

בית יצחק

קובץ חרושים בהלכה

יוצא לאור על ידי

הסתדרות תלמידי ישיבת רבנו יצחק אלחנן

ישיבה-אוניברסיטה

שדרת אמסטרדם ורחוב 186

ניו יורק 33, ג. י.

ה'תשי"ח

בית יצחק

קובץ חרושים בהלכה

יוצא לאור על ידי

הסתדרות תלמידי ישיבת רבנו יצחק אלחנן

ה'תשי"ח

ניו-יורק

תוכן הענינים :

הקדמה הנהלת הסתדרות תלמידי הישיבה 5

כבוד הבריות הרב יעקב משה הכהן לעסין 7
משגיח רוחני

חדו"ת מאת ראשי הישיבה רבניה ומחנכיה *

רוב וקבוע הרב אהרן דוד בוראק 19

ביאורים בענינים שונים הרב שמואל גערישטענפעלד 26

ביאור בדברי הרמב"ם בענין אשת מלך

והגדרת דיני חליצה הרב יחיאל מיכל הכהן ב"ץ 29

בענין פסול נגיעה בעדות הרב אפרים מרדכי סטיינבערג 40

בענין חלוקת השותפין הרב משה אהרן פאלייעוו 44

(המשך מעבר לדף)

תוכן הענינים

(המשך)

חדו"ת מאת מוסמכי הניכי ותלמידי הישיבה *

- 51 בענין תקנתא דרבנן שמעון דוד איידער
- 54 בסוגי' דשיקול הדעת ישעיהו ביילין
- קנין פירות כקנין הגוף דמי
- 59 שלום בערמאן, שמשון העלפגאט, מרדכי ליפשיטין, יעקב פרנקל
- 62 בענין עדים זוממים בכופר ובעבד עברי אבא ברזנשפיגל
- 68 בענין חצי שיעור אהוד האבנר
- 72 הערות בפרק קמא דסנהדרין אליהו עמנואל הארטמאן
- 76 כח היוורשים בנכסי המוריש נחמיה זבראסקי, יצחק רוזנבוים
- 80 בענין חצי דבר בגניבה ומכירה בנפש אהרן ליכטנשטיין
- 88 בדין עיר הנדחת חנוך מילען
- 90 בענין שכיב מדע אלחנן פאלייעוו
- 92 בענין האשה המקשה לילד אשר פינקל
- שיטת רשב"ם ותוס' בענין קנין פירות כקנין הגוף דמי
- 95 אליבא דר' יוחנן יונה פראגער
- 97 קבלת תרתי לרעותא צבי שכטר
- 102 תירוץ לקושית המור על שיטת הרשב"ם ישר הירשאופ
- 104 בסוגי' דמתוך הרב ישעי' ריעדער

(*) על פי סדר הא"ב

מצבת זכרון

לנשמת

מו"ר הרב הגאון הגדול

ר' שמואל ב"ר ברוך גערשטענפעלד ז"ל

ששימש בתור ר"מ בישיבתינו הקדושה ישיבת רבנו יצחק אלחנן
יותר מארבעים שנה והרביץ תורה למאות תלמידים
והעמיד דור של רבנים שמשמשים כעת
ברבנות בכל רחבי ארצות הברית.

הוא השתתף תמיד במאמרי חידושי תורה בכל
החוכרות של חידושי תורה שיצאו לאור על ידי
הישיבה וביחוד בה"בית יצחק" והיה אהוב וחכיב
לכל תלמידיו הרבים שזכו ללמוד תורה מפיו.

תנצב"ה

מצבת זכרון

לנשמת

הרה"ג ר' מרדכי ב"ר יונה קרפנשפרונג ז"ל

ששמש בטהרה בבית המדרש למורים של
ישיבתינו הקדושה. זכור הוא לתלמידיו
ולכל בני הישיבה, שהיה מופיע אף בלילות
בבית המדרש ועוזר להם. גם היה תורם
מחדושו העמוקים בקובץ „בית יצחק“,
והיה מחבר ספר „דברי מרדכי“.

תנצב"ה

ה ק ד מ ה

„שנו חכמים בלשון המשנה“ (אבות פרק ו'). רבי משמעות דברי חז"ל אלו הנראים במבט שטחי כדברי הקדמה גרידא. אולם, הרוח הפועם במלים אלו קבע את אופי הלימוד היהודי מימים ימימה: העברת דרך לימוד מדור לדור, מרב לתלמיד. כל חוליה וחוליה בשרשרת תופשי התורה קבלה את הכשרתה מהחוליה הקודמת, ועל כן קשה להצביע על מפנה חדש בשיטות לימוד. אף כשתלמיד מחדש דבר, מחדשו בנוסח רבו, שהקנה לו שיטת לימוד בריאה. בקושיא ובתירוץ בכל ניכר השפעת הרב.

וכלל גדול זה הוקבע כהקדמה לחידושים. החידוש המושלם מגלה את התלמיד כיוצר ולא רק כסופג. ניצוץ החידוש מדליק פתילה תמה זו שספג לתוכה תורת הרב, והפתילה נהפכת לאבוקה, לשלהבת של דברי תורה. החידוש הוא גולת הכותרת שאליו שואפים דורות.

בזה מגישים אנו לכם את ה"בית יצחק" השנתית. מקווים אנו שהוא יעודד אתכם להעמיק בתורתנו הקדושה, העמוקה מני ים. באשר בו מתגלם חידוש בית המדרש, הוא ראוי להוקרה מיוחדת. לשון המשנה יש בו, וגם אינו חסר היצירה החיה.

הפתדרות תלמידי ישיבת רבנו יצחק אלחנן

יצחק ב. סאדאזוסקי, נשיא
יוסף בלאה, סגן-נשיא
שמעון ד. איידער, מזכיר-גזבר

המערכת

ש. בראנוזויק
אפרים האראוויץ
ישראל זאליסקי
מלך פרעס
חיים שלעס

ועד העורכים

יוסף בלאה
יוסף בלידשטיין
ישראל ב. רייז

הרב יעקב משה הכהן לעפין

כבוד הבריות

בע"ה

„אמר ר' אלעזר: הני ע' פרים כנגד מי? כנגד ע' אומות; פר יחידי למה? כנגד אומה יחידה. משל למלך בשר ודם שאמר לעבדיו עשו לי סעודה גדולה, ליום אחרון אמר לאוהבו עשה לי סעודה קטנה כדי שאהנה ממך.“

„אמר ר' יוחנן: אוי להם לעובדי כוכבים שאבדו ואינן יודעין מה שאבדו, בזמן שבית המקדש קיים מזבח מכפר עליהם ועכשיו מי מכפר עליהם?“
(סוכה נ"ה)

כשנעייין בדברי חז"ל אלה תתעורר לכאורה פליאה גדולה, כי לפי זה יוצא שכל הקרבנות של חג הסוכות, זה החג של „זמן שמחתנו“ המעורה בימי התשובה והרחמים הדין והמשפט לכל באי עולם, הימים בהם כל ישראל מלאים רובי קודש ודבקות בה' של „נגילה ונשמחה בך“ במלוא מובנם של הדברים, על ידי קרבנות החג, שהוא האושר הגדול ביותר בחיי הכלל והפרט של ישראל — יוצא שכל הקרבנות של ע' פרים הם למען אשרם של אומות העולם, כדי לכפר עליהם שיחיו יתגדלו ויתנשאו בעולם ויהיו מאושרים בחייהם, ואילו בשביל כלל ישראל עם סגולה, תכלית הבריאה כולה, מקבלי ומקיימי התורה, די להם הקרבן של פר אחד שמביאים בסוף ימי החג ב„שמיני עצרת“! האין זה מתמיה ומפליא? על מי מביאים ישראל קרבנות לכפר עליהם — על אומות העולם שונאי ישראל ומחריבי בית המקדש, שבכל התקופות והזמנים היו לשיכים בעינינו ולצנינים בצידנו, בשביל אלה מקריבים כל ישראל ע' פרים בזמן היותר מקודש!

אבל כאן מתגלה לפנינו כראי מוצק הנושא הגדול של „חביב אדם שנברא בצלם אלקים“ יחד עם היסוד של „דרך ארץ קדמה לתורה“, שלפי רוח התורה כוונתן איננה רק שלא לגנוב ולא לגזול או לא לעשות עברות גסות דומות נגד הזולת, אלא שהם כוללים גם התחשבות וזהירות בכבודו והרגשותיו של כל הנברא בצלם, שלא להעליבו ולא לפגוע בכבודו בשום

צורה ואופן, ואדרבה לדונו תמיד לכף זכות ולהתנהג עמו בנימוס ובעדינות יתירה, כי כולם נבראו בצלם א' ונשמת ה' ממרום תחיים.

ונביא בזה דוגמאות מספר עד כמה מתחשבים בשמים במהות המין האנושי מצד שנברא בצלם א'. אמרו חז"ל: "לא גלגל הקב"ה והביא מלכות רומי בעולם אלא בשכרו של עשו, שהיה בוכה ומתאנח בשעה שבירך יצחק את יעקב אבינו" (ילקוט נח). ובמקום אחר: "שלש דמעות הזיל עשו, אחת מימינו ואחת משמאלו ואחת נסתלקה בתוך עינו. על ידי דמעה אחת נתהווה גלות מצרים ועל ידי השניה גלות בבל וע"י השלישית שנסתלקה בתוך עינו נתהווה גלות אדום, ולו יצאה גם היא מתוך עינו לא היה נשאר שריד ופליט משונאיהם של ישראל" (תנחומא תולדות).

מחסרון ידיעתנו בתורת המוסר ובמאור שבתורה אנו מתייחסים לפרקים אל מושגי התורה בקנה מדה חילונית ומפני זה אין שכלנו תופס כיצד יתכן שבגלל דמעה אחת של עשו הרשע יגרם לבני בניו של יעקב גלות מצרים, גלות בבל וגלות אדום, וזו האחרונה ע"י דמעה שנסתלקה בתוך העין בלבד, אבל שומה עלינו לזכור תמיד שמפאת קוצר השגתנו אין אנו מבינים כהלכה את סיפורי התורה בכלל המתארים לנו אישים שונים על חייהם המגוונים, כי קלישות דעתנו מעכבת בעדנו מלהבינם כל צרכם. כך, למשל, אנו מציירים בדמיוננו את עשו כאכר כפרי מגושם וקרדום בידו העסוק כל הימים בציד חיות ועופות, כיצד נוכל איפא אחרי זה לשפוט על מעשיו לפי מושגי המאור שבתורה על עיני דעות ומדות?

אבל הלא מוצאים אנחנו בחז"ל המסבירים את ענין אהבת יצחק לעשו "כי ציד בפיו", שעשו הצליח לרמות את אביו ע"י שאלות של מה בכך, כגון מהם דיני המעשר של תבן ומלח וכדומה, ולכאורה תמוה הדבר כיצד יתכן הדבר שיצחק אבינו ששם ה' נקרא עליו — "אלקי יצחק" — לא יכיר במרמת בנו, מה שגם הפשוט שבפשוטים יכול היה להכיר? מוכרחים אנו איפא להסיק שמצד מעלות אישיותו נחשב עשו בעיני יצחק כמו יעקב אבינו, ואת מומיו הרוחניים אפשר היה לראות רק באספקלריה ורק בשמים יכולים להחליט את טיב מעלליו; כי רשעתו של עשו היתה חבויה בתוך תוכה של נפשו ונסתרת מעין אדם ומשום כך הצליחה מרמתו כלפי אביו, אולם הואיל ורשעתו היתה בלתי רגילה באיכותה השפיעה באופן בלתי רגיל על דורות אין מספר, וכמו שאמרו חז"ל "ויחרד יצחק חרדה גדולה עד מאד" (בראשית כ"ז) "בשעה שנכנס עשו נכנס גיהנם עמו" (מד"ר).

מדברי חז"ל אלה אנו למדים שיצחק אבינו צפה וראה בהרגשתו המיוחדת מה שיארע לדורות הבאים ע"י השפעתו הרעה של עשו, ומצד שני

מתבלטת אישיותו של יעקב אבינו בכל אצילותה והשפעתה הגדולה לטובה על עם ישראל בעתיד הרחוק, והנצחון היה לצדו של יעקב והירושה הרוחנית של יצחק נפלה לנחלה לו ולבניו לנצח נצחים, אבל יחד עם זה אנו רואים בעליל את נצחיותו של כל אדם וגודל הערכה בשמים של האדם מצד "חביב אדם שנברא בצלם א'", וכשעשו בכה העריכו בשמים כאילו בכו יחד אתו מילוינים רבים של בני עשו בכל הדורות, המצטערים כמוהו על אבדן הברכות, ובכיה כללית זו כחה רב להשפיע על הצד שכנגד, על מיליוני בני יעקב נוהלי הברכות שיסבלו גלות אלפי שנים. אנו רואים מזה גודל נצחיותו של האדם בתור יציר כפיו של הקב"ה והנברא בצלם א' והתחשב עמו אף בענינים הרחוקים שלא יוגרם לו על ידינו שום נזק וזער.

ולא רק באופן שלילי אבל באופן חיובי לדאג לטובתם ולמען אשרם אף באופן רוחני, מעין זה אנו מוצאים אצל נח. חז"ל דורשים "עשה לך תיבת עצי גופר" — ולמה עצי גופר? לפי שדור המבול נידון בגפרית, ונח היה ראוי לידון בגפרית, ולפי שמצא חן בעיני ה', ציווהו שיעשה התיבה מעצי גופר כדי לכפר עליו. "קנינים תעשה את התיבה" — א"ר יצחק מה הקן הזה מטהר את המצורע, אף תיבתך מטהרתך". והנה חטאו של נח היה שלא התפלל על בני דורו, כאמרם: "א"ר אלעזר, הווי ליה למבעי רחמי על עלמא בגין דניחא ליה לקב"ה מאן דיימר טבא על בניו, מנא לן? מגדעון בן יואש דלא הווי זכאי ובר זכאי, ומשום דאמר טיבותא על ישראל א"ל הקב"ה לך בכחך זה והושעת את ישראל מיד מדין, מהו בכחך זה? טיבותא דאמרת על בני" (זוהר חדש).

נח שחטא במה שלא השתדל לטובת הצלת העולם וקיומו, נכלא איפוא בתיבה משך י"ב חדשים כמשפט הרשעים בגיהנום משך אותו הזמן, ומלבד זה נאלץ לפרנס ולהזין בעלי חיים לאין מספר בזמנם ובטבעם שעינה את כחו מאד, וכל זה בא עליו מחמת הצורך בתקון גשמתו וטשטוש קלקוליו הרוחניים, כדעת חז"ל במסכת סנהדרין דף ק"ח. והנה נח מצויין בתורה כצדיק תמים, ונקל לשער את הרושם שעשה עליו המצב הגרוע בימיו, של "ותשחת הארץ", ו"כי מלאה הארץ חמס", והיאך יצוייר שיהיה מבקש רחמים על בני דורו הרשעים, וביחוד כשהקב"ה עצמו עומד ומכריז: "ואני הנני מביא את המבול", וגם חז"ל מפרשים: "ואני הנני" בשמחה, דברי ר' יוסי, כי יש שמחה לפני המקום משיאובדו מכעיסו מן העולם, וכה"א (משלי י"א) "באבוד רשעים רינה" (ספרי במדבר קי"א), ובכן איפוא היאך אפשר לתבוע מנח שיבקש רחמים עליהם, כשהמדובר כאן בצורך של "וביערת הרע מקרבך", ובביעורם יש שמחה לבורא העולם, והאיך גם אפשר לדון את נח לעונש

נורא בעד חטא קל כזה בשלילה? רואים אנו מזה שמוטל על האיש השלם בתכלית להתאמץ ולהרחיק מזכרונו — כשהשעה צריכה לכך — את העקרונות של „לא יגורך רע“ או „וביערת הרע מקרבך“, ובמקום זה להבחין בבדידות וגלמודות של נושאי הרע, ולחלצם מן המיצר על ידי בקשת רחמים עליהם, ואם לא יעשה כן אין זה נחשב כהעדר המעלה, רק כחסרון חיובי כפי שעשה לו בעצמו הרע כשמתעלם מהצלתו ונענש על אופן זה.

וענין זה יסוד גדול לדברי רבינו יונה ב„שערי תשובה“ השער השלישי סימן ע', וז"ל: „לא תוכל להתעלם“ הוזהרנו בזה שלא להתרשל מהצלת ממון חברינו בין מטלטלין ובין מקרקעות כו', אף כי הוזהרנו להשתדל בהצלת חברינו ולשית עצות לעזרתם בעת צרתם, וכן כתוב „אל תעמד על דם רעך“, ואמר שלמה „התרפית ביום צרה צר כחכה“, כי אם יש לך כח להציל בעצה או בהשתדלות, ואתה מראה את נפשך שאין בך יכולת, יקצר כחך מדה כנגד מדה, ונאמר אחריו כי תאמר „הן לא ידענו זה“ הלא תוכן לבות הוא יבין, ונוצר נפשך הוא יודע וישיב לאדם כפעלו, הנה המניעה מן ההצלה ושית עצות על העזר, הקב"ה יחשוב לו כפעלו, שאף שעוון המניעה היה „בשב ואל תעשה“ מכל מקום יחשב לו לעוון, כאילו עשה לרעהו בפועל, שאותה הרעה שבאה לחבירו, במקום שהיה יכול להנצל ע"י חברו, יחשב לזה הנמנע מן ההצלה כאילו הוא פעל ועשה, וזהו „והשיב לאדם כפעלו“ עכ"ל. לפי ביאור רבינו יונה אנו רואים שחייב כל אדם להתעניין ולהתעמק במצבו הרציני של חברו כדי לחלצו מצרתו. ואם הוא איננו עושה כך, מעלים עליו כאילו הוא עצמו גרם לצרתו של הלה. היוצא מזה שעזרתו אינה בחינת חסד והצלה לזולתו, כי אם בחינת חיוב לתקן מה שהזיק לחברו או מה שקלקלו לו. ומה ממונו וגופו של חברו חשובים הם כל כך, וחוב קדוש הוא עליו לעזור לו בכל מאודו, עניניו הרוחניים של חברו לא כל שכן, שעליו לסייעו ולנהלו בעצותיו הטובות ולהתפלל עליו שיצליח ברוחניות וגשמיות, והצלת הגוף ערכה גדול יותר מהצלת הגוף והממון, כי פצעי הגוף על פי רובם נרפאים גם מבלי כל סיוע, אבל פצעי הרוח על פי רוב קשים וחמורים הם, וזקוקים להדרכת מורים ורחמי שמים. וכפי שנתבאר לפנינו מתביעת דין שמים מנח שנענש על שלא התפלל על בני דורו, וכפי יסוד הדברים של רבנו יונה שהביא מהכתובים נראה לפנינו כראי מוצג כי המונע את עצמו בזדון מהצלת חברו הן בגשמיות והן ברוחניות לא רק עובר על „לפני עור לא תתן מכשול“, כי אם גם הוא נענש על זה כאילו הוא בידיו ממש גרם לפצעי הרוח של חברו, ולא סגי בתוכחה גרידא אשר יוכיח את חברו, עליו ביחוד להתאמץ להצילו על ידי מעשים מתאימים ובקשת רחמים עליו. ובעצם זהו בגדר

של „והלכת בדרכיו — מה הוא רחום אף אתה רחום“. על כל אדם להגיע למדרגה של „מי קל כמוך נושא עוון“, בחינת מלך נעלב וסובל עלבונה, מה שאין הרעיון יכול להכילו.

ובראותנו כיצד חסרון כל זהו אף במניעת הטוב משפיע לרעה, עלינו גם לזכור ש„מידה טובה מרובה ממידת פורעניות“, ושעל ידי בקשת הטוב ואהבת האמת עלול האדם להגיע למדרגה עליונה מאד, למדרגה של „הווי דומה לו“ ו„מה הוא רחום אף אתה רחום“, כמו שמציינים חז"ל גדולתו של אברהם אבינו בענין זה: „ר' יוחאי פתח, „אהבת צדק ותשנא רשע“ (תהילים מ"ה) — מדבר באברהם אבינו. בשעה שבקש רחמים על סדום, א"ל הקב"ה לאברהם „אהבת צדק“ לצדק בריותי ושנאת מלחייבן, אף כן „משחך אלקים אלקיך שמן ששון מחביריך“, מנח ועד אצלך עשרה דורות, ומכולם לא דברתי עם אחד מהם אלא עמך“ (מדרש רבה פ' לך). חז"ל מטעימים כאן שאברהם אבינו ע"י כח החסד הנטוע בקרבו שנתממש בלימוד זכות על סדום, הגיע לדבקות נפלאה בה', בחינת „מה הוא רחום אף אתה רחום“, שממילא הביא לידי דבור ד' אליו כמציאות הכרחית, מלבד שזה ניתן לו כשכר הגון על חסדו ועל אמיתו. ומכאן עצה הגונה לכל בן ברית להיות תמיד מלמד זכות על הזולת מחמת צלם האלקים הנמצא אצל כל נוצר, והלא „חביב אדם שנברא בצלם אלקים“, וביתוד גדולה וחשובה המידה של אהבת ישראל כאמרם „חביבין ישראל שנקראו בנים למקום“, ותא חזי יקרה מידה זו שהיא עלולה לפתח רגש החסד בלבו של האדם עד כדי כך שיתאמץ ללמד זכות על כל בני מינו בכל התנאים ונסיבות הזמן.

זהנה נתבאר לפנינו מהות האדם וגדלותו מצד הצלם האלקים שבו, והשקפה זו מביאה חובת האדם להתענין בהזולת ובכל המין האנושי להטיב עם הכלל והפרט בכל עניניהם ובכל התנאים ואופני מצביהם.

וראוי לנו עוד להעמיד עצמנו גם במקצוע זה של חובת האדם בתקון מדותיו ודרך ארץ שקדמה לתורה, וכבר ביארנו הענין „קדמה לתורה“, לא נאמר גדולה מתורה רק „קדמה“, היינו: הדרך ארץ הולכת קדימה ומכשרת את האדם בשלמותו בתקון מדותיו וכחות נפשו שאז ראוי הוא לתורה ובלא דרך ארץ איננו האדם הראוי לתורה, ובאופן זה עלינו לדעת כי ענין דרך ארץ ותקון המדות המה גופי התורה, ולא רק בתור הכשרה לתורה בעקיפין, כי אם תורה עצמה המקפת מהות האדם ותורה, נקח למשל, המדה של „הכרת טובה“ השייכת למקצוע של דרך ארץ ומדות האדם עד כמה מגעת מנקודת השקפת התורה, התורה הטילה חוב קדוש על כל אחד מישראל „לא תתעב מצרי כי גר היית בארצו“ (דברים כ"ג) אמר ר' אלעזר בן עזריה המצריים

לא קבלו את ישראל אלא לצורך עצמן וקבע להם המקום שכר, והלא דברים ק"ו ומה אם מי שלא נתכוון לזכות כך, מי שנתכוון לזכות עאכו"כ (ספרי תצא). והנה כפי שביארנו גודל חובת האדם להשתלם במדות ודרך ארץ, רואים אנו הבהרת הענין הנפלא מזה שעמון ומואב נותרו מלבא בקהל "לא יבא עמוני ומואבי בקהל ה' עד עולם" (דברים כ"ג), כידוע עמון ומואב לא הי' להם סכסוכים עם ישראל, ומפני מה פסלתם התורה שלא יבאו בקהל ישראל עד עולם, שזה באמת עונש נורא, ולא בתור עונש ביחוד, כי אם שבמצב של כחות נפשם ומדותיהם אינם מתאימים להתאחד בישראל, ומאיזו מקום נראה חסרונם "על אשר לא קדמו אתכם בלחם ובמים", אף שראו עם ה' יצא ממצרים ועל פי ה' יסעו ויחנו וענן הכבוד הולך לפניהם, והוריד לפניהם לחם אבירים המן מן השמים, ובארה של מרים הולך עמהם, ולמה להם לחם ומים ממקום אחר? אבל בכל זאת העמונים מצדם הי' להם לקדם את ישראל בלחם ומים, וז"ל הרמב"ן: "והנראה אלי כי הכתוב הרחיק לשני האחים האלה שהיו גמולי חסד מאברהם שהציל אביהם ואמם מהחרב והשבי, ובזכותו שלחם ה' מתוך ההפכה, והיו חייבים לעשות טובה עם ישראל והם עשו עמהם רעה, האחד שכר עליו בלעם בן בעור והם המואבים, והאחד (עמון) לא קדם אותם בלחם ובמים כאשר קרבו למולו כמו שכתוב "אתה עובר היום את גבול בני עמון את ער וקרבת מול בני עמון", והנה הכתוב הזהירם "אל תצורם ואל תתגר בם" והם לא קדמו אותם כלל, כי הי' הכתוב אומר כאשר עשו לי בני עשו והמואבים, אבל לא הזכיר עמון שלא קדמו אותם, והנה עמון הרשיע בזה יותר מכולם, כי בני עשו והמואבים כאשר ידעו שהוזהרו ישראל שלא יתגרו בהם הוציאו לחם ומים חוץ לגבולם, ועמון לא אבה לעשות כן, וזה טעם "קדמו" שלא יצאו לקראתם בלחם ובמים כאשר עשו האחרים ולכך הקדים הכתוב עמוני, והקדים להזכיר פשעו על דבר אשר לא קדמו אתכם ואחר כן הזכיר מואב וחטאתו" ע"כ דברי הרמב"ן.

רואים אנו הבהרת ענינו, שהמצרים יוכלו להתאחד בדור שלישי בקהל ישראל אף אחרי העברות הגדולות בענוי ורציחות נוראות שעשו עם ישראל, ועל עמוני נאמר שלא יבא בקהל ה' עד עולם, מפני שהי' חסרון במדות ודרך ארץ של הכרת טובה כפי ביאורו של הרמב"ן, ובזה יש לפנינו יסוד גדול במהותן של מדות, שאפילו בעד עבירות גדולות לא הרחיקה התורה לאוה"ע מקהל ה', כמו משום מדות רעות (הערת הגר"י לזואוויץ זצ"ל), כנראה שענין מדות וכחות הנפש המה באדם באופן עצמיותו ובפנימיותו, כמו רעל בדם האדם שרחוק הוא מרפואה, ועברות מעשיות הנם באופן חצוני מצד מצבים שונים וסבות שונות ולא באופן פנימי, ומפני זה אין עיקר המבט שמימי על

ענינים חצונים כמו מצריים שאף אחרי הנגישות שעשו לישראל נמדד הריחוק שלהם מקהל ישראל עד דור שלישי ואחר כן נפגם הרעל ושיוכל אחר כך להתאחד בדמי ישראל ולבא בקהל, לא כן עמון שלפי מבט שמים ששיקר החסרון במדות שהוא ענין פנימי שאין ראויים להתאחד בקהל ה' עד עולם. ומעניין לנו מאד לראות ולהבין את האין סוף של תביעת שמים מהאדם לפתח בו את רגשות הכרת הטובה בזה שנאמר בתורה לכל אחד מישראל "לא תתעב מצרי כי גר היית בארצו" על כל הגזע המצרי עד סוף כל הדורות. להכיר טובתם שהיה לנו אכסניה בארצם, מה נורא הדבר כי הלא קשה להעלות על הדעת מה שעשו לנו המצריים בכור הברזל במצרים ששיקעו ילדי ישראל בבנין תחת חומר ולבנים ועשו אמבטיאות מדמם של ילדי ישראל, ומגודל זכירת ההצלה אנו יכולים להעריך את אימות השעבוד והסבל של ישראל במצרים, כי נצטוינו לזכור פעמיים בכל יום יציאת מצרים בקריאת שמע, מלבד חג הפסח שהוא חג גאולת מצרים, וכן מזכירים אנו יציאת מצרים בקידוש של שבת ויו"ט, ובכל זאת לא נאבד על ידי כך ניצוץ האור של "כי גר היית בארצו" אף שהיה באופן כזה כפי שאמרו חז"ל הנ"ל שלא קבלו את ישראל אלא לצורך עצמן, ובכל זאת נצטוינו עד כדי כך לא לתעב מצרי אף בלב כלשון הפסוק "לא תתעב", וכל זה מתוך הערכת שמים את ה"חביב אדם שנברא בצלם אלקים" וכבוד הבריות, שזה מצד המצריים, ומצד ישראל חובתם הגדולה להשתלם במדות ודרך ארץ בעמק נפשם ולבא לידי מידת הכרת טובה בעמק הנפש באופן נצחי ולאין סוף.

וראוי להביא חז"ל נפלא בנוגע לענינו עד כמה חייב האדם להשתלם בכבוד הבריות והדאגה לזולת כנראה מדברי מיכה הנביא שנאמר: "הגיד לך אדם מה טוב ומה ה' דורש ממך כי אם עשות משפט ואהבת חסד" (מיכה ו'). בנוגע למשפט נאמר "עשות משפט", וכמובן שבנוגע למעשה יש גבולים שונים ובמצבים שונים, אבל בנוגע לחסד לא נאמר עשות חסד רק "אהבת חסד" היינו שאיפה תמידית לעשות חסד מתוך אהבה ובאופן כזה אין שיעור לדבר, ואין גבולים במצבים שונים, כדברי רבנו יונה: "והודעת להם את הדרך ילכו בה (שמות י"ח) זו מצות עשה לגמילות חסדים, כי חייב אדם לטרוח בדרישת טוב לעמו ולשקוד בעמל נפשו על תקנת חברו אם דל אם עשיר, וזאת מן החמורים ומן העקרים הנדרשים מן האדם" (שערי תשובה, שער השלישי). — חז"ל: מיקירי ירושלים היו מלויין אותו [את המשלח את השעיר לעזאזל] עד סוכה הראשונה. עשר סוכות מירושלים ועד צוק, תשעים ריס, שבעה ומחצה לכל מיל; [וברש"י: הרי לתשעים ריס שנים עשר מיל]. על כל סוכה וסוכה אומרים לו הרי מזון והרי מים. תנא: מעולם לא הוצרך אדם

לכך אלא שאינו דומה מי שיש לו פת בסלו למי שאין לו פת בסלו (יומא ס"ז).
 [ובירושלמי: למה? שאין היצר הרע תאב אלא דבר שהוא אסור לו].
 ידוע ומפורסם כי תכלית בריאת האדם וכן כל שאר הנבראים מן הדומם ועד השכלים הנבדלים הגבוהים ביותר איננה אלא למען היות האדם שלם ודבוק בה' ככל שיידרש ממנו, אבל עליו להגיע לזה ע"י בחירתו הוא ורצונו העצמי, וכדי שהבחירה תהיה בלתי כפויה מלמעלה צריך שיהיה הטוב והרע שבטבעו שקול ומאזן, כי אילו יהיה מוכרח מטבעו לבחור בדרך המובילה לטוב ולשלמות רוחנית לא היתה הכוונה העליונה מתקיימת ואין זו שלמות אמיתית, ואחרי שהוא בוחר בטוב מרצונו הוא ממלא ע"י כך את תעודתו הגדולה והנשמה מתעלה, ואתה מתעלה גם הגוף, ובוה הוא משיג את תכלית הבריאה שכל קיומה מותנית בשלמות האדם, אבל אם האדם נכשל וטועה בבחירתו ע"י הטעה מסויימת בשכל הריהו מחריב את עצמו וגורם חורבן נורא לכל הבריאה כולה.

היוצא מזה שכל עבודת האדם בעולם הזה היא: להזהר ולהשמר מלנטות ימין או שמאל בלי הוראת שכל התורה וכל עניניו, הן בדברים שבין אדם למקום והן בדברים שבין אדם לחברו בהכרח שיהיו במדה ובמשקל בסדר נעלה ונשגב, כי כפשע ממש בין חיי הנצח של האדם והעולם כולו לבין ההרס והאבדון של האדם, ואתו הבריאה כולה, וזה עקב הטעה כלשהו בשכל ובבחירתו של האדם, ולכן על האדם לסדר תמיד מחשבתו ושכלו לבחירת הטוב והישר, ובהיות האדם מורכב כחות נפשיים ומדות ונטיות לאין סוף, המתחלפים לפי המצבים והנושאים השונים, קשה מאד לאדם להשתלט עליהם ולהעמידם על מכונם אלא בסיוע מאזני השכל ששוקל באופן רוחני נעלה את הדברים.

והמלחמה התמידית של האדם ביצרו וכחות הנפש היא לא רק ביחס לניגוד שבין כחות הנפש השונים זה מזה אלא גם באותה מדה ובאותו מצב יש ומתחלפים ההרגשים והתגובות בין מה שנוגע לעצמו למה שנוגע לחברו, כמו, למשל, בענין הכבוד שהאדם השלם חייב להתרומם ולהגיע למדת ההשתוות, שלא ירגיש כלל טעם של כבוד ולא ידע מהו, ואילו במה שנוגע לחברו עליו להרגיש ולהקפיד על כבודו באופן הרחוק והדק ביותר, ואם לא ידע להעריך את מדת ה"כבוד" יחסר לו המקצוע הגדול שבין אדם לחברו הנקרא כיבוד הבריות, ולא עוד אלא שגם כבוד חברו איננו מסוג אחד כי אין אחד דומה לשני באופן הרגשת הכבוד. דבר זה אמור גם בכל יתר כחות הנפש ורצונותיו של האדם, המתחלפים לא רק לפי הנושאים אלא שגם בנושא אחד וסוג אחד ישנן ידיעות והרגשים שונים רחוקים מרחק גדול האחד מן השני; ולכן גם כשהאדם מרחף בעולמות עליונים בין מלאכי מעלה עליו להתאים עצמו

לפחותים שבבריות לדעת להרגיש את רגשותיהם ולהתחשב עמהם, על מנת למלא חובתו כלפיהם בכל תשומת הלב לפי מדת הרגשתו של הפחות וגם השכל. ודוגמא לחובה זו נתנו לנו חז"ל במאמר שלפנינו. כי הנה ידוע שעבודת יוה"כ של הכהן הגדול בשני השעירים, שאחד מהם לה' ואחד לעזאזל על פי הגורלות, היא מהעבודות הרמות והנעלות ביותר בחיי עם ישראל כי בה תלויה מחילת זכירת עוונותיהם של כל ישראל וטומאת המקדש וקדשיו; עבודה זו נעשית רק פעם אחת בשנה על ידי הכהן הגדול, שהוא הקדוש ביותר מכל המין האנושי, ובמקום המקודש ביותר בעולם, ביום המקודש מכל השנה; וביום הרת עולם זה, ששמים וארץ נשקו, מראים לנו חז"ל כיצד סודר שילוח השעיר לעזאזל על ידי האיש המוליך אותו: כשנים עשר מיל היה המרחק מירושלים עד הצוק, הוקמו במיוחד עשר סוכות לאורך הדרך, ובכל סוכה הושבו אנשים מערב יום הכפורים, והם היו מלויים אותו מסוכה לסוכה (רש"י) ואומרים לו "הרי מזון והרי מים".

ולכאורה: כיצד יכולים להזכיר לו עניני אכילה ושתיה ביום הכפורים, ובפרט כשהוא הולך למלא שליחות גדולה כזו, כשכל ישראל מחכים לראות במילוי פעולתו את הלבנת הלשון של זהורית על פתח אולם ביהמ"ק מבחוץ, לסימן של כפרת עוונותיהם של כל ישראל? היעלה אז על הדעת מחשבה של אכילה ושתיה, אף במצב של סכנה? ואמנם הגמרא מוסיפה ש"מעולם לא הוצרך אדם לכך, אלא שאינו דומה מי שיש לו פת בסלו למי שאין לו פת בסלו", ובכל זאת עשו וטרחו בכל שנה מחשש הרגשה רחוקה של אכילה ושתיה של המשלח את השעיר לעזאזל. בזה הורו לנו חז"ל חובת האדם כלפי חברו, שגם כשהוא עומד במעלות המרוממות ביותר בקדושה ובטהרה צריכים אנו להתחשב בו כאילו הוא קטן שבקטנים ועלינו לדאוג למילוי ההרגשות והרצונות הפעוטות ביותר, ולהשתדל להמציא לו את מנוחת הנפש בכל עניני החיים הפשוטים.

ולכן סדרו לנו חז"ל סדר שילוח השעיר לעזאזל כי בזה כלולה הוראת הנהגת האדם השלם ותכליתו לשכלל את מידותיו והרגשותיו בכמות ואיכות ולהעמידם על מכונם בהתאם לזמנים ומצבים השונים, ביחוד שבין אדם לחברו. ולהבהרת הענין שביארנו רואים אנו כי הקב"ה הראה לפנינו ביחוד ענין זה ושעל זה נאמר "והלכת בדרכיו מה הוא אף אתה". "תנא דבי ר' ישמעאל גדול השלום שאפילו הקב"ה שיגה בו שנאמר ותיצחק שרה בקרבה לאמר אחרי בלתי היתה לי עדנה ואדוני זקן וכתוב ויאמר ה' אל אברהם למה זה צחקה שרה לאמר כו' ואני זקנתי" (ב"מ פ"ז). ולכאורה מופלא הוא, וכי איזה קלקול יכול להיות כאן, או איזו פגיעה יכולה להיות כאן. בכבודו

של אברהם, נשיא האלקים, בזה שאמרה שרה «ואדוני זקן» עד שהקב"ה נאלץ
היה לשנות, ומה מלמדנו בשינוי זה?

אכן יסוד מוסרי גדול ונשגב הוא אשר ביארנו משמיעים לנו כאן חז"ל.
והוא, שאף בנוגע להענינים הפעוטים בשיח ושיג הרגיל שבין אדם לחברו
אין להתחשב בזה ולשער שגדול הוא החבר לשיחה, ורחוק הוא מהרגשת עניני
כבוד ובזיון ואפשר לדבר לפניו ללא זהירות במותרות דיבורים שיש בהם
כדי לקנטר את האדם הפשוט, אחרי שהוא איש גדול ואין לבו פנוי לקטנות כאלה.
ברם לא כן מורה אותנו הקב"ה. להיפך, רוצה הוא ומראה אורח חיים
לכל המין האנושי שניזהר מאד בדבורנו, ביחסינו עם בני אדם. לא להרעים
ולא להרגיז חלילה ולא לעורר אף אבק של צער או בזיון הן בגדולים והן
בקטנים, הן בענינים נעלים וגדולים והן בענינים ונושאים הנחשבים לכאורה
לקטני ערך. ואף בשיחות יומיות קלות שבין אדם לחברו ובין איש ואשתו
יש להיזהר ולחשוש מאד אף לחשש כל שהוא ורחוק של צער או בזיון, אף
מעין חשש צער שהי' יכול להתהוות לו, ועל כגון זה נאמר: «גדול השלום
שאפילו הקב"ה שינה בו» והיה מוסר לאברהם אבינו הדברים לא כפי שנאמרו.
ומעין זה, ולעומת זה, הוויות ואפני-דיבור מעוררים חבה, אחוה ורעות.
המלאכים שבאו לבית אברהם שאלו: «איה שרה אשתך», וביארו חז"ל: «בכדי
לחבבה על בעלה». לכאורה, הכי מיני הרגשים והוויות כאלה יש לעורר אצל
אברהם? ואף שרה שהוערכה והועלתה ע"י חז"ל לדרגת מעלת הנבואה עד
להיותה רב לאברהם בנבואה, כפי שנאמר: «כל אשר תאמר אליך שרה שמע
בקולה» (בראשית כ"א), הכי נזדקקה למחמאות של לשון חיבה וכדומה? ברם
כן הוא. וזאת היא תורת המוסר שנתאמן ונשתדל לזכור תמיד את ההרגשים
ודפיקות-הלב האנושיים השווים לכל נפש, החל מרמי המעלה כאברהם ושרה
ועד פשוטי העם, השופטים הכל רק לפי מראה עיניהם ושמע אזניהם.

ולפי ביאורנו זה נוכל להבין הענין של חז"ל: «שנים עשר אלף תלמידים
היה לו לר"ע מגבת ועד אנטיפרס וכולם מתו מפסח ועד עצרת מפני שלא נהגו
כבוד זה בזה, והיה העולם שמם עד שבא ר"ע אצל רבותינו שבדרום ושנאה
להם, ר' מאיר ור' יוסי ור' שמעון ור' אלעזר בן שמוע והם הם העמידו אותה
שעה (יבמות ס"ב).

והלא נורא ואיום הוא המחזה. עשרים וארבעה אלף תלמידים, פאר
ישראל והדרו, ת"ח ענקי-הרוח מסוגם של ר' מאיר ור' יהודה. ממלאי מקומם
של עשרת הרוגי מלכות. הכי נוכל להעריך את עוצם ההיזק הרוחני והשממה
שירדה לעולם בהעדר ובהסתלקות התלמידי חכמים הנ"ל שכל אחד מהם
כס"ת חיה? ומלבד ענשם הגופני הפרטי שמתו במגפה, הלא מבהיל הוא

הבזיון והקצף שנשפך עליהם בגלל "שלא נהגו כבוד זה בזה", הכי גירעון וקיפוח במתן כבוד באופן הדדי עלול לפתח את פי השאול שיבלע עדה קדושה כזו?!!

