

מסכתא יבמות סימן א סוגיא דחמש עשרה נשים פוטרות צרותיהן וצרות צרותיהן מן החליצה ומן היבום, וביאור שיטת הרמב"ם.

דף ב.

חמש עשרה נשים פוטרות צרותיהן וצרות צרותיהן מן החליצה ומן היבום עד סוף העולם. והנה הטעם דערוה פטורה מן היבום הוא דילפינן גזירה שוה דעלי', או מטעם דאין עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת, והטעם דצרת ערוה פטורה ילפינן מקרא דלצרוה.

אכן הרמב"ם כתב בפ"ו מהלכות יבום הלכה ח' ז"ל, ואלו שהן פטורות מן החליצה ומן היבום כו' ולקחה לו לאשה פרט לערוה שאין לו בה לקוחין. ובהלכה ט.

כיצד יבמה שהיא ערוה על יבמה כגון שהיתה אחות אשתו או אמה או בתה הרי זו פטורה מן החליצה ומן היבום ואין לו עלי' זיקה כלל שנאמר ולקחה לו לאשה ויבמה מה שראוי' ללקוחין וקדושין תופסין בה הרי היא זקוקה ליבם עכ"ל. והדבר תמוה שהרמב"ם הביא למוד אחר נגד כל סוגית הגמ' דטעמא דאין ערוה נופלת ליבום הוא מקרא דעלי' או מטעם דאין עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת, והמ"מ כתב שהרמב"ם הביא דרשה דרבי דולקח ולקחה לאסור צרות ועריות, ומוסיף ע"ז המ"מ ז"ל, ואעפ"י ששם העלו לאסור צרות של עריות ועריות גופייהו לא צריכי קרא שאין עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת, רבינו כתב כפשט הברייתא וכסוגיין קמייתא דערוה צריכא קרא ואין זה מעלה ומוריד לעיקר הדין וע"כ לא חשש רבינו בזה עכ"ד המ"מ, וגם זה תמוה דלסוגיא קמייתא הי' להרמב"ם להביא דרשה דרבנן מעלי', ומה שכתב המ"מ דאין זה מעלה ומוריד לעיקר הדין, הא נפקא מינה מזה, דלרבי פריך בגמ' ורבי האי קרא דלצרוה מאי עביד ומשני לצרוה מפיק לה רבי לכדר"ש, והרמב"ם הא פסק דלא כר"ש, א"כ ע"כ סבר כרבנן, ועוד שאין זה כלל דרשא דרבי, דרבי יליף מיתורא, דולקח הי' לכתוב וכתוב ולקחה, ויבם הי' לכתוב וכתוב ויבמה, אכן ילפותא דכתב הרמב"ם הוא מקרא דולקחה הוי תפיסת קידושין ואין זה כלל דרשא דרבי.

א) והנראה לי, דהנה בירושלמי יבמות הלכה א' איתא, ר' אייבו נגרי קריספי בשם ריש לקיש לא תהי' אשת המת החוצה לאיש זר זו אשה שהיא זרה לו אמרה התורה לא תהי' לו לאשה אפילו מצוה, וכתב השירי קרבן דהילפותא מדכתיב לאיש זר ולא כתיב לאיש אחר, והקשה הא מפורש בקידושין י"ט דיבם נמי כאחר דמי ומה דקאמר לאיש אחר ולא ליבם זהו דוקא היכא שמדבר ביבם לבדו אבל היכא דמדבר בכל אדם גם היבם בכלל אחר וכמפורש בתוס' שם דף י"ג, וא"כ איך יכתוב לאיש אחר הא אז יהי' גם היבם בכלל.

ונראה לי, דהנה שם בירושלמי איתא דאבא שאול דאמר הכונס את יבמתו לשם נוי או לשם דברים אחרים הרי זו בעילת זנות וקרוב להיות הולד ממזר אתיא כר' עקיבא דאמר יש ממזר ביבמה, ופריך מה דא"ר עקיבא ביבמה שזינתה מה דאמר אבא שאול ביבמתו, ומשני, אתיא דאבא שאול כר' יוסי בן חלפתא דרבי יוסי בן חלפתא יבם אשת אחיו חמש חרישות חרש וחמש נטיעות נטע ודרך סדין בעל ע"כ וכבר תמה על זה בנועם ירושלמי

איך הוי בעי למימר מעיקרא דאבא שאול כר' עקיבא הא ר' עקיבא מיירי ביבמה לשוק
ואבא שאול מיירי ביבמה ליבמה ומה ענין זה לזה.

ע"כ נראה לי, דהנה יש לחקור מה שאסרה התורה ליבמה להנשא, אי משום ליתא דהמת
דהיכא שמת בלא בנים ויש אח או אמרה התורה שמיתת הבעל לא פטרה עדנה לגמרי
ונשאר עלי' לאו דלא תנשא מטעם שהיא עדנה אשת המת וזקוקה להמת, ואף דאהני
מיתת הבעל לפטור ממיתה אוקמה על לאו (ועיין בקדושין י"ג), או שאמרה התורה
שהיכא שמת בלא בנים נעשות זקוקה להיבם ועתה היא אגודה גבי' ואסורה לעלמא
מפני זיקת היבם.

ונראה לי, דזה גופא מסתפק בגמ' בגטין דף פ"ג דקאמר היכן מצינו שזה אוסר וזה מתיר,
ופריך והרי יבם שבעל אוסר ויבם מתיר, ומשני יבם אסר ויבם שרי, והיינו דבתחלה
הי' סבור שאיסור יבמה לשוק הוא משום שלא נפקע עדנה לגמרי זיקת הבעל והיבם
ע"י חליצתו הוא מפקיע זיקת הבעל שעלי', ומשני דעתה אין עלי' כלל זיקת הבעל
ואיסורה לשוק הוא משום זיקת היבם ובחליצתו של היבם הוא מתיר זיקת עצמו וכן
הוא בקדושין י"ד, דיליף שמיתת היבם מתיר מק"ו מאשת איש שמיתת הבעל מתיר,
ופריך מה לאשת איש שכנאוסרה מתירה, אמר רב אשי הא נמי אוסרה מתירה, יבם
אוסרה יבם שרי, והיינו דבתחלה הי' סבור שאיסורה מפני זיקת הבעל א"כ מהיכא תיתי
דע"י מיתת היבם נפקע זיקת הבעל שנשאר עדנה, ע"ז משני רב אשי דעתה איסורה לאו
מפני זיקת הבעל אלא מפני זיקת היבם שהיא עתה יבמתו, א"כ שפיר ילפינן כי היכא
דבמיתת הבעל נותר זיקתי ה"נ וק"ו הוא שבמיתת היבם נותר זיקתו.

ועוד יש להסתפק, איסור כרת דאשת אח אי נפקע תיכף במיתת הבעל, דכיון שרמי
התורה אותה ליבום אין עלי' איסור אשת אח, או דעדנה יש איסור אשת אח ורק בעת
יבום נותר איסור אשת אח ונעשית כאשתו וכן ע"י חליצה נותר האיסור למאן דס"ל
דחלוצה בלאו. והנה בתחלה הי' סבור הירושלמי כהס"ד דגמ' בגיטין ובקדושין, דאיסור
דלא תהי' החוצה הוא מפני שהיא עדנה אשת המת, והנה אבא שאול סובר דקרא דיבמה
יבא עלי' הוא דוקא במכוון למצוה ודוקא באופן זה התירה התורה ליבם, אבל כל זמן
שאין מקיים יבמה יבא עלי' כדין היינו למצוה, יש עלי' עדנה איסורה מפני זיקת המת
דלא תהי' החוצה, ורק למצות יבמה יבא עלי' התירה התורה, א"כ גם אם היבם בא שלא
לשם מצוה עבר על לא תהי' אשת המת החוצה, א"כ שפיר אמר הירושלמי דאבא שאול
יסבור כר' עקיבא דאמר יש ממזר מיבמה לשוק, דמשום איסור לא תהי' הולד ממזר.

א"כ גם אם יבמה בא עלי' שלא לשם מצוה הרי עבר על לא תהי' והולד ממזר,
ובירושלמי הגירסא בדברי אבא שאול בעילת זנות. ולא כהגירסא בגמ' דילן בד' ל"ט
כאילו פוגע בערוה, משו"ה הי' סבור דטעמא דאבא שאול שהולד ממזר משום דאין זה
בעילת יבום ועבר על לא תהי' אשת המת החוצה.

אכן דחי בירושלמי, מה דאמר ר' עקיבא ביבמה שזינתה, מה דאמר אבא שאול ביבמתו,
פירוש דבמסקנא סובר הירושלמי כמסקנת גמ' דילן דאיסורא לעלמא הוא משום זיקת
היבם שנעשית יבמתו, א"כ אף שאמר ר' עקיבא דיבמה שזינתה הולד ממזר הוא דוקא
באחר שעבר על לא תהי' החוצה, אבל יבם שלה שהיא יבמתו נהי' דלא קיים המצוה

יבמה יבא עלי' למצוה אבל הא לא עבר על לא תהי' אשת החוצה, ואח"כ אף אם נימא דלר' עקיבא יש ממזר מחייבי עשה היינו דוקא היכא שהאיסור בהאשה, אבל האי מצוה דיבמה יבא עלי' הוא רק מצוה עליו הוא שיבא באופן זה ולא באופן אחר, (משא"כ בבעולה לכה"ג הרי היא אסורה על כה"ג, ובודאי דבכה"ג עדיף מעשה שאין שוה בכל), וא"כ אמאי אמר אבא שאול קרוב להיות הולד ממזר.

