

שותפות עכו"ם בבכור

גרסינן בבכורות (ב., יג.) "הלוקח עובר חמורו/פרתו של עובד כוכבים ... והמשתתף לו ... פטור מן הבכורה שנאמר 'בישראל'¹ אבל לא באחרים." יש לדון בגדר דין זה אם זה הוי פטור משום חסרון של בעלות ישראל, או אם הפטור הוי משום שהעכו"ם הוי פוסל או מפקיע. בנוגע לזה עוד יש לחקור אם בשביל הפטור הבהמה לא הוי בכור לגמרי, או אם זה הוי רק פטור מהמצוה, אבל להבהמה עדיין יש שם בכור.

א. הוכחות ונפ"מ

לכאורה מצינו דיוקים שונים בנוגע לחקירתנו הראשונה. דמצד א' גרסינן בברייתא (ב:), "רבי יהודה אומר המקבל בהמה מן העובד כוכבים וילדה מעלין אותו בשויו ונותן חצי דמו לכהן ... וחכמים אומרים כל זמן שיד עובד כוכבים באמצע פטורה מין הבכורה." ומפרש הגמרא (ג.), "אמר רבי יהושע ושניהם מקרא אחד דרשו: "כל בכור"² רבנן סברי בכור מקצת בכור משמע כתב רחמנא כל עד דאיכא כוליה, ורבי יהודה סבר בכור כוליה בכור משמע כתב רחמנא כל דאפילו כל דהו. איבעית אימא דכולי עלמא רובא משמע, מר סבר כל משמע למלויי אתא ומר סבר

¹ במדבר ג:ג

² התורה אור מציין שמות פרק יג. ולכאורה כוונתו לפסוק ב ("קדש לי כל בכור פטר כל רחם בני ישראל"). אולם נראה מרש"י ("ד"ה כל בכור) ותוס' (סוף ד"ה ורבי יהודה) שהדרשה הוי על המלים "כל בכור בישראל", שהוי אותו פסוק (במדבר ג:ג) שהובא במשנתנו. ולכן אם אומרים שהדרשות של המשנה והגמרא חולקים אהדדי, זה בולט לפי רש"י ותוס' שסוברים שהדרשות הוי לאפוקי אהדדי. אולם אם אומרים כמו התורה אור (ונראה שהשיטה מקובצת אות א סובר כמותו) אפשר לומר שיש ב' דינים, או שאחד נובע מחברתה.

לגרועי אתא.. פשטות הגמרא מורה שיש דרישה של בעלות ישראל כדי שתהיה קדושת בכור על הבהמה. בהמשך יש דיעות חלוקות איך להגדיר דין זה, אם בעי כל הבהמה או אם מספיק ברוב או אפילו במקצת. מכל מקום, נראה שיש דרישה של בעלות ישראל, ויוצא שמדברי הגמרא משמע שהפטור של שותפות עכו"ם נובע מחסרון של דרישה זו. ולכאורה מסתבר שלפ"ז הדרישה של בעלות ישראל נוגע למקרים אחרים כמו הקדש והפקר.

אולם מצד ב' לעיין בדברי המשנה, הברייתא והגמרא. דלכאורה המשמעות של משנתנו, "בישראל", אבל לא באחרים, משמע שיש מיעוט להפקיע בכור של עכו"ם. ולכאורה פשטות של דברי הברייתא, אע"פ שהגמרא מפרשת דברי הברייתא כדרישה של בישראל, הוי כמו המשמעות של המשנה: דכל זמן שיד עכו"ם באמצע, גם חלק של הישראל שהיתה ראוי להתחייב מצד עצמו פטור משום שאי אפשר להיות בכור בשביל חלק העכו"ם. וגם בסוף דברי הגמרא איתא שיש בעיא "שעירבו ביה חולין", ומשמע שהעכו"ם הוי פוסל והפטור הוי משום החולין, ולא הוי פטור משום שאין ראוי להתחייב משום חסרון של דרישה מסויימת.

ובאמת נראה שחקירה זו, דהיינו האם יש דרישה של בעלות ישראל, וגם אם הפטור לשותפות עכו"ם הוי חסרון בעלות או פוסל, נשנית במחלוקת בראשונים ובאחרונים, ונוגע לכמה הלכות.

