

בענין פטור ערוה עצמה מיבוס וחליצה

ישוב למה שמצאנו כמה איסורי ערוה דאע"ג דאין עליהם חיוב כרת מ"מ פטורות מיבוס וחליצה

[א]. יבמות (דף ג:). ת"ר אשה אל אחותה לא תקח וכו', לפי שנאמר יבמה יבוא עליה שומע אני אפי' באחת מכל עריות האמורות בתורה הכתוב מדבר, נאמר כאן עליה ונאמר להלן עליה, מה להלן במקום מצוה אף כאן במקום מצוה ואמר רחמנא לא תקח. ואקשי', טעמא דכתב רחמנא עליה הא לאו הכי הו"א אחות אשה מייבמה, מאי טעמא דאמרינן אתי עשה ודחי ל"ת, אימר דאמרינן אתי עשה ודחי ל"ת, ל"ת גרידא, ל"ת שיש בו כרת מי דחי. ובסוף הסוגיא (דף ח.) משני', איצטריך קרא לגוונא דנשא מת ומת ואח"כ נשא חי, דלא נימא הואיל

ואשתרי אשתרי, א"נ כי היכי דלא נילף מהיקשא דרבי יונה, ורבא משני, ערוה לא צריכא קרא, כי איצטריך קרא למישרי צרה שלא במקום מצוה. עכ"ד הגמ'. ומבואר שמה שערוה אינה מתייבמת הוא משום דלא אתי עשה ודחי ל"ת, והיינו לא מיבעיא לרבא דמשני הכי בהדיא, אלא אף להנך שינויי דערוה צריכא קרא, אי"ז אלא גילוי מילתא דלא אמרי' בכאן הואיל ואשתרי אשתרי, א"נ דלא נימא בזה הקי שא דרבי יונה, ולעולם מה שאינה מתייבמת הוא משום דאין עשה דוחה ל"ת שיש בו כרת.

חידוש האבי עזרי דערוה שאין חייבים עליה כרת גם כן פוטרת צרתה

[ב]. והנה יש להתעורר ממה שאמרו בגמ' להלן (דף יט.) דזיקה ככנוסה לר"ש מוציא את אחותה משום ערוה, ואע"ג שאין בזה כרת (וכמ"ש בפסקי הרי"ד שם), ומוכח דסגי שיש עליה שם ערוה, וזהו פוטר אותה ואת צרתה. ועוד יש להעיר בזה ממאמר לב"ש דס"ל לר' אמי (דף כט:) דמאמר לב"ש קונה קנין גמור, והוכיחו הראשונים (רמב"ן רשב"א וריטב"א לקמן דף כט: ד"ה השתא ארוסה) מד' הגמ' בנדרים (דף עה.) דאפי' דמאמר קונה קנין גמור, מ"מ אין חייבין עליה סקילה. ע"ש. והיינו שאין

עליה כרת ג"כ, דלכאוו' אין מקום לחלק בין כרת לסקילה (עי' להלן אות יב), ואפ"ה מבואר במשנה (דף כט.) דלב"ש אחותה שנפלה מבית אחר, תצא משום אחו"א. וגם בכאן תיקשי, דכיון דאין בה כרת, היאך פוטרת משום ערוה. והנה רבינו האבי עזרי (הל' איסור"ב פ"ב ה"ז) האריך והרחיב בענין זה, ותוכן דבריו הוא, דהא דאמר רבא ערוה לא צריכא קרא, זהו רק אילו לא היה גז"ש דעליה, אבל אחר שנתקבל גז"ש דעליה, א"כ מה שערוה אינה מתייבמת, אי"ז רק משום שאסורה

להתייבם דלא אתי עשה וכו', אלא מעיקר חיובא דיבום אימעטי, ולפ"ז הוסיף, שכיון שנתמעטה הערוה מקרא, א"כ גם ערוה שאין חייבין עליה כרת נתמעטה, דסגי בזה שיש עליה "שם ערוה", ולפ"ז יישב הא דזיקה ככנוסה לר"ש מוציאה אחותה משום ערוה, והיינו דאף שאין חייב עליה כרת מ"מ יש עליה שם ערוה, ובזה ביאר מה שאמרו (דף יא.) סוטה וצרתה פטורים מן היבום וחליצה, דטומאה כתיב בה כעריות. והגם שאין בסוטה איסור כרת, ומאי אהני לן דטומאה כתיב בה כעריות, אלא בהכרח דהעיקר הוא שיש עליה שם ערוה, וכיון דטומאה כתיב בה כעריות, יש עליה שם ערוה. והוסיף האבי עזרי, דבזה יתיישב קו' התוס' והראשונים (דף ט.), אמאי חייבי לאוין לר"ע לאו בני יבו"ח נינהו, הלא כיון שאין בהם כרת ליתני עשה ולידחי ל"ת, ולהאמור אתי שפיר, דע"פ האמת דילפינן לה מקרא דעליה, א"כ סגי בזה שיש להם שם ערוה, וחייבי לאוין לר"ע ערוה נינהו. גם יישב בזה מה שהק' האחרו' (רעק"א בתשו' סי' קכא, דגול מרבבה אהע"ז סי' טו') ע"ד השו"ע שם, דחשיב כל העריות שאין הקידושין תופסין בהם,

ובכללם חמותו והם חמותו, ולמה לא זכר שאחר מיתת אשתו קידושין תופסין בהם לשי' רש"י הרמב"ן והרשב"א (יבמות דף צח:), מאחר שאין בהם אלא איסורא בעלמא, ולמה שנתבאר יש לומר, דאף שחמותו לאחר מיתת אשתו התמעט מכרת, מ"מ איסורה הוא איסור ערוה, ומשו"ה אין קידושין תופסין בה אפי' שאינה מחי"כ. עכת"ד. וע"ש עוד (איסור פ"ב ה"א) שהוסיף ליישב לפ"ז, מה שהקשו התוס' (דף ב. ד"ה אשת אחיו מאמו) דבתו"כ משמע דאשת אחיו מאמו אין בה כרת, ואילו ממתני' דקחשיב לה בהדי הנך שפטורות מיבו"ח מוכח שיש בה כרת, וכ' האבי עזרי די"ל שגם תנא דמתני' ס"ל דאשת אחיו מאמו אין בה כרת, ומ"מ כיון שאיסורה נאמר בפרשת עריות, יש לה שם ערוה, ולענין פטור מיבו"ח לא בעינן שתהיה דוקא ערוה של חיי"כ, אלא אף אם הוא רק חיוב לאו, מ"מ אם יש לו שם ערוה פטורה מיבו"ח. ע"ש. וחידוש נוסף מתבאר בדברי האבי עזרי, דשם ערוה יכול להיות גם במי שאין בה חיוב כרת. ויש להעיר בכ"ז וכדלהלן.

המקור לפטור ערוה מיבום

ג]. והנה מ"ש האבי עזרי בראש דבריו, דהגם דמסקינן דערוה לא צריכא קרא, מ"מ ע"פ האמת מה שערוה אינה מתייבמת אתי מקרא, הנה כדבר הזה כתבו עוד אחרונים, עי' חי' הגרש"ש (סי' טו' אות ג'), דמלצורו שמעינן דגם על הערוה עצמה יש דין פטור, והאחיעזר (סי'

א' אות יב') והקובה"ע (סי' ה' אות יא') כ' דאף דערוה ל"צ קרא, מ"מ אחרי דכתיב עליה לאשמועינן שאין צרה אלא במקום מצוה, ממילא נשמע מינה גם דין פטור על הערוה, וע"ע בחי' הגרש"ר (סי' א' אות ב'), ולכאו' זוהי כוונת הברכ"ש (סימן ב'). וכבר נודע להוכיח כן מד' רש"י בכמה

מקומות (דף ב: ד"ה מכדי כולהו, ודף י: ד"ה וחייבי לאוין, ועוד) שכ', דערוה אינה מתייבמת משום דאטי מאחות אשה. אולם באמת הראשונים העירו ע"ד רש"י בזה, עי' בחי' הרשב"א והריטב"א (דף ב: ד"ה מכדי כולהו) שהק' ע"ד רש"י, דהא אסיק רבא בגמרא דערוה לא צריכא קרא, ודוחק הוא לפרש כל סוגיין למאי דסלקא דעתין מעיקרא. ע"ש. ומשמע לכא' דלפי האמת נמי לא ילפינן מקרא כלל. וע"ע בתוס' ובראשונים (דף ט.) שהק' למה פשיטא ליה להש"ס דלר"ע חייבי לאוין לאו בני חליצה ויבוס נינהו, הרי חייבי כריתות גופיהו טעמא דאין עולים ליבוס היינו משום דלא אתי עשה ודחי

את ל"ת שיש בו כרת, וא"כ בחייבי לאוין יש לומר דאטי עשה ודחי לא תעשה. ע"כ. ויעו"ש שגם למסקנא נשארו בטעם זה אליבא דרבנן. וחזינן דגם אי נימא כד' האחרונים דלפי האמת כתיב בקרא פטורא דערוה, מ"מ אין זה אלא משום דלא אתי עשה ודחי ל"ת שיש בו כרת. ונמצא שכל יסודו של האבי עזרי דפטור יבוס תלוי בשם ערוה, לא א"ש לד' הראשונים, דלדידהו מה שערוה אינה מתייבמת הוא משום דלא אתי עשה ודחי ל"ת שיש בו כרת, וא"כ היכא שאין בה כרת, אפי' אי חשיבא ערוה, הרי היא בת יבוס.

כמה קושיות על חידוש האבי עזרי

ד]. ובאמת שיש להעיר לפק"ד על עיקר מה שחידש האבי עזרי, דשם ערוה הוי בכל מי שאיסורה אתי בפרשת עריות, אפי' אין בה כרת, ופטורה מיבוס ככל העריות, דזהו תמוה דהא קתני להדיא בברייתא (דף ג:), מה אחות אשה מיוחדת שהיא ערוה וחייבין על זדונה כרת וכו' ואסורה ליבם, אף כל שהיא ערוה 'וחייבין על זדונה כרת' וכו' אסורה ליבם, הרי דלא תלי זה בשם ערוה לחוד, אלא דבעי נמי שחייבין על זדונו כרת, דומיא דאחות אשה. וכזה ממש יש להקשות לפמ"ש התוס' (דף ג: ד"ה מה אחות אשה), דהמקור לכל העריות שדינם כאחות אשה שאינה מתייבמת, הוא מהיקשא דרבי יונה, דהוקשו כל העריות זה לזה בקרא דונכרתו כל הנפשות. וזהו המקור לכל העריות שאין קידושין

תופסין בהם כאחוס"א, דהוקשו בקרא דונכרתו וכדרכי יונה, וכמבואר בקידושין (דף טז:). והשתא איסורי ביאה שאין בהם כרת, אף אם נאמר דיש עליהם שם ערוה, מ"מ מהי"ת לרבויי, הלא אינן בכלל ההיקש, שהרי אינם באיסור כרת, ולא קרינן בהו ונכרתו, ומנא לן שלא יתפסו בהם קידושין ויהיה בהם פטור מיבוס. וד' האבי עזרי צע"ג. ועי' היטב בד' הרמב"ן והרשב"א להלן (דף ט.) שמבואר בדבריהם דלרבנן דפליגי אדר"ע בחיי"ל, אין פטור מיבוס אלא במי שיש בה כרת, ולא תלי במי שאין תופס בה קידושין, ומשום"ה הק' הראשונים שם, מנא ליה לתלמודא דר"ע פליג בד"ז אדרבנן. יעו"ש. וזהו להדיא שלא כד' האבי עזרי דכל מי שיש לה שם ערוה, אפי' אינה מחיי"כ, אין

קידושין תופסין בה ופטורה מיבו"ח.
ודו"ק.

חמותו לאחר מיתה תופסין בה קידושין להרמב"ן והרשב"א, כיון דאין חייבין עליה כרת

ה]. ויותר יש לתמוה במ"ש האבי עזרי
דחמותו לאחר מיתה לא תופסין בה
קידושין גם לשי' הרמב"ן והרשב"א (יבמות
דף צח:), והנה זה להיפך מהמפורש
בדבריהם שם וז"ל, מהא משמע דחמות
לאחר מיתה לרבי עקיבא לאו חיי"כ היא
וכו' אבל שריפה וכתר ליכא הלכך
קידושין תופסין בהם וכו'. וכ"ה במאירי
בסנהדרין (דף עה:). והאבי עזרי גופיה
הביא את דבריהם, ודחק הרבה בכוונתם,
וכמ"ש שם, שדוחק לפרש כן בדבריהם
משום וכו'. יעו"ש. ועכ"פ מפשטות
דבריהם יש לנו ללמוד להיפך ממ"ש
האבי עזרי, והיינו דלא מיקרי ערוה רק
מי שאיסורו איסור כרת. וכן מפורש
בתשו' הריב"ש (סי' שעד'), דחמותו לאחר
מיתה כיון דאיסורא בעלמא הוא, אינה
פוטרת צרתה, דלא דמיא לאחו"א,
דאחו"א בכרת וחמותו לאחר מיתה
איסורא בעלמא. ע"ש. וחזינן דלית לה
דין ערוה כיון שאין בה כרת. גם מד'
התוס' (דף ב. ד"ה אשת אחיו מאמו) יש להוכיח
שלא כד' האבי עזרי, שהרי כתבו בזה"ל,
משמע הכא דבאשת אחיו מאמו יש בה
כרת, דבחיבי לאוין סבר תנא דמתני'

דחולצת כדתנן בפ"ב (דף כ.). איסור מצוה
ואיסור קדושה חולצת וכו'. ע"כ. והנה
שם במשנה לא הוזכר כלל לישנא
דחייבי כריתות וחייבי לאוין, אלא
'איסור ערוה' שאינה בת יבו"ח 'ואיסור
קדושה' חולצת וכו', ואי נימא דאש"א
מאמו הוי ערוה גם אם אין בה כרת, הרי
שאדרבה היא כלולה בכלל איסור ערוה
דתנן בה לא חולצת ולא מתייבמת, ומה
הוקשה כלל לתוס', ומוכח בהדיא
מדבריהם דערוה לא מקרי רק מי
שאיסורו איסור כרת, ומשו"ה פשיטא
להו להתוס' דאי אשת אחיו מאמו אין
בה כרת הרי היא בכלל איסור קדושה,
ולא בכלל איסור ערוה. גם יש לדקדק
מלשון רש"י (דף ט. ד"ה והרי איסור) שכ'
בדעתייהו דרבנן דפליגי אדר"ע, "דלא
אלים איסור לאו בלא כרת לאפקועי
ייבום לגמרי". משמע דמה דחיי"כ
מפקעי ייבום לגמרי, הוא משום דאלים
"איסור כרת" לאפקועי ייבום לגמרי,
וזהו דלא כהאבי עזרי שכ', שה"ערוה"
היא שמפקיעה את הייבום לגמרי, ואפי'
ערוה שאינה מחיי"כ.

למי יש שם ערוה ופירוש תיבת ערוה

מי שיש עליה "שם ערוה" אפי' אין בה
כרת, מ"מ מיקרי ערוה ואין קידושין

ו]. וכזה יש להוסיף להעיר על עיקר
המושג הנז' בד' האבי עזרי, והוא שכל

קידושין, אף כל שהיא ערוה וחייבין על זדונה כרת ועל שגגתה חטאת, לא תפסי בה קידושין. וחזינן דערוה אין ענינו בדוקא מי שחייב כרת, וכן מוכח עוד דערוה לא תלוי במה שאין קידושין תופסין בה, שהלא אכתי לא ידעינן דלא תפסי קידושין בחיי"כ, ואפ"ה קרי להו ערוה. [ואין לומר עוד דערוה מיקרי כל היכא דהוי ממנו ממזר, דהא לר' יהושע (יבמות מט.) אין ממזר אלא מחייבי מיתות ב"ד, ועוד דביבמות (דף מה:) מבואר דהמקור דהוי ממזר בכל העריות, הוא ילפוטא מהא דלא תפסי בהו קידושין, וא"כ השתא דאכתי דלא ידעינן דלא תפסי בהו קידושין בכל חיי"כ, לא הוי נמי ממזר מחיי"כ]. ומוכח מכ"ז דערוה ענינו גילוי בשר שצריך לכסותו, ומשו"ה לשון זה שייך בכל איסורי ביאה.

ז. והנה הגם שזהו עיקר פירוש תיבת ערוה, מ"מ ברוב מקומות התלמוד המכוון הוא דוקא לחייבי כריתות, וכדתנן להלן (דף כ.), כל שאיסורה איסור ערוה, לא חולצת ולא מתייבמת, איסור מצוה ואיסור קדושה, חולצת ולא מתייבמת. ומפורש בזה דדוקא חייבי כריתות קרי איסור ערוה, ובטעם הדבר שנתחייבו חיי"כ בשם איסור ערוה, זהו ע"ד מה שביארה הגמ' שם בטעם דחייבי לאוין נקראו איסור קדושה, משום דכתיב בהו קדושים יהיו לאלהיהם, וכן שניות נקראו איסור מצוה, משום דמצוה לשמוע דברי חכמים. וכזה יש לומר בפשיטות דחיי"כ נקראו איסור ערוה, משום שכל חייבי כריתות האמורות בפרשת אחרי מות כתיב בהו ערוה, ערותך אמך, ערות אחותך, לגלות ערותה, וכיו"ב. (והגמ' לא הוצרכה לבאר הטעם בזה

תופסין לו בה. שהנה מושג זה הוזכר באחרונים בערוה שיש בה כרת בעלמא, אלא שבמקרה זה אין בה כרת, כגון היכא דאין איסור חל על איסור וכיו"ב, אבל מה שחידש האבי עזרי בכאן לומר שגם מי שאין בה חיוב כרת לעולם, מ"מ שייך לומר ע"ז שם ערוה, זהו לכאוי תימה רבתי, וארחיב דיבורי בזה, דהנה פירוש תיבת ערוה הוא גילוי, וכמ"ש רש"י עה"ת (בראשית, מב', א'), ערות הארץ, גלוי הארץ וכו' וכן כל ערוה שבמקרא לשון גילוי. ע"כ. ובעניננו הוא לשון גילוי בשר, [ועי' בשו"ת חת"ס (או"ח סי' נה') שכ' שערוה הוא לשון דיבוק. יעו"ש. וצ"ע]. ועי' בב"י (או"ח סי' עה'), דלשון "מגולה" מורה על דבר שראוי להיות מכוסה ונתגלה. וכ"ה בעניננו דהמקום המגולה הזה ראוי וצריך להיות מכוסה, וא"כ נמצא דכל איסורי ביאה (אפי' חייבי לאוין ואיסור עשה) ראוי לקרותן ערוה, דבכולם שייך המובן של גילוי בשר, וכן מוכרח בסוגיין להלן (דף ג.), דאמר' בברייתא, מה אחות אשה מיוחדת שהיא ערוה וחייבין על זדונה כרת וכו' אף כל שהיא ערוה וחייבין על זדונה כרת וכו'. ומהא דקאמר תרתי, ערוה וחיוב כרת, מוכח דערוה אין ענינו בדוקא מי שחייב כרת. והיה מקום לומר דערוה היינו כל מי שאין קידושין תופסין בו, אולם זה אינו, דהנה בקידושין (דף סז:) ילפינן דאין קידושין תופסין באחות אשה, ואמר' שם, אשכחן אחות אשה שאר עריות מנלן, ילפינן מאחו"א, מה אחו"א מיוחדת שהיא ערוה וחייבין על זדונה כרת ועל שגגתה חטאת, ולא תפסי בה

שהדבר ברור שזהו רק שם כינוי לחייבי לאוין, ונמצא לדברינו שאין מקום לומר דגם מי שאינה מחיי"כ מ"מ כיון שמוזכרת בפרשת עריות יש עליה "שם ערוה", דלהאמור, ערוה מצד עצמה אינה חומר כלל, וערוה אינו אלא כינוי לכל חיי"כ שביאתן אסורה באיסור כרת, וכמבואר בד' הר"מ הנ"ל.

לרוב פשיטותו). ועי' בר"מ ריש הלכות אישות (פ"א ה"ה) וז"ל, כל שאסר ביאתו בתורה וחייב על ביאתו כרת, והן האמורות בפרשת אחרי מות, הן הנקראין עריות, וכל אחת מהן נקראת "ערוה". ע"כ. וה"ז כמבואר. ואחר דברים אלו יתברר לך, דערוה הוא רק כינוי שם לחייבי כריתות, ואינו חומר מצד עצמו, וכמו איסור קדושה בחייבי לאוין,

חייבי לאוין לרבי עקיבא מיקרו ערוה או לא

אפי' לר"ע לאו ערוה נינהו, שהק' מנ"ל להתוס' דחיי"ל לר"ע פוטרת צרותיהן וז"ל, אבל דין דלצורר הוא דין מסוים הנאמר גבי "עריות", ומנלן דגם לענין זה חייבי לאוין כחייבי כריתות דמו, כיון דהוא דין הנאמר בפרשת עריות ותלי באיסורא דעריות וכו' ומהי"ת ינהוג זאת בשאר איסורין, דסו"ס "לאו עריות נינהו", אלא דלא תפסי בהו קידושין לר"ע. ע"כ. הרי מפורש בדבריו דחיי"ל לר"ע לאו ערוה נינהו. [וכן ראיתי למי שהוכיח כן מד' הטו"א לחגיגה (דף ט: בד' ר"ש בן מנסיא דמעוות לא יוכל לתקון זה הבא על הערוה והוליד ממנה ממזר, וכ' הטו"א דמהא דאמר רשב"מ בא על "הערוה" משמע דס"ל דרק מחיי"כ הוי ממזר, אבל לא מחיי"ל, והק' דבכתובות (דף כט:) מבואר דרשב"מ ס"ל כר"ע דחיי"ל כחיי"כ דמו. יעו"ש. וחזינן דפשיטא ליה דלר"ע חיי"ל לא הוי ערוה].

ט]. והנה בירושלמי במכילתין (פ"א ה"א) איתא, אין לי אלא אחו"א שאר כל העריות מנין, ר' זעורה בשם רבי יוסה בר חנינה, ק"ו מה אחו"א מיוחדת ערוה שיש לה היתר לאיסורה, הרי היא אסורה

ח]. ולפי דרכינו יש להעיר עוד על מ"ש האבי עזרי ליישב קו' התוס' (דף ט), מה המקור דלר"ע חייבי לאוין לאו בני יבו"ח נינהו, דהלא עשה דוחה ל"ת, ותי' האבי עזרי, דלפי מה שכתב דע"פ האמת כל מי שיש עליו שם ערוה לאו בר יבו"ח הוא, לפ"ז ניחא, דחייבי לאוין לר"ע ערוה נינהו. וכעין זה כ' עוד כמה מהאחרונים דחייבי לאוין לר"ע ערוה נינהו, והנה מלבד מה שנתבאר מקודם דלכאנ"ל לא נמצא בשום מקום המושג "שם ערוה", ואי"ז אלא כינוי שם לחיי"כ, עוד בה, דבהכרח חייבי לאוין אפי' לר"ע לאו ערוה נינהו, שהרי כבר הוכחנו מד' הגמ' בקידושין (דף יז:) דערוה לא תלי במה שאין תופסין בה קידושין, ולא מקרי ערוה אלא משום דחיי"כ כתיב בהו ערוה, וכן יש לדקדק מל' רש"י להלן (דף ט. ד"ה והרי'), ולר"ע אלים ליה לאו למיפטרה בולא כלום כערוה גמורה. מכלל דחייבי לאוין לר"ע לאו ערוה נינהו. (מיהו יש לדקדק מהו לשון ערוה 'גמורה'). וע"ע בחי' מרן הגרי"ז (הל' יבו"ח ד"ה והנה בסוגיא) דפשיטא ליה הכי, דחייבי לאוין

עזרי (איסור"ב פ"ב ה"א), דלרבי עקיבא חייבי לאוין דין ערוה להן, שהרי בירושלמי קאמר ערוה לחייבי לאוין דר"ע. יעו"ש. ולכא' מד' הירושלמי אין ראייה כלל, דכוונת הירושלמי לשם ערוה הכללי שכולל את כל איסורי ביאה וכן"ל, וזהו מוכרח ממקומו, דאי לאו הכי מנ"ל להירושלמי דתנא קמייטא סבירא ליה כר"ע, הלא לא נזכר כלל בדבריו אלא דערוה אינה מתייבמת, ואי ערוה לרבנן אינו אלא חיי"כ, שפיר איכא למימר דאתי כרבנן דפליגי אדר"ע, אלא בהכרח דהערוה המוזכרת בכאן הוא שם כללי לכל האיסורי ביאה, וממה שלא פירש תנא קמייטא דרק ערוה שחייבין עליה כרת אינה מתייבמת, מוכח דכר"ע ס"ל דגם חיי"ל אינם בת יבו"ח. וק"ל.

להתייבם, שאר כל העריות שאין להן היתר לאחר איסורן לא כל שכן וכו'. ומסיק עלה הירושלמי, עד כדון כר"ע (פי', ברייתא זו אתי כר"ע דאפי' חיי"ל פטורין מיבו"ח). תני רבי ישמעאל, ק"ו מה אחו"א מיוחדת ערוה שחייבין על זדונה כרת ועל שגגתה חטאת, אף כל ערוה שחייבין על זדונה כרת ועל שגגתה חטאת, תהא אסורה להתייבם. מה נפק מן ביניהון (מאי בייניהון), אלמנה לכהן גדול, מ"ד ערוה שיש לה היתר לאחר איסורה, זו הואיל ואין לה היתר לאחר איסורה הרי היא אסורה להתייבם, מ"ד ערוה שחייבין על זדונה כרת ועל שגגתה חטאת, זו הואיל ואין חייבין על זדונה כרת ועל שגגתה חטאת (מותרת להתייבם מה"ת). עכ"ד הירושלמי. והובא בתשו' הרשב"א (ח"ו סי' יט'). ומד' הירושלמי הללו הוכיח האבי

לדעת הרמב"ן והרשב"א פטור דצרת סוטה מיבוס הוא מילפוטא מיוחדת ולא שייך לדין ערוה דפוטרת צרתה

דטומאה כתיב בה כעריות וערוה היא, סו"ס הרי אין בסוטה חיוב כרת, ולמה שלא ידחה עשה דיבוס את איסורה. עכ"ד האבי עזרי. והנה באמת בחי' הרמב"ן והריטב"א שם כ' דסוטה עצמה פטורה מקרא אחרנא, דכתיב לאחר ולא ליבם (סוטה דף ה:), ובשביל פטור צרתה הוא דאמר' טומאה כתיב בה כעריות. ולפ"ז לק"מ, דבאמת אין ערוה פטורה מיבו"ח אלא רק מי שחייבין עליה כרת, וסוטה דפטורה ג"כ הוא ילפוטא מיוחדת דלאחר ולא ליבם. וכל קו' האבי עזרי הוא לפרש"י שם (ד"ה צרת סוטה וד"ה מאי טעמא), דסוטה עצמה פטורה מדכתיב בה

[]. אתה הראת לדעת, שרק ערוה שחייבין עליה כרת אין קידושין תופסין בה, ופטורה מיבו"ח ופוטרת צרתה, אבל היכא שאין חייבין עליה כרת, גם איסורה אתי מפרשת עריות, אין בה כל הדינים הללו, וכבר הוכחנו דלא מקרי ערוה רק איסורי ביאה שחייבין עליהם כרת. והשתא רמיא אנפשי' ליישב ההוכחות שכ' האבי עזרי להיפך מזה, והוא מדאמר' להלן (דף יא.), דסוטה וצרתה אסורין מ"ט טומאה כתיב בה כעריות. ואי נימא דמה שערוה פטורה מן היבו"ח הוא רק משום דאין עשה דוחה ל"ת שיש בו כרת, מאי מהני

טומאה, וכן מבואר בד' התוס' (שם: ד"ה צרתה מהו), ולדידהו תיקשי קו' האבי עזרי.

יא]. אכן הנה כעין זה יש להקשות לרבי דיליף לפטור דצרת ערוה מולקחה, כל היכא דאי בעי נסיב האי ואי בעי נסיב האי שריא, ואי לא תרווייהו אסירין, ותיקשי דלדידיה מאי מהני שסוטה הוי ערוה, הרי סו"ס תופסין בה קידושין, ושפיר קרינן בה ולקחה דאי בעי נסיב האי וכו'. [ואין לומר דרב דקאמר דצרת סוטה פטורה לא אתי אליבא דרבי, דהלא בגמ' (דף ג:) מקשינן לרב ליתני לסוטה במתני', ולא משני דבפלוגתא לא קמירי כדמשני להלן (דף ט.). ועוד דהר"מ (יבום פ"ו ה"ט) פסק כרב דצרת סוטה פטורה, אע"פ שהביא (שם ה"ט) ילפותא דרבי לפטור דצרת ערוה]. ובהכרח צ"ל דדין טומאה מעריות הוא ילפותא מעריות, דגמר טומאה טומאה מעריות, וכי היכי דערוה אין בה דין יבום וחליצה

ה"ה בסוטה, ולא איכפת לן דתפיס בה קידושין, דלהדיא גלי קרא בהך ילפותא שדינה כדין ערוה לענין יבום, והיינו כמו שערוה מכח חומרתה לא תפיס בה זיקה, סוטה נמי חמורה לענין יבום דלא תפיס בה זיקה. [ועי' להרשב"א להלן (דף כ. ד"ה כלל) שכ', י"מ שסוטה לאו משום ערוה היא, והיא בת יבום, אלא שמעשיה הרעים גרמו לה וכתיב בה טומאה כעריות. ולכא' המכוון בכוונתו, דטומאה דכתיב בה אינו לומר דערוה היא, רק שדינה כדין ערוה משום שמעשיה הרעים גרמו לה. וה"ז כדברינן]. וכזה כ' בקובץ הערות (סי' טו' אות ז'), דהא דטומאה כתיב בה כעריות, היינו דילפינן לה לענין יבום בגז"ש טומאה טומאה מעריות, מה עריות פטורות מחליצה אף סוטה פטורה מחליצה. ע"ש. וכן יש לדקדק מל' רש"י (דף יא: ד"ה צרתה), "וגמר" טומאה מעריות. ומשמע דילפותא היא.

היאך מאמר לב"ש פוטר את אחותה מיבום משום ערוה הרי אין חייב כרת עליה

יב]. ועדין רמי עלן ליישב מה שהוכיח האבי עזרי עוד מזיקה ככנוסה לר"ש, דאמר' (דף יט.) דמוציאה את אחותה משום ערוה לר"ש, אע"ג שוודאי אין חייבין עליה כרת (וכ"ה בפסקי הרי"ד שם), ומוכח דסגי שיש עליה שם ערוה. עכ"ד. ולכא' זהו ראייה אלימתא. והנה כזה ממש יש להקשות עוד ממה שמצאנו במאמר לב"ש, דס"ל לר' אמי (דף כט:) דמאמר לב"ש קונה קנין גמור, והוכיחו הראשונים (רמב"ן רשב"א וריטב"א לקמן דף כט: ד"ה השתא ארוסה) מד' הגמ' בנדרים (דף עה.) דאפי' דמאמר קונה קנין גמור, מ"מ אין חייבין עליה סקילה. ע"ש. והיינו שאין

עליה כרת ג"כ, דאין מקום לחלק בין כרת לסקילה. [והגם שבחמותו לאחר מיתה לשי' התוס' (להלן דף צד: ד"ה מאיסורא) ס"ל דלא מיעט רחמנא אלא משריפה אבל כרת יש בה, וכן בשי' רש"י (קידושין יט.) דקטן בן ט' קונה את יבמתו מה"ת ולא מיעט רחמנא אלא ממיתה, כ' ע"ז הרש"ש לקמן (דף נא:) דמ"מ יש לומר דחייבין עליה כרת. אכן בעניננו נראה יותר שאין לחלק בין מיתה לכרת, דבכאן מה שאין חייבין עליה מיתה הוא משום שחסר בעיקר הקידושין, דאף דזיקה ככנוסה מ"מ אכתי לא הוי כמקודשת גמורה, וסברא זו יש לאומרה גם לענין שאין חייבין עליה כרת כמקודשת גמורה. וכן לגבי מאמר לב"ש דלהלן, מה שפטורה ממיתה הוא מילפותא דאין כסף ושטר גומרין בה וכמ"ש הראשונים, וא"כ זהו

ויעו"ש בתו"י ד"ה תינח, ודו"ק), ובהכרח דלדידהו מה שערוה אינה מתייבמת הוא משום דאין עשה דוחה ל"ת שיש בו כרת. ותיקשי כנ"ל, דהרי במאמר לב"ש אין כרת והיאך פוטרת משום ערוה.

סברא גם לפוטרה מכרת. ודו"ק]. ובזה גם לד' האבי עזרי יש להקשות, דאנן בבית שמאי קיימינן, ובית שמאי לית להו פטור דצרת ערוה (דף יג:), ולא דרשי עליה ולצורר (עכ"פ לפי ר"ש בן פזי דב"ש דרשי החוצה,

זיקה ככנוסה לר"ש האם יש עליה חיוב כרת

אמרי' זיקה ככנוסה דמיא ולא תפסי בה קידושין. ע"כ. [וכן מבואר יוצא מד' הר"ן בנדרים (דף עד. ד"ה ורבי יהושע) דרבי יהושע ס"ל (להו"א בגמ') דזיקה ככנוסה. וע"ז השיב ר"ע אי אתה מודה שאין חייבין עליה סקילה כנערה המאורסה. ודו"ק]. והדרא קו' לדוכתא, דהיאך פוטרת משום ערוה, כיון דאין בה כרת, ולא אמרי' בזה ליתי עשה ולידחי לא תעשה. [וע"ע באמרי משה שכ' יישוב נוסף, דגם אי ליכא כרת, מ"מ נפטר אחותה משום אחות אשה, דטומאה כתיב בה, דגם ע"י זיקה מקרי אחו"א, וכמו בסוטה אף דתפסי בה קידושין, אינה מתייבמת וחולצת משום דטומאה כתיב בה. ע"כ. והיינו דטומאה הלא כתיב בכל פרשת עריות, וא"כ הגם שאין לפוטרה משום חיוב כרת, כיון דאין בה כרת, מ"מ יש לפוטרה משום דטומאה כתיב בה. ולכא' זהו יישוב נחמד, אולם הנה מלבד שלפי' הרמב"ן והריטב"א בסוגיא דצרת סוטה (דף יא.), האי טומאה כתיב בה אינה מקור לפטור הסוטה עצמה, רק לעשות צרתה כמותה, א"כ אי"ז מקור לפטור הערוה עצמה, בר מהא, הנה בד' הראשונים בסוגיא דמאמר לב"ש מפורש שיוצאת משום צד אחות אשה (וכדלהלן אות יד'), וחזינן דלא שייך לפטור משום טומאה כתיב בה רק בסוטה, דלהכי כתב ביה קרא טומאה למילף טומאה טומאה מעריות, וכמשמעות ל' רש"י (שם: ד"ה צרתה כמותה), אבל בעריות עצמן ליכא למילף מטומאה דכתיב בהו, דלא מיתר האי טומאה, תדע, דנדה אינה פטורה מיבוס מדכתיב בה טומאה

יג]. וכבר התעורר בזה האמרי משה (סי' ח' אות ז') וזת"ד, דבמאירי (דף יז:) מבואר דאף דזיקה מה"ת, מ"מ ליכא כרת ותפסי קידושין באחותה, אבל הרשב"א (דף מא.) כ' בתו"ד בזה"ל, ואין מחזור בעיני דאי ס"ל לריב"ב דזיקה מה"ת, וכמקודשת היא אצלו משעת נפילה, א"כ לא יהיו קידושין תופסין באחותה. ע"כ. ומבואר דאם זיקה מה"ת אין קידושין תופסין באחותה, וע"כ דאיכא כרת ג"כ ע"י הזיקה, והנה להרשב"א ניחא הא דאמרינן דזיקה ככנוסה פוטר את אחותה משום ערוה, אבל להמאירי קשה היאך פוטרת את אחותה משום ערוה, כיון דאין בה כרת, ובע"כ צ"ל דלר"ש דזיקה ככנוסה גם המאירי יודה שיש בה כרת, ורק לכולהו תנאי דפליגי ולא ס"ל זיקה ככנוסה, אפי' אי זיקה מה"ת, אין חייבין עליה כרת. ע"כ. אולם הנה בפסקי הרי"ד (דף יח:) מפורש להדיא דאין חייבין עליה כרת וז"ל, קסבר ר"ש יש זיקה וזיקה ככנוסה וכו' ודוקא לענין זיקת יבמין אמרי' הכי שלא תחשב לו כאשת אחיו שלא היה בעולמו, ולא לכל מילי, שהבא על שומרת יבם אינו חייב מיתה, ולא אמרי' זיקה ככנוסה דמיא, אי נמי אם קידש את אחותה מקודשת, ולא

בפרשת עריות, וכן אחות אשה מאמו, מבואר בתוס' (ב. ד"ה אשת אחיו) דאי לא היה בה כרת

לא הייתה פטורה מיבום, ואפי' דכתיב בה טומאה בפרשת עריות. ודו"ק].

יש לומר דהגם דאין חייב עליה כרת מ"מ איסורה איסור כרת הוא

יד]. ונראה לבאר בס"ד, דהגם דבזיקה ככנוסה ובמאמר לב"ש אין חייבין עליה כרת, מ"מ איסורה איסור כרת הוא, שהרי מקור האיסור היינו קרא דכתיב בפרשת עריות, ואשה אל אחותה לא תקח, ונהי דאינה אחות אשה גמורה לחייב עליה כרת, מ"מ שפיר חשיב איסורה כאיסור כרת, ואמרי' בהא אין עשה דוחה לא תעשה שיש בו כרת, וגדולה מזו מצאתי בס' באר יצחק (להגרי"א ספקטור, אור"ח סי' ט') שכ' להסתפק במי שיש לו חצי כזית מצה של היתר, וחצי כזית מצה של טבל, (ואם לא היה לו רק מצה של טבל ודאי לא היה מצות מצה דוחה איסור זה, דאין עשה דוחה ל"ת שיש בו מיתה), מי אמרי' יבוא עשה דאכילת מצה וידחה את איסור חצי שיעור דטבל, דכיון דלא הוי אלא חצי שיעור לא מיחייב ע"ז מיתה, או נימא דאפ"ה מקרי ל"ת שיש בו כרת, כיון דבעיקרו של האיסור יש בו כרת. ע"ש באורך. [ועי' בקוב"ש (פסחים אות קסג) שכ' בפשיטות בתו"ד דבכה"ג אתי עשה ודחי]. ועכ"פ בעניננו נראה דשפיר י"ל בזה אין עדל"ת שיש בו כרת, שהרי מקור איסור זה הוא מהאי קרא דאשה אל אחותה לא תקח, והוי איסור שעיקרו כרת. ועי' בחי' הרמב"ן (דף כט: ד"ה השתא) וז"ל, ומיהו כיון דסברי ב"ש מתחיל הוא מה"ת, הלזו יוצאה משום צד אחות אשה שבה. ע"כ. וכ"ה ברשב"א ובריטב"א שם. וכע"ז ל' המאירי שם שכ', ומ"מ אע"פ שאין

מאמר גומר, אמרי' ב"ש אשתו עמו ותצא הלזו וכו' שמאחר שהן מתחילין דבר תורה, יש בה צד אחות אשה שהוא צד ערוה. ע"כ. ונראה בכוונתם כמשנ"ת, דכיון דיש בהם צד ערוה, הרי איסורם איסור כרת הוא. וכן מצאתי בשיעורי הגר"ש רוזובסקי (דף כז: אות עב') כדברינו, שהק' עמ"ש הראשונים דאי יש זיקה מה"ת, אזי אין אחותה מתייבמת וכדעת ר"ש, ולכאו' הרי ודאי דאין חייבין בזה כרת, וכ' בזה"ל, ונראה בזה דהנה באמת אין פסוק מיוחד לאיסור אחות זקוקתו, אלא דצ"ל דנכלל באיסור אחות אשתו, כיון דזיקה הוי מקצת אחו"א, ואולם מאחר ואי"ז אישות גמורה רק מקצת אישות, תפסי בה קידושין מחמת כן, ומ"מ לענין עשה דוחה ל"ת יש לומר דמאחר ועצם האישות של אחות זקוקתו הוי איסור כרת, ורק שבפועל אין בה כרת כיון דהוא רק מקצת אישות, לא אומרים בזה עשה דוחה ל"ת שיש בו כרת. ע"כ. וכזה ממש יש לומר גם בזיקה ככנוסה ובמאמר לב"ש. [ולכאו' עדין אינו מיישב למה אין בהם דין חליצה, שהרי בגמ' (דף כ:) אמרו מסתברא דבחיבי כריתות הוא דאמרי' כל שאינו עולה ליבום אינו עולה לחליצה דלא תפסי בהו קידושין, וא"כ בהנך כיון דתופסין בהם קידושין, (וכמ"ש הרי"ד לגבי זיקה ככנוסה דקידושין תופסין באחותה, וא"כ ה"ה שקידושין תופסין בה למ"ד קידושין תופסין ביבמה לשוק), למה לא יעלו לחליצה וכדין חייבי לאוין ועשה. והנה כבר הובא (באות

ג"כ מחליצה, ועתה כל מי שהוא בכלל קרא דעליה פטור מיבוס^ח, גם אם אין בו את הסברא דלא תפסי קידושין. ודו"ק. א"נ יש ליישב ע"פ הירושלמי (קידושין פ"ג ה"א, יבמות פ"ב ה"ב), והובא בחי' הרשב"א (קידושין דף ס.), כל יבמה שאין כולה לפנים, צד הקנוי שבה נידון משום ערוה וערוה פוטרת צרתה (פי' שפוטרת את הצד שאינה קנויה משום ערוה). ולפ"ז יש לחלק שפיר בין קידושין ליבוס, דלענין קידושין כיון דאינה קנויה בחד צד, שפיר חלין הקידושים בצד זה, אבל לענין יבוס כיון דקנויה בחד צד, ה"ז נידון משום ערוה ופוטרת את הצד שאינה קנויה משום ערוה].

יג') שבד' הרשב"א מבואר דס"ל דאי זיקה מה"ת אין קידושין תופסין באחותה, ודלא כהרי"ד, ובאמת שכן יש להוכיח מד' הירושלמי (פ"ג סוף ה"ד), דזיקה ככנוסה לר"ש ומאמר לב"ש שוין הן, ומסיק הירושלמי, דדין הקידושין אם תופסין באחותה הוא מתלי תלי בדין זיקה ליבוס, והיינו כמו שאין זיקה ליבוס לאחותה שנפלה אחריה, ה"ה שאין קידושין תופסין באחותה. יעו"ש. וע"ע במאירי (דף כט. ד"ה בתלמוד המערב). ולפ"ז ניחא דבאמת אין קידושין תופסים בה אי זיקה ככנוסה. ולד' הרי"ד, צריך לומר כמ"ש רש"י בכמה מקומות, דעליה הוא פטור ג"כ מחליצה, וביארו האחרו', דס"ל לרש"י דסברא זו אינו אלא גילוי מילתא דקרא דעליה פטור

היכא דאין איסור חל על איסור שפיר מתייבמת, וחילוק הקובץ הערות בין קידושין ליבוס

חלוק ייבוס מקידושין, דיבוס אשה הוא שהקנו לו מן השמים, ולהכי דוקא היכא שהיא ערוה גמורה גם לאיסור, גלי קרא שאין בה יבוס וזיקה. ע"ש מה שהביא ראה לזה. ולכא' מהי"ת לומר שיש חילוק ביניהם. ולהאמור בדברינו הרי הדברים ברורים, דערוה שאינה מתייבמת הוא משום דאין עשה דוחה ל"ת שיש בו כרת, וא"כ היכא שלא חל האיסור בפועל, שפיר מתייבמת, שהרי אין עליה חיוב כרת, משא"כ לגבי קידושין, מה שערוה אינה מתקדשת הוא ילפוטא מקרא דאשה אל אחותה לא תקח וכדאיתא בקידושין (דף יז:), ולהכי יש לומר דאפי' היכא שלא חל האיסור בפועל, סגי בזה שסיבת האיסור קיימת, והיא המונעת את הקידושין מלחול.

טו]. והנה להלן בגמ' (דף לב.) אקשי', ולר"ש כיון דאיסור אחות אשה לא חייל תתייבם יבומי, ומבואר דכיון דלא חייל איסורא, אין לה דין ערוה, ודינה להתייבם. והק' האחיעזר (סי' ג') דהנה לגבי קידושין הדין פשוט דגם בכה"ג לא תופסין בה קידושין, וכגון שנתקדשה בהיותה נדה, ואין איסור ערוה חל על איסור נדה, דאינו לא מוסיף ולא כולל, ונדה בעלמא הא תפסי בה קידושין, מ"מ אינה מתקדשת לאחר, והוכיח כן ממתני' דשש עריות חמורות (דף יג:), והיינו טעמא דאף דלא חל האיסור האחרון, מ"מ ישנה לסיבת האיסור, ומשו"ה לא תפסי בה קידושין משום ערוה. וא"כ קשה מאי שנא גבי ייבוס דלא אמרי' הכי. ות"י בקובץ הערות (סי' ג' אות י'), דאכן

שיטת האחיעזר שאין לחלק בין קידושין ליבוס בענין זה

קשה, דודאי מצות יבום הוא ליקח לו אשה כדכתיב ולקחה לו לאשה, וכתב ריא"ז שאם יבם בלא עדים שלא קנה, צריכה חליצה, אלמא דלא קיים מצות יבום כל שלא קנה. ע"כ. והנה בגמ' (דף ג:) אמרו, טעמא דכתב רחמנא עליה הא לאו הכי הו"א אחו"א מייבמה מ"ט דאתי עשה ודחי ל"ת. ומבואר בהדיא דאי אתי עשה דיבום ודחי ל"ת דערוה, שפיר מתייבמת, אע"ג דאין קידושין תופסין בחייבי כריתות. ובאמת הק' האחרונים כן ע"ד הגמ' שם, דסו"ס איך יקנה אותה ביבום זה, הרי אין תופס בה קנין ככל חייבי כריתות שאין קידושין תופסין בהם. ועי' באמרי משה (סי' ו' אות טו') שכ' ליישב דכיון שעשה דיבום דוחה את הלאו דעריות, א"כ אין בה איסור כרת לגבי היבם, וממילא תפסי בה קידושין. והגרש"ש (סי' א') מ'אן בזה, וכ' ליישב באופ"א, שדין עשה דוחה ל"ת, יש לו כח לבטל ממנה גם את הדין שאין קידושין תופסין בה, כיון שגם תפיסת הקנין היא צורך המצוה, והיינו דהעשה דוחה גם את סיבת האיסור ומבטל ממנה שם ערוה לגמרי. ע"ש. ואיך שיהיה, הרי מוכח דהיכא שאין בה כרת, שפיר מתייבמת, אי משום דהיכא דליכא כרת תפסי קידושין וקנין יבום, אי משום דאתי עשה ודחי ליה לשם ערוה לגמרי. וא"כ קו' החזו"א בכאן צריכה לי רב.

יז]. גם מה שתי' האחיעזר, דבאמת זהו תי' הגמ', דהאיסור איתא במציאות, וכמו דמשני הש"ס להלן לקוברו בין רשעים גמורים, ומה דאיצטריך תלמודא למימר איסור אחו"א מיתלא תלי, היינו להורות

טז]. ברם האחיעזר שם כ' דודאי כיון דמועיל בכה"ג איסור אחות אשה למנוע הקידושין (אפי' שלא חל איסור אחו"א בפועל), ה"ה לענין יבום דפקע זיקה, כמו חייבי לאוין לר"ע דלאו בני חליצה ויבום נינהו, ולא אמרי' עשה דוחה ל"ת כקו' התוס' ביבמות (דף ט. ד"ה והרי), וכמו שתי' הרמב"ן דגם הזיקה פקע כיון דאין קידושין תופסין. ע"כ. ותמוה מאד, דהרמב"ן כ' להדיא דרק לר"ע הוא דאמרי' הכי וז"ל הרמב"ן, ויש לומר "דלרבי עקיבא" גלי רחמנא בעריות, וה"ה לחייבי לאוין, דכל דלא מיתפסי בהו קידושין מפקעי זיקה, ואכתי קשה האי סברא היכא שמעינן ליה לרבי עקיבא דמקשי מינה להדיא. ע"כ. ומבואר דזהו דוקא לר"ע, אבל לרבנן היינו משום דאין עשה דוחה ל"ת, וכמ"ש בקושייתו שם. יעושה"ה. וכ"ה בד' הרשב"א שם. וכן מהתוס' שהק' מנ"ל דלר"ע חייבי לאוין אינם מתייבמות, מוכח דחלוק יבום מקידושין. ונמצא שבדבריהם מבואר בהיפך מד' האחיעזר. וצ"ע. [אכן הריטב"א שם כ' ליישב באופ"א מהרמב"ן והרשב"א וז"ל, וי"ל דכיון דעיקר עריות וצרותיהן מאשה אל אחותה נפקא, והתם כתיב לא תקח, ה"ה לכל שישנן בבל יקח, שאין בהם ליקוחין, שדינם כחייבי כריתות, דגדלי רחמנא בחייבי כריתות דלא תפסי בהו קידושין, וה"ה לכל דכוותיהו. ע"כ. וסתמת דבריו מורה גם לרבנן דר"ע יש לדרוש כן, וזהו כד' האחיעזר, דזיקת יבום מתלי תלי בתפיסת קידושין. מיהו עיקר מה שכ' הריטב"א דכתיב לא תקח כל שישנן בבל יקח, הנה זהו דרשה חדשה שלא נזכרה בתלמוד. ועי' להלן מה שכ' בשי' הריטב"א]. ומה מאד תמוה לי, שהחזו"א (סי' קלד' לדף יג') הביא ד' האחיעזר, והוסיף ע"ז, וזולת ד' הרמב"ן

צרתה. שו"ר בקה"י (סי' ו' אות ג') שכן ביאר כוונתם. [ובאמת שעיקר מה שכ' האחיעזר דהאיסור איתא במציאות, וכדאמרי' לקוברו בין רשעים גמורים, וכזה כ' כמה מהאחרונים, הן כבר נודע להעיר ע"ז, ועי' באבי עזרי (שבועות פ"ה הט"ז) דס"ל דגם למ"ד לקוברו בין רשעים גמורים אינו אלא משום שסיבת האיסור קיימת, אבל ודאי דהאיסור עצמו אינו חל כלל. יעו"ש. וכ"כ עוד אחרונים. ועכ"פ לכאו' לפי זה עיקר ביאורו של האחיעזר לא א"ש, דהלא האיסור עצמו לא קיים, ומהי"ת דסגי בסיבת האיסור לפטור ערוה מיבוס].

יח. ובזה יתיישב מה שהק' כמה מהאחרו' (קרבן אורה ואחיעזר הנז') ע"ד הגמ' שם, היכי פריך ותתייבם יבומי, הלא אמרי' (שם:) דאף דאין איסור חל על איסור, מ"מ קוברין אותו בין רשעים גמורים, ומשמע דהאיסור קיים. ולהאמור לא קשיא, דסו"ס אין חייבין עליו כרת, ואתי עשה דיבוס ודחי ליה. שו"ר בחזו"א (סי' קלד' פרק ארבעה אחין אות טו') שכ' כזה ממש, דאפי' למ"ד דקוברין אותו בין רשעים גמורים פריך שפיר תתייבם יבומי, דהרי אין בה כרת, ועשה דוחה. ע"ש. (ולכאו' דבריו סותרים למה שכ' בסי' קלד' לדף יג', כד' האחיעזר).

שהוא במציאות, וכדאמרי' לקמן לקוברו בין רשעים גמורים. ע"ש. יש לתמוה ע"ז, דהנה התוס' שם (ד"ה לא פקע) כ' בביאור תי' הגמ' דאיסור אחו"א מיתלא תלי, דהאשת אח הוא שפוטר את הערוה וצרתה מן היבוס, וחזינן דלא סגי במה שהאיסור אחות אשה קיים במציאות. וע"ש באחיעזר מה שנדחק הרבה ליישב ד' התוס' כדבריו. ובאמת שגם הרמב"ן והריטב"א (דף יג:) שכ' דלב"ה איסור אחו"א חייל בין בערוה בין בצרתה, אין כוונתם כהחיעזר, שהרי פירשו טעמייהו דב"ש, דכיון דמחיים לא חל איסור אחו"א לאו צרת ערוה היא. ואי נימא דהאיסור איתא במציאות, א"כ כבר מחיים חל האיסור, והאחיעזר גופיה התעורר בזה, וכ' דב"ש פליגי על הא דקוברין אותו בין רשעים גמורים, וסבירא להו דאין האיסור חל כלל. יעו"ש דמשמע שכוונתו לפרש כן בכוונת הרמב"ן והריטב"א. ועם שאיני כדאי, לכאו' אין משמעות כוונת הרמב"ן והריטב"א לפרש דבזה פליגי ב"ש וב"ה, אלא ר"ל דב"ש סברי דלפטור צרת ערוה בעינן שתהא ערוה מחיים, ולב"ה סגי שבשעת המיתה היא ערוה כדי לפטור

נפקא מינה להלכה היכא דאין איסור חל על איסור דצריכה חליצה

כולל, ותצטרך חליצה, (וכזה ממש יש להק' בממזרת, ולמ"ד אין איסור חל על איסור), וזה לא שמענו. [ובזה לא שייך תי' הגמ' דאיסור אחות אשה מתלא תלי וכו', דהלא לפי' התוס' שם, הפוסק בכה"ג הוא האיסור אשת אח שיש עליה, וא"כ בעניננו א"א לומר כן, שהרי אין עליה עתה כי אם איסור נדה, ואיסור זה אינו פוסק

יט]. אולם באמת יש להתעורר טובא, דלפ"ז נמצא הלכה למעשה, באשה שהייתה נדה ונשא חי את אחותה ואח"כ נשא אותה המת ומת, ונפלה לפניו ליבוס, לא יהיה בה דין ערוה ליבוס, דכיון שהייתה נדה לא חל עליו איסור אחות אשה, דאין כאן לא מוסיף ולא

כיון דלמעשה אינו מותר לייבם), אבל בנידון ד' שחל עליו תחילה איסור נדה, שהרי נתקדשה לאחיו בנדונה, דהשתא אין איסור אחו"א מוכן ועומד לחול, דנדה וממזרות אינם פוקעים ממילא, בכה"ג לא אמרי' דאחו"א מיתלי תלי כדי לפוטרו מהיבום].

מיבום ח. וכן לפי הרמב"ן והריטב"א (דף יג:): דאחי איסור אחו"א וחיל בערוה, וכ"מ מפרש"י (דף לב, וכמ"ש בחי' הגרי"ז), הנה משמעות דבריהם היא דדוקא משום דהאיסור אחו"א "מוכן ועומד לחול", כל' רש"י שם, וזה שייך דוקא היכא שחל עליו מתחילה איסור אשת אח, והוא צריך לפקוע מיד במיתת אחיו, ולהכי אתי איסור אחו"א וחיל, (אף שבפועל הוא לא פוקע,

תמוה דלפ"ז קטן שנפלה לפניו ערוה שהיא קטנה תתייבם יומי

כרת, זה אי אפשר, עיין גיטין דף נה (ר"ל דשם אמרו כרת מדבריהם מי איכא). ע"כ. ולכאור' כוונתו להק' כנ"ל. [והנה לענין קידושין אין לומר כן, וכמו שהובא מקודם מהחיעזר והחזו"א והקובה"ע דלגבי תפיסת קידושין א"צ שיהיה עליה ממש איסור כרת, אלא סיבת האיסור כרת היא שמונעת הקידושין מלחול. אולם שו"ר דמאי דפשיטא להו להנך רבוותא, אינו מוסכם, דהגר"א קוטלר בשו"ת משנת רבי אהרן (סי' סה') כ' בתשובתו להגר"א וסרמן, באופן דליכא איסור בביאה, דלא הוי ערוה כלל לענין הביאה, שפיר י"ל דיתפסו הקידושין, דסיבת הערוה אינה סיבה שלא יתפסו הקידושין, כך דדין כרת של הביאה גורם, וזה ברור לדעת. ע"כ. (וע"ש שהוסיף דקטן אף שאינו מצווה באיסורים, ואין עליו חיוב כרת, מ"מ כיון שהיא ערוה מצד עצמה ה"ז נפטרת מיבום). גם האמר"מ (סי' ו' אות טו'), כ', דאי אתי עשה ודחי ל"ת שיש בו כרת ואחו"א מתייבמת, היו ג"כ הקידושין תופסין בה, כיון דעדל"ת ומותר לייבמה. ע"כ. וע"ע בחי' מרן הגרי"ז הלוי במכתבים בסוה"ס שכ' דהאיסור כרת מונע את תפיסת הקידושין. ובאמת שלכאור' כן מתבאר בד' הריטב"א הנ"ל בהערה (מס' 8), דמדכתיב לא יקח שמעינן דכל דלאו בר קיחה, לאו בת יבום היא, וחזינן דתליא הא בהא, וא"כ מדאמר' בסוגיין דהיכי דלא חל האיסור הרי היא מתייבמת, ה"ה לענין קידושין].

