

משה חיים פלח

בשיטת הרמב"ם בדין קטנה שנתקדשה שלא לדעת

אביה ובגדר דין קידושי מיאון..... א

בענין מתנות כהונה נגזלות..... י

בשיטת הרמב"ם בדין קטנה

שנתקדשה שלא לדעת אביה ובגדר דין קידושי מיאון

שמה נתרצה כששמע והווי לכו קידושין למפרע
עכ"ל ויעוין להלן.

אולם הרשב"א כתב וז"ל ויש לפרש שמה נתרצה
כששמע כו' דהו"ל כהתקדשי לי על מנת
שירצה אציק שמקודשת לכשישמע ולא ימחה
ואע"פ שלא חלו צשעת נתינה כו', וכ"כ הטור (סי'
לז) צשם הרמ"ה וז"ל דוקא סתם דלא ידעינן אם
נתרצה אם לא כגון ששמע ושחק אצל אם נתצרר
שנתרצה כששמע הווי קידושין משעת שמיטה אפי'
אם לא שידך ואפי' אם לא נתרצה מיד כששמע
אלא שתק ולא ימחה ואח"כ נתרצה בוכיה סופו
על תחילתו והווי קידושין משעת שמיטה אפילו אם
נתאכלו המעות קודם שמיטה כו' עכ"ל.

ובשיטת רש"י דנקט בלשונו דהווי קידושין
למפרע, יש מהאחרו' דנקטו דכוונתו
דחיילי למפרע ממש וכשיעת הרמב"ן והר"ן, אך
הגרש"ש צשערי ישר (ש"ז פ"י) נקט צשיעת רש"י
דלא חיילי הקידושין אלא משעת רילוי, וכתב דלשון
רש"י הכא למפרע הוא כדמלניו בלשון רש"י להלן

איתמר קטנה שנתקדשה שלא לדעת אציה אמר
שמואל לריכה גט ולריכה גט מיאון אמר
קרנא דצריס צגו אם גט למה מיאון אם מיאון
למה גט אמרו ליה הא מר עוקצא וצי דינייה
צכפרי אפכוה שדרוה לקמיה דרצ אמר לכו
האלוקים לריכה גט ולריכה מיאון וחס ליה
לזרעיה דאצא צר אצא דימא הכי וטעמא מאי
אמר רצ אחא צריה דרצ איקא לריכה גט שמה
נתרצה האצ צקידושין לריכה מיאון שמה לא
נתרצה האצ צקידושין ויאמרו אין קידושין תופסין
צאחותה אמר ר"נ והוא ששדכו עולא אמר אפילו
מיאון אינה לריכה כו'.

והנה צהאי דינא דחיישינן שמה נתרצה האצ, ואם
נתרצה האצ מקודשת, נחלקו הראשונים,
שיעת הרמב"ן והר"ן דכל דנתרצה האצ לצסוף
חיילי הקידושין למפרע ויעוין צרמב"ן (צבשמעות)
דציהר צאורך דע"י הגילוי דעת דלצסוף צשצין
ליה מכאן ולהצא ולמפרע כזכות ומהני מדין זכין
והעתיקו הר"ן צקילור יעושה"ט, ויש מהאחרו'
דנקטו כן צשיעת רש"י שכתב (צד"ה והוא ששדכו)

ועד"ז זיאלו האחרו' הכא, דה"נ איכו עבד השתא מעשה קידושין וסיבת קידושין גמורה, אלא דכיון דאכתי ליכא רילוי האז לא חיילי הקידושין מהשתא [וזיאלו בזה צכמה דרכים, דיתכן דלענין עלם מעשה הקידושין איכא יד לכת, ועוד דיתכן דלזה מודו הנך ראשוניס דמהני רילוי האז למפרע דנסתלק עיכוז האז ועי"ז איכא יד לכת, אלא דלדין דעת מקנה צעינן דעת האז צפועל, והגרש"ש לידד לבאר עוד דצכל מעשה קידושין כיון דאיכא דין כי יקת, וכל מעשה הקידושין נעשה ע"י הצעל, מזי לגמור את מעשה הקידושין אף בלא דעת האשה כלל יעו"ש] אך משעה דנתרצה האז ואיכא דין דעת מקנה, חיילי הקידושין מכח המעשה דמעיקרא.

אולם צשיעת הרשצ"א והרמ"ה אכתי ל"צ, דהרי הרשצ"א כתב וז"ל והכא אף על פי שנתאכלו המעות קודם ששמע האז נמי חוששין לה דה"ל כהרי את מקודשת לי לאחר ל' יום ואף על פי שנתאכלו המעות מקודשת עכ"ל, הרי מצואר מדצרי הרשצ"א דטעמא דמקודשת אט"פ שנתאכלו המעות היינו כדן מקדש לאחר ל' ונתאכלו המעות, ומצואר דהכא דמי למעשה לאחר ל' דאיכא חסרון דכלתה קניינו אלא דכסף שאני [ובמשנת ר' אהרן שם כתב כן דצדרי העור צשם הרמ"ה, אולם יעוין ציד רמה הנדמ"ח דמצואר נמי דדימה למקדש לאחר ל'].

ויש שזיאלו צשיעת הרשצ"א עפמ"כ צשיעורי צרינו חיים הלוי (צ"מ סו ה) צשיעת רש"י (לקמן מו ז) והרמ"צ"ס (פ"א ממכירה ה"ז וה"ג) דלהלכה ליכא דין כלתה קניינו אלא צמשיכה דיסודה הכנסה לרשותו ולהכי היכא דלא קני צשעת הקנין ל"ח מעשה קנין כלל, משא"כ צקנין

(סו ה) אכא דאמר פירות ערוגה זו תלושים יהיו תרומה על פירות ערוגה זו מחוצרים פירות ערוגה זו מחוצרים יהיו תרומה על פירות ערוגה זו תלושים לכשיתלשו ונתלשו מהו ופירש רש"י מהו שתהא תרומה למפרע (וכ"ה ברש"י שם סו ז ד"ה לה) וע"כ לאו דוקא דחיילא עלם חלות התרומה למפרע אלא דאהני השתא המעשה דלמפרע [וכע"ז אשכחנא ברש"י צגיטין (מה ה ד"ה הרי עזמך) וצצ"מ (טו ז ד"ה והא אשה) וצצחיס (סע ה ד"ה הוותר)] וכ"כ צמשנת רבי אהרן (ס"ה כו).