(א) בהמת הקדש

איתא במשנה (בכורות יד: , חולין קל.) "כל הקדשים שקדם מום קבוע להקדשן ונפדו חייבין בבכורה. הגמרא מדייק שאם לא נפדו הוי פטור, משום "שקדושת דמים מדחה מן הבכורה ומן המתנות." דין זה מפורש בגמרא, אבל לא מצינו מקור להדין.

רש"י על אתר (בכורות) מפרש "כקדושת הגוף דמפרש לקמן מקראי דפטורה מבכורה וממתנות." מה ש"מפרש לקמן" היינו הסוגיא בדף טו. שדורש שפסולי המוקדשים פטורים מן הבכורה כמו צבי ואיל. ולדעת רש"י צריך להסביר דיש ללמוד מפסולי המוקדשים לקדושת הגוף, וגם מקדושת הגוף לקדושת דמים. אולם תוס' (ד"ה קדושת דמים) דחה את המקור הזה כי פסולי המוקדשים פטורים אף על פי שנפדו, והכא פטור דוקא אם לא נפדו.

ומשו"כ כתבו התוס' שהמקור של הפטור לקדושת דמים קודם פדיון הוי "משום דכתיב גבי בכור בישראל". יוצא מדברי תוס' שיש דרישה של בעלות, והפטור לקדושת דמים קודם פדיון הוי משום חסרון של בעלות. וגם נראה שמסתבר שהפטור לשותפות עכו"ם הוי רק משום חסרון בעלות, ולא הוי משום הפקעה של עכו"ם. ואפשר שזה מפורש בתוס' בבא מציעא (ע: ד"ה אין מקבלין) שכתבו "ובכל דהוי יד נכרי באמצע פטור דלא קרינן ביה כל מקנך תזכר". יוצא במפורש שיד עכו"ם באמצע לא הוי שהיד עכו"ם הוי מפקיע, אלא שמשום שיש יד עכו"ם אין כאן מקום ליד ישראל, והלכך יש חסרון בדרישה של בעלות. יוצא שיש דרישה של בעלות, שדרישה זאת היא הטעם לפטור הקדשואף שותפות עכו"ם.

לרש"י ברור ש"בישראל" לא הוי המקור לפטור הקדש. גם הרמב"ם (הל' בכורות פרק ה:ח) לא סובר כמו תוס', אלא כתב שטעם הפטור הוי משום "לא יצאו לחולין לכל דבר מפני שהן אסורין בגיזה ועבודה כמו שביארנו בהלכות מעילה". לרש"י ולהרמב"ם ברור ש"בישראל" לא נוגע להקדש, אבל לא מפורש שהם דוחים מכל וכל דרישה כללית של בעלות ישראל. אולם עיין בחזון יחזקאל (בכורות ב:ב בחידושים) שתמה על הרמב"ם ועל רש"י משום שהם לא מקבלים דברי תוס', דמהיכין למדו הדין של פטור הפקר.³ יוצא שאף על פי שלא מצינו בפירוש ברש"י או ברמב"ם שהם דוחים הדרישה של בעלות ישראל, לפחות כך הבין החזון יחזקאל בדעתם, ודלא כדברי התוס'.

(ב) בהמת הפקר

בתוספתא (ב:ב) גרסינן, "בהמת המדבר ובהמת הקדש ובהמת הגר שמת ואין לו יורשים פטור מן הבכורה". ומסביר החזון יחזקאל בביאורים שהמקור של התוספתא הוי "בישראל", "ובהמה של הפקר אינו

³ אולם עיין באבי עזרי (בכורות ד:א) שטוען שהפטור של הפקר הוי כל כך פשוט שלא בעי הוכחה מקראי. ולכאורה כדאי להזכיר שהרמב"ם לא הביא דין זה כלל. ואף על פי שהמנחת חינוך סובר שאי אפשר שהפקר פטור משום שהוא לא מצא פוסקים שהביאו שהוא פטור, לכאורה הפשטות הוי שכל פוסק שלא הזכיר שהוי חייב סובר שהוי פטור. גם עיין במהרי"ט אלגזי (סימן א [י]) שהביי מקורות אחרים להתוספתא.

