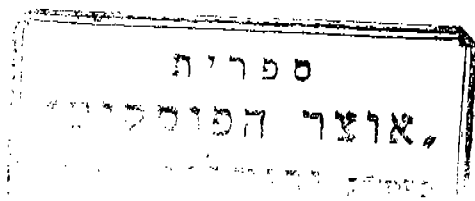


נֵעִם

במה

לבירור בעיות בהלכה



ספר ראשון

הוצאת מבק תורה שלמה ירושלים, תשי"ח

כתובת המערכת :
מכון "תורה שלמה"
ירושלים, ת.ד. 5169
המנהל : הרב משה שלמה כשר

כל הזכויות שמורות

דפוס התחיה בע"מ
נרפס בישראל
ירושלים

„לשעבר היה אדם עושה מצוה, הנביא כותבה, ועכשיו
אדם עושה מצוה מי כותבה ? אליהו ומלך המשיח והקב"ה
חותם על ידיהם, כההוא דכתיב (מלאכי ג, טז) : „אז
נדברו יראי ה' איש אל רעהו ויקשב ה' וישמע ויכתב
ספר זכרון לפניו“ (ויקרא רבה לד, ח)

לאציל הרוח ובר הנפש, שנתן
לנו האפשרות להוציא „נועם“ זה
לאור עולם ורצונו בעולם שמו.

ה ת ו כ ו ן :

| | | |
|--------------|---|-----------------------------------|
| עמוד א—נא | הרב יחיאל יעקב וינברג מונטרה, שוייץ | על נשים שבעליהן השתמדו |
| נב—סח | הרב נימן זק"ש רב בשערי חסד ורחביה, ירושלים | קידושין על תנאי (א) |
| סט | הרב יעקב משה מולידאנו הרב הראשי לת"א-יפו | (ב) — — — |
| ע—עד | הרב יוסף אליהו הענקין ניו-יורק | (ג) — — — (על הריפורם בקדושין) |
| עה—קי | הרב יהושע מנחם אהרנברג ראב"ד בת"א-יפו | (ד) — — — |
| קיא—קכג | הרב דוב מ. קרויזר ירושלים | הזרעה מלאכותית (א) |
| | א' מגדולי התורה בירושלים קכד | (ב) — — |
| קכה—קכח | הרב מנחם מ. כשר ניו-יורק | (ג) — — (יחוס הילוד) |
| | הרב ישראל זאב מינצברג קכט | (ד) — — |
| קל—קלו | הרב עובדיה הדאיה חבר ב"ד הגדול, ירושלים | (ה) — — |
| | הרב משה ארי' ליב שפירא קלח—קמב | (ו) — — |
| קמג—קמד | הרב אברהם י. ניימרק ראב"ד בת"א-יפו | (ז) — — (כשרות הילוד) |
| קמה—קסו | הרב שלמה זלמן אויערבאך ראש ישיבת "קול תורה" בירושלים | (ח) — — |

| | | |
|---------|---|--|
| עמוד | | |
| קסז—קצב | הרב מנחם מ. כשר ניר-יורק | על שמר מכירה בשנת השמיטה |
| קצג—רמד | הרב ד. מ. קרויזר ירושלים | תיקון עירובין במנהטן נ. י. |
| רמז—רסב | הרב ב. מ. בירג ירושלים | נתוח הפרוסטט |
| רסג—רפב | הרב חיים דרוק ירושלים, מח"ס אורות חיים | שימוש במקרר חשמלי בשבת ויו"ט. |
| רפג—רפו | הרב יוסף אליהו הענקין ניר-יורק | תקון או הריסה |
| שיב | הרב בנימין רבינוביץ תאומים רפו—שיב ראש ומנהל „בית המדרש למשפט התורה“ בירושלים | אונם עצמו בגירושין (לתקנת המגורשות בערכאות) |

„נועם“ עם הופעתו

„נועם — אלו תלמידי חכמים שבארץ ישראל,
שמנעימין זה לזה בהלכה“ (סנהדרין כז, א).

כאשר נלברו חברים חרדים אל דבר ה' ותורתו, איש אל רעהו, החליטו להוציא מפקידה לפקידה קבצי „נועם“. החלטה זו גמלה ועשתה פרי. רצה ה' את מחשבתנו וצירף אותה למעשה, והנה לפנינו הקובץ הראשון של „נועם“.

ואלה הם דרכי „נועם“ ומגמתו:

- א. לתת אפשרות לרבנים גדולי תורה, להביע חוות דעתם ברווחה וברחבות הדעת בשאלות מציאותיות, הלכה למעשה. בשעריו יבואו בירורי הלכה מפי כתבם של גדולי חכמי התורה בדורנו, ובכל ענין הוקק לטיפול מפאת חיוניותו ומעשיותו, נקבע מקום לדבריהם של כמה גדולי תורה, שידונו באותו ענין לכל צדדיו ויבהירו אותו מכל בחינותיו עד שתצא הלכה מבוררת ומלובנת כל צרכה.
- ב. גם לאחר שיתברר ב„נועם“ ענין כהלכה, ניתן בו מקום לדבריהם של רבנים מובהקים, ונשמע להיכן דעתם נוטה, גם ללא חידושים נוספים.
- ג. ב„נועם“ — גם מן החידוש: דברים שלמים יבואו בו, לא קטעים-קטעים כדרכם של הירחונים למיניהם לתת שברי פסקים בהמשכים, שעל-ידי כך מאבדים המאמרים את ערכם וחשיבותם. מגמת „נועם“ לתקן חסרון זה.



בראשית היה הרעיון. לפנינו, רגילים היו המסתפקים בדבר הלכה להביא את שאלותיהם וספקותיהם וכל דבר הקשה, לפני גדולי תורה, ששמם היה לברכה בקרבם. ישבו גדולים אלה על המדוכה ועל פי התורה אשר הורו כן קם הדבר; כן קבלו עליהם שואליהם וכך נפסקה הלכה. אחרי השואה האיומה שעברה על עמנו, בה נספו שרי התורה וגדוליה, אבדו חכמים ותלמידיהם ונשאר הדור יתום.

ואלה, השרידים היחידים, המשיבים לשואליהם „דבר ה' זו הלכה” אי אפשר להם לעמוד בכך, להתיר כל הספקות ולפתור כל הבעיות הקשות והמסובכות שבחיי יום-יום, ותורה מה תהא עליה?

אמרנו: עת לכנוס — הגיעה השעה לאסוף את כל הכוחות התורניים לבמה תורנית מכובדת, וכאן יציעו חכמים את דבריהם בראש המשא ומתן של כל שאלה הלכית חשובה ויתנו עידיהם בבירור תמציתי של כל הסברות והשיטות של הענין שידונו בו, כדי להקל על חכמי התורה להיכנס לתוך תוכו של הענין ויהיה בידם להכריע בדבר.

ולאו דוקא חכמים בעלי שם, שאתמחי גברא ותורתם מכרזת עליהם, אלא גם צעירים בעלי בינה, אשר רוח התורה מפעמת אותם ויודעים לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא, אינם בני חורין מלהיכנס לעבודה קדושה זו. צעירים, אשר טעמם ברוך ומקורם נאמן, יקומו ויעזרו. יאזרו עוז לתת יד ולהטות שכם ללבן הלכות ולברר בעיות. אלה ואלה לכבוד שמים יתכוונו, מהם ומהם תסתיים שמעתתא ושם תורתנו הקדושה יקודש ברבים.

ויהי נועם ה' אלקינו עלינו ומעשה ידינו יכונן, אמן.

המערכת

* * *

תודתנו נתונה בזה לחברי מכון „תורה שלמה”
ולחבר נחום אריאלי, שעזרו בהכנת „נועם” זה.

על נשים שבעליהן השתמדו *

(מצע לדיון מפורט ע"י גדולי התורה)

בתכבדתי בקונטרסו היקר על נשי האנשים שהשתמדו ר"ל והדר"ג בטובו ורב אדיבותו הואיל לכבדני ולשתף אותי בדיון הענין הזה. וקודם כל עלי לבקש סליחת הדר"ג על איחור מכתבי זה. סיבת האיחור היא שהייתי כמה שבועות במקום מרפא מחוץ לעירי, ואח"כ בחזרתי חליתי שוב והייתי מוטל חולה, וב"ה שהקימני מחוליי. והנה הדר"ג מרוב רחמיו על העגונות הצעירות החר לבקש פתחי היתר ובסופו כתב כת"ר כי לא מלאני לבי לסמוך על יסודות רעועים, ומי אני שאכניס את ראשי בענין חמור זה שכל גדולי האחרונים לא מצאו מזור לאשת מומר אפילו קידש בעודנו מומר, והמהרי"ק גדול האחרונים גער בנוזפה ברב אחד שרצה להתיר אשת מומר מחמת שעדי הקידושין העידו שהם קרובים עי"ש בסי' פ"ז וקרא להתיר משוגע עי"ש.

ולא עלה על דעתו להתיר לתת גט לאשה מטעם זכי' או להפקיע קידושיו יע"ש. ובסי' פ"ה כתב דאפילו הגאונים שהתירו ביבמה שנפלה לפני מומר לפוטרה מחליצה ויבום מודים באשת מומר שקידושיו קידושין וזקוקה ליבום. וראיתו מגמ' יבמות ט"ז ע"ב עכו"ם שקידש בזה"ז חוששין לקידושין שמא מעשרת השבטים הוא אע"ג שהם מומרים גמורים עי"ש (ובקונטרסי על חליצת מומר העירותי שהגאונים שהתירו זקוקה למומר וכן הגאון שכתב דקידושי מומר בטלין סמכו על הא דאמר שם י"ז ע"א כי אמריתא קמי' דשמואל א"ל לא זזו משם עד שעשאו נכרים גמורים שנאמר בה' בגדו כי בנים זרים ילדו. ונראה שפירשו הא דאמר בגמ' מ"ז ע"ב למאי הילכתא דאי הדר בי' ומקדש בת ישראל ישראל מומר קרינן בי' וקידושיו קידושין היינו דהדר בי' מגירותו ולא שנעשה מומר דמחאתו אינה מחאה ורש"י שפי' דהדר בי' לקדמותו לשיטתו דישאל מומר

* תשובה על שאלה שנזדקק לה גדול א' מא"י, וז"ל השאלה: "יש לנו צער גדול ונורא מארבע נשים עגונות גולות מארץ תימן המתגוררות בפתח־תקוה... שבעליהן השתמדו בתימן לדת האיסלם, ורצו להכניס גם אותן ואת הילדים לאותה הדת, והצליחו הנשים עם הילדים לברוח לעדן הסמוכה והתגלגלו לארצנו הקדושה. ומאז צעקת אחיותינו עולה עד לשמים על עיגונן, ואין חכמה ואין עצה לקבל גט, או אפילו הרשאה מבעליהם... וכתבתי קונטרס כפי שיראה כ"ג בענין זה... ואני פונה לכ"ג אולי ימצא להן רפואה מן התורה, כיון שבקיאותו רבה ועצומה וכחו בהלכה גדול, והתמחה בעניני מומר יגייסין וקידושין וזיקת יבמין, כידוע שעבד בהן בבקאות ועמקות נפלאה".

המערכת.

הוא ישראל גמור לכל דיניו. ובפר"ח הנדפס באוצר הגאונים כתב על הא דר"א וליתא, ואח"כ ראיתי שגם המאירי בפ"ה דיבמות כתב שכשעשו את הכותים כנכרים ה"ה כל המומרים בכלל זה), וגם מתשובת רש"י המובאה בשו"ת הרא"ם סי' ע"ח וכן בתרוה"ד יוצא שסובר שאין עושים גט בלא שליחותו דז"ל מעשה הי' בימי רש"י ז"ל על משומד אחד שנתרצה לתת גט לאשתו והורה רש"י לקבל גט שלא מדעת האשה משום דאנן סהדי דזכות הוא לה להצילה מתחת המשומד אבל לא עלה על דעתו של רש"י לכתוב גט שלא מדעת המשומד.

וכמה טרחות טרחו האחרונים לסדר גט למומר ע"י שליח אע"פ שאין מומר עושה שליח (עי"ש בשו"ת חינוך בי' יהודא ושו"ת תפארת צבי סי' ק"א) ולא עלה על דעתם כלל לסדר גט בלא שליחות מטעם זכין מאדם. ולכן כל מה שאכתוב כאן אין להם אלא ערך של הערות ודיונים בדברי רבותינו הראשונים וגדולי האחרונים.

פרק ראשון

(א) ואני רוצה להעיר על מה שכתב הדר"ג בצדדי ההיתר, צד אחד קידושי מומר שלדעת גאון אחד קידושיו בטלים ולדעת ר"ש המובא במרדכי קידושי מומר אינו אלא לחומרא, וכן בתשו' מהר"י מינץ שקידושי מומר אינם אלא מדרבנן. ולפי"ז צירף הדר"ג שיטת רש"י ביבמות מ"ט דבכ"מ שהקידושין אינם תופסים הם מתפקעים וכן מה שהעיר הדר"ג דקדושת הגוף לא פקעה בכדי והדר"ג קיצר בדבריו — ע"ז יש להעיר דלפי"ז אין לבנות יסוד עפ"י שיטת רש"י דפקעי קידושין במקום שאינם תופסים, דהנה התוס' ביבמות תמהו על שיטת רש"י, וכן האחרונים הרבו להקשות מהא דאנוסת אביו לר"י דאוסר באנוסת אביו וא"כ אמאי אמרה הגמ' ביבמות דף י' ע"א דלר"י נמי משכחת לה דיעקב אנס כלתו והוליד ממנה בן ומת ראובן בלא בנים ונפלה קמי ברה ומיגו דאיהי אסורה צרתה נמי אסורה עי"ש, והרי ר"י סובר כר"ע דאין קידושין תופסים בח"ל כמובא בתוס' שם ד"ה לר"י וא"כ פקעי הקידושין ולא משכחת לה יבום כלל. ואולם עי"ש בתוס' שכתבו דמתניתן דהכא לא סברא בהא כר"י עי"ש ויש לפלפל בזה ואכ"מ.

ולפי הדמיון שדימה הדר"ג ענין הקידושין לקדושת הגוף דבהמה, אין להביא ראיה דרש"י סובר לפי ההלכה דבכ"מ שקידושין אינם תופסים הם נפקעים דז"ל דרש"י לא כתב כן אלא אליבא דאביי דסובר בנדירים כ"ט דקדושת הגוף פקעה בכדי ולכן בקידושין ג"כ פקעי כמבואר שם בר"ן, ולהכי סובר ג"כ דקידושי

סוטה פקעו אי נימא שאינם תופסים, משא"כ לדידן שקדושת הגוף לא פקעי בכדי אפשר לומר דאף במקום שלא תפסו מ"מ לא פקעי. ולפי"ז אפילו אי נימא דקדושי מומר אינם תופסים מ"מ אי נעשה מומר אחר קידושין לא פקעי דקדושת הגוף לא פקעי בכדי וכמו שכ' כת"ר שאין בידו להפקיע א"ע מקדושתו. וכן כתב הרא"ם בתשובה סי' ס"ח עי"ש.

אבל באמת אין לדמות זל"ז, דהא דאמר אביי בנדריים דקדושת הגוף פקעי בכדי הוא רק בקידשה לזמן, דסובר אביי דכיון דהקדיש לזמן פקעה הקידושין לאחר זמן, משא"כ בקדושת ישראל שהיא עולמית לא פקעה בכדי גם לאביי וכמו שכ' הר"ן בשם הרשב"א דגם אביי מודה דבקידושין אפילו קידשה לזמן לא פקעה בכדי לפי שבקידושין לא שייך קדושת דמים ורק קדושת הגוף וקדושת הגוף לא פקעה בכדי, ומכש"כ במומר שקדושתו בתור ישראל היא עולמית ואינה יכולה להיות נפקעת, ואפילו הגאון שסובר שקידושי מומר אינם תופסים מ"מ אם נעשה מומר אח"כ אין הקידושין נפקעין.

ובע"כ צ"ל דהא דסובר אביי ביבמות לפי שיטת רש"י דאי נימא דבסוטה לא תפסי קידושין הם נפקעים ג"כ, הוא מילתא אחריתא, דרש"י סובר דסתם קדושין לא פקעי בכדי דכיון דחיילא שוב לא פקעה, משא"כ בעריות שאיסור ערוה אינו מניח לתפיסת קידושין י"ל שאיסור זה מפקיע ג"כ דבמקום ערוה אין חלות ואין קיום לקידושין בין לתפיסה ובין להפקעה, דערוה אינה בת קידושין והם נפקעים מאליהם משום דבערוה אין מקום לקידושין.

אלא שיש להעיר מהא דתנן בבכורות י"ד ע"א דכל הקדשים שקדם מומם להקדשם חייבים בבכורה ובמתנות ויוצאין לחולין ליגזו וליעבד וכו', ועי"ש ברש"י דהטעם משום דמעיקרא לא חיילא עליהו קדושה תמורה, וכל שקדם הקדשן את מומן וכו' אינן יוצאין לחולין ליגזו ולעבד וכו' — וקשה לשיטת רש"י דאמאי לא יפקיע המום את הקדושה כמו בערוה דאיסור הערוה מפקיע הקידושין.

מיהו י"ל דהתם יליף מקרא תובח ולא גיזה בשר ולא חלב ואכלת ולא לכלביך עי"ש בדף ט"ו, וי"ל דגזירת הכתוב שיש איסור ואעפ"י שנפקעה הקדושה מחמת מום מ"מ נשאר בו איסור גיזה וכמו שכתבו התוס' בדף ט"ז ע"א ד"ה ותמורה דכיון שנפדית פקעה קדושתה לגמרי כצבי ואיל ואע"ג דאיכא איסור גיזה ועבודה אין כוח לאיסור מועט כזה לחול על הולדות, עי"ש, ומוכח דיש רק איסור מגזירת הכתוב אבל אין בה קדושה, ויש לפקפק בזה, דעי' בשמ"ק שהקשה למ"ד בהויתן הם קדושים אמאי אסירי בנתעברו לפני פדיונם ונולדו לאחר פדיונם וכו' ותירץ דכיון דלאחר פדיונם יש קדושה ליאסר בגיזה אהני

קדושה שאסור בגיזה לאחר פדיון להקדיש הוולדות עי"ש. ומשמע שהאיסור גיזה הוא מחמת קדושה. אבל מ"מ י"ל שזו גזירת הכתוב, ואין ללמוד משם לענין קידושין ויש לפלפל בזה.

ולולא דברי התוס' ביבמות שהרבו להקשות על רש"י, הי' אפשר לפרש שאין כוונת רש"י לומר דמדלא פקעי קידושין ש"מ דתפסי, אלא כוונת רש"י לומר שאין לומר שהוולד ממזר מאשתו סוטה כיון שקידושיו עומדים וקיימים אי אפשר לומר שהבן הנולד מאשתו זו יהא ממזר, דממזר אינו אלא מאשה שאין לו בה שום אישות כגון ח"כ או ח"ל לר"ע, אבל אין ממזר מאשה שיש לו בה אישות וכיון דגילתה תורה שסוטה נשארת באישותה ורק צריך לגרשה בע"כ עלינו לומר שאין בנו הנולד ממנה הוא ממזר וכן הדבר בנדה שמכיון שהיא אשתו בע"כ עלינו לומר שאין בנו ממנה הוא ממזר. אלא דבנדה יש קרא מפורש שתופסין בה קידושין ולכן מביאה הגמ' פסוק זה. ובקידושין דף ס"ח ע"א כ' רש"י בבא על נדה ועל הסוטה שאין הוולד ממזר שהרי עדיין קידושין עומדין בה. ומפורש שכוונתו כמו שכתבתי שבמקום שהאישות קיימת אין הוולד ממזר. ומה שהאישות קיימת נלמד מקרא אבל לא מסברא מדלא תפסי הם נפקעים ג"כ. וכן נראה מדברי התוס' בקידושין שם שכ' דמלשון רש"י משמע שאינו מודה אלא בסוטה שלא יצאה מתחת בעלה דהכי משמע לישנא שהרי עדיין קידו' תופסין בה כלומר הקידו' שכבר נתקדשה בהן עי"ש. ולפי"ז אין להוציא מדברי רש"י שבאם נעשה מומר נפקעין הקידושין ודו"ק. מיהו מדברי הרמב"ן והרשב"א ביבמות דף י"א יוצא שהם סוברים שבאם קדושין אינם תופסים הם נפקעים.

(ב) והנה טעם הגאון המובא בעיטור ובטור אבהע"ז סי' מ"ד שאין קידושין מומר תופסין לא נתברר לנו, אי משום שעשוהו כעכו"ם או משום שהוא כערוה דקנאים פוגעים בו. וכבר השיגו גדולי האחרונים ע"ז בתרוה"ד סי' רכ"ג מדברי התוס' ט"ז ע"ב דבצנעא יש היתר ואינו ממזר אלא מדרבנן וכן במהרי"ק פ"ו וברא"ם סי' ס"ח ואין לחזור על הדברים שידועין הם.

ובזכרוני שבאו"ז הגדול כתב טעם משום דאפקיעו רבנן לקידו' מיני' דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואין הספר או"ז לפני לעיין בו. ויש להעיר ע"ז עפ"י מש"כ המרדכי בריש פ' האומר דאין לומר דכיון שעבר השליח על תקנת הגאונים כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקיעו רבנן לקידו' מיני' דהא איכא ח"ל ושניות וכמה עבירות דאורייתא ודרבנן דתפסי בהו קידו' וזה הכלל נראה להר"מ דדווקא דאם בטלו מבוטל דהיינו דבר הבא לאחר זמן שקידשה דאיכא למימר בשעת קידושין לא עבר וכו' עי"ש. והיוצא מדברי' דכל שעבר במזיד

בשעת קידושין הרי גילה בדעתו שאינו עושה עפ"י חכמים ולכן ל"ש אפקיעו רבנן לקידו' מיני'.

וא"כ גם גבי מומר שקידש ל"ש אפקיעו רבנן לקידו' שהרי עובר בשעת קידו'. אלא שיש להעיר מב"ב מ"ח ע"ב הוא עשה שלא כהוגן וכו' וכן יש להעיר מפסחים ז' ע"א המקדש בחיטי קורדניתא אין חוששין לקידושי' ורש"י שם פי' משום דכל מקדש אדעתא דרבנן מקדש, והתם עבר בשעת הקידושין.

וי"ל דדוקא אם הקידו' עצמן נעשו נגד דעת תורה ודעת חכמים אז אפקיעו רבנן, אבל במקום שהקידו' עצמן נעשו כדין אלא שעבר בשעת מעשה על איסור אחר שאינו נוגע בעצם מעשה הקידו' אז שפיר יש לומר דאפקיעו רבנן לקידו' מיני'. וקושיית המרדכי מחייבי לאוין יש ליישב דהתם ילפינן מקרא דקידושין תופסים בח"ל, ובשניות אין להחמיר יותר מאיסורי תורה בחי"ל.

ועכ"פ ראינו שעלה על דעת המרדכי לבטל קידושי השליח משום שעבר על חרם דר"ג אלא שדחה מטעם הנ"ל, ולא נתברר הענין של אפקיעו רבנן וכו' לא בדברי הראשונים ולא בדברי האחרונים והדבר צריך חקירה עמוקה ומקיפה בגדרי הענין של הפקעת קידו' ועי' מה שאכתוב להלן בזה.

והנה הדר"ג כ' להעיר ממש"כ המהר"מ המובא במדרכי לבטל זיקת מומר עפ"י הגמ' בב"ק אלא מעתה נפלה לפני מוכה שחין וכו' וכ' מהר"מ דבמומר ל"ש טב למיתב טן דו, וכת"ר כ' שמהר"מ כ' כן בין נפלה מן האירוסין ובין נפלה מן הנישואין אמת הדבר שמשמעות דברי מהר"מ מוכיחין כן והוא חולק על התוס' שם בד"ה אדעתא. וכן כתב הב"ח באבהע"ז סי' קנ"ז.

והנה בעיקר הדבר כבר כ' בתרוה"ד סי' רכ"ב והאידנא רגילים לעשות קידושין ונישואין בבת אחת וכיזן דבההיא שעתא מתנה אנישואין נמי מתנה, וכמדומה שראיתי סברא זו גם בחת"ס ואיני זוכר כעת מקומו. אלא שכ"ז אם היבם הוא מומר, משא"כ אם הבעל השתמד לאחר נישואין, דהרי כתבו התוס' שם בב"ק וכן בכתובות מ"ז דבמו"מ לא אמרינן הכי משום דתלוי בדעת המוכר, והתוס' בכתובות הוכיחו כן מהא דפריך מיבמה שנפלה לפני מוכה שחין ולא פריך מאשה שנעשה בעלה בע"מ תיפוק בלא גט משום כיון דתלוי בדעת המקדש לא אמרינן הכי. ועי' בכתובות ב' ע"ב ד"ה דלמא שכ' דבאונס דלא שכיח כלל לא אסיק אדעת' שירצה שיהא גט ופירשו האחרונים דזה לא נכנס בגדר התנאי עי' בתו"ג להגאון מליסא וכן מבואר בתוס' גיטין ע"ג ע"א בד"ה איתיבי' וא"כ גם בנידון דידן שהבעל נשתמד ל"ש לומר דאסקא אדעתא שבאם ישתמד יהי' הקידו' בטלים ועי' בתשו' הר"א מזרחי שפלפל בזה בארוכה, ולהלן אדון בזה בארוכה אי"ה.

ג) ועכשיו נבא להיתר השני שהביא הדר"ג בשם הגאון מהר"א קלצקין זצ"ל שיש לתת גט עפ"י הכלל דזכין ועפ"י דעת הגאון מהרי"א בבאר יצחק שהעלה להלכה שאומרים גם זכין מאדם. והנה בדבר זה נתכוונו שני גאונים גדולים לדבר אחד, הגאון בעל פתח הבית סי' כ"א ענף ו' והגאון בעל באר יצחק בסי' א' וב' ושניהם הביאו את הדין דתרוה"ד סי' קפ"ח ומובא בשו"ע יור"ד שכ"ג דמשרתת יכולה להפריש חלה בלא דעת בעה"ב ושניהם מביאים דעת הרמב"ם שפסק פ"ד מה' תרומות דהתורם שלא ברשות תרומתו תרומה אם אמר לו בעה"ב כלך אצל יפות, ובב"י יור"ד סי' של"א כ' דדעת הרמב"ם דבשליחות לא בעי דעת ויכולים לזכות גם להוציא מידו, ולא כסברת המרכבת משנה שכ' על הרב מקראטשין שצידד להתיר לשליח לתת גט בלא דעת הבעל מטעם זכ' וכ' דדבר זה לא ניתן להאמר דזכין לאדם אמרינן אבל זכין מאדם לא אמרינן, ועי"ש בפתח הבית שכ' דאין לסמוך על סברת הרב מקראטשין בענין חמור כזה, ובכ"ז כ' דאם יודעים בוודאי דזכות היא לו סברת הרב מקראטשין נכונה מאד. וכן ראיתי בחידושי הריטב"א בקידו' מ"א ע"ב בגמ' והא דתנן חבורה שאבד פסחה וכו' מנלן דשלוחו של אדם כמותו לענין שחיטה והקשה הריטב"א דלמה לו קרא לשליחות דהא זכות היא לו וזכין לאדם שלא בפניו ועי"ש שתירץ דדילמא ניחא לאינש לעשות מצוה בגופו וכדאמרינן בנדרים ל"ו ע"ב גבי תורם משלו על של חבירו, ועי"ש שכ' דמטעם זכ' יכול למחות אחר שחיטה משא"כ בשליחות אינו יכול למחות, ומוכח שגם הריטב"א ס"ל כרמב"ם הנ"ל דבמקום זכות נעשה שלוחו שלא מדעתו אף במקום שאינו זוכה שום דבר לאחר. וכן ביבמות קי"ג ע"א שהוא חרש דהוה בשיבבותי' דרב מלכא אנסבי' איתתא וכ' לה ארבע מאות זוזי מנכסי' וכתבו שם התוס' ומה ששיעבד לה בכתובה מקרקעי משום שהי' לו אפוטרופוס וגם זכין לאדם שלא מדעתו, הרי שדעת התוס' דמטעם זכ' יכולים גם לזכות מאדם לאחרים. ותמוה בעיני שהגאונים הנ"ל לא הביאו דברי התוס', אח"כ ראיתי שכבר העיר בזה בעמק יהושע.

ד) והנה בעצם דעת הרמב"ם שסובר דיכול אחר לתרום תרומת חבירו אפילו בלא רשות, יש חולקים, דעי' בס' עונג יו"ט סי' ק"ח שכ' לתרץ הקושי' הידועה על הרמב"ם בפ"ד דתרומות מגמ' מפורשת בב"מ כ"ב דבעי שליחות דווקא ולא מהני נישוחתא דהרמב"ם מיירי דהתורם הוא כהן ותורם ולוקח את התרומה לעצמו וכיון שבהרמה זו הוא קונה שפיר יכול לתרום אף בלא שליחות, והגמ' דב"מ קאי למ"ד טובת הנאה ממון ואין התרומה יוצאת אף לאחר הפרשה מרשות בעלים, משא"כ לרמב"ם טובת הנאה אינה ממון שפיר יכול לתרום עי"ש. וכבוד הגאון בעל עוניו"ט במקומו מונח אבל כל דברי' דחוקים במחכ"ת, הן

מבחינת הלשון והן מצד הסברא שהרמב"ם כ' התורם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חברו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותרום אם בא בעה"ב ואמר לו כלך אצל יפות אם הי' שם יפות תרומתו תרומה שהרי אינו מקפיד — הרי יש כאן שתי בבות, אחת: תורם שלא ברשות. ושני': ירד לתוך שדה חברו כדי שיקחם ובשני' אומר הרמב"ם הטעם שתרומתו תרומה משום שאינו מקפיד, ובבבא הראשונה ל"ש לומר שתרומתו תרומה משום שלקחם לעצמו. ומש"כ העו"ט דלישנא כדי שיקחם לעצמו קאי גם על הרישא דתורם שלא ברשות, אינו מסתבר כלל, דלמה לו כפילות זו, ומש"כ שם בביאור הכפילות הוא דוחק שאינו מתקבל על הלב ומבואר למעיין שם.

ועוד דהטור סי' של"א מביא מדברי הרמב"ם רק את הלשון התורם שלא ברשות ותו לא ואיך יתרץ הגאון עו"ט לשון זו, ולתרץ דברי הטור כמו שכ' הט"ז דכוונתו שהי' שלא ברשות מאיזה מין יקח ומיירי ג"כ בעשאו שליה זהו דוחק יותר גדול. ומצד הסברא אין לדמות דין דתרומה להא דגנב וגזול שתרמו תרומתן תרומה מטעם יאוש ושינוי השם, דהתם איכא למימר דקביעת שם תרומה הוי שינוי שם ואפילו אי נימא דלא חל עדיין דין תרומה מ"מ מיקרי שינוי שם עי"ז שהגנב קבע להם שם תרומה וכמו שכ' העו"ט בעצמו בהערתו בסי' ק"ח, ואף שהתוס' הקשו שם בד"ה מעיקרא דהוא שינוי החזור לברייתו ע"י שאלה ומשמע דסברי דהשם הוא ע"י חלות דין תרומה, דהא על קריאת שם ל"ש שאלה, מ"מ י"ל דע"י שאלה הוא בעצמו מבטל שם זה.

ועוד הא העו"ט בעצמו בא"ח סי' כ"ט כתב דביאוש ושינוי רשות או שם קונה למפרע משעת גזילה, דבאמת הגנב קונה ע"י מעשה הגניבה אלא שיש עלי' חיוב השבה, וע"י יאוש ושינוי רשות הוא פטור מהשבה כדיליף בב"ק ס"ז ע"א מאשר גזל אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי, וכיון דפטור מהשבה ממילא נעשה הקנין למפרע משעת גזילה, ולפי"ז שפיר י"ל דהקדשו הקדש ותרומתו תרומה, משא"כ בתורם שלא ברשות דבשעת הפרשה עדיין אינו שלו דהוא מוציא מרשות הבעלים אין סברא לומר דבשביל דאח"כ הוא נעשה שלו משום דטובת הנאה אינה ממון דע"כ חלה תרומתו למפרע.

ותמיהני על תג' עו"ט ז"ל שקירב את הרחוקים בדרך פלפול. ומלבד כל הנ"ל אין זה דומה להא דגנב וגזול דהרי כתבו התוס' שם דלהכי לא מהני שינוי שם בלא יאוש משום דשינוי השם בא ע"י מחשבת הגנב וכ"ז שלא נתיאשו אין לו רשות לשנות את השם, אבל לאחר שנתיאשו אע"ג דאכתי לא קנה לגמרי מ"מ שייך שינוי השם ועי' בפנ"י שם שפי' כן, וכ"ז שייך התם אבל לא בתורם שלא ברשות. והאמת הוא כמו שכ' מרן הב"י וכן רבנו הגר"א בביאוריו ליו"ד סי'

של"א דהרמב"ם הוכיח מהסוגיא דב"מ כ"ב בהא דאמימר ומר זוטרא ורב אשי דאכלי תמרי וסמכו על הברייתא דכלך אצל יפות וכן בקידו' ג"ב בההוא סרסא דקדיש בפרומא דשיכרא וכו' דמוכח דלפי המסקנא מהני גיחותא אף בלא עשאו שליח. ודבריהם דברי אמת ואין בכח כל פלפולי האחרונים להוציא הדברים מידי פשוטם. ועי' בכ"מ פ"ד דתרומות שכ' דהרמב"ם לא גרס בגמ' ב"מ כ"ב הנ"ל הכי נמי מסתברא אלא גרס ותסברא. והכ"מ לא פירש את דבריו במה הועיל בגירסא זו, ואולם עי' בביאורי הגר"א הנ"ל שכ' דהרמב"ם גרס ותסברא והא אתם גם אתם וכו' ואמאי צריכין לכלך אצל יפות דאפילו בלא אמר לו כלך אצל יפות הא שלוחו כמותו, ומשני שעשאו שליח סתם ולא אמר לו מאיזה מין יפריש. וזה מוסב על תירוצו רבא דתרגמי' אליבא דאביי דשווי' שליח, אבל במסקנא לא צריך לתירוצו זה ומיירי גם בלא שווי' שליח ומהני מטעם גיחותא דלבסוף. ורבנו הגר"א נתכווין ברוח קדשו לגירסא המובאה בדקדוקי סופרים ובשם כת"י אחד עי"ש ובלא שום ספק שגירסא זו היתה לפני הרמב"ם ז"ל.

והחלוק שבין הגירסות הוא ברור, דלפי הגירסא דה"נ מסתברא צ"ל גם לרבא דמיירי בשווי' שליח וכמו שכ' הט"ז שם, אבל לפי גירסת ותסברא אין זה אלא שקלא וטריא בתירוצו של רבא אליבא דאביי, אבל רבא עצמו סובר באמת בקידו' ג"ב ע"ב דלא בעי שליחות כמפורש שם, וא"כ י"ל גם לאביי לפי המסקנא דלא בעי שליחות, גבי תרומה, ולא דמי ליאוש שלא מדעת כמו שסהביר הש"ך בסי' שנ"ח דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש משום שהיאוש הוא בע"כ משום שאינו יודע היכן הוא ולפיכך אמרינן דמעיקרא באיסורא אתי לידי' דבמה יקנה אי ביאוש הא השתא אינו מתיאש ואילו הי' יודע שהוא אצל המוצא לא הי' מתיאש, משא"כ בניחותא שפיר אמרינן כיון דהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא לי' ושפיר מהני גיחותא אף בלא שליחות, ואף שהש"ך הסיק שם דהא דמדמה הש"ס תרומה וטומאה ליאוש של"מ טעמא אחרינא איכא התם דלענין תרומה וטומאה בעינן ידיעה ממש זה רק לפי שיטת התוס' דגם במסקנא קאי הך דשווי' שליח, אבל לשיטת הרמב"ם דלמסקנא לא קאי הך תירוצא שפיר יש לחלק בין יאוש של"מ ובין תרומה כסברת הש"ך. ועי' בשמ"ק במקומו שם.

והנה בט"ז יור"ד של"א הקשה על הרמב"ם שכ' דאפילו בירד לתוך שדה חברו כדי ליקח הפירות לעצמו ותרם דתרומתו תרומה, והא בגזל ל"ש דמצוה קעביד, וגם לפי המסקנא לא מהני בתרומה אלא משום דמצוה הוא, ועי"ש בט"ז שכתב שהיא קושיא עצומה בלי ספק, ונדחק לפרש דמה שליקט לעצמו תרם כלו ולא השאיר לעצמו כלום, וע"כ אין כאן גזל דסופו מוכיח על תחילתו וכאילו ליקט תחילה לשם תרומה, עי"ש והדוחק מבואר למעיין, דא"כ למה להרמב"ם

להכפיל את לשונו ולכתוב התורם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חברו וליקט
 שלא ברשות כדי שיקחם לעצמו, דשניהם דין אחד והכפילות היא שלא לצורך.
 ואולם מצאתי בדקדוקי סופרים שבכת"י אחד לא גרס בב"מ משום דמצוה
 הוא אלא גרס לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד, אבל הכא משום
 כסיפותא, והיינו דלא משום מצוה נגעו בה, אלא דסתם ניחותא דהשתא היא
 ניחותא דמעיקרא משא"כ גבי מרי בר איסק דלא אמר כן אלא משום כסיפותא, ונראה
 שגירסא זו היתה גם לפני רש"י שכ' בד"ה לא אמרו כלך אצל יפות דהוי גילוי
 דעת אלא לענין תרומה וכן בקידו' נ"ב חסרות המילים משום דמצוה הוא ורש"י
 שם כ' דלא אמרינן נוחא לי' אלא לענין תרומה בלבד דהא לתרום הם עומדות
 ולא כ' משום דמצוה הוא, וברור שגם לפני הרמב"ם היתה הגירסא כנ"ל לא
 אמרו אלא לענין תרומה בלבד והטעם הוא דבלא כסיפותא אהני דניחותא דלבסוף
 מוכיחה גם על ניחותא דמעיקרא, ובחנם טרחו האחרונים ליישב קושיא שאינה
 מתקיימת אלא עפ"י הגירסא שלפנינו.

ובלשון הרמב"ם שכ' התורם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חברו,
 שכבר נתקשה הב"י בסי' של"א וכ' ועוד איכא למידק הני תרי בבי דנקט ומהיכא
 יליף להו. ועי"ש שכ' והרמב"ם כ' לשון הברייתא ולגלות על פירושה כ' או
 שירד לתוך שדה חברו וכו' עי"ש, וכוונתו שרצה לפרש דהברייתא מיירי בלא
 עשאו שליח כיון שירד ללקוט לעצמו, ועדיין מחוסר ביאור דמנ"ל להרמב"ם
 לפרש כן נגד סוגית הגמ' ומהיכן לקח פי' זה, ונראה עפ"י"מ שכ' בעויו"ט סי'
 ק"ח דלשון הברייתא אם הוא חושש משום גזל וכו' דחקתו, ורש"י כ' דחושש
 על מה שתרום שלא ברשות, וזה נראה להרמב"ם דוחק והילכך פי' שליט לעצמו
 וזהו גזל, והעויו"ט הולך לשיטתו דרך בכה"ג תרומתו תרומה וכמש"ל וכבר כתבנו
 דפירושו זה הוא דחוק, וא"כ קשה דלמה לנו הציור הזה, ולכן נ"ל דהרמב"ם סובר
 דהברייתא באה להשמיענו שני דינים, תרומה שלא ברשות הוי תרומה אם אמר
 כלך אצל יפות ודין שני שאם לקח לעצמו אינו גזל אם אמר בעה"ב כלך אצל
 יפות. וכהיא עובדא דאמימר ומר זוטרא ורב אשי. דאי לאו משום כסיפותא
 הוא דאמר הכי אין כאן משום גזל.

ובאמת לשון הברייתא בירו' היא לענין גזל, שכן איתא בירו' תרומות
 פרק א' ה"א אמר רבי שימא נשמעינא מן הדא הרי שבא בעה"ב ומצאו עומד בתוך
 שלו א"ל לקוט לך מן היפים האלו, אם היו יפים אינו חושש משום גזל ואם
 לאו חושש משום גזל ועי"ש בביאורי הגר"א שתיקן הגירסא.

אבל הרמב"ם מפרש את הברייתא בבבלי על יסוד הברייתא עפ"י הנוסחא
 בירו' דהברייתא בבבלי באה ללמדנו שני דינים אחד לענין גזל ושני לענין

תרומה דבשניהם אם אמר בעה"ב כלך אצל יפות אין בזה משום גזל ויש בזה שליחות לענין תרומה. וכבר אמרנו לעיל דהרמב"ם לא גרס בגמ' ב"מ כ"ב את המילים משום דמצוה הוא וכגירסת הד"ס המובאה לעיל, ולפיכך נקט הרמב"ם שתי בבות התורם שלא ברשות וגם היורד לתוך שדה חבירו וכו' ליקח לעצמו. וסרו שתי הקושיות של הב"י ושל הט"ז. ויש יסוד לגירסא זו בירושלמי.

ואף דבירו' מסיק דהתרומה הוא מכאן ולהבא, הנה שיטת הבבלי אינה כן. דהבבלי מקשה מבריייתא זו לאביי דיאוש של"מ לא הוי יאוש ובע"כ דסובר הבבלי דהתרומה היא למפרע. וכן מוכח מהא דאמימר ורב אשי אכלי קודם שבא מרי בר איסק לפי שהי' יודעים בו שיתרצה אח"כ, וכן מהא דקידו' ג"ב דקדיש בפרומא דשיכרא וכו' שהביא הגר"א ז"ל דהתם ל"ש למימר דהקידו' הם מכאן ולהבא שהרי הפרומא דשיכרא כבר הי' ביד האשה ורבא לא השיב נגד זה אלא משום כיסופא הוא דעבד וא"מ, ומשמע דבלא טעם זה הי' הקידו' חלין למפרע.

(ה) ועיין במל"מ בפ"ד דתרומות שכ' לפרש דברי הרמב"ם הג"ל שכוונתו שהתרומה הוא מכאן ולהבא וסובר כהירו'. אבל לענ"ד דבריי' תמוהים מאד, שהרמב"ם סתם את דבריי' ולא פירש דתרומתו תרומה מכאן ולהבא וברור שהרמב"ם פסק בזה כהבבלי דתרומתו תרומה למפרע.

וראיתי בספר מעיני החכמה לב"מ שכתב ג"כ דהרמב"ם סובר שתרומתו תרומה מכאן ולהבא והטעם הוא משום דתרומה נטלת במחשבה ולהכי אם אמר כלך אצל יפות מהני מטעם מחשבה, ואחרי' נמשכו כמה מאחרוני זמננו לפרש את הרמב"ם באופן זה, ולפי"ד אי אפשר לומר כן. דאין באמירה כלך אצל יפות משום מחשבה להפרשת תרומות, ועוד דבהפרשה צריך לקבוע לו מקום כמבואר בתוספתא המובאה בתוס' קידו' כ"ו ע"ב דבלא קבע לו מקום לצפוננו או לדרומו אין תרומתו תרומה וכן פי' רש"י בגיטין ל"א ע"א תרומה ניטלת באומד ובמחשבה נותן עיני' בצד זה לשם תרומה ואוכל בצד זה, ובאמירה לשליח כלך וכו' אין בזה משום קביעת מקום, ואין לומר דבזה שאומר לשליח כלך אצל יפות וכבר ראה את התרומה שתתן השליח יש בזה משום הפרשה ע"י מחשבה ויש בזה משום קביעת מקום, שהרי באמירה כלך אצל יפות הרי כאילו אומר לו שילך ויפריש מן היפות וא"כ הוא רוצה בהפרשה ממש ולא בהפרשה של מחשבה.

ויש להוכיח כן מדברי הראשונים שאינם סוברים כן שהרי הקשו בגיטין ס"ו ע"א על הא דכל השומע קולו יכתוב גט דהוי שליחות מהא דנדירים ל"ו דמתרץ שם באומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום ולהכי מותר במודר הנאה ותירצו באופנים שונים כמו שהבאתי לעיל, ולמה לא תירצו דכיון דאמר כל

הרוצה יבא ויתרום מהני מטעם מחשבה ולא בעי כלל שליחות, ואין לומר דהתם עדיין לא תרם האחר וא"כ יש חסרון של קביעות מקום, דזה אינו דמכיון שאמר כל הרוצה לתרום שפיר הוי קביעות מקום, מה שיתרום השליח. וכעין זה כתב הריטב"א בגיטין כ"ה ע"א בלוקח יין מבין הכותים ואמר שני לוגין שאני עומד להפריש וכו' והקשו הראשונים הא יש חסרון של קביעות מקום (ועי' בתוס' קידו' כ"ה ע"ב ד"ה מעשה וברש"ש שם וכן בפ"י הר"ש במשניות דמאי פ"ז מ"ד) ותירץ הריטב"א דמטעם ברירה הוי קביעת מקום עי"ש וא"כ באומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום ובא אחר ותרום נהי דלא מהני מטעם שליחות ומשוי' מותר במודר הנאה מ"מ מהני מטעם מחשבה וקביעת מקום הוי מחמת אמירתו לשליח דבזה ל"צ לדיני שליחות. ומוכח שהראשונים אינם סוברים סברה זו דבאמירה כלך אצל יפות יש משום הפרשה ע"י מחשבה.

ואח"כ ראיתי שהגר"ח ע"צ"ל בספרו שו"ת אחיעזר ח"ג סי' פ"ג דרך גם כן בדרך זו, ולא עוד אלא שהוסיף דבכה"ג תרומתו תרומה למפרע מטעם מתנות שלא הורמו כהורמו דמי ומטעם ברירה וכל דברי' תמותים במחכ"ת. מלבד שהוא נגד הראשונים כמשכ"ל אין לזה שום יסוד בסברא. ואיני יודע דלמה לנו כל הדוחק והפלפול הזה והרי כבר הכריעו גדולי האחרונים כמו התרוה"ד וכן מרן הב"י וכן בקרית-ספר וכן רבנו הגד"א ובעל פני משה דדעת הרמב"ם דלא בעי שליחות ממש ומהני מטעם ניותא דבלסוף וכמובא לעיל, וכל מה שנתחדש בבתי מדרשם של אחרוני האחרונים אינו אלא פלפול לחדודא בעלמא ואינם ראויים להיות יסוד לביורורי הלכות.

והרמב"ם אינו יחיד בזה דגם התוס' ביבמות קי"ג ד"ה מאן חכים סוברים כן כמו שהבאתי לעיל, וכן התוס' בנדרים. ודעת הריטב"א כבר הזכרנו לעיל וכן הרמב"ן סובר ג"כ כהרמב"ם דמהני ניותא בלא שליחות, דהנה הרמב"ן בחידושי' לגיטין ס"ו ע"א על המשנה מי שהי' מושלך לבור ואמר כל השומע את קולו יכתוב גט לאשתו הרי אלו יכתבו ויתנו הקשה קושית התוס' שם הא בנדרים ל"ו ע"ב דפריך שם לדעתו דמאן אי נימא לדעתא ידידי' מאן שווי' שליח אלא דבעל הכרי הא קא מהני לי' דעביד שליחותו ומוקי לה באומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום ומוכח דלא הוי שליחות עי"ש שתירצו דכל הרוצה ג"כ חשיב שליחות אלא דלגבי מודר הנאה לא חשיב הנאה כיון שלא צוה לו לעצמו עי"ש. והרמב"ן תירץ דכל הרוצה לא הוי שליחות אלא הוא כנותן רשות וגבי תרומה אפילו גלוי דעתא נמי מהני, והר"ן שם הביא דברי הרמב"ן והקשה עלי' מגמ' דב"מ כ"ב דמפורש שם דגבי תרומה בעי שליחות ולא מהני גילוי דעת ודחה הר"ן תירוצ' הרמב"ן ופי' כתוס' הנ"ל דכל הרוצה נמי חשיב שליחות אלא כיון שלא

יחדו לא השיב מהני לי. ובע"כ צ"ל דהרמב"ן סובר כהרמב"ם דגם גבי תרומה לא בעי שליחות לפי מסקנת הגמ'. וכמו שהבאנו לעיל בשם הב"י והגר"א. ובתוס' שם כתבו ג"כ או שמא יש לחלק דהכא לא קאמר כל הרוצה אלא כל השומע דייחד יחדיו למי ששומע קולו. וזהו תירוץ הרמב"ן הנ"ל דכל הרוצה לא הוי שליחות ומוכח דבתירוצם השני ג"כ סוברים דבתרומה לא בעי שליחות. וכן התוס' והרא"ש בנדרים ל"ו ע"ב כתבו דכל הרוצה לתרום וכו' דדעת איכא אבל שליחות ליכא. והכוונה היא דניחותא בעלמא סגי ולא בעי שליחות וזה כדעת הרמב"ם. ויודע אני שיש מקום לפלפולים אבל פשטות הדברים הוא כמש"כ. ומכיון שביסוד הדברים יש לנו אילנות גדולים לסמוך עליהם כמו הב"י והגר"א וכן בפני משה לתרומות, שוב אין אנו זקוקים לדברי פלפול שלא נאמרו אלא משום דרוש וקבל שכר.

(ו) ואולם דעת הרשב"א אינה כן. והוא ז"ל סובר דבתרומה בעינן שליחות ממש ולא מהני נחותא ורק הוא מחלק בין תורם משלו על של חבירו דאז לא בעי שליחות אבל בתורם משל חבירו בעי שליחות ולא מהני נחותא והביא ראיה מחולין י"ב ע"א דא"ש האומר לחבירו צא ותרום והלך ומצא תרום אינו תרום למ"ד אין חזקה שליח עושה שליחותו ואע"ג דניחא לי' שיתקן כריו. ובקצות החושן סי' רמ"ג הסביר דברי הרשב"א דסובר דזכין לאדם אמרינן אבל זכין מאדם לא אמרינן וכיון דבהפרשת התרומה הוא מוציא את התבואה מרשותו ל"ש זכי, ובבאר יצחק חולק על הקצה"ח ומביא ראיות רבות דאמרינן גם זכין מאדם, והביא כי גם במרכבת המשנה כ' כהקצה"ח ודחה את דבריו. ותמוה בעיני שהבא"י וכן בפתח הבית פלפלו נגד הקצה"ח ולא הביאו דברי הרשב"א שעליהם תמך הקצה"ח את יסודו בענין זכי ולא טרחו לפרש דברי הרשב"א הנ"ל שלכאורה דבריו סתומים קצת וניתנו לפרש בכמה פנים כמו שאבאר.

וזה לשונו של הרשב"א בנדרים ל"ו ע"ב: הא דאיבעיא להו התורם משלו על של חבירו צריך דעת או לא מי אמרינן כיון דזכות היא לו לא צריך קשיא לי והא שליחות לאו מדין דניחא לי' או לא ניחא לי' אלא גזירת הכתוב היא דמה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, ותדע לך שהרי האומר לחבירו צא ותרום לי והלך ומצא תרום למ"ד חזקה אין שליח עושה שליחותו אמרינן בריש פ"ק דחולין (דף י"ב ע"א) שאינו תרום דדלמא אינש אחרינא שמע והלך ותרום וקחמנא אמר אתם גם אתם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם ואע"ג דהתם גי' לי' שיתקנו את כריו. וי"ל דתורם משלו על חבירו שאני, דלא בעינן שלוחו לדעתו אלא בתורם משל בעל הכרי על של בעל הכרי, אבל בתורם משלו על של בעל הכרי כיון שאינו משל בעל הכרי לא בעינן שליחותו ממש ואין הדבר תלוי אלא אי זכות

הוא לו זכין לו לאדם שלא בפניו או לאו זכות הוא לו דמצוה דנפשי' עדיף לי' כנ"ל עכ"ל. ודברי הרשב"א סתומים, דאיזה חילוק יש בין תורם משלו או תורם משל בעל הכרי. וכן בתוס' וברא"ש נדרים הנ"ל כתבו ג"כ כהרשב"א, ועי"ש בתוס' שכתבו בלשון אחרת קצת. דו"ל שם אלא לדעתו דבעל הכרי הא קא מהני לי' דעביד שליחותי' כיון דהוא ידע הוי כמו שמצוהו ואיכא איסורא ודאי אי לאו בדעתו לא הוה איסורא דמשום המצוה שרי, אבל לדעתו דבעל הכרי מכי ידע בי' הוי כמו שמצוהו והוי שלוחו. ואח"כ כ' אלא לאו אין צריך דעת והא דאמרינן בב"מ כ"ב מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם י"ל דהיינו כשתורם משל בעל הכרי אבל בתורם משלו אין צריך דעת, ועי"ש שהקשה מ"ש גבי מחזיר אבידה או ללמדו תורה אפילו לדעת יהא אסור כיון שאין מצוה לו (ויש כאן שיבוש בלשון וצ"ל אעפ"י שאין מצוה לו) ושמא י"ל דבתורם בתרומה דהדבר תלוי בשליחות דאין יכול לתרום בלא דעתו ושייך בו שליחותי' קא עביד טפי מאבידה דמתני' וגם מצוה איכא פורתא למבין (המלים האחרונים בלתי מובנות, אבל הכוונה ברורה דהחזרת אבידה איכא מצוה ול"ש למימר דלמא מצוה דילי' הוא וניחא לי' למיעבדי' כמו בתרומה ולפיכך אינו צריך דעת).

ויוצא מדבריהם דבתרומה לא צריך שליחות וסגי בדעת וכמש"כ התוס' לעיל בד"ה מי אמרינן דזכין לאדם שלא בפני' וזכי' מטעם שליחות שפיר הוי שליחותא והא דאמרינן זכי' מטעם שליחות מהכא תניא לי' ע"כ. ויוצא מדבריהם דבתרומה לא בעינן שליחות כלל וסגי בדעת, אלא דזה דווקא בתורם משל בעל הכרי אבל בתורם משלו ל"צ דעת, ויכול לתרום אף בלא דעתו, וגם התוס' לא ביארו את החילוק שבין תורם משל בעל הכרי ובין תורם משלו, ונראה דהתוס' ס"ל דבתורם משל בעה"ב י"ל דאין זה זכות דמצוה דילי' הוא וניחא לי' למיעבדי' בממונו ואין רצונו שיעשה אחר בממונו ולשלול ממנו את המצוה, משא"כ בתורם משלו וודאי דניחא לי' ול"ש למימר מצוה דילי' היא וכו' כיון שהאחר עושה בממון שלו לא איכפת לבעל הכרי, וזה כסברת התרוה"ד המובא בקצוה"ח סי' רמ"ג שנביא להלן.

וכן כ' המאירי שם דבתורם משלו ל"צ דעת בעה"ב, ובתורם משל בעל הכרי צריך דעת ולא בעי שליחות אלא כיון שבעי דעת הרי כל שמקיים שליחותו נעשה שלוחו וכונתו כמש"כ התוס' דזכי' מטעם שליחות והוי כאילו עשה שליחותו ומהנהו בזה ואסור במודר הנאה. ועי"ש שהקשה קושית התוס' דאמאי מותר להחזיר לו אבידתו וללמדו תורה וסתם אמרו מותר אפילו הוא אמר לו לעשות כן שנמצא מקיים שליחותו והביא תירוץ התוס' שכל שאינו צריך דעת אין בו תורת שליחות אפילו עשה בו שליח אבל דבר שצריך בו דעת או שליחות כגון

תורם לחבירו כל שבשליחותו אסור. ונראה מדברי שלפני' היתה גירסת התוס' כמשכ"ל, אלא שהוסיף דאפילו במצוה לו מותר, ואולי היתה הגירסה לפני' בלשון התוס' דמחזיר אבידה ומלמדו תורה משמע אפילו במצוה לו מותר. ואולם דברי הרשב"א אי אפשר לפרש כן שהרי כ' מפורש דבתורם משל בעל כרי בעי שליחות ממש ולא סגי בדעת, ורק בתורם משלו לא בעי שליחות ממש וסגי בדעת.

(ז) ונחלקו הקצוה"ח והעוניו"ט בפי' דברי הרשב"א, דהקצוה"ח מפרש דבתורם משל בעל הכרי הוא מוציא את התרומה מרשות בעה"ב וע"ז לא מהני זכי' דזכין לאדם אמרינן אבל לא זכין מאדם, ובבא"י ובפתח הבית נחלקו עלי' כמש"ל. והעוניו"ט פי' דתרומה שאני משל שארי שליחות, דבשאר שליחות מהני זכי' מטעם שליחות, כמו בגיטין ושחרורי עבדים דגם הבעלים יכולים לעשות שלא מדעת דאם האשה והעבד לא ידעו כגון שזרק להם גט או שחרור ג"כ מהני לכן היכא דזכות הוא להם יכול גם אחר להעשות שליח עבורם שלא מדעתם ומהני מטעם זכי', אבל בתרומה דבעי כוונה ודעת דכתיב ונחשב לכם תרומתכם וכן בקרבן דהקרבת הקרבן בעי כוונה-אין אדם נעשה שליח לחבירו שלא מדעתו, ודבר זה ידעינן מסברא והא דקאמר מה אתם לדעתכם לאו מקרא קא דריש לי' אלא מסברא בעלמא. אבל בתורם משלו על של חבירו דמהני זכות, הוא משום דבתקון הכרי לא בעינן שליחות כלל ומהני זכות, עי' בעוניו"ט סי' ק"ט בד"ה ונ"ל. והא דבעי זכות היינו דבעינן שלא יעכבו הבעלים להכי אי זכות היא לו שפיר יכול לתרום על כריו של חבירו, אבל למעשה ההפרשה צריך בעלות ולא מהני זכי' עי"ש בסוף סי' ק"ז. והנה על פי' קצוה"ח יש להעיר מהא דקי"ל בדבר העומד לימכר מותר ליטול שלא ברשותו כמבואר בטור חו"מ ובשו"ע שנ"ט ס"ב ומקורו בגמ' ב"ק דף ס' ע"ב עי"ש בבאר הגולה ובביאור הגר"א שציין לב"מ כ"ט ע"ב אמר שמואל המוצא תפלין בשוק שם דמיהן ומניחן לאלתר, ועי"ש בחידושי הגר"א מה שמביא בשם הר"ן בפ"ג דמו"ק בשם הראב"ד בדבר העומד לימכר מותר ליטול או לשלם אפילו באינו מוכה לו ע"י אחר וציין גם למחנה אפרים הל' גזילה סי' ה' ומובא גם בבא"י סי' א' ענף ז' דברוצה לשלם במעות אף הרא"ש מודה דמותר אף בלא זיכוי ע"י אחר. ובבא"י שם ענף ו' מביא בשם הש"ך והקצוה"ח בסי' שג"ח דמותר ליטול של חבירו שלא מדעתו אפילו בתורת מתנה היכא שידוע שנתרצה, ולפי"ז אין לומר דהטעם דאין תורם משל בעל הכרי הוא משום דזהו הוצאת ממון ולהכי בעי שליחות ממש, דהא התרומה עומדת לכך להיות נתרמת, אלא דאינו ידוע מאיזה מין הוא רוצה להפריש וע"ז בוודאי מהני ריצוי ולא בעי שליחות, ועוד קשה דמדברי קצוה"ח שכ' דזכי' מהני רק היכא

שמוכה לו חפץ או במזכה גט לאשתו דיוכה האשה בגט או במפריש משלו וכו' עי"ש ומשמע מדברי דיסוד הזכי' הוא רק בהקנאת דבר לחבירו, ולפי"ז יקשה דא"כ בתורם משלו על של חבירו ג"כ אינו מזכה לו שום דבר ובכ"ז מהני מטעם זכי' כמו שכתבו הרשב"א והתוס' המובאים לעיל.

ובבא"י השיג על הקצוה"ח מצד אחר דהא קי"ל מתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמין א"כ לא הוי הוצאת ממון מרשות הבעלים, אלא שהקשה ע"ז מהא דב"מ כ"ב דמקשה מתרומה על יאוש שלא מדעת ולא משני דשאני תרומה דלא הוי הוצאה מרשות משום מתנות שלא הורמו כהורמו משא"כ ביאוש דמוציאין החפץ מרשותו, וע"כ דאין חילוק בין הוצאה מרשות או לא עי"ש בענף ט'.

ולענ"ד משום הא לא איריא, דקושית הגמ' לאביי היא דבתרומה חזינן דהוכיח סופו על תחילתו ומכיון שרצה לבסוף אמרינן דבוודאי גם בתחילה הי' רוצה כיון דהתרומה עומדת להתרם ולהכי תרומתו תרומה, וא"כ גבי יאוש נמי נימא כן דכיון דדבר שאין בו סימן ידעינן שבוודאי הי' מתיאש נימא דהוי יאוש מהשתא, ואי נימא דהוי יאוש מהשתא שוב אין זו הוצאה מרשות, דלאחר יאוש בהיתירא אתי לידי'. ובקצרה דהשאלה היא רק אי יאוש שלא מדעת הוי יאוש מטעם אומדנא שאנו אומדים שבוודאי הי' מתיאש או דאומדנא לא מהני ובעינן יאוש מפורש שאמר ווי לחסרון כיס, וזו היא המחלוקת בין אביי ורבא ולהכי מקשה מתרומה דמשם מוכח דלא בעינן רצון מפורש אלא דמהני אומדנא על תחילתו ע"י גילוי רצונו בסוף, ולפי"ז אין לחלק ולומר דשאני יאוש דהוי הוצאה מרשות, דהרי על זה אנו דנים אי הוי יאוש דאז לא הוי הוצאה מרשות, וסרה קושית הבא"י.

ועי' ברמב"ן לב"מ ומובא גם בשמ"ק דלהכי פריך לאביי ולא לרבא משום דלרבא דמי תרומה לדבר שאין בו סימן כיון דאמדינן לדעת' שיתרצה וניחא ל' כיון שהפירות עומדים להתרם ובע"ב נוהגים עין יפה ואין מקפידים על היפות הוי כיאוש של"מ שאין בו סימן, משא"כ בדבר שיש בו סימן דאע"ג דשמעינן לבסוף כיון דלאו להתיאש קיימא לא הוי יאוש עד דאמר עכ"ל בקיצור.

ובשו"ת אחיעזר ח"ג סי' ס"ג אחז בסברת הבא"י הנ"ל דמטעם מתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמי אין זה הוצאת רשות, ועפ"ז הוא מתרץ הקושיא על הרמב"ם בפ"ד ה' תרומות דתורם של חבירו אף בלא שווי' שליח דזהו נגד הגמ' בב"מ כ"ב דהגמ' קאי למ"ד מתנות שלא הורמו לאו כמו שהורמו דמי והרמב"ם שפסק דמתנות שלא הורמו כהורמו דמי להכי סובר דאף בלא שווי' שליח מהני ע"י ריצוי שבסוף עי"ש.

ויש לי לדקדק בדברי מהא דאמר בקידו' נ"ח ע"ב דלשמואל דחיטה אחת פוטרת הכרי צריך לשלם דמי טבלו וא"כ כ"ז שלא תרם בעל הכרי אין אחר יכול לתרום דשמא רוצה לפטור עצמו בחיטה אחת וכשתורם הוי הוצאת רשות, דבשלמא בנפלו מבית אבי אמו כהן שפיר זכה אבי אמו בתרומה בשיעור היותר גדול שבוודאי רוצה בכך שהיא שייכת לו, אבל לגבי אחר יכול בעל הטבל לומר שרוצה לפטור א"ע בחיטה אחת, וא"כ זה שתורם שיעור גדול הוא מוציא מרשותו והרמב"ם בפ"ג דתרומות ה"א פסק כשמואל וא"כ נסתר התירוח הנ"ל.

ועוד נ"ל דאפילו למ"ד מתנות שלא הורמו כהורמו הוא רק לגבי הכהן עצמו שזוכה בתרומה כיון דממונו פתיך ב', אבל לגבי אחר שבא לתרום תבואתו של חבירו אין לומר שאין זאת הוצאה מרשות, דהא כ"ז שלא הותרם אסור אפילו לכהן ליטול בע"כ כמש"כ ביש"ש בפ"ט דב"ק סי' ס"א מידי דהוה אפחות משה פרוטה דאסור לגזול פחות משה פרוטה עי"ש. ועי' בשו"ת הרדב"ז ללשונות הרמב"ם סי' ר"ח שכ' ולולא דמסתפינא הייתי אומר דאפילו מאן דסבר כמי שהורמו דמין מודה דלא הוי ממון גבוה עד דמפריש לי' למעשר דלהא מילתא לא אמרינן כמו שהורמו דמיין וזה כמוש"כ. ועי' באחיעזר ח"ג סי' ס"ג מה שהביא בשם הר"י קורקוס המובא בכ"מ בפ"ג מה' מע"ש הט"ז דע"כ לא אמר ר"מ מעשר שני ממון גבוה אלא דווקא כשהורם ונקרא עלי' שם מעשר דהא מדכתיב לה' הוא יליף לה וקרא אחר שהורם ונקרא מעשר משמע, והגר"ע ז"ל פירש דדווקא לענין ממון אמרינן כמו שהורמו דמיין אבל לא לענין איסור עי"ש, וברדב"ז הנ"ל כ' ג"כ תירוח הר"י קורקוס ואח"כ כ' כנ"ל ומוכח כמש"כ דלענין בעלות של אדם שאינו כהן לא אמרינן כמו שהורמו.

ואולם מטעם העומד לימכר שפיר י"ל כמשכ"ל שאין זו הוצאה מרשות. דהרי לכתחילה לא יפריש אלא כשיעור שנתנו חכמים כמש"כ הרמב"ם הנ"ל וא"כ התרומה עומדת להתרם בשיעור שנתנו חכמים, ועי' בכ"מ פ"ד דתרומה ה"ט שהביא בשם הר"י קורקוס דבתרומה לא אתי דיבור ומבטל דיבור משום דתרומה שאני משאר שליחות שעומדת לכך ולא בעי שליחות ממש ויש לפלפל בזה ואכ"מ.

ולפ"ז אין לקיים פירושו של הקצוה"ח לדברי הרשב"א שכ' לחלק בין תורם משלו ובין תורם משל בעל הכרי. ואף בפי' של העוניו"ט יש לדקדק שכ' דזכי' לא מהני אלא במקום שלא בעינן דעת הזוכה כמו בגיטין וקידו' שיכול לזרוק גט בע"כ, אבל לא בתרומה שצריך דעת, דמה יענה להא דאמרינן בקידו' מ"ה ע"ב ודילמא ארצוי ארצי קמי' ופירש"י שגילה דעתו דניחא לי' בה וזכין לאדם שלא בפני', ודעת הר"ן גבי נתרצה האב בקידו' חלין למפרע דכיון

שנתרצה האב השתא מסתמא נחא לי' למפרע וזכות היא לו וזכין לאדם שלא בפני' עי"ש, הרי לפנינו שזכי' מהני אפילו במקום שצריך דעת ורצון.

ואולי כוונת העוניו"ט במה שכ' לחלק בין תורם משלו לתורם משל בעה"ב משום דהפרשת תרומה יש בה משום התפסת קדושה וצריך כוונה ומחשבה מיוחדת ולהכי יכול רק בעה"ב בעצמו או שלוחו ממש ולא מהני בזה זכי', דל"ש זכי' על התפסת קדושה ועל מחשבה וכוונה משא"כ בתורם משלו דהוא בעל התרומה שפיר יכול להתפיס קדושה אף בלא שליחות, ולהתרת הכרי מהני גם מטעם זכי' דבהתרת הכרי לא צריך כוונה ומהני ריצוי.

והרשב"א לשיטתו בקידוש' כ"ג וכן בדף מ"ב דזכי' אינה מטעם שליחות וכל דבר שרצוי לו יכול אחר לעשות בשבילו ולא דווקא זכיית דבר וקנין חפץ. והנה העוניו"ט פלפל בדברי הרשב"א דמשמע מדברי' דלהתרת הכרי לא בעי שליחות ורק בעינן שלא יקפיד והביא מדברי התוס' בנזיר י"ב ע"א ד"ה באשה שכ' דאשה יכולה לומר לחבירתה לוי קמח והפרישי חלה שמהני מטעם שליחות משום שיש בידה להביא עיסה מגולגלת וכו' עי"ש וכן מדברי התוס' בקידו' נ"ו ע"א ד"ה מתקיף שכ' דהלוקח יכול לחלל המעות שביד המוכר משום דזכות היא לו וזכין לאדם שלא בפני' ומוכח דגם להתרת הכרי בעי שליחות עי"ש בסי' ק"ט.

ולענ"ד לא אמר הרשב"א דלא בעי שליחות כלל, אלא דהרשב"א לשיטתו דזכי' אינה מטעם שליחות ולהתרת הכרי מהני זכי', משא"כ להתפסת קדושה לא מהני זכי' וכמשכ"ל וזה שכ' הרשב"א דבתורם משלו לא בעינן שליחות ממש אלא דסגי בזכי' וכמש"כ שם להדיא דזכין לאדם שלא בפני', והתוס' דנקטו לשון שליחות הוא משום דסברי דזכי' הוא ג"כ מטעם שליחות וזה פשוט וברור.

ועוד נראה דכוונת הרשב"א דתרומה שאני משאר שליחות דעלמא דבתרומה יש דרשה מיוחדת מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם והיא גזירת הכ' דלא מהני זכי' אלא בעי שליחות ממש, ורק הרשב"א חידש דזה הוא רק לענין ההפרשה עצמה אבל לא לענין התרת הכרי ולהכי הוא מחלק בין תורם משלו לתורם משל אחרים, וזה שלא כמש"כ העוניו"ט הנ"ל דאין זו דרשה אלא ידעינן מסברא וכמובא לעיל.

ואח"כ מצאתי שכן כ' בהגהות יד-שאול ליור"ד סי' שכ"ח דרק בתרומה כ' הרשב"א מצד גזירת הכ'.

(ח) ולא כן דעת התרוה"ד שהוא סובר דגם גבי תרומה מהני נחוחות ולא בעי רצון מפורש או עשיית שליח ולהכי פסק דהמשרתת יכולה להפריש חלה בלא דעת הבעה"ב והוא מפרש סוגית הגמ' בב"מ כ"ב דא"ש בשווי' שליח.

משום דהתם לא נתברר בשעת ההפרשה שהבעה"ב רוצה בכך ולאביי לא מהני רצון דלבסוף למפרע ולכך הוצרך לאוקמי בשווי' שליח, אבל במקום שברור לנו שבעה"ב רוצה בכך כגון בחלה שהעיסה עשויה להתקלקל מהני ריצוי בעלמא ולא בעי עשיית שליח, וקושיית הרשב"א מפ"ק דחולין י"ב דהאומר לשלוחו צא ותרומ וזא ומצא תרומ דלא מהני תרומת האחר מטעם זכי' מתרץ התרוה"ד דהתם שאני דאיכא למימר דרצון בעה"ב ששלוחו דווקא יתרום לפי ששלוחו יודע באיזה מידה רגיל בעה"ב לתרום משא"כ בחלה דהכל שווין ליטול כזית ולשרוף אין קפידא לבעה"ב מי שיתרום ולהכי מהני מטעם זכי' וכה"ג הוי דומיא דאתם דאנן סהדי אי הוי הכא הוה ניהא לי' עי"ש בס"י קפ"ח ומובא בקצוה"ח סי' רמ"ג. ונראה דהתרוה"ד מקיים הגירסא שלפנינו וסובר דבעי שליחות בתרומה אלא שחולק על הרשב"א דסובר דבעי שליחות דווקא והוא סובר דניחותא היא כמו שליחות, והתרוה"ד לא הביא כלל שיטת הרמב"ם דלא בעי שליחות כמו שפירשו גדולי האחרונים הנ"ל, ולא עוד אלא שלפי הרמב"ם שפסק בפ"ד דתרומות ה"ט דבאמר לשותפו או לבן ביתו וכו' והלכו ותרמו וביטל שליחותו קודם שתרמו דאם לא שינה השליח דתרומתו תרומה וכו' הר"י קורקוס המובא בכ"מ דבתרומה אין דרך להקפיד אם יתרום זה או זולתו כיון שעומד לכך דהא איצטרך קרא למעוטי תורם שלא ברשות ואילו בקידו' אין הדבר צריך לאומרו ושותף תורם שלא מדעת שותפו ואריס תורם שלא ברשות בבא בעה"ב ואמר כלך אצל יפות וסגי בהכי וכיון שכן, לדעתכם קרינן בי' הואיל ועשאו שליח ולא סגי דיבור לבטולי שליחותי' אלא א"כ שינה שליחותי' עי"ש.

ולפי' הר"י מקורקוס קשה מגמ' דחולין הנ"ל דאמאי לא מהני מה שתרם האחר, והרי לפי סברת הר"י קורקוס אין בעה"ב מקפיד אם יתרום זה או אחר, וצ"ל דהר"י קורקוס לא כ' אלא בלא עשה שליח כלל דאז לא איכפת לי' מי שיתרום, אבל בעשה שליח לתרום שוב אינו רוצה שיבא אחר ויתרום ואין בזה משום ניחותא דבעלים.

אחרי כל הבירורים הנ"ל בשיטות הראשונים נבא לדון אם יכולים לכתוב ולתת גט לאשה בלא שליחות הבעל ורק מטעם זכי' היכא דידעינן דזכות הוא לו, וכבר כתבנו לעיל דהגאון רא"ק ז"ל אינו יחיד בדבר זה להתיר מטעם זכי' כי כבר הקדימו בעל פתח-הבית הנ"ל, וידוע שהגאון ר' אברהם טריטין אב"ד דק"ק ברעסלוי מחבר הספר הנ"ל הי' מגדולי דורו והגאון רע"א ז"ל התייחס אלי' בכבוד והערצה גדולה, ודעתו ג"כ להתיר במקום שברור שזכות היא לבעל כמשכ"ל.

והנה לפי שיטת הרמב"ם דגם בתרומה מהני זכי' אפילו בתורם משל בעל

הבית בוודאי שיכולים לומר כן בכתיבת גט אשה, וכן לפי התרוה"ד שלא הלך בשיטת הרמב"ם בנוגע לגירסתו בגמ' ב"מ כ"ב וסובר דלא מהני אמירת כלך אצל יפות משום דלא מהני ניהותא למפרע, מ"מ הוא כותב לענין חלה דברור לנו בשעת הפרשה דניחה לה יכולים לתרום גם בלא עשיית שליחות, והוא הדין לגבי גט כן, ואפילו לשיטת הרשב"א דסובר דגבי תורם משל בעה"ב אינו יכול לתרום משום דבעינן שליחות ממש אפשר דרך בתרומה הוא כן מצד גזירת הכתוב, אבל בשארי שליחות אפשר שמודה הרשב"א דיכולים להעשות שליח מטעם זכי, אלא דק"ק דמאי פריך בגמ' קידוש' מ"א ע"ב לא ליכתוב רחמנא בתרומה ותיתי מהנך וכו' וכן מה דפריך שם לר"ש דפטר אתם גם אתם ל"ל וכו' הא איצטריך קרא מיוחד לתרומה שיש בה דין מיוחד לענין שליחות, ובע"כ צ"ל כמו שכ' העויו"ט בסי' ק"ט דזה ידעינן מסברא דבתרומה לא מהני גילוי דעת כיון שהוא צריך להתפיס קדושה במחשבה ובכוונה מיוחדת, וא"כ לפי"ז גם בכתיבת גט דבעי מחשבה שיכווין לשמה הרי הוא כתרומה ולא מהני גילוי דעת ולא מהני זכי, אלא צריך שיעשהו שליח, אלא דכ"ז הוא לשיטת הרשב"א הנ"ל, אבל לשיטת הראשונים דגם בתרומה מהני גילוי דעת ומהני זכי, שפיר יכולים לומר דגם בכתיבת הגט מהני זכי.

והנה דינו של התרוה"ד מובא ברמ"א ביור"ד סי' שכ"ח והסכימו אלי' הב"ח והש"ך והט"ז והגר"א ולא נחלקו אלא בדליכא חשש קלקול דאז אינו ברור אם זו זכי לבעה"ב, אבל במקום דברור שזו זכי מהני זכי, ולא נמצא חולק ע"ז אלא בקצוה"ח בסי' רמ"ג (וכן ראיתי בספר עמק יהושע שכיון לדעת קצוה"ח) וא"כ יש לנו לסמוך על גדולי הפוסקים הנ"ל וכן על גדולי האחרונים כמו בעלי פתח הבית ובאר יצחק ועוניו"ט שכולם כאחד דחו דברי הקצוה"ח.

פרק שני

כתיבת גט לשמה מטעם זכיה

(א) אלא שיש להעיר בענין כתיבת גט מצד אחר דהנה רוב הראשונים, התוס' בגיטין כ"ב ע"ב וכן הרמב"ן והרשב"א והר"ן כתבו דבכתיבה לא בעי שליחות והא דבעינן שיאמר לסופר כתוב ולעדים חתומו הוא מטעם לשמה וצריך שישמעו מפי הבעל ולא סגי אם שמעו משליח משום דאומר אמרו פסול, וא"כ לא מהני גם זכי דל"ש דזכי' מטעם שליחות כיון דלא בעי שליחות ולא נעשה כלל שלוחו לכתיבה וא"כ צריך לשמוע מפי הבעל דווקא, ואפילו למ"ד דגם בכתיבה

בעי שליחות, מ"מ לא מהני זכי' ורק צריך שישמע מפי הבעל כמו שכ' העויו"ט בסוף סי' ק"ח בהגה עי"ש, וא"כ בנידון דידן שהסופר שכותב את הגט לא שמע מפי הבעל לא מהני דלא הוי לשמה לשיטת הראשונים הנ"ל וגם לשיטת הנך דבעי שליחות בכתיבה ג"כ לא מהני כמו שכ' העוניו"ט.

מיהו י"ל דלשיטת הנך דסברי דבעי שליחות מהני אף בנעשה שליח ע"י זכי', דהנה העויו"ט כ' הטעם דלא מהני זכי' בכתיבת הגט משום דאין זה זכות לגרש את אשתו ובמידי דלא הוי זכות וגם אין סתמו עומד לכך בעינן צווי ממש עי"ש דזו לשונו.

ולכאורה יש להעיר על מה שכ' דלא מהני גם גילוי דעת שרוצה לגרש כגון באומר כל הרוצה דלא הוי שליחות לדעת הרמב"ן והא גילה דעתו שרוצה והוי זכות לו, וצ"ל דהעונג יו"ט סובר דזכות לא הוי אלא אם הוא זכות בעצמותה, אבל לא במקום שאין זו זכות בעצמותה אלא שגילה רצונו, וסברא זו מצאתי גם בספר תפארת יעקב בריש פ' האומר, עי"ש שמתרץ קושית הר"ן דאמאי בהתקבל לא מהני זכי' אפילו היא צווחת שרוצית להתגרש וביבמות מבעי לן אי מוכה גט לאשתו במקום יבם מהני, וכ' התפא"י דהתם היא זכות בעצמותה להכי מהני זכי', משא"כ במחזרת להתגרש דהוי חוב בעצמותו אלא שהיא רוצה בכך לא מהני זכי' דאין אדם נעשה שליח מעצמו בדבר חוב אף שחברו מתרצה בכך אלא אם עשהו שליח.

ואולם הגרע"א בחידושי' לב"מ דף כ"ב ע"א כ' לתרץ דברי הרמב"ן שכ' דבתרומה מהני גילוי דעת ולא בעי שליחות משא"כ בגט בעי שליחות ממש והקשה עלי' הר"ן דבגמ' ב"מ מפורש דשווי' שליח, ותירץ הגרע"א דהרמב"ן סובר כמו התרוה"ד דבעי שליחות בתרומה רק משום שאינו ידוע בשעת הפרשה אי ניחא לי', אבל אי ידוע שניחא לי' לא בעי שליחות כיון דעצם הדבר הוא זכות לו ורק יש קצת חוב במה דבעי אינש למעבד מצוה ובזה מהני גילוי דעת דאין זה חובה לו, משא"כ בההיא דירו' שהאשה מחזרת לקבל גט דהתם בעצמותו הוא חוב לה אלא שהיא רוצה להכי חיישינן שמא חזרה ובעינן שתעשה שליח בפירוש. ולפי הגרע"א אפשר לומר דבאם האשה מחזרת להתגרש בשעת הגירושין ממש שפיר מתגרשת, ולא כמו שכ' התפא"י הנ"ל דאפילו אם היתה מחזרת בשעת הגירושין לא מהני זכי' מטעם שכתבנו לעיל. ולפי"ז יש לומר במקום שברור שזו זכות לבעל יכול אחר להעשות שלוחו מטעם זכי' דבזכות גמורה ל"ש חזרה וכמש"כ הגרע"א.

ואולם כ"ז יתכן רק לשיטת הרא"ה והר"ן בסוף פ' האומר שסוברים דבאם עשה שליח שלא בפני' יכול השליח לכתוב את הגט ואין בזה חשש של לשמה

משום דכיון שנעשה שליח לכתובה יכול לכתוב לשמה אף בלא שמע מפי הבעל, ורק אם אמר להם עשו שליח מדעתכם לא מהני מטעם מילי לא מימסרי לשליח, ולפי שיטה זו אפשר לומר דאפילו אם נעשה שליח מעצמו ע"י זכי' ג"כ יכול לכתוב לשמה, אבל לשיטת הרמב"ן שסובר דלא מהני שליחות לגבי לשמה, ורק בעינן שישמע מפי הבעל עצמו, א"כ לא מהני שליחות מטעם זכי', דאפילו אי נימא דשליחות כזו מהני לענין נתינת הגט כמו שכ' בעל פתח הבית, מ"מ לענין כתיבה לא מהני משום דבעינן שישמע הסופר מפי הבעל דווקא, ובעל פתח הבית שכ' דיכול אחר להעשות שליח לנתינת גט מטעם זכי' ולא בעינן מינוי מצד הבעל מיירי בנתינה היכא דברור שזכות היא לו, אבל לגבי כתיבה יודה דלא מהני זכי' משום דבעינן שישמעו מפי הבעל דווקא.

ומשום זה צ"ע מה שכ' הגרע"א ז"ל בפירוש דברי הרמב"ן לגבי מי שהי' מושלך בבור דלהכי לא מהני זכי' משום דאין זו זכות לבעל ואעפ"י שגילה רצונו במה שאמר כל הרוצה לגרש מ"מ יש לחשוש שמא חזר בו, ומשמע מדברי' שבאם יודעים שלא חזר בו יכול להעשות שליח מטעם זכי', והא במשנה דגיטין ס"ו ע"א נאמר בפירוש מי שהיה מושלך וכו' הרי אלו יכתבו ויתנו, והרי לגבי כתיבה לא מהני זכי' ורק בעינן שישמעו מפי הבעל דווקא דבלאו הכי לא הוי לשמה לדעת הרמב"ן, ואפילו באומר אמרו לסופר ולא אמר מדעתכם, דלדעת הרמב"ן הוא כמינוי שליח שלא בפני' ומ"מ לא מהני, משום דלא מיקרי לשמה אלא כשישמע הסופר מפי הבעל דווקא, וא"כ לפי"ז אפילו אם ברי לנו שלא חזר הבעל מ"מ אינו יכול אחר להעשות שליח מעצמו מטעם זכי' אלא בעינן שיתמנה שליח בציווי של הבעל, דלא עדיפא זכי' ממינוי שליח שלא בפני' דלא מהני להרמב"ן משום דלא הוי לשמה.

(ב) והנה בהא דבעינן שישמע הסופר מפי הבעל דווקא דאז מיקרי לשמה, ואם לא שמע מפי הבעל אלא כתב בעצמו לשמו ולשמה לא מיקרי לשמה ואעפ"י שלא בעינן שליחות לכתובה כתבו התוס' והרשב"א והרא"ש דהטעם הוא שבאם לא שמע מפי הבעל הוי סתמא, ועי' בחי' הרשב"א לגיטין כ"ב ע"ב שכ' שאם יכתבו בלא צוואת הבעל לא יתנו כ"כ לב לכתוב לשמה ויכתבו סתם וקי"ל דסתמא כשלא לשמה משום דסתם אשה לאו לגירושין קיימא עכ"ל ובסוף דברי' כ' ומאי דפסלינן ל' במתניתן לטופס גיטין בלא צוואת הבעל משום דבלא צוואת הבעל לא חשבינן לכוונתו כוונה מעליא אעפ"י שמתכווין לשמו ולשמה דמסתמא בכל ענין פסיל ל', ואעפ"י שמתכווין הוא לשם אשה זו דכיון שלא ציווה הבעל והיא אינה עומדת להתגרש כשלא לשמה חשבינן ל' ע"כ.

ויוצא מדבריהם ז"ל דלפיכך אין כוונת הסופר לשמה בלא ציווי הבעל

מועילה משום דהסופר אינו מתכווין כוונה גמורה אלא בשאמר לו הבעל שרוצה לגרש ואשה זו עומדת לגירושין, וצריך ביאור הא דלא מהני אומר אמרו להנך ראשונים דלא בעי שליחות לכתיבה, ועי' בר"ן בפ' האומר שכ' ליישב דברי הרמב"ן מקושית הרא"ה (ויובא להלן) וכ' דאי נימא דמילי ממסרן לשליח שפיר מהני אמירת השליח כאמירת הבעל אבל אי מילי לא מימסרי לשליח לא מהני אמירת השליח, וק' הא לא בעי שליחות לכתיבה ואמאי לא מהני אמירת השליח, וצ"ל דהסופר אינו סומך אלא על הבעל או על שלוחו שיש לו כח שליחות ויפה כוחו ככה הבעל, אבל אינו סומך על שליח שאינו שליח מטעם מילי כיון שאין כוחו יפה, ואפשר שהטעם הוא שאין הסופר סומך על מי שאמר לו בשם הבעל דחושש שמא חזר הבעל כיון שאין זכות לו לגרש וכמש"כ הגרע"א הנ"ל ורק אם אמר לו הבעל בעצמו או מי שיש לו כח הבעל הוא סומך עלי', ולפי"ז במקום שברי לנו שהיא זכות לבעל ולאשה להתגרש אפשר דבכה"ג גם בגירושין סתמא לגירושין קיימא ומהני כתיבת הסופר לשמו ולשמה, אף בלא שמע מפי הבעל עצמו. ואף שכ' התוס' בריש זבחים דאפילו אשה שזינתה תחת בעלה מ"מ לאו להתגרש בגט זה עומדת וגם אם לא ירצה הבעל לא יגרשנה אלא שלא תשמשנו עי"ש בד"ה סתם אשה, מ"מ בנידון דידן שזכות לבעל ולאשה להתגרש בהקדם היותר אפשרי אפשר לומר שהיא עומדת להתגרש ולאו סתמא מיקרי, ואף הסופר נותן לב לכווין לשמו ולשמה ולשם גירושין, ומתורצת קושיתי הנ"ל על הגרע"א שמשמע מדברי' דבאם ברי שזכות היא לבעל יכולים לכתוב אף בלא צווי וכמשכ"ל. ועוד נראה לי דלפי מה שכתבו התוס' בעירובין י"ג ע"א בד"ה אבל תורה דמעיקר הדין אם כתב סופר לשמה וחתמו עדים לשמה בלא צווי הבעל ג"כ חשיב לשמה אלא שהוא פסול מדרבנן, ועוד כתבו דבסוטה אין הכהן שעלי' לכתוב מקפיד אם יכתוב שום אדם לשמה שלא ברשותו ומסתמא ניחא לי', אבל גבי גט מסתמא לא ניחא לי' לבעל עי"ש, וא"כ בזכי' לא שייך האי טעמא, ועי' בב"ש סי' ק"כ ס"ק ז' ובהגהות רע"א שם.

והנה דעת הרמב"ם בפ"א מהל' גירושין ה"ו באם אמר אמרו לסופר ויכתוב גט לאשתי ואמרו לסופר ה"ז גט פסול ומתיישבין בדבר זה מפני שקרוב להיות בטל, ובכ"מ שם ביאר דברי' דאין הפסול באומר אמרו אלא מדרבנן משום דילמא אתי לאכשורי בלא אמר אמרו ולישנא דה"ז בטל במשנה ע"א ע"ב לאו דווקא והוי לי' כאומר ה"ז פסול, או דילמא החמירו חז"ל בפיסול זה יותר מבפסולים אחרים ולהכי נקטה המשנה לישנא דבטל עי"ש, ועכ"פ ס"ל לרבנו דהפסול אינו אלא מדרבנן משום שמא יבואו להכשיר בלא אמר אמרו, וא"כ כ"ז שייך באומר אמרו, משא"כ במקום שהיא זכות לבעל והסופר נעשה שליח מטעם זכי' אפשר

שהוא כשר מה"ת דלא שייך גזירה זו, ואולם זו היא מחלוקת הראשונים דהרי"ף ור"ח ובעל הלכות גדולות והרמב"ן פסקו כההיא סוגיא דפרק מי שאחזו ע"ב ע"א דאומר אמרו הגט בטל מה"ת, ועי"ש בכ"מ ובלח"מ ובמג"ע.

ג) והנה בטעם דאומר אמרו פסול מה"ת נתחבטו הראשונים ז"ל ולכן אני צריך להעתיק דבריהם ולראות אם הטעמים האלה נוגעים לנידון דידן היכא שהסופר כתב את הגט בתורת זכ"י.

וזה לשון הרמב"ן המובא בר"ן בפ' האומר והקשה הרמב"ן ז"ל מ"ט דמאן דפסל באומר אמרו אי משום מילי מאי מילי קא מסר איהו לשליח הא לא מילי מסר אלא הרי הוא עושה השליח שלא בפניו, וכי אין אדם עשוי לעשות שליח שלא בפניו וכו' ותירץ דשאני גט דכיון דבעינן לשמה ובעינן נמי וכתב לה כלומר שיכתבנו לה הבעל אין הסופר והעדים חותמים במקום הבעל אלא כששמעו הם מפיו אבל בשאר הדברים עושה אדם שליח שלא בפניו לפיכך יכולה אשה לומר פלוני שהוא במדינת הים הריני עושה אותו שליח לקבל לי גטי וכו' עי"ש. והרא"ה תלמידו הקשה עלי' דא"כ מנא ידעי דטעמא דר"י משום דמילי לא מימסרי לשליח דלמא טעמא דר' יוסי משום דבעי שישמעו מפיו ממש לפיכך כ' דלא פליג ר"י אלא באומר אמרו מדעתכם אבל בממנה שליח שלא בפניו לא פליג ר"י.

והר"ן תירץ קושית הרא"ה דאם איתא דמילי מימסרן לשליח כיון ששליח של אדם כמותו כשהסופר והעדים שומעים מפיו השליח הרי כאילו הן שומעים מפיו הבעל א"כ ע"כ מה דפסל ר"י באומר אמרו בין במכרר ובין מדעתכם משום דמילי לא מימסרו לשליח, ומסיים הר"ן אבל דעתי מסכמת לדעת הרא"ה שכל שהבעל ממנה סופר ועדים שלא בפניהם מהני ולא פסל ר"י אלא באומר אמרו מדעתכם משום דמילי לא מימסרו לשליח עכ"ל.

ושגור בפי ספרי אחרוני זמננו להסביר דברי הרמב"ן שהוא סובר דענין לשמה בגט אינו דומה לענין לשמה בס"ת דגבי ס"ת הוא מעשה שיש עמה מחשבה וכיון שהסופר כותב לשמה הקדושה חלה מאליה ולא הסופר הוא שמתפיש את הקדושה משא"כ בגט דלא סגי במחשבת הסופר לבד אלא שהדין של לשמה הוא על עצם הנייר של הגט שיהא על הנייר שם של ספר כריתות (לשונו של הגרי"צ אפענהיים בספרו גאון צבי יעקב סי' כ') ולפיכך בעינן שהבעל באמירתו יתפיש על הגט החלות של לשמה דרך הוא יכול להתפיש חלות זו ולא אחר.

וכן בהערות ליבמות להגה"ק ר"א ווסרמן זצוקלה"ה חוקר אם הכשר הגט חל מאליו ע"י כתיבה כהלכתה או שהבעל פועל הכשר הגט כשם שהוא פועל חלות הגירושין ונ"מ אי יכול להטיל תנאי בכתיבת הגט ובהכשרו עי"ש, ולפיכך

צריך שהבעל עצמו יאמר לסופר לכתוב שע"ז הוא קובע את חלות הלשמה בגט, ולא מהני אם מצוה הבעל שלא בפני' דאז לא יוכל להצטרף צווי הבעל למעשה כתיבה של הסופר — (עי' בספר אבי עזרי שכ"כ בהלכות אישות פ"ג).

לפי הסברה זו נצטרך לומר דאם הבעל ציווה לסופר שיכתוב את הגט לאחר שלשים יום לא מהני דהרי א"א שע"י אמירה זו שנאמרה קודם כתיבת הגט נקבעה החלות של לשמה בגט שנכתב לאחר שלשים יום, וזה דבר תמוה וזר מאד.

ובגיטין ס"ו ע"א במשנה מי שהי' מושלך בבור ואמר כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי הרי אלו יכתבו ויתנו והתם אין הבעל עומד אצל הסופר שהרי הוא מושלך בבור וגם אינו יודע את מי שישמע את קולו, האם נאמר דגם בכה"ג קובע הבעל את החלות של לשמה בגט שנכתב ע"י השומע את קולו? אתמהא!

וכן אינו מסתבר לומר דהפלוגתא אי אומר אמרו כשר או לא תליא בפלוגתא אי הבעל פועל את החלות לשמה בגט או שהחלות נתפסת מאליה בכתיבת הסופר, והראי' שמביאים האחרונים הנ"ל מהא דאמרינן בריש פרק השולח דאם הבעל ביטל את הגט אינו חוזר ומגרש בו ובע"כ דלשמה גבי גט הוא ענין של חלות בגט ע"י הבעל, דאל"כ אלא נאמר דענין לשמה בגט אינו אלא מעשה הסופר וכוונתו קשה דמה שייך ביטול דמ"ש מס"ת שאינו יכול לבטל אם נכתבה לשמה, והנה בקושיא זו כבר עמדו רבותינו בעלי התוס' בגיטין ל"ב ע"ב בד"ה רב ששת וכ' דשאני ס"ת דהוי מעשה משא"כ גט דכל זמן שלא הגיע ליד האשה לא חשיב גמר מעשה, ובעצם הביאור הנ"ל דמועיל ביטול הגט, דמכיון שהבעל הוא קובע את החלות בגט, חלות זו יכולה להתבטל בחזרת הבעל (עי' בספר גצ"י הנ"ל) אני תמה מאד, והרי מרא דהאי סברא שהבעל קובע את החלות בגט הוא הרמב"ן ולפי סברא זו הם מסבירים מה שהבעל יכול לבטל את הגט.

ובאמת הרמב"ן עצמו כ' בגיטין שם שאי אפשר לבטל את הגט כשם שאי אפשר לבטל ס"ת שנכתבה לשמה וכשם שא"א לבטל כסף קידושין וה"נ גבי גט א"א לבטל גט כיון שנכתב ונחתם לשמה עי"ש, מיהו יש לדחות שהרמב"ן כתב כן רק בביאור דעת הרי"ף שסובר אומר אמרו בטל, דהרמב"ן עצמו בחידושיו סובר דאומר אמרו כשר מה"ת.

(ד) ושיטת הרמב"ם שהבעל יכול לבטל את הגט מיוסדת על הגי' בגמ' גיטין גיטא גופא מי קא בטל וכן בקידושין נ"א ע"ב נהי דבטלה מתורת שליחות מתורת גט לא בטלי' ועי"ש בתוס' — וטעם הדבר הוא משום דילפינן מספר כריתות שיהא הגט מיוחד לגירושין ולא רק בשעת כתיבה אלא גם בשעת נתינה כדכתיב ונתן ספר כריתות, אלא שהיחוד הזה לשם גירושין מתהווה בשעת הכתיבה אבל באמת צריך שיהא הגט מיוחד משעת כתיבה ועד שעת נתינה ולהכי

אם בטל את הגט הוא נעקר מיחודו והוא פסול, והרמב"ן ושאר הראשונים ס"ל דיחוד זה שנתייחד בשעת כתיבה עושה את הגט לגט כשר וא"א לו להתבטל, ושאר הראיות שהביאו האחרונים לביאורם הנ"ל יש להן פירוט ואינן מתקיימות אחרי העיון העמוק, אבל אין צורך בראיות, כי הרמב"ן עצמו סותר דברי האחרונים הנ"ל, שכן כ' בס' הזכות לגיטין כ"ב ע"ב וז"ל ואם תשאל לדברינו שאנו מפרשי' הא דרב הונא היאך הם כשרים בעמידת אחרים על גבן והא לא בני שליחות נינהו וגבי כתיבת הגט שלוחו בעינן דכתיב וכתב וכדאמרינן לקמן בריש פ' כל הגט אי כתב רחמנא וכתב הו"א למעוטי האי דלאו איהו קא כתב לי' אלמא הוא צריך לכותבו או שלוחו שמצינו בכל מקום ששלוחו של אדם כמותו, אינה קושיא שכל עיקר לא נפסלה כתיבת אחרים מעצמן אלא משום שאין כתיבה שלהן לשם גירושין לפי שאין האשה מצווה שתתגרש ובגט שלהן, ובמחשבה שלהן שמא תתגרש בזה אינה כלום דבעינן כתיבת כריתות לה לשמה.

ומפורש בריש זבחים דמקשי התם הא דתנן וכו' דמשמע מיני' דאי קיימא לגירושין טופסי גיטין כשרין אעפ"י שלא עשה הבעל לסופר שליח, הא כשאומר להן הבעל כתובו הגט כשר אעפ"י שאינו בר שליחות ממש כגון חשו"ק וכו' עי"ש.

וכן כ' הרמב"ן בחידושי' בריש פ' כל הגט לתרץ הקושיא דאמאי בכתב לגרש לאיזה מהן שארצה פסול ומ"ש מסוטה דכשר למחוק מגילת סוטה מס"ת ותירץ דגבי גט דכתיב וכתב לה ספר כריתות בעינן שיהא ספר כריתות לשמה וזה אעפ"י שכ' לשם מי שתבא ראשונה כיון דלא אמר לי' בעל לאו לשם כריתות איכתב וכו' אי נמי אי כתב רחמנא וכתב בלחוד ה"א לאו משום לשמה אלא בעינן כתיבת בעל או שלוחו אבל השתא דכתיב לה גלה על וכתב דלאו משום כתיבתו קפיד אלא משום שאינו כרות לשמה אלא א"כ כשכתבו בעל או אחר ברשותו אעפ"י שאינו שליח ממש ע"כ.

הרי הדברים מפורשים שדעת הרמב"ן היא דמה דבעינן שיאמר הבעל לסופר אינו משום שהבעל פועל את החלות באמירתו, אלא משום שבעינן שהסופר יכתוב לשמה על דעת הבעל ולא על דעת עצמו, דבאם לא שמע מפי הבעל אין כוונת הסופר לשמה נחשבת לכוונת גירושין משום דאשה לאו לגירושין עומדת ורק ע"י אמירת הבעל נחשבת האשה לעומדת לגירושין.

וסברת האחרונים הנ"ל פורחת באויר ואין לה שום יסוד לא בדברי הרמב"ן ולא נמצא לה זכר בשום ספר מספרי הראשונים או מגדולי האחרונים. ובאמת דבר זה מוכרע מהגמ' דריש זבחים דא"ש זבחים בסתם לשמן עומדין אשה בסתמא לאו לגירושין עומדת, ולמה לא אמרה הגמ' בפשיטות דבגט

צריך שהבעל יפעול את החלות משא"כ בקדשים דהחלות באה מאליה, ומוכח שאין זה ענין של עשיית חלות אלא זה ענין של כתיבת הגט מדעת הבעל דאז לא הוי סתמא מכיון שהבעל נתן רשות לגרש אשה זו עומדת לגירושין משא"כ אם הסופר כותב על דעת עצמו אין זה חשוב לשמה אפילו אם הסופר כתב לשם אשה זו וכמו שכ' הרמב"ן המובא לעיל.

ויש להוכיח כן מדברי הרשב"א שהביא ראי' דלא בעינן שליחות דאם נימא כן אמאי בעי הגמ' בזבחים מנלן דסתמא פסול והרי לית כאן שליחות, וקשה דאפילו אי נימא דלא בעי שליחות הא מ"מ בעינן שישמע הסופר מפי הבעל, וע"כ צ"ל דתלוי זה בזה, דאם נימא בסתמא כשר לא בעינן שישמע מפי הבעל אלא הסופר כותב מעצמו לשמו ולשמה, אבל אי סתמא פסול צריך שישמע מפי הבעל הבלא"ה אין זו סתמא, ומוכח דזה הוא ענין של סתמא ולא ענין של חלות, דבודאי אינו מסתבר לומר דבס"ד סברה הגמ' שאין הבעל פועל בחלות של הכשר הגט, דא"כ הו"ל לגמ' לפרש ולא לומר אשה לאו לגירושין עומדת.

ועי' בתורת גיטין ריש פ' כל הגט שכ' דאם הבעל ציווה לכתוב את הגט אמרינן דסתמא לגירושין עומדת וכשר מדאורייתא אפילו כתב הסופר סתם והביא כן גם בשם הפנ"י עי"ש וזה כמש"כ.

ה) ומעתה עלינו לבאר דברי הרמב"ן בפרק האומר המובא לעיל שכ' דגט שאני דבעינן לשמה ובעי נמי וכתב הבעל ואין הסופר והעדים עומדים במקום הבעל אלא כששמעו הם מפי' וכו' דמחוסר ביאור דאמאי לא מהני אם שמעו מפי השליח ונראה דכוונת הרמב"ן דמכיון שהגט צריך להכתב לשמה ע"י אמירת הבעל ומדעתו, אין אמירת השנים בשם הבעל מועילה, כיון שהשנים לא נעשו שלוחים לגירושין שתהא ידם כיד הבעל לכל דבר, אלא נעשו שלוחים רק למסור דברים להסופר בשם הבעל, ואין ממש בשליחות זו והוי כמו מילי דלא מימסרו לשליח, וכיון שאין שליחותם שליחות הרי הם כאחרים שאמרו לסופר לכתוב ושוב הוי כסתמא ולא מיקרי לשמה.

וכן הסביר הר"ן את דברי הרמב"ן בתירוצו על קושית הרא"ה דלפי הרמב"ן קשה דמנא ידעי דטעמא דר"י הוא משום מילי לא מימסרן לשליח דילמא טעמא דר"י משום שצריך שישמע מפי הבעל, וכ' הר"ן דאי מילי מימסרן הרי כששומעין הסופר והעדים מפי השליח כאילו שמעו מפי הבעל וכו' כמובא לעיל. ועי' בתורת גיטין סי' ק"כ סק"כ שכ' לבאר מחלוקת הרמב"ן והר"ן דהרמב"ן סובר שהשלוחין שנעשו על האמירה אינם שלוחים מטעם מילי, והר"ן סובר דמילי לא מימסרן אינו אלא שאין השליחות של שליח ראשון יכולה להמסר

לשליח שני, אבל הכא לא נתמנו אלא על האמירה שיאמרו לסופר שהבעל מנאן שליח ושליחות זו אינה חוזרת ונמסרת ע"ש.

והנה הגרע"א כ' בריש פ' השולח דמחלוקת אי אומר אמרו כשר או פסול תליא בפלוגתא אי הדין דמילי לא מימסרו לשליח הוא רק משליח ראשון לשליח שני, דאין שליח עושה שליח שני אלא אם מצווהו לעשות מעשה או מוסר בידו הפך, אבל שליח ראשון אפשר לעשות גם במילי, וזו סברת דמ"ד אומר אמרו כשר, דהסופר נעשה שלוחו של הבעל עצמו והאומרים הם רק שלוחים למסירת הצווי של הבעל אל הסופר והם לא עשו שליח שני אלא הבעל הוא שעשאו ולהכי כשר הגט, ומ"ד אומר אמרו פסול סובר דאף שליח ראשון אין יכולים לעשות במילי, ולהכי אומר אמרו פסול, דהאומרים אינם יכולים להעשות שלוחים למסירת צווי הבעל לפי שאין זה אלא מילי, והגרע"א הרגיש בעצמו דזה נגד הראשונים ועי"ש שהביא מהא דס"ל להקדוש מרדוש דשליח קידושין אינו עושה שליח שני משום דהוי מילי דתלוי בדעתה ושמא לא תתרצה (ועי"ש בקצוה"ח סי' רמ"ד שפלפל בדבריו) ולפי הנ"ל דאף שליח ראשון אינו נעשה במילי א"כ שליח בקידושין היכי משכחת לה עי"ש.

וכן יש להביא ראי' ממה שכ' הרמב"ן והר"ן בפ' האומר שאין שליח לקבלה של האשה יכול לעשות שליח שני מטעם מילי, וא"כ שליח לקבלה היכי משכחת לה, ולפי מש"כ בשם התו"ג פליגי בזה הרמב"ן והר"ן דהרמב"ן סובר דגם שליח ראשון אינו נעשה למילי והר"ן סובר דשליח ראשון נעשה גם למילי, אלא דלפי"ז חוזרת קושיתי דא"כ איך יכולה אשה לעשות שליח לקבלה כיון דגם שליח ראשון אינו נעשה למילי, ולכן נ"ל דהרמב"ן לשיטתו דסובר דלא בעי שליחות לכתובה, וא"כ הכתיבה אף שהיא מעשה לא נתפסת בשליחות ורק דנימא דמה שהסופר כותב לשמה יהא בשליחות הבעל וזה הוי מילי ואינו נמסר משליח לשליח דרק הבעל בעצמו יכול לכתוב לשמה או מי שכותב על פי צווי, אבל לא מי שכותב על פי אמירת השליח, דבאופן זה הוי מילי שאינו נמסר משליח לשליח, דגם כתיבת הגט לשמה הוי מילי, דבשלמא אם הוא שומע מפי הבעל יכול לכתוב לשמה בלא שליחות דע"י שמיעה זו הוא יודע שהיא עומדת להתגרש ולא הוי סתמא, משא"כ אם הוא שומע מפי אחר אינו סומך עלי' וכותב סתמא וכמשכ"ל, אלא דהי' לנו לומר דיהני מטעם שליחות ויהני מה שהסופר כותב לשמה כאילו כתב הבעל לשמה, ע"ז אנו אומרים דכוונת לשמה הוא מילי ומילי לא מימסרן לשליח.

וצ"ע בדעת הר"ן שגם הוא סובר דלא בעי שליחות לכתובה כמו שכ' בדף כ"ב ע"ב וא"כ מאי מהני שעשאו שליח שלא בפני' והרי לא שמע ציווי

הבעל, וצ"ל דהר"ן סובר דלכתיבה לשמה סגי באם שמע משליח הבעל שעי"כ הוא יודע שהאשה עומדת לגירושין, ומוכרח דעכ"פ הר"ן אינו סובר דצווי הבעל הוא משום עשיית חלות בהכשר הגט.

ולכאורה הי' אפשר לפרש דברי הרמב"ן באופן אחר, והוא דהרמב"ן סובר דנהי דלא בעי שליחות לעצם הכתיבה מ"מ בעי שליחות לכוונת לשמה ולכן אם הסופר שומע מפי הבעל הוא נעשה שליח לכוונת לשמה ואף שזה מילי מ"מ השליח הראשון נעשה שליח אף למילי, משא"כ אם אמר לאחר שיאמר לסופר דהסופר הוא שליח שני ושליח שני לא נעשה למילי, אבל זה אינו דא"כ איך כשר עבד לכתיבת הגט לפי דעת הרמב"ן, והרי הרמב"ן כ' להכשיר עבד לכתיבה משום דלא בעי שליחות, ועכצ"ל כמו שכתבתי.

ותמוהים לי דברי הב"ש שכ' בסי' ק"כ סק"ז לתמוה על הרמב"ן הנ"ל דמשמע מדברי' דס"ל דבעי שליחות בכתיבת הגט והא הרמב"ן מכשיר כתיבת עבד עי"ש בדברי' וכן בסי' קכ"ג סק"ה והא הרמב"ן כ' דבגט שאני משום דבעי לשמה וכתוב הבעל ולפיכך אין הסופר והעדים עומדים במקום הבעל אלא א"כ שמעו מפי הבעל כמובא לעיל, וא"כ איך הוציא הב"ש מדברי' שהטעם הוא משום דבעי שליחות, ונראה שהב"ש פי' דברי הרמב"ן כמשכ"ל דלכאורה י"ל דכוונת הרמב"ן היא דבעי שליחות לכתיבת לשמה ולהכי לא מהני מה שמסר לו השליח בשם הבעל משום דמילי לא מימסרן לשליח והוי הסופר שליח שני למילי. ואולם כבר הוכחתי שאי אפשר לפרש כן אלא שהעיקר כמש"כ, דאדרבא דהרמב"ן לשיטתו דאין שליחות לכתיבה ולהכי אין האחר נתפס לשליחות והרי הוא כאדם אחר שאין הסופר סומך עלי' וכותב סתם וכמשכ"ל.

ומסקנת כל הבירורים הנ"ל שאין הטעם בדין שהסופר צריך לשמוע מפי הבעל כמו שכ' האחרונים דהבעל הוא שעושה באמירתו חלות של לשמה בהכשר הגט, אלא הטעם הוא כמו שהוכחתי דאמירת הבעל עושה את האשה לעומדת לגירושין ובלא אמירה זו אין כוונת הסופר מועילה משום דאינו מתכוין כוונה גמורה וכותב סתמא, ויוצא דבאם ברי לנו שהגט הוא זכות לבעל ולאשה הרי היא עומדת לגירושין וממילא כוונת הסופר היא כוונה טובה ושפיר הוי לשמה, וגדולה מזו כ' התו"ג שבאם הבעל ציווה לכתוב מהני כתיבת הסופר סתם לפי שע"י ציווי זה עומדת האשה לגירושין וכמשכ"ל.

(ו) מיהו כל זה הוא רק אם אנו יודעים בבירור גמור שזו היא זכות לבעל כגון שנאסר במאסר עולמי והוא יר"ש ואינו רוצה לעגן את אשתו, או למשל אם הלך למדינה שאין לו אפשרות לחזור משם וגם אין אפשרות לאשתו לבוא אלי' או מי שנשתתתה אשתו והוא נשא כבר אשה אחרת וכדומה, משא"כ בנידון

דיין שהבעל השתמד ואשתו ברחה והוא אינו רוצה לגרשה, מי יאמר שזו זכות היא לו, ומכ"ש שאם הבעל מוחה ואומר שאינו רוצה בגירושין. ואפילו להרשב"א שסובר דבמקום זכות גמור לא מהני צווח מ"מ מנא ידעי שזו היא זכות גמור, ואף בזכות גמור חולקים כל הראשונים על הרשב"א וטוברים דבאם צווח לא מהני זכי' אף בזכות גמור.

ולמה שכ' הרב הספרדי בספרו זכות משה שהביא הדר"ג בקונטרסו דהיכא דאיכא זכות לנפש הוי זכות יש להעיר מהא דכתובות י"א ע"א דא"ש מהו דתימא נכרי בהפקירא ניהא לי' וכו' קמ"ל דהנ"מ גדול דטעם טעם דאיסורא אבל קטן זכות היא לו, והנה כל הזכות שיש בגירות הוא שעיי"ז מכניסו תחת כנפי השכינה, וזו היא זכות לנפש, ומ"מ בגדול אין זו זכות משום דבהפקירא ניהא לי' ואינו חפץ בזכות זו.

ואין להביא ראי' מהא דאמרינן בסוטה כ"ה ע"א סתמא דמילתא אדם מסכים על דעת ביי"ד ולפיכך לא חיישינן שמא ימחול הבעל על הקינוי, התם שאני שעדיין לא מחה ולכן אמרינן דמסתמא לא ימחה, אבל במחה באמת אין הקינוי קינוי כמו שכ' רש"י שם, ועוד דזה הוא רק באדם כשר שמסכים לדעת ביי"ד אבל לא בעברין שהשתמד.

פרק שלישי

קידושי משומד

א) ועכשיו עלינו לדון בדין קידושי משומד, וכבר כתבתי בראש הקונטרס שדעת הגאון המובא בטור שקידושי מומר אינם תופסים נדחתה מהלכה והמהרי"ק כ' שאפילו הגאונים המתירים זקוקה למומר מחליצה ויבום מודים בקידושי מומר שקידושי' קידושין.

ולכאורה צריך ביאור, לפי דעת ר"א הגדול המובא במרדכי דמומר הוא כערוה משום דקנאים פוגעים בו א"כ לפי סברה זו יהי' קידושי' בטלים מטעם ערוה, ואמנם המהרי"ק לא ס"ל האי סברא דר"א הגדול אלא ס"ל כדעת התרוה"ד שהבאתי לעיל שאין המומר בכלל ערוה, ואולם לפי דעת ר"א הגדול שדינו כערוה לכאורה צ"ל דקידושי' בטלים.

ואולם מצאתי בתרוה"ד סי' רי"ט שכ' בראובן שנשתמדה אשתו והיא נשאת לישמעאלי וראובן נשא אשה אחרת ומת בלא בנים דאין המשומדת פוטרת צרתה, וכ' שם דאפילו לדעת ר"א הגדול שדין משומד כערוה מ"מ אינה פוטרת צרתה,

משום דדמיא ליבמה נדה שאינה פוטרת צרתה וכ' התוס' הטעם דלא דמיא לאחות אשה משום דהתם האיסור הוא על היבם טפי משאר אדם, אבל הנדה לכו"ע אסורה עד שתיטהר, וה"ה במשומדת שאסורה לא רק לבעלה אלא אסורה לכל ישראל ומה שכ' הר"א הגדול שיבם משומד אינו זוקק מטעם ערוה, לא קשה מידי דכיון דביאתו ביאת ערוה אין עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת כדרבא שם דאמר ערוה גופא לא צריך קרא וכו' אבל לפטור צרה ע"כ צריך למילף מאחות אשה ולכך בעינן דומיא דאחות אשה, זו תמצית דברי' בקיצור לשון.

ולכאורה תמוהים דברי' והרי התוס' כתבו כן לענין נדה עצמה שאינה נפטרת בלא חליצה משום דלא דמיא לאחות אשה וא"כ גם גבי משומד צ"ל דיהא זוקק מאותו טעם.

ומצאתי שכבר העיר בזה הגר"א ווסרמן זצ"ל בספרו קובץ הערות ליבמות סי' ג' וכ' שדין הנדה דומה למש"כ הרמב"ן והרשב"א במגרש ע"מ שלא תנשאי לפלוני וניסת לאחי' ומת ונפלה לפני הפלוני שאינה פוטרת צרתה אבל היא עצמה פטורה מיבום וחליצה לפי שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה.

ודברי הרמב"ן צריכים ביאור, דמדוע לא נימא שהיא פוטרת צרתה כשם שהיא עצמה פטורה (ועי' מש"כ התוס' ביבמות דף י' ע"א בד"ה לעולם) ועי"ש שכ' להסביר דעת הרמב"ן דיש שני מיני פטור, פטור של ערוה שהפטור הוא לעולם ואפילו במקום שבטל איסור הערוה כגון באחות אשתו שפטורה אפילו כשמתה אשתו מטעם כל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עלי' הרי היא כאשת אח שיש לה בנים, ויש פטור אחר וזה הוא הפטור של כל שאינו עולה ליבום אינו עולה לחליצה, דפטור זה פוטר אמנם מזיקה אבל אינו מטיל עלי' איסור אשת אח, לפי שפטור זה אינו פטור של ערוה שמסלק את הזיקה לעולם וממילא חל עלי' איסור אשת אח, אלא זה הוא פטור ע"י שלילת יבום וחליצה בפועל, ומכיון שאינו פטור של ערוה מדינא אלא פטור בפועל אינו מטיל עלי' איסור אשת אח ולהכי אינו פוטר את הצרה.

וכן הדבר באשה משומדת שאף שהיא פטורה מיבום וחליצה מ"מ אין עלי' דין ערוה לפטור צרתה, דהפטור של משומד הוא מטעם כל שאינו עולה ליבום וכו' ואינו פטור של ערוה משום דלא דמיא לאחות אשה ועי"ש באות י' שמסיק דהך דינא דכל שנאסרה וכו' ופטור צרה תלויים זה בזה דכיון דאין בה פטור ערוה אינה פוטרת צרתה וגם לא אמרינן בה כל שנאסרה וכו' דאין בה איסור אשת אח אף בשעת נדתה ולהכי כשנטהרה מנדתה היא זקוקה שוב עי"ש בדבריו.

ולפי דברי התרוה"ד נצטרך לומר דבמשומד תופסין קידושין דהא דאין תופסין קידושין בח"כ אמרינן בקידושין ס"ז ע"ב דילפינן מהיקשא דר' יונה

מאחות אשה וכיון דמשומד לא דמיא לאחות אשה לא גמרינן מיני' ושפיר תפסי בה קידושין, אבל באמת זה אינו, דהא בקידושין שם פריך מה להנך שכן אין לה היתר בחיי אוסרן תאמר בא"א שיש לה היתר בחיי אוסרן ומסיק דילפינן א"א מהיקשא דר' יונה מה אחות אשה לא תפסי בה קידושין אף כל עדיות כולם לא תפסי בה קידושין ואין משיבין על ההיקש, כמו שכ' ר"ת בס' הישר סי' מ"ה א"כ נילף נמי איסור המשומד דלא תפסי בי' קידושין.

ומצאתי בסוף הס' קובץ הערות ליבמות הנ"ל שהגראו"ו ז"ל הקשה להגר"ח ז"ל דל"ל קרא דאין קידושין תופסין בנכרית הא לדברי ר"א הגדול בועל נכרית הוא מח"כ ואין קידושין תופסין בח"כ, והשיב לו הגר"ח ז"ל דנהי דנכרית הוי מח"כ מ"מ אינו מכלל היקשא דר"י דהרי לא נכתב בפרשת עריות.

ולפי"ז אף לבתר דילפינן נכרית מקרא דלא תתחתן בהם שלא תהא בה תורת חיתון מ"מ יש לומר במשומד דלא נכלל בקרא דלא תתחתן שפיר י"ל דתופסין בי' קידושין אעפ"י שקנאין פוגעים בו, ועי' בנו"ב יור"ד סי' ס"ט. מיהו י"ל דלדעת ר"א הגדול גם משומד בכלל לא תתחתן משום לא יסיר ועי' בשו"ת לבושי מרדכי סי' ס"ד אות ג' שכ"כ.

(ב) אלא דלענ"ד דברי התרוה"ד תמוהים מאד והקושיא שהקשינו לעיל דלפי התרוה"ד גם נדה תצטרך חליצה עומדת בעינה, והגראו"ו ז"ל בפלפולו לא העלה ארוכה לקושיא זו, והקושיא במקומה עומדת דגם נדה תהא פטורה מחליצה כמו משומדת מאותו הטעם דכל שאינו עולה ליבום אינו עולה לחליצה כמש"כ הגראו"ו הנ"ל.

ואמנם הרא"ש כ' דנדה שאני דהיא עומדת ליטהר וא"כ י"ל דבמשומדת ל"ש זה, דאף דיכולה לשוב בתשובה מ"מ אינה עומדת לכך, וג"ז דוחק דנדה לפעמים אינה עומדת ליטהר כגון באשה שמקלקלת וסתה (ועי' בק"נ שם) וע"כ דלישנא דעומדת לאו דווקא אלא כיון שיכולה להטהר לא מיקרי זה אינו עולה ליבום וא"כ גבי משומדת נמי נימא כן שיכולה לשוב, ועי' בתשו' הרא"ם סי' מ"ז שכ' סברא זו, ואולם איך שנפרש לשון הרא"ש הנה התוס' לא כתבו חילוק זה והתרוה"ד לא הזכיר כלל דברי הרא"ש ורק הביא דברי התוס' ולפי סברת הגראו"ו ז"ל דברי התרוה"ד נסתרים מדברי התוס' שהם כ' דנדה אינה פטורה מיבום וחליצה. ולולא דברי התרוה"ד וכן שארי האחרונים שהקשו על התוס' שכ' דלא דמיא נדה לאחות אשה שזו אסורה לכל, והא אין משיבין על ההיקש, ועי' בתשו' אחיעזר יור"ד סי' ב' שפלפל בזה, הייתי אומר שאין כוונת התוס' לומר דבשביל שנדה אסורה לכל לא גמרינן מאחות אשה, דסברא זו אינה מתקבלת על הלב, דאיזו גריעותא היא מה שאסורה לכל דנאמר דבשביל כך אינה מפקיעה את הזיקה.

אלא כוונת התוס' היא כמו שכ' הרא"ש דאיסור נדה אינו איסור קורבות ולא חשיב ערוה להפקיע זיקה, וכעין שכ' ר"ת בספר הישר סי' מ"ה דנדה לא הוי כשאר עריות ואע"ג דכתיב לא תקרב לגלות ערותה אין התלמוד קורא ערוה אלא זו דלא תליא ביומא וטבילה וכן אין דבר שבערוה פחות משנים אין חזקה נדה בכלל ולא ספירתה (כוונתו שהאשה נאמנת בספירתה) וזה כעין שכ' הרשב"א לענין תנאי בגט שנתגרשה מבעלה ע"מ שלא תנשאי לפלוני ונפלה לפני' שאינה פוטרת צרתה לפי שאין זו ערוה אלא דבר אחר גרם לה והרי זו כגודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה שזקוקה ליבום משום דדבר אחר גרם לה ליאסר. וכן הדבר בנדה שאיסור הנדה הוא דבר אחר ולא מחמת ערוה.

ומה שכ' התוס' דלא דמיא לאחות אשה שזו אסורה לכל אין זה הטעם שלא להפקיע את הזיקה אלא דוגמא בעלמא להוכיח שאין זה איסור ערוה. דאם הי' זה איסור ערוה לא הי' תופסים בה קידושין ומכיון שתופסים בה קידושין ה"ה שאינה מפקיעה את הזיקה, ואע"ג דסוטה נמי תפסי בה קידושין ומ"מ אינה זקוקה ליבום, התם ילפינן מקרא שדינה כערוה דטומאה כתיב בה כעריות, משא"כ בנדה דלא מרבינן מקרא.

ולפי פירושי זה אין לדמות משומדת לנדה דמשומדת לפי דעת הר"א הגדול היא כערוה משום דקנאים פוגעים בה, וכן דעת הרמב"ן בתורת האדם שער הסכנה דישאל הבא על ארמית הוא מכלל עריות דקנאים פוגעים בו ודינו כשאר עריות, ואע"ג דהרמב"ן מדבר רק לענין יהרג ולא יעבור ואין לזה שייכות לענין ערוה דזיקה, מ"מ ראינו שדעתו ג"כ דהא דקנאים פוגעים בו מיחשיב לחיובי מיתות, ולדעת הרא"ה היא ערוה גם לענין זיקה ומטעם זה צריך לומר דפוטרת גם צרתה. ועי' ביבמות מ"ט בד"ה הכל מודים מה שכתבו לענין ממזרות ויש לחלק בין ממזרות להפקעה ואין כאן המקום להאריך בזה.

ולענ"ד פירושי הנ"ל מוכרח, דא"א לומר דכוונתם היא דמשום דאסורה לכל אין ללמוד מא"א ולהכי אינה מפקיעה הזיקה, דא"כ קשה מה שתירצו התוס' בדף ט"ז ע"א בד"ה בני צרות דיבמה שנתקדשה אינה מפקיעה הזיקה משום דאפשר לה להתגרש עי"ש, ואמאי לא תירצו בפשיטות דאשת איש לא דמיא לאחות אשה שהיא אסורה לכל, וכן בירושלמי המובא ברשב"א מקשה דאמאי לא חשיב ט"ז לר"א דאמר המגרש לאשתו חוץ מזה ה"ז גט ומשני תמן התורה אסרה עליו ברם הכא הוא אסרה עלי' עי"ש ברשב"א שפי' דזה דבר אחר גרם לה, ואמאי לא משני דשאני אשת איש שאסורה לכל, ואף שבתנאי זה לא נאסרה אלא לזה שהתנה עלי', מ"מ איסור אשת איש כשלעצמו הוא איסור לכל ומה שמוותרת לאחרים הוא משום שנתגרשה להם ואינה אשת איש להם, אבל האיסור

של אשת איש לעצמו הוא איסור לכל ולא דמיא לאחות אשה, וזו ראי' לפירוש הנ"ל. מיהו יש לדחות דאשת איש יש בה היתר לבעלה ואינה בכלל אסורה לכל. ואולם דעת התרוה"ד אינה כן והוא פירש כוונת התוס' כפי' הרגיל דמשום דלא דמיא לאחות אשה לא ילפינן מינה ולפי פירוש זה דימה משומדת לגדה וחזרת התמיה הנ"ל דאמאי לא אמרינן גם בנדה שאינה זקוקה ליבום כמו משומדת מטעם כל שאינו עולה ליבום וכו', וצ"ל שהתרוה"ד כתב מה שכתב על דעת עצמו ואחז בסברת התוס' דלא דמיא וכו' וחילק בין נדה ובין משומדת עפ"י סברת הרא"ש דנדה עומדת ליטהר משא"כ משומדת וכו"ל.

ולפי דעת הרא"ה שמשומדת דינה כערוה הי' אפשר לומר שאין תופסין בה קידושין, דהרי הא דאין תופסין קידושין בחייבי כריתות ילפינן מהיקשא דר"י ומשומדת ג"כ מחייבי כריתות היא וסברת התרוה"ד דלא דמיא לאחות אשה א"א לקיימה דהא אין משיבין על ההיקש וכן הוכחנו שאין כוונת התוס' כמו שפי' התרוה"ד. אלא שמצאתי בסוף הספר קובץ הערות ליבמות שהמחבר הקשה למרן הגר"ח ז"ל דלפי דעת הרא"ה ל"ל קרא דאין קידושין תופסין בנכרית והלא היא מח"כ ואין קידושין תופסין בח"כ, והגר"ח תירץ דכיון דאיסור נכרית לא כתיב בפרשה אינו בכלל היקשא דר"י עי"ש, והגראו"ו הקשה עלי' דא"כ גם לענין זיקה נימא כן דהא ח"כ שאין בה זיקה ילפינן ג"כ מהיקשא דר"י וכתר דביאת נכרי אינו כתוב באותה פרשה, ולא הבנתי את קושיתו דהרי התרוה"ד כתב דלרבא דאמר ערוה לא צריך קרא דאין עשה דוחה לל"ת לא ילפינן מהיקשא דר"י ולהכי אין המשומדת זקוקה ליבום דהיא ג"כ מח"כ ואין עשה דוחה ל"ת שיש בו כרת והמחבר ז"ל תברי' לגיזוי' מה שהעלה בסי' ג' לפרש דברי התרוה"ד.

ואולם פשטות לשונו של הרא"ה שכ' דבנפלה לפני מומר לא בעיא חליצה דבמקום ערוה הוא וקנאים פוגעים בו מוכיחה שאין כוונתו כמו שכ' התרוה"ד דהוא משום דרבא דאין עשה דוחה ל"ת שיש בו כרת והיא אינו ערוה לפטור את הצרה אלא סובר שהיא ערוה גמורה, ואפשר שסובר דמטעם זה אין קידושין תופסין בו וכדעת הגאון המובא בטור סי' מ"ד, ואע"ג דלא כתיב בפרשה מ"מ לאחר דילפינן מהיקשא דח"כ אין תופסין קידושין כל ח"כ בכלל זה חוץ מנדה וסוטה דגלי בהן קרא כדאמר שם וכן ביבמות מ"ט ע"ב וסוטה נמי לא כתיב בפרשה ומכל מקום אי לאו קרא היינו אומרים דסוטה אין קידושין תופסין בה משום דטומאה כתיב בה כעריות וכן הדין במשומדת. אחר כך ראיתי שכבר פלפלו בזה בשו"ת תפארת צבי סי' ע"ו, שהגאון השואל כתב בדברי הגר"ח ז"ל דעכו"ם אף שהבא עליה חייב מיתה מ"מ יש סברא לומר דתפסי בה קידושין משום דלא הוזכר בפרשה, ודחה ראית התרוה"ד דמומר זקק מדתפסי בו

קידושין, והגאון בעל ת"צ דחה דבריו דאין צריך היקשא רק לאחות אשה ואשת אח אבל שאר עריות ילפינן מאחות אשה, ועי"ש שכתב דלרבנן דיש ממזר מח"כ לא ילפינן מהיקשא דר"י אלא ילפינן מאשת אב כמו שכ' התוס' בקידושין ס"ז ע"ב. והנה אף שהעמדנו דברי הגאון המובא בטור לפי דעת הר"א הגדול מ"מ אין לבנות יסוד על דעה זו שכבר נדחתה ע"י גדולי האחרונים המהרי"ק והתרוה"ד והרא"מ כמו שהבאנו לעיל, ועי' בנו"ב מהדו"ק יור"ד סי' ס"ט שהוכיח בראיות ברורות שדעת מהר"ם שאשה מותרת להנשא למומר ואעפ"י שמהר"ם רצה לומר שבנפלה למומר אינה זקוקה לו זהו רק מטעם דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה אבל ביאת מומר מותרת ועי' שם שציין לאבהע"ז סי' קנ"ד שהרמ"א הביא בשם מהר"ם שמומר אין כופין אותו להוציא עי"ש.

ג) ועלינו לדון בדין הפקעת קידושין במומר, דהנה המרדכי בפ' החולץ הביא בשם מהר"ם בטעם הגאונים שאין מומר זוקק ליבום עפ"י הגמ' דב"ק קי"א ע"א דפריך שם אלא מעתה נפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה ומשני התם אנן סהדי דמינח ניהא לה בכל דהו כדרי"ל (בריש פ"ב דקידושין) דטב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו וזה שייך במוכה שחין דניחא לה בבעל כל דהו, אבל גבי מומר אנן סהדי דלא ניהא לה להתייבם לו כי יעבירנה על דתה לבא עלי' בגיות וכ"ז שהיא נדה ודאי אנן סהדי דלא ניהא לה וכו' וכתב מהר"ם אעפ"י שהבאתי ראי' לדברי הגאונים מ"מ לא מלאני לבי לעבור על דברי רש"י וכו' עיין שם.

ובהגהות מרדכי שם כ' דהרא"י שהביא הר"מ לדברי הגאונים לא הוי ראי' לגבי יבמה מן הנשואין דבהדיא פירשו התוס' בב"ק דמן האירוסין מיירי דמן הנשואין ודאי מקדשה נפשה כדי שתהא נשואה דמשום אחר מיתת בעלה לא מפקה נפשה מלהיות נשואה אלא מן האירוסין מיירי דמקדושה אין לה שום טובה, אבל הב"ח בסי' קנ"ז כ' דמהר"ם סובר דדווקא במוכה שחין איכא למימר דמחמת חיבת בעלה מכנסת את עצמה בספק אבל במומר הדעת נותנת שאינה מכנסת עצמה בשום ספק מחמת חיבת בעלה ואף מן הנשואין אינה זקוקה ליבום עיין שם.

ויש מחלוקת בדעת מהר"ם וסברתו דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה אי דווקא שנשתמד כבר קודם קידושי אחי' או אפילו אם נשתמד אח"כ.

וראיתי בתשובות מיימוניות להלכות אישות סי' כ"ט שהביא דעת מהר"ם בטעם הגאונים דמומר אינו זוקק משום דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה מעיקרא ומסיים היכא דמומר ה' בשעה שנתקדשה לאחי' דאסקא אדעתא והו"ל כאילו התנתה ע"מ שלא תתייבם לו עכ"ל מורי רבינו בחידושי' פרק הגזול קמא.

ומשמע דבאם נשתמד לאחר קידושי אחי' לא אמרינן כן דאדעתא דהכי

לא קידשה נפשה משום דלא אסקא אדעתא. ואולם בתשו' מהר"מ מינץ סי' ק"ה בסוף התשובה כתב וז"ל גם לא חזינן בדברי מהר"ם שחילק בדברי' בהדיא בין היכא דהוה משומד בשעת קידושין לאחר כך אלא התיר הדבר אפילו לכתחילה מצית למימר אדעת' בכל ענין מותרת אפילו לכתחילה או נוכל לומר לכל הפחות מתיר בדיעבד כי הכא עכ"ל.

וגם בתשו' הרא"ם סי' ס"ח דף רל"א עמוד א' כתב וז"ל ואין סברא לומר דדווקא היכא דנשתמד קודם שנתקדשה לאחי' דאסקא אדעתא וה"ל כאילו התנתה בפירוש ע"מ שלא תתייבם לו נפקא בלא חליצה אבל היכא דנשתמד לאחר שנתקדשה לאחי' דבאותה שעה שנתקדשה לו לא אסקא אדעתא שישתמד לא נפקא בלא חליצה. דא"כ הא דפריך בגמ' אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה ה"ל למימר אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מו"ש בעת שנתקדשה לאחי' תיפוק בלא חליצה אבל השתא דפריך סתמא ש"מ לא שנא הי' מוכה שחין בעת שנתקדשה לאחי' ל"ש לאחר שנתקדשה לאחי' נפקא בלא חליצה וכו' וה"ה גבי יבם משומד.

ועוד אדרבא איפכא מיסתברא דהיכא שנשתמד קודם שנתקדשה לאחי' דאסקא אדעתא ואיבעי לה לאתנווי ולא אתנויה איהי היא דאפסדא אנפשא אבל היכא דלא הוה משומד בשעה שנתקדשה לאחי' דלא אסקא אדעתא שישתמד ולא הוי לה לאתנווי איכא למימר דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא קידשה נפשא דסתם נשים אינן מתרצות בכך והא דלא אתנוי' משום דמילתא דלא שכיחא היא ומילתא דלא שכיחא לא מסקי אדעתייהו לאתנווי עלי' דכה"ג אשכחן בריש כתובות גבי פסקי' מברא ודחי אונסא דשכיחא שאני וכו' ע"ש.

ולכאורה הי' אפשר לומר שמהר"מ מינץ וכן הרא"ם לא ראו דברי מהר"ם במקורם ולכן כתבו מה שכתבו בעוד שבעל הגהות מיימוניות שהי' תלמידו העתיק את דברי מהר"ם מחידושי' ככתוב לעיל, ואולם מדברי מהר"מ מינץ שכי' לא חזינן בדברי מהר"ם שחילק בדברי' בהדיא וכו' נראה שראה את דברי מהר"ם אלא שלא דקדק מדברי' לחלק בין נשתמד קודם קידושין או לאח"כ, ואין לי הכרע וצע"ג.

מיהו מדברי התוס' בב"ק ובכתובות שהקשו דא"כ כל אדם שקנה מחברו שום דבר ונתקלקל יבטל המקח דאדעתא דהכי לא קנה ע"ש משמע דמפרשי דקושיית הגמ' אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מו"ש וכו' מיירי אפילו נעשה מו"ש אח"כ. דאל"כ אין התחלה לקושייתם דבמקח וודאי שאם הי' קלוקל בשעת הקני' בטל המקח.

(ד) והנה בתשו' מיימוניות הנ"ל וכן בתרוה"ד סי' רל"ג מביאים תשו'

רש"י במשומד שרצה לגרש יכול השליח לקבל את הגט ולזכות עבודה בלא דעתה מתורת זכי' עי"ש. ובתרוה"ד וכן בתשו' הרא"ם סי' ס"ח מביאים שמהר"ם בתשובה דחה הוראה זו של רש"י בשתי ידיים ואמר שאין זה אלא לפי דברי הגאונים דפטרי יבמה שנפלה לפני יבם משומד בלא חליצה מטעמא דאדעתא דהכי לא נתקדשה משום דס"ל דלא שייך במשומד טן דו וכו' אבל רש"י ז"ל שחולק על הגאונים ז"ל וכו' שצריכה חליצה ע"כ שסובר שגם בזה שייך טן דו וא"כ אסורה משום גט שלא מדעתה עי"ש בתשו' הר"ם. והרא"ם וכן בתרוה"ד המהו על הר"ם דמנ"ל דרש"י לא ס"ל האי סברא דגבי משומד לא אמרינן טן דו. דרש"י פי' בב"ק קי"א הא דמינח ניהא לה בכל דהו וכו' שניחא לה להתקדש לראשון שהוא שלם על ספק זה שאם ימות תזקק לאחי' היינו שמכנסת א"ע לספק זה של הזיקה למו"ש בשביל שגוח לה להתקדש לאיש שהוא שלם. ואע"ג דלא ניהא לה בטן דו של מוכה שחין מ"מ ניהא לה בטן דו דבעלה שהוא שלם ואעפ"י שעיי"ז מכנסת את עצמה לספק של נפילה למו"ש, וה"ה ביבם משומד נמי אמרינן לשיטת רש"י דמינח ניהא לה בבעלה אעפ"י שמכנסת א"ע לספק של נפילה למשומד.

ולפי"ז יש לומר שאם בעלה משומד מודה רש"י דלא אמרינן טן דו ושפיר אמרינן דזכות הוא לה ויכול אחר לזכות גט עבודה.

ועוד הקשה הרא"ם על מהר"ם שראה תשו' רש"י שהרי כ' לא מלאני לבי לעבור על דברי רש"י וא"כ הי' לו לראות שרש"י אינו סובר כמותו בטעם הגאונים המתירים זיקת מומר משום דאדעתא דהכי ל"ק נפשא, אלא משום דס"ל בטעם הגאונים דמומר חשוב כגוי ולפיכך כ' רש"י דאין הדבר כן אלא המומר הרי הוא כישראל לכל דברי' שנאמר חטא ישראל אעפ"י שחטא ישראל הוא וכו' ומכאן שלא פי' טעם הגאונים כהר"ם דטעמא משום דאדעתא דהכי וכו' דאל"כ מה זו תשובה שהמומר הוא ישראל גמור והרי מוכה שחין הוא בוודאי ישראל גמור ומ"מ אמרה הג' דתיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה. ועי"ש שהרא"ם הקשה על סברת הר"ם בטעם הגאונים משום דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, והרי הגאונים כתבו לחלק בין אם הי' היבם משומד בשעת נישואי הבעל או לאח"כ ותלו זה בפלוגתא אי נישואין ראשונים מפילים או מיתה מפלת ולפי פי' הר"ם אין לחלק בכך עי"ש.

אלא שיש קושי בתשו' רש"י המובאה בתשו' מיימו' הלכות אישות, ושם הלשון "והתשובה הנמצאת בתשו' הגאונים שאם נעשה מומר בשעה שקידשה אינה צריכה חליצה דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה אין לסמוך ע"ז וכו'" הרי לפנינו שגם רש"י ידע טעם זה של מהר"ם אלא שדחה אותו.

ואולם הרא"ם מוכיח שלשון זו משובשת, שהרי כ' דאין לסמוך על זה ודבריהם סותרים זה את זה שאם זיקתו זיקה וחליצתו חליצה לאחר שנעשה מומר מה לי קידשה קודם לכן מה לי קידשה אח"כ הרי הוא מוחזק כישראל להיות חליצתו חליצה וכו' עי"ש ומוכח שרש"י לא פי' כמהר"מ בטעם הגאונים, דאל"כ למה כ' דדבריהם סותרים זה את זה דדילמא אימא לך דמשומד זיקתו זיקה ואפילו הכי נפקא בלא חליצה משום דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה דומיא דמו"ש לפי הס"ד דגמ' בב"ק.

ובאמת זו ראי' מוכרחת שהלשון "דאדעתא דהכי לא קידשה נפשא" הוא שרוב שנוכנס לדברי רש"י ע"י מעתיק טועה, והוא שיבוש דמוכח מתוכו לכל מעיין ישר, שהרי בתשובות הגאונים לא נזכר טעם זה דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה.

ולגודל התמיה נראה שהר"מ לא השיג על רש"י אלא לפי שיטתו הוא שהרי מהר"ם פי' הא דמינח ניהא לה בכ"ד כרי"ל וכו' דקאי על היבם והיינו דניחא לה אפילו ביבם מוכה שחין, ולכן הקשה דלפי"ז אין לקבל גט שלא מדעת האשה מתורת זכ' שהרי אין זו זכות לה דטב למיתן טן דו, אלא שלשנו של המר"מ שכ' אבל רש"י ז"ל שחולק על הגאונים וכתב שצריכה חליצה ע"כ שהוא סובר שגם בזה שייך טן דו וכו' מוכיחים שהוא תפס כן בדעת רש"י דהטן דו קאי על היבם וצ"ג ליישב דבריו.

ואח"כ ראיתי בשו"ת זקן אהרן סי' קכ"ד בשם תשוב' בית הלוי שכ' להכריח שגם רש"י סובר דכל דהו מוסב על היבם ומה שכ' דניחא לה להתקדש לראשון משום דבל"ז לא היתה מתרצית להתקדש דכי חסרת אנשים היא עי"ש ואין הספר בית הלוי תחת ידי לעיין בו, ועל תמיהת הרא"ם על מהר"מ שפי' טעם הגאונים משום דאדעתא דהכי וכו' דא"כ למה מחלקים הגאונים בין נשתמד קודם קידושי אחי' או לאח"כ וכמובא לעיל, הנה בתשובות מיימו' הלשון "ומורי רבינו מאיר הביא ראי' לדברי הגאונים" מדפריך ס"פ הגוזל קמא אלא מעתה וכו' משמע שמהר"מ לא רצה לפרש דברי הגאונים כפי שהם כתובים בתשובותיהם אלא רצה לקיים את דינם מטעם אחר, וכן ר"א הגדול המובא במרדכי שכ' דמשומד הוא מחייבי כריתות דקנאים פוגעים בו והרי הוא כערוה לא כ' כן בתורת פי' לדברי הגאונים אלא כ' עפ"י סברת עצמו, ומה שכ' מהר"מ ולא מלאני לבי לחלוק על רש"י אף שנתן טעם אחר שלא הוזכר ברש"י הוא משום שחשש לדעת רש"י שגם במשומד שייך טן דו לפי מה שסבר בדעת רש"י כנ"ל.