משו"ה אמר דאתיא כר' יוסי בן חלפתא שדרך סדין בעל, וסובר הירושלמי דלאו מטעם מדת חסידות אלא קרוב לדין, והוכיח בירושלמי דאילו הי' סובר ר' יוסי דאיסור כרת על אשת אח נפקע תיכף במיתת הבעל א"כ היכא שבועל לשם מצוה הא אין כאן איסור כלל דלזה אין אסורה, א"כ אמאי בעל דרך סדין, ע"כ דסובר ר' יוסי שיש עלי' איסור אשת אח ורק ע"י מצות יבום נפקע איסורא דאשת אח, וא"כ קודם הבעילה עדנה איסורא היא משו"ה בעיל דרך סדין כדי שלא יקרב לערוה, דקודם הבעילה עדנה ערוה היא, ואף דמעיקר הדין אין כאן איסורא, דאיסורא דאסרה התורה לקרב לערוה הוא היכא שאם יבעול יעבור על איסור ערוה, אבל הכא דהבעילה לא יהי' באיסור ערוה שהרי בשעת בעילה יקוים מצות יבום, אעפ"כ קרוב לדין הוא שלא רצה לקרב לאשה שהיא עדנה ערוה, וא"כ גם אבא שאול סובר כן שעדנה לא נפקע איסור הכרת, וכיון דאבא שאול סובר דקרא דיבמה יבא עלי' הוא דוקא למצוה משו"ה אמר שקרוב להיות הולד ממזר היכא דבא שלא לשם מצוה.

לפי זה שפיר יתישב הא דר' אייבו בר נגרי בשם רשב"ל יליף יקרא דלא תהי' אשת המת החוצה לאיש זר ולא כתוב לאיש אחר דאשה שהיא זרה לו אמרה תורה דלא תהיה לו, והקשה השירי קרבן דאם יהי' כתיב לאיש אחר הא בכה"ג יבם נמי כאחר דמי וא"כ הרי יהי' היבם בכלל, ולפי דברינו ניחא, דר' אייבו סבר כס"ד דגמ' דהאיסור משום המת, וא"כ גם היבם בכלל דלא תהי', וא"כ שפיר מדייק ר' אייבו לשיטתו דהי' לכתוב לא תהי' לאיש אחר, ומדכתיב לאיש זר ע"כ אשמעינן קרא דאשה שהיא זרה לו לא תתיבם.

(ב) והנה בתוס' ד"ה ואחות אשתו, הקשו, דנדה תאסר ליבם אעפ"י שמטהרה אחר כן, כמו אחות אשתו שאין מתיבמת אפינו מתה אשתו אחרי כן, ותרצו בתוס', ז"ל, דלא דמי, דאחות אשה ושאר עריות האיסור עומד על היבם טפי משאר בני אדם, אבל נדה לכו"ע אסירא, ואפילו בנדתה משמע בפסחים דף ע"ב דבת יבום היא כו', ועוד נראה לחלק דאחות אשה אעפ"י שמתה אשתו אחרי כן שוב לא תזקק ליבום כיון שנפטרה שעה אחת משום שנאמר דרכי' דרכי נועם כו' דאין זה דרכי נועם, אם יש לה להזדקק לזה שנפטרה הימנו, אבל נדה דרכי נועם היא דלבעלה נמי צריכה להמתין עד שתטהר עכ"ד התוס'.

ולכאורה לפי תירוץ השני דעיקר הטעם דנדה מתיבמת הוא משום דרכי נועם שתטהר, ותקשה נהי דכשתטהר מתיבמת אבל איך קני לה בעת שהיא נדה הא אז ערוה היא, בשלמא לתירוץ הראשון גם בעת שהיא נדה לא דמיא לאחות אשה, משום שהאיסור לא על היבם לבדו, אבל לתירוץ השני נדה היא ערוה ורק שזהו דרכי נועם שתמתין עד שתטהר, וא"כ בעת נדתה איך קני לה הא אז ערוה היא, וצריך לומר דגם לפי תירוץ

השני תירצו דנדה אינה ערוה כמו אחות אשה, אלא דפירשו בתוס' דמשו"ה לא דמיא לאחות אשה דכיון שאם תמתין הרי זה דרכי נועם וא"כ ראוי' לביאת יבום היא וכיון דראוי' לביאת יבום אחר כן אף בעת נדתה יש עלי' זיקת יבום וקני לה כיון דלא דמיא לאחות אשה ששם אין צריכה להמתין.

אלא דיקשה עדנה, דכל הנך תירוצי הוא אם נימא דעשה דוחה ל"ת שיש בה כרת, וא"כ היתה מתיבמת ערוה, ורקדגלי קרא דעלי' דאין ערוה מתיבמת, א"כ אמרינן דוקא ערוה דדמיא לאחות אשה, או מטעם שהאיסור רק על היבם לא על כולי עלמא, או מטעם דדוקא היכא שאין צריכה להמתין, אבל נדה דלא דמיא לאחות אשה שאיסורה על כולי עלמא וגם היא צריכה להמתין משו"ה לא נוכל למילף מקרא דעלי' ומתיבמת אף בעת נדתה, אבל לפי מאי דמסקינן דאין עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת א"כ נהי דנדה לאחור שתטהר מתיבמת אבל בעת נדותה איך תתיבם הא אין עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת.

אכן באמת יש לומר, דקנין יבמות לא שייך כלל במצות יבום, דאף היכא שבא עלי' ולא קיים מצוה קני לה, דהרי אנסוהו לאכול מצה למאן דס"ל מצות צריכות כונה לא יצא, (עיינן ר"ה ד' כ"ח), וא"כ איך קני לה באונס כדקי"ל הבא על יבמתו בין בשוגג כו' בין באונס, והא לא עשה מצוה, ע"כ דאף דלא יצא מצות יבום אעפי"כ קני, והא דקאמר בגמ' דאי אין עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת אז ידעינן ממילא דערוה אין מתיבמת ואף בדיעבד בודאי דלא קני לה, היינו דאימתי מרבינן דאף באונס ובלא מצוה קני לה, דוקא היכא שזקוקה לו ליבם, אבל אשה שאין זקוקה ליבום מטעם דאין עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת בודאי דאין זקוקה ולא קני לה, אכן נדה כיון שזקוקה ליבום מטעם שעלי' להמתין עד שתטהר, אף בעת נדותה קני לה, אף שאין עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת ולא עשה מצוה דבאשה שזקוקה ליבום קונה אותה אף היכא שלא עשה כלל מצוה, (והא דאיתא בגמ' פסחים ע"ב דמשו"ה יבמתו נדה בעל פטור מחטאת משום דעשה מצוה, הכונה שנתקיים המצוה, שהרי קני לה, כמו בכל טועה בדבר מצוה היכא שמל מילה שלא בזמנה בשבת, דהרי מצוה הבאה בעבירה היא, ומקושית התוס' בסוכה דף ט' דלמה לן קרא גבי סוכה להוציא הגזול תיפוק לי' דהוי מצוה הבאה בעבירה מוכח דאף בשוגג הוי מצוה הבאה בעבירה, וע"כ דכוונת הגמ' שנתקיים המצוה אף שהוא לא זכה במצוה ואעפי"כ פטור מחטאת).

ג) והנה מילפותא דעלי' או מטעם דאין עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת ידעינן דאין ערוה מתיבמת ולא נזקקה ליבמה לזה, אבל מנא לן דמותרת לעלמא, דילמא בעיא חליצה, ואף שאי אפשר לקיים יבמה יבא עלי' אבל חליצה הא אפשר לקיים, אכן זה ילפינן מקרא דאם לא יחפוץ ליבם, דכל העולה ליבום עולה לחליצה וכל שאין עולה ליבום אין עולה לחליצה, אכן יש שאין עולה ליבום ועולה לחליצה, והיינו אלמנה מן הנשואין לכהן גדול דאין עולה ליבום ואעפ"כ עולה לחליצה, וזה ילפינן לקמן מקרא דיבמתו, דאמרה התורה שיש יבמה שאין עולה ליבום ואעפי"כ עולה לחלוצה, והנה לקמן בדף כ' פריך בגמ' ואימא חייבי כריתות (פירש רש"י אימא חיובי כריתות נמי לילף מהכא דלבעי חליצה) ומשני אמר קרא אם לא יחפוץ האיש לקחתה חפץ מיבם כל העולה ליבום עולה לחליצה וכל שאין עולה ליבום אינה עולה לחליצה, א"ה חייבי לאוין נמי,

הא רבי רחמנא יבמתו, ומה ראית, מסתברא חייבי לאוין תפסו בהו קידושין חייבי כריתות לא תפסו בהו קידושין, והקשה הרשב"א מאי פריך ומה ראית היינו דנימא דקרא דיבמתו מרבה חייבי כריתות לחליצה וקרא דאם לא יחפוץ ממעט חייבי לאוין מחליצה, הא אם נימא דקרא דיבמתו קאי על חייבי כריתות א"כ חייבי לאוין עולין בין לחליצה בין ליבום דרא עשה דוחה ל"ת.

עוד קשה לי א"כ אילונית הא תפסי בה קידושין וא"כ נילף מקרא דיבמתו דאעפ"י שאין עולה ליבום משום שאי אפשר לה לילד אעפ"י כ תעלה לחליצה, וכן תקשה מסריס חמה ומאשת אחיו שלא הי' בעולמו היכא שהיתה מעוברת חמותה דאז הוי דרכי נועם אם תמתין לחליצה כדאיתא בתוס' בריש כיצד.