בכור של ישראל. יוצא שסובר החזון יחזקאל שצריכים מקור לפטור בהמה של הפקר, וגם שדין בעלות הוא דרישה כללי.

אולם, הרבה אחרונים (טורי אבן ראש השנה דף יג. ד"ה וקצירכם (השנייה)), מנחת חינוך יח:טז ועוד; ועיין פתחי תשובה יו"ד שכ:ד שדין בזה באריכות) סוברים דברי התוספתא נדחו להלכה. ועיין בדברי הטורי אבן וז"ל: "וכה"ג צ"ל גבי הא דאמר ריש פרק קמא דבכורות דממעט שותפות עכו"ם מן הבכורה משום שנאמר בישראל אבל לא באחרים. מכל מקום משמע דשל הפקר חייב בבכורה." יוצא ברור שגדר הדין של שותפות עכו"ם הוא מיעוט של אחרים, והפקר חייב משום שאם אין אחרים להפקיע הבכורה, אין סיבה שאין הבהמה בכור. בדברי הטורי אבן מפורש שהפטור של שותפות עכו"ם הוא הפקעה של עכו"ם, ואף אם לא ברור שלגמרי אין דרישה כלל של בעלות, זה הוא יותר ברור בדברי המנחת חינוך.

דעי' במנחת חינוך (שם) שמסביר שהתוספתא היא דוקא אליבא דרבי עילאי (חולין קלה:): שסובר ששותפים פטורים מן הבכורה שבעי שכל הבהמה יהיה שלו, וז"ל: "דוקא לפי שיטת ר' עילאי שסובר ששותפות ישראל הוא פטור...ויליף בבקרך דהיינו שלו לבד, ולפי זה צריך להיות דוקא שלו...אם כן, כיון דצריך להיות שלו בודאי בהמה הפקר שילדת אינו קודש ופטורה מבכורה דלא לכם הוא...אבל לרבנן דפסקינן כוותיה דוקא שותפות גוי פטור...אם כן, מיעוט התורה דוקא גוי, וגם הקדש כמבואר בש"ס...אבל הפקר, אף דלא הוא שלו מכל מקום חייב." יוצא שכל האפשרות שיש דרישה של בעלות הוא רק אליבא דרבי אילעי, ולדין אין שום דרישה של בעלות. וברור כמו לשון של הטורי אבן, שהמנחת חינוך סובר ששותפות עכו"ם הוא פטור משום שהעכו"ם הוא פוסל ומפקיע.

ג) שותפות כהנים

נפסק להלכה (שו"ע יו"ד קכא:יט) שהכהנים ולוים פטורים מפדיון פטר חמור. הטור מעורר שאלה לגבי שותפות בין ישראל וכהן (או לוי). מלשונו משמע שהוא סובר ששאלה זו מקביל לשותפות של ישראל עם עכו"ם: "ושותפות גוי פטור בו...ונראה שהוא הדין נמי שותפות כהנים ולוים נמי פטור." ולכאורה מסתבר שהשאלות הוא מקבילים משום

שבשניהם אין כל הבהמה ברשות של בר חיובא במצוה זאת. ועיין בבית יוסף שכתב, "נראין דבריו דהא מקרא דכל בכור בישראל דמימעטינן מיניה שותפות גוי משום דמשמע דהכי קאמר, עד שיהיה כולו של ישראל מיניה, ממעיט נמי שותפות כהנים ולויים, דכיון דאית להו שותפות בגויה, הרי אין כולו של ישראל." ברור בדברי הבית יוסף שהפטור הוי חסרון של בעלות ישראל; וכמו שבשותפות עכו"ם יש חסרון של בעלות ישראל, לשותפות כהנים ולויים יש חסרון של בעלות לבר חיובא.

אולם עיין בדברי הב"ח, שדחק את עצמו ליישב שיטת הטור בלי דרישה של בישראל: "פשוט הוא בקרא בישראל ולא אחרים, כל אחרים שאינם חייבים בפטר חמור." נראה שחלוק הב"ח עם הבית יוסף, שלפי הבית יוסף יוצא שחסרון של בעלות בר חיובא הוי קובע, אבל להב"ח המשמעות הוי שמי שאינו בר חיובא הוי מפקיע.

