

פרשת בחוקותי

אי עביד לא מהני

לא יחליפנו ולא ימיר אתו טוב ברע או רע בטוב ואם המר ימיר בהמה בבהמה והיה הוא ותמורתו יהיה קדש: (ויקרא כז, י)

מחלוקת אביי ורבא

נחלקו אביי ורבא (תמורה ד, ב), היכא דאמר רחמנא לא תעביד אם עביד מהני או לא, אביי סובר "מהני", דאי סלקא דעתך לא מהני אמאי לקי, רבא אמר "לא מהני", והאי דלקי משום דעבר אמירא דרחמנא.

שחיטה בשבת

והנה המשנה (חולין יד, א) אומרת, השוחט בשבת וביום הכיפורים אף על פי שמתחייב בנפשו שחיטתו כשרה. והק' המפרשים לפי רבא ד"לא מהני" למה שחיטתו כשירה, הרי עבר על מימרא דרחמנא, ונימא שלכן שחיטתו פסולה.

מתקן איסורא

ידועים הם דברי מהרי"ט (ח"א סי' סט) דע"כ לא אמרינן כל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, אלא אם ע"י דאמרינן לא מהני אז מעשיו בטלין ודברי תורה קיימין, כגון "לא יחליפנו" "ולא ימיר אותו", אי לאו קרא ד"והיה הוא ותמורתו יהיה קודש", ה"א לא מהני ואינו מומר לקיים מה שאמרה תורה לא ימיר, אבל כל מי שעשה מעשה באיסור שאותו האיסור כבר נעשה ואי אתה יכול לתקנו. ולפי"ז כתבו כמה אחרונים שמה"ט גם בשחיטה בשבת אין לומר "לא מהני", שהרי איסור שחיטה הוא נטילת נשמה, א"כ אפילו אם השחיטה יהיה פסול לא יחזיר הבהמה לחיותה.

קנין בשבת

ועי' בשו"ת רע"א (מהדו"ק סי' קכט) שמביא דברי הרי"ף (פ' משילין) דאי עבר ואקני בשבת דמהני, והביא ראיה מירושלמי שכותב "וכולן מה שעשה עשוי", והק' אמאי לא הוכיח דינו ממתני' מפורשת דהשוחט בשבת שחיטתו כשירה, אלא ע"כ דבשוחט דהאיסור משום נטילת נשמה, וגם לכשתאמר דלא מהני והוי כנוחר, מ"מ עבר העבירה דהרי נטל הנשמה ותיקן להוציא מידי אבר מן החי, ולא תוכל לומר בזה דלא מהני התיקון וישאר אבר מן החי, שהרי מתה לפניך.

גם בפ' מרובה (ב"ק ע, ב) באומר בשבת עקוץ לי תאנה וזרוק גניבותיך לחצרי, לא אמרינן דלא קנה הגניבה משום אי עביד לא מהני, כמו שהקשה השל"ג פ' משילין, והיינו טעמא משום דעבירה דקציצת תאנה וזריקה לחצר לא יתוקן ע"י שנאמר דלא מהני, ואי מצד דמכירה גופא היא איסור, הא זהו רק דרבנן ורבא לא אמר אלא כל מה דאמר רחמנא לא תעביד. ומה דלא הוכיח הרי"ף הנ"ל מהך דמכר בשבת מהני, י"ל כמ"ש הש"ך (חו"מ סי' רח, ב) כיון דמכירה הוא דרבנן ומה"ת מהני מכירתו חייב ד' וה' ואף אם מדרבנן לא מהני, ועי"ש שכתב דפשיטא דמשום תקנתא דרבנן לא פטרינן ליה מד' וה', כדמוכח בכל הסוגיא דמרובה דלמאן דפוטר מד' וה' בשחיטה שאינה ראויה היינו דוקא בשחיטה שא"ר מדאורייתא, אבל באינה ראוייה מדרבנן כגון מעשה שבת מדרבנן או בשוחט חולין בעזרה חייב בד' וה', אבל מירושלמי מוכח דאפי' מדרבנן הוי מכירה דהא קאי אמתני' דקתני אלו הן משום שבות דרבנן.