(ה) ולמעשה רבו המחמירים שלא לשים לב לדברי המתירים והב"י כ' בסי' קנ"ז שיש לתמוה על תלמידי רב יהודאי גאון ובעל העיטור שהעתיקו

דבריהם ולמה לא רדפם וכתתם עד חרמה וכו' וכן הביא בשו"ע סתם שמומר זוקק, ואולם יש מקילין כגון הר"מ מינץ בסי' ק"ה שכ' שבשעת הדחק כגון שישבה שנים רבות עגונה ועגומה יש לסמוך על מהר"ם ועל ר"א הגדול עי"ש, וכן הב"י עצמו כ' בסי' קנ"ט בזקוקה למומר שנשאת עפ"י עדות שהיבם מת ואח"כ נודע שהוא חי שלא תצא, ויש דעות שאפילו אם לא חלץ לה היבם ג"כ לא תצא עי"ש מה שהביא בשם מהר"י בק"ד ועי"ש בד"מ.

וכן הרמ"א כ' בסי' קנ"ז בשם מהר"י מינץ דבדיעבד לא תצא אף אם לא חלצה ועי"ש בבא"ה בשם הרד"כ דביבם משומד שהלך למרחקים יש להתירה, וגם בין אחרוני הזמן האחרון יש מקילין עי' בשו"ת זקן אהרן מהדו"ת סי' קכ"ד ועי' במשיב דבר סי' ע"ה שכ' להקל ביבם מומר והוא אלא, ועי' בתשו' שבות יעקב ח"ג סי' ק"י להקל בילדה עגונה במים שאין להם סוף כיון דבדיעבד ל"ת ושעת הדחק כדיעבד דמי, ולפי"ז גם בזקוקה למומר לדעת האומרים דבדיעבד ל"ת יש להקל בילדה עגונה.

(ו) ויש לעיין לפי דעת מהר"ם דיבם מומר אינו זוקק משום דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה אי טעם זה מספיק גם אם הבעל נעשה מומר לאחר קידושי, ועי' בב"ח סי' קנ"ז שהשיג על הב"י דאשת מומר זקוקה אפילו כשהמיר קודם קידושי, דאיפכא מיסתברא, דבאם המיר קודם קידושי הרי נתרצתה לכך וסברה וקבלה, אבל אם המיר אחרי שקידש י"ל שלא קיבלה קידושין ולא נשאת לו אלא ע"ד שיחזיק בדת ישראל אבל לא שיהפוך דתו ע"ז לא הי' רצונה ולא הי' דעתה שיהי' קידושי אלא המעות יהי' מתנה וכו' עי"ש, ואף שהב"ח כתב כן רק להשיג על לשונו של הב"י שכתב אפילו וכו' מ"מ יש לומר שמהר"ם סובר סברא זו אליבא דאמת.

ואולי י"ל שהב"ח סובר דמהר"ם הביא רא"י לדברי הגאונים ואפילו לאותו גאון המובא בטור סי' מ"ד דמומר דינו כעכו"ם גמור אלא שאותו גאון סובר דאפילו אם נשתמד קודם קידושין קידושי בטלים ומהר"ם סובר דרק אם נעשה מומר אח"כ קידושי בטלים מטעם דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה וכסברת הב"ח הנ"ל, ואולם עומד לנגדו מה שכ' התוס' בכתובות מ"ז ע"ב דבבעל מומר לא אמרינן הכי כיון דתלוי בדעת שניהם, והתוס' מביאים רא"י דאל"כ כל אדם שלוקח פרה וגטרפה או מתה אנן סהדי שלא עמ"כ לקחה אלא דהתם אנן סהדי דבאותו ספק הי' נכנס ואפילו אם הי' אומר לו אם תטרף יש לך לקבל הפסד הי' לוקחה ואינו תלוי בדעת הקונה לבד אלא תלוי נמי בדעת המקנה וכו' ועי"ש שהביאו רא"י מהא דפריך אלא מעתה נפלה לפני יבם ולא פריך מאשה שנעשה

בעלה בעל מום כיון דתלוי גם בדעת המקדש, ועי' בתשו' הרא"ם שכ"כ דמטעם זה לא אמרינן בבעל מומר אדעתא דהכי וכו'.

ואולם יש לומר שהתוס' לא כ' כן אלא לגבי מוכה שחין אבל לא לגבי בעל שנשתמד אחר הנישואין, דהנה הפנ"י בב"ק הקשה על התוס' דמה הקשו ממקח, הא במקח גמי אי איכא אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא זבין דבטל המקח כגון בזבן אדעתא למיסק לארעא דישאל או בזבין ולא איצטריך לזוזי דהמקח בטל וכן בשולח סבלונות ומת הוא או היא דמוהר הדרא וכן בכסף הכהנים איכא אומדנא דמוכח, אבל בסתם מקח ליכא אומדנא דמוכח, ועי"ש שתירץ דהתוס' לא הקשו מכסף הכהנים אלא על קושית הגמ' מיבמה שנפלה לפני מו"ש דשם גמי ליכא אומדנא דמוכח דעיקר הקידו' לא נעשה בשביל היבם שתזקק לחליצה והוי מילתא דלא אסיק אדעתא ולהכי הקשו התוס' דגבי מקח היכא שנתקלקל במילתא דלא אסיק אדעתא יבטל המקח, ואח"כ הקשה הפנ"י על סוגית הגמ' דמאי מקשה מכסף הכהנים על יבמה והא גבי יבמה גופא כ' כמה גאונים דהיכא שנפלה לפני מומר דפטורה מחליצה משום דהוי אומדנא דמוכח ומכש"כ בכסף הכהנים דהוי אומדנא טפי וא"כ איך מדמה הש"ס ליבמה, ועי"ש שתירץ דגם כסף הכהנים לא הוי אומדנא כ"כ דנהי דהכסף אינו מכפר על שבועת שקר אבל מאיסור גזל נתכפר עי"ש שמסיק "דכנ"ל ליישב בדוחק".

ובתו"ח כ' ליישב קושית התוס' דמילתא דלא שכיח כלל י"ל אדעתא דהכי לא קידשה נפשה אבל במקח דשכיח קלוקל איבעי ל' להתנות בפירוש ולא תלוי כלל בקפידת המוכר עי"ש.

ולפי"ז אפשר לומר דהתוס' כתבו כן רק לפי קושית הגמ' דסברה דגם גבי נפלה למו"ש לא אסקא אדעתא כיון דעיקר הקידושין לא ה' בשביל היבם ולא הוי אומדנא דמוכח, וכן לפי מסקנת הגמ' דטב למיתב טן דו בוודאי לא הוי אומדנא דמוכח, אבל במומר דלדעת מהר"מ לא שייך במומר טן דו והוי אומדנא דמוכח יש לומר דגם גבי בעל מהני אומדנא זו לבטל הקידושין, ועוד דגבי בעל עדיפא מלגבי יבם לפי סברת הפנ"י הנ"ל דגבי יבם לא הוי אומדנא דמוכח כיון דעיקר הקידושין לא נעשית בשביל היבם, משא"כ גבי בעל דעיקר הקידושין נעשית בשבילו יש לומר שנתקדשה לו רק אם יחזיק בדת ישראל וכמו שכ' הב"ח המובא לעיל, וראיתי בשו"ת תפארת צבי סי' ס"ד שכתב להוכיח שהתוס' לא ס"ל כרש"י דטב למיתב טן דו קאי על הבעל, דהא התוס' סוברים דרק בנפלה מן האירוסין ס"ד דגמ' דאדעתא דהכי ל"ק נפשה, אבל לא מן הנשואין דמחמת חיבת נשואין מתקדשת בלא תנאי, ובאירוסין ל"ש חיבת נשואין ול"ש לומר טן דו, ובע"כ דטן דו קאי על היבם, ועוד, הא התוס' כתבו בכתובות מ"ז

ע"ב שהבעל אינו מקפיד מה שיארע אחרי מותו, וא"כ ל"ש לומר טן דו דהא הבעל לא יקפיד אף אם היא מתנית שיהי' הקידושין בטלין אם תפול לפני מו"ש, וא"כ ל"ש לומר טן דו, ובע"כ שהתוס' מפרשים דסברת טן דו קאי על היבם, וגם מהר"ם מפרש כתוס' דקאי על היבם, ורק הוא חולק על התוס' שמחלקין בין נפלה מן האירוסין לנפלה מן הנשואין והוא סובר שאין לחלק בכך, ועי"ש שתמה על מהר"ם דמדוע אינו מחלק בין אירוסין לנשואין והא א"א בועל בעילת זנות, ועי"ש שמסיק דמהר"ם סובר כהרא"ש דבעי עדי יחוד ולא ס"ל כדעת הרא"ה שהביא הב"ש בסי' ל"א ס"ק פ"ב דסתם הוי כעדי יחוד, וא"כ מיירי דלא הי' כאן עדי יחוד ועי"ש שסיים דמכיון שתוס' ורש"י נחלקו על מהר"ם מי ירום ראש להקל ח"ו.

ועי' במל"מ הלכות זכי' ומתנה פ"ו ה"א בד"ה שוב ראיתי שכ' בשם ספר פני משה ליישב הקושיא על מהר"ם דגבי יבם מומר אינה זקוקה ומשמע אפילו נפלה מן הנשואין, והרי כ' התוס' דהיכא דתלוי בדעת שניהם לא אמרינן אומדנא, וכ' דבאומדנא גדולה לא מהני קפידת השני ואמרינן דלא נתקדשה אדעתא דהכי אף דאיכא דעת' דבעל, ולפי"ז אף בבעל עצמו שנעשה מומר יש לומר כן.

ועי' בהגהות מרדכי לפרק שבועות ביטוי שאלו למהר"ם איש ואשה שקבלו חרם הקהלות לישא זה את זה והמיר דתו האיש וכו' והשיב הר"ם דלא בעי התרה לחכם לאחר ששב דהא אי אתיא קמן כ"ז שהי' מומר לא שבקינן לה לאינסובי דאין זה דעת המקום והקהלות להיות יחדי' ולא דמי למומר דבעינן חליצה לפירש"י דהתם כבר חלו הקידושין וכו' דאדעתא להנשא למומר לא קבלה חרם עלי'.

והובא ברמ"א יור"ד סי' רכ"ח סמ"ג (ועי"ש בביאורי הגר"א שחולק על מהר"ם וסובר דבעי התרה) הרי שמהר"ם סובר דאפילו לענין שבועה וחרם הוי אומדנא גדולה ולא בעי התרה, וא"כ י"ל דגם לענין קידושין אמרינן כן דרק לרש"י לא אמרינן כן בקידושין והוא פליג על רש"י וסובר דגבי יבם מומר בטלו הקידושין וא"כ הוא הדין לגבי בעל (ויש לי תימה על מה שהביא בהגהות מיימוניות להלכות אישות פ' כ"ה בשם מהר"ם דעובר על דת או אפילו מומר אין כופין אותו להוציא ותדע מדלא מנה רשע שכופין אותו להוציא וטעמא דטב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו והובא באהע"ז סי' קנ"ד ס"א וכן בתשו' הרמ"א סי' צ"ג, וזה פלא גדול והרי המהר"ם סובר דל"ש גבי מומר טב למיתב טן דו, ואמנם הנו"ב במהדו"ק יור"ד סי' ס"ט כתב דלענין יבוס אמר מהר"ם דפטורה מחליצה משום דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה אבל מצד הביאה אין איסור ולהכי אין כופין אבל הלשון דטב למיתב טן דו תמוה מאד, ואולי מיירי מהר"ם במומר מחמת עברות ולא במשומד וצ"ע).

(ז) ונסכם את האמור, דאפילו התוס' לא אמרו דבעי דעת שניהם אלא

במוכה שחין ולפיכך לא פריך הגמ' מאשה שבעלה נעשה מוכ"ש, אבל במשומד אפשר שמודים התוס' דלא בעי דעת שניהם וא"כ אפילו בבעל שנעשה משומד אמרינן ג"כ דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, ול"ק ממקח דהתם לא הוי אומדנא דמוכה והילכך בעינן דעת שניהם, ופשיטא שיש לומר כן בדעת מהר"מ דלדידי' לא קשה קושית התוס' ממקח דהתם הוא מילתא דשכיחא והוי לו להתנות וכמו שכ' התו"ח המובא לעיל אבל במשומד לא אסקא אדעתא להתנות.

וכבר ראינו שיש לומר שגם רש"י מודה למהר"ם אם הבעל נעשה משומד דאז ל"ש טן דו לפי פשטות לשונו של רש"י דהאי דניחא לה בכל דהו הוא משום שבעלה הוא שלם לכן מכניסה עצמה לספק יבם וה"ה במשומד יבם, אבל בבעלה משומד ל"ש טן דו, ואפילו נודה לדעת מהר"ם שרש"י ג"כ פי' האי דמינח ניחא דטב למיתב טן דו דקאי על היבם משום דלשון כל דהו מתאים יותר ליבם מוכה שחין שהוא "כל דהוא" ולא לבעל שלם וכמו שכ' בבית הלוי, זהו רק בפי' לישנא דגמ', אך מה שכ' רש"י דמשומד זוקק ולא חש לסברת מהר"ם דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, הוא משום דסובר שאשה מכנסת את עצמה לספק זה כיון שעיקר קידושי' הוא להנשא לבעל אינה חוששת לספק שמא יהא היבם משומד וכמו שכ' הפנ"י, אבל בבעל משומד אפשר דסובר רש"י דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, וסרה קושית מהר"ם על רש"י שהתיר לקבל גט לאשת משומד בלא ידיעתה.

אלא שק' לומר כן דא"כ למה הצריך רש"י בתשובה המובאה בשו"ת הרא"ם להתירה בגט והרי יכול הי' להתירה בלא גט, ואפשר שרש"י מיירי היכא שנתקדשה לו בעודו מומר או שדרה עמו הרבה שנים במומריותו ואח"כ חזרה בתשובה ובאופן זה ל"ש לומר אדעתא דהכי ולכן הצריך רש"י להתירה בגט. אבל כ"ז הוא דוחק. ויותר נראה שרש"י לא ס"ל סברא זו דמהר"ם.

ולכאורה הי' אפשר ליישב קושית התוס' דאמאי לא פריך מאשה שנעשה בעלה מוכ"ש דאפשר לומר דאם הבעל נעשה מוכה שחין שפיר אמרינן דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, דזה הוא אומדנא גדולה שאשה אינה רוצה להתקדש לבעל לכשיהי' מוכ"ש, וניחא הא דלא פריך מאשה שנעשה בעלה מוכ"ש, דיש לומר דאין הכי נמי, ומה שהקשה הגמ' מגפלה לפני יבם מו"ש, משום דלא הוי אומדנא גדולה ודמי לכסף הכהנים וכמו שכ' הפנ"י, דגם כסף הכהנים לא הוי אומדנא דמוכה, ואין להשיב דאנה"נ, משום דהגמ' סמכה על הדרשא דיבמות ד' ע"א דא"ש מניין ליבמה שנפלה לפני מו"ש שאין חוסמים אותה שנאמר לא תחסום וכו' ונאמר כי ישבו אחים יחדיו — ומכאן שהיא זקוקה ליבום.

ועי' בהגהות מרדכי לפ' החולץ שר"ת הקשה דמאי פריך הגמ' אלא מעתה נפלה לפני מו"ש וכו' לימא דאנה"נ וסמוכים דלא תחסום איצטריך להיכא דנפלה

מן הנשואין, ותירץ דמסברא פריך ולא מכח מדאיצטריך עי"ש, וזהו עולה רק לשיטת התוס' דמן הנשואין לא אמרינן אדעתא דהכי, אבל לשיטת מהר"מ דגם בנשואין אמרינן אדעתא דהכי שפיר י"ל דהגמ' פריך באמת מכח מדאיצטריך, אלא דר"ת הביא ראי' דלא פריך מכח דאיצטריך מדלא משני איצטריך סמוכין להיכא שנעשה מוכה שחין אחר הנפילה עי"ש, וק"ק דאפילו בנעשה מו"ש לאחר הנפילה נימא ג"כ דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, ונראה דר"ת סובר דלא אמרינן אדעתא דהכי אלא כשהי' היבם מוכה שחין בשעת קידושי אחי' דאסקא אדעתה, אבל לא בנעשה מו"ש אחרי כן וכמו שכ' הב"ח דלגבי מו"ש סובר מהר"מ ג"כ דדוקא בהי' מומר בשעת נשואי אחי' איכא למימר אדעתא דהכי אבל אם לא הי' מומר בשעת נשואי אחי' דאיכא תרתי ספיקא שמא לא ישתמד אחי' ושמא לא ימות בעלה בחיי אחי' בלא בנים אפשר דמכנסת עצמה לספק משא"כ במומר עי"ש.

וכן כ' בתשו' הרא"ם הנ"ל, מיהו הלשון בדברי ר"ת דאיצטריך סמוכין להיכא שנעשה מומר אחרי נפילה קשה, דהול"ל דאיצטריך להיכא שנעשה מומר לאחר קידושי אחי' וצ"ע.

ואולם יש לומר דמהר"ם אינו מחלק בין הי' מוכה שחין בשעת קידושי אחי' או אח"כ ושפיר י"ל דהגמ' פריך מכח דאיצטריך, וזה רק ביבם מוכה שחין אבל בבעלה מוכ"ש שפיר י"ל דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, והקידושין בטלין, ואין להשיב ע"ז דא"כ אמאי תנן בכתובות ע"ז ע"א ואלו שכופין אותו להוציא מוכה שחין וכו' בין שהי' עד שלא נשאו ובין משנשאו נולדו, ואי נימא בבעל מוכ"ש בטלו הקידושין א"כ למה צריכין לכופו אותו הא בלא"ה בטלו הקידושין, די"ל דבהי' מוכה שחין עד שלא נשאו לא בטלו הקידושין, וכן בהתנה עמה דאמר ר"מ שם דיכולה לומר סבורה הייתי שאני יכולה לקבל ועכשיו איני יכולה לקבל, דבכה"ג לא בטלו הקידושין ולכן צריכין לכופו.

אלא דלשון המשנה בין שהי' עד שלא נישאו ובין משנשאו נולדו, משמע דאפילו משנשאו ולא התנה צריכין לכופו את הבעל ומוכח דגם בבעל לא אמרינן אדעתא דהכי, ומכאן ראי' לשיטת התוס' בכתובות מ"ז דמכיון דתלוי בדעת שניהם לא אמרינן אדעתא דהכי, אלא דלפי"ז קשה מה שהקשה ר"ת דאמאי לא משני הגמ' בב"ק קי"א דאין הכי נמי, והרי ממתניתין בכתובות משמע דלא אמרינן הכי מדמצריכין לכפי'.

ואולי י"ל דמתניתין הא מיירי בנשואה ולהכי צריכה לכפי', אבל בארוסה שפיר בטלו הקידושין וא"צ לכפי', ואולם אפילו אם נאמר דלעולם לא אמרינן בבעל אדעתא דהכי ואפילו בארוסה זהו רק במו"ש דיש לומר טן דו משא"כ

במשומד דדעת הב"ח אליבא דמהר"מ דאין לומר בו טן דו ואפילו בנעשה משומד לאחר נישואי אחי' אמרינן בו אדעתא דהכי לא קידשה נפשה יש לומר דגם בבעל שנעשה משומד לאחר נישואין אמרינן דאדעתא דהכי לא קידשה.

ובעצם החילוק שמחלק מהר"ם בין מוכ"ש ומשומד כבר נתקשו האחרונים דאמאי אמרינן טן דו לגבי מו"ש והרי אפילו אמרה הוינא בהדי' לא שבקינן לה כדאיתא בכתובות ע"ז ע"ב, ותירצו דיכולה לדור עמו בסהדי ואז שבקינן לה, משא"כ במומר, והא דבעי קרא ליבמה שנפלה לפני מו"ש שאין חוסמין והרי בלא"ה לא שבקינן לה, תירצו האחרונים ז"ל דהו"א דבביאה אחת שבקינן לה דבביאה אחת אינו ממקתו, ועיין בתשו' הרא"ם ובשו"ת חכם צבי סימן א' שכ"מ, וכן משמע מדברי הרשב"א ליבמות דף ד' ע"א שכ' ופי' אין חוסמין שאין מסתתמין טענותי' ואין כופין אותה להתיבם ואח"כ יכפוהו להוציא בגט כדי לקיים מצות יבום אלא כופין אותו מעכשי' לחלוץ ע"כ, ונראה מדברי' שהרשב"א רצה ליישב קושית האחרונים הנ"ל.

(ח) ועוד נ"ל להעיר שיש למצוא היתר בנעשה הבעל מומר מטעם אחר, דהנה בנו"ב מהדו"ק יור"ד סי' ס"ט כ' לדחות דברי הח"צ בנשבע למשודכתו לשאת אותה וקלקלה אחותה דלא אמרינן אומדנא לפטור אותו משבועתו משום דתלוי בדעת שניהם וכמו שכ' התוס' בכתובות דהיכא דתלוי בדעת שניהם לא אמרינן אומדנא, ומתוך כך השיג הח"צ על הרא"ש שכ' דאומדנא זו מהני אפילו להפטר משבועה וכ' הנו"ב דיש ליישב דברי הרא"ש דעד כאן לא כתבו התוס' דהיכא דתלוי בדעת שניהם לא אזלינן בתר דעת לוקח היינו משום דמסתמא אין המוכר מתרצה שאם יתקלקל החפץ יבוטל המקח דאטו בשופטני עסקינן שיתרצה לתנאי שהוא רק טובת חברו לבד, משא"כ בעובדא דרא"ש שנתקלקלה אחות המשודכת אמרינן אומדנא שזו היא טובה לשני הצדדים, שהרי הי' יכול להיות להיפך שיזדמן פגם משפחה של המשודך ולפיכך אמרינן שנתרצו שני הצדדים לכך שזה הוא טוב לשניהם עי"ש שסיים שזו סברה ישרה ואמתית ויודה בה כל מי ששכלו זך וישר.

ולכאורה דברי' גסתרים מדברי התוס' שכ' כן גם לגבי אשה שנעשה בעלה בעל מום דגם שם הוא טובה לשניהם דהי' יכול להיות שיארע מום אצלה והלכך יש לנו לומר שנתרצו שניהם שאם יפול מום יתבטלו הקידושין, אלא דיש לומר דלבעל אין זו טובה דבלא"ה יוכל לגרש בע"כ ולא איכפת לי' אפילו אם לא יתבטלו הקידושין, אבל בזמננו שיש חרם דרגמ"ה שלא לגרש בע"כ שפיר יש לומר שזו היא טובה לשניהם ומהני אימדנא דמוכה, ובשלמא במו"ש או בשאר מומים יש לומר דלא הוי אומדנא דמוכה וכמשכ"ל, אבל במשומד שלדעת מהר"מ

הוא אומדנא דמוכח שפיר י"ל דאפילו לאחר נישואין מהני אומדנא זו דכיון שזו טובה היא לשניהם מהני אומדנא, אפילו היכא דתלוי בדעת שניהם. ויש לדחות ולומר דאין זו טובה לבעל, שהרי אם האשה המירה דתה יוכל ג"כ לגרשה בע"כ או לשאת אשה אחרת אף בלא היתר של ק' רבנים כמפורש בפוסקים אבהע"ז סי' קט"ו וסי' קי"ט ברמ"א, ויש לפלפל בזה, אלא שכבר הבאנו לעיל דעת המל"מ דבאומדנא גדולה לא בעי דעת שניהם וכן כ' הנו"ב שם בד"ה ומעתה שכן מבואר בדברי התוס' עי"ש, וא"כ גם בבעל משומד אמרינן אדעתא דהכי לא קידשה נפשה.

אחר כתבי כל הנ"ל ראיתי בנו"ב מהדו"ק אבהע"ז סי' פ"ח שהגאון נו"ב כבר עמד על כל הנ"ל וכ' בד"ה ונראה, שהתוס' לא כ' דגבי נישואין לא אמרי' אדעתא דהכי אלא לגבי מוכ"ש אבל גבי מומר דל"ש גבי' ניחא בכל דהו אפילו לגבי נישואין אמרינן אדעתא דהכי, ובתחילה רצה הנו"ב לומר דגם בבעל אמרי' אדעתא דהכי ויסודו על פי מה שכ' בתוס' דרק ביבם אמרינן אדעתא דהכי משום שהבעל לא יעכב בשביל דבר שיארע אחרי מותו משא"כ בבעל י"ל דלא ניחא לי'. ולפי"ז לפי"מ שכ' הר"א הגדול דביאת מומר הוא כעריות ומיד שהמיר נאסרה אשתו עלי' א"כ לא איכפת לו אם יבוטלו הקידושין, ואם תאמר אין ה"ג א"כ קשה למה לא מצאנו סברא זו אצל הגאונים ולא הזכירו רק יבמה שנפלה לפני מומר, וכ' דיש לומר עפ"י מה שכ' בתרוה"ד דלגאונים הוקשה והרי בהדיא אמרינן מומר שקידש קידושי' קידושין וניחא להו לחלק בין יבמה דממילא נפלה קמי' והוא איסור לאו ובין קידושין דעביד מעשה בידים ואיסור כרת.

ומעתה י"ל דבאיסור דרבנן אמרינן גם גבי בעל אדעתא דהכי לא נתקדשה אבל בסוף דברי' חזר בו הנו"ב וכ' דהא ליתא דוודאי לא מהני כאן אדעתא דהכי כיון דלאו בדידה תליא מילתא ומה שכתבתי כיון שנאסרה לו שוב לא איכפת לו אם יתבטלו הקידושין דיש לומר דלא ניחא לו לפי שאינה אסורה עלי' לחלוטין דאם יחזור בתשובה הרי היא מותרת לו ועוד כיון שאגידא בו יוכל לרצותה בתרקיבי דדינרא וממילא לא ניחא לי' בבטול הקידושין עי"ש.

ולכאורה הנו"ב סותר את דבריו שכ' ביור"ד סי' ס"ט דבאומדנא גדולה

מהני אפילו אם השני מקפיד וכמשכ"ל.

כנראה הרגיש הגאון נו"ב שימצאו סתירה בדברי' וכאלו להתנצל כתב: ועוד הי' לי לדבר בזה איזו חילוקים ולחדש דלפעמים שייך תירוץ התוס' שחילקו בין היכא דתליא בדידה לחוד ובין בתלוי בדעת שניהם ולפעמים ל"ש לחלק אלא שאין רצוני להאריך בפרט הזה כי בעוה"ר מורי הוראה שבזמננו יש הרבה מקולקלים ועמו בעצו ישאל ומקלו יגיד לו מחפשים קולות ופן יקחו וישחיתו

דברי להקל גם באשת איש גמורה שהמיר בעלה עכ"ל, ומי לא יחת לבו בראותו את הגאון הגדול הזה מדבר דברים קשים נגד המקילים בא"א שהמיר בעלה, וחלילה לי להרים ראש ולהקל, אבל תורה היא וללמוד אנו צריכים ומה שכתבתי לא כתבתי אלא להעיר ולפלפל וזהו דבר חדש שלא מצינו בו בדברי הגאונים הראשונים והאחרונים ז"ל בירור מלא ומקיף.

וכאן עלי להעיר שמה שכ' הנו"ב דלפי התרוה"ד דלגאונים הוקשה והרי בהדיא אמרינן מומר שקידש קידושי' קידושין וכו' ככתוב למעלה, הנה קושיא זו מומר שקידש שקידושי' קידושין והחילוק בין עבד מעשה ואיסור כרת ובין ממילא ואיסור לאו לא נמצא כלל בתשובות הגאונים אלא שהא"ז הגדול חידש זאת מדעתו, והתרוה"ד עצמו דחה סברה זו וכ' וכל אלו הטעמים קצת זרים הם לקבלם ולסמוך עליהם לקולא נגד דעת רש"י וכו' וגם מה שחילקו הגאונים משום דבקידושין איכא צד כרת וביבום ליכא אלא לאו ק"ל מהא דפריך פ"ב דיבמות מכדי האי דאורייתא והאי דאורייתא מ"ל לאו ומ"ל כרת עי"ש בדבריו.

ולצערי אין ספר או"ז בידי לעיין בו, אלא רואה אני מה שהעתיק התרוה"ד מאו"ז דהיכא שהי' מומר בשעת קידושי אחי' אינו זוקק משום דכתיב כי ישבו אחים יחדיו יבמה יבא עלי' מי קאמר יבמה אפילו משומד והא כתיב דרכי' דרכי נועם אלא מקיש ישיבת אחים להדדי ומה מת אחד ביהדות אף יבמה יבא עלי' ביהדות וכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש וקיימי רבנן ומתקני מילתא דאתי בה לידי תקלה וכי תימא לא יבא עלי' כי היכא דאמרינן בהדיא בגמרא דאי הדר גר לסורו ישראל משומד קרינן בי' ואם קידש קידושי' קידושין אלמא בישראל חשיבא לי' לא דמי דהתם בידים ואיסור כרת הוא אבל הכא ממילא הוא ואיסור לאו ואיכא למיחש לעיגון עכ"ל שהועתק בתרוה"ד.

ונראה שהא"ז רצה לבאר דברי הגאונים שמומר אינו זוקק ובכ"ז קידושי' קידושין, וכ' טעמים שונים, א', דילפינן מקרא כי ישבו אחים יחדיו יבמה יבא עלי' ואם אחד הוא מומר אין זה יחדיו והוא כעין דרשת הגמ' באשת אח שלא הי' בעולמו, ועי' בתשו' הרא"ם סי' מ"ח שכ' כן לפרש דברי הא"ז, טעם שני משום שאין זה דרכי נועם וסברא זו אמר מהר"י מינץ בתשו' סי' י"ב, טעם ג' משום דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש וקיימי רבנן ומתקני מילתא דאתי בה לידי תקלה, ועי' כ' הא"ז דטעם זה ל"ש במומר שקידש, דלא רצו חכמים להפקיע קידושין באיסור כרת, ועוד שהוא עשה מעשה וכוונתו שעי"ז גילה שאינו רוצה לפרוק עול וכן פי' בתרוה"ד עי"ש, אבל בזיקה שלא עשה מעשה ואינו אלא איסור לאו שפיר אמרינן דאפקיעו רבנן לקידושי' משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ומשום תקנת עגונה אפקיעו רבנן לקידושי'.

ואגב אעיר שמה שכ' במשיב דבר סי' ע"ה טעם נוסף לדברי הגאונים שלא שייך באשת מומר יקום ע"ש אחי' ומומר לאו בר הקמת שם ודומה לסריס עי"ש בסברא זו הקדימו הרא"מ בתשו' מ"ח הנ"ל, וזהו טעמו של ר"י גאון במי שמת בשמדותו שאין אשתו זקוקה ליבום, וכן כ' מהר"י בן חביב בתשו' מ"ז שבתשו' הרא"מ, וגם המאירי כ' שאם הבעל מומר ומת אינה זקוקה כלל שלא ימחה כתיב וכבר שמו מחוי ר"ל.

וכל הנ"ל הוא רק להנך גאונים שפוטרים אשת מומר או זקוקה למומר ולא כ' שמומר שקידש קידושי' בטלים, אבל לדעת ר"א הגדול שמומר חשוב כערוה אפשר שסובר כדעת הגאון המובא בטור שקידושי' בטלים מטעם זה, ולעיל הארכתי בזה והראיתי פנים לכאן ולכאן, ובמי שנשתמד אחר נשואין אפשר שיוצאת בלא גט מטעם אדעתא דהכי לפי דעת מהר"מ ודעימי'.

(ט) והנה בראש הקונטרס העירותי מהתוס' בריש כתובות בד"ה דילמא מה שהקשו דאמאי לא אמרינן בגיטין דף ע"ג דאכלו ארי אין זה גט ואמאי לא נימא דלא נחא לי' דתיפול קמי יבם ותירצו דבאונס דלא שכיח כלל לא אסיק אדעתיה שירצה שיהא גט.

ויוצא מדברי התוס' דבמידי דלא שכיח לא מהני אומדנא משום דלא אסיק אדעתיה, דאומדנא מהני רק בדבר דאסיק אדעתיה, וא"כ לפי"ז אי"ל אומדנא ביבם או בבעל שנעשו מומרים לאחר קידושין דבוודאי הוי מילתא דלא אסיק אדעתא דאשה שיעשו מומרים.

וקושיא זו יש להקשות גם על הגמ' דב"ק דפריך אלא מעתה נפלה לפני מו"ש תיפוק בלא חליצה, והרי זו אומדנא דלא אסיק אדעתא שיעשה היבם מוכה שחין, ולדעת התוס' מיירי ביבם שנעשה מוכ"ש אח"כ מדהקשו ממקח שיבטל המקח אם מתה הבהמה וכמשכ"ל.

ונ"ל ליישב עפ"י מה שכ' בתורת גיטין סי' קמ"ה ס"ו ליישב קושית הב"ש על הדין דאם אמר אם לא אעמוד מחולי זה ונשכו נחש או טרפו ארי דהוי ספק מגורשת והרי המחבר פסק בסי' קמ"ד דאונס דלא שכיחא כלל מבטל הגט ואמאי אמרינן באכלו ארי דהוא רק ספק וכ' שם דסברת התוס' היא דלא הוי במשמעות לשונו דמכיון שאמר מחולי זה ויש להסתפק אם כוונתו מחמת חולי זה או בתוך חולי זה, ולהכי אמרינן דמכיון דאונס דלא שכיח כלל לא אסיק אדעתיה א"כ לא נכלל אונס כזה במשמעות לשונו ובוודאי שנתכוון לומר מחמת חולי זה, ולא אמרינן אין טעות אונס בגיטין אלא היכא שנתקיים דבורו לפי שאין זה במשמעות לשונו בזה אמרינן דהגט בטל עי"ש, והדברים מרומזים בתוס' גיטין ע"ג א' ד"ה איתיבי' עי"ש מה שכתבו ואומר ר"י וכו'. ועפ"י נ"ל לחלק

בין תנאי ובין אומדנא, דבתנאי הכל תלוי במשמעות לשונו ומה שאינו כלול בדברי' אינו נכנס בגדר תנאי, דבתנאי יש דינים מיוחדים דבעינן תנאי כפול והן קודם ללאו ועוד, ול"ש כאן לומר אומדנא דכל אדם יכול לגרש אשתו מתי שירצה ובאופן שירצה, משא"כ באומדנא שאחד מבע"ד לא התנה כלום, אלא שאנו אמדינן לדעתו שעיקר המתנה או המכירה או הקידושין הי' באופן זה ולא באופן אחר אז אמרינן אומדנא אף במידי דלא שכיח כלל, ודוגמא לדבר מ"ש הרא"ש והמהרי"ק בנשבע למשודכת ואח"כ קלקלה אחותה שנשתמדה אמרינן אומדנא ואעפ"י שהשתמדות היא מילתא דלא שכיחא מ"מ אמרינן אילו הי' מעלה בדעתו שתשתמד אחותה לא הי' משתדך עמה וכמו שכ' הרא"ש בכלל ל"ד וציין לדברי התוס' בכתובות צ"ז ע"א בשם ר"י שיש שלש חלוקות בזה עי"ש, והכלל באומדנות הוא שאנו אימרים דבאם הי' מעלה בדעתו מה שיארע אח"כ הי' מתנה תנאי ואז אמרינן שהוא כאילו התנה תנאי מפורש שבאם יארע דבר זה יהי' מעשה הקנין או השבועה בטלים.

אך לכאורה נסתר זה ממש"כ הרמ"א באהע"ז בסוף סי' קי"ח דאף שפסק ר"ת בנדוניא חתנים שאם מתה בתו אין צריך לתת את הנדוניא שלא פסק נדוניא אלא שתהנה בתו, דמ"מ אם נהרגה או נשתמדה צריך לתת משום דהוי' מילתא דלא שכיחא ולא אסיק אדעת' עי"ש במפרשים, והוא סתירה למש"ל.

ואולי יש לחלק בין האומדנות, דלא כל האומדנות שוות, דהאומדנא היא מיוסדת על ההנחה שבאם הי' מעלה בדעתו הי' מתנה תנאי מפורש, אבל באב אפילו אם הי' מעלה בדעתו את האפשרות של הריגה או של השתמדות בתו לא הי' רוצה להתנות תנאי שכזה שהאב מיוחד להוציא בשפתי' שיארע ח"ו אסון גדול כזה לבתו, ועוד י"ל שבאסון איום כזה הדרינן לכלל התוס' שבדבר התלוי בדעת שניהם לא אמרינן אומדנא, ואילו הי' האב מתנה תנאי שבאם תהרג בתו או תשתמד ח"ו לא יתן לו את הנדוניא או הי' החתן מיוחד מלהשתדך עמו משא"כ במתה מיתה טבעית אמרינן שגם החתן הי' מסכים לשידוך זה, ואם כנים אנחנו בסברה זו נתרץ קושיא שראיתי בס' אגודת אוזב מדברי סי' ט"ו דאמאי לא אמרינן בנפל למשאל"ס דיהי' הקידושין בטלים מטעמא דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה ועי"ש שפלפל בזה ותירץ עפ"י התוס' בכתובות מ"ז ע"ב המובא לעיל דכיון דתלוי גם בדעת הבעל לא מהני אומדנא, ואולם זה לא יתכן לפי"מ שהעלינו דבאומדנא גדולה לא חיישינן לקפידת הבעל וכמש"כ המל"מ והנו"ב הנ"ל.

ונראה דגם בזה אמדינן לדעת האשה שאפילו אם היתה מעלה בלבה אפשרות של אסון זה לא היתה מרהיבה מתוך פחד להוציא מפיה תנאי שכזה וגם הבעל לא הי' מתרצה בתנאי שכזה ולפיכך לא אמרינן אומדנא זו.

ועוד י"ל עפי"מ שכ' בשמ"ק ב"ב קי"א בשם הרא"ש דרך מן האירוסין אמרינן אומדנא דמוכה שחין אבל לא בנשואין דהבעל לא הי' מתרצה לעשות בעילות' בעילות זנות עי"ש וא"כ י"ל כן גבי נפל למשאל"ס דהבעל לא הי' מתרצה לעשות בעילות' בעילות זנות, משא"כ בנשתמד אח"כ שפיר יש לומר דבאם הי' אומרים לו שבאם ישתמד יבוטלו הקידושין הי' מסכים לכך, דהרי אם ישתמד לא איכפת לו אם יהי' בעילות' בעילות זנות, ואם היה עולה רעיון מבהיל זה בלבו לא היה נמנע בשביל כך לתנאי שכזה מצד אשתו.

ואפשר שגם מהר"ם שאינו מחלק בין נפלה מן הנשואין או מן האירוסין לא אמר כן אלא במשומד דלא איכפת לו בבעילות זנות אבל לא במוכה שחין דאז יש לחלק בין אירוסין ונשואין כפי הטעם של השמ"ק הנ"ל.

(י) ויודע אני שכל מה שכתבתי אינן אלא סברות והשערות בלתי מיוסדות כהוגן והדבר צריך עיון ובדיקה עמוקה בש"ס ופוסקים, ומ"מ לא נמנעתי לכותבם כדי להעיר ולעורר את טובי הלומדים שיעיינו במקצוע גדול זה שבתורת אישות שאין ערוך לחשיבותו הגדול בזמננו זה שנתגבר ההכרח לדאוג לקיום התורה וחוקי' בחיי אישות ולהגן עלי' מחמת המורדים והפוקרים שרוצים לפרוק מעל ישראל עול התורה ודיני אישות הקבועים בה וד"ל.

ובסוף דברי רוצה אני להעיר על הכלל האמור בכ"מ בש"ס כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש שלא נתבאר ולא נתברר בראשונים ואחרונים מתי ועפי"י איזו תנאים נוהג כלל זה, וכל ימי הייתי תוהה ותמה דאמאי לא אמרינן במי שנפל למשאל"ס דאפקיעו רבנן לקידושין מטעם זה כדי להציל אשה מעיגון, והלא לשיטת רש"י בשבת קמ"ה ע"ב הטעם שהקלו רבנן להאמין עד אחד על מיתת הבעל הוא משום דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואעפ"י שמדאורייתא אין דבר שבערוה פחות משנים ומכש"כ שהי' צריכין להתיר במשאל"ס שאינו אלא חששא דרבנן מטעם זה דכל המקדש וכו' עד שמצאתי בשמ"ק כתובות דף ג' ע"א שהקשה קושיא זו ותירץ בשם הרשב"א דבכדי לא אפקעינהו רבנן לקידושין אלא היכא דאיכא סרך גיטא א"נ בעד אחד אבל בכדי כגון שטבע במשאל"ס לא תקנו ועי"ש מה שהקשה מהא דאותבה אבי כורסי' ואתא אחרינא וחטפה מיני' ביבמות ק"י ע"א וכן בתלי' וקדיש דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני' התם משום דעיקר הקידושין הי' שלא ברצון חכמים דהוא עשה שלא כהוגן אבל מקום שחלו קידושין ברצון חכמים והשתא הוא דאפקעי להו אי איכא סרך גיטא אין, אי לא לא, ועי"ש פי' אחר בהפקעת קידושין דלאו אפקעותא גמורה אלא משום דאמדינהו לדעתו דכעל דאסקי' לדעת' לאונסו וכו' עי"ש וצ"ע בכל המקומות

שפירשו הראשונים מטעם כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש כגון בקנין ד' אמות בגט לפי דעת הרמב"ן גיטין ע"ח ובאומרת טמאה אני לך לפי דעת הר"ן נדרים צ' ע"ב, וכן גט שאין בו זמן לפי דעת הנמו"י ריש פ"ד דסנהדרין, וכן גט מעושה בהדיוטות לפי דעת הרשב"א והר"ן, וכן מקדש בפסולי עדות דרבנן לפי דעת הרמב"ן דקידושין בטלין מה"ת מטעם כל המקדש וכו'.

ואולם פי' זה אינו הולם לפי דעת רש"י בעד אחד דנאמן מטעם אפקיעו, וצ"ל אליבא דרש"י כפי' הראשון דלא אפקיעו בכדי וכו', והנה התוס' בבב"ב מ"ח ע"ב כתבו דבמקום דקידושין נעשו כהוגן אין כח לחכמים להפקיע קידושין ואז אמרינן כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ובמקום שהקידושין לא נעשו כהוגן אפקיעו רבנן דיש כח לחכמים לעקור דבר מן התורה ועי' בתוס' יבמות ק"י ע"א ד"ה לפיכך דמספקא לר"י אי טעמא דאפקעינהו הוא משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש או משום דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת.

ומתעוררת השאלה אי גם בימינו ניתן רשות להשתמש בכלל זה דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, דזה ברור דהכח להפקיע קידושין ולעקור דבר מן התורה לא ניתן אלא לחז"ל ואין לנו רשות להשתמש בו אלא במקומות המוזכרים בחז"ל, וכבר ידוע מה שכתב הרשב"א בתשובותיו סי' אלף קס"ב וסי' אלף קס"ה, וראה בס' אין תנאי בנשואין ווילנא תר"ץ, אך שם מדובר נגד תקנת רבני צרפת לעשות תנאי בכל קידושין לכל מאורע שיבוא, וגדולי הדור ראו בתקנה זו הריסות קדושת האישות בישראל, וגם קלקלה גדולה העשויה להביא לידי מכשולים רבים עי"ש ולכן מחו בעוז נגד קלקלה זו.

ואולם הטעם דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ולשיטת כמה מן הראשונים הוא כאילו עשה תנאי בשעת קידושין ע"מ שירצו חכמים ודומה לע"מ שירצה אבא וכמו שכ' הריטב"א בכתובות, יש לומר לכאורה דגם לנו יש רשות לכה, שהרי המקדש תולה את התנאי לא בדעת חז"ל אלא ברבנים שמסדרים לו את הקידושין או בגדולי דורו שאיתם הוא יודע ומכיר ועליהם הוא מתכוין באמירתו כדת משה וישראל ומדוע לא נוכל להשתמש בכלל זה במקום הצריך, והראו לי בשו"ת מהרש"ם אבהע"ז סי' ט' שפלפל בענין דומה אבל לא מצאתי שם בירור לשאלתי הנ"ל, ואח"כ בא לידי שו"ת מהרש"ם ח"ב וראיתי בסי' ק"י שפלפל הרבה בזה ובתוך שאר דבריו כתב דלא נמצא שום פוסק להתיר אשת ישראל שהמיר ורק לענין יבום דנו בזה מכח אומדנא עי"ש.

אולם ראיתי בדרכי משה לאבהע"ז סי' ז' שמביא המעשה דגזירת אסטרייך שהותרו נשים שבזנות לבעליהן ואפילו לכהן, וכ' ול"נ דאפשר דהגדולים שהתירו לאו מדינא אלא משום צורך השעה שראו שיש ח"ו לחוש לעתיד לנשים שאם

ידעו שלא יחזרו לבעל נעוריהן שלא יקלקלו ולכן הקילו, וא"ת מנ"ל לומר כן דיש להקל בחשש איסור דאורייתא נ"ל דסמכו אהא דאמרינן כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ויש ביד בי"ד לאפקועי קידושין מיניהו והן כפנויות ואף אם זנו מותרות לבעליהן.

ואמנם באב"מ סי' ז' הקשה דמה מהני אפקיעו לכהן והא פנוי' שנבעלה לפסול לה אסורה לכהן, ובאמת לא נתכוין הד"מ אלא להסביר מה שהתירו חכמי אסטרייך לישראל ובאהע"ז סי' ז' סי"א כ' רמ"א ובשעת זעם והרג רב התירו רבותינו לבעלה ישראל וכוונתו לגזירת אסטרייך, ולא כאן המקום לפלפל בזה.

אבל עכ"פ ראינו בדעת הרמ"א שגם בימינו אפשר להשתמש בכלל זה בתנאים ידועים, ואמנם בגזירת אסטרייך לא התירו אלא באיסור לאו ואולי סברו חכמי אסטרייך שאיסור שביות אינו אלא מדרבנן שזו אומרת ברי לי שלא נטמאה והבעל מאמינה (עי' בשו"ת אמרי אש אבהע"ז סי' י"ג שכ"כ) אבל עכ"פ ראינו שחכמי אסטרייך השתמשו בכלל זה והרמ"א הסכים להם.

וכבר הראינו לעיל דלדעת האו"ז טעם הגאונים להתיר זקוקה למומר הוא משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש.

ועי' במהרי"ק שורש ס"ג והובא בב"י סי' קד"ל שכ' ואשר דקדקת מלשון רבנו משה בענין כפיית המומרים לגרש לענ"ד יפה דקדקת ולכאורה אין תקנה לאשת מומר לפי דברי' ואולי בכה"ג סבר רבנו משה דאפקיעו רבנן לקידושין מיני' ע"י גט זה שנותן המומר בכפי' דמשום עגונה חשו רבנן טובא עכ"ל. ורואים אנחנו דלפעמים השתמשו רבנים שלאחר התלמוד בכלל זה של אפקיעו רבנן בצירוף סניף אחר כגון גט ע"י כפי'.

וראיתי בפתח הבית סי' כ"א ענף ג' בשם הג"פ סי' קכ"ז דמומר יכול לגרש אף שיש בו כמה חששות ואפילו ע"י שליח אעפ"י שאין מומר עושה שליח מטעם דאפקיעו רבנן לקידושין, אם יגרש אח"כ, וזה כסברת השמ"ק הנ"ל. ועל יסוד כל הנ"ל נפתחו לנו שערי היתר להנשים העלובות שנשתמדו בעליהן ע"י גט שנכתב מטעם זכי' שלא בידיעתו, דאפילו להמחמירים בכתיבת גט שלא מדעת הבעל מ"מ במומר יש לסמוך על הג"פ הנ"ל שמתיר בשעת הדחק ובמקום עיגון ע"י גט שיש בו ריעותא בצירוף הכלל של אפקיעו רבנן.

וכבר אמרנו דיש סברא דגם באשת מומר אמרינן דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה וכמש"ל בארוכה, וכבר כ' הב"י בסי' קנ"ד דהיכא דהאיסור הוא מדרבנן יש לסמוך על הגאונים בזיקת מומר, וכ"כ הד"מ בסי' קנ"ז דהיכא דיש עוד סניף יכולים לצרף דעת הגאונים המתירים, ואמנם הם מדברים באיסור יבמה לחוץ שאינו אלא לאו או רק איסור דרבנן ולא בא"א שהיא איסור כרת, ואולם יש

כמה מרבוותא שסוברים דקידושי מומר אינו אלא חומרא בעלמא וזו דעת הר"ש המובא בהגהות מרדכי ליבמות וכן דעת מהר"י מינץ.

ובנידון דידן שכותבים גט בתורת זכי' אפשר גם לצרף דעת הגדולים שאישות מומר אינה אלא מדרבנן וכנ"ל או יש לצרף דגבי מומר אמרינן אדעתא דהכי לא קידשה נפשה, ולפי סברת הג"פ י"ל דבכה"ג אפקיעו רבנן לקידושין מיני' ואולם חוששני ממה שכ' הרא"ם בסי' ס"ח שדין מומר הוא רק באותם שהמירו לרצונן בלא שום אונס אבל לא במי שנשתמד מאונס עי"ש. ואולי בנידון דידן שיכלו לברוח ולא ברחו כמו שעשו הנשים הרי הם חשובים כמומרים מרצון וכה"ג כ' הפוסקים גם לענין שבוי' דבאם יכלה לברוח ולא ברחא חשובה כעושיית מרצון וצ"ע. ואולם במה דברים הנ"ל אמורים הוא רק במקום שאנו יודעים שהגירושין זכות היא לבעליהן והם רוצים בכך, אבל אם אינו ידוע לנו ואפשר שאינם רוצים לגרש בשום אופן הרי נפל היסוד של כתיבת גט מטעם זכי', ולכן לפי דעתי ראוי להשתדל לפעול על בעליהן ע"י שוחד כסף שיסכימו לגירושין, ומה טוב אם יוכלו לפעול שהבעלים ימנו את הסופר ואת השליח והעדים בכתב, דבמומר מקילים הפוסקים להתיר ע"י מינוי סופר ושליח ועדים בכתב, ועוד הפעם אני חוזר ומשנן שכל מה שכתבתי ופלפלתי בקונטרס זה אינו אלא כתלמיד הדין לפני רבותי' בקרקע, וההכרעה מסורה לגדולי ההוראה שבדור ולא לאיש כמוני להכריע בענין חמור זה, ובפרט שמסתימת הראשונים משמע שאינם סוברים לא כמהר"ם ולא כדעת בעל פתח הבית שאפשר לכתוב גט לאשה בלא ידיעת הבעל, ועל כגון דא נאמר, וכי בשביל שאנו מדמים נעשה מעשה, וד' ישמרנו מלהכשל בדבר הלכה.



הרב ניסן זק"ש

קידושין על תנאי

ב עית העיגון תופסת מקום חשוב ברחבי הספרות הרבנית. היא שמשה תמיד נושא לדיון מעמיק על צורותיה השונות. בדורות האחרונים אף נעשו נסיונות, מצד חוגים מסוימים, להתיר את כבלי העיגון, על ידי הצעת הלכה למעשה, סידור קידושין על תנאי: שאם תיזקק האשה ביום מן הימים, ליבום או לחליצה, תיפקע חלות הקדושין למפרע, וממילא אין האשה זקוקה יותר לחליצה. תיקון רדיקלי זה אינו בא לפתור את בעית העיגון בלבד, הוא אף פותר את הבעל מנתינת גט, כתקנת רבני צרפת. מובן שלאור חומרתה של הבעיה נתרבו הדברים בנידון זה, דברי המקילים והמחמירים כאחד. בתחילה גברר את יסודות-ההלכה בנושא זה, ונגיע לידי סיכום מפורט בשני חלקי הבעיה.

א. קדושין על תנאי ונשואין סתם

אם פירש הבעל בשעת הקדושין את תנאו, אך לא פירש בזמן הנשואין, זקוקה האשה לגט, אף-על-פי שלא נתקיים התנאי. מאחר שאין אדם עושה בעילת זנות, יש להניח שבעת הביאה ביטל את התנאי, — כתובות ע"ב-ע"ג, רמב"ם הל' גירושין פ"י ה"ט, טור ושו"ע א"ע סי' לח סעי' ל"ה, וסי' קמט סעי' ה.

ב. נשואין על תנאי

אם התנה בפירוש גם בשעת הנשואין, היינו בשעת יחוד וביאה, הרי לפי המקורות הנ"ל מבואר שהתנאי קיים, ואם לא נתקיים התנאי מתבטלים הקדושין, וכן מוכח מב"ק קי ב. — באור הגר"א אבע"ז סי' קנו סקי"ג, בני אהובה הל' יבום פ"א, וכן מפורש בדברי הרא"ש שטמ"ק שם, ובתשובות מיימוני הל' אישות אות כ"ט.

יש סוברים שאפילו התנו בפירוש בשעת ביאה, לא מהני, — שלטי גבורים כתובות פ' המדיר בשם ריא"ז, ועיין מאירי בסוף פרק ראשון של יבמות, וכע"ז כתוב בירושלמי קדושין פ"ב ה"ד: "וצריכה הימנו גט אפי' קדשה על תנאי וכנסה על תנאי", ובקרבן-עדה: "דמחמת חבת סוף ביאה מחל על התנאי",

יש גם שרצו להוכיח כן מדברי התוס' ישנים קדושין סד ב' בד"ה רבי, — בני אהובה, ע"ש. ויש שכתבו כן גם בדעת רש"י ותוס' — קונטרס "אין תנאי בנשואין" דף ז'.

בין הראשונים יש מי שכתב: "אע"פ שהתנה בשעת ביאה אפילו הכי צריכה גט, ומסתמא התנאי לא הי' רק משום הכתובה, ומיהו אם פירש בהדיא שלא תהא ביאת קדושין אפילו לענין גט אם לא יתקיים התנאי, וכפליה לתנאי כדין התנאי אינה צריכה גט", — הגהות אשרי פ' המדיר סוף דף ע"ד ע"א, ועיין תוס' כתובות עג א סוף ד"ה לא תימא. אולם לדעת הרי"ז הנ"ל לא מועיל התנאי אפילו אם התנה בפירוש לסתור הקדושין, — בית שמואל אבן העזר סי' לח סקנ"ט.

בעלי השיטה הזאת שאין התנאי מועיל אף אם התנה בפירוש בשעת נשואין. מסתמכים בעיקר על לשון הגמרא (יבמות צד ב, קז א) "אין תנאי בנשואין", (וכאילו מפורש שם שלא כסוגית כתובות הנ"ל). ברם החולקים מסתייעים ממה שכתבו התוס' (יבמות שם ושם וכתובות שם); במה שאמרו "אין תנאי בנשואין", הכוונה אין רגילות להתנות תנאי בנשואין, אבל אם מתנה, התנאי קיים. ויש שכתבו לתרץ דהא דאמרי' "אין תנאי בנשואין", היינו מחיים אבל לאחר מותו שפיר אמרי' שיש תנאי, כי לאחר מותו לא איכפת לו משום בעילת זנות, — נחלת שבעה, דיני חליצה.

ג. אח מומר

עד כאן לענין תנאי של ממון או של נדרים וכיוצא באלו. והרי הבעיה אם התנאי מועיל במקרה שאחד התנה. אך ישנם מקרים שהתנאי אינו בממון או במומים ובנדרים. ומתעוררת השאלה אם מותר לכתחילה לסדר קדושין ונשואין על תנאי במקרים אלו.

בפרק זה יבואו גם פרטים שאינם נוגעים במישרין לכותרת, אך כיון שרוב הספרים הדנים באח מומר, דנים תוך כדי דבור בפרטים אלו — מצאנו לנכון להביא אותם הפרטים בפרק זה.

מי שיש לו אח מומר ומקדש אשה, והמתקדשת חוששת שמא ימות בלא בנים ותשאר עגונה לכל ימיה. יש אומרים לסדר קדושין על תנאי, — שו"ת תרומת הדשן סי' רכ"ג; שו"ת מהר"י ברונא סי' רפ"ג; דרכי משה; רמ"א; ב"ח אבע"ז סי' קנז; שו"ת הרא"ם ח"א סי' ס"ז; מעיל צדקה סי' א'; נוב"י מהדו"ק סי' נ"ו; שו"ת הגרעק"א סי' צ"ג; שו"ת חת"ס אבע"ז ח"א סי' ק"י קי"א וח"ב סי' ס"ח; הרד"ך בית ט' חדר ט'; חקרי לב אבע"ז סי' נ"ח; שבות יעקב ח"א

סי' קכ"ו, ועוד. והתנאי הוא, שאם תפול לפני יבם לא יהיו הקדושין חלים כלל, שאם מתנה, על-מנת שלא תפול לפני אחיו ליבום חשוב תנאי זה מתנה על מה שכתוב בתורה, כמו שמפורש בירושלמי ב"מ פ"ו ה"י, ועיין שו"ת תשב"ץ ח"ב סי' י"ז.

ויש אומרים שאפילו אם התנה שהקדושין יתבטלו למפרע חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה, — עיין ב"י אבע"ז סי' קנ"ז. הרבה אחרונים סמכו ידיהם על דברי הב"י, וכתבו, שאין העולם סומכים על המתירין, — זכרון דברים לר' אהרן פרחיא הל' יבום, אהל יצחק לר' יצחק הכהן אבע"ז סי' י"ב, דבר משה ח"א אבע"ז סי' כ"ו, בית דוד אבע"ז סי' נ"ז (ע"ש שכתב שהמתירים לא התירו אלא לקדש על תנאי אבל לענין נשואין לא התירו), ועיין בספר חיים שאל להחיד"א ח"ב סי' ל"ח אות ס"ח, ובספר יוסף אומץ להנ"ל סי' ק"א.

המצדדים לאיסור מסתמכים על שני נימוקים עיקריים: (א) מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל. (ב) אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. ולא עוד אלא שיש מי שקשר את שני הטעמים לטעם אחד, שמצד זה עצמו שיש איסור לבעול בעילת זנות חשיב מתנה על מש"כ בתורה, — שמו משה סי' ו' בשם ספר שרשי הים.

והרי תשובות המתירים: (א) מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, דוקא אם התנה שלא תזקק ליבום והקדושין יהיו קיימים, כמו על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה, אבל במתנה שלא יהיו חלים הקדושין בתנאי כהלכה, מועיל, — בני אהובה וחקרי לב אבע"ז סי' נ"ח.

אם התנה שאם תפול לפני יבם, שתתחלץ ולא תתייבם, נסתפק בזה הפר"ח, אם אף תנאי כזה חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה. ועיין חקרי לב שם ובספר מוצל מאש סי' ל"א.

(ב) כיון שעושה כן לשם מצוה, שהמומר לא יעבירנה על דת לא חשיב עוקר ד"ת, כמוש"כ התוס' כתובות נו א. — שו"ת הרי בשמים ח"ב סי' רל"ג.
(ג) לא חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה, כי אין זה ודאי עוקר דאולי תלד או יגרשנה, — בני אהובה.

(ד) מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, משום דהוי פטומי מילי בעלמא, כמוש"כ בשטמ"ק, אולם במומר ומוכה שחין כיון שהתנאי לטובתה ובכוונה מתנה, פשיטא שמועיל. (שם).

יש שחדשו דאפי' אם אמר בפירוש שאם תהא זקוקה ליבם לא יחולו הקדושין למפרע, חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה, שהרי הקדושין יהיו חלים ולא תהא זקוקה ליבום, שבאופן זה שתצא מותרת לשוק, בכהאי גוונא רוצה שיחולו

הקדושין, וא"כ נמצא שומרת יבם יוצאה לשוק בלא יבום, ורק באופן שמתנה אם אמות בלא בנים לא יחולו הקדושין ונמצא שכיון שמת בלא בנים אין הקדושין כלום למפרע, אין זה מתנה על מה שכתוב בתורה, — אור שמח סוף הלכות יבום וחליצה, ובתשובותיו בקונטרס „אין תנאי בנשואין“ דף ט"ו, עי"ש שמוכיח כן מירושלמי נזיר, וכן מבואר בשו"ת הגרעק"א סי' צ"ג.

ואשר לטעם הב' ענו המתירים: (א) לית לן למיחש לבעילת זנות כיון דבשעת ביאה לא נתכוין לזנות, — ב"ח אבע"ז סי' קנ"ז (ועיין מה שתמה עליו במשפטי עוזיאל). (ב) כל המיחד לו אשה להיותה לו לבדו, אע"פ שהוא בא עליה בלא כתובה וקדושין ואינו אוסרה על אחרים, אין כאן בעילת זנות, — הרד"ך, ועיין כנסת הגדולה סי' קנ"ז סק"ח. (ג) מה שאמרו אין אדם עושה בעילת זנות, אין זה מצד איסור של פנויה, כיון שזו דרך אישות, אלא שאין אדם רוצה שתנתן אשתו לאחר בחייו, על ידי ביטול הקדושין, וגם בניו יהיו בני פנויה, לכן אמרי' שבודאי מוחל התנאי, אבל בתנאי שלא תזקק ליבם מומר או מוכה שחין, אינו חוזר ומוחל בשעת ביאה, שכן הספק תלוי כל ימי חייו ולא תנתן אשתו לאחר בחייו, ואף בנים לא יהיו לו, — מעיל צדקה וחתם סופר. (ד) לא אמרו אין תנאי בנשואין משום שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, אלא בתנאי שהוא מתנה לטובת עצמו, אבל התנאי שהוא לטובתה — לא אומרים אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, — נו"ב מהדו"ק אבע"ז סי' נ"ו, אור ישראל סי' מ"ד, ועיין בחקרי לב אבע"ז סי' נ"ח שכתב: כיון שהתנאי לטובתה, אמרי' שקדש ע"ת וכנסה סתם ולא מחיל התנאי, כיון שאין זה בידו אלא בידה, ואצלה לא אמרי' אין אדם עושה בעילתו בעי"ז, אולם עיין בתשובת הגרמ"ש בקונטרס „אין תנאי בנשואין“ שנקט לדבר פשוט דחזקה זו: א"א עובב"ז אחד הוא אצל האיש והאשה, [ולפי טעם הנוב"י אף בתנאי בחיי הבעל, אלא שהוא לטובתה אפשר להתנות, — חת"ס]. (ה) כל התנאים שהוא מתנה בשעת קדושין, עיקר התנאי תלוי עד שיתברר לו קיום התנאי או בטולו, לכן מתנה בשעת קדושין, ואע"פ דידע איניש בנפשי' שסופו למוחלו בשעת נשואין, מ"מ הוא אומר, עד שעת הביאה אחקור היטב ויבורר לי, אבל התנאי משום זיקת יבם מומר, הוא דבר שלא יתברר לעולם, כל ימי חי הבעל, ואילו היתה דעתה למחול בשעת בעילה, למה לה להתנות בשעת אירוסין, מה בצע בתנאי שלה, — חת"ס. ו) במומר ברי לנו שאפי' בשעת חבת ביאה, לא מחיל התנאי, — הרי בשמים סי' רל"ג, ולא חיישינן שמא מחלה לתנאה אלא בתנאי של ממון הניתן למחילה, אבל בתנאי שיש בו משום הצלחה מעגון עולמי אין מקום לומר שמחלה, — משפטי עוזיאל.

ליתר בטחון הוצע לכתוב בפירוש בשטר התנאי, שאפי' אם מתבטלים

הקדושין ישאר חיוב כתובה בתקפו, ובוזא ליכא בעילת זנות, עי' תוס' סנהדרין ע"ו ד"ה סמוך, — משפטי עוזיאל.

ויש שהוסיפו לבאר שבאופן כזה כגון שמתנה שהקדושין יופקעו רק לאחר מותו, אין שום איסור פילגש. אפי' לדעת הרמב"ם וסייעתו שפלגש אסורה, כיון שמתנה אם מתי בלא בנים לא יהיו קדושין כלל, ורוב נשים מתעברות ויולדות נמצא דכל ימי חייו אסורה להנשא לאחר שמא ימות בבנים ונמצא שהיא אשת איש למפרע, והרי אין לך גדורה מביאת זנות גדולה מזו, כי הברור שהקדושין יפקעו אינו יכול להיות רק כשימות בלא בנים, וכבר כלה קנין האישות שיש לו בה, לכך אין זה בכלל לא תהיה קדשה, — הגאון ר' מאיר שמחה בקונטרס „אין תנאי בנשואין“ עמ' 30, ועיין אור ישראל סי' מ"ד, ושו"ת הרי בשמים סי' רל"ג. נמוק נוסף לדעת המתירים: רבוי הספקות: שמא יהיו לו בנים, שמא יגרש אותה בחייו, שמא ימות אחיו המומר לפניו וכיוצא באלה, ולכן הם נוטים להתיר בקדושין על תנאי, — נוב"י, ועיין משפטי עוזיאל חלק אבע"ז.

אולם יש שערערו על כך, אדרבה, מחמת רבוי הספקות יש מקום לחשוש שתמחול על התנאי, — קונטרס „אין תנאי בנשואין“ עמ' 9, ויש מי שכתב שבאמת מטעם רובא (רוב נשים מתעברות ויולדות) וספק ספקא (שמא יגרש שמא ימות האח וכדומה) ליכא למיחש כלל לאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, וכל הנימוקים שנאמרו להסיר מכאן חשש זה הוא לזמן שיגיעו לעת זקנה ואין לה סיכויים להוליד ולדות, ואין כאן רוב, — אבני צדק.

והוסיפו ואמרו: במתנה על תנאי שלא תפול לפני מומר לא חששו לשמא יאמרו יבמה יוצאה לשוק בלי יבום וחליצה, מפני שיבמה לשוק הוא איסור שאין בו כרת ולכן סמכו להתיר, — זכרון ירושלים לר' אליהו חזן. כמה מגדולי האחרונים מצדדים לומר שמה שפסק הרמ"א לקדש על תנאי במקרה של אח מומר, הוא בצירוף השיטה האומרת שמומר אינו זוקק כלל ליבום, — בני אהובה הל' יבום פ"א ה"ו, ועיין שאילת יעב"ץ סי' כ"ה ומעיל צדקה סימן א'.

בפי' ר' דוד עראמה על הרמב"ם הל' יבום פ"א כתב: „טעמו (של רב יהודאי גאון דאין המומר זוקק ליבום) לפי שכיון שהי' משומד בעת נשואי אחיו לאו אדעתא דהכי נתקדשה ומעולם לא הוזקה לו, ומכאן למדו שאם התנה בעת שקידש את אשתו שלא תהא זוקקה ליבם אם ימות בלא בנים שמועיל, ואפשר אפי' לדעת רבינו (=הרמב"ם) דהתם איכא למימר שכיון שהוא מזרע ישראל ממילא נתפייסה גם כי אפשר שיחזור בתשובה ותתרצה וכו', אבל כשהתנה בפורוש נפקעה מן הזיקה, דוק, ולפי שנתחבטו על דבר זה גאוני הדור ואמרו משום

גאוני עולם שמועיל ושתקנו נוסח דבריו שיאמר בעת שמקדש על תנאי זה, הארכתי בו.

אחד האחרונים (ר' ישראל ליפשיץ באור ישראל סי' מ"ד) חידש, שלדעת המתירים באח מומר, יש לסדר קדושין על תנאי אפי' באופן שיש לו כמה אחים כשרים מלבד המומר, ואפי' הם מאה שכן יש לחשוש שמא ימותו כל הכשרים ותהיה זקוקה למומר. אולם השואל שם, הביע דעתו המפורשת לא כן. ועיין בשו"ת הרי בשמים סי' רל"ג שכתב מפורש שאפי' אם יש לו עוד אח אחד, אף שהוא בריחוק מקום, אי אפשר להתנות, כי זו עקירת מצוה וחשיב תנאי זה מתנה על מש"כ בתורה.

ד. התנאי ודיניו

התנאי צריך להיות תנאי כפול, — דרכי משה ורמ"א שם. ועיין בספר "בית דוד" לר' דוד טעביל סי' ט"ו, לענין אחת שנתקדשה לאחד, על מנת שהוא בן יחיד, ואחרי שמת נתברר שיש לו אח נעלם; וחידש שם שלא בעינן בכהאי גוונא תנאי כפול, כי יש כאן אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, וסגי בגלוי דעת (ומסתמך על מה שכ' התוס' קדושין ע"ט ב ד"ה דברים שבלב). יש להתנות את התנאי לפני שאומר "כדת משה וישראל", שאם היה גומר, הו"ל כמו חזרה ואפי' תוכ"ד לא מועיל, כל שכן אחר כדי דבור, — שמו משה לר' משה פארדו סי' ו'.

לאור כמה טעמים (שאין כאן בעילת זנות) שנמנו לעיל (ג' ד' ה' ו'), אין צורך להתנות בשעה ביאה (עיין בהנ"ל). אולם יש נוטים להחמיר ומצריכים להתנות בשעת יחוד וביאה, — בית שמואל אבע"ז סי' קנ"ז סק"ו; נוב"י וחת"ס הנ"ל. ויש שכתבו שהאידנא שנהגו לעשות הקדושין והנשואין בבת אחת, כשמתנה בשעת קדושין חשיב כאלו מתנה בשעת נשואין, — תרומת הדשן סי' רכ"ג, ועיין חת"ס ח"ב סי' ס"ח. ואף על פי כן ציוו לנהוג להתנות שנית בשעת יחוד, ושלישית בשעת ביאה, — חת"ס.

נוסח מיוחד לתנאי הזה תמצא בשו"ת שבסוף ספר בני אהובה, בנו"ב אבע"ז מהדו"ק סי' נ"ו, ועיין בשו"ת שיבת ציון סי' ע' (בנו של הנו"ב), ובחת"ס אבע"ז ח"א סי' קי"א. ועיין פחד יצחק מערכת "אח".

בהרבה מקומות אנו מוצאים שהתנאי הזה נתקבל לא רק להלכה כי אם גם למעשה, — שו"ת חיים ושלום ח"ב אבע"ז סי' ק"ג, שו"ת מעשה אברהם אשכנזי אבע"ז סי' ז', שו"ת עיני דוד אמאדו ד' ק"ד ג', שו"ת שער אשר ח"א אבע"ז ד' קכח ב', שו"ת עבודת השם אבע"ז סי' מ"ב, שו"ת ירים משה אבע"ז ד' נ"ג

א', ספר זכרנו לחיים לר"ח פרץ ח"א ד' ג"ב ב', שו"ת רב פעלים לר' יוסף חיים מבאגדד ח"ב אבע"ז סי' ו' ושו"ת שערי רחמים לר"י פראנקו ח"ב אבע"ז סי' ל"ז. אולם מאידך, אנו מוצאים לאחד מגדולי הדורות שהעיד עוד לפני מאה שנה: "ומעולם לא נשמע במדינתנו לעשות כן אף במקום אח רשע (= מומר) או נאבד". בדומה לדברים האלה כתב הגרא"י הכהן קוק זצ"ל "השימוש המעשי בתנאי זה נתמעט מאד ובדורותינו כמעט שלא נשמע שנהגו בו". (עיין שו"ת יחיה דעת עמוד צ"ב).

והנה מתעוררת בעיה חדשה: אף לדעת המתירים, תינח ביאה ראשונה שהוא מתנה עליה בפירוש, אבל האם יצטרך לחפש אחרי עדים לפני כל ביאה וביאה, להתנות בפניהם שאין הוא מוחל את התנאי? (כמובן לטעמים שאנו אומרים כי בטוח וברור הוא שבמקרה של אח מומר לא ימחול אף פעם על התנאי, אין כאן הערה כלל). ובאמת מצינו לאחד שציוה להתנות על כל ביאה וביאה, — אור נעלם סי' ל', אך לכך מצאו תקנה, והיא: שישבע על דעת רבים שלא יבטל לעולם התנאי הזה, ואף אם יבטל את התנאי יש לומר שלא מועיל, כיון שנשבע, ואף לדעת הפוסקים שבשבועה שבודה האיסור מלבו אומרים אי עבד מהני, מ"מ לא שייך לומר שסתמא בועל לשם קדושין שלא תהא בעילת זנות, ואדרבה חזקה שלא יעבור על שבועתו ולא בעל לשם קדושין, — שו"ת הגרעק"א סי' צ"ג. ועיין בבני אהובה שכתב: כדי להפיס דעת הריא"ז שלא מועיל תנאי אף אם מתנה בשעת יחוד וביאה, לכן כאשר בא מעשה לידי באח מומר מצא עילה שישבעו שניהם, ועיקר השבועה עליה, שהרי התנאי לטובתה, ובידו אין לבטל התנאי בלא"ה במה שהוא לטובתה, רק היא יכולה לומר שלא תהיה בעילת זנות, הריני מבטלת את התנאי והריני כאלו התקבלתי, "ולכך עשינו ששניהם ישבעו שבועה חמורה בנק"ח שלא יבטלו לעולם התנאי הלזה, ואם כן ליכא למימר שיבטל התנאי משום בעילת זנות דהוא רק חומרא, כיון דאינו מתכוין לזנות, ולקדשה ויעבור על איסור שבועה החמורה, וכן עשינו מעשה כמה פעמים ומעשה רב". אולם העירו עליו: למה לנו להשביע אותה הרי במה שאמר הבעל בפירוש ונשבע שלא ירצה אפי' אם היא תרצה, סגי, — אבני צדק, אם משביעים אין צורך להתנות אפילו בשעת ביאה ראשונה, וסגי אם משביעין בשעת קדושין, — משפטי עוזיאל.

ושוב שאלה ביחס לסדור התנאי: שמא בעבור הזמן ימותו העדים ונבוא להתיר יבמה לשוק על פי עדות שבכתב, — חת"ס אבע"ז ח"א סי' קי"א. ולזאת הציע לסדר בבית דין של שלשה, גבית עדות ולאשר הכל בבי"ד ולתת לאשה שטר ראייה בידה, — חת"ס שם. וכן כתב הגרעק"א בשו"ת סי' צ"ג: "ולדעתי

טוב שיעידו העדים כן בפני הב"ד שכך וכך התנה, והב"ד יחתמו הגב"ע שיהיה כיד האשה בירור מעשה ב"ד, דאולי ילכו העדים למדה"י ואם יתנו לה עדות שבכתב יש לדון בזה מדין עדות מפי הכתב, — כך היה דעתי אבל מי אנכי לסמוך על דעתי הקלושה והנמוכה. וטוב לצרף לזה איזה גדולים".

גם „ברכות אירוסין ונשואין" שימשו נושא ביחס לתנאי הזה, שכן יש כאן השש ברכה לבטלה. דנו בזה בספר אבני צדק, ובמאסף שנה ה' חוברת ב' סימן י"ב. הם נוטים להתיר לברך ברכת אירוסין ונשואין בקדושין על תנאי.

ה. מלבד במקרה של אח מומר

ישנם עוד כמה מקרים שדנו בהם אם לסדר קדושין על תנאי. ואלו הם:

א. אח מוכה שחין. ב. אח נעלם ונאבד. ג. אח חרש. ד. אח משוגע ושוטה.

מוכה שחין. לפי המבואר בב"ק קי"ב. מועיל התנאי (ועיין ביאורי הגר"א סי' קנ"ז). כן מפור' בדברי מעיל צדקה וחת"ס. כמובן שכמה מנימוקי המתירים באח מומר, אינם שייכים באח מוכה שחין. (ראה בפרק הקודם).

אח נעלם ונאבד. יש מסתפק בזה, — בני אהובה. יש מתירים, — הב"ח סי' קנ"ז, ובט"ז שם, נחלת שבעה, נוב"י, חת"ס, שיבת ציון, ראש משביר ואור נעלם סי' ל'. ויש אוסרים — צלעות הבית סי' ו' בשם הגר"ט ממינסק, מעיל צדקה בשם הגר"א ברוידא ושאלת יעב"ץ סי' י"ד.

בזמן האחרון התירו רבנים באח נעלם להלכה ולמעשה (עיין בהמאסף שנה ד' חוברת ו' סי' ס"ח ושנה ה' חוברת ב' סי' י"ב), אולם אחר מגדולי האחרונים אחרי שכתב שאין שום פקפוק בדבר הוסיף כדברים האלה: „אך בעתים הללו יהא זה כחוכא ואטלולא בעיני ההמון והכל לפי הענין", — הגאון דברי מלכיאל, המאסף שנה ד' שם.

אח חרש. יש שנסתפק, — בני אהובה. ויש שהתירו, — נחלת שבעה, אבני צדק ואור נעלם. ויש מי שהתיר רק באח חרש נשוי, (עיין שבות יעקב ח"א סי' קכ"ז).

אח משוגע ושוטה. בשו"ת שב יעקב ח"ב סי' ל"ט — התיר. אולם להתנות מבלי שיהיה אחד מכל אלה התנאים שנמנו למעלה, ואפי' אם קשה להשיג את האח, כגון שצריכה לילך אחריו למדינת הים וכדומה „אסור לקדש על תנאי, דא"כ הוא עוקר מצוה מן התורה, ויבטל מצות חליצה לגמרי והוא עון פלילי", — אור נעלם סי' ל'. ובמומר וכדומה התירו בקושי, „אבל במקרה אחר אסור לעשות כן ומיהו זה ואיזהו איש צר ואויב תורתנו הקדושה שימלא לבו להתנות תנאי הנ"ל", — שם סי' ל"א.

1. ושוב שני מקרים נוספים הנמצאים בדיון קדושין על תנאי, כדי שלא תזקק ליבום:

א. הממשלה אסרה לקחת אשת אחיו אפילו במקום מצוה, ורבים מעמי הארץ פוחדים לקיים מצות חליצה, אם מותר לתקן קדושין על תנאי. ר' דוד מועטי (אשר לדוד ליוורנו תרל"ו דף נ"ד ע"ב) השיב בשם תלמיד חכם אחד, לסדר קדושין על תנאי, ולכתחילה יש לחלוק, ורק אם אי אפשר לעשות חליצה יכולים לעשות התנאי כדי שלא תתעגן האשה. אולם בספר זכרון ירושלים לר' אליהו חזן מאלכסנדריה כותב בפירוש: "לבי מהסס בהיתר התנאי שאמרתם כי איך נקום לבטל מצות חליצה לגמרי מפני קשי פנים וחזקי מצח, אם הממשלה עשתה מעט, אנחנו נעזור לרעה לבטל מצות עשה מן התורה?"

ב. "מבוכה גדולה אשר עכשיו במדינתנו מאיזה שנים אנשים שראויים לנשואין רק שיש להם אחים במרחקים באמריקה וכדומה ומשום זה קשה להם מאד מאד להשתדך עם בנות, ומה גם ששטר חליצה לא מהגני עכשיו בשום אופן כי הממשלה אינה נותנת תוקף שהיבם יעשה מה שכתוב בשטר חליצה וצעקת האלמנות עולה השמימה, אם יש תרופה למכתם לעשות הנשואין על תנאי דליכא תקנת עגונות ותיקון עולם יותר מזה", — ספר פני אברהם על מסכת חולין לבוב תרכ"ט, בשו"ת שבראש הספר. הפסק היה לסמוך על הוראותיהם של גדולי ישראל הנובי והחת"ס לסדר קדושין על תנאי. (עיי"ש).

1. קדושין על תנאי שתצא בלא גט

מכאן אנו מגיעים לחלקה השני של הבעיה ואולי החמור יותר. כשהנהיגו גירושין אזרחיים בצרפת, והיה חשש שהבעל יעגן את אשתו מבלי לתת לה גט כדת משה וישראל, התעוררו כמה רבנים ודרשנים לתקן שינהיגו קדושין על תנאי, שאם הממשלה תפריד ביניהם, יתבטלו הקדושין למפרע.

וכך נאמר בשו"ת תעלומות לב (לר' אליהו חזן מאלכסנדריה, ראה מה שהובא לעיל מספרו זכרון ירושלים ח"ג סי' מ"ט, אחרי שהביא את המקרה של גירושין אזרחיים במדינת צרפת, וכמו כן הביא שבאיטליה אי אפשר בכלל לגרש, ואחרי שהממשלה מפרידה ביניהם נכשלת האשה באיסור אשת איש): "והגני כמזכיר ע"י תנאי בשעת קידושין ונשואין ובשעת היחוד שאם יגרשנה בנימוסי הממשלה ולא יתן לה גט כשר בו ביום (או במשך זמן מה) או אם תפול לפני יבם או אם תזנה תחת בעלה, שיהיו הקדושין בטלים למפרע, וידעתי כי שאין התירי מורווח ומוסכם, מ"מ הצלה פורתא הוי וראויים הם המתירים לסמוך עליהם בשעת הדחק כזה באותם המדינות אשר החרות המדיני קלקלה כל הדתות שתצלנה אזנים

משמוע, ואם יסכימו עמי שנים מהרבנים המפורסמים דעתי נוטה שבאותם המדינות יעשו התנאי באופן המועיל בשעת הנשואין וביחוד הראשון, ואם אפשר ישביעו החתן עד"ר שלא יבטל התנאי כמוש"כ הגאון רעק"א ויעשו מעשה ב"ד כמוש"כ החת"ס, ובהגיע הדבר לידי מעשה ישתדלו להשיג גט או חליצה אם אפשר, ואם לא תשיג ידם הרי עכ"פ יש לסמוך על המתירים לתקנת בנות ישראל וכדי שלא להרבות ממזרים בישראל".

אמנם בהגיע השמועה לאזני גדולי ישראל היתה תשובתם הברורה והמוחלטת: לא ולא. רבים מהם לא מצאו לנכון אפילו לנמק את דעתם, והם: ר' יצחק אלחנן ספקטור מקובנה ("חלילה לעשות כן וישתקע הדבר ולא יאמר ויפרשו מזה ולא יזכר ולא יפקד כלל"), ר' חיים מבריסק ("תנאי בטל ואין בו ממש מדין תורה ועי"ז ירבו הממזרים ויטמעו בהמשפחות ופסול ממזרות היא מכה טרי" שאין לה רפואה עד סוף כל הדורות"), ר' אליהו חיים מייזל מלודז', ר' דוד פרידמן מקרלין ("כל מי שיש לו מושג בתוה"ק ובדברי חז"ל יודע כי אין לתקנה זו שום מקום ומקור על פי דין תורה כלל וכלל, אף אם יאמרו אלפי טעמים ותקנות של קדושי תנאי וכדומה — אין האשה נותרת בזה. וכל זמן שלא נתגרשה כדמו", היא אשת איש גמורה ולית דין זה צריך בושש כלל וכלל"), רח"ע גרודזינסקי מוילנא ("אין שום ממש ותוקף לתנאי זה עפ"י דין והמתגרשת בערכאותיהם בלי גט עפ"י דין, הרי היא א"א גמורה ובניה מאחר ממזרים ואין שום עצה ותקנה לזה").

כן חיוו דעתם תשעים ואחת רבני גאליציא ובראשם המהרש"ם ("כי על פי הדין אין להרעיון הזה שום יסוד לא בתלמוד ולא בספרי הפוסקים הראשונים והאחרונים וישתקע הדבר ולא יאמר"). בעל ערוך השלחן ("אין תנאי בנשואין וחרפה להאריך בזה ומדין תוה"ק אינה יכולה להנשא לאחר רק או במיתת הבעל או שיגרשנה בב"ד של ישראל ובעידי כתיבה וחתימה כדת משה וישראל"). כמאה רבנים מרוסיה, שבע עשרה רבנים מירושלים, ארבעים ותשע רבנים מאמריקה, שלש עשרה רבנים מהולנד, ארבעה רבני ווין, מאה ואחד רבנים מהונגריה, רבני רומניה ואנגליה, וכן ר' צבי הירש רבינוביץ מקאזנא, ר' אליעזר גורדון מטלז ("כל בר דעה נכונה יודה כי תקנה כזאת לאו תקנה שמה, אלא עקירה שמה, כי היא עוקרת אחד מעיקרי הדת ואם חלילה עקירה זאת תצא לאור תרבה ממזרים בישראל"). ר' אליעזר רבינוביץ ממינסק, ר' ארי' ליבוש הלוי איש הורביץ מסטניסלב ("אין שרש וענף לתנאי זה ואף דבר הבל ורעות רוח הוא"), ר' יוסף צבי דינר מאמשטרדם ("תנאי הבאי התנה ואינה מותרת לשוק"), ר' נתן באמברגר מזירצבורג ר' אברהם דוב בעריש מחרסטקוב, ר' ארי' שרגא טוביש מיאסי, ר' אברהם אשליץ משטראשניץ מערן, ר' ארי' ליב ברוידא מלבוב, ר' משה גידמן

מוזין ור' בנימין וואלף שענבלום משעריץ. (כל זה נמצא בקונטרס „אין תנאי בנשואין“ ווילנא תר"צ).

ואלה הנימוקים שנאמרו נגד „תקנת“ צרפת הנ"ל. ואם כי ישנם כמה נימוקים שיש להם צד השווה, מפאת חשיבות הענין פורטו כל הנימוקים.

א. „מצד הנימוס ומצד האנושיות, תועבה היא, זימה היא, שבעת שיכנס אדם בקשר הנשואין, עם אשת בריתו, כבר יעלה על לבו רעיונות פסולים ומחשבות טמאות, לשקר בברית אשת נעוריו, וכהתל איש יהתל בה, ותהא אז דעתו מגושמת במחשבת פגול, שתהא קלה בעיניו להוציאה, זילא ליה שכיחא ליה להפקיר בעילתה שתהא בעילת זנות למפרע, ושיהיו בנים הנולדים ילדי זנונים.“ (הרב פנחס הלוי איש הורוויץ — קונטרס אין תנאי בנשואין דף י"ד).

ב. „זיל קרי בי רב דאין תנאי בנשואין, צאו וראו כמה בקשו חכמי התלמוד חשבונות רבים וגילו לפנינו אופנים בשאלות שונות בסוגיא דשני בתים (יומא י"ג) עיי"ש, ומדוע העלו את אופני התנאי רק בגירושין ולא בנשואין, הרי דאין שום עצה שיקדש על תנאי.“ (הנ"ל שם).

ג. „הרמב"ם (אישות פ"ז הכ"ג) כתב בטעם דמקדש על תנאי ובעל סתם ה"ז צריכה גט, משום דחזקה היא שאין אדם מישראל הכשרים עושה בעילתו בעילת זנות. ואיך אפשר לתקן תקנה כזאת, שכל ישראל יכנסו בחשש בעילות זנות, שיצאו נשותיהם בלא גט נגד חזקת ישראל הכשרים.“ (הרב משה דאנישבסקי — קונטרס אין תנאי בנשואין דף י"ח).

ד. „הרי כל עצם הגירושין נוסד על סבה הנולדת אחר הקדושין כמאמר הכתוב והי' אם לא תמצא חן בעיניו, ואם מתנה על סמך הסבה שבגללה לא יוכלו לדור זה עם זו אין לך מתנה על מה שכתוב בתורה גדול מזה, ואפילו אם יבוא אליהו אין שומעין לו.“ (הרב משה הכהן רפפורט — אין תנאי בנשואין דף י"ג).

ה. „מכיון שדריים אחרי הקדושין כדרך שאיש ואשתו דרים, חשוב זה כמו עדים, ולכולי עלמא אמרינן דבשעת בעילה מחיל על התנאי.“ (הרב יצחק יעקב מפונבין — אין תנאי בנשואין עמ' 24).

ו. „תקון זה הוא מכשול ופרץ גדול בדת ישראל ובטהרת המשפחה, שעל ידי זה יתירו אשת איש החמור מאד וירבו ממזרים בישראל.“ (הרב משה דאנישבסקי — אין תנאי בנשואין עמ' 24).

ז. „הלא תנאי זה צריך שיהי' גם בשעת יחוד ובפני עדים, ודבר זה בלתי אפשרי בזמננו, ובפרט בדור פרוץ כזה אשר גם מבלעדי זאת מלעיגים הם על

קדשי ישראל. ועוד כי זה יגרום פריצות גדולה כי יבואו להקל ח"ו באיסורי א"א. באשר ידעו כי הקדושין הם רק על תנאי ואפשר שיתבטלו. וגם כי בידה היא לבטלם. ועוד כי ע"ז כשיתבטלו הקדושין של כל המתגרשים בערכאות, הרי תהיינה כל בעילותיהם בעילות זנות למפרע וכל בניהם שיולדו יהיו מפנוי' בלא קדושין והמה פגומים". (הגאון דברי מלכיאל — אין ת"ב עמ' 32). ועיין בס' תעלומות לב ח"ג סי' מ"ח מדברי ר' חיים ביג'אראנו: "תקון החת"ס סי' ק"י וקי"א קשה מאד לעשותו בימינו אשר הפרוץ מרובה".

ח. "לעשות כל קדושין על תנאי. חס מלהזכיר, כי מלבד שתבטל בזה תורת גיטין מקרב ישראל תבטל גם תורת קדושין וכמו זר נחשבו בעיני העם". (הר"ש ברויער — אין ת"ב דף י"א).

ט. "להרוס ולאבד מוסדי אישות דת קדש, ולנתק מוסרות קשורי יעקב על ידי קדושי תנאי. לקלון ימירו כבוד בנות ישראל וירבו ממזרים בישראל" (הרב ישעי' פירשט — אין ת"ב עמ' 18).

י. "על ידי הנהגת תנאי בנשואין, יבואו ההמון להלשין ולומר שגם אנו מודים להרפורמים שבטלו דיני גיטין וחליצה, וזה נותן יד לפושעים ואין לך חלול השם גדול מזה". (הרב דוד צבי הופמן — אין ת"ב עמ' 18).

יא. "הרי דעת הריא"ז והשלטי גבורים שאין מועיל בשום אופן תנאי בנשואין, ומי יוכל להכריע נגד דעתם לתקן תקנה כזאת לכל בית ישראל". (הרב משה דאנישבסקי — אין תנאי בנשואין דף י"ח).

יב. "הרי לפי חז"ל אין הדבר שכיח שיעשו תנאי בנשואין כמו שכתבו התוס' יבמות צ"ד וצ"ז וכתובות ע"ג, ואיך אפשר לעשות תקנה כזאת שהדבר יהי' שכיח, דבר שהוא נגד חז"ל". (הנ"ל שם).

יג. "ע"י תקון קדושין על תנאי ישתרש בדעת הקהל, כי הקדושין אין להן קדושה כלל והעיקר הוא הקדושין האזרחיים וקדושי התורה טפלים לה". (הרב ד. צבי הופמן — אין תנאי בנשואין עמ' 18).

יד. "אין לך חלול השם יותר גדול מזה, שישראל עם קדוש לאלוקים אשר בחר מכל העמים, יהיו כל הנשואין בקרבם רק ספק נשואין, וכיד כל אחד מן הזוג הן האיש והן האשה תהי' היכולת בידם לסדר שיתבטלו הנשואין". (רבני אונגריין — אין תנאי בנשואין דף כ"ה).

טו. "אם יסדרו תקנה כזאת ויהי' מקרה שאחד קידש על תנאי ונתפרדו ע"י חוקי הממשלה, ונתבטלו הקדושין למפרע, אחר כך הלכה האשה והתחתנה לאחר, ואחר כך מת השני, ועכשיו היא רוצה לחזור אל בעלה הראשון, ולפי התנאי הי' צריך להתיר כיון שלא היו קדושין מעולם ואין כאן מחזיר גרושתו משנשאת.

ודבר זה יביא לידי החלפת נשותיהם זה לזה". (הרב ארי' שוורץ — אין תנאי בנשואין עמ' 42).

טז. "לפי תקנה זו של תנאי בקידושין יבטל מן העולם המושג של "אשת איש" דלעולם אין אשת איש בחנק ולא הבא עליה מחוייב מיתה, שהרי על ידי הזנות יתפרדו מחוקי הממשלה, ונמצא שלא חלו הקדושין מעולם". (הנ"ל שם).
יז. "הרי בגיטין פ"ח מבואר לדעת רב משרשיא דאף דגט המעושה בעכו"ם כשר, בכל זאת פסלוהו מטעם שלא תתלה עצמה בעכו"ם, ואיך אפשר לתקן תקנה כזאת שתוכל האשה לבוא לערכאות להפקיע עצמה מבעלה בלא גט". (הרב משה דאנישבסקי — אין תנאי בנשואין עמ' 36, הגרמ"ש שם דף ט"ז).

יח. "אם התקנה תהי' בצורה כזאת: אם יחליטו הערכאות להפריד ביניהם, אם יתן גט מה טוב, והקדושין הם קדושין, ואם לא ירצה לתת גט, אז יתבטלו הקדושין למפרע — הרי זה נחשב למתנה על מה שכתוב בתורה, שמן התורה צריך ליתן גט ברצונו ולא בעל כרחו, וכאן הרי אומרים לו שאם אתה נותן גט הרי היא אשתך ואם לאו אין היא אשתך, ואין לך מתנה על מה שכתוב בתורה גדול מזה". (הרב משה דאנישבסקי — אין תנאי בנשואין דף י"ח ועמ' 36).

יט. "ע"י התקנה הזאת יהיו ככל הגוים בית ישראל, שבבני נח הוא מגרשה או היא מגרשו כמפורש בירושלמי קדושין, ואת התנאי יעשו לנימוס, אשר הכל יודעים דהערמה היא זו ולבם כל עמהם, כי אינם מתכוונים לקדושי תורה על תנאי, רק לקדושי ונמוסי בני נח". (הגאון ר' מאיר שמחה — אין תנאי בנשואין דף ט"ו ועמ' 30).

כ. "בלתי אפשרי שיתנו תיכף בשעת בעילה לפני עדים, שאינו בנימוס ודרך ארץ, ונמצא דהוה כנס על תנאי ובעל סתם דאמרי' אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וצריכה גט מן התורה". (הנ"ל שם עמ' 30, הרב ד"צ הופמן דף ט', רבני אונגרין שם דף כ"ה).

כא. "אם יתקנו בכל המדינה ויעשו לחוק להתנות בעת החופה והביאה דתהי' כוונתם שיהיו קדושיהן כרצון הערכאות אם יסכימו לקדושין כאלה, הרי הקדושין הוו על מנת שלא תלך למושל, והמושל לא יפטר בנימוסין שלהם, והוה דבר התלוי ברצונו, דחוק הנימוס עשוי להשתנות, ואין לך דבר התלוי ברצון יותר גדול מזה ואמרינן בזה אין ברירה, דבדאורייתא קיי"ל אין ברירה נמצא דאין הקדושין חלים כלל". (הנ"ל שם).

כב. "הרי אם יפקיעו הקדושין ע"י שתלך לבית המושל שלא מדעת ורצון הבעל, והוי כל ימיהם למפרע באיסור זנות ואין לך קדשה גדולה מזו שבידה תמיד להפקיע מאישותו ולבטל הקדושין, והזנות רבה, שאחר הזנות תלך ותתגרש

אצל השופט, והקדושין יפקיעו למפרע והוא כזונה גמורה ומלאה הארץ ומה כמעשה הכנענים". (הנ"ל שם).

כג. "אפי' אם יתנו תנאים לאלפים, הכל ידעו דברים שבלב, באומדן דמוכח טובא, דאין זה אישות על תנאי רק אישות כחוקי הערכאות ולא שייך בזה דברים שבלב אינם דברים, שמכיוון שכל בני המדינה עושים כן והדבר מוכח דלהתדמות כחוקי נימוסיהם הם מתכוונים, אין לך הערמה גדולה מזו". (הנ"ל שם, דף ט"ז).

כד. "אם אמנם אפשר להשביע את הבעל והאשה שבועה חמורה שלא ימחלו לעולם התנאי, אולם בימינו אלה דבר זה אי אפשר". (רבני אונגריין — אין תנאי בנשואין דף כ"ה).

"ואם ישבעו ג"כ ידועה לנו קלות הילדים ובני הדור החדש באיסור שבועה בדברים שבינו לבין קונו, ואשתכח דתו אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, שכיון דרוצה באישותה ותהא שמו עליו שתקרא אשת פלוני, תו אין אדם רוצה שיהא קנין אישותו בה מספק, וכן היא רוצה שלא יהי' קנין אישותה מספק, שעל שניהם נאמר חזקה א"א עובב"ז ולא מהני אם ישבעו". (הגרמ"ש ממינסק — אין תנאי בנשואין עמ' 30).

כה. "לא דמי להיתר שהתירו לסדר קדושין על תנאי אם יש לו אח נעלם שאין שום ידיעה עליו, דבאופן זה אם לא יקדש על תנאי לא תרצה אף אחת מבנות ישראל להיות לו לאשה, כדי שלא תישאר אחריו כבולה בכבלי העיגון, ויצטרך לבטל מצות פו"ר לעולם, לכן אמרו מוטב שיאכל רוטב ואל יאכל שומן". (הרב הירש מהמבורג — אין תנאי בנשואין עמ' 20).

כו. "לא דמי למה שהתירו באם יש לו אח מומר, שבאופן זה ישנם הרבה גדולים ראשונים שפסקו דאין צריך חליצה כלל ממומר". (הנ"ל שם).

כז. "כמה דקדוקים וזהירות יש בסידור קדושין על תנאי, ואם מזדמן דבר כזה (כגון באח מומר או במקום רחוק) צריך הדבר להעשות ע"י רב גדול שבקי היטב בכל הדינים השייכים לזה ושהוא זהיר בתכלית הזהירות לתקן הכל כדת וכדין, וכיון שבזמנינו סדור הקדושין מסור לכל רב צעיר לימים, קרוב לודאי שהקדושין לא יסודרו ע"פ כל הדקדוקים שנתקנו ע"י גאוני ישראל". (הרב ד"צ הופמן — אין תנאי בנשואין דף ט').

כח. "ע"י מנהג קדושין על תנאי תתבטל קדושת האישות מכל וכל, כיון שכל קדושין יהיו תלויין, שכשהאשה מזנה תחת בעלה היא והבועל יחשבו שאין עושין איסור חמור בזה, שהרי במהרה תתפרד החבילה ויעקרו הקדושין למפרע ונמצא שבעל פנויה". (רד"צ הופמן — את"ב עמ' 18).

וכן כתב במשפטי צוויאל "אין בתקנה זו תקנה מועילה והגונה ואדרבה גפיק מיניה חורבה לפרוץ גדר הנשואין ולהרבות ההפקרות לבגוד בנשותיהם על יסוד התנאי באמרם כי על תנאי זה היה נשואינו ואין בידם שום חטא ועוון בזה שהם עוזבים אותה והולכים למרחקים או שמסרבים לשמוע דברי חכמים ולקיים חובותיהם כלפי אשתו זאת".

כט. "לתקן קדושין על תנאי יש חשש שמא תפשוט את ידה ותקבל קדושין מאחר יהיו אלה קדושי ספק שמא יתברר לבסוף שהקידושין הראשונים לא היו קדושין, וכן אם קידש הוא אחת מקרובותיה יהיו אלה קדושי ספק". (הרב ד. צבי הופמן — אין ת"ב עמ' 18).

ל. "הלא יש בזה ספק שאם הקדושין יתבטלו יהי' בזה איסור פילגש ואיך מותר לעשות ספק לכתחילה כדי שנצטרך לסמוך ארובא, רק במקום עיגון ושעת הדחק הוה כדיעבד אבל בלא זה אסור לכתחילה". (הנ"ל שם).
לא. "לא התירו קדושין על תנאי אלא במקרה ולא בתדירא לבטל עי"ז תורת גיטין ומצות יבמין, ותקנה זו קלקלה שאין למעלה הימנה, שמבקשים תחבולות לפרוק עולן של מצות, ולבטל מצות גיטין וחקי תורתנו הקדושה". (הנ"ל שם דף ט').

לב. "לא מצינו היתר לעשות נשואין על תנאי, אלא במקום יבם מומר, או נעלם שיש בזה ב' קולות, שהנשואין לא יתבטלו בחייו וגם אין ספק שיתקיים התנאי". (את"ב דף ז').

לג. "התנאי הזה דומה לאומר היום את אשתי ולמחר אין את אשתי" (שם).
לד. "תנאי בקדושין לא נאמר אלא במקום חליצה באופן שאין זרע להווג הזה ולא פגם ביוצאי חלציהם, והתירו כדי לקיים מצות פרי' ורבי' שהיא מצוה רבה, אבל אי אפשר להתנות ולהפקיע קדושי האם ולדור עמה בזנות במקום שיוכלו להיות בנים ובנות מהנשואין". (דברי מלכיאל — את"ב עמ' 32, רבני לונדון שם דף ח', והר"מ דאנישבסקי שם דף י"ח).

לה. "הרמ"א לא התיר אלא במקרה פרטי, וגם הדבר שמתנין עבורו כבר ישנו בעולם, אבל בנוגע לתקנת צרפת אסור בשום אופן". (הרב ישעי' זילברשטין אונגרין — את"ב עמ' 38, והר"מ דאנישבסקי שם דף י"ט).

לו. "מומר גרע דודאי אינה מתרצית, וגם הרבה ראשונים סוברים דמומר אינו זוקק ליבום". (את"ב עמ' 8 — הר"י לובצקי, ודף י"ח הר"מ דאנישבסקי).
לז. "בקדושין על תנאי לענין חליצה החשש רחוק מאד, שמא ישאר ולד קיימא, שהרי רוב נשים מתעברות ויולדות, שמא יגרשנה לפני מותו או שתמות בחייו או שהאח ימות בחייו". (הרב משה דאנישבסקי — את"ב דף י"ח).

לח. "אם רבינו יחיאל מפריש תיקן שלא לגרש על תנאי משום דאין אנו בקיאים בדיני תנאי, איך יבואו עכשיו ויתקנו דאף הקדושין יהיו על תנאי". (הרב מ"ש שפירא — את"ב עמ' 40).

לט. "איך יתכן שלא נמצא דיין אחד שאינו בקי בדיני תנאי ויצא מזה חשש ממזרות, ובוה אין הולכים אחר הרוב כמו שמצינו שאסרו חכמים מים שאין להם סוף באשת איש". (הנ"ל שם).

מ. ולבסוף דברי הגאון מהרש"ם:

"אין תנאי בנשואין כי אם במקרה שיש לו אח מומר, וגם זה בהסכמת גדולי הדור, אבל לא עלה על הדעת מעולם ליסד דבר כזה בכל הקדושין שבעולם, אין זה תקון אלא מעוות.

סיכום: אי אפשר לתקן שום תיקון בקדושין על תנאי בשום אופן.

לשלמות הענין ראה בספר "סדר קדושין ונשואין" של הד"ר א. ח. פריימן (ירושלים תש"ה) עמ' שפ"ט—שצ"ד.

מקורות

(לפי סדר הספרים המובאים במאמר)

א. כתובות ע"ב — ע"ג. ב. רמב"ם הל' גירושין פ"י ה"ט. ג. טור א"ע סי' ל"ח סעי' ל"ה, סימן קמ"ט סעי' ה'. ד. שו"ע א"ע סי' ל"ח סעיף ל"ה, סימן קמ"ט סעי' ה'. ה. ב"ק ק"י. ו. באור הגר"א א"ע סי' קנז סק"ג. ז. בני אהובה הל' יבום פ"א. ח. רא"ש — שטה מקובצת ב"ק. ט. תשובות מיימוני הל' אישות אות כ"ט. י. שלטי גבורים כתובות פ' המדיר בשם ריא"ז. יא. מאירי יבמות פ"א. יב. ירושלמי קדושין פ"ב ה"ד. יג. תוס' ישנים קדושין ס"ד. יד. קונטרס אין תנאי בנשואין, וילנא תר"צ. טו. הגהות אשרי פ' המדיר. טז. תוספות כתובות ע"ג. יז. בית שמואל א"ע סי' לח. יח. יבמות צד. קז. יט. נחלת שבעה, דיני חליצה. כ. תרומת הדשן סי' רכג. כא. שו"ת מהר"י ברונא סי' רפג. כב. דרכי משה א"ע סי' קנז. כג. רמ"א א"ע סי' קנז. כד. ב"ח א"ע סי' קנז. כה. שו"ת הרא"ם ח"א סי' ס"ז. כו. מעיל צדקה סי' א. כז. נודע ביהודה מהדו"ק סי' נ"ו. כח. שו"ת רע"א סי' צג. כט. שו"ת חתם סופר א"ע ח"א קי—קיא, וח"ב סי' ס"ח. ל. רד"ק בית ט' חדר ט'. לא. חקרי לב א"ע סי' נח. לב. שבות יעקב ח"א סי' קכו. לג. ירושלמי ב"מ פ"ו ה"י. לד. שו"ת תשב"ץ ח"ב סי' יז. לה. ב"י א"ע סי' קנז. לו. זכרון דברים הל' יבום. לז. אהל יצחק א"ע סי' יב. לח. דבר משה ח"א א"ע סי' כז. לט. בית דוד א"ע סי' נז. מ. חיים שאל ח"ב סי' לח אות סח. מא. יוסף אומץ סי' קא. מב. שמו

משה סי' ו. מג. פר"ח. מד. מוצל מאש סי' לא. מה. שו"ת הר"י בשמים ח"ב
 סי' רלג. מו. אור שמח הל' יבום וחליצה. מז. משפטי עזיאל. מח. כנסת הגדולה
 סי' קנז סקי"ח. מט. אור ישראל סי' מד. נ. אבני צדק. נא. זכרון ירושלים.
 נב. שאילת יעב"ץ סי' כח. נג. ר' דוד עראמה הל' יבום פ"א. נד. שיבת ציון סי' ע'.
 נה. פחד יצחק מערכת "אח". נו. חיים ושלום ח"ב א"ע סי' קג. נז. מעשה אברהם
 אשכנזי א"ע סי' ז. נח. שו"ת עיני דוד אמאדו. נט. שו"ת שער אשר ח"א א"ע.
 ס. שו"ת עבודת השם א"ע סי' מב. סא. שו"ת ירים משה א"ע. סב. זכרנו לחיים ח"א.
 סג. רב פעלים ח"ב א"ע סי' ו. סד. שערי רחמים ח"ב א"ע סי' לז. סה. שו"ת יחזק
 דעת. סו. מאסף שנה ה' חוברת ב' סימן י"ב. סז. ראש משביר. סח. אור נעלם
 סי' ל'. סט. צלעות הבית סי' ו. ע. מאסף שנה ד' חוברת ז' סי' סח. עא. דברי
 מלכיאלי. עב. שו"ת שב יעקב ח"ב סי' לט. עג. אשר לדוד, ליוורנו תרל"ו.
 עד. תעלומות לב. עה. סדר קדושין ונשואין עמ' שפ"ט — שצ"ד.

הרב יעקב משה טולידאנו

ב

ענין קידושין על תנאי שרצו לעמוד על דעתי בזה, הנה בהצעה שבקונטרס שלהם דנו (1) קידושין על תנאי לפטור מן היבום כשהאח מומר או נעלם וכו'. (2) להפקיע הקידושין והנישואין גם בחיי הבעל. והנה הדבר הראשון אף שמרן הב"י התנגד בכל תוקף, בכ"ז רבים הם הפוס' שנמשכו אחרי רמ"א שהתיר כשהיבם מומר. ומינה גם לאח נעלם וכיוצא בזה. וכבר ראינו שנעשו מעשים בזה בכמה מקהלות ישראל ע"י רבנים גדולים, כפי שבא ברשימת ספרי הפוס' שבקונטרס שלהם. ולזה דעתי הקטנה נוטה, מכיון שזה מתיחס רק לזיקת יבום. אבל הדבר השני להתנות גם להפקיע הנישואין בחיי הבעל, זה בודאי אחדים מהאחרונים שרצו לתקן זה — הפריזו על המדה. וכבר בספרי "ים הגדול" סי' ע"ד בתשובתי על החוברת נישואין על תנאי של רבני קושטא משנת תרפ"ד הראיתי כמה נימוקים נגד זה, ואדרבא זה יגרום רעה לפעמים לאשה עצמה ותהיה תקנתה קלקלתה. מלבד זה שבעצם הדבר אין זה עולה לפום דינא לכ"ע. ובפרט בזמננו זה שאנו רואים שהחתנים מזלזלים בהקנין שקונים מידם על תנאי הכתובה כרגיל, ולבם בל עמם להבין מה שאומרים להם, ואיך איפוא נוכל לסמוך שיכוונו את דעתם לתנאים הגורמים להפקעת הנישואין, ואם לגבי יבום יש מקום להקל, נקל באשת איש החמורה? וכבר פריימן ז"ל בספרו השתמש בספרי הנ"ל, שכנראה לא היה לנגד עיני כ"ת. וגם מסדרי הקידושין שברובם הם לא בקיאים בדיני ומשפטי התנאים, האם יש לסמוך עליהם בדבר חמור כזה, הס מלהזכיר. כי על כן אין אני מוצא צורך להאריך בזה. ובשעת הדחק שיש לחוש לאח נעלם ומומר וקומניסט וכיוצא, כדי שלא תפול לזיקת יבם יש לסמוך על המתירים לקדש על תנאי, אם יהיה עשוי כדין וכהלכה וע"י רב מומחה ופקיע ובנוכחות שנים עמו שיצטרפו לבי"ד שלם, להסביר לחתן את התנאי כדינו שיסכים ע"ז מדעתו ורצונו. ולדעתי שיסבירו זה גם לכלה שתודיע שעל דעת כן היא מתקדשת, שבאופן זה שהיא מצהירה על כך, אין מקום לומר איתתא בכל דהו ניהא לה. והקידושין יהיו מופקעים גם מצדה כשתפול לפני יבם מומר וכו'.

הרב יוסף אליהו הענקין

על דבר

הריפורם הקונסרבטיבי בקדושין

ה כנסיה של הראב"ם הקונסרבטיבים שהיתה בקיץ תרצ"ה החליטה להנהיג בשעת קדושין שטר מנוי שליחות לגירושין שהשליח יכתב ויתן גט, כשתשיג האשה „דיואָרס“ (גט אזורחי) מהממשלה. ההצעה נדפסה לפני חמש שנים בשם „הצעה לתקנת עגונות“, ושם כתבו שרק אם יסכימו לזה גדולי הרבנים או ישתמשו בזה למעשה. אבל הרבנים לא הסכימו לזה כלל, ובכ"ז הם הקונסרבטיבים בשלהם, לחדש מנהג זה למעשה, ואף שכל גדולי ישראל קוראים בפה מלא שאופן זה הוא היתר א"א לעלמא, בכ"ז פרסמו בעתונים, והודיעו במכתבים פרטים שעומדים על דעתם, וסומכים על דעת הקהל שהסכים להם... והנה באספת אגודת הרבנים דנו אם לענות ע"ז בד"ת או לא, והחליטו שבספר המחאה שיוצא עכשיו, נגד „תקנתם-קלקלתם“ לא ידונו שם בד"ת, אבל כל יחיד לעצמו יכול לברר סתירת דבריהם מצד ההלכה. וכאשר בקונטרס הצעתם הזכירו שמי וספרי בתור סמך, ע"כ מחויב אני להתנער מזה, ולהודיע חו"ד שהצעתם היא היתר א"א לעלמא ואין לה יסוד בהלכה.

והנה בהצעתם הביאו הצעת רב ספרדי אחד שהבעל ימנה בכתבו סופר ועדים ושליח שיראו כת"י, והם רוצים לשפר ההצעה ולתקן שימנה את האשה שהיא תהא הכותבת את הגט ושליח להולכה והעדים יהיו אותם שיראו כת"י, ודעתם דעל עדים ליכא קפידא כשלא ישמעו מפי הבעל כיון דע"מ כרתי.

ובטרם אבאר סתירת דבריהם אקדים לזה הקדמה קטנה. יסוד כל הקנינים ובטול הקנינים ותנאיהם הוא סמיכות וגמירת דעת. ודבר זה נמסר לחז"ל ודבריהם בזה ד"ת ממש אם לא במקום שפירשו להדיא שהוא דרבנן. וע"כ יש חלוקים רבים בדיני הקנינים בין הנושאים: יש דברים שנקנין באמירה, ויש שצריך פעולת קנין בכוונה, ויש שקונה אפילו בלא כוונה, ויש אפילו פעולה בכוונה ל"מ, וכן לענין בטול יש שמועיל בינו לב"ע, ויש שצריך בטול בפני עדים בדבור, ויש בטול במעשה בלי דבור, ויש דל"מ בטול כלל, וכן לענין התנאים יש שהתנאי בא מאליו אפילו בלי רמז, ויש שצריך גלוי דעת, ויש שצריך תנאי כפול וכל דיני תנאי, ויש דל"מ כלל תנאי, וברירה, ומילי, ודברים שבלב עיקר גריעותא שלהן משום חסרון גמירות דעת, ויכול להיות בנושאים ידועים כשר הקנין מה"ת

אף שיש בו כל החסרונות הללו, ע"פ דברי חז"ל שגלו לנו שבאלה הנושאים יש סמיכות דעת, ובאחרים ל"מ מה"ת. ולמשל היוצא בקולר והמפרש והיוצא בשיירה והמסוכן שאמר כתבו — כותבין ונותנין, ובאינש אחרינא אם לא אמר תנו ונתנו אינו גט, אפילו יפרש אח"כ שכוונתו הי' ליתן. ושם בגיטין ס"ו מי שהי' מושלך לתוך הבור ואמר כל השומע קולי יכתב גט לאשתי כותבין ונותנין. ולא נתפרש איך הוא הדין באינש אחרינא באם אמר כתבו ותנו, ואפשר דגם דיעבד ל"מ מה"ת כיון דלא ידע מי הוא המרוצה לכך לא סמכא דעת' ואין ברירה. ועכ"פ במקום דידעינן ודאי דלא סמכא דעת' אין כאן קנין.

והנה בנדון הצעתם, אפילו לא הי' ע"ז סתירות מפורשות, הרי השכל הבריא מגיד שלב המקדש בל עמו על שליחות הגירושין — אינו מעלה ע"ד שיהי' ריב ביניהם, ואינו יודע את מי הוא ממנה ומי הוא שיהא דיין בדבר ואם הוא ממנה את האשה אינו מבין כלל מה זה שהרי היא צריכה גט ממנו ואיך תהא היא הכותבת והמוסרת לאחר שישוב לעצמה (ואין זה דומה כלל לנדון של גמ' דגיטין כ"ג וכ"ד כמובן) וכמה מי יימר איכא הכא ואיך אפשר לחדש דבר בזה שלא שמענוהו בכל הדורות — שגם השכל הפשוט הוא נגדו! — ואמנם הפירכות מבוארות באר היטב, גם לאלה שחושבים ההלכה לכלי משחק. (א) הרי מבואר ברמב"ם פ"ט מגירושין דין כ"ה באומר לכתוב ולחתום וליתן גט לאשתו ונתייחד עמה קודם הכתיבה, ואח"כ כתבו ונתנו לה אינו גט. וגם להחולקים ע"ז הוא ספק גירושין. (ב) פסקינן הלכתא דצריך דוקא שישמעו הסופר והעדים מפי הבעל — ומה שפסקו הג"פ והרימ"פ להיתר בכת"י כשממנה גם בע"פ בפני כ"ד הוא בשעה"ד גדול ביותר בשעת המנוי. ובארנו מקודם ששעה"ד גדול בשעת המנוי גורם לסמיכות דעת — אבל אם בשעת המנוי אין שום ענין ודחק, אין שייך כל זה, ואפשר שפסול מה"ת וכמוש"ל. (ג) מה שרצו לתקן ע"י מנוי האשה לכתובה ולהולכה ועל ע"ח לא איכפת להו משום דאינו מה"ת — הנה מבואר ברמב"ם פ"ט שגט ע"י שליח ל"מ מה"ת בלי חתימה אם לא יעידו עדים על מנוי השליחות ולהרמ"ה צריך דוקא שעדי המנוי יהיו גם עדי המסירה. וגם להרמב"ם צריך שהעדים יהיו בפנינו ול"מ כתב ע"ז, דכתב זה אין לו גדר שטר — ול"מ ע"ז קיום חותמיו ודוקא עדים החותמים על שטר הלואה או מכר או גט נעשה כמו שנחקרה עדותן בבי"ד וע"כ מהני קיום חותמיו. (ד) עיקר תקנתם מבוארת בהצעתם ליפות כחה של האשה שתתגרש בע"כ של הבעל כשתגיש דיווארס וכיון שהבעל אינו רוצה וצועק ככרוכיא שאינו חפץ לכתוב הגט ולא לגרש, ומה תועיל אמירתו הקודמת, ואפילו אם ישבע שבועי שבועות שלא לבטל ואפילו אם יבטל מעיקרא את הבטולים שלאחר כך לא מהני כלל, שהרי עכשיו הוא כותב ומגרש וצריך שיהא עכשיו

לרצונו. ומה שיש סוברים דיש איזה כח בשבועה ובביטול דמעיקרא לבטל הבטולים דלאח"כ הוא רק בגט שנו"נ כד"ת, דהבעל מצווה שלא לבטלו ולרשב"ג א"י לבטלו. ע"ז סברי דאחר שבועה גם רבי מודה, וגם בזה אין הלכה כן, ועיקר הדברים הנאמרים הוא רק במקום חשש שמא יבטל, אבל לא בבטול ממש, אבל בגט שלא נכתב כדין דאדרבה הבטול שלו ידוע ממילא ע"פ דעת כ"א, ע"ז לא יועילו כל שבועות שבעולם, ואין בזה אפילו צל ספק כלל.

ונשוב להרמב"ם דפ"ט מגרושין הלכה כ"ה דפסק להדיא דבנתיחד עמה אחר שאמר לשליח לכתוב גט, אם כתב אח"ז השליח גט ע"פ אמירתו הקודמת אינו גט. וכלל הוא שבכ"מ שהרמב"ם כותב אינו גט הוא מה"ת, ושם ברמב"ם דגם בגט כתוב מקודם אם נתיחד עמה נפסל והנה ידוע דאין דרך הרמב"ם להביא דבר של"נ בש"ס בבלי או ירושלמי או בתוספתא, וכבר הקשו הרמב"ן והר"ן ע"ז. והנראה לי מקור לדברי הרמב"ם מגמ' גיטין דף כ"ו, דתניא האומר כתבו גט לארוסתי לכשאכנסנה אגרשנה אינו גט, והקשו שם בתוספות דהא ביבמות שנינו אהא מילתא הרי זה גט, יעוי"ש. ונראה דהרמב"ם גריס תרוייהו יחד והגירסא שלו כך: כתוב גט לארוסתי לכשאכנסנה "ואגרשנה" אינו גט. ופירושו שצוה לכתוב אחר שיכנסנה. ואז אינו גט, דהכניסה מבטלת השליחות, אבל האומר לבלר כתוב גט לארוסתי "ולכשאכנסנה" "אגרשנה", (דמשמעו שיכתוב תיכף ויגרשנה אח"כ וכן עשה) הרי זה גט. ולא תנשא בו משום שמא יאמרן גיטה קודם לבנה דכיון שהגט כבר כתוב אינו נפסל ע"י כניסה מה"ת (ול"א גם בטול בפירוש ל"מ לגט אלא לשליחות) ורק חוששין משום גט ישן — ואפילו לגירסא שלנו אפשר דמפרש הרמב"ם דמיירי שנכתב אחר הכניסה ואף שהגמ' מפרש הטעם משום ש"י גיטה קודם לבנה, לרמב"ם משמע מיניה תרתי דגם קודם כתיבה שייד גיטה קודם לבנה, משום דע"י מנוי השליח נתפרסם ענין הגט, וגם דמשום גזירה בטל הגט מה"ת.

ובהא משמע גם מהתוס' לענין היכא דבעל ודאי אחר הכתיבה דאינו גט כלל ומשמע מה"ת, וידוע דהרבה גזירות חכמים גורמים לפסול מה"ת ואכמ"ל. ועכ"פ שמעינן מרמב"ם דהבטול בא ממילא ע"י פעולת הכניסה והביאה, וא"צ לבטל בפירוש, גם משמע דאפילו חשב בשעת הצווי לסופר לכנסה וגם אמר כך בפירוש אפ"ה בטל הגט, והרי זהו ממש הנדון של המתקנים הנ"ל.

ולהרמב"ם אין שייד כאן ענין נאמנת עלי שלא פייסתיה כמבואר במ"מ, ואף להרמב"ן משמע דוקא דביחוד שאינו בחזקת ביאה מהני במאמינה שלא פייס אבל לא בהחזקה למשמשו — וממה דאמרין בגמ' בכ"מ חיישינן שמא פייס ופירשו בתוספות וברמב"ם דיש מקומות שהפיוס מבטל התנאי וי"מ שמבטל

הגט, וכבר דקדקו למה נקט שמא פייס ולא שמא בטל! ובפשוט י"ל דאשמעינן דאפילו היכא דידעינן ודאי שלא בטל, אפ"ה כיון דנתפייסו להיות יחד כאיש ואשתו תמיד הגט בטל ממילא, אפילו נכתב וכ"ש בשלא נכתב, ובוז מתבאר הקו"ח של הרמב"ם.

ומלבד מה שחדושם הוא נגד התורה ונגד ההלכה, הנה גם לפי מה שנשתבשו וסוברים שמתאים עם ההלכה הרי זה נגד המציאות, שהרי תקנת פרוצים שנו כאן ופורקי עול תורה ובשו"א לא יוציאו מפיהם מנוי שליחות ועדים ובפרט להאשה עצמה שזהו חוכא ואיטלולא (ופייק) בעיניהם. ואם יחתמו על איזה גייר לא ידעו כלל מה כתוב בו, ואין זה דומה לחת"י בשטר מו"מ דשם שייך דין התחייבות והודאה, והחת"י היא הקנין לכך, אבל בגט צריך אמירה ומנוי סופר ועדים ושליח ואין כאן שום מנוי וענין כתיבת הגט ע"י האשה רחוק מהמציאות אפילו בכתב לועז — וכל הענין הרע — הוא רק תואנה לרמאות שיאמרו שהי' גם גט יהודי, אבל באמת הוא פשוט להתיר אשה ע"י דיווארס, ולא תהא כזאת בישראל.

והנה כבר כתבתי שמה שהנני נכנס לתגר בזה הוא מפני שהזכירו את הצעתי לתק"ע שבספרי פירושי איברא — ומחויב אני להתנצל בזה.

(א) לבד מזה שמצד הדין אין הצעתי דומה כלל להנ"ל הנה אנכי רק הצעה כתבתי ולא פסק הלכה ונמלכתי אז בגדולים, ואמרו שאין הפסד בכתיבת הצעה. (ב) כתבתי מפורש שהיא נגד הדין ורק העליתי ספק שמא ע"י תקנת כלל חכמי ישראל יהיה זה כדין. (ג) ונוסף ע"ז כתבתי שרק ע"י צרוף תנאי בנשואין אולי יועיל, ולא ידעתי אז מהפסק שאין תנאי בנשואין בכל אופן, שפסקו כן כל גדולי דור הקודם, וכשנדפס הס' „אין תנאי בנשואין“ חזרתי בי, כי אפילו גדול שבגדולים צריך לבטל דעתו אל הרוב, ובאם לאו הוא זקן ממרה, וכ"ש גנסיים כמונו, וכן כתבו רבני קאנסטאנטינאפאל שמשכו ידיהם מהצעתם, וכן שארי המציעים, העומדים על בסיס התויר"א. ואמנם כשעיינתי בענין זה מצאתי שאין תנאי בנשואין הוא הלכה ברורה נשענת על יסודות חזקים בל ימוטו. ואף לשמואל דסובר דמהני תנאי הוא רק תנאי בשעת אירוסין, אף שנשא אח"כ, והריני בועלך ע"מ וכו', הוא דוקא בביאה פרטית לא ע"ד נשואין.

וכבר נדפס זה משמי בהפרדס אלול תרצ"ה, ואזכיר כאן בקצרה טעמא דמילתא. (א) תנאי צריך להיות דוקא בעיקר הדבר, אבל אם עיקר הדבר אין בו תנאי אלא ענינים צדדיים שבו המעשה קיים. והפרטים אם הם במזמן תנאו קיים, ואם הם בעניני איסור התנאי בטל משום שהוא מתנה עמשכב"ת. (ב) מהות וענין קידושין הוא שמחייבה להיות בדולה ממשכב זר, ואם היא מתחייבת בכך אפילו

לא יהא כוונת מצוה, אף לא הרצון למלא כל דיני תורה הקדושה הקשורים עם הקדושין הרי הקדושין קיימין, וכל דיני קדושין עליהם. (ג) חזקה אין אדם עובב"ז הנאמר בכתובות ע"ג וע"ד, לענין נשואין אין זה רק משום איסור שבדבר, אלא מטבעם ודרכם של ב"א ושייך אף ברשעים ובפרוצים, כי אין מצוי כלל אדם שייחד אשה למשכבו, שבאותו זמן שהיא מיוחדת לו בפרהסיא, יתן לה רשות גלוי לכל לזנות עם אחרים. וממילא כשאנו שומעים מהמקדש תנאי בעת הנשואין ברור לנו שאין כוונתו שאם לא יתקיים התנאי מרשה לה להיות מופקרת, מכיון שזהו נגד טבע האנושיות ומפרשינן כוונתו לענין כתובה; ואם אמר בפירוש שאם לא יתקיים התנאי לא תהא מקודשת שלא תצטרך גט, סו"ס כיון שכל זמן שהתנאי אינו ידוע הרי היא בע"כ גדורה מאחרים, וכ"ש כשהתנאי הוא בדבר נולד (עתיד להולד), א"כ לענין מהות הקדושין אין התנאי פועל, וכל עיקרו של התנאי לענין שלא תצטרך גט, והמקדש אשה ע"מ שלא תצטרך גט הרי זה מתנה עמשכב"ת. וכן גם לענין חליצה אם יתנה שלא תזקק ליבום הוי מתנה עמשכב"ת. והמקילים להתנות על הקדושין כשתזקק ליבום זהו דוקא כשהריעותא לפנינו (באח מומר או חרש) וג"ז רק לענין חליצה אבל בכה"ג לעקור הקדושין בחייו ל"מ, ובארתי זה במקו"א, ומטעמים הנ"ל, ועוד ביארתי שגם בנשואי ערכאות אם דרו אח"כ בחזקת או"א בקרב היהודים ל' יום הרי היא א"א.

הרב יהושע מנחם אהרנברג

קידושין על תנאי

ב ודע פלוגת הראשונים בהא דמסקינן בכתובות דף ע"ד קדשה על תנאי ובעל צריכה גט אם זה דוקא כשבעל סתם דאז אמרי' דכיון דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות מסתמא מחל התנאי אבל אם אמר התנאי גם בשעת בעילה וכפל לתנאי' שאם לא יתקיים התנאי לא יהי' קידושין אז מועיל התנאי לבטל הקידושין או דלמא אפילו בכה"ג אינו מועיל התנאי דעת השלטי גבורים שם דאפילו בכה"ג לא מהני וז"ל לשון ריא"ז בעל ה"ז מקודשת קידושין גמורין ואפילו קידש על תנאי ובעל על תנאי ואמר הריני בועליך ע"מ שאין עליך מומין או נדרים או על תנאי אחר כגון על מנת שירצה אבא אע"פ שלא רצה האב מקודשת לפי שאין אדם עושה בב"ז שהרי זו תחילת ביאתו לשם אישות היתה וזו שהתנה כסבור שלא יעברו על תנאו ולפיכך אע"פ שלא נתקיים הרי א"א לבטל בעילת האישות וה"ז מקודשת עכ"ל.

אבל בהגהות אשרי שם כתב וז"ל וכן המקדש על תנאי אע"פ שהתנה בשעת ביאה אפ"ה צריכה גט הימנו ומסתמא התנאי לא הי' רק משום הכתובה ומיהו אם פירש בהדיא שלא תהא ביאת קידושין אפילו לענין גט אם לא יתקיים התנאי וכפלי' לתנאי כדין התנאי אינה צריכה הימנו גט עכ"ל בשם מהרי"ח ומקור דבריו נראה שיוצא מדברי התוס' שם דף ע"ג א' ד"ה אלא טעמא דרב שכתבו בזה"ל ונראה דלרב אפילו קדשה על תנאי וכנסה על תנאי הואיל ובעל צריכה גט מדמקשה לרבה לקמן [דאמר בטעות אשה אחת דהיינו קדשה ע"ת וכנסה סתם דברי הכל א"צ גט] מההיא דהריני בועליך ע"מ שירצה אבא אע"פ שלא רצה האב מקודשת ר"ש אומר לא רצה האב אינה מקודשת [ודחי רבה דהתם לא בטעות אשה אחת פליגי אלא בהא פליגי מ"ס וכו'] משמע דאי הוו פליגי בטעות אשה הוי נית"ל דפליגי בפלוגתא דרב ושמאל אע"פ שהתנה בשעת בעילה ולא עביד תנאי לסתור הקידושין אלא משום כתובה עכ"ל התוס' משמע דאי הוי עביד תנאי לסתור הקידושין לא היתה מקודשת כדברי הגהות אשרי.

והנה רבים אומרים שדעת השלטי גבורים הנ"ל יחידאי היא אכן לפענ"ד שיטתו מוכרחת בדברי רש"י ז"ל ואם כי מדברי רש"י ביבמות צ"ד ב' ד"ה אבל

נשואין וכו' שכתב שם מי איכא למימר תנאה הו"ל בנשואין הא כו"ע ידעו דאין אדם משים בעילתו ב"ז עכ"ל שממנו דקדקו בקונטרס „אין תנאי בנשואין“ שכלטי גבורים ס"ל לפענ"ד אין הכרע ואדרבה יש לדקדק מלשונו קצת להיפך אבל יש לאל ידי בעזה"י להוכיח הדבר ממקום אחר דהנה אהא דמקשה אביי לרבה מההיא דהריני בועליך ע"מ שירצה אבא וכו' והא הכא דכי טעות אשה אחת דמי ואיכא למ"ד מקודשת כתב רש"י ז"ל וז"ל וטעמא מאי לפי שאין אדם עושה בעילתו זנות וגמר ובעל בלא שום תנאי עכ"ל הרי דלא משום דלא התנה אלא משום כתובה קאתי עלה אלא משום דאע"פ שהתנה בשעת ביאה אמרי' דמ"מ כשעשה את הביאה גמר בדעתו למחול התנאי ובעל בלא שום תנאי או אולי כוונת רש"י במ"ש גמר ובעל וכו' כלומר דאע"פ שתחילת הביאה הי' בתנאי מ"מ הגמר ביאה הי' בלא תנאי דגמר ביאה קונה כדאיתא בקידושין דף י' ואף למאי דקס"ד התם דתחילת ביאה קונה מ"מ סוף ביאה נמי קונה לפיכך אע"פ שהתנה סמוך להביאה אמרי' כיון דא"א עושה בב"ז מסתמא חזר בו וגמר הביאה בלא תנאי לשם קידושין ואיך שיהי' עכ"פ אין לפרש דברי רש"י דלא התנה רק משום כתובה דא"כ מאי וגמר ובעל בלא שום תנאי דקאמר הא משום כתובה אכתי בתנאי קאי ובשביל הקידושין מעולם לא התנה אע"כ דרש"י ל"ל סברת התוס' וממילא הדין כמ"ש בש"ג הנ"ל.

וכן נראה בעליל מדברי רש"י ביבמות דף ט"ו א' ותמהני שלא ראיתי מי שהעיר על זה דאיתא התם מעשה בביתו של ר"ג שהיתה נשואה לאבא אחיו ומת בלא בנים וייבם ר"ג את צרתה ובעי בגמ' התם למימר דטעמא דר"ג משום דס"ל כב"ש דצרת הבת מותרת לאחין ודחי דהא ר"ג לאו מתלמידי ב"ש הוא אלא שאני בתו של ר"ג דאילונית היתה ופריך הא מדקתני סיפא אחרים אומרים בתו של ר"ג אילונית היתה מכלל דת"ק סבר לאו אילונית היתה ומשני הכיר בה ולא הכיר בה א"ב וכו' איבע"א יש תנאי בביאה איכא ביניהו ופירש"י יש תנאי בביאה הכונס אשה על תנאי שאין עלי' נדרים או מומין ונמצא שיש עלי' לת"ק מהני התנאי והוי מקח טעות ותנאי הי' לו לאחיו של ר"ג בביתו ולא נתקיים הלכך לאו אשתו וצרתה מותרת ואחרים סברי דאין תנאי מועיל בביאה דכיון דבעל אחולי אחיל כדאמרי' בכתובות בהמדיר אין אדם עושה בעילתו ב"ז אלא משום דאילונית היתה עכ"ל.

הרי מפורש ברש"י דגם הכונס אשה על תנאי אין התנאי מועיל למ"ד אין תנאי בביאה כמ"ש התוס' הנ"ל ולא מטעמם דלא הי' התנאי לסתור הקידושין אלא משום כתובה כי אם מטעם דכיון דבעל אחולי אחיל לתנאי כדי שלא תהא בעילת זנות אלמא שאפילו אם התנה בשעת ביאה שאם לא יתקיים יסתור הקידושין אין התנאי מועיל ואמנם שבחידושי הרשב"א שם כתב וז"ל יש תנאי בביאה פירש"י כגון

המקדש על תנאי ובעל סתם ובפלוגתא דרב ושמואל בפ' המדיר פליגי וכו' עכ"ל אבל ברור שלא משום דהי' לו להרשב"א ז"ל גירסא אחרת בלשון רש"י אלא משום דלא נחית הרשב"א ז"ל התם אלא לפרש האי פלוגתא דיש תנאי בביאה במאי פליגי שנחלקו בזה רש"י והראב"ד ז"ל דלדעת הראב"ד פליגי אי אתקש הויות להדדי משא"כ לפירש"י פליגי בפלוגתא דרב ושמואל ומכיון דעיקר פלוגתא רב ושמואל היא בקדשה על תנאי וכנסה סתם לכך נקט הרשב"א לשון זה ולא חש להביא מהחידוש שיוצא מדברי רש"י דגם בכנסה על תנאי פליגי דלא איכפת לי' התם בהא תדע שהריטב"א שם הביא ג"כ פלוגתא דרש"י וראב"ד בהא והביא דברי רש"י בלשון אחרת משונה לגמרי מלשון הרשב"א וע"כ דלא העתיקו לשון רש"י ממש רק תוכן דבריו מה שהי' צריך להם נגד פי' הראב"ד אבל ודאי שגם לפניהם הי' הגירסא ברש"י כמו שלפנינו שממנו יוצא דאין חילוק בין קדשה על תנאי וכנסה סתם לקדשה וכנסה על תנאי כמו שביארנו.

ובאמת נראה דלפי פירוש רש"י דבפלוגתא דרב ושמואל קמפלגי ע"כ צריך לומר דגם בהתנה בשעת ביאה בפירוש לסתור הקידושין לא מהני התנאי דאל"כ למ"ל לאחרים לחלוק על הת"ק ולומר דבתו של ר"ג אילונית היתה הא שפיר מצי למימר כת"ק דתנאי הי' לו לאחיו של ר"ג בבתו ואי משום דאין תנאי בביאה הא מצי למימר שפירש בשעת ביאה דאכתי בתנאי קאי שאם לא יתקיים יסתור הקידושין ובשלמא להתוס' לק"מ דאפשר דס"ל כפי' הראב"ד שהביאו הרשב"א וריטב"א הנ"ל דפלוגתא דת"ק ואחרים היא אם מועיל תנאי בקידושי ביאה משום דאי אפשר לקיים ע"י שליח ולא דמי לתנאי בני גד ובני ראובן אבל רש"י דס"ל דבפלוגתא דרב ושמואל פליגי ודאי קשה כנ"ל אע"כ דרש"י ס"ל דגם בהתנה בשעת ביאה אמרי' שכשבעל אחולי אחיל לתנאי' שלא תהא בעילת זנות וכמו שכ' גם בכתובות כנ"ל וא"כ אין טעם לשנות הגירסא שלפנינו ויתכן דבאמת מחמת קושיא זו דקדק רש"י לאשמעינן דגם בכונס על תנאי פליגי.

אמנם ברש"י יבמות ק"ז א' משמע לכאורה דס"ל שאם הי' התנאי בשעת ביאה וחופה מועיל דאהא דאמרי' התם אמר רב יהודה אמר שמואל מה טעמא דב"ש דאמרי אין ממאנין אלא ארוסות לפי שאין תנאי בנשואין ואי נשואה תמאן אתי למימר יש תנאי בנשואין ופירש"י לפי שאין תנאי מועיל בנשואין של גדולה ואפילו הו"ל תנאה בשעת קידושין אחולי אחלי' בשעת ביאה וחופה וחיילא להו קידושין קמאי ואי אמרת נשואה קטנה תמאן לא ידעי אינשי דמשום קטנות הוא אלא אמרי תנאה בנשואין ואתי למימר בנשואי גדולה עכ"ל נראה לכאורה דרש"י ז"ל מפרש הא דאין תנאי בנשואין היינו בהו"ל תנאה בשעת קידושין ולא בשעת ביאה וחופה דרק אז אמרי' דבשעת ביאה וחופה אחולי אחלי' לתנאי' אבל אם

הו"ל תנאה גם בשעת ביאה וחופה לא אמרי' דכשבעל ממש אחולי אחלי' לתנאי' דא"כ הו"ל לרש"י לומר דאפילו הו"ל תנאה בשעת ביאה וחופה אחולי אחלי' כשכנסה ובעל.

אך באמת לק"מ דאף את"ל דרש"י ז"ל ממעט כאן דהיכא דהי' התנאי בשעת ביאה וחופה יש תנאי לנשואין נמי אין כאן סתירה למה שהוכחנו מדברי רש"י בכתובות הנ"ל דעד כאן לא קאמר רש"י בכתובות דגם באמר הריני בועליך ע"מ וכו' גמר ובעל בלא תנאי אלא לפי דאמרי' חזקה דאין אדם עושה בעילתו ב"ז כמבואר בדבריו והיינו משום דכל זמן שלא ידעינן בבירור שזה יצא מחזקת סתם אדם ועשה בעילתו ב"ז מוקמינן לי' אחזקתי' שאע"פ שאמר שהולך לבעול על תנאי אכתי לא יצא מחזקתו ואמרי' דגמר ובעל בלא תנאי או כמו שכתב השלטי גבורים הנ"ל דזו שהתנה כסבור שלא יעברו על תנאה אבל רש"י ביבמות קאי לפי הסברא דרק מחמת חיבת ביאה אחולי אחלי' לתנאי בשעת ביאה וחופה כמפורש בדבריו שם בד"ה מסר האב וכו' עיי"ש ולא משום דחזקה שא"א עושה בב"ז ונראה דמשמע לי' הכי משום דאמרי' לקמן רבה ורב יוסף דאמרי' תרווייהו טעמא דב"ש לפי שא"א עושה בב"ז משמע דהשתא אכתי קיימינן בסברא דב"ש לא ס"ל האי חזקה דא"א עושה בב"ז וכדס"ל לב"ש בגיטין פ' הזורק המובא בתוס' שם ד"ה טעמא ולא ס"ל לחלק בין האי דגיטין להאי דהכא לפיכך הוצרך רש"י לפרש טעמא דאין תנאי בנשואין משום חיבת ביאה וכיון דרק משום חיבת ביאה קאתינן עלה שפיר י"ל דאם התנה בפירוש בשעת ביאה וחופה לא אמרי' שכשכנס ובעל מחל התנאי משא"כ לדידן דקיי"ל חזקה א"א עושה בב"ז ודאי ס"ל לרש"י דגם בכנס ובעל על תנאי אינו מועיל כדמוכח בדבריו בכתובות הנ"ל.

ועפ"י מש"כ דרש"י ביבמות קאי לפי הסברא דמחמת חיבת ביאה אין תנאי בנשואין א"ש ג"כ מה שהקשה בישרש יעקב ע"ד רש"י שכתב דאחולי אחלי' בשעת ביאה וחופה וחיילי קידושי קמאי דסותר דעת עצמו בכתובות דלא משום דחיילי קידושי קמאי צריכה גט אלא משום דא"א עושה בב"ז ובעל לשם קידושין וכ"כ רש"י ג"כ במס' יבמות ק"י ע"א ד"ה וכנסה סתם אבל לפי הנ"ל א"ש כיון דרש"י קאי לפי הסברא דב"ש לי"ל חזקה דא"א עושה בב"ז ורק משום חיבת ביאה מחל התנאי א"א לומר דמשום דבעל לשם קידושין צריכה גט הרי כל קידושין צריכין ג"כ אמירה שיאמר הרי את מקודשת אלא שכ' הב"ש באה"ע סי' ל"ג סק"ה דלמ"ד א"א עושה בב"ז הוי אפילו בסתם כאילו אמר משא"כ אי אמרי' דב"ש לי"ל האי חזקה ע"כ לא מהני הבעילה לשם קידושין ועל כן אי אפשר לנו לומר שתצטרך גט בכנסה סתם רק אי אמרי' דאחולי אחלי' לתנאי וחיילי קדושי קמאי.

אלא דלקושטא דמלתא אומר אני בענ"ד דאף כאן לא בא רש"י ז"ל לומר דדוקא בהי' לו תנאי בשעת קידושין וכנסה סתם אמרי' דאין תנאי בנשואין דע"כ מ"ש ואפילו הו"ל תנאה בשעת קידושין וכו' לא בא למעט דהו"ל תנאה בשעת נשואין מועיל התנאי דלמ"ל לרש"י למטרה לאשמעינן הא הכא שאין כאן המקום לפרש דין תנאי בנשואין ובפרט שאין זה דרכו של רש"י ז"ל לאשמעינן דין שאין בו צורך כדי לפרש דברי הגמ' והלא כאן אם נאמר דלא מהני תנאי בנשואין בשום אופן א"ש דברי הגמ' טפי שהרי כן משמע פשטות הלשון אין תנאי בנשואין כמו שבאמת דקדקו רבים מלשון זה ראי' להשלטי גבורים דלא מהני תנאי אפילו בשעת ביאה ועוד י"ל מה"אפילו" דכתב רש"י שאם רצה לפרש באיזה אופן דוקא לא מהני תנאי בנשואין הכי הו"ל למימר "שאם" הו"ל תנאה וכו'.