יוצא שאפשר שלהב"ח שותפות עכו"ם לא הוי הלכה מיוחדת, אלא הוי הפקעה לכל בעלות שאינו בר חיובא בהמצוה. אולם לפי הבית יוסף, הקובע הוי דרישה של בעלות של בר חיובא, ומסתבר שאותו חסרון נוגע לשותפות עכו"ם, לשותפות כהן וגם להפקר והקדש.

סכום:

ראינו עד כאן ד' שיטות:

(א) שיטת התוס' - ברור שיש דרישה של בעלות ישראל ששייך למקרים אחרים: לפחות להקדש, ולדעת החזון יחזקאל גם להפקר, ולכאורה על פי תוס' ב"מ זה הוי הטעם לפטור שותפות עכו"ם.

(ב) רש"י ורמב"ם - לא ברור שדרישה של בישראל נוגע להלכות אחרות, אבל עדיין אפשר להסביר הדין של שותפות עכו"ם משום דרישה של בעלות ישראל.

(ג) שיטת הב"ח - משמע שהדין של שותפות עכו"ם הוי מוגדר כפסול לאחרים, אבל אין ברור שלגמרי אין דרישה של בעלות, ואפשר שזה נוגע למקרים אחרים.

ד) מנחת חינוך - ברור ששותפות עכ"ם הוי משום פסול, וגם מפורש שאין כלל דרישה של בישראל בשום מקום.

ב. קדושה דמתלא תלי

הנקודה המרכזית לגבי השאלה של אם יש דרישה של בעלות ישראל היינו, עד כמה אפשר שיש בכור בלי בעלים שחייבים במצוותיה. ראינו שלהרבה אחרונים בהמה של הפקר חייבת בכורה, אבל נחלקו המנחת חינוך והמהרי"ט אלגזי לגבי מעמד הבהמה כשעדיין היתה ברשות הפקר. להלן נברר ענין זה ע"פ מה שבארנו למעלה.

(א) שיטת המנחת חינוך

עיין בהמשך דברי המנחת חינוך: "כיון דאין צריך לכם לא נתמעט הפקר, רק הקדש וגויים דאיכא קראי; ואפילו בעודו הפקר אסור לשחטו ולגזוז ולעבוד כמו בכור גמור." על פי מה שביארנו לגבי שיטתו הקיצוני, אין שום השפעה של בעלות ישראל על מצב של הבהמה, כי הבהמה הוי בהמה גמורה בעודנו בהפקר. אפשר להבין על פי זה מדוע צריך שבעלות עכ"ם הוי פוסל ומפקיע. יוצא לפ"ז שיש ג' מיני רשיות שונות לענייננו:

(1) רשות שמפקיע ומבטל קדושת בכור, כמו רשות עכ"ם.

(2) רשיות של בר חיובא בהמצוה; אלא שאף על פי שהמצוה מוטלת על היחיד, אין קנינו משפיע על חלות קדושה הבהמה.

(3) רשות של יחיד שלא הוי חייב בהמצוה, אבל מכל מקום לא מפקיע הקדושת הבהמה.⁴

מכל מקום, יוצא שיש אפשרות שבעל הבהמה הוי פוסל ומפקיע, אבל אין בעלות של בר חיובא גורם לחיובים.

⁴ מצינו כעין זו לפי המקנה בקידושין [כט. ד"ה והנה] שסובר שאשה הוי פטורה מפדיון פטר חמור, אבל מכל מקום חמורה בעי פדיון.