ברם לפי הסברתנו יובן הענין, כי בודאי לא הי' להם חסרון באופן פשוט ומורגש, והלא אין לנו ציור בגדלותם של הראשונים ובפרט לגדלותם של האמוראים והתנאים, וזה מדוייק מהלשון שלא נאמר שלא כבדו זה את זה, רק שלא "נהגו כבוד זה בזה" וזהו רק באופן דק מן הדק שרק בשמים נראה חסרונם, בזה כשהיו כולב ברום המעלה במדרגת מלאכי מעלה ומפני זה לא הרגישו את ענינים הפעוטים בכבוד כמו שראוי לאנשים בינונים, וזה מדוייק הלשון "שלא נהגו כבוד זה בזה" מפני גודל מעלתם שכל אחד חשב שאינו שייך לכבוד ומדוייק הלשון "זה בזה", אבל לאנשים צדדים ורגילים נהגו בהם כבוד. — אבל באמת לפי השקפת דעת ה' והמאור שבתורה חסרון אף דק מן הדק במחיצת הצדיקים והת"ח משתקף ונראה בשמים בממדים מורחבים, ואכן פירוד כל שהוא בין מנהיגי האומה, ובעיקר גדולי העם הת"ח כסיעת ר"ע וחבריו, עלול להמיט שואה על כל היהדות, ואף כשלענינו זה נראה כשרטת קלה לא מסוכנת ביותר, אבל בשמים רואים את שורש הרע מעיקרו, כי יודע ה' נפש צדיקו ויראיו וגודל האחריות שהטיל עליהם והגזרה נגזרת לעשות ניתוח בגוף האומה. אכן רחוק הוא הענין מהבנתנו והדברים יגעים, ברם הצור תמים פעלו!

ואחרי כל ההיקפים של חובת האדם להשתלם ב"כבוד הבריות" ו"דאגת הזולת" מצד ה"חביב אדם שנברא בצלם אלקים" ומצד שלמות "המדות ודרך ארץ", יש לנו מבוא גדול להבין החז"ל שבראש מאמרנו, כי על ישראל בתור מרכבה לשכינה להתחשב עם כל יצור ובפרט עם כל המין האנושי כולו, לדאג לטובתם אף באופן רוחני כמו הקרבת קרבנות החג למען אשרם שהם יצורי אנוש שנבראו בצלם אלקים, ולכאורה תמוה היתרון היותר גדול להקריב בעד אומות העולם שבעים פרים ובעד ישראל עצמם בבית המקדש שלהם רק פר יחידי? אבל כשנסתכל בענין זה יש להבין בזה: כידוע שכל יצירת אדם גשמית היא מורכבת מחומר וצורה, כך כל יצירותיו הרוחניות, חומר וצורה יש להן. מסתבר שאין כל יצירה יכולה להתקיים בלי החומר שבה, אולם כל בר־דעת יבין בנקל שהצורה היא העיקר שבתכליתה. ומפני זה חשיבות כל יצירה נזקפת לזכות צורתה, והחומר ויוצרו טפלים הם לגבה, למשל, בנין בית הבחירה מורכב היה כמו כן מחומר וצורה, תכנית הבית, יסודותיו ושכלול בנינו, מהווים כמובן את צד החומר שבו, ואילו מציאות הקדושה שבתוכו מהווה את צורתו, שהיא תכלית הבנין כולו, למען ישפיע על כלל ישראל

ויקויים בהם „ושכנתי בתוכם“ — בתוך כל אחד ואחד. וכמו כן במהות הקרבנות יש ג"כ חומר וצורה, החומר של מעשה הקרבנות ידוע שהוא מקצוע גדול בתורה ובש"ס, כל קרבן לפי חיוביו במיניהם וסוגיהם בזמנם ובמקומם בבית המקדש ומזבח ע"י עבודת הכהנים. אבל צורות הקרבנות מכיל בקרבן התקרבות ודבקות של כל ישראל בכלל ובפרט בה' לאין תכלית ע"י הקרבנות. ואחרי שמטרת הקרבנות של ע' פרים שישראל מקריבים בעד טובתם ואשרם של האומות שבזה מעוררים היסודות הגדולים של חביב אדם שנברא בצלם א'" וכבוד הבריות בתור יציר כפיו של הקב"ה ובהתפתחות גדולה של מדות ודרך ארץ בכל ההיקפים כפי שנתבאר; נמצא כי במכוון זה שישראל מקריבים הקרבנות בעד אומות העולם, גשתכללה ונתקיימה הצורה והסגולה האמתית של הקרבנות בעד ישראל עצמם, אחרי שנתעלו במעשיהם ומחשבותיהם להפיק רצון ה' במחשבות קדושות ונעלות לדאגת הזולת שעל ידי צורת הקרבנות אלה מתקיים בישראל „ואתם הדבקים בה' אלקיכם חיים כולכם היום“ בישר ובעקיפין.

רוב וקבוע

הפרי מגדים, בשער התערובות, דע יבש ביבש איסור והיתר שנתערב חד בתרי בטל הוא מן התורה, כמבואר בטור סי' ק"ט, וכמו שהראה מרן הב"י מחולין צ"ט ע"ב, "וליבטול ברובא בגיד הנשה, בריה שאני". ובתוס' (ד"ה בריה) ואפילו באלף לא בטיל, וכן חתיכה הראויה להתכבד לא בטלה, כדאמר הכא. והיכא דפירש חד מינייהו נמי אסור גזירה שמא יקח מן הקבוע, כיון שאין האיסור ניכר. ודבר שאינו לא בריה, ולא חתיכה הראויה להתכבד בטל ברוב ואפילו איסור מדרבנן ליכא כדמשמע הכא. ומיהו שמא לחד גברא היה אסור. ומהיכן למדו חז"ל דבר זה. פרש"י בתולין צ"ח ד"ה מדאורייתא ברובא בטל, כלומר אי לאו מהאי גמרינן ומשונין ביטול טעם כשאר בטולי דאורייתא ברובי הוי לן לבטולי כדכתיב "אחרי רבים להטות". ויש לעיין, מתמה הפרי מגדים, דלא דמי לסנהדרין דשנים מוזכין ואחד מחייב בטלה דעתו מה שאין כן לאכלן שלשתם יחד, להרא"ש, אוכל אחד איסור.

ונהי דבט' חנויות מוכרין בשר כשר, ואחת מוכרת בשר טריפה דאמרינן כל דפרוש מרובא הי' פריש מה שאין כן כאן, והנה אף לר' מאיר דחייש למעוטא נגד חזקה, מ"מ מודה ביבש חד בתרי בטל. ואולי ברובא דאיתא לקמן מודה כמו בסנהדרין, עי' חולין י"א.

והנה קושית הפרי מגדים, צריכין באמת לברר דלא דמי לבטול ברוב דהתם חשוב המיעוט כמאן דליתא, אבל פה חד בתרי יבש ביבש, הלא יש ממשות האיסור.

בב"ק בתוס' המניח, כ"ז ע"ב, בד"ה קמ"ל דאין הולכין בממון אחרי הרוב, תימה מה טעם אין הולכין ליתי מק"ו מדיני נפשות, כדאמרינן בפ"ק דסנהדרין, ור' יאשיה מייתי ליה בק"ו מדיני נפשות ומה דיני נפשות דחמירי אמר רחמנא זיל בתר רובא, דיני ממונות לא כ"ש. ואפילו רובא דליתיה קמן אזלינן בדיני נפשות בתר רובא כדאמרינן בסנהדרין ס"ט. וי"ל, דהתם גבי דיינים שאני, דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מריה, דהא בי"ד מפקי מיניה, אבל גבי שאר ממון דאיכא מיעוט וחזקה לא אזלינן בתר רובא.

והבאור הפשוט בתוס', דלכן גבי דיינים נחשב המיעוט כמאן דליתא

מפני שמחוייבין להסכים עם הרוב. אבל הלא יש דעת יחיד המתנגדת, הלא מצות עשה על הבי"ד להטות הדין אחרי רבים שנאמר אחרי רבים להטות, ולפי המקרא בין בדיני נפשות ובין בדיני ממונות אלא בדיני נפשות לא כהטיתך לטובה הטייתך לרעה הטייתך לטובה ע"פ אחד הטייתך לרעה ע"פ שניים, כברמב"ם הלכות סגהדרין.

והנה כיון דאמרה תורה אחרי רבים להטות, אף שאלו ואלו דברי אלי חיים, עירובין י"ג. ואף שיצאתה בת קול ואמרה מה לכם אצל ר"א שהלכה כמותו בכל מקום, עמד רבי יהושע על רגליו ואמר לא בשמים היא, מאי לא בשמים היא, אמר ר' ירמיה שכבר נתנה תורה מהר סיני אחרי רבים להטות, ואם כן אף אם דעת היחיד קולע אל האמת, אין הדין כמותו דהדין אנו יודעים מתורתנו הקדושה, אין לנו מיעוט ורוב בדין ופסק הדין דאחרי רבים להטות, זה לא רק רובא אלא דהדין היוצא מפאת הרוב זה הכל. ואף אם הבת קול מתנגדת, הדין עם התורה דאחרי רבים להטות ממילא חשיב המיעוט כמאן דליתא, אבל לא כן בחד בתרי, איסור והיתר, הלא יש מציאות האיסור.

ואנו לומדין ביורה דעה, ק"ט סעק"א, חתיכה שאינה דאויה להתכבד שנתערבה באחרות מין במינה, יבש ביבש דהיינו שאינו נבלל והאיסור עומד בעצמו אלא שנתערב ואינו מכירו, בית יוסף בשם תשובת הרשב"א, והרמב"ן, וסה"ת, חד בתרי בטל, ומותר לאכלן אדם אחד כל אחת בפני עצמה אבל לא יאכלם שלשתם יחד, ויש מי שאוסר לאכלם אחד אחד אפילו בזה אחר זה. ובש"ך, כלומר ברוב כדכתיב אחרי רבים להטות, ואפילו ליכא רוב אלא בהנך תרי שהם קטנים מהאיסור כל אחד בפני עצמו כשאוכל האחד אני אומר זהו של היתר, וכן בכל אחד ואחד ואפילו באחרון אני אומר מה שנאכל ראשון הוא היה של איסור וכבר הלך לו, וזהו של היתר הוא, משא"כ בדברים הנבללים לפיכך אינם אוכלים כולם כאחד, עד אכן לשון הרשב"א, ועיין בהגר"א, אבל לא בבת אחת דטעם דביטל חד בתרי דעל כל אחד שאוכל אומר דזהו ההיתר משא"כ בבת אחת, ועיין תוס' דזבחים ע"ד ד"ה פריש דבפרוש אמרינן דנפרש מן ההיתר, וכמ"ש בפ"א דפסחים, ובפ"ב דכתובות, בשני שבילין כשבאו בזה אחר זה ד"ה טהור, והנה לפי הרשב"א, והרמב"ן וסה"ת, דהדין דאחרי רבים להטות באסורין אין הביאור דהאיסור נתהפך להיתר, אלא תולין דכל חד דאוכל זהו ההיתר.

אבל הקושיא היא לפי הרא"ש, דפליג על זה ומתיר אף לאוכלן בבת אחת, וכתב דהאיסור נהפך להיתר ולא משום ספיקא, דגזירת הכתוב הוא "אחרי רבים להטות", ואף לרש"י בע"ז ע"ד דמחמיר להשליך אחד או ליתן לעבודת כוכבים זה רק מטעם חומרא, אבל האיסור נתהפך להיתר, קשה להבין

מטעם „דאחרי רבים להטות“, דשם המיעוט הוא כמאן דליתא, מפני שאין לנו אלא דין אחד ובדין אין רוב ומעוט, אבל לא כן באיסורין כשיש ממשות האיסור.

— ב —

והנה צריכין להתבונן בדברי הש"ך בחו"מ סי' כ"ה סעיף קטן י"ט, בבי"ד קי"ל דסמכינן על הרבים, אפילו אם הרבים אומרים טעמים שונים, דכיון דהרוב מסכימים לחייב או לזכאי, דין רבים יש להם, ולכאורה צריכין להבין כיון דהטעמים של חיוב אינם שוים זה לזה, ויש לכל טעם רוב נגדו, אם כן אין כאן רוב. אלא על כרחך צריכין להבין לפי דברי הר"ן בנדרים נ"ב, דלכן סבירא להו לרבנן דדם השעיר לא בטל בדם הפר, משום דהוה עולין בעולין, ונחשב היתר בהיתר. וא"כ למדין מהר"ן דדין בטול זה רק איסור בהיתר, חיוב בזכאי, אבל לא חיוב בחיוב אף שהטעמים שונים, וצריכין לומר אף שהטעמים שונים אינם מתבטלין זה בזה, ויש לנו רוב בדין חיוב, או בדין זכאי, והם לענין הדין רוב דכיון דהם רוב בדין אחד, בדין חייב או בדין זכאי, והמעוט המתנגד בטל ברוב, המעוט הזכאי בטל ברוב החייב, ואין אנו מצטרפין חלק מהרוב שיש להם טעם אחר עם המעוט, רק הם מצטרפים עם טעמים שונים להרוב, אם המה רוב לחיוב, או רוב לזכות, וזה מפני שרוב בבי"ד הוא משום בטול ולכן המעוט בטל ברוב, מעוט הזכאי בטלים ברוב החיוב, אבל אם נימא דהרוב הוא מטעם דליכא מיעוט כלל, זה שייך דוקא אם הרוב מסכימים לטעם אחד אבל היכא דהטעמים שונים, אמאי לא בטלו ומצטרפי להמעוט הזכאי כיון דהרוב מחייב מטעמים שונים. וע"כ דמעוט הזכאי בטל ברוב המחייב, אף דהרוב הוא מטעמים שונים, דמעוט שיש לו דין אחד בטל ברוב שיש לו דין הפוך. וכן גם באיסורים דין האיסור בטל בדין ההיתר, ונתהפך לפי הרא"ש דין איסור להיתר, דהדין דבטול אינו תלוי לפי הר"ן בטעמים, אלא בדינים ומעוט דין הזכאי בטל ברוב החייב וכן להיפך.

— ג —

והנה הש"ך בחושן משפט סי' כ"ה סעיף קטן י"ט מבאר על הא דאיתא ברמ"א, וכן אם היה יחיד נגד רבים, הולכים אחר רבים בכל מקום, הרשב"א סי' ר"ג. ואפילו אין הרבים מסכימים מטעם אחד, אלא כל אחד יש לו טעם בפני עצמו, הואיל והם מסכימים לענין הדין מקרי רבים ואזלינן בתרייהו, מהרי"ק שודש מ"א. ובש"ך, ואפילו אין הרבים מסכימים מטעם אחד. ובש"ך ביורה דעה סי' רמ"ב העלתי דבאסור דאורייתא לא אזלינן בתר רבים אם מסכימים להקל משני טעמים, ע"ש, מיהו נראה דהיינו דוקא כשבאים להתיר

דין שאנו מסופקים בו, מתוך החבורים, לפיכך כיון שאין הרבים לפננו, חיישינן שמא בזה העיקר כאותו פוסק דמחמיר, ובאיך מלתא העיקר כפוסק השני דמחמיר, אבל כשהרבים לפננו פשוט דאזלינן בתרייהו, אע"ג שאינם מסכימים מטעם אחד, דלא אשכחן בשום דוכתא דסנהדרין או דיינים צריכים הרבים לאמר טעם אחד. ואח"כ ראיתי בהגהות אשר"י, פרק אחד דיני ממונות, כתב ג"כ בהדיא כדברי הש"ך, גי' שישבו בדין ושניים מזכין ואחד מחייב, או שניים מחייבין ואחד מוכאי, ואמנם שניים חולקין זה על זה ואין ראיתו של זה נראה לחברו כלל נראה בעיני כיון ששניהם שוים לזכות או לחוב הוה להו רבים.

והנה הרמב"ם פ"י מהלכות סנהדרין כתב וז"ל, שנים שאמרו טעם אחד, אפילו משני מקראות אינם נימנין אלא אחד, ע"כ. ולפי הש"ך, המלה אפילו משני מקראות, קשה הדבר דזה דוקא משני מקראות, משום דאין שני מקראות יוצאים לטעם אחד, עיין בסנהדרין דף ל"ד.

אבל באמת החילוק בזה הוא אם הבי"ד לפננו, אין חלוק בטעמים, אלא בדיני חיוב או פטור, אבל כשאינם לפננו אלא צריכין לברר מתוך שקול הדעת, אז הטעמים שונים עדיפי, כיון שהם שוים בדיני חיוב או פטור, והטעמים שונים וכל הטעמים מצטרפים לדין חיוב או לפטור, אזי יש שקול הדעת מכל הטעמים שנעשים לדין רוב, אבל אם יש רוב רק מטעם אחד מהפוסקים שאינם לפננו, אין לנו רוב בשקול הדעת, כי מרוב הפוסקים אין לנו רק דעה אחת, כמו הדעה אחת מהמעוט הפוסקים המתנגדים.

— ד —

ורציתי בזה לתרץ קושית המרדכי דהאיך אמרינן גבי קבוע לא אזלינן בתר רוב, הא בי"ד הוה קבוע. ומתרץ דהדבור נייד.

דבאמת צריכין להבין, דהאיך המעוט בטל לגבי רוב הא המיעוט ניכר במקומו וכשהאיסור ניכר אין דין בטול. ועל זה צריכין לתרץ באורו של המרדכי כן, דהשאלה היא לא על מעוט הבי"ד, לא על הסנהדרין, כי אם על הפסק, על דבורם.

ורציתי לבאר דהדין קבוע אנו לומדים מ"וארב לו", דלא די ברוב כי אם וארב לו עד שיתכוון עליו. ונראה לי, להבין הביאור בין רוב לקבוע, דיש לחלק בהשאלה שיש לנו בפריש, ובין השאלה שיש לנו בקבוע. בפריש, בטי' חנויות מוכרות בשר כשר, ואחת מוכרת בשר נבלה, ונמצא חתיכה של בשר ואין אנו יודעין אם החתיכה היא מאחת של ט' החנויות הכשרות, או מחנות של נבלה, השאלה היא "מאין", מאיזה חנות באה החתיכה, ויש לנו

תשעה דרכים המוליכים להחנויות הכשרות, ורק דרך אחד להטריפה, ויש לנו לאמר שהחתיכה יצאה מאחת החנויות הכשרות, אבל לא כן בקבוע, אם לקח מאחת החנויות ואינו יודע מאיזה חנות, השאלה מתחלת "מה זה?" ובפרט כשהוכר החנות במקומה, רק הוא לא ידע, השאלה מתחלת במקום הקבוע, ולכן בקבוע כשהשאלה מתחלת לא בנמצא, אלא בקבוע, בהחנות, השאלה היא "מה זה?" ועל שאלה זו יש ספק שקול, אם זה כשר, או טרפה. לא מאין זה, אלא מה זה? — יש חלוקה, מאין זה? יש רוב של תשעה נגד אחת, במה זה? יש ספק שקול בין כשרה לטרפה — כשר או טרפה.

ולפי זה אפשר לתרץ קושית המרדכי דהדין דקבוע לא אזלינן בתר רוב זה נגד הדין "דאחרי רבים להטות", דהא בי"ד הוה קבוע, והתירוץ דהדבור גייד, הכונה היא, דהשאלה היא לא על הבי"ד, אלא על הדין היוצא מפיהם, כלומר על הדבור, השאלה היא לא על הדינים, מה זה, אלא איזה פסק היוצא מפיהם מאין הפסק יוצא. וישנם רוב הפוסקים שמוציאים דבור של זכאי, ויש מעוט שמוציאים פסק של חיוב, והצדק הדין היוצא מהרבים, הדין דאחרי רבים להטות עמהם, וממילא אין כאן קושיא כלל דהמעוט ניכר במקומו, והיכא דהאסור ניכר אין דין בטול, דזה לא קשה כלל וכלל דהדבור של המעוט לא ניכר, דאין כאן בהדבור היוצא מפיהם שום היכר דנחשב בפרוש כמי שאיננו, דהדין עם הפסק היוצא מהרוב.

— ה —

ובזה אמרתי לתרץ בגמ' נזיר דף י"ד, אמר ר' יצחק בר יוסף אמר ר' יוחנן, האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה סתם, אסור בכל הנשים שבעולם, חוקה שליח עושה שליחותו, וברש"י, וכיון שלא פירש לו הי מינייהו קדיש ואי הדר אותו האיש ונסיב איתתא, דלמא זו היא אמה, או בתה, או אחותה המתקדשת, וכן היא הלכה ברמב"ם פי"ב מהלכות אישות, ובתוס' שם, וא"ת וכ"ע יאסרו לישא נשים, דשמא זאת היא שנתקדשה על ידי שליח, ולר"ת דהנשים נאמנות לאמר לא נתקדשתי תינח גדולות, קטנות שאינם יודעות אם אביהם קבל עבורן קידושין מאי איכא למימר, וכבר מת אביהם, וי"ל דמדאורייתא אפילו הוא שרי לישא, דאזלינן בתר רובא, מלומר מקרובות המקודשת היא, ואינו אלא קנסא בעלמא, שעשה שליח סתם ולא פירש לו קדש לפלונית, ועל דידיה קנסו, לאחרינא לא קנסו, וא"ת, ולהוי איסורא דאורייתא, דהוי ליה קבוע וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, ויש לאמר דלא אמרינן קבוע כמחצה על מחצה אלא כשהאיסור ניכר לעצמו, וההיתר ניכר לעצמו, אבל כשאין האיסור ניכר לעצמו לא אמרינן ביה קבוע, ע"כ.

אבל מה לעשות דהלא אמרינן קבוע מדרבנן, אף שאין האיסור ניכר במקומו, ועיין בסי' ק"י ביורה דעה, דאפילו אין ניכר במקומו.

אבל לפי מה שאמרתי התירוץ הוא פשוט, דאם יש באחת מן החנויות חתיכה הראוי' להתכבד דאינה בטלה ואינו יודע באיזה חנות, השאלה היא במקומה אם זה כשר או לאו, דהשאלה היא כמפורש בהפוסקים בהחנות רק שאינו ניכר במקומו. אבל פה השאלה היא כשמקדש אשה אם היא אחותה של האשה שקידש השליח, או אם היא באה מכל העולם כולו, ואין פה שאלה של קבוע "איזה היא", אלא מאין היא באה, אם מהקרובו המעוט, או מהרוב, וכל דפריש מרובא קפריש.

— ז —

ובזה אמרתי לתרץ במס' כתובות קי"א, ר' זירא הוי קא משתמיט מיניה דר' יהודה דבעא למיסק לארץ ישראל, דאמר ר' יהודה כל העולה מבבל לארץ ישראל עובר בעשה, שנאמר "בבלה יובאו ושמה יהיו עד יום פקדי אותם נאום ד'", ור' זירא ההוא בכלי שרת כתיב.

והנה הלכה פסוקה היא ברמב"ם הלכות אישות פי"ג הל' י"ט, אבל מחוץ לארץ לא"י כופין לעלות אפילו מנוה היפה לנוה הרע, אפילו ממקום שרובו ישראל למקום שרובו עכו"ם מעלין. ושם בהלכה כ', אמר האיש לעלות לארץ ישראל והיא אינה רוצה תצא בלי כתובה. והבאור בהלכה של הרמב"ם, מפני שארץ ישראל זה הבית של כל ישראל, ואינה חפצה ללכת לבית בעלה ונקראת מורדת לכן מפסידה כתובתה, בספרי "פרחי אהרן". אבל הקושיא עומדת במקומה, מפני מה פוסק ר' יהודה דאסור לעלות.

וראיתי בשם הגאון ר' שמואל מוהליבור ז"ל, דמבאר ע"פ המהרי"ט, דהפסוק "בבלה יובאו ושמה יהיו עד יום פקדי אותם" נאמר על בני ישראל שהיו בבבל בעת הפקידה של עזרא והרוב לא הלכו לארץ ישראל, ועליהם אמר ר' יהודה "בבלה יובאו ושמה יהיו עד יום פקדי אותם". אבל עכשיו שאנו מן היהודים שלא היו או בבבל, אין עלינו חל הגזירה של "בבלה יובאו ושמה יהיו עד יום פקדי אותם", ולכן פוסק הרמב"ם דמצוה לעלות דאנו מהרוב דלא חיו או בבבל.

אבל לפי קושית התוספות בנויר י"ד, האדם הוא קבוע, ולפי הפוסקים אף שאינו ניכר במקומו, האיך אנו מותרין לעלות הלא כל קבוע כמע"מ. והנה כפי שבארתי השאלה אינה מתחלת בהאיש במקומו, מי הוא, דבמקומו אין נפקותא כלל אם הוא מיוצאי בבל ואבותיו שלא הלכו, או אם הוא מיוצאי רוב היהודים מכל העולם כולו, ואין חל עליו דין בבלה יובאו

ושמה יהיו עד יום פקדי אותם. — אלא השאלה מתחלת בגבול של ארץ ישראל «מאין הוא בא», אם הוא ממספר הדורות של אלה שהיו בבבל בעת הפקידה ולא הלכו וחל עליהם הגזירה של «בבלה יובאו ושמה יהיו עד יום פקדי אותם», אי אם הוא מהדורות של כל העולם שהמה רוב, והשאלה היא «מאין הוא בא». ועל זה התשובה היא, שבא מהרוב העולם וכל דפריש מרובא קא פריש. ולכן פוסק הרמב"ם דמצוה לעלות. ור' יהודה סובר דרוב האנשים שלא הלכו חל עליהם ועל זרעם, שחיו בבבל בעת הפקודה ולא הלכו, ש"שמה יהיו עד יום פקדי אותם". — ובבאור זה אפשר לתרץ כמה מקומות בש"ס ופוסקים.

ביאורים בענינים שונים

א.

ביורה דעה ס"י ש"ה ס"י בהגה בשם הריב"ש, שאין פודין את הבכור ע"י שליח. ובהגהות רבינו עקיבא איגר מעתיק בשם השער המלך קושיא על זה מש"ס קידושין ו' ע"ב, דמעיקרא אמרו בשם רבא דמתנה ע"מ להחזיר לא שמה מתנה ואם נתן לכהן ה' סלעים עבור הפדיון אין בנו פדוי, ואח"ז מסיק הגמ' בשם רבא דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה והבן פדוי ע"כ. והנה ביבמות ק"ו ע"א וכתובות ע"ד ע"א מסיק הש"ס דכל מעשה שאי אפשר ע"י שליח לא מהני ביה תנאי ולכן בחליצה מוטעת ע"מ שיתנו לו מאתים זוז ולא נתנו לו החליצה כשרה עיין שם, וא"כ אמאי מהני תנאי דע"מ להחזיר בפדיון הבן הלא במקום שאין שליחות לא מהני תנאי? ורבינו עקיבא איגר מתרץ ומחלק בין מעשה הפדיה דבזה לא מהני שליחות ובין נתינת המעות דבזה מועיל שליחות ומהני תנאי, עיי"ש.

אבל לי נראה לפענ"ד לתרץ, דהנה אם נאמר דקושית השער המלך היא ממסקנת הגמרא דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה והבן פדוי, מעיקרא ליתא לקושיא כלל דגם אם נאמר כריב"ש ואי אפשר ע"י שליחות וא"כ אם לא מהני תנאי, אז התנאי בטל ומעשה קיים. ובגמרא לא נאמר רק "בנו פדוי" אבל לא נאמר "ואם לא החזירו לא יצא". על כרחק צריכין אנו לומר דקושית השער המלך הוא להס"ד בגמ' דמתנה ע"מ להחזיר לא שמה מתנה ובנו אינו פדוי, אמאי לא נאמר המתנה על מה שכתוב בתורה התנאי בטל והמעשה קיים ויהיה הדין דבנו פדוי אעפ"י שאינו מחזיר.

ועתה נראה לפענ"ד לתרץ, דאימתי אמרינן מתנה על מה שכתוב בתורה התנאי בטל והמעשה קיים היינו דוקא בהתנה נגד התורה רק בחלק של המעשה, אבל אם התנה נגד התורה בכל חלקי המעשה או המעשה בטל כאילו חזר בו תוך כדי דיבור והמעשה בטל. למשל, אם יקדש אשה ויאמר לה "הרי את מקודשת לי ע"מ שתהא מותרת לפלוני" או נאמר הרי היא מקודשת והתנאי בטל והמעשה קיים. אבל אם יאמר לה "הרי את מקודשת לי ע"מ שתהא מותרת לכל אדם" או נאמר דהקידושין לגמרי בטלין. וכן אם יאמר

«הרני נזיר ע"מ שאשתה יין ואגלח» אז נאמר כיון שאמר «הרני נזיר» הרי קיבל עליו נזירות. אבל אם יאמר «ע"מ שאשתה יין ואגלח ואטמא למתים» כיון שהתנה נגד כל הענין דנזירות והתיר עצמו בשלשתן א"כ הוי כאילו לא השלים האמירה דנזירות ואינו נזיר. וכן מצינו בעצם הדין דחליצה אם יאמר «ע"מ שתתן לי מאתים זוז» חליצה מוטעת כשרה. אבל אם יאמר «ע"מ שלא תהא מותרת בחליצה זוז» א"כ התנה נגד העיקר והחליצה בטלה. וכן אם נאמר מתנה ע"מ להחזיר לא שמה מתנה א"כ התנה נגד העיקר דהיינו פדיה שמשלם עבור הדבר שפודה, עיין גיטין נ"א ע"ב בענין דהפדה לא נפדתה, והוי כאילו לא השלים המאמר דפדיה כלומר «אינני חפץ בפדיה», ומשו"ה המעשה בטלה ובנו איננו פדוי. ובוה מיושב קושית השער המלך דלעולם פדיה אינה בשליחות ומשו"ה אינה בתנאי ומ"מ אם מתנה ע"מ להחזיר לא שמה מתנה דהוי כאילו קלקל המאמר דפדיה.

ב.

כתובות ג' ע"א. «אמר ר' שמואל בר' יצחק לא שנו אלא מתקנת עזרא ואילך שאין בתי דינין קבועין אלא בשני וחמישי, אבל קודם תקנת עזרא שבתי דינין קבועין בכל יום אשה נשאת בכל יום». ומקשה הש"ס «קודם תקנת עזרא מאי דהוה הוה? הכי קאמר אי איכא בתי דינין דקבועין האידנא כקודם תקנת עזרא אשה נשאת בכל יום». וקשה להבין דמימרא דר"ש בר יצחק נאמרה בבית המדרש בטעות בחילוף בין לשון עתיד ללשון עבר. אבל באמת הכל כהוגן. דהנה אנן קיי"ל דאין בי"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו אלא א"כ גדול ממנו בחכמה ובמנין. ורוב הפוסקים ס"ל דאפילו אם בטל הטעם לא יתבטל הדין. ולפי"ז חמור דין דרבנן מדין תורה. דבדין תורה אנן קיי"ל כר' יהודה דלא דרשינן טעמא דקרא ובין אלמנה ובין עשירה אין ממשכנין, אבל אם הטעם מפורש בתורה קיי"ל דדרשינן טעמא דקרא (סנהדרין כ"א ע"א). אבל בדרבנן אפילו נודע הטעם ונתבטל מ"מ האיסור בתוקפו. והטעם הוא, לפי שחז"ל לא גילו לנו כל הטעמים ומשום הכי האיסור כמקודם גם בביטול הטעם הגלוי. ואימתי משתנה הדין בביטול הטעם? דוקא אם אנו רואין שמתקני התקנה בעצמם החליפו הדין בסיבת שינוי הטעם. ועיין בס' הנפלא דרך המלך על הרמב"ם (פ"ח מהל' יסודי התורה).
ובזה הסביר לנו הדרך המלך לשון הגמ' ביצה (ד' ע"ב) «ואלו בטלו כותים עבדין חד יומא, והיכא דמטו שלוחין עבדין חד יומא, והשתא דידעינן בקביעא דירחא מ"ט עבדין תרי יומי? וכו' משום דשלחו וכו'». דלכאורה יש כאן אריכות ללא צורך? דינו אם יאמר אביי «והשתא דידעינן

בקביעא דירחא מ"ט עבדינן תרי יומי". ולפי הנ"ל אתי שפיר. דבביטול הטעם
 "דלא ידעינן בקביעא דירחא" לא היה אפשר לבטל הדין הישן דניעבד תרי
 יומי. אבל השינוי הוא באפשרות רק מדחוינין דהם בעצמם שינו הדין בשינוי
 הטעם. והלשון דאביי הוא במדה ובמשקל. אין כאן לא יתר ולא חסר.

ובזה מובן הלשון עבר דר"ש בר יצחק דמוכרח היה לדבר בלשון עבר,
 וכן דיבר. כיון שמקודם היתה התקנה שתהא אשה נשאת ביום שלמחרתו יש
 בית דין. אבל ע"י תקנת עזרא שיהיה ישיבת בית דין בשני ובחמישי נדחו
 הנישואין ליום רביעי. והשתא חזינן דבי"ד קבועין בכל יום הדין כבתחילה
 כמו שהתנהגו מקודם ואשה נשאת בכל יום. ומוכרח הי' לדבר בלשון עבר
 כדי להצדיק השינוי מעכשיו.

ג.

ע"י בשו"ע אבן העזר סי' קמ"א סכ"ט בהגה בשם רבינו פרץ הובא בטור
 שם. "דעכשיו נוהגין שלא לגרש ע"י שליח לקבלה" ועיין בט"ז שם ס"ק כ"ב
 "דמ"מ בשעת הדחק גדול מקילין גם עכשיו לגרש ע"י שליח לקבלה". וכן
 נהגו בשעת המלחמה העולמית שלא היה אופן אחר להתיר אשה מכבלי העיגון
 אלא ע"י שליח לקבלה.

והנה קמו מגדולי הפוסקים שבכאן והחמירו שאין אשה יכולה לעשות
 שליח לקבלה אלא לאחר שנכתב הגט. אבל קודם שנכתב הגט אין יכולת
 בידה למנות שליח לקבלה. והוכיחו זאת מש"ס נזיר (י"ב ע"ב) לפי גירסת
 תוס' "דבמילתא דלא מצי עביד השתא לא מצי משוי שלוחא". דלפי"ז הוא
 שאמר לשלוחו צא וקדש לי אשה דאסור בכל הנשים שבעולם מחשש קורבא.
 אותה האשה שהיתה נשואה בשעת מינוי השליחות אינה בכלל הספק וקרובותיה
 מותרות. חומרא זו גרמה כמה צרות להעגונות.

אבל באמת חומרא זו הוא טעות גמור. אם נפלפל בסברות דקות מן
 הדקות אין קץ להשקלא וטריא. אבל מן הש"ס מוכח להדיא להיפוך. עיין
 קידושין (ט' ע"ב) דשם אי' דשטר קידושין בעינן לשמה (אבהע"ז סי' ל"ב ס"א).
 ויש מחלוקת בין האמוראים והפוסקים אם בעינן דעתה. ועיין בשו"ע אבהע"ז
 (סי' ל"ו ס"א) דאם יש שליח י"א שבעינן דעת השליח וי"א דבעינן גם דעתה.
 ומדברי כולם מוכח בפירוש שהשליח נתמנה קודם כתיבת השטר קידושין.
 ומה חילוק כאן בין שטר קידושין לגט פטורין? הא מקשינן ויצאה והיתה?
 לפיכך חומרא זו טעות גמור.

ביאור בחברי הרמב"ם בענין אשת מלך והגדרת דיני חליצה

הרמב"ם בפ"ב הל' מלכים ה"ג פוסק "ואינו חולץ שנאמר וירקה בפניו וזה בזיון ואפילו רצה אין שומעין לו שהמלך שמחל על כבודו אין כבודו מחול, והואיל ואינו חולץ אינו מיבם, וכן אם מת הוא כיון שא"א לייבם את אשתו כך אין חולצין לה אלא תשב לעולם בזיקתה".

והמקור לדברי הרמב"ם הוא במשנה כהן גדול י"ח ע"א לא חולץ ולא חולצין לאשתו לא מייבם ולא מייבמין לאשתו, ר' יהודה אומר אם רוצה לחלוץ או לייבם זכור לטוב, והרמב"ם פוסק כת"ק.

והנה הטעם שהמלך אינו חולץ הוא משום בזיון. ועין רש"י י"ט ע"ב שאומר: "חליצה גנאי היא לו לבוא לב"ד ותהא רוקקת לפניו, ויבום גנאי הוא לקום על שם אחיו". וכן הוא בהמאירי. אמנם בדין יבום חולק הרמב"ם על רש"י ומפרש דהוא מטעם אינו חולץ דקלון הוא "והואיל ואינו חולץ אינו מייבם". וכ"כ בפירושו למשניות בפ"ב דסנהדרין. ועין בתוי"ט שמשגיג על הברטנורא שכתב כמו הרמב"ם, ומקשה עליו שלא מצינו אלא כל שאינו עולה ליבום א"ע לחליצה ולא להיפך. אמנם ראה דברי התוס' יבמות מ"ד ע"א ד"ה ונייבם, וכן תוס' דף י' ד"ה איהו הוא דקאי בלא יבנה, שדרשינן גם ההיפך דכל שאינו עולה לחליצה א"ע ליבום, ונעלם ממנו דברי התוס' והרמב"ם הנ"ל.

ועין בגליון המשניות להגאון ר' עקיבא איגר שמקשה דמ"ש מחרש וחרשת דאינם עולים לחליצה ועולים ליבום, כדמוכח בגמ' יבמות קי"ב, ועין בתוס' יבמות מ"ד ד"ה כל שאינו עולה "וא"ת והרי חרש וחרשת אינם עולים לחליצה ועולים ליבום, ותירצו דהתם בני חליצה נינהו, אלא דפומייהו הוא דכאיב להו". וכונתם דיש בהם זיקה גם לחליצה, אלא שאינם יכולים לעשות מעשה החליצה. וכן צ"ל בקטן דממעטינן חליצת קטן מקרא, דמעשה החליצה של קטן פסולה, ואין הגריעותא בזיקתו אלא במעשה חליצתו וזיקתו היא זיקה גמורה גם לחליצה, אלא דפומייהו הוא דכאיב ליה כמו בחרש וחרשת. וזה כנראה כונתו של הגרע"א בגליון המשניות שגם מלך בר חליצה הוא

אלא דאינו רשאי לגנות את עצמו, והוא כמו פומיה דכאיב ליה, ולמה אומר הרמב"ם דמלך לא חולץ ולא מייבם משום דאינו ראוי לחליצה לכן אינו ראוי ליבום, ומ"ש מחרש דחולץ. ועין בקובץ הערות להגאון ר' אלחנן וסרמן זצ"ל שהמתרץ דחרש אפשר שישתפה כמ"ש התוס' בגיטין דף כ"ב דמהאי טעמא חש"ו בני כריתות גינהו דאפשר שישתפה, אבל מלך אין לו היתר לעולם, ואף כשעבר מנשיאותו כגון שנצטרע ודינו כהדיוט כמבואר בגמ' הוריות וברמב"ם הל' שגגות, זה רק לענין קרבן נשיא, אבל לא לענין כבודו, דהא צריך לנהוג בו כבוד גם לאחר מיתתו וכ"ש כשנצטרע.

והאור שמח מפרש דהגנאי ביבום הוא עפ"י מש"כ הפוסקים דיבום צריך להיות בפני עדים כמ"ש התוס' בקידושין י"ב ד"ה רב מנגיד לכן אינו מייבם משום דגנאי הוא לו לבוא על אשה בפני עדים.

[אמנם אי יבום צריך עדים עין היטב באהע"ז סימן ק"ו סעיף ב' ברמ"א שכתב ודוקא שבא עליה בפני עדים. ועין במשנה למלך פ"ב הל' יבום הלכה ב' שמסיק דאם בעל בלא עדים צריכה חליצה. והשער המלך פ"ב הל' יבום וחליצה מביא ראיה מפורשת מתוס' קידושין דף י' ע"ב ד"ה פריצותא דבעינן עדים כשאר קידושין דעלמא. והשוה הריטב"א בקידושין שם. ועין במנחת חנוך מצוה תקצ"ח ותקצ"ט שמבאר באריכות את ספיקותו של המשנה למלך. וראה המאירי בקידושין דף ב' שכתב שצריך עדים. והשוה הדגל ראובן חלק שני סימן ל"ח למורי ורבי מרן אבי הגאון שליט"א שמבאר דיבום הוי דבר שבערוה כיון שפוטר הזיקה לכן צריך עדים בשעת ביאה של יבום משום דין שבערוה כמו גיטין וקידושין. ועין באור שמח הל' אישות פרק ו' ה"ב שמסתפק אי חופה צריכה עדים או סגי בהודאת שניהם ומביא ראיה דחופה צריכה עדים וה"נ י"ל בביאה וצריך עדים].

אולם הדין השני של הרמב"ם הנ"ל שכתב באשת מלך שכיון שאסורה להתיבם כך אין חולצין לה מטעם שכל שא"ע ליבום א"ע לחליצה, ותשב בזיקתה לעולם זה קשה מאד. דהא אשת מלך אינה מתיבמת הוא מקרא ד"שום תשים עליך מלך" שתהא אימתו עליך ויש עליה רק איסור עשה, ולמה אינה עולה לחליצה, הלא ביבמות דף כ' מוכח דח"ע ול"ת ג"כ עולים לחליצה מגזזה"כ ד"יבמתו" שיש לך יבמה אחרת שעולה לחליצה ואינו עולה ליבום, א"כ אלמנתו של מלך שיש עליה רק איסור עשה בודאי עולה לחליצה אעפ"י שא"ע ליבום. ועין ברש"ש בסנהדרין שמקשה קושייה זו והניח בצ"ע. ועין בכ"מ שכתב דגם על חליצה יש בזיון דגנאי הוא למלך שתהא אלמנתו חולצת. ודבריו דחוקים מאד דהא הרמב"ם כתב הטעם דכל שא"ע ליבום א"ע לחליצה ולא הזכיר שהוא מטעם גנאי.