ונלענ"ד בכוונת רש"י ז"ל דהנה בלא"ה יש לדקדק בלשון "ואפילו" שכתב דמשמע דאשמעינן רבותא דלא זו בלבד אלא אף זו דהו"ל תנאה בשעת קידושין נמי אינו מועיל וצריך להבין איזהו אופן יש שלא יועיל התנאי בנשואין טפי מהו"ל תנאה בשעת קידושין אך י"ל לפימ"ש הרבנו ירוחם המובא בב"י סי' ל"ט וז"ל מוכח ביבמות פ' ב"ש דאין תנאי בנשואין שאם קדשה בלא תנאי ובעל בתנאי לא הוי תנאי וכ"כ הרמ"ה עכ"ל הרי דמשמע להו לשון אין תנאי בנשואין דהיינו שהי' תנאי בשעת נשואין בלבד ואע"ג דדבריהם צריכין לפנים ואי"ה לקמן נשיח בהם אבל עכ"פ למדנו שסתמא דלישנא אין תנאי בנשואין היינו קדשה בלא תנאי ובעל בתנאי והנה בכה"ג ודאי הדין הוא שצריכה גט שהרי קדשה בלא תנאי ואין התנאי שבשעת הביאה יכול לבטל מעשה הקידושין שהיו בלא תנאי ואף לפי"מ שנכתוב אנן בעניותין לקמן דיש מקום לומר דגם בכה"ג ובטלו הקידושין מ"מ יותר יש סברא שלא יועיל התנאי בכה"ג ממה שלא יועיל תנאי שהי' בשעת קידושין.

מעתה נכונים מאוד דברי רש"י ז"ל דה"ק לא מיבעיא דאין תנאי בנשואין דהיינו כשהתנה בשעת נשואין בלבד ולא בשעת קידושין אלא אפילו הו"ל תנאי בשעת קידושין נמי בשעת נשואין מתבטל משום דאחולי אחלי' בשעת ביאה וחופה והוצרך רש"י לכך כדי שלא נאמר דדוקא בקדשה בלא תנאי ובעל בתנאי אמרי' אין תנאי בנשואין דא"כ אכתי תקשה לן אמאי חיישינן שיאמר דיש תנאי בנשואין הא טפי יתלו לומר שהי' תנאי בשעת קידושין על כן הוצרך לפרש דאף בהי' לו תנאי בשעת קידושין אינו מועיל בנשואין — וממילא לא קשה אמאי לא אשמעינן רש"י רבותא טפי שאפילו בהי' תנאי בשניהם בין בקידושין בין בהנשואין נמי אינו מועיל דלמ"ל לאשמעינן זאת כאן.

והנה כי כן לא זו בלבד שאין סתירה מדברי רש"י אלו למה שביארנו

דס"ל דגם בהתנה בשעת ביאה וחופה לא מהני לסתור הקידושין אלא אדרבה יש ראי' לדברינו מכיון שנתבאר דהא דכתב רש"י ואפילו הו"ל תנאה בשעת קידושין וכו' לא משום דזהו פירוש אין תנאי בנשואין אלא כדי שלא תקשה הא משכח"ל אכתי תנאי בנשואין בהתנה בשעת קידושין ומצי אינשי למתלי בהא הרי חזינן דעתו הגדולה של רש"י ז"ל דאם מצי אינשי למתלי מיאון הקטנה באופן שהתנאי מועיל לא חיישינן שיתלו באופן שאינו מועיל וא"כ אכתי תקשי הא מצי למתלי בקדשה ע"ת וכנסה ע"ת דבשלמא על התוס' והגהות אשרי הנ"ל לק"מ דהם יסברו דאף במצי אינשי למתלי באופן שהתנאי מועיל חיישינן שלא יתלו בכך דלאו כו"ע דינא גמירי שידעו לחלק בין קדשה ע"ת וכנסה סתם לקדשה ע"ת וכנסה ע"ת משא"כ לרש"י שנראה דס"ל דבמצי למתלי באופן המועיל לא יתלו באופן שאינו מועיל שפיר קשה כנ"ל אע"כ דס"ל לרש"י דגם בכה"ג אינו מועיל אלא שלא הי' לו צורך לפרש דממילא נבין שאין שום אופן שיועיל תנאי בנשואין ולא הי' צריך לאשמעינן גם הא דאפילו בהו"ל תנאי בשעת קידושין רק כדי שלא נפרש דרק תנאי בנשואין בלבד דהיינו קדשה בלא תנאי ובעל בתנאי אינו מועיל אבל אחרי דכבר אשמעינן הא שוב א"צ להשמיענו יותר.

ובעיקר דברי רבנו ירוחם הנ"ל שהם לכאורה תמוהים מאוד דאף כי מ"ש דמוכח ביבמות פ' ב"ש דאין תנאי בנשואין שאם קדשה בלא תנאי ובעל בתנאי לא הוי תנאי עשינו לו סמוכין מדברי רש"י הנ"ל ואפשר שכן מפרשים גם התוס' שם פשטות לשון אין תנאי בנשואין ומה שהקשו מהא דאמר שמואל בכתובות דקדשה על תנאי וכנסה סתם א"צ גט לא משום דמשמע להו דעיקר הדבר שאין תנאי בנשואין מיירי בקדשה על תנאי אלא משום דעכ"פ צ"ל דגם בהי' לו תנאי בשעת קידושין אינו מועיל כמ"ש רש"י לפיכך הקשה משמואל אדשמואל אבל לעולם גם הם סוברים כרבינו ירוחם דעיקר מלתא דאין תנאי בנשואין היינו שאם קדשה בלא תנאי ובעל בתנאי ל"ה תנאי ועי' באור שמח פ"י מה' אישות שהביא דברי רבינו ירוחם וכתב עליו שכל המפרשים לא פירשו כן ולפי הנ"ל יש לכוון דעת כל המפרשים כרבינו ירוחם ז"ל ובפרט פירוש רש"י ז"ל עולה יפה יותר עם הרבינו ירוחם כמו שביארנו בעניותין.

ברם עיקר דברי רבינו ירוחם צריכין ביאור מה קמ"ל פשיטא דכל שקדשה בלא תנאי חלו הקידושין אע"פ שבעל אח"כ בתנאי והנה באור שמח שם מפרש דבריו דר"ל דלא הוי תנאי לבטל ממנה דין נשואה שתחשב רק ארוסה אלא אף בלא נתקיים התנאי חשובה נשואה משום דלענין נשואין לא מהני תנאי הואיל וא"א לקיימה ע"י שליח וכבר קדמו בזה הגאון הפלאה ז"ל בכתובות ע"ג א' גבי קושית התוס' בד"ה לא תימא שהקשו משמואל אדשמואל עיי"ש אבל א"כ

אינו מובן איך מוכח זה מהך דיבמות פ' ב"ש דאין תנאי בנשואין הא לא מיירי התם רק לענין יציאה בלא גט ואמנם שההפלאה שם מפרש גם את זה וז"ל ונראה דמפרש טעמי' דב"ש דס"ל דודאי יודעים דקטנה יתומה שקדשה אחי' ואמה צריכה למאן אלא שיסברו דדוקא בקידושין לבד כיון דקטנה לית לה יד לקבל וע"כ שקבלו האחים אף שהיא נתרצה מ"מ כיון דאין לה דעת וחזרה אח"כ אתי דבור ומבטל דיבור לכך צריכה למאן אבל בניסת כיון דעבדה מעשה סברי העולם שאינה יכולה לחזור ויסברו שהי' לו עמה תנאי בנשואין וממילא דכבר הועיל המיאון על הקידושין שלא הי' בהם תנאי מדהוצרכו למאן ובאמת דבנשואין לבד אין מועיל תנאי כנ"ל ודו"ק עכ"ל אבל לפענ"ד אלמלי הי' רבינו ירוחם ז"ל הולך בדרך רחוקה הזאת שלא הלכו בו אף אחד מן המפרשים לא הי' כותב בדרך ודאי שכן מוכח ביבמות מאחר שלדעת המפרשים אחרים אין רמז להוכחה זו ואי משום דבזה נוכל לקיים הגירסא אמר שמואל ולא נצטרך להגיה אמר רב טפי הו"ל לפרש כרבינו חיים שהיא דרך קרובה יותר ואי משום דקאמר אין תנאי בנשואין ולא קאמר אין תנאי בנשואה מה יענה להא דאמרי' בדף צ"ד ב' אלא נשואין מי איכ"ל תנאה הו"ל בנשואין וכן בדף צ"ה ב' דליכא למימר תנאה הו"ל בנשואין וגם תמוה לומר דמשום חשש שיאמרו דבנשואה גדולה מהני תנאי לסתור הנשואין ותשאר ארוסה יגזרו חכמים גזירות דמה תקלה יכול להיות מזה שיאמרו על נשואה שהיא ארוסה הלא אין חומרא שנוהג בנשואה שאין בארוסה וגם מ"ש דקסברי אינשי דלכך מהני מיאון בקידושין משום דאתי דבור ומבטל דבור משא"כ בנשואה קעבדא מעשה לא זכיתי להבין בקוצר דעתי אלא שדעתו הגדולה של ההפלאה ז"ל רחבה מדעתינו מ"מ מאחר שאין הדבר נוגע בזמנינו להלכה למעשה ניתן רשות לתלמיד לחוות דעתו.

והנלענ"ד לפרש כוונת רבינו ירוחם דהנה בכתובות ע"ג ב' אמרי' המקדש על מנת שאין עלי' נדרים וכנסה סתם ונמצאו עלי' נדרים אינה מקודשת קידשה סתם וכנסה סתם תצא בלא כתובה הא גיטה בעיא ופריך מ"ש כתובה דלא בעיא דאמר אי אפשר באשה נדרנית א"ה גט נמי לא תיבעי אמר רבה וכן אמר ר"ח צריכה גט מדבריהם ורבא אמר ספוקי מספקא לי' על סתם אדם אם אפשר באשה נדרנית או לא וגבי כתובה דממונא היא אזלינן לקולא וגבי איסורא לחומרא עכ"ד הגמ' מעתה יש לחקור מה הדין היכא דקדשה סתם בלא שום תנאי ואח"כ כשכנסה התנה תנאי על מנת שאין עליך נדרים או מומין מי אמרי' דדוקא בקדשה סתם וכנסה סתם צריכה גט מדבריהם או מספק דשמא הוא אדם שאינו מקפיד על נדרים ומומין מאחר שלא התנה כשכנסה אבל כשהתנה כשכנסה הרי חזינן שהוא אדם שמקפיד ע"ז שוב אית לן למימר דאע"פ שלא התנה בשעת קידושין

הו"ל מקח טעות ודאי ואף מדבריהם א"צ גט או דלמא כיון שקדשה סתם לא מהני מה שכנס על תנאי להוציא הקידושין מידי סתמן והו"ל בדין קדשה וכנסה סתם עכ"פ ולא עוד אלא שאפשר דבכה"ג מדאורייתא צריכה גט בתורת ודאי דמאחר שבשעת קידושין לא התנה ובעת כניסה התנה אמרי' דבשעת קידושין לא הי' מקפיד רק בשעת הכניסה נעשה מקפיד אי נמי דבשעת הקידושין לא התנה משום שרצה שיחולו הקידושין בלא תנאי רק בשעת הכניסה התנה כדי שלא יתחייב בכתובה אם לא יתקיים התנאי.

ואומר אני בענ"ד דכדי להוציא מידי ספק זה אשמעינן רבינו ירוחם שאם קדשה בלא תנאי ובעל על תנאי ל"ה תנאי לסתור הקידושין כלל וה"ז מקודשת ודאי כאילו לא התנה ומוכיח ד"ז ממה שאמרו אין תנאי בנשואין דהיינו דלא מהני תנאי בנשואין לסתור קידושין לעולם בין בהתנה בשעת הנשואין בלבד בין בהתנה בשעת הקידושין בלבד ונמשך התנאי עד הנשואין.

וסעד לדרכנו בפ' דברי רבינו ירוחם ממה שהב"י הביא דבריו בסי' ל"ט שמדבר מתנאי קידושין על מנת שאין עלי' נדרים ומומין שדרך בני אדם להקפיד עליהם ואם נאמר דדינו של רבינו-ירוחם היא כמו שפרשוהו ההפלאה ואור שמח ז"ל דלענין שתחשב נשואה ולא ארוסה קאמר דל"ה תנאי ומשום דהוי תנאי בדבר שאי אפשר לקיימו ע"י שליח מה ענין יש לזה בסי' ל"ט הו"ל להביא ד"ז בסי' ל"ח ששם מדבר מדיני תנאים שצריך בדבר שיכול לקיימו ע"י שליח או הו"ל להביאו בסי' ס"א שמדבר מדין נשואה וארוסה ותו דהא בסי' ל"ט מדבר מתנאי נדרים ומומין דעיקר כוחן לבטל הקידושין לאו מדין תנאי אלא מדין מקח טעות דהוי כמום במקח והתנאי רק מגלה שהקפיד על מום זה ובכה"ג נראה דלא בעינן שיהי' דומה לתנאי בני גד ובני ראובן שיכול להתקיים ע"י שליח וא"כ בודאי אין לו שום שייכות לסי' ל"ט אע"כ דהב"י ז"ל לא פירש דברי רי"ו כהפלאה ואו"ש הנ"ל ועל כן קרוב הדבר מאוד שהב"י ז"ל מפרשו כפירושינו.

ולפי"ז יש גם מדברי רבנו ירוחם ז"ל והרמ"ה ז"ל סמך לשיטת השלטי גבורים הנ"ל אחרי שלפי דבריהם מה שאמרו אין תנאי בנשואין הכוונה דלא מהני תנאי בנשואין בין בהתנה בשעת נשואין בין שהתנה בשעת קידושין ולפי"ז ע"כ אי אפשר לומר דבהתנה בשעת קידושין וגם בשעת נשואין מועיל התנאי דא"כ למה אמרו סתמא אין תנאי בנשואין הא יש תנאי שמועיל בהתנה בשעת נשואין כגון שהתנה גם בשעת קידושין ולמה חשו ב"ש שיתלו לומר שהי' תנאי בנשואין בלבד ולא בקידושין מאחר שיש לומר דכמו שהקפיד בשעת נשואין הקפיד בשעת קידושין אלא ודאי דלעולם אין תנאי בנשואין בין בהתנה בנשואין בלבד בין בהתנה בקידושין בלבד בין בהתנה בהקידושין וגם בהנשואין דכל אלה

נכללו בהכלל אין תנאי בנשואין וכמו שכתבנו בפ"י דברי רש"י ביבמות שם.
 ואף מדברי הרי"ף ז"ל יש ללמוד דס"ל דאף בהתנה בשעת ביאה לסתור
 הקידושין אין התנאי מועיל דהנה הרי"ף ז"ל האריך לפרש הא דאמר רבה מחלוקת
 בטעות אשה אחת כעין שתי נשים אבל בטעות אשה אחת גרידתא דברי הכל
 אינה צריכה גט דכעין שתי נשים נקרא בקדשה על תנאי ואח"כ לאחר זמן כנסה
 סתם דבכה"ג ס"ל לרבה דכיון דהכניסה היתה רחוקה מהקידושין הו"ל כניסה
 סתם לכך אמרי' דכיון דהדר וכנסה סתם ולא קפיד אתנאי' אחולי אחלי' לתנאי
 אבל טעות אחת גרידתא נקרא קדשה על תנאי ובעל לאלתר דלא מצית למימר
 אחולי אחלי' לתנאי' דכחד עובדא הוא וכמאן דאתני בבעילה דמי ובכה"ג ס"ל
 לרבה דאפילו רב מודה דא"צ גט משום שעל דעת תנאו בעל והביא הרי"ף ז"ל
 ראי' לזה מהא דגבי פלוגתא דרב ושמואל וכן במתניתין דמותבין מינה תיובתא
 אדשמואל שרבה מוקים להו בטעות כעין שתי נשים דוקא קתני כנסה ואילו בכל
 הני מקומות דמותבין מיניהו לרבה משום דהוי טעות אשה אחת גרידתא קתני
 בכולהו ובעל אלמא כנסה לאחר זמן משמע ובעל לאלתר משמע דמזה מוכח
 דרבה מחלק בין היכא דקדשה על תנאי ולאחר זמן כנסה סתם להיכא דקדשה על
 תנאי ובעל לאלתר דאז מוכחא מלתא דאדעתא דתנאי בעל וכמאן דאתני בבעילה
 דמי ולא אמרי' אחלי' לתנאי' ואח"כ דייק הרי"ף כדברי רבה מהא דבמתני' שם
 ובפלוגתא דרב ושמואל קתני כנסה סתם דמשמע טעמא דכנסה סתם הא לא כנסה
 סתם אלא קפיד ובדיק לתנאי בשעת כניסה אפילו רב מודה דלא בעיא גיטא מיני'
 משום דעל תנאו בעל וקדושי טעות הן ממילא הוא הדין בקדש על תנאי ובעל
 דנמי דכוותה הוא וחד טעמא הוא ולבסוף מסיק הרי"ף דאפ"ה לית הלכתא כרבה
 דהא מסקינן אמר רב כהנא משמי' דעולא המקדש על תנאי ובעל צריכה ממנו גט
 עכ"ד הרי"ף קרוב ללשונו אם כי לא לשונו ממש כדי להקל על המעיק.

והנה מה דלא קיי"ל כרבה בהא דאם קדש על תנאי ובעל לאלתר ע"כ
 לאו משום דס"ל דהמקדש ע"ת ובעל לאלתר הוי כמאן דאתני בבעילה ואנן קיי"ל
 דלאו כמאן דאתני בבעילה דמי דא"כ שוב תקשי קו' התוס' מה מוטיב לי' אביי
 לרבה מהא דהריני בועליך ע"מ שירצה אבא מקודשת הלא גם לדידי' תקשה הלא
 התם אתני בפירוש על הבעילה אלא ע"כ דלדעת הרי"ף כו"ע מודו בהא דבקדש
 ע"ת ובעל לאלתר הוי ממש כבעל על תנאי וה"נ מסתברא דאטו משום דקדשה
 בכסף ואמר הרי את מקודשת לי בכסף זה ע"מ וכו' ותיכף באותו רגע בעל סתם
 נאמר דאחולי אחלי' לתנאי' טפי ממה שאמר הריני מקדשך בביאה על תנאי
 ובעל סתם דמה סברא יש לומר שכשהזכיר הביאה בשעת תנאו אינו מוחלו כשבעל
 יותר ממה שלא הזכיר הביאה אלא ודאי דגם לדעת הרי"ף אמרי' כדברי התוס'.

דאף בקדשה על תנאי וכנסה על תנאי אע"פ שהזכיר התנאי בשעת ביאה מקודשת ועוד אי משום דלאו כמאן דאתני בבעילה שוב תקשה מה שדייק הרי"ף מ"ש דגבי כעין שתי נשים קתני כנסה סתם וגבי קדשה ע"ת ובעל לאלתר לא קתני ובעל סתם אע"כ דגבי בעל לאלתר אין חילוק בין בעל סתם לבעל ע"ת דגם סתם הוי כעל תנאי כמ"ש הרי"ף ובשניהם צריכה גט.

מעתה צריך לדעת לפי דעת הרי"ף דעיקר הפלוגתא דאביי ורבה היא בקדש ע"ת ובעל לאלתר במאי פליגי ואין לומר בהא פליגי אם מה שהתנה הי' כדי לסתור הקידושין או לא הי' התנאי אלא משום כתובה כסברת התוס' והג"א הנ"ל מלבד מה שאין זכר לזה בהרי"ף שהאריך מאוד בביאור פלוגתא דרבה ואביי ואלמלי הי' סובר חידוש זה של התוס' דתלינן שלא התנה אלא משום כתובה לא הוי משתמיט מללמדנו נראה דלא ניתן להאמר כלל בענין דברי הרי"ף דעד כאן לא כתבו התוס' דאמרי' שלא הי' התנאי לסתור הקידושין אלא משום כתובה אלא היכא דהי' התנאי על הביאה כגון בקדשה בביאה על תנאי או כנסה ובעל על תנאי דאז שפיר אמרי' כיון דא"א עושה בב"ז לא נתכוין בהתנאי על הביאה רק לפטור מן הכתובה משא"כ לדברי הרי"ף דבקדשה בכסף על תנאי ובעל לאלתר בלא תנאי מפורש על הביאה הוי ג"כ כמאן דאתני על הביאה ואפ"ה צריכה גט ע"כ ליכא למימר דלא אתני רק משום כתובה שהרי אנחנו שמענו ממנו שהתנה על קידושין ולא פירש שמתנה על הביאה והרי כתובה אינו מתחייב רק מחמת הביאה איך נאמר שהי' תנאו רק על הביאה ולא על הקידושין בזמן ששמענו להיפך ודברים שבלב אינם דברים בכה"ג אלא ודאי דלדעת הרי"ף טעמא שבקדשה ע"ת ובעל לאלתר צ"ג דאמרי' דאע"ג דהתנה בשעת בעילה וקאי התנאי גם על הבעילה מ"מ כשבועל גמר ובעל בלא תנאי כמ"ש רש"י בכתובות הנ"ל לענין מקדשה בביאה על תנאי שלדעת הרי"ף ז"ל שניהם שוין או מטעם שכתב השלטי גבורים דמה שהתנה כסבור שלא יעברו על תנאו וממילא יש גם מדברי הרי"ף ראי' לעיקר שיטת הש"ג הנ"ל.

ואם כנים אנחנו בזה שדעת הרי"ף מוכח כהשלטי גבורים שוב יש לנו לדקדק שגם דעת הרמב"ם והש"ע כך הוא אע"פ שבהשקפה ראשונה לשונם לא משמע כן דו"ל הרמב"ם בפ"ז מה' אישות הכ"ג וש"ע סי' ל"ח סל"ה המקדש על תנאי וכנס סתם או בעל סתם ה"ז צריכה גט שמא ביטל התנאי כשבועל או כשכנס עכ"ל משמע לכאורה דוקא כשכנס ובעל סתם אבל אם הזכיר התנאי בשעת כניסה וביאה אינה צריכה גט וכן נראה לכאורה מפורש ברמב"ם פ"י מגירושין הי"ט ובש"ע סי' קמ"ט ס"ה שכו' דלא אמרי' חזקה אין אדם עושה בב"ז אלא באשתו שגירשה בלבד או במקדש על תנאי ובעל סתם שהרי אשתו היא ובאשתו

הוא שחזקתו שאינו עושה בעילת זנות עד שיפרש שהיא בעילת זנות או יפרש שעל תנאי הוא בועל עכ"ל אלמא דבמפרש שעל תנאי הוא בועל א"צ גט.

אכן לפי"מ שביארנו דלפי דעת הרי"ף במקדש על תנאי ובעל לאלתר דהוי כמאן דאתני בבעילה ואפ"ה צריכה גט ה"ה אם אתני בפירוש על הבעילה צריכה גט עכ"ל דגם לדעת הרמב"ם כן והיינו לפי"מ שביארו הדרישה והטו"ז בסי' ל"ח הא דאצטריך הרמב"ם לאשמעינן או בעל אע"ג דאתיא מק"ו השתא כשכנס בלבד צריכה גט כ"ש בבעל אלא משום דהרמב"ם אזיל בשיטת הרי"ף רבו דכנס לאחר זמן משמע אבל קדשה על תנאי ובעל משמע לאלתר ואשמעינן דלא רק כשעבר זמן בין התנאי והבעילה אמרי' דאחולי אחלי' לתנאי כשבעל אלא אפילו אם תיכף וסמוך לאמירת התנאי בעל נמי אמרי' דכשבעל אחלי' לתנאי' והרי מבואר בהרי"ף דכשבעל סמוך להתנאי הוי כמאן דאתני בבעילה ולא מסתבר לומר שהרמב"ם יחלוק בזה על הרי"ף ויסבור דלא הוי כמאן דאתני בבעילה ואף את"ל דלא כפירוש הדרישה והטו"ז הנ"ל עכ"פ ודאי דסתמא דלישנא או שבעל משמע נמי כשבעל תיכף סמוך ממש להקידושין על תנאי ובכה"ג הוי כמאן דאתני בבעילה כמ"ש הרי"ף ומהיכא תיתי לומר שהרמב"ם יחלוק על סברא דמסתבר לי' להרי"ף ז"ל וא"כ צריך לומר דלהרמב"ם אף באתני בפירוש על הבעילה אמרי' אחלי' לתנאי' כשבעל כמ"ש בשלטי גבורים.

אלא מעתה חל חובת ביאור הא דכתב הרמב"ם או בעל סתם וכן מ"ש בה' גירושין דכשמפרש שעל תנאי הוא בועל לא אמרי' א"א עושה בב"ז איברא בלא"ה לשון או בעל סתם צריך ישוב דהא עד כאן לא נחלקו התוס' והג"א על השלטי גבורים אלא היכא דהתנה בפירוש בשעת בעילה שיסתור הקידושין אבל היכא דלא פירש שיסתור הקידושין כו"ע מודו דלא מהני התנאי כמו שהוכיחו התוס' מהא דמדמה קדשה על תנאי וכנסה סתם להא דתניא אמר הריני בועליך ע"מ שירצה אבא מקודשת אע"פ שלא רצה ובשלמא אהא דכתב הרמב"ם כנס סתם לק"מ דמאחר שס"ל להרמב"ם דכנס אע"פ שלא בעל צריכה גט והיינו ע"כ רק משום דכיון דכנס סתם ולא הקפיד אתנאי' חיישינן שמא אחיל תנאו משא"כ בעל דשייך בו נמי טעמא משום דאין אדם עושה בב"ז כמ"ש בהלכות גירושין והרי מוכח בגמ' הנ"ל דאי אמרי' טעמא משום דא"א עושה בב"ז אפילו בקדשה בביאה על תנאי מקודשת כמו שהוכיחו התוס' הנ"ל ואמאי כתב הרמב"ם דרק בבעל סתם חיישינן שמא מחל התנאי דמשמע הא בבעל על תנאי ודאי לא מחל התנאי.

ואמנם כשאני לעצמי הי' נלענ"ד דהרמב"ם ס"ל כמ"ש הר"ן בסוגיא דכתובות סוד"ה גרסינן בגמ' ליישב מה שהקשו אהא דכתב הרי"ף דבקדשה סתם

וכנסה סתם צריכה גט מדבריהם או מספק הא בגמ' לא אמרו זה אלא לשמואל אבל לרב דס"ל א"א עושה בעילתו ב"ז משמע דצריכה גט מדאורייתא בודאי ותי' הר"ן וז"ל ולדידי לא קשיא דאין ה"נ השתא לטעמא דא"א עושה בב"ז לרב כל שבעל צריכה גט מדאורייתא אבל למסקנא דסוגיין לא קאי האי טעמא דמשום בעילת זנות ליכא דדעת' אתנאה וטעמי' דרב דאמר צריכה הימנו גט משום טעמא דאחולי אחיל הוא וכו' עכ"ל וא"כ הרמב"ם דפסק נמי דאף בקדשה סתם רק מספק צריכה גט כמ"ש בפ"ו מאישות ה"ח ע"כ ס"ל נמי דבתנאי ליכא משום בעילת זנות ולפיכך שפיר בבעל על תנאי לא חיישינן דאחיל התנאי דמהיכא תיתי נימא כן מאחר דליכא משום בעילת זנות ורק כשבעל סתם חיישינן דמחל התנאי מאחר שלא הקפיד להתנות כמו בכנס סתם ולא משום דאין אדם עושה בב"ז קאתינן עלה והא דכתב הרמב"ם שם אח"כ וכן המקדש בפחות משו"פ או במלוה וחזר ובעל סתם בפני עדים צריכה גט שעל בעילה סמך ולא על אותן הקידושין הפסולין חזקה היא שאין אדם מישראל הכשרים עושה בעילתו בעילת זנות והרי בידו עתה לעשותה בעילת מצוה עכ"ל האי חזקה וכו' דקאמר לא קאי אמקדש על תנאי אלא על מקדש בפחות משו"פ או במלוה בלבד אבל בתנאי רק משום דאחולי אחלי לתנאי' כשבעל סתם צריכה גט ולא משום החזקה וכמ"ש הר"ן. והא דכתב בהלכות גירושין הנ"ל שלא אמרו חכמים חזקה דאין אדם עושה בב"ז אלא באשתו שגירשה בלבד או במקדש על תנאי כו' דמשמע דגם במקדש על תנאי שייך בעילת זנות לק"מ דהרמב"ם קאי התם לדחות שיטת הגאונים שהורו שכל אשה שתבעל בפני עדים צריכה גט מחמת החזקה דאין אדם עושה בב"ז וסמכו עצמם על הא דמצינו שאמרו חזקה זו גבי אשתו שגירשה וגבי מקדש על תנאי ודחה הרמב"ם ראייתם משום דלא אמרו זה אלא דוקא באשתו שגירשה ומקדש ע"ת והיינו לאביי דאמר טעמא דרב משום דאין אדם עושה בב"ז אבל באמת סבר הרמב"ם דגם במקדש על תנאי לא אמרי' האי חזקה ולא מטעם דלא אמרו האי חזקה בהא אלא משום דלא שייכא כלל האי חזקה בהא משום דאין כאן בעילת זנות כלל דדעת' אתנאה כמ"ש הר"ן הנ"ל.

אבל מדברי הרב המגיד משנה משמע להדיא דאף הרמב"ם ס"ל דשייך החזקה דאין אדם עושה בב"ז גם במקדש על תנאי שהרי כתב שם בד"ה וכן וז"ל והטעם שהמקדש על תנאי שהגט הוא מספק לפי שאפילו בעל יש לחוש שמא על סמך תנאו בעל והי' סבור שנתקיים התנאי ולא הי' ביאתו בזנות עכ"ל אלמא דאי לאו די"ל שהי' סבור שנתקיים התנאי אמרי' דהוי ודאי קידושין משום דא"א עושה בב"ז וביטל התנאי ונראה דלמד דה"מ הכי מ"ש הרמב"ם אח"כ וכן המקדש בפחות משו"פ וכו' חזקה היא שאין אדם וכו' וכתב דה"מ שם וז"ל

אע"פ שכתב רבינו וכן חלק בין דין זה לדין המקדש על תנאי בג' דברים וכו' עכ"ל וקשה אם דין זה חלק מדין המקדש ע"ת לאיזה ענין הסמיכו הרמב"ם בהל' א' עם דין מקדש על תנאי וכתב וכן וכו' אע"כ משום דעכ"פ שוין בטעמן דבשניהם מחמת החזקה דאין אדם וכו' קאתינן עלה ובאמת גם הר"ן עצמו בפרק האיש מקדש ד"ה המקדש בפחות משו"פ וכו' מפרש דברי הרמב"ם כהה"מ.

ואי קשיא הלא כתב הרמב"ם כנס סתם או בעל סתם דמשמע דגם בכנס בלבד אע"פ שלא בעל נמי ביטל התנאי אע"ג דלא שייך בזה חזקה דאין אדם וכו' א"כ בבעל סתם נמי א"צ לטעמא דחזקה וכו' ואמאי תלה הרמב"ם גם דין זה בחזקה ואמנם דכתב הדרישה בסי' ל"ח אות י"ג דמ"ש הרמב"ם כנס סתם אינו ר"ל שכנס בלבד ועדיין לא בעל אלא הוא רמז שהבעילה הי' לאחר זמן ולא תיכף אחר הקידושין והביא הדרישה רא"י לזה מגירסת הטור בלשון הרמב"ם ז"ל וכנס "אח"כ" סתם ובאו בעל לא הזכיר "אח"כ" עי"ש אבל הה"מ ע"כ לא ס"ל כן שהרי כתב להדיא שם בד"ה לפיכך שהרמב"ם מפרש כנס כניסת נשואין אף על פי שלא נבעלה.

אך באמת לק"מ חדא די"ל כמ"ש הטו"ז שם דכשכנסה לאחר זמן מן התנאי אמרי' מדלא חזר להזכיר התנאי בשעת כניסה כיון שיש הפסק רב ביניהם אחלי' לתנאי' אע"פ דלא שייך החזקה משא"כ בבעל לאלתר דהיינו סמוך לתנאי הקידושין אי לאו החזקה וכו' לא הוי אמרי' דביטל התנאי אי נמי י"ל דבבעל בלא כניסה אי לאו דחזקה דא"א עושה בב"ז לא הוי אמרי' דכיון דלא הזכיר התנאי בשעת בעילה אחולי' אחלי' לתנאי' דאפשר שיצרו תקפו לבוא עלי' בזנות אבל לא רצה שתהי' אשתו בקידו' אם לא יתקיים התנאי משא"כ בכנסה לחופה ע"כ לשם אישות כנסה ואם הי' בדעתו שלא תהי' אשתו רק בתנאי הו"ל להזכיר לפיכך אמרי' בהא אחולי' אחלי' לתנאי'.

אלא דלקושטא דמלתא נלענ"ד דהה"מ ס"ל בדעת הרמב"ם דאפילו בכניסה לחוד ולא נבעלה שייך החזקה דא"א עושה בב"ז והיינו משום דהכל יודעין למה כלה נכנסת לחופה ואי לאו דהי' בדעתו לבעלה לא הי' כונסה וכיון דאין אדם עושה בב"ז מסתמא כשכנסה מחל התנאי אי נמי י"ל לפי"מ דאמרי' ביבמות ק"ז ע"א רבה ורב יוסף דאמרי תרווייהו טעמא דב"ש לפי שאין אדם עושה בעילתו ב"ז נכנסה לחופה ולא נבעלה מאי איכא למימר לא ניח"ל דתהוי חופה דאיסורא ופירש"י דאיסורא דבעילת זנות הרי דכשם שא"א עושה בעילתו ב"ז כך אין אדם עושה חופתו כשהבעילה תהי' בזנות.

ועפ"י זה א"ש מ"ש הה"מ בד"ה לפיכך וכו' ורבינו מפרש כנס כניסת נשואין אע"פ שלא נבעלה ועמד ע"ז בלח"מ שם דמשמע מדבריו שהרמב"ם הוא שמפרש

הא דאמר רב קדשה ע"ת וכנסה סתם צ"ג דבכנס ולא בעל מיירי הלא אביי לא מפרש הכי שהרי קאמר טעמא משום דא"א עושה בב"ז ורק ר"א דקאמר דקדשה ע"ת ובעל דברי הכל צריכה גט הוא מפרש פלוגתא דרב ושמואל בכנס ולא בעל וא"כ לא הרמב"ם שמפרש כך אלא ר"א והו"ל למימר דפסק כר"א שמפרש כך ולא שהרמב"ם מפרש כך ונדחק הלח"מ לתרץ באריכות אבל לפי הנ"ל א"ש דבאמת ס"ל להרמב"ם דגם אביי מודה דפלוגתא דרב ושמואל הוא בכנס לבד אע"פ שלא בעל אלא דס"ל דגם בכנס בלבד הוי טעמא לפי שא"א עושה בב"ז כמו בבעל דאין חילוק בין זל"ז כנ"ל ולא נחלקו אביי ור"א אלא אליבא דשמואל בבעל דאביי ס"ל דאף בבעל ס"ל לשמואל דא"צ גט דלי"ל טעמא דא"א עושה בב"ז לא בכנס ולא בבעל ור"א ס"ל דבעל מודה שמואל אבל אליבא דרב דקיי"ל כוותי' לכו"ע בין בכנס לחוד בין בבעל לחוד צריכה גט.

וראי' לזה ממ"ש הה"מ על מ"ש הרמב"ם שם המקדש על תנאי וחזר וביטל התנאי וכו' בטל התנאי, וז"ל זה יצא לרבינו מהסוגיא האמורה בפ' המדיר לא תימא טעמי' דרב משום דאחולי אחלי' לתנאי' ומשמע שאם מחל התנאי הויא מחילתו מחילה וכו' והרשב"א חולק בכ"ז, ואומר שאין מחילת התנאי מועילה וכו' והוא מפרש כנס הנזכר באותה סוגיא שר"ל בעל ומפרש הסוגיא בדרך אחרת עכ"ל. ויש לדקדק למ"ל להה"מ לומר שהרמב"ם למד דמהני מחילה מלשון אביי לא תימא משום דאחולי אחלי' לתנאי' שאין מזה ראי' מוכרחת דאפשר דבאמת מה"ט לא ניח"ל לומר כן משום דס"ל דלא מהני מחילה ולפיכך מוק"ל אביי פלוגתא דרב ושמואל בבעל ומטעם דא"א עושה בב"ז ובעל לשם קידושין דבשלמא לאותן המפרשים דפשיטא להו דלא מהני מחילה אי אפשר לומר דמה"ט קאמר אביי לא תימא וכו' כיון דהיא מלתא דפשיטא ולא אצטריך אביי לאשמעינן משא"כ להרמב"ם דס"ל דבאמת יש סברא דמהני מחילה לתנאי שפיר מצינו למימר דקמ"ל אביי דלא אמרי' האי סברא וא"כ עכ"פ אין ראי' מלשון זה דאמרי' האי סברא עדיפא הו"ל להה"מ לומר שהרמב"ם דקדק ד"ז ממה דקאמר ר"א דמקדש ע"ת ובעל ד"ה צריכה גט ופלוגתא דרב ושמואל היא בכנס ולא בעל א"כ מוכח מזה דמהני מחילת תנאי אבל לפי הנ"ל א"ש כיון דלדעת הרמב"ם גם לאביי פליגי רב ושמואל בכנס בלבד א"כ ע"כ מ"ש אביי לא תימא טעמא דרב משום דכנסה סתם דאחולי אחלי' לתנאי' אלא טעמא דרב לפי שא"א עושה בב"ז אין ר"ל דלא מהני מחילת תנאי אלא משום דבעל לשם קידושין צריכה גט דז"א דהא בכנס ולא בעל מיירי ובמה מקדשה אע"כ דה"ק לא תימא דמשום דכנסה סתם ולא הזכיר התנאי אמרי' דאחולי אחלי' לתנאי' אלא משום דא"א עושה בב"ז אחולי אחלי' לתנאי' בשעת כניסה אע"פ שעדיין לא בעל לפיכך שפיר קאמר הה"מ דמזה למד הרמב"ם דמהני מחילת תנאי.

וראי' יותר גדולה לדברינו יש להביא מדברי הר"ן בפ' האיש מקדש כי מדבריו יש הכרח לומר דמה שכתב הרמב"ם דבקדשה על תנאי וכנס סתם ביטל התנאי לאו משום דכיון דלא הזכיר התנאי בשעת כניסה אמרי' דביטל התנאי אלא משום דאין אדם כונס לחופה שהבעילה בזנות דהנה הר"ן שם גבי הא דמייתי הרי"ף התם המקדש בפחות משו"פ ובעל צריכה גט כתב להביא ראי' דהרמב"ם ס"ל דחופה אינו קונה ממה שכתב רק דאם בעל אחר שקידש בפחות משו"פ צריכה גט ולא כתב ג"כ דאף בכנס צריכה גט שמא כנס לחופה לשם קידושין ש"מ דחופה אינה קונה וכתב הר"ן דאין לדחות הראי' ולומר דדוקא בבעל חיישין שמא בעל לשם קידושין משום דאין אדם עושה בב"ז משא"כ בכנס לא שייך האי טעמא ודמי לסבלנות דאמרי' כיון דליכא איסורא לשלוח סבלונות בלא קידושין אמרי' דע"ד קידושין ראשונים שלח וה"נ בכנס כיון דליכא איסורא לכנוס בלא קידושין אמרי' דעל דעת קידושין ראשונים כנס דז"א דא"כ מקדש על תנאי וכנס למה צריכה הימנו גט עכ"ד הר"ן.

ואי נימא דקדשה על תנאי וכנס סתם לאו מחמת דאין אדם כונס כשבועילתו זנות קאתינן עלה אלא משום דכיון דכנס סתם ולא הזכיר התנאי אחולי אחלי' לתנאי' אין שום הבנה לדברי הר"ן אלו דמה מייתי מהא דמקדש ע"ת וכנס סתם צריכה גט הא שפיר י"ל דלעולם כנס דמי לסבלונות ולפיכך בקדשה בפחות משו"פ אמרי' דעל דעת קידושין ראשונים כנס לפיכך אינה צריכה גט משא"כ בקדשה על תנאי כיון דכנס סתם ולא הזכיר התנאי אחולי אחלי' לתנאי' וחלו קידושין ראשונים ממילא אע"כ דס"ל להר"ן דטעמא דקדשה ע"ת וכנס סתם היא משום דאין אדם כונס כשבועילתו בעילת זנות כמו שאין אדם עושה בעילתו ב"ז והוי כנס כבעל דלא דמי לסבלונות לפיכך שפיר קאמר הר"ן דאי לאו דחופה אינה קונה הו"ל למימר שאם קידש בפחות משו"פ וכנס לשם קידושין כנס כדי שלא תהא חופה לבעילת זנות.

ומעתה שוב הדרינן לקושיא קמייתא אמאי כתב הרמב"ם בכנסה סתם או בעל סתם חיישין שמא ביטל התנאי דמשמע הא בכנסה על תנאי ובעל על תנאי לא חיישין וכמו שנראה מדברי הרמב"ם ז"ל בהלכות גירושין, הלא בגמ' משמע דגם בבעל ע"ת חיישין כמו שהוכיחו התוס' מהא דפריך ל' אביי לרבה ממה דתניא הריני בועליך ע"מ שירצה אבא מקודשת ואין לומר דס"ל להרמב"ם דעד כאן לא מדמה אביי בעל על תנאי לבעל סתם אלא משום דמשמע ל' דהך דהריני בועליך וכו' אי אפשר לפרשה אלא אם נאמר דת"ק דאמר מקודשת אע"פ שלא רצה האב כרב ס"ל אבל לבתר דמשני ל' רבה לאביי דטעמא דת"ק משום דס"ל דעל מנת שירצה אבא ע"מ שישתוק קאמר והא שתיק ל' שוב אין הכרח לומר דגם

בבעל על תנאי צריכה גט כבעל סתם אבל כמה מן הדוחק יש לומר כן בלי ראוי ובפרט לפי"מ שביארנו מתוך דברי הרי"ף שהסברא נותנת שקדשה ע"ת ובעל לאלתר כמאן דאתני בבעילה דמי ואפ"ה צריכה גט אין טעם לומר שבאתני להדיא בבעילה לא תצטרך גט ועי' בב"ש סי' ל"ח ס"ק י"ח דלמאי דקיי"ל כאביי ולא כרבה שוב מוקמינן ברייתא הנ"ל כדאוקים לה אביי.

והנלענ"ד בזה דהנה באמת לא על הרמב"ם ז"ל יש להקשות כנ"ל שהרי הרמב"ם לישנא דרב נקט דקאמר קדשה ע"ת וכנסה סתם וא"כ אם לשון זה היא סתירה להא דקסבר אביי דגם בהריני בועליך ע"מ וכו' ס"ל לרב דצריכה גט לא על הרמב"ם תלונתינו אלא על אביי ואמנם כבר נתקשה בזה המהרש"א ז"ל ע"ד התוס' בד"ה אלא טעמא ורצה לתרץ דלרבנותא דשמואל נקט כנסה סתם דאפילו בכה"ג אינה צ"ג אבל אכתי נשאר בקושיא למה קתני במתני' התם כנסה סתם עיי"ש ועיין בהפלאה שדחה לגמרי תי' המהרש"א דהא בגמ' קעביד צריכותא ולפי הצריכותא לא אצטריך פלוגתא דרב ושמואל אלא לרבנותא דרב ולא לרבנותא דשמואל ונדחק לתרץ באופן אחר בדרך רחוקה.

אבל האמת יורה דרכו דגם הך דקתני הריני בועליך ע"מ וכו' הוי ג"כ כבעל סתם שהרי עכצ"ל דלא אמר התנאי בשעת הבעילה גופה אלא לפני הבעילה שהרי בשעת הבעילה גופה אי אפשר שיהי' עדים בדבר דאטו ברשיעי עסקינן שיבעול בפני עדים ועוד דכל תנאי צריך להיות לפני שעושה המעשה לא מיבעיא לדעת הרמב"ם בפ"ז מאישות שמפרש תנאי קודם למעשה היינו שיאמר התנאי לפני שעושה המעשה אלא להסוברים דהיינו שיאמר התנאי קודם שיאמר המעשה מ"מ כבר העלו האחרונים דעכ"פ כו"ע מודו שאם התנה לאחר שעשה המעשה לא מהני התנאי אע"כ לא משכח"ל מי שיקדש בביאה על תנאי אלא כשאומר לפני שבוועל את התנאי וא"כ ע"כ גם הא דתניא במקדש בביאה שאם אמר הריני בועליך ע"מ שירצה אבא מקודשת לא מיירי אלא באמר כן לפני הביאה ובכה"ג הו"ל הביאה גופה בסתם וקסבר אביי דהא דאמר רב כנסה סתם צריכה גט לא ממעט רק היכא דבשעת הבעילה גופה התנה כגון מי שהחציף לבעול בפני עדים ואמר התנאי בשעת הבעילה גופה או אפשר דגם בשניהם מודים שאמר התנאי בשעת הביאה גופה נמי נאמנים ואי"ה לקמן נדבר מזה אבל היכא דלא הי' התנאי בעת הביאה גופה אלא לפני הביאה אע"פ שהי' סמוך להביאה הוי לי' בועל סתם ואמרי' לפי שאין אדם עושה בעילתו ב"ז גמר ובעל בלא תנאי כמ"ש או אמרי' שמתחילה לא התנה לפני הביאה אלא משום כתובה כמ"ש התוס' ומה שכתבו התוס' אע"פ שהתנה בשעת ביאה אין הכוונה שהתנה בשעת הביאה גופה אלא בשעה שעומד לבעול וממילא ל"ק קו' המהרש"א הנ"ל דגם הא דקאמר רב וכן במתניתין כנסה סתם

הכוונה שבשעת הכניסה גופה לא התנה אע"פ שהתנה סמוך ממש להכניסה הוי ככנסה סתם וז"פ לפענ"ד.

וראי' לדברינו דהנה לפי שיטת החולקים על הרי"ף ולא ס"ל דהא דקדשה ע"ת וכנסה סתם מיירי שהכניסה היתה רחוקה מהקידושין אלא ה"ה כשקדשה ע"ת וכנסה לאלתר עכצ"ל דהא דאמר אביי לא תימא טעמא דרב כיון שכנסה סתם אחולי אחלי' לתנאי' אלא טעמא דרב לפי שאין אדם עושה בב"ז אין הכוונה דלא תימא דמחמת שלא הזכיר התנאי בשעת כניסה אחולי אחלי' לתנאי דלמה לו להזכיר התנאי בשעת כניסה עוה"פ אחרי שרק לפני רגע בשעת קידושין אמר התנאי ואין לומר נמי דה"ק לא תימא משום שכנסה סתם ואין אדם כונס אשה שבעילתו תהי' ב"ז לפיכך אחלי' לתנאי' ע"ד שפרשנו לעיל דעת הה"מ והר"ן דזה לא ניתן להאמר רק אחרי דכבר ידעינן שאין אדם עושה בב"ז אבל השתא דאכתי לא אשמעינן אביי דאין אדם עושה בב"ז אם הי' רצונו של אביי לומר כנ"ל הכי הו"ל למימר לא תימא טעמא דרב משום דאין אדם כונס לבעילת זנות אלא טעמא משום דאין אדם עושה בעילת זנות ומדקאמר לא תימא כיון דכנס סתם אחולי אחלי' לתנאי' אלא עכצ"ל דבא אביי לאפוקי כאן מסברת רב אחא ברי' דרב איקא לקמן דף ע"ד ע"א דקאמר דכיון דעביד מעשה אחולי אחלי' לתנאי' והיינו בכל מעשה אפילו היכא דלא שייך חזקה דאין אדם וכו' כהך דחליצה דמייתי התם וממילא אפילו בכנסה ולא בעל נמי קמ"ל אביי דז"א אלא דוקא בבעל לפי דאין אדם וכו' ולא בשאר מעשה כגון כניסה בעלמא בלא בעילה וכן משמע להדיא בר"ן שם ד"ה איכא מאן דקשיא לי' וכו' דכך היא כוונת אביי עיי"ש.

והנה מלתא דרב אחא ברי' דרב איקא הנ"ל איתמר אהא דאמר ר"א בר יעקב משמי' דר' יוחנן המקדש על תנאי ובעל ד"ה אינה צריכה גט איתיבי' ר"א ברי' דרב איקא חליצה מוטעת כשירה איזו היא חליצה מוטעת וכו' אמר ר' יוחנן כל שאומר לו חלוץ על מנת שתתן לך מאתים וזו אלמא כיון דעבד מעשה אחולי אחלי' לתנאי' ה"נ כיון דבעל אחולי אחלי' לתנאי' עכ"ל הרי דלפי סברת ר"א ברי' דרב איקא אפילו אם התנה בפירוש על המעשה כהאי דחליצה נמי אמרינן כיון דעביד מעשה אחולי אחלי' לתנאי' ולכאורה קשה לפי"ז אמאי קאמר אביי לא תימא כיון דכנסה סתם וכו' הלא לפי"מ שביארנו דאביי בא לאפוקי מסברת ר"א ב"ר איקא אפילו בכנסה על תנאי כהאי דחליצה נמי אמרינן הכי וא"כ למה נקט אביי כנסה סתם הכי הו"ל למימר ל"ת כיון דכנסה אחולי אחלי' לתנאי'.

אבל נכון הדבר שהרי התוס' שם הקשו על סברת ר"א ב"ר איקא וכי קס"ד שלא יועיל שום תנאי לבטל שום מכר וקנין מאחר דעביד מעשה ותירצו דס"ד שצריך להזכיר תנאי בשעת גמר הקנין או המכר עכ"ל לפי"ז באמת אם הזכיר התנאי בשעת

גמר הכניסה ודאי מועיל לכו"ע ורק היכא דלא הזכיר התנאי בשעת הגמר רק לפני הגמר אמר שרוצה לגמור על תנאי בהא קס"ד שנאמר דבשעת הגמר כיון דעביד מעשה סתם ולא הזכיר התנאי אחולי אחלי לתנאי לפיכך שפיר קאמר אביי לא תימא כיון דכנסה סתם וכו' כלומר שהכניסה גופה היתה בסתם אע"פ שלפני הכניסה הי' אומר שהולך להכניס על תנאי אמרי' דאחולי אחלי לתנאי וממילא אפילו בכנסה ולא בעל צריכה גט אם לא הזכיר התנאי בשעת גמר הכניסה דז"א אלא דוקא במעשה דבעילה אמרי' הכי לפי שא"א עושה בב"ז.

ונמצינו למדין דהאי כנסה סתם דאיירינן בהסוגיא לא בא לאפוקי אם התנה לפני הכניסה במפורש שכונסה על תנאי אלא לאפוקי התנה בשעת גמר הכניסה אבל אם התנה רק לפני הכניסה ובגמר הכניסה לא הזכיר התנאי בכה"ג הו"ל כניסה סתם כמו שביארנו.

וממילא אין ללמוד ממ"ש הרמב"ם ואחריו רבותינו בעלי הש"ע דדוקא כנס סתם או בעל סתם צ"ג הא אם התנה רגע לפני הכניסה או לפני הביאה שע"ת כונס ובעל א"צ גט דז"א כמו שהוכיחו התוס' מהגמ' אלא אם בשעת הכניסה גופה דהיינו תחת החופה וכן בשעת הביאה גופה התנה אז א"צ גט והיינו דקאמר הרמב"ם בה' גירושין ובש"ע סי' קמ"ט שאם פירש שעל תנאי הוא בועל א"צ גט כלומר אי אתרמי אינש דחציף ובעל בפרהסי' ושמעו עדים שאמר בשעת הבעילה גופה שעל תנאי הוא בועל בכה"ג לא אמרינן החזקה דא"א עושה בב"ז וא"צ גט אבל אם שמעו התנאי לפני הבעילה באמת צריכה גט.

והנה כי כן שוב כנים אנחנו במה שאמרנו דהרמב"ם והש"ע גמי ס"ל כהשלטי גבורים שאפילו אם הי' התנאי בבעילה מפורש לסתור הקידושין ולא רק משום כתובה גמי צריכה גט והיינו לפימ"ש הדרישה והטו"ז דהא דאשמעינן הרמב"ם והש"ע או בעל סתם אע"ג דאתיא מק"ו מכנס סתם להורות שאפילו בקדשה על תנאי ובעל לאלתר תיכף סמוך לתנאי הקידושין וכמאן דאתני בבעילה דמי גמי צריכה גט הואיל ובעל סתם והיינו כמו שביארנו משום שהבעילה גופה היתה בסתם והתנאי הי' רק לפני הבעילה וא"כ ליכא למימר דהוי טעמא משום דלא הי' התנאי לסתור הקידושין רק משום כתובה שהרי הי' התנאי רק בשעת הקידושין כמו שביארנו בדעת הרי"ף הנ"ל אלא ודאי דס"ל כהשלטי גבורים אפילו אם התנה מפורש לסתור הקידושין אמרי' דבשעת הביאה גופה מחל התנאי שלא תהא בעילת זנות או גמר לשם קידושין לכל מר כדאית ל'.

ואמנם הב"ש בסי' ל"ה ס"ק נ"ט כתב לתרץ הא דכ' הרמב"ם והש"ע או בעל סתם דלא כהדרישה והטו"ז הנ"ל אלא דאשמעינן קולא שאפילו בבעל לא אמרי' בודאי הוא שביטל התנאי אלא אכתי רק ספק הוי ולפי"ז אין הכרע שהרמב"ם

והש"ע נמי כהשלטי גבורים ס"ל אך עכ"פ אין הכרע ג"כ דס"ל כהתוס' והגהות אשרי הנ"ל דבהתנה במפורש לסתור הקידושין א"צ גט ותפרש בזה הא דכתבו הרמב"ם וש"ע בעל סתם היינו שסתם תנאו ולא פירש שרוצה לסתור הקידושין דמהיכי תיתי לפרש כן אחרי שאין רמז לזה דבעל סתם סתמא משמע שלא אמר שום תנאי וע"כ דהכוונה כמו שביארנו דהבעילה גופה היתה סתם בלא תנאי כלל וא"כ יתכן שפיר שאף אם לפני הבעילה התנה במפורש לסתור הקידושין לא מהני. ויש להוסיף עוד בזה דהנה הכסף משנה בפ"ו מאישות ה"א כתב לתרץ מה שהשמיט הרמב"ם ז"ל הדין דכל תנאי בדבר שא"א לקיימה ע"י שליח אינו תנאי כדאמרי' בכתובות ע"ד א' משום דס"ל דלא אמרו את זה אלא לתרץ קושית רב אחא ברי' דרב איקא מ"ש גבי חליצה מוטעת דהיינו בחלץ על מנת שיתנו לו מאתים זוז כשירה לר' יוחנן אע"פ שלא נתקיים התנאי ומ"ש בקדשה על תנאי ובעל אמר ר' יוחנן דא"צ גט אבל למאי דקיי"ל כר"א ור"כ דקדשה ע"ת ובעל ד"ה צריכה גט שוב א"צ לומר דבא"א לקיימה ע"י שליח ל"מ התנאי אלא אמרי' דטעמא דחליצה מוטעת כשירה משום דכיון דעביד מעשה אחולי אחלי לתנאי' כדאמר ר"א ב"ר איקא וכ' הכ"מ שם שכן מטין דברי הרמב"ם בפ"ד מחליצה עיי"ש ועיין בלח"מ שהביא סמוכין להכ"מ ואע"פ שלבסוף דחה דבריו אי"ה לקמן נבאר דלא הוי דיחוי.

ולפי"ז בודאי אי אפשר לומר דהאי כנסה סתם או בעל סתם שכתב הרמב"ם מיירי שלא הזכיר שום תנאי בשעת הכניסה וביאה לא לפניו ולא בשעת גמר הכניסה והביאה גופה שהרי לפי דברי הכ"מ הנ"ל מדמינן קדשה ע"ת ובעל לחליצה מוטעת והרי בחליצה מוטעת ע"כ התנה התנאי סמוך להחליצה ממש אלא שלא התנה בגמר החליצה כדמוכח מתוס' הנ"ל שהקשו איך משכח"ל תנאי בקנין ומכר וא"כ ע"כ גם בהתנה התנאי סמוך להכניסה וביאה נמי לא מהני אא"כ התנה בגמר הכניסה וביאה ממילא מוכרח כמ"ש דמ"ש הרמב"ם והש"ע כנסה סתם או בעל סתם היינו שגוף הכניסה והביאה הי' בסתם אע"פ שהתנה סמוך לתחילת הכניסה והביאה לא מהני התנאי.

ואמנם שהה"מ לא ס"ל כסברת הכ"מ הנ"ל וגם הלח"מ דחה דבריו אבל מאחר דאנו מוכרחין לפי"ד הכ"מ לפרש האי "סתם" שכתב הרמב"ם כמו שפרשנו מהיכ"ת לומר דהה"מ והלח"מ לא מפרשי הכי ועוד לולא שאינני כדאי להכריע נלענ"ד שהעיקר כדברי הכ"מ וכמו שהביא הלח"מ מתחילה סעד לדבריו מהגמ' דיבמות דף נ"ג עיי"ש אלא שצריך לישב ההשגות שהשיג עליו חדא דא"כ צ"ל דלדעת הרמב"ם אין שום תנאי מועיל במכר וקנין אלא כשאמר התנאי בשעת גמר הקנין וזה לא הוזכר בדברי הרמב"ם ז"ל בשום מקום מהלכות מכירה וקנין ועוד הקשה

דאי חליצה מוטעת וקדשה על תנאי ובעל חד טעמא הוא משום דקעביד מעשה אמרי' דאחולי אחלי' לתנאי' מ"ש גבי חליצה דאמרי' דודאי ביטל התנאי וגבי קדשה ע"ת ובעל רק מספק חיישינן שביטל התנאי ומכא שני קושיות אלו לא נ"ח"ל להלח"מ להסכים להכ"מ אע"פ שמצא סעד לתמכו.

אכן לפענ"ד אין כדאי מחמת קושיות אלו לדחות דברי הכ"מ כשנראין נכונים וברורים דקושיא השני' שהקשה מ"ש בקדשה ע"ת הוי רק ספק מחל ומ"ש בחליצה דאמרי' ודאי מחל לפענ"ד לק"מ דבלא"ה כבר הקשו ע"ז מ"ט בקידושין ל"ה רק ספק הלא מחמת החזקה דאין אדם עושה בב"ז הו"ל למימר דודאי מחל התנאי דהא מחמת חזקה זו ס"ל לרב דקטנה שלא מיאנה והגדולה עמדה ונשאת א"צ גט מהשני אלמא דודאי בעל לשם קידושין ותירץ הרא"ש בפ' המדיר סוסי' י"א דלכך הוי כאן ספק שמא הי' סובר שתנאו קיים ולא נזכר לבעול לשם קידושין עכ"ל וביאר דבריו בפרישה סי' ל"ט אות ח' דרצה לומר שסובר שכיון ששמעה ארוסתו שהתנה בשעת הקידושין אם איתא דהוי עלי' נדרים לא היתה נכנסת עמו ולהיות נבעלת ממנו [ואח"כ תצא ממנו בלא כלום ועל כן סמכא דעתי' שנתקיים התנאי ולא סלקא דעתי' למחול התנאי לכך אפשר דאע"ג דבעל] לא היתה כוונתו למחול התנאי ומ"מ צריכה גט דדלמא לא כן הי' כוונתו אלא דעתו הי' למחול התנאי ולכך הואיל שנוכל לומר שכך הי' כוונתו או כך צריכה גט מספק עכ"ל ולזה נתכוין גם הב"ש בסי' ל"ח ריש ס"ק נ"ט עיי"ש וא"כ שפיר מצינו למימר חילוק זה גם לפי הסברא דכיון דעביד מעשה אחולי אחלי' לתנאי' בודאי דרך החזקה שכל שעושה מעשה מוחל התנאי רק בקידושין הוי ספק דשמא לא סלקא דעתי' למחול התנאי משום דסמכא דעתי' דמאחר שהיא מסכימה להיות נבעלת ממנו בודאי ידעה שאין עלי' נדרים או מומין ונתקיים התנאי ולא יהיב דעתו למחול לכך הוי ספק מה שאין כן בחליצה דלא שייך ספק זה שפיר אמרי' דודאי אחולי אחלי' לתנאי'.

וקושיא הראשונה של הלח"מ נמי נלענ"ד דיש לישב שפיר דאע"ג דלהתוס' משמע להו דמעשה דמכר וקנין דמי למעשה דחליצה ובעילה מ"מ אפשר דהרמב"ם ס"ל דלא דמי ובאמת לעניותין יש ליתן טעם לחלק דדוקא בחליצה וביאה שייך לומר דכיון דעביד אחולי אחלי' לתנאי' משום דאף אם לא יתקיים התנאי לא הדרא עובדא רק הכוונה תתבטל ולא יהני מעשיו כלום אבל עצם המעשה לא תתבטל שיהי' כאילו לא נעשה מעולם ומכיון דאין אדם חולץ רק בשביל כוונת התכלית של המעשה דהיינו כדי לפטור את היבמה מזיקתו דלולא תכלית זו לא הי' נותן שהאשה תבזהו חנם ועי' תוס' יבמות קי"א ב' ד"ה לאחר דלא נ"ח"ל לאדם להתבייש בבי"ד ולחלוץ לה שתרוק בפניו לפיכך שפיר אמרי' דלולא שהי'

מוחל התנאי לא הי' חולץ לה דשמא לא יתקיים התנאי ונמצא שעשה מעשה רב להתבזות חנם וכן בבעילה כיון שאם לא יתקיים התנאי לא תבטל רק התכלית שבביאה דהיינו שתהי' לו לאשה אבל עצם מעשה הביאה לא תבטל ומכיון דבלא התכלית בודאי לא הי' בועל אשה זו וכן בכניסה כיון דלא ניח"ל לאינש דתהוי חופה דאיסורא כדאמרי' ביבמות ק"ז א' ואם לא יתקיים התנאי מ"מ החופה דהיינו היחוד לא תבטל לכך אמרי' דבודאי מחל התנאי כדי שיתקיים גם תכלית המעשה משא"כ במכר וקנין שאם לא יתקיים התנאי הדר המכר והקנין למקומו כאילו לא נעשה מכר וקנין לעולם אין שום סברא לומר שמחל התנאי שאפילו אם היה במעשה הקנין והמכר טרחא יתירה יתכן שהטריח עצמו על הספק שמא יתקיים התנאי ולא מחל לתנאו וצ"ג לישב דעת התוס' מ"ט לא נחתי לחלק בהא אך עכ"פ דעת הרמב"ם שפיר יש לישב בכך וממילא קמה וגם נצבה סברת הכ"מ הנ"ל שגמרא דיבמות דף נ"ג הנ"ל מסייע לו כמ"ש הלח"מ הנ"ל.

והנה כמו שביארנו דלפי"ד הכ"מ צ"ל דאפילו אם התנה סמוך להכניסה והבעילה נמי לא מהני כיון שהכניסה והבעילה גופה הי' בסתם ולא הזכיר התנאי בשעת גמר הכניסה והביאה ה"נ צ"ל דאפילו אם אמר בפירוש שהתנאי יסתור הקידושין נמי לא מהני דליכא למימר כדרך שמחלקי התוס' והגהות אשר"י הנ"ל בין היכא דהתנה בפירוש לסתור הקידושין להיכא דאיכא למימר דלא התנה רק משום כתובה שהרי לפי דברי הכ"מ אפילו תנאי דחליצה מתבטל ע"י מעשה החליצה הואיל ועביד מעשה אע"ג דודאי הי' התנאי לסתור החליצה ואף את"ל דגבי חליצה ל"ה עיקר טעמא משום דעביד מעשה אלא משום דא"א לקיימה ע"י שליח דלא כהכ"מ מ"מ אכתי לא נדחו עיקר דברי הכ"מ דלמאי דקיי"ל קדשה על תנאי ובעל צריכה גט נקטינן כר"א ב"ר איקא דכיון דעביד מעשה אחולי אחלי' לתנאי' אלא דגבי חליצה א"צ לטעם זה אבל לענין קדשה ע"ת ובעל מחמת טעם זה קאתינן עלה וממילא ודאי דגם בהתנה סמוך להבעילה בפירוש שיסתור הקידושין נמי לא מהני וכשיטת השלטי גבורים אך לא מטעמי' דהוא קאמר למלתי' אליבא דאביי דמשום חוקה דא"א עושה בב"ז קאתינן עלה ולדברי הכ"מ אמרי' האי סברא למאן דפליג על אביי וס"ל דגם בכנס אחולי אחלי' לתנאי' כדקיי"ל הלכתא לפי"ד הכ"מ הנ"ל.

כלל העולה מכל מה שכתבנו עד כה דמה שאמרו הרמב"ם ורבותינו בעלי הש"ע קדשה ע"ת וכנס או בעל סתם צריכה גט דמשמע דבהי' גם הכניסה והביאה על תנאי א"צ גט לא מיירי אלא בזמן הכניסה והביאה ממש דהיינו כשעומד תחת החופה ובזמן שהוא בועל אבל אם התנה התנאי לפני הכניסה או לפני הבעילה

אע"פ שהי' סמוך להבעילה והכניסה ליכא למ"ד שיועיל התנאי אם לא אמר בפירוש שאם לא יתקיים התנאי לא יהא קידושין וכפלי' לתנאי כדין תנאי. ואפילו אם אמר בפירוש שאם לא יתקיים התנאי יסתור הקידושין לא מצינו מי שיאמר דמועיל התנאי רק התוס' והגהות אשרי אבל מסתימת שאר הפוסקים משמע דאפילו בכה"ג לא מהני התנאי כמ"ש בשלטי גבורים להדיא וכמו שנראה בעליל דעת רש"י בכתובות וביבמות דף ט"ו א' וזה נראה גם דעת הרי"ף ורמב"ם ורבותינו בעלי הש"ע וכן נוטין לפענ"ד דברי רבינו ירוחם שהביא הב"י כס"י ל"ט כמו שביארנו בעזה"י.

ואחרי אשר נתבאר לפנינו כ"ז הרי זו תשובה נצחת לטענת איזה רבנים בדור שלפנינו שאמרו שיש עצה להציל נשים מכבלי העיגון ע"י שיעשו תנאי בנשואין דהיינו שיקדש ויכנס ויבעול על תנאי שאם יעגן אותה לא יהי' קידושין וסמכו עצמם על התוס' והגהות אשרי הנ"ל נגד מה שמפורש בשלטי גבורים דלא מהני שום תנאי בנשואין באמרם שדעת הש"ג יחידאי היא אבל מן המתבאר יוצא דאדרבה דעת רוב הפוסקים היא כהשלטי גבורים ומ"ש בש"ע דהמקדש על תנאי וכנס סתם או בעל סתם צריכה גט דמשמע דבכנס על תנאי ובעל ע"ת א"צ גט היינו כשאמר התנאי בעת הבעילה גופה אבל אם אמר התנאי רק לפני הבעילה אפילו סמוך ממש להבעילה לא מהני כיון שהבעילה גופה היתה בשתיקה הו"ל בעל סתם ומכיון שאת זה בודאי אי אפשר לתקן שיעמידו עדים בשעת הבעילה גופה ויאמר התנאי אז בפני עדים דמאן חציף למיעבד הכי ואפילו שיעמדו העדים מבחוץ ויסתכלו דרך חור הדלת ויראו וישמעו שאמר התנאי בשעת הביאה גופה הדבר מכווער מאוד ועי' תוס' קידושין י"ב ע"ב ד"ה משום פריצותא בשם ר"ת על כן אין חכמה ואין עצה ואין תבונה לעשות תנאי בנשואין.

ולכאורה עדיין יש לדון ולומר דלא בעינן שעדים יראו וישמעו התנאי בשעת הביאה וסגי אם האיש והאשה מודים שבתנאי זה בעל וא"כ שפיר יועיל התקנה ולכאורה יש להביא רא"י לזה מהירושלמי קידושין פ"ג ה"ב דאיתא התם סדר סמפון [תנאי בקידושין] כך היא עד אחד משל חתן ועד אחד משל כלה ושניהן בורדין להן עוד אחד כדי שיהיו לו שני עדים לזה ושני עדים לזה [אם נתקיים התנאי או לא] הדא דאת אמר בשאין שניהם מודים או צריך עדים אבל אם היו שניהם מודים יכולין לעקור קידושין כהדא [דתניא ביבמות פ"ג ה"ד אהא דתנן היבמה שאמרה בתוך ל' יום לא נבעלתי נאמנת וכופין אותו שיחלוץ לאחר ל' יום אינה נאמנת וצריכה גט משום דחזקה דלא מוקי אינש אנפשי' שלא יבעול טפי מל' יום] הוא אומר בעלתי והיא אומרת לא נבעלתי אע"פ שחזר ואמר לא בעלתי לא הכל ממנו שכבר אמר משעה ראשונה בעלתי [וצריכה גט וגם חליצה] אבל אם אמר

משעה ראשונה לא בעלתי שניהם יכולין לעקור חזקה עכ"ל הירושלמי ומפרש הק"ע דה"פ דכשם שהתם נאמנים ופטורה בחליצה לחודא בלא גט אע"ג דאיכא לנגדה חזקה דלא מוקי אינש נפשי' טפי מל' יום אפ"ה נאמנים ה"ה כאן בקידושין נאמנים לומר לא נתקיים התנאי ועוקרין הקידושין אע"ג דאיכא חזקה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות עכ"ל וא"כ נראה פשוט דכמו שנאמנים שניהם לומר שלא נתקיים התנאי אע"פ שהיא נגד החזקה דא"א עושה בב"ז ה"נ נאמנים שניהם לומר שלא מחל התנאי כשבעל אע"פ שהיא נגד חזקה.

אכן בתשו' נובי"ק אה"ע סי' נ"ד ד"ה אלא דא עקא נראה דפשיטא לי' דאין נאמנים נגד החזקה שכתב שם לענין עובדא דילי' שהיו עדים שנתקדשה על תנאי שלא תזדקק ליבום לאח אלא שכל לא היו עדים על היחוד והביאה וז"ל ונראה דאם היא תאמר ברי שהי' תנאי גם בעת הביאה נאמנת שכל שאומרת כן הרי כמו שאומרת בברי שלא נתקיים התנאי ומה לי אמרה שלא קיים ומה לי אמרה שלא ביטל התנאי ואף דחזקה שאין אדם עושה בב"ז היינו בבעל סתם כיון שהוא והיא שותקים ובידו לכוון לשם קידושין מסתמא בועל לשם קידושין אבל אם היא אינה מרוצה להבעל רק בתנאי אין כאן חזקה ולכן נאמנת לומר שנבעלה בפירוש על תנאי זה עכ"ל הנובי"ק הרי דאי לאו משום דהיא אינה מרוצה להבעל רק בתנאי ואין כאן חזקה לא היתה נאמנת נגד החזקה וצריך לישב שלא יהיו דברי הנובי"ק נסתרינ מירושלמי המפורש הנ"ל.

ובאמת באו"ז הלכות יבום וקידושין סי' תרי"א מפורש שאין אדם נאמן על עצמו לומר שבעל בעילת זנות במקום שהי' בידו שלא תהא ב"ז דמייתי התם דברי רב נטרונאי גאון ז"ל דמי שבא על שפחתו וילדה הולד כשר דודאי שחררה הואיל וחזקה דא"א עושה בב"ז וכתב האו"ז ז"ל דאפילו הוא אומר לא שחררתי אותה ובעילת זנות בעלתי לא מהימן חדא דא"א משים עצמו רשע ועוד הואיל שהכריעו חכמים דעתו של אדם שאינו עושה בעילתו ב"ז אינו נאמן לומר להיפך והביא ראי' מהא דאמרי' בפ"ק דפסחים דהמשכיר בית בחזקת בדוק ומצאו שאינו בדוק ל"ה מקח טעות משום דניח"ל לאינש למיעבד מצוה בגופי' ובממוני' והרי התם אע"ג דשוכר קאמר אדעתא דהכי לא שכרתי והוי מקח טעות לא סמכינן אדיבורי' אלא אדעת חכמים כמו שהכריעו חכמים דעתו והאריך האו"ז שם להביא מהרבה מקומות בש"ס שמוכח שאין אדם נאמן לומר שעשה כנגד מה שהכריעו חכמים שאין דרך אדם לעשות כן וא"כ קשיא גם על האו"ז מהירושלמי הנ"ל.

ובהשקפה הראשונה הי' נראה לי לומר דבאמת בדבר זה נחלקו הבבלי והירושלמי שהרי התוס' ביבמות קי"ב א' ד"ה היא אומרת כתבו לענין יבמה שאפילו שניהם מודים שלא נבעלה לאחר ל' יום אינם נאמנים ובעיא גט דלא

כהירושלמי הנ"ל כמו שהעיר בשיירי קרבן שם וע"כ דהתוס' ס"ל ג"כ דאין נאמנים נגד החזקה דלא מוקים אינש נפשי' וכו' והיינו משום דבש"ס דילן מוכח בכמה דוכתי דאין אדם נאמן נגד מה שהכריעו חכמים דעתו כמו שהביא באו"ז שם משא"כ הירושלמי לי"ל האי סברא.

אבל אחה"ע נראה דאין הכרח לזה כלל דאפילו אם נאמר כמו שפרשו המפרשים דהירושלמי לאחר ל' יום קאי והחזקה דקאמר היינו חזקה דלא מוקים אינש נפשי' טפי מל' יום י"ל דדוקא חזקה זו שניהם יכולין לעקור משום דלא הוי חזקה גמורה אלא חזקה קצת כמ"ש בנמוקי יוסף שם ולא מהני רק לענין שאם היא אמרה לא נבעלתי והוא אומר בעלתי לא יהיו כופין רק מבקשין ממנו לחלוץ משא"כ בשניהם אומרים לא בעלתי לא חיישינן להאי חזקה קצת אבל נגד חזקה גמורה גם הירושלמי מודה דאין נאמנים אלא אף את"ל דחזקה גמורה היא נלענ"ד דאין חזקה זו מחמת שכך הכריעו חכמים טבעו של אדם שאינו יכול לאוקים נפשו טפי מל' יום דבאמת לא מצינו זה בשום מקום בגמ' שלא אמרו ביבמות קי"א ב' רק דר"מ סבר דעד ל' יום מוקים אינש אנפשי' ור' יוסי סבר דהכונס בועל לאלתר ועי' בירושלמי שם דאיתא בלשון זה ר"מ אמר חזקה אדם מעמיד ל' יום ורבנן אמרין אין אדם מעמיד אפילו יום אחד הרי דהחזקה לר"מ היא שיכול להעמיד עצמו ל' יום אבל שיהי' חזקה שאינו יכול להעמיד עצמו יותר מל' יום ליכא.

אלא שצריך לבאר מה זו החזקה שאדם מעמיד עצמו ל' יום דאטו רוב בנ"א מעמידין עצמן הא ודאי דרוב בנ"א בועלין תיכף אחר הכניסה ותו הרי לפי"מ דאיתא בירושלמי יבמות שם דאף בתוך ל' יום אינה נאמנת לומר לא נבעלתי רק לאסור עצמה בלא חליצה אבל לא צרתה וכן הבעל אינו נאמן לומר לא בעלתי תוך ל' יום לעשות הולד שתוקי עכצ"ל דליכא חזקה דמוקים נפשי' אלא אדרבה חזקה היא דכל כנוסה בחזקת בעולה וכמ"ש רש"י ביבמות קי"ב א' עיי"ש בתוס' ד"ה היא דמפני שאנו כופין בתוך ל' ומבקשים לאחר ל' לצרקה דאיהי שויתה אנפשה חתיכא דאיסורא אכתי לא מהימנא לאסור צרתה דחזקה הכונס את האשה בועל לאלתר עכ"ל הרי דבתוך ל' איכא חזקה דבעל ואיך קאמר בירושלמי דחזקה שאדם מעמיד עצמו ל' יום.

אך נראה לענ"ד דביאור הענין כך דודאי זו היא חזקה שהכונס את האשה בועל לאלתר שהרי רוב בני אדם עושין כך ורק מיעוטא דמיעוטא יש שאינם בועלים לאלתר וזה לא משום שאינם רוצים לבעול אלא משום שאי אפשר להם לבעול כגון שפירסה נדה ולא טבלה או משום שאין לו כח אבל מי שאפשר לו ודאי לא נמנע מלבעול לאלתר ולפיכך מי שאפשר לו לבעול בדין הוא שלא יהיה נאמן לומר שלא בעל דלמה לא יבעול בעילת מצוה אלא דמ"מ ס"ל לר"מ דיש חילוק בין תוך

ל' יום לאחר ל' יום דבתוך ל' יום הבעילה תלוי ברצונו שהרי חזקה היא שאדם מעמיד עצמו ל' יום כלומר אע"פ שחזקה שבוועל לאלתר אם אפשר לו מ"מ אם אדם רוצה להעמיד עצמו ולא לבעול אין הכרח שיבעול משום דחזקה דעד ל' יום יש כח ביד אדם לשלוט בעצמו לפיכך האי חזקה דכל הכונס בוועל לאלתר לאו חזקה אלימתא היא כ"כ וכמ"ש הרמב"ן במלחמות והריטב"א בקידושין דף נ' ע"ב דמה"ט חוששין לסבלונות אע"ג דרובא מסבלי והדר מקדשי והו"ל למיזל בתר רובא דלא אזלינן בתר רוב אלא כשהרוב הוא בחיוב וטבע ואינו תלוי ברצון אבל היכא דהרוב תלוי במנהג שאינו חיוב אלא רצון וכל אדם שרוצה יכול לשנות מן המנהג בכה"ג חיישינן למיעוטא לחומרא שמא שינה מן המנהג ועשה כהמיעוט עיי"ש וה"נ כיון דהא דכל הכונס בוועל לאלתר תלוי ברצון ומנהג חיישינן שמא שינה מן המנהג אך זה דוקא תוך ל' יום דאז תלוי ברצון דחזקה שאדם יכול להעמיד עצמו ל' יום אבל לאחר ל' יום שאין חזקה שיכול להעמיד עצמו אע"ג דאפשר שגם אחר ל' יום העמיד עצמו משום דאיכא מיעוטא דמיעוטא שמעמידין עצמן אפילו אחר ל' יום מ"מ בשביל אותן המיעוטא דמיעוטא שמעמידין עצמן טפי מל' יום עדיין לא חשבינן להאי חזקה שכל הכונס בוועל עכ"פ בתוך ל' יום שתהיה חזקה התלוי ברצון.

ובזה יובן ג"כ הא דאיתא בירושלמי הנ"ל דאע"ג דנאמנת היבמה בתוך שלשים לומר לא נבעלתי שתהי' צריכה חליצה מ"מ אין הצרה נאסרת וכן אין הבעל נאמן לומר לא נבעלתי לעשות הולד שתוקי ועיין בתוס' ביבמות קי"ב ד"ה היא אומרת שהשיגו על פירש"י ור"ח שנראה שסוברים ג"כ שבתוך שלשים אע"פ שכופין אותו לחלוץ שריא צרתה והקשו לפי"מ דמשמע שאפילו אם היבמה אומרת בתוך שלשים נבעלתי והיבם אומר לא נבעלתי צריכה חליצה אמאי שריא צרתה כשהיבמה אומרת לא נבעלתי בתוך ל' השתא איהי גופה דקים לה אם נבעלה או לא אינה נאמנת לומר שנבעלה כ"ש צרתה דלא קים לה בבעילה כמותה שיש לנו לאוסרה בלא חליצה עכ"ק ועל כן דחו שיטה זו אבל כבר העירו שבירושלמי מבואר להדיא כן.

אבל לפי הנ"ל נכון הדבר מאוד דהנה אף כי כתבו הרמב"ן והריטב"א הנ"ל דרובא דתליא ברצון חיישינן למיעוטא מ"מ מבואר בדבריהם שזה רק לחומרא בעלמא אבל מעיקר הדין גם רובא דתליא ברצון אזלינן בתרה וברמב"ן הנ"ל משמע דאף לא בכל איסורין החמירו בזה רק באיסור אשת איש ועיין בש"ש ש"ד פ"ז שמפרש בזה דברי התוס' בפ"ק דסנהדרין דף ג' דרובא לרדיא לאו רובא מעליא ואין הולכין בממון בתר רוב כזה אבל באיסורא אזלינן ולפיכך שפיר הא דאינה נאמנת לאסור צרתה אף בתוך ל' כיון שמעיקר הדין חזקה דכל הכונס בעל לאלתר אע"פ

שתליא ברצון אי בעי לאוקים אנפשי' או לא רק לגבי עצמה החמירו שלא לסמוך על החזקה זו דתליא ברצון מאחר דלא מפסדי מידי לא מיבעיא אם היבמה אומרת לא נבעלתי דגם אם נלך בתר החזקה שויתה אנפשה חתיכה דאיסורא והיבם לא יפסיד כלום אם יחלוץ אלא אפילו אם היבמה אומרת נבעלתי ורק היבם אומר לא בעלתי נמי האשה לא תפסיד אם נתחייבה בחליצה שהרי כופין את היבם שיחלוץ לפיכך החמירו בו ובה לחייבם בחליצה אבל צרתה אם נחמיר בה שלא לסמוך על החזקה דכל הכונס בועל לאלתר נצטרך לאסור על הצרה שלא תנשא עד לאחר שלשים יום או עד שידורו שניהם שבעל ולא החמירו על הצרה שתצטרך לחוש ולהמתין על כך דלפעמים עי"ז תפסיד הרבה ואף תבוא לידי עיגון שלא תמצא אדם שישאנה אם תמתין ועי' תוס' יבמות צ"ד א' ד"ה ולטעמך ומכיון שהתירוה להנשא מיד שוב לא תצא מהתירה אפילו כשהיבם או היבמה אומרים שלא נבעלה ואוקמוה אדינא דחזקה שהכונס בועל לאלתר אע"ג דתליא ברצון ויש להאריך עוד בזה ואכ"מ רק מה שצריך לענינינו.

מעתה יש לפרש דברי הירושלמי הנ"ל שאם שניהם מודים שלא בעל שניהם יכולין לעקור חזקה בשני פנים א) כפי מה שפרשוהו המפרשים דבלאחר ל' יום קאי ואפ"ה נאמנים נגד החזקה דלא דמי למ"ש האו"ז והנוב"י הנ"ל דאין שניהם נאמנים לומר שעשה בעילתו ב"ז דהתם כדקאמר האו"ז טעמא דמאחר שהכריעו חכמים דעתו שאינו עושה בעילתו ב"ז לאו כל כמיני' לומר אחרת משא"כ בהך חזקה דקאמר הירושלמי חזקה זו לאו מחמת דחכמים הכריעו דעתו דלא מוקים אינש אנפשי' טפי מתלתין יומין אלא עיקר החזקה היא מה שידוע לכל העולם שעפ"י רובא דרובא דאינשי בועלין לאלתר כנ"ל ונגד חזקה זו ס"ל להירושלמי דנאמן אדם לומר שהי' מן המיעוט שלא בעלו כשאין מי שיכחישו.

ב) יש לומר דבאמת לאחר ל' יום גם הירושלמי מודה דאפילו שניהם מודים שלא בעל אינם נאמנים נגד החזקה וכשיטת התוס' הנ"ל אלא דהירושלמי מיירי בתוך ל' כמו שרצה גם בשיירי קרבן על הירושלמי דיבמות לפרש כן אלא דדחה פי' זה משום דקשיא בתוך ל' מה חזקה איכא אבל לפי המתבאר למעלה באמת גם בתוך ל' איכא חזקה דכל הכונס בועל לאלתר אלא דמחמירין משום דהוי חזקה דתליא ברצון ועי' קאמר הירושלמי דעד כאן לא מחמירין אלא כשאחד מהם אומר שבעל כמו שהוא באמת החזקה וכיון דהחזקה מסייע ל' אע"פ שתליא ברצון מחמירין אבל כששניהם מודים שניהם יכולין לעקור חזקה זו כיון שתליא ברצון ונגד חזקה דתליא ברצון לא חשדינן לשניהם שמשקרין.

אלא מעתה שוב צריך להבין איך יליף הירושלמי בקידושין מהאי דגם לענין קידושין בתנאי שניהם נאמנים לומר שלא נתקיים התנאי הלא זה הוא נגד

חזקה שהכריעו חכמים שאין אדם עושה בב"ז ומסתמא קיים התנאי כדי שלא תהא בב"ז כמ"ש הק"ע שם אבל באמת דברי הק"ע תמוהים לענ"ד דמה ראה לומר דהא דקאמר בירושלמי שם שאם היו שניהם מודים שניהם יכולין לעקור קידושין הא קמ"ל דאע"פ שהיא נגד חזקה דא"א עושה בב"ז אפ"ה נאמנים לומר שלא נתקיים דא"כ הו"ל למימר שניהם יכולין לעקור חזקה כהדא דאמר גבי יבמה ומדשינה מהלשון דאתמר גבי יבמה דמייתי התם וקתני כאן שניהם יכולין לעקור קידושין משמע דלא מעקירת חזקה קמשתעי בהא.

ותו הלא הק"ע בעצמו הקשה שם בד"ה אבל אם היו שניהם מודים מה מהני ששניהם מודים שנתקיים התנאי לעקור קידושין הלא אמרי' לעיל מינה גבי עובדא דר' אבוה דבשעת נישואין מבטלי התנאי כדי שאם לא יתקיים התנאי לא תהא בעילתן בעילת זנות ותירץ דהאי פליג אמ"ד לעיל שבשעת נישואין בטלו התנאי אי נמי לא פליג והכא איירי קודם הנשואין עכ"ל הק"ע וא"כ איך קאמר הק"ע בתר הכי דקמ"ל דעוקרין הקידושין אע"ג דאיכא חזקה דא"א עושה בב"ז הא אמרת דלית כאן משום חזקה דא"א עושה בב"ז לא מיבעיא לפי תי' השני של הק"ע שהוא נראה עיקר דהכא מיירי קודם הנשואין אלא אף לתירוץ הא' שם דפליג אמ"ד דלעיל וכו' הלא אי פליג וס"ל דאינו מבטל התנאי בשעת נישואין ע"כ ס"ל כשמואל דקדשה על תנאי ובעל נמי אינה צריכה גט דלא חיישינן בקדשה על תנאי לחזקה דא"א עושה בב"ז וא"כ איך קס"ד שלא יהי' נאמנים לומר שלא קיים התנאי מחמת שהיא נגד חזקה הלא מ"ד זה ל"ל כאן חזקה ודברי הק"ע צע"ג לפענ"ד וגם מש"כ הפנ"מ שם דחזקה אדם מקיים תנאו לא זכיתי לדעת מנלי' האי חזקה שלא נמצא בשום מקום.

לכן אומר אני בענ"ד דהא דאשמעינן דבשניהם מודים שלא נתקיים התנאי שניהם יכולין לעקור קידושין לאו מחמת דהוי נגד חזקה איצטריך לאשמעינן דו"א דהא לית כאן חזקה כנ"ל אלא משום דקס"ד דמאחר שנתקדשה לפנינו ודאי אלא שהקידושין תלוין בתנאי תצטרך עדים שלא נתקיים התנאי משום דהו"ל דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים קמ"ל דכיון דשניהם מודים שלא נתקיים התנאי נאמנים אע"פ שהיא דבר שבערוה ויליף ד"ז מהדא דאתמר גבי יבמה שאם שניהם מודים שלא בעל שניהם יכולין לעקור חזקה ונאמנים לענין שאינה צריכה היבמה גט אע"פ שהיא דבר שבערוה אלמא דכל שיש לנו ספק אם נעשית אשתו או לא אם שניהם מודים שלא נעשית אשתו נאמנים להוציא מידי הספק ולא אמרי' בכה"ג אין דבר שבערוה פחות משנים אבל לענין מה דאמרי' התם דשניהם נאמנים לעקור חזקה ודאי אין למילף שגם נגד חזקה נאמנים כגון בקדשה על תנאי ובעל שיהיו נאמנים לומר שלא נתקיים התנאי או שמחל התנאי אע"ג דהוי נגד חזקה

דא"א עושה בב"ז לא ילפינן מהתם לכך שפיר לא נקט הירושלמי גבי קידושין על תנאי רק ששניהם יכולין לעקור קידושין הא לעקור חזקה בכה"ג אינם יכולין כמו שהוכחתי מהאו"ז ונוב"י הנ"ל.

אמנם לכאורה עדיין יש לבע"ד לחלוק ולומר דמ"מ לענין התנאי מחמת תקנת עגונות שרצו לעשות שפיר נאמנת האשה לומר שנבעלה על תנאי שהרי כתב הנוב"י שם לענין אשה שהתנתה עם בעלה שאם ימות בלא זרע של קיימא יהיו הקידושין בטלים כדי שלא תהי' זקוקה לאח אלא שאינו ראוי לחלוץ ולא היו עדים שהתנתה כן בשעת ביאה וכתב הנוב"י דנאמנת האשה בעצמה ע"ז ולא הוי נגד החזקה דכיון שאין האשה מרוצה להבעל לו רק בתנאי ואין ביד הבעל להכריחה שתתירצה בלא תנאי שוב אין חזקה שלא בעל בתנאי לכן נאמנת לומר שנבעלה בפירוש על תנאי זה ואף כי נראה בנוב"י שם שלא סמך עצמו ע"ז דבאמת סברא זו לא ניתן להאמר רק לשיטת הסוברים דבאשה לא אמרו החזקה משא"כ לשיטת הסוברים דגם באשה אמרו חזקה זו אית לן למימר דגם בתנאי שהאשה מתנה לא תהי' נאמנת אבל מ"מ בצירוף מ"ש הנוב"י שם אח"כ דהיכא שיש איזה הפסד לא אמרי' חזקה דא"א עושה בב"ז ואף שלא כתבה רק להלכה ולא למעשה כדאי הוא לסמוך עליו עכ"פ בשעת הדחק כשתשאר עגונה ומ"ש הפת"ש בסי' ל"ח ס"ק י"ח דמדברי הב"ש בס"ק ס"ז לא משמע כן לפענ"ד אין שום סתירה שהרי דברי הב"ש מקורם בר"ן שהביא הב"ש שם בסוף ס"ק ס"ג ושם מבואר דאע"ג דבכנס אמרי' דבודאי מחלה התנאי מ"מ חייב לקיים תנאו משום דלא מחלה רק לענין הקידושין שלא יהי' בטלים מחמת התנאי אבל מ"מ הוא מתחייב לשלם המעות שהיא בקשה ונעשה עליו מלוה וע"ע בח"מ שם ס"ק נ"ו וא"כ לא מפסדת מידי לכך שפיר אמרי' דמחמת החזקה מחלה על התנאי משא"כ היכא דאם לא יהיו הקידושין בטלים תבוא לידי הפסד שפיר קאמר הנוב"י דבכה"ג לא אמרו החזקה דא"א עושה בב"ז.

אבל באמת אין נ"ד דומה לנדון הנוב"י כלל דהתם שהאשה לא רצתה להנשא לו רק על תנאי שאם ימות בלא זרע יתבטלו הקידושין משום שחששה שמא תפול ליבום לפני האלם וכיון שהקפידה על כך והבעל לא הי' בידו להבטיח שלא תפול לפני היבם שפיר קאמר הנוב"י דהוי מפסידה אם לא יתבטלו הקידושין משא"כ בנ"ד שבשעה שאשה מתרצית להנשא לאיש ודאי אינה חוששת שמא לאחר זמן יעגן אותה או שתמאס בו ולא ירצה לתת גט דלמה תחוש לכך אחרי שעכשיו אוהבים זל"ז אלא שהרבנים רוצים שיהי' הנשואין על תנאי משום תקנת אשה אחת מני אלף שיתברר לאחר זמן שבאה לידי עגון וא"כ אין ספק שאם הבעל יאמר להאשה בשעת ביאה לא ניחא לי לעשות בעילתי על תנאי זה בודאי האשה לא

תעמוד ע"ז שיהי' הבעילה על תנאי זה מה שאין דרך נשים להתנות ולהקפיד על כך לפיכך אין לחשוב מחילת תנאי זה כהפסד אף להנזכ"י וממילא הדרינן להחזקה דא"א עושה בב"ז לא תאיש ולא האשה כנ"ל וממילא צריכין שיעמדו עדים בשעת הביאה גופה שיראו וישמעו שהתנה באותו שעה תנאו מה שאי אפשר לתקן וממילא נפל כל התקנתא הנ"ל לבירא.

ברם צריך אני למודעי שכל מה שכתבנו שא"א לעשות תנאי בנשואין זה דוקא בתנאי שאם לא יתקיים יתבטלו הנשואין בעוד הבעל בחיים ותצא האשה בלא גט אבל היכא דקיום התנאי ובטלו אינו יכול להיות רק לאחר מיתה כהאי דכתב הרמ"א בס"י קנ"ז ס"ד שמי שיש לו אח מומר יכול להתנות בתנאי כפול שאם תפול לפני מומר ליבם שלא תהא מקודשת ותותר לשוק בלא חליצה לענין זה שפיר מהני תנאי שיתנה בנשואין רגע לפני הביאה כמו שהעלו רוב גדולי האחרונים והיינו משום דלענין זה שפיר יש לסמוך על שיטת התוס' והג"א הנ"ל דהיכא דאומר מפורש בשעת ביאה שהתנאי יסתור הקידושין ולא תהא ביאת קידושין מהני דכמה ספיקות בדבר דשמא לא שייך בכה"ג משום בעילת זנות כמ"ש הב"ש שם סק"ו הואיל ודאי שעדיין לא נתקיים התנאי ושמא כהמעיל צדקה ועוד הרבה מגדולי אחרונים דהיכא דכל ימי חייו לא יתברר שבעילתו ב"ז לא אמרי' החזקה דא"א וכו' ושמא הלכה כתוס' והג"א הנ"ל דתנאי מפורש בשעת ביאה מהני ואפילו להסוברים דלא מהני מ"מ הא גופא הוי רק ספק דשמא לא מחל התנאי כדאיפסק הלכתא בש"ע סי' ל"ח סוף סעיף ל"ה ואמנם דיש לומר דדוקא היכא דמצינו למימר דקסבר שנתקיים התנאי הוי ספק כמ"ש הב"ש שם משא"כ בכגון נ"ד דודאי עדיין לא נתקיים שוב אמרי' דודאי ביטל התנאי אבל זה רק לדעת הרא"ש אבל דעת הרמב"ם נראה דבכל תנאי הוי רק ספק.

ואע"ג דיש שהחמירו גבי איסור אשת איש שלא לסמוך על ספק ספיקא אפילו בכמה ספיקות ועי' בב"ב קל"ה א' ובהגהות הב"ח שם דאף יבמה לשוק היא בחזקת איסור אשת איש מ"מ נראה דבכגון נ"ד שיש ספיקות אם מעולם היתה אשת איש יש להקל בה כשנפלה ליבום כי נלענ"ד דכל מה שהחמירו באשת איש בספק ספיקא לא מחמת חומר האיסור שהיא בחנק דהא אפילו בשבת שהיא בסקילה לא החמירו כ"כ אלא משום שהבנים ממזרים חששו שלא יצא שם פסול על משפחה בישראל וכמ"ש רש"י בגיטין דף פ"ה סוף ע"ב ד"ה מן יומא דנן וכו' עיי"ש וכה"ג איתא בירושלמי קידושין פ"ג ה"ב ר' יוחנן פקיד לבנתי' דלהוין עבדין כר"ש בן לקיש שמא יעמוד בי"ד אחר ויסבור דכוותי' ונמצא בניו באין לידי ממזרות עכ"ל וה"נ בס"ס חששו שמא יבוא מי שהוא ויברר את הספק וכ"ש בספיקא דדינא דיש לחוש לכך החמירו בא"א אפילו כשהספק בעיקר

הקידושין דליכא חזקת איסור אבל ביבמה לשוק דליכא ממזרות אין להחמיר בו יותר מבשאר איסור.

אכן מודינא דבמקום שאין צורך גדול ושעת הדחק אין להתיר לעשות תנאי בנשואין על מנת שתותר לשדק אח"כ מכח הני ספיקות שהרי כתבו הפוסקים שאין עושין ס"ס לכתחילה בידים אך כי אמינא היכא דהתנאי נעשה מחמת שעת הדחק כהאי דמייתי הרמ"א הנ"ל ביש לו אח מומר שאם לא יעשו התנאי לא יתנו לו אשה ויעמוד כל ימיו בלא אשה ויבטל מפו"ר כה"ג הוי כדיעבד ויכולין להתיר אח"כ את האשה מכח ארבע הספיקות הנ"ל ואפשר דאפילו אם אין שעה"ד לגבי הבעל מ"מ כיון שאין עושין את הס"ס רק כדי להשתמש בו בזמן שיהי' שעת הדחק להאשה שלא תתעגן ל"ה כעושה ס"ס בידים דמצוה לשקוד על תקנת בנות ישראל שלא יבואו לידי כך ועי' ב"ח סי' קנ"ז שכ' דכיון דמוטל עלינו לתקן וכו' זה לא נקרא לכתחילה אלא כמו דיעבד הוא.

ובפרט שכנפי הנראה בתשו' חת"ס ח"ב סי' ס"ח סמך את שתי ידיו הגדולים על סברת המעיל צדקה הנ"ל דהיכא דהתנאי תלוי עד לאחר מיתתו בלא בנים בכה"ג לא שייך החזקה דא"א עושה בב"ז ועיי"ש בד"ה ואמנם לכאורה שכ' דכדאי הוא האי טעמא לסמוך עליו לחוד בלי צירוף טעמים אחרים ובח"א מאה"ע סי' ק"י כ' החת"ס שהרואה תשו' מעיל צדקה בזה יראה כי כל דבריו דברי א' חיים ואין לזוז מהם לדינא מכ"ז נראה שתפס דברי המעי"צ כאילו אין בהם שום ספק וכן הביאו בשם הנחלת שבעה להולך בסברא זו ואינו תח"י.

ונלענ"ד להביא סמוכין לסברא דהיכא דהתנאי תלוי עד לאחר מיתה אין בזה משום בעילת זנות כלל וכמ"ש הב"ש והמעיל צדקה הנ"ל מהא דאמרי' ביבמות ט"ו א' מעשה בביתו של ר"ג שהיתה נשואה לאבא אחיו ומת בלא בנים וייבם ר"ג את צרתה אחרים אומרים בתו של ר"ג אילונית היתה ואמרי' בגמ' בלישנא בתרא איבעית אימא יש תנאי בביאה איכא בינייהו דת"ק סבר דתנאי הי' לו לאחיו של ר"ג בביתו ויש תנאי אפילו בביאה ונפקעו הנשואין מחמת שלא נתקיים התנאי ואחרים סברי אין תנאי בביאה אלא טעמא דהי' ר"ג מייבם את צרתה משום דאילונית היתה.

ויש להפליא הפלא ופלא הלא ודאי אף אי אמרי' יש תנאי בביאה ולא אמרי' דאחולי אחלי' לתנאי' כדי שלא תהא בעילת זנות מ"מ פשיטא דלא דבר הגון הוא לעשות תנאי בביאה שאם לא יתקיים התנאי תהא בעילת זנות וכמבואר בתוס' יבמות דף צ"ד ב' ד"ה אלא דאף לשמואל דס"ל קדשה ע"ת ובעל אינה צריכה גט מ"מ לא שכיחא שיתבטלו הנשואין מחמת התנאי משום דאיכא חיבת ביאה ושלא תהא בעילתו ב"ז עכ"ל וא"כ בודאי שום איש הגון לא יעשה זאת שיבעל על תנאי

ואיך יתכן שאחיו של ר"ג בעל על תנאי ושואשתו בתו של ר"ג הסכימה לכך שיעשה אותה כזונה ומסתמא גם ר"ג התרצה בכך דלא מסתבר שבתו עשתה כנגד רצונו והלא היא דבר שאין רוח חכמים נוחה הימנו.

ועוד יותר קשה הלא בגמ' שם מקמי דמשני דיש תנאי בביאה איכא בינייהו איכא תרי שנוייא אחרינא הכיר בה ולא הכיר בה איכא בינייהו ואיבע"א כנס ולבסוף גירש א"ב ולא הי' צריך להאי שינוייא דיש תנאי בביאה אלא לרווחא דמלתא וא"כ למ"ל להטיל דופי באחיו של ר"ג ובתו ללא צורך ועוד דבשלמא הני תרי שנוייא קמאי הנ"ל יש להם רמז קצת בהבחייתא דהא דמשני הכיר בה ולא הכיר בה א"ב יש לה סמך כמ"ש רש"י שם בסוד"ה ה"ג הכיר בה מדקתני אילונית היתה ולא קתני נמצאת וכן הא דקאמר כנס ולבסוף גירש א"ב יש לו סמך בדברי ת"ק דכיון דעיקר אתי לאשמעינן שייבם ר"ג צרת בתו הו"ל למתני הכי מעשה בר"ג שייבם צרת בתו שהיתה נשואה לאבא אחיו ומת בלא בנים אלא דבעי לאשמעינן תחילה שבתו של ר"ג היתה נשואה לאבא כלומר שהיתה בעבר נשואה ואח"כ גירשה ומת בלא בנים דמזה נשמע שטעמו של ת"ק הי' משום שכנס ולבסוף גירש אבל הא דמשני דיש תנאי בביאה א"ב איני יודע היכן רמיזא ואם אין רמז לכך מה ראה הגמ' לאוקמא מלתא דת"ק בהא.

ועוד יש לדקדק אם לפי"ד הת"ק תנאי הי' בנשואין שלא נתקיים ונפקעו הקידושין מה קמ"ל בהאי מעשה הא פשיטא שאם נפקעו הנשואין שהי' ר"ג מחויב ליבם את צרתה שהרי מעולם לא היתה צרת ערוה דבשלמא לפי האוקימתא דבהכיר בה ולא הכיר בה פליגי א"ש דאשמעינן הא דתנן במתני' דשנמצאו אילונית צרותיהן מותרות דקס"ד דאע"פ שלא הכיר בה כיון שלא התנה בפירוש עלי' שמא לא הי' מקפיד ותהי' עכ"פ ספק מקודשת וצרתה חולצת ולא מתיבמת קמ"ל אבל בהי' תנאי מפורש בנשואין אי אמרי' דמועיל התנאי לבטל הנשואין פשיטא דצרתה מתיבמת וכ"ת דהא אתי לאשמעינן דיש תנאי בביאה א"כ העיקר חסר בדברי הת"ק.

לכן נלעג"ד לשער דהתנאי שהי' לאחיו של ר"ג בבתו הי' בענין שאם ימות בלא בנים לא תהא מקודשת דבכה"ג לא הוי בעילת זנות כמ"ש המעיל צדקה כיון שתלוי עד לאחר מיתה וכל ימיו תהי' מקודשת לו מספק ולא תצא בלא גט או מטעם שכ' הב"ש הואיל וודאי שבשעת בעילה עדיין לא נתקיים התנאי ודבר זה שפיר מרומז בדברי הת"ק דדייק למתני מעשה בבתו של ר"ג שהיתה נשואה לאבא אחיו ומת בלא בנים אלא מעשה בר"ג שייבם צרת בתו שהיתה נשואה לאבא אחיו אלא דחסורי מחסרא וה"ק מעשה בבתו של ר"ג שהיתה נשואה לאבא אחיו על מנת שלא ימות בלא בנים ומת בלא בנים ולפיכך ייבם ר"ג את צרתה וקמ"ל הת"ק דאע"ג דבמשך כל ימי חייו לא נתבטלו הקידושין ורק לאחר מיתתו אפ"ה צרתה מותרת

וכהא דאשמעינן בתוספתא דגם בנמצאת אילונית לאחר מיתה הצרה מתייבמת ומבואר הוא בתוס' יבמות י"ב א' ד"ה תני שהיו דאצטריך לאשמעינן דקס"ד למיסרה כשנמצאת לאחר מיתה משום דבשעת נפילה נראית כצרת בתו כדאמרי' התם לענין צרת בתו ממאנת לאחר מיתה קמ"ל דז"א דלא דמי לממאנת דהתם מיחסרא מיאון הכא לא מיחסרא מידי אי גמי ממאנת אין לה קול והכא י"ל קול עכ"ד התוס' וה"נ אשמעינן הת"ק דבתנאי שתלוי לאחר מיתה גמי לא דמי לממאנת מטעמים הנ"ל וצרתה מתייבמת.

ומה שהוצרך אבא אחיו של ר"ג לתנאי זה יש ליתן בו טעם לשבח לפי"מ דמבואר בתוס' יבמות צ"ט א' ד"ה ספק וכו' דאע"ג דמותר לו לאדם לישא בת אחיו אין זה היתר גמור משום שיכול לבוא לידי ביטול מצות יבמין אם ימות בלא בנים ותפול לפני אחיו והוכיחו כן מן הירושלמי דדייק ממתני' דהתם דזאת אומרת שמותר לאדם לישא אשת בן אחיו משמע דיש סברא לאסור אלא שלא אסרו מעיקר הדין אבל מדת חסידות היא עכ"פ להזהר בזה והביאו שם בשם ריב"ן דמה"ט אמרו ביבמות ס"ב ב' שמצוה לישא בת אחותו משום מבשרך אל תתעלם ולא אמרו ג"כ שמצוה לישא בת אחיו משום דנגד מצוה דמבשרך איכא מצוה שלא לגרום ביטול מצות יבמין עיי"ש ובאמת עדיפא הו"ל להביא מהא דמבואר בש"ס גיטין דף פ"ג א' דר' טרפון השיב ע"ד ר"א שאמר המגרש ע"מ שלא תנשא לפלוני מותר לכל אדם חוץ מפלוני הרי שהלכה זו ונשאת לאחיו של זה שנאסרה עליו ומת בלא בנים לא נמצא זה גורם לעקור דבר מה"ת דהיינו מצות יבום ואמר רבא התם דאית לי' פירכא מהא דמותר לישא בת אחיו ובודאי לא קס"ד דרבא שר' טרפון טעה ח"ו בדין אלא דר' טרפון סובר דבאמת אסור לישא בת אחיו היכא דיכול לגרום ביטול מצות יבמין ורק רבא אמר דאית לי' פירכא כלומר לפי"מ דמוכח ממשנתינו דמותר לישא בת אחיו כדקאמר בירושלמי הנ"ל ממילא אין תשובת ר"ט ע"ד ר"א השובה [ואע"ג דבירושלמי בגיטין שם משני תמן התורה אסרה עליו ברם הכא הוא אסרה עליו ע"כ רבא לא ס"ל לחלק בהא ויתכן דהאי שינויא דירושלמי לא אתמר אלא לפי"מ דקסבר הירושלמי דטעמא דר' טרפון דהוי כמתנה לעקור דבר מה"ת עי' בחי' הרשב"א שם משא"כ לפי מסקנת הש"ס דילן דלא הוי רק גורם לעקור ולא כמתנה לעקור ליכא לשנויי כהירושלמי דהא סוף סוף גורם הוא וכן מצאתי בס' תפארת יעקב שם ומה שהקשה בגליון הש"ס הא בנושא בת אחיו ל"ה עקירה כיון שאינה נופלת ליבום כלל עי' היטב בתוס' גיטין ל"ו א' ד"ה מי איכא מידי ותמצא דגם בכה"ג הוי עקירה ועוד יש לאל ידי לתרץ לפענ"ד קו' הגה"ש ואכמ"ל] אבל ר"ט סובר באמת דגם בת אחיו אסור לישא מעיקר הדין משום דהוי גורם לעקור מצות יבמין וממילא אף דאנן לא קי"ל שיהי' אסור מן הדין אבל

ודאי ראוי לחוש עכ"פ מצד החסידות ונראה דאפילו הסוברים דגם בת אחיו מצוה לישא מ"מ מודו דיש בזה משום גורם לעקור מצות יבום אלא דס"ל כיון דמתכוין לשם מצוה לא חשיב עקירה כעין מ"ש התוס' בכתובות נ"ו ד"ה ה"ז מקודשת וכ"ש בזה שבאמת מצוה קעביד לכן אין חוששין למה שגורם עקירת מצות יבמין אבל כו"ע מודו דאי הוי אפשר לקיים שניהם שיקח בת אחיו ולא יבטל מצות יבמין הוי עדיף טפי.

והנה יתכן מאוד דלכך התנה אבא אחיו של ר"ג כשנשא בתו שאם ימות בלא בנים לא יתקיימו הנשואין כדי שלא יבוא לידי ביטול מצות יבמין ואע"ג דר"ג ס"ל דמותר לבטל מצות יבמין כדאיתא ביבמות י"ח מ"מ י"ל דאבא אחיו הי' סובר כמ"ד אסור לבטל מצות יבמין ועוד לפימ"ש התוס' ביבמות י"ז ב' דאף ר"ג לא התיר רק היכא שכבר נשואה וע"ע בתוס' שם דף כ"ט א' סוד"ה אלא לדחות וכי' שכ' דלא מסתבר שיהי' שום תנא מקיל לבטל בהדיא מצות יבמין ואף להרשב"א שחולק וסובר דלר"ג אפילו בלא נשואה התיר לבטל מצ"י אך עכ"פ יתכן דבזה מודה דמדת חסידות היא וא"כ אף לר"ג ראוי ליוהר שלא יהיו בנשואי בת אחיו משום ביטול מצות יבמין.

ואפשר עוד שאבא נשא את בתו של ר"ג על אשתו הראשונה ששהתה עשר שנים ולא ילדה שהיתה ראוי' להתיבם לר"ג ובכה"ג י"ל דאסור לישא בת אחיו ולא רק ממדת חסידות רק מעיקר הדין משום דלא הוי גורם לעקור מצות יבמין בלבד אלא עוקר בידים שהרי קודם שנשא את בת אחיו כבר הי' לאשתו הראשונה זיקה לרבן גמליאל לא מיבעיא למאן דאמר נשואין ראשונים מפילים וכנס ולבסוף גירש אין הצרה מתיבמת אלא אפילו למאן דאמר מיתה מפלת וכנס ולבסוף גירש צרתה מתיבמת מכל מקום על ידי שנשא את הערוה אם לא יעשה מעשה אחרת שיגרש את הערוה תהי' מעשה נשואין זו מעכבת נפילת הצרה והו"ל מעכב בידים קיום מצות יבמין אצל הצרה ולא אמרו דמותר לישא בת אחיו אלא כשהביטול יבמין יהי' רק בבית אחיו בלבד דכה"ג הנשואין בהיתר אלא שגורמין שלא יחול עליה מצות יבמין משא"כ כשכבר חל זיקת יבמין על צרתה וע"י נשיאת בת אחיו מבטל הזיקה של הצרה זה הוי ממש כמו מי שמבטל זיקת יבמין אחר שכבר נפלה דקיי"ל דאסור באיסור גמור אלא דר"ג ס"ל דגם בכה"ג מותר לבטל מצות יבמין אבל כיון דאין הלכה כמותו בהא דרבים חלוקין על ר"ג כדמשמע מסתמא דגמ' בכ"מ דאסור לבטל מצות יבמין בודאי גם ר"ג לא הי' עושה מעשה וכ"ש אחיו שהי' מחויב לילך בתר רבים לפיכך לא הי' רשאי לישא את בת אחיו אלא בתנאי זה שאם ימות בלא בנים יפקעו הקידושין.

ואם נפשך לומר אמינא דאפשר שהצרה שהיתה אשתו הראשונה של אבא אחי ר"ג היא דרשה ממנו שיעשה תנאי זה משום דאיהי קים לה בגווי' שאינו יורה כחץ ולא יהי' לו בנים אפילו עם אשתו השני' ואולי ידעה ג"כ שחיו קצרים ולא רצתה להסכים שיקח את בתו של ר"ג עלי' משום שעיי' לא תוכל להתיבם לר"ג אא"כ יעשה תנאי זה שלא תהיה לר"ג צרת ערוה אך א"צ לזה דבלא"ה א"ש כנ"ל.

אמנם ברש"י משמע דהתנאי הי' במומין או בנדרים ולא כהשערתינו ונראה דרש"י ז"ל הי' מוכרח לפרש כן משום דאיהו מפרש הא דקאמר בגמ' דיש תנאי בביאה איכא בינייהו דהיינו אי מועיל תנאי אחר שבעל ופליגי בפלוגתא דרב ושמואל בפ' המדיר בקדשה ע"ת ובעל אי אמרי' דאחולי אחלי לתנאי' לפי שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וא"כ ליכא למימר דהתנאי הי' שאם ימות בלא בנים דאי אמרת דבכה"ג ל"ה בעילת זנות מ"ט דאחרים דסברי דלא מהני התנאי הא בכה"ג מודה רב כמ"ש הפוסקים הנ"ל הואיל והתנאי תלוי עד לאחר מיתה לכך מוכרח רש"י לפרש דהתנאי הי' בנדרים או מומין ולא קשה לרש"י למ"ל לאחרים לומר דאילונית היתה הלא היו יכולים להודות במקצת לת"ק ולומר ג"כ כת"ק דתנאי הי' לאחיו של ר"ג בבתו אלא לא תנאי דנדרים ומומין אלא תנאי שאם ימות בלא בנים לק"מ דגם בזה שאמרו דאילונית היתה הודו במקצת לדברי ת"ק שיצאה בתו של ר"ג מחמת מום אך לא מום דנדרים או שאר מומין שאם קדשה על תנאי וכנסה סתם דאפשר שמחל צריכה גט אלא במום גדול כאילונית שאפי' בקדשה סתם אינה צריכה גט הואיל ואין שום אדם מוחל וגם לא שכיח ולא אסיק אדעת' לבעול לשם קידושין כמ"ש התוס' ביבמות ב' ע"ב סוף ד"ה או שנמצאו ואפילו בהכיר בה עכ"פ אינה פוטרת צרתה למה דקיי"ל צרת אילונית מתיבמת.

אבל לפי פירוש הראב"ד המובא בחי' הרשב"א וריטב"א שם דהא דקאמר יש תנאי בביאה אין לו שייכות לפלוגתא דרב ושמואל הנ"ל אלא פליגי אי מהני בקידושי ביאה תנאי הואיל ואי אפשר לקיימה ע"י שליח ומה שהקשה הרשב"א עליו תרצה בחי' הריטב"א ומשמע שהסכים עמו וכבר כתבנו לעיל דלפי שיטת התוס' והג"א הנ"ל דהיכא דאומר התנאי בשעת ביאה ומפרש שאם לא יתקיים יסתור הקידושין מהני התנאי בנשואין אפילו לרב עכצ"ל דגם הם יפרשו הא דיש תנאי בביאה איכא בינייהו כפי' הראב"ד דאל"כ תקשי אמאי פליגי אחרים את"ק הא מצי כו"ע למימר דהך מעשה דבתו של ר"ג הי' שהתנה בפירוש בשעת ביאה שיסתור הקידושין ועי' בחי' הריטב"א שם שכתב דלשון יש תנאי בביאה א"ב לא אתי שפיר לפי פירש"י רק כפירש הראב"ד ור"ל דלפי פירוש רש"י הו"ל

למימר יש תנאי אחר ביאה או יש תנאי כשבעל דלא דמי ללשון אין תנאי בנשואין דאת זה שפיר יש לפרש אין רגילות לעשות תנאי בנשואין כמו שמפרשי התוס' או דה"ק אין תנאי מועיל לסתור נשואין משא"כ לשון אין תנאי בביאה אי אפשר לפרש כך על כן הכריע הריטב"א כפירוש הראב"ד ולפי פי' זה שוב א"צ לדחוק דמיירי בתנאי דנדרים או מומין וממילא מסתבר לאוקמא דהתנאי הי' שאם ימות בלא בנים לא יהי' קידושין וכמו שביארנו.

ואגב הנני להעיר כי גלענ"ד ברור דמ"ש בשם הראב"ד דת"ק ואחרים פליגי אי מהני תנאי בקידושי ביאה אין כוונתו לומר שאבא אחיו של ר"ג קידש את בתו של ר"ג בביאה ואז התנה תנאו דמהיכ"ת לומר כן שאבא בנו של רבן שמעון ב"ג עבר על איסורא דרבנן שאסור לקדש בביאה והלא רב מנגיד אמאן דמקדש בביאה ולא מסתבר שבימי ר"ג עדיין לא נאסר שהרי מפורש ביבמות קי"ח ב' דכבר בימי ר"ג היה הדבר איסורא דרבנן ועוד אף את"ל דבימי ר"ג עדיין לא היה איסור מ"מ לא מתקבל על הדעת שאחיו של ר"ג ובתו של ר"ג לא הי' להם אפשרות להתקדש כהוגן אלא בדרך פריצותא דהא ודאי כ"ע מודו דעכ"פ פריצותא היא וכדאיתא ביבמות נ"ג א' דאף נהרדעי מודו בהא ועי' תוס' קידושין י"ב ב' ועוד קשה על הראב"ד למה באמת לא מוק"ל המעשה דבתו של ר"ג שקדשה אחיו בכסף על תנאי ובעל ופליגי ת"ק ואחרים בפלוגתא דרב ושמואל שהוא גם פלוגתא דתנאי בפ' המדיר וכמו שפירש"י ז"ל.

לכן אומר אני בענ"ד דאף לפי' הראב"ד מיירי בקדשה בכסף על תנאי ובעל אלא דס"ל דאפילו למ"ד קדשה ע"ת ובעל א"צ גט משום דאדעתא דתנאה בעל זה דוקא למה דקיי"ל דמהני תנאי בקידושי ביאה אע"ג דא"א לקיימה ע"י שליח אבל למ"ד דלא מהני תנאי בביאה משום דא"א לקיימה ע"י שליח שוב אף בקדשה בכסף על תנאי ובעל צריכה גט דאפילו אי אמרי' דאדעתא דתנאה בעל מ"מ כיון דבעל לשם אישות דהוי כמו בעל לשם קידושין לא מהני מה דאדעתא דתנאה בעל ואפילו אם התנה בפירוש בשעת הביאה לא מהני התנאי כיון דאין תנאי יכול לסתור קידושי ביאה הואיל וא"א לקיימה ע"י שליח וחלו קידושי ביאה בלא תנאי וזה שכתב הריטב"א בשם הראב"ד כי התנה עם הערוה כשבעלה לשם קידושין כלומר אחר שהתנה תחילה בשעת קידושי כסף התנה גם בשעת הבעילה ואותה הבעילה כיון שהיא לשם אישות הו"ל בעילה לשם קידושין לפיכך נחלקו בזה ת"ק ואחרים דת"ק ס"ל כיון דעכ"פ התנה גם בשעת הבעילה אע"פ שבודאי בעל לשם קידושין מהני התנאי לסתור הקידושין כמו דמהני בקידושי כסף לחוד והיינו כשיטת התוס' והג"א הנ"ל דכשהתנה בפירוש בשעת בעילה לסתור הקידושין מהני אפילו לרב אבל אחרים ס"ל דכיון דביאה א"א לקיים ע"י שליח לא מהני בו תנאי

ולפיכך אפילו אם קדשה בכסף על תנאי ובעל על תנאי הו"ל כקדשה בביאה בלא תנאי ואפילו לשמואל דס"ל דקדשה ע"ת ובעל אפילו סתם א"צ גט מודה הוא דלמ"ד דלא מהני תנאי בביאה צריכה גט וא"ש מה שהקשינו לעיל ואף שהרשב"א כתב בשם הראב"ד שפי' שהתנה עלי' בקידושי ביאה נמי כוונתו כמ"ש שהתנה עלי' בשעת הביאה שעשה לאחר קידושי כסף על תנאי שהיה לו וקרי לה קידושי ביאה משום דגם בביאה זו מתקדשת ואף כי לשונו קצת דחוק נלענ"ד ברור שהכוונה כמו שביארנו בעזה"י.

ואיך שיהי' עכ"פ לפי פי' הראב"ד בהא דקאמר יש תנאי בביאה א"ב מתקיימת שפיר השערתינו הנ"ל ואם כנים אנחנו בזה יש מכאן הוכחה דהיכא דהתנאי הוא שאם ימות בלא בנים ל"ה בעילת זנות דבזה יתישבו כל הקושיות שהקשינו לעיל וממילא מהני תנאי זה גם בנשואין ולא עוד אלא דלפי פי' הראב"ד הנ"ל יש גם קצת הוכחה לדבר דאל"כ למה באמת לא מוק"ל הגמ' דת"ק ואחרים פליגי בפלוגתא דרב ושמואל כפירש"י אבל אם נאמר דבכה"ג גם רב מודה לשמואל א"ש וכבר כתבנו לעיל דאף לפירש"י אין הכרח דלא ס"ל כן ואדרבה גם לרש"י יתכן דלכך דייק לפרש דמיירי בתנאי דנדרים או מומין כי היכי דלא נפרש דהתנאי הי' שימות בלא בנים דא"כ קשה מ"ט דאחרים דלא מהני התנאי הא בכה"ג ליכא משום בעילת זנות ולא שייך בי' החזקה דא"א עושה בב"ז ומכיון דרש"י לא משמע לי' לפרש כפי' הראב"ד הוצרך לומר שהתנאי הי' בנדרים או מומין וה"ה שאר הנאים כיוצא"ב שעומדים להתקיים או להתבטל עוד בחיים חיותו אבל כשהתנאי תלוי עד לאחר מיתה דליכא משום איסור בעילת זנות ומשום גנאי ג"כ ליכא כיון שלא תצא ממנו בחייו בלא גט ובנים לא יהי' לו שיחשבו בני זנונים בכה"ג לכו"ע לא שייך החזקה דא"א עושה בב"ז כמו שכ' המעיל צדקה והח"ס ועוד גדולי אחרונים ז"ל ותו לא מידי.

הזרעה מלאכותית

(בירור הבעיה)

א

חת הבעיות החמורות שהתעוררה מחדש בדור זה, ואשר בירורה ופסקי-ההלכה למעשה; כמעט שלא היו אקטואליים בדורות שלפנינו, בחינת „דרוש וקבל שכר“ בלבד; היא שאלת „ההזרעה המלאכותית“, המוזכרת לראשונה במסכת חגיגה דף טו, בלשון „עיברה באמבטי“, ואשר רש"י מפרש: „שהוא כלי שרוחצים בו כל הגוף והטיח שם אדם שכבת זרע ונכנס במעיה“.

הבעיה מתחלקת לשתיים שהן תשע שאלות עקרוניות הנובעות מהן.

א) זרע של הבעל, שנזרק באמצעות שפופרת לתוך רחם האשה ובדרך זו נתעברה.

1. האם מותר להוציא זרע לשם מטרה זו, ואם אין בכך משום הוצאת זרע לבטלה.

2. מה דין הנולד, האם הוא מתייחס אחרי הבעל לכל דיני התורה: ירושה, אבלות, פטור חליצה, הכאת אביו וכיוצא בזה, או שאין לו אב בכלל, רק אם בלבד.

3. האם מותר להזריק אף בימי נדתה, ומה דין הנולד אם נזרק בימי טומאתה, האין לו שם פגום כדין בן-הנדה.

4. אם בדרך זו קיים הבעל מצות „פריה ורביה“.

ב) חלקה השני של הבעיה, יתכן שהוא חמור יותר, הן מצד עצמו והן משום היותו נפוץ אולי יותר מחלקה הראשון. והוא הפריית האשה מזרע אחר שנזרק לתוך רחמה. אף כאן חמש שאלות הכרוכות בנידון זה.

1. אם תופעה זו אסורה היא, האם איסורה איסור תורה, כדרך שהתורה

אסרה שאר עריות, והוא נכלל באיסורי אשת איש. או איסורה איסור מדרבנן בלבד, או גזרה, של מניעת חיתון אח ואחות, או אשת אח.

2. האם האשה נאסרת על בעלה, כדין אשת איש שזינתה, ואם שייך אף במקרה זה דין של: „כשם שהיא אסורה לבעל כך היא אסורה לבועל“, כלומר לבעל הזרע.

3. מה דינו של הולד, היש לו שם ממזר,

4. אם הולד בת, הפסולה היא לכהונה.
5. כשלא ידוע מי בעל הזרע, היש לולד דין שתוקי.
זו הבעיה ואלו הם חלקיה.
- נציג בקצרה את דעותיהם השונות של גדולי המחברים, שנכתבו עד כה.
בבירור שאלה זו.

פרק א

האם מותר לבעל להוציא זרע לשם מטרה זו

(א) כתוב בספר „שאלות ותשובות מהרש"ם" ח"ג סי' רסח: אין בזה משום איסור „הוצאת זרע לבטלה“, משום שאין זו השחתה, כיון שהוצאה זו היא על מנת שהזרע יוכנס אחר כך לתוך רחם האשה, כדי שתוליד, אף-על-פי שיש כאן ספק אם האשה תתעבר, דוגמה לזאת: מוחק את השם על מנת לתקן שמותר גם באופן שהתיקון הוא רק ספק, כמבואר בתשובות הרמ"א, משום שמכל מקום הוא אינו עושה דרך מחיקה, הוא הדין בנידון זה, אין זו דרך השחתה, מאחר שזו על מנת לתקן. ואינו דומה למה שכתב הרא"ש פ"ב דביצה, שאין ליטול פתילה דולקת מגר זה וליתן בנר אחר, כי מיד שסלק את הנר הוא מכבה, ומה יועיל אם אחר כך חוזר ומדליק. משום שמלאכת הכיבוי אסורה, מה שאין כן כאן, לא אסור רק כשהיא „לבטלה“, וכיון שהיא על מנת לתקן, אין כאן „לבטלה“.

ובספר „יביע אומר“ א"ע ח"ב סי' א', הוסיף שבודאי מותר, שכן לא גרע ממה שהתירו הרבה מחברים להוציא ז"ל בכדי לבדוק אם הסיבה לאי הולדת הזוג היא ממנו, כיון שעושה זאת לצורך תיקון, אין כאן „לבטלה“. אם כן כל שכן בנידון זה שאותו הזרע עצמו יבוא אחר כך לידי תיקון.

וכן מובא בספר „זקן אהרן“ שמותר, מזה שכתוב ב„שאלת יעבץ“ שלצורך מצוה מותר אפילו כשמשחית לבטלה.

כן כתוב גם בספר „קריית ארבע“ א"ע סי' ו': שאיסור השחתת זרע ילפינו מער ואונן, ושם כתוב: „ושחת ארצה“ — דרך השחתה, אבל כל שאינו דרך השחתה, כי אם לצורך — מותר. דוגמה לזאת: ממה שכתב הרמב"ם בהלכות יסודי התורה פ"ו ה"ז: „הסותר אבן אחת דרך השחתה“, ומלשון זו למדו הפוסקים שלצורך תיקון מותר. (ראה יו"ד סי' רעו).

(ב) בספר „עמק הלכה“ (להרב יהושע בוימיל) סי' סח, וכן ב„הפרדס“ תשי"א להרב וינברג, הוסיפו, שלא מבעי להסוברים שהנולד מתייחס אחריו, בודאי שאין זו לבטלה, אלא אפילו לדעת הסוברים שאינו נחשב לבנו, מכל מקום אין זו לבטלה, כיון שיוצר ליד מזרע זה.

(ג) אולם יש חולקים, וסוברים שאסור בכלל. וכן דעת "דברי מלכיאל" ח"ד סי' קז, משום שעכשיו הוא לבטלה, "ומה לי אם הרופאים משתדלים אח"כ לעשות מזה ברית אדם. ועוד שאי אפשר לו להוציא עכשיו לבטלה על סמך זה שהרופא יכניסו אח"כ לרחם האשה, והיכן מצינו שיכול לסמוך בזה עליו, הלא הרשב"א כתב: משום כך אין מברכין על מצות התלויות באחרים, כי אפשר שיחזור בו השני, ותהא ברכה לבטלה, וכ"ש בנדון זה שאפשר בקל שיתקלקל משהו בשפופרת ויצטרכו לעשות דבר זה פעם נוספת". ומשום כך דעתו היא לאסור לעשות כן בכל ענין.

וכן בספר "משפטי עוזיאל" א"ע סי' יז, דעתו לאסור: "לא מבעי למאן דסובר שאינו כבנו שהוא לבטלה, אלא אפילו למאן דסובר שהוא כבנו, אי אפשר שכמה טפות לא יצאו לבטלה, ולא הותרה הוצאת ש"ז, אלא בדרך מנהגו של עולם". כן גם בספר "תשובה שלמה" ח"ב א"ע סי' ד', אוסר, משום שעכשיו הוא לבטלה. בדומה למכבה, המובא בדברי הרא"ש לעיל.

(ד) למעשה, גם אלו המתירים לא התירו אלא בשעת צורך גדול, כגון שעברו כבר עשר שנים ולא ילדו, ושני רופאים אומרים שבדרך זו תתעבר (מהרש"ם שם).

פרק ב

אם הולד מתייחס אחרי בעל הזרע.

(א) הנה הסברה נותנת לומר, שבודאי צריך הנוולד להתייחס אחר בעל הזרע, שהרי כוחו ואונו הוא. אלא שיתכן לומר כמו שהסביר בשו"ת "דברי מלכיאל" ח"ד סי' קז, שרק אם נזרע כדרך כל הארץ, שחמימות הזרע היא רק על ידו, אבל בהזרעה מלאכותית, שהחמימות היא רק על ידי מלאכת הרופא ואומנתו, בכגון זה אינו כבנו לכל דבר.

וכן כתוב בספר שו"ת "זקן אהרן" ח"ב.

עוד הוסיף בספר "עמק הלכה" (להרב יהושע בוימיל) סי' סח: שהרי מצינו דוגמה בתורה, שאין הבן מיוחס אל אביו, אף על פי שהוא זרעו, והוא — בבנו הבא מן השפחה, שאין הולד מתייחס אחריו, א"כ הלא רואים שאפשר לבן שלא יהא מתייחס אחר בעל הזרע, רק אחר אמו. ואפשר שגם בנדון זה אין לבן זה אב, רק אם. וכן מוסבר בספר "הפוסק", כמו בעכו"ם שמצינו "רחמנא אפקריה לזרעיה", שלא יהא הבן מתייחס אחריו, כן גם בנ"ד, הוא עצמו הפקיר זרעו, להוציא שלי במקום הראוי להוליד, רק לתוך כלי, הרי בכך הפקיר זרעו, ואין לו עוד שוה שייכות לזרע.

אלו הם צדדי הספק שיש בשאלה זו.

(ב) מ"הראשונים" שדברו בכיוצא בזה כשנתעברה באמבטי, הם התשב"ץ והסמ"ק.

התשב"ץ בח"ג סי' רסג. בנדון ידידה, בבתולה שנתעברה ועודה בתולה, והבעל והאשה אומרים שנתעברה בלא ביאה, אלא שנתפשט הזרע מפי הרחם אל תוך הרחם. וכתב שהוא כבנו לכל דבר. ומביא האגדה אודות בן-סירא שנולד ע"י שאמו נתעברה מש"ז של ירמיה שרחץ באמבטי, ולכך נקרא סירא בגימ' ירמיה. הרי שהיה בנו של ירמיה, ומוכח שבן כזה מתייחס אחר בעל הזרע. וכן כתוב ב"פחד יצחק" ערך בן בתו.

וכן הוא בסמ"ק, שכתב, הטעם שהנשים נזהרות שלא לשכב על סדין ששכב עליו איש אחר, מחשש שמא תתעבר מש"ז של אחר, ואינן נזהרות מלשכב על סדין של בעליהן בימי נדתן ויהיה הולד בן-הנדה? והשיב: "כיון דאין כאן ביאת איסור הולד כשר לגמרי, אלא דמש"ז של אחר קפדינן, כי היכי דקפדינן אהבחנה גזירה שמא ישא אחותו מאביו".

מדברי הגהות סמ"ק אלו, מוכיחים בב"ש סי' א', ובמשנה למלך פט"ו מהל' אישות, ובמחצית השקל יור"ד סי' קצה ועוד, שהוא כבנו לכל דבר, הלא הוא חושש שמא ישא אחותו מאביו, הרי שהוא נחשב כבנו.

(ג) אולם הט"ז בא"ע סי' א', דחה הראיה מהסמ"ק, כי שמא רק לחומרא הוא כבנו, אבל לא לקולא, כגון לקיים פו"ר וכיוצא בזה. דעת הט"ז אפשר להשוות עם מה שכתוב בספר "אפי זוטרי" על אבן עזר סי' א': שבאמת אינו נחשב כבנו לענין נחלה ולפטור אשת אביו מחליצה וכדומה. רק הגהות סמ"ק סבור שלמגדר מילתא הם נזהרים בזה כדי להתרחק מעריות, וזהו רק חומרא בעלמא, שיהא נחשב כבנו לענין זה, אבל באמת אינו נחשב כבנו.

כן היא גם דעת אביו, ה"חסדי דוד" על תוספתא פ"ח דיבמות שלא חשוב כבנו לכל דבר, רק לחומרא.

וכן היא דעת ספר שו"ת "בר ליואי" חלק א"ע תש' א', שאין בן זה מתיחס אחר בעל הזרע.

בברכי יוסף א"ע סי' א' חוכך ג"כ לומר שאינו כבנו. ומה שכתוב "בהגהות סמ"ק הנ"ל: גזירה שמא ישא אחותו מאביו, לא קאי אמאי דקמן, אלא סירכא דלישנא דגזירת הבחנה הוא דיהבי טעמא בש"ס בטעם הבחנה גזירה שמא ישא אחותו מאביו". ורצה לומר שכאן אף על פי שלא שייך גזרה שמא ישא אחותו מאביו, כיון שאין הוא מתייחס אחר אביו, מכל מקום יש להקפיד בדין עירוב זרע ממקום אחר שלא ידעו מי האב, אבל להלכה אינו נחשב כבנו של בעל הזרע.

וכן היא דעת ספר "אבני משפט" על א"ע סי' א'.

וכן הכריע בספר "משפטי עזיאל" חלק א"ע סי' יז.

(ד) אולם דעות רוב המחברים הן שהוא כבנו. הח"מ והב"ש סי' א', וב"בני אהובה" פט"ו מהלכות אישות, "שאלת יעבץ" ח"ב סי' צז, "פני משה" א"ע סי' א'.
וב"שואל ומשיב" מהדו"ג ח"ג כתב שאם בעל הזרע הוא כהן, הבן גם כן כהן. וב"דברי מלכאל" המובא לעיל ועוד
וכן מבואר ב"טורי אבן" חגיגה טו. ובתשובת "בית יעקב" (נדפס תנ"ו) סי' רכב, וב"ערוך לנר" יבמות י.

(ה) ה"אפי זוטרי" המובא לעיל מסתמך שאינו נחשב כבנו, מהא דיבמות סט. דלא משכח שיהא זרע פסול מאכילה בתרומה, רק בזרע זרעה. דבזרע לא משכחת דהרי מפסלה בביאה, ואי נימא דבנתעברה באמבטי מקרי בנו לכל דבר, הרי משכחת גם בזרע כשנתעברה באמבטי, דכיון דלא בא עליה לא מפסלה, והבן שהוא ממזר [ראה לקמן פרק ז דדעתו שגם בכה"ג הולד ממזר] מאכילה כיון שהוא בן כהן. אלא ודאי דכשנתעברה בלא ביאה אין הולד מתייחס אחר בעל הזרע.
אולם בקל אפשר לדחות ראיה זו, שאם מדובר שלא ע"י ביאה אין הולד ממזר, כיון דאין כאן ביאת איסור (ראה לעיל פ"א) א"כ לא משכחת בנתעברה באמבטי. יכמו כן מעורר ב"ערוך לנר" יבמות יב. מהא דיבמות עז. דאמרינן מצרי שני במה יטהר, אי עבר ונסיב, דאי לא כתיב קרא. והרי משכחת מצרי שלישי שנתעברה ישראלית מש"ז של מצרי באמבטי וליכא ביאת איסור והולד הוא מצרי שלישי, אי אמרינן דהוי כבנו, ודחה הראיה, כיון דלא שכיח דבר זה שתתעבר באמבטי מקרי ג"כ "דאי" ו"דאי" לא כתיב קרא. ומתוך זה דחה ג"כ קושית ה"טורי אבן" בחגיגה טו. מהא דיבמות י. לא משכח שאם תפול לפני בנה ליבום, והרי משכחת שנתעברה כלה מאמבטי ע"י זרע חמיה, ואח"כ נופלת ליבום לפני בנה שהוא אחיו מן האב של בעלה, כיון דאמרי' שהבן מתיחס אחר בעל הזרע. ודחה ג"כ, דזה מקרי "דאי" כיון דלא שכיח. אולם ה"אחרונים" דוחים קושית הטו"א בעוד כמה דרכים. בספר "זכר לחגיגה" על חגיגה טו. כתב דגם זה מקרי אחותא דאיסורא, דדעתו דגם בלא מעשה ביאה אסרה תורה לערב זרע חמותה לתוך מעיה. (ראה לקמן פ"ד). ובספר "זקן אהרן" שם, וכן ב"זכר לחגיגה" הנ"ל וב"ביע אומר" ח"ב א"ע סי' א' דחו דעכ"פ הוי רק ספק שנתעברה מחמיה דהא רוב בעילות הולכים אחר הבעל, וא"כ לא הוי ברור דנופלת ליבום.

(ו) ב"בני אהובה" שם חדש: אע"ג שהוא כבנו זהו רק להלכה, אם היינו יודעים בבירור שנתעברה ממנו ע"י זרעו באמבטי, כמו בירמיה שידע זאת ברוח הקדש, אבל למעשה לא הוי ודאי כבנו, אלא לחומרא ולא לקולא, כיון דא"א לברר בבירור שממנו נתעברה, ובזה ביאר מדוע אין הגמרא מפרשת ביבמות כב. המשנה דכל שיש לו בן מ"מ פוטר את אמו מן החליצה, דהכוונה היא, אפילו שהוליד

באמבטי, וכתב משום דאז אין חייב הבן על הכאתו, שאינו ודאי אביו, ובמשנה שם מסיים וחייב על הכאתו.

(ז) ויש להסתפק לפי זה, מה הדין בהזרקה מלאכותית, אם הוא בן ודאי, כי אפשר לדעת בבירור מזרע מי נעשתה הזריעה, או שגם במקרה זה הוא רק ספק בן. ובספר "עמק הלכה" המובא לעיל, וכן בספר "חלקת יעקב" תש' כד, ובהפרדס תשי"א חוברת א', כתבו דגם בנידון זה הוא רק ספק, שכן בחולין יא. מבואר שכל בן הוא בן ודאי של האב רק מתורת רוב בעילות הולך אחר הבעל, וזה לא שייך כשנתעברה רק ע"י זריקה, ולכן דעתם שגם במקרה זה הוא אב רק בתורת ספק, ורק לחומרא ולא לקולא. אולם ב"הפרדס" ספר היובל כתוב שבנידון זה מודה ה"בני אהובה" שהוא בנו ודאי, כיון שאפשר לדעת בבירור של מי הזרע.

פרק ג

אם מותר להזריק בעת נדתה, ומה דין הולד, אם יש לו שם פגום

(א) יש שאי-הולדת הזוג נובעת מהעובדה שימי התעברותה חלים רק בזמן שהאשה נמצאת עדיין בימי ספירת-הנקיים, לכן על פי עצת הרופאים, רצוי להשתמש בהזרעה מלאכותית, מזרע הבעל עצמו, בימים שלפני טבילתה. וכאן מתעוררת השאלה, האין בזה משום איסור נדה?

(ב) הנה מהמבואר בפרק האחרון שאין בזה משום איסור עריות, לפי"ז צריך להיות מותר, דכל הטעמים לאסור באשת איש, המבוארים שם, אין בבעל ואשתו נדה. [ורק לפי הטעם שאסור מדרבנן, כמו משמש מת, שייך גם בנדה]. אולם למעשה כתוב בתשובות מהרש"ם ח"ג סי' רס"ח שאין דעתו לעשות כן בתוך ימי נדתה. ויש לסייע לו ממה שהביא ב"ברכי יוסף" בא"ע שם בשם "קובץ ישן": "אין אשה יכולה לרחוץ ביום טבילתה במרחץ שרחץ בו בעלה, שמא תתעבר ויהיה הולד בן הנדה". וביאור הדבר, אפשר על פי מה שכתב ב"דברי מלכיא"ל" שם, שאף שאין כאן ביאת איסור, ומצד ההזרקה עצמה אין איסור, אולם הולד אפשר שהוא פגום כבן הנדה, כי פגימת בן הנדה אינה משום איסור הביאה כמו בממזר (ראה פרק ז) אלא היא טומאה הבאה מטומאתה, כמו שמובא בזה"ק פ' מצורע שטומאה הרובצת על האשה בעת הזאת נמשכת על הולד, וכתוב במסכת כלה שבן הנדה הוא עז פנים. ואין זה מצד ביאת איסור, אלא דבר טבעי. וזו היא דעת ה"קובץ" הנ"ל שהולד יהיה בן הנדה, אף על פי שאין איסור מעצם כניסת הש"ז לגופה, אבל על הולד ישפיע שיהא פגום כבן הנדה. ומשום כך אסרו במהרש"ם שם, וב"דברי מלכיא"ל" שם לעשות ההזרקה בימי טומאתה. ואף שבהגהת סמ"ק הנ"ל מתיר לשכב על סדין בעלה בימי נדתה, כתוב ב"דברי מלכיא"ל" שם שטעמו כיון דלא הוי איסור גמור,

והחשש שמא תתעבר, הוא חשש רחוק, כי לא שכיח להתעבר, משום כך אין לחשוש. אבל לעשות מעשה הזריעה, שזה שכיח שהיא תתעבר, בודאי אסור להרבות פגומים בישראל.