(ב) שיטת המהרי"ט אלגזי

כנגד המנחת חינוך, המהרי"ט אלגזי סובר שבהמה של הפקר חייב בבכורה אבל אין עליו איסורים כשעדיין הוא ברשות הפקר. וז"ל (סימן א [ו]: בקטע המתחיל "ואך כנים אנו"), צריך לומר דהתוספתא דפרק ב' הנזכר הדקתני דבהמת הפקר פטורה מן הבכורה, ורצה לומר כל עוד וזמן שלא זכה בה ישראל מן ההפקר דכיון דליכא בעלים לא קדוש בפטר רחם, ונפקא מינה דאם זכה בו עובד כוכבים מן ההפקר ונמכרו או נתנו לישראל פטור, כיון דכבר פקע קדושתו ביד עובד כוכבים, אבל אם זכה בו ישראל מן ההפקר משעה שזכה בו חל עליו קדושת בכור דקדושת פטר רחם מתלה תלי עד שיהיה לו בעלים, וכיון שזכה בא אחר, חל עליו קדושת בכור."

כנגד המנחת חינוך המהרי"ט אלגזי סובר שיש דרישה של בעלות ישראל כדי שקדושת בכור תחול בפועל. יוצא שיש רווח בין זמן של לידה לזמן של חלות הקדושה. לפי המנחת חינוך קל להבין, שיש חד נקודה בזמן שקובע הכל. אולם להמהרי"ט אלגזי, צריך להסביר איך יהיה שהקדושה הוי משום פטירת הרחם, אבל הקדושה אינוחל בזמן פטירת הרחם. ברור מדבריו שכל הזמן בינתיים הקדושה הוי מתלה תלי. ונראה לפרש שאף על פי שחלות הקדושה לא הוי תלוי בלידה, האפשרות של הקדושה הוי תלוי בלידה. בין לידה לחלות הקדושה, הבהמה נקריית בכור ויש שם בכור משום שיש אפשרות של קדושה, ובשביל השם הזה יש אפשרות לקדושה לחול אם יוצאים כל הדרישות שנוגעות לחלות הקדושה.

ונראה שיש סיוע לדברי המהרי"ט אלגזי בדברי התרומת הדשן (פסקים וכתבים סימן קל).⁵ התרומת הדשן דן לגבי בהמה שילדה תאומים (זכר ונקבה), ולא ברור איזה נולדה תחילה, וגם הוי ספק אם האם כבר ביכרה מקודם. בפשטות, זה הוי ספק ספיקא משם אחד, כי להלכה כל השאלה מכוונת להאם הולד (הזכר) הוי בכור או לא הוי בכור. ואף על פי

⁵ הובא בכללי ספק ספיקא של הש"ך (כלל יא), ותודתי נתונה להרב סובולפסקי שליט"א ששמעתי מקור זה בשיעוריו בעניני תערובות.

כן, כתב התרומת הדשן שזה לא נחשב שם אחד והוי שפיר ספק ספיקא המתרת "דהספק הראשון מתיר טפי מן האחרון, דאם ילדה כבר, אם כן אילו התאומים שניהם פשוטים ובכי האי גונא חשיב שפיר ספק ספיקא דב' הספיקות אינם מענין אחד." יוצא שהספיקות הוי נפרדים כי הספק הראשון (אם האם כבר ילדה) קובע אם יש כאן ולד שלא היתה פשוט, וההלכה שיוצא לפי זה הוי אם יש אפשרות לקדושה לגמרי, ואז יש הספק הנשאר (אם הזכר נולד ראשון) שקובע אם האינו-פשוט קדוש בפועל.

בהמקרה של התרומת הדשן, הנידון הוי לגבי שתי בהמות, ואחד מהם לא הוי עליו אפשרות שתהיה עליו קדושת בכורה, משום שהוי נקיבה. מכל מקום, אפילו לגבי הנקיבה יש משמעות הלכתית להיות אינו פשוט. יוצא שיש שם בכור שהוי נפרדת מקדושת בכור. יוצא שלפי המהרי"ט אלגזי, לכל בהמה שנולד ראשון, יש אפשרות לקדושה משום שלא הוי פשוט, והלכך הקדושה תלוי ואם נכנס לרשות של בר חיובא, הבעלות שמחייבת הישראל בהמצוות מעוררת הקדושה התלויה.

