

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')

פלוגת אביי ורבא

בריש תמורה (ד, ב) פליגי אביי ורבא בכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני או לא מהני, דלדעת אביי מהני, דאי סלקא דעתך לא מהני אמאי לקי. ואילו לדעת רבא אי עביד לא מהני, והאי דלקי עליה משום דקעבר אמירא דרחמנא.

ותמהו רבים מהא דשנינו בחולין (יד, א) בזה"ל השוחט בשבת וביו ם הכיפורים אף על פי שמתחייב בנפשו שחיטתו כשירה, עכ"ל. דלדעת רבא דאי עביד לא מהני אמאי שחיטתו כשירה, הא קעבר אמירא דרחמנא, ומדוע לא נימא דמה"ט שחיטתו תיפסל.

מתקן איסורא

ויש שכתבו ליישב זאת עפ"י דברי המהרי"ט הידועים (א, סט) דלא אמרו האי כללא דאי עביד לא מהני אלא בגוונא דאי לא מהני יהיו מעשיו בטלין ודברי תורה קיימין, כגון לאו דלא יחליפנו ולא ימיר אותו, דאי לאו קרא דוהיה הוא ותמורתו יהיה קודש, הו"א דלא מהני ואינו מומר, לקיים מה שאמרה תורה לא ימיר. אך באופן דגם אי נימא דלא מהני לא נתקן האיסור לא אמרו בזה דאי עביד לא מהני. לעומת זאת היכא דאדם עבר עבירה ואין אופן לתקן האיסור לא אמרו אי עביד לא מהני.

ומעתה גבי שחיטה בשבת היות וקעבר בנטילת נשמה ולא יהא נתקן במה שלא תועיל שחיטתו, לא אמרו דאי עביד לא מהני.

קנין בשבת

ובשו"ת הגרע"א (מהדו"ק, קכט) הביא דברי הרי"ף (פ' משילין) דאי עבר וקנה בשבת מהני, והוכיח כן מדברי הירושלמי וז"ל וכולן מה שעשה עשוי, עכ"ל. וככל הנראה שיטת הרי"ף כשיטת התוס' דהיכא דיומא קגרים לא אמרינן אי עביד לא מהני.

והקשה הגרע"א דמדוע לא הוכיח כן ממשנה מפורשת הנ"ל דהשוחט בשבת שחיטתו כשירה, ובהכרח דשוחט שאני כיון דחיובו משום נטילת נשמה, ותיקן להוציא מידי אבר מן החי, ל^זכא למימר דלא מהני התיקון וישאר אבר מן החי, שהרי היא מתה לפנינו.

כמו כן הוכיח הגרע"א מהא דאיתא במרובה (ב"ק ע, ב) דהאומר בשבת עקוץ לי תאנה וזרוק גניבותיך לחצרי, קנה את הגניבה. ותמה בש"ג (בפרק משילין) דאמרי קנה, נימא אי עביד לא מהני.

אכן לפי מה שנתבאר מיושב שפיר, שכן עבירה דקציצת התאנה וזריקתה לחצר לא תתוקן אי נימא דלא מהני, ואי משום דהמכירה גופא באיסור, הא איסור המכירה אינו אלא מדרבנן, ורבא לא קאמר אלא דכל מה דאמר **רחמנא** לא תעביד אי עביד לא מהני.

והא דלא הוכיח הרי"ף מהך דעקוץ תאינה דמכר בשבת מהני, כבר מבואר בש"ך (חו"מ רח, ב) דכיון דהמכירה אינה אסורה אלא מדרבנן, חייב בד' וה', הואיל ומן התורה הוי מכירה.

וכתב דפשוט דמשום תקנתא דרבנן לא פטרינן ליה מד' וה', כדמוכח בסוגיא דמרובה דמאן דפטר מד' וה' בשחיטה שאינה ראויה, היינו דווקא בשחיטה שאינה ראויה מדאורייתא, אך באינה ראויה מדרבנן כגון מעשה שבת מדרבנן, או שוחט חולין בעזרה חייב בד' וה'.

