

בענין לאו דלא יחבול ולאוי הניתק לעשה

(א) מתני' ב"מ (ק"ג). ומחזיר את הכר בלילה ואת המחרישה ביום, ובתוס' (ד"ה מחזיר) הקשו וז"ל בריש תמורה פריך לרבא דאמר כל דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני והרי השבת העבוט דאמר רחמנא לא תעבוט עבוטו ותנן מחזיר את הכר בלילה אלמא דמהני, וקשה מגליה דמתני' איירי במשכנו באיסור וכו' וי"ל דסמיך אמצעים בכל יום דמחזיר אפי' משכנו שלא ברשות וכו'. עכ"ל. ודחוק, דא"כ אמאי הביאו את המשנה בריש תמורה והרי עיקר הקושיא היא ממצעים בכל יום. ותו, מנלן דעבדי אינשי ע"פ דין.

ולכאורה היה אפשר לתרץ קושית התוס' בפשיטות, דהרי במתני' תנן מחזיר את הכר בלילה ואת המחרישה ביום, ומחרישה הרי הוי כלי שעושים בו אוכל נפש וכדפירש רש"י לקמן (קטז). דצמד פרות היינו פרות החורשות, וא"כ ע"כ איירי מתני' במשכנו באיסור.

והגם שהתוס' (בד"ה ואת המחרישה) פירשו דמחרישה לא הוי כלי שעושים בו אוכל נפש, היא גופה טעמא בעי, מה הכריחם לפרש מתני' במשכנו בהיתר, שמחמת כן הק' לפירש"י דלקמן, דהרי אסור למשכן מחרישה [לפירש"י].

(ב) ובאמת בסה"ת (הו"ד בהגהת הגר"א אות א') תירץ לרש"י דאה"נ במחרישה איירי במשכנו באיסור דלא יחבול, וכתב הגר"א דכן יש לתרץ קושית התוס' הראשונה מגמ' תמורה, אך התוס' מיאנו בזה, וצ"ב.

(ג) ונלע"ד פשוט (וכ"כ מהרש"א, ע"ש) דהתוס' אזלי בזה לשיטתם (קטו). ד"ה וחייב משום ב' כלים) דלאו דלא יחבול ריחים ורכב לא הוי ניתק לעשה דהשב תשיב, ובזה ביארו התוס' (שם) טעמא דלקי עלה, כמבואר שם במשנה ובגמ' (קטו). ומה דאיתא לקמן (קטז). שהוא גברא דחביל סכינא דאשכבתא מחבריה אתא לקמיה דאביי א"ל זיל אהדריה, דמוכח דחייב להשיבו, לאו משום עשה דהשב תשיב רק משום דכיון דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני (וע"ש דהיכא דעביד בשוגג גם לאביי לא מהני), וא"כ אינו שלו ולהכי חייב להחזירו. ע' בדבריהם שם.

ונ"מ אי נימא דמשום דלא מהני הוא דמחזירו ולא משום עשה דהשב תשיב, דמ"מ לוקה, ונ"מ נמי אי הוי שלו, דבע"ח קונה משכון ואינו מחזיר אלא של יום ביום ושל לילה בלילה, דכ"ד ל"א אלא אי שייך בי' עשה דהשב תשיב, אך כיון דהוא משום דלא מהני ה"ז לא קנה ומחזיר מיד, ולחלוטין.

אשר מהאי טעמא הוא דמיאנו התוס' לפרש במתני' דאיירי במשכנו באיסור, ר"ל באיסור דלא יחבול ריחים ורכב, דא"כ לא הי' דינו להחזיר המחרישה דוקא ביום, כדתנן במתני', אלא הי' מחזירו מיד, ולחלוטין. ולכן הק' ג"כ מנ"ל לגמ', ריש תמורה, דמתני' איירי במשכנו באיסור דלא תבא אל ביתו, היכן מוכרח לומר כן.