ויותר תמוהים דברי הרמב"ם מפ"ו הל' יבום וחליצה הלכה י' שפוסק
 «היתה היבמה אסורה על יבמה איסור לאו או איסור עשה... הרי זו חולצת
 ולא מתיבמת... לפיכך אם עבר ובעל יבמתו האסורה לו משום לאו או
 משום עשה... הרי זה קנה קנין גמור ומוציאה בגט והיא וכל צרותיה
 מותרות לזר שהרי נפטרו». הרי מוכח מדברי הרמב"ם שח"ע אם בעלו קנו
 קנין גמור ויש בו זיקת יבום ובדיעבד גם אלמנתו של מלך עולה ליבום
 כמו כל ח"ע ומדוע א"ע לחליצה.

אמנם כבר כתבו האחרונים עין בערוך לנר ביבמות דף כ' ששיטת
 הרמב"ם היא כשיטת הרשב"א בכתובות דף מ' הובא בשיטה מקובצת שם
 דלאו הבא מכלל עשה לא עדיף מלאו גמור דנדחה מפני עשה, ודברי הרשב"א
 אינם אלא באיסור עשה שהם מצרי ואדומי ובעולה לכה"ג כיון שאינם רק
 לאוין הבא מכלל עשה ולכן עשה דוחה אותם (ועין במשנה למלך בהל' גערה
 ובתולה פרק א'), ולכן אפשר לומר שכן דעת הרמב"ם ולכן שפיר פסק דבח"ע
 כמו בח"ל דנפטרו צרותיהן, כיון דמדאורייתא חזי' ליבום דלאו הבא מכלל
 עשה נדחה מפני עשה דיבום, אבל כבוד מלך אינו איסור עשה אלא מצות
 עשה ממש שתהא אימתו עליך ומי שנוהג כבוד ומורא במלך מקיים מצות
 עשה ומצוה אינה נדחית מפני עשה.

אבל קשה דנהי דמצות כבוד מלך אינה נדחית מפני עשה דיבום, מ"מ
 עולה לחליצה כמו ח"ל ועשה דיש רבוי מ"יבמתו" דעולים לחליצה אעפ"י
 שאינם עולים ליבום. ועוד קשה על הרמב"ם הנ"ל דהא כל שא"ע ליבום א"ע
 לחליצה הכונה שהזיקה מופקעת ומותרת לשוק ולמה כאן באשת מלך שינה
 בלשונו וכתב «שתשב בזיקתה לעולם» ויש איסור יבמה לשוק, ומשמע דיש
 בה זיקה גמורה אלא שחליצתה פסולה מפני שאינה ראויה ליבום.

הנה הרשב"א בריש יבמות כתב: «חמש עשרה נשים פוטרות צרותיהן...
 הקשו בתוספות וניתני שש עשרה, וכגון המגרש את אשתו ע"מ שלא תנשא
 לראובן, והלכה ונשאת לשמעון אחיו ומת, ונפלה לפני ראובן ליבום דמתוך
 שהיא אסורה צרתה אסורה, וי"ל דזו ודאי אינה פוטרת לא מן החליצה ולא
 מן היבום לפי 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 להתיבם היא עצמה מחמת תנאי של זה,
 וכדי שלא יבטל הגט למפרע, בכי הא ודאי אין צרתה פוטרת, אלא חולצת,
 או מתיבמת... ומסתברא לי דאפילו היא עצמה חולצת, ואין אני קורא בזו
 כל שאינו עולה 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 ונשאה לזה שנאסרה עליו נמצא גט בטל ותיאסר לו איסור ערוה, מ"מ אין אסורה עכשו אלא מחמת תנאי ולא מחמת ערוה שהרי גיטה גמור ואין כאן שיור בגט מידי דהוה אתנאין דעלמא, והרי זו כנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה דתנן פ' ב"ש כופין אותו לחלוץ, והרי זו אינה עולה ליבום דבר תורה דקימא עליה בלאו ועשה, ואעפ"י כ עולה לחליצה משום שדבר אחר גרם לה ליאסר... אלא שראיתי לרמב"ן נר"ו שנסתפק בדבר זה ומטין דבריו לפוטרה מן החליצה ומן היבום דכל שא"ע ליבום א"ע לחליצה".

והקשה השער המלך "ולא זכיתי להבין דבריו דנודרת הנאה דבעינן חליצה לאו משום שדבר אחר גרם לה ליאסר, אלא משום דריבה הכתוב "יבמתו" לח"ל ועשה דבעינן חליצה ומטעמא דקידושין תופסין בח"ל והרי אלמנה מן הנשואין דאיסורא מחמת עצמה ולא רמיא ליבום דבר תורה ואפילו הכי בעי חליצה, וא"כ איך כתב דטעמא דנודרת הנאה משום שדבר אחר גרם לה ליאסר, דהא ליתא דאלמנה מן הנישואין יוכיח, מה שאין כן באומר ע"מ שלא תנשאי לפלוני כיון דלא חזיא ליבום ולא תפסי בה קידושין דקאי עליה באיסור ערוה איכא למימר דה"ל כחייבי כריתות ממש". וכן מקשה האבני מלואים ככה.

לכן נ"ל ליישב ענין זה בדרך חדשה. הנה בגמ' יבמות דף כ' ע"א שנינו: "אמר רב גידל אמר רב אמר קרא ועלתה יבמתו השערה שאין ת"ל יבמתו (דהא כתיב ברישא דקרא לקחת את יבמתו) מה ת"ל יבמתו, יש לך יבמה אחרת שעולה לחליצה ואינה עולה ליבום ואינו זו חייבי לאוין, ואימא חייבי כריתות, אמר קרא אם לא יחפוץ האיש לקחתה הא חפץ מייבם, כל העולה ליבום עולה לחליצה וכל שא"ע ליבום א"ע לחליצה, אי הכי ח"ל נמי, הא רבי רחמנא יבמתו, ומאי ראית, מסתברא ח"ל תפסי בה קידושין, חייבי כריתות לא תפסי בה קידושין". ועין ברש"י שמפרש שזיקת יבום תלוי בתפיסת קידושין ואז עולה לחליצה ולכן ח"ל דתפסי בהו קידושין חל הזיקה ואז עולה גם לחליצה, אבל בחייבי כריתות שלא תפסי בהו קידושין אינו חל הזיקה לכן א"ע גם לחליצה. וכן כתב הרשב"א שם, ח"ל דתפסי בהו קידושין וכיון שכן קרינן בהו לקחת כיון דבעלמא בת ליקוחין היא בדיעבד, אבל בח"כ לא קרינן בהו לקחת כלל, דאפילו בעלמא לא תפסי בהו קידושין ואפילו בדיעבד, וכיון שכן דין הוא שלא יעלו לחליצה כיון דלא קרינן בהו לקחת לא ביבמה ולא בעלמא עיי"ש.

הרי משמע דתלוי דין שא"ע ליבום א"ע לחליצה בדין תפיסת קידושין.

דאם תפסי קידושין יש זיקת יבום ואז עולה לחליצה, אבל ח"כ דלא תפסי בהו קידושין אינו חל הזיקה לכן א"ע גם לזיקת חליצה.

ונראה דיש עוד דין נוסף בזה דכל העולם "למצות יבום עולה למצות חליצה" וכל שאינה עולה למצות יבום אין בה מצות חליצה אעפ"י שיש בה זיקת חליצה. וזה פירושו של הפסוק, אם לא יחפוץ האיש לקחת את יבמתו... ונגשה יבמתו וחלצה נעלו, הרי עיקר מצות חליצה תלוי בדעתו אם יחפוץ מייבם, ואם לא יחפוץ גותן חליצה, א"כ המצוה של חליצה תלויה בהמצוה של יבום וכל שא"ע למצות יבום א"ע למצות חליצה אעפ"י שיש בו זיקת חליצה.

ונראה לי להביא ראיה חותכת לדברים אלה. הנה הגמ' יבמות כ"א ע"ב אומרת "ביאת כה"ג באלמנה, חד אמר פוטרת צרתה וחד אמר אינה פוטרת צרתה, באלמנה מן הנישואין כ"ע לא פליגי דלא פטרה, דאין עשה דוחה ל"ת ועשה, כי פליגי באלמנה מן האירוסין, מ"ד פוטרת אתי עשה ודחי את לא תעשה, ומ"ד אינה פוטרת לא אתי עשה ודחי את לא תעשה, כיון דאפשר בחליצה. מיתבי ואם בעלו קנו תיובתא, אמר לך ריש לקיש כי אמינא אנא היכי דמקיימי מצוה, אבל חליצה במקום יבום לאו מצוה".

אמנם הרשב"א והרמב"ן בדף ו' ביבמות שניהם מבארים בד"ה מה להגך שכן הכשר מצוה "פירש"י ז"ל עיקר קיום מצות אביו לא אפשר לקיומיה אלא בעקירת שבת, אבל הכא אפשר דחליץ, ואכתי עליה למאי איצטריך למיסריה, ולא מחזור לן דהא רבא דאמר בפרק חיצד דף כ' הכא אפשר בחליצה ומקיים עשה ולא תעשה איתותוב "דכל שאינו עולה ליבום לאו בת חליצה היא".

ודבריהם תמוהים מאד דהא חייבי לאווין לא גרוע מח"ל ועשה שיש רבוי מ"יבמתו" שאע"ג שא"ע ליבום עולה לחליצה. ועוד הרי הטעם הוא שא"ע ליבום משום שאפשר לקיים שניהם ולמה א"ע לחליצה. ובכלל עיקר תירוצם הוא בניגוד להגמ', כי הגמ' מתרצת שהטעם שאין בה חליצה משום חליצה במקום יבום לאו מצוה היא אבל זיקת חליצה נשארת ומדברי הרמב"ן והרשב"א מוכח שהטעם הוא משום שא"ע ליבום א"ע לחליצה ואין כאן זיקה כלל וכלל.

ולפענ"ד מוכח מדברי הראשונים שמלבד הדין שכל שא"ע לזיקת יבום א"ע לזיקת חליצה, יש דין נוסף שכל שאינו עולה למצות יבום א"ע למצות חליצה, ולכן ח"ל אעפ"י שיש זיקת חליצה דהא ח"ל לא גרע מח"ל ועשה שיש רבוי מ"יבמתו" שעולה לזיקת חליצה, אבל כיון שא"ע ליבום משום שאפשר לקיים שניהם, בטלה מצות חליצה, ונשארת רק זיקת חליצה, ודברי הראשונים הנ"ל מתאימים עם תירוצה של הגמרא, כלומר, כל שאינו עולה למצות יבום

א"ע למצות חליצה וחליצה במקום יבום לאו מצוה היא, אבל זיקת חליצה ישנה כי ח"ל לא גרע מח"ל ועשה ויש רבוי מ"יבמתו" שאעפ"י שא"ע לזיקת יבום עולה לזיקת חליצה.¹)

ולפי"ז יוצא שיש שני דינים בדין כל שא"ע ליבום א"ע לחליצה. (א) היכא דיש חסרון בהזיקה כמו ח"כ ולא תפסי בהו קידושין וא"ע לזיקת יבום משום דלא קרינן בה לקחת יבמתו א"ע לזיקת חליצה, וח"ל ועשה כמו אלמנה לכה"ג, יש רבוי מ"יבמתו" שאשה כזאת יש עליה דין מיוחד שעולה רק לזיקת חליצה משום דאלמנה לכה"ג א"ע לזיקת יבום כי יש איסור ביאה ומה"ת לא רמיא ליבום ורק לחליצה רמיא (אולם עין בחדושי הר"ן בסנהדרין בזה). (ב) כל שא"ע למצות יבום אעפ"י שיש זיקת חליצה בטלה מצות חליצה ונשארת רק הזיקה לחליצה.

ואם כנים הדברים האלה אפשר לומר שח"ל ועשה אין בה מצות חליצה שנוכל לכופף אותו לחלוץ, רק יש רבוי מיבמתו שיש בה זיקת חליצה לבד ונותן חליצה להתירה לשוק, אבל אם אינו רוצה לתת חליצה במקום שא"א לייבם אין כופין אותו לחלוץ ונשארת רק הזיקה לחליצה.²)

1) ובה אפשר ליישב מה שתמה הב"ש בסימן קע"ד סק"ג למאי דפסקינן כאבא שאול דמצות חליצה קודמת א"כ אמאי אמרינן בחייבי לאוין אם בעלו קנו משום דעשה דוחה ל"ת הא מצות חליצה קודמת וא"כ אפשר בחליצה ותירוצו של רבא עיקר. והבית שמואל מתרץ שמה שאמרינן דמצות חליצה קודם הוא רק מדרבנן, אבל מדאורייתא מצות יבום קודם ודחי את הל"ת.

אבל לפי דברינו אתי שפיר דאפילו אבא שאול דסובר דמצות חליצה קודמת היינו בחליצה שבידו לייבם, אבל היכא דאין בידו ליבם מודה הוא שחליצה במקום יבום לאו מצוה ולכן א"א לומר דלא דחי משום דאפשר בחליצה דהא אם נימא דלא דחי א"כ א"ע ליבום ובטלה מצות חליצה ובחליצה שא"א לייבם לאו מצוה היא, ולא שייך לומר הא אפשר בחליצה דהא כיון שאסורה להתיבם בטלה מצות חליצה ונשארת רק זיקה לחליצה וחליצה שא"א ליבם במקום יבום לאו מצוה היא.

2) ועין היטב בגמ' יבמות דף ל"ט ע"ב שמוכח קצת כדברינו, "תנן התם מצות יבום קודמת למצות חליצה. בראשונה שהיו מתכוונין לשם מצוה, עכשו שאין מתכוונין לשם מצוה אמרינן מצות חליצה קודמת למצות יבום. אמר רב אין כופין. כי אתו לקמיה דרב אמר להו אי בעית חלוץ אי בעית ייבם דבדין תליא רחמנא אם לא יחפוץ האיש, הא חפץ ייבם ואי לא חלוץ (לפי גירסת הרא"ש שם). עכ"פ אנו לומדים שאם שניהם רוצים להתיבם אעפ"י שעכשו אינם מתכוונים לשם מצוה אין כופין אותו לחלוץ ולא אמרינן שכיון דלאו למצוה מכוונים יפגעו באיסור אשת אח אלא אם רוצה לייבם מייבם, ולכן אעפ"י שמצות חליצה קודמת למצות יבום בכ"ז אין כופין אותו לחלוץ כי מצות חליצה תלויה במצות יבום ולכן אם רוצה לייבם אין כופין אותו לחלוץ אעפ"י שיש

ובזה אפשר ליישב את דברי הרמב"ם הנ"ל באשת מלך שכתב שכיון שא"א לייבם את אשתו כך אין חולצין לה, מטעם שכל שאינו עולה ליבום א"ע לחליצה, והקשו עליו הלא באשת מלך יש רק איסור עשה של "שום תשים עליך מלך" ולא גרע מח"ל ועשה שמרבינן מ"יבמתו" שעולה לחליצה ולמה אין חולצין לה, ומהו בכלל כונת רבינו שכתב "ותשב בזיקתה לעולם". אמנם לפי דברינו הנ"ל אחי שפיר, הנה רש"י בסנהדרין דף י"ט ע"ב אומר הטעם שאשת מלך אין חולצין מפני "שאסורה לינשא" וכן כתב המאירי "ואין חולצין לאשתו אלא תשב בזיקתה לעולם שהרי א"א לינשא לאחר". ומדברי רש"י והמאירי מוכח שחליצה אינה מצוה בפני עצמה אלא רק התרה לשוק לכן באשת מלך כיון שאסורה לינשא אין חולצין לה.

והנה בתשובת חכם צבי שאלה א' כתב: "ולי נראה בהיפך דאי איכא דין קטלנית ביבמה אין כופין אותו לא ליבמה שהרי קטלנית ואדרבה מוחין בידו, ולא לחלוץ שהרי כל עיקר מה שאנו כופין על החליצה הוא משום לתא דידה שאין חוסמין אותה ולא תיעגן ותיתב, ואע"ג דאמרינן בגמ' כל שהוי מצוה לא משהינן, ע"כ לאו היינו טעמא דכפיה משום דכופין על כל מ"ע זכה דתנינן בהכותב במ"ע כגון שאומרין לו עשה סוכה ואין עושה מכין אותו עד שתצא נפשו, דע"כ לא אמרינן הכי אלא במ"ע שאינה תלויה בדבר וא"א להפטר ממנה בשום ענין, אבל במ"ע התלויה בידי אדם כגון חליצה שאם היא רוצה להתעגן וגם הוא אינו מקפיד אגן לא איכפת לן במ"ע כזו אין כופין אי לאו משום עיגון דידה... דבכל המצות כופין, מלבד בגיטין וחליצות דאין כופין אלא משום עיגון דידה, או כל הנך שמנו חכמים בפירושו, אבל אינך לאו משום דאית בי' ריעותא שהרי גט מעושה פסול וכן חליצה מעושית, ואף במקום שהוא כדין הם כשרים מ"מ לא ראו חכמים לכפות עליהם אלא משום עגונה... וכיון דכל עיקר הכפייה איננה אלא בשבילה כגון זו שלפנינו אין כופין, שהרי אינה ראויה להנשא, ומוטב שתהא אגידה בזיקה ולא תנשא לאחר משניתן מכשול לפנייה לצור אנשים, ועכ"פ אין לנו לכופ על החליצה, אלא "אמרינן לה זילי לא תקטלי לאינשי".

זיקת חליצה בכ"ז אין בידינו לכופ אותו לחלוץ משום שכפיה שייכת רק במצות חליצה ולא בזיקת חליצה לכן אם רוצה לייבם אעפ"י שעכשו מצות חליצה קודמת אין כופין אותו לחלוץ, ולכן אפשר לומר שבמקום שאסורה להתיבם ואין בה מצות יבום יש רק זיקה לחליצה ובטלה מצות חליצה ואין כופין אותו לחלוץ, ועין באבן העזר סימן קס"ה סעיף א' ובהג"ה שם ברמ"א, אך אפשר לחלק דכיון שרוצה לייבם אעפ"י שמצות חליצה קודמת אין כופין אותו לחלוץ.

ומוכח משיטת החכם צבי שסובר כמו רש"י הנ"ל שאם אינה רוצה להנשא אין כאן מצות חליצה ואם היא אסורה לינשא אין חולצין.³)

והנה אי חליצה היא מצוה בפני עצמה או היא רק להתיר זיקת יבום, כמו גט, שאין מצוה אלא מתרת אשת איש, כך חליצה מתירה את היבמה לשוק, עין ברש"י קידושין דף י' ע"א ד"ה "מנלן דחליצה מותרת להנשא דילמא מצות חליצה היא דרמא רחמנא עלה ולעולם לא משתריא". הרי משמע שאפילו אם חליצה לא היתה מתרת יש מצות חליצה וזוהי לכאורה סתירה מרש"י קידושין לדברי רש"י שבסנהדרין הנ"ל. ואולי י"ל שזה הס"ד דגמ' של המקשה שאומר דחליצה אינה מתרת ואז רחמנא רמיא עלה לעשות המצוה, אבל לפי האמת דחליצה מתרת יש לומר דעיקר חליצה היא התרת להנשא וליכא מצוה. ועין בקצוה"ח סימן ער"ה סעיף כ"ה שאומר וז"ל: ובשו"ת חכם צבי סימן א' מסתפק אי הוי כוונה דבעינן בחליצה היינו מטעם דמצוה היא וכעין כוונת המצות דפסקי רוב הפוסקים דמצות צריכות כוונה, או כעין הקנאות דבעינן דעת מקנה וקונה, וכאותה שאמרו העודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו הוא דלא קנה, משום דלא מכיין למיקני. והנראה לענ"ד דכונה זו האמורה בחליצה אינו אלא מטעם הקנאה. ובהכי ניחא לי מה דקשה להו להתוס' פ' מצות חליצה אמאי אמרינן דקטנה חולצת והא לאו בת דיעה היא. ולדידי לא קשה משום דכיון דמתורת הקנאה אתינן עלה והרי היא זוכה לעצמה מן התורה היכי דדעת אחרת מקנה אותה, עכ"ל.

ודברי הקצוה"ח הם רק אם נימא כרש"י כאן שליכא מצוה בחליצה אלא היא רק התרה לשוק. אמנם ידועה היא שיטת הראב"ד והרשב"א שבדעת אחרת מקנה לא צריך כונת הקונה א"כ למה צריכה גם האשה לכוון בחליצה, וע"כ צ"ל דכונה בחליצה היא כונת מצוה וחליצה היא מצוה בפני עצמה והיא מצוה חיובית.⁴)

(3) האמנם דברי החכם צבי קשה לי מדברי הגמ' יבמות דף ג' ע"א שרוצה לומר אי לאו ד"עליה" אתי עשה דיבום ודוחה ל"ת שבכרת הלא הגמ' כתובות דף מ' ע"א אומרת שאם אמרה לא בעינא ליכא עשה כלל א"כ לא לידחי עשה דיבום אפילו ל"ת גרידא דהא אי אמרה לא בעינא לאיתנסבא ליכא עשה כלל. ואולי רק בחליצה אי אמרה לא בעינא ליתא לעשה כלל אבל ביבום אפילו אמרה לא בעינא איתא לעשה וצ"ע.

(4) ועין במנחת חנוך מצוה תקצ"ט שאומר דהכונה שמתיר אותה זוהי כונת קנין אבל מ"מ צריך לכיון לצאת ידי המצוה, אבל הוא אומר שבכונה זו לצאת ידי המצוה א"צ רק החולץ שמקים המצוה אבל לא היא דמצוה על הזכרים. ועין בתוס' גדה ס"ו ע"ב ד"ה כל הראוי לבילה "אבל בילה ומקרא ביכורים וחליצה מצות נינהו" א"כ מוכח שחליצה מצוה. ואולי משם אין ראיה כלל כי לא על חליצה כונת התוספות אלא חליצה היא כמקרא

ונ"ל להביא ראיה מפורשת מהמשנה יבמות ל"ט ע"א שחליצה היא מצוה. "מצוה בגדול לייבם לא רצה מהלכין על כל האחים לא רצו חוזרים אצל גדול ואומרים לו עליך מצוה או חלוץ או ייבם". הרי זו ראיה ברורה שחליצה היא מצוה בפני עצמה והיא מצוה חיובית.

ולפי"ז אפשר לתרץ את דברי הרמב"ם הנ"ל באשת מלך שכתב לא כרש"י שמה שאין חולצין לאשתו מפני שאסורה לינשא, אלא מטעם שכל שא"ע ליבום א"ע לחליצה, דהרמב"ם סובר שחליצה זו מצוה בפני עצמה, ולא רק התרה לשוק, א"כ באשת מלך למה אין חולצין נהי דאסורה לינשא, אבל סו"ס יש מצות חליצה להפקיע הזיקה, למה אינו מקים המצוה ולמה אין חולצין לאשתו, לכן אומר הרמב"ם שכל שא"ע ליבום אין מצות חליצה ולכן א"א לכופ אותו לחלוץ, ובטלה מצות חליצה, ולתת חליצה להתירה לשוק גם כן אי אפשר, מפני שאסורה לינשא, לכן הדגיש הרמב"ם בלשונו הזהב "ותשב בזיקתה לעולם" והוי כמו כל ח"ל ועשה שיש בה זיקת חליצה, אלא דבכל ח"ל ועשה נהי דא"א לכופ אותו לחלוץ אבל נותן חליצה בכדי להתירה לשוק, אבל באשת מלך כיון שאסורה להתיבם בטלה מצות חליצה, וכל שא"ע למצות יבום א"ע למצות חליצה, ויש רק זיקת חליצה, אך א"א לתת חליצה כדי להתירה לשוק, מפני שאסורה לינשא, לכן "תשב בזיקתה לעולם". ודברי הרמב"ם מאירים מאד.

ובזה אפשר ליישב את דברי הרשב"א הנ"ל מה שתמהו השער המלך והא"מ איך מביא ראיה מנודרת לדין המגרש את אשתו על תנאי, דשם במגרש את אשתו על תנאי ע"מ שלא תנשאי לראובן, והלכה וניסת לשמעון אחיו ומת, ונפלה לפני ראובן ליבום, שא"ע ליבום משום דאיסור ערוה אינו מניח ליבם, שהרי אם ייבמה תהא אסורה עליו משום א"א, אפשר דא"ע לחליצה ג"כ, אבל נודרת הנאה מיבמה חולצת, משום דיש רבוי מ"יבמתו" שעולה לחליצה אעפ"י שא"ע ליבום, דהרי אלמנה לכה"ג תוכית, שעולה לחליצה אעפ"י שא"ע ליבום משום דאין עשה דוחה ל"ת ועשה, וילפינן מקרא דיבמתו שיש לך יבמה

בכורים, כאשר נותנים חליצה או מצוה לכתחלה לעשות כתקונה הרקיקה והקריאה, ולא דמי לטבילה שהעיקר הוא שיהיה טהור ומה שטהור הוא בדיעבד זה מספיק ולכן גם לכתחלה לא בעי יותר ע"ש היטב.

ועין בעונג יו"ט סימן קע"ו שמסתפק בזה ומביא ראיה שחליצה היא מצוה מהא דאמרינן ביבמות דף ק"ג דסנדל של עבודת כוכבים לא תחלוץ ופירש הרשב"א בחידושו הטעם משום דמאיס למצוה וכ"כ התוס' שם ובסוכה דף ל"ב ד"ה באשירה ובחולין דף פ"ט דאע"ג לענין כסוי מותר לכתחלה לכסות אבל בחליצה אסור לכתחלה לחלוץ משום דמאיס, אלמא דמקרי מצוה גמורה ולא פטור בעלמא, ע"ש.

אחרת שעולה לחליצה וא"ע ליבום, א"כ נודרת ג"כ יש עשה ול"ת, לא יחל דבר, וכל היוצא מפיו יעשה, ולכן עולה לחליצה, אבל במגרש את אשתו על תנאי אפשר לומר שאין עולה לחליצה.

אבל לפי דברינו הנ"ל מיושבים דברי הרשב"א, דהא המשנה ביבמות קי"א ע"ב אומרת שהנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה "כופין" אותו שיחלוץ ולמה כופין, הלא ביארנו לעיל שבח"ל ועשה יש בה רק זיקת חליצה אבל אין בה מצות חליצה, ולמה אומרת המשנה בנודרת שכופין אותו לחלוץ? ולכן מביא הרשב"א ראייה מנודרת שהטעם שכופין אותו לחלוץ משום איסור אחר גרם לה להיאסר, ועולה ליבום, וכל שעולה למצות יבום עולה למצות חליצה, וכופין אותו לחלוץ, אך בכל ח"ל ועשה אין היבם יכול ליבם ואסור לו, ולכן אין בה מצות חליצה לכוף אותו לחלוץ, ויש רק זיקת חליצה להתירה לשוק, אבל בנודרת היא אסרה עליו, אבל היבם יכול ליבם, וזקוקה היא ליבום ועולה ליבום, ולכן "כופין אותו לחלוץ". וזה מה שמביא הרשב"א ראייה ע"ז מנודרת דמניעה של תנאים לא מיקרי מניעה שיחול ע"ז דין של אינו עולה ליבום א"ע לחליצה, כיון שאיסור דבר אחר גרם לה להיאסר מצד תנאי, ע"ז לא שייך כלל הדין כל שאינו עולה ליבום א"ע לחליצה, וכיון שאיסור דבר אחר גרם לה להיאסר, לכן כופין אותו לחלוץ, ויש בו מצות חליצה, ולכן במגרש את אשתו על תנאי סובר הרשב"א שאינה נחשבת לערוה לפטור צרתה דכיון דאין אסורה אלא מחמת תנאי, מגורשת גמורה היא אצל הכל אלא דאם ישא אותה יבטל הגט למפרע, אבל עתה כ"ז שלא נשאה מגורשת גמורה היא ואינה ערוה וצרתה חולצת או מתיבמת. ואח"כ מסיק הרשב"א ואומר ומסתברא לי דאפילו היא עצמה חולצת ואין אני קורא בזו כל שאינו עולה ליבום א"ע לחליצה, דבתנאין לא קמיירי, אלא באיסור ערוה, אבל בזו שאיסור דבר אחר גרם לה להיאסר דהיינו תנאי חולצת, והרי זו כנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה דתנן בפרק ב"ש "דכופין אותו שיחלוץ לה".

ועוד אפשר להסביר דברי הרשב"א שבנודרת הנאה זיקתה היא זיקת יבום ולא זיקת חליצה כמו שכתבתי לעיל, דהרי זיקה ג"כ תלוי בתפיסת קידושין, ובנודרת הנאה בודאי יתפסו הקידושין, משום דנודרת הנאה אין האיסור בביאה רק דבר אחר מונע, א"כ הזיקה שלה זיקת יבום, ואף בא"א לייבם דהא אם ייבם יבטל הגט למפרע ותהיה אשת איש, אבל כיון דהזיקה היא זיקת יבום החליצה חליצה כשרה, ופותר אותה, ולא דמי לאלמנה לכה"ג דהתם כיון דאיסורה איסור ביאה דביאת כה"ג באלמנה בעשה ול"ת, מן התורה לא רמיא ליבום ורק לזיקת חליצה רמיא, אבל נודרת הנאה אין איסורה איסור ביאה לכן אף דא"א לייבם שאם ייבם יבטל הגט למפרע ותהיה אשת איש

אבל כיון דהזיקה היא זיקת יבום החליצה חליצה טובה ופוטר אותה, וזה מה שאומר הרשב"א ומסתברא לי דאפילו היא עצמה חולצת ואין אני קורא כל שא"ע ליבום א"ע לחליצה ולכן כופין אותו לחלוץ.

אכן הרשב"א בתשובה בחלק ששי סימן כ"א אומר אחרת שאפילו ח"ל ועשה החליצה היא רק מדרבנן, ומדאורייתא אינה חולצת — כיון שא"ע ליבום וכיון דאסור לייבם הוי בכלל כל שא"ע ליבום א"ע לחליצה ופטורה לגמרי זס"ל כסברת הרמב"ן במגרש על תנאי שהיא פטורה לגמרי, וטעמא דנודרת אינו משום דאיסור אחר גרם לה אלא משום דהוי כמו כל ח"ל ועשה דחולצת מדרבנן. ע"ש היטב. והא"מ והשער המלך שדחו ראייתו של הרשב"א מנודרת לא ראו דברי הרשב"א בשו"ת.

ולפי תשובת הרשב"א אפשר לתרץ את קושייתי החזקה שהקשיתי לעיל על דברי הרמב"ן והרשב"א בדף י' שאומרים שרבא איתותיב משום דאפשר לקיים שניהם וכל שא"ע ליבום א"ע לחליצה הלא ח"ל לא גרע מח"ל ועשה שיש רבוי מיבמתו שעולה לחליצה, אבל לפי תשובת הרשב"א אתי שפיר שגם בח"ל ועשה החליצה היא רק מדרבנן ומדאורייתא כל שא"ע ליבום א"ע לחליצה.

בענין פסול נגיעה בעדות

אם שייך לחשוש בגילוי מלתא בעלמא הוא.

בסנהדרין כ"ג ע"א במתניתין, זה פוסל עדיו של זה, וזה פוסל עדיו של זה, דברי ר"מ. וחכמים אומרים אימתי בזמן שמביא עליהן ראי' שהן קרובים או פסולים, אבל אם היו כשרים אינו יכול לפוסלן. ובגמ' שם ע"ב, מוקי ר' אלעזר, בבא הוא ואחר לפוסלן. ופריך בגמ', כל כמיניה, נוגע בעדות הוא. ומשני, אמר רב אחא בריה דרב איקא, כגון שקרא עליו ערעור. ופריך הגמ', ערעור דמאי, אילימא ערעור דגזלנותא, כל כמיניה, נוגע בעדות הוא. אלא ערעור דפגם משפחה, ר' מאיר סבר הני אמשפחה קמסהדי, ואיהו ממילא קפסיל, ורבנן סברי סוף סוף נוגע בעדותו הוא. — וכי אתא רב דימי אמר ר' יוחנן מחלוקת בשתי כיתי עדים, דר' מאיר סבר צריך לברר, המלוה צריך להביא הכת השניה, שאמר בפנינו שיש לו שתי כתי עדים בדבר זה, ולכן יכול הלוה עכשיו לפוסלן הכת הראשונה, דעכשיו לאו כנוגע בעדות הוא. ואם ביקש ולא מצא יפסיד, דצריך לברר ולהעמיד על האמת כל דבריו שטוען בבי"ד. ורבנן סברי, אינו צריך לברר, ויכול לומר אין לי עוד, ונמצא זה נוגע בעדותו הוא, ולא מפסלי אפילו בעדות זו. — עיין ברש"י שם ובתוס' דגרסינן שם שתי לשונות. ועיין בהרא"ש שם דמסיק וקיי"ל כרבנן, אע"ג דאיכא אוקימתות אחריתי, הני נמי הלכתא הוא.

וקשה לי מגמ' כתובות כ"א ע"ב דנראה כסתירה מפורשת לגמ' דסנהדרין. דשם איתא אמר ר' אבא אמר רב הונא, שלשה שישבו לקיים את השטר, וקרא ערעור על אחד מהם, עד שלא חתמו מעידין עליו וחותם, שהוא ג"כ כשר לחתום, ומשחתמו אין מעידין עליו וחותם. ופירש"י ז"ל, משום דהווי להו נוגעין בעדותן, שגנאי להם שישבו עם פסול בדין. ופריך הגמ', ערעור דמאי, אי ערעור דגזלנותא תרי ותרי נינהו. פי' רש"י, ולא מתכשר בהכי, הלכך אעפ"י שלא חתמו לא יכלו להכשירו. אי ערעור דפגם משפחה גילוי מלתא בעלמא הוא. ופי' רש"י, ומשחתמו אמאי אין מעידין עליו, מאי חשד נוגע בעדות איכא הכא, ודבר העשוי לגלות הוא שיבדקו אחריו עד שיבורר הדבר, ואין עדותן של אלו תלוי בהגדתן ואינן אלא מגלי דבר בעלמא הוא. עד דמשני,

לעולם אימא לך ערועור דגזלנותא וקאמרי הני ידעינן ביה דעבד תשובה. וזהו רק מכאן ולהבא הוא כשר, אבל מצד ערועור דפגם משפחה הי' כשר לחתום אף לאחר שחתמו. — הרי חזינן מהגמ' דכתובות בפירוש, דליכא פלוגתא כלל בערועור דפגם משפחה, דלא שייך חשד דנוגע בעדות, בדבר דגילוי מלתא בעלמא הוא, ולכן פריך הגמ' דאף לאחר שחתמו יהיו נאמנים להעיד עליו, דהווי כמו מלתא דעבידא לאגלווי הוא, ולא משקר אינש, — ובגמ' סנהדרין שהבאנו לעיל ראינו, די ש פלוגתא דרבנן סברי דסוף סוף נוגע בעדות הוא עכשיו, ופסול הוא, אף דזהו רק גילוי מלתא בעלמא הוא ג"כ דפגם משפחה, דאפילו ר"מ דמכשיר, זהו מטעמא אחרינא, דהני אמשפחה קמסהדי ואיהו ממילא קפסיל, אבל לא מטעם אבל לא מטעם משום דזהו רק גילוי מלתא בעלמא הוא, ולא מפסל מחמת הנגיעה משום משקר במלתא דעבידא לאגלווי. ולא ראיתי מי שהרגיש בזה.

אמנם, לפי מה שהתוס' מפרש שם הגמ' בכתובות בשיטה אחרת דלא כפירש"י, דלא מיירי כלל בעדות הדיינים, אלא בעדות אחרים, ולא מטעם נגיעה דיינינן הכא, רק מטעם אם בטל זועד המושב שלהם, או לא בטל זועד המושב שלהם, עיי"ש באריכות. וכן עיין ג"כ ברמב"ם הלכות עדות פרק ו' הל' ז', דמפרש ג"כ דלא כפירש"י ז"ל, אלא שבאו שנים עדים אחרים להכשירו אחרי שהעדים הראשונים ערערו עליו בפגם משפחה, והם העדים האחרונים אומרים עליו שאין שום פגם במשפחתו והוא כשר, ולכן כשר הוא לחתום בעדותן אף לאחר שחתמו, דכשר הוא למפרע, רק בגזל אף דשנים אחרים העידו עליו שעשה תשובה זהו רק מכאן ולהבא הוא כשר, ולכן אינו כשר אחר חתימתן לצרפו, ועיין בכסף משנה ובהגהות מיימניות שם. וממילא לפי שיטתם אינו קושיא כלל, כמובן. דבכתובות לא איירינן כלל בהפסול מטעם נגיעה. — אבל לפי פירש"י ז"ל (ועיין ברבינו נסים שג"כ מפרש כפירש"י שם) דהדיינים בעצמם מעידין עליו, ומטעם נוגעין בעדותן דיינינן, קושייתנו במקומה עומדת, דנראה לכאורה כסתירה מפורשת מהגמ' דסנהדרין.

אמנם, אחר העיון נראה לי, שנוכל לתרץ ולחלק בין שני הענינים, דחילוק גדול יש בין הגמ' דכתובות לגמ' דסנהדרין דאף דבשניהם איירינן דערעור הוה בפסול דפגם משפחה וחישינן לנגיעה ושמא משקר. — דבאמת יש שני מיני פסולים בנגיעה, האחד הפסול הוא משום משקר, וזהו רק מדרבנן פסול. והשני, הפסול הוא משום קרוב, וזהו פסולו מדאורייתא. — ולקמן נביא דאי' מקצוה"ח שכתב בפירוש כן. — ולכן נראה לי, דנוכל לומר ג"כ, ולחלק דאף בפסול נגיעה שהוא מצד משקר ומדרבנן, יש ג"כ שני מיני נגיעות, דממילא יהי' נ"מ גדולה, אף "בגילוי מלתא בעלמא" דאמרינן דלא חיישינן

למשקר מצד נגיעה, מ"מ יש נ"מ בין נגיעה אחת לנגיעה השניה, וכמו שאבאר. דהנה באמת היינו צריכים בכ"מ להמתין מלהאמין להם את הגדת העדים, עד שיבררו את דבריהם, שהאמת אתם, דהעיקר שצריכים דבר תורה דרישות וחקירות הוא שנהי' בטוחים שלא ישקרו, ואם העדים אומרים על אדם אחד שיצא עליו ערעור פגם משפחה, והם אומרים ומעידים עליו שאין בו פגם משפחה ואינו עבד, בוודאי עליהם לברר דבריהם. — עיין בלשון רש"י בכתובות כ"ב ע"א, בד"ה גילוי מלתא בעלמא הוא, "דבר זה צריכין הן לברר" ודבר העשוי לגלות הוא שיבדקו אחריו עד שיבורר הדבר וכו' ואינן אלא מגלי דבר בעלמא. — אבל, לענ"ד, נראה לחלק בין חשש נגיעה קטנה, או חשש נגיעה גדולה, דבגמ' כתובות דמשחתמו אין מעידין עליו וחותרם, הנגיעה הוי קטנה שגנאי להם שישבו עם פסול בדין, ואין הנגיעה להם משום ריוח ממון כלל, רק שישבו עם פסול בדין וגנאי להם, אבל אינו נוגע להם לענין ממון כלל, אז נוכל לומר, שאם הדיינין מעידין עליו עכשיו, שיבררו אח"כ ויבדקו אחריו שאינו עבד, ועכשיו אינן אלא מגלין הכשרו, נגיעה קטנה כזו, פריך הגמ' שפיר דאפילו משחתמו יהי' מעידים עליו שכשר הוא לחתום דגילוי מלתא בעלמא הוא ולא ישקרו, ויבררו האמת אח"כ, ולא חששו רבנן. אבל בגמ' דידן בסנהדרין, דמיירי בנגיעה גדולה בריוח ממון, דזהו פוסל עדיו של זה, הכוונה, דהלוא אינו רוצה לשלם להמלוה, בעדות שהביא שחייב לו, והוא רוצה לפטור עצמו, בהטענה שעדיו פסולים בפגם משפחה, נגיעת ממון כזו בוודאי אין אנו מאמינים אותו עכשיו לפטור אותו משום שהוא גילוי מלתא בעלמא, דחיישינן שמא ישקר, שרוצה לפטור עצמו. כך דפליגי בסברא, דר' מאיר סבר הני אמשפחה קמסהדי ואיהו ממילא קפסיל, ורבנן סברי סוף סוף נוגע בעדות הוא, אבל לכו"ע לא אמרינן שנאמין אותו ללוח עכשיו לפסול עדיו של מלוה בפגם משפחה מטעם גילוי מלתא בעלמא הוא, בנגיעה גדולה כזו שרוצה לפטור עצמו מממון שחייב לו, בוודאי חוששין עכשיו שמא משקר עד שיברר מקודם.