כ]. ויותר יש לתמוה, דא"כ קטן שנפלה לפניו קטנה ה"ז תתייבם אף בגוונא שהיא ערוה עליו (עכ"פ לש"י רש"י בקידושין (דף יט.), והרמב"ן להלן (דף צו:), דקטן בן ט' ה"ז קונה את יבמתו מה"ת), שהרי לא חל עליו עדין איסור עריות וכל שאר איסורים שבתורה, וכמבואר בהדיא להלן (דף לד.), וכן חרשת שנפלה לפני חרש תתייבם אף בגוונא שהיא ערוה עליו. וזהו תימה רבתי. שו"ר בקובה"ע (סי' ד' אות ד') שהקשה כזה ממש. והניח בצ"ע. ועתה מצאתי בצפנת פענח הנדמ"ח על מכילתין (יו"ל ע"י מכון המאור, דף ח.) שכ' ע"ד הגמ', דערוה לא צריכא קרא דאין עשה דוחה ל"ת שיש בו כרת, והק' בזה"ל, הנה לגדר זה דעיקר מה דנפקע מחמת ל"ת שיש בו כרת, ור"ל דפקע עי"ז הזיקה לגמרי, א"כ איך מבואר לקמן (דף קיב:) דשני אחים חרשין נשואים לב' אחיות פקחות, דאם מת בטלה הזיקה, ומבואר בירושלמי ובתוספתא דגם צרתה פטורה. ע"ש. מה זה הא אין בה גדר כרת, ומה לנו אם הזיקה רק דרבנן, איך דחי זה, ונימא דשם איסור

נמצא דערוה פחות מבת ג' שנפלה ליבוס לא תפטור את צרתה א"נ ערוה שנפלה לפני קטן פחות מבן ט' לא תפטור צרתה

על איסור, וכי כב"ש סבירא ליה. והשיב הרשב"א וז"ל, דברים פשוטים אני רואה כאן, דלב"ש בלחוד הוא דאיבעיא לן בכולא שמעתין מאי טעמייהו, אבל לבית הלל לא איבעיא לן, דאינהו אעליה סמיכין, והילכך אדרבה כל שאתה יכול להתירן מן הדין לעריות וצרות נחא לן טפי דאיצטריך רחמנא למכתב למסרינהו, דהיינו כל ההוא שקלא וטריא דריש פירקין (דף ג:) מנא לן דמדינא שריין דאיצטריך עליה למיסר. ע"כ. ומבואר מדבריו דבאמת אף שלא חל האיסור, דאין איסור חל על איסור, מ"מ גלי לן קרא דעליה דאינה מתייבמת, וזהו יהיה תשובה לקו' הגמ' אמאי איצטריך עליה תיפוק ליה דאין עשה דוחה ל"ת שיש בו כרת, דשפיר איצטריך היכא שלא חל האיסור ואין חיוב כרת. אולם בענייני תמוה לי טובא ד' רבינו הרשב"א בזה, שזהו לכא' נגד הגמ' דלהלן (דף לב.) דמקשי' אליבא דר"ש, בנשא מת ואח"כ נשא חי כיון דלא חל איסור אחות אשה תתייבם יבומי. ולא משנינן דגלי קרא דעליה. והנה בד' הראשונים (דף ט.) הנ"ל, והרשב"א בחי' שם מכללם, מבואר בהדיא דגם ע"פ האמת לא דרשינן קרא דעליה לפטור ערוה עצמה, דאל"ה לק"מ מה שהק' לרבי עקיבא. ופשוט. ובאמת יש לתמוה למה לא תי' הגמ' (דף ג:), דאיצטריך קרא דעליה לערוה שלא חל עליה חיוב כרת, כגון בגוונא דאין איסור

כא]. עוד שמעתי להעיר (ידידי הרה"ג משה שוב) לפמ"ש התוס' להלן (דף לד. ד"ה מתוך) והראשונים שם, דבפחות מבת ג' אין בה דין ערוה כלל, כיון דלאו בת ביאה היא, ורק כשנעשית בת ג' אזי נעשית ערוה. ע"ש. ונמצא דערוה פחותה מבת ג' שנפלה ליבוס, כיון שאין לה דין ערוה, לא תפטור את צרתה, [ואף לאחר זמן כשתהיה בת ג' ויחול עליה דין ערוה, מ"מ אי"ז אלא ערוה לאחר נפילה דאינה פוטרת צרותיה]. וכיו"ב ממש יש להתעורר בערוה שנפלה לפני יבם קטן פחות מבן ט', דלפמ"ש התוס' והראשונים אינה ערוה לגבי קטן זה, כיון דאין ביאתו ביאה, וא"כ לא תפטור צרתה. וכ"ז צ"ע.

כב]. עוד יש להפליא בזה, לפמ"ש הרשב"א והריטב"א (דף יג:) בטעמייהו דב"ה בנשא חי ואח"כ נשא מת, דאף דלא חל איסור אשת אח (למאן דלית ליה איסור מוסיף), מ"מ כיון דאסורה משום אשת אח לגבי שאר האחים, מקרי ערוה במקום מצוה. יעו"ש. ולפ"ז היכא שנשא אשה נדה ומת, דבזה לא חל איסור אשת אח על כל האחים, ה"ז תפול ליבוס ותצטרך חליצה, ולא תפטור צרתה. ולא שמענו למי שיאמר כן. וצ"ע.

כג]. מיהו הנה הרשב"א בתשו' (ח"ו סי' כה) נשאל ע"ד הגמ' (דף יג:), בטעם דב"ש מתירין את הצרות לאחין משום דאין איסור חל על איסור, דא"כ מאי טעמייהו דב"ה, הלא ר"ש נמי ס"ל אין איסור חל

חל על איסור, וכן בקטן וקטנה וכו"ל, וצ"ל דפשטיה דקרא איירי בערוה שיש בה כרת ממש, וכיון דעל כרחק לא איצטריך קרא דעליה להכי, תו אין לדרוש כלל קרא דעליה כדי לאתויי

מילתא אחריתי, דרק אי איצטריך קרא דעליה לגופיה, אזי יש לומר דגם ערוה שלא חל עליה חיוב כרת, הרי היא בכלל הדרשה. ודו"ק.

גדר גדלות דשנים וסימנים

אי קיי"ל להלכה דבנים הרי הם כסימנים

אע"פ שלא הביאה סימן וכו', ה"ז גדולה, בנים הרי הם כסימנים. ע"כ. וכו' המ"מ, ומ"ש רבינו אחר יב', אפשר שהוא סובר שא"א לה לילד קודם לכן, או שהוא סובר שאע"פ שאפשר לה לילד קודם לכן, אין בנים כסימנים אלא למ"ד תוך זמן כלאחר זמן, אבל לדין דקיי"ל כלפני זמן אין בנים כסימנים אלא שילדה אחר זמן. ע"כ. וכבר כ' הרמב"ן (בחידושו בכאן) שני דרכים אלו בכוונת הרמב"ן. וע"ע רשב"א ומאירי.

א]. יבמות (דף יב:). אמר רב ספרא, בנים הרי הם כסימנים. וכו' התוס' (ד"ה הרי הם), ואע"פ דקיי"ל בנדה (דף מו.) דתוך הזמן כלפני הזמן, ולא היא גדולה בהביאה שערות בשנת יב', מ"מ עיבור בנים בני קיימא בתוך הזמן כסימנים אחר הזמן. וכ"כ הרמב"ן, ושכן דעת הרי"ף, וכן מטין דברי רש"י. ע"ש. וכ"כ שאר ראשונים, רשב"א ריטב"א מאירי רא"ש (סי' ז') ונמוק"י. אולם הר"מ (אישות פ"ב ה"ט) כ', הבת שילדה אחר שתיים עשרה שנה,

האם שנים הוי עצם הגדלות או רק כי היכי דלא ליהוי הסימנים שומא

הגדלות, ומשו"ה אף בבנים לא סגי רק בצירוף שנים. ע"ש עוד. והנה מ"ש בדעת הר"מ, זהו רק לדרכו השניה של המ"מ בדעת הר"מ, אבל למה שכ' המ"מ בתחילה דס"ל להר"מ דקודם שנת יב' א"א לה לילד, לפ"ז אין ראיה כלל מדעת הר"מ. ופשוט. (וע"ע בחי' הגר"ח הלוי בד' הר"מ שם). ויש לציין דהש"ש (ש"ה פי"א) כ' לתלות זה בנידון בפלוגתא בנדה (דף מה:). אי תוך זמן כלפני זמן או כלאחר זמן, דלמ"ד כלפני זמן ס"ל דלגדלות בעי נמי שנים, ומ"ד כלאחר זמן ס"ל דאין הגדלות תלוי בשנים כלל רק בשערות. ע"ש. (ועי' בחי' הגרש"ר (יבמות סי' ט') שתמה ע"ד).

ב]. והנה בכתבי הגר"ז (תמורה דף ב:) הובא בשם הגר"ח זללה"ה, דיש לחקור בדין שנים דבעינן לגדלות, האם הוא משום דעצם דין גדלות לא סגי בסימנים אלא רק בצירוף שנים, או דכל דין שנים אינו אלא כי היכי דלא ליהוי הסימנים שומא בעלמא, דקודם שהגיע לשנת יב' אמרי' דהשערות שומא בעלמא ניהו. וכ', דבזה נח' הר"מ והראשונים הנ"ל, דהראשונים ס"ל דדין שנים אינו אלא משום שקודם שנת יב' הוי השערות שומא בעלמא, וא"כ בבנים דלא שייך לומר בהו שומא, הוי סימן אף קודם יב' שנים, והר"מ ס"ל, דשנים נצרך לעצם

שנים אינם עצם הגדלות שהרי מצאנו בדורות ראשונים דזמן הגדלות היה לפני גיל יג'

מצאתי למהרי"ט בחידו' לקידושין (דף סג:): שהוכיח כן וז"ל, ואיכא למימר, דשנים אינו עיקר הסימן להחשיבה לגדולה, דהא בדורות הראשונים דילדי בתמני כדאמרי' בפרק בן סורר, ודאי דבסימנין דשערות גרידא היינו מחשבין אותה לגדולה, אלא עיקר הגדלות בשערות תליא וכו'. ע"ש. גם בד' הרמב"ן בסוגיין (דף יג.) מוכח עוד דא"צ שנים לעצם דין הגדלות, שכ' דיש ממהרת להביא סימני שערות קודם יב', ולא שומא נינהו אלא דמיעוטא דמיעוטא הוא. ע"ש. הראת לדעת דאין השנים נצרכים לעצם הגדלות.

ג]. ויש להוסיף להוכיח עוד מד' הראשונים דס"ל דשנים אינם נצרכים לעצם דין גדלות, שהנה התוס' בסנהדרין (דף סט. ד"ה בידוע) כ', דאע"פ שבדורות האחרונים נתנו חכמים סימן להבאת שערות לקטנה בת יב' שנה ויום אחד ולקטן בן יג' שנה ויום אחד, בדורות הראשונים שהיו ממהרים להביא שערות, היה זמן הגדלות מקודם הרבה. ע"כ. ומוכח דלא בעינן לגדלות שנים דוקא, אלא אין ענין השנים רק כהוכחה דהסימנים לאו שומא, ולהכי בדורות הראשונים שהיו ממהרים להביא, היה זמן הגדלות מקודם שנת יב' ויג'. וכן

קושיא על זה מהגמרא בנדה

עד שישלים שנותיו. ונמצא דדבריהם סותרים למה שכ' בסוגיין, דבסימני בנים א"צ שנים כלל, דמשמע דשנים אינו אלא כי היכי דלא ליהוי השערות שומא. וכזה ממש יש להקשות למ"ש המל"מ (אישות פ"ד ה"ז) ע"ד התוס' בנדה (דף מט. ד"ה ואיבע"א) במביא סימנים ביומא דמשלם זמניה, דלא הוי שומא. וכ' המל"מ, דמ"מ גדול לא הוי עד סוף היום. יעו"ש. והיינו משום דשנים הינם מעצם דין הגדלות. וזהו סותר למתבאר בתוס' בסוגיין דבבנים א"צ שנים כלל. [ועי' בחי' הגר"ש רוזנבסקי במכילתין סי' ט' אות ב' שהק' כן ע"ד המל"מ. והניח בצ"ע. שו"ר להבני אהובה (פ"ב הכ"א ד"ה איברא) שהב"ד המל"מ, וכ' ע"ז, אגב חורפא טעה, כי לפר"ת באותה שעה שבאו הסימנים תיכף גדולים הן, ולא אח"כ כשיגיע

ד]. אולם אם כנים אנו, יהיו דברי הראשונים סותרים דברי עצמם במקו"א, שהנה בנדה (דף מו.) אמרי', מבן ט' ועד יב' שנה ויום אחד שהביא שתי שערות, שומא, ר' יוסי ברבי יהודה אומר סימן. ואמר ר' כרוספדאי והוא שעודן בו. וכ' הראשונים, (הלא המה, רשב"א ריטב"א מאירי ור"ן), שלא אמר ר' יוסי ברבי יהודה שיהא גדול בעודו בן תשע כשהביא שתי שערות, אלא נעשה גדול לכשישלים שנותיו ועודן בו, ורבנן ס"ל דשערות שהביא קודם יב' שומא בעלמא נינהו. עכ"ד. וחזינן בהדיא מדבריהם בזה, דשנים הוא דין בעצם הגדלות, שהרי השערות שבאו קודם יב' שנה חשיבי סימנין לר"י בר"י, ואפ"ה לא נעשה גדול

לא הוי מעצם דינא דגדלות. וע"ע בחי' ר' ראובן סי' טז].

שנת יג', דודאי אילו באו הסימנים אפי' בשנת יא' הוו גדולה, דגדלות תלוי בסימנים ולא בשנים, רק דאמרי' הנך לאו סימנים נינהו רק שומא בעלמא. ע"כ. הרי דפשיטא ליה דשנים

בדברי הרמב"ן במקו"א מוכח דשנים הינם עצם הגדלות ועוד ראיות לזה

דאל"כ מהי"ת לומר דבסריס מהני שנים. וזהו סותר לד' הרמב"ן בכאן. וכבר התקשה בזה הגרש"ר בחידושו (סי' ט' אות ה'). ע"ש מה שדחק בדבריו. [ומד' הרמב"ן בכאן נשמע דגם למ"ד תוך זמן כלאחר זמן, דין שנים הינו מעצם דין הגדלות, וזהו שלא כמ"ש הש"ש (ש"ה פ"א) הנ"ל]. גם מד' הרא"ש בתשו' (כלל טז' אות א') מבואר דשנים הוא מעצם דין הגדלות, וז"ל שם, וששאלת מנין לנו דבין יג' שנה ויום אחד הוא בר עונשין, אבל פחות מכן לא, דע כי הלכה למשה מסיני הוא, והוא בכלל שיעורין ומחיצין שהן הלכה למשה מסיני. ע"כ. וכ"כ בשו"ת מהרי"ל (סי' נא'), ובקריית ספר (אישות פ"ב). [ויש לציין שכ"כ המשנ"ב סי' נה' ס"ק מ', ושעה"צ ציין שכ"כ החיי אדם]. ומכ"ז מוכח דהשנים הינם מעצם דין הגדלות.

ה]. וכן יש להק' סתירה בד' הרמב"ן, דלהלן (דף פ.) איתא, אכל חלב מבין שתיים עשרה עד בין שמונה עשרה ונולדו בו סימני סריס ואח"כ הביא שתי שערות, רב אמר נעשה סריס למפרע. והיינו דאיגלאי מילתא שהוא סריס, והרי הוא גדול כבר משנת יב'. ופרש"י, דאיירי בנקבה דשנת גדלותה הוא יב'. אבל הרמב"ן כ' דנקיט לה אליבא דמ"ד תוך הזמן כלאחר הזמן, ולדידיה בסריס שאינו מביא שערות, נעשה גדול בשנת יב'. (ועי' בחי' הריטב"א שם מ"ש ע"ד הרמב"ן). ובפשטות ביאור ד' הרמב"ן הוא, דלמ"ד תוך זמן כלאחר זמן הוא משום שסובר דשני הגדלות הוי יב' לזכר ויא' לנקבה, וס"ל להרמב"ן דבסריס דאין לו סימנים נעשה גדול ע"י שנים בלבד. ולפ"ז מוכח בד' הרמב"ן דשנים הינם מעצם הגדלות,

גיל יג' אי"ז כהלכתא בלא טעמא

ואיך שיהיה, הנה זה ברור שסימני השערות מורה על גדלות ובגרות מסוימת בגוף, שבה נשלם ברייתו ושלמות דעתו (בצירוף השנים), ונראה דגם הא דבעינן שנים הוא על דרך זה, ואין זה כהלכתא בלא טעמא שנעשה גדול רק בשנת יג', אלא זהו משום דבשנת יג' הגוף מגיע לגדלות ולבגרות שבה נשלמת דעתו [בצירוף הסימנים, והיינו

ו]. ונראה ליישב בס"ד, דבאמת הא דבעינן שנים לגדלות הוא נצרך לעצם דין הגדלות, שאינו נעשה גדול עד שיגיע לכדי שנותיו ויביא סימנים, מיהו אי"ז מוכרח דשנים הוי שנת יג' דוקא, ואבאר דברי, שהנה נודע החקירה בענין סימנים, האם הסימנים עצמם משוו ליה גדול, או שענין הגדלות הוא ענין טבעי באדם אלא שהסימנים מוכיחים ע"ז,

קודם שנת יג', כמו בדורות הראשונים, וכן במי שילדה בנים אף שלא הגיעה לשנת יב', מ"מ אמרי' דוודאי מיהרה להגדיל יותר משאר נשים (כל' הראשונים בסוגיא זו וכדלהלן), וחשיבא שפיר כגדולה.

שהגדלות שמוכיחה הסימנים וכן הגדלות שבאה ע"י השנים, משניהם יחד מתקבץ גדלות ובגרות מסוימת, שבגדלות זו נחשב כגדול לכל דיני התורה. וכ"כ בחי' ר' ראובן סימן טז' אות ב'. ולפי זה ניחא שהיכן שיודעים אנו שהגוף הגיע לגדלות הנצרכת לחשבו גדול, עוד

שנת יג' הגוף מגיע לבגרות הנצרכת לחשבו כגדול

בצאותיו וכו', ולכל הני אין אנו מפסידים אם קביעות של גבולי הצמצום יהיו בקירוב, כדי שיוכלו לקיים מצות המעשיות אף חלושי הדעת. ע"כ. וע"ע לו (קונט' השיעורים סי' לט' אות א') בגדר הכל לפי דעתו של רואה וז"ל, השיעור מתחילה ניתן לפי האומד, וכמו שאמרו תרומ"ע נטלת באומד, וכשנאמרו שיעורין בסיני על האומד נאמרו, ומה שנראה לו לאדם זהו שיעורו. ע"ש. [וע"ע להמשנ"ב בשעה"צ (סי' שעב' ס"ק יח'), האמת נלענ"ד דאין לדקדק בזה יותר, דסמכו חכמים על אלו השיעורים על הענינים שבתורה, מפני שקשה לצמצם העודף, ואולי היה מקובל להם מסיני שיש לסמוך על השעורים האלו אף בשיעורי תורה. יעו"ש]. וכזה ממש י"ל בעניננו, דעיקר השיעור הוא לפי הגדלות האמיתית, וניתנה ההלכה לחשב בקירוב, ואין לחוש כלל שמא גדול הוא קודם יג'. (מידדי הגר"מ שוב שליט"א). וזהו הביאור ג"כ בד' הראשונים בסוגיין, דבנים הרי הם כסימנים, היינו אפי' בשנת יא', והיינו דאמרי' דוודאי הגוף הגיע לגדלות ולבגרות הנצרכת לחשבו כגדול, שהרי הגיע לשנים הנצרכות לגדלות.

[ז]. וארחיב דיבורי בזה, שהנה לא מיבעיא למ"ש התוס' בסנהדרין הנז', דהמקור לגדלות של שנים, יב' לבת ויג' לבן, הוא שיעור ששיערו חכמים כן, וכ"כ רש"י בפירושו לאבות (פ"ה משנה כא'), לפ"ז שפיר יש לומר כנ"ל, דבדורות הראשונים היה סגי בפחות משנים אלו, דהגוף באותם הדורות היה מתבגר יותר מהר, וכן י"ל בהא דאמרי' בנים כסימנים אפי' תוך זמנו, והיינו שגופה התבגר וגדל קודם שנת יב', ומשו"ה יש לחושבה גדולה, אלא אפי' למ"ש הרא"ש בתשו' (שם) דהמקור לשנים הוא הלכה למשה מסיני, ג"כ אתי שפיר, דאי"ז כהלכתא בלא טעמא, אלא כמו שנתבאר, דבשנת יג' הגוף מגיע לבגרות הנצרכת לחשבו כגדול, וא"כ היכא שיודעים אנו שכבר הגיע לבגרות הנצרכת לחשבו כגדול, הוי דינו כגדול, אף קודם שנת יג', וכל ענין השיעור שניתן בהלל"מ הוא מפני שאין אנו יודעים לחשב בדיוק זמן זה, לכן הוצרכה הלכה למשה מסיני לומר שיעור זה, וזהו כדוגמת מ"ש החזו"א (או"ח סי' קלח' ס"ק ד'), דניתנה ההלכה למשה מסיני לחשב בקירוב, שלא ניתנו המצוות אלא לצרף הבריות ולדקדק

קטן הנראה כגדול ולא הביא שערות

חלושי הדעת. ועכ"פ לא ניתנו הסימנים אלא למי שאין יודע להבחין ולהכיר בגדלות הגוף אם הגיע לשלימות הדעת הנצרכת לחשבו גדול. [ונמצא שבד' הרא"ש מוכח דסימני שערות אי"ז עצם הגדלות, רק הוכחה לגדלות וכסימני בהמה טהורה וכמ"ש מהרי"ט (ח"א סימן נא'), ולהכי יתכן שיהיה גדול אף כשלא הביא הסימנים]. ועפ"ז יש להעיר עמ"ש החת"ס בתשו' (יו"ד סי' שיד') דלפי מ"ש הרא"ש דשיעור גדלות דיג' הוי מהלכתא, א"כ אי"ז אלא בישראל, אבל בן נח מחויב במצוות ונענש אף פחות מבן יג', ולא הביא שערות, דבב"נ לא נאמרו שיעורים כמ"ש הרמב"ם (מלכים פ"ט ה"י) לגבי אבר מן החי דחייב בכל שהוא. ע"ש. וכ"כ עוד אחרונים. ולפי המבואר יש להעיר ע"ז, דאין שיעורא דיג' כשאר שיעורים, ולא בחדא כללא כליינהו הרא"ש בתשו', דהכא המכוון בהלל"מ הוא לגלות את השיעור והזמן האמיתי שאדם מגיע לשלימות דעתו, וכבר נתבאר דאי"ז שיעור מוכרח בדוקא, שהרי הרא"ש גופיה בגיטין כ' דקטן הנראה כגדול, אזי חכמים מופלגים היודעים חקרי לב, יכולים לידע אם גדול הוא, אף שלא הביא סימנים ולא הגיע לשנת יג', וכן בסוגיין מוכח דא"צ שנים דוקא, וכמו שנתבאר, וא"כ ודאי דהשיעור דשנים וסימנים שנאמר הלל"מ, הוא לגלות את הזמן האמיתי שאדם מגיע לגדלות הנצרכת לחשבו גדול. וכזה ממש ראיתי להגר"ש

[ח]. ובזה יתבארו ד' הרא"ש בגיטין (פ"ט סי' יא') שכ', ההיא דנפק עלה קלא דאי קדשא לקטן הנראה כגדול וכו' רבינו חננאל ז"ל גריס עדין לא הגיענו לפלגות ראובן, שהיו בהן חכמים גדולים חקרי לב, והם היודעים אם הגיע זה הקטן הנראה בדרכיו כשאר גדולים, ולחשבו גדול להיות קדושיו קדושין, אבל אנו אין באנו כח להבין בין קטן הנראה כגדול ובין קטן זולתו וכו' הלכך בעינן יג' שנה ויום אחד ולמעלה והוא דאייתי שתי שערות. ע"כ. והנה מד' הרא"ש מתבאר דבר נוסף, דמלבד ששייך להיות גדול אף קודם שהגיע לשנת יג', הרי שאפשר גם שיהיה גדול קודם שהביא שתי שערות, ולכא' תמוה דהרי אין לו סימנים כלל, והרי הרא"ש גופיה כ' בתשובה הנז', דשיעור השנים הלל"מ, ולהאמור ניחא הכל, דכל שהגיע הגוף לגדלותו הנצרכת לשלימות דעתו, הרי הוא גדול, אף אם לא הביא סימני שערות ולא הגיע לשנת יג', ואת זה היו יודעים להבחין רק חכמים מופלגים שיודעים חקרי לב, ולזה ניתנה הלל"מ שהשיעור הוא שנים ושערות, שבד"כ בזמן זה מגיע הגוף לגדלות הראויה לשלימות דעתו, ואף שוודאי ישנם קטנים שקודם שנת יג' כבר הגיעו לזה, אין חשש בדבר, וכמ"ש החזו"א הנז', דניתנה ההלכה למשה מסיני לחשב בקירוב, ואין אנו מפסידים אם קביעות של גבולי הצמצום יהיו בקירוב כדי שיוכלו לקיים מצוות המעשיות אף

אויערבאך זללה"ה בס' דרכי שמואל
(אסופות, סי' יד') שהעיר כן ע"ד החת"ס.

ט]. סוף דבר, לית מאן דפליג דשנים
נצרכים לעצם הגדלות, ומה שכ'
הראשונים בסוגיין דבנים הוו כסימנים
אפי' ילדו קודם יב', היינו כמשנ"ת דס"ל
דלית בנים מוכיחה שהגוף הגיע
לגדלות ולבגרות הנצרכת לחשבו
כגדול, והרי היא כנערה שהביאה שתי
שערות. והדברים מפורשים בד' הרמב"ן
וז"ל, פירש רבינו הגדול ז"ל, קטנה
שילדה תוך הזמן הרי היא כנערה
שהביאה סימנין גמורין, שכיון שיש לה
בנים הדבר ידוע שאשה זו היא ממהרת
לבוא בגדלותה יותר מכל הנשים, שא"א
לקטנה שתלד עד שתגדיל, והוצרך
לפירוש זה משום דקיי"ל תוך הזמן הזה
אע"פ שהביאה סימנים שומא נינהו.
ע"כ. וכ"כ הרשב"א והריטב"א. וכל זה
ראיה לדברינו, דאי ס"ל דדין שנים אינו
אלא כי היכי דלא ליהוי השערות שומא,
למה הוצרכו הראשונים להאריך לבאר
טעם דבריהם, הלא בבנים לא שייך

לומר שומא נינהו, ופשיטא שתהיה
גדולה אף קודם שנת יג', אלא ודאי דגם
הראשונים מודים דדין שנים הוא מעצם
דין הגדלות, ומשו"ה הוצרכו הראשונים
לבאר טעם דבריהם בזה. [וע"ע בל'
הרשב"א והריטב"א להלן (דף לד.) שכ' בזה"ל,
שהרי אינם נעשים גדולים בשנים בלבד, אא"כ
הביאו שתי שערות לאחר הפרק. ע"כ. מכלל
דשנים נמי מכלל הגדלות הוא]. מיהו יש
להעיר קצת מל' התוס' בסנהדרין (דף סט.
ד"ה בידוע), שבדורות האחרונים נתנו
חכמים סימן להבאת שערות לקטנה בת
יב' שנה ולקטן בן יג' שנה וכו'. ע"כ.
וכע"ז הוא לשון רש"י באבות (פ"ה משנה
כא'), בן יג' למצוות, דמי שהביא שתי
שערות בא לכלל מצוות דאורייתא,
דהלכה למשה מסיני היא ושיערו חכמים
הבאת שתי שערות לשלש עשרה שנה.
ע"כ. ומשמע מלשונם דהבאת סימנין
הוא עיקר הגדלות, ושנים אינו אלא
סימן שנתנו חכמים לדבר. ועי'.

אסור לבטל מצות יבמין

לכאורה עניינו הוא שאסור לו לאדם להכניס עצמו למצב של ביטול מצות עשה

א. יבמות (דף כו.). מבואר בסוגיא שם, דגם למ"ד אין זיקה, ולית ליה איסור קרובות, מ"מ אסור לו לישא את אחותה, משום דאסור לבטל מצות יבמין. וכ"ה בכמה מקומות במכילתין (דף יז: יח. כד. כח.). ובפשטות נראה בגדר איסור זה, שהוא איסור ביטול מ"ע דיבומ"ח, וכמו שמצאנו כע"ז גבי מצות הפרשת חלה, שאסור לו לאדם לעשות עיסתו פחות פחות מכשיעור כדי לפוטרה מן החלה, וכמ"ש הר"מ (ביכורים פ"ו הט"ז), ובנו"כ שם כ'

דמקורו מהירושלמי. וכזה כ' בחי' הגרש"ר לכתובות (סי' ד' אות א'), ואסור לו לאדם שיכניס עצמו למצב שיתבטל קיום עשה, ודמ"א להא דאמרין ביבמות (דף כו.). אסור לבטל מצות יבמין, אלמא דאסור לו לאדם לגרום שיהא ביטול דקיום מ"ע ואף באופן דהיתר. ע"ש. וע"ע בקרן אורה (דף כו.) שדן אם יש באיסור זה סרך איסור של תורה, דאסור לבטל המצוה המוטלת עליו. יעו"ש.

תמיהה שהרי אין מצוה לחלוץ אלא כדי להתירה לשוק

ב. אולם התעוררתי בקו' עצומה, דהנה בכתובות (דף סד.) ובתוס' (שם ד"ה כיון) ובראשונים שם, מבואר דלא כייפינן לייבם או לחלוץ אא"כ באה מחמת טענה. ע"ש. ומבואר דלא כייפינן על מצות יבומ"ח. [וגם למ"ש התוס' והראשונים בת"י הראשון, דכייפינן אף בלא באה מחמת טענה, אי"ז אלא כדי שלא תתעגן לעולם, וכמפורש בד' הראשונים, אבל מצד עצם מצות יבומ"ח לא כייפינן]. וכן הוא בשו"ע (אהע"ז סי' קסה ס"א) בהגהת הרמ"א, דלא כייפינן לחלוץ אלא בבאה מחמת טענה. ולכאור' מדוע אין כופין על החליצה, ככל מ"ע שכופין עליה, (דהתינח מה שאין כופין על היבום, משום דברצונו תלה רחמנא, כמ"ש בגמ' דף לט:), ומוכח דמצות חליצה אינה אלא כדי להתירה לשוק, והיכא שהיא מתרצה

להישאר עגונה, ואינה מקפידה ע"ז, אנן נמי לא איכפת לן, ואינו מחויב לחלוץ בכה"ג. וכ"כ הבית שמואל (שם ס"ק ט'), והחכם צבי בתשו' (סי' א'). ועי' בשו"ת החת"ס (אהע"ז ח"ב סי' פה') שהרחיב בזה, וכ' דהוא פשוט שאם שניהם מרוצים אזי אין לב"ד עליהם כלום, לא ליבום ולא לחליצה. ע"ש עוד. והו"ד בפתחי תשובה (שם סק"ז). ואחר הדברים האלה תיקשי לן, מדוע יש איסור ביטול מצות יבמין, הלא אין מצות חליצה אלא כדי להתירה לשוק, ואין מצוה בחליצה מצד עצמה, ומה לי אם התרצו שניהם שלא לחלוץ דאינם מחויבים בחליצה, ומה לי אם ישא אחותה ועי"ז תהיה מותרת לשוק ממילא.

היכא דלא איכפת לה להיות מעוגנת האם יש מצוה לחלוץ

דהא גבי אונס ג"כ אמרי' בכתובות (דף מ.) דאי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל, ומ"מ אם רצונה להינשא לו, הוי מ"ע גמורה על האונס, ואם מוציאה עובר בעשה ול"ת, וא"כ י"ל דהכא נמי הגם דהיכא דאין לה רצון להינשא לאחר ליכא מצוה, מ"מ אם היא רוצה להינשא הוי החליצה מ"ע גמורה, ושפיר איכא ביטול מצות יבמין. ע"כ. והנה עיקר דבריו שיש מצוה בחליצה היכא שרוצה להיות מותרת לשוק, כן נראה נכון, [ולפ"ר יתיישב בזה ק' העמ"ש שם ע"ד הח"צ. יעו"ש. והיינו שגם אם חליצה אינה אלא כדי להתירה לשוק, מ"מ מ"ע גמורה היא. ועי'], אולם מה שכתב ליישב בזה את הדין שאסור לבטל מצות יבמין, הן לפ"ז יוצא חידוש לדינא, דכל איסור ביטול מצות יבמין אינו אלא כשרוצה האשה לחלוץ ולהיות מותרת לשוק, אבל היכא דלא איכפת לה, כעקרה וזקינה וכיו"ב, אין איסור ביטול מצות יבמין, דהרי בכה"ג אין מצוה לחלוץ כלל. וחידוש דין זה לא שמענו.

ג]. שוב ראיתי בהעמק שאלה (תצא, שאילתא קנ"ד) שעמד בזה, וכ' להוכיח מקו' זו, שלא כד' החכם צבי הנז', אלא דחליצה מצוה אפי' היכא דלא איכפת ליה להתעגן, דאין ענין החליצה כדי לפוטרה ולהתירה לשוק, אלא חליצה עיקרה למצוה, וממילא היא נפטרת. וע"ש שהק' ע"ד עצמו, ממה שכ' הראשונים והשו"ע דאין כופין אא"כ באה מחמת טענה. יעו"ש מ"ש לחדש בזה. ועכ"פ מד' רבותינו האחרונים הנז', הב"ש, חכם צבי, חת"ס, והפת"ש, מבואר דלא סבירא להו הכי, רק עיקר מצות חליצה הוא כדי להתירה לשוק, והדרא קו' לדוכתא. ועתה ראיתי בחי' החשק שלמה (דף כו.) שג"כ הביא קו' זו וז"ל, בשו"ת עמק יהושע (סי' כג') העיר מזה על דעת הסוברים דאם היבמה אינה רוצה להינשא לשוק, אין מצוה בחליצה כלל, וא"כ מאי ביטול מצות יבמין יש בזה, דהא הביטול אינו רק מחליצה, וחליצה לאו מצוה היא. ואכן לענ"ד נראה ליישב,

איסור ביטול מצות יבמין יסודו משום ביטול הזיקה שאין לנתקו אלא ע"י יבום וחליצה

ומותר לבטל מצות יבמין וכו'. ולכא' קושית הגמ' תמוהה, דאטו משום דסבר האי תנא כר"ג בחדא, סבר לה כוותיה בכל מילי, דלכא' אין שני דברים הללו תלויים זה בזה, דמה ענין זה אצל זה. (וכיו"ב הק' התוס' להלן דף נט: ד"ה ורב, ע"ד הגמ' שם). וחזינן מהא דאכן שני דברים הללו

ד]. ונראה בס"ד בביאור דין זה דאסור לבטל מצות יבמין, דיסוד הדין הוא משום ביטול הזיקה, ובהקדם ד' הגמ' (דף יח.) דמשנ' על מתנ' דארבעה אחין וכו', לעולם אין זיקה ומשום דקסבר אסור לבטל מצות יבמין, ומקשי', ואי אין זיקה תיבטל דהא רבן גמליאל אמר אין זיקה

דאין זיקה כלל אפי' לענין ביטול מצות יבמין, ויהיה מותר באמה אפי' מחיים, קמ"ל דלאחר מיתה דוקא הוא דמותר באמה. וכן מפורש כדברינו בפסקי הרי"ד שם וז"ל, פי' דוקא כשמתה יבמתו מותר באמה משום דאין זיקה, אבל כשיבמתו בחיים אסור ליקח אמה, שאם יקחנה תצא היבמה בלא כלום, מפני שהיא ערוה ואסור לבטל מצות יבמין, "דלכולי האי לא אמרי' אין זיקה שיהא מותר לבטלה". ע"כ. הרי שאיסור זה יסודו מדין הזיקה.

ו. וכן יש להוכיח מד' התוס' והראשונים להלן (דף כז:), דבגמ' שם אמרי', דרב ס"ל דאין דין נאסרה באחות זקוקה, דזיקה דרבנן היא. וכ' התוס' (ד"ה אבל הכא), דרב לטעמיה דאמר אין זיקה, ולא אסיר אלא משום ביטול מצות יבמין. ע"ש. ואפ"ה קרי ליה תלמודא לאיסור זה זיקה דרבנן, ומשמע דיסוד האיסור הוא מכח הזיקה. וכן מפורש בלשון הרמב"ן והרשב"א שם וז"ל, ודאמרינן זיקה דרבנן היא, הכי קאמר מחיים הוא דאסירא משום "דקא מבטל לה לזיקה", ואסור לבטל מצות יבמין. ע"כ. ומשמעות לשונם ברורה דיסוד האיסור הוא משום הזיקה.

שייכים זה לזה, דאסור ביטול מצות יבמין יסודו מדין הזיקה, דגם למ"ד אין זיקה, היינו שאין זיקה לכל אח ואח, ומ"מ יש זיקה כללית, דאכתי אגידא באותו בית, וכמ"ש הרמב"ן להלן (דף נא:), ומשו"ה אסור לבטל מצות יבמין, דממה שאמרה תורה דין יב"ח, מוכח דרצון התורה שקשר הזיקה לא ינתק אלא ע"י יבום וחליצה, ולהכי אסרו חכמים לבטל מצות יבמין. ובזה מיושב מה שהקשינו, דהרי מצות חליצה אינה אלא להתירה לשוק, ואינו מחויב בה מצד עצמה, וא"כ למה אסור לו לבטלה ע"י נישואי אחותה. ולהאמור א"ש, דהאיסור הוא ביטול הזיקה שלא ע"י יבום וחליצה, ולכן גם היכא דלא איכפת לה להתעגן, ואינו מחויב לחלוץ לה בכה"ג, מ"מ אין לו לבטל הזיקה שלא ע"י יב"ח.

ה. וכיסוד הדברים האלה יש להוכיח עוד מד' הגמ' (דף יז:), ולימא הלכה כדברי האומר אין זיקה אפי' בחד, ומשני, אי הוה אמר הכי הו"א אפי' מחיים קמ"ל לאחר מיתה אין מחיים לא משום דאסור לבטל מצות יבמין. ולכא' מה טעם יש לומר דאי אין זיקה יהיה מותרת אפי' מחיים, הרי מחיים יש סברא נוספת לאסור משום ביטול מצות יבמין, וחזינן דגם איסור זה יסודו מדין הזיקה, ולהכי אי הוה אמרי' אין זיקה סתמא, הו"א

בענין חופה ביבום

האם יש מצוה ליבם לעשות ג"כ חופה

א]. הרמ"א בדרכי משה (אהע"ז סי' קסו' אות ב') הביא ד' הגהות מרדכי ביבמות (סו"ס קיט') שכ' בדין היבמה וז"ל, ויקדשנה בכסף ויכנס עמה לחופה על כוונת להקים לאחיו שם. ע"כ. והביאו להלכה בשו"ע (סעיף ב') בזה"ל, וצריכה ג"כ חופה אחר הקידושין כמו שאר אשה. ע"כ. ויעוי' להגר"א בביאוריו שם (אות ז') שכ' דהגהות מרדכי הוציא כן ממה שאמרו ביבמות (דף כט:), כל העושה מאמר ביבמתו פרוחה הימנו זיקת יבמין וחלה עליו זיקת אירוסין, ומשו"ה צריך דוקא חופה כדין ארוסה דעלמא. אלא דהגר"א הקשה ע"ז בזה"ל, אבל צ"ע דהוא דוקא

לבית שמאי, ועי' רש"י שם (דף נח: ד"ה דחבריה), דחופה ביבמה לא שייכא. אלא שיש לומר דשם מדאורייתא. וצ"ע. עכ"ל הגר"א. ומבואר דלא פשיטא ליה להגר"א לומר בדעת בית הלל דס"ל דמאמר לא הוי מדאורייתא, דהעושה מאמר ביבמתו פרוחה הימנו זיקת יבמין, מדרבנן, וחלה עליו זיקת אירוסין, דכיון דמה"ת אין המאמר כלום, מהי"ת לומר כן. ועי' בקרן אורה (דף כט:), שאכן כתב טעם אחר בדין המרדכי, דכמו שתקנו חכמים מאמר ביבמה (דף נב:), תקנו ג"כ חופה, כדרך אירוסין ונישואין דעלמא.

האם לב"ה העושה מאמר ביבמתו פרוחה הימנו זיקת יבמין

ב]. אכן דבר זה נפתח בגדולים, דהנה הבה"ג בהל' יבום (עמוד רפט') כ', העושה מאמר ביבמתו פרוחה הימנו זיקת יבום, וחלה עליו זיקת אירוסין ונישואין. ע"כ. ומבואר דגם לדידן הכי הוא. וכן מפורש בפסקי הרי"א (פ"ו ה"א סי"ד), וז"ל, והמקדש יבמתו פרוחה הימנו זיקת יבמין וחלה עליו זיקת אירוסין ונישואין, ששוב אינו יכול לכונסה אלא מדעתה כדרך שאר כל הנשים, ואם בא עליה על כרחא אחר שעשה בה מאמר הקידושין, אינה קנויה לו מדברי סופרים, ואינו זכאי במציאתה ובמעשה ידיה ובהפרת נדריה, ואינה כנשואה לכל דבר. ע"כ.

וכן מבואר בתוס' רבינו פרץ להלן (דף נג: ד"ה אלא בעל) שהק', תימה דהוה מצי למימר דסד"א נגזור ביאה שיהא אחריו כלום אטו מאמר דקמי ביאה וכו' דכל העושה מאמר ביבמתו פרוחה הימנו זיקת יבמין, ובעיא מסירה לחופה, אבל בביאה לא קנאה לכל דבר וכו'. ע"ש. והלום מצאתי להראב"ה (סו"ס תתצד') וז"ל, הלכות דין יבום וסידורן, לאחר ג' חדשים ממיתת הבעל מקדשין, דאמר רב מצות ייבום מקדש ואח"כ בועל וכו', וכונסה לחופה בכתובה ובקידושין וכו' וכיון שלקחה נעשית כאשתו ולכל דבר. ע"ש. (ולפלא שלא זכר מענין הביאה כלום). הרי שכתב ג"כ

לדידן הכי הוא, דהעושה מאמר ביבמתו פרחא וכו'. [דאין לומר דקמ"ל הכי אפי' לב"ש, דהא ב"ש במקום ב"ה אינה משנה, וכדפריך בכמה דוכתין (עי' שבת דף קלה.), וכי טעמא דב"ש אתא לאשמועין]. וכבר הק' כן בערוך לנר, דהרי ב"ש הוא דס"ל הכי. יעו"ש. ולהאמור אתי שפיר, דגם לדידן דמאמר אינו אלא מדרבנן, מ"מ ע"י המאמר פרחא הימנו זיקת יבמין מדרבנן. וכן נראה לדקדק מל' הגמ' בסוגיין, אמר ליה "שאני אומר" כל העושה מאמר ביבמתו וכו'. ואי לב"ש דוקא הוא, מאי שאני אומר. (שו"ר להרידב"ז בתוס' הרי"ד לירושלמי יבמות פ"ה ה"ב ד"ה ומוכח. יעו"ש).

דצריך חופה. וע"ע בפסקי הריא"ז (שם הי"ב), והובא בשלטי גבורים (פרק רבן גמליאל), אע"פ שהיבם קונה היבמה בביאה, ואפילו אם בא עליה בעל כרחא, מצות חכמים היא שיקדש אותה תחלה וכו', וכונסה לחופה ומברך עליה ברכת חתנים כשאר כל הנשים. ע"כ. וה"ז כד' הרמ"א.

ג]. ובאמת שכן משמעות הסוגיא להלן (דף נב.), עשה מאמר ובעל ה"ז כמצוותה, פשיטא, סד"א כיון דאמר מר העושה מאמר ביבמתו פרחא הימנו זיקת יבמין וחלה עליו זיקת אירוסין ונישואין, אימא לאו מצוה קעביד קמ"ל. ומשמע דגם

שיטת רבינו ירוחם והמאירי דאין היבם צריך לעשות חופה

עליו זיקת אירוסין להזקיקו לחופה, אלא אין כאן סרך אירוסין כלל, ואינה צריכה חופה. וכן אין חופה גומרת בה אלא ביאה, ואפילו בא עליה בעל כרחא. ע"כ. ופשטות דבריו דאינה צריכה חופה אפי' מדרבנן. ונמצא דמחלוקת ראשונים היא, אי לב"ה אמרי' פרחא זיקת יבמין ע"י מאמר או לאו.

ד]. אולם בעיקר הענין, הנה רבינו ירוחם (נתיב כה' ח"ג) כ', מאמר אינו קונה קנין גמור, ולא פרחא ממנו זיקת יבמין כלל, ואפי' אירוסין גמורים אינו עושה, ולפיכך לא בעינן מסירה לחופה, כך פשוט. ע"כ. ועי' במאירי (דף כט:) שג"כ כתב, העושה מאמר ביבמתו אין אומרים שפרחה ממנו זיקת יבמין עד שתחול

יבם שבא על יבמתו בעל כרחא האם קנאה גם מדרבנן

איפשטא, הנה מפרש"י להלן (דף נח:) מבואר דבגמ' שם פשיטא לן דלא מהניא ביאה בע"כ אחר מאמר, וע"ש בחי' הרשב"א והריטב"א שכתבו כן. וכן הוא להדיא בפסקי ריא"ז הנ"ל (אות ב'), וכן אם בא עליה לשם זנות, ג"כ לא יקנה אותה, וכדין נשואין דעלמא, וא"כ היאך שתק

ה]. והנה יש להעיר טובא, דלפי מה שפסק הרמ"א דהעושה מאמר ביבמתו פרחא הימנו זיקת יבמין, וצריך כניסה לחופה אחר המאמר, לפ"ז יוצא דאם יבוא עליה אח"כ בעל כרחא, לא קנאה מדרבנן, וכדאמרינן בסוגיין אליבא דב"ש, [והגם דבסוגיין הוי בעיא דלא

הנישואין, הרי היה לו לחלק ולומר דכל זה קודם שעשה מאמר אבל לאחר שעשה מאמר אינו קונה אותה אלא ע"י חופה מדעתה בלבד. וצ"ע.

הרמ"א למ"ש השו"ע (סי' קס"ז), הבא על יבמתו בין בשוגג בין לשם זנות בין שאנסוהו כותים והדביקוהו ביבמתו בעל כרחו וכו'. ושם (סעיף ט') מבואר דביאת שוגג קניא לכל מילי בנפלה לו מן

מדוע צריך חופה ביבום תיפוק ליה דביאה מהני לנישואין אפי' באשה דעלמא

אחין (דף כט:) שאינה קונה. ויעו"ש עוד מה שהביא מהר"מ. (ומ"ש להוכיח מפרק ארבעה אחין, עי' להלן). גם הריטב"א שם כ' להק' כזה ממש, ולא נהירא שלא מצינו בכל מקום ביאה אחר קידושי כסף בלא חופה שתהא קונה, דאדרבה ביאה באיסור היא, והכי מוכח ביבמות דביאה דבתר קידושין בלא חופה זנות בעלמא היא, אלא שיש לומר דהתם בבועל סתם, אבל בבועל לשם נישואין אחר קידושין, הרי הוא עושה נישואין, כ"כ הרמב"ם ז"ל, מ"מ אם איתא להיא פירושא וכו'. ע"כ. וע"ע בר"ן שם. ועכ"פ חזינן דלא פשיטא להו כלל ד' הרי"ף, דביאה לשם נישואין קונה בתורת נישואין. [ומ"ש הרמב"ן ביבמות (דף נז:) דגם לשמואל דאין חופה לפסולות, מ"מ מודה דבביאה קני פסולות. והיינו בתורת נישואין, ולכאוי' זהו סותר להרמב"ן הנז' דלא פשיטא ליה כלל דין זה. אכן נראה לפרש בכוונת הרמב"ן דבביאה שע"י חופה מודה שמואל, דכל טעמיה דשמואל הוא דחופה דפסולות אינו עומד לביאה, דהא אסירה עליה, וחופה שאינה עומדת לביאה לא קניא, אבל היכא שבא עליה בחופה, אין לך חופה עומדת לביאה גדולה מזו. וכן ראיתי להגר"א יפהן בהערותיו, ח' הריטב"א מה"ק, הערה מס' 440, שכ"כ בכוונת הרמב"ן. יעו"ש עוד]. גם הרשב"א בכתובות (דף ז: ד"ה ואסר לנו) כ' בתו"ד בזה"ל, מכיון שנתקדשה הרי היא

ו. ומלבד זאת יש להתעורר על עיקר דין הרמ"א, דאמאי אחרי מאמר לא סגי בביאה גרידא, הלא אפי' בקידושי אשה דעלמא סגי בביאה כדי לקנותה לנישואין, וכמ"ש הרי"ף בקידושין (דף י.), והובא בתוס' שם (ד"ה כל הבועל), וכ"כ הרמב"ם (הל' אישות פ"י ה"א), דהבא על ארוסתו לשם נישואין, קנאה ונעשית נשואה, והרי היא כאשתו לכל דבר. והובא להלכה בשו"ע (אהע"ז סי' נה ס"א, ובסי' לג' ס"א בהגה). וא"כ היאך סתם הרמ"א בכאן דבעינן דוקא חופה ולא ביאה, הרי כשבא עליה מדעתה, הרי היא קנויה לו ככל אשה דעלמא, והכי הול"ל דביאה בעל כרחא לא מהני בה מאחר שעשה בה מאמר. וצ"ע ג.

ז. מיהו בד' הראשונים הנז', המרדכי הרי"א ז' ורבינו ירוחם, דג"כ משמע בדבריהם דחופה בלבד הוא דמהני ולא ביאה, אין להקשות כנ"ל, דבאמת אין דין זה מוסכם כלל בראשונים, שהנה הרמב"ן בקידושין (דף י.) הביא ד' הרי"ף דביאה קניא בתורת נישואין, וכ' ע"ז: אבל איני יודע לביאה בלא חופה שתקנה ליורשה ולשאר מילי דאישות, שהרי ביאה באיסור היא וכזנות דמיא, והיאך תקנה, והכי נמי מוכח בפרק ד'

(דף נח:), דכל דעביד מאמר שוב לא יקנה יבמה אלא כאשר דעלמא "בחופה בביאה גמורה" או בחופה אפי' לא נבעלה. מכלל דביאה לחודה לא קניא]. וע"פ האמור יש לומר דגם המרדכי הריא"ז ורבינו ירוחם הכי סבירא להו, דאשה דעלמא לא מיקניא לנישואין בביאה, ומשו"ה יבמה לאחר מאמר דפרחה הימנו זיקת יבמין, לא מיקניא בביאה כלל. מיהו בד' הרמ"א אכתי תיקשי טובא, שהרי איהו גופיה סתם להלכה, בסי' לג' ס"א, דביאה קונה בתורת נישואין, וא"כ למה לי חופה ביבם כלל, כיון דבלא"ה אינו קונה אותה לגמרי אלא ע"י ביאה. וצ"ע.

קנויה לבעל וכו' ומיהו ודאי אם בא עליה שלא בחופה לא קנאה ליטמא ולהפר נדריה וכו' דהא בעינן מסירה לחופה כדאיתא בפרק ארבעה אחין (יבמות כט:): גמרא שלשה אחין שנים מהם נשואין שתי אחיות. ע"כ ויעו"ש. הרי דפשיטא ליה דביאה בלא חופה לא קניא. וע"ע בתשו' הגאונים שערי צדק (ח"ד ס"י כד') שכן נראה מדבריהם. גם מד' התוס' ביבמות (דף נו. ד"ה כל ביאה) ושאר ראשונים שם, יש להוכיח דלא ס"ל כד' הרי"ף, דאל"כ הו"ל לפרושי דאיירי בביאת נישואין. [וע"ע בל' הריטב"א להלן

אי ביאה דאיסורא קני לנישואין ותמיהה בדברי הר"ן בזה

יבמות אות קכג') מאי מייתי מהתם, דשם מדיני היבום הוא דבמקום שאסורה להתייבם לא תקנו חכמים דין מאמר, ואע"פ שבעצם המאמר אין איסור, ומה ענין זה לנישואין באיסור. וכן פרש"י להדיא בסוגיא שם (ד"ה דהיתרא דחי), דדין המאמר תלוי בדין היבום. והרמב"ן גופיה ביבמות (דף יח: ד"ה אומרים לו המתן) כתב בתו"ד בזה"ל, כדאיתמר התם מאמר דהיתרא קני דאיסורא לא קני, ולא נהירא לי כלל דהתם מאמר במקום יבום קאי, וכל שאינו עולה ליבום אין מאמר קונה בה לגמרי, וכן נראה מדברי רש"י שם, אבל קידושין וכו'. ע"כ. וד' רבינו הר"ן נפלאו ממני. אכן הריטב"א פירש אחרת בכוונת הרמב"ן בזה"ל, והכי נמי מוכח ביבמות דביאה דבתר קידושין בלא חופה זנות בעלמא היא. ע"כ. הרי שביאר דכוונת הרמב"ן להוכיח על עיקר

ח]. ואגב אורחין יש להעיר בכאן הערה נפלאה, שהנה הרמב"ן הנז' כתב להוכיח מפרק ארבעה אחין, ולא נתבאר בדבריו מה כיון להוכיח משם, והר"ן הנז' הרחיב בדבריו בכוונת הרמב"ן בזה"ל, ואיכא למידק, ביאה דקניא בתר קידושין ה"ד, אי דאיכא חופה ביאה למה לי, ואי דליכא חופה, כיון שביאת איסור היא דהא קיי"ל הבא על ארוסתו בבית חמיו לוקה, אינו בדין שיקנה, דהא בפרק ארבעה אחין (יבמות דף כט:): אמרי' דאפי' למ"ד מאמר קונה קנין גמור מאמר דהיתרא קני דאיסורא לא קני. ע"כ. ומבואר שפי' בכוונת הרמב"ן דרצונו להוכיח משם דביאת איסור לא קניא. והנה מלבד מה שתמה השעה"מ (חופת חתנים ס"ט) דבכמה מקומות מוכח דביאת איסור קניא. ע"ש. בלא"ה יש לתמוה מאד (עי' בעצי ארוזים סי' נה' סק"ג, ובשיעורי הגרש"ר

בשעשה בה מאמר ובא עליה חוץ לחופה אי בעי מסירה לחופה. ומשמע דכל ביאה לא קני בה. וכן נראה מד' הריטב"א שם שכ', או דלמא אירוסין עושה ובעינן מסירה לחופה, פירוש, שאינו גומר בה בביאה לחודה בלא חופה. ומשמע שפירש כנ"ל דלפי הצד שאירוסין עושה לא מהני ביאה ואפי' מדעתה. [ומה שרש"י שם פירש דבבא עליה בעל כרחא מיבעיא לן. אין להוכיח דלא ס"ל הכי, אלא משום דאורחא דמילתא היכא שבא עליה מדעתה הוי נמי חופה בכלל הביאה, וכמו שכתבו הרמב"ן הריטב"א והר"ן בקו' על הרי"ף הנז'. ודו"ק. מיהו יעוי' בפרש"י לסוטה (דף כד: ד"ה כגון). וי"ל]. ולפי ד' הריטב"א נתיישב היטב ד' הרמב"ן וראייתו.

הדין, דביאה לשם נישואין לא קני, אלא שעדין לא נתפרש היכן מוכח כן ביבמות פרק ארבעה אחין (שהרי הרמב"ן כתב להוכיח מפרק ארבעה אחין), אולם הדברים מפורשים בד' הרשב"א בכתובות (דף ז'): המובא למעלה, שכ' להדיא להוכיח מסוגיא דהכא (דף כט:), ונראה כוונתו דהיינו מהא דאמרי' בכאן, אלא לענין מסירה לחופה מאי נישואין עושה ולא בעיא מסירה לחופה או דלמא אירוסין עושה ובעיא מסירה לחופה. דמשמע דלא מהני ביאה כלל ואפי' מדעתה, מדלא קאמר נישואין עושה ולא בעיא ביאה מדעתה, א"ו דביאה לא קני כלל לנישואין. ועי' בחי' הרשב"א ליבמות (שם ד"ה אי אמרת נישואין) שכ', ולא מיבעיא ליה לרבה אלא

מטלטלי לכתובה לא משתעבדי

מטלטלי לכתובה לא משתעבדי היינו מיתמי או אפילו מיניה

לגבות מן הבעל, גובה אף מן המטלטלין, דמיניה ידידיה אפי' מגלימא דעל כתפיה, וזה דעת קצת המפרשים ז"ל שכשאמרו מטלטלין לא משתעבדין לכתובה דוקא אחר מיתת הבעל וכו'. אכן הוסיף ה"ה, שמד' הרשב"א בתשו' נראה שנוסחת ספרי רבינו שלו, התקינו שלא תגבה האשה וכו', והוא כולל אף הגרושה. ע"ש. ועיין בדינא דחיי (עשין מח') שכ', דממ"ש הר"מ (שם סוף ה"ח וה"ט) מוכח שהנכון הוא כגירסא שלפנינו. ונמצא דעכ"פ לפי הגירסא שלפנינו בד' הר"מ משמע דס"ל דמחיים גובה אפי' מן המטלטלין, וכשי' הראב"ד הנז'. ולכא"ו כן הוא שיטת תר"י שהובא בשטמ"ק (דף פד.) במתני' דכושל, שבדבריו שם מפורש דמיניה משתעבד אפי' מטלטלי. ע"ש. (ולא ראיתי למי שהתעורר בדבריו).

ג]. וכדעה זו משמע ג"כ בפרש"י (כתובות דף סו. ד"ה פרנא) שכ', פרנא, לזה שמעתי כתובה מנכסי יתומים, ולא אמרי' מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח. ע"כ. וממה שהוצרך להדגיש מנכסי יתומים משמע דמיניה גבי אפי' מן המטלטלין אפי' בכתובה. וכזה ממש יש להוכיח עוד מדבריו שם (ד"ה ארעא הוא). ע"ש. וכבר הוכיחו כן החכם צבי (ליקוטי תשובות, סימן פג' בהוצאת מכון דובב מירושלים), והבית מאיר (סי' ק'). וכן מצאתי בחי' מהר"י בירב

א]. הנה בכמה דוכתין (יבמות דף צט., כתובות דף פא.; קידושין דף סה.): אמרינן, דר"מ ורבנן פליגי אי מטלטלי משתעבדי לכתובה, דר"מ סבר דמטלטלי משתעבדי, ולרבנן אין המטלטלין משתעבדים, ומקור המחלוקת הוא מהמשנה בכתובות (דף פ:). ונח' הראשונים בדעתיה דר"מ, דהתוס' בכתובות (דף פא: ד"ה אמר ר"מ) כ', דלא אמר ר"מ דמטלטלין משתעבדים אלא מיניה, אבל מיתמיגם לר"מ אינה גובה. אבל הרמב"ן הרשב"א והריטב"א בקידושין (דף סה:) וכן הרמ"ה בב"ב (דף קעו.) כתבו, דלר"מ גובה אפי' ממטלטלי דיתמי. ועכ"פ בדעתיהו דרבנן כל הראשונים הנז' מסכימים, דאפי' מיניה אינה גובה מן המטלטלין, ושאני מבע"ח דעלמא דבמיניה גבי אפי' ממטלטלי דיתמי, וכ"כ גם המאירי הרא"ש והר"ן בנדרים (דף סה:). ולהלן יובא טעם הדבר.

ב]. אולם באמת גם זה אינו מוסכם, דשי' הראב"ד (הו' בחי' הרשב"א בקידושין שם) דלרבנן נמי גובין מטלטלין מיניה וכשאר בע"ח, ולא פליגי רבנן נמי אלא במטלטלי דיתמי, (וע"ש בחי' הרשב"א שהק' ע"ז). וכן נראה מד' הר"מ (הל' אישות פט"ז ה"ה) שכ' בזה"ל, וכן התקינו שלא תגבה האלמנה כתובתה אלא מן הקרקע. וכ' ע"ז ה"ה, כך מצאתי בספרי רבינו, ואם כך היא הנוסחה משמעה הוא שהגרושה הבאה

ובהדיא דגם מעות הוו כדין מטלטלין דאין האשה גובה מהם. וכן מפורש בד' רש"י במשנה בכתובות (דף פ: ד"ה כל הקודם), ששם הוא מקור המחלוקת דר"מ ורבנן, וז"ל רש"י, וה"ה דפליגי אכספיים דמאי שנא כספים מפירות תלושין. ע"כ. וכן מוכח עוד בפירוש"י לקידושין (דף סה: ד"ה ר"מ היא וכו') דאמר במסכת כתובות וכו' אלמא מעות משתעבדי לכתובה. ע"כ. מכלל דלרבנן אף מעות אינם משתעבדים. גם מד' רש"י בשבועות (דף לב: ד"ה ש"מ משביע) יש להוכיח כן. יעו"ש. וכן מוכח מכמה ראשונים ואחרונים להלן (דף פו). בההיא דאמר אמיר דדינא דבע"ח בזוזי ודאשה בארעא, והקשו דהלא אשה בכל ענין דינה בקרקע ולא בזוזי, גם היכא שאין בע"ח שתובע איתה. עיין בדבריהם. ודו"ק. ותו לא מידין ועכ"פ לשיטה זו נמצא דאכן לרבנן אין חילוק בין כתובה לחוב דעלמא, ומה שהוצרכו רבנן לומר דאין כתובה נגבית ממטלטלין הגם שכן הוא דינו של כל בע"ח, היינו לאפוקי מר"מ דס"ל דאשה גובה כתובתה אפי' ממטלטלי דיתמי.