ד) ודעת סה"ת דגם לאו דלא יחבול ריחים ורכב ניתק לעשה, וחיידשה תורה דאף דעבר אמירא דרחמנא, בע"ח קונה משכון. וכדאיתא בפ"ק דתמורה ולכן מחוייב להחזיר רק של יום ביום וכו', וכן דעת המ"מ (פ"ג ממלוה סוף ה"א) בדעת הרמב"ם, וכן דעת הסמ"ע (סי' צ"ז ס"ק ט"ו). וראיית התוס' מדלוקה י"ל בפשיטות דמשכחת לה דלוקה אלאו הניתק לעשה היכא דנאבד מן העולם (או אברו מן העולם) ותלוי בפלוגתא דקיימו ולא קיימו וכו', ובפלוגתא דהר"מ (רפי"ג מה' שחיטה) ורש"י ותוס' (בסוגיא דמכות טו. וחולין קמא).

ה) אכן, יל"ע בדעת הרמב"ם, דבפרק ג' מהלכות מלוה ולוה הלכה א', הזכיר חבלת בגד אלמנה ובהלכה ב' הביא דין כלים שעושים בהם אוכל נפש, וכן בהלכה ג', ורק בהלכה ד' בהביאו דין דלא תבא אל ביתו הזכיר דהו"ל ניתק לעשה שנאמר השב תשיב, וכן בהלכה ה' ז"ל אחד הממשכן את חבריו בב"ד או שמשכנו בידו בזרוע או מדעת הלוה אם איש עני הוא הרי זה מצווה להחזיר לו את העבוט בעת שצריך לו שנאמר השב תשיב לו וכו', עכ"ל.

הרי שלא הזכיר את מ"ע דהשב תשיב אלא בלאו דלא תבא, ומשמע דדוקא שם בע"ח קונה משכון, [מה שהזכיר "ואת המחרישה ביום", משנה כצורתה, דמשמע דקנה המשכון גם בכלי שעושים בו או"נ, כמבואר בריש תמורה דהא דקנה משכון ילפי' מהא דמחזיר ביום וכו', נראה דמה"ט הוסיף "או מדעת הלוה" וכ"נ שלמד הגר"א בהגהתו לסוגיין, (בה"ה) דבכה"ג אינו עובר בלאו דלא יחבול וכדלקמן, ע"ש]. וכ"ה דעת הריב"ש סימן תפ"ח (הר"ד בכס"מ להלכה א', ולא הזכיר הכס"מ שהמ"מ (בה"ה) חולק בזה), דמה שחייב להחזיר כלים שעושים בהם אוכל נפש אינו משום עשה דהשב תשיב אלא משום דכל מקום דאמר רחמנא לא עביד אי עביד לא מהני, וכדעת התוס' (קטו).

ו) וכן מוכח לכאור' לשון הרמב"ם, דבהלכה א' בבגד אלמנה כתב "ואם חבל מחזירין ממנו בעל כרחו", וכן בהלכה ב' בכלים שעושים בהם אוכל נפש "ואם חבל מחזיר בע"כ", ובתרוייהו משמע דמחזיר מיד, וכדעת התוס' הנ"ל, וכן נראה דעת הגר"א הנ"ל, דדעת הרמב"ם כתוס' בזה, וא"כ הדק"ל קושיית התוס', אמאי מחזיר את המחרישה ביום, הרי עבר בלא יחבול ריחים ורכב והו"ל לאהדורי מיד, והרמב"ם הרי פירוש דמחרישה (ע' בהלכה ג') הוי כלי או"נ דהא צמד בקר פירש כרש"י, וכתב הגר"א דהרמב"ם יפרש המשנה דאף בחבל באיסור כיון שהוא מדעת הלווה, אמרי' בע"ח קונה משכון (ע"ש), ונראה דמה"ט הזכיר הרמב"ם בהלכה "או מדעת הלווה" ומשום מחרישה נקט לה. [ומש"כ הגר"א דכ"ה דעת הרז"ה, כ"ה נמי דעת הרמב"ן במלחמות, ולא אתא אלא לאפוקי מדעת הראב"ד דבכה"ג אין בע"ח קונה משכון, וע"ע מ"מ רפ"י מהל' שכירות בשם מהריט"ץ, ובקצוה"ח סי' ע"ב ס"ק ב' מש"כ בזה.]