גט בכתובת קעקע

עוד הביא שם ראיה מההיא דגיטין (כ, ב) דמוקי להאי דכתב גט על יד העבד בכתובת קעקע, וכתבו בתוס' דמדאורייתא ליכא איסורא עד שיכתוב ויקעקע בדיו ובכחול, מיהו אף אי הוי איסורא דאורייתא מ"מ הוי גט, והקשה הגרע"א אמאי הוי גט, נימא אי עביד לא מהני, אע"פ דבשעה שנותן הגט אינו עובר, מ"מ נימא על

מעשה הכתיבה דלא מהני ויהיה כאלו כתבו קוף בעלמא דלא מהני לגרש בו. ומזה מוכח דהתוס' ס"ל ג"כ להאי כללא, דכיון שגם אם נימא לא מהני, לא יתוקן העבירה דכתובת קעקע, מש"ה ל"ש ביה אי עביד לא מהני.

התוקע בשופר של עולה

גם מרמב"ם (הל' שופר פ"א ה"ג) רצה הגרע"א להוכיח כדבריו, שאחרי שכתב דהתוקע בשופר של עולה יצא, כתב וא"ת והלא נהנה בשמיעת הקול, ותל' מצות לאו ליהנות ניתנו, ותמה הגרע"א דמשמעות קושיתו דאיכא הנאת הגוף, וא"כ מה יועיל דמצות לאו ליהנות ניתנו, הא מ"מ אסור מכח הנאת הגוף. ולפי האי כללא ניחא, די"ל דקושיית הרמב"ם והלא נהנה בשמיעת הקול כולל תרתי הנאות, הנאת הגוף, וגם הנאת מצוה, דגם הנאת מצוה נכלל בלשון "נהנה בשמיעת הקול" שעיקרה השמיעה, כמו שמברכין לשמוע קול שופר, וכוונת קושייתו כיון דאיכא איסור בדבר נימא אי עביד לא מהני, וע"ז תירץ דהנאת מצוה ליכא, דמצות לאו ליהנות ניתנו, ולא נשאר כ"א איסור הנאת הגוף, ובעבורו ל"ש לומר א"ע לא מהני, דהא לא מתקן לאוי בהכי, דאף אם תאמר דאינו יוצא מ"מ נהנה גופו.

מקדש באיסורי הנאה

איתא במתני' (קידושין נו, ב) המקדש בערלה בכלאי הכרם בשור הנסקל וכו' אינה מקודשת, וכבר הק' הראשונים הרי אפרה מותר א"כ למה אינה מקודשת, ותל' בתוס' (ע"ז סב, א) דכיון שכל זמן שהוא בעין אסור למכרו מן התורה, כמו כן אסור לקדש בו את אשה דהוי כמו מכירה חשובה ויש בו הנאה כשמקדש את האשה, דגמרינן קיחה משדה עפרון, וזה לא דמי לקיחה דשדה עפרון שראוי לקנות בו חפץ או לשאר הנאות.

והעיר הגרע"א שדבריהם קצת סתומים, דמה בכך דאסור לקדש בו, מ"מ אם עבר וקידש אמאי אינה מקודשת. אלא כוונתם דכיון דאסור לקדש בו אמרינן ביה "אי עביד לא מהני". אך אכתי יקשה לאבבי דסובר אי עביד מהני איך יתרגם האי מתני', וצ"ל דבהאי דיתוקן העבירה ע"י מה שנימא אי עביד לא מהני, דכיון דאינה מקודשת הרי לא נהנה בהא גם אבבי מודה, אף דבתמורה דאם לא מהני נתקן העבירה, ואפ"ה בלא קרא ד"והיה הוא ותמורתו" היה הדין דעבד מהני, היינו דהתם לא נתקן כל העבירה, דמ"מ עשה שלא כדין לעבור אמירא דרחמנא אלא דלא לקי בשביל זה, אבל במקדש באיה"נ דהעבירה רק דאסור להנות מערלה וכדומה, ואם נידון דלא מהני ואינה מקודשת לא נהנה ולא נעשה שום ענין עבירה. וכיון שכן ממילא מוכרח דלרבא גם היכא דלא מתקן האיסור אמרינן דלא מהני, דאל"כ כיון דמתקן גם לאבבי לא מהני, ובאינו מתקן תאמר דגם לרבא מהני, א"כ במאי פליגי. כוונתו לאפוקי משיטת מהרי"ט שרק היכא ש"מתקן איסורא" ס"ל לרבא אעל"מ. אמנם לפי דברי הטו"א דלהלן אינו קשה כלל.