גט בכתובת קעקע

עוד הוכיח דהנה בגמ' בגיטין (כ, ב) מוקמינן להאי דכתב גט על יד העבד בכתובת קעקע, וכתבו תוס' דמדאורייתא ליכא איסורא עד שיכתוב ויקעקע בדיו ובכחול, מיהו אף אי הוי איסורא דאורייתא מ"מ הוי גט.

והקשה על כך הגרע"א אמאי הוי גט, נימא דאי עביד לא מהני, ואמנם בשעה שנותן את הגט אינו עובר, מ"מ נימא דאמעשה הכתיבה דלא מהני הוי כאילו כתבו קוף בעלמא דלא מהני לגרש בו. וחזינן דהתוס' ס"ל להאי כללא, דכיון דאף אי נימא לא מהני, לא תתוקן העבירה דכתובת קעקע, לא אמרו גביה אי עביד לא מהני.

תוקע בשופר של עולה

וכן הוכיח הגרע"א ממש"כ הרמב"ם (שופר א, ג) דהא דהתוקע בשופר של עולה יצא, אע"פ שנהנה בשמיעת הקול, כיון דמצוות לאו ליהנות ניתנו, עכ"ל. דלכאור' תמוה דמשמעות קוש"יתו דאיכא בזה הנאת הגוף, ואם כן כיצד מהני הא דמצוות לאו ליהנות ניתנו, הלא מ"מ אסור הדבר משום הנאת הגוף.

אכן לפמשנ"ת ניהא, די"ל דקושיית הרמב"ם והלא נהנה בשמיעת הקול כולל תרתי הנאות, הנאת הגוף, והנאת המצווה, דאף הנאת המצווה נכללת בלשון נהנה בשמיעת הקול דהא עיקרה השמיעה, כשם שמברכין לשמוע קול שופר. ולכן שאל הרמב"ם דכיון דאיכא איסור בדבר נימא דאי עביד לא מהני, וענה על כך דמ"מ הנאת מצוה ליכא, דהא מצוות לאו ליהנות ניתנו, ואם כן ליכא אלא הנאת הגוף, ובהא לא אמרינן אי עביד לא מהני, דהא לא מתקן לאו בהכי, דאף אי נימא דאינו יוצא ידי חובתו, מ"מ נהנה גופו.

מקדש חייבי לאוין

ולפי"ז כתב הגרע"א דמה"ט המקדש חייבי לאוין בביאה מקודשת ולא אמרינן דאי עביד לא מהני, כיון דאף אי נימא דאינה מקודשת לא מיתקן איסורא היינו הביאה. ומשו"ה בתמורה פרכינן דווקא מאלמנה לכה"ג משום דהעבירה גביה היא הקדושין דקאי בלא יקח, ולכן נימא דלא מהני ומתקן דליכא קיחה.

המקדש באיסורי הנאה

והנה שנינו במשנה (קידושין נו, ב) בזה"ל המקדש בערלה בכלאי הכרם בשור הנסקל וכו' אינה מקודשת, עכ"ל. והקשו הראשונים דאמאי אינה מקודשת הלא אפרה מותר. וביארו בתוס' (ע"ז סב, א) דהיות וכל זמן שהוא בעין אסור למוכרו מן התורה, ה"ה דאינו יכול לקדש בו את האשה דהוי כמכירה חשובה ויש בזה הנאה כשמקדש את האשה, דגמרינן קיחה קיחה משדה עפרון, והא לא דמי לקיחה דשדה עפרון דהתם ראוי אף לקנות בו חפץ או שאר הנאות, יעוי"ש.

ותמה הגרע"א דלכאורה דבריהם סתומים, דמה בכך דאסור לכתחילה לקדש בו, מ"מ נימא דאם עבר וקידש תהא מקודשת. ובהכרח דכוונתם דכיון דאסור לקדש בו אמרינן גביה דאי עביד לא מהני.