ועיין בקצוה"ח סימן ל"ז סעיף קטן ה' שגדולה מזו כתב, שמחלק אפילו בנגיעת ממון, בין ממון לממון. שהקשה על התוס' ב"ב דף מ"ה ע"א, דכתבו דלא מפסל משום חשש שמא יתעשר, כיון דהשתא לא מרויח מידי, והקשה מב"ב צ"ב, בסוגיא דראובן שמכר שדה לשמעון ובא בע"ח דראובן, דינא הוא דאזיל ראובן ומפצי ליה, והתוס' מקשה שם, מאי נ"מ, הא כל מה דמצי טעין ראובן מצי טעין שמעון. ואין לומר דנ"מ כגון שהעדים המקיימין את השטר קרובים לראובן ואין קרובים לשמעון, ואם לא הי' ראובן בע"ד יכול לקיימו. דהא אפילו משתעי דינא בהדי שמעון לא מצי לקיימו, כיון דאי טריף לי

מיניה בתר ראובן אזיל, עכ"ל. והקשה הא התם משמע דלית ליה ללוה כלום, דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין, וא"כ קרובי ראובן למה לא יעידו כיון שאין נפקותא לראובן, דהשתא אין לו ולשמא יתעשר לא חיישת ואפילו ראובן עצמו יעיד. ומתוך לחלק, בין פסול נוגע שנוגע לעצמו בשביל הנאת ממון, כמו שמעיד על שטרו שפרע חובו, והבע"ח בא לגבות מהלוקח אין הלוה עצמו מעיד ולא קרובו מעיד, דזהו הנוגע פסול מן התורה משום קרוב, כיון דלעצמו מעיד שפרע חובו, ואעפ"י שאין לו עכשיו יהי' לו לאחר זמן. ואין הטעם משום משקר. — ואם העדות אינו נוגע לעצמו אלא לאחרים כמו האי דמעמידו בפני בעל חובו אינו נוגע הפסול מן התורה, דהא אינו מעיד לעצמו כלל, והוי כמו בנוטל שכר להעיד דהעדות אינו נוגע לעצמו אעפ"י שיש לו הנאת שכר, כשר הוא מן התורה ורק מדרבנן הוא פסול, ולהכי היכא דאין לו עכשיו לא חששו רבנן כיון דאפשר שלא יבוא לעולם ומשו"ה גם מדרבנן כשר, עיי"ש באריכות בקצוה"ה.

וממילא בנידן דידן כ"ש הוא, שהדיינים כשרים להעיד אפילו משחתמו שהנגיעה קטנה כזו, שאינו נוגע להם שום הנאת ממון, רק מטעם שגנאי להם שישבו עם פסול בדין, בוודאי לא יהיה משקרים, בדבר שגילוי מלתא בעלמא הוא, ובזה אמרינן דמלתא דעבידא לאגלויי לא משקר אינש, וג"כ לא חששו רבנן, ולכן פריך הגמ' שפיר דאפילו משחתמו יהי' מעידים עליו, שכשר הוא לחתום ויהי' נאמנים גם עכשיו, והאמת יבורר אח"כ. — כנלענ"ד לתרץ בזה קושיתינו הנ"ל.

בענין חלוקת השותפין

ב"ב דף ב' ע"א, השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר בונין את הכותל באמצע. מקום שנהגו לבנות גויל גזית כפיסין לבנין בונין, הכל כמנהג המדינה וכו'. לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם. פי', כיון שכל אחד יכול לכופף את חברו לבנות, אנו אומרים שבודאי כפה אותו ושניהם בנאוהו והמקום והאבנים של שניהם הוא מצד ודאי ולא מספק. וכתב הרא"ש שם סימן ה' וז"ל: יש מפרשים הא דכייפי אהדדי לבנות כותל של גויל וגזית, והכל כמנהג המדינה, היינו דוקא כשמעמידין הכותל על קרקע של שניהם, ואין אחד מהם רוצה להיות כונס לתוך שלו ולבנות משלו, דמצי כל חד למימר איני רוצה לוותר קרקע ולא לבנות בבנין אם לא בבנין בר קיימא, אבל אם רצה האחד לכנוס בתוך שלו ולעשות מחיצה בתוך שלו בהוצא ודפנא, כיון שמסלק היזק ראייה מחברו דיו וכו'. ויש מפרשים שאפי' אם רוצה לכנוס לתוך שלו ולגדור בהוצא ודפנא, חברו מעכב עליו, לפי שאומר לו אינה מחיצה של קיימא, ואצטרך לצעוק עליך תמיד כשתפול המחיצה לסלק מעלי היזק ראיתך. ונראה כפירושא קמא שלא נתנו חכמים גבול וקצבה למי שיש לו לסלק היזקו מחברו שיעשה דבר קיים לדורי דורות, אלא מספיק מה שמסלק היזקו לפי שעה, ואם אחר כך יזיקנו יש שופטים בארץ וכו'. ובחו"מ סי' קנ"ז ברמ"א סעי' ב' הובאו שתי דעות אלו עיי"ש.

ועיין בט"ז שם סעי' ה' שהקשה על דברי הרא"ש וז"ל: אך קשה לדברי הרא"ש שהביא רבנו שאם נהגו בכותל אבנים, ואמר אחד אעשה בשלי בהוצא ודפנא שהדין עמו אמאי אמרו דלא יהא נאמן לומר בניתיה כולה דמתחלה היה החיוב על שניהם, הא לא הוי החיוב על שניהם, כי יכול לומר זה שנפל לרשותו, מתחלה בשעת הבנין לא רצה לעשות כותל אבנים, אלא היה אומר די לי בכותל הוצא ודפנא, ולא רצה לסייעני אפי' בחצי המקום של רוחב הכותל, והוצרכתי לבנות משלי ולעשות כותל אבנים כי אני לא רציתי להוציא ממון בבנין הוצא ודפנא, וכו' עיי"ש.

והנה הט"ז קיצר קצת בביאור קושייתו. דהוא כתב דאותו שנפל לרשותו טוען שחברו לא רצה לעשות כותל של אבנים, כי אמר די לי בכותל הוצא ודפנא, ולכאורה יקשה, היאך יכול לטעון כן, הא במקום שנהגו לבנות כותל

של אבנים אינו יכול חברו לומר די לי בכותל הוצא ודפנא, ויכול לכופו לבנות כותל של אבנים. וצריך לומר דכוונת הט"ז הוא שהוא טוען שחברו אמר די לי בהוצא ודפנא, ואעשה אותו על חלקי, ואני לא רציתי בזה ולכן הוכרחתי לבנות כותל של אבנים על חלקי משלי. כן הוא כוונת הט"ז.

והנה הט"ז הקשה על עצם הדין, היינו שאותו שנפל הכותל לרשותו יהא נאמן לומר אני בניתיה כולה, אבל יש להמשיך קושייתו יותר, והיינו דאפי' אם יטעון לקחתיה ממך, ומודה שהיו שותפים ששניהם בנאוהו, ואפי' אי נימא דשותפין לא קפדי אהדדי אפי' שהו ברשותו הרבה כשיטת הרי"ף והר"י מיג"ש והרא"ש, מ"מ יהא נאמן במיגו דאי בעי אמר אני בניתיה כולה מפני שאתה רצית לעשות כותל של הוצא ודפנא על חלקך משלך ולא רציתי בזה, והרי בסעי' ה' פסק המחבר דאם טוען לקחתיה ממך אינו נאמן. כן אפשר להמשיך קושייתו. והנה באותו סעיף הביא המחבר אם טוען לקחתיה ממך, ויש לו מיגו אם נאמן או לא, דיש שטה שסוברת דאפי' מיגו לא מהני, דהוי כמו מיגו במקום עדים דאנן סהדי דעדיין הם שותפים, עיין בסמ"ע שם סקי"ז שביאר זה, ויש שטה שסוברת דנאמן במיגו עיי"ש, והנה לאותה שטה שסוברת דמיגו לא מהני אתי שפיר, אבל לאותה שסוברת דמהני יש להקשות אמאי אינו נאמן לומר לקחתיה ממך במיגו דאי בעי אמר בניתיה כולה על חלקי כי אתה רצית לבנות על חלקך בהוצא ודפנא, כנ"ל לומר.

ועיין בקצוה"ח שם סק"ד שרצה לתרץ קושית הט"ז וזהו תורף דבריו, דאין אדם נאמן לומר שעשו כנגד המנהג כמו שמצינו גבי אריס, אי מנהג המקום שאריס נוטל מחצה בפירות עבור עבודתו, ובעה"ב אומר שהאריס נתרצה בפחות משום דלהאריס לא היה מקום אחר לעבוד באריסות, לא מהני טענתו אפי' כשיש לבעה"ב מיגו, דאפי' מיגו לא מהני נגד מנהג, ואמרינן שעשו כמנהג המקום, ויש לו להאריס פלגא. וכן להיפך, אם האריס טוען שבעה"ב נתרצה לתת לו יותר אינו נאמן אפי' כשיש לו מיגו, עיין בפרק המקבל ובהגהות הרא"ש ובנמו"י שם. וא"כ הכא נמי אם מנהג המקום לעשות כותל של אבנים אינו יכול לטעון שחברו רצה בכותל של הוצא ודפנא על חלקו, ומפני זה בנה הוא כותל של אבנים על חלקו שלו, דמסתמא רצה גם חברו לעשות כותל של אבנים כמנהג המקום על מקום שניהם, זהו תורף תירוצו. וראיתי לדון על תירוצו זה, דלענ"ד נראה דבנד"ד אין זה ענין למנהג המדינה, דהנה אף שהרא"ש כתב אם רצה האחד לכנוס לתוך שלו ולעשות מתיצה מהוצא ודפנא, לאו דוקא הוצא ודפנא שהוא באמת נקרא כותל אלא שאינו של אבנים, אלא אפי' פחות מזה, היינו בדבר שאין שם כותל עליו כגון מחצלת או דבר העשוי מקש וכדומה נמי יכול לעשות, וזיל בתר טעמא, דהטעם

הוא כיון שמסלק היוזק ראייתו סגי בזה, א"כ ודאי סגי בכל דבר אף שאינו כותל כלל, דאי נימא דצריך באמת לעשות כותל אלא דסגי בכותל של הוצא ודפנא, א"כ יקשה מ"ט באמת סגי בכותל הוצא ודפנא אם המנהג הוא בגויל וגזית, וע"כ דכשבא לסלק היוזק ראייתו א"צ כותל כלל, וסגי בכל דבר שמסלק היוזק ראייתו, כנ"ל לומר. וא"כ אין זה ענין למנהג המדינה, דרק היכא שבאים לעשות כותל אז תלוי זה במנהג המדינה אם לעשות כותל של גויל וגזית או כותל של הוצא ודפנא, אבל היכא שאינם באים לעשות כותל כלל, אלא באים לבנות איזה בנין ביניהם משום איזה צורך, אין כאן מנהג כלל שיבנו דוקא כותל ודוקא בגויל וגזית, וכמו בחצר שיש בה דין חלוקה למ"ד היוזק ראייה לאו שמיה היוזק, דיכול כל אחד לכופף את חברו לחלוק, ולבנות מסיפס של קנים בעלמא גבוה י' טפחים ולא יותר, ואינו יכול לכופו לבנות כותל של גויל וגזית, דאין מנהג המדינה כלל לבנות כותל אלא בנין בעלמא לחלוק ביניהם וסגי במסיפס, וא"כ הכא בדינו של הרא"ש כשבא לבנות בתוך שלו, הרי אינו בא לבנות כותל כלל, אלא בא לסלק היוזק ראייתו, ובונה בנין בעלמא, ובאופן זה אין שום מנהג שיבנה כותל של גזית, ורק כשאחד כופה את חברו לבנות ובנין על מקום שניהם או יש דין לבנות כותל משום היוזק ראייה והולכין אחר המנהג לבנות מגויל וגזית או הוצא ודפנא, אבל לא כשאחד בונה על שלו, וא"כ שפיר יכול לטעון אותו שנפל הכותל לרשותו דחברו רצה לכנוס לתוך שלו ע"י העמדת מחצלת, ואני לא רציתי בזה, ובניתי כותל של אבנים על חלקי, וקמה וגם נצבה קושית הט"ז על הרא"ש אמאי לא יהיה נאמן לומר אני בניתי, וכן מה שהוספנו להקשות דלא רק אם הוא טוען אני בניתי כולה דיהא נאמן, אלא אפי' אם הוא טוען לקחתיה ממך, כלומר דשנינו בנינו, ואף דשותפים לא קפדי אהדדי עד עולם, מ"מ ע"י מיגו דאני בניתי כולה יהא נאמן לאותן דסברי דמיגו מהני, אף היכא דאמרינן דשותפין לא קפדי אהדדי. וראיתי ליישב קושית הט"ז על הרא"ש, ומתחלה נבאר קושייתו, דהנה הוא הקשה אמאי לא יהא נאמן לומר בניתי כולה משום דהחויב הוא על שניהם, וברור לנו ששניהם בנאוהו, הא אכתי אין ברור לנו ששניהם בנאוהו להרא"ש, דאפשר דאחד בנה בתוך שלו משלו משום דחברו רצה לעשות בתוך שלו בהוצא ודפנא, וכשנפל לרשותו יהא נאמן מטעם המוציא מחברו עליו הראייה, כן הוא קושייתו, ולענ"ד נראה דזה אינו קושיא דאפשר לומר דאע"ג דבאמת אין ברור לנו ששניהם בנאוהו מ"מ לא מהני מה שנפל לרשותו לומר המוציא מחברו עליו הראייה, משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק וכשיטת התוס' ריש מכילתיק, ושפיר אמרינן יחלוקה, וממילא אינו נאמן לומר לקחתיה ממך במיגו דאי בעי אמר אני בניתי, דהא בטענת אני בניתי נמי אינו

נאמן ושפיר אמרינן יחלוקו אפי' להרא"ש, ומשו"ה מה שכתב המתבר שם בסעי' ה' וז"ל: אם אחר זמן נפל כותל זה, המקום והאבנים של שניהם ואפי' נפל לרשות אחד מהם וכו', וטוען שמכר לו חברו חלקו וכו' אינו נאמן וכו', וכתב שם הסמ"ע בסקי"ז וז"ל: לא מיבעי כשטוען מעולם היה שלי כי אני בניתיהו דאינו נאמן דחזקה הוא דשניהם בנאוהו וכו', וזהו לכאורה דלא כהרא"ש, ולפי דברנו אין הכרח לומר כדברי הסמ"ע דכשטוען אני בניתיהו אינו נאמן דחזקה הוא דשניהם בנאוהו אלא דאינו נאמן אף דהוי ספיקא משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק, ואתי נמי כהרא"ש, אלא דעיקר קושית הט"ז הוא אמאי אמרינן במתני' דברור לנו ששניהם בנאוהו, הא להרא"ש אין ברור לנו, ואכתי הוי ספיקא אף שלדינא אין שום נ"מ אם הוא ודאי או ספק, דבכל אופן יחלוקו, כן הוא קושייתו על הרא"ש.

ונראה לי ליישב גם קושיא זו. דנראה דדינו של הרא"ש דכתב דיכול לבנות על חלקו בהוצא ודפנא כדי לסלק היזק ראייתו, וממילא אין ברור לנו ששניהם בנאוהו והוי ספיקא, וכדברי הט"ז, הוא לא בכל גווני, אלא דוקא בחצר שיש בה דין חלוקה, ולמ"ד היזק ראייה שמיה היזק, אבל לא בדינא דמתני' דמיירי בחצר שאין בה דין חלוקה למ"ד היזק ראייה שמיה היזק, דשם באמת ברור לנו ששניהם בנאוהו ולא הוי ספק, דשם לא יכול אחד לומר אבננו על שלי בהוצא ודפנא, דהנה שם בגמ' דף ג' ע"א אמרו, ואי היזק ראייה שמיה היזק מאי איריא רצו אפי' לא רצו נמי אמר ר' אסי אמר ר' יוחנן משנתנו כשאין בה דין חלוקה, מאי קמ"ל דכי לית בה דין חלוקה כי רצו חולקין תנינא וכו' אי מהתם הוה אמינא אפי' בפחות מכאן במסיפס בעלמא, פי' דאע"ג דרצו, והיינו שעשו קנין על החלוקה כדלקמן, מ"מ אינו יכול לכופו לבנות כותל, אלא מסיפס משום דעל כותל לא נתרצה, ויכול לומר לו כי איתרצאי ע"מ שלא לעשות גודא, קמ"ל דיכול לכופו לבנות כותל עיי"ש. והנה האי קמ"ל יש לפרש בשני אופנים, האחד הוא דקמ"ל דאע"ג דבאמת לא נתרצה בכותל, מ"מ יכול לכופו לעשות כותל משום דינא דהיזק ראייה, והשני דהא דאמר קמ"ל הכוונה הוא דאמדינן דעתו דנתרצה גם על עשיית כותל אע"פ שהוא אומר שלא נתרצה, והנה מלשון הרא"ש שם סי' ו' משמע כפירוש השני, דקאמר שם וז"ל: ואע"ג דמתני' איירי בשאין בו שיעור חלוקה, לא מצי למימר אותו שהאבנים ברשותו לא רצית לחלוק כי ידעת שאם תחלוק אכופך אותך לבנות כותל, ולא נתרצית אלא ע"מ שאבנה הכותל על חלקי ומשלי, דמסתמא כיון שהיזק ראייה שמיה היזק שניהם נתרצו לסלק ההיזק מעליהם וכו' עיי"ש, הרי לך דאמרינן דכשנתרצה על החלוקה נתרצה נמי על עשיית הכותל וכפירוש השני.

ונ"ל דע"כ צריך לומר כפירוש השני, דמהיכי תיתי לומר דכיון דנתרצה על החלוקה ולא יותר שיוכל לכופו לבנות כותל של גויל וגזית מטעם היוזק ראייה, דהרי אלמלא שנתרצה על החלוקה לא היה חברו יכול לכופו לחלוק, ואפי' אם היה חברו רוצה לבנות על חלקו, היה הוא יכול לעכב עליו, וא"כ הכל תלוי בזה שנתרצה, ואם הוא נתרצה רק על החלוקה ולא על בנין הכותל מהיכי תיתי שיכול לכופו לבנות כותל, וע"כ דאמרינן דכיון דנתרצה על החלוקה נתרצה נמי על עשיית כותל, כיון דהיוזק ראייה שמיה היוזק, כנ"ל.

אולם אכתי יש להעיר, לו יהא דאמרינן דנתרצה גם על הכותל, מ"מ הקנין הרי עשה רק על החלוקה כדמסיק בגמ' שקנו מידם ברוחות, אבל לא על הכותל, וא"כ היאך קאמר במתני' בונין את הכותל בע"כ משום דנתרצה על הכותל, כי רצו מאי הוי, ניהדר ביה כיון דלא עשה עדיין קנין, והיאך כופין אותו לבנות כותל על כרחו, וע"כ דצריך לומר דכשעשה קנין על החלוקה עשה נמי קנין על ההתחייבות לבנות כותל, והיינו לתירוצו של ר' יוחנן שקנו מידן ברוחות, כלומר שכל אחד הקנה חלקו בחצי החצר שברר חברו ע"י קנין סודר שקבל ממנו, צריך לומר דכשהקנה לו חלקו התחייב את עצמו נמי באותו הסודר שקבל לבנות חצי הכותל, וכן השני, ובאותו הסודר הקנה כל אחד חלקו לחברו וגם התחייבות חצי הוצאות על הכותל, ורב אשי דאמר כגון שהלך זה בתוך שלו והחזיק, וזה בתוך שלו והחזיק, הכוונה הוא שכל אחד כשהחזיק בחצי חלקו של חברו התחייב את עצמו בחצי הוצאות על בנין הכותל, וכן השני, והראשון כשהחזיק בחלקו של חברו לא הקנה לחברו את חלקו שלו בתורת חליפין אלא שהניח לחברו שיעשה הוא קנין בחלקו שלו ויתחייב את עצמו ג"כ בחצי הוצאה על כותל, כן נראה לי לומר. ועיין ברא"ש שם שכתב דא"צ שכל אחד יחזיק אלא כיון שאחד החזיק קנה חברו חלקו שלו בתורת חליפין והראה מקום בתוספתא דהכי הוא. ולדברינו כדי ליישב שיטת הרא"ש עצמו צריך לומר דשפיר דקדקו בגמ' לומר שהלך זה בתוך שלו והחזיק וזה בתוך שלו והחזיק, כלומר שצריך כל אחד להחזיק, דאף דודאי קרקע נקנית בחליפין באופן זה היינו שאם הוא החזיק בקרקע של חברו נקנה לחברו קרקע שלו, אבל הכא אם נאמר דכשהחזיק אחד הקנה לחברו את חלקו וחברו מצדו לא יעשה שום קנין, א"כ היאך נתחייב חברו לתת חצי הוצאות של הכותל, וע"כ דכל אחד שהחזיק בחלקו של חברו לא הקנה לו כלום בתורת חליפין אלא התחייב את עצמו בחצי הוצאות של הכותל, וכן השני, ולשון הגמ' מדוקדק מאד.

אמנם אכתי יש להעיר דכיון דאמרינן דכשעשו קנין על החלוקה עשו נמי קנין על בנין הכותל, א"כ מאי מקשה בגמ' מתחלה וכי קנו מידן מאי הוי, קנין דברים בעלמא הוא, הא הקנין נעשה גם על בנין הכותל, ובנין הכותל לא

הוי קנין דברים, דהא שעבדו נכסיהם זה לזה כמ"ש תוס' שם ד"ה כי קנו, וא"כ אפי' אם נאמר דהקנין על החלוקה הוא קנין דברים ולא חל הקנין, אבל הקנין על בנין הכותל דלא הוי קנין דברים הרי חל, וא"כ שפיר יכול לכופו, כן יש להעיר. אבל באמת נראה דלא קשה, דאף דבאמת כשעשה קנין על החלוקה עשה קנין גם על בנין הכותל, מ"מ כיון דהקנין על החלוקה אינו חל משום דהוי קנין דברים ויכול לחזור בו, גם הקנין על בנין הכותל נמי לא חל דהקנין על בנין הכותל עשה רק מחמת הקנין שעשה על החלוקה, ואין בדעתו להתחייב בבנין הכותל רק אם נתחייב ע"י הקנין בחלוקה, ומשו"ה שפיר מקשה בגמ', וכי קנו מידן מאי הוי הא הוי קנין דברים בעלמא, ויכול לחזור בו מהחלוקה, וממילא גם מזה שנתחייב לבנות כותל. ומשני שקנו מידם ברוחות כלומר לא שעשו קנין לעשות חלוקה אלא שכבר עשו את החלוקה ע"י קנין סודר, או שהלך זה בתוך שלו וזה בתוך שלו והחזיק, וע"י קנין זה נתחייבו נמי בעשיית כותל, וכמו שאמרנו, כנ"ל לומר.

עוד יש להעיר קצת כיון דאמרינן דכשעשו קנין על החלוקה עשו נמי קנין על הכותל א"כ האי רצו דמתני' דמיירי בקנין הרי קאי על מלת מחיצה, וכיון דהקנין קאי על החלוקה ועל בנין הכותל, א"כ ע"כ דמלת מחיצה משמעה פלוגתא וגם גודא, וא"כ מאי קאמר בגמ' סברוה מאי מחיצה פלוגתא וכו', ואימא מאי מחיצה גודא וכו', מאי מקשה הא ללשון זה באמת מחיצה משמע פלוגתא ומשמע נמי גודא, כן אפשר להעיר. וצריך לומר דאף שבאמת הקנין קאי אתרווייהו, מ"מ המשנה לא מיירי אלא בהקנין על החלוקה, דזהו העיקר, ומהקנין על בנין הכותל לא מיירי כלל, אלא דממילא ידעינן כיון דקתני בונין את הכותל בע"כ, ע"כ דמיירי דעשו קנין גם על הכותל, אבל מלת מחיצה הוא פלוגתא, ומשו"ה שפיר מקשה, ואימא מאי מחיצה גודא והיזק ראייה לאו שמייה היזק, כנ"ל לומר.

ולפ"ז אפשר ליישב קושיית הט"ז על הרא"ש שכתב דאף שהחייב הוא על שניהם לבנות כותל של גויל וגזית, מ"מ יכול אחד לבנות על שלו בהוצא ודפנא, והקשה א"כ היאך אמרו במתני' דכיון דעל שניהם החייב לבנות ודאי שניהם בנאוהו, הא להרא"ש אין זה ודאי, דלפי דברינו במתני' דמיירי בחצר שאין בו דין חלוקה, ועשו קנין על החלוקה ועל בנין הכותל, ודאי גם הרא"ש מודה דאינו יכול לומר אח"כ, אבננו על שלי בהוצא ודפנא, דכיון דכבר עשו קנין, והתחייב עצמו לבנות כותל של גויל וגזית על מקום שניהם אינו יכול לחזור בו, ויכול לכופו לבנות כותל של גויל וגזית בע"כ, ומשו"ה כשנפל הכותל ברור הוא לנו ששניהם בנאוהו, אבל הרא"ש מיירי בחצר שיש בו דין חלוקה, דבלא שום קנין יכול כל אחד לכופו את חברו לחלוק ולבנות כותל

של גויל וגזית לפי מה דקיי"ל היזק ראייה שמיה היזק, ורק באופן זה היינו כשיש בו דין חלוקה אמר הרא"ש דאחד יכול לבנות משלו על שלו בהוצא ודפנא ולסלק היזק ראייתו באופן זה משום דלא התחייב את עצמו מעולם לבנות כותל של גויל וגזית ובאופן כזה הוי ספיקא ולא ודאי כנ"ל לומר, וזהו רק לענין זה אי הוי ודאי של שניהם או הוי ספק, אבל לענין דינא אין נפקותא בזה, דאפי' אי נימא דספיקא הוי מ"מ כשנפל לרשותו דחד מינייהו לא אמרינן המוציא מחברו עליו הראייה משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק, כמו שכתבו בתוס', וכן אם טוען לקחתיה ממך, ומודה שהיו שותפים נמי לא מהני, משום דשותפין לא קפדי אהדדי אפי' שהו ברשותו הרבה, ואתי הכל שפיר. ועיין בנתיבות המשפט שם סק"ד בסוף הדבור שרוצה לדחות דברי הט"ז בקושייתו, וז"ל: ועיין ט"ז שהקשה דהא יכול לומר שלא היה רוצה לעשות בנין אבנים, והוכרחתו לבנותם בשלי וכו' וקושייתו תמוה דהא צריך שטר או ראייה דוקא לטענה כזו, כמבואר בסעי' ז' עיי"ש. פי' דבסעי' ז' כתב המחבר וז"ל: אם אין בו דין חלוקה ולא נתרצה האחד לחלוק אלא ע"מ שיעשה חברו כל הכותל אין לו תקנה אלא בשטר וכו' עיי"ש, הרי דצריך ראייה על טענתו זו ולא מהימן.

ולענ"ד נראה דאין בדבריו כדי לדחות דברי הט"ז בקושייתו, דהא דכתב המחבר דצריך שטר הוא כדי שיהיה אצלנו ודאי שהוא בנה אותה, ולא יהיה ספק בדבר, ואז אפי' אם תפול לרשותו של חברו יהיה הכל שלו, וכן אם ירצה לסתור הכותל כשהוא עדיין קיים יכול לסתור, והכל יהיה שלו, וכדמשמע מדברי הסמ"ע שם סקי"ט וז"ל: תקנה שלא יוכל חברו לומר בין שנינו בנינו אותה עיי"ש, וע"ז צריך שטר אבל אינו מוכח משם דבלא שטר אינו נאמן בטענתו זו לעשותו ספק, דאפשר דספיקא מיהא הוי, ואם תפול לרשותו שלו אפשר שיהא נאמן בטענתו לומר אני בניתיה, אי נימא דתפיסה לאחר שנולד הספק מהני, וקושית הט"ז הוא לא שנאמין לו בתורת ודאי שהוא בנה אותה, אלא שנאמין לו לעשותו ספק, וכמו שבארנו בריש דברינו, וא"כ קמה וגם נצבה קושייתו, ולפי מה שאמרנו אתי הכל שפיר.

חדו"ת מאת מוסמכי חניכי ותלמידי הישיבה

שמעון דוד איידער

בענין תקנתא דרבנן

[לזכר נשמת אבי מורי ר' יעקב יוסף ב"ר שמעון ז"ל,
למלאת שנה לפטירתו — כ"ח סיון תשי"ח.]

סנהדרין (ה:) "אמר שמואל שנים שדנו דיניהן דין אלא שנקראו בית דין חצוף. יתיב רב נחמן וקאמר להא שמעתתא". וחולק על רבי אבהו דאמר לעיל (ב:) "שנים שדנו אין דיניהן דין". וכן פסק הרמב"ם פ"ב מהל' סנהדרין הלכה י', וכן איתא בירושלמי דר' יוחנן ור"ל דאמרי תרוויהו אין דיניהן דין. אבל בשאילתות ובה"ג (המובא בתוס' ג. ד"ה לרבא) פסקו כשמואל משום דרב נחמן אית לי' הכי.

תוספות אומרים להלן (ה: ד"ה שנים שדנו) וז"ל "הא דנקט שנים משום דאפילו שנים הוו בית דין חצוף אבל ה"ה דחד נמי דיני' דין". ופסק הרמב"ם כרב אחא ברי' דרב איקא וז"ל "אע"פ שאין ב"ד פחות משלשה מותר לאחד לדון מן התורה שנאמר בצדק תשפוט עמיתך", ומסיק הלכתא אליבא דר' אבהו "ומדברי סופרים עד שיהיו שלשה ושנים שדנו אין דיניהן דין". וכתב הכסף משנה דהא מן הגמרא משמע "דשמואל ור' אבהו לא פליגי אי מדאורייתא חד כשר או לא אלמא דאפילו ר' אבהו מודה דמדאורייתא חד כשר ומדרבנן הוא דבעינן תלתא אלא דאלמיה רבנן לתקנתייהו למימר דאפילו דיעבד לא סגי בלא תלתא". ומסיק הכסף משנה "דדינא דבעינן בדיני ממונות שלשה צ"ל לפי זה דדרך אסמכתא קאמר הכי". והביא הרשב"א שהקשה נמי האי קושיא ואמר דלרמב"ם אין הלכתא כשמואל ולפיכך פסק דאפילו מדרבנן פסלי חד בלאו מומחה ואפילו שנים, והא דאמרינן בריש פירקין דרב אחא אית לי' דשמואל ומותר לאחד לדון מן התורה היינו מעיקרא אבל בתר תקנה לא.

ויש לתמוה: דבשלמא לפי הר"ן שפירש דב"ד חצוף היינו ב"ד מגולה לא קשה אם יעברו שנים (לפי הרא"ש ב' הדיוטות ולפי הרמ"ה ב' מומחין)

וידונו שדיניהם דין לפי שמואל. אבל לפי מה שפירש רש"י "בית דין חצוף שעברו על תקנת חכמים" דחכמים התקינו שב"ד יהי' בו לכל הפחות ג', קשה שהרי העוברים על דברי חכמים אין דיניהם דין ואיך אמר דיניהם דין אלא שנקראו בית דין חצוף, דהא תנן (סוכה כ"ח.) מי שהי' ראשו ורובו בסוכה ושלחנו בתוך הבית, ב"ש פוסלין וב"ה מכשירין. אמרו להם ב"ה לב"ש לא כך הי' מעשה שהלכו זקני ב"ש וזקני ב"ה לבקר את רבי יוחנן בן החורנית ומצאוהו שהי' יושב ראשו ורובו בסוכה ושלחנו בתוך הבית ולא אמרו לו דבר אמרו להם ב"ש משם ראי' אף הם אמרו לו אם כן היית נוהג לא קיימת מצות סוכה מימך". וכתב רש"י על האי מתניתין המובא בברכות (יא.) "לא קיימת כו' וכי היכי דעשה כדברי ב"ה לא עשה ולא כלום לדברי ב"ש". ומה שכותב רש"י בסוף "אף העושה כדברי ב"ש לא עשה כלום לדברי ב"ה", קאי אמתניתין דהתם (י:) "ב"ש אומרים בערב כל אדם יטה ויקרא ובבקר יעמיד שנאמר "ובשכבך ובקומך". וב"ה אומרים כל אדם קורא כדרכו שנאמר ובלכתך בדרך א"כ למה נאמר בשכבך ובקומך בשעה שבני אדם שוכבים ובשעה שבני אדם עומדים. א"ר טרפון אני הייתי בא בדרך והטייתי לקרות כדברי ב"ש וסכנתי בעצמי מפני הלסטים. אמרו לו כדאי היית לחוב בעצמך שעברת על דברי ב"ה". משמע דהיכא דחכמים עושים תקנה למצוה, ועבר אדם על התקנה לא קיים המצוה, דהא כל עיקר מחלוקת ב"ש וב"ה בסוכה הוא משום גזרה שמא ימשך אחר שלחנו, ואפ"ה אמר "לא קיימת מצות סוכה מימך". מה שאין כן במימרא דשמואל בשנים שדנו דיניהם דין, אף על פי שעברו על תקנת חכמים, דיניהם דין.

והנה תנן בפסחים (קטז.) "רבן גמליאל הי' אומר כל מי שלא אמר שלשה דברים אלו בפסח לא יצא ידי חובתו ואלו הן פסח מצה ומרור". הר"ן כתב "כלומר לא יצא ידי חובתו כראוי אבל לא יצא ידי חובתו כלל לא קאמר". ודברי הר"ן תמוהים קצת. ממ"נ אי הוי החיוב לומר אלו הג' דברים ולפרש טעמן (כמו שכתב הרע"ב "כל שלא אמר שלשה דברים אלו, שלא פירש טעמן של שלשה דברים הללו") והחיוב מדאורייתא לומר כך, מאי קאמר הר"ן "לא יצא ידי חובתו כראוי", הו"ל דלא יצא ידי חובתו כלל!

הרמב"ם בפרק ז' מהל' חמץ ומצה הלכה ה' פוסק "כל מי שלא אמר שלשה דברים אלו בליל חמשה עשר לא יצא ידי חובתו ואלו הן פסח מצה ומרור. פסח על שום שפסח המקום על בתי אבותינו במצרים שנאמר ואמרתם זבח פסח הוא לה'. מרור על שום שמדרו המצריים את חיי אבותינו במצרים. מצה על שם שנגאלו, ודברים אלו נקראים הגדה". משמע דהרמב"ם חולק על הר"ן.

מקור הלכה של הגדה הוא כמו שכתב הרמב"ם (הלכה א') "מצות עשה של תורה לספר בניסים ונפלאות שנעשו לאבותינו במצרים בליל חמשה עשר בניסן שנאמר זכור את היום הזה אשר יצאתם ממצרים כמו שנאמר זכור את יום השבת. ומנין שבליל חמשה עשר תלמוד לומר והגדת לבנך ביום ההוא לאמר בעבור זה בשעה שיש מצה ומרור מונחים לפניך".

ונראה לפרש דמחלוקת הר"ן והרמב"ם הוא כך. הרי ישנם ב' מצות: זכירה והגדה. ומחלוקת הרמב"ם והר"ן היא, דהרמב"ם סובר שמקיימים הגדה ע"י זכירה (פי' שיזכיר ג' הדברים וסיבתם כגון פסח על שום מה זכו), והר"ן סובר דמאי דהוי קיום של הגדה ע"י זכירה הוא רק לכתחילה אבל בדיעבד אי לא קיימו ע"י זכירה אלא ע"י דברים אחרים כעין ספור בעלמא בדיעבד קיים מצות הגדה וזה מה שאומר — לא קיימו, כראוי.

ונראה דהר"ן סובר דמן התורה קיום של הגדה צ"ל ע"י זכירה, וחכמים התקינו שיכול לקיים מצות ספור יציאת מצרים ע"י ספור בעלמא ולא צריך להיות ע"י זכירה.

ועכשיו נוכל לפרש דברי רש"י בסנהדרין, דרש"י סובר דיש ב' מיני תקנות חכמים:

- (א) דרבנן ממעטים מחיוב התורה כעין ההוא דפסחים (כמו שבארנו בדברי הר"ן).
 (ב) דרבנן מוסיפים על חיוב התורה כמו במימרא דשמואל בסנהדרין.

תקנת חכמים יכולה לעקור מעשה של אדם היכא שהם מחסרים ממה שמחייב התורה, כמו שבארנו בדברי הר"ן דלדעתו אי קיים מצות הגדה על ידי ספור בעלמא יצא. אבל היכא שהם מתקנים תקנה ומוסיפים על חיוב התורה ועבר אדם ולא עשה כדבריהם, אין תקנת חכמים יכולה לעקור מעשה זה, הלכך "שנים שדנו דיניהן דין אלא שנקראו בית דין חצוף".

בסוגי דשיקול הדעת

ע"ן בגמ' סנהדרין דף לג. ד"ה "דיני ממונות מחזירין" עד דף לג:

ד"ה "דיני נפשות".

בהדינים של טעה בדבר משנה חוזר וטעה בשקול הדעת אינו חוזר, ואם נשא ונתן ביד אינו חוזר ואם לא נשא ונתן ביד חוזר, יש כמה שיטות ובתוכם הרי"ף והגאון והרמב"ן והרמב"ם.

הרי"ף בריש פרק אחד דיני ממונות מאריך לפרש את כל הגדרים הנובעים מדינים אלו, ועצם שיטתו הוא דאם טעה בדבר משנה חוזר ואם טעה בשיקול הדעת אז אם נקט רשות ופטור מלשלם חוזר הדין, ואם אין לו רשות אז אין הדין חוזר ומשלם מביתו. ופסק כרב חסדא דיש חילוק בין נשא ונתן ביד ולא נשא ונתן ביד, דאם לא נשא ונתן ביד אז חוזר הדין, וכל דינו בא מהכלל של פסידא דבעל דין כמו שאומר וז"ל "טעמא דהא מילתא משום הפסד בעל דין הוא והא דקתני מה שעשה עשוי בשנשא ונתן ביד דחייב לשלם מביתו אמרינן מה שעשה עשוי, והיכא דאית ליה לבעל דין פסידא כגון שלא נשא הדין ונתן ביד דאינו חייב לשלם לא אמרינן מה שעשה עשוי אלא מחזירין וכו'". באותו יסוד של פסידא דבעל דין יש עוד חילוק כגון אם נקט המומחה רשות מריש גלותא אז חוזר הדין דאם לא כן יפסיד הבעל דין, והשיטה הזו קשה מאוד כמו שהרא"ש טוען וז"ל "ואין הדעת סובלת דברים הללו דהא קתני סיפא דמתני' דבכורות ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם וכו' אלא דברישא משלם ובסיפא כיון שהוא מומחה (ונקט רשות) פטור מלשלם". כלומר איזה שייכות יש בין השאלה אם חוזר הדין או לא להשאלה אם הדין משלם או לא. השאלה אם חוזר הדין או לא צריך להיות שאלה אם דינו אמת או לא, והשאלה אם חייב לשלם צריך להיות תלוי בעוד שאלות כמו מזיק, ועוד האיך נחלוק בין נשא ונתן ביד ללא נשא ונתן ביד דהא אנו פוסקים כר"מ דדאין דינא דגרמי. הגאון והרא"ש והתוס' לומדים דר' חסדא הוא אליבא דרבנן דלא דייני דינא דגרמי. ועוד מה זה הדין של פסידא דבעל דין שייך לחזרת הדין, ועוד וזה קשה לכל שיטה שנביא, מה בין טעה בדבר משנה לשיקול הדעת הא שניהם טעותים, ואם זהו דין אמת, (שיקול הדעת) אז מדוע משלם אם אין לו רשות.

ורואים אנו מכל זה דהרי"ף סובר דהדין של טעה בדבר משנה חוזר הוא הלכה דאם טעה בדבר ברור כזה אין הפסק שלו נתפס שיחול עליו חלות שם הוראה. אבל אם טעה בשיקול הדעת או נתפס על הפסק הזה חלות שם הוראה. והחילוק פשוט דאם טעה בשיקול הדעת או יש לו שיטה שעליה יסמוך אבל אם טעה בדבר משנה אין על מה לסמוך. ועוד רואים אנו דאם חל על הפסק חלות שם הוראה או שייך כפיה ואם לאו אין שייך כפיה. אבל בכל זה אין דין יכול לכפות שום בעל דין בהוראתו דהא אפשר דלאחר זמן יתברר דפסקו היה בטעות. וזה חידוש הרי"ף דכל כפיה הוא על תנאי שאם יתברר דטעה אז הוא יהי' ערב לבעל דין. כלומר דכפיה בא או משום הוראת אמת או משום ההתחייבות של הדיין. ואם אין יכול להתחייב כמו אם טעה ויש לו רשות או חוזר הדין דכפיתו אינו כפיה כמו שטעה בדבר משנה אינו כפיה דאין על מה לכפות דהא אין כאן הוראה כלל; וכל זה בטעות של שיקול הדעת אבל בטעות של דבר משנה חוזר הדין ופטור מלשלם אפילו אם אין יכול להחזיר. וזהו מפורש בגמ' דף לג. במעשה של ר"ש ור"ע. ולהרי"ף דאין כל הדין הזה שייך למזיק כלל או אפילו נשא ונתן ביד צריך להיות פטור. והדיין פשוט עכשיו דאין דיין משלם כלל משום מזיק אלא משום הכפיה. ואין הפסק של טעות בדבר משנה שייך עליה כלל דיני כפיה. ועכשיו מוסבר האיך תלוי הדין של אם פטור לשלם או לא בהדין של אם חוזר או לא.