אבל בעיקר דברי הגרע"א יש להעיר שהרי תוס' סיימו וז"ל וזה לא דמי לקיחה דשדה עפרון, שראוי לקנות בו חפץ או לשאר הנאות, משמע שזה לימוד מסוים בכסף קידושין, שנלמד משדה אפרון, שרק כסף שאפשר ליהנות ממנו אפשר לקדש בו אשה, אבל תחילת התוס' משמע משום שיש איסור, וצ"ע.

מקדש חייבי לאוין

ומהאי טעמא ג"כ כתב הגרע"א דלא אמרינן במקדש חייבי לאוין בביאה דאינה מקודשת משום אי עביד לא מהני, כיון דבמה דתאמר דאינה מקודשת לא יתוקן האיסור, דהיינו הביאה, והא דפרכינן בתמורה, אינו אלא מאלמנה לכה"ג דהעבירה הוא קדושין דעובר ב"לא יקח" נימא דלא מהני ונתקן דליכא קיחה.

היכא שהאיסור בא ע"י המצוה

בספר טורי אבן (ר"ה כח, א) חידש שיש מקרה שאפילו לאבבי לא מהני, היינו דווקא היכא שאין האיסור בא ע"י המצוה ואין תלוין זה בזה, דאפילו נימא דלא מהני אפ"ה איסורו דעביד עביד, כמו כל הני דמייתי התם, כמו התורם מן הרעה על היפה דרחמנא אמר חלבו אין גרוע לא, מש"ה ס"ל לאבבי דמהני, אבל הכא בתוקע בשופר של עולה דלא אזוהר רחמנא להדיא שלא לתקוע בהן, אלא דאזוהר שלא ליהנות מן ההקדש, אלא דממילא האיסור בקיום המצוה תלי, ואי אמרת דלא יצא אין כאן איסור כלל, ורק אם נאמר שיצא יש כאן

איסור, וכ"ע מודו בכה"ג דלא מהני ואינו יוצא י"ח. ולדבריו אין להוכיח מהרמב"ם יסוד הנ"ל, דהתם לכו"ע לא מהני מטעם אחר.

שו"מ בשו"ת הגרע"א (הנ"ל בהשמטות) שכתב כדברי הנו"ב, וז"ל די"ל דיש בזה ג' צדדים, היכי דאם לא מהני לא נעשה שום עבירה, כמו במקדש באיסורי הנאה, לכו"ע אי עביד לא מהני, והיכי דלא נתקן כלל ע"י דלא מהני כמו בנשבע שלא ליתן, י"ל דלכ"ע אי עביד מהני, ופלוגתיהו דאביי ורבא רק בכעין תמורה דנתקן שורש העבירה, אבל מ"מ הוא עבר אמימרא דרחמנא, בזה פליגי דלאביי דא"ע מהני, ולרבא לא מהני.

אעל"מ רק אם זה כוונת הפסוק

עוד כתב הגרע"א דאי עביד לא מהני שייך רק היכא דהלאו על ענין פרטי, כמו הני דריש תמורה בלאו "דלא יחליפנו" דמפרשינן לקרא דלא יהא כח להחליף, משא"כ במקום שנאמר דרך כללי, כמו "לא תעשה כל מלאכה", דא"א לפרש שלא יהא לו כח לעשות מלאכה, דודאי אם יבנה בית או יטע כרם יהיה בנוי ונטוע, וא"כ פירושו דאינו רשאי לעשות, משו"ה כל שישנו בכלל זה הלאו, ל"ש ביה א"ע לא מהני. ולפי"ז ניחא בפשוטו מתני' דהשוחט בשבת, וכן האי דזרוק גניבותיך לחצירי.