וכן כתוב בספר „האיש וחזונו“ הוראה מבעל „חזון איש“ זצ״ל, שאין להתיר לעשות כן בימי נדתה.

ג) אולם בספר שו״ת „יביע אומר“ ח״ב א״ע סי׳ א׳, כתוב שלא אסר בתשובת מהרש״ם רק אם אפשר לעשות ההזרקה גם בימי טהרתה, אבל במקרה שהרופאים אומרים שאי אפשר רק בימי נדתה — מותר, משום מצות פריה ורביה.

פרק ד

אם קיים הבעל על ידי כך מצות פריה ורביה

א) אפילו אם נגיע לידי מסקנה שיש לו דין בן לכל דבר, יש סברא לומר דזהו אמנם לכל דבר: לירושה, לאיסור עריות וכיוצא באלו, אבל לענין קיום מצות פריה ורביה — לא, (מלבד הטעם שיש לו דין בן רק מספק). וכן כתב בהגהות ט״ז א״ע סימן א׳, משום שמצות פריה ורביה טעונה מעשה, ובאמבטי לא עשה שום מעשה, רק מאליו נעשה ולכך לא קיים.

וכן כתב ב„שאלת יעבץ“ ח״ב תש׳ צ״ז שלא קיים: „דאע״פ שבא על ידו בן קיימא לעולם, מאחר שלא עסק אפילו בבעילה“.

וכן כתב בספר „בגדי ישע“ סי׳ קכ״ג. והוסיף שלא דומה להיות לו בנים בגיותו דקיים (יבמות סב) אע״פ שהמעשה שעשה בגיותו אינו מתחשב למעשה כלל, ונמצא שהוא מקיים המצוה רק ע״י זה שנעשה דבר מאליו, מ״מ שם עכ״פ היה דעתו להוליד.

וכן כתב ב„ברכי יוסף“ שם, שלא קיים: „כיון שלא כיוון משום אקרובי ולא קרב אל אשה כלל והוא יגע לריק באמבטי“.

וכן בספר „מהר״ם שי״ק“ על תרי״ג מצות מצוה א׳ כתב שלא קיים, משום דהמצוה היא עליו ומה שנתרבה מאליו לא יצא ידי חובתו. וראיה לזה דהא קי״ל שבעינן דוקא שיהיו לו בן ובת, ובוה סגי אפילו בבני בנים, אבל אם הבן והבת באו לו מבנו או מבתו לא יצא, ואמאי והא הרי הם כבניו, אלא ודאי משום שהם חשובים כבאו ממילא, והמצוה לפרות ולרבות מוטלת עליו.

אולם בספר „באר מרדכי“ על הלכות נדה סימן קצה דחה זאת, דשאני התם, שהבן והבת באו שלא ע״י שום פעולה מצדו, ולא ע״י זרעו שלו הוא, משא״כ כאן דבא ע״י זרעו.

ב) אולם כ״ז באמבטי, אבל בנדון דידן, שמדובר ע״י זריקה, כתבו הרבה

ממחברי זמנינו, שע"י כך לכו"ע יצא. שבאמבטי שבא שלא ע"י שום מעשה, וגם כשהוציא זרעו שם, לא היתה כוונתו להוליד, משום כך לא קיים. אבל כשהוציא ש"ז לתוך כלי בכונה כדי להוליד, בזה לכו"ע מקרי מעשה וקיים. («עמק הלכה» המובא לעיל, «ציץ אליעזר» ח"ג סי' כ"ז, «יביע אומר» המובא לעיל, «הפרדס» ספר היובל).
(ג) ברם רוב המחברים והפוסקים, דעתם שמאחר שיש לו דין בן לכל דבר

— קיים גם מצות פריה ורביה.

וכן מסיק בח"מ ובב"ש שם.

ובתשובות «בית יעקב» סי' רכב הוסיף לבאר זה, שכיון שכתבו התוס' בסנהדרין נט. שקיום מצות וחיוב פו"ר תלויים באיסור השחתת זרע, וממילא כל היכא שלא נשחת הזרע ויצא מזה ולד, ממילא קיים המצוה.

אבל ב"חסדי דוד" על תוספתא פ"ח יבמות, תמה על דמיון זה, ודעתו דתלוי במחלוקת יבמות ס"ב. גבי היו לו בנים ומתו דרב הונא סובר, דקיים פו"ר, משום דאין בן דוד בא עד שיכלו כל הנשמות שבגוף, וא"כ הכי נמי בנ"ד, או באמבטי — קיים, שהרי נטלה נשמה שבגוף, אבל לר"י שם, דלא קיים, משום דלשבת יצרה, הכי נמי באמבטי — לא קיים, כיון שלא נתעסק בישובו של עולם. אולם, לבסוף הוא מסיק דכאן לכו"ע קיים, שסוף סוף איכא שבת כל דהו, אע"פ שלא נתעסק בזה.

ב"מנחת חנוך" מצוה א' דעתו ג"כ שקיים, משום דבמצות פו"ר אין עיקר המצוה הבעילה, היינו מעשה הבעילה, אלא התוצאה של הבעילה — היינו הבנים, וא"כ אין המעשה עיקר בזה. ולכן גם כשבאו בנים ממילא — קיים.

וכן מביא הברכ"י בשם תשובת «שערי ישועה» — שקיים.

בספר «אבני משפט» סבור ג"כ שקיים, וראיתו מהיו לו בנים בגיותו המוזכר למעלה, שחשיב ג"כ כבא ממילא וכנ"ל.

ראה שו"ת «לבושי מרדכי» סי' קט. נדפס תרצ"ז.

(ד) אף להסוברים שאין לו דין בן לכל דבר, חדשו ב"חסדי דוד" הנ"ל, וכן כ"חשק שלמה" למס' יבמות י. שמ"מ בן כזה פוטר מיבום. דביבום כתיב ובן אין לו, ודרשינן — עיין לו. לומר: דבן כל דהו ג"כ פוטר, וזה הוי ג"כ מיהת בן כל דהו.

•

סוף דבר

רוב המחברים סוברים שיש לו דין בן לכל דבר.

יש גם דעות רבות הסבורות שמצד הדין אינו כבנו, רק לחומרא מחמירנן. דעת ה"בני אהובה" שלהלכה הוא כבנו, אבל למעשה אין לברר בבירור שנתעברה מזרעו. ובנ"ד יש דעות אם אפשר, או לא.

מצות פריה ורביה אם קיים או לא, יש מחלוקת.

פרק ה

אם מותר לעשות ההזרקה מזרע איש אחר או לא, ומה האיסור

(א) הנה מדברי הגהת סמ"ק המובא לעיל, מבואר, שאין בזאת משום ביאת איסור, כמ"ש "כיון דאין כאן ביאת איסור הולד כשר לגמרי, אפילו תתעבר מש"ז של אחר, כי הלא בן סירא כשר היה". ומזה למד ה"משנה למלך" פט"ו מאישות, דאשה שנתעברה ע"י אמבטי מזרע של איש אחר, אינה נאסרת לבעלה, כיון שאין כאן ביאת איסור. וקבלת ש"ז של אחר לבד, בלא מעשה ביאה אינה בכלל ערוה. וב"בני אהובה" שם הוכיח זאת מגמ' חגיגה טו. דאמרינן שם: בתולה שעברה דכשרה לכה"ג, דאמרינן דבאמבטי נתעברה, ואם איתא דזה חשוב כביאה, א"כ יש חשש שמא הזרע היה של פסול והוי כנבעלה לפסול לה, אלא ודאי דזה לא הוי כביאה.

(ב) בטעם הדבר כתבו רוב המחברים המדברים בענין זה, שלא אסרה תורה להכניס זרע הפסול לגוף האשה, אלא עיקר האיסור הוא מעשה הבעילה, שבכל העריות האמורות בתורה, כתוב או לשון שכיבה, או קריבה וכדומה. שהוא רק ע"י מעשה בעילה. אבל הש"ז בעצמה אינה אסורה. וכמו שצינו ב"הפרדס" (תשי"א — הרב וינברג, ותשי"ג — הרב בלאך) מפיה"מ להרמב"ם פ"ו דסנהדרין: "שאין לש"ז בעריות שום סרך לענין עונשין". דהא בעריות אסור אפילו בלי הוצאת זרע, וא"כ עיקר האיסור הוא רק הבעילה, ומגלן שאף ש"ז בלא בעילה יהא אסור.

בירחון "תל תלפיות" תרצ"א, וכן ב"הפרדס" תשט"ז — הרב מאירי, העירו מהא דמשמש מת בעריות פטור, וכתב הרמב"ם פ"א מאיסורי ביאה, שאפילו הוציא זרע פטור, דאין כאן ביאה. הרי מבואר שש"ז לבד בלא מעשה ביאה אין בה משום עריות.

וב"הפרדס" תשי"א מביא הרב וינברג ראיה נוספת מהא דנשים המסוללות זו בזו דאסור רק משום פריצותא, אבל אינה נאסרת משום זונה (יבמות עו), ופי' שם הריב"ן, וכן פי' במאירי שבת סה. דהן מכניסות זו בזו הזרע שקבלו מבעליהן. הרי מבואר מזה דקבלת ש"ז לבד אין בה משום עריות.

(ג) יש מוסיפים בהסבר הדבר, שעיקר איסור עריות הוא משום הנאת הביאה, וכמו שכתוב בשבועות יח: היה משמש עם הטהורה ואמרה לו נטמאתי יפרוש באבר מת, דיציאתו הנאה לו כביאתו, הרי דיש בחיוב עריות משום ההנאה. וכן עיין בב"ק לב. וא"כ בנ"ד ובאמבטי דאין שם הנאה, אין בהם משום איסור עריות, ראה "הפרדס" תשי"ג, חוברת ד' וחוברת ט'.

(ד) אולם ב"בני אהובה" שם רוצה לחדש, אף על פי שבכל עריות, אין ש"ז

בלבד בכלל ג"ע, אבל באשת איש, דכתיב „לא תתן שכבתך לזרע“, אפשר שהתורה אסרה בכל ענין הכנסת זרע אחר לתוך אשת איש.

וכן היא דעת ספר „מערכי לב“, שבאשת איש אסור הש"ו לבד, והוסיף, אף על פי שבדרך זו היא שלא כדרך העולם, לא דמי לאיסור אכילה, שאינו חייב רק כשנהנה כדרך הנאתו, דשאני התם, דכתיב בתורה לשון אכילה, לכך צריך דוקא כדרך, משא"כ בעריות לא כתיב בקרא לשון שתהא משמע שצריך דוקא כדרך העולם. הילכך בנ"ד דעתו שהאשה בודאי עוברת על איסור אשת איש ממש, ועל בעל הזרע רובץ ג"כ איסור, משום שהרופא המזריק לה עושה בשליחותו, והרופא בודאי שאינו בכלל איסור א"א, כי אין הזרע שלו, והוי כאין השליח בר חיובא, ובאופן כזה יש שליח לדבר עבירה, כמו שפסק הרמ"א בחו"מ סי' רפב, וממילא חייב בעל הזרע, ואף דבהגהת סמ"ק הנ"ל מבואר, דאם נתעברה מש"ו של אחר ליכא משום ביאת איסור, שאני התם שהוא בא מאליו, בלי שום מעשה מאיש, וכיון דכתיב בתורה „שכבתך“ שמעינן שצריך שיהא ע"י שום מעשה, ולכן בנידון דידן דבא ע"י מעשה הזרקה — הוא בכלל „שכבתך“, ולכן דעתו דמעשה כזה אסור מן התורה משום איסור אשת איש.

ה) כן בספר „זכר לחגיגה“ על מס' חגיגה טו. דעתו שגם בכל עריות אין האיסור רק משום מעשה הביאה, אלא שהתורה הקפידה על עירוב זרע האסור לה בגוף האשה. וא"כ לפי דעתו, בנ"ד בודאי שיש איסור מן התורה.

ו) אולם, אף לפי דעת רוב המחברים המובאים לעיל, שאין בזה משום איסור מן התורה, אף על פי כן כתבו שחלילה לעשות כן מכמה טעמים:

א) מאותו טעם שכתב בהגהת סמ"ק המובא לעיל, שיש לחשוש שמא יבא לישא אחותו מאביו, כיון שאינו ידוע מי הוא האב ויסברו שהוא בנו של בעל האשה. ואפילו לפי השיטה הסוברת, שאינו מתייחס אחר בעל הזרע (ראה לעיל), ואין כאן החשש שמא יבא לישא אחותו מאביו, אף על פי כן יש כאן חשש שמא יפטור את אמו מן החליצה, כי יחשבו שיש בן לבעלה („זקן אהרן“, „ציץ אליעזר“ ח"ג כ"ז, „משפטי עוזיאל“, „הפרדס“ — הרב וינברג, שם, שו"ת „תשובה שלמה“, „ויצבור יוסף“ ועוד).

ב) אסור מטעם שהוא כתועבת ארץ מצרים, כמו שאסור בנשים המסוללות זו בזו, („חלקת יעקב“ סי' כב, „הפרדס“ — הרב וינברג, שם, שו"ת „יביע אומר“ ח"ב א"ע א').

ג) משום שיש בו מעין איסור של אשת איש, שכן הרמב"ן בפ"י לתורה פ"י על מה שכתוב בתורה לענין איסור אשת איש — „לזרע“, לרמוז על טעם האיסור דלא יודע הזרע למי הוא ויבא מתוך כך לתועבות גדולות, טעם זה כתב גם ב„חינוך“

מצוה לה, באריכות. והוא הדין בנידון דידן, שייך טעם זה, ובודאי אסור, («הפרדס» תשט"ז — הרב מאירי, «תל תלפיות» תרצ"א).

(ד) אסור מדרבנן משום אשת איש, כמו במשמש מת, שעל כל פנים אסור מדרבנן, אע"פ שאין שם מעשה ביאה. («תל תלפיות» שם).

(ה) להסוברים שהולד ממזר (ראה להלן) אסור להרבות ממזרים בישראל. («הפרדס» תשי"ג, חוברת ט' — הרב בלאך, «תל תלפיות»).

פרק ו

האם האשה נאסרת על בעלה

(א) הנה מגמ' חגיגה הנ"ל, מבואר שם שבתולה שנתעברה באמבטי כשרה לכהן גדול, ודינה לא כדין בעולה. לכאורה מבואר גם לענין נדון זה, שע"י מעשה זה אין האשה נחשבת כאילו נבעלה לאחר.

(ב) מדברי הגהות סמ"ק הנ"ל, שכתב: «כיון דאין כאן ביאת איסור, הולד כשר לגמרי, אפי' תתעבר מש"ז של אחר, כי הלא בן סירא כשר היה», מזה למד ה"משנה למלך" פט"ו מהלכות אישות. «דאין ספק שגם אינה נאסרת על בעלה, כיון דאין כאן ביאת איסור, וקבלת ש"ז של אחר לבד אינה בכלל ערוה». (ראה באריכות בפרק זה).

ובבני אהובה" שם הוכיח ג"כ מגמ' חגיגה הנ"ל, דאמרינן בבתולה שנתעברה באמבטי כשרה לכה"ג, ואם נאמר שע"י זה היא נאסרת לבעלה כביאה, א"כ צריך לחשוש, שמא הורע שבאמבטי היה של פסול, והרי היא דומה, כנבעלה לפסול לה. אלא ודאי, שבוזה לא נאסרה כאילו נבעלה.

(ג) אולם בבני אהובה" רוצה לחדש, שאף על פי שמבואר בגמ' חגיגה הנ"ל ומהגהות סמ"ק הנ"ל, שאין זה חשוב כביאה, זהו דוקא לענין שאר עריות ואיסור נדה, שלא אסרה תורה רק ע"י מעשה בעילה, אבל לענין אשת איש, וליאסר על בעלה, דכתיב בתורה: «לא תתן שכבתך לזרע», אפשר שהתורה אסרה בכל ענין הכנסת זרע אחר לתוך גוף אשת איש, ולכך נאסרת לבעלה ע"י אמבטי. וה"ה לגבי נידון דידן בהזרעה מלאכותית, לדעת ה"בני אהובה" נאסרת לבעלה.

כן פסק להלכה בספר «מערכי לב» שנאסרת על בעלה ע"י זריקה מזרע אחר, וג"כ מטעם הנ"ל, שבאשת איש אסרה תורה, הכנסת הזרע.

(ד) אולם רוב מחברי זמנינו (ראה בפרק זה) דעתם שגם באשת איש אין האיסור רק ע"י בעילה ממש, וממילא שאינה נאסרת לבעלה ע"י כך.

(ה) ברם אם תתעבר מזה, כתבו הרבה מחברים, שהיא נאסרת לבעלה, משום מעוברת חבירו, וצריך לפרוש ממנה שיעור זמן העיבור וההנקה. («ברכי יוסף» א"ע סי' יג, «מערכי לב», «משפטי עוזיאל», «ציץ אליעזר» ועוד).

פרק ז

מה דין הולד הנוולד מזרע אחר

(א) עיקר השאלה — אם חלות ממזרות היא משום שהיתה הביאה באיסור, לפי"ז בהזרעה מלאכותית, שאין כאן ביאת איסור, אין הולד ממזר. או שהממזרות אינה משום האיסור, אלא כל ולד הבא מאיש ואשה שהם אסורים זה לזה, אף על פי שהוא בא שלא ע"י ביאה אסורה — הולד ממזר.

(ב) מדברי הגהת סמ"ק הנ"ל מבואר שהולד כשר לגמרי, כיון שאין כאן ביאת איסור. כן הסכימו רוב ה"אחרונים", (שואל ומשיב" מהדו"ג ח"ג, כן מבואר ב"טורי אבן" חגיגה טו. ובספר "מנחם משיב"; ובשו"ת "יד רמה" — לר' רפאל פלאדי, "משפטי עוזיאל" שם, "עמק הלכה" שם, "הפרדס" תשי"ג — הרב מעדניק, ועוד).

(ג) אך יש גם סוברים שחלות ממזרות היא אפילו כשבא שלא ע"י ביאת איסור. בשו"ת "בר ליואי" א"ע סי' א', ובספר "זכר לחגיגה" שם: "דהתורה לא אמרה דמי שבא על כלתו או על שאר עריות חשיב הולד ממזר".

כן כתב הרב בלאך ב"הפרדס" תשי"ג, וכן כותב העורך ב"תל תלפיות" שם. בספר "חלקת יעקב" מביא ראה מלשון הרמב"ם והטור שכתבו: איזהו ממזר? הבא מן העריות. משמע דכל שבא מן העריות, אף שלא ע"י ביאת איסור.

(ד) אף לאלו הסוברים שאין הולד ממזר, אבל אם הזרע הוא של ממזר, כתב בשו"ת "ברית יעקב" א"ע סי' ד', בהג"ה שם, דהוי הולד ממזר. וב"משפטי עוזיאל" כתוב דזהו רק לפי הסוברים שהולד מתייחס אחר אביו, ולכן כאן שהוא ממזר — הולד כמוהו. אבל לפי הסוברים, שאין הולד מתייחס לאביו, בודאי שאין הבן ממזר. (ה) בספר "חלקת יעקב" סי' כ"ב כתוב שאפילו להסוברים שהולד ממזר, זהו רק אם ידוע בבירור שנלקח הזרע מישראל, אבל אם קבלה הזריקה, ולא ידוע של מי הזרע — הולד כשר, דתלינן שהוא של עכו"ם, כי הם הרוב. ועכו"ם שבא על בת ישראל, הולד כשר אפילו בא"א. ואף שקיי"ל בא"ע סי' ד', שצריך תרי רובי להכשיר, זהו רק לענין כהונה, ולא לענין ממזרות. וכמו שכתוב ב"נודע ביהודה" מהדו"ק סי' ז'.

(ו) לפי דעת הרוב שאין הולד ממזר, מכל מקום יש לולד הזה דין שתוקי, כיון שהוא מכיר את אמו, ואינו מכיר אביו, ושתוקי אסור מדרבנן, כמבואר בקדושין. ("הפרדס" — הרב וינברג שם).

(ז) וכ"ז הוא כשהולד הוא בן, אבל אם הולד בת, דעת ספר "חלקת יעקב" שהיא פסולה לכתחילה לכהונה, כיון שבא באיסור, דהרי ביארנו בפרק הקודם

שאסור לעשות מעשה כזה עכ"פ מדרבנן. וגם היא עצמה ס"ל שנפסלה לכהונה מטעם הנ"ל, ולא דמי לאמבטי שמבואר בחגיגה שם דכשרה לכהונה, כי שם לא עשתה שום מעשה, משא"כ בנדון דידן שמסרה עצמה לעשות מעשה כזה.

מקורות

(לפי סדר הספרים המובאים בקונטרס)

(א) שו"ת מהרש"ט ח"ג סי' רסח. (ב) שו"ת יביע אומר א"ע ח"ב סי' א. (ג) שו"ת זקן אהרן ח"ב. (ד) שאילת יעב"ץ ח"ב סי' צז. (ה) קרית ארבע א"ע סי' ו. (ו) עמק הלכה — להרב בוימיל סי' סח. (ז) הפרדס תשי"א — הרב וינברג. (ח) שו"ת דברי מלכיאל ח"ד סי' קז. (ט) תשובה שלמה א"ע ח"ב סי' די. (י) הפוסק. (יא) תשב"ץ ח"ג סי' רסג. (יב) סמ"ק. (יג) ב"ש סי' א. (יד) משנה למלך פט"ו הלכות אישות. (טו) מחצית השקל יו"ד סי' קצה. (טז) ט"ז א"ע סי' א. (יז) אפי זוטרי א"ע סי' א. (יח) חסדי דוד פ"ח יבמות. (יט) בר ליואי חלק א"ע תש' א. (כ) ברכי יוסף א"ע סי' א. (כא) אבני משפט א"ע סי' א. (כב) משפטי עוזיאל א"ע סי' יז. (כג) חלקת מחוקק א"ע סי' א. (כד) בני אהובה פט"ו הלכות אישות. (כה) פני משה א"ע סי' א. (כו) שואל ומשיב מהדו"ג ח"ג. (כז) טורי אבן חגיגה טו. (כח) שו"ת בית יעקב (נדפס תנ"ו) סי' רכב. (כט) ערוך לנר יבמות י. (ל) זכר לחגיגה, חגיגה טו. (לא) חלקת יעקב תש' כד. (לב) האיש וחזונו. (לג) בגדי ישע סי' קכג. (לד) מהר"ם שיק על תרי"ג מצות מצוה א. (לה) באר מרדכי, הלכות נדה סי' קצה. (לו) ציץ אליעזר ח"ג סי' כז. (לז) מנחת חינוך מצוה א. (לח) חשק שלמה יבמות י. (לט) ירחון תל תלפיות תרצ"א. (מ) מערכי לב. (מא) שו"ת לבושי מרדכי סי' קט, תרצ"ז. (מב) ויצבור יוסף. (מג) מנחם משיב. (מד) יד רמה לר' רפאל פלאדי. (מה) ברית יעקב. (מו) נודע ביהודה מהדו"ק סי' ז. (מז) חגיגה טו. (מח) ילק"ש. (מט) פחד יצחק — ערך בו בתו.



זדמן לפני המאמר שיצא בדבר הזרעה מלאכותית שהוא בדרך כלל ממצה ובהיר.

והנני להעיר אתכם, בכמה נקודות של הבעיה שלא נגעו בהן, כגון:
בנתינת זרע מאיש אחר, שאיסור ההוצאה של הזרע שכאן איננה לשם קיום מצות פריה ורביה (שהאיש קיים כבר והאשה אינה מצווה עליה) והאיסור על הרופא לעזור לו בזה, ועברתו לא רק משום לפני עיוור אלא משום שהאיסור להוציא הוא אף על המוציא לאחר.

בירור הענין שלא שייך בה שרוב בעילות אחר הבעל, אשר ממשיך לבא על האשה מכיון שריע חזקתו להוליד.

מלבד האיסור שבדבר כשלעצמו ונוסף לו חסרה הנקודה, שהאשה צריכה רשות בעלה לדבר שהרי היא משועבדת לו, (מכיון שידוע שיש נשים שעושות כך בלי ידיעתו של הבעל, ויש אף שהבעל בכוונה מעלים עין ואינו רוצה שידע מהדבר, כדי לרמות את עצמו שהנולד הוא בנו) ואם מותר לו לתת לה רשות.

שברירת נותן הזרע כיום, ממבט כחו ובריאותו בלבד, בו בזמן שהאב זוכה לבנו בחמשה דברים ובהם אף חכמה, והרי קרוב טבע הבן להיות דומה לטבע האב (כל' פיהמ"ש לרמב"ם עדיות פ"ב מ"ט); ובפרט שבדרך כלל פריצי עמך מעמידים את עצמם לרשות דבר שכזה.

המשוקץ שבדבר לקחת זרע של גוי — אע"פ שמצד פלפול הלכה זרעו הפקר יותר ויש בו קולא לכמה ראשונים לענין איסור באשת איש ולענין ממזרות — שהרי אפילו במינקת נכרית דנו משום שמקבל היונק מתכונות של גוי, קל וחומר כשעיקר זרעו ותכונותיו של גוי בו.

השאלה של פנויה שלא מצאה בעל אם היא עוברת איסור כשהיא רוצה זרע קיימא באופן זה.

השאלה אם מותר לבעלה — שאינו כהן — לגרש אשתו כדי לעשות לה הזרעה על ידי אחר ולחזור ולקחתה.
ועוד.

מכיון שהענין כל כך איום (ונעשה כבר בישראל בממד מבהיל!) באתי להעיר אתכם על נקודות הנ"ל שיש להשלימן במאמרכם, כדי שישמש יסוד לגדולי הדור להכריע בדבר *).

יחוס הילוד*

ב

נדון השאלה השכיחה היום, באיש ואשה שאין להם בנים, וע"י זריקת זרע הבעל לתוך רחם האשה יכולה להתעבר. בשו"ת מהרש"ם ח"ג סי' רסח, מתיר בשעת הדחק אחר ששהו י' שנים, ולא היו להם בנים. והשאלה היא אם בכה"ג מקרי בנו גמור לכל דיני דאורייתא, לחומרא ולקולא. והנה מדברי שו"ת התשב"ץ ח"ג סי' רסג, מבואר שאם נתעברה באמבטי הוי כבנו לכל דבר. וכן מבואר בבית שמואל אהע"ז סי' א, ס"ו, ומביא ראי' מלשון הגהות הסמ"ק, ובברכי יוסף דוחה הראי' מהסמ"ק. הח"מ מסתפק אם מקרי בנו. וכן הט"ז סובר שרק לחומרא נקרא בנו ולא לקולא. וכן כתב באפי זוטרי דלהקל לא מקרי בנו ואינו פוטר את אמו מחליצה, וכן לענין ירושה, ראה שם באוצר הפוסקים, שיש אחרונים הסוברים שלא מקרי בנו.

לדעתי יש להביא ראייה לשיטת הסוברים שלהקל א"א לחשוב אותו כבן. מהדין שלמדו אותו מקרא: „האשה וילדיה תהיה לאדוניה“ שעבד עברי שבא על שפחה כנענית, הולד כמותה, ואינו מתייחס כלל לעבד (ראה תו"ש משפטים, פכ"א—צד), ודין זה הוא אפילו אם האדון בא עליה, ותיכף אחר הביאה שחרר האדון את השפחה — אין מתייחס אחריו. ובשעה שהזרע במעי האשה התחיל להתרקם, כבר היתה בת ישראל כשרה, והולד נולד בקדושת ישראל, ובשעה שבא עליה היתה ביאת היתר, ששפחה כנענית מותרת לע"ע, מכל מקום, דין תורה הוא שהולד הנולד ממנה אינו מתייחס כלל אחרי העבד העברי. והטעם משום שבאותו הרגע שבעל אותה והזריע, לא היה לו עליה דין קידושין ואישות, לכן נפסק היחס שלו עם זרע זה ואינו נקרא על שמו. א"כ אותה סברא יש לומר, שבזמן שהאיש מוציא הזרע שלו לכלי, הרי דומה כמו שהוא עכשיו במעי שפחה או בהמה, וכמ"ש הרדב"ז (שם פכ"א—צג), דאין השפחה אלא כלי בעלמא, א"כ מה לי כלי זה או כלי אחר, אם זה מונח איזה זמן שהוא בכלי שאין חל עליו דין אישות — נפסק היחס שלו אל הזרע, ואם שמוהו אח"כ במעי האשה, לא נקרא בנו (**).

(*) נעתק מתורה שלמה פ' משפטים (גיר' יורק, תשט"ז), כך יז, מילואים סימן ד — „קונטרס עבד עברי“ — אות סז, עמ' רמב—רמג.

(**) וראיתי להרב ר"מ אהרנסון שליט"א מפתח תקוה, שכתב לחלק דאינו דומה ניתן ש"ז לכלי למי שבא על שפחה כנענית, כי בנותן לכלי מתכוין להולדה ונותן בכלי

וחכם אחד השיב: דשאני גבי זרע שבמעי שפחה שחל על הזרע שם עבד, אבל אם הזרע נמצא בכלי שלא חל על הזרע שום שם אחר, אין ראייה שנפסק היחוס. זה אינו. שהרי הדין ביבמות סו. וכ"פ הרמב"ם פ"ח מהל' תרומות ה"ג, שהמ' יום הראשונים אינו עובר אלא מים בעלמא הוא חשוב. וכן פסק הש"ך חו"מ סי' רי סק"ב, שקודם מ' יום לא יכול האב להוריש לעובר, עי"ש. ולפי"ז בודאי שאין סברא לומר שחל על מים בעלמא שם שפחה, שקודם שחל על הזרע שם עובר, א"א לחול עליו שם עבדות. א"כ בע"כ מוכרחים אנו לומר מכיון שהיה זמן שהזרע מונח במקום שלא חל עליו שום שם — נפסק היחוס, א"כ הוא הדין כשמונח באיזה כלי אחר. ואין להקשות, אם כן בסתם ישראלית מתי חל השם, הרי ג"כ נפסק היחס? ז"א, שבישראלית כשנתעברה אז חל היחס ושם בנו של הבעל למפרע, מאותו רגע שהזרע נזרע בקדושה, אבל בשפחה שנשתחררה, אין סברא שעל זרע שנולד בקדושה יחול למפרע שם שפחה. ומצינו כעין זה לענין זורע בשבת, כתב הרש"ש בשבת עג. שכל זמן שלא נשרש כמאן דשדי בסדא דמי, מ"מ כיון דע"י זריעתו עתה ישרש אח"כ חייב, ואם לקט הזרע קודם שנשרש פטור למפרע על מה שזרע, ע"ש. הרי מה שנשרש אח"כ, מחייב אותו למפרע משעת זריעה, כן הדבר בכל זרע שנזרע בקדושה, משא"כ בזרע במעי שפחה.

והנה הרמב"ם בפ"א מהל' יבום ה"ו, מוסיף טעם על הדין של וולד שפחה, וזו לשונו: „ואם היה לו אח מן השפחה או הכותית אינו אחיו לדבר מן הדברים ואינו זוקק את אשתו, ואע"פ שהיתה לידתו בקדושה הואיל והיתה הורתו שלא בקדושה אינו אחיו". ובמגיד משנה כתב: „פשוט הוא, במקומות רבים ועוד יתבאר בסמוך". ונראה שמקור דברי הרמב"ם בהלכות גדולות (כת"י רומי עמ' 309): „לקח אדם שפחה ובא עליה ונתעברה הימנו ואח"כ שחררה והטבילה לשום חירות, ואח"כ ילדה, אותו ולד גר הוי ואינו צריך טבילה דסגי ליה בטבילת אמו, ולענין נחלה, לא ירית ליה דלאו בריה מקרי, מ"ט דבעינן זרע שנזרע בקדושה וליכא. וכן מי שנשא את הגויה שלא הטבילה לשום גירות ונתעברה הימנו, ואח"כ הטבילה וילדה, אותו ולד גר הוא ואין צריך טבילה דסגי בטבילת אמו, דאמר רבא נתגיירה מעוברת וילדה, בנה אין צריך טבילה, ולענין נחלה, לא ירית דלאו בריה מקרי".

רק לצורך העברת הזרע למעי האשה, לכך הפסק הזמן אינה הנחה גמורה, והרי זה דומה לעומד לכתף לענין שבת שאין זו הנחה, עכ"ד.

לפי דבריו שהדבר תלוי במחשבתו, א"כ כשבא האדון על שפחתו הכנענית ואומר בפירוש שאחר הביאה ישחרר אותה, צריך יהיה הולד להתייחס אחריו, שכן אם גניח שהעיקר תלוי במחשבתו מה חילוק יש בין כלי למעי אשה — כל זמן שדין מים על הזרע, ולפי מה שנתבאר לעיל גם באופן זה לא מועיל כלום. הרי ברור שאין הדבר תלוי במחשבתו.

— הרי מבואר בבה"ג, הטעם דבעינן זרע שנזרע בקדושה, וכן כוונת הרמב"ם מ"ש: „והורתו שלא בקדושה“, שהרי משכחת לה בשעה שנעשית הרה, כבר היא בקדושה, כגון שנתגיירה תיכף אחרי הביאה. וע"כ דייק בבה"ג דבעינן זרע שנזרע בקדושה, אבל אם באותו רגע שנזרע, לא היתה בקדושה, אע"פ שרגע אחרי כן נתגיירה, מקרי ג"כ הורתו שלא בקדושה. ולפ"ז לכאורה י"ל שגם בהוציא זרעו לכלי ג"כ מקרי זרע שלא נזרע בקדושה ולא מתייחס אחריו כלל.

ויש לבאר מ"ש הבה"ג, דבעינן זרע שנזרע בקדושה, וכן לשון הרמב"ם, „הורתו שלא בקדושה“, אע"פ שאמרו בגמ' יבמות כב. וברמב"ם, מי שיש לו אה, מ"מ, אפילו ממזר, הרי אפילו בא על אשה בעבירה ולא בקדושה, מ"מ יש לו דין בן, וצ"ל בקדושה, היינו קדושת ישראל, שאפילו ממזר יש עליו דין ישראל. ראה בשו"ע שם דמקיים פו"ר, והוא מירושלמי עי"ש. משא"כ בעבד עברי שבא על שפחה אע"פ שהיא ביאה כשרה לגמרי, מכל מקום מקרי זרע שנזרע שלא בקדושה, משום שברגע שנזרע הזרע הוא מונח במקום שאין עליו שום קדושת ישראל, ולפ"ז אם הזרע מונח בסתם כלי, ג"כ מסתבר לומר שלא נזרע במקום שיש עליו קדושת ישראל.

אמנם יש מקום לחלק ולומר דהזרע במעי שפחה אחר שנתגיירה, הרי ממילא בטבע מתרקם ונעשה ולד, ולכן נשאר עליו דין נזרע שלא בקדושה, וזרע שחסר לו שם זריעה בקדושה, אין לו יחס לבעל הזרע. מה שאין כן כשמזריעים הזרע של הבעל במעי אשה, הרי באותו הרגע שהזרע נכנס הוא בא למקום שיש בו קדושת שם ישראל ושפיר מתייחס אל הבעל. וגבי שפחה שנתגיירה, הקדושה באה וחלה על הזרע, וזה לא מועיל, משא"כ בהזרקת הזרע למעי אשה, מתקיים מה שבעינן זרע שנזרע בקדושה, ומנ"ל דבעינן שנזרע בקדושה ע"י הבעל עצמו באברו, ויש לומר שגם אם הוא זרע זרעו ע"י כלי, ג"כ מקרי שפיר זרע שנזרע בקדושה. ולפ"ז גם אם שלוחו עושה כן בכלי עם זרעו של בעל, ג"כ נקרא זרע שנזרע בקדושה.

וראיתי בקרית ספר להמבי"ט בהל' יבום שמוסיף עוד טעם: „וישראל הבא על גויה או שפחה נמי משעה שבא עליה הופקר זרעו אע"פ שילדו בקדושה“, וטעם זה נאמר ביבמות צח. לענין ביאת גוי ש"מ אפקורי אפקריה רחמנא לזריעה דכתיב בשר חמורים בשרם וזרמת סוסים וזרמתם. ומבואר שמוסיף גדר חדש מלבד שחסרה זריעה בקדושה שע"פ דין תורה הופקר זרעו. ולפ"ז יש סברא לומר שרק בשפחה ונכרית שלמדים מקרא שהזרע מתייחס אחרי האשה, אמרי' דרחמנא אפקריה, אבל בבה"ג שהוציא הזרע לכלי ואח"כ הכניסו במעי אשתו, אין לנו יסוד ומקור לומר דאפקריה רחמנא לזריעה, שוב שפיר מתייחס אחריו ומקרי בנו לכל דבר.

ולפי טעם זה, יש להסתפק באשה שקבלה זריקה של זרע איש זר, ואנו דנים

על הבן אם מקרי בנו של בעל הזרע (דאם נימא שלגבי בעל אין לו דין בן, כל שכן לגבי אחר), לפמ"ש המבי"ט שזהו תלוי בענין דאפקריה רחמנא לזרעיה, אולי י"ל דבכה"ג שאחר מוציא זרעו לכלי והוא בעצמו מפקירו ואינו רוצה שהזרע יתייחס אחריו, ג"כ מועיל, אך יש לדחות, שרק התורה יכולה להפקיר זרעו ולא הוא בעצמו, וא"ל הרי פשוט כשבא על אשה, לא יועיל ההפקר, ששם אחרי שעשה מעשה לא מועיל דבור של הפקר, אבל קודם מעשה אולי מועיל. ואין לדחות שהפקר מועיל רק בנוגע לדין ממון, אבל מה שנוגע לדין יחוס, לא שייך כלל שם הפקר כיון שילד נולד מזרע זה, ממילא הוא מתייחס אחריו, משום שיש לומר שדין יחוס של דיני תורה חל רק בזיווג של איש ואשה כדרך העולם, אז אם נולד מזרעו ילד, מתייחס אחריו, אבל זרע בכלי זה, הוא כמו שאר דבר מגופו של אדם כגון שערות או שינים או מי רגלים שאדם יכול להפקירם או למכרם, ואם מי שהוא בא ועושה בתחבולות בעל חי מזרע שלו, יש שפיר מקום לומר שאין לו יחס לבעל הזרע, וכשיטת המחברים דסבירא להו שע"י זריעה מלאכותית לא מקרי בנו, ולפמ"ש"כ אפשר יהיה לחלק בין בעל שמזריע בכלי זרע שלו למעי אשתו, לזרע מן השוק. והדבר צריך עדיין בירור מקיף. ולא באתי רק להעיר, כי האחרונים שכתבו מענין שאלה זו, לא העירו כלום מכל הצדדים הנ"ל.

הרב ישראל זאב מינצברג *

(א) האם מותר להוציא זרע לשם מטרה זו, ואם אין בכך משום הוצאת זרע לבטלה?

מותר משום שאין זו הוצאה לבטלה. מאחר שהיא על מנת לתקן.

(ב) האם הנולד מתייחס אחר בעל הזרע?

נראה שמתייחס. וקצת ראיה לדבר: הנה רש"י בחומש, בראשית מו, על הפסוק: "ובני שמעון וכו' ושאל בן הכנענית", מפרש: "בן דינה שנבעלה לכנעני, כשהרגו את שכם לא היתה דינה רוצה לצאת עד שנשבע לה שמעון שישאנה (ב"ר)". המפרשים תמהים כיצד נשא שמעון אחותו מאמו. שאילו היתה רק מאביו, היא מותרת לו אחר שנתגיירה, אבל אחות מאם אינה מותרת לעולם. ופירוש הטור על התורה מיישב תמיה זו בשם אביו הרא"ש על פי ברכות ס: "דינה שדנה לאה דין בעצמה אם זה זכר לא תהא רחל אחותי כאחת השפחות והתפללה עליו ונהפך לנקבה". ומסביר הטור שהזרע של רחל התחלף בזרע לאה ונמצא שלא ילדה את דינה אלא מזרע של אחותה ולעולם לא היתה דינה אחות שמעון מאמו. ואפ"ה נקראת דינה בתו של יעקב: ואת דינה בתו (בראשית מו, טו). הרי שהזרע מתייחס אחר בעליו.

(ג) האם מותר להזריק אף בימי נדתה?

כתב בתשובות מהרש"ם שאין דעתו לעשות כן בתוך ימי נדתה. אך נראה לי שאחר טבילה מטומאת נדה מן התורה ולפני ספירת שבעה באופן שהם מדרבנן, יש להתיר אם אי אפשר בענין אחר.

* נרשם מפיו ע"י ח"א.

הרב עובדיה בכמהר"ש הדאיא

הזרעה מלאכותית

פרק א

האם מותר לבעל להוציא זרע לשם מטרה זו?

(א) הביאו בזה ד' האוסרים וד' המתירים, ולא הכריעו. הנה רוב הס' שציננו, אינם נמצאים במחיצתי, ואלה הנמצאים אצלי, שלדעתם הם מהמתירים, עיינתי בהם, וראיתי, שהיתרם לא כ"כ ברור, והזקן אהרן סי' צ"ז שציננו, מצא לו מציאות אחרת, שאין בה כ"כ שז"ל, אלא באין ברירה כ' להשתמש בזה, ע"ש, וכן נראה גם ד' שאר המתירים, שלא התירו בשופי, רק באין ברירה עי' בדבריהם.

(ב) ומצאתי להחלקת יעקב סי' כ"ד, כתב בתחילת דבריו בלשון זה, כמובן שמצד דתינו האיסור ברור ומבורר, שלא לעשות דברים כעורים ומכוערים כאלו הדומים למעשה ארץ כנען ותועבותיהם, רק השאלה בנ"ד, אם נתהווה מעשה כזה אצל אשה ישראלית, וכו' ע"ש.

(ג) ואשר מצאו להם סמוכות המתירים, ממה שהתירו הרבה מחברים להוציא ז"ל בכדי לבדוק את הסיבה לאי הולדת הזוג, עי' בדברינו ישכיל עבדי ח"ב אה"ע סי' ו' שכלפי לייא, ששם הבאתי ד' הפוסקים דדעתם לאסור אף במקום סכנה, וה' פלאג'י ז"ל בס' ויען אברהם אה"ע סי' ז' לא מלאו לבו להקל, אפילו במקום צורך גדול ע"פ פקודת הרופאים לדעת אם הוא ראוי להוליד או לא, גם הזקן אהרן שם, כתב דמי שתפח כריסו ע"י חסרון תשמיש וחלה ונפל למשכב טרח מאוד הפנ"י להתיר, וע"ע בדברינו בישכ"ע ח"ד או"ח סי' ו' סעיף ב' שנשאלתי בשאלה זו, אם יש להכריחו להבדק, שהבאתי עוד דברי השד"ח מע' אישות אות ג"ל, ובחלק ח"י במע' אישות סי' י"ג, שהביא מגאון א' שכתב דמה שסומכים על הרופאים להאכיל לחולה ביוהכ"פ, הוא משום ס' נפשות להקל, אבל בענין אחר אין לסמוך על הרופאים. והבי"ד רבינו בחיי פ' משפטים, בפ' ורפא ירפא: דלא נתנה תורה רשות רק באיזה מכה שבחוץ, ולא בחולאים פנימיים, ובס' בני אהובה בסופו תשובה להגרעק"א ז"ל הרא' בענין היתר מינקת שחלבה ארסי כתב שהגאון מהר"א ברודא ז"ל התאמץ נגד הרבנים שרצו להתירה והיה לפלא בעיני הדור ואח"כ נודע ששקר היה בפי הרופאים, וכו', וכמו"כ בנ"ד אם הרופאים יראו שאין חסרון בורעו, אז לחינם היה למפרע, וכו', אך י"ל טעם הרופאים שצריך להם להבחין מקום הזרע מאיזה מין הוא הקלוקל וכו', אלא דמ"מ אין מקום לומר לו חטוא במעשה הרע בעיני

ה' בשביל שתזכה לבנים, שהרי עדיין אינו מוכרע אם עי"ז יתרפא, שהרופאים וכו' אינם אומרים שודאי יוכלו לרפאותו, אלא אומרים לנסות ולהבחין, וא"כ איך נניח הודאי השחתת הזרע רח"ל, ונתפוס הס' וכו', ועוד לו שם בסי' א' ד"ה גם אשור וכו' כתב ויש לדון ג"כ לענין מה שדורשים הרופאים מחשוכי בנים להראות להם זרעם וכו' אבל אחרי שהש"ס בנדה י"ג והזהר במקומות רבים מפליגים בעונש עון זה רח"ל, והוקש לש"ד, חלילה לחפש קולות בענין זה וגם כפי הנודע לי אותם שלא נמלכו בח' והראו זרעם לרופאים לא מצאו תועלת ולא התמחו הרופאים לדב"ז וכו' ע"כ, הרי לך כמה חרד חרדה גדולה להתיר להראות הזרע, גם במקום מצוה לפו"ר, וכתב דחלילה לחפש קולות, וא"כ מכיון שכל הגאונים הנ"ל דרב גובריהו ורב חיליהו, לא מלאם לבם להתיר, איך ניקום אנן ונסמוך על המתירים, להתיר בנדונינו זה, ומי יבוא אחרי המלכים האדירים האלה.

ד) גם לעצם הדבר, שאלה המתירים, מבינים כאילו איסור השחתת הזרע תלוי בהולדה, וע"כ מכיון שבנ"ד אינו הולך לבטלה, אין בו שום איסור, זה מוטעה מיסודו, דכבר הבאתי שם בח"ב הנ"ל, אות ד' מהגאון בנין ציון ז"ל, שכתב וז"ל דאטו השחתת זרע תלוי בעיבור, דא"כ עקר וסריס שאינו ראוי להוליד, יהיה מותר להשחית זרעו וכו' וכן מי שקיים פו"ר יהא מותר להשחית זרעו, וח"ו לומר כן, אלא איסור השחתת זרע, הוא איסור לעצמו, וכו' ע"ש, והרב פעלים ח"ג אה"ע סי' ב' (שהבאתי שם) כתב ע"ד הבנין ציון הנ"ל, כי כן יסד המלך מלכו של עולם, שלא יוציא זרעו אלא במקום המיוחד לכך, אפי' באשתו וכו' עש"ב, יוצא מזה שכל שלא הוציאו במקום שייסד המלך מלכו של עולם, אף שאינו בבחי' לבטלה, הרי הוא נכשל באיסור שז"ל החמור, ועונו ישא, ובפרט כפי שכתבנו, שאין לסמוך על הרופאים בזה, ויכול להיות שלא יוכלו להפעיל הזרע ברחם האשה, או בנתים יתקלקל הזרע ולא יועיל להולדה, ואף במקרה שיועיל, הרי לפי"ה, דכל שלא הוציאו במקום המיוחד לכך, נלקה באיסור של השחתת ז"ל, הרי האיסור נעשה טרם עשיית המצוה של פו"ר, והרי קי"ל אין עשה דוחה ל"ת, אלא בעידנה, וכאן לא הוי בעידנה.

ה) ועוד אני אומר, אם נבוא לפתוח איזה ניצוץ פתח של היתר, או יבואו לפתוח לעצמם כמה היתרים כפתחו של אולם, וכמה תקלות חמורות יצאו מזה, דלפעמים יקרה, דהרופאים יווכחו, דזרע האיש לא יצלח למאומה, והאשה שרוצה להקים זרע, תבקש מהרופאים, למצוא לה איזה תרופה שתוכל להקים זרע, ע"י שיזרקו לתוך רחמה, זרע גם מאיש אחר, בידוע, או אינו ידוע, פסול או כשר, ואז כמה קלוקלים ומכשולים יצא מזה, כי הזרע הזה אינו מתייחס לשם בעלה, אלא לבעל הזרע, ונפיק מיניה חורבה, אח ישא אחותו, או דודתו, חייבי כריתות או חייבי לאוין, וכדומה, ואף שנניח דידוע בעל הזרע, עתה, אך הלא יעברו ימים ושנים והדבר ישתכח, ולא ימלטו מידי מכשול, ומכ"ש דעצם הדבר להכניס זרע של איש אחר

ברחמה, הרי הוא מכוער באין גבול, ובפרט אם בעל הזרע ידע שזרעו הזרימו אותו לתוך אשה פלונית, אשת פלוני אלמוני, יתקיפו היצר שיבוא לידי התקרבות אליה, ומי יפס שלא יבוא לידי עברה, רח"ל, ומי הגורם העיקרי לזה הוא ענין הטלת זרעו לתוך רחמה, והרי בזה מרבים הכיעור והזנות בארץ כבזמן המבול ח"ו. (שו"ר מה שהאריך בזה בס' מערכי לב סי' ע"ג בדברי טוטו"ד והוכחות ברורות לאיסור).
 (ו) ועוד יותר אני אומר, אם יתפשט היתר זה בעולם, אז רבים יקפצו, לתרום מזרעם אצל הרופאים ובבתי החולים, בחושבם שלמצוה רבה יחשב, להרבות הישוב בעולם, דוגמת מה שתורמים דמם לחולים, עד כדי כך שנאצר בבתי חולים דמים הרבה מהתרומות, שנקרא בנק הדם, וכן יהיה גם בזרע, שירבו הקופצים לתרום ואז כל אשה שתבוא להתאונן על בעלה שאינו מוליד יזרקו לה ברחמה, איזה זרע שיהיה (כמו ששו"ר בס' מערכי לב הנ"ל שכ' שכן עושים בבית התרופה הברליני ע"ש), ולפעמים יהיה גם מאלה הפסולים לבוא לקהל, והרי בזה מרבים כמזרים ח"ו בישראל, ואין לך קלקול והרס וחורבן בטהרת ישראל יותר מזה, והקולר חלוי רק באלה שמחפשים היתרים בענינים כאלה, לא יהא חלקי עמהם, חז"ל אמרו איזהו חכם זה הרואה את הנולד, וע"ז וכיוצא בו נאמר הווי מתונים בדין, ודי בזה לח' ומבין מדעתו, באשר ה' אתו.
 עתה נבוא לפרק השני, באם נתהווה מעשה כזה אצל אשה ישראלית, כפי שביטא הרב חלקת יעקב הנ"ל.

פרק ב

אם הולד מתייחס אחרי בעל הזרע?

(א) בתחי"ד כ' כי הס' נותנת לומר, שבודאי צריך הנולד להתייחס אחרי בעל הזרע, שהרי כחו ואונו הוא, אלא שיתכן לומר כמו שהסביר בשו"ת דברי מלכיאל ח"ד סי' ק"ו, שרק אם נזרע כדרך כל הארץ, שחמימות הזרע היא רק על ידו, אבל בהזרעה מלאכותית, שהחמימות היא רק ע"י מלאכת הרופא ואומנותו, בכגון זה אינו כבנו לכל דבר, ע"כ.

(ב) הנה ס' בדומה לזה בנתעברה באמבטי הובא בח"מ אה"ע סי' א' סק"ה. והב"ש שם סק"י פשט לה ממ"ש בהגהות סמ"ק שהביא הב"ח ביו"ד סי' קצ"ה אשה מוזהרת שלא תשכב על סדין ששכב עליה איש אחר גזירה שמא ישא אחותו מאביו, משמע דהוי בנו לכל דבר, ע"ש, ושוב מצאתי בס' משפטים ישרים ברדוגו ז"ל ח"א סי' שצ"ו שגם הוא נסתפק בזה, ועוד הוסיף להסתפק בס' ממזרות וכ' שיש לפשוט מבין סירא שאיגו ממזר, ושוב כ' וכ"ז צ"ע עד יבוא מורה צדק ע"ש.

ג) והנה ס' דברי מלכיאל, אינו נמצא במחיצתי, ולכאורה איני מבין חילוקו בזה, דהרי לפי"ד הב"ש הג"ל ורעימיה, בנתעברה באמבטי, הרי הוא כבנו לכל דבר, הרי שם לא היה חמימות הזרע ע"י מטיל הזרע, ובכל זאת חשיב ליה כבנו של ירמיה, גם מבואר משם, כי מאין צורך לשום חמימות ע"י מי שהוא ברחם האשה, כי הרי בבן סירא לא הוטל הזרע רק ע"י בת ירמיה עצמה, ולא היה שום חימום מלאכותי, ומזה נראה שחימום הזרע בתוך בית הרחם עצמו, מספיק ליצור הולד, וא"צ חימום אחר.

ד) איברא דעינינו הרואות להגאון המש"ל ז"ל, בפט"ו מה' אישות ה"ד, שתוכיח מכ"מ דאין הלכה כבן זומא בחגיגה י"ד שאמר חיישינן שמא באמבטי נתעברה, שא"א שתתעבר באמבטי, משום שאין האשה מתעברת אלא בגמר ביאה, ובתשובה אחרת הוכחתי כדברי המש"ל ז"ל מדברי הגמ' בכתובות ט"ז א' הרי כריסה בין שיניה, ופירש"י ואינה יכולה לומר לא נבעלתי, ואם כדברי בן זומא, הרי יכולה לומר נתעברתי באמבטי, ואין מקום לומר דהיא מילתא דל"ש, והוי כמגו במקום עדים, דהרי שם בחגיגה אמר בן זומא דשמואל לא שכיחא, וחיישינן שמא באמבטי נתעברה, מבואר מזה דנתעברה באמבטי לא הוי מילתא דלא שכיחא, ולא הוי כמגו במקום עדים, ותמהתי על המש"ל ז"ל דנהירין ליה כל דברי הש"ס, איך לא אסתייע מסוגיא זו, והכרחתי, דלפנינו היתה דבר השמיטה מהכ"י כמ"ש המגיה שם, ולפי"ד המש"ל ז"ל צ"ל דההיא דבן סירא אינה בר סמכא והיא רק אגדה מס' חיצוניים ואין לסמוך עליה, ושוב הבאתי דברי הברכ"י ז"ל באה"ע סי' א' או"ב שדחה דברי המש"ל ז"ל, ושם בסי' י"ג אות י' כ' דאף דלגבי הטיה דשמואל שכיחא, אבל לגבי עלמא ודאי לא שכיחא, ועין רואה ואוזן שומעת, הרי בבל ימצא ע"ש, ובזה יישבתי דברי המש"ל ז"ל שמ"ש שא"א במציאות שמתעברות היינו רובא דרובא, אבל המצא ימצא מיעוט שמתעברות, אבל ההיא דשמואל היא ל"ש כלל כיון דהיא תליא בבקיאות ורק שמואל הוא יחיד ומיוחד בבקיאות, ובזה נדחה הראיה מכתובות, דכיון דל"ש ברובא דרובא, הוי מגו במקום עדים, ולא מהימנינן לה, ועוד הארכתי בזה, ואין כאן המקום.

ה) עכ"פ יוצא לנו מזה, דלאותו המיעוט דשכיח, לא בעינן חימום ע"י מי שהוא, וע"כ לומר, דזה שמתחמם הזרע ברחם האשה יש בו די סיפוק לעבר האשה, ודלא כדברי מלכיאל הג"ל.

ו) מה שהביא עוד מס' עמק הלכה, מבנו מן השפחה שאין הולד מתייחס אחריו, וכן בעכו"ם שרחמנא אפקריה לזרעיה, וכן בג"ד הוא עצמו הפקיר זרעו להוציא שלא במקום הראוי להוליד וכו', לפע"ד אין מכ"ז ראיה לנ"ד, דעכו"ם ושפחה שאני, דמקרא מלא דיבר הכתוב, וזרמת סוסים זרמתם, דהרי הם משולים לחמור, והרי זה כהטיח זרעו בבהמה, שנתחלל זרעו קודש ע"י תערובת זרע

טמא, ולכן אם בא על השפחה הנמשלת לחמור, אינו מתייחס אחריו, דהרי הוא כאילו בא על חמורה, והולידה, דאין לאותו הולד שום יחס, לא כן בנ"ד שאין כאן תערובת חול מין בשאינו מינו וגם הוא לא כיון לשם הפקרת זרעו, דהרי הוא זרקו לתוך כלי, לשם הזרעה בגוף האשה, מהיכא תיתי, דהרי הוא מופקר, ואינו מתייחס אחריו.

(ז) עוד יש להביא ראיה לזה, ממה שידוע מדברי המקובלים, שהבנים לא יצאו אחרי מטת אביהם, מפני דאותם טפות הזרע שאינם ראויים להוליד, היוצאים מן האדם אחר התשמיש, נולד מהם משחיתים, כמו דמצינו באדם הראשון באותם הק"ל שנים שפרש מאשתו דאמרו חז"ל שהיה מוליד רוחין ולילין מאותם הטיפות שיצאו ממנו לבטלה, ולכן אם הבנים יוצאים אחר מטת אביהם, ומייללין על אביהם בשם אבא, אז גם אותם המשחיתים שנולדו מטיפות אביהם, יוצאים אחר מטתי וצועקים אבא, וגורמים צער למת, הרי דאפי' אותם הטיפין שיצאו לבטלה באונס או ברצון, מתייחסים אחריו, וע"כ תיקן האר"י ז"ל לכוין בק"ש על המטה להרוג כל אותם המשחיתים ע"י הק"ש, ולפי"ד הוא הורג כמה מאות ואלפים ע"י הק"ש, שלא יצער והו אחרי מותו, דזרע ישראל הוא זרע קודש וא"א להפקירו בקל, ומכ"ש דאין מקום לייחס עליו בזה, שהוא הפקיר זרעו בעצמו, ורק הרי הוא נלקה באיסור החמור שלא הטיל אותו במקום שהותר לו, כפי שכתבנו למעלה בפרק א'.

(ח) אולם עם שהוא מתייחס לבנו, אך אין ז"א להחליט מזה, שבזה קיים פו"ר, גם אם ההטלה תהיה מבעל עצמו לאשתו, דהרי גם בנתעברה באמבטי, שכ' הב"ש דהוי בנו לכל דבר, אם נשים שימת עין קצת בדבריו, נראה דגם הוא מספק"ל בזה, כמו שהסתפק הח"מ ז"ל, דהנה הח"מ ז"ל שם הסתפק תרי ספיקי, א. אם קיים פו"ר, ב. אם הוא בנו לכל דבר, והב"ש ז"ל בהביאו הראיה מהגהות הסמ"ק ז"ל, שהדגיש שמא ישא אחותו מאביו, סיים וכ' נשמע דהוי בנו לכל דבר, הרי דלא פשט רק הס' השני, שהוא בנו לכל דבר, אך בהס' הראשון אם קיים פו"ר, לא חיוה שום דיעה, והדבר פשוט, משום שאין זה כדרך כל הארץ, והוא גרוע מבן ממזר או חש"ו שכ' רמ"א בסי' א' ס"ו דקיים המצוה, דשם סו"ס היה כדרך כל הארץ.

(ט) שו"ר לה' בגדי שש ז"ל אה"ע סי' א' אות י"א שהביא דברי הב"ש הנ"ל, ודחה אותם משום דקיי"ל מצוות צריכות כוונה, וכאן לא נתכוין לביאה אע"פ שהוא בנו ממש, ע"ש, נר' מזה שהבין בכוונת הב"ש ז"ל בראיתו מהסמ"ק שקיים מצות פו"ר, ואחרי המחיר, לא כן עמדי בכוונת הב"ש ז"ל, דאף הוא לא היה מתכוין רק, לענין שיקרא בנו לכל דבר, שהוא ספיקו השני של הח"מ ז"ל, היינו לענין איסור ערוה, לפטור את אמו מן היבום, משום וזרע אין לו, והרי זה יש לו זרע, (אף דאדרבה יש מהפוסקים שהביאו ראיה מזה דאינו בנו, משום שהש"ס לא מצא רק זרע זרעו, כמ"ש עיין עליו, ולא אמרו כגון דנתעברה באמבטי, הרי כבר תירצו,

דכיון דהיא מילתא דלא שכיחא, לא אמרו כן ע"ע), אבל לענין קיום מצות פו"ר, לא חיוה שום דיעה בזה הב"ש, ואימא לך דגם הוא סיפוקי מספק"ל כנ"ל.

(י) ראיתי לו עוד דמזה דחה, גם דברי מהר"י זיין ז"ל שכ' דכמו בחש"ו קיים את המצוה ה"נ באמבטי, דחש"ו שאני דכוונתו להוליד, ושוב הביא דברי הגמ' בפ' הבא על יבמתו (ס"ב) הי"ל בנים בגיותו רי"א קיים פו"ר וכ' התוס' אע"ג דב"נ לא מפקדי אפו"ר לאו חיוב פו"ר קאמר אלא כלומר שבניהם נק' על שמם, הרי אע"ג דלא היתה כוונתו לשם פו"ר לד' ר"י קיים פו"ר, ודחה דשאני התם הרי דעתו להוליד, משא"כ באמבטי וממזר דאינו מתייחס אחר אביו, ומה"ט נראה שהשמיטו הרי"ף והר"א הירושלמי משום דאין ממזר מתייחס אחר אביו, ע"ש, הנה מבואר מדבריו ז"ל דאם היה מציאות של עיבור באמבטי, דמתכוין להוליד, היינו שורה במתכוין בידועו שאחריו תכנס אשה לאמבטי, ותקלוט הזרע, או כהא דג"ד, דהבעל מתכוין במיוחד, להטיל הזרע בשפופרת, שיזרקו אותה בתוך רחמה של אשתו, הרי בזה מקיים מצות פו"ר, כיון שמתכוין להוליד, ואחרי המחיר, לפע"ד, כל שאין הזווג כדרך כל הארץ, אינו מתייחס בשם מצוה, והוא פשוט וברור.

פרק ג

אם מותר להזריק בעת נדתה.

ומה דין הולד אם יש לו שם פגום?

(א) הנה לפי"ה בדברינו למעלה, שאין שום היתר כלל וכלל, מובן דגם ספק זה הוא רק במקרה של דיעבד, שהזריקו לה בימי נדתה, מה יהיה דין הולד, אם הוא פגום לכהונה?

(ב) לפע"ד הדבר ברור כד' האוסרים, בפרט לד' הזוה"ק פ' מצורע, שטומאה הרובצת על האשה בעת הזאת, נמשכה על הולד, ומכ"ש לפי דברינו, שהדבר נעשה בעבירה, הרי חומר העבירה עצמה, רבוצה בזרע הזה, ובודאי דהחיצונים מתאחזים בזה, והרי הולד שיווצר מזה, הרי הוא מלוכלך בחיצוניותו ופנימיותו, בטומאה רצוצה, שקשה לחולצו ממנה, ואין לך פגום ומכוער יותר מזה, אלא שאם האשה טוהרה מטומאתה, הרי אותה הקדושה עצמה, שקיבלה ע"י טהרתה במקוה, אפשר שיש בה כדי להתגבר על אותם החיצונים, שהתדבקו באותו הזרע, עד כדי כך, שיהיו מוכרחים לברוח משם, וזה דוקא אם תהיה האשה מתנהגת בקדושה וטהרה בכל דרכיה ועניניה, דוגמת מה שעשת בתו של ירמיה, שקלטה זרע של אביה שהיה מכח אונסו ברחמה ויצא ממנה בן סירא, שהיה איש קדוש ועליון.

פרק ד

אם קיים הבעל ע"י כך מצות פו"ר?

כבר חוינו דעתינו על זה, למעלה בפרק ב', שלדעתנו לא קיים מצות פו"ר, ולפי כל האמור בדברינו הנ"ל, מובן מאיליו, שאין כל ראייה מכל המחברים שהביא בשמם כאלו מודים, בכגון זה שקיים מצות פו"ר, דיש לדחות כפי שכתבנו, וא"צ לכפול הדברים ופשוט.

פרק ה

אם מותר לעשות ההזרקה מאיש אחר, או לא, ומה האיסור?

(א) עם שכבר בפרק א', הארכתי להסביר חומר האיסור, אפי' מבעלה של האשה עצמה, ומכ"ש ההזרקה מאיש אחר, ומאין צורך לכפול הדברים עוד הפעם, בכל זאת, לא אמנע עצמי, מלהשתעשע קצת, בדברי המחברים שהביא כת"ר, שדיברו בזה.

(ב) הוכיח כת"ר מהגהות הסמ"ק הנ"ל, דאין כאן ביאת איסור וכו' וא"כ קבלת ש"ו של אחר לבד, בלא מעשה ביאה אינה בכלל ערוה, ומה מאוד אני תמה על ראייה זו, דהרי בדברי הגהות הסמ"ק, נאמר במפורש, באזהרה חמורה, בלשון זה, האשה מוזהרת שאל תשכב על סדין ששכב עליהן איש אחר פן תתעבר מש"ו של אחר, גזירה שמא ישא אחותו מאביו, ע"כ, הרי אפי' על סדין ששכב עליו איש אחר אוסר, משום גזירה שמא ישא אחותו מאביו, וא"כ מכ"ש בלהורים לכתחילה, זרע מאיש אחר, דודאי דאוסר, כי אף דאינו בכלל ערוה, הלא איתיה באיסור, וא"כ איך כת"ר לומד מזה להתיר להורים בלכתחילה, שהוא עיקר ספיקו, גם מה שהביא מבני אהובה דהוכיח מגמ' חגיגה ט"ו דבתולה שעיברה כשרה לכה"ג, שם בשעיברה ר"ל במקרה שקרה כך, שלא במתכוין, אך לעשות כן בלכתחילה מי זאת אמר ותהי להתיר, לפי"ה אין עוד כל ראייה ממה שהביא עוד מס' אחרים, דכולם הם המדברים לענין דיעבד אם יש לאסור אשה על בעלה משום זה, אך אין שום מקום ללמוד מזה גם בלכתחילה, והאריכות בזה הוא אך למותר.

(ג) לעצם הדבר אם האיסור הוא מן התורה או מדרבנן, הביא כת"ר דעות חלוקות בזה, ולפע"ד לפי מה שהסברנו בדברינו למעלה בפרק א' נראה דנ"ד יש בו איסור גם מן התורה, ואינו ענין למ"ש בהגהות הסמ"ק בשוכבת על כר ששכב עליו איש, ששם אין כאן מעשה איסור לא לכתחילה ולא דיעבד, דהאיש השוכב, והאשה השוכבת, לתומם הם, לא כן בנ"ד שהוא עושה מעשה זמרי בלכתחילה, אם שאינו מעשה זמרי ממש, כיון שלא מוריעו כדרך כל הארץ שהתירה תורה, לפי

מה שקבע מלכו של עולם, הרי זה בבחי' עובר על התורה, מלבד התקלות והמכשולים והחרבן וההרס בטהרת משפחות ישראל, שבחר בנו הקב"ה כעם סגולה ועם קדוש.

פרק ו

האם האשה נאסרת על בעלה?

(א) הביא בזה דברי המש"ל ז"ל שלמד מהגהות הסמ"ק שכ' מכיון שאין כאן ביאת איסור הולד כשר לגמרי, ומזה רצה ללמוד גם בנ"ד שאין כאן ביאת איסור ואינה נאסרת על בעלה, לפע"ד, אין ללמוד כלל מההיא דהגהת הסמ"ק לנ"ד, שהרי גם בביאת איסור מצינו חילוק בין אונס לרצון, חוץ לכהן דאפי' באונס נאסרת לבעלה הכהן, ובכן אין שום דמיון מזה שנתעברה באמבטי, לנ"ד, דזה שנתעברה באמבטי, או ששכבה על סדין ששכב עליו איש אחר, הוא בבחי' אונס, דבין האיש בעל הזרע ובין האשה שקיבלה הזרע, מעולם לא התכוונו, לשם זנות ח"ו, ולכך הולד כשר, והאשה לא נאסרת לבעלה, לא כן בנ"ד, שהזרע מאיש אחר היה במתכוין לשם זה, והאשה קיבלה את הזרע ג"כ, בכוונה לשם הולדה, ובפרט לפי מה שהסברנו חומר האיסור, אפשר דגם נאסרת לבעלה, משום זה, והרי זה בכלל לא תתן שכבתך לזרע לטמאה בה, ז"א דנתינת הזרע מאיש אחר לאשה זרה אשת עמיתך, הוא מטמאה, ועיקר הקפידא בזה, הוא ענין הטומאה, של האשה שנטמאת ע"י זרע אחר שאינו מבעלה, כשהוא ברצון ובכוונה, ולכן אף דלא היה בדרך שכיבה ממש, הרי גוף הזרע עצמו שניתן בה מאיש אחר, מטמאה, וכל שנטמאה משום זה, הרי היא נאסרת לבעלה.

פרק ז

מה דין הולד הנולד מזרע אחר, אם יש בו חשש ממזרות?

(א) לפי"מ שהעלינו בפרק הקודם, דכיון שהוא בכוונה וברצון נאסרת לבעלה, הרי מזה ימשך שגם הולד הרי הוא בבחי' ממזר, דתי' "ממזר" משמעה הברור, הוא מום זר, ז"א שהוא נולד מזרע זר, שאינו מבעלה, ולכן כל שהאשה נטמאת ממנו, מסיבת שהוא זרע זר, הרי חל על הולד יחס מום זר, ורק אם יש כאן ענין של רוב בעילות אחרי הבעל, אין לייחסו, ביחס ממזר, ודעתי מסכמת לאותם הפוסקים שהביא כת"ר, המייחסים אותו ביחס ממזר, מטוב טעם כל האמור. וה' לא יביא בני ישראל ובנות ישראל לידי כך.

הרב משה ארי' ליב שפירא

הזרעה מלאכותית

המצאה חדשה נתגלתה בזמן האחרון, שהמציאו הרופאים ליצור הריון לאשה שלא באמצעות קירוב האיש אליה ע"י ביאה, אלא ע"י הזרמת זרע האיש בצנצנת ואחר כך מזריק הרופא את הזרע אל תוך רחם האשה והיא מתעברת ויולדת ילד בריא ושלם.

דבר זה עורר בעיות הלכותיות רבות בנוגע להיתר הדבר מפני איסור הוצאת זרע לבטלה, ובנוגע למהותו של הולד אם נקרא בן המתיחס לבעל הזרע ואם קיים מצות פו"ר ע"י כך ואם יש לו דין ממזר אם עשו כן לאשת איש או בן הנדה אם עשו כן לאשה בימי נדתה וכו'.

ובהיות דבר זה חדש לגמרי אשר לא שערום אבותינו לא נתבררה הלכה זו ע"י רבותינו האחרונים ז"ל מבחינה יסודית אחרי שלא נמצא רמז לזה בתלמוד וראשונים בכדי להעמיד הלכה זו על תלה, ואמרתי להעלות על גליון מה שנלע"ד בנדון זה.

הנה דבר האפשרות של מציאות זו שאשה תתעבר שלא ע"י ביאה נמצא בגמ' בחגיגה (יד:) שאלו את בן זומא בתולה שעברה מהו לכהן גדול? מי חיישינן לדשמואל דאמר יכולני לבעול כמה בעילות בלא דם או דילמא דשמואל לא שכיחא, א"ל דשמואל לא שכיחא וחיישינן שמא באמבטי עברה. כמו"כ מובא שבן סירא הי' בנו של ירמי' הנביא שבתו נתעברה ממנו שרחצה באמבטי שרחץ בה אבי'. אמנם המל"מ בפט"ו מה' אישות דחה דבר זה וכ' שאין אפשרות שאשה תתעבר באמבטי והביא רא' מתוס' יבמות (נה:) שכ' דאשה אינה ראוי' להתעבר ע"י העראה אלא בגמר ביאה ע"י מירוק הגיד, וא"כ איך אפשר שתתעבר ע"י אמבטי. אמנם מגמ' דחגיגה הנ"ל משמע להדיא שיש חילוק בין העראה לאמבטי דאע"פ שאינה מתעברת ע"י העראה היא מתעברת ע"י אמבטי, שהרי אמרו שם דחיישינן שמא באמבטי עברה ומותרת לכה"ג ולא חיישינן שמא נתעברה ע"י תחלת ביאה אע"ג דזה שכיח דרוב בקיאי' בהטי' בשעת מעשה ודוקא דשמואל לא שכיח כמו"ש שם התוס'. וע"כ צ"ל דלפיכך א"א להתעבר ע"י העראה משום דליכא מירוק הגיד, דאין אשה מתעברת אלא ע"י שכבת זרע שכל גופו מרגיש בה דהוי זרע הראוי' להזריע כדאיתא בנדה (מג.) אבל ע"י אמבטי דאפשר שהי' שם זרע הראוי' להזריע שפיר יכולה להתעבר על ידה, וכמו"כ אין להקשות מהא דאין אשה מתעברת מביאה

ראשונה ומכ"ש שא"א להתעבר שלא ע"י ביאה כלל ואיך חיישינן שמא באמבטי עיברה והתירה לכה"ג דהא הר"ן בפ"ק דקדושין כ' דמ"ש בגמ' שאין אשה מתעברת מביאה ראשונה דעל הרוב אינה מתעברת אבל זימנין דמתעברת גם ע"י ביאה ראשונה וה"ה דאפשר להתעבר ע"י אמבטי.

יסוד להלכה זו מצאנו בהגהת סמ"ק מרבנו פרץ הביאו הב"ח ביו"ד סי' קצ"ה, שאלה אמאי אין נשים נדות נזהרות לשכב על סדיני בעלה כשם שנוהרות מלשכב על סדיני אנשים אחרים מחשש שמא תתעבר מש"ז שלהם, הלא גם אם תתעבר מבעלה כשהיא נדה הילד פגום ובן הנדה, והשיב שאין איסור בדבר אפי' אם תתעבר מאיש אחר כיון שאין כאן ביאת איסור אלא שצריכה להזהר מאיש אחר משום הבחנה כדקפדינן בהבחנה שמא ישא אחותו מאביו כדאיתא ביבמות עכת"ד. ועל יסוד זה כ' הבית שמואל באה"ע סי' א' סק"י דולד שנוצר מטפה כזו הוי כבנו לכל דבר כיון דיש לגזור שמא ישא אחותו מאביו וכ"כ המל"מ שם, והחלקת מחוקק באה"ע שם מסתפק אם יוצא בפו"ר אם נתעברה באמבטי.

ובימי חורפי אמרתי לתרץ בזה קו' המהרי"ט אלגאזי ז"ל והמנ"ח האריך בזה במצוה א' דאיך יוצא בממזר מצות פו"ר כמ"ש הב"י באה"ע שם בשם הירושלמי דמ"ש במתני' ובנו לכל דבר היינו לקיום מצות פו"ר, והרי הוי מצוה הבאה בעבירה. ואמרתי דכיון דאפשר לקיים מצוה זו ע"י אמבטי א"כ אין המצוה מתקיימת ע"י העבירה וכמ"ש התוס' בסוכה (ל.) דכל היכא דאין המצוה מתקיימת רק ע"י העבירה אין זו מצהב"ע, ואע"ג דזהו מציאות רחוקה שתתעבר ע"י אמבטי מ"מ כיון שיש אפשרות כזה הרי אין העבירה באה ע"י הביאה שהיא העבירה.

אמנם בלא"ה נלע"ד דלק"מ דכיון דפשיטא לן דבנו הוא לכל דבר ע"כ קיים מצות פו"ר דמהי מצות פו"ר שיהי' לו בן שיהי' מתיחס אחריו וממילא נתקיים בזה מצות פו"ר אע"ג שהיא באה ע"י עברה.

ובברכי יוסף להגאון חיד"א זצ"ל כ' דמהגהת סמ"ק אינו מוכח שהולד מתיחס אחר בעל הזרע דמ"ש שמא ישא אחותו מאביו לא קאי על זו שנתעברה באמבטי אלא על הא דהבחנה שביבמות דבגזרת הבחנה אם בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון שפיר יש לגזור שמא ישא אחותו מאביו וכ' שמצא כן על קלף ישן דקאי על הבחנה דיבמות.

וחתני הרב הגאון מו"ה שמעון יוזק שליט"א עורך אוצר הפוסקים הביא ראיה מתוס' יבמות (יב:) ד"ה דאפי' שכ' דמשכחת חמותו ממאנת כשלא בעל כגון שעיברה באמבטי וע"כ לא משכחת שתהי' חמותו אלא כשקידשה אביה מכלל דיש לה אב שיוכל לקדשה והיא ראי' מושכלת. ומ"מ נלע"ד שאין לקבוע הלכה ממשמעות זו שהרי עיקר כוונת התוס' שם אלא למצא עדיפות לבנים יותר מסימנים לר' יהודה דבבנים אינה יכולה למאן אע"פ שלא בעל וזה שפיר משכחת בעלמא

כשעיברה באמבטי כשאינה חמותו ולא הזכירו "חמותו" אלא משום דמיירי התם במתני' בחמותו ממאנת ולא דוקא הוא.

והנה בברכי יוסף שם כ' וז"ל ותו דאף אם אמנם נימא דבנידון זה הוא דאמר שמא ישא אחותו מאביו עדיין אנו צריכין למודעי מאי פסקא דקיים פו"ר כיון דלא כוון משום אקרובי ולא קרב זה אל זה אל האשה כלל והוא יגע לריק באמבטי עכ"ל. כוונתו מבוארת שאין הבן מתיחס לאביו אלא אם נולד ע"י קירוב איש אל אשה בדרך כל הארץ.

ועל יסוד זה אני רוצה לבנות הלכה זו של הזרעה מלאכותית, כיון שבאנו ללמוד הלכה זו ממה שמצינו בתורה שייחסה את הבן אחר אביו וכמו שכתוב בתורה "למשפחותם לבית אבותם" שזה אינו אלא ע"י דרך טבעי של קירוב איש אל האשה אנו צריכים להעמיק ולדון בכל הצדדים ולראות אם באמת דומה היא ההולדה ע"י הזרעה מלאכותית לההולדה בדרך הטבעי שע"ז דברה תורה, ואם לא נמצא פירכא גדולה להרחיק את הגידונים זה מזה כרחוק מזרח ממערב שאע"פ שהזרעת הולד נעשה על ידי ההזרעה בשום ממש להזרעה טבעית מ"מ אין הם דומים כלל בנוגע לקביעת אבהותו של הולד ולא קרב זה אל זה כלל.

שהרי יש לנו לומר ולהסביר דמה שנתנה תורה זכות זה להבעל שהבן יתייחס אחריו ולא להאשה שהיא משתתפת בשוה ליצירת הולד כמוהו והוא מפני שהאשה אינה אלא כקרקע עולם שהיא מתמסרת אל האיש, והוא זורע ויוצר את הולד ע"י חיבורו ודיבוקו כמ"ש "ודבק באשתו והיו לבשר אחד" וכמו שבקנין שהאיש קונה את אשתו הוא על דרך זה שהאשה מתמסרת ומפקרת עצמה אל האיש שהוא יעשה בה את הקנין הדרוש ועי"ז היא נקנית ונעשית שלו וכמ"ש הר"ן בנדרים (ל.) וקנין זה אינו דומה לשאר קנינים שהקנאה נעשית ע"י הקונה והמקנה יחד אבל בקדושין דכתיב כי יקח איש אשה ולא כי תלקח אשה לאיש ללמדנו שכל פעולת הקדושין אינו נעשה אלא ע"י המקדש והאשה אינה אלא שמוסרת עצמה אליו.

ובדוגמא זו ממש הוא ענין הולדת הבנים שהאשה אינה אלא קרקע עולם והיא מתמסרת אל האיש שהוא יוריע אותה וע"י הזרעה שחיבר והקליט את הזרע שלו עם הזרע שלה שע"י זה נגמרה כל כח יצירת הולד זוכה הוא להיות נקרא הזרע על שמו ומתייחס אחריו.

ולפיכך אני אומר ג"כ שבשעת ביאה שאז נעשה ההזרעה ע"י חיבור זרע האיש עם זרע האשה וראוי להוליד כבר קיים ועשה המצוה דפו"ר, וכמו זורע בשבת ששם הזרע בקרקע אע"פ שלא נקלט עוד הזרע באדמה מ"מ כבר חילל את השבת כמו באופה ומבשל בשבת שמיד שנתן את הפת בתנור והחררה על האש

כבר גמר בזה מלאכת האפי' והבישול אע"פ שהגמר נעשה מאיליו וממילא חייב למפרע על תחלת הפעולה ומגלגלין את כל מה שנעשה אח"כ אל הפעולה הראשונה שעשה מקודם כמו"כ בזרע בקרקע אע"פ שלא נקלט הזרע אלא אחר השבת מתחייב על מעשה השבת שעשה ואם לא נקלט הזרע כגון שהוציא הזרע מהקרקע פטור כמו כשרודה הפת מתנור קודם אפי' וכמ"ש בהגהת הרש"ש ז"ל בשבת (עג) (ודלא כהמנחת חינוך במוסך השבת שלא כ"כ ואכמ"ל). כמו"כ בשעת ביאה שהוא מזריע את האשה שתהא ראויה להוליד הוא מקיים מיד מצות פו"ר אלא שאם אח"כ נתקלקל הזרע או שהפילה את הולד ולא הולידה זרע של קיימא מתבטלת המצוה וכמו מי שהיו לו בנים ומתו שלא קיים מצות פו"ר כמ"ש ביבמות (סב) אבל כשהולידה ולד של קיימא הרי זה קיים המצוה למפרע.

ובזה יש ליישב קושית המנ"ח (במצוה א') שהקשה על התוס' בבא בתרא (יג.) שכ' דלכך אין עשה דפו"ר דוחה ל"ת דלא יהי' קדש משום דלא הוי בעידנא דעל הל"ת עובר בשעת העראה והמצוה דפו"ר אינו מקיים אלא בגמר ביאה והק' שהרי המצוה אינו מקיים אלא כשיצא הולד בעולם, ולפמ"ש לק"מ שהוא מקיים את המצוה משעה ראשונה שהיא שעת ביאה כנ"ל.

אמנם כל זה אינו אלא בנולד בדרך טבעי שהאיש זורע זרע שלו שיצא מגופו ומחבר עם זרע האשה שבזה הוא יוצר את הולד שעתיד להולד, ומה שונה הדבר בהזרעה מלאכותית שאין האיש יוצר כלל את הולד בזרע שלו שהרי כיון שהזרע נפרש ממנו הוי כפירשא בעלמא ואין לו עוד שום שייכות אל הזרע שיהי' מתייחס אליו ולא עדיף מאבר שנפרש מן החי שמשנפרש מהגוף אין לו שום שייכות אליו, וכשמחברים אח"כ הרופאים ע"י המצאה חדשה שהמציאו שאפשר לחבר אבר של אחד לגוף של חברו זכה באבר להיות שלו, וכמו"כ הזרע שנפרש ממנו ואח"כ מזריקו אל תוך רחם האשה אין לזה שום שייכות אל הולד הנוצר מזרע ההוא מפני שלא הוא יצר זרע את הולד, והרי זה דומה כאילו היה אפשר במציאות למצא חומר כזה בעולם שכשיזריקו אותו אל תוך רחם האשה תוכל להוליד ילד, והזרע הנפרש ממנו דומה לאותו החומר שנמצא בעולם, וכמו שאין לומר שאיש שחיברו לו הרופאים אבר של אדם אחר שיתחדש באיש ההוא איזה חלק של אבהות מאביו של בעל האבר שנחתך ממנו, כך אין לומר ג"כ שהנולד ע"י הזרעה מלאכותית מתייחס להיות בנו של בעל הזרע שנפרש ממנו.

ואם באנו ללמוד מבן שכתוב בתורה המתייחס אל האב על בן שנולד מהזרעה מלאכותית, הרי יש לבעל דין לחלוק ולומר שאין הנדון דומה כלל לראי' דמה לנולד בדרך טבעי שהאב מזריע את האשה בגופו בזרע שהוא שלו ע"ז אמרה תורה "וילד בנים ובנות" תאמר בזרע שכבר נפרש מגופו אע"פ שבאמת הוא נולד ע"י זרע שהיה שלו אבל כיון שכבר נפרש ממנו ולא הוא הזריע את האשה

אין הבן נקרא כלל על שמו ואינו מתייחס כלל אחריו, וממילא אינו מקיים כלל מצות פו"ר ע"י ולד כזה.

ומ"מ אפשר לומר שאע"פ שמצות פו"ר אינו מקיים מ"מ מקיים מצות „לשבת יצרה“, כמו שמצינו בעבד שבא על השפחה שאינו מקיים מצות פו"ר מפני שאין הבן מתייחס אחריו מ"מ מקיים הוא מצות „שבת“ כמ"ש התוס' בב"ב הנ"ל, והוא מפני שהוא הגורם ליצירת הולד, כמו"כ י"ל שגם בעל הזרע מפני שהוא גרם ליצירת הולד מקיים בזה מצות „שבת“ וביחוד לפי ששמעתי מתרצים קו' התוס' היאך כופין את הרב לשחרר ח"ע וחב"ח כדי שיקיים מצות פו"ר הלא אין אומרים לאדם חטא בשביל שיזכה חברך, ומתרצים שגם הרב מקיים מצות שבת בזה שגורם שהעבד יוליד אח"כ מכ"ש שי"ל שבעל הזרע מקיים מצות שבת וא"כ לפ"ז בודאי אין בזה משום מוציא זרע לבטלה אם מקיים בזה מצות שבת. מ"מ בודאי עושה בזה שלא כדין במה שמוליד בנים שאינם מתייחסים אחר אביהם ואין השכינה שורה אלא על מיוחסים שבישראל.

כשרות הילוד

יש להסתפק במקום שאין שום ביאה כלל, כגון עיברה באמבטי, או מה שהמציאו הרופאים — והוא דבר מצוי — להכניס במעי אשה זרע מאיש זר, ע"י מזרקים מיוחדים לכך, אם בזה הולד ממזר?

לכאורה הדעת נוטה שאין לך מום זר גדול מזה, אף שאין בזה מעשה עבירה של ג"ע, אם גם אין רוח חכמים נוחה מעצם הדבר (עי' „אוצר הפוסקים" סי' א' ס"ק מ"ב). יש שעושים זאת מצד דבעיא חוטרא לידא ומרא לקבורה כשהבעל עקר, ויש שעושים זאת ע"פ פקודת הרופאים, כגון שהאשה מתנונה וחולה בלא ולד, עכ"פ אין בזה ג"ע. ואף שמדברי הג' רבנו פרץ מובא בברכ"י סי' א', משמע דס"ל שאינו בכלל ממזר, אבל הדעת הישרה נוטה לכאורה בזה לחומרא לצד האומרים דהוה ממזר, ומכלל ספק ממזר לא פלטינן.

ואין לנו להשען אלא על דברי הג' רבנו פרץ שהוא חד מקמאי, שלפי דבריו, אין כאן חשש ממזרות בלי ביאת איסור. וה"שואל ומשיב" מהד"ג ח"ג סי' קל"ב, הרחיק ללכת, דא"א שנתעברה באמבטי מכהן ראוי הבן להיות כה"ג, ומדברי הג' הר"פ חנ"ל דבריו מוכרחין, דאי לא"ה הי' לחוש משום פגם, ונ"ל סעד ותמך לזה מדבר שאינו מפורש בש"ס, אבל סתמא כמפורש דמי, ובכגון זה — לא ראינו, ראייה היא, דאי לא תימא הכי, א"כ מי שבא על אשתו וגרשה ונתקדשה לאחר תוך שלשה ימים, ונקלט הזרע בהיותה כבר מקודשת לאחר, היעלה על הדעת שהולד יהי' ממזר, או כהן שבא על אשתו וגרשה, ונקלט זרעו לאחר גרושיה, יהי' הבן חלל, או מי שנזרע בטהרה ואח"כ ראתה נדה ונקלט הזרע בימי נדתה, יהי' פגם בן הנדה עליו, אלא ע"כ כיון שאין כאן סרך של ביאה באסור, אין שום פגם בולד.

והנה לפי"ז גם בהפראה מלאכותית מזרע אחר, אין חשש ממזרות, רק שיהי' ידוע מי הוא בעל הזרע, אם הוא בעצמו אינו ממזר, ובכלל הכרחיות היא הידיעה מי הוא, כדי שהנולד ידע את קרוביו ואח לא ישא אחותו וזה מדין הבחנה, מלבד מה שבאמת כיון שמתייחס אחרי בעל הזרע הוא כבנו לכל דבר, לכל זכויות וחובות של אב לבנו ולבתו, וכן חובות הבנים לאבותם יש גם בהם, א"כ צריכים לדעת ולשמור כ"א על חיובו ועל זכותו.

אך דרך ההפראה מזרע הבעל, כשהם בעצמם ראויים להולדה, רק שאין לו כח גברא, ואינו יורח כחץ, ובוזה באה לעזרתו ההזרקה המלאכותית, ובוזה לכאורה

אין כל פקפוק, אך גם בזה נראה לכאורה להעיר ספק חדש להלכה, וכמובן זה נוגע גם להפראה הקודמת, והוא בזה: בבעית הגמ' חגיגה י"ד, בתולה שעיברה מהו כו', יש בפי' הר"ח (בדפוס הוא בדף ט"ז) פי' חדש נפלא שיאיר גם נ"ד באור חדש וא"א לעבור עליו, כי מלבד מה שהר"ח הוא קדמון שבקדמונים וכל דבריו דברי קבלה פירושו בזה קילורין לעינים, ועי' תוד"ה בתולה שעיברה, כמה נדחקו מאד בבאור הדבר, ועי' רש"י שבת קנ"א ד"ה ושמואל אמר כו', שנדחק לפרש, וחיישינן שמא באמבטי לקולא שלא כרגיל בש"ס, ולפי פי' הר"ח הנ"ל פשוט וישר, כי הוא מפרש דבעיא לענין טומאת לידה, ובודאי ה"ה לענין ימי טוהר, ודעתו כי עיברה באמבטי אין אני קורא בה אשה כי תזריע, כי זה מעשה נסים הוא, וספיקא דגמ' הוא, אם חיישינן לדשמואל, או לעיברה באמבטי, דכל צד יש לו חומרא וקולא לענין טומאת לידה ולענין ימי טוהר, ובעית הגמ' לא איפשטא במה תולין, אבל זה ברור שעיברה באמבטי אין לה דין אשה כי תזריע לענין טומאת לידה ולענין ימי טוהר.

ולענ"ד נ"ל להוסיף ע"ז עוד דין הנולד לענין מילה, דאין מילתו בשמיני, ואין מילתו דוחה שבת כדר"א (שבת קל"ה), שכל שאין אמו טמאה לידה, אינו נימול לשמונה, ולכאורה הדעת נוטה דעיברה ע"י הפראה מלאכותית כעיברה באמבטי דמי, ולא נהגא בה טומאת לידה ולא ימי טוהר, וכן הבן אינו נימול לשמונה, ואין מילתו דוחה שבת, אך יש להסתפק, אולי רק עיברה באמבטי אינה בכלל אשה כי תזריע, דהוה מעשה ניסים, כיון שבטבע הדברים הפראה צריכה להיות בכח וכשאינו יורה כחץ אינו מזריע, ועיברה באמבטי נתעברה בלי שום כח דוחה, אבל הפראה מלאכותית שהיא בכח אנושי ויורה כחץ, אולי הוא בכלל אשה כי תזריע, או אולי כיון שאינו בדרך כל הארץ אינו בכלל אשה כי תזריע, והנלע"ד דאינו יוצא מכלל ספק, ולדינא נוהגת בטומאת לידה מספק ואין לה ימי טוהר מספק, אינו נימול רק לשמונה מספק, אבל לענין מילתו בשמיני אם דוחה שבת נ"ל דתליא בפלוגתא הגרע"א בחי' ליו"ד סי' רס"ו ס"ק ה', והדג"מ שם, דבאמת הא דר"א דכל שאין אמו טמאה לידה כו', להלכה בספיקא הוא (עי' רא"ש שם) ובצרוף הספק אם דינו כעיברה באמבטי הוה ס"ס לדחות את השבת, וכפי דעת הגרע"א שם, אין בזה משום דשיל"מ לדחות את המצוה העיקרית בזמנה בשמיני למחרתו.

הרב שלמה זלמן אויערבאך

הזרעה מלאכותית

נדרשתי לאשר שאלוני לחוות דעתי בענין הזרעה מלאכותית, ואף שידעתי שחלק מהדברים שכתבתי הם רק דברי סברא ואין להם בית אב, עכ"ז אין עולה מורא על ראשי כיון שאין אני טועה כלל לחשוב שיסמכו עלי הלכה למעשה בענין חמור זה, וכל דברי הם רק להועיל אם מעט ואם הרבה לגדולי הדור אשר החובה מוטלת עליהם להכריע בהלכה זו, והם ידעו מה לקרב ומה לרחק.

(א)

תנן ביבמות מ"ט ע"א: „איזהו ממזר כל שאר בשר שהוא בלא יבוא דברי ר' עקיבא שמעון התימני אומר כל שחייבין עליו כרת והלכה כדבריו“, ומבואר בגמ' דשניהם למדוה מהא דכתיב ולא יקח איש את אשת אביו ולא יגלה כנף אביו וסמך ליה לא יבא ממזר בקהל ה' אלמא מהני הוי ממזר עיי"ש, וראיתי לגדולי אחרונים שכתבו דלפיכך אין הולד ממזר אא"כ גם היתה יצירתו בעבירה ע"י ביאת איסור דומיא דאזהרת אשת אביו, אבל אשת איש שנתעברה באמבטי מזרע של איש אחר או ע"י הזרעה מלאכותית אין הולד ממזר, אולם לענ"ד אין זה כ"כ פשוט, דבשלמא אם ה' כתוב בתורה שהבא על אשת אביו בניו ממזרים ה' שפיר משמע כדבריהם דבביאת איסור תליא מלתא, אבל כיון שרק מהסמיכות הוא דילפינן ליה יכולין שפיר לומר דלא בא הכתוב אלא לגלות דכל ולד הנוצר מזרע בליל של איש ואשה דלא תפסי בהו קדושין ואשר אם יבוא עליה כדרך כל אדם יתחייב כרת הוא הנקרא ממזר, ומה שתלה הכתוב באיסור ערוה וחומרא דכריתות הוי רק סימן והגדרה לדעת את שיעור גודל המרחק והזרות שבין האיש והאשה העושה אותם לשני מינים מחולקים, וכיון שכן נראה דאף שאין לאסור אשה לבעלה או לקרותה בשם זונה וחללה, אא"כ נבעלה ממש, שאני התם שרק הביאה היא הגורמת לכך, והזרעה מלאכותית לאו כלום היא, משא"כ בנוגע לממזרות דבלא"ה אין הזרע נקלט תיכף עם ביאתו אלא לאחר זמן ויש שהזרע שוהה לקלוט ב' או ג' ימים וכיון דפשוט הוא שאם דש באשת איש וזרע באשתו או אפי' הוציא אח"כ הזרע ממנה והכניסו לתוך אשתו ודאי דאין הולד ממזר אע"פ שעקירת הזרע ויציאתו מגופו היתה ע"י ביאת ערוה, והיינו משום דכל זמן שלא נקלט הזרע בגוף האשה שהיא ערוה אצלו לא חייל כלל על הזרע שם ממזרות ומעתה כיון דכל הענין של ממזרות לא חייל תיכף על הזרע אלא לאחר זמן על תחלת העיבור א"כ מנין לנו לומר דבעינן נמי ריעותא זו שהכנסת הזרע תהי' דוקא ע"י איסור.

גם מסתבר שאף לדעת האחרונים הנ"ל מ"מ אשת איש שזינתה וכיבדה אח"כ את ביתה באופן שנסתלק לגמרי מעשה ראשון ושוב חזרה והכניסה את הזרע לתוך רחמה באופן מלאכותי דגם לדידהו הוי ממזר אע"ג שקליטת הזרע וההפרייה שלאח"כ היתה רק מחמת הזרעה מלאכותית ולא ע"י ביאה, הואיל ואיכא הכא תרתי לרעותא חדא שהזרע יצא ממנו ע"י חיוב כרת וגם העיבור הוא מאיש אשר הוא זר אצלה, וכיון שכן מ"ט לא נאמר דלעולם הולכין רק אחר קליטת הזרע, ואם הזרע הוא מאיש כזה אשר האשה אסורה עליו איסור ערוה הוא הנקרא ממזר, ולפי מה שיתבאר בע"ה להלן דמשכחת נמי ממזר בלי שום ביאת איסור, נראה דכמו כן מסתבר דלא תלוי כלל במעשה הביאה אלא כל שהולד נוצר מתערובת של שני מינים האסורים זה לזה באיסור ערוה הוי ממזר, דמהיכ"ת נימא שאם נוצר כדרכו ע"י ביאה כדרך כל אדם הוי שפיר ממזר אף אם הביאה היתה בהיתר ולא עבר כלל על שום אזהרה, ואילו ע"י הזרעה מלאכותית הולד כשר ואין זה מתקבל כלל על הדעת, לענ"ד פשוט טובא דדמיון אהדדי וגם נזדמן לי לראות שכן סובר גם החלקת יואב בחאו"ח סי' א' ד"ה וראיתי דנתעברה באמבטי וביאת היתר שקולין נינהו דהא בכדאי בהמה פשוט הוא שלאיסי בן עקביא שאוסר לרכוב על פרידה אין שום חילוק בין אם הפרידה נולדה כדרכה או ע"י הזרעה מלאכותית, כיון דהתם ודאי לאו בביאת איסור תליא מלתא אלא רק בכלאים דתרי מינים תליא מלתא וה"נ גם כאן כל שהולד מורכב משני מינים הוי ממזר, והדברים מובנים יותר עפ"י הכלל הידוע של הרמב"ם ז"ל בפיה"מ פ"ז דסנהדרין ופ"ב מהוריות, ואין להוצאת שכבת זרע בענין חיוב העונשין סרך בשום פנים אלא כיון שהכניס האבר יתחייב — „והוצאת הזרע בעריות לענין העונשין אין מוסיף איסורא ולא גורע“, ועיין באו"ש בהשמטות לפ"ה משגגות שכתב מי שבא על ערוה ובתוך ביאתו נתחרט אסור לפרוש הימנה בקשוי אע"ג דבתוך כך יוציא זרע ויוליד ממזר עכ"פ מבואר דבכל ביאת זנות אף אם בא עליה כדרך כל אדם וחייב כרת מ"מ בהוצאת הזרע אינו מוסיף שום איסור, ונמצא שעצם יצירת הממזר דהוי רק מחמת הזרע לית ביה כלל שום איסורא, ולכן כך לי אם בשעה שהזרע יוצא ממנו הוא עסוק אותה שעה באיסור כרת או לא.

ועיין בעונג יו"ט סי' קכ"א שמסתפק בשניהם אנוסים בביאת ערוה אי הוה הולד ממזר, ובתו"ד כתב „דכח ממזרות שכולד תליא בכח האיסור שיש בהאי ביאה, דהרי התוס' ביבמות דף ט' ד"ה והרי הקשו על הא דפשיטא להש"ס בכל דוכתא דלר"ע חייבי לאוין לאו בני חליצה ויבום נינהו ואמאי לימא אתי עשה ודחי ל"ת, וכן בסוגיא דפ"ק דיבמות משמע דאיצטריך קרא דעליה לדחות אחות אשה מיבום דאי לאו קרא הו"א דעשה דוחה ל"ת שיש בה כרת, וע"כ דאין הולד ממזר כשבא ע"י ביאת דחיה עשה לל"ת דאי הוה הולד ממזר אין סברא שיהא הדין שמותר

ליבם ויהא הולד ממזר להרבות ממזרים אלא ודאי כיון דהל"ת נדחה אין הולד ממזר דבהתירא קעביד" עכ"ל, ולענ"ד דבריו תמוהים אטו אשת איש שזינתה להצלת כלל ישראל וכהיא דאסתר לא יהי' הולד ממזר והרי גם נאסרה למרדכי אע"פ שהי' מצוה בלי שום סרך עבירה, ומסתבר דפקוח נפש עדיף טפי מעשה דוחה ל"ת, דהא נפיש רבוותא דס"ל לענין שבת דהותרה אצל סכנת נפשות ולא רק דחווה משא"כ בעשה דוחה ל"ת, ופשוט הוא דלמ"ד עכו"ם הבא על בת ישראל הולד ממזר אף גם בכה"ג הוא ממזר, דהא בלא"ה כתבו התוס' ביבמות ט"ז ע"ב ד"ה קסבר דביאת עכו"ם מיקרי ביאת היתר, וחזינן נמי דלענין חללות באונס מבואר ביבמות נ"ו ע"ב דאין חדוש טפי באונס מברצון אע"ג דהתם רק האשה מתחללת ומאי איכפת לן במה שהיה לרצונו של הבעל, בשלמא שם זונה לא תלוי כלל בבעילה של איסור כמבואר ברמב"ם פ"ח מא"ב ה"ה אבל חללות מסתבר דבכה"ג שפיר תלוי בעבירה וע"כ דגם באונס קרוי עבירה וה"נ לענין ממזרות אף אם שניהם אנוסים. ועיין גם בחכם צבי סי' כ"א שהשיג על חכם שטעה טעות משונה לומר בנשאת במים שאין להם סוף ואח"כ בא בעלה דאין הולד ממזר, וכתב שהם דברי שגגה, ואפילו בשניהם אנוסים הולד ממזר, וזה ברור לתינוקות — דאטו ממזר בקנסא או שגגה או אונס תליא מלתא ודאי לא כן הוא" עכ"ל, אלא שאף גם לדברי העונג יו"ט נראה דכל זה דוקא התם לענין יבום דסו"ס לאו זר הוא אצלה לגבי ביאה זו שהתורה התירה וקירבה גם את הרחוקים [וגם אפשר שצריך אח"כ להוציאה בגט] משא"כ הזרעה מלאכותית באשת איש מורע אחר שלגמרי הוא זר אצלה ואסורין זה לזו באיסור כרת אפשר דגם לדידיה יהי' הולד ממזר.

ועיין בשעה"מ פ"ו מיבום שמסתפק "ביבם שיבם את הממזרת ונתעברה מביאה ראשונה אי הולד ממזר כיון דמה"ת רמיא עלי' ליבומי דאתי עשה ודחי ל"ת — ובפרק האומר אמתני' דקתני כל מקום שיש קדושין ואין עבירה הולד הולך אחר הזכר, ופרכינן וכללא הוא והרי גר שנושא ממזרת דיש קדושין ואין עבירה הולד הולך אחר הפגום, ומשנינן מתני' ר"י היא דאמר גר לא ישא ממזרת דיש קדושין ויש עבירה, והשתא אם איתא דיבם שיבם את הממזרת הולד ממזר אכתי תקשי ל"י הרי יבם דיש קדושין ואין עבירה והולד הולך אחר הפגום" עכ"ל, ותקשי נמי לדידן הרי בהזרעה מלאכותית ליכא כלל עבירה ואפי"ה אמרינן דהולד ממזר, ונראה דלאו מלתא היא דגם מאי דתנן "ויש עבירה" הוי רק סימן בעלמא וגם כאן אילו בא עליה הרי איכא שפיר עבירה, וגם במה שהעיר השעה"מ נראה דכיון שרק ביאה ראשונה הוא דדחי ואינה נעשית כאשתו לכל דבר שפיר קרינן ביה "ויש עבירה" אף שלמעשה העבירה נדחית, וצריכים ע"כ לומר כדברינו שהרי אם ההזרעה היא מממזר או לתוך אשה ממזרת ודאי מודו כו"ע דהולד ממזר אע"ג דליכא

כלל שום עבירה וע"כ דמאי דתנן "ויש עבירה" הוא רק לסימנא בעלמא אבל לא שעצם האיסור גורם לעשות הולד ממזר.

עתה נבאר בע"ה דמוכח מהתוס' דענין ממזרות לא תליא כלל בביאת איסור, דביבמות ט"ז ע"ב ד"ה קסבר הקשו למ"ד עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר וז"ל: "וא"ת בשלמא מעבד הוי ממזר דבעבד איכא לאו אלא מעכו"ם אמאי הוי ממזר ב"ד של שם גזרו ומדאורייתא ביאת היתר היא, וי"ל אע"ג דביאת היתר היא מדאורייתא בצנעא מ"מ כיון דלא תפסי בה קדושין הוי ממזר וכו', אי נמי מעכו"ם לא הוי ממזר אלא מדרבנן וכו' והראשון עיקר" עכ"ל, הרי להדיא דלא תלוי כלל אם ביאתו לעולם היתה ע"י ביאת איסור או היתר אלא תלוי רק בזה אם הוא בא ממי שקדושין תופסין בה או לא, וכמו כן בהזרעה מלאכותית אע"ג דליכא כלל שום ביאה מ"מ כמו דלא מקשינן לאנוסת אביו להצריך דוקא ביאת איסור כך אין להצריך שיצירתו של הולד תהי' דוקא ע"י ביאה כדרך כל אדם ולא ע"י הזרעה מלאכותית, דמהיכ"ת נימא שלענין ביאת איסור לא קפדינן שיהא דומיא דאנוסת אביו ורק לענין עצם מעשה הביאה הוא דקפדינן שיהי' דומה להאזהרה של אנוסת אביו, וכדאמרן לעיל דאי לא קפדינן אביאת איסור מסתבר דהענין של ממזרות דומה לפרידה הבאה מכלאי בהמה דאין שום סברא לחלק בין רביעה כדרכה להזרעה מלאכותית, ואין לומר דשאני עכו"ם דכיון דלא שייך כלל בתפיסת קדושין לכן גרע טפי והוי שפיר ממזר גם בביאת היתר משא"כ לדידן בממזר הבא מאיסור ערוה כיון דשייכי בתפיסת קדושין לגבי אחריני אפשר דחיובא דכרת לא הוי רק סימן גרידא אלא שעצם האיסור הוא הגורם להטיל על הולד שם ממזר, חדא דכיון שעיקר הילפוטא הוא מאנוסת אביו ואי אמרינן דהתם לא הוי ממזר אלא ע"י ביאת איסור ולא בהזרעה מלאכותית א"כ מנלן להדש דע"י ביאת עכו"ם בצינעא דקרי ל' התוס' ביאת היתר יהא הולד ממזר, [ואף שגם גזירת ב"ד של שם קרי ל' הגמ' בע"ז ל"ו ע"ב דאורייתא, מ"מ לגבי ממזרות כיון דאין איסורו מפורש בתורה שפיר חשיב ל' התוס' כביאת היתר], ותו דביבמות מ"ד ע"ב איתא "הכל מודים בעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל שהולד ממזר מאן הכל מודים שמעון התימני דאע"ג דאמר אין ממזר מחייבי לאוין ה"מ מחייבי לאוין דתפסי בהו קדושין אבל הכא כיון דלא תפסי בהו קדושין כחייבי כריתות דמי", והקשו בתוס' דאמאי לא קאמר מאן הכל מודים ר' יהושע דאע"ג דאמר אין ממזר מחייבי כריתות ה"מ כריתות דתפסי בהו קדושין משא"כ הני כחייבי מיתות ב"ד דמי, והוכיחו מזה שגם לר' יהושע אין קדושין תופסין בחייבי כריתות ואפי"ה לא הוי ממזר ולהכי לא מצי למימר דמודה בעכו"ם ועבד עיי"ש, ואם נאמר דכיון דעכו"ם ועבד לא שייכי כלל בקדושין גרע טפי ולפיכך הולד ממזר גם בביאת היתר, א"כ מה טעם לא נוכל לומר כן גם לר' יהושע דדוקא בכה"ג שהאיסור גורם לעשות הולד ממזר הוא

דבעינן דוקא ערוה חמורה שחייבין עלי' מיתת בי"ד משא"כ בעכו"ם ועבד דלא שייכי כלל בקדושין ולא באיסור תליא מלתא הוי שפיר ממזר גם לר' יהושע ומוכח מזה דמאי דלא שייכי כלל בקדושין לא גרע טפי משאר חייבי לאוין וכריתות, ואדרבה מבואר שם בדף מ"ה ע"ב דלהלכה אמרינן איפכא שרק היכא דלדידיה הוא דלא תפסי בה קדושין הא לאחרני תפסי הוא דהוי הולד ממזר עיי"ש, [ועיין ברשב"א מ"ד ע"ב סוד"ה מאן וצ"ע] וכיון שכן א"א לומר שרק בעכו"ם הוא דלא קפדינן אביאת איסור משא"כ בשאר חייבי לאוין וכריתות.

וכיון שכן נראה דאע"ג דאנן לא נקטינן כהך מ"ד וקיי"ל דעכו"ם הבא על בת ישראל אפי' אשת איש הולד כשר, היינו משום דלא דמי לשומרת יבם של אביו וכיון דלא הוי כלל בני הוייה קיל טפי ואין הולד ממזר, אבל לולא זה היינו אומרים שהוא ממזר גם לדין דבעינן דוקא איסור ערוה וחיוב כרת, ומוכח ודאי מה שגם להלכה הענין של ממזרות לא תליא כלל בביאת איסור, ומה שנזכר איסור ערוה וחיוב כרת הוי רק סימן לדעת אם האיש והאשה זרים הם זה לזו או לא, ואפילו לתירוצ' השני שבתוס' דכיון שביאת עכו"ם לא הוי ביאת איסור אין הולד ממזר מה"ת, היינו משום דכיון שמדאורייתא אינו עובר בלאו אינו נקרא זר אצלה ולפיכך הולד כשר, אבל בהזרעה מלאכותית ובכה"ג שהולד בא ממי שהאשה אסורה עליו איסור ערוה ואם בא עליה חייב כרת אפשר דגם לתירוצ' זה הולד ממזר, אלא שלפי תירוצ' זה אין לנו שום הכרח וכל ההוכחה שלנו היא רק מהתירוצ' הראשון שכתבו בתוס' שהוא עיקר. [עיין בחלקת יעקב סי' כ"ד אות כ"ג שגם הוא הרגיש מדברי התוס' ביבמות], וגם נראה שהרמב"ם ג"כ סובר כהתירוצ' הראשון שבתוס' שהרי סובר בפ"ב מאיסורי ביאה דגם ביאת עבד ושפחה הוי רק מדרבנן, וכיון שכן דוחק גדול הוא לומר דמ"ש בעכו"ם ועבד הולד ממזר דתרווייהו הוי רק מדרבנן, דבשלמא להתוס' אמרינן דבכל מקום מזכיר עכו"ם אטו עבד וכמו שדרך התנא להזכיר בכל מקום חלוצה אגב גרושה, אבל להרמב"ם ששניהם רק מדרבנן מסתבר דצריכים לומר שיסבור כהתירוצ' הראשון שבתוס'.

והנה מ"ש האחרונים לענין נתעברה באמבטי או בהזרעה מלאכותית שאין הולד ממזר, עיקר יסודם הוא ממ"ש הב"ח ביו"ד סי' קצ"ה: "מצאתי בהגהת סמ"ק ישן מהר"ר פרץ שכתב אשה נדה יכולה לשכב אסדיני בעלה ונזהרות מסדינים ששכב עליהם איש אחר פן תתעבר מש"ז של אחר ואמאי אינה חוששת פן תתעבר בנדותה מש"ז של בעלה ויהא הולד בן הנדה, והשיב כיון דאין כאן ביאת איסור הולד כשר לגמרי אפי' תתעבר מש"ז של אחר כי הלא בן סירא כשר היה אלא דמש"ז של איש אחר קפדינן אהבחנה גזירה שמא ישא אחותו מאביו" עכ"ל, והנה זה ודאי דלהלכה אין לסמוך כלל על האגדה מבן סירא שהיא מפוקפקת וכמו שהביאו מהתשב"ץ ח"ג סי' רס"ג, אלא כל ההוכחה הוא רק מדברי קדמון הוא רבנו פרץ

ז"ל דסובר הכי להלכה, אולם לפי דברינו יתכן דהר' פרץ ז"ל סובר כתירוץ השני שבתוס' או יסבור כמו"ש האב"מ בסי' ט"ז דגם בעכו"ם הבא על בת ישראל איכא שפיר עבירת לאו של בתך לא תתן לבנו וכמו שרצו התוס' לומר כן בקדושין ע"ה ד"ה ור' ישמעאל ועיי"ש שסובר כן גם בדעת הרמב"ם משא"כ לפי מ"ש התוס' שהתירוץ הראשון הוא עיקר שפיר נראה דהולד ממזר.

ברם צ"ע לפי המבואר ביבמות מ"ה ע"ב דטעמא דעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר הוא משום דלא דמי לאשת אב דלא תפסי בה קדושין לדידיה אבל לאחרני תפסי לאפוקי הני דלא תפסי בהו קדושין לא לדידיה ולא לאחרני, ועיי"ש ברשב"א שהק' דמה טעם יש בזה דאדרבה כ"ש דגרע טפי ויש להיות הולד ממזר, ופירש דכיון דלאו בני קדושין גינהו אפי' עבד בשפחה ונכרי בנכרית נמצא דמאי דלאו בני קדושין גינהו הוא משום דלא שייכי כלל בקדושין אבל לא משום חומרא דערוה ולפיכך אין הולד ממזר, וצ"ע דהתינח בבא על הפנויה אבל בבא על אשת איש דאיכא נמי חיוב מיתה מאי איכא למימר, וראיתי בקובץ הערות סי' ל"ז שפירש דבעינן דומיא דאשת אב שרק אותו האיסור הוא המונע את הקדושין מלחול משא"כ בעכו"ם ועבד דבלא"ה לא שייכי בקדושין, ולפי דברינו אכתי תקשי דסו"ס הריחוק שבין האיש והאשה הוא עוד יותר גדול משאר אשת איש כיון דהכא איכא תרי טעמי למניעת הקדושין חדא שהיא אשת איש וגם מפני שהוא עכו"ם, אבל אם נאמר שרק איסור ביאה הוא הגורם שיהי' הולד ממזר יכולים לדחוק ולומר דבעינן דוקא איסור כזה אשר רק הוא מונע את הקדושין אולם לפי דברינו שהאיסור הוי רק סימן וגילוי מלתא קשה טובא להבין דברי הגמ'.

ולכן רחש לבי לומר דמ"ש בתוס' דאע"ג דהוי ביאת היתר אפי"ה הולד ממזר היינו דווקא לר' עקיבא כיון דלהדיא תנן בדף ס"ט ע"ב דעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר ומוקמינן לה כוותיה ולכן אליבא דידיה צריכים שפיר לומר חדוש זה דכל הענין של תפיסת קדושין הוי רק סימן וגילוי מלתא לדעת שהם ב' מינים ולא תליא כלל בביאת איסור, משא"כ לדידן דבעינן נמי איסור ערוה שפיר אמרינן שרק בביאת איסור תליא מלתא, וכיון שכן נוכל שוב לומר דרך לר"ע הוא דהוה ממזר בהזרעה מלאכותית ולא לדידן, אולם לא מסתבר כלל לחדש דר"ע ורבנן פליגי נמי בהא, והרי לא מצינן דפליגי אלא אי בעינן דוקא חיוב כרת או כל שהוא בלא יבוא ובתפיסת קדושין תליא מלתא, אבל מנלן לחדש גם פלוגתא זו דלר"ע אף בהזרעה מלאכותית הולד ממזר ואילו לרבנן לא הוי ממזר אא"כ גם נוצר הולד מביאת איסור ערוה שחייבין עלי' כרת, ותו דביבמות מ"ד ע"ב סובר ר' יוחנן שגם לר"ש התימני עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר. [גם נלענ"ד שמדברי הגמ' שם מוכח נמי כדברינו שהחיוב כרת הוי רק סימן בעלמא אף אם נאמר דביאת עכו"ם מיקרי נמי ביאת איסור, דבשלמא אם נאמר שהאיסור

הוי רק סימן בעלמא לדעת את גודל המרחק שבין האיש והאשה, יכולים שפיר לומר דעכו"ם ועבד נמי זרים הם זה לזו כיון דלא תפסי בהו קדושין ודמיא שפיר לאשת אב כמו"ש שם בדף מ"ה ע"ב, אבל אם נאמר שרק האיסור הוא הגורם איך אפשר להשוותן לאשת אב דאית ב' תרתי לרעותא דחוץ ממה דלא תפסי בה קדושין איכא נמי איסור חמור של כרת או מיתת בי"ד משא"כ בעכו"ם ועבד, אולם לדברינו ניחא], ובפרט שגם אם לא נאמר כדברינו עדיין אין דברי הרשב"א מובנים לענ"ד כראוי, דסו"ס חוץ ממה שהוא עכו"ם הרי איכא נמי הך ריעותא שהיא אשת איש ומ"ט הולד כשר, וגם צ"ע להפנ"י בגטין מ"ג ע"א שכתב דמאי דלא תפסי קדושין באשת איש הוא מפני שהיא קנויה לבעל ואין לה יד לקבלת קדושין. ולאו בחיוב כרת תליא מלתא, דלפי"ז נמצא שגם אשת איש לא דמיא לאשת אב ואפי"ה הולד ממזר, ולכן יותר נלענ"ד לומר דמה שאין עושה ממזרות אלא מי שהוא בר קדושין היינו דכיון שאשה אחרת יכול לקדש ורק מזו התורה הרחיקתו אז חזינן שפיר שהתורה עשתה את אלה השנים כב' מינים מחולקים, משא"כ במי שאינו שייך כלל בקדושין ואינו רחוק מאשה זו יותר מאחרות שפיר אמרינן דמי שאינו יכול להיות קרוב אינו נקרא גם בשם רחוק ואין הולד ממזר, [עדיין צ"ע קצת בביאור דברי ר"ת ביבמות מ"ט ע"ב לענין יבמה לשוק], או כהריטב"א שפירש שם בפונת הגמ': „דכיון דאין קדושין תופסין להם בשום מקום אין הולד נגרר אחריהם כלל ונגרר כולו אחר אמו וכאילו הוא ישראל גמור“. וכיון שכן הננו נשארם כמה שכתבנו דלתירוץ הראשון שבתוס' אית לן ודאי למימר דמדד' עקיבא נשמע גם לרבנן שהענין של ממזרות לא תלוי כלל בביאת איסור, ואפילו בלא שום ביאה כלל וכגון שנתעברה א"א באמבטי או ע"י הזרעה מלאכותית מזרע של איש אחר כיון שיצירת הולד הוא מאיש ואשה שהתורה עשאן כשני מינים נקרא ממזר.

כן ראיתי בקובץ הערות להגאון ר"א וסרמן הי"ד שכתב בסי' ג' אות ו' ביבם שבא על יבמתו בלא עדים להסוברים דלא נתקיימה בכך מצות יבום דאם נתעברה מביאה זו הולד ממזר אע"ג דלא מחויב כלל בכרת על ביאה זו, וכתב נמי דהיינו דאמר אבא שאול קרוב בעיני להיות הולד ממזר אע"ג שגם לדידיה אין איסור בביאה זו, ועיי"ש שמבאר דאין הכרת בעצמו גורם להיות הולד ממזר אלא סיבת הכרת היא הגורמת לכך, וביבמה הזקוקה ליבם אף שהאיסור בפועל הותר וליכא כרת גם בכה"ג דלא קעביד מצוה, מ"מ סיבת האיסור של אשת אח עדיין יש ואף שאיננה ערוה לאיסור כרת מ"מ היא ערוה לענין תפיסת קדושין ולפיכך הולד ממזר, הרי להדיא שהוא ז"ל סובר נמי כדברינו, ועוד הרחיק לכת לומר דגם בכה"ג שהביאה היא ממש בהיתר גמור אפי"ה הולד ממזר, אולם לענ"ד נראה איפכא דאפי' אם נאמר שהבא על יבמתו שלא בעדים כיון דלא קנאה חייב נמי כרת

משום דלגבי ביאה זו לא פקע כלל איסורא דאשת אח, מ"מ א"א לומר דחשיבה ערוה לגביה כיון שיכול עכ"פ לבוא עליה וליקח אותה לאשה ע"י יבום ולאו זר הוא אצלה ואין זה דומה כלל לאשת אב, ובפרט שכנים הם הדברים דאפי' בביאה דלית בה מצות יבום ג"כ ליכא כרת כמו"ש התוס' בר"פ החולץ ל"ה ע"ב מהא דתנן ביבם קטן שבא על יבמה גדולה שתגדלנו אע"ג דלשיטת התוס' בקדושין י"ט ע"א אינו קונה כלל מה"ת, ולכך נלענ"ד דהבא על יבמתו כשהוא שכור או ישן אע"ג שלא קנאה או אפי' פירש להדיא בשעת ביאה שכוונתו רק לזנות ולא לשם קנין (עיין בתשו' רע"א סי' רכ"א רכ"ב) אפי"ה אין הולד ממזר, וכמו שאינו עושה אותה לזונה ואינה מתחללת בביאה זו כיון דתנן שתגדלנו אפי' אם היא כהנת, כמו כן אין הולד ממזר.

ומסופקני לדעת הסוברים שסומא פטור מכל המצות גם מלאוין איך יהי' הדין בבא על אחותו ושניהם סומין מי אמרינן דכיון שמותרת לו לאו זר הוא אצלה ואין הולד ממזר, או אפשר דכיון שלגבי כל העולם חזינן דהתורה עשאן לב' מינים לכן אע"ג דסומא מותר בהרכבה זו, מ"מ גם הכי חשיבי כב' מינים מחולקים והולד ממזר אפי' אם שניהם סומין, ומיהו בשניהם חרשין או שוטין לא מסתפקנא משום דהוי שפיר ביאת איסור אלא שפטורין מפני שאין להם דעת וחשיבי כאנוסין [אלא שהפרמ"ג בפתיחה כוללת לאו"ח ח"ב או"ז מסתפק דדלמא חרש חשיב כעכו"ם דלא שייך כלל בקדושין ואם בא על אשת איש לא יהי' הולד ממזר], וכמו כן נראה במי שאחותו נתעברה בין נשיו דפשיטא לי' לבע"ס המקנה בפ"ב דקדושין דאם הוכרו ולבסוף נתעברו הרי היא מתבטלת מה"ת (ראה בשערי יושר שער ג' פכ"ב) ולפי הכלל דבביטול ע"י תערובת נהפך האיסור להיתר נמצא דאף אם הוכרה אח"כ שהיא אחותו מ"מ הולדות שנולדו לפני זה אפשר שהם כשרים כיון דרק מכאן ולהבא נאסרת ולא למפרע וכמו שפטור מחטאת כך אין הולד ממזר, אך אם נאמר כדברינו שהחיוב כרת הוא רק אות וסימן לדעת שהם ב' מינים אפשר דאף בכה"ג הבנים ממזרים ויש פנים לכאן ולכאן, וכמו כן נראה לענין משמש באבר מת שלפי"ד רופאי זמננו נשתנה הטבע ואפשר להתעבר גם מביאת שחוף, דלפי דברינו נראה דאע"ג שהמשמש מת בעריות פטור אפי"ה הולד ממזר, אך אם נאמר דבהזרעה מלאכותית הולד כשר, נראה דגם כאן הולד כשר וצ"ע.

וחזינן נמי במל"מ פט"ו מאישות ה"ד שכתב דא"א לאשה להתעבר ע"י אמבטי כיון דמבואר שגם העראה ממעטינן בשפחה חרופה משום דכתיב שכבת זרע ואין אשה מתעברת מהעראה עיי"ש, אולם פשוט הוא וכן כתב הערוך לנר ביבמות י"ב והחזו"א באבה"ע סוף סי' ס"ב דאף שיכולין שפיר להתעבר בצד רחוק גם מהעראה גרידא, אפי"ה אין זה קרוי עיבור ע"י שכיבה כדרך כל אדם אלא מה שהזרע נקלט בה אח"כ דומה לקליטת זרע מאמבטי ולכן אין אותה השכיבה

קרובה בשם שכבת זרע, ומעתה אם נאמר דבהזרעה מלאכותית אין הולד ממזר מסתבר דכמו כן אם נתעברה ע"י העראה אע"ג שחייב על ביאתו כרת מ"מ במה שמוציא זרעו לאותו מקום והיא מתעברת אח"כ ממנו לא הוי כלל מחמת ביאתו אלא חשיב כנתעברה באמבטי [והרי זה דומה למשמש בנרתיק או דש מבפנים וזורה בחוץ שאף אם יקח אח"כ את הזרע ויכניסנו לתוך רחמה חשיב נמי כהזרעה מלאכותית אע"פ שהזרע יצא ממנו תחלה באיסור כרת] ואין זה מתקבל כלל על הדעת, וכמו"כ נלענ"ד דמי שבא על ערוה דרך שפופרת תחובה באותו מקום דאף אם נאמר דבכה"ג שאין הבשר מורגש כלל ולא היו כלל לבשר אחד קיל טפי מבא עליה דרך סדין (ראה אחיעזר ח"ג סי' כ"ד) וליכא כרת, אפי"ה נראה דהולד הנוצר מהרכבה זרה זו הוי שפיר ממזר.

ואף שיודע אני דמכח קושיות ופירוקים א"א לברר הלכה חמורה זו, מ"מ כל כוונתי רק לומר דלדעת התוס' קרוב לודאי שתולד ממזר וממילא א"א לסמוך לקולא על דברי הר"ר פרץ ז"ל, ועל רוב הראיות שראיתי בספרים להוכיח מהש"ס שלא נתנו ציור זה של נתעברה באמבטי, נראה פשוט שלא רצו להזכירו מפני שאינו שכיח כלל, עד כדי כך שהר"ח במס' חגיגה ט"ז ע"א קרי ליה "מעשה נסים" ואין מזכירין מעשה נסים, אך מסתפקנא לפי מה שהר"ח סובר שם דבנתעברה באמבטי אינה טמאה לידה מפני שאין אני קורא בה אשה כי תזריע, דלפי"ז בן הנולד ע"י הזרעה מלאכותית לא יהא נמול לשמונה בשבת, דהא ביוצא דופן מספקינן בגמ' שבת קל"ה דלמא כל שאין אמו טמאה לידה אין נמול לשמונה וקיי"ל להלכה ביו"ד סי' רס"ו סעיף י' דלא מהלינן ליה בשבת, ומעתה אם נאמר שעיקר טעמו הוא משום דהו"ל מעשה נסים אין זה שייך כלל להזרעה מלאכותית שהוא דבר טבעי ולא הוי כלל בגדר נס, אך בעניי אין אני מבין יפה דמהיכ"ת נימא דמכח זה שאינו מצוי כלל והוא קרוב לנס שלא תהא אמו טמאה לידה, ולכן יותר מסתבר לומר דעיקר טעמו של הר"ח — שכל דבריו דברי קבלה — הוא משום דכל שהאשה אינה מסייעת להזרעת הבעל אין אני קורא בה אשה כי תזריע וגם מפני שאין זה דרך הזורעים, וכיון שכן הרי גם בהזרעה מלאכותית אין האשה מסייעת להזרעתו וגם לא הוי כדרך הזורעים, ואפשר דלא מהלינן ליה בשבת וצ"ע.

(ב)

לפי מה שכתבנו דהענין של ממזרות לא תלוי כלל בביאת איסור אלא בזה שהולד מורכב ונוצר משני גופים מחולקים דלא תפסי בהו קדושין ואסורה עליו משום ערוה, יש לחקור במי שהזריק זרע לתוך אשה שהיא אשת איש אבל עד שהזרע נקלט מת בעלה והרי היא פנויה, מי אזלינן בתר תחלת ההזרעה שהיתה אשת איש והולד ממזר, או אפשר דכמו שבזרעים ובעץ השדה לענין ערלה וכדומה [רק לגבי מעשה הזרע לענין שבת וכלאים הוא דסגי בזריעה בלבד] הולכין רק

אחר שעת הקליטה ולא אחר תחלת הזריעה והנטיעה, כך נאמר ג"כ בזרע האדם דכל זמן שהזרע לא נקלט כמאן דמנח בכדא דמי וצריכים לילך רק אחר שעת הקליטה. וקל וחומר הוא מזרעים שהזריעה היא ממש במקום הקליטה ולא מחוסר כלל שום הולכה, ואילו בנ"ד הזרע נופל קצת יותר רחוק ממקום שהשמש דש היינו סמוך לצואר הרחם, ואין הקליטה מתחלת אלא לאחר שהזרע נכנס לצנור המוביל מהרחם לשחלה — מקום שהביצים של האשה נוצרות שם — וכיון שכן מ"ט לא נאמר דכל הזמן שלפני הקליטה כמאן דשדיין בכדא דמי.

והנה בנו"ב בחאה"ע סי' ס"ט הביא קושיא חמורה דאיך אשה מתיבמת תיכף אחרי ג' חדשים מיום המיתה דלמא לא נקלט זרע עד יום ג' ועדיין לא שלמו ג' חדשים שלמים מזמן עיבורה ונמצא פוגע בספק אשת אח והי' לו להמתין עוד ג' ימים שרק אז ניכר עובריה [ועיין בתשו' רע"א סי' פ"ט וצ' שהביא מבעל חו"ד די"ל שרוב הנקלטים קלטי ביום אחד, אולם הרע"א שם וכן בדוח"ד ליבמות מ"א ע"א השיג עליו והוכיח נגד זה מהתוס' והרשב"א, וכן כתב נמי הסדרי טהרה בסי' קצ"ו ס"ק מ"ז ועיין גם בשו"מ ח"ג סי' קמ"ט] והעלה משום כך חדוש גדול דכיון שלא קלטה הזרע קודם מיתת בעלה אף שקלטה אחר מיתה ובנו הוא לכל דבר, מ"מ לענין יבום כבר קרינן ביה ובן אין לו בשעת מיתה ובת יבום היא אף אם תלד אח"כ בן, ומעתה כיון דהאי גאון ז"ל סובר כן גבי יבום דאע"ג דכתיב אין לו ודרשינן עיין עליו אפי"ה אמרינן דכל זמן שהזרע לא נקלט לאו כלום הוא, מסתבר דה"ה נמי בנד"ד צריכים לילך רק אחר שעת הקליטה ולא אחר שעת הכנסת הזרע לתוך הרחם, ולא סברא הוא כלל לומר דאף שהקליטה הוא העיקר אפי"ה היא נגדרת אחר המצב שהי' בתחלת ההזרעה.

ואם כנים אנו בזה צ"ע טובא דלפי"ז גם בביאה ממש מי שבא על אשת איש ולפני שהזרע נקלט מת בעלה או נתגרשה [לדעת רופאי זמננו אי אפשר כלל שהקליטה תתחיל תוך שעה אחת מהביאה] יהי' הולד כשר, שהרי איסור ביאה בלבד אינו יכול עדיין להטיל על הולד שם ממזר, וכן להיפך מי שבא על הפנויה ולפני הקליטה נתקדשה צריך להיות הולד ממזר לפי דברינו שגם בהזרעה מלאכותית הולד ממזר, וכיון שאם חזר והוציא ממנה את הזרע ושוב חזר והכניסו שנית ע"י מזרק לאחר שנתקדשה הרי לפי"ד הולד ממזר כיון דבקליטת הזרע תליא מלתא ולא בביאה וה"נ גם כאן, אולם הנו"ב עצמו כתב על דבריו שהוא דבר חדש שלא נמצא בשום פוסק, ומעולם לא שמענו שאם בא על אשתו שעה אחת לפני מותו שתתחייב אח"כ לחלוץ מספק אף אם נתעברה וילדה בן וכן הקשיתי לפי מה שהביא הברכ"י בחאה"ע סי' א' אות ט"ו פסק מאחד הראשונים הרב ר' שלמה מלונדון ז"ל "אין אשה יכולה לרחוץ ביום טבילתה במרחץ שרחץ בו בעלה שמא תתעבר ויהי' הולד בן הנדה", דלפי מה שסובר שגם בלי ביאת איסור

לבן נדה יחשב [פשוט הוא דגם לדידיה רק פגמא איכא אבל איסור נדה ליכא] א"כ באשה שנתעברה סמוך לוסתה האם נוכל להעלות על דעתנו שהולד יחשב לספק בן הנדה, והרי איכא חד מ"ד דסובר שאין אשה מתעברת אלא סמוך לוסתה ואפי"ה אף גם מדרבנן מותר לבוא עלי' יום לפני הוסת אע"פ שלפעמים שוהה הזרע לקלוט ב' או ג' ימים והיא תתעבר בתוך נדותה, ולכן נראה דלא מיבעיא במי שבא על אשתו כדרך כל אדם ודאי אמרינן דמיד כשהכניס זרעו לתוך גוף האשה ולא מחוסר עוד שום מעשה בידי אדם דכהתחלת הריון יחשב, ואף אם הקליטה היתה רק לאחר כמה ימים מ"מ הולכין רק אחר שעת הביאה בין לחומרא ובין לקולא, אלא אפי' בנתעברה באמבטי או בהזרעה מלאכותית ג"כ נראה דאזלינן רק אחר הזמן שהזרע נכנס לתוך גופה כיון שהקליטה כבר תבוא ממילא בלי שום מעשה, ומה שהקשינו דמ"ש מזרעים ונטיעות שעד הקליטה כמאן דשדיין בכדא, אפשר דכיון שהוא יותר סמוי מן העין ואין יד האדם שולטת בו כל כך הרי זה חשיב טפי כנגמר ולפיכך הולכין רק אחר הביאה או אחר תחלת ההזרעה.

ומ"מ נראה במי שהוציא את זרעו לתוך כלי ומת בלא בנים לפני שהכניסו את הזרע לתוך רחם האשה, דאע"ג שנתעברה אח"כ וילדה ולד של קיימא אפי"ה חייבת ביבום, משום דאף שהולד מתיחס אחריו והוא בנו לכל דבר מ"מ כיון דבשעה שמת בעלה עדיין מחוסר מעשה של הכנסת הזרע לגופה מיד כבר חל עלי' חובת יבום, ואף שלענין ירושה שפיר נקרא יורש, היינו מפני שדין ירושה לא תלוי דוקא בשעת מיתה ויכול שפיר לחול עליו שם יורש גם זמן רב לאחר מיתת המוריש, כמו למ"ד שאין זכיה לעובר אפי' בירושה דממילא דאפי"ה שפיר חייל עליו שם יורש גם לאחר מיתת האב כמבואר בר"פ מי שמת משא"כ ביבום, [גם זה פשוט וברור וא"צ לפנינו דע"י הזרעה מלאכותית ליכא הקמת שם ולא מתקיים כלל מצות יבום, ורק בביאה תליא מלתא כדכתיב יבוא עליה ואפי' בביאה שאינה ראויה להתעבר ג"כ איכא מצות יבום כמבואר ביבמות כ' ע"א עיי"ש בתוד"ה יבוא] וכמו כן נראה באשה שיש לה טבעת בתוך הרחם המונע את ההריון דאם זינתה כשהיא אשת איש ונתגרשה או מת בעלה ואח"כ הוציאה את הטבעת ונתעברה דאפשר שאין הולד ממזר, כיון דמעיקרא כשבא עליה לא הי' הזרע ראוי לקליטה ורק הסרת הטבעת היא שגרמה לכך לכן אף שהזרע יצא ממנו ע"י ביאת איסור אפי"ה אפשר דאין הולד ממזר כיון דכל זמן שהיתה אשת איש לא הי' הזרע ראוי לקליטה וכמאן דמנח בכדא דמי אלא שגם זה אין נלענ"ד לומר שהסרת הטבעת הוא עיקר כיון שרק מסיר את המונע ואין עושין כלל שום מעשה בגוף הזרע, והדבר צריך תלמוד.

ודאיתנן להכא נראה לבאר מה שנסתפקו גדולי עולם לענין אשה שנתעברה באמבטי אם הולד מתיחס אחר בעל הזרע או לא, ולכאורה אין דבריהם מובנים

דמהיכ"ת נאמר חדוש זה שגם לענין יחס רק בביאה תליא מלתא, הרי לענין הרבעת בהמה למ"ד חוששין לזרע האב, או בכלאים שאביו בהמה ואמו חיה לענין איסור חלב, הלא פשוט הוא דאין שום טעם וסברא לחלק בין נתעברה כדרכה או ע"י הזרעה מלאכותית כיון שבמציאות הוא מורכב משניהם, וא"כ מהיכ"ת גימא דלענין יחס בעינן דוקא שיבוא עליה כדרך כל אדם, אולם לדברינו שהבא על אשת איש ונתגרשה לפני קליטת הזרע אפי"ה הולד ממזר משום דמיד כשפלט הזרע ממנו ונכנס לתוך האשה ה"ז חשיב כתחלת הריון אף אם יודעים ודאי ששהה הזרע לקלוט כמה ימים, יתכן גם לומר דדוקא ע"י ביאה כיון שתיכף עם פליטת הזרע ה"ז חשיב כתחלת הריון לכן הבן מתחיל שפיר להתיחס תיכף אחריו, משא"כ בנתעברה באמבטי או ע"י הזרעה מלאכותית כיון דמה שהזרע יצא ממנו ונמצא באמבטי או במזרק א"א כלל לחושבו כתחלת הריון, אפשר דכל שאין היחס מתחיל תיכף שוב אינו חוזר ומתחיל ואמרינן כיון דפסקה פסקה ורואין אותו כמי שיש לו רק אם ולא אב [גם יתכן שלפי דבריהם יש להסתפק דאולי מה שהבן מתיחס רק אחר אביו הוא משום דמיד כשהאב עשה מעשה והזריע רואין אותו כאילו הוא עשה את כל הולד ומתיחס רק אחריו, משא"כ בכה"ג שעדיין מחוסר מעשה של הכנסת הזרע אפשר שהאב והאם שניהם שוין והבן מתיחס לשניהם ואם האב כהן והאם ישראלית יהי' הבן חצי כהן וחצי ישראל] ואע"ג שאם מת וחזר וחי עפ"י נס מסתבר דלא נפסק היחס, שאני התם שכבר נתיחס תחלה והוא רק חוזר לקדמותו משא"כ הכא שהוא דחוי מעיקרא.

ואי אמרינן הכי נראה דכמו כן אין הולד ממזר אע"ג שמצד המציאות הולד בלול ומורכב מאב ואחות, דהא נפיש רבנותא דס"ל דטעמא דעכו"ם הבא על בת ישראל הולד כשר הוא משום דרחמנא אפקריה לזרעי' דעכו"ם והולד נגרר כולו אחר האם ולפיכך אינו ממזר, עיין בריטב"א יבמות מ"ה ע"ב ובדף ט"ז ע"ב תוד"ה עכו"ם ושם בתוס' רי"ד הנדפס מחדש ובדברי הגר"א סי' ד' סעיף ה' עיי"ש, אלא שאעפ"כ נראה כהסוברים שגם בנתעברה באמבטי הולד מתיחס שפיר אחר בעל הזרע, וכדחזינן דבעכו"ם אע"ג דכתיב בהו וזרמת סוסים וזרמתם ולא מסתבר כלל לחלק בין ביאה ממש להזרעה מלאכותית, אפי"ה קיי"ל כר' יוחנן דסובר בירושלמי יבמות פ"ב ה"ז דעכו"ם יש לו יחס וגם בביאה כדרך כל אדם אפשר דאין היחס מתחיל אלא לאחר ארבעים יום כיון דכל מ' יום חשיב רק כמיא בעלמא וה"נ גם כאן, וכיון שכן ה"ה נמי בישראל שבכל ענין מתיחס אחריו, אלא שבזה פשוט הוא דהולכין רק אחר שעת הכניסה לתוך גוף האשה ולא אחר שעת עקירת הזרע מהאב, ואם בשעה שהזרע נעקר ממנו היתה פנויה ואח"כ ניסת והיתה לאיש והכניסו בה את הזרע דמעיקרא יהי' הולד ממזר [אך אם בשעת עקירת הזרע הי' גברי ואח"כ נתגייר פשוט הוא דאין לו שום יחס

אליו כיון דכקטן שנולד דמי וה"ז חשיב כנכרי שהוציא זרעו לתוך מזרקה ואח"כ מת דדינו של ו'לד זה הוא כעכו"ם הבא על בת ישראל], אולם לדינא עדיין לא ברור אצלי במי שהכניסו מזרעו לתוך רחם אשתו ומת בלא בנים לפני הקליטה אם כנים הם הדברים שכתבנו לראות את הכנסת הזרע כביאה ופטורה מחליצה, או אפשר דבכה"ג דלא הוי ממש ע"י ביאה כדרך כל אדם צריכים שפיר לילך רק אחר הקליטה וצ"ע.

ומה שכתב בס' חלקת יעקב שם אות ז' דבהזרעה מלאכותית אף אי אמרינן דבנו הוא לכל דבר מ"מ לא הוי רק ספק דדלמא לאו אביו הוא דבזה לא שייך לומר רוב בעילות אחר הבעל, אין אני מבין את דבריו, ולא מיבעיא אם הזרע הוא מהבעל עצמו מהיכ"ת נחשוש לשמא נזרעה גם מאיש אחר, אלא אף אם ידוע שהזרע הוא משל איש אחר מ"מ אם הבעל והאשה אומרים שפירשו זה מזו מג' חדשים שלפני ההזרעה עד ג' חדשים לאחר ההזרעה מהיכ"ת נחשוד בהם שלא התנהגו כדין ומה טעם יהי' הולד רק ספק בן ולא ודאי [כן השתוממתי לראות ב"קונטרס" שקבלתי שגם בס' עמק הלכה ובהפרדס תשי"א חוברת א' כתבו כהחלקת יעקב, אך גם מובא שם שבספר היובל להפרדס יש מי שחולק עליהם] וכמו זר הוא בעיני דבר זה, ולא גרע מפנויה שנתעברה שאם אין עליה רינון וידוע מי שבא עליה דהרי הוא בחזקת אב וכ"ש הכא.