אולם הר"ן הוכיח דע"כ חיילי הקידושין למפרע, דהרי מצואר לקמן (מו ה) דאף צקידש צצ"א מהני רילוי האז, והתינה צכסף איכא למימר דאף אי נתאכלו המעות מ"מ מקודשת משום דמעיקרא ניתנו לשם קידושין וכדאמרין לקמן (נט ה) [ולכאורה גם צזה יל"ד ואכ"מ] אך צקידושי צ"א הרי כלתה ציאתו, וע"כ דחיילי למפרע, ול"צ שיעת הרמ"ה והרשצ"א [ועיוין צצ"א מילואים (ס"ה לו סק"צ) מש"כ צשיעת הריעצ"א, אך לכאורה צדצרי הרשצ"א למ"כ].

ובחידושי הגרש"ש (ננדמ"ח ס"ה כה) וצמשנת ר' אהרן (ס"ה כו) זיאלו צשיעת הרמ"ה והרשצ"א, דהנה שיעת התוס' והרשצ"א (לקמן סג ה וצ"ד) דעמייבהו דצמעכשיו צדצ"א שלא צא לעולם ליכא חסרון דכלתה קניינו, וזיאלו האחרו' [יעוין צחי' הגרש"ש (מדרים סכ"ג) וצכ"ד] דהיכא דאומר מעכשיו הרי שצין צעלי דצדריס נגמרה סיבת הקנין, אלא דכיון דאכתי אין דצד צעולם לא מזי הקנין לחול מהשתא, וכשיצא לעולם חייל ממילא, אך כיון דסיבת הקנין נשלמה תו לא צעינן דיכא מעשה הקנין קיים צשעת החלות.

דעלם מלכ האישות דנעשה ע"י הביאה אכתי לא כלה, וי"ל דסגי צזה דתו לא חשיב כלתה קניינו.

והנה במקדש צביאה לאחר ל' יל"ד דליכא כלל אישות ע"י הכ ציאה, כיון דאין דעתו כלל דיחולו הקידושין מהשתא, אך הכא במקדש קטנה שלא מדעת האב, דאיכו צעי דיחולו הקידושין מהשתא, אלא דאכתי ליכא דעת האב, י"ל דדעתו להתחיל מלכ האישות מהשתא [וכן במקדש על מנת שירלכ אבא, הרי מבואר בדברי הרמב"ם (פ"ט מגירושין ה"א – ה"ה) דתנאי דאם אף דלא חייל אלא משעת קיום התנאי מ"מ חלוק ממעשה לאחר ל', ויעו"ש דמה"ע אף היכא דאין הגע ברשותה בצוף ל' כל דלא נקרע מגורשת משא"כ במגרש לאחר ל', ועוד מבואר ברמב"ם (שם ובפ"ח ה"ה) דבר מחודש, דבתנאי דאם אס נשאת קודם שנתקיים התנאי לא תלא ואין הולד ממזר, ונתבאר באורך במק"א ואכ"מ, ומעתה יש לדון דאף אי בקידושי ציאה לאחר ל' ל"מ כיון דליכא השתא אישות ויתכן דלא חשיבא כלל ביאת אישות אלא ביאת זנות וא"מ, מ"מ בתנאי אף בלא מעכשיו שפיר מהני, ויעוין בחי' הגרש"ש (שם) דנתקשה לשיעתו דכיון דלא חיילי הקידושין מהשתא לכאורה אין זו ביאת אישות כלל והיאך קניא ויעו"ש מש"כ].

כסף ושאר קניינים ליכא כלל חסרון דכלתה קניינו [ורב נחמן (מדרים מה ז) פליג אדרב אשי דסבר התם דאיכא חסרון דכלתה קניינו אף בקנין סודר] ולפ"ז ה"ה בקידושי ציאה ליכא חסרון דכלתה קניינא אולם בדברי הרשב"א (מדרים שם) ובכ"ד מבואר לא כן, ועוד יל"ע מהא דמבואר לקמן (ס) דאף בנקרע הגע איכא חסרון דכלתה קניינו וכ"פ הרמב"ם (פ"ח מגירושין ה"א ופ"ט ה"ב)].

ונראה לדון בשיטת הרשב"א באופ"א [וכבר עמדו ביסוד הדברים] דהנה בכחוצות (עג ז) הריני בועליך על מנת שירלכ אבא אף על פי שלא רלכ האב מקודשת ר' שמעון בן יהודה אומר משום ר"ש רלכ האב מקודשת לא רלכ האב אינה מקודשת, ותמהו האחרו' לרב יהודה דסבר (לקמן ס ח) דהאומר על מנת לאו כאומר מעכשיו דמי א"כ לא חיילי הקידושין אלא משעה דנתרלכ האב והרי כלתה ביאתו.

ונראה לדון דבקידושי ציאה כה"ג ליכא חסרון דכלתה קניינו, דהרי יסוד דין קידושי ציאה היינו מעשה אישות, וכבר כתבו האחרו' ד"ל דאף בישראל איכא דין אישות בן נת, ונמלא

* **נ"ב**, יעוין בחי' הגר"ח עה"ש (בענין חליצה מוטעית) בישב שיטת הרמב"ם דבתנאי דעל מנת לא צעינן משפטי התנאים, ותמהו הראשונים דבכחוצות (עד ח) מבואר דאף בתנאי דעל מנת איכא דינא דכל דליתיה בשליחות ליתיה בתנאי ומה"ע חליצה מוטעית כשירב, וחי' הגר"ח שם דהא דס"ל להרמב"ם דתנאי דע"מ לא צעי משפטי התנאים היינו משום דאין זה מפרשת תנאי דבני גד ובני ראובן כלל אלא מדין עעות, ובחליצה ל"ש כלל דין עעות כיון דליכא דין דעת אלא סגי בכוונה, וכיון דל"ש למיתו עלה אלא מדין תנאי צעינן משפטי התנאים. ובס' זכרון שמואל (סי' מו) תמה ע"ד הגר"ח, דהא בסוגיא התם פרכי' והא ביאה דלא אפשר לקומיה ע"י שליח כי התם וקא הוי תנאה, והרי קידושי ציאה בעל כרחך בעל מנת קמיידי דתנאי דאם ליתא צביאה דהא כלתה ביאתו, ואפ"כ פרכי' דלא יכני תנאי, והרי בקידושין איכא דין עעות יעו"ש, והנה לדברי הגר"ח בשיטת הרמב"ם ליכא דין כלתה קניינו בכל הקניינים, אולם באמת הא דפרכי' התם מקידושי ציאה היינו מהך ברייתא דמיתת לעיל שם (עג ז) הריני בועליך על מנת שירלכ אבא והרי ק"ל דכל האומר על מנת כאומר מעכשיו, אולם באמת בעיקר הכ קושיא עמד הגר"ח גופיה בס' נגזי הגר"ח (ס"ח פג) יעו"ש.