הרא"ש סובר כהגאון דהשאלה של אם טעה פטור לשלם או לא אינו תלוי אם חוזר הדין או לא. אם טעה בדבר משנה חוזר ואם טעה בשיקול הדעת אינו חוזר כלל וכלל, ואם יש לו רשות פטור מלשלם ואם לאו חייב לשלם. ואם נשא ונתן ביד אם אין לו רשות משלם משום מזיק ואם לא ונשא ונתן ביד משום גרמי. ואפילו אם טעה בדבר משנה אם אין יכול להחזיר החפץ חייב הדיין לשלם משום גרמי (עיין בהתוס' דף לג. ד"ה "השתא נמי"). ורואים אנו מהגאון דהוא סובר, לא כהרי"ף דדיני כפיה בא מהתחייבות, אלא דבא מהסיבה דהוראתו הוראה. והוא גם כן סובר דשיקול הדעת הוא הוראה כמו שהסברנו להרי"ף משום דיש לו שיטה דעליה יסמוך. והתשלומין הוא משום מזיק דהוראתו הוא טעות. ואם היה פוסק להפך לא הי' ניזוק, ועל זה מועיל נקיטת רשות מריש גלותא כמו שבאר רבי מורי דזהו הולך בדיני מלך "שמלך פורץ גדר ואין ממחין בידו", ובאמת כל הדין הזה שייך בב"ק.

הרמב"ן מסכים להרי"ף דאין זה תלוי בגרמי אבל מוסיף משלו (עיין במלחמות ה') וז"ל "ומיהו אי לא דמסתפינא מיניה הוה אמינא דטעמיה דרב חסדא דמתחזירין לאו משום הפסד ממונו של הבעל דין אלא משום דכל היכא דלא עבוד בה עובדא לא אלים למהווי דיני דינא כיון דטעו וכיון שכן במומחה

ונקיט רשות אי נמי קבליה דפטור מלשלם אי נטל ונתן ביד לא הדר דינא וכו' אלא שכבר הורה זקן".

וא"כ הרמב"ן פוסק דאם טעה בשיקול הדעת אינו חוזר כלל וכלל, ואם נקיט רשות פטור מלשלם. וזהו כמעט שיטת הגאון; והרמב"ן חולק על הגאון בנוגע לסברתו שלא נשא ונתן ביד יהי' גרמי; ואומר הרמב"ן דאם לא נשא ונתן ביד חוזר הדין. וזה צ"ע: דהא בשלמא להרי"ף אין שייך כלל כל הדין הזה למזיק אלא לפסידא דבעל דין; ואם הוא הרמב"ן, אינו סובר כזה או החיוב הוא צריך להיות משום מזיק. ואם זהו משום מזיק או צריך לא נשא ונתן ביד להיות גרמי, ואם אין החיוב בתורת מזיק, מדוע משלם דין אם טעה. ורואים אנו דהרמב"ן סובר כהגאון דאין תלויים זה בזה חזרת הדין לחיוב או פטור הדין, אבל הרמב"ן סובר דשיקול הדעת הוא טעות ואינו נתפס בהוראה. אבל יש אופן שהוא יכול לבא לידי שם הוראה, או דיהי' פסק אמת או דיעשו ב"ד מעשה על פיו, כלומר נהוג הב"ד. והוא משלם אם נשא ונתן ביד או משום הכפיה הזו, דאז הווי ההוראה הוראה והזיק חבירו כמו שהסברנו להגאון; ואם לא נשא ונתן ביד או הדין חוזר כמו טעה בדבר משנה. וכמו שאין טעה בדבר משנה גרמי או אין לא נשא ונתן ביד גרמי משום דלא הזיקו בהוראתו.

ורואים אנו מהרמב"ן דכפיה אין תלוי בהוראה, ומסתמא הולך בגדרים של הפקר ב"ד הפקר. ועוד רואים אנו דאם טעה בדבר משנה אין שייך אפילו עשה בו עובדא בב"ד כלומר נהוג ב"ד לעשות אותה להוראה, דיכול לקבעו טעות להוראה אם באמת יש שיטה כזו אבל אם אין שיטה כזו אין הנהוג מועיל לזה.

ונחזור על הג' שיטות. הרי"ף סובר דשקול הדעת זהו הוראה והחסרון הוא בכפיה שאין יכול לכופ' אלא אם זה הוראת אמת, וצריך להתנות בכפיה. והגאון סובר דטעה בשקול הדעת יש הוראה אבל הוא מזיק אותו דלהפך הווי גם כן הוראה. והרמב"ן סובר דאינו הוראה אבל בנהוג הווי הוראה, ואחר זה סובר כהגאון דמשלם משום מזיק. ויודע אני שהסברים שלי לא הועילו לתרץ כל הקושיות שיש על השיטות האלו, אבל הואלתני לבאר את יסודם. ובאמת נוכל להקשות על הגאון אם זהו מזיק או אפילו פסק אמת בשיקול הדעת ישלם כמזיק דהא אם פסק להפך היה גם כן הוראה. (וצריכים לומר דאם פסק הגמ' במקום אחר כמאן דאמר אחד ואם פסק הדין כמוהו אין שייך לומר שהיה יכול לפסוק כהשני שהוא בטל. אבל אם פסק כהשני או יש אופן אחר שכמוהו היה יכול לפסק, וזה צריך הסבר וצ"ע.)

הרמב"ם בפ"ו מהלכות סנהדרין הל' א"ב ג מביא שם ההלכות שבאות

מהסוגיא הנ"ל וז"ל בהל' א' — "כל דיין שטעה וכו' אם טעה בדברים הגלויים והידועים כגון דינים המפורשים במשנה או בגמ' חוזר הדין ומחזירין הדבר כשהי' ודנין בו כהלכה, ואם אי אפשר להחזיר כגון שהלך זה שנטל הממון שלא כדין למדינת הים וכו' הרי זה פטור מלשלם. אע"פ שגרם להזיק, לא נתכוון להזיק". וז"ל בהל' ב' — "טעה בשקול הדעת כגון דבר שהוא מחלוקת תנאים או אמוראים ולא נפסקה ההלכה כאחד מהן בפירוש ועשה כאחד מהן ולא ידע שכבר פשט המעשה בכל העולם כדברי האחר, אם היה זה דיין מומחה ונטל רשות מראש גלות וכו' הואיל והוא מומחה חוזר הדין, ואם אי אפשר להחזיר פטור מלשלם וכו'".

וז"ל בהל' ג' — "היה הטועה מומחה ולא נטל רשות ולא קבלו בעלי דינים עליהם וכו' וטעה בשקול הדעת, אם נשא ונתן ביד מה שעשה עשוי וישלם מביתו. אם לא נשא ונתן ביד יחזר הדין, ואם אי אפשר להחזיר ישלם מביתו".

הרמב"ם קשה מכמה צדדים. א) הרמב"ם סותר את עצמו בהל' א' וג', בהל' ג' פוסק דאם לא נשא ונתן ביד ואין כאן החפץ להחזיר חייב ומסתמא משום גרמי ואם כן מדוע בהל' א' אם אי אפשר להחזיר פטור, לחייב משום גרמי, זה הקשה הכסף משנה. ב) משמע דהרמב"ם בהל' ב' פוסק כהרי"ף משום פסידא דבעל דין, דהוא אומר דאם יש לו רשות חוזר הדין, ומסתמא משום פסידא דבעל דין, וא"כ מדוע פוסק אם אי אפשר להחזיר פטור מלשלם יהי' חייב משום פסידא דבעל דין. ג) בהל' ג' פוסק הרמב"ם דאם לא נשא ונתן ביד יחזר הדין ואם אין יכול לחזר מפני שאין לו רשות משלם מביתו, וזהו קשה מאוד, 1) אם זהו פסידא דבעל דין, הא כאן אין פסידא דבעל דין דאין לו רשות ומדוע חוזר הדין. 2) אם חוזר הדין מדוע ישלם אם אין כאן החפץ, ועוד אם משלם מדוע אם החפץ בעין יחזיר ויפטר את עצמו. ד) מדוע בנשא ונתן ביד לא חלק הרמב"ם, דאם החפץ בעין יחזר החפץ ויפטר את עצמו, מדבריו משמע דאפילו החפץ בעין משלם מביתו.

ורואים אנו דהרמב"ם סובר דשקול הדעת אינו הוראה כלל, ואם כן בין בטועה בדבר משנה ובין בטועה בשקול הדעת מעיקר דדינא צריך להחזיר החפץ, דהא אין כאן הוראה והכפיה אינו כדין, ואם אין לו רשות חייב לשלם אם החפץ אינו בעין משום מזיק, ואם נשא ונתן ביד אין החפץ חוזר אפילו הווי בעין משום דהפקר ב"ד הפקר במה שעשה, ואם כן רק משלם, ואם כן אם לא נשא ונתן ביד אז לא השתמשו בדין הזה בהפקר ב"ד ויכולים להוציא מהבעל דין, וכל זה אם אין לו רשות; אבל אם יש לו רשות חוזר הדין ואם אין החפץ בעין פטור מלשלם, דלזה מועיל רשות, ואם נשא ונתן ביד אין שייך

חזרת החפץ כלל ורק פטור מלשלם, וחייב הדיין משום מזיק כלומר גרמי. וקושית הכסף משנה היא על מקומה מדוע אם טעה בדבר משנה לא יהי' חייב משום גרמי. ובאמת מה בין גרמי שחייב עליה וגרמא שפטור עליה. הרמב"ם סובר, ועיין בפ"ו מהלכות חובל ומזיק ותמצא שגרמי הוא מתכוון להזיק וגרמא הוא דבר שלא נתכוון להזיק (בדין של יין נסך). וכזה לומדים התוס' במקומות פרודות (עיין בב"ב בפרק לא יחפר). וא"כ אם טעה בשקול הדעת ויש שיטה כמוהו הווי מתכוון להזיק וחייב ואם טעה בדבר משנה פטור שלא נתכוון להזיק וזה צ"ע. וצריכים לומר וזהו דבר קשה, דיש שני מיני טעות שקול הדעת, א) דידע דזהו שקול הדעת כלומר דיש מחלוקת אבל לא ידע הפסק, וב) יש טעות בדין זה שלא ידע שיש אפילו מחלוקת. באופן השני הווי כטועה בדבר משנה דהווי רק גרמא ופטור. אבל אם ידע דיש מחלוקת אבל לא ידע הפסק אז כיוון להזיק ויש שאלות של גרמי בא. דאם לא היה חפץ להזיק היה צריך לשאול. אבל אם טעה ולא ידע המחלוקת אז היה ברור לו שהפסק הוא כמו שאומר ולא כיוון להזיק. ומדויק הרמב"ם דאומר דשקול הדעת הוא "דלא ידע שנתפשט בעולם כהאחר", כלומר דלמה צריך הרמב"ם לומר דידע שיש שאלה ורק דאינו יודע האיך נפסק היה יכול לומר דאינו יודע דיש שאלה. וזהו כוונת הרמב"ם, דאם לא ידע כלל דיש שאלה הווי כטועה בדבר משנה ופטור דזהו גרמא. והרמב"ם מצייר דאין שייך כלל שיהי' טעות זה גרמי אלא אם כן יודע שיש שאלה ופשע בלי לחקר האיך נפסק. ועיין ודו"ק.

שלום בערמאן, שמשון העלפגאט, מרדכי ליפשיץ, יעקב פרנקל

קנין פירות כקנין הגוף דמי

תנן במתני' ב"ב דף קלו. "הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו. האב אינו יכול למכור מפני שהן כתובין לבן, והבן אינו יכול למכור מפני שהן ברשות האב. מכר האב מכורין עד שימות, מכר הבן אין ללוקח בהן כלום עד שימות האב."

ובגמרא שם איתא: "איתמר, מכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב, אמר רבי יוחנן לא קנה לוקח, וריש לקיש אמר קנה לוקח. רבי יוחנן אמר לא קנה לוקח, קנין פירות כקנין הגוף דמי. וריש לקיש אמר קנה לוקח, קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי". ועלה הגמרא שואלת שכבר נמצא מחלוקת זאת במקום אחר, "דאיתמר: המוכר שדהו לפירות, רבי יוחנן אמר מביא וקורא, וריש לקיש אמר מביא ואינו קורא. רבי יוחנן אמר מביא וקורא קסבר קנין פירות כקנין הגוף דמי, ריש לקיש אמר מביא ואינו קורא קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי". והגמרא שם מתרץ: "אמר לך רבי יוחנן אף על גב דבעלמא קנין פירות כקנין הגוף דמי, הכא אצטריך, סלקא דעתך אמינא אבא לגבי בריה אחול אחיל, קמ"ל. וריש לקיש אמר, אף על גב דבעלמא קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי, הכא אצטריך, סלקא דעתך אמינא כל לגבי נפשיה אפילו במקום בריה עדיפא ליה, קמ"ל".

להלן בגמרא רבי יוחנן מקשה לריש לקיש "נכסי לך ואחריך לפלוני ואחריו ירש פלוני. מת ראשון קנה שני, מת שני קנה שלישי. מת שני בחיי ראשון יחזרו נכסים ליורשי ראשון. ואם איתא [שקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי] ליורשי נותן מיבעי ליה. וריש לקיש מתרץ שכבר תרגמה רב הושעיה בבבל אחריך שאני [דמשמע דגוף ופירות נתן ראשון לשני]. ומפרש הרשב"ם שריש לקיש חוזר ומקשה לרבי יוחנן מהא דתניא בברייתא אחרת, "יחזרו ליורשי נותן". לריש לקיש לא קשה מידי שהברייתות חולקות בענין אם אומרים אחריך שאני אם לאו. אבל קשה לרבי יוחנן שלפי שיטתו, שקנין פירות כקנין הגוף דמי, הנכסים היו צריכים ללכת ליורשי ראשון שיש לו קנין פירות ולא ליורשי נותן. ולפי המקשה אין סברא שיחלקו בקנין פירות כקנין הגוף דמי או לא. ותירץ רבי יוחנן שתנאי היא "דתניא נכסי לך ואחריך לפלוני וירד ראשון ומכר ואכל, השני מוציא מיד הלקוחות דברי רבי. רבי

שמעון בן גמליאל אומר אין לשני אלא מה ששייר ראשון". לפי פירוש רשב"ם, דלרבי יוחנן המחלוקת הוא אם קנין פירות דראשון כקנין הגוף דמי או לא דרבי סבירא ליה לאו כקנין הגוף דמי והלכך השני מוציא מיד לקוחות, ורשב"ג סובר כקנין הגוף דמי והלכך אין לשני אלא מה ששייר ראשון, ושני הברייתות חולקות כשני התנאים. ותוספות חולק על פירוש רשב"ם ולומד הקושיא והמחלוקת בענין אחר.

וקצת קשה לפירוש רשב"ם, שלפי מה שאמר רבי שמעון בן גמליאל שיכול הראשון למכור את המתנה ולא לשייר מידי לשני, מדוע כתב במשנתנו ש"הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו" שיקנה הגוף מעכשיו והפירות לאחר מיתתו, "האב אינו יכול למכור". והא קנין פירות שהשאיר האב לעצמו כקנין הגוף דמי ואם כן יש לו רשות למכור?

ויכולים לתרץ שאף על פי שהאב השאיר לעצמו קנין פירות שהם כקנין הגוף, מכל מקום אינו רוצה שקנינו יהיה כל כך חזק שיוכל למכור את השדה אלא רק שיוכל לאכול פירות עד מותו דקיימא לן שאב לגבי בנו אחולי אחול. ואף על גב שהגמרא אומרת שאין האב לגבי בריה אחולי אחול, מ"מ רק שם גבי מכירת בן, אין האב מוחל משום שאינו חפץ שהנכסים יצאו מרשות המשפחה, אבל כאשר האב מוכר, כהכא, אחוליה אחלי ואין קנינו כל כך חזק שיהיו מכירים.

ובשיטה מקובצת מובא קושיא על מה ששנינו בגמרא "שהמוכר שדה לפירות רבי יוחנן אומר מביא וקורא משום דקסבר קנין פירות כקנין הגוף דמי", "אבל ודאי", אומר השיטה, "אי בעי לוקח לזבוני לגוף לא מצי מזבין". והקשה מדוע אינו יכול למכור והא קנין פירות שיש לו כקנין הגוף הוא ויכול למכור.

ובכדי לתרץ קו' זו מחדשת לנו השיטה מקובצת פירוש אחר בענין קנין פירות כקנין הגוף דמי. שמה שאמרנו שמי שמוכר שדהו לפירות כאילו יש לקונה גם קנין הגוף, לאו כקנין הגוף ממש הוא אלא שיש לו קנין הגוף רק לענין פירות לחוד. "דכמה דאית ליה קנין בפירות אית ליה קנין בגוף לענין פירות ולא מקנה ממש". וכמו מוכר דקל לפירות הוא, שיש לו קנין בקרקע רק בשביל השתמשות הפירות ולכן אינו יכול למכור את השדה.

אבל קשה לפי פירוש זה, שאם מפרש שמה שאומר רבי יוחנן שקנין פירות כקנין הגוף דמי לא כקנין הגוף ממש הוא אלא קנין בקרקע לענין פירות, כמו דקל לפירות, אם כן איך יפרש דברי ריש לקיש שסובר קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי, הרי צריך לומר שאין לקונה שום זכות בקרקע רק פירות

לחוד. אבל אם כן הרי זה דבר שלא בא לעולם ואיך יכול למכור דבר שלא בא לעולם.

ועוד קשה לפי מה שפירש השיטה מקובצת שקנין פירות לאו כקנין בגוף ממש הוא, איך יפרש מה שאמר רבי שמעון בן גמליאל דלגבי נכסי לך ואחריך לפלוני שאין לשני אלא מה ששייר ראשון בשביל שסובר קנין פירות כקנין הגוף דמי [לפי שיטת הרשב"ם]? והא לפי השיטה מקובצת אין לראשון קנין הגוף ממש שיהיה יכול למכור רק יש לו השתמשות בקרקע לענין פירות לחוד. ואפשר שמפרש כפי שיטת התוס' ולא כפירוש הרשב"ם.

וגם קצת קשה לפי השיטה, לשון הגמרא שאומרת קנין פירות כקנין הגוף דמי. והא לאו "כ"קנין הגוף הוא כלל. אמת שיש לו השתמשות בגוף השדה אבל אין לו שום זכות בקרקע שנאמר שכאילו יש לו קנין הגוף. והיה צריך לכתוב כקנין הגוף לפירות כמו דקל לפירות.

וכיון שאין תירוצו עולה יפה בכל ענין לפי שיטת רשב"ם, נשאר קושיית השיטה מקובצת שהקשה לרבי יוחנן אם קנין פירות כקנין הגוף דמי מדוע אין הלוקח יכול למכור בענין מוכר שדה לפירות

ואפשר שיש לאמר שלאו קושיא היא כלל. כמו שאמר בגמרא להלן (קלז:): ש"אפילו רבי שמעון בן גמליאל [שאומר אין לשני אלא מה ששייר ראשון שלפי פירוש רשב"ם הוא מטעם שרבי שמעון בן גמליאל סובר שקנין פירות כקנין הגוף דמי] לא קאמר אלא לאחר, אבל לעצמו לא". שאם אמר נכסי לך ואחריך לעצמי הראשון אינו יכול למכור. ולכן בענין שלנו כיון שלאחר זמן יחזור לעצמו לא אומר רבי שמעון בן גמליאל שאין לשני אלא מה ששייר ראשון אלא שאין הראשון יכול למכור. כמו שאמר רשב"ם "דהמוכר שדהו לפירות לא קנה בעל הפירות את הגוף משום קנין פירות כקנין הגוף, היינו משום דבהדיא פירות מכר לו ולא גוף, והרי הוא כמי שאמר לו ואחר אותו זמן יהיו הגוף והפירות שלי".

אבל קשה לנו שאם המוכר שדהו לפירות, חוזר לעצמו הוא, ובשביל זה אין רבי שמעון בן גמליאל אומר שהראשון יכול למכור, אז מדוע אומר הגמרא שמביא וקורא, והא אין לו אלא קנין פירות בלחוד.

ויכולים לתרץ שבאמת אפילו בחוזר לעצמו סובר רבי שמעון בן גמליאל שקנין פירות כקנין הגוף דמי, אלא שבמקום שהנותן מתנה שיחזיר לו, אף על פי שקנין פירות שנותן לו כקנין הגוף דמי, מכל מקום אין קנין הגוף של המקבל כל כך חזק שיוכל למכור. אבל קנין הגוף הוא בענין שיקרא כשהוא מביא ביכורים, כמו שאמרנו לגבי הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו, קנינו בגוף אינו כל כך חזק שיכול למכור.

בענין עדים זוממים בכופר ובעבד עברי

מכות דף ב: ת"ר ד' דברים נאמרו בעדים זוממים, אין נעשין בן גרושה וחלוצה, ואין גולין לערי מקלט, ואין משלמין את הכופר, ואין נמכרים בעבד עברי. ומפורש שם שאין משלמין את הכופר משום שסבר האי תנא כופרא כפרה, והני לאו בני כפרה נינהו.

והנה בריטב"א (דף ג.) ד"ה משלשין בממון, איתא בזה"ל: ולעיל דאמרינן דלמ"ד כופרה ממונא משלמין היינו מההיא טעמא דמשלשין בממון, דאי לאו הכי, היאך משלמין ליתן האי כופר והאי כופר, כופר אחד אמר רחמנא ולא שני כופרין. ליתן האי חצי כופר והאי חצי כופר, כופר אחד אמר רחמנא ולא חצי כופר, כדדרשי בעלמא לענין מי שהרג שורו את הנפש בב"ד גבי שור של שני שותפין. אלא כיון דקיי"ל שמשלשין בממון כי יהיב האי חצי כופר והאי חצי כופר מצטרפין והוי ליה כופר אחד שלם, וזה ברור עכ"ל.

ודברי הריטב"א תמוהים. דהנה בבבא קמא (דף מ.) איתא שרב נחמן בעי מרב אחא בר יעקב, שור של שני שותפין כיצד משלמין כופר, כופר א' אמר רחמנא ולא שני כופרין, ולא חצי כופר ע"ש.

וברש"י ד"ה כיצד: דבשלמא נזיקין האי פלגא משלם והאי פלגא משלם דאהזיקא דניזק קפיד רחמנא, והאי מטי ליה נזק שלם, אבל כופרא כפרה בעי ובחצי כופר לא מיכפר עכ"ל. וגם בתוספות ד"ה כופר שלם, מפורש: דוקא לענין כופר דכפרה היא דמסתמא כפרה שלימה צריכא עכ"ל. וגם בשמ"ק בשם הרשב"א איתא: למ"ד כופרה כפרה, דלמ"ד כופרה ממונא הרי הוא כשור של שני שותפין שמשלמים שניהם את הנזק בשיתוף, אבל למ"ד כפרה אבעיה ליה שלא מצינו כפרה לחצאין עכ"ל.

ואם כן דברי הריטב"א תמוהין שמפרש את האבעיא גם אליבא דמ"ד כופרא ממונא. (ואין לאמר שהריטב"א ילמד את האבעיא גם בממון, כמו שאיתא במרובה (דף עא:)) חמשה בקר אמר רחמנא, ולא חמשה חצאי בקר, או, אפילו חמשה חצאי בקר. וא"כ היינו יכולים לאמר כאן גם כן. ז"א שהרי שם מסקינן שאפילו חמשה חצאי בקר, ואם כן היינו יכולים לפתור את האבעיא, ומדוע נשאר בתיקו.)

ונראה לי לאמר דבר פשוט בדעת הריטב"א, שהוא סובר שאפילו אם

אמרינן כופרא ממונא מ"מ אחר שמשלמים יש כפרה גביה. דהנה בשמות כא פסוק ל איתא: אם כופר יושת עליו ונתן פדיון נפשו ככל אשר יושת עליו. וברמב"ן שם: בעבור היות הכופר כעין הקרבנות ואם הוא אינו חפץ בה אין מכריחין אותו לבא לב"ד לחייבו בכך, ואפילו אם חייבוהו אין ממשכנין אותו בכך, בעבור זה נאמר אם עכ"ל.

ורואים מזה שבפרשת כופר נאמר שהכופרה כפרה היא (פדיון נפשו) ולכן אין סברא לאמר שהכופר יהיה כולו ממון. אלא המתלוקת היא בעצם התשלום מהו? שחד סבר שכל התשלום הוי כפרה ואין ענין של ממון מעורב בו, וחד סבר שעצם התשלום ממון הוא (שהרי משלם את זה לחבירו, וכפרה שלמה יש רק היכא שמשלם לשמים כמו קרבן) אלא שביחד עם התשלום באה כפרה. ולפי זה אתי שפיר דברי הריטב"א שאף למ"ד כופרא ממונא אפשר ליבעי כופר אחד ולא חצי כופר.

והנה סברה מעין זו מצינו גם גבי "חומש". דהנה רש"י במרובה (דף פה.) גבי בעל הבית שטען טענת גנב וכו', ד"ה משלם כפל: שהרי חומש לבעלים הוא, והוא שקל וע"כ הא דרב יעקב בששויין כאחד החומש והכפל קמיירי דאי הוי כופלא טפי מחומשא לאו חומשא הוי ולא מיפטר ליה עד שישלם חומש, דחומש כפרה דשבועה הוא, עכ"ל. ודברי רש"י שכתב דחומש כפרה דשבועה הוא, תמוה. שהרי במתניתין (דף קג. שם) מבואר שיכולים למחול את החומש, ואם חומש הוי כפרה, אמאי יכולים למחול? אלא ע"כ צ"ל אליבא דרש"י שבאמת הוי חומש תשלום של ממון, ולכן יכולים למחול (כמו למ"ד כופרא ממונא שיכולים למחול), אלא אחר שמשלמים במילא באה כפרה בעד השבועה. (וכמדומני ששמעתי פירוש זה על רש"י מפי רבי ומורי בהיותי לומד פרק מרובה.) וא"כ גם למ"ד כופרא ממונא נאמר שעצם התשלום ממון הוא, אלא ביחד עם זה באה כפרה.

הנה בדף מג. איתא מימרא דרבה שכופר תלוי אם השור במיתה או לא. והקשה לו אביי: המית שורי את פלוני או שורו של פלוני ה"ז משלם ע"פ עצמו, מאי לאו כופר, לא דמים, ע"ש. ובתוס' ד"ה מאי, וא"ת למ"ד כופר דמי ניזק מאי איכא בין דמים לכופר? וע"ש מה שתירצו. ואין לפרש שהתוס' מתלקים בין כופרא ממונא לדמים, שא"כ אין התירוצים עולים יפה. וגם מה שאמרו שם בסוף הדבור: "ואי הוי פשיטא לן דכופר שלם אמר רחמנא ולא חצי כופר הוי ג"מ נמי להא" משמע בפירוש שמחלקים בין כופרא כפרה לכופרא ממונא. וגם בשמ"ק בשם תלמידי הר"פ ז"ל: "וא"ת מה חילוק יש בין כופר לדמים, ונראה לר"י כגון שמת המזיק וכו', ככתוב בתוס'. ואם כן צ"ל דרבא אית ליה דר' עקיבא דכופר כפרה, דאי הוי ממונא א"כ ליכא שום חילוק בין

כופר לדמים". ולפי מה שאמרתי יש לאמר ששפיר איכא נפ"מ בין כופרא ממונא לדמים. שבדמים לא הוי שום כפרה, אבל למ"ד כופרא ממונא עדיין יש כפרה גביה. ועוד נראה לי לאמר שגם רש"י ושאר ראשונים שהבאתי לעיל יודו לזה, אלא שמ"מ כיון דעצם התשלום ממון הוא א"כ אין שום בעיא אם יכולים ליתן חצי כופר, ומה שיש כפרה גביה הוי תוצאה צדדית, אבל מעיקרא דדינא למ"ד כופרא ממונא התשלום הוא ממון. אבל הריטב"א סובר שאין הכפרה תוצאה צדדית. אלא שבאה ביחד עם התשלום של ממון, ולכן שפיר יש ליבעי אם יכולים ליתן חצי כופר.

אבל מ"מ עצם דברי הריטב"א צ"ע. דהנה בריטב"א דף ב: ד"ה תנו רבנן — מקשה על הגמרא שע"ז פטורים מכופר משום שהוי כופרא כפרה, והלא כאן מדוע לא יתחייבו משום דין של כאשר זמם ולא מדין כופר, וכאשר זמם לא בא לכפרה אלא למונא. ותירץ שם דהזמה לא שייכא למ"ד כופרה כפרה, דהא איבעי ליה התם אם ממשכנים על הכופר, וסלקא בתיקו הילכך אין ממשכנים. וגם מביא את דברי הרמב"ן שלמ"ד כופרא כפרה לא שייכא הזמה שהרי עדותן בא לחייב מיתה בשמים, ולגבי שמים עדותן לא מעלה ולא מורידה, והוי הודעה בעלמא. וא"כ כאן למ"ד כופרא ממונא, קשה הלא אליביה יהיו חייבים משום דין כאשר זמם, כמו שהקשה הוא בעצמו למ"ד כופרא כפרה. ואין התירוצים שלעיל מתרצים את זה אליבא דמ"ד כופרא ממונא.

(קושיה זאת הקשה לי רבי ומורי, והוא תירץ לי, שמתירוצ של הריטב"א רואים שגם דין כאשר זמם תלוי בכל הדינים ששייכים לאותו דין, ואם גבי כופר יש פטור של כופר אחד אמר רחמנא ולא חצי כופר, אז גם בדין של "כאשר זמם" יהיה פטור כזה. והוא הביא לי ראיות לזה, אבל אין כאן מקומו. ולפי תירוצ זה במילא אתי שפיר גם קושית הריטב"א לעיל למ"ד כופרא כפרה.)

ב.

גמ', ואין נמכרין בעבד עברי. סבר רב המנונא למימר ה"מ היכא דאית ליה לדידיה וכו' אבל היכא דלית ליה לדידיה וכו', אלא סבר רב המנונא למימר היכא דאית ליה או לדידיה או לדידהו, אבל היכא דלית ליה לא לדידיה ולא לדידהו מזדבני. א"ל רבא ונמכר בגנבתו א"ר, בגנבתו ולא בזממו. והנה דין זה שאין נמכרים בעבד עברי מפורש בשני אופנים. רש"י שם מפרש: אם העידוהו שגנב ואין לו מה לשלם ונמכר דינו לימכר כדכתיב ונמכר בגנבתו עכ"ל. וכ"פ רוב ראשונים. אבל הרמב"ם בפ"כ ה"ח מה' עדות פירש: העידו עליו שנמכר בעבד עברי והוזמו לוקין.

והנה מדברי ר' המנונא כאן היה משמע כפירוש רש"י, וכבר עמד בזה

ה"גבורת ארי" וב"מנחת חינוך" מצווה מב. ובפשטות יש לאמר שאין זה קשה על הרמב"ם, שהרי מסקנת הגמרא שממעטין את זה מהקרא בודאי נתמעט ג"כ באופן של הרמב"ם. אלא שרוב המנונא סבר שאין נמכרים מסברא, ועל זה רצה לחלק היכן נמכרים והיכן לא נמכרים. שסבר שלא צריכים קרא, ועל זה בא רבא ואמר שהקרא נצרך באופן שלית ליה לא לדידיה ולא לדידהו. אבל באופן של הרמב"ם בודאי גם רב המנונא לא חלק ובודאי שבאופן זה נתמעט רק מהקרא ולא משום איזה סברא. ורק בצידורו של רש"י שייך לחלק, ואין צריך לאמר, לכן, שחולקים רש"י והרמב"ם בדין זה.

והנה יש להבין אם בדין של אין משלמים את הכופר, וגם בדין של אין נמכרים בעבד עברי, האם מ"מ לוקים כמו בנן גרושה וחלוצה וגלות, או אפשר שלא לוקים. ובפשטות היה נראה שלא ילקו בשתי דינים אלו, שהרי הקשו כאן הראשונים למה תנא דמתניתין לא מנה את שתי דינים אלו? ואם נאמר שאין בהן מלקות אתי שפיר שתנא דמתניתין מנה רק אותן שיש מלקות עליהן. ובאמת ב"מנחת חינוך" מצווה מב מבואר ככה שאין שום מלקות בהן. והוא מבאר את זה, שבאמת מלבד שהעדים מחייבים אותו לשלם כופר, גם רצו להפסיד את שורו שרצו שיסקל, ועל זה בודאי שיתחייבו. וגם גבי עבד עברי מלבד שרצו לעשותו עבד רצו להפסידו מעשה ידיו, ועל זה גם ישלמו. ואם כן לא שייך מלקות שהרי בפירוש ריבתי תורה עדים זוממים שמשלמים ואין לוקין. אבל ברמב"ם פ"כ ה"א מהלכות עדות מבואר שלוקים בהן גם כן כמו בגרושה וחלוצה וגלות משום הדין של "והצדיקו את הצדיק". ולכן דחק ה"מנחת חינוך" להעמיד את הרמב"ם באופן שאין השור בסקילה, וגם בעבד עברי יש צד שלא יהיו מחויבים ממון. וגם בקצוה"ח סי' ל"ח סק"ד בד"ה יראה לי, מדייק מלשון הרמב"ם שהבאתי שאין משלמים במה שרצו להפסיד שורו להורגו. והטעם כתב דאי משלמים מדוע לוקים, הרי בפירוש ריבתי תורה ע"ז לתשלומים ולא למלקות. ולכן גם הוא דוחק להעמיד את דברי הרמב"ם באופן שאין השור בסקילה.

והנה מטעם זה קשין לי דברי ה"גבורת ארי" שם בסוגיה. שהוא בעצמו גבי אין נמכרים בעבד עברי מפרש שאין לוקין על זה, משום שכיוון שחייבים לשלם ומוזה לא נפטרו, הרי אין שייך מלקות כמו בכל עדים זוממים שאין משלמים ולוקין. אבל גבי כופר גם הוא אומר שלוקין כמו בנן גרושה וגלות. וא"כ דברי ה"גבורת ארי" סותרין אהדדי, שהרי גם בכופר חייבים לשלם בעד הפסד השור שזה מלבד כופר, וא"כ גם גבי כופר יש סברא זו, וכמו שביאר ה"מנחת חינוך" בעצמו. ודברי ה"גבורת ארי" צ"ע.

אבל מלבד זה לא משמע כן מהראשונים, שהרי הרמב"ם פסק שלוקין

בשניהם (ודוחק לאמר כמו המ"ח והקצוה"ח) וגם משאר ראשונים לא משמע ששייך כאן סברה של בפירוש ריבתה תורה וכו', שהרי הריטב"א מתרץ על הקושיא למה לא מנה תנא דמתניתין דין כופר וע"ע, ועל כופר הוא מביא את דעת הרמב"ן שלא שייך מלקות מכיוון שעדותן הוא לשמים ולא מעלה ולא מוריד, והוי הודעה בעלמא, ותנא דמתניתין מנה רק אותן שלוקין. אבל בע"ע לא תירץ כך אלא שיש לו תירוץ אחר, וא"כ רואים שבע"ע גם הוא מודה שלוקין. וגם מדברי הרמב"ן בעצמו רואים שבכופר לא לוקים משום שעדותן הוי לשמים, ולא פירש משום שחייבין בהפסד השור ולכן אין לוקין שבפירוש ריבתה תורה וכו'. ועוד שבמאירי איתא שהיכא "שהעידו על שור מועד שהרג את הנפש והזמו, אין משלמין את הכופר אלא שלוקין (כהרמב"ם) שהכופר אינו ממון אלא כפרה וכו', אבל דמי השור משלמים הם אותם דמי השור שהרי ממון הוא לדברי הכל" עכ"ל. הרי דמבואר שאע"פ שמשלמים מ"מ לוקין.

ובעצם דברי ה"מנחת חינוך" צריכים באור, שהרי הוא פירש שבכופר וע"ע לא לוקין אלא שמשלמים, אבל גבי גרושה וחלוצה וגלות לוקין משום שאין שם חיוב ממון. וזה קשה שהרי הקשו כאן הראשונים מדוע לא משלמים בעד הפסד מתנות כהונה, (עיין מה שתירצו), וא"כ לפי דבריו היה קשה על המשנה. ובאמת מצאתי במאירי שמתרץ קושית הראשונים שמשום הכי לא משלמים את הפסד מתנות כהונה משום שכיוון שלוקין אין לוקין ומשלמים. וזה היפוך מן ה"מנחת חינוך". (אבל דברי המאירי אלו סותרין אהדדי, שלעיל הבאתי את דבריו גבי כופר שפירש שאע"פ שלוקים מ"מ משלמים בעד דמי השור, וכאן כתב שאין לוקים ומשלמים וצ"ע. וכבר עמד בזה המגיה ע"ש). ונראה לי לאמר דבר פשוט למה לא שייך כאן הכלל של בפירוש ריבתה תורה עדים זוממים לתשלומין ולא למלקות. דמכיון שאין לקיים בהם דין הזמה בכופר, וגם בע"ע נתמעטו מדין הזמה לימכרו, א"כ גלתה התורה דלוקין כמו בבן גרושה וחלוצה וגלות. ולא דמי לשאר מקומות בע"ז שמשלמין ולא לוקין. שהרי שם ההזמה מתקיימת בתשלומין ולכן יש הכלל של בפירוש ריבתה תורה וכו' ואין לוקין, אבל היכא שאין מקיימים בהם הזמה גמורה כמו כאן אז לוקין מהדין של "והצדיקו". (ועיין בהמגיה על המאירי שכבר הרגיש בזה). ומה שמצינו מחלוקת בדין כופר אם לוקין או לא, הוי מסברא אחרת. דהנה הרמב"ן בריש מכות אומר שמשום הכי לא תני במתניתין מעידים אנו באיש פלוני בחייב בקרבן, משום דכיון דאם רצה אינו מביא וממון שאין לו תובעין הוא, ע"כ ליכא בזה הזמה, ואפילו מלקות אינן חייבין משום דאינו עדות כלל אלא הודעה בעלמא. והרמב"ן והריטב"א אומרים זה גם בדין כופר

ולכן לא לוקין. וביאור היטב נמצא בספר „ברכת שמואל“ למסכת בבא קמא ס"ל, דבקרובן מה שיש על האדם שעבוד נכסים הוא מהדין של כפיית מצוות, כמו במצוות לולב וסוכה, וע"כ לא בעי עדות, שעדות לא שייך רק היכא דיש חיוב ב"ד אבל לא דהשעבוד הוא רק לקיים מצות גופו. אבל בדין כופר יש לחקור האם זה גם כן כמו קרבן דליכא בזה תובעין כלל והוי רק דין של עצמו להביא קרבן כמו בשאר מצוות, או שנאמר דשפיר הוי דין תובעין וחיוב ב"ד כמו בנזקין. וזהו באמת המחלוקת כאן. שהרמב"ם שסובר דבעי גבי כופר שני עדים וגם ב"ד מומחים א"כ סובר שכופר הוי חיוב ב"ד והם תובעים ממנו, ולא הוי כמו קרבן, וא"כ הרמב"ם סובר דהעדים חייבים מלקות ע"י הזמה. אבל הרמב"ן וריטב"א סוברים שכופר הוא דין כפרה כמו קרבן, ומה שצריך לשלם כופר הוי רק כמו שצריך לקיים דין קרבן ושאר מצוות, לכן אין זה עדות אלא הודאה.

לעיל הבאתי את דברי המאירי שאע"פ שאין משלמין כופר לוקין, וגם משלמים את דמי השור. ומהרמב"ם (כפי מה שדייק הקצות"ח בסי' לח) משמע שאין משלמים את דמי השור. ונראה לי לבאר את פלוגתתם. שהרי כבר הבאתי את קושית הראשונים למה לא משלמים העדים זוממים את הפסד מתנות כהונה גבי גרושה וחלוצה. וחד מהתירווצים שם נמצא ברמב"ן ובריטב"א שמכיון שלא מקיימין בהו הזמה בעיקר סהדותיהו דפסולים דבן גרושה וחלוצה לא מקיימין לה בהא, דלא מקיימין הזמה לחצאין. וא"כ גם כן סובר הרמב"ם שמכיון שלא מקיימין בהם „כאשר זמם“ בעיקר העדות של כופר, לא נקיים גם בהם את ה"כאשר זמם" גם בדמי השור. אבל המאירי בודאי יחלוק על טעם זה, וסובר, שרק נתמעטו מדין „כאשר זמם“ בכופר, ומשום שלא מקיימין בהם את ה"כאשר זמם" בכופר בזה חידשה התורה שלוקין, אבל בדמי השור הרי לא נתמעטו ושפיר שייך לחייבם בזה. (ומשום סברה זאת אפשר לאמר שלא שייך כאן הכלל של אין לוקין ומשלמים. שהרי המלקות הם חייבים מחסרת ה"כאשר זמם" אבל את דמי השור הם משלמים רק משום „כאשר זמם“ ולכן המלקות והתשלומין באים משני צדדים. אבל הרמב"ם סובר ששפיר יש לאמר כאן לוקה ואינו משלם כיון שהמלקות ודמי השור באים ממעשה הגדה אחת).

בענין חצי שיעור

בש"ע או"ח תע"ג נפסק דמי שאין לו ארבעה כוסות יין לפסח מוכר כסותו. ויש להסתפק אם אינו יכול להשיג בעד הכסות אלא שני או שלשה כוסות אם גם כן מוכר כסותו. אם אמרינן דדוקא בשביל ד' כוסות מוכר או גם בשביל ב' או ג' כוסות.