ו) ול"י אמאי פירש המגיד משנה (ה"ה) כוונת הרמב"ם במחרישה כדעת הרמב"ן והרשב"א דמשכנו בלילה דבכה"ג אינו עובר, והרי דעת המ"מ (ה"א) בדעת הרמב"ם דאף במחרישה הוי לאו הניתק לעשה, וממילא בע"ח קונה משכון, וא"כ אמאי לא פירש בפשיטות דמשכנו באיסור, דגם בזה בע"ח קונה משכון, וצ"ע.]

ז) וכ"מ פשוטו של מקרא לכאורה, דבאיסור דלא יחבול ריחים ורכב (דברים כ"ד פסוק ו') ובגד אלמנה (פסוק י"ז) לא הוזכר עשה, ורק באיסור דלא תבא אל ביתו (פסוקים י'-יג') הוזכר כן, ומשמע קצת כדעת התוס', וכדעת הרמב"ם (לריב"ש וגר"א, בדעתו).

ח) אכן, צ"ע דאם הרמב"ם סובר כדעת התוס' דל"ה ניתק לעשה, אמאי כתב הרמב"ם דלוקה רק אם נשרף או נאבד, הא אפילו הוה עדיין בעין אין כאן מצות עשה, והוה ליה ללקות, וכדעת התוס'. שוב ראיתי במנ"ח (תקפ"ג אות ו') שהכריח מחמת קושיא זו דלא כריב"ש, אלא כסמ"ע ומ"מ, דהרמב"ם ס"ל כסה"ת, ודלא כתוס', ובכל גווני איכא מ"ע (ובע"ח קונה משכון).

ט) ונראה לומר בזה בהקדם עוד קושיא, דז"ל הרמב"ם (פ"ג ה"ד) המלוה את חבירו אחד עני ואחד עשיר לא ימשכנו אלא בב"ד ואפ' שליח ב"ד שבא למשכן לא יכנס לביתו וימשכנו אלא עומד בחוץ והלווה נכנס לביתו וכו' עבר בע"ח ונכנס לבית הלווה ומשכנו או שחטף המשכון מידו בזרוע אינו לוקה (ומוכח דאיסור מן התורה בכלהו גווני אפילו אינו נכנס לביתו, ודלא כתוס' (קיג). ד"ה אימא ע"ש. לח"מ. ואכ"מ.) שהרי ניתק

לעשה שנאמר השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש, ואם לא קיים עשה שבה כגון שאבד המשכון או נשרף לוקה ומחשב דמי המשכון לבעליו ותובע השאר בב"ד, עכ"ל. [דלא ס"ל לרמב"ם דלאו הניתן לתשלומין אין לוקין עליו, ע' בראב"ד ומ"מ, ותלוי בחילופי גירסאות בסוגיא דמכות ר"פ אלו הן הלוקין, ואכ"מ.]

והקשה המל"מ וז"ל אני תמה בדין זה דאיך סתם וכתב דאינו לוקה משום דניתק לעשה דהא לא ניתק אלא לגבי עני כדכתיב ואם איש עני הוא וגו' והלאו הוא כולל יחד עשיר ועני וכו' וסבור הייתי לומר דכיון דלאו זה כולל עני ועשיר ומקצת הלאו ניתק לעשה וכו' מקלש קליש וכו', שוב ראיתי שדין זה לא ניתן ליאמר ואדרבה איפכא מסתברא וראי' לדבר ממ"ש רבינו פ"א מתמורה וז"ל ולמה לוקין על התמורה והרי לאו שבה ניתק לעשה וכו' ועוד שאין לאו שבה שוה לעשה שהציבור והשותפין אין עושים תמורה אע"פ שהם מזהירים שלא ימירו ע"כ, וכו', ולפ"ז נראה דהכא נמי ילקה אף הממשכן את העני וכו' וכעת הדבר צריך תלמוד, עכ"ל.