ומביא ראייה לדבריו מגט שכתבו על איסורי הנאה, דלא אמרינן כיון דאיכא איסור, אי עביד לא מהני, וכאן הרי מתקן איסורא דאם לא יהיו הגירושין לא יהיה נהנה מהאיסור, וכן בשוחט מסוכנת בסכין של ע"ז דכתב הרא"ש פ"ק דחולין דהבהמה מותרת נימא א"ע לא מהני, ויהיה כמו נחירה ולא נהנה ולא עבר, אלא על כרחך כיון דא"א שיהיה פירוש הקרא דאין לך כח ליהנות, דהא פשיטא דאפשר לו ליהנות, אלא פירושו דאי אתה רשאי ליהנות, ומשום הכי לא שייך באיסור זה א"ע לא מהני.

שוחט שעבר על חרם

כתוב בשו"ע (יו"ד א, יא) שאם הטילו הקהל חרם, שלא ישחוט אלא טבח ידוע, ושחט אחר, י"א ששחיטתו אסורה. ועי' בחוות דעת (ס"ק ג) דאפשר לומר טעם האוסרין מהא דאמר רבא דכל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני. והקשה מהשוחט בשבת דשחיטתו כשרה, וע"כ צריך לומר דלא אמרינן דלא מהני רק במקום שמתקנין האיסור במאי דלא מהני, כגון במוציא שם רע שגירש דאם נאמר דלא מהני ואין גיטו גט נתקיים מה דאמר רחמנא (דברים כב, יט) לא יוכל לשלחה ונתקן האיסור, משא"כ בשוחט בשבת דהאיסור הוא רק משום נטילת נשמה, ואפילו אם נאמר דלא מהני ואין שחיטתו שחיטה, אסורא דנטילת נשמה דעבד עבד, בזה לא אמרינן כלל דלא מהני.

יומא קג"ה

נפסק בשו"ע (ח"מ רח, א) שמקח שנעשה באיסור, כגון שהוסיף בשווי המקח בשביל המתנת המעות, או שפסק קודם שיצא השער ולא היה לו למוכר, (וכן אם נשבע או נדר שלא למכור, ועבר ומכר), ונתקיים בקנין או באחד מדרכי ההקנאות, המקח קיים ויתן כשער של היתר, ואין אחד מהם יכול לבטל המקח. וק' מהא דפסק הרמ"א (יו"ד רל, א) שכל מי שנשבע שלא לעשות איזה דבר, כגון שנשבע שלא למכור חפץ פלוני, ועבר ומכרו, אין במכירתו כלום, הואיל ועבר על שבועתו. ועי' בסמ"ע שהעיקר כמו שפסק ביו"ד, והק' הט"ז א"כ קשה מההיא דנפסק בשו"ע (ח"מ קצה, יא) שאע"פ שאין קנין בשבת קנין סודר אם קנו, אף על פי שעשו עבירה קנו, ולא אמרינן אי עביד לא מהני. אלא ע"כ צ"ל דכל שיש איסור מצד עצמו אומרים אי עביד לא מהני, וכההיא דפרק האשה שנפלו (כתובות פא, ב), השתא דאמרי רבנן לא לזבין בנכסי אחיו אי עביד וזבין לא הוי זבינא, מטעם כל מאי דאמרי רבנן לא תעביד אי עביד לא מהני, משא"כ במוכר בשבת שהאיסור מצד שהיום גורם, ומביא ראייה מההיא דפרק מרובה זרוק לי גניבתך בשבת ותקנה לי חצירי, דקני אף על גב שהוא חייב מיתה כדאיתא שם. ומשו"ה נמי בנשבע שלא למכור נכסיו, הוי האיסור מצד השבועה ולא מצד המכירה עצמה, הויא מכירה בדיעבד. ומשו"ה נמי במקח שנעשה באיסור, אין האיסור בעיקר מכירה רק בתוספת דמים, ע"כ אי עביד מהני. וסברא טובה היא לחלק כן, דדוקא ביש ריעותא בעיקר המעשה הוי כאילו לא נעשה.