ואפשר לומר לגבי השאלה אם עכו"ם הוי פוסל או אם יש דרישה של בעלות ישראל, שלמהרי"ט אלגזי שיש ב' דינים, דין אחד הוי שלידה ברשות עכו"ם או הכנסה לרשות עכו"ם הוי מפקיע השם בכור ואז אין אפשרות של קדושה. ואם אין הפקעה משום עכו"ם, עדיין יש דין שני שבעי בעלות ישראל כדי לעורר הקדושה שהיתה מתלה תלי.

ג. בכור של עכו"ם

גרסינן בתוספתא (תרומות ד:יג; הובא במנחות סז): "עובד כוכבים שהפריש פטר חמור וחלה, מודיעין אותו שהוא פטור...ופטר חמור גוזז ועובר בו." לכאורה הענין הוי שאף על פי שהיתה אפשר לעכו"ם להחמיר על עצמו להרבה ממצוות התורה, אי אפשר במצוה זאת, ולכאורה זה הוי משום שאי אפשר לנהוג מצות וקדושת בכורה בלי בהמה שהיתה מוגדרת כבכור.

אולם עיין בקרן אורה (ד"ה איתיביה) דכתב "דאע"פ דלהכי קיימא לן בפטר חמור ולא בבהמה טהורה;⁶ אם הפירוש משום דאם

⁶ הקרן אורה מעוררת שאלה אחרת: מדוע יש חילוק בין בהמה טמאה לבהמה טהורה אם בשתייהם יש אותו דין שבעלות עכו"ם מפקיעקדושת בכור. ונראה לעורר ג' הערות לגבי אפשרות שיש הבדל בין בהמה טמאה לבהמה טהורה:

(א) בהרבה מקומות מוזכר בגמרא שבכור הוא קודשת הגוף, אבל פטר חמור הוא רק קדושת דמים. ועיין בראש (א:יא) שסובר שהיו גרוע משאר קדושות דמים משום שפדיונה הוא חולין. (ועיין במאמר של הרב יונתן לוויין בחוברת זו). נראה פשוט שבדבר של קדושת הגוף, החפצא מצד עצמו הוא חשוב, אבל דבר של קדושת דמים יש אפשרות שהחפצא יש לו חשיבות טפילה. הלכך אפשר שלבכור הבעלים חייבים משום קדושה של החפצא, אבל לבהמה טמאה, אפשר שכל החשיבות של החפצא נובע מחיובי הבעל. ועיין בנודע ביהודה (יורה דעה קמא סימן פד) שטוען שיש איסורים על הבהמה רק משום חיוב הפדיון. (תודתי נתונה למו"ר הרב מיכאל רוזנצווייג שליט"א שציין לי מקור זה).

(ב) ר' יהודה סבר ששותפות עכו"ם חייב בכורה. אולם, אפשר שכמה מן הדינים היו שונים מבכור שהיו כולה של ישראל ואכמ"ל. לגבי איסורים בפטר חמור, נחלקו רבי יהודה ורבי מאיר אם יש עליו איסורים. ועיין במנחת חינוך (מצוה כג) שסובר שנובע מזה שרבי יהודה ורבי מאיר חולקים לגבי האופי של הפדיון. אולם איתא בהדיה בגמרא (ט:) שרבי יהודה סבר שאין איסורים על פטר חמור של שותפות עכו"ם. יוצא לפי המנחת חינוך שהבכור בהמה טמאה של שותפות עכו"ם של ר' יהודה הוא קדושה בקדושה משונה מבכור בהמה טהורה רגיל. אולם בשיטה מקובצת החדש איתא בשם רגמ"ה שזה רק הוא לפטר חמור, אבל לבכור בהמה טהורה, יש עליו האיסורים כמו בכור של ישראל. יוצא מכל הנ"ל שאפשר שרבי יהודה סובר שבכור של שותפות עכו"ם הוא יותר קרוב לבכור רגיל מפטר חמור של שותפות עכו"ם, ואפשר שיוצא אם הנודע ביהודה והקרן אורה שיש יותא דבר שמפקיע אותו, אבל לפטר חמור כל השם בכורה הוא נובע מחיובי הישראל.