והנה קושיא זו מאילונית מצאתי בירושלמי, דאיתא שם, מאן יבמי לא שמאן שמים. מעתה לא תהא צריכה חליצה, הווי צורכה להון דאמר ר' ירמי' יבמתו יבמתו התורה ריבתה בחליצה, ר' בון בר חייה בעי קומי ר' זעירא אלמנה לכהן גדול מהו שתהא צריכה חליצה, אמר לא אפשר לומר קדושין תופסין בה ואת אומר אינה צריכה חליצה, אמר לי' הרי אילונית קדושין תופסין בה ואת אומר אינה צריכה חליצה, א"ל הרי אילונית מטעם אחר הוצאת אשר תלד יצתה זו שאינה יולדת, ולכאורה תירוץ הירושלמי אינו מובן, דמה לי אם נפקא לן מאשר תלד או מקרא דיבא עלי', והרי אלמנה לכהן גדול מן הנשואין אי אפשר לקיים יבמה יבא עלי' שהרי אין עשה דוחה ל"ת ועשה, ואפשר דמיירי הירושלמי באלמנה לכה"ג מן האירוסין, אבל הא לגמ' דילן והא למסקנא אף אלמנה לכה"ג מן הנשואין עולה לחליצה דילפינן מיבמתו ותקשה מה בין זו לאילונית.

לכן נראה לי דהרמב"ם יפרש פירוש דברי הגמ' דקא מקשה ומה ראית, לא כמו שפירשו דפריך דילמא קרא דיבמתו לרבות חייבי כריתות וקרא דלא יחפוץ להוציא חייבי לאוין, דבודאי לא הי' קשה זה כלל דכיון דקרא אחד מרבה וקרא אחד ממעט בודאי מסברא לפטור מן החליצה זו שהיא יותר אסור ויותר חמורה, ומה שכתב הרשב"א כיון שזו וזו אין אני קורא בהן לקחת וחליצה לאו קילותא היא דנימא מסברא דטפי איכא לאקולי בחייבי לאוין, הוא דוחק, דודאי כל שחמור איסורא טפי איכא לארחוקה מבית זה, ואף שרש"י פירש דמוקי קרא דלקחת ואעפ"י כ בלא קרא דיבמתו לא הוה דייקנין למילף שאין חייבי לאוין מתייבמין ע"כ דקושית הגמ' ומה ראית הוי איך למדת מהלימודים, מקרא דיבמתו למילף דחייבי לאוין אסורין להתיבם ועולים לחליצה, ומקרא דלא יחפוץ לפטור חייבי כריתות מן חליצה, מה ראית באיזה אופן אתה דורש זאת, ואם משום דקרא אחד מרבה לחליצה וקרא אחד ממעט, מה ראית דאחד קאי לחיובי לאוין ואחד לחייבי כריתות, דילמא קרא אחד לחייבי כריתות וקרא אחד לחיובי מיתות ב"ד, או דקרא אחד לחייבי עשה וקרא אחד לחייבי לאוין, כיון שיש סברא מפני מה חייבי לאוין איתרבי לחליצה וחייבי כריתות אימעוט מחליצה, ומשני מסתברא חייבי לאוין תפסי בהו קדושין חייבי כריתות לא תפסי בהו קידושין, פירוש, דהנה התוס' לקמן בדף מ"ד פירשו, דכמו דכל שאין עולה ליבום אין עולה לחליצה ה"נ מי שאין עולה לחליצה אין עולה ליבום והקשה בתוס' מחרש וחרשת דאין עולין לחליצה ועולין ליבום ותירצו

דהתם בני חליצה נינהו רק דפומיהו כאיב להו היינו דמה שאין עולין לחליצה לאו משום דיני חליצה אלא שאי אפשר להם לחלוץ, ומפני זה לא היי בכלל דאין עולה לחליצה.

לפי זה יתפרשו גם כן פירוש הגמ', דהנה כל מה שנאמר בפרשת יבום מיעוטים הוא המיעוט על כל זיקת היבמה, שהיכא שאין זה הדבר לפי מצות פרשת יבום לא נפלה ליבום, משו"ה היכא שלא הי' ישיבה אחת בעולם לא נזקקה ליבמה, וכן אם היא אילונית הוציא הכתוב אותה מפרשת יבום, וכן סריס חמה הוציא הכתוב אותו מפרשת יבום, וממילא כיון שנמעטו והוצאו מפרשה אין עליהם כלל זיקת יבום, ולא רמו לא ליבום לא לחליצה.

אכן כל זה דוקא אם לימודם הוא מפרשת יבום אבל אם בשביל דבר אחר אי אפשר לקיים בהם מצות יבמה יבא עלי', הוין בני יבום, רק פומיהו דכאיב להו, וזה ילפינן מקרא דיבמתו, דהיכא דמה שהוציאה התורה מדין יבמה יבא עלי' הוא לא מטעם פרשה זו אלא מדין אחר, אז אף דלאו בני יבום נינהו אבל לזיקת יבמה רמיא וממילא צריכה חליצה להפקיע זיקתה, [ובכעין זה יתישב קושית התוס' בריש אותו ואת בנו, דלמה לן קרא דאותו ואת בנו נוהג במוקדשין הא קרא סתמא כתיב.

אכן אילו לא הי' קרא דבמוקדשין הוי פסול אותו ואת בנו, אם שחט אותו ואת בנו הי' כשר כמו אם שחט שלמים בשבת דהקרוב כשר. כדמוכח בביצה כן, אכן גלי קרא דאותו ואת בנו הוי פסול בקדשים.

וא"כ אם שחט אותו ואת בנו הוי מחוסר זמן] משו"ה חייבי לאוין הרי מה שנאסרו למצות יבום הוא מטעם שארי איסורים וקרא דיבמתו גלי דכאן לא דחי עשה את ל"ת אעפ"כ הרי איסורא לא מפרשה זו, משו"ה רמיא לחליצה, אכן חייבי כריתות נהי דאיסורא דאחות אשתו מקרא דפרשה עריות ומקרא דעלי' ילפינן דאין עשה דוחה את ל"ת שיש בה כרת, או דלא נימא הואיל ואשתרי אשתרי, עכ"פ עתה דידיעין דאחות אשה אין עשה דיבום דוחה אותה יש לה מיעוט בפרשת יבום שאינה זקוקה ליבמה, שהרי כתיב בפרשת יבום ולקחה א"כ אשמעינן קרא דזיקת היבמה ליבם שלה, הוא דוקא היכא שיש להיבם תפיסת קדושין, אבל היכא שאין להיבם תפיסת קדושין על היבמה גם זיקתה ליבמה לא חל, וא"כ נהי דאילו הי' עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת היתה בכלל תפיסת הקדושין שהרי האיסור נדחה וממילא תפסי קדושין, אבל עתה דידיעין דאין העשה דוחה הרי היא ערוה ואין להיבם בה תפיסת קדושין, וא"כ עתה יש לערוה מיעוט בפרשת יבום קרא דולקחה, וכל שיש מיעוט בפרשת יבום ילפינן מקרא דאם לא יחפוץ דכל שאין זקוקה ליבום מפני דיני יבום כמו אילונית וסריס חמה ואשת אחיו שלא הי' בעולמו, גם לחליצה לא רמיא, ה"נ ערוה שיש לה מיעוט בפרשת יבום קרא דולקחה, לא נפלה עלי' זיקת היבם.

וא"כ הרי דברי הרמב"ם מאירים, שהרי הטעם שאין ערוה מתיבמת לא צריך לכתוב, שהרי קי"ל אין עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת, והרי רבא ס"ל להיכא דנשא מת ומת ואח"כ נשא חי' לא איצטריך קרא אכן צריך לידע מאיזה טעם פטורה מן החליצה דהרי איסורא היא מפרשת עריות, לזה כתב הרמב"ם בלשונו הזהב דפטורה מן החליצה ומן

היבום ולא נפלה עלי' זיקה כלל וזה ילפינן מקרא דולקחה, דכל היכא שאין להיבם קדושין אין לו עלי' זיקה וממילא פטורה מן החליצה ג"כ.

ד) ובזה יש לישב קושית התוס' בדף ט' ד"ה והרי, שהקשו ז"ל, בכל דוכתי פשיטא לי' להש"ס דחייבי לאוין לר"ע דאמר אין קדושין תופסין בחייבי לאוין לאו בני חליצה ויבום נינהו כמו חייבי כריתות הכא ובהערל גבי פצוע דכא וכרות שפכה ובפרק ד' מיתות ותימא לר"י דאמאי לא אמרינן לר"ע דליתי עשה ולידחי ל"ת עכ"ד התוס', והנה האבני מלואים בסימן ח' תירץ עפ"י דברי רש"י לקמן בדף מ"ט דהיכא דלא תפסי קדושין אז פקעי לאחר נשואין, ולדברי ר' עקיבא דאין קדושין תופסין בחיובי לאוין א"כ היכא שאחר הנשואין נעשית על בעלה חייבי לאוין פקעי הקדושין, וא"כ ביבום אף אם עשה דוחה ל"ת ובעת שנתיבמה קנה אותה, כיון דעשה דוחה ל"ת רק בביאה ראשונה ובביאה שני' חזר האיסור, א"כ תיכף לאחר ביאה ראשונה נפקע קידושין וקנינו בביאה וממילא אף בשעת ביאה ראשונה לא קני לה, דהוי דומיא דהאומר היום את אשתי ולמחר אי את אשתי דלא הוי קדושין כלל וכמו שמפורש הר"ן בנדרים כ"ט משו"ה לר' עקיבא חייבי לאוין לאו בני יבום נינהו, עכ"ד האבני מלואים.