מעשה או חלות

הגרא"ו (קובץ הערות סימן עד) דן בסוגיא באריכות והעיר שישנן קושיות הרבה, כגון בשחיטות האסורות, כמו באותו ואת בנו וחולין בעזרה וקדשים בחוץ, דנימא שלא תועיל השחיטה לטהר מידי נבילה, וכן בשוחט קדשים במחשבת פיגול, [ובזה י"ל דאין האיסור על השחיטה אלא על המחשבה]. ורצה לחדש שאעל"מ אין הכונה על המעשה עצמה, שכבר נעשית וא"א לבטלה, אלא על חלות הדין היוצא מהמעשה, וא"כ לא שייך לומר אעל"מ אלא היכא שהאיסור הוא ג"כ על חלות הדין, כמו באונס שגירש, דאין הקפידא על מעשה הגירושין, אלא שלא תתגרש ממנו, ד"ולו תהיה לאשה" אמר רחמנא, וכן בקדושי אלמנה לכה"ג, בכולן האיסור וקפידת התורה שלא יחול הדין, אבל בשחיטות האסורות האיסור הוא על מעשה השחיטה ולא על היתר השחיטה, ולו יצויר היתר שחיטה בלא מעשה שחיטה, אין בזה איסור, דלא תשחטו כתיב באותו ואת בנו. ומה"ט מותר לשחוט בהמה מעוברת, אף למ"ד עובר לאו ירך אמו, משום דלהך מ"ד ליכא מעשה שחיטה על הולד אלא היתר.

אמנם באונס שגירש, אילו היה אפשר לגרש אשה בלא גט, ג"כ איכא איסורא ד"ולא יוכל לשלחה", דהא דאעל"מ הוא משום דאמר רחמנא לא תעביד, וא"כ הכל תלוי באיזה דבר אמר רחמנא לא תעביד, דאם האיסור הוא על עשיית המעשה, בזה לא שייך לא מהני, דהמעשה א"א להתבטל, ובחלות הדין, לא אמר רחמנא לא תעביד.

והא דפריך בגמ' (תמורה ו, א) גבי שינוי בגזילה, נימא אעל"מ, והיינו שלא תועיל הגזילה לקנות קצת קניני הגזילה שיש להגזול ע"י גזילתו, כמו שפירש במשובב נתיבות (לד, ה), אף דהתם האיסור הוא על המעשה הגזילה גרידא, דהא עובר בלא תגזול גם על גזילת קרקע, בלאו דלא תסיג גבול, דלא קנה בה שום קנין, צ"ל דבזה שקנה קניני גזילה, זה גופא הוי גזילה נוספת, ויש איסור נוסף במטלטלין יותר מגזילת קרקע, ועל האיסור הנוסף הזה הוא דפריך נימא אעל"מ.