יכולין לעכב ורצ אסי אמר אביה ולא היא
 איתביה רב הונא לרב אסי ואמרי לה חיילא בר
 רב לרב אסי אס מאן ימאן אביה אין לי אלא אביה
 היא עלמא מנין ת"ל אס מאן ימאן מ"מ אמר לכו
 רב לא תיזלו בתי אפיכא יכול לשנויי לכו כגון
 שפיתה שלא לשום אישות פיתה שלא לשום אישות
 קרא צעי אמר ר"ג בר ינחק לומר שמשלם קנס
 כמפותה א"ל רב יוסף אי הכי היינו דתנינא מהר
 ימהרנה לו לאשה שצריכה הימנו קידושין ואס
 פיתה לשום אישות קידושין למה לי א"ל אציי
 צריכה קידושין לדעת אביה.

ויעוין צרמז"ס (הל' אישות ס) דאחר דפסק דאינה
 מקודשת ואפילו נתרצה האב הוסיף וז"ל
 נתקדשה קודם שתצבור שלא לדעת אביה אינה
 מקודשת אפילו נתרצה האב אחר שנתקדשה בו
 וזין היא וזין אביה יכולין לעכב, זין שנתקדשה
 צפניו זין שנתקדשה שלא צפניו אינה מקודשת
 עכ"ל, וכבר תמה הר"ן צסוגין דכיון דפסק
 דאפילו נתרצה האב צפירוש אינה מקודשת, היאך
 כתב דזין היא וזין אביה יכולין לעכב, ויעוין
 בכס"מ ובאחרו' מש"כ בצב.

וכן יש לתמוה צדצרי הרי"ף לפנינו, דפסק נמי
 כשיעט הרמז"ס דאפילו נתרצה האב אינה
 מקודשת וכנ"ל, ואעפ"כ הביא צסוגין פלוגתא
 דרב ורב אסי יעוין סס, ויעוין צבג' הצ"ח וצבג'
 דרך תמים דכתבו להגיה צדצרי הרי"ף דאין זה
 מדצרי הרי"ף אלא הגבה.

ויעוין צמאירי (מ) א שכתב וז"ל כבר ביארנו
 לשיעטנו שכל שנתקדשה שלא לדעת האב
 אינה מקדשת כלל ומה שנשאו ונתנו צשמועה זו
 צקטנה או נערה שנתקדשה שלא לדעת אביה אס

ולקמן צסוגין הנהו צי תרי דהוו קא שתו חמרא
 תותי צפי צצבל שקל חד מינייהו כסא
 דחמרא יהב ליה לחצריה אמר מיקדשא לי צרתיק
 לצרי אמר רבינא אפילו למאן דאמר חיישינן שמה
 נתרצה האב שמה נתרצה הצן לא אמרינן אמרי
 ליה רצנן לרבינא ודילמא שליח שויה לא חליף
 איניש לשווי לאצוה שליח ודילמא ארלווי ארלווי
 קמיה אמר ליה רבה בר שמי צפירוש אמר מר
 דלא סבר להא דרב ושמואל, ופסקו הראשונים
 כרבינא דלא חיישינן שמה נתרצה האב.

ונחלקו הראשונים ציסוד פלוגתת רב ושמואל
 ורבינא, דהרמז"ן ודעמיה נעו דלא
 פליגי אלא צאומדנא אי חיישינן שמה נתרצה או
 לא, אך אי נתרצה להדיא מקודשת, אך שיעט
 הרי"ף והרמז"ס ודעמיהו דפליגי צעיקרא
 דדינא אי מהני רילווי האב, ורבינא סבר דלא מהני
 כלל רילווי האב, ואף אי נתרצה צפירוש, וז"ל
 הרמז"ס (פ"ג מאשות ה"ג) נתקדשה קודם שתצבור
 שלא לדעת אביה אינה מקודשת אפילו נתרצה
 האב אחר שנתקדשה, ואפילו נתאלמנה או
 נתגרשה מאותן הקידושין אינה אסורה על הכהן
 עכ"ל [ומה דהוסיף הרמז"ס דאפילו נתאלמנה
 או נתגרשה מאותן הקידושין אינה אסורה על
 הכהן, העתיק צזה דצרי הגמ' צסוגין אהא דשוין
 שמוכרה אלמנה לכהן גדול גרושה וחלוה לכהן
 הדיוע בו' לאו דקדיש איבי נפשה וקא קרי לה
 אלמנה וכן לעיל (י"ג) אי דקדיש נפשה אלמנה קרי
 לה, ומצואר דלמ"ד דלא מהני רילווי האב אינה
 נאסרת אף לכהונה, ויתכן דס"ד דנאסרת מדצנן
 כעין דין ריח הגט (פי' יצמות נב א, גישין כד צ ובכ"ד)].

והנה לקמן (מ) א איתמר קטנה שנתקדשה שלא
 לדעת אביה אמר רב צין היא וזין אביה

צסוגין, אך לכאורה לשון רש"י התם "תפסי קידושי מעיקרא ואיגלי מילתא למפרע" למ"כ ואכמ"לן וכבר תמכו הראשונים שם ע"ד רש"י דהא אין מעשה קטנה כלום.

ולחכי פירשו הראשונים גדלי צדה היינו מאן ולהצא וכן משמעות דברי התוס' שם, אלא דנתקשו הראשונים אף לשיעור דהא כבר נתאכלו המעות והכא ל"ש לכא' הא דשיעבוד המעות קיים, ותי' הראשונים דאיכא תקנה דרבנן לשעצדה וממילא שיעבוד המעות קיים יעו"ש

ובביאור שיעת רש"י נתבאר במקור"א דאזיל לטעמיה צסוגין, דהיכא דנתרצה האצ חיילי למפרע [כפשטא דלישניה] וצדצרי הרמב"ן צסוגין (בהשמטה) מצואר דע"י הגילוי דעת דלצסוף דניחא ליה איגלאי מילתא דהוי זכות ומהני מדין זכין לאדם שלא צפניו, ויש לומר דס"ל לרש"י דה"ה היכא דגדלה ונתרצה צקידושין הוי גילוי דחשיב זכות לה, וחיילי הקידושין מדין זכין, ויעוין צקרן אורה (יצמות ס).