אכן דבריו תמוהים מאד, דא"כ מאי קאמר בגמ' דאם נימא עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת איצטריך עלי' דהוי אמינא דאחות אשה מתיבמת, איך תוכל להתיבם כיון דתיכף אחר ביאה ראשונה נאסרה עליו איסור ערוה שהיא בכרת ופקעי קדושין, וא"כ אף בביאה ראשונה לא קני לה, וא"כ אף אם נימא דעשה דוחה ל"ת שיש בה כרת ג"כ לא איצטריך עלי' ע"כ א"ף לדברי רש"י, אם נימא דעשה דוחה ל"ת שיש בה כרת מתיבמת וקני לה, ואף שאח"כ תפקע אעפ"י כ קני לה ולא דמי לאומר לאשה היום את אשתי ולמחר אי את אשתי, דהתם לא עשה קדושין רק לזמן אבל הכא בשעת מעשה קונה לגמרי, רק אח"כ נפקע, בכה"ג אין זה חסרון בהקדושין קונה אותה.

והנה יש שחשבו לתרץ את דברי האבני מלואים, דהא דסברי בגמ' דאם נימא דעשה דוחה ל"ת בלא קרא דעלי' היתה ערוה מתיבמת, היינו באחות אשה, דתיכף בשעת יבום שקונה את היבמה מטעם עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת הי' נפקע קדושין של אשתו וממילא היבמה שהיא אחות אשתו מותרת לו ולא נפקע קידושי' אח"כ, משא"כ באלמנה לכהן גדול לר' עקיבא הא אף שקני לה מטעם דעשה דוחה ל"ת אעפ"י כ היא אסורה עליו מטעם איסור אלמנה וגרושה ולר"ע יפקעו קדושי' לפרש"י.

אכן לא הועילו כלום בתירוצם, דהרי בתורה לא נאמראיסור לאחות גרושתו, רק כתיב קרא אשה אל אחותה לא תקח בחיי', וא"כ אף אם נימא דבעת שהוא מיבם את היבמה אחות אשתו נפקע קדושין של אשתו מטעם שהיא נעשית אחות אשתו, היינו אחות של היבמה, אעפ"י כ היבמה שייבם לא תותר לו כיון שהיתה כבר אחות אשתו, והרי מה שנפקע הקדושין היינו רק מכאן ולהבא ולא למפרע, וא"כ הרי יבמתו שיבם אחות אשתו בחייה, ומה שנפקעו קדושין של אשתו היי רק כגירושין, וא"כ הדרא קושי' לדוכתה לדברי האבני מלואים אף אם נימא עשה דוחה ל"ת שיש כרת ג"כ אחות אשה לא תתיבם מטעם שתיכף אחר היבום יפקעו קדושי' של היבמה כדין אחות אשתו בחיי', והוי כאומר היום את אשתי ולמחר אי את אשתי, ע"כ דלא דחי אף אם יפקעו אח"כ ג"כ בשעת

מעשה חל היבום כיון שהוא עושה קדושין גמורים, וא"כ לר"ע חייבי לאוין אמאי אין מתיבמין ידחה עשה את ל"ת.

ועוד נראה לי, דגם רש"י לא סבר דכל היכא שאין קדושין תופסין אף שנעשו קדושין פקעי, דהנה התוס' הקשו, דלדברי רש"י למה לי להביא טעמא דבא על הנדה אין הולד ממזר משום דבשעת נדה נמי תפסי קדושין, תיפוק לי' מטעם דלא פקעי קדושין בשעת נדתה, ועוד תקשה אם נימא דכל היכא דלא חלו קדושין אף אם היו קדושין פקעי, א"כ לר"ע דס"ל יש ממזר מאיסורי כהונה לר' ישובב תקשה אשת כהן שזינתה או שנאנסה למאן דס"ל אף באונס מקריא זונה יפקעו קדושי', ועוד תקשה מפצוע דכא דיותרו נשיו לעלמא.

ע"כ נראה לי, דאין כונת רש"י לומר דבסוטה כיון דחזינן דלא נפקעו הקדושין א"כ ע"כ אף לר"ע איסור סוטה איסורי שאני, אין כן כונת רש"י, אלא כונת רש"י, דדין הוא בממזרות שהוא דוקא אם הוא בא מאיסורין שאין בהם קדושין, אבל סוטה אם בא עלי' בעלה בעת שהיא עדנה אשתו דלא נפקעו הקדושין מטעם דאין קדושין נפקעים משו"ה אין ממזרות, כיון שהולד בא מאיסור כזה שהי' קדושין להבעל באשתו, ואף שהוא לאו, אעפ"כ כיון שהוא איסור כזה שבא בעת שיש קדושין אין בו ממזרות, ומשו"ה אף אם אח"כ גירשה ובא עלי' אח"כ ג"כ אין בו ממזרות, כיון שאיסור זה שאני שהוא בא דוקא בעת שיש להם זה על זה קדושין, וכן מוכח בתוס' קדושין דף ס"ח ד"ה הכל מודים, עיין שם בכל דברי התוס'.

אכן היכא שאשת כהן זינתה ובא עלי' בעלה יש להסתפק אם הולד ממזר לר' עקיבא, דאפשר לומר כיון שעתה יש להבעל עלי' קדושין אין הולד ממזר דכלל הוא בהתהוות ממזרות דכל שהיו להם קדושין זה על זה אין ממזרות, או דהאי דינא דכל שיש קדושין זה על זה אין ממזרות זהו דין בהאיסור, ואיסור סוטה הרי האיסור דוקא לבעלה ודוקא בעת קדושין, משו"ה אמרינן דאין מאיסור סוטה ממזרות, אבל איסור זונה לכהן כיון שהוא מאיסור כזה שאסור על כל הכהנים, ולהם אין קדושין, א"כ האיסור הזה הוא איסור שאין בו קדושין, ואיסור שאין בו קדושין הולד ממזר.

ובנדה אם נימא דכל שיש קדושין אין הולד ממזר אף שהוא איסור כזה שחל על כל העולם, ובנדה לבעלה לא איצטריך קרא שאין הולד ממזר מטעם שהרי יש לבעלה בה קדושין, ואז איצטריך קרא דותהי נדתה לאם בא על נדה פנוי' דלא הוי ממזר אף שאין לו בה קדושין, אכן אם נאמר דהאי דינא דאם יש להם קדושין הוא דין רק בהאיסור, שאיסור סוטה הוי איסור כזה שנאסרה לבעלה בעת קדושין, והאיסור חל רק באופן שיש קדושין, אבל בבא כהן על אשתו זונה נהי שהאיסור על כל הכהנים בכה"ג יהי' הולד ממזר, א"כ איצטריך קרא בנדה למילף דאינו ממזר אף בבא עלי' בעלה, שהרי איסור נדה איננו עליו, אלא על כל העולם, והוא איסור כזה שאין בו קדושין.

בכה"ג בלא קרא דותהי נדתה הי' הולד ממזר אף מביאת הבעל על אשתו נדה. ולפי דברינו דגם רש"י מודה דלא פקעי קדושין אף באופן שלא הי' חל קדושין, בודאי דנסתר תירוצו של האבני מלואים, והדרא הקושי' אמאי לר' עקיבא חייבי לאוין לאו בני חליצה ויבום נינהו יבא עשה וידחה לא תעשה.

ה) ונראה לי, דהנה תוס' לקמן בדף ט"ז בד"ה קסבר עכו"ם ועבד, כתבו ז"ל, סוגיא דהש"ס אזלא דר' יוחנן אית לי' עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר, מ"מ נראה אמת דלר' יוחנן הולד כשר דבכל דוכתא קי"ל דר' יוחנן סבר הלכה כסתם משנה וסתם משנה דהאומר סברה דהולד כשר כו', וכל הני דסברי הולד ממזר אתי כר"ע כדאמרינן בעשרה יוחסין, וסברי לה כר' עקיבא דאמר עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר כו' וא"ת והיכי פשיטא לי' התם דלר"ע הוי ממזר מעכו"ם ועבד, דילמא גמר מאשת אב או מאנוסת אב דלא תפסי בה לדידי' אבל לאחרינא תפסי לאפוקי הני דלא תפסי לא לדידי' ולא לאחריני דהכי איכא מ"ד בפרק החולץ (לקמן בדף מ"ה), וי"ל דתנן בהדיא בפרק אלמנה לקמן ס"ט דעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר וע"כ ר"ע היא, וא"ת בשלמא מעבד הוי ממזר דבעבד איכא לאו, אלא מעכו"ם אמאי הוי ממזר בי"ד של שם גזרו כו', וי"ל אע"ג דביאת היתר מדאורייתא בצינעה מ"מ כיון דלא תפסי בה קדושין הוי ממזר כמו בעבד דאפילו ר"ש התימני הי' מודה אי לאו משום דלא תפסי בה קידושין לא לדידי' ולא לאחריני, והואיל דמעבד הוי ממזר לר"ע אע"ג דלא תפסי קדושין לא לדידי' ולא לאחריני ה"ה מעכו"ם.

עכ"ד התוס', ולכאורה תמוהים דברי התוס', דהרי ר"ע סבר רק דחיובי לאוין יש להם ג"כ חומר כחייבי כריתות, אבל בודאי דלא חמיר לר"ע חייבי לאוין יותר מחיובי כריתות לרבנן, וא"כ כיון דלרבנן בעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל ואף אם על אשת איש דהוי חייבי כריתות לרבנן כשר משום דלא תפסי קידושין לא לדידי' לא לאחריני, וא"כ משום דקשה מתניתין דעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר משום זה נימא דר"ע סובר דחייבי לאוין לדידי' חמיר יותר מחיובי כריתות לרבנן, ובפרט בעכו"ם דלדברי התוס' אין ביאת איסורמן התורה ולא הוי בגדר חייבי לאוין מהיכי תיתי יהי' לר"ע חמיר יותר מחייבי כריתות לרבנן.

