי חיובא אשליח כדין מוציא מעות הקדש לחולין אבל אם היה מקשה דנימא דטעותא דשליח מבטל השליחות אז אין שייך לחייב גם השליח כיון שאנו פוטרין את המשלח משום טעותא דשליח איך אפשר לחייב את השליח (יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא):

ואם נימא דטעות של שליח מבטל המעילה מן המשלח מוכרח לבטל גם לגבי עצמו של שליח ובטלה דין מעילה ובאמת המשלח חייב מדין איתעבד מחשבתו אבל השתא דפריך וכי זה חוטא וזה מתחייב פריך שפיר דלא יתחייב המשלח משום אשלד"ע ונרמי חיובא אשליח וכיון דהשליח מתחייב נפטר המשלח גם מדין מתעבד מחשבתו דלמה לן למרמיה עליה דמשלח שהוא לא עשה בעצמו ועדיף לן לרמויי אשליח שעשה בעצמו והוציא מעות הקדש לחולין הרי בררנו דמהנך דיני דמעילה אין ראיה שטעותו של שליח אינו מבטל השליחות:

ולכאורה יש להביא ראיה דטעותו של שליח מבטל השליחות מהא דאמרינן בגיטין (דף י"ד) ר"א בר יאשיה הוה ליה איספקא דכספא בנהרדעא א"ל לר' דוסתאי בר' ינאי ור"י בן כיפר בהדי דאתיתו אתיוהי ניהלי אזול יהבי נהליה אמרי להו ניקני מנייכו (פירש שיקבלו אחריות הדרך עליהם) אמרי להו לא אמרי להו אהדריה ניהלן ר' דוסתאי בר' ינאי אמר להו אין ר"י בן כיפר אמר להו לא הוו קא מצערו ליה א"ל חזי מר היכי קא עביד א"ל טב רמו ליה כי אתו לגביה א"ל חזי מר לא מסתייה דלא סייען אלא אמר להו נמי טב רמו ליה א"ל אמאי. תיעבד הכי א"ל אותן בני אדם הן אמה וכובען אמה ומדברין מחציין אומרין כפותו כופתין אומרין הרוגו הורגין אלו הרגו אותי מי נתן בן לינאי אבא ועיי"ש ברש"י דפירש הא דפריך אמאי תיעבד הכי היינו אמאי נתרצית להחזיר להם ורש"י ז"ל הוכרח לפרש כן דא"א לפרש הא דא"ל אמאי תיעבד הכי קאי אמאי דא"ל טב רמו ליה דע"ז לא הוי משני מידי דאטו משום שהיה מתיירא שיהרגנו אמר טב רמו ליה מאי חזית דדמא דידיה סומק טפי א"ו משום דקושייתו הוא אמאי נתרצה להחזיר להם הפקדון (וכיון דמשני ליה דכדין הוא החזיר הפקדון ממילא אמר להם טב רמו ליה

שיחזיר מפני שר"י בן כיפר בעצמו הביא על עצמו ההכאה שלא כדין ועוד שאולי אמר טב רמו ליה כדי שיחזיר ולא יבוא לידי מיתה) וע"ז משני שהיה מתיירא שלא יהרגנו:
והנה בב"ק (דף קי"ז) אמרינן ההוא גברא דאפקידו גביה כסא דכספא אתו גנבי עליה יהבינהו נהלייהו אתא לקמיה דרבה ופטריה אמר אביי האי מציל עצמו בממון חבירו אלא אמר רב אשי חזינן אי אינש אמיד אדעתא דידיה אתו ואי לאו אדעתא דכסא דכספא קאתו וא"כ הכא בהני נהרדעא מיקרי אדעתיה דידיה אתו דהא מעיקרא לא ביקשו מהם שיחזירו הפקדון רק שרצו שיקבלו עליהם אונסא דאורחא שאם יאבד ישלמו כדאמרי להו ניקני מנייכו וכן הוא בירושלמי בהך עובדא שביקשו ממנו שיקבל עליו אחריות הדרך ולפ"ז הא אתו רק אדעתא דידי' והוא אינו יכול להחזיר להם ע"פ דין כדאמר התם דחייב הנפקד באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר. וכשהכו אותו אח"כ היה מחויב לקבל עליו אחריות הדרך ולשלם אם יאבדו ולא להחזיר להם הפקדון שכבר זכו עבור ר' אחא בר' יאשיה דהא קי"ל דאסור להציל עצמו בממון חבירו:
ואף שלפמ"ש הרמב"ם והמחבר (בסימן רצ"ב סעיף ח') הטעם באינו אמיד משום שחזקתם שלא באו האנסים אלא לשמע הפקדון ועיי"ש בסמ"ע ובש"ך והיה אפשר לומר דגם בהאי עובדא דר"א בר"י היו רשאים לחזור הפקדון משום שלא באו אלא לשמע הפקדון מ"מ הרשב"א בחידושיו לב"ק ד' קי"ז) כתב דהטעם להא דאמרינן אם אדעתא דפקדון אתי פטור ולא מחייבינן ליה מטעם מציל עצמו בממון חבירו כמו גבי אנס שאנסו ונשא ונתן ביד משום דגבי נשא ונתן ביד דמחייבינן ליה מיירי שהאנס לא היה יכול ליטול בעצמו אם לא שנתן לו אבל הכא גבי פקדון מיירי שאם לא היה נותן להגנבים יכולים למצוא מעצמם הפיקדון ומש"ה פטורין עיי"ש היטב בדבריו ז"ל וכ"כ התורת חיים בחידושיו לב"ק דהתם גבי פקדון להכי פטור באתו אדעתא דכסא דכספא משום דהגנבים היו יכולים ליטול בעצמם וא"כ הכא גבי עובדא דר"א בר"י שלא היו יכולים ליטול אם לא היו נותנים להם דהא לא היה יכול ליטול אלא בהכאות אבל לחפש וליטול בעצמם לא היו יכולים וא"כ קשה איך מסרו הפקדון אחר שכבר זכו מפני שרצו לפטור עצמם מקבלת אחריות א"ו דלהכי מסרו להם מפני שכיון שאחר שזכו ביקשו שיקבלו עליהם אחריות בטלה הזכיה דאדעתא דהכי שיקבלו אחריות לא היו נעשים שלוחים לזכות עבור ר"א בר יאשי' ואף שבשעה שנתנו להם הפיקדון לא ביקשו מהם קבלת אחריות וחלה הזכיה ומה שרצו שיקבלו אחריות נולד אח"כ כדאיתא בירושלמי (ספ"ק דגיטין) דמעיקרא נתנו לו בסתם ואח"כ כשהביא לפני הנפקד לישנא בישא עלייהו העלילו עליהם שיקבלו אחריות מ"מ לפמ"ש בכתובות (דף מ"ז) ד"ה שלא

דהא דאמרינן שם במתה אשתו מן האירוסין שאינו גובה תוספות משום שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה אף שנולד הדבר אח"כ שכתב לה וכן גבי נתן הכסף לאנשי משמרות דאמרינן (בב"ק ק"י) דאי כסף אינו מכפר חייבים להחזיר הכסף ליורשים משום דאדעתא דהכי לא יהיב להו אף שהדבר נולד אח"כ משום דבדבר שאינו תלוי אלא בדעת הנותן לחוד יש לנו ללכת אחר דעתו לחוד ומה שנולד אח"כ נמי מבטל המעשה וא"כ ה"נ אף שמה שהעלילו עליו שיקבל עליו אחריות היה אחר הזכיה מ"מ מתבטלת הזכיה משום דאדעתא דיעלילו עליו לקבל אחריות לא זכו כלל ובטלה זכייתן והיו רשאים להחזיר הפקדון א"כ הרי מוכח דטעות של שליח שהיה להשליח בדבר שנגע לעצמו נמי מבטלת השליחות:

וכן מוכח מדברי הג"א שם בגיטין וז"ל השיב ר"ת לרבני מריגנשפורק על דבר לוי שהפקיד מנה אצל שמעון שלא בעדים וראובן ביקש מלוי לקבל לו מנה משמעון שנתחייב לו שמעון וקבל לוי ואח"כ בא שמעון ללוי ותבעו להחזיר לו המנה שנתן לו לצורך ראובן כי בטעות פרעו ואם לא יחזור יעכב שמעון מנה שהפקיד לו לוי שלא בעדים. וראובן תובע מלוי מנה שזכה לו ולוי טוען לא זכיתי לך על מנת להפסיד פקדוני שביד שמעון נ"ל כי מן הדין יחזיר לוי מנה שנתן לו שמעון לראובן שהרי זכה לו כיון שחוב מלוה הוא וקי"ל כרב דאם בא לחזור דאינו חוזר ואפי' אי פקדון היה זכה לו דאין שייך לומר הכא אין רצוני שיהיה פקדוני וכו' כיון דא"ל הב לי פקדון ונפקד נתן לו הוה ליה כזכי ולא מצי למיהדר כדמוכח במעשה דר' דוסתאי וכו' ומה שאמר לוי לא זכיתי על מנת שאפסיד שלי דברים שבלב הם ואינם דברים עכ"ל הרי חזינן דטעמא דלא מצי לוי לבטל השליחות מטעם דאדעתא דהכי לא זכה הוא רק משום דדברים שבלב אינם דברים ומוכח ממילא דאם יש אומדנא דמוכח בגוונא דלא הוי דברים שבלב אלא דברים הגלויים לכל שפיר מתבטלת הזכיה והשליחות הרי בהדיא דטעותו של שליח מבטלת השליחות:

ובזה יש ליישב מה שנתחבטו רבותינו האחרונים ז"ל בחוה"מ (סימן קכ"ה) על דברי הרמ"א ז"ל שהעתיק שם (בסעיף א') הך דינא דהג"א שאינו יכול להחזיר המעות להנפקד אף שהנפקד אומר לו שיכפור לו חובו ולעיל בסעיף זה כתב המחבר דאם מחמת אונסו החזירו לראובן שאיים עליו בדבר שבידו לעשות עד שהוצרך להחזיר פטור עיי"ש. והוא מעובדא דר' דוסתאי ב"ר ינאי וא"כ אמאי פסק הכא שאסור לו להחזיר הפקדון אף שמפסיד חובו על ידי זה וכל התירוצים שכתבו בזה אינם מובנים לענ"ד דהסמ"ע תירץ דשאני הך דינא דהג"א והרמ"א שעשאו שליח לקבל הפקדון וכבר זכה עבורו להכי אסור

לו להחזיר וע"ז קשה שהרי גם בעובדא דר' אחי בר יאשיה נעשו שלוחים לקבל הפקדון ואפ"ה אמר לו שפיר עבדת במה שהחזיר והש"ך תי' לפ"מ שפי' הנה"מ דבריו דאונס ממון לא הוי אונס והכא הוי רק אונס ממון שרצה לכפור לו חובו ומלבד מה שתמה עליו הנתה"מ דאונס ממון נמי הוי אונס קשה ג"כ דהא גם בעובדא דר"א בר"י היה נמי אונס ממון דהא לא ביקשו מהם רק שיקבלו אחריות הדרך עליהם ואלו הוו מקבלי עלייהו לא היו מכים אותם כלל:

אבל לפמ"ש א"ש דהיינו דאיכא בין עובדא דהג"א לעובדא דר' אחא דבעובדא דהג"א שאמר לו הנפקד שיכפור לו הלואתו ע"כ דאינו היזק ברור דאף אם יכפור אפשר שיגבה ממנו ע"י בירורים או שישביעו בס"ת ולא ירצה לישבע וישלם לו מדקרי ליה דברים שבלב ע"כ שאין ההיזק ברור דבהיזק ברור הא לא מיקרי דברים שבלב כ"א בלב כל האדם שהכל יודעין שאין אדם מפסיד ממונו ומציל ממון חבירו. וכיון דאין ההיזק ברור להכי לא מתבטלת הזכיה שזכה הפיקדון עבורו ולא אמרינן אדעתא דהכי לא זכה כמ"ש ההג"א אבל בש"ס דר' אחא בר"י שבשעה שקיבל הפקדון קבלו רק בתורת ש"ח ועתה מעליל עליו שיקבל עליו דין שואל להתחייב באונסין ודאי דאמרינן אדעתא דהכי לא קיבל ולא זכה עבורו הפקדון דהכל יודעין דאף מי שקיבל עליו להיות ש"ח אינו מתרצה להיות שואל ולא הוי דברים שבלב ובטלה זכייתו ויכול להחזיר הפקדון ול"ד לעובדא דהג"א דשם לא בטלה זכייתו דהוי דברים שבלב דאפשר שהיה מתרצה לזכות עבור המפקיד פקדונו אף אלו הוי ידע שעי"ז יצטרך למיקם בדינא ודיינא על מעותיו וזה המחוור מכל התירוצים שנאמרו לחלק בין עובדא דר"א בר"י להך עובדא דהג"א ונראה דהיינו נמי טעמא דאמרינן גבי פקדון אי אתא אדעתא דכספא לא מיקרי מציל עצמו בממון חבירו הוא נמי משום דאדעתא דהכי לא קיבל עליו שמירה שאם יבא עליו גנבי מחמת פקדונו לא יתן להם הפקדון והוי אומדנא דמוכח כמ"ש התוס' בב"ק שם. ול"ד לאומדנא דמוכח דעובדא דהג"א דשם לא הוי אומדנא שאדעתא דיכפור לו חובו לא זכי עבורו וקרינן ליה דברים שבלב:

הרי נתברר מסוגיא דגיטין בעובדא דר' אחא בר"י ומדברי הג"א דטעותו של שליח מבטל שפיר השליחות:

אחרי כותבי כ"ז מצאתי בעזה"י בחידושי הריטב"א על קידושין שכתב שם אחרי שהאריך לבאר דגם בשליח שוגג אמרינן אשלד"ע אף דלא שייך לאמר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וז"ל ותדע דאפילו בשוגג שייך האי טעמא דאנן אמרינן אילו ידע האי שליח דהקדש הוא לא הוי לו שליח כי דברי הרב שומעין וה"ל שליח בטעות

ובטל שליחותו וחשוב כעושה בעצמו בשוגג כנ"ל עכ"ל הרי דפשיטא לי' דטעותו של שליח מבטל השליחות:

מיהו כ"ז בטעות הנוגע לשליח שאנו יכולין לאמר שאלמלא הי' יודע שכן הוא לא הי' נעשה שליח אבל בטעה השליח בדבר הנוגע למשלח והמשלח לא טעה וידע שכן הוא כמו שליח שקידש וסבור שהיא כהנת וגילה דעתו שאלמלא לא היתה כהנת לא הי' מקדשה מפני שהי' סבור שהמשלח מקפיד ע"ז ובאמת ידע המשלח שאינה כהנת ואעפ"כ רצה לקדשה הוי קדושין מעליא ואין טעותו של שליח מבטל השליחות בדבר הנוגע למשלח אם המשלח בעצמו לא טעה ויש להביא ראיה לזה מהא דתנן בפסחים (דף פ"ח) באומר לשלוחו צא ושחוט עלי ושחט גדי וטלה יאכל מן הראשון ופריך הא תניא אין נמנים על שני פסחים כאחד ופרש"י ז"ל לאכול בשעת אכילה מאיזה מהן שירצה משום דא"ב ומשני מתניתין במלך ומלכה והתניא וכו' ומפרש התם רש"י ז"ל דמלך ומלכה שדעתן קלה עליהם שיש להם מעדנים רבים ואין מקפידים אם גדי אם טלה הלכך אין כאן דין ברירה דבתרווייהו ניחא להו להכי יאכלו מן הראשון דראשון שפיר אשתחיט ולית כאן דין ברירה כלל עי"ש דמיירי שהשליח שחט ע"מ שמאיזה שירצה המלך והמלכה יאכלו הרי דאם הי' שליח מאיש אחר דשייך בזה ברירה משום דאיכא דניחא להו בגדי ואיכא דניחא להו בטלה וכששחט לאיזה שירצה המשלח לא יאכל משניהן משום דא"ב ואף דהמשלח לא התנה כלל תנאי זה דגדי וטלה מ"מ גרירא דעתו בתר שליח וכשהמשלח דעתו קלה עליו שאין תופס בדעתו קפידא בין גדי וטלה לית בזה חשש ברירה אף שהשליח הי' בדעתו שהמשלח יברור בשעת אכילה אם רוצה בגדי או בטלה מ"מ כיון שבמשלח אין תופס בו קפידא בזה לא איכפת לן מה שבדעתו של שליח הי' שהמשלח מקפיד על אכילתו בין גדי לטלה כיון שבאמת אין המשלח מקפיד ולית כאן חשש ברירה והטעם משום כיון דלשליח בעצמו אין קפידא רק מה שאמד דעתו של המשלח שיש לו קפידא בין גדי לטלה ובאמת גם למשלח ליכא קפידא הוי שליחות מעליא אע"ג דבשחיטת פסח בעי שליחות מעליא כדאמרינן בקדושין (דף מ"ב) ע"ש וא"כ ה"ה בטעותו של שליח שטעה שהמשלח יקפיד בזה ובאמת ידע המשלח ולא הקפיד אינו מבטל השליחות כיון שלשליח בעצמו ליכא קפידא רק שהי' סבור שהמשלח יקפיד ולא הקפיד הוי שליחות מעליא ודו"ק:

סימן קסו

שאלה באיש אחד שבא לגרש את אשתו ואמר לסופר לכתוב ולעדים לחתום לשמה כמה שנאמר לו מפי המסדר רק שאמר שעדיין מתיישב אם לגרש או לא רק שמצוה לכתוב שאם יגמור בדעתו לגרש יגרש בגט זה. מה דינו של גט זה אם נתגרשה בו:

תשובה בגיטין (דף כ"ד) תנן כל גט שנכתב שלא לשום אשה פסול כיצד היה עובר בשוק ושמע קול סופרין מקרין איש פלוני מגרש את פלונית ממקום פלוני ואמר זה שמי וזה שם אשתי פסול לגרש בו. יתר מכן כתב לגרש את אשתו ונמלך מצאו בן עירו ואמר לו שמי כשמך ושם אשתי כשם אשתך פסול לגרש בו. יתר מכן היו לו שתי נשים ושמותיהן שוות כתב לגרש את הגדולה לא יגרש בו את הקטנה. יתר מכן אמר ללבלר כתוב לאיזה שארצה אגרש פסול לגרש בו עכ"ל המשנה ונראה לי מדלא תני במתניתין יתר ע"כ כתוב גט לאשתי אם ארצה אגרש בו משמע ודאי דבכהי גוונא כשר. וכן הקשו בתוס' בזבחים (דף ג') ד"ה הכותב וקאמר התם בש"ס דבעי לאוכוחי דסתמא בגט פסול מבבא דיתר ע"כ אמר ללבלר כתוב לאיזה שארצה אגרש פסול לגרש בו ודחי הש"ס דילמא שאני התם דאין ברירה ומסיק להוכיח דסתמא פסול ממתניתן דהכותב טופסי גיטין צריך להניח מקום האיש ומקום האשה ומקום העדים ומקום הזמן והקשו התוס' שם דכיון דמרישא דמתניתין לא מוכח דסתמא פסול אלא מהא דהכותב טופסי גיטין א"כ הו"ל לשנות יתר ע"כ הכותב טופסי גיטין צריך שיניח להשמיענו דסתמא פסול וע"ש מה שתרצו בקיצור וכוונתם דלא שייך למיתני יתר ע"כ אלא אם גם הדין השנוי קודם נכלל בהך הוספה ובזה שייך לאמר יתר על כן אבל בהך בבא דהכותב טופסי גיטין אף דמוכח מיני' דסתמא נמי פסול מכ"מ רבותא דקתני ברישא לא נכלל בו דהא איכא למימר דסתמא פסול אבל אם אמר ללבלר כתוב לאיזה שארצה אגרש כשר משום יש ברירה ונתברר הדבר שלמפרע נכתב לשם אשה זו שרוצה לגרשה כעת ולשון יתר ע"כ לא שייך לשנויי אלא בשנכלל בו דין הראשון ומוסיף עליו עוד רבותא ע"ש בתוס' שזה נ"ל בכוונתם ואם כן הרי בנ"ד אי הוה תני יתר ע"כ אם אמר כתוב אם ארצה אגרש פסול משום דאין ברירה ודאי נכלל בבא דרישא דלאיזה שארצה אגרש פסול ומדלא תני לי' ביתר ע"כ מוכח דכה"ג כשר וכמו שנבאר וכן הר"ן ז"ל בחי' בפ' כל הגט דייק מזה דבתולה בדעת אחרים יש ברירה מדלא תני יתר ע"כ דבתולה בדעת אחרים הגט פסול ע"ש בדבריו ז"ל ואנן בדידן נוכל להוכיח דכתוב אם ארצה אגרש בו כשר מדלא תני לה לפסול ביתר על כן:

וטעמא דמילתא נ"ל דלא חיישינן בזה לחשש אין ברירה דברירה לא שייך אלא שתולה הדבר בספק אם יהא בדעתו אח"כ לעשות כן או לא וכשלא ירצה לעשות אז יהא בדעתו קפידא ועיכוב שאינו רוצה שיהא כן ואיזה אופן שיברר הוא סתירה וקפידא לאופן השני כמו בשני לוגין שאני עתיד להפריש בגיטין (דף כ"ה) שאם יפריש לוג זה צריך שיהא דוקא לוג הזה תרומה והמותר לא יהא תרומה דהא רוצה לשתות הלוג שאינו מפריש ורוצה שיהא חולין ואפילו אם הוא כהן דלא איכפת לן אם שותה תרומה מ"מ הא בתרומה בעינן ראשית שיהא לה שיריים ואי לוג זה תרומה צריך שיהא האחר חולין דוקא וקפידא בדבר דבענין אחר לא הוי תרומה. וכן במקדש ע"מ שירצה אבא שם בגיטין דאם לא ירצה אביו רוצה בדוקא שלא יהא קידושין דאינו רוצה שתהא אשתו אם לא יתרצה האב לזה. וכן בפרק בכל מערבין (דף ל"ז) האומר מעשר שיש לי בביתי מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס דתליא ג"כ בברירה משום דהסלע שיעלה בידו מן הכיס רוצה שיהא מעשר והשאר סלעים קפיד שלא יהא מעשר ורוצה דדוקא שיהא חולין לשמש בהן לכל הנאתו וכיון דאיכא קפידא ועיכובא בזה תליא הברירה דאנו צריכין לברר למפרע איזה הוא מעשר ואיזה הוא חולין דעל מי שיהא חולין קפידתו שיהא חולין דווקא ויש לו רצון וקפידא שיהא חולין וכן בהריני מערב לשבתות כל השנה רציתי אלך רציתי לא אלך שאם לא ירצה לילך מקפיד בדבר ורוצה שלא יקנה לו העירוב ולא יפסיד תחום ביתו כדי שילך לרוח אחר רחוק מעירובו כמו שפרש"י ז"ל שם בהדיא דמה"ט הוא מתנה כדי שאם לא ירצה לערב לא יפסיד תחום ביתו [דאם לא היה מסתפק בדעתו לילך להלאה מכנגד עירובו לצד עירו יותר מאלפים לא הוי צריך להתנות כלל] ולהכי הוי ברירה גמורה וכן במערב לחמשה בני אדם על איזה מכם שארצה רציתי ילך רציתי לא ילך נמי אין העירוב קונה אלא לאחד וממילא איכא קפידא אם יקנה לזה לא יקנה לזה וכן בכל מה שילקטו העניים יהא הפקר אף שאין סתירה בדבר ויכול להפקיר כל העומרים מ"מ קפידת בעה"ב שלא יהא הפקר רק מה שילקטו והמותר רוצה שישאר ברשותו שלו והוי בזה דין ברירה גמורה דברירה הוי א' משני פנים או שהדברים סותרין בעצמן זא"ז או שקפידת המתנה מטיל ספק בשני דברים אם יחול ע"ז או ע"ז ואם חל ע"ז רוצה שעל שני לא יחול בזה שייך ברירה כמ"ש הר"ן בשם הרמב"ן ז"ל (בפ"ק דגיטין) גבי משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך. אבל אם כותב גט לשם גירושין ובדעתו שאם לא ייסיעה יגרשנה ואם ייסיע לא יגרשנה ליכא בזה חשש ברירה דהא א"צ לקבוע בזה אלא אופן הזה שיהא לשם גירושין וכן נכתב באמת לשם גירושין ואם לא ירצה לגרש אינו רוצה לקבוע בכתיבת הגט איזה אופן אחר אלא שממילא אינו מגרשה אבל אינו

נקבע בכתיבת הגט אופן אחר רק שכתבו לשם גירושין וא"צ לגרש בו ולא איכפת לי' במה שנכתב לשם גירושין לא שייך בזה דין ברירה שאינו פוסח על שתי הסעיפים אם לקבוע בו דבר זה או דבר זה רק אם יצטרך לגרש או לא יצטרך ולא דמי למקדש ע"מ שירצה אבא דהוי דין ברירה דהתם אם לא ירצה אבא רוצה ומקפיד שלא יהי' קידושין משא"כ הכא אטו אם לא יגרשנה מקפיד שלא יהא כתיבתו לשם גירושין מה איכפת לי' שיהא לשם גירושין אין קפידתו רק שלא תתגרש אבל אם יוקבע בגט כתיבה לשם גרושין לא איכפת לי' ואינו מקפיד בזה וכל אדם יכול להכין גט אם ירצה יגרש בו ולא אמרינן דבמה שלא גירשה אח"כ איגלאי מילתא למפרע שלא נכתב לשם גירושין אלא דהגט נכתב לשם גירושין רק שהוא לא גירשה אח"כ ולהכי לא איכפת לן נמי אם אומר ללבלר כתוב אם ארצה אגרש ולית בזה חשש ברירה:

ודמי להא דאמר בפסחים (דף ל"ח) גבי מצה דבעינן שימור לשם מצת מצוה ולא לשם חלות תודה ורקיקי נזיר. ואפ"ה חלות תודה ורקיקי נזיר שעשאן למכור בשוק יוצא בהן וטעמא משום דכל לשוק אמלוכי מימלך ואמר אי מזדבן מזדבן ואי לא מזדבן איפוק בי' אנא אלמא אע"ג דמסתפק אולי מזדבן ולא יצאו בו יד"ח מצה מ"מ כיון שאם ירצה לצאת יוצא בו הוי שימור לשם מצה משום שלא מחמת שאינו רוצה שיהא לשם מצה אלא שא"צ לצאת בו ומכרו לאיש אחר לחלות תודה והוא יצא במצה אחרת להכי ליכא בזה חשש ברירה דבלא"ה הרי אופה כמה זיתים מצה ואינו יוצא אלא בזית אחד ואפ"ה כולה מיקרי שימור לשם מצה ואין בזה חשש ברירה מפני דמה שאינו יוצא ביתר הזיתים הוא לא מפני קפידתו שיש לו איזה טעם שאינו רוצה שיהא מצת מצוה אלא מפני שאינו צריך להם וה"נ בגט אם אמר אם ארצה אגרש ואם לא ארצה לא אגרש מה שאינו מגרש אינו סותר הכתיבה לשמה דאין לו טעם וקפידא שאם לא יגרש לא יהא לשמה:

ואף שהגאון בעל נוב"י ז"ל חשש בכותב שני גיטין באיזה שירצה יגרש לדין ברירה. התם שאני דכשמגרש בגט אחד רוצה ע"כ שהגט שני לא יהא בו קביעות לשמה דאם יש גם בו קביעות לשמה היינו שתתגרש האשה א"כ הרי יגרע כח לשמה מהגט שמגרש בו ואנן בעינן שהגט שמגרש בו יוקבע בו כל כח לשמה ותורת כריתות ואם נקבע גם באחר כח כריתות הרי ממילא אין בגט שמגרש תורת כריתות וע"כ כשמגרש בגט אחד מהשנים רוצה שבהשני לא יהא בו שום תורת כריתות וישאר כל כח לשמה ותורת כריתות בהגט שמגרש א"כ קא אתינן לחשש ברירה שבורר על איזה יחול תורת לשמה וכריתות ועל איזה לא יחול בדווקא ולא דמי לאם ארצה אגרש דהתם אם אינו מגרש לא איכפת לי' כלל אם יש תורת לשמה בהגט כיון שאינו מגרש כלל וממתניתין (דר"פ כל

הגט) אין להביא ראיה דגם בכותב שני גיטין ומגרש באחד מהן לא אמרינן אין ברירה מדלא קתני יתר על כן אמר ללבלר כתוב שני גיטין באיזה שארצה אגרש פסול כמ"ש לעיל דאין ראיה מזה דלא רצה לשנות דבר זה דאטו בשופטני עסקינן שיאמר כן ללבלר ומאי איכפת לי' באיזה מהן לגרש ומי פתי שיאמר כן אף דמשכחת לה בגוונא שגט אחד כתוב על חפץ יקר וכדאמר בגיטין (דף כ') כתב לה גט על טס של זהב ומסתפק בדעתו אם ליתן לה הגט זה ששוה הרבה או הגט השני מ"מ לא איכפל תנא להשמיענו גוונא רחיקא כי הא ועוד דאם גט אחד שוה יותר פשיטא דא"ב ולא הוי רבותא יותר מכתוב לאיזה שארצה אגרש ולא שייך למיתני יתר על כן:

ועוד נראה לי דאם כתב שני גיטין באיזה שארצה אגרש ליכא חשש ברירה כלל אם שני הגיטין שוין בשויין. דאף שבררנו דגדר חשש ברירה הוא אם בוחר אחד משני צדדי הספק וממאן בצד השני מ"מ היינו דווקא אם יש איזה טעם שבחר בצד אחד ומיאן בצד השני אבל אם שני הצדדים שוים אצלו ובוחר באחד מהן מחמת שאינו יכול לבחור בשני הצדדים ביחד ע"כ בוחר א' מהן לא חיישינן לדין ברירה ואמרינן שפיר דמה שבירר אגלאי מילתא למפרע שעל זה חל קיום הדבר ויש להביא ראי' מהא דאמרינן בפסחים (דף פ"ח) אין נימנין על שני פסחים כאחד ומעשה במלך ומלכה שאמרו לעבדיהם צאו ושחטו עלינו את הפסח ושחטו עליהם שני פסחים ואמר ר"ג מלך ומלכה דדעתן קלה עליהם יאכלו מן הראשון אנו לא נאכל לא מן הראשון ולא מן השני ופרש"י ז"ל דבמלך ומלכה שאין מקפידין על סעודתן רשאים לאכול מן הראשון דלית בזה חשש ברירה כיון שאין לו קפידא מאיזה יאכל והא התם שהשליח שחט ע"מ שיאכל המלך מאיזה שירצה והמשלח הרי סמך עצמו על מה שיעשה השליח ודמי לברירה כמ"ש רש"י ז"ל בד"ה והתניא שמה שתלה השליח בברירה דמי כמו שהי' המשלח תולה בברירה ואפ"ה אין בזה חשש ברירה משום שאין מלך מקפיד אם גדי אם טלה וה"נ אם צוה. לסופר לכתוב שני גיטין לשמה והוא יגרש באחד ליכא חשש ברירה דהא כשנוטל אח"כ גט אחד ומגרש בו אינו מקפיד ע"ז דווקא רק שנוטל א' ומגרש ואין בזה חשש ברירה:

ובזה מיושב היטב מה שהקשה בספר אור חדש על דברי הרמב"ם ז"ל שסותרים דבריו זא"ז (שבפ"ב הלכה י"א) כתב יתום ששחטו עליו אפוטרופסין יאכל ממקום שהוא רוצה בד"א ביתום קטן אבל יתום גדול נעשה כממנה עצמו על שני פסחים וכל הממנה עצמו על שני פסחים אינו אוכל אלא מן הנשחט ראשון עכ"ל והוא מן הירושלמי בפ' האשה עיי"ש וביתום קטן פסק דיאכל ממקום שהוא רוצה [והיינו אף שבירר לו בשעת אכילה נמי ואע"ג דגבי אשה ששחט עלי' בעלה ושחט עלי' אביה כתב דאוכלת במקום שהיא

רוצה והוא שתברר בשעת שחיטה אבל בירור שבשעת אכילה לא מהני דאנן קיי"ל אין ברירה מ"מ גבי יתום קטן לא בעינן שיברר בשעת שחיטה וסגי בבירור דשעת אכילה משום דפסק שה לבית אבות לאו דאורייתא וכדאיתא בש"ס] אבל בגדול דבעינן מינוי מדאורייתא אם שחטו אפוטרופסין עליו הוה כממנה עצמו על שני פסחים דיאכל מן הראשון וקשה טובא דבפ"ג כתב וז"ל בהלכה א' האומר לעבדו צא ושחוט עלי את הפסח אעפ"י שדרך רבו לשחוט טלה בכל שנה והלך ושחט גדי או שהי' דרכו לשחוט גדי והלך ושחט עליו טלה ה"ז יאכל ממנו שהרי לא פירש ואמר שחוט לי ממין פלוני הלך ושחט גדי וטלה אינו אוכל משניהן אלא יצאו לבית השריפה שאין נימנין על שני פסחים כאחד עכ"ל הרי שפסק במי שנמנה על שני פסחים כא' דשניהם יצאו לבית השריפה וא"כ אמאי פסק ביתום גדול ששחטו עליו שני אפוטרופסין דיאכל מן הראשון ואין הראשון יוצא לבית השריפה:

ולפמש"כ הדבר נכון מאוד דודאי בשחט השליח גדי וטלה שניהם יצאו לביהש"ר דכיון דאיכא דניחא לי' בטלה ואיכא דניחא לי' בגדי והוא תלה ספיקו בשעת שחיטה באיזה שירצה רבו אמרינן אין ברירה דמאן דניחא לי' בטלה אינו בוחר בגדי ומאן דניחא לי' בגדי אינו בוחר בטלה ואין ברירה ושניהם יצאו לבית השריפה ואע"ג דמאן דרגיל בטלה לא מיקרי שינוי אם שחט עליו גדי וכן להיפוך מ"מ אע"ג דשינוי לא מיקרי אבל חשש ברירה שפיר מיקרי דהא מאן דניחא ליה טלה בוחר יותר בטלה ומאן דניחא לי' גדי בוחר יותר בגדי והשליח תלה ספיקו בזה ואנן קיי"ל אין ברירה אבל ביתום ששחטו עליו שני אפטרופסין מיירי ששניהם שחטו גדי או טלה ואין קפידא באיזה שירצה אמרינן שהשחיטה חל על הראשון שהראשון כשר דהא אין בזה חשש ברירה:

ומיושב בזה מ"ש הר"מ ז"ל (בפ"ד מה' מעשר שני) דאם אמר פרוטה שבכיס זה יהא מחולל על מעשר שיש לי בתוך ביתי מחולל ובגמרא דעירובין (דף ל"ז) איתא דלמ"ד א"ב אינו מחולל וכן גבי שתי נשים שלקחו קיניהם בעירוב או שנתנו קיניהן לכהן פסק דיקריב איזה שירצה כהן לעולה ולאיזה שירצה יקריב חטאת כמתניתין דקינין (פ"א מ"ד), ובגמרא מוקי לה למ"ד א"ב כשהתנו והר"מ ז"ל לא הביא הך אוקימתא דהתנו כלל ותמהו המפרשים ז"ל ע"ז. ולדברינו א"ש דסמך אסוגיא דפסחים גבי גדי וטלה דהיכא דאין קפידא לא חיישינן לברירה והכא במעשר שני דאין לו קפידא על איזה סלע יחול החילול יש ברירה וכן גבי קינין לא איכפת להו להני נשים איזה שיבחר הכהן ולהכי לכ"ע יש ברירה והכי משתמע מסוגיא דבכורות גבי אחין שחלקו דחייבין במעשר בהמה וקאמר שם לא שנו אלא שחלקו גדיים נגד תיישים ותיישים נגד גדיים

אבל חלקו גדיים נגד גדיים ותיישים נגד תיישים אומר זה חלקו משעה ראשונה והיינו דבגדיים נגד גדיים ליכא קפידא כולי האי כמו שיש קפידא בגדי נגד טלה וכל שהקפידא פחותה מסתבר יותר לאמר יש ברירה והיכא דליכא קפידא כלל לכ"ע יש ברירה כמו מלך ומלכה שהבאתי לעיל:

ובזה נראה לי ליישב דברי הרמב"ם התמוהים מאוד בהא דתניא במנחות (דף מ"ז) שחט שני כבשים על ארבע חלות מושך שנים מהן ומניפן והשאר נאכל בפדיון אמרוה רבנן קמי דר"ח הא דלא כרבי דאי כרבי כיון דאמר שחיטה מקדשא דפריק לי' היכא אי דפריק לי' מאבראי כיון דכתיב לפני ה' איפסל לי' ביוצא אי גוואי הא מעייל חולין לעזרה א"ל ר"ח לעולם כרבי ופריק לה גוואי וחולין ממילא קא הוויין א"ל רבינא לר"א והתניא כשהוא פודן אין פודן אלא בחוץ הא ודאי ראב"ש הוא דאי רבי איפסלא לה ביוצא והנה התוס' שם בד"ה מושך פירשו דצריך להניף כל הד' חלות דהא לא ידעינן הי אקדיש והא דקאמר מושך שתים הוא רק להורות שלא יניף כולם בב"א כדי שיהא ניכר שלא יזרוק הדם רק על השתים וכ"כ עוד גבי תודה ששחטה על שמונים חלות (בדף ע"ח) דקאמר התם שאם אמר יקדשו ארבעים מתוך שמונים מודים דקדשי וכתבו התוס' שם דאע"ג דר"י סובר בפ' כל הגט אין ברירה היינו היכא שמתברר לבסוף דלאו כלום עביד אבל הכא קדשי כל היכא דאיתנהו וכשבא להפריש ד' חלות של תרומה צריך להפריש י"א חלות מכל מין ומין דאי לאו הכי כיון דאין ברירה דילמא דחולין קא שקיל עכ"ל וכוונתם מבואר דהכא נמי אמרינן אין ברירה ולא מהני שיברר הארבעים ויפריש מהן ד' חלות והמותר יהא חולין אלא צריך להפריש י"א חלות משום דכל השמונים הם בספק על כל אחת שמא חלה זו היא מארבעים דקדשי רק שהקשו בתחילת דבריהם דכיון דר' יוחנן אית ליה א"ב אם כן לא ליקדשו כלל כמו גבי גט דאם אמר כתוב לאיזו שארצה אגרש לא הוי גט כלל וה"נ לא ליקדש כלל ותירצו דגבי גט דתלי הדבר שיתברר לבסוף אם יהי' גט או לא ואפשר שיתברר דלא הוי גט כלל להכי למ"ד א"ב אין כאן בירור ולא הוי לשמה כלל אבל הכא דלא תלה הדבר שיתברר לבסוף אם יהא קדוש וקדשי כל היכא דאיתנהו בודאי רק דאנן לא ידעינן הי נינהו הקדושים והי נינהו החולין להכי קדשי ארבעים זהו כוונת דבריהם עכ"פ הרי כתבו בהדיא דלמ"ד אין ברירה צריך להפריש י"א חלות מכל מין אבל הרמב"ם ז"ל כתב (בפי"ב מה' פסוה"מ הלכה ט"ו) גבי תודה ששחטה על שמונים חלות ואמר יקדשו הארבעים מתוך שמונים מושך מ' מתוך פ' ומפריש א' מכל קרבן והמ' השניות יפדו ויצאו לחולין עכ"ל הרי שלא הצריך להפריש רק א' מכל

מין שלא כדברי התוס'. וכן גבי שחט שני כבשי עצרת על ארבעה חלות כתב שמניף רק שנים והשאר פודין אותן בפנים ונאכלין בחוץ כשאר חולין עיי"ש:

וכבר תמה ע"ז הלח"מ דכיון דאנן קיי"ל כרבי דשחיטה מקדש קדושת הגוף ואנן לא ידעינן הי מנייהו קדושות אמאי נאכלין בחוץ דילמא הני דקאכיל בחוץ הן הנה שנתקדשו בשחיטה קדושת הגוף ולא מהני בהו פדיון ונפסלו ביוצא. וכ"ת דאמרינן דנתברר למפרע שאלו השתים שנפדו אין בהם אלא קדושת דמים ולא נתקדשו בשחיטה דז"א דהא קי"ל אין ברירה ועוד אם איתא דמהני ברירתו לברר מי הם הקדושות לשתי הלחם ומי מהם קדושות רק לקדושת דמים א"כ אמאי פודן בפנים דווקא הא אפילו בחוץ יכול לפדותן ואינם נפסלין ביוצא שהרי הועיל ברירתו לשויין למפרע רק לקדושת דמים ולפדותן בחוץ עדיף טפי שאם פודן בפנים נעשים חולין בעזרה כדקאמר שם בש"ס ואין עושין כן אלא מדוחק סמכינן אשנויא דמשני התם דחולין ממילא הוי אבל ודאי דלפדותן בחוץ עדיף טפי אם אפשר עיי"ש בדברי הלח"מ ועיין ברש"י שם (בדף מ"ח) דה"מ דאי רבי דלרבי דאמר שחיטה מקדשתן נהי דשתים מהן אין להם אלא קדושת דמים וישנו בפדיה דכבשים מידי דחזי להו מקדשי ואינך קדושת דמים בעלמא עלייהו ונפקי לחולין ומביא מעות בכל מקום שהם השתים שאינן מקודשות יתחלל על מעות הללו ובלא פדיה לא מתאכלי דלא שרי להו זריקת כבשים מיהו היכי פריק להו והיכי משתרי והרי אינו מכיר אלו שאינם מקודשות עכ"ל רש"י ז"ל הרי שכתב ג"כ שאינו יכול להכיר ולברר מי הם הקדושות קדושת הגוף ומי קדושת דמים וכדמוכח מהש"ס דקאמר אי דפריק להו מאבראי הא מיפסלי ביוצא ולא אמר דמפיק רק שתים ופודן ע"י שבורר אותן לקדושת דמים ומשום דאין ברירה ואם כן פשיטא נמי דנאכלין כולן בפנים כיון דלא ידוע לנו מי הם הקדושות קדושת הגוף בעי לאוכלן ארבעתן בפנים וא"כ ודאי דקשה על הרמב"ם ז"ל שכתב דאוכל השתים בחוץ כשאר חולין הא קיי"ל א"ב וביותר קשה קושיא השניה של הלח"מ דאי יש ברירה א"כ אמאי פודן בפנים יפדה אותן בחוץ כיון שמתברר לן שאותן שבחוץ הם קדושות רק קדושת דמים בעלמא:

אבל לפי מה שבארנו לעיל א"ש דברי הרמב"ם ז"ל דמפרש לשון הברייתא כפשוטו דמניף רק שתים וע"כ דאמרי' בזה יש ברירה ואע"ג דרבי סובר א"ב משום דהכא דמי להא דאמרינן בפסחים במלך ומלכה ששחטו עבדיהם עליהם גדי וטלה שיאכלו מאיזה שירצו משום דאין מקפידין אם גדי אם טלה מהני אף למ"ד א"ב. וה"נ אע"ג דרבי סובר א"ב וכן קיי"ל מ"מ הכא שאמר יקדשו שנים מתוך ארבעה גבי שתי הלחם אין לו קפידא איזה שיבחר ואמרינן יש ברירה כשבירר השתים לפדות הוברר שאותן שלא פדה הם

הן הקדושים קדושת הגוף ואותן שפדה נתקדשו מעיקרא רק בקדושת דמים ומהני בהו פדיון. ולהכי א"צ להניף אלא שתים וגם השתים הנפדין נאכלים אף לרבי בחוץ כשאר חולין ולא דמי לאומר שני לוגין שאני עתיד להפריש דשם בשעת הפרשה איכא קפידא שרוצה דוקא שמה שהפריש יהא תרומה ולא אותן ששתה כבר כדי שלא ישתה טבל להכי אמרינן א"ב ולא הוי תרומה כלל. אבל ביקדשו שנים מתוך ארבעה או ארבעים מתוך שמונים אין לו קפידא איזה מהן לברור לשתי הלחם ואיזה לחולין ויש ברירה גם לדידן:

והשתא א"ש מה דצריך לפדות דוקא בפנים לרבי ולא בחוץ ולא אמרינן שיוציא שנים מהן לחוץ ויפדה אותן ויבורר שהם חולין עכשיו והי' בהם קדושת דמים למפרע ופלטי לן מאיסור חולין בעזרה דז"א דאם יוציא שנים לחוץ וירצה לפדותן אז בשעת פדיה יש לו קפידא לברור דווקא אלו לקדושת דמים ולא אותן שבפנים משום דאלו שבחוץ א"א לבררן לקדושת שתי הלחם שא"כ כבר נפסלו ביוצא וכל היכא דאיכא קפידא בבירתו אמרינן א"ב להכי אתי שפיר דלרבי דסובר שחיטה מקדשא צריך לפדותן בפנים דווקא כדי שיהא בידו לפדות איזה שירצה ולא יהא אצלו קפידא איזה שיהי' לשתי הלחם ואיזה לקדושת דמים ולפדות לצאת לחולין ואז יועיל ברירתו למפרע להניף שנים ולפדות לחולין שנים ולאוכלן בחוץ וכלשון הברייתא דלענין הנפה אותן שהוברו לשתי הלחם ולענין הניפדין לאוכלן בחוץ מהני ברירה משום דכל היכא דאין קפידא בשעת ברירתו י"ב ורק לענין לפדות בחוץ לא מהני ברירה משום שאם יפדה בחוץ תתבטל דין ברירה שהרי יש קפידא בשעת ברירה לברור לחולין דווקא אותן שבחוץ:

ואין להקשות אמאי אין פודין בחוץ ואי משום דאחרי הוצאת שנים מהן לחוץ לא מהני ברירתו מפני שרוצה שדווקא אלו שיצאו יהיו לקדושת דמים מפני שנפסלו ביוצא אכתי יברור כשהן בפנים שני' לקדושת הגוף ושנים לקדושת דמים ואז מהני ברירתו כיון שארבעתם הם בפנים ויכול לברור איזה שירצה לקדושת הגוף ואח"כ יוציא לחוץ אותן שבירר לקדושת דמים ויפדה אותן ויצאו לחולין. דזה אינו דאף דבאומר יקדשו שנים מתוך ארבעה יש ברירה מ"מ מידי ספיקן שיש בהן מתחילה שנים לקדושת שתי הלחם ושתים לקדושת דמים לא יצא דאטו אם יאמר אלו לקדושת הגוף אינו יכול לחזור בו ולברור אותן לקדושת דמים וכן אותן שבירר לקדושת דמים אטו אינו יכול לחזור בו ולברור אותן לקדושת הגוף וכן נמי באומר כתוב לאיזה שארצה אגרש ואמר אחר כתיבת הסופר שרוצה לגרש את זו ודאי דיכול לגרש את האחרת בגט זה למ"ד יש ברירה משום דבאמירה לחוד אין הדבר מתברר לצאת מידי ספיקו בדיבור בעלמא ולא נגמר ברירתו

למ"ד יש ברירה אלא כשמגרש אחת מהן וה"נ במה שיברר בפיו ואומר אלו לקדושת שתי הלחם ואלו לקדושת דמים אין יוצאין מידי ספיקן ועדיין מעורב ואינו ניכר מי לקדושת הגוף מי לקדושת דמים ורק כשפודה שנים מהם מחמת שבררן לקדושת דמים אז נקבע בהן קדושת דמים ויוצאין לחולין ע"י פדיון והנותרים הם לקדושת שתי הלחם ומתברר הדבר מידי ספיקו ואף דברייתא קתני מניף שתים והשאר נאכלין בפדיון דמשמע שמניף קודם פדיה ויוצא בזה מצות תנופה היינו נמי משום דכשפודה אח"כ מתברר למפרע אותן שלא פדה היה בהם קדושת הגוף ע"י שחיטת הכבשים ותנופה מעליא הוי אבל הא ודאי דעיקר קביעות לברר למפרע הוא ע"י פדיון דווקא ולהכי אם יפדה שנים אחר שיצאו לחוץ אז מקפיד שאלו שיצאו דווקא יהיו לקדושת דמים וכל היכא דאיכא קפידא אין ברירה ולהכי פודן דווקא בפנים:

ויש להביא עוד ראי' דכל היכא דליכא קפידא יש ברירה מהא דתנן (בשקלים פ"א) המכנס מעות ואמר הרי אלו לשקלי ב"ש אומרים מותרן נדבה וב"ה אומרים מותרן חולין שאביא מהן שקלי שוין שמותרן חולין והיינו דברישא במכנס מעות לשקלו סברי ב"ה שלא נתכוין זה אלא כדי שקלו רק שטעה שסבור שעדיין ליכא כדי שקלו ולהכי כינס יותר מהצורך והקדש טעות אינו הקדש ולהכי מותרן לחולין וב"ש סברי הקדש בטעות הקדש להכי מותרן נדבה אבל אם אמר שאביא מהן שקלי דמי לאומר בפירוש שהמותר יהא חולין ומודו ב"ש ועיין בירושלמי שם דלאו דווקא במלקט מעות ציבחר ציבחר הדין כן אלא ה"ה במכנס הרבה מעות בב"א ואמר שאביא מהן שקלי נמי הדין כן דהמותר חולין וקשה במכנס מעות ואמר שאביא מהן שקלי אמאי המותר מהן חולין הא על כל מעה ומעה איכא ספק הקדש דהא לא ידעינן על איזה מעה חל הקדושה והרי הרמב"ם ז"ל כתב (בפ"ז מה' מעילה) אם אמר כיס מכיסי הקדש או שור משורי הגדול הוי הקדש כיצד עושה מביא את הגדול שבהן ואומר אם זה הקדש הרי הוא הקדש ואם לאו הרי הקדש בכ"מ שהוא מחולל ע"ז ויהנה מן ההקדש עכ"ל. הרי דלא מצי לברור הגדול וצריך לעשות חילול משום דא"ב וא"כ במכנס מעות לשקלו נמי נימא א"ב ויהא צריך לחלל א"ו דבמעות דאין בזה קפידא כדאמרינן בב"מ (דף ס"ט) גבי שותפין דזוזי כמאן דפליגא דמי יכול ליקח מטבע אחת להקדש והמותר חולין וי"ב:

משא"כ בכיסין ושורין דלפעמים יש קפידא לבחור אחד מהן וא"ב ואין לומר דהתם לא היה כוונתו להקדש אלא משעה שיפריש השקל ולא משעה שכינס המעות דא"כ מאי טעמא דב"ש דסובר דבמכנס מעות מותרן נדבה נהי דסברי הקדש טעות הוי הקדש מ"מ הא עדיין לא קידש המעות כ"ז שלא הפריש א"ו דחל ההקדש מיד ומ"מ לא הזכיר הר"מ

ז"ל דבעי חילול משום דבכה"ג יש ברירה ויכול לברר כדי שקלו והמותר חולין ולפום סוגיא דעירובין דבאומר סלע שיעלה בידי מן הכיס יהא מחולל על מע"ש נמי שייך ברירה צ"ל דבמכנס מעות צריך באמת חילול אבל הר"מ ז"ל לא הזכיר חילול משום דפסק כסוגיא דמלך ומלכה די"ב בכה"ג וכמו שפסק ג"כ גבי סלע שיעלה בידי מן הכיס]: **מיהו** אף שבררנו דהאומר כתוב שני גיטין באיזה שארצה אגרש אם הגיטין שווין בדמיהן דבכה"ג מהני ברירה. מ"מ אפשר דפסול לגרש באחד מהן דאף דיש ברירה בכה"ג מ"מ מצינו ג"כ היכא דאין חשש ברירה ואפ"ה מיקרי שלא לשמה דהא תנן בגיטין (דף פ"ו) שנים ששלחו שני גיטין ונתערבו נותן שניהן לזו ושניהן לזו וקאמר עלה מאן תנא אמר ר"י דלא כר"א דאי ר"א כיון דאמר עדי מסירה כרתי הא לא ידעי בהי מינייהו קא מגרשה אביי אמר אפילו תימא ר"א אימר דבעי ר"א כתיבה לשמה נתינה לשמה מי בעי עכ"ל הגמרא הרי דאי בעינן נתינה לשמה פסול בנתערבו שני גיטין והא התם ליכא חשש ברירה כמו שהוכחנו במק"א דמה שמבורר כעת ונעלם מאתנו אין כאן חשש ברירה כדאמרינן גבי מתנה אדם אם בא חכם למזרח עירובי למזרח למערב עירובי למערב ומוקי לה שכבר בא חכם וה"נ יש כאן גט כשר לכל אשה משתיהן רק שהעדים אינם יודעים הי מנייהו הגט לאשה זאת בשעה שנותנין לה וליכא חשש ברירה ואפ"ה פסול למאן דבעי נתינה לשמה. וע"כ דגם היכא דליכא חשש ברירה נמי לא מיקרי לשמה. והכי משמע לשון הש"ס בגיטין (דף כ"ה) דקאמר ואי אתמר בהא קאמר ר"י משום דכתיב לה לשמה עיי"ש וא"כ אף שבארנו דכל היכא דליכא קפידא איזה מהן שבורר ליכא חשש ברירה מ"מ לשמה לא מיקרי ופסול לגרש בהני גיטין שאמר לסופר כתוב באיזה שארצה אגרש אף ששניהם שוין:

אבל בענין שאלתינו שאמר כתוב ואם ארצה אגרש בו נראה דליכא חשש ברירה וגם מיקרי לשמה וכמ"ש לעיל דאטו אם לא יגרש רוצה לבטל ממנה כח לשמה וכיון דליכא שום צד שרוצה לבטל ממנה כח לשמה שפיר מיקרי לשמה דלא דמי לכתוב באיזה שארצה אגרש דשם אם מגרש באחד ע"כ צריך שיבוטל תורת כריתות ולשמה מהשני להכי לא ברירא לן האי לשמה משא"כ שאם אינו רוצה לגרש לא איכפת לי' כלל בהאי גט רק שאינו רוצה לגרש בו להכי גם אם מגרש בו לא בטל ממנו כח לשמה והכי מוכח בגמרא דגיטין (דף י"ז) בסוגיא דמפני מה תיקנו זמן בגיטין דקאמר כתבי' ואנחי' בכיסתי' דאי מפייסא תפייס מאי ע"ש דמבואר דמהני כתיבת הגט ומיקרי לשמה אף שלא הוחלט בדעתו עדיין בבירור לגרש:

סימן קסז

ע"ד השאלה מאשה אחת מוויטיפסק שנתגרשה בשערשאב מבעלה א"ח והרב דשם לא הי' בביתו וסידר הגט דיין אחד וכשבא הרב לביתו עשה גב"ע שהמגרש גירש בכפי' ע"י מושליו ושהאשה הוציאה ממון ע"ז ונתנה להמושל שיכוף אותו לגרש והנה כאשר כתב אלי הרב דבר זה השבתי לו כי אם כדבריו כן הוא צריכה גט אחר ומיד בא אלי מכתב מהדיין שמכחיש הדבר שלא הי' עישוי וגם הוא עשה גב"ע שהגט היה ברצונו ולאשר ראיתי כי יש בזה הכחשות וגם הרב והדיין באו בנצחון והמה שונאים זה לזה וגם שדבר כזה צריך דו"ח במועצות ודעת כי אף שהדיין העמיד עדים שהמושל אמר לו לגרש בשפה רפה ובתורת עצה מ"מ אין זה הכחשה למה שהעידו שאיים עליו דאפשר מעיקרא איים עליו ולא נסתלק האונס לכן כתבתי שיביאו ב"ד של שלשה לעירם והם לא עשו כן ולא רציתי לדבר עוד בעסק זה אכן עתה בבוא מכתב כת"ר אשר כבר נשאת ונתעברה אמרתי לא עת לחשות היא:

והנה מ"ש כבודו שכתב לקאברין ליתן גט אחר אף ע"י כפי' אני תמה בזה דאף שמבואר באחרונים ז"ל דאם הגט הראשון פסול יש לכופו ליתן גט אחר מ"מ זהו דווקא אם הגט הראשון נתן ברצונו הטוב רק שנמצא בו איזה פסול שמחמתו אוסרים אותה להנשא לאחר בזה כופין אותו לגרש בגט כשר דלאו כל כמיני' לעגנה שתהי' מגורשת ואינה מגורשת. אבל היכי דפסול הגט הראשון היה מחמת עישוי מהיכי תיתי לכופו ליתן גט שני דכמו שאסור לכופו על גט הראשון כמו כן אסור לכופו ליתן גט שני תדע דאל"כ לר' משרשי' דאמר בגיטין (דף פ"ח) דבר תורה גט מעושה בעכו"ם כדין כשר ומה טעם אמרו פסול כדי שלא תהא כאו"א תולה עצמה בע' ומפקעת א"ע מיד בעלה ולדברי מעכ"ת מה הועילו חכמים בתקנתן הא אכתי תתלה עצמה בעכו"ם שיכופו אותו לגרש כדי שאח"כ יכופו אותו ב"ד של ישראל ליתן גט כשר א"ו דכל שתחילתו ע"י כפי' אין כופין ליתן גט שני כשר כיון דמצד הדין אין לכופו לגרש. אולם לקמן בעזהי"ת נבאר שיש פנים לדברי כת"ר:

והנה כאשר בינותי בעיקר הגב"ע שכתב אלי הרב דשערשאב ראיתי כי רק ע"א יש שמו ר' שמואל דוד ששמע באזניו שהמושל אמר לו שיעשה עמו רעה אם לא יגרש והעד השני אין בעדותו ממש שהעיד שראה שהמגורשת הביאה להפ"פ משקה ואווזות והי' המגרש אצל השופט כל הלילה ונו"נ עמו שיגרש ולא הוזכר בדבריו שאמר לו שאם לא יגרש יעשה עמו רעה וגם מה שאמר שהושיבו על שני ימים במאסר ושמע משני אנשים שהושיבו במקום מגונה וקר כדי להכריחו ליתן גט הנה העד בעצמו לא ידע

שהושיבו כדי לכופו לגרש ואולי הושיבו בשביל דבר אחר שעשה שלא כרצונו ומה ששמע מאנשים אחרים שהי' בשביל הגט הוי עד מפי עד ומה שאמר הסופר שאמר המגרש שאינו רוצה לגרש והמושל אחז בידו ואמר לו בלשון רוסיא גמור בדבר ואח"כ אמר שרוצה לגרש אין ראי' על כפי' שאולי אמר לו לגמור בדבר ולא ישתהה בכאן יותר מפני שצריך לו לעבודתו אבל לא כפה אותו על הגט שיתן ואין כאן עדות ברור על הכפי' אלא עדותו של עד הראשון שאומר שכפאו בפירוש וכיון שלא נסתלק האונס ובידו תמיד לאנסו ה"ז גט מעושה וא"כ יש לעיין אם ע"א נאמן בזה דהנה אף דעד אחד נאמן היכי דאיתחזק איסורא והכא הא איתחזק איסורא דאשת איש מ"מ כיון שבא העד להעיד אחר שנתגרשה שוב לא מיקרי איתחזק איסורא דהא בגיטין (ד"ט) קאמר אמתניתין דאם יש עליו עוררים יתקיים בחותמיו אילימא ערעור חד והאר"י אין ערעור פחות משנים עיי"ש בש"ס אלמא אע"ג דהעד מערער על הגט מ"מ כיון שבא הערעור על הגט אחר שבא הגט ליד האשה אינו נאמן דלא הוי איתחזק איסורא משבא הגט לידה. וראיתי להפ"י ז"ל שם שהקשה על הא דפריך הש"ס מהא דאין ערעור פחות משנים דהא איכא הכא חזקת איסור דא"א ותירץ דהכא שאני דאיכא חזקת כשרות דשליח ואשה דלא זייפי וגם דלא חיישינן לזיופא מה"ת משמע מדבריו דגם בערעור שאחר הגט נמי מיקרי איתחזיק איסורא] וכדברי מצאתי להר"נ ז"ל בתשובה דאחר נתינת הגט שוב לא מיקרי איתחזיק איסורא דא"א שכ' (בסי' מ"ג) בעובדא שהבעל ערער שבטל הגט וכתב שם דאחר שבא הגט לידה והיא בחזקת גרושה לא מהני ערעור דבעל כלום עיי"ש בדבריו ז"ל ולכאורה קשה על דבריו דהא דקתני ואם יש עליו עוררים יתקיים בחותמיו מיירי בערעור דבעל כדמסיק שם הש"ס אלמא דמהני ערעור דבעל אף לאחר שבא הגט לידה ונראה לי שהר"נ ז"ל סובר דדווקא בערעור דזיוף מהני ערעור של בעל אפי' אחר שנתגרשה כיון שטוען שלא נתן גט מעולם והיכי דטוען הבעל מזויף דעת כמה מרבוותא ז"ל דבעי קיום מן התורה והרמב"ם ז"ל פוסק והובא דבריו בשו"ע (סי' קמ"ב) דאם הבעל טוען מזויף ואינו נתקיים אינו גט כלל ומשום הכי מהני ערעורו של בעל אבל אם טוען טענת ביטול סובר הר"נ ז"ל דלא מהני ערעור הבעל כיון שמודה ששלח לה גט וכבר נתגרשה ויצאת מחזקת אשת איש. והא דאיתא שם בגמרא (בדף ג') האי קולא חומרא הוא דאי מצרכת לה תרי לא אתי בעל מערער ופסל לה חד אתי בעל מערער ופסיל לה והרי התם איירי בחשש דלשמה ואפ"ה אמרינן דהבעל מצי פסיל לה אפשר לומר דהר"נ ז"ל יפרש כפירוש התוס' דפסיל לי' דקאמר היינו לעז בעלמא וא"כ לפ"ז מוכח מדברי הר"נ ז"ל דהבעל אינו נאמן אלא לערעור דזיוף ועד בעלמא אינו נאמן אפי' בערעור דזיוף וכן מצאתי להפ"י ז"ל

בגיטין (ד' ט') שמחלק בין ערעור דזיוף לשאר ערעור אולם רש"י ז"ל מפרש שם בגיטין הא דקאמר חד אתי בעל מערער ופסיל לי' היינו פסיל ליה בדינא שכתב שם דאוקי חד לגבי חד היינו בעל לגבי שליח ועיי"ש בפ"י שתמה ע"ז דכיון דרש"י ז"ל מפרש דבעל הוי כע"א דעלמא שכתב דהוי חד לגבי חד וקשה הא אין ערעור דע"א כלום כדאמר שם גבי אם יש עליו עוררים עיי"ש שדחק עצמו בזה, ולק"מ דרש"י ז"ל מפרש באמת הא דקאמר אלא עירעור דבעל לא כשיטת הר"מ ז"ל דאם לא נתקיים בחותמיו הוי בודאי איסור אלא דהוה ספק דאוקי חד לגבי חד דבזה עדיף ערעורו של בעל משל אדם אחר דאם עד בעלמא הוא המערער אין בכך כלום דכיון שכבר נתגרשה מיקרי חזקת היתר ובערעורו של בעל מהני לכל הפחות למהוי חד לגבי חד:

והנה בנ"ד אף אם נימא דערעורו של ע"א לא מהני אחר הגירושין. מ"מ הא הרב דשערשאב כתב שהבעל בעצמו בא לפניו וערער על הגט שהי' בכפי' וערעור של בעל ודאי דמהני וכיון דהתם גבי הא דאמרינן אתי בעל מערער ופסיל לי' כתב רש"י ז"ל דהוי חד לגבי חד אף שהשליח אמר בפני נכתב ובפני נחתם אפ"ה לא מבטלינן ערעורו דבעל וכש"כ הכא שהבעל מערער שכפוהו ליתן גט וע"ז אין אדם מכחישו כמ"ש שהעדים שאמרו לא ראינו אינו ראי' דבעינן למיחש לערעורו של בעל ועוד שלפי מכתבו של הרב משערשאב האשה בעצמה הודית לפניו שהשתדלה ע"י השופטים שיגרשנה ואף שלא הוזכר שהודית שהפחידוהו והושיבוהו בחדר אפל ואפשר שרק ביקשו ממנו והשתדלו אצלו שיגרשנה ולא הי' כפי', מ"מ נראין הדברין שאיימו עליו ועוד דכבר כתבנו דלדעת רש"י ז"ל נמי ערעורו דבעל הוי ערעור לפוסלו לכה"פ מספק ובפרט היכי דליכא דמכחיש ליה:

והנה כ"ז כתבתי בעת שלא הי' לפני כ"א העדאת ע"א על העישוי אכן אח"כ כשבא הגב"ע מחדש מהרב דשערשאב שהעידו שני עדים על העישוי א"כ וודאי דיש לחוש הרבה בגט זה דהוה גט מעושה אולם לכאורה יש לעיין אם האיש הזה הוא מאותן שכופין אותו להוציא דהנה בשו"ע אה"ע (ס' קנ"ד) איתא בשם הרא"ש ז"ל שאם ידוע שהאיש אינו רשאי לעמוד במקום שנשאה כופין אותו לגרשה ואף שהגר"א זצ"ל כתב ע"ז וז"ל ג"כ כנ"ל ור"ל דכל שאינו מפורש בהדיא בגמרא דכופין אין כופין ואע"ג דמונע תשמיש ומזונות כופין מ"מ מפני שאינה רוצה לצאת אחריו דלא איתמר בהדיא אין כופין עכ"ל הגר"א זצ"ל מ"מ הכא בהאי עובדא מונע מכל וכל דכיון דאין לו מקום קבוע לדור בה רק שמחויב לילך למקום שמצווין אותו ע"פ פקודת מנהיגיו אינה מחויבת לילך עמו למסעיו וכופין אותו לגרש. ועיין בתשובות פ"י שהאריך בענין זה ומסיק דדווקא אם אינו

יכול לדור במקום זה ורוצה לצאת למקום אחר אז אין כופין רק בדברים אבל אם אינו יכול לעמוד במקום אחד וצריך לילך ממקום למקום כופין לגמרי אמנם כ"ז יש לדון אם נשאת לו קודם שנתחייב לילך מביתו בזה שפיר יש לדמות להך דינא דתשובות הרא"ש ז"ל אבל אם באמת בנ"ד הי' המעשה שנשאת לו לאחר שנתחייב לצאת מביתו הרי כבר סברה וקיבלה להיות עמו בכל מקום בואו וגם מחויבת לילך עמו למסעיו ואדעתא דהכי נשאת לו ורק אם נתחייב לצאת שנשאת אז יש לדון שמחויב לגרשה וכופין אותו להוציא בגט:

אולם אף שהוא מאותן שכופין להוציא הא קיי"ל גט מעושה בא"י פסול וכדתנן במתניתין בגיטין (דפ"ח) ובא"י פסול עד שיאמר לו עשה מה שישראל אומרים לך ובנידון דידן לא אמר לו ב"ד של ישראל שמחויב לגרשה ע"פ דין ואח"ז יכפוהו הא"י לעשות מה שב"ד של ישראל אומרים ואף שהב"ש כתב (בס' קל"ד ס"ק ט') דהוה"ד אם אומרים סתם תן גט מהני. הא סיים שם בדבריו כיון שבא ע"י ישראל, משמע ודאי שתחילת דינו צריך להיות ע"י ישראל רק שלדברי הב"ש כשר אף אם לא הזכיר הא"י שכופו לעשות מה שב"ד של ישראל אומרים אבל בנ"ד שלא שמע כלל המגרש מפי ב"ד שמחויב לגרש וגם הא"י לא עשה הכפי' בשביל ציווי ב"ד וודאי דיש בזה דין גט מעושה ע"י א"י שפסול ופוסל כדאיתא כ"ז בש"ס גיטין ובשו"ע (ס' קל"ד) ובתשובה אחרת כתבתי מה שיש לפקפק בדברי הב"ש] ואם כנים אנחנו בזה שהעישוי הי' כדין [וכנ"ל אם נשאת לו ואח"כ נלקח לצבא] רק שהי' ע"י א"י נפלנו ברבוותא דלדעת הרמב"ם ז"ל גט מעושה כדין ע"י א"י פסול רק מדרבנן כמבואר מדבריו (בפ"ב מה"ג) משום דפוסק כר' משרשי' בגיטין (ד' פ"ח) דדבר תורה גט מעושה בא"י כדין כשר ומפני מה אמרו פסול שלא תהא כל או"א תולה ומפקעת עצמה מיד בעלה וכיון שהוא רק פסול מדרבנן כבר כתב הרמב"ם (בה' גירושין) דהיכי דהגט פסול מדרבנן אם נשאת לא תצא ואין הולד ממזר ואם אפשר להשיג גט אחר יתן גט אחר, ואם א"א תשב תחת בעלה בלא גט אם אין הבעל ווותיק שיחוש לגרשה כמ"ש הר"מ ז"ל שם ופסק כן הטור והשו"ע (בסי' ק"ט) וגם דעת בעל ה"ג ז"ל לפסוק כר' משרשי' דגט מעושה ע"י א"י כדין דבר תורה כשר כמבואר בדבריו ז"ל למעיין שם והמרדכי (בפ' המגרש) כתב דהוי ספיקא אי הלכתא כרב משרשי' ועישוי א"י כשר מה"ת או לא עיי"ש אולם לדברי התוס' (במס' ב"ב דף מ"ח) והרבה מן הראשונים ז"ל גט מעושה בא"י כדין פסול מה"ת וכ"כ הב"ש (בס' קל"ד ס"ק יו"ד) דאם אנסוהו א"י כדין הגט בטל מה"ת וא"כ אפי' נשאת תצא והולד ממזר לדבריהם. ובזה שוב היו קיימים דברי מעכ"ת שאם יתן גט אחר ע"י עישוי מהני דכיון שהדין הי' נותן שיגרש רק

שהיה פסול מפני הכפי' שהיתה צריכה להיות ע"י ב"ד של ישראל והוא נאנס ע"י א"י ודמי לשאר פסולים הנמצאים בגט שכופין את הבעל ליתן גט שני]. וכיון שדבר זה תלוי במחלוקת הראשונים ז"ל מאן ספין מאן רקיע להכריע ביניהם:

והנה יש לחקור לדעת התוס' דפסול מה"ת אם פסול מטעם ספק דחיישינן שמא לא נתרצה או דאמרינן ודאי לא נתרצה ונראה דלדעת התוס' וסיעתייהו דסברי דפסול מן התורה אין זה מטעם ספק דחיישינן שמא לא נתרצה ליתן גט כיון שהעישוי הי' ע"י א"י אלא מטעם ודאי פסלינן ליה. דהא אמרינן בסוגיא דהמגרש דלדידן דל"ל הא דרב משרשי' הא דכדין פוסל לכהונה הוא משום דגזרינן דילמא מיחלף בכדין דישראל ואם נימא דהוה ספיקא אם נתרצה לגרש או לא הא בלא"ה א"ש מה שפוסל לכהונה דהא בעינן למיחש שמא נתרצה ומרצונו גירש אע"פ שהעישוי היה ע"י א"י א"ו דדבר ברור הוא דבעישוי שע"י א"י אין הבעל מתרצה לגרש מרצונו ולהכי הוצרך הש"ס לאמר דהא דפוסל לכהונה הוא משום דילמא מיחלף בכדין דישראל ואין לאמר דלא מצי למימר דבא"י פסול ופוסל הוא מטעם ספק אם גמר ומתרצה או לא דא"כ לא הוה אסרינן לה לבעלה כהן משום ספיקא דז"א דהא ביבמות (דף ל"א) גבי מגורשת ואינה מגורשת אמרינן למאי הלכתא דאם בעלה כהן אסורה לחזור לו עיי"ש בגמ' אלמא דמספיקא אסרינן לה לבעלה כהן א"כ ה"נ לענין עישוי ע"י א"י הוה מצי למימר דספיקא הוה ולהכי פסול ופוסל ומדלא אמר הכי ש"מ דסובר הש"ס דבא"י דלאו בני עישוי נינהו ודאי הוא דלא מתרצה הבעל ולהכי אינו פוסל כלל לכהונה:

והנה האשה הזאת שאנו דנין עלי' נתנה לבעלה סך חמשה וארבעים רו"כ כדי שיגרשנה והנה ברמ"א (בסי' קל"ד) כתב דאפי' אם נתנה מעות לא אמרינן שנתרצה והגט פסול:

ומצאתי בתשובות דברי ריבות שכתב (בסי' רצ"א) דנתינת דמים לאיש בעד גירושין דמי לתליוהו וזבין דהוה זבינא וה"נ הוי גט והביא ראיה לזה מתשובות הרשב"א ז"ל הביאה הב"י (בסי' קל"ד) באיש אחד שנתחייב בקנס גדול לגרש את אשתו וחזר בו וחייבו המושל ליתן הקנס שפסק הרשב"א ז"ל דהוי ג"מ ואף דאמרינן תליוהו וזבין הוי זבינא והכא מרויח מה שא"צ ליתן הקנס מ"מ כיון דלא שקיל דמי רק שמרויח מה שאינו מפסיד לא מיקרי תליוהו וזבין עיי"ש ולמד מזה הדברי ריבות מדהוצרך הרשב"א ז"ל לאמר דמה שאינו מפסיד לא דמי לשקיל דמי מזה מוכח דהיכי דשקיל דמי מיקרי תליוהו וזבין והתו"ג לא ראה תשובות ד"ר הנ"ל וכתב דמדברי הרשב"א ז"ל אין ראי' דהיכא דשקיל דמי הוי תליוהו וזבין דאפ"ל דכיון דאין דמים לאשה ואנן בעינן גבי תליוהו וזבין שיתן כל דמי שווי' ובאשה לא שייך כל דמי שווי' לא אמרינן בזה גמר

ומתרצה רק בעובדא דהרשב"א ז"ל הוה ס"ד דהרשב"א ז"ל לדמותו לתליוהו וזבין דהא חזינן שגירש אשתו בשביל שלא יתן הסך שנתחייב לקנס ואונס אחר לא היה שם א"כ הרי חזינן דעיקר מה שגירש הוא בשביל שלא יתן הקנס ובחר לו לגרש מליתן סך זה הרי חזינן דסך זה שוה אצלו דמי האשה ומיקרי קבל כל שוי' ולהכי הוה ס"ד דהרשב"א ז"ל דהוה תליוהו וזבין. והוצרך לדחות הך סברא דהצלה מהפסד לא הוי תליוהו וזבין אבל היכי דהוי אונס אחר ושקיל דמי אמרינן דגירש מחמת האונס והא דשקיל דמי לא מהני משום דאין הדמים מגיעים לשיווי אשתו דאם יתן איש את כל הון ביתו וגו':

ואם כי סברא עמוקה היא מאוד מ"מ נראה לי דאכתי מוכח מדברי הרשב"א ז"ל דכל דשקיל דמי מיקרי תליוהו וזבין ולא אמרינן דדמי לשקיל מקצת הדמים כמ"ש התו"ג דהא גם בזה שגירש כדי שלא ליתן הקנס אין ראי' מזה דשוה אשתו אצלו כדמי הקנס דהא אפשר דשוה אשתו אצלו ככל דמים שבעולם ומה שבחר לו ליתן גט מליתן הקנס הוא משום שנתינת הדמים רעה גדולה היא אצלו שאפשר שאין לו במה להחיות את נפשו או במה לישא וליתן ומחמת זה נתרצה ליתן גט וזהו אונסו בכדי שלא יפסיד ממונו ויקולקל כל עניניו נתרצה ליתן גט ולא הוי גט כלל ואכתי לא מיקרי תליוהו וזבין משום דאשתו שוה אצלו הרבה ויותר חביבה עליו מהסך שנפסד ומה שבחר לו לגרש מליתן הדמים הוא משום דנתינת הדמים יגרום לו רעות הרבה אשר יגעו בגופו וכמאמרם ז"ל כל הגוזל מחבירו ש"פ כאילו נוטל נפשו שנאמר וקבע את קובעיהם נפש ולמה הוצרך הרשב"א ז"ל לחלק בין הצלת הפסד לנטילת ממון. א"ו דהרשב"א סובר דכל לקיחת דמים מיקרי תליוהו וזבין אף שאי אפשר לשום דמי אשה ולהכי אי לאו דהיה מחלק בין הצלת הפסד לנטילת ממון היה אפשר לומר דגם זה דומה לתליוהו וזבין ע"כ הוצרך הרשב"א ז"ל לחלק בין הצלת הפסד לנטילת ממון הא לא"ה היה מיקרי תליוהו וזבין ולא אמרינן דדמי שנטל רק מקצת דמים וראיית הדברי ריבות נכונה היא:

ולפ"ז נראה לי דאף שבארנו לעיל דמוכח מדברי הש"ס דבמעושה ע"י א"י לדעת הראשונים ז"ל החולקים על הרמב"ם וה"ג ז"ל וס"ל דהגט בטל מה"ת, הוא מטעם דודאי לא נתרצה המגרש מ"מ היכי דיהיב דמי להמגרש הוי ספק שמא אגב זוזי גמר ומגרש כיון דמדברי הרשב"א ז"ל הנ"ל משמע דהוי גט כשר והסכים לזה הדברי ריבות ואפשר דאף הרמ"א שכתב דלא מהני מה שנטל מעות היינו למהוי גט כשר לגמרי אבל מודה דהוה ספק שמא נתרצה אגב זוזי וא"כ לכאורה בנ"ד יש לדון דהוי ס"ס שמא הגט כשר מחמת דגט מעושה בידי א"י כדין כשר מה"ת ואם נשאת לא תצא כדעת הבה"ג והרמב"ם ז"ל וכמש"כ המרדכי דגם להש"ס מספקא להו אם הלכה כרב משרשי' ואת"ל דגט מעושה

כדין פסול מה"ת מ"מ שמא אמרינן מחמת דשקיל דמי גמר ומגרש ואף דאמרינן בכ"ד דס"ס שהוא משם אחד דלא הוי ס"ס והכא נמי הוי שם אחד אם גמר בדעתו לגרש ברצונו או לא מ"מ כבר כתבו האחרונים ז"ל בדיני ס"ס דאם ספק אחד מתיר יותר מחבירו לא מיקרי שם אחד וה"נ להך ספיקא דהלכה כר' משרשי' דגט מעושה בא"י כשר לא מתכשר אלא מה"ת אבל מדרבנן גזרו שלא תהא כל או"א תולה עצמה בא"י ומפקעת עצמה מיד בעלה ואף דהכא כבר נשאת ואם נשאת לא תצא משום איסורא דרבנן מ"מ הרי כ' הרמב"ם ז"ל (בפרק י' מהלכות גירושין) שאם הי' בעלה ותיק יכול להוציאה אפילו אם הגט אינו פסול רק מדרבנן אבל להך ספיקא דאגב זוזי גמר ומגרש הגט כשר אפי' מדרבנן וכיון דספק אחד מתיר יותר מחבירו שפיר הוי ס"ס:

ועוד דלפי מה שבארנו דברי הרמב"ם (בפ"ג מה' גירושין) יש לדון דזה מיקרי שפיר ס"ס ואין שני הספיקות מענין אחד שז"ל שם שכתב דטעמא דמעושה כדין כשר הוא משום דכל מה שאדם מחויב לעשות לא מיקרי אונס כלל ולמה לא בטל גט זה שהרי אנוס בין ביד א"י בין ביד ישראל, שאין אומרים אנוס אלא למי שנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחויב בו מן התורה אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה או לעשות עבירה והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו אין זה אנוס ממנו, אלא הוא אנס עצמו בדעתו הרע מאחר שהוא רוצה להיות מישראל ורוצה לעשות כל המצות ויצרו הוא שתקפו וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני כבר גירש לרצונו עכ"ל מדברים האלו משמע דכל שהוא כדין לא מיקרי אונס כלל ולהכי כשר מה"ת אפי' ע"י א"י [ומשמע דאפילו אם לא ידע כלל שעפ"י דין תורה חייב לגרשה ולא שמע דבר זה מב"ד של ישראל נמי מן התורה כשר מטעם שכתב הר"מ ז"ל דאין כאן אונס כלל כיון שמחויב לעשות דבר זה מן התורה שלא חילק הרמב"ם ז"ל בין אם ידע שעפ"י ד"ת מחויב לגרשה או לא ובכל גוונא הוי גט] ואנו רואים מה שכתב הרמב"ם ז"ל גבי גט מעושה שלא כדין בישראל דלשיטתו כשר מה"ת דהטעם דהואיל וישראל אנסוהו יגמור ויגרש ולשון יגמור ויגרש משמע דגמר ומתרצה כדאמרינן בש"ס דב"ב האי לישנא אגב אונסי' גמר ומקני:

דהיינו שגומר בלבו להתרצות וגבי מעושה כדין בישראל ובא"י כתב כבר גירש לרצונו ולא כתב האי לישנא גמר ומגרש כמו שכתב במעושה שלא כדין מזה נראה דהרמב"ם ז"ל סובר גבי מעושה כדין אפי' לא נשתנה דעתו לגמור בלבו להתרצות לגרש מיקרי נמי לרצונו מפני שאין כאן אונס כלל כיון שאנסוהו לעשות מה שמחויב לעשות וכיון דזה לא מיקרי אונס כלל לא איכפת לן אף אם בלבו לא ניחא לי' ולא נשתנה דעתו להתרצות כלל דדברים שבלב אינן דברים ודווקא היכא שכפוהו לעשות מה שאינו מחויב לעשות דזה

מיקרי אונס בזה בעינן שישתנה דעתו לרצון דהא חזינן דאיכא אונס בפועל ולא מיקרי דברים שבלב מה שאינו מתרצה אלא דברים שבלבו ובלב כל אדם וכמו שכ' הרשב"א ז"ל בחידושיו לקידושין דאף אם דברים שבלב אינם דברים מ"מ א"ש מה דמעושה שלא כדין פסול משום דשלא כדין ל"מ דברים שבלב כלל דהכל יודעין שנאנס לעשות מה שאינו מחויב לעשות ולהכי לא הוי גט, אי לאו דאמרינן אגב אונסי' גמר ומגרש כמו גבי תליוהו וזבין או משום מצוה לשמוע דברי חכמים והיינו שנשתנה דעתו ולבו לרצון גמור אבל גבי מעושה כדין לא בעינן כלל שנשתנה דעתו כיון שהאונס לא מיקרי אונס מחמת דכל מה שהאדם מחויב לעשות לא מיקרי אונס ולא איכפת לן במה שבלבו לא ניחא לי' כיון שאומר בפיו רוצה אני הוי דברים שבלב ואינן דברים כדמסיק בקידושין (דף נ') דדברים שבלב אינן דברים:

ובזה מתבאר היטיב סוגיא דקידושין (ד' נ') דקאמר התם רבא דדברים שבלב אינן דברים ואמר מנ"ל לרבא הא אילימא מדתנן יקריב מלמד שכופין אותו יכול בע"כ ת"ל לרצונו הא כיצד כופין אותו עד שיאמר רוצה אני ואמאי הא בלבו לא ניחא לי' אלא ש"מ דברים שבלב אינן דברים דילמא שאני התם דניחא לי' בכפרה אלא מסיפא וכן אתה מוצא בגיטי נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני דילמא התם נמי דמצוה לשמוע דברי חכמים וקשה היכי הוה ס"ד דהטעם הוא משום דדברים שבלב לא הוי דברים ומהני אף שאינו מתרצה בלבו הא כיון דנאנס לא מהני מעשיו כלל דקיי"ל בכל דוכתא דאונס כמאן דלא עביד דמי וכדפריך ר"ז בע"ז (ד' נ"ד) הא כתיב ולנערה לא תעשה דבר ומוכיח מזה דאנסוהו להשתחוות לבהמת חבירו אין לבהמה זו דין נעבד משום דאונס כמאן דלא עביד דמי. וה"נ כיון דלא ידע הך סברא דמתרצה משום דניחא לי' בכפרה ומצוה לשמוע דברי חכמים מאי מהני הא דדברים שבלב אינם דברים הא נתינת הגט שנתן לידה באונס לאו נתינה היא כלל ואטו מי שאנסוהו להשתחוות לבהמת חבירו ושיאמר גם בפיו רוצה אני, הבהמה נאסרת הא ודאי ליתא. ועוד דמייתי ממשנה דערכין דוכן בגיטי נשים דדברים שבלב אינן דברים טפי הוי לי' לאתויי ממשנה דגיטין דגט מעושה בישראל כשר השנויה קודם דאמאי כשר הא בלבו לא ניחא לי' א"ו דברים שבלב אינם דברים:

אבל לפי דברי הרמב"ם ז"ל א"ש דלא איכפת לן כלל במה שנאנס משום דכל מי שנאנס לעשות דבר שמחויב לעשות לא מיקרי אונס ולא אמרינן דכמאן דלא עביד דמי:

רק שמקשה דנהי דלא הוי כמאן דלא עביד מ"מ דל האונס מהכא הא בעינן לרצונו גבי קרבן וכן גבי גט אין האיש מוציא אלא לרצונו וזה בלבו לא ניחא לי' א"ו דברים שבלב אינם דברים וכיון דאונס אין כאן ובפיו אומר דניחא לי' הוי לי' רצון גמור וא"ש השתא

דלא מייתי ממתניתין דגט מעושה בישראל כשר משום דהוי מצי לדחויי דלעולם דברים שבלב הוי דברים והכא בגט מעושה דכשר הוא משום דכיון דמחויב לעשות לא בעינן רצון ואף דרצון אין כאן מ"מ כיון דאונס אין כאן הוי גט והא דאין האיש מוציא אלא לרצונו הוא רק היכא דאינו מחויב לגרשה וגירש באונס דלא הוי גט:

אבל היכא דמחויב לגרשה דלא מיקרי אונס הוי גט אע"ג דרצון נמי לא הוי ולעולם דברים שבלב הוי דברים להכי מייתי ממתניתין דערכין דאמרינן דגם במעושה כדין בעינן רצון והא ראי' דבעינן למכפי' עד שיאמר רוצה אני וילפינן לה מקרא דלרצונו דגבי קרבן ומזה מוכיח שפיר דדברים שבלב אינם דברים דהא בלבו לא ניחא לי' ואפ"ה מהני ודחי דילמא שאני התם דניחא לי' בכפרה ומצוה לשמוע דברי חכמים ומחמת זה גמר ומתרצה בלבו והוי גט והנה כ"ז לפי מה דבעי לדחויי דדברים שבלב הוי דברים והוצרך לתרץ דמחמת מצוה וכפרה גמר ומתרצה אבל לדידן דקיי"ל כרבא דדברים שבלב לא הוי דברים אין אנו צריכים לאמר במעושה כדין דגמר ומתרצה בלבו אלא דבלא"ה הוי גט דכיון דאונס ליכא בדבר שמחויב לעשות ובפיו אומר שרוצה הוי לי' דברים שבלב ואינן דברים והוי גט מעליא להכי לא כתב הרמב"ם ז"ל גבי מעושה כדין בישראל ובא"י טעמא דגמר ומגרש משום דאפילו בלבו לא ניחא לי' ולא נשתנה דעתו להתרצות נמי מהני כיון דאונס אין כאן ודברים שבלב אינן דברים ורק במעושה שלא כדין כתב הטעם הואיל שב"ד של ישראל אנסוהו יגמור ויגרש דשם הוי אונס דהא אינו מחוייב לגרש ושלא כדין כפוהו ולא הוי גט אף אם אמר בפיו שרוצה ודברים שבלב אינם דברים מ"מ כיון דאיכא אונס הא כמאן דלא עביד דמי והוצרך ליתן הטעם דכשר משום דהואיל וב"ד של ישראל כפוהו גמר ומתרצה ונשתנה דעתו להתרצות ממש להכי הוי גט:

ולפ"ז הרי נתבררו דברי הר"מ ז"ל דבמעושה כדין בישראל או בעובד כוכבים ליכא אונס כלל וכיון דאמר רוצה אני אמרינן אף דבלבו לא ניחא לי' הוי דברים שבלב ואינן דברים ויש להביא ראי' לסברא זו שכתב הרמב"ם דכל מה שאדם מחוייב לעשות לא מיקרי אונס מהא דאמרינן (בר"ה כ"ח) כפאו ואכל מצה יצא למ"ד מצות א"צ כוונה וקשה נהי דלא בעינן כוונה מ"מ הא אונס כמאן דלא עביד דמי ומטעם זה בארתי לעיל מה שכתב הרמב"ם ז"ל (בהלכות חליצה ויבום) דהמוסר מודעא על החליצה הוי חליצה פסולה ופוסל ובאנסוהו לחלוץ פסק דלא הוי חליצה כלל ואינו פוסל על האחין ותמה שם הה"מ ז"ל דמ"ש אונס ומודעא. ובארנו שם דבמוסר מודעא על החליצה הוי חליצה בלא כוונת פטור דהא גלי דעתו דלא ניחא לי' אבל עיקר החליצה אינה יכולה להתבטל רק דע"י המודעא אנו רואין שלא כיון לפוטרה וחליצה בלא כוונה הויא חליצה פסולה ופוסל