בקידושין (דף סה:) שכתב כן בש"י רש"י, וע"ע בדבר אברהם (ח"ב סי' לד'). [והנה ההפלאה שם ג"כ עמד בד' רש"י, ויצא לחדש דאפשר דס"ל לרש"י ז"ל, כיון דהבעל כותב מעות בכתובה משמע דאם יש לו מעות בודאי צריך לשלם לה מעות, אבל מטלטלין אחרינא לא, וכן משמע בכל מקום דקאמר בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, וכן מל' הירושלמי שהובא בתוס' (לעיל דף י.). דנותן לה ממטבע היוצא, וכן משמע ממתני' דלעיל, ולכך גבי ארנקי דהוי ליה מעות צריך לפרש מיתמי. ע"כ. (וע"ע לו בקונטרס אחרון סי' ק' סק"א שהביא לדבריו אלו). אולם יש להוכיח לא כן, דבמשנה בנדרים (דף סה:) תנן, מעשה באחד שנדר הנאה מאשתו והייתה כתובתה ת' דינרים, בא לפני ר"ע ואמר לו, ח' מאות דינרים הניח לנו אבא, נטל אחי ד' מאות ואני ד' מאות, לא היה שטיטול היא מאתים ואני מאתים, א"ל ר"ע וכו' אתה נותן לה כתובתה. ופרכי' בגמ', ש"מ מטלטלי משתעבדי לכתובה, וכוונת הגמ' להוכיח כן, ממה שחייבו ליתן לה ד' מאות זוזו אע"ג דמטלטלין חשיבי, (ורק אח"ז הוכיחה הגמ' מדקתני שער ראשו), וכ"ה בפ"י המפרש שם.

תמוה מה טעם לא יגבה מטלטלין מיניה כיון דיש עליו שעבוד הגוף לשלם

ושבו חזר בו ממ"ש התוס' והרא"ש ר"פ אע"פ (כתובות דף נד: ד"ה אע"פ), דחזינן בדבריהם דיש שעה"ג גם בכתובה. ועי' באבן האזל (פט"ז מאישות ה"ה) שכ' כדרכו הראשונה של חי' הרי"מ, דלכאנ' צריך לומר דבכתובה אין חיוב הגוף כלל, וליכא רק שעבוד נכסים, דהיכי דיש חיוב הגוף מצוה עליו לפרוע, וא"כ למה אינה נגבית ממטלטלי. ע"ש שביאר עפ"ז קו' התוס' ריש פרק אע"פ. וחידוש.

ד]. ועתה ניתנה ראש ונשובה לשי' רוב הראשונים הנז', דאליבא דרבנן אין הכתובה נגבית מן המטלטלין אפי' מיניה, ויש לתמוה טובא, דסו"ס מאחר שיש עליו שעבוד הגוף לשלם חוב הכתובה, מדוע שלא יתחייב הבעל לשלם מכל מה שיש לו אפי' מן המטלטלים, ולכאנ' זהו פליאה עצומה. וראיתי בחידושי הרי"מ במכילתין (דף נה:) שרצה לחדש מכח זה דבחוב דכתובה אין שעבוד הגוף אלא שעבוד נכסים,

שיטת ההפלאה והגר"ח דבאמת מחויב לפרוע מהמטלטלין אלא שבית דין אינם נזקקים לגבות מן המטלטלין

ומשני, אמר רבי בא, אע"ג דתימר אין גובין מן המטלטלין אומרים לו שיתן. ופי' בקרבן העדה, אע"פ שאין ב"ד גובין כתובתה בכפייה ממטלטלין, מ"מ אומרים לבעל שיתן לה כתובתה ממטלטלין אם אין לו מקרקע. וכן הרידב"ז הרחיב דיבורו שם, דאע"ג דמטלטלין שלו לא נשתעבדו לגביית כתובתה, אבל עליו מוטל החוב לשלם, רק דנכסי דאיניש דערבין יתיה הוא רק על הקרקע, והמטלטלין אינן אחראין, אבל עכ"פ עליו גופיה מוטל החוב לשלם וכו'. ע"ש. הא קמן בירושלמי מפורש כד' ההפלאה. [אכן בפ"י עמודי ירושלים וטל תורה על הירושלמי שם, פי' בכונת הירושלמי דס"ל דאין יכול לגרש את האשה אם אין לו לשלם כתובתה, ומשו"ה הגם דאין המטלטלין משועבדים לכתובתה, מ"מ אם רוצה לגרש בהיתר, צריך לשלם אפי' ממטלטלין. ע"ש. ולפ"ז אין ראיה מהירושלמי לד' ההפלאה].

ה]. שוב ראיתי בהפלאה (קונטרס אחרון סי' צו' ס"ק כד', סי' ק' ס"א) שכ', דהא דאמר' דבכתובה אין שעבוד ממטלטלין, היינו שאין ב"ד נזקקין לגבות מן המטלטלין, אע"ג דנכסוהי דאיניש אינן עריבין ביה, אבל מ"מ שעבוד הגוף איכא, ואינו נפטר מן השעבוד עד שישלם. ע"כ וע"ש. והו"ד בחי' רבינו הגר"ח הלוי זללה"ה (סוף הל' שבועות), ונקיט כוותיה. ע"ש. ולפ"ז ניחא מה שהקשינו, דבאמת שעבוד הגוף איכא, אלא דאין אנו גובין בעל כרחו מהמטלטלין משום דאין עליהם שעבוד נכסים. [ועי' להלן (אות ט') דלכאו' יש להוכיח מד' הרשב"א המאירי והר"ן, כמ"ש ההפלאה]. וראיה מהימנא יש להביא לד' ההפלאה, ממה שאמרו בירושלמי בנדרים (פ"ט ה"ה) בהא דתנן, אמר לו ר"ע אפי' אתה מוכר שער ראשך אתה נותן לה כתובתה, ופריך הירושלמי, וגובין מן המטלטלין,

יתכן שזהו מחלוקת הבבלי והירושלמי

וכ"כ הקרן אורה בנדרים (שם) דמתלמודין משמע דאינו מחויב כלל ליתן מטלטלין. ע"ש. ובש"י ההפלאה צריך ליישב, דהא דלא משני הכי בתלמודא דידן, הוא משום דמשמע לתלמודא דר"ע חייבו מדינא ובכפייה ליתן לה ח' מאות דינר, וכדאמר' במתני' "וחייבו" ר"ע ליתן לה כתובתה. ועדין צ"ע.

ו]. ברם הנה תלמודא דידן בנדרים (דף סה:) ג"כ הקשה כקושיית הירושלמי, ומשני, דהכוונה לקרקע שווה ח' מאות דינר, וה"ק רבי עקיבא אפי' אתה מוכר שער ראשך ואוכל. ולכאו' ממה שלא תי' תלמודא דידן כהירושלמי, משמע דלא סבירא ליה כהירושלמי. וכזה ראיתי בשיירי קרבן (בירושלמי שם), דהבבלי ס"ל שאין אומרים לו לגבות מן המטלטלין.

שיטת הבית מאיר והחזון איש צריך לפרוע מהמטלטלין כלל

[ז]. ואיך שיהיה הנה ד' ההפלאה אינם מוסכמים, וכמו שהבאנו מהקרבן אורה והשיירי קרבן דס"ל דלתלמודא דידן א"צ לפרוע מן המטלטלין כלל, וכזה כתב הבית מאיר (סי' ק' ס"א ד"ה אלא) וז"ל, ואין לומר נמי דאף דמטלטלין דכתובה לא משתעבדי, היינו שאין יורדין למטלטלין להגבותם, אבל מ"מ מחויב לשלם ומנדין עד שיפרע וכו' דא"כ לא מקשה בנדרים (דף סה:) מיד. ע"כ. וזהו כהוכחת הקרבן אורה. [ואף דהבית מאיר (סי' צו' ס"א) כ' להיפך מזה, אכן להלן (סי' קב' ס"ד) כתב חזרה מזה. ע"ש. והובאו דבריו בקצרה להלן]. ולשי' הבית מאיר ודעימיה צריך ליישב מדוע באמת אין הבעל חייב לשלם מן המטלטלים, הלא מאחר שיש עליו שעבוד הגוף שוב לא שייך לחלק בין מטלטלים לקרקעות, וכיון שכאשר יש לו קרקע הרי הוא מחויב לשלם, גם כשיש לו מטלטלין הדין נותן שישלם מהם, ומדוע אינו חייב לשלם כלל מן המטלטלין.

[ח]. ומצאתי בחזון איש (אהע"ז סי' נו' ס"ק כא') שעמד בזה, ומתבאר מתו"ד דפשיטא ליה כשי' הבית מאיר שא"צ לשלם כלל מן המטלטלין, וז"ל החזו"א, יש לעיין גירש אשתו ואין לו קרקע שאין גובין ממטלטלין, אי מקרי לווה רשע, ואי חייב למיקני קרקע כמו שחייב שאר לווה בתשלומין, ועל כרחך דפטור לגמרי דאל"כ נכופ אותו לשלם ממטלטלין, וצריך טעם למש"כ לעיל דחייב כתובה איכא, וצ"ל דאע"ג דיש חיוב כתובה

עליו מ"מ פטרוהו מלשלם, ולפ"ז לכאוי' חשיב כחוב שלא הגיע זמן פרעון, ואם לקח קרקע אחר גירושין חייב לשלם. וע"ש שהביא ראיה דאם אין לו קרקע בשעת גירושין נפטר מלשלם אף כשיהיה לו אח"ז קרקע, ושוב דחה הראיה. ע"ש. ועכ"פ מתבאר בחזו"א, דגדר הדין הוא דכ"ז שאין לו קרקע הוי כחוב שלא הגיע זמנו, ומשו"ה אינו צריך לפרוע מהמטלטלין. ולכאוי' לפ"ז יוצא דהיכא שיש לו קרקע, ה"ז חייב לשלם גם מהמטלטלין, דהרי הגיע זמן פרעון החוב, ותו אין מקום לחלק בין קרקע למטלטלין. אכן לו"ד החזו"א אולי יש מקום לומר בזה, דמה דאינו חייב לפרוע מן המטלטלים כלל, זהו גדר ההתחייבות ושעבוד הגוף שבכתובה, שמתחייב ליתן דוקא מן הקרקע ולא מן המטלטלין, ואף אי נימא דא"א לחלק בשעבוד הגוף כן, מ"מ לא גרע מכל תנאי שבממון דתנאו קיים, ועי' בקרית ספר (פט"ז מאישות) שכ', וכל מה שאמרו מקולי כתובה כגון מקרקע ולא ממטלטלי הוא כמו תנאי שבממון וקיים שלא סמך אלא על תקנת חכמים, אבל אי לאו הכי היה חייב כחוב דעלמא. ע"ש. ומשמע קצת כמש"כ דדין זה לא גרע מתנאי שבממון. ועי'. [וגם לר"מ דס"ל בעלמא תנאו בטל, לכאוי' נראה דבכה"ג לא חשיב כלל כמתנה עמש"כ בתורה, וכמ"ש בכיו"ב הגרש"ר בחידו' לב"ב (סי' כח') אות ט') בשם הגרש"ש, דלא אמרי' המתנה עמש"כ בתורה תנאו בטל, אלא בשאר כסות ועונה וכיו"ב, דהתם כך הוא רצון התורה שיתן שכ"ע, אבל היכא דאינו אלא משפט ממונות

גרידא, זה לא חשיב מתנה עמש"כ בתורה. ע"ש
ראיתו. וה"נ בענינו מה שאין המטלטלים
משתעבדים אינו אלא משפט ממונות גרידא,

דלאו דעתה עילויהו, וכמ"ש הרשב"א. וק"ל.
וצריך להתיישב בזה עוד.

מחלוקת ההפלאה והבית מאיר הוא לכא' מחלוקת ראשונים

ט]. וחדשות אני מגיד, דנראה דמח' ההפלאה והבית מאיר הינה מחלוקת בין רבותינו הראשונים, דהנה בטעם הדין דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה כתבו התוס' במכילתין (דף י. ד"ה הואיל ותקנת חכמים היא) דטעמא שלא יפרשו מהן בני אדם אם יצטרכו לתת מטלטלין, וחשו כדי שיקפצו עליהן בני אדם. ע"כ. וע"ש בתוס' שלא הוצרכו לתת טעם זה אלא למ"ד כתובת אשה דאורייתא, אבל למ"ד כתובת אשה דרבנן ניחא להו בלאו הכי, ולכא' כוונתם דכיון דמדרבנן היא הקילו בחיובה, וכן משמע קצת בפרש"י (דף פב. ד"ה אלא) דהטעם דכתובה אינה גובה ממטלטלין, משום דמד"ס היא. וכן דקדק בבני אהובה (אישות פט"ו ה"ה). (ויש לדחות כוונת רש"י, ובפרט להמבואר למעלה (אות ב') דס"ל לרש"י דמיניה גבי מטלטלין, ורק מיתמי אינו גובה, נמצא דכתובה היא ככל חוב דעלמא).

גם הנמוקי יוסף בנדירים (דף סה: ד"ה וחיבו) כ' דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה ואפי' מחיים דבעל, ומקולי כתובה הוא. ע"כ. ומבואר ג"כ דס"ל דלאו מדינא ממש הוא. גם הנה הר"מ (פט"ז מאישות ה"ה) כ', וכן "התקיננו" שלא תגבה האלמנה כתובתה אלא מן הקרקע. ומשמע דלאו מדינא הוא, אלא כשי' התוס' הנז'. [אכן יש להקשות דלפי הגי' שלפנינו בד' הר"מ מבואר דרק אלמנה אינה גובה ממטלטלין, דמן היתומים היא שגובה, ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי. וקשה דהרי בכה"ג מדינא מטלטלי לא משתעבדי, וככל חוב דעלמא דאין גובין מטלטלים מן היתומים, ונמצא דא"י תקנה מיוחדת באלמנה, ומהו זה שכ' הר"מ וכן התקיננו וכו'. וצ"ע]. והנה לפי טעם התוס' והנמוקי נראה יותר כד' הבית מאיר ודעימיה, שכיון שתקנו כן כדי שלא יפרשו מהן בני אדם, א"כ צריך לפוטרם לגמרי, שלא יתחייבו לשלם כלל מן המטלטלין. ודו"ק.

טעם הרשב"א והר"ן מדוע מטלטלי לא משתעבדי לכתובה

י]. אכן הרשב"א בקידושין (דף סה: ד"ה ור"מ היא) כתב בזה טעם אחר וז"ל, אפי' מחיים דבעל לרבנן אינה גובה מן המטלטלין, דכל אסמכתייהו אינה אלא על הקרקע, לפי שעומדת ימים רבים, ואין זמנה קבוע, ועוד שאין דרכה לחזור אחר המטלטלין שיכול להטמין, אלא אחר

הקרקע שהוא ידוע אצל הכל, משא"כ בבע"ח שזמנו קבוע ודעתו שיטרח בע"ח לפרוע לו במעות. ע"כ. וכע"ז כ' הרשב"א גם בתשובותיו (ח"ד סי' קנב'), והיינו נמי טעמייהו דרבנן דאמרי שאין כתובה נגבית מן המטלטלין אפי' מן הבעל וכו' לפי שהיא מסלקת דעתה מהן

ור"מ), דלרבנן אין "בית דין מגבין" כתובה מן מטלטלי, לא מחיים ולא לאחר מיתה. וממ"ש אין ב"ד מגבין משמע קצת דמ"מ הבעל גופיה חייב לשלם. וכד' ההפלאה והגר"ח. ויש להביא ראיה נוספת לזה (מס' דרך משפט-שיעבודים עמוד שכו') בש"י הרשב"א, שבחידו' לב"ב (דף מד: ד"ה ואמר ר"ח) הב"ד הרמב"ן במה שהצריך רב חסדא לכתוב דלא כאסמכתא, שזהו משום דעיקר שיעבודה דמלוה על מקרקעי היא, ולהכי צריך לכתוב כן כדי שיוכל לפרוע מן המטלטלין, והק' ע"ז הרשב"א בזה"ל, ואין טעם זה מספיק כה"צ לפי דעתי, דא"כ אפי' מיניה ידידה לא ליגבי ממטלטלי עד דכתב ליה דלא כאסמכתא, "וכדקיי"ל בדינא דכתובה דאינה גובה אפי' מיניה ידידה ממטלטלי, דמטלטלי לכתובה לא משתעבדי". ע"כ. וממה שהביא ראיה לקושייתו מדין שעבוד המטלטלין לכתובה, מוכח דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה אינו אלא לענין גבייה בעל כרחו, ולעולם הבעל חייב לשלם. ועכ"פ נמצא דמח' ההפלאה והבית מאיר הוא מחלוקת התוס' והרשב"א.

לגמרי, משום דאין כתובה נגבית אלא או באלמנות או בגירושין, ואם מן האלמנות הרי היא כחוב דעלמא הבא ליפרע מנכסי יתומים, שאין דעת המלוה עליהם מן הטעם שאמרנו, ואם מן הגירושין כיון שהיא מוציאה מתוך איבה אף הוא עשוי להבריה נכסיו. ע"כ. גם המאירי בנדירים (דף סה:) תפס כטעם הרשב"א. וכ"כ הר"ן בנדירים (שם), דטעמא משום דאין זמן כתובה ידוע ושמא לא תגבה לעולם, הלכך לא סמכא דעתה אלא על הקרקע. ע"כ. ונמצא דלפי הטעם דהרשב"א המאירי והר"ן, הדבר ברור כד' ההפלאה, שהרי כל טעמם אינו אלא שאין שעבוד נכסים על המטלטלין אפי' מיניה, אבל שעבוד הגוף לעולם איכא, ולכן מחויב הוא לשלם מן המטלטלין אע"ג דלא כייפינן ליה. [שו"ר בקובץ שיעורים בב"ב (אות תקמה') שהב"ד הרשב"א הנז', והקשה דהתינח גבי יתמי דא"א לגבות מיתמי אלא מכח שעבוד נכסים, אבל מיניה ידידה מדוע לא תגבה מטעם שיעבוד הגוף. ע"כ. ולהאמור, אכן באמת כן יהיה הדין לש"י הרשב"א, וכמ"ש ההפלאה והגר"ח, ולא אמרו כתובה אינה נגבית מן המטלטלין, אלא לענין שאין גובין מהמטלטלין בעל כרחו]. וע"ע בל' הרמב"ן בקידושין (דף סה: סוף ד"ה

תמיהה למה אין גובים כתובה ממטלטלי למ"ד פריעת בע"ח מצוה

דאורייתא סבירא ליה נמי דפריעת בעל חוב מצוה, וכייפינן ליה בגופו לפרוע החוב ככל המצוות שכופין עליהם, וביארו בזה את הסוגיא בכתובות (דף פו.). ע"ש. וע"ע בד' הרמב"ן שם שהוסיף, דכיון דכופין אותו בגופו, אמרינן נמי עד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו. עכ"ד.

יא]. אולם קשיא לי טובא לש"י ההפלאה והגר"ח, ושכן מוכח ברשב"א מאירי והר"ן וכנ"ל, שהנה רבותינו הראשונים, הרמב"ן הרשב"א הריטב"א והר"ן בב"ב (דף קעד:) כתבו, דלמ"ד שעבודא דאורייתא נחתין לנכסי הלוה בעל כרחו מכח השעבוד, ולמ"ד שעבודא לאו

בזה, שגם עיקר הלשון המורגל בתלמוד, מטלטלי לא "משתעבדי" לכתובה, משמע קצת כד' ההפלאה, דרק שעבוד נכסים הוא שאין במטלטלין, דלהבית מאיר הול"ל כתובה אינה נגבית מן המטלטלים. ועי'.

[יג]. ולכא' יש להביא ראיה נוספת לד' ההפלאה והגר"ח, שהנה בכתובות (דף פו.) אמר אמימר משמיה דרב חמא, האי מאן דאיכא עליה כתובת אשה ובע"ח, לבע"ח מסלקינן ליה בזווי, לאשה מסלקינן לה בארעא, האי כי דיניה והאי כי דיניה. וקשה טובא, דמאי איריא דאיכא עליה נמי בע"ח, הלא אפי' לחודה נמי אין דינה אלא בקרקע. [ולפמ"ש תר"י בשטמ"ק שם, דאמימר איירי שהבע"ח רוצה לקבל את הקרקע, וקמ"ל דאין שומעין לו. יעו"ש. לפ"ז לק"מ. אבל מרש"י (ד"ה) משמע לא כן. וע"ע בטור ובב"י סי' קב' ס"ד]. ובפשיטות נראה להוכיח מזה כד' ההפלאה, דרק אין שעבוד למטלטלין לגבותן בעל כרחו, אבל חיובא רמי אקרקפתא דגברא לשלם גם ממטלטלין. [ולכא' לפמ"ש למעלה (אות ח') מהחזו"א, דגדר הדין דכתובה אינה נגבית מן המטלטלין (לשי' הבית מאיר ודעימיה), דהוי כחוב שלא הגיע זמנו, א"כ י"ל דהיכא שיש לו מקרקעי, ה"ז חייב ג"כ ממטלטלי, וכמו שציידנו שם, ויתיישב הקו' מהא דאמימר, דהכא הלא יש לו ג"כ קרקעות. ומד' הרא"ש המובא בסמוך חזינן דלא סבירא ליה הכין]. שו"ר בבית מאיר (סי' צו' סעיף יא') שהתעורר בקו' זו, והביא שכבר מהריב"ל (ח"ב סי' נה') הקשה כן, ואכן כתב להוכיח מקו' זו, שהא דאמרי' מטלטלי לכתובה לא משתעבדי, היינו שעבודא ממש, ונפקא מינה שאם אין לו

ואי נימא דיש שעבוד הגוף וחוב בכתובה גם על המטלטלין, א"כ למ"ד פריעת בעל חוב מצוה, יש לנו לכופו בגופו אף על המטלטלין. ולד' הרמב"ן אף יורדים לממונו. והיכי אמרי' מטלטלי לא משתעבדי לכתובה, שאין גובין ממנו בע"כ מהמטלטלין. וזהו תמיהה רבתי. [ומצאתי בפנ"י בקידושין (דף סה:) שצייד כד' הראב"ד דמיניה לכו"ע גובין ממטלטלין, ובתו"ד כתב בזה"ל, דלעולם אימא לך דכל כתובת גרושה שנגבית בחיי בעלה לכו"ע גביא נמי ממטלטלי "כיון דפריעת בע"ח מצוה ומכין אותו עד שתצא נפשו כ"ש שיורדין לנכסיו ונפרעין ממנו ממטלטלים שלו". ע"ש. וצ"ע.

[יב]. ועתה נביא כמה ראיות בנידו"ד, דבכתובות (דף יז.) אמרינן, הני ארנקי דמחוזא אשה גובה פרנא (כתובה) מהם מאי טעמא אסמכתייהו עליהו. ופרש"י, אסמכתייהו עליהו, וגביין ממטלטלי כי הני, שהן להן במקום קרקעות, לפי שבעלי סחורה הם. ע"כ. ומשמע כטעמו של הרשב"א שכל הטעם שאין המטלטלים משתעבדים לכתובה, הוא משום דלאו אסמכתייהו עליהו, ולהכי בכה"ג דאסמכתייהו עליהו שפיר משתעבדי. ולפ"ז מוכרח ג"כ כד' ההפלאה, שהרי טעם זה אינו אלא שלא יהיה שעבוד נכסים מן המטלטלים וכנ"ל. ולשי' התוס' לכא' צריך לדחוק ולומר דכיון שהמעות היו עיקר סחורתן, לא תקנו חז"ל בזה שלא תגבה האשה מן המטלטלים, דאדרבה זהו עיקר גביית כתובתם. (אכן עדין לא יתבאר שפיר המשך ד' הגמ' שם, כיון דחזאי דשקלי להו ונפקי וכי משכחי ארעא זבני בהו אמינא אסמכתייהו אארעא הוא. דסו"ס הרי המעות זהו עיקר סחורתן). ועדין צ"ע. ויש להוסיף

איפכא דמשמע דיוקא משום דאית ליה כתובת אשה וב"ח מגבי לב"ח זוזי כדיניה זוזי יהיב זוזי קא שקיל, אבל אי ליכא אלא איתתא לחודא מגבי' לה זוזי דאי לא תימא הכי אמאי נקט דאית עליה כתובת אשה וב"ח אלא ודאי דווקא כתובת אשה וב"ח, אבל כתובת אשה לחודה גביא ממטלטלי וכר"מ אתיא. ע"כ. וממה שהוצרך לדחוק דאמימר אזיל בשי' ר"מ, ולא תי' כהפלאה והגר"ח, משמע דלא סבירא ליה הכי.

קרקע ואינו רוצה לשלם, לא נחתין לנכסים, אבל עיקר דינא בזוזי. ע"כ. אולם להלן (סי' קב' ס"ד) חזר בו מדבריו, דבאמת אין מוטל על הבעל לשלם מן המטלטלים כלל, וכ' ליישב הקו' מהא דאמימר באופ"א. יעו"ש. וזהו כדבריו בסי' ק' (ס"א). (ועי' באילת אהבים למהרא"ל צינץ מ"ש ליישב קו' זו. וע"ע בהפלאה מ"ש בזה). והנה זה מצאתי בתוספי הרא"ש לקידושין (דף סה: סוף ד"ה ר"מ היא) וז"ל, ומה שהביאו ראייה מההיא דפרק הכותב דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה אפי' מיניה, נ"ל

היאך מהני תפיסה מחיים הלא אפי' מיניה לא משתעבדי

תפיסה מחיים אלא לבעל חוב שניתן חובו לגבות מחיים, וראוי גם כן לגבותו מיניה דירדה אפילו מגלימא דעל כתפיה, אבל לכתובת אשה דליכא חדא מהני לא מהניא לה שום תפיסה ואפילו מחיים. ע"כ. וע"ע בפני יהושע (דף פד: בתוד"ה אלא, בא"ד ומיהו) שג"כ כ' טעם זה בשי' הסוברים דלא מהני תפיסה לכתובה מחיים. [ועי' להגרעק"א בתשו' (ח"ד סי' כט') שכ' דבגרושה לכו"ע מהני תפיסת מטלטלין. ולהאמור זהו רק לסברת התוס' דלא ניתנה כתובה ליגבות מחיים, ולהכי בגרושה דניתנה ליגבות שפיר מהני תפיסה, אבל הריטב"א והר"ן כ' בשי' ר"ח טעם אחר, משום דמטלטלי לא משתעבדי אפי' מיניה, ולפ"ז אין לחלק בין גרושה ליושבת תחת בעלה. וק"ל]. ברם רוב ככל הראשונים ס"ל דשפיר מהני תפיסה מחיים, וק' כנ"ל.

טו]. וכבר עמד בזה הגרעק"א (נד' בחי' הגרעק"א המורחב, כתובות דף פא:) וז"ל, צריכין להבין במתני' דשומרת יבם דקתני

יד]. והנה במשנה בכתובות (דף פ:), וחכמים אומרים פירות התלושין מן הקרקע כל הקודם זכה בהן וכו'. ופרש"י, קסברי מטלטלי לכתובה לא משתעבדי אא"כ תפסה ומחיים דבעל בעינן תפיסה כדלקמן בהכותב (דף פד:). ע"כ. וכן ד' רוב ככל הראשונים בפי' הסוגיא להלן (דף פד:): והוא שתפסה מחיים, דבכתובה מהני תפיסה מחיים. וצריך מובן היאך מהני תפיסת מטלטלין מחיים כיון דאפי' מיניה לא משתעבדי. ובאמת שהתוס' (דף פד: ד"ה והוא שתפס, ודף צו. ד"ה אלמנה) הביאו שי' ר"ח וה"ג דלא מהני תפיסה מחיים לכתובה, אלא דהתוס' כ' (בדף צו.) הטעם לזה משום דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים, אולם הר"ן (דף צו.) הביא שי' ר"ח וז"ל, אבל כתובה כיון דאפי' בחיי הבעל לא גביא ממטלטלי כדמוכח בפרק האומר בקידושין וכו' אפי' תפיסה דמחיים לא מהניא. ע"כ. וכ"ה בחי' הריטב"א (דף פד: ד"ה ור"ע) וז"ל, אבל יש מרבתינו בעלי התוספות ז"ל אומרים דלא מהניא

פירות תלושין קדמה היא זכתה, ופרש"י תפיסה מחיים מהני, הא כיון דמיניה לא משעבדי מטלטלי, תפיסה במחיים ג"כ דבר שאינו משועבד לה הוא, ועכצ"ל כיון דבעלמא מטלטלי משתעבדי מחיים, אלא דמקולי כתובה הוא שלא שעבדו מטלטלין, בזה תקנו חז"ל דתפיסה מהני, ודוקא תפיסה לאחר מיתה דמטלטלי דיתמי מדינא לא משתעבדי גם תפיסה לא מהני, אבל במחיים דרק בכתובה לא משתעבדי מהני תפיסה. ע"כ. והנה מה שתפס בפשיטות דהטעם דלא משתעבדי מטלטלי מחיים הוא מקולי כתובה, זהו על דרך התוס' בכתובות הנ"ל (אות ט'), וכ"ה בנמוק"י (גדרים סה:). להדיא, אולם כבר הובאו ד' הרשב"א ודעימיה שכ' דזהו מדינא דלא משתעבדי המטלטלי, ולפ"ז הדרא קו' לדוכתא דא"כ היאך מועיל תפיסתה מחיים, מאחר שאין המטלטלים משועבדים לה.

טז]. ובאמת שכן הקשו הרמב"ן והרשב"א בקידושין (דף סה:), שלאחר שהוכיחו דלרבנן לא משתעבדי לכתובה אפי' מיניה, הק' הרמב"ן בזה"ל, וקשה לי שהרי שנינו שם וחכמים אומרים וכו' והתלושין מן הקרקע כל הקודם זכה בהן, ופרש"י ז"ל קדמה היא בהן מחיים זכתה, ואם תאמר שאפי' מחיים אינן משועבדין לה מה תפיסה מועלת בהן. ע"כ. ובתירוצו כ' הרמב"ן, ושמא נאמר דשלש מחולקות בדבר, דלרבנן אין ב"ד מגבין כתובה מן מטלטלי לא מחיים ולא לאחר מיתה "אלא שאם תפסה מחיים תפסה". ע"כ. וככל זה כ' הרשב"א בשם הרמב"ן. וצריך להבים מה יתישב בתירוצם, דלכאנ' לא הוסיפו כלום על מה שכתבו בקושייתם. וע"ע בס' יעלת חן למהרא"ל צינץ (בקונט"א סי' כז') שעמד בקו' זו. יעו"ש. וצ"ע עוד.

בעל חוב צריך לפרוע בזוזי

שיטת הראשונים בדין זה

ואיני מבקש עתה כלום, אלא אמתין עד שיהיו לך מעות, וכמ"ש הטוש"ע שם סעיף ג'.

ב]. אכן הר"מ (מלוה פ"א ה"ד) כתב, כשיתבע המלוה הלואתו וכו' גובין לו חובו עד פרוטה אחרונה מכל מטלטלין שימצאו לו, ואם לא הספיקו המטלטלין, גובין לו מן הקרקע וכו'. ע"כ. ולא זכר שמתחילה גובין ממנו מעות אם יש לו, וכן להלן (פ"א ה"ז) כ' הר"מ, לווה שאין לו מטלטלין ויש לו קרקע, אם נודע לב"ד שתולה מעותיו ביד אחרים כופין אותו וכו'. ע"כ. וממ"ש שאין לו מטלטלין, משמע שאם יש לו מטלטלין ה"ז גובה מהם, ואינו יכול לכפותו לפרועו במעות. ומוכח מכ"ז דסבירא ליה דאין חיוב לפרועו במעות דוקא, דכל המטלטלין חשיבי כמעות, ובדומה לזה מצינו בגמ' בב"ק (דף יד:) דקרי כסף לכל המטלטלין, וכדפרש"י שם (ד"ה אלא אמר), והני כוליה מטלטלין ועבדים ושטרות כסף נינהו, דמצי לאמטויינהו ממתא למתא ומזדבני. ע"כ. וכ"כ לדקדק כדברינו בד' הר"מ, הנחלת דוד בב"ק (דף ט. ד"ה רב הונא), והאבן האזל (נזק"מ פ"ח ה"י אות ה'). ע"ש.

ג]. והנה שיטה שלישית וחדשה יש לנו בזה, והיא שיטת ה"ר חיים כ"ץ שהובא בתוס' בב"ב (דף צב: ד"ה אי דליכא) וז"ל, וה"ר חיים כ"ץ וצ"ל פירש, דאפילו בע"ח אע"ג דאית ליה זוזי לא משלם ליה אלא

א]. כתובות (דף פו.). אמר אמימר משמיה דרב חמא, האי מאן דאיכא עליה כתובת אשה ובע"ח, ואית ליה ארעא ואית ליה זוזי, לבעל חוב מסלקינן ליה בזוזי לאשה מסלקינן ליה בארעא, האי כי דיניה והאי כי דיניה. ולכא' חזינן בהדיא בסוגיין דדין פריעת בע"ח הוא בזוזי, וכמ"ש התוס' (ד"ה לבעל חוב) בכאן וז"ל, אומר ר"ת דג' דינן חלוקים למלוה וכו' לבע"ח אית ליה זוזי לא מצי לסלוקי בארעא כדאמרינן הכא וכו'. וכן הוא שיטת רוב ככל הראשונים בכאן ובב"ב (דף צב:). ע"ש. ויש להוסיף עוד מ"ש הרי"ף בתשובה (סי' רי') והרא"ש בפסקיו בב"ק (פ"א סי' ה'), דהגם דמבואר בסוגיין דהיכא דלית ליה זוזי לא אמרי' ליה זיל טרח וזבין ואייתי זוזי, מ"מ אם יש לו מטלטלין וחפץ המלוה במטלטלין יותר מן הקרקעות, צריך ליתנם לו, דכיון דזוזי יהיב שקיל כל מאי דמקרב לזוזי טפי, והיינו מטלטלי דאי לא מזדבן בהאי מתא מזדבן במתא אחריתי. ע"כ. והו"ד להלכה בטוש"ע (חומ"מ סי' קא' ס"ב). נמצא דסדר פרעון בע"ח הוא כך, אם יש לו מעות אינו יכול לפרועו אלא מהם, ואם אין לו מעות אזי דינו במטלטלין, ואם אין לו לא מעות ולא מטלטלין יכול לפרועו בקרקע. [ומ"מ בכה"ג שפורע בקרקע, יכול המלוה לומר איני רוצה אותה

לתובעו לפרוע במעות, מ"מ מאחר שכבר פורע בלא"ה במעות, יש לו ליתן המעות לבע"ח. והנה לפ"ז נראה דמ"מ אין לנו לכפותו ע"ז, דכיון דמדינא אינו מחויב לפרוע במעות, מהיכן יהיה בכוחינו לכפותו ע"ז, וכן הוא באמת משמעות לשונו של ה"ר חיים כץ, דמוטב שיתן לו זוזי לבעל חוב, ומשמע דלא כייפינן ליה. ברם מל' הגמ' לבע"ח "מסלקינן" בזוזי, משמע דכופים עליו ב"ד לפרוע במעות. ולכאוי' צריך לדחוק דאכן לה"ר חיים כץ תקנה חדשה היא, דמכיון שכבר פורע במעות, ומוטב שיפרע הזוזי לבע"ח, לכן תקנו חכמים שמחויב בכה"ג לפרוע במעות לבע"ח, וכייפינן ליה. [ועיין בפרישה (אהע"ז סי' קב' ס"ק י') מ"ש בד' הטור בכיו"ב]. וצ"ע.

מה שירצה, דכל מילי מיטב הוא, דלא עדיף מנזיקין, דהא נזיקין מדאורייתא מעידית משא"כ בבע"ח. ע"כ. (ובסמוך יובא מה שביאר בסוגיין). ויש לתמוה בסברתו, דהלא כל מילי מיטב הוא נאמר דוקא על מטלטלין, כדאיתא בב"ק (דף ז:), וא"כ אכתי יש לנו לומר דצריך לפרוע לבע"ח ממטלטלין בתחילה, דאינהו מיקרבי לזוזי טפי, ורק כשאין לו מטלטלין יוכל לפרועו בקרקע בינונית. וצע"ג.

ד]. ומה שאמרו בסוגיין דלבעל חוב מסלק בזוזי ולאשה בארעא, ומפורש דדין בע"ח בזוזי, כתב ע"ז ה"ר חיים כץ בתוס' שם, התם ודאי מאחר שיש לו זוזי, מוטב שיתן לו זוזי לבע"ח מלאשה, כדמסיק התם יותר משהאיש רוצה לישא וכו'. ע"כ. והיינו דהגם דמדינא אין יכול

טעם הדין דבע"ח בזוזי הוא מחלוקת הקצות והנתיבות

חוב בזוזי היכא דאית ליה זוזי מנא לן לחלק במקום פסידא. ע"כ. אבל הנתיבות (סי' קז' סק"ד) כ', ולכן נראה דאף דלגבי בעל חוב גופיה נראה דאם יש לו מעות מדאורייתא במעות, דכעין שהלוהו צריך לשלם מדאורייתא, כמו בהלוה חייטים שצריך לשלם חייטים כשיש לו, תדע דהא יוקרא וזולא מהדבר שהלוהו חל על הבע"ח רק מדרבנן אסור לשלם כשנתייקר משום ריבית, וממילא חייב ליתן מטלטלין משום שהן קרובין למעות וכו'. ע"כ. הא קמן דברי מחלוקתם. ועתה נרחיב בביאור הסברות והראיות בזה.

ה]. ועכ"פ שיטת רוב ככל הראשונים הוא שפריעת בע"ח אינו אלא בזוזי אם יש לו, וצריך לידע טעם דין זה, וכבר נודע בשערים מה שדברו בזה רבותינו האחרונים, הקצוה"ח והנתיבות, דהקצוה"ח (סי' קא' סק"ה) כתב, דממ"ש התוס' בכתובות (דף צב. ד"ה דאי) דבמקום פסידא יכול לסלקו בכל מה דבעי, נראה דהא דדינו דבעל חוב בזוזי לא דינא דאורייתא הוא אלא חכמים תקנוהו, ומשום הכי במקום פסידא הם אמרו והם אמרו, ודינא דאורייתא בעל חוב בזיבורית אפילו היכא דאית ליה זוזי, דאי הוי דינא דאורייתא שישלם בעל

עיקר החוב של הלווה הוא המעות שזהו מה שהלווהו

[פפא], דלפ"ז הלואת חיטין שפיר נקנה ע"י חליפין. (יעו"ש בחי' מהרש"ל). ומוכח ג"כ דהחוב זהו מה שהלווהו. וע"ע לשון הרי"ף בב"ב (דף צב:), דהיכא דאית ליה לאיניש זוזי גבי חבריה וכו'. הרי שהגדיר את ענין החוב, כיש לו מעות אצל חבריו. והיינו כנ"ל דהחוב הוא המעות, שזהו מה שהלווהו. [ויש להוסיף בזה ד' התוס' המיוחדים בב"ב (דף קעה: ד"ה דבר תורה) שאין לפרש דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא ליכא שעבודא אפי' מיניה (וכהבנת הנתיבות סי' לט' בדבריהם, וכן פירשו רוב האחרונים בכוונתם), וז"ל: ואין נראה לפרש דהאי דמ"ד לאו דאורייתא היינו אפי' מיניה, דהא פשיטא שחייב לשלם, ואם אין לו מעות פשיטא דאינו פטור בכך אלא יתן לו סובין או קרקע או ימכור ויתן לו מעות. ע"ש. ומתבאר בדבריהם דאי נימא דליכא שעבודא אפי' מיניה, א"כ בכה"ג שאין לו ללווה מעות לפרוע, לא היה חייב לשלם מקרקע או מטלטלין. וכוונתם בזה הוא, דכיון שאין הנכסים משועבדים, וגם החוב עצמו אינו אלא מעות, דזוזי יהיב זוזי שקיל, לכן אם אין לו מעות אינו חייב לפרוע, דהחוב אינו אלא מה שהלווהו דהיינו המעות, ומכח זה הכריחו התוס', דלכו"ע איכא שעבוד נכסים מיניה, ולכן יש לו לפרוע משאר נכסים, שהרי הם משועבדים לחובו. ועכ"פ חזינן בדבריהם דפשיטא להו להתוס', דהחוב עצמו אינו אלא מעות וכן"ל. והנה בד' שאר הראשונים בב"ב שם מוכח דפליגי ע"ד התוס' שם, וס"ל דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא סבירא ליה הכי אפי' במיניה, וצריך לומר בשיטתם, דהגם שהחוב אינו אלא המעות, מ"מ כשאין לו מעות חייב לפרוע משאר נכסים, דמה לי הן ומה לי דמיהן].

[ו]. והנה הנתיבות הנז' הוכיח דמדינא הוא, שהרי חזינן דהחוב הוא מה שהלווהו, ור"ל דהסברא נותנת שכיון שזהו החוב, שיוכל המלוה לכופו לפרוע לו כפי מה שהלווהו. והא ודאי מילתא דמסתברא היא. ויש להוסיף להוכיח עוד דהחוב הוא המעות, והיינו מה שהלווהו, דבב"ב (דף קכד:) אמרי', דשיטת רבי דבכור נוטל פי שנים בשבח של אביהן, ואמר עלה רב נחמן, דוקא אם גבו היתומים מעות, יש לו לבכור פי שנים בזה, ולא חשיב ראוי, אבל גבו קרקע לו, ופי' רשב"ם (ד"ה גבו קרקע), דמעות יהיב מעות שקיל. ע"כ. ור"ל דמשו"ה הוי מוחזק, דהחוב היינו מעות. וכ"כ הרשב"א והריטב"א באריכות דברים וז"ל (הריטב"א), פירש רשב"ם, שהרי מעות הלוהו ובמעות חשבינן ליה מוחזק, פירוש לפירושו, דכיון דמלוה זוזי ממש אוזיף, דעתו במעות, ועל דעת כן יורדים שתייהם, ומפני כן כופים את הלוה לפרוע במעות כל זמן שיש לו מעות וכו', ולפיכך כל שפרע במעות עומד בתנאו וחשוב פרעון, וכל שפורע בקרקע אינו אלא כמוכר לו עתה קרקע במעותיו. ע"כ. הרי מפורש בדבריהם שהחוב הוא מעות, ושזהו ג"כ הטעם שמחייבים אותו לפרוע במעות. גם מצאנו דשיטת רש"י (כתובות דף נה: ד"ה מתנת שכ"מ) בביאור מה שא"א להקנות גוף החוב ע"י קנין, דהיינו משום שאין מטבע נקנה בחליפין, ומתבאר מד' התוס' בב"ב (דף עז: ד"ה רב

כדעת הנתיבות מבואר ברשב"ם ובתוס' רי"ד ונמוק"י

[ז]. ומעתה היה נראה בפשיטות כד' הנתיבות, דמדינא מחויב הוא לפרוע במעות, אחר שהחוב עצמו אינו אלא מעות. ובאמת שכן יש להוכיח מד' הרשב"ם בב"ב (דף צב: ד"ה דאמרי אינשי), דהתם אמרי', מן מרי רשותיך פארי אפרע, פי', מבעל חובך שאין לו מעות, אפי' נותן לך סובין קבלם. וכ' ע"ז הרשב"ם, מקרא נפקא לן בפ"ק דב"ק (דף ט), דאמר רב הונא או כסף ישלם או מיטב שדהו, ואיתיביה ר"נ לר"ה ישיב לרבות שוה כסף, ומשני הכא במאי עסקינן בדלית ליה מעות מצויות. ע"כ. ומהא דיליף הרשב"ם מקרא דהיכא דלית ליה מעות יכול לפרוע בשוה כסף, משמע בהדיא דהיכא דאית ליה מעות מחייב מה"ת לפרוע מהם. וכן כ' עוד רשב"ם שם (ד"ה לא צריכא), פירש ר"ח, דשמעינן מינה דהיכא דאית ליה מעות ללווה, לא יכול לדחויי למלוה לפרוע משאר נכסים דבעו שומא, אלא זווי הוא דפרע ליה וכו' כדפרישית מילתיה דרב הונא דלא אמרי' ישיב לרבות שוה כסף, אלא היכא דלית ליה זווי. ע"ש. ומוכח כנ"ל, דהיכא דאית ליה מעות, מדינא צריך לשלם במעות, דעד כאן לא רבי קרא שוה כסף ככסף אלא היכא דלית ליה מעות.

[ח]. וכן יש להוכיח עוד מד' התוס' רי"ד בקידושין (דף ז: ד"ה רב יוסף) שכ', דלא איצטריך קרא דשוה כסף ככסף, אלא גבי נזיקין שיכול לפטור עצמו אפי' בסובין, משא"כ בבע"ח שאינו יכול

לפטור עצמו אלא במעות וכו'. ע"כ. וממ"ש כן גבי ילפותא דקרא דשוה כסף ככסף, משמע דבע"ח מדינא הוא דאינו יכול לפטור עצמו אלא במעות. וכזה נראה עוד גם בד' הרמ"ה שהובאו בנמוק"י בב"ק (דף ב. מדפי הרי"ף) וז"ל, וכתב הרמ"ה הא דמצי יהיב ליה אפי' סובין, ה"מ היכא דלית ליה למזיק זווי, אבל היכא דאית ליה למזיק זווי, לא מצי דחי ליה לנזיק אלא בזווי וכו' וכן הדין בבע"ח, דהא דגרע כחו דמלוה בבינונית, הויא משום חששא דאקפוץ ואלונו (גיטין מט:), והא לא שייך אלא בקרקע דלא מצי לאברוחי ליה, אבל במטלטלי זווי דליכא למימר להאי טעמא, יפה כחו. ע"כ. והנה מ"ש הרמ"ה דהא דגרע כחו דמלוה בבינונית וכו', כוונתו כמ"ש הנמוק"י שם בסמוך בשם הרמ"ה, דמעיקר הדין בע"ח דינו בעידית, אלא דרבנן הוא דאוקמוה בבינונית. יעו"ש. ומכללא שמעינן דהיכא דיש לו מעות, צריך לפרוע מדינא בהם. ודו"ק. וכן מוכח עוד בחי' הריטב"א לקידושין (דף ב. ד"ה בכסף), שכ' בענין שוה כסף ככסף וז"ל, והנכון וכו' דבכל הנהו דכתיבנא לעיל דאיצטרכינן ריבויא לשוה כסף, בכולהו איכא טעמא, דגבי נזיקין הו"א וכו', וגבי גרעון כסף דעבד עברי נמי הו"א כיון שהוא עדין תוך זמנו ויוצא בעל כרחו של אדון, דין הוא שלא יסלקהו אלא בכסף, ונימא ליה זיל טרח וזבין, "דומיא דלוה הבא לפרוע חובו עד שלא יכפנו המלוה, שאינו יכול לסלקו בשוה כסף", משא"כ כשהמלוה כופהו ואין ללוה מעות יפרע שוה כסף כדאיתא בכתובות

ככסף, חזינן דבע"ח מדינא צריך לשלם מעות דוקא. וע"ע בפנ"י בקידושין (דף ב. ד"ה בא"ד וגבי) ובגיטין (דף מט. ד"ה וכת' קסבר) דג"כ מוכח בדבריו דס"ל כהנתיבות, דפריעת מעות לבע"ח הוא מדינא [ולכא' יש להוכיח כן עוד מד' ה"ר חיים כ"ץ שהובא בתוס' בב"ב (דף צב: ד"ה אי דליכא) וז"ל, וה"ר חיים כ"ץ זצ"ל פירש, דאפי' בע"ח אע"ג דאית ליה זוזי, משלם ממה שירצה, דכל מילי מיטב הוא, דלא עדיף מנזקין, דהא נזקין מדאורייתא מעידית משא"כ בבע"ח. ע"כ. ומשמע דה"ר חיים כץ הבין בדעת ר"ת ור"י דס"ל שבע"ח אינו יכול לסלק במילי אחריני, דמדינא הוא שחייב לשלם מעות דוקא. ויש לדחות. ועיין].

(דף פו.), ולהכי איצטריך רבוייא ישיב גאולתו לרבות שוה כסף וכו'. ע"ש. וכע"ז ממש כ' השטמ"ק בב"ק (דף ט. ד"ה אי בדלית) בשם מהר"י כ"ץ וז"ל, דמסברא ודאי דשוה כסף ככסף, ואע"ג דגבי עבד עברי איצטריך קרא, היינו משום דכיון דיהיב דמי מקנתו הוי כבעל חוב, ולא מצי לסלוקי אלא בזוזי היכא דאית ליה זוזי כדמוכח בכתובות וכו' קמ"ל ישיב וכו'. ע"כ. ומהא דהוכיחו מבעל חוב שצריך לשלם דמים, דהכי נמי הוי לן למימר בעבד עברי, ולהכי איצטריך קרא בע"ע לאשמועינן דשוה כסף

ברוב הראשונים מפורש כהקצות החושן דאינו אלא מתק"ח

הרשב"א שם. הרי מפורש בדבריהם כהקצוה"ח, דאי"ז אלא מתק"ח, שלא תנעול דלת בפני לוויין. וכזה ממש כ' השטמ"ק בב"ק (דף מו.) בשם ה"ר ישעיה וז"ל: וריב"א אומר, דאפי' אם דין בע"ח בזוזי, ולא מצי לסלוקי במילי אחריני, היינו משום נעילת דלת, דאמור רבנן הואיל וזוזי יהיב ליה זוזי לישקול מיניה, אבל הכא ליכא נעילת דלת, והוי דינה כמזיק שהוציא מעותיו. ע"כ. וה"ז כנ"ל. [והנה לכאורה מד' רבינו תם שהשווה מקח טעות לבעל חוב, יש להוכיח דס"ל שבע"ח מדינא משלם מעות, דאי טעמא משום חשש נעילת דלת, א"כ מה מקום יש להשוות ביניהם, הרי האי טעמא לא שייכא במקח טעות, דאין דעתו לקבל מעות. אולם אי"ז נכון, דבאו"ז (ב"ק פ"א סי' כ') מבואר להדיא סברת רבינו תם וז"ל: ואין נראה לרבינו תם וז"ל, דכיון שנתן לו מעות דעתו שאם יהיה המקח בטל, שישלם לו מעות, ודין בע"ח יש לו ולא דין מזיק, דמעות יהב ומעות שקיל. ע"כ. וכן הוא בתוס' תלמיד רבינו תם בב"ק (דף מו:), דמאי שנא [מקח

ט]. אולם לנגד זה הנה בד' רבים מרבתינו הראשונים מצאנו מפורש כד' הקצוה"ח, שהנה התוס' בב"ב (דף צב: ד"ה אי דליכא) כתבו בדין מקח טעות, דרבינו תם סבירא ליה דמקח טעות דינו כדין בעל חוב, שאם יש לו מעות חייב לפרועו במעות, אבל ר"י סבירא ליה דבמקח טעות אי ליתא להנך זוזי שקיבל מהקונה, אפי' דאית ליה זוזי אחריני, אינו צריך לשלם לו מהם, אלא יכול לסלקו במילי אחריני. ע"כ. ובחי' הרמב"ן והרשב"א שם הביאו שיטת ר"י, וביארו סברתו בזה"ל: ויהיב טעמא למילתיה דלא דמי לזביני, דזביני, מאן דיהיב זוזי, אדעתא למשקל הנהו זביני יהיב, ולא למשקל זוזי, הלכך כי אבטילי להו זביני, יהיב ליה מאי דשווה, ואילו הלואה אדעתא למשקל זוזי יהיב, ואם אין אתה אומר כן, "אתה נועל דלת בפני לוויין". עכ"ל הרמב"ן. וכזה ממש כ'

בתומים (סי' קא' ס"ק ו') כ', הא דיהבין ליה מעות כשיש לו ולא קרקע, אינו דין תורה, דדין תורה עיקר שעבודו על קרקע ולא משתעבדי כלל מעות, רק תקנת חכמים דיהיב ליה זוזי הואיל וקיבל מיניה זוזי וכו'. ע"כ. הא קמן כל הנך רבנותא דס"ל דכל הך דינא אינו אלא תקנת חכמים, כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין, וכד' הקצוה"ח.

יא]. ובאמת שכן נראה משי' הר"מ (הנד' למעלה אות ב') דס"ל שפריעת בע"ח הוא בכל המטלטלין, וא"צ דוקא מעות, ומוכח דלאו מדינא ממש הוא, דהרי החוב עצמו וודאי אינו אלא מה שהלווהו ממש, ואין זה אלא המעות, ואי מדינא הוא, היה צריך לפורעו מעות דוקא, ובהכרח דאי"ז אלא תק"ח כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין, וס"ל להר"מ דכל המטלטלין חשיבי ככסף דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחרית, ואין לחוש בפריעת המטלטלין לנעילת דלת. ויש להוסיף עוד בזה, דהנתיבות גופיה סותר ד"ע, דבחידו' בבית יעקב בכאן (בתוד"ה אמר לא נחא לי) כ', דלמ"ד פריעת בע"ח מצוה ואין שעבוד מה"ת, הדין דחייב ליתן מעות אם יש לו אינו אלא מצוה מדרבנן, משא"כ למ"ד שעבודא דאורייתא דהמעות והמטלטלים ג"כ משועבדים. ע"ש. ולפי הסברא שכתב בנתיבות, דחייב מעות הוא משום דזוזי יהיב זוזי שקיל, אין מקום לחלק בזה בין אי שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא.

טעות] מבע"ח דלא מסלקינן ליה אלא בזוזי, ואין לומר דבע"ח אדעתא דמישקל זוזי אלווי, אבל הלוקח לאו אדעתא דמישקל זוזי יהב זוזי, מ"מ לוקח להכי יהב מעות, דאי לא יתקיים מקח שלו יחזירו לו מעות. ע"כ. הרי מפורש בדבריהם דסברת ר"ת הוא משום שדעתו שיחזירו לו מעות, וא"כ שפיר יש לומר דהוי בכלל תקנת חכמים דפריעת בע"ח במעות, דגם בזה יש תקנת השוק, שלא יחשוש הלוקח שיפסיד מעותיו, אם לא יתקיים המקח].

י]. גם השטמ"ק בכאן בשם תלמידי רבינו יונה (ד"ה לבע"ח מסלקינן) כתב בתו"ד בזה"ל: דאפי' אמר בע"ח "כשתקנו לי בזוזי" למעלתי נתכוונו וכו'. ע"כ. וכן המרדכי בפרקין (רמז רכא) כתב, הוא עשה שלא כהוגן שהערים להפקיע "תקנת חכמים" וכו'. ע"ש. וע"ע בחי' הר"ן לב"ב (דף צב:) שכתב ג"כ כד' התוס', דבמקום פסידא יכול ליתן לו קרקע לפרעון חובו, ולשונו שם: ויש לומר, דבמקום פסידא דלוקח "לא אמרו". ע"כ. וז"ל הטור (אהע"ז סי' קב' ס"ד), ואם יש שם כדי לפרוע לשניהם בקרקע ובמעות, אם זמנם שוין, נותנין לבע"ח מעות וכו', ולכאורה יראה "שלא אמרו כן אלא מפני תקנת בעל חוב" וכו'. יעו"ש. ובב"י שם (ד"ה ומ"ש ולכאורה), וקאמר רבינו שלא אמרו חכמים כן אלא מפני תקנת בע"ח כדי שלא תנעול דלת וכו'. וע"ע בב"ח בחו"מ (ס"י קא' ס"ד) שכ' בתו"ד, הכא נמי כיון דבע"ח שדינו דוקא במעות אינו אלא ליפות כוחו משום נעילת דלת וכו'. ע"ש. גם

מדוע אין חיוב מדינא לבע"ח לפרוע במעות לש"י הקצות ודעימיה

זו"ז. [וכן נראה מד' הסמ"ע (סי' קצ' ס"ק יא') שכ' בתו"ד בזה"ל, ומגביהו מן הזיבורית כדין בע"ח דגובה זיבורית מה"ת, אלא משום נעילת דלת תקנו שיגבה מבינונית, וכאן לא שייך טעם דנעילת דלת, ומשו"ה יכול לפרוע לו אפי' מהזיבורית אף שיש בידו מעות כדין תורה. ע"כ]. אבל לכאן אי"ז מוכרח, דשפיר י"ל דהיכא דאית ליה זו"ז שזהו עיקר החוב, ודאי שאינו פורע אלא מהם, ורק כשאין לו זו"ז יכול לפרועו אפי' מקרקע זיבורית, ועדין תיקשי לן מהי"ת דמדינא יכול לפרועו בכל דבר.

יב]. עיניכם הרואות דמח' הקצות והנתיבות יסודה בד' רבותינו הראשונים, ועתה רמי עלן למשכוני נפשין, לברר ולהבין, בש"י הקצוה"ח ודעימיה, מדוע אין חיוב מדינא לפרוע במעות, אחר שזהו עיקר החוב. ומד' הקצוה"ח נראה שרצה ליישב זה בתו"ד במ"ש: ודינא דאורייתא בע"ח בזיבורית אפי' היכא דאית ליה זו"ז. והיינו דבב"ק (דף ח.) ובב"ב (דף קעה:) יליף עולא מקרא דבעל חוב דינו בזיבורית, וס"ל להקצוה"ח דהיינו אפי' היכא דאית ליה

שוה כסף ככסף הוי נמי בפרעון חוב

קרא דשוה כסף ככסף, ולהכי יכול לפרוע ממאי דבעי. וגם להראשונים (הרמב"ן הרשב"א והר"ן) שכ' דבעלמא לא איצטריך וכו'. יעו"ש. הנה השער המלך (אישות פ"ג ה"א) הוכיח בשיטתם, דגם לדידהו ילפינן מעבד עברי לכל התורה דאפי' בעל כרחו שוה כסף ככסף, ומהאי טעמא הוצרכו הראשונים לתת טעם אחר בילפותא דנזיקין. ע"ש. [ועי' מהרי"ט שם במה שנסתפק, ובב"ש סי' כז' סק"ב, ובאבנ"מ שם סק"ה. וקיצרת]. ונמצא א"כ דלכו"ע איכא למילף מהכא לבעל חוב דשוה כסף ככסף, ובפרט דעבד עברי דמי ממש לבעל חוב, דמתחילה נתן האדון זו"ז, ואפ"ה יהיב ליה העבד בגרעונו סובין, וזהו פרעון חובו, וה"ה בבעל חוב ממש.