אלא דאכתי תיקשי לאביי דס"ל דאי עביד מהני כיצד יפרנס משנה זו. וצ"ל דבכגון דא אף אביי מודה דלא מהני היות והעבירה תתוקן אי נימא דלא מהני, שהרי מאחר ואינה מקודשת נמצא דלא נהנה. ואמנם בתמורה אי לא מהני מתקן לעבירה, ועם זאת אלמלא קרא דוהיה הוא ותמורתו ה"א דאי עביד מהני, היינו משום דהתם לא מתקן העבירה לגמרי, דהא מ"מ קעביד שלא כדן במאי דקעבר אמימרא דרחמנא. משא"כ המקדש באיסורי הנאה דהעבירה אינה אלא הא דאסור ליהנות מערלה, אי נימא דלא מהני ואינה מקודשת נמצא דלא נהנה ולא עבר כלל בעבירה.

ובהכרח דלרבא אף היכא דלא מתקן איסורא אמרינן דלא מהני, דאל"כ כיון דבמתקן איסורא אף לאביי לא מהני, ואילו היכא דלא מתקן אף לרבא מהני, א"כ במאי פליגי.

איברא דבעיקר דברי הגרע"א יש לתמוה דהרי בתוס' סיימו וז"ל וזה לא דמי לקיחה דשדה עפרון, שראוי לקנות בו חפץ או לשאר הנאות, עכ"ל. ומשמעות דבריהם דילפינן כסף קידושין משדה עפרון, דדווקא כסף דניתן ליהנות הימנו ניתן לקדש בו את האשה, אכן תחילת דברי התוס' משמע דהיינו משום האיסור, וצ"ע.

היכא דהאיסור תוצאה מהמצווה

כמו כן בטורי אבן (ר"ה כח, א) כתב לחדש כדברי הגרע"א הנ"ל דאיכא גוונא דאף לאביי לא מהני, דדווקא היכא דאין האיסור בא ע"י המצווה ואינם תלויין זה בזה, דבכגון דא אף אי נימא דלא מהני מ"מ איסורא דעבד עבד, וכן כל הני דמייתי התם, כמו התורם מן הרעה על היפה דרחמנא אמר חלבו אין גרוע לא, דמה"ט ס"ל לאביי דמהני.

לעומת זאת התוקע בשופר של עולה כיון דלא אזהר רחמנא להדיא שלא לתקוע בו, אלא דאזהר שלא להנות מן ההקדש, אלא דממילא איסורא מיתלא תלי בקיום המצווה, אי נימא דלא יצא ידי חובתו ליכא איסורא כלל, ואך אי נימא דנפיק איכא איסורא, ולכן בהא כו"ע מודו דלא מהני ואינו יוצא ידי"ח, עכ"ד. וקשה כנ"ל א"כ במה פליגי אביי ורבא.

ושו"מ בשו"ת הגרע"א (הנ"ל בהשמטות) שכתב ליישב כן וציין לדברי הטו"א הללו 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. ופלוגתייהו דאביי ורבא רק בכעין תמורה דנתקן שורש העבירה, אבל מ"מ הוא עבר אמימרא דרחמנא, בזה פליגי דלאביי דאי עביד מהני, ולרבא לא מהני, עכ"ל.

אי עביד ל"מ אלא במקום דזוהי כוונת המקרא

והוסיף הגרע"א דלא אמרו אי עביד לא מהני אלא היכא דהלאו הוא ענין פרטי, כהני דריש תמורה בלאו דלא יחליפנו דמפרשינן דלא יהא כוח בידו להחליף, אך בגוונא דהלאו נאמר בדרך כלל כמו לאו דלא תעשה כל מלאכה, דאין לפרש דהכוונה שלא יהא לו כוח לעשות מלאכה, דהא זה ברור דאם יבנה בית או יטע כרם יהיה בנוי ונטוע, ובהכרח היינו דאינו רשאי לעשות מלאכה, ולכן כל שישנו בכלל לאו זה ל"ש גביה אי עביד ל"מ. ומעתה לפי"ז ניהא בפשטות מתניתין דהשוחט בשבת, וכן האי דזרוק גניבותיך לחצירי.