כמו כן מסתבר שאין לחוש כלל בזה לאיסור הוצאת זרע לבטלה, כיון שלפי דברי הרופאים ההזרעה היא ממש במקום ביאה וצריכים גם בהזרעה מלאכותית לאותה כמות הזרע שרגיל לצאת מהאדם ע"י ביאה, ואף להמחמירים להוציא זרע לצורך בדיקה, היינו משום דאותו הזרע מעיקרא הוא עומד רק להשחתה משא"כ הכא ההוצאה היא לצורך הזרעה ולא להשחתה [נלענ"ד שאף אם נאמר דבהזרעה מלאכותית אין הבן מתיחס אחר בעל הזרע אפי"ה אין דברי בעל דברי מלכאל מובנים במ"ש בח"ד סי' ק"ז "דכיון שלא יהא נחשב כבנו א"כ הרי הוא כמוציא זרע לבטלה" ואחריו נמשכו עוד כמה ממחברי זמננו, והוא תמוה דמ"מ הרי מקיים בכך מצות שבת, וכמו שמותר לעבד עברי לישא שפחה כנענית אע"פ שהולד כמותה] רק צריכים להקפיד לעשותו דוקא ע"י רופא נאמן ובנוכחותו של עוד רופא כדי שידעו ברור שהזרע הוא מהבעל ולא מאיש אחר, ואף שאם יתפשט ההיתר יש לחשוש טובא שקלי הדעת יעשוהו בלי השגחה מעולה על הרופא, ולפי דברינו הרי יש לחוש שהבנים יהיו אח"כ ממזרים, אך בלא"ה אין בכוחנו להעמיד הדת על תילה ולחסום דרך מפני עושי עולה, ולכן אין טעם להחמיר ולאסור את המותר על כשרים וטובים בגלל פוחזים וקלי דעת.

ובנוגע להספק אם ע"י הזרעה מלאכותית מקיימים מצות פו"ר או לא, אף שראוי לפלפל בזה מ"מ אין מקומו בקובץ זה, ונלענ"ד דאף בכה"ג שמניעת

ההריון הוא מפני שימי התעברותה של האשה חלים בימי נדותה אפי"ה לא רמיא כלל חיובא עליהו להתחכם בתחבולות כאלה, רק יש לדון איך הוא הדין כשהאשה תובעת מבעלה לעשות כן משום חוטרא לידה והוא אינו רוצה או איפכא שהבעל רוצה להכריח את אשתו לעשות כן משום מצות פו"ר ושבט, אם מחייבים אותם על כך או לא, וכן בכה"ג ששה עשר שנים ולא ילדה והאשה אינה מסכמת להזרעה מלאכותית אם גם בכה"ג תוכל לכוף את הבעל לגרשה, ונראה דאם צריכים לעשות את ההזרעה רק בימי נדותה, מסתבר דחזי נמי לאצטרופי טענת קים לי כהרב ר' שלמה ז"ל מלונדון שסובר שהולד נחשב כבן הנדה [אע"פ שלא זכיתי כלל להבין דבריו] אך אם אפי' אפשר לעשות את ההזרעה מהבעל גם בימי טהרתה — כי מה שמכניסים את פי המזרק תוך צואר הרחם אין לחוש בזה לפתיחת הקבר כיון שהוא דק ונכנס דרך הפתח בריווח ואין הקבר נפתח יותר ממה שהוא בטבעו — וכגון שמניעת ההריון היא מסיבה אחרת, אפי"ה לא ברור הדבר אם אפשר להכריח על כך, והדבר צריך תלמוד.

(ג)

בברכי יוסף חאה"ע סי' י"ג אות י' מסתפק באשה שנתעברה באמבטי אי שריא להנשא כשהיא מעוברת ומניקה או אסירא כדין מעוברת ומינקת חברו, ועיקר ספיקו הוא דכיון שרק גזירת חכמים היא אפשר דבמלתא דלא שכיחי לא גזרו רבנן, ועל סמך זה ראיתי שמחברי זמננו כתבו דאף שהברכ"י נשאר בספק מ"מ בהזרעה מלאכותית שהוא דבר שכיח ודאי מודה דאסור, ולפיכך פסקו דאשת איש שנתעברה באופן מלאכותי מאיש אחר אע"ג שלא נאסרה על בעלה אפי"ה צריך לפרוש ממנה בכל משך ימי העיבור והיניקה [אך אם הזרע הוא מהבעל עצמו אף להסוברים דאין הבן מתיחס אחריו מ"מ מעוברת "חברו" מיהא לא הוה] ובציץ אליעזר ח"ג סי' כ"ז גם מסתפק דאם עשתה כן בידיעת בעלה דאולי דינו ככנס במזיד מעוברת חברו שיוציא בגט אפי' הוא כהן שלא יוכל עוד להחזירה.

אולם ראיתי באבני מלואים סי' י"ג סק"א שכתב "דלא אסרו חז"ל מעוברת חברו ומינקת חברו אלא היכא שנשאה באיסור שהיתה מעוברת או מינקת אבל אם בשעה שנשאה ה' בהיתר דנמצאת מעוברת לית לן בה כיון דבהיתר נשאה ולא בעי הפרשה", וכיון שכן אפשר דמעיקרא לא גזרו רבנן אלא איסור נשואין ולא על אשה שנתעברה אח"כ בהיותה כבר תחת בעלה. שוב ראיתי באוצר הפוסקים סי' י"ג אות ס"ח שהביא חבל מחברים של גדולי עולם שכתבו דדוקא אם בא לישא לכתחלה הוא דאסור אבל נשוי שאשתו נאנסה תחתיו ונתעברה לא הפקיעו חכמים זכות הבעל משום הולד שבא בגבולו, וגם הובא שם מהישועות

מלכו שכתב "מי שאנס אשת חברו כל שהוכר עוברה מותרת להבעל גם בימי עיבורה ואין צ"ל בימי הגקה וזה פשוט וא"צ לפנים", ונלענ"ד דמסתבר שאף אם נאנסה אשה ע"י אחרים ברצון הבעל ג"כ לא הוי בכלל הגזירה, וה"ה דבנד"ד שפיר מותרת לו כיון שההזרעה נעשתה בעודה תחתיו והיא כבר אשתו, ואין לומר דאסור עכ"פ לעשות כן לכתחלה משום טעמי הגזירה, דפשוט הוא שבנד"ד לא שייך כלל הטעם שאמרו בגמ' יבמות י"ב ע"א דדלמא איעברה ומעכר חלבה וקטלה ליה, כיון דחזינן שעד עכשו לא יכלה כלל להתעבר ממנו, ותו דכיון שהבעל מסכים לעשות ההזרעה מסתמא הוא עצמו רוצה בכך או מפני שאינו רוצה להפרד מאשתו שרוצית בכך, וכיון שכן לא מיבעיא דלא קטלה ליה אלא אף אם ימות מאליו תעשה הזרעה מלאכותית פעם שנית ושלישית, ולכן אע"ג דלא פלוג חכמים בגזירתם ואסרו אפי' בוקן וסריס, וכדחזינן נמי דבתוך גזירת פירות הנושרין נכללת גם ביצה שנולדה בשבת וביו"ט אע"ג דלא שייך כלל טעם הגזירה, מ"מ בנד"ד שפיר מותרת לו לאחר ימי הבחנה דהיינו משהוכר עוברה.

ומיהו אם יגרשנה וההזרעה תהא בהיותה פנויה כדי לצאת מחשש ממזרות [וחששא דמחזיר גרושתו ליכא הכא כיון שלא היתה לאיש אחר ואפי' אם זינתה מותרת לו וכ"ש הכא] תחשב ודאי כמעוברת חברו ולא ישאנה עד לאחר כ"ד חודש מלידתה, זולת אם נאמר שבכה"ג לא גזרו חכמים עיין באוצר הפוסקים סי' י"ג ס"ק ע"א אות ב', אך אם ההזרעה תהא מעכו"ם דאיכא נמי ספיקא דשמא לא הוי בכלל "חברו" עיין שם באוה"פ ס"ק ע"ב אות ב' אפשר דיש להקל מיד לאחר הלידה אם עדיין לא התחילה כלל להניק, אולם אין זה נוגע כ"כ למעשה, כי אפי' אם יתגרשו בצינעא כדי לעשות כן בהיותה פנויה מ"מ שוב אינם יכולים להיות יחד, ואין רגילין לעשות הזרעה זו אלא בזמן כזה שכולם יטעו לחשוב שנתעברה מבעלה.

(ד)

עתה נבאר דין הזרעה מלאכותית מנכרי לתוך גופה של ישראלית, ואף שאך למותר הוא להרבות דברים על הכיעור והזוהמא שבדבר זה וכמו"ש החנוך בתק"ס: "ואין ספק כי טבע האב צפון בבן" וגם אמרו: "כי תולדת הרע בבנים התחלתה תהי' מהמוליד", ואפשר שנכון להרחיק מן הכיעור ולא לדון כלל בדבר שיכול ח"ו לגרום להכניס זרע מרעים בכרם ה' בית ישראל, אך היות ובשביל רוב הנשים הבאות לשאול על כך והנכונות לפעולה זו ה"ז ממש שאלת חיים, כיון שאי אפשר לעשות ההזרעה מישראל, כי אף אם לא נאמר כדברינו שהולד ממזר מ"מ אסור לעשות כן בגלל החשש של אח נושא אחותו וכדומה, ולכן חושבני דכל זמן שחכמי הדור לא גזרו איסור ברור על כך שומה עלינו לברר מצד ההלכה אם מותר או אסור.

ידוע שכבר הוכרע הדין דעכו"ם הבא על בת ישראל בין פנויה ובין אשת איש הולד כשר ואין צריך גירות, ראה באוה"פ סי' ד' אות י', אך פסק השו"ע באבה"ע סי' ד' סעיף י"ט שהולד פגום לכהונה ונמצא דיש לחשוש שמא תלד בת ותינשא לכהן באיסור, ואף שהרי"ף והרמב"ם פליגי וס"ל דכשרה לכהונה כמבואר שם בשו"ע ובאוה"פ סעיף ה', מ"מ כתב העמודי אור בסי' ג' אות ח' דכל הטעם הוא משום דהרבה דברים נאמרו לסתור הקל וחומר שלמדו בגמ' מאלמנה לכה"ג שאין איסורה שוה בכל ואפי"ה בנה פגום לכהונה זו שאיסורה שוה בכל אינו דין שבנה פגום לכהונה, חדא דלגבי עכו"ם ודאי דהק"ו הוי רק אסמכתא בעלמא לפי דברי התוס' בסופ"ק דיבמות דביאת עכו"ם בישראלית ביאת היתר היא מה"ת, ותו דמה לאלמנה לכה"ג שכן שניהן מוזהרין הוא מוזהר עליה והיא מוזהרת עליו משא"כ עכו"ם הבא על בת ישראל אין האיסור אלא עליה אבל הוא ודאי אינו מוזהר, ולכן כתב דכל זה שייך רק בפנויה אבל באשת איש דאיכא איסור מיתה מדאורייתא וגם הוא מוזהר על כך הרי קם הק"ו ללימוד גמור ומנין לנו להקל, ועיי"ש שכתב שהדעת מכרעת דבאשת איש לכו"ע הבן או הבת פגומים לכהונה.

אלא שאעפ"י כ' גלענ"ד דבהזרעה מלאכותית אפי' באשת איש גם להשו"ע אין הולד פגום [עיין בחלקת יעקב סי' כ"ד אות י"ד ט"ו שכתב בפשיטות דדמי לביאת עכו"ם דנתחללה בכך וגם הולד פגום לכהונה ואין דבריו נראין לענ"ד] דהנה דבר זה מסתבר דגרושה שנתעברה באמבטי מזרע כהן אינה מתחללת בכך כיון שכל הענין של חללות הוא דבר הנעשה בגוף האשה ולכן בעינן דוקא שכיבת אדם, ואף שכהן מחלל גרושה בביאתו אף אם בעל ולא קידש דלדעת הרמב"ם ליכא כלל איסור תורה [עדיין צ"ע קצת בטעם הדברים בשלמא הענין של זונה מבואר דלא תלוי כלל בביאת איסור אבל לענין חללות מגל, ועיי' במנ"ח רס"ז דמשמע שסובר דאיכא איסור תורה גם בבעל לחוד ולא ידעתי מנין] היינו משום דסו"ס נבעלה למי שאסורה להתקדש ולהיות לו לאשה, משא"כ בהזרעה מלאכותית, וכן כתב הבני אהובה בפט"ו מאישות להוכיח לענין נתעברה באמבטי מחגמ' בחגיגה עיי"ש, וגם נראה דכיון שאם רק נכנס הזרע לתוכה מתוך האמבטי ולא נתעברה ודאי דאינה מתחללת, וכיון שכן מהיכ"ת נימא דעיבור והריון גורמים חילול [וראיתי באוה"פ סוף ס"ק ל"ו שהביאו מהאלף לך שלמה שהסתפק בכך ואין הספר תח"י לעיין בו] אך מה שיש לדון בזה הוא דיתכן לומר דאף שהאשה אינה מתחללת, מ"מ כיון שהולד נוצר עכ"פ מכהן וגרושה הוי שפיר הולד חלל וכדאמרן הכי לענין ממזרות כיון דגם כאן לאו בביאת איסור תליא מלתא וכדאמרן שכהן הבא על הגרושה מחלל אותה ואת זרעו אע"פ שרק בעל ולא קידש. ונלענ"ד ראי' ברורה דאין הולד חלל, שהרי מבואר ברמב"ם ושו"ע אבה"ע

סי' ו' סעיף י"ד בכהן שבא על יבמה לשוק ונתעברה מביאה ראשונה דאין הולד חלל אע"פ שעשאה זונה ורק אם חזר ובא עליה ביאה שניה ונתעברה הוא דהוי חלל, וידוע שהראשונים תמחו על מ"ש כע"ז בגמ' קדושין ע"ח ע"א כהן הבא על אחותו זונה משוי לה חללה לא משוי לה, דמ"ט לא נאמר דמיד כשהערה עשאה זונה וכי גמר ביאתו תיעשה גם חללה מחמת סוף ביאתו, וגם קשה מהא דכח שני צריך להחשב כביאה שניה כמבואר ביבמות ל"ד ע"א ונמצא דבכח ראשון עשאה זונה ובכח שני גם חללה, או מחמת הפרישה באבר חי דמבואר בשבועות י"ז ע"ב דחייב על יציאתו כביאתו, ותרצו "דחדא ביאה לא פלגינן שתאסור שני איסורין" כמבואר היטב בשטמ"ק ר"פ אלו נערות לענין בעולה לכה"ג עיי"ש, אולם על דברי הרמב"ם עדיין קשה נהי דגמר ביאתו לא חשיב כביאה שניה, אבל מ"מ מיד כשבא עליה או רק הערה בה הרי היא זונה גמורה ונמצא שזרעו נכנס לתוך גופה של זונה ואמאי אין הולד חלל, ומוכח ודאי מהכא שאף אם נתעברה זונה מזרע של כהן אין הולד חלל הואיל והיא עצמה לא נתחללה בכך, ולכן סובר שפיר הרמב"ם כיון דלא פלגינן חדא ביאה לתרי איסורי נמצא דמה שנתעברה מביאה ראשונה הו"ל כנתעברה שלא ע"י ביאה ולפיכך אין הולד חלל, והוא ברור, ולא דמי לאשת איש שנתעברה באמבטי דאמרן שלדעת התוס' הולד ממזר, דשאני התם שהולד נוצר מאיש ואשה דלית בהו הויה ולפיכך אע"ג דלא נעשה כלל שום איסור אפי"ה הולד ממזר, משא"כ הכא שגם האב וגם האשה אינם חללים לכן רק בכה"ג שהאשה מתחללת הוא דהוי הולד חלל משא"כ בנתעברה באמבטי דהוי לגמרי בהיתר כמו שהאשה אינה מתחללת כך גם הבן לא נעשה חלל.

ומעתה כיון דהא דעכו"ם הבא על בת ישראל הולד פגום לכהונה נלמד בק"ו מאלמנה לכה"ג, והגמ' ביבמות מ"ה ע"א הרי פריך עלה מה לאלמנה שכן היא עצמה מתחללת ומשני דגם נבעלת לעכו"ם מתחללת [אין להוכיח מהכא דמה שהולד חלל הוא מפני שהיא עצמה מתחללת, דאפשר דפירכא מיהו הוה דשאני אלמנה לכה"ג דחמיר טפי שכן מחללה בביאתו] ומעתה דיו לבא מן הדין להיות כנדון ומה אלמנה לכה"ג שנתעברה באמבטי אין הולד חלל כך גם בנתעברה מעכו"ם, ונמצא שגם אשת איש שנתעברה מעכו"ם ע"י הזרעה מלאכותית כיון שהאשה עצמה אינה מתחללת בכך אין הולד פגום כלל לכהונה, וגם פשוט הוא דאינה נאסרת בכך על בעלה כיון שלא היתה כלל שכיבת איש ואפי' לדעת ר"ח כהן בתשו' סי' ח' שחולק על הרמ"א ואוסר בנבעלה לשד, מ"מ הכא דליכא כלל שום שכיבה שפיר מודה דמותרת.

אולם אף דהחשש של שמא ישא אחותו מאביו לא שייך בעכו"ם דאינו מתיחס כלל אחריו, מ"מ עדיין נשארו שתי החששות שאמרו בגמ' יבמות מ"ב

ע"א שמא ייבם אשת אחיו מאמו ויוציא את אמו לשוק [כי החשש הרביעי של שמא יפטור את יבמתו לשוק ודאי לא שייך כאן] ונראה דהחשש שיוציא את אמו לשוק לא שייך בנד"ד, שהרי הגדון הוא באשה כשרה שבאה לפנינו לשאול אם מותר לעשות כן או לא ואינה רוצה כלל לעבור על דברי תורה, וכיון שכן מהיכ"ת נחשוד בה שתינשא לשוק בלא חליצה, ואף דפעמים שהיבם קטן או נסע למדינת הים וכדומה בכה"ג שלא תוכל לחלוץ ואז אפשר שלא תוכל לעמוד בנסיון ותינשא לאחרים בחשבם שיש לה בן ואינה זקוקה כלל לחליצה, וגם יתכן שתתבייש אח"כ לגלות האמת שבנה הוא לא מבעלה אלא מעכו"ם, מ"מ נראה שאין אנו יכולים להוסיף על גזירות חז"ל ולא מצינן דחיישי להכי אלא בכה"ג שכך הוא האמת דלא ידוע ממי הוא הולד אבל בכה"ג שהאשה יודעת והיא אשה כשרה מנין לנו לחדש מעצמנו גזירה לחוש דשמא תתבייש לגלות הדבר וגם לא תוכל לעמוד בנסיון ותינשא לשוק בלי חליצה, הרי כללא הוא דבגזירת חז"ל אין לנו אלא מה שגזרו בפירוש ואין להוסיף גזירות שלא נזכרו בש"ס, וגם בנוגע להחשש של שמא יחלוץ אשת אחיו מאמו, והיינו דשמא תתעבר אח"כ ב' פעמים מבעלה ויבוא זה לחולצה ויפטרגה לשוק בלא חליצה מאחיו מן האב, גם בזה נלענ"ד דכיון שהבעל והאשה יודעים ואפשר נמי לגלות הדבר לבי"ד, וגם רחוק מאד ולא שכיח כלל שתתעבר מבעלה זה ששהתה עמו כמה שנים ולא ילדה, אין זה כלול בגזירת חז"ל, ורק בנוגע להחשש של שמא ישא אחותו מצינן שפיר דחשו רבנן לשמא ישתכח הדבר ואמרו דלא ישא אשה במדינה אחרת אבל לא לענין חששא דיבמה לשוק ובפרט בכה"ג דנד"ד, אך זאת למודעי שלפני ההזרעה צריך הבעל לפרוש מאשתו ג' חדשים וכן כל הימים שמתעסקים בהזרעה — שזה לוקח לפעמים עד ששה חדשים — עד לאחר ג' חדשים מההזרעה האחרונה [ומותרין שפיר כל הזמן ביחוד כיון שיש לה היתר לאחר זמן] אולם חובת הפרשה של כ"ד חודש מחמת דין מעוברת ומינקת חברו כבר נתבאר דלענ"ד אין לחוש לכך.

וכמו כן נראה דאם האשה היא כהנת או לוי' שפיר יהי' הולד כמותה אע"פ שהזרע הוא מעכו"ם כמבואר בבכורות מ"ז ע"א, ומה שאמרו שם בגמ' דבכהנת לא משכחת שיהי' כהן משום דכיון דנבעלה לעכו"ם הו"ל זרה ונתחללה היינו משום דלא נחית התם בגמ' לנתעברה באמבטי דהוא מלתא דלא שכיחא [מסופקני בהזרעה מלאכותית מכהן כשר לתוך אשה חללה אם בעל הזרע עובר בכך על הלאו של לא יחלל זרעו, דנהי שלא בא עליה אבל זרעו מיהא חילל, ועיין בחדושי רבנו חיים הלוי בסוף איסורי ביאה, אך גם אפשר דבכה"ג שהאב אינו חלל ורק האשה חללה מה שהולד נעשה חלל הוא רק מפני שנוצר מביאה כזו שמחללת את אמו ולכן אף גם הוא כמותה ונעשה חלל, משא"כ בהזרעה מלאכותית

דהוי בהיתר ואינה מחללת כלל את האם אפשר שהולד מתיחס שפיר אחר אביו שהוא כהן כשר ואינו חלל, כמו בישראל שבא על חללה דכיון שלא היתה ביאת איטור אין הולד חלל, ועיין בזה באמרי משה סי' י' מה שהביא מהגאון מוה"ר ח"ס ז"ל, וגם נתבאר לעיל דמה שעכו"ם ועבד פוסלים הוא רק בביאה ממש ולא בהזרעה גרידא, ואע"ג דהתוס' ביבמות ט"ז: קרי לי' לביאת עכו"ם ביאת היתר אפי"ה אינה נאסרת אא"כ היתה ביאה ממש, וכיון דלא קיי"ל כרב הונא לענין נשים המסוללות עיי"ש ביבמות ע"ח ע"א ובתוס', כמו כן גם בנד"ד לא נעשית זונה, ומוכח נמי הכי מהא דפחותה מבת ג' שנים אינה נאסרת אפי' ביום האחרון אע"ג דהזרע אינו מתקלקל ושוהה בגופה עד למחר ונמצא שיש בקרבה זרע פסול, והן אמנם בקטנה אינה מתעברת אבל מ"מ אי אמרינן דגדולה נאסרת גם בנתעברה באמבטי פשוט הוא שרק מחמת הזרע היא נאסרת אבל אין שום סברא לחלק בין נתעברה ללא נתעברה, וכיון שכן אע"ג דאינה מתעברת מ"מ הרי זרע פסול נמצא בגופה גם לאחר שהיא כבר בת ג' [ועיין בחלקת יעקב שם אות כ"א ובהשמטות שהוכיח דבהזרעה מלאכותית אינה מתחללת מהך דינא דפחותה מבת ג' שנים אינה נפסלת מכהונה, והשיב לו ע"ז הגאב"ד מפאניוועז שליט"א דשאני קטנה דהוי כנותן הש"ז לתוך פיה או לתוך עינה, אולם לדברינו שפיר מוכח ממה שהזרע נשאר בגופה גם לאחר שכבר מלאו לה ג' שנים] ומוכח מזה דרק ביאה פוסלת ובפחותה מבת ג' כיון דבשעת ביאה כנותן אצבע בעין דמי לפיכך גם אח"כ הו"ל כקלטה ש"ז באמבטי דאינה נאסרת.

ונראה שלפי דברינו משכחת שפיר כהן שהוא ממזר ואפי"ה אמו אינה לא זונה ולא חללה, כגון כהנת שנתעברה בהזרעה מלאכותית מאחיה כהן, דלפי"ד הקודמים הולד ממזר כיון שהוא בלול ומורכב מזרע של שני מינים האסורים זה לזה משום ערוה וחיוב כרת, אבל מ"מ כיון שאמו לא נאסרה אין הולד פגום לכהונה — זולת להסוברים דעצם הממזרות שבו מפקיעתו מקדושת כהונה — דהרשב"א בתשו' סי' אלף ר"א כתב בכהן שבא על אחותו ונתעברה מביאה ראשונה אע"ג שאמו לא נתחללה אפי"ה הולד פסול, כמו לר' יהושע בבא על חייבי כריתות דאע"ג שאין הולד ממזר אפי"ה פגום מיהא הוה ומבואר בגמ' יבמות מ"ד ע"ב דגמרינן לה בקל וחומר מאלמנה לכה"ג ואמרינן נמי שהיא עצמה נאסרת משום זונה ולפיכך הולד פגום וה"נ הרי אמו נעשתה זונה, ועיין גם בריטב"א ר"פ הבא על יבמתו שכתב לבאר דברי רש"י שם דלא משכחת כלל ממזרת כהנת כיון דאמו היתה זונה ונפסלה מן הכהונה ומן התרומה בתה נמי נפסלה כי הולד שהוא בן זונה חלל לכהונה, והאחרונים האריכו למצוא ציורים של ממזר כהן שלא יהא פגום, ואילו לדברינו שפיר משכחת ממזרת כהנת שאמה לא זונה ולא חללה וכדאמרן כגון שנתעברה מאחיה כהן ע"י הזרעה מלאכותית, ועיין בקובץ הערות

סי' מ"ד, ובס' אמרי משה סי' י', ועיין גם במנ"ח מצוה רס"ד שתמה על כל הגדולים שסוברים דממזר אינו כהן וסובר לדינא דנקרא שפיר כהן.

והנה הרשב"א בתשו' סי' כ"ז הביא שהרב ר' יצחק הצרפתי ז"ל הקשה על הא דאמרינן בתו"כ פר' אמור יאמר לאמו ולא יאמר לאביו מה ת"ל לאביו, אילו כן הייתי אומר מה אמו בידוע אף אביו בידוע, אביו מחזקה מנין ת"ל לאביו, והקשה דליטמא לאביו ממנ"פ אי אביו הוא שפיר מטמא ליה ואי לאו אביו הוא א"כ ממזר הוא ואינו מוזהר על הטומאה, ועיין בעונג יו"ט סי' ק"כ שהוכיח מזה דכהן שבא על אחותו ונתעברה מביאה ראשונה דהולד חלל לכהונה אע"ג שאמו לא נתחללה, דאל"כ כיון דבהך ס"ד הוי אמרינן דלא אזלינן בתר רובא וחיישינן דלמא לאו אביו הוא א"כ בעינן נמי למיחש שמא אמו זינתה מכהן ונתעברה מביאה ראשונה שהולד ממזר ולא חלל עכתו"ד, וא"כ תקשי נמי לדין דאף אם נאמר בציורו של העונג יו"ט דכיון שאמו זונה נעשה הולד חלל, אבל מ"מ עדיין משכחת באשת כהן שנתעברה באמבטי מכהן אחר שהולד ממזר כהן ולא חלל ואסור שפיר להטמא לבעל אמו, ואף שהוא מלתא דלא שכיחא מ"מ צריכותא מיהו הוה ומאי קשיא ל' להר"י הצרפתי, ויהי' מוכח מזה דהא גופא שהוא ממזר פוגמתו ומוציאתו מכהונה, אולם לפי מה שהדבר אברהם בח"א סי' כ"ו מפרש דברי הרשב"א ודוחה לראיתו של העונג יו"ט נדחית שפיר גם ראי' זו.

ומיהו נראה שאף אם כנים אנו בזה שמותר לעשות הזרעה מלאכותית מנכרי גם באשת איש, מ"מ לענין זה שאם שהתה עשר שנים ולא ילדה יכולה האשה לטעון "בעינא חוטרא לידא ומרה לקבורה" נראה שאין הבעל יכול לומר לה דאפשר ע"י הזרעה מעכו"ם [ראה בס' תשובה שלמה אבה"ע ח"ב סי' ד'] דפשוט הוא שיכולה ודאי לומר אי אפשרי בבן מזוהם כזה, וגם תוכל לטעון שחוששת דבן כזה אם יתגלה לו שאביו עכו"ם יכעס עליה ויהי' לה למקל חובלים ולא למקל נועם, גם נראה דמ"ש ביבמות מ"ב ע"א לענין הבחנה מקרא דלזרעך אחריו דבעינן דוקא שיהי' הזרע מיוחס שידע ברור מי הוא אביו, היינו דוקא בכה"ג שבאמת יש לו אב דאז חייבין שפיר להמתין ג' חדשים כדי שלא לגרום לערבוביא ביחוסו, משא"כ בכה"ג שאביו עכו"ם דרחמנא אפקרי' לזרעי' ואינו מתיחס כלל אחריו מסתבר דאין אני קורא בו לזרעך אחריו, ברם נראה דחוק ממה שאמרו בקדושין דף ע' ע"ב "אין הקב"ה משרה שכינתו אלא על משפחות מיוחסות שבישראל" והאי ודאי לאו מיוחס הוא, מצינן נמי שאמרו שם לענין הבחנה של גיורת שחייבין להבחין בין זרע שנזרע בקדושה לזרע שנזרע שלא בקדושה אע"ג שלענין דינא לית לן שום נפקותא [ראה באב"מ סי' י"ג דהך סוגיא סברא דגם לאחר שהגדיל לא יוכל למחות כשנתגיירה מעוברת] וגם מבואר דאין זה דוקא בגיורת שבתחלת ההריון הי' עכו"ם גמור, אלא אפי' בשבויה שהיא ישראלית

גמורה והולד כמותה מתחלת ההריון ואפי"ה סובר הך מ"ד דמה שצריכים להמתין ג' חדשים אין זה דוקא משום שמא ייבם אשת אחיו מאמו וכו' [הטעם של שמא ישא אחותו מאביו ודאי לא שייך ועיין בכתובות ל"ז ע"א בתוד"ה צריכות] אלא כל החיוב להבחין הוא רק למען דעת אם אביו עכו"ם ונזרע שלא בקדושה או ישראל ונזרע בקדושה אע"ג שלדינא בלא"ה הוא ישראל כשר וליכא כלל שום נפקותא, וא"כ אפשר דמשום האי טעמא גופא יש לאסור הזרעה מעכו"ם כיון שהכלל כולו יטעה לחשוב עליו שהוא זרע קודש, אך אפשר דגם זה חשיב כגזירה חדשה שלא נזכרה בש"ס ואינה כלולה בדין הבחנה, אבל מ"מ ברור הדבר שאין הבעל יכול לטעון נגד אשתו דאפשר בהזרעה זו הנקראת בש"ס הזרעה שלא בקדושה, ועיין גם בט"ז יו"ד סי' קצ"ו בבא עליה בעלה בנדוניה דמחייב להבחין לדעת אם נתעברה באיסור, ואף שרבו החולקים עליו מ"מ בנד"ד צ"ע, ומיהו יש לחקור בחצי עבד וחצי בן חורין דכופין את רבו לשחררו, ומבואר דמשום צערא דידיה שאינו יכול לישא אשה לא היינו מתירין לעבור על עשה ולשחררו ורק משום טעמא דלא תוהו בראה לשבת יצרה, דלפי"ז צ"ע אם בזה"ז שהזרעה מלאכותית הוא דבר המצוי ישתנה הדין הואיל ויכול שפיר לקיים מצות שבת ע"י זה שאחת השפחות תסכים להתעבר ממנו באופן מלאכותי.

מסקנת הדברים

- (א) מותר ליקח מזרע הבעל ולעשות הזרעה מלאכותית באשתו גם בימי נדוניה אם אי אפשר בזמן אחר, ואין בזה משום הוצאת זרע לבטלה, ומסתבר שהולד מתיחס לבעל הזרע וחשיב כבנו לכל דבר, והוא בנו ודאי ולא ספק אם נעשה ע"י רופא נאמן, אך נכון יותר להקפיד לא לעשותה אלא בפני שנים.
- (ב) יש להסתפק במי שהכניסו מזרעו לתוך רחם אשתו ובתוך ב' או ג' ימים מת בלא בנים אם אשתו חייבת בחליצה אף אם נתעברה מאותה הזרע, וילדה בן כיון שקליטת הזרע היתה לאחר מותו, גם מסופקני אם האיש והאשה יכולין לעכב זה על זה או לכוף אחד את השני להזרעה מלאכותית, וכמו כן יש להסתפק בבן הנולד מהזרעה מלאכותית ואם נימול לשמונה גם בשבת.
- (ג) איסור גמור להזריע מזרע של איש אחר לתוך אשת איש שמא ישא אחותו וכו', וגם נראה שהולד הנולד מהזרעה זו הוא ספק ממזר, אולם אין ההזרעה חשובה כזנות, ואינה נאסרת כלל לא לבעלה ולא לזו שנתעברה מזרעו, כמו כן אי אפשר כלל לקיים מצות יבום ולהקים שם ע"י הזרעה מלאכותית.
- (ד) אם הזרע הוא מנכרי אף שמכוער מאד לעשותו, ואין ספק כי טבע האב צפון בכך וגם הוי "הזרעה שלא בקדושה", אולם מעיקר הדין אפשר דלא

אסור לעשות כן גם באשת איש, והולד הנולד מהזרעה זו אינו צריך גירות, והוא ישראל גמור בלי שום חשש ממזרות, ואף לא פגום לכהונה, והאשה עצמה אינה מתחללת ולא נעשית זונה משום כך, ואם היא כהנת או לוייה הולד כמותה, אולם חייב הבעל לפרוש מאשתו ג' חדשים לפני ההזרעה הראשונה עד ג' חדשים לאחר ההזרעה האחרונה, אבל אינה נאסרת עליו עד כ"ד חודש לאחר הלידה ולא נוהג בזה הדין של מעוברת ומינקת חברו. איש ואשה שאין להם בנים והאשה תובעת גט, אין הבעל יכול לטעון דאפשר בהזרעה זו.

על שטר מכירה בשנת השמיטה

פרק ראשון

ע

נושא זה יש לנו ספרות תורנית גדולה. מלבד התשובות של גאוני הדור, דנים גם ספרים מיוחדים על כל הפרטים והדקדוקים הנוגעים בשאלה זו, וכמעט שלא הניחו מקום שלא דשו בו רבים. רצוני להעיר כאן על שלוש נקודות חשובות בענין זה, על יסוד חומר חדש מדברי הראשונים שלא היה לפני גדולי הדור שטיפלו בנושא זה.

א. בשנת תרמ"ח הסכימו ב"ד של גדולי ישראל בחוץ לארץ להתיר מכירת קרקעות קודם שנת השמיטה לגוי לצורך שעה ע"פ תנאים מיוחדים. כשנתעוררה השאלה שוב בשנת תר"ע, היו שאסרו לגמרי את המכירה, ויש שהתירו קצת בהרחבה ממה שנהגו מקודם, והמכירה הונהגה בארץ ישראל ע"י הרבנות הראשית עד היום הזה יחד עם הוראות איך להתנהג במלאכות דאורייתא. התיקון של מכירת השדות בארץ ישראל לנכרי קודם שנת השמיטה זנוסחו של שטר המכירה, כפי שנהוג היום בא"י ע"י הבית-דין של הרבנות הראשית בצירוף בתי דינין שבא"י, נתבאר בספר "שבת הארץ" להגרא"י קוק² ובספרו משפט כהן³ על יסודות דלהלן: א) שיטת רוב הפוסקים שביעית בזמן הזה דרבנן; ב) שיטת הרז"ה (והראב"ד קודם שחזר בו, כמ"ש הרמב"ן), שמנהג דורות האחרונים בקדושת שביעית הוא רק ממידת חסידות; ג) שיטת הראשונים הסוברים שיש ספק במנין שנת השמיטה; ד) העיקר כדעת הסוברים שיש קנין לנכרי להפקיע איסור שביעית; ה) אין איסור במכירה לנכרי משום "לא תחנם" מכמה טעמים

1 יש לציין, שכל אלה שהתירו את המכירה בשביל הכלל הדגישו תמיד שחוב קדוש על שלומי אמוני ישראל, לעשות מאמצים גדולים לתמוך ולחזק המושבות והיחידים בארץ הקודש, המקושים שם שמים במסירות נפש ומחמירים על עצמם לשמור שביעית כהלכתה. עלינו להיות להם לאחיעזר ואחיסמך לעודם בחומר וברוח ועליהם נאמר: "גבורי כח עושי דברו". וה' ירחם את עמו וארצו, והיתה לה' המלוכה ולא נצטרך ל"היתר מכירה" וברכת ה' תחול על שומרי שביעית כהלכתה.

2 מהדורה ראשונה ירושלים תר"ע; מהדורה שניה ירושלים תרצ"ו.

3 ירושלים תרצ"ו.

(ועי' שטמ"ק ב"מ קא. ובכתוב שם בשם הראב"ד, בהסגלה שנה א' חוברת ג', ומהרש"א גיטין מז. ובמקא"ה; ז) בשעת הדחק ולצורך הציבור סומכין על יחיד כנגד רבים, כמ"ש הט"ז גם בדאורייתא, והש"ך במידי דרבנן, ביו"ד סי' רצג וכל שכן בנידון השביעית שכרוך בחיי נפשות של רבים; ז) אין לטעון נגד המכירה לשנת השמיטה משום הערמה, שהרי נוהגים בה כפי שנוהגים בשטרי מכירת חמץ ושטר מכירה לענין שביתה בשבת ובכור, ועוד.

ב. באותו זמן הוציא אחד מגדולי הדור, הר"י ענגיל, ספר מיוחד בשם „אוצרות יוסף“, בו מבסס גם הוא את היתר המכירה, ממש על כל אותם היסודות הנזכרים. וזה לשונו שם דף מ"ו: „וגם טעם גדול להתיר אחרי היות כל עיקר שביעית בזמן הזה רק דרבנן לדעת כל הפוסקים, ובדרבנן הא סמכין אדעת יחיד בשעת הדחק ואפילו במקום דפסק בשו"ע נגד דעת היחיד ההוא, עי' שו"ת בן פורת ח"ב, גם כאן אין לך שעת הדחק גדול מזה דנוגע לפרנסת אלפי נפשות, א"כ הא יש לסמוך אדעת הרז"ה המובא בספר התרומות שער מ"ה, דאין שביעית נוהגת עתה כלל אפי' מדרבנן, וסברתו דשביעית צריך קידוש ב"ד כבר כתבתי בפנים התשובה באות לו, דכן מבואר גם בתרגום יונתן על התורה דברים טו, ב: כי קרא שמיטה לה' — „ארום קרא בית דינא שמיטתא קדם ה'", ע"כ עש"ה, וגם הרי כן הוא ג"כ דעת הראב"ד המובאה ברמב"ן ורשב"א בהשולח, דרק כשנוהג יובל מדרבנן נוהג גם שביעית מדרבנן, משא"כ עכשיו דאין יובל נוהג כלל אפילו מדרבנן, גם שביעית לא נהגא כלל אפילו מדרבנן, לא בעבודת קרקע ולא השמטת כספים, וכמו שהבאתי דבריהם בפנים התשובה בבירור הלכה אות ד', וכן בס' התרומות הובא שם כן דעת הראב"ד להלכה, דלא נהגא שמיטת כספים בזה"ז רק ממדת חסידות, וכבר הארכתי בפנים התשובה דאין לחלק בין שמיטת כספים לשמיטת קרקעות כלל, ואדרבה שמיטת קרקע קיל טפי דהיא חובת קרקע ותלויה בקדושת הארץ. ומ"ש הרמב"ן בגיטין שם דהראב"ד חזר בו בפירושו לע"ז בשמעתא דר"ה בריה דר"י כו', הנה אין שם חזרה ברורה כלל (ראה לקמז).“

בשנת תרצ"ח יצא אחד מגדולי ישראל בארץ ישראל נגד היתר המכירה ועל פי ערעורו הונהגו שביתה שביעית במושבות של פא"י כפי ההלכה, בלי להשתמש בהיתר מכירה, וכן הי' תמיד מספר יחידים נוהגים לשמור שביעית כהלכתה.

ג. אחרי שקמה מדינת ישראל, בשנת תש"ח, נולדו פקפוקים חדשים⁴

4 ראה רבינו חננאל, למועד קטן ב: „והאידינא דאין שמיטה בקרקע, שארץ ישראל בידי עכו"ם היא“, ובשבת הארץ במבוא אות ב. ובחידושי הרי"מ גיטין לו: „בימי הורדוס

בסידור היתר מכירה. ואחד מהם: לפי מה שמבואר בספר שבת הארץ (מבוא אות יד) ליישב מדוע לא מצינו אף פעם שנהגו חז"ל בהיתר מכירת קרקעות לנכרי קודם השמיטה, אף שהיו תמיד יהודים חשודים על השביעית, "שמכיון שהיו נוהגים אז איסור פירות שביעית גם בשל נכרים, משום גזירה אטו רוב הקרקעות של ישראל", משא"כ עכשיו, שרוב השדות בידי נכרים ומיעוטא דמיעוטא בידי ישראל ורוב היושבים בארץ גם הם נכרים. והנה כעת שזכינו, בע"ה, שרוב רובה של הארץ עבר לידי ישראל וכן רוב רובם של התושבים הם ישראלים, נפל טעם זה בבירא.

ד. הבאתי לעיל מ"ש ב"שבת הארץ", שיסוד חשוב בהיתר מכירה היא שיטת הרו"ה והראב"ד קודם שחזר, ששביעית בזמן הזה אינה נוהגת אלא מצד מידת חסידות, ושיש לסמוך על הט"ז ביו"ד סי' רצג סק"ד, שכתב לענין חדש, שרוב הפוסקים סוברים שאיסורו מדאורייתא בחז"ל, והוא מלמד זכות להיתרו, משום: "כל שאין הלכה פסוקה, אלא שיש לומר דהלכה כרבים, אתי שעת הדחק ודחי למילתא דרבים". וכ"כ בשו"ת תרומת הדשן סי' דש, "דאפילו באיסור דאורייתא סמוכים דרי בתראי אחר תנא נגד כמה סתומים, כל שכן במאי דתקון רבנן (שמיטת כספים) רק לזכר שביעית דנוכל לסמוך אחד שינויא דגאון, אע"ג דגאוני קמאי לא בעי לסמוך על זה", והש"ך בנקודת הכסף שם השיג על הט"ז שלא נאמר דבר זה אלא במידי דרבנן ולא במידי דאורייתא. ויש להוסיף מדברי הש"ך ביו"ד סי' רמב בסופו, בהנהגת איסור והיתר שם מביא שיטת הרשב"א בשו"ת מובאת להלכה ברמ"א חו"מ סי' כה, וכן ביאר הב"ח דבריו, שבשעת הדחק והפסד מרובה סומכים ביחיד נגד רבים אפילו באיסור דאורייתא, והש"ך סובר שרק באיסור דרבנן אע"פ שעיקר הדבר הוא מדאורייתא.

ואלה שחלקו על היתר מכירה טענו, שהרמב"ן כתב שהראב"ד בפירושו לע"ז חזר בו, א"כ נשאר הרו"ה יחידי ושיטתו נחשבת כדחוייה לגמרי, שאין לצרף אותה (וחכם אחד כתב, שאין בכלל שיטה כזאת והרו"ה כתב כן רק לענין שמיטת כספים ולא לענין שמיטת קרקעות, ולקמן יבואר שאי אפשר לפרש כן בהרו"ה). ומה שרצה שם להסתייע מלשון הר"ן "יש חכמים", שהיו רבים שסברו כן ולא יחיד ממש, אין מזה הכרח, שיש לומר שהר"ן נתכוון לשיטת הרו"ה והראב"ד קודם שחזר, א"כ לאחר שנודע לנו שהראב"ד חזר, שוב נשאר הרו"ה יחיד ממש.

שנמשך עד החורבן שהיה עבד ממש, ולא על פי תורה כלל מ"לא תוכל" וכו', יש לו דין מלך אומות ודינא דמלכותא דינא. כיון שמ"מ מלך וכשהיו הקרקעות משועבדים לו לכרמא וארנונא לא היה נקרא שלנו, ואף דמה שקנה עבד קנה רבו ויחשב של ישראל, מכל מקום ודאי דנה לא שייך במה שקנה מצד דינא דמלכותא.

והנה זכינו שנתגלו בימינו מספר ספרים מהראשונים ובהם אנו מוצאים ששיטת הרז"ה איננה יחידה כלל, אלא יש שורה שלימה של ראשונים שסוברים כמותו. ולא עוד, אלא שמייחסים שיטה זו להגאונים, כמו שיתבאר להלן, איך היסוד העיקרי שעליו בנוי היתר המכירה נתבסס ונתחזק שיש מקום לתיקונם של הב"ד בא"י, שיש לקיים המנהג של שטר המכירה, שבזה עושים, לכל הפחות, זכר למצות שביעית, בשביל אלה שאינם יכולים לעמוד בנסיון של שביתה שלמה, שיהיו בכלל "גבורי כח עושי דברו" וגו'.

ה. בראשונה אביא לשון הרז"ה והראב"ד ואחריהם דברי הראשונים ההולכים בשיטתם.

שיטת הרז"ה

בספר התרומות שער מה ח"א אות ד: "ועתה יש לנו לברר אם נוהג בזמן הזה שמיטת כספים אם לאו כו' גם ה"ר זרחיה בתשובתו פסק שאינו נוהג עכשיו וזה טופס דבריו, כו'. כללו של דבר, לדברי רבי השמיטין והיובלות חבילה שאינה מתפרדת וקשר שאין לה היתר, וכל המעשים שמצינו בתלמודא בתורת שביעית ובהשמטות כספים אין להקשות מהם על מה שכתבנו, שהדבר ידוע שבימי רבותינו חכמי המשנה הגמרא היו בתי דינים גדולים קבועים בארץ שהיו מקדשים את החודש, ואפשר כמו כן מקדשין את השנה זכר ליובל, עכשיו שאין ב"ד יכול לקדש שנה ולא חודש, בידוע שבטלו היובלות בטלה גמורה, ובטלו אף השמיטין עמהם לדברי רבי, לפי ששתיהן מצות קשורות ותלויות זו בזו, והדעות והלבבות מכריעים ומטים לדברי רבי וכ"ש עם המנהג שהעולם נוהג וכו', ואע"פ ששנו בתלמוד נהוגי עלמא כתלתא סבי, יש לך להוסיף רביעי כגון זה מצא' ידינו להעמיד דברי הגאונים ז"ל והמנהגים הנכונים מסורים לבנים מאבות הראשונים ומזקנים הקדמונים כו', עוד יש לנו לומר אפילו לדברי חכמים השמיטין צריכין קידוש ב"ד דכתיב "וספרת לך", ודרשו חכמים בספרא ספירה בב"ד וכו', ולרוח משפט יושב על המשפט הר' אברהם⁵ בר' יצחק יש טעמים על דרך אחרת הנם כתובים על ספר תשובותיו ומשם יתברר לכם, כי גם הוא היה סומך ועוזר מחזיקי המנהג שלא להשמיט כספים בזמן הזה בחוץ לארץ כו'. והתם בערכין אמרינן מנו יובלות לקדש שמיטין, למדנו שאף השמיטין צריכים קידוש ב"ד, כשם שהיובל צריך קידוש ב"ד כו' לא הוציאו מכלל קידוש ב"ד אלא שבת בראשית בלבד כו', וכן מצינו ששונה קדושת שביעית לקדושת יובל ולמדות

5 הוא הראב"ד בעל האשכול, ראה ותשובותיו שנדפסו ב"ספרן של ראשונים" ע"י ש. אסף ירושלים תרצ"ה.

הן זה מזה, כמו שדרשו חז"ל (סוכה מ, ב; קדושין נח, א; ע"ז נד, ב): "קודש תהי' לכם", בהוייתה תהא, הא כיצד לוקח בפירות שביעית בשר אלו ואלו מתבערים בז', הא למדנו לקדושת שביעית מקדושת יובל כו' יובל ושביעית שרוב חוקותיהם ומשפטיהם הם חובת קרקע וכשפשט החורבן על כל ארץ ישראל ובטלו חובת קדושתה מפני החורבן מאין יושב, בטלו חובת הגוף התלויות ביובל ובשביעית עם חובת הקרקע, ותדע שכן הוא אין לך קטן מן החכמים שאינו יודע לקבוע מועדות לחשבון, ובשנת השמיטה נבער כל אדם ושבו כל החכמים כיונה פותה או נפל בבירא פיתא, כי כולם מגששים כעורים קיר בפ' שמעתתא דרב הונא בריה דרב יהשע הוא כמאן דלא ידע כמה שני דשבוע, ואין לכל המפורשים שנה שביעית שתעלה כאחת לזה ולזה מפני שרבו בה הספיקות ומחלוקות וכו' * ואם היתה השמטת כספים נוהגת על מה לא נתישבו הגאונים ז"ל אשר מעולם כאשר נתישבו לעשות התקנה לגבות ממטלטלי היתומים לבעל חוב כו'".

מבואר מדברי הרז"ה, שדיני שמיטת קרקע ושמיטת כספים הם רק ממידת חסידות, וכן משמע מדברי הגדולי תרומה שם, ועי' חו"מ סי' ס"ז ס"א ובתומים שם.

שיטת הראב"ד

ו. וז"ל הראב"ד בהשגות על הרי"ף גיטין פ"ד: "ראיתי שכ' הרב ז"ל ענין פרוסבול והסוגיא כולה, ולא ידעתי אם הוא סובר שנוהג השמטת כספים בזמן הזה, או שמא למי שנוהג מדת חסידות ומשמט כרבה או כרבנן דבי רב אשי ור' חייא בר אבא. ונ"ל דהני כוליהו מדת חסידות קא עבדי דהא קי"ל כרבי דדריש "דבר השמיטה שמוט", והשתא אין יובל נוהג לא בארץ ולא בחו"ל, לא מן התורה ולא מדרבנן, שהרי אין יושביה עליה ואין שם ב"ד תוקעים ואין עבדים

6 ראה בכפתור ופרח" פנ"א, ושו"ת הרלב"ח סי' קמג, שהספק הוא על ארבע שנים, ובסור יו"ד סי' שלא וב"י שם. ובתשובת מבי"ט סי' כא: "ואחר מעט שנים נולד בין החכמים מחלוקת על שנת השמיטה איזו היא, ואפשר כי על זה רפו ידיהם מלנהוג איסור בפירות שביעית של גוי, דשביעית בזמנ"ז דרבנן והוי ספיקא דרבנן איזו שנה היא ולקולא, אבל כיון דלדעת הרמב"ם ז"ל אנו סומכין על שנה זו שהיא שנת השמיטה לשמיטת כספים ולסדר המעשרות בששת השנים, לקדושת הארץ נמי סמכין עליה והוי שנת שמיטה לשבות מעבודת הארץ ולאכול פירותיה בקדושת שביעית". ועי' מהרי"ט סי' פה, ובשו"ת אבקת רובל סי' ד' ובשו"ת יו"ד סי' תשל"א: "טוב הוא להתנות מפני המחלוקת שיש לראשונים איזו היא שנת השמיטה", ובחו"מ סי' סז ועי' בליקוטי הגר"א לחו"מ: "לצאת ידי ספק יכתוב ער"ה של שנת שמטה של הרמב"ם".

ולכן אין לקבוע כדעת המחמירים, שאין לצרף ספק זה אפילו לסניף, שהרי יש עוד הרבה מחברים שכתבו שמכל מקום מידי ספק לא יצא. ובאיסור דרבנן עכ"פ זה מצטרף לסניף.

משתלחים והנך מעכבי, כדאיתא בר"ה, ואמרי' בקידושין אלא הא כתיב בארץ
ההיא בזמן שהדרור נוהג בארץ, נוהג בחו"ל, בזמן שאין הדרור נוהג בארץ אין
וכו' והא למאי איצטרך היכי ס"ד שלא יהא נוהג בארץ ויהא נוהג בחו"ל, אלא
ודאי ה"ק, אפילו בזמן שיושביה עליה אם אינו נוהג בארץ כגון שלא תקעו ולא
שלחו, אינו נוהג בחו"ל אפי' יהיו שם ב"ד וכ"ש השתא, וכו' וג"ל דהלכתא כרב
דאמר נאמן אדם לומר פרוזבול היה לי ואבד, דהא קא עביד מעשה ואי לאו דקים
ליה לא הוה עביד עובדא, ומסתברא דמדת חסידות הוא להו השמטת כספים
ומש"ה מיקל בה וכו'.

והרמב"ן ז"ל בגיטין לו, א כותב: „אבל י"א שהלכה כרבי, דאמר אין שמיטה
נוהגת אלא בזמן שהיובל נוהג כו', דכיון דקי"ל שהשמיטה תלוי' (פי': ביובל)
בדבר תורה אף מדבריהם אינה נוהגת, אלא בזמן שהיובל נוהג מדבריהם וכו',
ובימי רבותינו היו קבועים ב"ד בא"י ותוקעין ומשלחין עבדים ושדות חוזרות
לבעליהן, זכר ליובל, ולפיכך היתה השמיטה נוהגת מדבריהם בין בעבודת קרקע
בין בהשמטת כספים, אבל עכשיו שאין שם ב"ד שמקדשין אותו ואין תוקעין
ואין משלחין עבדים אין היובל נוהג כלל וכו', וכיון שבטל היובל בטול גמור ואינו
נוהג אפילו מדבריהם לא בעבודת קרקע ולא בהשמטת כספים, וזו היא דעת
הראב"ד ז"ל. ואין זה מחזור וכו' ובמס' ע"ז בשמעתא דר' הונא בריה דר"י מצאתי
לרב הנזכר ז"ל (כוונתו על הראב"ד שהזכיר תחלה) דקמ"ל ר' הונא דשמיטת
כספים נוהגת אעפ"י דאין שמיטת קרקע נוהגת, דלא סבירא לן כרבי, וא"נ סבירא
לן כוותי' נהי נמי דמדאורייתא לא נהגא, מדרבנן מיהא נהגא, ואפילו בחו"ל
יפה כיון שחזר ומודה על האמת.

וב"אוצרות יוסף" דף לט, ב, כותב על דברי רמב"ן אלה: „ככל זה הובא
ברשב"א גיטין שם בשם הראב"ד, הן דבריו הראשונים והן דבריו דבפ"ק דע"ז
הנ"ל וכוזה הובא גם בבעל התרומות שער מ"ה בשם הראב"ד וכן בשו"ת הרשב"א
ח"ג סי' לב, ומבואר מזה כי תחילה היתה דעת הראב"ד דאין שביעית נוהגת
כלל בזמן הזה לא להשמטת קרקע ולא להשמטת כספים, וגם אח"כ לפי החזרה
בדבריו בש"ס ע"ז הנ"ל, הוא ג"כ מסופק בזה אם הלכה כרבי או כרבנן.

ושם עמ' 92: „דאין שם חזרה ברורה כלל בדברי הראב"ד דהרי יש
לומר דמה שכתב שם דגם לרבי מדרבנן מיהא נהגא, כוונתו על שמיטת כספים,
דזה בלבד תיקנו שינהוג אפילו בשעה שאין היובל נוהג כלל, שלא תשתכח
תורת שביעית לגמרי כו', משא"כ שמיטת קרקעות דנוגע לחיי נפש פרנסת שנה
שלמה כו' י"ל דלא תיקנו כו', וא"כ כיון דאין ראי' דחזר בו הראב"ד מהך
דשמיטת קרקע, שפיר יש לסמוך אסברתו בהך דשמיטת קרקעות דאינה נוהגת
כלל אפילו מדרבנן.

ולכאורה יש לתמוה. כיון שהרמב"ן כותב: "ויפה כיון שחזר ומודה על האמת", אולי העתיק הרמב"ן רק מקצת לשונו, ובחידושו בע"ז ראה שמפורש כן שחזר בו.

והנה מצאתי בכת"י פירוש ע"ז להראב"ד (הנמצא בסמינר ניו-יורק, והר"א סופר מכינו לדפוס) מפורש לשונו כמו שהעתיק הרמב"ן בקצת שנויים, ואין בו יותר. ולפי"ז שפיר יש לפקפק בזה, כמו שכתב בעל "אוצרות יוסף".

וז"ל הראב"ד שם: "קמ"ל רב הונא דאע"ג דהאידינא שמיטת קרקע ליכא, שמיטת כספים מיהא איכא, לא ס"ל כרבי דאמר אחד שמיטת קרקעות ואחד שמיטת כספים, וא"נ ס"ל כוותיה נהי מדאורייתא ליכא מדרבנן מיהא איכא ואפילו בחו"ל. ויש כאן שינויים קלים. ברמב"ן: "דמדאורייתא לא נהגא, מדרבנן מיהא נהגא"; ובראב"ד: "מדאורייתא ליכא מדרבנן מיהא איכא". בכל אופן יש להסתפק בלשון "מדרבנן מיהא איכא", אולי כוונתו לשמיטת כספים ולא לשמיטת קרקעות. ז. ויש להוסיף ממה שמבואר בשו"ת הרשב"א ח"ד סי' כג: "תשובה בדבר זה נתחבטו בעלי הלכות הראשונים הרבה אם שמיטת כספים נוהגת בזמן הזה, שאין שמיטת קרקעות נוהגת, ואנו קבלנו מרבותינו נוחי נפש ששמיטה נוהגת בזמן הזה. ועם כל זה במקום שנהגו לחוש לשמיטה ולהתנות שלא ישמיטנו בשביעית, אפילו יצא שטר בלא תנאי שמיטה, נאמן לומר פרוסבול היה לי ואבד או תנאי היה לי על מנת שלא אשמיטנו בשביעית כו'. ומינה דבמקומות שלא נהגו לחוש לשמיטה ולא ידעו ששמיטת כספים נוהגת בזמן הזה אינו נאמן".

ושם בתשובה קכז: "כך קבלנו מרבותינו נוחי נפש דהלכה דשמיטת כספים נוהגת בזמן הזה מדרבנן והפקר ב"ד הפקר", והנה מזכיר הרשב"א השיטה שאין שמיטת קרקעות נוהגת בזמן הזה, והיא שיטת הרו"ה.

ובספר שפת הים, קונטרס השביעית, סוף אות סד, כתב: "די"ל שאזיל בשיטת התוס' והרמב"ם דפירשו בזמן שאתה משמט קרקע הוא יובל, ועל זה קאמר הרשב"א שאין שמיטת קרקע נוהגת היינו יובל ופשוט". וזה דוחק, כי פשוט כוונתו ב"שמיטת קרקעות" לשביעית, ולא ליובל, כמו שכתב הרשב"א גיטין לז, א: "ולענין פסק הלכה שמיטת קרקע נוהגת בארץ בזמן הזה לכ"ע, מיהו לרבנן נוהגת דבר תורה דקיימא לן קדושה ראשונה ושניה יש להן, שלישית אין להן כו' וכן לרבי ודאי מדבריהם היא". משמע שכוונתו לשביעית.

ח. גם בעל העיטור בסוף דבריו, דף ע"ז, ע"ג, מביא שיטת הרו"ה והראב"ד: "ואין לנו מרבותינו הראשונים ראייה מהם (כמש"כ מקודם: שהיו מחמירין על עצמן) וכן יש לנו לומר שאין לנו ללמוד מהם לענין שמיטה, וכמו שפסקו תרומות ומעשרות בגולה בזה"ז כך פסקו השמטת כספים, שהשמטת כספים איתקש להשמטת חובת קרקע וכו', וחכמי הדור שתלו הטעם ביובל אמרו שיובל היה גהוג בח"ל

ועל זה השמטת כספים קשר אחד, ומה שאמרו גמי שלא נהגא שמיטה בחוץ לארץ אלא בזמן שבתי דינים קבועים בארץ ישראל ולא חסר אלא יושבין, שאלו לא היו כל יושבין עליה לא היה היובל נוהג אין השמטת כספים נוהג בחו"ל לא ברור לן.

ובפירוש שער חדש: "שאלו היו כל יושבין עליה ולא היה בי"ד סמוכין לא היה היובל נוהג, ועכשיו בטלה שמיטת כספים כו' כצ"ל כו' אבל רבינו פליג על זה וכ' דלא ברירא ליה האי טעמא, ועי' בבעה"ת שער מה ח"א".
במלים "וחכמי הדור", נראה שכיוון בעל העיטור לשיטת הרז"ה והראב"ד, ואולי גם לשיטתם של שאר הראשונים שאביא לקמן, ומדבריו למדנו שאין זו שיטה יחידית.

ט. ונראה להביא ראיה לשיטת הרז"ה מדברי רבותינו בעלי התוספות בהדר זקנים בתחילת פ' בהר: "תחלת בהר סיני כל הפרשיות של מעלה כו' עד כאן נאמרו באהל מועד, וכולן שייכי באהל מועד כו' אבל שתי פרשיות אלו, בהר סיני ואם בחוקותי, לא שייכי כ"כ באהל מועד ולא לכהנים נאמרו בהר סיני, ומיהו משום דשייכי קצת, דמדברות בשביעית, ביובל, בערכים, דשייכי בכהנים דהכהנים מקדשים השנים, וביובל כתיב והעברת שופר תרועה, וכתיב "ובני אהרן הכהנים יתקעו בחצוצרות" כו', לפיכך נצטרפו כאן בתורת כהנים". וכע"ז ברבע"ת ובפענח רזא. ומ"ש: שהכהנים מקדשים השנים בעכצ"ל שכוונתו שהם היו בכלל בית דין שמקדשים השנים. ומבואר מזה כשיטת הרז"ה ששמיטה צריך קידוש ב"ד, ראה לעיל שגם הת"י סובר כן.

י. עתה נבוא לדברי הראשונים שנתגלו בימינו.

בשנת תש"ג נדפס בירושלים המאירי על גיטין ושם בדף לו, ב מבואר שסובר כשיטת הרז"ה⁷. ותמה אני על אלה שנעלמה מעיניהם ששיטה זו נתבארה באריכות בספרו "מגן אבות"⁸.

מתחילה אעתיק לשון המאירי בגיטין לו, ב וזה לשונו: "ויש נוטים לדעת שלישית, והוא, שמסכימים לדעתנו לומר שהלל לדורו תקן, ואף בבית שני אין שמטת כספים נוהגת אלא מדברי סופרים כדעתנו והוא הדין לעבודת קרקע, אלא שבשמטת כספים הם אומרים שאף בזמן הזה היא נמשכת אע"פ שאיסור עבודת קרקע בטל, ויש אומרים לשיטה זו שאף שמטת קרקע נוהגת בזמן הזה בארץ ובסביבות שלה כעין תרומות ומעשרות, אלא שבזו הם מודים שלא לזמן ארוך אלא לכל זמן שקבעו חכמי ישראל ישיבה בסמוך לאותם המקומות וכו', ומכל

7 עי' רש"י ז"ל, לאור ההלכה" ירושלים תש"ו, עמ' פד.

8 נדפס בלונדון שנת תרס"ט.

מקום אף הם מביאים אותה, ממה שראו שהיו נוהגים דין שביעית אף בעבודת קרקע, כמו שאמרו אל תאכל ספיחי כרוב בשביעית (פסחים נא, ב) אלמא שנוהגת היתה אף לאחר החורבן, אלא שלדעתנו אף זו ממדת חסידות ולזכר בעלמא, וכו' ואחר חורבן בית שני בטלו יובלות ובטל הכל לדעתנו לגמרי, ולדעת קצתם בטל איסור עבודת קרקע לגמרי אף בארץ, ונשארה שמיטת כספים אף בכל מקום מדברי סופרים, ולדעת קצתם אף שמטה שבעבודת קרקע נשארה בארץ מדבריהם ובסביבותיה וכו' הא מ"מ השמטת כספים למאן דאמר בטלה, בטלה אף בארץ, ולמאן דאמר לא בטלה, לא בטלה אף בחו"ל, והדברים מבולבלים בעינינו אלו ביד המפורשים, אלא שהרבה גאונים מסכימים להיות שמטת כספים נוהגת בזמן הזה בכל מקום וכדעת שלישי שהזכרנו. וראוי לחוש, אלא שהסוגיות מתישבות יותר לשיטתנו והוא דעת ראשון שכתבנו.

מדבריו למדנו שארבע שיטות בנידון זה:

(א) דעת הגאונים, והיא דעת שלישית שהזכיר: בבית שני שמיטת קרקע וכספים מדרבנן, ובזמן הזה איסור עבודת קרקע בטל, אלא ששמיטת כספים נוהגת, היינו פרוזבול.

(ב) "ויש אומרים לשיטה זו שאף שמיטת קרקע נוהגת בזמן הזה".

(ג) ששמיטת קרקע נוהגת אחר החורבן, ובזמן הזה "ממדת חסידות ולזכר בעלמא".

(ד) שמיטת קרקע נוהגת בזמן הזה ושמיטת כספים אינה נוהגת.

והמאירי מסיק, שראוי לחוש לשיטת הגאונים, היינו למה שמחמירים לעשות

פרוזבול, משום ששמיטת כספים נוהגת בזמן הזה⁹.

שיטה זו מבוארת יפה בספרו "מגן אבות" ענין חמשה עשר, וזה לשונו:

"נהגו בגלילות קאטאלוניה לכתוב בשטר מלוה שבין ישראל לחברו על

מנת שלא תשמיטנו בשביעית ומפני שהם סוברים ששביעית לענין השמטת כספים נוהגת בזמן הזה מדברי סופרים וכו' והיו מתמיהים עלינו על שלא היו נוהגים כך וכו', נמתי להם אדרבה, זו של גיטין מוכחת שאין שמיטת כספים נוהגת בזמן הזה בחיוב אפי' מדברי סופרים, שא"כ איך היה מספיק להם מסירת מילי אהרדי וכו' אלא מידת חסידות היתה בהם, שהיו דיני תורה מורגלים בפסקיהם והי' מספיק להם דבר מועט לזכר בעלמא, שהרי איסור עבודת קרקע לא היתה נוהגת בשום

9 בספר שנת השבע עמ' 118, לאחר שהביא שיטת המאירי בגיטין הוא כותב: "וכן המאירי סיים, שראוי לחוש לדברי הגאונים המחמירים". הרושם הוא שכחנת המאירי לענין שמיטת קרקע, והרי מפורש במאירי שכוונתו לענין שמיטת כספים בלבד, להחמיר ולכתוב פרוזבול, אבל לא לענין שמיטת קרקע.

מקום אחר החורבן, ואעפ"כ אמרו אל תאכל ספיחי כרוב בשביעית, דרך חסידות ולזכר בעלמא, ואף מה שאמרו (גיטין לו, ב) באבא בר מגימאי וכו' ודאי אם מדין היה נוהג לא היה עצוב בכך, שא"כ הרי היה מקיים בעצמו „השמר לך פן יהיה דבר” וגו', ואף זו של ע"ז (ט, ב) מוכחת כן שלא היתה נוהגת מתורת חיוב שאם היתה נוהגת לא היה דין שביעית נעלם משום אדם, עד שיצטרך ליתן בו דרך, למצא החשבון, שאף קטנים שבעריסה היו יודעים אותה מצד השמטת הלואות, אלא שלא היו נוהגים כן, לא מתורת חיוב ואף מדברי סופרים וחסידות זו לא היה לו מקום לזמן ארוך, אלא שבכל זמן שקבעו חכמי ישראל ישיבות בסמוך למקומות של א"י כענין האמור בתרומות ומעשרות, וזהו ענין האמור בע"ז: האי מאן דלא ידע וכו', הא בזמנים הללו וכ"ש במקומות הללו כלל וכלל לא, ובאמת יודע אני שהרבה מפרשים נוטים לומר כדבריהם, אלא שאף אנו רבים אשר אתנו מהגאונים והרבנים, והריני מוסר לכם עיקרי הדברים שמחלוקת זו תלויה בהם ומאיזה טעם אנו מכריעים לומר שאין שמיטת כספים נוהגת בזמן הזה כלל, ואף אני מודיע לכם דעת החכמים שנוטים לשיטה שלכם ומאיזה טעם הם נוהגים בה בזמן הזה, ואח"כ נדון ונראה למי דומה. הנה אמרו במשנת גיטין: הלל תיקן פרוזבול מפני תיקון העולם וכו', למדנו מכאן שדין פרוזבול לא נתקן אלא להשמיטה דרבנן וכו', וכן מצינו בירושלמי (שביעית פ"ט) בהדיא: בזמן שהיובל נוהג שמטת כספים נוהגת וכו', א"כ אף בבית שני לא היתה שמיטת כספים נוהגת מן התורה וכו', ומה שאמר בתירוץ השאלה, אמר אביי בזמן הזה ורבי היא, לא בזמן הזה דוקא, ר"ל בזמנו של אביי או של רבי שהוא לאחר החורבן, אלא לזמן בית שני, והאי דקרי ליה בזמן הזה ¹⁰ לענין שאין יובל נוהג הוא, הא בזמן הזה לגמרי, ר"ל, לאחר החורבן אין שמיטת כספים נוהגת כלל אפילו מדרבנן ואין צריך לפרוזבול ולא לתנאי שלא ישמיטנו בשביעית. זו היא שיטתנו וכו', ואעפ"י שהלשון מוכיח מעט כדבריהם, מדקאמר רבי ואביי: בזמן הזה, ומשמע דאזמן שלהם קיימי, דהיינו לאחר החורבן בית שני ועליה קאמר דמן התורה אינה נוהגת, אעפ"כ כשתעינו בדבר הרבה מתקשים בפירושם, וכו'.

והרי אף לענין חלה אמרו בכתובות (כה, א) שבבית שני לא היה חיובה אלא מדרבנן דכתיב „בבואכם”, בביאת כולכם ולא בביאת מקצתכם, וכן הדבר בתרומות ומעשרות לדעת רבינו משה ז"ל, שכתב כן בהלכות תרומות ומעשרות (פ"א, הל' כ"ו) וכן בהל' בכורים (פ"ה) ושאר מתנות כהונה לענין חלה, ואעפ"י שהרב ר' אברהם בר דוד ז"ל חלק עליו בהגהותיו, לענין תרומות ומעשרות ומשום דסבירא ליה למפסק כר' יוחנן דאמר ביבמות (פ"ב) תרומה בזמן הזה

10 ע"י „תורה שלמה” ח"ג, עמ' פו—פו.

דאורייתא, מ"מ אף הוא מודה בחלה ומדין ביאת כולם, ומ"מ בזמן הזה ממש ר"ל לאחר החורבן בית שני, לא היו נוהגים בתרומות ומעשרות אף מדבריהם, ואע"פ שחלה נוהגת, כבר כתב רבינו יצחק דתרומות ומעשרות לא שכיחי בכל בית ובית אלא בבני אדם שיש להם שדות וכרמים, ולא גזרו שלא תשתכח תורת תרומה ומעשרות אלא בא"י ובמקומות הסמוכים לה, אבל בחלה שמצויה בכל בית ובית תקנו להפריש שלא תשתכח, וכו'. ועוד ראי' גמורה לסתירת דבר זה שהרי במועד קטן (ב, ב) הביאו לשמועה על עבודת קרקע וכו' אלמא איטור עבודת קרקע ושמיטת כספים בחדא הוא ובזמן שאי אתה משמט קרקע דקאמר לא על עבודת קרקע נאמרה אלא על חזרה ביובל, ונמצא הדבר מוכרח כשיטתינו, ששמיטת כספים ועבודת קרקע לא נהגו בבית שני אלא מדברי סופרים, ואחר החורבן אף מדברי סופרים אינו נוהג.

ואף כשתאמר שנוהגת דוקא בסביבות ארץ ישראל ובזמן קביעות ישיבות באותן הארצות לזכר בעלמא, וזה עיקר הדברים. ואף אצלי ראי' לזה שאלו היתה שביעית נוהגת בהדיא היאך נודמן המחלוקת במנינה, ר"ל איזה שנה היא שביעית עד שקצתם מונין שנות הבנין בשנות הקיום וקצתם בשנות החורבן, ויש בין זה לזה חילוק שנה וכו' וכן שקצתם פוסקים ששנת החמישים עולה לכאן ולכאן ומטפלוהו לכל מאה תרתי, ויש פוסקים כרבנן ששנת החמישים הוא יובל ואינה עולה לכאן ולכאן עד שנמצא ששנת שביעית לזה היא רחוקה לזה הרבה, כמו שביארנו הכל בראשון של ע"ז (ט, ב), ודאי אלו היתה שביעית נוהגת להדיא לא נשתקע החשבון עד שיפול בו מחלוקת כל כך ואין בזה ספק. מבואר מדבריו, שרבים אשר אתנו מהגאונים והרבנים הסוברים שאיטור עבודת קרקע אינה נוהגת אחר החורבן רק "דרך חסידות ולזכר בעלמא". וראה מה שכתב המאירי ב"בית הבחירה" למועד קטן ב, ב ועבודה זרה ט, א. יא. מצאנו עוד לאחד הפוסקים הראשונים שהביא דעת הרבה גדולים שאין שמיטה נוהגת בזה"ז אפילו מדבריהם.

שו"ת הרשב"ש

בשו"ת הרשב"ש סי' רנח: "ור"ת ז"ל אומר דבבית שני נוהג יובל וטרח להביא ראיות לדבריו¹¹, וא"ז הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל דחו דבריו כחידושיהו

11 על שיטת ר"ת בענין זה (כגמ' גיטין לו, א) שמביא מגמ' כריתות יא, א: אמר רב חסדא מלמד שכולן שפחות חרופות בעלו, ושפחה חרופה היינו רק בזמן שעבד עברי נוהג וזה רק בזמן שיובל נוהג, וראי' שיובל נוהג בבית שני, וממילא שביעית נוהגת מדאורייתא, ולא כרש"י שיובל אינו נוהג בבית שני. יש להעיר שאפשר לתקן שיטת רש"י על פי

בפ' השולח, וגם ר"ת לא חלק אלא בבית שני, אבל בזמן שאין נוהג יובל משמע מדבריו דלא נהוג שמטת קרקעות אלא מדרבנן, וכן דעת א"ז הרמב"ן¹² והרשב"א ז"ל, דשמטה בזמן הזה מדרבנן, והראב"ד ז"ל במס' גיטין דאינה נוהגת כלל אפילו מדרבנן, והמפרשים הביאו ראיות מפורשות ממס' סנהדרין פ' זה בורר וממס' פסחים פ' מקום שנהגו דשמיטה נהגא בזמן הזה, וגם הוא ז"ל חזר ותודה בפירושו למס' ע"ז פ"ק דנוהגת מדרבנן ושבחוהו ע"ז הרמב"ן והרשב"א ז"ל. ואמרו בירושלמי: חד בר גש הזה חשיד על שמטתא אמר לאנתתיה אפקין חלתא, אמרה ליה ההוא גברא חשיד על שמטתא, ואמרת אפקין חלתא, אמר לה, חלה דבר תורה, שביעית דרבנן רבן גמליאל וחבריו תקנהו, וכתב הרמב"ן ז"ל בחידושי התורה שלו בפרשת בהר סיני דכיון שהזכירו חכמים דבריו נראה שהוא אמת

מה שפירש על הפסוק (עזרא י, יט): „ואשמים איל צאן על אשמתם“, „הוראת שעה היתה“: ובאבן עזרא שם: „ואשמים, תואר השם ופי' ונתנו יד האשמים להקריב איל צאן. ואנתנו לא מצאנו עונש אשם לבועל נכרים ואולי עצת הראשים היה לעשות כן“. לכאורה קשה שלא הזכירו כלום פי' הגמ' בכריתות, שבעלו שפחות חרופות, וישוב לקושיא זו מצינו בפירושו של אחד מהראשונים על עזרא, והוא ר' בנימין ב"ר יהודה הרופא ממשפחת העניים מרומא (ברלין תרנ"ה) תדפיס מ"קובץ על יד" (ויש מיחסים פי' זה לרס"ג): „איל צאן על אשמתם, מלמד שנענשו עליהם כמו על שפחות חרופות, שנאמר, והביא אשמו לה' אל פתח אוהל מועד איל אשם, ובשפחה חרופה כתיב“. ויפה העיר בתורתן של ראשונים לגיטין לו, ב שכנראה שהיתה לפניו הגירסא בגמרא שכולן דנו אותן כאילו שפחות חרופות בעלו. ועי' מאמרו של ר"ח בראדי בספר היובל לרד"צ הופמן, ולפי"ז י"ל, שגם לפני רש"י ושאר ראשונים היתה גירסא זו, והפי' בגמ', שבועזא היתה הוראת שעה כעין בא על שפחה חרופה. וראה ברמב"ן ושאר ראשונים מה שנדחקו לתרץ קושיא זו לשיטת רש"י, ולפי הנ"ל הדברים פשוטים.

ונראה לי להביא ראיה לגירסא זו וכמו שפי' רש"י, ממה שנאמר בתנחומא ישן פ' צו, ט': „וזאת תורת זבח השלמים, אתה מוצא „ויתנו ידם להוציא נשים ואשמים איל צאן על אשמתם“ (עזרא י, יט) והחטאת באה על השגגה, שנאמר „והשכים בבוקר והעלה עולת מספר כולם, כי אמר איוב אולי חטאו בני וברכו אלהים בלבכם“, אבל התודה שהיתה באה, על חנם היתה באה, אמר הקב"ה זו חביבה עלי מכל קרבנות, אמר דוד: זבח תודה יכבדנני“, ולכאורה קשה לענין מה הביא הפסוק של עזרא? ולפירש"י, שכאן היתה הוראת שעה, יש לפרש שבא לומר שמצינו חיוב קרבן על חטא ועל הרהור הלב, אבל התודה שהיתה באה על חנם חביבה יותר, ואותו הדבר בקרבן אשם שהביאו בימי עזרא, שהיה בא על חנם, בתור הוראת שעה, וקרבן כזה, שהיה בא על חנם, חביב לפני הקב"ה, משמע שהפי' הוא כמו שפירש רש"י וממילא מתורצת קושית ר"ת על רש"י.

¹² כחזתו לדברי הרמב"ן מכות ג. שכתב: ועוד דאמרינן בשביעית בזמן הזה דהוא מדרבנן והלך אחר המקיל, וכן הביאו דבריו הרא"ש והריטב"א וזה שלא כמבואר בספר הזכות בגיטין לו, א.

או שמא אותו רשע כדברי ר' שמעון עבד דאמר בשתי שמטות הכתוב מדבר ושביעית בזמן הזה דרבנן אע"פ שחלה דאורייתא, ע"כ.

וכן דעת ספר מצות גדול וספר מצות קטן, דשמטה בזמן הזה דרבנן, וכן כתב בעל ה"ה שלמה (צ"ל: ההשלמה) ז"ל וכן נראה קצת דעת רבי שמשון בר אברהם ז"ל וכן דעת ר' יום טוב אל אשבלי והרב ר' יהודה ז"ל בספר חוקת הדיינים. אבל בס' הלכות גדולות והר"א אל ברצלוני הנשיא ז"ל והרב ר' יהודה בן יקר ז"ל והרב בעל העיטור ז"ל סוברים דאין שמטת קרקע בזמן הזה ויראה מדבריהם דאינה נוהגת, ואע"פ שהרמב"ם כתב בפ"ד מהל' שמטה ויובל דשביעית נוהגת בין בפני הבית ובין שלא בפני הבית והרב ז"ל כתב בספר התרומות דהיא דאורייתא בזמן הזה, כדאי הם כל הרבנים הגדולים ז"ל דאמרי דהיא מדרבנן לסמוך עליהם, וכ"ש שהרבה גדולים סוברים שאינה נוהגת אפילו מדבריהם, כמו שכתבתי למעלה בסמוך, ונפקא לן מיניה דאם היא מדרבנן אזלינן בה לקולא, וכדמשמע בהרבה משניות וברייתות דבזמן הזה נהגו קולא בענין פירות שביעית על שלא יהא יושב ומשמר כאותה ששנינו בפ"ז דשביעית, אבל הוא לוקט ובנו מותר על ידו, לקח לעצמו והותיר מותר למכור וכן תאנים של שביעית קוצצין אותן במוקצה וכו', אין דורכים ענבים בגת וכולה מתניתין. וכן ההיא דכזבש שלש כבשים בחבית אחת דפ"ט והביאוהו בפ' מקום שנהגו בכולהו אית קולא משום דסבירא להו דשביעית בזמן הזה דרבנן, וכן במכילתא פ' משפטים, ואכלו אביוני עמך, וכי מפני מה אמרה תורה, לא שיאכלו עניים, הרי אני מכנסה ומחלקה לעניים, תלמוד לומר "תשמטנה ונטשתה", מגיד שהוא פורץ בה פרצות, אלא שגדרו חכמים ז"ל מפני תיקון העולם, ואם היא מן התורה איך יבטלו חכמים דבר שהוא מן התורה והגדר שגדרו חז"ל הוא שלא יפרצו בה פרצות כדי שלא יכנסו גוים, אבל להיות יושב ומשמר כשלו להכניס הפירות ולמנוע העניים ממנו לא, כמו שכ' ברמב"ן ז"ל.

יב. הנה רש"י ז"ל¹³ מציין לדברי הרשב"ש וכתב: "אמנם אנו איננו רואים בבה"ג ובעיטור שכך הם סוברים, אבל על כל פנים הרשב"ש מעיד כן בדעתם¹⁴. המעיין בלשון הרשב"ש הנ"ל יראה שהוא מביא מספר חוקת הדיינים,

13 בספרו "לאור ההלכה", עמ' פד.

14 וראיתי לחכם אחד, שתמה על דברי הרשב"ש הנ"ל מה שהביא בשם העיטור, הרי העיטור מביא שיטת הרו"ה, אבל מדבריו נראה שסובר ששמיטה בזה"ז דאורייתא. כן מבואר מדבריו שהביא את הברצלוני ששמיטה נוהגת בזמן הזה, לא כהרשב"ש; בבה"ג מבואר ששמיטה נוהגת בא"י; דברי הר"י בן יקר אינם בידניו. גם הפוסקא "ויראה מדבריהם דאינה נוהגת" אינה מתאימה לפאמר למעלה מזה. על סמך זה החליט: אין כל ספק שאין

ובאמת מצינו מבואר ענין זה בספר חוקת הדיינים, שנדפס בס' "חמש קונטרסים" (וינה תרכ"ד) דף נ"ב סימן צד, ז"ל:

"שטר חוב אעפ"י שיש בו אחריות נכסים שהייתי אומר שהרי הוא כגבוי, כיון שכתב אחריות נכסים, אעפ"כ השביעית משמטת אותו אפילו בזמן הזה, משום שלא תשכח תורת שביעית, כך מפורש במס' גיטין פ' השולח, וכ"כ הרי"ף ור"מ ורש"י והרמב"ן ז"ל ולזה הסכים מורי תמ"ך, אבל כתובת אשה אין השביעית משמטת אותה כמו שמפורש במס' גיטין בפ"ב. אבל הר"י בעל העיטור ז"ל כ' דאין שמיטת כספים נוהגת בזמן הזה משום דין דשמיטה, היינו השבתת הארץ דכתיב והשביעית תשמטנה ונטשתה אינה נוהגת אלא בזמן שהיובל נוהג, ולזה הביאו מהירושלמי וכ"כ הרב יהודה בן יקר והר"ש בה"ג, ומ"מ העיקר כדברי הרי"ף ז"ל כמ"ש וכן נהגו בברצלונה".

מבואר, שהרשב"ש מביא מ"ש בספר חוקת הדיינים מן: "אבל בס' ה"ג

להסתמך על דברי הרשב"ש כפי שהם בחבור שלפנינו כו' ואין לנו אלא לומר, שתלמיד טועה כתב דברים אלה ולא הרשב"ש חתם על תשובה זו.

גישה של מחבר זה מונחה מאד, תשוקתו לראות בקיום מצות שמיטה כהלכתה, קלקלה את השורה לבטל בלי טעם כל צדדי ההיתר. וכי בשביל שנתקשה להבין דברי הרשב"ש ולא ידע היכן הם המקורות מותר לו לבטלם ולומר בהחלט: תלמיד טועה כתבם ולא הרשב"ש חתם עליה? שהרי אלמלי עבר על כל התשובה בכבוד ראש היה מוצא שבאמת הרשב"ש חתם עליה פעמיים. כי פעמיים הוא מזכיר את הרמב"ן ומוסיף המלים: א"ו (אבי זקני), והרשב"ש בס' רצא מברר איך הוא נכדו של הרמב"ן, ואין אפילו צל של ספק שהתשובה יצאה מידי הרשב"ש, ולוא היה רואה את ארבעת הספרים הנ"ל שהבאתי: ס' מגן אבות להמאירי, ספר חוקת הדיינים, ספר האשכול וספר השטרות לברצלונה, בתוספת עיון מדוקדק בכל דברי בעל העיטור, לא היה כותב מה שכתב.

בודאי יישר חילי' בעד התמסרותו להנהיג בחיים קדושת השביעית במושבות של פא"י, אשרי חלקו בעד פעולותיו הנעלות; אבל למסרתו הקדושה אין צורך לכתוב: "מסקנת הדברים היא שאין להפקעת קדושת הארץ על ידי מכירה שום יסוד וכו'" (שם 108). מי שבקי בטיב הענין יודע, שהיו גאונים וקדושים שהתירו, והיה להם הרבה יסודות לשיטתם, ואמת שהרבה חלקו עליהם בפרטי ההלכה, כדרכה של תורה, אבל לבוא סתם ולבטל דבריהם כלאחר יד ולומר "שאין שום יסוד", זה כבר למעלה מן המידה.

ועוד הרי בעל חזון איש עצמו, שכל יסוד ספרו של אותו חכם שהזכרתי בנוי על דבריו והנה לא הביא מה שפסק החזו"א מפורש להלכה בהל' שביעית ס"י סק"ו: "ואותן שמוכרין [ע"י עצמן ולא ע"י שליח] פרדסיהן לנכרי אף שעוברים בזה משום לא תחנם, מ"מ הוי מכירה", הרי שסובר שיש יסוד למכירה, ובדיעבד המכירה מכירה. ואם יש קהל כזה שאינו יכול לעמוד בנסיון וכו' וכו' בחזאי שתיקון הרבנים בשטרי מכירה יש לו יסוד בצירוף שאר הסניפים וצדדי ההיתר, כמ"ש לעיל, ומ"ש "ולא ע"י שליח" משום דאין שליח לז"ע, ראה דברי הגרצ"פ פראנק שליט"א בהערות "הר צבי" לטור יו"ד סי' קנא.

וכו", ובחוקת הדיינים הוא בסגנון אחר: "אבל הר"י בעל העיטור": וחסר כאן רק מ"ש בשם הברצלוני. ואין הרשב"ש מביא את הראשונים הנ"ל ממקורם, אלא העתיקם מספר חוקת הדיינים, א"כ כל דברי הרשב"ש הם בסדר, ועלינו לברר דברי חוקת הדיינים.

יג. והנה מ"ש בשם בעל העיטור, כבר העיר הרי"ף פערלא בכת"י על הגליון הרשב"ש שלו, על מה שכתב הרשב"ש בשם בעל העיטור, שבס' העיטור מפורש בהדיא דס"ל שמיטת כספים ושמיטת קרקע בשביעית בזמן הזה הם מדאורייתא, עיי"ש בדבריו, וכן הביא בשמו בכפתור ופרח פרק סט. כן העיר על לשונו "ויראה מדבריהם דאינה נוהגת", שאין לו ביאור.

המעין בדברי בעל העיטור יראה שהאריך הרבה בענין זה ולשון הכת"י שממנו נדפס הספר, הוא מגומגם וחסר בכמה מקומות, כמו שהעיר בשער החדש. ותמצית דבריו, שהוא בעצמו סובר ששביעית מן התורה בזמן הזה, שהלכתא כרבנן ולא כרבי. אמנם הביא שמנהג העולם כרבי, שבזמן הבית מדרבנן ולאחר החורבן נהגו כן החכמים משום שהחמירו על עצמם, וכן הבינו דבריו שני גדולים: הפאת השלחן הל' שביעית סי' כג ובאוצרות יוסף דף מב שבעל העיטור פוסק כרבי. ומה שכתב: "אבל אליבא דהלכתא נהגא בחו"ל" בשער החדש רוצה להגיד שמהמשך הלשון נראה שצ"ל: אבל אליבא דהלכתא [לא] נהגא בחו"ל, ושוב כתב שלדעתו יש להוסיף: [לא נהירא לן] אבל אליבא דהלכתא נהגא בחו"ל. והבעה"ט מביא בסוף דבריו מ"ש חכמי הדור וזוהי שיטת הרו"ה והראב"ד (לעיל העתקתי דבריהם). והנה מדברי חוקת הדיינים בשם בעל העיטור אפשר לומר שהיתה לפניו הגירסא: לא נהגא בחו"ל, כמו שמשער בשער החדש, ולפ"ז מפורש שלבסוף מסיק כן להדיא.

יד. מ"ש מר' יהודה בן יקר, כידוע, הוא היה רבו של הרמב"ן, לדעתי נראה שהכוונה למ"ש במגן אבות להמאירי עמ' סז: "ואף להרב ר' יהודה בר יוחנן (בהערות: לא נמצא לא בשה"ג ולא באוצה"ס ואולי צ"ל: ר"י בר נחמן, בעל הלכות פסוקות) מצאתי תשובה שאין השמטת כספים נוהגת בזמן הזה כלל ואף הוא האריך בראיות אלא שאין בהם הכרח". ובסוף תשובתו כתב: "והמחמיר על עצמו לפטור חובו בשביעית בריחוק מקום יעשה, ובלבד שלא יזיק לאחרים ולהקל על עצמו לא לפרוע". אלא י"ל שצריך לתקן במאירי "בר יקר" במקום "יוחנן", שמסתבר שטעות סופר הוא, וזהו המקור, לדברי הרשב"ש, שר' יהודה בר יקר ס"ל שאין שמיטת קרקעות בזמן הזה אפילו מדרבנן.

טו. מה שהזכיר הרשב"ש גם את הברצלוני ובחוקת הדיינים ליתא, המעין בלשון הברצלוני שהביא בעל העיטור, יראה שיש כאן חסרון מלים וקשה להבינם, כמו שהעיר בביאור על העיטור. אמנם יש לתקן את כל הקטע שבבעל העיטור

על פי מה שמצינו לשון הברצלוני במקורם, בספר השטרות שלו (ברלין תרנ"ח) עמ' 71, וזה לשונו: "ופרוזבול זה יש מי שאומרים כי אין צריך היום בחוצה לארץ, כי זה שאמרנו לעיל בזמן שאי אתה משמט קרקע אי אתה משמט כספים וכו', עד עמד הלל והתקין פרוזבול בארץ ישראל והלל בפני הבית היה כמפורש בפסחים בפרק אלו דברים וכו' והאי דאמרינן לעיל נמי: אמר שמאל האי פרוזבול עולבנא דדינא וכו' אפשר לומר שעל דורות הראשונים שהיו בימי הלל יאמר אעפ"י שלא היה שמואל באותן הדורות, והפירוש נכון כי שמואל (לדורו) קאמר כי אפשר לומר שהיה נוהג נמי שטר פרוזבול, ואע"פ שלא בפני הבית בדורו של שמואל לאותן שהיו דרין בארץ ישראל, כמו שהוא צריך לנהוג ואפי' היום לאותן שהן דרין בארץ ישראל, אבל (בחו"ל) אין צריך פרוזבול כלל אבל צריך לאותן שהם דרים בארץ ישראל ואפילו היום", מבואר מדבריו, שהביא דעת יש מי שאומרים שאין צריך היום פרוזבול וטעמם: בזמן שאי אתה משמט קרקע אי אתה משמט כספים. וזוהי כשיטת הרז"ה. ולפי"ז צריך לומר שכוונת הרשב"ש שהברצלוני מביא שיטה כזו שמפורש בדבריו.

טז. ומה שהביא מהלכות גדולות — לפנינו בהלכות גדולות סוף הלכות פאה כתוב: "והלכתא שביעית בזמן הזה נוהגת בארץ ישראל בין בזרעים בין באילנות ואסור לאכול מפירות שביעית אחר זמן הביעור". אמנם ידוע שיש כמה דברים החסרים בהלכות גדולות שלפנינו וכיון שאין לפנינו בבה"ג שום דבר על עניני פרוזבול אפשר שבמקום שדיבר על עניני פרוזבול מביא שיטה זו. ומצאתי מקור לשיטת הבה"ג במה שהזכיר בחוקת הדיינים, וממנו הרשב"ש. באשכול ח"ב עמ' 26, וזה לשונו: "לקט שכחה ופאה בזמן הזה אינו נוהג בחוץ לארץ, והמחמיר על עצמו מדת חסידות הוא, ובעל הלכות אמר שאילו כולן בחוץ לארץ מדרבנן, והשמטת כספים בשביעית בזמן הזה אינו נוהג לא בארץ ולא בחוץ לארץ, שהרי אפילו בפני הבית שהיתה שביעית נוהגת עשה הלל הזקן פרוזבול שלא ישמיט מלוה את מעותיו בשביעית, ואמרי' אע"פ שלא כתב כמו שכתב דמי, וכן הלכה. ואנן לעניות דעתין חזי לן דהשמטת כספים נוהג בזמן הזה מההיא שמעתא דאימריא על הדא דהלל התקין פרוזבול, אלא מיהו לא נהגו בכל מקומותינו להשמיט כספים והדבר צריך עיון"¹⁴⁰.

ובהערות ר"ח אלבק שם מביא לשון שו"ת תמים דעים סי' קלג: "כתב רב נטרונאי גאון ע"ה וכו' השמטת כספים בזמן הזה בשביעית אינו נוהג בחו"ל ולא בארץ, שאפילו בפני הבית כשהיתה שביעית נוהגת עשה הלל הזקן תקנה לעניי' שלא תנעול דלת בפני לווי' והתקין להכי פרוזבול שלא ישמיט מלוה. את

מעותיו בשביעית ואמרינן אע"פ שלא כתב כמי שכתב דמי, ע"כ כתב רב נטרונאי גאון".

ולפי דעת אלבק שלשון האשכול: "והשמטת כספים וכו'" זהו לשונו של ר' נטרונאי גאון ולא של בעל הלכות גדולות; ובעל חוקת הדיינים סובר שזה הכל מבעל הלכות גדולות, ואולי דברי ר' נטרונאי גאון, הם מבה"ג¹⁵.

יז. סוף דבר יש לפנינו עדות ברורה של שני ראשונים והם: א' המאירי, שכותב: "אף אנו רבים אשר אתנו מהגאונים והרבנים", ההולכים בשיטתו שאין שמיטה נוהגת בזמן הזה אלא ממדת חסידות; ב' הרשב"ש, שכותב: "הרבה גדולים סוברים שאינה (שמיטה) נוהגת אפילו מדבריהם". על יסוד עדות זו בצירוף שאר צדדים שנתבארו לעיל יש מקום לדברי המתירים.

ויש להעיר על לשון המאירי: "אף אנו רבים אשר אתנו מהגאונים והרבנים וכו'", הרי הדגיש שיש מקור לשיטה האחרת שיש "דעת החכמים הנוטים לשיטה שלכם", ואמנם משמע כן מלשון תשובת הגאונים (חמדה גנוזה) סי' פז (מובאת בבעל העיטור הלכות פרוזבול): "השמטת כספים בזמן הזה בחוץ לארץ צריך שיאמר מלוה ללוה משמט אני כדי שלא תשתכח תורת שמיטה, מיהא יש מן הדין לומר הלוה למלוה אעפ"כ רוצה אני שתקח ונוטלו כדקאמרי' אבא בר מרתא דהוא אבא בר מניומי הוא קא מסיק ב"י דאבא זוזי", משמע לכאורה שדעת הגאונים ששמיטת כספים נוהגת בזמן הזה. ברם לפי דברי המאירי שדייק ממה ש"היה מספיק להם מסירת מילי אהדדי וכו' אלא מדת חסידות היתה בהם" יש לומר שגם הגאונים הנ"ל רק כדי שלא תשתכח תורת שביעית כתבו שיש לנהוג כן¹⁶. יח. יש עוד להוסיף מה שמזכיר בס' משפט כהן שם, מספר הלכות א"י מיוחס לאחד מהראשונים (עמ' 10): "ואין שביעית נוהגת לענין איסור זריעה

15 עוד צ"ן שם בס' לאור ההלכה דברי האור זרוע פסקי ע"ז סי' קז. "וזה לשון רבינו שמואל זצ"ל והלכתא שמיטת כספים נוהגת בזמן הזה לא שנא בארץ ולא שנא בחוץ לארץ דסבירא לן כרבנן דפליגי אדורי דריש וזה דבר השמיטה שמוט, בשתי שמיטות הכתוב מדבר וכו', ורבנן לא מקשי להנך שמיטות אהדדי, דאפילו בזמן הזה דליכא שמיטת קרקע אפילו בארץ אפילו מדרבנן נהגא שמטת כספים. ואפילו כרבי עבדי' דאיהו לא קאמר אלא מדאורייתא אבל מדרבנן מודה רבי דנהגא בזמן הזה וכו'". לשונו מגומגם, וראה שם בהערות, שלפיהן אין ראיה.

16 ומה שכתב בעל העיטור שם: "ורב האי ז"ל כתב בסופסי דשטרי בדלא שמיטתא", לכאורה ראיה מדבריו שסובר ששמיטת כספים נוהגת מדרבנן, ראה בהערות רינ"א בספר השטרות לרב האי, עמ' 20 ושם הנוסח: "בלא דחיתא ובלא שהותא, ובלא שמטתא, ובלא ערערתא, ובלא טעותא, ובלא איחורא", לפי הגירסא "שמטתא", בלא יו"ד, הפירוש הוא: בלא השתמטות, ואינו מדבר משמיטת כספים, וכן הדעת נוטה, שאם היה מתכוון לשמיטה היה צ"ל כדן: על מנת שלא תשמיטנו בשביעית, ולא סתם: בלא שמטתא.

וחרשה בא"י מדאורייתא אלא מדרבנן. ואנו צריכין לברר מתי היא שנה שביעית שיוזר בה האדם מלחרוש ולזרוע בארץ בזמן הזה, וכן מלאכות שבשדה, ובשדה ישראל הוא אסור, אבל לא בשדה הגוי, ואם משדה ישראל נותנים מס למלך מקצת מכל שדה ושדה מותר לזרוע, דמכריו רבא: פוקו חרעו בשביעית משום ארנוגא, ואין צריך להפקיר הפירות בשנה השביעית בא"י בזמן הזה, ואין אסור לעשות מהם סחורה כיון שאין הארץ מיוחדת להם ואין עודרים עם הגוי בשביעית. וסוף דבריו "ואין עודרים עם הגוי בשביעית" צריכים עיון, מאחר שכתב דאפילו אם שייך קצת לגוי מותר לישראל הרי כ"ש כשכל השדה של גוי. ואפשר שהוא מפרש "עם הגוי" היינו: ע"י הגוי בשדה ישראל.

כמו כן מביאים הרבה מחברים לשון הסמ"ע חו"מ סי' סז סק"ב, שכתב מפורש: עתה אין הבטחת הברכה "ועשת את התבואה לשלש השנים", והיא רק בזמן שהשביעית דבר תורה, ע"ש.

פ ר ק ש נ י

הגרא"י קוק במבוא לספרו "שבת הארץ" סי' יג מבאר "דין ההערמה במכירה לשנת השמיטה". והוא מוצא שהתירו הערמה לפעמים "גם במילי דאורייתא ולפעמים החמירו בה אפילו במידי דרבנן"¹⁷. "ובירושלמי (ביצה פ"ג ה"ד) אמרו, שכדי לחוס על נכסיהן של ישראל מותר להערים". על כל פנים במידי דרבנן סמכינן אמאן דאמר דהערמה מותרת, שהרי כיון שהאיסור הוא רק מדרבנן כדי שלא תשתכח תורת שביעית אם כן גם אם עושים היתר ע"י הערמה יש גם בזה גופא זכר למצוה". עד כאן תורף דבריו.

המעין יעמוד על כך שהרבה פעמים התירו חז"ל הערמה גלויה וניכרת אפילו במידי דאורייתא. ולפ"ז אין מקום למה שכתבו האוסרים המכירה שהיתר

17 ראיתי לציין מספר מקומות בש"ס המדברים בענין הערמה: משנה מעשר שני פ"ד, ה"ד מערימין על מעשר שני, ובירושלמי שם; ברכות לא. ועוד. מערים אדם; שבת סד; תוס' ד"ה ובלבד; שם סה; בעי אביי; שם צה. הרוצה לרבץ; שם קיז; קכ. קלס. הערמה קאמרת; שם קלט; פלוגתא ר"מ ור"י; שם קמח; מערים אערומי; שם קסט. וכולהו אערומי אסור; ביצה יא. יא; מערים ומולח; שם יג. רש"י ד"ה קנסא; שם יז. יח. נדה שאין לה בגדים; שם לו. וחוזר ומערים; מוע"ק יא; יב; ובלבד שלא יערים; יס. מערים; נדרים מג. מניח על הסלע; שם מח. כתבו על שם הנשיא; ב"מ צ; קח; תמורה פ"ה מ"א כיצד מערימין על הבכור, עיי"ש בפירוש המשניות להרמב"ם ותוס' י"ט. תמורה כב; ירושלמי עירובין תמן הוא אסור להערים; שם יבמות פ"ד ה"ב. וראה סור או"ח סי' תמח בב"י ובמקור חיים, ובגליון הש"ס לרי"ע שבת קלט. שםביא עוד כמה ראשונים שכתבו בענין זה של הערמה, ובשו"ת חתם סופר או"ח סי' סב וקיג.

שטר מכירה הנהוג עכשיו בא"י יש בו "הערמה ניכרת", ולכן אינה מעילה. כי מבואר מדברי חז"ל שאין "הערמה ניכרת" אסורה כלל, ובמקום שהתירו הערמה לא איכפת להם כלל אם היא ניכרת וגלויה לכל. ובתשובת חתם סופר או"ח סי' קיג: "דהערמת מכירה זו (של חמץ) היא היתר גמור מן התורה בלי שום פקפוק, שהוא מוכר מכירה גמורה באחד מהקנינים שהגוי קונה, אע"פ ששניהם יודעים שרוצים בחזרת החמץ לאחר הפסח, מ"מ השתא מכור הוא, ויכול הלוקח למוכרו ולאוכלו ולהקדישו ולהאכידו מבלי מוחה, אלא שהוא אוהבו ואינו עושה כן ומשמרו עד לאחר הפסח וחוזר ומוכרו לישראל, היתר גמור הוא בלי פקפוק, ואחריות החמץ כל ימי הפסח על הגוי, ואפילו בפירוש יכול לומר להגוי: אם נשאר חמץ בידך עד לאחר הפסח ותמצא למוכרו אז קרוב לודאי שאקחנו ממך במקח השווה, וכו' הרמב"ם בפי' המשנה ר"פ כיצד מערימין: כל הערמה של היתר וערמה של איסור ע"ש ויש מקומות שאסרו חכמים להערים ולהפקיע איסור דאורייתא כדי שלא יפרוצו, ואם עבר והערים אי דאורייתא אין כאן אלא איסור דרבנן, ובמע"ש מצוה להערים משום דכתיב בפדיונו ברכה כמ"ש בירושלמי והוא במתני' היה עומד על הגורן, וכאן בחמץ התירו הערמה להדיא". והוא הדין בנידון דידן, באיסור שביעית, אין הערמה ניכרת פוסלת את עצם המכירה, אם נעשתה המכירה כדת וכדין ישראל.

ומצאנו לאחד מהראשונים פירוש חדש לירושלמי פסחים, ולפי דעתו לכולי עלמא לא חיישינן להערמה אפילו אם היא גלויה וניכרת, ולומד כן מדין הפקר בשמיטה, והוא באור זרוע הגדול הלכו' פסחים סי' רמו (ובתשובות שם סי' תשמ"ח): "מותר להפקיר חמץ קודם שעה שביעית ע"מ לזכות בו אחר הפסח ושרי אפילו באכילה, וראיה לדבר ממס' שביעית (פ"ט, ה"ד) וכו': חמי לך תלתא רחמין ואבקרה קומיהון, קפודקאי דצפורין שאלין לר' אמי, בגין דלית לאילון עמא רחים ולא שאיל שלם היך צורכה מיעבד, א"ל כד תחמון רגליא צללא, תהוין מפקין ליה לשוקא ומבקרין ליה וחוזרין וזכיין ביה. פי' רבנו שמשון משנץ ז"ל קפודקאי, בני אדם קפדנים שלא היו להם אוהבים ואם יפקירו יזכו בהם ולא יחזירו להם, והורה להם ר' אמי דכשיראו השוק פנוי מבני אדם יפקירו ואח"כ יזכו, הא למדת שהמפקיר ע"מ לחזור ולזכות בו הוי הפקר אע"פ שיחזור ויזכה, וההיא דפרק כל שעה ירושלמי (ה"ב), דאמר: הפקיר חמצו בשלשה עשר לאחר הפסח מהו, ר' יוחנן אמר אסור, רשב"ל אמר מותר ר' יוחנן חש על הערמה, רשב"ל לא חשש על הערמה, וכו', אין לפרש דהערמה דר' יוחנן חייש לה דהיינו שיפקיר ע"מ לזכות בו, אלא דחייש שמא לא יפקיר כלל ויאמר הפקירתי קודם פסח וחזר וזכיתי בו אחר הפסח, אבל אם הפקיר קודם הפסח ע"מ לזכות בו אחר הפסח והיא שרי, כדפרי', ומותיבנא אסברתי' דתניא פ"א דשחיטת חולין

(ד.) חמצן של עוברי עבירה אחר הפסח מותר מיד מפני שהן מחליפין, פי' דלא שבקי התירא ואכלי איסורא, ואי איתא הואיל ומהדרי אהתירא הוה להו להפקיר אע"פ שהיה בדעתם לחזור ולזכות אחר הפסח דהא כה"ג שרי" 18.

ויש ללמוד מדברי אור זרוע אלה שכשם שאפשר ללמוד היתר לדין הפקר בחמץ מהפקר בשביעית, כן יש ללמוד שביעית מחמץ, שכן סדרו הפוסקים האחרונים לעשות את הב"ד שליח למכירת החמץ, וכן סדרו בא"י לעשות את הב"ד שליח למכירת הקרקעות לפני שנת השמיטה.

פרק שלישי

על ההצעה להנהיג קודם שביעית הפקר קרקעות במקום מכירתם.

הנצי"ב בשו"ת "משיב דבר" סי' נ והגר"י ענגיל בספרו "אוצרות יוסף", מציעים להשתמש בארץ ישראל בשנת השמיטה, לאלה שנוהגים לסמוך בשעת הדחק ובתור הוראת שעה על היתר מכירה, בהיתר של הפקר קרקעות, על יסוד ירושלמי פאה פ"א ה"ז ותוס' פסחים ד: ד"ה מדאורייתא, לענין חמץ, ותורף דבריהם: כי היכי שיש קנין לעכו"ם להפקיע איסור שביעית דבעינן שדה ישראל, ה"נ הפקר ג"כ מפקיע, דהא אינו ישראל וכו', דבעינן שדך וכרמך, והפקר אינו שדך, וכמ"ש התוס' מנחות פד. ד"ה שומרי, בקצריך ונזירך דשביעית ממעט הקדש, א"כ י"ל דממעט הפקר, וכן כתב המנחת חינוך מצוה שכט בדרך אפשר. ובשו"ת מהרי"ט צהלון סי' מז כתב בטעם היתר עבודת ישראל בקרקע נכרי: "דכיון דלאו שדך הוא". ובשו"ת מהר"ם גלאנטי סי' נז: מה שנאמר "שדך" ואסרה תורה השביעית ושאר איסורין בגוף הקרקע, כשהיא שלו, ובהלכות קטנות ח"ב סי' רלז כתב: "שאלה, אם נוהג דין שביעית ביערות ובמדברות, תשובה, בפ"ב דקדושין (נד.) אמרינן גבי ושלח את הצפור החיה על פני השדה לאפוקי ים ומדבר, ומי יודע אם יש לומר גבי שביעית "שדך לא תורע" לאפוקי יער ומדבר".

ועל עיקר חידוש זה שמועיל הפקר בשביעית הקשו כמה מחברים מגמ' מנחות פד. שומרי ספיחין בשביעית; שם ה: מה למנחת העומר שכן מתרת חדש כו'; מתוס' גיטין סב. ד"ה אין עודרין וכן ממשנה רפ"ט דשביעית; מתוספתא שם ז, ב, שהשביעית עשה בה את המופקר כשומר; ראש השנה כ: תוס' ד"ה

18 ראה מ"ש בתורה שלמה ח"ב במילואים עמ' ריח—רכא בביאור שיטת האו"ז ושאר הראשונים בענין זה. שם הבאתי שכ"כ הרא"ש פסחים פ"ב סי' ד: ר"ל לא חייש להערמה. כלומר: שמא לא יפקירנו ויאמר הפקרתיו. ובהגהת אשרי מביא דברי האו"ז בקיצור והאחרונים תמהו עליו, ולא היה דברי האו"ז הנ"ל לפניהם שמפורש שפוסק כר"ל שלא חיישנן להערמה.

בנות; סוכה לט: במה דברים אמורים בלוקח מן המופקר. וראה בס' תורת הארץ. ויש שדחו, שהפקר ממעט מאיסור לאו של "שדך לא תזרע" ולא מאיסור תורה של "ושבתה הארץ" כן יש לומר שקדושת פירות נוהגת אע"פ שהן הפקר. כן ראיתי לכמה חכמים שכתבו שאין יסוד להיתר של הפקר משום שאין לנו רשות לדרוש מעצמנו דרשות, כגון "שדך" ולא שדה הפקר, מה שלא נזכר בחז"ל, ומ"ש הנצי"ב ראה ממ"ש התוס' פסחים ד: שדרשו "לך" להוציא הפקר. הוא רק משום שהיתר הפקר אנו יודעים ממה שאמרו: מדאורייתא בביטול בעלמא סגי, ולפיכך היינו הפקר, לכן סמכו על לשון הכתוב.

ונה מה שהביאו מדברי התוס' פסחים, יש להעיר שמקור הדבר הוא בירושלמי פסחים פ"ב, ה"ב, שממעט הפקר מ"לך", כן בספרי ראה: "לא יראה לך" בטל בלבך, וראה מ"ש בביאור ענין זה בתורה שלמה שמות פי"ג—סח. ובמילואים עמ' ריח—רכב מהרמב"ן, שהפקר לא קרינן ביה "לך" ובתורה שלמה חיי"א עמ' רנב—רנו.

וכן יש להעיר על שיטת ב"ש הסוברים שביתת כלים דאורייתא וההיתר הוא משום שלב ב"ד מתנה עליהן ומפקירן. ולענין חמץ הבאתי בתורה שלמה חיי"ב עמ' רצד, מדברי המאירי פסחים ו: לענין ביטול על ידי שליח: "ולא עוד אלא כל שהרשהו לבדוק הרי הוא מורשה מן הסתם לבטל, כי בוודאי על כל המצוה הרשהו. ויש שכתבו כן מן הסתם שאין ספק שכל ישראל נוח לו בכך". ושם עמ' רכא מדברי הריטב"א פסחים: "דזימנין דאוקמוה רבנן אדינא דאורייתא, כדאמרינן ב"מ ל. ונדרים מג. לענין המודר הנאה מחבירו דמניח על גבי הגדר ומפקיר, וכן גבי גיגית וקדרה וה"נ (לענין חמץ) אוקמוה אדינא דאורייתא". ובשיטה מקובצת ב"מ שם בשם ר"ת: "מסעם הפקר אע"ג דלא עביד בפני ג' התם נמי אנן סהדי שהוא מפקירו כי היכי דלא ליעבד איסורא". עיי"ש ובחי' הרשב"א שבת יח. דלב ב"ד מתנה עליהן שיהיו הפקר.

על פי דברינו אלה נראה, לכאורה, שיש מקום לומר שעכשיו, בקום מדינת ישראל, מסתבר יותר לסדר שימסרו שדותיהם לב"ד, כמו שאמרו בנדרים מח.: יכתבו על שם הנשיא, והב"ד יפקירו שדותיהם, במקום שנהגו עד עתה במכירה לגוי. כי בהפקר יש לנו יסודות בהרבה מאמרי חז"ל לענין חמץ, שבת ונדרים. ועי' שבת קכז: אי בעי מפקיר נכסיה, ושם קלא: הואיל ובידו להפקירן. וראה מה שהבאתי בתורה שלמה בראשית, מילואים לפ' לך לך עמ' תתסו, שיטת רבינו ירוחם, שמילת עבדים אינה דוחה שבת משום דכידו להפקירן. כטעמי דר"א בשבת שם 19.

ויש להביא ראיה שהפקר פטור ממה שנאמר בתורת כהנים בהר (כה, ב):
 "ת"ל "שדך", שיהי' כל אחד ואחד מכיר שדהו; "כרמך" שיהי' כל אחד ואחד
 מכיר כרמו, לאחר ארבע עשרה שנה נתחייבו במעשרות התחילו מונים לשמיטה,
 ובפירוש הראב"ד: "נתחייבו במעשר דכתיב "עשר תעשר את כל תבואת זרעך
 היוצא" וכו' "זרעך" המיוחד לך, אי נמי משום דקודם שחלקו הוה ליה הפקר
 דכתיב "ובא הלוי כי אין לו חלק ונחלה עמך" יצא הפקר שידו וידך שוין בו.
 וכן במנחה בלולה שם: "כרמך, לאחר כבוש וחלוק כי אז יהיה נקרא שדך וכרמך".
 ופירוש זה של "ארצך" מבואר בפירוש רלב"ג לפסוק שם: "שמצוה זו
 אינה נוהגת אלא בארץ ישראל כו' ומעת שנתחלקה הארץ וידע כל אחד מהם
 אי זה הוא ארצו או התחילה למנות, שנאמר, "שש שנים תזרע ארצך", מן העת
 שהוא ארצך". וכעין זה מבואר בחינוך מצוה ל: "שאין חיוב מנין זה אלא לאחר
 כיבוש וחילוק שנאמר: שש שנים תזרע שדך".

אמנם י"ל שאין ראוי מדברי הראב"ד לדין הפקר בזמן הזה, כי רק קודם
 שכבשו הארץ וחלקוה, כתב הראב"ד שהיתה פטורה משום דהיה עליה דין הפקר
 כיון שעדיין לא חל עליה שם בעלים של ישראל, אבל לאחר שכבשוה וחלקוה
 י"ל שפיר שאין הפקר מועיל לפטור מדין שביעית מכיון שתמיד נקראת בשם
 קרקע ישראל.

ויש להביא ראיה שאין הפקר מועיל לפטור משביעית, ממאמר חז"ל
 שנתגלה לנו במכילתא דרשב"י שמות כג, י. ולא מצאנוהו בשום מקום אחר.
 וזה לשונו: "ר' נתן בן יוסף אומר כתוב אחד אומר, "שש שנים תזרע
 שדך" וכתוב אחד אומר "שש שנים תזרע את ארצך", כאיזה צד יתקיימו שני
 כתובים, אחד כשנכנסו ישראל לארץ ואחד כשעלו מן הגולה".
 ובפירוש רד"ה: "כשנכנסו לארץ היתה כל הארץ שלהם על כן אמר "את
 ארצך", וכשעלו מן הגולה היו משועבדים למלכי פרס ולא היתה כל הארץ שלהם
 ועל זה כתיב "תזרע שדך", ואעפ"כ היתה שביעית נוהגת²⁰. ועי' ספרא שם ה"ט
 ור"ה יג".

ואי נימא דמועיל דין הפקר לענין שביעית, למה לא תירץ בפשוטו ש"ארצך"
 בא ללמד, כמבואר בתו"כ וכמו שפי' הרלב"ג, שרק אחרי כיבוש וחילוק נתחייבו
 בשביעית, ו"שדך" למעט הפקר, כמו שכ' המפרשים הנ"ל, הרי מכאן, שהפקר אינו
 מועיל לפטור מאיסור שביעית.
 ויש להעיר מתרגום ירושלמי כת"י לשמות כג, יא: תשמטון יתה ותפקרון

20 מכאן ראיה לאלה הסוברים, שגם כשעלו מן הגולה היתה שביעית נוהגת מדאורייתא, ולדעת
 אלה שהיתה נוהגת אז רק מדרכנן, יש לומר שאין זה לימוד גמור אלא אסמכתא.

(ותבקרין) יתה (וכן הוא במנחה בלולה שם, בשם תרגום ירושלמי). ולפנינו בדפוס: ותפקר פירהא. ומכאן ראי' להמפרשים כן, ומוכח מזה שהפקר אינו מועיל.

ונ"ל לבאר הטעם שאין הפקר השדות מועיל להוציא מדין איסור שביעית משום שמן הדין בשביעית נקראת הקרקע אינה שלו ושם הפקר עליה, כמבואר בפירוש המשניות לרמב"ם שכן על המשנה כלאים פ"ז ה"ד: א"ר יוסי מעשה באחד שזרע את כרמו בשביעית ובא מעשה לפני ר"ע ואמר אין אדם מקדש דבר שאינו שלו. מפרש הרמב"ם: "וידוע שכל הארצות בשנת השמיטה הפקר הם ואין לאדם קנין גמור בהם ומפני זה נעשה כרמו בשנת השמיטה כמו שאינו שלו".

ובכת"י "חמאת החמדה" על הפסוק: "והשביעית תשמטנה, בשמיטת קרקע הכתוב מדבר, לסלק רשותך וזכותך ממנה, ונטשתה הפקר אותה". וכן כתוב בכת"י "אור האפלה"²¹: "והשביעית תשמטנה ונטשתה, הוא שיפקיר כל אדם שדותיו ויהיה הוא ושאר בני אדם והבהמות והחיות שוים באכילת פירות שנה שביעית". ועל כרחך יש לפרש דבריו של "חמאת החמדה": הפקר אותה, שמפקיר את הקרקע לכל אדם, היינו לענין שכל אחד יכול ליכנס בה לקחת הפירות וזה נכלל בכלל ונטשתה, וכן בפירושו של ספורנו לשמות כג, יא: "ונטשתה ואכלו אביוני עמך, בשמיטת קרקע יאכלו גם העניים". וכן בפירושו של ראב"ע ויקרא כה, ה: "כי שנת שבתון היא לארץ, והטעם שהארץ אינה ברשותך בשנה הזאת".

וכן נראה ממה שנאמר במדרש הגדול בהר (עמ' 609): "מעשה באדם אחד שהיתה לו שדה אחת והיה מתפרנס ממנה כל ימיו. כיון שהגיעה שנת שביעית אמר לסריסיו: פרצו את גדריה וקצצו פירות וסתמו מעינותיה, והלכו ועשו כך. לימים עברו עליה וראו שהיא דישה לבני אדם ולבהמות ולחיות והיא חריבה, התחילו מטפחין על פניהם והלכו אצל בעל השדה ואמרו לו: ערב לך, שתהא שדה שהיתה מכלכלת אותך בכל מיני מעדנים, דישה לכל? אמר להם: שוטים שבעולם, אין אתם יודעים ששנה זו שביעית היא, המתינו עד שתיכנס שנת שמינית ואתם רואין אותה טובה ממה שהיתה".

ובתנחומא ישן ויקרא א: "ברכו ה' מלאכיו גבורי כח עושי דברו (תהלים קג, ב) וכו', ר' יצחק נפחא אמר: אילו שומרי שביעית, ולמה נקראו גבורי כח, כיון שרואה שדהו מובקרת (מופקרת) ואילנותיו מובקרין (מופקרין) והסייגין מופרצין ורואה פירותיו נאכלין וכובש את יצרו ואינו מדבר, ושנו רבותינו: איזה גבור הכובש את יצרו". המדרש משתמש בלשון "שדהו מופקרת ואילנותיו מופקרין" וזה הכל לענין הפירות, שהאילנות בעצמן אינן הפקר ואין רשות לשום אדם לעקרם. וכן צריך לפרש לשון הערוך בערך שביל, שפירש דברי הגמרא גזיר ח:

21 דפוס בירושלים תשי"ז בשם "מאור האפלה", ההבאה שלנו, שם עמ' רנ, תרגום מערבית.

„ומגין שבילי שמיטה, לפי שבשנת שמטה אדם פורץ גדר שדהו וכרמו ועושה אותו הפקר וכל אדם נכנס בהם וכל צד שרוצה עושה שביל ונכנס“. וראה בעל הטורים ויקרא (כה, יא) : „ספיחיה ב', דין ואידך (איוב יד, יט) תשטוף ספיחיה עפר ארץ, והיינו דאיתא בתוספתא בשביעית : פורץ אדם כרמו וסותר גדרו, והיינו דכתיב (שם) אבנים שחקו מים תשטוף ספיחיה, עפר ארץ, שאפילו אם יש לה גדר אבנים ישחקנו ואף אם בא על שדהו שטף מים לא יגדור אותה“.

מבואר ממה שהבאנו, ששדה ישראל בשביעית היתה לה צורה של הפקר ושם של הפקר ונהגו איסור שביעית בפירות, ואע"ג שמדין תורה, דין הפקר ואפקעתא דמלכא בשביעית הוא רק על הפירות ולא על הקרקע שבוודאי אין רשות לשום איש לזכות בקרקע רק בפירותיה, מ"מ אין שום היכר לשביעית במה שיוסיפו ב"ד להפקיר גם השדה עצמה והאילנות, כדי שלא יחול על הפירות איסור שביעית ולסלק בכך איסור עבודה בקרקע, וזה נראה יותר גרוע ממכירה, שהוא ענין אחר לגמרי, מה שאין כן הפקר, שחלק גדול ממנו הרי הוא בכלל דין שביעית ואיך יכולה הוספה של הפקר על עצם הקרקע להציל מאיסור מלאכות בשביעית? ולכן נראה שיותר טוב היתר של מכירה ועדיפא מהפקר, וכמו שמועיל מכירה לענין איסור חמץ ושבת, כן מועיל לענין איסור שביעית.

פרק רביעי

המערערים על היתר המכירה מעירים כיון : שבשנת תר"ע, כשדנו גדולי הדור על שאלת היתר המכירה, היו רובם נגד ההיתר, א"כ הרי הם כעין סנהדרין, ואחרי שנפסק הלכה כרבים אין שום מקום לדעת המיעוט. ברם יש כמה תשובות על טענות זו :

א. מה שנתבאר לעיל, ששיטת הרז"ה, שחשבה לשיטה יחידית ודחוי' שאין לצרפה אפילו לסניף, נתגלה לנו כעת מדברי הראשונים שיש הרבה קדמונים וביניהם גם גאונים שהולכים בשיטה זו, א"כ אפשר לצרפה לסניף להיתר מכירה וייתכן שאילו היו דברי ראשונים אלו לפני גדולי הדור כשדנו בשאלה זו היתה להם השקפה אחרת. וכבר כתב הש"ך ביו"ד סי' רמב, בהנהגת או"ה, הטעם שמביא בש"ע שיטות היחידים : „משום שאפשר שימצא בחבורים אחרים ג"כ כדעת היחיד בענין שיהי' שקולים או היחיד יהא רבים“, וכ"כ ברמ"א בחו"מ סי' כ"ה בשם מהרי"ק שורש צו : „אבל אם נמצא לפעמים תשובת גאון ולא עלה זכרונו על ספר ונמצאו אחרים חולקים עליו, אין צריכים לפסוק כדברי האחרונים, שאפשר שלא ידעו דברי הגאון ואי הוי שמיע להו הוי הדרי בהו“, ועוד שדעתם של הב"ד בא"י, המתירים, ששעת הדחק והפסד מרובה שהיה

בשעה שדנו בדבר, בשנת תר"ע, אין לו שום דמיון וערך כלל אפי' א' ממאה לשעת הדחק של היום והמצב נשתנה לגמרי ממה שהיה אז.

ב. ידוע מה שכתב ב"גט פשוט" לכלל גדול, שדין אחרי רבים להטות נאמר רק כשהרוב והמיעוט דנו על הדבר ביחד, אז נפסקה הלכה כרבים משא"כ רוב הנמצא בספרים ולא דנו על זה ביחד, אין לזה דין דאורייתא של אחרי רבים להטות, כי אפשר אם היו שומעים הטעמים של המיעוט היו מודים להם²². ומענין, כשנתעוררה השאלה בשנת תרמ"ט ומספר חשוב של גדולי הדור הביעו דעתם בשאלה זו²³, נעלם מהם שאחד מגדולי הדור, בעל "אבני גזר", בספרו ליו"ד סי' תנת, כתב תשובתו להרב מטבריה על שאלתו, אם מותר למכור לגוי באופן שהיהודים יעבדו בתור פועלים, והשואל כותב: המתקנו סוד בב"ד של הספרדים והתרגו להם שימכרו את שדותיהם לגוי וכו' ואחר שתעבור שנת השמיטה יחזרו ויקנו מהגוי, והיה חשש שאם לא יעבדו יסבו הערלים נחלתם לעצמם וישר מטה לחמם, והנה מביא שם יסודי ההיתר של השואל ושל א' זה הפסד מרובה. א. לרוב הפוסקים שביעית בזמן הזה דרבנן; ב. בדרבנן נסמוך על ספר התרומה שבזמן הזה שפסקה קדושת הארץ דכ"ע מודים שיש קנין, ואף שיש ספק ספיקא שמא לא פסקה קדושת הארץ ואין קנין לגוי, ואם תימצי לומר דפסקה, ספק אם יש קנין לגוי להפקיע, ובדבר שיש לו עיקר מן התורה יש להחמיר, אמנם הש"ך יו"ד סי' ס' (לא מצאתי) דבמקום הפסד מרובה סומכין על יחיד נגד רבים אף ברובא דאורייתא והוא הדין בס"ס, ולענין איסור מכירה לגוי משום לא תחנם סומך על הכפתור ופרח פ"י הידוע, ולבסוף מסיק שאפשר לסמוך על ספר התרומה בהפסד מרובה כזה, שאם לא יעבדו השדות נחלטים בידי המערערים, ואע"ג שמתיר עבודה מ"מ כתב שטוב לנהוג קדושת שביעית בפירות אם אין הפסד מרובה בזה.

תשובה זו נכתבה, כנראה עוד לפני שנתעוררה שאלה זו בשנת תרמ"ט, והוא היה הראשון מהגדולים שהסכים לב"ד של רבנים ספרדים, שהתירו לסדר מכירה לגוי אפילו לעבוד מלאכה דאורייתא, ודבריו לא הוזכרו כלל בספרים שדנו על זה. ויש מקום לומר שאם היה מתאספים יחד והרוב היה שומע הטעמים של המיעוט היה חוזר בו ולכן אין זה נכנס בכלל אחרי רבים להטות, לפי דעת ה"גט פשוט".

ג. בעיקר הדבר מה שרובם אסרו אין זה כלל דבר מוחלט, כי אם נחשוב כל הרבנים שטיפלו בפתרון השאלה, הרי בוודאי יש רוב שהתירו, והכוונה רק

22 ענין זה ביארתי בארוכה במלואים שבתורה שלמה חי"ת.

23 עכשיו נדפסו קונטרסים שמביאים דעתם של כל אלה שהשתתפו בפתרון השאלה.

לגדולי הדור המפורסמים שלקחו חבל בזה, א"כ מי הוא שבידו להכריע מי הם הגדולים; ואם גדולים הם המכריעים או הרוב²⁴. והרי ידוע שהרבה גדולים לא השתתפו בביאור השאלה. בכל אופן עיקר פרט זה הוא בספק גדול, אם היה רוב לאיסור ובפשטות יש לומר שרוב הרבנים התירו.

ד. ועוד על פי מה שכתב הרשב"א בתשובה ח"א סי' רנג: „אבל אם היה רב אחד במקומם ולמדם, הן הולכין אחר דבריו, זהו חלוקת ארץ ישראל ובבל בתרבא דאיתרא, כו' במקומו של ר"א כורתין עצים לעשות פחמים לעשות אומל ולא מחו בידם חכמים לפי שהן עושין כדברי רבם, כו', וכן רבים, ומן הדרך הזה כל שנהגו לעשות כל מעשיהם על פי הלכות רב אלפסי ז"ל ובמקומות שנהגו לעשות כל מעשיהם על פי חיבור הרמב"ם ז"ל, והרי עשו אלו הגדולים כרבם. ומיהו אם יש שם אחד חכם וראוי להוראה ורואה ראייה לאסור מה שהם מתירין, נוהג בו איסור, שאין אלו כרבם ממש, דבמקום רבם אלו יעשו שלא כדבריו ויקלו בכבוד רבם במקומו תרבא דאיתרא דבא"י שכולם נוהגין בו היתר כרבם שלמדם „כל חלב“ לרבות חלב שעל הקרב“.

לפי זה יש להסיק: צבור שומרי הדת בישראל שכפוף לרבנות הראשית ובתי דינין שלהם, עושה כדין וכדת בהנהגתו כפי פסק דינם, אף שיש אחרים שחולקים על ההיתר ומחמירים שלא להתנהג במכירה, כי זה מקרי אתרא של הרבנים המתירים; ואלו שכפופים לשאר הרבנים האוסרים, עליהם להתנהג כפי פסק דינם. וכעין זה כותב בעל גדולי התרומה הנ"ל לענין סידור פרוזבול: „ולענין הלכה עדיין מחלוקת במקומה עומדת ולא באה לאחרונים ז"ל שום הכרעה מוסכמת, והניחו הדבר לכל מקום ומקום כפי מנהגו“.

24 ראה מה שכתבתי בתורה שלמה שם בביאור ענין זה.

הרב ד. מ. קרויזר *

תיקון עירובין במנהטן נ.י. **]

פ ת י ח ה

חיוב על אנשי העיר לתקן עירובין

בהלכות גדולות לר"י גאון (דפוס ווילנא עמ' 54) הלכות עירובין פרק הדר וז"ל: "וצריכה מתא למיעבד לה עירוב הדר הודרנא (פי' סחור סחור) בחבלים או בצורת הפתח".

רב נטרונאי גאון ב"תשובות גאוני מזרח ומערב" סי' כ"ו כותב: "תימה גדולה תמהנו בדבר זה, חכמים גדולים שכמותכם, בעלי תורה, מדקדקים בדבר הלכה כו', אי אתם מערבין עירובי חצרות בזכות שמים, אוליסאנו אין בה גוי שאוסר עליכם, מפני מה אין אתם מערבין עירובי חצרות, כדאמר ליה רבא בר רב חנן לאביי (עירובין סח). מבואה דאית בה תרי גברי דברבי כי רבנן ניקו בלא עירוב ובלא שיתוף". (ובריטב"א שם: מהא שמעינן דלא מיבעי' לי' לצורבא מרבנן למידר במבוי וחצר שאינם מעורבים).

בתשובת הרא"ש כלל כ"א סי' ח': "כבר כתבתי לך על ענין העירוב שנהגו בכל גלילות ישראל להתיר מבואות המפולשות בין הכותים בצורת הפתח, ואתה אסרת אותו לקהל פריירי, וכתבת לי ראיותיך ואני הודעתיך שאין בהם ממש, והזהרתיך שתחזור בכך ותאמר לקהל שיתקנו מבואותיהם כאשר הורגלו ע"פ גדוליהם, והנה הוגד לי שאתה עומד במרדך, ואתה מכשיל את הרבים בחלול שבת, לכן אני גוזר עליך אחר שינתן לך כתב זה בעדים, שתתקן את המבואות המפולשין לרה"ר של כותים בצוה"פ כו', ואם לא תתקן המבואות כאשר כתבתי, אני מנדה אותך, ואם היית בימי הסנהדרין היו ממיתין אותך, כי אתה בא לעקור תלמוד שסידר רב אשי ולחלוק על הגדולים שהיו עד היום הזה, אותם שמתו ז"ל ואת אשר המה חיים עד הנה כו'" עוד שם בסי' ט': "ומצוה לנדותו בכל קהלות ספרד וגם ידונו אותו למות כדין זקן ממרה, כי אנו חייבים למסור נפשותינו על תורת האלקים ולבער עושה הרעה מקרבינו". [בבית אפרים אר"ח סי' ב' מביאו וכתב: "והנה בענין זה (בנידון של הרא"ש שהתיר

(*) בהשתתפות חברי מכון תורה שלמה. (**) ביורר השיטות השונות שנכתבו בענין זה.

בצוה"פ) אינו פשוט כל כך, עיין שו"ת הריב"ש סי' ת"ה כו', ואעפ"כ הרא"ש מדעתו דעת תורה ודעת נוטה ויגזר אומר ויקם לעשות תיקון צורת הפתח וצווח ככרוכי'א שלא להכשיל את הרבים בביטול תיקון זה וכו'"].

ובתשב"ץ ח"ב סי' ל"ז: "אם יש חשש עבירה בתיקוני מבואות, חס ושלום, אבל הזריז הרי זה משובח, אדרבה הם תמהים מגמרא על מי שאפשר לו לתקן ואינו מתקן, דאמרינן בפרק הדר (עירובין סח.) א"ל רבא בר חנן לאביי מבואה דדיירין בה תרי גברי רברבי כרבנן לא ליהוי לי' עירוב ולא שתוף, א"ל מאי אעביד מר לא ארחיה אנא טרידנא בגירסא, אינהו לא משגחי, ונראה מכאן שאלמלא טרדת הגירסא, דרך תלמידי חכמים הוא לתקן, ומי שלבו נוקפן בזה הדיוטות גמורה היא או מינות נזרקה בו, וזכות גדולה היא למתקן, ובפ"ק דביצה (ט"ז) גבי מערבין עירובי חצרות ביו"ט ואמרינן התם דמאן דאורי לאיסורא הויא הוראה לקלולא משום דמתקלקלי בה רבים ובאים לטלטל בלא עירוב. (פירש"י: "רבים השוכחים ומטלטלין בלי עירוב היינו קלולא כו'").

ומבואר בתוספתא דב"מ פ"א ט"ח: "כופין בני חצר זה את זה לעשות לחי וקורה למבוי כו'" ושם סי' כ"ג: "כופין בני העיר זה את זה לבנות בית הכנסת כו'", מובאת בירושלמי פ"ז דעירובין ה"י. וראה בבלי שם פ. ושם ע"ב: ל"א "מצד שאני" ובהגהות מהר"ב מרנשבורג על הגליון מביא מהגר"א שצ"ל: "בית דין שאני" וכתב עליו דברי אלקים חיים הן, עיי"ש. ונפסק כן בש"ע חו"מ סי' קס"ב ס"א, ובסמ"ע שם סק"א: "דלהכשיר המבוי בטלטול בשבת הם עשויין, ומינה נלמד למבוי מפולש שצריכין להכשירו בצד אחד בצורת הפתח דצריכין לסייע בצורת הפתח". ובשו"ת מהר"ח או"ז סי' קנג, למד מדין זה שכופין זה את זה לעשות מקוה כמו שכופין לעשות לחי וקורה וכו', עיי"ש.

ובשו"ת ר"י מינץ סי' ח', מביא תשובת מהר"מ ברוך בענין זה וכ' לענין צרכי העיר: "ואמר אחרי רבים להטות, כמה שמסכימים הרוב, אע"פ שהמיעוט המתנגדים נראה להם טענותיהם חזקות הרי הם בטלים ברוב וכו', וכן לענין לחי וקורה, אם טעו למה... לתקנם כדי להכניס ולהוציא בשבת, אני איני רוצה להכניס ולהוציא, או איני צריך להכניס ולהוציא, או לכולנו אין (צריך) [צורך] לנו כל כך בתקנה זו כו' אלמא כופין זה על זה".

ובשו"ת ח"ס או"ח סי' צ"ט: "שאל ממני הרב נ"י לברר לו בראיות מדברי חז"ל שראוי ונכון לכל קהל עם ישראל בכל מקומות מושבותיהם לתקן מבואותיהן בתיקונים כו' שלא יכשלו רוב ההמון עם בהוצאה מרשות לרשות ביום ש"ק, דבר זה אינו צריך פנים וראי', והוא מן השכל ומן המבואר להדיא בדברי חז"ל. השכל מחייב באשר ידוע ששמירת יום ש"ק מעשות כל חפץ, אצלינו מן המצוות הראשיות, ומי שאינו משמר כהלכתו הרי הוא ככופר ומומר לכל התורה כולה,

כמבואר בעירובין ס"ט. ואיסור הוצאה מרה"י לרה"ר או בהיפך, הוא מאותן המלאכות שהעובר עלי' הוא מומר לכל התורה כולה, וזה מבואר שם בעירובין, דההוא גברא נפיק בחומרתא דמדושא, פירש"י שהוא טבעת שבאצבע, ודנוהו כדין כופר בכל התורה וכמי שיצא מדת ישראל, וכל כך חמור הדבר עד שאפילו באונס דליקה ח"ו, לא התירו להציל לחצר שאינה מעורבת, עי' שו"ע סי' של"ד סעיף י' ובמג"א ס"ק י"ד כו' עיי"ש, וא"כ כל בר דעת ישפוט בשכלו, שא"א בשום אופן לקהל ישראל לשמור את כל בני ביתם קטנים כאלו וגם לא נשותיהם וחלושי דעת, לשמרם בכל יום השבת מבלי להוציא מפתח ביתו החוצה דברים קטנים ומטפחת, וקטנים ומפתח בידיהם, וכמה צער ודוחק יסבלו הגדולים דנוהרים, ובפרט בענין תפלה בביתכ"נ ביום ש"ק בהבאת סידורים להתפלל מתוכו וטליתים וכדומה, ע"ז סי' שמ"ו סק"ו, א"כ השכל הפשוט גזור שראוי ומחויב לתקן החצרים והמבואות בעירוב המתיר טלטול. ואמנם ע"ז מצינו לחז"ל במס' ביצה ט"ז: (כנ"ל בתשב"ץ), א"כ ק"ו השתא מה התם אינו אלא לשבת אחד וכו' ומכש"כ שאין להתעצל מלתקן המבואות לשמור העם מקלקולי שבתות כל השנה, והדבר מוטל על הרב הת"ח וכו' ואם לאו מכשול וקולר העם על צוארו כדאמרין בעירובין ס"ח כו', עי' עירובין כ"א וכו' ושו"ע או"ח סי' שמ"ו סעי' י"ג וי"ד, מצות לחזור אחר עירובי חצרות ומברך על מצות עירוב וכו' אע"כ לומר דהאי ברכה על מצות עירוב היא על מצות התיקון הגדול הלז להשמר מאיסור הוצאה אשר ממש אי אפשר להזהר ממנו כמ"ש לעיל.

בשו"ת בית אפרים או"ח סי' כ"ו כ' בסוף התשובה: "ולכן נלע"ד שאין להחמיר בזה להטעין דלתות ובפרט שהוא דבר שא"א לעשותו, אם לא מטעם המלך וגדוליו, והמחמיר יחמיר לעצמו, אבל לא להורות לאחרים כי הוא חומרא דאתי לידי קולא, במקומות שמתקנין היתר טלטול שלהם על צורת הפתח, ואם אתה מחמיר עליהם להטעין עיבור צורת הפתח, המכשלה הזאת תחת ידם ואתו לידי תקלה לטלטל בלא זה כו'".

בשו"ת הרי"מ סי' ד': "ע"ד הטלטול בעירנו (ווארשא) על סמך מחיצת הוויסיל, איני יודע למה רו"מ מחפש אחר חומרות, בדבר שהעיד מהרי"ט שנתגזר היתר ע"פ זקנים ואחריו כנה"ג תלמידו, והג' תחסידי דבר-שמואל סי' ק"ג, ושיבח הרבה המתירין כי באמת הוא להרים מכשול, וחכם צבי מחזיק הרב דבר-שמואל לחסיד והיה חבירו של הגי"ת כו', הגם שאנו מחוייבים לכופף עצמנו לדעת רמ"א ז"ל כו', לענ"ד אין להחמיר רק כשאפשר לתקן בנקל כו', הק' יצחק מאיר".

בשו"ת "נפש חיה" או"ח סי' כ"ה, בסוף התשובה: "ולדינא בעיר שרבו המתפרצים ונושאים משאות ביום השבת בפרהסיא, שחלילה דינם כמחללי שבת בפרהסי' כדאיתא בעירובין ס"ט, ע"כ צריכין אנחנו לגבב כל הקולות שאפשר

להקל, ובח"ס סי' פ"ט הביא שבעירו בק"ק דרעזניץ הי' שם פרצה במקום אחד בהעיר באופן שאוסרת ע"פ דין ולא אמר מידי, לאשר הדור פרוץ במילואו והיה קשה לפגיו לתקן, ואם זה אמר הח"ס בעיר פרעשבורג ובימים הראשונים אשר היו טובים מאלה, מה נאמר אנחנו בימים האלה.

בשו"ת אבני נזר או"ח סי' רס"ו (בנידון הדלתות הידועות): "הדבר פשוט וברור דחשוב ראוי לנעול, והמתעקש בזה ומונע מלהעמיד העירובין, הוא מחטיא את הרבים ועתיד ליתן את הדין, ושמח לבי שלמעשה לא מלאה לבם של המתעקשים מלהפריע את המעמידים העירובין ממעשיהם". ראה בפנים פרק שלישי אות כ"ב שהיו גדולים בשעתם שהתנגדו להיתר דלתות, מכל מקום יצא בתוקף ועוז נגד אלה שהחמירו בזה.

הרב ר' יוסף דוד מאסקאוויטץ שליט"א הוסיף על הנ"ל.

בטור סי' שצה: "מצוה לחזור אחר עירוב בין אחר ע"ח בין אחר שיתופי מבואות, ועל שניהם מברך על מצות עירוב", ע"ש בפרישה, ובש"ע הרב סי"ח הוסיף: "כדי שלא יבוא לטלטל באיסור".

בשו"ת מהרי"א הלוי ח"ב סי' ק"ח: "אמנם עלינו לחפש בחורין ובסדין אחרי פתח היתר כדי שינצל מחילול שבת ח"ו".

בשו"ת מים רבים סי' קמ"ה בשם מו"ה הר"ש אבוב ז"ל: "כמה עמק מחשבות רז"ל הרועים הקדמונים, להרים מכשול מבני עמינו למען ייטב להם, לטלטל חפציהם ממקום למקום בהיתר ולא באיסור".