(י) והנה בתוס' חולין (פב:) ד"ה הזורע כתבו וז"ל תימה דמשמע הכא דבחד כלאים לא לקי אלא חדא, ואמאי לא לקי נמי משום לא תשיג גבול רעך דלענין איסור כלאים דריש לה בשבת פרק ר"ע (פה.) וי"ל כיון דאתא נמי לאזהרה דמשיג גבול אין לוקים עליו משום כלאים כמו שאין לוקים על לאו דהשגת גבול דניתן להשבון, כו' ע"כ. וחזינן דאם אך לפעמים הוי ניתק לעשה, לעולם א"א ללקות עליו. ובאמת הט"ז (חו"מ צ"ז, והו"ד בקצוה"ח שם ס"ק ג') תירץ קושית המל"מ על פי דעת התוס' הללו. וצע"ג, וכמו שהקשה בקצוה"ח (ובאמת כבר קדמם בזה המל"מ, בין בתירוץ הט"ז, ובין בקושיית הקצוה"ח), דלכאורה מוכח מדברי הרמב"ם ריש הל' תמורה דלא ס"ל כדעת התוס' הללו, ועוד דערבך ערבא בעי ומנ"ל להתוס' דלא לקי אלאו דלא תשיג גבול, אדרבה קי"ל דקרקע אינה נגזלת, וממילא ל"ה ניתק לעשה (וגם אינו בתשלומין). עוד הקשה בקצוה"ח דמסוף דברי הרמב"ם מוכח דלא ס"ל כהתוס' בזה, דבעני גופיה כתב דהיכא דנאבד או נשרף לוקה, אף דבעלמא הוי ניתק לעשה.

סוף דבר, דברי התוס' מוקשים מחמת עצמם. ואפ' בלאו הכי, הרי הרמב"ם ע"כ לא ס"ל הכי והיאך תירץ הט"ז קושיית המשנה למלך. (עוד יש להעיר שהתוס' בשבת (פה.) כתבו כדעת התוס' הנ"ל בחולין, אך בתוס' יומא (לו:) כתבו כדבר פשוט כהרמב"ם וז"ל דלא חשיב ניתק כיון דלא ניתק כל מה שבלאו, דבלאו (דובשר בשדה טריפה) כולל נמי קדשים שיצאו חוץ למחיצתן ואהנך לא קאי לכלב תשליכון אותו. עכ"ל.)

יא) ועלה בדעתי לומר דבר חדש, ובזה ליישב קושיית המל"מ, וגם קושיית המנ"ח הנ"ל. דהנה המנ"ח (מצוה ח' אות ז') הביא קושיית האחרונים לטעם שכתב הרמב"ם (פ"י מקרבן פסח הי"א, ופי"ח מה' פסולי המוקדשין ה"ט) דאינו לוקה אלא דנותר, משום דהו"ל ניתק לעשה. [והא דהשמיט הטעם דאין בו מעשה ע' כס"מ ומל"מ, ובפשוטו, וכ"כ המנ"ח, דמשכחת לה שפוטלו בידים ואז א"י לאכלו (ואפי' לדעת המנ"ח – ודלא כדעת הצ"ח בפסחים (כ"ח) – דאינו נעשה נותר כיון שנפסל מקודם, משכחת לה שטמאו בטומאה דרבנן), ואכמ"ל]. והאי לאו דנותר הוא גם בנשים והעשה דשריפה אינו אלא ביום וכה"ג הו"ל זמן גרמא, (וכמ"ש התוס' קידושין (כט). ד"ה אותו, גבי מילה), וא"כ למש"כ הרמב"ם ריש הל' תמורה, אמאי הוי נותר לאו הניתק לעשה, והרי אינו ניתק לעשה בכל אופן.