והנראה לי, דהנה לקמן בדף מ"ה הקשו בתוס' כיון דממזרות תלוי בתפיסת קידושין דמשו"ה אמרינן דבא על הנדה הולד כשר משום דבנדתה תפסי קידושין, א"כ מאי פריך בקדושין מנא לן דאין תופסין קידושין בחייבי כריתות, כיון דיש ממזר בחייבי כריתות, א"כ ממילא ידעינן דאין קידושין תופסין בחייבי כריתות.

ונראה לי, דהנה לרבנן הא דנעשה ממזר מחייבי כריתות הטעם משום חומר האיסור דערוה. וכדאמר ר' שמעון בן יהודה משום ר' שמעון בן תימא, אין ממזר אלא שאיסורו איסור ערוה ועונש כרת, הרי דלדידי' הא דנעשה ממזר משום שבא מביאת איסור שהאיסור איסור ערוה ועונש כרת, וחומר האיסור מביא את הולד לממזרות, ואין הטעם משום דלא תפסי קידושין, ורק כיון דכל עריות שנעשה ממזר ילפינן מאשת אב וכל עריות ילפינן בקדושין מאחות אשה דלא תפסי קידושין, אמרינן דגם זה הוא דין בממזרות, דדוקא עריות שחומר שלהן מביא לזה דלא תפסי קידושין אז נעשה ממזר.

אבל אם אין חומר האיסור מביא לדין דלא יתפוס קידושין אין נעשה ממזר וא"כ זה הדין דאין ממזר אלא א"כ האיסור מביא שלא יתפוס קידושין זה ידעינן דוקא לבתר דילפינן מאחות אשה בכל עריות דאין תופסין קידושין ממילא ידעינן דגם זה הוא דין בממזרות שתלי בתפיסת קידושין, אבל כל זמן דלא ידעינן דאין קידושין תופסין בחייבי

כריתות שפיר פריך מנא לן דאין קדושין תופסין בחיובי כריתות כיון דעיקר דין ממזרות אין תלוי כלל בתפיסת קידושין אלא בחומר האיסור, אבל ר"ע דס"ל אין קידושין תופסין בחייבי לאוין, ולית ליה ילפותא, אלא מטעם דאמרה התורה דחייבי לאוין ממזרין נינהו, וכדאיתא לקמן בדף צ"ב, דמאן דס"ל דדוקא בחייבי לאוין דשאר הוי ממזר דיליף מלא יגלה כנף אביו וס"ל דמיירי באנוסת אביו, וחייבי לאוין דשאר אין תופסין הקידושין, אבל חייבי לאוין דלאו דשאר כגון יבמה לשוק כיון דאין קרא דהוי ממזר תפסי קידושין, הרי דלר"ע תלוי זה בזה ממזרות ותפיסת קידושין דין אחד להם, דכיון דחזינן דאמרה התורה שמחייבי לאוין הוי ממזר ועשאם הכתוב לשני מינין אין תופס קידושין, נמצא לר"ע תלוי ממזרות בתפיסת קידושין דשניהם הטעם משום דהם מין אחר זה לזה, ולרבנן ממזרות תלוי עיקר בחומר איסור הערוה, בדינים שחומר האיסור מביא, דבעינן שחומר האיסור יביא לזה שלא יתפוס קידושין.

והנה הא דאמרינן דמשו"ה עכו"ם ועבד הבא על אשת איש אין הולד ממזר משום דאמרינן מה לאשת אב דלידי' הוא דלא תפסי קידושין אבל לאחריני תפסי קידושין משא"כ בעכו"ם ועבד דלא לדידי' תפיס ולא לאחריני תפוס משו"ה הולד כשר, דלכאורה הדבר תמוה דאדרבה כיון דלא תפיס קידושין לכולי עלמא יותר יש לומר דהוי הולד ממזר, אכן צריך לומר וכן מצאתי ברשב"א דהפירוש הוא כן, דממזרות לא הוי אלא היכא דאיסור הערוה מביא לדין זה דלא יתפוס קידושין, אבל עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל לגבי' לא שייך לומר דחומר הערוה אין עושין קידושין, דאילו הי' גבי' קידושין לא מצינו אצלו שדין הוא בעכו"ם שהחומר של האיסור מביא לדין זה דלא יתפוס קידושין, והא דלא יתפוס קידושין בבת ישראל משום דאין בעכו"ם תפיסת קידושין, א"כ אין חומר הערוה מביא אצלו האי דינא דלא יתפוס קידושין, ואימתי אמרה תורה דהולד ממזר היכא דחומר הערוה מפריע מקידושין, לפי זה, הסברא הזאת הוא דוקא אליבא דרבנן, אבל לר' עקיבא דהא דעושה ממזרות ואין תפיסת קידושין הוא משום דהוי שני מינים שאמרה התורה שאין ביניהם התקשרות, וכל שאין התקשרות הולד ממזר, א"כ אדרבה מדלא תפיס קידושין לא לדידי' ולא לאחריני בודאי דשני מינים המה.

לפי זה שפיר מפרשי התוס' דאף לרבנן בעכו"ם ועבד הבא על אשת איש הולד כשר, לר"ע אף בבא על הפנוי הולד ממזר, ואף בעכו"ם שאין שם איסור לאו (לדברי התוס') אעפ"כ לר"ע הולד ממזר, כיון דלידי' אין חומר האיסור גורם לממזרות, רק מה דהוי שני מינים, וכיון דאין לעכו"ם תפיסת קידושין הרי הוא מין אחר משו"ה הולד ממזר.

וכן מוכח כדברינו החילוק בין רבנן לר"ע בדין היכא דלא תפסי קידושין לא לדידי' ולא לאחריני, דהרי הרמב"ם פסק בפ"ב מה' יבום הי"ט דספק אם קידושין תופסין ביבמה או לא, וא"כ תקשה הא יהי' עתה לדידן ספק ממזר מיבמה לשוק, וזה לא מצינו, ע"כ דלרבנן אף אם אין תופסין קידושין ביבמה, לא הוי ממזר כיון דלא תפסי קידושין לא לדידי' ולא לאחריני, וכדאיתא בתוס' בדף מ"ט להלן, אבל לר"ע אף דלא תפסי קידושין לא לדידי' ולא לאחריני הוי הולד ממזר, (ו) והנה יש להסתפק לר"ע, היכא דבא עשה ודוחה ל"ת, דעתה אין כאן איסור, ממילא הוי עתה מין אחד ותופס קידושין, או כיון

דעשה דדוחה הל"ת הוא רק בעת העשה אבל בביאה שני' אסורה א"כ האשה עדנה באיסורא קיימא ורק העשה דחתה את האיסור, אבל לענין אי נקרא מין אחד לא הוי מין אחד אף בעת שיש עשה לדחות, נהי דלרבנן כיון דדחתה עשה את האיסור תפסי קידושין, היינו משום דלרבנן חומר האיסור עושה שלא יתפוס קידושין, וכיון דעתה בעת העשה אין איסור משו"ה עתה תפסי קידושין, אבל לר"ע דעיקר תלוי כיון דאסרה התורה את הביאה מטעם לאו, או למאן דס"ל אף בחייבי עשה עשתה התורה אותם לשני מינים שאין ביניהם התקשרות, אף דדחתה העשה את הל"ת, כיון שהוא רק לזמן הוי שני מינים ואין תופס קידושין אף בעת שיש העשה.

ונראה לי להביא רא' דלר"ע אף בעת שיש העשה לדחות ג"כ לא תפסי קידושין, דהנה בכתובות דף כ"ט איתא, ולו תהי' לאשה שמעון התימני אומר אשה שיש בה הוי', שמעון בן מנסיא אומר אשה הראוי' לקימה, מאי ביניהו א"ר זירא ממזרת ונתינה איכא ביניהון למאן דאמר יש בה הוי' הא נמי יש בה הוי', למאן דאמר ראוי' לקימה, הא אינה ראוי' לקימה ולר' עקיבא דאמר אין קידושין תופסין בחייבי לאוין מאי ביניהו וכו', והנה שם בכתובות בדף ל"ט איתא, נמצא בהדבר ערוה או שאינה ראוי' לבא בישראל אינה ראוי' לקימה שנאמר ולו תהי' לאשה אשה הראוי' לו, ואיתא בגמ' בדף מ', אמר רב כהנא אמריתא לשמעתא קמי' דרב זביד מנהרדעא ניתו עשה ונדחה את ל"ת, אמר לי היכא אמרינן ניתי עשה ונדחה את ל"ת כגון מילה בצרעת דלא אפשר לקיומי לעשה, אבל הכא אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל, ופירש רש"י, השתא נמי מלמדין אותה לומר איני רוצה, ע"כ.

משמע דרש"י אין מפרש הגמ' דהפירוש כיון שהעשה כזאת שאפשר לה לומר איני רוצה, עשה כזאת אין דוחה אף בעת שלא אמרה אינה רוצה, דא"כ למה לרש"י לומר דמלמדין אותה לומר אינה רוצה, הרי אף שלא אמרה, אין עשה כזאת שאפשר לבטלה דוחה, ע"כ דרש"י סובר דמשו"ה הי' דוחה, רק כיון שאפשר לה לומר איני רוצה מלמדין אותה לומר כן, והקשה הרשב"א אי רוצה דוקא, וכתב הרשב"א דכופין אותה לומר איני רוצה, והנה בתוס' הקשו מאי פריך ליתי עשה ולידחה ל"ת הא ילפינן מקרא דלו תהי' לאשה דוקא אשה הראוי', ולמאי דמשני דלא חשיב עשה קשה דמאי איצטרך קרא למעוטי שאינה ראוי' לו ע"כ.