(ג) אפשר שיש קצת חילוק בתפקיד של בעלות בדברי הרמב"ם. תוס' (ב. ד"ה המשתתף) הביא דרשה מן התורה כהנים ששותפים (ב' ישראלים) הוא חייב בכורה. ועיין בחולין קלה. שזה שנוי במחלוקת בין החכמים ורבי אילעי. ועיין במהרי"ט אלגזי (סימן א [ב]) שהקשה על תוס' למה צריך דרשה; לפי רב אילעי מכל מקום פטור ולחכמים הוא חייב בלי דרשה.

על פי רקע זה עיין ברמב"ם (בכורות ד: א-ג, ביכורים יב: טו) שרק לגבי בכור בהמה טהורה נקט ששותפים חייבים. ויש דיון באחרונים אם בדרך כלל הרמב"ם סובר כמו ר' אילעי. (עיין מנחת חינוך מ' תקח' [ראשית הגז] שסובר שהרמב"ם פוסק כר' אילעי. אולם בחידושי ר' חיים הלוי על הרמב"ם [הל' ביכורים] סובר שהרמב"ם לא פסק כר' אילעי. אבל משום שיש ראיות לכאן ולכאן, רב שך [אבי עזרי הלכות תפילין] מפרש באריכות שהרמב"ם פוסק כר' אילעי במקצת. יוצא שיש מקומות [ראשית הגז] שסובר כמותו, יש מקומות שדוחה לגמרי מסברא, ויש מקומות שהסברא ייתכן [כמו בכור] והלכך צריך להזכיר דברי רבא בחולין שסובר שר' אילעי

הקדישו קדושת פה חל עליו קדושה למאן דאמר דעכו"ם מקרבי כל נדרים אפילו שלמום ולמסור לישראל לכאו"ע יכול להקדישו. וזה תמוה מאד, כי בהמה של עכו"ם לא הוי בכור, ובכור לא הוי קרבן נדבה; ולכאורה זה הוי חולין בעזרה, ואיך אפשר להמקבלים ומקריבין בהמה שעכו"ם נודב בתורת בכור?

כבר ראינו שיש שם "אינו פשוט" שנוגע אפילו בהמקרה שאי אפשר להבהמה להיות בכור. יוצא שאפילו במקרים שבהמה נולדה ראשון ופוסט את הרחם, אף על פי שעל דיני התורה אין דיני קדושת בכור נוגע, במציאות בהמה זה הוי בכור, משום שהוי אינו פשוט.⁷ בהמה כזו, אע"פ

הוי מודה. יוצא מזה שיש חילוק בתפקיד של בעלו, ויוצא שאין ה"א שבעי בעלות מיוחדת לפטר חמור, אבל הסברא הוי שיתכן לבכור. [ולפי זה אפשר שיש יותר דרשה לבעלות לבהמה טהורה מבפטר חמור, וזה הוי היפך של הנודע ביהודה והקרן אורה. אבל יוצא מהרמב"ם וגם הקרן אורה ונודע ביהודה שצ"ע איך הדרישה של בעלות והפטור של עכו"ם הוי נוגע בדרך כלל להבעלים בין מצות בכור בהמה טהורה לבכור בהמה טמאה, ואין כאן מקום להאריך יותר].

⁷ ונראה לדייק שלגבי ספיקות, הרמב"ם שינה לשונו (ואולי אף פסקיו) גבי ספק אם הבהמה הוי נולד ראשון לספק אם הבעל הוי יהודי (אם לידה הוי קודם גרותיו או אחר גרותיו).

(א) בדרך כלל (עיין בכורות פרק ה) לספק בכור אין לכהן כלום משום המוציא עליו הראייה. וגם זה מפורש לגבי לוקח בהמה מין הגוי ואינו יודע אם בכרה (בכורות ד:ז). אולם פסק הראשון של הרמב"ם לגבי ספק (קודם שהזכיר הכלל של המוציא מחבירו) היינו לגבי גר שנתגייר ואין יודע אם עד שלא נתגייר ילדה פרתו (בכורות ד:ז), דכתב רק שזה ספק בכור ולא הזכיר שאין לכהן זכות משום המוציא מחבירו עליו הראייה. ולא ראיתי מי שדן בזה. אולם משום שאר הלכה שאחר זה (ד:ז) לא הזכיר שיש בכור לכהן, אפשר שיש לכהן יותר טענה לבהמה זו. (ולכל ספק בכור, אע"פ שפסקינן המוציא לחבירו, הרמב"ם סובר שיש לכהן זכות, ואולי אין לישראל מרא קמא משום הרמב"ם פסק תקפה כהן אין מוציאין מידו.) ואע"פ שלבכור לא ברור מה נ"מ שחילוק בין ספק נולד ראשון לספק ישראל, נראה שזה יותר בולט לגבי פטר חמור.