בספר תוספת שבת סי' שס"ה ס"ק כ"ד: "כבר כתבתי ברסי' רמ"ג בכלל הדברים, שרי אמירה לעכו"ם לחזור ולתקן העירוב דהוי ליה מחיצה הנעשה בשבת דשרי כמ"ש סי' שס"ב ס"ג, דבזה יש לסמוך על בעל העיטור דשרי אמירה לעכו"ם במקום מצוה, ואין לך מצוה גדולה מזו שלא יחללו רבים שבת".

כל הנ"ל יכול לשמש כתשובה לרבנים אחדים שמתנגדים לתיקון עירובין בנויארק מפני חששות רחוקות וגזירות חדשות שאין להם מקור ויסוד בהלכה. כן לאלה שמתרשלים להתענין בשאלה זו. דברי הראשונים והאחרונים הנ"ל צריכים לעורר אותם שיש חיוב על רבנים מורי העיר להתעמק בהלכה זו, ולמצוא עצה ודרכים אם אפשר לתקן עירובין כדת וכהלכה, וזכות המצוה למנוע שלא יחללו ישראל את השבת תגן עליהם ותסייע להם לקרב לבם של ישראל לאביהם שבשמים.

הצעה לתיקון עירובין במנהטן, נ. י.

השתלשלות הדיונים בשאלה זו, במשך חמשים שנה ותמצית חוות דעת גדולי הרבנים בנידון זה.

א. הראשון שעסק בתיקון עירובין בארצות הברית היה הרב ר' זכריה יוסף ראזענפעלד ז"ל, רב לאגודת הקהלות בסאנט לואיס. בשנת תקנ"ה הדפיס קונטרס בשם "תקות זכריה", בו מברר בבקיות רבה ובעומק הענינים כל צדדי ההיתר והאיסור ומסיק להיתרא. וכששאל לר' יצחק אלחנן ז"ל, השיב לו שישאל אצל הרב הגאון המפורסם מו"ה יעקב נ"י, רב הכולל בניו-יארק, כי ידועים לו סדר הרחובות באמצעיקא ועל פי תשובתו יעשה. ושם בראש הקונטרס יש הסכמה מהרב הכולל וכותב: "האירו מול פני דברי ידידי הרב הגאון המפורסם מו"ה זכריה יוסף ראזענפעלד שליט"א כו' מה שנוגע להיתירו שחידש בעיר סאנט לואיס, והנה היטב אשר עשה להוציא כל דין מדברי הראשונים זי"ע אמרתי לפעלא טבא ישר חילו ויהי ה' עמו. ג' בסליחות תרג"ה לפ"ק נויארק".

הנידון שלו הי', מג' צדדים מקיפים נהרות ומצד רביעי רצה לצרף חוטי הטעלעגראף ועוד דברים ומבאר שם בטוב טעם ההיתר של נהרות ומה שנוגע לגשרים וכו', כל אלו הענינים כבר נתבררו ונתלבנו היטב בספרי גדולי האחרונים כמו שיתבאר להלן. והוא העיר הערה חדשה הנוגעת גם לתיקון עירובין בניו-יארק, יובא להלן.

ב. בשנת תרס"ז יצא לאור בניו-יארק ספר בשם "עירוב והוצאה", (נוסח השער) "מאת הרב הגאון הגדול המפורסם כש"ת מוהר"ר יהושע סיגעל נ"י. [הרב הכולל דקהלות ישראל פה] אשר חשף זרוע עוזו ויצא בכחא דהיתרא אודות היתר הטלטול בש"ק בקצת חלק המזרחי דעיר נויארק, ככל הכתוב פה בספרו, ונוסף לזה תשובות בענין זה מאת המאורות הגדולים גאוני זמננו אשר כל אחינו בני ישראל נשענים עליהם בהוראתם [בעל שו"ת מהרש"מ מבערזאן, הרב ארי' לייביש הורביץ מסטאניסלאב, הרב משה מייזליש מפרעמישלא, הרב משה נחום ירושלימסקי רב דקיעלץ] ומהם ג"כ יצא הדבר בהיתר ומסכימים בכל עוז לדעת הרב הגאון המחבר הנ"ל ומפליגים בהוראתו זו. הובא לביה"ד ע"י הצעיר זאב וואלף במוה"ר מרדכי הירשפרונג מקראקא".

הגאון מבערזאן בעל שו"ת מהרש"מ כתב בתשובה ראשונה: "סוף דבר כי יש מקום להתיר הטלטול בצד המזרח של עיר נויארק אבל בעל נפש שיכול לזוהר בזה אשרי חלקו, אבל עפ"י ההלכה בשעת הדחק בזה יש להמקילים ע"מ ייסמוכו ויפה הורה הרב הגאון נ"י". ובתשובה השני' כתב: "הנה אמת נכון הדבר כי אח"ז הגיעני מכתב מהרב הגאון הנ"ל וכפי שהציע הוא לפני מצב הענין במה שנתברר לפניו, ראיתי כי על פי הצעת הדברים ההיתר ברור גם שלא בשעת הדחק וגם בעל נפש יוכל לסמוך על זה ע"כ. שלום מרדכי הכהן אבד"ק הנ"ל".

הגאון מסטאניסלאב, אחרי שהאריך בהריפות ובקיות נפלאה בכל פרטי הענינים, כתב: "סוף דבר הנני תמים דעים עם כבוד הרב הגאון מוהר"ר יהושע

נ"י הנ"ל בהיתר טלטול בשבת בחלק מזרחה של עיר נויארק ככל הכתוב בקונטרסו בלי שום פקפוק. הנני בעה"ח פה סטאניסלאב, צום העשירי שנת תרס"ו לפ"ק, הק' ארי' ליבש איש הורוויץ אב"ד דפה הגליל תע"א".

הגאון מפרעמישלא האריך בעקרי יסודי ההיתר וסיים: "על כן למען להרים מכשול יישר כחו וחילו שיצא בכח דהתירא כי הדור פרוץ מרובה מן העומד והמכשול בחילול שבת רב מאד ומחמת הטרדה קצרתי מאוד כו' ועכ"פ נוחה דעתי מהפלפול שהעיר הרב הנ"ל כו' חותם בכל חותמי ברכות. מוצש"ק פ' וישב תרס"ו לפ"ק פרעמישלא. הק' משה מייזליש בהגמה"ר יח"ל זצ"ל האבד"ק הנ"ל".

הגאון מקיעליץ, להרב הגאון מוהר"ר יהושע סיגעל ג"י: "ואגב לא אמנע להעיר את כ' הדר"ג שזה יותר משנה שהשגתי קונטרס א' מכת"ר בענין תיקון עירובין והוטב מאד דברי כת"ר בעיני. הק' משה נחום ירושלימסקי. האבד"ק קיעליץ והגליל".

ההיתר שלו היה רק על חצי חלק של מנהטן, על סמך שמשלשה צדדים היקף הנהרות ובצד הרביעי צירף את הגשר של רחוב עוועניו השלישית, שחוצה את העיר מדרום סאוט בערי עד לצפון הארלעם ריווער.

ההצעה לתיקון של היום, הוא המדובר על כל מנהטן, המסובבת בנהרות יימים מכל צדדיה, בלי להשתמש כלל בהגשר של מסלת הברזל, שבמשך הזמן כבר נפרק עתה. אמנם ישנם הרבה פרטים שנוגע גם היום שכבר נתבררו בתשובתו כמו שיתבאר להלן. והוא כותב שם עמ' 26: "וכן עשינו מעשה בפועל ששכרנו הרשות מן שכירו ולקיטו של שר העיר על משך עשר שנים והנני עושה עירובי חצירות בכל ערב שבת ומטלטלין בשבת בכל משך הנ"ל מן סאוט בערי עד נהר הצפוני הארלעם ריווער באורך וברוחב מן נהר המזרחי עד מסילת הברזל הגבוה בשדרה השלישית. ומקום הניחו לי מן השמים להתגדר בו". וקהל גדול של אנשי פולין קבלו את ההיתר שלו. ובספר "עדות לישראל" שיצא בשנת תשי"א בנויארק, כותב הרב רי"א הענקין בדף 151: "הנה רבים משומרי תורה וביחוד מחסידי פולין מטלטלים פה בשבת ברחוב וסומכים על ההיתר של הרב יהושע סיגעל משערפץ זצ"ל, והנני רואה בזה לבאר שאין זו סמיכה כלל כו' אבל שכירות מקום עשה אז הרב ז"ל רק על עשר שנים, ומני אז לא נשמע על מי שהוא שיעשה שכירות כדין כו'" (לקמן יובא לשונו מה שמבאר שכעת אודא לה ההיתר). כנראה אחרי פטירתו של הרב הנ"ל נתרופף התיקון.

ג. בשנת תר"ע יצא הרב יהודה דוד בערינשטיין בקונטרס "הלכתא רבתא לשבתא" לסתור מה שרצה גדול אחד להתיר לטלטל בשבת בעיר נויארק. ד. בשנת תרע"ט יצא לאור בנויארק ספר "שו"ת בית אב תנינא" מהרב

רא"א יודעלעוויץ [אז הי' רב בבוסטון ואח"כ עבר לנויארק]. בו ישנן הרבה תשובות שבהן הוא מברר בבקיות נפלאה ובהיקף רחב כל ספרי הראשונים והאחרונים, כל אותם הענינים הנוגעים אל שאלת תיקון עירובין בנויארק, כמו שיובא להלן. הוא כתב תשובותיו בתיקון עירובין לעיר מנשסטר בענגלאנד והתיר בעשיית צורת הפתח להגשרים. הוא מזכיר כבר את הרב ראזענפעלד הנ"ל, אמנם לא הזכיר כלום בנוגע לנויארק.

ה. אחר עבור מספר שנים, כנראה שנתעוררו שוב הרבנים לחדש את התיקון של עירובין ופנו להרבנים בווארשא, ובשו"ת "תירוש ויצהר" להרב צבי יחזקאל מיכלזאן (בילגורייא תרצ"ז) סימן ע"ג כתוב: "אני שולח לכ"ת קונטרס מיוחד בה' עירובין, אשר לפני הרבה שנים שאלו הרבנים הגאונים מנויארק אותי ואת מחותני הגה"צ ר' יוסף זצ"ל לעווענשטיין אבד"ק סעראצק", וכתבו תשובה להתיר [זה היה ג"כ כמו התנאים של הרב סיגעל] ובהקדמה להתשובה כתבו: "ואנחנו כותבים רק לעצמינו לצדד. אבל ח"ו הלכה ולמעשה עד יראו בהתאספות הרבנים אשר לפניהם לרחק ולקרב כו' ואם יראו הרבנים הגאונים היתר נשמח אם יתעורר זכות על ידינו", ע"כ.

ו. בשנת תש"ט שוב עלתה השאלה על הפרק, ע"י התעוררות אדמו"ר ר' שמעון קאליש זצ"ל מאמשענוב, אבל פנים חדשות באו לכאן, יען כי בהצעה של ההיתר מדובר על כל העיר נויארק, ולא חצי העיר נויארק כמו שנעשה מקודם. גבולי העירוב ומחיצותיו שונות לגמרי, מסילת הברזל באמצע העיר כבר איננה. אז טפל בהדבר הרב צבי אייזענשטאט, השקיע בזה הרבה עבודה ויגיעה, שבעצמו סבב את רובה של העיר [עדיין לא כולה] וכתב הקונטרס שלו "הצעה לתיקון עירובין", בו נותן תיאור מפורט של הגבולין ומציע ג"כ אופני ההיתר לעשות צורת הפתח בהגשרים ואם אפשר הדלתות הידועות.

בשנת תש"י נוסד "הועד למען העירוב במנהטן נ"י". בראשותו של הרב יהונתן שטייף שליט"א, והוציאו מכתב הבא בצירוף קונטרס מאת הרב צבי אייזענשטאט. וז"ל טופס המכתב:

„לכבוד הרה"ג...

הננו מגישים לפני הדר"ג את הקונטרס הלוטה בזה בתור הצעה לתיקון עירוב במנהטן, נ. י., שחובר ע"פ חפץ ודרישת ועד הרבנים דעיר נויארק רבתי על ידי אחד מחברינו, שהשתדל בבירור הענין והציג את הצעתו בזה. לכן בחפצנו לדעת גם יתר ההסכמות מגדולי התורה בהצעה זו אשר אז

נוכל לגשת לעבודה תיכף לתקן במנהטן עירוב לבל יכשלו ח"ו אלפים ורבבות בחילול שבת קודש, וכמבואר בשו"ת ח"ס או"ח סי' צ"ט "שאין להתעצל מלתקן המבואות לשמור העם מקלקולי שבתות כל השנה כולה, והדבר מוטל על הרב הת"ח שבעיר לתקן המבואות, ואם לאו מכשול וקולר העם על צוארו כדאמרינן בעירובין ס"ח, א' וכו'" וע"ש.

ובכן מוטל גם על כתה"ר להזדרז בזה ולהחיש בירור הענין בהקדם. ובאם ירצה כתה"ר להעיר מה בזה יחיש הערה עבורינו על הכתובת של חברינו הכי חשוב הרה"ג ר' יהונתן שטייף שליט"א כפי הכתובת דלעיל.

נשאר בד"ש ובהוקרה רבה למעכ"ת
הועד למען העירוב במנהטן, נ. י. יצ"ו.

- ז. על השאלה הנ"ל ענו מספר רבנים וחיוו דעתם:
1. הרב מנחם סגל פאללאק אבד"ק סערענטש ז"ל, בעמח"ס "שו"ת חלק לוי", כתב תשובה לבסס ההיתר.
2. הרב אליהו הענקין השיב לדחות ההיתר. ועיקר טעמו שמא יתקלקל העירוב ולא יועיל ההכרזות לאיסור כיון דדש דש. והרב פאללאק השיב על דבריו.
3. הרב יהונתן שטייף מצטרף להיתר.
4. הרב ר' משה פיינשטיין כתב תשובה נגד ההיתר. עיקר טעמו שיש חשש שיתירו לעצמם גם בברוקלין שאין עירוב.
5. הרב מנחם מ. כשר מסכים להיתרא וחלק מקונטרס שלו בענין זה נדפס בספרו תורה שלמה יתרו חט"ו במילואים. ולהלן תבוא תשובת הרב כשר על דברי הרב פיינשטיין.
6. הרב מיכאל דוב ווייסמנדל מצטרף להיתר.
7. הרב אלי' מאיר בלאך (ז"ל) ר"מ ישיבת טלו בקליבלנד, צידד להחמיר.
8. הרב יצחק מאיר הכהן ראפאפארט, צידד להחמיר.
9. תשובה מהרב מיכאל דוב ווייסמנדל על דבריו.
10. הרב יוסף הירש, מסכים להיתר.

ח. שוב עברו מספר שנים והענין לא זו ממקומו. ושוב נתעורר הדבר ע"י הרב יוסף דוד מוסקוביץ מסאסוב. הוא כתב קונטרס חשוב "תיקון עירובין במנהטן", לברר ולחזק את ההיתר, ועורר גם את אלה שטפלו בזה. ובירחון "המאור" הדפיס מקצת מתשובותיו ומביא שם שאדמו"ר מליבאוויטש שליט"א

הסכים להתיקון. ונוסד ועד אזרחי, המייצג קהל של בעלי בתים יראים וחרדים, המעונינים בחיזוק שמירת שבת ע"י כלל ישראל, ובקשתם מגדולי ישראל שיתענינו בבירור שאלה זו. ורצונם לשמוע ע"ז חוות דעתם למעשה ומוכנים להשתדל לעשות כל התיקונים הנחוצים כפי הוראת הרבנים.

במאמר הנכחי, יבוא סיכום צדדי ההיתר וצדדי האיסור בשאלת תיקון עירובין במנהטן.

הבעיות העקריות שיש בשאלה זו, הם ארבעה:

א. מנהטן, שיש בה רחובות רחבים יותר מט"ז אמה זס' ריבוא בוקעין בה, אם יש לה דין רשות הרבים, ואם כן, נצטרך לתקן הפרצות שיש בה, בדלתות נעולות דוקא, חה בלתי אפשרי.

ב. עיר המוקפת בים או בנהר, אם דינה כמוקפת מחיצות.

ג. שמנה עשרה הגשרים שיש סביב העיר, אם הם מבטלים את מחיצות הים כדין פרצה.

ד. הגנות והזרעים הנמצאים בעיר, שהם יותר מע' אמה על ע' אמה, שהדין הוא שאוסרים כל העיר, כמבואר בשו"ע.

אלו הן השאלות העקריות. וכמובן שבתוך כל בעי' יש הרבה ספקות צדדיות אשר יבוארו תוך דברינו.

פרק ראשון

מנהטן בלא מחיצותיה אם דינה כר"ה.

(א) יסוד ההצעה ותיקון עירובין במנהטן, בנוי על זה שהיא מוקפת ימים מכל הצדדים. אבל עיקר הקושי הוא בזה, שיש שמנה עשרה גשרים שיוצאים ממנהטן, שרובם רחבים ט"ז אמה ויש להם צורת הפתח (ואם יש כאלה שאין להם צריך לתקן צוה"פ) [אודות הגשרים בפרוטרוט, יבואר בפרק ג'], אמנם כפי ההלכה, ר"ה דאורייתא אין להתיר ע"י צוה"פ רק בדלתות, כמו שמבואר בס"י שסד סעיף ב, ובכל העיירות שנוהגים לתקן בצוה"פ, הוא משום דסמכינן על הראשונים האומרים דאין רה"ר בזמן הזה, משום דצריך שיהיו ס' רבוא אנשים עוברים בה, ומובא בש"ע ס"י שמ"ה ס"ז בשם יש אומרים, שכל שאין ששים רבוא עוברים בו בכל יום אינו רשות הרבים, וכן כתבו הרבה מחברים בתשובותיהם, דעיקר המנהג הוא על סמך שיטה זו דצריך ס' רבוא ורחובות רחבות ט"ז אמה, א"כ במנהטן דהרחובות הם רחבים יותר מט"ז אמה וגם יש ס' רבוא אנשים עוברים

בהם בכל יום, א"כ הרי הוא ר"ה מדאורייתא ולא מועיל בה צוה"פ וצריך דלתות וזהו בלתי אפשרי, (וקשה להאמין שיסכימו אפילו על דלתות החדשות שהתיר בעל אב"נ). ואלו שהם בעד תקון העירוב במנהטן, חתרו למצוא שגם מנהטן אלמלא המחיצות אינה רה"ר מה"ת, וכן שאותם הגשרים אע"פ שרחבים יותר מט"ז אמה ורבים עוברים בה אין להם דין רה"ר. ויש סוברים, שאפילו אם מנהטן רשות הרבים דאורייתא, יש ג"כ מקום לעשות תיקון עירובין.

(ב) הרב סיגל, המסדר הראשון של העירוב בניוארק, בעמ' כ"ד מספרו, ואחריו גם מקצת מהרבנים המתירים שנזכרו לעיל, עמדו על התנאי שכתוב בש"ע או"ח סי' שמ"ה ס"ז: "וי"א כל שאין ששים ריבוא עוברים בו בכל יום אינו רשות הרבים". ע"כ הרב סיגל בשעתו כתב: "במזרח עירנו בניוארק בודאי אין ס' ריבוא בוקעין בכל יום", ואחדים מרבנים הג"ל השתמשו בתנאי זה גם עכשיו על מנהטן, שביום ש"ק ויום א' אין בוקעין בו ששים רבוא, וא"כ אין עליה שם רה"ר. וב"ישועות מלכו" סי' כ"ז, דעתו ג"כ דצריך דוקא בכל יום. וכן בשו"ת מהרש"מ ח"א סי' קסב, כתב דבעינן ס' רבוא עוברים בכל יום. אולם המשנה ברורה כתב על דברי המחבר "בכל יום" — "חפשתי בכל הראשונים העומדים בשיטה זו ולא נזכר בדבריהם תנאי זה, רק שיהו מצויין שם ששים רבוא, ועי' מ"ש בשם הרמב"ן (עירובין נ"ט) והריטב"א". נמצא לפי דבריו, שאין יסוד בראשונים לתנאי זה ולא דוקא הוא ואין לסמוך על זה.

(ג) אולם הרב מנחם מ' כשר, בספרו "תורה שלמה" חט"ו עמ' קע"ב, תמה על דבריו, שכן מפורש בהלכות גדולות אספמיא עמ' 131: "רשות הרבים דוכתא דדשים בה שית מאה אלפי גברי בכל יומא כדגלי מדבר", וכן מובאת שיטה זו ברמב"ן שבת דף נ"ז. וז"ל: "ועוד שאין עוברים בהם ששים רבוא בכל יום", וכ"כ הר"ן שם: "ושיהיו ששים רבוא עברים שם בכל יום כו'". וכ"כ רבינו ירוחם נתיב י"ב חלק הרביעי: "ויש מפרשים שכתבו לפי פירושם בגמ' כי כל אלו הקרויים רה"ר צריכין שיעברו בהם ס' רבוא בכל יום דומיא דדגלי מדבר וכן פירש"י. עי"ש ח"ז. וכ"כ הרע"ב פי"א דשבת. לפי"ז שפיר יש מקום לצרף תנאי זה שהביא המחבר, אף שבודאי הרבה מהראשונים שלא הזכירו תנאי זה לא ס"ל כן. אולם הרב כשר שם כתב לפרש לשון בה"ג: "בכל יומא", על יסוד מה שמצא בספר העתים לר"י ברצלוני עמ' 310 לשון הבה"ג: "דוכתא דדשין ליה שית מאה אלפין גברי ביומא כדגלי מדבר", ולא גרס "בכל יומא". ולפי"ז הוא מפרש כוונת הבה"ג, שבמשך היום עוברים ס' רבוא ולא צריך ס' רבוא בבת אחת, אבל אין קפידא שיעברו ס' רבוא בכל יום ויום, ואפילו אם מתרמי רק פעם שעוברים ס' רבוא הוי רה"ר. אולי יש מקום לפרש כן לשון הבה"ג, אבל לשון הרמב"ן הר"ן והשו"ע "עוברים בו בכל יום", מסתבר כפשוטו.

(ד) אמנם הרב כשר בתשובתו בענין זה, כתב להוכיח, שמקור דברי מרן בשו"ע הוא מדברי הר"ן שהביא בב"י, והר"ן מעתיק לשון הרמב"ן, והרמב"ן כתב לשון זה לא בשם עצמו, אלא בשם בעל התרומה*) (והרמב"ן חולק על עצם הדין של ס' רבוא ולא רק על "בכל יום"), ולפנינו בבעל התרומה ליתא לשני מלים אלו: "בכל יום". ועיקר דבריו, התנאי של ס' רבוא וט"ז אמה, מביא בעל התרומה לא בשם עצמו אלא בשם ר"ת בתוס' שבת ס"ד. ולפנינו בתוס' שבת ליתא תנאי זה. ולפי"ן שני דרכים לפנינו, או ששתי המלים "בכל יום" המה הוספה ברמב"ן, או שהיו מלים אלו לפני בעל התרומה בתוס' שם. והיות שעיקר דבר זה, התנאי של ס' רבוא ורוחב ט"ז אמה, מובא בכל ספרי הראשונים [קרוב לשלושים מקורות שהביא בשו"ת בית אפרים או"ח סי' כ"ו], ובכולם לא הוזכר דבר זה רק במקורות הנ"ל, א"כ ברור שלא היה כן בתוס', וזה הוספה ברמב"ן בשם בעל התרומה ולא דוקא היא, א"כ לא נשאר לנו מקור לתנאי זה רק בבעל הלכות גדולות הנ"ל, והיות שיש לנו גירסא אחת בבה"ג שלא נכתב "כל יומא" אלא "ביומא", נמצא שאין שום יסוד להתנאי של "כל יום". ומביא עוד ראי' ש"בכל יום" לאו דוקא, מתשו' רב עמרם גאון בהלכות פסוקות ס"ע (מובא בתו"ש שם ע' קס"ד): "מי שנפסקה לו ציצית בדרך בשבת, אם ר"ה הוא מקום שיש בו ששים רבוא בני אדם, אסור לטלטל עד שתצא שבת". ומובא באשכול הל' ציצית סי' ל"א. ובנימוקי יוסף סוף הלכות ציצית (דפוס ווילנא יד.) כשהביא דין זה כתב: "מי שנפסקו חוטי ציציותיו כו' אם ברה"ר כו' ושרגילין לעבור בה לפעמים ששים רבוא פושטו ואפילו בשוק". הרי שפירש כן שיטת הראשונים. עוד כ' בתו"ש עמ' קעב, שמדברי הראבי"ה בכ"מ וריטב"א עירובין נט': נראה דלא בעינן ס' רבוא בכל יום, ועי' בית אפרים שם מ"ו ע"א עיי"ש. עוד הביא הרב כשר לדחות טעם זה, עפ"מ שבתו"ש חי"ד יתרו עמ' קס"ז, דהא דמבואר בגמ' שבת מ"ט: צ"ו: ועירובין נ"ה: שלמחנה ישראל במדבר הי' דין ר"ה, אע"פ שלהרבה ראשונים (ויש

(*) וז"ל הרמב"ן בשבת שם: "ובספר התרומה אמר שעכשיו במקומות הללו אין בהם רה"ר גמורה מפני שאין המבואות רחבים ט"ז אמה ועוד שאין עוברים בהם ס' רבוא בכל יום וכו'". הנה לפנינו בספר התרומה הל' שבת סי' רל"ט כתוב: "ורבינו יעקב פוסק כו' דשרי כל תכשיטין בחצר ולדידן רה"ר שלנו הוא כרמלית ושרי כמו חצר, שהרי אינו מפולש משער לשער ברוחב ט"ז אמה, וגם לא שלטי בהו ששים רבוא וכו'". ומקור ספר התרומה הוא בתוס' שבת ס"ד: ד"ה רבי: "ואנו שאין לנו רה"ר גמור דכל רה"ר שלנו כרמלית הוא שהרי אין מבואות שלנו רחבות ט"ז אמה ולא ס' רבוא בוקעים בו הרי הוא כחצר שאינה מעורבת וכו' כפר"ת". א"כ בספר התרומה ובמקור דבריו בתוס' ליתא להמלים "בכל יום", והר"ן מעתיק לשון הרמב"ן.

ראיות מחז"ל בכמה מקומות) העננים שהקיפום הי' להם דין מחיצה, משום דהיו צריכים לצאת בכל יום חוץ למחנה ללקיטת המן, ומטעם זה הי' למחנה לוי' שבה עברו דין רה"ר, עייש"ה, והרי בשבת לא הלכו ללקוט המן, וע"כ ש"בכל יום" לאו דוקא.

(ה) באשל אברהם להרב מבוטשאטש: "בשו"ע או"ח שם כ' דבעינן ששים רבוא ישראלים כמו דגלי מדבר. יש שרצו לומר לפ"ז שבמנהטן אין ששים רבוא גברים ישראלים ולא הוי רה"ר דאורייתא", אמנם בס' בית מאיר על הל' עירובין כתב, דאפילו גוים בכלל. ובוזה מתרץ הא דאמרינן בברכות (נח.): "אין אוכלסא בבבל", ומקשה הגאון מווילנא ז"ל דא"כ אין ר"ה בבבל דהא אוכלוסא הוא ששים רבוא ובעירובין ו': אמרינן: אבולא דמחוזא הוא ר"ה אלמלא דלתותיה, ותירץ הבית מאיר דהיו בה ששים רבוא יחד עם גוים ודקאמר אין אוכלוסא בבבל הכונה לישראל בלבד. הרי מבואר דגם גוים בכלל ששים רבוא. אולם בגאון יעקב עירובין ו': מדייק מקושית הגאון דס"ל דאין הגוים בכלל. והרב מנחם כשר בספרו שם עמוד קע"ד מבאר באריכות הגמ' הנ"ל, ומביא שבמקור הלכה זו בהלכות גדולות אספמיא, כתוב: "שית מאה אלפי גברי", ולא הזכיר ישראלים, וכן בהלכות פסוקות בשם רב עמרם גאון כ': "מקום שיש בו ס"ר בני אדם". ומלשונם מוכח שאין שום נפ"מ בין בני ברית ובין אינם בני ברית. וכן מבואר בראבי"ה הל' עירובין סי' שע"ט, לענין אתו רבים ומבטלי מהיצתא, שאין נ"מ בין גוים לישראלים. וכן דעת הבית אפרים שאין נ"מ.

(ו) הרב כשר בתו"ש שם עמ' קעז ובתשובתו כתב, דמנהטן אין לה דין ר"ה ואין הס' רבוא מבטלין את המחיצה מטעם אחר. והוא, לפי מה דמבואר ברש"י עירובין ו'. ו': ובראבי"ה שבת סי' ר"א, רס"ז, שע"ט, שצ"א וס' התרומה סי' רל"ט ומהר"מ ב"ב סי' ל"א וכן בהגהת מרדכי פי"ז דשבת בשם הר"א ממיץ. וכן פסק הטור סי' שמ"ה, שרשות הרבים צריך שיהא מפולש ומכוון משער לשער. ולשון רש"י עירובין שם: "שהיה ר"ה שלה מכוון משער לשער שיהא מפולש דומה לדגלי מדבר" ולשון הראבי"ה סי' שע"ט: "ורשות הרבים שלהם מכוון ומפולש משער לשער ברוחב י"ו אמות הוי ר"ה". ושם שצ"א: "דשכיחי בה ששים רבוא ומכוונים פתחי' משער לשער כו". ועיי"ש עוד עמוד תמ"ז: "משמע דעיירות שלהם מוקפים חומה ואין מכוונים שעריהם משער לשער שהם כרמלית". ומבואר מהנ"ל שמלבד שצריך להיות מפולש, צריך ג"כ שיהי' מכוונים הפתחים משער לשער זה כנגד זה. וכ"כ הרשב"א בעבודת הקדש שער ג' בפי' הגמ' שבת ו. וז"ל: "ומבואות המפולשין ופתחיהן מכוונים זה כנגד זה, והעם עוברים ביניהן כדגלי מדבר והעגלות וכו'".

וכוון לדבריו בשו"ת בית אפרים שם מ"ה ע"ג וז"ל: "ולענ"ד דאף הפוסקים

דתלו טעמייהו שאין רשות הרבים משום שאין רחב י"ו אמה ולא הזכירו ששים ריבוא לפי שהיה מצוי שם כמה עיירות גדולות במדינות אשכנז וצרפת ואינגלטירא שהיו בהם ס' ריבוא כגון עיר גדולה פריז לונדון וינא פפד"מ ועוד רבים כהנה כרכים גדולים אשר המה רוכלי העמים ומרובה באוכלוסין מאד והיו גם ישראל הרבה דרים שם כו' ואמנם עיירות שבמדינות אלו רחובותיהם קצרים ואין בהם רוחב י"ו וגם אין מכוונים משער לשער ולכך נקטי טפי הנך שהם כוללים יותר אף לכרכים גדולים כו' דבאמת י"ל לדידן לית לן רשות הרבים כו' שאין רחב ט"ז אמה ואין מכוונים משער לשער כמבואר בדברי הפוסקים שאף בלא הך מילתא דששים ריבוא סבירא להו דאין עכשיו רשות הרבים".

ולכל הנ"ל כוון הרב יהושע סיגל בשו"ת אזני יהושע סי' י"ח, המסדר הראשון של עירובין בנויארק, והביא מדברי רש"י עירובין שם וב"י סי' שמ"ה שיהי' רה"ר שלה מכוון משער לשער. ולפ"ז פתחי הגשרים בנויארק או לא היו מכוונים וגם היום שנתרבו גשרים ג"כ אינם מכוונים זה מול זה, ולכן חסר להעיר תנאי עקרי שיהי' לה דין ר"ה מדאורייתא, ולכן מועיל צורת הפתח בכל המקומות שיש פרצות. ומסתפק מאד אם יהי' אפשרות לעשות עירוב משום שבצד צפוני מערבי יש הרבה פרצות ומי יודע אם אפשר יהי' לתקן שם צורת הפתח. ואחרי מספר שנים מצא עצה לעשות עירוב לחצי העיר ולצרף למחיצה את הגשר של מסלת הברזל שחצה את העיר. וביאר את ההיתר בקונטרס "עירוב והוצאה" ובתשובה הנ"ל הוא דוחה דברי רב אחד שדחה דבריו.

וכן בשו"ת מים רבים סי' ל"ד, התיר בעירו רק מטעם זה דלא היה מפולש משער לשער. וא"כ יוצא דגם מנהטן אינה ר"ה מדאורייתא, כיון דאין הפתחים של הגשרים מכוונים זה כנגד זה, דכל הגשרים כיוונם או ממזרח העיר מנהטן למערבה של ברוקלין או מצפון מנהטן לדרומה של ברוקס ואפילו הגשר הגדול של ג'ורג' ושינגטון ההולך ממערבה של מנהטן למזרחה של ניו-גרסי, אינו מכוון כנגד הגשר ושינגטון העיבר ממזרח מנהטן למערבה של ברוקס, שהרי הראשון נכנס לרחוב מספר 178 והשני לרחוב 181 ונמצא שאין העיר מפולשת משער לשער, וראה בתשובת הרב כשר לקמן שביאר מנין לנו המקור של דין זה שבדגלי מדבר היו השערים מכוונים. עוד כתב שם להעיר מלשון הריטב"א שבת (כת"י ירושלים): „וכתב רש"י שאין רה"ר אלא כשהוא מכוון משער לשער והכי הוא בירושלמי, אבל לא הסכימו בזה כל המפרשים". אבל כפי שהביא שם יוצא דרוב הראשונים שלפנינו מצריכים פילוש משער לשער ושהיו שעריה מכוונים, ע"ש.

(ז) בס' אהל מועד לא' מהראשונים הלכות שבת דרך י"ג נתיב ב': „ואינה רשות הרבים כו' ורק מבואות של עיר המפולשים ורחבים י"ו אמה ופתחיהם

מכוונים זו כנגד זו דינן כרה"ר והוא שאין דלתותיהן נעולות בלילה". הרי שמלבד המפולשים, הזכיר דין מיוחד: "פתחיהן מכוונים".

הרוקח סי' קעה: "רשות הרבים שהוא י"ו אמה המפולש מב' צדדים ומצוין שם ס' רבוא ואין שם חומה או מכוון משער לשער צריך דלת מכאן ודלת מכאן". הזכיר ג"כ במיוחד תנאי זה. אך צע"ק לשונו מש"כ באמצע: "ואין שם חומה", כן המלה "או".

וביחוד מצאתי הדבר מפורש באו"ז הגדול עירובין סי' קס"ד: "וכן פי' רבינו שמואל זצ"ל בפרק מי שהוציאוהו, עיר של יחיד שאין רה"ר עוברת שאין פתחיה מכוונים זה כנגד זה, כגון דגלי מדבר, ואין רחבה ט"ז אמה ורגילין לערב את כולה כאחת, ונעשית של רבים שרבו אנשים בעיר ובבנותיה שבסביבותיה הרגילים לבוא שם בסחורה עד אשר עלו לששים רבוא כמנין דגלי מדבר, ורה"ר שלה רחב ט"ז אמה, אבל אין פתחיה מכוונים זה כנגד זה, מערבין את כולה, הואיל ואין רה"ר גמור, דברה"ר שאינו גמור עסקי' דמערבין את כלה, דליכא למיגזר אטו רה"ר גמור [דילמא] אתי לערובי דהא שם רה"י עליה, אע"ג דדמי לרה"ר לכל דבריו חוץ מדבר אחד, אי אין רחב ט"ז אמה או אין פתחיה מכוונים זה כנגד זה ל"ג אטו רה"ר גמור דהא שם רה"י עליה, שהרי מתחילה רשות [היחיד] גמור לכל דבריו ולא הוי דמי כלל לרה"ר משום הכי מערבים את כולה בלי היכר דיריין חוצה להן כו'".

בדברי האו"ז, שלא הי' עדיין לפני גדולי האחרונים, מפורש להדיא שאפילו כשיש ס' ריבוא וט"ז אמה רחב, אם חסר תנאי זה, שאין פתחי' מכוונים זה כנגד זה, אין לה דין רה"ר מדאורייתא ומערבין את כולה.

ח) עוד י"ל טעם שאין למנהטן דין ר"ה דאורייתא, עפמ"ש בשו"ת בית אפרים חאו"ח סי' כ"ו, שהאנשים הנוסעים בעגלות וקרונות ורוכבים בסוסים י"ל שאינם נכללים בכלל ס' רבוא, שהמה למעלה מעשרה, והנה בזמננו כשנוסעים במכוניות אע"פ שהם למטה מעשרה בודאי שאינן דומות לדגלי מדבר, שהרי הן מקורות ומוקפין מחיצות והוי כרה"י. וכ"כ בישועות מלכו סי' כ"ז, שהדרך שעליה עוברת המסלת הברזל לא נקראת רה"ר, שהרי מסלת הברזל עצמה היא רה"י וע"י נסיעת האנשים בה לא נקראת רה"ר. וכ"כ בשו"ת מהרש"מ ח"א סי' קס"א. והרב רונפפלד הנ"ל בספרו תקות זכרי' בדף 40 כ' וז"ל: "גשים פנינו לדבר בנוגע להיתר הטלטול בפה סאנט לואיס יע"א, רוב העוברים ושבים בעיר הזאת הם הולכים בעגלות המובלים בכח העלעקטריע או בכח הקיטור, והעגלות הללו בנויים כמו בתים והמחיצות מגיעים עד פחות משלשה טפחים אל הקרקע, נמצא

שהעוברים והשבים הם יושבים ברשות היחיד, והמקום שתחת העגלות הוא בזמן שהעגלות עוברות שם ג"כ רה"י, ולדעת האומרים דבעינן ס' רבוא בוקעים בכל יום, הנה בקיעת ס' רבוא גורם אל המקום שבוקעין בה להביא עליו דין רה"ר כו' יתכן זה לומר אם בשעה שעוברין בה אז נכנס המקום הלז תחת סוג רה"ר, אבל אם בשעה שעוברין בה אז המקום הלז רשות היחיד, לא יתכן לומר שע"י שעוברים יהיה נגרם משום זה שלאחר שעברו יובא על זה המקום דין רה"ר, חדא דאין זה דומה לדגלי מדבר כו', ועוד דוגמה לזה מה שאמר בשבת צ"ט: "אמר עולא ק"ו לאחרים עושה מחיצה לעצמו לא כ"ש", ואדרבה לפי ענ"ד יש לומר, מאחר שכמעט כל הרחובות עוברים בהם עגלות הללו פעמים רבות ביום אין מספר, ובעת אשר הם עוברים בהרחובות הם מבטלים את הדרך מלעבור שם כי כל העובר שם מתחייב בנפשו והרוג יהרג, בזה אפי' להסוברים דלא בעינן ס"ר בוקעים בכל יום, מ"מ מודים דבעינן שיהא המקום מוכן ומתוקן שיעברו שם רבים תמיד באין מפריע, כמבואר ברבנו ירוחם נתיב יב ח"ד וח"ז יעו"ש, וא"כ אמצע הרחובות אין להם דין רה"ר וצידי הרחובות המסורים לעבור בהן רבים תמיד אין בכל הצד רוחב ט"ז אמה, וגם בשעה שצריכים לעבור דרך צידי הרחובות מחלק אחד לחברו נצרך לעבור דרך רחוב אחרת ובאותו הרחוב הולכים באמצע עגלות כאלו ומעכבים את ההילוך. ובשו"ת בית אב תנינא עמוד ע"ו מביאו ומסכים לעיקר דבריו. ויש כאן ג' נקודות חדשות: א. שעצם הרחוב אין לה כלל דין ר"ה. ב. לפ"ז צידי הרחוב אין להם דין רה"ר מפני שאינן רחבים ט"ז אמות. ג. שהמכוניות העומדות בצדי הדרכים יש להם דין רה"י ומפסיקות בין צידי הרחוב לרה"ר, ולפי סברא זו אין הגשרים פתוחים כלל לרה"ר מפני שהדרכים מחוץ לעיר, שרק מכוניות נוסעות ואין כף רגל של אדם עוברת, אין להם דין רה"ר.

(ט) ואחריו כתבו סברא זו הרב אייזענשטאט, הרב שטייף והרב פרייס בהפרדס טבת תשי"א דאין לרחובות כאלו דין ר"ה אף שרחבה ט"ז אמה, ויש בה ס' רבוא, כיון דהרחובות עשויים שמשני הצדדים יש מדרכות רחבות להילוך האנשים, ובאמצע הפביש אסור מטעם הממשלה להלוך שם, והכביש מסור רק לאלה הנוסעים במכוניות, ואם רוצים לעבור ממדרכה למדרכה שכנגדה אי אפשר לעבור אלא בקצה הרחוב, או לפעמים באמצע הכביש במקום המסומן, והמקום המסומן המיוחד לעבור ממדרכה למדרכה אינו רחב יותר מכמה אמות מצומצמות, וא"כ אין הכביש מסור לרבים ההולכים בשוקים וברחובות, ואלו הנוסעים במכוניות אפילו אם נוסעים בו ס' רבוא אין זה מקרי ס' רבוא עוברים בו, דצריך דוקא ס"ר הולכי רגל כמו בדגלי מדבר ולא כשנוסעים במכוניות כמו שכתבו בבית אפרים סי' כו ומהרש"ם ח"א סי' קסא. ועוד יותר כיון דהמכוניות דינם כרה"י

ממש שיש להם מחיצות הרי שעוברים בה ברשויות מחולקות מן הכביש ואין זה מועיל שיהא על ידם הכביש ר"ה. אמנם בשו"ת בית אב ח"ב סי' ו', דחה הטעם האחרון, דכיון דשתי המדרכות הם ג"כ כרמלית בלי צרופם יחד ובאמצע ג"כ כרמלית א"כ מצטרפין הכל ביחד ונעשים ר"ה. ולכן לפי שיטתו יוצא, דבמנהטן הוא ר"ה, כיון דבהמדרכות ישנם רבים ומצטרפים שתי המדרכות ביחד שיהו ט"ז אמה וממילא גם הכביש ר"ה, דבטל לגבי המדרכות. אולם בזמן שהמכוניות עומדות, וכרגיל במנהטן שם ברוב הרחובות עומדות שורות ארוכות של מכוניות והמה כמו שתי מחיצות המפסיקות בין שני צידי הרחוב, א"כ נתבטל שיעור הרחוב של ר"ה שהוא ט"ז אמות.

הרב כשר בקונטרסו כתב וז"ל: לדעתי יש לפקפק הרבה בעיקר חידוש זה שהדרכים שבהם נוסעות המכוניות אין להם דין רה"ר כמו שנתבאר לעיל, וחילי דילי הוא, שיש כאן שני דינים שונים לגמרי, יש דין של חלות שם רשות הרבים של חול, על זה אמרו חכמים שבעינן אלה התנאים: דרך רחבה ט"ז אמה כמו שהי' בדגלי מדבר, כמבואר בשבת צט.; שלא יהי' מקורה, כמבואר שם צח.; שיהי' הדרך מפולש ושעריה מכוונים, כמבואר לעיל; שיהי' ששים רבוא, כמבואר לעיל; ולחד מ"ד בעירובין כב. שלא יהי' מעלות ומורדות. וכשישנם כל אלה התנאים חל על הדרך שם רשות הרבים, שאם מי שהוא יוציא בשבת מרה"י לרה"ר זה או יטלטל ד"א ברה"ר חייב. ולענין זה י"ל שאין לנו שום דין לומר באיזה אופן הס' רבוא משתמשים אם הולכים ברגל או רוכבים בסוסים או נוסעים בעגלות באיזה אופן שהוא (טיסה באוירון מסתבר שאין זה בכלל ואכמ"ל), העיקר, אם ס' רבוא בני אדם משתמשים בו נקרא על זה שם רשות הרבים, כי לא מצינו בשום מקום תנאי זה, ומה שנוגע לר"ה בשבת על זה יש דינים מיוחדים מתי הוא חייב ואז אם אדם נמצא במכונית שיש לה דין רה"י וכשמוציא מהמכונית לרה"ר הוא חייב אבל בשביל זה לא מתבטל דין רה"ר מדרך זו שס' רבוא משתמשים בה. (וכעין סברא זו מצאתי בשו"ת שו"מ מהדורא ד' ס"ב). ויש להביא ראיה לזה מהדין המבואר בשו"ע או"ח סי' שס"ב ס"ה: "בכל עושין מחיצה כו' ואפילו באנשים שעומדים זה אצל זה בפחות מג' ואפילו כשהם מהלכים השוברים מחיצה וביניהם רשות היחיד, והוא שלא ידעו שהועמדו לשם מחיצה", ובספר רוקח הלכות שבת סי' קעט: "מעשה שעשה מורי ורבי אליעזר ממיץ, יהודים באו בספינה מחוץ לתחום והביאו בני אדם לעשות מחיצה שלא לדעת הנעשים מחיצה להביא בני אדם בספינה לבית כו', ובפרק מי שדוציאוהו (עירובין מג.) משמע שמחיצת בני אדם מותר לעשות בשבת שלא לדעת הנעשים כו' כך נותר לבאים בספינה ליכנס במחיצת בני אדם לבית כדיר וסתר ואפילו לא מלו גברי עד לבית, בני אדם הנעשים מחיצה שלא לדעת ילכו עמהם עד

הבית דרך מחיצה עשויה, והיוצאים מן הספינה ילכו ביניהם עד הבית, מאחר שיוצאי הספינה לא יצאו מן המחיצות, נידונות המחיצות כאלו הן ארוכות עד הבית ובכל מקום שהמחיצות הולכות רשאים בני הספינה ההולכים ביניהם להלוך את כולה, וכו'". ולפ"ז בזמן שס' רבוא איש הולכים ברחוב הרי חלק הכי גדול מהם הולכים בין אנשים מכל הצדדים ונמצא שהולכים ברשות היחיד, וכי יעלה על הדעת לומר שבשביל זה לא יחול על הרחוב שם רשות הרבים, ועכצ"ל שהם ענינים שונים, שם רשות הרבים חל בשביל שזה הוא שימוש לרבים, ויש דין שצריך ששים רבוא אבל באיזה אופן הרבים משתמשים בו לא אכפת לנו אם ילכו באופן שמסביב להם ילכו אנשים אחרים והם כאלו במחיצה מסביב. עיקר החלות של שם רה"ר אם ששים רבוא אנשים משתמשים בדרך זו, ולפ"ז אפילו אם נוסעים בקרונות או במכוניות ג"כ הוי בכלל רשות הרבים משום שסוף סוף השתמשו מספר ס' רבוא ברשות זה. ואם נפשך לומר יש להביא גם מדגלי המדבר [כמ"ש בהתשובה להלן] כיצד הלכו ישראל במדבר, כתיבה או כקורה, נמצא בכל אופן שהלכו החלק הכי גדול מהם באמצע מסביב למחיצות של בני אדם א"כ הליכה כזו דומה לדגלי מדבר והוי רשות הרבים מן התורה. עוד ילה"ר מהא דמבואר בשבת צה. צט. ובראשונים שם ובתוס' עירובין ו. ד"ה כיצד, לענין העגלות שעמדו ברה"ר ומן הצדדים ה' להם דין ר"ה. ובראבי"ה הל' עירובין עמ' 474: "אלא א"כ רחב י"ו משער לשער ומפולש משער לשער כו' שאם ה' רחב י"ו ובסופו קצר מ"ו דאורייתא נידון כסתום כו' דאפילו דגלי מדבר הפילוש היה רק במחנה דידהו בעגלות וכו'", הרי דהעגלות לא בטלו את שיעור הרוחב של דין ר"ה דאורייתא, ועכצ"ל משום שהעגלה עומדת רק באופן ארעי דרך שימוש לא מבטלת את הרשות. ועי' תוס' עירובין ו': ד"ה וכי ודף נ"ט. ד"ה עיר ובראשונים שם, שס"ל דבכה"ג דאפילו אם באמצע רה"ר יש דרך שאינו רחב ט"ז אמה ג"כ דין ר"ה יש עליו, עיי"ש. אבל היות שהבית אפרים וישועות מלכו וכן הרש"מ שם כתב, גם העלה הב"א שם, דדוקא עוברים ברגל בעינן ולא העוברים במרכבות ועגלות דבעינן דומיא דדגלי מדבר יעוי"ש. (וילה"ר גם מדברי שו"ת יעב"ץ ח"א סי' ז' דהליכה בספינות לא מקרו רבים בוקעים מטעם דבעינן דומיא דדגלי מדבר דוקא), בודאי שיש לצרף שיטתם לסניף לשאר השיטות בענין זה שאין לנויארק דין ר"ה דאורייתא. עכ"ל.

(י) מרן ה"חזון איש" זצ"ל בעירובין סי' מג ס"ק ה—ז העלה המצאה חדשה, דאין בכלל ר"ה אפילו בכרכים היותר גדולים, ע"פ מה שדעתו דכל שיש עומד מרובה על הפרוץ אינו אוסר מה"ת אפילו בפרצה יותר מעשר (וידוע דזהו מחלוקת גדולה בין המשכנות יעקב סי' כב לבין הבית אפרים שם דהראשון דעתו דהוא מה"ת ובית אפרים ס"ל דזהו מדרבנן ובחזו"א עצמו במקום אחר

לא תמצא ר"ה אף בחוצות רחבות

ב רה"ר

ג
דה"ר

**א
דעה"ר**

שהן פתוחות לרחוב ב' הוא כמחיצה שרחוב ב' הוי כחצר מוקפת ומשום כן

גדולים הן רה"י מן התורה דכלן תמצא בהן אחת מוספת ג' מחיצות והוי רה"י

ניתרות בצוה"פ. וסיים שההיתר מרווח ומחזורי לברכים שלנו. על זה האיר

ברחוב בלי פילוש וכה"ג ס"ל שיש ג' מחיצות ולפ"ז במהמז שכל הכתובות הן

בסוף העיר רחובות שאיננו מפולשים רק הולכות בשיקום. כי יש גם רחמי"ל בעיר

מחיצות שוב. הוי חלק זה במחיצה לשאר חלקי העיר את יעמיה לטעם

הרב דוד ברושטיין ר"ה הלרמא רמא לש"ת" אחד מיוזמי האגודה

בשנות חב"צ מנ"ל: "אנינו בוצ' כל חב"צ מנ"ל זמנא זמנא זמנא

שדלמות בדמויות ויכולות האלף רגלי וזוהי חלומות המציאות.

התורה והנבואה

אשר לא ילכו עמנו ונעשה להם כעשינו להם

178 חמשה עשר בתמוז ה'תשנ"ח

שהיא גדולה ומבין שם בני אדם עומדים ויושבים בשוק, נראה לי אפילו אינה

מפולשות משער לשער משגי צדדים". וכ"כ הרמב"ן: "כיון שהרבים קבועים

ועומדים שם כל היום זהו רה"ר גמורה ולזה כווננו הרשב"א והמאירי שהפליטיא שמשוה למה שנקרא "יריד" שעמדו וישבו בשוק, וזה הי' דבר שכיח בכל עיר גדולה, ולפנים גם בנויארק, משא"כ היום בנויארק אין בנמצא כלל דבר כזה וכל מיני שוקים וירידים הכל נעשה בפנים הבתים ברה"י גמורה, ולכן אין מקום כלל לענין של פלטיא שבשביל זה נצטרך דלתות ממש, וכ"כ בשו"ת בית אב סי' ו'.

(א) ובתשובת "בית אפרים" חא"ח סי' כו יצא לידון בדבר חדש, דאין רה"ר בזמן הזה, ע"פ דברי ריטב"א עירובין נט וז"ל: "שבעירות אף שיש בהם אדנות המלך ומעלים לו מס לא חשיב כעיר של יחיד כי לעולם הסרטיות של הרבים ואין המלך רשאי לבנותם לעצמם ולקלקלם", וע"ז כתב בבית אפרים וז"ל: "אעפ"כ יש לומר דוקא וכו' אבל במדינות אלו דביד המלך להרוס ולבנות ומעולם לא נמסר לרבים וכו' ע"כ בנידון שביד המלך לעשות כמו שירצה ע"כ אין בו רה"ר מדאורייתא", וסברא זו כתב גם באבני נזר או"ח סי' רעג אות ו'. ואולם לסמוך ע"ז בנדון דידן במנהטן דאין בו ר"ה מטעם זה קשה מאד, א' דבספר "גלייז" לבעל אפיקייב בקונטרס דלתות החדשות, דחה דברי הבית אפרים מהלכה, משום דאף דהמלך יכול לעשות בהדרכים מה שרוצה זהו רק כשטובת המדינה דורשת זאת, ובודאי אם יקח דרך זו יתן דרך אחרת במקומה, וכ"ז שלא לקח הדרך מקרי ר"ה ממש, ולכך כל האחרונים שדברו בענין ר"ה בזה"ז לא הזכירו סברא זו כלל, וב', אף לדבריו זהו רק במלך שיש לו שלטון יחיד ולא במנהטן שיש מועצת עיר, וכמו שכתב באבני נזר שם בעצמו, דיש חילוק בין מקומות שהכל נעשה ע"פ מלך ולא במדינות שיש שם קאנסטיטוציא, וא"כ בודאי שאין לעשות מזה סניף להקל.

(ב) סיכום: אם מנהטן יש לה דין ר"ה, כפי מה שנתבאר לעיל יש הרבה טעמים להוציאה מכלל ר"ה ולעשותה כרמלית וא"כ במקומות הצריכים תיקון די ע"י צוה"פ.

פרק שני

ים ונהר אם נחשב כמחיצה

(א) היסוד לתיקון העירוב במנהטן, עיקר הסתמכות על היקף הימים המקיפים את כל העיר, כי העיר מוקפת כולה במים. ואלו הימים והנהרות המקיפים אותה החל מראש קרנה הדרומי מזרחה:

1. ים אוקיינוס.

2. הנהר המזרחי.

3. היאור המערבי.

4. השער העלל.

5. נהר הרלם.

6. נהר הודסון.

7. שוב אוקיינוס.

וע"פ המבואר בשו"ע או"ח סי' שסג סעיף כט, והוא מעירובין דף ת., כי הים והנהר דינם כמחיצות להתיר, ורק מחלוקת יש אם מדרבנן אסור מגזירה שמא יעלה הים שרטון — וע"ז נברר לקמן בפרק זה — אבל מן התורה הים והנהר הם כמחיצות.

(ב) אבל אם נרצה להסתמך על היקף הים והנהרות בתור מחיצה, צריך שיהא בעומק הנהר בתחלתו עומק עשרה טפחים, כמו שכתב במג"א בסי' הנ"ל סק"ל בשם רש"י וריב"ש, ומובא במשנה ברורה שם סקקי"ח. וב"תיקון עירובין" להרב ארי' ליב הורו"ץ רב בקרקא, כשסדר ה"עירוב" בעירו קרקא על סמך הנהר "וויכסל" כתב: "צריכים להשגיח שלא יהא בכל ההיקף מקומות שאין עומקם עשרה טפחים והוא מצוי בנהר שמקיף העיר בעת החום ויובש בימי הקיץ וגם בעת כי יגאו המים ועוברים מעל גדותם שיש מקומות שהנהר אינו עמוק אצל שפתו". וכ"כ בתורת עירובין להרב רינגר (קרקא תרס"ד) שכמה גדולים אסרו לטלטל בקראקא מטעם זה.

אולם בשו"ת "בנין עולם" סי' יד וכן בשו"ת "קול מבשר" — להרב משולם ראטה רב דטשרנוויץ כעת בירושלים — סי' כ כתבו, דרק בנדון דהמג"א שרק מצד אחד ה' ים, ולכך כשעומק הנהר י' הוא רחוק מהעיר יותר מעשר אמות הרי יש פרצה מן העיר עד הנהר, אבל בזמן שמכל הצדדים מוקף נהר, וכן הוא בנדון דידן במנהטן, מה איכפת לן אם עומק הנהר הוא במרחק רב מהעיר והמחיצה נחשב משם.

אולם בתיקון עירובין הנ"ל כתב, דיש טעם לאסור גם כשמוקף מכל הצדדים, דאם העומק מתחיל לא מתחילתו, א"כ תחלת הנהר הרי הוא כרמלית ונמצא דהעיר פרוצה לכרמלית, דבשלמא כשבתחלת הנהר עמוק י' הרי זה כמחיצה בין העיר להנהר שהוא כרמלית כמ"ש במג"א סק"ל בשם הריב"ש, אבל כשאין בתחלתו עומק י' הרי הוא פרוץ לכרמלית ואסור. אמנם יש מקום להתיר ע"פ המבואר בעירובין י"ב: לשון ים שנכנס לחצר אין ממלאין ממנו בשבת וכו', הא טלטולי מטלטלין והא נפרצה במלואה למקום האסור, ומשני: הב"ע דאית ליה גידודי. וע' פרש"י שם. ומבואר דאע"פ שאסור למלאות מהם משום דמחברים עם הכרמלית אפ"ה בחצר מותר כיון דיש לו מחיצות תחת המים, א"כ גם כאן

הלא יש למעלה באמצע הנהר מחיצה, והטעם דכל דבר העומד ברה"י דינו כרה"י, כמבואר בסי' שמ"ה סעיף ה' וסעיף יט, א"כ ה"נ אילו לא היה כאן מים והיו מתיבשים אז היה המקום רה"י ע"י החריץ שלמעלה, א"כ אף עכשיו שמתפשטים המים יש על המים דין שכל מה שהוא ברה"י הוא רה"י, וכנראה שגם ה"בנין עולם" ו"קול מבושר" הנ"ל התירו מטעם זה.

ג) אולם כ"ז לפי דעת המג"א, שדעתו דמחיצות הים שהם מחיצה אינו משום דהים עצמו נחשב כמחיצה, אלא משום דגדודי הנהר הם גבוהים י' והרי כל העיר כתל וכמו שביאר בתשובת חכם צבי סי' ה' דזהו משום גוד אסיק מחיצה, ולכן צריך שיהא עמוק י' בתחלתו, אבל דעת הערוך והרב המגיד, ולפי מה שהוכיח ב"בית שלמה" וב"תקון עירובין" הנ"ל וכן בחלקת יעקב להרב ברייש (מציריך) סי' קצ"ב שגם שיטת הרמב"ם הוא כן, דהים בעצמו נחשב למחיצה, ולשיטתם גם כשאין עומק י' נחשב הים כמחיצה, ועל היתר זה העיד בשו"ת מהרי"ט ח"א סי' צ"ד ובכנה"ג, ועליהם סמך בעל חידושי הרי"מ שהתיר לטלטל בורשא על סמך היקף נהר, וויכסל"א אף שלא היה בעומקו עשרה בתחלתו, וכתב שם בשו"ת הרי"מ סי' ד', כי הגאון החסיד בשו"ת דבר שמואל סי' קן "שיבח הרבה המתירים כי באמת הוא להרים מכשול", וכן ב"בית מאיר" על הלכות עירובין כתב להלכה דא"צ שיהא עומק עשרה, "דרך ביבשה צריך מתלקט י', שנוח להילוך, אבל כאן שאין נוח להילוך לא צריך, וכן במהרי"ט שם כתב כטעם זה, "לפי שאינו בת טלטול עם העיר הוי הכירא", ועל סמך זה התיר המהרי"ט הטלטול בטבריה על סמך ים כנרת, ולפי מה שכתב הרב אייזענשטאט בקונטרסו אין אנו צריכים להשתמש בהיתר הנ"ל משום שבמנהטן אין לך מקום מסביב העיר שאינו עמוק אצל שפת הים עשרה טפחים.

בחשש שרטון

ד) כבר הזכרנו למעלה מחלוקת הפוסקים המובא בסי' שס"ג סעיף כ"ט, על היקף ים אם מותר ולא חיישינן שמא יעלה הים שרטון, דהמחבר פוסק דלא חיישינן והרמ"א כתב ד"א דחיישינן לשרטון ("דכן דרך שמעלה חול ואבנים אצל שפתו ומתקצר ונעשה קרקע ובטלו המחיצות", רש"י). והנה בנהר יש חבל תשובות שהתירו שאין חוששין בו לשרטון, לפי שאין דרכו בכך, כמ"ש במג"א שם סקל"ג ואלהיו רבא ותוספת שבת ועוד, ובשו"ת הריב"ש סי' ת"ה, ועי' חת"ס אורח סי' ק"ט, אבל בים חוששין, וכיון שבמנהטן, כפי המובא למעלה באות ב', שתי צדדים הם ים ולפי דעת הרב אייזענשטאט בקונטרסו "הצעה לתיקון עירובין

במנהגן כל מימות 1, 2, 3, 4 המצוינים שם דין ים יש עליהם שיש לחשוש לשרטון, כמ"ש הרמ"א.

אולם במהרי"ט סי' צד הנ"ל כתב מפורש דהמנהג גם בים שלא לחשוש ועל סמך זה התיר בטבריה. ובתשובת "מים רבים" סי' ק"נ כתב: "וכבר העיד בעל כנה"ג דהמנהג בתוגרמא שלא לחוש לשרטון", וכן כתב בכנה"ג סי' שצ"ה בשם רבו, דבקושטנטינא אע"פ שהיא פרוצה לים כסתום דמי, וכן בחכ"צ סי' ה' ובשו"ת מים רבים סי' לד. ובעל דברי מלכאל בספר "תקון שבת" כתב: "הנה אם הים הוי מחיצה אין להאריך אחרי שכבר הורו כל האחרונים להקל וכן נוהגים בכמה עיירות ומי ירים ראש להחמיר בזה". וכן כתב הרב חיים ברלין זצ"ל בתקון-שבת שם: "אחרי שהיא מחלוקת הפוסקים יש בעלי כללים שכתבו דהלכה כדברי המיקל בעירוב הוא גם בפוסקים" (*). וכן כתב שם הרב צבי הירש

(*) מ"ש בשם הר"ח ברלין, בדין הלכה כמיקל בעירוב, על זה כתב הרב כשר בהצעה לתיקון עירובין, שמצינו בהרבה פרטי דינים שיטות שונות בספרי אחרונים, יש מחמירים ויש מקילים, ולזה צריכים אנו לצרף מה שאמרו בעירובין מ"ו, א: "הלכה כדברי המיקל בעירוב" (ובעירובין פ, א: "כל כך אתה מחמיר בעירובין כך אמר אבא כל מה שיש לך להקל בעירובין הקל, עיי"ש בתוס' וגה"ש) וכ"ה בירושלמי עירובין סוף פ"ג עיי"ש, ובעירובין כ"ו א: "קרי עליהו ריש גלותא חכמים הם להרע (לאסור) ולהטיב (להתיר, אר"ז סי' ק"ל) לא ידעו. באיזה אופן נאמרה הלכה זו? — הרא"ש בעירובין פ"ב אות ד' מביא דברי המהר"מ שהלכה כדברי המיקל בעירוב הוא רק בפלוגתא דתנאי ולא באמוראי, וכן בעירוב ולא במחיצות. ולבסוף כ' דהלכה כמיקל בעירוב אף בפלוגתא דאמוראי ודמחיצות. וכ"כ בהגהת מיימוני פט"ז מהל' שבת ס"ז בשם מהר"מ והוסיף: "ומכל מקום שוב כ' במקום אחר בשם ר"ח דאפילו בהני (כחנתו למחיצות) אמר הלכה כדברי המיקל בעירובין אפילו בפלוגתא דאמוראי כדאיתא בהגה"ה דלעיל" (אות ו', וז"ל: "וכן פיר"ח דקיי"ל כרבי זירא דמיקל בעירובין וכתב מהר"מ ז"ל מדבריו למדתי דהלכה כדברי המיקל בעירובין ואפילו בפלוגתא דאמוראי ואפילו בפלוגתא דמחיצות כגון הכא") ועי' ביבין שמועה כלל רל"ב, וראה בהגהת אשרי פ"ד דעירובין אות ח' וכן באב"ל קיי"ל כדברי המיקל ואפילו יחיד במקום רבים ואפילו לענין יום ראשון שהוא דאורייתא כפי' הבה"ג ור"ע עיי"ש. אולם יש ראשונים חולקים על זה. בשו"ת הריב"ש סי' ת"ה מביא שהרשב"א ס"ל שהלכה כדברי המיקל בעירוב, הוא רק בעירוב שהוא דרבנן ולא המחיצות כיון שיש להן עיקר מן התורה. וכ"כ הריטב"א רפ"ט דעירובין. וכ"כ בשירי כנסת הגדולה אר"ח סי' שס"ו בהגהות ב"י עיי"ש.

כן אם בפלוגתא בין הפוסקים ג"כ אמרינן כלל זה הלכה כדברי המיקל בעירובין, הקרבן נתנאל פ"ה דעירובין אות ו' כתב, דנראה מדברי הרא"ש, דהלכה כמיקל בעירוב נאמרה אפילו בפלוגתא הפוסקים. וכ"כ בברכ"י אר"ח סי' שנ"ח שהב"י ביו"ד סי' שצ"ו כ' דהלכה כמיקל באב"ל אף בפוסקים וה"ה דהלכה כדברי המיקל בעירוב אף בפוסקים, וכ"נ מדברי שו"ת מהרי"ט. ובענין זה שהלכה כדברי המיקל באב"ל אף בפוסקים כתב בשירי כנסת הגדולה אר"ח סי' תקמ"ח בהגהת ב"י וז"ל: "במקום אחר הוכחתי מן דברי רבינו המחבר ז"ל מכמה מקומות

מה יפית: "דאפילו החוששים לשרטון זהו רק בים שדרכו בכך ולא בים הגדול שמעולם לא נשמע שהעלה שרטון". וצ"ע מ"ש במ"ב שם סקכ"א, שהסכימו האחרונים להחמיר כדעת הרמ"א, כי מהנ"ל מבואר שלהלכה למעשה נהגו שלא להחמיר בזה, ובפרט בים הגדול.

ה) אולם בנידון דידן במנהטן, יש סברא להחמיר, דאפילו להשיטה שלא חיישינן לשרטון, זהו רק במוקף ים מצד אחד וביתר הצדדים יש מחיצות גמורות, דאז יש כבר שלש מחיצות שמה"ת הוא רה"י, ועל המחיצה הרביעית שהוא ררבנן לא חיישינן, אבל במנהטן שכל המחיצות הם ע"י ימים יש לומר שחיישינן, וסברא זו הזכיר בשו"ת חתם סופר או"ח סי' פט, וכן כתב ב"תורת עירובין" בקראקא שנהר "ווייכסל" שם הוא בשתי צדדים לכן יש חשש לשרטון, וכן ב"קול מבשר" סי' כ' בעיר נורדינריי שהים מקיפה מכל צד חשש לשרטון אחרי שיש כבר חשש דאורייתא, וקדם להם בסברא זו בעל "נפש חיה" ב"תקון עירובין" להרב הורוויץ מקרקא, "דאפשר דלא הותר למעשה רק כשהנהר מצד אחד דכיון דאיכא ג' מחיצות אין עוד חשש דאורייתא אבל בנ"ד שמשני צדדים יש נהר איכא חשש דאורייתא אפשר נחוש שמא יעלה שרטון".

ו) ויש סברא שהיכא שמוקף ים מכל הצדדים יותר עדיף, דרק כשמצד אחד יש ים אז שייך החשש של שרטון, דכשיהא שרטון הרי יש פרצה בין העיר לים מצד זה, אבל במנהטן שכל הצדדים ים מה שייך שרטון הא המחיצה תשאר עכ"פ אחרי השרטון, וסברא זו כתובה בספר חמד משה סי' שסג להשיג על הט"ז שאסר לטלטל בעיר שטייניץ מחשש שרטון, דכיון דבכל הצדדים יש ים מה איכפת לן שיעלה שרטון. (כעין זה כבר כתבנו למעלה באות ב' מבנין עולם ועוד, אולם צ"ע לפי פירוש הרב המגיד בגזירת שרטון — כמו שהסביר המג"א — שמה יבאו לטלטל במקום השרטון והוא כרמלית כיון שלא הוקף לדירה, ולפ"ז גם במוקף בכל צדדיו יש חשש זה).

והנה בשו"ת שב יעקב להרב יעקב כץ מפראג (נדפס בפפד"א שנת תקכ"ב בהסכמת הפני יהושע) סי"ז כ' וז"ל: "מיום הוסדה הקהלה ראטרדם נוהגין היתר בשבת היתר טלטול ומטלטלין בכל העיר ברחובות ובשוקים מקצה אל קצה

דאמרינן הלכה כמיקל באבל ואפילו בפוסקים וכ"כ הר"א ששון בתשובה קס"ז וגינת ורדים יו"ד כלל ה', אמנם בשו"ת הרדב"ז ח"ג סי' תרל"ו כ' הלכה כמיקל באבל שרק במחלוקת התנאים ואמוראים ולא במחלוקת הפוסקים וכ"כ הב"ח או"ח סי' תי"ו דבפלוגתא דרבנן לא אמרינן הלכה כמיקל באבל, ולפ"ז נמצא שיש מקום לצרף לסניף גם בעיקר דבר זה שהיא פלוגתא דרבנן אם אומרים הלכה כמיקל בעירוב במחיצות ובמחלוקת בין הפוסקים האחרונים, לומר שהלכה כמיקל שאומרים כן גם במחיצות וגם בפוסקים.

כאחד מן העיירות המוקפין חומה על סמך שהמים מקיפין אותה סביב לעיר וכמה וכמה רבנים אשר קדמוני והיו מרי דאתרא ק"ק ראטרדם הי' פשוט בעיניהם להתיר ולא פצו פה ולא שום פקפוק על היתר הטלטול שמטלטלין בשבת בכל העיר, כולם ראו ושתקו ולא מיחו ושתיקה כהודאה ש"מ שהתירו פרושין את הדבר כו'. ובפרטות שהייתי אב"ד בק"ק האג טרם בואי לק"ק ראטרדם, והאג הוא סמוך לראטרדם, והאג נמי באותה תמונה כמו ראטרדם עיר פרזי רק מים מקיפין אותה מימינם ומשמאלם וחריץ תוך המים כמו בראטרדם ואף גם בהאג נוהגין היתר טלטול בשבת בשווקים וברחובות בכל העיר על סמך המים המקיפים אותה כו' והייתי נושא ונותן עם החכם דוב גוניס (רב של הספרדים) בהיתר טלטול, מי התיר להם, והראה לי כתוב וחתום מגלה עבה כתב מפורש מן שלשה עמודי עולם גאוני ארץ חכמי ספרדיים שהיו רבנים וחכמים בק"ק אמסטרדם אצל קהל גדול ספרדיים בשנים קדמוניות הלא המה בכתובים הגאון החכם אבוהב והגאון החכם יעקב שטפורשט והגאון חכם שלמה די ערליוועריא, והסכימו כולם לדעת אחת להתיר לטלטל בהאג על סמך המים ובאו כולם שלשתם יחד על החתום לעדות ולראיה שהם עושים ע"פ חכמים כו' גם יש להם היתר מהמנותא מן הגאון חכם צבי כמבואר בספרו שו"ת סי' ה' וז"ל: עיר האג בארץ האלאנדה, אשר אין להם חומה סביב, אלא שהחריץ עמוק הרבה יותר מעשרה טפחים ורחב הרבה מן ד' טפחים מקיפה סביב, דמותר לטלטל בכל העיר כעירות המוקפות הומה. והנה אני הגבר ראיתי דדא ודא אחת, האג וראטרדם שוים המים להם חומה מימינם ומשמאלם וכו'". (שם מסתפק להחמיר בזמן שהמים נקרשין עיי"ש).

על זה כתב הרב כשר בתשובתו, וז"ל: הרב ר"י סיגעל בקו' עירוב והוצאה עמ' 23 מביא בקיצור תמצית דברים הנ"ל של השב יעקב שהיה להם לדבר פשוט שמותר לטלטל בזמן שהמים סביב כל העיר, ותמה שהרי יש לחוש מטעם "הוקף ולבסוף יושב", ותי' שבוודאי הי' ידוע להם שנעשה במשך הזמן מחיצה של עשר שנבנה אח"כ כשהי' מיושב ולכן שתקו מזה. ובנידון שלו להתיר הטלטול בנויארק הרי השתמש רק בהמים שמג' צדדין ובצד הרביעית השתמש למחיצה את מסילת הברזל שהוקף אחר כך. והנה כעת שרוצים להשתמש במחיצת המים מכל הצדדים, אין לחוש מצד "הוקף ולבסוף יושב" מפני שנעשות הרבה מחיצות בכל ארבעת הצדדים כמו שנתבאר.

והנה המהרש"ם בתשובתו להרב סיגעל בנויארק בקונטרס שם דף 29 מביא מן החדש וז"ל: "ומה גם שמצאתי באו"ז הל' עירובין סי' קס"ד שהביא בשם בה"ג ו"בשר ע"ג גחלים" שפסקו דמתא דהדרא לה נהרתא אין צריך שום תיקון יותר ודינה כעיר מוקפת חומה", וכ"כ בהנהגותיו באורחות חיים סי' שס"ג אות כ"ח, וכוון לזה גם הרב מסטאויסלאב בתשובתו שם עמוד 32, שמדברי האו"ז

הנ"ל מבואר דבכה"ג דבנידון של נויארק שהנהר טובב כולה ליכא חששא זו (של העלאת שרטון) לכו"ע ע"כ.

והנה מה שהביאו שני גדולים הנ"ל שמצאו שיטת הבה"ג מובאת באו"ז שנדפס מכת"י בשנת תרכ"ב, הנה הדברים מפורשים בהלכות גדולות שנדפס בוויניציא שנת ש"ח, שלש מאות שנה קודם. והדבר תימה שלא הובאו כלל דברי הבה"ג בהפוסקים. וז"ל הלכות גדולות הל' עירובין פרק הדר (דפוס ווילנא עמ' 54): "וצריכה מתא למיעבד לה עירוב הדר הודרנאה (הדרונה) בחבלים או בצורת הפתח כו' ואי אית לה למתא שורה (חומה) אי נמי הדרן לה נהרתא, אי נמי יתבה על תילא דמידליא עשרה טפחים זה הוא ערובה, ולא צריכה אלא עירובי חצרות לערב בפת וכו'". וכ"ה בבה"ג אספמיא עמ' 127*).

אמנם החידוש שהביאו הגאונים הנ"ל הוא שהאו"ז הביא דברי הבה"ג להלכה וכן פסק בספר "בשר ע"ג גחלים" שהוא מהקדמונים. וכמ"ש המהרש"ם שיש לנו ב' עמודים גדולים המתירים בזה בפירוש, היינו שאינם חוששים לשרטון, גם לא הזכירו תחשש שהספינות העוברות בים מבטלות מחיצה, ולא הזכירו התנאי שיהי' עומק עשרה וכו', ע"כ.

ביטול מחיצות הימים ע"י בקיעת הרבים

ח) אחד מטעמי המתנגדים לתיקון עירובין במנהטן הוא ע"פ מה שכתב המג"א בס' שס"ג סק"ל, על דין דמבוי שצדו אחד ים דהים הוא מחיצה וז"ל: "דהכא מיירי במקום שאין הספינות עוברות שם לנמל, דשם הוי הים מחיצה, דאילו במקום שעוברות שם הספינות לא הוי מחיצה, דכתבו בתוס' עירובין דף כב א דמחיצה העשויה ביד"ש לא חשיב מחיצה ואתו רבים ומבטלים אותה". וא"כ במנהטן דעל הימים והנהרות הולכות הרבה ספינות וא"כ לדעת מג"א מתבטלות המחיצות (ראה "תורת עירובין" להרב רינגר מקרקא). אולם בכונת המג"א נסתפקו האחרונים. יש מפרשים כונתו על הספינות עצמם השטות בנהר והם מבטלים המחיצות, כמו שכתב בשאילת יעב"ץ ח"א סי' ז בפ' המג"א, וכן מבואר

(*) יש להעיר על זה ממשנה מפורשת בטהרות פ"ו מ"ט: הפרן רה"י לשבת כו'. והר"ש מביא מהערוך ערך פרן ויש מפרשין כגון מגדל ששלש רוחותיה בתוך הים ורוח אחד ליבשה כמו מגדל של אלכסנדריה של מצרים. ודברי הערוך מועתקין בפ' רב האי גאון. ושם: "כמות עמוד מגדל אלכסנדריה של מצרים וקורין אותו בלשון יוני פרון". ובמוסף הערוך שכן נקרא י"י פרון ע"כ. והיום נקרא אי פארוס ומגדל פארוס מחובר ברצועת אדמה לאי פארוס, לכן אמרו שהוא מוקף מג' צדדים, גם האי פארוס בעצמו מוקף בים מכל הצדדים ומחובר אל היבשה על ידי מזח.

בחי"אדם כלל ע"א סעיף טו, ואי לכן כתב בחלקת יעקב שם דבנ"ד אין חשש דהמג"א כתב כן רק לפי הסוברים דהים בעצמו הוא מחיצה אף שאין עומק י' ולכן ס"ל להמג"א דהספינות מבטלים מחיצות הים, משא"כ כשיש עומק י' דהמחיצה אינו הים רק החריץ, מה איכפת לן בספינות. וא"כ בנ"ד דכבר כתבנו (באות ב) דכשכל הצדדים מוקף ים אף דהעומק אינו בתחלת הנהר אפשר לחשוב המחיצות משם, א"כ אין חשש ביטול המחיצות ע"י הספינות. ובמנהטן, כפי מה שכ' הרב אייזנשטאט סי' ב' אות י', שאפילו במקומות שישנם פירצות בגידודים שעל פני המים יש שם עומק המחיצות השקועות בתוך המים י' טפחים, א"כ אין שום חשש.

ט) ואולם הרבה מפרשים כונת המג"א, דהרבים הם האנשים הבאים מהספינות לחוף, ראה שו"ת מים רבים סי' לה, וכן מביא פירוש זה בשאלת יעב"ץ שם, א"כ ההיקף של מנהטן בטל ע"י הרבים הנוסעים באניות ובמעבורות מנמלי העיר הנקראים "פיערס". והרב אייזנשטאט בקונטרסו "הצעה לתיקון עירובין במנהטן" כתב דאין בזה חשש, יען כי בכל הנמלים ישנם מחיצות העשויות בידי אדם על גבי שפת הים, ורבים אין מבטלים מחיצות העשויות בידי אדם.

י) ובחלקת יעקב הנ"ל, מעורר על הגשרים הקטנים הנעשים לעבור דרכם אל הספינות הקטנות העשויים לשוט בהם ושם המחיצות הוא רק ביד"ש וא"כ יבטלו שם המחיצות ע"י בקיעת רבים, וכתב דהגשרים הללו הם פחותים מעשר אמות וא"כ אפילו אם יבוטל המחיצות שם לא הוי רק כפרצה פחותה מעשר דמותרת לרוב הפוסקים אף בבקעי בה רבים.

יא) אולם יש האוסרים בנדון דידן, משום בקיעת רבים בתוך העיר, ולפי מה שכתבו בתוס' עירובין כ"ב הנ"ל, דמחיצה העשויה ביד"ש לא חשוב מחיצה ובקיעת רבים מבטלת אותם, והם מפרשים דכונת תוס' בקיעת רבים היינו אלו שהם בתוך המחיצות, דכן מפרש השאלת יעב"ץ סי' ז' והחתם סופר או"ח סי' פ"ט, וכן נראה בשו"ת חכם צבי סי' ל"ג, וכן פסק בשו"ע הרב סי' שס"ג, דכל מחיצה העשויה ביד"ש אינו מועיל להתיר מקום שבפנים רבים בוקעים בו, דאף דבמחיצה ביד"א לא איכפת לן מה שרבים נמצאים בפנים, אבל במחיצה ביד"ש כל שרבים נמצאים בפנים אין המחיצות מועילות כלום. וכן בחזון איש עירובין סי' מ"ג מפרש כן בתוס'. משום כן פוסק החכם צבי שם בברטניא דמוקפת ים מכל צדדיה דהיא ר"ה ממש, דאין מחיצות הים מועילות במקום שרבים נמצאים בפנים. ואף דבסי' ה' שם בחכ"צ התיר את העיר האג ע"י מחיצות הימים, כבר כ' בשאלת יעב"ץ שם דהתיר רק משום שיש שם חריץ סביב העיר עשוי ביד"א, אבל ע"י הים בעצמו אוסר מטעם הנ"ל. ומה שמצינו בהרבה ספרים וכמו שהזכרנו כבר, דהתירו ע"י מחיצות ימים ונהרות זהו כשרק צד אחד הוא ים דיש כבר ג' מחיצות מה"ת, אבל כשכל הצדדים יש רק מחיצות ימים שהם ביד"ש אסור. וכן כתב מפורש בשו"ע הרב שם.

דמחיצות ים אינו מועיל רק במחיצה רביעית ולא יותר כיון דהוא ביד"ש אתי רבים שבתוך המחיצות ומבטלי לה. וא"כ במנהטן שבכל הצדדים יש רק מחיצות ים ונהר לא תועיל. וראה בשו"ת "קול מבשר" סי' כ' שאסר בעיר נורדינריי מטעם זה. יב) אולם המתירים יש להם כמה טעמים להתיר. א) הגו"ב בדורש לציון דרוש י"ג כתב, דשיטת תוס' זו דמחיצה בידי שמים גרע ממחיצה בידי אדם, לא הביאזה שום פוסק, ומוכיח דהרמב"ם בודאי פליג ע"ז ולכך כתב דאין להחמיר כתוס' בזה, וכן נמצא בשו"ת "תשובה מאהבה" ח"א סי' ק"ח, ששאל ע"ז מהנוב"י והשיב לו שכל הפוסקים לא ס"ל כתוס' בזה ועל סמך זה התיר לו. וכן הביא באורחות חיים, מוה"ר שלמה קלוגר זצ"ל, ראייה מרוקח סי' קע"ח דכתב, דהעננים נחשבו למחיצות, ומבואר דגם במחיצה ביד"ש לא אתו רבים ומבטלים מחיצה. ועל סמך זה התיר מוה"ר חיים ברלין זצ"ל בקרקא, שהנהר שם משתי צדדים, וכתב ב"תקון שבת" משמו: "אחרי שכל הפוסקים זולת מג"א לא הביאו משום זה יש לסמוך על מחיצות אלו". ב) הא דכתבו תוס' דמחיצה ביד"ש מתבטל ע"י רבים, זהו רק במקום שבלא המחיצות יש לה דין ר"ה ממש, כמו לר"י במחיצות ביד"א דאין מתבטל רק בר"ה, כמבואר בעירובין דף ו' וכן נפסק בסי' שס"ד וכמבואר בראשונים שם (ויבאר עוד לפנינו בפרק הבא), כמו כן במחיצות ביד"ש לרבנן לא נתבטל רק בר"ה ממש. וכן כתב מפורש בחזון-איש עירובין סי' מ"ג-מ"ד, וכן נראה בשאילת יעב"ץ שם ובכנסת יחזקאל סי' ב', וא"כ לפי שנתבאר בפרק הקודם, דיש הרבה שיטות דגם במנהטן אין ר"ה מן התורה גם בלא המחיצות, א"כ נופל ממילא כל חשש זה. וכן התיר מטעם זה ר"ח ברלין שם. ג) הרבה מפרשים בכונת תוס', דכתבו כן רק במקום שאינו רואה עצמו תוך המחיצות, כמו שתירץ הרמב"ן בעירובין שם הקושיא, מדוע לא תחשב כל אר"י רה"י ע"י הים, ותירץ דמחיצה מועילה רק כל שרואה עצמו תוך המחיצות, ושיטת הרמב"ן הוא אף במחיצה עשויה בידי אדם, ושיטת תוס' הוא דכל מחיצה ביד"ש שמקיפה שטח גדול כל כך, שאינו רואה עצמו תוך המחיצות, אינו מועילה כל שיש רבים בפנים, אבל בשטח קטן מזה מועילה אפילו מחיצה ביד"ש. וכן מפרש בנחל אשכול על האשכול הלכות עירובין, דכן מבוארת שיטה כזו באשכול שם דמרכיב שתי הדברים ביחד היינו שעשויה ביד"ש ואינו רואה עצמו תוך המחיצות. וכן מפרש בחזו"א שם ובעל דברי מלכיאל ב"תקון שבת" הנ"ל ועוד רבנים שם ובשו"ת בית אב ח"ב, וא"כ במנהטן אין לחשבו כאין רואה עצמו תוך המחיצות, כמו שכתב הדברי מלכיאל שם בנדון קרקא דכתב: "אפשר דהאנשים שבתוך העיר מקרי רואים את עצמם בתוך מחיצות, דאף שהעיר גדולה בכל זה נכרים המחיצות סביב ונראים לכל מי שיודע מהם וחפץ לראותם, ואף שאולי גובה הבתים מפסיקים, אבל כשיעלה על הבית יראה". וכן כתב הרב אייזנשטאט בקונטרסו הנ"ל דבמנהטן אפשר לראות כל

השטח המוקף מראש אחד הבתים הגבוהים. ובספר ארחות יצחק למהרש"ק כתב ג"כ דאין זה חשוב „אינו רואה עצמו תוך המחיצות“, „כיון דהעומד בעיר אינו רואה הפרצה והעומד חוץ לעיר רואה הים מחשב רואה המחיצות ולכן אין להחמיר“. וכן הביא סברא זו ב„תקון עירובין“, דכל שיש ישוב סמוך לנהר מועיל לכל העיר. (ד) ויש מתירים גם מטעם אחר, כפי שכתב בשו"ת כנסת יחזקאל סי' ב', דלא כתבו תוס' סברתם רק כשכל ההיקף לא הוקף לדירה כמו הים, אבל כשיש לכה"פ מחיצה של עשר אמות עשוי' בידי אדם מועיל על כל ההיקף, ולכך התיר את ראטרדם ע"י שהיה שם בתים בשיעור עשר אמות שהוקפו לדירה, ולכן גם במנהטן יש על שפת הים הרבה בתים שהם ג"כ מחיצות ומועילים לכל ההיקף. (ה) כפי שכתבו הרב אייזנשטאט וכן הרב מאשקוויץ בקונטרסו „תיקון עירובין במנהטן“, „הרי בכל החוף ולפחות ברוב החוף נתוספו על עובי המחיצות של הגידוד העשוי בידי שמים, קירות חזקות של מלט העשויות בידי אדם, ואפילו שיש הרבה מקומות פרוצים אל הים, אבל על שפת המימות 1 2 3 4 נשאר תמיד במקום הפירצה גידוד על פני המים עשוי בידי אדם גבוה עשרה טפחים“, וא"כ נמצא דלכה"פ שתי מחיצות ישנם שהם בידי אדם. וכבר כתבנו דתוס' לא חדשו חידושם דביד"ש גרע, רק כשכל המחיצות הוא של ים, כמו שהסביר בטעמו בעל דברי מלכאל ב„תיקון שבת“ שם, וא"כ במנהטן דלכל הפחות יש שתי מחיצות ביד"א לא אתו רבים שבתוך המחיצות ומבטלים אותו.

(ג) עוד חשש יש במחיצות נהר שמא יקרוש, כמו שכתב בט"ז או"ח סי' שס"ג. ואולם במג"א שם כתב, דאף דבעת הקרישה אסור, דהקרישה מבטלת המחיצה, אבל אין לחשוש שמא יקרוש. וא"כ יש בזה מחלוקת המג"א והט"ז אם אפשר לסמוך על מחיצות נהר ומי יכריע לנו בזה.

אולם הרבה מגדולי האחרונים כתבו דהמנהג להיתר. בח"ס סי' פ"ט כתב: „בודאי בזמן שאין הנהר נקרש אין כאן בית מיחוש ואפילו מדת חסידות ליכא“. וכן העיד הח"ס שם על הש"ך שדר בעיר דרעזניץ ואעפ"כ לא מיחה בעירו לאנשים הנוהגים היתר, וכן בשו"ת הרי"ם סי' ד' כתב ג"כ דכבר נתפשט הדבר להיתר, ובשו"ת שבות יעקב ח"ב סי' כ"ט ובשו"ת שב יעקב סי' י"ז שניהם כתבו דכבר נהגו להיתר, והגאון מקוטנא בעל נפש חיה בספר תקון עירובין הנ"ל במכתבו אליו כתב: „כי כבר נתפשט המנהג להיתר וכן המנהג בכמה עיירות גדולות לסמוך ע"ז ואין פוצה פה לאיסור“. וא"כ המתיריט במנהטן על סמך הנהר יש להם על מה לסמוך.

וחוץ מזה כבר כתבו רבים שנהרות אלו המקיפים את מנהטן אין דרכם ליקרש וכתבו דלפני שבעים שנה הי' מקרה שנקרש והי' זה לפלא גדול, ובנהר שאין דרכו ליקרש גם הט"ז מודה דמותר ואין לחשוש.

ביטול מחיצות הימים מטעם לא הוקפו לדירה.

(יד) והנה יש עוררים על מחיצות הימים והנהרות, שהרי היו גם קודם שנבנה העיר והרי זה כהוקף שלא לשם דירה ואסור, כמבואר באו"ח סי' שנ"ח, דכל הפוסקים המדברים במחיצות ים, הוא כשרק צד אחד ים ויש גם מחיצות ממש שנעשו לשם דירה, ולענין איסור דהוקף שלא לשם דירה די במחיצה אחת לשם דירה, כמבואר בסי' שנ"ח דגם די בפורץ עשר אמות ומקיפו לשם דירה, אבל במנהטן שכל המחיצות הם שלא לדירה, צריך להיות אסור כדין קרפף, וכן כתב בפמ"ג סי' שס"ג במשב"ז סק"כ, דכשכל העיר מוקף ים אסור מטעם הנ"ל, ובמהרי"ק שורש מ"ו, בנידון עיר שהיתה מוקפת הרים כל סביבותיה, ואסר מטעם דלא הוקף לדירה.

אולם בפמ"ג שם כתב, כיון דעכ"פ צריך לעשות איזה תיקון בגשרים ובפרצות [ראה לקמן בפרק ג'] וא"כ זה מועיל לכל ההיקף, כמו שמבואר בסי' שנ"ח, דפרצה יותר מעשר מועיל לכל ההיקף, א"כ במנהטן די שמונה עשרה גשרים סביב העיר ולדעת הרבה פוסקים נצטרך לעשות שם צוה"פ, כמו שיבואר לקמן בדברינו, וזה מועיל שיחשב כל העיר מוקפת לדירה.

(טו) אלא די לחשוש לסברת הסוברים דאין צריך שום תיקון בגשרים, כמו שנבאר לקמן, ונמצא דהקולא גורמת לחומרא דאין לנו היקף לדירה, וזה החשש העלה בנפש חי' סי' כ"ה ובספר "פורת יוסף" להרב נחמי' צבי נאבעל, בנוגע לנדון ידי' בעיר פרנקפורט ע"נ מין. אולם בשו"ת קול מבשר סי' כ', התיר בנדון ידי' בעיר נורדינריי, דהי' ג"כ מוקף בים מכל צדדיו, וכתב דמשום לא מוקף לדירה אין לאסור, משום "דכמו דמהני בקרפף דעלמא שלא הוקף לדירה, שיעמיד גדר יותר מעשר לשם דירה ויעשה עי"כ כל ההיקף לשם דירה, או שיעמיד מחיצה יותר מעשר אמות לפני המחיצה הראשונה לבטלה והוי מוקף לדירה ע"י המחיצה השניה, כמבואר בסי' שנ"ח סעיף ו', ה"נ מועיל להתיר כל העיר כולה בנדון דידן ע"י מחיצת הבנין שנעשה במקום שרוחצים שמה, שהוא גבוה יותר מכשיעור, כפי דברי השאלה, והוא עומד לפני המחיצה של הים ומבטל אותה במקום הזה כמו פרצה והוי מוקף לדירה". ואף דמחיצות הבתים נעשו לתוכן ולא שיהיו מחיצות להעיר, כבר כתב במבי"ט ח"א סי' מ"ח, דמחיצות הבתים מועילים שיהא ע"י היקף לשם דירה אף להעיר, כמו שהביא במג"א סי' שנ"ח סק"ה בשמו.

(טז) אולם בספר "תקון שבת לקלוניא" כתב, דאין הבתים מועילים בנדון כזה להחשיב על ידם כהיקף לדירה, דהמבי"ט כתב כן רק כשאין מחיצות אחרות, אבל כשיש מחיצות הים ורק שאנו רוצים ע"י מחיצות הבתים לבטל מחיצות הים, אין זה מועיל, כיון שלא נעשו לשם כך אלא לתוכן, וכן מבואר בשו"ע הרב סי'

שס"ג סעיף מ"ג: "וכותלי החצרות שנעשו אחר בנין הבתים אינם מועילים אלא לעשות מה שבתוכם מוקף לדירה וכו', אבל המבואות שבהן אינם נקראים מוקפים לדירה ע"י כותלי החצירות שהם כתלי המבוי וכו', אבל כתלי החצירות לא נעשו בשביל שיהיו המבואות מוקפים לדירה ויתבטל מהם היקף הראשון, וכו'". וא"כ לפי שיטה זו אין בנין המרחצאות מועילים שיעשו כל העיר מוקף לדירה. ובקול-מבשר שם בסוף התשובה חזר ג"כ מזה וגם מטעם אחר: "דאין נראה לענ"ד להשוות לענין זה עיר ומלואה לקרפף, דבעיר שיש בו כמה מבואות וכמה חצירות פתוחים ופרוצים אליו וכ"א חולק רשות לעצמו ע"כ י"ל דבעינן בכל צד מהעיר שכלות שם כמה מבואות ופתחים שיהי' שיעור גדר יותר מעשר" וכו'.

ובספר תקון שבת לקלוניא הנ"ל הציע לעשות צוה"פ באיזה מקום סמוך לים וכמו שכתב בשו"ע הרב שם, דצוה"פ דינה כמו מחיצה שמבטל מחיצה הראשונה. ובעצה זו תקן שם בעירו.

(ז) סיכום: העיר מנהטן מוקפת כולה בימים ונהרות ולפי דעת הרבה ראשונים — וכן פסקו להלכה גדולי האחרונים — דמחיצות ימים ונהרות הם בעצמם מחיצה, אפילו כשאין בעומקן י', ובמנהטן הרי אנו חושבים שיש בכל היקפם עומקן עשרה, ואפילו היה חשש שיש מקומות שאין בהם עשרה עומק, הרי במנהטן שמוקפת מכל הצדדים ים לא איכפת לן אם אין עומק י' בתחלתו ואנו חושבים המחיצה מאמצע הנהר דשם בודאי עמוק י'. וחזן מזה כתב ב"תקון עירובין" כיון דברוב ההיקף יש עומק י' ורק באיזה מקומות יש ברוחב יותר מעשר שאינם עמוקים, א"כ הרי הוא עומד מרובה על הפרוץ, ובעומד מרובה על הפרוץ אין פוסל מה"ת אפילו ביותר מעשר [כן הוא דעתו וכן כתב בבית אפרים או"ח סי' כ"ו וכן ב"חזון-איש" עירובין סי' מ"ג ויבואר גם לקמן בפרק הבא], א"כ באיסור דרבנן יש לסמוך על כל אלו הסוברים דהים עצמו הוא מחיצה. ובמה שנוגע להחשש שאתי רבים ומבטלי מחיצתא הבאנו חמשה טעמים שאין זה שייך כאן במנהטן.

פ ר ק ש ל י ש י

הגשרים שיש סביב העיר וכן המנהרות אם מבטלים את המחיצות

(א) שמנה עשרה גשרים ישנם למנהטן ורובם רחבים ט"ז אמה, וצריכים לבאר בזה מה דינם אם צריכים לתקן את הפרצה הזו ובאיזה תיקון. הדין מבואר בפמ"ג סי' שס"ג, במשבצות זהב סק"כ וכן בתוספת שבת שם, דאם יש גשר על הנהר צריך לתקנו בצוה"פ, וכן כתב בנו"ב מה"ת או"ח סי' מב ובח"ס או"ח סי' פ"ט מביא כן בשם שו"ת שב יעקב, שחכמי הספרדים כתבו דהגשרים צריכים תיקון בצוה"פ. וכ"כ במשנה ברורה סי' שס"ג ס"ק קי"ח. וא"כ יוצא דצריך לתקן

צורת הפתח בכל הגשרים שאין להם עכשיו צורת הפתח, אך לפי ההלכה דבר"ה אין מועיל צוה"פ רק דלתות ננעלות, כמבואר בסי' שט"ד סעיף ב', ואם מנהטן יש לה דין ר"ה אלמלא מחיצותיה נמצא דלא יועיל לה צוה"פ, ונופל כל היתר של מחיצות הים דהם מתבטלים ע"י הגשרים. ונצטרך לסמוך על הטעמים שהבאנו בפרק א' שאין דין ר"ה דאורייתא למנהטן, באופן שאם הגשרים צריכים תיקון יהא די בצוה"פ, ולהלן נבאר אם התקון של צוה"פ מעכב או לא.

(ב) עיקר הטעם דהגשרים מבטלים המחיצה, כתב בנו"ב בתשובה הנ"ל, דדעת השואל ה' ממשמעות ה"תוספת-שבת", דזהו משום דרבים העוברים עליו מבטלים מחיצת הים שהוא ביד"ש, וכבר הזכרנו למעלה בפ"ב שיטת התוס' דבמחיצה ביד"ש מודים רבנן דרבים מבטלים המחיצה. ואם זהו הטעם דהגשרים אוסרים, אפשר לומר דבמנהטן אין הגשרים אוסרים, כפי שכתב ב"תיקון עירובין" ובחלקת יעקב, דבכל הגשרים יש מחיצות ביד"א נוסף על מחיצות הטבעיים וא"כ לא מבטלי דריסת הרבים למחיצות ביד"א. אולם בספר "תורת עירובין" מביא מה שכתב בתפארת ישראל בפתחה לעירובין, דבגשר על הנהר בכל ענין אמרינן אתו רבים ומבטלי מחיצתא, והטעם הוא משום דכיון דהגשר עשוי לכך במיוחד שיעברו על המחיצות ולכן מבטלי, וכן הוא דעת השואל בח"ס סי' פ"ט דכשעשוי לבקיעת רבים כ"ע מודו דמבטלי, וא"כ לא יועילו כאן מה שיש גם מחיצות ביד"א. אמנם החתם סופר דוחה לגמרי סברא הנ"ל ותמה עליו שכ"כ מסברא דנפשיה חידוש גדול כזה ומביא רא' מגמ' מפורשת שלא כדעת השואל, אלא גם בגשר שעשוי לכך לא מבטל מחיצות ביד"א.

וכן דחה הרב משה בונים פירוטינסקי למה שכ' ב"תורת עירובין", שאינו דומה כלל לנידון התפ"י, דשם נעשה הגשר על המחיצה ולא הועילה המחיצה כלל, אבל כאן כל הגשרים בנויים מרחוק והרבה למעלה ממחיצת הים והמחיצה משמשת במקומה למחיצה גמורה להולכים שם ואין השאלה רק אם הגשר הוא כמו פרצה, ואם נימא דצידי האורך נחשב למחיצה בשביל הגובה (ובכמה גשרים יש להם מעקה גבוה יו"ד), א"כ הוי ליה שלש מחיצות, דצד הפתוח לעיר הוי כסתום כיון שיש לעיר מחיצות ושתי מחיצותיו הוי שלש.

(ג) וב"תיקון עירובין" הנ"ל כתב דיש עוד היתר, דכיון דכל ביטול המחיצה הוא משום בקיעת רבים, א"כ לפי שיטת המג"א בסי' שס"ג סק"מ דלא מקרי בקיעת רבים רק ס"ר, א"כ כשאין ס"ר לא מתבטלי. וכן ה' דעת השואל בנו"ב שם והוא כתב כן בעירו קרקא. והרב אייזנשטאט העיר בנדון דידן על יסוד מה שנתבאר לעיל מדברי הבית אפרים ואחרים, דכיון דהעוברים על הגשרים רובם ככולם הם רק נוסעים בקרונות או במכוניות, וכבר הזכרנו למעלה דזה לא מקרי ס"ר כיון דיושבים ברשויות חלוקות מר"ה, וא"כ בנ"ד לא מתבטלת המחיצה

ע"י הגשר. וכן כתב בשו"ת "בנין עולם" בשם ר' שלמה קלוגר, דהטעם בגשר הוא רק משום בקיעת רבים ולא משום פרצה, משום דפרצה שהוא ביותר מעשר כל הטעם הוא משום דסברא הוא דכן דרך לעשות פתח עד עשר, אבל בגשר דדרכו להיות רחב מאד ולכן הרי הוא כפתח ואין בו משום פרצה, ולכך אינו אוסר רק משום בקיעת רבים וממילא כשאין ס"ר יש לסמוך על המג"א הנ"ל דלא מקרי רבים בפחות מס"ר. ואף שכתב בביאור הלכה סוף סי' שס"ג דהאחרונים לא ניחא להו היתר זה, גם בשו"ע הרב מחמיר בזה, גם בשו"ת בית שלמה סי' ע"ג כ' שאינו רוצה לסמוך על היתר זה, וכן מבואר באו"ז סי' קכ"ט דלא כהמג"א, אמנם הביא שם וז"ל: "שאני יודע שכל גדולי הדור שלפנינו סמכו על המג"א בזה". (ד) והנה ההתירים הנ"ל המה רק אם הטעם באיסור הגשרים הוא משום בקיעת רבים, אבל לפי שיטת הנו"ב שם שהוא משום פרצה, אי"כ אין מקום להתירים הנ"ל.

אולם הרבה אחרונים כתבו להתיר גם לפי טעם פרצה ונבארם אחד אחד. ומקודם נבאר היטב מהו כאן הפרצה. בתשובת ח"ס סי' פ"ט וכן בשו"ת חומר בקודש ובשו"ת צמח צדק או"ח סי' ל"ט וכן בחזון איש עירובין סי' מ"ד, כולם ביארו שהוא ע"פ המבואר בעירובין פ"ט. ובתוס' שם, דאם גג בולט מעל מחיצות הבית אסור לטלטל עליו, וכן נפסק בשו"ע סי' שמ"ה סעיף ט"ז שהוא כרמלית, והטעם דמה שנעשה הגג רה"י הוא משום דאמרינן גוד אסיק מחיצות התחתונות למעלה ונמצא הבית מוקף למעלה מארבעה צדדים, וזה לא שייך רק כשהמחיצות ניכרות לעומד על הגג, משא"כ כשהגג מכסה על המחיצות לא שייך גוד אסיק, וכיון דאין לו מחיצות אינו רה"י, וכיון שכן דלא אמרינן גוד אסיק כשאין המחיצות ניכרות, לכן כתבו בספרים הנ"ל גם לענין הגשרים, דהא כל מחיצות הים הוא משום דאמרינן גוד אסיק מחיצות הגידודים וכמבואר ב"חכם צבי" סי' ה', וא"כ כשיש גשר מונח על גיפופי הנהר הרי לא ניכר המחיצות במקום זה והרי המקום הזה כאין לו מחיצה והוי פרצה. זהו טעם האיסור, ועכשיו לפי זה נביא מה שכתבו המתירים לבטל טעם איסור זה.

(ה) הראשון שהמציא היתר לגשרים הוא הח"ס באו"ח סי' פ"ט דכתב: "אך הם לא דברו (ר"ל האוסרים הגשרים) אלא בגשרים הנמוכים כדרך שעושים על המים וכו' והם נמוכים כמו רחוב העיר, הנהו הוא דמבטלי מחיצת החריק, אבל האי גשר שאמצעיתה עומדת על כמה עמודים גבוה מאד ותחלת עלייתה הוא משפע והולך ויש בשיפועה מתלקט י' מתוך ד' ונמצא דהגשר גבוה י' ורחבה ד', ואע"ג דאין מחיצותיה יורדים עד למטה במים, מ"מ נימא גוד אחית מחיצה, דבקיעת דגים לא שמה בקיעה ולא מבטלים גוד אחית, כמבואר בשבת ק"א וכו', ועוד יש לה עמודים כמו פסים ולא צריך לגוד אחית אלא העמודים בעצמם עושים רה"י וכו',

וא"כ נ"ל ברור שהגשר ההוא רה"י דאורייתא הוא והזורק על גביו חייב, וכ"ש כשיש על הגשר מחיצות גבוהות עשרה וכו', וא"כ נמצא שהגשר דהוא רה"י אינו יכול לבטל מחיצות הים". ולפי שיטתו יוצא דרך אם הגשר הוא נמוך כרחוב העיר אוסר אבל אם באמצעותו הוא גבוה י' כרוב הגשרים בזמנינו שהגשר נעשה ע"י רה"י א"כ אינו אוסר העיר.

(ו) אולם על היתר זה יש חולקים. הצמח-צדק בתשובה או"ח סי' ל"ט כתב דאפילו גבוה באמצע י', מ"מ כיון דרחוק י' אמות מן העיר הרי הוא פרצה. ובספר אמרי יושר (להגאון מטרנא) אוסר, משום דנתי שהגשר הוא רה"י, אבל הלא בצדו השני הוא כלה לר"ה או לכרמלית והרי הוא פרוץ למקום האסור ונאסר הגשר ושוב נאסר העיר משום פרוץ לגשר, ומחיצות שאין ניכרות לא מועילים לבטלו מדין פרוץ למקום האסור.

(ז) ב"שערי ציון" להרב מבילסק סי' ד' וב"תקון עירובין" הנ"ל ובספר "אבן יקרה" מהדו"ג סי' ל"ז ובשו"ת מהרי"א הלוי, המציאו היתר אחר. והוא ע"פ המבואר בתוס' עירובין פ"ט ע"א ד"ה במחיצות, דגג הבולט ממחיצותיו דאסור לטלטל בו מטעם הנ"ל, שהוא מחיצה שאינה ניכרת, דאינו אסור רק כשבולט לפחות ד' טפחים מן הגג, והטעם הוא כפי שביאר בש"ע הרב סי' שמ"ה, וכן מבארים האחרונים בכונת מהרש"א, דשיטת תוס' הוא דעל הגג יש לו דין רה"י ואינו משום גוד אסיק אלא אפילו בלא זה, רק כיון דלמטה רה"י א"כ רה"י עולה עד לרקיע אף שמפסיק התקרה, ולכך אם אין הבליטה ד' אינו אסור, דאף שאין המחיצות ניכרות, כיון דאין צריכים למחיצות התחתונות, ורק כשבולט ד' טפחים דהבליטה הוא כרמלית אז נאסר כל הגג משום שהוא פרוץ למקום האסור, והמחיצות שאין ניכרות לא מועילים לעשות הפסק בין הגג להבליטה, וא"כ יוצא לשיטתם דכל שלמטה רה"י אז למעלה גם כן רה"י, אף כשאין המחיצות ניכרות, א"כ יוצא בגשרים אם נחליט שתחתם הוא רה"י, מאיזה טעם שיהי', אז גם על הגשר הוא רה"י וא"כ אין זה פרצה. והטעם שלמטה תחת הגשר הוא רה"י, כתבו ב"שערי ציון" שם וב"תקון עירובין": "כיון דשני מחיצות יש גמורים בשני צדי הגשר ובשני הצדדים הפתוחים מונחים תקרות ע"ג עמודים והוי צוה"פ גמור, ואף אם לא הי' עמודים תחת התקרה, מ"מ ע"י התקרה בעצמה אמרינן גוד אסיק מחיצתא משני צדדין, דבקיעת דגים לא שמיה בקיעה". וכן כתב בנפש חי' סי' כ"ה דתחת הגשר רה"י ע"ש. (והרב כשר העיר שבחי' ר"ח הלוי ברמב"ם פ"ב מהל' סוכה הי"א מברר ג"כ שדין רה"י עולה עד לרקיע הוא לא משום גוד אסיק אלא הלכה מיוחדת עיי"ש).

אולם היתר זה יש דוחים אותו. בשו"ת אמרי יושר סי' ב' וכן בחלקת יעקב סי' קצ"ה כתבו, דמ"מ אף שהגשר הוא רה"י, אבל הלא בצדו השני הוא

פרוץ לכרמלית ונאסר וממילא אוסר כל העיר, כמו גבי גג הבולט. אולם ב"תשובת ר' אליעזר" כתב, דאפשר לסמוך על המבואר בהגהות מרדכי עירובין, גבי גג הבולט, דר"י שיש לו מחיצות אף דנפרץ למקום אסור אינו נאסר, וא"כ הגשר שהוא רה"י אינו נאסר במה שהוא פרוץ לעיר השניה.

(ח) עוד כתב ב"שערי ציון" להתיר, על יסוד שיטת השר מקוצי שהביא הריטב"א בעירובין צ', וכן מביא עבודת הקודש להרשב"א שער ג' סוף אות א', דמחיצה שאינה ניכרת מהני בין לענין לשווא רה"י בין לענין פרוץ במילואה למקום האסור, ולא כשיטת התוס', והחיי אדם כתב דאיסור מחיצה שאינה ניכרת הוא רק מדרבנן, א"כ יש מקום לצרף גם שיטה זו להשיטות שמנהטן אינה רה"ר דאורייתא. אמנם בשו"ת בית אב תנינא סי' ד', דוחה היתר זה, שהרי לשיטת השר מקוצי הוא רק בפחות מבית סאתים, ולפ"ז הגשרים שלנו שהמה יותר מבית סאתים אין מקום לזה. כן הביא שבס' גאון יעקב סובר שמחיצות שאינן ניכרות אסורות מדאורייתא ולא כהחיי"א, ולפ"ז הוא סובר שא"א להתיר הגשרים בלי צורת הפתח.

(ט) עוד היתר כתבו ב"תקון עירובין" שם וכן הרב מאשקויץ בקונטרסו, דיש להתיר ע"פ המבואר בשו"ע סי' שמ"ה גבי גג הבולט, דאם יש חלון פתוח לו מותר דהוא כחורי רה"י, א"כ גם כאן הגשר הוא כחורי העיר וכיון דהעיר רה"י ממילא גם הגשר רה"י אף שאין המחיצות ניכרות. וסברא זו דהגשר הוא לעיר כמו הגג לחלון, נמצא בשו"ת מים רבים סי' ל"ד. אבל גם היתר זה דוחה ב"חלקת יעקב" בדחיה הנ"ל, דמ"מ בצד השני הוא פרוץ לכרמלית ועי"ז נאסר הגשר ואוסר העיר.

(י) עוד היתר מבואר בשו"ת "נפש חיה" סי' כ"ה וב"תקון עירובין" שם וב"שערי ציון" סי' ד', דכיון דכל האיסור הוא משום דהם מחיצות שאינם ניכרות וכנ"ל, ומבואר בריטב"א עירובין שם דאם ניכר קצת אע"פ שאין בההיכר כדי מחיצה מ"מ כבר ניכר וממילא יש בה מחיצות דלמטה, וא"כ בגשר לא חשוב מחיצה שאינה ניכרת, כמ"ש בנפש חיה: "דבגג לעומדים על הגג אין נראה שום מחיצה, אבל כאן העומדים בעיר שפיר רואים המחיצות שתחת הגשר, אף דהעומדים מכוון נגד הגשר אין רואים מחיצות שתחת הגשר, מ"מ להעומדים מן הצד נראה, וא"כ יש להתיר גשר אף שאינו גבוה כלל מרה"ר".

(יא) עוד היתר כתב ב"אמרי יושר" סי' ב' בשם אחרונים וכן ב"תקון עירובין" שם ובספר "ברכת שלום" להרב מאנטורפן ועוד, ע"פ הירושלמי שהביאו תוס' בעירובין פ"ט, דגם בגג בולט ד' טפחים מותר, משום דאף שפרוץ להבליטה, אבל הבליטה היא רק מקום פטור כיון שגבוה מי' ואין כרמלית למעלה מי', וכן פסק הגר"א באו"ח סי' שמ"ה ועוד, א"כ הגשר שהוא גבוה מעל המים יותר מעשרה אינו אלא מקום פטור ואינו יכול לאסור את העיר. והיתר זה דחו האוסרים מטעם

הנ"ל, דהא כיון דבצד השני הוא פרוץ לכרמלית נאסר אף דהוא מקום פטור. ועוד כתב ב"אמרי יושר" שם, דכיון דבצדדיו הוא שוה לקרקע נעשה כרמלית אף שבאמצעיתו הוא גבוה מן המים, ומביא ראיה לזה, וא"כ הגשר אוסר את העיר דאינו מקום פטור. אבל בתקון עירובין שם מביא מספר "פתח הבית" דבמקום פטור אפי' כשנפרץ לר"ה מותר.

(יב) סוף דבר: הגשרים רבו השיטות המחמירים לעשות תיקון. ואף בס' "תקון עירובין" שם, אחרי שכתב כמה צדדי היתר, מסיים: "ואעפ"כ אין להתיר בלא תיקון כי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה?", ולפ"ז אם רוצים לסדר עירוב במנהטן יש להחמיר שהגשרים יהיו להם צורת הפתח, ולפי מה שהבאנו בפרק א' יש הרבה צדדים לומר שמנהטן אינה ר"ה, וא"כ די בצוה"פ. ועוד אפילו אם בלא המחיצות היו מנהטן ר"ה אפשר להקל בצוה"פ, כיון דהים הלא מקיף כל העיר ורק יש פרצות ע"י הגשרים, ולפי דעת הבית אפרים והחזו"א דכל שיש עומד מרובה על הפרוץ אף שיש פרצה יותר מעשר אינו אסור מה"ת, וא"כ אף שהגשר הוא פרצה מ"מ הלא יש עומד מרובה ע"י הים ולכן בודאי די בצוה"פ.

אם הגשרים יש להם צוה"פ.

(יג) הרב אייזנשטאט והרב מאשקוויץ כתבו, דכל הגשרים יש להם צוה"פ על ידי השער שנכנסים אל הגשר. אולם ב"תורת עירובין" סובר דצוה"פ צריך שיהא דוקא ע"ג קנה מכאן ומכאן ולא על הכתלים, וכאן הרי הוא על הכתלים. וב"תקון עירובין" וב"חלקת יעקב" חדשו בזה, דזה רק כשיש מחיצות מצפון ודרום ונתן קורה על המחיצות כדי לסתום צד מזרח לא מהני, כיון דהכתלים הם למחיצות צפון ודרום ולא למזרח, משא"כ כשיש פרצה יותר מעשר במחיצה, יכול ליתן קורה על הכתלים הנשארים ומועיל מדין צוה"פ, ולכן כאן שכל המחיצה נשאר ע"י הים ורק יש פרצה ע"י הגשר, מהני צוה"פ על הכתלים.

(יד) והרב מאשקוויץ מעורר על הגשרים האלו הנקראים (סוינג), שיש להם בב' צדדים דרך לעבור שם ברגל ויש להם צוה"פ לעצמן, דהיינו צוה"פ הגדול שבאמצע הגשר וב' צוה"פ קצרים על הקטנים, ועל הקטנים יש לפקפק בצוה"פ שלהם, וא"כ נשאר פרצה בשני צדי הגשר. אלא שהתיר, דהוא פרצה פחות מעשר דאינה אוסרת. אולם יש בזה שאלה, דהא כיון דבקעי בה רבים וקיי"ל דבמבוי כל שבקעי בה רבים אוסרת פרצה אפילו בד' טפחים, כבשו"ע שס"ה סעיף ב', וא"כ באנו לידי מחלוקת האחרונים אם ערים שלנו דינם כמבוי שאוסרת פרצה ד"ט בבקעי רבים או שדינם כחצר שאינה אוסרת אפילו בבקעי רבים, כמבואר בשו"ע שם סעיף ג', ודעת המג"א דיש להחמיר, וכן דעת הבית מאיר הלכות עירובין שם, וכן הביא במשנה ברורה סימן שמ"ה סק"י.

אמנם בתשובת „מים רבים“ סי' ל"ד כותב להתיר בגשר פחות מ', משום דעד כאן לא אמרינן דבקיעת רבים אוסרת רק כשנפרץ מאיליו, אבל כשעשוי בכונה כדי לצאת בה הוי פתח גמור, ולכן הגשר מקרי פתח ואין צריך תקון.

טו) עוד כתבו להעיר ע"פ דעת ה"בכור שור", שאם הרחיק צוה"פ מן הכתלים ג"ט פסול, וא"כ כיון דהצוה"פ האמצעי רחוק מהמחיצה ג"ט אינו מתיר. ובשו"ת בית שלמה ח"מ סי' מ"א כ' דיש לחוש לדעת הבכור"ש. ובשו"ת „האלף לך שלמה“ או"ח סי' קע"ג כתב: „דנהוג עלמא להחמיר כהבכו"ש“, אלא דהרבה אחרונים העלו דלא כהבכו"ש הנ"ל, כמו שכתב במהרש"ם ח"ב סי' ע"ו וכמו שכתב בשו"ע הרב בתשובותיו שם: „המנהג הפשוט שלא לדקדק כלל בהעמדת הקנים של צוה"פ שיהיו סמוכים לכותל בפחות מג' טפחים ולית מאן דחש לה למה שכתב הבכור שור“, ומשום כן כתבו כאן ב"חלקת יעקב" והרב מאשקויץ לסמוך על דעת המתירים בזה. וב"תורת עירובין" כתב משום זה לאסור לחוש לשיטת האוסרים, ועוד דאפילו המתירים לא התירו רק כשמצד אחד רחוק מן הכותל ולא כשמשני הצדדים רחוק מן הכותל וכן משמע בבית אפרים. אולם בתיקון עירובין שם מביא מ"פנים מאירות" דהתיר למעשה אף כשמשני הצדדים רחוק מהכותל. וכן בשואל ומשיב מהדו"ק ח"א סי' ס"ט כתב, דאם יש הכרח יש להקל. וכן ברעק"א סי' י"ח כתב ג"כ דבעת הדחק יש להקל.

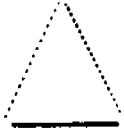
טז) הרב מאשקויץ כתב להעיר, דיש מספר גשרים שהם מתרוממים כשעוברת ספינה, ובשו"ת „אהל יעקב“ (הובא ב"שערי תשובה" סי' שס"ג), כתב, דגשרים המתרוממים אינם אוסרים דהרי הוא כדלת ראוי לנעול, הכי נמי הרי הוא ראוי לפרק הגשר. וכן התיר מטעם זה בשו"ת „אמרי יושר“ סי' ב' ובשו"ת „זקן אהרן“ סי' י"ז. ועוד כתב ב"אמרי יושר" שם, דהא מבואר בשו"ע הרב סי' שע"ב, גבי נתן נסר על החריץ דאוסר, דזהו רק כשבטלו שם אבל בלא ביטלו שם אינו אוסר, א"כ כיון שהגשר מתרומם הרי הוא כלא בטלו. וכן התירו זה, כפי שכתב ב"חלקת יעקב", הגאונים מראוי ומקרקא, וא"כ אלה הגשרים שהם מתגבהים לא צריך כלל צוה"פ וא"כ ממילא אין החשש של הרחיק ג"ט מן הכותל.

אולם ב"אבני נזר" סי' רצ"ג, אוסר גשרים המתגבהים, דאין זה דומה לראוי לנעול, כיון דעתה עכ"פ אין שום מחיצה. וכן ב"חלקת יעקב" ו"זקן אהרן" חככו להחמיר, דכאן דאין מתרוממים רק ע"י חשמל שאסור בשבת א"כ אין זה ראוי לנעול, והאחרונים המתירים זהו בגשר שמתרומם על ידי שלשלת כבומניהם שלא הי' עדיין החשמל ולא בגשרים האלו שצריך חשמל, אבל אעפ"כ כתבו להתיר, כיון דמצד עצמו ראוי לנעול ורק דאסור בשבת, מקרי ראוי לנעול ועוד דהרי הגוים מרימים אותם. ועל טעמו של האבני נזר הנ"ל כתב ב"חלקת יעקב", דאם הגשרים כשהם מתרוממים הם עומדים כדלת א"כ הרי זה כדלת וכנעול דמי.

ה מ נ ה ר ו ת

(יז) עשרים מנהרות יוצאות ממנהטן חוצה לה וא"כ הספק הוא אם נחשב זה כפרצה, דהרי הם פרוצים מעבר השני לעיר שאינה מתוקנת בעירוב והרי זה אוסר כל מנהטן. ובחלקת יעקב סי' קצ"ו כתב דהתירו מעברות כאלו בקרקא ובאנטורפן (אונטער פירונג בלע"ז). וטעם ההיתר הוא, או משום פי תקרה יורד וסותם, או משום דיש בכל מנהרה כמו צוה"פ ע"י שתי המחיצות של הקרקע והתקרה הוא כמו קנה על גביהן. וכן כתב בשו"ת "אזני יהושע" סי' י"ח ובספר "תקון עירובין" ו"חלקת יעקב".

(יח) אולם ב"חלקת יעקב" מעורר על ההיתר של פתיו"ס, דהא יש על המעברות כמין שיפוי למעלה העשוי לנוי וא"כ יש חשש המבואר בשו"ע שס"ה דבגג משופע לא אמרינן פי תיו"ס, אלא דכתב דמותרים משום דתמונת התקרה היא כזה:



וא"כ יש חוץ מהשפוי גם תקרה ישרה, א"כ מאי איכפת לן השיפוי, ורק כשעשוי תקרה באופן כזה שגם הרואה התקרה מלמטה רואה שהיא משופע. וכן מעורר שם על היתר זה, דהא כשיש שתי מחיצות זה כנגד זה לא אמרינן פי תקרה יורד וסותם כמבואר בשו"ע שם, וא"כ במנהרות הלא שתי המחיצות הם זה כנגד זה, וע"ז כתב דכיון דכל העיר מוקפת מחיצות רק דאנו רוצים לאסור ע"י הפרצה של המנהרה, לזה מהני פי תקרה לחשוב זה לסתום אף בשתי מחיצות, וכן כתב הרב מאשקוויץ בקונטרסו.

(יט) ואם להסתמך על היתר של צוה"פ, מעורר ב"תורת עירובין" וב"חלקת יעקב", דהא הקנה העליונה מונחת רק על הקירות וזה לא מועיל, כמ"ש במג"א סי' שס"ג סקכ"ח, אבל ב"תקון עירובין" להרב הורביץ מקרקא חידש, כמו שכבר כתבנו למעלה, דרק כשעושה צוה"פ במחיצה פרוצה לגמרי ונותן על שתי הקירות המשמשים מחיצה לצד אחר, בזה לא מועיל, אבל כשיש פרצה במחיצה ומתקנה ע"י קנה המונח על הגיפופים מועיל גם לפי דעת המג"א, וא"כ כיון דכל העיר מוקפת ורק בא לסתום הפרצה מהני גם צוה"פ כזה, וכן הסכים ב"חלקת יעקב". אולם בשו"ת ח"ס ח"ו בליקוטים סי' ל"ד, מחלק במג"א ממש להיפך, ובפרצה בתוך המחיצה בזה הוא דכתב המג"א לאסור ע"ש. וב"חלקת יעקב" מסביר שיטת ה"תקון עירובין", דהא אם יעשה קנה עבה מאד ג"כ מועיל, וא"כ למה יגרע הכתלים וכי משום שהכתלים עבים מאד יגרע.

(כ) ב"תורת עירובין" מפקפק בצוה"פ זה ע"פ הפמ"ג בתחלת סי' שס"ג, דצוה"פ במים לא עבדי אינשי, וא"כ, מוסיף ב"חלקת יעקב", גם פי תקרה יורד וסותם אינו, דהוא ג"כ משום פתח, כמבואר בתוס' עירובין ורא"ש דף צ"ד. אבל

בח"ס סי' פ"ז וכן במהרש"ם ח"ב וב"תקון עירובין" (להרב מבארנוב), כולם כתבו דקיי"ל דמהני צוה"פ אף במים.

כא) והרב אייזנשטאט כתב, דבכלל אין צריך כאן לצוה"פ זה ולא לפי תקרה, כי אותן המנהרות של הרכבות והסבויים סגורות לגמרי מחוצות מנהטן ע"י בתי התחנות ובדלתות ננעלות במקום הכניסה לפסי הרכבות והסבויים ולכל הפחות ישנם מחסומים הנדונים משום פתחים, וכן כתב הרב מושקוויץ שם.

כב) וב"תיקון שבת לקולוניא" מתיר ג"כ המעברות משום צורת הפתח. ועל הפקפוק משום שהקנה מונח על הכתלים, כתב, כיון דיש חומת ביטון ליד קיר הקרקע ונכרים ונראים הם תחת המעבר א"כ הרי זה קנה ממש ולא כותל, וכמובן אם הי' אפשר להשיג רשיון מהממשלה להעמדת דלתות בשני צידי הגשר כדי לצאת מן הספק אם מהני צורת הפתח, בודאי הי' עדיף, ואף שהיו גדולים שחלקו על ההיתר של דלתות הידועות, כיון דהממשלה אינה מרשה לנעול, מקרי אינו ראוי לנעול, ראה בשו"ת "אמרי יושר" וב"ישועות מלכו" להגאון מקוטנא סי' כ"א כ"ד. ובס' גלי הים טען הרבה נגד היתר הדלתות, וכן החזון-איש בעירובין סי' י"ד מתמרמר מאד על זה. אבל לעומת זה היו גדולי הדור שהתירו בלי פקפוק, הוא בעל "אבני נזר" או"ח סי' רס"ה רס"ו דדי בדלתות הראויות לנעול, וכ"ה בשו"ת "האלף לך שלמה" לר"ש קלוגר סי' קפ"ה, וכן המהרש"ם ח"ב סי' צ"ז והאדמו"ר מראדזין האריך להוכיח שהוא מותר, ולפ"ז עכ"פ לשיטתם מועיל. אבל אם קשה להשיג רשיון כזה, יש לסמוך על ההיתרים של צורת הפתח כמו שנתבאר לעיל.

פרק רביעי

הזרעים שבתוך העיר

א) עוד נשאר לבאר אודות חשש זרעים הנמצאים בעיר קנהטן, וכפי ההלכה בשו"ע סי' שנ"ח הזרעים מבטלים דירה אם יש במקום אחד זרעים בשטח של שבעים אמה על שבעים אמה. ובעיה זו נסתבכו בה כל מתקני עירוב בערים גדולות שנמצאות שם זרעים בשטחים גדולים. ועיקר ההיתר כתבו הרבה מחברים על סמך החכם-צבי סי' נ"ז שהביא בשם שו"ת "דבר שמואל", שהיות שתוס' והרא"ש נסתפקו אם הא דזרעים מבטלים מהיצות זהו רק בקרפף ולא בחצר שדירתו חשובה, ואף שבשו"ע נפסק להלכה שגם בחצר מבטלים, אבל בעיר שדירתה עוד יותר חשובה מחצר אין הזרעים מבטלים דירת העיר. ועל היתר זה סמכו בשו"ת "זרע אמת" ח"ב סי' מ"א, "עקרי הד"ט", שו"ת "מים רבים", "שלחן שלמה" ו"חומר בקודש", וכן ב"שאלת יעב"ץ" ו"שב יעקב" ו"אבני נזר" סי' רח"ץ ועוד.

ועל סמך זה כתבו הרב אייזנשטאט והרב מאשקוויץ והרב פאלק ז"ל להתיר גם במנהטן. אבל הרב בלאך ז"ל כותב דגם החכ"צ דהתיר בעיר זהו רק בעיר מוקפת חומה ולא בעיר כמנהטן שאין לה חומה סביב. וב"חלקת יעקב" כתב סברא להיפך. דאף הפוסקים דחששו להתיר מטעם זה משום דבאו לתקן העיר ע"י עירוב, נמצא דהוא בגדר "אין עושין ספק דרבנן בידיהם", אבל בנדון דידן דהעיר מוקפת מחיצות הים מאיליו, רק שיש קצת זרעים, ודאי אין חשש שקצת זרעים יבטלו דירת כל העיר המכיל בתוכו כל כך הרבה רחובות וסמטאות.

(ב) וב"תורת עירובין" מדחה היתר זה על סמך החכ"צ דבעיר לא מבטלים הזרעים, ראשית דגם החכ"צ לא כתב כן רק בגדר אפשר, ועוד דגם החכ"צ לא התיר רק בזרעים שהם דרך ארעי ולא בזרעים הזורעים באופן קבוע. וכן כתב ה"דברי מלכיאל". ובספר "תקון עירובין" כתב: "דהיתר הדבר שמואל שהביא החכ"צ קשה לסמוך עליו אחרי שלא הובא בפוסקים, ולא שייך בזה הלכה כדברי המיקל בעירובין כיון דהרא"ש גופי' נסתפק בזה ובאבעי' לא אמרינן הלכה להקל כמו שכתב הב"ח בסי' שנ"ח, ועוד הא מבטלי המחיצות ובמחיצות לא אמרינן הלכה כדברי המיקל" (*). וכן ב"שואל ומשיב" מהדו"ק ח"ב ובשו"ת "בית שלמה" ח"א סי' נ"א לא התירו הזרעים רק ע"י גדר, ובשו"ת "דובב משרים" סי' ב' חוכך ג"כ להתיר על סמך זה, וראה בבאור הלכה סי' שנ"ח סעיף ט' שמביא ג"כ מפוסקים דאין דעתם נוחה להיתר.

(ג) היתר שני שכתבו המתירים הוא, דרק ירקות מבטלים דירה דאי אפשר להלוך ביניהם ולא זרעים כמו פרחים שנזרעו שאפשר לטייל בהם והוא עשוי במיוחד לכך שיטיילו בו, בשו"ת דברי חיים ח"ב סי' ר"ח, ובשו"מ מהדו"ק ח"ג סי' קל"א כ' לאיסור דסתמא אמרו בגמ', ובמ"ב סי' שנ"ח ס"ט נסתפק בזה. ובימיהם עדיין לא נדפס המאירי לעירובין ודבר זה מפורש בספרו עירובין פ"ב דף כ"ד, דכתב: "ומ"מ יראה לי שהזרעים העשויים לטיול ולהריח אין אלו מבטלות מחיצות והיקף דירה הוא אע"פ שנזרע, ומכאן יראה לי שרבים מקילין בכך בפרדסים הסמוכים לבתיהם". וכן פסקו להלכה בתרבה ספרי שו"ת מסברתם לבד, כמו שו"ת מהרי"א הלוי ח"ב סי' ק"א, "אורחות חיים" לר' שלמה קלוגר, ובשו"ת "דברי ישכר" סי' כט כתב לזה אסמכתא דכתיב: "כאהלים נטע ד'", שכתב רש"י מלשון מור ואהללות שעשויים להריח ונקראו נטע, ומוכח דלשון זרעים הוא רק לאכילה. וכן כתב בשו"ת "אמרי יושר" ח"א סי' ק"ט וב"חלקת יעקב" שם להתיר על סמך זה, דהזרעים שהם לנוי אינם מבטלים ורק כל החשש על המקומות הזורעים בירקות וכמעט קרוב לודאי אשר בימות החמה שהירקות שם הם מוקפים גדר שלא ידרכו

(*) ראה למעלה עמ' ריד, בהערה.

שם בני אדם ובע"ח, ורק בימות הגשמים שאין שם ירקות אפשר שאינם מוקפים וזה שכיח למאד, מ"מ יש להתיר בס"ס שמא לא נתקלקל הגדר ואם נתקלקל שמא הלכה כדברי האחרונים דבימות הגשמים אין מבטלים הזרעים את ההיקף, דיש בזה מחלוקת באחרונים, דבשו"מ מהד"ק סי' פ"ח אוסר גם בימות החורף.

ד) היתר שלישי כתבו ע"פ החכ"צ, דכשיש הפסק בזרעים שהוא זרוע ערוגות ערוגות אין מצטרפות לכדי שיעור ע' אמה, ואף דאין בין ערוגה לערוגה ג"ט, משום דלא אמרינן לבוד רק להקל ולא להחמיר. וכן סמך על זה בעל "נפש חיה" בספר "תקון עירובין" להתיר, כל שיש הפסק כדי הילוך בין הזרעים. אבל בעל "דברי מלכיאלי", הובא בספר "תקון שבת", לא נוחא לי' בזה אלא כל שזרע כדרך הזרעים אסור.

ה) היתר רביעי המציא בספר "תקון עירובין", דהזרעים המבטלים את המחיצה הוא דוקא כשזה שייך לישראלים, דאז יש לאסור מטעם שכתב הריטב"א ומהרלב"ח שם, משום דמקום הזרוע דלכו"ע אסור ולכך אוסר כל העיר שמא יבואו לטלטל אף במקום האסור, אבל כשזה שייך לגוים דבודאי לא יתנו לטלטל שם, ומה גם שיש איסור מצד הממשלה ולכך אין לאסור. וכעין היתר זה, ורק מטעם אחר, כתבו בספר "ברכת שלום" וגם ב"תקון עירובין" שם וב"חלקת יעקב" סי' ר"א, ע"פ מה ששמע מדברי רש"י עירובין כ"ג: "שכ' נזרע רובו בזרעונים" ביטל דירתו" ומה מדויק ב"אמרי יושר" סי' ק"א, דדוקא כשזרעם אדם בזה מבטל דירתו, משא"כ כשצמחו מאליהן לא מבטלי להדירה, וא"כ בנידון שלנו דכל הגינות שייכים לעכו"ם ובלא"ה רשותם מבטל העירוב, ורק ההיתר הוא ע"י שאנו קונים מהם רשותם ורשות של הגנות ג"כ שייכים לנו, ואנו ודאי אין נוחים מזה שהזרעים יבטלו רשותינו והוי כעלז מאליהן דלא מבטלי הדירה, וכן כתב בשו"ת "האלף לך שלמה" לר' שלמה קלוגר דזרעים השייכים לעכו"ם לא מבטלים הדירה.

ו) היתר חמישי כתב בספר "פורת יוסף" להרב נחמי' צבי נובל, וגם ב"דובב משרים" כתב שיש לומר סברא זו ע"פ דברי רש"י הנ"ל ד"בטל דירתו" ומשמע דזהו רק כשהי' מקודם היקף וע"י שזרע מבטל את דירתו, משא"כ כשעשה היקף אחרי שהי' כבר זרעים, א"כ הרי הוכיח דלא מבטל דירתו ולכך אין הזרעים אוסרים, ודוגמא לזה מה שנסתפק בפרי מגדים אם זרעים שעלו מעצמם מבטלים הדירה (ראה אות הקודם). וספיקו הוא, דכיון דטעם הביטול משום דכשזרע הוא ביטל דירתו וכנ"ל ע"כ בצמחו מאליהן לא נתבטל, ולכן כתבו להתיר דכיון דעושים עירוב בעיר אחרי שיש כבר זרעים הרי לא ביטל את דירתו. ועוד כתב ב"תיקון עירובין" שם להתיר, דכיון דצריך כוונה לבטל א"כ זהו רק ביחיד שיש לו זרעים הוך הקיפו יש בידו לאסור על עצמו, משא"כ כאן שההיקף הוא לכל אנשי העיר לכן אין בזרעים השייכים ליחידים לבטל בזרעים שלהם היקף כל העיר.

(ז) ומה שנוגע לשכירות רשות, כן בנוגע להנחת העירוב ושאר הדברים כבר נתבארו הדברים בספרי האחרונים ואין צורך להאריך בזה.

ס י כ ו ם

חלק מהעיר נויארק שנקראת "מנהטן" מוקפת בנהרות וימים מכל הצדדים, נוסף על זה ישנם גידודי מחיצות בשפת הנהרות והימים גבוהים עשרה טפחים ונתוספו עליהם קירות חזקות של מלט העשויות בידי אדם, ונוסף על זה ברוב שפת החוף ישנן מחיצות של גדר ברזל או מלט או בתים ותקרות נעולים, ולפי מה שכותב הרב אייזנשטאט בדף ד' מקונטרסו ישנם בצפון העיר פירצות בגידודים שעל פני המים, אותן המקומות המועטים אפשר לתקן בצורת הפתח, וגם אותן המקומות פרוצות לנהר ויש שם עומק המחיצות השקועות בתוך המים י' טפחים. ובנוגע להגשרים, אף דיש כמה טעמים להתיר בלא שום תיקון, אבל למעשה כתבו שיש להחמיר דצריך צוה"פ, וצוה"פ יש ברוב הגשרים, וצריכים לבדוק את הגשרים ולסדר שם צוה"פ במקומות שאין שם צוה"פ מעצמם. אבל בכל אופן צוה"פ מספיק ואין צריך דלתות. ובנוגע להזרעים יש כמה וכמה טעמים להתיר שבכמה עיירות התירו גדולי הדור בטעמים אלו. ובנוגע להמנהרות הבאנו דאין צריכים שום תיקון נוסף.

תשובת הרב מנחם מ. כשר

בשנת תש"ט קבלתי מכתב מאחד מגדולי הרבנים בניו-יארק בתור ראש של הועד למען העירוב במנהטן, נ.י., בצירוף שני קונטרסים מהגר"מ פאלאק ז"ל והגרצ"ה. אייזנשטאט שליט"א, שבהם מבוררים הצדדים והאפשרות לתקן עירובין בשביל מנהטן. באותו זמן צדדתי להחמיר בעצם התיקון ולא רציתי להשתתף בהיתר, כעת חוזרני בי ורואה אני שיש אפשרות לדון על תיקון עירובין כפי התנאים שנוכרו בקונטרסים הנזכרים.

וכיון שרוב ההיתרים לתקן עירוב בעיירות שונות בנויים על היסוד שכתב מרן בשו"ע או"ח סי' שג, שאין לנו רשות הרבים דאורייתא בזמן הזה כדעת אלה שצריכים ששים רבוא בוקעין בו בכל יום, והואיל ובניו-יורק אין להשתמש ביסוד זה, נשאר לנו לבאר יסוד שני שהוזכר בראשונים (הרמב"ן ועוד), שחולקים על ההיתר של ששים רבוא, וסוברים שרשות הרבים דאורייתא היא רק בזמן ששעריה מכוונים ומפולשין זה כנגד זה. והרי גם בניו-יורק אין שעריה מכוונים. וכיון שיש נימוקים בטעם הראשון הנוגעות גם לטעם השני אמרתי לברר קצת שני עיקרי

הלכות אלו¹. כעת הגיעה לידי תשובת הגאון הרב משה פיינשטיין שליט"א, בה הוא חולק על המתירים. דבריו בנוגע לתנאי של ס' רבוא — כבר נתבארו בקונטרס הנ"ל והבאתי בענין זה מקורות חדשים מקדמונים שלא הי' לפני גדולי האחרונים. וכאן ראיתי להשיב על שני עיקרים שבתשובתו:

הרב פיינשטיין מהסס בעיקר היסוד שאין דין רשות הרבים דאורייתא בזמן שאין השערים מכוונים ומפולשין זה כנגד זה, וכותב: אף שמפורש כן ברמב"ן במלחמות וברא"ש ובמג"א וטעמם משום שילפינן כן מדגלי מדבר, אבל הוא תמה על עיקר דבריהם: מניין להם שכן הי' בדגלי מדבר, ומדברי רש"י אין ראיה שסובר כן, שיש לומר שבעינן רק מפולש אבל גם בעקמומית נקרא מפולש. ונשאר על זה בצריך עיון. ולכן, לדעתו, אי אפשר להשתמש ביסוד זה שיש לפנינו רק רה"ר דרבנן ולא דאורייתא, משום שאין שעריהן מכוונים.

ונראה לי לבאר יסוד זה של רבותינו הראשונים כדלקמן:

כדברי הרמב"ן במלחמות, שהביא, מבואר גם בחי' הרמב"ן בעירובין נט. וז"ל: „פרש"י כו' שאין רה"ר גמורה אלא בעיר שיש בה ששים רבוא, ולא ידענו מנין לו לרש"י כן שלא הוזכר בתלמוד בשום מקום, אבל בהלכות גדולות נמצא כן כו'. סוף דבר אין לנו אלא מה שמוזכר בתלמוד רה"ר שש עשרה אמה דגמרינן ממשכן, כדאיתא פ' הזורק, ושאיני מקורה כדאמרינן פ"ק דשבת, אבל דיורין לא ילפינן, הלכך כל מבוי שמפולש בשני ראשין ומכוון עד חוץ למדינה ורחב שש עשרה אמה היא רה"ר גמורה בכל עיירות ובכל כפרים שבעולם.“

הרי, שדין זה שצריכים מבוי מפולש בשני ראשין ומכוון נזכר להדיא בתלמוד לא כאותו דין שצריכים ששים רבוא, שמקורו רק בהלכות גדולות. ועל כרחק משום שפירשו כן להדיא לשון הברייתא „ומבואות המפולשין“. וכ"כ הריטב"א בעירובין שם.

ומה שכותב הרב פיינשטיין שאין ראיה שרש"י סובר כן, — לפנינו אחד מן הראשונים שמפרש כן להדיא בשיטת רש"י, והוא בספר ראבי"ה הלכות עירובין סי' שעט: „ולא חשיבי רה"ר, אלא דומין לדגלי מדבר שהיו ששים רבוא, ושם היה מחנה לויה, שהעגלות היו מחזיקין ברוחב ט"ז אמות, בפרק הזורק, והוא שיעור דרשות הרבים, דמלאכת שבת ממשכן גמרינן, והיה מפולש משני צדדים, ובמדבר היו אוהלים ואינו מסובב בחומה, והוא הדין עיירות שאין להן חומה, שראשי רשות הרבים שלהן מפולשין, הוי רשות הרבים, ואם מוקפין חומה ורשות הרבים שלהן מכוון ומפולש משער לשער ברוחב ט"ז אמות הוי רשות הרבים, כדאמר רבה בר בר חנה אמר ר' יוחנן, ירושלים אילמלא דלתותיה נעולות בלילה

1 תשובה זו נדפסה בתורה שלמה במלואים פ' יתרו חלק ט"ו — גיוירוק תשי"ג.