משא"כ אנסוהו לחלוץ דאונס כמאן דלא עביד דמי וכמאן דלא חליץ כלל ומתבטלת מעשה החליצה להכי אינו פוסל מן האחין עיי"ש שבארנו הדברים בארוכה וא"כ קשה בכפאו ואכל מצה אמאי יצא נהי דלא בעי כוונה מ"מ הא אנוס כמאן דלא עביד דמי א"ו כמש"כ הרמב"ם דמה שאדם מחוייב לעשות לא מקרי אונס כלל ולא מיחסר אלא כוונה ולמ"ד מצות א"צ כוונה יצא כיון שמחויב לאכול מצה בלילה אין זה אונס:

זה מה שנראה לי בביאור לשון הרמב"ם ז"ל:

וכיון שנתברר דדעת הרמב"ם דגט מעושה ע"י ישראל או ע"י א"י אם הוא כדין כשר מטעם דלא הוי אונס ודברים שבלב א"ד ומהני אע"ג דלא נשתנה להתרצות בלבו א"כ שפיר מיקרי ס"ס ספק שמא נתרצה מתוך האונס וכדמוכח מדברי הרשב"א דבנטל מעות דרכו להתרצות דדמי לתליוהו וזבין דאמדינן לדעתו דגמר ומתרצה ואפילו אם נימא דלא נתרצה בלבו שמא הלכה כהבה"ג. והרמב"ם דאית לן דרב משרשיא דמעושה ע"י א"י כשר כמו ע"י ישראל ואז מועיל אפילו אם לא נתרצה לפי מש"ש דנ"ד מיקרי מעושה כדין ואין זה ספק אחד אלא תרי טעמא להתירא ועוד דכבר כתבנו דלספק הראשון אין כאן אפילו איסור דרבנן אם נימא דגמר ומתרצה מחמת המעות שקיבל דהנך דסברי דנטילת מעות בגט אשה דמי לזבינא ליכא אפילו איסור דרבנן וספק השני דמעושה כשר מהת"ו ע"י א"י מותר מן התורה אבל מדרבנן אסור, דהא גזרו שלא תהא כאו"א תולה עצמה בא"י וכו' וכל היכא שהספק הראשון מתיר יותר מן השני מיקרי ס"ס ולא דיינינן לי' כספק אחד כמש"כ הש"ך ביו"ד (סימן ק"י) ועיין פר"ח (סימן ק"י) שהסכים דמהני ס"ס באיסור א"א וכן הסכים שם הכרו"פ:

ואף שהפ"י בקו"א למס' כתובות חלק עליהם ומסיק דאין להתיר איסור א"א בס"ס מ"מ הא מסיק שם הטעם דהוא רק מדרבנן דס"ס הוי כרוב ואמרינן סמוך מיעוטא לחזקה וכבר כתבתי דלהרמב"ם וכן הטור והמחבר פסקו דכל היכא דהוי רק איסור דרבנן אם ניסת לא תצא ואף שיש לחלק ולומר דדווקא היכא דהוי רק פסול דרבנן ומן התורה ליכא שום חשש וסרך איסור בזה אמרינן דאם ניסת לא תצא. אבל אם הא דאסרו חכמים הוא מחמת דחששו לחשש איסור תורה אף דמהת"ו לא בעינן למיחש מ"מ כיון דרבנן חששו לאיסור תורה תצא אם ניסת. מ"מ נראה דאין לחלק בזה וכיון דמה"ת שרי מטעם ס"ס אם ניסת לא תצא:

ועוד הא הר"נ כתב דאחר שנשאת איתרע חזקת א"א דידה וא"כ ל"ל סמוך מיעוטא לחזקה ואף אם נימא דבעלמא אין מצטרפין ספיקא דרבוותא לס"ס והכא מחלוקת הבה"ג והרמב"ם שפסקו כרב משרשיא והרשב"א והתוס' ושארי פוסקים שפסקו דלא

כר' משרשיא מחלוקת הפוסקים הוא ואפשר דהלכה כהתוס' וסברת הרמב"ם אינו מצטרף כלל לס"ס מ"מ הכא כיון דגם בתלמוד איכא סוגיות חלוקות דבפ' המגרש אמרינן הא דר"מ בדותא היא ובפ' חזקת מייתינן דר"מ ודאי דיש לצרף הך ספיקא דדילמא הלכה כר"מ לס"ס ואם ניסת לא תצא וכן המרדכי כתב בפ' המגרש דספיקא הוי אי הלכתא כר' משרשיא:

וראיתי להגאון בעל חות דעת ביו"ד (סי' ק"י) שכתב דדווקא בהיתר א"א ע"י מיתה מהני ס"ס אבל בהיתר א"א ע"י גט לא מהני ס"ס דכיון דגירושין הוא ע"י מעשה עליך להביא ראי' שנעשה מעשה הגירושין בהכשר ודן מטעם זה דאם זרק לה גט ספק בד"א שלה וספק דאימור היתה באופן שרק היא יכולה לשומרו ולא הוא דהוי ס"ס ספק בד"א שלה דאז אפי' שניהם יכולים לשומרו הוי גט ואת"ל לא הי' בד"א שלה אימר היתה שרק היא לבדה יכולה לשומרו דאז אפי' מאה אמה מגורשת ואפ"ה לא מהני כיון דס"ס בדבר המכשיר עכ"ל. ומאוד תמה אני ע"ז דאם איתא דיש חילוק בענין זה בין ספיקא דמיתה לספיקא דגירושין א"כ בכתובות (דף כ"ב) דקאמר ר"י שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת לא תנשא ואם נשאת לא תצא שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה לא תנשא ואם נשאת תצא ופריך מאי שנא רישא ומ"ש סיפא ואמאי לא משני כפשוטו דבתרי ותרי הוי ספק ובמיתה מהני בתרי ותרי וניסת לאחד מעדי' משום דמיתה לא הוי מתיר ע"י מעשה אבל בגירושין דהוי מתיר שבא ע"י מעשה כ"ז שלא נתברר הדבר שנעשה המתיר אסרינן לה ותצא א"ו דלא שני לן בין מיתה לגירושין וה"נ לענין התירא דספק ספיקא אם נימא דמהני ס"ס במיתה, מהני נמי גבי גירושין:

אלא שלכאורה יש להביא ראי' דלא מהני ס"ס גבי גירושין מהא (דב"מ י"ח) דקאמר התם ר"ז רמי מתניתין אברייתא תנן המביא גט ואבד ממנו מצאו לאלתר כשר לזמן מרובה פסול ורמינהו מצא גט אשה בשוק בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה אין הבעל מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה קתני מיהת בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה אפילו לזמן מרובה: והקשו בתוס' וז"ל תימא כיון שמודה שממנה נפל וכבר גירשה אמאי הוי לן למימר דלא יחזיר כיון דנאמן לומר גירשתיה כדאמר (בפ' י"נ) ואפילו נפל מאחר נחזיר לה לראי' בעלמא:

וי"ל דנאמן לומר גירשתיה ותהא מגורשת מכאן ולהבא הואיל ובידו לגרשה אבל הכא שכבר גירשה מזמן הכתוב בגט כמו שאינו נאמן למפרע כך אינו נאמן להבא ויחזיר לאשה דקתני היינו בעדים ותתגרש בחזרה זו ולא חיישינן שמא מאחר נפל ואפילו לזמן מרובה עכ"ל וקשה מאי פריך ממתניתין אברייתא הא הכא בברייתא שהבעל מודה

שממנה נפל וכבר גירשה א"ש הא דמחזירין לגרשה אף לזמן מרובה ולא חיישינן שמא מאחר נפל דהא איכא ס"ס ספק שמא כבר גירשה וממנה נפל דנהי דאינו נאמן לאמר גירשתיה למפרע מ"מ ספיקא משוי לי' כיון שהבעל והאשה מודים שגירשה ואת"ל שלא גירשה עדיין שמא זה הגט שלו הוא וממנו נפל ויכול לגרש בגט זה להכי כשהבעל מודה חזיר לאשה בעדים ותתגרש בו מטעם ס"ס אבל היכא דליכא ס"ס חיישינן לשני יוב"ש ואין לאמר דזה לא מיקרי ס"ס משום דכיון דהבעל והאשה מודים שממנה נפל א"כ מודים שאין זה שנכתב ולא ניתן עדיין וכיון דלא מהני לאמר שכבר נתגרשה לא נוכל ליתן לה שתתגרש עכשיו שכבר הודו שלא נפל מהבעל דז"א דהא התוס' כתבו שמחזירין לה ותתגרש עכשיו אלמא דלא חיישינן להודאתם דמ"מ מסתפקין אנו שמא מהבעל נפל. וא"כ שפיר הוי ס"ס:

מיהו יש לדחות דכיון דהבעל כאן ורוצה בגירושין ויכול לכתוב גט אחר לא סמכינן אס"ס לגרשה בגט זה ואף דמשכחת לה שא"א לכתוב גט אחר והבעל רוצה לילך מכאן ותשאר עגונה מ"מ בברייתא סתמא קתני בזמן שהבעל מודה יחזור לאשה דמשמע אפי' לזמן מרובה ואפילו במקום שאפשר לכתוב גט אחר להכי דייק דלא חיישינן כלל לשני יוב"ש דאי חיישינן לשני יוב"ש לא הוי לן למשרי לזמן מרובה ולמסמך אס"ס היכא דאפשר לכתוב גט אחר ועוד נ"ל דאין ראי' מכאן דלא מהני ס"ס גבי גט משום דאפשר לאמר דר"ז דרמי מהך ברייתא סובר כרבי ירמי' דאמר בגיטין (דף פ"ו) אמתניתין דשנים ששלחו שני גיטין ונתערבו זו בזו דקתני נותן שניהם לזו ושניהם לזו וקאמר ר' ירמי' הא דלא כר' אלעזר דאי ר"א הא אמר עדי מסירה כרתי הא לא ידעי בהי מנייהו מגרשה ופירש"י ז"ל דלר"א דעידי מסירה כרתי וחתימה לא בעי לשמה, ע"כ לשמה דכתיבה בקרא אוכתב ונתן קאי, ואין זה נתינה מבוררת לשמה עכ"ל ובכל גט שנותנין לאשה מספק כגון שנתקדשה בספק קידושין או שנתגרשה בגט שהיא מגורשת ואינה מגורשת דלא חיישינן למימר דלא יועיל לה הגט לר"א משום דלא הו"ל נתינה לשמה התם שאני דהא יודעין העדים שאם האשה הזאת צריכה גט יש כח בגט הזה להתירה והספק הוא רק אם צריכה גט או לא וכיון שיודעין שבגט זה הניתן לה יש כח להתירה מיקרי נתינה לשמה ולא דמי לגיטין שנתערבו שעל כל גט הם מסתפקין אם יש כח בו להתירה ומסתפקין בו שמא של אשה אחרת הוא ולפ"ז לר' ירמיה אליבא דר"א א"א לאמר בגט הנמצא דאף דלזמן מרובה חיישינן לשני יוב"ש, מ"מ כשהבעל אומר שכבר גירשה ואינו נאמן נותנין לה מטעם ס"ס ספק שמא גירשה ושמא שהוא גיטו שנאבד ונותנין לה עכשיו לשם גירושין דנהי דס"ס מועיל להתירה מ"מ הא העדים מסתפקין ג"כ שמא זה גט אחר

ואין כח בגט זה לגרש כיון שנכתב לאיש ואשה אחרים ולא הוי נתינה לשמה ואף דאיכא ספק שמא כבר נתגרשה מ"מ לענין נתינה לשמה לא שייך זה דאם לא נתגרשה והיא צריכה להתגרש בגט זה לא הוי נתינה לשמה דהעדים אינם יודעין אם זהו הגט שנאבד לזמן מרובה. לר"א דקי"ל כוותי' דעדי מסירה כרתי ולא בעי לאוקמא ברייתא כר' מאיר דעדי חתימה כרתי ולא בעי נתינה לשמה משום דלא קי"ל כר"מ ובגמרא דקאמר רבה מ"ט לא אמר כרבי זירא מתניתין אלימא לי' לאקשוי' הוה מצי למימר דרבה לא מקשה מברייתא משום דאיכא למימר ברייתא אתי כר"מ דע"ח כרתי ולא איכפת לן בנתינה לשמה וגם מצי למימר דרבה סובר כאביי דאמר התם בגיטין גבי שנים ששלחו שני גיטין ונתערבו דבעי ר"א כתיבה לשמה נתינה לשמה מי בעי וא"כ לא קשה מברייתא דשרי להחזיר ולגרש אפילו לזמן מרובה מטעם ס"ס:

שוב ראיתי דאפילו לאביי דסובר דלא בעינן נתינה לשמה ומכשיר אפי' לר"א בנתערבו שני גיטין משום דלא בעינן נתינה לשמה מ"מ הכא בנמצא גט ולא ידעי ע"מ אם הגט הזה הוא של הבעל והאשה הזאת או לא ודאי דמי לגט בלא ע"מ דדווקא בנתערבו ונותן להם שני הגיטין דהא ידעי שמשניהם היא מגורשת רק שלא ידעו בהי מיגרשא בזה סובר אביי דהוי נתינה רק דלא הוי נתינה לשמה ואנן לא בעינן נתינה לשמה אבל אם לא ידעי אם יש כאן גט כלל דהיינו שאפשר שהוא גט של אשה אחרת לא הוי נתינה כלל ומודה אביי דפסול אפי' אם באמת הוי גט שלה מ"מ ע"מ לא ידעי דמה"ט אמרינן דאם לא קראו הגט קודם נתינה אף שקראוהו אחר נתינה פסול משום דעידי מסירה בעי למידק שזה גט כדפסקינן בשו"ע (סי' קל"ה) משום דאמרינן בגיטין (דף י"ט) הני תרי דיהבי גיטא קמייהו צריכו למקרי' וכמש"כ המרדכי שם בפ"ב דבעינן דבשעת נתינה ידעו עדי מסירה שהוא גט ואי לא ידעי פסול ומה לי אם אינם יודעים אם הוא גט או שטר אחר מה לי אינם יודעים אם הוא גט של איש ואשה הזאת אם הוא גט של איש ואשה אחרת שנפל ממנו אידי ואידי לא מיקרי נתינה ופסול [והא דאמר שמואל שם בגיטין נתן לה נייר חלק ואמר לה הז"ג מגורשת משום דחיישינן שמא במי מילין כתבו ואע"ג דעדי מסירה לא ידעי כלל כבר כתב הר"נ שם הטעם משום דסמכי ע"מ אבעל שאמר שזה גט דבעל שאמר גירשתי את אשתי נאמן אבל אי לא ידעי ע"מ ודאי דלא הוי גט] ודעת התוס' והרא"ש ורוב ראשונים דאפילו לר"מ דעדי חתימה כרתי מ"מ בעינן ע"מ ובלא ע"מ פסול ואף הרי"ף ז"ל שכ' בפרק המגרש דבדאיכא ע"ח בדיעבד כשר בלא ע"מ מ"מ כתב שם דלכתחילה בעינן ע"מ ג"כ ולהכי א"ש הא דלא יחזיר לזמן מרובה ולא אמרינן דיחזיר מטעם ס"ס שמא כבר נתגרשה וממנה נפל כיון שהבעל מודה ואת"ל

דלא נתגרשה שמא זהו הגט של בעלה ותתגרש עכשיו, דז"א דא"א לה להתגרש בגט זה אם אנו מסתפקין שמא הוא של אשה אחרת אפילו אם באמת הוא שלה משום דלא ידעי ע"מ אם זה נתינה מעליא או לא אבל לעולם דס"ס מהני גם גבי גט דלא כהגאון בעל חו"ד ז"ל:

גם אין להביא ראיה דלא מהני ס"ס בגט מדברי המרדכי שכתב (בפ"ק דגיטין) וז"ל י"מ דהיכא דזכות לאשה יכולין לעשות שליח קבלה שלא מדעתה דכיון שהוא מומר זכות הוא לה וזכין לאדם שלא בפניו ותימא ממתניתין דפ' כל הגט השולח גט לאשתו והניחו זקן או חולה נותנו לה בחזקת שהוא קיים וקאמר התם בגמרא דא"א בענין אחר שתהא מגורשת מיד ואם איתא ליעבד שליח קבלה דזכות הוא לה כיון שהוא זקן או חולה שתפטר מן החליצה ומן היבום וצ"ע מפ' חרש גבי המזכה גט לאשתו במקום יבם או במקום קטטה דמשמע שמותר לעשות עכ"ל המרדכי והנה הא דקאמר המרדכי דקאמר התם דלא אפשר היינו דקא פריך שם הש"ס מתרומה דאמרינן אשת כהן שהלך בעלה למדה"י אינה אוכלת בתרומה דחיישינן שמא מת בעלה אגט וקאמר דגבי גט דלא חיישינן למיתה הוא משום דגט לא אפשר והיינו דאם נחוש גבי גט למיתה תצטרך חליצה ויבום ותשב עגונה אבל בתרומה אפשר שתאכל חולין ומזה מייתי המרדכי ראי' דלא מהני לזכות גט במקום יבם דאי נימא דמהני א"כ אמאי קרי ליה לא אפשר הא אפשר ליתן הגט ולזכות לה ותהא מגורשת מיד, א"ו דא"א לזכות לה גט שתתגרש מיד בקבלתו וקשה דהא ודאי דלאו דבר ברור הוא דחוב הוא לה אלא שספק הוא לנו אם חוב הוא לה או זכות הוא לה וא"כ אכתי תיקשה אמאי קרי הש"ס לא אפשר הא יכול לזכות לה הגט שתתגרש מיד בקבלתו ואח"כ ימסור לידה דאז יהא גט מעליא אף אם נחוש למיתה משום ס"ס ספק שמא זכות הוא לה ונתגרשה מיד בקבלת השליח ואת"ל דחוב הוא לה ולא נתגרשה בקבלתו שמא הוא עדיין חי ותתגרש עכשיו בקבלת עצמה ואמאי התירו חכמים לשלוח ולמסור לידה ולא לחוש למיתה כיון דבתרומה חיישינן למיתה ואי משום דחיישינן לעיגון חליצה ויבום הא הוי מצי לתקוני שיזכה לה ע"י שליח וגם השליח ימסור לידה ותתגרש מטעם ס"ס וא"כ לכאורה מוכח מזה דלא מהני ס"ס גבי גט כדעת החו"ד ז"ל:

ונראה לי דזהו באמת כוונת המרדכי במה שסיים וצ"ע מפ' חרש גבי המזכה גט לאשתו במקום יבם או קטטה דמשמע שמותר לעשות ע"כ והדבר תמוה מאוד דהא אדרבה בפ' חרש מבואר דאסור לעשות כן ולזכות לה הגט שתתגרש מיד דהא פשיט התם הך בעיא ממתניתין דהאשה שאמרה מת בני ואח"כ מת בעלי דאינה נאמנת וחוששין

לדבריה וחולצת ולא מתייבמת וכן גבי ניתן לי בן במדה"י ואמרה מת בעלי ואח"כ מת בני קתני דאינה נאמנת וחולצת ולא מתייבמת אלמא דגם לתנא דמתניתין מספקא ליה אי זכות הוא לה או חוב הוא לה וא"כ לא מצי לזכות לה גט. וא"כ היכי כתב המרדכי דמפ' חרש מוכח דמותר לעשות ולזכות, וזה תמוה מאוד לכן נראה לי דכוונת המרדכי הוא כיון דבפ' חרש מספקא לן אי זכות הוא לה או חוב הוא לה וא"כ היכי דהוי עוד ספק שרי מטעם ס"ס א"כ הרי יכול למסור הגט לשליח שתתגרש מיד בקבלתו ואח"כ ימסור לה ואז אף אם נחוש למיתה כמו דחיישינן גבי תרומה נמי לא איכפת לן דהא מגורשת מטעם ס"ס ואמאי אמר הש"ס דלא אפשר גבי גט אלא א"כ לא נחוש למיתה וזה שכ' המרדכי וצ"ע מפרק חרש אהך דגיטין דקאמר דבגט לא אפשר ולפ"ז מוכח מדברי המרדכי בקושייתו מפרק חרש דמהני ס"ס גבי גט מיהו אם תרצה להוכיח מזה גופא דלא מהני ס"ס מהא דאמר הש"ס גבי גט לא אפשר וכמו שפרשנו קושית המרדכי נראה לי קושית המרדכי יש ליישב לפ"מ שבארנו לעיל במק"א בענין ס"ס דאם הספק אחד בא קודם והספק השני בא לאחר זמן דלא מיקרי ס"ס כה"ג משום דהספק הראשון הי' כודאי איסור ולא מהני אח"כ ספק השני כשבא והבאנו ראי' מהא דאמרינן ביבמות (דף קי"ג) גבי חרש לר"א דאי הוי עתים חלים עתים שוטה קידושיו קידושין גירושין דידי' לאו כלום הוא ואמאי לא אמרינן דמהני גיטו מטעם ספק ספיקא ספק שמא קידושיו לאו כלום הוא ואת"ל הוי קידושין שמא גירושין דידי' הוי גירושין, א"ו כיון דקודם שגירש הי' הקדושין ספק אחד ולחומרא לא מהני מה שגירש אח"כ ובא ספק השני, וה"נ מיד שימסור הגט לשליח הוי ספק אחד ולחומרא ולא מהני מה שימסור אח"כ לידה ויהא ס"ס שמא לא מת כיון שלא נולדו שני הספיקות ביחד ושפיר קאמר הש"ס דגבי גט לא אפשר אם נחוש למיתה אבל היכא דיש ס"ס גמור שנולדו הספיקות ביחד מהני אף בגירושין:

ועוד דבעיקר ראיית המרדכי שהוכיח מהא דקאמר הש"ס גבי גט לא אפשר דא"א לזכות לה גט, לענ"ד יש לומר דאין זה הוכחה כלל דאפשר לאמר דודאי אפשר לזכות לה גט היכא דידעינן דזכות הוא לה והש"ס קאי אהיכא דכבר הביא השליח את הגט ולא כיון אז בשעת קבלה מיד הבעל לזכות עבורה ולעשות עצמו שליח קבלה ואם ניחוש למיתה תתעגן אבל אה"נ דאם הי' כיון לזכות בקבלתו הוי מהני למוסרו אח"כ לידה וממילא אין כאן הוכחה דלא מהני ס"ס גבי גירושין דהא לא הוי אלא חדא ספיקא אם הוא חי או לא אבל ספיקא דתתגרש בקבלתו ליכא שכבר לא כיון לזכות עבורה:

אלא שיש לדון בעיקר הדין והדבר אשר כתבנו דהוי מעושה כדין הואיל ואינו יכול לדור עמה במק"א ויש לפקפק ע"ז דאם בשעת נשואין ידעה שהוא מהנצרכים לעמוד בפני הממשלה לבחור להם אנשי צבא ולא התנה שאם יצטרך לילך מעמה יגרשנה א"י לכופו לגרשה דכיון שהדבר הוא לטובתה איהי בעי לאתנויי ואם לא התנית נתרצית לזה ואינו מחויב לגרשה מיהו גם בזה מצינו מחלוקת הפוסקים ורבים סוברים דגבי מומין שכופין אותו להוציא דסברי חכמים דאם היו בו עד שלא נשאת אינה מקבלת בע"כ רק אם התנה עמה בפירוש שתקבל המומין ותסבול אבל אם לא התנה רק שידעה מהן יכולה לאמר כסבורה אני שאוכל לקבל ועכשיו איני יכולה לקבל כמבואר כ"ז בב"י סי' קנ"ד ונראה דאפילו לדעת הסוברים דלא בעינן תנאי אלא כיון שידעה מהן ונשאת מקבלת היא בע"כ זהו דווקא במומין שאף שקשה לה לסבול מ"מ לא נתבטל האישות לגמרי שהרי ראוי לשכו"ע אבל מי שאינו יכול לעמוד במקומו וגולה ממקום למקום ודאי הדין דכל שלא התנה בפירוש יכולה היא לאמר כסבורה אני שאני יכולה לקבל ועכשיו איני יכול לקבל ואף דהיכא דהוי תנאי מפורש וסברה וקבלה מהני אפילו בשכו"ע דהא המקדש ע"מ שאין לך עלי שאכו"ע מקודשת ותנאו קיים למאן דסובר דמתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו קיים ופטור משאכו"ע. מ"מ בלא התנה רק שידעה ונשאת בזה ודאי אפשר לאמר דאף הפוסקים שסוברים דמהני ראתה ושתקה גבי מומין, מודו דלא מהני גבי שכו"ע עד שיתנה בפירוש ומכש"כ בנ"ד דעדיין היא היתה מסופקת שמא לא יצטרך לנוד ממקומו דלא אמרינן סברה וקיבלה אף שלא התנית עמו שיגרשנה אם יהי' ההכרח לעזבה בדד בלי שאכו"ע:

סימן קסח

שאלה באחד שתפסה אשתו את כל אשר לו ולא רצתה להחזיר לו עד שיגרשנה, וצידד הרב השואל לומר שהוא מהנך שכופין אותו להוציא, וזהו אשר השבנו בנידון זה ויבואר בזה עקרים רבים בדין גט מעושה וביאור בדברי הראשונים ז"ל בזה:

תשובה הנה בגיטין (דף פ"ח) תנן גט המעושה בישראל כשר ובעובדי כוכבים פסול ואר"נ א"ש בישראל כדין כשר ושלא כדין פסול ובעובדי כוכבים כדין פסול ופוסל, ושלא כדין אפי' ריח הגט אין בו ופריך אי עובדי כוכבים בני עישוי נינהו ליתכשר ואי לאו ב"ע נינהו אפסולי נמי לא ליפסול ומשני רב משרשיא דבר תורה בעובדי כוכבים כשר ומ"ט אמרו בעובד כוכבים פסול שלא תהא כאו"א תולה עצמה בעובד כוכבים ומפקעת עצמה מיד בעלה והדר פריך א"ה שלא כדין בעובד כוכבים נמי נגזור אטו כדין עד דמסיק הא דרמ"ש בדותא היא ועובדי כוכבים לאו בני עישוי נינהו דפסול מה"ת וכדין בעובד

כוכבים דפוסל בכהונה הוא משום דמיחלף בכדין דישראל. והכי פסקו הרי"ף והרא"ש ז"ל והתוס' דב"ב (ד' מ"ח) פירשו נמי בהא דפריך התם אר"ה דאמר תליוה וזבין זביניה זבינא משום דאגב אונסיה גמר ומקני אמאי בעובד כוכבים פסול נימא גמר ומקני ומשני כדרמ"ש וכתבו התם ואע"ג דבגיטין מדחי להא דרמ"ש מ"מ הכא משני להמקשה לפי שיטתו שהיה סבור דבני עישוי נינהו השיב לו כדרמ"ש אבל באמת ליתא דרמ"ש וכדין בעובד כוכבים פסול מה"ת משום דכיון דלאו בני עישוי נינהו הוי שלא כדין דמה לי אם עצם הכפייה היה שלא כדין או שהיו הכופין שלא כדין כולה מקרי שלא כדין ובשלא כדין הוי תליוה ויהיב. דהא דמדמי הש"ס עישוי דגט לתליוה וזבין היינו דוקא בכדין דמה שצריך לעשות ע"פ דין דמי לתליוה וזבין עיי"ש בתוס':

ולפ"ז כיון דבעובד כוכבים פסול מה"ת משום דלאו בני עישוי נינהו ואפילו בכדין וכמסקנא (דפ' המגרש). א"כ ה"ה אם האשה בעצמה כפתה אותו עד שיגרש אף שהוא מהנך שכופין להוציא נמי פסול מה"ת דמה לי עובד כוכבים ומה לי היא בעצמה ואף דקי"ל עביד אינש דינא לנפשיה מ"מ בכפיית גט בעי ב"ד:

ועיין בר"ן ז"ל בחידושיו לפ"ק דסנהדרין שעמד על סוגיא זו (דפ' המגרש) במה שאמרו בטעם דהדיוטות כשרים משום דשליחותייהו קא עבדין ובסנהדרין אמרו משום נעילת דלת יכולין הדיוטות לדון הודאות והלוואות בלי שום טעם שליחותייהו וכמו שא"צ דרישה וחקירה משום נעילת דלת לחוד וגם מה דמייתי בגיטין קרא דלפניהם ולא לפני הדיוטות ובסנהדרין ממעט הדיוטות משום דעירוב פרשיות כתיב כאן ובעינן מומחין דאלקים כתיב ותירץ דלענין עצם הדין אי מתכשר בהדיוטות ילפינן מעירוב פרשיות דבעינן מומחין וקרא דלפניהם אתי לאסור הדבר בעצמו ליתן עטרת הדין לב"ד של הדיוטות או של עובדי כוכבים וכן לענין הא דמדרבנן מתכשר בהדיוטות בעינן ב' טעמים לענין הכשר עצם הדין שיהא דין הוא משום נעילת דלת ולענין מה שעוברים אקרא דלפניהם שהולכים לפני הדיוטות ע"ז אמרו שליחותייהו עבדינן והכא בש"ס דפריך אבייי לרב יוסף והא אנן הדיוטות אנן ידע דהגט מתכשר גם בהדיוטות משום תקנת חכמים כמו בהודאות והלוואות אלא שמקשה אמאי דעברינן אקרא דלפניהם בעשוי דהדיוטות ע"ש בדבריו ז"ל הרי משמע מדבריו ז"ל דגם לעיקר הכשירא דגט הי' מיפסל בהדיוטות כמו עובד כוכבים אי לאו תקנתא כמו בהודאות והלואות הרי דבעינן דוקא ב"ד לענין כפי' וכיון דהדיוטות פסול אי לאו תקנת חכמים ה"ה אשה בעצמה שכפתה פסול מה"ת אף שהוא מהנך שכופין אותו להוציא שהרי ביארנו דבעינן שיהא הכפי' ע"י ב"ד והכפי' שע"י האשה או קרובי' לא עדיף מכפיית עובד כוכבים או הדיוטות לפי

ד"ת. ועל האשה בעצמה לא הי' תקנת חכמים שתוכל לכפות דבשלמא אי הוי הטעם דבעובד כוכבים פסולה משום דרב משרשיא שלא תהא תולה עצמה בעובד כוכבים ומפקעת עצמה מיד בעלה הי' אפשר לאמר דזהו דוקא בעובד כוכבים אבל לא כשהיא כפתה אותו אבל כיון דפסלינן עובד כוכבים משום דבעינן מומחין מה"ת א"כ גם בכפיות עצמה נמי פסול ואין לומר דדוקא ע"י עובד כוכבים פסול מה"ת משום דאפילו למ"ד (בר"פ המניח) עביד אינש דינא לנפשי' מ"מ אסור להגיש משפטו לפני עובדי כוכבים ולפני הדיוטות משום דלפניהם ולא לפני עובדי כוכבים ולהכי דמי כפי' דידהו לשלא כדין ופסול אבל אם האשה בעצמה כפתה כיון דקי"ל עביד אינש דינא לנפשי' ולא עשתה שום איסור בזה דאפי' להכות את חבירו שרי בחפץ ידוע שיש לו אצלו וה"נ כיון שמחויב לגרשה רשאה לאונסו באונס הגוף או אונס ממון עד שיגרשנה ולא הי' בזה שום איסור והוי כדין וכשר. הא לאו מלתא היא, דא"א דעצם כפיית הגט מתכשר בלא ב"ד, מה איכפת לן מה שעבר אקרא דלפניהם ובעובדי כוכבים והדיוטות נמי ליתכשר כיון דעיקר הכפי' היה כדין ודמי לתליוה וזבין א"ו דבעינן שתהי' הכפי' ע"י ב"ד דוקא ובלא"ה לא מתכשר וא"כ ה"ה ע"י האשה עצמה פסול הגט:

ועוד נראה לפענ"ד דאפילו למ"ד עירוב פרשיות כתיב כאן ובעי מומחין מה"ת מ"מ בדין ברור יכול הדיוט לכוף את הבע"ד ודוקא לענין שיהא הדין קיים לענין אם טעה בזה בעינן ב"ד מומחין וכן לענין הודאה שמודה בפני ב"ד שאינו יכול לחזור בו או לענין הוחזק כפרן אם כפר. וכן לענין לכוף את הבע"ד שיבוא לדין לפניו ולסדר טענותיו בכדי שידעו הדין עם מי בזה בעינן מומחין מה"ת או ג' הדיוטות מדרבנן כמבואר כ"ז ברא"ש פ"ק דסנהדרין בסוגיא דיחיד מומחה ובסוגיא דטעה בשקול הדעת אבל בדין הברור יכול כ"א מישראל לכוף ולהציל עשוק מיד עושקו דכיון דקי"ל עביד אינש דינא לנפשי' ולדעת כמה פוסקים אפי' בחפץ שאינו מבורר יכול לעשות דין לעצמו ולדעת כמה רבוותא אם אינו מכהו רק שתופס ממנו עביד אינש דינא לנפשי' אפי' בחפץ שאינו מבורר כמבואר כ"ז בח"מ (סי' ד') וברמ"א שם. וא"כ כמו שהוא יכול לעשות בעצמו כמו כן יכול כ"א מישראל לעשות עבור חבירו ולא נתמעטו הדיוטות אלא שלא יהא עליהם שם ב"ד לענין לכפות לדון לפניהם כ"ז שלא ידעו הדין ולענין הודאה כמש"כ. אבל בדין ברור שרי הדיוט להציל עשוק מיד עושקו וא"כ אם איתא דלעישוי גט לא צריך ב"ד והגט מתכשר בלא ב"ד ואם האשה כפתה הגט כשר א"כ אמאי נפסל בהדיוטות מה"ת כיון דהדין ברור לכופו רשאי הדיוטות לכופו כמו שהיא בעצמה רשאה לכופו ומה לי היא בעצמה ומה לי א' ששוקד לטובתה ולא שייך כאן כלל דרשה דלפניהם ולא לפני הדיוטות ואמאי

הקשה אביי והא הדיוטות אנן דמשמע דאפי' בדין ברור אינו יכול לכפותו א"ו דעישוי דגט בעי ב"ד כמו לכופו לסדר הטענות ולהכי בעובד כוכבים וכן בהדיוטות אי לאו דשליחותייהו עבדינן פסול וא"כ ה"ה באשה עצמה מיפסל ובעינן בזה דין גמור:

ואין להקשות דא"כ דהגט מיפסל אם הי' העישוי ע"י האשה עצמה א"כ אמאי לא קתני במתני' בהאי לישנא גט מעושה בב"ד כשר ושלא בב"ד פסול דיכלל בזה שמיפסל ע"י האשה עצמה אפשר לומר דנקט האי לישנא דבישראל משום סיפא דבעובד כוכבים אומרין לו עשה מה שישראל אומרין לך ולהכי נקט רישא דבישראל כשר אבל לעולם דבישראל דקתני היינו בב"ד של ישראל. שוב מצאתי להרב בעל פנ"י בגיטין שם שעמד בזה דלאביי דבהדיוטות פסול אמאי נקט דוקא בעובד כוכבים ולפי מש"כ א"ש:

ואף דגבי קרבן דתנינן ג"כ בערכין (דף י"ט) יקריב מלמד שכופין אותו יכול בע"כ ת"ל לרצונו הא כיצד כופין אותו עד שיאמר רוצה אני ולא נמצא לשום א' מהראשונים ז' שפירשו דלפי מה דקי"ל דרמ"ש בדותא היא ובעינן בעישוי גט ב"ד יצטרך גם גבי כפיית קרבן ב"ד נראה לי בטעם הדבר לפמש"כ הר"ן ז"ל בקדושין (פ' האומר) שהביא ראי' לשיטת הסוברים דאין ע"א נאמן לאסור במידי דאיתחזק התירא אא"כ הוי בידו מהא דאמרינן בסנהדרין (ד' למ"ד) מי שבא ואמר ראיתי את אביכם שהטמין מעות בשידה תיבה ומגדל ואמר של פלוני הם של מעשר שני הם בבית לא אמר כלום בשדה דבריו קיימין זה הכלל כל שבידו דבריו קיימין. ומע"ש הוי איסורא ואפ"ה אינו נאמן אא"כ הוי בידו וכתב הרמב"ן ז"ל דאפשר לומר דמע"ש הוי אפוקי ממונא דקי"ל כר"מ דאמר מע"ש ממון גבוה הוא ומוציא מרשות הדיוט לרשות גבוה וע"א אינו נאמן אלא באיסורין גרידא ולא באפוקי ממונא ע"ש. והנה באומר לו ע"א נתנסך יינך או נתפגלו זבחיך נאמן אע"ג דקא מפיק לו מרשות בעלים לגמרי שהרי אוסרו בהנאה אפ"ה לא מקרי אפוקי ממונא כיון שאין עדותו לאחרים ואינו בא רק להפסיד להבעלים אבל במע"ש הואיל ומכניסו לרשות אחר מקרי אפוקי ממונא וע"א לא מהימן:

ולפ"ז נ"ל דה"ה הכא דכשכופין אותו על הקרבן לא בעי ב"ד דהא אינו מכניסו לרשות אחר דהקרבן נמי ברשות בעלים הוא וכמש"כ התוס' בב"ק (דע"ט) דדוקא קדשי בדק הבית מקרי שינוי רשות לענין יאוש ושינוי רשות שהן נכנסים לרשות גבוה אבל קדשי מזבח לא מקרי שינוי רשות ומעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן ולהכי גבי כפיית קרבן לא בעי ב"ד כיון שאין כופין אותו להכניס הדבר לרשות אחר דמי לכפיית מצוה בעלמא כמו לעשות סוכה או לולב אבל בכפיית גט שמוציא את האשה מרשותו ומכניסה לרשות עצמה מקרי ממונא ובעי ב"ד ובלא ב"ד מיפסל הגט:

אלא דבאמת יש לתמוה טובא בהא מלתא שכתבו התוס' דסוגיא דהמגרש נמי סברה כר"ה דאגב אונסו גמר ומגרש ובעישוי עובד כוכבים אף לר"ה דאמר אגב אונסי' גמר ומגרש פסול משום דדמי לשלא כדין דהוי כמו מתנה דבשלמא שלא כדין ש"ד למתנה כיון שאינו מחויב כלל לגרשה אבל בעישוי עובד כוכבים כיון שמחויב לגרש מה איכפת לן אם עובד כוכבים כופהו סוף סוף הוא מחויב לגרשה ודמי לזבינא ובשלמא לפום סוגית (פ' חזקת) דהטעם דכפי' דישראל משום מצוה לשמוע דברי חכמים א"ש מה דכפי' בעובד כוכבים פסול מה"ת דגבי כפיית עובד כוכבים לא שייך מצוה לשמוע דברי חכמים ולא גמר ומתרצה ואף בבעל ת"ח שיודע בעצמו שמחויב לגרשה מ"מ אפשר לגרשה למחר וליומא אוחרא ואינו מחויב לגרשה תומ"י ודוקא גבי ב"ד של ישראל הכופין כדין שיש להם דין ב"ד מחוייב לשמוע דבריהם לגרשה מיד אבל ב"ד של עובדי כוכבים אין עליו חיוב לשמוע דבריהם ומה שמחוייב לגרשה הא יכול לקיים לאחר זמן ולהכי לא גמר ומתרצה אבל לר"ה דאמר בכל אונס אגב אונסי' וזבינא גמר ומתרצה וכל היכא שמחוייב לגרשה דמי לזבינא א"כ אפילו בעשוי עובד כוכבים נמי הא דמי לזבינא ונהי דבבעל ע"ה היה אפשר לומר דכיון דלא ידע שמחוייב לגרשה לא גמר ומתרצה אבל בבעל ת"ח דידע הא דמי לזבינא ומתרצה אפילו בעשוי עובד כוכבים ואמאי כדין בעובד כוכבים פסול מה"ת:

ונ"ל בטעם הדבר דאמרינן בקדושין (ד' נ') דברים שבלב אינם דברים ובעי לאוכוחי מהא דגיטי נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני' ודחי שאני התם דמצוה לשמוע דברי חכמים. הריטב"א ז"ל דלמאי דס"ד דש"ס דאף דבלב לא ניחא לי' מ"מ דברים שבלב אינם דברים א"כ אמאי בעובד כוכבים פסול ותי' דבעובד כוכבים לא מיקרי דברים שבלב אלא בלבו ובלב כל אדם דהכל רואין שהוא אנוס רק בישראל כדין הוי סבור דמקרי דברים שבלב שלפי הנראה אדם מתרצה לעשות ב"ד ואם הוא אינו מתרצה לא איכפת לן דהוי דברים שבלב אבל בעשוי עובד כוכבים הכל רואין האונס ולא מקרי דברים שבלב ולפ"ז נראה דהיינו טעמא דמעושה בעובד כוכבים פסול אף לפי מה דקיי"ל תליוה וזבין הוי זבינא משום דאגב אונסו גמר ומגרש והבעל בעצמו יודע שמחוייב לגרשה ומחמת זה גמר ומגרש מ"מ כיון דהעשוי הי' ע"י עובד כוכבים ועובדי כוכבים כופין לפעמים שלא כדין ואין ניכר לכל מה שהבעל מתרצה ע"י שיודע שמחוייב לגרשה והוי רק דברים שבלב ודוקא אם ב"ד של ישראל כפוהו שחזקתן שאין כופין אלא אם הדין נותן לגרשה והוא באמת מחוייב לגרשה ומתרצה אז הוי גט אבל בב"ד של עובדי כוכבים שאין ניכר לכל שהוא מתרצה דאולי הוא שלא כדין ובשלא כדין דמי למתנה דאין אדם מתרצה

במתנה אגב אונסי' ומה שהוא מתרצה הוי דברים שבלב ולא הוי גט כיון שאין ניכר לעיני הרואים שהוא מתרצה בלבו:

והא דאמרינן במעושה שלא כדין בישראל פסול מה"ת ואינו פוסל לכהונה אלא משום גזירה דכדין אע"ג דלכאורה בבעל ע"ה אנו צריכין לחוש לחומרא שמא נתרצה לגרש מחמת עישוי ב"ד של ישראל שחזקתן עושים כדין וסבור הבעל שמחוייב לגרש וגמר ומתרצה ואמאי לא הוי גט מה"ת נ"ל משום דאף אם נתרצה הבעל בטעות שהי' סבור שהב"ד כופין אותו כדין לא מהני כלל דטעות לעולם חוזר ועדיף טפי ממוציא את אשתו משום שם רע או משום איילונית דהתם בעינן תנאי שמשום זה הוא מוצאה ובלא תנאי אין הגט פסול כדאיתא בגיטין (דף מ"ו) אבל הכא מוכחא מילתא טפי שמה שמתרצה היה מחמת שהיה בלבו שהב"ד כפוהו כדין וכמש"כ התוס' בקדושין (ד' נ') ובכמה דוכתי דאיכא כמה דברים דאפילו תנאי א"צ ובגילוי דעתא לחוד סגי וה"נ אין לך גילוי דעת יותר מזה שהכל רואין שהב"ד כופין אותו:

יצא לנו מבואר דלשיטת התוס' והרא"ש לא פליגי הנך סוגיות וגם סוגיא דהמגרש סברה הך סברא דתליוה וזבין רק דבעישוי כותים שהי' העשוי שלא כדין דמי לתליוה ויהיב דלא הוי מתנה רק דבסוגיא (דפ' חזקת הבתים) אזיל לפום סברא דהמקשה דעובדי כוכבים בני עשוי נינהו ולפי סברתו מתרץ ובאמת פסקינן כסוגי' דהמגרש דלא ב"ע נינהו. ואין לומר דאכתי לשיטתייהו נפסוק כסוגיא דפ' חזקת דעובד כוכבים ב"ע נינהו שהיא אמורה אחר סוגיא דפ' המגרש דז"א דסוגיא דבדוכתא עדיפא לן למפסק כוותה וכן דרכן של כל פוסקי הלכות למיתפס סוגיא דבדוכתא וכן מצאתי להרשב"א ז"ל בחידושיו בקדושין (ד' נ"ו) שכתב שם דלר"ה הטעם דגט מעושה לאו משום מצוה לשמוע דברי חכמים הוא אלא משום אגב אונסו גמר ומקני וכדמשמע התם מגט המעושה בישראל כשר ובעובדי כוכבים פסול ואמאי לימא אגב אונסי' גמר ומקני אלמא דר"ה אפילו בעובד כוכבים דליכא מצוה לשמוע לחכמים היינו רוצין לומר דהוי גט אלא שאין הלכה כן בגט משום דכתיב אשר תשים לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים ע"ש. הרי מבואר מלשונו דבגט לא קיי"ל כר"ה משום לפניהם דהיינו דעובדי כוכבים לאו בני עשוי נינהו כסוגיא דהמגרש:

אולם הרשב"ם ז"ל דרך אחרת עמו שפי' בהא דפריך התם נמי נימא אגב אונסי' גמר ומגרש שהרי לא מפסיד מידי דומיא דזביני שמקבל דמי שדהו דכיון שאשתו שונאתו ובלא גט נמי לא תעמוד אצלו וגט זה אינו אלא להתירה לאחרים לא מפסיד כלום עיי"ש ומזה נראה בעליל שדעת הרשב"ם ז"ל דהא דמדמי גט לזבינא הוא אפילו בהנך שאין

כופין אותו להוציא ובזה נמי דמי לזבינא משום דלא מפסיד כלל מאחר שאין רצונה להיות עמו ומחמת זה גמר ומגרש וכן פי' בהא דאמרינן שלא תהא כל א' וא' תולה א"ע בעובד כוכבים ומפקעת עצמה מיד בעלה והוסיף הרשב"ם ז"ל וכתב וז"ל להחניף לו ולזנות עמו והוא נמי משום דלשיטתו הוקשה לו מאי איכפת לן אם תתלה עצמה בעובד כוכבים הא אף אם העובד כוכבים יכפוהו שלא כדין נמי כשר משום דלא מפסיד מידי ודמי לזבינא. וע"ז הוצרך לפרש משום חשש זנות. ולפי שיטתו ולפי מה דסובר ר"ה דאגב אונסי' גמר ומגרש אין חילוק בין עשוי עובד כוכבים לעשוי ישראל ובין כדין לשלא כדין בכולהו אמרינן אגב אונסי' גמר ומגרש:

ואפשר לבאר יותר לשיטת הרשב"ם ז"ל דלא פליגי כלל סוגיא דהמגרש אסוגיא דפ' חזקת דהא דמסיק דרמ"ש בדותא היא היינו לר"נ דל"ל הא דר"ה דתליוה וזבין הוי זבינא ולא אמרינן אגב אונסי' גמר ומגרש להכי מסיק דעובדי כוכבים לאו בני עשוי נינהו ובעובד כוכבים פסול מן התורה דהתם אליבא דרב נחמן קיימינן ור"נ הא ל"ל הא דר"ה בתליוה וזבין כדמסיק (בפ' חזקת) דרב ביבי מסיים משמי' דר"נ מעות י"ל קרקע אין לו משום דפליג אר"ה אבל בב"ב דקיימינן לתרוצי הא דר"ה ע"כ איתא לדרמ"ש דבעובד כוכבים כשר מן התורה משום דדמי לתליוה וזבין דהא כל עיקר דחיית הש"ס לדרמ"ש בפרק המגרש הוא דנגזור שלא כדין בעובד כוכבים שיפסול בכהונה כמו דגזרינן בישראל שלא כדין אטו כדין. אבל לשיטת הרשב"ם לר"ה הא לא קשה כלל דלדידי' כשר בין בישראל בין בעובד כוכבים בין כדין ובין שלא כדין משום דדמי לתליוה וזבין והא דבעובד כוכבים פסול הוא רק מדרבנן שלא תתלה עצמה בעובד כוכבים להחניפו ולזנות עמו וקושיית הש"ס הוא רק לפי מה דל"ל הא דר"ה בתליוה וזבין ומה"ת אינו כשר אלא בכדין דשייך מצוה לשמוע דברי חכמים אבל שלא כדין בישראל פסול מה"ת ואינו פוסל אלא משום גזירה דכדין ואם איתא לדרמ"ש בעובד כוכבים נמי נגזור שלא כדין אטו כדין. אבל לדידן דקיי"ל כר"ה כשר מה"ת בכולהו ומדרבנן גזרו בעובד כוכבים משום זנות וכדרמ"ש דהא רמ"ש לא איתותב אלא ממימרא דר"נ א"ש וכיון דקיי"ל כר"ה אית לן דרמ"ש ולפי שיטה זו היה אפשר לומר כיון דקיי"ל כר"ה דתליוה וזבין הוי זבינא והכי הלכה רווחת בישראל להכי אפילו בכותים נמי כשר מה"ת ולא בעי כלל ב"ד ואף דסוגיא דהמגרש איתמר בדוכתא מ"מ לענין זה א"א למיפסק כוותה כיון דפסקינן כר"ה בתליוה וזבין:

אלא דקשה לי לפי שיטת הרשב"ם ז"ל דלמאי דאמרינן אגב אונסי' גמר ומגרש אפילו בעובד כוכבים שלא כדין נמי כשר הא ר"נ אמר להך מימרא דשלא כדין בישראל פסול

משמי' דשמואל ושמואל הא משמע בש"ס דאית לי' דר"ה דהא אמר בש"ס בהא דאמר שמואל עד שיכתוב לו אחריות נכסים מודה שמואל היכא דיהיב זוזי וא"כ איך בעי למימר דשמואל אית לי' דר"ה הא שמואל סובר דבעובד כוכבים שלא כדין אפילו ריח הגט אין בו ולר"ה שלא כדין בעובד כוכבים נמי כשר מה"ת. ומזה ראי' ברורה לשיטת התוס' דאפי' לר"ה דאית לי' אגב אונסי' גמר ומקני נמי שלא כדין בעובד כוכבים פסול מה"ת וכמו שביארנו:

אולם להר"מ ז"ל דרך אחרת בזה שכתב (בפ"ב מה' גרושין ה' ך) בגט מעושה כדין בישראל כשר ובעובד כוכבים מה"ת כשר ומדרבנן פסול ולמה אין הגט בטל שהרי הוא אנוס בין ביד עובד כוכבים בין ביד ישראל שאין אומרים אנוס אלא למי שנאלץ לעשות דבר שאינו מחוייב בו מן התורה כגון מי שהוכה עד שמכר או שנתן אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה או לעשות עבירה והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו או עד שנתרחק מדבר האסור אין זה אונס ממנו אלא הוא אנס עצמו לדעתו הרעה כו' הרי שפסק כרב משרשיא דבעובד כוכבים כדין כשר מה"ת והוא כסוגיא דפ' חזקת אלא שא"א לפרש בטעמי' דהרמז"ל דלהכי פסק כסוגיא דפ' חזקת משום דסובר דאגב אונסו גמר ומגרש. דהא כתב במעושה בישראל ועובד כוכבים טעם אחר שהגט כשר משום דהוי מצוה לגרש וכתב בהדיא שאין זה דומה לנאנס למכור:

וא"כ קשה כיון שלא תפס כסוגיא דפ' חזקת דאמרינן אגב אונסו גמר ומגרש אמאי נטה מסוגית פ' המגרש דמסקינן דבעובד כוכבים פסול מן התורה דהא דרמ"ש בדותא כיון דלאו מחמת תליוה וזבין אתי עלה הרמז"ל ועוד בישראל שלא כדין כתב לא היה הדין נותן שכופין אותו לגרש וטעו ב"ד של ישראל או שהיו הדיוטות ואנסוהו לגרש פסול לכהונה והואיל וישראל אנסוהו יגמור ויגרש ע"כ לפ"ז כשר מן התורה והיינו מטעם אגב אונסו גמר ומגרש. ובש"ס דהמגרש מסיק דבישראל שלא כדין פסול מה"ת ומדרבנן פוסל לכהונה משום גזירה דכדין והך בבא שפיר הוי אפשר לתרוצי דברי הר"מ דבש"ס קאי לר"נ דתליוה וזבין לא הוי זבינא. וכמש"כ לעיל דר"נ מסיים מעות יש לו וכו' להכי ליכא למימר בישראל שלא כדין דליפסול מכהונה אלא מטעם גזירה דכדין אבל לדידן דקיי"ל כר"ה דתליוה וזבין הוי זבינא הוי גט מה"ת דדמי לזבינא כיון שב"ד של ישראל אונסין אותו ותיתי לי שכן עלה בדעתי לתרץ דברי הרמז"ל ומצאתי אח"כ להגאון בעל משכנות יעקב ז"ל בחלק אה"ע שכתב כן אולם הא ליתא דהר"מ ז"ל מדוויל ידי' משתלם דפסק (בפ"ט מה' גזילה ה' ט"ז) גבי סיקריקון דבגזל שדה וחזר הגזלן ולקחה מהבעלים

וטען הנגזל אנוס הייתי א"צ למסור מודעה כלל והמקח בטל מעצמו ואין זה דומה לתליוה וזבין כיון שמתחלה לקח ממנו הקרקע בלא דמים עיי"ש:

וכבר השיג עליו הראב"ד ז"ל דהא בגמרא אמרו דרב ביבי מימרא הוא ומימרא לר"ה לא סבירא לי' ולהרמז"ל דמחלק בין הא דרב ביבי לההא דר"ה דבמימרא דרב שאני שמתחילה בא לידו בתורת גזילה בלא דמים לא פליג רב אר"ה כלל ע"ש בהשגות וצ"ל דהרמז"ל לא גריס הא דאמרינן מימרא לר"ה לא ס"ל כמש"כ הרב"י בחו"מ (סי' ר"ה) וא"כ כיון דלהר"מ ר"נ נמי סובר כר"ה דתליוה וזבין הוי זבינא ואפ"ה בשלא כדין בישראל מה"ת לא הוי גט אמאי פסק הר"מ דהוי גט ועוד דהא כבר הקשינו משמואל דודאי סובר כר"ה דהא אמר בש"ס מודה שמואל היכא דיהיב זוזי ואפ"ה במעושה בישראל שלא כדין לא פסול לכהונה אלא מטעם גזירה דכדין:

ע"כ נ"ל ליישב דברי הרמז"ל על נכון דהנה דברי הרמז"ל סותרים לסוגיא דהמגרש בכמה דברים, א' מה שפסק דמעושה כדין בעובד כוכבים כשר מה"ת ופסול מדרבנן וזהו כרב משרשיא ובגמ' מסקינן דרב משרשיא בדותא היא, ב' מה שפסק דמעושה בישראל שלא כדין כשר מה"ת משום דגמר ומגרש וזהו כסוגיא דב"ב ובהמגרש אמרינן דשלא כדין בישראל מה"ת אינו גט ורק מדרבנן פוסל לכהונה משום גזירה דשלא כדין ונ"ל ליישב הכל בחדא מחתא בעזהי"ת דבעיקר התמי' שפסק כרמ"ש אף דהש"ס מסיק הא דרמ"ש בדותא י"ל דהיינו טעמא דסמך אסוגיא דפרק חזקת דמייתי הא דרמ"ש בפשיטות דלכאורה צריך באור הא דאמר בפ' המגרש אי עובד ככבים בני עשוי נינהו איתכשורי נמי ליתכשר ועלה מסיק להא דרמ"ש דעובדי כוכבים ב"ע נינהו איך אפשר לומר דעובדי ככבים ב"ע נינהו ומי איכא דפליג אדרשה דלפניהם ולא לפני עובדי כוכבים ואפי' ר"א ברי' דר"א בריש סנהדרין דאמר חד נמי כשר היינו ישראל דוקא כדכתיב בצדק תשפוט עמיתך אבל עובדי כוכבים מי איכא למימר דבני עשוי נינהו:

ע"כ נראה דהרמז"ל מפרש דהא דקאמר מצוה לשמוע דברי חכמים לאו היינו החכמים שכופין אותו עכשיו לגרש וכדמשמע מלשון הרשב"א ז"ל בקדושין (דף נ') אלא חכמים שאמרו שמחויב לגרשה והיינו שכיון שמצוה לגרשה לא מקרי אונס כלל שלא נקרא אונס אלא אם כופין את האדם לעשות מה שאינו מחוייב לעשות אבל מה שמצווה לעשות לא מיקרי אונס. וטעם זה שייך גם אם הבעל ע"ה ואינו יודע שהדין נותן לגרשה מ"מ כיון דבעצם הכפי' ליכא אונס הוי גט. וכיון דעיקר כונת אמרם מצוה לשמוע דברי חכמים היינו דמשום זה לא מקרי אונס דמחוייב לקיים מצות חכמים ולגרש יש להסתפק במה שמחוייב לעשות ואנסוהו מי שאין בידו לכופו בזה מי אמרינן דבזה שפיר מקרי

אונס דנהי דמחויב לעשות זה מ"מ הא הכופה הזה לא הי' בידו לכופו [ועוד דהא היה אפשר לגרש למחר וליומא אוחרא וכיון דאינו מחוייב לגרש ע"י כפייתו מיד מיקרי אונס] דילמא כיון שעיקר הגירושין מחוייב לגרש לא איכפת לן אם הכפי' הי' ע"י א"י סוף סוף אין כאן אונס כיון שמחויב לגרש ועל ספק זה אמרו בש"ס אי עובדי כוכבים ב"ע נינהו היינו דאף עשוי שנעשה ע"י עובד כוכבים הוי עשוי כדין ולא מקרי אונס דלא איכפת לן בעשוי ע"י מי שהו איתכשורי נמי ליתכשר ואי עובדי ככבים לאו ב"ע נינהו היינו דבעינן בעישוי שיהא דווקא ע"י ב"ע היינו שבידם לכפות איפסולי נמי לא ליפסול וע"ז אמר רב משרשיא דלעולם בעובד כוכבים ד"ת כשר דלא בעינן שיהא ע"י ב"ד כלל דסוף סוף ליכא אונס והגט כשר ומה טעם אמרו בעובדי כוכבים פסול שלא תהא כאו"א תולה עצמה בעובד כוכבים וע"ז פריך ולהוי שלא כדין בעובד כוכבים כישראל ולגזור אטו כדין עד דמסיק הא דרמ"ש בדותא היא ובעובד כוכבים מה"ת פסול אפילו כדין משום דכיון דהעשוי הי' שלא ע"י ב"ע פסול ומקרי אונס. אבל כ"ז אפשר לומר לר"נ ולשמואל דבעינן עשוי ב"ד אבל לדידן א"א לומר הכי דהא לכאורה הא דרמ"ש מוכח במתניתין גופא דאם איתא דבעינן עישוי ע"י ב"ד ובלא"ה הגט פסול דאם הכפי' הי' ע"י מי שאינו ב"ד מקרי אונס א"כ אמאי קתני בעובד כוכבים פסול לתני רבותא טפי דאפילו בישראל אם לא הי' ע"י ג' פסול הוא דבעינן ב"ד בעישוי, א"ו ד"ת בעובד כוכבים נמי כשר דלא בעינן ב"ד כלל בעישוי כדין. ובעובד כוכבים פסול משום גזירה דתולה עצמה בעובד כוכבים. והאי טעמא לא שייך אלא בעובד כוכבים אבל בישראל לא בעי ג' ולהכי קתני דווקא בעובד כוכבים פסול אבל בישראל כשר אלא דלר"נ ושמואל דסברי בפ"ק דסנהדרין ב' שדנו דיניהם דין דמדאורייתא חד נמי כשר לדון משום דכתיב בצדק תשפוט עמיתך ובדיעבד בחד נמי כשר כמש"כ התוס' בסנהדרין (דף ה') דה"מ שנים א"כ אפשר לומר דלעולם עשוי גט בעי ב"ד. והא דנקט בעובד כוכבים פסול משום דלא משכחת לפסול אלא בעובד כוכבים דבישראל אם א' כפוהו נמי כשר אם הי' כדין דחד מקרי ב"ע ולא הוצרך להשמיענו דאם האשה עצמה כפתה אותו לגרש דפסול דמילתא דפשיטא כיון דבעי ב"ד ואתי לאשמעינן דב"ד של עובדי ככבים פסול ולא שייך למיפסל הגט משום פסול דלאו ב"ע אלא בעובד ככבים אבל לעולם דבעי ב"ד בעשוי גט ולהכי כי הקשה לרמ"ש לגזור בעובד ככבים שלא כדין אטו כדין מסיק דרמ"ש בדותא הוא ובכדין נמי פסול מה"ת משום דבעי ב"ד והא דלא נקט פסול אלא בעובד ככבים משום דלא משכחת פסול דלאו ב"ע אלא בעובד ככבים דישראל חד נמי כשר וכ"ז לר"נ ושמואל דסברי שנים שדנו דיניהם דין:

אבל הרמז"ל דפסק (בפ"ב מה' סנהדרין) שנים שדנו אין דיניהם דין ובכל דין בעי שלשה ועיין ש"ך שכתב שזהו מדרבנן והאו"ת והנת"מ כתבו בדעת הרמז"ל דאף שפסק כר"א בריה דרב איקא דמה"ת חד נמי כשר מ"מ דוקא מומחה כשר ביחידי אבל מי שאינו מומחה פסול מה"ת אפילו בשנים א"כ ע"כ הא איתא לדרמ"ש דדבר תורה בעובד ככבים נמי כשר דעשוי גט לא בעי ב"ד דאי אמרת דבעי ב"ד אמאי נקט בעובד ככבים פסול ניתני רבותא טפי בישראל בחד או שנים פסול דלא מקרי ב"ד והוי כפי' שלא כדין ומקרי אונס ופסול ומדלא פסיל אלא בעובד ככבים ש"מ דלא בעינן ב"ד ולא מיפסל אלא בעובד ככבים משום גזירה דתולה עצמה בעובד ככבים. ולהכי ע"כ איתא לדרמ"ש ולהכי נמי (בפ' חזקת) אמר סתמא דגמרא להא דרמ"ש דלדידן וודאי איתא לדרמ"ש דאנן קיי"ל שנים שדנו אין דיניהם דין א"כ ע"כ מדפסיל בעובד ככבים ולא תני פסול בישראל יחיד או שנים ש"מ דלא בעי ב"ד. ועוד דהא התם רב יודא הוא דמותיב לר"ה ממשנה דגט מעושה ואליבי' הוא דמשני הא אמר רמ"ש. ורבי יודא סובר בפ' המניח (דף כ"ח) דלא עביד אינש דינא לנפשי' וא"כ אם איתא דעשוי גט בעי ב"ד דבעינן שיהא הכפי' ע"י מי שרשאי לכפותו מיפסל ע"י האשה עצמה שכפתה אותו דלא עביד אינש דינא לנפשי' והיתה אסורה לכפותו והוי אונס ופסול ואמאי תני בעובד ככבים פסול ליתני דבאשה עצמה פסול או ליתני שלא ע"י ב"ד פסול ואפילו אם נימא דר"י סובר דחד נמי מקרי ב"ד מ"מ ליתני פסול דאשה עצמה, א"ו דאיתא לדרמ"ש ולא בעי ב"ד ולא מיפסל אלא בעובד ככבים משום גזירה דתולה א"ע בעובד ככבים ומן התורה כשר אפילו בעובד ככבים דלא בעינן ב"ד כמש"כ הרמז"ל דאף שהכפי' ע"י מי שאינו יכול לכפותו מ"מ כיון שמחויב לעשות הדבר לא מיקרי אונס שאין אונס אלא למי שנאלץ לעשות דבר שאינו מחויב לעשות מן הדין ושפיר פסק הר"מ ז"ל בזה דכדין כשר אפילו בעובד ככבים כדרמ"ש ואין אנו צריכין בזה לטעם דאגב אונסי' גמר ומגרש. אלא דבלא"ה מתכשר הגט משום דלא מקרי אונס:

והנה מיושב בזה מה שפסק בכדין דעובד ככבים דכשר מה"ת ופסולו רק מדרבנן ועתה ניישב מה דבשלא כדין דישראל שפסק הרמז"ל דכשר מה"ת שכתב הרמז"ל הטעם משום הואיל וישראל אנסוהו יגמור ויגרש ובש"ס דפרק המגרש אמרו הטעם דבישראל שלא כדין הוא משום גזירה דכדין דהא קאמר וליהוי כשלא כדין בישראל וליפסל אלמא דשלא כדין בישראל הוא משום גזירה ולא מה"ת דלהכי פריך לרב משרשיא דסובר דבעובד ככבים כדין כשר מה"ת ליפסל מכהונה נמי בשלא כדין כמו דגזרינן בישראל שלא כדין אטו כדין אלמא דבישראל שלא כדין מן התורה לא הוי גט ורק מדרבנן גזרינן

אטו כדין וכבר בארנו דר"נ ושמואל נמי סברי הא דר"ה דתליוה וזבין הוי זבינא ואפ"ה לא הוי גט לדידהו רק משום גזירה נראה דהיינו טעמא דמילתא דכיון דביארנו דהר"מ פסק כרב משרשיא דד"ת בעובד ככבים נמי כשר וכסוגיא דפ' חזקת דמייתי הא דרמ"ש בפשיטות ומשום דמוכח כן לדידן דקיי"ל שנים שדנו אין דיניהם דין וא"כ תקשי לדידן קושית הש"ס דיגזור שלא כדין בעובד ככבים אטו כדין כיון דכדין כשר מה"ת שלא כדין נמי נפסול לכהונה מדרבנן כמו דגזרינן בישראל שלא כדין אטו כדין משום זה אנו מוכרחים לאמר דבשלא כדין בדין לא מיחלף כלל והא דפוסל לכהונה בישראל שלא כדין דמסתמא קים להו לר"נ ושמואל מאיזה ברייתא הני בבי דקאמרי בישראל ובעובד ככבים ובדין ושלא כדין] לאו מטעמא דגזרינן אטו כדין אלא משום דאגב אונסו גמר ומגרש וכמו דקים להו לחז"ל גבי מכירה דאגב אונסו גמר וזבין ה"נ קים להו גבי גירושין דהיכי דב"ד של ישראל כופין לגרש גמר ומגרש:

ואף שהוא שלא כדין ואיכא אונס אפ"ה גמר ומגרש ואפשר אף שהבעל ת"ח ויודע שאונסין אותו שלא כדין ובזה הי' אפשר לומר דלא גמר ומגרש דסבר למחר תבענא להו לדינא וברירנא למילתא דטעותא הוא ובטלנא לי' לגיטא מ"מ כיון דסתמא דמילתא אמרינן בזה גמר ומגרש אף אם זה בלבו לא גמר וגירש הו"ל דברים שבלב ואינן דברים וכ"ז הוא דווקא בב"ד של שלשה אף שהיו הדיוטות בזה אמרינן גמר ומגרש אבל בעובד ככבים שלא כדין אם כפוהו לגרש בזה פשיטא דלא אמרינן גמר ומגרש היכא דהכפי' הי' שלא כדין ע"י עובד ככבים ואפילו מכהונה נמי לא פסל דכדין בשלא כדין לא מיחלף] ור"נ ושמואל שאמרו בטעמא דשלא כדין פסול משום גזירה דכדין ולא אמר טעמא משום דאגב אונסו הואיל וב"ד של ישראל כפוהו גמר ומגרש כמו שביארנו הוא משום דכיון דאינהו סברי דשנים שדנו דיניהם דין א"כ שלא כדין בישראל דקאמרי היינו בשנים או אפילו ביחיד א"כ איך אפשר לומר בשנים או ביחיד שכפוהו שלא כדין דאגב אונסו גמר ומגרש דאף שכשרים לדין ודיניהם דין מ"מ הא מיקרי ב"ד חצוף דלאו שפיר עבדי ולא סמכא דעתא דבעל לגמור ולגרש ע"י כפייתם ולהכי הוצרך הש"ס לאשכוחי טעמא דגזרינן שלא כדין אטו כדין [והקשה להש"ס בעובד ככבים נמי לגזור שלא כדין אטו כדין לרמ"ש] אבל לדידן דקיי"ל דשנים שדנו בלא"ה אין דיניהם דין, ובישראל דאיירינן מיירי בשלשה ושפיר אמרינן בהו דשלא כדין נמי גמר ומגרש ע"י אונסו כיון דב"ד של ישראל כפו אותו כיון דהי' בב"ד של שלשה ואין אנו צריכין לאמר דגזרינן שלא כדין ויפסול מכהונה אטו כדין ולהכי בעובד ככבים אף דאיתא לדרמ"ש וכדין כשר מה"ת אפ"ה לא גזרינן שלא כדין אטו כדין דשלא כדין אטו כדין לא מיחלף:

ושפיר פסק הר"מ ז"ל דכדין בין בעובד ככבים ובין ישראל כשר מן התורה משום דכל כפי' שהיא כדין אינו בגדר אונס כלל ואף שהכפי' הי' ע"י עובד כוכבים נמי כשר דאיתא לדרמ"ש ולא איכפת לן מי הוא הכופה היכא דהי' כדין ואף דאביי אשכחי' לרב יוסף דקא מעשי אגיטא וקא פריך לי' הא אנן הדיוטות אנן כבר כתבנו בשם הר"נ דשם קאי אי מותר להדיוט לכפות משום קרא דלפניהם ולא לפני הדיוטות אבל לענין בדיעבד אי הגט כשר פסק הרמב"ם כרב משרשיא דבעובד כוכבים נמי כשר רק דבעובד כוכבים פסול מדרבנן משום גזירה שלא תהא כאו"א תולה עצמה בעובד כוכבים ומפקיע א"ע מיד בעלה ובשלא כדין בישראל בב"ד של שלשה נמי מה"ת כשר משום אגב אונסו גמר ומגרש רק מדרבנן הוא פסול דלא מהני טעמא דאגב אונסו רק מדאורייתא ולא מדרבנן ואף דבש"ס דב"ב פריך ר' יהודא אר"ה מהא דמעושה בעובד כוכבים פסול נימא אגב אונסו גמר ומגרש התם מיירי בכדין דבזה בעינן למימר גמר ומגרש אבל בשלא כדין בעובד כוכבים לא אמרינן גמר ומגרש:

הרי נתבאר דברי הרמב"ם ז"ל כמין חומר ויצא לנו לדינא דלשיטת התוס' והרא"ש ז"ל כל שהעשוי הוא ע"י עובד כוכבים פסול מה"ת אפילו בכדין וה"ה בישראל בשנים לדידן דקיי"ל שנים שדנו אין דיניהם דין מכש"כ באשה עצמה שכפתה ולדעת הרמב"ם והרשב"ם ז"ל כשר מה"ת בכדין בעשוי עובד כוכבים ופסול מדרבנן משום גזירה דרמ"ש דלא תהא כאו"א כו'. ואפשר דגזירה זו לא שייך אלא בעובד כוכבים אבל בישראל יחידי לא גזרינן וכשר ומאחר שמחלוקת הראשונים בזה מי יכניס עצמו בין הרים גדולים באיסור א"א:

וכן מצאתי במרדכי שמסתפק בזה וז"ל תנן גט המעושה בישראל כשר ובעובד כוכבים פסול כיון שהדיינים עובדי כוכבים כדכתיב לפניהם ולא לפני עובד כוכבים או משום הא דרמ"ש שלא תהא תולה עצמה בעובד כוכבים ומפקעת עצמה מיד בעלה עכ"ל הרי שהמרדכי מסתפק אם הפסול הוא משום שהדיינים עובדי כוכבים והיינו משום דלאו בני עשוי נינהו או משום דרב משרשיא:

ובעיקר הדבר אם תפיסת ממון של הבעל נקרא אונס הא ודאי דאונס ממון נמי הוי אונס וכ"כ הרב"י בשם הרשב"ץ (סי' קל"ד) וז"ל וכתב עוד ויש אונס אחר אעפ"י שהוא אונס דאחריני ואינו אונס בגופו כגון שגזלה אשתו ממנו ממון ואינה רוצית להחזירו עד שיגרשנה ואינו יכול לכופה לדין להחזירו אליו או מפחידתו להפסידו ממון ולא מסר מודעא אני מסתפק אי ידוע מילתא דמחמת אותו עשוי גירש הוי גט מעושה כו' ומסיים שם אבל קושטא דמילתא דתליוה ויהיב לא הוי מתנה וא"צ מודעא:

ויש להסתפק אם מה שתפסה ממנו הי' קודם שתבעתו לגרש ועכשיו אין רצונה להחזיר עד שיגרש דלא מקרי אונס לפמש"כ המהרי"ק בתשובה (סי' קס"ו) וז"ל גם אומר רבינו תם שאם קדש אדם אשה כדת משה וישראל ולבסוף אין האשה רוצה אין לכופו לא בישראל ולא בדיני א"ה אך אם נחבש בידי א"ה בשביל מס או דבר אחר יכולין לומר לו לא נעזוב לך להתירך מתפיסה אם לא תגרש פלונית בגט כשר ואין זו כפי' כיון שאין עושין לו דבר רע כי אם למנוע מלעזור לו ע"כ וכ"כ עוד אח"כ בשם הסמ"ג וטעמא דמילתא דנענש צדקיה על שעבר על שבועתו לנ"נ אע"ג שהי' חבוש בבית האסורים והי' שבועה באונס שהי' ירא שאם לא ישבע לו לא יוציאו מן המאסר מ"מ כה"ג לא חשיב אונס כיון שאינו עושה עמו רע רק נמנע מלהיטיב לו עכ"ל והא התם מחויב להשתדל להצילו ממאסר וכמש"כ המהרי"ק שם ואפ"ה לא מקרי אונס במה שא"ל שאם לא יגרש לא יצילו וא"כ אפשר לומר ה"נ כיון שהאשה גזלה ממונו מכבר קודם שרצתה להתגרש אף שמחוייבת להחזיר ואין רצונה להחזיר עד שיגרש לא מקרי אונס לגבי גרושין כיון שהיא אינה עושה עמו רעה בשביל הגרושין ומה לי שאין רצונה לסלק מעליו רעת אחרים אם לא יגרש ומה לי אם אין רצונה לסלק ממנו רעת עצמה שעשתה לו מכבר:

וכ"כ הריב"ש (בסימן רל"ב) באחד שנתפס על שעבר על תקנות הקהלות שלא לקדש אלא בפני עשרה ואם יגרש יוציאוהו ממאסר דלא הוי אונס כיון שלא נתפס לגרש רק שאם יגרש יתירוהו ממה שנתפס על עברו תקנות הקהלות עיי"ש באמצע התשובה:

וקצת יש להביא ראי' לזה מהא דאמרינן בקדושין (דף י"ג) קדשה בגזל בחמס ובגניבה או שחטף סלע מידה וקדשה מקודשת בדשדיך ובלא שדיך אמרינן שם דמציא למימר אין שקלי ודידי שקלי אבל בשדיך אמרינן דכי קבלתי' לגזל דידה לשם קדושין ואחילתא וקשה אמאי מקודשת בדשדיך הא סתמא אמרינן שם אפי' בגזל ממנה סך רב וקדשה בו אח"כ ואמאי לא נבטל הני הקדושין מטעם אונס דמי לא עסקינן שלא הי' בכחה להוציא ממנו הגזילה והוכרחה להתקדש לו ואנן קי"ל תליוה וקידש לא הוי קדושין דאפקעינהו רבנן לקדושין מני' ואף דאפשר לפרש דהא דאמר בדשדיך היינו שדיבר עמה קודם לכן ונתרצית להתקדש לו כמו שפי' רש"י ז"ל שם דהיינו שכבר קודם שגזל ממנה שדיך ונתרצית להתקדש לו להכי לא מבטלינן הקדושין מטעם אונס מ"מ הא כתב הרמב"ם וטוש"ע באה"ע (סי' כ"ח) דבאמרה הן בשעת מתן מעות מקודשת אפילו בלא שדיך. ואף דבברייתא שם נקט האי דינא דאמרה הן גבי כנסי סלע זו שאני חייב ליכי וחזר ואמר לה התקדשי לי בו ואמר שם דבשעת מתן מעות רצתה מקודשת ומפרש דרצתה היינו דאמרה הן ולא נקט שם גזל וגניבה. וא"כ הי' אפשר לומר דבגזל וגניבה באמת

לפעמים נתבטלו הקדושין היכא דאיכא למימר דאמרה הן מחמת אונס מ"מ הא הרמב"ם והטוש"ע כתבו להאי דינא דאמרה הן מקודשת גם בגזילה ובגניבה וא"כ קשה מאי מהני דאמרה הן הא הוי אונס א"ו דכל כה"ג שהי' הגזל בידו מכבר לא נקרא אונס כיון שנעשה גזל והיא בחרה לנפשה לקבלו בתורת קדושין וכיון דכל כה"ג לא הוי אונס לא איכפת לן במה שחשבה שלא להתקדש כיון שאמרה הן הוי דברים שבלב כמו שלא איכפת לן בכל דוכתא דאמרו חכמים גמר ומקנה אם הבעל דין אינו מקנה דהוי דברים שבלב:

מיהו נראה דאין ראיה מזה דאפשר לומר אם גזל ממנה חפץ מכבר ולא רצה להחזיר ואח"כ אמר לה אם אקדשית לי יהיבנא לך וקידשה בהאי חפץ שפיר הוי אונס והכא שאני שגזל ממנה קודם הקדושין ממש אפשר שאם היתה תובעתו הי' מחזיר לה ולא נקבע עדיין בזה דין גזל שנקרא אונס מחמת זה ואע"ג דפסקינן בב"ב (דף מ"א) דכתבינן מודעא אפילו אמאן דציית דינא ולא אמרינן אם איתא דאניס הו"ל למיזל לדינא מ"מ היינו דוקא היכא שהשתדלה ממנו בינה לבינו שיחזור ולא רצה אבל שתיכף כשחטף ממנה קידשה בו לא הוי אונס ואפשר שהי' מחזיר לה בלא"ה ואפשר לכוין זה בלשון הש"ס בקדושין (דף נ"ב) דפריך התם מדקתני סיפא או שחטף סלע משלה מכלל דרישא בגזל דעלמא עסקינן ומשני פרושי קא מפרש קדשה בגזל ובחמס כיצד כגון שחטף סלע מידה וקידשה בו עכ"ל הגמרא וצריך ביאור למה הוצרך לפרש כאן מהו גזל וגניבה ואי לאפוקי דאחרים הו"ל למיתני קידשה בגזל דידה:

ולדברינו א"ש דדוקא קתני קידשה בגזל ובגניבה היינו שחטף סלע מידה עכשיו קודם הקדושין אבל אם גזל ממנה מכבר ונעשה גזל בידו אפשר לומר דאינה מקודשת אפי' באמרה הן מטעם אונס ועיין תוס' ב"ב (דף נ"א) דה"מ קיבל שהוכיחו שם דהא דאמר רבא דבמעות שאין טמונות קנתה ע"כ משום דסבר דאם תקף דמוציאין מידו דאי הוי סבר דאין מוציאין אמאי קנתה הא יכול לומר להוציא מידה נתכוונתי כי לא יכולתי להוציא מידה בענין אחר]:

ואף שכתבנו לעיל בשם ר"ת דמניעה להוציא מן המאסר לא חשיב אונס אף שמחוייב להצילו מן הדין מ"מ לא דמי דהתם נהי דאינו עושה עמו טובה מ"מ גם רעה אינו עושה עמו אבל הכא הא קי"ל בב"ק (דף ס"ה) האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחברי' מעיקרא שוי זוזא ולבסוף שוי ארבע איתבר ממילא משלם זוזא תברי' בידים משלם ארבע מ"מ כיון דאילו איתא הדרה בעיני' השתא דקא גזיל מיני' א"כ ה"נ אף שהגזילה היתה מכבר מ"מ כל כמה דלא אהדר לי' דמי כאילו השתא הוא דקא גזיל ואונסו על הקדושין או על הגירושין והוי אונס גמור:

וראיתי להרב בעל נודע בשערים ז"ל שצידד להקל בזה אם נותנין לו עבור הגט יותר ממה שתפסה ממנו ומשום דאיכא כמה מרבוותא דסברי דהיכא דנותנין לו מעות עבור הגט דמי לתליוה וזבין רק דרוב פוסקים סוברים דאין זה דומה לתליוה וזבין משום דגבי תליוה וזבין בעינן שיתן כל דמיו ואין דמים לאשה ובאיש הזה שתפסה ממנו ממונו אם לא יגרש ומוסיפין לו על ממונו אם יגרש אמרינן ממ"נ אם אתה אומר שזה נקרא אונס ומגרש את אשתו שלא יאבד ממונו הרי ממונו חביב עליו מגופה שוב שפיר קרינן בי' תליוה וזבין במה שנותנין לו מעות יתירים עבור הגירושין אבל לדעתי זה אינו כלום דמה ענין זה לזה דאף מי שאינו רוצה ליטול דמים ולגרש את אשתו עכ"ז אם נוטלין את ממונו חשיב אונס לגבי' וכי בשביל שממונו חביב עליו נאמר שהי' מגרש את אשתו בשביל הרווחת ממון ועוד דלפעמים גם גזילת ממונו נוגע גם לחיי נפשו כאמרם כל הגוזל את חבירו שוה פרוטה כאילו הוא נוטל את נפשו שנאמר וקבע את קובעיהם נפש אבל אם נותנין לו את ממונו לא יגרש את אשתו בשביל כל הרווחות שבעולם:

וראיתי בספר תורת גיטין שכתב דהיכא דהאשה גזלה ממנו ממון ואינה רוצה להחזיר ואינה מזכיר כלל הגירושין והוא להפטר מאותו צרה מגרש מעצמו יש לדון דלא הוי גט מעושה ומביא ראיה ממ"ש הב"י בחוה"מ (סי' ר"ה) דלהכי בהרוגי מלחמה לא הי' דין סיקריקון משום דהאנס אינו מזכיר המתנה בשעת אונס רק נתן מעצמו לפדות נפשו להכי הוי מתנה וזהו החילוק שבין שתי גזירות בראשונות דגמר ומקני דכיון שהופקרו להריגה האנס הי' בא להורגו ולא תבע ממנו קרקעו וזה הי' פודה עצמו בקרקעו וגמר ומקני אבל בגזירה בתרייתא כיון דאמרו כל דקטיל לקטלי' ודאי לא הי' בא להורגו אלא ע"י שתובע ממנו קרקעו מגזם לו שיהרגנו אם לא יתננו לו לפיכך לא גמר ומקני כיון שלא נתן לו דמים עכ"ל הב"י בקיצור:

והנה אף שרבינו הב"י ז"ל אמר דבר זה בישוב דברי הש"ס בסיקריקון מ"מ קשה מאוד לסמוך ע"ז באיסור א"א חדא דהא הב"י כתב שם תירוץ אחר לחלק בין גזירה קמייתא לבתרייתא דבגזירה קמייתא שסבור שתתקיים הגזירה כל ימי אותו הדור לא מסיק אדעתא למיתבעי' כלל וגמר ומקני וכן הביא שם גם בשם הרשב"א ז"ל תירץ אחר וא"כ אין לנו הוכחה לזה דאם אין האנס תובע ליתן לו שדהו לא מקרי אונס אף שרצה להורגו ואף דבש"ס ב"ב (מ"ח) אמרינן ודילמא שאני אונס דנפשי' מאונס דאחריני ומבואר שם דאונס דנפשי' לא הוי אונס מ"מ התם קאי באופן שאין הלוקח אונסו לשום דבר רק הוא אנס א"ע וכדאמר שם מעיקרא אטו כל דמזבן לאו אנוס הוא דאי לאו דאיצטריכא לי' זוזי לא הוי מזבן וכמש"כ הטור (בסי' ר"ה סעיף ה') וז"ל ודווקא באונס דאתי לי' מאחריני

אותו מבטל המקח אבל אונס דאתי לי' מנפשי' כגון מי שמוכר מפני שהוא דחוק למעות לא, ואפי' מאונס דאתי לי' מאחריני דוקא שאנסוהו למכור אבל לא אנסוהו למכור אלא ליתן מעות ומחמת שלא הי' לו המעות הוצרך למכור לא הוי אונסא וזביני זבינא ע"כ וכתב הב"י דהא מילתא דסברא הוא דאל"כ כל אדם ימכור כשיהי' צריך למעות וימסור מודעא וכשיהי' לו מעות יבטל המכר ע"כ וכ"ז שייך היכא דהלוקח לא אנסו כלל רק אונס דנפשי' הביאו למכור אבל כשהלוקח אונסו באונס גוף או אונס ממון והוא בוחר לו ליתן שדהו בכדי שיוצל מאונסו אפשר דהוי אונס אף שהמקבל לא הזכיר לו שדהו תדע דלסברת הב"י דכל היכא שאונסו בדבר אחר ולא הזכיר לו שדהו לא הוי אונס א"כ מה גבול נאמר בזה דאם אינו מבקשו שדהו להדיא והוא נותן לו שדהו מעצמו לא נקרא אונס אף אנו נאמר אם רוצה ליטול ממנו ממון והוא פייסו בנתינת שדהו ג"כ לא הוי אונס עד שנאמר ג"כ אם רצה לגזול ממנו שדה א' והוא בחר לו מעצמו ליתן שדה אחרת ג"כ לא הוי אונס כיון שהאנס לא הזכיר לו אותו שדה שהוא נותן לו וזה אין הדעת סובלתו:

ועוד דהא רבא אמר בב"ב (ד' מ"ח) דהא דאמרי' תליוה וזבין זביני' זבינא לא אמרן אלא בשדה סתם אבל בשדה זו לא ופי' רשב"ם בשדה סתם שהכריחוהו למכור א' משדותיו והוא מעצמו בורר לו זאת דכיון שמדעתו בירר רעה שבהן בירר שאינו חושש בה כל כך וגמר ומקני ע"כ הרי דגם כשאין האנס מסיים איזו שדה הוא מבקש ממנו עכ"ז לא מהני אלא בתליוה וזבין דכיון דשקיל דמי אמרינן גמר ומקני אבל במתנה ודאי משמע דלא מהני אף שלא בירר לו השדה שהוא מבקש ממנו ודוחק לומר דהתם ביקש ממנו שדה סתם נכנסו כל שדותיו בגדר אונס אבל אם אנסו על שדה זו והוא נותן לו שדה אחרת תחתיו מקרי אונס דנפשי' דמה סברא הוא זה א"ו דלא מקרי אונס דנפשי' אלא היכא שהמקבל לא אנסו בשום דבר רק שנאנס מענין אחר לגמרי:

ובכתובות (ד' כ"ו) דאמרינן אשה שנחבשה בידי א"י ע"י נפשות אסורה לבעלה וכתבו התוס' והר"נ דאסורה אפי' לבעלה ישראל דחיישינן שמא כדי למצוא חן בעיניו כדי שלא יהרגנה היא מתרצית ומכינה ומיפה עצמה ברצון גמור עיי"ש. דמשמע מזה דזה מקרי רצון גמור אף שהיא מסורה בידו להורגה מ"מ כיון שהוא אינו תובעה רק שהיא בעצמה בחרה להבעל לו כדי להנצל מהריגה מקרי רצון:

נ"ל דהתם שאני כיון שביאר מהרי"ק ז"ל דאשה שזינתה ולא ידעה שיש אסור בדבר אסורה דאין לה דין שוגגת להתירה לבעלה כיון שהיא מתכוונת למעול מעל באישה ומזנה תחתיו. דהא לא כתיב איש איש כי תשטה אשתו ומעלה מעל בד' דלשתמע דוקא במכוונת לאיסור אלא ומעלה בו מעל ע"כ ומביא ראי' מאסתר שבודאי לא עשתה שום

איסור ולא הי' בדבר אפי' נדנוד עבירה אלא מצוה רבה עשתה שהצילה כל ישראל ואפ"ה נאסרה על מרדכי וכמו שדרשו ז"ל על פסוק כאשר אבדתי כו' הרי דאף אם מותרת לזנות מ"מ נאסרה על בעלה כיון שעשתה ברצונה ותמעול מעל באישה קרינן בה עכ"ל א"כ אף אנו נאמר דאף דגבי גט ומכר ומתנה אם נאנס בדבר אחר והוא בירר לו בעצמו הנתינה או המכירה או הגט באשה מקרי אונס. מ"מ גבי זנות שהיתה מסורה בידו להורגה והיא ביררה בעצמה לזנות עמו כדי להנצל מזה לא נקרא אונס להתירה לבעלה כיון דמ"מ היא בררה בעצמה לזנות עמו תמעול מעל באישה קרינן בה כיון שעצם הזנות הי' ברצונה ולא מקרי גבי זנות אונס אלא אם אנסוה להדיא על הזנות והוא אמר שרצונו דוקא שתזנה עמו ולהכי א"ש הא דע"י נפשות אסורה לבעלה אפי' אם הוא ישראל וזה נכון מאוד בסברא ובמק"א פלפלנו הרבה בדברי מהרי"ק הנ"ל:

וכן אין להביא ראי' ממש"כ הר"מ ז"ל (בה' יסודי התורה פ"ה ה"ד) דכל מי שנאמר בו יהרג ואל יעבור ועבר ולא נהרג אע"פ שביטל עשה ול"ת דחילול השם אעפ"כ אין מלקין אותו ואין ממיתין אותו שאין מלקין וממיתין אלא לעובר ברצונו אבל לא אם עבר באונס שנאמר גבי ע"ז ההוא לא אנוס ולא שוגג ולא מוטעה ובעריות נאמר ולנערה לא תעשה דבר ע"כ (ובה' וא"ו) כתב גבי חולאים שאין מתרפאין בע"ז ובג"ע וש"ד אפי' במקום סכנה ואם עבר ונתרפה עונשין אותו ב"ד עונש הראוי לו ע"כ הרי שחילק בין אונסין לחלאים דבאונס אם עבר אין עונשין אותו ובחולאים עונשין אותו וע"כ טעמא דמילתא הוא משום דחולאים הוא אונס דנפשי' דהוא בעצמו בירר לו להתרפאות ברפואה זו כדי שלא ימות מחליו ו דמי לעובר ברצון על האיסור משא"כ באונסין שהאונס כופהו לה להדיא לעבור עבירה זו להכי אין עונשין אותו. הרי מוכח מזה לכאורה דמה שהוא בוחר מעצמו לעשות מחמת האונס מקרי רצון גמור וא"כ ה"ה גבי גט ומכר ומתנה נמי נימא כן וכדעת הב"י הא לאו מילתא היא דהתם כיון דמ"מ הי' אסור לעשות כן שהתורה אמרה יהרג ואל יעבור ואין מתרפאין בג"ע וע"ז וש"ד ולהכי שפיר עונשין לי' ואף שפחד מיתת חליו הניע לבבו לעשות כן. מ"מ כיון שהתורה הזהירו לעבוד ע"ז והוא עבר עונשין לי' עונש הראוי לו דלא אשכחן שפטרה התורה אונס אלא היכא שאנסה להדיא על מעשה זו כמו בקרא דלנערה לא תעשה דבר אבל היכא שאינו אונס על מעשה זו וגם מוזהר בה עונשין אותו אבל גבי גט ומתנה שאינו מחויב לעשות כן כל שהאונס הביאו לעשות כן אף אם האנס לא הזכיר הגט או המתנה והוא מעצמו להנצל מהאונס בחר לו בזה שפיר מקרי אונס [וכ"כ הריטב"א ז"ל בחידושיו לגיטין (דף נ"ד) וז"ל ומדאמרינן הכא דלקח מסיקריקון וחזר ולקח מבעה"ב מקחו בטל אומר ר"ת דה"ה לגט מעושה

דקי"ל דפסול דלאו דווקא שמכה אותו בשוטים וכופין אותו אלא כל שמגרש מחמת יראה מאדם שיש בידו לעשות כי הא דהכא הגט פסול דהא סיקריקון אינו כופו אותו למכור אלא שמאיימו ומפחד שיש לו הוא מוכר ואמרינן דלא קנה ה"נ לא שנא ע"כ וכ"כ הר"נ בחידושיו שם וז"ל דלאו דווקא בשעה שכופין אותו אלא כל שמגרש מחמת יראה שיש לו מחבירו פסול דהא סיקריקון אינו כופהו למכור ואפ"ה אמרינן דלא קנה עכ"ל הרי שכתבו בהדיא דבגזירה בתרייתא לא הי' מזכיר האנס כלל מכירת הקרקע ואפ"ה לא קנה, ולמדו מזה גם לענין גט דמיקרי אונס אף שאינו מזכיר נתינת הגט וזהו דלא כהב"י ז"ל]:

ואם הב"ד של ישראל טעו שפסקו שחייב עפ"י ד"ת להוציאה והוא גרש מחמת זה לכאורה נראה לי שהגט פסול דתנן בגיטין המוציא את אשתו משום שם רע ומשום נדר לא יחזיר ומפרש טעמא משום קלקולא שמא תלך ותנשא לאחר ונמצאו דברים בדאים ויאמר אלו הייתי יודע שכן הוא אפי' נותנים לי מאה מנה לא הייתי מגרשה ונמצא גט בטל ובני' ממזרים. ואף שהתוס' כתבו שם בד"ה אי דחששא זו אינה כ"א לעז בעלמא ולא שיהא ממש גט בטל דהא לא אמר על מנת כן אני מגרשך התם שאני דאפשר דמשום ש"ר לחוד הוא מוציאה אף אם הש"ר שקר דנמאסה בעינו כיון דלא התנה אבל הכא דידעינן שלא רצה לגרשה בשום אופן ורק מחמת הפס"ד גרשה שאמרו לו הב"ד שנקרא עבריין אם לא יגרשנה והבעל הוא ירא וחרד לדבר ד' הגט פסול אם טעו הב"ד ועיין בתוס' קידושין (דף מ"ט) גבי זבין אדעתא למיסק לארעא דישראל דדוקא אם לא פירש בשעת מכירה שמשום זה הוא מוכר נכסיו אבל אם פי' שמשום זה מוכר אע"ג שלא התנה המכר בטל ועי' ברש"י ז"ל שם וה"נ אין לך פי' גדול מזה שהוא לא רצה לגרש והב"ד טעו ופסקו שיגרשנה ומלשון הרמב"ם ז"ל (בפ"י מה' גירושין) משמע דלא לעז לחודא הוא דאיכא אלא שזה דומה באמת למגרש על תנאי וכן אמרינן בגיטין (דף ע"ב) גבי גיטא דשכיב מרע גיטו כמתנתו מה מתנתו אם עמד חוזר אף גיטו אם עמד חוזר ולכאורה יש להקשות מלשון הרמב"ם ז"ל שהעתקנו לעיל שכתב שלא כדין בישראל היינו אם טעו הב"ד או שהיו הדיוטות ואנסוהו לגרש א"כ קשה כיון שטעו בדין ופסקו שהוא חייב להוציא ובאמת אינו חייב להוציא א"כ אפילו לא כפוהו בשוטי נמי פסול משום טעותא מיהו איכא למימר דאין ה"נ אלא דקמ"ל אפילו אם כפוהו בשוטי שלא כדין נמי פסול לכהונה אבל לענין שיהא הגט פסול לא בעי כפי' דבטעותא לבד פסול ועוד דמשכחת לה אם הבעל ת"ח והוא יודע שהב"ד טועין ומחייבין אותו לגרשה שלא כדין אפ"ה פסלינן הגט משום אונס וכן מצאתי בשיטה מקובצת בכתובות (דף ס"ב)

בשם רבינו יונה ז"ל שכתב אם אנסו לו שאין לומר לו חייב אתה להוציאה רק אם תרצה להוציא תוציא:

וכן מצאתי להגאון בעל הפלאה ז"ל שכתב ליישב מה שהקשה על הרמב"ם שפסק דבמאוס עלי כופין אותו להוציא אמאי לא תיקנו לו כתובה מינה דידה הא בגיטין אמרינן דלא תקנו כתובה לדידי' משום שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו ולדידי' הא כופין אותו בטענת מאוס עלי וליתקנו לו כתובה מינה ותי' ע"ז ההפלאה דלא שייך לתקן כתובה שלא יהא קל בעיני' דיראה לומר מאוס עלי אם באמת אינו מאוס בעיני' דאם אינו מאוס בעיני' וטענה שקר אין הגט כלום ולא חשידא לעבור על איסור א"א ע"כ הרי מבואר דאם טענה מאוס עלי ובאמת אינו מאוס עלי' רק שנתנה עיני' באחר הגט בטל. א"כ ה"ה אם ב"ד טעו ופסקו שחייב להוציאה שלא כדין נמי הגט בטל:

ויש לעיין בזה מדברי הרא"ש סוף נדרים גבי הא דבעי התם הש"ס האשה שאמרה לבעלה גרשתני מהו שכתב הרא"ש ונ"ל טעם טוב דהילכתא כרב המנונא אפי' למשנה אחרונה היא תובעת שיגרשנה בעלה וחיישינן שמא עיני' נתנה באחר ותנשא לו אחר שיגרשנה אבל וודאי חזקה שלא תאמר האשה לבעל גרשתני להפקיע עצמה בטענת שקר מתחת בעלה להיות באיסור א"א כל ימיו ע"כ ולדברי בעל הפלאה ז"ל קשה הא גם בטמאה אני לך אם באמת אינה טמאה הרי הגט בטל והיא באיסור א"א כל ימי' כמש"כ גבי מאוס עלי, אלא ע"כ צ"ל דנשי לא דינא גמירי ואינה יודעת שבמה שטוענת שקר יפסול הגט ועוד י"ל דהתם אפילו אם טוענת שקר נמי הגט כשר דהא מ"מ שויא נפשה חתיכה דאיסורא דהא גם השתא דאמרינן תביא ראי' לדברי' נתחבטו התו' שם הרבה אמאי מותרת לבעלה הא שויא אנפשה חתיכה דאיסורא והוצרכו לומר דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני' אבל אם הי' הדין שנאמנת כפי משנה הראשונה וודאי דהגט כשר אף אם באמת אינה טמאה מטעם שויא נפשה חד"א ועוד אפשר לומר דלמשנה ראשונה שהיא נאמנת לומר טמאה אני לך דמי למוציא את אשתו משום שם רע דלא יחזיר ואומרים לו הוי יודע שהמוציא את אשתו משום שם רע לא יחזיר אפילו אם הש"ר שקר וגמר ומגרש בכל גוונא וצ"ע בזה וכן משמע בהדיא בנוב"י מה"ק (סימן יא) באשה שאמרה טמא"ל וגירשה ונתנה אמתלא לדברי' ואסרה לחזור לבעלה כדין מוציא משום שם רע:

שוב מצאתי בחידושי מהרי"ט (למס' קדושין) משמע נמי מדבריו שהיכא שהב"ד טעו ופסקו שחייב לגרש שהגט בטל בהא דאמרינן ההוא גברא דאקדיש באבנא דכוחלא יתיב רב חסדא וקא משער ליה אי אית בי' שו"פ אין אי לא לא. ופריך ואי לית בי' שו"פ לא והא אמר שמואל חיישינן שמא שו"פ במדי ומשני ר"ח לא סבר להא דשמואל.