והביא ראייה לדבריו מהא דגט שכתבו על איסורי הנאה כשר, ולא אמרינן דאי עביד לא מהני, אף דאילו ה"א דלא מהני הוי מתקן איסורא דהא אילו הגירושין לא יחולו אינו נהנה מאיסור, וכן השוחט את המסוכנת בסכין של ע"ז כתב הרא"ש (בפ"ק דחולין) דהבהמה מותרת, ומדוע לא נימא דאי עביד לא מהני, והוי כנחירה ונמצא דלא נהנה ולא עבר, ובהכרח דהיות ולא יתכן דיתפרש המקרא דאין כוח להנות, דהא פשיטא דבידו להנות, אלא פירוש המקרא דאי אתה רשאי להנות, להכי לא אמרו באיסור זה דאי עביד לא מהני.

החרימו הקהל שלא ישחט אלא טבח ידוע

כתב בשו"ע (יו"ד א, יא) דאם הקהל הטילו חרם שלא ישחט אלא טבח ידוע, ושחט אחר, י"א ששחיתו אסורה, עכ"ד.

ובחוות דעת (ג) כתב דאפשר לומר דטעם האוסרין מהא דאמר רבא דכל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני. אך הקשה עליהם מהשוחט בשבת דשחיתו כשרה, ובהכרח צריך לומר דהתם משום שלא נתקן האיסור.

יומא קגרים

עוד מצינו בשו"ע (חו"מ רח, א) דמקח שנעשה באיסור, כגון אם הוסיף בשווי המקח בשכר המתנת המעות, או אם פסק קודם שיצא השער ולא היה למוכר, וכן אם נשבע או נדר שלא למכור, ועבר ומכר, ונתקיים הדבר בקנין או באחד מדרכי ההקנאות, המקח קיים ויתן כשער של היתר, ואין אחד מהם יכול לבטל המקח, עכ"ד.

ותמוה מהא דפסק הרמ"א (יו"ד רל, א) דמי שנשבע שלא לעשות איזה דבר, כגון שנשבע שלא למכור חפץ פלוני, ועבר ומכרו, אין במכירתו כלום, הואיל ועבר על שבועתו.

וכתב הסמ"ע דהעיקר כמש"כ ביו"ד. אך הקשה הט"ז דא"כ יקשה מהא דכתב בשו"ע (חו"מ קצה, יא) דאע"פ שאין קונין בשבת בקנין סודר, מ"מ אם קנו אף על פי שעברו עבירה קנו, ולא אמרינן אי עביד לא מהני.

ובהכרח צ"ל דכל שהאיסור הוא מצד עצמו אמרינן דאי עביד לא מהני, וכההיא דהאשה שנפלו (כתובות פא, ב) דאמרו השתא דאמרי רבנן לא לזבין בנכסי אחיו אי עביד וזבין לא הוי זבינא, דכל מאי דאמרי רבנן לא תעביד אי עביד לא מהני, בשונה מהמוכר בשבת שאין המכירה עצמה אסורה, אלא יומא קגרים האיסור לא אמרינן אי עביד לא מהני.

והביא ראייה לדבריו מהא דאיתא במרובה (שם) דהאומר זרוק לי גניבתך בשבת ותקנה לי חצרי קני, הגם שהוא חייב מיתה כמבואר שם. וה"נ הנשבע שלא למכור נכסיו, האיסור בא כתולדה מהשבועה ולא מכח המכירה גופא, ולכן בדיעבד הויא מכירה. וכמו כן מקח שנעשה באיסור, היות ואין האיסור במעשה המכירה כי אם בתוספת דמים, אמרינן דאי עביד מהני. דדווקא היכא דאיכא ריעותא בעיקר המעשה הוי כלא נעשה כלל.