ויש לפשוט שהספק תלוי בפלוגתא בפסחים ק"ט עמוד ב' "היכי מתקני רבנן מידי דאתי לידי סכנה אמר רב נחמן אמר קרא ליל שמורים ליל המשומר וכו'. רבא אמר כוס של ברכה מצטרף לטובה ואינו מצטרף לרעה. רבינא אמר ארבעה כסי תקינו רבנן דרך חירות כל חד וחד מצוה באפי נפשה הוא".

הרי רבינא סובר שארבעה כוסות ארבעה מצות הן. ורב נחמן ורבא סוברים דמצוה אחת היא. א"כ שוב אם אמרינן דארבעה מצות הן שפיר אם יכול להשיג בעד בגדו ב' או ג' כוסות צריך למכור שיקיים בזה עכ"פ ב' או ג' מצות. אבל אם אנו סוברים כרבא אז אין למכור כסות בעד ב' או ג' כוסות. אבל באמת יש לומר אפילו בחצי מצוה גם כן יש מצוה ודין מצוה. ובשבת דף כ"א עמוד א' פליגי רב הונא ורב חסדא. רב הונא סובר כבתה זקוק לה ורב ורב חסדא ס"ל שכבתה אין זקוק לה. והקשה הבית יוסף כיון שהיה שמן בפך להדליק בעד יום אחד א"כ ביום הראשון לא היה צורך בנס ולמה אנו מדליקין שמונה ימים? ותירץ א' שחלקוהו לשמונה חלקים ונעשה נס שדלק כל הלילה. ועוד תירץ שנתנו כל השמן להמנורה בלילה הראשון ומיד נתמלא הפך עוד הפעם וגם ביום הראשון היה נס בפך. והחילוק בין שני התירוצים האלה הוא: אם נגיד שחלקוהו לח' חלקים א"כ כל הנס הי' רק מה שדלק כל הזמן שראוי דהיינו מערב עד בוקר. ולתירוץ השני היה הנס במה שנשאר להם שמן להדליק אבל הזמן הראוי לא היה נס. וכיון שהיה שמן כמדתו שוב דלק כשבע.

וא"כ לתירוץ הראשון אז מצות נר חנוכה גם בשעה שדולק ו' וז' אמרינן כבתה זקוק לה אבל לתירוץ הב' שסובר שהנס היה במה שהיה שמן להדליק אם כן גם בנ"ח המצוה דוקא בשעה שמדליק ולכן סובר כבתה אין זקוק לה. וקשה לתירוץ הראשון (דחלקוהו לשמונה חלקים). איך היה מותר להם לכתחלה לחלק השמן כיון שהמצוה היא שיתן לתוך הפך שמן כמדתו שידליק

מערב ועד בוקר. ואם כן היה להם להריק כל השמן שבפך למנורה שיקיימו לכל הפחות המצוה פעם אחת משלא יקיימוה כלל דהא בזה שחלקוהו להשמן לא יקיימו המצוה גם בפעם אחת ואיך סמכו על הנס שחלק שמינית יהיה דולק כל הלילה? ועיין במאירי שהביא מפרשים שפירשו כתירוץ הראשון של הבית יוסף, וכתב דאין נראה לו דאם כן היו סומכים על הנס.

וע"כ צ"ל לתירוץ הא' של הבית יוסף דגם אם המנורה דולקת רק החצי מהזמן הראוי גם כן מקיים עכ"פ קצת המצוה. וזה דומה לחצי שיעור דמקיימין קצת מצוה בחצי שיעור כמ"ש האחרונים. ומפני סיבה זו חפצו אז בימי הנס (שלא היו יודעים שהשי"ת יעשה להם נס) לקיים על כל פנים בכל יום קצת המצוה מאשר יקיימו המצוה רק פעם אחת ובעד שאר הימים לא יהיה להם כלל במה להדליק ולקיים עכ"פ קצת המצוה.

והנה בזה אי יוצאים י"ח במ"ע גם בחצי שיעור כבר דשו בה רבים. והדבר יש לפרש אי אמרינן חצי שיעור אסור מדאורייתא גם בשאר איסורים שאינם באכילה. דאם חצי שיעור אסור מן התורה גם בשאר איסורים אם כן הענין בחצי שיעור אסור מה"ת לא משום דהחתיכה אסורה וחצי שיעור הוה חלק מהחתיכה דהא בשאר איסורים שאינם באכילה גם כן חצי שיעור אסור. רק הענין בחצי שיעור אסור מן התורה הוא מטעם דכל דבר שאסור מה"ת גם לקצת ממעשה איסור שמוטל על הגברא יש עליה שם מעשה איסור. ואם כן במצוה דהחיוב מוטל אקרקפתא דגברא ולא על החפץ יש על חצי מעשה ממעשה המצוה על כל פנים שם מעשה מצוה ומקיים עכ"פ קצת מצוה דמדה טובה מרובה כו', אבל אי אמרינן דבמעשה שאינה באכילה לא שייך ביה הענין דחצי שיעור ואם כן הענין בחצי שיעור אינו מה"ת הוי רק משום שהוא חלק מחתיכה אסורה ולא דחשבינן החצי שיעור לקצת מעשה איסור או בודאי ל"ש במצוה הענין דח"ש ול"ה גם קצת מצוה.

והנה בשבת דף ע"ד עמוד א' מוכח שסובר רב חסדא דבאיסורים שאינם באכילה לא שייך הענין דחצי שיעור אסור מן התורה. מדפריך רב יוסף לרב חסדא וכי מותר לאפות פחות מבשיעור. מוכח דרב חסדא ס"ל באמת שם דבאסורי שבת ל"ש הענין דח"ש אסור מה"ת. ואף על פי שהתוספות כתבו שם טעם אחר מכל מקום יש לפרש גם כן. וכן ראיתי שגם בחידושי הרי"ם לתולין דף קי"ד ביאר שרב סובר דחצי שיעור אינו בשאר איסורים.

אם כן לשיטתם גם במצוה לא שייך הענין דחייש שיהיה מקיים עכ"פ קצת מצוה בח"ש, ואם כן לדידהו אי אפשר לומר כתירוץ הראשון של הבית יוסף, דאם כן הדרה קושיא לדוכתה. בע"כ צריך לומר דהוי הנס לדידהו רק

במה שהיה להם שמן עוד הפעם להדליק ועבור זה שפיר לדידהו כבתה אין זקוק לה.

ולפי זה אפשר לפרש הא דאביי לא קבל להא דכבתה אין זקוק לה משמיה דרב נחמיה ומשמיה דרב יוחנן קיבליה. דהנה במס' יומא ר"פ יוה"כ פריך „אסור. עונש כרת הוא? אמר רבי אילא ואיתימא רבי ירמיה לא נצרכה אלא לחצי שיעור. הניחא וכו'". מוכח דס"ל לר' ירמיה דהא דחצי שיעור אסור הוא גם באסורין שאינן באכילה רק במוטלין אקרפתא דגברא. דהא האיסור אכילה ביוה"כ אינו מוטל על החתיכה רק על הגברא. (ועיין בחידושי הרשב"א על מס' יבמות דף קי"ד ותוס' גיטין דף ז' ד"ה השתא.)

ואם כן כיון דלר' ירמיה גם בכי האי גוונא שייך ענין חצי שיעור בע"כ ס"ל דגם באיסורים שאינם באכילה שייך הא דח"ש אסור מן התורה, ולדידיה גם במ"ע מקיים עכ"פ קצת מצוה בחצי שיעור. אבל לר' יוחנן כבר ביאר החכם צבי סי' פ"ו דס"ל דרק במידי דאכילה חצי שיעור אסור מן התורה. והטעם הוא כמו שכתב כיון דר' יוחנן יליף מכל חלב אמרי' דרק כמו חלב — דהחתיכה עצמה אסורה. דהא כל אסורי דאורייתא אסורי חפצא הם כמו שכתבו אחרונים. וכך כתבו האחרונים דר' יוחנן דס"ל חצי שיעור אסור מן התורה ס"ל דכל אסורים הוו איסור חפצא. מש"ה גם חצי שיעור מהחתיכה אסורה מה שאין כן באיסור התלוי במעשה שלו. ואם כן פשוט דלר' יוחנן אינו מקיים גם קצת מצוה בחצי שיעור.

וא"כ לר' ירמיה דס"ל דגם במצות עשה מקיים על כל פנים קצת מצוה בחצי שיעור יש לומר כתירוץ הראשון שבבית יוסף שתלקוהו לשמן, וא"כ עיקר הנס היה במה שדלקה המנורה כל הלילה, א"כ מהראוי שר' ירמיה יסבור כו"ל ומשום הכי לא קיבל אביי משמיה דר' ירמיה דכבתה אין זקוק לה. אבל משמיה דר' יוחנן דס"ל דבמצות עשה לא שייך ביה ענין דחצי שיעור, וע"כ ס"ל כתירוץ השני של הבית יוסף אז כבתה אין זקוק לה ומשום הכי קיבליה.

ואין לפרש דדוקא במצות דאורייתא יש כלל של חצי שיעור אבל במצות דרבנן אין הכלל של ח"ש שהרי יש שני טעמי איסור חצי שיעור: אחד מקרא דכל חלב, והשני משום דחזי לאיצטרופי. ולילפותא הראשון דכל חלב אפשר שזה חידוש דוקא באסורי תורה, אבל לפירוש דחזי לאיצטרופי זו סברא גם באיסורי רבנן. ובאמת התוספות שם כתבו דחצי שיעור יש בו שני הטעמים ולכן אין לומר דבאיסורי דרבנן יש ג"כ איסור חצי שיעור.

ואגב אורחיה, אפשר לבאר ולתרץ הפרי מגדים דחקר אם יש איסור חצי שיעור בשבת בד' אמות. ונותן טעם דהלא ילפינן דחצי שיעור אסור מרבו

דכל חלב וגם אפשר בשבת מרבין מכל מלאכה, ולפי שד' אמות הל"מ לכן אין חצי שיעור בד' אמות. ואפשר לפרש בענין זה דהרי חצי שיעור גם כן אסור מטעם דחזי לאצטרופי, ובשבת (דף ה' עמוד ב') קיימא לן כבן עזאי דאם עמד לפוש בנתיים פטור. הרי דלא שייך הטעם דחזי לאצטרופי בד' אמות. ובכך יש לתמוה על הגאון מסאטמאר ר' יהודא גרינוואלד זצ"ל בספרו זכרון יהודא סי' ל"ו שהקשה על רש"י בסוכה דף ל"ז עמוד ב' בד"ה מותר להכניס שפי' ואין כאן אלא טלטול דרבנן, והקשה אמאי לא חשיב אסור פחות מד"א ברשות הרבים, והקשה מזה על רש"י בשבת (דף ע"ד עמוד ב'). ובאמת פלא עליו שלא זכר מהפרי מגדים שמבאר דין איסור חצי שיעור בד' אמות.

אחר כך מצאתי גם כן בספר שדי חמד שמסיק מדברי הריב"ש בסימן פז"ר דכל אסורי דרבנן שיש להם עיקר מדאורייתא יש עליהם אסור חצי שיעור, וממילא הד' כוסות דילפינן מקרא עליהם נמי נימא דיש מצוה של חצי שיעור, דהא חזינן דאסמכתא חשוב כעיקר מן התורה. (עיין תוס' שבת ל"ד ד"ה לא קשיא.)

אבל אפשר יש לתרץ דהרי חזינן דטעם דד' כוסות הוא פלוגתא בירושלמי פרק ערבי פסחים, דרבי יוחנן יליף לה מד' לשונות דגאולה וריב"ל מד' כוסות דפרעה. ואפשר לפרש דבזו פליגי רבא ורבינא. דרבינא יליף לה מד' לשונות דגאולה שהן ד' מצות, וכמו שביאר ה"תורה תמימה" שד' לשונות דגאולה הן ד' ענינים שונים. ורבא יליף לה מד' כוסות דפרעה והן ענין אחד. ובאמת, ראיתי בספר עצי זית על פרשת וארא שלא גרס בירושלמי ריב"ל אלא דיש לקיש בעל פלוגתא דר' יוחנן. ובזה רצה למעט הקושיא שהקשו מפרשי הירושלמי על רש"י דף ק"ח עמוד א' שפירש דד' כוסות אליבא דרבי יהושע בן לוי הם ג' של פרעה וחד דברכת המזון. ובזה אתי שפיר דר' יוחנן דיליף לה שהן ד' מצות, ממילא בשביל א' או ב' כוסות חייב למכור. אבל רבא דיליף לה שהן מצוה א' יסבור כריש לקיש, וריש לקיש סבר דחצי שיעור מותר מן התורה רק אסור מדרבנן. ממילא באיסור דרבנן לא שייך איסור חצי שיעור.

הערות בפרק קמא דסנהדרין

— א —

ב'. «תנא מה הן דיני ממונות גזילות וחבלות אבל הודאות והלואות לא ולמאי אילימא דלא בעינן שלשה והאמר רב אבהו שניהם שדנו דיני ממונות לדברי הכל אין דיניהם דין אלא דלא בעינן מומחין מאי קסבר אי קסבר עירוב פרשיות כתוב כאן ליבעי נמי מומחין ואי קסבר אין עירוב פרשיות כתוב כאן שלשה למה לי לעולם קסבר עירוב פרשיות כתוב כאן ובדין הוא דליבעי נמי מומחין והאי דלא בעינן מומחין משום דרבי חנינא וכו'. למ"ד אין עירוב פרשיות כתוב כאן הקרא של כי הוא זה קאי בשבועת השומרים. והגמרא בב"מ (ה'.) כתב «ת"ש דתני רמי בר חמא ארבעה שומרין צריכין כפירה במקצת והודאה במקצת שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר היכי דמי לאו דא"ל הילך לא דאמר ליה ג' פרות מסרתי לך ומתו כולו בפשיעה וא"ל איהו חדא לא היו דברים מעולם וחדא מתה באונס וחדא מתה בפשיעה» וכו'. ויש להקשות למה אצרכינן תרי קראי (שבועת מודה במקצת, ושבועת השומרים) תסגי בשבועה של מודה במקצת וממילא ידעינן דחייב לישבע שבועת השומרים מטעם גלגול שבועה. ואפשר לומר דהכא לא שייך גלגול שבועה משום דגלגול שבועה אינו שייך רק באופן דצורת שתי השבועות שווין (כלומר, היכא אמרינן גלגול שבועה כגון אם שבועה האחת באה מחמת טענה והשבועה השנית באה גם כן מחמת טענה, באופן זה אמרינן גלגול שבועה), אבל הכא אין צורת שתי השבועות שווין משום דשבועת מודה במקצת באה מחמת טענה ושבועת השומרים באה מחמת דין שומר, שעל פי האי טענה לחוד לא יתחייב לישבע ומהו המחייב, היותו שומר, ממילא לא שייך הכא דין של גלגול שבועה.

— ב —

ג'. תוס' ד"ה נזק היינו חבלות... «ומיהו נראה דאירי בכל ענין אף בשור דאזיק שור דהא מסיק בהחובל דהא דגובין בבבל נזקי שור בשור היינו דוקא נזקי שן ורגל דמועדיין מתחלתן אבל נזקי קרן אמרינן התם דאין מועד בבבל» ע"כ. אומרת הגמרא שם ב"ק (פ"ד:) דהטעם אמאי אין גובין תם בבבל משום דהוא לא שכית. וכתב רש"י שם ד"ה בתם «אין גובין דקיימא לן פלגא

נזקא קנסא בפרק קמא (ט"ו:). לכאורה משמע מרש"י דלפי שיטת רב פפא דסבר פלגא נזקא ממונא גובין קרן בבבל. ואפשר לומר דאפילו לפי שיטת רב פפא יש לומר דאין גובין קרן בבבל, שרב פפא סבר דחסרון בבית דין בבבל הוא שלא יכולים לחדש שמות (מתם למועד) ממילא אי השור מועד מתחלתו יכולים בית דין בבבל לדון, אבל נזקי קרן בבית דין מחדש שם על השור אין יכולים הבית דין בבבל לדון. וא"כ לפי האי סברא למה אין בית דין בבבל גובין קודם ההיזק השלישי? ויכולים לפרש דהחסרון בבית דין בבבל שאינם יכולים לדון קרן משום דהיכא אמרינן הלכה דקרן היכא דאפשר לקיים דין מועד בקרן אבל היכא דאי אפשר לקיים דין מועד בקרן לא אמרינן דיכולים לדון דיני קרן כלל. ולכאורה קשה על סברא קמא מיש מפרשים שהביאו תוס' ג'. ד"ה שלא תנעול דלת בפני לוויין וכו', וז"ל "וי"מ דוקא גזילות שעל ידי חבלות כמו דמינצו בי תרי ומחו אהדדי עד שתוקף אחד וגזול את חברו דכי האי גוונא לא שכיח ולא עבדינא שליחותיהו" ע"כ. משמע מיש מפרשים דיכול בית דין בבבל לדון גזילות שלא על ידי חבלות, וקשה הא מחדש שם גזול על האדם. ונראה שיש חילוק גדול בין שם מועד לשם גזול, דגבי גזול החלות שם לא בא מבית דין אלא ממעשה עבירה משא"כ מועד שבא דוקא מכח בית דין. ולפי זה לא שייך לשאול מפירוש דיש מפרשים.

— ג —

ג': רש"י ד"ה לימא דלא כרב יאשיהו. "דאי כרב יאשיהו כיון דשלישי מקראי יליף ולא משום נוטה צריך שתהא דעת שלשתן שוה". וצריך להבין מהו סברת רש"י שמחלק בין הטעם של בית דין נוטה להטעם דמקראי יליף (מג' אלקים). ויש לחקור מהו החסרון של בית דין שקול, מי אמרינן בבית דין שקול אינו בית דין כלל, או דלמא בית דין הווי, אלא שלא יכולים לפסוק. ואפשר דרש"י יסבור בבית דין שקול הווי בית דין אלא שלא יכולים לפסוק. ועכשיו מובן סברת רש"י, דאי יליף מקראי כל השלשה מוסיפין לחלות שם בית דין וכי היכא דכל אחד מוסיף לחלות שם בית דין צריך שתהא דעת שלשתן שוה. אבל אי אמרת דהטעם אמאי צריך שלשה משום בית דין נוטה אין כל אחד ואחד מוסיף לחלות שם בית דין, ממילא לא צריך שתהא דעת שלשתן שוה.

— ד —

ד'. תוס' ד"ה כולהו סבירא להו יש אם למקרא... "ובפרק דם שחיטה בחתיכה אחת ספק של חלב ספק של שומן אשם תלוי משום דמצות כתיב אלא היינו משום דקרא ומסורת דהתם לא מכחשי אהדדי ואפשר לקיים שניהם

שבא המקרא דמצוות קריגן לחייבו אשני מצות דהיינו ב' חתיכות והמסורת בא לחייב על כל מצוה אחת. וקשה דלמה לי תרי (יש אם למקרא ויש אם למסורת) אם הלכה היא שבחתיכה אחת חייב אשם תלוי כל שכן בשתי חתיכות. ואחר כך ראיתי שמצפה איתן הקשה כן, והוא ציין גמ' נזיר כ"ג. לתרץ קושיא זו ע"ש. ואפשר לומר שאין הכי נמי אם יש ספק בשתי חתיכות אין חייב אשם תלוי לפי דבציור של חתיכה אחת כיון שעל ידי ילידת הספק לא היה אפשר שיהא אכילה של וודאי היתר וממילא מחייב אשם תלוי, אבל בציור של שתי חתיכות היה אפשר להיות אכילה של וודאי היתר ממילא אינו חייב אשם תלוי. קמ"ל דינים של יש אם למסורת ויש אם למקרא ללמד שאין נפקה מינה מהו הציור של הספק, כיון שיש ספק ממילא מחויב אשם תלוי.

— ה —

ה'. רש"י ד"ה ואי לא זיל שלים, ואי לא קבלו טעותך עליהם דאמרו לך דיינת לן דין תורה זיל שלים ומיהו מיהדר דינא לא אלמא גמיר וסביר וכי לא נקט רשותא דיניה דינא ולא מהדר" ע"כ. והנמוקי יוסף פליג על רש"י וכתב "ומיהו אפילו קבלוהו אם אמרו לו בפירוש שידון להם דין תורה והוא טעה אינו משלם דהא אין דינו דין כלל". ונראה שזה ההסבר במחלוקת, רש"י סובר שכיון שהבעלי דינים קבלוהו לדין, הווי חל עליו שם דין כדינים בשאר העולם. וכמו גבי דין של שאר העולם אינו מועיל תנאי של "דיינת לן דין תורה" כן הכא אינו מועיל תנאי של דיינת לן דין תורה. והנמוקי יוסף סובר שכיון שחלות של שם דין בא מכח קבלה של בעלי דינים אינו חל עליו שם דין כדינים בשאר העולם אלא דין בקבלה ואם בעלי דינים אומרים בקבלה "דיינת לן דין תורה" והוא טעה הדין חוזר.

— ו —

ה': רש"י ד"ה על תנאי, "כגון עד שנה או עד שנתיים ולא יותר". משמע מפירוש רש"י דהטעם דתנאי לא יועיל הוא משום דמינוי שצריך להפקע ממילא אינו מינוי. ולפי זה הראייה מהגמ' לכאורה אינו ראייה. דציור דר' יוחנן מיירי היכא פדאשר דמינוי לא יופקע כלל כיון דאפשר לרב שמן להשאר במקומו לעולם.

— ז —

ה': ט'. "רב אשי אמר כגון דאתרו ביה מלקות ולא אתרו ביה קטלא וקמיפלגי בפלוגתא דר' ישמעאל ורבנן דתנן מכות בשלשה משום ר' ישמעאל אמרו בעשרים ושלשה". וקצת קשה לפי פירוש רב אשי למה איצטריך תנא דמתניתין ליתני גם מחלוקת ר' מאיר וחכמים במוציא שם רע וגם מחלוקת ר'

ישמעאל ורבנן לענין מלקות. דהא לפי פירוש רב אשי מחלוקת דמוציא שם רע הווי האי מחלוקת של מלקות.

— ח —

ט"ו: התומים בסימן ל"ו מהל' עדות כתב וז"ל «ונראה ברור דאם היתה האשה במעמד העדות ואע"פ שכיונה להעיד מ"מ אינה בגדר קרוב או פסול דיהי' כל העדות בטלה דהיא אינה בגדר עדות כלל». משמע מהתומים דכל היכא דליכא עדות כלל לא שייך דין של נאמק"פ. ולכאורה קשה על התומים מדברי תוס' ט': ד"ה לרצונו רשע הוא, דהתוס' כתבו וז"ל «ועוד דהרוג גופיה מצינא לפרש דלא מיפסל מחמת שנאה אלא מחמת שהוא טריפה ואינו ראוי להעיד». דמתוס' משמע דאפילו בטריפה מתקיים הכלל של נאמק"פ עדותן בטלה. ונראה לפרש דיש חילוק בין אשה לטריפה, דבאשה הוי הפסול בגוף האשה וממילא ליכא דין עדות כלל, אבל בטריפה גברא חזי להעיד אלא שהווי פסול צדדי של עדות שאי אתה יכול להזימה, ולהכי שייך כלל של נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה.

לפום ריהטא משמע מהתומים דאם גזלן יהי' אחד מן העדים לא שייך דין נמצא אחד מהם קרוב או פסול כיון דליכא עד כלל. ונראה דיש חילוק בין אשה לגזלן, דבאשה א"א שתהי' עד כלל וממילא אין לומר כלל דנאמק"פ, אבל גזלן בידו לעשות תשובה וכיון דשב געשה כשר לעדות ולכן אין שייך לומר דגזלן אינו בכלל עדות כלל, אלא שהוא פסול וממילא שייך דין של נמצא אחד מהם קרוב או פסול כולם בטלים.

— ט —

ט"ו: תוס' ד"ה ור' יוחנן אמר אע"פ שלא המיתו, וז"ל «אכתי קשה דהתם תנן והנחש מועד לעולם אליבא דכ"ע זהכא קאמר ריש לקיש והוא שהמיתו אבל לא המיתו לא דיש להם תרבות ויש להם בעלים אפילו נחש ושמא יש לחלק דלענין דאין להורגן כל הקודם קאמר הכא דיש להם תרבות אפילו נחש אבל לא לענין נזק שלם». ונראה לפרש דברי התוס', דיש חילוק בין הגורם של הלכה דכל הקודם להרגן זכה ובין חיוב של נזק שלם, דהלכה דכל הקודם להרגן זכה תלוי בחלות של שם «רע» וקאי עלי' הלכתא דבערת הרע מקרבך, דאיתא דוקא על ידי שור שהמית. אבל חיוב של נזק שלם אין בו שום שייכות לחלות שם על הבהמה אלא כל דבר שמופקע משמירה (דאי אפשר לשומר) יש חיוב של נזק שלם. וממילא גבי נזק שלם אמרינן דנחש מועד לעולם, אבל לגבי דין של כל הקודם להרגן זכה אמרינן דנחש יש לו תרבות ויש לו בעלים.

כת היורשים בנכסי המוריש

במס' בבא בתרא דף קכו עמוד א איתא... "ודרש רבא שתי נשים שילדו שני זכרים במחבא כותבין הרשאה זה לזה. א"ל רב פפא לרבא והא שלח רבין דבר זה שאלתי לכל רבותי ולא אמרו לי דבר ברם כך אמרו משום ר' ינאי הוכרו ולבסוף נתערבו כותבין הרשאה זה לזה, לא הוכרו אין כותבין הרשאה זה לזה. הדר אוקי רבא אמורא עליה ודרש דברים שאמרתי לכם טעות הן בידי ברם כך אמרו משום ר' ינאי הוכרו ולבסוף נתערבו כותבין הרשאה זה לזה לא הוכרו אין כותבין הרשאה זה לזה"...

על ענין זה פירש רבינו גרשום ז"ל "שגלדו במחברא והוכרו מעיקרא איזה מהן בכור, ולבסוף נתערבו ולא הוכרו כותבין הרשאה זה לזה..." ומה מועיל שטר הרשאה? "...כשיבואו לחלק ירושת אביהן עם אחיהם, ויכתבו אחד מאלו ספיקי בכורה הרשאה לאחיו כדי ליטול פי שנים, ויאמר לאחיו, אם אני בכור תנו לי פי שנים בשביל עצמי, ואם אחי הבכור, ולא אני, תנו לי פי שנים בשבילו, שהרי בידי הרשאה שהרשני על חלק בכורתו. ויחלקו הבכורה ביניהם..."

והקשה בנתיבות המשפט סימן רעח סק"ט הלא אין לשאר האחים מחוץ לשניהם שום טענה בעד חלק הבכורה וא"כ מדוע יש הכרה בשטר הרשאה הרי ידוע שיש לבכור פי שנים בירושת אביו; וגם כן ידוע שאחד מן הספיקות הוא הבכור האמיתי, אם כן מדוע יכתבו שטר הרשאה להוציא מן האחין, הא אין לאחים שום טענה עבור חלק הבכורה. יחלוקו שניהם את חלק הבכורה דהיינו פי שנים הבא להם מן הירושה, בלא שטר הרשאה.

התירוץ הוא שמן הגמרא הזו יוצא שבאמת יש לשאר האחים דעה בחלק הבכורה. כלומר חלק הבכורה מתנה היא מן האחים ולא מתנה מן האב. שהרי אחרי מיתת האב נמצאת כל הירושה בידי כל האחים ועכשיו חפצים הספיקות להוציא מידי האחים, לפיכך כותבים הרשאה זה לזה, וכן כתב הנתיבות ז"ל. ופסק הרמב"ם ז"ל בפרק שני מהלכות נחלות הלכה ו' שצריכין לכתוב הרשאה זה לזה.

אמנם פירוש זה מתנגד למשנה דף קכו עמוד ב האומרת: "האומר איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים, איש פלוני בני לא יירש עם אחיו לא

אמר ולא כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה". יוצא ממשנה זו שלכאורה היינו סבורים שיש לאב כח לומר שבכורו לא יטול פי שנים, וגם כן כח בירושת בניו לומר שבנו לא יטול חלקו. אבל אינו יכול לעשות כן כי נחשב כמתנה על מה שכתוב בתורה, ולא אמר ולא כלום. אבל לו יצויר שמתנה על מה שכתוב בתורה תנאיו עודם קיימים יכול היה האב לומר שבכורו לא יטול פי שנים בירושה.

וראיה לזה ממה שכתב המאירי בשם גאוני הראשונים שכתבו: "שלא נאמר כן אלא בשהפקיעו מכל וכל. אבל אם אמר לא יירש כך וכך דבריו קיימים. וכן יש מי שכתב שאם אמר עקירת זו על תנאי, כלומר אם יעשה פלוני בני זה יירש עם אחיו, או אם ינהג שלא כשורה שאינו יורש, אין זה עוקר דבר מן התורה שהרי הוא הגורם לעוקר...". יוצא מזה שאם האב אינו נחשב כמתנה על מה שכתוב בתורה יכול האב לעשות תנאי לומר שבכורו לא יטול פי שנים.

לכן, לפי מה שביארנו שלאחר מיתת האב הירושה עוברת לידי היורשים, ועל זה כותבים הרשאה יש לתמוה. לפי המשנה נראה שכלא סיבת האב שמתנה על מה שכתוב בתורה היה האב רשאי לעקור דין הירושה ובאמירתו היה יכול להפסיד החלק הבכורה. אבל אם אומרים שחלק הבכורה עובר לרשות האחים אז יוצא שכח האב נפקע בירושה לאחר מיתתו, ואם כן איך יעלה על הדעת שהאב יכול לומר שהבכור לא יטול פי שנים אפילו אם אינו נחשב כמתנה על מה שכתוב בתורה.

נוסף קשה על מה שאמרה המשנה: "איש פלוני בני לא יירש עם אחיו...". הידוע, האב כבר מת ונקבר, ובדין אין אדם יכול לפעול שום דבר אחר מיתתו. וירושה מתקיימת לאחר מיתת האב לא סדר הירושה (שהבן יורש קודם לבת או שהבכור יטול פני שנים), רק הירוש דין תורה. ואם כן מאיפה לאב כח לומר שום דבר בחלוקת הירושה, כי כבר מת, ואין אדם פועל לאחר מיתתו.

וזה שקשה על המשנה, איך יש לאב כח בירושה כיון שהירושה מתקיימת דוקא לאחר מיתת המוריש ככתוב "איש כי ימות ובן אין לו". ושאין לגבר כח לאחר מיתתו נמצא בהרבה סוגיות בש"ס כמו "שאין שטר לאחר מיתה". שם (דף קלה עמוד ב) כתב הרשב"ם על מה שאמרה הגמרא "איזה היא מתנת בריא שתקנה כל שכתב בה מהיום וכו', דמשמע הכי גופה קני לך מהיום ופירי לאחר מיתה, אבל אי לא הוה כתב בה מהיום אינו קונה דאין כח לאדם ליתן אחרי שמת ונקבר". מגמרא זו יוצאה שאין כח למת לפעול שום דבר. ואפשר לתרץ במה שכתב היד רמה על משנתינו: "האומר איש פלוני

בני בכור לא יטול פי שנים, איש פלוני בני לא יירש עם אחיו, לא אמר כלום, שהתנה על הכתוב שבתורה". היד רמה מבאר: "מה טעם שהרי אמר הכתוב שיטול פי שנים בנכסים שהניח אביו ושיירש הבן בנכסי אביו. וזה הואיל ולא הקנה הנכסים לאחר זהרי הן בחזקתו, הרי ירושת הבן וחלק בכורה חלין על הנכסים בעל כרחו ואע"פ שאמר לא יטול זה פי שנים אלא יירש זה עם אחיו לא אמר כלום".

מדבריו אפשר לומר שכל זמן שהאב עודנו בחיים ולא העביר נכסיו למי שהוא אחר, אלא שהם בידו וברשותו זכות יורשין חלה על הנכסים של האב. כלומר, שבחיייו יכול האב לעשות כל מה שרוצה בנכסיו אבל כל זמן שלא מכרם, והם נמצאים ברשותו, זכות היורשים חלה על נכסיו ליטלם לאחר מיתתו של האב. וזהו דין התורה.

עכשיו כשמת האב עזבה הירושה את רשותו וממילא נמצאת בידי היורשים, אשר אינם צריכים לקנות את הירושה או לחזק בירושה כיון שאפילו מחיים של האב היתה ליורשים זכות בנכסי האב כל זמן שהנכסים היו ברשותו ולא מכרם לאחר. עכשיו, כשמת האב ונתבטל כחו על נכסיו נשארה זכות היורשים בנכסים שהיו ברשות האב ובכח זה עברו הנכסים לרשות היורשים, וזהו דין התורה.

וראי' מן הגמ' בגיטין דף עז עמוד א האומרת: "חצרה מה שקנתה אשה קנה בעלה. א"ר אלעזר בכותב לה דין ודברים אין לי בנכסיה. וכי כתב לה הכי מאי הוי והתניא האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו ואין לי עסק בה וידי מסולקת הימנה לא אמר כלום. אמרי דבי ר' ינאי בכותב לה ועודה ארוסה וכדרב כהנא דאמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר אדם מתנה עליה שלא ירשנה...". על זה כתב רש"י: "ממקום אחר שאינה ירושת אבותיו מן התורה מתנה עליה קודם שזכה". שוב פעם יוצא מזה שבירושה שבאה מן האב יש ליורשים זכות בזאת הירושה אפילו בחיי האב.

לכן כיון שזכות היורשים חלה על נכסי האב אפילו בחייו היינו סבורים שכיון שהאב רשאי לעשות כל מה שירצה בנכסיו יכול האב לומר ליורשו שאין לו זכות בנכסיו. ולכן, אחר מיתתו בנו לא יטול חלקו כי הירושה ברשות שאר האחים, וכיון שבטלה זכותו בירושה מחיים אין לו שום זכות לאחר מיתה. ועל זה אמרה המשנה שזה האב מתנה על מה שכתוב בתורה. כי דין תורה הוא שיש ליורשים זכות בנכסי האב כל זמן שלא נתנם או מכרם לאחרים, לפיכך לא יכול האב לומר "שבני בכור לא יטול פי שנים, איש פלוני בני לא יירש עם אחיו".

אם כן, למה צריכים ספיקי בכורות לכתוב שטר הרשאה כיון שזכותם בחלק הבכורה אינו מתנה מן האחים כמ' ושחשבנו אלא שהוא מתנה מן האב, כיון שזכות הבכורה תלה מחיים? ונראה, דזה ודאי דחלק הבכורה אינו מתנה מן האחים כיון דיש לבכור זכות בפני שנים בנכסי האב עוד בחייו של האב, אבל הא קודם חלוקה אין אנו יודעים למי שייך כל חלק וחלק בנכסים, ויכולים לומר שקודם החלוקה יש לכל היורשים כולם חלק בכל הירושה, והחלוקה מתקיימת דוקא לאחר מיתת האב, ואחר מיתתו של האב כל הירושה נמצאת בידי כל היורשים. ולכן, להוציא מידם צריכים לכתוב הרשאה זה לזה.

בענין חצי דבר בגניבה ומכירה בנפש

גרסינן (סנהדרין פו.) איתמר עידי גניבה ועידי מכירה בנפש שהוזמו חזקיה אמר אין נהרגין ר' יוחנן אמר נהרגין חזקיה דאמר כר' עקיבא דאמר דבר ולא חצי דבר ורבי יוחנן אמר כרבנן דאמרי דבר ואפי' חצי דבר. ופירש"י (ד"ה עידי) וז"ל שני כיתי עדים אחת העידה שגנב את הנפש ואחת העידה שמכר אין נהרגין כדמפרש טעמא ואזיל וכיון דאינהו לא מקטלי איהו נמי אם לא הוזמו לא מקטיל דהוי' לה עדות שאי אתה יכול להזימה ולא משכחת לה דמקטיל אלא בכת אחת שמעידין על הגניבה ועל המכירה עכ"ל. והנה הקושיא בולטת דמה ראה רש"י צורך לפטור את הגנב משום שעדיו עשאאי"ל, הא יש לפוטרו בפשיטות משום שאין כאן עדות שלמה לחייבו אליבא דר"ע, דהא אין כאן אלא חצי דבר. ועיין במהרש"ל שעמד בזה ונדחק ליישב, אך כבר דחה המהרש"א דבריו בטענה ברורה, וא"כ דברי רש"י עדיין זקוקים הסבר. ובאמת על עיקר השאלה בקשר לסוגיא כבר עמדו גדולי הראשונים. דיעויין בדברי ה"בעל המאור" בסוגיין שהקשה "דאדמיפלגי בעדים שהוזמו ליפלוג בגנב גופיה ואנא ידענא ממילא כי דין העדים שהוזמו כדין הגנב עצמו". וכתב דאח"נ דהוה מצינן לאקשוויי הכי אלא דלא דייקינן בהאי שמעתא כולי האי משום דלא קיימא למסקנא, דכי אתא רב פפא וקאמר (פו:) בעידי מכירה כ"ע לא פליגי דנהרגין כי פליגי בעידי גניבה חזקיה אמר אין נהרגין גניבה לחודה קיימא ומכירה לחודה קיימא ר' יוחנן אמר נהרגין גניבה אתחלתא דמכירה היא, אז הדרינן בן וסברינן דלא פליגי חזקיה ור' יוחנן בדבר ולא חצי דבר כלל. ואף הר"ן בחידושו הביא קושיא זו ותירץ דנקט פלוגתייהו בעדים לאשמועינן דטעמיה דר' יוחנן משום דבר ואפי' חצי דבר הוא. דאלו הוה נקט פלוגתייהו בגנב עצמו הוה ס"ד דלעולם קסבר אף ר' יוחנן כר"ע אלא דמחייב את הגנב משום דמכירה לחודה קיימא ויש כאן דבר שלם. ולהכי מייתינן פלוגתייהו בעדים דליכא למיטעי הכי, דחיובא דעדי גניבה על כרחך מבוסס אדבר ואפי' חצי דבר. אולם לדברי רש"י אין שני תירוצים אלו מעלים ארוכה. דתירוצ' הרז"ה לא ניתן להאמר אליביה משום דכתב רש"י להדיא (פו: ד"ה ושנים) דאף אליבא דמסקנת רב פפא פליגי חזקיה ור' יוחנן בדבר וחצי דבר. ואף תירוצ' הר"ן אינו מספיק שהרי לדבריו יוצא דלחזקיה

אה"נ שהגנב עצמו יהא פטור משום חצי דבר, ואלו רש"י לא פטרו אלא מטעם עשאאי"ל. וא"כ הקושיא בדבריו במקומה עומדת.

ובהסבר הדברים, נראה דתחלה יש לעיין למה באמת לא תהא עדות גניבה חצי דבר אף לגבי הגנב. והנה יעויין בשמעתא דמרובה (ב"ק ע:): אמתני' דגנב ע"פ שנים וטבח ומכר על פיהם או על פי שנים אחרים דקאמר התם אביי אפילו תימא רבי עקיבא מי לא מודה רבי עקיבא בשנים אומרים קידש ושנים אומרים בעל דאע"ג דעדי ביאה צריכי לעדי קדושין כיון דעדי קדושין לא צריכי לעדי ביאה דבר קרינא ביה ה"נ אע"ג דעדי טביחה צריכי לעדי גניבה כיון דעדי גניבה לא צריכי לעדי טביחה דבר קרינא בי, ע"כ. ובפירוש דבריו, שמעתי ממו"ר הגרי"ד סלוציק שליט"א בשם זקנו הגר"ח זצ"ל, דבאמת אין הקובע כאן מה שאין כת אחת צריכה לחבירתה, אלא שאי-תליית כל הגדה בחבירתה מורה ומוכיחה על עצמאותה ושלמותה. והרי אי-תלייה זו בגדר ראייה על שלימות הגדה ולא בגדר קובע. ובכך נראה דיש להציע דאפילו לר' עקיבא לא נאמר דין חצי דבר אלא במקום ששתי כתי עדים מעידות על שני חצאי ענין אחד וגורם אחד. וכגון שמעידים על חצי שני חזקה או חצי שערות. אך במקום דבעינן צרוף שני עניינים שונים לגמרי כדי להוות איזה דין מסויים, לא אמרינן דעדות אכל חדא וחדא הוה חצי דבר, אלא כל אחד ואחד ענין ודבר בפני עצמו וחלה עליו הגדה שלמה, ואף דבעינן צירופם כדי להוות חלות או חיוב מסויים. דפוק חזי בענין גדלות הא לא שקלינן וטרינן (איברא אליבא דרבנן) אלא בענין חלוק עדות שערות עצמן, אך מעולם לא שמענו — ואפילו לר"ע — דניבעי דאותם העדים יעידו גם על שנים וגם על סימנים. ובשלמא אם נימא (ועיין בזה ב"שב שמעתתא", שמעתא ה', פ' י"א) דהקובע היחידי של גדלות הוא סימנים, ושנים הם רק שיעור בסימנים דקודם שנות גדלות אין השערות אלא שומא, או ניתא דיש לומר דעדות סימנים הרי היא עדות שלמה ודבר שלם, ועדות שנים אינה אלא גלוי מילתא בענין הכשר הסימנים. אך אי נימא (ולדברי ה"שב שמעתתא" שם הא קי"ל הכי, למאי דנקטינן דתוך זמן כלפני זמן דמי) דשנים הם קובע של גדלות בפני עצמם דגדלות נקבעת ע"י ב' גורמים עצמאיים, שנים וסימנים, או למה באמת לא תחשב כל עדות שערות חצי דבר. והנראה בזה דבמקום שדין אחד חל על ידי ב' גורמים שונים לגמרי, דאין עדות אכל אחד חשובה חצי דבר, ולו משכחת לה איזה קנין, למשל, שחל על ידי שני מעשי קנין שונים, כגון כסף ומשיכה, ודאי נראה שלא היינו מזקיקים שאותם העדים יעידו על שני הקניינים. דאטו נימא דבמכירת שטרות ניבעי שאותם העדים יעידו על הכתיבה ועל המסירה. דנראה דעיקר דין דבר ולא חצי דבר לא נאמר — ואפי' לר"ע —

לגבי החיוב שהעדים באים לחדש, אלא לגבי המעשה שעליו באה הגדתם. ואף אם כדי להוות איזה חיוב נצטרך לצרף שתי הגדות, לא איכפת לן בהא, אם רק כל הגדה באה על מעשה שלם, דאף לר"ע אין צורך שיתהווה כל החיוב דוקא ע"י כת אחת המעידה על כל צדדיו וחלקיו, אלא בעינן רק שהמעשה שעליו מגידים יהא דבר שלם בפ"ע.