ויעוין עוד צרש"י ציצמות (יה א) דטעמא דקטנה אין נישואין גמורין ונאסרת ע"י אחותה הנופלת לייבום משום "שלא היו נישואיה גמורים שמה תמאן" (ויעו"ש בהגה"ש דצכת"י ליתא) וכ"כ רש"י צפרק צית שמאי (ק צ) צטעמא דאינה פוטרת מדין לרת ערוה וז"ל "אינה לרת הצת להפטר משום לרת ערוה הוואיל והצת יכולה למאן אינן נישואין גמורין ולא מתייבמת הוואיל ולא מיאנה הצת הוואיל לה כך לרת ערוה צמקלת" ול"צ לכאורה אמאי נקט משום דשמה תמאן, ותיפיר"ל דאין נישואין אלא מדרבנן [וכדנקט צאמת רש"י צריש יצמות (צ צ) וכל היכולה למאן כגון שהערוה

יכולין צין היא צין אציה לעכצ אס דוקא אציה ולא היא אין לה מקום לשיעור שיהי אין כאן קדושין כלל ומתוך כך לא הצואה גדולי הפוסקים (הוא הרי"ף) והמחצרים (הוא הרמב"ם) עכ"ל ונראה דצספרי הרי"ף והרמב"ם שלפניו לא הוצא אך דינא (ויעוין צשינו"ס צרמב"ם ס).

ונראה לדון צצואור שיעת הרמב"ם, דהנה צפרק צית שמאי (קט א) שני אחין נשואין לשתי אחיות כו' גדולה וקטנה מת צעלה של קטנה תלא הקטנה משום אחות אשה מת צעלה של גדולה רצי אליעזר אומר מלמדין את הקטנה שתמאן צו רצן גמליאל אומר אס מיאנה מיאנה ואס לאו תמתין עד שתגדיל ותלא הלזו משום אחות אשה רצי יהושע אומר אי לו על אשתו אי לו על אשת אחיו מוואיל את אשתו צגע ואשת אחיו צחליצה, וצגמי (קט צ) צעא מיניה רצי אלעזר מרצ מאי טעמא דרבן גמליאל משום דקסצר קידושי קטנה מיתלא תלו וכי גדלה גדלי צדה אף על צצ דלא צעל או דלמא משום דקסצר המקדש אחות יצמה נפטרה יצמה והלכה לה אי צעל אין אי לא צעל לא כו', ומצואר דמיצעי לגמי' דוילמא כל קידושי מיאון גדלי צדה מדאורייתא אע"פ שלא צעל.

והנה רש"י שם פ"י וז"ל גדלי צדה ואף על צצ דלא צעל דניקדשה השתא מ"מ משגדלה תפסי קידושי מעיקרא ואיגלי מילתא למפרע דזיקה דהך לא כלום הוא עכ"ל, וצפשוטו משמע דחיילי הקידושין למפרע ממש [וצס' הזכרון להגר"ח שמואלצין (עמי קפד צענין קידושי קטנה שגדלה) הוצא צצטו דאין כוונת רש"י דחיילי למפרע ממש, אלא דהמעשה כבר נגמר וליכא חסרון דכלתה קניינו דהוי כמעכשיו צדשלצ"ל יעו"ש, והוא ע"ד צברי הגרש"ש והגר"א"ק צצואור צברי הרשב"א

בהלכות גירושין, וזו היא הנקראת ממאנת, ולמה יולאה בלא גע מפני שאין קידושיה קידושין גמורין מן התורה אלא קדושי קטנה זו מדברי סופרים והן תלוין שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה גמרו קידושיה ונעשית אשת איש גמורה ואינו צריך לחזור ולקדשה אחר שגדלה, ואם לא ראת לישב צריכה למאן ותלא בלא גע עכ"ל, והראש"ד השיג וז"ל אמר אברהם זה אינו אלא מדרבנן היא ואינה יכולה למאן עכ"ל, ונראה דנקט צשיטת הרמז"ס דגדלי בהדה מדאורייתא ואע"פ שלא בעל וכפשטא דלישנא דהרמז"ס.

עוד כתב הרמז"ס (שם ה"ז) וז"ל המקדש אשה שהיה שפחה וחליה בת חורין אינה מקודשת קידושין גמורין עד שתסתחרר, וכיון שנסתחררה גמרו קידושיה כקידושי קטנה שגדלה ואינו צריך לקדשה קידושין אחרים, בה אחר וקידשה אחר שנסתחררה הרי זה ספק קידושין לשיניהם עכ"ל, והוא מסוגיא דגיטין (נג ז) חליה שפחה וחליה בת חורין שנתקדשה לראובן ונשתחררה וחזרה ונתקדשה לשמעון רב יוסף בר חמא אמר ר"ג פקעו קדושי ראשון ר' זירא אמר רב נחמן גמרו קדושי ראשון כו' ויעוין באחרו' שם [ויעוין עוד ברמז"ס (פ"ג מאיסורי ביאה ה"ג) וז"ל שפחה חרופה האמורה בתורה היא שחליה שפחה וחליה בת חורין ומקודשת לעצד עצרי שנאמר לא יומתו כי לא חופשה הא אם נשתחררה כולה חייבין עליה מיתת צ"ד שהרי נעשית אשת איש גמורה כמו שביארנו בהלכות אישות עכ"ל ויעוין בגליון הגרע"א שם].

והראב"ד שם השיג וז"ל וכיון שנשתחררה גמרו קידושיה כקדושי קטנה שגדלה, אמר אברהם דבר זה יש לו צ' פנים לא נודע מדבריו

קטנה ויכולה למאן ולא מיאנה ומת אחיו הואיל וקידושיה אינה אלא מדרבנן וזיקת נפילתה מדרבנן אינה פוערת לרתה כו' וכ"ה ברש"י בצרכות (כז א) יעו"ש].

ונראה דרש"י אזיל לטעמיה דלמ"ד גדלי בהדה היינו למפרע, ולדידיה הא דלא הווי נישואין גמורין אינו אלא משום שמא תמאן, ומש"כ רש"י צריש מכילתין וצרכות דהוי דרבנן קאי למ"ד דלא גדלי בהדה.