יג]. ואחר העיון נראה דנידו"ד מישך שייך לסוגיית שוה כסף ככסף, דהנה בריש קידושין (דף ב.) האריכו התוס' (ד"ה בפרוטה) והראשונים בדין זה, דהתוס' שם כ', דמעבד עברי ומנזיקין ילפינן דשוה כסף ככסף, ותרווייהו צריכי דאי כתב עבד עברי לא מצינן למילף נזיקין מיניה, לפי שמצינו שהקפיד הכתוב לענין מיטב, וסד"א נמי כסף דוקא, ואי כתב בנזיקין גרידא לא מצי למילף עבד מיניה, דס"ד דלא יהיה שוה כסף ככסף בעבד לפי שגם הוא גרם לו לימכר וכו'. ע"כ. והיוצא מדבריהם דדין שוה כסף ככסף נאמר בכל התורה כולה, דמעבד עברי ומנזיקין ילפינן לכל דיני התורה. וא"כ יש לומר דמהכא ילפינן לבעל חוב, דאף שעיקר חיובו הוא מעות, גלי לן

דין שוה כסף ככסף הוא בכל התורה כולה

טו]. ובשיטת הראשונים דס"ל דבחוּב צריך ליתן מעות דוקא מדינא, לכאֹו' תיקשי מדוע לא סבירא להו למילף מדין שוה כסף ככסף האמור בע"ע ובנזיקין, אולם הדברים מתבארים בחי' הריטב"א בקידושין (דף ב.) שפירש בהיפך, דלהכי איצטריך קרא בע"ע דשוה כסף ככסף, דלא נימא דדינו ככל חוב דעלמא שצריך לשלם מעות דוקא, קמ"ל קרא בע"ע דחס רמנא עליה כי היכי דליפוק לחירות, משא"כ בחוב בעלמא, וכזה כ' מהר"י כץ בשטמ"ק בב"ק (דף ט.), וכע"ז בתוס' הרי"ד (קידושין דף ז.), דלהכי איצטריך קרא בנזיקין וכו'. ע"ש. נמצא דמח' ראשונים זו היא בדין שוה כסף ככסף, אי הוי דין בכל התורה כולה, או להיפך, דגלי קרא דשוה כסף ככסף בעבד עברי דלא נימא דדינו כבעל חוב. [מיהו הרשב"ם בב"ב (דף) הנז' כ' דבע"ח יליף מנזיקין, ובנזיקין קי"ל כרב הונא, דאז כסף או מיטב, וא"כ בעל חוב נמי דינו במעות, ורק היכא דלית ליה יהיב ליה מכל מילי. ע"ש. וק"ק דאדרבה הו"ל למילף מעבד עברי דדמי ליה טפי, ובע"ע שוה כסף ככסף. וצ"ל דשאני ע"ע דחס רחמנא עליה דליפוק לחירות].

יד]. ויש להביא ראיה למשנ"ת דדין שוה כסף ככסף הוא בכל התורה, מד' רש"י בב"מ (דף קיח. ד"ה אין שומעין) וז"ל, אע"ג דבכל דוכתי אית ליה שוה כסף ככסף, הכא גבי פועל בל תלין שכרו כתיב, מאי דאתני בהדיה משמע. ע"כ. הא קמן דדין זה הוא בכל התורה. ועי' בתשו' הרא"ש (כלל ח' אות טז) שכ', שהנשבע ליתן מנה, יכול ליתן שוה מנה, דשוה כסף ככסף. יעו"ש. וכן מצאתי באבני נזר (אהע"ז סי' שפו' אות י') שכ' דבחוּב אפי' יתנה בפירוש שיתן לו כסף, אינו מחויב ליתן לו מעות דוקא, כיון דשוה כסף ככסף. ע"כ. ושמעינן מכלל דדין שוה כסף ככסף ישנו בחוב ובכל התורה כולה. (ובעיקר ד' האבני נזר, עמש"כ להלן). וכ"כ בשו"ת אגרות משה (חיו"ד סי' עז) בתו"ד בשי' הקצוה"ח, דמשום שוה כסף ככסף יכול לפורעו בכל דבר מה"ת. ושו"ר בטור (חו"מ סי' קכו' ס"ד) שהביא תשו' הרמב"ן (הובא בבעה"ת שכ"ח ח"ג סי' ב') וז"ל, ואם היו הלואה אצלו, הואיל והלואה להוצאה ניתנה, ואם לא יהיו לו חטין נותן לו מעות וכו' שכל מה שנותן לו פרעון שוה כסף ככסף. ע"כ. וה"ז כאמור.

מדוע לא יתחייב הבע"ח מדינא לפרוע במעות אחר שדעת שניהם שיפרע במעות דוקא

דעת כן יורדים שניהם. ע"ש. וכע"ז כ' הרמב"ן בב"ב (דף צב:) דבהלואה אדעתא דלמשקל זוזי יהיב. וא"כ ליהוי ככל תנאי שבממון, ויתחייב מדינא לשלם

טז]. ועדין יש להקשות בעיקר שי' הקצוה"ח ודעימיה, לפמ"ש הרשב"א והריטב"א בב"ב (דף קכד:), דכיון דמלוה זוזי ממש אוזיף, דעתו במעות, "ועל

הדברי יחזקאל (סי' לח') הוכיח דבאמת העיקר הוא כסף, אלא דשוה כסף מהני מפני שיכול למוכרו ולקבל תמורתו כסף. ע"ש. ועפ"ז י"ל דאף דהכסף אינו מחייב ליתן חפץ מסוים, מ"מ בכאן שאני, דהרי באמת עיקר חיובו הוא כסף וכנ"ל (אות ו'), אלא דהתורה חידשה דין נוסף דשוה כסף ככסף, וגם לאחר חידוש התורה כסף הוא העיקר וכנז', וא"כ כיון שהתנה דאין רצונו אלא בכסף עצמו, שפיר חל התנאי שלא יוכל לפרוע משאר דברים. ועי' באבני נזר שם אות יא' מ"ש ע"ד הריטב"א]. ולפ"ז הדרא קו' לדוכתא, דלמה לא יתחייב מדינא לפרוע במעות דוקא. ולכא' צריך לומר דאי"ז אומדן דעת ברורה כ"כ, דליהוי כאילו התנה בהדיא. וביותר קשה בל' הרשב"א שם שכ' בזה"ל, כיון דיהיב זוזי ודעתו סמוכה עליהן, ועיקר פרעון במעות, וכל שיש לו מעות אי אפשר לסלקו בקרקע וכו' דאלמא כשם שנתן מעות כך דעת שניהם להשיב לו מעות. ע"כ. ומשמעות לשונו דזהו טעם הדין שצריך לתת מעות, והרשב"א גופיה כ' (שם דף צב:) דאי"ז אלא כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין. וצ"ע.

במעות דוקא. אכן הנה במתנה במפורש ללווה שיפרע לו במעות דוקא, כ' האמרי בינה (דיני הלואה סי' פה'), דיכול לפורעו במילי אחריני במקום פסידא, ולא מהני התנאי כלום, כיון דהכסף אינו קונה את הזהב, ואינו מחייבו ליתן מה שהתנה, וה"ה דאינו מחייבו ליתן כסף דוקא. ויעו"ש שהק' מזה על הקצוה"ח (סי' קא' סק"ד) שכ' בהיפך מזה, דהיכא שהתנה לא יוכל לסלקו בכל מילי אפי' במקום פסידא. ע"ש. וכ"כ האבני נזר (אה"ז סי' שפ' אות י'), דאפי' התנה יכול ליתן לו דבר אחר. ולפי דבריהם אתי שפיר, דלא יועיל מה שדעת המלוה והלוה לפרוע במעות, דסו"ס הכסף אינו קונה את הזהב. אכן בחי' הריטב"א בכתובות (דף פו. ד"ה ודאי דאמריתו) כ' להדיא כהקצוה"ח, דהיכא שהתנה לפרוע במעות, אפי' אי לית ליה מעות, אמרי' ליה זיל טרח וזבין ואייתי זוזי. ע"ש. [ומה שהק' ע"ז האמרי בינה דהכסף אינו קונה את הזהב, לכא' יש ליישב, דהנה בעיקר חידוש התורה בדין שוה כסף ככסף, היה מקום לומר דהגדר בזה הוא שהעיקר זה השיווי, וא"צ כסף דוקא, אולם

זכות האב בקידושי ביאה

בגדר זכות האב בקידושי ביאה של בתו

ליישוב, דמעיקר הדין שהאב זכאי בקידושיה לא שמעינן שכסף קידושיה שלו, להכי אשמועינן בהדיא בכסף. וכן היה מקום לומר דאף שהאב זכאי לקדשה, מ"מ מעשה הקידושין עצמם צריך להיות עם הבת, דסו"ס היא המתקדשת, ולזה קמ"ל בשטר ור"ל שהאב מקבל השטר, אבל מ"ש רש"י לבאר דבביאה המכוון שהאב מוסרה לביאה על כרחיה לשם קידושין, אינו מובן, דהרי גם בכסף ושטר יכול לקדשה בעל כרחיה, ולמה הוצרכה המשנה להדגיש דבר זה בקידושי ביאה. ולהלן יתבאר בס"ד.

א. קידושין (דף ג.). ותו הא דתנן האב זכאי בביתו בקידושיה בכסף בשטר ובחזקה וכו'. ופרש"י, זכאי בביתו שהכסף יהיה שלו, והוא מקבל השטר, והוא מוסרה לביאה על כרחיה לשם קידושין. ע"כ. וחזינן דרש"י האריך לפרש ענין קידושי כסף שטר וביאה, ובכל אחד מהם פירש באופ"א מהו זכות האב בזה. והיינו דהוקשה לרש"י ז"ל מה שהאריכה המשנה לומר כסף שטר וביאה, הלא אחר שכבר שנינו דהאב זכאי בקידושיה, מה מקום יש לחלק בין סוגי הקידושין כסף שטר וביאה. וע"ז כ' רש"י, דקמ"ל שהכסף יהיה שלו והוא מקבל השטר וכו'. ולכא' כוונת רש"י

שכר קידושי ביאה על מה הוא בא

בך, ולזה אשמועינן מתני' דזכאי בשכר קידושי ביאה של בתו, דהאב הוא המקדש, וזוכה בגופה לקידושין. ע"ש. [ובעיקר מאי דפשיטא ליה להברכ"ש דאי הוי כשליח בעלמא אינו יכול לתבוע השכר, דמשטה אני בך. יש להאריך בזה, דלכא' יש לומר לא כן, כיון דסו"ס הדבר תלוי ביד השליח, וא"כ שפיר יוכל לקצוץ שכר על מה שמתרצה לקיים השליחות, ובפרט בענינינו דהאב בלבד יכול לקדש את בתו, דיוכל לקצוץ שכר על רצונו והסכמתו לזה, אפי' אי לא הוי אלא בגדר שליחות. ועי' בזה עוד בדברות משה (סי' כג' הערה יז) שדבר מזה]. ולפ"ז נמצא דשכר זה שייך גם בקידושי כסף ושטר, רק

ב. והנה התוס' (ד"ה האב זכאי) כ', מפרש בירושלמי שיש לו זכות בביאה, שנותנין לו שכר לקדשה בביאה. ע"כ. ולא נתבאר בדבריהם האם השכר שנותנים הוא על הקידושין, או על הביאה. ומד' הברכ"ש (סי' ג') מתבאר שפי' בכוונת הירושלמי דהתשלום הוא על מעשה הקידושין, ויעו"ש שכ' דהחידוש של הירושלמי בזה הוא שהאב הוא הבעלים על קידושי בתו, דאילו לא היה האב אלא כשליח של הבת לקדשה בעל כרחיה, לא היה יכול לתבוע השכר מהמקדש, דיכול לומר לו משטה הייתי

דבהנך בלא"ה יש לאביה זכות ממון, ולא הוצרך הירושלמי לפרש כן אלא דוקא בקידושי ביאה, דמשכחת זכות ממון בהא בעיקר מעשה הקידושין.

ג]. אולם בתוס' הרא"ש מתבאר בהדיא שהשכר שנותנין בזה הוא על הביאה, דהתוס' הרא"ש הביא ד' הירושלמי, והסיף ע"ז בזה"ל, ואגב כסף וביאה תני זכאי. ע"כ. ור"ל דעל שטר לא שייך לשון זכאי, שאין בזה שום זכות ממון, ומ"מ תני ליה אגב כסף וביאה. ומוכח מדבריו דכוונת הירושלמי לשכר שנותנין על הנאת ביאה, שהרי שכר על מעשה הקידושין שייך ג"כ בשטר, א"ו כדאמרן. וכן בשיטה לא נודע למי ובחי' תלמיד הרשב"א כתבו, בביאה, פירשו בירושלמי "שכר ביאה" שנותנין לו וכו'. ולפי דרכינו נמצא שמבואר בד' הירושלמי דבר חידוש, שהתורה זיכתה לאב להיות בעלים על ביאת בתו, דאל"ה מהי"ת דשכר הביאה לאב. [מיהו ק"ק לפי"ז מ"ש הריטב"א בכאן ע"ד הירושלמי וז"ל, פירוש וקמ"ל דכי היכי דזכי ליה רחמנא לאב (כסף) קידושין גופייהו, זכי ליה נמי מאי דאתי מחמתיה. ע"כ. ומשמע לכאן דזהו זכות מזכויות הקידושין. ועי']. ומעתה רמי עלן למשכונני נפשין, לברר ולהבין, מהיכן ומה טעם דין זה, שהלא שכר הביאה לכאן אין לו שייכות למעשה הקידושין, ומנין שזיכתה לו תורה דבר זה.

ד]. וקודם לכן נדבר בשיטת רש"י בסוגיין שלא פי' כהירושלמי, שהנה בתוס' יום טוב בכתובות (פ"ד משנה ד') הביא למי שכ', דרש"י לא ס"ל

כהירושלמי, דבאמת אינו זכאי בשכר ביאתה. אבל יש להוכיח לא כן (וכמו שהוכיח התו"ט שם) שהרי בכתובות (דף מ:) אמרו דתשלום בושת ופגם של נערה שנתפתה לאביה הוי דאי בעי מסר לה למנוול ומוכה שחין, ופרש"י, דאי בעי מסר לה לקדשה "בביאה" למנוול ומוכה שחין, כדתנן לקמן האב זכאי בבתו בקידושיה בכסף ובשטר ובביאה, וכיון דבידו ליטול ממון ולפוגמה ולביישה בושה זו השתא אפסדיה האי דפגמה. ע"כ. וכ"כ עוד שם (דף מו: ד"ה שייך ביה), בידו ליטול ממון ולביישה בבושת זה למוסרה "לביאת" קידושין למנוול ומוכה שחין. ע"כ. הרי מפורש בד' רש"י דיש לאב בעלות וזכות במעשה ביאה של בתו, ומשו"ה יכול לקצוץ ממון עם המנוול ומוכה שחין ע"ז. (ומה שלא פירש רש"י כן בכוונת המשנה דהאב זכאי וכו', יעוי' להלן). והנה הרש"ש בחידושיו לכתובות (דף מ:) הקשה ע"ד רש"י שם, דמדוע דקדק לפרש שמוסרה למנוול "לביאת" קידושין, הלא מכל קידושין יש להוכיח כן, ע"ש שהניח בקושיא. אולם להמבואר בדברינו קו' מעיקרא ליתא, דרש"י רצה להוכיח שבעיקר מעשה ביאה של הבת יש זכות לאב, ומינה חזינן שיש זכות לאב בבושת ופגם של אונס ומפתה, אבל מכל קידושין דעלמא אין להוכיח כלום, דאף שיכול לקצוץ עם המנוול ומוכה שחין, אי"ז אלא כשקוצץ על הקידושין עצמם, ואין לזה שייכות לביאה כלל. והדברים ברורים.

זכות האב במעשה ביאה דבתו

לתלמודא שטר וביאה מנלן, הלא בכל הסוגיא הוה ס"ד דהש"ס למילף קידושין בבמה מצינו מהפרת נדרים וקנס, וא"כ השתא דאייתנן קרא לקידושי כסף, הרי הדבר ברור מאליו דאיכא למילף קידושי שטר וביאה בבמה מצינו מקידושי כסף, ומהו זה שהקשה התלמוד שטר וביאה מנלן.

[ו]. ונראה בס"ד, דבקידושי ביאה אף דהאב הוא הבעלים על קידושיה מ"מ אינה חייבת להיבעל לשם קידושין, כיון דהיא בעלים על גופה, ואינה מחויבת לזה, ולהכי בעינן ילפותא נוספת ללמדנו שיש בידו למוסרה לביאה בעל כרחה, והיינו דמלבד שיש לו זכות לקדשה בכל סוגי הקידושין, יש לו זכות לקדשה בביאה בעל כרחה. ואפשר שלזה כיון רש"י בפ"י שם שכ', בשטר ובביאה מנלן, דביד אביה לקדשה "ולמוסרה על כרחה". ע"כ. הרי שדקדק לפרש שאלת הגמ' דוקא בביאה בעל כרחה. [מיהו יש לדחות, דמשו"ה פירש רש"י בביאה על כרחה, דאל"כ תהיה מקודשת ממ"נ, דאי דעתה בעינן הא איכא, ואי דעת האב הא איכא]. ואיך שיהיה הרי מתבאר מהאי ילפותא דיש זכות לאב למוסרה לביאה בע"כ, ומכללא שמעינן דהאב זכאי בעצם מעשה ביאה של בתו, ואין לזה שייכות למה שזכאי בקידושיה, והגם דהאי ילפותא נאמרה בדין הקידושין, מ"מ לגבי מעשה ביאה דבתו אין מקום לחלק בין ביאה דקידושין לביאה שאינה של קידושין. [ולפי דרכינו מה שהקשתה הגמ' דהאב זכאי בזכות ביאה של בתו, והנה בכתובות (דף מו:)] אחר הילפותא מאין כסף, שהאב זכאי לקדש את בתו בכסף, שואלת הגמ', בשטר ובביאה מנא לן, אמר קרא ויצאה והייתה איתקש הוויות להדדי. והתמיהה מתעוררת מאליה, דמה הוצרך היקש לזה, ומה טעם שיהיה חילוק בין קידושי כסף לקידושי שטר וביאה, ועוד דאף אם יש מקום לחלק בהגדרת הקידושין, בין קידושי כסף לקידושי שטר וביאה וכדלהלן, מ"מ אתי שפיר בבמה מצינו מקידושי כסף, וכמו שמתחילה הוה ס"ד דתלמודא למילף מבמה מצינו מהפרת נדרים ומקנס, ומהו זה שהקשה שטר וביאה מנלן, והנה על הקושיא הראשונה י"ל בפשיטות, דאכן חלוק קידושי כסף מקידושי שטר וביאה, דבקידושי כסף נתינת האישות הוא עבור תמורת ממון, משא"כ בשטר וביאה הוי נתינת אישות ללא תמורה, וכיון שחלוקים הם במהות הקידושין, לכן יש מקום לומר דדוקא בקידושי כסף נתנה זכות לאב, משא"כ בקידושי שטר וביאה דנתינת האישות הוא כעין מתנה, י"ל דלא הפקיעה התורה בזה זכותה של הבת. וכ"כ ליישב ברשימות שיעורים (סי' יב' אות ג'). אבל אכתי קשיא מה שהקשינו עוד, דסו"ס למה לא נילף קידושי שטר וביאה בבמה מצינו מקידושי כסף (דהרי הסברא הנז' מקודם אינה אלא חילוק במהותם, אבל אי"ז פירכא). והגם שהיקש עדיף על במה מצינו, אכתי תיקשי דמה הוקשה

ה]. אלא שדבר זה צריך מקור, דמנא לן דהאב זכאי בזכות ביאה של בתו, והנה בכתובות (דף מו:)] אחר הילפותא מאין כסף, שהאב זכאי לקדש את בתו בכסף, שואלת הגמ', בשטר ובביאה מנא לן, אמר קרא ויצאה והייתה איתקש הוויות להדדי. והתמיהה מתעוררת מאליה, דמה הוצרך היקש לזה, ומה טעם שיהיה חילוק בין קידושי כסף לקידושי שטר וביאה, ועוד דאף אם יש מקום לחלק בהגדרת הקידושין, בין קידושי כסף לקידושי שטר וביאה וכדלהלן, מ"מ אתי שפיר בבמה מצינו מקידושי כסף, וכמו שמתחילה הוה ס"ד דתלמודא למילף מבמה מצינו מהפרת נדרים ומקנס, ומהו זה שהקשה שטר וביאה מנלן, והנה על הקושיא הראשונה י"ל בפשיטות, דאכן חלוק קידושי כסף מקידושי שטר וביאה, דבקידושי כסף נתינת האישות הוא עבור תמורת ממון, משא"כ בשטר וביאה הוי נתינת אישות ללא תמורה, וכיון שחלוקים הם במהות הקידושין, לכן יש מקום לומר דדוקא בקידושי כסף נתנה זכות לאב, משא"כ בקידושי שטר וביאה דנתינת האישות הוא כעין מתנה, י"ל דלא הפקיעה התורה בזה זכותה של הבת. וכ"כ ליישב ברשימות שיעורים (סי' יב' אות ג'). אבל אכתי קשיא מה שהקשינו עוד, דסו"ס למה לא נילף קידושי שטר וביאה בבמה מצינו מקידושי כסף (דהרי הסברא הנז' מקודם אינה אלא חילוק במהותם, אבל אי"ז פירכא). והגם שהיקש עדיף על במה מצינו, אכתי תיקשי דמה הוקשה

ביאה. יעו"ש מה שביאר עוד עפ"ז. והשתא דאתינן להכי, נמצא שאם לא היה זכות לאב למסור את בתו לביאה בע"כ, אזי גם אם יכפה אותה שלא כדין, לא תהא מקודשת, כיון שהיא הבעלים על ביאתה, ואין דעתה להגדיר את המעשה ביאה כביאת קידושין, ואתי שפיר שאלת הגמ' בביאה מנלן, דהמכוון הוא שבאמת לא תהא מקודשת אם ימסרנה לביאה בע"כ, מיהו לאחר דילפינן מהקישא דהוויות דזכי ליה רחמנא למוסרה לביאה בע"כ, תו לא איכפת לן בדעת הבת, כיון דאביה הוא הבעלים על מעשה ביאה דבתו, ויכול הוא להגדיר את מעשה ביאת בתו כביאת קידושין. ודו"ק.

ח]. וניהדר אנפין, דעכ"פ חזינן מד' רש"י בפ"י הסוגיא בכתובות (דף מ: ודף מו:) דהאב זכאי במעשה ביאה של בתו, ומכללן של דברים אתה למד, דמ"ש רש"י בסוגיין דהאב זכאי למוסרה לביאה בעל כרחא, היינו ג"כ מכח דין זה, דאי לאו הכי לא היה בכח האב למוסרה בעל כרחא, ואף לא הייתה מתקדשת ע"י כך וכנ"ל (אות ד). ומה שלא פירש כהירושלמי, היינו משום דס"ל דלשון זכאי מתפרש ג"כ על דבר שאינו ממון, אבל ודאי דס"ל בעצם הדין כהירושלמי, דהא בהא תליא, דמה שיש לו זכות למוסרה לביאה בעל כרחא, הוא מכח בעלותו על מעשה ביאה דבתו, ויכול לתבוע שכר על כך. ובדברינו עתה מיושב מה שהקשינו למעלה (אות א') ע"ד רש"י, שפי' דמה דקתני מתני' האב זכאי בבתו בביאה, אתי לאשמועינן שיכול למוסרה לביאה

בשטר ובביאה מנלן, ולכאנ' קידושי שטר אכתי איכא למילף שפיר בבמה מצינו מקידושי כסף, י"ל דאיה"נ, אלא מאחר דבקידושי ביאה בלא"ה הוצרכנו להיקש, והיקש הלא עדיף על במה מצינו, אמרה הגמ' כן גם על קידושי שטר. וק"ל]. ובהמשך דברינו יובא עוד מקורות והוכחות לדין זה.

ז]. והנה משמעות שאלת הגמ' בשטר ובביאה מנלן, היינו שאפי' היכא שימסור אותה האב לביאה בעל כרחא, מ"מ לא תהא מקודשת, (דומיא דשטר, דבהא וודאי שאלת הגמ' מנלן שתהא מקודשת בשטר ע"י אביה), ולכאנ' למה שנתבאר בדברינו לא אתי שפיר, דהרי עצם הקידושין כבר שמעינן מקידושי כסף, וא"כ בגוונא שעבר ומסרה לביאה שלא כדין, תהא מקודשת ע"ז. וזה אינו במשמעות שאלת הגמ'. ובישוב הדבר יש להקדים ד' התוספתא ריש מכילתין (פ"א ה"א), בכסף כיצד, נתן לה כסף או שווה כסף אמר לה וכו', ובשטר כיצד, אין צריך לומר בשטר שיש בו שווה פרוטה וכו', ובביאה, כל ביאה שהיא לשם קידושין מקודשת, ושאינה לשם ביאה אינה מקודשת. ע"כ. ויש להתעורר, למה הדגישה התוספתא דוקא בקידושי ביאה, את הדין שיהא דוקא לשם קידושין, והלא בכל הקנינים צריך כוונה לשם קידושין. וראיתי ברשימות שיעורים (סי' ג' אות ב') שביאר בזה, דבקידושי ביאה צריך דעת לשם קידושין, לא רק כדעת קונה הנצרך בכל הקנינים, אלא גם כדי להגדיר את המעשה ביאה, שהיא ביאת קידושין ולא ביאת זנות, ולזה הדגישה התוספתא, כל "ביאה" שהיא לשם קידושין, ור"ל מעשה

מזכותו בקידושיה, וא"כ אינו יכול לקדשה בעל כרחא ע"י ביאה, ולזה חידשה המשנה דזכאי אף במעשה ביאה דבתו, ולכן יכול לקדשה בע"כ אף בביאה.

בעל כרחא, והקשינו דהלא בכל סוגי הקידושין יכול לקדשה בעל כרחא, ומה הוצרך לחדש לנו כן בקידושי ביאה. ולהאמור לק"מ, דהו"א דאף שזכאי בקידושיה, מ"מ אינו זכאי במעשה ביאה דבתו, דמעשה ביאה הוא דבר נפרד

אל תחלל את בתך להזנותה, מהיכי תיתי שיוכל האב לעשות כן

וכו'. כמו כן מותר לו שיקח בתו הנערה ויתנה לאיש שיבעל אותה ויפטרנה מזה אחר "שזהו זכות מזכויותיו" וכו'. ע"כ. והובא בחינוך (מצוה תקע'). גם הרמב"ן בסה"מ שם כ' כזה וז"ל, אל תחלל את בתך להזנותה, יזהיר מזה לפי שהאב זכאי בביתו בקידושיה בכסף בשטר ובביאה ולמכרה לשפחה וזוכה גם בקנס האונס והמפתה וכו'. ע"ש וכ"כ עוד הרמב"ן עה"ת (ויקרא, יט', כט') עה"פ הנז' וז"ל, וטעם הכתוב, כי בעבור שהבת ברשות אביה, והוא רשאי בנעוריה לקדש אותה ולהכניסה לחופה, והאונס והמפתה אותה נותן קנסה לאביה, פירש הכתוב שאינו רשאי למוסרה "למי שיהיה זנות". ע"כ. הרי מפורש בד' הר"מ והרמב"ן כנ"ל, דהאב יש לו זכות בביאה של בתו, אלא שבדרך זנות אסרה תורה לאב לעשות כן, ולהר"מ היינו כל זנות בעלמא, ולהרמב"ן דוקא במי שאין תופס בו קידושין. ע"ש. [אלא דמד' הר"מ משמע דיליף ליה ממה שזכאי האב בקנס דאונס ומפתה, וק"ק דהרי ממונא מקנסא לא ילפינן. והרמב"ן אכן הוסיף ללמוד כן מקידושין, ואפשר דבהצה"ש מתרוויהו מייתי לה].

ט]. ובאמת שדין זה דהאב זכאי במעשה ביאה של בתו, מפורש בד' הר"מ (הל' נערה בתולה פ"ב הי"ז) וז"ל, אני אומר שזה שנאמר בתורה אל תחלל את בתך להזנותה, שלא יאמר האב הואיל ולא חייבה תורה מפתה ואונס אלא שיתן ממון לאב, הריני שוכר בתי הבתולה לזה לבוא עליה בכל ממון שארצה, או אניח זה לבוא עליה בחינם, שיש לאדם למחול וליתן ממונו לכל מי שירצה, לכך נאמר אל תחלל את בתך להזנותה, שזה שחייבה התורה לאונס ומפתה ממון, בשאירע הדבר מקרה שלא מדעת אביה ולא הכינה עצמה לכך. ע"כ. הרי מפורש בד' הר"מ דיש לאב זכות במעשה ביאה של בתו, אלא דמ"מ אסור לו לתת אותה דרך זנות. וכ"כ עוד הר"מ בסה"מ (ל"ת שנה), ושמע ממני למה כפל לאו זה (לא תחלל וגו') וכו', וזה שכבר קדם מדיניו יתעלה, שהבועל בתולה בין שיהיה מפתה או אונס, אינו חייב שום עונש מן העונשים אלא קנס בלבד, והיה עולה במחשבתו כי אחר שזה הדבר וכו', שיהיה דינו הולך כדין דבר שבממון, וכמו שיש רשות לאדם לתת לחבירו מממונו מה שירצה

דרך זנות לא זכתה לו תורה לאב

לכשרים. [וע"ע למהרי"ט בחידושו ריש מכילתין שהביא ד' הר"מ הנ"ל, וביאר בתו"ד בזה"ל, לכך נאמר אל תחלל שלא תטעה לומר שהתורה זכתה לו סרך האיסור הזה. ע"כ. וה"ז כמבואר]. ועי' במנח"ח (מצוה תקעב' אות יא) שכ' לגבי דין אתנן וז"ל, ונראה דאם נותן לאבי קטנה שימסרנה לו, נראה דלביאה בלא קידושין אינו יכול למסור אף לכשרים ומכ"ש לפסולים. ע"ש. והנה מ"ש בלשון "נראה" דאינו יכול וכו', זהו מוכרח מהסוגיא בקידושין שם וכנז', ברם מ"ש בפשיטות דאינו יכול למוסרה לביאה שלא בקידושין ואפי' לכשרים, הנה לד' הרמב"ן נראה ברור דלביאת כשרים יכול למסור אפי' ללא קידושין, דהרי להרמב"ן לאו דאל תחלל היינו דוקא במי שאין קידושין תופסין. [ויש לציין בנידון זה עוד למה שחידש האבנ"מ (סי' ז' סק"ג), דאפי' בדרך קידושין אין כח ביד האב למסור בתו לביאת פסולין, דהאי נמי הו"ל בכלל לא תחלל את בתך להזנותה. ע"ש. אולם בד' הראשונים להלן (דף סד.) מבואר לא כן. ע"ש. וכ"ה בחי' מהרי"ט פנ"י מקנה ורעק"א שם].

[י. והנה לא נתפרש בדברי הרמב"ם והרמב"ן האם בכה"ג דהוי דרך זנות, הפקיעה התורה מהאב זכותו בבתו, ואף אם עבר ומסרה לבועל דרך זנות, אינו רשאי לתבוע דמים, או אי"ז אלא לאו בעלמא, אבל זכות האב אכתי קיימא. והנה להלן (דף סד.) אמרי', והרי בידו להשיאה לממזר, ומשני, כר"ע דאמר אין קידושין תופסין בחייבי לאוין. ופרש"י, ואין ביד האב להשיאה אלא למי שקידושין תופסין בה. ע"כ. ועי' בשעה"מ (פי"ח מהל' איסורי ביאה) והו"ד באבנ"מ (סי' ז' סק"ג) שהביא בשם מהר"י בן לב שהוסיף לבאר בזה"ל, וכן אין בידו למוסרה לזנות כדי שתפסל, משום דקא עבר בלאו דלא תחלל את בתך להזנותה, הלכך לאו בידו הוא. ע"כ. הרי מוכח מד' הגמ' שם דבכה"ג דהוי דרך זנות לא זכתה לו התורה בזה. ולהרמב"ן היינו דוקא בביאת זנות במי שאין קידושין תופסין, וכמו שכתב שם דרך בכה"ג עובר האב על לאו דלא תחלל, ולהר"מ היינו בכל זנות דעלמא ואפי'

גם אם לא היה זכות לאב בקידושי בתו מ"מ היה יכול למוסרה למנוול ולמוכה שחין ולזכות בדמים

קידושיה, והוסיף התוס' רי"ד בזה"ל, והשתא א"ש דלא ילפינן קידושין מבושת ופגם, דאע"ג דאינון דאב אפי' בנערה מפני שיכול למוסרה למנוול ומוכה שחין ויקבל מהן דמים, אבל לעולם כסף קידושיה דידה הוי. ע"ש. הרי מפורש בדבריו דגם אי נימא דאין האב זכאי בכסף קידושיה, מ"מ זכאי הוא בדמי הביאה שמוסרה למנוול ומוכה

יא]. ובעיקר דברינו שיש זכות לאב במעשה ביאה דבתו, ואין לזה שייכות למה שזכאי בקידושיה, יש להוכיח כן עוד מד' התוס' רי"ד בסוגיין שכ' לפרש בקו' הגמ', ואימא ה"מ קטנה וכו', דנימא שנערה כיון שיש לה יד, גם היא תקדש עצמה בלא דעת האב, וכיון שגם היא יכולה לקדש עצמה, אזי גם היכא שקדשה אביה נימא שלא יזכה בכסף

שחין. וחזינן דשני ענינים הן. וע"ע בעצמו"י (דף ג: ד"ה בכסף מנלן) שהק' על מה דילפינן מאין כסף שיש כסף לאדון אחר, דמנ"ל דהיינו כסף קידושין, דילמא היינו שכר האב שנוטל בדמי קידושי ביאה. ע"ש. וה"ז כמבואר, דשכר קידושי הביאה אינו מכח זכותו בקידושיה, אלא זכות בפני עצמה היא. [ובעיקר קושייתו, הנה למה שנתבאר בדברינן דילפינן לה ממה שיכול למוסרה לקידושי ביאה בעל כרחיה, בהכרח דקרא דאין כסף אתי לילפותא אחרינא]. וע"ע בב"ק (דף פז.), החובל בבת קטנה של אחרים חבלה למי, מי אמרי' כיון דאקני ליה רחמנא שבח נעורים לאב וכו'. ופי' הראב"ד בחידושיו שם, שבח נעורים, "שבח בתולים", כלומר פגם שנפגמה מחמת בתולים וכו'. ודו"ק.

יב. ולפי דרכינו יתיישב התמיהה העצומה בד' התוס' (סוף ד"ה וכי תימא) שביארו קו' הגמ', ואימא הני מילי קטנה כו', דהיינו שנערה יש לה יד לקדש עצמה, וכשמקדשת עצמה יהיו הקידושין שלה, אבל אמת הוא שגם כשהיא נערה אביה יכול לקדשה, וכ' התוס' וז"ל: והכא ה"ק וכ"ת נילף מבושת ופגם וכו', מתחילה הוה יליף בושת ופגם שאינו על ידה מקידושי אביה, ובתור הכי איכא למילף מה שהוא על ידה ממה שאינו על ידי אביה. ע"כ. והתמיהה עולה מאליה, דכיון דגם היא וגם אביה יכולים לקדשה, מה ראית למילף בושת ופגם מקידושי אביה, אדרבה אימא דנילף לה מקידושי עצמה, דכשם שיכולה לקדש עצמה למנוול ומוכה שחין, א"כ בושת ופגם שלה הוא בזה, ולכה"פ הול"ל

דבושת ופגם של שניהם הוא, שהרי שניהם יכולים לקדשה. וכבר התעוררו בזה המפרשים ולא נתנו בזה יישוב ברור, אבל הדבר ברור כמו שכתבנו, דמה דילפינן לה מקידושי אביה היינו ממה שיכול למוסרה בעל כרחיה לביאת קידושין, דחזינן מיהא שיש לאב זכות במעשה ביאה דבתו, ואי"ז שייך למה שכסף קידושיה לאביה, דמהא ליכא למילף דבושת ופגם לאביה וכמשנ"ת, ולפ"ז א"ש דמקידושי עצמה ליכא למילף, שהרי לא מצאנו בזה שיש לה זכות למוסרה לביאה בעל כרחיה דאב, וכבר כתב כן המקנה כאן (מכח הקו' הנז' ע"ד התוס'), דגם לר"ל דנערה יכולה לקדש עצמה, מ"מ אינה יכולה להתקדש בקידושי ביאה. יעו"ש שחיפש טעם לדבר. ולהאמור, הרי הדבר מוכרח מעיקר הדין דהאב זכאי במעשה ביאה דבתו, א"כ פשיטא שאין לבת את הזכות לעשות מעשה ביאה שלא ברשותו. [וא"א לומר דגם היא וגם אביה זכאין במעשה ביאה, דאין שני ידים זוכות כאחת, ואי דמר לאו דמר ואי דמר לאו דמר, ורק בקידושין איכא למימר דשניהם זכאים בקידושין, ד"ל דהנערה יד אביה היא, וכמ"ש הרא"ש בתוספותיו להלן (דף מד: ד"ה נערה) דגם רבנן מודו דאין שני ידים זוכות כאחת, אלא דס"ל שהנערה זוכה מכח אביה. יעו"ש. ועכ"פ בזכות דמעשה ביאה דדבר שבממון הוא, פשיטא שאין לומר דשני בעלים יש לדבר].

יג. גם יתיישב עוד מה שהקשה בס' ים התלמוד בב"ק (דף פז: בתוד"ה א"ל) קו' חמורה ע"ד התוס' שם, דהתוס' בתי' השני כ', דפלוגתא דרב וריש לקיש ור' יוחנן דלא זכי ליה רחמנא לאב אלא קידושין ממש,

אבל בהפסד מעשי ידיה דכו"ע לאב הוא. ע"כ. והק' הים התלמוד, לא יכולתי לעמוד על דבריהם, דא"כ קשה לרב ור"ל מנ"ל דשייך הפגם לאביה, דהלא בכתובות (דף מ:) אמרי', דהבושת והפגם הוא לאב ממה שיכול למוסרה למנוול ומוכה שחין, ושומת הפגם הוא כמה אדם רוצה ליתן בין שפחה בעולה לשאינה בעולה (שם מ.), ולדידהו הרי נזק קידושין לא שייך לאביה כלל, רק הקידושין עצמם ממש. והניח בצע"ג. ולהאמור ד' התוס' מיושבין היטב, דבכתובות (שם) לא

ילפינן ממה שיכול "לקדשה" למנוול ומוכה שחין, דמקידושין עצמם ליכא למילף דהביאה לאביה הוא, רק ממה שיכול למוסרה "לביאת" קידושין, וזהו זכות בפני עצמו שזכאי האב בבתו, ואין לזה שייכות למה שזכאי בקידושיה, ושפיר ילפינן מהא דזכאי האב בבושת ופגם של אונס ומפתה. והדבר ברור בס"ד.

בגדר דין אמירה בקידושין ובקנינים

מקור דין אמירת הרי את מקודשת לי

[א]. קידושין (דף ה:). תנו רבנן בכסף כיצד נתן לה כסף או שווה כסף ואומר לה הרי את מקודשת לי וכו'. ומבואר דבקידושין לא סגי בנתינת הכסף לידה, אלא צריך ג"כ אמירה דהרי את מקודשת לי. ובהמשך הסוגיא דנה הגמ' בדין נתן הוא ואמרה היא, ובדין ידות בקידושין, וחזינן ג"כ דהקידושין חלין דוקא ע"י אמירה. ורמי עלן למשכוני נפשין, לברר ולהבין, מנא לן מקור דין זה, דהרי בקרא כתיב כי יקח, וילפינן (דף ג:) דאין קיחה אלא בכסף, ומהי"ת לן שצריך ג"כ אמירה דהרי את מקודשת. והנה בתוס' הרא"ש בכאן כתב בזה"ל, הא נתן הוא ואמרה

היא לא הוו קידושין, דכי יקח משמע שעל ידי דיבורו ונתינתו לוקחה, כאדם הלוקח מקח שקוצץ דמים ונותנם. ע"כ ומשמעות דבריו הוא דילפינן ליה מכי יקח דהוי דרך מקח, ודרך מקח הוא שהלוקח קוצץ דמים, ור"ל שהלוקח אומר את הקציצה תמורה למקח, ונותן הדמים, ומכלל דבריו נשמע שגם במקח יש דין אמירה, ואל תתמה על זה, כי דין זה ברור ופשוט בד' הראשונים כדלהלן, והיות שדין זה מישך שייך טובא לדין אמירה בקידושין, ובזה גם יתבאר לנו מקור דין האמירה בקידושין, אמרתי אעבור פרשתא דא ואתנייה בס"ד.

יש דין אמירה גם בקנינים

[ב]. ופתח הדברים הוא בגמ' להלן (דף ט:), ת"ר בשטר כיצד וכו', מתקיף לה ר"ז בר ממל, הא לא דמי האי שטרא לשטר זביני (ומגלן דכה"ג הוי שטרא. רש"י), התם מוכר כותב לו שדי מכורה לך, הכא בעל כותב בתן מקודשת לי. וכ' הרמב"ן והרשב"א שם, והא דלא קשיא ליה מעיקרא (ר"ל, בסוגיין) דלא דמיא האי כספא לכסף זביני, דהכא בעל אומר הרי את מקודשת לי בכסף זה, והתם מוכר אומר שדי מכורה לך בכסף זה. יעו"ש מה שתי'. הרי מפורש בדבריהם דדין האמירה הוי נמי בקנינים, ומתו"ד מתבאר עוד, דבקנין

כסף המוכר שהוא המקבל את הכסף הוא הפועל את עיקר הקנין, ולכן המוכר צריך לומר, (ומ"מ נראה דאף אם הקונה יאמר סגי, דלא גרע מעסוקין באותו ענין, וכדלהלן). ואילו מד' הרא"ש הנז' שכ' דהלוקח קוצץ דמים ונותנם, משמע דס"ל להיפך דהקונה שנותן הכסף הוא הפועל את עיקר הקנין, ולכן הלוקח הוא שצריך לומר ולקצוץ דמים תמורה למה שקונה, וכן כתב עוד הרא"ש בתוספותיו להלן (דף ט: ד"ה התם כתיב) וז"ל, דאלו במוכר בכסף, בקונה תליא מלתא, שע"י הכסף שהוא נותן הוא קונה השדה. ע"כ. ומפורש

בדבריו דבקנין כסף הקונה הוא שפועל את ההקנאה, ולכן ס"ל נמי דהקונה הוא שצריך לומר ולקבוע את ההקנאה.

ג. גם בד' הראשונים בסוגיין מבואר דבעינן אמירה בקנינים, שהנה בביאור ספק הגמ' בנתן הוא ואמרה היא, כתב התוס' רי"ד בזה"ל, פירוש, שיש לומר קידושין הן דומיא דשדה, שבין אם המוכר אמר לו שדי מכורה לך, בין אם הקונה אמר שדך מכורה לי במנה זה, וקבל המוכר מנה, קנה, או דלמא יש לומר, שאני הכא דכתיב כי יקח איש, שכל הלכיהה יעשה האיש, בין הנתינה בין האמירה. ע"כ. ובשיטה לא נודע למי

בסוגיין כ' באופ"א בביאור ספק הגמ', דמדאו' פשיטא לן דהוה קידושין בנתן הוא ואמרה היא, דמי כתיב כי יקח ויאמר הוא, ועוד דהא קיחה קיחה משדה עפרון גמרינן, ובשדה היכא דיהיב כספא בין דאמר מוכר שדי מכורה לך בכסף זה, בין דאמר לוקח שדך קנויה לי, הוה זביני זביני, אבל חכמים גזרו נתן הוא ואמרה היא אטו נתנה היא ואמרה היא. ע"ש. ובין למר ובין למר פשיטא להו דבעינן אמירה בקנינים, [וסבירא להו נמי דבין אמירת המוכר ובין אמירת הלוקח מהני. וע"ע להלן].

במאירי מובא שיטת התוס' דבקנינים נמי צריך דוקא אמירת הלוקח כקידושין

ד. ודבר חידוש מצאנו יותר במאירי בסוגיין וז"ל: כתבו בתוספות שקניית הכסף שבקרקע דינה כקניית הכסף שבקידושין, ונתן הלוקח ואמר הלוקח קנה, נתן המוכר ואמר המוכר לא קנה, נתן המוכר ואמר הלוקח או בהיפך, הרי זה ספק, ואין הדברים נראין, אלא כל שהלוקח נותן יאמר אי זה מהם וקנה, וכל שהמוכר נותן לא קנה. ע"כ. ומבואר בתוס' הנז' במאירי, דדין המכירה הוא כדין הקידושין ממש, וכמו שבקידושין בעינן אמירת הקונה, ה"ה במכר בעינן אמירת הלוקח, וכד' התוס' הרא"ש הנז', דעיקר הפועל בקנין כסף הוא הקונה, ובאמר המוכר ספיקא הוא. אכן המאירי ס"ל דהגם דבעי אמירה בקנינים, מ"מ אין דינם כדין הקידושין, וסגי באמירת המוכר או הקונה. (ולהלן נרחיב בביאור

מחלוקתם). ועכ"פ מבואר מדברי כולם דפשיטא להו דיש דין אמירה בקנינים. [ומ"ש המאירי עוד, דאפי' בנתן המוכר ואמר הלוקח ספיקא הוי, ולכאו' דבר תימה הוא, הנה באמת כן שיטת הבה"ג (הל' קידושין) דגם בנתנה היא ואמר הוא ספיקא הוי, (והובא שיטתו בכמה ראשונים). ובביאור שיטה זו, יש מקום לבאר ע"פ מה שמצאתי לבה"ג גופיה ע"ד הגמ' להלן (דף ז), אמרה לו הילך מנה ואתקדש אני לך, ובי' הבה"ג וז"ל, מי דמיא לתן מנה לפלוני ואתקדש אני לו או לא. ע"כ. והיינו דשאלת הגמ' האם תהיה מקודשת מדין שניהם מדין ערב ועבד כנעני. (ועי' בחי' הב"ח הנדמ"ח בד' הגמ' שם מ"ש בענין זה. ע"ש). ומעתה יש לומר דאף דמסקינן דרך באדם חשוב מקודשת בהנאה, מ"מ באדם שאינו חשוב עכ"פ הוי ספיקא וחיישינן מדרבנן מטעם הסברא הנז', והשתא דאיתנין להכי, גם במכר יש להסתפק בכה"ג, דהרי גם בממון יש את דין שניהם כמבואר בגמ' שם. ודו"ק]. ובתוך כדי חיפוש בד' הראשונים בסוגיין מצאתי

קרקעות ונתרצה ונתן לו, ולא פירש המוכר למימר שדי מכור לך, קנה. ע"כ. מכלל דאמירה בעי נמי בקנינים.

להראב"ן (קידושין סי' תקנב) שאחר שהביא את הדין דעסוקין באותו ענין מהני לקידושין, כתב בזה"ל, וה"ה במקח וממכר, היה מדבר על עסק מכירת

דברי הראשונים בדין ידות בקנינים

ריא"ז בנדרים (פ"א ה"ג אות ה'), ונראה בעיניי שהמוכר חפץ לחבירו ואמר על אחר וזה, לא קנה החפץ השני שיש לומר וזה יהא מופקד בידך אמר לו. ע"ש. והיינו אף אם מודים שניהם שכיוונו לשם קנין לא קנה, ומוכח דבעינן אמירה בקנינים. ועתה הראוני עוד מ"ש בשו"ת התשב"ץ (ח"א סי' כג' ד"ה והשלישי) בדין האומר הרי כסף זה קידושין על בתך, דלא הוי קידושין, וז"ל, מפני שלא אמר בשעת הקידושין דברים שהאשה מתקדשת בהם, שכשומר לו קידושין על בתך אינו מוכיח בדברים אלו שהאשה הוא מקדש, ודומה זה למי שנתן דינר לחבירו לקנות קרקע ואמר לו המקבל כסף זה קנין על קרקעי, דודאי לא קנה, דבעינן שיאמר לו שדי מכורה לך שדי קנויה לך כדאיתא בפרק קמא דקידושין, (לכא' כוונתו למה שאמרו להלן (דף כו.), כיצד בשטר וכו', ומינה יליף לקנין כסף), או מכרתי לך שדי כדאיתא בפרק השולח, אבל אם אמר לו זה הכסף קנין על קרקעי אין קרקעו נקנה לו, וכ"ש באשה וכו'. יעו"ש. הרי דפשיטא ליה דבעינן אמירה בקנינים, והוסיף לחדש דאפי' באמירה שאינה מבוררת כ"כ, לא חל הקנין בזה.

ה). ומצאתי מרגניתא דשוויא אלפא זוזי, בד' הרמ"ה בב"ב (דף קב:) שכ' שאין דין יד במכר ומתנה וז"ל, וההיא דאמרינן גבי האומר לאשה הרי את מקודשת סתם ולא אמר לי, דאינה מקודשת וכו', אי למ"ד משום שאין יד לקידושין, ואי למ"ד ידים שאין מוכיחות לא הויין ידים, וה"ה גבי מכר ומתנה, היכא דלא בריר לן, קונה או מקנה מאן ניהו, כגון דאמר ליה שדי מכורה (לך, תיבה זו ט"ס, ומוכרח ועומד ממקומו, ובדו"ח הקיפו תיבה זו בחצאי עיגול, ובדפוס אחר כ' דיתכן דצ"ל, ולא אמר לך), ויהיב ליה זוזי, אי נמי דכתב ליה בשטרא הכי ומסריה ניהליה, לא קני, מידי דהוה אקידושין. ע"ש עוד. הרי מפורש דבעינן אמירה בקנינים, וכל שלא אמר כן, אפי' מודים שניהם שכיוונו למעשה קנין של שדה פלונית, לא קנה, וכן מפורש גם במאירי בנדרים (דף ו:) בביאור ספק הגמ' אם יש יד לקידושין וז"ל, בענין השאלה אם מדמין אותה לנדרים אחר שעל ידיהם נאסרה לכל העולם כדבר הנדור, או שמא לקנין בעלמא כשאר קנינים שאין בהם תורת יד כלל וכו'. ע"כ. הרי דפשיטא ליה דבקנינים אין דין יד, אע"פ שבקידושין מספקא לרב פפא (בנדרים שם) אם יש דין יד. וכן מצאתי עוד בפסקי

מי הוא עיקר הפועל בקנין כסף המוכר בקבלת הכסף או הלוקח בנתינת הכסף

מינה בדין שצריך אמירה בקניינים, רק בגוונא שהובא בד' הרמ"א באהע"ז (סי' כז' סעיף ג') לגבי קידושין, שנתן הכסף בשתיקה והוא והיא מודים שכיוונו לשם קידושין. ובכה"ג במכר נמי לא יחול המכר, כיון שדין אמירה הוא גם בקניינים. ובשיטת התור"ד המאירי והשיטה שכו', דלא שנא אם יאמר המוכר או יאמר הלוקח, יל"פ בכוונתם כנ"ל בשי' הרמב"ן והרשב"א, אבל המשמעות הפשוטה בדברי התוס' רי"ד והמאירי, דבקנין כסף פעולת ההקנאה יכולה להיות מצד הקונה לחוד, וכן מצד המקנה לחוד, לכן במקח לא שנא מי יאמר, משא"כ בקידושין דכתיב כי יקח איש, דרק הבעל הוא שפועל ההקנאה, משו"ה פשיטא לן בלישנא קמא דנתן הוא ואמרה היא, אינה מקודשת, והיינו נמי דמיבעיא לן בלישנא בתרא בנתן הוא ואמרה היא, אם כוונת הכתוב דכי יקח איש הוא גם על האמירה, או דהוי ככל קנין דעלמא. וכמ"ש כ"ז התור"ד שם. [ושי' השיטה לא נודע למי בזה, דמן התורה פשיטא דמהני בקידושין בנתן הוא ואמרה היא, דמי כתיב כי יקח ויאמר הוא, וכל מאי דמיבעיא לן הוא מדרבנן בעלמא. יעו"ש. ומדבריו משמע דס"ל דא"צ שהאמירה תהיה ע"י מי שפועל את ההקנאה, ולהכי גם בקידושין מדאורייתא מקודשת בנתן הוא ואמרה היא].

[ז]. ועתה הבוא נבוא לבאר בס"ד שי' התוס' הנז' במאירי, דכשם שמיבעיא לן בקידושין בנתן הוא ואמרה היא, ה"ה דמיבעיא לן הכי במקח, בנתן הלוקח

[ו]. ונשוב אל הראשונות, דמד' הרמב"ן והרשב"א מתבאר, דבקנין כסף המוכר הוא שפועל את הקנין בקבלתו, ולכן המוכר הוא שצריך לומר שדי מכורה לך, אבל בד' הרא"ש ובבעלי התוס' הנז' במאירי מבואר להיפך, דעיקר הקנין נעשה מכח הלוקח בנתינת הכסף [ולכא' יש להקשות על שיטה זו ממה שאמרו בגמ' להלן (דף כג.), גבי שחרור עבד בכסף ע"י אחרים, דאף דהוי חוב לעבד לר"מ, שאני כסף דקבלת רבו גרמה לו, ופרש"י, אין אחרים הללו חבין, אלא קבלת הרב וכו'. ומשמע בהדיא דהמוכר הוא שפועל את הקנין כסף. שו"ר בקונטרסי שיעורים (שיעור ו' אות יא') שעמד בזה. וע"ש שחילק בין שחרור לקנין כסף], ולכן הלוקח הוא שצריך לומר שדרך מכור לי. ושי' התור"ד והמאירי והשיטה דבמכר לא שנא אם יאמר הלוקח ולא שנא אם יאמר המוכר, וכנ"ל. והנה נראה לומר, דגם הרמב"ן והרשב"א יודו דע"פ האמת גם אם יאמר הלוקח מהני, ואין זה דומה לגמרי לאמירה בקידושין, דעד כאן לא מיבעיא לן בקידושין בנתן הוא ואמר היא, אלא כדפי' הרשב"א גופיה (בחידושו בכאן ד"ה אבל נתן הוא), דלא סגי באומדנא לעדות העדים לקיומי, דאע"פ שהדברים מראין דלדעת מה שאמרה לו נתן הוא, מ"מ העדאת עדים בעינן, וכיון שלא פירש, ואפשר שלשם מתנה נתן, אין כאן עדים לקיומי. ע"ש. (וכ"כ בכיו"ב בפ"י רבינו אברהם מן ההר לנדרים דף ו. ע"ש). אבל במקח שא"צ עדים, סגי באמירת הלוקח, ולא גרע מעסוקים באותו ענין, וכמ"ש הרשב"א שם. וברור. ולא משכחת נפקא

ואמר המוכר. והנה זה מתבאר מדבריהם בבירור, דסבירא להו שהלוקח הוא הפועל את הקנין בקנין כסף, כיון שהוא נותן הכסף, וכדס"ל לתוס' הרא"ש וכנ"ל, והיינו דמיבעיא לן בנתן הלוקח ואמר המוכר אי מהני, דיש לומר דגם האמירה וקביעת הדברים תהיה ע"י הלוקח שהוא הפועל את הקנין. אלא שלכאור' קשה ע"ז, דמ"מ מאי מיבעיא לן באמר המוכר, הלא לא גרע מעסוקין באותו ענין דמהני, וכמו שהק' הרשב"א כזה ממש על ספק הגמ' בקידושין, (ובמקח לא שייכא תירוצו, שהרי א"צ במקח עדים לקיומיו). ויתכן לפרש בש"י התוס' הנז', דס"ל בביאור ספק הגמ' בנתן הוא ואמרה היא, שכיון שאמרה האשה הריני מקודשת לך, מתייחס פעולת הכניסה למעשה של האשה, וזהו נתמעט מקרא דכי יקח ולא

כי תלקח, וכ"ה משמעות ד' הר"ן בנדרים (דף ל. ד"ה ואשה), וכן מבואר בתורי"ד (דף ו. ד"ה אי דיהיב לה) שכ', דאפי' בעסוקין באותו ענין ונתן הוא ואמרה היא, אינן קידושין גמורים, דנראין הדברים שבדיבור האשה גמרו הקידושין. ע"כ. וע"ע בחזו"א (סי' קמח' לדף ה:). ולפי שיטה זו גם במכר יש להסתפק, כן, דכיון דהקונה הוא הפועל בקנין כסף, א"כ היכא שאמר המוכר שדי מכורה לך, מתייחס פעולת ההקנאה למעשה המוכר, וא"ש שי' התוס' הנז'. [ומ"מ שי' התורי"ד גופיה דבמקח לא שנא אם יאמר המוכר ולא שנא אם יאמר הלוקח, והיינו כמש"כ דס"ל דהפועל בקנין כסף הוא בין מצד הקונה לחוד, בין מצד המקנה לחוד, ורק בקידושין הוא דמיבעיא לן משום דגלי קרא כי יקח איש, וי"ל דאף האמירה בכלל כי יקח].

בדברי האחרונים אם צריך אמירה בקנינים

ח. ואנוכי חזון הרבתי בד' רבותינו האחרונים בנידו"ד, (ובסמוך נדבר בד' הר"מ והטוש"ע בזה), והנה זה ראיתי באבני מילואים (סי' כז' סק"ט) שהביא ד' המקנה (קו"א סי' כז' סק"ט) שכ' בתו"ד, אבל במכר ומתנה דא"צ אמירה, פשיטא דאינו יכול לחזור וכו'. ע"ש. וכ' ע"ז האבנ"מ, והנה מ"ש דבמתנה ומכר א"צ אמירה, אינו נראה, דוודאי אינו יוצא מרשות לרשות עד שיתרצה הנותן או באמירה או בדברים שבלב כל אדם, וכגון מדבר על עסקי מכירה ונתינה. ע"ש. ובכל ד' רבותינו הראשונים מפורש כהאבני מילואים וכנז'. גם מ"ש התו"ג (סי' קמא' סעיף ס'), דאין מדקדקין בלשון מכירה

ומתנה כמו שמדקדקין בלשון קידושין, ומהני בהם דין יד. ע"ש. (והו"ד במילואם להלן אות כב'). הנה כבר הבאנו מד' הרמ"ה המאירי והריא"ז דפשיטא להו להיפך, דידות לא מהני במכירה. (ובמאירי שם מבואר דאדרבה קידושין גרע ממכר, דבקידושין מיבעיא לן אם יש יד, ובמכר פשיטא דלא מהני). וכן ראיתי עתה באבני נזר (אהע"ז סי' שצט'), דפשיטא ליה שאין דין יד במכר. ויעו"ש שהק' מהא להצד דיש יד בקידושין (נדרים ו:), דאכתי היאך תקנה האשה את כסף הקידושין, כיון דליכא יד במכירה. ע"ש מה שיישב. וע"ע בחי' הגר"ש רוזובסקי לנדרים (סי' ח' אות ד') שכ' להוכיח מד' הריטב"א בקידושין (דף מא: ד"ה מה לתרומה), דיש דין

דיבור, ומחשבה לא מהני, ומה דעסוקין באותו ענין מהני וכו'. ע"ש. וה"ז כדברינו.

מסוים דלעשיית חלות קידושין בעינן דוקא דיבור, והוסיף, ופשוט דלפ"ז אי"ז רק בגיטין וקידושין אלא גם בקניינים וכדו', דלכל עשיית חלות בעינן דוקא

למה לא נזכר דין זה בר"מ ובטוש"ע

והקונה לקנות, ולא משכחת נפק"מ בזה רק בגוונא שהביא הרמ"א באהע"ז (סי' כז') לגבי קידושין, שנתן הכסף בשתיקה ולא דיבר כלום, והוא והיא אומרים שכיוונו לשם קידושין. וכזה ממש אם ארע במכר, כיון שצריך ג"כ אמירה, לא חל הקנין. ועכ"פ כיון דלא משכחת לה כי אם בגוונא רחוקה, משו"ה לא הדגישו הר"מ והטוש"ע דין זה.