וכן הקשה עוד המנ"ח (במצוה ל"ח אות ג'), דהא קי"ל דקרקע אינה נגזלת, וא"כ אמאי אינו לוקה בגזול קרקע, הרי אינו בעשה דהשבה, ואפי' לדעת התוס' ב"מ (סא). ד"ה אלא, דאפי' בלאו דלא תגזול אינו עובר (ודלא כספרי, הובא ברש"י עה"ת (פ' שופטים), וכ"ה דעת הרמב"ם סוף פ"ז מהל' גניבה) מ"מ עובר בלא תחמוד, כמפורש בתורה, וכן עובר בהשגת גבול, ולא שמענו מעולם מלקות בגזול, וברמב"ם פי"ט מהל' סנהדרין במנין הלוקין לא הוזכר לאו דגזילה.

יב) והנה התוס' כתובות (לב: ד"ה שלא) כתב דתרי גווני לאו הניתק לעשה הוו, חד דבעי' שיהא נכתב העשה אצל הלאו, ואידך כגזילה וכיורב ל"ב שיהא נכתב אצל הלאו, וכתבו הטעם וז"ל דהתם וודאי ע"כ הוא ניתק לעשה שהרי עוקר גזילה מתחת ידו, וכו' ע"כ. ויש לדון ככוונתם אי ר"ל דבכה"ג הוי כנכתב בצדו, ואפי' נכתב ברחוק הוי ניתק לעשה, או דלמא ר"ל דלעולם היכא דנכתב ברחוק א"א לדונו כנכתב בצדו, ומה דהוי ניתק לעשה הוא משום דמסברא ההשבה היא עקירת הלאו להבא.

ואם ננקוט כהצד השני בביאור כוונתם, י"ל דהקרקע אף דאינה נגזלת מדינא, מ"מ פשוט שהשבה לבעלים הוי תיקון מכאן ולהבא, וא"כ יש להחשיבו ניתק לעשה אף בלא מצות השבה.

יג) והנה בלאו דנותר, אף דמסברא ל"ה ידעי' דבשריפה הוי תיקון הלאו, סו"ס חדשה תורה דהלאו ניתק לעשה דשריפה וממילא אף נשים שאינן מצוות בעשה דבאש תשרופו מ"מ ישנן בתיקון הלאו ע"י שריפת הנותר. ועדיף מגזילת קרקע, דהכא אפי' מצוה י"ל דאיכא, דהא מה"ט כתבו התוס' בכ"מ (עירובין צו., ר"ה לג., גיטין מ., ועוד) שנשים מברכות אמצות עשה שהזמן גרמא דשפיר יכולות לומר וצונו, דיש להם קיום [ואפ'

לדעת הרמב"ם (פרק ו' מהל' סוכה הלכה י"ג) דאין נשים מברכות אמצות עשה שהזמן גרמא, יש לומר דיש להם קיום מצוה (כדמוכח מהא דאר"י מאן דאמר לי הלכה כר"י עבידנא ימא טבא לרבנן וכו') ושייך על זה ברכה אלא דא"א להן לומר וצונו שאינן בחיוב. וע' רשב"א לגיטין (מ.) שהוכיח דנשים מברכות אמצות עשה שהזמן גרמא, ודלא כהרמב"ם, ממעשים בכל יום שנשים מברכות אק"ש לפניה ולאחריה ואין ממחים בידם, ע"ש. ולפי האמור, י"ל דלהרמב"ם נמי נשים יכולות לברך היכא דאינן אומרות וצונו, וכגון ברכת ק"ש, וכבר דנו בזה באחרונים, ואכמ"ל. ושפיר חשיב ניתק לעשה גם אצל נשים.

וכן י"ל בהשבת העבוט, סו"ס גלתה תורה דהאיסור שבלקייחא המשכון נתקן ע"י השבתו, וא"כ כי היכי דבעני נתקן הלאו ה"ה נמי בעשירי אף דלא נצטוה בכך.