ולשיטת הראשונים דגדלי בהדה אינו אלא מכאן ולהבא, ונתקשו דהא נתאלכו המעות, והולרכו לחדש דאיכה תקנה דרבנן לשעבד את הקטנה [ואכתי מחודש דחשיב דהכך מעות ניחנו בתורת קידושין כלפי קידושי גדלות] לכאורה היה מקום ליישב ע"פ מה דביארו הגרש"ש והגרא"ק צשיטת הרש"א והרמ"ה בסוגין, דכיון דהמקדש מלדו גמר את המעשה אלא דאכתי ליכא דעת מקנה, ליכא חסרון דכלתה קניינו, וכדין מעכשיו בדשלב"ל, ולכאורה ה"נ יש לבאר התם [וע"ד ביאור הגר"ח שמואלצין ז"ל צשיטת רש"י].

והנה צעיקר צעיה דסוגיא דיצמות התם אי גדלי בהדה אע"פ שלא בעל או דוקא צבעל, צפשוטו נעו הראשונים דק"ל דלא גדלי בהדה אלא אי בעל וכדמשמע בסוגיא דנדה (מא א) אולם הרי"ף שם כתב דספיקא היא יעוין שם.

ובדעת הרמז"ס מלינו לכאורה סתירות צזה, דהנה יעוין ברמז"ס (פ"ד מאישות ה"ח) וז"ל כיצד מתקדשת למיאון, שאם נתקדשה ולא ראת לישב עם בעלה צריכה למאן צפני שנים ולומר איני רואה צו ויולאה בלא גע כמו שיתבאר

צתורת ודאי [דעמא דמ"ד פקעי היינו משום דלא ס"ל סצרת גמרי קידושין] דליכא פשטה אלא צמעשה הקידושין ולא צחלות הקידושין וכדבאריוכו האחרו' (נעיל ז ה) ואכמ"לן וכה אי אפשר דתשאר מקודשת צחליה וכדציארו התוס' שם, אך למאי דפסק הרמב"ם דגדלי צדה ואפשר דיחולו הקידושין צכולה מכח מעשה דמעיקרא, ליכא כלל עעס דיפקעו הקידושין.

אלא דל"צ סתירת דצרי הרמב"ם מיניה וציה, דמחד כתב ד"כיון שנשתחררה גמרו קידושיה" דמשמע דהו קידושין גמורין וסוים הרמב"ם ד"צא אחר וקידשה אחר שנשתחררה הרי זה ספק קידושין לשניהם" וכדתמה הראב"ד [ובכס"מ כתב לדחוק דהא דגמרו קידושיה אינו אלא לענין דאין לריך לחזור ולקדשה אף דאין אלא ספק קידושין, אך צבר תמכו האחרו' מדצרי הרמב"ם צהלכות איסורי ציאה (פ"ג הי"ג) וז"ל שפחה חרופה האמורה צתורה היא שחליה שפחה וחליה צת חורין ומקודשת לעצד עצרי שנאמר לא יומתו כי לא חופשה הא אס נשתחררה כולה

אס קטנה שגדלה גומרין קידושיה מן התורה אס לא, אצל ממה שכתב למעלה נודע שהוא סבור שגומרין מן התורה ואמר שגם זו כמו כן קידושיה גומרין מן התורה, ואס גומרין מן התורה כי צא אחר וקדשה אחר שנשתחררה למה אסרה על הראשון אלא אפילו לא צא אחר וקדשה קידושי הראשון אינם קידושין גמורין ולריך לחזור ולקדש כדי שתייה לו לאשה גמורה עכ"ל.

והנה צעיקר דצרי הרמב"ם, דדימה מקדש חליה שפחה וחליה צת חורין ונשתחררה לקידושי קטנה שגדלה, לכאורה נראה לצאה, דכיון דהויא חליה צת חורין שפיר שייך צה מעשה קידושין, אלא דלא מלו חיילי קידושין גמורין צכולה, אך כשנשתחררה חיילי קידושין גמורין מכח מעשה הקידושין דמעיקרא [אך לענין עלס המעשה י"ל דחציצה כצברא אחד, ושפיר חשיב מעשה קידושין כלפי כולה] וכדנתצאר צדין גדלי צדה, ופלוגתא דסוגיא דגיטין אי גמרי ופקעי י"ל דאלא כאידך גיסא דלא גדלי צדה, אך הרמב"ם דפסק דגדלי צדה ה"ה הכא גמרי קידושין

והנה יעוין ברמב"ם (פ"ד מאישות בע"ז) דכתב וז"ל המקדש גויה או שפחה אינן קידושין אלא הרי היא אחר קידושין כמו שהיתה קודם הקידושין" וז"צ אריכות לשון הרמב"ם דאחר דכתב ד"אינן קידושין" בוסף "אלא הרי היא אחר קידושין כמו שהיתה קודם קידושין" דמאי אתי לאשמועינן צזה, ונראה דס"ד דנהי דצטודה גויה ושפחה לא שייכי צה חלות קידושין, אך מ"מ עלס המעשה שפיר הוי מעשה קידושין, ואס חגיגיר או תשתחרר וחולו צה הקידושין ממילא מכח מעשה הקידושין דמעיקרא, וכמבואר הכא דצצרי הרמב"ם גצי חליה שפחה וחליה צת חורין, ולזה כתב הרמב"ם דהרי היא אחר קידושין כמו שהיתה קודם קידושין, היינו דלא חשיב מעשה קידושין כלל, ואף אס נתיגיירה או נשתחררה לא חיילי צה קידושין מכח המעשה דמעיקרא.