י. והנה הגם שהטור הנז' (שם סעיף ב') לא הזכיר דין אמירה בקנין, אולם בהמשך דבריו (סעיפים ג' ד' ה') הזכיר דין זה וז"ל, אמר המוכר ללוקח תן הכסף לפלוני וקנה לך הקרקע שלי, ונתנו לו "ואמר לו יקנה לי קרקע שלך בכסף שנתתי לפלוני", קנה. ע"כ. וזהו הדין הנז' במכילתין (דף יז.) דילפינן לה מערב. וכן בשאר הדינים שהובא בגמ' שם, היינו הדין דילפינן מעבד כנעני, ומדין שניהם, בכולם כ' הטור בהמשך דבריו, שחזר הקונה ואמר שדך מכורה לי. ע"ש. וכ' ע"ז מרן הב"י וז"ל, וכתב רבינו בתלת בבי קמייטא שצריך שיאמר הקונה שדך קנוי לי, כשם שגבי קידושין צריך שיאמר התקדשי לי וכו'. הרי מפורש בב"י דיש דין אמירה בקנין כשם שיש דין אמירה בקידושין, [וס"ל להטור דעיקר הקנין הוא מצד הקונה, וכסברת הרא"ש

ט]. אחר כל הדברים האלה, תתעורר עלינו תמיהה עצומה, מדוע לא הוזכר דין זה דבעי אמירה בקניינים בד' הר"מ ובטוש"ע, והנה ז"ל הר"מ ריש הל' מכירה (פ"א ה"א), המקח אינו נקנה בדברים, ואפי' העידו עליהם עדים, כיצד, בית זה אני מוכר לך, יין זה אני מוכר לך וכו', ופסקו הדמים ורצה הלוקח ואמר קניתי ורצה המוכר ואמר מכרתי, ואמרו לעדים היו עלינו עדים שמכר זה ושלקח זה, ה"ז אינו כלום. ובהל' ב' כתב הר"מ, אבל אם נקנה המקח באחד מהדברים שהוא נקנה בהם, קנה הלוקח "ואין צריכים עדים כלל". וממה שפתח בהלכה א' בענין דברים ובענין עדים, וסיים בהלכה ב' שאין צריך עדים, משמע דעכ"פ בעינן דברים ביניהם, ולא סגי בקנין בעלמא. גם מל' הר"מ, אין המקח "נגמר בדברים", משמע דעכ"פ "התחלת קנין" הוא בדברים. וכזה ממש יש לדקדק מל' הטוש"ע (חו"מ סי' קכט') שהעתיקו קרוב ללשון הר"מ. ברם כל זה איננו שווה לי, דסו"ס למה לא כתבו הר"מ והטוש"ע הלכה חשובה והכרחית שכזו בשפה ברורה. ונראה דע"פ האמת אין כ"כ נפק"מ למעשה בדין זה, דבלא"ה מסתמא יש דברים ביניהם, ולכה"פ אומדנא דדברים שבלב כל אדם, דאל"כ מנא ידעי שנתרצה המוכר למכור

בתוספותיו, ולכן צריך שיאמר הוא], אלא שלא נתבאר למה דוקא בהנך דינים צריך הקונה לחזור ולומר כן. ועיין בסמוך. והנה הב"י בבדק הבית חזר והוסיף על דבריו בזה"ל, ולי נראה דדוקא גבי קידושין קפדינן בהכי, כי היכי דלא ליהוי אמרה היא, אבל גבי ממון אין צריך לומר הלוקח דבר. ע"כ. וכוונת דבריו דסגי באמירת המוכר, וא"צ שהלוקח יחזור ויאמר ג"כ, ולא דמי לקידושין שצריך הבעל לחזור ולומר (וכמו שהדגישו הראשונים בקידושין שם), דהתם היינו כי היכי דלא ליהוי אמרה היא. והב"ח שם כתב ליישב ד' הטור מהשגת הבדק הבית וז"ל, ולי נראה שקרוב לומר דהיינו טעמא דגבי ממון כיון דהמוכר אמר ללוקח קנה שדי בכסף שנתתי לך, א"כ קבלו מיד ע"ד קנין זה, ושוב א"צ שיאמר הקונה כלום, משא"כ בהנך תלת בבי, דאף בבבא ראשונה שאמר ללוקח תן הכסף לפלוני וקנה לך קרקע שלי, כיון שלא קבל המוכר מיד הלוקח כלום, אלא אחר קבל מידו, צריך הוא שיאמר למוכר יקנה לי שדה שלך בכסף שנתתי לפלוני. ע"כ. ונראה דר"ל דבכה"ג אין אומדנא דמוכחת דהלוקח רוצה בקנין זה, וס"ל להטור דעיקר הפועל בקנין כסף הוא הקונה, ולכן צריך שיאמר הוא וכד' הרא"ש בתוספותיו, משא"כ בקנין דעלמא סגי באמירת המוכר, דסו"ס לא גרע מעסוקין באותו ענין דמהני, (וכנ"ל אות ז'). ויש להאריך עוד בדעת הרמ"א (שם) בזה. ועת לקצר.

יא. אולם הנה זה ראיתי בדרישה שם שכ' בדעת הטור וז"ל, נראה דס"ל

לרבינו דכשנותן לוקח למוכר, אין צריך לומר כן (שדך קנויה לי) בפירוש, וכמו שכתב רבינו לקמן (סי' קצה' ס"ג) לענין חליפין זה לשונו, ואין נוהגין עתה שיאמר לו הקונה כן, כי מסתמא אדעתא דהכי הוא נותן לו, ע"כ, וה"ה לענין קנין כסף, ומשו"ה ברישא (ר"ל בקנין כסף דעלמא הנז' בטור ס"א) כשנותן לוקח עצמו למוכר הכסף, סתם רבינו ולא כתב שצריך לומר שיקנה לו בזה הכסף השדה שהוא קונה ממנו, ודוקא בהני ג' בבי מצריך משום דאינו נותן הלוקח ליד המוכר, ובשו"ע אפי' בהנך ג' בבות לא הזכיר שצריך שיאמר. ע"כ. וחזינן בדבריו דס"ל דא"צ אמירה בקנין כסף, ומשו"ה סתם הטור ולא כתב דין אמירה בקנין כסף. אולם להאמור הרי זה נגד כל רבותינו הראשונים הנז', וגם בד' הטוש"ע יש לומר דס"ל הכי וכנ"ל. ומה שהביא להוכיח עוד ממ"ש הטור לגבי קנין חליפין, דא"צ לומר קנה כלי זה חלף היין וכיו"ב, התם כדפריש טעמיה, דמסתמא אדעתא דהכי הוא נותן לו. [ואפשר עוד דאיירי בעסוקין באותו ענין, דהכי אורחא דמילתא, ואפ"ה ס"ל להר"מ דצריך לומר חלף כלי זה, דאל"ה אי"ז נתפס כחליפין, ודו"ק. ולפו"ר לא עיינתי בזה].

יב. וכדמות ראיה יש לדין זה, דבקנינים נמי יש דין אמירה, והוא ממה שאמרו בגמ' להלן (דף כג.) גבי עבד עברי דנקנה בכסף ומשתחרר בכסף, דלגבי שטר האי שטרא לחוד והאי שטרא לחוד (זה לשון קניה וזה לשון שחרור. רש"י), ואקשינן, כספא נמי האי כספא לחוד והאי כספא לחוד. והנה כזה ממש שקיל וטרי תלמודא לעיל גבי קידושי כסף, ופרש"י שם, האי כספא

רש"י בסוגיא שם (דף כג.) פירש, האי כספא לחוד והאי כספא לחוד, זה ניתן לקניה וזה ניתן לשחרור. ולכאן משמע שפי' באופ"א מדלעיל. ונראה דגם בכאן המכוון בכוונתו הוא כפירושו שם, כשהוא נותנו לקנייה מפרש שנותנו לקנייה, וכשהוא נותנו לשחרור מפרש שנותנו לשחרור. ודו"ק].

לחוד, כשהוא נותנו מפרש על מה הוא נותנו. ע"כ. וא"כ בכאן נמי הוי פירושו הכי, דכשהוא נותן כסף לקניית העבד או לשחרורו מפרש על מה הוא נותנו, ולהכי חשיב האי כספא לחוד והאי כספא לחוד. וחזינן שצריך לפרש בדבריו ענין הקנייה שקונה בכסף. [מיהו

המקור שצריך אמירה בקידושין נלמד מדין אמירה בקנינים

מד' הראשונים בסוגיין מבואר דהאמירה כתיבא בכי יקח, ונלאו כל חכמי מדע להבין היכן רמוז בזה ענין אמירה. (ועי' בס' משנה ראשונה פ"ד מ"ז ד"ה רבי יוסי, שכ' דרך מחודשת בזה). אבל נראה שכוונתם ג"כ כהבה"ג והרא"ש, דבכי יקח נאמר דקידושין הוי דרך קנין ומקח. [עי' לשון המאירי (דף ב. ד"ה הרבה דקדוקין), וכסף דאשה מיהא מנ"ל דאקרי קנין, שהרי מ"מ אינו דומה לשאר קניות, והביאה מקיחה קיחה. ע"כ]. וכשם שבקנין צריך אמירה, ה"ה בקידושין דדרך מקח הוא.

יג]. וניהדר אנפין לנידון דסוגיין דבעי אמירה בקידושין, שחקרנו מהיכן נובע מקור דין זה, וכבר הבאנו בריש דברינו ד' התוס' רא"ש דילפינן ליה מכי יקח, כדרך קיחה וקנין דעלמא שצריך אמירה. ונמצא א"כ דכל עיקר דין אמירה בקידושין, מאמירה בקנינים ילפינן ליה. וכן הוא בבה"ג (הל' קידושין) וז"ל, ומאן דמקדש איתתא מתבעי וכו' למימר לה הרי את מקודשת לי דכתיב כי יקח, דרכא דזביני. ע"כ. ומפורש כנ"ל. גם

הטעם שצריך אמירה בקנינים ולא סגי בקנין גרידא

ואמרה היא הו קידושין, ואיך יעלה על הדעת דנתן בשתיקה הו קידושין, ולכן העלה דבכה"ג לא הוי קידושין דדברים שבלב לא הו דברים. ע"כ. וכ"כ הב"ש (ס"ק יב.). ומבואר בד' הח"מ דטעמא דצריך לומר שמקדשה בכסף זה, דהלא קיי"ל דברים שבלב אינם דברים, וא"כ י"ל דהיינו טעמא דבעי אמירה בקנין כסף, כיון שאם לא יפרש שקונה בכסף זה, הוי דברים שבלב ולא הו דברים.

יד]. ואחרי הודיע ה' אותנו את כל זאת, דאיכא דין אמירה בקנינים, וקידושין הוא בכלל זה, יש עלינו לחקור שורש דין זה מהיכן הוא, ומה טעם לא סגי במעשה קנין גרידא. והנה הרמ"א באהע"ז (סי' כז' ס"ג) גבי קידושי כסף כתב, נתן לה כסף קידושין בשתיקה ולא דיבר כלום, והוא והיא אומרים שכיוונו לשם קידושין, הוי קידושין. ע"כ. והח"מ (סק"ט) תמה ע"ז, דהלא אפי' היכא דנתן הוא

כל שלא קבע בדיבורו לשם מה הוא נותן אין הכסף יכול לפעול פעולת הקידושין או הקנין

בדברים, אבל בקנין משיכה וחזקה וכיו"ב, שזהו מעשה המורה בעלות בגוף החפץ הנקנה שפיר י"ל דמהני אפי' שלא בדברים, דעצם המעשה מוכיח את כוונת הקנין. ומ"מ יסוד דברינו שייך בכל הקנינים וכדלהלן. ואפשר דלזה כיון גם הח"מ במה שכתב דטעמא משום דדברים שבלב אינם דברים, דר"ל שכל שלא קבע בדבורו מה יחול תמורת הכסף, אין הקנין חל, ואף אם קבע כן בלבו, מ"מ דברים שבלב אינם דברים.

טז]. ובזה יתבאר מח' הראשונים הנז' אם הקונה צריך לומר שדך מכורה לי, או המוכר צריך לומר שדי קנויה לך, והיינו מאחר שהאמירה לקבוע את הכסף לשם קנין, לכן רק מי שפועל את ההקנאה בקנין כסף, יכול לקבוע כן, ונח' הראשונים מי הוא הפועל את הקנין בקנין כסף. וכן יתיישב עוד מה שהקשינו להרשב"א דס"ל דדברים שבלב מהני לפרש, דמ"ט לא מהני הכי בקנינים ובקידושין, ולהאמור אתי שפיר, וזהו עפמ"ש רבים מהאחרונים (ברכת שמאל קידושין סי' א' אות ג', אבי עזרי אישות פ"ג ה"ב, שיעורי הגר"ר קידושין דף נ. אות שעז'), דמודה הרשב"א בעשיית חלות שאינה חלה ע"י דברים שבלב, ואפי' שאינו אלא לפרש. ע"ש. וה"ה בעניננו, דכיון שנתבאר דדין אמירה בקנינים הוא משום שאין בכח הקנין לפעול מצ"ע, רק היכא שקבעו כן בדיבורם, נמצא דהדיבור מישך שייך לעשיית החלות, ולהכי לא מהני ביה דברים שבלב לפרש.

טו]. אלא שיש להק' על דרך זו, דהנה ידועה שיטת הרשב"א (קידושין נ.) דדברים שבלב מהני לפרש, ובנידו"ד הוי נמי רק דברים שבלב לכוונת המעשה, ועוד, דלא יתבאר היטב לפ"ז למה באמרה היא לא מהני דהא תו לא הוי דברים שבלב. גם לא יובן עוד מה נחלקו רבותינו הראשונים אם הקונה צריך לומר או המוכר צריך לומר, ומה איכפת לן מי יאמר כיון דתו לא הוי דברים שבלב. והנה זה מצאתי במאירי (דף ב. ד"ה ונשוב לדברינו) שכ' בתו"ד בביאור טעם דין אמירה בקידושי כסף וז"ל, מפני שהכסף אדם עשוי ליתנו או להלוותו או לקנות בו איזה דבר, ואם אינו מפרש בנתינתו שלשם קידושין הוא נותנם, אין במשמע נתינתו ענין שם קידושין כלל, והרי הוא כמונה לחבירו מנה בפני עדים, שאין ראית המנין שום זכות למונה, שמא חייב היה לו או נתנם לו. ע"כ. ומתבאר מדבריו דענין האמירה אינו רק כדי להוכיח דעתו ורצונו, אלא שכל שלא קבע בדיבורו שלשם קידושין הוא נתן הכסף, אין הכסף יכול לפעול את פעולת הקידושין, דכל קנין יסודו הוא לגמור ולקבוע את עסק הדברים שביניהם, וכל' הזהב של רש"י בב"מ (דף מז. ד"ה גאולה זו מכירה), ובאין לקיים "דברי מכירתן" ע"י קנין. וזהו יסוד דין אמירה בקידושין וקנינים. [ולהלן יתבאר בדברינו דנראה שדין זה אינו אלא בקנין כסף וכיו"ב, שאין הקנין מתפרש למעשה קנין רק היכא שקבעו כן

צריך שיאמר לו כן בשעת מסירה, דאל"כ שמא רק את הנייר הקנה לו לצור ע"פ צלוחיתו. וכ' הרשב"א והר"ן עוד (שם ד"ה וא"ל אין לצור), ונראה דאפי' הודה המוכר כי לדעת שיקנה אפי' הראיה שבו כתב לו, אפ"ה לא קנה ויכול הוא לחזור בו, דאין במשמע לשון שטרו אלא הנייר לבדו, ואין השטר קונה אלא מה שיש במשמעו. ע"כ. והנה אף שכתבו דין זה על קנין שטר, והיינו למ"ד אותיות אין נקנות במסירה, לפי דברינו נראה דלאו דוקא הוא, (ומשום דהגמ' איירי אליבא דהאי מ"ד, לכן כ' הרשב"א והר"ן דבריהם לאותו מ"ד, ולא דוקא הוא), אלא ה"ה למ"ד אותיות נקנות במסירה דלא קנה, כל שלא אמר ופירש קני לך איהו וכל שיעבודא דביה, דאין במשמע לשון אמירתו אלא הנייר לבדו, וכיון שצריך לפרש ולקבוע בדיבורו ענין הקנין, לא קנה רק מה שמבואר באמירתו.

[והנה האבי עזרי (אישות פ"ג ה"ב) ג"כ כתב כדברינו, דמודה הרשב"א באמירה בקידושין וקניינים דלא מהני בהם דברים שבלב לפרש, אלא שהגדיר שם את דין האמירה בזה"ל, דודאי בלא דבור כלל, לא מהני שום ענין של חלות כמו בהקנאה והפקר "שהוה הקנאה והפקר מה שאומר שמקנה ומפקיר" וכו'. ע"ש. ומשמע דס"ל דהאמירה היא חלק מפעולת הקנין ממש, אולם מל' המאירי הנז' משמע לא כן, אלא כמש"כ שאין כח לקנין לפעול ולחול רק על דברים שקבעו ביניהם וכו"ל. וכן מבואר בהדיא בד' הר"ן (דף ט.) גבי קידושי כסף וז"ל, לפי שהכסף הוא שקונה ואמירה אינה צריכה אלא לגלות שנתניהו זו לשם קידושין היה. ע"כ].

יז]. ובעיקר הדברים שאין הקנין חל רק על דברים המפורשים ביניהם, יש להביא לזה מ"ש בגמ' בב"ב (דף עו:), האי מאן דמזבין שטרא לחבריה צריך למיכתב ליה קני לך איהו וכל שיעבודא דביה, ופי' הרשב"א והר"ן, לאו דוקא כותב, דה"ה למ"ד אותיות נקנות במסירה,

יתכן דרך בקנין כסף צריך אמירה

שא"צ בהם אמירה, דהקנין עצמו מוכיח כוונת הקנין. ובסמוך ממש נביא מד' הראשונים בדין אמירה בקנין שטר ובקידושי שטר, ובקידושי ביאה, ומכללן של דברים אתה תחזה ככל אשר אמרנו, שלא בכל הקניינים צריך דין אמירה. והדברים מוכרחים עוד מתוך הנידון הנז' בראשונים בדין אמירה בקנין שטר, ובקידושי שטר, ובקידושי ביאה, שהנה בדין אמירה בקידושי שטר נחלקו הראשונים, דהמאירי (דף ב. ד"ה נשוב) הביא בשם רבותיו דס"ל שגם בשטר צריך אמירה. ולכאז' טעמם ונימוקם עמם,

יח]. והנה אף שהארכנו בראיות שיש דין אמירה בקניינים, לאחר העיון נראה דדין זה אינו אלא בקנין כסף ודכוותיה, שאין פעולת הקנין בגוף החפץ הנקנה, ואין הוכחה ממעשיו שכוונתו לשם קנין, אבל במשיכה ובחזקה וכיו"ב שהקנין הוא בגוף החפץ הנקנה, אין צריך לפרש שעושה כן לשם קנין, דזהו מוכח מתוך מעשיו. ובאמת כמעט כל הראיות הנז' איירי בהדיא בקנין כסף. ויתבאר בזה גם מה שמצאנו קנין מצד הקונה היכא שהבעלים לא מקפידים (עי' שע"י ש"ז פ"ב אות ד'), דזהו בקניינים כמשיכה וחזקה

ה"ה קידושי שטר. ומפורש בדבריו כמש"כ בכל אריכות דברינו, דדין אמירה אינו שייך דוקא לקידושין, אלא הוא בכל הקנינים, ואמירה בקידושין ובקנינים יסוד אחד להם, וזהו שהוכיח המאירי מקנין שטר לקידושי שטר. ואתה למד עוד מדבריו, דמחלוקת הראשונים אם צריך אמירה בקידושי שטר, היא קיימת גם בקנין שטר.

יט]. ובקידושי ביאה הסכימו רוב ככל הראשונים (רש"י ריש מכילתין, הר"מ פ"ג מאישות ה"ה, טוש"ע ס' לג', ועוד ראשונים) שצריך לומר הרי את מקודשת לי בביאה זו. ולכא' לפי המבואר בדברינו, דקנינים שהם בגוף החפץ הנקנה אין צריך אמירה, דמעשה הקנין מוכיח מעצמו דלשם קנין הוא, א"כ למה בכאן צריך אמירה. אכן זה אינו קשה כלל, שהרי המאירי (דף ב. ד"ה ונשוב לדברינו) וה"ה (פ"ג מאישות ה"ה) כתבו שא"צ שהעדים יראו את הביאה עצמה, ודי שייראו את הייחוד, [וכ"כ הדרכי משה (סי' מב' אות ד'), בית שמואל (סי' מב' ס"ק יב'), וכן מפורש בד' הר"מ (פ"י מגירושין הי"ח), ולפלא על המנח"ח (מצוה רסד') שפי' בד' הר"מ (פ"ג מאישות ה"ה) להיפך מזה], ולהכי צריך אמירה, וכדפריש המאירי בזה"ל, אבל אשה דעלמא שאין לבו גס בה, אם אינו אומר לה בפני עדים שתתייחד עמו להתקדש לו בביאה, אע"פ שנכנס עמה לחדר בפניהם, אין אומרים הן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה, שמאחר שאין לבו גס בה שמא לא בעל. ע"כ. והיינו שלולי האמירה אין הוכחה כלל שהיה מעשה ביאה, ולהכי צריך אמירה. ובאמת שיש הסוברים שא"צ אמירה בקידושי ביאה

דזהו דומה לקנין כסף, שאין הקנין בגוף החפץ הנקנה, ולכן צריך לפרש ולקבוע את כוונת הקנין. אולם מד' הר"מ (פ"ג מאישות ה"ה) והטוש"ע (סי' לב') מתבאר שא"צ אמירה, שהרי לא הזכירו דין זה בקידושי שטר. (וע"ע בפרש"י ריש מכילתין, ובפרש"י שעל הר"ף). וכ"כ המאירי בשם חכמי ההר, ושדייקו כן מהא דבבביתא (דף ה:) לגבי כסף קתני אמירה, ובבביתא (דף ט.) לגבי שטר לא קתני אמירה. ע"ש. ולכא' יקשה ע"ד דקידושי שטר אין הקנין בגוף החפץ הנקנה, ודמי ממש לקידושי כסף, ומה מקום יש לחלק ביניהם. אולם באמת החילוק ברור בזה, וכמ"ש המאירי שם וז"ל, והם (חכמי ההר) פירשו הטעם, מפני שהכסף אדם עשוי ליתנו או להלוותו או לקנות בו איזה דבר, ואם אינו מפרש בנתינתו שלשם קידושין הוא נותנם, אין במשמע נתינתו ענין שם קידושין כלל, והרי הוא כמונה לחבירו מנה בפני עדים, שאין ראית המנין שום זכות למונה כלל, שמא חייב היה לו או נתנם לו, אבל שטר שכתוב בו שתהא היא מקודשת לו, אינו צריך אמירה אחרת שהרי אמירתו מפורשת בשטר וכו'. ע"כ. והדברים מבוארים. והנה המאירי שם הביא ד' רבותיו שחולקים וס"ל דצריך אמירה בקידושי שטר, וכ' ע"ז המאירי: ונראה לי כדעת ראשון, שהרי בשאר הקניות אמרו (דף כו.), כתב לו שדי מכורה לך וכו' ואין צריך אמירה. ע"כ. והיינו שדקדק מהבביתא להלן (דף כו.), כיצד בשטר וכו', דאיירי בשטר קנין, דממה שלא אמרו שצריך אמירה, מוכח שאכן אין צריך, ומדקנין שטר אין צריך

בזכר יצחק (ח"א סי' יד') שדקדק כן מהתוספתא במכילתין (פ"א ה"א). ומבואר בדבריהם דהיכא שברור שהמעשה קידושין מוכיח מעצמו שלשם קידושין הוא, אין צריך אמירה. וה"ז כמבואר.

וכמו שהביא המאירי שם וז"ל, ויש אומרים שאפי' לא אמר לה שתתייחד לשם קידושין הואיל ואמר לה בפני עדים שתתייחד עמו ונתייחדה בפניהם מקודשת, שוודאי בעל וחזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. ע"ש. וע"ע

הנתיבות חילק בין אמירה בקידושין לדין אמירה בקנינים והערות ע"ז

דדין אמירה בקידושין הוא דין מיוחד בקידושין דוקא, ושאני מכל הקנינים, ולהכי לא מהני אומדנא דמוכח בקידושין רק אמירה דוקא, אולם לפי המבואר בדברינו יש להעיר ע"ד, שהנה מה שהוכיח מנתן הוא ואמרה היא דלא מהני בקידושין, כבר ביאר הרשב"א (דף ה: ד"ה אבל) טעמא דמילתא, דלא סגי באומדנא לעדות העדים לקיומי. ע"ש. ונמצא א"כ דטעם זה לא שייך אלא בקידושין דוקא, ומשו"ה לא מיבעיא לן הכי בכל הקנינים. גם יש לציין למה שהובא בדברינו (אות ה') שי' התוס' הנז' במאירי דס"ל דספק זה הוא גם בקנינים. ומה שהוסיף התו"ג להוכיח ממ"ש הב"י בדעת הרא"ש דאפי' אמר הבעל הן לא מהני, הנה באמת לא נמצא כן בב"י, ואדרבה בב"י (סי' כז') כ' דטעמא דמסתבר הוא, [רק המל"מ (אישות פ"ג ה"ב) הוא שכ' לפקפק בדין זה. עיין בדבריו. ועם שאיני כדאי לדון בדבריו, מ"מ מאי דפשיטא ליה דהראשונים שכ' דדין אמירה בקידושין נלמד מכי יקח, בהכרח דלא ס"ל כהרמ"ה. יעו"ש. להאמור יש להעיר ע"ז. ועת לקצר. וע"ע באבי עזרי (שם) מה שכ' להעיר בד' המל"מ].

כא]. גם מה שהוכיח מדין ידות, דמיבעיא לן אי מהני בקידושין, אע"ג

כ]. אחר כל הדברים האלה, אבוא העירה ע"ד התורת גיטין (סי' קמא' סעיף סו') שכ', שיש דין אמירה בקידושין דייקא, ולא מהני אפי' אומדנא דמוכח, משא"כ במכירה, וזת"ד, ובקידושין ובגירושין אפי' איכא אומדנא דמוכח טובא לא מהני עד דאיכא דבור, וראיה לזה, דבנתן הוא ואמרה היא אינה מקודשת, ואפי' באמר הן כתב הב"י דלא מהני לדעת הרא"ש, ואין לך אומדנא דמוכח גדול מזה, אלמא דבקידושין בעינן דיבורא, ולא מהני אומדנא דמוכח, וכיון דבעינן דבור דוקא משו"ה בעי (נדרים דף ו:) אי מהני יד בקידושין, משא"כ באופן דמהני אומדנא דמוכח מהני גם ביד מוכיח, דאין אומדנא מוכחת גדול יותר מיד מוכיח, דהא ידים מוכיחות קרינן להו, תדע, דאין מדקדקין בלשון מכירה ומתנה כמו שמדקדקין בלשון קידושין. ע"כ. וחזר עוד על יסודו זה בנתיבות (סי' רלה ס"ק יז') וז"ל, דבקידושין אינו מועיל ריצוי, ובעינן דוקא אמירה הרי את מקודשת, ואף דאיכא אומדנא דמוכח שנתרצה לא מהני בלא אמירה, ואפי' בנתן הוא ואמרה היא ספיקא הוי, אף דבמקח ודאי מהני אף כשנתן הלוקח ואמר והמוכר קבל. ע"כ. ומבואר בדבריו

דאומדנא דמוכח הוא שכוונתו לקידושין, הנה כבר נודע מ"ש בזה רבים מהאחרונים (חי' הגרש"ש נדרים סי' ו', קה"י קידושין סי' ו', חי' הגרש"ר נדרים סי' ח' אות ב'), דידות לא הוי הוכחה גמורה כדברים שבלבו ולב כל אדם, אלא הוי כדברים שבלב. ע"ש. וזהו מבואר בד' רבותינו הראשונים, הרמב"ן הרשב"א והר"ן להלן (דף ג.), שכ' האומר אהא והיה נזיר עובר לפניו דיד מוכיח הוא (לרוב הראשונים), ומ"מ הוי דברים שבלב. ע"ע. וכבר נודע בשערים מ"ש החזו"א (אהע"ז סי' לח' ס"ק ז') גבי ידות, דלשון גרוע גרע מעסוקין באותו ענין, דכל שאינו מבורר בשפתיו, אף שכוונתו ודאית, אין גמר דעתו כ"כ להיות זקוק לקיום הדברים. ע"ש. וכן מה שתפס התו"ג לדבר פשוט דמהני ידות בקנינים, ולהכי אין מדקדקין בלשון מכירה ומתנה, כבר הערנו ע"ד (לעיל אות ט') שמפורש בד' הראשונים דידות לא מהני

בקנינים. ע"ש. ובאמת שיש תמיהה עצומה ע"ד התו"ג מהא דתנן בגיטין (דף פא.), המגרש את אשתו ולן עמה בפונדקי, ב"ה אומרים צריכה גט שני. ובגמ' פירשו טעמייהו דב"ה, דאמרי' הן הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה, וחזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. ופירש רש"י, כיון דראו שנתייחדו אין צריך עדות של ביאה גדול מזה, ודאי אנן סהדי כיון דגייסי אהדדי לא פירשו זה מזה. ע"כ. ומבואר דהיכא שיש אומדנא ברורה שדעתו לשם קידושין א"צ אמירה. ובאמת דהנתיבות גופיה התעורר בסו"ד מד' הגמ' שם, וכ' בזה"ל, דמשום חזקה הוי כאומר. ודבריו צ"ב. ולפי דרכינו אתי שפיר, דכל ענין האמירה הוא רק כדי לקבוע את הפעולה שעושה לשם קנין, וא"כ כל היכא דמוכח כן מתוך מעשיו, א"צ אמירה. ודו"ק.

מצות נישואין

ביאה ראשונה הינו חלק ממעשה הנשואין

חופה וז"ל, והנה לשון נשואין הוא לשון כללי, פעמים שר"ל נשואין בלא חופה כי ההיא דפרק נערה דמסר האב לשלוחי הבעל (כתובות דף מח:), ופעמים שר"ל כניסה לחופה כדפרישית בר' אלעזר בן עזריה, ופעמים שר"ל נבעלה. ע"כ. ומבואר דהביאה ג"כ יש לה שם נישואין. ויש להוסיף בזה, שהנה בן נח אינו קונה אשה אלא ע"י ביאה כדאמר' בסנהדרין (דף נז:), וכן הוא בר"מ (ריש הל' אישות, מלכים פ"ט ה"ז), ובאה התורה וחידשה שבישראל קני ע"י חופה אפי' לא נבעלה (כתובות דף מח:), והיינו דסגי בחופה שהוא התחלת ביאה, אע"פ שעדין לא נבעלה, וא"כ י"ל דאף אחר חידוש התורה בישראל, עדין הביאה היא חלק מן הנשואין, אע"פ שאינה צריכה לעיקר הקנין. ועתה אמרתי אתהלכה ברחבה בענין זה בס"ד.

א]. הן כבר נודעו ד' רבינו הגר"א (אהע"ז סי' לג' ס"ק ה'), 'דנשואין דכל מקום הוא חופה וביאה, אלא דחופה לבד ג"כ קני, שהוא התחלת הביאה'. עכ"ל. והעולם מביאים לזה ראיה מל' הגמ' בכתובות (דף מח:), אילימא נשואה ממש היינו בתולה ולא בעולה אלא לאו שנכנסה לחופה ולא נבעלה. ופרש"י, נשואה ממש, שנכנסה לחופה ונבעלה. וכן מצאנו עוד ביבמות (דף נח:), נישאו זו וזו וכו' או שנכנסו לחופה ולא נבעלו וכו' נכנסו מכלל דנישאו נישאו ממש וכו'. ופרש"י, נישאו ממש, בבעילה. ומוכח דהביאה שאחרי הכניסה לחופה הינה חלק מן הנשואין, אע"פ שאינה נצרכת לעיקר הקנין. [ומצאתי בס' סדר אירוסין ונישואין (סי' ח', יו"ל ע"י הרב שמואל אליעזר שטרן, ב"ב) שהובא ד' תלמיד הרשב"א במהות ענין

בכלל המצוה שיש לקדש אשה הוי נמי הנישואין ומהאי טעמא חשיב טועה בדבר מצוה בביאה ראשונה

כלומר נהי דסבר ר"מ וכו' מיהו היכא דקא מתכוין לדבר מצוה לישא אשה, כמאן מרבותיו ס"ל לר"מ בטעה בדבר מצוה ולא עשה מצוה. ע"כ. ומתבאר מד' רש"י דיש מצוה לישא אשה וכדעת הר"מ (סה"מ עשין ריג') והחינוך (מצוה תקנב'), והגם שלא כתבו כן אלא על קידושין,

ב]. הנה במשנה ביבמות (דף לג:) אמר', שנים שקידשו שתי נשים, ובשעת כניסתן לחופה, החליפו את של זה לזה ואת של זה לזה, הרי אלו חייבין משום אשת איש. ובגמ' (דף לד:), ור"מ אליבא דמאן, אי אליבא דרבי יהושע האמר טעה בדבר מצוה פטור. ופרש"י (ד"ה ור"מ),

מ"מ גם נישואין בכלל וכמ"ש רבינו אברהם בן הרמב"ם בתשו' (סי' מד', והר"ד בכס"מ אישות פ"א סוף ה"ג) וז"ל, במנין המצוות בתחלת ההלכה אמר, שהמצוה לישא אשה בכתובה וקידושין, ולא אמר לקדש אשה, וזה שאמר וליקוחין אלו מצות עשה, לפי שהיא תחילת מצות הנישואין, אבל אירוסין בלא נישואין וודאי לא השלים המצוה עדין. ע"כ. וכ"כ הרמב"ן בתשו' (מיוחסות סי' רפד'), שהקידושין והחופה מצות עשה וכו'. ע"ש. וכן מתבאר מד' רש"י הנ"ל, דיש מצוה גם בנישואין. ברם יש להק' טובא ע"ד רש"י, דמה שייך לפוטרו על הביאה משום טעות בדבר מצוה, הלא במתני' קתני, ובשעת כניסתן לחופה החליפו

את של זה לזה, ומפורש שעשו את הנישואין ע"י חופה, ובזה הוא שטעו והחליפו את הנשים, ומה ענין הביאה למצות הנישואין. ומוכרח מזה, שגם לאחר שחידשה התורה דחופה לבד סגי לקנותה, מ"מ לא הוי גמר נישואין אלא ע"י ביאה ג"כ, ומשו"ה חשיב הביאה כחלק ממצות נישואין, ושפיר חשיב טעה בדבר מצוה (מיהו מעיקר ד' הגמ' אין להוכיח כן, דיש לפרש דהמכוון הוא למצות פריה ורביה אי נמי למצות עונה), ולפי זה יש לומר, דמה שקראו בכתובות (דף ד.) לביאה ראשונה, ביאת מצוה, המכוון הוא למצות נישואין, וכמפורש בד' רש"י בבאן. [והתוס' שם כתבו טעם אחר לזה. יעו"ש. ועיין בסמוך אות ג']. ושו"ר בשטמ"ק שם (דף ג.) שכ"כ בשי' רש"י שם, ודבריו הינם להלן בסמוך.

עיקר כניסת חופה היינו בעילת מצוה

ג]. עוד מצאנו כזה בד' רש"י בכתובות (דף ד. ד"ה ופורש), שהנה בגמ' שם אמרו הרי שהיה פתו אפוי וכו' ומת אביו של חתן או אמה של כלה מכניסין את המת לחדר ואת החתן ואת הכלה לחופה ובוועל בעילת מצוה ופורש, ונוהג שבעת ימי המשתה ואח"כ נוהג שבעת ימי אבילות. והנה מד' התוס' (ד"ה בועל) מתבאר, דמה שאמרו ובוועל בעילת מצוה, היינו שאם רוצה החתן יכול לבעול בעילת מצוה קודם שיקבר המת, אבל אחר קבורת המת אינו יכול לבעול בעילת מצוה. אבל מד' רש"י דקדק השטמ"ק, דרק משום שבוועל בעילת מצוה לא חיילא עליה אבילות, וז"ל רש"י, ופורש, ויקברו את המת מיד דכיון דחלה עליו חתונה

הוא לגביה כרגל. ע"כ. וביאר השטמ"ק (דף ג.) וז"ל, פירוש לפירושו ז"ל דעל כרחק צריך לבעול בעילת מצוה כי היכי דליחול עליה חתונה וליהוי לגביה כרגל, דבהכנסת חופה לבד לא סגי למישויה לגביה כרגל וכו'. ע"ש. והוסיף (בסוה"ע), ולשיטת רש"י ז"ל קרי ליה בעילת מצוה כי היכי דליחול עליה חתונה בעיא דלבעול, דהיינו "עיקר כניסת חופה". ע"כ. [והתוס' שלא פירשו בזה כרש"י, יש לומר דס"ל דאין מצוה כלל בקידושין ונישואין, וכסברת מקצת ראשונים ז"ל, ולעולם מודו דהביאה היא חלק מן הנישואין. א"נ י"ל עפמ"ש להלן (אות ו') בד' הר"מ, דמפיה"מ משמע דס"ל דאין מצות נישואין בביאה, אע"ג שמפורש בדבריו שיש מצוה בנישואין, ויעו"ש מה שיישבנו בשיטתו. וכן י"ל בד' התוס']. גם

רבינו ירוחם (חלק חוה נתיב כב' ח"ב, והו"ד בנקודות הכסף יו"ד סי' שמב' בט"ז סק"א) כ', ואע"פ דכשמת אביו אמרי' דבועל בעילת מצוה וכו', דנראה דלא חל עליו השמחה עד שיבעול, שאני התם וכו' ולא אלימא האי שמחה לחייבו שבעת ימי המשתה עד שיבעול. ע"כ. הרי שרק אחרי הביאה יש שמחה אלימא, והיינו כמו שנתבאר, דלא הוי גמר הנישואין אלא בביאה שאחר החופה.

ד]. ובזה יש לבאר מ"ש התוס' בכתובות (דף ד. ד"ה אבל איפכא לא), דאבל מותר לכנס בתוך שלושים, ומ"מ אסור לבעול תוך ל'. ע"ש. ולא נתבאר טעם איסור זה. ובהפלאה שם כ' הטעם בזה, משום שביאה ראשונה איכא שמחה טפי. וע"ע בדבר אברהם (ח"ב סי' לו' אות א' ב).

ולהאמור, היינו משום דבביאה ראשונה יש גמר נישואין, והוי שמחה טובא. ויש להוסיף בזה, דהנה הרא"ש (כתובות פ"ו סי' ה') כ' בשם הרמ"ה, דיום ראשון של שמחת חתן הוי דאורייתא, דכתיב (שה"ש ג' יא') ביום חתונתו וביום שמחת לבו. ובחי' החת"ס לכתובות (דף ד. ד"ה אבל) האריך בביאור החילוק בין יום חתונתו ליום שמחת לבו, וסיים: ולע"ד שניהם היו נישואין גמורים, ויום חתונתו היינו נכנסה לחופה ולא נבעלה, ויום שמחת לבו היינו בעילה, והוא "גמר הנישואין", וכהרא"ש דאין שמחה אלא מבעילה ואילך. יעו"ש. ומתבאר בד' דהביאה ראשונה זהו יום שמחת לבו, דהוי גמר הנישואין, וא"ש מ"ש התוס' דאבל אסור לבעול בעילה ראשונה תוך ל'.

בכלל עשה דאונס לישא את אנוסתו הוי נמי ביאה ראשונה

וכמ"ש האפיקי ים (ח"ב סי' מב' אות ה') להוכיח כן מדבריו]. וע"ע בתוספי הרא"ש ביבמות (דף ב. ד"ה בתו) שהביא ד' רש"י שם דבתו מאנוסתו לא הוי בכלל אשה ובתה, משום דלשון אישות כתיב בקרא, וכ' ע"ז הרא"ש: לא נהירא, דא"כ נכנסה לחופה ולא נבעלה, מנ"ל דאסור בבתה, דאישות משמע שנבעלה. ע"כ. ולכאור' אם כשנכנסה לחופה הוי גמר הנישואין, מה טעם דלא תקרא אשה רק אחר שנבעלה. אלא ודאי דרק כאשר נבעלה הוי גמר הנישואין, אע"פ שקונה אותה כבר מכניסתה לחופה. [ובעיקר ד' הרא"ש דלא מקרי אשה אלא כשנבעלה, הנה רש"י בסנהדרין (דף נג. ד"ה בין מן האירוסין) כ', דכיון דקדשה אשתו היא, דכתיב כי יקח איש

ה]. והנה בכתובות (דף מ.) אמרי' בדין אונס ומפתה אשה שאינו רשאי לבוא בקהל, דאינו רשאי לקיימה, והקשו בגמ', ניתי עשה ונדחה ל"ת, ויעו"ש בחי' הרשב"א וז"ל, ומורי הקשה על פירוש הקוטרס, דהיאך יבוא עשה דולו תהיה לאשה לדחות לא תעשה, דהעשה כבר ליתיה בעולם תמיד, דאחר "שבעלה לשם אישות" שוב אין כאן עשה כלל. יעו"ש. הרי דביאה ראשונה פשיטא ליה דזהו כלול בעשה דולו תהיה לאשה, והיינו כמו שנתבאר, דהביאה שאחר החופה היא המשך וגמר הנישואין, והוי בכלל ולו תהיה לאשה. [וס"ל להרשב"א דמצות ולו תהיה לאשה, לא מיקיימא אלא עד שנושא אותה לאשה, ולא סגי בקידושין גרידא,

ע"כ. ועי' בשרש יעקב יבמות דף לד' סוע"א]. ויש לציין עוד למ"ש הרמ"א בתשו' (סו"ס קכה) וז"ל, ועד אני אומר, דאפשר דלא הוי מהני הכניסה גבי כהן גדול בלא ביאה וכו', ולא מקרי וכפר בעדו ובעד ביתו וכו' עד "דכניס לגמרי". ומשמע ג"כ כמשנ"ת דהביאה גומרת הנישואין, ולהכי לא מקרי ביתו עד שיבוא עליה.

אשה משעת לקיחה נקראת אשתו, והך קיחה קידושין היא, דגמרינן קיחה קיחה משדה עפרון. ע"כ. וכ"כ ביד רמ"ה שם. והיינו דלא כהרא"ש. והנה מהאי קרא אין להקשות ע"ד הרא"ש, די"ל דכל קיחות שבה במשמע, קיחת קידושין וקיחת נישואין (עי' להלן דף נט.), אולם באמת לכאורה יש להפליא טובא ע"ד הרא"ש, שהרי מקרא מלא דבר הכתוב בנערה המאורסה (דברים, כב', כד'), על דבר אשר עינה את "אשת" רעהו, הרי דקרי למאורסה אשה. וכ"כ שם בפ"י האבן עזרא, הנה הכתוב קרא המאורסה אשת רעהו.

חתן פטור מק"ש בלילה הראשון דטרוד במצות הנישואין של בעילת מצוה

בעילת מצוה ופורש, ולא אסרוהו מפני שאנינותו בזה תורה, לפי שבעילת מצוה נמי עשה של תורה היא, וכדתניא (ברכות דף טז.) ובלכתך בדרך פרט לחתן, ודחו זו מפני זו. ע"כ. ואי נימא דס"ל לרמב"ן דמצות בעילה ראשונה היינו מצות פו"ר, מדוע הוצרך להביא לזה ראייה מובלכתך בדרך פרט לחתן, [מיהו כזה ממש מצאנו בד' הר"מ בסה"מ (מצוה ריב') שכ', שציונו לפרות ולרבות וכו' והיא מצות פריה ורביה, והוא אמרו יתעלה ואתם פרו ורבו, וכבר בארו (ברכות טו') שהחתן פטור מק"ש כשישא בתולה, מפני שהוא עסוק במצוה. ע"כ. ולכאורה מה שהביא דין זה הוא להוכיח דפו"ר מצוה היא, ולא ברכה בעלמא. וכזה י"ל בד' הרמב"ן]. ועוד דהרמב"ן גופיה בחידו' לכתובות (דף ד. ד"ה ודוקא) כ', ויש לדקדק דאסור לישא אשה בתוך ז' ימי אבילות, ואפי' אין לו בנים, דהא סתמא קאמר, ועוד דמשמע דבבחור הוא וכו'. ועכ"פ משמע דסוגיא זו דבועל בעילת מצוה ופורש, שייכא גם במי שיש לו בנים, ומוכרח דאין כוונת הרמב"ן למצות פו"ר, אלא למצות נישואין, [מיהו גם ראייה זו יש לדחות, עי'

ו]. והנה במשנה בברכות (דף טז.) אמרו, חתן פטור מק"ש בלילה הראשון עד מוצאי שבת אם לא עשה מעשה. ובגמ' שם מבואר דטעמא משום דהוי עוסק במצוה. ופרש"י (שם דף יא. ד"ה הכנס), שטרוד במחשבת בעילת מצוה. ולא נתפרש מהו המצוה. ועיין להר"מ בפיה"מ (פ"ב מ"ה) שכ', מתעסק במצוה ר"ל מצות פריה ורביה וכו'. וכן מבואר בדבריו בסה"מ (עשה ריב'), שציונו לפרות ולרבות וכו' וכבר בארו שהחתן פטור מק"ש כשישא בתולה מפני שהוא עסוק במצוה. ע"כ. ומדלא פירש דהכוונה למצות נישואין, משמע קצת שלא כדברינו. ועי' להלן. אולם כן מצאתי בד' הריטב"א בסוכה (דף כה. ד"ה ובלכתך בדרך פרט לחתן) וז"ל, פי' לאו כשעוסק "בנישואין", דהיינו עוסק במצוה דנפקא מבשבתך, אלא כי איצטריך קרא לחתן שהולך לעשות "מצות נישואין" וכו'. וה"ז כמשנ"ת. וכן ראיתי מדקדקים מד' הרמב"ן בתורת האדם (שער האבל, ענין האבילות, אבילות יום ראשון) שכ' בזה"ל, ומה שאמרו בחתן בועל

להלן (אות) מש"כ ע"ד הצ"ח והערוך לנר]. ויתכן דגם הר"מ מודה לעיקר דברינו דגמר הנשואין הוא בביאה, אלא דמ"מ

לענין מצות נישואין כיון שכבר קנה אותה ע"י חופה, אזיל ליה עיקר המצוה. ועי'.

מצות פריה ורביה שייכא נמי למי שיש לו בן או בת

[ז]. ואגב אורחין נדבר בעיקר ד' הר"מ בפיה"מ הנז', שהנה הצ"ח (ברכות דף טז.) והערוך לנר (סוכה דף כה.) העירו, דלפי פירושו לא נאמר דין זה אלא בחתן שלא קיים מצות פו"ר, ולא נמצא לא' מן הפוסקים שכ"כ. ויעו"ש שצידדו לומר דהכוונה למצות עונה. ע"ע. ואי משום הא לא איריא, דיש לומר דמצות פו"ר שייכא גם במי שיש לו בן ובת, דאי"ז אלא שיעור לחיוב המצוה, אבל גם אח"כ יש עדין קיום מצוה. וכתבתי בזה במקו"א. וכ"כ בענייננו בס' תורת חיים (סופר, או"ח סי' ע' סק"ה), שהב"ד הצ"ח הנז', והעיר ע"ד דנהי דמצות פו"ר קיים בבן ובת, אעפ"כ יש עוד מצוה לפרות ולרבות, ועכ"פ מצוה דרשות היא. ע"כ. וגם במצוה שאינה חיובית יש דין עוסק במצוה כמו שהוכיח האמרי בינה (יג' אות ג'). מיהו אי קשיא הא קשיא, דהלא אין אשה מתעברת מביאה ראשונה (יבמות דף לד:), והיאך יכול לקיים במעשה זה מצות פו"ר. והגם שכ' התוס' בכתובות (דף ד. ד"ה בעילת) דביאה ראשונה איקרי בעילת מצוה, משום דאין אשה כורתת ברית וכו' ועי"ז מתדבקין ובאין לפו"ר, מ"מ נראה דאי"ז אלא הכשר והכנה למצוה,

וכמ"ש הדרישה (אהע"ז סי' סג' סק"ב) והט"ז (סי' סד' סק"א) דכיון דאין אשה מתעברת מביאה ראשונה, נמצא דאי"ז אלא הכשר מצוה, וביאת אלמנה היא מצוה גמורה, שאפשר שתתעבר. ויעו"ש בט"ז שביאר כן גם בד' התוס' בכתובות, דאין כוונתם למצוה גמורה רק להכשר מצוה בעלמא. אולם החת"ס בתשו' (ח"ג סי' קנ"ה ד"ה גם מה) כ' דכוונת התוס' בכתובות הוא לבאר מדוע נקראת בעילה ראשונה בעילת מצוה "טפי משאר ביאות". ע"ש. ולפ"ז יוצא דוודאי בעילה ראשונה הוי מצוה גמורה, וחשיב מכלל מצות פו"ר, ולא הוקשה לתוס' אלא מדוע בעילה ראשונה נקרא בעילת מצוה יותר משאר ביאות. ויש להביא ראיה לד' החת"ס ממ"ש התוס' בכתובות (דף ז. ד"ה אמר ליה) לגבי בעילה ביו"ט וז"ל, ודוקא בעילה ראשונה דמצוה היא הוי צורך מצות היום, אבל שאר בעילות אין כ"כ צורך מצות היום. ובתוספי הרא"ש הוסיף בלשונו, דבעילה ראשונה איכא "מצוה טובא" והוי צורך מצות היום קצת, אבל וכו'. ומשמע כהחת"ס, דביאה ראשונה הוי מצוה גדולה יותר משאר ביאות. (ועי' בשטמ"ק שם. ודו"ק).

ליכא עליהו תורת מזיק כלל, רק תקנת חכמים הוא לטובת השכנים שלא יזיקו זא"ז.

מאריך ומרחיב בעיקר דיני הרחקת נזיקין השנויים בפרק לא יחפור, האם מישך שייכי לארבעה אבות נזיקין השנויים במס' בבא קמא, או דמדינא

ראיות דהזיקות השנויים בפרק לא יחפור אין בהם דין מזיק מדינא

דפירקין אפי' כאשר מזיק בגיריה, אין ע"ז דין מזיק מה"ת, דאל"כ מאי מהני שסמך בהיתר.

ב]. וכן מוכח עוד, ממה שמצאנו בפרקין סברות שונות להתיר עשיית מזיק בתוך שלו אפילו שחברו ניזוק מזה, כי ההיא דאמר' בגמ' (דף יח.) דירה שאני. וכן בתוס' (שם: ד"ה ואי), שבעשה קצת שלא כהוגן, אין חברו חייב להרחיק. גם עוד כתבו התוס' (דף יט: ד"ה התם) דס"ד דמשום צניעותא לשתרי להשתין על כותל חברו, אע"ג שמזיקו. ע"ש. וע"ע בתוס' (דף יח: ד"ה ואי) שכתבו, דטעמא דאם הבור קדם קוצץ ונותן דמים, הוא משום שחששו להפסד מרובה. ע"ש. ואי מדינא מזיק גמור הוא, הרי כבר כתב הרמב"ן להלן (דף כו.), דמצוה להפסיד כל מה שיש לו, ולא יזיק לחבירו אפי' שוה פרוטה. ובעל כרחך צריך לומר, דמה"ת לא חשיב מזיק כלל בכולי הזיקא דפירקין, ורק חכמים תקנו שירחיק אפי' בעושה בתוך שלו, ומשו"ה מועילים כל הסברות הנז' להתיר ההיזק. גם הברכת שמואל (סי' יג.) הוסיף להק', דאי מדינא חשיב מזיק בכולי הזיקא דפירקין, א"כ אמאי אמרי' על הניזק להרחיק את עצמו, הלא

א]. **בבא בתרא (דף כה.)**, מרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמש אמה, אם הבור קדמה קוצץ, ר' יוסי אומר, אע"פ שהבור קודמת לאילן לא יקוצץ, שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו. ומבואר בגמ' שם, דאף ר' יוסי מודה בגירי דיליה שצריך להרחיק, ולא פליג אלא בבור ואילן וכיו"ב, דלאו גיריה נינהו. והנה סברת ר' יוסי נתפרשה בתוך דבריו, שזה נוטע בתוך שלו, ומשמע שאם עשה כן ברה"ר, דהיינו שנטע אילן ברה"ר סמוך לבורו של חברו, גם ר' יוסי מודה דחייב. וכ"כ בהדיא בפסקי הרי"ד (דף כג.) ובפסקי הרי"א ז"ל (דף כה.). ע"ש. וקשה דאי נימא דמזיקים דפרקין הינם ממש כדין ד' אבות נזיקין דב"ק, מה גרע עושה בתוך שלו דאינו חייב להרחיק, הרי סו"ס מזיק הוא. ולכאז' מוכח מהא דכל מזיקים השנויים בפרקין, מדינא ליכא עליהו שם מזיק כלל (וטעם הדבר יתבאר בסמוך), ורק חכמים הם שחידשו את חובת ההרחקה, וס"ל לר' יוסי שלא חייבו חכמים כן רק כשמזיק בגיריה, הא לאו הכי שרי. וכן יש להוכיח משיטת התוס' (דף יח. ד"ה דיקא נמי, ודף כה: ד"ה עני והעשיר) דבסמך בהיתר א"צ להרחיק אפי' בגירי דיליה, ומשמע כמשנ"ת, דבמזיקים

התוס' בב"ק (דף כג. ד"ה ליחייב-הב') כתבו, שיותר יש לו לשמור שלא יזיק אחרים

משלא יזוק, ובהכרח דמדינא לא חשיב מזיק. ע"ש.

קושיות הנתיבות בהזיקות דפרקין והערות בדבריו

ג]. וכבר עמד בנידון זה הנתיבות (סי' קנ"ה ס"ק יח), והרבה להקשות אי נימא דהזיקות דפירקין יש בהם דין מזיק גמור מן התורה, אלא שהקשה קושיות אחרות ממש"כ, וזה תוכן דבריו: הנה יש להקשות על כל ההרחקות דלא יחפור, כמו בסוגיא דחרדל (דף יח:): קשה, דהרי כשהדבורים אוכלן החרדל או היונים בשדות, שורו ממש הוא, ומד' אבות נזיקין הן, ואמאי אמרי רבנן שא"צ להרחיק, [הגם שהרמב"ן במלחמות (דף ט: מדפי הרי"ף) כתב הטעם דלא קני להו רק מפני דרכי שלום, הוא דחוק], ומשמע דאפי' בדיעבד פטורים, דהא אפי' בהרחקות שמחייבין להרחיק, פטור מלשלם בדיעבד. וכן קשה בסוגית עורבים בדם (דף כג.), הא הוי כדליל דלא אצנעיה והוציאו תרנגול של הפקר דחייב, כמבואר בב"ק (דף יט:). וכן קשה עוד בהזיקא דמתונתא שהמים הולכים ומזיקין, מי גרע מהיזק שהולך ע"י רוח מצויה שחייב. והתימה על התוס' לקמן (דף כו.) שלא הקשו כן אלא ברקתא דליהוי כאש, ולא הקשו כן אדבורים ויונה דליהוי כשור. עכ"ד. ובאמת שכל תמיהותיו אינם ברורות לקוצר דעת, דמה שהקשה בסוגיא דחרדל, אמאי ס"ל לרבנן שא"צ להרחיק הדבורים, הלא

שורו ממש הוא, אינו מובן לי מאי קשיא ליה, הלא בגמ' (דף יח:): מפרש בהדיא לטעמיהו דרבנן, דסבירא להו דדבורים לחרדל לא מזקי ליה. [וצריך לפרש בדוחק, דכונת הנתיבות להקשות למאי דקאמר ר' יוסי לרבנן (דף יח:), דאע"פ שדבורים מזיקים לחרדל, מ"מ כיון דתרויהו מזקי אהדדי, אודו לי מיהא בהא שא"צ להרחיק. וע"ז הקשה הנתיבות, הא הוי כשורו ממש, ולמה לא יצטרך להרחיק. וזהו כמש"כ למעלה (אות ב) להוכיח מסברת עשה קצת שלא כהוגן (דהיינו טעמיה דר' יוסי כמ"ש התוס' והראשונים), דהזיקות דפירקין לא הוו מן התורה]. ומה שהוסיף להקשות מיונים שאוכלים שדות, דאמאי אמרי רבנן שא"צ להרחיק (עד שהוסיף לתמוה, דלמה התוס' לא הקשו כן כדרך שהקשו לגבי רקתא), דבריו נפלאו ממני, שמשנה ערוכה היא שחייב להרחיק, דתנן (דף כג.) מרחיקין את השובך מן העיר. ואפי' לגבי תשלום על הזיקם, כתב הרמב"ן במלחמות, דאי קנין דבורים תורה היינו נמי שן דאמר רחמנא לתשלומין, אלא דלא קני להו אלא מפני דרכי שלום וכו'. יעו"ש. והנתיבות דלא ניחא ליה במ"ש הרמב"ן דמפני דרכי שלום לא מחייב ע"ז (וכמ"ש ע"ז שהוא דחוק), הו"ל למימר שבאמת חייב לשלם, וכמ"ש הרמב"ן בתחילת דבריו (והנתיבות גופיה הביא את דברי הרמב"ן בזה). וכן הוא

בעובדא דהכא, שהעורב בא מכח הדם, ואח"ז הלך והזיק מעצמו את הפירות, ואף לפמ"ש התוס' שם (ד"ה כקוטרא) בחד שינויא, שהעורבים היו אוכלים הדם ופורחים ומקנחים הדם בפירות, הנה גם אם נאמר שהיו העורבים מנקרים בפירות ומפסידין אותן (כדמשמע פשטא דמילתא), מ"מ לא היו עושים כן מכח הדם שבפיהן, רק מעצמן היו עושין כן, ולא הוי כדליל שבו עצמו התרנגול מזיק, [ועל טינוף הפירות גופיה, וודאי לא חשיב מזיק, דגרמא בעלמא הוא, שיכול לשוטף ולחזיר לקדמותו. עיין בב"ק דף צח.], ולכן לא היה יכול רב יסף לתובעם מדין ממון המזיק, אלא רק מכח צער הגוף שהיו מקנחים הדם בפירות.

ה]. וכן מה שהקשה הנתיבות מהזיקא דמתונתא, שהמים הולכין ומזיקין, מי גרע מהיזק שהולך ע"י רוח מצויה שחייב. הנה באמת בהרחקת אמת המים ובריכת הכובסין דהזיקא דמתונתא הוא, אף ר' יוסי מודה שחייב להרחיק, כמ"ש התוס' (דף כב: ד"ה לימא) ורוב ככל הראשונים שם, רק נראה שכונת הנתיבות להקשות עפמ"ש בגוף דבריו, דאפי' בהרחקות שמחויבין להרחיק פטור מלשלם, וע"ז הקשה, דמי גרע הזיקא דמתונתא מהיזק שהולך ע"י רוח מצויה דמיחייב בתשלומין. וכבר מילתי אמורה בזה, שאם באמת סבירא ליה דדמי ממש להיזק אש שהולך ע"י רוח מצויה, א"כ מהיכא פשיטא ליה שפטור ע"ז מתשלומין, הרי הא קמן כמה

באמת שיטת רבים מהראשונים, הלא המה: הריטב"א (דף כג. ד"ה מרחיקין) הר"ן והנמוק"י (דף כב:), דאפי' דלא קני להו אלא מפני דרכי שלום, מתחייב בנזקייהו משם שן. עיי"ש. וד' הנתיבות צע"ג.