חייבין עליה משום רשות הרבים, פירש רבינו שלמה שמכוון ומפולש רשות הרבים שלה משער לשער ברוחב ט"ז אמות ושישים [ריבוא מצוין] בה, ותנו רבנן פרק ראשון דשבת, ארבע רשויות לשבת [וכו'] סרטיא ופלטיא גדולה ומבואות המפולשין כו'. ומבואות המפולשין היינו, שמפולשות משער לשער ורוחב ט"ז אמות, כל אילו הם רה"ר דאורייתא, כדתניא התם, הרי אלו רשות הרבים גמורות". הרי שדעת הראב"ה בשיטת רש"י דבעינן מכוון ומפולש משער לשער, וזהו הפי' בגמ' "ומבואות המפולשין". וכן כתב הראב"ה סי' שצא דף 443: "לפי הסברא של רבינו שלמה, שפירש הא דירושלים אילמלא דלתותיה נעולות חייב עליה משום רה"ר משום דשכיחי בה ששים רבוא ומכוונים פתחיה משער לשער כו'. משמע דעיירות שלנו שהם מוקפים חומה ואין מכוונים שעריהם משער לשער שהם כרמלית". הרי שהראב"ה הבין כן בלשון רש"י.

אמנם בעיקר הדבר שהעיר: מנלן להראשונים שכן פי' "ומבואות המפולשין" שבגמ', יפה שאל. ויש להוסיף על זה מהא דמבואר בשבת קיז, א: היכי דמי מפולש והיכי דמי שאינו מפולש וכו' ובמסקנא שם: אמר רב אשי ג' מחיצות בלא לחי זהו מבוי המפולש. ובבבא בתרא יב, א: מבואות המפולשין לרה"ר ובקשו בני מבואות להעמיד להם דלתות וכו', והרמב"ן שם מפרש שמבואות המפולשין מיירי דפתוחין רק מצד אחד כו' "ומצינו מבוי גדור מג' רוחות מפולש בפרק כל כתבי קיז, א זה כתב הראב"ד וכן הדברים נראים, אבל ראיתי דעת כל רבני ספרד דמפולשין משני צדדין קאמר². הרי שיש קוראים מפולש אפי' לסתום מג' צדדין, על אחת כמה וכמה שמבואות המפולשין נקראין אפילו אם אין השערים מכוונים זה כנגד זה³.

2 ראה בב"י חו"מ סי' קכב.

3 ויש להביא סמוכין ש"מפולשין" אין משמעותה גם מכחנת מלשון המשנה כלאים פ"ג מ"ג: רבי ישמעאל אומר עד שיהא התלם מפולש מראש השדה ועד (ראשו) סופו. ובר"ש שם: "מפולש, מלשון מבוי מפולש שפתוח משני רוחות ואין לו אלא שתי מחיצות זו כנגד זו וכאן נמי שורה מפסקת באמצע השדה מעבר לעבר". ושם פ"ה, מ"ג: אם הי' מפולש מראש הכרם ועד סופו. וראה תוספתא כלאים פ"ב, ה"א: שלשת תלמים מפולשין כו' תחלתו כשיעור הזה אע"פ שאין סופו כשיעור הזה, וברמב"ם כלאים פ"ד, ה"ו. והרי גבי כלאים לא מבורר שיצטרך שיהי' ראש התלם מכון ממש כנגד סוף התלם, אלא אפילו אם יהי' בעקמימות, אם ניכר, מותר. הרי שמפולש לאו דחוקא שמכון מראש לסוף וגם מפולש בעקמימות נקרא מפולש. ועי' עירובין כב, א וטהרות פ"ו, מ"ו, ובסוכה לו, א, לענין אתרוג, אמרו: ניקב נקב מפולש במשהו ושאינו מפולש בכאיסר. עי' בש"ע או"ח סי' תרמח ובאחרונים שחולקים בפירושו של מפולש, אבל לא הזכירו שמפולש צריך שיהי' מכון. עיין שם בבכורי יעקב סק"ג וביו"ד סי' מג, סעיף ב, לענין סחול: "אם ניקב בראש העב נקב מפולש טריפה". והוא הדין אם מפולש בעקמומית.

ולפ"ז עלינו לבאר מהו היסוד שהראשונים פירשו כאן, בגמ' שבת, "מבואות המפולשין" — שיהיו שעריה מכוונים, משום שכן הי' בדגלי מדבר, מנלן שהי' כן במדבר?

ונ"ל שיש ללמוד ביאור הדברים מלשון הראב"ה שם דף 447 שכו': "דסבירא לן כפי' רבינו שלמה בריש עירובין כו' דלא הוי רה"ר אלא א"כ רחב י"ו משער לשער, ומפולש משער לשער, וכן לא תמצא בכל זה המלכות, גם צריך שיהיה בלא מעלות ומורדות כדגלי מדבר כו' וליכא למימר אם כן ניבעי מפולש מסוף העולם ועד סופו דאפילו דגלי מדבר הפילוש היה רק במחנה דידהו בעגלות", וכוונתו למה שאמרו בגמ' שבת צו, ב: משה היכן הוה יתיב במחנה לוי' ומחנה לוי' רה"ר הוא. ושם צט, א ילפינן דרך רה"ר ממשכן, והעגלות עם הקרשים החזיקו ט"ז אמה, א"כ הדרך שבה עברו העגלות היה לה דין רה"ר. ומבואר בעירובין כב, ב: מעלות ומורדות שבארץ ישראל אין חייבין עליהן משום רה"ר, לפי שאינן כדגלי מדבר, ופירש"י: מעלות ומורדות, דלא ניחא דריסה דידהו ולא הוי רשות הרבים, דגלי מדבר, ארץ חלקה היתה שהענן משהו אותה ע"כ.

והנה שיעור המחנה היה י"ב מילין, כמבואר בעירובין, והדרך שנעשה ע"י הענן היה רחב ט"ז אמה כשיעור העגלות, והיתה באמצע המחנה דהעגלות והארון היו באמצע המחנה, א"כ פשוט וברור, שהדרך היתה ישרה ולא עקומה ונמצא ממילא ששעריה היו מכוונים זה כנגד זה.

ובירושלמי עירובין פ"ה, ה"ב: "כיצד היו ישראל מהלכין במדבר חד אמר כתיבה (מזרח דרום מערב צפון) וחרנה אמר כקורה (זה אחר זה)"⁴ והעננים היו הולכים לפניהם כמבאר במכילתא ריש בשלח: "אחד שהיה מהלך לפניהם כל הנמוך מגביהו וכל הגבוה משפילו כו' והיה מכה נחשים ועקרבים, מכבד ומרביץ לפניהם".

ובברייתא זמלאכת המשכן פי"ד מוסיף: ושורף קוצים וסורים, ומדריכם בדרך ישרה. הרי ברור, שמחנה ישראל הי' שנים עשר מיל על שנים עשר מיל, כמבואר שם פי"ג, ופשוט שהדרך שעשה הענן היתה דרך ישרה שבה עבר מתחלה הענן ואחרי כן כל המחנה, וכשחנו נמצא שהדרך היתה מפולשת באופן ישר משער לשער. שהרי הענן לא הי' צריך ללכת בעקמימות ובכל מקום שחנו, בין כשהלכו כקודה, בין כתיבה, היתה הדרך מפולשת (ברוחב שש עשרה אמה, כמ"ש שבת צט, א) באופן ישר, שהארון והעגלות יהיו באמצע, כמו שכתב ביפה מראה שם, ועגלות עמדו בר"ה באותה הדרך המפולשת משער לשער, וכן למ"ד שהלכו

4 מובא ברש"י (במדבר י, כה). חנייתן ודאי כתיבה היתה והארון והעגלות באמצע. עי' סוטה לג, ב ובירושלמי שם.

כתיבה גם הדרך של דרום וצפון הי' לה דין רה"ר. וכן יש להוכיח מלשון הסמ"ג מ"ע א, מד"ס: "ועגלות של לוי' ברוחב ט"ז אמה היו הולכין, כדאמרינן שבת צט הלכך אין חשיב רה"ר בפחות מרוחב שש עשרה אמה ומפולש משער לשער ובוקעין בו ששים ריבוא כמו בדגלי מדבר".

למדנו שכן דעת כל הראשונים: רש"י, הרמב"ן, הריטב"א, הרא"ש, האשכול, הראב"ה, הסמ"ג והמג"א להלכה בשיטת מרן הב"י. מכאן ששיטת הראשונים הנ"ל יסודה בפ"י הגמ' שבת, ולמדו שכן היתה צורת רה"ר במדבר כמו שנתבאר לעיל, ולכן אם אין שערי רה"ר מפולשים ומכוונים זה כנגד זה אין עליה שם רה"ר דאורייתא⁵. ואף שהבאתי בתו"ש מדברי הריטב"א כתב"יד (למס' שבת) שיש מפרשים שלא הסכימו לשיטת רש"י, אבל ברור שלהלכה יש לסמוך על כל הראשונים הנ"ל. וכמו שפסק המג"א בשיטת הב"י בש"ע⁶.

5 ויש להעיר ממשנה טהרות פ"ו, מ"ח. ובתוספתא שם פ"ז, הי"ג: בסילקי ששני פתחיה מכחנין זה כנגד זה האמצעי שלה רשות היחיד לשבת. ובאליהו רבה: שאין פתחיה מכחנין זה כנגד זה לר"י הוי רה"י לשבת. ועיין במפרשים ובתו"ש שם.

6 וחכם אחד העיר על הטעם שכתבתי שתמיד היה הדרך שלהם במדבר שנעשה על ידי הענן דרך ישרה באורך י"ב מילין, וממילא ששעריהן מכחנין זה נגד זה — הרי מצינו שהלכו במדבר לפעמים בדרך עקלתון ובחזרה, א"כ אולי לא הי' לפעמים ברה"ר שלהם שעריה מכחנין. על זה יש להשיב, שמשכחת לה שפיר שאפילו היו צריכים לחזור וללכת בדרך עקלתון, אבל מכיון שזה היה בדרך נס ע"י הענן, כל נמוך מגביהו"ו וכו', שפיר י"ל שתמיד היתה הדרך של אורך י"ב מילין באופן ישר. ואפילו אם נתעקש לומר: אולי הי' משכחת שצריכים היו להתעקש דווקא בתוך הי"ב מילין של המחנה, ובאותה שעה הרי היה פעם שרה"ר שלהם לא הי' מכחן השער נגד השער — על כך יש להשיב ממה שמבואר בשבת צו, א דלמדין דין רה"ר ממחנה לוי' ושואל מנלן דבשבת קאי כו' ולפ"ז י"ל דין רה"ר למדין איך שהיה בשבת ואז הרי חנו ובזמן החני' י"ל שתמיד היתה המחנה באורך של י"ב מילין באופן ישר, כי רק בשעת נסיעה יש לדחוק ולהקשות דלמא וכו', ואפילו לשיטת התוס' שם ד"ה וממאי, שהר"ח אינו גורס וממאי דבשבת קאי, י"ל שזה רק על עצם מלאכת ההוצאה, מכיון שיש פסוק מפורש שנקראת מלאכה אין צריך לומר שקרא מיירי בשבת, אבל לענין צורת רה"ר י"ל שפיר שלמדין מצורת רה"ר בשבת ואז הרי היה תמיד בשעת חני' שעריה מכחנין. ויש להעיר בדרך כלל אם היה להם דין רה"ר בשעת הלוחך ובמק"א כתבתי על זה.

ויש להביא ראיה לכך ממה שהבאתי בתו"ש שם מדברי רבותינו בעלי התוספות פ' תשא, שנסמכה שבת למלאכת המשכן ללמד שמלאכת המשכן אינו דוחה שבת, וכתבו: מכאן שכל מלאכות שהיו במשכן אסורות בשבת. א"כ עיקר יסוד איסור המלאכות שאסרו בשבת הרי למדים מרה"ר של שבת, ואז היה תמיד שעריה מכחנין, אפילו אם נודה שהי' פעם לפי שעה מציאות כזאת בחול שהדרך לא היתה ישרה, אין ללמוד מזה שיש דין רה"ר אפילו אין השערים מכחנין משום שזה הי' בחול ולא בשבת, ועוד שבחודאי ילפינן מצורת רה"ר שהיתה על פי רוב ולא ממה שחל בדרך מקרה.

וטעם אחר יש לו להרב פייגשטיין לדחות היתר עירובין בעיר נויארק מהא דמבואר בעירובין פ"ו, מ"ט, שירושלים לא היתה מעורבת. ולמה לא עשו עירוב? ודוחק לומר שרק אז לא הי' עירוב בשל איזה אונס. ודעתו משום שבאו ישראל מכל הארץ להקריב קרבנות וחששו שמא יראו אנשים ממקומות שלא יהיו מתוקנים במתיצות כמו בירושלים ויטלטלו גם שם, לפיכך לא עירבו כדי שיהיו אסורים גם בירושלים, וכ"ז שלא עירבו הרי גם חצר אסורה ככרמלית, וא"כ גם במנהטן, שבאים אליה ממקומות הרבה שאי אפשר שם לתקן וגם סמוכים לה מקומות בתוך התחום שלא יוכלו לתקן, ע"כ אין לתקן ולא לערב גם במנהטן, כדי שיהיו אסורים גם במנהטן ולא יבואו לטלטל גם במקומות שא"א לתקן. ע"כ ת"ד.

ומתחלה נברר דעת הראשונים בטעם שלא עירבו בירושלים.

א. הרמב"ם בפי' למשנה עירובין פ"ה, משנה ו' "עיר של יחיד ונעשית של רבים מערבין את כולה..." — כותב: "העיקר אצלנו כי עיר של רבים כשיש לה שני שערים יכנסו בני אדם על האחת ויצאו על השנית, שאין עושין לכולה עירוב אחד, כדי שלא ישתמשו בני אדם ברשות הרבים דעלמא והם אינם יודעים כי העירוב הוא שהתיר להם התשמיש בתוכה ולפיכך חובה להניח ממנה שיור בלא עירוב, כדי שלא ישתמש אותו השיור עם המדינה, להודיע כי העירוב הוא שהתיר לנו התשמיש בתוכה והודיענו כי כשהיתה העיר מקודם לכן של רבים אפילו היא היום של יחיד שהיא צריכה לשיור על כל פנים כמו שהיתה מקודם... ומחלוקת רבי יהודה ורבי שמעון בשיעור השיור שישאר בה בלי ערוב, והיתה בארץ יהודה עיר ושמה חדשה והיו בה חמשים דיורין והיא היתה עיר קטנה שבכל ארץ יהודה. ופסק ההלכה אפילו בית אחד בחצר אחת הוי שיור".

ובפרק ז' מ"ט שם: "ונחשוב ירושלים כרמלית, לפי שהיא עיר של רבים והיו לה פתחים רבים ולא היתה מעורבת, על העיקרים שבארנו בפרק חמישי מזו המסכת" (כוונתו למשנה הנ"ל).

ובריטב"א לעירובין נט, א: "והא דתנן כי עיר של רבים ונעשית של יחיד צריכה שיור, כ"ש אם היא עדיין של רבים... וטעמא דאמור רבנן דעיר של רבים בעי שיור ואין מערבין את כולה כתב רש"י ז"ל והרמב"ם ז"ל וכל הגאונים ז"ל דמשום הכירא הוא דכיון דיש בה סרטיאות ופלטיות ודרכים שהם רשות הרבים, אע"פ שכבר הכשירום ועשאום כרשות היחיד של תורה ע"י לחי וקורה או דלתות הננעלות בלילה, כפלוגתא דתניא בכיצד מערבין רשות הרבים, מ"מ אכתי מחזי להו לעם הארץ שהיא רה"ר גמורה, כי היו סבורים לומר כשם שמותר לטלטל בסרטיאות ופלטיות שחוץ לעיר ולהוציא ולהכניס להם מן המדינה ואע"פ שכבר תקן שלמה ע"ה עירוב ושתוף מפני זה, מ"מ לא ירגישו עמי הארץ בדבר העירוב כשיראו שכל בני העיר מטלטלין שם ולפי' עשו חז"ל גדר לפנים מגדר שכל עיר

שהיא של רבים שלא יערבו את כולה ויעשו בה שום שיור ויערבו בני השויר לעצמן ובני המדינה לעצמן והדרים באותו שיור אסורים לטלטל בשאר המדינה כיון שלא ערבו עמהן והדרים במדינה אסורים במקום ששיירו.

ובתוס' יו"ט עירובין פ"י, מ"ט ד"ה שהי' בירושלים: "פי' הר"ב דכרמלית היא, כיון שדלתותיה נעולות בלילה לא מקריא רה"ר, דעיר של רבים היא שאוכלוסין הרבה באין לה, אבל עכשיו דלתותיה נעולות לאו רה"ר, שאינם כדגלי מדבר, שהוא דרך פתוח כל שעה, כדפירש"י בש"ס. והאי כרמלית, לאו דוקא כרמלית, אלא כדין כרמלית שאסור לטלטל ממנו לרה"י ומרה"י לה, דהוי עיר של רבים שאסור לערב וכו' וכמ"ש הרמב"ם לפי שהיא עיר של רבים וכו' לא היתה מעורבת וכו' (רמב"ם פ"י המשנה שם) ועל העיקרים שבארנו בפרק ה' משנה ו'. ורש"י שפירש מערבין כולה אלא שלא עירבו, היינו לפי פירושו בפ"ה דמפרש עיר של רבים דרבים בוקעים בה, ואם דלתותיה נעולות מערבין כולה. ודוחק לומר שאם היתה ירושלים יכולה לערב כולה שלא עירבו כולה, ולהרמב"ם ניחא דאינו יכולה להתערב כולה, ובסוף פ"ה דפסחים גמי משמע הכי, דתנן יצתה כת הראשונה וישבה לה בהר הבית, לפי שלא היו יכולין להוליך פסחיהם בשבת, כדפירש רש"י בעצמו, ואמאי לא עירבו מערב שבת כדי שיוכלו להוליך, אלא ודאי שאי אפשר לערב כולה ומפני כן אפשר שלא עירבו כלל, כדי שלא יבואו להוליך אפילו במקום שאינו מעורב וע"ש רפ"ו, ומעתה מפ"י הרמב"ם עצמו מתיישב מה שהקשה כ"מ פ"ד ובית יוסף סי' שמ"ה אמאי קרי לירושלים כרמלית.

מכאן, שהטעם שלא עירבו כלל בירושלים, כדי שלא יבואו להוליך אפילו במקום שאינו מעורב, כלומר: בירושלים עצמה, כפי הדין שאין מערבין את כולה. והנה מ"ש על לשון רש"י, אלא שלא עירבו: "ודוחק לומר שאם היתה ירושלים יכולה לערב כולה שלא עירבו כולה", יש להעיר שטעמו של רש"י שעל כרחק אתה אומר שכאן מיירי במקרה שלא עשו עירוב, ממה שאמרו בסוטה מא, א: מכאן ואילך כל אחד ואחד מביא ספר תורה מתוך ביתו וקורא בו. ובפירש"י: "מכאן ואילך, לאחר שגמר כהן גדול לקרוא (ביום הכפורים) פרשה בברכותיה כל אחד מן הצבור מביא ספר תורה מביתו לעזרה, דקסבר אין עירוב והוצאה ליה"כ (יומא סו, ב). אי נמי ירושלים דלתותיה נעולות בלילה ומערבין את כולה". וברש"י יומא ע, א, ד"ה להראות, פירש: ומערב יוהכ"פ הביאו. ותמה עליו המהרש"א: הא אמרינן במס' עירובין: ירושלים דלתותיה נעולות היו. ובהגהות הרש"ש: ואישתמיטתיה דמ"מ ה' לה דין כרמלית, כדמוכח שם קא, א, ומתדרו אינהו כרמלית וע"ש פירש"י וגם עינו של הרש"א עצמו ראה זאת בפסחים סו, א בתוס' ד"ה תוחב. ואישתמיטתיה לרש"ש, שהמהרש"א כוון לדברי רש"י בסוטה הג"ל וכן כתב המאירי כאן, ח"ל: "מביא ס"ת מביתו, ודבר זה יש מפרשים אותו לדעת האומר שאין עירוב והוצאה

ליוה"כ, ואין צריך בכך, שירושלים דלתותיה נעולות בלילה, ושמא היו מערבין את כולה בעירוב אחד או שמא מבערב היו מביאין אותה לביהכ"נ". הרי, שמביא שלושה האופנים הנ"ל. וכן מבואר בתוס' ב"מ נג, ב ד"ה דנפול מחיצות: "דההיא שמעתתא דהלל (פסחים סו, א) צריך להעמיד אחר שנפרצו בה פרצות, לכך לא היו יכולין להוליך סכיניהם בשבת לעזרה לשחוט פסחיהם, דקודם שנפרצו היו מותרים לטלטל, כדאמר ר' יוחנן (עירובין ו, ב), ירושלים אלמלא דלתותיה נעולות בלילה חייבין עליה משום רה"ר".

ובתוס' פסחים סו, א: "השתא משמע בשמעתין דיש איסור רשות הרבים בירושלים, וקשה דאמרינן בפ"ק דעירובין (ו, ב): ירושלים אלמלא דלתותיה נעולות בלילה חייבין עליה משום רשות הרבים ולא דווקא ננעלות אלא ראויות לנעול, כדמסיק התם. ותירץ ר"י, דהכא לאחר שנפרצו בה פרצות וכהאי גוונא משני בפ' בתרא דעירובין (קא, א) אמילתא אחריתי". ובמהרש"א שם: "הכא משמע להו דמדין ר"ה נגעי בה, מדפריך לקמן: והלא מחמר, דלא שייך מחמר אלא באיסור ר"ה". ובמאירי פסחים סד, א, על מה שאמרו: "יצאה כת ראשונה וישבה לה בהר הבית" — "פירושו בשבת כו' ואע"פ שדלתותיה נעולות בלילה והו"ל כרמלית" וכן בדף סה, ב, ואינו מחלק כמו שמחלקין התוס'.

וכן היא שיטת הריטב"א, שמועיל תיקון עירוב גם בירושלים, וז"ל הריטב"א בעירובין שם: "והא דקאמרינן דירושלים כרמלית היא לא דייקי' בלישני' ונקטי אשגרת לישנא דרגילין לומר רשות הרבים והכרמלית, דודאי כיון שיש לה דלתות הננעלות הרי הוא כחצר גמור שאע"פ שלא ערבו בה מותר לטלטל בכולה כלים ששבתו בה וכדאיתא (שבת קל, ב) וגם מבואות ירושלים כן הדין ואין איסור אלא שלא להכניס ולהוציא מן הבתים והחצרות למבואות, כשם שאסור להוציא מן הבתים לחצר שאינה מעורבת".

וכן במגיד משנה הל' עירובין פ"א, ה"א: "וראיתי מי שהקשה על דברי רבינו ממה — שקראו בפרק המוצא תפילין (עירובין קא) כרמלית לירושלים, שהיו לה דלתות ננעלות בלילה, ואין זה כלום, דהתם לאו דוקא כרמלית מפני המחיצות, דודאי דינה כחצר, אלא מפני שלא עירבו ואסור מדבריהם לטלטל מן הבתים למבואות קרי להו כרמלית וכן פירש"י ז"ל ומוכרח הוא".

וכן משמע מרש"י עירובין ו, ב: ומערבין את כולה (ירושלים) וכל זמן שלא עירבו הוא כרמלית. ובר"ח עירובין כב: משום כך היא כרשות היחיד. וברבינו יונתן על הרי"ף עירובין פ"א (דף ב, דפוס ווילנא): "וירושלים נמי מיערב' כיון דדלתותיה נעולות בלילה ואע"פ [שכל זמן] שלא עירבו. הוי ככרמלית כדאמרינן בסוף מסכתין (קא, א), דקא מקשינן לרבנן, אמר ר"מ רה"ר וקא מיייתי אינהו ראי' מכרמלית דירושלים כרמלית היא דאמר ר' יוחנן אלמלא

וכו'. וצ"ע גדול היכי מיערבו בדלתות לבדן כיון שנקרא כרמלית וכי עירוב מפיך לה מכרמלית, אבל אם בנה לו עמוד מכאן ועמוד מכאן בשני ראשי המבוי אפשר לומר דמיערבא דהוא כחצר שיש לה ד' מחיצות ובדלתות נעולות בלילה".

ובהגהות הב"ח שם אות ל': "נ"ב והב"י בסימן שמ"ה כ' דלא קרי לה כרמלית אלא משום דכיון דדיירי בה רבים הוי לה חצר של רבים שלא עירבו שאסור לטלטל מתוכה לבתים ומבתים לתוכה כשם שאסור לטלטל מכרמלית לבתים ומבתים לכרמלית וכן פירש"י שם. עכ"ל. שוב מצאתי, שהריב"ש כתב כן בתשובה ס' ת"ה ע"ש וכן הרב המגיד בתחלת פרק ראשון מהלכות עירובין להרמב"ם וגם בעל תרומת הדשן האריך בזה בתשובותיו סי' ע"ג. וראה בשו"ת מהרי"ל סי' קנו וספר הפרנס סי' שלו.

אמנם במאירי עירובין ו, א מביא שיטה של "מקצת גאונים" שעירוב אינו מועיל בירושלים, וז"ל: "יש למקצת גאונים שטה אחת בזה לומר שאין רשות הרבים מתערבת בשום ענין ואף בדלתות נעולות ומה שהקשו, ורשות הרבים מי מיערבא, הקשו אפילו לדעת המצריך דלת מכאן ודלת מכאן ושיהיו נעולות בלילה וכמו שאמר, וכי תימא וכו' הא בדלתות מיערבא והא אמר ר' יוחנן ירושלים וכו', והם מפרשים בשמועת ירושלים אלמלא דלתותיהן ננעלות חייבין עליהן משום רשות הרבים הא מכל מקום בדלתות אינו רשות הרבים גמירא אבל מכל מקום יש בה איסור ואין בה תיקון חכמים והרי היא ככרמלית, אלא שלדעתינו לא נאמר אלא מפני שצריכה עדיין לעירוב פת, כמו שידוע בכל הקוני המבואות, שאע"פ שהוכשרו צריכים הם לעירוב פת, ואף גדולי המחברים הזכירו מדינה המוקפת חומה שדלתותיה ננעלות בלילה ומבוי סתום המוכשר בלחי כאחד אלמא שדין אחד הם. ואע"פ שאמרו, אין עירוב לכרמלית, מכל מקום לא כרמלית גמירא כווננו לומר, אלא לענין זה וכעין מרשות היחיד לרשות היחיד, שבלא עירוב אסור לטלטל מזו לזו ככרמלית".

ובמאירי שבת פ"א, ד' ו, א: כל עיר שדלתותיה נעולות בלילה אין חייבים בה משום רשות הרבים אבל עכשו שדלתותיהם נעולות אין בהם חיוב רשות הרבים אלא כחצר שדרין בתוכה הרבה בני אדם שהם אוסרים זה על זה כשלא עירבו ואם עירבו מותרים, כך כתבו גדולי הפוסקים ומגדולי תלמידיהם הגיהו עליהם לומר שאין עירוב מועיל בה שדינה ככרמלית ובאחרון של עירובין קראוה בפירוש כרמלית, כמו שיתבאר בסמוך, ואין עירוב לכרמלית וכמו שאמרו למטה, חצרות של רבים עירבו מותרים ובכרמלית לא שנאווה כן, שאין תקנה לכרמלית בעירוב". וכבר האריך בזה הב"י בטור שמ"ה ובב"ח בשם התרומת הדשן. ובמעה"מ עירובין פ"ב, על מ"ד ר' יהודה אומר אם היתה דרך הרבים וכו'. -- בשם רבינו אפרים שאין עירוב מועיל והוא כתב ואין דבריו נראין.

משמע שזוהי שיטה יחידית ורוב פוסקים לא ס"ל כן להלכה.

ונראה לי לבאר הטעם של אלה הסוברים שלא עירבו בירושלים ואסרו להוציא, על פי מה שמבואר בהלכות גדולות הלכות עירובין: ואסור לטלטולי מידי בשבתא ארבעה גרמידי ברשות הרבים שנא' (שמות לו, ו): ויצו משה ויעבירו קול במחנה וגו' ויכלא העם מהביא'. 'מעשות' לא נאמר אלא 'מהביא', מלמד שהיו מביאין דרך רשות הרבים, ולא מיבעי רשות הרבים דאורח מלכא היא ואסור לטלטולי בגווה ארבע אמות היכא דליכא עירוב, אלא אפילו בין מבוי למבוי ובין מן מבוי לחצר ובין מן חצר לחצר ובין מן חצר לבית ובין מן בית לחצר אסור לטלטולי ואפילו במבוי גופו אסור לטלטולי ביה ארבע אמות אלא א"כ ערבו, שנא' 'ירמיה יז, כב): ולא תוציאו משא מבתיכם ביום השבת' (ועי' הוריות ד, א וביצה יב, א וירושלמי שבת ריש פ"א, שדרשו פסוק זה על הוצאה דאורייתא, וצ"ע).

ובסמ"ג מ"ע א' מד"ס מביא דברי הבה"ג, וז"ל: "נראה לי מתוך דברי רב יהודאי גאון כי בימי ירמי' הנביא לא שמרו דברי גזירת שלמה המלך לערב בחצרות ולשתף במבואות אלא היו מוציאים בלי עירוב ומתוך כך היו מביאין מן העיירות שסביבות ירושלים כל מיני משא מבתיכם דרך סרטיא שמעיר לעיר שהיא רשות הרבים ומביאין אותן משאות בשערי ירושלים ולכך כשהזהיר ירמי' על גוף האיסור של תורה הזהיר גם על גזירת שלמה שלא להוציא שום משא אף מן הבית לחצר אלא אם כן עירבו. וזהו לשון הנביא (ירמי' יז, כא): 'כה אמר ה' השמרו בנפשותיכם ואל תשאו משא ביום השבת והבאתם בשערי ירושלים', זה גוף האיסור של תורה ואחר כך אמר (שם כב): 'ולא תוציאו משא מבתיכם ביום השבת' זו גזירת שלמה המלך, כי לבני ירושלים היה מזהיר, וכבר אמרנו כי מן התורה מותר להוציא מן הבתים לרחובות ירושלים, אלא ודאי על גזירת שלמה הזהיר מפי הגבורה שעל ידי שעברו גזירתו באו לגוף האיסור של תורה".

וברד"ק (שם פסוק יט) כתב לפרש בענין אחר: "ומה שאמר לו לקרוא בשערים, לפי שהיו מכניסין ומוציאין דרך השערים בשבת ולא הזהירם אלא בהכנסה והוצאה דרך השערים חוץ לעיר, כי בעיר לא היו חייבים, כי ירושלים דלתותיה נעולות בלילה ואין חייבים עליה משום ר"ה, לפיכך אמר: 'והבאתם בשערי ירושלים'... ומה שאמר: 'ולא תוציאו משא מבתיכם ביום השבת', ר"ל חוץ לעיר, ומה שזכר ההבאה יותר מן ההוצאה, לפי שירושלים היה כרך גדול ובדרך המביאים יותר מן המוציאים, כי מביאים בני הכפרים לעיר תבואה ופירות וכן ממכר וכן כתוב בספר נחמיה כשהוכיחם על השבת ואמר: 'ומביאים ירושלים ביום השבת'... ואמרה ויסגרו הדלתות ואמרה אשר לא יפתחום עד

אחר השבת ומנערי העמדתי על השערים לא יבא משא ביום השבת. הנה לא הזהירם אלא מחוץ לעיר, לא בתוך העיר, כי לא היו חייבים בהכנסה והוצאה מבתיהם בתוך העיר, לפי שירושלים היו דלתותיה נעולות בלילה ואין חייבין עליה משום ר"ה.

וחידוש גדול נתחדש לנו בדברי הבה"ג וכמו שביאר הסמ"ג שקרא, לא תוציאו משא מבתיכם, לא בא לאסור להביא מחוץ לעיר, כמ"ש הרד"ק, אלא מדבר מירושלים עצמה.

והנה לפ"ד הרמב"ם, וביתר ביאור בריטב"א הנ"ל, שחז"ל חששו שעמי הארץ שלא יבינו ההיתר של עירוב יבואו עי"ז להוציא גם ברשות הרבים ולכן תיקנו שלא לערב את כולה, יש לומר שאלו השיטות שלדעתן לא ערבו בירושלים, אולי טעמם מדברי ירמיה, שאמר להם: לא תוציאו משא מבתיכם ביום השבת, שלדברי הבה"ג פירושה של אזהרה זו שאסר להם בירושלים עצמה. ולפיכך לא הזכיר להם מפורש התיקון של שלמה שיעשו עירוב, משום שידע שתיקון העירוב לא יועיל שיפסקו מלהוציא לרה"ר אלא להיפך, וכמו שכ' הרמב"ם והריטב"א, הבאתי דברי' לעיל, שעמי הארץ יבואו לידי קלקול, וכעין שביאר הסמ"ג בעצמו. ולפי שיצאה הגזירה מפי ירמיה, שלא להתיר הוצאה והכנסה בירושלים עצמה ולא הזכיר עירוב, החמירו אח"כ שלא לעשות עירוב. והמתירים יפרשו כמ"ש הסמ"ג בדעת הבה"ג, שרק אם לא ערבו. ואפי' כפי' הנ"ל י"ל שהגזירה של ירמיה היתה רק לשעתו שהתיקון גרם לחילול שבת, ומצינו כעין זה בשבת קכג, ב: "בראשונה היו אומרים... התירו וחזרו והתירו", ופירש"י: "כשראו שחזרו להזהר קצת באיסור שבת וחזרו והתירו כשנזהרו יותר". ובגמ' שם: "בימי נחמיה בן חכליה נשנית משנה זו". וכעין זה יש לנו לומר על הוצאה בשבת. ירמיה גזר על הוצאה בירושלים ולא התיר להדיא בעשיית עירוב, וכשחזרו להיזהר התיר להם⁷. הרי שאין מקום לגזור, בזמן שהתיקון לא יביא לידי קלקול. להיפך, מצוה לתקן. ואם כן, בנידון דידן, בזמן הזה, שמלאכת הוצאה נפרצה כל כך אפילו בין אלה המכונים שומרי שבת, עלינו לתקן כל מה דאפשר, וכן עשו גדולי הרבנים בכל הדורות, אפילו בעיירות גדולות שבמדינה, ולא חששו לגזור גזירות חדשות.

וכלל גדול קבעו הגאונים, שאין לנו לחדש מעצמנו גזירות חדשות, והוא בתשובת הגאונים, חמדה גנוזה, סי' עז: "ולעשות עוגה ולהניח בתוכה אליה או בשר שמן שאתם חוששים אי גזרינן שמא ישייר פתיתין ויאכלם עם הגבינה, אל תחושו, שכל דבר שלא גזרו רבותינו הראשונים אין אנו גוזרים, שאפילו דבר שיש לחוש לו יותר מזה ויש בדבר להחמיר ואין אנו חוששים, ואפילו [הם] לא היו גוזרין אלא מה

7 ואולי מכאן למדו לגזור שעיר של רבים אין מערבין כולה, וכמו שביאר הריטב"א הנ"ל.

שגזרו אנשי כנסת הגדולה ובתי דינין גדולים, שהרי אמרו חכמים בכמה מקומות: גזירה לגזירה לא גזרינן, דא"כ נתמלא גזירות ומעשים בכל יום עושין כן ולא מיחו בידם רבותינו הראשונים.

ומכאן ראי' למה שכתב הרא"ש פ"ב דשבת סי' יד: «ועוד תמיהני היאך יכלו הגאונים לחדש גזירה אחר שסתם רב אשי הש"ס». ובמ"מ הל' חמץ ומצה פ"ה ה"כ: «ואני אומר, אין לנו לגזור גזירות מדעתנו אחר דורות הגאונים ז"ל». וכן פסק המג"א או"ח סי' שא סקנ"ח על יסוד דברי הב"י או"ח סוף סי"ג.

לפיכך השתדלו החכמים שבדור לתקן מה שאפשר, כפי הנפסק בשו"ע. והרי לפנינו ירושלים עצמה בזמנינו, אע"פ שהי' מקום לחשוש, כמו שנתבאר לעיל, בכל זאת תקנו בה עירובין, וזה כדאי להכריע נגד כל החששות שהוכרנו.

לדעתי מוטל על ועד הרבנים בניו-יורק למנות ועד למען העירוב בראשותם של הרבנים שטרחו ויגעו בענין זה, ה"ה הרה"ג וכו' רצ"ה אייזענשטאט ורי"ד מוסקוביץ שליט"א. ועד זה יבקר אותם המקומות על חוף הימים והנהרות שיש חשש שצריך לעשות שם צורת הפתח, כן יבקרו אותם הגשרים שעדיין לא ביקרו מקרוב (הרב מוסקוביץ סבב פעמים את כל העיר מסביב וראה כל הגשרים ולדעתו יש לכולם צורת הפתח), ואחרי הביקור והתיקון (שהרי לא ימלט שלא יצטרכו לעשות איזה תיקון כל-שהוא באחד המקומות) של הועד האזרחי, שקיבל על עצמו להשתדל שייעשו כל התיקונים שהרבנים ידרשו, יחליט ועד זה, על סמך כל מה שנתבאר לעיל, איך לסדר את העירוב כדין.

מנחם מ. כשר

נתוח הפרוסטט

(בירור הבעיה)

אחת הבעיות שהועלו על שלחן הספרות ההלכתית רק בשנים האחרונות היא שאלת "נתוח הפרוסטט". לפיכך מועט עדיין הנמצא מנושא זה בכתובים, נשתדל איפוא להציג בעיה חמורה זאת ולרכז בקצרה את דברי רבותינו שיש ללמוד מהם לעניננו.

ה"פרוסטט" או ה"ערמונה" בעברית היא בלוטה הנמצאת סמוך מאד לשלפוחית השתן, מתחתה. תפקידה היא להפריש נוזל המתערב בזרע שזורם בצנור מיוחד העובר דרך הפרוסטט. צנור זה שהוא "שביל הזרע", עולה מן האשכים (בהם נוצר הזרע) נכנס לתוך הבטן, מתעקל, עובר דרך הפרוסטט וחוזר לגיד. לפרוסטט נטיה כללית להתנפחות אחרי גיל העמידה. (לעתים קורה הדבר גם אצל צעירים), התנפחות זאת גורמת הפרעות בדרכי השתן ע"י לחיצתה על השלפוחית, לפיכך קיים לפעמים ההכרח להרחיק חלק מבלוטה זאת, או את כולה, ע"י נתוח. (ברור שאותו נתוח יכול לקרות גם מחמת מחלות אחרות רח"ל). כדי להמנע מסבוכים בשעת הנתוח מקובל אצל הרופאים לכוות גם את צנור הזרע העובר דרך הפרוסטט.

ברור שכאשר הצנור הנ"ל מנותק אין לזרע הנוצר באשכים כל אפשרות להגיע לגיד ועל ידי זה הופך האדם לעקר.

יש להדגיש שבספר "אוצר הפוסקים", (בסוף הספר) בהערות המערכת למאמרו של הגרא"י אונטרמן שליט"א, מובא בשם הד"ר שפירא הי"ו, שהוא עצמו נוהג שלא לכוות את הצנור הנ"ל בשעת הנתוח, ואיננו זוכר (לפחות בעשר השנים האחרונות) כל סבוך שנגרם עקב זה.

כמו כן יש לציין כי ב"הפרדס" ניסן תשט"ז מובא שלא בכל מחלות הפרוסטט אף אלו של עצירת השתן, קיים ההכרח לנתח, באירופה מלמדים הרופאים את החולים להשתמש בשפופרת ארוכה וגמישה שמכניסים אותה דרך פי האמה אל שלפוחית השתן ועי"ז קל להם להוציא את מי הרגלים. השאלה בהלכה מתחלקת לשתיים:

(א) האם אין דין המנותח כדין "פצוע דכה בדי אדם" האסור בקהל?

(ב) האם אין בעצם עשית הנתוח משום אסור "סירוס" ומתי

הוא מותר?

חלק א

האם אין דין המנותח כדין פצו"ד ביד"א

בקשר לשאלה זאת נעמוד על שלש נקודות, שנדון בהם בשלשה פרקים.
 פרק א) האם כל מעשה סירוס ביד"א פוסל, אפילו כשלא נעשה באברי
 הזרע ממש, ולכשתימצי לומר דוקא על אברי הזרע הקפידה
 תורה האם גם צנור הזרע שמחוץ לאשכים בכלל?
 פרק ב) האם לנתוח למטרת רפואה יש דין של פצוע בידי אדם?
 פרק ג) מה דין ספק פצוע דכה בין ספק מציאותי ובין ספיקא דדינא?

פרק א

האם כל מעשה סירוס ביד"א פוסל?

א) ב"אגרת בקורת" להגריעב"ץ כתב בדף ה': «וגם הדבר מוכרע מעצמו ומוכרח ממקומו כי מאחר שנעשה בכך סריס בידי אדם שאסרה תורה, אפילו היה כבר סריס בידי שמים ממילא שהוא ג"כ שפסלתו תורה לבא בקהל מכיוון שנעשה בו מעשה סירוס ע"י אדם שעליו הקפידה תורה וזה דבר ברור» ולפי"ז תמה שם על דברי התוס' בסוטה כ"ו ע"א דהכשירו שותה כוס של עקרין לבא בקהל וזה לשונו «הא כבר ביארנו ששני האיסורין (פצו"ד וסריס) שווין» ומטעם זה פסל שם גם פצוע ומושחת בידי שמים, אם אח"כ נוסף קלקול בידי אדם, כשם שהוא עובר באופן זה על איסור סירוס. וא"כ לפי דברי האגרת הנ"ל, גם בנדון דידן תלוי הדבר אם על נתוק צנור הזרע העובר בפרוסטט עוברים על איסור סירוס מדאורייתא. שאלה זו תבורר בעה"י בחלק השני של הבעיה הדין באיסור הסירוס. ויש לציין כאן גם את דברי הרא"ה בספר ה"חנוך" מצוה תקנ"ט שהסביר טעם פסול פצוע דכה וכרות שפכה וכתב «משרשי המצווה להרחיק ממנו לבלתי הפסיד כלי הזרע בשום צד, כידוע המלכים שמסרסים הזכרים למנותם שומרים הנשים, ויש מן הזכרים הפחותים שרוצים בדבר, כדי לזכות בשלחן המלך ולהרויח ממון, ואנחנו עם הקדש, בדעתנו כי כל סריס בידי אדם יפסל מהתחבר עוד עם בת ישראל וכו' ועם טענה זאת נמצא טעם בחלוק האיסור בין הנפסד בידי אדם לנפסד בידי שמים». וחזינן גם בדברי החנוך הנ"ל דפסול פצוע דכה תלוי באיסור סירוס. ועיין ב"חתם סופר" אה"ע סימן י"ז שכתב על דברי הרא"ה הנ"ל, «דאף שאין לסמוך על טעמי המקרא שהמציאו חכמים אחר התלמוד מ"מ מוכח מדבריו ז"ל דס"ל להרא"ה דכל מיני חולי שאינו נעשה בכוונת מכון הוה בידי שמים ולאפוקי שתיית כוס של עקרין» וב"חקרי לב" אה"ע סימן ז' ג"כ דן מטעם ה"חנוך" הנ"ל בדין שותה כוס של עקרין (ויובא אי"ה להלן).

(ב) אולם מהרבה אחרונים נראה שאיסור סירוס ופסול פצו"ד הם שני ענינים וגדרים נפרדים ואינם תלויים כלל זה בזה עיין ב"חתם סופר" אה"ע סימן י"ז ב"יד דוד" תשובה א' (שנביאהו להלן) ב"חזון איש" ב"ב סנהדרין סימן מ"א לקוטים (עיין להלן) ובהערות להגרא"י אונטרמן שליט"א שבסוף ספר "אוצר הפוסקים" שכתב "וההבדל הוא דאיסור הסירוס הוא על בטול כח ההולדה באדם או בבהמה ולא חשוב באיזה אופן נגרם הבטול אבל איסור פצו"ד שאינו אלא אם נעשה ביד"א הקפידה תורה על החבלה באברים הללו ע"י פציעה וכריתה וניתוק ודיכה ולא באופן אחר".

ושיטת ה"יראים" נמי מוכחא הכי שכתב, על ההוא עובדא דאיסתתים גובתא דשכבת זרע ואפיק במקום קטנים ופסל רב פפי משום דבמקומה מבשלה שלא במקומה לא מבשלה (יבמות ע"ה ע"ב) וכתב עלה דהכוונה היא לפסול את בניו משום שאינו מוליד, אבל הוא עצמו לא נפסל בקהל שהרי אינו לא פצוע ולא כרות (עמוד ביאה סימן ד'). ורוב הפוסקים כתבו דהיראים הנ"ל מיירי אף בנסתם ביד"א ודלא כהב"ח עיין בב"ש סימן ה' ס"ק ט' בית יצחק סימן ל"ד חת"ס סימן י"ד ובתורת חסד סימן ל"ח ועוד.

וה"קרבן נתנאל" ביבמות שם כתב דגם שיטת ר"ת (דמכשיר ניטלה ביצה אחת אף שאינו מוליד) היא ג"כ כהיראים הנ"ל ועפ"י תירץ את קושית הרא"ש דמאי שנא דינו של ר"ת מעובדא דאיסתתים הנ"ל דפסול כיון שאינו מוליד. דלשיטת ה"יראים" ניחא דהוא עצמו לא נפסל. ורק בניו ממזרים.

ואף שלפי שיטת ה"יד דוד" אין ראייה מדברי ה"יראים" הנ"ל דהא שיטתו היא (יובא בחלק ב' בעה"י במפורט) דגם באיסור סירוס ההקפדה היא דווקא על פציעה כריתה וכו' וא"כ כיון דאיסתתים לאו פציעה וכריתה הוא כמפורש ביראים, הוא הדין גם לאיסור סירוס דאינו נכלל בכלל האיסור, ומיהו לשאר השיטות דאין הקפדה דווקא על המעשים הנ"ל ואסור מדאורייתא בכל גוונא שפיר יש ללמוד מדברי היראים כנ"ל. (ויש לדון בשיטת רש"י והרא"ש וכל אינך דפליגי איראים הנ"ל אי טעמם הוא משום דבאמת תלוי פסול הפצ"ד באיסור הסירוס? ועיין ב"תורת חסד" סימן ל"ח שרצה לפרש כן בדעתם וכתב דרש"י דפסל כוס של עקרין אויל בזה לשיטתו, ומיהו במסקנא שם כתב דלפי הכ"מ דאית ליה דגם רש"י מכשיר כוס עקרין (יבוא לקמן) תלוי הדבר אם ניכר השינוי ונראה, ולפי"ז יתכן דס"ל לרש"י דגם איסתתם שם פציעה עליו. וכן סבר הרא"ש וצ"ע).

וביתר באור האריך בדבר ב"יד דוד" וכתב בשאלה א' "זה ברור שהפצ"ד והכ"ש הוא קלקול שנעשה ע"י שינוי ביד"א או בידי איזה בריה שהיא באברי הזרע דווקא, והם השלשה אברים הגיד והביצים וחוטי ביצים שע"ז לא יוכל

להוליד, וכן זה ברור שדווקא בנעשה על ידי אדם השינוי לקלוקל באברים האמורים למעלה שגורמים מגיעת ההולדה הוי פצו"ד וכ"ש שאסור לו לבוא בקהל וכו' שכן לא מצינו פסול לבא בקהל אלא בג' אברים האלו ורק בג' פסולין אלו וכן הוא לשון הגמ' ביבמות ע"ה ע"ב אמר רבא פצוע בכולן דך בכולן כרות בכולן וכו' שהרי בקרא לא כתוב אלא פצוע דך וכרות והאברים נצטוינו בשם שפכה ר"ל האבר שע"י כריתה נעשה שופך וכן הפצוע וכו' והא דהוסיף רבא חוטי ביצים מלמד לנו דחוטי ביצים נכללו בכלל דפצוע דכא וכו' והן ג"כ בכריתתן עושין ממסלח לשופך וכו' וכן דייק שם מלשון הר"מ בפט"ז מאיסור"ב שכתב "ובשלשה אברים אפשר שיפסל בהם הזכר בגיד ובביצים ובשבילין שבהם תתבשל הזרע" הרי שהרמב"ם דייק דווקא בג' אברים אלו אפשר שיפסל.

ג) מעתה יש לדון לשיטה זו (דפצ"ד וכ"ש אינו נפסל אא"כ היתה הפגיעה או הכריתה באברי הזרע דווקא), אם גם צנור הזרע הנמצא בתוך הגוף נכלל בפסול זה?

והנה בביאור מה שנאמר "חוטי ביצים" (יבמות ע"ה) מצינו הבדל בין לשון רש"י ללשון הרמב"ם, דרש"י ביבמות שם בד"ה וכולן כתב דהם החוטין שהביצים תלויים בהם בתוך הכיס, וברמב"ם פט"ז מאי"ב ה"ג כתב, דהם השבילין שבהם תתבשל הזרע וא"כ יש להסתפק בשיטת הרמב"ם אם כוונתו לכל השבילין המבשלים הזרע וגם השביל העובר בגוף בכלל, וחולק על רש"י?

וב"ד דוד" הנ"ל כתב על מה שנאמר חוטי ביצים וז"ל: "וזה לרש"י החוטין שתלויים בהם הביצים בתוך הכיס, ולהרמב"ם הן השבילין שבהם תתבשל הזרע עיין בדבריו פט"ז מאי"ב ה"ג" ומפשטות דבריו משמע שהם שתי שיטות נפרדות, וא"כ כוונתו היא ע"כ לומר דלהרמב"ם גם השבילין בתוך הגוף בכלל, דהא על השביל שבתוך הגיד אין חולק וכדמוכח עובדא דאיסתתים הנ"ל. (עיין בדברי ה"חזו"א המובאים לקמן).

והפרדס" תשט"ז הוכיח כן מדברי הר"מ בפיה"מ פרק הערל, שכתב "ממה שאתה צריך לידע שכשנפצע הגיד או חוטי ביצים כמו כן או נכרתו הביצים או נקב הגיד או נקבו הביצים ובכלל כל חולי שיתחדש בכלי הזרע ממה שיחייב חכמת הטבע שהוא לא יזריע בהן הרי זה פסול".

והרמב"ם ב"ספר המצוות" ל"ת ש"ס כתב "הזהיר מי שנפסדו ממנו כלי המשגל שאי אפשר לו שיוליד שלא לבא על בת ישראל וכו'" וכן גם לשון החנוך מצוה תקנ"ט אולם בסופו פרט את ג' האברים הנ"ל.

ד) אך ב"חזון איש" ב"ב סנהדרין לקוטים מ"א כתב דאין כאן מחלוקת בין הרמב"ם ורש"י, ומה שכתב הר"מ שבהם תתבשל הזרע כוונתו בזה היא לכלול גם את השביל העובר בגיד והוא מלשון הגמ' במקומה מבשלה והוסיף שם וז"ל

„וזהנה כפי הידוע ע"פ הרופאים השבילין נכנסין לעומק בגוף ועוברין כמו חצי קשת עד שנכנסין לגיד ועוברין דרך הגיד וזורמים לחוץ ומדלא הוזכרו בגמ' ובפוסקים משמע דבמקום שהשבילין בפנים אינם בכלל פצו"ד ואינו נפסל אלא אם נפצע ונדך בגיד וביצים וחוטין שבהם, אבל לא החוטין הפנימיים שבתוך הגוף ואף אי מסתיר ע"י כריתת השבילין בתוך הגוף מ"מ אינו נאסר בקהל ודינו כשאר עקר וכסרים חמה וכמוש"כ התוס' סוטה כ"ו ע"א ד"ה אשת".

ולפ"ז פסק שם להלכה „ע"ד הנתוח בחולי עצירת השתן ע"י סתימת שביל השתן הבא מנפיתת הבשר הידוע ולוחץ על צנור השתן וסותמו ובשעת הנתוח מוכרחים להפסיק גם את שביל הזרע המובלע בגוף למש"כ אין בזה איסור סירוס דאורייתא רק דרבנן כמו שתית כוס של עקרין ובכל אופן הנתוח מותר משום ספק סכנה ואינו נאסר בקהל".

גם בהערות של הגר"י אונטרמן שליט"א שבסוף „אוצה"פ" יצא לדון להיתר מהסבה הנ"ל.

ה) ולפי שה"חזו"א דימה דין שאלתנו לשותה כוס של עקרין עפ"י דעת התוס' סוטה כ"ו חלה עלינו חובת ביאור דין זה, האם כו"ע הכי ס"ל שהשותה כוס עקרין מותר בקהל.

אך לפנ"כ יש לברר מהות הלקוי של כוס עקרין האם שתייתו פוגע באברי הזרע ממש, או רק בשאר חלקי גוף האדם וממילא מונע את כח ההולדה שבו. משום שאם נמצא שהכוס הנ"ל אינו פוגע באברי הזרע ממש, יצא מזה שדעת האוסרים את השותה הנ"ל בקהל ע"כ חלקת על יסוד הנחתם של ה"יד דוד" וה"חזו"א הנ"ל.

ו) ב"לבוש" סימן ה' ס"ק י"ב הדין באיסור הסירוס ע"י כוס עקרין כתב: „דלא אמרינן דאסור אלא בכוס של עקרין שמגיע כח המשקה עד אברי ההולדה ומסרסן אבל ליטול כרבלתו של תרנגול או כיוצא בזה שמצוי להסתיר ע"י כך מותר שהרי אינו נוגע באברי תשמיש וגרמא דחוקא היא זו.

וב"תורת חסד" סימן ל"ח כתב שגם משאר פוסקים נראה כהלבוש הנ"ל. בהערות של הגר"י אונטרמן שליט"א הנ"ל כתב שמדברי ה"חזו"א בסיומן י"ז משמע שכוס עקרין משפיע גם על אברי ההולדה עצמם (דברי הח"ס יובאו לקמן).

ז) ברם ה"חזו"א לא ס"ל הכי דכתב ב"חזו"א שבת סימן ס"ב (בהוצאה החדשה) „דהלקותא של הסרים הוא בגיד ובביצים והלקותא של כוס עקרין הוא בשאר הגוף שגם המח וחוט השדרה ושאר עצבי הגוף משתתפין לבשול הזרע" ועפ"י הסביר את דברי הרמב"ן ועוד עיי"ש. וכן משמע מדברי הפני משה (המובאים לקמן סעיף י').

וכן כתב הגרא"י אונטרמן שליט"א בהערות הנ"ל "ומסתבר הדבר כי גם בימים קדמונים לא גרם שתיית הכוס לשינוי אורגני אלא לשינוי פונקציונלי בלבד שמשפיע על חוט השדרה או על העצבים וכדומה ונעשה עקר".
וכן משמע ב"יד דוד" הנ"ל שכתב "וכן כותב הרב דהמשקה כוס עקרין אסור ואין לוקין עליו ג"כ כנ"ל כיון שאינו משחית האברים האלה ואין משחיתם באופן שכתוב בקרא".

ח) ועתה מה דין השותה כוס עקרין לבוא בקהל.
התוס' בסוטה כ"ו ע"א ד"ה אשת כתבו וז"ל: "רש"י פירש בסריס חמה ולא בסריס אדם שאסור לקיימה ולא ידעינן מגלן דסריס אדם כגון ששתה כוס של עקרין דאסור לקיימה וכו'" וא"כ לפי דעת התוס' רש"י פליג ואוסר את השותה הנ"ל בקהל.

ברמב"ם פ"ו מה' סוטה ה"ו "ואשת סריס חמה וסריס אדם המותרות לבעליהן הרי הן ככל הנשים ושותות" ובכ"מ פירש את דבריו בשותה כוס של עקרין שמותרת לו וקרי ליה סריס אדם לפי שע"י אדם בא לו. ועיי"ש עוד שפירש דגם רש"י מודה להתיר השותה הנ"ל. וביאר כוונת רש"י בע"א.
וב"תורת חסד" סימן ל"ח הסביר את ההבדל לשיטת רש"י אליבא דהב"מ בין כוס של עקרין דמותר ובין אסתתים גובתא דש"ז דאסור, אף שגם כוח הכוס מגיע עד אברי ההולדה כמבואר בלבוש וש"פ, (הובא לעיל) דיש לחלק דלא פסלה התורה אלא בשניכר הדבר ונראה שינוי באברי ההולדה.
גם ה"אמרי שפר" סימן ע"ד כתב דאין הכרח לומר דלרש"י אסור השותה כוס עקרין לקיים את אשתו.

אך ה"משנה למלך" אוקים לדברי הרמב"ם הנ"ל בשהיתה אשתו גיורת או משוחררת וכל אינך המותרות לפצ"ד ודייק כן ממה שכתב "המותרות לבעליהן" כלומר שההיתר בא מצידן ולפי דבריו אין ראייה מדברי הרמב"ם למחלוקת רש"י ותוס' הנ"ל.

ט) ב"חקרי לב" אה"ע סימן ז' כתב דנראה שגם התוס' הא לא החליטו להתיר, אלא שתמהו על רש"י וכיון שלהתוס' ברור בשיטת רש"י לאסור והם לא החליטו להתיר ע"כ ספיקא הוא ופסול. ולא התיר אף בשתה לרפואה במקום סכנה.

והגריעב"ץ פסל את השותה ותמה על דברי התוס' דהכשירו (הובא לעיל).
וב"אוצה"פ הביאו מ"יד אהרן" הגה"ט אות א' בשם "זרע אברהם" דאם השקוהו סם וע"י אותו הסם נעקר ובטלו ממנו א' מהאברים האלה נקרא ביד"א ופסול, וכן מובא שם מ"אדמת הקדש" ח"א סימן כ"ג ומ"שלחנו של אברהם" סימן ה'. וכן הביא דעה זאת בשמם ה"עבודת ה'" סימן ג'.

וה"פתחי תשובה" ס"ק ט' העלה ששאלה זו תלויה במחלוקת רש"י ותוס' הנ"ל.

(י) אך ב"אפי זוטרי" ס"ק י"ד כתב דודאי כשר הוא לכו"ע וכן כתב ה"ברכי יוסף" וברור הדבר שהרי אין כאן מעוך ולא כתות ובתורה לא נזכר אלא בטול האבר או מעוך או כתות וכדומה ולא בטול כח ובפ"ת הנ"ל הביא שכן הסכימו להלכה מהר"י הכהן בהגהת "זרע אברהם", מהר"י נבון וספר "יד אהרן". וכן כתב ב"יד דוד" הנ"ל "דהעיקר בזה צריך לדעת אם הכוס מקלקל את ג' האברים הנ"ל ועושה בהם פציעה אזי נאסר לבא בקהל דמה לי שנעשה ע"י סכין או ע"י סמא חריפא ובפרט להפוסלים ע"י חולי שזה אצלם ביד"א אבל אם ע"י הכוס לא חל שינוי בשלשה אברי ההולדה רק נחלשו ונשללו מכח ההולדה או שנחלשו העצבים המסייעים לכח ההולדה אף שנתקלקלו לגמרי אזי מותר לבא בקהל".

וב"ביתחם סופר" אה"ע סימן י"ז העלה סברה חדשה בדעת התוס' המתירין את השותה דהקשה שם: נהי שאין לוקין על כוס של עקרין משום דהוי לאו שאין בו מעשה, אבל מ"מ הא הוי פצ"ד ביד"א ואמאי החליטו התוס' להתיר? ותירץ דע"כ מוכח מזה דהתוס' נמי ס"ל כשיטת הרמב"ם ודעימיה דכל חולי מיקרי ביד"ש ועדיפא מיניה דאפילו המתחיל ביד"א, ג"כ ביד"ש נקרא, כיון שאינו עושה מעשה באברי ההולדה עצמם [ולדברי הח"ס הנ"ל התכווין הגר"א אונטרמן שליט"א לעיל סעיף ז'].

וב"פני משה" אה"ע שאלה ב' (בסוף הספר) כתב: דכשם שלשאר מיני חולי יש דין של בידי שמים אעפ"י שהם נגרמים ע"י אכילת דברים המזיקים לגוף, — דהא מטעם זה פסל הרא"ש כל "ע"י חולי" והחשיבם כפצ"ד ביד"א, — הוא הדין גם השותה כוס של עקרין נקרא ביד"ש, דמה לי ע"י כוס עקרין, או ע"י שאר מאכלים רעים, כל שלא נגע באברי הזרע עצמם ממש נקרא ביד"ש.

פרק ב

האם לנתוח למטרת רפואה יש דין של פצ"ד ביד"א?

הכוונה בפרק זה היא לברר אם יש צד היתר בנתוח זה, אף אם נניח שבכריתת הצנור שבפרוסטט ג"כ חל עליו דין פצ"ד. ושלשה חלקים בפרק זה הדנים בשלש אפשרויות שונות, ואף כי שאלתנו נוגעת באופן ישיר רק לאפשרות שבפרק האחרון, אין הדברים מתבארים אלא ע"י דיון גם בשתי האפשרויות הראשונות. ואלו הפרקים: (א) נכרת ע"י חולי. (ב) נכרת ע"י אדם לרפואת אותו אבר. (ג) נכרת ע"י אדם לשם רפואת אבר אחר.

נכרת ע"י חולי

(א) בדין זה נחלקו הראשונים ושתי הדעות הובאו בשו"ע סימן י' וז"ל: "כל פיסול שאמרנו בענין זה כשלא היה בידי שמים, כגון שכרתו אדם או תכהו קוץ וכיוצא בדברים אלו, אבל אם גולד כרות שפכה או פצ"ד או שגולד בלא ביצים, או שחלה מחמת גופו, או בטלו ממנו אברים אלו, או שגולד בהן שחין והמסה אותן או כרתן, — הרי זה כשר לבא בקהל שכל אלו ביד"ש להרמב"ם. אבל לרש"י והרא"ש לא מיקרי ביד"ש אלא ע"י רעמים וברד או ממעי אמו אבל ע"י חולי חשוב בידי אדם ופסול. וכתב הרא"ש דהכי משמע בירושלמי".

והרבה מן האחרונים כתבו דגם רש"י ס"ל כהרמב"ם דע"י חולי נקרא ביד"ש, ה"ב"ש ס"ק י"ב הביא ראיה מרש"י יבמות דף כ', ו"בכנה"ג הביא מ"תומת-ישרים" סימן נ"א שמצא בספר רש"י ישן שע"י חולי נקרא ביד"ש. גם ה"ב"ח כתב כן בדעת רש"י, וה"ברכי יוסף" הביא את ה"מהרש"ל דס"ל הכי, אך בספר "תומת ישרים" כתב שמאחר והרא"ש ס"ל בדעת רש"י שלא כהרמב"ם אין לנו לומר שלא כדבריו.

(ב) להלכה נחלקו הפוסקים: ב"אגרת בקורת" כתב דהרמב"ם יחידאה הוא וכיפינן ליה להוציא את אשתו אף כשנשאה בהיתר.

ב"כנה"ג תגה"ט אות ו' (מובא באוצה"פ) כתב דלכתחילה אין להתירו להנשא לישראלית וצריך ליעצו לישא גיורת, ואם עבר וגשא ישראלית — כתב בספר "תומת ישרים" סימן נ"ב וסימן קכ"ה בשם מהר"י אבאיוב שגזירים עליו גידוי עד שיפרוש. ובסימן נ"א ונ"ב כתב משמיה דנפשיה דלא עבדינן לא גידוי ולא הרחקה.

וב"אפי זוטרי" ס"ק י"ד הביא מהספר "זקן אהרן" דלכתחילה לא ישא ואם נשא לא יוציא. וכתב עליו דיפה פסק. גם ב"כסא דהרסנא" סימן ש"מ כתב דלכתחילה לא ישא. ובאוצה"פ הביאו כן מה"דבר משפט" ו"בני אברהם".

(ג) אך רוב האחרונים פסקו כהרמב"ם, ה"ב"ח" כאן כתב דהרא"ש יחידאה הוא דהא רש"י, והסמ"ג, והנמוק"י, ורי"ו בשם רמ"ה, והרא"ש בתשובה, סוברים דע"י חולי כשר, וכן הכריע ה"מהרש"ל. וב"ברכ"י" הוסיף דה"תיו"ט הביא ראיה גם מדברי התוס' דס"ל כהרמב"ם, וכיון דהתוס' נמי הכי סבירא ליה, נקטינן הכי.

וכן פסק ב"עין יצחק" סימן ט' דלדינא יש לסמוך על ה"ב"ח והביא שם כדבריו מ"הגהות תוי"ט" על אה"ע, ה"פרי חדש", "שו"ת הגר"ח מוולוז'ין" ו"משכנות יעקב".

וב"ישועות יעקב" נמי הכי פסק וכתב דלדינא לא נעזוב דעת רוב הפוסקים אף להקל. וכן סברי עוד אחרונים (עין באוצה"פ).

נכרת ע"י אדם לרפואת אותו אבר

(א) כתב ה"ם של שלמה" בפרק הערל סימן ט', דזה שכתב הרמב"ם "או שכרתן" (עיין לעיל סעיף א' בלשון הר"מ המובא בשו"ע) הכוונה היא שהאדם כרתן, ואפי"ה כשר כאילו נולד כן ממעי אמו. וזהו פירוש דברי הירושלמי פ"ח דיבמות הלכה ב' "הרי שעלת חטטין מי מחכך בה או מסיית והרי הוא בידי אדם כמי שהוא בידי שמים".

ב"תעלומות לב" סימן ד' הביא מהספר "תומת ישרים" ועוד רבנים וספרים להתיר כהמהרש"ל הנ"ל וכן דעת הספר "יד יוסף" סימן צ"ח.

(ב) אולם הרבה מהאחרונים לא פסקו כה"רש"ל הנ"ל: ב"אגרת בקורת" בתשובת המורה הוכיח מדברי התוס' יבמות ע"ה שכתבו שטוב לצוות לרופאים לחתוך חביצה השמאלית, וזה דלא כדברי המהרש"ל הנ"ל, — דהא לפי דבריו בלא"ה אינו נקרא ביד"א, דהא חתוך הרופאים מסתמא לרפואה הוא. וכן דעת הגריעב"ץ עצמו שם דף י"ב.

וכן פסק ה"ישועות יעקב" ס"ק ג' שכתב שאין משמעות הירושלמי כדבריו וכן דעת ה"ח"ס" שכתב שאף זמדברי הירושלמי נראה כ"הרש"ל" מ"מ אין היתר זה מבואר בלשון הרמב"ם ויותר נראה לפרש ד"או שכרתן" קאי אשחין עצמו.

וב"תורת חסד" סימן ל"ח כתב "ומה שאיזה אחרונים רצו להמציא קולא בפצו"ד ביד"ש ואח"כ שלטו בו ידי אדם שלא יהא נפסל לבוא בקהל, ובאמת חס ושלום להקל בזה" גם בהערות של הגרא"ז מלצר זצ"ל שבסוף "אוצה"פ" כתב שאין מדברי הירושלמי ראייה להרש"ל.

וב"חזון איש" אה"ע לקוטים סימן ד' כתב "אבל מלשון הרמב"ן בספר הזכות משמע דהשחין כרתן שאינו מפרש (דברי הירושלמי) מחכך ביד, לפיכך אין לנו להקל בכרתן לרפואה.

אך נראה מהאחרונים שצירפו עכ"פ את דעת המהרש"ל הנ"ל לספיקא עיין "עין יצחק" סימן י' י"א ועוד.

(ג) ומיהו בנתמסמס ועומד להתבטל ואח"כ כרתן אדם דעת רוב האחרונים להקל. ה"חתם סופר" הנ"ל כתב: דנראה פשוט דאם כבר נתמסמסה הביצה ועומד להתבטל והרופאים מיהרו וכרתו דשרי. וכן כתב ב"כסא דהרסנא" סימן ש"מ. וה"אבני נזר" סימן כ' הוסיף דמה שעשה הרופא אח"כ לא חשיב שסרסו, שכבר היה מסורס ועומד, ולא דמי לאיסור סירוס.

וכן כתב ב"דברי מלכיא"ל" סימן כ"ח שתוסיף דמה שכורת אח"כ הוי ככורת בשר המת.

וב"בית מאיר" כתב דלאחר שנתמסמס יש לדון בזה מצד כל העומד לחתוך כחתוך דמי [והאגרת בקורת כתב על סברא זו שהיא שבוש מוחלט, שא"כ אף יטמא

בחיינו משום אבר מן החי, והרי משנה שלמה שנינו פ"ט דחולין, דהאבר והבשר המדולדלין טהורין ועיין ב"עין יצחק" סימן ט' י' י"א ועוד אחרונים שהביאו ודנו בסברת ה"בית מאיר" הנ"ל (ועיין ב"הפרדס" אייר תשט"ו שרצה לדון מכוח הבית מאיר הנ"ל גם לעניננו).

נכרת ע"י אדם לשם רפואת אבר אחר

(א) כתב היש"ש פרק הערל סימן ט': "אבל מ"מ מי שיש לו שבירה או חולי האבן והוכרח לכרתן אין זה בידי שמים שהרי אינו בהכרח לכרות הביצים, אבל מה שהוכרח לכרות מעניני הביצים גופא הוא בידי שמים" ע"כ. וכן נראה מדברי הר"ת שהובאו במרדכי: (הביאם גם הח"ס שיובא להלן) ומתוך כך מכשיר אותם בני אדם שחותכין מהם הרופאים ביצה אחת לרפואתו ומנתיקת הבטן או מן האבן העוצרת השתן ומשמע דאלו נטלו כה"ג שתיהן לא היה מכשיר (עיין בח"ס להלן).

(ב) אולם ב"חתם סופר" סימן י"ז הביא מה"סמ"ג לאוין קי"ט שכתב: "אמר שמואל כל פסול בענין זה, כשלא היה בידי שמים, אלא בידי אדם, ע"י פשיעתו, כגון שכרתו אדם, או שהכהו הקוף, אבל אם נולד כן, או ע"י חולי אירע לו, כשר לבא בקהל". וכתב ע"ז הח"ס שמאריכות לשונו מבואר דדוקא אם כרתו אדם בפשיעה, ולאפוקי אם כרתו לרפואה שהיה לו חולי וכרתו להושיעו מחליו מותר בקהל, והוסיף שם שמלשון הסמ"ג בודאי משמע הכי, אבל אין היתר זה מבואר מלשון הרמב"ם. ומלשון ר"ת שבמרדכי פרק הערל משמע מה שחותכין הרופאים מחמת חולי האבן הוי בידי אדם.

ומדברי ה"ח"ס הנ"ל יש לדון היתר גם לעניננו דהא סוף כל סוף, כריתת הצנור, אם כי איננה מחמת מחלת הצנור עצמו, אבל עכ"פ הרי היא להושיעו מחליו, שהרי הוא צורך הנתוח, וכפי הנראה מדברי הח"ס הנ"ל, דלדעת הסמ"ג גם כריתה מחמת אבן היתה מותרת, שהרי הביא את דברי ר"ת שבמרדכי כהוכחה נגד דברי הסמ"ג הנ"ל.

(ג) ובהערות הגרי"ה הרצוג שליט"א בסוף אוצה"פ, הקשה לשיטת התת"ס הנ"ל בדעת הסמ"ג, א"כ גם כרתו לאנסו יהיה כשר וזה חדוש שלא נתן להאמר.

ועיין עוד בחקרי לב אה"ע סימן ז' שרצה לדון עפ"י טעם החנוך — והזקן אהרן סימן קנ"ז — דכל טעם הפסול דפצו"ד הוא כדי שלא יבואו לעשות כן בידי אדם (שאז יעבור על איסור סירוס מ"ובארצכם לא תעשו כן") (עיין לעיל בפרק א' אות א' שהובא שם לשון החנוך) דלפי טעם הנ"ל אם סרסו ביד"א משום פק"נ יהא שרי בבית ישראל, וכן אם סרסו גויים באונס לא יפסל, וכתב שלא מצאנו חדוש כזה, ולא נתן להאמר. וקשה להתיר מטעמא דקרא.

(ד) והגרא"ז מלצר זצ"ל כתב דגירסא זו של החת"ס לא תתכן משום דלא שייך בכרתו אדם להוסיף ולכתוב "ע"י פשיעתו" והחליט שהוא טעות סופר, והגירסא הנכונה היא "או ע"י פשיעתו" וזה מוסב על המשך דברי הסמ"ג "או שהכהו קוץ" ולפי"ז גם בכרתו לרפואה אסור. ואח"כ מצא בדפוס ישן את הגירסא הזאת.

וב"צמח צדק" סימן ט"ו אות ה' פירש את דברי הסמ"ג ד"ע"י פשיעתו" מוסב על "או הכהו קוץ" ומשו"ה נקרא קוץ ביד"א דמיירי דהכהו ע"י פשיעתו, ודבריו מתאימים לדברי הגרא"ז זצ"ל הנ"ל ואזלא הוכחת החת"ס.

(ה) אבל מרן הגרצ"פ פרנק שליט"א כתב בהערותיו לספר אוצר הפוסקים דאף לפי הגירסא הנ"ל "או בפשיעתו", קיימת בעינה הוכחת החת"ס. משום דהרי ע"כ לפי גירסא זאת בא הסמ"ג להשמיענו דלא בעינן מעשה בידים ממש וסגי אף בגרמא, ואשר כן הוא האמת, דהא לא נזכר כלל בדין פצו"ד דבעינן עשיה כמו בשבת דממעטינן גרמא, וא"כ הו"ל להסמ"ג לכתוב "או בגרמתו", ומדוע כתב "או בפשיעתו", הרי מלשון זה משמע דלא סגי בגרמא סתם, אלא בעינן דוקא גרמא שיש בה פשיעה? אלא שעל כרחק בא הסמ"ג להשמיענו דכל שלא היתה פשיעה במעשיו כגון שכרתו לרפואה איננו נפסל וכתחת"ס הנ"ל, והוסיף שם שזה מתאים מאד לטעמו של ה"חנוך" דשורש הפסול הוא כדי שלא יבא לעשות מעשה כזה בידים, וממילא דכשהוא לרפואה לא שייך למיפסל.

פרק ג

מה דין ספק פצוע דכה?

מאחר שיש לנו צדדים לכאן ולכאן נשאלת השאלה מה דין ספק פצו"ד האם הוא כשאר ספיקא דאורייתא, ולחומרא, או לא? אך כדי לברר מה דין ספיקא דדינא אנו נאלצים להקדים ולברר מה דין ספק ממש היינו ספק מציאותי כגון ספק נפצע ספק לא נפצע. (מקרה זה של ספק מציאותי נוגע להרבה אנשים שנעשה בהם נתוח פרוסטט והם מסופקים אם נחתך בשעת הנתוח גם צנור הזרע).

(א) ה"חקרי לב" סימן ז' כתב דלפי הריטב"א בקדושין בשם הראב"ד דפצו"ד הוא ממנין ה' קהלי דחד מיניהו הוא להתיר ספק ממזר הוא הדין דספק פצו"ד מותר בישראלית, אבל לשיטת רש"י תוספות ורוב הפוסקים דאית להו דקהל פצו"ד לאו ממנין ה' קהלי, ספק פצו"ד, הו"ל ספק תורה, דספיקו להחמיר.

(ב) אך ה"נודע ביהודה" סימן ז' כתב, דלדעתו הדבר פשוט דכולהו ילפי זה מזה אפילו אי קהל פצו"ד לאו ממנינה ועל כן ספק פצו"ד מותר.

וכן דעת רוב הפוסקים. ה"אבני נזר" סימן י"ז ו"בית יצחק" סימן ל"ו.

כתבו דכיון דילפינן ביבמות ע"ה ע"ב פצו"ד מממזר בגזרה שוה, אין גז"ש למחצה וכמו דספק ממזר מותר ה"ה ספק פצו"ד מותר.

וב"תורת חסד" כתב ע"ה, דאולי י"ל דאין הגז"ש באה להורות אלא ע"י מה נעשה לפצו"ד ובאיזה מקום (עיין ביבמות ע"ה ע"ב) אבל לא לענין פדטי הדינים. ה"ב"ת עיני" סימן ח' וה"ב"ת אליקים" סימן א' וה"ב"ת אפרים" חלק א' סימן ב' כתבו דמזה דמתירין פצו"ד בספקות, מוכח דהוא הדין ספק פצו"ד מותר בקהל.

וב"שואל-ומשיב" ח"א סימן ק"צ העלה להתיר מצד דספק עשה דפריה ורביה דוחה ספק ל"ת דפצו"ד [וב"בית יצחק" סימן ל"ז אות ד' רצה לדחות את דברי השו"מ הנ"ל עפ"י מה שחדש שם דאף לשיטת הסוברים ספיקא דאורייתא מדאורייתא לחומרא הוא רק בספק ל"ת, אבל לא בספק עשה, וא"כ אין ספק עשה דוחה ל"ת, אך שוב חזר בו בסימן קל"ד וכתב דיש לצרף סברת השו"מ הנ"ל לסניף עפ"י הלבוש או"ח סימן ס"ז דספק עשה דוחה ספק ל"ת].

ועיין עוד ב"שעה"מ" וב"אבני מלואים" כאן, ב"רע"א החדשות" סימן ס"ג, "כסא דהרסנא" סימן ש"מ, "באר יצחק" סימן ד', "עמק שאלה" סימן י"א, ו"בר אהרן" סימן א' ועוד.

ג) כל זה הוא מדאורייתא, אבל יש האוסרים ספק פצו"ד מדרבנן, ה"ב"ת הנ"ל וה"ישועות יעקב" כאן, שכתבו דהא דמבואר בש"ס דהאסור מדרבנן הוא משום מעלת יוחסין, שזה הרי לא שייך לפצו"ד שאין לו דורות, לסברא זו אנו זקוקים רק במקרה של רוב כשרים, אבל בספק השקול בלא"ה אסור מדרבנן. וה"אבני נזר" כתב דאם כבר נשא אשה לא יוציא, ובנה יסודו עפ"י ה"שטה מקובצת" בשם הראב"ד כתובות י"ג דכתבו דמשום מעלת יוחסין אין להוציא אשה מבעלה.

וב"שו"ת מהרש"ם" ח"ד סימן כ"א הביא מ"ב"ת עיני", מ"תפארת צבי", דהיכא דשכיח יותר לאסור מלהתיר גם ספק פצו"ד אסור, וכן כתב ה"מנחת פתים".

ד) אך דעת ה"רע"א" סימן ס"ג, ה"ב"ת אפרים" סימן ב', "באר יצחק" סימן ד' "חלקת יואב" סימן ג', ו"תורת חסד" סימן ל"ז, "הרב מרדויל" ב"ב"ת עיני" סימן ו' הנ"ל, "בית אליקים" ועוד הרבה מהאחרונים דספק פצו"ד מותר אף מדרבנן, דהא הטעם דספק אסור הוא משום מעלת יוחסין ופצו"ד אין לו דורות. ה) ובספיקא דדינא דעת ה"דברי מלכיא"ל" ח"ג סימן פ"ט, וכן הביא שם מה"נודע בשערים", ומה"רע"א" בתשובה שבסוף דו"ח, דלא שייך בספיקא דדינא להקל מפני שאין זה קרוי ספק, דהא קמיה שמיא גליא.

ו) אבל הרבה מהאחרונים הכריעו דגם בספיקא דדינא אמרינן להקל

אף מדרבנן, ה"באר יצחק" סימן ד', "עמק יהושע" סימן ט"ו, "חלקת יואב" סימן ג', "נר אהרן" סימן א' ועוד.

ס כ ו ט

מהאמור לעיל נמצאנו למדים:

- (א) לפי דעת הרבה אחרונים אין פסול פצו"ד נוהג אלא א"כ נפצעו אברי הזרע דוקא.
- (ב) דעת החזו"ן איש" שאין צנור הזרע שבפרוסטט בכלל אברי הזרע לענין פצו"ד.
- (ג) דעת רוב האחרונים שאין שום היתר אפילו כשנכרת ע"י אדם למטרת רפואה, כל זמן שלא נתמסמס האבר.
- (ד) לפי דברי החתם סופר בדעת הסמ"ג, אין לפציעה לשם רפואה, דין של בידי אדם, אפילו אם נעשה לשם רפואת אבר אחר.
- (ה) רוב האחרונים מתירים ספק פצו"ד אפילו בספיקא דדינא.

חלק ב'

האם אין בעצם עשיית הנתוח משום איסור סירוס ומתי הוא מותר

בחלק זה נעמוד על ארבע נקודות יסודיות:

- (א) מי עובר על איסור סירוס האם רק המסרס או גם המסורס ע"י אחרים?
- (ב) מה דין מקרה שיש בו סכנת נפשות? (ג) מה דין מקרה שאין בו סכנה?
- (ד) מהות איסור כוס של עקרין, מדאורייתא או מדרבנן? נקודה אחרונה זו חשובה לנו במיוחד היות והאחרונים (החז"א ועוד) השוו את נתוק הצנור בפרוסטט לשותה כוס של עקרין (עיין לעיל חלק א' פרק א').

מי עובר על איסור סירוס האם רק המסרס או גם המסורס ע"י אחרים? (א) "במנחת חנוך" מצוה רצ"א כתב דלא מצינו דהמסתרס עובר בלאו ויש עליו רק דין מסייע כמו בשבת, ואף שהיה אפשר לדמות דין זה ללאו "דהקפה" דאחד המקיף ואחד הניקף בכלל איסור זה, ולפי פירוש אחד ברש"י מכות כ' ע"ב, המקור לאסור את הניקף הוא משום דהלאו ד"לא תקיפו" נאמר בלשון רבים וא"כ הרי גם בלאו דסירוס היה מהראוי לחייב את המסורס, דהרי גם הכא בלשון רבים נאמר "לא תעשו". מ"מ כיון שלא נתבאר חדוש זה בשום מקום לא נוכל לחייבו ובודאי יש איזה סברא לחלק. ע"כ. וכן פסק ב"בית משה" ס"ק ט'.

וב"דבר אליהו" (להגר"א קלצקין) סימן י"ז כתב: דאף אם נאמר דגם המסורס בכלל מ"מ לא חמור משותה כוס של עקרין, וגם מסתבר דכיון דהקרא

נאמר גבי בהמה, אדם דומיא דבהמה דלא שייך התם הלאו במסורס, ואינו ענין לדנין אפשר משאי אפשר.

(ב) וב"נתיבות לשבת" ס"ק ז' כתב: דאף דמלשון הרמב"ם שכתב "וכל המסרס לוקה" משמע דרק המסרס נכלל באסור זה מ"מ נראה, דדמי ללאו דהקפה וכמו דהתם גם הניקף בכלל, משום שנאמר בלשון רבים "לא תקיפו", ה"ה הכא שנאמר בלשון רבים "ובארצכם לא תעשו" גם המסורס במשמע. וכל שכן לפי מה שאמר רש"י בשבת ק"י ע"ב. "לא תעשו קרי לא תעשו". דמשמע דעיקר הקרא במסורס איירי.

(ג) ברור שבמקרה שיש בו סכנה, אין דבר העומד בפני פקוח נפש, ומותר אפילו לסרסו בידים. וכן כתב הריטב"א יבמות ס"ה ובספר "תעלומות לב" הביא כן גם מדברי הריטב"א שבת פרק ח' שרצים.

וכן פסקו ה"אפי זוטרי" ס"ק י"ז ה"יד אהרן" הגה"ט אות י' "אדמת הקדש" סימן כ"ג ו"בימי יוסף" סימן ו' ועוד אחרונים, משום דאין דבר העומד בפני פק"ג ואפילו בידים ממש מותר לסרסו.

ואף כי ב"שואל ומשיב" מהד"ת ח"ג סימן מ"ד אסר להשקות לקטן במקום סכנה אפילו כוס של עקרין, משום דכל שיש בו משום השחתת עולם אפילו במקום פק"ג אסור, אבל כבר תמה עליו בספר "תעלומות לב" סימן ד' וכתב דנעלם ממנו דברי הריטב"א הג"ל ומה עוד שאין זה השחתת עולם שהעולם לא ישחת גם אם זה לא יוליד.

(ד) עיקר השאלה היא במקרה שאין בו משום פק"ג והוא אך לרפואה בעלמא האם מותר לסרסו ע"י מי שאינו יהודי.

בשו"ע סימן ה' סעיף י"ד כתב: אסור לומר לעכו"ם לסרס בהמה שלנו וכו' וכתב ע"ז ה"ב"ש "אמירה לעכו"ם לסרס אסורה ממנ"פ או מטעם אמירה לעכו"ם שאסורה בכל האיסורים, או משום דבן נח מצווה על הסירוס".

אך ב"בית משה" ס"ק י"ג כתב דאם הוא חולה שאין בו סכנה ויוכל למצא רפואה ע"י שיסרסוהו בידים נראה דרופא שאינו יהודי מותר לסרסו, דהרי כתבו הראשונים התוס' והר"ן בטעם איסור סירוס לרפואה, אף דהוי דבר שאינו מתכווין, דאיסורו הוא משום דהוי פסיק רישא, והרי מבואר ב"מגן אברהם" או"ח סימן ד"ג ס"ק מ"א דאמירה לנכרי מותרת בפסיק רישא, ועיין ב"נקודת הכסף" סימן קצ"ח ומג"א סימן ש"מ דמסייע אין בו ממש, אבל ע"י ישראל ודאי אסור.

וב"דבר אליהו" סימן י"ז בנדון אשה שאם תתעבר תסתכן, פסק שם שמותר לסרסה ע"י רופא עכו"ם דהא קי"ל דאין עכו"ם מצווים על הסירוס (דלא כר' חידקא) וכל עיקר האיסור הוא מטעם אמירה לנכרי. וא"כ כאן דהוא ע"י רופא דאדעתא דנפשיה עביד שרי אעפ"י שנוטל שכר. ואף אי גימא דגם המסורס בכלל

האיסור, מ"מ לא חמור טפי משותה כוס של עקרינ, וגם מסתבר דהאיסור הוא רק על המסרס ובפרט כשמשקין קודם סם המרדים. וקיל מכוס של עקרינ, ועיקר איסורו הוא מטעם אמירה לנכרי, והרופא אדעתא דנפשיה קעביד אף שהוא נוטל שכר.

ה) והנה לפי המבואר לעיל דלפי כמה שיטות אין הצנור שבפרוסטט נכלל באברי הזרע, וניתוקו נכלל רק באיסור כוס של עקרינ. יש להזכיר כאן דעת כמה מהאחרונים דסבירא להו בדעת הרמב"ם דהשותה לרפואה אינו בכלל האיסור. עיין ב"יד אהרן" הגה"ט ס"ק ה' "פני משה" ס"ק ו' וב"אדמת הקדש" סימן כ"ג, ודייקו כן מלשון הרמב"ם שכתב "המשקה כוס של עקרינ כדי לסרסו" ומשמע דדווקא שהשקה כדי לסרסו ולא כשהשקהו לרפואה. אלא שתמהו שם מדברי הגמ' שבת ק"י דמשמע דגם לרפואה אסור.

ו) אך עיין בב"ש כאן ס"ק י"ג דכתב בפשיטות דגם לשיטת הרמב"ם אסור לרפואה.

ועיין עוד ב"אפי זוטרי" ס"ק י"ז וה"נתיבות לשבת" ס"ק ז' שתירצו את לשון הרמב"ם הנ"ל דכוונתו למעט חצי שיעור דהא בגמ' מבואר דבתרי כסי מתעקר וא"כ השותה כוס אחת אינו באיסור, ואינו דומה לשאר איסורים ששם אסרה תורה אף חצי שיעור, דשאני התם משום דחזי לאיצטרופי, משא"כ הכא דעיקר האיסור אינו ממאכלות אסורות, אלא כדי שלא יתעקר ולכן לא גזרו בו רבנן בחצי שיעור, ועוד שאפילו כששתה כשיעור, הא הוי אינו מתכווין, ולכן לא גזרו כולי האי.

ז) מיהו יש לברר עיקר איסור שתית כוס של עקרינ אם הוא מדאורייתא או מדרבנן, ולפי"ז נדון גם לעניננו דהא כבר הובא לעיל בשם החזו"א ועוד דהשוו את הצנור שבפרוסטט לכוס של עקרינ.

כתב הרמב"ם פט"ז מא"ב הי"ב וכן בשו"ע סימן ה' ס"ק י"ב "המשקה כוס של עקרינ לאדם או לשאר בע"ח כדי לסרסו הרי זה אסור ואין לוקין עליו". וכתב עלה במ"מ "מהסוגיא שבת דף ק"י מתבאר דכל היכא דלא נגע באברים ממש לא מחייב".

וב"לבוש" בסימן זה כתב "מדכתיב לא תעשו משמע עשייה בידים שנוגע באברי ההולדה ומסרסן אבל המשקה כוס של עקרינ כדי לסרסו אינו לזקה עליו שהרי אינו נוגע באברי הזרע, אבל איסורא מיהא איכא אפילו שותה רק לרפואה". (ועיין בח"א ס"ק י' מה שהבאנו שם בשם הלבוש). וכן כתב גם ב"קריית ספר" על הרמב"ם דכל היכא דלא נגע באברים ממש לא מחייב משום ובארצכם לא תעשו דהא אמצוץ וכתות קאי דהוי סירוס אברים ומשו"ה לא לקי.

וב"ביאורי הגר"א" בשו"ע כאן כתב "דלתנייהו בכלל ומעוך וכו' אלא בכלל "משחתם" רלהכי לא נפקא אשה אלא ממשחתם כיון דלא שייך בה ומעוך וכו' בגיד

ובביצים ואין לוקין כנ"ל. ולפי "ביאור הגר"א" הנ"ל אינו אלא איסור עשה ולא לאו ומשונה אין לוקין עליו.

ח) ובתוספות בכורות ל"ט ע"ב לפי גירסת ה"צ"ק נראה דכוס של עקרין אסור מדאורייתא דהכי גירסתו התם בד"ה וכולם "כולם בגיד פירוש ולא בביצים ומיהו סיפיה דקרא ובארצכם לא תעשו איירי אפילו בביצים בכ"מ שמסתרס דאפי' ע"י שתיית כוס של עקרין אסרינן בפ' ח' שרצים וכו'".

וב"נתיבות לשבת" כתב: דמלשון הרמב"ם שכתב "אסור ואין לוקין עליו" משמע דאיסורא מדאורייתא מיהא איכא. וכן כתב בתשובת הרמ"ך שבספר "בית יהודה" עייאש ח"ב סימן מ"ז.

וב"תורת חסד" סימן ל"ח כתב שמדברי התוס' הרא"ש וזה"ר שפסקו דאסור לשתות כוס עקרין גם לרפואה ואינו מתכוין — משום דמודה ר"ש בפסיק רישיה מוכח דס"ל דהאיסור הוא מדאורייתא, דהא במילי דרבנן — כתב ה"תרומת הדשן" — דפסיק רישיה שרי.

וב"מנחת חינוך" תמה אמאי אין לוקין על שתית כוס של עקרין הא מסוגית הגמ' משמע דאין חלוק בין נגע ללא נגע, דהא פריך מברייטא דמנין לסירוס שהוא אסור, וכן מסירוס אחר סירוס, ולא משני הא בדנגע והא בדלא נגע, ומוכח מזה דאין לחלק בכגון זה, וא"כ אמאי לא לקי כיון דהוא נכלל בלאו, דאם לא כן מנלן דאסור לשתותו (ועיין בביהגר"א דלעיל).

וכן כתב ב"אגרת בקורת" להגריעב"ץ דכוס של עקרין הוא איסור דאורייתא והא דאין לוקין עליו הוא משום דהוא לאו שאין בו מעשה (הובא לעיל חלק א' אות א').

וכן כתב ה"חתם סופר" עיין לעיל חלק א' אות י' הובא כל הקטע.

ט) אבל ה"מאירי" בשבת כתב דסירוס זה של כוס עקרין אינו אלא מדברי סופרים ואעפ"י שדרשו לא תעשו "לא תעשו" כלומר אפילו ממילא אסמכתא היא זו.

וכן משמע מדברי ה"ריטב"א יבמות ס"ג דכתב: "ואסור לאדם לשתות שום דבר שיעקרהו כדי לעסוק בתורה אבל לבטל ממנו תאוה והרהור שרי ואריך וכן שמעתי בשם רבנו הגדול ז"ל שאם קיים פ"ו וחשקה נפשו בתורה לגמרי ורוצה לשתות או לאכול דבר של עיקור כדי שלא יתבטל מתורתו שהוא מותר דההיא דר' יהושע (ולערב אל תנח) מצוה היא דרבנן ובכי הא שרו רבנן וטעמא דמסתבר הוא ושמעתי על גדולים שעשו מעשה בדבר זה בעצמו" ומשמע דס"ל דכוס של עקרין הוא מדרבנן.

וב"יד דוד" שאלה א' כתב דלסרס בשאר אברים או בשאר דרכים לשלול ממנו כוח ההולדה אין בזה מלקות ואפשר שאינו אלא מדרבנן מגזירה אטו ג' אברים

או אפשר שאסור מן התורה מרבויה ד"משחתם" לרבות שאר משחיתים (ועיין ביהגר"א לעיל) ויותר מסתבר שאינו אלא מדרבנן ואף אי נימא דהוא מדאורייתא אין איסורו אלא משום דמשחית החי הראוי להוליד לא שנאסר עצם המעשה כמו שנאסר המסרס ע"כ. וכן פסק ב"בית יהודה" הנ"ל ח"ב סימן מ"ז.

וכן כתב ב"חזון איש" שבת סימן ס"ב (הוצאה חדשה) דמדברי הרמב"ם פט"ז מה' אי"ב הי"ב משמע דשתיית כוס עקרינ אינו אלא מדרבנן וכן הסביר שם את שיטת הרשב"א עיי"ש.

(י) ובשו"ע שם סעיף י"ג ברמ"א "אבל מותר ליטול כרבלתו של תרנגול אע"ג דמסתרס ע"י זה וכן כל כיוצא בזה דלא עביד כלום באברי הזרע (הגהת אלפסי)".

וכתב ע"ז ב"ביהגר"א" "לאו דוקא אלא משום דאינו מסרס כלל אלא מונעו מתשמיש כמ"ש שם" וכו'.

אך מרן הגרצ"פ פראנק שליט"א כתב (בהערותיו לאוצה"פ) בתשובה דהשגת הגר"א אינה מוכנת לו דדלמא גם הרמ"א שכתב "דלא עביד כלום" ג"כ מתכווין לומר כהגר"א הנ"ל דאינו מסרס כלל ולא עביד כלום באברי הזרע דומיא דנטילת הכרבלתא.

ועוד החליט שם באותה תשובה, לאסור אף כשאינו נוגע באברי הזרע, ופסק שם לאסור הזרקת סם המעקר לתרנגול, אף שהזריקה לא נעשית באבר הזרע דוקא. משום שזריקה נחשבת כמעשה בידים ממש ולוקין על זה. וגרע מכוס של עקרינ דהוא ע"י שתיה ויכולין להקיא כשאר סמא דחריפא דאפשר להציל את השותה ע"י הקאה, משא"כ זריקה אינה נתנת להצלה ונחשב למעשה בידים ממש דכל אברי האדם גוף אחד הם ואף שמגדולי הפוסקים נראה דתלוי בנוגע באברי הזרע כמו המגיד משנה הלבוש והמבי"ט (הובאו לעיל) מ"מ כיוון דלא נזכר בגמ' חילוק זה (עיין במנח"ח שהובא לעיל) יש מקום לומר דאין נפ"מ כלל בין נוגע ללא נוגע ובכל מקום שעושה בגוף מעשה שע"י זה יסתרס חשוב מסרס ועובר.

ס כ ו

מתאמור בחלק זה נמצאנו למדים:

- (א) נחלקו האחרונים אם גם המסורס ע"י אחרים עובר על לאו דסירוס.
- (ב) במקרה שאין בו סכנה אין דבר העומד בפני פקוח נפש. (חוץ מדעת השואל ומשיב).
- (ג) במקרה שאין בו סכנה, דעת האחרונים להתיר, ע"י רופא שאינו יהודי, אפילו סרוס בידים.
- (ד) בכוס של עקרינ נחלקו האחרונים אם הוא מדאורייתא או מדרבנן.

(ה) נתוח הפרוסטטט במקרה שאין בו סכנה, — לפי אלה המשווים את הנתוח הנ"ל לשותה כוס של עקרין — תלוי הדבר : אם כוס של עקרין אסור מדאורייתא, — אין להתיר אלא ע"י רופא שאינו יהודי. ואם כוס של עקרין דרבנן דינו כמבואר באו"ח סימן שכ"ח לענין שבות דשבת (ועיין שם בשו"ע ואחרונים).

מקורות

(בערך, לפי סדר הספרים המובאים בקונטרס)

א) אוצר הפוסקים, הערות המערכת. (ב) הפרוס : ניסן תשט"ז, אייר תשט"ו. (ג) אגרת בקורת, דף ה'. (ד) חנוך, תקנ"ט. (ה) חתם סופר, אה"ע סימן י"ד י"ז. (ו) חקרי לב, אה"ע סימן ד'. (ז) יד דוד, תשובה א'. (ח) חזו"א : ב"ב סנהדרין לקוטים ג"א, אה"ע לקוטים ד', שבת ס"ב (הוצאה חדשה). (ט) מאמר הגרא"י אונטרמן שליט"א, בסוף אוצה"פ. י) יראים, עמוד ביאה סימן ד'. יא) בית שמואל, שו"ע סימן ה'. יב) בית יצחק, סימן לד', לו, לז, קלד. יג) תורת חסד, סימן ל"ז ל"ח. יד) ב"ח, שו"ע סימן ה'. טו) קרבן נתנאל. טז) יבמות ע"ה, רש"י, תוס', והרא"ש. יז) רמב"ם, פ"ו מסוטה ה"ו, בכסף משנה ומשנה למלך. יח) רמב"ם, פט"ז מא"ב. יט) פירוש המשנה להרמב"ם. כ) ספר המצות להרמב"ם, מצות ל"ת, ש"ס. כא) תוספות, סוטה כ"ו ע"א. כב) לבוש, סימן ה' ס"ק י"ב. כג) פני משה, אה"ע, שאלה ב'. כד) אמרי שפר, סימן ע"ד. כה) אוצר הפוסקים, בשם יד אהרן הגה"ט אות א'. כו) אוצר הפוסקים, בשם שלחנו של אברהם סימן ה'. כז) ארמת הקדש, ח"א סימן כ"ג. כח) עבודת ה', סימן ג'. כט) פתחי תשובה, שו"ע סימן ה'. ל) אפי זוטרי, ס"ק י"ד י"ז. לא) ברכי יוסף. לב) שו"ע אה"ע, סימן ה'. לג) תומת ישרים, סימן ג"א, ג"ב, קכ"ה. לד) כסא דהרסנא, סימן ש"מ. לה) אוצר הפוסקים, בשם הדבר משפט, ובני אברהם. לו) עין יצחק, סימן ט', י', י"א. לז) ישועות יעקב, ס"ק ג'. לח) מהרש"ל פרק הערל, סימן ט'. לט) ירושלמי, יבמות, פ"ח—ה"ב. מ) תעלומות לב, סימן ד'. מא) יד יוסף, סימן צ"ח. מב) הערות הגרא"י מלצר זצ"ל, באוצר הפוסקים. מג) אבני נזר, סימן כ' י"ז. מד) דברי מלכאל, סימן פ"ח, פ"ט. מה) בית מאיר. מו) מרדכי, פרק הערל. מז) מאמר מרן הגרא"י הרצוג, באוצה"פ. מח) צמח צדק סימן ט"ו אות ה'. מט) הערות מרן הגר"פ פרנק באוצה"פ. נ) גודע ביהודה סימן ו'. נא) בת עיני, סימן ח'. נב) בית אליקים, סימן א'. נג) בית אפרים, חלק א' סימן ב'. נד) שואל ומשיב, חלק א' סימן ק"צ, מהר"ת ח"ג סימן מ"ז. נה) אבני מלואים. נו) שער המלך. נז) רע"א, סימן ס"ג. נח) באריצחק, סימן ד'. נט) עמק שאלה, סימן י"א. ס) גר אהרן, סימן א'. סא) שו"ת מהרש"ם, ח"ב סימן כ"א. סב) חלקת יואב, סימן ג'. סג) עמק יהושע, סימן ט"ו. סד) מנחת חנוך, רצ"א. סה) בית משה, ס"ק ט', י', י"ג. סו) דבר אליהו, סימן י"ז. סז) נתיבות לשבת, ס"ק ז'. סח) שבת, ק"י, רש"י תוס' הרא"ש והר"ן. סט) ריטב"א, יבמות ס"ה. ע) ימי יוסף, סימן ו'. עא) קרית ספר. עב) תוספות, בכורות ל"ט ע"ב. עג) בית יהודה, (עייאש) ח"ב סימן מ"ז. עד) המאירי, שבת ק"י. עה) ריטב"א יבמות ס"ג. עו) באורי הגרא"א. עז) תשובת מרן הגר"פ פרנק שליט"א, בסוף אוצה"פ. עח) צאן קדשים בכורות ל"ט ע"ב. עט) מנחת פתים.

שימוש במקרה חשמלי בשבת ויו"ט

א. עם חידוש הטכניקה החדשה נתעוררו בעיות חדשות וגזעות להלכה למעשה. ביניהם אחת השאלות של שימוש במקרה (פריודער) חשמלי בשבת ויו"ט, שאלה זו מתפצלת לכמה בעיות, הן צד האיסור או חשש איסור בזה, ובנגוד לזה צד היתרי השימוש בשבת, באיזה אופן יש איסור או חשש איסור ובאיזה אופן מותר, וכן יש לברר דין השימוש ביו"ט.

ב. קודם שנבאר צד ההלכה בזה, נסביר קצת תהליך הטכניקה של המקרה והוא :

כשפותחים את דלת המקרה לזמן מה, תיבת המקרה כולו ואף תא הקירור מתחיל להתחמם ואחרי זמן מה הטמפרטורה עולה למדרגה מסוימת וגורמת לסגירת המעגל החשמלי ע"י מפסיק זרם אוטומטי, סגירת המעגל במפסיק מפעילה את מחזור של המקרה, המבנה של המפסיק הוא כדלהלן : בתוך תא הקירור נמצא צנור דק גז מסויים, אל הצנור מחובר מפוח, המפוח עשוי מחומר גמיש, כשהטמפרטורה עולה בתוך המקרה הגז רוצה להתפשט, ומפני שאין באפשרותו להתפשט בתוך הצנור הוא גורם להתפשטות המפוח, התפשטות זו גורמת למגע בין שני צדי המפסיק וסוגרת את מעגל החשמלי והמנוע מתחיל לפעול, בכמה מקרים גורם קפיץ לסגירת המפסיק לפני שקצה המפוח מגיע לסגירת המעגל, כשמתקרה המקרה אחרי פעולת המחזור לחץ הגז בתוך הצנור קטן והמפוח מתכווץ, המעגל נפתח ע"י קפיץ נגדי והפעולה נפסקת.

ג. הסברת הדברים בפשטות ובקצרה הוא :

המקרה סודר באופן כזה : ע"י זרם כח החשמל נושבת בו רוח קרה מאד והקרירות עולה לסכום של 40 נקודות (אחוזים) וכשמגיע למתח ידוע לנקודה האחרונה אזי מכונת החשמל מפסיקה את עבודתה באופן אוטומטי, ובמשך זמן מה הקרירות נחלשת ומתמעטת ויורדת איזה נקודות אזי מכונת החשמל שוב מתחילה לפעול באופן אוטומטי ומוסיפה לנשוב רוח קרה עד שמעמידה את הקרירות לכדי מדתו הנכונה, וכן דרכו תמיד, ויש מסביר השאלה בנוסח זה : המקרה עשוי באופן זה, כחות החשמל מנשבים רוח קר במאטאר העשוי לזה עד

נקודת קרח, וכשהאוויר נתקרר עד נקודה כזו המאטאר שובת מאיליו באופן אוטומטי דהיינו שכח החשמל נפסק והמאטאר שובת, וכשפותחים הדלת ובא לשם אויר חם מתחברים חוטי החשמל ומתחיל המאטאר עוד הפעם לעבוד עבודתו לגשב רוח קר עד מדרגת קרח יען ע"י אויר החם הבאה לשם נתמעט מדרגה זו, וכידוע בכל חיבור או פיסוק חוטי החשמל הוא מוליד ניצוצות א"כ בפתיחת דלת המקרר מוליד ניצוצות. ולפי זה מובנת השאלה להלכה למעשה, א. אם מותר להשתמש במקרר בשבת ויו"ט? ב. ואם יש לחלק בין שבת ליו"ט? ג. ואיך יש להתנהג באופן המותר אליבא דכל הדעות בזה?

ד. ביאור צדדי הספק, וחששות האיסור, בשימוש במקרר בשבת.

הנה אלו מקררים שבפתיחת הדלת נדלק מיד פנס בתוכם להאיר שם, (וכן זה שמצלצל ומשמיע קול). ע"ז אין לדון כי פשוט מבעיר הוא דאסור לכו"ע ואסור לפתוח בשבת ויו"ט, כי בפתיחת הדלת הוא מחבר חוטי החשמל כמו בסיבוב הכפתור אצל כל הבערת החשמל דהוי מדליק בידים וניחא ליה בהבערה זו שיאיר שם לראות הנמצא שם ולתכלית זה נעשה, וחייב משום מבעיר, ופשיטא דאסור אפילו ביו"ט, ובהכרח צריך להסיר ולסלק פנס זה מעש"ק (נזר הקודש ס"י, ברכת שלמה ס"י ב' שו"ת חלקת יעקב ס"י נ"ד, החשמל לאור ההלכה ס"י ג' פ"ה). והנה בזה שפותחים דלת המקרר מתמעט הקור לאט לאט, פשוט דאין שום חשש, והרי זה דומה לבית מלא חום שמותר לפתוח הדלת בשבת לכתחילה כדי למזג את האויר, אולם הבעיה בנידון דידן לאיסור הוא מטעם שגורם להבערה בשבת כי בזמן שהאדם משתמש בהכנסת או הוצאת המאכלים ומשקאות וכדומה — במקרר אזי בפתיחת הדלת לזמן מה הוא גורם ע"י פתיחתו שתצא הקרירות מהמקרר בהרבה נקודות ויכנס בו אויר הבית החם ונמצא ממילא גורם בהכרח שמכונת החשמל תתחיל לפעול מחדש ולהזרים זרם חשמלי קר (וכן מוליד ניצוצות כנ"ל) ונמצא גורם להבערה בשבת, (וכן ביו"ט דאסור מטעם מוליד אש עין בס' מאורי אש וס' החשמל לאור ההלכה). ולפעמים פותחים המקרר באותו הזמן שתיכף ומיד מתחיל הזרם לזרום, כי אין שום סימנים מבחוץ לדעת מדת הקור שבפנים להזהר מזה. (שו"ת הלל אומר ס"י ק"ס להרב הלל פוסק).

ה. טעמי וחששות האוסרים השימוש במקרר בשבת.

א. הנה לדעת הרא"ש בפ"ב דביצה דמסביר הטעם דאמרינן (בביצה כ"ב) נותן שמן בנר חייב משום מבעיר, והוא משום דגורם להאריך בהבערתו והוי כאילו

מדליקו, וכן הא דאמרי' המסתפק מן השמן שבנר דחייב משום מכבה היינו טעמא משום דממהר בכיבוי, ואפילו רבנן דר"י (בשבת ק"כ) דס"ל גרם כיבוי מותר הכא מודו, דדוקא התם שאינו נוגע בדבר הדולק אלא עושה דבר חוצה לו הגורם הכיבוי כשתגיע שם הדליקה הוי גרמא ומותר מה שאין כן הכא בשמן ופתילה הרי שתייהן גורמים את הדליקה והממעט מאחד מהן וממהר הכיבוי חייב עיי"ש, ואין מי שיחלוק על דעת הרא"ש בזה, ולפ"ז יש בנידון דידן איסור תורה דדמי פתיחת הדלת לנותן שמן בנר דחייב מן התורה משום מבעיר, ועוד דדמי לדין פותח דלת בפני הנר בשבת דאסור כמו שנפסק בשו"ע או"ח סי' רע"ז וכ"ש הכא דהוי פסיק רישא (חידושי הגר"י להרב יעקב קנטרוביץ).

ב. עוד חשש נוסף לפתוח בשעה שאינו פועל דבשעה שפותח דלת המקרר לפעמים תתלקח פתאום זרם החשמלי לפעול וזה שכיח, ודמי להא דתנן בשבת (דף מ"ז ע"ב) נותנין כלי תחת הנר לקבל ניצוצות ולא יתן לתוכו מים מפני שהוא מכבה ומפרש בגמרא הטעם מפני שמקרב כיבוי, ופירשו שם התוס' דיש לחוש שיתחיל ליתן המים קודם נפילת הניצוצות וקודם גמר הנתינה יפלו ומכבה בידים או שיגביה עם המים כנגד הניצוצות עיי"ש (והובאו דבריהם במג"א סי' רס"ה סק"ח) וה"ה בנ"ד דאסור, ושו"ת הלל אומר סי' ק"ס, ועוד דדמי לפותח דלת נגד הרוח. (ס' ברכת שלמה סו"ס ב').

ג. יש לאסור בני"ד מטעם דלא עדיף מדין דפותח דלת בפני הנר בשבת (שבת ק"נ ושו"ע או"ח סי' רע"ז) דאסור וגרע משם כי שם בשו"ע נקט לשון "שמא" יכבה הרוח כי ספק הוא אם יכבה (עיי"ש במשנ"ב), ובנ"ד בודאי כל אור הנכנס במקרר מביא למלאכת הבערה, ודמי לפותח דלת בפני המדורה ברוח שאינו מצוייה (שבת שם) דהוי פסיק רישא ממש, ועיין בס' ערוך השלחן סי' רע"ז שהביא מירושלמי דכשיש נר קבוע אחורי הדלת לא ידליקנה לכתחילה על שבת שקרוב לבוא לידי איסור תורה, וכ"ש בנ"ד שבודאי יבוא לידי איסור דאורייתא או דרבנן ובודאי ל"ד לנועל דלת בפני הנר דהתם ע"י הנעילה אינו מוסיף דבר לעצם הבערה ואינו אלא מונע מקלקול הבערה שלא יכבה אבל בנ"ד מוסיף ומאריך בהבערה והוי כמבעיר (ס' חידושי הגר"י).

ד. אם יהודים עובדים בשבת בתחנת הכח החשמל יש איסור נוסף להשתמש במקרר בשבת משום מעשה שבת כשנעשו במזיד ע"י ישראל כדין המבשל בשבת כמבואר בשו"ע או"ח סי' שי"ח, ובנ"ד חמור יותר שגורם דהפועלים יהודים יוסיפו נפט ומכוניות ושאר מלאכות בשבת ועובר על לפני עור, ואפי' בדיעבד ששמו במקרר מאכלים אסור להנות מהם דהוי מעשה שבת דאכילת קרים בימות החמה מיקרי הנאה דהנודר מהמעין אסור לטבול בימות החמה. ס' החשמל לאור ההלכה סימן ג' פ"ה (להרב שמואל אהרן יודלעביץ).

ו. בירור דעות המתירין (השימוש במקרה) וטעמיהם.

והנה לעומת דעות האוסרים וחששותיהן, ישנם מחברים המתירים השימוש במקרה בשבת ויו"ט, מטעמים שיתבארו לפנינו ונפרטם אחד אחד :

התר א

יש להתיר בנ"ד לפמ"ש במס' שבת דף ק"כ ע"א תנא גר שאחורי הדלת פותח ונועל כדרכו ואם כבתה כבתה. ופי' בתוס' דאיירי בשעה שפותח או נועל הדלת מתקרב השמן לשלהבת והוי כנותן שמן בנר דחייב משום מבעיר (ביצה כ"ב) וכן כשמרחק השמן משלהבת כמסתפק מהשמן שבנר דחייב משום מכבה (שם) וטעם ההתר יש להסביר : כיון שאין כוונתו והבערה זו מביאה לידי כיבוי מפני התקרבות השמן לשלהבת תכלה השמן במוקדם יותר הוי ליה הבערה זו גם ענין מכבה ואינו דומה לכל מבעיר שרוצה בגוף ההבערה אף דיודע שעי"ז תכלה השמן מ"מ עיקר מטרתו אינה אלא עצם ההבערה משא"כ בנ"ד שאינו רוצה כלל בהבערה ואדרבה אם היה מתכוין להבעיר למטרה לכלות השמן בהקדם שאין זה מטרת מבעיר אלא מטרת מכבה ומבעיר זה הוי מלאכה שאינה צריכה לגופה ולכן אף שאינו מכוין לכיבוי אבל כיון שאינו מכוין ג"כ להבעיר והפסיק רישא אינו עושה כמתכוין להבעיר דדלמא יש בזה ההבערה מטרת מכבה וממילא אין כאן פסי"ר להבערה אבל משום מכבה יש כאן כשאנו רואים שכבתה, ולפי"ז גם בני"ד שאין בזה לא מטרת מכבה ולא מבעיר אין דנים בזה פסי"ר, ולא דמי להא דהנותן שמן בנר וכו' דאיכא התם מטרת מבעיר או מכבה ואפילו בנר שאחורי הדלת דליתא בזה שום מטרה מ"מ כשכבתה טרם תם השמן יש לחוש למטרת מכבה מטעם פסי"ר כנ"ל ולכן לייט התם אביי ע"ז משא"כ בני"ד דליכא בזה מכבה בפועל ורק משום שיש בזה הקטנת הפעולה ע"י הפתיחה והגדלת הפעולה ע"י הנעילה בלא שום מטרה דמכבה ומבעיר ליתא בזה גם פסי"ר. ס' שו"ת נזר הקודש סימן י"ז (להרב משה ראזין).

התר ב

עוד יש להתיר לפי דעת הרשב"א בפ' האורג (הובא בר"ן שם) דמותר לנעול דלת הבית בכוונה לשמירת הבית וגם לשמירת הצבי הנכנס לתוכו אף דנמצא ניצוד ממילא והסבר הדבר הוא : דס"ל להרשב"א דבעושה מלאכה בגוף א' וע"י מלאכה זו נעשית מלאכה אחרת בסיבתה ולולא הכוונה להאחרת אין זה נחשב למלאכה כלל כנידון צידת צבי לולא הכוונה לתכלית הצידה ורק בסיבת הכוונה לצידת הצבי נחשב נעילת הדלת למלאכה ס"ל לרשב"א דהכוונה אין בכחה להפסיד ההיתר דנעילה, וכן בני"ד דפתיחת הדלת אין בה איסור ומה שנעשה פעולה בחשמל

בהגדלת או הקטנת השלהבת זה נעשה בגוף אחר ובזה ג"כ לולא הכוונה לזה אין בפתיחת וסגירת הדלת שום איסור א"כ אין הכוונה מוספת לאסור את המותר ואין לאסור הפתיחה ונעילה — בלא כוונת הוספת שלהבת או הקטנתה — מכח פסיק רישא, (ס' שו"ת נזר הקודש סי' י"ז).

התר ג

עוד יש מקום להתיר לפי דעת הערוך (הובא בתוס' בשבת דף ק"ג ע"א ובכתובות דף ו' ע"א) דפסי"ר דלא נחא ליה (היינו דלא איכפת ליה בהנאת המלאכה הנעשית בפסי"ר ע"י פעולת ההתר) מותר לכתחילה עיי"ש וברא"ש שבת פ' כל כתבי, ואף דהתוס' ורא"ש חלקו עליו שם וס"ל דפסי"ר דלא נחא ליה הוי בגדר מלאכה שאינה צריכה לגופה דפטור אבל אסור מדרבנן, הנה מלבד דברבנן שומעין להקל, כבר העיד מרן הרב"י בשו"ע או"ח סי' ש"כ סי"ח דמנהג העולם כדעת הערוך עיי"ש, וגם שמע מהגר"ח דדעת הרמב"ם ג"כ כהערוך (וכ"כ להדיא בחי' רבינו חיים הלוי בהל' שבת עיי"ש), והוכיח עוד מהא דפשט המנהג ששוברין החוט צוקר בסכין של ברזל והדבר ידוע שניתזין מהצוקר ניצוצות בוערות ולית מאן דחש להא והוא משום דהוי פסי"ר דלא נח"ל. הוראת הגאון ר' שמחה זליג זצ"ל מו"צ בבריסק (הובא בס' ברכת שלמה סי' ב' מחוברת הפרדס סיון שנת תרצ"ד) וכ"כ בס' משפטי עוזיאל האו"ח סי' י"ט להתיר מה"ט וכתב: שדינו של הערוך הוא הלכה פסוקה עיי"ש.

התר ד

עוד טעם להתיר לפי מה דמחדש לדעת הרמב"ם (בפי"ב דשבת) ומאירי דס"ל דכל דין דנר שבטבלא דחיישינן למכבה ומבעיר אינו אלא מטעם גרמא ותליא בפלוגתא דר"י ורבנן אם גרם כיבוי מותר או אסור, וכן בנר שאחורי הדלת אינו אלא גרמא כיון שהמעשה נעשה בדלת או בטבלא ואינו מכויין לכיבוי והבערה ולכן מותר לדידן דקיימ"ל גרם כיבוי מותר וכן בני"ד יש להתיר מטעם דגרם כיבוי מותר (נזר הקודש סי' י"ז).

התר ה

עוד טעם להתיר לפי מה שכתב בשו"ת מהר"ח או"ז סי' פ"ג להסביר שיטת בעל התרומות שכתב: דבימות החורף אסור ליתן פשטידא על התנור בשבת כדי שיהא נמחה שומנו שנקרש, ומוכיח כן מדתנן אין מרסקין לא את השלג ולא את הברד, והשיג עליו בס' המצוות דהא מסיים שם: אבל נותן הוא לתוך הכוס ולתוך הקערה ואינו חושש, ומיישבו מהר"ח או"ז דבשבת דבעי מלאכת מחשבת א"כ העיקר

תלוי במחשבתו וכשנותן הפשטידא על התנור לחמם הוי כעושה בידים כנותן הפת בתנור אף שנאפית מאליה משא"כ בנותן לתוך הכוס דפירש"י לצנן א"כ הרי אין כוונתו שיהא נמס ונמחה שהרי אין בדעתו לשתות מי השלג רק לצנן המים שבכוס וקערה ואף שפסי"ר הוא מותר עכת"ד, ולפי"ז מוכח דאפילו כשיש לו הנאה בזה שמצננן מ"מ כיון שאינו מכוין לזה נקרא פסי"ר דלא ניחא ליה, וה"ג בני"ד אע"פ שיש לו הנאה מהפתיחה והסגירה בזה שנוטל ונותן המאכלים שם אמנם כיון שאינו מכוין להיות מבעיר ומכבה נקרא פסי"ר דלא ניח"ל ומותר, (ס' שו"ת נזר הקודש סי' י"ז). ולאחר כל הני טעמי התר הנ"ל מסיים שם: דכ"ז נראה להלכה אם יסכימו לזה גדולי הדור.

התר ו

יש שמתירים בני"ד משום דהוי כח שני או כח כחו דהוי כמו בדקא דמיא בכח שני (בחולין דף ט"ז). הרב מאיר יהושע ראזינבערג כותב: הנני רוצה להעיר על עיקר חדש מה שעלינו לדעת שבלעדו אי אפשר לפלפל כלל בזה לאיסור או להתר והוא: פעולת התעוררות של זרם האלקטרי אינה יכולה בשום אופן להעשות תיכף ומיד ברגע של פתיחת הדלת של הרעפריזדער (מקרר) רק אחרי שהיית איזה זמן מסויים של כמה רגעים לפתיחת הדלת, כי באמת כח הראשון של פתיחת הדלת גורם רק כח שני, היינו, שיכנס רק בהתבה (במקרר) האויר החם שבבית, והכח השני הזה שהוא האויר החם שבבית, גורם כח שלישי, והוא שהכסף החי (קוויצק זילבער) הגמצא בתוך קנה מיוחד בהמכונה החשמלית יתנועע ויתפשט, ואז עי"ז שוב יבא כח רביעי, היינו, שיתעורר זרם האלקטרי להכניס מחדש לתוך הסילונות את האויר המקרר, ורק כאשר הקרירות באה כבר למדרגת הקור של קרח, אז מתכווץ הכסף החי, וזרם האלקטרי נפסק, ולפי"ז הרי נקל להבין, שמאחר שפעולת ההתעוררות של זרם האלקטרי אינה בבת אחת עי"ז כח הראשון של פתיחת הדלת רק אחרי איזה זמן עי"ז כח רביעי, הלא אין פעולה זו של פתיחת דלת המקרר נכנסת תחת הסוג של גרמא מעליא, כיון שפתיחת הדלת בעצמה אינה גורמת את התחדשות זרם החשמל, כי אם כח כחה של פתיחת הדלת, וזה אינו נחשב לגרמא בידים כלל ולפיכך כיון שע"י פתיחת הדלת אינה נעשית המלאכה מיד רק אחרי זמן ידוע עי"ז כח כחו ואף שהאויר נדחק מיד בפתיחתו ונכנס לתוך תבת המקרר לא נעשית שום מלאכה בבת אחת על ידו וגם לא ניכר שפותח לצורך איזה עבודה שהיא הלא אין בזה שום איסור כלל לפי"ד כמה פוסקים עכ"ד (בחוברת הפרדס שנה י"א ז' סימן ל"ז), ומבסס שם התר זה: לפי תירוץ האחרונים דמיישבו סתירת הסוגיות בדין גרמא בשבת דבשבת דף ק"כ ע"ב מבואר דגרמא מותר ויליף כן מדכתיב לא תעשה מלאכה עשייה הוא דאסור הא גרמא שרי, ובמס'

ב"ק דף ס' ע"א מבואר להפך דאמר כי אמרינן זורה ורוח מסייעתו הנ"מ לענין שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה אבל הכא גרמא בעלמא הוא כו', ותירצו האחרונים לחלק בין סוגי גרמא: דגבי זורה אף שהוא עושה רק גרמא, מ"מ עצם המלאכה בא בבת אחת תיכף בשעת עשייתו, ולפיכך חייב, משא"כ בשבת שם שהמלאכה נעשית אח"כ (כ"כ בשו"ת זרע אמת ח"א סימן מ"ד ועוד אחרונים הו"ד בס' מאורי אש פ"ג לחלק בין הסוגיות כן עי"ש) ומוכיח כסברא זו ממש"כ הכס"מ בביאור דברי הרמב"ם (בפ"ט דשבת ה"ד) גבי אחד נתן האור כו' דמחלק כה"ג דדוקא באו כולם בבת אחת כולם חייבים משא"כ בזה אחר זה עי"ש (ולעג"ד ל"ד להתם) ומסביר בזה פלוגתת הרשב"א והר"ן בסו"פ הבונה בחק תוכות אי חייב מטעם כותב עי"ש וכן נחלקו בזה הרשב"א והר"ן גבי צידת צבי במתכוין לשמירת הבית לבד אי חייב על איסור צידה בפסי"ר או לא עי"ש עכ"ד (בהפרדס שם).

ז. עוד סניף להתר לסמוך על המקילין בפסי"ר, באיסור דרבנן.

הגר"ח ביק כתב בהמסילה חודש שבט (הובא דבריו בחי' הגר"י), עוד סניף להתר מטעם דבמידי דרבנן יש לסמוך ע"ד התרומת הדשן סי' ס"ד (שהובא במג"א סי' שי"ד) דפסי"ר שרי לגמרי אפי' בניחא ליה כמ"ש המג"א שם א"כ בלא ניח"ל שרי אפילו להמ"א והתולקים עליו וכן משמע מהפרמ"ג סי' שי"ד סק"ה עי"ש. עכ"ד.

דחיה להתר הנז'.

אמנם בחידושי הגר"י דחה דבריו וכתב: דאיכא סתירה גלויה לזה ממש"כ בחידושי הרשב"א בשבת ק"כ גבי נר שאחורי הדלת להוכיח דפסי"ר אסור אפילו במלאכה דרבנן עי"ש והוא דלא כהתה"ד הנ"ל, ושם הקשה מזה על הערוך דמתיר פסי"ר דלא ניח"ל משמע דלהחולקים עליו ניחא הרי מבואר דלהחולקים על הערוך אסור פסי"ר דלא ניח"ל אפילו בדרבנן, ומש"כ מהפרמ"ג הנ"ל המעיין שם יראה דלא התיר אלא בפסי"ר דלא ניח"ל ומקלקל בדרבנן עי"ש וכ"כ במג"א שם סק"ה ובהמחצה"ש עי"ש עכ"ד.

ישוב וחיזוק לסניף התר הנז'.

אמנם בשו"ת יביע אומר סי' כ"א מצרף קצת להיתרא לסמוך על התה"ד הנ"ל בשם המרדכי בפ' הזורק וכן פסק בחי' המאירי בשבת ק"ג וכן דעת מרן הרב"י בסי' שי"ד עי"ש וכ"מ ממש"כ בב"י סי' שט"ז בזבובים שאין במינם ניצוד דשרי אע"ג דפסי"ר הוא וכמ"ש בערוך שם להוכיח כן מדבריו אלו, וכ"פ בס' בתי כהונא בדין הולכת גרות שעוה ביו"ט שאסר הפר"ח משום שהוא מכבה כיון

שא"א שלא יפול מהשעוה הניתכת לארץ והוי פסי"ר והבתי כהונא העלה להתיר בהסכמת מהר"א רוזאניס ז"ל מטעם דהוי מלשאצ"ל ופסי"ר בדרבנן מותר וכ"כ בגנת ורדים (כלל ג' ס"ס י"ד וסי' י"ז) להתיר בפסי"ר בדרבנן וכתב שם שכן דעת הרא"ש והר"ן עיי"ש, ובדבר התמיהה משבת ק"כ שהוכיח הרשב"א דאסור אפי' מדרבנן כנ"ל כבר הרגיש בזה המאירי בשבת כ"ט ד"ה וכן ותירץ דשאני כיבוי שלפעמים הוא מן התורה כשהוא צריך לגופא משא"כ בשאר דרבנן דלא אתי למלאכה דאורייתא עיי"ש, עיי"ש ביביע אומר סי' י"ט אות י"ב אמנם מפקפק להתיר מטעם זה שם אולם בני"ד דפסי"ר דלא ניח"ל וגרמא בדרבנן מצרף שם לסניף להתר ע"ד הפוסקים הג"ל עיי"ש.

ח. יש מחלק בין שבת ויו"ט, דבשבת אסור וביו"ט מותר.

בשו"ת חלקת יעקב סי' ג"ד לאחר שהאריך לדון בנידון זה ומסיק לאסור השימוש במקרר בשבת מסיים בזה"ל: אכן ביו"ט דעיקר איסור מוליד לרוב הפוסקים אינו אלא מדרבנן ולפי"ד הרבה פוסקים אף גרם כיבוי מותר מכ"ש גרם הבערה ובפרט שלא יתקלקל המאכל, ואף רק שתהא המאכל משובח ביותר והרי צורך אוכל נפש ודאי מותר עכ"ד שם.

ט. התר שימוש במקרר בעת פעולתו.

יש מתיר להשתמש במקרר דהיינו לפתוח הדלת רק בעת עבודתו מטעם שהפתיחה אינה עושה אז לא הבערה ולא כיבוי אלא גורמת להאריך עבודתו שלא תיפסק מהר ודמי להמבואר בשו"ע או"ח סי' רע"ז דמותר לנעל דלת בפני הגר עיי"ש. (הגר"ח ביק בהמסילה הובא דבריו בסו"ס חידושי הגר"י).

וכן נוטה בס' ברכת שלמה סוס"י ג' להתיר לפתוח המקרר רק בעת שהזרם בפעולתו, אולם בעת שהמנוע איננו עובד אסור לפתוח את המקרר מפני שגורם ע"י זה פעולת עבודת המנוע, וגם לפעמים יכול להיות דעם פתיחתו יתחיל תיכף לעבוד עכ"ד שם.

י. דחיה להתר הנו' לפתוח בעת פעולתו.

אמנם בחי' הגר"י דחה התר זה דאשתמיט מיניה מש"כ הרא"ש פ"ב דביצה דלהכי הנותן שמן בנר חייב משום מבעיר כי עי"ז מאריך בהבערתו ולא מצינו מי שחולק עליו בזה (ראה להלן אות י"א שהשיגו ביביע אומר ע"ש). אולם יש שכתב: דאפילו בשעה שהמנוע עובד יש אופן לאסור לפתוח: אם המכונות בתחנת הכח עובדות עבודה שנותנים כל כחם בעבודה (בדרך כלל שומרים על מכונה שלא

תעבוד בכל כחה כי זה מזיק להמכונה, אולם כשיש חוסר במכונות מעמיסים עבודה על המכונות כפי כחם), במקרה כזה כל משהו זרם שלוקחים מתחנת הכח משפיע על המכונה לינק חמרי דלק יותר ויש בזה משום מבעיר או לכל הפחות גרם מבעיר עכ"ד (ס' החשמל לאור ההלכה סימן ג' פ"ה).

יא. השגות לטעמי איסור הנ"ל באות י'.

הנה עמש"כ בחי' הגר"י הנ"ל דליכא מי שיחלוק על הרא"ש בביצה כ' דכה"ג הוי מבעיר בידים ממש, השיג עליו בס' יביע אומר (ח"א או"ח סי' כ"א) שז"א דנעלם ממנו דעת התוס' שם דחולקים על הרא"ש דטעם מסתפק מן השמן שבנר דחייב אינו משום ממהר כיבוי דגרם כיבוי שרי ביו"ט ובשבת אסור רק מדרבנן אלא משום דבעת שמסתפק מהשמן מכבה קצת ומכהה אורו עי"ש (ומש"כ התוס' דבשבת אינו חייב ולא כתבו דשרי ה"ט שאסור בלא"ה משום מוקצה) וכ"כ הסמ"ק סי' רפ"א דהטעם שמכחיש אורו מיד ולא מטעם שגורם כיבוי דקיימ"ל דמותר וכו' עי"ש וכ"כ המרדכי בביצה שם וכ"מ מדברי הריב"א שהובא להלכה באו"ז ח"ב סי' כ"ח דס"ל כהתוס' עי"ש וכ"מ מדברי ה"ר גרשום בס' השלחן הובא בכל בו (סי' ג"ח) שכ' שמותר להסיר מנר שעה אע"פ שהוא דולק וכ"כ הרמב"ן הובא בשטה מקובצת שם עי"ש (אמנם ריב"א הנ"ל לא התיר לכתחילה דס"ל דגרמא לא הותר אלא במקום הפסד כנ"ל) ומכיון שהרבה פוסקים ס"ל כתוס' יש לסמוך להקל ע"ז בני"ד, וגם מש"כ בהחלט לדעת הרא"ש הוי איסור תורה אינו ברור כלל לפמש"כ בס' נהר שלום סי' תקי"ד דאף להרא"ש דס"ל דהחותר משעה גופיה אחר שהודלקה חייב משום מכבה אם מניח שם מונע שלא ידלק יותר כשיגיע שם אין זה מכבה בידים ואעפ"כ אסור מדבריהם עי"ש וה"ה איפכא כגון בני"ד שאינו מסלק האויר הקר בידים אלא שמסיר המונעו לצאת החוצה והוא פתיחת הדלת אין איסורו אלא מדרבנן אפי' להרא"ש שזה דומה בדיוק למסיר המונע את המשכת ההדלקה שחשוב כנוגע חוצה לו שגרמתו אסורה רק מדרבנן, וכשנוסף לזה שאינו מתכוין והוי פסי"ר דלא ניח"ל בדרבנן שרי לגמרי.

ומש"כ עוד דמה לי שמן מה לי אויר, המעיין ישפוט בצדק שיש לחלק בין השמן והפתילה שהאש בא ע"י שניהם, לבין רוח ואויר קר כני"ד שהוא חיצוני ואין לו דבר עם החשמל עצמו וע"ע בס' מאורי אש דנ"ט עי"ש ומש"כ דני"ד דמי לדין פותח דלת בפני הנר דאסור כמ"ש בסי' רמ"ז וכ"ש הכא דהוי פסי"ר, רב המרחק ביניהם דהתם הוי פסי"ר, שהאויר מכבה מיד את הנר ואינו בגדר גרמא, משא"כ בני"ד שאינו מוכרח שיפעול מיד והוי גרמא, וכ"ש כשפותח בשעת עבודתו שאינו ניכר בו שום פעולה ולדעת התוס' וסיעתם מותר לגמרי עכ"ד.

השגות ופקפוקים על התרים הנ"ל

יב. השגות על התר ג', הנ"ל עפ"י הערוך דפסי"ר דלניח"ל מותר.

התר הנ"ל עפ"י הערוך דפסי"ר דלא ניחא ליה מותר, ויש מי שכתב דהלכה פסוקה כוותיה, השיגו עליו המחברים, שז"א, דרוב הפוסקים דחו דבריו מהלכה דהתוס' בשבת ק"ג וברא"ש ורמב"ן וריטב"א והר"ן בשבת ק"א ועוד חולקים עליו עי"ש, וכמ"ש בריב"ש סי' שצ"ד עי"ש. (ס' ברכת שלמה סי' ב', שו"ת יביע אומר ח"א או"ח סי' כ"א, ס' החשמל לאור ההלכה סי' ג' פ"ה).

ומה שכתב הג"ר שמחה זליג זצ"ל: שכ"ד השו"ע כמו שהעיר מרן הרב"י בשו"ע או"ח סי' ש"כ שמנהג העולם כדעת הערוך. ז"א דהשו"ע הביא שם מחלוקת התוס' וערוך לענין סתימת חבית בפקק של פשתן דפסי"ר הוא לסחיטת היין וסיים וז"ל: והעולם נהגו התר בדבר, ויש ללמד עליהם זכות שכיון שהברזא ארוכה כו' ולפי שאין טענה זו חזקה ויש לגמגם בה טוב להנהיגם שלא יהא כלי תחת החבית בשעה שפוקקים הנקב עכ"ל הרי שאף לדעת הערוך יש איסור במנהג העולם שהיו מניחים כלי תחת החבית לקבל היין הנסחט ובוזה הוי פסי"ר דניחא ליה ואסור לכו"ע ובהיות שיש לגמגם בזה כתב מרן שטוב להנהיגם לכה"פ שלא יהא שם כלי כדי שילך לאיבוד ואז בצירוף דעת הערוך עם דעת הכל בו יש להקל הא לאו הכי אסור וכמ"ש הט"ז ומאמ"ר ומשנ"ב שם, דדוקא בתרתי לטיבותא מותר שהמשקה הולך לאיבוד והברזא ארוכה הא לא"ה לא סמך הרב"י להתיר ע"ד הערוך. (החשמל לאור ההלכה). ולפ"ז אדרבא מוכח להפך שיש לאסור בפסי"ר דלא ניח"ל, וכן מוכח ממש"כ מרן בשו"ע סו"ס ש"נ בדין אוכל תותים ופירות הצובעים שלא לקנח ידיו במפה משום צובע ואף דפסי"ר דלא ניח"ל הוא ואפ"ה אסור וכמ"ש להדיא במשנ"ב סקנ"ז בשם האגור והגר"א עי"ש ומסיק דזה ברור לדינא דלא קיימ"ל בהא כהערוך אלא כרוב הפוסקים בפסי"ר דלא ניח"ל אסור מדרבנן, וגם בדעת הרמב"ם שהחליט דס"ל כהערוך ושכ"כ הג' נצי"ב בס' העמק שאלה פ' אמור עי"ש הוכיח דלא כוותיהו אלא דס"ל דלא כהערוך וסיים ולפ"ז נפל התר זה (דפסי"ר דלא ניח"ל) בני"ד בבירא עכ"ד (ס' יביע אומר ח"א סי' כ"א) ומש"כ דהוי לא איכפת ליה, ז"א, דכיון דידוע דע"י פתיחת המקרר יכנס החום א"כ שוב ניח"ל שהחום הזה בכוח אוטומטי יביא את עבודת המנוע שיביא את הקור כמ"ש התוס' שבת צ"ד ד"ה ר"ש מפיו מורסא למה חייב הא ברצונו שלא יהא שם מורסא מעולם עי"ש וא"כ כאן לפי המצב שיש לו כבר מורסא ניח"ל בהפס"ר, ומקרי צריכא לגופה ובתוס' שבת ק"ג ד"ה בארעא ובתו' מ"א ד"ה מיחם משמע דפטור דלא ניח"ל הוא דהוי מלשאצ"ל והיכא דאנן סהדי דניח"ל הוי צריכין לגופה וה"נ הכא אנן סהדי דניח"ל בהפעלת הזרם (החשמל לאור ההלכה).

יג. ישוב וחיוזוק התר ג. מטעם דהוי פסי"ר דקשה לו עדיף ומותר לכו"ע

אמנם ביביע אומר שם מהדר ההיתרא בני"ד לפמש"כ בחי' המאירי בשבת ק"ג לחלק בין פסי"ר דלא איכפת ליה (דבזה נחלקו תוס' והערוך) ובין פסי"ר היכא דהדבר קשה ליה דעדיף טפי ומותר לכתחילה לכו"ע, ואפילו לר' יהודה (דס"ל דדשא"מ אסור) מודה בזה דמותר והוכיח כן ממס' שבת דף ע"ה ע"א גבי צד חלזון דמסיק דלהכי אינו חייב גם משום נטילת נשמה דכל כמה דאית ביה נשמה טפי ניהא ליה כי היכא דליציל צבעיה עיי"ש ובמאירי בשבת כ"ט ד"ה ומ"מ, וכ"כ בס' ברכת שלמה סי' ב' לחלק בזה דהיכא דהדבר שאינו מתכוין לה הוא נגד רצונו וכגון שתיית רפואה שעי"ז נעשה עקר בזה גם הרא"ש מודה להערוך דפסי"ר דלא ניה"ל מותר, ולפי"ז גם בני"ד דעי' פתיחתו את המקרר מפסיד הוצאת החשמל והדבר קשה ואינו נוח לו יש להתיר גם להחולקים על הערוך (ולא דמי לדין סחיטת הפקק בנקב החבית כשאין תחתיו כלי והוא הולך לאיבוד דהתם הוי הפסד מועט מאד וגם אין דרך לשתות היין שבפקק והלך טעמו), וכ"כ בשו"ת תשובה שלמה ח"ב חאו"ח סי' ו' להתיר לפתוח המקרר אעפ"י שעי"ז מתחיל החשמל לפעול קודם הזמן הרגיל מטעם פסי"ר דקשה ליה כההיא דשבת דף ע"ה דכל שהוא נגד רצונו אין זה בגדר פסי"ר ומותר לר"ש לכתחילה, ומוכיח כן ממש"כ בחי' הרמב"ן וריטב"א וחי' הר"ן בשבת שם בשם הרמב"ן דאם הדבר קשה לו מותר כמו בחלזון ואף דס"ל לרמב"ן וריטב"א בחי' לשבת דף קי"א דלא כערוך וע"כ מוכח דהיכא דנגד רצונו מודו דלא הוי פסי"ר ומותר עכ"ד.

יד. קצת פקפוק גם על התר זה.

אמנם לבסוף מפקפק קצת ביביע אומר שם על התר זה שאעפ"י שאין רצונו בכניסת אויר חם וביציאת הקור לחוץ מ"מ כיון דבעצם המלאכה הנגרמת על ידו שהיא הבערת החשמל ניהא ליה שפיר, מנ"ל שיהא גם זה בגדר לא ניה"ל, אדרבא נימא שאעפ"י שתחילתו באונס מ"מ כיון שסופו ברצון מיקרי ניה"ל, והוכיח קצת כן ממש"כ התו' בב"מ דף ל' ע"א גבי דין עלה עליה זכר דהקשו אמאי פסולה הא ודאי לא ניה"ל לפסול פרה שדמיה יקרים בשביל דבר מועט, ותירצו שאם היתה כשרה הוי ניה"ל עיי"ש הרי דאוליגן בתר בסוף וחשיב ניה"ל, ושוב דחה ראייתו דשאני התם שאם היתה כשרה הוי ניהא ליה מתחילה ועד סוף מה שאין כן בנידון דידן הרי בודאי לא הוי ניהא ליה שנכנס האויר החם, ועיין בבא מציעא כ"ב ע"ב ויש לחלק ביניהם ועיין כתובות דף נ"א ע"ב ובב"י ורמ"א סי' ר"ד ס"ח ובר"ה דף כ"ח ובשו"ת תו"ח (או"ח סי' מ"ט) וסיים: דעכ"פ כיון דאין לנו ראייה ברורה ע"ז והוא ספק דאורייתא אין נראה להקל מטעם זה מלבד עכ"ד. אמנם לבסוף מהדר ההיתרא מטעם דהוי גרמא בשבת דכיון דאין הדבר

מצוי כ"כ שיתחיל לפעול מיד בפתיחתו הוי בגדר דבר שאינו מתכוין ולא פסי"ר הוא ואף שמוכרח עכ"פ לפעול זמן מה קודם הזמן שהיה צריך לפעול אלולי פתח המקרר הרי אין זה אלא גרמא דקיימ"ל דמותר (בשבת דף ק"כ) וכהתר הנ"ל אות ו' עיי"ש.

טו. עוד קצת צירוף התר עפ"י המהר"ל בגור אריה בשבת דף ע"ג.

והוסיף ביביע אומר לצרף להתר לפי"ד מהר"ל מפראג בס' גור אריה בשבת דף ע"ג שכתב: דלא הוי דין פסי"ר אלא בדבר שנעשה מיד משא"כ בדבר שאינו נעשה מיד אלא לאחר זמן מה חשיב כדבר שאינו מתכוין ומותר עיי"ש ואף דלדינא לא קיימ"ל כוותיה (כמו"ש בשו"ע או"ח סי' של"ו ס"ו) ובאחרונים שם מ"מ יש לצרף לסניף בעלמא דעתו ז"ל עכ"ד*).