ונראה לי, דבגמ' פריך אמאי קאמר במתניתין דהיא אשה שאינה ראוי' לקימה כיון דאתי עשה ודחי ל"ת א"כ הא אשה שראוי לקימה, ע"ז משני אי אמרה לא בעינא מי איתא עשה, וא"כ הרי עלינו ללמוד אותה, ולרשב"א לכופה ע"ז, שתאמר לא בעינא וא"כ אינה ראוי' לקימה, ובאשה שאינה ראוי' לקימה לא הוי כלל העשה, וא"כ אף קודם שאמרה לא בעינא ג"כ עבר הל"ת, שהרי היא אינה עומדת לקימה, וא"כ איצטריכא ללימוד דמתניתין וגם לטעמא דאי אמרה לא בעינא, דטעמא דאמרה לא בעינא זה הי' רק הדין כשלמדו אותה ואמרה לא בעינא אז אין עליו עשה ועבר על ל"ת, אבל קודם שאמרה הי' מקיים העשה, לזה לימוד דראוי' לקימה דכיון דאינה ראוי' אף קודם שאמרה לא קיים העשה, ובלא טעמא דאמרה לא בעינא היתה ראוי' לקימה מטעם אתי עשה ודחי את ל"ת, אבל עתה שיש טעמא דאמרה לא בעינא אינה עומדת לקיום

ילפינן מלו תהי' לאשה דדוקא אשה הראוי' לקיימה, וכיון דאינה עומדת לקיומה אף קודם שאמרה לא בעינא אין בה עשה.

אכן כל זה אם נדרוש לו תהי' לאשה שראוי' לקיימה, אז עלינו לידע למה היא עומדת לאחר כן, אכן אם נדרוש אשה שיש בה הוי' עלינו לבלי להתבונן מה יהי' אחרי כן רק עתה אם יש בה הוי' או לאו, וא"כ אם נדרוש את קרא דלו' תהי' לאשה אשה שיש בה הוי' נהי דכשלמדו אותה או שכפו אותה לא בעינא אין בה עשה אבל קודם שלימדו אותה ויש העשה הרי יש בה הוי' מטעם אתי עשה ודחי ל"ת, ואם בא עלי' קודם שלימדו אותה לומר לא בעינא קיים העשה, לפי זה מאי פריך ולר"ע דאמר אין קידושין תופסין בחייבי לאוין מאי ביניהו אם דרשינן אשה שיש בה הוי' או אשה הראוי' לקיימה, הא טובא נ"מ אם בא עלי' קודם שלימדו אותה לומר לא בעינא, דלמאן דס"ל ראוי' לקיימה עבר על ל"ת, ולמאן דאמר אשה שיש בה הוי' הא יש בה שהרי העשה דוחה את הלאו, אכן אם נימא דלר"ע דלדידי' אין חומר האיסור גורם את דין הממזרות וביטול הקידושין, אלא מה שעשה הכתוב אותה לשני מינים היכא שאמרה התורה שאין תפיסת קידושין, א"כ אף לדין הוי' ג"כ עלינו להתבונן את אשר יהי' אחר כן, שאם הי' העשה דוחה את הל"ת ומסלקה לגמרי אז היינו יכולים לומר שמטעם העשה נעשתה כבר למין אחד, אבל הא אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה, וא"כ עלינו ללמדה ולכופה שתאמר לא בעינא, וא"כ לא נעשתה מין אחר, וא"כ אף קודם שאמרה לא בעינא אין תופס קידושין, דנהי דהעשה תוכל לדחות את איסור הלאו אבל אין העשה עושה אותה למין אחד כיון שעומדת עוד לאיסור הלאו, משו"ה פריך לר"ע מאי ביניהו דאין תפיסת קידושין אף היכא דעשה דוחה ל"ת.

לפי זה שפיר מיושב קושית התוס' אמאי פשיטא לן דלר"ע חייבי לאוין לאו בני חליצה ויבום ניהו דילמא אתי עשה ודחי ל"ת, אכן לפי דברינן לא קשה, דהרי זהו דין בהלכות יבום: דדוקא אשה הראוי' לתפיסת קידושין יש בה דין יבום. ואשה שאין בה תפיסת קידושין אין בה דין יבום, אלא דלרבנן אילו הי' עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת הי' בה תפיסת קידושין, דלרבנן חומר האיסור מונע מתפיסת קידושין, וכיון דבעת יבום דחתה העשה את האיסור עתה תפיס בה קידושין אף שאח"כ תהי' אסורה, אבל לר"ע אף אם עשה דוחה ל"ת כיון דבביאה שני' תתסר לא נעשה מין אחד, משו"ה לר"ע אין בה ולקחה אף אם עשה דוחה ל"ת, אבל היכא דאין בה ולקחה אין בה מצות יבום ולא נפלה עלי' זיקה כלל.

סימן ב בדין צרת ערוה כתב הרמב"ם בפ"ו מהלכות יבום הלכה י"ד ז"ל, מי שמת אחיו והניח שתי נשים האחת אסורה עליו משום ערוה והשני' אינה ערוה, כשם שהערוה פטורה מן החליצה ומן היבום כך צרתה פטורה ולא נפלה לו זיקה כלל על בית זה, שנאמר אשר לא יבנה בית אחיו, בית שיש לו לוקחין באיזה שירצה הוא שיש לו עליו זיקה ובית שמקצתו אין יכול לבנותו שהרי אין לו בה לקוחין אינו בונה אפילו מקצתו שהוא מותר ונמצא צרת הערוה עליו משום אשת אחיו שהרי אין לו עלי' זיקה עכ"ד הרמב"ם.

והדברים תמוהים דהרי צרת ערוה ילפינן דפטורה מן החליצה ומן היבום מקרא דלצרו, והרמב"ם כתב לימוד אחר, וכל הסוגיא משמע דלימוד לפטור צרה ילפינן מלצרו. (א) והנראה לי, דהנה בסימן הקודם ביארנו שיטת הרמב"ם דלפטור ערוה מן החליצה זה ילפינן רק מקרא דולקחה, דבלא קרא דולקחה אף שהיינו יודעים דפטורה מן היבום מטעם דאין עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת, או מקרא דעלי, הוי ידעינן רק דאי אפשר לה לייבם מטעם שהאיסור אין מניח והוי כאיסור דבר אחר גורם.

וכדברי התוס' דפומיהו הוא כאיב להו, אבל עתה דידיעין קרא דולקחה הוי דין דמצות יבום, דבאשה שאין בה לקוחין אין בה כל דינים של פרשת יבום וכיון דהערוה נשארה באיסור כרת א"כ לא תפיס בה קידושין, ידעינן עתה מקרא דולקחה דערוה הוצאת מפרשת יבום. והנה יש להתבונן האי קרא דולקחה, אי הפירוש דביבמה שיש בה עתה קידושין יש בה מצות יבום, או דהפירוש אשה כזו שבעלמא בלא דיני יבום הי' בה לקוחין באשה כזו יש בה מצות יבום, וערוה בעלמא אילו הי' עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת הי' בה קידושין.

והנה השער המלך מסתפק באלמנה לכהן גדול, אם בא עלי' כהן גדול לשם קידושין אי קני לה, מי נימא כיון דאסורה להתיבם ממילא נשארה באיסור אשת אח והוי עליו חייבי כריתות, או דילמא כיון דרמי אותה רחמנא לחליצה כבר אזל ממנה איסור אשת אח ותפסי בה קידושין, לפי זה אם נימא דאלמנה לכהן גדול אין קידושין מטעם דהיא באיסור אשת אח א"כ אלמנה לכהן גדול אין בה קידושין ואין בה ולקחה ואמאי אלמנה לכהן גדול יש בה חליצה הא אינו בולקחה, ע"כ צריך לומר דהפירוש של ולקחה הוא באשה שאלולי איסור אשת אח יש בה קידושין ודין ולקחה, אבל מה שאשת אח של נפילה זו מונעה מדין ולקחה מפני זה לא ממעטין אותה מדין זיקה לחליצה, כיון דאשת אח מפיל לדיני יבום, ורק אם איסור אחר מונעה מדין ולקחה באשה כזו אין בה זיקה כלל.

לפי זה תקשה כיון דצרה אין לה איסור אחר אלא אשת אח מנפילה זו, נהי דילפינן מלצרו דלא תתיבם, אבל מנא לן שלא תזקק לחליצה, נימא דע"ז קאי ביבתו שאעפ"י שאינה מתיבמת עולה לחליצה, כמו אלמנה לכהן גדול, כיון דאיסורא דצרה לא נאמר בפרשת יבום והוי רק כדבר אחר גרם לה, ובלא איסורא דאשת אח היתה עולה לקידושין שהרי שלא במקום מצוה אין איסור צרת ערוה כלל.

אכן אם נימא דלאלמנה לכהן גדול תפסי בה קידושין, דאיסור אשת אח כיון דרמיא לחליצה נפקע ממנה איסור אשת אח, א"כ יש לפרש דהפירוש דולקחה הוי עתה באשה שעתי' יש בה ולקחה או מדין יבום או מדין קידושין, באשה כזו יש בה מצות יבום, ואלמנה לכהן גדול אף שיבום אין בה יש בה קידושין, משו"ה עולה לחליצה, אבל צרת ערוה כיון שנכתבה בפרשת עריות ונאמר בה כרת א"כ אין בה קידושין, ממילא אין עולה לחליצה.

(ב) אמנם לכאורה יש להקשות, כיון דליבמה אין לה קידושין אפילו מיבמה דהרי מאמר אין קונה מדאורייתא אף ליבם, ורק יבום יש בה, וכמו שכתבו בתוס' בדף מ"ט דיבמה אין תופס קידושין לא לדידי' ולא לאחריני', רק יבום יש בה, א"כ מהיכי תיתי יתפוס

קידושין לכה"ג באלמנה, וכי משום שאסירא עליו יתפוס בה קידושין, וכיון דיבום אין בה מהיכי תיתי יה' בה קידושיו, וא"כ אף אם נימא דכיון דרבי בה רחמנא חליצה מקרא דיבמתו אין בה כרת דאשת אח, אעפ"כ קידושין לא יתפוס, מטעם כל דיני יבמה, דאין בה קידושין ליבמה.