מעשה או חלות

והנה הגרא"ו בקובץ הערות (עד) דן בנושא זה בהרחבה, והעיר כי ישנן קושיות רבות בכלל דאי עביד לא מהני, דהנה ישנם שחיטות רבות האסורות, כאותו ואת בנו, וחולין בעזרה, וקדשים בחוץ, ותמוה מדוע לא נימא דלא תהני להו שחיטה לטהרה מידי נבילה. וכן יש לתמוה לגבי השוחט קדשים במחשבת פיגול, אלא שבזה כתב הגרא"ו די"ל דאין האיסור בשחיטה אלא במחשבה.

וכתב דבהכרח האי כללא דאי עביד ל"מ לא איירי בענינים הנוגעים למעשה גופא שכבר נעשה ואין בידנו לבטלו, אלא איירי על החלות היוצא מגופו של מעשה. ולכן לא אמרו דאי עביד לא מהני אלא היכא דאף האיסור הוא בחלות כמו האונס שגירש, דליכא קפידא אמעשה גירושין, אלא עיקר הקפידא היא שלא תתגרש הימנו, דולו תהיה לאשה אמר רחמנא. וכן בקדושי אלמנה לכה"ג יסוד האיסור והקפדת התורה היא שלא יחול החלות היוצא מן המעשה.

לעומת זאת בשחיטות האסורות היות והאיסור נוגע למעשה שחיטה גופא ולא על היתר השחיטה, ולו יצויר היכי תמצי דהיתר שחיטה בלא מעשה שחיטה אין בדבר איסור כלל, דבאותו ואת בנו לא תשחטו כתיב. ומה"ט מותר לשחוט בהמה המעוברת אף למ"ד עובר לאו ירך אמו, אע"ג שגם העובר הותר ע"י השחיטה, משום דלהך מ"ד ליכא מעשה שחיטה בולד אלא היתר בעלמא. דהא דאי עביד לא מהני הוא משום דקאמר רחמנא לא תעביד, ולכן תלוי במאי קאמר רחמנא לא תעביד, דאם האיסור הוא עשיית המעשה, בזה לא שייכא הך דינא דלא מהני, דהלא אין המעשה מתבטל, ולגבי החלות לא אמר רחמנא לא תעביד.

והא דפריך בתמורה (ו, א) דנימא בשינוי בגזילה דאי עביד לא מהני, והיינו דלא תהני הגזילה לקנות קניני הגזילה לגזולן ע"י גזילתו, כפי שפירש במשובב נתיבות (לד, ה), הגם דהתם האיסור הוא מעשה הגזילה גרידא, דהא קאי בלא תגזול אף אגזילת קרקע, ובלאו דלא תסיג גבול דלא קנה בה קנין, נראה דצ"ל דבזה שקנה קניני הגזילה חשיב כגזילה נוספת, ונוסף איסור במטלטלין טפי מגזילת קרקע, ואהא פריך דנימא אי עביד לא מהני.

דווקא כשהאדם פועל החלות

עוד הביא הגרא"ו בשם הח"ח להקשות מהא דמצינו דאיכא לאו דלא יחשב במחשבת פיגול, ומבואר ברמב"ם (פסולי המוקדשין יח, ב) דהאיסור הוא משום שפוסל את הקרבן כמו מטיל מום, וא"כ אמאי לא נימא אי עביד לא מהני מחשבתו ולא יהיה כאן איסור.

וכתב לייסד דלא אמרו האי כללא על חלויות אלא בחלויות שהאדם פועל בדעתו ורצונו, כגון בקנינים הקדש ותרומה, דבהני חלותם באה מכוח האדם ורצונו, ולכן ביכולתו להטיל בהן תנאי ושיור ולקבוע להם זמן כחפצו. אך היכא דהחלות חלה מאליה כגון שחיטה דמתרת את הבהמה באכילה, דאין ההיתר קאתי מכוח האדם, כי אם מעשה השחיטה הוא המתירה באכילה, אין ביכולתו להטיל תנאי ושיור בשחיטה וכן לא לקבוע לחלות זמן, ובהא לא אמרינן נמי דאי עביד לא מהני.