והנה נשוב לדידן, נראה דודאי מצד המעשה עצמו הו"א גניבה מעשה שלם בפ"ע והו"א הגדה אגניבה דבר שלם. דאפילו למאי דלא סליק אדעתין השתא דלקי אגניבה, מ"מ הא ודאי דהוה מעשה עבירה שלם בפ"ע וודאי דנפסל לעדות על ידו, ואף אם נניח דאינו מהווה שום חיובים, מ"מ הוה מעשה שלם בפ"ע והגדה עליו הו"א דבר, ולא חשיבא חצי דבר. אלא דסבר רש"י דכל זה לענין חיוב הגנב עצמו, דאף בהעידו שנים על הגניבה ושנים אחרים על המכירה חייב. אך לגבי חיוב העדים הזוממין נקבעה ההלכה דאינם חייבים אלא אם כן התהווה כל החיוב על ידם, דלענין חיוב כאשר זמם באמת נאמר דין דבר ולא חצי דבר בחיוב שבאים לחדש ולא במעשה שעליו באים להעיד, דכשבאים לחייבם משום הגדה שבה זממו לחייב, אינם חייבים אא"כ כל החיוב היה נקבע ע"י הגדתם, ובמקום שלא היתה הגדתם קובעת חיוב אלא בסיוע עדים אחרים המעידים על מעשה אחר, אז חשיבא חצי דבר ופטורים. (וזה חסרון בעדותם — דאין כאן עדות שלמה שנוכל לחייב מחמתה — ולא חסרון בחלות חיוב ההזמה, דהא תלינן לה בדר"ע ורבנן.) אלא, שאף שחלוק זה ניתן להאמר מצד הסברא, מ"מ יש לעורר נגדו מסוגיא ערוכה דמרובה (ב"ק ע:); דבה חזינן דעדי טביחה שהוזמו משלמים תשלומי ב' וג' ואפילו לר"ע, ואף שאין חיוב טביחה חל אלא בצירוף עדי גניבה, וצ"ע.

וכדי לעמוד על אמתת הדברים, יש לעיין ביסוד דין גונב נפש. דהנה חיוב גונב ומוכר נפש דחייב בצירוף גניבה ומכירה, יש להסביר על פנים שונים. דיעויין בספר החינוך (מצוה ל"ו) שכתב וז"ל שלא לגנוב נפש מישראל שנאמר לא תגנוב ובא הפירוש שבגונב נפשות הכתוב מדבר... ועובר עליה וגונב נפש חייב חנק והוא שמכר אותו נפש שכן בא הפירוש שאין החיוב חל עליו עד שימכור שכתוב אחר מגלה עליו דכתיב וגונב איש ומכרו מות יומת עכ"ל. והיוצא ברור מדבריו דכל חיוב גונב ומוכר נפש הוה משם הגניבה ואך ורק משום גניבה דקעבר אלא תגנוב, ואין המכירה אלא תנאי בגניבה, וכמו עימור דהוה תנאי בגניבה דאינו חייב אגניבה אלא אם כן התעמר, ואף דודאי אין עמוד מחייב בתורת עצמו. וכן מוכח בדעתו מדבריו לקמן בלאו דלא ימכרו ממכרת עבד (מצוה שמ"ה) שכתב וז"ל שלא נמכור עבד עברי כדרך שמוכרין העבדים כנענים בהכרזה על אבן המקח אלא בהצנע ודרך כבוד

וכן בספרא לא ימכרו ממכרת עבד שלא ימכרו בסימטא ויעמידם על אבן המקח... והעובר ע"ז ומכר ע"ע כדרך שהעבדים כנעניים נמכרים עבר על לאו אבל מן הדומה שאין בו חיוב מלקות לפי שאפשר לעבור עליו מבלי מעשה עכ"ל. ולא הזכיר כלל אסור מכירת נפש. והיינו משום דסבר דכל החיוב הוא משום אסור גניבה, ואין המכירה אלא תנאי בחיוב גניבה. [ובזה יש להבין מה שהק' «המנחת חנוך», סי' ל"ו, דלמה כתב החינוך דאין לוקין אלא ימכרו ממכרת עבד משום דאין בו מעשה, תיפוק לי' דהוה לאו שניתן לאזהרת מיתת בית דין בגונב ומוכר נפש. ולפי הנ"ל לק"מ, וק"ל.] ולאידך גיסא, יש מן הראשונים שכתבו דלדעת חזקיה דקאמר דגניבה לחודה קיימא ומכירה לחודה קיימא, אז כל החיוב הוא משום המכירה, אלא דאין מוכר חייב אלא במוכר עבד גנוב, אך לעולם אינו חייב אלא משום המכירה. שכן כתב הר"ן בחידושו וז"ל אלא ודאי כשאמר חזקיה אין נהרגין על עידי גנבה דוקא הוא אומר מפני שאין חיוב מיתה עליה אלא על המכירה שאחר הגנבה הוא החיוב והיינו דאמרינן לטעמיה דחזקיה גנבה לחודה קיימא ומכירה לחודה קיימא עכ"ל. והתוספות (פו: ד"ה גניבה) הוסיפו «ואפשר דלחזקיה לא בעי התראה». ועוד דעת שלישית בזה לרמב"ם שכתב (פ"ט מהל' גניבה הל' א') וז"ל כל הגונב נפש אדם עובר בלא תעשה שנאמר לא תגנוב... וכן המוכרו עובר בלא תעשה שזה בכלל לא ימכרו ממכרת עבד. ואין לוקין על שני לאוין אלו מפני שהוא לאו שניתן לאזהרת מיתת בית דין שנאמר כי ימצא איש גונב נפש מאחיו וכו' ומיתתו בחנק עכ"ל. ומשמע דהחיוב בא באמת בצירוף שני הלאוים וחייב משום שתי העבירות יחד. ועוד יותר ברור מללו דבריו בספר המצות שהביא חיוב גניבה ומכירה גם במצוה ל"ת רמ"ג בלאו דגניבה וגם במצוה רנ"ח בלאו דמכירה שאחרי שהביא דין הספרא דלא ימכרו בסימטא הוסיף וז"ל וזאת האזהרה כוללת בלא ספק אזהרה לגונב נפש מישראל שימכרהו שהוא ימכרהו בחזקת שהוא עבד כנעני ויהיה עובר על אמרו יתברך לא ימכרו ממכרת עבד וכבר קדם לנו זכרון זה. וכבר באר הכתוב שיהרג עכ"ל. וממש מפורשים בהגדרת חיוב זה הם דבריו לעיל במל"ת רמ"ג שכתב וז"ל שלא יקיימו עליו העונש עד שיגנוב וימכור וכשעבר על ב' לאוין אלו הוא חייב חנק כאמרו יתברך וגנב איש ומכרו ונמצא בידו מות יומת עכ"ל. [ולכן באמת כתב הרמב"ם (פ"ט הל' א' מהל' גניבה) דמוכר נפש אינו לוקה משום דהוה לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד, ודלא כהחינוך.] ובאמת דברי הרמב"ם הם כמעט מפורשים בסוגיא בברייתא — צטטה הרמב"ם שם בסה"מ — דתניא (סנהדרין פו.) אזהרה לגונב גפש מנין רבי יאשיה אמר מלא תגנוב רבי יונתן (הגירסא לפנינו ר' יוחנן, אך גי' הרמב"ם — ר' יונתן — ודאי הנכונה) אמר

מלא ימכרו ממכרת עבד ולא פליגי מר קא חשיב לאו דגניבה ומר קא חשיב לאו דמכירה. הרי דברים ברורים דחיוב גונב ומוכר נפש הוה משום עבירת שני האסורים, עד כי באמת יש לתמוה על דברי החינוך בזה.

והנה דברי הרמב"ם אלו הרי נאמרו להלכה, למאי דקי"ל כר' יוחנן, אך אליבא דחזקיה היה מקום לומר דיסכים עם דעת התוס' והר"ן דלעיל. אך בדעת רש"י נראה ברור דסבר דחיוב משום שתי העבירות הוא יסוד מוצק ומוסכם שאין כלל לזוז ממנו, ואף לדעת חזקיה, שהרי דברי הסוגיא סתומים, "ולא פליגי מר קא חשיב לאו דגניבה ומר קא חשיב לאו דמכירה". ולהכי הוכרח לפרש דאף למסקנא, אליבא דרב פפא, פליגי חזקיה ור' יוחנן בדר"ע ורבנן, ודלא כדברי הרז"ה. דסבר דאף לחזקיה אין לומר שחייב רק משום מכירה, דלכ"ע ודאי בעינן צירוף שתי העבירות, ורק צירופן מחייב.

והשתא דאתינן להכי, הרי מתורצת קושייתנו דלעיל בפשיטות. דלא דמי כלל גניבה ומכירה בנפש לגנב וטבח או מכר. דבטביחה ומכירה ודאי נראה דחיוב ד' זה' הוה חיוב עצמאי ואין לו זיקה מהותית עם הגניבה הקודמת. דאע"ג דאם אין גניבה אף טביחה ומכירה אין כאן, מ"מ אין הגניבה אלא תנאי בחיוב טביחה ומכירה דאינו חייב אטו"מ אא"כ טבח או מכר שור או שה גנב, אך לעולם חיוב אטביחה ומכירה הוא חיוב בפ"ע ועדים שבאים לחייב טביחה באים על חיוב שלם ושפיר מיקריא עדותם דבר שלם אף לגבי הזמה. אך בגונב ומוכר נפש אין החיוב אלא משום שתי העבירות ובצירופן, וא"כ לגבי עדים זוממים דתלוי דין חצי דבר לגביהו ביעילות הגדתם לקבוע חיוב שלם, הכא חשיבא חצי דבר שאין החיוב נקבע אלא ע"י צירוף שתי העבירות.

וליתר שאת, נראה עוד לחדש בענין חיוב גונב ומוכר נפש, דאינו חייב משום מעשי העבירה עצמם — וכמו בחלול שבת או אכילת חלב — אלא משום דעל ידי גניבתו ומכירתו חל שם גונב ומוכר נפש בגברא, ודין תורה הוא שגברא שיש בו שם גונב ומוכר נפש חייב מיתה. ואף דודאי כרוך חיובו בעבירה ודיינינן בסוגיין לענין יסוד אזהרתו, היינו משום דאי אפשר שיחול עליו עונש — או שם גברא הראוי לעונש — בלא אזהרה ועבירה, אך לעולם כשהעונש חל לא משום העבירה עצמה הוא בא אלא משום שעל ידה הוקבע שם גונב ומוכר נפש בגברא וקרינן ב'י' וגנב איש ומכרו ונמצא בידו מות יומת. [ממש חלוק זה שמעתי ממו"ר שליט"א בהסבר חיוב עדים זוממים לדעת הרמב"ם.] ואף דיש להביא קצת סמוכים לדברים וכדלהלן, מ"מ עיקר סברא זו נראה דיש לבסס על ראייה פשוטה, כה פשוטה וכה יסודית שקשה אפילו לקראה ראייה — על עצם אופי חיוב גונב ומוכר נפש. דתמה על עצמך, וכי היכן מצינו חיוב הנובע מצירוף שתי עבירות שונות, כגון לא תגנוב ולא ימכרו

ממכרת עבד. והאיך אפשר לחייב מחמת עבירת שני אסורים נפרדים ושני לאוים שונים לגמרי. ואף דגזירת הכתוב היא ואין להרהר אחריה, מ"מ נראה דיש להסביר הענין ולקבוע אופי ההלכה על נכון, דכאן אין החיוב באמת משום צירוף שתי עבירות דצירוף כזה באמת קשה-הבנה, אך החיוב הוא מחמת שעל ידי מעשי העבירות חל שם גונב ומוכר נפש בגברא, ושם זה יכול לחול אף על ידי פעולות שונות. ויש להביא קצת ראיה ליסוד זה מדברי המכילתא ריש משפטים דאמרינן בה "וגונב איש ומכרו למה נא' לפי שהוא אומ' וכי ימצא איש גונב נפש מאחיו וגו' אין לי אלא עדים על גניבה עדים על מכירה מנין ת"ל וגונב איש ומכרו". ולכאורה דברי המכילתא משוללים הבנה דהאיך יעלה על הדעת דנחייבנו מבלי שיעידו עדים על שני מעשי העבירות. אך אם נפרש דאין חיוב גונב ומוכר משום מעשי העבירות אלא משום שם שחל בגנב על ידם, אז י"ל דהוה ס"ד דאם רק היו עדים על המכירה ואח"כ היה נודע לב"ד מצד אחר על הגניבה וכגון שהיה נודע להם שהיתה המכירה ברשות המוכר ושלא היה הנמכר עבדו, דעל כרחק היה הנמכר גונב, אז נחייבנו שהרי לא על הפעולה עצמה חיובו וא"כ לא בעינן עדים על הפעולה אלא בכל בירור סגי, קמ"ל דלא דמ"מ בעינן שיקבע שם גונב ומוכר על ידי העדאת עדים על המעשים שעל ידם חל בו שם גונב ומוכר נפש. [ואולם ראיה ברורה אין זו, די"ל דלא באה המכילתא אלא לאפוקי מדעת החינוך ומדעת התוספות אליבא דחוקיה, ולאשמועינן דחיוב גונב נפש נובע מצירוף שתי עבירות ושתי פעולות.] ועוד סמוכין לדברינו יש להביא מדברי סוגיין עצמה. דגרסינן בה להלן (פו:) אמר אביי הכל מודים בבן סורר ומורה והכל מודים בבן סו"מ ומחלוקת בבן סו"מ וכו' ומחלוקת בבן סו"מ שנים אומרים בפנינו גנב ושנים אומרים בפנינו אכל. והנה לפירוש התוס' דמחלוקת חזקיה ור' יוחנן היא בהגדרת יסוד חיוב גונב נפש אי הוה משום גניבה ומכירה או משום מכירה גרידא, צ"ע, דמאי מדמינן בן סורר ומורה לגונב נפש, אטו כולו איסורי בחדא מחתא מחתינהו, דלמא בגונב נפש נקבעה ההלכה רק — דגניבה לחודה קיימא ומכירה לחודה קיימא — ובבן סו"מ נקבעה אחרת — דגניבה אתחלתא דמכירה היא. אך לדעת רש"י — דפירש דפליגי חזקיה ור' יוחנן בדבר ולא חצי דבר — ניתא דממש דמיין להדדי, דבתרווייהו יש חיוב אחד המצטרף מעבירת שני אסורים. וההתאם הוא ממש גמור בזה דאף בבן סורר ומורה נראה ברור דאין חיובו על מעשה עבירה שעבר אלא על שם בן סורר ומורה החל על ידי עבירותיו. ואף כאן יש לנעוץ יסוד זה בעצם אופי חיוב בן סורר ומורה, דבן סו"מ הוה (לפי ידיעתי) החיוב היחידי — חוץ מחיוב גונב נפש — הבא מחמת עבירת שני אסורים נפרדים, לא תגנב ולא תאכלו על הדם, ולהכי נקטינן הכא

בסוגיין דוקא בן סו"מ בקשר עם מחלוקת חזקיה זר' יוחנן משום דבבן סו"מ — כמו בגונב נפש — איכא צירוף ב' אסורים שעל ידי עבירתם חל שם בגברא המחייבו מיתה. ובבן סו"מ סברא זו — דחיובו משום שם שחל בו ולא משום מעשה העבירה עצמו — היא כמעט משנה ערוכה (סנהדרין עא:). בן סורר ומורה נידון על שם סופו ימות זכאי ואל ימות חייב, וביתר ביאור תניא עלה בגמרא רבי יוסי הגלילי אומר זכי מפני שאכל זה תרטימר בשר ושתה חצי לוג יין האיטלקי אמרה תורה יצא לבית דין ליסקל אלא הגיעה תורה לסוף דעתו של בן סו"מ שסוף מגמר נכסי אביו ומבקש למודו ואינו מוצא ויוצא לפרשת דרכים ומלסטם את הבריות אמרה תורה ימות זכאי ואל ימות חייב. וכן מפורש אף לעיל בפ' נגמר הדין (מו.) מי שעל חטאו נהרג יצא בן סו"מ שעל שום סופו נהרג. וא"כ הוה בן סו"מ ממש כגונב ומוכר נפש דבתרווייהו צירוף שני מעשי עבירה מהוה שם בגברא ושם זה הוא המחייבו. ושפיר מדמינן להו בשמעתין.

והנה על פי יסוד זה יש לחלק ביתר בירור בין גונב ומוכר נפש דאין חיוב הזמה חל אלא בהעידו אותם העדים על הגניבה ועל המכירה, וגונב וטובח ומוכר דחייב ד' וה' אף אם מעידים עדים שונים על הגניבה ועל הטביחה. דלדברינו דהשתא החלוק בולט, דבגונב ומוכר נפש יש כאן חיוב משום שם אחד ושם זה אי אפשר לחלקו, ומה שכת אחת פועלת חצי שם זה לאו כלום הוא דהוה חצי דבר. אך בגונב וטובח בהמה דודאי חיובו משום מעשי הגניבה והטביחה, והמעשים — והחיובים הבאים מחמתם — הרי אפשר לחלק, יש לחייבם אף בב' כתי עדים דכל חדא וחדא הוה דבר שלם. וא"כ שפיר יש לחלק לענין סוגיין בין חיוב גונב ומוכר נפש ועדים שהעידו עליו, דלדידי לא חשיב חצי דבר ולדידהו חשיב חצי דבר, ולק"מ משמעטא דמרובה; ופירוש רש"י נכון וברור.

והנה כל זה לפי מאי דס"ד בסוגיין דאף בעדי גניבה איתפלגון חזקיה זר' יוחנן. אך למאי דמסיק ר' פפא דבעדי מכירה כ"ע לא פליגי דנהרגין ולא נחלקו אלא בעדי גניבה — ולמאי דפירש רש"י דאף אליבא דר' פפא נחלקו בחצי דבר — אז צריך לפרש קצת אחרת, אף כי על אותה הדרך. דיסוד זה דיש לחלק בין חצי דבר לגבי הגנב ולגבי חיוב העדים זוממים יש לקיים אף למסקנא, אלא דצריך לומר דאליבא דר"ע העדים חייבים אם רק נגמר החיוב על פיהם, דבשעת הגדתם נתחדש כולו על ידם, ואף שאינו חל אלא מפני שכבר העידו עדים אחרים על איזה צד אחר, מ"מ הרי כעת סוף סוף מתחדש החיוב על ידם. וביחוד ניתן דבר זה להאמר ביחס לחיוב הבא משום שם מסויים ולא משום מעשה עבירה, דבהא ודאי שהם מהווים כעת כל חלות השם

בגברא]. ואף דלענין עדי חזקה חשיב לה ר' עקיבא חצי דבר ולא אמרינן דהוה דבר שלם במה שהאחרונים גומרים החיוב, היינו משום דהתם הא הוה חצי דבר חסרון בהגדה, וא"כ סוף סוף חסרה לה הגדה אתרתי שני קמייתא, וא"כ האיך יבואו העדים האחרונים ו"ישלימו" חזקת ג' שנים. אך בשמעתין לענין גונב נפש הא מצד ההגדה יש כאן דבר שלם — ולהכי מחייבים את הגונב עצמו — אלא שלגבי העדים א"א לחייבם א"כ פעלו כל החיוב, ולהא שפיר יש לחלק בין עדי גניבה לעדי מכירה, דבעדי מכירה המשלימים החיוב הוה דבר שלם ובעדי גניבה הוה רק חצי דבר.

ובמה שתלה רש"י מחלוקת חזקיה ור' יוחנן אף אליבא דרב פפא בדין חצי דבר, נדחקו המהרש"ל והמהרש"א בדבריו. אך באמת נראה דלא קשה מידי. דדעת הרז"ה דלחזקיה כל חיוב גונב ומוכר נפש הוה משום המכירה, דחה רש"י לגמרי. דסבר דזה ודאי דחייב משום שתי הפעולות, הגניבה והמכירה. וא"כ ע"כ דפליגי בחצי דבר, דלחזקיה דסבר כר"ע אין חיוב הזמה אלא בעדי מכירה שהרי רק על ידם נשלם החיוב, אך עדי גניבה פטורים דאין עדותם מהווה החיוב והרי היא לחודה קיימא, אך לר' יוחנן דסבר כרבנן אף עדי גניבה חייבים ואע"ג שלא השלימו החיוב, משום דסוף סוף ע"י צירוף עדותם יתחייב, והוה עדות על הגניבה כהתחלת החיוב הבא על המכירה. והפירוש צראה נכון וברור, אלא שלשון הגמרא דחוק, ויש עוד לעיין בזה.

בדין עיר הנדחת

אין עושין עיר הנדחת בספר. והנה בדין הזה איתא ברמב"ם בפ"ד מהלכות עכו"ם ה"ד: "ואין עושין עיר הנדחת בספר כדי שלא יכנסו עכו"ם ויחריבו את ארץ ישראל". — והקשה על זה "בכסף משנה" והרי בגמרא סנהדרין טז ע"ב מבואר דהטעם דשמא ישמעו עכו"ם ויחריבו את ארץ ישראל זהו אליבא דר"ש דדריש טעמא דקרא אבל רבנן ילפי לה מדכתיב מקרבך ולא מן הספר. ואם כן איך אמר הרמב"ם כדברי ר"ש והרי הוא סבר דלא כוותיה, שהרי איתא בב"מ קטו ע"א דר"י סבירא ליה דלאו דלא תחבול בגד אלמנה הוא בין בעניה ובין בעשירה, ור"ש אמר עשירה ממשכנין אותה ענייה אין ממשכנין אותה שאתה מחוייב להחזיר לה ואתה משיאנה שם רע בשכונותיה. והמחלוקת היא דר"ש דריש טעמא דקרא ור"י לא דריש, והרמב"ם הרי פסק בפ"ג ממלוה ולוה הלכה כר"י דלא דרשינן טעמא דקרא. ותירץ בזה דכאן גבי עיר הנדחת כיון דמה דדרשינן טעמא דקרא אין בזה נפקותא לדינא לפיכך מביא הטעם הזה מפני שזהו הטעם המתקרב אל השכל.

אבל באמת יש מקום להרהר על דבריו ולומר שגם בזה יש נפקותא לדינא. דהנה אם עושין עיר הנדחת בהעיר העומדת על הגבול של הים הגדול או על הגבול של המדבר ששם אין ישוב של עמים אחרים, הדין הזה תליא במחלוקת אם דרשינן טעמא דקרא אם לאו, דלמאן דלא דריש אמרינן דעיר הנדחת היא רק מקרבך ואלו העיירות שעומדים בגבול המדינה ואינם מקרבך אין בהם דין עיר הנדחת, ולמאן דדריש יש לנו לומר דהא דאמרינן דעל הגבול אין דין עיר הנדחת זהו רק בכדי שלא יכנסו עכו"ם ויחריבו את ארץ ישראל, ובזה כיון דאין עכו"ם מצויין בים או במדבר אין החששא הזאת ואפשר שם לעשות עיר הנדחת. ועיין במנחת חינוך מצוה תס"ד שממציא כמה נפקא מינות בגמרא אם דרשינן טעמא דקרא כר"ש או אם ילפי מקרבך כרבנן.

ולכן נראה לי לבאר דרך הרמב"ם בזה כן. דהנה איתא בר"ן בפ"ח דיומא גבי מה שאמרו בדיני יום הכפורים דהמלך והכלה ירחצו את פניהם והחיה תנעול את הסנדל דהטעם בדבר הזה הוא כן, מפני שכל החמשה ענויין של יוה"כ אף דכולהו מדאורייתא נינהו, אבל מכיון דלא כתיבי בקרא בהדיא אלא מריבויא אתיין כמבואר שם בגמרא, קילי טפי ומסרן הכתוב לחכמים

זהו הקילו בהן כפי מה שראו. — והנה בהכלל הזה אוחז הרמב"ם גם בהענין של דרשינן טעמא דקרא. וזהו דבענין של לא תחבול בגד אלמנה הרי הדבר הזה מפורש בתורה ולא מסר הכתוב לחכמים שהמה יבארו את הדין הזה. לכן אין רשות ביד החכמים לומר שהטעם של הדין הוא רק בכדי שלא ישיאה שם רע בשכונותיה ומחמת זה הדין הוא רק בענייה ולא בעשירה. אבל גבי עיר הנדחת מה שאין עושים על הספר אין זה דבר המפורש בתורה אלא הכתוב מסר אותו להחכמים שהם ידרשו את זה מדכתיב "מקרבך" ולא מן הספר. ואם כן כיון דהדין הזה מסר אותו הכתוב ליד החכמים בזה יש להם הרשות לדרוש טעם הכתוב ולומר שזהו רק בכדי שלא יחריבו השונאים את א"י. ואם העיר עומדת במקום שאין בו חששא זו יש בה דין עיר הנדחת.

בענין שכיב מרע

בבא בתרא דף קיד, א, איתמר קנין עד אימתי חוזר, רבה אמר כל זמן שיושבין, רב יוסף אמר כל זמן שעוסקין באותו ענין. אמר רב יוסף כוותי דידי מסתברא דאמר רב יהודה שלשה שנכנסו לבקר את החולה רצו כותבין רצו עושין דין ואי סלקא דעתך כל זמן שיושבין, ליחוש דלמא הדר ביה. אמר רב אשי אמריתה לשמעתא קמיה דרב כהנא ולרב יוסף מי ניחא וליחוש דלמא הדר ביה אלא מאי אית לך למימר דיסליקו מענינא לענינא ה"נ דקמו והדר יתיבו.

והאי דינא דרב יהוד האירי בנחלה ממש, בשכיב מרע שחלק נכסיו והנחיל נכסיו לבניו וריבה לאחד ומיעט לאחד כר' יוחנן בן ברוקא לפי פירוש הרא"ש, ולתוס' דף קיג, ב ד"ה אורעה כל הפרשה כולה להיות דין, אירי בשני אופנים בנחלה ממש כמו הרא"ש והיינו אליבא דר' יוחנן בן ברוקא במנחיל לבן בין הבנים, או במתנת שכיב מרע במקצת על ידי קנין סודר דהוה כמתנת בריא אבל היא כעין נחלה, אבל על כל פנים בין להרא"ש בין לתוס' מיירי בנחלה ממש כר' יוחנן בן ברוקא.

ותוס' ד"ה ניחוש דלמא הדר ביה כתבו, קשה לר"י דא"כ כל מתנת שכיב מרע בכולה, או מצוה מחמת מיתה ניחוש דלמא הדר ביה וכו' ומיהו בקונטרס פי' דהכי פריך כיון דיכול לחזור ויבטל הדין לא הוי דין וכו' ואין נראה לר' דא"כ היה ליה למפרך והא מצי הדר ביה ונראה לפרש דאמאי עושים דין ניחוש שמא יחזור והוה כמו אטרוחי בי דינא בכדי. מבואר מתוך דברי התוס' שכל זמן שיכול לחזור בו אין לבית דין לעשות דין. ולפי פירוש הקונטרס אפילו בדיעבד אם עשה דין לא הוה דין.

ולפי דברי התוס' אלו יש להקשות על הקצה"ח שכתב בסימן רנ"ג סק"א אליבא דר' יוחנן בן ברוקא שאמר שיכול להנחיל את כל נכסיו לבנו ואינו יכול לחזור בו אחר תוך כדי דיבור זהו דוקא אם רוצה לחזור בו באופן זה שאומר שאני חוזר בי וראובן בני לא יירש אותי אינו יכול לחזור בו, אבל יכול לחזור באופן זה, שאומר שמעון בני יירש כל נכסי וממילא לא יהיה לראובן מה לירש עיי"ש. ויש להקשות היאך קאמר הגמרא דלאחר דיסליקו מענינא לענינא, או דקמו והדר יתיבו עושין דין הא כיון שעדיין יכול לחזור

בו ממה שנתן לראובן באופן שיחזור ויתן כל נכסיו לשמעון וממילא ראובן לא יירש, ואם כן היאך עושין דין הא על כל פנים יכול לחזור בו ולדברי התוס' כל זמן שיכולים לחזור בו אין להם לעשות דין, ואם עשו אין דיניהם דין לפי הקונטרס, וצ"ע.

ועיין קצוה"ח סי' רנ"ג סק"ב שרצה לתרץ קושית התוס' דאם כן כל מתנת שכיב מרע בכולה ניהוש דלמא הדר ביה, על פי דברי הרמב"ן שאמר דהא דאמרו בגמרא שקנין חוזר עד דיסליקו מענינא לענינא זהו דוקא בשכיב מרע שאין דעתו מיושבת עליו ולא גמר בדעתו להקנות אבל בבריא אינו יכול לחזור בו אחר תוך כדי דיבור מפני שהוא כבר גמר בדעתו. ולפי דברי הרמב"ן מתורץ קושית התוס' דכל מתנת שכיב מרע אחר דיסליקו מענינא לענינא וכבר דעתו מיושבת עליו לא חיישינן לחזרה וכשמת מתנתו קיימת. ויש להקשות על דבריו אמאי הזכיר כלל בתירוצו דברי הרמב"ן שמחלק בין שכיב מרע שיכול לחזור ובין בריא שאינו יכול לחזור הלא האי סברא דלהכי חוזר מפני שאין דעתו מיושבת עליו ולא גמר בדעתו להקנות סברא זו אינה רק של הרמב"ן אלא שגם הרשב"ם והרא"ש גם הם פירשו דהא דיכול לחזור בו עד דיסליקו מענינא לענינא הוא מפני שלא גמר עדיין בדעתו להקנות עיי"ש ברשב"ם וברא"ש ובשאר ראשונים, ואמאי תלה זה בדברי הרמב"ן שמחלק בין שכיב מרע ובין בריא.

בענין האשה המקשה לילד

הרמב"ם (פ"א הל' רוצח ושמירת נפש ה"ט) כתב "אף זו מצות ל"ת שלא לחוס על נפש הרודף לפיכך הורו חכמים שהעוברת שהיא מקשה לילד יותר לחתוך העובר במיעיה בין בסם בין ביד מפני שהוא כרודף אחריה להורגה". וצריכים להבין מדוע תפס הרמב"ם הטעם שדוחין נפש העובר מפני נפש האם הוא משום שהעובר רודף אחריה להורגה ומצות להרוג את הרודף, נימא שאפי' לא הוי רודף כיון שהאם בסכנת נפשות והיא נפש קיימא דחינן העובר שאינו בכלל נפש, דהא הרמב"ם פסק שם (פ"ב הל' ו') "אחד ההורג את הגדול או את הקטן בן יומו" משמע דפחות מכן יום לאו בכלל נפש לחייב הרוצח מטעם ש"ד. ומקורו במתני' דנדה (מד.) וכן הוכיח הרמב"ן בתוה"א ומובא בר"ן פרק יוה"כ; ואפי' לדעת בה"ג דמשום העובר שהוא בסכנה מאכילין האם היינו היכי דיש לחוש משום אבוד נפש דחינן אסורים דוחי בהם כתיב אמנם היכי דאיכא נפש קיימא לא אמרינן שתדחה היכי דהעובר אינו בכלל ש"ד, אלא נדחה האסורים מפני סכנת נפשות של האם, וא"כ למה ליה לטעם דרודף. ולא עוד דהוא כתב שם "ואם הוציא את ראשו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש וזה טבעו של עולם" והוציא זה מלשון הגמ' סנהדרין (עב:) דמן שמיא קא מרדפיה ליה ואינו בכלל רודף, א"כ למה יהא בכלל רודף אפי' במעי אמו אם זה טבעו של עולם ואין סכנתה תלויה ברדיפתו.

והנלפע"ד דכבר הסביר האור שמח [וסברא זו מוזכרת בני"י פ' הגזול בתרא ובר"ן בפסחים] שזה שפסק הרמב"ם (פ"ה הל' יסוה"ת ה"ו) "כענין שאמרו באונסים כך אמרו בחלאים... מתרפאין בכל אסורים שבתורה במקום סכנה חוץ מעכו"ם ג"ע וש"ד שאפילו במקום סכנה אין מתרפאים בהם ואם עבר ונתרפא עונשין אותו ב"ד עונש הראוי לו", ואמאי הא הוא עצמו כתב שאונס רחמנא פטריה שם בהל' ד' וכן בפ"א הל' אסורי ביאה ה"ט. אלא יש לחלק היכי שהגורם לאונס מיתה הוא העבירה אזי נימא דכיון שעצם העבירה נעשתה באונס פטריה רחמנא מעונשים מולנערה דכן התם מסיבת האונס נעשית בה העבירה ואמר רחמנא לא תעשה דבר. אמנם היכי שהגורם לאונס הוא מסיבת דבר אחר כגון חולי אזי אין לומר שהעבירה הנעשית למניעת חוליו שיהא פטור עליה, שאין הוא אנוס מחמת העבירה.

ולפי ביאור זה היה גם נראה לחלק במה שהוכיח ר' חיים בחדושו הל' יסוה"ת דלדעת הרמב"ם היכי שלא עביד מעשה נמי חייב למסור נפשו ודוקא היכי שזרקוהו על התנוק ונמעך שהוא כעץ בידם שהוא פטור, אבל היכי שהעבירה מתקיימת על ידו חייב אפילו בשב ואל תעשה. וראיתו מב"מ (סב.) דתניא שנים שהיו מהלכין בדרך וביד א' מהן קיתון של מים דרש בן פטורא מוטב שישתו שניהם וימותו ואל יראה א' במות חבירו עד שבא ר' עקיבא ולימד וחי אחיך עמך חיך קודמין לחיי חבריך", דמ"מ אצטרכינן לקרא דחי אחיך, ש"מ דאפי' היכי דהוה שוא"ת גם חייב להרג ואל יעבר. ולפי קוצר דעתי לא הוברר לי הא התם הצמאון בא מאליו ונעשה כמי שאין לו במה להתרפאות וזה שחבירו חייב לרפאותו דמצוה להציל במקום סכנת נפשות ובא ר' עקיבא וחדש חיך קודמין היכי שיש ב' סכנת נפשות אתה קודם, אמנם היכי שמעשה האונס גורמת העבירה נימא דוקא בעשיית מעשה חייב למסור עצמו אבל היכי דלא עביד מעשה אין לחייבו.

אמנם היה מוכח לי לדעת הרמב"ם היכי שהוא קרקע עולם גבי ש"ד נמי חייב למסור עצמו מזה שפסק (פ"ה הל' יסוה"ת ה"ה) «וכן אם אמרו להם עובדי כוכבים תנו לנו א' מכם ונהרגנו ואם לאו נהרגו כולכם יהרגו כולם ואל ימסרו להם נפש א' מישראל ואם יחדוהו... אם היה מחוייב מיתה כשבע בן בכרי יתנו אותו להם», ומקורו בתוספתא (דתרומות פ"ז משנה כ"ג) והתם ביחדוהו סבר ר' יהודה בד"א בזמן שהוא מבחוזן והם מבפנים דלא ימסרו אבל בזמן שהוא והם מבפנים אזי מותר למסור להם. וטעמו נלפע"ד דבזה שתירץ אביי (בסנהדרין ע"ד) דקרקע עולם שאני ביארו הנ"י הר"ן והרמב"ן שסברתו הוא כיון שיעשה המעשה בה בין כה אע"ג שתמסור עצמה להריגה א"כ תעבר; ונערה ילפינן מש"ד, א"כ ש"ד נמי כיון שיהרגו כולם בין כה שרי להו למסור פלוני היכי שיחדוהו; והרמב"ם שפסק כדעת ר"ש שסבר דוקא היכי שהוא מחוייב מיתה דהוי מורד במלכות מותר למסרו להם א"כ משמע דאפי' בקרקע עולם נמי חייב. וטעמו דוקא היכי דאיכא הסברא דמאי חזית דסומק דמך, דהיינו שהתורה חידשה מוחי בהם שבמקום איבוד נפש אין עבירה, וכן פסק (פ"ב הל' שבת ה"ג), א"כ היכי דאיכא ש"ד דיש כאן איבוד נפש בין כה העבירה קיימת, אמנם הכא דביחדוהו והוא חייב מיתה כשבע בן בכרי אין כאן אבוד נפש כלפי הנדון אלא כלפי אחרים וא"כ אין כאן עבירה.

ולפי החילוק שהזכרנו בשם אור שמח היה נראה לפרש דלדעת הרמב"ם אין לומר גבי האשה המקשה לילד שבמקום סכנת נפשות נדחה האסורים, וכן העובר שיהא כהיתר גמור לאחרים וכן הכא שהחיה תהא מותרת להרגו. אלא נימא כיון דחולי האם תלויה בטבעו של עולם, שכן ביאר הרמב"ם. יוצא שיש

כאן סכנת נפשות כלפי האם החולנית. וכן יש כאן חשש איבוד נפש כלפי העובר שמפניו גם מחללים שבת, דכן פסק הרמב"ם (פ"ב הל' שבת הט"ו) "האשה שישבה על המשבר ומתה מביאין סכין בשבת אפילו דרך רשות הרבים וקורעין את כריסה ומוציאין את הולד שמא ימצא חי שספק נפשות דוחה שבת ואפילו לזה שאין חזקתו חי"; וא"כ לגבי רפוי האם לא נימא שנדחה העובר שהוא גם בכלל סכנת נפשות ובוזה לא היה ניתן לחי' לרפאות האם ע"י הריגת העובר. לכן כתב הטעם הוא משום שהוא רודפה להורגה, שהוא בתוך גופה ומסייע להריגתה. אבל ביציאת ראשו שהוא נחשב כגוף אחר הוה כפלוגי שברחוב, וחזר הטעם שהיא חולנית שכך טבעו של עולם אסור להצילה ברפוי שנעשה בש"ד של העובר; וכן היה מוכח מירושלמי (שבת פי"ד) דאין מתרפאין בש"ד מדין עובר שהוציא ראשו.

אמנם צריכים לבאר מדוע לא תפס הירושלמי בסברא דמן שמיא קא מרדפיה ליה, אלא ביארו דמטעם שאין את יודע מי רודף את מי ולכן אין דוחין נפש. והיה נראה שסבר הירושלמי שכל זמן שהאונס נוגע באם מן העובר אע"ג שהוא טבעו של עולם שיש להציל האם. והיינו היכי שלא הוציא ראשו דאזי לאו נפש קיימא הוא אבל בהוצאת ראשו הוי נפש קיימא ויש לחייב האם ג"כ מדין רודף; ולכן היכי דלא ידעינן מי רודף את מי מכיון ששניהם רודפים אמרינן מאי חזית שיהא מצווה להרוג רודף זה יותר מרודף זה.

ונלפענ"ד שגם התוס' כתבו שטעם הריגת העובר הוא מדין רודף מזה שהקשו (סנהדרין גט.) "דליכא מידעם דלישראל שרי ולב"נ אסור והא אמרינן יצא ראשו שאין דוחין אבל קודם שיצא ראשו החיה פושטת ומוציאה כדי להציל את אמו וכה"ג בעכו"ם אסור כיון שהוזהרו על העוברים וי"ל דהא נמי בישראל מצוה כדי להציל ואפשר דאפילו בעכו"ם שרי". ואין לפרש דמותר להרוג העובר משום פקו"נ, דהא כבר כתבו התוס' מובא בשיטה מקובצת (בערכין ז') גבי האשה היושבת על המשבר דוחין שבת מפני העובר אע"ג שבמקום הצלת נפשות דוחין העובר, א"כ גבי עכו"ם שהוזהרו על העוברים ודאי אמרינן שאין להתרפאות בש"ד של חבירו, וכן מוכח מירושלמי (שבת פי"ד נכרי בנכרי אסור א"כ בב"נ היה אסור להרוג העובר. ולכך תירצו התוס' שבישראל היא מצוה להרוג הרודף כדי להציל הנרדף. וזה שדיקדקו בעלי התוס' וכתבו "ואפשר דאפי' בעכו"ם שרי" ולא כתבו משום מצוה דאין שם מצוה משום רודף גבי ב"נ, דהא רק לישראל מהקישא ילפינן וכן מקצותה את כפה, ולא תעמוד על דם רעך, ובב"נ מותר להרוג הרודף דהא מקרא דשופך דם האדם באדם בב"נ נמי כתיב אמנם אין זה מצוה.