ד]. גם מ"ש הנתיבות עוד, שאפי' בהרחקות שמחויבין להרחיק, פטור מלשלם בדיעבד, ע"כ. ולא ידענא מהיכא פשיטא ליה הכי, הלא זהו מחלוקת בין רבותינו הראשונים, ע"י סוף קונט' דד"ג להרמב"ן, ובעיטור (אות מ' מודעה), ובתשובת הרא"ש (כלל ק"ח ס"י), ובחידושי הריטב"א והר"ן והנימוק"י (דף כב:), וע"ע בנמוק"י (דף כ:). והובאו ב' השיטות בטוש"ע (סי' קנה סעיף לג). וגם הפוסקים בהרחקות, אינו אלא משום דס"ל דגרמא הוא, [ואף כשעושה כן ברה"ר, יהיה פטור ע"ז לשיטתם, ואאריך בזה להלן (אות טו) בעזה"י]. וכמפורש בדבריהם. והנתיבות גופיה (שם ס"ק יז) כתב, דגם הפוסקים בהרחקות, מודים הם דבעובדא דפאפי יונאה ה"ז חייב, דאדם המזיק הוא. ע"ש. ומה שהקשה הנתיבות עוד, מעובדא דעורבים בדם (דף כג.), דאמאי לא הוי כדליל דלא אצנעיה, (כדמוכח ממה שאביי רצה לפוטרו מלהרחיק, וגם רב יוסף לא חייבם אלא משום דלדידי אנינא דעתאי וכו'). גם בזה לא ירדתי לעומק דעתו הקדו', דהלא דין דליל דלא אצנעיה דמיחייב בעל הדליל, היינו דוקא כאשר הזיק התרנגול בדליל עצמו, אבל היכא שהדליל רק גרם לו שיבוא לכאן, ואחר מכן הזיקה מעצמה, פשיטא דלא מיחייב מידי, והכי הוי ממש

לפ"ז אין סיבה לחלק ולומר שבארבעה אבות נזיקין לא יועיל חזקה. ועיין]. ואיברא, דברווחא טפי היה לו להקשות, וכמו שהקשינו מקודם, דאמאי ר' יוסי אינו מחייב בהרחקת מזיקין דלאו גיריה, ומה נשתנה זה מהיכא שאינו עושה בתוך שלו, שמודה ר"י שחייב להרחיק. וכן היאך מועיל סמך בהיתר. וע"ע למעלה (אות ב) עוד קושיות כע"ז.

מהראשונים שמחייבים בתשלומין ע"ז. [גם מ"ש הנתיבות בהמשך דבריו, שמצאנו בפרקין חזקה בהיזק שכנים, והיאך מהני חזקה שלא לשמור הזיקן, וכי מועיל חזקה בד' אבות נזיקין. ע"כ. הן מד' הרשב"א (דף כה: ד"ה פאפי יונאה) מוכח דמהני חזקה אפי' באדם המזיק. ע"ש. גם לפי מה שביארו האחרונים (אבן האזל שכנים פ"א ה"ג, ח"י הגרש"ש סי' א', שיעורי הגרש"ר דף ו' אות קנ"ב) איך מועיל חזקת נזיקין, ולא הוי כקרקע כסותי, יעויין בדבריהם.

יסוד הנתיבות דהיכא שיתבטל מתשמישו אפי' ברשותו לא חייביה רחמנא

במלחמות שם כ', דבאמת בעל הדבורים היה חייב בתשלומין, אלמלא דלא קני להו אלא מפני דרכי שלום. ע"ש. גם הריטב"א בחידושו (דף יח. ד"ה ותני עלה) כתב, דחייב על הדבורים משום שן. וכן הריטב"א (דף כג. ד"ה מרחיקין) והר"ן והנמוק"י (דף כב: ד"ה לימא) כתבו, דחייב על יונים משום שן, ע"ש. אע"ג דיונים נמי לאו בני שמירה נינהו. וחזינן דלא סבירא להו כדעת הרשב"א בזה. [ויש להסיף דברים בזה, דלכאורה פלוגתת הרשב"א והראשנים בזה, הוא כמחלוקת הראשונים בב' ד' המשנה בידים (פ"ד מ"ז), והובא במס' ב"ק (דף ד.), דעבד ואמה אין רבו חייב בהיזקן, שמא יקניטו רבו וילך וידליק גדישו של חברו, ונמצא זה מחייב את רבו מאה מנה בכל יום. ויעו"ש בתוס' רבנו פרץ ובמאירי, דתקנת חכמים הוא לפוטרו, דמדינא היה צריך להתחייב בנזיקה, דהוי ממונו שהזיק. אבל הרמב"ם (פ"א מהל' גניבה ט') כתב וז"ל: שאין אדם חייב על נזקי עבדיו אע"פ שהן ממונו, מפני שיש בהן דעת ואינו יכול לשמרן

[ו]. וע"פ קושיות אלו יצא הנתיבות (שם) לחדש, שלא חייבה תורה בד' אבות נזיקין, רק כשאפשר להחזיק ברשותו ובשמירה שלא יוזקו, אבל באופן שכאשר יתחייב לשלם ההיזק, אין לו אפשרות לעשות תשמיש זה ברשותו כלל, ויתבטל תשמיש זה לגמרי אפי' מרשותו, בכה"ג לא חייביה רחמנא, וכל הני דחשיב בפ' לא יחפור הוה הכי, דא"א להחזיקו ברשותו לשמור עליהם שלא יזיקו. ע"כ. והנה בעיקר יסוד הנתיבות, דכל שא"א להחזיקו ברשותו לשומרו, בכה"ג לא חייבה רחמנא, יש להביא תנא דמסייע ליה, הלא הוא רבנו הרשב"א בסוגיית חרדל (דף יח:), שכ' בטעם הדבר שבעל הדבורים פטור מתשלומין על מה שמזיקים ואוכלין החרדל, דהוא משום דהדבורים לא בני שמירה נינהו. ע"כ. וה"ז ממש כד' הנתיבות. אכן באמת מד' הראשונים בפרקין נראה דפליגי על סברת הרשב"א בזה, שהרי הרמב"ן

עבדו. וע"ע בחזו"א (ב"ק סי' ג' סק"א). ולכא' זהו כעין הפלוגתא הנ"ל בדבורים ויונים אי מיחייב על היזקן מה"ת, אף דלאו בני שמירה נינהו]. ונמצא דעיקר יסוד הנתיבות שנוי במחלוקת הרשב"א והראשונים הנ"ל.

וכו'. ע"כ. וכ' האחרונים (הגהות ברוך טעם על הפנ"י שם, אבן האזל נזק"מ פ"א ה"א אות טו), דמשמע מלשוננו שפטור מעיקר הדין מפני שאין יכול לשומרן. וכ"כ בתוס' תלמיד ר"ת בהדיא, דכונת המשנה לפרש למה התורה פטרה בנזקי

תמיהה מאיפחית מעזיבא ועוד דאין בהם ביטול תשמיש

המפורש במשנה אינו מזיק, (ואפי' אם יזיק, ס"ל לכמה מן הראשונים שפטור, שאין כאן פשיעה. עיין במאירי (דף כ:), וכן הובאה שיטה זו בשו"ע (סי' קנה סעיף לג), וכמו שדקדק בדבריו הנתיבות שם ס"ק יז), וא"כ אמאי אינו מחוייב מה"ת להרחיק כן, כיון שאין תשמישו מתבטל עי"ז]. וביותר יש להקשות מהא דב"מ (דף קיז.), דאיפחית מעזיבא בין עליון לתחתון, ואמרינן, דהיכא דמשי עילאי מיא ופסקי והדר ונפלי ומזקי לתתאי, דלר' יוסי אמרינן בהא על הניזק להרחיק את עצמו. והרי בכאן שפיר מצי העליון לסתום החור שבמעזיבה, וזה ודאי הדרך לעשות כן, וא"צ לבטל תשמישו, ואעפ"כ לא מנעינן ליה מלהשתמש ולשפוך מים בתוך ביתו, (וכן הקשה הגרש"ר בשיעורים ח"א אות קנה). וצ"ע בד' הנתיבות.

[ז]. אולם מה שהוסיף הנתיבות לומר, דכל ההזיקות דפירקין הוו בכלל דבר זה, דא"א לשומרם אא"כ יתבטל לגמרי מתשמיש זה, זהו דבר הצריך מובן, שהלא כל הני דהוו משום הזיקא דהבלא כמו גפת וזבל, הרי יכול לעשות מחיצה שלא יזיק לחומת חברו, ומאי שנא מאש דשפיר חשיב דאפשר לשומרו כמ"ש הנתיבות שם. ואכן ע"ז יש ליישב, דכוונת הנתיבות הוא דכל שאין הדרך לשומרו כן, ה"ז חשיב ביטול תשמיש אם נחייבנו בשמירה, וה"נ אין הדרך לבנות בשביל זה מחיצה. ברם עדין אינו מיושב כה"צ, דהרי יכול להרחיק הגפת והזבל מרשות חברו ג' טפחים, ובזה לא יזיק לחברו כלל, וכדחזינן במשנה שחייבה כן, וכי לזה יקרא ביטול תשמיש. [וכזה יש להקשות מכל הרחקות דפירקין, דפשטא דמילתא הוא שכאשר מרחיק כפי השיעור

הוכחות מד' הראשונים דיש דין ד' אבות נזיקין בהזיקות דפירקין

הראשונים שם הק', דאמאי לא יתחייב ברקתא משום אש. ע"ש. ומוכח דלא ס"ל כהנתיבות, והנתיבות גופיה כתב דלדידיה לא קשיא כלל קו' התוס',

[ח]. גם עיקר ד' הנתיבות דבהזיקות דפירקין אין דין ד' אבות נזיקין כלל, יש להוכיח מד' כל רבותינו הראשונים דלא ס"ל הכי, דהלא התוס' (דף כו. ד"ה זיקא) וכל

בבור ואילן משום שור או משום אש על השרשים שהולכין ומזיקין את הבור. ע"ש. והנתיבות גופיה כ' בתו"ד דלדידיה לק"מ, כיון דא"א להחזיקו בשמירה כי אם בביטול תשמיש נטיעת אילנות. ועכ"פ מוכח דהרמב"ן לא סבירא ליה הכי. וע"ע בחי' הריטב"א (דף יח. ד"ה ותני עלה) דהדבורים שבאים לגבולו של החרדל, גיריה נינהו, ותולדה דשן שהיה לו לשומרם. ע"כ. ועוד לו להלן (דף כג. ד"ה מרחיקין את השוכר), דיונים שהולכין מרשותו לרשות חברו, גירי נינהו, ותולדה דשן ממש. ע"כ. וכ"כ הר"ן והנמוק"י (דף כב: ד"ה לימא), דהרחקת השוכר הוא משום דהיונים שהולכין ומזיקין הוא שן דאמרה תורה לתשלומין. ע"ש. וגדולה מזו מצאנו בד' הרמ"ה (פ"ב אות קה), דאפי' במידי דלאו גיריה, שא"צ להרחיק לר' יוסי, מ"מ אם הזיק משלם מה שהזיק, משום ממונו המזיק. ע"ש. והן אמת דהרמ"ה בזה שיטה יחידאה היא, מ"מ מוכח מדבריו, ומד' כל רבותינו הראשונים הנז', דלא סבירא להו כד' הנתיבות. ועכ"פ לפי המבואר בד' רבותינו הראשונים, דדין ד' אבות נזיקין שייך בכולי פירקין, הדר כל הנך הקושיות שהקשינו בריש דברינו, דמאחר דמודה ר' יוסי דברה"ר חייב להרחיק אפי' בשאינו גיריה, מה גרע עושה בתוך שלו דאינו חייב להרחיק, וכן היאך מועיל סמך בהיתר אפי' בגיריה. ועוד קושיות כע"ז.

ומכללא שמעינן דהתוס' והראשונים לא סבירא להו כוותיה. וכן מוכח מד' העיטור (אות מ' מחאה), דבכל ההרחקות חייב בתשלומין, דממונא ידידיה אזיק, והיינו טעמא דמודה בהו ר' יוסי. ע"ש. והביאו הרא"ש בתשובה (כלל קח אות י') ובטור (סי' קנה). וע"ע בנמוק"י (דף כ: ד"ה ואם הזיק). וכן חזינן בהדיא בד' הרמב"ן (סוף קונט' דד"ג) שכ' לגבי ההרחקות דפרקין, שאם הזיק בחפירת בור שיח ומערה פשיטא דמיחייב, דהא כמאן דאזיק בידים דמי. ולבסוף העלה דגם בהרחקת גפת וסלעים מיחייב בתשלומין, שזהו דומה למניח גחלת על בגדו של חברו שהוא מבער והולך וחייב. ע"כ. ומבואר בהדיא דמזיקין דפירקין הינם מה"ת. ואף הראב"ד שהובא בד' הרמב"ן שם שפוטר מלשלם בהרחקות דפירקין, אינו אלא מהטעם שמפרש שם, דכל הני גרמא בעלמא נינהו. (וכ"ה בטור סי' קנה, ובביאור הגר"א שם סעיף לג). ואכן היכא דהוי מזיק גמור, כמו חפירת בור שיח ומערה, שע"י החפירה הזיק כותלו של חברו, מודה הראב"ד בזה שחייב בתשלומין, כדמשמע בד' הרמב"ן שם. וכן בעובדא דהנך עצורי דניידי אפדנא (דף כה:), גם בזה מודה הראב"ד שחייב, וכמ"ש הנתיבות גופיה (שם ס"ק יז). ואע"ג דבכל הני הרי הוא עושה בתוך שלו, ויש בהם ביטול תשמיש ורשות, אפ"ה חייב בתשלומין כדין ד' אבות נזיקין האמורין בתורה. ויש להוסיף בזה עוד, דהנה הרמב"ן (קונט' דד"ג) הק', למה לא יתחייב

יסוד הברכת שמואל דהעושה בתוך שלו אין לו שם מזיק

ט]. וכבר נודע בשערים מה שכתב הברכ"ש (סי' י"ג- סי' כ"ב) בשם רבינו הגר"ח זללה"ה, (וידוע ד' הגרב"ב בזה, עמוק עמוק מי ימצאנו, וכתבתי את דבריו לפי הבנתי הקצרה), דכל העושה בתוך שלו אין עליו תביעת נזיקין כלל, משום שאין לו תורת מזיק כלל מן התורה, דעיקר דין מזיק נתחדש משום דין שמירה המוטל עליו, וזהו רק כשעושה היזק בתוך של חברו, אבל כשעומד בתוך רשות עצמו יש לו רשות לעשות כל דבר, ואינו נחשב שמזיק ופוגע באחרים, אלא הניזק צריך לדאוג לעצמו, שלא נתחדשה חובת השמירה אלא במי שעושה שלא ברשות עצמו, אכן לאחר שנתחדש חיוב ההרחקה שהוא מדיני שכנים שיש לו זכות תביעה שלא יסמוך ליד רשות חברו, אזי חוזר דינו להיות ככל מזיק לתבוע ממנו את הנזק, ואת תשלומי הנזק, שהלא נמצא שאחרי שאסור לו להניח את תשמישו שם, הרי הוא עומד שם שלא ברשות, ופקע ממנו הפטור של עושה בתוך שלו, ע"כ. [ומתבאר מדבריו עוד, דכל מה שאמרה תורה פרשת אש אף שעושה בתוך שלו, החיוב הוא על מה שפשע ולא שמר, אבל אינו מחויב על עצם מעשה ההבערה, שהרי עושה בתוך שלו הוא, ע"ש]. ועפ"ז ניחא גם מה שמתבאר בד' הראשונים דמיחייב על ההרחקות משום ממון המזיק, והיינו משום שלאחר שחייבו חכמים להרחיק, תו לא הוי עושה בתוך שלו, והדר דינא לדין ד'

אבות נזיקין דאורייתא. [וע"ע בדבריו שכ', שסברת הראב"ד שפוטרי בכל ההרחקות הוא משום דעושה בתוך שלו וזה מחשיבו לגרמא, ומודה הראב"ד דאי עביד הנך הזיקות ברה"ר מיחייב משום ממון המזיק. ועוד צידד (סי' כ"א אות ב') דאפי' בכותש את הריפות דאדם המזיק בידים הוא, אף בזה ס"ל להראב"ד דפטור מתשלומין, דסו"ס אינו מקום פשיעה ואינו מזיק בידים, אלא גרמא דגיריה הוא לענין הרחקה לחוד, ע"כ].

י]. והנה בעיקר מה שכתב דעושה בתוך שלו מדינא ליכא עליהו תורת מזיק כלל, ורק חכמים הם שחידשו חובת ההרחקה, לכא' יש לסייע לזה מלשונות הראשונים, זה יצא ראשונה, רש"י (דף כב: ד"ה ונותן דמים) שכ', לא חייבוהו חכמים לקוץ בלא דמים. ע"כ. ומשמע דכל עיקר חיוב ההרחקה אינו אלא חיוב חכמים. וכן בס' הישר לר"ת (חלק החידושים סי' תרטז) כ' בזה"ל: מכלל דר' יוסי סבר על המזיק להרחיק וכו' ותקנתא מעלייתא היא וכו' אלא חרדל ודבורים תרוייהו מזקי אהדדי, ומילתא לא שכיחא היא למיסמך משום דחייש אפסידא ידידה, והך תקנתא בכדי היא וכו' הך תקנתא דרבנן לית לן לתקוני כיון דמזקי אהדדי. ע"כ. וקרוב לזה כתב הבעה"מ (דף יח:) וכיון דקא מזקי אהדדי לא שכיחא ולא גזרינן בה ולא מחמרינן בה לארחוקי מהדדי. ע"כ. ולכא' מפורש

רבנן. ע"כ. וכ"ה במרדכי (סי' תקכ"א). ועכ"פ משמעות דבריהם דעיקר חובת ההרחקה הוא מחיוב חכמים, דמדינא אין לחייב משום שעושה בתוך שלו, וה"ז כד' הגר"ח.

בדבריהם דהרחקת נזיקין דפירקין אינו אלא תקנת חכמים. וכן מצאתי עוד בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס לבוב סי' שנז) וז"ל: וכן משמע בתר הכי דמוקי, ואת מי הרגלים מן הכותל ג' טפחים כשופכן, אלמא אפי' שעה אחת גזרו

בדברי הראשונים מבואר דיש מקום לחייב בתשלומין בהזיקות דפרקין

דברים אלו צריכים הבנה, היאך זה חוזר להיות כעושה שלא ברשות, עד כמה ששורת הדין נותנת שיהיה לו היתר גמור לעשות כן. ואולי כוונתו כמ"ש הגר"ח מטלז (ב"ב, בעניין נזקי שכנים), דכשחכמים חייבו את המזיק להרחיק אפי' בעושה בתוך שלו, הרי ששעבדו בזה את רשותו לנזיק, והקנו זכויות לנזיק בחצרו של מזיק, לענין שחברו לא יוכל להשתמש תשמיש המזיק לו. ע"כ וע"ש. ולפי"ז יש לבאר דמשו"ה הדר דינא דליהוי מזיק מדין תורה, דתו לא הוי כעושה בתוך שלו. אולם יש להעיר ע"ז מד' הרשב"א בתשובה (ח"א סימן אלף קל"ג) שכ' במפורש לא כן, וז"ל: ומה שאתה צריך להרחיק חנות של נחתומין מתחת אוצרי, לא מחמת שנשתעבד שלך לשלי, אלא שאינך רשאי להזיקני. ע"כ. וחזינן בהדיא דענייני ההרחקות אינם שעבודים, רק חיוב הרחקה גרידא. [ועי' ביד רמ"ה (דף כב סוע"ב) במה שביאר טעם חובת הרחקות דזרעים ומחרישה לר' יוסי, ואכן כתב שהוא ענין שעבודים. יעו"ש. ומ"מ לא הוצרך לחדש כן אלא אליבא דר' יוסי, דהרמ"ה ס"ל דזרעים ומחרישה לא הוו גיריה.

יא] אולם איכא למישדי בהא נרגא בד' הגר"ח, שהנה שיטת העיטור (אות מ' מחאה) והרא"ש בתשובה (כלל ק"ח סי' י'), דבכל הרחקות דפירקין, אף אם הרחיק כדן, ויצא והזיק, ה"ז חייב. והו"ד בטור (סי' קנה). ולפי ד' הגר"ח ה"ז תמוה, כיון דעושה בתוך שלו, ואף חכמים לא הטילו עליו חיוב הרחקה במקום שהניחו, מה טעם יש לחייבו בתשלומין בכה"ג. גם לשון הרא"ש בתשובה (שם) משמע שלא כד' הגר"ח, וז"ל הרא"ש: והמדקדק בפרק לא יחפור וכו' כי דרכיה דרכי נועם, "והקפידה תורה" שלא יעשה אדם בתוך שלו דבר הגורם היזק לחברו. ע"כ. הרי מפורש בדבריו דעיקר חיוב ההרחקה בפירקין מה"ת הוא. [וע"ע להגר"א בביאורו לשו"ע (סי' קנה ס"ג) וז"ל: וטעמו של הרמב"ם (דבכל ספק נזיקין צריך להרחיק לכתחילה), כיון דמן התורה נזיקין אסור אזלינן לחומרא וכו', ע"כ. ולכאוי' לד' הגר"ח דשורש החיוב הוא רק מכח תקנת חכמים, הו"ל ספיקא דרבנן. ועיין]. ובאמת שעיקר ד' הגר"ח, שאחרי שנתחדש חיוב ההרחקה אזי חוזר דינו להיות ככל מזיק לתבוע ממנו אפי' את תשלומי הנזק,

ועכ"פ בחיוב הרחקה בגיריה, ובחיובי הרחקות אליבא דרבנן דפליגי אדר"י, משמע שא"צ לומר שזהו ענין שעבוד]. ואיך שיהיה, כבר הקשינו מקודם דמד' העיטור הרא"ש והטור מוכח שלא כד' הגר"ח, שהרי אף

במה שהרחיק כדין, ה"ז חייב בתשלומין, ולא אמרי' דבעושה בתוך שלו ליכא תורת מזיק כלל. והדר קו' לדוכתא, דמה נשתנו הרחקות והזיקות דפרקין, מכל דין ארבע אבות נזיקין דעלמא.

עושה בתוך שלו אין לו תורת מזיק משום דאמרין ליה לניזק הרחק את עצמך שלא תוזק

יב]. ונראה בביאור הדבר בדרך פשוטה בס"ד, שבאמת כבר מצאנו בכמה דוכתין דלא חשבינן למזיק כעושה מעשה מזיק אלא כעושה כדרך המשתמשים, ולית ליה שם מזיק, ואדרבה אמרי' ליה לניזק הרחק עצמך כדי שלא תינזק, דזכות שימוש המזיק באותם מקרים גדולה משימוש הניזק, וכדאשכחן הכי בב"ק (דף כג:), דקאמר אביי גבי היזק שן, דמצי המזיק למימר לניזק, שיגדור גדר בקרקעו כדי שלא יכנסו בהמותיו לאכול משם, ואי לא איהו דאפסיד אנפשיה. ופי' הרא"ש שם (פ"ב ס"י י') בשם ר"ח, דאביי איירי בשדות שמחוץ לעיר, שכאשר מביא הבהמות לרעות שם, הם מתפשטים בשדה, ואינו יכול לשמור את כולם, שלא יכנסו לשדות אחרים, הלכך צריך הניזק לגדור שדהו. עכ"ד. וע"ש שכ' בשם ר"ח, דהלכתא כאביי, הרי חזינן דאפי' בד' אבות נזיקין דאוריתא, לא חשבינן לעולם למזיק כעושה מעשה מזיק, אלא פעמים דחשבינן למזיק כעושה כדרך שימוש, ולניזק אמרי' הרחק עצמך. (ואף התוס' בב"ק שם שכ', דדיחויא בעלמא הוא דקאמר אביי,

לא נחלקו ע"ד ר"ח בעיקר הענין, רק לא ס"ל האי חילוק בכאן). וכן יש עוד בב"ק (דף לב.) ומודה איסי ברץ ברה"ר בערב שבת בין השמשות שהוא פטור, מפני שרץ ברשות. וביאר הר"י מלוניל בשטמ"ק שם, דהיינו טעמא, שכיון שהוא ערב שבת, שאדם טרוד לקנות צרכי שבת דרק הוא למי שהוא בן ברית לרוץ, על כן אם הזיקו זה את זה פטור, שהרי יש לו רשות לרוץ בדרך, ועל הניזק להרחיק את עצמו שלא יזיקוהו. ע"כ. וה"ז כמבואר. וע"ע להראב"ד בחידושיו לב"ק (דף כח:) והו"ד בשטמ"ק שם, שטעם מה שפטרה תורה נזקי שן ורגל ברה"ר, הוא משום דמאן דמנח פירות או כלים ברה"ר, איהו פשע בנפשיה. ע"כ. וזהו ג"כ כענין על הניזק להרחיק את עצמו, כיון דהמזיק עושה כדרך הנהוג והרגיל במה שמוליך בהמותיו ברה"ר. ומעין זה הוא מה שאמרו עוד שם (דף כז:), לפי שאין דרכן של בני"א להתבונן בדרכים. ור"ל דעל הניזק להרחיק את עצמו, שלא להניח את הכד ברה"ר, דהמזיק עושה כדרך שימוש במה שהולך ברה"ר לפי תומו. וכן ביאר הרמב"ן בחידו' לב"מ (דף

פב:), דמשום פשיעותא דניזק נגעו בה, דאיהו דאזיק אנפשיה. ע"כ. הרי שמצאנו בכמה דוכתי שאומרים לניזק הרחק עצמך, הן מחמת שטורח גדול הוא למזיק לשמור שלא להזיק יותר מאשר הניזק שיכול בקל לשמור ולהרחיק עצמו, הן מחמת שיש למזיק רשות גמורה לעשות כן, כי כן הוא הדרך, או מטעמים אחרים. ודברים אלו נמסרו לחכמים בשיקול דעתם להורות ולומר איזה דבר הוא בזכות המזיק ואיזה הוא בזכות הניזק, ולאחר שקבעו מה חשיב כמזיק, הדר הוי מזיק דאוריתא, שהרי בתורה כתוב כל פרשת מזיקים, וחכמים לא אתו אלא לאוריין לן, מה מקרי מזיק ומה מיקרי עושה ברשות. [וזהו קרוב למה שייסדו רבותינו רה"י זללה"ה, דבכל מזיק בעינן שיהיה לו שם מזיק, והמכוון הוא להנ"ל, דכל שעושה כדרך תשמיש, וזכותו גדולה משל הניזק בזה, אף דנמצא מזיק בזה מ"מ אין עליו שם מזיק]. ובדומה לעניננו מצאתי בשו"ת חתם סופר (ח"מ סי' ע"ט בד"ה פסיק השם הרביעי) שכ', דהדין דפסקת לחיותאי (להלן דף כא:) הוא מדאוריתא, ומה שהתירו לצורבא מדרבנן לאהדורי בשוקא (דף כב.), ולכא' היאך יכולים חכמים לעקור איסור זה לצורבא מדרבנן, וכתב, דבפסוק בדברים (א, טז) שמוע בין אחיכם ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גרו, ציוה הכתוב בזה לחכמים, שיקבעו דינים והלכות בעניני הנהגת וישוב המדינות, ולאחר שקבעו חכמים את הדין, הדר הוי לדין דאוריתא. ע"ש. והלא ודאי הוא

שבכלל הנהגות וישוב המדינות, הוו כל המזיקים שמסרן הכתוב לחכמים לקבוע בהם את הדין (וע"ע בקה"י ב"ק סי' א'). יג]. וזהו ג"כ הביאור בפירקין, שהתירו לעשות הזיקות גמורים ולומר לניזק הרחק עצמך, והיינו מאחר שרשותו וביתו של האדם הוא עיקר מקום עשית צרכיו ועניניו, בזה יש לנו יותר לתת רשות למזיק לעשות צרכיו כרצונו, והניזק ירחיק את עצמו, וכי הא דאמר' (דף יח.) דירה שאני, ופרש"י, חנות ורפת בקר דירתן של אדם הן, ואין לנו לאסור דירתו עליו, אא"כ ההיזק מוכן. ע"כ. א"נ סמך בהיתר, שאפי' בא הניזק לאחמ"כ, אין אנו מחייבים את המזיק להרחיק. וזהו ג"כ סברתו של ר' יוסי שאין צריך להרחיק בלאו גיריה, שמאחר שאינו מזיק באופן ישיר, ס"ל לר' יוסי דחשבינן ליה כעושה ברשות, וכדרך שמשמש האדם בביתו, ועל הניזק להרחיק את עצמו. והיינו שבכל ההזיקות הללו, חכמים שקלו בדעתם וקבעו, דכל כה"ג הרי הדבר בזכות המזיק, ועל הניזק להרחיק את עצמו, ואם לא הרחיק איהו דאזיק אנפשיה. מיהו במה שאמרו חכמים שאפי' בעושה ברשותו הוי מזיק, הדר הוי דין דאוריתא, דרבנן לא אתו אלא לפרש מה מקרי מזיק ומה מקרי עושה ברשות. [וזהו שלא כמ"ש הגר"ב בשם הגר"ח, דאף בהזיקות שחייבו להרחיק, מדינא היה בהם פטור של עושה בתוך שלו, דלהאמור אף בעושה בתוך שלו, אין סיבה לפוטרו מכל וכל, ועושה בור בתוך שלו סמוך

לרה"ר יוכיח, דאיכא למ"ד דחייב, אלא הסברא דעושה בתוך שלו הוא רק סיבה וטעם שבכמה ענינים יש לתת זכויות למזיק לעשותם בתוך רשותו ולומר לניזק הרחק עצמך, ומ"מ היכא

שבאמת מחויב המזיק להרחיק, הרי הוא ככל מזיק דעלמא, ומישך שייך לדין ד' אבות נזיקין דב"ק]. וע"ע בחזו"א (סי' י"א סק"א) שאפשר שכוונתו למש"כ בס"ד.

היכא דאמרינן דעל המזיק להרחיק את עצמו ולא הרחיק ה"ז חייב בתשלומין כדין ד' אבות נזיקין

[יד]. ובזה ניחא מה שמצאנו בראשונים שכ' להדיא דחייב בפירקין משום דין ד' אבות נזיקין וכנ"ל (אות ח'), והיינו דבאמת אין בין פרק לא יחפור למס' בבא קמא ולא מיד'. [ומה שלא שנה רבינו הקד' פרק זה בב"ק, אף שביסודם הכל דין אחד, היינו משום דבמס' ב"ק איירינן רק בחיובי תשלומי הזיקות, ובכאן איירינן בחיובי הרחקות ההיזק, וזהו ג"כ יותר מצוי אצל שכנים שתובעים זא"ז שירחיק ולא יזיק, ובמכילתין הלא איירינן בדיני שכנים, כדלעיל בפרק השותפין]. וזהו שכתב הרא"ש בתשו', "והקפידה תורה" שלא יעשה אדם בתוך שלו וכו'. ומה שמצאנו בלשונות כמה מן הראשונים, חייבו חכמים להרחיק, תקנת חכמים, וכנ"ל, עי' מש"כ בזה להלן. ובזה גם מתבאר ד' העיטור ודעימיה דס"ל שחייב בתשלומין אף אם הרחיק כדין. והיינו משום שבעושה בתוך שלו אין פטור מדינא כלל, ובהנך הזיקות שמחויב המזיק להרחיק, אף שהתירו כאשר הרחיק כנצרך, ס"ל לעיטור ודעימיה דאינו היתר גמור מדינא, רק רשות ב"ד הוא, וכמתני' דתנור וכירה (דף כ:): שאף אם הרחיק ויצא והזיק ה"ז חייב, ומבו' בב"מ (דף קיז). דהוא משום דההיתר

להדליק בהרחקה זו הוא רק היתר ב"ד, וממשנה זו למד העיטור דה"ה לכל ההרחקות דפרקין, דאף שהתירו בהרחקה, אינו אלא רשות ב"ד, (וכמפורש כ"ז בדברי העיטור והרא"ש. יעו"ש). אבל בהנך הזיקות שלא הצריכו להרחיק כלל (כסמך בהיתר, וכדירה, וכשאינו גיריה לר"י וכיו"ב), אלא אדרבה אמרי' לניזק הרחק את עצמך, בזה מדינא מותר למזיק להשתמש כן, ולכן אף אם יזיק ה"ז פטור, דעל הניזק להרחיק את עצמו. ובזה תבין דברי הרא"ש בתשובה (כלל קח' אות י') והו"ד בטור (סי' קנה), דאף ר' יוסי מודה בהיכא שהניזק לא יכול להרחיק את עצמו, דבכה"ג מחויב המזיק להרחיק אפי' דלא הוי גירי דיליה. יעו"ש. וכ"כ התוס' רי"ד (לקמן כו.). ולכאן' טעמא בעי, דהא סו"ס לא הוי גיריה. ולפמש"כ הדבר מבואר היטב, שהרי כל טעמו של ר' יוסי דשרי בלא גיריה, הוא משום דס"ל שבכל כה"ג זכותו וצרכו של המזיק שעושה בתוך שלו כדרכו, גדולה היא מזכותו של הניזק, והמזיק יכול לעשות כרצונו והניזק מרחיק עצמו, וכ"ז שייך דוקא בגונא שהניזק יכול להרחיק עצמו, אבל בכה"ג דאנוס הוא ואינו יכול להרחיק,

יכול הוא לאפות את פיתו ולבשל את תבשילו, כדרך שכל אדם מבשל בביתו. ע"ש. ולכא' סו"ס הא הוי גיריה, ולהאמור א"ש, שמאחר שדברים אלו הינם צרכי חיותו של אדם, כל כה"ג שרינן אפי' בגיריה.

בזה ודאי זכותו של הניזק גדולה יותר מזכותו של המזיק שלא יפגע ולא ינזק. וכיו"ב יש לבאר ד' המאירי (דף כג.) והשלטי גיבורים (דף כ.) בשם הריא"ז, דאף דעשן הוי גירי דיליה, ולכן אינו יכול לפתוח חנות של נחתומין, מ"מ

ביאור דעת הראב"ד שפוטר מתשלומין

משום דס"ל דבאמת לא חשיבי אלא גרמא. וכן יש להוכיח מהשו"ע (סי' קנה' סעיף לג') שהביא את מחלוקת הראשונים הנז' באם סמך ולא הרחיק, אי מחייב ע"ז, ואילו בכותש הריפות (שם סעיף טו') כתב בפשיטות שחייב לשלם. וה"ז כמבואר, דבמזיק בידיים מודה הראב"ד דחייב לשלם. והגרב"ב גופיה במקו"א (סי' כב ד"ה והוא שי' הראב"ד) כ' בהיפך מדבריו הנז'. [והנה הראב"ד בהל' חובל (פ"ז הי"א) כ', דהעושה עבדו אפותיקי ושחררו, אינו חייב מדינא דגרמי משום שהפקיע שעבודו, ולא דמי לשורף שטר חברו, דהתם בדחבריה קא עביד מעשה, אבל הכא אמר בדנפשאי קא עבידנא. ע"כ. ובקה"י (ב"ק סי' כ') קישר ד' הראב"ד הלז, למדליק בתוך שלו דבנפשיה קא עביד, וליכא לחיוביה משום דד"ג. ע"ש. והנה הדמיון אינו מוכרח, אך עכ"פ גם אם כנים דברי הקה"י, מ"מ עושה בתוך שלו אינו סיבה שלא לחייבו משום ממון המזיק, רק לפוטרו מדד"ג ותו לא].

טז]. ולפי דרכינו צריך ליישב, מה שנמצא בלשון רבותינו הראשונים, דהרחקות דפרקין הוא מתקנת חכמים (הובא למעלה אות י'). אבל באמת זו אינה הערה כלל, דהמכוון הוא שחכמים הם שאמרו ופירשו אותו הדין אבל בודאי

טו]. ולפי דרכינו, מ"ש הגרב"ב בדעת הראב"ד דס"ל דכל הרחקות דפרקין גרמא הוא, זהו משום שעושה בתוך שלו, אבל ברה"ר יהיה חייב משום ממונו המזיק. ולפי האמור אינו נראה, דכיון דחכמים קבעו דהנך הרחקות הוו בזכות הניזק, ועל המזיק להרחיק, הדר דינא ככל דין ד' אבות נזיקין, אלא בהכרח דהראב"ד ס"ל דגרמא הוא בכל מקום. וכ"כ בחזו"א (סי' י"ד ס"ק יד) בדעת הראב"ד. (אלא דשוב צידד בסו"ד, דשמא הראב"ד כ"כ רק משום שעושה בתוך שלו. ע"ש). והגרב"ב לטעמיה הוסיף לחדש (סי' כ"א אות ב) דאפי' בכותש את הריפות דאדם המזיק בידיים הוא, אף בזה ס"ל להראב"ד דפטור מתשלומין, דסו"ס אינו מקום פשיעה. ע"ש. וזהו חידוש נורא. והנתיבות (סי' קנה ס"ק יז) כ' להדיא להיפך מזה, דאף הראב"ד מודה בכותש הריפות שחייב בתשלומין. ע"ש. וכן נראה מד' הרמב"ן בקונט', שכ' מתחילה להסתפק בהרחקות דפירקין אי חייב עלייהו, והוסיף, דבבור שיח ומערה ודאי לא קא מיבעיא לי דמזיק בידיים הוא, וע"ז הביא ד' הראב"ד. יעו"ש. ומשמע דגם הראב"ד מודה במזיק בידיים, ולא פליג אלא בהנך הרחקות,

לשון תק"ח. וה"ז כמבואר. וכזה תמצא עוד בדברי רבותינו הראשונים [הרמב"ן הריטב"א הר"ן והנמוק"י, לקמן דף מב.] בענין חזקת ג"ש, דמשמעות דבריהם דהוא מה"ת. (וכן הבין הקצוה"ח סי' ק"מ סק"ב בדעתם, יעו"ש). וכ"ה בהדיא בחי' הריטב"א (דף כט. ד"ה אלא), דשורת הדין כיון שהחזיק בקרקע וכו'. וכן מבוי ג"כ בחי' הר"ן (דף מ:), דמדינא בהכי סגי' וכו'. ואילו במקום אחר הזכירו הרמב"ן (דף לה: ד"ה וה"מ) והריטב"א (דף קע סוע"א) והנמוק"י (כט סוע"א) את דין חזקת ג"ש, בלשון תק"ח. יעו"ש. אבל להמבואר לק"מ, דודאי מדינא הוא (לשיטתם), אלא משום שחכמים ירדו לעומק הדבר, וקבעו עפ"ז את הדין, כל כה"ג דרך הראשונים ז"ל לקרוא לזה תק"ח. [וע"ע בתוס' כתובות (דף צג. ד"ה ומאימת) דתקנו רבנן שיהא אדם וכו'. ובנדרים (דף כ:), ארבעה נדרים התיירו חכמים, ובסוכה (דף מא:), מפני שאמרו חכמים וכו'. ודו"ק בכל זה]. ובזה יבוא בטוב לשון הרא"ש בתשובה הנ"ל שכ' בהדיא, דדיני ההרחקות בעושה בתוך שלו הוא מה"ת, ואפ"ה כ' בהמשך התשובה, דחכמים לא הזיקו להרחיק וכו', וה"ז כמבואר. ונקוט האי כללא בידך, ודון מינה ומינה.

דהוי מן התורה, וכי הא דלקמן (דף קז.) התם עביד רבנן מילתא וכו', ופיר' רשב"ם, כלומר לכך תקנו ואמרו חכמים שיוכל לחזור עד שימשיך כל מקחו, דבתר דעת הלוקח והמוכר אזלי רבנן, דהכי ניחא לתרויהו. ע"כ. והלא דבר ברור הוא, שמאחר שכן דעת המוכר והלוקח, דהכי הוא מדינא רק כונת הגמ' והרשב"ם, שירדו חכמים לסוף דעתם דדעתיהו שיוכל לחזור, ומשום שחכמים הם שפי' דין זה, להכי קרי ליה רשב"ם תק"ח. וכ"ה להדיא בחי' הריטב"א שם: והא דפרקינן התם עבוד רבנן תקנתא, לאו דוקא למימר תקון הכי, אלא דנחות רבנן לדעתיהו, ע"כ. וכן יש עוד לקמן (דף קנ:), אמקרקעי תקינו רבנן מטלטלי לא תקינו רבנן. והא ודאי שדין זה הוא מדינא, דהא לקמן (דף קלב.) אמרי' דהכי אמדינן לדעתיה, אלא משום שדין זה אמרוהו חכמים, ולא נתפרש בתורה, להכי קראו התלמוד בלשון תק"ח. וע"ע בד' רשב"ם לקמן (דף פב. ד"ה וליחוש זמנין), וא"כ היכי תקון רבנן וכו'. ע"כ. והתם איירי בדין הקונה שני אילנות, דהעולה מן הגזע שלו ומן השרשים לבעל הקרקע, וברור דזהו דין גמור, דהכי אמדינן דעתייהו, ואפ"ה נקט הרשב"ם

הוכחות דעושה בתוך שלו הוא סברא לפטור אפי' בד' אבות נזיקין

(למעלה אות יב) כמה מקומות דאשכחן הכי בב"ק, ויש להרחיב בזה, דגם בפירקין יש להוכיח עוד כן, דלהלן (דף כה:) אמרי', פאפי יונאה בנה אפדנא, הוה הנך עיצור

יז]. ובעיקר מה שכתבנו דהסברא דעושה בתוך שלו, הוא אפי' לפטור בגוונא דהוי מד' אבות נזיקין, דאמרי' לניזק הרחק עצמך. הנה כבר הבאנו לזה

בשיבבותיה דכי הוו דייקי ששומשמי הוה ניידא אפדניה, אתא לקמיה דרב אשי, א"ל כי הואן בי רב כהנא, הוה אמרי' מודה ר' יוסי בגירי דיליה. ומבואר בד' הר"מ (שכנים פ"א ה"ג) דבכה"ג אם לא הרחיק והזיק, חייב מדין אדם המזיק. וממה שהוצרך רב אשי להגיע בזה למימרתו של רב כהנא דמודה ר"י בגירי דיליה, מוכח דבלא זה הו"א דלר' יוסי דעל הניזק להרחיק היינו אפי' באדם המזיק. והיינו כמש"כ דהסברא דעושה בתוך שלו היא סברא שקיימת אפי' בגוונא דהוי מד' אבות נזיקין (עכ"פ כשעושה דרך השתמשות). ובאמת שעיקר הלשון, מודה ר' יוסי בגירי דיליה, מוכיח כן, דהרי גירי דיליה הוא אדם המזיק גמור (חיצים הבאים מיד גופו של בעה"ב ממש, לשון רש"י דף כב: ד"ה בגירי). והיינו כנ"ל. וכן חזינן גם בשי' העיטור ודעימיה דס"ל דבהרחקות דפרקין חייב משום ממנו המזיק, ואפ"ה

בסמך בהיתר א"צ להרחיק, אפי' דממון המזיק גמור הוא. וה"ז כמבואר, דעושה בתוך שלו הוא סברא לפטור אפי' בד' אבות נזיקין. ומעתה מ"ש הברכת שמואל (סי' יח) וז"ל: דהנה בכל פרקין נמצא דחלוק הוא גיריה ממזיק בידים, כמו דחזינן דעל היזק גירי הוה מהני סמך בהיתר לפי שי' הר"ח ור"ת, ובודאי אם יזרוק חץ מרשותו לרשות חברו, האם יתבטל עי"ז דסמך בהיתר שם מזיק מן זריקת החץ, הרי דחלוק גיריה מן מזיק בידים. ע"כ. ולהאמור באמת גיריה היינו מזיק בידים, וגם ע"ז מהני סמך בהיתר, וכן מוכח מש' העיטור ודעימיה וכנ"ל. ומה שהוכיח הגרב"ב, דודאי אם יזרוק חץ וכו'. ערבך ערבא צריך, ולו"ד נראה היה לומר שגם בכה"ג אם עושה כן דרך שימוש, מועיל סמך בהיתר לבטל ממנו שם מזיק.

ממון המזיק היכא דלא הוי גיריה האם צריך להרחיק לשי' ר' יוסי

יח]. והנה בסוגיא דרקתא (דף כו.) אמר רבינא, כי אמרי' מודה ר"י בגירי דיליה, ה"מ דקא אזלא מכוחו, הכא זיקא הוא דקא ממטי לה. והקשו התוס' ושאר ראשונים שם, דמ"מ ליחייב בהרחקה משום אש. ע"ש. ולכא' לפי דרכנו אין הבנה לקושייתם, דהלא עושה בתוך שלו הוא סיבה לפוטרו אפי' מדין ד' אבות נזיקין, וכיון דלא הוי גיריה, אין לנו לחייבו בהרחקה. ובאמת שהתוס' רי"ד שם תי' על קושיא זו כנ"ל, דשאני אש

שאין הניזק יכול לשמור עצמו, וכן אבנו סכיננו ומשאו שהניחן בראש גגו, שלא רואים אותם העוברים ברה"ר, ואינם יכולים לישמר, אזי אמרי' על המזיק להרחיק א"ע, אבל ברקתא שהעוברים ברה"ר רואים אותם שמנפצים, ויכולים להרחיק עצמן, להכי אמרי' על הניזק להרחיק את עצמו. ע"ש. וע"ע בשטמ"ק בשם הראב"ד שג"כ תירץ קרוב לזה. יעו"ש. ומבואר בדבריהם כמש"כ דגם בד' אבות נזיקין שייכת הסברא דעושה

התוס' ושאר ראשונים שלא תירצו כן משמע דפליגי עלייהו בזה. וזהו קשה ממה שהוכחנו למעלה דהסברא דעושה בתוך שלו שייכת גם בד' אבות נזיקין.

בתוך שלו, (אלא דבאש ובאבנו סכיננו ומשאו, אף דלא הוי גיריה, מודה ר"י שעל המזיק להרחיק, משום שהניזק לא יכול לשמור עצמו מזה ובכה"ג אף ר' יוסי מודה, כמ"ש הרא"ש בתשו' כלל ק"ח אות י'). ועכ"פ

דעת רוב הראשונים דבממונו המזיק מודה רבי יוסי שצריך להרחיק

של אחרים ומזיקין. ע"כ. ודבריו צריכים לי ביאור, ועכ"פ מפורש בדבריו ד"ל דיונים גירי ממש נינהו. גם הרמב"ן בסוף קונט' דד"ג הק' בבור ואילן, למה לא מחייב ר' יוסי משום שור או משום אש. וחזינן דפשיטא ליה דמודה ר' יוסי שצריך להרחיק בד' אבות נזיקין. [וע"ע לרמב"ן שם שכ', שלשה מיני גרמות יש וכו', גרמא דפטור ומותר הינו כגון הנך השנויין בפ' לא יחפור וכו'. ומבואר דכל מה שהתירו שלא להרחיק היינו דוקא בגרמא, אבל לא בד' אבות נזיקין]. וע"ע להרשב"א בתשו' (ח"ב סי' קצט) דמי גשמים הנופלים מתוך גגו לחצרו של חברו, חייב להרחיק משום דהוי ממנו המזיק, שזוכה במים הללו בשעה שנופלים על הגג. ע"ש. והינו אף דלא הוי גיריה, חייב משום ממנו המזיק. [והריב"ש (ח"א סי' תקיז) חולק ע"ד, וס"ל שאין רצונו לזכות במים הללו]. גם מה שחייבה הגמ' בב"ק (דף ו.), באבנו סכיננו ומשאו שהניחן בראש גגו, ונפלו ברוח מצויה והזיקו, דחייב משום אש. ולכא' הא לא הוי גיריה. יעוי' להריב"ש בתשובתו שם שכ' דהיינו משום דהוי ממנו המזיק. וכ"כ הגר"א בביאוריו לשו"ע (סי' קנה ס"ק יא). ועכ"פ לכא' ד' הראשונים הללו סותרים למה

יט] ובאמת שמדברי רוב ככל הראשונים (זולת התור"ד והראב"ד הנז') מוכח, דפשיטא להו דהיכא דהוי מד' אבות נזיקין, אף דלא הוי גיריה, ה"ז חייב להרחיק גם לר"י. שהנה הר"ן והנמוק"י (דף כב:) ביארו, שכל הרחקות דפירקין הוי גיריה ומודה בהו ר"י, אכן בביאורם להרחקת השובך חמישים אמה כתבו בזה"ל: והרחקת שובך מן העיר חמישים אמה הוי נמי מטעם אחר, שהוא משום שן דיונים, דדמיא לשן דשורו להתחייב על נזקיהן, וכו'. ע"ש. הרי אף דשובך לא הוי גיריה, מ"מ כיון דהויא מד' אבות נזיקין, ה"ז צריך להרחיק אף לר"י. וכ"כ הריטב"א (דף כג. ד"ה מרחיקין), דטעם דמרחיקין את השובך, היינו משום דהוי תולדה דשן. ע"ש. (אלא דשם סיים דהוי ע"ז גיריה, ועי' בזה להלן). וכן מוכח בעיטור (אות מ' מחאה) דהטעם דכל הרחקות דפרקין מודה בהו ר' יוסי, משום דהוי ממנו המזיק, ויעו"ש דמשמע דר"ל אע"ג דבאמת לא הוי גיריה. ע"ש. [ולכא' קשה להתוס' רי"ד והראב"ד כיצד יפרנסו מתני' דשובך, ומצאתי בשו"ת הראב"ן (סי' א') שכ' בזה"ל: והא דתנן מרחיקין את השובך וכו' דהיונים גירי נינהו, דעם העמדת השובך מיד שטים ואוכלין זרעים

כר"י. ע"ש. (וע"ע בתורי"ד דף ב: בשם רבינו יצחק). וביאור שיטתו כנ"ל, דס"ל דגרמי לא גרע מגרמא דגיריה, (ואולי ס"ל דגרמי כעושה מעשה בידים דמי, והוי ממש כממון המזיק). ועכ"פ בגרמי גופיה ס"ל לכל הראשונים שלא כדבריו, כדמוכח ממה שהקשו בריש מכילתין היאך אתיא מתניתין דמחיצת הכרם כר"י, אבל בממון המזיק ממש, דהיינו ד' אבות נזיקין, בזה גם הראשונים מודו דאף ר"י מודה שחייב להרחיק אפי' דלא הוי גיריה. ומ"מ כ"ז לאחר שנתחדש חובת הרחקה בגיריה, הא לאו הכי, הו"א דאפי' בממון המזיק גמור, אינו חייב להרחיק, כל שעושה דרך השתמשות בתוך שלו, וגם לפי האמת אשכחן דמהני סברת עושה בתוך שלו לממון המזיק, כגון שסמך בהיתר, לשי' העיטור ודעימיה, דהזיקות דפירקין מיחייב משום ממון המזיק.

כא]. ובעיקר מה שהוכחנו דבממון המזיק אף ר' יוסי מודה דחייב להרחיק, לכאוי' ילה"ק מהגמ' בב"מ (דף קיז). דאיפחית מעזיבה בין עליון לתחתון, ואמרינן, דהיכא דמשי עילאי מיא ופסקי והדר נפלי ומזקי לתתאי, דלר' יוסי אמרינן בהא על הניזק להרחיק את עצמו, וק' דליחייב משום אש (ואף דודאי מפקיר המים כששופכן, מ"מ שיתחייב על עיקר השפיקה, דהוי כמבעיר אש), וכבר התעורר בזה הגר"ש רוזובסקי (שיעורים ח"א עמוד רכב). ע"ש. אכן באמת רוב הראשונים שם גורסים, דמיא מיתם תיימי והדר נפלי, דהיינו שהיו נבלעים במעזיבה, ואח"כ היו נזולים תוך ביתו של חברו, ובכה"ג מבואר ביד רמ"ה בסנהדרין (דף צז:), דהוי

שהוכחנו דעושה בתוך שלו הוא סברא לפוטרו אפי' בד' אבות נזיקין.

כ]. ונראה לבאר בזה, דאין הכי נמי, דעושה בתוך שלו הוא סברא לפוטרו אפי' במזיקין גמורים, והיינו טעמיה דהעיטור, דבסמך בהיתר מותר להשאיר מזיקין אלו אפי' דהוי ממון המזיק, אלא דמ"מ לגבי חובת ההרחקה, סבירא להו לרבותינו הראשונים (זולת התורי"ד והראב"ד הנז'), דלא גרע מגירי דיליה, דהנה בגירי דיליה נתחדש דאפי' בגרמא או גרמי (כגפת וזבל, דלשי' הרבה ראשונים לא הוי אלא גרמא או גרמי) חייב להרחיק, דלגבי זה לא מועיל מה שעושה בתוך שלו, ואפי' בגרמא דגיריה חייב להרחיק (דף כב:), וד' אבות נזיקין לא גריעי מיניה, וכ"ש הוא, דאם בגרמא דגיריה שאינו מיוחס אליו כ"כ, דהא קמן שאינו חייב בתשלומיו, אפ"ה אמרי' שאין תשמיש זה בזכותו של המזיק, כ"ש ממון המזיק גמור שהוא מיוחס לאדם יותר שהרי מתחייב בתשלומיו, דודאי שלא יהיה לו זכות בתשמישים אלו, וחייב להרחיק בכה"ג. [ולזה כתבו הר"ן והנימוק"י דבשובך הוא מטעם אחר וכו'. ור"ל דבזה א"צ לגיריה, דכיון שהוא שן לא גרע מגיריה. והריטב"א שכ' דהוא שן והוי גיריה, ג"כ כיון לזה, דכיון שהוא שן שחייבה תורה בתשלומיו, הרי שהנזק בזה מיוחס לבעליו כגיריה, ולא הוי כעושה דרך תשמיש בתוך שלו]. ויש להוסיף בזה, דגדולה מזו מצאנו בספר הישר לר"ת (אות תריד), דס"ל דלא אמר ר"י דא"צ להרחיק בלאו גיריה אלא רק בגרמא, אבל בגרמי מודה ר"י שצריך להרחיק אפי' דלא הוי גיריה, ועפ"ז יישב את משנה דמחיצת הכרם דשפיר אתיא

דהנה ש' העיטור דכולי פירקא מיחייב משום ממונו המזיק, ומשו"ה מודה בהו ר' יוסי, ומתבאר מדבריו שגם על הרחקת זרעים אמר כן. יעו"ש. והנה הטעם שצריך להרחיק זרעים הוא מפני שמחלידין את הקרקע ומעלין עפר תיחוח (דף יט:). וק' טובא, דהרי דבר זה נאמר גם בבור ואילן (דף כה:). שמחלידין את הקרקע ומלקין קרקעיתה של בור, ולכן אפי' בור למעלה ואילן למטה צריך להרחיק. וא"כ הו"ל לר' יוסי לחייב בהרחקה בבור ואילן משום ממונו המזיק, דהשרשין שמחליקין הקרקע מיחייב עלייהו משום ממונו המזיק, וכדחזינן בהרחקת זרעים. וצע"ג.

כח שני, וכח שני פטור בנזיקין לשי' התוס' בב"ק (דף ד: ד"ה ואימא), ואף לשי' הר"ן בחידושו לסנהדרין (דף עז: ד"ה זרק) דמחייב, היינו משום דהוי כגרמי, כמפורש בדבריו שם, ובגרמי פוטר ר' יוסי מלהרחיק היכא דלא הוי גיריה. אולם גי' רש"י בב"מ, דמיא פסקי והדר נפלי, (ופרש"י, לא היתה מקום רחיצת ידים של עליון על מקום נזקי תחתון, אלא במקום אחר, ומשם הן נמשכין עד שנופלים במקום שמזיקין, ע"כ). ולכא' בכה"ג יש בזה דין אש ממש. ואולי רש"י ס"ל כשי' התורי"ד והראב"ד הנז', דגם בממון המזיק היכא דלא הוי גיריה, א"צ להרחיק לשי' ר' יוסי, וצ"ע. עוד יש להעיר בזה (הערת ידידי הגר"מ שוב שליט"א),

פלוגתא דרבי יוסי ורבנן הוא גם לענין תשלומין

לא פטר בחיוב הרחקה אלא לשי' ר' יוסי, אבל לדעת רבנן מודה דחייב, מ"מ לענין תשלומין פטור לכו"ע, דהלא לסברתו דרבינא האי רקתא גרמא בעלמא הוא, וא"כ אף אם נחייב חיוב הרחקה, לא נחייב בתשלומין, דלא גרע מכל גרמא דעלמא. וזהו כוונת התוס' במ"ש דעיקר מחלוקת ר' יוסי וחכמים הוא בענין הרחקה, ולא בחיוב תשלומין, ור"ל דהלא פלוגתא דר"י ורבנן הוא בין בגרמא בין בגרמי היכא דלא הוי גיריה, וא"כ לענין תשלומין זהו תלוי אם זה גרמא או גרמי, נמצא דבההיא סוגיא דרקתא דהוי גרמא, גם רבנן מודו דפטור מתשלומין. וזהו דלא כפי' מהר"ם בתוס' שם. וכן פי' בברכת שמואל (סי' כ') כדברינו. אכן הברכ"ש ציין בסו"ד שחזר

כא]. וניהדר אנפין לעיקר דברינו, דהזיקות השנויים בפרק הרי הם ככל ההזיקות דב"ק, א"כ הדבר ברור דפלוגתא דר' יוסי ורבנן לגבי חיובי הרחקות הוא גם לענין תשלומין, (ולכה"פ בתשלומין דגרמי, דהרי בד' אבות נזיקין גמורים גם ר' יוסי מודה דחייב להרחיק לשי' רוב רבותינו הראשונים), וכן מוכח מד' הרמב"ן (דף ב.), בבי' הברייתא דמחיצת הכרם, דלכא' לר' יוסי לא הוי גיריה. וכ' הרמב"ן, ואחרים אמרו דלא אתיא כר' יוסי, אלא כרבנן דאמרי על המזיק להרחיק א"ע. ע"כ. הרי דלרבנן דסברי דחייב להרחיק, חייב גם בתשלומין, שהרי בברייתא דמחיצת הכרם מפורש דחייב באחריותה. ומ"ש התוס' (דף כו. ד"ה זיקא) דלא פליגי ר' יוסי ורבנן לענין חיוב תשלומין אלא לענין הרחקה. כוונתם פשוטה, דאף דרבינא

מילתא, וא"כ אדרבה ראייה להיפוך, וכמש"כ דר"י ורבנן נח' גם לענין חיוב תשלומין. [ומה שהרמב"ן העמיד עיקר שאלתו על שי' הגאונים, ובדעתיה דרש"י אליבא דרבנן כ' דאפשר דפטור, הביאור הוא, דלרש"י שפוטור בהרחקה לר' יוסי, בהכרח דס"ל דכולי הרחקות דפרקין לא הוו ממונו המזיק, דאל"כ תיפוק ליה שיתחייב בהרחקה מטעם זה (וכדלעיל אות יט). וא"כ אין להסתפק אלא אי הוי גרמא או גרמי, וע"ז כ' הרמב"ן, אפשר דפטור. אבל לשי' הגאונים קא מיבעיא ליה אי הוי ממונו המזיק וכדמסיק בסו"ד. ודו"ק]. וע"ע בעליות דר' יונה (דף כב: ד"ה ומרחיקין).