אכן אפשר לומר דהנה לכאורה קשה מאי טעמא לא תפיס קידושין ליבם ביבמתו, וכי גרע מאינש דעלמא דלשמואל תופס קידושין, והיבם אין יכול לקדש את יבמתו דהרי לב"ה מאמר אין קונה אלא מדרבנן, ואף לב"ש דסבירא להו מאמר קונה אעפ"כ לאו מדין קידושין שהרי אין חייבין עלי' סקילה, הרי דלאו מדין קידושין, ואמאי אין יכול לקדש אותה, לא מיבעאי אם נימא דאיסור אשת אח פקע תיכף משעת מיתת האח דיקשה אמאי לא יועיל קידושין, אלא אף אם נימא דאיסור כרת נפקע בשעת יבום, ג"כ יקשה, דאימתי אמרה תורה דאין תופס קידושין באיסור ערוה היכא שאין לה אופן לביאה, אבל בכהאי גוונא דביאה מותר, ובפרט לרבנן דאף שאין מיכוון למצוה הוי דין יבמה יבא עלי', א"כ מנא לן דבכה"ג לא יתפוס קידושין.

וצריך לומר דכיון דאמרה תורה שהיא יבמתו והיא שלו ליבם, אי אפשר לו לשנות ולעשות אותה לאשה שלו, כיון שהיא כבר זקוקה לו ליבום, וכן משמע בתוס' דף ו' ד"ה ר"ג, ז"ל, אבל הכא שהיא זקוקה לו אין לו לתפוס אלא מדרבנן עכ"ל. ובזה יש לתרץ קושית התוס' בקידושין דף ד' ע"ב, דאיתא התם ובעלה מלמד שנקנית בביאה, והלא דין הוא מה יבמה שאין נקנית בכסף נקנית בביאה זו שנקנית בכסף אינו דין שנקנית בביאה כו' ת"ל ובעלה, ולמה לי קרא הא אתיא לה, אמר רב אשי משום דאיכא למימר מעיקרא דדינא פירכא מהיכא קא מייתית לה מיבמה מה ליבמה שכן זקוקה ועומדת כו', והקשה בתוס', והלא אין מועיל לה זקיקתה לענין כסף וא"כ כל זה אכניס בק"ו ונימא הכי ומה יבמה אעפ"י שהיא זקוקה ועומדת אין נקנית בכסף ונקנית בביאה אשה שאינה זקוקה ונקנית בכסף אינו דין שתקנה בביאה, אכן לדברינו ניחא דמאי דמשני מה ליבמה שכן זקוקה ועומדת יש בזה סתירת כל הק"ו, דאדרבה משו"ה לא קני ביבמה כסף משום דלא שייך בה קידושין כיון שהיא כבר זקוקה לביאת יבום, והא דמועיל בה ביאה לא מטעם קידושין, כיון שהיא זקוקה לו לא שייך קידושין, ורק מדין יבום הוא מועיל שתהא כאשתו, וא"כ לא שייך ק"ו ללמוד שיועיל באשה ביאה.

לפי זה אפשר לומר דאף שאין תופס קידושין ליבם ביבמתו, היינו דוקא ביבמה שהיא זקוקה ליבום, אבל באלמנה לכהן גדול כיון דאין זקוקה ליבומי אם נימא דכיון דרמיא לחליצה אין עלי' איסור אשת אח: תפסי בה קידושין, וא"כ אפשר לפרש דהאי דין דולקחה הוא באשה זו שיהי' אפשר ליבמה להיות בה לקוחין, אכן יקשה לאבא שאול דלדידי' לא פקע איסור אשת אח מיבמה ורק מצות יבום מתיר, א"כ הרי אלמנה לכהן גדול דאין בה יבום בודאי דלא יתפוס קידושין, וא"כ איך יש בה ולקחה ע"כ דולקחה הפירוש שיהי' בה קידושין בלא דין דאשת אח מנפילה זו.

ג) ועוד נראה לי דאף באלמנה לכהן גדול לא יתפוס קידושין ליבמה בה אף שאינה זקוקה לו ליבום, וכן משמע ברמב"ם שכתב בפ"ו מיבום וחליצה הי"א דאלמנה לכהן גדול שבא עלי' לא קנה אותה קנין גמור, ואם הי' מועיל קידושין הי' קונה אותה קנין

גמור היכאדמכוון לקנות אותה בביאה, דהנה איתא בירושלמי פ"א ה"א, ר' יודן בעי כמאן דאמר הכל מודין בצרה שהוא חייב, קידש אחד מן השוק את אחת מהן ובא היבם כו' חלץ לחבירתה ובא עלי', למפריעה חלו עלי' קידושין, אמר ר' שמי לא כן אמר ר' ינאי נמנו שלשים וכמה זקנים מנין שאין קידושין תופסין ביבמה תלמוד לומר לא תהי' אשת המת החוצה לאיש זר שלא יהא לה הוי' אצל אחר ע"כ.

ודברי הירושלמי לכאורה תמוהים, דאם לא ידע ר' יודן קרא דלא תהי' דלא תפיס הוי', מאין הי' סבר דאין תופס קידושין ביבמה, ע"כ דידע קרא, ורק שהי' סבר דקרא דוקא קודם שחלץ היבם לשני' אבל כשחלץ היבם לשני' ובירר שלא חלה הזקוקה על הצרה, למפרע חלו הקידושין, וא"כ מאי מייתו מקרא, אכן יש לומר דמעיקרא הי' סבר, כמו דהאיסור שלא תנשא הוא מטעם זיקת היבם כן מה דלא חלו הקידושין הוא משום זיקת היבם, וא"כ כשבירר היבם בחליצתו לשני' שאין זיקת היבם על זו, חלו הקידושין, וע"ז מוכיח דכיון דילפינן מקרא דלא תהי' אשת המת ולא כתיב, לא תהי' היבמה, א"כ גלי קרא דבאשת המת אין בה הוי', א"כ מה דלא חלו הקידושין אין הטעם משום האיסור ומשום זיקת היבם אלא גזירת הכתוב הוא שבאשת המת לא יהי' בה קידושין כל זמן שזקוקה ליבום או לחליצה, לא ליבם ולא לאחר, אבל מה שאסורה לעלמא ילפינן מהחוצה לאיש זר יבמה יבא עלי', וכדפירש בתוס' בדף מ"ט דילפינן מהאי קרא בין ללאו בין לקידושין, וילפינן מקרא דלא תהי' דאין בה הוי', ושם הא כתיב אשת המת, א"כ מהאי קרא ילפינן דאין ביבמה כלל הוי', א"כ אף ליבם אין בה הוי', דאין הפירוש בהפסוק שאין תופס קידושין בה מטעם איסור, אלא גזירת הכתוב הוא דבכה"ג אין באשת המת הוי' לא לדידי' ולא לעלמא, ולפי זה באלמנה לכהן גדול ג"כ אין תופס קידושין, ודין דולקחה שתהא כאשתו מדין יבום בודאי דלא הוי דהא גלי קרא דיבמתו דעולה לחליצה ולא ליבום, ומה דמשמע מהרמב"ם דקצת קונה הוא מדין מאמר.

ולפי זה ע"כ הא דאלמנה לכהן גדול עולה לחליצה ולא ממעטין אותה מדין ולקחה, ע"כ דהלימוד הוא בעלמא, היינו אשה שבעלמא בלא דין יבום יש בה הוי', באשה כזו יש בה זיקת יבום או חליצה, וא"כ צרת ערוה דבעלמא אין עלי' איסור כלל ואיסורא רק מנפילה זו, היא בכלל דיש לן שעולה לחליצה ואין עולה ליבום, וא"כ מנא לן דצרה אין עולה לחליצה.

ד) אכן לכאורה באמת קשה מאי שכתב הרמב"ם דאיסורא דצרה הוא משום אשת אח, וכן משמע בירושלמי פ"א הלכה ה', דכיון דאי אפשר לצרה בלא אשת אח, איסורא משום אשת אח ולא מטעם צרת ערוה, ואם יתרו בו מטעם צרת ערוה לא ילקה ולכאורה קשה הא כתיב קרא דלא יקח את אחות אשתו, ולא צרתה מקרא דלצרור.

והנה לקמן בדף מ"ד איתא, וניבם לתרויהו כו' וניבם לחדא ונחלוץ לחדא, אמר קרא אם לא יחפוץ הא חפץ ייבם כל העולה ליבום עולה לחליצה, ושאינו עולה ליבום אין עולה לחליצה, ועוד שלא יאמרו בית מקצתו בנוי ומקצתו חלוץ, ויאמרו, אי דמייבם והדר חליץ הכי נמי, אלא דילמא חליץ והדר מייבם וקם לי' בלא יבנה, ואימא כי איכא חדא תתקיים מצות יבום כי איכא תרתיה לא תתקיים מצות יבום, א"כ צרת ערוה דאסר רחמנא למה לי, השתא יו אמרת לאו בני חליצה ויבום נינהו צרת ערוה מיבעאי, אלמה

לא, איצטריך, סד"א ערוה אבראי קיימא ותתיבם צרתה קמ"ל דאסירא, אלא יבמתו יבמתו ריבה, והנה בתוס' דחו גרסא זו דשלח יאמרו, דאי מדאורייתא מייבם לחדא וחליץ לחדא משום גזירה לא יניח.