א"ל אימי' והא ההוא יומא דקידשה הוי בי' שו"פ א"ל לאו כל כמינך דאסרת לה אכ"ע א"ל רבנן לר"ח והא איכא סהדי באידית דידעי דההוא יומא הוי ביה שו"פ השתא מיהו ליתנהו עדים בצד איסתן ותיאסר. אבייי ורבא לא ס"ל הא דרב חסדא אם הקילו בשבוי' ניקל בא"א אישתייר מההוא משפחה בסורי' ופרשו רבנן מינה ולאו משום דס"ל כשמואל אלא משום דס"ל כאביי ורבא. והקשו התוס' אמאי קאמר רב חסדא לא סבר להא דשמואל דילמא גם ר"ח סבר לי' כשמואל ומודה דאיכא קדושי ספק והי' משער אם יש כאן קדושי ודאי כדמשני לעיל גבי קדיש בזוודא דאודרי וכתב מהרי"ט ע"ז אף דלכאורה ליכא למימר דר"ח סבר לדשמואל דחייש לקדושי ספק דא"כ אמאי פרשו רבנן מההוא משפחה נהי דר"ח לא חייש להני סהדי דידעי דהוי שו"פ מ"מ הא לא פטרה בלא גט מחמת דשמא שו"פ במדי, ואמאי פירשו רבנן מינה. וע"ז כתב המהרי"ט דלאו ראי' היא דאכתי אפשר לומר דגם ר"ח חייש לקדושי ספק והא דמפרשי מינה רבנן הוא משום דלר"ח דקדושי ראשון לא הוי אלא קדושי ספק חייב הראשון ליתן גט והשני ישאנה דאם יגרשנה השני אסור הראשון לקיימה גזירה שמא יאמרו גירש הראשון ונשאה שני והראשון מחזיר גרושתו להכי צריך הראשון לגרש והשני ישאנה והכי עבד ר"ח והני רבנן הוי סברי דצריך להמתין עד שיבואו עדים ואם יבואו עדים ויאמרו דהאי יומא הוי ביה שו"פ וקידושי קמא הוי קדושי מעליא וא"צ לגרשה להכי פרשו רבנן מינה דלדידהו הוי גט מעושה שלא כדין ע"כ דברי מהרי"ט ז"ל והא שם לא הוזכר בש"ס דר"ח כפה אותו בשוטי לגרש רק שדן כן ואפ"ה כתב המהרי"ט דהוי גט מעושה משום דלדעתם היה זה טעות בדין ועיין ברמ"א (סי' קל"ד) שכתב שאם קיבל קנין לגרש צריך שיתירו הב"ד לו הקנין ותמה הגר"א ז"ל הא בלא"ה הקנין לא חייל דהוי קנין דברים. וכתב הגט מקושר דחיישינן שלא יטעה הבעל בזה ויסבור שהוא חייב לגרשה מחמת הקנין ולהכי צריך שיודיעו לו שאינו מחויב לגרשה מחמת הקנין. מכ"ז מוכח דהגט הוא פסול אם גרשה ע"פ טעות ב"ד וכמו במוציא את אשתו משום ש"ר דלדעת רש"י ורמב"ם הוי קלקול גמור:

ואף שהר"מ ז"ל כתב אם ב"ד של ישראל אנסוהו לגרש כגון שטעו הואיל וב"ד של ישראל כפוהו גמר ומגרש. הרי מבואר מדבריו דמה"ת הגט כשר ופסול רק מדרבנן. ולדברינו יש לפסול מה"ת מחמת הטעות נ"ל דדוקא באנסוהו לגרש בטעות שפיר אמרינן דמה"ת הגט כשר משום דאגב אונסי' גמר ומגרש וכמו דלא חיישינן לאונס מחמת דאגב אונסו גמר ומגרש. ה"נ לא חיישינן לטעותא ואמרינן מחמת שניצול מהאונס גמר ומגרש. ואפשר להסביר יותר דודאי מי שגירש מרצונו שהי' סבור שמחויב לגרשה ובאמת אינו

מחויב הוי גרושין בטעות. כמו מוציא את אשתו משום ש"ר והגט בטל דאילו הי' יודע שא"צ לגרשה לא היה מגרשה אבל מי שגירש באונס ונתרצה אגב אונסו שסבור שלא מפסיד לא שייך לבטל הגט משום טעותו שהרי לא הטעות גרם הגט שאף שהי' סבור שחייב לגרשה נמי לא היה רוצה לגרש ולא גירש אלא מחמת אונסו ומחמת אונסו נמי גמר ומתרצה א"כ הרי גירשה ברצון. דהא הא דאמרו חז"ל אגב אונסו גמר ומקני היינו שמחמת שנפטר מאונסו מתרצה והיכא דליכא אונס אחר אלא אונס המכירה בלבד, כגון שאינו מסור בידו להורגו ולא תלוהו אלא חטף החפץ מידו ונתן לו דמים ואין בכח המוכר לחטוף ממנו ודאי דלא הוי זבינא דלא שייך בזה אגב אונסו גמר ומקני כיון שלא היה אונס אחר לבד המכירה וכן כתב הנתיבות משפט (בסי' ר"ה) עיי"ש. וע"כ הטעם דעיקר הרצון הוא מחמת שעי"ז ניצול מאונסו ומשום זה נתרצה א"כ אף דקי"ל לחז"ל דבמתנה אינו מתרצה אף שניצול מאונסו וזה שאינו מחויב לגרשה הוי כמתנה. מ"מ בזה שהיה סבור שמחויב לגרשה ומחמת זה מתרצה אין הטעות מבטל הגט דסוף סוף נתרצה לגרשה והריצוי לא היה מחמת שסבור שמחויב לגרשה אלא מחמת שנפטר מאונסו ואף שאם היה יודע שאינו מחויב לגרשה לא היה מתרצה, זהו מילתא אחריתא ולא הטעות הזה הביא רצונו בלבו שנימא שטעותו יבטל הגט אלא עיקר רצונו היה מחמת אונסו שנפטר ממנו וכ"ז הוא אם אנסוהו לגרש בטעות אבל בטעות בלא אונס הוא פסול מה"ת:

ולפי שראיתי במכתב כבודו שהבעל הזה היה מתאוה לגרשה תמיד רק שלא רצה לגרש מפני שלא רצה לעבור על רצון אביו שאביו לא היה חפץ שיגרשנה, ועתה כפוהו לגרשה והנה בזה יש להסתפק כיון שהוא היה רוצה לגרשה רק שלא רצה לעבור על רצון אביו ומאחר שאנסוהו לגרש שוב גמר ומגרש וזהו ספק עצום לכאורה:

אולם נ"ל כיון דמ"מ לא רצה לגרש יהיה מאיזה טעם שיהי' שוב מקרי אונס, ולא דמי למש"כ הר"מ ז"ל (בפ"ב מה' גירושין) גבי מעושה בישראל שכשר וז"ל שאין אומרים אנוס אלא למי שנחלץ לעשות דבר שאינו מחויב מה"ת. אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה או לעשות עבירה והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו אין זה אונס ממנו אלא הוא אנס א"ע בדעתו הרעה לפיכך זה שאינו רוצה לגרש מאחר שהוא רוצה להיות מישראל ורוצה לעשות כל המצות ויצרו הוא שתקפו וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני כבר גירש לרצונו וה"נ נימא מאחר שרוצה לגרשה והוא שונאה אלא שרצון אביו עמד לו מנגד מלהפיק רצונו. ומאחר שהוכה שלא ישמע לקול אביו וגירשה כבר גירש לרצונו. הא לאו מילתא היא כלל דדוקא התם שמחויב לגרשה וכל מה שאדם

מחויב לעשות לא מקרי אונס בזה אמרינן שגירש לרצונו כמש"כ הר"מ ז"ל שאין אומרים אנוס אלא למי שנדחק לעשות מה שאינו מחויב לעשות וזהו עיקר טעם של הר"מ ז"ל רק שעכ"ז היה קשה להר"מ דנהי דמה שכפוהו לעשות מה שמחויב לעשות לא מקרי אונס מ"מ הא בגט בעי רצון וכאן לא היה רצון וע"ז ביאר דכיון שרוצה להיות מישראל רק שיצרו תקפו לעבור על דברי חכמים וכיון שהוכה עד שתשש יצרו כבר גירש לרצונו והיינו כמו שביארנו דכיון שרואה שאינו יכול ליתובי ליצרי' ולהחזיקה כפי רצונו דהא אנן לא שבקינן ליה ולמה יהא רשע בחנם שלא לגרש ברצון גמור ולעבור על דברי חז"ל ולהכשילה ג"כ ולהכי גמר ומגרש. ומטעם זה במומר לא מכשרינן גט מעושה כדין דכל זה שייך במי שרוצה להיות מישראל אלא שרוצה לעבור על ד"ת בזה. וכיון שאינו יכול להפיק זממו למה יעבור על ד"ת בחנם אבל מומר שאינו רוצה להיות מישראל כלל אף אם אינו יכול להפיק זממו להחזיקה לאשה עכ"ז בלבו הרע אינו גומר ומגרש כיון שאינו רוצה כלל למלאות רצון התורה והב"ד. וכן פסק בתשובות עה"ג (סי' ל"ט) דבמומר לא מהני כפי' אף דהוי כדין ע"ש] וכ"ז הוא שייך במי שמחויב לגרש דלא מקרי אנוס אבל במי שאינו מחויב לגרש ואינו רוצה לגרש לא שני לן בין אם אינו רוצה לגרש מחמת שחפץ בה באמת. או מחמת שאינו רוצה לעבור על רצון אביו כיון דמ"מ אינו חפץ בגירושין והם אנסוהו לגרש ואונס כמאן דלא עביד דמי ואיכא למימר דלא גמר ומגרש כלל מחמת שאינו רוצה לעבור על רצון אביו. דדוקא התם יש סברא שמתרצה משום דלמה יהא רשע בחנם אבל הכא אפשר דלא גמר ומגרש:

ולכאורה יש ללמוד דין זה מהא דאמרינן בכתובות (דף נ"א) אשת ישראל שנאנסה אסורה דחיישינן שמא תחילתה באונס וסופה ברצון ורבא מסיק דאפילו אומרת הניחו שאלמלא הוא נזקק לה היא שוכרתו מותרת מ"ט יצרה אלבשה. א"כ משמע דדוקא היכא דיצרא אלבשה בסוף ביאה מותרת משום דהרצון שבא באמצע המעשה גופא מיקרי אונס משום דיצרא אלבשה ועיין מהרי"ט ח"א (סי' ק"א) שרצה לאמר דאם לא התרו בו בתחילת ביאה והתרו בסוף ביאה לא הוי התראה דאמרינן יצרא אלבשה ולפמש"כ לא אמרינן יצרא אלבשה אלא גבי איתתא דלא עבדה מעשה רק על מחשבתה אנו דנין אבל איש דקא עביד מעשה לא מיפטר מטעם דיצרא אלבשו ודו"ק] הא אם גם קודם התחלת ביאה הלבישה יצרא שאלמלא הוא נזקק לה היא שוכרתו ואעפ"כ לא תבעתו והוא תבעה והיא מסורה בידו להרגה היה אסור ומקרי רצון אע"פ שלא רצתה לעבור על ד"ת ואלמלא הוא כופה אותה לא היתה תובעתו מחמת יראת העבירה אעפ"כ מקרי רצון הואיל ואם לא היה כופה היה רצונה לזה אלמא דכל היכא דעיקר הדבר נעשה ברצון

רק שדבר א' מנע אותו מלעשות דבר זה לא מקרי אונס במה שכפאוהו שלא לתת לב על דבר המונעו כמו הכא דלא מקרי אונס במה שלא רצתה בעצמה לעבור על ד"ת עד שכפאוה הואיל ועיקר הדבר נעשה ברצון:

ואין לומר דלעולם רצון שבלב לא הוי רצון והא דבעינן התם טעמא דיצרא אלבשה הוא משום דהתם חיישינן שמא היה רוצה לפרוש ממנה והיא נתרצית ואי לאו רצונה היה פורש ממנה ולהכי מקרי רצון אי לאו דיצרא אלבשה וחיישינן לה אבל אם לא היה רוצה לפרוש ממנה לא איכפת לן במה שנולד אצלה רצון ואפילו אם גם בתחילתו היה רצון כיון דמ"מ היא מסורה בידו להורגה והוא כופאה ואי לאו האונס לא היתה עושה דבר זה דז"א דבש"ס לא מיירי כלל שרוצה לפרוש ממנה דהא היכא שהיה רוצה לפרוש ממנה והיא נתרצית ומחמת זה לא פירש ממנה מודה רבא שאסורה ולא אמרינן בזה יצרא אלבשה דדוקא על מחשבתה לחוד אמרינן יצרא אלבשה אבל אם ע"י רצונה נעשה מעשה לא מהני הך טעמא דיצרא אלבשה. דהא בשבועות (ד' י"ח) מחייבינן במשמש עם הטהורה ואמרה לו נטמאתי על הפרישה ולא פטרינן ליה מטעם אנוס דיצרא אלבשה וכן פסקינן ביו"ד (סי' ק"פ) במשמש עם הטהורה סמוך לווסתה ואמרה לו נטמאתי דצריך כפרה עיי"ש הרי דלא מהני האי טעמא דיצרא אלבשי' אלא לענין רצון שבמחשבה אבל לגבי העושה מעשה לא מהני הך טעמא דיצרא אלבשה וה"נ גבי דידה אם היה רוצה לפרוש ממנה אי לאו דנתרצית אסורה ולא מהני הא דיצרא אלבשה וכן מוכח שם בגוף הסוגיא דפריך ואלא אונס דשריא רחמנא היכי משכחת לה ולא משני שלא הי' רוצה לפרוש ממנה בסוף ביאה כלל א"ו דלשמואל אפי' אם לא היה רוצה לפרוש ממנה כלל נמי מקרי רצון מחמת שנתרצית במחשבה א"כ כיון דמיירי דאינו רוצה לפרוש ממנה ואפ"ה אי לאו טעמא דיצרא אלבשה לא הוי מקרי אונס מה שמסורה בידו להורגה כיון שגם היא רצונה להבעל והרי מוכח מזה דאם בתחילת ביאה היה אצלה רצון בלבה אף שהוא כפאה נמי מקרי רצון. וכן מצאתי בש"מ בכתובות (דף ט') ד"ה נאמן שכתב בהא דאמר בירושלמי גבי הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים ואפילו אומרת מוכת עץ אני דאינה נאמנת לקיימה משום ספק סוטה ואינו נראה דאם איתא אונס בישראל דשרי היכא משכחת לה והיכי דרשי להו דדילמא אמרה שנאנסה ואינה אלא רוצה ואין אונס ורצון אלא אחר כוונת הלב ולא גרע פ"פ ממי שראינוה שנבעלה וצווחה ואמרה אנוסה אני דנאמנת והרי היא כחתיכה ספק חלב ספק שומן דע"א נאמן עליו עכ"ל הרי מבואר מדבריו בהדיא דאם אונסין אותה ובלבה רצונה לזה לא מיקרי אונס אלא רצון ונאסרת על בעלה וראי' זו הראה לי חתן חתני שיחיה:

מיהו לאו ראיה היא דכבר כתבנו דאין ללמוד אונס דזנות משארי אונס דבזנות כיון דכתיב ומעלה מעל באישה ואפי' היכא שהיתה מותרת לעשות מעשה משום פ"נ נמי נאסרה על בעלה א"כ אפשר דלהכי נמי אף שמסורה בידו להורגה כיון שהיא בעצמה רצונה בכך נאסרה על בעלה דמעלה מעל באישה קרינן בה אבל לענין גיטין וקדושין לא מקרי רצון מה שעצם הגירושין ניחא ליה כיון דלא רצה לגרש מקודם שאנסה מחמת איזה דבר שיהיה וכ"כ הט"ז דאשה שסברה שמותרת לזנות נמי נאסרת על בעלה משום דלא כתיב ומעלה מעל בד' אלא ומעלה באישה וכיון שהיה הדבר ברצונה מיקרי מעל באישה ואף דלענין חיוב מיקרי אונס דלא מעל בד' שהרי אי לאו שאנסוה היתה כופה את יצרה הרע מ"מ לגבי אישה מיקרי מעל וכן אסתר אעפ"י שהיתה מותרת ליכנס לאחשורוש משום הצלת כל ישראל אעפ"כ אמרה כאשר אבדתי אבדתי ודרשו כאשר אבדתי מבית אבא אבדתי ממך עד עכשיו באונס עכשיו ברצון:

ובזה זכינו להבין דברי רש"י ז"ל בכתובות (דף ד') דאמר שם ומן הסכנה ואילך נהגו העם לכנוס בשלישי ומפרש דאמרי בתולה הנשאת ברביעי תבעל לטפסר תחילה ופריך ולדרוש להו דאונס שרי ומשני איכא פרוצות ופרש"י דעבדי ברצון ונאסרות על בעליהן עכ"ל וקשה למה הוצרך רש"י ז"ל לפרש דחששו למה שנאסרות על בעליהן הא בלאו מה שנאסרות על בעליהן יש לחוש למה שעוברות על איסור חמור דא"א אבל לפמ"ש א"ש דרש"י ז"ל סובר דמחמת איסור ליכא למיחש דהא הני פרוצות אף שבלבם ניחא להו להבעל לטפסר מ"מ מעצמן אין עושין כן ואלמלא שמסורות בידו לא הוי עבדי כן וכיון שמסורין ביד הטפסר ליהרג אף שגם רצונם לזה מיקרי אונס דהא אי לאו גזירתו לא היו עושים האיסור וכיון דמיקרי אונס לא הוי להו למעקר תקנתא דרבנן כדפריך התם ולדרוש להו דאונס שרי וכפירש התוס' שם ע"ש ולהכי פירש רש"י ז"ל דנאסרות על בעליהם דלענין איסור לבעלה כל שברצונם להבעל אף שהטפסר אונסם מ"מ קרינא בי' ומעלה מעל באישה וכיון דנאסרות על בעליהן הוצרכו לעקור תקנת חכמים להנשא בשלישי וזה ברור בכוונת רש"י ז"ל:

ואין להביא ראיה דגם לענין חיוב ואיסור לא מיקרי כה"ג אונס מהא דאמרינן בשבועות (ד' כ"ו) בעי רבינא נשבע על הככר ומסתכן עליו מהו ופריך מסתכן לישרי לי' מר אלא מצטער עליו מהו ופשיט תנינא השב מידיעתו מביא קרבן על שגגתו שאינו שב מידיעתו אינו מביא קרבן על שגגתו ופי' התוס' דהיינו דמצטער עליו שרצונו שישכח כדי שיאכל אבל במזיד לא היה אוכל ופשיט דלא מקרי שוכח כיון שברצונו היה שוכח כדי שיאכל ע"כ הרי חזינן דלא מקרי שוגג היכא שרצונו שישכח ואף שבמזיד לא רצה

לאכול ולא רצה לעבור על דברי תורה מ"מ כיון שבעיקר האכילה היה רצון דמי למזיד ולא מקרי שוגג א"כ ה"נ נימא דלא מקרי אונס כיון שברצונו מגרשה ואולי בלבו ניחא ליה שיאנסוהו ע"ז כדי שיגרשנה דהא חפץ לגרשה רק שאינו רוצה לעבור על רצון אביו ולא מקרי אונס. הא לאו מילתא היא חדא דדוקא התם שהוא מצטער ליה ורצונו שישכח ויושב ומצפה מתי ישכח ויאכל זה לא מקרי שוגג אבל הכא מי יודע שהוא יושב ומצפה שיאנסוהו כדי שיגרשנה דאפשר דמ"מ אם היו שואלין אותו אם חפץ שיאנסוהו לא היה חפץ בזה דאף שמתאווה לגרשה מ"מ כבר הוסכם בדעתו שלא למלאות תאוותו בזה ומקרי אונס ועוד דאפילו ביושב ומצפה שיאנסוהו נמי יש לחלק בין שוגג לאונס דבשוגג במחשבה ושב מידיעתו תליא מילתא וכל שהשגגה בא ברצונו לא מקרי שוגג אבל אונס כמאן דלא עביד דמי וכל שאנסוהו הוי אונס דאונס קיל משוגג דהא שוגג בעי כפרה וקרבן ואונס לא בעי קרבן וכדאיתא בביצה (ד' כ"ה) בתוס' וכיון דאונס כמאן דלא עביד דמי אפשר שגם אם רצה בגוף הענין ומיאן בדבר מחמת איזה דבר וסיבה ואנסוהו שלא ישגיח בסיבה זו נמי הוי אונס וגם מדברי הש"מ שהבאנו מוכח ג"כ דדוקא לענין לאסור אשה לבעלה מיקרי רצון כה"ג אבל לשאר דברים מיקרי אונס דהא הוכיח מהא דהתירה התורה אונס לבעלה ישראל ולא חיישינן שמא בלבה ניחא לה ש"מ דע"א נאמן באיסורין וא"כ אכתי תקשה הא תינח לענין איסורין אבל הא דאשת כהן שנאנסה יש לה כתובה כדאמרינן בשלהי נדרים הא לענין ממון בעינן למיחש שמא בלבה היה ניחא לה ולא מהימנא לאמר דאנוסה היתה גם בלבה ועוד קנס דאונס היכי משכחת לה היכי דאין לה אב נימא דמפותה היא דבלבה היה ניחא לה ומחלה דברצון נבעלה וכן תקשה אמאי אונס נותן מיד כדאיתא בכתובות י"ט ואיך מוציאין ממון ממנו דילמא נתרצית א"ו דלכל מילי מיחשב אונס אף שבלבה ניחא לה ורק לענין לאוסרה על בעלה מיקרי רצון מפני שמעלה באישה אבל לענין קנס דאונס מיקרי אונס גמור וכן לענין כתובה לא הפסידוה כתובתה אלא ברצון גמור שעשתה מעשה ברצונה אבל ברצון שבלב לא הפסידה כתובה ועוד דיש לחוש אף ששמענו ממנו כמה פעמים שרוצה לגרשה והתאמץ לגרשה ומנע עצמו מחמת שאביו מיחה בידו מ"מ דילמא השתא קודם הגט הדר בו ומה שלא רצה לגרשה כעת הוא מחמת שבעצמו חזר בו ולא מחמת רצון אביו דכה"ג אמרינן בירושלמי גבי אשה הגע עצמך שהיא צווחת להתגרש חש לומר שמא חזרה בה וה"ה הכא גבי בעל נימא הכי:

ובמה שנסתפק כת"ר ע"ד הא"ח שקידש בתולה אחת ובא אבי הנערה לפני כבודו ליתן לה גט ורוצה לכופו ע"י המושל לגרש לא ידעתי מה נסתפק כבודו בזה דממנ"פ אם

צריכה גט מפני שיש ממש בקדושיו איך אפשר לכופו לגרש ואף שהא"ח נשא אשה אחרת הלא מבואר בשו"ע (סימן א') בנשא אשה על אשתו כופין לגרש השניה ויעמוד בראשונה ומה יעשה אם יטעון הא"ח שרוצה לגרש אשתו ולישא ארוסתו וכ"ש בזה שיכול לטעון שלא פשע כלל במה שנשא אחרת כיון שהנערה לא רצתה להנשא לו ואין תקנה אלא שיתן גט ברצונו ודע דאפילו באותן שכופין אותו להוציא כגון מי שרוצה לעגן אשתו כמבואר (בסי' קנ"ד) מ"מ אם הוא כגוונא דאתא לפני כת"ר שהמגורשת אינה כאן רק שצריך לעשות שליח להולכה לגרשה אין יכולין לכופו לעשות שליח דנהי דמחויב לגרשה מ"מ אינו מחויב לגרשה ע"י שליח ותבא אליו ויגרשה ועשיית השליחות באונס לאו כלום הוא אם לא שיאמר בפירוש שעל עשיית השליחות אינו מקפיד אבל בלא"ה לא ויש להביא דוגמא לזה ממ"ש התוס' בהא דאמרינן בזבחים (דף ג') אשה מסתמא לאו לגירושין עומדת דאפילו אם זינתה מ"מ לאו להתגרש בגט זה עומדת עי"ש אלמא דאף דהא דמחויבת להתגרש עושה הכתיבה לשמה אף בסתמא. מ"מ כיון דמצי לגרש בגט אחר אינו חל על כתיבה זו לשמה דנימא סתמא כלשמה דמי וה"נ דכוותה דאע"ג דהחיוב שמחויב לגרשה עוקר דין אונס מהגירושין. מ"מ כיון דיכול לגרש בעצמו או ע"י שליח אחר לא חייל דין רצון על עשיית השליחות דהא יכול לגרשה ע"י שליח ומיקרי עשיית השליחות באונס ואף לפי מה שהסברנו דברי הר"מ ז"ל דהטעם בגט מעושה ע"י ישראל כדין משום דכיון שאינו יכול להפיק זממו למנוע מלגרשה גמר ומגרש וא"כ אפשר לאמר גם בזה כיון דמחויב לגרשה ואינו יכול למנוע עצמו מזה מחמת כפייתינו גמר ומתרצה גם על עיקר הגט גם על עשיית השליחות מ"מ הא כתב הר"מ ז"ל שם דלהכי לא מקרי אונס דכל מה שאדם מחויב לעשות אין זה אונס וכאן נהי דמחויב לגרשה מ"מ אינו מחויב לעשות שליח כן נראה לי ודו"ק:

ומה שנסתפק כבודו באיש אחר רע מעללים שיצא משפטו מהממשלה הרוממה לשלחו לארץ גזירה ולעבוד שמה עבודות קשות ואינו רוצה לגרש את אשתו אם יכולים לכופו ע"י א"י שיגרשנה:

הנה אף כי מאוד עגמה נפשי להשיב בדין זה ורבים עתה בעוה"ר אשר לא ידעו ואשר אינם משימים לב להזהר מגט מעושה אונס ממון או אונס נפשות ופן ישמע השומע ויטעה אבל מה אעשה שא"א להשיב פני כבודו וגם כי כפי מה שכתב כבודו האשה פרוצה ביותר ואם תתעגן יש לחוש למכשול עון לכן הוכרחתי לכתוב מה שנראה לי בזה והנה בוודאי האיש הזה מדינא הוא מאותן שכופין להוציא אף ע"י כותים ואף שהגר"א ז"ל כתב על דברי המחבר (בסימן קנ"ד) שהביא תשובות הרא"ש ז"ל שאם ידוע שהאיש

אינו רשאי לעמוד במקום שנשאה מפני סכנת נפשות כופין אותו לגרשה וכתב הגר"א ז"ל ע"ז ג"כ כנ"ל ר"ל דכל שאינו מפורש בהדיא בגמרא דכופין אין כופין ואע"ג דמונע תשמיש ומזונות כופין מ"מ מפני שאינה רוצה לצאת אחריו לא איתמר בהדיא דכופין עכ"ל הגר"א ז"ל מ"מ הכא בהאי עובדא מונע מכל וכל דכיון שהוא בשבי לעבודה קשה במה יפרנסנה גם לא יבא אל ביתו לעולם ואף שהוא אנוס בדבר עכשיו הא לא עדיף מנולד לו ריח הפה דכופין אעפ"י שהוא אנוס ברם דא צריך להודיע בענין כפי' ע"י עכומ"ז שמתחילה צריכין להושיב ב"ד של שלשה שיגידו להבעל שעפ"י דין תוה"ק חייב לגרש את אשתו ואז אם יגרש ע"י עישוי שיאמרו לו הנכרים עשה מה שב"ד אומרים לך מהני. אבל מתחילה צריך הבעל לשמוע מפי ב"ד של ג' שצריך לגרש כמבואר לעיל בתשובה הקודמת באריכות:

והנה במשנה איתא שאומרים לו עשה מה שישראל אומרים לך וכתב הטור (בס' קל"ד) בשם הרמ"ה ז"ל דדווקא כשאומרים לו עשה מה שישראל אומרים לך מהני אבל אם העכו"ם אומרים לו סתם תן גט פסול דזה מיקרי עישוי עכו"ם והטור כתב ע"ז בשם הרא"ש ז"ל ולא נהירא ולא פירש טעמו של הרא"ש ז"ל במה לא נראו לו דברי הרמ"ה והב"ש כתב ג"כ כדברי הטור עי"ש (בס' קל"ד):

אבל לענ"ד קשה לדחות דברי הרמ"ה וגם בסמ"ג ה' גירושין ראיתי שהביא בשם התוספתא וז"ל ובגוים חובטין אותו ואומרים לו עשה מה שרבי פלוני אומר לך ע"כ הרי משמע בהדיא כדברי הרמ"ה דבעינן שיאמרו לו הנכרים שיעשה מה שישראל אומרים לו וז"ל ר' ירוחם (בנתיב כ"ד ח"א) וז"ל וכן הוא בתוספתא עשה מה שישראל פלוני אומר לך כלומר פלוני דיין אומר לך וע"פ חובטין אותו הגוים ליתן גט כשר כתיקון חז"ל וכן בירושלמי כי הגוים חובטין אותו ואומרים לו עשה מה שישראל אומר לך ולא מה שאני אומר לך עכ"ל ר"י ז"ל וגם הרא"ש ז"ל בעצמו בב"ב הביא ג"כ דברי התוספתא הנ"ל כמו שהביא ר"י ז"ל:

וכן נראה לי דעת הרשב"ם ז"ל שם בב"ב שכתב וז"ל ובעכומ"ז אם אנו רוצים לכופו ע"י עכומ"ז ויהא הגט כשר מלמדין אנו לעכומ"ז שיאמרו לו עשה מה שישראל אומרים לך דהשתא נמי הוי מצוה לשמוע דברי חכמים עכ"ל לשון זה וודאי משמע שצריך הנכרי לומר לו עשה מה שישראל אומר לך ואפשר לומר דהרשב"ם ז"ל כתב זה לפום סברת המקשן דטעמא דגט מעושה כדין כשר משום מצוה לשמוע דברי חכמים ולא כר"ה דאמר אגב אונסי' גמר ומגרש ולהכי צריך שיזכיר הנכרי שכופהו לקיים מה שישראל אומר לו שאז יודע המגרש שבמה שציית לנכרי הכופה אותו מקיים מצוה לשמוע דברי חכמים

אבל לפי מאי דמסיק ר"ה דאמרינן אגב אונסי' גמר ומגרש כשר אפילו אם לא הזכיר הנכרי שהכפי' הוא מחמת הישראל דהא לפי טעם דאגב אונסי' גמר ומגרש אמרינן הא דבעכו"ם פסול הוא משום דרב משרשי' שלא תהא כל אחת ואחת תולה עצמה בעכו"ם ולפ"ז הגט כשר אפילו אם לא הזכיר העכו"ם שם ישראל רק כיון שהב"ד ביקשו לעכו"ם שיכוף אותו מהני:

ולפ"ז באו לחלוקת הסוגיות דב"ב (ד' מ"ח) ובגיטין (ד' פ"ח) בטעמא דמעושה ע"י א"י פסול אם הוא מן התורה כסוגיא בפ' המגרש או מדרבנן כסוגיא בפ' חזקת ויש בזה שיטות עמוקות להראשונים ז"ל והארכנו בזה בעזהי"ת במק"א לכן וודאי דיש לחוש לדעת האומרים דבעינן שהנכרים יאמרו לו עשה מה שהב"ד אומרים לך אחר שהגידו לו הב"ד שעפ"י דין מחויב לגרשה ומסופק אני אם יעלה ביד כבודו לעשות הכל כמו שכתבנו גם מה שאפשר לעשות הדבר בהעלם שאר עמא דבר וודאי נכון הוא כדי שלא ילמדו לכוף בגירושין ואת צנועים חכמה ואין מפרשין לחכם כמותו:

סימן קסט

שאלה באשת כהן שאמרה לבעלה שקודם נשואיה היתה בבית הזונות כעשרה שבועות והבעל אמר שאינה חשודה בעיניו למשקרת ומאמין לדבריה אם חייב להוציאה:

תשובה בשו"ע אהע"ז (סימן קע"ח סעי' ט') כתב וז"ל לא קינא לה ובא עד א' ואמר לה זינתה והיא שותקת אם הוא נאמן בעיניו ודעתו סומכת עליו כשנים יוציא ויתן כתובה ואם לאו מותרת לו וכתב הרמ"א וז"ל וה"ה אם היא עצמה אומרת לו שזנתה כמו שנתבאר לעיל (סימן קט"ו סעיף ו') וי"א שבזמן הזה שיש חר"ג שלא לגרש אשה בעל כרחה אינו נאמן לומר שמאמינה או שמאמין לדברי העד (הגהות מיימוני פכ"ד ומהרי"ק שו' קי"א בשי"א) דחיישינן שמא עיניו נתן באחרת ואומר שמאמינה אע"פ שאינו מאמין ומנדין אותו על שאומר שמאמינה וגרם לבטל חר"ג עיי"ש עד סוף דבריו ועיין במהרש"ל בים של שלמה על יבמות ובתשובות מהר"י לבית הלוי אחיו של הגאון בעל טורי זהב ובתשובות נוב"י שכולם כתבו שהדבר תמוה שנחשידו שעשה שלא כהוגן ועבר אחרב"ג כיון שהיא התחילה לומר כן ונתנה אצבע בין שיניו מה פשע הוא ומה יעשה אם באמת מאמין לדבריה:

ולברר דבר זה צריכין אנו לבאר סוגיית התלמוד והראשונים ז"ל בזה בנדרים (דף צ') בראשונה היו אומרים שלש נשים יוצאות ונוטלות כתובה האומרת טא"ל כו' חזרו לומר שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר ומקלקלת על בעלה האומרת טא"ל תביא ראיה לדבריה וכתב הר"ן ז"ל ואיכא למידק כיון דמדינא באמרה טא"ל מהימנא כמשנה

ראשונה משום שלא תהא עיני' נותנת באחר איך התירוה וכי איסור שבה להיכן הלך עיי"ש שרצה לתרץ דאע"ג דמדינא אסורה שרו רבנן ומבטלי איסור דאורייתא משום מגדר מילתא וחזר והקשה דהא אין ב"ד מתנין לעקור דבר מה"ת אלא בשוא"ת וחזר ותירץ דאפקעינהו רבנן לקידושין מיניה ונעשית פנויה למפרע אלא שלפ"ז הוא רק בנבעלה לכשר אבל באומרת שנבעלה לפסול לא מהני מה שנפקיע הקדושין דאכתי נבעלה לפסול לה ונפסלה ואינו במשמע ואחרים תירצו דמדינא לא מהימנא דלאו כל כמינה למימר טמאה אני ולהפקיע עצמה מבעלה אלא משום דהא מילתא דטא"ל כסיפא לה מילתא תקינו במשנה ראשונה להאמינה דאי לאו דקושטא קאמרה לא הוי מזלזלא נפשה ומכי חזו רבנן בתראי דאיכא למיחש לשמא תהא נותנת עיניה באחר אוקמוה אדינא עכ"ד הר"ן ז"ל והתוס' והרשב"א הקשו אמאי לא מהימנא הא שויתה נפשה חד"א כדאמרינן בקידושין האומר לאשה קדשתיך הוא אסור בקרובותיה ותירצו דיש כח ביד ב"ד לעקור דבר מה"ת בסברא גדולה כזו דעיליה נתנה באחר ועיין ברשב"א ז"ל שהאריך בכלל זה דב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת למגדר מילתא בכה"ג:

ונמצאנו למדין בענין זה שני שיטות לרבותינו הראשונים ז"ל שיטת הרשב"א והתוס' דמדינא מהימנא רק שעקרו דבר מה"ת ושיטת הר"ן בשם אחרים דמדינא לא מהימנא ולהך שיטה דמהימנא מדינא איכא לפרושי בתרי גוונא מה שנאמנת האחד מטעם שויא אנפשה חד"א דאע"ג דמשעבדא ליה מ"מ יכולה להביא איסור על עצמה באמירתה דאין מאכילין לאדם דבר האסור לו וטעם שני איכא למימר דאף דלא מצי לשווי נפשה חד"א משום דמשעבדא ליה מ"מ הכא אסורה מדינא משום דכיון דמבזי נפשה ודאי קושטא קאמרה ומדברי התוס' והרשב"א ז"ל מבואר דאסורה מדינא משום שויא אנפשה חד"א דכן כתבו בתחילת קושיתם ומצאתי גם להשיג בשם ריא"ז ז"ל שדעתו כדעתם דשייך שויה אנפשה חד"א אע"ג דמשעבדא ליה שכתב (בפ"ב דכתובות) וז"ל ואם השבויה עצמה אומרת שהיא טמאה נאמנת לאסור על בעלה ואין ע"א נאמן להתירה לו עכ"ל דמפרש הא דאמר בגמרא (דף כ"ג) אני טמאה וחברתי טהורה היא טמאה משום דשויא אנפשה חד"א אע"ג דאיכא ע"א דאפיך והויא משתריא אפומא דעד מ"מ איהי שויא אנפשה חד"א ומפרש לה הא"ז אף בא"א דמשעבדא לבעל ודווקא בב' עדים דאמרי טהורה היא כתב שם הריא"ז דלא מהני לאסור עצמה על בעלה אבל בע"א אומר טהורה מהימנא לאמר טמאה אני מטעם שויא אנפשה חד"א מיהו לכאורה קשה דהא בגמרא שם אמר בבעיא דאשה שאמרה לבעלה גרשתני מהו ואמר רבא דאפי' למשנה ראשונה לא מהימנא דהתם הוא דלא עבידא לבזויי נפשה אבל הכא לא מהימנא ואמאי לא

אמר דבמ"ר מהימנא משום דשויא אנפשה חד"א ולפי מה שפירש"י ז"ל דבעיא דאשה שאמרה גרשתני היא באשת כהן ג"כ ומבעי ליה אי מותרת לבעלה א"ש דלא מצי למימר דטעמא דמ"ר הוא משום שויא אנפשה חד"א דהא גם בגרשתני שויא אנפשה חד"א לבעלה כיון שהוא כהן. אבל לפירוש הר"ן ז"ל קשה שפירש שם מהו להתירה להנשא ולא מיירי לענין להיות עם בעלה הראשון כשהוא כהן א"כ אמאי לא אמר החילוק בין מ"ר לגרשתני דבמ"ר שויה אנפשה חד"א משא"כ כאן שמותרת לחזור לבעלה אף שגרשה:

וצ"ל דהר"ן מפרש הכי לשיטת האחרים דגם במשנה ראשונה לא מצי לשווי נפשה חד"א משום דמשעבדא ליה אבל להנך רבוותא דסברי דשויה אנפשה חד"א במ"ר מדינא צ"ל דבעיא דגרשתני מיירי בבעלה כהן ולהכי לא בעי לפלוגי בין מ"ר לגרשתני משום שויה אנפשה חד"א דגם בגרשתני שויה אנפשה חד"א ומסברא נמי לא זכיתי להבין איך אפשר לאמר דכיון דמשעבדא ליה לא שויה אנפשה חד"א דאטו מיגרע מה שאמרה טא"ל מאומרת מאיס עלי דכיון דבאומרת מאיס עלי לא כייפינן לה להיות עמו כדאמרינן (בכתובות ס"ג) כ"ש באומרת שאסורה להיות עמו שאין כופין אותה להיות עמו ונהי דאפ"ל דאינה נוטלת כתובה בא"כ שאומרת טא"ל באונס וכן אין כופין אותו להוציא משום דכיון דהבעל א"צ להאמינה רק שא"א לכופה להיות עמו להאכילה דבר האסור לה מ"מ מפסדת כתובתה. אבל לכופה להיות עמו ודאי דלא גרע ממאיס עלי דלא כפינן לה וא"כ ודאי דמ"ר דינא קתני דאסורה משום טעם שויה אנפשה חד"א [ואפשר דהא דקאמר בש"ס האי טעמא דלא עבידא לבזויי נפשה ולא אמר משום חד"א משום דהאי טעמא דחד"א לא מהני אלא שלא לכופה להיות עמו אבל כתובה ל"ל ולהכי קאמר טעמא דלא עבידא לבזויי נפשה דמה"ט הימנוה לגמרי אפילו לענין כתובה]:

ועוד דלשון המשנה משמע נמי כשיטת התוס' והרשב"א ז"ל דמדינא מהימנא דקתני חזרו לומר שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר דהאי לישנא משמע שחשו שלא יבא הדבר לידי תקלה שתתן עיניה באחר תקנו בכל דוכתא שלא תהא נאמנת וכלישנא דאמרינן בגיטין (דף מ"ט) מפני מה אמרו בע"ח בבינונית שלא יראה אדם לחבירו שדה נאה ויאמר אקפוץ ואלונו ואגבנו בחובי כו' דמשום שלא יבא לידי קלקול זה תקנו בכל דוכתא דבע"ח בבינונית וה"נ משתמע לישנא דהאי מתניתין דכדי שלא יבא לידי קלקול זה שתתן עיניה באחר לפעמים תקנו שלא להאמינה בכל מקום והיינו כשיטת התוס' והרשב"א דעקרו דבר מה"ת כדי שלא יבא לידי קלקול ועשו סייג וגדר [וכן מצאתי

להרמב"ן ז"ל בתשובות המיוחסות דעיקר טעמא דשריא באומרת טמאה אני לך הוא משום דאפקעינהו רבנן לקדושין מיני']:

ולכאורה נראה להביא עוד ראיה לשיטת התוס' והרשב"א ז"ל דמדאורייתא נאמנת רק שב"ד עקרו הקדושין מה"ת מהא דתנן בסוטה (דף ו') אלו אסורות לאכול בתרומה האומרת טמאה אני לך ושבאו עדים שהיא טמאה וכו' וכתבו התוס' בד"ה האומרת טמאה אי קשיא לר"ש דס"ל בשלהי נדרים דמותרת לאכול בתרומה א"כ קשיא ליה מתניתין דקתני אסורה לאכול בתרומה ותי' דהכא מיירי אחר קינוי וסתירה דרגלים לדבר דאפי' ר"ש מודה והכי מפרש לה בירושלמי עכ"ל וז"ל הירושלמי על הך משנה מתניתין לא כמשנה ראשונה דתנינן תמן בראשונה היו אומרים שלש נשים יוצאות ונוטלות כתובה האומרת טא"ל אר"א אפילו תימא כמשנה אחרונה מ"מ יש רגלים לדבר ע"ש הנה דברי התוס' תמוהין דהיכי שייכא דר"ש להכא דהא הכא אסורה לאכול בתרומה אפי' בלא אמירתה כדאיתא במשנה ראשונה שם בסוטה דבקינוי וסתירה לחוד נאסרה בתרומה משום דכתיב תלתא זימני ונטמאה אחד לבעל ואחד לבועל ואחד לתרומה ואטו משום דאמרה טא"ל תשתרי בתרומה וכבר תמה עליהם המל"מ ז"ל בהלכות תרומות:

ומה שרצה המל"מ ז"ל לפרש דמתניתין מיירי אחר ששתתה ונמצאת טהורה ע"ז ודאי קשה טובא דאם אמרה טא"ל לאחר שתיה בודאי מותרת לאכול בתרומה דהא שקורי קמשקרא ולא מהימני אף למשנה ראשונה דהא כבר בדקוה המים ונמצאת טהורה ומ"ש המל"מ ז"ל דאמרינן דלמא אינה משקרת והא דלא בדקוה המים משום דאמרינן דיש לה עדים במדינת הים זה אינו דלא אמרינן הך מילתא שלא בדקוה המים משום שיש עדים אלא היכי דאיכא עדים לפנינו בזה אמרינן דלא משקרי הנך סהדי ומה שלא בדקוה המים שאין המים בודקין כשיש עדים במדינת הים אבל כשאין עדים לפנינו לא תלינן מה שלא בדקוה המים בעדים משום דהוא מלתא דלא שכיחא כמ"ש לקמן דאי לא תימא הכי מאי ראיה מייתי ר"ש שאין המים בודקין לסוטה שיש לה עדים במדינת הים מהך בבא ושבאו לה עדים שהיא טמאה וקאמר ה"ד אי דאתי מקמי דשתתה פשיטא זונה היא אלא לבתר ששתתה וא"א דמים בודקין אותה תגלי מילתא למפרע דהנך סהדי שקרי נינהו ואמאי נימא דבאמת לאו סהדי שקרי נינהו ומה שלא בדקוה המים שלא היה הבעל מנוקה מעון אלא וודאי דפשיטא ליה לר"ש דבמילתא דלא שכיחא לא תלינן ואין הבעל מנוקה מעון מילתא דלא שכיחא הוא כמ"ש התוס' להדיא שם (דף ז') בד"ה יש לה דכמו שיש לה עדים במדה"י לא שכיחא ה"נ בעלה בא עליה בדרך הוי מילתא דלא שכיחא ולא תלינן בזה והנך סהדי וודאי שקרי נינהו ולא תלינן בו מה שלא בדקוה המים

ביש לה עדים במדינת הים רק אם באו העדים לפנינו שאנו רואין שיש לה עדים אבל במילתא דלא שכיחא לא תלינן וא"כ באומרת טא"ל אם בדקוה המים ונמצאת טהורה וודאי שקורי קמשקרת ולא תלינן שיש לה עדים במדינת הים משום דלא שכיחא הוא כדאמר הש"ס להדיא שם (דף ז') דיש לה עדים מקרי מילתא דלא שכיחא וא"כ הך בבא דאומרת טא"ל מיירי קודם שתיית המים וא"כ תקשה מאי שייכות הכא למשנה ראשונה כיון דכבר נאסרה ע"י קינוי וסתירה:

אבל לשיטת התוס' ז"ל והרשב"א בנדרים א"ש דכיון דאמרינן דכל אשה בעלמא מהדין נאמנת לאסור עצמה על בעלה בטענת טא"ל אע"ג שמשעבדא ליה רק שחכמים חששו לענ"ב והתירוה משום דהיכי דנבעלה לכשר הפקיעו חכמים לקדושין מינה ונמצאת שאינה אשתו והיכי דנבעלה לפסול דלא מהני עקירת הקידושין לבעלה כהן בזה עקרו דבר מה"ת מחמת שיש כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת בדבר הדומה משום קלקול הדורות כמ"ש התוס' והרשב"א ולהכי אם אפילו אחר קינוי וסתירה אומרת טא"ל היה אפשר לומר דאוכלת בתרומה ושריא לבעלה משום דבלא"ה הוצרכו חז"ל להפקיע הקידושין משום דאמרה טא"ל א"כ מאי איכפת לן מה שנאסרה מקודם בקינוי וסתירה הא בטמאה אני לך נמי נאסרה מה"ת אלא שחז"ל הפקיעו הקידושין א"כ מאי איכפת לן בקינוי וסתירה כיון שנעקרה הקידושין למפרע ואינה אשתו ולהכי בעי הירושלמי לומר דהמשנה אתיא כמשנה ראשונה ומשני אר"א דאפילו לפ"מ אחרונה נמי אתיא דכיון דאיכא רגלים לדבר ע"י קינוי וסתירה שמקודם לא עשו בו תקנה אף למשנה אחרונה וכן הקשו ג"כ התוס' לר"ש אמאי אינה אוכלת בתרומה ותירצו דשאני הכא דאיכא רגלים לדבר דבכגון זה לא הפקיעו הקידושין:

ועוד יש להביא ראיה מהא דקאמר גבי ההיא דכל יומא הוי קדמא ומשיא ידי' לגברא דאמר רב נחמן עיניה נתנה באחר ולית בה מששא וקשה הא התוס' והרשב"א כתבו דהיכא דהבעל מאמין לדבריה אסורה ליה וכ"כ הרמב"ם ז"ל (בפכ"ב מה' אישות) וא"כ תקשה אמאי לא אמר ליה ר"נ שאם מאמינה אסור בה כדאמר ליה מר שמואל להההוא סמיא בקדושין (ד' ס"ו) אי מהימן לך זיל אפקה א"ו דהיינו טעמא דמילתא דהתם בקדושין לא מהימן ע"א מדינא דאין דבר שבערוה פחות מב' אבל אי מהימן ליה אסור כיון דסומך דעתו שאומר אמת חייב להוציאה דהא שם לא עשו שום תקנה להפקיע הקדושין או לעקור דבר מה"ת ואם זינתה באמת הרי יש כאן איסור להכי אמרינן ליה אי מהימנא לך זיל אפקה אבל באומרת טא"ל דעשו תקנה להפקיע הקדושין או לעקור דבר מה"ת ואפילו אם זינתה ליכא איסורא אין אנו צריכין לאמר לו אי מהימן לך זיל

אפקה דהא ליכא שום איסורא רק אם אומר מעצמו שמאמין אז צריך להוציאה דבזה לא עשו שום תקנה כיון שהוא אומר שמאמינה דלא להוי מילתא דרבנן כחוכא שהיא אומרת שזינתה והוא אומר שמאמין לדבריה ואנן עוקרין דבר מה"ת להתירה אבל כל זמן שאינו אומר בעצמו שמאמינה אין אנו אחראין לאמר לו אי מהימן לך זיל אפקה הואיל ועקרו דבר מה"ת וליכא שום איסור וכיון שבררנו דהא דאינה נאמנת לאמר טא"ל משום תקנת חכמים נגעו בה נראה דעיקר הטעם הוא משום דב"ד יכולין לעקור דבר מן התורה בדבר הדומה כמ"ש התוס' והרשב"א ז"ל דלפמ"ש הר"נ דאיכא למימר דאפקעינהו רבנן לקדושין מיני' קשה טובא חדא דבאומרת דנבעלה לפסול לה מאי איכא למימר כמ"ש הר"נ ז"ל בעצמו ועוד קשה דרב ששת קאמר שם בסוגיא דאוכלת בתרומה ואם נימא דהפקיעו הקדושין א"כ אם היא בת ישראל או בת כהן שיש לה וולד מבעלה הרי אסורה לאכול עד שתתקדש מחדש דכיון שנפקעו הקדושין הרי פנויה היא ואסורה לאכול בתרומה ובדבר שאינו נוגע לבעלה ודאי דשויא אנפשה חד"א:

ובדברי רב ששת לא הוזכר שאוכלת בתרומה אחר שיקדשנה ועוד דמאי הוצרך ר"ש לאמר דאוכלת בתרומה שלא תוציא לעז על בני' הא בלאו האי טעמא אוכלת דכיון שהפקיעו הקדושין והיא נבעלה לכשר אמאי תאסר בתרומה דכיון שהוצרכנו להפקיע הקדושין להתירה לבעלה ממילא ליכא איסור תרומה ול"ל הך טעמא דשלא תוציא לעז כו' א"ו הטעם דאינה נאמנת לאו משום הפקעת קדושין הוא אלא משום שעקרו דבר מן התורה ולהכי ה"א דדי מה שעקרו ממנה איסור טומאה דזנות אבל בתרומה אינה אוכלת דהא מדינא נאמנת ואסורה בתרומה דאיסור זרות לא עקרו קמ"ל ר"ש דההכרח הי' לעקור דבר מן התורה גם לענין איסור זרות שלא להוציא לעז על בני' ורבא ס"ל דלענין איסור תרומה לא עקרו דבר מן התורה ואוקמוה אדאורייתא ועוד דגם מהא גופא דאינה נאמנת איכא לאוכוחי דהטעם משום עקירת דבר מן התורה דא"א לאמר משום הפקעת קדושין דהא לא דמי הך הפקעת קדושין דהכא להפקעת קדושין דבכל דוכתא דבש"ס דבכל דוכתא מפקיעין אותה מבעלה ע"י הפקעת קדושין כמו גט שבטלו שלא בפניו (בגיטין) או שלא בא הבעל מחמת אונס (בפ"ק דכתובות) או גבי תליוה וקדיש אנו מפקיעין קדושיו והיא יוצאת ממנו אבל הכא אנו מפקיעין קדושין דידי' ומתירין לו שתשב תחתיו ואיך תשב תחתיו בלא קדושין ולא לשתמט בשום דוכתא שצריך שיקדשנה מחדש ותינח קדיש בכספא שבזה אפשר לאמר שתנאי ב"ד הי' באשה שתאמר טא"ל שיהא דומה כאלו קדשה אז בשעת נשואין שיחול הקדושין לאחר שתאמר טא"ל ועל תנאי כן קדשה דבקדושי כסף יכול לקדש שיחול לאחר ל' אבל קדיש בשטר

ונתקרע או בביאה דא"א לקדש שיחול לאחר זמן מאי איכא למימר א"ו דלאו מטעם הפקעת קדושין שרינן אלא משום דב"ד יכולין לעקור דבר מן התורה בדבר הדומה וכדברי התוס' והרשב"א ז"ל ולהכי א"צ קדושין מחדש וכן מצאתי במרדכי בהגהות פ"ג דקדושין וז"ל על א"א שאמרה נבעלתי ברצון כו' ומספקא לן אי מצי לאפוקי בלא כתובה אי לא נראה לפי משנה ראשונה נאמנת ואע"פ שחזרו ואמרו תביא ראי' לדברי' ואינה נאמנת לא בשביל טובתה אמרו כן אלא בשביל טובת הבעל כדמפרש טעמא שלא תהא תולה עצמה באחר ומקלקלת את בעלה הלכך אם בפני עדים אמרה כן יכול הבעל להוציאה בלי כתובה דכל האומר א"א בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו עכ"ל הגהמ"ר והביאה גם הישו"ש פ"ב דיבמות הרי שכתב בהדיא שזה היה תקנת חכמים:

ובזה מיושב נמי מילתא דתמיהא לי טובא שהרשב"א והתוס' כתבו וז"ל ומיהו אשת ישראל שאמרה לבעלה טא"ל ואמר לה הבעל שמאמינה איהו נמי שויא אנפשיה חד"א ואסורה עליו לעולם ואפי' אם תחזור היא ואמרה דבאונס היה וקשה הא כולה סוגיא באשת כהן קיימינן כדמוקמינן מתני' דיוצאת ונוטלת כתובה אמאי לא כתב הרשב"א ז"ל הא דינא דמהימנא ליה לבעל גבי אשת כהן ג"כ ולמה שביק אשת כהן דקיימינן ביה ונקט דיניה באשת ישראל והרמב"ם ז"ל (בפכ"ד מה' אישות) כתב ג"כ הך דינא דמהימנא ליה וכתב שם (בה' י"ח) גבי אשת ישראל שאמרה שזינתה ברצון אם היה מאמינה וסומך דעתו עליה חייב להוציאה ואח"כ כתב ג"כ (בהלכה כ"ג) אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי או שגגתי ונבעלתי לאחר כו' ואם היתה נאמנת לו או שאמר לו אדם שהוא סומך על דבריו יוציא ויתן כתובה עכ"ל הרי שכתב דינו גם באשת כהן ומדוע שביק הרשב"א ז"ל א"כ ונקט אשת ישראל ואף דאיכא למימר דבעי להשמיענו שאף אם חזרה ואמרה שהיה באונס לא מהימני משום דאיהו שויא אנפשיה חד"א דהך דינא לא שייך באשת כהן דהא אסורה גם באונס מ"מ לא הו"ל למשבק מלהשמיענו עיקר הדין באשת כהן דאם הבעל אמר שמאמין לדבריה שאסורה לו:

אבל לפי מה שבארנו בטעמו של דבר דלא בעינן למימר ליה אי מהימן לך זיל אפקה משום דבאמת ליכא איסורא אפי' אם זינתה משום דעקרו דבר מה"ת, ורק אם אומר בעצמו שמאמינה אז אסור שלא עשו תקנה דכיון שעיקר מה שב"ד יכולין לעקור דבר מה"ת הוא רק בדבר הדומה כמו שכתבו התוס' ביבמות (פ"ט) בע"א במיתת הבעל דנראה שאומר אמת משום דדייקא ומנסבא מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה ולהכי עקרו דבר מה"ת וה"נ אם אפשר לומר שהיא אומרת שקר הוי דבר הדומה דעיניה נתנה באחר ועקרו דבר מה"ת אף אם באמת זינתה אבל אם הבעל אומר שמאמינה אין כאן

דבר הדומה דממ"נ אם מה שאומר שמאמינה הוא באמת שבלבו מאמין לה ואינו חושדה בעיניה נתנה באחר א"כ אין כאן דבר הדומה לעקור דבר מה"ת ואם בלבו אינו מאמין רק שאומר כן מחמת שרוצה לגרשה מחמת שאומרת כן ומפקיע עצמה ממנו א"כ הרי לא ניחא ליה בתקנת חכמים ולא עקרו כאן דבר מה"ת שהרי התקנה היתה לטובתו וכלל גדול בידינו האומר לא ניחא ליה בתקנת חכמים שומעין לו ואף שלדידה ניחא לה בתקנת חכמים שלא תאסור עליו ויעקרו דבר מה"ת מ"מ אין משגיחין בה כלל כיון שהיא פשעה וזינתה ברצון אבל באשת כהן שנאנסה אף אם הבעל אומר שמאמינה מותרת דעקרו דבר מן התורה וגם זה מקרי דבר הדומה דאולי מה שהבעל אומר שמאמינה הוא מחמת שרוצה לגרשה ובאמת אינו מאמין לדבריה מה תאמר דא"כ הא לא ניחא ליה בתקנת חכמים ז"א דבא"כ שנאנסה עשו תקנה גם לטובתה כיון שהיא לא פשעה ורק שבאונס נבעלה חשו גם לטובתה. ונשארה התקנה לעקור דבר מה"ת משום דגם זה מיקרי דבר הדומה דיכול להיות שלא נאנסה כלל ואמרה כן מפני שנתנה עיניה באחר וגם הוא איננו מאמין לדבריה רק שאומר כן מפני שרוצה לגרשה ולא חיישינן למה דלא ניחא ליה בתקנת חכמים שבזה אנו חוששין גם לטובתה כיון שלא זינתה ברצון [ומה שאמרה שנאנסה ובאמת לא נאנסה לא חשבינן לה לפשיעה לבטל עי"ז תקנת חכמים דזמנין דתקיפא לה מן בעלה ואומרת כן מפני דאבון נפשה] ולהכי נקט הרשב"א ז"ל הך דינא דמהימנא ליה רק באשת ישראל ולא באשת כהן:

וכ"ז הוא אחר תקנת רבינו גרשון שאסור לגרשה בע"כ להכי יש לחוש לתקנתה אם אומרת שנאנסה באשת כהן ולעקור דבר מה"ת והרשב"א ז"ל הא קאי אחר תקנת ר"ג כמו שסיים שם דבאשת ישראל משמתינא ליה על שעבר אתקנת ר"ג ולהכי בא"כ לא מהני מה שאומר דמהימנא ליה אבל הר"מ ז"ל דקאי בדינא דהש"ס שהיו יכולין לגרש בע"כ כתב גם באשת כהן שאמרה שנאנסה שאסורה ליה דממ"נ אם באמת מאמין לדבריה אין כאן דבר הדומה ואם אינו מאמין רק שאומר כן מפני שרוצה לגרשה הרי לא ניחא ליה בתקנת חכמים ולחוש לתקנתה לעקור דבר מן התורה לא שייך כאן דהא בידו לגרשה בלאו הכי בע"כ וליתן כתובה להכי גם באשת כהן אם אמר דמהימנא ליה יוציא ויתן כתובה ומיושב היטב מה שהרמב"ם ז"ל כתב הך דינא דמהימנא ליה אף באשת כהן והרשב"א ז"ל כתב רק באשת ישראל משום דהרשב"א קאי אחר תקנת ר"ג והרמב"ם קאי בדינא דהש"ס:

ובזה נוכל להבין דברי הרמב"ם ז"ל (בפי"ח מה' איסורי ביאה הלכה ח') וז"ל אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי או שגגתי ובא עלי אחד או שבא ע"א ואמר שזינתה בין באונס

בין ברצון הרי זו אינה אסורה עליו שמא עיניה נתנה באחר ואם היא נאמנת לו או העד נאמן לו וסומך דעתו לדבריהם ה"ז יוציא כדי לצאת ידי ספק עכ"ל וקשה על דבריו כיון דמתחילה כתב שמא עיניה נתנה באחר אלמא דמספיקא דשמא עיניה נתנה באחר מתירין אותה והיא בחזקת היתר לבעלה א"כ גם כשאומר שמאמין לדבריה אמאי יוציא כדי לצאת ידי ספק כיון דאף אם אמר שמאמין לדבריה לא הוי איסור ודאי אלא ספק אמאי יוציא ומ"ש בלא אמר שמאמין שאינו מוציא מספק ובאומר שמאמין מוציא מספק אידי ואידי ספיקא הוא:

אבל לפמ"ש א"ש דהאי לצאת ידי ספק ודאי דאין הכוונה שהבעל יוצא ידי ספק דהוא אומר דאין בלבו שום ספק ומאמין לדברי' או לדברי העד ועוד דבע"א המעיד ודאי דמיירי באומר שאין שום ספק בלבו ובודאי העד אומר אמת דהא אנן קיי"ל כרבא בקדושין (דס"ו) דבאשתו זינתה בע"א לא סגי במהימן ליה דלאו גזלנא הוא אלא בעינן מהימן ליה כבי תרי משום דאין דבר שבערוה פחות משנים ובמהימן כבי תרי ליכא שום ספק דדוקא במהימן דלאו גזלנא הוא הויא כעד כשר דעלמא ואיכא עדיין ספק שהתורה עשתה העדאת ע"א כספק להכי חייבין שבועה כנגדו. אבל בי תרי ליכא שום ספק בהעדאתן וכן במהימן כבי תרי וא"כ כיון שהבעל אומר שמהימן ליה כבי תרי ליכא שום ספק. רק דקאי אב"ד שב"ד אומרים שחייב להוציא כדי לצאת ידי ספק ואצל הב"ד ודאי דאיתא רק ספק כיון שהוא רק ע"א וכן במה שהבעל מאמין לדברי אשתו נמי הוי אצל הב"ד רק ספק שמא אומר שמאמין ובאמת אינו מאמין ומשום ספק אמרינן ליה להוציאה דאף דבאינו אומר שמאמינה מתירין משום ספק ותולין שעיניה נתנה באחר ולא חיישינן לאמירתה הוא משום דב"ד עקרו דבר מה"ת בדבר הדומה שיש לתלות שענ"ב אבל באומר שמאמין יוציא מספק דאם הוא מאמין באמת אין יכולין לעקור דבר מה"ת מפני שאין זה דבר הדומה כמ"ש ואם באמת אינו מאמין רק שאומר שמאמין אז ג"כ אין אנו יכולין לעשות תקנה כיון דלא ניחא ליה בהאי תקנתא ולתקנתה אין אנו יכולין לחוש כיון דבל"ה מצי לגרשה בע"כ וכיון דליכא כאן תקנתא דעקירת דבר מה"ת אוקמה אדינא ויוציא מספק שמא זינתה ואין אנו יכולין להתירה מחמת שהבעל אומר שמאמינה וכפי מ"ש ושפיר כתב הרמב"ם ה"ז יוציא כדי לצאת ידי ספק]:

ואחרי שבררנו שגם אם הבעל אומר שמאמינה הוי הדבר ספק לב"ד שמא גם הוא אינו מאמינה רק שרוצה לגרשה וכלשון הר"מ ז"ל שכתב יוציא כדי לצאת ידי ספק:

רק שאין יכולים לקיים תקנת משנה אחרונה כשאומר שמאמינה דאם מאמינה באמת אין זה דבר הדומה שענ"ב ואם אינו מאמין ואומר שמאמין הרי לא ניחא ליה בתקנת

חכמים שנעשה ונתקן לטובתו ובתקנתא דידה לא איכפת לן בדינא דגמרא. אפילו באשת כהן שנאנסה שלא פשעה בזנות מ"מ הא יכול לגרשה בלא"ה בע"כ ואחרי שנתקן תקנת רגמ"ה שאינו יכול לגרשה בע"כ באשת כהן שנאנסה אף אם מאמינה מותרת דמ"מ עקרו דבר מה"ת דאפשר שגם הוא אינו מאמין ואומר כן מפני שרוצה לגרשה והוי דבר הדומה וגם היא לא פשעה במה שזינתה דהא אנוסה היתה ולהכי לא כתב הרשב"א ז"ל דינו רק באשת ישראל שאומרת שזינתה ברצון שבזה אם אמר שמאמין אסורה משום דאף אם באמת אינו מאמין מ"מ הרי לא ניחא ליה בתקנת חכמים ולטובתה לא חששו כיון שפשעה וזינתה ברצון לפי דבריו א"כ לפ"ז בנ"ד שאומרת שזינתה ונבעלה לפסול לה קודם נשואין אף שהבעל מאמין לדברי' מ"מ אפשר לומר דאכתי מותרת דעקרו דבר מה"ת וחשו גם לטובתה ולא דמי לאומרת שזינתה ברצון דשם פשעה בזנות תחתיו להכי לא חשו לקיימה תחת בעלה כשהבעל אומר שמאמין אבל הכא לא פשעה אחר נשואין ומה שנשאת לו לא פשטה בזה דלא ידעה כלל שהנבעלת לפסול אסורה לכהונה וגם על עיקר הזנות שקודם נשואין לא שייך לומר דבשביל זה לא נחוש לתקנתה דמאי דהוי הוי כיון דלא פשעה להפקיע עצמה בזנות מתחת בעלה וא"כ דמי לאשת כהן שאמרה שנאנסה תחתיו שביארנו שהרשב"א ז"ל מודה בזה שאף אם הבעל אומר שמאמין לדבריה אעפ"כ מותרת דגם במאמין הוי עדיין ספק כמ"ש ואף אם הבעל לא ניחא ליה בתק"ח מ"מ גם היא זכתה בתקנת חכמים ועקרו דבר מה"ת כיון שלא פשעה לזנות תחת בעלה:

ומעתה גם דברי הרמ"א ז"ל שכתב די"א דבזמה"ז שיש חר"ג אינו נאמן לומר שמאמינה או שמאמין לדברי העד. לא נפלאים ולא רחוקים הם דכיון שביארנו דעיקר הטעם דמשנה אחרונה משום שעקרו דבר מן התורה משום חשש דענ"ב. וביארנו ג"כ מדברי הר"מ ז"ל דגם כשאומר שמאמין לדברי' אין הדבר ברור אצלינו שזינתה כמ"ש הר"מ בלשונו (בפי"ח מה' א"ב) להכי סברי הנך י"א דגם כשהוא מאמין לדברי' עקרי דבר מה"ת ואף שהיא אומרת שזינתה ברצון מ"מ לא פלוג רבנן וחשו לתקנתה ג"כ אף שהוא לא ניחא ליה בתקנת חכמים [והשוו מדותיהם להתיר' לבעלה כדי שלא תהא אשה נותנת עיני' באחר ואף שהבעל יכול לגרש אשתו בע"כ בלא"ה מ"מ הא אחר תקנת רגמ"ה אינו יכול לגרשה בע"כ וכיון דאינו יכול לגרשה בלא דעתה נוכל לומר שלא יועיל מה שמאמינה מ"מ מה שבהתקנה היה גם טובת האשה אינו יכול לעקור התקנה ומותרת לו וא"צ לפרש הטעם בזה משום דאחר תקנת רגמ"ה הוא משועבד לה ואינו יכול לשווי אנפשיה חד"א. דזה ודאי א"א לומר דמחמת שעבודו לא מצי לשווי' אנפשי' חד"א כיון

שהיא ג"כ אומרת כן ונתנה אצבע בין שיניה אלא הטעם כמ"ש שגם היא יכולה לעכב מלבטל מה שתקנו חכמים להתירה ואף שיכול לגרשה בע"כ מ"מ כיון שאחר תקנת רגמ"ה אינו יכול לגרשה בע"כ עדיף ואלים גם כח האשה שאם היא רצונה להחזיק בתקנת משנה אחרונה לא מבטלינן תקנתא דרבנן להתירה דכיון דאי לאו חששא דזנות אינו יכול לגרשה בע"כ מהני תקנתא דרבנן להתירה גם מחשש זנות מפני שעקרו דבר מה"ת ואף שבמרדכי דקדושין כתב בהדיא (בפ' האומר) הטעם שכופין אותו משום דכמו שכופין אותה באומרת טא"ל משום דדמי למורדת כמו כן אחר גזירת חר"ג דמי הוא למורד וכופין אותו המרדכי מיירי באמר אשתי זינתה והיא לא אמרה כן להכי דמי למורד אחר תקנת רגמ"ה. אבל אם היא התחילה לומר כן א"א לומר דדמי למורד כיון שנתנה אצבע בין שיניו רק הטעם כמ"ש והרמ"א ז"ל למד דין זה מדברי הגהות מיימוני (בפכ"ד מה' אישות אות יו"ד) דכתב באומר שאשתו זינתה דאינו נאמן אחר חר"ג ומשמע דקאי אדברי ר"מ ז"ל (בהלכה י"ח) שכתב מי שאמרה אשתו שזינתה אינה נאמנת ועלה קאי הג"מ הנ"ל דאף אם גם הוא אומר כן אינו נאמן:

ועוד י"ל דהרמ"א ז"ל הוציא דינו דבזמה"ז אינו נאמן לומר שמאמינה מדברי המרדכי (בפ' האומר סימן תק"ל) בשם הרב ר' שמעון ואף דשם הוי עובדא שהוא אמר שזינתה ואינו מוזכר בדבריו שגם היא אמרה כן וכמו שהקשו כל האחרונים ז"ל מ"מ מבואר מדבריו דגם כשהיא אמרה כן כופין אותו אחר חר"ג דהא אחר שכתב שם בעובדא דידיה דכמו שאם היא אומרת טא"ל כופין אותה ומשמשתו כמו במורדת. ה"נ אם הוא מורד סיים שם וז"ל לישנא נמי משמע הכי שמא עיניה נתנה באחר משמע דלית חששא במילתא ומשמע דמותרת ולפי הסברא הואיל ונגזרה הגזירה שלא לגרש אשתו כ"א ברצונה חיישינן שמא עיניו נתן באחרת וכופין אותו עכ"ל דמה שכתב ומשמע דלית חששא במילתא ומשמע שהיא מותרת אין לו ביאור והבנה כלל דאטו ע"כ לא ידעינן דבטא"ל מותרת הא תנן תביא ראיה לדבריה ופשיטא דכ"ז שלא תביא ראיה לדבריה מותרת ולכך פי' הרמ"א ז"ל כונתו שסובר דבדינא דהש"ס בטא"ל מותרת אפילו אם הבעל מאמין לדבריה וחולק על הרמב"ם והרשב"א ז"ל ולהכי כתב ומשמע דלית חששא במילתא ומשמע שהיא מותרת וכמו שהוכחנו לעיל מדברי ר"נ שלא שאל כלל אם מאמינה משמע שהוא היתר גמור אף אם זינתה דאפקעינהו רבנן לקדושין או עקרו דבר מה"ת ומביא המרדכי ראיה דכיון דלדינא דש"ס אין חוששין כלל למה שמאמין לדבריה והויא היתר גמור א"כ ממילא לפי הסברא הואיל ונגזרה גזירה שלא לגרש בע"כ חיישינן שמא עיניו נתן באחרת וכופין אותו ואף דבדינא דהש"ס באומר שמאמינה ודאי דאין

כופין אותו דהא יכול לגרשה בע"כ. מ"מ השתא דתיקן רגמ"ה שאינו יכול לגרש בע"כ נוכל לכפותו כיון שמוכח מהש"ס דמשום איסורא לא חיישינן למה שמאמינה משום דהיתר גמור הוא אף אם מאמינה ממילא ידעינן דעכשיו כופין אותו דבשלמא אי הוי אמרינן לדינא דהש"ס דמאמין לדבריה אסורה לו א"כ בעינן למימר דגם רגמ"ה לא תיקן היכא דאסורה לו מדינא אבל כיון שהוכיח ממשמעות הש"ס דגם במהימנא ליה מותרת משום דהוי היתר גמור א"כ ממילא אחר חר"ג כופין אותו כיון דליכא איסורא נשאר שעבודא דידה ומה שסיים דחיישינן שמא עיניו נתן באחרת ולא כתב בפשוטו כיון דהוי היתר גמור א"כ חייל חר"ג שלא לגרשה בע"כ וכופין אותו הוא משום דהיה אפ"ל דכל כה"ג לא תיקן רגמ"ה דלא תיקן אלא כשרוצה לגרשה מחמת שרוצה לבגוד בה אבל הכא שרוצה לגרשה מחמת ספק זנות ואינו רוצה להכניס עצמו בעקירת דבר מה"ת לא תיקן רגמ"ה ע"ז כתב דחיישינן דמשקר שלא מחמת חשש זנות רוצה לגרשה רק מחמת שנתן עיניו באחרת והרי זה ממש דברי הרמ"א שהביא היש חולקין דלאחר תקנת רגמ"ה כופין אותו ומבוארין דבריו בדברי המרדכי ובחנם תמהו עליו האחרונים ז"ל:

ומעתה כיון שעשינו סמוכים לדברי הרמ"א ז"ל הרי מצאנו קצת מקום להקל בנ"ד ועוד שהרי ביארנו שאף הרשב"א ז"ל שמחמיר אם הבעל אומר שמאמינה בדוקא נקט באשת ישראל שהיא פשעה בזנות תחת בעלה אבל באשת כהן שאמרה שנאנסה תחת בעלה מודה דאחר חר"ג אף אם אומר שמאמין לדבריה א"צ לגרשה ונ"ד אף שזינתה ברצון קודם הנשואין מ"מ כיון שהיה קודם הנשואין לא הפסידה בזה זכותה ולבטל תקנת חכמים שאינה נאסרת על בעלה ע"י אמירת והאמנת בעלה כמ"ש לעיל כ"ז בדברים של טעם בעזה"י:

וחכם אחד רצה לאמר עצה טובה באשת כהן שאמרה שנאנסה תחת בעלה שיתן גט ע"י שליח ויבטל שלא בפניו בפחות משנים דקי"ל דלא הוה ביטול כדאיתא בשו"ע אה"ע (ס' קמ"א ס"ק ס') וכתבו התוס' בגיטין (דף ל"ב) ד"ה ור"נ דהטעם דביטול פחות משנים לא הוי ביטול משום מה כח ב"ד יפה אבל מדאורייתא מהני אפילו שלא בפני שנים וכיון דהוה רק מדרבנן ע"כ דהטעם דאפקינהו רבנן לקדושין מיני' כדאמר התם לרשב"ג דאמר ביטלו אינו מבוטל וכיון דפקע קדושין למפרע לא איכפת לן בזנות דידה אם נבעלה לכשר ואף שהתוס' הקשו שם דא"כ יחפה על בת אחותו ויכולים ממזרים לטהר אלמא דלא ניחא להו בהאי תקנתא היינו משום תקנת פרוצות אין לעשות מעשה שיפקיעו רבנן הקדושין אבל משום תקנת בנות ישראל הכשרות שמסתפק לן אם נאנסה או לא עדיפא האי תקנתא כדי שלא תצא מתחת בעלה:

אולם הרמב"ן ז"ל בחידושיו לכתובות רפ"ק תירץ שם אקושיא דיכול לחפות על בת אחותו ויבטל שלא בפניו ויפקעו הקדושין עפ"י תקנת חכמים וע"ז תירץ כיון שאין דעתו לחזור לו אלא משום שיפקיעו הקידושין הוא עושה אין הגט בטל שאין תנאי זה וביטול כלום עכ"ל וא"כ ה"ה בנ"ד כיון שהביטול יהא רק להפקיע הקידושין לא הוי ביטול ואף שדברי הרמב"ן ז"ל לכאורה תמוהין דמאי איכפת לן שאינו רוצה שתהיה אשתו עוד ומבטל כדי שיפקיעו חכמים הקדושין סוף סוף הוא מבטל בלב שלם ואינו רוצה שיהא גט וממילא פקעו הקידושין ונראה לי דדברי הרשב"א ז"ל נכונים דהטעם דמהני ביטול אמרינן (בפ' השולח ובפ' האומר) משום דאתי דיבור ומבטל דיבור. ודיבור הביטול מבטל דיבור הגט א"כ בעינן שיהא דיבור הביטול שירצה באמת שתהיה אשתו שאז הוא היפך דיבור הגט שבדיבור נתינת הגט רצה לגרשה ובדיבור הביטול רוצה שתהא אשתו ותחזור אליו אבל אם גם עכשיו רוצה שלא תהיה אשתו עוד אין כח בדיבור זה לבטל דיבור הגט כיון שגם עכשיו אין רוצה שתהיה אשתו:

ויותר היה נראה לי לאמר דהביטול היה מועיל כיון שמ"מ רוצה שיתבטל הגט אבל הגט אינו מועיל אם יכתוב ובלבו לבטלו למחר דהא אינו נכתב לשם גירושין וכותב לכתחילה רק ע"מ שיבטלו אח"כ א"כ אינו כותבו לשם גירושין כלל וכשירצה לחפות על ב"א ליתן גט ויבטלנו שלא בפניו לא תפטר מקטלא דהא יבינו ב"ד שעשה הגט ע"מ לבטלו וזה כל פרי מגמתו בשעה שכתב הגט וכל כה"ג לא הוי גיטא ודמי להא דאמרינן ביבמות (ד' ל"א) גבי מפני מה לא תיקנו זמן בקדושין דהיכי לינחה לינחה גבי דידה זימנין דמחקה ליה ופריך א"ה בגירושין נמי נימא הכי ומשני התם להצלה דידה קאתי הכא לחובה דידה קאתי ופרש"י ז"ל דגבי גירושין כיון דלהצלה דידה אתאי לא מחקה ליה דכי אתי סהדי שזינתה אי לא מייתי סהדי דאיגרשה מקמי הכי מוקמינן לה בחזקת א"א ולהכי לא תמחוק הזמן דאי תמחוק הזמן קטלינן לה ואי לא תיקון רבנן זמן הוי מצי לאחפויי ומספיקא לא קטלינן לה אבל השתא דתיקון רבנן זמן אי לא מייתי לה מוקמינן לה אחזקה וקטלי לה וה"נ אפשר לאמר כיון שיראו הב"ד ששלח לה גט וביטלו שלא בפניו חיישינן שמא היה כוונתו מתחילה לזה ונכתב הגט רק ע"מ לבטלו ולא הוי גט כלל.