והדברים מתבארים בדברי התוס' (תמורה ד, ב) גבי הצורם אוזן בכור, דלא אמרינן גביה דאי עביד לא מהני, משום דאף מום הנעשה מאליו מתיר את הבכור. והיינו דחזינן מזה דהמעשה גופא מתיר ולא דעת האדם. וא"כ הכא נמי גדר הדין גבי פיגול, דפסול הקרבן בא מאליו במחשבת חוץ לזמנו, ואין האדם הפוסל, ואם מחשב חוץ לזמנו ואינו מעוניין שיפסל הקרבן, לא אכפת לן מיניה והקרבן יפסל מ"מ בעל כרחו, ולכן כה"ג לא אמרינן אי עביד לא מהני.

תפילין של יד קודם תפילין של ראש

הנה איתא במנחות (לו, א) בזה"ל כשהוא מניח מניח של יד ואח"כ מניח של ראש, דכתיב (דברים ו, ח) וקשרתם לאות על ירך וחדר והיו לטוטפת בין עיניך, עכ"ל.

ובאמרי בינה (או"ח, ט) כתב לדון בדבר מי שהקדים להניח תפילין של ראש קודם תפילין של יד, אם יוצא בדיעבד. והביא דברי מגדים העיר אמאי לא אמרינן אי עביד לא מהני, דהא רחמנא אמר דחייב להניח תפילין של יד קודם של ראש, ולדעת רבא לא מהני, ולכן לא יצא ידי חובתו.

אכן כתב דלפמש"כ המהרי"ט דהיכא דלא מתקן איסורא לא אמרינן אי עביד לא מהני, אם כן ה"נ הכא היות ויסוד האיסור הוא דחייב להקדים תפילין של יד לתפילין של ראש, ועוד דהא בעינן דכל זמן שבין עיניך יהיו שתים, וכאן

הרי הקדים תפילין של יד לתפילין של ראש ולא הוי שנים, א"כ אף אי נימא דאי עביד לא מהני ולא יקיים המצוה, מ"מ סוף סוף עבר באיסור, שהרי התפילין של ראש היו עליו בלא תפילין של יד.

אלא דיש לדון בדבריו ובפשטות אין האיסור במה שתפילין של ראש יהיו מונחים על ראשו בלא תפילין של יד, אלא דחייב לקיים מצות תפילין של ראש אחר שמקיים מצות תפילין של יד, ואי נימא דאי עביד לא מהני נמצא דלא קיים מצות תפילין של ראש ואינו עובר באיסור, שהרי אינו מקיים מצות תפילין של ראש תחילה.

והיה נראה ליישב באופן אחר עפ"מ ש"כ הגרע"א בתשובה הנ"ל דלא אמרו דאי עביד לא מהני, אלא היכא דניתן לפרש כוונת המקרא גופיה דלא מהני, כגון בלאו דתמורה שנאמר לא יחליפנו ולא ימיר, דניתן לפרש כוונת הכתוב דלא תחול התמורה, אך היכא דאין אופן לפרש כוונת המקרא שאינו יכול לעשות אלא הביאור שאינו רשאי בהא לא אמרינן דאי עביד לא מהני, עכ"ד.

ומעתה נראה דה"נ בנידון דידן, דנראה פשוט דאין לפרש דכוונת המקרא דלא קיים מצות תפילין של ראש אם הניחן קודם תפילין של יד, שהרי בתורה לא נאמר דאסור להניח תפילין של ראש קודם תפילין של יד, דנימא דאם הקדים כוונת התורה שלא יקיים שוב מצות תפילין של ראש, אלא נאמר בתורה חובה להקדימן כפי סדר המקרא, תחילה נאמר וקשרתם לאות על ירך, ובתור הכי והיו לטוטפות בין עיניך, ומהא למדו דמעיקר הדין חייב אדם להקדים מצות תפילין של יד לתפילין של ראש, וא"כ לא שייך בהא אי עביד לא מהני.