יעוין ברמב"ם (פ"א מעומאח מת הי"ג) וז"ל ואין הגוי מעמא צבהל ודבר זה קבלה הוא וכרי הוא אומר צמלחמת מדין כל נוגע צחלל ולא הזכיר שם אהל, וכן הגוי אינו נעשה עמא מת אלא גוי שנגע צמת או נשאו או האביל עליו הרי הוא כמי שלא נגע הא למה זה דומה לצבהמה שנגעה צמת או האבילה על המת, ולא צעומאח המת צצצד אלא צכל העומאוח כולן אין העכו"ס ולא צבהמה מתעמאין צכן עכ"ל, וז"צ אריכות לשון הרמב"ם דאחר דכתב ד"הגוי אינו נעשה עמא מת" האריך להבוסף ד"גוי שנגע צמת או נשאו או האביל עליו הרי הוא כמי שלא נגע" ולדמותו לצבהמה שנגעה, ונראה דה"י ס"ד דנהי דגוי לאו צר חלות קבלת עומאה, מ"מ כל דנגע צעומאה ונתיגייר א"ח" חיילי עליה דיני עומאה מכח המגע דמעיקרא [דכלפני עלס סיבת עומאה ליכא חילוק צין גוי לישראל, אלא דצגוי לא נאמרו דיני עומאה ועברה, ולהכי ס"ד דכל דנגע צמת צעודו גוי, אס נתיגייר חיילי עליה דיני עומאה] וצזה אשמעינן הרמב"ם דהרי הוא כמי שלא נגע, וכמו שכתב הכא גצי קידושין, דהרי היא אחר קידושין כמו שהיתה קודם הקידושין.

זהה מדאורייתא ואינה אשת איש גמורה אלא מדברי סופרים בלבד ומה"ע תפסי זה קידושי אחר ויעוין עוד ברמז"ס בהלכות יבום וחליצה (פ"ה הכ"ג) והוא ללא כמזוחר בפשוטו בדבריו בהלכות אישות וכנ"ל (ויעוין במ"מ בה"ל אישות).

ולכאורה נראה מזה, דצאמת ב' מהדורות הן בדברי הרמז"ס והרי"ף, דצמכדורה א' פסק הרמז"ס כהך גיסא דקידושי קטנה גדלי זהדה אע"ג דלא בעל, ועפ"ז פסק דחליה שפחה וחליה בת חורין שנתקדשה ונשתחררה גמרו קידושיה מדאורייתא בתורת ודאי והבא עליה חייב מיחה כדין אשת איש, וכן להאי ליטנא קטנה שנתקדשה אם נתרלה האב מקודשת, ובזה כתב דמכל מקום צין היא ובין אביה יכולין לעכב, ובצמכדורה אחרת פסק הרמז"ס כנטיית הראשונים דלא גדלי זהדה אלא אם בעל, ובזה כתב דה"ה בחליה שפחה חליה בת חורין שנתקדשה ונשתחררה דאם זה אחר וקידשה מקודשת לשניהם מספק [דספק אי גמרי או פקעין וכידוע מלינו בכ"ד דותרו נוסח ב' המכדורות כאחד].

חייבין עליה מיתה צ"ד שהרי נעשית אשת איש גמורה כמו שציארנו בהלכות אישות עכ"ל הרי להדיא דגמרי קידושיה בתורת ודאי ונעשית אשת איש גמורה מדאורייתא לחיוב מיחה, ויעוין בדברי הגרע"א בגליון הרמז"ס (הל' איסורי ביאה סו) דעמד בזה יעו"ש].

והנה מדברי הרמז"ס בהלכות אישות נראה בפשוטו דס"ל דקידושי קטנה שגדלה גדלי זהדה מדאורייתא, וכדנקט הראב"ד בדעתו וכנ"ל, אולם בהלכות גירושין (פ"ה ה"ו) כתב הרמז"ס וז"ל קטנה שלא מיאנה והגדילה אף על פי שלא בעלה בעלה משנעשית בת שתיים עשרה שנה ויום אחד הרי זו אינה ממאנת שהרי הגדילה, ולריכה גע מדברי סופרים שהרי לא בא עליה אחר שהגיעה לשני נערות עד שנחוש לה שמא הביאה סימנין ותהיה ספק מקודשת ולא בא עליה אחר שגדלה כדי שתהיה אשת איש גמורה, ונמלאת שאינה לריכה גע אלא מנשואי קטנות שהן מדברי סופרים, לפיכך אם עמדה ונתקדשה אחר שגדלה תופסין זה קדושי שני כו' עכ"ל, ומזוחר הכא דקידושי קטנה שגדלה לא גדלי

א וכבר הוצא דלפני המאירי לא היה בדברי הרמז"ס בהלכות אישות הא ד"צין היא ובין אביה יכולים לעכב, ובדברי הרמז"ס (פ"ד מאישות הע"י) גבי חליה שפחה חליה בת חורין ד"בא אחר וקדשה לריכה גע משניהם" יעוין בצ"ח (סי' מד) שכתב וז"ל לריך לומר דלא היה כתוב לפני רבינו (העור) דין זה כלל בספרי הרמז"ס שצידו וכדמוכח להדיא ממה שכתב רבינו דין זה אח"כ ע"ש הרא"ש ולא כתבו תהלה ע"ש הרמז"ס עכ"ל ויעוין עוד במ"מ (הל' אישות שס) ובכלכות בעדים (פ"ה ה"ו) כתב הרמז"ס וז"ל שפחה חרופה אם רצה לשחרר חליה הנשאר ותיעשה אשת איש גמורה כו' עכ"ל ויעוין בכס"מ שם דכך היא הגירסה הנכונה, ובשינו"ם שם דאיכא כתי' דגרסי "ותיעשה אשתו".

ולשון הרמז"ס (פ"ד מאישות ה"ח) כילד מהקדשת למיאון, שאם נתקדשה ולא רצת ליטב עם בעלה לריכה למאן בפני שנים ולומר איני רוצה בו ויולאה בלא גע כמו שיתבאר בהלכות גירושין, וזו היא הנקראת ממאנת, ולמה יולאה בלא גע מפני שאין קידושיה קידושין גמריין מן התורה אלא קדושי קטנה זו מדברי סופרים והא מליין שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה גמרו קידושיה ונעשית אשת איש גמורה ואינו לריך לחזור ולקדשה אחר שגדלה, ואם לא רצת ליטב לריכה למאן ותלא בלא גע עכ"ל, ולכאורה נראה דארכבב אחי ריכשי, דמחד כתב הרמז"ס דאין קידושיה "קידושין גמורין" אלא הן "תלוין" שאם גדלה נעשית אשת איש "גמורה" ומאידך כתב הרמז"ס דאין קידושין אלו "מן התורה" אלא קידושי קטנה זו "מדברי סופרים" ונראה דהן ב' המכדורות בדברי

מדעתו, כל דהיבס ממאן צזיקה פקעה הזיקה, ונקט רש"י דדין מיאון אסמכוהו רבנן על דין חליצה, דכשם דבחליצה מלינו דמהני מיאון היבס להפקיע הזיקה, ה"נ מהני מיאון האשה להפקיע האישות.