(ב) בדרך כלל לספיקות של פטר חמור, הרמב"ם פוסק שמפרישין שה לעצמו ואין נותנים לכהן משום המוציא מחבירו עליו הראייה. הרמב"ם לא הזכיר שיש אפשרות או חיוב של עריפה לגבי ספיקות. (תוס' דף ט: לאפקועי לאיסורא סובר פטור והמנחת חינוך במצוה כג סובר חייב). והרבה אחרונים (עיין שערי יושר ה:ז ואבי עזריה ה' בכיריים פרק יב) סוברים שהרמב"ם מגלה בפסק זה שלכל ספיקות יש עריפה מספק. אולם נראה מפשטות לשונו שזה לא כי זה לא הוי אותו הספק (כי בספק גרות ודאי הבהמה הוי נולד ראשון). וגם לספיקות אחרות הלשון הוי מפרישין כדי להפקיע קדושה ממנו (יב:ט) וכאן הלשון הוי שיש חיוב. וגם יש הבדל חשוב,

שהדין התורה לגבי איך בני חיובא צריכים להתייחס להבכור אינם נוגעים, אפשר שמכל מקום כל בהמה כזו היא לו יעוד כבכור, ואפשר שיש קדושה גרועה. אפשר שיש קדושה גרועה שמתלה תלי, וכלפי ישראלים אין משמעות, אבל כלפי עכו"ם שרוצה להחמיר על עצמו, אפשר לעורר הקדושה וגורם חלות של קדושת בכור.

ואם יש קדושה גרועה שאי אפשר שיהיה משמעות הלכתי לישראלים משום שזה לא היא דיני התורה, אבל מכל מקום יש מציאות של בכורה, אפשר ליישב שיטה תמוהה של רש"י בסוגיא שם. הגמרא מדברת לגבי עכו"ם שהפריש פטר חמור. רש"י סובר שהוא הוא מפריש השה לפדיון. אולם הגמרא אומרת "מודיעין אותו שהוא פטור...ופטר חמור גוזז ועובר בו." והקשה תוס' (ד"ה עובר) על רש"י: אם הוא כבר הוא מפרשת שה מדוע אומרים שמת לגוזז ולעובר בו, אם כאילו לגבי ישראל אם בכור אמיתית הפרשת השה היא מפקיע האיסורים, לכאורה הוא הדין הכא. אולם אפשר לומר ליישב דעת רש"י שהוא סובר שאם הוא אפשר לעכו"ם להחמיר במצוה של פדיון פטר חמור, הדין הוא שאפילו אחר פדיון, עדיין יש איסורים על החמור. הקדושה גמורה היא מוגדרת על פי דיני התורה רק אם יש בעלות ישראל, ואפשר שהקדושה גרועה היא שונה ויש לו הלכות מיוחדות.

שלגבי הגר, פשוט לשונו הוא "שחייב לערוף או לפדות", וזה חידוש גדול כי הרמב"ם עצמו פסק שמצות פדיון קודמת למצות עריפה. אלא נראה שזו הלכה מיוחדת לספק אם יש בעלות ישראל במקום שיש בהמה שודאי היתה אינו פשוט וצ"ע. (ומובן שצריך לברר היחס בין פדיון לעריפה ולהסביר מדוע יש מקרה זה יש עדיפות לעריפה. (וגם יש עוד מקרה (אחר שלשים יום, ע"י יב:1) שגם הוא משמע שעריפה קודמת ואכמ"ל באופי של עריפה. מכל מקום, יש לטעון שהיה קשה לסמוך על פסק זה לסבור שלכל ספק יש חיוב או אפשרות של עריפה.