רק אם האדם פועל החלות

עוד הביא הגרא"ו בשם החפץ חיים להקשות ממחשבת פיגול, דאיכא לאו דלא יחשב, ומבואר ברמב"ם (פי"ח מפסולי המוקדשין ה"ב) דהאיסור הוא משום שפוסל את הקרבן כמו מטיל מום, וא"כ אמאי לא נימא אעל"מ. ות' דלא שייך לא מהני על חלות הדין אלא היכא שהאדם הוא הפועל את חלות הדין, כגון בקנינין והקדש ותרומה, דבכל אלו הדין חל ע"י דעת האדם, דמשו"ה ביכולתו להטיל בהן תנאי ושיוור ולקבוע זמן, אבל היכא שהדין חל מאליו ע"י המעשה, כגון בשחיטה המתרת הבהמה, שאין ההיתר מכח דעת האדם, אלא מעשה השחיטה היא המתרת, ועל כן אינו יכול להטיל תנאי ושיוור בשחיטה ולא לקבוע זמן, ובכה"ג לא אמרינן אעל"מ. וזה נכלל במש"כ תוס' (תמורה ד, ב) לענין צורם אוזן בכור, דלא אמרינן ביה אעל"מ, משום דגם מום הנעשה מאליו מתיר. והיינו, דמזה מוכח שהמעשה בעצמה היא המתרת ולא האדם. וא"כ ה"נ לענין פיגול, דפסול הקרבן נעשה מאליו ע"י מחשבת חוץ לזמנו, ואין האדם הפוסל, ואם יחשב חוץ לזמנו ולא ירצה שיפסול הקרבן, מ"מ פסול הקרבן בעל כרחו, ובכה"ג לא אמרינן אעל"מ.

תפילין של יד לפני תפילין של ראש

הגמ' במסכת מנחות (לו, א) אומרת, כשהוא מניח מניח של יד ואח"כ מניח של ראש, דכתיב (דברים ו, ח) וקשרתם לאות על ירך והדר והיו לטוטפת בין עיניך.

בספר אמרי בינה (או"ח סי' ט) דן במי שקידם הנחת תפילין של ראש לתפילין של יד, האם יוצא בדיעבד. ועיי"ש שדן מצד "כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני", שהרי רחמנא אמר שחייב להניח תפילין של יד לפני תפילין של ראש, ולפי רבא אם עבר על מימרא דרחמנא לא מהני, א"כ ה"נ לכאורה לא יצא ידי חובת תפילין של ראש. אבל עיי"ש שלפי דברי המהרי"ט שהיכא ש"אינו מתקן איסורא" לא אמרינן אי עביד לא מהני, ה"נ כאן הרי האיסור הוא שלא יהיה תפילין של ראש עליו בשעה שמניח תפילין של יד, א"כ

אפילו אם נאמר אי עביד לא מהני ולא יקיים המצוה, כבר עבר על האיסור, שהרי תפילין של ראש היו עליו בשעת הנחת תפילין של יד.

אבל יש לדון על דבריו דלכאורה כאן אין האיסור שהתפילין של ראש יהיה עליו בשעה שמניח התפילין של יד, אלא שחייב לקיים מצות תפילין של יד לפני שמקיים מצות תפילין של ראש, אז אם נאמר אי עביד לא מהני, ולא יקיים מצות תפילין של ראש אז לא יעבור על האיסור, שהרי אינו קיים מצות תפילין של ראש ראשון.

ויותר נראה ליישב על פי סברת הגרע"א (הנ"ל) שלא שייך הכלל של אי עביד לא מהני, אלא היכא שאפשר לפרש בפסוק עצמו שהכוונה שלא מהני, כגון בהלאו של תמורה, דכתיב לא יחליפנה ולא ימיר, ואפשר לומר שכוונת הפסוק "לא יחליפנה" היינו שלא חל התמורה, אבל היכא שא"א לפרש עצם האיסור שבא לומר שלא חל, אז לא אומרים אי עביד לא מהני.

ולפי"ז בנידון דידן, י"ל ג"כ דא"א לומר שכוונת הפסוק שלא קיים מצות תפילין של ראש אם הניח לפני תפילין של יד, שהרי בתורה לא כתוב שאסור להניח תפילין של ראש לפני תפילין של יד, (שאפשר לומר שכוונת הפסוק הוא שלא יקיים מצות תפילין של ראש), אלא כתיב וקשרתם לאות וכו' שחייב לקדם מצות תפילין של יד לתפילין של ראש, א"כ לא שייך אי עביד לא מהני.

האם קי"ל כאביי או רבא

אחרי שדן הגרע"א באריכות על כל הנושא של אעל"מ, כתב דכל זה אילו היה ברירא לן דהלכה כרבא דאי עביד לא מהני, אבל אליבא דאמת אינו ברור כלל וראוי להיות בזה ספיקא דדינא.