אולם לדרך זו דקידושי קטנה גדלי צדקה מדאורייתא, יש לומר לכאורה דיסוד דין מיאון אסמכוהו אהך קרא ד"אס מאן ימאן אצביה" וכדרשינן דבין היא ובין אצביה יכולים למאן [ובצ"ק גדר דין מיאון, יעוין עוד צריעצ"א (יבמות קז ח) ד"כיון דקטנה היא שאין דעתה שלם אחא דבור ומצטל דבור" ואכמ"ל].

והנה צעיקר גדר תקנת מיאון, נתבאר צמקו"א דהנה צריש סנהדרין (ז ח) תנן החליצה והמיואונין צשלשה ופירש רש"י שם דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון, ותמה בגרע"א (סו) דהא גע לא צעיי שלושה, וכצ"ר ציאררו האחרו' דאין כוונת רש"י דמיואון הוי כעין גע אלל דמיואון הוי כעין חליצה וצעיי שלושה כחליצה וכדכ"ל להו התם החליצה והמיואונין צשלושה.

וביאור הדברים נראה, דס"ל לרש"י דגדר דין חליצה היינו מיאון צזיקה וכדכתיב "מאן יצמיי" "ועמד ואמר לא חפאתי לקחתה" ונהי דקריאה לא מעכצא מ"מ זהו יסוד מעשה החליצה, דכיון דזיקה רחמנא רמי עליה שלא

הרמב"ם, ויעו"ש צשינו"ם דתיבת "גמורין" ליתא צרוצ כצבי הוד [וכן אריכות לשון הרמב"ם "אין קידושיה קידושין גמורין מן התורה אלל קידושי קטנה זו מדברי סופרים" וז"צ לכאורה אריכות הלשון "קידושי קטנה זו" דהא צהך קטנה עסוק, והול"ל אין קידושיה מן התורה אלל מדברי סופרים, ובאמת יעוין צשינו"ם דצכמה כת"י ליתא לתיבות "קידושי קטנה זו", ונראה לכאורה דיש כאן הוספה ממהדו"ג, וחזר הרמב"ם וכחצ ד"קידושי קטנה זו מדברי סופרים" [וכצ"ר נתבאר צמקו"א דנראה דלפני הטור היתה מהדו"ק דהרמב"ם].

בענין מתנות כהונה נגזלות

ויעוין צחי' רבינו משה קזיס (עמ' 273) דעמד בקושיה התוס' וכתב ליישב וז"ל ונראה לי דס"ד השתא דלא שאני לן זין מכרה לו הגזלן והיא צעין ללקחה מעלמו מצית הגזלן ואינה צעין, דצכל גוונא אי לית לן דרב חסדא אין הצעלים יכולים לדון חלא עם הגזלן, והוא ילך חלא הלוקח ויוליאנה מידו אס היא צעין ויחזיר לו מעותיו, ולהכי קאמר לימא רב לית ליה דרב חסדא וסצירא ליה שאין הצעלים יכולים לדון עם הלוקח אע"פ שהיא צעין, ורב אסי אית ליה דרב חסדא וכי קאמר הדין עם הלוקח אף עם הלוקח קאמר כו' עכ"ל, והיינו דהא דמודה רמי בר חמא היכא דהגזילה צעין היינו לענין דלא זכה בה השני ויכול הגזל להוליאה מידו ואינו רשאי לעכזה בידו, אך מ"מ אינו יכול להעמידו הוא צדין, דאיכו גופיה אינו מחויב בהשצה ולאו צעל דצרים דידיה הוא, חלא הרי זה כמי שהגיע לחזירו ממון חצירו.

ובדעת התוס' דלא ניחא להו בזה, מצארים דנקטו דהיכא דהגזילה צעין מודה רמי בר חמא דהשני מחוייב בחיוב השצה גמור, ומלי הגזל להעמידו צדין ולחייבו בהשצה, אולם גדר הדצרים לריך ביאור, דכיון דחזיקן דהיכא דאכלו השני אינו חייב מדין מזיק, חלמא לא סגי בצעלות הגזל על החפץ הגזול לחייב חיובי מזיק, וא"כ אף היכא דהגזילה צעין אמאי יתחייב השני בחיוב השצה.

ונראה דהכא צעיקר דין יאוש ושינוי רשות מלכו צ' דרכים, הא' דכיון דאחר יאוש בהיתרא

אמר מכור לי בני מעיה של פרה והיו זכין מתנות נותנן לכהן ואינו מנכה לו מן הדמים לקחן הימנו במשקל נותנן לכהן ומנכה לו מן הדמים, אמר רב לא שנו חלא ששקל לעלמו אבל שקל לו טבח הדין עם הטבח ורב אסי אמר אפי' שקל לו טבח הדין עמו, לימא דדרב חסדא קא מיפלגי דאמר רב חסדא גזל ולא נתייאשו הצעלים וצא אחר ואכלו ר"ה מזה גובה ר"ה מזה גובה דמר אית ליה דרב חסדא ומר לית ליה דרב חסדא לא דכולי עלמא אית להו דרב חסדא והכא צמתנות כהונה נגזלות קא מיפלגי דמר סבר נגזלות ומר סבר אין נגזלות.

והנה התוס' פירשו דרב לית ליה דרב חסדא וסבר דהדין דוקא עם הטבח ולא עם הלוקח ורב אסי אית ליה דרב חסדא ור"ה מן הטבח רולא מן הלוקח, אך תמכו תוס' דממה נפשך היאך מיירי, אי נאכלו המתנות הא אמרינן דהמזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור, וע"כ מיירי דהמתנות צעין וא"כ הא מוכח צ"ק דאף רמי בר חמא דפליג אדרב חסדא מודה היכא דהגזילה צעין דמאי לתוצעה אף מן הלוקח, דתני רבי אושעיא הגוזל ומאכיל את בניו פטורין מלשלם הניח לפניו גזלה קיימת חייבים לשלם אין גזלה קיימת פטורין כו' ופריך לימא תהוי תיובתא דרב חסדא משמע דלמאן דפליג עליה אחי שפיר דדוקא אין גזילה קיימת פטורים אבל בגזלה קיימת חייבים לשלם.