טז. עוד השגה על התר ג' הנ"ל

יש שהוכיח דבכה"ג בני"ד אין לסמוך להקל ע"ד הערוך לפמ"ש בט"ז יו"ד סי' ש"א סק"י דדבר שאינו מתכוין שייך כשהוא לפי שעה, אבל אין לעשות תמיד איסור על סמך שבכל פעם יהא אינו מתכוין דכיון דהדבר עשוי לכך הרי זה כמתכוין עיי"ש וממילא בני"ד נמי כיון שהדבר עשוי לכך להשתמש באופן זה בתמידות הוי ליה כמתכוין ובפרט כי הדבר נמסר לעמי הארץ ולנשים שאין ראוי להקל כמ"ש המג"א כיו"ב בסי' ש"ח ס"ב, והאריך להוכיח דהרמב"ם לא ס"ל כהערוך וסיים: שכל הראשונים חולקים על הערוך וגם לדעת הערוך אי אפשר לעשות כך בתמידות כמ"ש הט"ז לפיכך לענ"ד אין לנו התר להשתמש במקרר בשבת (חי' הגר"י).

יז. ישוב להשגה הנז' על התר ג'.

אולם ביביע אומר שם כתב לדחות ראית חי' הגר"י מהט"ז הנ"ל, וז"ל: המעיין שם יראה שלא קרב זא"ז דהתם שעושה איסור כלאים בקשירת החבלים וכריכות

(*) הגה דעת מהר"ל הנ"ל יש מסביר דבריו עפמ"ש כב"ק פרק הגזול קמא סי' י"ג לחלק בין דינא דגרמי בנוקין דחייב לדינא דפסור, דהיכא דנעשה ההיזק מיד מיקרי גרמי וחייב והיכא דלא נעשה ההיזק מיד כמו במשסה את הכלב הוי גרמא ופסור וא"כ לפי"מ דאמרינן בשבת דף ק"כ מדכתיב לא תעשה מלאכה עשייה אסור הא גרמא מותר א"כ כה"ג דלא נעשה מיד הוי גרמא ומותר וכצ"ל בדעת מהר"ל נחלקו הרמב"ם וראב"ד (בפ"ב דשמיטה ויובל הל"ד) והרמב"ם ס"ל כמהר"ל עיי"ש (כ"כ הג"ר נחום חידענפלד ז"ל בס' משמרת להבית סי' ב' נספח לבית רידב"ן הל' שמיטה) אמנם לנכון העירו כבר עליו שם בסוף הספר דלהלכה נפסק בשו"ע שם דלא כמהר"ל כנ"ל וכמו שהאריך בס' מנחת פתים בדף מ"ט (הובא באורחות חיים החדש בסי' של"ו) ובתל תלפיות שנת תער"ב סי' ע"ג כתב להוכיח מפורש דדעתו ז"ל הוא כנגד כל הפוסקים עיי"ש ולפ"ז קשה לצרף דעתו להתיר.

סביב ידו להנהיג הבהמות משום הכי אסרו בזה כיון שהחבלים עשויים לכך עד עולם להנהגת הבהמות דרך עליה בכך, משא"כ הכא עיקר עשיית המקרה אינו בשביל פתיחת הדלת אדרבה עיקר תשמישו לקרר המאכלים ע"י סגירת הדלת, והרי מסוכריתא דנזייתא שלדברי הערוך וסייעתו מותר ליטלה בשבת ועשויה להשתמש בה תדיר בצורה כזאת, ועכ"ז חשובה כדשא"מ ואף החולקים לא כתבו טעם זה לאסור עכ"ד (ס' יביע אומר שם).

פקפוקים על התרו. ה"ל

יח. דיון בני"ד אי הוי גרמא וכח שני או לא.

בשו"ת חלקת יעקב סימן ג"ד דן בני"ד אי מיקרי גרמא וכתב: דלכאורה הוי גרם כיון דבפתיחת הדלת אינו מחבר חוט החשמל וכנהוג בכל סיבוב כפתור להדלקה רק בפתיחת הדלת נכנס אויר חם והאויר חם היא הסיבה לסבב איזה חתיכת מתכת קטנה שע"ז בא חיבור החשמל, נמצא שע"י פתיחת הדלת הוא רק מביא את האויר החם והאויר החם גורמת לסבב החתיכת מתכת המחברת חוטי החשמל ומוליד הניצוצות, ודמי ממש להא דמס' מכות דף ח' אמר רב פפא מאן דשדא פיסא לדיקלא ואתר תמרי ואזיל תמרי וקטיל, באנו למחלוקת רבי ורבנן ע"י בפ"ה הר"ח שם דלרבנן פטור דהוי כח כחו, וה"נ כן, הוא הכניס האויר והאויר סיבב המתכת ונתחברו החוטין, ולא דמי להא דהפותר דלת בשבת כנגד המדורה (שבת ק"כ) דלייט עלה אביי אף ברוח מצוייה, דהתם הרוח בעצמו מבעיר ובמתכוין אסור מן התורה אף ברוח מצויה כמש"כ הר"ח שם דבשבת מלאכת מחשבת אסרה תורה והוי כזורה ורוח מסייעתו ולא הוי גורם וכשאינו מתכוין ברוח שאינו מצוייה אסור משום פסי"ר ובמצויה אטו אינו מצויה וכ"ז משום שהרוח בעצמו מבעיר האש, אבל בני"ד הרוח שהוא מכניס אינו מבעיר בעצמו רק מסבב חתיכת המתכת וע"ז מתחברים החוטים והוי כח כחו ולא הוי רק גורם (עכ"ד שם).

יט. דחיה להנ"ל והוכחה דני"ד מיקרי כחו ממש.

אמנם מצינו במס' חולין דף ט"ו ונפסק כן להלכה בשו"ע יו"ד ס"י בבדקא דמיא בכח ראשון דהשחיטה כשרה ושם ג"כ הרי הוא פותח המונע וע"ז באו לשם המים ומניע הסכין והבהמה נשחטת ע"י הסכין והשחיטה כשרה ומיקרי כח אדם, הרי דאנו חושבין לתנועת הסכין הבאה ע"י המים כבאה ע"י האדם עצמו, וה"נ בני"ד אנו חושבין תנועת חתיכת הברזל המחברת שני חוטי החשמל כמו שהיתה באה מיד האדם בעצמו ולא הוי גורם, דאם יד האדם מסבב חתיכת הברזל המחבר שע"י באים הניצוצות זהו דומה ממש להאי דאדם הראשון שהביא במוש"ק שתי

אבנים וטחנן זב"ז ויצא אור (בפסחים נ"ד) וה"ג מחבר שתי חוטי ברזל ול"ז ומוציא ניצוצות וכבר הארכתי בזה במק"א דסיבוב כפתור החשמל הוא מבעיר ממש ולא רק גורם, וא"כ ממילא אם האויר בא מכחו ע"י פתיחת הדלת נחשב ככחו ממש כמו בדקא דמיא בכח ראשון, ומנענע חתיכת הברזל לחיבור החוטין כמו התם נענוע הסכין לשחוט דמיקרי כח גברא וכשרה, ובהכרח צריך לחלק דלא דמי להאי דמכות ח' דהתם התמרי הנשדי מהפיסא אין לו שום חיבור עם הפיסא הנשלכת מיד האדם בשעת קטלא אבל בשחיטה הסכין מחובר להמים ומתנענע מהמים ובכח זה שוחט והולך וכיון דהמים בכח ראשון מיקרי כחו של גברא וכידא אריכתא, ה"ג בני"ד כשהאויר נכנס מכחו ומנענע חתיכת הברזל מיקרי כחו ולא גרמא, וכן הוכיח שם בשם בנו הר"ש מהא דפסק בשו"ע חו"מ סי' ש"צ כדעת הרא"ש בפ"ב דב"ק דכח כחו ככחו דמי לרבנן עיי"ש, וע"כ דל"ד להא דמכות ח' דלרבנן פטור דמיירי רק לענין גלות וכדמוכח מלשון הרמב"ם בפ"ו דרוצח הל"ט שכתב בטעם דאינו גולה „ונמצא כמו אונס" וכעיי"ז בתוס' גיטין ע' ע"ב ד"ה חיישינן עיי"ש, ודוקא בגלות פטור אבל במזיד לעולם חייב ול"ד לבדקא דמיא, ומסביר לפמש"כ בתבו"ש סי' ז' דבסרנא דפחרא שהוא גלגל המתגלגל ע"י כח אדם דאפילו מתגלגל ממה פעמים לאחר שסר ידו והשחיטה נעשית מסיבוב האחרון כשרה, והסברא הוא דבמים לאחר כח ראשון נתערב שם כח אחר זה טבע של מרוצת המים אבל בדפחרא אף לאחר כמה סיבובים בא הכל רק מכחו של אדם ומיקרי כחו ממש, ומסיק לפי"ז דבני"ד יש חילוק, דאם בשעת פתיחת הדלת מיד מתחיל המאטור לעבוד עבודתו הוי כח ראשון ולא גורם כשאנו רואים בתכונת המקרר שעשוי באופן כזה שיש שהות מזמן פתיחתו עד זמן התחלת עבודת המאטור ז"א שכח הראשון לא פעל כלום על הילוך המאטור רק כח שני או שלישי (וכידוע אויר חם קל ביותר מאויר קר, וכשהמאטור למעלה, משתהה עד שהאויר החם מגיע למקום המאטור להניע אותו) ובאופן כזה לא הוי רק גרמא כמו בקטלא ושחיטה דחולין דף ט"ז, והא דפיר"ח בשבת ק"כ דבשבת מלאכת מחשבת אסרה תורה והוי כזורה וכו' היינו במתכוין אבל בני"ד דלא מתכוין להני ניצוצות וגם לא ניח"ל עיין פסחים כ"ו ב' בתוד"ה עלה עיי"ש, ובני"ד נמי דמשום איסור שבת ודאי לא ניח"ל ועכ"פ הוי בגדר לא איכפת ליה (שו"ת חלקת יעקב שם).

כ. יש לכאורה סברא להתיר השימוש במקרר גם באופן דבשעת פתיחת הדלת מתחיל לפעול מיד.

אמנם בנו הרה"ג הנ"ל שם הוסיף: דלכאורה אפשר להתיר אף באופן כשהמאטור מתחיל תיכף לפעול ג"כ מיקרי כח שני ול"ד לבדקא דמיא בכח ראשון, דבמים פועל כח הדוחה שיש במים הראשונים וכיון שהם באים מכחו הראשון שפיר מיקרי כחו, אבל בני"ד אין האויר הראשון הנכנס ע"י פתיחת הדלת פועל בפח

הדוחה שלו על חתיכת המתכת לחבר חוטי החשמל אלא ע"י האויר דחשמל הנכנס שם נתחמם כל האויר בהמקרה וע"י החמום האויר נתפשט חתיכת המתכת שזה דרך טבע של מתכת להתפשט בחום האויר ועל יסוד זה נוסד תכונת הטערמער עם הקוועקזילבער שבו והתפשטות זו פועל איזו פעולה שע"י נתחברו חוטי החשמל, א"כ נתערב בכאן כח אחר טבע של המתכת להתפשט באויר חם והוא פעל בכחו רק להכניס האויר החם, וא"כ דמי לכח שני דבדקא דמיא אע"ג דאם לא פתח הבדקא לא היה אפשר למים לבוא מ"מ כיון שנתערב אח"כ כח דמרוצת המים מיקרי כח שני ה"נ נתערב ונשתתף בזה כח טבע דמתכת להתפשט באויר חם שע"י בא חיבור החוטין ולא ע"י כח הדוחה של אויר החם כמו במים בכח ראשון, וא"כ בכל אופן לא הוי רק גרמא כמו כח שני דבדקא דמיא. עכ"ד (שו"ת חלקת יעקב שם).

כא. דחיה לסברא הנ"ל ומסיק לאיסור השימוש במקרה.

אבל מסיק לבסוף וכתב: דלאחר העיון אין שום התר להתיר פתיחת המקרה בשבת לפי סברת הר"ח הנז' דגבי שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה דכיון דמשוי אורחא אפי' לרוח מצויה וחשב לכך הוי מלאכת מחשבת כוורה ורוח מסייעתו אף דלנזקין הוי גרמא, וא"כ בני"ד למשל אם יכוון לאיזה סיבה להוציא ניצוצות בוודאי יתחייב ולא הוי גרמא כיון דמכוין לזה כסברת הר"ח לענין רוח מצויה וא"כ אסור בני"ד אף באינו מתכוין כיון דהוי פסיק רישא, כמו פותח דלת בשו"ע סי' רע"ז דאסור, אף באינו מתכוין וכדמוכח בתוס' שם כ"ו, וכ"ש בני"ד שהוא בגדר רוח שאינה מצויה ופסיק דאסור אף באינו מתכוין כיון דבמתכוין ל"ה גרמא להר"ח וא"כ ני"ד ממש דין דפותח דלת הוא ואף להרא"ש בב"ק דף ס' דמשמע דחולק על הר"ח הנז' וס"ל דדוקא בזורה אסרה תורה כה"ג דעיקר עשייתה ע"י הרוח משא"כ בשאר מלאכות עי"ש ולסברתו אפשר בני"ד לחשבו כגרמא מ"מ לספקת השעה"ג בשבת ק"כ דאפשר דרק בדליקה התיירו גרמא ולא בשאר מלאכות יש להחמיר בני"ד ועיין סוכה י"ז בפירש"י דבמלאכות דאורייתא מחמירין אפי' במידי דרבנן עי"ש עכ"ד (שו"ת חלקת יעקב שם).

כב. פקפוק על התר ו' מטעם גרמא.

אמנם יש לדון לכאורה על התר גרמא לפמ"ש בחי' הרשב"א בשבת דף ק"כ ע"ב גבי הא דאמרי' הרי שהיה שם כתוב על בשרו אמר ר"י יורד וטובל כדרכו ובלבד שלא ישפשא, ומפרש טעמא דכתיב לא תעשון כן לד' כו' עשייה הוא דאסור גרמא שרי וכתב הרשב"א וז"ל: ותמוה דכיון שהוא מכניס ידו במים הרי זה כמקרב כיבויו, וי"ל דלא קרינן מקרב את כיבויו אלא בכעין נתן מים

בכלי שתחת הגר וא"נ בנותן בצד הטלית שאחז בו האור משום דאי יפלו שם ניצוצות או תגיע שם דליקה ודאי תכבה אבל כאן אפשר דלא ימחק שאילו ודאי נמחק היינו כמשפסף שהרי הוא נותן ידו במים עכ"ל, מדבריו מבואר דלא הותר גרמא אלא בספק אם יכבה או ימחק השם אבל היכא דפסי"ר דודאי יכבה אסור דהוי כמקרב כיבויו וכ"כ בחי' הרמב"ן שם עיי"ש וכמשמעות לישנא דגרמא אם כבתה כבתה דמשמע דאינו ודאי שיכבה ולפי"ז בני"ד אזלא התר זה דכיון דפסי"ר הוא להבערה ואסור כן היה גלע"ד לכאורה.

כג. ישוב לפקסוק הנ"ל, ומחזק התר גרמא.

אולם בס' מאורי אש פ"ג (להרה"ג ר' שלמה זלמן אויערבוך) כתב דבס' ישועות יעקב תאו"ח סי' של"ד תמה מאד נכדו ע"ד הרשב"א אלו ומסיק שהעיקר כדעת רוב הפוסקים דכל גרם שרי אפי' הוא ודאי שיכבה, וכן הוכיח שם בפ"ד ממש"כ בשו"ע או"ח סי' של"ד סכ"ב: ועושין מחיצה בכל הכלים כו' מלאים מים "שודאי" יתבקעו כשתגיע שם הדליקה דגרם כיבוי מותר, וכ"ה בטור שם וברמב"ם פ"ב דשבת ה"ד עיי"ש מבואר מדבריהם דס"ל דאפילו בפסי"ר מותר דלא כרמב"ן ורשב"א. וע"ע במאורי אש שם דרצה לפרש דרצ"ל דאפשר דנהי שהם מתבקעים ודאי מ"מ עדיין ספק הוא אם תגיע הדליקה עד שם וצ"ע עכ"ד, אמנם דחוק הוא, ועוד דבשלטי הגבורים בשבת ק"כ כתב להדיא דאפילו בפסי"ר מותר גרם כיבוי כשאינו מתכוין לכך עיי"ש. ובמאורי אש שם תמה ע"ד רשב"א דמשמעות הגמ' מוכח דאיירי בפסי"ר ואפ"ה מותר מטעם גרמא דאי מטעם דשא"מ הוא למה לי קרא כדפריך בשבת קל"ג גבי מילה בצרעת עיי"ש, ולכן מסיק דגם הרשב"א כוונתו דאין זה ודאי כי תיכף ומיד שיכניס ידו במים יהא נמחק דא"כ הו"ל משפסף השם ומוחקו אבל לעולם איירי גם באופן זה שאם ישהה בתוך המים ודאי שימחק ואפ"ה שרי כיון דבשעת הכנסת ידו במים שזהו מעשה ידיה לא חל עליו שם מוחק משום דאפשר לו עוד להוציא ידו ולכך אף דפשע אח"כ ולא הוציאו הוי רק גרמא וכמו בהדביק פת בתנור אף דלא נגמר עדיין חיובו דאפשר לו לרדותו קודם שיקרמו פניה מ"מ כיון דבלא שום מעשה מצדו נגמרת המלאכה מעצמה אז הוי עיקר חיובו על תחילת המעשה דהיינו ההדבקה, ומחזק דבריו לפמש"כ בנמק"י ב"ק פ"ב שקשה למ"ד אשו משום חציו איך שרינו להדליק נר בע"ש דהוי כאלו הדליקה בעצמו בשבת, ותירץ דהו"ל כזורק חץ דחשבינן דבשעה שיצא החץ מידו באותו שעה כבר נעשה הכל ואפי' מת אח"כ הזורק חייב וה"ה לענין שבת דכי אתחיל מע"ש אתחיל וכמאן דאגמריה בע"ש דלית ביה שום איסור עיי"ש עכת"ד ואף דקצת דחוק לפרש כן לשון הרמב"ן ורשב"א, אמנם מדברי התוס' ורא"ש כביצה כ"ב ע"א שהקשו גבי מסתפק מן השמן שבנר למה חייב והא גרמא הוא,

מבואר דס"ל דאפי' בפסי"ר מותר גרמא וכמשמעות פשטות הרמב"ם וטושו"ע והפוסקים וכמ"ש בשה"ג כנ"ל ולפי"ז יש לקיים לכאורה בני"ד התר דגרמא הנ"ל.

כד. עוד פקפוק על התר גרמא בני"ד, ויישובו.

בס' שו"ת יביע אומר ח"א סי' כ"א מעורר על התר דגרם כיבוי והבערה לפי מה שנסתפק בשלטי הגבורים על הרי"ף בשבת ק"כ אי גרם כיבוי מותר גם בשאר מלאכות או דוקא גבי דליקה התיירו עיי"ש וכוונתו נראה משום דאדם בהול על ממונו כדאמר התם בגמ' ולכן מותר מה"ט אפי' לכתחילה משא"כ בשאר מלאכות וכן בני"ד דל"ש כ"כ בהול על הפסד מועט כזה של שימוש החשמל יותר מחמת החמימות שנכנס במקרה כמובן אסור, אמנם הביא מס' קרן אורה בשבת ק"כ הוכיח מקושית הש"ס שם דגרמא מותר ל"ד בדליקה עיי"ש. אמנם במרדכי בשבת פ' כ"כ כתב: דגרמא לא שרי אלא במקום הפסד וכן הסכים באו"ז ח"ב סי' כ"ח בשם ריב"א וערוך וכ"כ בב"י סי' תקי"ד וכ"פ הרמ"א (בסי' של"ד שכ"ב) וכ"כ בשו"ת מהר"מ שיק סי' קנ"ז דהכי קיימ"ל דגרמא לא שרי אלא במקום פסידא עיי"ש.

אולם עיין במג"א סי' תקי"ד סק"ז ובקרוב נתנאל ביצה כ"ב שכתבו דמהרא"ש שם (גבי מסתפק מן השמן שבנר) מבואר דחולק על המרדכי וס"ל דגרמא מותר אפי' בליכא פסידא עיי"ש, ועיין בשו"ת קרית חנה דוד ח"ב סי' נ"ו ובתוס' רעק"א למשניות (בשבת אות קמ"ו) שכתבו דאפי' המרדכי לא קאמר דדוקא בפסידא מותר אלא גבי דליקה דאדם בהול וס"ד לאסור דלמא אתי לכבויי בהדיא כר' יוסי אבל בעלמא מותר אפי' בלא פסידא עיי"ש, ולפי"ז בני"ד שוב קם התר דגרמא כיון דאינו בהול כ"כ על ההפסד המועט מותר גרמא, והוסיף: ועכ"פ נלע"ד דגרמא בלי כוונה מותר אף בפסי"ר וכה"ג כתב בחי' המאירי בשבת דף ק"כ גבי הא ששכח נר דולק ע"ג טבלא מנער הטבלא כו' שיש מפרשים אותה בנר של שמן, והטעם שמאחר שאינו מכבה אלא גורם אף בפסי"ר מותר עכ"ל ואע"ג דקיימ"ל בשו"ע סי' רע"ז ס"ג דהיינו דוקא בנר של שיעה י"ל דס"ל דכשמנער הוי מכבה בידים וכן א"א שלא יטה ונמצא מבעיר כדאיתא התם ועיין ברא"ש שם עכ"ד (ס' יביע אומר).

כה. הוכחה שאין מקום לומר דלא הותר גרמא אלא בכיבוי ולא בהבערה.

בס' יביע אומר ח"א או"ח סי' י"ט מעורר דלכאורה י"ל דכל התר דגרמא דילפינן מלא תעשה מלאכה דעשייה אסור גרמא מותר (בשבת ק"כ) ל"ש במלאכת הבערה דאיכא קרא מיוחד לא תבערו אש אפשר דגרמא אסור גביה מן התורה, אמנם הוכיח שפיר ממ"ש בשבת דף ע' ע"א דלמאי איצטריך לומר הבערה לחלק

או ללאו יצאת נימא דאיצריך לאסור גרם הבערה אלא ודאי מוכח דגרמא מותר אפי' בהבערה וכ"כ בס' מחזה אברהם סי' מ"ב וכ"כ החת"ס (הו"ד במחזה אברהם סי' קיט) דבכ"מ גרמא שרי וכן בבישול בשר בחלב עי"ש. וכ"כ בס' אשל אברהם (ניימרק) שבת ק"כ להוכיח דבכ"מ גרמא שרי מדאיצטריך קרא (בביצה כ"ז:); לאסור גרמא בבכור עי"ש וע"ע בשו"ת אחיעזר סי' ס' ובשו"ת ציץ אליעזר ח"א (סי' כ"ח פ"ח) ובח"ב (סי' כ"ט) עי"ש.

כו. עוד השגה על התר דגרמא וכח שני בני"ד.

יש מי שדוחה התר דגרמא וכח שני (כעין מש"כ בחי' הגר"י כנ"ל) לאחר שהאריך להוכיח דבשבת ליחא פטורא דגרמא מטעם דמלאכת מחשבת אסרה תורה כדאמרינן במס' ב"ק דף ס' ע"א עי"ש, מסיק וכתב: ובפרט דכל עניני גרם דמתירין הוא רק באקראי והזדמנות אבל בשימוש תדירי יש לחוש יותר דאם נתיר שימוש המקרר באופן שאינו רק גורם יבוא להתיר אף באופן שלא יהא גורם, עי' תוס' כתובות דף ב' ע"ב דבשביל שלא תשב כל ימיו באיסור חששו אף למידי דלא שכיח הרי דבענין תמידי חיישינן יותר, ועיין תוס' נדה ל"ה ד"ה ורמינהו וז"ל: ומיהו אין להשוות גזירות חכמים זה לזה, וכ"מ בהרי"ף (לענין חיוב נזקין) בב"ק דף ס"א עי"ש עכ"ד. (שו"ת חלקת יעקב סי' נ"ד).

כז. דמיה לעצת התר שימוש במקרר אפילו לדעת האוסרים.

אמנם יש שרצה להמציא היתר לכו"ע לעשות באופן כזה: להכין המקרר בערב שבת ולהעמיד על מדת הקור הכי גדול ואח"כ להורידו עד אפס ולהוציא לגמרי השטפסל מקישורו ואז יחזיק קור כמעט כל יום השבת כי לאט לאט מתפשר, וגם אין בזה משום מראית העין וחשדא מהרואה שמשתמש בשבת במקרר, כי הכל רואין שהשטפסל מונח בצידו וכמ"ש איזורו מוכיח עליו, אבל עצה זו אינה מעשית כי הקור לא יחזיק באופן כזה אף חצי יום (שו"ת הלל אומר סי' ק"ס וסי' קס"ו).

כח. עצה נכונה להתר שימוש במקרר עפ"י הוראת הגאון חזון איש זצ"ל.

הרב א. י. וינטרוב העיד שבאמריקא שמשתמשים במקרר בשבת באופן כזה: שמשמים איזה חציצה קלה בין הדלת להמקרר שהאוויר יוצא לאט לאט ונכנס ובזה נסתלקו כל החששות ואמר לי שהוראה זו יצאה מפי הגאון חזון"א (שליט"א) [וצ"ל] עכ"ל (שו"ת הלל אומר סי' ק"ס).

וכן הוא מסקנת ס' שו"ת חלקת יעקב סי' נ"ד דבשבת אין להתיר רק לעשות

עצה זו: שהדלת לא יהי סגור על גמרו באופן שהמאטאר יעשה פעולתו כל היום, ובשביל הפסד מועט הלזה אין לזלזל בשבת החמורה עכ"ל שם.

כט. התר שימוש במקרה ע"י עכו"ם לכו"ע.

יש מי שכתב במסקנתו בני"ד: לפע"ד אין לשמש במקרה בשבת לפתוח הדלת אכן ע"י עכו"ם מותר וכפסק המג"א סו"ס רנ"ג דמתיר פסי"ר ע"י עכו"ם (שו"ת חלקת יעקב סי' ג"ד). [כוונתו להשתמש במשרת עכו"ם שהוא יפתח ויסגור דלת המקרה להכניס ולהוציא המאכלים ולא ע"י ישראל ופשוט].

ל. סיכום הלכה

הנה אלו המקרים שנעשו שבפתיחת דלת המקרה נדלק מיד פנס שבתוכו להאיר (וכן זה שמצלצל ומשמיץ קול) פשוט וברור הוא דאיסור תורה יש בזה משום מבעיר לכו"ע (שו"ת נזר הקדש, ס' ברכת שלמה, שו"ת חלקת יעקב, ס' החשמל לאור ההלכה).

לא. סיכום דעות האוסרים השימוש במקרה בשבת.

חידושי הגר"י, שו"ת חלקת יעקב, שו"ת הלל אומר.

לב. סיכום דעות הנוטים להתיר לפתוח בעת שהמקרה עובד *).

הגאון ר' שמחה זליג זצ"ל מו"צ בריסק, (בהפרדס), ס' ברכת שלמה, נזר הקדש, שו"ת יביע אומר, משפטי עוזיאל, ס' תשובה שלמה, הרב מאיר יהושע ראזינברג (בהפרדס) הגר"ח ביק (בהמסילה).

לג. יש מחלק בזה בין שבת ליו"ט ובשבת אסור וביו"ט מותר.

שו"ת חלקת יעקב.

לד. יש מוסיף דאם יהודים עובדים בתחנת הכח לכו"ע אסור משום מעשה שבת

(ס' החשמל לאור ההלכה).

(*) וראה ס' בנערינו ובזקנינו (מהגרא"ז חרנר) עמ' טו: ...נאמר לי, שהחום לא מדליק כלל ולא ידליק החשמל לעולם, אלא שיש חתיכה שהוא כמו כסף חי, שבשעת הקור מתקשה ומפריד חוטי החשמל, ולא יכול להגיע זרם החשמל, והחום שנכנס פועל על החתיכה שתתפשט כמו כסף חי שנימס מפני החום, וכאשר החתיכה לא מפרידה שוב בין החוטים מתקרבים החוטים בעצמם וכאשר החוטים מקורבים בא עליהם זרם החשמל, וזה בודאי הוה גרמא שהכלי יכול לעבוד, ועשייה אסור וגרמא מותר, אלא מפני שהצבור לא יודעים כל זה מהראוי לדעתי לא לפתוח המקרה רק ע"י ילד שאין לו מחשבה, או עכ"פ כשאין ילד שיהיו שנים פותחים ביחד בזה יכול וזה יכול ודו"ק וצ"ע.

לה. יש מתיר השימוש במקרר ע"י עכו"ם.

שו"ת חלקת יעקב.

לו. יש מתיר עפ"י עצה זו לכו"ע :

שהדלת לא יהי' סגור לגמרי כגון שישים איזה חציצה קלה בין הדלת
להמקרר שהאוויר יוצא לאט לאט ובזה נסתלקו כל החששות (כ"כ בשו"ת חלקת
יעקב) והרב א. י. וינטרוב העיד שהוראה זו יצאה מפ"י הגאון חזון איש זצ"ל (שו"ת
הלל אמר).

תקון או הריסה

רעש גדול הסב החידוש שיצא מהחדר הקונסרבטיבי לעשות נוסח חדש בהכתובה ובעיקרו עוררה תגובה רבה סמכות בית דין שלהם בעניני אישות וגירושין. וכבר הביעה אגודת הרבנים את דעתה בענין זה בהכנסיה השנתית וכן הסתדרות ואגוד הרבנים, שהדבר נאסר ומופרך ו"בית דינם" עלול להביא הרס בקדושת המשפחה ויהדות בכלל. וכאשר המחדשים מתיימרים, שרוצים בזה לגזור פרץ שבעניני האישות שבמדינתנו, ולפי דבריהם מפריעים הרבנים החרדים מלעשות תקון — על כן עלינו לברר ולהבהיר הענין.

הנה אמנם כן פרץ נבעה בתומת האישות בישראל פה במדינה, מעשים בכל יום, שזוגות מתפרדים ב"ליגל דיווארס" ונכנסים בברית חדשה של נשואין אחרים בלי גט כדת משה וישראל. הרבה כאלה ששני הצדדים אין דורשים ג"פ לרגלי פריקת עולם מתומ"צ והרבה שצד אחד דורש ג"פ והצד השני ממאן, אם מפאת שנאה ונקמה, או מפני שרוצים לסחוט איזה סכום ממון מהצד השני. יש שמצדיקים מעשיהם בנמקם שמגיע להם תוב לפי דעתם, ויש שרוצים סתם להבנות מממון של הצד השני, בעקיפין.

ומזדמן תמיד שכשצד אחד ממאן בגט והשני נושא או נישאת בלי גט, אח"כ דורש צד הממאן את הגט, והדורש את הגט שמכבר, נהפך עתה לממאן. בין כה וכה מצויות הרבה נשים שמתעגנות על ידי הקלקול הזה, ומהן מתפרצות שנשאות באיסור א"א ומרבים ממזרים בישראל. ועל מדוכה זו יושבים תמיד הרבנים ושואלים ודורשים כדת מה לעשות לשמור על טהרת ישראל ? ולהציל בנות ישראל מעיגון.

והנה כידוע מתהלכות משפטי מדינות ארצות הברית קשה מאד לצד אחד להשיג דיווארס בלי הסכם צד השני, וכיון שכן הוא, לו חכמו השכילו לדרוש ג"פ כדמ"ו, קודם שמסכימים על ליגל דיווארס היו משיגים זה בנקל. ואך הקלות וההפקרות גורמים שמתחילה אין דואגים כלל לגט כד"ת, אלא אח"כ כשנתקלים בעיכוב להנשואים החדשים, שדורשים גט כד"ת או באים בקובלנא על הד"ת שאין בה דין לגרש ולהפריד אשה בלי רצון בעלה...

שנית, כרגיל הזוג שמתפרד משום שנוי הטבעים שביניהם, או משום חסרון פרנסה וכדומה, בלי שנאה וקנאה, לא קשה לאחד להשפיע על השני בענין גט, בפרט שהגט הוא נחוץ לשניהם. ואמנם לרוב גורמת קנאה ונקמה בזה שהאשה מושיבה את הבעל במאסר או שמתפרדת ממנו משום שמצאה נאה ועשיר ממנו או שהוא מצא אחרת, אז אף שמתפשרים על דיווארס, כשמגיע הדבר לגט כד"ת מתעוררת הקנאה והגט מתעכב וגורם עגון וג"ע.

הסגולות והעצות לתקן הקלקולים, המוטלות על הרבנים הן א) לפרסם בכתב ובעל פה, וביחוד למי שנזקק לדיווארס, לדאוג ראשית דבר להגט כד"ת, לעקור משורש את הטעות של הרבה שחושבים שהג"פ מזיק להדיווארס, או שאסור לסדר ג"פ קודם דיווארס כבר פסקו שופטים מומחים (כהשופט ראזאלסקי ע"ה ועוד) שאין עיכוב מצד חוקי המדינה מלעשות ג"פ קודם הדיווארס, ורק לכתוב בהפטור שע"פ חוקי המדינה זקוקים שניהם לדיווארס מדיני כחק. והרבה אשמים בזה עורכי הדין החפשים, ובלי ספק שע"י השתדלות ישרה אפשר בזה להשפיע עליהם, שכשנעשה הסכם על דיווארס יכניסו ענין הגט כד"ת בתוך ההסכם.

ועתה נבוא להצד המכאיב ביותר — הבגידה של אחד מהצדדים או משניהם (איהו בי קרי ואתתי' בי בוצינא) שלבד ההשחתה מצד עצמה הנה הקנאה המוצתת על ידי זה גורמת לעיכוב הגט — היש עצה למנוע ההפקרות במדינת החופש הזאת? ואמנם להישיר דרכי פורקי העול לגמרי לכאורה הוא מן הנמנע. אבל דאגתנו ביחוד היא על אלה המקושרים בחבלים או בנימים בדת, שגם עליהם עובר כוס ההרס, אף שרצונם חזק בגט, אבל אין בהם כח להתגבר ולכבוש יצר הנישואים כשסובלים כמה שנים מעגון. ולאלה בודאי שיש תקוה להשפיע עליהם גם בסוף בנוגע לג"פ כשהדבר מגיע למעשה...

ואמנם תקנה עיקרית הוצעה כ"פ בלשכת אגודת הרבנים, ודנים עליה, והיא להשתדל אצל הממשלה, שאלה המסדרים נשואים כדת משה וישראל לא יוכלו להתיר מאסרי אישותם עד שישגו ג"פ כדת מ"ו, והדבר אינו פוגע בקונסטיטוציה שנותנת חופש הדת; שמכיון שנתקשרו יחד כדמ"ו הרי הכירו צד אחד בשני שחי הוא ע"פ אמונתו, והליגל דיווארס לא יועיל לו כל עוד לא יושג ג"פ כדמ"ו. ואמנם אפילו יושג זה איננו נצולים מקלקול כ"ז שענין הג"פ ישלטו בו ידי הכל, שהרי מפורסם הוא שיש במדינה זו מהרסים שקורים גט לחספא בעלמא וע"ז צריך לקבוע בי"ד עליון שיאשר את הג"פ, ומובן שבהוה הכח הזה צריך להיות בידי אגוה"ר. זוהי התקנה שהוצעה מכבר ועתה היא חובת השעה ואם תעלה בידינו אז יצא יקר מזולל ותצמיח ישע לטהרת ישראל.

עתה נבא חשבון לדון על החדוש הזר של המתקנים אם יש בו ממש. הם מחדשים "שהחתן והכלה יתחייבו ללכת בדרך התורה ובכל תגרה המתהווה ביניהם

עליהם לסמוך על הבי"ד". והנה החיוב לשמור דרכי תוה"ק הוא על כל ישראל, בין שיחתמו על זה ובין שלא יחתמו. ואמנם יודעים אנו שחלק גדול אינו שומע וא"א לנו לכופם, וחתמתם ע"ז והתחייבותם לא תועיל כלום. וממה נפשך אם הבי"ד כחו יפה ע"פ דין והממשלה תעזרהו והבעל הוא מאלה שכופין להוציא, או האשה מאלה שכופין להתגרש, א"צ להתחייבותם ואם אינם מחויבים ע"פ דין להתגרש אפילו ישיג כח מהממשלה הגט הוא מעושה שלא כדין ואינו גט. ואם הכונה היא שהבי"ד יחייבו את הצד האשם בקנס כסף גדול, שממילא יהי' מוכרח ליתן גט. הנה לבד שיש חשש עישוי גם בזה, הנה התחייבות סתמית אין כחה יפה שלא יוכלו הצדדים לחזור בהם, דפשוט שהיא בכלל אסמכתא. והא דקנו מידו מהני להציל מאסמכתא, הוא כשפוסק בדין או אפילו בפשרה הקרובה, אבל להתחייב על כל מה שיאמרו, נראה דאפילו למאן דסובר דקנין אתן מהני הכא לא מהני ומכ"ש להסוברים דאפילו בסתם פשרה מהני רק על חפץ ידוע (עיין רמ"א חו"מ סי' י"ב) ואם תאמר מה היזק יצא מזה אם יחתמו ואם יתחייבו? הנה מכיון שאין בזה תועלת מצד עצמה מסתמא כונה אחרת טמונה בזה, וכאשר יודעים אנו מכבר השתדלות הקונסרבטיבים לעשות תנאי בנשואין, וכנראה לוטה כונה זו גם בזה. ולבד מזה שאין כאן תנאי כלל, ואמנם אפילו יעשו תנאי גמור כתנאי ב"ג וב"ר כבר נתברר ע"פ כל גדולי הדור בס' שנדפס ע"פ הגר"ע זצ"ל שאין תנאי בנשואין, הלכה ברורה היא ולא רק תקנה; ולפטור אשה בלא גט משום תנאי הוא היתר א"א לעלמא. והסברתי זה כ"פ שגדר הנשואין הוא לעכב האשה מלהיות לאחר, וגלוי לכל שאפילו לא יתקיים התנאי, אינם מסכימים להתירה לכל מעיקרא, אפילו בפרוצים, משום שהוא נגד הטבע והשכל, והם דברים שבלב כל אדם; ממילא אין התנאי על עצם הנשואין שלא יחולו, אלא הכוונה שבעת שירצו להפרד לא תצטרך גט. ותנאי כזה באומר הרי את מקודשת לי אלא שתצאי אח"כ בלי גט, הרי זה מתנה על מה שכתוב בתורה, הן אם היא בתורת תנאי והן בתורת שיור. ואין חילוק בזה בין כשר לפרוץ. ורק בביאה שלא בתורת נשואין שייך תנאי ובאקראי, ומה שחילקו בזה בין כשר לפרוץ הוא רק במקום שרק משום חזקת כשרות דנים להביאה שהוא ביאת קדושין, משום הזקה א"א עושה בב"ז, ובלא"ה היינו מחזיקים זה לזנות, אבל בעת נשואין רגילים שכל מהותם הוא שלא תהא לאחר, הקדושין ע"י הביאה חלין. אפילו בתנאי, והתנאי בטל. והתנאי שהנהיגו לפנים באח חרש או מומר, ל"מ אלא לענין זיקת יבום, וטעמא רבא איכא בזה ובארתי זה במק"א. ולפי התנאים שכתבו בזה היא בכלל דבר שאי אפשר במציאות בדור הזה.

ואם כוונתם של בעלי האסמבלי לפרסם ע"י זה בית דין שלהם, זו קשה כראשונה; הטובים שבהם היו אומרים שהסטיה שלהם מדרך המקובל היא בכוונה

טובה להציל מה שאפשר להציל, אצל אלה שרחוקים לגמרי מהיהדות אבל הצעד המסוכן הזה עלול לעורר עיני העם ולהמשיכם בדרך הפקר בהסתה שהם הביידי והמנהיגים — בזמן שידוע שדרכיהם הם גשר רעוע העלול לפול למים הזידונים... וזוהי תועבה וכל מי שיש בו ריח תוי"ש צריך לברוח מזה כבורח מאש ואבדון. ומודה ועוזב ירוחם.

הרב בנימין רבינוביץ תאומים

אונס עצמו בגירושין

(לתקנת המגורשות בערכאות)

מכתב ראשון

על דבר השאלה אם יש מקום לתקן תקנה לאלה המתגרשות בגרושין אורחים ואח"כ ממאן הבעל לגרש כדין תורה אם לא יתנו לו בעד זה סכום כסף ידוע, וזה מביא לידי פרצה גדולה, שהאשה תולכת וגשאת עפ"י הגרושין ההם, באין רצונה, או שאין ביכולתה לשלם, ויש הרוצים לתקן, שיתחייב הבעל אחר הנשואין לשלם סכום גדול בתור קנס, אם יגרש ע"פ חוקי המדינה בגרושין אורחים, ולא ירצה לגרש כדין, אבל יצאו עוררים על תקנה זו, שיש בזה משום גט מעושה, כיון שיגרש רק כדי להפטר מן הקנס, אע"פ שלא ירצה לגרש בגט כדין תורה, — האמת, שלבי מהסס מאוד לנגוע בדבר שרבים מגדולי האחרונים נוטים להחמיר, ורואים בזה איסור ערוה, שאין להקל אפילו בדיעבד כלל. אבל בהיות הפרצה חמורה מאוד, ורבים מבני ישראל נכשלים באיסור אשת איש ודאי, בארצות ידועות, עד שאין אנו יכולין לפטור את עצמנו מלהודק לדון באפשרות של תקנה להציל רבים מעוון, לזאת חושבני, שמן החובה לברר את הענין מכל צדדיו עד כמה שאפשר עד שיתלבנו הדברים בעזרת המתלי"ש ב"ה.

א. עיקר הדבר של קונס עצמו לגרש אם הוא גט מעושה שנוי הוא במחלוקת ראשונים, כמו שהביא בב"י אבע"ז סימן קל"ד מתשובת ה"ר מיימון נג'אר, שאם קיבל עליו קנסות אם לא יגרש אין זה אונס מאחר שתלה גטו בדבר אחר ויכול ליתן הקנסות ולא יגרש, עפ"י סוגית הגמ' בגיטין מ"ו ב' באומר קונס פירות העולם עלי אם לא אגרש [ואף הרלב"ח בתשובותיו סי' קכ"ד בסוף התשובה מביא ראיה זו בשם הר"מ דיקשטרו ומקלסה ומתמה על הריטב"א שלא הביא ראיה זו, ועי' להלן], ופסק כן רמ"א שם בסעיף ד' מטעם זה. אבל בב"י שם מביא מתשובת הרשב"א (והיא בח"ד סי' מ' להר"מ המאירי, וכן קבע המאירי להלכה בגיטין פ"ח ב' ד"ה ועשוי) שמחמיר בנידון מי שקיבל עליו קנס ואח"כ לא רצה לגרש עד שאיימו עליו לשלם את הקנס ואם לא ישלם יניחוהו במשמר, ונתרצה לגרש משום כך, שהגט פסול מפני שהוא גט מעושה. ואף הרמ"א הביא שיש מחמירין וקובע להלכה שטוב לפוטרו מן הקנס לכתחילה, אבל בדיעבד אם גירש הגט כשר, הואיל

ומתחילה לא אנסוהו על כך, וזה עפ"י תשו' הריטב"א שהובאה בב"י שם בסוף סי' קנ"ד, שמדייק כן מדברי ה"ר פרץ בסמ"ק סי' קפ"ד. הלא יוצא מהכרעתו של הרמ"א שאין כאן אלא חומרא שיש להחמיר לכתחילה, לא כדעת הרשב"א המחמיר ופוסל את הגט. אבל רבים מגדולי האחרונים כתבו שאין כאן מחלוקת, ולדברי הכל אם הוא מתחרט עכשיו ואינו רוצה לגרש, הגט פסול, ועד כאן לא כתבו הראשונים שאין זה אונס אלא אם מסכים גם עכשיו לגרש ולא זו מדעתו מתחילה ועד סוף, שאז אין לתלות שעשה כן מחמת אונס הקנס, כמש"כ במשכנות יעקב סי' ל"ח ובשם מכתב מאל"י דיני ביטול סי' כ' ומהרח"ש בדיני מודעא ואונס. ובפ"ת שם הביא כן גם בשם בית מאיר. וגם באבני נזר לקוטי שו"ת סי' קל"ח כוון לדעתם מטעם זה, שאין מחלוקת בדבר, ולדברי הכל יש בזה משום גט מעושה, אם התחרט, אלא שמהסס לחלוק ע"ד נוב"י שמצדד להקל עפ"י ד' רמ"א לעיל, אבל מוכיח שם, שבודאי אין דעת הריטב"א כדעת החולקים על הרשב"א, כמש"כ בד"מ שם, שמצרף דעתו לדעת ה"ר מיימון, מהרא"י ומהרי"ק שאין אונס בעושה על ידי עצמו, שלפי"ז אף בשבועה אם נשבע לגרש כן, והרי בשיטמ"ק ב"מ ס"א א' ד"ה מה להנך כתב בשם ריטב"א בנותן מתנה ובשעת מתנה מסר מודעא שרק מחמת השבועה שנשבע הוא נותן, אין מתנתו כלום, ואצ"ל בגט כיוצא בו שהוא פסול, הרי שאפילו אינו מוסר מודעא ממש שהוא אונס, אלא שאמר מחמת השבועה הוא מגרש הגט פסול, וא"כ אין דעתו כדעת רמ"א בשמו שאם גירש מחמת השבועה הגט כשר בדיעבד, אלא ודאי שלא חלק ע"ד הרשב"א אם נתחרט, ורק אם רוצה עכשיו ג"כ אין לחוש שמחמת השבועה הוא עושה כן. וכתב שם שדברי שטמ"ק לא היו לפני הרמ"א, ולכן הסמיך דעת הריטב"א לדעת ה"ר מיימון נגד דברי הרשב"א. [אמנם בבדק הבית בב"י חו"מ סי' ר"ה כבר הביא ד' ריטב"א אלו מפ' איזהו נשך יעו"ש] אבל באמת מפורשים דברי הריטב"א גם בחידושי קדושין נ' א' ד"ה והא שכתב מה שאין כן במעושה שלא כדין שאע"פ שאמר רוצה אני כיון שהוא אונס מתחלתו בגופו או בממונו או בשבועה פסול (ובסוף מסיק וכן קבלתי מפי מורי רבינו גר"ו, ויל"ע אם זה גם על מש"כ בשבועה), ומדבריו משמע אפילו לא מסר שום מודעא כלל כמו באונס גופו או ממונו. וכן מטין דבריו בתשובה שהביא בב"י סוף סי' קנ"ד שאין מאמינים לו שהתחרט בשעה שגירש, שא"כ הי"ל לבקש צד להיות נקי משבועתו או לגלות דעתו למסור מודעא בכך, משמע שאם היה מתחרט באמת הרי זה גט מעושה ופסול כמש"כ בחידושי. ולפי"ז יוצא שאף מש"כ רמ"א להקל עפ"ד הריטב"א בתשובתו אין לנו להקל אלא באינו מתחרט עכשיו לפי הטעם שכתב הואיל ומתחילה לא אנסוהו על כך, שהוא הטעם השייך בשבועה כמו בקנס, והוא הטעם שכתבו מהרי"ק שורש ס"ג. נמצא לפי"ז שלדעת ריטב"א כשהוא מתחרט דעתו ג"כ כדעת הרשב"א שהוא גט מעושה ופסול, ואע"פ שהרמ"א לא נחית לחילוק

זה, שהרי הביא יש מחמירים מדברי הרשב"א שמחמיר במתחרט (וכמש"כ גם המאירי בגיטין שם) ומכ"מ מכריע להקל בדיעבד, אבל אין לנו ללכת אחרי הכרעת הרמ"א בזה, כיון שהריטב"א והרשב"א חולקים, ודעת המקילים לא מצאנו אלא אם הוא לא התחרט כלל, כדעת גדולי האחרונים בזה.

ב. אלא שעדיין יש לעיין בדבר, איך אפשר שכל עיקר המחלוקת היא אם אינו מתחרט, אבל כשמתחרט שוב אינו יכול לגרש, מפני שהוא גט מעושה, שא"כ כל עיקר השבועה אינה אלא שבועת שוא, שהרי אין זה בידו לקבל עליו שלא יתחרט, שהרי אין דעתו לעתיד בידו כלל, שיוכל להשבע על כך, ואינו יכול להשבע אלא שיקיים מה שקיבל עליו, אבל לא על רצונו שיהא גם אח"כ כמו שהוא עכשיו, וכמו שהעירו מפרשי התורה בלאו של לא תחמוד שאי אפשר לצוות על חמדה שבלב, אלא תירצו שעל ידי הלאו לא יבא לידי כך, משא"כ כאן שע"כ לא ירצה לגרש אלא מחמת חומר השבועה, וזה כבר גט מעושה, ונמצא שמקבל עליו דבר שאי אפשר לקיימו, והרי זו שבועת שוא ואין שם שבועה כלל, ועובר הוא מיד, כאותה שאמרו בנשבע שלא יישן שלשה ימים, שמלקין אותו וישן לאלתר. ואין לומר שנשבע שאם יתחרט ישאל על אותה שבועה, שלא מסתבר לומר שזוהי השבועה להתחרט עליה בשאלה, ואף בנשבע שלא יישן לא אמרו שישאל עליה אלא מלקין אותו כיון שאי אפשר לקיימה ואינה חלה עליו כלל לאסור אותו עד שיוכל, כל שאין ביכולתו לקיימה, ואף כאן כל שאין דעתו לעתיד בידו אינו יכול להשבע על כך כלל [ובתשב"ץ ח"ב סי' ס"ח מצאתי שעמד ע"ז קצת ומצדד משום כך שיכול לגרש בלי היתר שבועתו, שממנ"פ אם זה אונס נמצא שאינו יכול לגרש, וא"כ הר"ז שבועת שוא ואינה חלה כלל, אבל שם לא ירד להבדל זה שבין מתחרט לאינו מתחרט, ובא רק מצד שכל הנשבע לגרש גטו באונס הוא ולכן כיון שאינו יכול לקיים אין זו שבועה, וזה באמת נסתר מדברי הראשונים המצריכים להתיר את השבועה, או שהוא גט פסול. אבל לפי ההבדל הלא אפשר שתתקיים שבועתו כשלא יתחרט. אלא שמכ"מ עדיין אין זה בידו שיוכל על כך להשבע, ועכ"פ הר"ז כנשבע על אחרים, שאף שם אינו חייב על שבועת ביטוי, וכמש"פ הרמב"ם בפ"ה משבועות ה"א, שהרי אין בידו לקיים ולבטל את רצונו שלאחר מכאן, ואע"פ שאינו לוקה לדעת הרמב"ם מפני שאפשר שתתקיים שבועתו, מכ"מ הוא בכלל הלאו של שבועת שוא, וכמש"כ בכ"מ שם, והלא אפילו אם ירצה לקיים שבועתו לא קיימה אם הוא מתחרט בלבו מלגרש ומגרש רק מחמת השבועה, אלא שאפשר שתתקיים אם באמת ירצה אחר כך, וזה כנשבע על אחרים שאפשר שתתקיים שבועתו, אבל אין זה יכול לחייב אותו כלל, כמבואר]. לכן נראה שזה ודאי אם הוא מקיים את דבורו כדי שלא לחלל את שבועתו מצד עצמה אין זה אונס כלל, והגע בעצמך אם הבטיח לגרש, ואחר כך יאמר שאינו רוצה לגרש, אבל מחמת שהוא רוצה לעמוד בדבורו הוא

מגרש, האם יהיה בזה משום אונס, הלא אין אנו צריכים לתור כלל מחמת איזה סיבה הוא רוצה לגרש, אם מחמת שאינו רוצה לדור אתה, או מחמת שרוצה לעמוד בדבורו, עכ"פ רצונו הוא לגרשה, ואפילו אם הוא מתחרט מאותו הטעם שרצה לגרשה מתחלה, אבל אם הוא בעצם אינו רוצה לעמוד בדבורו, אלא מפחד ויראת העונש שבשבועה הוא מגרש בזה הוא שיש בדבר משום אונס, שאין זה רצונו אלא כאילו מן השמים אונסים אותו עכשיו לקיימה. [ואולי כוון לכך ביד דוד אישות פ"ד ה"א אות כ"ג דף צ"ג א' וב' שכתב בזה"ל וגם עתה כשרוצה לגרש מחמת שרצונו שלא לבטל השבועה הוה רצון גמור, כל זמן שאין לנו הוכחה שאין רצונו באלו הגרושין רק שעשה זה מחמת פחד שלא יעבור על שבועתו והלא אינו מתרצה לזה עכ"ל שם]. ונמצא לפי"ז שבאמת בידו לקיימה ולרצות אח"כ לקיים את דברו כמו בכל הבטחה, שרוצה לעמוד בדבורו, וע"ז הוא שכתב הריטב"א שאם ימסור מודעא שאינו רוצה לקיים דברו אלא מחמת פחד השבועה הוא מקיימה ה"ז אונס כאונס ממון וגוף, וזהו מש"כ שאין מאמינים לו כלל שמחמת כן הוא גירש, אם לא אמר מפורש, שהרי בידו היה להיות נקי ממנה, או להגיד לפחות שאינו רוצה לקיים דברו, ואם לא אמר הרי אלו דברים שבלב, שאין שם אומדנא דמוכח שלא רצה לעמוד בדבורו, ואדרבה בודאי יש אומדנא שאדם רוצה לקיים שבועתו.

ולפי"ז אף בקנס נאמר כן, אע"פ שאין בקנס הוכחה שרצה, ואין שם אפשרות להיות נקי מן הקנס, אבל מכיון שלא אמר כלום הרי אלו דברים שבלב, ואפשר שהוא באמת רוצה לקיים דבריו, וגם בקנס אינו יכול לעשות תנאי שלא יתחרט כלל, שהרי זה אין בידו לקיימו ואינו תנאי כלל, ויהא חייב תמיד ככל מתנה תנאי שאי אפשר לקיימו, אמנם בתורת גיטין כבר עמד על זה, וכתב לחלק שבכל תנאי החיוב חל מיד ותנאי מילתא אחריתא, אבל כאן אין החיוב בא אלא כשלא יגרש, ולפי"ז כאן לדעת הסוברים שזה אונס לא יתחייב שהרי אינו יכול לקיים, אבל מכ"מ דבריו תמוהים, שא"כ לא חל כלל חיוב עליו, ולמה צריך למחול את הקנס, ממנ"פ אין כאן מה למחול, אם לדעת המחמירים, הלא אינו חל החיוב כלל, ואם לדעת המקילים, הלא אין זה אונס [וכמש"כ התשב"ץ לענין שבועה, עי' לעיל]. אבל גם כאן צ"ל שאם יתחרט מכ"מ בידו הוא לקיים את דברו מחמת שהוא רוצה לעמוד בדבורו, וזה בידו הוא, ונמצא שאף לדעת המחמירים יש כאן אפשרות של קיום, ובתורת גיטין כנראה לא נחית כלל לחילוק זה שבין מתחרט לאינו מתחרט, וסבור היה שאף כשאינו מתחרט הרי זה אונס, ולכן כתב שלא יהא חייב, אבל זה לא יתכן, שא"כ למה למחול לו את הקנס הלא אינו מתחייב כלל, ואם נכונים הדברים הלא יכולים לקנוס אותו ולהזהירו שלא יאמר שמחמת הקנס הוא מגרש, ואז יהיו דברים שבלב אפילו אם יתחרט ולא ירצה כל שלא אמר מפורש שאינו רוצה לגרש,

ואינו רוצה לעמוד בדבורו כלל. ועד כאן לא החמיר הרשב"א אלא כמעשה שהיה שאמר מפורש שאינו רוצה לגרש וגם לא רצה לשלם את הקנס והלכו לכפות אותו לשלם ואז כשגירש רק מתוך אונס זה החמיר שיהא בזה משום גט מעושה, וכמובן שלא יועיל בזה גם ביטול המודעות שעושים בגט, כיון שהאונס מפורסם וגילה דעתו מקודם, כמש"כ באבני נזר שם. אבל אם לא יאמר כלום הרי אלו דברים שבלב ואין אנו מאמינים לו שהתחרט, וע"ז אנו יכולים להזהירו, שאם רק יגלה דעתו שאינו רוצה לגרש יהא חייב לשלם הקנס אפילו ירצה אחר כך לגרשה. ואם היינו אומרים כל שמתחרט מלגרש הרי זה כבר אונס לא היה אפשר לתקן כאן כלום, שהרי כשהוא מגרשה בעל כרחו בגרושין אזרחים הרי זה גילוי דעת שאינו רוצה לגרשה, אבל מכיון שאף משום שרוצה לעמוד בדבורו חשוב רצון, א"כ גם כאן כל שהבטיח לגרש כדין אחר גרושין אלו יכול לומר אחר שכבר מוכרח להפרד ממנה עפ"י החוק שוב אינו רוצה לעכבה ומגרשה ברצון כדין תורה, שהרי בין כך אינם יכולים לחיות יחד לפי החוק, ונמצא אף זה מגרשה ברצון כדי לעמוד בדבורו, אף לאחר שגלה דעתו שאינו נפרד ממנה ברצון.

ג. אבל מלבד זה תמה אני ע"ד האחרונים שכתבו שאם הוא מתחרט אין כאן מחלוקת כלל ולדברי הכל אין זה גט, והלא מפורש כתב הרא"ש בנדרים פ"ג סי' ב' בשם רב האי גאון במי שיצרו נתגבר עליו וקפץ ונשבע שאשה זו לא תהיה אשתו לעולם, ואח"כ מתחרט על שבועתו כו' חייב לקיים ולגרש את אשתו, יעו"ש, הרי שאף במתחרט אין זה אונס כלל, והגר"א בסי' קנ"ד סקע"א מכריע עפ"ד רב האי גאון שלא כדעת רבנו פרץ שא"צ להתיר את השבועה כלל, וכתב שם שכ"ה דעת הרבה פוסקים, כיון שעשה כן מעצמו. ולכאורה מדברי רב האי גאון עצמו היה אפשר לומר שסובר כדעת הר"י בן הרא"ש שאפשר גם לכפות לגרש כשנשבע, מפני שהוא כגט מעושה כדין, וב"ד כופין אותו לקיים שבועתו, לפי שהוא דבר המוטל עליו לעשותו מחמת השבועה, כמו שהביא בב"י בריש סימן קל"ד [וכ"כ בתשב"ץ ח"ב סי' ס"ח]. וכן צ"ל בהכרח לפי הסברת הרמב"ם בגט מעושה כדין, שכל מי שתקפו יצרו לעשות עברה או לבטל מצוה ואנסוהו לקיים כדין תורה אין זה אונס, מאחר שהוא רוצה להיות מישראל ולהתרחק מכל העברות, ורק יצרו הוא שתקפו, וכיון שאנסוהו ונחלש יצרו הרי הוא עושה לרצונו, כמש"כ בפ"ב מהלכות גירושין ה"כ, שלפי"ז אין הבדל משום מה הוא מחויב לגרש, אם מחמת השבועה או מחמת הדין, עכ"פ יש כאן מצוה לקיים ולגרש. [ועי' רמב"ם שבועות פ"ו ה"א בנשבע לגרש את אשתו, וזה לשיטתו שחייב לגרש]. ורק אם נפרש מעושה כדין דוקא שמן הדין הוא מחויב לגרש, שאז הוא מתרצה משום מצוה לשמוע דברי חכמים, ונפרש לשמוע דברי חכמים דוקא בענין הגרושין שציוו לגרש, וכמש"כ הרשב"א קדושין נ' א' ורשב"ם ב"ב מ"ח א' ועוד שהכל תלוי בב"ד, והפירוש מצוה לשמוע דברי חכמים

היינו ב"ד, יש לומר שכאן אינו חייב מצד עצמו לגרש, ואין כאן דין של כפיית ב"ד מתקנת חכמים כבכלל הכופין (ובמק"א כתבתי לתלות בזה גם מחלוקת הראשונים אם מעושה ע"י עכו"ם כדין פסול מן התורה או מדבריהם, שלדעת הרמב"ם מה"ת כשר כמש"פ שם, ולדעת רוב הראשונים אף מן התורה הוא פסול, מפני שאין כאן ב"ד שיהא מצוה לשמוע דבריהם ואינו גומר בדעתו לגרש, וכמש"כ בטור שם מפני שאין עכו"ם בני עישוי וכמש"כ בשלטי גבורים שם בשם ריא"ז כיון שאין מצוה לשמוע דברי חכמים אין רצונו רצון גמור, ואכמ"ל). ואם נפרש כן אין משם ראייה לענין קנס כלל. אבל הגר"א בביאוריו לא כך הבין ותולה הכל בסברת הראשונים שאם עשה מדעת עצמו אינו אונס [ואף מהרלב"ח בסי' קכ"ד כתב כן להוכיח שאף אם מתחרט אינו אונס, ומוכיח שם גם על נזירות שמשון, משמע כדברי הגר"א מפני שעשה ע"ד עצמו, שאל"כ אין ראייה משם על נז"ש כלל, כמובן. ויעיי"ש שרצה לתלות בהבדל זה מחלוקת רה"ג ובעל הלכות קצובות, שלדעת בעל הלק"צ כל שמתחרט הר"ז אונס, ולפיכך ילקה מיד על שבועת שוא, שהרי אינו בידו לגרשה, שאם יגרשה מכה השבועה לא תהא מגורשת. ודבריו שם צ"ב, שהרי לפי מה שנתבאר אם לא יתחרט יכול לקיים שבועתו ובמה היא שבועת שוא מיד. אמנם לפמש"כ לעיל אף בזה יתכן שהיא שבועת שוא שהרי אין בידו שלא יתחרט, ולא נחית לסברא זו שכתבתי לעיל שאם ירצה לקיים שבועתו מצד שהוא רוצה לעמוד בדבורו אין זה אונס, ונמצא שבידו לקיים שבועתו, ולבסוף מסיק שאף לדעת בעל הלק"צ אין זה אונס אפילו כשמתחרט, וכתב שם טעם אחר בדבריו]. ועוד יותר תמוה לי מש"כ במשכנות יעקב שאף לדעת ה"ר מיימון שאין זה אונס לא כתב כן אלא כשלא זו מדעתו, וזה הלא אי אפשר כלל, שהרי לפי הטעם שהוכיח מסוגית גיטין בקונם פירות עולם עלי ומחלק לדעת ה"ר פרץ בין שבועה לקנס, ששם תולה גטו בדבר אחר ויכול ליתן הקנס ולא יגרש, אין הבדל בין מתחרט לאינו מתחרט, שאפילו אם הוא אחר כך מתחרט עכ"פ הרי הוא תולה גטו בדבר אחר ויכול ליתן הקנס. והדבר מוכרח גם מסוגית הגמ' שהקשו שם פשיטא, והיינו שבודאי יכול להחזירה מפני שאינו יכול לקלקלה, ואם יוכל לומר שהיה מתחרט אילו היה יודע שע"ז נעשה גט מעושה א"כ מהו פשיטא, ולמה יהא מותר להחזירה. אלא ודאי שאפילו יתחרט לא יהיה גט מעושה כלל לדעת ה"ר מיימון. ואף ממה שכתב שם להוכיח מע"מ שתתני לי מאתים זוז משמע שאפילו מתחרט לא יהיה גט מעושה. וכ"כ באמת במכתב מאל"י שם שלדעת ה"ר מיימון אף במתחרט לא יהא גט מעושה. ומאחר שהרמ"א פסק כדבריו ובטעמו ודאי שפסק כן אף במתחרט.

ד. ונראה שכך היא גם דעת ה"ר פרץ שהביא הטור בסוף סי' קנ"ד שהרי חילק בין שבועה לערבות, [ובאמת תמוה שה"ר מיימון לא הוכיח כדבריו מד' הר"ף.

ואולי סובר היה שבערבון שאני, כמש"כ בתשו' הר"ב אשכנזי סי' ט"ו, יעי' להלן אות י"ב. ובתשב"ץ מוכיח בח"ב סי' קס"ח בסוף התשובה מד' הר"ף כד' הר' מיימון יעי"ש]. ואם מפני הטעם שעשה עפ"י עצמו אין זה אונס הלא אין הבדל בין שבועה לקנס, ולמה בשבועה צריך להתיר משא"כ בקנס, ובודאי מטעמו של ה"ר מיימון שאינו תולה גטו בדבר אחר [ואף הרלב"ח בתשובתו כתב כן, ונתכוונו לדבר אחד], וא"כ יוצא שיש לנו הכרעת הטור והמחבר שפסקו כדבריו בסי' קל"ד ובסי' קנ"ד לחלק בין ערבות לשבועה שאף במתחרט אינו אונס כלל, שלא כדעת הרשב"א. אמנם בתשובות הר"ב אשכנזי סי' ט"ו כתב לפרש גם דברי ה"ר פרץ באינו מתחרט, אבל דבריו תמוהים אם הטעם הוא מפני שהוא תולה גטו בדבר אחר מה לי מתחרט מה לי אינו מתחרט. ולכאורה היה אפשר לפרש שגם בתולה גטו בדבר אחר אנו צריכים לטעם שעשה מעצמו, שהרי אם יקנסוהו אחרים ודאי שהוא גט מעושה, כמש"כ במשכנות יעקב סי' ל"ח בתשובה א' לדברי הכל [ועי' מהרלב"ח שם ד"ה עוד נראה לע"ד, שכתב אם יהיה אונס לקבל עליו נזירות שמשון ודאי אונס הוא, וזה כדברי משכנות יעקב]. וכן מוכח גם מדברי ה"ר פרץ, שכתב אך ערבות יתן אם ירצה, משמע דוקא אם ירצה אבל לקחת ממנו ערבות בעל כרחו הרי זה אונס על הגרושין. וא"כ רק מטעם שעשה מעצמו אין זה כמו אונס [וכ"כ מהרלב"ח מפורש שם מי שקבל עליו נזירות שמשון או אסר פירות עולם עליו אינו נראה אונס כל כך, יקיים נדרו ולא יגרש, ואיני אומר שאונס כמו נזירות שמשון אינו אונס, שאם בראשונה נאנס לשיקבל עליו נזירות שמשון לגרש ודאי אונס הוא, אבל מי שמעצמו ורצונו בלי שום בקשת שום אדם קבל עליו לגרש את אשתו ואם לא שיהא נזיר שמשון אינו נראה אונס כמו הנשבע לגרש]. ולפי"ז אפשר לחלק בין מתחרט ללא מתחרט, שהמתחרט הרי זה כמי שאנסוהו אחרים, מפני שרצונו של אתמול דומה לרצון אחרים, שעכשיו אונס הוא עפ"י מה שאינו רצונו עכשיו, ומכ"מ עדיף קנס משבועה מפני שהוא תולה גטו בדבר אחר.

אבל אם נעמיק בדבר נראה שזה לא יתכן לפרש כן בדברי ה"ר פרץ, שהרי בעיקר הדבר צ"ב מה מוסיף שהוא תולה גטו בדבר אחר, עכ"פ הלא גם אונס ממון חשוב אונס, וכמו שמוכח מדבריו שכתב דוקא אם ירצה, כמש"כ לעיל, ונמצא שהוא אונס עצמו בממון, ואם אונס עפ"י עצמו חשוב אונס, כמו שאנו דנים בשבועה שצריך להתיר תחילה, א"כ אף בקנס נאמר כן, שהרי עכ"פ הוא אונס את עצמו לשלם ממון (ועי' בית מאיר שעמד ע"ז קצת ומתוך כך הוא דוחה דברי ה"ר מיימון. אבל הלא זה מוכרח מדברי ה"ר פרץ שמחלק בין שבועה לערבות). לכן נראה בהכרח שבאונס ממון כיון שהוא בעצמו מתחייב אינו דומה

לאונס ע"י אחרים, שבאונס ע"י אחרים עצם לקיחת הממון או האיום על כך הוא כבר אונס הנעשה נגד רצונו, ולכן הרי זה כמו שהכוח, ומה לי הכוחו בשוטים או הכוחו בממון. אבל אם הוא עושה בעצמו אין כאן בלקיחת הממון שום אונס מצד זה, אלא שעל ידי זה נעשה עליו לחץ שיגרש מפני שאינו יכול להפטר מן ההתחייבות שקיבל עליו, ואין זה אונס, לפי שהוא כמגרש כדי להפטר מהתחייבות, שזה אינו אונס כמבואר בפוסקים [ועי' להלן מד' תו"ג שם סק"ד שאף באנסוהו אחרים סתם ופוטרים אח"כ אותו כשיגרש, שאין זה אונס ומוכיח כן עפ"ד ב"י בחו"מ סי' ר"ה]. אבל אם נאמר דזה חשוב אונס מאחר שהתחייב ושוב אינו יכול להתחרט, ומשום כך הרי זה כאנסוהו אחרים, הלא יוצא שוב שאין להבדיל בין שבועה לקנס ממון, ולמה אין צורך להתיר את הקנס לדעת ה"ר פרץ, שאם מחמת שיש לו כאן ברירה לשלם, מכ"מ אונס ממון יש כאן, ומאחר שקיבל על עצמו שוב אינו יכול להתחרט, ונמצא שהוא בכך אונס על ידי עצמו, ואף זה חשוב אונס כמו בשבועה, ומה לי אם מתחרט או אינו מתחרט, עכ"פ אונס עפ"י עצמו הוא. אלא ודאי כיון שהתחייבות היתה מרצונו אין כאן אונס כלל, ומה שהוא נאלץ אח"כ לגרש אין זה רק מפני שרוצה לפטור עצמו מהתחייבות, משא"כ בשבועה שאינו יכול לפטור עצמו כלל ונמצא אונס את עצמו לגרש. ולפי"ז אין לחלק בין מתחרט ללא מתחרט, שאפילו הוא מתחרט מכ"מ בראשונה היתה לקיחת הממון ע"י עצמו ע"י ההתחייבות שהתחייב מרצונו, ואע"פ שתלה חיוב הממון בגרושין ואינו כממון חדש, מכ"מ כיון שבשעה שתלה לא היה אונס, ואחר כך כפוטור עצמו מחיוב הוא, שהרי גם בפוטור עצמו מחיוב יש אונס ממון אלא שאין אונס זה בא מתחילתו להכריח הגרושין והיה חיוב סתם, ואף כאן אם אתה בא מצד תחילתו לא היה כאן אונס כלל ועשה מעצמו. משא"כ בשבועה שיש כאן הכרח בסופו על הגירושין באין ברירה, ומשא"כ באנסוהו אחרים שיש שם הכרח בתחילתו על הגרושין, אבל ברור הדבר שלדעת ה"ר פרץ אי אפשר לפרש שרצונו מאתמול כאנסוהו אחרים היום, שא"כ אין לחלק כלל בין שבועה לקנס [וזהו עומק כונתו של מהרלב"ח, שלא ירד לחלק כלל בין אם התחרט ללא התחרט, ועוד יתירה מזה כתב שאף לטעם שכל העושה ע"י עצמו אינו אונס אין לחלק בין התחרט ללא התחרט, כמש"כ שם בד"ה הראיה הב', שאין חילוק ואפילו שיגלה דעתו שמחמת הנדר או השבועה הוא שגירש הגט כשר, גם לדעת הריטב"א, ועי' להלן. ואף בתשב"ץ ח"ב סי' ס"ט כתב כן כיון שנתרצה לגרש מעצמו יהיה מחמת הפחד או מפני דברים אחרים הרי אמר שברצונו הוא מגרש יעיי"ש אפילו אמר כן מפורש, ואע"פ שבנשבע כתב בסי' ס"ח שהוא מעושה ומחלק שם מנודר על פירות עולם שבידו שלא לגרש, ואין להסביר הדברים אלא כמש"כ כיון שמתחילה קיבל על עצמו הקנס, שהרי אם יטילו עליו ודאי זה אונס וכמוכח מד' ה"ר פרץ

כמש"כ לעיל. שו"ר שכתב שם שהי"ל לישב דעתו ולהזהר, ואין משם ראייה, ועי' להלן, אבל להיפך אין להוכיח, שבודאי לא כתב כן אלא לרווחא דמילתא].

ה. לפיכך נראה שאף מה שפסק רמ"א להקל בדיעבד בקיבל עליו קנס ולא חילק בין התחרט ללא התחרט על דברי ה"ר פרץ סמך, שנפסק להלכה בטור ובשו"ע [ושכ"כ מהרלב"ח במפורש לפרש דבריו, ויעי' תשב"ץ שם סי' ס"ח שמסיק בסוף דבריו שבקנס אינו אונס וע"ע שם ח"א סי' א' מביא דברי הר"ף בד"ה אונסא דאחרני, ומשמע אפי' מתחרט כל שלא מסר מודעה מפורשת לבטל הגט], ואע"פ שהרשב"א וגם המאירי מחמירים, לא החמיר רמ"א אלא לכתחילה, ודבריו מוכרחים עפ"י פסק ההלכה כדברי הר"ר פרץ, כמבואר [אמנם מהרלב"ח כתב שם שאינו מכניס עצמו לבאר אם הרשב"א חולק על דעת הר"ף או לא, ולפי"ז יתכן גם לדבריו שאין מחלוקת, אבל נראה שזה מצד אחר, שאף הרשב"א לא החמיר אלא במי שהתחרט וכפו אותו על הקנס ואח"כ נתרצה, שאפשר אם כפו אותו הרי זה ככפוהו אחרים אע"פ שהתחייב בעצמו מתחילה, ואף במאירי גיטין דייק וכתב דוקא אם התחרט וכפו אותו לקיים מצד הקנס. משמע אם יאמר שאינו עושה כן אלא מצד הקנס לא איכפת לן, וכמש"כ בתשב"ץ שעכ"פ לא אמר בפירוש דברים המבטלים את הגט אע"פ שאמר שמחמת הקנס מגרש, שהרי לעולם יש שם סיבה שמחמתה הוא רוצה לגרש, ואין זה אונס אלא אם כפוהו ממש לשלם, שאז אע"פ שבעצמו התרצה אח"כ לגרש, מכ"מ יש כאן כפיה מאחרים. ואע"פ שאנסוהו אחרים כדין אינו אונס, כדעת תשב"ץ ועוד, מכ"מ אין זה אלא מפני שהוא כפורע חובו, ואין שייכות לחוב זה עם הגירושין, אבל כאן הלא מה שהתחייב הלא הוא בקשר עם הגירושין, נמצא כשהם כופים אותו לשלם ככופין על הגט. אבל אם מפחד ומגרש מעצמו בלא כפית אחרים אפשר שגם לרשב"א אינו מעושה, וילע"ע בדבר. ויתכן שכך היתה גם דעת ב"י שלא כתב דברי הרשב"א כמו חולק ע"ד ה"ר מיימון והר"ף]. ואע"פ שגם דעת הריטב"א כרשב"א לפסול את הגט בדיעבד בנשבע, כמבואר לעיל, ובהכרח יש לנו לחלק בין מתחרט ללא מתחרט, וכמש"כ באבני נזר לעיל אות א', כדי שלא יסתרו דבריו ממה שכתב בתשובתו לחידושו, מכ"מ אין לנו אלא בשבועה, ששם אין הטעם שהוא תולה גטו בדבר אחר, אבל לענין קנס לא שמענו, ואף הריטב"א מביא דברי ה"ר פרץ, ומשמע שמסכים לדבריו לחלק בין שבועה לקנס, ועכצ"ל מטעם שבקנס תולה גטו בדבר אחר, כמש"כ גדולי האחרונים [ואף בתשב"ץ סי' ס"ח מחלק כע"ז בין קונם לשבועה, יעי"ש בתשובתו לה"ר מיימון, ואע"פ שהוא דוחה שם את ראיותיו, מכ"מ בעיקרי הדברים מסכים עמו], ושם אין לחלק בין התחרט ללא התחרט, כמו שנתבאר.

אמנם עיקר ראיתו של ה"ר מיימון מגיטין מ"ו ב' כתב במכתב מאל"י

לדחות לפי פירושו של הרשב"א שם בסוגיא שהקשו פשיטא מפני שלא נאמין לו ויהיו דברים שבלב אם יבא לקלקלה אח"כ ולומר שלא רצה לגרשה ורק מחמת נדרו גירשה, שהרי יכול הוא להשאל על נדרו [וכ"כ בתשב"ץ שם לדחות בתשובתו לה"ר מיימון], ולפי"ז יתכן שהרשב"א לשיטתו סובר שתולה גטו בדבר אחר אף הוא גט מעושה הוא, ולכן החמיר בקנס [ועי' תורת גיטין סי' קל"ד שהביא לחלק בשם רשב"א מנשבע לקונם, ששם אין האונס בגוף הגרושין אלא בדבר אחר משא"כ בנשבע לגרש, אבל לא מצאתי עדיין ברשב"א, ושם לא ציין בדיוק היכן נאמרו הדברים, ויתכן שזה ט"ס וצ"ל רשב"ץ שכתב כן בתשובה שם, וצ"ב, שאם מרשב"א היו דבריו סותרים למש"כ בתשובה, שא"כ אף בקנס כך הוא, כהזכחת ה"ר מיימון, ופלא שלא עמדו ע"ז]. ומעתה יש מקום לומר שכך היא גם שיטת הריטב"א, שאף הריטב"א פירש בגיטין כדברי הרשב"א, ולפי"ז אין ראייה משם, וה"ר מיימון כנראה פירש שם כפירושו של תוס' רי"ד, שכתב זה שקשר עצמו בנדר שלא יוכל להתחרט הרי אנו רואים שבכל לב מגרשה ואינו חפץ בה כלל, שהרי נדר בכל כחו ע"י נדר שלא יתגרשה עמה, הלכך שום קלקול אינו יכול לעשות, ומש"ה מתמה תלמודא פשיטא, ודאי שיכול להחזירה, וגם המאירי פירש שם כע"ז, אע"פ שלהלכה לענין קנס פוסק כרשב"א [מפני שלדעת המאירי מכ"מ אין ראייה משם, לשיטתו שם פ"ח א', שגם בשבועה אין זה אונס, מפני שיכול להשאל עליה, וא"כ אף בנדר אינו אונס כלל, משא"כ בקנס]. אבל ריטב"א שפירש כרשב"א יתכן שאף בקנס סובר כן, והלא אנו רואים שגם בתשובה שם שהובאה בב"י סו"ס קנ"ד נחית הריטב"א לסברא זו שאין מאמינים לו כלל שהתחרט מפני שהיה יכול לחפש צד שיהיה נקי משבועתו, אבל מכ"מ מידי ספק לא יצאנו, שהרי ממה שהסכים לד' ה"ר פרץ משמע להיפך כמבואר, ואף ממש"כ בתשובה לענין חליצה, הובאה בב"י סי' קס"ה, שאם כפוהו לחלוץ מחמת שבועתו הרי זו חליצה פסולה וכמו בגט, משמע שאם לא כפוהו אלא שאומר מחמת שבועתו הוא חולץ לא תהא פסולה, ולא כדעת הרשב"א, וכ"כ בתשובת הר"ב אשכנזי סי' ט"ו בשם תשובת הריטב"א במי שנשבע לגרש ונתחרט וברח ואנסוהו בכסף, שזה גט מעושה, משמע ג"כ דוקא מפני שאנסוהו אחר כך, אבל מחמת השבועה עצמה יכול לגרש, ולא כמש"כ בחידושינו, ומשם מוכח אף בנתחרט היה יכול לגרש אלמלא שאנסוהו בכסף, ולפי"ז אפילו זה סותר למש"כ בחידושינו, הלא על מה שכתב בתשובה יש לנו לסמוך, ויתכן שחזר בו עפ"ד ה"ר פרץ, שמדבריו מוכח שרק לכתחילה יש להתיר ובדיעבד היא מגורשת אפילו לא התירו את השבועה, ובפרט שיש פסק מפורש מרב האי גאון שאפשר לגרש בנתחרט, ולא הביא דבריו לחלוק עליו, ודאי שלא ידע פסק זה, ואילו ידע היה חוזר בו, ולודאי יש לתלות שחזר בו בתשובתו, ואף מה שכתב בתשובה שהובאה בב"י סו"ס קנ"ד

ע"ד ה"ר פרץ, שאם התחרט אחר השבועה היה מגלה דעתו או מבקש להנצל מן השבועה, לא כתב אלא לרווחא דמילתא, שאין לחוש כאן כלל, אבל אפילו התחרט לא היה יכול לבטל הגט כל שלא מסר מודעה במפורש [וכ"כ מהרלב"ח בדעת הריטב"א שלא כתב אלא לרווחא דמילתא, יעי"ש]. וא"כ כש"כ הוא לענין קנס שבדיעבד הגט כשר לדעת הריטב"א, ויתכן שהיתה לפני הרמ"א תשובה מפורשת לענין קנס, שהרי כתב בד"מ כמו שאכתוב בסמוך מדברי הריטב"א, ולא הובאו שם בד"מ דברי ריטב"א כלל, ואולי הביא כן בדרכי משה הארוך, ויל"ע.

ו. עכ"פ פסק הרמ"א שריר וקיים עפ"י דברי רב האי גאון בשבועה אפילו התחרט, ושכן הכריע הגר"א בביאוריו סי' קנ"ד שא"צ אפילו היתר להתיר שבועתו לכתחילה, ולא החמיר רמ"א אלא עפ"ד הר"פ, וכש"כ בקנס שיש גם הטעם שתולה גטו בדבר אחר, שזה מוכרח עפ"ד הר"פ ג"כ שהקיל בקנס עוד יותר שא"צ להתיר, ולא החמיר רמ"א אלא עפ"ד הרשב"א, (וכך יוצא לדעת רמ"א בד"מ לכאורה גם מפסקי מהרא"י סי' קע"ג שמחלק בין קיבל עליו בקנין לגרש, שזה אונס, משא"כ בקנס שחייב בקנס, ועכצ"ל מאותו הטעם שבקנס תולה גטו בדבר אחר, ולפ"ז אף במתחרט כן, כמבואר לעיל, אבל באמת ד' רמ"א תמוהים כמש"כ ב"ש והגר"א, ונראה מ"ש רמ"א שבקיבל עליו בקנין הר"ז אונס, שלא נזכר כלל בד' מהרא"י, על דעת עצמו כתב, שאם יעשה קנין מועיל, כגון במקום שנהגו, כמ"ש בנאות דשא סי' קי"ג וסי' מ"ו בשם מהרש"ל בתשו' סי' ל"ו ובמשאת בנימין סי' כ"ב ועוד, מכ"מ זה אונס, כמו שהשבועה אונס, כיון שאין לו ברירה אחרת כלל, משא"כ אם יקבל לשלם קנס יהא חייב, וזה דייק מד' מהרא"י שאינו חייב משום קני את וחמור, משמע בלא הקנין, שאינו חל, היה חייב קנס). ולכן לא חילק רמ"א בין מתחרט ללא מתחרט כלל, ואין שם אלא חומרא לכתחילה, אבל בדיעבד הגט כשר [וכך יוצא גם ממה שפסק בשו"ע שם סו"ס קנ"ד במי שנדר בנזירות שמשון שאין להתירה שיכול לגרש בלא התרה, וזה על סמך דברי הרלב"ח, והרלב"ח כתב מפורש בסוף התשובה לבאר ראיתו מגיטין שהמשנה כוללת היא ואדרבה נראה משם שהאיש היה חפץ באשתו כיון שהחזירה אחר כך ולא גרשה אלא מחמת אונס הנדר, ומוכיח שם כן גם מלשון הרמב"ם שלא גירשה מטעם רצונן לבד אלא מטעם הנדר, הרי שכתב להלכה אפילו במתחרט יכולים לגרש בלא התרה כלל נמצא שלהלכה נפסק כדברי מהרלב"ח אפילו במתחרט, ואין לחלק בזה כלל].

ומאחר שנתבאר לנו שאין כאן לפי ההלכה אלא חשש לכתחילה לחוש לדעת הרשב"א אפילו בנתחרט, אבל בדיעבד הגט כשר, מעתה יש לנו מקום לחפש תקנה בענין זה, כיון שיכול לצאת מזה פרצה גדולה אם האשה תלך להנשא ע"פ גרושי האזרחים. תראה שהתקנה הנכונה היא שיתחייב הבעל אחר

הנשואין לשלם סכום גדול אחר שיגרש עפ"י החוק האזרחי, וימחלו לו אחר כך כשיגרש כדין. ואינו חשוב אונס כלל, שהרי אפי' אנסוהו אחרים סתם ובאו אח"כ ואמרו שהם מוחלים אם יגרש כתב בתו"ג שם סק"ד שאין זה אונס ומוכיח כן עפ"י ד"ב בחו"מ סי' ר"ה בענין סקריקין, וכש"כ כאן. ונראה שאף לדעת הר"ב אשכנזי בתשובה סי' ט"ו שאף זה חשוב אונס, לא החמיר אלא באנסוהו אחרים, אבל אם קיבל בעצמו הלא נעשה מחויב עפ"י דין ואח"כ הר"ז כפורע חוב, וכמש"כ בתשב"ץ ח"א סי' א' שאם היה חייב ע"פ דין ואח"כ מחלו לו אם יגרש אין זה אונס. ומלבד זה כתב שם שזה כאילו באו עליו בעקיפין כדי שיגרש, ונמצא שהוא אונס מתחילתו, אבל בקיבל בעצמו ל"ש אונס, שמצד קבלתו אין זה אונס כלל, ורק מה שמוכרח אח"כ לגרש אם רוצה במחילה, וזה נעשה רק כפורע חובו, שהרי אין בזה אונס יותר מזה, ואם אי אתה אומר כן יהא בכל מקבל עליו קנס לגרש כאונס מפני שיהא מחול לו אם יגרש, ולא יועיל מה שעשה מעצמו, עכ"פ עכשיו הוא אונס עי"ז שנמחל לו, אלא בהכרח שרק מצד תחלתו אנו באים לחשובו כאונס, שבאו עליו בעקיפין מתחילה, וזה לא שייך במקבל מעצמו. ועוד נראה לחלק שבאנסוהו אחרים הלא כל זמן שהם מעכבים הגולה בידם הם כגזלנים כל שעה ושעה, ונמצא בשעה שבאים למחול לו הרי הם כגוזלים ממנו כדי שיגרש, משא"כ באונס עצמו סתם, שעכשיו אינו אונס אלא מתחילתו, ואז הלא התחייב סתם ולא כדי שיגרש. וצריך להזהר שלא יתנה בהתחייבות שלו תנאי אם יגרש עפ"י החוק האזרחי, שאז אנו באים כאן לדין אסמכתא, שהרי כל התחייבות על תנאי אסמכתא היא, כמש"פ בחו"מ סי' ר"ז סעיף י"ג. ואין כאן עצה שיתחייב סתם, שא"כ אף כשלא יבואו לידי גרושין יהא חייב, אלא הוא יכול להתחייב בתור קביעת זמן, שאחר שיגרש יהא חייב, ואין זה תנאי כלל, כמש"פ באבע"ז סי' קמ"ו סעיף ב' שהאומר הר"ז גיטך ולא תתגרש בו עד שתתני לי מאתים זוז הר"ז מתגרשת אחר שתתן וא"צ לכפול התנאים, שהרי לא גירש על תנאי, אלא תלה הגרושין בעשיית כך וכך. וכ"כ בנתיבות סי' ר"ז סק"א ובחידושים סק"ד שאם אמר לכשיהיה כך וכך א"צ למשפטי התנאים, ואין זה אלא קובע זמן אחר שיעשה כך וכך יתחייב. ואת המחילה צריכים לעשות ביום אחר, שאם יגרש בדין תורה ימחלו לו, וכמ"ש בתורת גיטין סי' קל"ד שאין לעשות בזמן שעסוקים עוד באותו ענין, שיש לחוש עוד שזה אונס, כיון שעדיין יכול לחזור בו כל עוד שעסוקים הם באותו ענין. ולפי תקנה זו יצאנו מחשש שמא יש בזה משום אנסוהו אחרים, כיון שאינו יכול לפטור עצמו מתקנה זו ולא יסדרו לו את הקדושין בלא הבטחה זו. ואע"פ שמצד הדין אין כאן אונס עפ"י אחרים, אלא אונס עפ"י עצמו, שהרי אינו אלא מבטיח לעשות כן, וגם אין זה אונס על הגט אלא מצד הקדושין, ומי מכריח אותו לקדש, וכמ"ש בנב"י אבע"ז סי' ג' כע"ז, כשאין

רוצים להתיר לו לישא אחרת, מכ"מ עפ"י תקנה זו יצאנו גם מחשש זה שהרי אינו אלא מתחייב אחר שיגרש עפ"י החוק, ואינו שייך לגט כלל, וכשיגרש ימחלו לו כדרך שעושים בשדוכים ובשטר חצי זכר, ששם התנאי על המחילה, וההתחייבות היא בלי תנאי כלל.

אמנם עדיין יש לעיין אם גם באופן כזה אין שם מדין אסמכתא, כיון שסומך דעתו שלא יבא לידי התחייבות כלל, ורק לענין משפטי תנאי אמרו שא"צ באופן זה, אבל אסמכתא יש בזה, שאל"כ למה היו צריכים בכל התחייבות על תנאי לעשות התנאי על המחילה, הלא היו יכולים לתקן שם שיעשו את ההתחייבות באופן זה כקביעת זמן. ודבר זה צריך בירור, ואם יתברר שיש בזה משום אסמכתא, וכן מסתבר אע"פ שאין לי הכרח בזה, אפשר לעשות את הקנין בב"ד חשוב, וכל רב בעירו הוא כב"ד חשוב כמש"כ בנחלת שבעה סי' ל"ט אות א', וכן כל מי שהמחוה רבים עליהם הוא כב"ד חשוב, כמש"כ הגר"א בחו"מ סי' ר"ז סקמ"ו, וא"כ כל אלה מן הרבנים שיעשו כן הרי הם כב"ד חשוב ומועיל. ומכ"מ יש להחמיר בדבר כדעת רמ"א שם שיהיו בקיאים בדיני אסמכתא, לפי שהקונה בב"ד חשוב הוא מטעם הפקר ב"ד כמו שכתב בסמ"ע שם סקמ"ב, ולכן צריך שידעו שיש כאן אסמכתא ומכח הפקר ב"ד הם מקנים כמש"כ בבתגר"א שם סקמ"ד, שהרי אם יש איזה חשש בהתחייבות זו נמצא שאח"כ כשמכריחים אותו לשלם הרי זה כאנוס עפ"י אחרים ולא עפ"י עצמו, אם נאמר שיש כאן סרך אונס גם על הגט.

ז. ובעיקר הדבר אם יש באונס אחרים סתם, שלא בקשר עם הגרושין, משום אונס, שנחלקו אחרונים כמש"כ לעיל, ודעת הר"ב אשכנזי היא שאף זה חשוב אונס, ויעי"ש שמביא מתשב"ץ שנסתפק בזה, נראה שהנכון הוא כהכרעת תו"ג בסי' קל"ד סק"ד עפ"ד ב"י [ומל"מ גרושין פ"ב ה"כ, יעי"ש שהקדימו בזה], שכ"כ רבנו ירוחם בנתיב כ"ד סוף ח"א וז"ל ואירע מעשה לפני באיש אחד שנתקוטט עם אשתו, ותפשה היא שטרי חובות ממנו, ונתן לה גט כדי שתתן לו את שלו אחר שקבלה הגט, והיו טוענים בשבילו שהגט אינו גט, כי הוא גט מוטעה ופסול, כי לא נתן לה אלא כדי לגבות שלו, וראיתי כמה גדולים שנחלקו על זה לפי סוגית הגמ', ולפי עניות דעתי כי אין מכאן ראיה והגט גט, עכ"ל. הרי שאם היה האונס סתם מה שתפשה אשתו ממנו שטרות אין זה אונס אם הוא מגרש כדי לקבלם, וזה דומה למש"כ בתו"ג עפ"ד ב"י שם מסיקריקין שאם נתן קרקע כדי להציל עצמו אין זה אונס (ובערך גט מעושה באנת"ל, שנכתב בעריכתי, כתב המוסיף שם לפרש שלדעת רבנו ירוחם אונס ממון אינו חשוב אונס, וזה טעות, שהלא כל הראשונים סוברים שהוא אונס, כמבואר בדבריהם מההיא עובדא דפרדיסא, ולא נמצא חולק על זה, מלבד התשב"ץ בח"א סי' א' שמסתפק מתחילה שם, ואח"כ מסיק שאונס

ממון אינו חשוב אונס, אבל חזר בו בח"ב סי' ס"ח וסי' ס"ט, ואם היה הרי"ו חולק על דבריהם, היה מביא אותם ועובדא דפרדיסא, שמשם מוכח כדבריהם, והדברים מפורסמים וידועים, וגם לדעת החולקים עליו שם אין זה אלא מטעם שהוא גט מוטעה שהטעה אותה כדי לקבל כספו, ועכ"פ לא משום גט מעושה). וכ"נ גם מפסקי מהרא"י סי' רי"א שגזלה אשתו כל אשר לו, וכתב שם אפשר הייתי דנו כמאן דאנסיה יצריה ולנקום נקמתו ממנה ולהשיב גזלו כו' ומסיק שהגט כשר, משמע שאינו חשוב כאונס בכה"ג. אמנם הוכחת תו"ג שם מהגהת רמ"א בחו"מ סי' רל"ו סעיף א' בשם י"א שכל זה כשנתנו לו הבעלים קרקע מעצמם כדי שלא יהרגנו, אבל אם לקח האנס מידן בחזקה הקרקע חוזרת לבעליהם, אינה הוכחה כדברי ב"י, מפני ששם ההבדל הוא בין לקח האנס מעצמו שהיא חוזרת לבין נתן לו הנאנס, ולא כמו שהבין בתו"ג שההבדל הוא בין ביקש האנס קרקע לנתן לו מעצמו, כמו שהעיר לי חתני הרב ר' אליהו הורביץ שליט"א בצדק. וגם בחזון איש כתובות סי' ק"ח אות ט"ז עמד ע"ז. ואם כי אין הכרח ממש"כ שם בחזו"א שהלא גם בריב"ש כתב מפורש בסי' ר"ץ באומר שא קרקע והניחגי, אבל מכ"מ כך מפורשים הדברים בריב"ש שם ובפסקי מהרא"י סי' ס"ט, שההבדל רק בזה, שאם לקח האנס מעצמו מבלי שיתן לו, הקרקע חוזרת. ודברי רמ"א שם קצת שלא בדקדוק, שכתב והדגיש מעצמם בנתינת הבעלים, וזה הסיע לבעל תו"ג להבין כמו שכתב. עכ"פ הכרעת רבנו ירוחם שקולה היא כנגד ספקו של תשב"ץ, ואף נגד פשיטותו של הר"ב אשכנזי, וביחוד שלא החמיר הרב"א ג"כ אלא מפני שזה כבאו עליו בעקיפין, ויש לחוש שהיתה כונתם מתחילה כדי לאנוס על הגט כמו שהאריך שם לבאר, ומטעם זה גם בחזו"א שם בא לחלוק ע"ד תו"ג, שע"ז כל אשה התולה עצמה בעכו"ם להפקיע את עצמה מיד בעלה תאמר להם שיכוהו סתם והוא יבין מעצמו להבטיחם לגרש. אבל באמת מש"כ בתו"ג הוא באופן אחר לגמרי שאנסוהו סתם מבלי שיחשבו כלל על הגט וכעובדא דסיקריקין, שלא חשב על הקרקע כלל ובא להורגו, והוא נותן כופר נפש, וכן בעובדא של רבנו ירוחם שהאשה תפשה השטרות תוך כדי קטטה, בזה ודאי אין לחוש כלל. ואם כי בתשב"ץ היה מסתפק מצד שעכשיו יוצא שזה אונס על הגט, כיון שהאונס הוא שלא כדין, מכ"מ הכרעת רבנו ירוחם מכרעת כדעת תו"ג [ויעי' תשו' מהרשד"ם אבע"ז סי' ס"ג, וקצת נראה משם שהאונס היה מתחילה לא על הגרושין, וא"כ אפילו היה שלא כדין הלא זה אנסו סתם, ולמה מבטל מהרשד"ם את דברי השואל, שזה עכ"פ היה ספק לתשב"ץ, שהביא דבריו שם, וצ"ב. ויעי"ש שנוגע גם בענין אונס שבועה ומביא גם דברי מהרלב"ח]. והטעם נראה פשוט שלדעת רבנו ירוחם אין זה אונס כיון שאנסוהו סתם ומה שגזלו ממנו כבר אינו ברשותו וכאבודים הם, נמצא אח"כ שאינו אלא כמקבל ממון חדש ע"י הגט ואינו אנוס עי"כ, כיון

שהיה אצלו כאבוד לפני כן, וכמו שאמרו סתם גזלה יאוש בעלים. ואף אם רודף להצילו, מכ"מ יוצא לו ריוח ע"י הגט שהוא מציל ממנו ואין זה אונס. ונראה שלכך כיון ב"י שציין בסי' קל"ד אחרי דברי ה"ר מיימון שם לעיין בדברי רבנו ירוחם, שזה כמו זה חשוב כפורע חובו בגט.

אמנם בתשו' מבי"ט ח"ב סי' קל"ח מכריע בספיקו של התשב"ץ שזה חשוב אונס ויש להחמיר בזה, אבל תמוה שמוכיח כדבריו ממה שאמרו בכתובה שיכפוהו על הכתובה ואם מתוך כפיה זו רוצה לגרש יגרש, הרי שדוקא כעין כתובה שהוא חייב עפ"י דין אינו אונס, אבל אם אינו חייב עפ"י דין הרי זה אונס, וזה תמוה, שהרי שם בודאי אמרו לו שאם יגרש יפטר מן הכתובה, שאל"כ הלא בגט אינו נפטר מן הכתובה כלל, וזה ודאי שאם יאמרו לו כך באנסוהו על דבר אחר, שאם יגרש לא יאנסוהו, זה אונס גמור, וכמו באונס ממון, שאומרים לו כך. וכן מה שמוכיח מדברי הרא"ש בכתובה שאמרו לו או תעשה המוטל עליך עפ"י הדין או תגרשנה, ודאי שצריך להיות הדבר מחויב עפ"י דין שאל"כ הרי זה ככל אונס ממון שאומרים לו או תתן ממון או תגרש. אבל אין משם הוכחה כלל אם אנסוהו סתם בלי קשר עם הגרושין. ואולי פי' כך ספיקו של תשב"ץ שם שאנסוהו על דבר אחר ומרמזים לו שאם ירצה לגרש לא יכפוהו. עכ"פ שאין הכרח לדין זה שאנסוהו סתם בלי שום רמז לגרושין כלל, ואח"כ הוא רוצה לגרש כדי לפטור עצמו מכפיה זו.

ח. ובאופן כזה נראה להוכיח שאינו אונס ממה שאמרו בדין המסור אם אנסוהו להראות של חברו הרי הוא פטור, כמש"כ בחו"מ סי' שפ"ח סעיף ג' ובש"ך שם סקכ"ב אפילו אנסוהו להראות של חברו ואם לא יראה יקחו את שלו, אבל אם אנסוהו להראות שלו והראה של חברו כדי להנצל אינו אונס, כיון שהגזלן לא רצה את של חברו כלל, ונמצא שהוא בעצמו נתן אע"פ שעל ידי זה מציל את שלו. הרי שעיקר האונס הוא רק אם האנס בא לקחת מתחילה את הדבר שעליו הוא נאנס, אבל לא כשהוא מחליף את הדבר במקום מה שחפץ בו הגזלן. וכן יש לנו לדון כאן, אע"פ שכופין אותו על דבר והוא בא להציל עצמו מן הכפיה ונותן את הגט אין הגט בגדר גט מעושה. [וכן הכריע גם ביד דוד אישות ח"א פ"ד ה"א אות כ"ח, ומוכיח כן ממדרכי פ"ג דשבועות ותשו' מיימוני בה' שבועות, שאם ההרג והחרם באו לגזול הפירות, והוא כדי להנצל מזה נשבע להם, אין זה נקרא אונס על השבועה, שהרי הם לא הכריחוהו על השבועה כלל. יע"ש].

וחתני שליט"א רצה להוכיח כן גם מדברי הריב"ש בכתובה סי' רל"ב

שכתב באחד שקידש שלא בפני עשרה, ותפשוהו מפני שפרץ הגדר של תקנת הקהל, וכתב כיון שהיה תפוש לעינינו ויודע כשיגרש יתירוהו ממאסרו הרי הוא כאילו נאנס לגרש, כיון שמסר מודעא, ואע"פ שאין אונס זה מספיק לבד לבטל הגט היכא שלא מסר מודעא מתחילה, כיון שלא נתפס עד שיגרש כו', הרי שבלא מסירת מודעא אינו חשוב אונס מפני שאנסוהו סתם ולא עד שיגרש. ואח"כ דחה ראיה זו, שאפשר שתפשוהו חשוב ככפיה עפ"י דין, מאחר שהיתה שם תקנת הקהל. אבל באמת נראה שהראיה נכונה, שהרי אם הוא אנוס עפ"י דין לא תועיל מסירת מודעא כלל לדעת הסוברים שמסירת מודעא בלא אונס אינה מועילה, שכך היא שם דעת הריב"ש, שאד"כ למה צריך את האונס הזה, וא"כ אם נאמר שהיתה הכפיה עפ"י דין הלא אינו חשוב אונס כלל, וכמש"כ מפורש בסי' קכ"ז. ובהכרח צ"ל שזה אינו חשוב עפ"י דין. ואולי מפני שלא מצינו כח ב"ד אלא לאסור שיציית את הדין, וכמו שאמרו במו"ק ט"ז א' לאסורין, והיינו רק כדי שיציית את הדין כמבואר בסוגיא. וכך יוצא גם מדברי הרמב"ם סנהדרין פכ"ד ה"ח כשמתחיל לפרט שם את הדברים הבאים כדי לציית את הדין, שיש לו לעשות מריבה עם בעל הדין ולקללו ולהכותו ולתלוש שערו ולהשביעו בעל כרחו, וכתב שם שהוא כדי שלא יעשה או על מה שלא עשה, שיעשה, והיינו שיציית לעשות כדין, ואח"כ כתב בה"ט וכן יש לו לכפות ידים ורגלים ולאסור בבית האסורים ולדחוף ולסחוב על הארץ, והלא לסחוב על הארץ ודאי שאינו עונש, אלא כדי לציית את הדין, וכך גם המאסר בלי שום ספק כדי לציית, וכ"כ הראב"ד בהשגות פ"ה מה' רוצח ה"ו שהמאסר ג"כ לבעלי עברות עד שיחזרו בהם. אבל המאסר בתורת עונש, על מה שהיה כבר ואין להשיב, ודאי שאין לו מקור כלל בדיננו, ואף מה שהיה נהוג באומות, כמו שנאמר בפרעה בבראשית ל"ט, כ' ובנבוכדנאצר בישעי' י"ד י"ח, וגם בירמי' ששמו אותו בבית הכלא היה מאסר של משמר או כפיה, אבל כעונש, אינו אלא דבר שנתחדש אצלנו בזמנים מאוחרים, ולא מצאנו עונש מאסר אלא בדברי הרמב"ם בפ"ב מה' רוצח ה"ה, ומקור דבריו אינם ידועים לנו, ונראה שזה דוקא ברוצח כמש"כ שם, וכ"נ מד' מאירי סנהדרין פ"א ב', וגם שם לא מאסר בלבד אלא מצור ומצוק ומכה רבה הקרובה למיתה, והכל כדי למנוע ולמיגדר מילתא, ויעי"ש במג"ע. ומש"כ הרמב"ם בפ"ג מה' מלכים ה"ח שמלך אוסר לכבודו, שם יתכן מאסר של משמר וכפיה וכיוצ"ב. (הארכתי בדבר מפני שראיתי מחברים חדשים מקרוב באו, המתעסקים בתעשיית הלכות כביכול, הרוצים לומר שמדברי הגמ' במועד קטן הנ"ל מקור למאסר בתורת עונש, ואף מדברי הראשונים שהביאו אין אף באחד מהם דבר, שהמאסר הוא בתורת עונש, וכמה מוזר הדבר שבאחד הקובצים לדברי תורה באו להשוות דברים אלה לדברי אלקים חיים של מרא דשמעתתא מרן הב"י ז"ל). וכל בר בי רב יודע שאין עונש בתורה ובכל

מה שתקנו חכמים אלא העונשים הכתובים, שהם מיתה, מלקות וממוץ, אבל בשום אופן לא מאסר. ואי אפשר אלא בתורת תקנת הקהל, ולא מן הדין, ושם כנראה לא היתה כלל תקנה כזאת, שתחייבנו מאסר אם יעבור על תקנתם שלא לקדש בפחות מעשרה, ונמצא מי שעשה כן על דעת עצמו עשה (אמנם הריב"ש כתב שם שהרב עשה כן, ויעי' מבי"ט ח"א סי' כ"ב שכע"ז חשוב ג"כ כפיה כדין, אם מסרוהו ביד אומות העולם, אע"פ שלא היה בדין למוסרו, כיון שהיה ברשות ב"ד ולצורך שעה משום מגדר מילתא, בדין קרינא ביה, וא"כ גם כאן שעשה הרב כן, אבל אפשר שהריב"ש לא כך סובר, וילע"ע בזה. ומדברי מבי"ט שם נראה לכאורה כדעת הר"ב אשכנזי שאפילו אנסוהו בדבר אחר נקרא אונס, וע"ע שם סי' ע"ו, אבל אפשר שכתב כן כדי לצאת מספיקו של הרשב"ץ, ויעי' לעיל אות ז' שבאמת כך דעתו של מבי"ט נוטה, ועדיין ילע"ע בדבר). ואין לפרש ששם כאילו תפשוהו על הגרושין, שהרי לא כך כתב הריב"ש שם, אלא שתפשוהו מפני שפרץ הגדר ולא עד שיגרש. ופעם שח לי הרב הראשי לתל אביב יפו הגרא"י אונטרמן שליט"א שכך הוא הגוהג בבתי הדין בתל אביב במקדש קטנה, שאוסרים אותו עפ"י החוק, מודיעים לו ב"ד שישתדלו להוציאו מן המאסר אם יגרש, ואין זו כפיה, כיון שהמאסר הוא רק על שעבר על החוק, ולפי האמור הדברים מבוארים כן בריב"ש. מלבד מה שאפשר שחוק המדינה יש לו דין של תקנת הקהל כיום, ויהא חשוב לפי"ז ככפיה עפ"י דין, ובזה יש לדון עוד הרבה ואכמ"ל. ונפ"מ באם ימסור מודעא, כמו שכתב שם ריב"ש.

עכ"פ בנידון הריב"ש יש שם גם חשש של באים בעקיפין, כמש"כ שם שיודע כשיגרש יתירוהו ממאסרו, ומכ"מ כיון שעיקרו של האונס אינו מחמת הגרושין אלא מחמת העברה על תקנת הקהל אינו חשוב אונס גמור וצריך מסירת מודעא, נמצא שאפילו אם נבא לחוש כאן שמא יש בזה סרך של אונס אחרים, הלא אם עיקר הקנס בא על זה שגירש בגרושי אזרחים אין זה חשוב אונס על הגט כלל. ואפילו אם היא התובעת את הגרושין, הלא גם כן אפשר לקנוס אותו על שבא לידי כך, שיצטרך לגרשה, ועל זה הוא מתחייב לשלם קנס, ואחר כך כשיגרש ימחלו לו, כמבואר.

ט. ומה שמתלבט בחזו"א שם אות יג [וכיון בזה לדברי יד דוד אישות ח"א פ"ד ה"א אות כ"ג, דף צ"ה ע"א ד"ה עתה, ויעי' להלן] בעיקר דברי הר"ר מיימון ושואל למה צריך לומר בקנס עצמו לגרש אינו אונס מטעם שעשה מעצמו, הלא זו כפיה כדין, כיון שהוא חייב מן הדין באותו קנס ואינו נפטר אם לא יחול הגט, הדבר פלא, איך לא עמד על זה, שאין הנידון דומה כלל לכפיה עפ"י דין, כל שתחילתו של קנס הוא להכריח את הגרושין, ועד כאן לא אמרו שכפיה

כדין בדבר אחר אינו אונס אלא בדבר שהדין מחייב לשלם בלי שום קשר מתחילתו עם הגרושין, כדברי התשב"ץ והריב"ש בסי' קכ"ז, אבל כאן הלא כל עיקרו של הקנס הוא בא להכריח את הגרושין, ובודאי יש בזה משום אונס מתחילה לשם גרושין. הגע בעצמך, אילו היה אדם מתחייב אפילו באונס, והיו אונסים אותו אחרים לשלם קנס אם לא יגרש, האם לא היינו אומרים שזה אונס, אע"פ שהיום הוא מחויב לשלם מן הדין, מפני שמתחילתו בא לשם אונס על הגרושין, ונמצא שהוא אונס מאתמול על הגרושין עי"ז שהתחייב קנס אם לא יגרש. אלא שכאן האונס בא ע"י עצמו, ועי"ז דנו הראשונים. ואף מה שבא לפרש מתוך כך דברי הרשב"א מפני ששם לא נתחייב כלל מטעם שהתחייבות היתה כאסמכתא [וגם בזה כיון לדברי יד דוד שם, ויעי"ש שביד דוד מסופק אם הרשב"א חתם על תשובה זו, אבל תשובה זו מפורשת בח"ד סי' מ' והביאזה רבים מראשוני האחרונים בשמו עוד לפני ב"י], ובוזה מחלק לבין דברי ה"ר מיימון ששם היתה ההתחייבות כדין ולכן הוא מחויב עפ"י דין, הלא המאירי בגיטין שם, שאליו נשלחה תשובת הרשב"א, קבע להלכה סתם כל שקיבל עליו קנס ונתחרט וכפוהו הרי זה אונס, ומשמע אפילו ההתחייבות היתה כדין (ומש"כ שם באות ט"ו שבנידון הרשב"א כתב או אמר לפני השר, לא כך כתוב ברשב"א, אלא שנאותו זה לזה בקנס אלף דינר). ועכצ"ל שהטעם הוא מפני שאנס עצמו על הגרושין, וזה חשוב אונס, (אם לא נפרש שדוקא אם כפוהו אחרים לשלם נעשה כאונס כמש"כ לעיל כאפשרות לפרש דברי הרשב"א ויעי' להלן).

ומה שהקשה שם ע"ד הריטב"א בכפוהו לחלוץ ולקיים שבועתו שנשבע לחלוץ, שזה אונס מפני שהוא מעושה שלא כדין, ולמה זה שלא כדין הלא חייב הוא לחלוץ מחמת שבועתו, ונדחק לפרש דבריו מפני שנשבע לחלוץ ורצה ליבם ונמצא נשבע לבטל את המצוה, הלא גם זה אי אפשר, שמפורשת תשובת הריטב"א גם בגט שכפוהו לקיים שבועתו הרי הוא אונס, כמו שהביא בתשובת הר"ב אשכנזי סי' ט"ו. ועכצ"ל שכפוהו כדין לגרש אינו אלא כשהוא מחויב לגרש מצד עצמו, אנו אומרים מחמת מצוה לשמוע דברי חכמים גומר בלבו לגרש. אבל אם הוא מחויב רק מצד השבועה ולא רצה לקיים השבועה עד שכפוהו אין הכפיה מועילה שיגמור בלבו, כיון שאין שם מצוה לשמוע דברי חכמים לגרש אלא מצוה לקיים השבועה, וזה נקרא שלא כדין, שאין שם דין של כפית גרושין מצד עצמו. ועוד נראה אם נאמר שהשבועה עצמה חשובה ככפיה כיון שמתחילתה באה לכפות עליו את הגרושין, וכיון שהם באים מכח השבועה הרי זו ג"כ כפיה שלא כדין לפי שקיום השבועה עצמה כפיה היא מתחילתה, ויתכן שלדעת הריטב"א אם הוא בעצמו מקיים השבועה אינה כפיה מפני שהיא כאונס עצמו, ואפילו אם נתחרט, מכ"מ

כיון שעושה מחמת השבועה הרי הוא ככופה את עצמו, אבל אם אחרים כופים מכח השבועה הרי זו כפיה ע"י אחרים, כיון שהם כופים אותו מכח דבר שהוא עצמו כפיה. ועד כאן לא נאמר ששבועה אינה אונס אלא כשאין שום כח אחר מעורב בה, ונמצא שכל מה שהוא עושה הרי הוא מכח רצונו, אם של היום או של אתמול, ואע"פ שמתחרט היום הרי זה רצונו של אתמול, אבל אם מתערב כח אחר לכפותו מכח שנשבע הרי זו כפיה נגד רצונו, שלא היה רוצה לקיים שבועתו כלל. ואע"פ שיש חיוב עליו לקיים שבועתו, מכ"מ אין כאן רצון לקבל עליו כפיה זו, ונמצא שזו כפיה מתחילתה, אמנם יש לעיין עוד בתשובת הריטב"א שהובא בתשו' הר"ב אשכנזי, ששם לא היתה הכפיה בב"ד אלא שהאנשים כפוהו בממון כדי לקיים שבועתו, מכ"מ נראה כיון שגירש בב"ד וב"ד יודעים מכפיה זו הר"ז ככפוהו ב"ד, שכן כתב ב"ש בסי' קל"ד סק"ו צריך שיתירו לו היינו כשאין יכולים לכופו ע"פ הדין כו' אבל בודאי אם הדין נותן לכופו לא אכפת לן בשבועתו, הרי שא"צ דוקא שהכפיה תבא ע"י ב"ד אלא כל שב"ד יודעים משבועתו שהיא ככפיה ונותנים את הגט הר"ז ג"כ ככפוהו ב"ד, ודוחק לומר שלא ידעו ב"ד כלל מכל הענין שהיתה שם כפיה, ומלבד זה בא הדין לענין חליצה, ששם מפורשת תשובתו של הריטב"א שכפו ב"ד, ולימד על התשובה של הגט, וילע"ע. (ומש"כ בחזו"א שם שהוא נשבע לבטל את המצוה תמוה, שהרי הריטב"א כתב שם ג"כ מצד שהוא נשבע לקיים את המצוה, וכתב מפורש שאפילו למ"ד מצות חליצה קודמת, שזה נשבע לקיים את המצוה, אין כופין). ואם זה נכון אפשר לפרש כן גם תשובת הרשב"א לענין קנס בדרך זו, שאף בקנס דוקא אם כפוהו לשלם הקנס הר"ז גט מעושה, אבל אם לא כפוהו אפשר שאף לדעתו חשוב עושה עפ"י עצמו ואינו אונס ואם נפרש לדעת ריטב"א שאף באונס ע"י עצמו חשוב אונס ודאי שכאן הוא שלא כדין, כל שתחילתו בא ע"י אונס, ובחזו"א שם כתב בעצמו כן לגבי אנסוהו אחרים להשבע אילו היתה שבועת אונס שבועה הר"ז שלא כדין כיון שתחילתו שלא כדין, ולמה לא יהא כך באונס עצמו אם זה חשוב אונס, אלא שלדעת הר"ף המחלק בין שבועה לקנס אי אפשר לומר כן, שאנו באים בשבועה מצד זה של תחילתו באונס, שא"כ אין לחלק בין שבועה לקנס כמבואר לעיל אות ד'.

ואף מה שכתב באות ט"ו שם לפרש ד' הרשב"ץ בח"א סי' א' שאונס ממון אינו אונס בכופין אותו לפרוע חובו, וזהו מש"כ לפרש שם בדברי הר"ף, שאף שם הוא כפורע חובו, הכל סובב הולך לפי דרכו שמחויב כדין הוא, ומחליט שם כן אע"פ שעוד נסתפק באות י"ג, אבל זה לא יתכן כלל, שהרי הרשב"ץ מביא שם מפורש מעובדא דפרדיסא וממתנתא טמירתא, וכתב שאגב אונסיה גמר ומגרש, ולא שאינו אונס, אלא אונס של ממון מביא אותו לגרש בלב שלם וברצון גמור.

וע"ז הוא שכתב שכ"ה דעת הר"ף. לפי שהוקשה לו אם מחמת אונס שבא ע"י עצמו מהו ההבדל בין שבועה לקנס, אלא ודאי מפני שאונס ממון אינו אונס כלל.

י. ומה שהקשה בחזו"א שם אות י"ב על דעת הסוברים בשנשבע הוא אנוס הלא בהכרח רוצה הוא לגרש ואינו דומה להכוחו בשוטים שאינו רוצה לגרש כלל אלא שעושה כן מחמת ההכאות, אבל בשבועה אם לא ירצה אין זה מגרש ולא קיים שבועתו, ונמצא שרוצה באמת לגרש, הדבר ברור שלדעת הסוברים, שזה אנוס, הוא מפני שבכל מגרש צריך שיהיה רצונו חפשי, שאם ירצה לא יגרש, וכאן כיון שמוכרח הוא לגרש עפ"י שבועתו אין רצונו חפשי. ואע"פ שאמרו במעושה כדין שהגט כשר, צ"ל כיון שמצוה לשמוע דברי החכמים גומר בלבו לגרש אפילו אם לא יכפוהו כלל אח"כ, ונמצא שמגרש כדין מפני שרוצה לגרש ולעשות הציווי, משא"כ בשבועה רוצה הוא לקיים שבועתו אבל אינו רוצה לגרש, כיון שאין חיוב לגרש, וגם אפשר שמחמת אימת השבועה מגרש, ואין זה ברצון חפשי. וזהו מה שדימו בערכין כ"א א' גיטי נשים לקרבנות, ששם נאמר לרצונו, שאף בגט צריך להיות לרצונו, ומשום כך כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. וכ"כ הרמב"ם בפ"א מהלכות גרושין ה"ב אם לא תמצא חן בעיניו מלמד שאינו מגרש אלא לרצונו, ואם זה כדין רצון בכל דבר למה צריך ע"ז לימוד מיוחד, הלא זה כאילו בלא גמר דעת, אלא שכאן במיוחד למדנו כמו בקרבנות שיהא ברצון חפשי, שלא תמצא חן בעיניו, ולא מסיבת אונס. [וכ"נ גם מה שאמרו בשבועה האדם פרט לאנוס, שאפילו נשבע להרגין מכ"מ אין זה ברצון חפשי, אלא שזה תלוי במחלוקת ראשונים, ואכמ"ל], וראיה לדבר, שהרי באנוס למכור אמרו אם אנסוהו באונס מיתה הרי הוא גומר בדעתו להקנות, כמש"כ בב"י חו"מ סי' ר"ה סעיף י"ב, וכ"כ במל"מ מכירה פ"י ה"א מד' המרדכי בשם מהר"ם ובפסקי מהרא"י סי' ע"ג, והאם גם בגט נאמר כן שאם אנסוהו אונס מיתה גומר ומגרש. [אמנם יתכן שכ"ה דעת הרמב"ם בתשו' סי' קפ"ו שכתב באנסוהו גומר ומגרש, ושם המדובר שהיה גם אונס מיתה. ואפשר שזה מתאים לשיטתו שא"צ כפיה ע"י ב"ד דוקא אם הדין הוא לגרש, כיון שעכ"פ נכפה יצרו, וילע"ע בדבר]. אלא ודאי מפני שבגט צריך להיות רצונו חפשי, ולא די במה שרוצה באמת לגרש. ונראה שזהו ההבדל שבמכר אינו צריך לומר רוצה אני, כמש"כ בסמ"ע סי' ר"ה סק"ב. ואע"פ שכתב שם מחמת קבלת הדמים, שהיא הוכחה, א"צ רוצה אני, אבל כתב אח"כ בשם טור אפילו לא מנה המעות והשליכם לתוך כיסו, ומשמע שא"צ במכר רוצה אני, וכבר האריך בלח"מ אישות פ"ד ה"א, שבעניני איסור צריך שיאמר רוצה אני, אבל בנתיבות סי' ר"ה שם כתב מפורש שבגט צריך ריצוי בלב, והיינו שאפילו אם רצה מחמת אונס וגמר בדעתו לגרש, מכ"מ בלב אינו רוצה, ובגט צריך שיהא רצונו חפשי לגמרי, כמש"כ לעיל. ולפי"ז מבואר ג"כ שאין דחיתו של

חז"א באות י"ג לראית הר"ר מימון מקונם פירות דחיה, שהרי לא מועיל מה שרוצה באמת עכ"פ אונס הוא ואינו חפשי ברצונו (ובכלל תמוה מש"כ שבקנס לא איכפת ליה, והלא יהא מחויב קנס אם לא יחול הגט, ובעצמו כתב כן להלן באות ט"ו ד"ה ובפ"ת).

ואף לדעת הר"י בן הרא"ש החולק וסובר שבשבועה כופין אותו ב"ד לגרש, הנכון הוא מה שאמר חתני הרא"ה שליט"א, שבודאי אפילו בלא כפית ב"ד יכול לגרש ואין זה אונס לדעתו, שלא תהא כפית ב"ד עדיפה מעושה בלא כפיה ואף הם אינם כופים אלא מכח השבועה שנשבע, ונמצא לפי"ז שגם לדעת הר"י בן הרא"ש אנו צריכים לטעם שהעושה מעצמו אינו אונס, ובא רק לחדש שכפית ב"ד אינה עושה אותו לאונס, מכיון שמוטל עליו עפ"י דין, אבל השבועה מצד עצמה אינה חשובה כאונס, ובהכרח מפני שעשה מעצמו כדעת הראשונים. ולפי"ז אמר לישיב מש"כ הגר"א באב"ע"ז סי' קנ"ד סק"א בטעמו של רב האי גאון שהוא חייב לקיים שבועתו בנשבע לגרש מפני שעשה עפ"י עצמו אינו אונס, ועמדתי ע"ז לעיל באות ג' אולי סובר כדעת הר"י בן הרא"ש, אבל אפילו לדעת הר"י בן הרא"ש אנו צריכים לטעם זה, שהעושה מעצמו אינו אונס, שאל"כ אפילו כפוהו ב"ד עדיין אונס הוא מצד השבועה עצמה (אם לא נאמר כהסברת הרמב"ם שע"ז שכפוהו נחלש יצרו, שלפי"ז אף בעשוהו נכרים כן, כמש"כ לעיל, ואין זה להלכה, שרוב הראשונים חולקים ופוסלים מה"ת בעשוהו נכרים, כידוע), וא"כ בהכרח הטעם של רב האי גאון הוא משום שעשה מעצמו אינו אונס.

איך שהוא, גם בעל חז"א ז"ל לא סמך על סברתו, שבקנס עצמו כיון שהוא חייב מן הדין משום כך אינו אונס להקל שלא יצטרך לפוטרו מן הקנס לכתחילה, ואע"פ שכתב לפרש בדברי הרשב"א מפני שלא היה חייב בקנס מן הדין, ונמצא שאם התחייב בקנס כדין בקנין המועיל אין שם אונס כלל, מכ"מ כתב רק שאין להחמיר בדיעבד אם גירש, נמצא שלכתחילה אנו צריכים לתקנה זו שכתבתי לחלק את חיוב הקנס שיהיה סתם, ואח"כ למחול כשיגרש. [ואע"פ שגם ביד דוד כתב בדברי חז"א, תמוה מאד מה שהוכיח שם מקרבנות, שגם שם נאמר לרצונו, ומכ"מ מועיל כשהוא אונס לומר רוצה אני מחמת חיוב נדרו, וזה הדמיון נפלא ממני, שהרי שם זהו עיקר חיובו מחמת הנדר וכופין אותו באמת כדין חובתו שחייב להקריב, משא"כ בגט שאינו מחויב לגרש כלל וכלל כמבואר, ותמה אני על גאון כמותו שבא להשוותם, עכ"פ אנו אין לנו אלא דברי רבותינו הראשונים ז"ל, שהלכו בדרך אחרת, כמבואר בדבריהם, ואין לנו לזוז מפסק הרמ"א ימין או שמאל].

יא. שוב הראה לי הרב משה גרוסברג שליט"א שבצפנת פענח שו"ת חלק ראשון סי' מ"ה דן בענין כעין זה, בבעל שאינו רוצה ליתן גט לאשתו עד שתתגרש מאתו בערכאות, וכדי שאח"כ לא יסרב מלגרשה רוצים להשליש שט"ח על סך

ידוע, שאם לא יתן לה גט ימסרו את השטר לאשה, וכתב שם שהאשה לא תתמצה ללכת לערכאות עד שיתן לה כך וכך, שיהיה כמו שכר טרחתה ואמירתה שם לפני הערכאות שהיא רוצה להתגרש ממנו, וע"ז ישליש שט"ח, ואח"כ תמחול לו אם יגרשנה, וזה חשוב אונס דנפשיה ואין חשש על הגט, אבל היא תעשה את ההתחייבות שלו לפני ב"ד, כדי שיהיה מחוייב הממון עפ"י דין. וזה בעיקר הדבר כעין מה שכתבתי, אלא ששם הצריך שיהא מחוייב מצד הדין לשלם כשכירות בעד אמירתה וטרחתה, מפני שהוא רצה להתגרש בערכאות. אבל בנידון שלפנינו הלא בערכאות נעשה עפ"י חוק יש לחוש שהגרשין בערכאות יהיה ברצונה ובעל כרחו עפ"י החוק, שאם הוא נעשה עפ"י רצונו בעל כרחו אין צורך בכל התקנה הזאת, שהרי הוא כמורד ועפ"י דין יש לכופו לגט, ולא איכפת לן כלל אם זה נעשה מאונס, כדין גט מעושה כדין. ומלבד זה אם החוק מחייב את הגרשין הלא אין לשלם לה כלל בעד זה, וזה נעשה ע"פ חיוב החוק. לפיכך אין עצה אלא לעשות כמו שכתבתי לעיל.

ובעיקר הדבר יש כאן צד שהוא עדיף מלעשות ההתחייבות של שכירות. אע"פ שהוא אפשר גם כאן, לעשות את ההתחייבות כפצויים בעד מזונות שפוסר עצמו מיד כשמגרש בגרושי אורחים, כשמן הדין עדיין הוא חייב לה עד שיגרשנה, וכשיגרשנה תפקע ההתחייבות מאליה (אמנם יל"ע בזה שאם היא תכריח אותו לגרשה אפשר שיהא דינה כמורדת, אם אין שם חיוב גרושין עפ"י דין), אבל מכ"מ אם אח"כ תמחול לו הר"ז כאונסא דנפשיה, שנמצא שהוא מקבל כסף ממנה, ויש מערערים על זה לדעת הסוברים שבמתנה אפילו אונסא דנפשיה חשיב אונס, כדעת הר"ח ב"ב מ' ב', והובא בטור חו"מ סי' רמ"ב, ושכ"ה דעת הר"ן ונמו"י שם, וא"כ בגט שדינו כמתנה יש לחוש לדעתם, כמש"כ במשכנות יעקב שם. אבל אם ההתחייבות היא מצדו לאחר הגרושין והיא רק תמחול לו נראה שאפילו אונסא דנפשיה אין שם, שעד כאן לא אמרו באונסא דנפשיה אלא כשהוא עכ"פ אנוס מחמת יצרו לקבל את הכסף, או לקדש את האשה, אבל אם הוא קיבל הכל על עצמו לא שייך אפילו אונסא דנפשיה, שהרי הוא הכניס עצמו בהתחייבות וזיכשיו נמחלת לו ההתחייבות ואינו מקבל ממון חדש, שנאמר יצרו כופה אותו, וכמש"כ הרשב"א בתשובתו שם שניצל מהפסד אינו כמקבל ממון לענין תלוהו וזבין יעיי"ש [ואע"פ שהגר"א בסי' קל"ד סקי"ד ציין לב"ב מ"ז ב' דילמא אונסא דנפשיה שאני, אפשר שכ"כ לרווחא דמילתא, אבל זה עדיף]. ובעיקר מה שמערער במשכנות יעקב תמה אני, שלא שמענו מי שיערער אם המגרש מקבל כסף בעד הגרושין, וכך כתב מפורש בתורת גיטין שם שאם מקבל כסף לא שייך אונס, אם אין שם אונס אחר, אע"פ שאם יש אונס אחר אין אומרים לדעת רוב הראשונים שהוא כתלוהו וזבין, מפני שאין שייך

שיווי דמים לאשה, אבל כשמקבל כסף בלי אונס אנו אומרים שכך היא חביבה עליו בשיווי של ממון זה, וכ"כ בתשובת הריב"ש סי' קכ"ז, ואם כדבריו הלא בכל מקבל כסף נחוש לו לדעת הסוברים שבמתנה אונסא דנפשיה חשוב אונס. וראיה לדבר שהרי גם חליצה מעושית פסולה, ומכ"מ אם אמרו לו חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז היא כשרה, כסוגית הגמ' יבמות ק"ו א' וכמש"כ רש"י שם מפני שאינו תנאי, אבל מכ"מ תהא פסולה מחמת אונס ממון, והלא הממון ניתן בשיווי החליצה שם, שלא רצה לחלוץ אלא אם תתן לו, (ועדיף מהרי את מגורשת ע"מ שתתן לי מאתים זוז, ששם אפשר הוא מתנה סתם מפני שהכסף נחוץ לו אבל אין זה מחמת שיווי הגרושין, אבל בחליצה הלא הוא בשיווי החליצה מה שהבטיחו לו), ועכצ"ל לדעת הר"ח שמכ"מ לענין חליצה וגט אין שיווי של קבלת ממון חשוב כלל, ואין זה נחשב עי"כ כאונס כלל, ואינו דומה למתנה שהוא ענין של ממון. וכמובן, שאין זה דומה לאונס של נתינת ממון שהוא כאונס גם בגט, כיון שזה אונסו, משא"כ בריוח, מי יאמר לו שירווח, ופשוט.

יב. אמנם עדיין הנני מהסס בדבר, כיון שעכ"פ לא היה מתחייב אלא אם ימחלו לו אח"כ כשיגרש נמצא שיש כאן אונס על הגרושין אפילו אם זה נעשה לאחר הפסק של יום ג"כ, שהרי על דעת כן הוא מתחייב, ואנן סהדי שבאופן אחר לא היה מתחייב, וזה דומה לעל דעת שיעלה לא"י, שהוא תנאי אע"פ שלא פירש, כמו שאמרו בקדושין נ' א' ונפסק להלכה בחו"מ סי' ר"ז. ואם כי בדיני אסמכתא זה מועיל כתקנת חכמי ספרד, שכתב הרמב"ם, ונפסק בהו"מ שם סעיף ט"ז, אפשר שלענין אסמכתא, שהענין הוא משום גמר דעת, הרי זה כאילו מסר את הדבר, כל שמסר את השטר בלי שום תנאי, כמו במקנה את החפץ שאין שם אסמכתא כל שמסרו עי"כ ליד הקונה מיד, כמש"כ לבאר בארוכה בקונטרס אחרון ארח משפט סי' ד' בספרנו חוקת משפט הלכות מכירה, או שזה מועיל כמו מעכשיו לדעת הסוברים שמעכשיו מועיל אפילו בהתחייבות, שכ"ה דעת הסמ"ע שם סק"מ, לפי שהכל תלוי בגמר דעתו להתחייב, אבל לענין אונס אין זה מספיק, שעכ"פ זה בזה קשור, שלא היה מתחייב אם לא ימחלו לו כשיגרש, ומצד זה יש לפקפק גם בהוראתו של בעל צפנת פענח, שאף שם לא היה מתחייב לשלם בעד אמירתה ובקשתה להתגרש אלא אם אחר כך ימחלו לו, ונמצא שזה קשור עם הגרושין, כמו תנאי שלא פירש. וביחוד לפי"מ שהחמיר בתשו' הר"ב אשכנזי סי' ט"ו באנסוהו אחרים סתם ואח"כ באו ומחלו לו אם יגרש, שזה חשוב אונס משום אנן סהדי ואומדנא דמוכח שמשום כך אנסוהו תחילה כדי לכפות עליו לגרש, וכש"כ בנידון שלנו שהוא אומדנא דמוכח שלשם כך נעשה הכל. אמנם בסדר הגט לה"ר מיכל ר' יוזפאש אות מ"ב כתב ג"כ כע"ז שישליש כסף, ואח"כ יתנו שהיא תמחול לו, מכ"מ אפשר כיון שנתן הכסף סתם עדיף, ועי' תשו' הר"ב אשכנזי שם שכ' בתי

שני לפרש כן דברי הר"ף אי נמי שניא ערבון דמאחר שאינו בידו כמקבל ממון דמי ולא כניצל מהפסד ממון [ועי' גי' סמ"ק בד' ר"פ שכתוב ערבות ולא ערבון ולפי"ז אין תירוצו מספיק]. אבל אפשר גם כאן להשליש שטרות. אלא שבנידון שלנו גרוע יותר, כיון שנעשה תקנה קבועה, ושם בודאי יש אנן סהדי שעושה לשם כך, ואין זו אלא הערמה בלבד, ומאחר שלדעת המחמירים יש כאן חשש איסור ערוה איך נערים עליו.

לכן נראה כדי לצאת גם מחשש זה יש להצריך גט שני, לאחר שכבר נמחלה ההתחייבות ע"י הגט הראשון. ואע"פ שמהרי"ק בסי' ס"ג דוחה שם דעת השואל להצריך גט שני, שממנ"פ אם אין חפץ בגרושין ולא היה מגרש בגט השני אלא מחמת הגט הראשון שנתן באונס, א"כ אנוס הוא גם בגט השני, ואם מגרש בלב שלם פשיטא שהוא גט, ומה לנו לגט הראשון. [אף מהרלב"ח כתב כן שזה דבר ריק ובטל, שהרי הגט השני כל זמן שלא גירש גרושין ראויים כפי הדין עדיין לא נסתלק האונס הראשון, כל שנדר לגרש ובודאי כוונתו היתה לגרש כפי הדין]. מכ"מ נראה שכאן אין הדבר כך, שהרי אחר שגירש בגט הראשון כבר נמחלה לו ההתחייבות, שהרי אין לתבוע ממנו את הכסף, כיון שכל עיקר הגט השני הוא רק לצאת ידי חובת דעות המחמירים, ואין להוציא ממנו כסף, שיוכל לטעון שהיא כבר מגורשת לפי ההלכה כדעת המקילים [ועוד יל"ע בזה]. ואף במקבל עליו נזירות שמשון נפסקה ההלכה שיש להצריך גט שני, בשו"ע סוף סי' קנ"ד, וזה עפ"ד מהרלב"ח, אע"פ שכתב שלא יועיל, מכ"מ בסוף התשובה מסכים להצריך גט שני, וכ"כ רדב"ז בתשובה ח"א סי' קס"א (ויתכן אפילו שאפשר לכפותו על הגט השני, כיון שכבר התירה והיא מגורשת עפ"י הדין אין לו לעכבה עוד מלהתירה לגמרי, ואפשר יהי' להבטיח את זה, שלפני הגט הראשון יתחייב לשלם אם לא יגרשנה בגט שני, ולעשות את זה בב"ד חשוב שלא תהא כאסמכתא. ואולי כיון שהיא גרמה כשתבעה בערכאות אין לכופו כמש"כ בתשו' הר"ב אשכנזי סי' ל"ד, ויל"ע בדבר), ויאמרו לו שזה כדי שתהא מגורשת ברצון גמור. ועוד זהירות יש להזהר, שלא יאמר בגט הראשון שהוא מגרש כדי להפטר מן הקנס, אלא ברצון גמור, בכדי לתת תוקף לפי דיני ישראל למה שהפרידו בערכאות, ויתכן שבאופן זה אף לדעת הרשב"א אין להחמיר, כיון שלא גילה דעתו מפורש שמחמת הקנס הוא מגרש, ולא החמיר אלא כמעשה שהיה שכפוהו ממש לשלם את הקנס, וברור הדבר שמגרש כדי להפטר מן הקנס וכמש"כ לעיל, שאפשר כך הבין בב"י ומהרלב"ח את דעת הרשב"א, ואין שם מחלוקת בין דעת הר"ף והרשב"א כלל.

וזה ברור, שאין צורך לעשות את הגט השני אלא כשהיא תובעת את הגרושין בערכאות והוא אינו רוצה להפרד ממנה, ובדיני ישראל אין שם חיוב לכפותו,

אבל אם הוא תבע את הגרושין בערכאות ודאי שאין לחוש אפילו יהיה באונס, שהרי מן הדין יש לכפותו להתירה מכבלי העיגון, שהוא נידון כמורד, וכן אפילו כשהיא תבעה ובדיני ישראל חייב לגרשה, שאפילו אם זה אונס הלא הוא גט מעושה כדין. אבל מתחילה אחר הנשואין צריך לעשות ההתחייבות כמבואר, שמא יבא לידי כך שהיא תתבע בערכאות שלא כדין ותלך ותנשא עפ"י ותצא תקלה של איסור אשת איש ח"ו.

יג. אחר כל הדברים האלה שכתבתי התבוננתי וראיתי, שאין לתקן תקנה כזו, כיון שע"כ אנו מוסרים כח ביד האשה להפקיע עצמה מיד בעלה שלא כדין, שהרי היא תוכל לתבוע אותו בערכאות לגרש אפילו שלא כדין, ונמצא אם יתחייב לגרש בערכאות, יהא חייב אח"כ לגרשה כדין תורה. ואע"פ שהתקנה מצד עצמה נכונה היא, בכל זאת חס וחלילה לנו למסור דיני תורה לערכאות. לפיכך אין לעשות אלא באופן פשוט, שיתחייב לשלם קנס אם לא יגרשנה כדין תורה, כשהיא מחויב לכך עפ"י דין. ותקנה זו תועיל רק במקרה שהוא יתבע אותה בערכאות לגרשה. אם זה יהיה כדין הלא לא איכפת לנו מה שיש כאן אונס, הלא זה מעושה כדין כמו שכתבתי לעיל. ואע"פ שגם הכפיה צריכה להיות בב"ד, הלא ההתחייבות לקנס תהא נעשית בב"ד, ונמצא שהוא כפוי למפרע לגרשה כדין ע"י אותה כפיה שכפוהו מראש [ועוד יל"ע בזה, ואפשר שזה לא יועיל, כיון שהוא עכ"פ אינו יודע מכפיה זו, וכאן העיקר תלוי בדעתו שגומר בלבו לגרש משום מצוה לשמוע דברי חכמים כשכופין אותו על כך בב"ד דוקא, והוא אינו יודע את הצירוף הזה של כפית בב"ד למפרע]. ומלבד זה כתב בב"ש סי' קל"ד סק"ו שכל שהוא מחויב לגרשה עפ"י דין לא איכפת לן אם יש שם כפיה של שבועה, ומשמע מדבריו שא"צ כפיה בב"ד כלל, וזה לכאורה תמוה, שהלא להלכה אנו פוסקים שלא כדעת הרמב"ם שאם עשוהו נכרים פסול מן התורה, מפני שצריך כפיה ע"י ב"ד, ורק באופן כזה אנו אומרים שגומר בלבו לגרש משום מצוה לשמוע דברי חכמים, וא"כ איך זה תועיל כפיה זו שעשה מעצמו. ואולי כל שב"ד יודעים בכפיה זו הרי זה חשוב ככפיה בב"ד, כיון שהם מסדרים את הגט למרות כפיתו זו הרי זה כאילו הם כפוהו כמש"כ לעיל אות ח'. ואפשר עוד, שכל שכפה מעצמו עליו לא גרע מכפית בב"ד. ויתכן עוד שהקיל מפני שכל עיקרה של כפיה אינה אלא חומרא בלבד ורק לכתחילה הצריכו להתיר השבועה, ועוד יל"ע בזה.

ואף אם יתבע בערכאות שלא כדין, מכ"מ כיון שהוא נפרד ממנה ע"י כך הלא הוא נידון כמורד, כמש"כ לעיל, ואם לא ירצה אח"כ לגרשה כדין תורה הלא ג"כ מן הדין יכולים לכפותו לגרש כדין מורד, כמש"פ באבע"ז סי' ע"ז סעיף א' שאם היא רוצה כופין אותו לגרש מיד. וע"ע שם סי' קנ"ד סעיף כ"א מי שאיגו

מקיים עונה יכולים לנדותו ולהחרימו שיקיים עונה או שיגרש (ומה שתמה בחזו"א כתובות סי' ק"ח אות י"ג ע"ד ריב"ש, שאין כופין לתשמיש כמש"כ ב"ש סי' ע"ז סק"ד, תמוה, שהלא כאן אין כפיה לשמש בעל כרחו, אלא שאם לא ירצה יגרש, ובודאי ע"ז כופין, כיון שמבטל מצות עונה כמש"כ הריב"ש בתשובה בארוכה). ונשאר רק באופן שהיא תתבע בערכאות, אם יהיה חייב מן הדין לגרש, אף בזו כופין, ורק אם לא יהיה כדין, ובזו אין לנו לעשות שום תקנה כמו שכתבתי, שאין למסור לערכאות תוקף שתוכל אשה להפקיע עצמה מיד בעלה שלא כדין. וכל הדברים שכתבתי אינם אלא לבירור גופו של ענין זה, ואולי יהיה נחוץ גם מאיזה צד אם נחמיר להצריך כפיה ע"י ב"ד דוקא בכל גט מעושה כדין, שלא כהוראת ב"ש, שהבאתי לעיל, שהיא מצד עצמה צריכה ביאור ובירור, ואין בכחי כעת לרדת לעומקה של הלכה זו, בהיותי טרוד בהכנת ספרנו השני חוקת משפט להלכות ירושה ועזבון, העומד לצאת לאור כמתכונתו של הספר הראשון להלכות מכירה בהוצאת בית מדרשנו, בית המדרש למשפט התורה (מוסד התחוקה), בעז"ה, ובעבודת עריכת האנציקלופדיה התלמודית בערכים עמוקים ומסובכים מאד, המוטלת עלי, ותקותי כשיעזרני השי"ת ויזכני להקים את בית מדרשנו על תלו עוד אשוב ואשנה פרק זה בל"ג ובמכתב שני עוד אבאר את הענין הזה אי"ה בהרחבה.

כמובן, שאין לסמוך על הדברים אלא אם תבא על זה הסכמה מצד גדולי אותה מדינה היושבים על מדין, והפודה את ישראל מכל עיונותיו יתקנו בעצה טובה למען שמו, להסיר מכשול ולהתם חטאת ולהשכין שלום במשכנותינו.