דיש מבוכה גדולה בדברי הרמב"ם, (מלוה ולוה ג, א) שאלמנה בין שהיא עניה בין שהיא עשירה אין ממשכנין אותה לא בשעת הלואה ולא שלא בשעת הלואה ולא על פי ב"ד שנאמר ולא תחבול בגד אלמנה, ואם חבל מחזירין ממנו בעל כרחו, וכתב הכ"מ שפסק כרבא ולכן חייב להחזיר.

ואילו בחמישי לששי מבכורות פסק דהמוכר מעשר בהמה כיון דלא הועילו מעשיו לא לקי, וז"ל מעשר בהמה אסור למוכרו כשהוא תמים שנאמר בו לא יגאל, מפי השמועה למדו שזה שנאמר לא יגאל אף איסור מכירה במשמע שאין נגאל ואינו נמכר כלל, ויראה לי שהמוכר מעשר לא עשה כלום ולא קנה לוקח, ולפיכך אינו לוקח כמוכר חרמי כהנים שלא קנה לוקח וכמוכר יפת תואר כמו שיתבאר במקומו. והיינו כאביי דלא אמרינן דלקי משום דעבר על מימרא דרחמנא. ובלחם משנה הקשה עליו, למה פסק כאביי נגד הכלל דהלכתא כרבא לגבי אביי. ומדברי המ"מ (ריש הל' גזילה) משמע דס"ל בדעת הרמב"ם דהלכה כרבא.

ובהלכות עבודת יוה"כ (ג, ה) פסק הרמב"ם מערבין לקרנות, והיינו דלא כרבא דס"ל אין מערבין לקרנות, וכבר הקשה כן בשו"ת שער אפרים (סי' ס"ז).

גם בספר החינוך כתב דאם מכר לצמיתות שניהם לוקין, ודבריו נראים מוקשים, דכיון דלא הועילו מעשיהם ויוצא ביובל לא ללקי, כמו מוכר מעשר בהמה, וכבר עמד בזה במלמ"ל (ר"פ י"א מהל' שמיטה).

אלא ע"כ דהוי ספיקא דדינא אי הלכה כאביי או כרבא, ולכן בהל' מלוה פסק שצריך להחזיר המשכון דלמא הלכה כרבא דלא מהני, ולא קני משכון, ומחמת ספק קיימא המשכון בחזקת מרא קמא. ובהלכות בכורות פסק דלא לקי דלמא הלכה כאביי, דהיכא דלא מהני לא לקי ואין מלקין מספק. ובהלכות עבודת יוה"כ פסק דמערבין לקרנות, היינו משום דס"ל להרמב"ם דמה דאמר ר"י מזה מזה בפ"ע ומזה בפני עצמו, היינו דא"צ לערב, כיון דמשמע ג"כ כ"א בפ"ע, אבל ודאי אם רוצה מערב, דהא משמע ג"כ שניהם יחדיו, וכקושיית תוס' באמת ביומא, ומש"ה לדידן דמספקא לן הלכה כמאן, הדין נותן דמערבין דזהו ודאי כהוגן אף לר"י. ומה שפסק בספר החינוך במוכר לצמיתות דלוקין הרי זהו נכון, דמה דפסק הרמב"ם דמחזירין ביובל, היינו נמי משום ספק דלמא הלכה כרבא דאי עביד לא מהני, ומספק חייב להחזיר ביובל, כמו באחין שחלקו דמבואר ברפ"ג דגיטין דאף אם רק לחומרא אמרינן אין ברירה מ"מ מחזירין, וא"כ שפיר לקי ממנ"פ דאי הלכה כאביי הא

הועילו מעשיו ומה דהחזיר מתנה בעלמא הוא דהוי, ואי הלכה כרבא דלא מהני מעשיו, הא לדידיה לקי משום דעבר על מימרא דר' חמנא. ושאני ההיא דהמוכר מעשר בהמה דהתם גם לאביי לא מהני, משו"ה לא לקי, דדלמא הלכה כאביי דלא לקי היכא דלא מהני.