ומעתה מצוחר הא דנקטו תוס', דאף למאן דפליג אדרב חסדא וסבר דהגוזל וצא אחר ואכלו פטור השני מחיוב מזיק, והיינו משום דבעלות הגזל אינה מחייבת צדן מזיק לבעלים, אך מ"מ כל זמן דהגזילה בעין מחויב השני בחיוב השצה, דכיון דקנה את קנייני הגזילה, איבו הוא דמחויב בהשצה, אולם היינו דוקא כ"ז דהגזילה בעין, אך היכא דנאצדה הגזילה או נאכלה, כיון דהשתא ליתא לקנייני גזילה גביה, שוב אינו מחויב בהשצה [אלא דהגזלן הראשון לעולם מחויב בתשלומין דנתחייב בהם ע"י מעשה הגזילה, ואין זה מדין "והשיב" אלא מדין "ושלם" וכמצוחר בחידושי רבינו חיים הלוי (פ"ע מגזילה) יעו"ש].

אולם מעתה הדרח קושית התוס' לדוכתה, דכיון דע"כ מיירי דהמתנות בעין, דאל"כ פטור צדן מזיק מתנות כהונה או שאכלן, הא צכה"ג מודו כולי עלמא לדרב חסדא.

ונראה לדון ביישוב קושית התוס', דהנה נתבאר דיסוד דינא דמודה רמב"ח היכא דהגזילה בעין היינו משום דקנה את קנייני הגזילה ועי"ז נתחייב איבו בהשצה.

והנה יעוין בחידושי רבינו חיים הלוי (פ"ע מגזילה) חדית דצכל גניבה וגזילה מלצד חיוב השצה דגזילה איכא נמי חיוב תשלומין מדין מזיק דגזילה, ויעו"ש דציחר (בשיטת הראב"ד) דהכי דעצדים אינן נגזלין היינו דל"ש צבו קנייני גזילה וממילא לית צבו חיוב השצה, אך מ"מ מעשה גזילה שפיר שייך צבו וממילא חיובא דמזיק דגזילה איכא אף בעצדים.

אתי לידיה קני ליה הלוקח מחמת עלמו, וכו' דהוי לירוף דיאוש עם שינוי רשות דהשיב כשינוי צמקלת, ויעוין ברש"א (גישין נה ז) דציחר ענין הקדש ושינוי השם וכן הקדש ושינוי רשות וז"ל ואי קשיא לך אי יאוש כדי לא קני היכי מלי מקדיש ליה, י"ל כיון דשנוי השם א"נ שנוי רשות קנו הקדשו וקנייתו צאין כאחד עכ"ל [ונתבאר צמקו"א].

ובזכרון שמואל (סי' נה) נתקשה עובא צזה, וכתב לצחר גדר דין שינוי רשות, דשייכא ירושה ומכירה על קנייני גזילה, ועלם הקנאת הגזלן [וכן הקדש הגזלן] הוי על קנייני הגזילה, וצוה חשיב שינוי רשות, וממילא קני ליה הלוקח צלירוף היאוש, וכן ציחר עפ"ז טעמא דמ"ד שינוי רשות ואח"כ יאוש נמי קני, דתחילה נעשה שינוי רשות על קנייני הגזילה ולאחר מכן קני צלירוף היאוש יעוין שם בצ"ד, וכן נקט בצמרי משה (סי' לז סקל"ז) דשייכא מכירה על קנייני הגזילה יעו"ש.

ויעוין בזכרון שמואל (ש) שכתב דכל הקונה את קנייני הגזילה מתחייב ממילא בהשצה עי"ז [וצוה ציחר טעמא דמ"ד (צ"ק ק"א ז) רשות יורש לאו כרשות לוקח ולא קני ציאוש ושינוי רשות, וקשה דמ"מ בהיתרא אתי לידיה דירוש דהא איבו לא גזל ולא נתחייב בהשצה, אלא ע"כ דכיון דירש את קנייני הגזילה נתחייב בהשצה, דדין חיוב ההשצה הוא על מי דקנייני הגזילה איתנייבו גביה, וציאור הדברים, דיסוד דין חיוב השצה הוא להוציא את קניין הגזילה שקנה, ולהכי לא תלי צמי דעשה את מעשה הגזילה, אלא צמי דקנייני הגזילה השתא גביה.

דגזילה, וככה"ג אף היכא דאיתנייהו צעין ל"ש לדון לחייב את הלוקח אלא מדין מזיק דגזילה, ולהכי לרמב"ח דהגוזל וצא אחר ואכלו פטור השני מחויב מזיק, ה"נ ל"ש לחייבו מדין מזיק דגזילה [והא דצ"צ ראשית הגז פטור, ופירשו רש"י ודעמיה מדין שינוי דגזילה, יעוין צחז"א (ו"ד סי' ז' סק"ו) דעמד צזה למ"ד מתנות כהונה אינה נגזלות, ויש שתי' צזה דע"י שינוי צגוף הגזילה מודו כו"ע דנגזלות].

ולדרך זו ל"ל דעמא דרמב"ח דהגוזל וצא אחר ואכלו פטור אינו משום קנייני הגזילה דקמא, דהא הכא ל"ל קנייני גזילה וחז"י אעפ"כ שייך דינא דרמב"ח, אלא עמא דרמב"ח כיון דכבר נתחייב הראשון אהך ממון.

והנה מסקינן דפליגי אי מתנות כהונה נגזלות, ויעוין ברש"י (צ"ק קטו ה) דצ"ח עמא דמ"ד אינן נגזלות וז"ל דאלימא קנייה דידהו דמכח גזוב קאתו ליה וכל היכא דאיתנהו אימא דכהן נינהו עכ"ל, ויש לדון דאף למאי דס"ד דמודו כולי עלמא דמתנות כהונה נגזלות אלא פליגי צדרבן חסדא, היינו לענין דשייך צבו דין מזיק דגזילה, אך מ"מ ל"ש צבו קנייני גזילה, דצזה אף להו"א מודו כולי עלמא דאלימא קנייה דידהו, וממילא לית צבו חייב צהשצב, ומעתה ניחא, דאף דגזילה דעלמא מודה רמב"ח דהיכא דהגזילה צעין מחויב השני צהשצב, היינו משום דאית צב קנייני גזילה וקנאם הלוקח ועי"ז נתחייב איבו צהשצב, אך הכא צמתנות כהונה דלכו"ע לית צבו קנייני גזילה, ל"ש לדון אלא מדין מזיק