בו מזה, והוא לעיל מיניה (סי' י"ד, סי' י"ט, סי' כג), ועיקר הוכחתו בזה הוא ממ"ש הרמב"ן בקונט' דד"ג, דלשי' רש"י דלא הוי גיריה בהזיקות דפרקין, אפי' אליבא דחכמים שמחייבים להרחיק פשיטא דפטור. וכי קא מבעיא ליה לרמב"ן, הוא דוקא לשי' הגאונים, דהוי גיריה, ומוכח דכל היכא שא"צ להרחיק לר' יוסי, אף רבנן פוטרים מלשלם. עכ"ד ע"ש. ובאמת שלא דקדק בהעתקתו לד' רמב"ן, דלשון הרמב"ן שם הוא, דלשי' רש"י וכו' ואף לרבנן דמחייבים להרחיק "אפשר דפטור". הרי דלא ברירא ליה הא

שי' המבי"ט בחיובי ההרחקות

אבות), דמלא תגזול ילפינן שאסור להזיק, וכ"כ הרמ"ה במכילתין (פ"ב סי' קנ), משום ולפני עור לא תתן מכשול או משום ואהבת לרעך כמוך. וכבר בא בארוכה דבר זה בד' האחרונים, ע"ע. וע"ע בקה"י (ב"ק סי' א') שג"כ עמד ע"ד המבי"ט הנז'. [ובאמת שבד' רבותינו הראשונים הנ"ל לא חזינו בהדיא שאסור להזיק ע"מ לשלם, גם אינו מבואר היאך חזינו מהנך קראי שיש זכות לחברו לתבוע ממנו להרחיק, דהנך קראי אינם אלא איסורים גרידא. ובמקו"א הארכתי בס"ד שעיקר חובת ההרחקה והשמירה מלהזיק הוא סברא משפטית גרידא, וכדמות מלוה שאינה כתובה בתורה, וסברא זו קיימת גם במזיק ע"מ לשלם, רק הראשונים הביאו מקור שיש לזה ג"כ איסור כלפי שמיא. וקיצרתי].

כב]. ואנוכי הרואה להמבי"ט בקרית ספר (הל' שכנים פ"ט) שכ', דיני ההרחקות נראה דהוו מדרבנן, דמן התורה אם הזיק חייב לשלם, אלא שחכמים תקנו הרחקה כדי שלא יבוא לחברו היזק מחמתו. ע"כ. ולכאור' מפורש בדבריו כד' הנתיבות והברכ"ש, דהרחקות דפירקין אינם מדינא. אולם זה אינו, דהרי המבי"ט גופיה מסיים ואומר, דכשהזיק יש לו דין מזיק מן התורה, רק דהמבי"ט ס"ל דאין איסור מה"ת להזיק ולשלם, וכמפורש בדבריו בהל' נז"מ (פ"ה וז"ל: מה שאסור לאדם להזיק ולשלם, נראה דהוי מדרבנן. ע"כ. וזהו שכתב דדיני ההרחקות הוו מדרבנן, ולעולם גם הוא מודה דאין בין הזיקות דפרקין להזיקות דב"ק ולא כלום. ובעיקר דבריו ראוי לציין, שבד' רבותינו הראשונים מפורש שיש איסור מה"ת להזיק, כמ"ש רבינו יונה (בתחילת פירושו למס'

חיובי ההרחקות שייכים גם ברה"ר

ת"ש שור שעלה ע"ג שור וכו'. ומבואר שהניזק יכול לתובעו בב"ד אף שעדין לא הזיקו. וכן הוא בהדיא ביד רמה בפרקין (סי' קז) וז"ל: וכבר עבד (אש) בתוך שלו וכו' ואי ברה"ר אפי' כח אחר מעורב בו אסור, ומנעינן ליה, מידי דהוי אסולם ושובך, ע"כ. ומה שעיקר חיובי ההרחקות נאמרו בפירקין ולגבי שכנים, היינו משום דתביעות אלו מצויים בעיקר אצל שכנים ולא ברה"ר. ופשוט.

כג]. ודע, דהא דאמרי' בפרקין שיכולים השכנים לעכב על המזיק אף מקמי דמטא הזיקא (יעו' בפרש"י דף כ: ד"ה ואם הזיק), אי"ז דין מיוחד דוקא בשכנים, דבאמת אף ברה"ר יכולין בני רה"ר לעכב עליו אף קודם שעשה ההיזק. וכדמוכח בב"ק (דף כג:), דאמר רב יוסף לאביי, זיל אימא להו למרייהו דליצנעינהו. הרי שדרש מבעלי הבהמות שישמרו את בהמתם אף קודם שהגיעו להזיקו. [וע"ע בב"ק (דף כח).

המורם מכל האמור

וזהו ג"כ סברתו של ר' יוסי שא"צ להרחיק בלאו גיריה. ושי' הראב"ד והתור"ד, שגם בד' אבות נזיקין היכא דלא הוי גיריה, א"צ להרחיק לשי' ר' יוסי. אולם רוב ככל הראשונים סוברים דהיכא דהוי מד' אבות נזיקין מודה ר"י שצריך להרחיק דלא גרע מגיריה. [ומן הראוי לציין דשי' הרמ"ה בכל עיקר הרחקות דפרקין, הוא באופ"א מכל הראשונים, דאיהו ס"ל (סי' קה) דאף במה שהתיר ר"י בבור ואילן שא"צ להרחיק, מ"מ כאשר הזיק מיחייב משום אש או שור, ע"ש. והיינו דס"ל דכל ההיתר שא"צ להרחיק, הוא היתר ב"ד גרידא, וכ"כ הברכ"ש סי' כג].

כד]. סוף דבר: כל ההזיקות השנויים בפירקין שחייב להרחיק, הרי ששייך בהם כל דין ד' אבות נזיקין, דגם בעושה בתוך שלו נאמר דין ד' אבות נזיקין, ובהזיקות שאמרו בפרקין שא"צ להרחיק, ה"ז היתר גמור, דאין על הניזק שם מזיק, אלא כעושה דרך השתמשות בתוך שלו, ועל הניזק להרחיק את עצמו. וכגון סמך בהיתר, אפי' בממון המזיק, ואפי' בחיצים גמורים בגוונא שעושה כן דרך השתמשות בתוך שלו, הרי שיש לו היתר גמור לעשות כן, (זולת שי' הרשב"א, דבגיריה אין היתר דסמך בהיתר), דעושה בתוך שלו הוא סברא גם לגבי ד' אבות נזיקין.

בור ואילן לשיטת רבי יוסי

הרחקה בבור ואילן לרבי יוסי

האם ההיתר של ר' יוסי הוא לכתחילה
 ב]. אולם הנה זה מצאתי במאירי במתני' שכ' בזה"ל, ור' יוסי אומר, אפי' הבור קדם, אע"פ שראוי לו להרחיק, אם לא רצה להרחיק רשאי. ע"כ. וכן כתב עוד לעיל (דף יז:): וז"ל: האילן שיערו חכמים שהתפשטות שרשיו מזיק לבור וכו', הגע עצמך שיש לראובן בור בשלו, אף זו לכתחילה ראוי לו להרחיק, הא אם לא רצה, נוטע ואין זה יכול לערער. ע"כ. ומבואר בד' המאירי חידוש גדול, דאכן כל ההיתר דר' יוסי אינו לכתחילה ממש, דלכתחילה ראוי לו להרחיק, אלא שאם אינו רוצה לעשות כן, רשאי ליטע ואין חברו יכול לעכב עליו, [ומ"מ אין ההיתר בגדר בדיעבד, שהרי בד' המאירי גופיה מבואר, שאפי' לא נטע עדין, אם אינו רוצה להרחיק כפי הראוי, רשאי בכך, אלא שאין ראוי לעשות כהיתר זה לכתחילה, ועפ"ז ניחא שלא יסתרו ד' המאירי למה שכתב בב"מ (דף קיז: ד"ה אע"פ שאמרו) שכ' בתו"ד: אע"פ שהבור קדם לא יקוץ, ואף לכתחילה נוטע ואין הלה מונעו וכו'. ע"כ. והיינו כנ"ל, דגם להמאירי מותר לו ליטע לכתחילה, אלא שאין ראוי לעשות כן]. ועכ"פ כפי הנראה שהמאירי הוציא כן מלישנא דמתני', דקתני ר' יוסי אומר, לא יקוץ, ומדלא פליג על עיקר ההרחקה, משמע דגם ר"י מודה דלכתחילה ראוי לו להרחיק. [ולשון התוספתא, ר' יוסי מתיר, יש לומר דאינו סותר לזה, דבאמת ר"י מתיר

א]. בבא בתרא (דף כה:). מרחיקין את האילן מהבור עשרים וחמש אמה, אם הבור קדמה, קוצץ ונותן דמים, רבי יוסי אומר, אע"פ שהבור קודמת לאילן, לא יקוץ, שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו. ויש לדקדק בלשונו של ר' יוסי, מדוע נקט לישנא דלא יקוץ, דמשמע דרק אם כבר עבר ונטע אזי לא יקוץ, וטפי הו"ל למינקט דא"צ להרחיק את האילן מן הבור, ולחלוק על עיקר דין המשנה. והנה באמת בתוספתא (פ"א ה"ח) הלשון הוא: מרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמש אמה וכו', רבי יוסי מתיר. ומשמעות לשון זה הוא, דאכן ר"י מתיר לכתחילה. ושור"ר כן בחסדי דוד על התוספתא שם שכ', ואמנם סברת ר' יוסי נזכרה במשנה בסגנון אחר, ומשמע קצת מלישנא דמתני', דדוקא לפי שכבר נטע הוא דסבר ר' יוסי שאין כח לחייבו לקוץ, הא לכתחילה לא שרינן ליה לסמוך, הלכך תני הכא ר' יוסי מתיר, דאפי' לכתחילה נמי. עכ"ד. והנה אם כוונתו לומר, דלפי האמת המשנה אינה חולקת על התוספתא, אלא התוספתא מפרשת את המשנה, אזי צ"ל דמאי דנקיט במתני' בלישניה דר"י לא יקוץ, הוא איידי דקאמר ת"ק יקוץ, קאמר ר"י לא יקוץ, ולעולם פליג נמי על עיקר ההרחקה אפי' לכתחילה.

שאפי' לכתחילה ראוי לעשות כן, ודלא כהמאירי.

ד. גם הרמ"ה בסוגייתין (סי"ח) כ' בזה"ל: ור' יוסי אומר, אע"פ שהבור קודמת לאילן לא יקוץ, דלא מיבעיא בדיעבד, אלא אפי' לכתחילה נמי מצי נטע וכו'. ע"כ. וע"ע בחי' הר"ן לעיל (דף כב:) שכתב, נמצא עכשיו שיש בדיני הנזקין ג' חילוקים לר' יוסי וכו', ויש מהן שמותר לכתחילה וכו', אילן לבור דלאו גירי הוא ולא גרמא דגיריה, מותר לכתחילה. ע"כ. וכע"ז בנמוק"י (שם) שכ', השלישי שמותר לקרב כמו אילן לבור. ע"כ. ומדלא הזכירו דמ"מ לכתחילה אינו ראוי לעשות כן, משמע דלא שמיעא להו הכי, כלומר לא סבירא להו הכי.

ביאור דברי רבי יוסי שזה חופר בתוך שלו

ה. ועתה הבוא נבוא לביאור טעמו של ר' יוסי, שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו. ולכא' אינו מובן מהו שזה חופר בתוך שלו, הרי לא קרב זה אל זה. שהרי זה שחופר בור בתוך שלו, אינו מזיק בזה לחברו, משא"כ הנוטע בתוך שלו הרי מזיק בזה לחברו, ששרשי האילן יוצאים לרשות חברו ומזיקים את בורו. ויעו' להר"מ (שכנים פ"י ה"ז) ובשו"ע (סי' קנה סעיף לב) שהובא טעמו של ר' יוסי בזה"ל: וכשם שזה חופר בתוך שלו, כך זה נוטע בתוך שלו. ע"כ. והיינו שכוונת ר' יוסי בזה הוא לפרש למה לא חשבינן ליה למזיק, שהוא מפני שעושה כן כדרך המשתמשים בתוך רשותם, ומשו"ה לית ליה שם מזיק, וכשם שזה משתמש בתוך

לכתחילה ליטע, רק שאינו ראוי, וכנ"ל, ושפיר שייך ע"ז לישנא דמתיר. ועיין].

משמעות הראשונים בזה

ג. ויש להוסיף בזה, דגם הר"מ (שכנים פ"י ה"ז) בבור ואילן כתב בזה"ל: מי שהיה לו בור בתוך שדהו, ובא חברו ונטע אילן בתוך שדהו קרוב לבור חברו, אין בעל הבור יכול לעכב עליו ולומר לו וכו'. ע"כ. הרי שלא כתב בדרך היתר גמור, דמותר ליטע אילן בצד בורו של חברו, והלא דבר הוא. וכן בשו"ע (סי' קנה סעיף לב) כתב כע"ז: מי שהיה לו אילן בתוך שדהו קרוב לבור חברו, אין בעל הבור יכול לעכב עליו ולומר לו וכו'. ע"כ. ומדלא כתב דמותר ליטע אילן וכו', משמע קצת דס"ל כהמאירי. וכן לגבי כרישין וחרדל, כתבו הר"מ (שם ה"ה) והשו"ע (שם סעיף ל"א): או שנטע כרישין וכו' או שנטע חרדל וכו' אינו צריך להרחיק. ע"ש. וה"ז כמבואר. אולם יש להעיר ע"ז, דלגבי משרה, כתבו הר"מ והשו"ע (שם), מי שבא לעשות משרה של פשתן בצד ירק של חברו וכו' אינו צריך להרחיק, ע"כ. ומשמע דאפי' לכתחילה ראוי לעשות כן, ואין בזה שום חשש, מדלא כתבו דלכתחילה אינו ראוי לעשות כן. וצ"ע. ובאמת שהטור (סי' קנה) כ' בכולם בלשון היתר גמור וז"ל: היה לחברו ירק וכו' מותר לו לעשות אצלו בסוף שדהו משרה וכו'. מותר לו לסמוך כרישין וכו'. מותר לו לסמוך חרדל וכו'. וכן אם היה לחברו בור אצל שדהו, מותר לו ליטע אילן סמוך לו ע"כ. ומשמע

אית ליה ישוב העולם באילנות, ומשרה וכרישין וחרדל כולן עיקר ישוב ותשמיש הן. אבל אם לא היה מעשה של מזיק עיקר ישוב, אפי' ר' יוסי מודה דעל המזיק להרחיק עצמו. ע"כ. וזהו חידוש גדול. ומד' הראשונים שהוצרכו לתת טעם בכל ההרחקות השנויות בפרקין למהוי גיריה, מוכח דלא סבירא להו הכי, דהרי חול וסלעים וכיו"ב, קשה לומר בהם דהוו עיקר ישוב בכך. [הן אמת דהרא"ש בתשובה (כלל קח אות י') ג"כ סייג דברי ר' יוסי, דלא אמר ר' יוסי כן אלא היכא דלא נפיש הזיקא, וגם דהניזק יכול לסלק תשמישו בקל, אבל היכא דנפיש הזיקא, וגם תשמיש הניזק קבוע הוא וא"א לו לסלק הזיקו, מודה ר"י שצריך להרחיק, אפי' דלא הוי גיריה. ע"ש. והו"ד בטוש"ע (סי' קנה סעיף כ). מ"מ אין שום הכרח דהרא"ש ס"ל נמי כמו שהוסיף ההג"מ לחדש, דר"י לא אמר אלא רק היכא שעיקר ישוב בכך. וזהו דלא כהאבן האזל (שכנים פ"י ה"ה ד"ה ובשיטת) שחיבר ד' הרא"ש לד' ההג"מ. יעו"ש. ובעיקר ד' הרא"ש, יעו' לחזו"א (סי' יד ס"ק יג) שהק' ע"ד, דמההיא עובדא דפאפי יונאה (דף כה:): משמע, דאי לא הוי גיריה, היה יכול המזיק לעשות תשמישו, אע"פ שהאפדנא היתה נופלת, והתם היזק מרובה הוא, וגם אין הניזק יכול לסלק תשמישו בקל. ע"ש].

ח]. גם בס' מראה הפנים (פ"ב ה"י ד"ה אף אנא) כ' ע"ד ההג"מ, דסתימת הפוס' אינו נראה כן, והוסיף להקשות, דהרי בגמ' לעיל (דף כב:): על מתני' דמרחיקין את הסולם מן השוכך, אקשינן, לימא מתני' דלא כר' יוסי, ומשנינן לה. ולד' ההג"מ תיפוק ליה דאין עיקר ישוב ותשמיש להאי סולם דיליה, ואין לנו לדמות ולומר דמה דמשתמש בו לפעמים מיקרי

רשותו, שחופר בורו, הכא נמי הנוטע בתוך רשותו, ה"ז משתמש בתוך רשותו, ולא חשבינן ליה כעושה מעשה מזיק, אלא כמשתמש ונוהג בתוך רשותו כמנהג העולם. ופשוט.

ו]. וזולת ביאור זה, יש מקום לפרש עוד, ע"פ מה שמבואר במשנה להלן (דף כו.), היה חופר בור שיח ומערה, קוצץ ויורד. והנה כשקוצץ השרשים, הרי מזיק בזה את אילנו של חברו בידים, שהרי עי"ז ייבש האילן. וביאר הר"מ (שכנים פ"י ה"ז), ואינו חושש שמא ייבש האילן של חברו, שזה בתוך שלו הוא חופר. ע"כ. ועפ"ז יש לומר שזהו כונת ר"י שזה חופר בתוך שלו, דהמכוון הוא לזה, שכשם שחופר בתוך שלו וקוצץ השרשים שיצאו לתוך שלו, מפני שבתוך שלו הוא חופר, וכדמות זה ממש מותר לחברו ג"כ ליטע האילן כיון שבתוך שלו הוא נוטע. ודו"ק. (ושוב הראוני כן בס' כוס הישועות. ושע"ד כש"ר).

היתר דרבי יוסי בלאו גיריה הוא בכל ענין

ז]. מיהו בעיקר ההיתר דר' יוסי בלא גיריה, כתב בהגהות מיימוניות (פ"י אות ד) : עוד אומר ריצב"א, דלא לכל מילי א"ר יוסי על הניזק להרחיק עצמו, אלא בדברים שהן עיקר יישוב או דירה או תשמיש, שאין לו למזיק להניח ישובו או דירתו או תשמישו, מדתניא בתוספתא (פ"א ה"ח), ר' יוסי מתיר שלא ניתנו שדות אלא לנטיעה, וכן משמע נמי בירושלמי (פ"ב ה"י) דאמר, טעמא דרבנן משום דישוב העולם בבורות, ור' יוסי משיב כמה דאית לכון ישוב בבורות, אף אנא

(שם) כתב על דרך זה ג"כ בדברי הירושלמי, דכלפי מה שאמרו לו רבנן לר"י, ישוב העולם בבורות הוא, השיב להם ר' יוסי, דישוב העולם הוא ג"כ באילנות. ומ"מ עיקר טעמו של ר' יוסי הוא משום דלא הוי גיריה. ע"כ. ולפ"ז א"צ לומר דהירושלמי פליג על גמרא דילן בדעתיה דר' יוסי]. ועדין צ"ע.

י. אכן בחי' הרשב"א (דף כה: ד"ה אמר רב יהודה) ציטט לשון הירושלמי בזה"ל: ולפי זה מה שנחלקו בירושלמי ר' יוסי נקום ונתקן שירחיק, ואמר להו ר' יוסי, דלא נפסיד על זה שלא יטע משום תקנת העולם, שגם יישובו של עולם באילנות. ע"כ. ומבואר שפירש בהיפך בדעת הירושלמי, דאדרבה גם רבנן מודים הם בעיקר היתר דר' יוסי דהיכא דלא הוי גיריה, כיון שעושה בתוך שלו, אינו צריך להרחיק, אלא דסבירא להו דאפילו הכי צריך להרחיק האילן מהבור, משום שישבו של עולם בבורות. אכן צריך להתיישב לפ"ז בהזיקות דמשרה כרישין וחרדל, אם גם בהם שייך הטעם דעיקר ישוב העולם בירקות ובצלים ודבורים יותר ממשרה כרישין וחרדל, ובפשוטו קשה לומר כן. וצ"ע.

ירושא זכות התורה או זכות המוריש

הן כבר נודע מה שיש לחקור בגדר דין ירושה, האם היורשים שמקבלים את הירושה אינו אלא מזכות שזיכתה להם תורה, או שזהו זכות שיש למוריש בנכסיו, שבניו אחריו יירשוהו. ורבתינו רה"י דיברו מזה בקצרה. ואמרתי אעבור פרשה דא ואתנייה.

עיקר תשמיש. ע"ש. אכן צריך ליישב לפ"ז ד' הירושלמי דקמפרש בהדיא טעמיה דר' יוסי, משום שישוב העולם באילנות. וכן לשון התוספתא, דר' יוסי מתיר שלא ניתנו שדות אלא לנטיעה. דהרי להאמור טעמו של ר' יוסי אינו אלא משום דלא הוי גיריה, ולא איכפת לן אם עיקר יישוב בכך או לאו.

מחלוקת בבלי והירושלמי בדעתיה דר' יוסי

ט]. ואכן בחי' הריטב"א בכאן כ' בזה"ל: מרחיקין את האילן מן הבור כ"ה אמה וכו'. לפום גמרא דילן בנזקין פליגי, והלכתא כר' יוסי. ומיהו בירושלמי פירש דרבנן סברי שראוי להרחיק האילן, מפני שתקנת העולם בבורות יותר מבאילנות, ור' יוסי ס"ל שתיקון העולם באילנות כמו בבורות. ע"כ. ולכאן ר"ל דהבבלי והירושלמי פליגי בדעתיה דר' יוסי, דהבבלי ס"ל שהוא כלל בכל נזקין דלא גיריה, דר"י אינו מחייב בזה להרחיק. ולהירושלמי זהו טעם מיוחד בכאן, שתיקון העולם באילנות כמו בבורות, ואי"ז שייך בכל מקום. ולכאן לשון התוספתא הנז', דר"י מתיר שלא ניתנו שדות אלא לנטיעה, מסייע לד' הירושלמי, והיאך תפרנס הגמ' דילן דברי התוספתא. ועי' בחזון יחזקאל (פ"א ה"ו) שעמד בזה, וכתב דצ"ל דר' יוסי לדבריהם דרבנן קאמר להו, דאף לדידהו דפליגי וס"ל דגם בנזיקין דלאו גיריה צריך להרחיק, אודו לי מיהא בהא בנטיעת אילן, כיון שלא ניתנו שדות אלא לנטיעה. יעו"ש. [ובס' מראה הפנים

יש כח וזכות למוריש בירושה

א]. בבא בתרא (דף קח.). יש נוחלין ומנחילין. הנה מלישנא דמנחילין משמע קצת שזהו כח וזכות שיש למוריש להעביר הירושה לבניו. גם פשטיה דקרא (דברים כא' טז'), והיה ביום הנחילו את בניו וגו', דאיירי בפרשת ירושה, מורה כן, דירושה הוי מכח המוריש שמוריש נכסיו לבניו, ולהכי קרי ליה קרא הנחילו את בניו. והגם דריב"ב יליף מינה (להלן דף קל.) שיכול המוריש להנחיל לאחד מבניו את כל נכסיו, מ"מ אין מקרא יוצא מידי פשוטו, דעיקר קרא איירי בירושה. ועכ"פ לרבנן דפליגי אדריב"ב (שם), בהכרח דהאי קרא איירי בירושה, וקאמר קרא, הנחילו את בניו, ומשמע דירושה הוא מכח האב המוריש.

ב]. ובאמת שיש להביא ראיות רבות לזה, וראש לכולם הוא דין הנחלה דתנן במתני' (להלן דף קכו:), האומר איש פלוני בני לא יירש עם אחיו, לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה. ובגמ' שם אמרי', לימא מתני' דלא כר' יהודה דאמר דבר שבממון תנאו קיים וכו'. ומבואר מכל זה דלולי הדין דמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, היה בכח האב לשנות הירושה, והיינו כמו שנתבאר דעיקר דין ירושה הוא מכח האב המוריש, וא"כ היכא שברצונו הוא שבנו לא יירשנו, שפיר יש בכוחו לעשות כן אילולי דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה. וכן מצאנו להדיא ביד רמה (אות צט') שהקשה, איך היה כח ליעקב אבינו להפקיע חלק בכורה

מראובן, וליתן למנשה ואפרים ב' חלקים. ותי', דקודם מתן תורה שאני, וניתנה תורה ונתחדשה הלכה. עכ"ד. ור"ל דקודם מתן תורה דליכא בזה מתנה עמש"כ בתורה, שפיר יש בכח האב לשנות הירושה. ואכן אליבא דאמת מצאנו שיש בכח האב להתנות כן, בבן בן הבנים ואליבא דריב"ב כדתנן במתני' (דף קל.), אלא דיש מקום לדחות ולומר, דזהו מכח הדרשה דוהיה ביום הנחילו את בניו, התורה נתנה רשות לאב להנחיל לבניו כל מה שירצה, וכדדרשינן להלן (שם), ולעולם לולי האי קרא לא היה בכח האב להתנות כן, אף לולי הדין דמתנה עמש"כ בתורה תנאו בטל.

ג]. אבל באמת יש להוכיח כן ממה שמצאנו דין הנחלה אף לרבנן, והוא מה שכתב השטמ"ק בב"מ (דף טז.) בשם הר"י מיגאש בתשו', דהיכא דליכא אלא בן אחד בלבד, לכו"ע יש כח לאב להנחיל לו את כל הנכסים. ע"ש. (ונפק"מ יש בזה בסוגיא בב"מ שם. יעו"ש). וכן נודע מ"ש הרמב"ן עה"ת (דברים כא' טז'), דלאו דלא יוכל לבכר ועשה דיכיר, אינו נוהג אלא בחיי הבכור, אבל אם מת הבכור בחיי אביו, אע"פ שהוא יורש חלק בכורתו בקבר ומורישו מן הדין לבניו, אם רצה הזקן ואמר יירשו בני כך וכך בנכסי, ובניו של בני הבכור יטלו כך וכך בנכסי, דבריו קימין. וע"ש דדריש לה ממשמעותא דקרא. ומוכח מכ"ז דירושה הוי מכח המוריש, ולהכי יש לו כח לקבוע מי יקבל את נכסיו לאחר מותו.

יש כח לאב לקבוע איזה חלק יטול כל אחד מהבנים

[ד]. וכן לענין אם יכול האב לקבוע איזה חלק יטול כל אחד מהבנים, והיינו כשמחלק ביניהם בשווה (ואליבא דרבנן), כבר ידוע מה שדקדקו (עי' שיעורי הגר"ד פוברסקי אות תקכו') מד' רש"י ביבמות (דף לו.) שכ' ע"ד המשנה ריבה לאחד ומיעט לאחד אם אמר משום ירושה לא אמר כלום, וז"ל, שהתנה עמש"כ בתורה ותנאו בטל הואיל ולא חילק לפשוטים בשווה. ע"כ. ומשמע דלחלק לפשוטים בשווה שפיר דמי ואפי' לרבנן. וע"ע בד' רשב"ם להלן (דף קכו: ד"ה ואם אמר משום שג"כ יש לדקדק כן מדבריו. יעו"ש היטב. ובקובץ חזון ישעיהו (שיעור הגר"ד רפפורט) כ' שזהו גמ' ערוכה בקידושין (דף סא:) שיש בכח האב לעשות כן. יעו"ש. [ומה דלא חשיב מתנה עמש"כ בתורה, נראה לבאר עפמ"ש בחי' הגרש"ר (סי' כח' אות ט') בשם הגרש"ש, דהא דאמר' מתנה עמש"כ בתורה אי"ז אלא בשאר כסות ועונה וכיו"ב, דהתם כך הוא רצון התורה, והוא מצוה ממצוות התורה, ואי"ז משפט ממונות גרידא, וכן באונאה הוא רצון ומצות התורה שלא יונה את חבירו, וכן י"ל בנחלות שאי"ז משפט ממונות בעלמא אלא כך הוא רצון התורה, שהתורה חפצה שתעבור הנחלה לבניו, [וכדתנן במתני' (דף קלג:)] הכותב את נכסיו לאחרים אין רוח חכמים נוחה הימנו. ועי' בפ"י רשב"ם], אבל היכא שאי"ז אלא משפט ממונות גרידא, בזה בוודאי יש כח בידו להתנות, כיון שאינו עושה נגד רצון התורה. וע"ש שביאר לפ"ז היאך מהני לתת מתנה לעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו. יעו"ש. ועכ"פ לפ"ז א"ש דגם בענינו לא חשיב מתנה עמש"כ בתורה, דעיקר רצון התורה בפרשת נחלות הוא שבניו יירשוהו שווה בשווה, ומשור' קאמר ליה שמואל לרב יהודה (דף קלג:), לא תיהוי בי עבורי אחסנתא, ואפי' מברא בישא לברא טבא.

ופי' רשב"ם, ואפי' להרבות לאחד ולמעט לאחד, אבל לענין איזה חלק יקבל כל אחד מבניו, בזה לא מצאנו שרצון התורה הוא שבניו הם שיקבעו דבר זה, ולהכי יש כח לאב בזה להתנות ולקבוע החלקים שיקבל כ"א מבניו. ודו"ק]. ועכ"פ חזינן מכל זה דהירושא היא מכח זכות האב שבניו ירשו אחריו, ולכן יש בכוחו לקבוע איזה חלק יגיע לכל אחד. ועוד יש להביא בזה מה שדייקו הרשב"א והר"ן (דף קכו: ד"ה הכא לא קא מחיל) מד' רשב"ם שם, שאם יתנה האב פלוני בני לא יירשני, והבן ימחול ע"ז, שפיר מצי לאתנווי הכי. ע"ש. והיינו משום שמכח האב בניו יורשים אותו, ולכן יכול להתנות ע"ז. [ואף הראשונים דפליגי ע"ד רשב"ם, לא פליגי אלא משום דמחילת הבן כמאן דליתא, דעדין אין הנכסים שלו שיוכל למחול עליהם. ע"ע]. ומן הראוי להביא בזה גם את דברי רשב"ם (דף קלג. ד"ה ורחמנא אמר) בביאור הדין דירושא אין לה הפסק וז"ל, דהוי מתנה על מה שכתב בתורה. ולכא' בלא"ה תיפוק ליה שאינו יכול להתנות כן כיון שזהו לאחר מיתתו, ומבואר בזה שיש כח לאב בנכסים אף לאחר מותו, והיורשים יורשים את הנכסים מכחו, ולכן יש לו גם את הכח להתנות ולקבוע למי ילכו כל נכסיו לאחר מותו, לולי דהוי מתנה עמש"כ בתורה.

[ה]. והנה הר"מ (נחלות פ"ו ה"א) כתב טעם אחר לדין האמור במשנה הנ"ל וז"ל: אין אדם יכול להוריש מי שאינו ראוי ליורשו, ולא לעקור הירושה מן היורש, אע"פ שזה ממון הוא, לפי שנאמר בה

כח לאב למנות אפוטרופוס בנכסיו על זמן שאחר מותו. וכן הקשה הגרש"ר בשיעורים (ב"ב דף קלא: אות קיז). והניח בצ"ע. ולהאמור א"ש, דכשם שיש כח למוריש בנכסיו להורישם לבניו, ה"ה דיש לו כח למנות אפוטרופוס עליהם לאחר מותו. וע"ע בזה להלן.

ז. ובאמת שכדברינו ממש נמצא בתוס' בגיטין (דף יג. ד"ה והא לא משך), וז"ל: ועוד אומר רבינו תם, דבגר לא אמרי' מצוה לקיים דברי המת, דכל דאיתיה בירושה מצוה לקיים דבריו, הואיל ולא פסק כוחו מאותו ממון, "דמכחו יורשין". ע"כ. וכן הובא תירוצם בד' הר"ן שעל הרי"ף. ע"ש. ועכ"פ נמצינו למדין מדבריהם דדין ירושה היא מכח האב בנכסים אף לאחר מותו, ומכוחו יורשין אותו יורשיו. ומכלל דברי התוס' הנז' אתה למד, דעיקר הדין דמצוה לקיים דברי המת, יסודו וטעמו משום שיש כח לאב בנכסים אף לאחר מותו, ולכן דוקא כשיש לו יורשין מצוה לקיים דבריו, דנמצא שעדין לא פסק כחו מאותו ממון, כיון שמכחו יורשין, משא"כ בגר שאין לו יורשים, נמצא שכאשר מת פקע כחו לגמרי, לכן אין מצוה לקיים דבריו.

היאך יש לאדם כח בנכסיו לקבוע מה יעשו בהם אחרי מותו

ח. והנה לכא' כל דברינו אלה צריכים מובן, דהיאך מתקבל על הדעת שיהיה לאדם כח בנכסיו לאחר מותו, וכיצד יש בכוחו לקבוע מי יירש כל נכסיו לאחר מותו, ומי יהיה אפוטרופוס על נכסיו לאחר מותו. וארחיב דיבורי בזה בס"ד,

בפרשת נחלות, והיתה לבני ישראל לחוקת משפט, לומר שחוקה זו לא תשתנה ואין התנאי מועיל בה. ע"כ. וכ"כ עוד (אישות פי"ב ה"ט), וכל תנאי שבירושה בטל, אע"פ שהוא ממון, שנאמר בה לחוקת משפט. ע"כ. ועיין במאירי (דף קכו:) שג"כ הביא טעם זה, וכתב, כך היא רמוזה במדרשות, ובגמרא הוסיפו בה טעם אחר. ע"כ. (וע"ע לרבינו בחיי דברים כא' טז'). ולכא' לטעם זה כיון דהוי חוקת משפט, ואי"ז דין ממון, בהכרח שאין הירושה מכח האב, רק התורה היא שקבעה דין הירושה. אכן נראה דזה אינו, דגם להר"מ אליבא דאמת ירושה דין ממון גמור הוא, אלא דאפ"ה קבעה התורה שאין בכח האב להתנות ולשנות הירושה, דלהכי קרייה רחמנא חוקה, לומר שדין הירושה לא תשתנה, אבל אין כוונת התורה בזה להוציא מדין ממון דהאב. וזהו שכ' הר"מ, אע"פ שהוא ממון. שכן הוא גם לפי האמת.

יש בכח האב למנות אפוטרופוס על נכסיו לאחר מותו

ו. ואף גם זאת מצאנו שיש בכח האב למנות אפוטרופוס על נכסיו לאחר מותו, עיין בגיטין (דף נב.), או שמינה להן אביהן אפוטרופוס וכו'. ועוד כן בגמ' להלן (דף קלא:), הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא. ועי' בפ"י רשב"ם (דף קלב. ד"ה בעי רבא) שעשאה אפוטרופוס לאחר מותו. [ויש מן האחרונים (עיין בית מאיר אהע"ז סי' קז') שכ', דבכה"ג אין כח ליתומים לסלקה מדין אפוטרופוס, אף דבעלמא יש כח ליתומים גדולים לסלק אפוטרופוס. יעו"ש]. ולכא' קשה היאך יש

דהנה במה שמצאנו בכמה מקומות בפרקין (דף קכה: ועוד), נכסי לך ואחריו לפלוני, אף שהאחריו אינו מקבל את זה אלא לאחר מיתת הנותן, כתבו הקצוה"ח (סי' רמח' סק"ד) והנתיבות (שם סק"ד) והגרעק"א (ח"א סי' קלב') דלמ"ד אחריו לאו כאומר מעכשיו דמי, בע"כ דכל אחריו אינו אלא במתנת שכ"מ, דרק מתנת שכ"מ קונה לאחר מיתה, אולם הגרש"ש במערכת הקנינים (סי' ח') והחזו"א (חור"מ ליקוטים סי' יג' ס"ק יז') כתבו, דאחריו מהני גם במתנת בריא, וביארו, דאף למ"ד אחריו לאו כאומר מעכשיו, אין המכוון דהוי כקנין לאחר ל', אלא היינו שקונה עכשיו את הזמן של אח"כ. ע"ש. ולכאוי' זהו תמוה דהיאך יכול להקנות לזמן שאחרי מיתתו, הרי אז זה כבר יצא מרשותו, והגם דהדבר ברור שיש כח לאדם להקנות את נכסיו לאלף שנה אף שודאי ימות תוך זה הזמן הינו משום דכל זמן שהאדם חי הרי שנכסיו קנויים לו לעולמי עד, ושעת המיתה אינו אלא הפקעה מבעלותו ברם להקנות לזמן שאחרי מיתתו בהדיא לכאורה זה ודאי לא מהני דהרי באותו הזמן אינו שלו.

ט]. והנראה בזה בס"ד, דמה שפוקע בעלות מהמת, הוא ע"ד מה שייסדו האחרונים, דכל חפץ שאין לבעליו אפשרות להנות ולהשתמש בו, הרי שפוקע בעלותו מחפץ זה, וכגון מי שהקנה לחבירו קנין פירות לעולם, פוקע ממנו גם הקנין גוף, כיון שאין לו שום אפשרות שימוש בגוף הקרקע, והיינו שענין בעלות הוא שליטה ושימוש בנכסים, ולהכי כשאין לבעלים אפשרות

שימוש, מיד פוקע בעלותו. ועפ"ז נראה דגם מה שפוקע בעלות המת מהנכסים הוא על דרך זה, שכיון שמת ואין לו אפשרות שימוש בנכסיו, מיד פוקע בעלותו, דאין בעלות אלא כששולט ומשתמש בנכסיו. [ועכ"פ אין הביאור בזה דבמת לא שייך בעלות מצד עצמותו, אלא כמבואר דזהו משום דבאופן מעשי אין לו אפשרות שימוש בנכסים. ועי' בקידושין (דף יג:), דאיצטריך קרא לחדש ולומר שאשה מותרת במיתת הבעל. ודו"ק]. ובזה א"ש דמחיים יש לאדם בעלות גם על הזמן שלאחר מותו, והיינו שיכול למכור עכשיו את הזמן שלאחר מותו (כמו שביארו הגרש"ש והחזו"א באחריו), דבכה"ג הרי יש לו שימוש בחפץ זה לאחר מותו, במה שמוכרו עכשיו מחיים, ובזה נבין גם היאך יש בכוחו לקבוע מי יירש את הנכסים לאחר מותו, דלהאמור הדבר מובן היטב, דבאמת יש לאדם בעלות על נכסיו גם לאחר מותו, אלא שכיון לו אפשרות שימוש והנאה בנכסים לאחר מותו פוקע בעלותו, אבל כשקובע בחייו מי יירש נכסיו, זה גופיה הוי שימוש בנכסיו לאחר מותו, שנותנו למי שרוצה בטובתו. גם בזה מתבאר כיצד יכול לקבוע אפוטרופוס לזמן שאחרי מותו. ודון מינה ומינה. וכן הוא ג"כ עיקר דין ירושה דכיון שרצון האדם שנכסיו ילכו ליורשיו, הרי שבזה גופיה הוי שימוש בנכסיו, ולהכי חשיב דמכוחו הן יורשים.

**לכאורה ממודר הנאה מוכח דהירושא
הוא מכח התורה**

[י]. והנה עד כה הארכנו בראיות דיש למוריש כח בנכסיו להורישם לבניו

יא]. ובאמת נראה דלא קשיא מידי, דהנה הגם שנראה שדין ירושה היה קיים גם קודם מתן תורה, וכמו שמתבאר בד' הרמב"ן עה"ת (בראשית, כה, לג'), מ"מ אי"ז כדוגמת מלוה שאינה כתובה התורה, תדע דהא איצטריך למילף בקידושין (דף יח.) דעכו"ם יורש את אביו מה"ת, וחזינן דאי לאו קרא הו"א דאין עכו"ם יורש את אביו, ואכן גם כשאמרה תורה דין ירושה, אין כוונת התורה בזה להפקיע כח האדם בנכסיו לאחר מותו, אלא אדרבה שהזכות שיש לאדם בנכסיו תתקיים במה שיורשיו יורשים אותו, וכדדייקינן בראש דברינו מלישנא דקרא, והיה ביום הנחילו את בניו, דהוא מכח המוריש בנכסיו. [וע"ע בחינוך (מצוה ת') מצות נחלות, ביסוד וטעם המצוה, שכ' כדוגמת זה ממש]. ועכ"פ בנידו"ד במודר הנאה, הגם שהבן היורש הוא מכח וזכות אביו בנכסים, מ"מ כיון שקביעת הירושה הוא ע"י התורה ולא ע"י המוריש, לא חשיב כנהנה מאביו לגבי דיני דמודר הנאה.

יב]. אחר כל הדברים האלה, לא ידעתי כיצד נפרנס דברי התוס' בכתובות (דף נו: ד"ה הרי זו): והא דתנן ביש נוחלין (ב"ב דף קל.), האומר פלוני יירש במקום שיש בת, בתי תירש במקום שיש בן, לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה, התם היינו טעמא שאין יכול לומר פלוני יירש והוא אינו יורש, אבל מתנה יכול ליתן, והא דמפרש התם בגמרא (קכו:), הכא מי מחל לרווחא דמלתא נקט. ע"כ. וכ"ה בתוס' שאנץ בכתובות שם. ומשמעות דבריהם דר"ל דאין בכח

אחריו, וביארנו הדבר בס"ד, אך לא תעזוב נפשי לשאול, דבמשנה בנדריים (דף מז.) תנן, האומר לבנו קונם שאי אתה נהנה משלי, אם מת יירשנו. ופי' הרשב"א בב"ק (דף קט.), דעכשיו אינו נהנה ממנו, אלא יורש ממילא נכסים מכח ירושתו שהורישו רחמנא וכו', ועוד לו שם, שאינו נהנה ממנו אלא משל שמים, שהורישו נכסים אלו לו עם מיתת האב. ע"כ. וע"ע בר"ן בנדריים (דף מב.) שכ' ג"כ כזה וז"ל: אם מת יירשנו, דלאו מידידיה מתהני, אלא מירושתיה דזכי ליה רחמנא. ע"כ. ולכא' זהו סותר לכל האמור למעלה. ואכן המפרש בנדריים (שם דף מב. ד"ה אם מת יירשנו) כתב בטעם ההיתר וז"ל: שלא אסר עליו אלא כל זמן שהנכסים שלו, לפיכך יירשנו אם מת. ע"כ. ולפי' לק"מ. אבל ע"ד הרשב"א והר"ן יש להקשות מכח כל הראיות הנז'. ומצאתי בס' נדרי זריזין (שם: ד"ה והנה בעיקר) שהקשה כע"ז על דבריהם, וכ', דצ"ל שכוונתם רק לגבי אותם נכסים שיש לאביו מאבותיו, שבזה מצינו שיכול היורש לטעון מכח אביו דאבא קאטינא (להלן דף קנט.), ולכן אי"ז כנהנה מאביו, שהרי גם בלא האב היה יורש נכסים אלו מן הסב, אבל בנכסים של אביו שזכה בהם מכח עצמו, בזה ודאי שהוא נהנה מאביו, ואינו יכול לירש זה. ע"ש. והדוחק ברור. שו"ר בס' חזון יחזקאל (בכורות פ"ו ה"ה) שעמד בזה ע"ד הרשב"א והר"ן, דדבריהם סותרים למ"ש התוס' בגיטין (דף יג.) הנז', שהטעם דמצוה לקיים דברי המת הוא משום שמכח המת הן יורשים. ע"ש.

גם סתימת דברי הר"מ (הל' נחלות פ"ד ה"ח) וטוש"ע (סי' רפ"ט"ב) מורה לא כן, שכתבו את דין המשנה בזה"ל, נפל ללוי נכסים אחרים, יחלקו אותם ראובן ושמעון, שהרי ראובן מודה לשמעון שלוי זה אחיהם. וסתמו ולא ביארו דהיינו בגוונא שקדם ראובן וזכה, משמע דזהו עיקר הדין, דבכה"ג ראובן ושמעון מקבלים את הירושה, ואפי' אם יבוא אחד מן השוק ויחזיק בנכסים אלו ללא טענה, מוציאין מידו.

היכא שאין יורש ידוע מה עושים עם הירושה

ג]. גם בעיקר מאי דפשיטא ליה להרש"ש, דכל היכא שאין יורש ידוע נכסיו הפקר וכל הקודם בהן זכה, יש להעיר ע"ז, דהן אמת שהרמ"א (סי' רע"ו ס"ד) כתב לגבי שתוקי שמת, דהרי הוא כגר ונכסיו הפקר, ומקור דבריו בתרומת הדשן (סי' שנ"ב). אולם אין להוכיח מזה לנידו"ד, דבשתוקי שא"א להיוודע בשום אופן יורשים שלו, דהא אפי' איכא עדים שזינתה עמו, לא מהני לענין ירושה, להכי הוי כיאוש והפקר גמור, משא"כ במי שבא ממדינת הים שאין ידוע מי הן יורשיו, מ"מ כיון דיש אפשרות שיוודע מי הן יורשיו, בכה"ג מעמידין ב"ד את נכסיו ביד אפוטרופוס. וכן חילק הנה"ב (סי' רנ"ד סק"א) כדברינו. וכ"כ הערוה"ש (סי' רע"ו סעיף ה') לחלק כן. ע"ש. ועי' בפתחי תשובה (סי' רפה' סק"ג) שהביא תשו' החת"ס (ח"מ סי' קכ"ב), דמהר"ם מלובלין (שו"ת סי' י"ב) כ' בעובדא באורח שהפקיד נכסיו אצל בעה"ב, ומת ולא

המוריש להתנות ולקבוע מי יירש, אף לולי דהוי מתנה עמש"כ בתורה, וזהו סתירה גמורה לכל מה שהארכנו להוכיח דלולי דין התורה היה בכח המוריש להתנות ולקבוע מי יירשנו, דהיורשים מכוחו הן יורשים. וצע"ג.

ירושה ע"פ עד אחד או טענת ברי

האם מורידין לירושה ע"פ עד אחד או ע"פ טענת בריא ומה הדין בכיוצא בזה במכר ומתנה

א]. משנה (דף קלד.). האומר זה אחי וכו' נפלו לו נכסים ממקום אחר יירשו אחיו עמו. ומבואר בזה דע"פ טענת עצמו הוא מקבל מהירושה, ואף אחיו מקבלים מהירושה ע"פ טענתו. ורמי עלן למשכונני נפשין, לברר ולהבין, מה הוא כח נאמנותו לקבל מהירושה, וכן מהיכן הזכות שיש לאחיו לקבל מהירושה. והנה באמת הרש"ש בכאן כתב בזה"ל: לכאורה נראה כיון דאין לו אב ידוע הוי נכסיו הפקר, וכל הקודם בהן אפי' אחד מן השוק, זכה, והכא על כרחך מיירי שקדם וזכה האומר עליו שהוא אח. ע"כ. ובדבריו מבואר שאכן מדינא אינו נאמן לקבל ע"פ טענתו, וכ"ש דאחיו אינו זכאין לקבל ע"פ טענתו, רק כוונת המשנה הוא שאם קדם וזכה האומר שאחיו הוא, הרי שעליו לחלק את הנכסים עם אחיו, שהרי לטענתו גם הם יורשי המת. ועכ"פ עיקר הדין הוא דבכל כה"ג נכסיו הפקר, וכל הקודם בהן זכה.

ב]. והנה הדוחק לפי זה הוא מובן מאליו, דהיכן קתני מתני' שקדם וזכה.

ולהבין מה הוא כח נאמנותו לומר אחי הוא, ולזכות בירושתו.

טענת בריא יש בכוחה לזכות בדיני ממונות היכא דאין תובע כנגדו

ה]. ובפשטות נראה בזה כמ"ש הגר"ש רוזובסקי (שיעורים אות קנ'), דבדיני ממונות יכול לזכות ע"י טענה בלבד, וכדחזינן דאיכא למ"ד (כתובות יב:) דברי ושמא ברי עדיף, ואף למאן דפליג דלאו ברי עדיף, היינו משום דס"ל דא"א להוציא מיד מוחזק ע"י טענה בלחוד, אבל בלא מוחזק מודו כו"ע דזוכה ע"פ טענתו. עכ"ד. (ועוד הוסיף הגר"ש לבאר באופ"א, ויובא להלן). והוסיף בזה הגר"ש בתו"ד, דאפי' דהכא הוי ברי גרוע ושמא טוב, מ"מ שפיר יכול לזכות ע"י טענתו היכא דאינו להוציא, דהלא איכא למ"ד דאפי' ברי גרוע ושמא טוב יכול להוציא, וכמו שהוכיחו התוס' להלן (דף קלה. ד"ה אביי אמר) דהכי ס"ל לאביי, ואף דלא קיי"ל כוותיה, מ"מ לענין להחזיק נראה דכו"ע מודו דזוכה בטענת ברי, דאין לנו להרבות המחלוקת בלא הכרח.

ו]. ואבוא אחריו ומלאתי את דבריו, שאכן כן נראה להדיא מל' הגמ' בכתובות (דף יב:), מנה לי בידך והלה אומר איני יודע, רב יהודה ור"ה אמרי חייב, ברי עדיף, ור"נ ורבי יוחנן אמרי פטור, אוקי ממונא בחזקת מריה. משמע בהדיא דכל סברתם אינו אלא דאין כח בטענת ברי להוציא מיד מוחזק, אבל כשאין מוחזק מודו ר"נ ורבי יוחנן דשפיר מצי זכי בטענת ברי ידיה. וכן נראה מפשטות דברי הגמ' לעיל (דף לד:),

נודע לו שום יורש, שב"ד נזקקין להוציא מיד בעה"ב ולהעמיד אפוטרופוס, אבל בשאילת יעב"ץ (ח"א סי' קמב') השיג ע"ד, דנראה ברור שא"צ להוציא מידו כלל. יעו"ש. אכן גם לשי' היעב"ץ, כתב החת"ס (שם סו"ס קכט') דגם הוא לא אמרה אלא היכא דבהיתרא אתא לידיה, ולא בתופס אחר מיתה. ע"ש. ונמצינו למידין דלכו"ע בנידון דמתני' דאיירי במי שבא מארץ רחוקה, ולא נודע קרוביו ויורשיו, ב"ד מעמידין נכסיו ביד אפוטרופוס.

ד]. ובאמת שכן מבואר להדיא בהגהות אשר"י בסוגיין שהביא מהאו"ז (סי' קל') שכ', דהיכא שזה אומר אחינו הוא, ואחיו אומרים לאו אחינו הוא, דלאותו אח שאומר אחינו הוא לא יהבינן ליה אלא חלקו, ואת שאר הירושה לא יהבינן ליה, וגם הפקר לא הוי, שאין לך אדם בישראל שאין לו גואלים, ואינו כגר. ע"ש. ומפורש בדבריו דבגוונא דמתני' נכסיו אינם הפקר, וכמ"ש האחרונים הנז'. ויש להוסיף עוד דגם עיקר דינו של הרמ"א בשתוקי, אינו מוסכם בין האחרונים, וכמ"ש הפת"ש (סי' רעו' סק"ג) בשם החוות יאיר, דטפי נראה לומר דיהא מונח עד שיבוא אליהו, וגר שאני שאין לו יורשים. וע"ע בקצוה"ח (סי' רנו' סק"א). סוף דבר, דא"א לפרש כמ"ש הרש"ש, דמעיקר הדין אין האח זוכה בירושה, דא"כ לא היה מועיל ג"כ תפיסתו, דהנכסים היו מונחים ביד אפוטרופוס עד שיוודע מי הוא היורש וכנ"ל, ובהכרח דמעיקר הדין זוכה בירושה. ומעתה הדר רמי עלן לברר

וע"ע למאירי (דף לה:) שהביא ד' הראשונים הללו. אתה הראת לדעת דהראשונים שפתם ברור מיללו, דאדם זוכה בטענת ברי היכא דליכא חזקה דממונא. [ומן הראוי להוסיף ולציין בזה למה שכ' רבינו יונה בעליותיו (דף לה: ד"ה אמרי נהרדעי), שהיורד לשדה אחר שלא נודע מי בעל השדה, אפי' שמודה שאין השדה שלו, אין ב"ד נזקקין להוציאה מידו, כי שמא שדה זו של הפקר הוא. ע"ש. וכ"ה בפ"ה הר"י קרקושא שם. וכל המבואר למעלה שזוכה דוקא ע"פ טענת ברי לא נצרכא אלא בגוונא שקדם אחר ותפס בשדה ללא טענה, (אחר שכבר זכה ע"פ טענת ברי ידידה), ה"ז מוציאו מהשדה מכח טענת ברי ידידה. [ויש לדון בזה עפ"ד הנתיבות דלהלן אות יב'. וקיצרתי].

ח. [ויש להוסיף בזה, דגם הנתיבות (סי' רפ' סק"א) כתב על דינא דמתני' (המבואר בשו"ע שם) בזה"ל: ואין להקשות היאך נאמן ראובן לומר על לוי אחי הוא לענין שירש את נכסיו, הלא כל יורש צריך עדים כמבואר בסעיף א'. ונראה דהא דהיורש צריך עדים, היינו דוקא כשיש כאן יורש, כגון שיש לו אחים ובא אחד ואמר שהוא בנו ומסלק אחיו מן הירושה, אז צריך עדים, אבל כשמת כאן אחד ולא נודע מי הוא, ובא אחד ואמר אני קרובו הראוי לירש אותו, נאמן ויורש אותו, ואם בא אחר וטוען אני קרובו יותר ומכחישין זא"ז, הדין כל דאלים גבר רק בין שניהם, וכמבואר בב"ב (דף לג.) גבי רב אידי בר אבין דאמר אנא קריבנא, לפי גי' התוס' (שם ד"ה ה"ג) דלא גרסי' טפי, נע"י בנמוק"י שם וכו'. ע"כ. והנה הנתיבות לא ביאר מהו הטעם שאכן יש לו זכות לקבל הירושה ע"פ

זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, אמר רב נחמן, כל דאלים גבר. ומסקינן שם (דף לה:), דאפי' אם תפס אחד מן השוק, מוציאין מידו. ומשמע דאיירי אפי' שלא הביאו עדים וראיה, יעו"ש בפ"י רשב"ם (דף לה: ד"ה אין מוציאין אותה), וכן מבואר בדברי רבינו יונה (שם ד"ה אמרי נהרדעי) ובחי' הריטב"א (שם), שאין לאחד מהם ראיה. ע"ש. וכן מורה פשטות דברי הר"מ (טוען פ"י ה"ו) וטוש"ע (סי' קלט' ס"א), דאיירי אף כשלא הביאו ראיה כלל. וכן מתבאר להדיא בסמ"ע (שם סק"א, וסי' קמ"ו ס"ק נד') ובביאור הגר"א (סי' קמ"ו סק"ה) ובנתיבות (שם סק"ט). וכ"כ השער המשפט (סי' קל"ו סק"ב). ע"ש. וחזינן דאילו לא היה מי שטוען כנגדו, היה זוכה ע"י טענתו.

ז. וכדבר הזה מפורש בד' הראשונים בסוגיא שם, וז"ל הר"י מיגאש (דף לד:), וה"מ היכא דתרוייהו קאמרי ברי אבל היכא דחד מינייהו קאמר שמא ואידך אמר ברי, כיון דההוא מידי לאו ברשותיה דחד מינייהו הוא, מוקמינן ליה ברשותא דההוא דקאמר ברי, והוא אידך הממע"ה. ע"כ. וכ"כ הרמ"ה (שם, אות ס'), זה אומר וכו' אבל היכא דחד קאמר ברי וחד קאמר שמא, כיון דההוא דאמר שמא לית ליה חזקה בגויה טפי מחבריה, דכו"ע ברי ושמא ברי עדיף. ע"כ. גם הרמב"ן בסוגיא שם (דף לד:) כתב בזה"ל, ובכל הנך בין בדינא דיחלוקו בין בכל דאלים גבר א"נ ביהא מונח, הנ"מ בברי וברי, אבל בברי ושמא בכולהו ברי עדיף, דהא ליכא לחד מינייהו חזקה דממונא, אבל היכא דאיכא חזקה דממונא וכו' חזקה דממונא עדיפא. ע"כ.

יש חילוק בין אומר שדה מכרתי להיכא שאומר אחת משדותי מכרתי

[י]. ומה שהקשו הש"ך והגר"א על הרמ"א מד' הירושלמי ומד' הראשונים שהביאוהו, מצאתי בזה לארבעה נביאים המתנבאים בסגנון אחד, הלא המה: הנחלת צבי (ע"ד הרמ"א שם), האמרי בינה (דיני עדות סי' כט'), הרידב"ז בפירושו לירושלמי (יבמות פ"ב ה"א), והאבי עזרי (גירושין פ"ז ה"ח), וכולם דבר אחד אמרו, דבירושלמי שלפנינו איירי באומר אחת משדותי מכרתי ואיני יודע למי, (וכן הרשב"א והר"ן וה"ה וההג"א כולם העתיקו ד' הירושלמי כלשון הזה), והיינו שאינו זוכר ג"כ איזה שדה מכר, [א"נ שמכר שדה משדותיו, ולא סיים איזה שדה, והוא צריך לברר שדה מתוכם], דבכה"ג שפיר נקרא המוכר מוחזק, ועל כן לא מהני טענת ברי של אחר שאומר אני לקחתיה, דקיי"ל ברי ושמא אוקי ממונא בחזקת מריה. ונמצא דאין ד' הירושלמי שלפנינו סותרים לד' ההג"מ והרמ"א דאינהו איירו שזוכר איזה שדה מכר, וכמפורש בדבריהם, דבכה"ג אין זה מוציא ממוחזק, והוי כאומר על חפץ המונח ברה"ר שלי הוא, דפשיטא דנאמן. וע"ע באמרי בינה (שם) שהביא מחי' מהרי"ט לקידושין (שם בחי' על הרי"ף) שפי' כן בכוונת הירושלמי. [ועי' לרידב"ז שם שהוסיף לבאר, דלא דמי לבית מבתי אני מוכר לך או שור משורי או חצי שדה אני מוכר לך דנוטל הכחוש (מנחות קח:), דהתם יודע למי מכר, ועכ"פ הכחוש מודה לו, אע"פ שמרא דארעא הוא המוחזק והלוקח מוציא, מ"מ מה בכך כיון שמודה לו שפיר מוציא מתחת ידו, אבל בשאינו יודע למי מכר, כיון דעכ"פ עדין השדה בחזקתו והלוקח חשוב מוציא, אינו יכול

טענתו, [ועיין בד' הנתיבות במקו"א (סי' קמו' סק"ט), שפי' הטעם דבזה אומר של אבותי נאמן בטענתו, דברי ושמא ברי עדיף כל שאין כנגדו חזקת ממון. ומשמע כמשנ"ת]. רק הביא לדין זה עוד הוכחה מהגמ' לעיל (שם), בעובדא דקריביה דרב אידי, לגי' התוס' שם (ד"ה ה"ג) דל"ג טפי, שהעדים היו מעידים שרב אידי קרובו היה, וההוא גברא לא היו מכירים אם היה קרובו אם לאו. יעו"ש. ומשמע דלולי שהעדים היו מעידים כלל, שפיר היה נאמן לומר קרובו אני ולקבל הירושה. (ועי' בשו"ת משיב דבר ח"ג סי' ח' מ"ש לדחות ראיה זו. ויש להעיר על דבריו. וקיצרתי).