שיטת רשב"ם ותוס' בענין קנין פירות כקנין הגוף דמי אליבא דר' יוחנן

בבא בתרא דף קלו, א: "הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו" — "איתמר מכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב... רבי יוחנן אמר לא קנה לוקח קנין פירות כקנין הגוף דמי וריש לקיש אמר קנה לוקח קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי... איתיבי רבי יוחנן לריש לקיש נכסי לך ואחריך יירש פלוני ואחריה יירש פלוני מת ראשון קנה שני מת שני קנה שלישי מת שני בחיי ראשון יחזרו ליורשי ראשון ואם איתא ליורשי נותן מיבעי לי'... אמר לי'... אחריך שאני". פירש רשב"ם שאם אמר בלשון אחריך נותן לראשון לא רק קנין פירות אלא ג"כ קנין הגוף. ולכן אפילו אמרינן קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי שאני הכא שיש לראשון גם הגוף.

גמ', "והתניא יחזרו ליורשי נותן". פי' רשב"ם שקושית הגמרא היא על רבי יוחנן שכתוב בברייתא הנכסים אינם חוזרים לראשון אלא לנותן משמע שקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ולא היה לראשון אלא קנין פירות בלבד. ותירץ הגמ' "תנאי היא דתניא נכסי לך ואחריך לפלוני וירד הראשון ומכר ואכל השני מוציא מיד הלקוחות דברי רבי רבן שמעון בן גמליאל אומר אין לשני אלא מה ששייר הראשון". ופירש רשב"ם שלרבי יוחנן פליגי רבי ורשב"ג בקנין פירות כקנין הגוף דמי או לאו. הברייתא דיחזרו ליורשי ראשון הוי כמו רבי יוחנן אליבא דרשב"ג וברייתא דיחזרו ליורשי נותן הוי אליבא דרבי. ועוד כתב הרשב"ם שמחלוקת רבי ורשב"ג אליבא דריש לקיש הוי באחריך — אם אחריך שאני או לא. אבל שניהם מודים שקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי. ולכן מחלוקת הברייתות הוי דוקא באחריך.

ובתוס' "לא קנה לוקח" פריך מהו החילוק בין מימרא דרב ענן (לעיל דף קכה, ב) דאמר (מובא בתוס' ד"ה "לא קנה לוקח", דף קלו, ב) "לירתי ולא לירתי ירתי דלדידי" אם אמר נכסי לך ואחריך לפלוני אם מת שני בחיי הראשון לא יחזרו ליורשי שני" אלא ליורשי הראשון שליורשי השני אינם באים — לא לירתי ירתי — וכיון שהיה לראשון קנין פירות וכקנין הגוף דמי יחזרו ליורשי הראשון. ואם מכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב כתב תוס' שהנכסים באים לידי יורשי הבן — ואמאי הלא יש לאב קנין פירות וקנין פירות כקנין הגוף דמי? ותירץ תוס' שקנין פירות דראשון אינו דומה לקנין

פירות דאב שקנין פירות דראשון הוי קנין פירות היותר חזק; וכל כך חזק שאם מכר הראשון אין לשני אלא מה ששייר הראשון. אבל קנין פירות דאב קנין חלש הוא ואין לו רשות למכור הגוף בחיי הבן, ואם מכר, הבן מוציא מיד הלקוחות. ולכן חוזרים הנכסים ליורשי הראשון שהיה לו קנין פירות חזק ואינם חוזרים לאב שהיה לו קנין פירות חלש.

יוצא מזה שיש חילוקי חזקות בדין קנין פירות כקנין הגוף דמי. והדבר תלוי אם זה שיש לו קנין פירות יכול למכור גוף הקרקע או לא. יש קנין פירות חזק וכל מה שמכר הוי מכור ויש קנין פירות חלש שאינו יכול למכור. וכל הגמ' לרבי יוחנן כתוס' נתבססה על המשמעות הזאת — בין מחלוקת ברייתות יחזרו ליורשי ראשון או ליורשי נותן ומחלוקת רבי ורשב"ג הוי בקנין פירות חזק וגמראתינו בקנין פירות חלש.

אבל יש בתוס' ד"ה «והתניא יחזרו» (דף קלו, ב) גלוין שכתב אפי' לרבי יוחנן צריכים אנו להודות שמחלוקת רבי ורשב"ג אינו בקנין פירות אלא באחריך כיון שקנין פירות לבד אינו כל כך חזק ליתן כח לראשון למכור ודוקא בדין אחריך שאני יכול הראשון למכור. ולכן נראה שהגליון הזה אינו מחלק בעצם דין קנין פירות, וכתב שבקנין פירות גרידא אין הראשון יכול למכור.

על הגליון יש להאיר מה קושית הגמרא על ריש לקיש, אם מודה רבי יוחנן שאחריך שאני כיון שיכול למכור, גם לריש לקיש יחזרו ליורשי הראשון וטעמו לאו משום קנין פירות כקנין הגוף דמי אלא משום אחריך?

ועוד קשה על עצם קושית התוס' לרב ענן שהקשה אם מת השני בחיי ראשון יחזרו הנכסים ליורשי ראשון משום קנין פירות כקנין הגוף דמי. אם כן כשמת הבן בחיי האב אמאי לא יחזרו הנכסים ליורשי האב, הלוא גם לאב יש קנין פירות? וקשה להבין קושיא זו שבאמת לרב ענן מדינא יחזרו הנכסים ליורשי האב ולא ליורשי הבן כיון שעיקר דינא לרב ענן הוא על כונת הנותן רב ענן סבר שכונת הנותן הוא רק ליתן מתנה לאיש ולא ליורשיו. וכמו כן בדין אחריך — אם לא מת השני בחיי הראשון ובא המתנה לידי השני בודאי היו יורשיו נוחלים את מתנת הנותן בדין ירושה כמו כל ירושה. אבל אם מת השני קודם שבאו הנכסים לידיהו, רב ענן סבר כיון שכונת הנותן היה רק ל"ירתי ולא לירתי ירתי" אין יורשי השני יכולים לגבות המתנה מהראשון והנכסים נשארים בבית הראשון, ולכשמת עוברים ליורשיו של הראשון. וגם כן היכא דכותב נכסיו לבנו ומת הבן בחיי האב, כונת האב היה רק ליתן לבנו ולא ליורשי בנו וכיון שמת הבן המתנה נבטלת ולכן יחזרו ליורשי האב. וטעמא לאו משום קנין פירות כקנין הגוף דמי אלא משום שהמתנה נבטלת.

קבלת תרתי לרעותא

בסנהדרין כ"ד, א' תנן: אמר לו נאמן עלי אבא. נאמן עלי אביך. נאמנים עלי ג' רועי בקר. ר"מ אומר יכול לחזור בו. וחכ"א אינו יכול לחזור בו. ובגמרא אמר רב דימי כגון דקיבלי' עלי' בחד. ופרש"י. בחד דיינא. ואע"ג דאיכא תרי אחרינא בהדי' אמר ר' מאיר יכול לחזור בו. ובתוס' הקשו על פרש"י, והם ז"ל פירשו דאמילתייהו דרבנן קאי. דדוקא כגון דקיבלוהו עלי' בחד, דחדא לרעותא הוא דאיכא, קאמרי רבנן דא"י לחזור בו. אבל אי קיבלי' עלי' כבי תרי, יכול לחזור בו אף לרבנן, כיון דאיכא תרתי לרעותא. ובענין זה כתב הר"ן, שמכיון שהביא הר"ף הך מימרא דרב דימי משמע דס"ל דאדרבנן קאי, כפי' רבותינו בעלי התוספות. ובחידושי הרמ"ה הקשו לפרש"י שאף בתרתי לרעותא מהני קבלה לרבנן, מסוגיין דלעיל דף כ"ג ע"א — דתנן זה פוסל עדיו של זה וכו'. דברי ר' מאיר. וחכ"א אימתי בזמן שמביא עליהם רא' שהם קרובים או פסולים. ובגמרא אמר ריש לקיש תני עדו. ולא דאתי האי ע"א לשבועה אלא דאתי לממון וכגון דקיבלי' עלי' כבי תרי. ויוצא מפי' ר"ל, שלרבנן, אע"פ שקיבל על עצמו הע"א להאמינו אף לממון ולא רק לשבועה, מכ"מ אם הביא רא' שהעד קרוב או פסול יכול לחזור בו מקבלתו. ומוכח להדיא, שמכיון שאם הי' קו"פ מלבד מה שהי' ע"א, אפי' לאחר שקיבלו יכול לחזור בו, כיון דהוי תר"ל.

וליישב דעת רש"י, נקדים תחילה ב' דקדוקים בענין הגמרא שלפנינו. לאחר פי' ר"ל על המשנה הקשו בגמ': מאי קמ"ל דמצי הדר בי'. תנינא. אמר לו נאמר עלי אבא וכו'. ואמר רב דימי וכו'. צריכא. דאי תנא אבא ואביך. בהא קאמרי רבנן דלא מצי הדר בי'. משום דאבא ואביך חזו לעלמא. אבל חד כבי תרי, דלעלמא לא חזי אימא מודו להו לר"מ. ואי אשמעינן בהא (עדו), בהא קאמר ר"מ אבל בהיא אימא מודי להו לרבנן. צריכא. עכ"ל הגמרא. ובתוספות הקשו על זה שציטט התלמוד מימרא דר' דימי באמצע הקושיא, שאף בלא פירושו יקשה על השנות המחלוקת ב' פעמים. ותירצו, דבלא פירוש ר' דימי הו"א שאותו המשנה איירי בקיבל עליו אביו בתלת, ואז, מכיון דהוי תר"ל ס"ל לר' מאיר שיכול לחזור בו. משא"כ בחדא לרעותא הו"א דמודי להו לחכמים. וקמ"ל מתניתין דעדו שאף בחדא לרעותא פליג אדרבנן. ולדבריהם

צריכים להוסיף, דאי ממתניתין דעדו, הו"א שדוקא בחדא לרעותא סברי רבנן שא"י לחזור בו, אבל בתר"ל, אימא דמודו לר' מאיר דיכול לחזור. וקמ"ל מתניתין דנאמן עלי אבא בתלת, שאף בתר"ל סברי שא"י לחזור. וק' על תירוצם מראיית הרמ"ה, שאף ממשנת עדו ידענו שבתר"ל מודו חכמים לר"מ, והיאך אפשר לומר שהשמיענו התנא במשנת נאמן עלי אבא, שאף בתר"ל סברי דא"י לחזור. דלתוספות הרי ב' המשניות סותרות זא"ז לפי הס"ד של הגמ' — אילו לא הי' לנו פירוש ר' דימי, ואזל ליה תירוץ התוס', והדק"ל — למה הביא הש"ס הך מימרא דר' דימי. ועוד יש לדקדק לפי פרש"י דלעיל, שלא בא ר' דימי לבאר המשנה, אלא לחדש שלר"מ אף בחדא לרעותא יכול לחזור בו, ולעולם עיקר פירוש המשנה, דמיירי בקיבלי' בתלת, דלפי"ז, היאך אמרו בגמ' דס"ד דדוקא התם קאמרי רבנן משום דחזי לעלמא, הלא דבר זה דבעינן שלשה הוא נוהג בכל הדינים.

ונראה לפרש בדעת רש"י, שר"מ סובר שיכול לחזור מדבריו דוקא כשקיבל על עצמו פסול דאורייתא, אבל בקבלת פסול מדרבנן, מודה לחכמים שא"י לחזור. וכן מדייק רש"י בדבריו בדף כ"ג רע"ב — אמר רב דימי הא דקאמר נאמן עלי אבא כגון דקיבלי' עלי' בחד דיין, ויש שנים כשרים עמו. ואפ"ה כיון דפסול מדאורייתא מצי הדר בי'.

ולכאורה הי' נראה לפרש החילוק בין דאורייתא לדרבנן, שבפסול דאורייתא, שהוא פסול חמור, לא מהני קבלה, משא"כ בפסול של דבריהם, שהוא פסול קל, מודה ר"מ דמהני קבלה. וסברא זו מצינו בגמ' — דסד"א דוקא חזי לעלמא וכו'. (ועכצ"ל פ' כן בדעת התוס' דתר"ל לא מהני קבלה, משום דהוי פסול חמור.) אולם, מאחר שאמרו בגמ' שר"מ סובר שיכול לחזור אף בפסול דחזי לעלמא, הרי שאין לחלק בין פסול חמור לפסול קל.

ונראה לומר בזה, שבפסול דאורייתא, אף לרבנן דס"ל דמהני קבלה, אין הפירוש שע"י קבלתו נעשה זה לדיין כשר, אלא שיש כאן התחייבות. ולפיכך אמרו בגמרא שדוקא לאחר גמר דין א"י לחזור, שמכיון שנעשה כל המעשה עפ"י הבטחתו לציית להפס"ד, אז מהני התחייבותו אע"פ שלא הי' בזה קנין. אבל בפסולא דרבנן, כיון שהסכים לדון בפניו הרי זה כאומר אי אפשר לי בתקנת חכמים (עי' ב"ק ח':) וממילא הועמד הדין על הדאורייתא, ואין כאן שום פסול. ומיד אחר הסכמתו א"י לחזור בו.

גם בירושלמי מוכח שיש לחלק ככה. שבפ"א ה"א איתא, דאמר רב אבהו „כיון דאתון חמון לי יתיב דיין לגרמי ואתון לגביי, כמי שקיבלו עליהן. ותני כן — בד"א בזמן שלא קיבלו עליהן. אבל אם קיבלו עליהן דן אפילו יחידי". וכתב על זה בפתחי תשובה (רס"י ג' ובסי' ה'). בשם האחרונים, שביאת

בעלי דינים לפני הדיין לא חשיב קבלה אלא לענין יחיד במקום שלשה. אבל בנוגע לשאר פסולים, יכול לחזור עד שיגמר הדין. ועפ"י דברינו מבואר החילוק, שבקיבל א' במקום ג', אין צריך להתחייבות, כי אין זה אלא פסול מדבריהם, ומיד כשבא לפני זה לדין, והסכים לידון בפני היחיד, הרי ביטל התקנה שתיקנו חכמים בעדו שיוכל לתבוע דינו בפני ג', ותו לא יוכל לחזור בו. (עי' רמ"א אה"ע סי' ס"ט ס"ד. ואפי' לדעת הרי"ו שם, נראה שלא יוכל לחזור בו כאן.) משא"כ בשאר פסולים, דמטעם קבלה והתחייבות קאתינן עלייהו.

ולפי זה, אף ר"מ מודה בפסול דרבנן, שאחר הסכמתו א"י לחזור, דאין זה התחייבות אלא ביטול תקנת חכמים. וי"ל שאף רש"י ס"ל כשאר הראשונים שבתרתי לרעותא יכול לחזור בו אף לחכמים, כמו שהוכיח רמ"ה בברור. אלא ה"ט שלא ביאר רש"י מימרא דר' דימי כמו שביארוהו התוספות ז"ל, שבא לומר שבקיבל אביו בתלת יכול לחזור אף לחכמים, מכיון דהוי תר"ל, כי באופן כזה, אין ההתחייבות על שני הפסולים, דמאחר דקיי"ל כשמואל ששנים שדנו דיניהם דין (תוס' ג'). ושנים לאו דוקא אלא אפי' אחד (תוס' ה'). ואע"פ שמצינו סברא ברש"י לומר ששנים דוקא — בישוב העולם לקושית המהרש"א דף ו'. — נ"ל שזה לא הי' אלא בס"ד של הגמרא שם. ורק דעת הירושלמי הוא ששנים דאמר שמואל דוקא קאמר, כמבואר בהערות יפה עינים). וזהו מחמת דקיי"ל שמדאורייתא חד נמי כשר, ולא בעינן שלשה אלא מדרבנן, א"כ הרי בהסכמתו לידון בפני אביו לבדו, ביטל תק"ח והכשיר היחיד לדין, ומפאת זה אין כאן ריעותא. ולא נשאר אלא הפסול קורבה, ועדיין זה חדא לרעותא, כקיבל אביו בחד ממש. ודוקא לר"מ שייך לחלק בין קיבל אביו בחד, לבין קיבלו בתלת, דלדידי' בעינן שלשה מדאורייתא בכל ד"מ (גמ' לעיל ו'. ולקמן ל"ד:), וא"כ בנאמן עלי אבא בתלת, יש כאן תר"ל, כי אין הסכמתו מכשיר פסולי תורה. ושפייר פרש"י שר' דימי חידש בחדא לרעותא שלר"מ יכול לחזור.

ומעתה יבוארו הצריכותות בגמ' לפרש"י — דאי מהתם (נאמן עלי אבא) הו"א שדוקא בחזי לעלמא סברי רבנן שא"י לחזור. ואפי' קיבלו בתלת, שבעד החסרון שאין כאן בית דין אין צריכים התחייבות, אלא די בהסכמתו להכשיר היחיד, ולא נעשית קבלתו אלא על זה שהוא קרוב, ופסול קורבה חזי לעלמא. ואי אשמעינן הך מתניתין דעדה, הו"א שדוקא כאן דלא חזי לעלמא ס"ל לר"מ שיכול לחזור. אבל בהך דהתם — כשקיבל אבא בחד עם שנים כשרים — כפי פירוש ר' דימי בגמרא — הו"א דמודה ר"מ לחכמים. ומעתה מובן למה הביא התלמוד מימרא דרב דימי. דאילו בלא ר' דימי הו"א דמתניתין דהתם דוקא בתרתי לרעותא, כשקיבל אביו בתלת, דאז ס"ל לר"מ שיכול

לחזור בו. והתרתי לרעותא הוא עי"ז שחסרים השלשה ויש כאן קרוב, ומפאת הריעותא שאין שלשה הרי חזי לעלמא. וא"כ לא הוי משתמע מהך מתניתין דנאמן עלי אבא שאף בחזי לעלמא ס"ל לר"מ שיכול לחזור בו, אלא הי' משמע אדרבה, שאף בפסול דלא חזי לעלמא מודה ר"מ עד שיהא מצורף לזה עוד פסול שני. ולכך הביא התלמוד מימרא דר' דימי, שעפ"י פירושו מוכח שאף בחדא לרעותא דחזי לעלמא פליג אחכמים, כדי לבאר הצריכותא. (ולא כפי' התוס' והר"ן שלחזק הקושיא הובא.)

וכל זה לפרש"י, שסובר שהלכה כשמואל. אבל הרי"ף (בהביאו הגמ' לקמן ל'). והר"ן (שהסכים לדעת רמב"ן בחידושיו לעיל על דף ג'). דס"ל שמדאורייתא בעינן שלשה, שפיר פירשו שאף לרבנן יש חילוק בין קיבל אביו במקום א' לבין קיבלו במקום כל הבי"ד, שהרי אף דין זה דבעינן שלשה הוא מדאורייתא, ולא שייך מחילת א"א בתקנת חכמים, אלא בעינן קבלה ככל הלכות קבלה. ונמצא בקיבלו בתלת, דהוי תר"ל. ושפיר פי' כתוס', שר' דימי אדרבנן קאי. אולם קשה להתוס', דאינהו ס"ל לעיל (ג'). דהלכה כשמואל, וא"כ במה נחשב כאן תר"ל, הרי מכיון שקיבל היחיד ביטל תק"ח דניבעי שלשה, והכשיר יחיד זה עי"ז שהועמד הדין אדאורייתא, ונמצא שאין כאן אלא חד רעותא — פסול קורבה. ויל"פ בב' אופנים: או דלא ס"ל סברת רש"י דפסול דרבנן יכול להכשיר ע"י הסכמה, אלא דאף הפסולים מדבריהם בעו קבלה והתחייבות. או נימא שאף הם מודים לסברת רש"י, אלא שמ"מ כאן חשיב היחידות לרעותא ול"א שבהסכמתו הוכשר היחיד, משום דרישא דמתניתין — נאמן עלי אבא ואביך — לא לענין דיינות כפרש"י אלא לענין עדות כפר"ח ורמ"ה, ולעדות ודאי בעינן שני עדים, והא' פסול מדאורייתא. וכהצד השני משמע מלשונם (כ"ג: וכ"ד.) שכתבו שקיבלו "כבי תרי" ו"לא כ' "כבי תלת". (ואגב יש לתלות בב' פירושים אלו שאלת הסמ"ע והש"ך ריש סי' כ"ב בקיבל על עצמו חד דלא גמיר אי הוי חדא לרעותא. או תר"ל. שלצד הא' שביארנו בדעת התוס' יהי' תר"ל, שאף בפסול דרבנן בעינן קבלה. ולהצד השני, ולרש"י, יהי' חד לרעותא.)

אמנם יש להקשות על דברינו מהא דאיתא בגמרא דף כ"ה: דתניא עוד הוסיפו עליהם הרועים. (ליפסל לעדות). ואמר רבא אחד רועה בהמה דקה. ואחד רועה בהמה גסה. וכו'. ה"נ מסתברא. מדקתני נאמנים עלי שלשה רועי בקר. [ר"מ אומר יכול לחזור וכו'...]. מאי לאו לעדות. לא לדינא. (ומשום דלא גמירי דינא). ומשמע מהס"ד, שאילו היו רועי בקר פסולים לעדות, הי' שייך בזה מחלוקת ר"מ וחכמים בקיבלם אם יכול לחזור, אף שאין פסולם אלא מדבריהם. ולדברינו, כל פסול מדבריהם לא בעי קבלה אלא די בהסכמה לבטל

תק"ח ולהעמיד הדבר על דין דאורייתא, ובכגון זה אמר רש"י שאף ר' מאיר מודה דמצי הדר ב'.

ונראה לחלק ולומר, דבדין דרבנן דבעינן שלשה דיינים, שייך ביטול התקנה עי"ז שטוען אי אפשר לי בתקנת חכמים, שהרי כל עיקר התקנה היא נעשתה לטובתו ובשבילו, כמאמר הגמרא (ג'). משום יושבי קרנות — שמא יטעו בדין ויפסידו את זה. (וכמ"ש התוס' ו'). — אל תהי דן יחידי, שמא יטעה.) אבל שאר שאר פסולי הגוף שגזרו חכמים, לא גזרו לטובת הבעל דין בפרט — שלא יוכל זה הפסול להפסידו, אלא שכך תיקנו בעלמא, שיהיו אלו האנשים פסולים. ולכך, אם רועי בקר פסולים לעדות, לא שייך בזה לומר שבהסכמה לחוד הוכשר אף לר"מ מכח טענת א"א לי בתק"ח, דבפסול כזה בעינן קבלה גמורה, כבכל פסולי דאורייתא, שאין הוא הבעל דבר לבטל התקנה, שהרי לא בשביל טובתו בפרט נתקנה, אלא כך גזרו בעלמא.

א"נ יש לחלק ולומר, דשאני רועים, דמטעם גולה קאתינן עליה, ועצם פסולו הוא מדאורייתא, ומדרבנן רק הוסיפו שאף בסתמא פסול, דחשדינן ל'י אגולה. ואין לומר אי אפשר בתקנת חכמים אלא במקום שעיקר כל התקנה הוא מדבריהם, אבל במקום שהדין הוא דאורייתא, ומדרבנן חששו לדין דאורייתא, אין בידו להכשיר פסול זה עי"ז הסכמה. והנפק"מ בין ב' הפירושים האלו הוא בקיבל על עצמו משחק בקוביא לדון בלילה, שפסולו הוי עיקרו מדרבנן. להצד הראשון יהי תר"ל. ולהצד השני, הרי הכשיר המשחק ע"י הסכמתו לבטל הפסול דרבנן, ורק הוי קבלה אחסרון לילה, וא"י לחזור בו.

תירוץ לקושית הטור על שיטת הרשב"ם

בסוגיא דג' שנכנסו לבקר את החולה

בבא בתרא, דף קיג עמוד ב, איתא ז"ל: תני רבה בר חנינה קמיה דרב נחמן, "והיה ביום הנחילו את בניו" ביום אתה מפיל נחלות ואי אתה מפיל נחלות בלילה. א"ל אביי אלא מעתה דשכיב ביממא הוא דירתה ליה בניה וכו'. ומתרצינן דלמא דין נחלות קא אמרת דתניא והיתה לבני ישראל לחוקת משפט, אורעה כל הפרשה כולה להיות דין. וכדרב יהודה, דאמר רב יהודה שלשה שנכנסו לבקר את החולה רצו כותבין רצו עושין דין וכו' עכ"ל. וסוגיא זו מפרשים הרשב"ם והר"י, ומשום ששיטת הר"י קצת יותר ברור אתחיל בבאור שיטה זו.

הר"י מפרש "אורעה כל הפרשה כולה להיות דין" שעל כרחם של בנים אותם העומדים שם בשעת צואה נעשים דיינים ואין הבנים יכולים לאמר אין אנחנו רוצים בבית דין זה ונלך לבית דין הגדול. ולפי הר"י, דברי הגמרא אחרי כן "וכדרב יהודה" מובנו שגם רבי יהודה מסכים שבדין נחלות עושין דין אפילו בעל כרחם של בנים. ולכן צריך ר"י לבאר באיזה דין נחלות מדבר רבי יהודה, ואומר שאינו מדבר בנחלה גמורה כרבי יוחנן בן ברוקה שאמר שאם צוה ליתן את נכסיו למי שראוי ליורשו דבריו קיימים, ויש לדבר זה דין ירושה ממש, או במתנת בריא בתנאי של מיום ולאחר מיתה שזה אין לו דין נחלה. ובשני האופנים האלו יכולים לעשות דין גמור או מפני שזה בקנין גמור או מפני שזה ניתן בתורת ירושה מדאורייתא אליבא דרבי יוחנן בן ברוקה שאז לא צריכים קנין כדי לעשות דין.

ורשב"ם מפרש "אורעה כל הפרשה כולה להיות דין" שבנחלה צריכים הלוקה לפני בית דין שבלי הפסוק הזה היינו חושבים שחלוקת נחלה כחלוקת שותפות ואחר שחלקו ועשו קנין אינם יכולים לשנות את דעתם. ולפי רשב"ם דברי רבי יהודה לא באו לסייע לדין שלמדנו מוהיתה לבני ישראל אלא באו להוסיף דין אחר, שבכל דבר שצריכים בית דין כדי לעשות דין אם הדיינים ראו המעשה בעצמן ביום יכולים לעשות דין בלי שמיעת עדים מפני שלא תהיה שמיעה גדולה מראיה. ועוד מבאר הרשב"ם שרבי יהודה מדבר

במתנת שכיב מרע במקצת שזה כמתנת בריא שיש קנין גמור ויכולים לעשות בו דין.

והטור בחושן משפט, סימן רנג, מקשה על באור הרשב"ם, וכותב, "ופירש עוד רשב"ם דאיירי במתנת ש"מ במקצת ולא נהירא דהיא יש לה דין מתנת בריא לכל דבר ואין יכולים לעשות דין, עכ"ל. והפרישה מבאר שהמובן הוא שבמתנת בריא אין יכולים לעשות דין בעל כרחם של בנים שזה הלכה רק אצל נחלה שלומדים מהפסוק והיתה לבני ישראל שמדבר בעניני נחלה.

ונראה שיכולים לתרץ קושיתו, שהרי הרשב"ם לא פירש כר"י שהחידוש שלומדים מהפסוק "והיתה לבני ישראל לחוקת משפט" הוא שעושין דין בנחלה בעל כרחם של בנים, אלא רק שצריכים לעשות חלוקת נחלה לפני בית דין. ולפי פירוש הרשב"ם לא באו דברי רבי יהודה אלא לחדש לנו דין זה שאמרינו שלא תהיה שמיעה גדולה מראיה ביום, ואין שייכות כלל וכלל בין דבריו והדין שלומדים מוהיתה לבני ישראל לחוקת משפט. וכיון שלפי הרשב"ם רבי יהודה מדבר על כל דבר דין, שלא תהיה שמיעה גדולה מראיה ולא מדבר על עניני נחלה לבד, יפה פירש שרבי יהודה מדבר במתנת שכיב מרע במקצת, ומתורצת קושית הטור.

בסוגי' דמתוך

ביצה דף יב. תני תנא קמיה דרבי יצחק בר אבדימי השוחט עולת נדבה ביו"ט לוקה א"ל דאמר לך מני ב"ש היא... מתקיף לה רבה ממאי דב"ש וב"ה בהא פליגי דלמא בערוב והוצאה לשבת ואין ערוב והוצאה ליו"ט קא מיפלגי. ופרש"י אבל שחיטה שהיא אב מלאכה ובכלל לא תעשה כל מלאכה היא אימא לך אפילו לב"ה אם הותרה לצורך לא הותרה שלא לצורך והך מתניתין אפי' ב"ה.

וכתב העט סופר וז"ל ומקשים אחרונים וכי לא ידע מתני' דף כ"א בש"א לא יחם חמין וב"ה מתירין אלמא דב"ה אית להו מתוך, ע"כ. ונראה דאין להקשות משם, דאיתא בירושלמי (פ"ב הלכה ה') וז"ל פתר לה תרין פתרין, על דעתין דב"ש והוא ששתה מהן על דעתין דב"ה והן שיהו ראויין לשתייה, ע"כ, הרי דלהך פתרין לית ליה מתוך בהבערה. ועוד אפילו תימא דאית ליה מתוך גבי הבערה עדיין י"ל דדוקא בהבערה דאינה אסור מה"ת לפי הדרשה [מביאה מ"מ בפ"א דהל' יו"ט ה"ד] לא תבערו אש בכל מושבותיכם ביום השבת — בשבת הוא דאסור אבל ביו"ט שרי לפי שביום השבת מיותר הוא דהא בשבת מיירי קרא. אבל שחיטה שהיא אב מלאכה ואסורה מה"ת לא אמרינן מתוך ולא הותרה רק לצורך או"נ בלבד.

ואף שמדברי הצ"ח (ביצה כה.) לא משמע כן שכתב דר"ע דלית ליה מתוך בעלמא אפ"ה אית ליה מתוך גבי שחיטה, וגם ה"ה כתב דטפי יש לנו להתיר בשחיטה ובישול מבהוצאה והבערה, וע"ז יסד הל"ח קושיתו דפריך דא"כ איך אמרו גבי השוחט מתני' מני ב"ש היא דלא אמרי מתוך, א"כ אפי' כב"ש לא אתי דע"כ לא פליגו ב"ש על ב"ה אלא בהוצאה דאפי' לצורך אכילה יש לנו להתיר בדוחק אבל בשחיטה ואפיה אף ב"ש מודה דאמרי' מתוך, מ"מ נראה דעת רש"י כדפרשנא לעיל.

ובזה מובן מש"כ רש"י ז"ל אבל שחיטה שהיא אב מלאכה ובכלל ל"ת כ"מ היא אימא לך אפילו לב"ה אם הותרה לצורך לא הותרה שלא לצורך. ודבריו צ"ב הלא לכאורה גם הוצאה והבערה הוי אב מלאכה ובכלל לא תעשה כל מלאכה כמו שחיטה. ובהנ"ל אתי שפיר דודאי יש חילוק בין הוצאה והבערה לשחיטה דבהוצאה כתיב ולא תוציאו משא מבתיכם ביום השבת, ובהבערה

כתיב לא תבערו אש בכל מושבותיכם ביום השבת ודרשינן (שם דף יב) בשבת אין ביו"ט לא, ממילא אין איסור הוצאה והבערה ביו"ט, משא"כ בשחיטה שהיא אסורה מה"ת.

ועדיין יש לידע אי הוצאה והבערה מותר ביו"ט לגמרי או דוקא לצורך או"נ, והנה מסתברא כסברא קמא דאיתא בירושלמי (בשילהי מס' ביצה) אין תימא בדברים שיש בהן אוכל נפש אנון קיימין והא כתיב אך אשר יאכל לכל נפש וגו' אלא כי אנון קיימין בנר של אבטלה, ע"כ, הרי דהותרה לגמרי אף שלא לצורך או"נ.

ובזה יש לפרש הכונה מתוך שהותרה הבערה לצורך הותרה נמי שלא לצורך, פי' מכיון דלצורך או"נ הותרה כבר בכלל אך אשר יאכל לכל נפש וא"כ לא צריך קרא דביום השבת לאשמועינן דביו"ט שרי להבעיר אש לצורך או"נ א"ו אף שלא לצורך או"נ נמי שרי, וכן מתוך שהותרה הוצאה לצורך — מקרא דאך אשר יאכל — הותרה נמי שלא לצורך או"נ מביום השבת.

וממילא הדין דמתוך שהותרה לצורך שייך רק בשני דברים אלו דהיינו הוצאה והבערה, ומיושב קושית המ"מ בפ"א מהלכות יו"ט ה"ד שהקשה מ"ש הוצאה והבערה משאר מלאכות, ובודאי אין הדעת נוטה שחכמים יאמרו בכל מלאכות מתוך שהותרו [מה"ת] לצורך או"נ הותרו נמי שלא לצורך או"נ הלא בפירוש כתיב אך אשר יאכל לכ"נ הוא לבדו יעשה לכם, וכ"כ הפמ"ג בפתיחה שלו להלכות יו"ט וז"ל להר"מ ז"ל לא אמרינן מתוך כ"א בהוצאה והבערה לא בשאר מלאכות.

וא"ת א"כ אי הוצאה מותרת לגמרי מה"ת אף בלי טעמא דמתוך א"כ למה סברו ב"ש דאין מוציאין לא את הקטן ולא את הלולב לר"ה, ונראה דאין זו קושי' דב"ש לא משמע להו האי דיוקא בשבת אין ביו"ט לא וסברו דהוצאה והבערה אסורים ביו"ט כמו בשבת, כדאתקפתא דרבה, ושפיר מתקיף לה רב יוסף אלא מעתה — דלב"ה הותרה הוצאה לגמרי אף שלא לצורך כלל — לפלגו באבנים דאין בו צורך כלל ולמה מפלגא בקטן, ס"ת ולולב שיש בהן צורך הגוף או צורך מצוה.

ובמסקנא דקאמר ר' יוחנן דהמבשל גיד א"ח אבישול משום מתוך הקשה התוס' וז"ל וא"ת מה צורך איכא במבשל גיד כיון שהוא אסור [ותירץ] כיון שהי' בדעתו של זה לאכלו היינו צורך יו"ט, ע"כ, ולכאורה יש לדקדק א"כ למה צריך לטעמא דמתוך תיפק ליה מאך אשר יאכל, וכן הקשה הצ"ח כיון דאולינן בתר דעתו של זה הוי אצלו או"נ ממש וגם לב"ש לא ילקה והניח בצ"ע, ובספר הינוך בית יצחק מתרץ דמאכל אסור לא הוי בכלל אשר יאכל לכל נפש מכיון דאינו ראוי לכל נפש, וכן דעת הגאון רע"א בחידושיו, וכמה פוסקים.

ב.

רמב"ם פ"א מהלכות יו"ט ה"א, ושבתת כולן שוה שהן אסורין בכל מלאכת עבודה חוץ ממלאכה שהיא לצורך אכילה שנאמר אך אשר יאכל לכל נפש, ע"כ. וכתב המ"מ ומדברי רבנו שבכלל מלאכת עבודה סתם אינה מלאכת או"נ ולא הוצרך רבינו להביא מקרא להיתר מלאכת או"נ אלא מפני ראשון ושביעי של חג המצות שבשביעי נאמר בפ' ראה אנכי וביום השביעי עצרת לה' א' לא תעשה מלאכה ועל שניהם נאמר בפ' בא כל מלאכה לא יעשה בהם. והקשה הל"מ דלמה צריך להביא קרא דאך אשר יאכל לכל נפש הרי נכתב בפ' אמור מלאכת עבודה וא"כ אין במשמע מלאכת עבודה אלא שאר מלאכות חוץ ממלאכות או"נ, ע"כ.

ונ"ל בעזהשי"ת ובתחילה נקדים לבאר שינוי הלשון וכפילת הדברים הנאמרים בענין מלאכות ביו"ט. והנה בפ' אמור בא' וז' של פסח ושבועות וא' וח' של סוכות ור"ה כתיב כל מלאכת עבודה לא תעשו ובפ' פנחס נמי כתיב בכולהו מלאכת עבודה ובפ' ראה בזי"ן של פסח כתיב ל"ת מלאכה ובפ' בא כתיב ביום הראשון... וביום השביעי כל מלאכה לא יעשה בהם אך אשר יאכל לכל נפש וגו'.

ונראה דמוסכם מכל הפוסקים דמלאכת עבודה אינה כולל מלאכת או"נ, דמלאכת עבודה היא לרוב בטורח ועמל יתירה כגון עבודת אדמה או מלאכה שצריך לעשותה ע"י עבדים [אילת השחר, רמב"ן ומ"מ בפ"א מה' יו"ט]. והנה אי לאו קרא דכל מלאכה לא יעשה היינו מתירין כל מלאכות שאינם בטורח ועמל יתירה כגון כתיבה, כיבוי, וכדומה דאינם בכלל מלאכת עבודה ולכן צריך קרא דכל מלאכה. ומזה הי' נראה לאסור אפילו מלאכת או"נ ולכן צריך הקרא דאך אשר יאכל לכל נפש. וא"ת לא לכתב קרא דמלאכת עבודה ואנא ידענא כ"ז. וי"ל דצריך לי' לאסור מלאכת או"נ שהיא ע"י עמל וטורח יתירה כגון קצירה, טחינה, דישה וכדומה שהם נכללים בכלל כל מלאכת עבודה לא תעשו אף שהם מלאכת או"נ, ולכן צריך לכולהו. [עיין מ"מ בפ"א ה"ה שכתב ויש מי שסובר שהטחינה והקצירה אסורין דברי תורה].

וזה שנאמר "אך" אשר יאכל ולא כתיב רק אשר יאכל, שיש הבדל בין מלת אך ובין מלת רק [מלבי"ם בפ' אמור קע"ט, ועוד] שמלת רק היא מיעוט במשפט הקודם, ומלת אך ימעט ויצמצם במשפט הזה עצמו, ור"ל אך באופן זה יהיה ולא באופן אחר. דהיינו דאפילו במלאכת או"נ עצמו ישנו מלאכות האסורים והן מלאכות עבד ועמל.

אכן בשעת הדחק שאין לו מה לאכול מותר לו מה"ת אף מלאכות אלו

כדי חייו לצורך היום ודוקא לו ולא לאחרים, והגם דסתם מלאכת או"נ מותר אפילו בשביל אורחים הכא דוקא לו ולא לאחרים, וזה אך אשר יאכל [פי' שיאכל אז] הוא לבדו [ולא יותר] יעשה לכם — ולא לאחרים אף לא לאורחים.

ובזה י"ל כונת הרמב"ם ושבתת כולן שוה פי' אף שלשונות שונות נאמרו בהם אפ"ה שוין הן בדין שהן אסורין בכל מלאכת עבודה פי' אפי' אם הם לצורך או"נ חוץ ממלאכה שהיא לצורך אכילה פי' לצורך שאין לו מה לאכול, ולכך קאמר לצורך אכילה ולא קאמר לצורך או"נ. וכ"ז מה"ת אבל כבר אסרו חכמים קצירה דישה וטחינה וכדומה ולא התירו בשעת הדחק רק בתוה"מ כדאיתא במו"ק דף יב. וכ"כ הרמב"ם בפ"ז.

ובהנ"ל מיושב קושית העט סופר שהקשה על הרמב"ם שכתב בפ"א מה' יו"ט ה"ב "ועבר על ל"ת שנאמר כל מלאכת עבודה לא תעשו כל מלאכה לא יעשה בהן". וצריך ביאור למה מביא הרמב"ם ב' פסוקים — ובזה מובן דאם עשה מלאכה קלה ונקי' שלא לצורך או"נ לא עבר על מלאכת עבודה ואפ"ה לוקה על כל מלאכה לא יעשה בהן. ובאם עשה מלאכת או"נ שהיא ג"כ מלאכת עבודה כגון קצירה דישה וטחינה דלא הוי בכלל כל מלאכה אפ"ה נכלל בכלל כל מלאכת עבודה.

ולדעת רוב הפוסקים ובכללם הרמב"ם שסוברים דאך אשר יאכל כולל גם קצירה וטחינה א"כ נאסר רק מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא הוא. ואולי קאי על המבשל מיו"ט לחול וכדומה דלוקה עליו דהוי כמלאכת עבד שעושה לימים הרבה. ואפשר דאפילו לרבה דאין איסור הבערה ביו"ט ולא הוי בכלל כל מלאכה לא יעשה אפ"ה הוי מעשה עבדות ונכלל בכל מלאכת עבודה. ובזה מיושב קושית התוס' (ביצה יב. ד"ה ה"ג) שהקשה על רש"י למה לוקה המבשל משבת לחול ולא אמרינן מתוך ובהנ"ל א"ש בעזהשי"ת.

STUDENT ORGANIZATION OF YESHIVA
RABBI ISAAC ELCHANAN THEOLOGICAL SEMINARY

Isaac Sadowsky, *President*
Jerry Blau, *Vice-President*
Shimon D. Eider, *Secretary-Treasurer*

BETH YITZCHAK

Editors

Jerry Blau

Gerald Blidstein

Israel Reiss

Editorial Board

Sheldon Brunswick

Mark Press

Fred Horowitz

Charles Schless

Israel Zalisky

BETH YITZCHAK

A Publication Devoted to Studies in Halacha

by the
FACULTY AND STUDENTS OF YESHIVA UNIVERSITY

Published by the
STUDENT ORGANIZATION OF YESHIVA
RABBI ISAAC ELCHANAN THEOLOGICAL SEMINARY

YESHIVA UNIVERSITY
Amsterdam Avenue and 186th Street
New York 33, N. Y.

1958

Printed by
TWERSKY BROTHERS
New York 52, N. Y.