יד) ונראה דזוהי כוונת הט"ז בצינו לתוס' חולין (פב:) דאף דתוס' לא ס"ל כהרמב"ם הל' תמורה, אלא ס"ל דכל היכא דלא לקי אחלק מן הלאו שוב אינו לוקה אכולו, אבל מה שהניחו דאינו לוקה בלאו דהשגת גבול, אף דאינו ניתק לעשה דהא קרקע אינה נגזלת, מ"מ כיון שיכול לתקן ע"י ששייב הקרקע אף דאינו מצות עשה, בזה סגי דאינו לוקה, וזהו ביאור הרמב"ם דאינו לוקה אף בלא תבא אל ביתו דעשירי. כנלענ"ד כוונת הט"ז, ונתיישבו קושיות הקצוה"ח הנ"ל. וגם מיושב קושית המנ"ח אמש"כ הריב"ש דדעת הרמב"ם דרק לאו דלא תבא אל ביתו ניתק לעשה, דא"כ אמאי אינו לוקה גם בכגד אלמנה ובריחים ורכב (היכא דהווי בעין), ולפי הנ"ל ניחא דאף דאינו מצוה מ"מ ע"י ההשבה נתקן הלאו.

טו) ואם כנים הדברים, דל"ב מצות עשה כדי לומר שדינו כניתק לעשה, יש לדון דאפי' נתקן הלאו מעצמו, או ע"י אחר אינו לוקה, דסו"ס נתקן הלאו. וע' מג"א רס"י תמ"ו במוצא חמץ בביתו בפסח וז"ל ונ"ל דשרי להטילו לים ע"י עכו"ם דהו"ל שבות דשבות במקום מצוה וכו'. ע"כ. ובגליון רעק"א ז"ל יש לפקפק די"ל דלא מקיים בזה עשה דתשבתו כיון שמבערו ע"י נכרי ואין שליחות לנכרי והווי כנעשה הביעור מעצמו ולא קיים העשה דתשבתו. ע"כ. הרי דהנחת רעק"א דבכה"ג אף שידוע שרצון התורה שיבערנו מן העולם, אפ"ה לא סגי בהכי דנימא שיש בזה היתר שבות דשבות. ודלא כדברינו הנ"ל. ויש לדחות דלהיתר שבות דשבות במקום מצוה בעי' מצוה חיובית. אכן, י"ל דהמג"א סבור כדברינו, וסגי בהכי דנימא שבות דשבות במק"מ.

[ובס' אמרי בינה (הל' פסח סי' ט"ו) העיר בדעת רעק"א, שמצינו מקומות שאפשר לקיים מצוה ע"י עכו"ם, וכטבילת כלים (יו"ד ק"כ סט"ו, ובאחרונים (שם) דבכה"ג מברך) ע"י נכרי, והמחנ"א (הל' שלוחין סי' יא') צדד דיכול לעשות מעקה ע"י נכרי ולברך ע"ש, ולדברינו, אין צורך לזה, דהכא איירי' בעשה דתשביתו, שהוא עשה המתקן לאו דב"י וב"י, ואפשר דהמג"א דוקא בכה"ג ס"ל דמהני ע"י נכרי, דסו"ס נתקן הלאו.

ובסוף דבריו כתב האמרי בינה, דע"כ היכא דמתקיים העשה מעצמו אינו לוקה, דאל"כ מצינו מלקות בגניבה וגזילה, והיינו היכא דחטפו הנגזל, דשוב אי אפשר לקיים העשה, וזה לא שמענו מעולם.]

אכן, הרמב"ם בפ' י"ג מהל' שחיטה ה"ג כתב וז"ל בא אחד וחטף האם מידו ושלחה כו' לוקה, שנאמר שלח תשלח עד שישלח מעצמו, והרי לא קיים העשה שבה, עכ"ל. חזינן דאף דנתקיים העשה, כיון שלא נתקיים על ידו, חשיב ביטול העשה ולוקה, וצ"ע. אם לא שנאמר (וכ"כ האמרי בינה הנ"ל) דהתם הוא גזיה"כ, יוצא מן הכלל, וצ"ע.

[שוב ראיתי בערוך לנר למכות (טז.) דנסתפק כנ"ל בכל לאו הניתק לעשה, היכא דנתקיים מעצמו, והביא דעת הרמב"ם בהל' שחיטה, ואף הרחיק לכת דה"ה בחטף הנגזל את הגזילה, ע"ש.]