שדה מכרתי ואיני יודע למי ובא אחד ואמר אני לקחתיה

[ט]. והנה באומר שדה מכרתי ואיני יודע למי, ובא אחד ואמר אני לקחתיה, כתב הרמ"א (סי' רכב ס"ד) דנאמן, ומקורו בהג"מ (פ"ט מאישות אות ד'), אולם הש"ך (שם סק"ח) הביא, דה"ה (פ"ט מאישות הי"ב) בשם הרשב"א, וכן ההג"א בב"מ (פ"ג סי' יד') בשם האו"ז, חולקים על דין זה. ע"ש. והגר"א בביאוריו שם הוסיף, דלפי גי' הירושלמי (קידושין פ"ג ה"ז) שבידינו, מפורש שם דלא מהימן לומר אני הלוקח, וכ"כ הרשב"א והר"ן בקידושין (דף סג:). ותימה גדולה על הרמ"א דאישתמיטתיה כל הנך פוסקים הנ"ל. ע"כ. והנה לפי המבואר למעלה, לכאוי' פסק הרמ"א ברור הוא, דהלא כן מבואר בסוגיין דאדם נאמן לומר קרוב אני ולקבל הירושה, וכן מתבאר ג"כ בסוגיא לעיל (דף לה:). וכנ"ל. וכמפורש בד' הראשונים.

**מי שירד לשדה ללא טענה ובא אחד
וטען שלי הוא אין מוציאין אותו עד
שיביא המערער עדים**

יא]. ואי קשיא, ע"ד הש"ך והגר"א קשיא, דמדבריהם מתבאר דאפי' באומר שדה זו מכרתי וא"י למי, ובא אחד ואמר אני לקחתיה, אינו נאמן, ותיקשי עלייהו מסוגיין דהאומר אחי הוא, הרי זה זוכה בירושתו, וכן מוכח גם מהסוגיא לעיל ומד' הראשונים שם, וזהו פליאה עצומה. שו"ר באבי עזרי (שם) שג"כ תמה כן ע"ד הגר"א כנ"ל. ונראה בישוב דבריהם ע"פ המבואר ברמב"ם (פי"ד מט"ו ה"ב) ובמרדכי (ב"ב ס"י תקלד') והובא בשו"ע (סי' קמ"ט ס"ט), מי שירד לשדה ללא טענה, ובא אחד וטען שלי הוא, אין מוציאין אותו מידו, עד שיביא זה המערער עדים שהיא שלו. ע"כ. ולכא' מבואר בדבריהם בזה דלא מהני טענת ברי אפי' להחזיק, שהרי אותו היושב בשדה מחזיק בה ללא טענה, וכל כה"ג לא מיקרי להוציא. ותמוה, דזה סותר לכל מה שהוכחנו מקודם מסוגיין ומכמה דוכתי, דשפיר מהני טענת ברי היכא שאין מוחזק בדבר. ואכן כבר עמדו בזה הגר"א (סק"כ) והנתיבות (סק"ט), ואעתיק בזה ד' הנתיבות, לכא' קשה דהא בסי' קל"ט (ס"ב) מבואר, בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, דאם בא אחר וחטפה, דחייב להשיב לכל אחד, אף שאין עדים לשום אחד, והוא מהש"ס, ומ"ש הכא דא"צ להחזיר למערער עד שיביא עדים. ונראה דשאני הכא שכבר הגיע ליד המוחזק, ולכך אף כשבא אחד ואמר שלי הוא, מ"מ הדין נותן בזה דיהא מונח, כמו

להוציא מידו בלא ראייה, כיון שאינו מודה שהוא הלוקח. ע"כ. וכוונת דבריו, דהלא קיי"ל דאפי' בברי ושמא אוקי ממונא בחזקת מריה, וא"כ היכא שמודה שמכר ללוקח זה אלא שאינו יודע איזו שדה, נוטל הכחוש, דלכל הפחות יש אצלו ממון ששייך ללוקח כשווי שיעור שדה זה, משא"כ בנידו"ד שאינו יודע כלל שהוא הלוקח, ואינו יודע גם איזה שדה מכר, הו"ל ברי ושמא, ואקי ממונא בחזקת מריה, אכן באומר שדה זו מכרתי ואינו יודע למי, בזה פשיטא דנאמן, שהרי מודה המוכר ששדה זו אינה שלו, ולא שייך לומר בזה ברי ושמא. ויש להוסיף בזה, דמרא דהאי שמעתתא בירושלמי הוא רבי יוחנן, ור' יוחנן לטעמיה דאמר בתלמודא דידן (כתובות יב:), ברי ושמא אוקי ממונא בחזקת מריה]. ובאמת שחילוק זה ברור ומוכרח בירושלמי, שהרי הירושלמי המשיך ואמר, אף בקידושין כן, אחת מבנותי קידשתי ואיני יודע למי קדשתיה, ובא אחד ואמר אני קדשתיה, לא כל הימנו. וכוונת הירושלמי הוא דאף דבמשנה שם אמרו בכה"ג דנאמן, היינו דוקא שאמר קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתיה, שיוודע הבת שקידש אלא שאינו יודע למי נתקדשה, אבל בגוונא שאומר אחת מבנותי קדשתי ואיני יודע למי, והיינו שאינו יודע ג"כ איזה מבנותיו קידש, בכה"ג אינו נאמן האומר אני קדשתי. (וטעם החילוק, עיין בתוי"ט קידושין פ"ג מ"ט ד"ה ואמר קדשתי, ובחי' מהרי"ט לקידושין שם), ומדהשווה הירושלמי דין אחת משדותי לדין אחת מבנותי משמע ששניהם דין אחד להם, שגם בשדה אם יאמר שדה זו מכרתי, לא יהיה נאמן הואמר לי מכרתי. יעו"ש היטב. ובשי' הש"ך והגר"א צ"ע. (ועי' הגהת פני משה שם).

ברי, להכי בעינן עדים. [ולפ"ז יש להוכיח בדעת הר"מ והשו"ע דעד אחד באבדה אינו נאמן, שהרי כתבו אין מוציאין ממנו עד שיביא "עדים". ודין זה שנוי במח' הר"ן (חולין דף צו.) והריטב"א (גיטין דף כז. ד"ה מצאו בחפיסה) כנודע. [וכן ראיתי להנתיבות בתשובה שכי' להגרעק"א (נד' בשו"ת רעק"א ה"ו"ל ע"י מכון המאור, סי' קכ"ה בהערה), ואף דמהר"ן חולין צו' ע"א משמע דע"א מהימן באבדה, נראה דאין הכל מודים לו וכו', ומכל הפוסקים שלא הביאו דין זה נראה דע"א אינו נאמן באבדה אף שהוא לברר. ע"כ]. וע"ע בזה בדבריניו להלן (אות כ.). מיהו ק"ק אמאי לא כתבו הר"מ והשו"ע נמי, עד שיביא עדים או סימנים. דהא בהשבת אבדה מהני נמי סימנים. וצ"י]. גם בקובץ הערות (סי' עז' אות ט') דקדק כן מל' המרדכי (שם) שכי', דטענת המחזיק לא אצא עד שתברר בעדים שהיא שלך, טענה נכונה היא, וביאר בטעם הדבר בזה"ל: דכל ממון שבא לידי אדם ואית ביה ספיקא, אינו רשאי שיוציא מידו עד שיתברר בעדים ברורים. ע"כ. וממה שכתב אינו רשאי שיוציא מידו, דמשמע דעל המחזיק יש חובה מוטלת להשאיר החפץ בידו, ובהכרח דהיינו משום שמוטלת עליו חובת השבה. ואולם לא אדע ביאור הענין, דלכאנ' מהי"ת דהוי אבדה כלל, דהלא בקרקע לא שייך דרך הינוח ודרך נפילה, ואולי י"ל דכיון שאין ידיעה כלל למי שייכת הקרקע, ואף לא לשכנים לאותה שדה, חשיב אבדה, דמסתמא לא ישבו בה בעליה זמן רב, ואבודה מינייהו מיקרי.

בכל אבידות שכשהגיע ליד איזה אדם דאין מחזירין לשום אדם שיבא ויאמר שלי הוא עד שיביא עדים או יתן סימנים, ואף דגבי אבדה אסור המוצא לאכול פירות, הכא מותר, כיון דבעל הקרקע אינו כאן ואינו משתדל להשכירה, חשיב כחצר דלא קיימא לאגרא, אבל היכא שלא הגיעה הקרקע לשום אדם, בכה"ג שפיר נאמן בטענת ברי ידידה. יעו"ש. [והנה הקה"י (ב"ב סי' כו') העיר ע"ד הנתיבות, דיש לדון אי שייכא בקרקע דין דשומר אבדה. וכוונתו להעיר, דהלא קרקע נתמעטה מדיני שמירה. אולם כבר כתב הש"ך (סי' סו' ס"ק קכו') עפ"ד הר"מ (שכירות פ"ב ה"ג), דלא מייעטה תורה קרקע מחיוב שמירה, אלא מחיובי תשלומין נתמעט. יעו"ש. ודו"ק].

טעם הדין הנוכח הוא מדיני השבת אבדה דלא מהני ביה טענת ברי

[יב]. ועכ"פ מד' הנתיבות מתבאר דרך חדשה, דזהו מדיני השבת אבדה, דביה לא מהני טענת ברי, (ואכן דין זה גופיה צריך ביאור, למה לא מהני טענת ברי באבדה. ולהלן אדבר מזה). ותנא דמסייע ליה הלא הוא רבינו המאירי בב"ב (דף מא.), שהביא ד' הר"מ הנז', ושוב כתב, ויש חולקין לומר שמאחר שזה בא בטענת ברי והלה מודה שלא היה שלו נותנין לו למערער. ובסו"ד כתב המאירי להק' על שיטה זו, שא"כ במציאה למה הוצרכו לסימנים. ע"ש. ולכאנ' כוונתו להשוות דבר זה למציאת אבדה, דכיון שנכנס לקרקע כשלא היו בעליה בה, הרי שנתחייב בהשבת הקרקע לבעליה, כדין השבת אבדה, ובהשבת אבדה לא מהני טענת

אין המוכר יכול לתת השדה לטוען ברי מדין השבת אבידה דלא מהני ביה טענת ברי

[ג]. ועפ"ז י"ל כזה ממש בישוב שיטת הש"ך והגר"א, דמה שאינו נאמן לומר אני לקחתיה הוא מדיני השבת אבידה, דבכה"ג שיודע המוכר שמכר שדה זו, והלוקח עדין לא בא ליקח הקרקע, מוטלת על המוכר מצות השבת אבידה, להשיב השדה למי שלקחה ממנו, ולהכי לא מהני טענת ברי, דבהשבת אבידה לא מהני טענת ברי אלא סימנים דוקא. וכזה מצאתי בשיירי קרבן ביבמות (פ"ב ה"א) שהביא ד' הג"מ וכו' להקשות בזה"ל, ועוד קשה לסברתו, המוצא מציאה ובא אחד ואמר שלי הוא יתננה לו, שהרי המוצא מודה שאינו שלו, וכ"ת שאני מציאה דכתיב עד דרוש אחיך, צריך לדורשו אם הוא רמאי, "אף אנו נאמר זו למציאה דמיא". ע"כ. וה"ז כדברינו דסברת החולקים ע"ד הג"מ והרמ"א הוא משום דס"ל דיש לזה דין אבידה. [אם כי כבר מילתנו אמורה בזה, מה שיש לעורר ע"ז, דמהי"ת דהוי אבידה כלל, ורק בגוונא שלא בא הלוקח לזמן מרובה, בכה"ג יש מקום לומר דהוי כדרך אבידה, ולפ"ז בגוונא ששכח המוכר מיד לאחר המכירה, והלוקח עדין לא הגיע לקרקע, בזה לא חשיב אבידה כלל, ומודו הש"ך והגר"א דשפיר נאמן לומר אני לקחתיה. וצריך בירור]. וכאשר דימיתי כן מצאתי להגר"א בקובץ הערות (סי' עז) שנקט כן בפשיטות, ומכח זה תמה על שי' הרמ"א בזה דנאמן לומר אני לקחתיה, דמדוע גרע מכל אבידה דעלמא דאינו נאמן. ובאמת שהש"ך (סי' רכב' סק"ח) כ' ע"ד הרמ"א שם, דבסי' קמו' ס"ט משמע קצת

דלא כהרמ"א. ע"כ. וכוונתו לדין הנ"ל, במי שירד לשדה ללא טענה, אין המערער יכול להוציאו אלא בעדים, ונתבאר דזהו מדיני השבת אבידה, וא"כ מאי שנא הכא דנאמן לומר אני לקחתיה.

[יד]. ובישוב שיטת הרמ"א נראה (עיין קה"י ב"ב סי' כו), דבגוונא דהרמ"א נאמן לומר אני לקחתיה משום דלא חציף לומר לקחתיה שמא יכחישנו בעל השדה ויכיר בו שאינו זה שלקחה, דמה"ט לענין קדשתי את ביתי מהימנין ליה כמבואר בקידושין (דף סג:), דמדין זה יליף בירושלמי לנידוד (לגי' ההג"מ והרמ"א), ומשו"ה י"ל דאף אם יש לו דין אבידה, מהני סברת לא חציף להאמינו להשיב לו הקרקע, משא"כ היכא שירד לשדה ואינו מכיר הבעלים של השדה כלל, דלא שייכא בזה סברת לא חציף, בזה אינו נאמן עד שיביא עדים, וכדין אבידה דעלמא. [ויש מקום ליישב ד' הרמ"א באופ"א, והוא עפ"מ"ש השער המשפט (סי' קלט' ס"ק ב') בטעם הדין שאין המערער יכול להוציא את המחזיק ללא טענה, עד שיביא עדים, דכיון שבעת שהחזיק בה לא אמר לו אדם דבר, א"כ דילמא בעל השדה הפקיר, או שמא בעל השדה מוחל, ולכך אין המערער יכול להוציא מידו. ע"ש. וכ"כ בשו"ת שאילת יעב"ץ (ח"א סי' קמב'). ולפ"ז לק"מ אד' הרמ"א, דהתם כיון שלא החזיק בה אדם, שפיר נאמן לומר אני לקחתיה, ואין לנו לחוש ולבדות מליבנו, שמא בעל השדה מחל או הפקיר].

**מאי שנא השבת אבידה מכל דיני
ממונות דמהני בהו טענת ברי היכא
שאין תובע כנגדו**

מהני ברי באבידה, נראה כמ"ש הגרש"ש בשע"י (ש"ו פי"ד), שבאבידה יש גזיה"כ עד דרוש אחיך אותו, דרשהו אם רמאי הוא, והיינו שלא סגי בטענת ברי גרידא בלא דרישה וחקירה, וזהו מצוה מיחדת בהשבת אבידה שלא יחזיר רק ע"י בירור, וענין זה הוא דין מדיני המצוות לשמים כמו דיני האיסורים, ולא מדיני המשפטים בדיני ממונות. וכן תי' החלקת יואב (אהע"ז סי' טו').

טז]. והנה רבינו הגר"א בשו"ע שם (סי' קמו' ס"ט), הקשה על הדין דהר"מ והמרדכי, דמד' הגמ' בב"ב (דף לה:) מתבאר שמוציאין ע"פ טענת ברי, (וכקו' התיבות הנד'), וגם הוסיף לדחות ראיית המרדכי לדין זה. ויעוין בדבריו דמשמע דלדינא לא ס"ל כהר"מ והמרדכי. ע"ש. ותמוה, דזה סותר למשנתו בסי' רכב', דאינו נאמן לומר אני לקחתיה, וק"ו הוא, דאם אינו נאמן אפי' כשאין מוחזק, ואפי' כשיש סברת לא חציף, כ"ש בנידו"ד שלא יהיה נאמן. וצע"ג. [ואולי י"ל דהגר"א ס"ל כשי' הרמב"ן במלחמות בב"מ (דף כו.), דהיכא שנוטל האבידה שלא ע"מ להשיבה לבעליה, אין לו דין שומר אבידה והרי הוא לבעלים כמונחת בקרקע. יעו"ש. ולפ"ז י"ל דדוקא במוכר שרוצה להשיב הקרקע ללוקחה ממנו, יש לו דין השבת אבידה, ולכן אין משיבין ע"פ טענת ברי, משא"כ בגוונא דהר"מ שירד לקרקע שלא ע"מ להשיבה לבעליה, אין לו דין שומר אבידה, ושפיר זוכה ע"פ טענת ברי להוציאה מידו ועי'].

למה האחים מקבלים ירושה ע"פ טענת ברי שלו הלא הוי ברי על ידי אחר

טז]. ואכן בעיקר הדין דבאבידה אינו נאמן בטענת ברי לומר שלי הוא, לכאוי מאי שנא מכולהו הנך גווני דכיון דליכא מוחזק לכו"ע ברי עדיף, וכבר נודע בשערים דברי הפנ"י בכתובות (דף יב.) מ"ש ליישב בזה, [ויעו"ש שהעמיד את קושיא זו למ"ד ברי ושמא ברי עדיף, ולכאוי להאמור היכא דלא הוי מוחזק לכו"ע ברי עדיף, וא"כ לכו"ע תיקשי הכי, מיהו י"ל דכיון דהוי שומר אבידה, יד שומר כיד בעלים, ושפיר מקרי להוציא. ועיין]. ועי' באחרונים מה שהעירו על תירוצו. והנה הגרעק"א בתשו' (ח"ג סי' צ') והפרי יצחק (ח"ב סי' נו') והקו"ש (ח"ב סי' ה') תי', דהא דברי ושמא ברי עדיף הוא דוקא כשהתובע נמצא לפנינו וטוען שמא, אבל באבידה שאין ידוע מי הבעלים, שמא יבוא אח"כ ויטעון ג"כ ברי, ומה שהמוצא טוען שמא לא מהני, דלאו שמא דבעל דין הוא, שאין הנידון שמא האבידה של המוצא, אלא שמא של אחר הוא. ע"כ. והגרעק"א הנז' כ"כ בקיצור נמרץ, דלא מהני אלא שמא דבעל דין. אלא שהגרעק"א העיר ע"ז, דמד' הרמ"א הנז' (סי' רכב') מוכח לא כן, שהרי גם שם אין שמא דבעל דין, דהמוכר מודה שאינו שלו, ואפ"ה זוכה ע"י טענת ברי דיליה. עכ"ד. ואיברא דאי משום הא לא איריא די"ל דסברת הרמ"א הוא משום דלא חציף וכנ"ל, אכן עדין יקשה טובא על תירוצם מסוגיין דמבואר דנאמן לומר קרוב אני וזוכה בירושה ע"פ טענתו, אף דאין כאן שמא דבע"ד, וכן מהסוגיא לעיל (דף לה:) דנאמן לומר של אבותי היא ולקבל הקרקע, אף שאין בזה שמא דבע"ד. וחזינן דא"צ בשמא דבע"ד. וצ"ע. ובעיקר הענין למה לא

הירושה ע"פ טענתו, חזינן דטענת ברי של בע"ד מהני לבע"ד אחר. וניחא.

[יח]. ועתה נשוב אל הראשונות, בעיקר הטעם שנאמן לומר אחי הוא ולזכות בירושתו, שהנה כי כן ראיתי להגרש"ר (אות קנ') שהוסיף לבאר באופ"א, וזת"ד, דיש לומר דנאמנותו הוא בגדר עד אחד, ואף דבדבר שבממון רק על פי שנים יקום דבר, הכא כיון שאין שני בעלי דברים חולקים על הדבר, לא הוי דבר שבממון, אלא חשיב כאיסורים דע"א נאמן בהם, ולכן נאמן אפי' כלפי עצמו, כדין ע"א באיסורין. ע"ש. ולפי דרך זו, הטעם שאחיו זוכים בירושתו ע"פ טענתו, אתי שפיר בפשיטות, דלגבייהו נמי הוי כע"א באיסורין. ופשוט. מיהו לכאור' עיקר דרך זו מיתלי תלי בפלוגתא הר"ן (חולין דף צו.) והריטב"א (גיטין דף כז.), בדין ע"א באבידה, דלדעת הריטב"א דאינו נאמן, חזינן דלא שמיצא ליה, כלומר לא סבירא ליה האי סברא, דהיכא שאין שני בע"ד חלוקים על הממון חשיב כעד אחד באיסורין, דא"כ באבידה אמאי אינו נאמן. ושוב בינותי די"ל דגם הריטב"א לא כתב כן אלא באבידה, דהמוצא שהוא שומר אבידה, הוי כתופס עבור הבעלים, וכמ"ש התוס' בב"מ (דף ב. ד"ה ויחלוקו), ומהאי טעמא כתב הנהניבות (סי' פב' כללי מיגו סק"ד), דחשיב מיגו להוציא. אבל בירושה שאין מוחזק כלל, אף הריטב"א יודה דחשיב כע"א באיסורין.

אם מורידין קרוב לירושה על פי עד אחד שמעיד שהוא קרובו של המת

[יז]. ולפי דרכינו עתה, דמה שזוכה בירושה הוא ע"פ טענת ברי דיליה, לכאור' עדין אי"ז מיישב מכח מה אחיו זוכים ע"פ טענתו, וכדקתני מתני' נפלו לו נכסים ממקום אחר יירשו אחיו עמו, הלא הם אינם באים בטענת ברי, וטענת ברי ע"י אחר לא מהני כדלקמן (דף קלה:), ומה טעם יטלו אחיו עמו. אכן באמת בנידו"ד אי"ז ממש ברי ע"י אחר, דהרי מי שטוען ברי הוא בע"ד, ויש מקום לומר דבכה"ג שפיר מהני טענתו לאחר, דעיקר הטעם דלא מהני ברי ע"י אחר הוא משום דלא טען בע"ד, וטענת אחר דאינו בע"ד אינה טענה, וא"כ בנידו"ד דיש לו כח לטעון עבור עצמו, מועילה טענתו גם לאחיו. [וזהו כדוגמת מה שאמרו בב"ק (דף ע.), האי אורכתא דלא כתיב בה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך, לית ביה ממשא, מ"ט משום דא"ל האיך לאו בעל דברים ידידי את, ואי כתיב ביה למחצה לשליש ולרביע, מיגו דמשתעי דינא אפלגא מישתעי דינא אכולהו]. וכבר כתב הקו"ש (אות תס') לדון בזה, וכתב דמד' הרמב"ן בשבועות (דף מב:) מוכח דלא מהני טענת ברי של בע"ד לבעל דין אחר. וכוונתו ממ"ש הרמב"ן שם, דטענת ברי של האב לא מהני לאחר מיתתו לבנו, אע"ג דבשעה שטען היה האב בע"ד. ע"כ. ברם הוכחתו תמוהה, דהרמב"ן איירי שהבן טוען שכך אמר לו אביו, אבל אנו אין יודעים אם כדבריו כן הוא, ואין לפנינו טענת ברי של בע"ד כלל. שו"ר להגרש"ר (אות קעב') שדחה כן, והוסיף, דעוד יתכן לומר, דאפי' יש עדים שטען האב כן, לא מהני לבן, כיון דלא טען כן בבית דין. ע"ש. ועכ"פ מסוגיתין דהאחים מקבלים

הוא נראה ברור דהרמ"א בהגהותיו לשו"ע ג"כ כיון לתשו' הריב"ש הנז'. [והגם שבדרכי משה זכר ג"כ את הדין השני שבתשו' הריב"ש, אולם לא הזכירו בגוונא ובלשון שכ' בשו"ע. ודו"ק]. וכן ראיתי לפו"ר בכמה מן האחרונים (עי' שו"ת משיב דבר להנצי"ב ח"ג סי' ח', ובאמרי בינה דיני עדות סי' כט') שהבינו בפשיטות בכוונת הרמ"א, דר"ל דאין מורידין לירושה ע"פ ע"א שמעיד שהוא הקרוב. ואיך שיהיה בכוונת הרמ"א בשו"ע, מ"מ הלא בדרכי משה הזכיר להדיא מתשו' הריב"ש בסי' מו', וכן"ל, ומשמע דהכי ס"ל לדינא. [ומד' הרמ"א הללו נמצאנו למדין, דלהלכה אין משיבין אבידה ע"פ ע"א, דהיינו ממש דומיא דהכי, ודלא כהר"ן הנז'. וכן הוכיח כזה בדברי חיים (קידושין סי' כב', בהגה מבין המחבר). ע"ש. ועיין לעיל אות יב', וצרף לכאן].

תמיהה רבתי דלא יתכן דטענת ברי עדיפא על עד אחד

כ]. ואמנם אני לכשעצמי תמה על דינו של הרמ"א, דהיאך יתכן דע"פ טענת ברי מורידין לירושה, וכמו שהוכחנו למעלה מדינא דמתני', והבאנו עוד ראיות לזה, ואילו ע"פ טענת עד אחד אין מורידין לירושה, והא קמן שי' הר"ן הנז' דבאבידה משיבין ע"פ עד אחד, אע"ג דאין משיבין ע"פ טענת ברי. וביותר דמסתימת הרמ"א משמע דאיירי אפי' בגוונא שהקרוב טוען בברי שהוא הקרוב הראוי לירש, וכן הוא בתשו' הריב"ש גופיה, דאיירי בעובדא שהקרוב היה טוען ברי. יעו"ש. וזהו סותר לכל מה שהארכנו להוכיח, שהבא בטענת ברי, מורידין אותו לירושה, היכא שאין שם

יט]. אולם לנגד עינינו עומדים ד' הרמ"א (סי' רפד' ס"א) שכ', ולא מורידין קרוב לירושה ע"פ עד אחד. ולכא' כוונת הרמ"א לנידו"ד, היכא שלא נודעו קרובים למת, והעד מעיד שפלוגי הוא קרובו של המת, דאין מורידין לירושה על פיו, (וכל הסעיף שם איירי בענין איזה הוכחה וראיה מספיקה, שנדע שהוא קרובו של המת הראוי ליורשו). ברם הש"ך (שם ס"ק ב') והגר"א (סק"ב) כתבו על ד' הרמ"א, הכי איתא להדיא בגמ' בכתובות (דף קז.). ושם בגמ' איירינן שאין מורידין קרוב לירושה ע"פ עד אחד שמעיד על מיתת קרובו, ומבואר שפי' בכוונת הרמ"א באופ"א ממש"כ. אכן הנה במקור ד' הרמ"א ציין המציין לתשובת הריב"ש, ובאמת בשו"ת הריב"ש נמצאו שני נידונים אלו, דבסי' מו' כתב, דאין די בעדות עד אחד שהוא קרובו, שנוכל לתת לו הירושה, אפי' בגוונא שלא נודעו לו קרובים אחרים. ובסי' קנה' (וכן בסי' קפא' קפב') איירי, בדין ע"א שמעיד פלוני מת, שאין מורידין על פיו. והביא את ד' הגמ' בכתובות הנ"ל. ע"כ. ולכא' אין הכרע למה כיוון הרמ"א. מיהו ממה שקבע הרמ"א את דין זה בסעיף א', ששם איירי בהוכחות וראיות מי הוא הקרוב הראוי לירש, ולא קבע את דבריו בסעיף ב' דשם איירי בהוכחות שהמוריש מת, משמע שכוונתו לד' הריב"ש בסי' מו', שאין מורידין לירושה ע"פ ע"א שמעיד שהוא קרוב של המת. וכן ראיתי בדרכי משה הארוך שכ' במפורש בזה"ל, וכ' הריב"ש עוד שם סי' מו', דעד אחד אינו נאמן להעיד שהוא קרובו עיין שם. עכ"ל. וכיון שכן

לירש אף כשאנו ת"י שום אדם. עכ"ד. ברם באמת ד' הרמ"א בזה תמוהים, וכמו שהקשינו מקודם, דהיאך יתכן שיזכה בטענת ברי ולא יהיה נאמן ע"פ ע"א, וכן תמוה דלמה לא יזכה לכה"פ מכח טענת ברי ידידה, דסתימת ד' הרמ"א משמע דבכל גוונא אין מורידין אותו לירושה.

כא. ובהיותי מיצר בזה מצאתי לשנים מן האחרונים דאזלי בתר איפכא, הלא המה, הנצי"ב בשו"ת משיב דבר (ח"ג סי' ח) והאמרי בינה (דיני עדות סי' כט), שהביאו ד' הרמ"א בזה, והקשו מדין זה ע"ד הנתיבות הנ"ל (אות ח) שכ', דמי שבא וטען אני הוא הקרוב הראוי לירש, ואין שם יורש ודאי, ה"ז יורד לירושה ע"פ טענתו, וביאר בזה את דינא דמתני', וע"ז הקשו הנצי"ב והאמרי בינה, דאם אינו נאמן ע"פ ע"א, כ"ש שלא יהיה נאמן ע"פ עצמו. ומכח זה דחו לד' הנתיבות, והעלו דאינו נאמן ע"פ טענתו, [וז"ל הנצי"ב שם, ומעולם לא עלה על הדעת לומר, שאדם יאה נאמן ע"ע שהוא קרוב של המת, ולא נצרך הגהת הרמ"א אלא דאפי' ע"א אינו נאמן]. ומה שבמשנתנו זוכה ע"פ טענתו, ביארו בדבריהם שם, דכיון שכבר אמר שהוא אחיו בעוד שהיה חי, והחזיקו לאחיו ונתן לו חלק מירושת אביו, אנן סהדי דהאמת איתו ומה לו לשקר. ע"כ. ולפ"ז נמצא דבמקום שלא היה לו ירושה מאביו, ולא חלק עמו בירושה, אינו נאמן לירש נכסי אחיו כשימות. והדוחק בטעם זה רור מאליו, וכבר נתבאר דעיקר דינו של הרמ"א דלא מורידין לירושה על פי עד אחד לא נתברר מקורו, מה גם שכבר הארכנו

יורש ודאי. ובאמת שבתשו' הריב"ש (שם) שהוא מקור ד' הרמ"א, דן במעשה באדם שהפקיד אצל ראובן פקדון ומת, ובא אחד וטען שהוא קרובו של המת, ותובע מראובן שיתן לו הפקדון, ויש עד אחד מעיד כדבריו שהוא קרובו, וע"ז כתב הריב"ש, שאין ב"ד מורידין אלא ע"פ עדות ברורה של שני עדים. ע"ש. וא"כ יש מקום גדול לחלק ולומר, דאף הריב"ש לא אמרה אלא בכה"ג שהיה הממון ביד הנפקד, אזי אינו רשאי להוציאו מידו וליתן למי שטוען שהוא יורש, עד שיביא עדות ברורה של שני עדים, דהנפקד תופס עבור הבעלים (כמ"ש התוס' בב"מ דף ב. ד"ה יחלוקו), והטוען שהוא הקרוב חשיב כבא להוציא משא"כ בממון המוטל לפנינו ואין אחד מחזיק בו, שפיר י"ל דזוכה ע"פ עד אחד, או ע"פ טענתו. ושו"ר בד' הריב"ש שם (סי' מז'), שפי' כן בדבריו להדיא וז"ל, מ"מ כיון שלא נודע בפרסום "ובא להוציא מיד אחר", צריך להביא עדים שהוא הקודם בירושה ואין אחר קודם לו. ע"כ. ועוד לו שם, משא"כ בנידון זה "שזה בא להוציא מיד אחר" ע"י ב"ד, ויש לב"ד לחוש לכל מה שאפשר שלא יצא מתח"י דבר שאינו מתוקן. ע"כ. ומפורש כדברינו, שאף הריב"ש לא אמרה אלא בבא להוציא מיד הנפקד. אולם מסתימת ד' הרמ"א משמע שלא חילק בזה. וכבר ראיתי באמרי בינה (דיני עדות סי' כט' ד"ה הדרן) שהרגיש בכ"ז וכ', דהריב"ש איירי במוחזק בפקדון, מ"מ הרמ"א סתם הדברים, דלעולם אין מורידין משמע, ובכל מקום אין ע"א נאמן להחזיקו

וכשם שצירוף בראייה לחוד מבטל את העדות, אלא אפי' לתוס' דלא סגי בצירוף בראייה לחוד אלא עד שיבוא לב"ד להעיד, עדין יש לומר דצירוף בהגדה לחוד תבטל העדות, דהא דבעלמא אינו מבטל העדות אלא עד שיבוא ג"כ להעיד, אינו משום שצריך צירוף בראייה ובהגדה, שהרי א"צ שיגידו עדותן בתוכ"ד (כמ"ש התוס' ד"ה אמר רבא), אלא משום דלא מיקרו עדים עד שיעידו עדותן בב"ד, וכמ"ש הרא"ש (שם), ולעולם הצירוף אינו אלא בראייה לחוד, וא"כ בנידו"ד שהיה צירוף בהגדה, וגם מיקרו עדים שהרי באו להעיד בב"ד, שפיר י"ל דבטלה עדותן אחר שנמצא אחד מהן קרוב או פסול.

נחלקו בזה הראשונים

ב]. ודבר זה נפתח בגדולים, וז"ל הטור (סי' לו'): והרמ"ה הוסיף לומר, דהא דאמרין כשאומר שבא לראות אינו פוסל, זהו דווקא שלא העידו ביחד בב"ד בתוכ"ד, אבל אם העידו ביחד בתוכ"ד, אפילו אומרים שלא באו אלא לראות, ואפילו לא ראה זה את זה, ונמצא אחד מהן קרוב או פסול, עדותן בטילה, דהא עיקר קרא בשעת הגדה קאי, הלכך לא שנא נצטרף עמהם קרוב או פסול בשעת ראייה להעיד ולא העיד עמהם בשעת הגדה, ולא שנא נצטרף עמהם בשעת הגדה ולא בא להעיד בשעת ראייה או שלא ראו כאחד, עדותן בטילה. וא"א הרא"ש ז"ל כתב, אפילו אם כיון לראות כדי להעיד אינו פוסל, אא"כ כיון לראות כדי להעיד ובא לבית דין והעיד, אבל אם לא כיון לראות כדי להעיד, אפי' בא

להוכיח דבעלמא אדם זוכה ע"פ טענת ברי ידידה היכא שאין מוחזק, ומדוע שישתנה ירושה בדין זה. וד' הרמ"א הנז' צע"ג.

אחד מן העדים קרוב או פסול עדותן בטלה

היכא שנצטרף הקרוב בהגדה ולא בראייה האם היא עדותן בטלה

א]. מכות (דף ה:). ומה שנים נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטילה אף שלשה וכו', ואימתי בזמן שהתרו בהן וכו'. ובגמ' (דף ו.) מבואר, דאמר' להו למיחזי אתיתו או לאסהודי אתיתו. והיינו שאין הפסול מצטרף אא"כ היתה כוונתו לראות בשביל להעיד ע"ז. ונחלקו הראשונים האם צריך שיבוא הפסול להעיד בב"ד, דמד' רש"י (בפי' הסוגיא) משמע שא"צ לבוא להעיד, אלא כיון שהצטרפו בראייה בטלה עדותן, וכ"כ הראשונים בכאן בשי' רש"י, וכ"כ הרשב"ם (ב"ב קיג: ד"ה ג' שנכנסו), וכן שי' הר"מ (הל' עדות פ"ה ה"ה). ברם שי' התוס' (דף ו. ד"ה שמואל) והרא"ש (סי' יא'), שאינו פוסל העדות עד שיבוא הפסול להעיד בב"ד, הא לאו הכי עדותן כשירה. ועתה יש לדון מה הדין בגוונא שהצטרפו בהגדה, שהגידו הכשרים והפסול יחד בתוכ"ד, ולא נצטרפו בראייה, וכגון שלא כיוונו להעיד, האם מצטרף הפסול לכשרים לבטל העדות, או לא. והאי בעיא הוא בין לרש"י בין לתוס', דלשי' רש"י שפיר י"ל דצירוף בהגדה מהני לבטל העדות,

שיזומו כולן, שהצירוף הוא רק בשעת הגדה. ודו"ק. שו"ר בגבורת ארי (דף ו. ד"ה אמר רבא) שהביא ד' התוס' וכ' ע"ז, ונמצא לפ"ז דבדין נמצא אחד מהן קא"פ איכא תרי גווי לבטל עדותן, או שראו בבת אחת, אף שהעידו לאחר כדי דבור, או שהעידו בתוכ"ד, אף שלא ראו בבת אחת. אכן בסו"ד כתב שיש לדחות הוכחה זו מדבריהם. ע"ש. ואין להוכיח ממה שלא כ' התוס' (ד"ה אמר רבא) לפרש, דרבא שאמר והוא שהעידו כולן בתוכ"ד, איירי גם בדין קא"פ, ובגוונא שהיה צירוף בהגדה ולא בראייה. דזו אינה ראייה, דרבא אמתני' קא, ומתני' איירי כשהיה צירוף בראייה, ומשו"ה לא נחא להתוס' לפרש כן. וצ"ע. ועכ"פ אין לנו אלא ד' הטור והב"י, דלד' התוס' והרא"ש צירוף בהגדה לא מהני לפסול.

ג]. וכד' הרמ"ה דמהני צירוף בהגדה לחד, מצאתי גם בחי' הריטב"א שכתב כן בדעת רש"י וז"ל (ד"ה למיחזי): פרש"י ז"ל לאסהודי אתיתון וכו' ואע"פ שלא באו לב"ד להעיד וכו' וכ"ש אי אתו מעיקרא למיחזי והשתא אתו לב"ד להעיד והעידו, זו שיטת רש"י ז"ל. ע"כ. [ולא נתבאר בדבריו אם דווקא כשהעידו בתוכ"ד, ולכא' לא גרע מדין עד שיזומו כולן דאינו אלא כשהעידו בתוכ"ד]. גם הגבורת ארי (דף ו. ד"ה והוא שהעידו) כ', דמ"ש רש"י (ד"ה והוא שהעידו כולן) דדין עד שיזומו כולן הוא דווקא שהעידו כולן בתוכ"ד, היינו בגוונא שלא היה צירוף בראייה, ולהכי בעינן צירוף בהגדה. יעו"ש שהכריח כן בכוונת רש"י.

מחלוקת ראשונים האם בהזמה יש את הדין דנמצא אחד מהן קרוב או פסול

ד]. והנה במשנה להלן (דף ו. ו), היו שנים רואין אותו מחלון זה וכו' בזמן שמקצתן רואין אלו את אלו, הרי אלו עדות אחת.

לבית דין והעיד, או שכיון לראות כדי להעיד ולא העיד, אינו פוסל. ע"כ. וביאר הב"ח, דכוונת הרא"ש אפי' העיד תוכד"ד, כיון שלא נתכוין בשעת ראייה כדי להעיד, אין ההגדה מצרפת. וע"ש בב"י, שהרא"ש כתב כן בפ"ק דמכות, ושכן דעת התוס'. ע"כ. ונמצא דנידו"ד מחלוקת ראשונים היא, דדעת התוס' והרא"ש דהגדה אינה מצרפת, ודעת הרמ"ה דהגדה מצרפת. [וכן משמעות הנמוק"י בכאן שכ' ע"ד הגמ' למיחזי אתיתו וכו', ופירש ר"י דוקא שהעידו כבר בב"ד, והרמ"ה ז"ל כתב, דהא דאמר' אי למיחזי אתו עדותם כשרה דוקא דלא אסהידו בהדי הדדי בב"ד בתוכ"ד, אבל אם העידו כל אחד בתוכ"ד של חבריו, עדותן בטלה. ע"כ. וממ"ש הנמוק"י, והרמ"ה כתב וכו'. משמע דר"י בעל התוס' (שהזכירו לעיל מיניה) חולק ע"ז]. והגם שאין להרהר אחר ד' רבותינו ראשונים כמלאכים, הלא המה, הנמוק"י הטור והב"י, יורשה לי לשאול מהיכן הוציאו כן מד' התוס' והרא"ש, דהלא התוס' והרא"ש לא כתבו אלא שהפסול ג"כ העיד בב"ד, דרק בכה"ג ה"ז פוסל, וכבר נתבאר (באות א') שאין זה משום שצריך צירוף ג"כ בהגדה, דהרי לא בעינן תוכ"ד (כמ"ש התוס' ד"ה אמר רבא), אלא דלא חשיבי עדים כ"ז שלא העידו ג"כ, וכל' הרא"ש הנז', וא"כ בנידו"ד שהיה צירוף בהגדה, שפיר יש לומר דמודו התוס' והרא"ש דחשיב צירוף לבטל העדות. [ויש להוסיף עוד, דהלא התוס' (ד"ה אמר רבא) הקשו מאי שנא דלדין נמצא אחד מהן קא"פ א"צ שיעידו בתוכ"ד, ולדין עד שיזומו כולן צריך שיעידו תוכ"ד, ותי', דבהזמה שאינן אומרים אמת אם כן לא בא עדותן אלא כשיעידו בב"ד, ולכן צריך שיעידו בתוכ"ד, דעי"ז חשיבי כעדות אחת. ע"כ. ועכ"פ ממ"ש התוס' להשוות ביניהם, יש ללמוד מדבריהם דהיכא שבאמת אין צירוף לקא"פ בשעת ראייה אלא בשעת הגדה, דשפיר הוי צירוף, וכמו שמצאנו כן בדין הזמה דעד

סגי בצירוף בהגדה כי היכי דליהוי בהו דין דנמצא אחד מהן קא"פ. יעו"ש].

ה]. ובאמת שלא נתבאר בתוס' אי ס"ל כהר"מ, דאפי' העידו לאחר תוכ"ד והוזם אחד מהן בטלה כל העדות, או דס"ל כהראב"ד דדווקא בתוכ"ד בטל העדות, ולכא' מ"מ"ש התוס' (דף ו. ד"ה אמר רבא), דבהזמה אין צירוף אלא רק בהגדה, ולהכי הדין דעד שיזומו כולן אינו אלא בשהעידו תוכ"ד. ע"כ. א"כ ה"ה בפסול הזמה שמבטל העדות, ג"כ אינו אלא עד שיעידו תוכ"ד. וכן צידד מתחילה מהרש"ל בחידושיו שם, שכן הוא לשי' התוס'. אלא ששוב כתב, דיש לומר שאף שלענין הזמה חשבינן שאינם עדי אמת, אבל לענין דין ביטול העדות חשבינן כקרוב או פסול. ע"כ. וכן מתבאר מד' הכס"מ (שם) דדעת התוס' הוא כדעת הר"מ. אולם הש"ך (סי' לו' ס"ק ו') האריך לומר דכוונת התוס' הוא דוקא בתוכ"ד. ע"ש. והנה לשי' הכס"מ, יש מקום ליישב ד' התוס', דהגם דצירוף בהגדה אינו צירוף לענין דין דקא"פ, מ"מ בהזמה כיון שנתקבלה עדותן בב"ד ככת שנצטרפה משעת ראיה, שפיר חשיב צירוף. [והיינו שא"צ שבאמת יהיה צירוף בשעת ראיה, אלא סגי שב"ד מקבלין אותן ככת מצורפת משעת ראיה, וזהו מה שמצרפן להיות ככת אחת]. ועיין בנתיבות (סק"ג) מה שיש ליישב ע"פ דבריו, ברם עדיין יישוב זה אינו רק לד' הכס"מ הנז'. אכן לשי' הש"ך הנז' אכתי קשיא, ויעויין בקצוה"ח (שם סק"ד) שכתב ליישב קו' זו גם לשי' הש"ך. וע"ע בגבורת ארי (דף ו. ד"ה אמר רבא) מה שכתב לחלק בין צירוף בהגדה לצירוף דעדים זוממין. ע"ש. (וע"ע בדבריו להלן ריש עמוד ב'). ועדין צ"ע.

וכ' התוס', הרי אלו עדות אחת, שאם נמצא אחד מהן קרוב או פסול, עדות כולם בטילה, וכן שאם נמצאת אחת מהן זוממת, אין נהרגין עד שיזומו כולם, ובטלין נמי עדות כולם בהזמה אחת מהן, דהזמה הוי כנמצא אחד מהן קא"פ. ע"כ. ומבואר דגם בהזמה שלא ראו בכלל, ג"כ יש בזה דין דנמצא אחד מהן קא"פ. וכן מתבאר מד' רש"י (שם ד"ה בדיני נפשות) דיש דין קא"פ בהזמה. וכ"כ הר"מ (עדות פ"כ ה"ג) והראב"ד בהשגות, אלא שנחלקו אם זה אפי' שהעידו לאחר תוכ"ד. ע"ש. אכן שיטת הרמב"ן והריטב"א (דף ו. ד"ה אלא מעתה), דבהזמה אין דין נמצא אחד מהן קא"פ, דכיון שהוזם שלא היה שם אינו מהם. ע"כ. (ועיין בפ"י הריטב"א למתני' דף ו. ד"ה היו שנים. וצ"ע). ומכללן של דברים אתה למד לנידו"ד, דהרמב"ן והריטב"א סבירא להו דמהני צירוף בהגדה כדי לפסול העדות, ועד כאן לא פליגי אלא בהזמה לפי שלא היה שם ולא ראה כלל. ועכ"פ יש לתמוה דלפמ"ש הטור והב"י בשם התוס' והרא"ש דאין צירוף בהגדה, היאך כתבו התוס' דיש דין קא"פ בהזמה, הלא כיון שהוזמו התברר שלא היה צירוף בראייה, ולא היה שם כלל. וצ"ע. [והנה הש"ך (סי' לו' סק"ו) הקשה בהיפך מזה, דאמר' במתני' בזמן שאין מקצתן רואין אלו את אלו, הרי אלו שתי עדויות. אלמא כיון שלא הצטרפו בראייה אע"פ שהצטרפו בהגדה (כדאוקמא רבא למתני' שהעידו תוכ"ד), אינן מצטרפין, ותיובתא דהרמ"ה. ע"ש. אכן כבר יישב לנכון הקצוה"ח (שם סק"ב), דמתני' בדיני נפשות איירי, ובדיני נפשות אינם מצטרפים עד שיראו כאחד, ולכן לא יועיל הצטרפותם בהגדה, משא"כ בדיני ממונות דמצטרפין אע"פ שלא ראו כאחד, א"כ

זמם כלום, אלא חשבינן לזה כזממה בייחס לכת כולו, והיינו שהכת התחילה להיות מוזמת אלא שלא נגמרה. ודו"ק.

[ז]. ובהאי ענינא הנה מצאתי דבר פלא בשו"ת הגרעק"א (ח"א סי' ריב) וז"ל, ומ"ש שבני הגאון מוהר"ש נ"י אמר, דבהוזם א' בטלה כל העדות, דהוי כנמצא אחד מהן קא"פ, לענ"ד אי"ז ברור, כיון דהוזם ולא נצטרפו בראייה, ובג' עדים והוזם א' אפשר דתתקיים העדות בשאר, ואולם בנפשות דבעינן שיראו זא"ז, ועדות מיוחדת פסול, וא"כ מעידים שראו יחד העדות, וכיון דהוזם אחד, השני העיד בשקר שראה עמו. ע"כ. ותמוה שלא נתעורר מד' רש"י ותוס' הר"מ והראב"ד הנז' דמפורש בדבריהם שישנו לדין נמצא אחד מהן קא"פ בהזמה, וכד' בנו מוהר"ש איגר. וצע"ג. ועכ"פ אכן נמצא ג"כ שי' בראשונים כד' הגרעק"א, הלא המה הרמב"ן והריטב"א הנז'. [ויש להוסיף עוד ע"ד הגרעק"א, במה שהעיר בדביני נפשות שמעידים שראו יחד, א"כ בהכרח כשהוזם הא', השני ג"כ נפסל, דנמצא ששיקר בעדותו. יש להעיר ע"ז מד' הריטב"א במתני' (דף ו: ד"ה היו שנים) בתירוצו השני שכ', דאינם צריכים לראות ממש זא"ז אלא סגי בראייה כללית, ומשו"ה לא הוי הכחשה למזימים. ע"ש. וע"ע בתומים (סי' לח') ובקצוה"ח (סי' לו' סק"ג). ודו"ק].

[ח]. נתנה ראש ונשובה לעיקר נידו"ד, דכבר נתבאר דשי' התוס' והרא"ש, דצירוף בהגדה אינו צירוף לענין דין נמצא אחד מהן קא"פ, ואנוכי נלאיתי למצוא הפתח והסברא בזה, דהלא הרמ"ה טעמו ונימוקו עמו, דעיקר קרא

היאך משכחת לה פרשת עדים זוממין למ"ד הכחשה לאו תחילת הזמה

[ו]. ובעיקר שי' רש"י תוס' הר"מ והראב"ד דיש דין קא"פ בהזמה שמבטל העדות, יש להתעורר, דא"כ לא משכחת לפרשת עדים זוממין למ"ד הכחשה לאו תחילת הזמה (ב"ק דף עג:), אלא רק בגוונא שהוזמו כולן כאחד, דהלא כשהוזם האחד תחילה נפסלה העדות, וכיון שהתבטלה העדות תו א"א להזימם למ"ד הכחשה לאו תחילת הזמה. ומצאתי בחי' הרש"ש בב"ק (דף עד:) שאכן נסתפק בזה וז"ל, ונסתפקתי לפ"ז בב' עדים שהוזמו בזא"ז, אי אמרי' כיון דבעת שהוזם הא' בטלה עדות שניהם, ולכן אפי' הוזם אח"כ גם השני שוב אין משלמין. יעו"ש. ועיין בשיעורי הגרש"ר (דף ג. אות קלא) שהב"ד הרש"ש הנז', וכ' ע"ז: ונראה דבהא כו"ע מודו דכולא חדא הזמה היא, דנהי דהכחשה תחילת הזמה היא לא אמרי' להך מ"ד, מ"מ הזמה תחילת הזמה ודאי אמרינן. ע"כ. וסתם ולא פירש. ונראה דהמכוון בזה הוא, דענין הזמה בהכרח מתייחס על הכת כולו, שהרי הזממה אינה נעשית אלא ע"י שניהם יחד, דכל אחד לחוד לא זמם כלום, שהרי אין עושין מעשה ע"פ עדותו. [ועפ"ז כ' הגרש"ר (דף ב. אות ב'), דהדין דאין נעשין זוממין עד שיזומו שניהם, אפשר שהוא מסברא בעלמא, דכיון שהזממה משותפת היא ביניהם, משו"ה אינם נעשין זוממין עד שיזומו שניהם, שרק ע"י שניהם יחד מקרי זממה, וזהו דלא כפרש"י (דף ה: ד"ה שהרי אמרו) דיליף לה מקרא. ע"ש]. וגם כשבא שלישי להעיד, כיון שמעיד תוכ"ד לשניהם, אף הוא מן מקיימי דבר. וע"פ האמור נמצא דכשהוזם אחד מהן, לא חשבינן ליה כזממה בפני עצמה, שהרי הוא לבדו לא

משום דלא מיקרו עדים אלא רק כשהגידו עדותן בב"ד, וא"כ לאחר שהגידו עדותן ומיקרו עדים, נפסלת עדותן לעולם שכבר נצטרפו בשעת ראייה. ברם בגוונא דהרמ"ה שלא נצטרפו אלא בשעת הגדה, למה אין הכשרים יכולים לחזור ולהעיד בב"ד בפני עצמם, דהשתא מיהא עדותם כשירה. [וכבר מצאנו כזה ממש בתשו' הרא"ש (כלל ס') והובא בטוש"ע (סי' מה' סי"ג), בשטר שנפסל ע"י שחתמו בו ג"כ פסולים, אם הכשרים זוכרים העדות ע"י ראיית השטר, יכולים להעיד, וב"ד יכתבו עדותן. וע"ש בסמ"ע (ס"ק לד') ובש"ך (ס"ק כד'). וקיצרתי].

י. וכבר עמד בזה השער משפט (סי' לו' סק"ד), וכתב ליישב דהרמ"ה ס"ל דעביד איניש לאחזוקי דיבוריה, והיינו שמאחר שהעידו פעם אחת עדותן בב"ד, ולא נתקבלה עדותן, שוב אינם נאמנים להעיד כן לעולם, דעביד איניש לאחזוקי דיבוריה. ע"כ. אולם כבר העיר ע"ז האמרי בינה (עדות סי' יב'), דבדברי הרמ"ה שהובא בשטמ"ק (כתובות דף צד.) חזינן דסבירא ליה להיפך, דלא חיישינן לאחזוקי דיבוריה, וכן מפורש בתשו' הרמ"ה (סי' רסג') בנתקבל עדות שלא בפני בע"ד דלא מהני עדותן, דמ"מ יכולים לחזור ולהעיד, ולא אמרינן לאחזוקי דיבוריה הוא דעביד הכי. עכ"ד. ויש להוסיף להעיר בזה, דלכא' בנידו"ד בלאו הכי לא שייכא הסברא דעביד איניש לאחזוקי דיבוריה, שהרי כבר כתב התומים (סי' לג' סק"ח) להקשות ע"ד הרמ"א שם, דבקרב שהעיד ואח"כ נתרחק, אין מועיל הגדה פעם אחרת,

דעל פי שנים עדים בשעת הגדה הוא דכתיב, ואם צירוף בראייה חשיב צירוף כ"ש דצירוף בהגדה חשיב צירוף. [וכבר כתבנו דמה שהצריכו התוס' שיבוא הפסול ג"כ להעיד בב"ד, אי"ז משום שצריך צירוף בראייה ובהגדה, שהרי א"צ שיעידו תוכ"ד, אלא משום דלא מקרי עד כ"ז שלא בא להעיד בב"ד, ולעולם אין הצירוף אלא בראייה לחוד]. ויש להוסיף בזה, דהללא האחרו' (משנה למלך עדות פט"ז ה"ה, קצוה"ח סי' לו' סק"ז) דנו אם יש דין נמצא אחד מהם קא"פ בדיינים. ע"ע. וזהו דומה ממש לעדים שיש בהם קא"פ בשעת הגדה, דבתרויהו הפסול לא בא אלא בשעת הגדה, ולא הוזכר בדבריהם דנידון זה הוא דוקא לשי' הרמ"ה. וא"כ לא אדע מה טעם יש לומר שלא יהיה צירוף בהגדה. וע"ע במש"כ להלן (אות יא'). וצ"ע.

למה אין העדים הכשרים יכולים לחזור ולהעיד ללא הפסול כיון שלא היה הצירוף אלא בהגדה

ט. ועתה נבוא לעיקר ד' הרמ"ה שצירוף בהגדה בלחוד מבטלת העדות, והנה יש להתעורר דמ"מ מדוע הכשרים אינם יכולים לחזור ולהעיד בפני עצמם, דהתינח כשיש צירוף בראייה, הרי כבר נצטרפו בזה, ושוב אינם יכולים להעיד עדות זו לעולם, ואפי' לשי' התוס' והרא"ש דצירוף בראייה אינו פוסל עד שיבוא הפסול להעיד, יש לומר דגם לדידהו הגדר בזה הוא, דהיכא שנצטרפו בראייה והגידו העדות בב"ד, נפסלה העדות למפרע, (וכ"כ באמרי בינה עדות סי' כ'), דהללא כבר נתבאר למעלה (אות א') דמה שהצריכו התוס' שהפסול ג"כ יעיד, היינו

[ולכא' זהו מיתלי תלי במקור הדין דאינו חוזר ומגיד, דרש"י בכתובות (דף יח: ד"ה כיון שהגיד) כ', דגבי עדות חדא הגדה כתיבא, אם לא יגיד וגו'. ולפ"ז י"ל דגם הגדה שהיא ממש כהגדתו הראשונה, סו"ס חדא הגדה כתיבא, ואינו יכול לומר שוב הגדה זו. אולם הריטב"א שם כ', דנפקא לן מדכתיב על פי שנים עדים יקום דבר, ואם יכולין לחזור ולהעיד היאך יקום דבר. ע"כ. ולפ"ז נראה דשפיר יכול לחזור ולומר כהגדתו הראשונה]. וא"כ יש לומר דהיינו טעמא נמי הכא, דמה שאין הכשרים יכולים לחזור ולהעיד בפני עצמם, היינו משום שכיון שכבר הגידו עם הפסול, שוב אינם יכולים לחזור ולהגיד. אולם באמת זה אינו, דהלא רוב ככל הראשונים ס"ל דעדים שהעידו ולא נתקבלה עדותן, כגון שהעידו שלא לפני בע"ד, א"נ שהיו קרובים באותה שעה, יכולים לחזור ולהעיד לכשיוכשרו, ולא אמרינן לאחזוקי דיבוריהו קאמרי הכי, ומכללן של דברים אתה למד, דאף אין בזה משום כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, כיון דאותה הגדה ממש קאמרי, והיינו דלא כהברכ"ש הנז', ויותר נראה דגם הברכ"ש לא קאמר הכי, אלא היכא שנתקבלה עדותן בב"ד, דכיון שנחקרה ונגמרה עדותן שוב אינו חוזר ומגיד, אבל הראשונים הלא איירו היכא שלא נתקבל עדותו מתחילה, כגון שהיה קרוב באותה שעה, דבכה"ג יכול לחזור ולהעיד, דמעיקרא לא חשיב כהגדה כיון שאינה ראויה להתקבל בב"ד. וא"כ בעננינו נמי שההגדה מתחילה לא נתקבלה, כיון שהיה עמהם פסול, שפיר יכולים לחזור ולהעיד בפני עצמם. והדרא קו' לדוכתא, דבגוונא דהרמ"ה שלא נצטרפו אלא בהגדה, מדוע אינם יכולים לחזור ולהעיד בפני עצמם. וצ"ע. ולכא' מעתה יש לומר דזו היא סברת

והיינו משום הטעם דעביד איניש לאחזוקי דיבוריה, והקשה, דהרי הא דקרוב פסול לעדות לאו משום חשש משקר, רק מגזירת מלך, וא"כ איך שייך לומר דלאחזוקי הדיבור הראשון אמר כן, הרי גם מתחילה אמת אמר, אלא דגזה"כ לפוסלו. ותי', דכיון דקרוב פסול לעדות, גם הוא אינו משים על לב לדקדק בעדותו, כי חושב שלא ישמעו לעדותו, ועכשיו שהוא כשר עביד לאחזוקי דבריו הראשונים. ע"כ. וא"כ בעננינו שהכשרים שהעידו אינם יודעים מקיומם של הכשרים (זולת שי' הרי"ף), תו לא שייך לומר לאחזוקיה דיבוריהו קאמרי הכי, כיון דגם מתחילה אמת אמרו, ואף היו סבורים שתתקבל עדותן. והדרא קושיא לדוכתא, דאמאי אין הכשרים יכולים לחזור ולהעיד בפנ"ע, אחר שלא הצטרפו רק בהגדה.

האם יש בזה משום כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד

יא]. והייתי סבור ליישב בזה ע"פ מה שייסד הברכת שמואל בב"ב (ס' מב' אות א' וס' מד' אות ב'), דשני דינים יש בדין כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, האחד, דהיכא שחוזרין ומכחישינן עדותן הראשונה, לא נחשבם כעדות המכחשת וליהוי תרי ותרי, אלא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, והשני, דמהא שאינו חוזר ומגיד, שמעינן דיש גמר דין וחקירה בגמר עדותן, ואפי' אם יגידו שנית אותה הגדה, ג"כ תהיה פסולה, דכיון שנגמרה ונחקרה עדותן שוב לא שייך הגדה. ויעו"ש שהביא כן מההפלאה, ומה שהביא מד' הר"מ. ע"ש.

התוס' והרא"ש דפליגי עליה דהרמ"ה, וכן מצאתי בחי' מהרי"א שבסו"ס דברי משפט (סי' לו' סק"ב). ע"ש. אכן אם כנים אנו, אזי גם לשי' התוס' והרא"ש ההגדה הראשונה שהייתה יחד עם הפסול, הרי זו בטילה. וזה אינו במשמעות ד' הטור בשם הרא"ש הנ"ל (אות ב').

קכב

סימנים

בור ואילן לשיטת רבי יוסי

מובהקין