ועוד דאפילו אם נימא דהאי ריעותא דביטול הגט לא דמי לריעותא דמחיקת הזמן. מ"מ כיון שיש ספק לב"ד אם הגט נכתב לגרשה באמת או שנכתב רק כדי לבטלו מוקמינן לה אחזקת א"א שלא נתגרשה עדיין ודווקא אם לא הי' תקנת חכמים לכתוב זמן והיא מביאה לפנינו גט בלא זמן לא קטלינן כמ"ש רש"י ז"ל משום דכיון דודאי נתגרשה רק

שיש ספק אימת הי' הגירושין לא מוקמינן לה אחזקת א"א כמ"ש התוס' בגיטין (י"ד) ד"ה משום דהרי היא גרושה לפנינו וגם יש לה חזקת צדקת והיינו דדמי לתרתי לריעותא דיש לה חזקת צדיקת וחזקת א"א איתרע דהרי היא גרושה לפנינו ודמי למקוה שנמדד ונמצא חסר דטמא וודאי ולא מוקמינן אחזקת שלימה משום דאיכא תרתי לריעותא חזקת טומאה והרי היא חסר לפניך [וכן מצאתי בפ"י שפירש כוונת התוס' כן] אבל היכא דאיכא ספק אם נתגרשה כלל מוקמינן לה אחזקת א"א וקטלינן לה ואין לומר דמוקמינן לה אחזקת צדקת, דז"א דחזקת צדקת וודאי דאיתרע דאפילו אי זינתה פנוי' נמי עבדא איסורא ולא מהני חזקת צדקת אלא לאיצטרופי לתרתי לריעותא אבל משום חזקת צדקת לחוד לא פטרינן לה מקטלא וכן מצאתי להפ"י שכתב כן:

ויש להביא ראי' לזה דהא לר"א דאמר עדי מסירה כרתי כשר אעפ"י שאין עליו עדי חתימה ותנשא לכתחילה וקשה אמאי הא יכולה לכתוב גט בלא עדי חתימה ותאמר שנתגרשה וע"מ הלכו להם למדה"י ומספיקא לא מיקטלא דנוקי אותה בחזקת צדיקת ואמאי הגט כשר לכתחילה יותר מגט שאין בו זמן א"ו אם הגט בלא זמן לא קטלינן לה כיון דהיא וודאי גרושה לפנינו רק שאנו מסופקין בזמן הגט אבל אם יש ספק אם נתגרשה כלל והיא בעצמה כתבה הגט קטלינן לה ולא מוקמינן לה בחזקת צדיקת כיון דבין כך ובין כך עבדא איסורא ואדרבה מוקמינן לה בחזקת א"א וה"נ אם יתן גט לבת אחותו ויבטל כיון דיש ספק שמא עיקר כתיבת הגט הי' ע"מ לבטלו ויעקרו חכמים הקדושין קטלינן לה דמוקמינן לה אחזקת א"א:

ואף דאם כתב הגט והי' מסופק אם יגרשה בגט זה או יתפייס ולא יגרשנה כלל מיקרי שפיר לשמה כדמשמע בגיטין (דף כ"ז) דקתני יתר על כן היו לו שתי נשים וכתב לגרש את הגדולה לא יגרש בו את הקטנה יתר מכן אמר ללבלר כתוב לאיזה שארצה אגרש פסול לגרש בו ולא קתני יתר על כן אמר ללבלר כתוב אם ארצה אגרש משמע דבכהאי גוונא שפיר הוי לשמה התם שאני דמ"מ מסתפק לגרשה וכתבו לשם גירושין משא"כ הכא שאינו רוצה לגרשה כלל ואדרבה רוצה לבטל הגט ושיפקיעו החכמים הקידושין למפרע שלא תהא א"א מעיקרא ומתורץ קושית התוספות והרמב"ן דלא מצי לחפות על ב"א מיהו לענין אשה שאמרה טמא"ל באונס והבעל מאמין לדברי' לכאורה הי' תקנה שיתן לה הגט ובשעת כתיבת הגט לא יודיעו לו שיבטל אח"כ הגט ואח"כ יצוו לו שיבטל שלא בפניו. מיהו בלא"ה אין זה תקנה שהרמב"ן בחידושיו שם כתב דמדרבנן אסורה לכהן אף היכא דאפקעינהו רבנן לקדושין מיני' א"כ ה"נ כיון שמאמין לדברי' והגט הוי

כדין רק שאפקעינהו רבנן לקדושין מיני' אסורה לבעלה מדרבנן. ומהאי טעמא לא מוזכר תקנה זו בשום פוסק ולא חזינן לרבנן קשישא דעבדי הכי:

** (הגה"ה מיהו יש לומר דהוי דברים שבלב ואין דברים מיהו יש להסתפק אם לענין לשמה אמרינן דברים שבלב אינן דברים כיון שעיקרו בלב:

סימן קע

ובמה שהקשו התוס' כיון דמדינא אסורה איך אמרו במשנה אחרונה דלא מהימנא משום דלא תהא נותנת עיני' באחר איסור שבה להיכן הלך ותירץ הר"א ממיץ ז"ל דלא מצינו זונה שתהא מוזהרת להנשא לכהן דודאי הוא מוזהר עלי' אבל היא אינה מוזהרת עליו והקשו בתוס' דהא אמרינן ביבמות (דף פ"ד) כל היכא דהוא מוזהר היא מוזהרת ע"ש:

ונראה ליישב דעת הר"א ממיץ דכיון דאמרינן (בקדושין ע"ח) דאם קידש ובעל לוקה שנים משום לא ומשום לא יחלל בעל ולא קידש לוקה אחת משום לא יחלל אלמא דקדושין ובעילה תרי מילי נינהו א"כ יש לומר דהר"א ממיץ סובר דהיא אינה מוזהרת רק אלאו דלא יקחו דמשמע קיחה של קידושין אבל אם נעשית זונה אחר הקידושין אינה מוזהרת שלא תבעל לו דאיסור הבעילה הוא משום לא יחלל ולא יחלל כתיב רק בדידי' ולא בדידה להכי אמר ביבמות אשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עלי' משום זונה וללישנא בתרא משום טומאה דמשמע דרק בעלה לוקה ולא היא דהלאו לא נאמר רק גבי דידי' אבל גבי דידה ליכא מלקות רק בקידושין משום קיחה אבל לא בביאה דהא אי לאו קרא דלא יקחו ה"א שאינה מוזהרת כלל דמאי איכפת לה בקדושתו שהוא כהן וה"א שאינו אזהרה אלא עליו ועכשיו שגלי קרא במאי דכתיב לא יקחו שגם עלי' קאי האזהרה מ"מ אכתי לא מצינו שתהא מוזהרת אלא להתקדש לו כשהיא זונה אבל על הבעילה לא מצינו שתהא מוזהרת דלא יחלל בדידי' כתיב ומכש"כ היכי שנעשית זונה אחר הקידושין דאין בה שום אזהרה דלא יחלל נאמר רק עליו ולהכי אשת כהן שנאנסה ליכא גבה אזהרה כלל:

ועוד דאפילו אם נימא דכל היכי שהיתה זונה בשעת הקידושין היא לוקה שתים מחמת הקידושין ומחמת הביאה משום דכיון דרבא סובר קידש אינו לוקה וכשבעל לוקה שתים על הקידושין ועל הבעילה הרי דאיסור הקידושין מתלי תלי וקאי וחייל בשעת בעילה א"כ אפשר לומר דכשקידש ובעל בזונה שמקודם הקידושין כיון דחייל עלה מלקות דאיסור זונה בשעת בעילה מהקידושין חייבת נמי משום לא יחלל דבביאה נגמר גם איסור הקידושין ולוקה גם היא שתים אבל אם בעל ולא קידש או שנעשית זונה אחר הקידושין דלא עברה אלאו דלא יקח אינה מוזהרת אלאו דלא יחלל:

ועוד דגם בדידי' מצינו נ"מ בין קודם נישואין לאחר נשואין דהא ביבמות (דף נ"ו) קאמר רבא בלישנא בתרא אשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עלי' משום טומאה ולא משום זונה דבאונס לא הויא זונה אע"ג דר' עמרם אמר שם לעיל אשת ישראל שנאנסה אעפ"י שמותרת לבעלה פסולה לכהונה. ובסוף (פרק ד' אחין דף ל"ה) פריך אמתניתין דקתני אם הי' כהנות נפסלות מן התרומה נשי כהנים אין נשי ישראלים לא והאמר רב עמרם אשת ישראל שנאנסה אעפ"י שמותרת לבעלה פסולה לכהונה ומשני רבא ה"ק אם היו כהנות נשואות לישראל נפסלו מתרומה דבי נשייהו אלמא דגם רבא אית ליה הא דרב עמרם דאשת ישראל שנאנסה פסולה לכהונה וכן מוכח בש"ס יבמות (פ"ח) דרבא גופא מייתי התם ברייתא דוקדשתו דפנו ומוקי לה בשנים אומרים מת וניסת ובאו שנים ואמרו חי הי' אלא שמת עכשיו דדפנו משום איסור כהונה דהיינו כיון שחי הי' כשניסת אסורה לכהן אף עכשיו שמת והיינו כר"ע דאשת ישראל שנאנסה פסולה לכהונה משום זונה ובודאי לא יחלוק רבא על ברייתא זו דאייתי איהו גופא והתם ע"כ לאו משום טומאה פסולה דהא באשת ישראל שנאנסה לא שייך בה טומאה כיון שמותרת עכשיו לבעלה דטומאה לא שייך אלא כשנאסרת עכשיו לבעלה וכמ"ש בהדיא הה"מ ז"ל (בפ"א מה' איסורי ביאה ה' כ"ב) ע"ש בסוף דבריו [אף שהתוס' בסוף ד' אחין לא כתבו כן] וא"כ ע"כ הא דפסולה לכהונה הוא משום זונה ואיך קאמר רבא בלישנא בתרא דבאונס לא מקרי זונה [עי' במלחמות] וע"כ דיש חילוק דאם ביאת זנות דאונס היתה קודם שנשאת לכהן דהיינו תחת בעלה הישראל שפיר מקרי זונה ואסורה להנשא לכהן ולהכי אמר ר"ע אשת ישראל שנאנסה פסולה לכהונה אבל באשת כהן שנאנסה תחתיו אין כח בזנות דאונס לשויא זונה ולפוסלה על בעלה. ואין בה אלא משום טומאה אבל זונה לא מקריא ואני מסתפק אם תתאלמן שאסורה להנשא לכהן אם יש בה גם משום איסור זונה כמו אשת ישראל שנאנסה שאסורה לכהונה משום זונה ורק לכהן זה שנשאת לו בהיתר אין כח לביאה זו לשויא כזונה וכיון שכן דגם גבי בעל איכא לפלוגי בין נבעלה תחתיו לבין נבעלה קודם הנשואין וא"כ וודאי דאיכא למימר דמה שמצינו שהאשה מוזהרת עליו הוא דוקא אם היא זונה קודם הקידושין אבל אם לא נעשית זונה עד אחר הקידושין אז אינה מוזהרת ושפיר כתב הר"א ממיץ ז"ל שלא מצינו זונה שתהא אסורה להנשא לכהן היינו אם לא עברה אלאו דלא יקחו כגון שנאנסה אחר הקידושין שאז ליכא אלא לאו דלא יחלל דלאו גבי דידיה כתיב ומיושב בזה מה שהקשה הנוב"י במה"ת (סימן כ"ג) על הר"א ממיץ ז"ל מהא דאמר ביבמות מתיב רבא מניין שאם לא רצה דפנו ת"ל וקדשתו וכו' אלא לאו בנשאת לאחד מעידי' וקאמרה ברי לי עיי"ש והא דמוקי לה באמרה ברי לי משום

דאל"כ היא גופא באיסור זונה קאי. ולדברי הר"א ממיץ ז"ל אין עלי' שום איסור ולמה צריך שתאמר ברי לי די במה שנשאת לאחד מעידי' עיי"ש אבל לפמ"ש א"ש דהתם כיון דביאת האונס הי' קודם נשואי הכהן דהא קדושי הכהן לא תפסי כ"ז שבעלה הראשון חי מודה הר"א ממיץ ז"ל שגם היא מוזהרת ולהכי הוצרך לאמר דקאמרה ברי לי:

אלא שלפי דברינו בשיטת הר"א ממיץ ז"ל אשת כהן שאמרה טמאה אני לך ברצון מעובד כוכבים ועבד תהא אסורה לבעלה דהא ברצון שויא אנפשה חד"א משום איסור סוטה לבעלה והוה איסור השוה בכל וגם היא מוזהרת ואפילו אם נימא דגם הר"א סובר הך סברא דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני' רק שכתב הך טעמא שהיא אינה מוזהרת להתיר אפי' בטמאה אני לך לעובד כוכבים דלא מהני בזה עקירת קידושין כמ"ש הר"נ ז"ל שם בנדרים אבל גם הוא מודה דאפקעינהו רבנן לקידושין מ"מ הכא בטא"ל ברצון לעובד כוכבים אם נפקיע הקידושין הרי אסורה משום זונה דהכא הוי זנות שקודם קידושין כיון דקדושין הראשונים נתבטלו ובביאת זנות דקודם קידושין וודאי דמוזהרת מלא יקחו ודו"ק ובמק"א הארכנו עוד בזה:

כתב הרשב"א ז"ל בתשובה (סימן אלף רל"א) בהא דיבמות (דף נ"ט) דאמר שם רב נבעלה שלא כדרכה פסולה לכהונה ופריך מהא דתניא ולו תהי' לאשה פרט לאלמנה לכה"ג אילימא בכדרכה תיפוק לי' דהוי לי' בעולה אלא לאו שלא כדרכה ולא נאסרה על הכה"ג אלא משום אלמנה ולא משום בעולה ומשני רב דאמר כר"א ופריך אי ר"א האמר פנוי הבא על הפנויה עשאה זונה וא"כ אסורה אפילו לכהן הדיוט וכתב הרשב"א ז"ל דהוי מצי לשנויי שבא עלי' באונס דכל באונס לא הוי זונה ע"כ והיינו כלישנא בתרא דרבה והקשה המל"מ מסוגיא דיבמות (דף ס') דאמר שם בטעמא דר"א ב"י דאמר דבאנוסת חבירו ומפותת חבירו הוולד חלל משום דסובר כר"א דפנוי הבא על הפנויה שלא לשם אישות עשאה זונה הרי דגם באנוסת חבירו מקריא זונה לר"א ועוד הקשה המל"מ דהא טעמא של הרשב"א ז"ל דכתב דהוי מצי לאוקמי בריית דלו תהי' לאשה באונס הוא כרבה דסובר בלישנא בתרא דכל באונס לא מיקרי זונה כדמשמע מלשונו והא התוס' כתבו שם דהא דאמר רבה בלישנא בתרא דבאונס לא מיקרי זונה הוא רק בא"א אבל בשארי פסולי כהונה מודה רבה דגם באונס מיקרי זונה עי"ש (בדף מ"ו) ד"ה מאי ומשנה שלימה שנינו בכתובות (דף י"ד) מעשה בתינוקות שירדה למלאות מים מן העין ונאנסה אמר ריב"ן אם רוב אנשי העיר משיאין לכהונה כו' אלמא דבאונס נמי מיפסלא מכהונה והנה גם בחידושי הרמב"ן ז"ל ליבמות ראיתי שהקשה קושית הרשב"א אהא דפריך ת"ל

דהוי זונה מאי קשיא לי' דילמא רב סובר כרבה דבאונס לא מיקרי זונה וקשה גם על הרמב"ן ז"ל כנ"ל [ועי' בשער המלך]:

ונראה לי ליישב דברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל דודאי אפשר לאמר דלרבה דאמר באונס לא מקרי זונה גם בשארי פסולי כהונה לא מיקרי זונה לדידי' ומתניתין דתינוקת שירדה למלאות מים מן העין דחששו לה הוא משום דאמרינן (בכתובות נ"א) דאבוה דשמואל סובר אשת ישראל שנאנסה אסורה לבעלה משום דחיישינן שמא תחילתה באונס וסופה ברצון ואונס דכתב רחמנא משכחת כגון שצווחה מתחילה ועד סוף ורבא מסיק דתחילתה באונס שריא אפילו נתרצית לבסוף מ"ט יצרא אלבשה. ואנן קי"ל כרבא ונראה דזה דווקא בא"א אמרינן דיצרא אלבשה ומותרת דכמו שכתב המהרי"ק בתשובה דא"א שזינתה שסבורה שמותר לזנות אסורה לבעלה ואף שהיתה שוגגת ושוגגת אינה נאסרה על בעלה כדאמרינן גבי שנים שהכניסו לחופה והוחלפו של זה בזו ה"מ שוגג שהיתה סבורה שזה בעלה אבל שוגגת כי האי שהיתה סבורה שמותר לזנות אסורה דגבי סוטה לא כתיב ומעלה מעל בד' אלא ומעלה מעל באישה שברצונה זינתה תחתיו ואף דלענין קרבן הויא שוגגת מ"מ איסור לבעלה מזידה היא ונאסרה עליו אף אנו נאמר לענין תחילתה באונס וסופה ברצון דשריא לבעלה משום דיצרא אלבשה היינו לענין בעלה דווקא מיקרי אונס כמ"ש הרמב"ם ז"ל (בפ' כ"ד מה' אישות ה' י"ט) אשה שתחילתה באונס וסופה ברצון דפטורה מכלום שמשהתחיל לבעול באונס אין בידה שלא תרצה שיצר האדם וטבעו כופה אותו לרצות עכ"ל וכמו שפטורה מעונש מפני שאין בידה שלא להתרצות ה"נ לא מקרי מעל גבי אישה דתחילתה באונס ובסוף אין בידה שלא להתרצות אבל גבי ביאת זנות דפסולי כהונה אף דאמרינן דבאונס לא מיקרי זונה מ"מ כשסופה ברצון מקריא זונה דמ"מ נטמא גופה בביאת זנות דרצון ורק לענין בעלה לא מיקרי רצון לרבא) דלא קרינן בה מעלה מעל באישה משום שלא הי' בידה שלא להתרצות כמ"ש הר"מ ז"ל אבל לענין דברים שגופה נפסל מכהונה ע"י ביאה זו אם היתה ברצון הא נמי מקרי רצון:

ולפ"ז י"ל שפיר דלרבה בלישנא בתרא אונס לא מיקרי זונה בפנוי הבא על הפנויה לר"א וה"ה בשאר פסולי כהונה ולא תקשה ממתניתין דתינוקת שירדה למלאות מים מן העין ונאנסה דאמר ריב"ן אם רוב אנשי העיר משיאין לכהונה תנשא הא לאו הכי חיישינן שמא פסול הי' אע"ג דאונס הי' מ"מ חיישינן שמא נתרצית לבסוף ותחילתה באונס וסופה ברצון מיפסלא מכהונה. וכן הא דאמר ראב"י דאנוסת עצמו הוולד חלל דמפרש הש"ס דסובר כר"א דפנוי הבא על הפנוי' עשאה זונה התם נמי הוולד חלל משום

דחיישינן שמא סופה הי' ברצון אבל באונס מתחילה ועד סוף לא הוי זונה לרבה בלישנא בתרא בכל פסולי כהונה כמו בא"א וכדעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל:

ובזה יש ליישב קושית התוס' בכתובות שם דקאמר אמתניתין דתינוקת שירדה למלאות מים מן העין א"ל רבא לר"נ ריב"נ כמאן אי כר"ג הא מכשיר אפילו ברוב פסולין אי כר"י הא פוסל אפילו ברוב כשרין והקשו בתוס' וכל הראשונים הא ר"ג לא מכשיר אלא בברי שאומרת איש פלוני וכהן הוא והכא הא היא עצמה אינה יודעת אם הי' כשר או פסול לפמ"ש בדעת הרמב"ן והרשב"א דלרבה בלישנא בתרא באונס לא מיקרי זונה בפסולי כהונה א"ש דרבא נמי בהך סוגיא אזיל בשיטתו דלישנא בתרא דרבה דבאונס לא מיקרי זונה רק שחששו שמא נתרצית לבסוף והיא אמרה שלא נתרצית ולר"ג מהימנא בברי דידה שאומרת שלא נתרצית ולר' יהושע לא מהימנא וע"ז פריך אי ר"ג הא מכשיר אפילו ברוב פסולין ומה לי אומרת לכשר נבעלתי או אומרת לא נתרציתי [ולא מבעי לדעת רבינו יונה ז"ל שהביא הרא"ש ז"ל בסוגיא דפ"פ דנאמנת לאמר נאנסתי באשת ישראל דה"נ מהימנא לאמר לא נתרציתי לבסוף אלא אפי' לדעת החולקים עליו וסוברים דלא מהימנא לאמר נאנסתי היינו משום דהתם אמרינן אונס לא שכיח אבל בידעינן שהי' אונס מהימנא לאמר שהי' האונס מתחילה ועד סוף אף שהר"מ כתב שטבעו של ב"א להתרצות מ"מ לא חשיב לא שכיח כמו אונס גמור] ואי כר"י הא פוסל אף ברוב כשירין דלא מהימנא אף היכא דרוב מסייע לה ואמאי אמר דאם רוב אנשי העיר משיאין לכהונה תנשא. ואף דר"י מכשיר בס"ס גבי אלמנת עיסה והכא איכא ס"ס שמא כשר הי' ושמא לא נתרצית מ"מ הך ספיקא דלא נתרצית לא חשיב לר"י ס"ס כמ"ש התוס' שם (דף י"ג) דבנסתרה לא חשיב לר"י ס"ס שמא לא נבעלה דאין אפוטרפוס לעריות וה"נ לא חשיב לי' ס"ס דשמא לא נתרצית וא"ש דברי רבא לר"נ לפום שיטתו כלישנא בתרא דרבה וכפי שיטת הרמב"ן והרשב"א דבאונס לא מיקרי זונה בכל פסולי כהונה כמו בא"א ודו"ק:

ודע שראיתי במל"מ דברים אשר הם לכאורה נגד דברי הירושלמי הנ"ל במ"ש הרמב"ם ז"ל (בפ"ג מה' סוטה הלכה כ"ג) דאם באו ב' עדים אחר ששתתה ואומרים שהיא טמאה אסורה לבעלה מפני שהמים אינן בודקין אלא למי שאין לה עדים שמודיעים זנותה ועוד שמא בעלה אינו מנוקה מעון לפיכך לא בדקו המים את אשתו אבל אי בא ע"א והעיד שהיא טמאה אינה אסורה ותשב תחת בעלה שהרי שתתה עכ"ל וכתב המל"מ ע"ז וז"ל דין זה דע"א לא נתבאר בגמרא אך הוא סברת רבינו דס"ל דע"כ לא מהני ע"א אלא קודם שתי' דגזירת הכתוב הוא שלא תשתה כל שיש ע"א לטומאה וכיון דליכא שתיה להתירה נשארת באיסורה דומיא דנשים שאינן ראויות לשתות מגזירת הכתוב והם אסורות משום

דליכא שתיה להתירן ובזמן הזה נמי דינא הכי דכיון דליכא מי סוטה נשארת באיסורה. אבל אם כבר שתתה הרי היא מותרת עד שיבאו שני עדי טומאה אבל ע"א לא ואם הי' הע"א בא קודם שתי' היתה נאסרת לא מפני העד אלא מפני שהיתה נמנעת השתי' מגזירת הכתוב עכ"ל וזה תמוה דאיך אפשר לאמר דע"א בסוטה הוא רק לעכב השתי' ונשארת בספק איסור שהיה בה מקודם דא"כ אמאי אמר בירושלמי שהבאנו לעיל ופסק כן הרמב"ם ז"ל (בה' איסורי ביאה) דהמקנא לאשתו ונסתרה ובא ע"א והעיד שנטמאה והיה בעלה כהן לוקה עלי' משום זונה אעפ"י שעיקר העדות בע"א ואם מה שנאסרה הוא רק שמנע העד ממנה השתי' ונשארה בספק איסור, מלקות מניין הרי היא בספק זונה כמ"ש לעיל ממ"ש הרמב"ם (בפי"ח מה' א"ב) ואמאי בעלה לוקה עלה משום זונה א"ו הא ליתא וע"א משוי לה כודאי ולהכי לוקין עלי' והכי משמע לישנא דהש"ס דאמר בסוטה (דף ל"א) כל מקום שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים הרי דהאמינה לו תורה לגמרי ומשוי לה ודאי טומאה:

ובעיקר דברי הרמב"ם ז"ל שכתב שאם בא ע"א אחר ששתתה ואמר שהיא טמאה מותרת וסובר דהא דאמר רב ששת (בסוטה ו') סוטה שיש לה עדים במדה"י אין המים בודקין אותה מיירי דווקא שיש ב' עדים שהיא טמאה אבל בע"א שמעיד מותרת שהרי לא בדקוה המים אין הטעם כמו שפירש המל"מ אלא טעמו של הרמב"ם ז"ל דאף דחזינן שהאמינה תורה לע"א לשווי ודאי סוטה מ"מ זהו דווקא אם בא העד קודם שתי' שאז הי' בספק איסור והכתוב אסרה כודאי וגם חזקת כשרות דידה איבדה שהרי רגלים לדבר שקינא לה ונסתרה. אבל אחר ששתתה ולא בדקוה המים היא בחזקת היתר שהרי אנו מתירין אותה מיד לבעלה ולתרומה מפני שנבדקה ונמצאת טהורה וכשבא העד להעיד על טומאתה בשעה שהיא בחזקת היתר אינו נאמן ואמרינן ביה דשקורי משקר ולא תלינן לומר שלא בדקוה המים מפני שהעד ידע מטומאתה וידיעתו עיכב הבדיקה כמו בב' עדים אלא אמרינן דשקורי משקר העד ודוקא בב' עדים שהעידו אחר שתי' שהיא טמאה אמרינן הא דלא בדקוה המים הוא משום דידיעתם עיכב הבדיקה משום דתרי מהימנא בכל התורה כולה להכי לא אמרינן דשקורי משקרי אלא קושטא קאמרי והא דלא בדקוה משום שידיעתם עיכב הבדיקה אבל ע"א אמרינן דשקורי משקר כיון שבא להעיד בשעה שהיא בחזקת היתר ע"י הבדיקה לא מהימן כלל וכה"ג מצינו שחילקו גבי נאמנות דעד אחד בזמן העדאתו בהא דאמר עולא (בסוטה דף ל"א) כל מקום שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים והשני הבא להכחישו מפלגינן בין בת אחת וזה אחר זה דבב"א יש נאמנות גם להשני כדין ע"א והוי חד לגבי חד אבל בזא"ז שהוחזק עדותו

של ראשון אין להעד השני נאמנות כלל נגד הראשון] ואף דאיכא למימר דהעד קושטא קאמר ומה שלא בדקוה המים הוא משום דידיעת העד עיכב הבדיקה אפ"ה מותרת כיון דאין לעד נאמנות אם בא בעת שהיא כבר בחזקת היתר ע"י שתייתה שלא בדקוה המים: **ומיושב** בזה מה שהקשה המל"מ שם על דברי הר"מ ז"ל מהא דמקשה הש"ס שם לרב ששת ממתניתין דאלו שמנחתן נשרפת שבאו לה עדים שהיא טמאה אימת אילימא מקמי דתקדש תיפוק לחולין אלא בתר דקדיש א"א בשלמא מים בודקין אותה אלמא בת מיקדש ומיקרב היא וכי קדוש מעיקרא שפיר קדיש מש"ה מנחתה נשרפת אלא אי אמרת אין המים בודקין אותה תגלי מילתא למפרע דכי קדוש בטעות קדוש ותצא לחולין ולדברי הר"מ ז"ל תקשה לוקמא הא דקתני שבאו לה עדי טומאה מנחתה נשרפת בע"א שבא להעיד על הטומאה דע"א בסוטה נמי עדי טומאה קרי לי' דהיינו עדות דמהני בסוטה [כמ"ש כה"ג הרא"ש בריש ב"מ בענין עד מסייע ע"ש] ושוב לא תקשה לר"ש אמאי מנחתה נשרפת הא מעיקרא בטעות קדוש לפי מה שביאר המל"מ בטעמו של הר"מ ז"ל שאין נאמנות לע"א כ"א לעכב השתי' אף שבא קודם שתי' א"כ בע"א ודאי דלא הוי הקדש טעות דהא מה שידע בטומאתה לא מעכב השתיה ועל ביאתו לב"ד הא ליכא למימר שיבטל הקידוש למפרע דאטו אפשר לאמר תגלי מילתא למפרע שיבא העד ויעכב השתי' אולי בשעת קידוש המנחה לא הי' בדעתו לבא להעיד כלל וכי קדיש מעיקרא שפיר קדוש ועכשיו שבא העד קודם שתי' מנחתה נשרפת דהא גם בשני עדים אין ביאתם לב"ד מבטל הקידוש למפרע משום דהשתא הוא דאתיין העדים ומעיקרא שפיר קדיש דדוקא ידיעת העדים מבטל הקדושה למפרע אבל ביאת העדים לב"ד אינו מבטל דהשתא הוא דאתו וכמו דאמרינן (בכריתות כ"ה) גבי ע"ע בנמצא ההורג עד שלא נערפה העגלה למ"ד דע"ע נאסרת מחיים אסורה עי"ש דרבא מייתי ראי' לדבריו דע"ע אינה נאסרת מחיים מדתצא ותרעה בעדר דאי נאסרת מחיים כבר איתסרה לה ועי"ש בתוס' הרי חזינן דזה לא מיקרי קדושה בטעות דהשתא הוא דנמצא ההורג ומעיקרא שפיר איתסר. וה"נ אם בא עד טומאה אחר שקידש המנחה שפיר קדוש עד השתא:

וכן לפי מה שכתב שם המל"מ בטעמו של הרמב"ם משום דסובר דידיעת ע"א אינו מעכב הבדיקה משום דהא דפסק דידיעת טומאה מעכב הבדיקה לא משום דסובר כר"ש דיליף לה מועד אין בה דא"כ אפילו ידיעת ע"א נמי הי' מעכב הבדיקה אלא משום דסובר כתנא דיליף שם בסוטה מקרא דטהורה ולא שיש לה עדים במדה"י שהיא טמאה והך דרשא הוא רק בב' עדים ולא בע"א א"כ ודאי דתקשה לוקמא מתניתין דמנחתה נשרפת בבא ע"א לטומאה להכי כי קדוש שפיר קדוש דידיעת ע"א אינו מעכב הבדיקה אבל

לפמ"ש בטעמו של הר"מ ז"ל א"ש דודאי גם ידיעת ע"א מעכב הבדיקה דמ"ש ידיעת ע"א מידיעת שני עדים וכי אתא ע"א מקמי דתשתה נמי הקדש טעות הוי דהא כי אתא מקמי דתשתה יש לו נאמנות דהתורה האמינתו כיון שבא בשעה בספק איסורא יש לו נאמנות לעשותה כודאי איסור וכיון דידיעת טומאה מעכב הבדיקה כי קדוש בטעות קדיש והרמב"ם ז"ל לא כתב דע"א שבא אחר שתי' אינו אוסרה הוא רק משום דאין לו נאמנות אם בא אחר שתי' אבל קודם שתי' יש לו נאמנות וגם ידיעתו מעכבת הבדיקה וכי קדוש בטעות קדיש ושפיר פריך הש"ס לרב ששת מהא דמנחתה נשרפת ולא מצי לאוקמי בע"א דגם בע"א הוי הקדש טעות והכי נמי משמע מלשון התוס' שם בסוטה (דף ו') ד"ה שבאו לה עדים. דמספקא להו אי דווקא נקט עדים אבל ע"א לא מהימן דמוקמינן לה בגמרא לאחר ששתתה דדוקא קודם שתשתה האמינה תורה לע"א כו' עי"ש הרי מבואר דעיקר ספיקא דידהו משום נאמנות הוא אי מהימן אחר שתי' או לא ובודאי שגם כונת הרמב"ם במ"ש דבע"א שהעיד אחר שתי' מותרת הוא ג"כ משום נאמנות שאחר שתי' אמרינן דמשקר ודו"ק:

סימן קעא

שאלה בדיני סוטה ויבואר מתוך התשובה:

איתא בסוטה (כ"ח) ת"ר שלש פעמים האמורים בפרשה אם נטמאה נטמאה ונטמאה א' לבעל וא' לבועל וא' לתרומה כו' מת"ל והיא נטמאה והיא לא נטמאה אם נטמאה למה שותה אם לא נטמאה למה משקה מגיד לך הכתוב שהספק אסורה מכאן אתה דן לשרץ ומה סוטה שלא עשה בה שוגג כמזיד ואונס כרצון עשה בה ספק כוודאי שרץ שעשה בו שוגג כמזיד ואונס כרצון א"ד שיעשה בו ספק כוודאי. וממקום שבאת מה סוטה רה"י אף שרץ רה"י ומה סוטה דבר שיש בו דעת לשאול אף שרץ דבר שיש בו דעת לשאול ומכאן אמרו כו':

ולכאורה קשה מנ"ל שעשה הכתוב ספק כוודאי וכמ"ש התוס' ד"ה מה דאם בא עליה צריך כפרה כעושה וודאי איסור דלמא מה שאסרה תורה עד שתשתה הוא מטעם דספיקא דאורייתא לחומרא לדעת כל הראשונים זולת הרמב"ם ז"ל ולא שייך כאן איצטריך קרא למעוטי ספיקא כיון שאין כל הספיקות שוין כמ"ש התוס' בחולין (דף כ"ב) ד"ה איצטריך וה"נ כיון דלפעמים אירע שמסתתרת והיא טהורה ולפעמים היא טמאה הוצרך הכתוב להגיד לנו שתשתה דהא עד השתא אכתי לא אשמועינן קרא בשום מקום דזנות דידה אוסרתה על בעלה ואשמועינן הכא קרא דאם נסתרה אסורה על בעלה

מספק שמא נטמאה ואי דמלשון ונטמאה מפיק דהכתוב קורא אותה טומאה וודאי ז"א דהא אמרינן ביבמות (דף י"א) דהאי ונטמאה לא אנסתרה קאי אלא אנבעלה ע"ש:

מיהו לפמש"כ התוס' בסוטה דכל סוטה יש לה חזקת טהרה כמ"ש בד"ה מכאן שהקשו דל"ל להילכתא דברה"ר טהור לימא העמד טהור על חזקתו והוצרכו לתרץ דאיצטריך דלא נימא דרה"ר דמי לרה"י דלא מוקמינן אחזקתו ואף דבסוטה יש רגלים לדבר אינו עושה אלא ספק מגע דבלא"ה לא הוי אפילו ספק מגע דמסתמא לא נחשדו על עריות. א"כ י"ל דמהכא גופא ילפינן שעשה הכתוב ספק כוודאי מדלא מוקמינן לה אחזקה ברה"י ש"מ שהוא וודאי טומאה וכיון שהוא ודאי לא מוקמינן לה אחזקה דהא דמוקמינן אחזקה לא משום דההחזקה מכרעת את הספק לברר את הדבר המסתפק לן איך הי' המעשה אלא דגלי לן קרא שלא ניחוש לספק בדבר שיש לנו חזקה דמעיקרא כמו שיבואר אי"ה לקמן וכ"ז בדבר שהספק אינו אוסרו בוודאי אלא מטעם ספק לחוד אבל בטומאה ברה"י עשה הכתוב ספק כוודאי היינו דכל דבר שמסתפק לן ברה"י הוא טמא בוודאי וגזה"כ הוא שהספק מתהפך לוודאי טומאה [ע"ד שמצינו בקדשים שהיסח הדעת בעלמא הוי פסול טומאה אף שלא נגע בשום דבר] א"כ לא שייך לילך בתר חזקה דהא גם החזקה אינה מבררת המעשה רק שלא הצריכה תורה לחוש לספק היכא דאיכא חזקה ונהגינן בי' מנהג שנהג בו עד השתא אם לטהר אם לטמא וזהו דווקא בדבר שהספק אינו מתהפך לוודאי איסור אבל בספק טומאה ברה"י שהספק מהפכו לוודאי איסור לא אזלינן בתר חזקה:

ובזה הי' אפשר לפרש מה שהקשו התוס' בחולין (דף יו"ד) דאמרינן שם דילפינן דאזלינן בתר חזקה מדכתיב והבא אל הבית כל ימי הסגיר אותו יטמא ודלמא אדנפק ואתא בצר לי' שיעוריה אלא ש"מ דאזלינן בתר חזקה והקשו התוס' דילמא הכא טמא משום דספק טומאה ברה"י ספיקו טמא ותירצו דמיירי מסתמא אפילו אם היו שם הרבה ב"א דהוי רה"ר. ותירוצם תמוה לי דהא בגמרא שם מסיק תניא דלא כראב"י משום דילפינן מקרא דוהסגיר את הבית מ"מ אפילו הלך לתוך ביתו והסגיר ומוכח מזה דלא מיירי קרא ביצא דרך אחוריו דהא הלך לתוך ביתו והסגיר נמי הוי הסגר ודחיק לאוקמי דמיירי בקיימא דרי דגברא וטפי הו"ל לאוקמי דמיירי שלא היו שם ב"א והוי רה"י ולהכי הוי הסגר מעליא דספק טומאה ברה"י טמא ומנ"ל דאזלינן בתר חזקה וקיימא דרי דגברא הוי אוקימתא רחוקה יותר מלאוקמי שלא היו שם ב"א בשעת הסגר או בשעת ביאת הטהור לבית אבל לפמש"כ דהא דספק טומאה ברה"י הוי וודאי טומאה לא ילפינן אלא מהא דלא מוקמינן סוטה אחזקת טהרה ומזה הוא דידעינן שהספק מתהפך לוודאי א"כ

כל כמה דלא ידעינן דאזלינן בתר חזקה לא ידעינן נמי דספק טומאה ברה"י טמא וודאי ואמאי הבא אל הבית טמא וודאי ולקמן יבואר עוד מה שיש לעיין בזה:

מיהו קשה טובא דא"כ תקשה לרבא בחולין (דף ט') דאמר שם אביי ולא שני לן בין איסורא לסכנתא והא אלו ספק טומאה ברה"ר טהור ואלו ספק מים מגולין אסורין וא"ל רבא התם הלכתא גמירא לה מסוטה ע"ש בתוס' ורשב"א בחי' דלרבא באיסור לא אזלינן בתר חזקה כה"ג דמים מגולין או סוטה שקרוב הדבר שנתחדש בו מקרה או טומאה ורק בטומאה הלכתא גמירא לה דברה"ר טהור היכא דאיכא חזקה ולאפוקי מאביי דאיהו סובר דהיכא דאיכא חזקה מדינא טהור ברה"ר והא דילפינן מסוטה היינו לטהר אף היכא דליכא חזקה ורבא סובר דגם היכא דאיכא חזקה מסוטה הוצרכנו ללמוד ובאיסורין אסור כה"ג כמו במים מגולין לא אזלינן בתר חזקה א"כ לרבא לא מוכח מידי שעשה ספק כוודאי בסוטה דהא גם באיסורין כה"ג לא אזלינן בתר חזקה ולהכי אסורה עד שתשתה ומנ"ל דספק טומאה ברה"י הוי טומאה וודאית:

ועוד דבעיקר הדבר שכתבו התוס' בסוטה דסוטה יש לה חזקת היתר והא דילפינן לטהר ברה"ר היינו דלא נימא דדמי לרה"י קשה טובא דהא אמרינן בדוכתי טובא דספק טומאה ברה"ר טהור אפילו בלא חזקה וכמו שהוכיחו בעצמם בחולין ובנדה דר"ש מטהר ברה"ר גבי מקוה שנמדד ונמצא חסר אע"ג דליכא חזקה דהא איכא נגד חזקת מקוה חזקת טומאה דגברא ואף רבנן לא פליגי אלא משום דהוי תרתי לריעותא וכוודאי טומאה דמי וכן אמרינן בחולין (דף פ"ו) אם אמרו ספק טומאה לטהר יאמרו ספק איסור להתיר והיינו דלר"מ דמסמיך מיעוטא לחזקה והוי פלגא ופלגא מטהר בתינוק משום דהוי דבר שאין בו דעת לשאול וגמרינן מסוטה לטהר אלמא מה דגמרינן מסוטה לטהר אף בלא חזקה נמי טהור דהא התם ע"י החזקה נעשה פלגא ופלגא ואם נימא דגבי סוטה איכא חזקה דטהרה א"כ מנ"ל לטהר גבי טומאה ברה"ר או בדבר שאין בו דעת לשאול אף בלא חזקת טהרה:

וראיתי להגאון בעל ש"ש שכ' דלטהר ברה"ר בלא חזקה דטהרה מבועל ילפינן דטהור ברה"ר אף דלגבי בועל ליכא חזקה דטהרה כלל דאימת הו"ל חזקת טהרה לגבי':

ולענ"ד ז"א דמבועל ליכא ראיה כלל דברה"ר טהור בלא חזקה דאף אם נימא דברה"ר לא מטהרינן בלא חזקה, מ"מ גבי בועל מטהרינן אע"ג דליכא גבי' חזקה דהא איסורא דבועל בבעל תליא דהא באונס דשריא לבעל שריא נמי לבועל כדאמרינן בכתובות (דף ט') התם אונס הואי ושריא לבעל שריא נמי לבועל א"כ כיון דלבעל שריא ברה"ר משום חזקה לבועל נמי שריא אף דלגבי' ליכא חזקה כלל וזהו פשוט וא"כ קשה מנ"ל דברה"ר

טהור אף בלא חזקת טהרה מיהו לרבא א"ש כיון דסובר דלא אזלינן בתר חזקה היכא דאתרע כמו במים מגולין וה"נ ברה"ר לא בעינן לאוקמי אחזקה אי לאו דילפינן מסוטה וכמ"ש הרשב"א ז"ל וכיון דגלי קרא דאזלינן בתר חזקה אע"ג דבאיסור כה"ג אסור א"כ ה"ה בלא חזקה נמי טהור אבל לאביי דסובר דבאיסור נמי אזלינן בתר חזקה כה"ג ומים מגולין שאני דחמירא סכנתא ועיקר ילפותא דסוטה הוא לטהר בלא חזקה א"כ קשה מנ"ל דברה"ר טהור בלא חזקת היתר הא בסוטה הוה חזקה:

ונ"ל דכיון דגלי קרא דברה"י ספיקו טמא והוי וודאי טומאה בספק מגע כל היכא דמסתפק לן אין אנו יכולין להחזיקו בספק טומאה אלא שמספק טומאה נעשה וודאי טומאה א"כ כיון דברה"ר טהור היכא דאיכא חזקה ממילא ידעינן דאף היכא דליכא חזקה נמי טהור דא"א לומר דהיכא דליכא חזקה הוי ספק טומאה דהא מספק הוי וודאי טומאה וא"כ חזקה נמי לא מהני דהא כבר כתבנו דחזקה לא מהני אלא היכא דהספק אינו מתהפך לודאי אבל היכא דהספק מתהפך לוודאי לא מהני חזקה משום דחזקה אינה מכרעת את המעשה רק דגלי קרא דלא נחוש לספיקא ונחזיק הדבר כמו שהי' עד עכשיו אבל בספק מגע טומאה דהספק נעשה וודאי לא מהני חזקה וכיון דברה"ר טהור היכא דאיכא חזקה מסתמא גם בלא חזקה הוי טהור:

אלא שבעיקר יסוד שהנחנו דבטומאה ליכא ספיקא מה"ת לא סבירא להו להתוס' הכי דהא בפ' ב' נזירים שאמר להם א' ראיתי א' מכם שנטמא שניהם מביאין קרבן טומאה וקרבן טהרה ופריך דהא הוי רה"ר ואמאי מביאין קרבן טומאה. ומשני באומר שנזרק ביניכם טומאה דהוי רה"י והקשו התוס' בחולין (דף ט') דאכתי כיון דהוי רה"י ודאי טומאה הוי וקרבן טהרה למה מביאין ותירצו דכיון דספק טומאה ברה"י ילפינן מסוטה בעינן דומיא דסוטה אבל הכא שאחד ודאי טהור להכי לא הוי וודאי טומאה והוי רק ספיקא להכי מביאין קרבן טומאה וקרבן טהרה עיי"ש ובמהרש"א שביאר דבריהם וא"כ חזינן דמצינו גבי טומאה שאינה לא ודאי טומאה ולא ודאי טהור רק ספיקא כגון ברה"י היכא דלא דמי ממש לסוטה. א"כ הדק"ל דלמא ברה"ר נמי ספיקא הוי והיכא דאיכא חזקה טהור כמו בסוטה דאיכא חזקה וטהור ברה"ר והיכא דליכא חזקה הוי ספיקא אלא שלקמן נבאר שאין שיטת התוס' מוכרחת בזה:

מיהו בחולין (דף ט') ובנדה (דף ב') כתבו התוס' דבסוטה ליכא חזקה להתיר כלל משום דרגלים לדבר מרע לחזקה דהתירא והויא ספק השקול וע"ז הקשו דא"כ מנ"ל דברה"י טמא אף בחזקת טהרה ותירצו דהא יש לה חזקה שאינה וודאי טמאה עיי"ש וזה דחוק מאד ועוד לפי"ז ודאי קשה מנ"ל שהספק כודאי דילמא הא דאסרה תורה עד שתשתה

הוא משום ספיקא ככל ספק איסור דאזלינן בי' לחומרא בכה"ת לפי רוב דעת הראשונים ז"ל זולת הרמב"ם ז"ל ואי משום דהכתוב קורא אותה טמאה מדכתיב ונטמאה הא כבר הוכחנו מהש"ס דיבמות דונטמאה בנבעלה הוא דכתיב ולא בנסתרה:

והיה נ"ל ליישב שיטתם דעיקר ילפותא דברה"י עשה הכתוב כוודאי מבועל הוא דאמאי אוסרין אותה עליו הא בספיקא דשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת אמרינן בכתובות (דף כ"ב) אם ניסת לאחד מעדי' ואומרים ברי לי דלא תצא והתם הוי ספק השקול דנגד חזקת א"א איכא חזקה דדייקא ומנסבא א"כ אמאי לא מהימן הבועל לישא אותה כיון דהוא והיא אומרים לא נטמאה א"ו דהכתוב עשה אותה כוודאי טומאה דספק טומאה ברה"י הוי ודאי טומאה ולא מהני ברי לי ומזה ילפינן שהספק כוודאי ואף להרשב"א ז"ל בחי' לקדושין (דף ס"ו) בסוגיא דינאי המלך מפרש לסוגיא דכתובות דהא דפריך באשם תלוי קיימא לרווחא דמילתא פריך דלכל הפחות באשם תלוי קיימא וה"ה דהוה מצי למימר בחטאת קיימא דתרי ותרי מוקמינן אחזקה ולית לי' להרשב"א ז"ל חזקה דדייקא ומנסבא שכתבו התוס' וסיים הרשב"א ז"ל ולבסוף דמשני שניסת לאחד מעדיה ובאומרת ברי לי אע"ג דמדאורייתא מוקמינן אחזקה וקאי בחטאת מ"מ לגבי עצמו נאמן. א"כ תקשה מאי מהני דספק טומאה דסוטה הוי כוודאי מ"מ הבועל לגבי עצמו נאמן מה"ת אף נגד חזקת איסור דהוי כודאי:

מ"מ נראה דא"ש דאף שדעת הרשב"א דברי דידי' מהני אף נגד חזקה שאני חזקה דנהי דגלי לן קרא דאזלינן בתר חזקה מ"מ אין החזקה מחלטת את הענין כמש"כ הש"מ (בספ"ק דב"מ) דאפילו רובא דעדיף מחזקה אין מחליט הדבר ואכתי ספיקא מקרי לענין עשירי ספק וכ"ש חזקה דאינה מכרעת הענין ויבואר כלל זה אי"ה לקמן א"כ כיון דאין החזקת איסור מחליט הענין מהני ברי לי דידי' בשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת אף דבחזקת א"א קיימא ואפילו בשני עדים סובר ר' יהודא בכריתות (דף י"ב) דמהני ברי לי נגד שני עדים לגבי עצמו הוא משום דלגבי עצמו נאמן להכחיש את העדים בדבר שאינו נוגע לאחרים אבל בספק טומאה אמרינן דגלי קרא דספק כודאי היינו כל מה שמסתפק לן בספק טומאה ברה"י הרי הוא וודאי טומאה א"כ לא מהני מה שנאמן ע"ע. דהא מ"מ מה שאצלינו הוא ספק עושה ודאי טומאה ואפילו אם הוא באמת טהור גמור מ"מ הספק שלנו מהפכו לוודאי טומאה להכי לא מהני ברי דידי' וא"כ שפיר ילפינן מטומאת בועל שהספק כוודאי ברה"י דא"א לומר דמטעם ספק אסור דהא הי' מועיל ברי כן הי' נ"ל ליישב שיטת התוס' בחולין ובנדה:

ולפי דרכינו יבואר הא דאמרינן ביבמות (דף כ"ד) הנטען על האשה והוציאוה מת"י אעפ"י שכנס מוציא ומוקי לה רב בעדים והיינו עדות טומאה ולכאורה קשה פשיטא דאעפ"י שכנס מוציא כיון דאיכא עדי טומאה ומדאורייתא אסירא לי' משום ונטמאה כמש"כ רש"י ז"ל במתניתין אבל לפמש"כ א"ש. דטובא קמ"ל ואע"ג דשניהם אומרים שלא נטמאו ולר"י אדם נאמן ע"ע יותר מק' עדים ולר"מ נמי דפליג אחכמים מ"מ הא אמר התם ר"ל דמודה ר"מ לחכמים באמרו לו ב' בעלת שפחה חרופה והוא אומר לא בעלתי דמהימן במגו דאי בעי אמר לא גמרתי ביאתי דבשפחה חרופה בעינן גמר ביאה א"כ ה"נ כיון דאשה נאסרת על בעלה בראו עדים כדרך המנאפים דלא בעינן כמכחול בשפופרת כמש"כ הרא"ש (בפ"ב דיבמות) אם כן הא מצי לומר לא בעלתי ומהני ברי לי דידי' משום דנאמן ע"ע להכי אשמועינן מתניתין דלא מהני ברי לי' דידי' כיון דהוי ספק טומאה לגבי בועל וכיון דלדידן הוי ספיקא לכה"פ נעשה הספק כודאי טומאה ואסור בה אף אם לא נטמאו דוגמת מה שכ' התוס' אם בא עליה הבעל קודם שתשתה צריך כפרה כמו בבעל סוטה וודאית:

אלא שמדברי הירושלמי שהביאו התוס' בסוטה (דף כ"ח) שאלו את בן זומא מפני מה ספק רה"י טמא א"ל סוטה מהו לבעלה ספק או ודאי א"ל מצינו שהיא אסורה עיי"ש משמע דמסוטה לבעל ילפינן ולא מסוטה לבועל ועוד דא"א לומר דמסוטה לבועל ילפינן כיון דאמרינן ביבמות דונטמאה אנבעלה כתיב ולא אנסתרה א"כ קשה הא גופא מנ"ל באמת דאסורה בסתירה לבועל ולא מהני ברי לי דבועל הא בקרא ונטמאה דבועל אנבעלה כתיב ואימא בנסתרה לחוד מהני ברי לי דלא עשאה הכתוב ספק כוודאי ומניין לנו דבסתירה אסורה בשלמא לבעל ידעינן ממה שאסרה הכתוב עד שתשתה כמ"ש רש"י ז"ל בסוטה (דף כ"ח) ד"ה מגיד משום דפשטא דקרא משמע שצריכה לשתות ואי לא אסורה לבעל אבל לבועל דילפינן רק מונטמאה אימא דוקא בנבעלה אסורה לבועל אבל בסתירה אימא דהוי רק ספק ומהני באמת ברי לי דידה ודבועל ושריא ומנ"ל דספק כוודאי דלא ליהני ברי לי:

מיהו נ"ל ליישב שיטתם דילפינן מונטמאה דתרומה דהא לתרומה לא צריך קרא כלל דהא כתיב כי תהי' לאיש זר בתרומת הקדשים לא תאכל כמש"כ רש"י ז"ל בסוטה (דף כ"ט) דאין זר יותר מא"א וכיון דליכא חזקה להתירא דנגד חזקת היתר יש רגלים לדבר דמרע לחזקת היתר והוי ספק השקול א"כ ממילא אסורה לתרומה א"ו דאצטריך קרא לודאי איסור שאם אכלה תרומה עברה על ודאי איסור כמש"כ התוס' (דף כ"ח) ולהכי אצטריך ונטמאה לאשמועינן דמקרי טומאה לענין תרומה ואסורה משום ודאי א"כ הרי

חזינן דספק טומאה כודאי. ולהכי נמי גבי בעל דכתיב גבי' ונטמאה אם נבעלה הוי ספק כודאי שאם בא עליה עשה ודאי איסור ולא כספק בעלמא. וכן גבי בועל לא מהני ברי לי דבועל ונבעלת משום דהספק מתהפך לודאי איסור וכיון דלדידן הוי ספק אסור וכמש"כ לעיל והכל ילפינן מונטמאה דתרומה. וממילא ילפינן דבספק טומאה לא מהני חזקה ברה"י דכיון דספק כודאי לא מהני חזקה כמו שהארכנו בזה לעיל והא דבירושלמי לעיל יליף מסוטה מהו לבעל היינו משום דמתרומה שוב ילפינן דגם גבי' עיקר ונטמאה כתיב עשה הספק כודאי ונקט בעל דעיקר פשטא דקרא בדידי' כתיב וזה ברור ליישב שיטת התוס':

וניחא נמי קצת מה שהקדים התנא דברייתא בסוטה (דף כ"ח) דרשא דתלתא ונטמאה ואח"כ אמר מה ת"ל ונטמאה מגיד לך הכתוב שהספק אסורה ומכאן אתה דן לשרץ ורש"י ז"ל כתב דהאי מת"ל אין לו שייכות עם דרשא דמעיקרא ולדברינו א"ש דעיקר ספק כוודאי מתרומה ילפינן ולהכי הקדים ילפותא דונטמאה אתרומה ואח"כ דן לספק טומאה ברה"י:

ולפמש"כ דעיקר ילפותא דלא אזלינן בתר חזקה הוא מהא דספק כודאי משום דבאמת ליכא חזקה גבי סוטה משום דהרגלים לדבר מרע לחזקה רק דכיון דמהספק נעשה ודאי טומאה לא שייך חזקה משום דאין כח החזקה לברר הענין רק שלא נחוש לספק במקום חזקה אבל אם הספק מתהפך לודאי איסור לא מהני חזקה א"כ קשה טובא מפ' שני נזירים (דף נ"ז) דמוקי לה בנזרק ביניהם טומאה דהוי רה"י וכתבו התוס' משום דברה"ר הוי ודאי טהור וא"צ להביא קרבן טומאה משום דמוקמינן לה אחזקה אף דאחד מהן ודאי טמא הוא משום דהא דמוקמינן אחזקה ברה"ר לא הוצרכנו ללמוד מסוטה להכי מוקי לה ברה"י והא דצריכין להביא קרבן טהרה אע"ג דברה"י וודאי טמא הוא משום דלטמא ברה"י הוצרכנו ללמוד מסוטה והכא דאחד מהן ודאי טהור לא מטמאינן בודאי משום דלא דמי לסוטה עיי"ש בתוס' שביארו כ"ז וא"כ קשה טובא אמאי מביאין קרבן טומאה וקרבן טהרה ברה"י דהא אית להו חזקת טהרה דכיון דכל עיקר דלא אזלינן בתר חזקה ברה"י הוא משום דהוי כודאי ולא מהני חזקה:

א"כ כיון דלא משוינן לי' כודאי מחמת דלא דמי לסוטה דאחד מהן ודאי טהור א"כ שוב אנו צריכין לעמוד אחזקה וא"צ להביא קרבן טומאה כמו ברה"ר דהא הא דלא מוקמינן ברה"י אחזקה לא כתיבא ולא רמיזא אלא דאמרינן לה מסברא דכיון דהספק כודאי לא שייך חזקה א"כ היכא דלא מצינו ללמוד מסוטה לעשותו כודאי משום דלא דמי לגמרי לסוטה מחמת שאחד מהן ודאי טהור בעינן למיזל בתר חזקה לטהרו לגמרי וא"צ להביא

קרבן טומאה כלל ובשלמא אי אמרינן דבסוטה יש חזקת טהרה שפיר איכא למימר נהי דלענין מה שהספק כודאי לא ילפינן מסוטה היכא דא"א להיות ודאי טומאה מ"מ לענין חזקה לא שייך לאפלוגי בין אפשר להיות ודאי טמא או לא אבל כיון דלענין שלא ניזל בתר חזקה לא נוכל למילף מסוטה דשם ליכא חזקה כלל רק שאנו אומרים מסברא דכל היכא דהספק כודאי לא שייך חזקה:

א"כ היכא דא"א להיות ודאי טמא דלא הוי ספק כודאי בעינן למיזל בתר חזקה כמו בכהת"כ:

אלא שבעיקר דברי התוס' שחידשו דהיכא דלא דמי לגמרי לסוטה דאחד טמא ודאי לא ילפינן מסוטה קשה לכאורה דא"כ גבי ב' שבילין דאחד טמא ודאי ואפ"ה אמרינן בזא"ז ד"ה טהורין ופירשו התוס' בפסחים דהטעם הוא משום דהוי ספק טומאה ברה"ר ולהכי מדאורייתא אפילו בב"א טהור ובנדה (דף ב') כתבו דהתם לאו משום דילפינן מסוטה מטהרינן אלא משום דמוקמינן אחזקה כמו בכהת"כ וקשה דא"כ לרב חסדא דסובר בב"ב (דף ל"א) גבי ב' כיתי עדים המכחישין זא"ז בהדי סהדי שיקרא ל"ל ולא מוקמינן כל חד אחזקה משום דאחד מהן ודאי פסול א"כ בשני שבילין לר"ח אמאי מוקי אחזקה הא א' מהן ודאי טמא וא"כ ע"כ טעמא דשני שבילין הוא משום דהוי ס' טומאה ברה"ר וטהור אף בלא חזקה וכיון דלר"ח מוכח דילפינן מסוטה אף היכא דאחד מהן טמא ודאי ה"ה לדידן דקי"ל זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה נמי אמרינן דבכל גווני ילפינן מסוטה דמנ"ל לעשות פלוגתא חדשה ביניהם. ומצאתי בר"ש והרא"ש (בפ"ה דטהרות) שכתבו בהדיא דטעמא דשני שבילין הוא משום ספק טומאה ברה"ר עיי"ש והוא כמו שבארנו:

ובעיקר קושייתם שהקשו דכיון דמוקי לה בנזרק טומאה ביניהם דהוי רה"י הא א"צ להביא קרבן טהרה כלל דברה"י הוי טומאה וודאי נלע"ד דיש ליישב כן דהא דאמרינן ספק טומאה ברה"י הוי טומאה וודאית היינו לחומרא אבל לא לקולא דהא אמרינן ביבמות (דף י"א) דאע"ג דסוטה וודאית א"צ חליצה אבל סוטה ספק צריכה חליצה וכדקאמר התם אמינא לך אנא סוטה וודאי ואת אמרת לי סוטה ספק:

והקשו שם התוס' דהא אמרינן דגבי סוטה עשה הכתוב ספק כוודאי ותי' דלחומרא עשה ספק כוודאי ולא לקולא עיי"ש. א"כ ה"נ להכי מביא קרבן טהרה ג"כ דהא נזיר שאיחר קרבן טהרה עובר בבל תאחר כדאיתא בפ"ק דנדרים ואין לנו להקל ולפוטרו מקרבן טהרה ע"י מגע טומאה ברה"י אע"ג דילפינן לה מסוטה ואין שום ראי' לשיטת התוס' שכתבו דהיכא דלא דמי לגמרי לסוטה שאחד מהן טמא וודאי לא ילפינן מסוטה ולפי"ז

קמה וגם נצבה מש"כ דעיקר הא דלא אזלינן ברה"י בתר חזקה משום דהספק כודאי וכהך שיטה דבסוטה ליכא חזקה דטהרה כלל משום רגלים לדבר והא דבסוטה ספק כודאי ילפינן לה מתרומה וממילא ידעינן דלא אזלינן בתר חזקה כיון שהספק כודאי:

והנה לא מבעיא לפי דברי התוס' בסוטה (דף כ"ח) הנ"ל שכתבו דבסוטה איכא חזקת היתר דרגלים לדבר לא משוי לה אלא לספק השקול דודאי מוכח דלא אזלינן בספק זנות בתר חזקה אלא אפילו לשיטת התוס' (בחולין ובנדה) דסוטה ליכא בה חזקת היתר משום דרגלים לדבר מרע לה לחזקה מ"מ לא אזלינן בסוטה בתר חזקה כיון דכתיב ונטמאה א"כ יש לה דין טומאה ובטומאה ברה"י לא מוקמינן אחזקה (כמש"כ לעיל) דכיון דהספק כודאי לא שייך חזקה וה"ה גבי סוטה וכן מוכח בכתובות (דף נ"א) דפריך שם לאבוה דשמואל דאמר שם אשת ישראל שנאנסה אסורה לבעלה דחיישינן שמא תחלתה באונס וסופה ברצון ופריך אלא אונס דשריא רחמנא היכי משכחת לה ומשני דצווחה מתחלה ועד סוף ואמאי חיישינן שמא סופה ברצון נימא דמוקמינן לה אחזקה שהיא מותרת לבעלה א"ו דבספק סוטה לא מוקמינן אחזקה והתוס' בכתובות (דף ט') הקשו בסוגיא דפ"פ דמוקי לה באשת ישראל וכו' והוי ספק א' ספק באונס ספק ברצון דנוקמי בחזקת היתר לבעלה ולפמש"כ לק"מ דהא הוי ספק סוטה ולא מוקמינן אחזקה ועיין פנ"י שעמד ע"ז שם:

מיהו נראה דדברי התוס' נכונים דאם נימא דיש להך ספק דין ספק סוטה מאי פריך והא ס"ס הוא הא בספק טומאה ברה"י קיי"ל דאפילו בס"ס לא מהני מיהו אפשר לומר דלענין זה לא מחמרינן לדמותו לספק טומאה כיון דאיכא לאסתפוקי שמא לא תחתיו זינתה דאפשר לומר שאחר נשואין לא הי' שום ריעותא המחדש לנו ספק ולא דמי לספק טומאה ברה"י כמו חולדה מהלכת ע"ג ככרות ושרץ בפיה ספק נגע ספק לא נגע וכדומה דהספק התחיל בשעה הראוי לטמא ונעשה אז דבר המביא לידי ספק טומאה משא"כ כאן שאחר הנשואין לא נעשה שום ריעותא רק שלא נמצא לה בתולים וכיון דאיכא למימר דזינתה קודם אירוסין ואחר אירוסין לא נתחדש בה שום דבר המביא לידי ספק טומאה מהני בה ס"ס:

ולא דמי לספק טומאה ברה"י:

ונראה שזהו דעת הרשב"א ז"ל שכתב במשמרת הבית (בית ד' שער ב' דף ק"ט) דבחד ספיקא אסורה משום ספק סוטה וקשה לדבריו דאם זה מקרי ספק סוטה א"כ אמאי מהני ס"ס וצ"ל כמש"כ דס"ס מהני כאן דאיכא למימר שלא נעשה בה שום ריעותא בשעה שהיא ראוי' לדון עלי' ספק סוטה לא מיקרי ספק טומאה ברה"י וכ"ז הוא לענין ס"ס:

אבל לענין חזקת היתר בנתקדשה פחותה מב"ג איכא למימר דדמי לספק סוטה ולא מוקמינן לה בחזקת היתר כיון דודאי נבעלה אחר אירוסין:

ונ"ל דדעת התוס' דכיון דמיירי כאן שהאשה מכחישתו וכמש"כ הרא"ש בשם הר"י ז"ל רק שהבעל נאמן מטעם דשוי' אנפשה חד"א בזה לא מדמינן לספק סוטה שלא להעמידה אחזקתה דבעינן דוקא דומיא דסוטה דהתם מחזקינן לה לטומאה וודאית דהא מיירי בנסתרה עפ"י עדים. אבל היכא דאסרינן מטעם שוי' אנפשה חד"א לא מחזקינן האיסור אלא לגבי עצמו אבל לאחרים מותרת גם לכהן דאינו נאמן לאוסרה אכו"ע להכי לא דמי לספק סוטה ודוקא היכא שהספק יאסרנה אכ"ע מדמינן לה לספק סוטה ולא בספק שאין אנו יכולין להחזיקו רק על עצמו [וכה"ג כתבו התוס' בנדה (דף ב') דלא ילפינן מסוטה אלא לטומאה מכאן ולהבא ולא למפרע עיי"ש] ושפיר הקשו התוס' בספק אונס ספק רצון דנוקי אחזקה:

ובזה א"ש נמי מה דפריך והא ס"ס הוא ספק תחתיו ספק אינו תחתיו ספק באונס ספק ברצון אע"ג דסוטה דמיא לטומאה ובספק טומאה ברה"י לא מהני ס"ס משום דכיון דאינו נאמן לגבי אחרים רק לגבי עצמו לא דמי לספק סוטה ומהני שפיר ס"ס:

ובזה ניחא הא דאיתא בירושלמי (פ"ק דכתובות) הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים היא אומרת משארסתני נאנסתי והוא אומר לא כי הדא דאתמר לכתובה מנה ומאתים אבל לקיימה אינו רשאי משום ספק סוטה כו' וכולהו מן הדא דא"ר אילא בשם ר"א מצא הפ"פ אסור לקיימה משום ספק סוטה והקשה הנוב"י במה"ת חלק אהע"ז (סי' י"ד) דהא מתניתין לא מיירי בא"כ דבא"כ איך נימא שרשאי לקיימה כיון שהיא אומרת שתחתיו זינתה ונאנסה. ומדהוצרך הירושלמי לומר שא"נ ש"מ דמיירי באשת ישראל ובפחותה מבת ג' שנים נמי לא מיירי דא"כ איך יכול לומר עד שלא ארסתיך נאנסת הא בתוליה חוזרין וא"כ כיון דלא מיירי בא"כ ובפחותה מב"ג א"כ הא הוי ס"ס ואמאי נאסרת עכ"ל אבל לפמש"כ א"ש דבש"ס דילן דמיירי שהיא מכחשת אותו ואומרת בתולה הייתי וכמש"כ דהכי דייק לישנא דנאמן לאוסרה שפיר פריך הא הוי ס"ס:

דכיון דהיא מכחשת אותו לגמרי שלא מצא פ"פ אין לו שום נאמנות כ"א משום דשויא אנפשי' חד"א ובזה מהני ס"ס וכמש"כ דלא שייך לדמות זה לספק סוטה כיון דלכ"ע לא נחשב שום ספק דאין לו נאמנות רק לגבי עצמו אבל הירושלמי דקאי אמתניתין דמשארסתני נאנסתי שהיא מודית דנמצאת בעולה רק שטוענת נאנסתי תחתיך בזה שפיר קאמר הירושלמי דחיישינן שמא זינתה ברצון ואף דהוי ס"ס ספק רצון ספק אינו תחתיו מ"מ לא מהני בסוטה ס"ס. והא דהוצרך הירושלמי לתרץ אמימרא דר' אילא

דמצא פ"פ אסור לקיימה משום ספק סוטה משום דקול יוצא לאנוסה ולא משני דמיירי בטענת נאנסתי דבזה לא מהני ס"ס משום דבעי לאוקמי אפילו במכחישתו דומיא דמימרא דידן דאמר ר"א דנאמן לאוסרה דמיירי במכחישתו דהא התם ר' אילא בשם ר"א קאמר להך מימרא בירושלמי והיינו הך מימרא דאיתא בגמרא דידן בשם ר"א ומיירי במכחישתו:

אבל במודית שזינתה אסורה אף היכא דאיכא ס"ס ולא מוקמינן נמי אחזקת היתר ולומר שזינתה באונס אע"ג דליכא סברא דקול יוצא לאנוסה כמש"כ משום דבסוטה לא מהני ס"ס וחזקה וזה ברור:

ולפי זה בנ"ד כיון שהאשה מכחישתו ורק שאנו דנין על אמירת הבעל משום שויא אנפשי' חד"א הי' מקום להתירה מטעם חזקה כמו שבארנו דהיכא דהאיסור משום שוי' אנפשה חד"א מוקמינן שפיר אחזקה ואף לפמש"כ התוס' דבסוטה ליכא חזקה דרגלים לדבר דודאי זינתה מרע לחזקה. מ"מ התם שפיר מקרי רגלים לדבר דכיון דאסתתר אחר קינוי ודאי זינתה שלא היה מי שיעכבה על ידה אבל הכא כיון שאנו מסופקים שמא מפחד הבא עליהם פתאום לא עשו הרעה עדיין ע"ז לא שייך רגלים לדבר והוי ספק השקול ומהני חזקה:

ואף דאמרינן במכות (דף ד') דאמר שמואל במנאפין משיראו כדרך מנאפין ולא מספקינן שמא לא בעל. כבר כתב הנוב"י ז"ל דזהו דוקא באותן שנתייחדו ולא נפרדו ממעשיהם מפני פחד או בהלות ב"א הבאים פתאום אבל אם פתאום בא א' לחדרם ונתפרדו זמ"ז מחמת יראת הרואים לא הוי אלא ספק דשמא לא בצעו אשר זממו ובקשו לעשות הרע ולא עשו וכיון דהוי ספק איכא למימר דאוקמוה אחזקת היתר לבעלה וכמו שהוכחנו מדברי התוס' כל היכא דליכא עדים רק שאנו באים לאוסרה מצד אמירת הבעל דשוי' אנפשי' חד"א לא מדמינן לה לספק סוטה ומוקמינן לה אחזקה ועיין בנוב"י מה"ת (סי' י"א) שכתב להתיר ג"כ בכה"ג שיש ספק אם היה יכול להוציא פעולתו הרעה מכח אל הפועל כגון שבאו עליהם פתאום ב"א ולא זכר שמה כלל הך סברא דספק סוטה עיי"ש:

ולכאורה משום חזקה לחודא א"א להתיר דנהי דמה"ת מוקמינן אחזקה מ"מ מדרבנן בעינן למיסר כדאמרינן ביבמות (דף ל') בספק קדושין בצרת ערוה דאשה זו בחזקת היתר ליבם עומדת ושריא להתייבם ואעפ"כ חולצת לחומרא מדרבנן אלמא דמדרבנן לא מוקמינן אחזקה מיהו הא התוס' הקשו בסוגיא דפ"פ נוקמא אחזקה שהיא כשירה לכהונה וצ"ל דאף דמדרבנן לא מוקמינן אחזקה מ"מ להוציא אשה מבעלה לא החמירו

ושפיר מוקמינן אחזקה ושם ביבמות החמירו רק לכתחילה שלא תתייבם אבל אשה שהיא תחת בעלה לא החמירו כ"ז נלע"ד בעז"ה:

סימן קעב

ולענין סוטה וודאי בעדים שבא עלי' בעלה אם היו לוקין עלי':

ראיתי בדברי הרמב"ם ז"ל שכ' (בפי"א מה' גירושין הל' י"ד) ובכלל לאו זה שכל אשה שזינתה תחת בעלה נאסרה עליו ולוקה עלי' שנאמר אחרי הוטמאה והרי נטמאת והקשו עליו הכ"מ והלח"מ מהא דכתב (בספ"א מהא"ב) המקנא לאשתו ונסתרה ובא ע"א והעיד שנטמאה והי' בעלה כהן לוקה עלי' משום זונה אעפ"י שעיקר העדות בע"א כבר הוחזקה בו זונה עכ"ל ומדכתב דלוקה משום זונה משמע דדוקא כהן לוקה משום זונה אבל ישראל אינו לוקה משום לאו דטומאה ומה שאמרו ביבמות (דף נ"ו) דלוקין גם משום טומאה הוא למ"ד לוקין על לאו שבכללות אבל הרמב"ם ע"כ דסובר דאינו לוקה על לאו דטומאה משום שכולל לאו דמחזיר גרושתו וסוטה ביחד והוי לי' לאו שבכללות וא"כ דבריו סותרים זא"ז:

ובאמת שדברי הרמב"ם (בה' א"ב) הם דברי הירושלמי (בסוטה פ"ו) וז"ל אמר פלוני אכל חלב והתרו בו אינו לוקה אמר לו אחד חלב הוא והתרו בו שנים לוקה ועיקר עדותו לא בע"א הוא אמר לו אחד נזיר הוא והי' נוהג בנזירות ע"פ שתה יין נטמא למתים התרו בו שנים לוקה ועיקר עדותו לא בע"א הוא אמר פלונית כהנת זינתה ובא עלי' בעלה ובעלה כהן והתרו בו אינו לוקה נסתרה בפני שנים אמר ע"א אני ראיתי' שנטמאת ובא בעלה עלי' כהן התרו בו שנים לוקה עיקר עדותו לא בע"א הוא ועיקר הרבותא של הירושלמי הוא אע"ג דתחילת האיסור הוחזק בע"א אפ"ה לוקה על זה האיסור אם עבר עליו בשני עדים ובהתראה וזה ממש דברי הרמב"ם בכאן וכן כתב (בה' שגגות) לענין חלב ומדנקט הירושלמי הך דינא בכהנת ולא בישראלית ע"כ דסובר דמשום טומאה לא לקי דהוי לאו שבכללות להכי הוצרך למינקט באשת כהן דלקי שפיר אלאו דזונה ואין לומר דלהכי נקט אשת כהן משום דמיירי באונס ובאשת ישראל אונס משרי שרי דז"א דהיא גופא קשיא אמאי נקט האי דינא גבי אונס והוצרך למינקט אשת כהן לינקט גבי רצון ואפילו באשת ישראל:

ועוד נראה לי דאם בא ע"א והעיד אחר סתירה שנאנסה מאותה סתירה מהבועל אינו נאמן דהא בכל התורה קי"ל דע"א בדבר שבערוה לאו כלום הוא רק הכא גבי סתירה גלי דע"א נאמן לומר שנטמאת משום דאיכא רגלים לדבר המסייע להעד שהרי נסתרה עמו וכ"ז הוא במעיד שנטמאת ברצון דבזה הוי רגלים לדבר שהסתירה היתה כדי לזנות עמה

אבל אם נאנסה אין כאן רגלים לדבר מהסתירה דהא אדרבה חזינן שלא רצתה להבעל עד שאנסה וכיון דליכא רגלים לדבר ע"א אינו נאמן בה שאסורה רק מכח הסתירה ואמאי לוקה עלי' אח"כ בעלה כהן:

וכה"ג כתב החכ"צ בתשובותיו (סימן ק"נ) דאם אמר העד שזינתה מאיש אחר אינו נאמן דעל אחר ליכא רגלים לדבר מסתירה והביא ראיה מדברי רש"י (בסוטה ל"א) עיי"ש והכי משמע לי מהש"ס דסוטה (ד' כ"ו) דקאמר אמתניתין דקתני ומותרת לבעלה פשיטא אמר רב הונא במתנונה מתנונה בדקוה מיא במתנונה דרך אברים מהו דתימא הא זנויי זנאי והא דלא בדקוה מיא כי אורחא משום דבאונס זנאי ולגבי כהן אסירא קמ"ל ע"כ ואם נימא דרגלים לדבר הבא מכח הסתירה הוי רגלים גם לענין ביאת אונס א"כ אמאי באמת שרי' לכהן כיון דקים לי' להש"ס דע"י ביאת אונס יכולה להיות מתנונה אחר שתי' ניחוש באמת שמא זינתה באונס. ועיין במל"מ (סוף פ"ג מה' סוטה) שכתב שיש מקום לפרש דברי הש"ס קמ"ל דמותרת דאם איתא דזנאי באונס היו המים בודקין אותה כראוי] א"ו דאין ענין רגלים לדבר מכח הסתירה על ביאת אונס כלל וכיון דליכא רגלים לדבר לא חיישינן לביאת אונס דמוקמינן לה אחזקה דהתירא לבעלה כיון דליכא רגלים לדבר ועוד אונס לא שכיח אבל אם נימא דרגלים לדבר הוי נמי לענין אונס הוי לן למיחש שמא נאנסה אע"ג דלא שכיח כיון דמתנונה ואיכא רגלים לדבר וכיון שהוכחנו דגבי אונס ליכא רגלים לדבר פשיטא דאין ע"א נאמן לומר שנאנסה וא"כ פשיטא דהירושלמי דקאמר בעלה כהן מיירי ברצון דרבי קרא ועד אין בה דע"א מהימן בה ואפ"ה נקט כהן ולא נקט ישראל וע"כ משום דסובר דבישראל דאיכא רק לאו דטומאה אין לוקין כלל משום דהוי לאו שבכללות ולהכי נקט כהן דאיכא גבי' לאו דזונה ולקי שפיר וא"כ וודאי דקשה על הר"מ ז"ל שכתב (בה' גירושין) דלקי שפיר אלאו דטומאה ולא חייש ללאו שבכללות:

וראיתי להכ"מ שכתב וז"ל ויש מי שתירץ דברי רבינו שמ"ש כאן שלוקה על לאו דסוטה היינו דווקא כשגירשה והחזירה ואח"כ בא עלי' כמו מחזיר גרושתו אחר שנתקדשה לאחר וזו אעפ"י שלא נתקדשה לאחר לוקה עלי' דכי אמרינן אחרי אשר הוטמאה לרבות סוטה שנסתרה אירשא דקרא קאי וכתב לה ספר כריתות וכו' לא יוכל בעלה לשוב לקחתה אם היתה לאיש אחר וכן אם לא היתה לאיש אחר אם הוטמאה תחתיו וגירשה והשתא ניחא דבפ"א מה' א"ב מיירי כשבא עלי' ולא החזירה ומש"ה אינו לוקה אם אינו כהן ע"כ והנה לכאורה ודאי משמע כדבריהם דכיון דמרבינן סוטה שנבעלה מקרא דאחרי אשר הוטמאה דכתיב במחזיר גרושתו לא חמיר ממחזיר גרושתו ובמחזיר

גרושתו אינו לוקה אא"כ קידש אח"כ כדכתיב להיות לו לאשה אבל בבעל לחוד אינו לוקה כדאמרינן בקדושין (דף ע"ח) א"כ פשיטא דה"ה סוטה בביאה לחוד אינו לוקה:

מיהו קשה כיון דקיי"ל אין איסור חל על איסור ואיסור לאו לא חייל על איסור עשה כמ"ש התוס' בשבועות (כ"ג) מהא דהאוכל תרומה טמאה בטומאת הגוף וזו שנבעלה נאסרה על בעלה באיסור עשה דונטמאה ואם נימא דאין איסור לאו דסוטה אלא כשהחזירה אחר שגירשה תקשה הא אין איסור חזרת סוטה ולאו שבה חל על איסור עשה דונטמאה ואיך משכחת לה מלקות דסוטה אחר שהחזירה:

לכן נ"ל דהא ודאי דלאו דסוטה לא לקי עלה אלא אם יש קדושין כיון דכללינהו קרא בחד לאו סוטה ומחזיר גרושתו כמו דבמחזיר גרושתו לא לקי אלא בקידושין ה"נ בסוטה לא לקי אלא בקדושין מיהו זה דווקא אם גירשה אז לא לקי עד שיחזור ויקדשנה אבל אם לא גירשה כלל לקי עלה מיד דחל איסור סוטה ולאו שבה מיד אחר שזינתה ואף דבעינן קדושין דכתיב להיות לו לאשה ובל"ה לא לקי מ"מ הכא בסוטה הא לא פקעי ממנה קדושי ראשונים כדאמרינן (ביבמות מ"ט) הכל מודים בבא על הסוטה שאין הולד ממזר דהא תפסי בה קדושין ופרש"י ז"ל דהיינו שלא פקעו קדושין הראשונים וא"כ כל שבא עלי' אחר שזינתה קודם שגירשה לוקה דקרינא אחרי אשר הוטמאה להיות לו לאשה וחל האיסור לאו עלי' תיכף שזינתה ולקי עלי' כ"ז שלא גירשה דקרינן בי' להיות לאשה דהא לא פקעי קדושין הראשונים וכן אם גירשה והחזירה נמי לקי אבל אם גירשה ולא החזירה לא לקי דקדושין הראשונים אזלי לה ע"י הגט ועתה היא פנוי' ובלאו דסוטה לא חייב רחמנא בלא קדושין כמו דלא חייב במחזיר גרושתו:

ומעתה לפי מה שנתבאר דלאו דסוטה איכא אף בלא נתגרשה דלא כדעת הר"מ שהביא הכ"מ ודאי דקשה על דברי הר"מ ז"ל (בה' א"ב) דשביק מלקות דלאו דטומאה ונקיט לאו דזונה אחרי שכתב בעצמו (בה' גירושין) דלקי אלאו דטומאה ולא הוי לאו שבכללות:

ונראה לי ליישב דברי הר"מ ז"ל באופן אחר דודאי גם הוא סובר שלוקין אלאו דסוטה ומה שכתב (בה' א"ב) שלוקין משום זונה אם הוא כהן וכדברי הירושלמי הנ"ל דמשמע דבישראל ליכא מלקות הוא מטעם אחר דהנה התוס' בסוטה (דף כ"ח) ד"ה מה ת"ל כתבו וז"ל וא"ת וכי אצטריך קרא למעוטי ספיקא י"ל הכתוב אוסרה קודם שתי' כאלו היא וודאי אע"ג דליכא מלקות כדמוכח בפ"ק מיהו לאו הבא מכלל עשה איכא ואפילו אם היא טהורה נענש בב"ד של מעלה אם בא עלי' כמו על חייבי עשה ולא כשאר ספיקות כגון ספק חלב ספק שומן ואכלו ונודע שהוא שומן אעפ"י דצריך כפרה וסליחה מיהו

לא חמיר כחייבי עשה עכ"ל מבואר מדבריהם דבסוטה כ"ז שלא שתתה אף אם טהורה היא בעלה קאי עלה בעשה:

מיהו כ"ז גבי בעלה אבל לענין כהונה ותרומה אם טהורה היא נראה דליכא בה עשה ואינה אסורה רק מספק שמא נטמאת אבל אי הוי ידעינן שלא נטמאת ליכא איסור עשה גבה ואע"ג דמרבינן שם מתלתא ונטמאה תרומה וכהן לר' ישמעאל ור"ע מ"מ האי ונטמאה היינו נבעלה כדקאמר (ביבמות י"א) דפריך מ"ש סוטה וודאי דכתיב בה טומאה סוטה ספק נמי הא כתיב בה טומאה דתני כו' אלא מה אני מקיים אחרי אשר הוטמאה לרבות סוטה שנסתרה ומשני מאי נסתרה נבעלה כו' עיי"ש ברש"י ותוס' הרי דטומאה דכתיב בקרא אנבעלה קאי אבל בסתירה אם טהורה היא ליכא עשה גבי תרומה וכהונה. ורק גבי בעל איכא עשה כיון דכתיב והביא האיש את אשתו ממילא ידעינן דמחויב להשקותה ואם לא השקה אותה איכא לאו הבא מכלל עשה אף אם טהורה היא אבל לתרומה וכהונה ליכא עשה אלא אם נטמאה וודאי אבל אם לא ידעינן אם נטמאה אסורה רק מספק והא דאצטריך קרא לזה אע"ג דבלא"ה הוי ידעינן דמספיקא אסורה ככל ספק איסור כבר כתבו התוס' (שם דף כ"ט) כי היכי דלא נימא דמוקמינן איתתא אחזקה לענין כהונה ותרומה להכי איצטרך קרא דכמו דלא מוקמינן אחזקה לגבי בעל משום דרגלים לדבר מהסתירה מרע לחזקה ה"נ לא מוקמינן אחזקה לגבי תרומה וכהונה:

וכן מתפרש דברי הגמרא שם (דף כ"ט) דקאמר וכ"ת כהונה לא תבעי קרא שהרי עשה בה ספק זונה כזונה היינו שעשה בה ספק כוודאי דחוששין לספק ואוסרין כוודאי ולא מוקמינן אחזקה דהיתרא דכיון שעשה הכתוב ספק זונה כוודאי לגבי בעל ולא מוקמינן אחזקה ממילא לענין כהונה ותרומה נמי לא מוקמינן אחזקה וכ"ז משום דמספקינן שמא טמאה היא אבל אם באמת טהורה היא ליכא בה איסור עשה:

גם יש להביא ראי' לזה מהא דאמר בירושלמי דתרומה וכהונה לא צריך קרא משום דכיון דחזינן דרגלים לדבר מרע החזקה גבי בעל ממילא גבי תרומה נמי אסורה מספק ומוקמינן שם קרא ליבם משום דאי לאו קרא לא הוי ידעינן כלל שנתפס איסור מכח זנותה על היבם:

ומזה ראי' ג"כ למ"ש דבתרומה וכהונה ליכא איסור עשה אם היא טהורה דאי ס"ד דהא דדרשינן ונטמאה אתרומה וכהונה היינו דאיכא איסור עשה כ"ז שלא שתתה אף אם היא טהורה א"כ אמאי לא מוקי הירושלמי קרא אתרומה דהא וודאי אצטריך קרא מיוחד לתרומה וכהונה לאסור בעשה אף אם טהורה היא דכיון דחידוש הוא שיש בה איסור אף אם היא טהורה ליכא למילף תרומה וכהונה מבעל ובעי קרא מיוחד לתרומה ומדמקשה

הירושלמי אמאי צריך קרא לתרומה ומוקי לה איבם ע"כ דפשיטא להירושלמי דאין סברא כלל לאסור לתרומה אם היא טהורה דדוקא גבי בעל שקינא לה ונסתרה אסורה עליו אף אם טהורה היא אבל לתרומה אינה אסורה אלא מספק שמא טמאה היא ושפיר פריך דלזה לא צריך קרא כיון דגלי קרא גבי בעל דמספק אסורה ולא מוקמינן אחזקה דרגלים לדבר מרע החזקה ה"ה לתרומה אסורה מספק והוצרך לאוקמי קרא איבם:

והכי נמי יש להביא ראי' מהא דאמר בברייתא (יבמות ס"א) רבי מתיא בן חרש אומר אפילו הלך בעלה להשקותה ובא עלי' בדרך עשאה זונה ורבנן פליגי עליו ואם נימא דגם לענין כהונה מקרי איסור וודאי אף אם טהורה היא א"כ היכי קאמר ר"מ בן חרש דעשאה זונה הא כבר היא זונה משעת סתירה ועכשיו אינה יכולה לשתות אחר שבא עלי' דכיון שאין הבעל מנוקה מעון אין המים בודקין אותה כמ"ש התוס' והרשב"א ביבמות (דף פ"ה) עיי"ש לענין הך מילתא דבא עלי' בעלה בדרך. א"כ לענין מאי אמר דעשאה זונה מחמת שבא עלי' בדרך הא כבר היא זונה ורבנן נמי אמאי פליגי עלי' ואין לאמר דנ"מ לענין מלקות דמחמת הסתירה היא בעשה לחוד ואם בא עלי' בעלה בדרך איכא מלקות מחמת ביאתו משום זונה אם תנשא אח"כ לכהן דז"א דהא קי"ל דאין איסור חע"א ואם אסורה מחמת הסתירה לכהונה בעשה כשנבעלה אח"כ לבעל לא אתי איסור לאו הבא מכח ביאת הבעל וחייל באיסור עשה שעלי' מכח סתירת הבועל א"ו כמ"ש דמחמת סתירת הבועל הויא רק בספק זונה וכיון דהוי' רק ספק זונה שפיר לקי עלה כהן משום זונה כשבא עלי' בעלה בדרך דמ"מ הוי' זונה, או שנטמאה מהבועל ואם לא נטמאה והיתה טהורה עד שבא עלי' הבעל נעשית זונה מחמת שבא עלי' בעלה לר"מ בן חרש:

ונראה לי להביא ראי' לדברינו מדברי הרמב"ם ז"ל כן דבאיסור כהונה הויא ספק איסור קודם שתשתה ולא איסור וודאי זונה שכתב (בפי"ח מה' אסורי ביאה הי"ב) וז"ל כל אשה שקינא לה בעלה ונסתרה ולא שתת מי סוטה אסורה לכהן מפני שהיא ספק זונה בין שלא רצתה לשתות בין שלא רצה להשקותה בין שהיתה עדות שמונעה מלשתות כו' הואיל ולא שתת מכל מקום הרי זו אסורה לכהונה מספק עכ"ל הרי דסוטה שלא שתת אסורה רק מספק ואלו (בפ"ב מה' סוטה) כתב בנשים שאינן שותות שאסורות לבעליהם לעולם ולא כתב שאסורה מספק כמ"ש גבי איסור כהונה ומזה משמע דסובר כדעת התוס' דסוטה לבעלה קודם שתי' יש בה איסור. וודאי ולכהן יש בה רק איסור ספק ואין לומר דלעולם דגבי כהונה נמי איכא עשה אף אם היא טהורה קודם שתשתה כמו גבי בעל מיהו היינו דווקא כ"ז שראוי' לשתי' אבל אם באו עדים שמנעוה מלשתות או שאמר הבעל שאינו רוצה להשקותה דשוב אינה שותה או שאינו מנוקה מעון דלאו

בת שתי' אינה אסורה אם טהורה ולא הוי אלא ספק איסור שמא טמאה היא וכמ"ש רש"י (בדף כ"ח ע"א) ד"ה מגיד לך הכתוב שעל הספק אסורה והכי קאמר קרא אשה זו שמא נטמאה שמא לא נטמאה וקאמר לך דישקנה לברר הספק ואי לא משקה לה אסורה והיינו דווקא בראוי' לשתי' אבל באינה ראוי' לשתי' לא הוי בה רק ספק איסור ככל ספק איסור שבתורה:

דז"א דאטו שתיה חוב על הבעל ומצוה דנימא דאיסור דידה תלי' בקיום המצוה דבזמן שהי' ראוי' לקיום מצות שתי' אסורה אף אם היא טהורה עד שתשתה ובזמן שאינה ראוי' לשתי' מותרת אם היא טהורה הלא השתי' ביד הבעל ובידה ואם אמר איני משקה או שהיא אמרה איני שותה שוב אינה שותת ואיך נימא דהשתי' מעכב היתר דידה אם ראוי' לשתות זה לא מצינו אלא גבי מצוה כמו היתר חדש דתליא בהקרבת עומר בזמן שבהמ"ק קיים ובזמן דליכא עומר חדש ניתר בלא עומר אבל לא שייך לומר כן גבי שתי' שהוא רשות להבעל להשקותה או לא ואם איתא דיש בה איסור זונה אם היא טהורה קודם שתי' וודאי דאסורה אף באינה ראוי' לשתות ומדחזינן דקרי לי' הר"מ ספק זונה באינה ראוי' לשתות ש"מ דגם בראוי' לשתות אין בה אלא ספק זונה דלא דמי איסור כהונה לאיסור בעל דדוקא גבי בעל כתב קרא דאסורה באיסור עשה עד שתשתה אף אם טהורה היא ולא לענין כהונה:

ומעתה אחרי שנתברר דחלוק דין איסור כהונה בסוטה מדין טומאה לבעל דבבעל הויא וודאי איסור עשה אף אם היא טהורה ובכהונה ליכא אלא ספק איסור א"כ דברי הירושלמי והרמב"ם ז"ל נכונים מאוד במ"ש האי דינא דע"א שהעיד על הטומאה ואח"כ בא עלי' בעלה כהן בעדים לוקה משום זונה ולא נקט אם בא עלי' בעלה ישראל ללקות משום טומאה דהא ע"א אינו נאמן לענין מלקות בכל התורה רק דהירושלמי חידש לן דהיכא דנתחזק עדותו של העד לענין דבר אחר שוב אף שאח"כ אנו דנין לענין מלקות נמי מהני כמו גבי חלב דע"א נאמן באיסורין בספק חלב ספק שומן מהני ללקות אם אכל החלב בעדים וכן גבי נזירות אם שאמר העד שנדר בנזיר ונהג נזירות עפ"י העד שוב לוקה אם שתה יין בעדים והתראה וכ"ז דווקא אם העד עשה פעולה ע"י עדותו ונתחזק עדותו בדבר שהאמינתו תורה שוב מהני אף כשאנו באין לדין לענין מלקות וא"כ באיסור טומאה לגבי בעל שאמר העד שהיא טמאה לא אהני לן האי עד מידי ולא נתחזק שום איסור על ידו דבלא"ה היתה אסורה על הבעל באיסור עשה אף אם היא טהורה ואי משום דנתחזק עדותו לענין שמונעין אותה מלשתות זה לא מיקרי איתחזק עדותו דאם לא הי' רוצה הבעל להשקותה לא הי' משקה אותה גם בלתי עדותו ואנן בעינן שיחול

על איזה דבר קביעות איסור מחמת עדותו אז מועיל אח"כ עדותו אף כשאנו באין לדין אח"כ לענין מלקות אבל בזה לא נעשה שום קביעות איסור ע"י דבלא"ה היתה אסורה לבעל באיסור עשה אף אם היא טהורה מאי אמרת דנ"מ לענין מלקות אם יבוא עלי' בעלה ז"א הא לענין מלקות אין ע"א נאמן כלל ואנן בעינן קביעות איסור ע"י עדותו לדבר שהאמינה אותו התורה ואז מועיל גם לענין מלקות אבל הכא לא הי' קביעות איסור לענין שום דבר להכי כשבא עלי' בעלה אח"כ אינו לוקה משא"כ כשבעלה כהן דאז כשהעיד הע"א שנטמאה נעשה קביעות איסור ע"י עדותו דקודם שהעיד היתה רק ספק זונה ואם יגרשנה בעלה או ימות הויא רק ספק זונה כמ"ש בשם הרמב"ם ז"ל וע"י עדותו נעשה קביעות איסור זונה בה שאם יגרשנה תהא אסורה לכהן והוולדות יהיו חללים בודאי וכיון שהי' קביעות איסור ע"י העד שוב לוקה עלי' הבעל אם הוא כהן כמו גבי ספק חלב ספק שומן שנקבע האיסור ע"י העד ומהני אח"כ לא יחיובי עליו כרת וכ"ז הוא דווקא בבעלה כהן אבל בבעלה ישראל אינו לוקה משום טומאה דבישראל לא באה שום קביעות איסור ע"י העד דגם קודם שהעיד היתה אסורה באיסור עשה אף אם טהורה היא כמ"ש התוס' וזה ברור הנה נתבאר דגם הר"מ ז"ל סובר דלוקין על לאו דטומאה בסוטה וודאי ולא הוי לאו שבכללות:

סימן קעג

ע"ד אשר כתב אלי הרב הגדול ש"ב מ' דובער אבד"ק גורא בעסק יבמה שהיא אינה שומעת כ"א אחרי שאגת קול גדול אזי היא שומעת מעט וגם היא ערלת שפתים ואינה יכולה לדבר כשאר ב"א וקשה להבין חיתוך דיבורה ודעתה נוטה אל הטיפשות שאינה יודעת ענין חליצה, ובעניני העולם מבחנת לקנות דברים מן השוק ולעשות מה שאומרין לה על הן הן ועל לאו לאו:

תשובה הנה במה שנסתפק אם יש לה דין שוטה לכאורה אינו ענין לכאן דממ"נ אם יש לה דין שוטה הרי אין קידושי' קדושין כלל ואין לה שום חשש וביבמות (דף ק"י) אמרינן ברומיא דפריך אמתני' דשתי חרשות חליצתה של א' מהן פוטרת צרתה ממתני' דחרשת שחלצה חליצתה פסולה ומשני רבה כאן בפקחת ואח"כ נתחרשת כאן בחרשת מעיקרא חרשת מעיקרא כי היכי דעל הכי נפיק פקחת ואח"כ נתחרשה לא דמעכבא בה קריאה עיי"ש ואף דהתם איתותב רבה ומסקינן דבחרשת מעיקרא נמי לא חולצת ולא אמרינן כי היכי דעל הכי נפיק. התם מטעם קריאה הוא כיון דמיירי בחרשת גמורה שאינה מדברת כלל ואינה ראויה לקריאה לא שייך לומר כי היכי דעל כו' דהא קידושין לא בעי דיבור אבל לענין שוטה דפסולה מחמת דעת בזה אמרינן שפיר כי היכי דעל כו'

א"כ אם נחזיקנה לשוטה אין כאן חשש כלל אבל באמת כבר ביאר המהרי"ט בתשובה דהפתי שאינו מבין עניני העולם כשאר ב"א ואינו עושה דברי שטות הרי הוא כפקח גמור במאי דמסברא ליה וסבר וביארנו דבריו בעזה"י במק"א וא"כ האשה זו קדושיה קידושין גמורים ואנו צריכים לדון אם חליצתה מועיל להתירה לשוק אם היא ראויה לכוונת חליצה דקי"ל דחליצה בעי כוונה והוא מה"ת ונבאר תחילה דין כוונת חליצה ואח"כ נבוא לנידון דידן:

איתא ביבמות (דף ק"ג) חליצה מוטעת כשירה איזהו חליצה מוטעת חלוץ לה ובכך אתה כונסה א"ל ר"י אני שונה בין שנתכוין הוא ולא נתכוונה היא ובין שנתכוונה היא ולא נתכוין הוא חליצתה פסולה ואת אמרת חלוץ לה ובכך אתה כונסה אלא ה"ד חליצה מוטעת כל שאומר לו חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז והנה בענין כוונת החליצה נחלקו בה המהרי"ט והח"צ הלא הוא בספרתם המהרי"ט כתב בעובדא שבא לפניו בפתי שאינו מבין עניני עולם כשאר ב"א ויודע לקנות ולמכור ולומר על הן הן ועל לאו לאו דחליצתו כשירה וז"ל דלא בעינן בחליצה דעתא צילותא דהא חרש וקטן דל"ל דעתא צילותא הוו כשרים לחליצה אי לאו דממעטינן חרש משום שאינן בואמר ואמרה וקטן משום דאיש כתיב בפרשה וקטנה שהגיעה לעונת הפעוטות חולצת מטעם שכתבו התוס' דגדול עע"ג סגי בחליצה ולא דמי לשחיטה שאין מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו. ואין לפקפק משום דבעינן כוונה דלא אמרינן דבעי כוונה אלא חליצה מוטעת כגון חליצה ע"מ לכונסה או יבמה שגדילה בין האחין שהיתה החליצה לשם שימוש אבל היכא דמסברי ליה ומיסבר שבחליצה זו נפטרת ממנו א"צ שיהא בבינת הלב באותו שעה אלא אע"פ שבשעת חליצה הסיח דעתו ומהרהר בדברים אחרים ש"ד כל שיודע שבחליצה זו תהא מותרת ומצינו כוונה כה"ג בחולין (ד' ל"א) דבעו רבנן כוונה לחתיכה בעלמא וכן בקדושין גבי שן ועין עיי"ש וגם הר"מ ז"ל לא הביא הך דבעינן שיתכוונו שניהם משום דסמך עצמו על מש"כ חליצה מוטעת בכך אתה כונסה פסולה ולא בעינן אלא שלא יהא מוטעה שבכך הוא כונסה עכ"ד המהרי"ט בקיצור אולם הח"צ בתשובה פקפק על דבריו וכתב כיון שכל ראיית המהרי"ט הוא ממה שהשמיט הר"מ ז"ל הא דבעינן שיתכוונו ובאמת אישתמיט מיניה דברי הר"מ שכתב בהדיא שצריך שיעשו מעשים אלו לשמן עיי"ש (בפ"ד מה' יבום וחליצה) דבלא נתכוונו חליצתן פסולה. וביותר קשה לי (דבהלכה ח') שם כתב בהדיא וצריך שיתכוונו היבם והיבמה לחלוץ וצריך לעשות מעשים אלו לשמן עכ"ל. והאי לישנא ודאי משמע על כוונה מעליתא שבשעת מעשה ממש כמו בכוונת מצות ועל מ"ש המהרי"ט דמצינו כוונה כה"ג בשחיטה כתב

הח"צ דכיון דמצינו כוונה קלה כמו גבי שחיטה ומצינו דבעי במצות כוונה בשעת מעשה א"כ לקולא ולחומרא לחומרא מקשינן והנה באמת כדברי המהרי"ט כתב הרמב"ן ז"ל ג"כ (בפ' מ"ח) על קושיית התוס' שהקשו למה לן בחרש וחרשת טעמא לפי שאינן בואמר ואמרה ת"ל דלאו בני כוונה נינהו וכן בקטן ל"ל קרא דאיש ותי' דכיון דבחליצה לא בעי כוונה אלא להוציאה בחליצה זו לאפוקי חלוץ לה ובכך אתה כונסה ובמקצת כוונה כזו חרש בר כוונה הוא וכבר הביא הקצה"ח דברי הרמב"ן ז"ל לסיוע לדברי המהרי"ט:

והנה קשה לי טובא על דברי הרמב"ן ז"ל והמהרי"ט שתפסו בפשיטות דבחליצה סגי בכוונה קלה ובהגיע לעונת הפעוטות סגי וראייתם מקטנה דחולצת בפעוטות וביבמות (ד' ק"ה) אמרינן א"ר אמי מדברי ברבי נלמוד קטנה חולצת בפעוטות רבא אמר עד שתגיע לעונת נדרים אלמא דבעינן דוקא עונת נדרים שבזה יש לו לקטן דעת גמורה מה"ת והתם קאי לר' יוסי דסובר לא מקשינן אשה לאיש ואשה בין גדולה ובין קטנה ואפ"ה בעינן שתגיע לעונת נדרים משום דעת אלמא דבעינן גבי חליצה דעת גמורה וכרבא בעינן למיפסק דהוא בתראה ועוד דהא הרמב"ן והתוס' לפרושי סוגיא דחרש וחרשת קאזלי ורבא הוא דקאמר התם דטעמא דחו"ח משום קריאה. ולדידיה ודאי דתקשה ל"ל טעמא דקריאה ת"ל משום דעת דהא סובר דבעי שתגיע לעונת נדרים וחו"ח קלישא דעתייהו מקטן שהגיע לעונת נדרים דהא תרומתן אינו תרומה כלל והנה הר"מ ז"ל כתב ג"כ (בפ"ד מה' חליצה) דחו"ח שחלצו אין חליצתן כלום ואינן כאלם ואלמת לפי שאינן בני דעת אלמא דסובר דבעי דעת גמורה בחליצה דלא כהרמב"ן ומהרי"ט ז"ל והכי משמע לי מדברי הרמב"ם דחליצה בעי כוונה בשעת מעשה שהרי כתב (בפ"ד מה' חליצה ויבום ה' י"ג) שהחו"ח שחלצו לא עשו כלום לפי שאינן בני דעת דאם איתא דלא בעינן כוונה בשעת מעשה אלא ידיעה בעלמא שבחליצה זו נפטרת ודאי דהוי מהני בחו"ח מטעם גע"ג כמ"ש התוס' יבמות (ד' ק"ד) ובגיטין (ד' כ"ב) ואף שהרמב"ם סובר דגבי גט לא מהני גע"ג בתורף כמש"כ (בפ"ג מה' גירושין) היינו ע"כ משום דסובר דכתיבת הגט בעי כוונה גמורה כמ"ש לעיל בשם הרמב"ן דלמ"ד דבעי כוונה קצת הוי מהני גע"ג אפילו בכתיבת התורף וא"כ בחליצה דפסל הר"מ בחו"ח משום דעת ע"כ משום דסבר דבעי כוונה גמורה:

ועוד דהא בחולין (ד' י"ג) אמרינן קטן יש לו מחשבה ומחשבתו ניכרת מתוך מעשיו והביאו שם התוס' ד"ה ותיבעי קושיית הירושלמי אמאי לא אמרינן גבי גט וגבי תרומה מטעם מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו שיועיל מעשה החשו"ק וכתבו שם שצריך לחלק בזה וי"ל דהיינו דאיכא ביניהו דלא מהני מחשבתו ניכרת מתומ"ע אלא גבי עולה

דקי"ל (בפ"ק דזבחים) דסתמא נמי כשר רק משום דמחשבת חשו"ק גרע מסתמא דדמי למתעסק דלא ידע כלל שהוא עולה ולהכי מהני ענין מחשבתו ניכרת מתומ"ע דלא ליהוי גרע מסתמא והיינו משום דענין מחשבתו ניכרת מתומ"ע לא מהני אלא היכא דלא הצריכה התורה שיחשוב העושה בשעת מעשה מה הוא עושה כמו בקדשים דסתמא נמי כשר וכמו באלון ורימון ואנוז שחקקו תינוקת דפשיטא דלא בעינן כוונה בשעת מעשה ולא בעינן רק שיהא תכלית פעולת כוונתו לענין זה ובזה מהני מחשבתו ניכרת מתומ"ע אבל גבי כתיבת הגט דבעינן כוונה בשעת מעשה לא מהני מחשבתו ניכרת מתומ"ע וכן גבי תרומה דכתיב ונחשב לכם תרומתכם פשיטא דבעינן כוונה בשעת מעשה והשתא אם איתא דחליצה לא בעי כוונה בשעת מעשה א"כ אמאי חליצת חו"ח פסול הא מחשבתו ניכרת מתומ"ע אע"ג דחרש דמי לקטן ודמי למתעסק וגרע מסתמא מ"מ היכא דלא בעינן כוונה בשעת מעשה מהני מחשבתו ניכרת מתומ"ע ואף דמסקינן בחולין (דף י"ג) דמחשבתו ניכרת מתומ"ע הוי רק מדרבנן מ"מ היינו דוקא כמו דקיימא עולה בדרום ואתיוה בצפון דלא היה מעשה גמורה אבל במעשה גמורה מסקינן שם דיש להם אפי' מדאורייתא וחליצה ודאי דהוי מעשה גמורה ועיי"ש בתוס' ועיין בלח"מ (פ"א מה' פסהמ"ק) שהרמב"ם קאי בשיטת התוס' דמעשה גמורה יש להם אף בלא דיבור מדאורייתא:

אלא שבאמת דברי הרמב"ם ז"ל תמוהים הם וכבר עמדו עליו הרשב"א בחידושיו והה"מ שדבריו נגד הש"ס דאמרינן שם בההוא טעמא דחו"ח הוא משום שאינן בואמר ואמרה ומנייהו ילפינן אלם ואלמת דקריאה מעכב בהו ולא פסלינן חו"ח משום דעת ועוד דא"א דיש לחו"ח פסול דעת היכא ילפינן אלם ואלמת מנייהו דלמא שאני חו"ח שאין להם דעת ומצאתי להגאון בעל משכנות יעקב (באו"ח סימן כ"א שתירץ דהר"מ מפרש דטעמא דמתניתין משום דעת רק דנפקא ליה לרבא פסול קריאה כיון דמתניתין אמרה ר"א ואיהו סובר חרש הוי בר דעת דהא תרומתו לא תצא לחולין וע"כ לדידיה הטעם משום קריאה ושפיר יליף רבא דקריאה מעכבא עיי"ש. ובמח"כ זהו טעות דשם במתני' הוא ר' אליעזר שמוזכר קודם ר"ע וכ"כ התוס' בהדיא בסוטה (דף ל"ג) ד"ה ור"י עיי"ש דר"י שסובר דקריאה מעכבא מוכרח לומר לא נחלקו ר"א ור"ע בדבר זה ובפ' חרש (דף קי"ג) גבי תרומת חרש הוא ר' אלעזר בן שמוע מתלמידי ר"ע:

ולכאורה היה בדעתי ליישב דהר"מ מיירי בפקחת ואח"כ נתחרשה להכי פסל משום דלאו בני דעת נינהו אבל בגמרא דאמר דלאו בני קריאה נינהו כדי לפסול אפי' בחרש וחרשת מעיקרו דמשום דעת הוי אמרינן כשם שכונס ברמיזה כך מוציא ברמיזה להכי

הוצרך לפסול משום קריאה ושוב מצאתי גם להגאון הנ"ל בהגהותיו לטור אה"ע בסוף הספר שכתב ג"כ כנ"ל שהר"מ ז"ל דהוא מיירי בפקח ואח"כ נתחרש ובחרש מעיקרו אמרינן כשם שכונס ברמיזה כו' והוצרך לפסול משום קריאה מיהו באמת א"א לומר כן דאכתי אינו מיושב קושיית הראשונים ז"ל במה דנימא דהר"מ מיירי בפקח ואח"כ נתחרש:

דהא אמרינן בפ' ב"ש (דף ק"י) כאן בחרש מעיקרו כאן בפקח ואח"כ נתחרש פקח ואח"כ נתחרש לא דמעכבא ביה קריאה חרש מעיקרא כי היכא דעל הכי נפיק הרי דבפקח ואח"כ נתחרש נמי לא פסלינן משום דעת אלא משום קריאה וא"כ קשה על מה שהר"מ נתן הטעם משום דעת:

ונראה לענ"ד ליישב הכל על נכון בע"ה ויתברר גם דינו של הרמב"ן ומהרי"ט לדינא בענין כוונת חליצה. דבאמת כבר הקשו הראשונים ז"ל על הר"מ שכתב דחליצת חו"ח אינן כלום ובגמרא (דף ק"ה) אמרינן אר"י אמר רב זו דר"מ אבל חכ"א אין חליצת קטן כלום ומדלא הזכירו אלא חליצת קטן ולא חו"ח מכלל דחו"ח הויא רק חליצה פסולה כמו באלם אבל באמת נ"ל דהר"מ סובר דא"צ לכלול חו"ח בהדי קטן דגם תנא דמתני' דסובר דחליצת קטן חליצתו פסולה מודה הוא בחו"ח דאינן כלום והכי דייק לשון המשנה דגבי חרש קתני שנחלץ וגבי חרשת קתני שחלצה וגבי קטן קתני חולצת מן הקטן והוא משום דעל חליצת קטן יש שם חליצת מצוה לפסול לכל הפחות משא"כ חליצת חו"ח אין ע"ז שום חליצת מצוה כלל אלא חליצת מנעל בעלמא [ועיין בפהמ"ש ונ"י] ולהכי לא הזכיר רב חו"ח דגם תנא דמתניתין מודה בהו דאין חליצתן כלום ועיין בביאור רבינו הגר"א ז"ל (סימן קע"ב). שהביא ג"כ ראיה מתוספתא דיבמות דחליצת חו"ח אין כלום דאיתא שם דאם נשאת בחליצה זו תצא וג' דרכים בה עיי"ש:

ועוד נ"ל מגוף הסוגיא דיבמות יש להוכיח כשיטת הר"מ דחו"ח חליצתן אינן כלום וגרע מאלם ואלמת מדקאמר רבא השתא דאמרת קריאה מעכבא לפיכך אלם ואלמת שחלצו חליצתן פסולה מאי ילפותא דאלם מחרש תרווייהו חד דינא אית להו והיינו הך דתרווייהו פסולין משום שאינן יכולין לדבר וכה"ג פריך בר"ה (דף כ"ח) דקאמר התם כפאו לאכול מצה יצא זאת אומרת התוקע לשיר יצא ופריך היינו הך וה"נ קשה היינו חרש היינו אלם ופשיטא דאם קריאה מעכב חליצת אלם פסול ומזה יצא להר"מ לפרש הסוגיא דאף דאמרינן דטעם חרש הוא משום קריאה מ"מ לאו משום שאינו יכול לדבר לחוד פסולה חליצתו אלא לפי שאין לו דעת ולא משום דעת דעיקר החליצה דמשום זה לא הוי פסלינן חו"ח כמש"כ הרמב"ן דכוונת חליצה הויא כוונה קלה להוציאה בחליצה

זו ולא בשעת מעשה ממש וחרש יש לו כוונה כזו אלא משום דבעינן קריאה בחליצה שיקראו היבם והיבמה שיקראו היבם שאינו חפץ לקחתה וכן היבמה ובעינן שיכוונו ענין קריאתם ויבינו ענין הקריאה מה הם אומרים. כדאיתא בסדר חליצה (סימן קס"ט סעיף נ') וכוונה זו היא כוונה שבשעת מעשה ממש ובמידי דבעי כוונה בשעת מעשה ממש אין לחו"ח דעת ולא מהני כוונתם ולהכי חליצת חו"ח אינן כלום לפי שאין להם דעת לקרות ואין כוונתם מועיל במידי דבעי כוונה בשעת מעשה וקריאה בעי כוונה בשעת קריאה ממש ול"ד לכוונת חליצה עצמה שא"צ לכוין בשעת מעשה אלא לידע שבחליצה זו נפטרת ממנו אבל קריאה בעי כוונה בשעת מעשה והא מילתא פשיטא לר' ינאי ולרבא דמתניתין דסברה אין חליצת חו"ח כלום אין הטעם משום כוונת החליצה דבחליצה סגי בכוונה קלה אלא משום כוונת הקריאה ושפיר יליף רבא השתא דאמרת קריאה מעכבא אלם ואלמת שחלצו חליצתן פסולה משום שאינן ראויין לקריאה וקיל ליה לרבא פסול אלם ואלמת מפסול חו"ח דחו"ח אין להם דעת להבין ענין הקריאה ואלם ואלמת יכולים להבין ענין הקריאה שמבין שאינו רוצה לקחתה וכן היא מבינה כמו כן אלא שאינן יכולין לדבר בפה להכי אף דקאמרינן במתני' דבחו"ח לא הוי חליצה כלל משום עיכוב הקריאה אבל באלם ואלמת שראויין קצת להבין הקריאה הויא חליצה פסול' וא"ש ילפותא דאלם ואלמת מחו"ח משום עיכוב הקריאה:

והבט נא וראה (שבפ"י מה' חליצה) כתב הר"מ ז"ל כן בהדיא בקטנה וחרשת שמתיבמות ולא חולצות שאין להם דעת לקרות ולהבין. הרי מבואר הטעם שאין בהם דעת שכתב היינו דעת לקרות ולהבין והוא הדבר שביארנו שגם (בפ"ד) שכתב בחו"ח שאין בהם דעת היינו נמי לקרות ולהבין וא"ש כל הסוגיא על מכונה וגם דברי הר"מ ז"ל מיושבים דמה שפסל הרמב"ם ז"ל חו"ח משום דעת היינו נמי שאין להם דעת לקרות וגם בש"ס דקאמר שאינן ראוין לקריאה היינו שאין להם דעת לקריאה וחד מילתא הוא וכוונה בשעת מעשה אינה מעכבת דמדין קריאה קא אתיא וקריאה אינה מעכבת היכא דראוי לקריאה אבל כוונה קצת דהיינו לידע שבחליצה זו נפטרת מעכב שזה פסול בגוף החליצה אם לא כיון האי כוונה קצת ובזה א"ש מש"כ הרמב"ן דלהכי לא אמר רבא בפסול חו"ח משום כוונה דבחליצה סגי בכוונה קלה אף דרבא עצמו סובר גבי קטנה שאינה חולצת עד שתגיע לעונת נדרים דהא דבעי רבא שתגיע לעונת נדרים הוא לאו משום כוונה דעיקר החליצה הוא אלא משום כוונה דקריאה הוא דאם לא הגיעה לעונת נדרים אין להם דעת לקרות ולהבין וקריאה מעכבא באינן ראוין אבל משום עיקר החליצה מודה רבא דסגי בכוונה קלה בהגיע לעונת הפעוטות וכמש"כ הרמב"ן ז"ל:

ולפ"ז י"ל גם מש"כ הר"מ ז"ל (בפ"ד) דצריך שיכוין היבם שיחלוץ לה ושתתכוין היבמה שתחלוץ לו ויעשו מעשים אלו לשמן שמזה הוכיח הח"צ דבעינן כוונה בשעת מעשה לשמה ולפי מש"כ אפשר לומר דלא מדין כוונת החליצה כתב כן הר"מ ז"ל. אלא מדין הקריאה הוא שדין הקריאה להבין ענין קריאתם שזהו כוונת הפטור דבעי כוונה לשמן בשעת מעשה. ובאמת שזה אינו מעכב בראוי לזה כדין קריאה דלא מעכבא אם ראוי לקריאה להכי לא כתב אלא לכתחילה צריך לעשות לשמן ולקמן כי קאי לפרש כוונת החליצה שמעכב בדיעבד שהוא בעצם לא כתב אלא אם חלץ ע"מ לכונסה פסול אבל אם ידע שבחליצה זו נפטרת כשר דכוונה המעכבת בעצם החליצה אינה אלא כוונה קלה:

ואין להקשות לפ"ז תקשה קושית התוס' אמאי צריך קרא דאיש למעוטי חליצת קטן ת"ל דקריאה מעכבת וקטן אין לו דעת לקרות ולהבין ז"א דהא בהגיע לעונת נדרים שפיר יש לו דעת להכי איצטריך קרא דאיש שתפסול חליצתו עד שיהא גדול ממש ובזה מיושב מה שקשה טובא על הר"מ ז"ל שכתב (בפ"ו) הטעם בקטן שאינו חולץ מפני שאין לו דעת וכללו עם חרש ושוטה ובגמרא ממעטינן ליה משום דאיש כתוב בפרשה וכ"כ הר"מ בעצמו (בפ"א ה' י"ח) ותימא שלא עמדו מפרשיו ע"ז שבעצמו כתב (בה' חליצה פ"א) שקטן אינו חולץ עד שיגדל משום דכתיב איש וכ"כ שם בקטנה שאינה חולצת עד שתגדל ותבדק משום דמקשינן אשה לאיש ופסול איש ופסול דעת תרי מילי נינהו כדאמרינן (בפ"ג דתרומות) בירושלמי דילפינן קטן שאינו תורם מדכתיב כל איש וקטן לא מקרי איש אשר ידבנו לבו פרט לחרש ושוטה שאין להם דעת. ועיין (בפהמ"ש להר"ש) וכשהגיע לעונת נדרים שפיר הוא בן דעת ואימעוט מכל איש וכן גבי יבום חרש שיבם את יבמתו קנאה קנין גמור משום דלא בעינן דעת ביבום כדתנן הבא על יבמתו בשוגג ואונס קנאה וקטן שבא על יבמתו לא קנאה קנין גמור משום דגבי קנין בעינן איש וקטן לא מקרי איש:

כמש"כ כ"ז הר"מ ז"ל (בפ"י מה' יבום) הרי דפסול איש ופסול דעת תרי מילי נינהו א"כ ודאי דקשה על הר"מ ז"ל למה כתב גבי קטן פסול דעת כיון דבש"ס אמרו משום איש אבל לפמש"כ א"ש דבודאי גם בקטן יש פסול דעת להכי בפ"ו שכלל כל הני דמתיבמות ולא חולצות וכלל קטן בהדי חרש ושוטה כתב הטעם שאינו בני דעת שהוא טעם על כולם:

ומיירי בלא הגיע לעונת נדרים ופסול לפי שאינו בן דעת. אבל בפ"א שכתב גבי קטן וקטנה שאינן חולצין עד שיגדלו ויבדקו אם הביאו ב' שערות דלא מהני עונות נדרים אלא גדול ממש כתב שם הטעם שאינן איש ואשה אבל היכא דכללם עם חו"ח כתב טעם של דעת ומיירי בלא הגיעו לעונת נדרים וכל היכא שמוזכר דעת אין הכוונה משום כוונת

עצם החליצה אלא כוונת הקריאה וגבי קטן אמר שאין לו דעת לחלוץ וגבי חרשת וקטנה הוסיף לומר שאין בהם דעת לקרות ולהבין משום דגבי קטן שיבין ענין הקריאה שיאמר שאינו חפץ לקחתה ויכוין שאינו חפץ בה והקטן אין לו דעת לכוונה זו אבל בקטנה דלאו בדידה תליא מילתא להפטר ואינו תלוי בדעתה מידי רק שהיא צריכה לומר ולכוין שהוא אינו רוצה לקחתה בזה כתב בביאור יותר שאין לה דעת לקרות ולהבין הדברים שהיא אומרת ולא מהני דעתה וכוונתה בזה אף דלא בעינן רצונה:

ובזה מיושב נמי מה שהקשיתי מנ"ל לר"י דהאי כוונת חליצה היינו כוונת פטור אימא לאפוקי מתעסק בעלמא אבל כל שיכוין לשם חליצה סגי וכה"ג אמרינן (בר"ה כ"ח) בהא דתנן היה עובר אחורי בהכ"נ ושמע קול שופר אם כיון לבו יצא דלמ"ד מצות א"צ כוונה האי אם כיון לבו דקתני לאפוקי מנבח נבוחי דהיינו מתעסק אבל כוונה למצוה לא בעינן וה"נ נימא גבי חליצה בהא דקתני עד שיכוונו שניהם לאפוקי מתעסק אבל לפמש"כ א"ש דבאמת מילתא דבעינן כוונה בחליצה ובלא כוונה פסול אין לנו שום לימוד ע"ז דנראה דילפינן לה מקריאה כיון דהצריכה התורה לקרות ענין הפטור שיאמרו היבם והיבמה בפיהם מה שממאן ליבמה הרי חזינן דקרא איירי במתכוין להוציאה בחליצה זו ואף דקריאה לא מעכבא דדרשינן מככה יעשה דבר שהוא מעשה מעכב מכל מקום מסתבר לחכמים כיון דקרא איירי במתכוין להוציאה ענין זה מעכב שתבוא החליצה בשביל פטור רק שהקריאה והמחשבה ענין הפטור לא מעכב שזה אינו מעשה בגוף האיש אבל סיבת ענין החליצה ועל מה ולמה תבוא סיבת חליצתם שפיר מעכב כיון דקרא מיירי בהכי והשתא א"ש דשפיר הוכיח ר"י דכוונה המוזכר בברייתא קאי על כוונת פטור דאין לומר דקאי על כוונת מעשה למעוטי מתעסק דהא ע"ז אין לנו שום לימוד שתפסל החליצה במתעסק א"ו דכוונת הברייתא שתהא החליצה בכוונת פטור וזה שפיר ילפינן מקראי דקריאה ושפיר הקשה ר"י לר"ל מהך ברייתא והוכיח דבכך אתה כונסה לא מהני:

ומעתה אחרי שביארנו דעת הר"מ ז"ל דפסול חרשת וקטנה שפסול משום שאין להם דעת היינו דעת דקריאה אפשר לומר ודאי כדברי המהרי"ט שכוונת עיקר החליצה בכוונה כל דהו סגי ואין לומר דסוף סוף נהי שהוכחנו מדברי הרמב"ם ז"ל דלא בעי כוונה גמורה בעיקר חליצה מ"מ בקריאה בעינן כוונה בשעת מעשה א"כ הפתי שדן בו מהרי"ט ז"ל דנהי דלא בעינן כוונה מעליא בעיקר החליצה מ"מ הא בקריאה בעינן כוונה מעליא בשעת מעשה והפתי אינו יכול לכוין כוונה גמורה בשעת מעשה כמש"כ מהרי"ט והדר הוי דיניה כחרש, ז"א דכיון דהקריאה קי"ל דאינו מעכב ולא בעינן אלא

שיהא ראוי לקריאה וכל הראוי לקריאה אין קריאה מעכבת בו א"כ ה"ה בכוונת הקריאה א"כ דווקא חו"ח וקטנה שאין להם דעת גמורה דאפילו בדבר שאנו רואין דמסברי ליה וסבר נמי לא מהני דעתיה כדאיתא בכל הש"ס דחשו"ק אינן בני דיעה דלא מפלגינן בין אם אנו יודעים שמבין הדבר על בוריו או לא דבכל גווני לא מהני דעתו כמש"כ במק"א דלא מסרה תורה לדעתא כי האי דיני מקח וממכר או גיטין וקדושין ושארי מצות להכי כיון דכוונה כי האי בשעת מעשה אין לו מקרי אינו ראוי לקריאה אבל הפתי שביאר מהרי"ט שדינו כפקח לכל דבר דבמידי דמסברא ליה וסבר מהני כוונתו ומחשבתו במה שמחשב מקרי ראוי לקריאה דהא מהני קריאתו וכוונתו ואף שאין אנו יכולים להבינו שיכוין הדברים בשעת מעשה אין זה מקרי אינו ראוי לקריאה דהוא ראוי לקרות ולחשב דהוא יודע עניני העולם כגון לקנות ולמכור ואלו היינו יכולים להסביר לו את זה שאנו מבקשים ממנו לכוין בשעת מעשה היה יכול לחשוב ומחשבתו היה מועלת רק שקשה להבינו ולהסבירו משום זה לא מקרי אינו ראוי לקריאה דאולי אדם אחר יסביר לו יותר ויבין היטב וכבר דקריאה לא מעכבא דלא בעינן אלא שיהא ראוי לקריאה והפתי ראוי לקריאה בכוונה דמהני כוונתו במה שיודע, ול"ד לחו"ח שמקרי אינו ראוי לקריאה דחו"ח אין מחשבתו מועלת אף במה שיודע על בוריו משא"כ הפתי דמחשבתו מועלת במה שיודע מקרי ראוי לקריאה:

ואף שהרי"ף פי' בהא דאמרינן (בס"פ מ"ח) מודה רבא בלא אבה יבמי שלא תפסוק בין לא לאבה משום דאשה אינה רגילה לקרות בלה"ק ומקרי משום זה אינו ראוי לקריאה א"כ אפשר לומר דגם מה שקשה להסביר להפתי ענין הכוונה מקרי אינו ראוי לקריאה מ"מ הא כל המפרשים חלקו שם על הרי"ף וכתבו דזה אינו מקרי אינו ראוי לקריאה ופירשו שם פירוש אחר בסוגיא כמבואר ברשב"א שם א"כ ה"ה הכא מה שקשה להסבירו שיכוין לא מקרי אינו ראוי לקריאה כיון שמצד עצמו שפיר מהני כוונתו וזה ברור:

ומה שהקשה החכ"צ כיון דמצינו כוונה מוזכרת שצריכה להיות בשעת מעשה כמו במצות ומצינו כוונה שלא בשעת מעשה כמו בשחיטה ה"נ בחליצה בעינן למיזל לחומרא שכוונת חז"ל היתה ג"כ שצריכה כוונה בשעת מעשה. נלענ"ד דגם בזה דברי מהרי"ט נכונים דהא לכאורה קשה מאי פריך ר"י לר"ל דאמר דחלוץ לה ובכך אתה כונסה מהני מברייתא דקתני עד שיכוונו שניהם אימא דבאמת בכך אתה כונסה מהני ולא בעי שיכווין לשם פטור והא דקתני עד שיכוונו שניהם היינו לשם מצוה וצ"ל דזה פשיטא ליה לר' יוחנן מסברא דא"צ כאן כונת מצוה רק כוונת פטור וא"כ כיון דפשיטא

ליה לר"י דכוונת מצוה לא שייך בכאן אלא כוונת פטור א"כ ממילא בעינן למימר דהאי כוונה איננה בשעת מעשה כמו בכל הקנינים דכוונת פטור הוא כמו כוונת הקנאה וכמו שכוונת הקנאה בכל דוכתי איננה כוונה בשעת מעשה ממש אלא שידע שבזה שמקנה חל הקנין ה"נ כוונת הפטור איננה בשעת מעשה דפשיטא דלא שייך להקפיד על כוונת פטור שתהא דוקא בשעת מעשה דפטור הרי הוא כקנין אלא שאם לא היה נמצא בש"ס מילת כוונה אלא על כוונה שבשעת מעשה ע"כ היינו צריכים לומר דכוונה המוזכרת בחליצה הוא ג"כ בשעת מעשה אבל כיון שהשתמשו חז"ל במלת כוונה גם על כוונה שלא בשעת מעשה שוב אנו אומרים דכוונה זו דחליצה כיון שהיא רק כוונת פטור ולא כוונה לשם מצוה הרי הוא ככל כוונת הקנאות שאין בשעת מעשה דוקא וזה פשוט:

ולכאורה יש לעיין בדברי המהרי"ט במש"כ דא"צ שיהא בבינת לבו באותה שעה אלא אף שמהרהר בשעת חליצה בדברים אחרים נמי מהני כיון שיודע שבחליצה זו נפטרת ממנו מקרי כיון שפיר דמ"מ מאי מהני מה שיודע שבחליצה נפטרת ממנו כיון שבשעת חליצה לא שם לבו לחשוב על מה ולמה באה חליצתו הלא עשה מעשה החליצה כמתעסק בעלמא לשם חליצת מנעל ולא לשם פטור ואנן בעינן לכל הפחות כוונת פטור ואף דמסברינן ליה שבחליצה זו נפטרת ממנו מ"מ הפתי שאינו שלם בדעתו אינו מחשב לחבר עשיית החליצה עם הידיעה שהקדמנו שהחליצה היא פטור והחליצה מילתא אחריתי היא ודמי ללא מכוין כלל ואף לשם פטור ואף שהחכ"צ כתב דאם כוונת חליצה הוא כמו כוונת הקנאה בעלמא אמרינן בזה דברים שבלב אינם דברים עיי"ש. מ"מ נראה דלא מהני האי מבוא דברים שבלב אלא לענין חליצת מומר דאיירי בה החכ"צ ז"ל דלא איכפת לן במה שמחשב בשעת מעשה ולא חיישינן שמא אינו מכוין לשם פטור כיון דדמיא הך כוונה לכוונת הקנאה ובהקנאה לא אזלינן בתר דברים שבלב אבל גבי פתי יש לחוש דלא מקרי דברים שבלב דכל היודעים את האיש ואת שיחו יודעים שאינו יכול לכוין בשעת חליצה שעושה לשם פטור:

וכה"ג לא מקרי דברים שבלב כיון שנודע דברים שבלבו לכל אדם וכמש"כ הרשב"א בחידושיו לקדושין (דף נ') בגט מעושה שלא כדין דפסול אף דהוי דברים שבלב מ"מ כיון שהכל יודעין דבלבו ודאי לא ניחא ליה לא מקרי דברים שבלב וה"נ כל המכירין את האיש הזה יודעין שאינו עושה הדברים לשם פעולתן ולא הוי דברים שבלב ולא הוי חליצה כלל ומאי מהני לן במה שיודע שבחליצה נפטרת ממנו כיון שאינו יכול לחשוב שחליצה זו הוא כדי לפוטרה ממנו:

מ"מ נ"ל שדברי מהרי"ט נכונים דכיון דביארנו דכוונה זו א"צ בשעת מעשה אי מטעם שכתבנו דעיקר הא דידעינן דבעינן כוונה בחליצה הוא דידעינן מקריאה דקרא דמיירי דידעו שנפטרות בחליצה זו להכי לא בעינן אלא שידעו שבחליצה זו נפטרת וזה מהני אף שאינו מחשב שהחליצה שעושה הוא לשם זה ואף בפתי שאין לו לב לחשוב זה ובשעת מעשה מהרהר בדברים אחרים ולא בידיעה שבחליצה נפטרת ואח"כ חולץ סתם נמי מהני ואל תתמה דמאי מהני כוונה זו שיודע שבחליצה זו נפטרת כיון שאינו מחשב שהחליצה הוא לשם זה דכה"ג מצינו שכתב הר"ן ז"ל בהא דכפאו ואכל מצה יצא למ"ד מצות א"צ כוונה דבעינן שידע שהיום יו"ט ושזה מצה ובזה דוקא יצא אף שלא כיון לשם מצוה הואיל דא"צ כוונה אבל בלא ידע כלל שזה מצה או היום יו"ט לא מהני כלל עיי"ש שכתב כן בשם הרא"ה ז"ל דדמי למתעסק וה"נ אף דא"צ כוונה בשעת מעשה ממש כמו במצות למ"ד צריכות כוונה מ"מ בעינן שידע שבחליצה נפטרת ויכוין לחליצת מנעל ואז נפטרת ממנו והחליצה עושית פעולתה דהיינו כוונה דברייתא לידע שבחליצה נפטרת אבל לחשוב למה באה חליצה זו א"צ ומקרי כוונה במה שיודע שבחליצה זו נפטרת כמו דמקרי כוונה מה שיודע שהיום יו"ט ושזה שופר אף שאינו מחשב לתקוע לשם מצוה אף דגם שם קתני במתני' דבעינן שיתכוין השומע ומשמיע ואפ"ה מהני למ"ד א"צ כוונה הואיל ויודע שהיום יו"ט ומכוין לתקוע. וה"נ בחליצה מהני אם יודע שבחליצה זו נפטרת ועושה בכוונת חליצת מנעל מקרי כוונה שפיר דלא קפדינן אלא שידע שהחליצה פוטרת ושירצה לפוטרה והיינו כוונה דברייתא ומעתה סיומא דפסקא דאם נוכל להסביר לה שתדע שבחליצה זו נפטרת ממנו נוכל לסמוך אדברי מהרי"ט בזה אחר שכבר הורה זקן:

ולענין מה שיש לחוש שאינו יכול לדבר תיבות הקריאה כהלכתן ומגמגם בלשונו באיזה אותיות בזה כתב המהרי"ט שאין לחוש והביא ראיה מהא דאמרינן במגילה (דף כ"ד) חיפני ובישני לא ישא כפיו שקורין לאלפין עייניו ולעייניו אלפין וכשאומר יאר הוי כמו יער ואיך אפשר שבחיפה ובישנה לא ישאו כפיהם א"ו דבאתרא דידהו שמבטא שלהם הכי הוא וניכר לכל לא איכפת לן בשינוי האותיות אע"ג דברכת הכהנים בלה"ק נאמר ולא אמרו חיפני ובישני לא ישאו כפיהם אלא במקום אחר שאין לשונם ידוע שם הנה על ראיה זו יש לפקפק דאפשר לחלק בין אלפין עייניו דהוי מבטא א' לשינוי אותיות אחרים דאז הוי שינוי גמור דדומה לתיבה אחרת והרי ק"ש דקי"ל דבכל לשון נאמרה ואפ"ה אמרינן שיתן ריוח בין הדבקים והר"מ כתב (בפ"ב מה' ק"ש) כשהוא קורא בלשון אחר צריך לדקדק ג"כ שלא יבליע אותיות באותו הלשון וכ"כ התוס' (בר"פ היה קורא)

דהא דאמר בקורא להגיה מיירי שאינו אומר התיבות כהלכתן וכנקודתן אלא ככתיבתן ומש"ה לא יצא אא"כ כיון לבו לקרות כהלכתן ועיי"ש:

גם מש"כ המהרי"ט ראיה מנדרים דקונם קונח חייב למ"ד לשון משובש של נכרים הם לא הבנתי דהא נדרים ושבועות בכל לשון נאמרים להכי מהני לשון משובש ג"כ אבל חליצה דבלה"ק נאמר אימא לך דבעינן שיאמר האותיות כהלכתן וקצת יש ליישב בזה קושית התוס' בסוטה (דף ל"ג) שהקשו דר"י דריש מככה דלה"ק מעכב בחליצה ואיך פליג על ר"א ור"ע דתרווייהו סברי דאמירה אינה מעכב ודרשי דבר שהוא מעשה מעכב. אבל לדברינו א"ש דנהי דקריאה לא מעכב מ"מ הא דבעינן שיהא ראוי לקריאה שפיר מעכב ואשמעינן קרא דככה דבעינן שתהא ראוי לקריאה בלה"ק אבל אם יכול לדבר בשאר לשונות ובלה"ק אינו יכול לדבר כגון שיש איזה אותיות שאינו יכול להוציאם בשפתיו והם מפסוקי הקריאה פסול דבעי שיהיו ראוין לקריאה בלה"ק דוקא ודבר שהוא מעשה ג"כ מעכב שתהא נעשה כהלכתו מ"מ זה שסיים המהרי"ט שם בתשובה דודאי אחר הטירחה והלימוד יוכל ללמוד לדבר האותיות ומקרי ראוי לקריאה דאין לך אדם שיש לו כלי מבטא שלא נוכל ללמדו לדבר כל האותיות והשתא נמי שאינו יכול מקרי ראוי לקריאה זה ודאי נכון הוא וכבר הורה המהרי"ט ז"ל ואין לערער בזה סוף דבר אם נוכל להסבירה שבחליצה זו נפטרת יש לסמוך בטח על המהרי"ט ז"ל ובפרט במקום עיגון ונכון להסביר לה סמוך להחליצה ממש ג"כ, כנלענ"ד:

ובפשיטות נ"ל ליישב שיטת הרמב"ם ז"ל עפ"י דברי הירושלמי (פ"ק דתרומות) דקאמר שם אמתני' חרש שדברו חכמים בכל מקום שאינו שומע ואינו מדבר תמן תנינן הכל חייבין בראיה חוץ מחש"ו חברייא בשם ר"א למען ישמעון ולמען ילמדון ע"כ מדבר ואינו שומע שומע ואינו מדבר ר' חילא בשם ר' אלעזר למען ילמדון וכו' א"ר יונה דלית כללין דרבי כללין ותנינן החרש שחלץ וחרשת שחלצה וחולצת לקטן חליצתה פסולה ואר"י לפי שאינן יכולין לומר ואמר ואמרה הדא מסייע לר"י דאמר לית כללין דרבי כללין עכ"ל הירושלמי ומבואר שם דר"י דאמר משום שאינן בואמר ואמרה ל"ל כללין דרבי שחרש שדברו בכ"מ היינו אינו שומע ואינו מדבר אלא דסובר דשומע ואינו מדבר נמי מקרי חרש בלשון חז"ל ולפ"ז א"ש כל הסוגיא דבתחלה אמר רבא דקריאה לא מעכב וטעם חו"ח משום דלאו בני דיעה נינהו אבל אלם ואלמת בני דיעה נינהו ופריך מדרבי ינאי דהוא סובר דמתניתין מיירי בחרש השומע ואינו מדבר והוא כפקח לכל דבר ופסולו רק משום שאינו בואמר ואמרה הרי דקריאה מעכב באינו ראוי לקריאה ומסיק אלא דרבא אסיפא איתמר דחליצת חרש פסול ואמר השתא דקאמרת קריאה מעכבא דהא

ר' ינאי סובר הכי דמפרש לחרש דמתני' בשומע ואינו מדבר ופסול משום שאינו ראוי לקריאה לפיכך אלם שחלץ חליצתו פסולה דאינו ראוי לקריאה ומיושב לשון השתא דאמרת דיליף אלם מחו"ח אע"ג דחד טעמא בתרווייהו מ"מ הא רבא בעצמו סובר ככללא דרבי דחרש שדברו בו חכמים בכ"מ היינו שאינו שומע ואינו מדבר ופסול משום דעת כדבעי למימר בל"ק כדאמרינן בחגיגה (דף ב') דמוקי מתני' דחרש דומיא דשוטה וקטן בשמחה דוקא וחרש שדברו בכ"מ באינו שומע ואינו מדבר מ"מ מדר' ינאי ילפינן כיון דמוקי מתני' בשומע ואינו מדבר דהוי בן דעת ופסול רק משום קריאה. הלכך אף לדידן דמפרשינן לחרש דמתניתין בחרש גמור ופסול משום דעת מ"מ אלם נמי פסול משום קריאה דבזה דפוסל ר' ינאי אינו ראוי לקריאה לא פלגינן ונהי דפלגינן אר' ינאי בפירושא דחרש מ"מ בדין עכוב הקריאה באינו ראוי לקריאה לא פלגינן עליה וילפינן מיניה דאלם חליצתו פסולה ואין ה"נ דבחרש גמור פסול משום דעת כדבעי למימר בל"ק דרבא:

ושפיר פסק הר"ם ז"ל דבחרש גמור פסול משום שאינו בן דעת וא"ש נמי מה שפסק הר"מ ז"ל דבחרש לא הוי חליצה כלל דכיון דאנן אית לן כללא דרבי דחרש דמתני' היינו שאינו שומע ואינו מדבר וקיי"ל נמי כר' ינאי דקריאה מעכבא ואלם חליצתו פסולה א"כ היא גופא תקשה מ"ט קתני במתני' חרש שאינו שומע ואינו מדבר חליצתו פסולה אפילו אינו מדבר לחוד נמי פסול משום עיכוב הקריאה א"ו דחרש שאינו שומע ואינו מדבר לא הוי חליצה כלל וגרע מאלם דהיא חליצה פסולה ונראה דעיקר הוכחת ר"י לפרושי מתני' בשומע ואינו מדבר דלא כרבי ולא מפרש מתני' בחרש גמור ופסול משום דעת הוא משום דר' ינאי סובר דחרש גמור לא הויא חליצה פסולה אלא לא הויא חליצה כלל ומתני' דקתני חליצה פסולה ע"כ דמיירי באלם ושפיר כתב הר"מ דבחרש לא הויא חליצה כלל והא דקאמר לקמן (דף ק"י) כאן בפקחת ואח"כ נתחרשה דמעכבא בה קריאה ולא אמר משום שאינו בן דיעה, הוא נמי משום חרש שאינו מדבר לחוד הוא דנקט האי טעמא ואפשר דרבה דאמר שם להך אוקימתא נמי סובר כר' ינאי דחרש היינו אינו מדבר לחוד ומ"מ אין דברי הרמב"ם ז"ל סותרים לדברי הרמב"ן ז"ל דאף שנפרש דעת הר"מ דסובר דחליצת חו"ח פסול משום דעת מ"מ אפשר דסובר כדעת הרמב"ן דחליצה בעי רק כונה קלה והיה מועיל גדול עע"ג מיהו הא דמהני געע"ג הא כתבו התוס' בחולין (דף י"ב) ויבמות (דף ק"ג) כשהב"ד מלמדין אותו ומזהירין אותו לעשות לשמה וא"כ הא הויא כוונה מעליא כשמלמדין אותו לעשות הכל לשמה:

ולפי מ"ש בכאן ולעיל (חלק או"ח) דעיקר הטעם בפסול חרש וחרשת הוא משום דעת הקריאה אבל משום דעת לחוד לא איכפת לן משום דסגי בחליצה בכונה קלה או לפמ"ש

לעיל דהוי מהני גדול עומד על גביו וב"ד מלמדין עיי"ש] לפ"ז אפשר לומר דגם חליצת שוטה דפסלינן הוא משום דעת דקריאה אבל משום דעת עיקר החליצה הוי מהני מטעם דסגי בכונה קלה וב"ד מלמדין אותו [כמו שמכשירין בכתיבת גט בגדול עע"ג] וכן הר"מ ז"ל כלל חרשת ושוטה ביחד (בפ"ו מה' חליצה ויבום) עיי"ש שכתב ואלו שמתייבמות ולא חולצות החרשת והשוטה והקטנה לפי שאין להם דעת לקרות ולהבין כו' עיי"ש (בהלכה וא"ו) וגבי חרש שוטה וקטן כתב (בהלכה ג') שאינו חולץ מפני שאין בו דעת לחלוץ ולא הזכיר קריאה משום דגבי יבם בעינן דעת ממש שירצה לפוטרה ולהוציאה והני תלתא אין להם דעת אבל בחרשת ושוטה וקטנה דלאו בדידהו תליא מילתא מיפסל רק משום כוונת ודעת הקריאה לחוד ובזה יתיישב לנו כמין חומר דברי הש"ס ביבמות (דף כ') דקאמר התם בטעמא דחייבי לאוין לא מתייבמין משום דכתיב יבמתו יבמתו יש לך יבמה שעולה לחליצה ואינה עולה ליבום ומקשה רבא מברייתא דקתני אם בעלו קנו ומסיק אלא גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שניה הדר אמר רבא לאו מילתא היא דאמרי דאמר ר"ל כ"מ שאתה מוצא עשה ול"ת אם אתה יכול לקיים שניהם מוטב ואם לאו יבוא עשה וידחה ל"ת וה"נ אפשר בחליצה מיתיבי ואם בעלו קנו תיובתא דרבא. ומקשו התוס' דהא רבא גופא מותיב מעיקרא מהך ברייתא והשתא איתותב מינה עיי"ש שנשארו בתימא ולפמ"ש א"ש דבאמת ליכא קושיא לכאורה מהך ברייתא דהא אפשר לשנויי כגון שהיא חרשת דלאו בת חליצה היא ומתייבמת משום דאתי עשה ודחי ל"ת דהא לא אפשר בחליצה כלל והנה הא מילתא גופא דחרשת לאו בת חליצה היא יש בה ב' טעמים דלמאי דבעי תלמודא מעיקרא למימר (בדף ק"ד) אליבא דרבא הוי טעמא דחרשת וחרש משום דלאו בני דיעה נינהו ולפ"ז אפי' בחרשת דחייבי לאוין נמי לאו בת חליצה היא כיון דהטעם משום דלאו בני דיעה נינהו ולבסוף מסיק הש"ס משום דלאו בני קריאה נינהו ומשום דעת לא איכפת לן דהוי ב"ד כגדול עע"ג ולפ"ז בחייבי לאוין לא איכפת לן מן התורה בקריאה היכא דלא רמיא ליבום וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתשובותיו שהביא הב"י (בסימן קס"ט):

ולפ"ז א"ש דרבא דהדר ואמר דלא דחי ל"ת משום דאפשר בחליצה לא הוי קשה ליה מברייתא דקתני ואם בעלו קנו משום דאזיל הכא תלמודא אליבא דרבא בלישנא קמייתא דידיה דטעמא דחו"ח הוא משום דלאו בני דיעה נינהו וא"כ אפשר לאוקמי ברייתא דאם בעלו קנו בחרשת דלא אפשר בחליצה משום דלאו בני דיעה נינהו ולהכי מתייבמת שפיר מה"ת ומדרבנן בעלמא לא מתייבמא לכתחילה גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שניה ובדיעבד אם בעלו קנו אבל בש"ס פריך מברייתא לפי המסקנא דאי איתמר הכי

איתמר דטעמא דחרשת לאו בת חליצה היא משום קריאה וא"כ בחרשת חייבי לאוין לא בעי מה"ת קריאה כלל וא"א לאוקמי ברייתא דאם בעלו קנו בחרשת דהא בחייבי לאוין חרשת נמי בת חליצה היא ואכתי אפשר בחליצה ואפ"ה אמרינן אם בעלו קנו ושפיר אותיבו ומסיק בתיובתא וכן הא דפריך התם נמי אריש לקיש דאמר אם אתה יכול לקיים שניהם מוטב מברייתא דואם בעלו קנו ולא משני לר"ל דברייתא דאם בעלו קנו מיירי בחרשת דא"א בחליצה הוא נמי משום דלר"ל ע"כ הטעם דחרשת לאו בת חליצה היא משום שאינן בואמר ואמרה דליכא למימר משום כונה דהא ר"ל סובר דחליצה לא בעי כונה כלל דהא מפרש (בדף ק"ו) ברייתא דחליצה מוטעת כגון שא"ל חלוץ לה ובכך אתה כונסה ור"י הוא דפריך ליה התם הא בעינן כונה ע"ש וכיון דע"כ הטעם משום קריאה א"כ בח"ל שפיר אפשר בחליצה מן התורה ולא דחי ל"ת:

והא דלא מוקי לה בקטנה וכר"מ דמקשינן אשה לאיש (בדף ק"ה) דלא אפשר בחליצה ואף דכשתגדיל תוכל לקיים מצות חליצה משום זה לא מיקרי אפשר לקיים שניהם כמ"ש הרשב"א ז"ל בחידושיו למס' שבת (בדף כ"ה) גבי שריפת קדשים דלא מקרי יכול לקיים שניהם במה שיכול לשרוף אחר יו"ט. נראה דהיינו טעמא דלא מוקי לה בקטנה דאף דתנן בנדה (דף מ"ד) בת ג' שנים ויום אחד מתקדשת בביאה ואם בא עליה יבם קנאה עיי"ש וקנאה קנין גמור מדאורייתא כמ"ש התוס' יבמות (נ"ז ד"ה וחייבין) ומ"מ מצות יבום לא מתקיימא עד שתגדיל ותהי ראוי' להקמת שם וכן כתב רש"י ז"ל בהדיא יבמות (ס"א ע"ב) ד"ה ואינה חולצת וז"ל אבל מתייבמת ותגדיל אצלו ותתקיים מצות יבום וכיון דלא מתקיים עדיין מצות יבום לא שייך לומר בה ואם בא עליה באיסור חייבי לאוין קנאה משום דחיית עשה לל"ת כיון דאכתי לא נתקיים העשה דמצות יבום כ"ז שהיא קטנה להכי לא מוקי לה בקטנה ומסיק בתיובתא:

והא דלא מוקי לה לברייתא דאם בעלה קנאה בנחתך רגלו מארכובה ולמעלה דאי אפשר בחליצה משום דכיון דקתני ברישא דברייתא נתנו גט וחלצו מה שעשו עשו ובנחתך רגלו מארכובה ולמעלה חליצתו לאו כלום הוא ואפילו מאחין לא פסלה כדאמרינן בגיטין (דף כ"ה) לענין אנפילא שאינו פוסל ומכ"ש נחתך רגלו מארכובה ולמעלה דאינו פוסל מן האחין ולא שייך למיתני מה שעשו עשו ואף דאיכא לאוקמי בנחתך רגלו מארכובה ולמעלה וחלצה בשמאל דמיקרי שפיר אי אפשר בחליצה דחליצת שמאל פסול ואי חלצה פוסל מן האחין ושייך למיתני מה שעשו עשו לענין איפסולא על האחין מ"מ לא בעי לאוקמי הכי כיון דאיכא תנא דסבר חלצה בשמאל כשירה כדאיתא ביבמות (דף ק"ד) חלצה בשמאל פסולה ור"א מכשיר ובגמרא בעי למימר שם דמוחלפת השיטה ועיין

בצל"ח בברכות (דף כ') שביאר שגם דעת הרמב"ם ז"ל כן דחליצת שמאל כשירה. וא"כ כל היכא דאיתא לרגל שמאל לא מיקרי לא אפשר בחליצה אבל לפמ"ש לעיל דרבא בעי לאוקמי הא דקתני אם בעלו קנו בחרשת שפיר שייך למיתני מה שעשו עשו גם בחליצה כפי שיטת התוס' והרבה מהראשונים ז"ל דחליצת חרשת פסול ופוסל ושייך למימר מה שעשו עשו לענין איפסולי על האחין:

והמחוור ליישב קושית התוס' במה שהקשו דמעיקרא מותיב רבא מהך ברייתא דואם בעלו קנו ואח"כ אמר בעצמו דמדאו' לא דחי משום דאפשר לקיים שניהם בחליצה ולא חש להא דקתני אם בעלו קנו דרבא לא מקשה אלא לרב דסובר דקרא דיבמתו יבמתו אתא לחייבי לאוין שאינן עולין ליבום דכיון דגלי קרא מיוחד שאינן עולים ליבום א"כ בעינן למימר דאף בדיעבד לא קנה אבל משום הא דאפשר בחליצה סובר רבא דאם עבר ובעל קנה ועיין בנוב"י מה"ת בשם ר' יעקבקא שהסביר כן לשון הש"ס דקאמר ואי ס"ד ח"ל מדאורייתא לחליצה רמיא ליבום לא רמיא עייש"ש (בסימן קל"ה):

ונ"ל דזה מוכח דהש"ס הוי סובר הכי מעיקרא דכיון דליכא קרא מיוחד דיבמתו יבמתו בעינן למימר אם בעלו קנו מהא דפריך בתחילת הסוגיא מברייתא דאיסור מצוה ואיסור קדושה חלץ לה או בא עליה נפטרה צרתה וקשה [עבתוס' יבמות פ"ד א' ד"ה והא ודו"ק ר"א] דהא עיקר קושית הש"ס אמתניתין דאיסור קדושה פריך מדקתני אלמנה לכה"ג קא פסיק ותני ל"ש מן האירוסין ל"ש מן הנשואין בשלמא מן הנשואין עשה ול"ת הוא אלא מן האירוסין יבא עשה וידחה ל"ת וא"כ תקשה נמי להיפך אברייתא דאיסור מצוה ואיסור קדושה דמיירי נמי מסתמא באלמנה לכה"ג ובין מן האירוסין ובין מן הנשואין ותקשה להיפך בשלמא מן האירוסין א"ש הא דאי בעל נפטרה צרתה משום דמה"ת עשה דוחה ל"ת אבל מן הנשואין הא הוי עשה ול"ת וקאי עלייהו קרא דיבמתו יבמתו ומדאורייתא ליבום לא רמיא ואמאי אם בא עליה נפטרה צרתה וכמ"ש התוס' והרשב"א דלרבא דסובר דעשה דוחה ל"ת ביבום סובר דקרא דיבמתו אתא לחייבי עשה ול"ת ולפמ"ש א"ש דדוקא אי קרא דיבמתו יבמתו אתא לח"ל בזה אמרינן דאם בעלו לא קנה דהא בח"ל מסברא בעינן למימר דעשה דוחה ל"ת ועולה ליבום ואתא קרא דיבמתו יבמתו לאורויי דאינו עולה ליבום להכי אף אם בעלו לא קנה אבל אם קרא אתא לחייבי עשה ול"ת דבלא קרא ידעינן דליתא ביבום דכלל גדול בכה"ת דאין עשה דוחה ל"ת ועשה וקרא אתא לאורויי דבעי חליצה שלא נימא כל שאינו עולה ליבום אינו עולה לחליצה אבל הא דאינו עולה ליבום לא מאזהרת קרא דיבמתו גמרינן דבלא"ה אין עשה דוחה עשה ול"ת ולא בא לן קרא מיוחד שאינו עולה ליבום רק מכללא דכל התורה כולה בזה בעינן למימר

דאם בעלו קנה כמו שסובר רבא דאם מה דאין חייבי לאווין רמיין ליבום הוא משום דאפשר בחליצה בעינן למימר אם בעלו קנה כיון דליכא קרא מיוחד לדחותו מיבום רק מכללא דכה"ת כולה ורק הש"ס במסקנא הוא דמותיב אף להך סברא דאפשר בחליצה מברייתא דאם בעלו קנה דסובר דאף דליכא קרא מיוחד למידחי מיבום רק מכללא דכל התורה נמי בעינן למימר אם בעלו לא קנה כיון דמן התורה לא בעי ליבומי ודו"ק:

סימן קעד

שאלה בדבר יבמה אחת שחלצה לפני כבודו וב"ד ובשעה שצוה עליה כבודו לשוח ולחלוץ המנעל טעתה וסברה שכבודו מצוה לה לרוק ורקקה וכבודו מסופק אם ראה הרקיקה והדיינים בוודאי לא ראו ואחרי העיון בעזהי"ת דברי כת"ר בזה נאמנים כאשר נבאר בעזהי"ת:

הנה בשו"ע אה"ע (סימן קס"ט ס' מ"ח) אם רקקה לפני היבם בפני ב"ד נפסלה מלהתייבם וכן שם (בס' מ"ו) ויש מי שאומר שיש להזהר שלא תרוק היבמה לפני היבם קודם חליצה שלא תהא חליצה פסולה ותהא צריכה לחזור על כל האחין ובסדר חליצה (סט"ו) יזהירו ב"ד את היבמה שלא תרוק בפני היבם עד שתחלוץ אולם המהרש"ל ז"ל ביש"ש כתב שאין להחמיר בזה אם רקקה קודם החליצה וכתב ע"ז שהיא חומרא יתירה דדווקא אם רקקה שלא בשעת חליצה אמרינן דמיפסלא מן האחין אבל בשעת חליצה כשהקדימה הרקיקה לחליצה כיון שעוסקת בחליצה ל"ל בה וע"ז אמרו בין שהקדים רקיקה לחליצה בין שהקדים חליצה לרקיקה מה שעשה עשוי:

והנה נחזי אנן בש"ס דיבמות (דף ק"ד) שלחו לי' לאבוה דשמואל יבמה שרקקה תחלוץ ופריך מני אלימא ר"ע ומה במקום מצוה וכו' אלא כר' אליעזר וכרבי דאמר שני דברים המתירים כו' ואח"כ פריך ומי אמר ר"ע רקיקה לא פסלה והתניא וכו' ומסיק דפסל מן האחין ופריך מ"ש קרי' ומ"ש רקיקה ומשני משום דקרי' איתא בין בתחילה ובין בסוף ורקיקה ליתא אלא בסוף ויאמרו דרקיקה דבתר חליצה הואי ואתי למישרי חלוצה לאחין ע"ש בגמרא:

והנה דברי אבוה דשמואל יש לפרש בשני פנים או שרקקה ולא חלצה כלל אחר הרקיקה או שחלצה אח"כ רק ששינתה הסדר וקמ"ל אבוה דשמואל דמיד שרקקה נפסלה ונ"מ במה שנפסלה משעת רקיקה דהחליצה הוי חליצה פסולה וצריכא לחזור על כל האחין וכדברי המרדכי שלא כדברי המהרש"ל ז"ל. ונראה לי דוודאי פשטא דלישנא דברייתא בין שהקדים וכו' מה שעשה עשוי משמע כדברי המהרש"ל ז"ל דהא חליצה במושב ב"ד תליא מילתא דהא חלצה ולא רקקה חליצה כשירה ואין צריכה לרוק אחרי שנתפזרו

הב"ד כמ"ש רש"י ז"ל ד"ה אאימורים וז"ל שם ה"נ נימא אע"ג דלאו מעשה חשוב באיש הוא הואיל ואפשר לרוק ליעכב וקאמר ר"ע לא מעכב עכ"ל ולא אמרינן שאכתי מוטל עליהם לקיים מצות רקיקה משום דכיון שנתפזרו מושב ב"ד נגמר מעשה החליצה ואף אם תרוק לא יקויים בזה מצות רקיקה וכמ"ש הב"ש (בס"ק פ"ד) בשם ר' ירוחם ז"ל דהא דאמרינן דרקקה וקלטתו הרוח אינה כלום זהו דווקא לכתחילה אבל אם נתפזרו הב"ד והלכו להם כשירה עי"ש וכיון דחזינן דגמר מצות חליצה בקביעות ישיבת ב"ד תליא מילתא וודאי דאיכא למימר דרקיקה שלא נעשה אח"כ מעשה החליצה שפיר פוסלת מן האחין למהוי חליצה פסולה אבל רקיקה שנעשה מעשה חליצה אחריו באותו מושב ב"ד אינה פוסלת מן האחין דמעשה חליצה כדין עשתה רק ששינתה הסדר וע"ז אמרו בין שקדמה וכו' מה שעשה עשוי:

והכי משמע לי מלשון רש"י ז"ל בהא דפריך שם (בדף ק"ד) מני אילימא ר"ע השתא במקום מצוה דאיכא למימר מידי דהוה אאימורים דכי איתנהו מעכבי וכי ליתנהו לא מעכבי אמר ר"ע לא מעכבי מאחין איפסלא ופירש"י ז"ל ע"ז ומה במקום מצוה בשעת חליצה שהרקיקה מצוה והאי לישנא וודאי משמע דמילתא דאבוה דשמואל וודאי מיירי שהרקיקה הי' שלא בשעת חליצה ופריך עליו מק"ו מרקיקה בשעת חליצה דמה בשעת חליצה לא מעכבא כש"כ שלא בשעת חליצה שאינה פוסלת מן האחין וכיון דאבוה דשמואל מיירי רק שלא במקום מצוה שרקקה שלא בשעת חליצה ולא חלצה כלל אחר הרקיקה וודאי דאין ללמוד ממנה פסול מן האחין בהקדמת רקיקה לחליצה וכדברי מהרש"ל ז"ל:

ועוד אי נימא דאבוה דשמואל מיירי שרקקה ואח"כ חלצה ואשמעינן דמשעת רקיקה נפסלה מן האחין והויא חליצה פסולה קשה טובא דהא בעי למימר הטעם משום דסובר כר"א וכרבי דשני דברים המתירין מעלין זה בלא זה א"כ תקשה בחלצה כסדר נמי נימא דבחליצה נפסלה מן האחין. ובשעת רקיקה הוי חליצה פסולה וצריכא לחזור על כל האחין וע"כ דזה אי אפשר לומר דהא דרשינן בית אחד הוא חולץ ואינו חולץ שני בתים ואם נימא דמפסלא מן האחין בחליצת מנעל צריכא לחזור משניהם. ואף דזהו רק מדרבנן דמדאורייתא חליצה פסולה אין צריכה לחזור על כל האחין מ"מ דבר שהוא מפורש בתורה להיתר אין כח ביד חכמים לאסור כמ"ש הט"ז ביו"ד (סימן קי"ז) וא"כ ברקקה ואח"כ חלצה נמי פשיטא דאינו פוסל מן האחין כיון דהם שני דברים המתירים וכמו שלא גזרו לפסול מן האחין בחלצה ברישא ה"נ לא מסתבר לגזור ברקקה ברישא דהא לר"א חליצה ורקיקה כי הדדי נינהו ותרווייהו מן המתירים נינהו:

ול"ד למ"ש בב"ק (דף ע"ב) כי שחט בה פורתא אסרה אידך מחתך עפר בעלמא הוא והקשו התוס' דכל שוחט בחוץ נמי נימא הכי ותירצו דבהכי חייבי' רחמנא והיינו היכא דליכא איסור אחר משא"כ הכא דאיכא איסור אחר מבלעדי שחוטי חוץ אמרינן מחתך עפר בעלמא הוא וה"נ נימא דהיכא דעשה כסידרן לא איכפת לן במה שנפסלה במתיר הראשון והוה חליצה פסולה דז"א דהתם ניתוסף איסור אחר אמרינן בהכי לא חייב רחמנא אבל הכא לא ניתוסף איסור אחר רק שעשה שלא כסידרן וכמו שלא נוכל לגזור בעשה כסדרן כן לא גזרינן בשלא כסדרן:

ועוד נראה לי דאפילו אם סובר דנפסלת מן האחין ונ"מ לענין חליצה פסולה מ"מ בזה לא קיי"ל כוותי' דאיהו קאמר רק אליבא דר' אליעזר דרקיקה מעכבא ואליבא דרבי דאמר שני דברים המתירים מעלין זה בלא זה וכיון דהרקיקה מעכב הוא מעצם המתיר ויש בו כח לפוסלו מן האחין ולמיקם עלה בלא יבנה אבל לדידן דקי"ל כר"ע דרקיקה אינה מעכב אינו פוסל מן האחין ודבר זה עולה גם במסקנא דלר"ע לא פסיל כיון דאינו מעכב [והא דלא קיי"ל בהא כאבוה דשמואל דפוסק כר"א משום ר"י א"ש פסק בנדה (ד' ז' ע"ב) כר"א רק בארבע] והש"ס דפריך מי אמר ר' עקיבא רקיקה לא פסיל והתניא רקקה ולא חלצה חליצתה פסולה והיינו מן האחין כדמסיק שם ומשום גזירה דרקיקה ליתא אלא לבסוף אמרי דרקיקה בתר חליצה הוא אינו חוזר כלל ממה שאמר בתחילה דאבוה דשמואל קאי אליבא דר"א ואליבא דרבי אבל לר"ע לא פסיל:

וזה קאי גם אליבא דמסקנא ואבוה דשמואל דאמר יבמה שרקקה תחלוץ שנפסלה מן האחין היינו מדאורייתא מפני שהרקיקה היא מן המתירין משום דהוא מירי ברקקה ואח"כ חלצה דשינתה הסדר ובזה לא שייך הך גזירה שמא יאמרו רקיקה דבתר חליצה הוא דהא באמת חלצה אח"כ ולא תנשא כלל לאחין מחמת עיקר החליצה ולא פסיל אלא לר"א ואליבא דרבי אבל לר"ע באמת לא פסיל רק שהש"ס מסיק על מה שהקשה ומי קאמר ר"ע לא פסיל והתניא רקקה ולא חלצה פסולה מן האחין אף לר"ע וע"ז מסיק דלר"ע נמי פסול ברקקה ולא חלצה משום גזירה דאם מתירין אותה להנשא לאחין אחר הרקיקה יאמרו דרקיקה דבתר חליצה הואי ואתי למישרי חלוצה לאחין וכ"ז דווקא ברקיקה בלא חליצה דשייך הך גזירה אבל ברקיקה קודם חליצה רק ששינה הסדר לא שייכי הך גזירה דהא לא תנשא לאחין כלל משום שהיתה כבר חליצה שלימה ולא פסלה אבוה דשמואל אלא משום דסבר כר"א דאמר רקיקה מעכבי וכרבי וכו' אבל אנן דקיי"ל כר"ע אם רקקה מקמי דתחלוץ לא נפסלה מן האחין משום דרקיקה אינה מעצם המתיר וגם לא שייכי הכא הגזירה דרקיקה דבתר חליצה וכדאמר הש"ס מעיקרא:

ונראה לי דאף לפמ"ש הר"מ ז"ל (בה' יבום וחליצה פ"ד שהחליצה והרקיקה הם המתירים ולדבריו ז"ל לכאורה רקיקה פוסל מן האחין מה"ת כיון שהוא מעצם המתיר מ"מ הא כבר תמה עליו הה"מ ז"ל שהוא נגד הש"ס דבש"ס קאמר בהדיא דלר"ע לא מדמינן לה לאימורים ואף כי איתנהו לא מעכבא והוצרך לומר בטעמא דרקיקה דפוסלת משום דליתא אלא לבסוף ואמר רקיקה דבתר חליצה הוא ואתי למישרי חלוצה לאחין ואם נימא דרקיקה הוי מעצם המתיר לא הוי צריך לטעמא דגזירה וז"ל הרמב"ם רקקה בלבד שלא חלצה ולא קראה או שרקקה וקראה ולא חלצה הרי זו כחליצה פסולה קראה היא והוא ולא חלצה ולא רקקה לא עשה כלום שנאמר ככה יעשה לאיש שהמעשה שהוא החליצה והרקיקה הוא שמועיל אבל הקריאה אינה מעכבת ואינה מועלת. והה"מ כתב עליו וקשה דמשמע דמסקנת הגמרא בהדיא דרקיקה אינה פוסלת אלא מדרבנן והטעם אמרו שם משום דאין דרך רקיקה אלא לאחר חליצה הלכך אי לא הוי פסול אתי לאיחלופי בחלוצה דעלמא להתירה לאחין ועוד קשה דהא ר"ע לא דריש דבר שיש בו מעשה לבד אלא דבר שיש בו מעשה באיש דהיינו חליצה בדווקא ור"א דדריש דבר שיש בו מעשה ס"ל דחליצה בלבד חליצתו פסולה וכיון דקיי"ל כר"ע איך כתב רבינו דרשתו של ר"א וצ"ע עכ"ל הה"מ ז"ל ובאמת ששתי הקושיות חמורות הן למאוד:

וראיתי להגאון מהר"מ אלשיך ז"ל בתשובה (סימן צ"ב) שכתב ליישב קושיית הה"מ ז"ל דהר"מ דחה סוגיא זו מהלכה מהנהו עובדי דאמוראי שהדחיקו להטעות את היבם שאין הגון לה וא"ל חלוץ לה ובכך אתה כונסה וכו' כדי לפוסלה והקשה הרא"ש אמאי הוצרכו להטעם כיון שהיבם והיבמה עמדו לפניהם יאמרו להיבמה שתרוק לפניהם ונפסלה מלייבם ואח"כ יכפוהו לחלוץ ואי לית להו להנהו אמוראי להא דאבוה דשמואל א"כ לאו הילכתא הוא והרי"ף הביאה לפסק הלכה ותירץ הרא"ש דהא דלא אמר לרוק משום דמסיק לעיל דכי חזינא שחלצה סנדל לאחד מהם חיישינן שמא כוונה אבל בלא כוונה לא מהני חליצת סנדל לפסול וכ"ש רקיקה דוודאי לא פסיל בלא כוונה והני עובדא דלקמן דידעי בהו שלא הי' רוצה לחלוץ רקיקה לא פסלי שידוע שלא כיון עכ"ל הרא"ש ז"ל וסובר הר"מ ז"ל דכיון דמוכח מהנהו אמוראי דרקיקה בלא כוונה לא פסלה א"כ ע"כ דאין הטעם פסול הרקיקה משום דאתי לאיחלופי ברקיקה דבתר חליצה דאם הי' הטעם משום דאתי לאיחלופי הי' פוסל אף בלא כוונה דמאן דחזי לא ידע אי מכווני או לא וכמו דטעי מאן דחזי וסובר דרקיקה דבתר חליצה היא, ה"נ טעי וסבר דמיכווני ומזה הוכיח הר"מ ז"ל דרחב"א ואביי ור"פ לא סבירא להו הך שינויא דאתי לאחלופי אלא סברי טעמא דאבוה דשמואל דרקיקה פוסל מן האחין הוא מלישנא דקרא דככה יעשה דבר

שהוא מעשה מועיל דאף דדרשינן דבר שהוא מעשה באיש מעכב ורקיקה לאו מעשה באיש מ"מ כיון דכתיב ככה יעשה דרשינן תרווייהו דבר שהוא מעשה באיש מעכב ודבר שהוא מעשה ולאו באיש אינו מעכב אבל גורם המתיר וקריאה שאינו מעשה כלל אינו לא מעכב ולא מתיר ושני התיבות דרשינן תיבת ככה ותיבת יעשה ולהכי רקיקה פוסל הואיל והוא מתיר ואינו פוסל אלא אם כוונו אבל אם היה הטעם משום איחלופי אין שייך לחלק בין כוונו ללא כוונו דמאן דחזי לא ידע אם כוונו ע"כ דברי הגאון מהר"מ אלשיך ז"ל:

והנה במה שפירש לישנא דקרא דככה יעשה דדרשינן ככה ודרשינן יעשה, בעה"י כוונתי לדעתו הגדולה בזה. אולם עדיין דברי הר"מ ז"ל אינם מיושבים דדוחק לאמר דהר"מ דחה כל הסוגיא מה דפשיטא להש"ס בתחילה דלר"ע לא פסיל ומה דמסיק אח"כ דפסיל מדרבנן ובדה מלבו טעם אחר מחמת קושיות הרא"ש מהנהו אמוראי דלא צוו לרוק) ועוד תימא שלא הרגישו שיש בדברי הר"מ גופא קושיא וסתירה שדבריו סותרין זה את זה דמעיקרא קאמר ברקקה ולא חלצה הרי זו כחליצה פסולה והאי לישנא וודאי משמע דלא ממש חליצה פסולה היא מדאורייתא אלא כחליצה פסולה והיינו מדרבנן ולבסוף מסיק מקרא שהרקיקה הוא שמועיל מדכתב ככה יעשה וטעם זה מהני לפסול אף מדאורייתא:

ולי נראה ליישב דברי הר"מ ז"ל שמפרש הסוגיא דלא כרש"י ז"ל ודעתו ז"ל וודאי דרקיקה הוא מעצם המתיר אע"ג דילפינן מקרא דלא מעכב מ"מ דמי לאימורים דכי איתנהו מעכב וכי ליתנהו לא מעכב ומה דאמר הש"ס דאפילו איתנהו לא מעכבי קאי אהיכא דחלצה ולא רקקה ונתפזר מושב ב"ד וכמ"ש רש"י ז"ל דאע"ג דאפשר לרוק והיבם והיבמה הם כאן אפ"ה א"צ לרוק והוא מטעם כיון שנתפזר מושב ב"ד נגמר מצותו ואפילו אם תרוק אח"כ לא שייכא רקיקה זו במצות חליצה מפני שכבר נגמרה בהתפזרות מושב ב"ד ופריך הש"ס שפיר אאבוה דשמואל דאמר רקיקה פסלה מן האחין ומה במקום מצוה דאיכא למימר מידי דהוה אאימורים דכי איתנהו מעכב ואפ"ה אמרינן דלא מעכב אע"ג דאפשר לרוק והיינו ע"כ מטעם שכבר נתפזר מושב ב"ד אין הרקיקה מצוה וא"צ לרוק אע"פ שאפשר עדיין לרוק א"כ כ"ש דשלא בשעת חליצה שאין הרקיקה פוסלת שאין בה שום סרך מצות חליצה אף לפסול זה קושית הש"ס שם והיינו אחרי שנתפזרו מושב ב"ד אבל הרקיקה דבתר חליצה כסדר מצותו בשעת מושב וודאי דיש בה מעצם המתיר כמו אימורים דאע"ג דלא מעכבי כי איתנהו הם מעצם המתירין בשר באכילה ומצינו נמי גבי שחיטה שהוא הכשר כה"ג שאם שחט רובו של סימן כשר והוי

הכשר שחיטה ברוב סימן ואם שחט גם מיעוט בתרא בעינן למימר בחולין (דף ל"ב) ששהייה ודרסה פוסל בו וע"כ דאם שחט כל הסימן הוי כולו מהכשר שחיטה ופוסל בו כל הדברים הפוסלים בשחיטה וה"נ ברקיקה אם לא רקקה חליצתה כשירה ואם רקקה הוי גם הרקיקה מעצם המתיר:

ושפיר כתב הר"מ ז"ל שרקיקה והחליצה מתירין והיינו רקיקה דבתר חליצה שפיר דמי לאימורין דבתר זריקה דכי איתנהו מעכב וכ"ז ברקיקה דבתר חליצה אבל רקיקה לחוד בלא חליצה אין בה שום כח מתיר כמו אימורין שהקטירן בלא זריקת דם ולהכי לא פסלי מן התורה אף לרבי דסבר שני דברים המתירין מעלין זה בלא זה משום דרקיקה לחודא אין בה שום מתיר כלל כיון דלא מעכבא ולאימורין נמי לא דמי כיון שלא היתה בתר חליצה רק דמסיק הש"ס דפסיל מדרבנן ופריך מ"ש מקריאה דלא פסלה וע"ז משני רקיקה דליתא אלא לבסוף אתי לאיחלופי ברקיקה דבתר חליצה והיינו דכיון דהוא לבסוף אחר החליצה להכי היא מעצם המתיר כמו אימורין דאחר שעשתה זריקה עיקר המתיר גומרת הקרבת האימורין את המתיר וכן חליצה שעשתה ההיתר הרקיקה גומרת וכיון שהרקיקה גומרת המתיר להכי גזרו שרקיקה לחודא אף שאין בה סרך מתיר כשהיא לחודא מ"מ אתי לאיחלופי ברקיקה שהיא בסוף שהיא מתרת ואם נימא דרקיקה לחודא לא פסלה אתי לאיחלופי דכיון שרקיקה מתרת ולא פסל אאחין יאמרו דגם חליצה לא פסל. אבל קריאה דאיתא בין בתחילה בין בסוף ואין בה שום מתיר אף כשהוא בסוף דהא בתחילה וודאי דאין סרך מתיר ה"נ לבסוף אין בה שום מתיר לא אתי לאיחלופי ואם נימא דקריאה אינו פוסל מן האחין לא ילמדו ממנה חליצה וקריאה גמורה משום דידע דקריאה אין בה שום סרך מתיר בין שהיא בתחילה בין שהיא בסוף דכמו דבתחילה לית בה מתיר כך אין בה מתיר בסוף וכיון שאין בה מתיר להכי אם קראה ולא חלצה אין כאן בית מיחוש וזה שכתב הר"מ ברקקה ולא חלצה הוא כחליצה פסולה ופסול מפני שהרקיקה היא המתרת עם החליצה ולהכי גזרו כשהיא לחודה משא"כ קריאה שאינה מתרת אף עם החליצה להכי לא גזרו בה ופירוש זה מתיישב יותר מפירש"י ז"ל דרש"י ז"ל פירש דברקיקה כשיראו רקיקה יאמרו שהי' גם חליצה בתחילה דא"כ גבי קריאה נימא אם קראה קרי' דבסוף לחוד פוסל מן האחין שיסברו שהי' חליצה בתחילה ועוד דאטו קיימינן באדם שיראה רק הרקיקה או הקריאה ולא יראה מה שנעשה מקודם או אח"כ אבל לפי מה שפרשנו בדעת הר"מ ז"ל א"ש טפי דאתי לאחלופי רקיקה לחודא בחליצה לחודא:

ומה שלמד הר"מ ז"ל דחליצה ורקיקה הן מתירין מככה יעשה דדבר שהוא מעשה מתיר אע"ג דלר"ע דרשינן דמעשה שהוא באיש מעכב והיינו חליצה ולא רקיקה היינו דווקא לענין ככה עיכובא בעינן מעשה באיש שזהו חליצה אבל לענין מתיר תרווייהו מיקרי מתיר החליצה והרקיקה מידי דהוי אאימורין ומגופא דקרא משמע הכי דהא כתיב ככה יעשה משמע שהמעשה הוא המתיר רק שמעשה שהוא באיש כתיב בה ככה לעכב אבל מעשה שאינו באיש אינו מעכב אבל מתיר הוא בוודאי דהא איצטריך למיכתב שאינו מעכב מכלל שהוא מן המתירין אלא שאינו מעכב ודמי לאימורין שאינו מעכב ומתיר אבל דבר שאינו מעשה כלל כמו קריאה אינו מתיר כלל דפליג קרא דבר שהוא מעשה מדבר שאינו מעשה ובכל זה מודה גם ר' עקיבא:

ומה שיליף הרמב"ם הך סברא דקריאה אינו מתיר ורקיקה מתיר מקרא דככה יעשה דמשמע דהעשי' היא המתיר. ובגמרא לא אמרו הך טעמא רק אמרו דרקיקה שהיא לבסוף שייך למימר בה שהיא מתרת כמו אימורין וקריאה שהיא גם בתחילה אינה מן המתירין כלל ולא יליף ג"כ מפשטא דקרא דככה יעשה כמו שלמד הרמב"ם ז"ל:

נראה לי לבאר ג"כ על נכון דהנה התוס' הקשו שם ביבמות (דף ק"ה) בד"ה ככה דיליף ר"א מככה יעשה דבר שהוא מעשה מעכב לאפוקי קריאה וא"ת למ"ד עקימת פיו הוי מעשה היכי ממעטינן קריאה ודחקו עצמן בזה ול"נ דלק"מ דהא אמרינן בסנהדרין (דף ס"ה) דפריך לר"י מ"ש דכפיפת קומתו לרבנן הוי מעשה ועקימת שפתיו לא הוי מעשה גבי מגדף ופטר לי' מחטאת ואמר רבא שאני מגדף הואיל וישנו בלב ופירש"י ז"ל דעיקר חיוב הבא עליו תלוי בלב שהוא מתכוין לברך ה' ואפילו מברך ד' כל היום ואין בלבו כלפי מעלה אלא שהעלה את השם לדבר אחר ומכנהו בשם המיוחד ומקללו אינו מתחייב ולפ"ז בדבר שעיקר מחשבת הלב אין הדיבור מתחשב מעשה ולפמ"ש בתשובה דעיקר הקריאה הוא מה שאינו רוצה ליבמה ומינה ילפינן עיקר הדבר שהצריכו בחליצה כוונה כדאמרינן בין שנתכוון הוא ולא נתכוונה היא בין שנתכוונה היא ולא נתכוון הוא חליצתה פסולה עד שיתכוונו שניהם כאחד והיינו דגלי קרא שיכוון בלבו שרוצה להוציאה בחליצה זו ויאמר כן בפיו ואפי' לר"ל דסבר דברייתא דחליצה מוטעת כשרה מיירי בחלוץ לה ובכך אתה כונסה וכשרה החליצה בלא כוונה הוא נמי משום דסובר דכמו דאם לא קרא הוא ולא היא כשרה ה"נ אם לא כיון בלב נמי החליצה כשרה בדיעבד אבל לכתחילה מודה דבעי כוונה כמו דבעינן קריאה לכתחילה (ור"י סבר אע"ג דקריי' והוצאות הדברים בפה לא מעכב מ"מ כוונה בלב מעכב] וכיון דעיקר הקריאה היא בכוונת הלב לפוטרה דמי ממש למגדף הואיל וישנו בלב לא הוי עקימת שפתיו מעשה

לרבנן דפטרי מגדף מחטאת ושפיר יליף ר"א דקריאה לא מעכב מככה יעשה משום דקריאה לא מיקרי מעשה:

ובזה מיושב גם דברי הר"מ ז"ל דהש"ס דקאי לשנויי הברייתא דקתני בה אליבא דר"ע דרקיקה פסלה וקרייה לא פסלה לא הוי מצי לשנויי הטעם שכתב הרמב"ם ז"ל מפשטא דקרא דכתיב ככה יעשה משמע שהמעשה היא המתיר דהיינו הרקיקה והחליצה רק דלענין עיכובא בעינן מעשה שהוא באיש אבל לא קריאה שהיא אינו מעשה דהא אנן לר"ע קיימינן ולר"ע מחייב חטאת גבי מגדף (בפ"ק דכריתות) אע"ג דישנו בלב הרי דאף דבר שחשב בלב מקרי מעשה ולהכי הוצרך הש"ס לתרץ דמסברא ידעינן שהרקיקה יכולה להיות מן המתירין שהיא רק לבסוף ודמי לאימורין אבל קרייה ישנו בין בתחילה ובין בסוף וכמו דקריאה דבתחילה אינה מן המתיר שלא דמיא לאימורין ה"נ קרייה דלבסוף אבל לדידן דפסקינן כרבנן ופטרינן מגדף מחטאת משום דדבר שישנו בלב לא הוי עקימת שפתיו מעשה שפיר כתב הר"מ ז"ל כיון דכתיב ככה יעשה דמשמע שהמעשה הוא המתיר ממעטינן קריאה שאינה מעשה כלל ואינה מן המתירין ולא הוצרכנו להך סברא שישנו בתחילה אלא מגופו דקרא מוכח הכי ולהכי רקיקה פסלי וקריאה לא פסלי ונתבארו דברי הר"מ ז"ל על מכונן מכל מה שהשיגו עליו:

ומעתה הרי נתבארו דברי הרמב"ם ז"ל במ"ש דרקיקה מתרת היינו דווקא רקיקה דבתר חליצה אבל רקיקה גרידא או רקיקה דמקמי חליצה אינה מתרת וכיון דאינה מתרת אין בה כח לפסול מן האחין ומטעם גזירה דלמא יאמרו רקיקה דבתר חליצה הוא נמי לא שייך למפסל כאן כיון דבשעת מעשה החליצה גופא הואי ובלאו הכי לא תנשא לאחין משום החליצה. ואף אם נימא לדעת הר"מ ז"ל דדווקא רקיקה בלא חליצה כלל אינו מתיר אבל רקיקה דמקמיה חליצה נמי מתיר ול"ד לאימורין שהקטירן קודם זריקה דהתם קודם הזריקה לאו קרבן הוא כלל וכיון דפוסל מן האחין משעת רקיקה מן התורה יש לומר דהוה חליצה פסולה וצריכא לחזור על כל האחין מ"מ כבר כתבנו דאם הרקיקה דקמי חליצה הוי מתיר וודאי דאין שייך לחלקה מעיקר החליצה ולאמר שתפסול מן האחין דהכל מעשה חליצה חדא הוא:

והכי משמע בסנהדרין (דף מ"ט) דאין שום חילוק בין הקדים חליצה לרקיקה או רקיקה לחליצה ולדברי המרדכי הא איכא טובא בינייהו דבהקדים רקיקה לחליצה הוי חליצה פסולה וצריכא לחזור על כל האחין:

ועוד נראה דאף לפי דברי המרדכי דאם קדמה רקיקה הוי חליצה פסולה וצריכה לחזור על כל האחין. היינו דוקא אם רקקה לפני הב"ד קודם הקריאה ולא התחילו עדיין מעשה

החליצה ופוסלת מן האחין אבל בנ"ד שרקקה אחר שקראה מאן יבמי ולאחר שקרא הוא לא חפצתי שכבר התחיל מעשה החליצה ודאי דחשבינן מעשה הרקיקה והחליצה מעשה אחת ומקרי רק שנוי הדבר ומה שעשה עשוי:

ועוד לפמ"ש כת"ר שהב"ד לא ראו הרקיקה א"כ יש לנו סניף להקל ע"פ דעת הב"ח שהביא הב"ש (בס"ק ל"ט) דאם לא ראו הדיינין הרקיקה פסול לדעת התוס' אף בדיעבד וצריך לחזור ולרוק שהתוס' הקשו שם אברייתא דחולצת מן הסומא כשרה פשיטא ותירצו דה"א דלעיני קאי נמי איבם ע"ש משמע מדבריהם דאי הוי קאי לעיני איבם הוי מיפסל בדיעבד אם לא ראה היבם א"כ אם לא ראו הדיינין נמי פסול בדיעבד ומה שחלק עליו הב"ש וכתב דכונת התוס' דהוי פסול בדיעבד הוא משום שלא ראה חליצת המנעל אבל ראית הרקיקה ודאי דלא מפסיל בדיעבד דהך דרשא לעיני הזקנים וירקה הוי רק אסמכתא בעלמא תמיהני מאוד דהא קאמר בר"פ מצות חליצה) ואידך האי לעיני מאי עביד ליה מיבעי ליה לכדרבא דאמר צריכי דייני למחזי רוקא כי נפקא מפומא דיבמה ואידך נמי מיבעי ליה לכדרבא אין הכי נמי אלא הדיוטות מנ"ל וכו' ע"ש בגמרא הרי משמע בהדיא דדרשה דרבא דרשה גמורה היא א"כ ממילא מוכח ממ"ש התוס' דאי הוה אמינא דלעיני קאי גם איבם נפסל חליצת סומא אף בדיעבד ה"ה היכא שהב"ד לא ראו הרקיקה נמי מיפסל בדיעבד:

ומעתה כיון דעיקר דין דחליצה פסולה צריכה לחזור על כל האחין הוא רק מדרבנן כמ"ש החכם צבי והב"ש ז"ל הרי יש לנו עמודים למסמך עלייהו במידי דרבנן הלא המה דעת הישי"ש דזה אינו פוסל מן האחין כלל ודעת הב"ח לשיטת התוס' דאם לא ראו ב"ד הרקיקה לא הוי רקיקה כלל וממילא דאינה פוסל על האחין ודעת התוס' דלא מיקרי חליצה פסולה אלא באחות זקוקה או בעלת הגט אבל משום שאינה יכולה להתייבם לא מקרי חליצה פסולה וגם אחרי שחלקנו שדעת המרדכי גופא הוא אם היה הרקיקה קודם הקריאה אבל לא אחר הקריאה שכבר התחילה מעשה החליצה לכן נראה לי דיש לנו הרבה יסודות להקל בזה בחשש איסור דרבנן בפרט שכתב כת"ר דהוה מקום עיגון ולדעתי יכול כבודו להתירה להנשא לשוק וכדעת כת"ר במכתבו הנחמד והש"י יאר עינינו במאור תורתו ויצילנו משגיאות כנפש ידידו הדורש שלומו באהבה ומבקש סליחתו על איחור מכתבי:

סימן קעה

שאלה חרש המדבר ואינו שומע אם יכול לחלוץ ליבמתו:

תשובה בברכות (דף ט"ו) אמרינן הקורא את שמע ולא השמיע לאזנו יצא ד"ר יהודא ור' יוסי אומר לא יצא ואמרינן שם נמי ר' יהודה אומר משום רבי אלעזר בן עזריה הקורא את שמע צריך שישמיע לאזנו משום שנאמר שמע ישראל ובגמ' שם אמר רב חסדא אמר ר' שילא הלכה כר"י שאמר משום ראב"ע לענין לכתחילה שצריך שישמיע לאזנו והלכה כר' יהודא דבדיעבד יצא וילפינן נמי התם שאר מצות מק"ש כדתניא לא יברך אדם בהמ"ז בלבו ואם בירך יצא והאי בלבו פירש"י ז"ל שם שלא השמיע לאזנו:

וכתב השאגת אריה (בסימן ז') דהוא הדין בקריאה דחליצה צריך שישמיע לאזנו לכתחלה ואם אינו ראוי לשמוע הו"ל אינו ראוי לבילה ובילה מעכבת בו כדאמרינן בעיקר הקריאה והקשה ביבמות דקאמר רבא אלם ואלמת שחלצו חליצתן פסולה משום דלאו בני קריאה נינהו ואמאי לא אמר רבותא יותר דהמדבר ואינו שומע חליצתו פסולה ומזה הוכיח דהא דקאמר רבי יהודה משום ראב"ע דלכתחילה צריך שישמיע לאזנו מקרא דשמע הוא מדרבנן אסמכתא בעלמא וכיון דהוי רק מדרבנן לא איכפת לן גבי חליצה במה שאינו יכול להשמיע לאזנו ולא מקרי אינו ראוי לבילה:

אולם בדברי הרשב"א ז"ל בחידושיו משמע בהדיא דהא דדריש רבי אלעזר בן עזריה צריך שישמיע לאזנו מקרא דשמע ישראל הוא מדאורייתא ודרשה גמורה הוא שכתב בהא דאמרינן שם בברכות (דף י"ג) רבנן סברי ק"ש בכל לשון מדכתיב שמע בכל לשון שאתה שומע ורבי סבר השמע לאזניך מה שאתה מוציא מפיך ורבנן סברי כמ"ד לא השמיע לאזנו נמי יצא וכר"י וכתב הרשב"א דלאו דוקא דהא לפי המסקנא ר' יהודה כר' אלעזר בן עזריה סבירא ליה דמוקי שמע השמע לאזנך מה שאתה מוציא מפיך ורק בדיעבד יצא אלא כמ"ד אין צריך להשמיע לאזנו קאמר עכ"ל הרי מבואר בהדיא דלראב"ע דרשינן קרא דהשמע לאזניך לכתחלה מן התורה ולהכי לא מצינן למילף מיניה בכל לשון שאתה שומע משום דאיצטריך להשמע לאזניך לכתחלה דדרשה גמורה היא ע"ש וא"כ כיון דדרשה גמורה יש לחוש דאם אינו ראוי להשמיע לאזנו מיקרי אינו ראוי לבילה ובילה מעכבת בו:

והנה השאגת אריה גופא שם כתב דאפשר לאמר דכיון דקריאה גופא אינה מעכבת אלא משום דבעינן שתהא ראויה לקריאה וכיון דבדבר דבעי קריאה ההשמעה לאוזן הוא רק לכתחלה אף שהוא מן התורה מ"מ כיון שהוא רק לכתחלה אינו מעכב באינו ראוי וכיון דראוי לקריאה לדין דיעבד לא איכפת לן במה שאינו ראוי לקריאה לכתחלה אלא שדחה זה מהא דאמרינן ביבמות (דף ק"ו) דגם כה"ג מיקרי אינו ראוי לבילה דאמרינן שם מודה רבא בלא אבה יבמי כדרבי זירא כ"ה גירסת הרי"ף שם] והיינו משום שאין דרכן של

נשים לידע ולקרות וכולן אינן ראוין לבילה עד שילמדום ע"ש משמע דגם זה מיקרי אינו ראוי לבילה דאע"ג דבאיש מיקרי קריאה אף שאינו קורא בבת אחת משום שראוי לקרוא בב"א מ"מ באשה שאינה ראוי' לקרוא בב"א לא מהני ע"ש היטב מיהו הרשב"א שם חולק ע"ז וכתב דלא גרסינן כדרבי זירא אלא הכי גריס מודה רבא בלא אבה יבמי משום דאי מפסיק משמע דלא ארישא קאי כלומר לא מאן להקים לאחיו שם בישראל אלא אבה יבמי וכפרש"י. א"כ אין ראיה מזה דכל כה"ג מיקרי אינו ראוי לבילה:

מיהו בעיקר הדבר שחידש השאג"א דבעינן בחליצה שישמיע לאזנו נראה לי דיש לחלק טובא בין ק"ש לחליצה בק"ש וברכת המזון דכל הני הוי כמו תפלה המשעבדים לב לשמים בעינן שישמיע לאזנו משא"כ חליצה שהוא קנין וגם כונה דידיה הוא רק כונת קנין וכן הקריאה הוא דבעי שיוציא כונתו בפיו כמ"ש במקום אחר וכיון דעיקר הכונה הוא רק כונת קנין לא בעינן בזה שישמיע לאזנו וחרש המדבר ואינו שומע יכול לחלוץ ועוד דאף דמדברי הרשב"א ז"ל משמע דהא דצריך להשמיע לאזנו הוא מדאורייתא מ"מ מצאתי סיוע לדעת השאג"א והצל"ח דהא דצריך להשמיע לאזנו לכתחלה לר"י הוא רק מדרבנן. מדברי הרא"ש בפ"ג דברכות (סימן י"ד) שכתב על דברי רבינא דהרהור כדבור דמי דמוקי מתני' כר"מ דאמר אחר כונת הלב הן הן הדברים אי נמי כר"י דאמר אם לא השמיע לאזנו יצא אבל לכתחלה צריך שישמיע לאזנו ובבעל קרי אוקמה אדאורייתא ויוצא בהרהור עכ"ל הרי שכתב בהדיא דלא כהרשב"א ז"ל דסובר דהא דצריך להשמיע לאזנו הוי מדאורייתא אלא דהוי רק מדרבנן בעלמא וכיון שהוא מדרבנן לא איכפת לן במה שאינו ראוי להשמיע לאזנו בחליצה משום כל שאינו ראוי לבילה אף אם נשוה חליצה לק"ש:

והכי משמע לי בירושלמי (פ"ק דתרומות ופ"ק דחגיגה דחרש המדבר ואינו שומע חליץ שפיר דהכי איתא התם דמר רבי יונה הדא אמרה דלית כללא דרבי כללא [ולפי גירסת הגר"א ז"ל בירושלמי אין ראיה וע"ש] דתנינא תמן חרש המדבר ואינו שומע לא יתרום וסברינן למימר דמדבר ואינו שומע חרש שומע ואינו מדבר אינו חרש ותנינן החרש שנחלץ והחרשת שחלצה והחולצת לקטן חליצתה פסולה אמר רבי יוחנן בשאינן יכולין לומר ואמר ואמרה ותנינן חרש שדברו חכמים בכל מקום שאינו שומע ואינו מדבר והא מסייעא לר' יונה דר' יונה אמר לית כללא דרבי כללא ע"כ. פי' דרבי יונה סבר דתנא רבי במתני' דחרש שדברו חכמים בכל מקום אינו שומע ואינו מדבר אין הכלל זה דוקא ומצינו לפעמים שקורא למדבר ואינו שומע או לשומע ואינו מדבר חרש ועל מדבר ואינו שומע דקרי ליה חרש מייתי מתני' דתרומות דקתני חרש המדבר ואינו שומע ועל שומע

ואינו מדבר דקרינן ליה חרש מייתי מתני' דיבמות דקתני החרש שנחלץ ור' יוחנן אמר הטעם שאין בואמר ואמרה הרי דמיירי באינו מדבר אף ששומע וקרי ליה חרש זה הוא כונת הירושלמי ומדמייתי ראיה למדבר ואינו שומע דקרינן ליה חרש ממתני' דתרומות ולא מייתי מהך מתניתין גופא דחרש שנחלץ ג"כ למדבר ואינו שומע דקרינן ליה חרש דגם הוא פסול לפי שאינו בואמר ואמרה לפי שאינו יכול להשמיע לאזנו כדעת השאג"א הנ"ל ש"מ דבחליצה לא איכפת לן להשמיע לאזניו וכמו שחלקנו לעיל בין ק"ש ושאר מצות לחליצה וחרש המדבר ואינו שומע יכול לחלוץ אף שאינו יכול להשמיע לאזניו ומתני' דפסל חליצת חרש מיירי רק בשומע ואינו מדבר ולא במדבר ואינו שומע להכי הוצרך להביא ראיה דמדבר ואינו שומע נמי קרינן ליה חרש ממתניתין דתרומות דקתני חרש המדבר ואינו שומע לא יתרום דמתניתין ביבמות לא מיירי מידי במדבר ואינו שומע (דהא במתניתין דיבמות קתני חרש סתם ועיקר ראייתו דמיירי בשומע ואינו מדבר הוא רק מדרבי יוחנן דאמר לפי שאינן בואמר ואמרה שמזה מוכח דשומע ואינו מדבר נמי פסול משום שאינו יכול לדבר ומזה היה יכול להוכיח גם על מדבר ואינו שומע שיקרא חרש מפני שאינן בואמר ואמרה דהיינו שאינו יכול להשמיע לאזנו א"ו דלא איכפת לן במה שאינו יכול להשמיע לאזנו] וה' יאיר עינינו בתורתו:

ויש להסתפק ביבמה שהיא על היבם באיסור לאו שחכמים אסרו ליבם גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שני' היכי שאי אפשר לחלוץ כגון היכי שנקטעה רגלו מארכובה ולמעלה אם אסרינן אף היכי דלא אפשר בחליצה ותשאר זקוקה ליבם או לא ואף שמצינו בקדושין (דף ל"ח) בתוס' שכתבו דלהכי לא אכלו מצה מחדש דגזירה כזית ראשון אטו כזית שני אלמא דמשום גזירה זו מדחינן המצוה לגמרי מ"מ אפשר לומר דלעיגון אשה שתהי' עגונה כל ימיה לא גזרו:

ולכאורה יש להביא ראיה מהא דפריך ביבמות (דף כ') בלישנא בתרא דאמר רבא דלהכי לא מתייבמין ח"ל משום דר"ל דאמר כ"מ שאתה מוצא עול"ת אם אתה יכול לקיים שניהם מוטב וא"ל יבוא עשה וידחה ל"ת וה"נ אפשר בחליצה ופריך שם מברייתא דסריס אדם דקתני אם בעלו קנו ומסיק בתיובתא וקשה אמאי לא משני דרבא בהך לישנא נמי אית לי' גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שניה. והא דקאמר לאו מילתא היא דאמרי היינו משום דמעיקרא הוי סבר רבא דמדאורייתא שרי ליבומי אפילו היכי דאפשר בחליצה משום דעשה דוחה ל"ת והשתא הדר בי' משום דאפשר בחליצה לא דחי מדאורייתא אבל היכי דלא אפשר בחליצה שרי מדאורייתא ואסור מדרבנן גזירה משום ביאה שני' ובריתא דקתני אם בעלו קנו מיירי בדלא אפשר בחליצה דכיון דשרי

מדאורייתא להכי קנו ומדלא משני הש"ס הכי מוכח דהיכי דלא אפשר בחליצה הוי שרי ליבומי אף לכתחלה דלא גזרינן בכה"ג לאוסרה איסור עולם ולהכי לא אפשר לאוקמי הברייתא דאם בעלו קנו בדלא אפשר בחליצה דאז הוי שרי אפילו לכתחלה ובמק"א כתבנו ישוב אחר לזה וצ"ע:

סימן קעו

שאלה יבם ויבמה שנתרצו שניהן לא ליבם ולא לחלוץ וגם לא להנשא לעולם אי שבקינן להו, או דילמא דכייפינן להו לקיים מצות חליצה כמו שכופין על שאר המצות:

תשובה מעכ"ת הביא ראי' מהא דתנן בסנהדרין (דף י"ח) דמלך לא חולץ ולא חולצין לאשתו ופירש"י הטעם משום שאסורה להנשא ומזה יצא לו דכל היכא דאסורה להנשא אין כאן מצות חליצה דחליצה אינה אלא רק כמו גט ולדעתי אין ראי' משם כלל דכוונת רש"י דכיון דאסורה להנשא ליבם א"כ אינה עולה ליבום וכל שא"ע ליבום א"ע לחליצה וכן הא דתנן דמלך לא חולץ ולא מיבם הטעם שאינו מיבם הוא משום שאינו עולה לחליצה משום דגנאי הוא שתרוק בפניו ע"כ אינו עולה ליבום וכן פי' הרמב"ם בפהמ"ש:

ולישנא דהרמב"ם ז"ל (בה' מלכים) דייק כוותי שכתב וכיון שאין מייבמין לאשתו אין חולצין לה אלא היא בזיקתה לעולם משמע דטעמא דאין חולצין משום דאין מייבמין דקיי"ל כל העולה ליבום כו' ולא שא"צ יבום וחליצה דוודאי הבא עלי' לוקה משום יבמה לשוק דהא לאו איסור ערוה היא אלא דלא אלימא חליצה דידה למפקע הזיקה דיבום לא מצינן וחליצה נמי לא מהני כיון דא"ע ליבום ואפשר דאם חלץ לה מהני לאפקועי זיקתה כמו דמהני בדיעבד חליצה בתוך שלשה חדשים:

גם מה שהביא ראי' מהא דפריך בירושלמי ביבמות דלמ"ד חליצה קנין אמאי כה"ג חולץ ליבמתו האיך אומרים לו עבור על ד"ת ואם נימא דיש מצוה בחליצה א"כ בחליצה דל"ש למיגזר ראשונה אטו שניה אמאי אינו מותר גם זה אינו ראי' כלל דלמ"ד חליצה קנין א"כ כשחולץ לאלמנה מן הנשואין הוי כמו מקדש ומקדש אלמנה מן הנשואין עובר בעשה דבתולה מעמיו יקח ואלאו דלא יקח אלמנה דקיחה היינו קדושין וקדושין ג"כ אסורין באיסורי כהונה ומתניתין סתמא קתני אפילו באלמנה מן הנשואין דהוי עשה ול"ת כדדייק ביבמות (דף כ'):

גם אין להביא ראי' מהא דתנן (בפ' משילין) ואלו משום רשות לא חולצין ולא מייבמין ופריך בגמרא איבום הא מצוה קעביד ומשני ל"צ דאיכא גדול כו' וא"כ תקשה למ"ד ביבמות (דף ל"ט) דבחליצה קטן וגדול כי הדדי נינהו א"כ אמאי קרי לחליצה רשות א"ו דעיקר חליצה מקרי רשות דאי בעיא שלא להנשא ולא לחלוץ הרשות בידה, דזה

אינו דמצינן למימר דמיירי דאיכא גדול ורוצה ליבם או אפילו קטן למ"ד ביאת קטן עדיף מחליצת גדול וא"כ אין על החולץ הזה שום מצוה כלל ולהכי קרי לה רשות אבל באמת חליצה ודאי הוי מצוה (ובריש וסוף פי"ב דיבמות) תנן מצות חליצה וכן בבכורות (דף י"ב) בראשונה היו אומרים מצות יבום קודם למצות חליצה אלמא דקרי לה מצוה וכן חזינן דחיישינן לביטול מצות יבמין (דף י"ח) דאדיבם חד מית אידך ולהכי ב' אחיות שנפלו לפני ב' אחין חולצין אלמא דחליצה הוי מצוה וחיישינן שמא ייבם א' ותיפוק השני' מן המיבם בלא חליצה כלל ואם נימא דחליצה אינה אלא כדי שתהא מותרת להנשא א"כ הדברים קו"ח כיון דאם אין רצונה להנשא הרשות שלא לחלוץ לה כש"כ דמותר האחד לייבם ותיפוק בלא חליצה כשימות השני משום אחות אשה:

ועוד ראי' מהא דאמרינן (דף ק"ג) דסנדל של עבודת כוכבים לא תחלוץ ופי' הרשב"א ז"ל בחידושיו הטעם משום דמאיס למצוה וכ"כ התוס' שם ובסוכה (דף ל"ב) ד"ה באשירה ובחולין (דף פ"ט) דאע"ג דלענין כיסוי מותר לכתחילה לכסות אבל בחליצה אסור לכתחילה לחלוץ משום דמאיס אלמא דמקרי מצוה גמורה ולא פטור בעלמא:

וכן יש להביא ראי' ממש"כ התוס' בנדה (דף ס"ו) ד"ה כל בטעמא דגבי מנחות בעינן בילה לכתחילה וגבי בית הסתרים לא בעינן אלא שיהא ראוי לביאת מים ולא בעינן ביאת מים אף לכתחילה אע"ג דלענין דיעבד שניהן שוים ותירצו דיש לחלק בין מים שאינן אלא להכשיר דלא הקפידה תורה אלא על טהרת האדם ובין מנחה שהיא גופה מצוה דלהכי בעינן לכתחילה בילה דדבר שאינו מצוה רק מכשיר אם יכול לעשות פעולתו אף חיסר פרט זה למה לן לאצרוכי גם פרט זה אבל דבר שהוא מצוה הי' רצון התורה שיעשנה בשלימות לכתחילה א"כ כיון דגבי חליצה נמי מצינו קריאה דלא מעכב ולכתחילה בעינן קריאה א"כ צ"ל שהיא מצוה לא פטור ומכשיר בעלמא). שוב ראיתי בפנים שהתוס' בעצמן הזכירו חליצה שכתבו וז"ל. אבל בילה ומקרא בכורים וחליצה מצות נינהו וכן מצינו דעת רש"י והרשב"א ז"ל דלענין חליצה אמרינן מצות לאו ליהנות ניתנו וכן מוכח מדברי התוס' שהצריכו לטעמא דלא תחלוץ בסנדל של עבודת כוכבים משום דמאיס ש"מ דמשום הנאתה ל"ל בה ובגט דעת התוס' בגיטין (דף כ') ד"ה בכתובת קעקע דאסור לכתחילה לכתוב על איסורי הנאה וע"כ דהיינו טעמא דגבי גט שהוא מתיר ולא למצוה לא אמרינן מצות לאו ליהנות ניתנו וגבי חליצה שהיא מצוה אמרינן מצות לאו לה"נ [וקצת צ"ע מטבילה דאמרינן מצות ללה"נ במודר ואפשר לחלק בין טבילה לגט וק"ל]:

ועוד ראי' דבאין רצונה להנשא נמי איכא מצוה בחליצה מהא דאמרינן (ס"פ ב"ש) איבעא להו נטולה אני מיהודים ליבם מהו וסבר רב התם דיבם אינו כבעל ופי' התוס' היינו

דליבם אסורה וכופין אותו שיחלוץ לה והא התם אינה יכולה להנשא לאחר מחמת הנדר ואפ"ה כופין אותו לחלוץ לה ואין לומר דשמא תמצא פתח לנדרה דא"כ אי חיישינן לפתח אמאי כופין אותו לחלוץ דהא היבם רוצה ליבם וא"כ אם תמצא פתח תתיבם וכן מצאתי בב"י (בסי' קס"ג) בשם הרשב"ץ דמיירי באופן דלא מהני פתח א"ו דחליצה בעצמה הוי מצוה:

אולם מה נעשה להא דאמרינן בכתובות (דף ס"ד) מ"ש כו' אלא דאמר כיון דאגידא בי. ולפי' התוס' מיירי התם שאין רצונה לא לחלוץ ולא לייבם וא"כ נכפי' לדידה משום קיום המצוה כמו בכל מ"ע מיהו בזה אפשר לומר דאומרת שתחלוץ לאחר זמן מיהו לישנא דהרמב"ם (פ"ב מה' יבום) קשה טובא לדברינו שכתב שאם אומרת שתשב עגונה כל ימי' ותזון משל עצמה לא שבקינן לה משום טעמא דאגידא בי' ולא יהבו לי' ול"ל האי טעמא תיפוק לי' משום קיום המצוה ומשמע שם דאפילו אינה תובעת כתובתה מיירי מיהו אפשר לומר דנ"מ דתיחשב מורדת להפסידה כתובתה ולזה הוצרך הר"מ לטעמא דאגידא בי' ואף דמיירי דאינה תובעת כתובתה מ"מ אין רצונה להפסיד כתובתה רק שאינה תובעת עכשיו. ומצאתי בתשובת הר"נ ז"ל (בסי' ס"א) שכתב הפסידה כתובתה ואח"כ כופין אותה לחלוץ או להתיבם דכמה דאגידא בי' כו' משמע באין לה כתובה נמי הוצרך לטעמא דכמה דאגידא בי' ולא משום כפיית המצוה:

ויש להביא ראי' מפ"ק דקדושין (דף י"ד) דבעי התם מנ"ל דחליצה מתרת ובעי למימר דאינה מתרת ופרש"י דחליצה אינה אלא מצוה בעלמא דרמיא עלי' וא"כ אף לפי המסקנא מסתבר דלא הדר מסברא זו ומקרי מצוה ועי' רדב"ז ח"א (סימן ת"ק) לא משמע כן ומה שהבאנו ראי' מלשון המשנה דמצות יבום קודם למצות חליצה יש לעיין במש"כ הר"מ במז"ל (ה' בכורים פי"ב) דעריפה קרי מצוה ועיין ראב"ד שמשיג עלי' דעריפה לא מקרי מצוה ואדרבה מקרי מזיק ממון כהן ומפני שאמר מתחילה מצות פדי' אמר נמי מצות עריפה. וה"נ מפני שאמר מצות יבום אמר נמי מצות חליצה ודו"ק:

שוב ראיתי במה שהבאנו ראי' דחליצה הוי מצוה ממה דמצינו בחליצה דברים שאינן מעכבין וצריך לעשותן מה"ת כמו קריאה דקיי"ל ביבמות (דף ק"ד) דלא מעכבא וצריך לקרות נ"ל כעת דלאו ראי' היא דאפשר לומר דבאמת עיקר החליצה הוי רשות ואם רצו שלא לחלוץ כלל הרשות בידם רק שהקריאה היא מצוה ותלתה התורה מצוה זו בדבר הרשות כמו שמצינו גבי שחיטה שעיקרה רשות ותליא בה מצות כסוי דהשחיטה עצמה היא רשות והכיסוי היא מצוה דרצון ומצות התורה הוא שאם ירצה לשחוט וישחוט יקיים בו מצות כיסוי. וה"נ קריאה דחליצה אמרה תורה שאם ירצה לחלוץ ולהפקיע

הזיקה יחלוץ בחליצת סנדל וזהו רשות ותולה בה מצות קריאה והקריאה היא מצוה ואינה מעצם המתיר רק מצוה וכיון שהיא מצוה שפיר שייך לומר בה דצריך לעשותה ובדיעבד אינה מעכב רק דבעינן שיהא ראוי להך מצוה וקים להו לחז"ל הכי משום דכיון דכתיב ככה יעשה לאיש אשר לא יחפוץ ודרשינן דבר שהוא מעשה מעכב וקריאה לא מעכבא שאינה מעשה ש"מ שהחליצה הוא המתיר והמפריד את הזיקה והקריאה היא רק למצוה להכי אינה מעכבת כיון שהיא רק למצוה ומה שמעכב אם אינה ראוי' לקריאה הוא משום דאי לאו מיעוטא דככה הוי אמינא דגם הקריאה מעכבת דהא כתב לא תהי' אשת המת החוצה לאיש זר כ"א כשיבמה יבוא עלי' או שיעשו דיני חליצה וממילא משתמע דאם חסר א' מפרטי החליצה באיסורא לחוץ קיימא. רק דגלי קרא ככה יעשה דדבר שאינו מעשה אינו מעכב מפני שהקריאה היא מצוה ולא ידעינן שאינו מעכב אלא בראוי לקריאה לכה"פ אבל באינו ראוי לקריאה כלל לא ידעינן מככה ובאיסורא קיימא:

ואין להקשות דהיכן מצינו שיהא נ"מ אם הוא ראוי לעשות המצוה או לא ומלתא דר' זירא לא איתאמרה אלא במצוה אם הוא אינו יכול לקיים א' מפרטי המצוה שאז גם יתר הפרטים אף שיכול לקיימם הם פסולים כמו מנחה שאינו יכול לקיים בה מצות בילה או בכיסוי שאינו יכול לקיים שיהא עפר למטה בחולין (דף פ"ג) אבל הכא שהחליצה אינה מצוה רק הכשר ורק הקריאה היא מצוה היכא מצינו דבעינן שיהא ראוי' לקיים המצוה ואם אינו ראוי לקיים המצוה אין מועיל בו המכשיר הא אין זה דומה לדר"ז דבדר"ז נפסל קיום המצוה ע"י חסרון פרט א' מהמצוה שאינו ראוי לו אבל כאן נפסל ההכשר מפני שאינו ראוי לקיום המצוה לגמרי:

ז"**א** דמצינו כה"ג בפסחים (דף צ"ד) בטמא ודרך רחוקה דאמרינן דר"ח לטמא ואין דר"ח לטהור והקשו התוס' תימא כשהוא עומד חוץ לעזרה והוא ערל או טמא חייב בפסח ואם ימול ויטהר יפטור מיהו דוגמת זה מצינו כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו עכ"ל הרי שמצינו האי כללא דר"ז לענין עיקר המצוה בכללה שאם הוא ראוי לה מעלה עליו הכתוב כאלו עשאה ואם אינו ראוי לה חיסר מצוה וחייב כרת וה"נ אם הוא ראוי למצות קריאה אין המצוה מעכבת ההכשר וחליצת הסנדל מתרת אבל אם אינו ראוי לקריאה אין חליצת המנעל מתרת והני תרתי מילי דקריאה הוי רק מצוה ולא מעצם המתיר ואם אינו ראוי לזה מעכב בדיעבד קים להו לחז"ל מפשטא דקרא דכתיב ככה יעשה דבר שאינו מעשה אינו מעכב ש"מ שקריאה אינו מועיל להתיר ואינו רק מצוה ולהכי אינו מעכב ואם אינו ראוי לקריאה שפיר מעכב משום דמשמע להו דקרא דלא תהי' כו' קאי

אכל הפרטים דכתיב בתר הכי ואפילו אקריאה והיינו דאם אין ראוי למצות קריאה אין המתיר (שהוא חליצת המנעל) מועיל להתיר:

וכן נ"ל מלשון הר"מ ז"ל (בפ"ד מה' יבום וחליצה הי"ד) שכתב קראה היא והוא ולא חלצה ולא רקקה לא עשה כלום שנאמר ככה יעשה לאיש שהמעשה שהיא החליצה והרקיקה הוא שמועיל אבל הקריאה אינה מעכבת ואינה מועלת עכ"ל הרי שכתב בהדיא שהקריאה אינה מועלת להתיר ולהכי אינה פוסלת על האחין. וא"כ למה היא באה א"ו כדברינו שהיא מצוה כמו כיסוי שתולה בהכשר שחיטה והיא מצוה:

ובזה יש ליישב מה שהקשה המל"מ על הרמז"ל מש"כ (בה' יבום וחליצה פ"ד ה"ח) והסומא אינו חולץ שנאמר וירקה בפניו ואין זה רואה הרוק ובהלכה ט"ו כתב הסומא שחלץ חליצתו כשירה כדאיתא שם בברייתא ועי' בהמגיד והמל"מ הקשה דהא רקיקה עדיפא מאמירה דהא באמירה קיי"ל דבלא רקיקה וחליצה אין כאן בית מיחוש ולא מיפסלא לאחין. וברקיקה לחודא קיי"ל דמיפסלה וכיון דבאמירה קיי"ל דאלם ואלמת שחלצו חליצתן פסולה משום דכל שאינו ראוי לבילה בילה מעכבת בו כ"ש ברקיקה וא"כ סומא דאינו ראוי לרקיקה בפניו אמאי חליצתו כשירה ע"ש שהניח בקושיא:

ולפמש"כ ניחא דאף דבאלם ואלמת קיי"ל דחליצתן פסולה משום דר"ז דאינו ראוי לאמירה כלל היינו דוקא באמירה דקודם חליצה דיש אמירה קודם חליצה היינו מאן יבמי ולא חפצתי לקחתה וכדתנן במשנה מצות חליצה קוראה וקורא בזה שפיר איכא למימר דאף דההתרה לשוק היא החליצה. והאמירה היא מצוה אפ"ה כיון שהתורה ציותה להיות אמירה קודם ההתרה וכאן א"א באמירה אין כח בההתרה להתיר ולא מהני החליצה אא"כ ראוי למצות קריאה אבל הרקיקה שהיא אחר החליצה אין סברא לומר דלא מהני החליצה להתיר מחמת דא"א לקיים מצות רקיקה אחר החליצה כיון דקודם ההתרה והחליצה לא הי' שום גריעותא כבר התירה לשוק בחליצת מנעל ואין סברא לומר דאין החליצה מתרת לשוק מחמת שא"א לקיומי המצוה שאח"כ ודוקא במצוה שקודם החליצה אמרינן כיון שא"א לקיומי ההתרה פסולה ועוד דאולי יתפתח הסומא אח"כ ושפיר כתב הרמז"ל דסומא אינו חולץ מה"ת ואפ"ה חליצתו כשירה:

ובסברא זו שחלקנו דהחליצה היא היא המתיר והקריאה היא מצוה ואם אינם ראוים למצוה זו לא פקע מצות יבום יש ליישב מה שהקשו התוס' בסוטה (ל"ג) דדריש דמקרא חליצה בלה"ק נאמרה מככה ומפרש שם מכה ככה דא"כ לר' יודא קריאה נמי מעכב ולא לישתמט שום תנא דלאשמעינן הכי עיי"ש בדבריהם ולדברינו א"ש כיון דיש תרי קראי דככה עיכובא הוא וכתיב בתר הכי יעשה דמשמע דוקא דבר שהוא מעשה מעכב

ואיכא יתורא דה"מ למכתב כה וכתיב ככה ש"מ דבקריאה נמי עיכובא וע"כ דעיכובא דגבי מעשה הוא לענין עצם המתיר שאם לא חלץ הרי היא בזיקתה ועיכובא דגבי קריאה דבעינן בלשון הקודש הוא לענין המצוה דבעינן קריאה ומעכב אפילו בדיעבד שאם אינו ראוי לקרות בלה"ק כגון שיכולים להוציא מפיהם שארי לשונות ולא מוצאות התיבות שבלה"ק מעכב אפילו בדיעבד דבעינן ראוי לבילה ומה שראוין לקרות בלשונות אחרים לא מהני ומיקרי אינו ראוי לקריאה:

ועיין מ"ש הרי"ף ז"ל בהא דאמרינן (בס"פ מצות חליצה) מודה רבא בלא אבה יבמי משום דאינה ראוי' לקריאה ועיין בחידושי הרשב"א ז"ל שם:

ובמה שביארנו דהחליצה לר"ע או חליצה ורקיקה לר"א הוי עצם המכשיר וקריאה לר"א ורקיקה וקריאה לר"ע הוי מצוה שהמצוה לעשותן כשעושה המכשיר (ובעינן שיהא ראוי להתקיים בהך מכשיר המצוה) יובן לנו הטיב דברי הש"ס שם (ד' ק"ד) שלחו לי' לאבוה דשמואל יבמה שרקקה תחלוץ למאן אי לימא לר"ע השתא ומה במקום מצוה דאכ"ל מידי דהוי אאימורין דכי ליתנהו לא מעכב וכי איתנהו מעכבי אמר ר"ע לא מעכבא מאחין איפסלא ופירש"י ז"ל באימורין דכי איתנהו מעכבי בשר מאכילה וכי ליתנהו לא מעכבי כגון שנטמאו או שאבדו וה"נ נימא אע"ג דלאו מעשה חשוב באיש הוא הואיל ואפשר לרוק מעכב וקאמר ר"ע לא מעכבא עכ"ל מבואר מדברי רש"י ז"ל בהדיא דאף דיכול לרוק עדיין לא מעכבא וקשה טובא דאמאי לא מחייבינן להו לקיים צווי התורה ברקיקה דכתיב בקרא. ובשלמא במתניתין דקתני חלצה וקראה ולא רקקה חליצתה כשירה לא קשיא דאפשר לומר דאין ה"נ דצריכה לקיים רקיקה רק דמ"מ חליצתה כשירה כגון אם הלך היבם למדה"י וא"א לקיומי מותרת להנשא לשוק וכן אם קיבלה קדושין מאחר בין רקיקה לחליצה דתופסין בה הקדושין ואף לר"ע ולרב דסברי אין קדושין תופסין ביבמה לשוק כדאיתא ביבמות (דף צ"ב) אבל בזה שמוכח מדברי הגמרא דאף דאפשר לקיים עדיין רקיקה אין הרקיקה מעכב בזה ודאי דקשה אמאי לא נקיים קרא כדכתיב והיכא אשכחנא כה"ג ואף דילפינן מקרא דככה יעשה שאין הרקיקה מעכב נימא דקרא מיירי היכא דא"א לקיומי וכמש"כ:

ועוד קשה בהא דתניא לקמן (דף ק"ה) בין שהקדים חליצה לרקיקה בין שהקדים רקיקה לחליצה מה שעשה עשוי דכיון דאם לא רקקה כשר ולא מעכב כלל א"כ פשיטא דמהני רקיקה שקודם החליצה אטו גרע שינוי הסדר מלא רקקה כלל:

אבל לפמש"כ א"ש טובא דבאמת דכיון דלר"ע רקיקה אינו מתיר כלל והיא רק מצוה התלוי' בהכשר חליצה. וילפינן לה מככה יעשה לאיש שמעשה שבאיש מעכב הנשואין

לשוק אבל הרקיקה אינה מעכבת שפיר קתני חליצתה כשירה ואפילו היכא דאפשר ברקיקה עדיין דזהו רק לקיום המצוה אבל לענין היתר לשוק לא בעינן רקיקה כלל שאינה מועלת להתיר כלל ומותרת לינשא לכתחילה קודם רקיקה רק שצריכה לרוק לקיים מצות רקיקה שהוא קיום מצוה ואינה מן המתיר כלל. ונ"מ דלרבנן דסברי שם איש כתוב בפרשה אבל אשה בין גדולה ובין קטנה וחליצת קטנה נמי כשירה וקטנה לאו בת מיעבד מצוה היא אפשר דפטורה מן הרקיקה דמצות רקיקה גבי דידה כתיב וקטנה לא בת מיעבד מצוה היא ולענין היתר לשוק לא בעינן רקיקה כלל] ושפיר קאמר הש"ס דלר"ע אף היכא דאיתנהו לא מעכבא היינו שאין מעכבין הנשואין מפני שאין ההיתר לשוק תולה כלל ברקיקה (ולא דמי לאימורין דתלי קרא היתר אכילת בשר בהקטרת אימורין משא"כ הכא) רק שהרקיקה מצוה היא ולא מעכבא נשואין אף היכא דאפשר וקים ליה להש"ס הכי מדכתיב ככה יעשה לאיש דרקיקה לא מעכבא ומ"מ לכתחילה בעי רקיקה ואם נימא שהרקיקה מתיר לשוק הא במכשיר ומתיר לא שייך לכתחילה ודיעבד א"ו דהרקיקה היא רק מצוה ולא מתיר וכיון שאינה מתרת כלל אינה מעכבת הנשואין אפילו היכא דאפשר ומ"מ אף שאינה מעכבת הנשואין אף היכא דאפשר מ"מ רמי עלה לקיים מצות רקיקה ולענין זה תניא דסדרן לא מעכבא ובין שהקדים החליצה לרקיקה ובין שהקדים הרקיקה לחליצה מה שעשה עשוי וקיים המצוה כתיקונה ולהכי בברייתא לא קתני חליצתה כשירה דהחליצה כשירה אף אם לא רקקה כלל רק דכאן מיירי לענין קיום המצוה דמה שעשה עשוי וקיים המצוה כתיקונה:

עוד נ"מ לענין כוונה דחליצה בעי כוונה כדתניא שם בין שנתכוין הוא ולא נתכוונה היא בין שנתכוונה היא ולא נתכוין הוא חליצתה פסולה עד שיתכוונו שניהן כאחד אבל לענין מצות יש פוסקים מצות א"צ כוונה והטעם דחליצה הוא רק מכשיר ובעי כוונה [כדסובר ר' יוחנן בחולין (דף ל"א) גבי טבילה דבעי כוונה ע"ש ואפשר דיליף חליצה מטבילה] ואפילו מאן דסובר דטבילה לא בעי כוונה מודה הוא בחליצה דהא רב סובר בחולין דנדה שנאנסה וטבלה טהורה לביתה. ועכ"ז משמע דמודה דחליצה בעי כוונה דהא פריך הש"ס ביבמות (דף קב) ארב דאמר יבמה שגדלה בין האחין אין חוששין שמא חלצה סנדל לאחד מהם טעמא דלא חזינן הא חזינן חיישינן והתניא בין שנתכוון כו' משמע דגם לרב בעי כוונה ובמק"א ביארנו דילפינן מענין קריאה] אבל רקיקה שהיא מצוה בעלמא דמי לשאר מצות ולא בעי כוונה ואם רקקה בלא כוונה א"צ רקיקה אחרת דאי הוי אמרינן דרקיקה בעי כוונה הי' הדין שתחזור ותרוק אע"ג דבש"ס אמרינן דלא תהדר ותרוק דילמא אתי למישרי חלוצה לאחין זה שייך אם רקקה קודם

חליצת הסנדל דגזרינן דאם נימא דרקיקה קמייתא לאו כלום אתי למימר דרקיקה לא מילתא היא ויאמרו דרקיקה לא פסלה לאחין אבל ברקיקה שאחר חליצה אם הי' שלא בכוונה אם תחזור ותרוק לא אתו למימר דרקיקה לחוד לאו כלום הוא אלא דבעי כוונה: **ואף** שהרא"ש ז"ל כתב דהא דאמרי' יבמה שרקקה תחלוץ היינו בכוונה ומייתי ראי' מהנך אמוראי אבייי ור"פ ורחב"א דדחקי לאשכוחי גוונא דתפסול מן האחין ולא צוו לה לרוק ש"מ דרקיקה בלא כוונת שניהן לא פסלה [מלבד שהרא"ש לטעמיה שפסק בפ"ג דר"ה כמ"ד מצות צריכות כוונה] אפשר לומר דדווקא רקיקה לחוד לא פסול בלא כוונה שלא גזרו על הרקיקה שתפסול אלא אם נעשית בכוונה ואף דעיקר הטעם שרקיקה פוסלת הוא משום דאתי לאחלופי ברקיקה שאחר חליצה ורקיקה שאחר חליצה לא בעי כוונה לפי דבריו מ"מ הא לכתחילה בכל המצוות בעי כוונה ודרך להיות גם הרקיקה בכוונה לכתחילה להכי לא גזרו גם על הרקיקה לחוד שתפסול אלא אם הי' בכוונה (וכה"ג כתב הרשב"א בשם הרמב"ן ז"ל דחליצת סנדל פוסל על האחין אף שלא בב"ד אבל רקיקה לא גזרו שתפסול אלא בב"ד ולהכי לא חיישינן ביבמה שגדלה בין האחין למה שבוודאי רקקה בפני א' מהם] אבל עיקר מצות רקיקה מתקיימת אפי' בלא כוונה כמו בכל המצוות דא"צ כוונה:

מיהו אפ"ל דרקיקה בלא כוונה שתהא הרקיקה בפני היבם שיראה הרקיקה אין זה דומה למעשה בלא כוונה רק שלא קיימה המעשה כלל דוירקה בפניו כתיב וכל שהרקיקה אינה בפניו אינה רקיקה ובעינן שתרוק כנגדו לפניו אבל אם ירקה סתם לצורכה אינה רקיקה ול"ד לחליצת מנעל בלא כוונה דשם עשתה מעשה חליצת מנעל בשלימות משא"כ כאן וירקה בפניו כתיב (ועי' מש"כ הטו"א בר"ה לענין ק"ש דקבלת עול מ"ש בק"ש לא מענין הכוונה הוא אלא מעיקר המעשה ואפי' למ"ד מצות אצ"כ לא יצא בק"ש אם לא כיון בקבלת עמ"ש וה"נ דכוותה) ועי' מש"כ המהרש"ל שתזהר שלא תרוק בב"ד וכ"פ בשו"ע (סי' קס"ט סעי' ט"ו) דמשמע דגם בלא כוונה בפניו רק שרקקה לצרכה הוי מעשה רקיקה ודו"ק:

ומה שנסתפקו האחרונים ז"ל אם מצות עשה דיבום חל על היבמה או לא:

הנה אם נימא דאין העשה על היבמה הי' אפשר ליישב מה שהקשה הרשב"א ז"ל בהא דאמר ביבמות (דף כ') קא פסיק ותני לא שנא מן הנשואין לא שנא מן האירוסין בשלמא מן הנשואין עשה ול"ת הוא אלא מן האירוסין ל"ת גרידא יבא עשה וידחה ל"ת ואמאי לא הקשה מסיפא מממזרת דבכל ענין לא הוי אלא ל"ת גרידא ואמאי לא מתייבמת ולמה הוצרך להקשות מהא דפסיק ותני והי' אפשר ליישב דממזרת א"א לאקשויי משום

דאפשר לאמר דמיירי שיש לה צרה כשירה ולהכי לא דחי ל"ת משום דאפשר לקיומי מצות יבום בצרה ומיקרי אפשר לקיים שניהם ואע"ג דלקמן משמע דאי נימא דעשה דוחה ל"ת בדיעבד נפטרה צרה ג"כ משום דלא מיקרי אפשר לקיים שניהם מה שיכול לייבם צרתה דהא מייתי דאיסור מצוה ואיסור קדושה בא עלי' או חלץ לה נפטרה צרתה מ"מ אכתי לא הוי מצי להקשות דהוי מצי לדחויי דהיכא דאיכא צרה מקרי אפשר לקיים שניהם ומיירי דאיכא צרה וכן בגרושה מיירי דאיכא צרה שאינה גרושה ואם אינו רוצה לייבם האחרת ורוצה להפקיע הזיקה ע"י הממזרת או הגרושה קא תני דחולצת ולא מתייבמת משא"כ באלמנה לכה"ג דלא משכחת לה צרה כשירה דכולהו יבמות אלמנות נינהו ואף דאכתי משכחת לה שיש אח כהן הדיוט ויכול הוא לייבם ולהכי לא דחי יש לאמר דדוקא אי איכא לקיומי יבום ע"י צרה אחרת מיקרי שפיר אפשר לקיים שניהם כיון דעליהן לא רמי מצוה רק על האחין אבל אם יכול אחד מן האחין ליבם בלי איסור לא מיקרי יכול לקיים שניהם דכיון דמצוה רמי על כולן וגם על האח שיש בו איסור לאו דחי' גבי' ועלי' דידי' רמיא מצוה ולא מקרי אפשר לקיים שניהם מה שייבם אחר:

ואף דאמרינן שבת (קל"ג) גבי בהרת במקום מילה ואי איכא אחר ליעבד אחר ולא אמרינן דכיון דעלי' דידיה מצוה רמיא דחי אף בדאיכא אחר התם שאני דאף אם האחר ימול ימול בשליחותו של אב דעל האחר ליכא חיובא כלל רק שיעשה בשליחות האב (משום דהאב אינו יכול למול משום שרוצה בתקנת קציצת הצרעת והאחר לא איכפת לי' בקציצת הצרעת) ולא מיקרי כל מילתא דאיהו לא מצי עביד שליח לא מצי משוי. משום דהאב יכול למול בעצמו אילולי הבהרת ורק הבהרת מעכבו משום שרוצה בתקנת בנו להכי משוי שליח וכיון דגם אחר ימול בשליחות האב שפיר אמרינן דלא דחי משום דאפשר באחר אבל גבי יבום דכל אחד מן האחין כשמייבם עושה בשביל מצוה דרמי עלי' דידיה לא מיקרי אפשר לקיים שניהם גבי כה"ג ע"י מה שאפשר לקיים ע"י כהן הדיוט דהכהן הדיוט לא יעשה בשביל הכה"ג כ"א בעבור חיוב דידי' ואף דאמרינן ביבמות (יו"ד) איהו שליחותא דאחין קא עביד האי שליחותא לאו דוקא כמ"ש במק"א דבלא"ה גבי חליצה לא שייך לשון שליחות דהא ליתא בתנאי ואם כן מוכח מזה דהמצוה רמי על היבמין ולא על היבמות דביבמין רמי על כל אח ואח משא"כ ביבמות:

ואין להביא ראיה מהא דאמר ביבמות (דף כ"ז) כי קאמר שמואל חליצה מעליא בעינן למיפטר צרתה אבל למיפטר נפשה פטרה, דהדבר צריך טעם דלמיפטר נפשה פטרה אף דאיכא חליצה מעליא מיבם אחר ולמיפטר צרתה לא פטרה היכא דצרה מצי למיחלץ חליצה מעליא וע"כ הטעם בזה דמצוה רמי על כל היבמות יותר ממה שרמי חיובא

על כל האחין דבאחין אי איכא חליצת אח מעליא מהני חליצת אח הגרוע וביבמות אי איכא חליצה מעליא לא מהני חליצת יבמה הגרוע אין זה ראיה דאיכא למימר דאף אם נימא ביבמות ליכא מצות עשה כלל אתי נמי שפיר הא דלא פטרה חליצה הפסולה את חבירתה משום דאף דליכא מ"ע גבייהו מ"מ זיקת יבמה ואיסור דלא תהי' אשת המת החוצה איכא לגבייהו בכולהו ופועלת בהן מעשה החליצה להפקיע זיקה ולהוציאן מאיסור להיתר להכי חליצה פסולה לא פטרה חבירתה משא"כ ביבמין דלא בעי לאפקועי מינייהו שום זיקה ואיסור משו"ה מהני בהו חליצה פסולה דמיפטרי מינייהו בחליצת האח שחליצתו פסולה אף שיש אח שיכול לחלוץ חליצה מעליא כל שחלץ אחד חליצה גרוע כבר אזיל מ"ע מכל האחין ואיסורא חמירא לן מקיום מ"ע דלאפקועי איסורא דגבי יבמות אמרינן כל היכא דאיכא חליצה מעליא לא מהני חליצה גרוע ובקיום מ"ע דגבי יבמין מהני חליצה גרוע למיפטרי חבריו ממצוה זו אף דאיכא חליצה מעליא ויש לעיין אם נימא דהא דכתיב יבמה יבא עלי' קאי מצוה זו גם על היבמה א"כ לאב"ש דאמר הכונס יבמתו לשם נוי לשם אישות כאלו פוגע בערוה וקרוב הדבר להיות הולד ממזר ודריש ביבמות (דף ל"ט) יבמה יבא עלי' למצוה היינו דבעינן שיכוין לשם מצוה ולא חזרה להתירה הראשון להיות מותרת אף לשום אישות ע"ש א"כ ממילא דקאי על היבמה דבעינן שתכוין לשם מצוה א"כ מדוע לא אמר אב"ש דבריו רק על היבם ולא הזכיר בדבריו גם היבמה כדתניא גבי חליצה שם (דף ק"ב) בין שנתכוון הוא ולא נתכוונה היא בין שנתכוונה היא ולא נתכוון הוא חליצתו פסולה והוי לי' לאב"ש ג"כ להטיל חובת כוונת מצוה על שניהן ומוכח מזה לכאורה דאזהרת יבמה יבא עלי' עלי' דידי' קאי וכמו דאמרינן לאב"ש לענין כונה ה"נ לרבנן בעיקר המצוה אמרינן דרק עליו קאי מיהו מלשון התוס' בכתובות (ס"ד) ד"ה דיני חליצה ויבום שהעתיקו לשון רש"י ז"ל ביבמות (דף ל"ט) שכתב לפרש דברי רב שאמר שם ואין כופין דקאי למשנה אחרונה דמ"ח קודמת ואפ"ה היכא דניחא לתרווייהו ליבומי אין כופין לחלוץ דנימא תרווייהו לאו למצוה מכווני ופגע בערוה אלא אי בעי מייבם כו' עכ"ל משמע דלאב"ש בעינן שיכוונו תרווייהו לשם מצוה ועוד נ"ל ראי' דע"כ גם בדידה איכא מ"ע דיבום מכל הני משניות דפ' חרש דמבואר שם דיש יבום בחרש וחרשת והקשה הנוב"י על ר"ת ז"ל שפסק כאב"ש דא"כ כל הני משניות דחרש וחרשת דלא כאב"ש דהא חרש וחרשת לאו בני מכווני לשם מצוה נינהו וניחא לי' דהא חו"ח לית בהו איסור אשת אח כלל וקטן אוכל נבילות הוא וקשה תינח היכא דהוא פקח ומכוין לשם מצוה והיא אינה יכולה לכוין דרשאי לייבם משום דהוא מכוין ומשום לתא דידה לא איכפת לן דהוי קטן

אוכל נבילות ואף דביבום ספי לה איסור בידים מ"מ אתי עשה דיבום ודחי ל"ת דאיתא במאכיל לחו"ק בידים דכתיב לא תאכלום ודרשינן לא תאכילום וכאן לא שייך לגזור ביאה ראשונה אטו ביאה שניה דאין איסור בביאה שני' יותר מביאה ראשונה אבל היכא דהוא חרש והיא פקחת היכי שרינן לייבם כדאיתא במשנה בפרק חרש הא הוא אינו יכול לכוין לשם מצוה וצ"ל דבדידה איכא עשה והיא מכוונה לשם מצוה ומשום לתא דידי' לא איכפת לן משום דהוי קטן א"נ ואף שמאכילתו בידים איסור אשת אח מ"מ זה לא הוי רק לאו ודחי עשה דאית בה ללאו דלא תאכילום וא"כ מוכח מזה דאיכא עשה דיבום גבי דידה אף היכא דליכא גבי דידי' כלל שהוא חרש מיהו לפמ"ש במקום אחר דהא דאסור להאכיל איסור לחרש וקטן בידים הוא רק בדרך שאם הי' גדול הי' דבר זה ג"כ איסור אצלו אבל בדבר שאם הי' גדול לא הי' כאן שום איסור כמו פסח שמנו עליו קטן למ"ד שה לבית אבות דאורייתא לא איכפת לן במה דהשתא הוא שלא למנוייו משום דאם הי' גדול הי' שפיר למנוייו וכתבנו שגם התוס' סבירא להו כן א"כ הכא בפקחת מותרת להתייבם לחרש אף שאינו מכוין לשם מצוה וגבי דידה ליכא עשה ולא חיישינן לקרא דלא תאכילום משום דאם הי' גדול הי' מצווה ג"כ בעשה דיבום והי' יכול לכוין להכי מותרת להתייבם דמשום לתא דידי' לא איכפת לן דקטן או"נ הוא:

סימן קעז

שאלה אשה שאמרה טא"ל ומת בעלה אם מותרת ליבם [בארצות המערב שנוהגין ביבום] והערה גדולה בענין חליצתה:

איתא ביבמות (ד' י"א) אמר רב צרת סוטה אסורה מ"ט טומאה כתיב בה כעריות והיינו שא"צ חליצה כלל ופריך ממשנה דסוטה נכנסה לבית הסתר אם מת חולצת ולא מתייבמת ומשני אמינא לך אנא סוטה ודאי ואת אמרת סוטה ספק ופריך מ"ש סוטה ודאי דכתיב בה טומאה סוטה ספק נמי כתיב בה טומאה דתניא לא יוכל לשוב לקחתה אחרי אשר הוטמאה לרבות סוטה שנסתרה ומשני מאי נסתרה נבעלה ופסקו הרי"ף והרמב"ם דצרת סוטה אסורה וא"צ חליצה כלל:

אולם הרא"ש כתב בשם הראב"ד ז"ל סוגיא דשמעתא אע"ג דכתיב בה טומאה בעי' חליצה או היא או צרתה דאלו איתא לבעל מי לא בעי' גיטא השתא בעי' חליצה וצרתה כמוה וכתב הרא"ש ז"ל מש"כ הרב סוגיא דשמעתא דבעי' חליצה לאו אשמעתא דהכא כתב כן דודאי שמעתא דהכא משמע דאפילו חליצה לא בעי אלא אשמעתא דסוטה כתב. דקאמר התם אמתני' דנכנסה לבית הסתר אם מת חולצת ולא מתייבמת ותתייבם יבומי א"ר יוסף א"ק ויצאה והיתה לאיש אחר ולא ליבם. א"ל אביי אלא מעתה חליצה

נמי לא תיבעי א"ל ר' יוסף אילו איתא לבעל מי לא בעי גיטא השתא נמי בעי' חליצה והרב לא עלה בדעתו לחלק בין סוטה ודאי לסוטה ספק ולסברתו פליגא סוגיא דסוטה אסוגיא דשמעתין:

והתוס' בסוטה כתבו לפרש דהא דאמרינן אלו איתא לבעל מי לא בעי גיטא השתא נמי בעי' חליצה הוא רק בסוטה ספק אבל בסוטה ודאי דכתיב בה טומאה ודאי דלא בעי' חליצה כלל שכתבו שם דסוטה ודאי כיון דטומאה כתיב בה הרי היא כערוה גמורה דגזה"כ הוא ולא פליגי כלל סוגיא דסוטה אסוגיא דיבמות אלא שהוקשה להם אעיקר קושית הש"ס דפריך ותתייבם יבומי ומהדר לאשכוחי טעמא שאין מתייבמת אחר סתירה תיפוק לי' כיון דאם זנתה ודאי אסורה ליבם משום טומאה א"כ בסתירה לחוד אסורה נמי להתייבם משום ספק שמא זינתה ונשארו בקושיא שם בפר"ק דיבמות ולקמן נבאר מה שתירץ הרא"ש ע"ז:

ונ"ל בישוב קושיתם ע"פ מה דאמרינן ביבמות (ד' מ"א) בטעמא דאסור לחלוץ בתוך ג' חדשים משום דכתיב אם לא יחפוץ האיש לקחת את יבמתו הא אם חפץ מייבם כל העולה ליבום עולה לחליצה וכל שאינו עולה ליבום א"ע לחליצה ופריך מהא דתניא הספיקות חולצות ולא מתייבמות והיינו שקידש אחת מב' אחיות ואינו יודע איזו קידש ומשני הכי השתא התם אם יבוא אלי' ויאמר דהא קידש בת חליצה ויבום היא הכא אם יבא אלי' ויאמר דלא מעברא נמי לא משגחינן בי' דהא קטנה דלאו בת איעבורי היא ואפ"ה צריכה להמתין ג"ח עכ"ל הגמ'. וכתב רש"י ז"ל בד"ה הרי קטנה דלאו בת איעבורי היא הלכך לא חלצה וכל הנך דאמרי רבנן חולצת ולא מתייבמת כגון אחות חלוצתו ואחות זקוקתו וספק צרת ערוה התם משום דלא אפשר הוא דא"כ לעולם תאסר הלכך כיון דמדאורייתא בת יבום היא חלצה אבל הכא דאפשר לשהויי משהינן ויצא הדבר בהיתר עכ"ל רש"י ז"ל הנה מבואר בהדיא מדברי רש"י ז"ל דהיכא דאינה עולה לעולם מה"ת א"ע לחליצה אפילו בדבר שלא יבוא לידי בירור לעולם וטעמא דספק צרת ערוה היא משום דמה"ת בת יבום היא להכי לא מעגנינן לה לעולם ולפ"ז ודאי דהך דרשא דאינו עולה ליבום דרשא גמורה ומעגנינן לה לעולם כשאינו עולה ליבום מה"ת וקשה דהא מצאנו לחייבי עשה או עשה ול"ת שחולצת ואין מתייבמת ולא איכפת לן במה שאינו עולה ליבום ולא ממעטינן מאם לא יחפוץ אלא חייבי כריתות לחודא משום דלא תפסו בהו קדושין אבל מידי אחרינא בעי חליצה ואטו חמיר הך א"ע ליבום דתוך ג"ח מא"ע ליבום דחייבי עשה ול"ת:

ומצאתי להריטב"א ז"ל בחדושיו שכתב באמת דהך דרשא הוי אסמכתא ומדרבנן לחוד הוא דאסרו לחלוץ היכא דא"ע ליבום כה"ג וכתב דלהכי באיסור מצוה ואיסור קדושה חולצת ולא מתייבמת ולא אמרו בהו חכמים כל שא"ע ליבום א"ע לחליצה דכיון דמתעגנת לעולם לא חשו להו חז"ל להך גזירה דכל שא"ע ליבום משום דהך דרשא לא הוי מה"ת ע"ש בדבריו ז"ל אבל רש"י ז"ל ודאי דלא סבר הכי אלא סובר דהוי דרשא גמורה דהא כתב בטעמא דספק צרת ערוה חולצת משום דמדאורייתא עולה ליבום משמע דאי מה"ת אין מתייבמת אסורה לחלוץ אף שמתעגנת לעולם וא"כ ודאי דתקשה מאיסור מצוה וקדושה דחולצת ולא מתייבמת אע"ג דאית בהו נמי חייבי עשה ול"ת שאינן מתייבמות מה"ת ואפ"ה חולצת:

ונ"ל דשיטת רש"י ז"ל נכון הוא דודאי הך דרשא דכל שא"ע ליבום הוי דאורייתא והא דבחייבי עשה או עשה ול"ת חולצות ולא מתייבמות טעמא אחרינא אית בהו דכיון שיש בביאתן איסור לא רמיין כלל ליבום דאיסורן מדחה אותם מיבום לגמרי ולא נשאר בהם זיקת יבום אלא לחליצה לחודא הוא דרמיין. כדיליף (ד"כ) מקרא דיבמתו יבמתו יש לך יבמה שא"ע ליבום ועולה לחליצה ולהכי לא איכפת לן במה שא"ע ליבום כיון דלית בהו דין יבום ואם בעלו אפי' בדיעבד לא קנו כדאמרינן התם אבל הנך שבעצם הביאה שלהם ליכא איסור כלל ורמיין ליבום אם יש בהם דבר אחר המדחה אותן מיבום לא מהני בהו חליצה לפוטרה מזיקת היבום דכל שראוין ליבום מהני בהו חליצה אבל כל שאין ראוין ליבום לא מהני בהו חליצה לפוטרה מן היבום ע"י החליצה דכל שיש בהן זיקת יבום אינן נפטרות מיבום ע"י חליצה אא"כ לית בהו דבר המעכב אותן מיבום:

ולהכי בתוך ג"ח או בספק דקידש א' מב' אחיות כיון דיש בהו זיקת יבום ולא מצי לייבם לא חלצה ג"כ דלא מהני חליצתן לפוטרן מיבום ואל תתמה על מה שמועיל מה שראויין ליבום להפקיע מנייהו זיקת יבום אע"ג דסוף סוף לא מייבם דכה"ג כתבו התוס' בפסחים (דף צ"ד) לענין ערל וטמא דאם לא מלו חייבים כרת אף שהם חוץ לאסקופת העזרה ולר"א מקרי דרך רחוקה. מ"מ חייבים כרת דלא מפטר מכרת ע"י דרך רחוקה אא"כ ראוי לעשות הפסח אלו היה בעזרה אבל כשהוא טמא ואינו ראוי לעשות הפסח מחמת טומאתו אין דרך רחוקה פוטרתו מכרת וה"נ איכא למימר דכל היכא דרמיין ליבום אין החליצה פוטרת מיבום אא"כ ראוי ליבום וכ"ז הוא היכא דרמיין ליבום אבל בחייבי עול"ת לא רמיין כלל ליבום מחמת איסור שיש בביאה דידהו ולחליצה לחוד הוא דרמיין:

ובזה הי' נראה לי ליישב הא דתנן בסנהדרין (דף י"ח) במלך לא חולץ ולא חולצין לאשתו ופירש"י ז"ל (בדף י"ט) מפני שאסורה להנשא וקשה וכי מפני שאסורה להנשא

אין חולצין לאשתו הא החליצה מצוה היא אפי' במי שאין רצונה להנשא כלל כדאמר ביבמות (ד' ל"ט) שהויי מצוה לא משהינן וליכא למימר דלא בעי חליצה מפני האיסור שיש בנשואין דידה, דז"א דהא אין בנשואין דידה רק איסור עשה דשום תשים עליך מלך שתהא אימתו עליך וחייבי עשה רמיין לחליצה ועיין בר"מ ז"ל (ה' מלכים) שכתב וז"ל אם מת הוא כיון שא"א ליבם את אשתו כך אין חולצין לה אלא תשב בזיקתה לעולם וקשה דהא לח"ע חולצין אבל לפי מש"כ א"ש דעשה דשום תשים לא דמי לשאר ח"ע דבשאר ח"ע שיש בביאה דידהו איסור המדחה מיבום ולא רמיין אלא לחליצה שפיר חולצין אבל אשת מלך דליכא שום איסור בביאתה רק מפני כבוד המלך אין נושאין את אשתו רמיא שפיר ליבום וכיון דרמיא ליבום ויש דבר המונע אותה מיבום היינו עשה דכבוד בזה אין מועיל החליצה כלל. וזהו שכתב רש"י ז"ל מפני שאסורה להנשא היינו שאסורה להנשא ליבם ומקרי א"ע ליבום וכן מבוארים דברי הר"מ כיון שא"ע ליבום כך א"ע לחליצה ותשב בזיקתה לעולם דכיון דרמיא ליבום ויש בה דבר המונעה מיבום אין זיקתה נפקעת ע"י חליצה וזה ברור בעהי"ת:

ובזה נ"ל ליישב ג"כ דברי הרשב"א ז"ל בחידושיו בריש יבמות בענין אם נתן גט ע"מ שלא תנשא לפלוני ונשאת לאחיו ומת ונפלה לפני הפלוני ליבום אינה פטורה אע"ג דהוי גבי הך פלוני א"א ואינה עולה ליבום וז"ל שם ומסתברא לי דאפי' היא עצמה חולצת ואין אני קורא בה כל שא"ע ליבום א"ע לחליצה דבתנאין לא קמיירי קרא ולא אמרינן אלא באיסור ערוה אבל בזו שאיסור דבר אחר גרם לה להאסר דהיינו תנאי חולצת אעפ"י שאינה מתיבמת ואעפ"י שאף זו אם עמדה ונשאת לזה שנאסרה עליו נמצא גט בטל ותיאסר לו באיסור ערוה. מ"מ אין איסורו עכשיו אלא מפני תנאי ולא מחמת ערוה שהרי גיטה גט גמור ואין כאן שינוי בגט מידי דהוי אתנאין דעלמא. והרי זו כנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה דתנן (ס"פ ב"ש) דכופין אותו שיחלוץ לה והרי זה א"ע ליבום ד"ת דקיימא עליו בלאו ועשה ואעפ"כ עולה לחליצה משום שדבר אחר גרם לה להאסר עכ"ל והקשה השעה"מ דמאי ראי' מייתי הרשב"א מנודרת הנאה דהוי חייבי עשה ול"ת הא בחייבי עול"ת אמרינן דחולצין אע"פ שא"ע ליבום ולמה הוצרך כאן להך סברא דדבר אחר גרם לה להאסר והיא קושיא חמורה מאוד אבל לפי דברינו א"ש דאין כוונת הרשב"א לדמות הך דנודרת הנאה לא"ע ליבום דחייבי כריתות אלא כוונתו לדמות נודרת הנאה להך א"ע ליבום דתוך ג"ח דכמו דשם אמרינן דכיון דבעצם היבום ליכא איסור רק שתקנת חכמים מונעתן מיבום לא מהני בהו חליצה. וכן גבי מלך כמו שפירשנו מקרי א"ע ליבום ה"נ נודרת הנאה הא בעצם היבום ליכא איסור כלל דמצות לאו ליהנות נתנו:

כמש"כ הר"נ בנדרים (ד' ט"ו) גבי הנאת תשמישך עלי דאין האיסור אלא משום דא"א להזהר מהנאת הגוף וכל היכא שיש הנאת הגוף לא אמרינן מצות לאו ליהנות ניתנו וכיון דבעצם הביאה לא הוי שום איסור ואינו אסור רק משום הנאת הגוף דפתיכי בהאי מעשה ה"ז דומה ממש להך דרשא דר' יוסי דתוך ג"ח דמקרי א"ע ליבום דרמיין ליבום וא"ע ליבום להכי א"ע נמי לחליצה ולא מפקעת חליצה דידה הזיקה ומדתנן בנודרת הנאה שחולצת ש"מ דלא איכפת לן במה שיש בהן דבר המונען מיבום משום דעכשיו עדיין אין בהם דבר המונען רק החשש הוא מחמת ההנאה הבאה לו בע"כ בעת היבום שא"א להזהר ממנו וזה מקרי דבר אחר גורם לו דהיינו שלא בא עדיין הפסול רק שיבוא אח"כ דהביאה וההנאה תרי מילי נינהו ועל הביאה ליכא איסור רק שיבוא לו הנאה אח"כ וכל שדבר אחר גרם לו ליאסר מקרי עולה ליבום ולא דמי לא"ע דתוך ג"ח דשם גם כעת רביע עלה תקנת חכמים שלא לחלוץ בתוך ג"ח ושפיר מקרי א"ע ליבום אבל במודר הנאה שהפסול יבוא אח"כ מקרי דבר אחר גרם לו ושפיר מקרי עולה ליבום ומזה למד הרשב"א ז"ל דכמו דלענין א"ע ליבום דדריש ר' יוסי בהנך דרמיין ליבום ויש בהן דבר המונען מיבום אמרי' דאם דבר המונען ליכא עכשיו אלא שיבוא הדבר בעת היבום מקרי עולה ליבום משום דדבר אחר גרם לו ולהכי מהני החליצה בנודרת משום דההנאה תבוא אח"כ. ה"נ בהנך דא"ע ליבום שפטורות לגמרי כמו חייבי כריתות אמרינן נמי הך סברא דאם עכשיו לא יקבע בהן איסור רק שבשעת היבום יוקבע בהן איסור מקרי עולות ליבום ובעי' חליצה משום דזה מקרי דבר אחר גרם לו ולהכי בע"מ שלא תנשאי לפלוני דעכשיו היא מגורשת גמורה דתנאי מילתא אחריתא היא ורק כשייבם אזי יחול עליו איסור א"א זה מקרי דבר אחר גורם לו ואינו פוטר מחליצה ושפיר למד הרשב"א ז"ל הך א"ע ליבום דח"כ מהך א"ע ליבום דנודרת לענין הך סברא דדבר אחר גורם לו ואע"ג דנודרת הוי רק עול"ת מ"מ אי לאו סברא דדבר אחר גרם לו הי' דומה להך דר"י בדרשא דאם לא יחפוץ א"ו דדבר אחר גרם לו שיבוא לאחר זמן בעת היבום שאני ודברי הרשב"א ז"ל נכונים מאוד:

עכ"פ הרי ביררנו שיטת רש"י ז"ל דהא דר"י דרשא גמורה היא דהיכא דרמיא ליבום ויש דבר המעכב את עצם היבום מקרי א"ע ליבום וא"ע לחליצה אף היכא שמתעגנת לעולם ולא דמי לחייבי עול"ת ולהכי הוצרך רש"י ז"ל לכתוב דטעמא דספק ערוה חולצת הוא משום דמה"ת מתייבמת שפיר אבל היכא דצריכה יבום ואינה מתייבמת מן התורה מפני דבר אחר שגרם לה שלא להתייבם מיקרי אינה עולה לחליצה ואין החליצה פוטרתה ומתירתה לשוק ורק בקידש אחת משתי אחיות מהני חליצה אף שא"ע ליבום משום

דאם יבא אליהו ויאמר דהא קידש שפיר בת יבום היא משום דאמרינן דממ"נ שריא דאי הא קידש הרי בת יבום היא ואי לאו הא קידש הרי אינה זקוקה ליבום כלל:

ובזה יתיישב לנו סוגיא חמורה ביבמות (ד' קי"ח) בעי מיני' רבא מר"נ המזכה גט לאשתו במקום יבם מהו כיון דסניא לי' זכות הוא לה וזכין לאדם שלא בפניו או דילמא זמנין דרחמא לי' חוב הוא לה ואין חבין לאדם אלא בפניו א"ל תנינא וחוששין לדברי' וחולצת ולא מתייבמת והיינו דפשיט מבבא דניתן לי בן במדה"י ואמרה מת בעלי ואח"כ מת בני דאינה נאמנת משום דבחזקת ליבם קיימא ואפ"ה לא מתייבמת משום דחוששין לדברי' דלמא קושטא קאמרה וכמש"כ שם רש"י בד"ה וחוששין לדברי' וז"ל ומדקתני נמי ביוצאה בחזקת ליבם ובאה והחזיקה עצמה לשוק כגון ניתן לי בן ומת בעלי ואח"כ בני וקתני חוששין ולא תתייבם ולא אמרינן ודאי משקרא ומשום דסניא לי' קאמרה אלמא זימנין דלא סניא לי' אלמא מספקא לן והקשו בתוס' שם דילמא האי דאינה מתייבמת משום דשויא אנפשה חתיכא דאיסורא ותירצו דמשמע דחולצת אפילו נתנה אמתלא לדברי' דלא שייך שויא אנפשה חד"א עכ"ל וקשה טובא מהיכן משמע דמיירי בנתנה אמתלא לדברי' אימא דהא דקתני חולצת ולא מתייבמת משום דשויא אנפשה חד"א ומנ"ל למיפשט דחיישינן דלמא לא סניא לי':

ולפמ"ש א"ש טובא דע"כ מתניתין מיירי בחוזרת בה ואומרת שמת בנה ואח"כ בעלה והיא זקוקה ליבם ונותנת אמתלא לדברי' דאם עומדת בדיבורה שהיא אינה זקוקה ליבם לא מהני לה חליצה כלל דהא מדינא בעינן לאוקמי אחזקה דזקוקה ליבם וצריכה יבום ואף שהיא אומרת שניתן לה בן ומת בעלה ואח"כ בנה אינה נאמנת מדינא דאמרה כן משום דסניא לי' רק שהיא אינה יכולה להתייבם מחמת דשויא אנפשה חד"א שאמרה מת בעלה ואח"כ בנה וכל תוקף דין שויא אנפשה חד"א הוא שאין מניחין לאדם לאכול דבר האסור לו עפ"י דיבורו שאמר בב"ד אף שאנחנו אין מאמינין לו ולכל מילי מחזיקין דברי' לשקר כמו באומר לאשה קדשתיך שהוא אסור בקרובותי' וכל קרוביו מותרין בה וכן בכל דוכתא שאומר נגד החזקה ואינו נאמן לא מהמנינן לי' אף להחמיר דהא בצרה אמרה מת תנן ביבמות (דף קי"ח) דר"ע סובר דצרתה תאכל בתרומה דמוקמינן לה אחזקה ולא חיישינן אף להחמיר דכל שאומרת נגד החזקה במקום שאין לה נאמנות עפ"י דין מחזקינן לשקר אף להקל וה"נ כיון דקי"ל דסניא לי' ואינה נאמנת לאמר מת בעלה ואח"כ בנה מחזקינן להאי שמת בנה ואח"כ בעלה וזקוקה ליבם והיא אינה יכולה להתייבם מחמת דיבורא דידה דשויא אנפשה חד"א א"כ הרי היא רמיא ליבום מדינא עפ"י דין ואינה יכולה להתייבם מחמת דיבורה ולא מהני לה חליצה כלל דכל שצריכה

יבום ויש דבר המונעה מיבום א"ע לחליצה ואמאי קתני חולצת ולא מתייבמת ומזה פשיט להש"ס דמיירי שנתנה אמתלא לדברי' שאין האיסור משום שויא אנפשה חד"א רק הא דלא מתייבמת הוא משום דמסתפק לן באמת שמא מת בעלה ואח"כ בנה משום דנאמנת עפ"י דין משום דרחמא לי' ויש לה נאמנות בזה ומסתפק גם לחכמי המשנה אם יש לה נאמנות עפ"י דין או לא ולהכי א"ש הא דמהני לה חליצה דאמרינן אשה בחזקת היתר ליבם קאי כדאמרינן (בד' ל' ע"ב) ועפ"י דין מותרת להתייבם והא דאינה מתייבמת הוא רק מדרבנן וכבר כתב רש"י ז"ל דהיכא דמן התורה מתייבמת לא חיישינן לעגנה משום אינה עולה ליבום ואפילו לרבא דפליג (בדף ל"א) אהך סברא דאשה זו בחזקת היתר ליבם עומדת היינו דווקא התם דאתייליד ריעותא מחיים שזרק גט לצרתה אבל הכא דלא ידעינן כלל שהי' לה בן רק על פיה והיא לא מהימנא דסניא לי' ודאי דיש לה חזקת היתר ליבם ולא מהמנינן לה ומדאורייתא עולה ורק מדרבנן א"ע ליבום ולא מעגנינן לה ושפיר מוכיח הש"ס דמספקא לן אי סניא לי' אי רחמא לי' מדמהני חליצה דע"כ מיירי דמשום דיבורה שאמרה מת בעלה ואח"כ בנה חזרה בה ונתנה אמתלא לדברי' ורק אנחנו מסופקים אי נאמנת עפ"י דין או לא דאם איתא דלא חזרה בה ואנן פשיטא לן דסניא לי' ולא מהימנא הא לא מהני חליצה משום אינו עולה ליבום מחמת דיבורה דידה ואף שכתבנו בשם הרשב"א דהיכא דדבר אחר גרם לה מהני בה חליצה כמו גבי נודרת הנאה מיבמה ושויא אנפשה חד"א לא גרע מנדר בעלמא דהא באמת לא מהימנא רק דאנן לא שבקינן לה לעבור על דיבורה וכמה רבוותא סברי דעיקר כח של שויא אנפשה חד"א מדין נדר מ"מ לא דמי לנודרת הנאה דכבר בארנו דהתם עיקר טעמו של הרשב"א ז"ל דלהכי לא מקרי אינו עולה ליבום דהא בעצם היבום ליכא איסור וזקוקה לו שפיר דמצות לאו ליהנות ניתנו רק דבשעת היבום א"א להפריד הנאת הגוף מהמצוה להכי א"א להתייבם. ועתה היא זקוקה ליבום רק שאח"כ בשעת יבום יתערב בו איסור בל יחל ודמי לתנאי דע"מ שלא תנשאי לפלוני דלע"ע אינה א"א ואח"כ בשעת ביאה יבא איסור א"א להכי שפיר מיקרי עולה ליבום משא"כ באיסור שויא אנפשה חד"א דלפי דברי' מת בעלה ואח"כ בנה והיא גם עכשיו באיסור אשת אח על היבם ודאי דמיקרי אינו עולה ליבום אף אם נימא דשויא אנפשה חד"א דמי לנדר מ"מ מחמת דיבורה היא עכשיו באיסור אשת אח ויש איסור כרת בעצם היבום ולא דמי לנודרת הנאה מיבמה שבעצם היבום ליכא איסור דמצות לאו להנות ניתנו רק בשעת יבום כי מטיא לה הנאה אתי איסור בל יחל:

אבל עדיין קשה טובא על רש"י ז"ל במה שכתב דבספק צרת ערוה חולצת משום דכיון דמה"ת מתייבמת לא מעגנינן לה משמע מזה דאי מדאורייתא הוי אסורה ליבם מטעם ספק צרת ערוה לא חלצה ואמאי הא אם יבוא אלי' ויאמר דלאו צרת ערוה היא בת חליצה ויבום היא ודמי ממש לספק קידש ב' אחיות דחולצת אע"ג דמיירי במקום שיכולין לברר ע"י המתנה אין אנו מחוייבים להמתין כמש"כ התוס' ורש"י ז"ל דעיקר קושיית הש"ס מב' אחיות הוא משום דמיירי אפי' באיכא לברורי:

ולכאורה היה אפשר לומר דלא מהני האי טעמא דאם יבוא אלי' אלא היכא דאסורה להתייבם מדרבנן בעלמא כמו בקידש א' מב' אחיות דאסורה משום דילמא פגע באחות זקוקה אבל בספק צרת ערוה דאסורה להתייבם משום ספק איסור אשת אח בזה לא מהני הסברא דאם יבוא אלי'. ואפשר היה להביא ראי' מב"ב (ד' פ"א) הקונה ב' אילנות בתוך שדה של חבירו מביא ואינו קורא משום דמספקא לן אי קנה קרקע או לא ואינו יכול לקרות דדלמא לא קנה קרקע ואינו יכול לאמר האדמה אשר נתת לי דמיחזי כשיקרא ופריך האר"ז כל שאינו ראוי לבילה בילה מעכבת בו ומשני דעביד כר' ינאי בר"ח. והא התם אם הם בכורים הרי הם ראוין לקריאה שפיר אפ"ה אמרינן כיון דהמביא מסתפק שמא לאו ביכורים נינהו ועי"ז אינו יכול לקרות משום חשש דמיחזי כשיקרא להכי מקרי אינן ראוין לקריאה א"כ ה"נ כיון דבעינן שיהא עולה ליבום. והאי גברא אינו יכול ליבם משום ספיקא דאחות זקוקה א"כ הא מיקרי לגבי' א"ע ליבום ומאי מהני הא דאם יבוא אלי' ויאמר דהך אשה בת יבום היא ועיין שא"ר בדיני ציצית שלמד ג"כ מהך סוגיא (דב"ב) לענין טומטום שאינו יכול להטיל לבן משום דאינו יכול להטיל תכלת משום ספיקא דנקיבה ע"ש וכבר מצאתי להאחרונים ז"ל שעמדו ע"ז אבל אם נימא דהך סברא דאם יבוא אלי' לא מהני אלא היכא דאינו ראוי מדרבנן הוי א"ש דהתם גבי ביכורים איכא למימר דהא דחיישינן למיחזי כשיקרא הוא מדאורייתא להכי לא אמרינן התם הך סברא דאם יבוא אלי' ויאמר דקנה קרקע בר קריאה הוא:

אבל באמת א"א לומר כן דודאי הך סברא דאם יבוא אלי' מהני אפי' היכא דאיכא חששא דאורייתא להתייבם ומגוף הסוגיא מוכח כן דהא אמר בש"ס אבל הכא תוך ג"ח אם יבוא אלי' ויאמר דלא מעברה נמי לא חלצה דהא אפי' קטנה כו' ואם נימא דהיכא דאינה מתייבמת משום חשש דאורייתא לא מהני טעמא דאם יבוא אלי' א"כ הכא גבי תוך ג"ח בלא"ה לא שייך הך סברא דהא מדאורייתא איכא למיחש שמא מעברא והויא אשת אח שלא במקום מצוה א"ו דגם בחששא דאורייתא אמרינן הך סברא דאם יבוא אלי'. ועוד דהרי משנה שלימה שנינו ביבמות (ד' ק') מי שלא שהתה אחר בעלה ג"ח ונשאת

וילדה ואינו ידוע אם בן תשעה לראשון אם בן שבעה לאחרון והי' לה בנים מן הראשון ומן השני חולצין ולא מתייבמין והא התם אין מייבמין משום ספק אשת אח מן האם דהוי דאורייתא ואפ"ה חולצין וע"כ מטעם אם יבוא אלי' ויאמר דאחין מן האב הוא ובני יבום נינהו הרי מוכח דגם בדאורייתא אמרי' אם יבוא אלי' [וערש"י בריש יבמות (ג' א') סד"ה ה"א מחלץ חלצה]. והא דלא אמרינן גבי ביכורים הך סברא דאם יבוא אלי' נ"ל לחלק דהתם כיון דבעינן לכתחלה שיקרא הפרשה ומצינו שהקפידה תורה לענין בדיעבד שיהא ראוי לקריאה לכל הפחות. מסתבר לחכמים דבעינן שיהא המביא ראוי לקרות ולא מהני מה שהפירות בעצמן ראוין לקרות רק בעינן שהמביא יהא בידו לקרות דדיעבד דומיא דלכתחלה מה לכתחלה בעינן שיקרא אף בדיעבד בעינן שיהא בידו לקרות וכיון דבעינן שיהא בידו לקרות לא מהני הא דאם יבוא אלי' ויאמר שקנה קרקע ובני קריאה נינהו משום דסוף סוף הוא אינו יכול לקרות משום ספיקא דלא קנה קרקע ואנן בעינן שיהא בידו לקרות אבל הכא במקום חליצה אין יבום רק שהקפיד הכתוב שיהא ראוי ליבום מסתבר לן דלא בעינן שיהא ראוי ליבום רק שבעצם תהא בכאן דין יבום אע"ג דהוא אינו יכול ליבם משום ספיקא לא איכפת לן בזה משום דאם יבוא אלי' כו' אבל לעולם גם היכא דאינה מתייבמת משום חשש איסור דאורייתא נמי אמרינן אם יבוא אלי' א"כ ודאי דקשה על רש"י ז"ל שמוכח מדבריו דאי הוי בספק צרת ערוה איסור תורה לא חלצה:

וראיתי למהרש"א ז"ל שהקשה ג"כ על רש"י דלמה הוצרך לומר בטעמא דספק צרת ערוה דלא מענינן לה דא"א לברורי הא אפי' אפשר לברורי נמי לא איכפת לן כיון דאם יבוא אלי' ויאמר דבת יבום היא עולה ליבום מקרי כמו בספק קידש א' מב' אחיות ותי' דרש"י כתב זאת לפי הה"א שלא ידע הך סברא דאם יבוא אלי' עיי"ש בדבריו. אבל זה תימא לענ"ד שיכניס רש"י סברת המקשן בתוך דברי המתרץ. ועוד דוודאי א"א לומר דדברי רש"י ז"ל אזלין לסברת המקשה דהא רש"י מסיים אבל הכא דאפשר לשהויי משהינן ויצא הדבר בהיתר והיינו בתוך ג"ח ולפי סברת המקשה דלא ידע הך סברא דאם יבוא אלי' אינה ראוי' ליבום בתוך ג"ח מה"ת משום דילמא מעברא והוי א"א שלא במקום מצוה והיכא דמדאורייתא א"ע ליבום אפי' א"א לברורי נמי מענינן לה כמש"כ רש"י בטעמא דספק צרת ערוה משום דמדאורייתא ראויה אבל אם אינה ראוי' מה"ת מענינן לה ועוד דהא לפי סברת המקשה דלא ידע הך סברא דאם יבוא אלי' ודאי דהוי סובר דאפי' היכא דמה"ת א"ע ליבום נמי לא מענינן לה לדברי התנא דאם לא יחפוץ דהא לר' יוחנן אמרינן דבדיעבד חליצת מעוברת כשרה אע"ג דאינה ראויה ליבום מה"ת משום

דילמא מעברא. ואפ"ה בדיעבד החליצה כשרה כמש"כ רש"י ז"ל שזה לא הוי פסול גמור ובדיעבד החליצה כשירה ומדכתב רש"י דהיכא דמדאורייתא לא חזיא מעגנינן לה ש"מ דקאי לפום דברי המתרץ דאמרינן אם יבוא אלי' ולהכי ליכא כלל חשש א"ע ליבום משום איסור תורה דדילמא מעברא דבזה אמרינן אם יבוא אלי' ויאמר דלא מעברא בת יבום היא וליכא חשש אלא משום חשש גזירת חכמים שגזרו אפי' בקטנה. ובזה סובר ר' יוחנן בדיעבד חליצה כשירה ושפיר כתב רש"י דכיון דאיכא אסור דרבנן היכא דאפשר להמתין ממתינין ויצא הדבר בהיתר כמו בתוך ג"ח ובאחות זקוקה דא"א להמתין לא מעגנינן. וכיון שביררנו שרש"י ז"ל קאי לפי דברי המתרץ ודאי דקשה למה הוצרך רש"י לומר בטעמא דספק צרת ערוה משום דמדאורייתא בת יבום היא תיפוק לי' דאמרינן בזה אם יבוא אליהו ואפי' היכא דמדאורייתא אינו עולה ליבום כמו במשנה דנושאין על האנוסה נמי חלצה משום דאם יבוא אלי'):

ע"כ נ"ל דשיטת רש"י ז"ל הוא דלא אמרינן הך סברא דאם יבוא אלי' ויאמר בת יבום היא אלא גבי ספק דב' אחיות שהוא ספק דתערובות דבזה אמרינן שפיר אף דבעינן שיהא ראוי ליבום מ"מ כיון דלא בעינן דוקא שיהא בידו ליבם אלא שבעצם הזיקה הזאת יהא דין יבום. ובספיקא דתערובות שפיר מיקרי ראוי ליבום דהא היבמה בעצמה יכולה להתייבם ולא נולד בה שום ריעותא הפוסלה מיבום אלא שנתערבה באחרת ואנן הוא דלא ידעינן איזו היא היבמה אבל בעצמותה ליכא שום ריעותא וכן בספק בן ט' לראשון ובן ז' לאחרון שיש לו אח דאם הוא אחיו מאביו הרי הוא ראוי לייבם אלא דאנן הוא דלא ידעינן לי' ומספקינן לי' באח מן האם וכל זה דמי נמי לספק תערובות שמקרי עולה ליבום משום דאם יבוא אלי' ויאמר וכן ביבמות (ד' קי"ח) באשה שאמרה מת בעלי ואח"כ מת בני דחולצת ולא מתייבמת התם נמי שייך לומר אם יבוא אלי' דהא התם במדה"י ידוע מי מת ראשון ואנן הוא דלא ידעינן ואם יבוא אלי' ויאמר דבנה מת ראשון בת יבום היא ולא נולד בה שום ריעותא רק שנעלם מאתנו מעשה היכי הוי. וכן במה דמספקינן באשה דילמא מעברא הוא נמי אי לא מעברא ליכא בה שום ריעותא הפוסלה מן היבום ואנן הוא דמספקינן דילמא מעברא ולא נולד בה ריעותא דספק זה אנו יכולין להסתפק בכל אשה אחר מיתת בעלה ולהכי אמרינן בכל זה אם יבוא אלי' ויאמר כו' שפיר בת יבום היא:

אבל בספק צרת ערוה שנולד ביבמה זו ריעותא שזרק ספק קדושין לצרתה ומסתפק לן דילמא היא צרת ערוה ואינה יכולה להתייבם לא אמרי' בכי הא אם יבוא אלי' דהא סוף סוף יבמה זו לאו בת יבום היא מטעם שנולד בה ספק צרת ערוה ומקרי א"ע ליבום

בעצמותה מחמת ספק הנולד בה ולא דמי לספק דתערובות דהתם לא נולד בעצמותה ספק אלא שנעלם מעיני היבמה ובזה שפיר אמרי' אם יבוא אלי' ויאמר כו' וכה"ג בעינן למימר בזבחים (ד' ע"ג) באיברי תמימין ובע"מ שנתערבו רא"א אם קרב הראש של א' מהן יקרבו כל הראשים ואע"ג דאלו אתי קמן לאימלוכי אמרינן לי' לא תקריב וכי לא אימלך מכשרינן הנך דפרישי ולא אמרינן ידחו אע"ג דשחוטין לכ"ע נדחין וכמש"כ רש"י ז"ל שם. וע"כ מטעם דזה לא מקרי דחוי דהקרבן הכשר בעצמו לא נדחה רק שנתערב עם אחר] וכן אמרינן בפסחים (ד' פ"ח ע"ב) לחד לישנא דחמשה שנתערבו עורות פסחיהן ונמצא יבלת באחד מהן כולן יוצאין לבית השריפה ופטור מלעשות פסח שני דוקא בשכח אחר זריקה דבעידנא דזרק שפיר זרק אבל שכח לפני זריקה פסול דבעידנא דזרק לא שפיר זרק אבל בשכח רבו מה אמר לעבדו אם גדי אם טלה ושחט עליהן שנים הן פטורין מפ"ש אף שנתערבו לפני זריקה משום דאמרינן כיון דאי אידכר חזי לאכילה קמי שמיא גליא ופירשו התוס' דכיון דליכא פסול בגוף הקרבן רק ששכח אם גדי או טלה מיקרי חזי לאכילה אבל בנמצא אחד בעל מום שם פסול בגוף הקרבן ולא נודע באיזה לא אמרינן קמי שמיא גליא ומיקרי לא חזי לאכילה ואף דבאמת לא קי"ל כהך לישנא דלא מתני לה אמתניתין וגם בשכח אם גדי אם טלה חייב לעשות פסח שני בשכח לפני זריקה היינו משום דבעינן לכתחלה אכילה בפסח להכי גם בתערובות לא מיקרי חזי לאכילה דמ"מ הא בעי למיכל ולא מצי משום התערובות אבל גבי יבום דלא בעינן שתהא עולה ליבום רק שתהא ראוי' ליבום גם תערובות מיקרי ראוי ליבום:

ובזה פשוט לחלק בין הא דאמרינן כאן אם יבוא אלי' ובין הא דאמרינן (בב"ב) גבי ביכורים דספק ביכורים מיקרי אינן ראוין לקריאה משום דהתם נמי נולד על הפירות גופי' ספק אם יש לבעל הפירות קרקע בגידולן אם לא להכי מיקרי אינו ראוי לקריאה דסוף סוף הנך פירות אינן ראוין לקריאה משום ספיקותן ולא דמי לספק דתערובות [וכן בכהנת שנתערב וולדה בוולד שפחתה אמרינן ביבמות (ד' צ"ט) ובניטין (ד' מ"ב) דאוכלים בתרומה משום דאם יבוא אלי' ויאמר בחד מינייהו דעבד הוא קנין כסף קרינן בי' התם נמי משום האי טעמא הוא אע"ג דבאמת אינה יכולה להשתעבד בהאי עבד מ"מ בעצמותו נקרא קנין כספו משום דבספק תערובות אמרינן אם יבוא אלי']:

ומעתה הרי נתבאר לנו שיטת רש"י ז"ל דכל היכא דאמרינן חולצות ולא מתייבמות הוא רק היכא דאפשר לומר אם יבוא אלי' כמו בספק תערובות או היכא דהא דאינן מתייבמות הוא רק מדרבנן כמו אחות זקוקה וכדומה וא"א להמתין עד שיבורר אבל היכא דאינן מתייבמות מה"ת כמו בספק צרת ערוה לא חלצה כלל:

ובזה זכינו לעמוד על כוונת הש"ס בהא דאמרינן לעיל (ד' ל"א) אמתניתין דספק קדושין דמתני' דזרק לה קדושין מיירי בכת אחת ופריך ממאי דבכת א' דילמא בב' כתות עדים ומשני אי בב' כיתי עדים תתייבם ואין בכך כלום קיימו עדים ואמרי קרוב לה ואת אמרת תתייבם ואין בכך כלום ע"ש. וכבר נדחקו רש"י ותוס' בפי' דברי הש"ס. והרשב"א ז"ל בחידושיו פי' דהא דמקשה תתייבם ואין בכך כלום ממתני' אקשי דודאי חולצת דקאמרי' חומרא בעלמא הוא ואם תתייבם אין בכך כלום דהא דומיא דספק גרושין קתני וג' גיטין ודאי דכשרין הן דבר תורה אלא שהחמירו בהן חכמים. משום דאם תתייבם אין בכך כלום ואם מתניתין בשני כיתי עדים חולצת מדינא עכ"ל הרשב"א ז"ל והיוצא מדבריו ז"ל דפשיטא לי' להש"ס דמתני' דספק קדושין מיירי בגוונא דמה"ת מותר להתיבם אלא דמדרבנן אסור וקשה הא גופא טעמא בעי מ"ט דקדק התנא למיתני ספק קדושין בכת א' באופן שיהא איסור היבום רק מדרבנן הא האי תנא לא נחית אלא למיתני דין דספק צרת ערוה חולצת ולא מתייבמת והך דינא הוי נמי בב' כיתי עדים ומדוע דקדק להשמיענו דוקא בכת א':

אבל לפי דברינו א"ש דהיכא דאסור להתייבם מה"ת מחמת ספק בזה לא מהני חליצה כלל כיון דא"ע ליבום מה"ת כמש"כ רש"י ז"ל ולא משכחת לה דלהוי חולצת ולא מתיבמת אלא בספק גרושין דג' גיטין פסולים דמה"ת מותרת להתיבם דהא נתגרשה הערוה בגט גמור מה"ת או בספק קידושין בכת א' דמותרת נמי להתייבם מה"ת מטעם חזקה דהתירא ליבם (וכן בזרק לה גרושין לאביי דאמר יגיד עליו ריעו כיון דמה"ת א"צ יבום כלל דמוקמינן לה אחזקת היתר לשוק ולחומרא בעלמא הצריכה חליצה וכיון דחומרא בעלמא הוא להכי מהני בה חליצה כיון דא"צ חליצה אלא מדרבנן) וכיון דאסורה להתיבם רק מדרבנן כבר כתב רש"י דלא מעגנינן לה לעולם בשביל שאינה ראויה להתייבם אלא מדרבנן. אבל בספק קדושין בב' כיתי עדים למאי דבעינן למימר דב' כיתי עדים הוי ספק דאורייתא ולא מוקמינן אחזקה לא מהני חליצתה כלל דדילמא באמת רמיא ליבום והוא אינו יכול ליבם משום ספיקא וכל שאינו ראוי ליבם מטעם ספק דאורייתא א"ע לחליצה ושפיר קאמר הש"ס דמתני' וודאי דמיירי בגוונא דאם תתייבם אין בכך כלום מה"ת ובב' כתי עדים הא לא מוקמינן אחזקה ואסורה ליבם הילכך לא חלצה ולא שייך למיתני חולצת ולא מתייבמת הוא רק משום דמה"ת אפי' יבום שרי ומקרי עולה ליבום היכא דמעגנא לעולם כמש"כ רש"י ז"ל:

והא דאמרינן אהא דמייתינן שם משנה דמחצה על מחצה מגורשת כו' ואמרינן למאי הילכתא שאם כהן הוא אסורה לחזור לו ואם ערוה היא צרתה בעי' חליצה ופרכינן ארבה

דאמר דגזרינן אם אתה אומר חולצת אתי ליבומי ומשנינן הא איתמר עלה רבה ורב יוסף דאמרי תרווייהו הכא בב' כיתי עדים א' אומרת קרוב לה וא' אומרת קרוב לו והיינו משום דבעי למימר דבב' כיתי עדים לא מוקמינן אחזקה והוי ספיקא דאורייתא א"כ אמאי צרתה צריכה חליצה הא א"ע ליבום דבר תורה וכל שא"ע ליבום ד"ת א"ע לחליצה: **נלע"ד** דגם זה נכון חדא דהא זה רק הו"א בעלמא ובמסקנא אמרינן דתרי ותרי ספיקא דרבנן ועוד דודאי למאי דאמרי רבה ור"י דמיירי בב' כיתי עדים דהוי ספיקא דאורייתא לא קאי רבה ור"י אהך מימרא דאם ערוה היא צרתה בעי חליצה דהא בגיטין ליתא כלל הך מימרא דלמאי הלכתא. רק הכא ביבמות קאמר הך למאי הלכתא אבל רבה ור"י קאי רק לשנויי הא דמקשינן (בגיטין ע"ח) אמתניתין דמחצה על מחצה והא אי אפשר לצמצם וע"ז מתרצין שם דמיירי בב' כיתי עדים. וא"כ אפשר לומר דלרבה ור"י דמוקי בב' כיתי עדים הויא מגורשת ואינה מגורשת ולא מהני לה חליצה כלל משום שאינו עולה ליבום מן התורה וזה שאמר הש"ס הא איתמר עלה רבה ור"י כו' היינו דמזה מוכח דלא אמרינן הך למאי הילכתא שאם ערוה היא צרתה בעיא חליצה דודאי בכת א' מוקמינן אחזקה ולא בעי חליצה שאם אתה אומר חולצת אתי לייבומי רק מתניתין מיירי בב' כיתי עדים דהוי ספיקא דאורייתא וזקוקה ליבם ולא מהני לה חליצה מפני שא"ע ליבום ואסורה הלגמר לגמרי אם יש לה יבם:

ועוד דוודאי באמת צריך ביאור הא דקאמר למאי הילכתא ופירש"י ז"ל למאי הלכתא קאמר מגורשת וקשה הא יש נ"מ בפשיטא שאם מת אחר הגט חיישינן שמא הוי גט מעליא ואסורה ליבם ולמה הוצרך לומר דהנ"מ לענין כהן או לענין צרת ערוה אבל באמת הדבר נכון דלא רצה לומר דנ"מ לענין אם מת הבעל שאסורה להתיבם דלא הוי רבותא כ"כ דפשיטא דבספיקא דאורייתא אף דמוקמינן אחזקה מ"מ אסור מדרבנן והוי ספיקא דרבנן בכל דוכתי דמדרבנן לא מוקמינן אחזקה ופשיטא דאסורה להתיבם מדרבנן שמא הוי גט מעליא להכי הוצרך לומר דנ"מ בהא דמגורשת מספק מדרבנן ולא מוקמינן אחזקה לענין שאם כהן הוא אסורה לחזור לו ואסרינן לה אבעלה לעולם אף באיסור דרבנן אף דמצינו דחשו שלא לאסור אשה לבעלה באיסור כהונה משום איסור דרבנן בעלמא כמו גבי מת הולד בתוך ל' ועמדה ונתקדשה דאמרינן בשבת (דף קל"ו) וביבמות אם אשת כהן היא אינה חולצת וקמ"ל דהכא אם כהן הוא חיישינן למה שמדרבנן לא מוקמינן אחזקה והוי גיטא ונאסרה על בעלה וכן בהא דאם צרת ערוה היא חולצת קמ"ל אע"ג דמן התורה מוקמינן לה אחזקה לשוק ולהחמיר עלי' להצריכה חליצה מדרבנן איכא למיגזר שאם אתה אומר חולצת מתיבמת אפ"ה חשבינן לה למגורשת מדרבנן

וצרתה בעי' חליצה וכדמסיים ולא אמרינן שאם אתה אומר חולצת מתיבמת וזהו כוונת המאמר למאי הילכתא:

וא"כ כל זה למאי דמפרשינן דמיירי בכת א' שאז מה"ת מוקמינן אחזקה וקמ"ל לענין הנך תרי מילי דכהן וצרת ערוה חיישינן מדרבנן ומחשבינן לה לגרושה אבל רבה ור"י דמוקמי לה בב' כיתי עדים ולמאי דס"ד דבב' כיתי עדים לא מוקמינן אחזקה ודאי דלא סבירא לן הך למאי הלכתא דהא לדידהו דהוי ספיקא דאורייתא אין אנו צריכין לאוקמי דוקא דהנ"מ לענין כהן או צרת ערוה דהא לכל מילי מחזקינן ליה לספק גמור ולמה אמר דוקא בתרי אילו ודוחק לומר דרבה ור"י נמי סבירא להו הך מימרא דלמאי הלכתא משום דכיון דמשמע להו דלשון מגורשת ואינה מגורשת משמע בספק דאורייתא ומוקמי לה בב' כיתי עדים ולהכי מצריכינן לאוקמי לענין הני תרי מילי למימרא דכיון דמתניתין מהדר למימר מגורשת ואינה מגורשת לישנא דהוי ספק דאורייתא. ע"כ דאיצטריך לאשמועינן לענין הני תרי מילי כהן וצרת ערוה דלענין מילי אחרינא דהיינו אם מת הבעל אחר הגרושין לא מתייבמת אף בכת א' דהוי ספיקא דרבנן חוששין לגט רק בהני ב' מילי דהיינו בכהן וצרת ערוה בזה הוצרכנו לומר דחוששין להחזיקה למגורשת משום ספיקא דאורייתא דאלו בכת א' דהוי רק ספיקא מדרבנן לא הוי אסרי אבעלה כהן וכן בצרת ערוה הוי גזרי אם אתה אומר חולצת מתיבמת ולעולם רבה ור"י קיימי נמי לפרושי מימרא דלמאי הילכתא ז"א לענ"ד דלקושטא דמילתא ודאי דא"א לומר דרבה ור"י סברי דבכת א' דהוי ספיקא דרבנן מותרת לבעלה כהן דודאי נאסרה לבעלה כהן גם באיסור דרבנן והכי משמע (ר"פ כל הגט) גבי כולן אין פוסלין חוץ מן האחרון דהיינו משום דמספקא ליה אם יש ברירה להכי מיפסלא מן הכהונה והרי הר"נ ז"ל (בפר"ק דקדושין) גבי נתן הוא ואמרה היא ספיקא וחיישינן מדרבנן דהיינו משום דמה"ת מוקמינן בספיקא דדינא בקדושין אחזקת פנוי' ומדרבנן בעלמא חוששין וא"כ בספק דאין ברירה נמי הוי רק מדרבנן. דמה"ת מוקמינן אחזקה ואפ"ה פוסל מן הכהונה א"ו דאוסרין לכהונה משום איסור דרבנן א"כ רבה ור"י דמוקמי בב' כיתי עדים לית להו הך מימרא דלמאי הילכתא דלמה להו למינקט דוקא נ"מ לאיסור גרושה לבעלה כהן כיון דאיסור זה לא קיל משאר איסורין ובאיסור דרבנן לחוד נמי אסרינן לה אבעלה כהן]:

וכיון שביארנו דרבה ור"י ל"ל הך למאי הילכתא א"כ הדרן למילתא קמייתא דלעולם היכא דאיכא איסור דאורייתא ליבם לא מהני חליצה משום דא"ע ליבום והא דאמרינן בבכורות (דף מ"ב) באשתו של טומטום דחיישינן ליה לסריס חמה דחולצת ולא בת יבום היא ולא אמרינן דלא ליהני חליצה משום דא"ע ליבום משום ספיקא דסריס חמה

נ"ל דהתם נמי ניחא דמה"ת עולה ליבום דהוי ספק שמא הטומטום נקיבה ואת"ל זכר שמא לאו סריס חמה הוא ואף דקאמר התם דלר"י ב"ר יהודה דקאמר טומטום לא חולץ שמא יקרע וימצא סריס חמה וקאמר שם בסוף הסוגיא דלר"י בר"י חולץ שלא במקום אחין אלמא מהני חליצתו אע"ג דשם אין לומר דמדאורייתא שרי מטעם ס"ס דהא אפשר לקורעו ולראות אם הוא זכר או לא הרי דאע"ג דמדאורייתא אסור ליבומי משום ספק סריס אפ"ה חליצה מהני מ"מ אין מחויבים לקרוע ולבטל הס"ס כמש"כ התוס' ביבמות (דף ע') לענין מילה דאין מחויבין לקרוע הטומטום משום מצות מילה (וכן מצאתי במרדכי (פ' החולץ) שכתב דגבי טומטום הוי ס"ס ורבנן החמירו עיי"ש) ועוד דכבר כתבו האחרונים דכל היכי דאיכא ס"ס ואחרי בדיקה ובירור לא יבורר כי אם ספק א' אין אנו מחוייבים לבדוק וסמכינן אס"ס. וא"כ כיון דמדאורייתא שרי ליבם עולה ליבום קרינן ביה כמש"כ רש"י ז"ל בספק צרת ערוה:

ולפ"ז נראה דמיושב קושית התוס' והרא"ש לגמרי מהא דפריך ותתיבם יבומי ולא משני משום דהוי ספק שמא זינתה ואסורה להתייבם דלא מצי לומר הכי כיון שביארנו דכל היכא דא"ע ליבום ד"ת לא מהני חליצה כלל אם נולד ביבמה גופא ריעותא המעכב יבומה וא"כ בספק סוטה דחיישינן מדאורייתא שמא זינתה וחזקה להתירה ליבם ליכא דהא כתבו התוס' בחולין (ד' ט') ובנדה (ד' ב') ובסוטה (ד' כ"ח) דבסוטה ליכא חזקת היתר משום דרגלים לדבר שקינא לה ונסתרה מרע לחזקה וא"כ א"ע ליבום שמא זינתה ואולי לא זינתה ורמיא ליבום וכל היכא דרמיא ליבום ולא מצי מיבם לא מהני חליצה אף היכא דמעגנא ויתבי כיון דא"ע ליבום ד"ת כמש"כ רש"י להכי לא הוי מצי לשנויי דטעמא דלא מתייבמת משום ספיקא דשמא זינתה דא"כ חליצה נמי לא מהני לה ע"כ הוצרך הש"ס לאשכוחי טעמא אחרינא שנאסרה ליבם ע"י הסתירה לחוד אפילו אם לא זינתה משום דכתיב לאחר ולא ליבם דקאי אסתירה כמש"כ התוס'. או משום ק"ו דבמותר לה נאסרה ומשום זה לא רמיא כלל ליבום אפי' אם לא זינתה ושפיר מהני בה חליצה וע"ז פריך א"ה אפי' חליצה נמי לא תיבעי כיון דאיכא קרא מיותר אנסתרה לא תיבעי חליצה משום הך קרא דתדחה נמי מחליצה ומשני אלו איתא לבעל מי לא בעי גיטא השתא נמי בעי חליצה ואין כח באיסור זה לדחותה מחליצה לגמרי אבל איסור טומאה אם זנתה ודאי דמדחה אותה מחליצה לגמרי כמו שאמר רב וכמש"כ התוס' בסוטה. עכ"פ הרי מבורר היטב דלא המ"ל טעמא דאינה מתייבמת משום ספק שמא זינתה דא"כ חליצה לא מהני לה כלל והוצרך להני טעמי ואין הסוגיות חלוקות כלל:

והנה אף דלכאורה יש לעיין במה שביארנו שיטת רש"י דהך דרשא דאם חפץ מיבם דרשא גמורה היא מנ"ל למדרש הכי הא כבר אפקינן לה להא דדרשינן (ד' כ') למיפטר חייבי כריתות מחליצה משום דבעינן אם חפץ מיבם ומנ"ל למידרש נמי דהיכא דרמיא ליבום ולא מצי מיבם א"ע לחליצה ואולי אפשר דתרתי שמעת מינה ומדאפקי' בלשון יחפוץ דתליא ברצון דרשינן נמי הך דרשא דאם יש דבר המעכב את היבום היכא דרמיא ליבום אינו מועיל החליצה:

ויתכן יותר לפי מה שמצאתי בירושלמי בסוגיא זו דקאמר התם בטעמא דאינה חולצת בתוך ג' חדשים תני ר' אושיעא מאן יבמי את שאומרים לו יבם אומרים לו חלוץ ואת שאין אומרים לו יבם אין אומרים לו חלוץ עכ"ל ולפ"ז נראה דעיקר הטעם הוא משום דכיון דהיכא דלא מצי ליבם לא מיקרי מאן יבמי משום דלשון מאן משמע שיכול ואינו רוצה ואנן בעינן קריאה וזו אינה יכולה לקרות ולומר מאן יבמי ואף שקריאה לא מעכב מ"מ אם אינו ראוי לקריאה קריאה מעכבת כדאמר (בפ' מצות חליצה) מיהו היכא דמה"ת יכול ליבם שפיר יכולה לומר מאן יבמי דמה שאינו יכול מדרבנן לא מיקרי אינו יכול כמש"כ לעיל להכי יכולה לומר מאן יבמי והכי משמע בהדיא בתשובת הרא"ש ז"ל הביאו הרב"י וז"ל וששאלתם נשים שחולצות ולא מתיבמות אם צריכות קריאה משום דלא חפצתי לקחתה משמע דאי בעי מיבם פשיטא שצריכות קריאה אע"ג דקריאה לא מעכבא מ"מ לכתחילה כל דין קריאה בעיא וכל החולצת ולא מתייבמת כגון איסור מצוה ואיסור קדושה מדאורייתא עולין ליבום אלא משום גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שני' כו' הלכך כולן עולין ליבום מדאורייתא ולא פלוג רבנן בכל החולצות וצריכות קריאה עכ"ל משמע בהדיא מדבריו דהנך דמה"ת א"ע ליבום כגון חייבי עשה ולא תעשה לא בעי קריאה משום דלא שייך לומר בהו לא חפצתי לקחתה והנך דמה"ת עולין שייך לומר בהו לא חפצתי לקחתה [ועיין בתשובות הרשב"א המיוחסת להרמב"ן (סי' קכ"ג) שחקר אם היבם רוצה לייבם והיבמה אינה רוצית איך יאמר לא חפצתי לקחתה] ולפ"ז פשוט הוא דכל הני דרמיין ליבום מה"ת אלא שיש בהן דבר המעכבן מיבום כגון גזירה דתוך ג' חדשים לא שייך בהו לא חפצתי לקחתה וכיון דלא מצי לקרות קריאה מעכבת בהן ומה שלדברי הרא"ש היכא דמדרבנן אינה מתייבמת מקרי לא חפצתי לקחתה ובש"ס מבואר דאפי' באיסור דרבנן מקרי א"ע ליבום דהא קידש א' מב' אחיות מקרי א"ע ליבום אם לאו דאמרינן אם יבוא אלי' ויאמר והתם הוי רק איסור דרבנן משום אחות זקוקה נראה משום דבש"ס מיירי היכא דאיכא לברורי בהמתנה קצת מחמרינן גם בא"ע ליבום מדרבנן כמש"כ רש"י ז"ל אבל היכא דליכא לברורי אין חוששין להא דא"ע ליבום מדרבנן

כמש"כ רש"י ז"ל והרא"ש שכ' דכיון דמה"ת עולה ליבום קרינן בי' לא חפצתי מיירי נמי היכא דליכא לברורי:

ונמצא דברי הרא"ש ודברי רש"י ז"ל אחדים הם דהיכא דאע"ל מדאוריי' לא מיקרי עולה ליבום ולא מצי קרי לא חפצתי לקחתה והיכא דא"ע ליבום רק מדרבנן מקרי עולה ליבום היכא דמעגנא והיכא דאיכא לברורי ממתינין עד שיתברר ותהי' ראוי' ליבום לגמרי ובזה יתיישב ג"כ קושית הריטב"א דהא דחייבי עול"ת עולין לחליצה ולא חיישינן להא דא"ע ליבום דכיון דהטעם דא"ע ליבום הוא משום קריאה משום דאינו ראוי לקריאה וכל שאינו ראוי לקריאה קריאה מעכבת בו וזה אינו מעכבת אלא בדבר שהי' ראוי מתחילה ונדחה אח"כ מקריאה כמו גבי ביכורים במכות (דף י"ח) דאמרי' התם הפריש ביכורים קודם החג ועבר עליהן החג ירקבו משום שנראה לקריאה ונדחו מקריאה וכל שאינו ראוי לבילה בילה מעכבת וכן בקונה ב' אילנות דפריך בב"ב (דף פ"א) דליעכב בהו קריאה משום דאפשר דבעי קריאה משום דקנה קרקע ובעי קריאה והוא לא מצי לקרות משום ספיקא דשמא לא קנה קרקע ומחזי כשיקרא להכי מעכב בהו מה שאינן ראויין לקריאה אבל אותן שלא נראו לקריאה כלל מתחילתן וגם עכשיו אינן ראויין לקריאה כלל לא מעכב בהו קריאה כלל כמו כל הני דתנן (בפ"א דבכורים משנה ד') ואלו שמביאין ולא קורין כמו מהחג ועד חנוכה ומייתי לה הרשב"א ז"ל בב"ב שם וה"נ גבי חליצה כיון דהא דא"ע ליבום הוא משום עיכוב הקריאה דלא מצי למימר לא חפצתי לקחתה ובחייבי עול"ת דלא נאמר בהו יבום אין בהם כלל דין קריאה ולא שייך בהו דין קריאה דלא מצי למימר לא חפצתי לקחתה ולא חיישינן לעכוב הקריאה אלא בתוך ג"ח דהא אם לא מעברא בעיא יבום וחליצה כדין עם קריאה והוא לא מצי קרי וכן בקידש א' מב' אחיות ושארי ספיקות ג"כ מהאי טעמא דאמרן וא"ש נמי בזה מה דאמרינן אם יבוא אלי' ויאמר דהאי קידש שפיר בת יבום ובספק צרת ערוה מבואר מדברי רש"י ז"ל דאי הוי מה"ת הוי מקרי א"ע ליבום וכן בספק קנה קרקע נמי מקרי אינו ראוי לבילה וקריאה גבי בכורים מעכבי אע"ג דחד טעמא הוא דגבי בכורים בעינן קריאה וה"נ בעינן קריאה שיאמר לא חפצתי לקחתה ואי בעי מיבם. וה"ט דמילתא דהא דפסלינן משום דכל שאינו ראוי לבילה הוא רק אם הפסול בגוף המצוה אבל לא אם הפסול בדבר אחר ומשום זה מסתפק בעל משנה למלך ז"ל באלם שהביא בכורים אי כשרין משום דאפשר לומר דאע"ג דגבי חליצה אמרינן (דף ק"ד) אלם ואלמת שחלצו חליצתן פסולה משום שאינן ראוין לקריאה משום דהתם עיקר המצוה הוא על היבם והיבמה וכיון שהם אלמים מקרי אינן ראוין לבילה אבל גבי בכורים שם המצוה חל על הפירות ולא איכפת לן במה שהמביא אינו

ראוי לקריאה וה"נ לענין חליצה אם הספק בעצם היבום כגון ספק בצרת ערוה בזה מקרי אינו ראוי לקריאה דלא חפצתי משא"כ בקידש א' מב' אחיות שהיבמה בפני עצמה ראוי' אלא שאנו מסתפקים בה אם זו היא אם לא מפני שנתערבה וכן בספק בתוך ג"ח דאם לא נתעברה הרי היא ככל היבמות וליכא בה שום ריעותא לא מקרי אינו ראוי לבילה הלכך אע"ג דלא מצי קרי לא חפצתי לקחתה משום דאינו יכול ליבם משום הך ספיקא נמי לא איכפת לן משום דכללא דכל שאינו ראוי לבילה הוא רק אם נולד ריעותא בעצם המצוה ולא כשבא ע"י תערובות שהריעותא שבא ע"י תערובות הוא באדם המקיים ולא בעצם המצוה:

ואין להקשות בהא דאמרינן באלם ואלמת שחליצתן פסולה משום דאינן ראוין לקריאה ואמאי לא נימא דדמי להפריש בכורים אחר החג דלא איכפת לן במה שאינו ראוי לקריאה משום דמתחילתן לא היו ראויין לקריאה. נ"ל דאפשר לומר דה"ט דמילתא דגבי בכורים לא נראו מעולם ולא משכחת בהו שיהא ראוין לעולם כיון שהפרישן אחר החג אבל גבי אלם בחליצה הא משכחת להו שיתרפאו ויהיו יכולין לדבר וכיון דאפשר שיהיו ראוין שוב לא נדחו לגמרי מקריאה ובעי קריאה וקריאה מעכבת בהן שפיר ולא דמי לחייבי עול"ת שבארנו לעיל דהתם לא יהיו ראוין לעולם. ובזה אפשר ליישב קצת ג"כ מה שקשה בהא דאמרינן באשת מלך לא חולץ ולא חולצין לאשתו שפירש"י ז"ל משום שאינה יכולה להנשא ופירשנו דלא מהני לה חליצה כיון דרמיא ליבום דביאתה מותר בעצם רק שאסורה מפני כבוד המלך ומילתא אחריתא הוא ועכ"פ לקריאה אינה ראוי' דאי בעי לא מיבם הילכך לא מהני חליצה ואף שמתחילת נפילתה לא היתה ראוי לקריאה דהא אלמנת מלך היא מ"מ לא דמיא להא דאמרינן גבי בכורים דאם מתחילת הבאתן אינן ראויין לקריאה שפיר דמי משום דגבי מלך אפשר שתהי' ראוי' לקריאה דהא אם יתמנה היבם למלך תהא ראוי' ליבם ולא שייך לומר שנדחה מתחילה מקריאה דקיי"ל מלך נושא אלמנותו של מלך כדאמרינן בסנהדרין (דף י"ח) (מיהו דברי הר"מ ז"ל א"א לישב כן דאיהו פסק אינו נושא אלמנותו של מלך):

הדרן למילתא קמייתא דבין לשיטת הש"ס דילן דדריש לה מאם לא יחפוץ הא אם חפץ מיבם בין לשיטת הירושלמי דדריש מקרא דמאן יבמי הא אי בעי מיבם כל היכא דרמיא ליבום ואינו יכול ליבם לא מהני חליצה כלל ולהכי לא מצי אמר בטעמא דסוטה שנסתרה משום ספק טומאה דא"כ חליצה לא מהני לה כלל דדילמא רמיא ליבום ולא מצי לייבם ואינו עולה נמי לחליצה להכי הוצרך לטעמא אחרינא דאמר התם וכמש"כ לעיל:

הרי נתברר לנו שיטת התוס' דכל סוטה ספק הוי רק ספק יבמה לשוק משום דאם זינתה פטורה לגמרי מן החליצה ומן היבום וכן צרתה כמותה ואם בא עלי' א' מן השוק אינו לוקה משום דילמא זינתה ופטורה לגמרי וזהו שיטת התוס':

והרמב"ם ז"ל כתב (בפ"ו מה' יבום וחליצה ה' י"ט) אשה שזנתה תחת בעלה ברצון ובעדים ומת קודם שיגרשנה ונפלה לפני יבם הרי היא פטורה מן החליצה ומן היבום וכן צרתה כאלו היתה ערוה על היבם מפני שטומאה כתיב בה כערוה שנאמר והיא נטמאה אבל סוטה שמת בעלה קודם שישקנה מים המרים או שאינה בת שתי' אלא בת גרושין ה"ז חולצת ולא מתיבמת ואם היתה לה צרה הרי צרתה מותרת וחולצת או מתייבמת עכ"ל ודבריו ז"ל צריכין ביאור בסוטה ודאי פסק כרב דפטורה מן החליצה ומן היבום ובסוטה ספק פסק דצרתה מתיבמת ותפול עליו קושית התוס' דהא מבעיא לן למיחש דילמא זינתה והויא צרתה צרת ערוה ממש ואיך שרינן לה ליבומי ואין לומר להכי שרי צרה ליבומי דמוקמינן לה בחזקת היתר ליבם כדאמרינן ביבמות (ד' למד) גבי ספק קדושין דז"א דהא אמרינן התם דמדרבנן אינה מתיבמת לחומרא ואחמיר רבנן דלא נוקי אותה אחזקה ע"ש ודו"ק ונראה לכאורה שהרמב"ם ז"ל קאי בשיטת הרא"ש ז"ל שכתב ליישב הא דפריך בפר"ק דסוטה ותייבם יבומי ולא משני דאסור ליבומי משום שמא זינתה דטומאה כתיב בה כעריות הוא משום דהא דאמרינן דטומאה כתיב בה כעדיות היינו דוקא סוטה ודאי דכתיב בה טומאה בלשון לאו כי היכי דכתיב גבי עריות אבל סוטה ספק דכתיב טומאה דידה בלשון עשה אע"ג דאסרינן משום ספק טומאה לא חשיב טומאה דידה אפילו כספק ערוה הילכך פריך שפיר ותתייבם יבומי ואע"ג דפריך הש"ס מ"ש סוטה ודאי דכתיב בה טומאה סוטה ספק נמי כתיב בה טומאה ודאי מעיקרא הוי ס"ד הכי דטומאה בלשון עשה חשיבא למיעבדה כערוה אבל לפי מה דמסיק דסוטה ודאי דכתיב בה טומאה בלשון לאו לרבנן דר"י בן כיפר מהשתא איתברר לן דלא חשבינן טומאה למיעבד כערוה אלא היכא דכתיבה בלשון לאו כי היכי דלא תיקשי לן אהא דפריך הש"ס גבי סוטה ספק ותתייבם יבומי עכ"ל ומתבאר מזה כל שלא ידעינן בודאי שזינתה אף אם באמת זינתה אין כאן דין טומאה כעריות לגבי יבם ואינו אלא איסור דלאחר ולא ליבם או משום דמותר לה נאסר באסור לה מכש"כ דאמרינן בפר"ק דסוטה ולא אלים איסור זה למדחי צרתה הלכך שפיר כתב הר"מ ז"ל בצרת סוטה ספק דמתיבמת אע"ג דבודאי סוטה פסק כרב וזה ממש כשיטת הרא"ש ז"ל:

ולפי שיטה זו ספק סוטה שבא עלי' א' מן השוק לוקה ודאי דהא רמיא לחליצה אפי' אם באמת זנתה ויש להסתפק לפי שיטה זו אם באו עדים אחר מיתת בעלה שזנתה בחיי

בעלה מי אמרינן כיון דזנתה ודאי טומאה כתיב בה כעריות או דילמא כיון דלשיטת הרא"ש בידיעה תליא מילתא כל שלא נודע זנותה לא מקרי טומאה לגבי יבם א"כ אפשר דכל שלא נודע בחיי בעלה רק לאחר מיתת בעלה לא נקבע בה דין טומאה לגבי יבם נמי ואין בה אלא משום לאחר ולא ליבם ובעי חליצה:

[**וראיתי** להנוב"י במהדורא קמא באה"ע (סי' י"ט) שכתב שם באשה שילדה אחר מיתת בעלה ולפי ערך ימי ההריון נראה שנתעברה מבעלה בחליו ולזה חשדו אותה שזינתה אחר מיתת בעלה וע"ז כתב הוא ז"ל דאם אתם חושדים אותה שזנתה למה ניחוש שזנתה אחר מותו ואולי זנתה קודם מותו ואז היא פטורה מחליצה ומיבום דטומאה כתיב בה כעריות ואף שיש מחמירים שהצריכוה חליצה עכ"פ כדאי הרמב"ם לסמוך עליו ואף דבנסתרה חולצת היינו מספק שמא לא זנתה אף כאן למה לא תהא מותרת מס"ס שמא לא זנתה כלל ומבעלה נתעברה ואת"ל זנתה שמא זנתה בחיי בעלה וא"צ חליצה עכ"ל ולפמש"כ וביארנו בשיטת הרמב"ם דקאי בשיטת הרא"ש דדוקא סוטה ודאי פטורה מחליצה משום שנאמר טומאה דידה בלשון לאו אבל סוטה ספק אין בה דין טומאה ליבם כלל רק משום דלאחר ולא ליבם אסורה להתיבם אבל חליצה בעיא וזהו מוכרח ממש"כ הרמב"ם בספק סוטה דצרתה מתיבמת ש"מ שאין בה חשש טומאה ליבם דאי הוי בה דין טומאה משום חשש דילמא זינתה הוי אסרינן צרתה ליבומי ומדשרי הר"מ ז"ל צרה ליבומי ש"מ דבספק סוטה ליכא כלל חשש טומאה ליבם לפי שלא נאמר טומאה דידה בלשון לאו ולפ"ז אין מקום להספק ספיקא שכתב הנוב"י דהא אפי' אם זנתה תחת בעלה כיון דאנן לא ידעינן אין בה דין סוטה לפוטרה מחליצה]

ויש להביא ראיה לשיטת הרא"ש מהא דבעיא ר' ירמי' סוטה (דף י"ח) מהו שיתנה על נשואי אחיו ופשיט מהא דתנן כל שתבעל ולא תהא אסורה לי' לא הי' מתנה הא אסורה ה"נ דמתנה פירש"י ובנשואי אחיו אסורה הלכך מתנה א"כ קשה טובא דלרב דסוטה שזינתה לא מיקרי בת יבום ולא בעי נמי חליצה א"כ פשיטא דאם נתיבמה הרי היא כאשת אח שלא במקום מצוה ולא תפסי בה קדושין כלל ככל חייבי כריתות דעלמא א"כ איך שייך להתנות שיבדקו אותה המים אם זנתה תחת אחיו הא אם זנתה אין היבם הזה בעלה כלל ואנן בעינן והביא האיש את אשתו. א"כ יהי' מוכח מסוגיא זו דלא כרב ולא דמי להא דאמרינן בכתובות (דף מ"ו) הוציא ש"ר על נשואי מהו דהתם דאף לפי דבריו שזנתה תחת אחיו לאו בעלה הוא מ"מ אח"כ שנתברר כי שקר ענה בה וש"ר בעלמא הוא דהוי הרי הוא בעלה ושייך לחייבו קנס ומלקות אבל הכא גבי סוטה איך מתנה שיבדקוה המים מזנות המבטל האישות ממנה לגמרי אבל לפמש"כ הרא"ש ז"ל דבסוטה

ספק דליכא בה לאו אין בה דין טומאה כעריות אפי' אם קמי שמיא גליא שזנתה. א"ש שיכול לגלגל עלי' שמא זנתה תחת אחיו ואפי' אם זנתה כיון דאנן לא ידעינן מזה אין בה אלא איסור לאחר ולא ליבם ושפיר קרינן בה והביא האיש את אשתו אפי' אם זנתה ודוחק לומר דכל היכא דלא ידעינן שום ריעותא כלל מזנותה גם התוס' מודים דלא שייך בה דין טומאה דז"א דשיטת התוס' לאו בידיעה תליא מילתא כלל אלא דכל היכא דזנתה מקרי סוטה וטומאה כתיב בה:

מיהו נראה לי ליישב שיטת התוס' דבספק סוטה נמי אם זנתה הזנות פוטרה מיבום ומחליצה לגמרי והא דאמרינן דמתנה על נשואי אחיו אפשר ליישב כיון דמשמע בגמרא דסוטה דהמים בודקין גם על ביאת אונס באשת כהן דקאמר שם (דף כ"ו) אשת כהן שותה ומותרת לבעלה. פשיטא ל"צ במתנונה דרך אברים מ"ד זנויי זנאי והא דלא בדקוה מיא משום דבאונס זנאי קמ"ל ועי' מל"מ (פ"ג מה' סוטה דין כ"ד) שכתב שיש מקום לפרש דברי הש"ס קמ"ל דמותרת דאם איתא דזנאי באונס היו המים בודקין אותה כיון דאסורה לבעלה כהן בביאת אונס:

ולפ"ז דהמים בודקין אשת כהן מביאת אונס יש לפרש בעיא דר' ירמיה מהו שיתנה על נשואי אחיו דמיירי בכהן שמשקה ומתנה עלי' שמא זנתה תחת אחיו באונס דאז ליכא בה טומאה ליבם אפי' אם זנתה כמש"כ הנמוק"י דיש מקום לומר דבאשת כהן שנאנסה לא אמרינן בה טומאה כתיב בה כעריות ועי' בב"ש (סי' קע"ג ס"ק יו"ד) שהקשה בשם הב"ח על הנמוק"י דהא אמרינן ביבמות (דף נ"ו) אשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עלי' משום טומאה ויישב הב"ש דדוקא לחומרא מקרי טומאה באונס אבל לא לקולא לפוטרה מחליצה ומ"מ אם זנתה באונס אסורה על היבם מטעם במותר לה נאסרה באסור לה לכש"כ ושפיר יכול להתנות שיבדקוה המים מזנות שזנתה תחת אחיו באונס דאז אסורה להיבם ואפ"ה רמיא קמי' דלא אלים איסור ק"ו דבמותר לה כו' לעשותה אשת אחיו שלא במקום מצוה ואפשר עוד דאפילו לשיטת הב"ח דבאשת כהן שנאנסה נמי אמרינן בה גבי יבם טומאה כתיב בה כעריות מ"מ משכחת שיגלגל נשואי אחיו שאחיו המת הי' חלל שאין בו קדושת כהונה ואם נאנסה תחתיו מותרת דאז לא שייך לאוסרה מטעם טומאה איבם כעריות כיון שהיתה מותרת לבעלה לא נמשך בה טומאה למשוי כערוה איבם רק שאסורה ליבם כהן כדאמרינן ביבמות (דף נ"ו) אשת ישראל שנאנסה אע"פ שמותרת לבעלה פסולה לכהונה פירש"י (דף ל"ה) שפסולה משום ובת כהן כי תהי' לאיש זר וכיון דאסורה לכהן שפיר מתנה הכהן שמא זנתה תחת אחיו החלל באונס ונפסלה ואפ"ה קנה אותה דלא שייך טומאה כתיב בה כעריות כיון דלא נאסרה על

בעלה ואפי' לפמש"כ התוס' דגם באשת ישראל שנאנסה שייך טומאה לכהונה דוהיא לא נתפסה לא מיירי אלא בטומאה דבעל אבל ונטמאה בתרא דמפקא לן מיני' איסור תרומה וכהונה לא מפליג בין אונס לרצון בין אשת ישראל לאשת כהן ע"ש בתוס' מ"מ היינו דוקא לענין פסול כהונה שייך אף באשת ישראל שנאנסה אבל לגבי יבם למהוי כערוה ודאי דלא הוי היכא דמותרת לבעלה והויא אשתו שפיר ואפ"ה נאסרה עליו משום פסול כהונה ושפיר מגלגל עליה:

והא דלא מבעיא לי' בפשיטות אם יכול להתנות עלי' שמא נבעלה פעם א' לפסול לה אם בעלה כהן משום דאפשר דזה פשיטא לי' שאינו יכול להתנות דמי סוטה אין בודקין אלא ביאת איסור הבא מחמת אישות אבל ביאה הפוסל לכהונה כגון עובד כוכבים ועבד וכדומה שאין איסורן מחמת אישות אין המים בודקין אבל ביאת אשת איש באונס שהפסול לכהונה הוא מטעם אישות שפיר בדקו לה מיא מיהו נראה דלאו מילתא היא דאם איתא דהש"ס מיירי בכהן שהי' לו אח חלל ומתנה על נשואי אחיו בזנות דאונס משום פסול כהונה א"כ הא מילתא הו"מ למבעי' אם מתנה עלי' על אונס דנשואי איש אחר אם היתה נשואה לאיש אחר מקודם דנפסלה ג"כ לכהונה ע"י מה שנאנסה תחתיו ומצי להתנות:

ואפשר לומר דאזנות דאיש אחר פשיטא לו להש"ס דלא בדקו לה מיא אבל בזנות שתחת אחיו שהיבם במקומו קאי מצי להתנות אף שהזנות פוסל רק משום פסול כהונה מ"מ כיון שפסול כהונה בא מחמת שהיתה נשואה ונאנסה הרי זה פסול מחמת אישות ונשואי אחיו ונשואי דיד' חד הוא:

ונ"ל דע"כ אנו מוכרחין לומר דהך בעיא דר' ירמי' מיירי רק בכהן המתנה על ביאת אונס שתחת אחיו ומשום פסול כהונה דאי נימא דמיירי במתנה אביאה דרצון א"כ תקשה נהי דנימא דהך סוגיא פליג ארב וסובר דסוטה רמיא ליבום ולא אמרינן טומאה כתיב בה כעריות ואין אסורה אלא משום לאחר ולא ליבם כמו שאמרו בפר"ק דסוטה גבי סוטה ספק:

מ"מ הא האי איסורא דלאחר ולא ליבם דמיא לחייבי עשה:

והא דפריך בש"ס ארב יוסף דאמר טעמא דאינה מתייבמת משום דא"ק לאחר ולא ליבם א"ה חליצה נמי לא תיבעי אע"ג דבכל חייבי עשה קיי"ל דבעי חליצה היינו משום דס"ד דמקשה דשאני הך עשה דלאחר ולא ליבם דעיקרה נאמר גבי יבום ודחה אותה הכתוב בפירוש מיבום הלכך לא בעי' חליצה. ולא דמי לשאר חייבי עשה שאיסורן משכחת לה בפ"ע אלא שנפלו עכשיו ליבום משא"כ עשה דלאחר ולא ליבם דבפירוש אמרה

תורה על סוטה דלאו בת יבום היא הלכך חליצה נמי לא תיבעי וע"ז משני אלו איתא לבעל מי לא בעי' גיטא השתא נמי בעי' חליצה ולא חמירא האי עשה משאר חייבי עשה דבעי חליצה וכ"כ הרשב"א ז"ל בחידושיו ליבמות (פ"ק) דסקפ סוטה דחולצת מפקא לן מקרא דיבמתו יבמתו שיש שא"ע ליבום ועולה לחליצה ככל חייבי עשה או עול"ת. וכיון שביארנו דלאחר ולא ליבם יש לו דין עשה הא בחייבי עשה דמדאורייתא לא רמיא ליבום אמרינן אם בעלו לא קנו כדמוכח ביבמות (ד' כ') וכ"כ הישש"ש ביבמות והשא"ר בתשובה ואף לשיטת הרמב"ם ז"ל שכתב (בפ"ו מה' יבום ה"י) דבחייבי עשה אם בעלו קנו הא ביאר הנו"ב ז"ל טעמו משום דכיון דכל עיקר הטעם דאין עשה דוחה עשה הוא משום דמאי אולמא האי עשה מהאי עשה אבל כשעבר ובעל אמרינן להיפך מאי אולמא דהך עשה מעשה דיבום ולהכי קנו והיינו דוקא בשאר חייבי עשה שפגע ביבום דרך הזדמנות אבל עשה דלאחר ולא ליבם שעיקרה נאמר גבי יבום לא שייך לומר מאי אולמא דעשה דלאחר מעשה דיבום כיון דאיבום גופא קאמר דסוטה לא תתיבם ומודה הרמב"ם ז"ל אם בעל לא קנה וכן למ"ד הא דאינה מתיבמת משום ק"ו דבמותר לה נאסרה באסור לה לכש"כ אע"ג דלכאורה האי ק"ו יש לו כח איסור חייבי עשה דהא ילפינן לאסור איבם מק"ו דבעל ובבעל איכא איסור עשה להכי ביבם נמי איכא איסור עשה וא"כ נימא דיועיל הק"ו רק לאסור לכתחלה אבל בדיעבד קנה דאמרינן להיפך מאי אולמא דהאי עשה מהאי עשה אבל פשטא דהש"ס דהאי ק"ו יש בו כח לאסור גם תחילת היבום וכמש"כ רש"י ז"ל בביאור האי ק"ו דאם הועילה הסתירה לקלקל עליו הנשואין שהי' היתר אז כש"כ שהועיל הסתירה לקלקל היבום שלא להתיבם מכח אותן הנשואין. ולא שייכא כאן דחיה דהא איכא איסור הק"ו על תחלת היבום ודמי כמו שהי' קרא מיוחד לאסור היבום ולא שייך כאן דחי' וכיון שכן ודאי דאם בעל לא קנה כמו בחייבי לאוין לרב דאם בעל לא קנה משום דכתיב יבמתו יבמתו ללמדנו דלא רמיין ליבום וכ"כ רש"י ז"ל שם בהדיא דה"מ מי קא רמינן וז"ל וממילא אשמעינן קרא דאסור ליבמה דלא שייך בה יבום והויא כאשת אח שלא במקום מצוה:

וכיון שבארנו דלהנך טעמי דאמרי' בסוטה ספק שאינה מתייבמת אם בעל לא קנה א"כ ודאי דקשה איך יכול להתנות זנות דנשואי אחיו דנהי דלא סבירא לן כרב בטעמא דטומאה כתיב בה כעריות או דנימא כשיטת הרא"ש דכל כמה דלא ידעינן בודאי שזנתה אין בה טומאה לגבי יבם:

מ"מ מקרא דלאחר ולא ליבם או מק"ו דבמותר לה נאסרה לחוד מבעי' לן לומר אם בעל לא קנה וכיון דאם בעל לא קנה אינה אשתו כלל אם זנתה לא בדקי לה מיא כלל ואין

לומר דכמו שכתב הרא"ש לענין טומאה דכל כמה דלא ידעינן בודאי שזנתה אין בה דין טומאה ה"נ לענין איסור לאחר כל כמה דלא ידעינן שנאסרה אין כאן דין לאחר ולא ליבם דז"א דדוקא לענין טומאה שייך לומר דבידיעה תליא מילתא אבל לענין לאחר ולא ליבם או ק"ו דמותר לה אין נ"מ בידיעה אלא כל שזנתה נאסרה משום לאחר או משום ק"ו]:

אבל לפמ"ש דמיירי בכהן ומגלגל עליה זנות דאונס שתחת אחיו א"ש דאזנות דאונס ליכא איסור דלאחר ולא ליבם ולא משום ק"ו כשאחיו חלל ואין איסורה אלא משום אשת ישראל שנאנסה פסולה לכהונה משום ובת כהן כי תהי' לאיש זר לפירש"י ז"ל או משום טומאה לכהונה לפי' התוס' והויא לאו בעלמא שפגע בעשה דיבום וחייבי לאוין מדאורייתא רמיא ליבום דעשה דוחה ל"ת ושפיר מתנה עלי' דאפילו אם זנתה קנוי' לו בביאה ראשונה ואסורה בביאה שני':

[**ולפי** מש"כ הריטב"א בחדושיו ליבמות (ד' י"א) בהא דאמרינן בסוטה ליבם ולא לאחר דלא אסרה הכתוב אלא כעין חייבי לאוין בבעל עצמו ואסורה בביאה שני' ורבנן גזרו ביאה ראשונה אטו ביאה שניה. ולפי דבריו הא דסוטה ספק אינה מתיבמת הוא רק מדרבנן כמו ח"ל משום גזירה דביאה שני' א"ש טפי סוגיא דמהו שיתנה על נשואי אחיו. דהא אם זנתה שפיר הויא אשתו של יבם דקנה לה דמן התורה מתיבמת ואסורה עליו בביאה שני' ולהכי מתנה אבל לשון השתא נמי בעי' חליצה דאמר הש"ס לא משמע כדבריו אלא דחליצה לחוד הוא דבעי מה"ת וכבר כתבנו שמדברי הרשב"א ז"ל בשם בה"ג מבואר ג"כ דהא דאינה מתייבמת הויא מה"ת. וכן מבואר בדברי הר"מ במז"ל (בפ"ד מה' ממרים) שכתב דאם נחלקו הזקן ממרא וב"ד לענין השקאת סוטה חייב מיתה דנ"מ לענין יבום דאם צריכה לשתות אינה מתייבמת הרי דזה מדאורייתא]:

ולפי מש"כ רש"י ז"ל ביבמות (ד' כ') דאמר שם דקרא דיבמתו יבמתו אתי לח"ל אבל בח"כ אמרינן כל שעולה ליבום עולה לחליצה וכל שא"ע ליבום א"ע לחליצה ופריך ומה ראית ומשני הא תפסי בה קדושין ופי' רש"י דבח"ל כיון דבדיעבד תפסי בה קדושין קרינן בה לקחת והקשה הרשב"א ז"ל דהא לדברי רב גם בדיעבד אם בעל לא קנה כדאמר בש"ס שם ע"ש ויישבנו דרש"י סובר דהא דאמרינן אם בעל לא קנה היינו דלא קיים מצות יבום אבל קנה אותה ותפסי בה קדושין דכיון דאיסור אשת אח פקע דהא רמיא לחליצה וליכא אלא איסור לאו להכי תפסי קדושין. ורק לענין מצות יבום אמרינן דאם בעלו לא קנה כיון דמדאורייתא לא רמינן ליבום וקושית הש"ס מפצוע דכא הוא דהתם משמע דאם בעל קנה וקיים מצות יבום ויוצאה בגט דומיא דרישא דמתו הן ועמדו אחין

ובעלו קנו דקנו גם לענין מצות יבום. וכמדומה לי שמצאתי אח"כ שגם השעה"מ כתב ליישב שיטת רש"י ז"ל כן:

א"כ ודאי דא"ש הא דמגלגל נשואי אחיו לשיטת הרא"ש דכיון בה איסור טומאה כל שלא נודע שזנתה ואסורה רק משום לאחר ולא ליבם או מק"ו באסור לה כו'. ובזה אף דלא קנה לענין מצות יבום משום דלא רמיא ליבום כמו חייבי עול"ת. מ"מ לענין אישות קנה וקרינן בי' והביא האיש את אשתו ולשיטת התוס' דגם בסוטה ספק מיקרי טומאה לגבי יבם. צ"ל דמיירי בכהן ומתנה משום פסול כהונה וכמו שביארנו:

והנה נתבאר לנו היטב שיטת הראשונים ז"ל דדעת הראב"ד דאפילו בעדים זינתה צריכה חליצה ודעת התוס' אם זינתה אף שאין אנו יודעין שזינתה רק שאנו מסופקין בזה חולצת רק מספק ואם בא עלי' א' אינו לוקה דשמא זינתה וא"צ חליצה ומותרת לשוק ולדעת הרמב"ם והרא"ש ז"ל דספק אם זינתה חולצת בודאי ואם בא עלי' א' קודם שחלצה לוקה בודאי שאפי' זינתה רק שאין אנו יודעין מזה אין לה דין סוטה להפטר מן החליצה משום דלא מיקרי סוטה לענין זה אלא א"כ ידוע לנו שזינתה וכמו שביארנו כ"ז לעיל:

והנה לפי מה שנתבאר יש לעיין באשה שנולד ספק אם זינתה או לא כמו בתרי ותרי ומת בעלה איך יועיל חליצה להתירה לשוק דהא אסורה להתייבם דבעינן למיחש שמא זינתה ואסורה להתייבם לשיטת הרמב"ם מטעם טומאה כתיב בה כעריות ולשיטת הרא"ש דבספק ליכא טומאה מ"מ אסורה להתייבם משום לאחר ולא ליבם דלא גרע זנות מקינוי וסתירה דאסורה משום לאחר ולא ליבם וחליצה נמי אינו מועיל להתירה דשמא לא זינתה וזקוקה לייבם ואינו יכול לייבם וכל שאינו עולה מחמת ספק מקרי אינו עולה גם לחליצה ואין חליצה מועיל כלום דבשלמא בסוטה דקינוי וסתירה מהני חליצתה כדתנן ואם מת חולצת ולא מתייבמת ולא איכפת לן בחששא דאינו עולה ליבום משום דאפילו אם לא זינתה נמי לא רמיא ליבום משום דאחר קינוי וסתירה מיעטה קרא מיבום אפילו אם לא זינתה והקינוי והסתירה לחוד אוסרתה על היבם אפילו אם לא זינתה וכיון דלא רמיא ליבום אפילו אם לא זינתה להכי מועיל חליצתה שפיר אבל ספק זנות דתרי ותרי דאם לא זינתה רמיא ליבום כיון שהעדים שקר העידו וטהורה לגמרי דקינוי וסתירה לא היו בה וודאי זקוקה היא ליבום ככל הנשים הטהורות והיא אינה יכולה להתייבם מחמת חששא דשמא זינתה וכל שאינה עולה ליבום מחמת ספק דאורייתא אינו עולה לחליצה:

מיהו כיון דבתרי ותרי קיי"ל דמדאורייתא מוקמינן אחזקה ומדרבנן לא מוקמינן אחזקה כבר בארנו בשם רש"י ז"ל דהיכי דאינו עולה ליבום מדרבנן לא מעגנינן לה לעולם ולא

חיישינן להא דאינו עולה ליבום וה"נ מוקמינן לה אחזקת היתר מיהו זה נכון לשיטת התוס' בכתובות (דף ט') דמבואר בדבריהם שם דבספק זנות מוקמינן אחזקת היתר לבעלה שפיר אבל לשיטת הרשב"א שכתב במשמרת הבית דבספק זנות לא מוקמינן אחזקה דהוי ספק טומאה ומדאורייתא אינו עולה ליבום משום ספק זנות דידה אינו מועיל חליצתה מיהו לפמש"כ במק"א דכ"ע אית להו דמוקמינן בספק קדושין בחזקת היתר ליבם ומדרבנן לא מתייבמת כדאמר רבה ביבמות (דף ל"א) מקרי נמי עולה ליבום מדאורייתא משום חזקת היתר לייבם:

מיהו באשה שאמרה טמאה אני לך ומת בעלה וזקוקה ליבם בזה יש לדון אם מועיל לה חליצה דאולי לא זינתה ואמרה כן משום שנתנה עיניו באחר וזקוקה ליבום ואינה יכולה להתייבם משום דשויא אנפשה חתיכה דאיסורה שאמרה שזינתה ואמרינן בנדרים (דף צ') דאף רב ששת דסובר דאוכלת בתרומה שלא תוציא לעז על בניה מ"מ מודה שאם נתארמלה שאינה אוכלת משום דליכא לעז על בניה דאמרי השתא הוא דאיתנסה וה"נ ודאי לענין יבום אמרינן שוי' אנפשה חד"א שאמרה שזינתה ואסורה ליבם דלעז על בניה ליכא דאמרי השתא הוא דזינתה דשומרת יבם שזינתה אסורה ליבם וכיון דאסורה להתייבם מיקרי אינה עולה ליבום ולא מהני לה חליצה כלל. והתם לא שייך לומר אוקמי אחזקת היתר דהא איהי שויא אנפשא חד"א:

ונראה דבזה יש לדון דלהנך מפרשים שהביא הרשב"א והר"נ דטעמא דמותרת לבעלה בטמא"ל הוא משום דאפקעינהו רבנן לקדושין מיניי' א"צ חליצה כלל מן התורה רק מדרבנן כמו שאסורים בקרובותיהם כמ"ש הרמב"ן ז"ל בחידושיו ריש כתובות ובחליצה שהיא רק מדרבנן אפשר דלא חיישינן להא דאינו עולה ליבום כמו דאמרינן ביבמות (דף ל"א) בספק גירושין דמה"ת א"צ חליצה רק מדרבנן משום דמוקמינן לה בחזקת היתר ליבם אלמא כיון דהחליצה היא רק מדרבנן לא איכפת לן במה דאינו עולה ליבום:

אבל לשיטת הראשונים שביארנו במק"א דהטעם דמותרת בטמא"ל משום דעקרו דבר מן התורה בדבר הדומה זהו דווקא לגבי בעל אבל לגבי יבם ודאי דאסורה וא"כ אין חליצתה מתירתה:

מיהו נ"ל דאפשר לומר דאם היא אומרת עדיין שנטמאה וזינתה שפיר מהני לה חליצתה ואין אנו צריכין לחוש שמא לא זינתה ומותרת להתייבם ולא מהני לה חליצה דכיון דמת בעלה למה לא תהא נאמנת דבחיי בעלה אינה נאמנת עד שתביא ראי' לדברי' הוא מחמת שאינה יכולה להפקיע עצמה מיד בעלה אבל אם מת הבעל למה לא נאמינה שנטמאה. ואין לומר דחשדינן לה שאומרת כן כדי להפקיע עצמה מיבום כיון

שבמקומותינו אין מייבמין למה אמרה טמא"ל אם אינו אמת וכה"ג כתב הט"ז בענין מזכה גט לאשתו במקום יבם דלדידן לא שייך לומר דהוי חוב משום זימנין דרחמא לי' כיון דאין מייבמין האידנא ואי דבושה מלחזור מדברי' שאמרה טמא"ל והלא טוב לה שתחזור מדברי' ולומר שאמרה שקר להפקיע עצמה מתחת בעלה מלאמר שזינתה א"ו דקושטא קאמרה שנטמאה:

ונ"ל באשה שקינא לה ונסתרה ומת בעלה ונפלה לפני יבם ששומע ואינו מדבר יש לדין דכיון דנסתרה א"כ מה"ת אינה ראויה ליבום כלל ובעיא רק חליצה ולפמש"כ בשם הרא"ש ז"ל דכל היכא דלא חזיא ליבום מה"ת לא בעי קריאה אלא משום לא פלוג ומשמע דהוי רק מדרבנן בעלמא וכיון דהקריאה הוי רק מדרבנן י"ל דהוי ספיקא דרבנן לדעת התוס' דאם זינתה באמת פטורה גם מן החליצה ובזו שנסתרה יש להסתפק שמא זינתה וכיון דעיקר פסול השומע ואינו מדבר הוא משום דאינו ראוי לקריאה והקריאה בזה הוא רק מדרבנן הוי ספק דרבנן שמא זינתה ואף שלדעת הרמב"ם והרא"ש ז"ל שהוכחנו לעיל אין ספק זנות פוטר מן החליצה דאפילו אם זינתה רק שאין אנו יודעין מזה אינו פוטר משום דכי כתיב טומאה כעריות בודאי טומאה כתיב ולא בסתירה. מ"מ כיון דאיסור דרבנן הוא כמש"כ דקריאה בהני דלא רמי ליבום הוי דרבנן להכי סמכינן אדברי הרי"ף והתוס' דאם זינתה א"צ חליצה כלל:

מיהו איכא למימר דבחזקת איסור לשוק קיימא לפמש"כ ביו"ד (סי' ס"ט) דהא דאין מחזיקין מאיסור א"א לאיסור אשת אח ומייתי אשם תלוי בספק ב"ט לראשון וב"ז לאחרון הוא משום שהחזקות סותרות עצמן דממ"נ אם נחזיק איסור א"א לאוסרה ליבם הרי אנו סותרין החזקה נגד איסור לשוק להכי אין מועיל חזקת א"א לגבה ומוקמינן לה אחזקה ליבם אבל כאן שאנו מסתפקין על הזנות אין אנו יכולין להסתפק שמא לא זינתה מותרת ליבם דהא עכ"פ אסורה ליבם מכח הסתירה לחוד כדדרשינן לאחר ולא ליבם רק שאנו דנין אם נתירה לשוק או לא וע"ז נוכל להעמידה על חזקתה שהיתה אסורה לשוק מחמת אשת איש ונימא דודאי לא זינתה וצריכה חליצה דאף אם נימא שלא זינתה ואסרינן לה לשוק מטעם חזקה אין אנו מתירין אותה ליבם דליבם בלא"ה אסורה משום סתירה וא"כ אין החזקות סותרות זה את זה ומהני חזקת איסור דא"א והוי חזקת איסור ובחזקת איסור לא מהני ספק דרבנן כמש"כ הפוסקים. ועיין בעירובין (דף ל"ה) בטמא ספק טבל בטומאה קלה ר"מ מטהר ור"י מטמא וברמב"ם וראב"ד (פ"י מה' מקוואות):

מיהו אפשר לאמר דכיון דלא מהני גבי סוטה לבעלה חזקת היתר משום דאיכא רגלים לדבר שקינא לה ונסתרה א"כ ה"נ לא מהני מה שמעמידין אותה בחזקת א"א לאוסרה

לעלמא ולאמר שודאי לא זינתה ובעיא חליצה ואסורה בלא חליצה משום דרגלים לדבר מרע לחזקה והוי ספק השקול שמא זינתה וא"צ חליצה רק מדרבנן ומהני חליצה בלא קריאה אלא שבעיקר הדבר שמשמע מדברי הרא"ש דהיכא דאסורה ליבם הוי הקריאה מדרבנן לא משמע הכי בתשובות המיוחסות להרמב"ן ז"ל ועיי"ש:

סימן קעח

שאלה יבמה שהיא על היבם בעשה ול"ת אם בא עליה אם צריכה גט ממנו או לא:

תשובה לפי המתבאר בסוגיא דיבמות (דף כ') כל היכא דמדאורייתא אינה מתייבמת אם בעלו לא קנה. מיהו מצאתי להמל"מ (בפר"ד דרך מצותיך) שמסתפק לומר דכרת ליכא בחייבי עשה ול"ת ולא דמי לאשת אח שלא במקום מצוה דכיון דבעי חליצה פקע איסור אשת אח עיי"ש:

ואף שלכאורה יש לדמות להא דאמרינן ביבמות (דף ל"ב) בנשא מת ואח"כ נשא חי דלא חייל אחות אשה אאיסור אשת אח ופריך כיון דלא חייל איסור אחות אשה תתייבם יבומי ומשני איסור אחות אשה מתלי תלי וקאי אי פקע איסור אשת אח אתי איסור אחות אשה וחייל והלכך לא פקע ע"כ. אלמא דהיכא דלא תוכל להתייבם משום איסור אחות אשה לא פקע כלל איסור אשת אח משום דלא פקע אלא במקום שיתקיים המצוה א"כ ה"נ כיון דאינו יכול לייבם מחמת עשה ול"ת לא פקע כלל איסור אשת אח וחייב כרת אפשר לחלק דדוקא התם דאם יפקע איסור אשת אח יחול איסור אחות אשה שהוא בכרת ג"כ כמו אשת אח הלכך לא פקע אבל הכא דכשיפקע איסור אשת אח יהא רק איסור עשה ול"ת שפיר פקע איסור כרת דאשת אח ועוד דע"כ פקע איסור א"א כדי להצריכה חליצה דאם לא פקע איסור אשת אח לא שייך חליצה כלל:

ולפ"ז נראה דאף דאמרינן בגמרא לרב דמוקי קרא דיבמתו יבמתו יש לך יבמה שעולה לחליצה ואינה עולה לייבום בחייבי לאוין בדיעבד אם בעלו לא קנה היינו דוקא דלא קנה כדין יבום לפטור אותה וצרתה מחליצה אבל גט צריכה כיון דפקע כרת דאשת אח לא גרע משאר חייבי לאוין דתופס בהם קידושין וה"ה לדידן דקיי"ל ח"ל מתייבמים מה"ת וקרא אתי לחייבי לאוין ועשה כמ"ש התוס' נמי לא קנה מדין יבום אבל מדין אישות קנה ואע"ג שהוא הי' רוצה לקנות מדין יבום מ"מ קנה מדין אישות כדאמרינן ביבמות (דף נ"ב) דדמי לעודר בנכסי הגר וסבור שהוא של גר אחר והא דפריך לרב מברייתא דפצוע דכה דקתני אם בעלו קנה ולא משני דקונה מדין אישות ולא מדין יבום, התם משום דמשמע דקתני דומיא דרישא דקתני פצוע דכה או כרות שפכה או חולצין או מייבמין כיצד מתו ולהם אחים ולהם נשים ועמדו אחים ועשו מאמר בנשותיהם ונתנו

גט וחלצו מה שעשו עשו ואם בעלו קנו ע"כ דהתם וודאי דקנה מדין יבום דכוותה נמי בסיפא גבי מתו אחים ועמדו הם ועשו כו' ובעלו קנו דקתני היינו נמי מדין יבום ומפטרו צרות בהאי ביאה וקשיא לרב דלרב לא קנה מדין יבום אבל מדין אישות מודה רב דקנה כיון דפקע כרת דאשת אח לא גרע מח"ל דעלמא דקיי"ל קידושין תופסין בהן וכן מצאתי במהרש"ל ביש"ש שכתב שצריכה גט וחליצה:

ובזה יש ליישב מאי דקשה דבגיטין (דף פ"ב) קאמר ר"א התם דהרי זה גיטך חוץ מפלוני הוי גט ובעי ר' אבא בקידושין האיך ופשיט דבין לר"א ובין לרבנן אמרינן ויצאה והיתה ופליגו בקידושין כמו בגירושין וקאמר אביי את"ל איתא לדר' אבא בא ראובן וקדשה חוץ משמעון ובא שמעון וקדשה חוץ מראובן ומתו שניהם מתייבמת ללוי ואין אני קורא בה אשת ב' מתים מ"ט קידושי דראובן אהני קדושי דשמעון לא אהני ואלא אשת ב' מתים היכי משכחת לה כגון שבא ראובן וקדשה חוץ משמעון ובא שמעון וקדשה סתם ע"ש ומדפריך אלא אשת ב' מתים היכי משכחת לה ש"מ דאשת ב' מתים דאורייתא כמ"ש התוס' בד"ה אלא וביבמות (דף ל"א) וקשה דלרבנן דפליגי אר"א בחוץ מפלוני היכי משכחת אשת ב' מתים והתוס' ביבמות (דף ל"א) כתבו דמתניתין (דפ' ד' אחין) ומתניתין דפ' האשה רבה פליגי בזה דמתניתין דד' אחין דתנן התם דאם עשה היבם מאמר ביבמתו ומת חולצת ולא מתייבמת היא וצרתה סובר דאשת ב' מתים דרבנן וגזר משום צרה. ומתניתין דהאשה רבה דקתני התם בן ט' שבא על יבמתו ונשא אשה אחרת ולא ידע הראשונה משהגדיל הראשונה חולצת והשני' מתייבמת סברי אשת ב' מתים דאורייתא להכי הראשונה אינה מתייבמת משום דדמיא לאשת ב' מתים אבל הצרה מתייבמת דלא גזרו על הצרה עיי"ש בתוס' ואטו נוקי ונימא דמתניתין דפ' האשה רבה סברי כר"א בחוץ לפלוני דלרבנן לא משכחת כלל אשת ב' מתים ולפמש"כ א"ש דגם לרבנן דר"א משכחת אשת ב' מתים כגון שבא על יבמתו דחייבי עשה ול"ת דלא קנה מדין יבום דמה"ת ליבום לא רמיא ומדין אישות קנה ולא פקע עדיין זיקת הראשון ג"כ ואם מת הרי היא אשת ב' מתים:

וכעין סברא זו מצאתי בירושלמי (פ"ק דיבמות) דהוה בעי למימר שם על מלתא דאבא שאול דאמר הכונס יבמתו לשם נוי לשם אישות וכו' ה"ז בעילת זנות וקרוב בעיני להיות הולד ממזר וקאמר שם מה אבא שאול כר"ע דאמר יש ממזר ביבמה מה דאמר ר"ע ביבמה שזינתה מה דאמר אבא שאול ביבמתו עכ"ל שם היינו דהוה בעי למימר מעיקרא דאיסור אשת אח ליכא גם לאבא שאול כיון שמותר לבוא עלי' לשם מצוה והא דהוה הולד ממזר ע"כ דמחשב האי ביאה לגבי יבם גופא כביאת יבמה לשוק כיון שאין בה

דין יבום הרי היא כאינש דעלמא ולרבנן דסברי דבביאת יבמה לשוק יש תפיסת קידושין ולא הוי הולד ממזר, גם בבא על יבמתו לשם זנות לא הוי ממזר ואבא שאול דאמר דקרוב להיות הוולד ממזר ע"כ דסבר כר"ע דמיבמה לשוק הוי הולד ממזר ואח"כ דחי הירושלמי דשא"ה שהיא יבמתו ויש בה איסור אשת אח וסובר אבא שאול דכל שבא לשם זנות לא פקע עדיין איסור אשת אח הרי דלמאי דהוה בעי למימר דפקע איסור אשת אח גבי ביאת זנות ודמיא ליבמה לשוק תליא לענין תפיסת קידושין וממזרות בפלוגתא דר"ע וחכמים לענין שאר חייבי לאוין:

ומצאתי שגם הר"מ ז"ל פסק דאשת ב' מתים הוי מה"ת שכ' (בפ"י מהלכות יבום וחליצה ה' כ"ז) ג' אחין נשואין ג' נשים נכריות מת אחד מהן ועשה השני מאמר ביבמתו ומת קודם שכנסה ונפלו שתיהן לפני יבם הרי אלו חולצות ולא מתייבמות מפני שבעלת מאמר עלי' זיקת שני יבמין ונמצאת כאלו היא אשת ב' מתים ודרשו חכמים ואמרו אשת המת ולא אשת ב' מתים לפיכך כל אשה שעלי' זיקת ב' יבמין חולצת ולא מתייבמת וכן צרתה ואיסורן מדברי סופרים עכ"ל:

ולכאורה נראה מדברי הרמב"ם ז"ל שהוא מה"ת ומ"ש שהוא מדברי סופרים היינו משום שמאמר ביבמה הוא רק מדברי סופרים דמה"ת מאמר ביבמה לאו כלום הוא. אבל עיקר האיסור דאשת ב' מתים הוא מה"ת דהא כתב ודרשו חכמים ואמרו דמשמע שדרשו מקרא וא"כ קשה הא לא משכחת לה כלל אשת ב' מתים מה"ת לדידן דקיי"ל כרבנן דר"א בחוץ מפלוני ודוחק לומר דאף דלא משכחת לה מה"ת אשת ב' מתים מ"מ ממשמעותא דקרא משמע דקפיד אדין יבום שהוא רק אם יש עלי' רק זיקת יבם אחד וממילא כיון דמאמר מדרבנן קונה והויא זיקת שני יבמין ואסורה להתייבם דז"א דכיון דמה"ת לא משכחת אשת ב' מתים למה אסרו בזיקת ב' מתים ע"י מאמר כיון דליכא לאחלופי בזיקת ב' מתים מה"ת ליכא למגזר מידי. אמנם לפמש"כ משכחת לה שפיר זיקת שני מתים מה"ת לרבנן דר"א בחייבי עשה ול"ת שעבר ובא עלי' כמו שכתבתי לעיל:

ועוד נ"ל ליישב דאפשר לאשכוחי אשת ב' מתים דהנה תנן בנדה (דף מ"ד) בת ג' שנים ויום אחד אם בא עלי' יבם קנאה ופי' רש"י ז"ל בסנהדרין (דף ס"ט) קנאה ליורשה ולטמא לה ולהוציאה בגט בלא חליצה ובלבד שיקבל אביה את גיטה הרי בהדיא שיכול לגרשה כשהיא קטנה אולם ביבמות (דף ס"א) בהא דתניא מתייבמת ואינה חולצת דברי ר"א ופירש רש"י ז"ל ואינה חולצת דאינה נפטרת לשוק בחליצה דאין מעשה קטנה כלום אבל מתייבמת ותגדל אצלו ותתקיים מצות ייבום עכ"ל מבואר בהדיא דאף דקנאה מ"מ

לא קיים מצות ייבום וצריך לקיימה עד שיקיים מצות יבום וא"כ קשיין דברי רש"י אהדדי:

ולולא דמסתפינא הייתי אומר ליישב שיטת רש"י ז"ל דוודאי לא מצי לגרשה מיד אף ע"י אביה דהא קטנה שאינה ראוי' לילד אף שקנאה מ"מ לא קיים מצות ייבום שהרי אינה ראוי' לילד עדיין והרי גם בזקנה כ' הרמז"ל (בפ"י מהלכות יבום) שיש בזקנה יבום משום שהיתה לה שעת הכושר א"כ בת ג' שנים ויום אחד שלא היתה לה שעת הכושר וודאי דלא מקיים מצות יבום אעפ"י שקנאה:

ומש"כ רש"י ז"ל בנדה שקנאה להוציאה בגט אם יקבל אביה גט דמשמע שיכול להוציאה בגט כשהיא קטנה היינו כשהיא בת י"א שנים ויום א' דאמרינן ביבמות (דף י"ב) שאז תוכל להתעבר ואף דאמרינן שם תוך הזמן הזה היא מתה ועוברה מת מ"מ כיון שמתעברת מקריא ראוי' להוליד אף שבוודאי לא יהא הוולד בן קיימא מ"מ מקרי הקמת שם ועי' בית שמואל (ס"ס קס"ה):

ויש סמך לזה מהא דאמרינן בסנהדרין (דף ק"י) מאימתי קטן בא לעוה"ב רבינא אמר משעה שנזרע במעי אמו שנאמר זרע יעבדנו יסופר ופרש"י ז"ל משעה שנקלט הזרע במעי אמו אפילו הפילה אמו ונמחה יש לו חלק לעתיד דכתיב זרע יעבדנו וכן אמרינן בכתובות נבלתי יקומון לרבות נפלים ע"כ וא"כ אפשר דגם זה מקרי הקמת שם לאחיו וכשהיא בת י"א שנים וראוי' להתעבר קיים בה מצות יבום וכש"כ דאיכא למימר שיכולה להוליד וולד גמור אלא שמתה בשעת לידה ואיכא למ"ד שם בסנהדרין משעה שנולד וע"ז כתב רש"י שיכול לגרשה ע"י אביה אף שעדיין קטנה היא רק כיון שיכולה להתעבר וקמ"ל שקניינה קנין גמור אבל קודם י"א שנה שאינה יכולה להתעבר אינו יכול להוציאה בגט כמ"ש רש"י ז"ל ביבמות. וא"כ אם מת קודם שקיים מצות יבום היינו שלא הגיע זמנה להתעבר לבוא לכלל הקמת שם צריכה חליצה ויש עליה זיקת בעלה הראשון שלא פקע מחמת שלא קיים עדיין מצות יבום. וגם זיקת היבם שקנאה לכל דבר והויא אשת ב' מתים מה"ת ואסורה להתייבם וא"ש דמשכחת לה אשת ב' מתים מה"ת:

סימן קעט

דין יבם קטן שבא על יבמתו אי קנאה מן התורה:

בקדושין (דף י"ט) בעי ר"ל מהו שמייעד אדם לבנו קטן בנו אמר רחמנא בנו כל דהו או"ד בנו דומיא דידי' מה הוא גדול אף בנו גדול אר"ז ת"ש איש פרט לקטן אשר ינאף את אשת איש פרט לאשת קטן ואי אמרת מצי מייעד מצינו אישות לקטן אלא מאי אינו מייעד אמאי ממעט לי' קרא אר"א הכא ביבם קטן עסקינן דמדאורייתא חזיא לי' מהו

דתימא הואיל דמדאורייתא חזיא לי' וביאתו ביאה ליחייב עלה משום א"א קמ"ל מאי הוה עלה ת"ש וכו' ופרש"י ז"ל דמדאורייתא חזי' לי' כלומר זקוקה לו באותה ביאה לכל דבר וקנאה ליורשה כדתנן בנדה (דף מ"ה) בן תשע שבא על יבמתו קנאה והתוס' שם כתבו דז"א אלא מדרבנן ולפוסלה מן האחין כדתנן בהאשה רבה עשו ביאת בן ט' כמאמר בגדול אבל ליורשה ולשאר דברים לא הויא כאשתו והא דקאמר דמדאורייתא חזיא לי' היינו בעלמא אם הי' היבם גדול וההמ (בפ"ה מהלכות יבום וחליצה ה' י"ח) כ' בשם הרמב"ן ז"ל ג"כ כדעת רש"י ז"ל דמדאורייתא קנה אותה לכל דבר של יבום אבל אינה כאשת איש להתחייב עליה והא דקני לה מדין תורה טעמא דמלתא כדקתני עלה בתוספתא דמכילתין זה הכלל כל ביאה שצריכה דעת אין ביאתו ביאה אינה צריכה דעת ביאתו ביאה וכן בירושלמי, ע"כ דבריו ז"ל:

וראיתי להגאון בעל יד המלך ז"ל שהקשה לשיטת התוס' והרשב"א ז"ל דלא קני לה מה"ת ואמאי כיון דקיי"ל בגדול קונה בין בשוגג בין במזיד בין באונס א"כ הא ביאת קטן לא גרע מביאת גדול באונס וכן מצאתי להר"נ ז"ל לנדה (דף מ"ה) שהקשה ג"כ כן ע"ש: **ול"נ** דלק"מ דטעמא רבה איכא לחלק בין ביאת גדול באונס לביאת קטן לפמש"כ התוס' בכתובות (דף נ"ו) בהא דאמרינן התם לר"מ דאמר במקדש ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה הוה מתנה ע"מ שכתוב בתורה. והקשו דמ"ש מאומר קרע כסותי ע"מ לפטור שהוא פטור. ותירצו דנזיקין לא דמי לקדושין דהכא היינו טעמא דאין קדושין לחצאין דאין לך קדושין שאין עלי' שכו"ע אבל גבי נזקין לא שייך למימר הכי ע"כ וכ"כ שם בשיטה מקובצת וכ"כ רש"י ז"ל בב"מ (דף צ"ד) ד"ה אפילו תימא וא"כ היינו דאיכא לפלוגי בין ביאת שוגג ואונס לביאת קטן דכיון דעיקר כח האישות הוא שתאסר על כל העולם ותהי' משועבדת לו וגם הוא משועבד לה בשאר כסו"ע וקטן לא חל עליו שום חיוב מחיובי התורה ואפילו במצות שבגופו פטור להכי לא קני לה לגמרי דאין אישות לחצאין ולא דמי לביאת שוגג בגדול דרבי רחמנא למקני דהגדול חל עליו ע"י קנין זה כל החיובים שהבעל מתחייב לאשתו. משא"כ קטן ואי לאו דמיעטו קרא הו"א דהוה קנין גמור כגדול ורחמנא רמי עלי' חיובא אף שהוא קטן דהקנו לו אשה מן השמים וחייבוהו ג"כ בכל דבר שהבעל חייב לאשתו וכן גבי ייעוד אי הוה אמרינן דמצי מייעד דבנו כל דהו אמר רחמנא הוה אמרינן ג"כ דהתורה נתנה רשות להאב לייעד לבנו קטן למרמי עלי' חיובא וע"י יעוד האב מתחייב ומשתעבד הבן וגבי יבום נמי הוה אמרינן דע"י שהקנו לו אשה מן השמים הוא משתעבד וקני לה ולא מיקרי אישות לחצאין להכי מיעטו קרא דלא קני לה משום דלא רמיין עלי' חיובא ולא דמי לביאת גדול בשוגג ואונס דבר חיובא

הוא להשתעבד בשאר כסו"ע וקרא דיבמה יבא עלי' דמרבינן מיני' קטן ביבמות (דף קי"א) הוא רק לענין דלא חיישינן לאיסור אשת אח שבו משום דכיון דלאחר שעתו יהא דין יבום דהיינו כשיגדל ליכא גם עכשיו איסור אשת אח אבל למקני עכשיו לא]:

ובזה יישבתי קושית הגאון בנוב"י מה"ת דלשיטת הסוברים דבדעת אחרת מקנה אותו קונה קטן מה"ת א"כ אמאי אין אישות לקטן הא אשה הוי דעת אחרת מקנה אותו:

ולפמש"כ א"ש דכיון דאין הקטן משתעבד בשכו"ע לא קנה כלל משום דאין אישות לחצאין ואף ר"י דפליג אר"מ וסובר בדבר שבממון תנאו קיים לא משום דפליג אהך סברא דאין אישות לחצאין. אלא משום דסבר דכיון שהוא בתורת תנאי הוי קדושין מעליא אבל אם האי גברא אינו ראוי להתפס עליו חיוב לא מיקרי קדושין כלל וכדבעי למימר בגיטין (דף פ"ב) דאף לרבנן דר"א דאם אמר הרי את מגורשת חוץ מפלוני לא מהני מ"מ אם אמר ע"מ שלא תנשאי לפלוני מהני וה"נ אף דתנאי מהני לר"י מ"מ כיון דאינו ראוי להתפס עליו שעבוד לא מהני ועוד הא ר"י מודה בעונה שאין שום תנאי קיים וקטן לא משתעבד לשום דבר:

ומה שהביא הה"מ בשם הרמב"ן ז"ל ראי' מתוספתא וירושלמי לא ידעתי מאי ראי' היא זו דהא בירושלמי לא קתני קטן דז"ל הירושלמי (בריש פ' הבא על יבמתו) הווין בעי מימר בפקח שיש בו דעת קונה בין לדעת ובין שלא לדעת וחרש שאין בו דעת לא יקנה אלא לדעת אשכח תני ר"ח אחד החרש ואחד השוטה שבעלו קנו ופטרו את הצרות ולא מוזכר שם קטן כלל. וכן בתוספתא (פרק אחד עשר) אחר ששנה שם פלוגתא דר"ש ורבנן בבן ט' שבא על יבמתו קתני שם בד"א בביאת בן ט' ויום אחד אבל חרש ושוטה שבעלו קנו ופטרו את הצרות [ואף דבתוספתא שלפנינו איתא אבל חש"ו זה טעות סופר וצ"ל אבל חרש ושוטה דכיון דקאמר מעיקרא בד"א בביאת בן ט' ויום א' ממילא מובן דצריך לסיים אבל חרש ושוטה] שוטה וקטן שנשאו נשים פטורים מן החליצה זה הכלל כל ביאה שצריכה דעת אינה ביאה אינה צריכה דעת ה"ז ביאה ע"כ הרי חזינן דהא דקתני אינה צריכה דעת ה"ז ביאה לא קאי אקטן כלל רק שבא לתרץ מפני מה אמרינן חרש ושוטה שבעלו קנו ופטרו את הצרות ושוטה וקטן שנשאו נשים ומתו פטורין מן החליצה ובהאי בבא לא קתני חרש משום דחרש תקנו לי' רבנן נשואין] וקשה שוטה אשוטה וע"ז מחלק דביאת נשואין צריכה דעת וביאת יבום אינה צריכה דעת אבל אקטן לא קאי כלל דהא כי סליק מפלוגתא דר"ש ורבנן גבי קטן קאמר בד"א בבן ט' שנים ויום אחד: אבל חרש ושוטה שבעלו קנו וע"ז מחלק בין צריכה דעת לאינה צריכה דעת:

וכיון שבררנו דבתוספתא וירושלמי לא מוזכר הך סברא דכל שאינה צריכה דעת ביאתו ביאה אקטן וקאי רק אחרש ושוטה א"כ אין כאן קושיא על שיטת התוס' דסברי דקטן אינו קונה מה"ת משום דמיעט קרא אשת איש פרט לקטן ומאיש לא ממעטינן אלא קטן שהוא לא מיקרי איש אבל חרש ושוטה שפיר מקריין איש ואינם בכלל מיעוט זה דהא ביבמות (דף ק"ה) ממעטינן קטן שאינו חולץ משום דאיש כתיב בפרשה וחרש ושוטה פסלינן רק משום דאינן באמר ואמרה וכן בירושלמי (פ"ק דתרומות) אמרינן חמשה לא יתרומו ומנה חש"ו ומפרש קטן דכתיב מאת כל איש חרש ושוטה דכתיב אשר ידבנו לבו והיינו שאין בהם דעת הרי מבואר דרק קטן לא מיקרי איש אבל חרש ושוטה מקריין איש א"כ אינם בכלל מיעוטא דאשר ינאף את אשת איש דלא מיעט הכתוב אלא קטן שאינו איש ועליו לא רמי רחמנא קנין אבל חרש ושוטה דמקריין איש אף שאין בהם דעת קנו את יבמתם דרחמנא רמי עלי' קנין וחיובא לכל מילי בהאי קנין הואיל ומדאורייתא חזיא לי' דכיון דלא ממעט אלא מי שאינו איש ממילא חרש ושוטה דהויין איש קנו מה"ת הואיל וחזיא לי' כדאמר בירושלמי כיון שא"צ דעת. אבל קטן לא קנה אף שא"צ דעת משום דמיעטי' קרא הואיל ואינו איש ואין שום סתירה מדברי התוספתא והירושלמי לדעת התוס' והרשב"א ז"ל:

ולכאורה נראה להביא ראיה לדעת התוס' דיבם קטן לא קנה מדאורייתא מהא דאמרינן בסוטה (דף כ"ד) במשנה שם ואלו שב"ד מקנין להם מי שנתחרש בעלה או שנשתטה או שהי' חבוש בבית האסורים לא להשקותה אמרו אלא לפוסלה מכתובתה ר"י אומר אף להשקותה לכשיצא בעלה מבית האסורים ישקנה ע"כ ופירשו התוס' שם (בדף כ"ז) ד"ה איש דהאי לפוסלה מכתובתה דקאמר היינו לאוסרה לבעל ולבועל ע"י קינוי זה אבל לפוסלה מכתובתה אינו צריך קרא דהא כתובה דרבנן ע"ש והרי דרך הש"ס למחשב בכל דוכתי חרש שוטה וקטן בהדי הדדי ומדוע כאן שביק התנא לקטן ונקט חו"ש לחוד וע"כ משום דאשת קטן אינה נאסרת עליו משום דאין אישות לקטן ובחרש ושוטה מיירי שנתחרש או שנשתטה אחר שכנסו וכדקתני במתניתין אבל בקטן לא משכחת לה כלל. ולדעת רש"י ורמב"ן ז"ל בקטן נמי משכחת ביבם בן ט' שבא על יבמתו שקנאה מדאורייתא א"ו כדעת התוס' דלא קנה כלל להכי לא נקט לה בילפותא דקרא בברייתא שם ואפשר דאף מדרבנן שעשאו ביאתו כמאמר בגדול נמי אין מקנין לה הב"ד. כיון דאין כאן אלא איסור דרבנן משו"ה לא תני לה נמי במתניתין:

ואין לומר דאכתי הוי מצי למתני בקטן שהוא כהן שמקנין לה ב"ד מביאה לפסול לה דאסורה מדאורייתא לבעלה אח"כ בגדלותו דז"א דלא שייך קינוי וסתירה אלא באיסור

שבא מחמת קדושין אבל בקטן שאין קדושיו כלום ומקנין לה שלא תבעל לפסול לה ונסתרה אח"כ אינה נאסרת כלל דקיי"ל מלקין על הייחוד ואין אוסרין על הייחוד גם אין לומר דכיון דגם לשיטת הרמב"ן ליכא בקטן מיתה אינה נאסרת בקינוי וסתירה דז"א דהא ממעט שם שומרת יבם דאינה שותה מקרא דתחת אישה וקאמר משתא הוא דלא שתיא הא קינוי מקני לה ונאסרת עליו אעפ"י שאינה אלא בלאו וא"כ מדלא תני קטן בהדי חרש ושוטה מוכח כדעת התוס' והרשב"א ז"ל דקטן לא קני כלל מיהו גם לשיטת התוס' והרשב"א ז"ל קשה אמאי לא פשיט מזה דלא מייעד לקטן משום דבנו גדול אמר רחמנא מדלא חשיב שם בסוטה קטן בהדי חרש ושוטה:

שוב ראיתי דמהך משנה ליכא ראי' לא אייעוד ולא איבם קטן דאפשר לומר דמצי מייעד וכן יבם קטן קנה מה"ת והא דלא תני לי' במתניתין הוא משום ר' יוסי דסובר דמקנין אף להשקותה דלא בעינן וקנא והביא ובאשת קטן ע"י ייעוד או ע"י יבום אף שיש להם קנין מה"ת מ"מ אין יכול להשקותה משום דכתיב מבלעדי אישך ודרשינן שקדמה שכיבת בעל לבועל ולא שקדמה שכיבת בועל לבעל ועיי' ביבמות (דף נ"ח) שהקשה דכוותה גבי שומרת יבם שבא עלי' יבם בבית חמי' שומרת יבם קרית לה אשתו מעליא היא דהא אמר רב קנה לכל אפילו בביאת שוגג ואונס] והקשו שם בתוס' דלוקמי בנפל מן הגג ונתקע או בנתכוין להטיח בכותל דלא קנה ושפיר הוי קדמה שכיבת בעל לבועל ותירצו דכיון דכתיב ויתן איש בך את שכבתו מבלעדי אישך דמשמע מבלעדי אישך שנתן בך את שכבתו משמע דבבעל בעי כוונת שכיבה עכ"ל שם וקטן אע"ג דמקרי כוונת שכיבה כדמשמע בתוס' (דף נ"ד) ד"ה ישן ע"ש מ"מ איש לא מיקרי וקרא כתיב מבלעדי אישך מבואר דבעי שכיבת הבעל כשהוא איש להכי לא מצי למתני באשת קטן ע"י יעוד או יבום דלא קדמה שכיבת הבעל שהוא איש לשכיבת בועל משא"כ חרש ושוטה דמשכח"ל שישתו כשישתפה החרש והשוטה ומקרי קדמה שכיבת בעל אף שבא עלי' כשהוא חרש ושוטה דחרש ושוטה מקרי איש. ולענין קדמה שכיבת בעל לבועל לא בעינן אלא שיהא שכיבת בעל בכונה דהא ביאת שוגג ומזיד נמי מהני כדמוכח בגמרא דלשמואל לא קנה אלא לדברים האמורים בפרשה שפיר משכחת לה בביאת זנות ומסתמא ה"ה ביאת שוגג כדמשמע מדברי התוס' דלא בעינן אלא כונת שכיבה ולאפוקי נפל מן הגג א"כ בחרש ושוטה הוי שפיר קדמה שכיבת בעל משא"כ קטן דלא מיקרי איש כלל ולא קרינן בי' מבלעדי אישך:

ונ"ל עוד דלרבנן נמי דסברי באשת חרש ושוטה דמקנין לה רק לפוסלה מכתובתה דהיינו לאוסרה על בעלה כמו שפירשו התוס' שם הוא נמי דווקא בגוונא דקדמה שכיבת בעל

לבועל אבל בלא קדמה שכיבת בעל לבועל אין הסתירה אוסר על בעלה והוי כמו יחוד בעלמא בלא קינוי דקיי"ל אין אוסרין על היחוד ודוקא בקינוי וסתירה שקדמה שכיבת בעל בזה מקנין לאוסרה על בעלה וא"כ אשת יבם קטן או שע"י יעוד דלא קרינן בי' מבלעדי אישך אינה שותה אף לפוסלה מכתובתה ולהכי לא מצי למתני אשת קטן דאם נימא דקני ביעוד או ביבום מ"מ אין מקנין לה משום דלא קרינן בי' מבלעדי אישך:

ולכאורה נראה להביא ראיה לדעת התוס' דביאת יבם קטן לא קנה מה"ת כלל מהא דביבמות (דף צ"ד) אמרינן גבי חמותה לאחר מיתה דאימעט לרבא אליבא דר"ע מקרא דבאש ישרפו אותו ואתהן דנהי דאימעט משריפה מאיסורא מי אימעט ופירשו התוס' שם דהיינו מלאו וכרת. והרמב"ן ז"ל הביאו הרשב"א ז"ל בחי' (דף צ"ח) חלק עליהם וסובר דמניין לנו לאוקמי בלאו וכרת אלא מאיסורא דקאמר הש"ס היינו מאיסור ארור שוכב עם חותנתו וא"כ ה"נ גבי ביאת יבם קטן דמיעטה קרא ממיתה לדעת הרמב"ן ז"ל ע"כ אין כאן לאו וכרת רק איסור דאורייתא וא"כ בקידושין (דף ס"ח) דילפי רבנן דקידושין תופסין בחייבי לאוין מקרא דכי תהיינה לאיש שתי נשים האחת אהובה והאחת שנואה והיינו שנואה בנשואיה וקאמר כי תהיינה משום דתפסי בה קידושין וקשה לוקמא קרא דכי תהיינה במי שנשא אשת יבם קטן אחר שבא עלי' דאין כאן אפילו איסור לאו ולהכי תפסי בה קדושין ומנ"ל דבחייבי לאוין תפסי קידושין א"ו כדעת התוס' דאין קנין לקטן ביבמתו כלום והוי עדיין שומרת יבם ואסורה לשוק כשאר חייבי לאוין ולא מצי לאוקמי ביבם קטן דאכתי חייבי לאוין היא:

מיהו זה יש לדחות לפמ"ש הפ"י בקידושין (דף מ"ג) דבאשת איש לא תפסי קידושין מלבד חומר האיסור שבה שהיא מחייבי מיתות ב"ד אלא כיון דרשות בעלה עלי' אין לה יד לקבל קידושין מאחר שמשועבדת לבעלה וא"כ ה"נ אפשר ליישב דעת הרמב"ן ז"ל דאשת יבם קטן כיון דקני לה מדאורייתא אע"ג דליכא בה מיתה ולאו מ"מ לא תפסי בה קידושין משום קנין הקטן שיש לו בה:

ונ"ל להביא ראיה לדעת התוס' והרשב"א ז"ל דיבם קטן לא קנה מה"ת מהא דפריך בקידושין (דף י"ג) מנ"ל דמיתת הבעל מתיר וקא בעי למימר מדאיצטרך קרא למיסר יבמה לשוק מכלל דביש לה בנים מותרת ופריך ודלמא יש לה בנים אסורה לכ"ע אין לה בנים אסורה לעלמא ושריא ליבם אלא מדאמר רחמנא אלמנה לכה"ג אסורה מכלל דלכהן הדיוט שריא ודלמא לכה"ג בלאו לכ"ע בעשה האי עשה מאי עבידתי' אי דאהני מיתת הבעל תשתרי לגמרי אי דלא אהני מיתת הבעל תוקמי במלתא קמייתא אלמה לא אפיקתי' ממיתה ואוקמי אעשה מידי דהוי אפסולי המוקדשין דמעיקרא אית בהו מעילה

ואסורין בגיזה ועבודה פרקינהו מעילה לית בהו בגיזה ועבודה אסירי ע"כ ולדעת הרמב"ן ז"ל הא אין ראיה כלל מהא דאסר רחמנא אלמנה לכה"ג שמיתת הבעל מתיר דהא איכא למימר דאפילו מיתה נמי איכא אחר מיתת הבעל וקרא דאלמנה לכה"ג איצטרך ליבם קטן שבא על יבמתו ומת שקנאה מה"ת לגמרי ולגבי יבם התירה מיתת הבעל לגמרי כיון דקנאה לכל דבר כמו בכל יבום דעלמא דאמרינן כנסה הרי היא כאשתו. וכשמת היבם קטן אין אלמנותו אסורה אלא באיסור בעלמא וליכא בה מיתה דהא לא עדיף איסור שבה לאחר מיתת היבם מאיסור שבה בשעה שהוא חי וכשהוא חי מיעטה קרא ממיתה מכי ינאף את אשת איש פרט לקטן ופשיטא דאחר מיתה נמי ליכא אלא איסורא ואיצטרך קרא לאסור על כה"ג בלאו דהא כאן ליכא איסור מיתה מנשואין דקמא שהרי הופקע והותרה להקטן מחמת יבום וקנינו של קטן נמי ליכא בי' איסור מיתה ואיצטרך למיסר ולמיקם עלה בלאו לכה"ג משום איסור אלמנה וקדושת כה"ג ומדלא מוקי הש"ס הכי והוצרך לדחות דבחיים במיתה ולאחר מיתה בעשה דומיא דפסולי המוקדשין ולא מוקי ביבם קטן ש"מ דיבם קטן לא קני כלל מה"ת כדעת התוס' והרשב"א ז"ל ולא פקע אישות דקמא כלל ובמיתה היא אכ"ע משום אישות דקמא ולא איצטרך קרא לאלמנה לכה"ג אם מיתה אינה מתרת ובעי למדחי דאפיקתי' ממיתה ואוקמי אעשה:

וראיתי להגאון מפוזנא בנו"ב קמא (סימן ס"ג) שהקשה לשיטת התוס' דמפרשי דיבם קטן לא קנה כלל. וקמ"ל קרא הא גופא דלא קני א"כ מאי קאמר בש"ס שם מאי הוי עלה הא ממילא איפשט בעיין דלא מייעד דאי מייעד א"כ מצינו אישות לקטן ובשלמא לשיטת רש"י בדברי רב אשי אפ"ל דלפי דברי רב אשי מצינו למימר דמייעד ואפ"ה מיעטה קרא ממיתה אבל לשיטת התוס' והרשב"א דל"ל הך סברא שיקנה ולא יהא חייב מיתה. א"כ ממילא ע"כ דלא מייעד דאי מייעד א"כ מצינו אישות לקטן והיא קושיא חמורה מאוד לשיטת התוס'

ונ"ל ליישב דהא וודאי גם התוס' והרשב"א מודים דאיכא סברא למימר דאפשר לאוקמי קרא בגוונא דהוה קנין גמור מה"ת ואפ"ה פטור ממיתה דהא אחר שהקשה ואלא מאי אינו מייעד אמאי קא ממעט לי' קרא חוזר ומקשה תפשוט מיני' דמייעד והיינו דנפשוט דמייעד ואפ"ה מיעט קרא ממיתה רק שהתוס' והרשב"א סוברים דכ"ז אם רוצים לאוקמי קרא ביעוד אנו צריכים לומר דקונה ואפ"ה פטור ממיתה דאי אינו קונה כלל לא צריך קרא למעוטי כיון דליתא כלל באישות אבל כי מוקמינן ביבם יכולים לומר דלא קנה כלל והיא גופא איצטרך קרא למעוטי דסד"א דכיון דמה"ת חזי לי' קנה קמ"ל דלא קנה וטעמא רבה איכא בזה דבשלמא גבי יבום אפשר לומר דאיצטריך למעט לקטן שאינו

קונה דהא מרבינן מקרא שמותר לכונסה בקטנותו כדאמרינן ביבמות (קי"א) ה"א דקנה לה דאם אינו קונה היתה אסורה עליו משום אשת אח להכי קמ"ל קרא שאעפ"י שהתרנו לבוא עלי' ולכונסה מ"מ קנין ליכא רק דאיסור אשת אח אזיל מיני' וכמ"ש התוס' בפ' החולץ (דף ל"ה) ד"ה תגלי גבי ביאת מעוברת אבל גבי ייעוד א"א לומר דקרא אתא לאשמועינן הא גופא דלא מצי מייעד לבנו קטן. דא"כ מאי איריא דהשמיענו כאן גבי מיתה הוה לי' להשמיענו גבי פרשת יעוד וכיון דא"א לומר דהא גופא אתא לאשמועינן דאין יעוד לקטן שוב אין רבותא במה שפטור ממיתה דכיון דאין בה יעוד הרי היא אצל הקטן פנוי' גמורה ולדברי הרמב"ם ז"ל אם האמה הביאה שתי שערות עוברת על לאו דלא תהי' קדשה דקסבר דכל ביאה בלא קידושין יש בה משום לא תהי' קדשה א"כ מאי אתא לאשמועינן קרא דאין בה מיתה פשיטא כיון שאין זו אשתו כלל וא"ל דאתי לאשמועינן דאין יעוד תופס בה דא"כ הו"ל להשמיענו גבי פרשת יעוד:

משא"כ גבי יבום קטן שפיר איכא רבותא אע"ג דרשאי לכונסה וליכא אסורא כדתנן ביבמות (בדף קי"א) יבם קטן שבא על גדולה תגדלנו אפ"ה ליכא מיתה משום דלא קנה לה:

וכיון שבארנו דאם נוקי קרא איעוד ההכרח לפרש דיעוד קונה בקטן ואפ"ה פטרי' קרא ממיתה ואם מוקמינן איבום אמרינן דלא קנה כלל שפיר קאמר מאי הוה עלה משום דאיכא לפרושי ברייתא בחד גוונא או ביבום וממילא יעוד לא קני בקטן דאל"כ מצינו אישות גבי קטן וגם אפשר לפרושי ביעוד ויש יעוד בקטן ומיעט קרא ממיתה ואין לומר דפשיטא דעדיף לאוקמי קרא ביבום מלאוקמי ביעוד ולומר דקנה ופטורה ממיתה, דז"א דהאי שינוי' דשני רב אשי הכא ביבם קטן עסקינן לאו לכ"ע אתיא דלשמואל דאמר ביבמות (דף נ"ו) גבי ביאת שוגג ואונס דלא קנה אלא לדברים האמורים בפרשה דהיינו לפטור צרתה ולהוציאה בגט אבל לא ליורשה ולטמא לה ולהפר נדריה ולאכול בתרומה אע"ג שהיתה אוכלת בחיי בעלה כגון מן הנשואין וכלישנא בתרא דשם שכן פסק הרמב"ם ז"ל כלישנא בתרא בהלכות תרומות עיי"ש. א"כ פשיטא דלא צריך קרא למעוטי אשת יבם קטן ממיתה דלא עדיף מביאת גדול בשוגג דאינו מתחייב עלי' מיתה אם זינתה דהא מיתה אינו מהדברים האמורים בפרשה ולשמואל לא קנה לדברים שאינם מפורשים בפרשה דאפילו בתרומה אינה אוכלת וגריעה אפילו מארוסה שאוכלת בתרומה דבר תורה וכיון דהאי שינויא דרב אשי דהכא ביבם קטן עסקינן לא אתי אליבא דשמואל דלשמואל לא צריך קרא לפטור ממיתה שפיר קאמר מאי הוי עלה דאי שינויא דר"א שנויא ממילא אמרינן דיעוד לא קנה דאל"כ מצינו אישות לקטן ולשמואל דלאו שינויא

הוא ע"כ דמיירי ביעוד ומוכחי דיעוד בקטן קנה ומיעט קרא ממיתה וע"ז קא בעי מאי הוה עלה:

שוב ראיתי בתוס' סוטה (דף כ"ד) ד"ה כשמואל דפשיטא להו דלשמואל בביאת שוגג נחנקת על ידו עיי"ש וכן שם בתוס' ריש פ' ארוסה (דף כ"ג) ד"ה ושומרת ולא ידעתי למה הא אין זה מדברים האמורים בפרשה וכיון דאפילו בתרומה לא אכלה אף שארוסה נמי אוכלת בתרומה מה"ת א"כ לענין מיתה וודאי דפטורה לשמואל:

שוב אחרי כותבי מצאתי בחי' הרמב"ן ז"ל ביבמות (דף צ"ו) שכתב וז"ל ומשמע דלרב דאמר קנה לכל בביאת שוגג כי פטר רחמנא אשת יבם בן ט' ממיתה גזה"כ הוא ביבם ולא בשאר שוגגין ולשמואל כשם שזו פטורה כן כולן פטורות משום שלא ריבה הכתוב שוגג כמזיד אלא לדברים האמורים בפרשה ודלמא מהתם גמר לה עכ"ל הרי שכתב בהדיא דלשמואל לא קנה בביאת שוגג ואונס לענין מיתה דלא כהתוס'] והרמב"ן ז"ל אזיל לשיטתי' דסובר דבקטן הוי קנין דאורייתא ופירש דרב ושמואל פליגי בהא גופא דלרב לא ילפינן ביאת שוגג מקטן ולשמואל ילפינן מקטן דלא קנה לענין מיתה וה"נ ביאת שוגג לא קנה אלא לדברים האמורים בפרשה אבל לשיטת התוס' והרשב"א דבקטן לא הוי קנין כלל מה"ת א"א ללמוד ביאת שוגג מקטן דבביאת שוגג רבי קרא דקונה וע"כ דשמואל מסברא דנפשי' קאמר דלא קנה אלא לדברים האמורים בפרשה וא"כ לשמואל ליכא לאוקמי קרא דאיש למעוטי קטן ממיתה כיון דאפילו בביאת גדול בשוגג ליכא מיתה ושפיר בעי הש"ס מאי הוי עלה ולפמש"כ לעיל בלא"ה אין ללמוד ביאת שוגג מקטן שאינו בחיוב שכו"ע:

וראיתי להגאון בנוב"י במה"ק שכתב שנראה לו שגם דעת הרמב"ם כדעת הרמב"ן דיבם קטן קנה מה"ת דהא כ' (בה' איסורי ביאה ריש פ"ג) הבא על אשת קטן אפילו היתה יבמה שבא עלי' בן ט' שנים ויום א' ה"ז פטור וסיים ואם היו מזידין מכין אותן מכות מרדות עכ"ל ואם איתא דסובר כדעת התוס' דלא קנה מה"ת א"כ הא חייב מלקות משום איסור יבמה לשוק דהא לא פקע זיקה דקמא ודחיקא לי' מלתא לאוקמי שלאחר שבא עלי' חלץ לה אחד מן האחין עיי"ש בדבריו ותמיהני מאוד דבהדיא כ' הרמב"ם ז"ל (בהלכות יבום וחליצה פ"ה הלכה כ"א) וז"ל בן ט' שנים ויום אחד שבא על יבמתו והגדיל ולא בא עליה משהגדיל צריכה גט וחליצה גט מפני ביאתו שהוא כמאמר וחליצה להתירה לזר שהרי לא נבעלה בעילה שהוא קנין גמור עכ"ל הרי שכ' בהדיא שהגט צריכה מפני ביאתו שהוא כמאמר ולא שקנה מה"ת וגם כתב שלא נבעלה בעילה שהוא קנין גמור שהוא כדעת התוס' שהביאה הוא רק מדרבנן כמאמר ולא כדעת רש"י והרמב"ן ז"ל

שהגט צריכה מה"ת מחמת דהביאה הוא קנין גמור והחליצה הוא רק מדרבנן וע"כ מש"כ הרמז"ל (בה' א"ב) דעל ביאת קטן מכין רק מכות מרדות מיירי כשחלץ לה אח"כ ופקע זיקתו דקמא רק שלא נתן לה גט לביאתו דבלא חלץ לה הי' לוקה משום יבמה לשוק דביאתו של קטן מדאורייתא לאו כלום הוא וכ"כ (בפ"א מהלכות יבום וחליצה הט"ז) שהקטן אינו קונה קנין גמור לפיכך אין יבמתו ניתרת עד שיבא עלי' אחר שתגדיל הרי שכ' בהדיא שאינו קונה קנין גמור:

גם יש להביא ראי' לשיטת התוס' והרשב"א ז"ל מהא דאמר בירושלמי (סוף פ' האשה רבה) דבעי שם כמה דאת אמר עשו ביאת בן ט' כמאמר בגדול דכוותה נעשה חליצת ב"ט ויום אחד כגט בגדול ורבנן אמרי אין חליצת ב"ט כלום ולמה עשו ביאת ב"ט כמאמר בגדול שכן ביאה בגדול קונה בין לדעת בין שלא לדעת נעשה חליצת בן ט' ויום אחד כגט בגדול וחליצה בגדול אינה פוטרת אלא מדעת עכ"ל ולדעת הרמב"ן ז"ל ביאת בן ט' מדאורייתא הוי קנין גמור אלא שחכמים גרעו כח ביאתו דלא להוי רק כמאמר א"כ איך קאמר הירושלמי הטעם דלהכי ביאתו כמאמר בגדול משום דביאה בגדול קונה בין לדעת בין שלא לדעת והוי כמו ביאה שלא לדעת הא מה שמועיל ביאתו לקנות הוא מה"ת ואמרם עשו ביאת בן ט' כמאמר בגדול היינו שגרעו כחו א"ו כדעת התוס' שמה"ת אין קניינו כלום רק שמדרבנן עשאוהו כקנין וע"ז פריך דיעשו גם חליצתו חליצה להחמיר ומשני דבביאתו יש מקום לתקן שמועיל מדרבנן הואיל ובגדול קונה שלא לדעת משא"כ בחליצה:

ונ"ל לפי דעת רש"י והרמב"ן ז"ל דבן ט' שנים ויום אחד קונה מה"ת לכל דבר רק דאימעט ממיתה מ"מ כשיגדיל אינו יכול להוציאה מה"ת בגט עד שיבוא עלי' או יחלוץ דהא בקטנות לא קיים מצות יבום לשיטת רש"י ביבמות (דף ס"א) שפי' בקטנה בת ג' שנים ויום א' שתגדל אצלו ותתקיים מצות יבום וקטנה וודאי דניקנית קנין גמור ואפ"ה אמרינן דבעי עדיין לקיומי מצות יבום אם כן פשיטא דגם קטן לדעת הרמב"ן דצריך לקיימה עד שיגדיל ויקיים מצות יבום דאף שקנה קנין גמור מ"מ מצות יבום לא קיים וכן ילפינן מקרא ביבמות (דף קי"א) דרשאי לבוא עלי' ואין כאן איסור אשת אח אבל המצוה לא קיים וכדאמרינן שם יבם קטן שבא על יבמה קטנה יגדילו זע"ז ואף שהר"ן בנדה (דף מ"ה) כתב וז"ל מדתנן בן ט' שנים ויום אחד שבא על יבמתו קנאה משמע קנאה לגמרי ליורשה ולטמא לה אלא שאינו נותן גט עד שיגדיל וכן נמי מדהוינן בה וכשיגדיל בגט סגי לה והתניא עשו ביאת ב"ט כמאמר בגדול משמע מדאורייתא קנאה לגמרי ובגט סגי לה אלא שהם גרעו כח ביאתו ועשאוה כמאמר וכן בדין שהרי ביאתו ביאה לכל

דבר ואעפ"י שאין לו דעת הא רבי רחמנא ביבמה ביאת שוגג כמזיד עכ"ל הר"ן שם הרי שהוכיח הר"ן מש"ס דבביאת יבם קטן יכול להוציאה מה"ת בגט כשיגדיל אף אם לא בעל וקשה לכאורה על דברי רש"י ביבמות שכתב דגבי קטנה צריך לקיים מצות יבום כשתגדיל הא בגמרא גבי קטן מוכח דא"צ לקיים מצות יבום כשיגדיל כמו שהוכיח הר"ן דאי לאו דעשו ביאת בן ט' כמאמר הוי סגי לה בגט כשיגדיל:

ונראה דלק"מ דהא בסנהדרין (דף ס"ח) פליגי ר"ח ורבה אי קטן מוליד ולר"ח קטן מוליד ולהכי הוצרך להקשות מהך דעשו ביאת בן ט' כמאמר ולא מקשה בפשיטות אמאי סגי בגט כשיגדיל הא בעי לקיים מצות יבום דאפשר לומר דקטן מוליד וקיים בביאתו מצות יבום ולהכי מקשה מברייתא דביאת בן ט' כמאמר ואמאי רשאי להוציאה כשיגדיל ומשני עד שיגדיל ויבעול:

ובזה זכינו ליישב דעת רש"י והרמב"ן ז"ל ממה שהקשה עליו הגאון מוהר"ד דייטץ הובא בספר יד המלך ממשנה ביבמות (דף צ"ו) דאמר שם בקטן שבא על יבמתו והגדיל ונשא אחרת ומת דאם לא ידע את הראשונה משהגדיל הראשונה חולצת ולא מתייבמת והשני' או חולצת או מתייבמת ולשיטת רש"י והרמב"ן תקשה למה מייבם השני' הא מדאורייתא יבום גמורה הי' בראשונה וכיון דחולץ לראשונה אשר הי' בה זיקה מדאורייתא מביאת הקטן ממילא קאי מדאורייתא על ביאת השני' בלא יבנה. ואף דמדרבנן דלא עשאו ביאת בן ט' רק כמאמר בגדול אין בראשונה זיקה כלל מהקטן מ"מ אין ביד חכמים להפקיע מהשני' איסור דאורייתא אשר עלי' מחמת חליצת הראשונה ע"כ וקושיא זו חמורה מאוד לשיטת רש"י ורמב"ן. אבל לפמש"כ דגם להרמב"ן קטן שבא על יבמתו לא מצי לאפוקי בגט משום שלא קיים מצות יבום אף שקנאה ואם מת צריכה חליצה מפני שלא נתקיים בה עדיין מצות יבום א"ש דאף שחלץ לראשונה מ"מ רשאי לייבם השני' שכנס משהגדיל ואין כאן איסור דכיון שלא בנה שוב לא יבנה דלא שייך לאו דלא יבנה אלא בשני יבמות הבאות מבית אחד וחלץ לאחת כדאמרינן (בדף ל"ב) גבי ב' יבמות הבאות מבית אחד גזירה דלמא חליץ ברישא והדר מייבם וקם לי' בלא יבנה דהיינו דאם חלץ ברישא הרי גלה דעתו שאינו רוצה לבנות בית אחיו דהא לא הי' עליו חיוב חליצה אלא מבית זה וכיון שחלץ הרי עשה מעשה והראה שאינו בונה בית אחיו ואסור לו לבנות עוד אבל הכא גבי יבם קטן שבא על יבמתו ונשא אחרת משהגדיל ומת דהראשונה צריכה חליצה מחמת זיקתה שנשאר בה מבעלה הראשון שהיבם בא עלי' וקנאה ולא קיים בה עדיין מצות יבום ע"כ צריכה חליצה א"כ כשחלץ לה האח האחרון לא גילה בדעתו עדיין שאינו רוצה לבנות ביתו של האח שהי' יבם קטן דביתו שפיר רוצה לבנות ומה שחלץ

לראשונה הי' רק לאפקועי זיקתה מאחי' הראשון שלא נתקיים בה עדיין מצות יבום להכי לא קרינן בה לא יבנה אם מייבם אשתו השני' של היבם קטן דעל ביתו של קטן רצונו לבנות עדיין וייבם השני' ותפטר גם הראשונה ואפשר דבאמת צריך לכוין בשעת חליצת הראשונה שחולץ לה משום הזיקה הראשונה שלא נתקיים בה עדיין מצות יבום ולא משום זיקת היבם קטן כדי שלא יהא בזה לאו דלא יבנה ומהני כוונתו בזה דהא חליצה בעי כוונה ואם כיון להפקיע זיקה מאחי' הראשון ולא זיקת היבם קטן מהני ואולי אף אם לא כיון וחלץ סתם נמי לא עבר אלאו דלא יבנה כיון שהי' צריך לחלוץ משום הראשונה לא מקרי לא יבנה לגבי זיקת היבם קטן ודמי קצת להא דאמרינן בר"ה (דף כ"ח) ובזבחים (דף פ') גבי מתן א' שנתערב במתן ד' דקאמר ר' אליעזר ינתן במתן ד' ולא עבר אב"ת משום דלא נאמר ב"ת אלא כשהוא בעצמו וע"כ דסובר דגם במכוין שלא לצאת נמי איכא ב"ת כמ"ש בטו"א שם הא יכול לכוין שלא לצאת, א"ו דכשמכוין שלא לצאת נמי איכא ב"ת ומ"מ כשנותן מחמת שצריך ליתן את הדם של מתן ד' אז ליכא ב"ת מפני שהנתינה הוא בשביל דבר אחר] ואף (דבדף לב) אמרינן גבי ג' אחים נשואים ג' נשים נכריות ועשה השני מאמר דחולצת ולא מתייבמת התם אמרינן משום גזירה דב' יבמות מבית אחד ממש דלמא חולץ ברישא והדר מייבם ועבר אלאו דלא יבנה וגזרינן נמי בזיקת ב' יבמין מהאי טעמא אבל מה"ת לא שייך לא יבנה אלא בבאות מבית אחד ממש דאז אם חולץ לאחת ולא רצה לבנות את הבית איכא לאו אבל היכא דאיכא למיתלי החליצה בזיקת אח ראשון ליכא לא יבנה וא"ש הא דמייבם לשני' אף דחלץ לראשונה אף לדעת רש"י והרמב"ן ז"ל שקנאה הקטן לראשונה מה"ת דליכא כאן לא יבנה כיון שחליצתה הי' מחמת קיום מצות יבמין מאח הראשון:

ובזה נוכל ליישב ג"כ סתירת דברי רש"י ז"ל מה שבסוגיא זו (דף צ"ו) ד"ה הרי זה פטורה כתב אבל ביבמה הואיל וזקוקה לו שוי' רבנן כמאמר עכ"ל דמשמע מזה שאינו קונה מה"ת רק מדרבנן עשו כמאמר וכן בד"ה וחולץ לשני' בדברי ר' שמעון שאמר מייבם לאיזה שירצה וחולץ לשני' פירש לייבומי תרווייהו לא הואיל והויא צרתה במקצת כמאמר דרבנן עכ"ל מכל זה משמע דלא קנה מה"ת כדעת התוס' דיבום קטן לא קנה מה"ת והלא בכל דוכתי בקידושין וביבמות סובר רש"י ז"ל כדעת הרמב"ן שקונה מה"ת אבל לפמש"כ א"ש דהא לרב חסדא דאמר בסנהדרין דקטן מוליד ע"כ דצ"ל כדעת התוס' דקטן לא קנה מה"ת דאם נימא דקונה מן התורה א"כ תקשה אמאי לרבנן השני' מתייבמת הא עבר אלאו דלא יבנה דא"א לתרוצי כמ"ש דליכא לא יבנה מחמת שהחליצה הי' רק לאפקועי זיקת האח הראשון דהא כבר נתקיים מצות יבום בביאת הקטן דקטן מוליד

וראוי להקמת שם וע"כ דהקטן לא קנה מה"ת ולהכי מותר לייבם השני' דהראשונה הוא מבית אחר ולא קרינן כיון שלא בנה שוב לא יבנה דמה"ת מתרי בתי קא אתיין ופרש"י כן כדי שלא יקשה אר"ח מהך משנה דאמורא לא יוכל לחלוק אמתניתין להכי פירש כולה מתניתין באופן שהקנין של היבם קטן הוא מדרבנן שיהא ניחא גם אליבא דר"ח דסובר קטן מוליד אבל היכא שהובא בש"ס הך דינא דיבם קטן פירש"י ז"ל שקונה מה"ת דאנן קיי"ל כרבה ותנא דבי חזקי' שם בסנהדרין דקטן אינו מוליד וכן הר"מ ז"ל השמיט הך דינא דר"ח דקטן שהוליד אין בנו נעשה סורר ומורה משום דלא משכח"ל דהא קטן אינו מוליד וכיון דאינו מוליד שוב איכא למימר דיבם קטן קנה מה"ת הואיל ואין ביאת יבום צריכה דעת ומתניתין דקתני השני' מתייבמת ולא חיישינן ללאו דלא יבנה הוא משום דהחליצה של הראשונה הי' להפקיע זיקת הראשון שלא נתקיים עדיין מצות יבום שהקטן שבא עליה אף שקנה לא קיים מצות יבום מפני שאינו ראוי להוליד ודו"ק:

סימן קפ

שאלה אסופי שנתגדל ונשא אשה ומת בלא בנים אם אשתו מותרת להנשא או לא:

תשובה בב"ב (דף קל"ד) תנן האומר זה בני נאמן ופירש הש"ס דקאי לענין לפוטרה מן היבום ומקשה הא נמי תנינא מי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים נאמן יש לי אחים אינו נאמן ומשני התם דלא מוחזק לן באחי הכא דמוחזק לן באחי ולא מוחזק לן בבני והיינו דמתניתין דקדושין מיירי דקיימא בחזקת היתר לשוק דלא מוחזק לן באחי הכא דמוחזק לן באחי ואפ"ה שרי משום שבידו לגרשה ופירש רשב"ם ז"ל התם דלא מוחזק לן באח דמיירי בלא הוחזק באחי ולא בבני דקיימא הך איתתא בחזקת שאינה זקוקה ליבם משום דס"ס הוא שמא אין לו אחים ושמא יש לו בנים מבואר דבידוע שאין לו בנים ומספקינן באחין אסור דחד ספיקא הוא וכ"כ (בדף קל"ה) שם ד"ה ההוא דהוה מוחזק לן דלית לי' אחי וז"ל חזקה בעלמא בלא עדים וידוע בודאי דאין לו בנים ואי לאו דמוחזק לן דל"ל אח הי' לנו לאוסרה לשוק מספק כיון דודאי אין לו בנים עכ"ל ועיי' בתשובת מהרי"ט (ס' פ"ב חלק א') באחד שבא מארץ רחוקה ונשא אשה ומת בלא בנים שדעתו שאסורה להנשא לשוק כיון שאשה זו בחיי בעלה הי' בחזקת א"א גם עתה שמת בעלה באיסור יבמה לשוק קיימא דמחזיקין מאיסור לאיסור והביא ראי' מהא דתנן (סוף נזיר) ירד לטבול במערה ונמצא מת בקרקע המערה ירד להקר טהור ליטהר מטומאת מת טמא שחזקת טמא טמא וכו' הרי כאן דטומאה קמייתא טהרה ע"י טבילתו במקוה אעפ"כ מספיקא מחתינן לי' טומאה אחריתי וסותר את הקודמים הואיל ונזקק לטומאה דאמרינן חזקת טמא טמא וכו' ע"ש:

והנה ראי' זו יש לדחות וכבר תמה עליו אדוני אבי הגאון ז"ל בתשובה אחת דמה ראי' היא זו הא התם בטומאת מת אם נגע בירידתו למים קודם שטבל לא הועילה לו טבילתו כלל ולא נטהר גם מטומאה הראשונה כלל דאטו טמא מת שנגע בשביעי שלו במת אחר וטבל מהניא לי' טבילתו מידי לטומאה ראשונה הלא כמאן דלא טבל דמי ולהכי מהני חזקתו הראשונה לחוש שמא נגע בירידתו למים קודם שטבל כל גופו אבל באשה לענין איסור יבמה לשוק כיון דאהני מיתתו להתיר איסור א"א בודאי ונולד ספק אחר בשעת מעשה לא מחזקינן מאל"א כיון שאיסור הראשון בודאי חלף הלך לו ואין זה ראי' כלל:

עוד כתב המהרי"ט ז"ל שם וז"ל וכן מוכח מדאמרינן בפ"ק דחולין בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיוודע לך במה נשחטה וכי מספקא לן אם שהה או דרס או החליד אסרינן לה מספק דמחזקינן לי' בחזקת איסורא ולא אמרינן דאיסורה איסור אבמה"ח הוא והא פקע ההוא איסורא בנחירה ואשתריא לבן נח ומספיקא אמאי מחתינן לה איסורא אחרינא דנבילה דשרי לבן נח ומטמא במשא אלא חזקת איסור אסור אף כאן משנזקקה לאיסור א"א אסורה וכן מוכח מלישנא דגמרא בפרק יש נוחלין אם הקילו בשבויה נקל בא"א אלמא אכתי חזקה דא"א קאי עלי' וכן פי' רשב"ם ז"ל נקל בא"א דאיכא איסור תורה והרי היא בחזקת איסור עד עתה ואל תתירנה מספק ע"כ:

ומה שפי' רשב"ם בהא דאמרי' נקל בא"א פי' כן גם הש"מ שם וזה לשונו עוד יש לפרש נקל בא"א דכיון דהוחזק באיסור א"א ובעודה בחזקת איסור א"א יצא הקול דאית לי' אחים לא מפקינן לה מחזקת איסור כשמת הבעל דמחזקינן לה מאיסור לאיסור ע"כ אלא שכתב שם ולא נהירא האי פירושא מהא דאמרינן בפ' ד' אחין אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת ומספק אתה בא לאוסרה אל תאסרנה מספק וגם הרשב"א ז"ל בחי' בפ' ד' אחין הקשה קושיא זו אהא דאמרינן אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת מהא דר"ה דאמר בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה דמחזיקין מאיסור אבמה"ח לאיסור נבילה הובא דבריו לעיל באריכות ואף שיש לחלק ולומר דהתם שהיתה עומדת בחיי בעלה להנשא לשוק מחמת שהיתה צרת ערוה מוקמינן לה בחזקת היתר דלא חיישינן לחזקה מאיסור א"א לאיסור יבמה לשוק כיון שבחיי בעלה היינו דנין עלי' שתהא מותרת להנשא אחר מיתתו וחזקה זו עדיפא לן מחזקת איסור לאיסור אבל היכא דהוה מסופק לן בחיי בעלה אם תהא מותרת לשוק אז שפיר מחזקינן מאיסור א"א לאיסור יבמה לשוק מ"מ הרשב"א והש"מ לא סבירא להו האי חילוקא ומקשו אהא דאמרינן אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת דאם איתא דבכל דוכתי מחזקינן מאיסור

לאיסור לא הוי לן למיזל בתר חזקת היתר לשוק משום דעומד כנגדה החזקה מאיסור א"א לאיסור יבמה לשוק:

ונ"ל שדברי המהרי"ט ז"ל נכונים דודאי מחזקינן מאיסור א"א לאיסור יבמה לשוק ומה שהקשה הרשב"א והש"מ מהא דפ' ד' אחין דאמרינן אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת ולא מחזקינן מאיסור א"א לאיסור יבמה לשוק או לאיסור אשת אח נ"ל ליישב דהוא מטעם אחר דכיון דאיסור א"א הי' כולל הכל בין ליבם ובין לשוק ועכשיו כשמת הבעל אי אתה יכול לאוסרה על כולן דממ"נ אם בת יבום היא מותרת ליבם ואסורה לשוק א"כ איך אתה יכול להעמידה על איסור מחזקה לחזקה דאין אנו יודעים לאיזה צד להכריע החזקה אם ליבם או לשוק ואם נבוא לשמש בחזקה זו לאוסרה על היבם אנו סותרים בזה החזקה לשוק ואיכא למימר אדרבא נחזיק מאל"א לשוק וממילא מותרת ליבם ואם נשמש בה לאוסרה לשוק אנו סותרים החזקה לגבי היבם ואיכא למימר אדרבה נחזיק מאל"א גבי יבם ונתירוה לשוק ומאי חזית וממילא אין מקום לחזקה זו והוי ספק השקול ומעמידין אותה על החזקה שהיתה מעותדת בחיי בעלה להיות אחרי מותו ולא דמי לבהמה בחייה דשם אין שום סתירה בחזקה להכי מחזקינן מאל"א אבל הכא אין מקום לחזקה ומעמידין אותה בחזקת היתר לשוק או ליבם כמו שהיתה מעותדת בחיי בעלה להיות אחרי מיתתו וא"א לשמש כאן בהמשכת איסור חזקת א"א:

ואף דגבי ב' שבילין וכן בשני נזירים שנזרק טומאה ביניהן כתבו התוס' בחולין (דף ט') ובנדה (דף ב') דמוקמינן כ"א אחזקתו אעפ"י שהחזקות סותרות זא"ז דאחד ודאי טמא הוא:

התם שאני דכל נזיר יש לו חזקה בפ"ע ומהני לי' חזקתו לגבי דידי' ולא איכפת לי' במה שאנו צריכין לדון על חבירו אבל הכא שחזקה של אשה זו גופא סותרת עצמה ואין אנו יודעין איך לשמש החזקה מתבטלת לגמרי אבל בעובדא דב"ב (דף קל"ה) שמת אחד בלא בנים ולא נודע אם יש לו אחין שפיר מקרי אתחזיק איסורא כדברי מהרי"ט ז"ל דהא כתבנו דעיקר הטעם שאין אנו מחזיקין מאל"א בספק גירושין וקדושין ומעמידין בספק גרושין בחזקת היתר לשוק ולא בחזקת איסור א"א הקדום הוא משום שהחזקה סותרת א"ע לגבי יבם לשוק. וכ"ז אם הספק הוא בצרת ערוה שאנו דנין ע"י הספק גרושין להתירה לשוק או ליבם דאם נתגרשה מותרת ליבם ואם לא נתגרשה מותרת לשוק והחזקת א"א סותרות א"ע ואין אנו יודעין לאיזה צד נשתמש בה אבל בספק אם יש לו אח אין אנו דנין אם מותרת על היבם או לא דאם יש לה יבם אין ספק שהיא זקוקה לו בודאי רק אנו דנין אם יש לה יבם או לא בזה שפיר נוכל לאוסרה לשוק מטעם חזקת

א"א משום דמחזיקינן מאיסור א"א לאיסור יבמה לשוק מאי אמרת דנימא אדרבה נחזיק אותה לאיסור ליבם מאיסור א"א הקדום זה לא מצית אמרת דאם יש לה יבם הרי ודאי דמותרת עליו וזקוקה אליו ואין אנו דנין אלא אם יש לה יבם ואסורה לשוק או לא וע"ז בעינן לאוקמה לשוק באיסור מחזקת איסור א"א וצדקו דברי מהרי"ט ז"ל דהוי אתחזיק איסורא ואין ע"א נאמן בזה:

ובזה מיושב נמי הא דאמרינן ביבמות (דף ל"ז) בילדה ספק בן ט' לראשון ספק בן ז' לאחרון דחייב אשם תלוי וקשה ע"ז נימא דמוקמינן לה אחזקה מאיסור א"א לאיסור אשת אח ליבם ולדברינו א"ש דלא שייך להחזיק כאן מאל"א משום דהחזקה סותרת א"ע וכמש"כ ולהעמידה על חזקת איסור אשת אח כמו שהיתה קודם שנתעברה לא שייך דאדרבה בחייה היתה עומדת להיות ניתר אחר מיתתו כיון שאין לה בנים מבעלה:

והא דאמרינן ר"פ האשה בתרא גבי היתה לה חמות אינה חוששת ומוקי למתניתין דהתם כר"מ דחייש למעוטא ואפ"ה אינה חוששת משום דאיכא חזקה לשוק ורובא לשוק והו"ל מעוטא דמעוטא ולא חייש ר"מ ולפי דברינו אמאי חשוב התם חזקה לשוק הא איכא נגדה חזקה לאסור לשוק מטעם דמחזיקין מחזקת איסור א"א והתם לא שייך להחזיק מאיסור א"א לגבי יבם דהא עיקר הספק הוא רק אם יש לה יבם ואם יש לה יבם ודאי זקוקה לו ואין החזקה סותרת א"ע נראה דהתם לא שייך לאוסרה לשוק מטעם חזקה ולומר שנולד לבעלה אח דמשום חזקת א"א דידה אין לנו לחדש מעשה ולומר שנולד לה יבם דלא מצינו שיועיל החזקה אלא אם נוכל לאוסרה מבלי שנצטרך לחדש בה מעשה אבל שיועיל חזקת איסור דידה שנאמר שנתחדש בה מעשה האוסרה זה לא מצינו ועי' בבכורות (דף כ') דאפילו גבי רובא היכא דתלי במעשה לא מהני וכ"ש חזקה ועי' יבמות (דף קי"ט) תוס' ד"ה ר"מ איזה מקרי תלוי במעשה דתלויה במעשה ודאי לא מהני:

ובזה מיושב מה שהקשה הרשב"א ז"ל שם במשנה דהיתה לה חמות אינה חוששת יצתה מלאה חוששת וכתב הרמב"ן ז"ל דכיון דיצתה מלאה בחזקה ליבם קיימא ולשמא תפיל לא חיישינן והרשב"א ז"ל הקשה ע"ז דהא (בפ' אלמנה לכה"ג) אמרינן הניח עבדים והניח בנים זכרים ועובר דר"ש סובר דעבדים אוכלין בתרומה דאין חוששין לחלקו של עובר שאינו מאכיל משום דאזיל בתר רובא ומחצה נקבות ומעוט מפילות ומסתמא ירשו הבנים זכרים הרי דגם במעוברת חיישינן שמא תפיל עיי"ש ברשב"א:

ומה שתירץ הרשב"א דהתם ר' יוסי ור' שמעון לטעמייהו דסברי דחיישינן למיתה הלכך חיישינן שמא תפיל אבל אנן קיי"ל דלא חיישינן למיתה לא חיישינן שמא תפיל וזה תמוה דבעובר לכו"ע חיישינן שמא תפיל כדאמרינן בערכין (דף ז') דעובר ל"ל חזקה

דחיותא כלל ועוד דהא יש כמה נפלים שמתחילת עבורן אינן בני קיימא ואמאי לא נחוש לשמא תפיל ועי' בר"פ החולץ בפלוגתא דר"י ור"ל בחולץ למעוברת והפילה ובנמק"י שם אבל לפמ"ש א"ש דאיכא למימר דודאי גם במעוברת חוששין שמא תפיל וליכא חזקה לייבם עדיין רק דבמעוברת איתרע חזקה דלשוק כיון שיש עובר לפנינו (וכ"כ הנמק"י שם דהחזקה דשוק איתרע מחמת שיצתה מלאה] וא"כ כיון שנסתלק חזקה דלשוק נשאר חזקה לאיסור דמחזיקין מאיסור א"א לאיסור יבמה לשוק ולא מיקרי חזקה דתלי במעשה דהא כבר היא מעוברת ואף דרובא להתירא לשוק משום מחצה נקיבות ומיעוט מפילות מ"מ הא מתניתין דהתם סברי דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה דמה"ט אמרינן ברישא בהלך בעלה וצרתה למדה"י דלא תנשא והיינו או משום דאתיא כר"מ דחייש למיעוטא או כמ"ש הרשב"א ז"ל שם דאפילו לרבנן נמי אמרינן גבי מיעוט דמפילות סמוך מיעוטא לחזקה משום שהוא מסתלק מן הרוב גופא ואינו עומד כנגד הרוב כשארי מיעוטין וה"נ ביצאתה מלאה מצטרף מיעוט מפילות לחזקת איסור הנמשך מאיסור א"א ולהכי לא תנשא ובזה הוי א"ש הא דר' יהושע סובר דגם במלאה אינה חוששת דר' יהושע לטעמי' דסובר בנזיר (דף ס"ה) בספק בהרת קודם לשער לבן או שער לבן קודם לבהרת כהה וטהור ויליף לה מקרא דלטהרו ולטמאו ועיין בש"מ דבכל דוכתי נמי סובר ר' יהושע הכי וכן משמע בכתובות (דף ע"ה) עיי"ש. ובשנזקק לטומאה מיירי כמ"ש התוס' בכתובות שם דרבנן מטמאין הואיל ולא נטהר מנגע הראשונה ור"י מטהר דאין ממשיכין חזקה מנגע לנגע וכיון דאפילו בטומאה דשם טומאה אחת היא ואפ"ה אין מחזיקין מנגע לנגע אעפ"י שלא יצא לטהר מנגע הראשון עד שנולד נגע השני כ"ש באיסור דלא מחזקינן מאיסור א"א לאיסור יבמה לשוק ולהכי סובר ר"י דאפילו ביצאתה מלאה אין חוששין דליכא חזקה למסמך למיעוטא דשמא תפיל ואזלינן בתר רובא דמחצה נקיבות ומיעוט מפילות ואף דחזקה לשוק איתרע לה כשהיא מעוברת מ"מ מותרת לשוק מטעם רובא דמיעוטא דולד קיימא כמאן דליתא דמי כיון דליכא חזקה למסמך למיעוטא:

והנה כ"ז כתבנו לדעת הרשב"ם ז"ל דהיכא דידוע דל"ל בני ומסופקין באחין אסורה לעלמא כיון דליכא ס"ס:

אולם דעת הרשב"א ז"ל בחי' לקדושין (דף ס"ד) אינו כן שכתב שם אברייתא דבשעת קדושין אמר יש לי בנים ובשעת מיתה אמר אין לי בנים בשעת קדושין אמר אין לי אחים ובשעת מיתה אמר יש לי אחין דרישא מיירי במוחזק באחין ואמר יש לי בנים וסיפא מיירי באינו מוחזק באחין אם יש לו אי לא ומוחזק דאין לו בנים וכתב שם אסיפא דבשעת קדושין אמר אין לי אחים ולא שאנו צריכים לדבריו בכך כיון דאינו מוחזק

באחין אלא משום חזרתו דאמר יש לי אחין איצטריך וכן פירש שם דסתמא דהש"ס בעי לפרש מתניתין דקדושין דקתני יש לי בנים נאמן במוחזק לן דלית לי' אחי ולא מוחזק לן בבני והיינו דאיצטריך להימנותי' בדאמר יש לי בנים דאי לא מוחזק באחי לישקול הימנותי' ולשדייה אחיזרי דמסתמא לא חיישינן. אלא מתניתין לצדדין קתני בבא דיש לו בנים נאמן מיירי במוחזק באחין ואנו צריכין לנאמנותו שיש לו בנים ובבא דיש לו אחים אינו נאמן במוחזק לן שאין לו אחיו ע"ש ברשב"א שהאריך לפרש דברי הש"ס לפי דעתו הרי חזינן דמי שמוחזק לן שאין לו בנים ואין אנו יודעין אם יש לו אחים או לא שריא לעלמא ואין עלינו לחוש שמא יש לו אחים שהרי כתב שאין אנו צריכים לדבריו שאמר אין לי אחים דמסתמא לא חיישינן שמא יש לו אחין ואוקימתא זו והך פירושא קיימא לפי המסקנא לפי שיטת האלפסי והרמב"ם ז"ל שדחו אוקימתא דאביי דמוקי ברייתא במוחזק לן באחין כמ"ש הרא"ש בשם הרמב"ן ז"ל וכן הרשב"א ז"ל שם):

ובאמת שדבר זה תמוה לכאורה דכיון דמוחזק דאין לו בנים אמאי נתירוה לעלמא ולא נחוש לספיקא דאורייתא שמא יש לו אחין ונהי דלהרשב"א ז"ל אין מחזיקין מאיסור א"א לאיסור יבמה לשוק משום דסובר דלא דמי להא דאמרינן בהמה בחיי' בחזקת איסור עומדת עד שיוודע לך במה נשחטה משום שאנו יודעין שם שלא תצא להיתר עד שיעשה בה מעשה המכשיר לכן אסורה כ"ז שלא נודע שנעשה המעשה. משא"כ הכא כיון שמת הותר איסור א"א ולא מחזיקינן לאיסור יבמה לשוק כמ"ש לעיל בשם הרשב"א בחי' ליבמות (דף ל'). מ"מ נהי דחזקת איסור ליכא והוי כחתיכה אחת ספק של שומן דאסורה [ועוד דקשה מדברי הרשב"א ז"ל עצמו שם בקדושין באותו דיבור שכתב דמתניתין דקדושין דיש לי אחים אינו נאמן מיירי במוחזק דל"ל בנים ול"ל אחין להכי א"נ לומר יש לי אחין משמע הא באין אנו יודעין אם יש לו אחין ויודעין שאין לו בנים הי' נאמן לומר יש לי אחים עיי"ש. הרי מוכח מזה דספק אחין בל"ל בנים דמי לספק חלב ספק שומן ולהכי ע"א נאמן לאסור אבל אי נימא דספק אחין בל"ל בנים הוי כודאי שומן משום דמסתמא לא חיישינן לאחין הא אין ע"א נאמן לאסור והוי לי' לאוקמי מתניתין דיש לי אחים אינו נאמן ביודעין דל"ל בנים ואין יודעין באחין ולמה לא נחוש שמא יש לו אח אטו ניקו ונימא דרוב בני אדם אין להם הא וודאי ליתא:

ואף שהרמב"ם ז"ל כתב (בפט"ו מהלכות איסורי ביאה) שאין אוסרין עריות ומחזיקין אותן בשאר בשר מספק עד שיוודע בודאי שהיא ערוה עליו שאם אתה אומר כן כל היתומים שבעולם שלא היו מכירין אבותיהם היו אסורין להנשא בכל מקום שמא יפגעו בערוה עיי"ש ומטעם זה פסק דהשתוקי ואסופי אינם אסורים בכל הנשים מחשש שמא

היא אחותו או שאר ערוה ומייתי שם ראי' מגמרא התם שאני דאזלינן בתר רובא ורוב נשים שבעולם אינן ערוה עליו להכי שרי אבל לענין שתנשא אשתו של אסופי ולא ניחוש שמא יש לו אח במדה"י לא ידעתי מניין דבזה ליכא רובא כלל:

ואף שדעת הרמב"ן ז"ל הביאו הר"ן ז"ל (בפ' התקבל) והמ"מ (בפ"ט מהלכות אישות) בהא דאמרינן בנזיר (דף י"ב) דהאומר לשלוחו צא וקדש לי אשה סתם אסור בכל הנשים שבעולם שמא אותה אשה שרוצה לישא היא קרובת ארוסתו משום דחזקה שליח עושה שליחותו ובודאי קידש לו אשה אחת. ודעת הרמב"ן ז"ל שהוא אסור בכל הנשים מה"ת ואע"ג דבעינן למיזל בתר רובא ורוב נשים שבעולם לאו קרובות ארוסתו נינהו מ"מ הא הוי לי' קבוע וכל קבוע כמע"מ דמי כדאמרינן בנזיר (דף י"ב שם) וחולק על התוס' שכתבו שם דמה"ת לא מקרי קבוע מחמת שאין האיסור ניכר במקומו והרמב"ן ז"ל סובר דאף שאין האיסור ניכר במקומו נקרא קבוע. וא"כ קשה במה שכ' הרמב"ם ז"ל דאסופי מותר לישא אשה דהא לא שייך למיזל בתר רובא דהא הוי קבוע:

וצ"ל דהרמב"ם ז"ל סובר כשיטת התוס' דמותר מה"ת בכל הנשים דלא מקרי קבוע הואיל ואין האיסור ניכר במקומו ואף שלכאורה דברי התוס' תמוהין מאוד במ"ש דהיכא דאין האיסור ניכר במקומו לא מקרי קבוע דבהדיא אמרינן בע"ז (דף נ"ג) בהא דכתיב ואשיריהם תשרפון באש דמדאורייתא בביטול בעלמא סגי להו רק מדפלחו ישראל לעגל גלו להו אדעתייהו דניחא להו בעבודת כוכבים והוי לי' ע"ז של ישראל שאין לה בטלה עולמית ופריך אימא דבהדי עגל נתסר מכאן ואילך נשתרי ומשני מאן מוכח אלמא דכל האשירות לא מהני להו ביטול משום הנך האשירות שעבדו העובדי כוכבים בשעה שעשו ישראל העגל אע"ג דהני אשירות מיעוטא נינהו נגד האשירות דמעיקרא ונגד האשירות שעבדו העובדי כוכבים אחר שעשו ישראל תשובה על העגל וע"כ הטעם משום דהוי לי' קבוע וכמחצה ע"מ דמי וכיון דאיכא מיעוטא שנעבדו בשעה שפלחו לעגל כולן אסורין ולא מהני בהו ביטול והא התם אין האיסור ניכר במקומו דאין ניכר על האשירה אם נעבדה באותן הימים שהיה ניחא להו בעגל או לא ואפ"ה מיקרי קבוע וזה ראי' לדעת הרמב"ן ז"ל דגם זה מיקרי קבוע וא"כ בהא דאומר לשליח צא וקדש לי אשה נמי מיקרי קבוע ובעינן למיסר מה"ת:

מ"מ אפשר לומר דבלאו הכי שרי מה"ת משום דהוי ס"ס שמא האשה שקידש השליח אין לה קרובות האסורות עליו משום ערוה ואת"ל יש לה קרובות שמא האשה שמקדש עכשיו לא זו היא קרובת ארוסתו והט"ז באהע"ז (בסימן ל"ה) כתב דלא הוי ס"ס דספק שמא לא קידש לא הוי ספק משום דחזקה שליח עושה שליחותו ודבריו ז"ל תמוהין

דאכתי הוי ס"ס שמא אותה שקידש אין לה קרובה האסורה עליו ואת"ל יש לה שמא זו שנשאה אינה קרובתה ודמי לספק על ספק לא על דהוי ס"ס אף שאינו מתהפך וה"נ ספק שמא אין לארוסתו קרובה דמי לספק לא על ועוד דאפשר לומר דמצטרפין ספק לא קידש לס"ס אף דחזקה שליח עושה שליחותו מ"מ הא ודאי דלא הוי ודאי קידש רק כמו רוב דרוב שלוחים עושים שליחותם והיכא דאיכא עוד ספק אחד דעת רוב הפוסקים דהוי ס"ס אף דנגד ספק אחד יש רוב מ"מ המיעוט מצטרף לס"ס:

וראיתי להב"ש שם (ס"ק כ"ח) שתירץ דלהכי לא הוי ס"ס דהוי ספק אחד בגופו ספק אחד ע"י תערובות:

ולפענ"ד דזה לא מיקרי כלל ספק אחד בגופו ספק א' ע"י תערובות דדוקא היכא דיש בתערובות בהמה אחת שנולד בה ספק טריפות בזה לא מהני ספק תערובות להצטרף למיחשב ס"ס כיון דקיי"ל ספיקא דאורייתא לחומרא הוי כוודאי איסור ולא מהני ספק התערובות מידי כגון אם נתערב בהמה שהיא ספק דרוסה בשני בהמות של היתר הרי ידעינן שבהמה אחת יש בכאן שקבועה בה ספק איסור תורה ואיסורה חמור יותר מאותן ב' הבהמות שנתערבה בהן להכי אמרינן דדמי לודאי איסור שנתערב דכיון דיש בהאי תערובות בהמה אחת אשר קמי שמיא גליא שאיסורה חמור מהשנים דהיינו שיש בה ספק איסור תורה שהוא כודאי איסור שבה פגע הדורס ועי"ז נולד בה ספק טריפות רק שאין אנו יודעין איזה היא אין אנו רשאין להתיר אף אחת מכולן ולומר שמא לא זו היא מטעם ס"ס דהספק הראשון נעשה כודאי איסור שבהמה האחת שקבוע בה ספק הראשון לחוד וקמי שמיא גליא רק שמאתנו נעלם להכי שייך לומר שהספק הא' נעשה כודאי שהבהמה זו שקבוע בה ספק האחד שפגע בה הדורס רק שנעלמה מאתנו נעשה כודאי איסור אבל באומר צא וקדש לי אשה שהס"ס הוא שמא אין לה קרובה ושמא לא זו היא או שמא לא קידש ושמא לא זו היא אין בכל הנשים שבעולם אשה אחת שקבוע איסור יותר משאר הנשים אין שייך לומר דדמי לודאי איסור שנתערב דהא אין ספק קבוע בא' יותר מהאחרות דאין אנו יכולין לומר שהאחת חמורה מחברותי' מפני שנקבע בה ספק אחד יותר מחברותי'. דאין בכל אחת מהן איסור אא"כ נתפוס שני הספיקות לחומרא דהיינו שקידש אשה ויש לה קרובה והיא היא הקרובה והכלל מסור בידינו דהיכא דאין אנו יכולין לאסור אא"כ נתפוס שני הספיקות לחומרא אנו מקילין לגמרי בכל איסורי תורה מה לי ספק בגוף המעשה מה לי ספק שמא לא זו היא הכל מקרי ב' ספיקות ולא נקרא ספק אחד בגופו ספק א' ע"י תערובות אלא שיש אחת שקבוע בה

איסור מספק אחד רק שנעלם מאתנו אבל אם אין אנו יכולים לקבוע בשום אחת מהם איסור אא"כ נתפוס ב' הספיקות לחומרא דנין דין ס"ס ומתירין לגמרי וזה ברור:

וכיון שבררנו דהוי ס"ס להכי מה"ת מותר ומדרבנן בעלמא החמירו כדעת התוס' וכן מצאתי בירושלמי (פרק כלל גדול) גבי מהלך במדבר ואינו יודע אימתי שבת דפריך וליחוש לכל הימים כהדא קידש אשה בעולם אתפלגין ר"י ור"ל ר"י אמר חושש לכל הנשים ר"ל אמר אינו חושש לכל הנשים ומשני תמן יש לו תקנה יכול הוא לישא גיורת יכול הוא לישא משוחררת הכא מה אית לך עיי"ש. הרי דר' יוחנן נמי לא אסר אלא משום דיכול הוא לישא גיורת ומשוחררת הא לאו הכי הוי שרי ואם יש בזה ספק איסור תורה כי אינו יכול מאי איכפת לן א"ו דאסור רק מדרבנן משום דמה"ת הוי ס"ס ואם הי' אינו יכול לישא שום אשה אם נחוש לספיקא דקידושי השליח לא הוי חיישינן כלל בדרבנן וזה ראי' גדולה לדעת התוס' דרק מדרבנן אסור בכל הנשים:

ונראה שמזה הוציא הרמב"ם ז"ל שהשתוקי יכול לישא אשה ואינו חושש שמא היא ערוה עליו אף מדרבנן כמו באומר לשלוחו צא וקדש לי אשה דאסור מדרבנן דכיון דאמרינן בירושלמי דטעמא דחששו לר"י בצא וקדש לי אשה משום דיכול לישא גיורת ומשוחררת א"כ מוכח דהאיסור הוא רק מדרבנן ומשום קנס כמ"ש התוס' בנזיר (דף י"ב) ד"ה אסור שקנסוהו על שאמר צא וקדש סתם ולא פירש לאשה פלונית א"כ באסופי דליכא למקנסי' דהוא לא פשע כלום מותר לישא ישראלית ואין חוששין משום ערוה:

עכ"פ יצא לנו מכ"ז דמה שהתיר הר"מ ז"ל אסופי לישא אשה הוא משום ס"ס ספק אין אשה בעולם ערוה עליו ואת"ל יש לו אשה שהיא ערוה עליו שמא לא זו היא אבל באשה שמת בעלה ולא נודע אם יש לבעלה אח דליכא רובא ולא ס"ס להתירה מנין לנו להתיר:

אחרי כותבי כ"ז ראיתי להנוב"י ז"ל בתשובה (סי' קמ"ה) מהד"ת שכתב שם שמדברי הרשב"ם ז"ל שהבאנו לעיל שכתב דאי לאו דמוחזק לן שאין לו אחין הי' לנו לאוסרה מספק כיון דודאי אין לו בנים אין הכרח דאפשר דהרשב"ם קאי שם בגמרא על עובדא דהוי שם שיצא עליו קול שיש לו אחים במדה"י להכי הי' לנו לאוסרה ע"ש בדבריו ותימה שלא זכר דברי הרשב"ם בתחילת הסוגיא שהבאנו לעיל שכתב שם בהא דקאמר הש"ס מתניתין דלא מוחזק לן באחין ולא בבני דקיימא הך איתתא בחזקת שאינה זקוקה ליבם משום דס"ס הוא שמא אין לו אחים ושמא יש לו בנים מבואר דבידוע שאין לו בנים אסור בספק אחין לחוד:

עוד ראיתי בדבריו ז"ל דבאסופי איכא ס"ס שמא אביו א"י ואת"ל שהוא ישראל שמא אין לו אח ואף שהכל ספק אחד דהא כשאנו באין לחוש לאחין אין אנו חוששין רק

לאח ישראל שהוא הזוקק ליבום ואח עובד כוכבים ואין לו אחים הכל ספק אחד. מ"מ מקרי ס"ס דספק אחד מתיר יותר מחבירו דספק של עובד כוכבים מתיר לכל העולם משא"כ ספק אין לו אח עדיין אוסר למי שיש לומר שהאסופי הי' בנו דהוי ליה אשה זו כלתו לגבי':

ולענ"ד צ"ע דזה לא מיקרי ספק אחד מתיר יותר מחבירו דגם באין לו אח לחוד אינה נאסרת לשום אדם ומותר כל אדם לנושאה אם קים ליה בגווי' וידע בנפשו שלא בא על הפנוי' וילדה ממנו וולד הנעלם מכל אדם ממי הוא ואשת אסופי זה מותרת להנשא לכל מי שרוצה לישאנה ואומר שלא בא על הפנויה ואינה אסורה אלא למי שיודע בנפשו שבא על הפנויה וילדה ממנו ואפשר שאין אדם זה בעולם ומי שבא על אשה שילדה אסופי זה כבר מת ולמי מתיר ספק עובד כוכבים יותר מספק אח ואיך ניקו ונימא דמקרי ס"ס הלא אם כבר מת האיש שבא על אם האסופי אין כאן ס"ס דבאין לו אח לחוד מותרת לינשא לכל אדם ואין ספק אחד מתיר יותר מחבירו וצ"ע:

וראיתי להנוב"י שהביא בשם הגאון מו"ה מרדכי בנעט ז"ל שהביא ראיה דאין חוששין מספק שמא יש לו אח ממתניתין (דפ' האשה בתרא) בהיתה לה חמות אינה חוששת משום דאיכא מחצה נקיבות מחצה זכרים ומיעוט מפילות וא"כ ה"ה הכא יש לנו לדין על בעלה של זו שאף אם ילדה אמו הוי ליה מיעוט הזוקק ליבום והביא שם הנוב"י מדברי הרמב"ם דלאו דווקא אם הלכה חמותה למדה"י על זמן לידה אחת אלא אפילו אם היו זמן רב במדה"י נמי אין חוששין שמא ילדה בן הזוקק ליבום מיהו לכאורה יש לעיין דהא התם אמרינן דמתניתין אתיא כר"מ דחייש למיעוטא ואפ"ה אינה חוששת משום דאיכא רובא לשוק וחזקה לשוק ולא אמרינן דמחזיקין מאיסור א"א לאיסור יבמה לשוק הוא משום דמחמת חזקה אין לנו לאמר שנתחדש מעשה לידת היבם א"ש דברי הרמב"ם ז"ל דאי לאו דהי' לה חזקת היתר לשוק קודם שהלכה חמותה למדה"י וכגון שהיתה חמותה במדה"י מתחילת נשואיה לא הוי שרינן לה מטעם רובא דמחצה נקיבות ומיעוט מפילות דהרמב"ם ז"ל לטעמיה דפסק בהלך בעלה וצרתה למדה"י דלא תנשא כסתם מתניתין דאמרינן סמוך מיעוטא דמפילות לחזקה דאיסורא לשוק] משום דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקת א"א וחיישינן שמא יש לבעלה אח גם מתחילת נשואין אבל כשהלכה אחר נשואיה שקודם הליכתה היתה בחזקת היתר לשוק שריא מטעם רובא וחזקה לשוק וחזקת איסור הנמשך מאיסור א"א לא מהני מידי דהא ידעינן דלא הי' לה יבם קודם שהלכה ובעינן לחדושי מילתא שנולד לה יבם להכי שריא ושפיר כתב הרמב"ם שאין מוציאין אותה מחזקתה משום דלא שריא אא"כ יש לה חזקת היתר קודם שהלכה

למדה"י דאז לא מהני חזקה הנמשכת מאיסור א"א לאוסרה אבל אם אנו מסתפקין שמא בחזקת יבום קיימא מתחילה שיש לו אח מצטרפינן חזקת א"א בהדי מיעוטא כשיטת הרמב"ם דפסקינן כרישא דמתניתין:

ובזה מיושב גם מה שדקדקו התוס' למה ליה להש"ס למימר גבי היתה לה חמות דאינה חוששת מטעם רובא וחזקה דהא ברובא לחוד סגי ובעינן רק שלא יהיה חזקה נגד רובא כרישא דמתניתין וברובא לחוד סגי למישרי:

אבל לפמש"כ א"ש דבעינן חזקה דהיתירא לשוק דאי לאו הכי אלא שהספק הוא מתחילת נשואיה אמרינן סמוך מיעוטא דיולדת זכר בן קיימא לחזקה הנמשכת מאיסור א"א. להכי בעינן חזקה לשוק דאז אין כח בחזקה הנמשכת מא"א לגרום לה איסור משום דהאיסור בא ע"י חידוש מעשה ולפ"ז בנ"ד באסופי שאנו מסופקין שמא יש לו אח מתחילת נשואין לא מהני האי רובא דנקיבות ומפילות משום דסמכינן למיעוטא חזקה דא"א הנמשכת:

ולפמש"כ מיושב היטיב לשון הרמב"ם ז"ל שכתב שלא גזרו להוציאה מחזקתה והיינו דאם ליכא חזקה לשוק דהיינו דהספק הוא מתחילת נישואי' נמי לא אסורה להנשא אלא מדרבנן מטעם סמוך מיעוטא לחזקה דנמשכת מאיסור א"א דהא דסמוך מיעוטא לחזקה דרישא דמתניתין הוא רק מדרבנן אבל כשיש חזקה לשוק לא גזרו רבנן כיון דלא מהני חזקה הנמשכת מאיסור א"א ויצא לו סברא זאת דלא שריא אא"כ יש לה חזקה לשוק מהא דאמר הש"ס סיפא רובא וחזקה להתירא דמשמע דבלא חזקה לא שריא:

ולפ"ז יהא האי דינא דאסופי אי חיישינן שמא יש לו אח תליא בפלוגתת הראשונים דלהרי"ף והרמב"ם ז"ל שפסקו כהך משנה דהלך בעלה וצרתה למדה"י לא תנשא משום סמוך מיעוטא דאינן יולדות ולד קיימא לחזקה גבי אסופי נמי סמכינן מיעוטא דלידת יבם לחזקה דחזקת איסור א"א שנמשך מאיסור לאיסור ולדעת הרשב"א ז"ל שפסק דלא כהך משנה ומתיר להנשא כשהלך בעלה וצרתה למדה"י ולא סמכינן מיעוטא לחזקה ה"נ שריא גבי אסופי ומדברי הרמב"ם ז"ל מוכח לפי דברינו דאף הא דסמוך מיעוטא לחזקה הוא רק מדרבנן דהא כתב שלא גזרו להוציאה מחזקתה מזה משמע דאף היכא דליכא חזקה לשוק נמי ליכא אלא איסור דרבנן משום סמוך מיעוט דיולדות הזוקק ליבום לחזקה הנמשכת מאיסור א"א וא"כ כיון דלא הוי אלא איסור דרבנן ואיכא פלוגתא דרבוותא וגם יש לצרף לזה בנ"ד דגם הא דלא הוחזק בבני לא הוי חזקה גמורה שלא נשמע מפיו דבר זה שאין לו בנים רק שלא ידענו אם יש לו בנים לכן יש להקל בזה:

יש להסתפק באחד שאמר שראה אשתו שזינתה והיא מכחשת אותו ומת הבעל ונפלה לפני יבם אם מותרת להתייבם דלכאורה אפשר לומר כיון דלא אסורה לבעלה אלא מטעם שויא אנפשה חד"א אבל כשמת מותרת אף לכהן ואין אנו מחזיקין אותה לסוטה אלא לגבי בעלה א"כ מותרת אף ליבם כמו שאר יבמה (והא דלא קתני במשנה דאלו אסורות לבעליהן ומותרות ליבמיהן אשה שאמר הבעל שראה שזינתה ובש"ס שם (ד' פ"ד) דשקיל וטרי התם אי תני ושייר ולא מוכיח מהא דלא תני הך גוונא נראה דיש לומר דלא קתני אלא איסור שגם אנו יודעין שהוא איסור משא"כ אשה שבעלה אמר שזינתה אין אנו מאמינים לו כלל רק שהוא נאמן לגבי עצמו] או דלמא כיון דאמרינן בסוטה (דף ו') טעמא דסוטה אסורה להתייבם משום דכיון דבמותר לה נאסרה באסור לה לא כ"ש וה"נ כיון שנאסרה על בעלה אסורה להתייבם:

ונראה דמותרת להתייבם דהא שם בסוטה פריך אלא מעתה אשת כהן שנאנסה ויש לו אח חלל ה"נ דאסורה לו משום ק"ו ומשני התם אונס בישראל משרי שרי הרי דכיון דאונס בישראל שרי לא איכפת לן במה שנאסרה במותר לה א"כ כ"ש הכא דבעינן למימר גבי יבם דמחזיקין אותה שלא זינתה כלל:

מיהו צ"ע מהא דאמרינן ביבמות (דף קי"א) תנן התם בראשונה היו אומרים האומרת נטולה אני מן היהודים יוצאת ונוטלת כתובה חזרו לומר האומרת נטולה אני מן היהודים יפר חלקו ומשמשתו ומבעי ליה אמרה נטולה אני מן היהודים ומת מי מסקא אדעתה דנפלה קמי יבם או לא ופירש"י ז"ל שהבעל הפיר חלקו ומת ומבעי ליה אי אסורה ליבם מחמת נדרה או לא וקשה דלמה איכפל רש"י ז"ל לפרושי שהפיר הבעל חלקו ומת דהך בעיא אי חל נדרא איבם הוי מצי למיבעי נמי אם לא הפיר הבעל חלקו ומת אם מותרת ליבם שאין היבם בכלל הנדר או לא א"ו דכשלא הפיר חלקו ומת אסורה להתייבם מחמת דבמותר לה נאסרה באסור לה לא כ"ש ואף שהאיסור רק מחמת נדר לחוד וביבם לא שייך הך איסורא כלל מכל מקום אסורה ליבם:

ונראה דרש"י ז"ל היה מוכרח לפרש דבעייתו מיירי שהבעל הפיר חלקו ומת דבלא"ה היתה אסורה ליבם משום ק"ו דאי נימא דמיירי בלא הפיר חלקו ומת א"כ ל"ל לאתויי כלל הך דמשנה אחרונה הא הך בעיא מצי למיבעי גם למשנה ראשונה שאינו יכול להפר ונוטלת כתובה ויוצאת אם מת אם מותרת להתייבם ומדמבעי ליה רק למשנה אחרונה ש"מ דלמשנה ראשונה אסורה בלאו הכי משום ק"ו ומבעי ליה למשנה אחרונה כגון שהפיר חלקו ומת דליכא ק"ו אי אסורה ליבם משום נדרה או לא וצ"ל לפ"ז דאף דאמרינן שם בסוטה באשת כהן שנאנסה ולו אח חלל דלא אסרינן משום ק"ו דבמותר לה

נאסרה משום דאונס בישראל משרי שרי. עיקר החילוק דבישראל ובחלל לא משכחת כלל איסור זנות דאונס ולא שייכא גביה כלל להכי לא אמרינן ק"ו אבל זנות דרצון אף דזנות שתחת הבעל לא שייכא גבי יבם מ"מ אלו זנתה תחתיו היתה אסורה והאיסור דנוהג בו שייך למימר ק"ו דבמותר לה נאסרה באסור לה לכ"ש ולהכי הוצרך רש"י ז"ל לפרש שהפיר לה קודם שמת ולהכי בנודרת הנאה מבעלה ומת נמי שייך למימר האי ק"ו דהא איסור נדר נוהג גם גבי יבם אלו נדרה תחתיו ואמרינן במותר לה נאסרה וכו' ועיין ברש"י ז"ל שם בסוטה שמשמע מדבריו ג"כ דלא אמרינן ק"ו אלא באיסור שנוהג גבי יבם ג"כ:

ולפי"ז אפשר לומר גם בבעל שאומר שראה שזינתה אף דלכל מילי מחזקינן ליה למשקר מ"מ כיון שנאסרה עליו מטעם אמירתו וכמה רבוותא סברי דענין שויא אנפשה חד"א הוא מטעם נדר אמרינן ק"ו במותר לה וכו' ואסורה להתייבם:

מיהו לפמ"ש התוס' ביבמות (דף פ"ד) ד"ה שייר שהקשו אמאי לא פריך בסוטה בנעשה פצוע דכא ומת תהא אסורה להתייבם מטעם במותר לה נאסרה וכו' ותירצו דלא שייך לומר במותר לה נאסרה אלא במעשה שנעשה באשה ולא באיש א"כ לפ"ז אפשר דהכא שהוא אומר שראה שזינתה ונאסרה עליו לא מיקרי מעשה באשה דהא אנן לכל מילי מחזיקינן שלא זינתה רק שהוא אסור בה מחמת אמירתו ולא מיקרי מעשה באשה כ"א באיש ודמי לנעשה פצוע דכא דלא אמרינן בי' במותר לה נאסרה וכו':

מיהו עיקר הדבר שדקדקנו מלשון רש"י ז"ל דאם לא הפיר הבעל ומת אסורה להתייבם קשה לכאורה דאיך שייך בזה במותר לה נאסרה נהי דהבעל לא הפיר לה ואפילו אם הקים לה מ"מ הא יכולה לשאל לחכם על נדרה ותהא מותרת ואיך שייך לומר בזה במותר לה נאסרה:

מיהו מצינו כה"ג (בב"ק ס"ז) דאמר התם דגזלן שתרם הוי יאוש ושינוי השם מעיקרא טיבלא והשתא תרומה והקשו התוס' הא הוי שינוי החוזר לברייתו ע"י שאלה ותירצו דשאלה בתרומה לא שכיחא והרשב"א ז"ל שם הוכיח דמידי דלא שכיח נמי מיקרי חוזר לברייתו ותירץ דכיון דשאלה א"א כ"א ע"י אחרים שיתירו לו לא מיקרי חוזר לברייתו עי"ש בדבריו ז"ל. ואפשר לאמר דה"נ כיון דשאלה צריכה לאחרינא מיקרי נאסרה במותר לה ואמרינן ק"ו במותר לה נאסרה באסור לה לא כל שכן:

תם ונשלם , שבח לאל בורא עולם.