כמאן הלכתא

כתב הגרע"א דלא ברירא לן כמאן הלכתא בפלוגתא אביי ורבא, וראוי להיות בזה ספיקא דדינא, דהנה בדברי הרמב"ם יש מבוכה גדולה, דבהלכות מלוה ולוה (ג, א) כתב דאלמנה בין עניה ובין עשירה אין ממשכנין אותה הן בשעת הלוואה והן שלא בשעת הלוואה, ואף לא על פי בי"ד שנאמר ולא תחבול בגד אלמנה, ואם חבל מחזירין ממנו בעל כורחו. וכתב הכס"מ דהא דחייב להחזיר משום דנקט כדעת רבא דאי עביד לא מהני ולכן חייב להחזיר.

ואילו בהלכות בכורות (ו, ה) כתב דהמוכר מעשר בהמה כיון דלא אהנו מעשיו אינו לוקה, 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 לוקה כמוכר חרמי כהנים שלא קנה לוקח וכמוכר יפת תואר כמו שיתבאר במקומו, עכ"ל. והיינו כדעת אביי דלא אמרינן לקי משום דעבר על מימרא דרחמנא. כמו כן בהלכות עבודת יוה"כ (ג, ה) כתב הרמב"ם דמערבין לקרנות, והיינו דלא כרבא דס"ל דאין מערבין לקרנות, דכך עולה מהסוגיא (וכבר הקשה כן בשער אפרים סז).

ואכן בלחם משנה הקשה עליו, מדוע נקט כאביי הא קיי"ל דהלכתא כרבא לגבי אביי. ואמנם מדברי המ"מ (ריש גזלה) נראה דס"ל בדעת הרמב"ם דנקט כרבא יעו"ש.

והנה כתב החינוך דהמוכר קרקעו לצמיתות שניהם לוקין. ודבריו תמוהים דכיון דלא אהנו מעשיהם ונפיק ביובל לא לילקי עלייהו, כדן המוכר מעשר בהמה, וכבר עמד בזה במשנל"מ (שמיטה ויובל ר"פ יא).

ומזה הסיק הגרע"א דבהכרח הוי ספיקא דדינא כמאן הלכתא כאביי או כרבא, ולכן בהלכות מלוה ולוה כתב דחייב להחזיר את המשכון כיון דשמא הלכה כרבא דלא מהני, ונמצא דלא קני משכון, ולכן מספק קיימא המשכון בחזקת מרא קמא.

ואילו בהלכות בכורות כתב דלא לקי דשמא הלכה כאביי, דהיכא דלא מהני לא לקי דאין מלקין מספק.

ומה שכתב בהלכות עבודת יוה"כ דמערבין לקרנות, היינו משום דס"ל דהא דאמר ר"י מזה מזה בפ"ע ומזה בפני עצמו, היינו דאי"צ לערב כיון דמשמע נמי כל חד בפני עצמו, ובהכרח דאי בעי מערב, דהא משמע נמי שניהם יחדיו, כקושיית התוס' ביומא, ומשו"ה לדידן דמספקא לן הלכתא כמאן, הדין נותן דמערבין דזהו ודאי כראוי אף לר"י.

ומה שכתב החינוך דהמוכר לצמיתות שניהם לוקין אתי שפיר, דמה דנקט הרמב"ם דמחזירין ביובל, היינו נמי מספק שמא הלכתא כרבא דאי עביד לא מהני, ומספק חייב להחזיר ביובל, כדן האחין שחלקו דמבואר ברפ"ג דגיטין דאף אי דווקא לחומרא אמרינן דאין ברירה מ"מ מחזירין, וא"כ שפיר לקי ממנ"פ דאי הלכה כאביי הא אהנו מעשיו ומה דהחזיר הוי מתנה בעלמא, ואי הלכה כרבא דלא אהנו מעשיו, אם כן לדידיה לקי משום דקעבר אמימרא דרחמנא.

ושאני ההיא דהמוכר מעשר בהמה דהתם אף לאביי לא מהני, ומשו"ה לא לקי דדלמא הלכה כאביי דלא לקי היכא
דלא מהני.