ונראה לי דהרמב"ם גריס לה להאי גרסא, אלא דהרמב"ם מפרש, דבתחלה הי' סבר זאת לטעמא, דמשו"ה אין מיבם לחדא וחליץ לחדא, ואח"כ אלא אי חליץ והדר מיבם, (ותיבת ודילמא לא הי' כתיב בהגירסא והיא הגהה והרמב"ם לא גריס תיבת ודילמא), אלא אי חליץ והדר מייבם קם בלא יבנה שאין בית מקצתו בנוי ומקצתו חלוץ פירוש דקושית הגמ' דלחלוץ לחדא ולייבם לחדא, והרמב"ם לא סבירא לי' דמשו"ה לא יוכל לייבם להשני' משום שאינו חולץ וכל שאינו חולץ אין עולה ליבום, דבשלמא כל שאינו עולה ליבום אין ועולה לחליצה ילפינן מקרא דאם לא יחפוץ הא חפץ מייבם, אבל כל שאין עולה לחליצה אין עולה ליבום מנא לן, נהי דלמסקנא יהי' הדין כן דכל שנאמר בפרשת יבום כללא הוא דבעינן דוקא יבמה כזו שיש בה דינים הכתובים בפרשת יבום, אבל בתחלה שהי' סבור שכן הוא הדין שיחלוץ לחדא ולא לשתיים מקרא דבית אחד הוא חולץ, וייבם לחדא לא שייך למיפרך, שכל שאין עולה ליבום אין עולה לחליצה, משו"ה איצטריך קרא דלא יבנה בית אחיו, דאילו ללמוד דכיון שלא בנה שוב לא יבנה לא הי' לכתוב אלא אשת אחיו, ומדכתיב בית אשמעינן שאין בית מקצתו בנוי ומקצתו חלוץ, היינו כיון שכבר חלץ אין יכול לבנות את בית אחיו אז גם השני' אין יכול לבנות, ופריך, ואמאי, היכא דאיכא שני יבמות שאין יכול לקיים בשניהן יבום לא לתיבמו כלל, ופריך צרת ערוה היכא משכחת לה, ומשני דהו' אמינא דערוה אבראי קיימא ולא נפלה ליבום אשמעינן קרא דלצרור דהערוה נעשות צרה ומקריא בת יבום, רק שהאיסור מונעה.

וא"כ לפי זה עיקר קרא דלצרור אשמעינן דהערוה נעשית צרה, וממילא ילפינן מקרא דלא יבנה שכיון שאין יכול לבנות אחת מטעם שאין בה לקוחין שוב לא יכול לבנות, אבל עכ"פ דילמא שני יבמות שנפלו לא תתקיים כלל מצות יבום, ומשני יבמתו יבמתו ריבה, היכא שיש שני יבמות, אבל הריבוי הוא דוקא היכא ששניהם בני יבום ויכול לבנות זו או זו והם שתי יבמות, אבל היכא דאחת איננה יבמתו, שהרי אותה לא יכול לבנות מטעם שאין בה ולקחה, שפיר ילפינן מקרא דלבנות דלא יבנה בית אחיו דכיון שאין יכול אחת לבנותה שוב גם המותרת לא יוכל לבנות, דהרי היא כמו שנחלצה כבר, וקרא דלצרור בעינן רק לידע שהערוה נעשית צרה ולא קיימא אבראי.

וא"כ הרי מיושב דברי הרמב"ם והירושלמי, דהאיסור של צרת ערוה רק משום אשת אח, שהרי קרא דלצרור עיקר קאי על הערוה בעצמה לאשמעינן דהיא נעשית צרה לצרתה היינו דלא נימא אבראי קיימא, ולימוד דהצרה אין עולה לא לחליצה ולא ליבום ואין עלי' זיקה ילפינן מקרא דלא יבנה, שבית שמקצתו אין יכול לבנות גם השני' לא ובנה, ודברי הרמב"ם הם גמ' מפורשת.

סימן ג ביאור שיטת התוס' ושיטת הרמב"ם בהטלת צמר לפשתים ופשתים לצמר בציצית דף ד': כתב רחמנא צמר ופשתים דאפילו צמר לפשתים ופשתים לצמר, כתב בתוס' ד"ה דאפילו, ז"ל, נראה דאפילו שני חוטין לבן של צמר שרי בפשתים אע"ג דאפשר במינו, כדקאמר התם מגו דתכלת פטרה לבן נמי פוטר, ולבן של פשתים נמי

פותר הצמר על ידי מגו, דמגו דלבן של צמר פותר בפשתים לבן של פשתים נמי פותר בצמר כו'.

אכן הרמב"ם כתב בפ"ג מהלכות ציצית הלכה ו' ז"ל: ומה הוא לעשות חוטי צמר בכסות של פשתן או חוטי פשתן בכסות של צמר אעפ"י שהוא לבן לבדו בלא תכלת, בדין הוא שיהא מותר שהשעטנז מותר לענין ציצית שהרי התכלת צמר הוא ומטילין אותה לפשתן, ומפני מה אין עושין כן מפני שאפשר לעשות הלבן שלה ממינה דכל מקום שאתה מוצא עשה ול"ת אם אתה יכול לקיים שניהם מוטב ואם לאו יבא עשה וידחה ל"ת וכאן אפשר לקיים שתיהן עכ"ד הרמב"ם.

וכתב הכ"מ דמוכח מדברי הרמב"ם דחוטי לבן של פשתים בשל צמר אעפ"י שמטיל בו תכלת נראה דכיון דלא הוצרך לדחות לאו דכלאים מפני התכלת גם מפני הלבן לא ידחה שהרי אפשר לקיים שניהם ושלא כדעת ר"ת, דאי הוי ס"ל לרבינו הכי לא הוי שתיק מיני' עכ"ד הכ"מ. ולכאורה תמוהים דברי הרמב"ם דהרי הכא בגמ' קאמר דאפילו פשתים לצמר, ואטו סוגיא זו פליגי על ר"ל דס"ל דכל שאפשר לקיים שניהם צריך לקיים שניהם, והרי לקמן ביבמות רצה לומר דחייבי לאוין לא יעלו ליבום מפני זה, ודחי רק משום דחליצה במקום יבום לאו מצוה הוא, אבל הכא הא בודאי אפשר במינן, וע"כ דסבר בגמ' דמגו דתכלת פטרה בשל פשתים של פשתים פטרה צמר, וכדברי התוס', וא"כ תקשה אמאי לא הביא הרמב"ם להאי דינא.

אכן באמת דברי התוס' קשה מאד, דמאי סברא היא זו דכיון דתכלת פטרה בשל פשתים של פשתים נמי פותר בשל צמר, מאי סברא היא זו, של תכלת בשל צמר אי אפשר בענין אחר דתכלת הא עמרא, ולא אפשר במינן, משו"ה שרי, אבל של פשתים בשל צמר דאפשר במינן אמאי יהי' מותר, ומאי מגו שייך כאן, והא דקאמר בגמ' מנחות שהביאו התוס' דאמרינן מגו דתכלת פטרה לבן נמי פותר התם כונת הגמ' דכיון דהתכלת הוא של צמר ושרי להניח ב' חוטי התכלת בבגד של פשתים אף דהוי שעטנז, הכונה כיון שכבר יש שעטנז בציצית ב' חוטי התכלת מה לי ב' חוטיין מה לי ארבע חוטיין, שבשביל שהוסיף ב' חוטיין לא נתגדל האיסור של כלאים, שהלאו אחד הוא אם לבש בגד פשתים שיש בו שני חוטים של צמר או ארבע חוטיין של צמר, וא"כ כיון דשני חוטיין של תכלת מותר להניח, מותר ג"כ ב' חוטיין של לבן, אבל בשל פשתים בשל צמר דלא נדחה כלל הלאו איך יהי' מותר מטעם דתכלת של צמר פותר בשל פשתים, מאי מגו שייך כאן, ועכצ"ל דפירוש הגמ' של פשתים לצמר הוא כדברי הרשב"א דמפרש דמיירי היכא שאין לי חוטים של צמר, וכיון דאין לו גם זה מקרי אי אפשר לקיים שניהם, ובכה"ג הכא דאין לו חוטים של צמר שרי להטיל ציצית של פשתן בבגדי צמר דעשה דוחה ל"ת, אלא דיקשה על הרמב"ם שזה הי' לו להביא דאם אין לו חוטים של צמר מותר לעשות חוטיין פשתים בשל צמר, אחרי דבגמ' איתא מדוע השמיט הרמב"ם.

(א) והנה במנחות בדף מ' איתא, ומי אמרינן תעשה ולא מן העשוי והאמר ר' זירא הטיל למוטלת כשרה, אמר רבא השתא בבל תוסיף קאי מעשה לא הוה (פרש"י ותוס' דכיון דעבר על דברי תורה לא הוי מעשה משו"ה בעת קציצת הראשונות זוהי עשיתן), מתקיף לה רב פפא ממאי דגברא לאסופי קא מכוון דילמא לבטול קא מכוון, ובל תוסיף ליכא

מעשה איכא (ופרש"י והדר קושיא לדוכתה), והנה הרמב"ם בפ"א מה' ציצית הט"ו כתב ז"ל, הטיל ציצית על ציצית אם נתכון לבטל את הראשונות מתיר הראשונה או חותכה וכשרה, ואם נתכון להוסיף אעפ"י שחתך אחת משתייהן הרי זו פסולה שהרי כשהוסיף פסל את הכל וכשהתיר או חתך התוספת נמצא השאר נעשה מן העשוי שעשייתו הראשונה פסולה, והראב"ד כתב ז"ל, עיינתי בדבריו ולא מצאתי בגמ' כן, שהרי אמרו הטיל למוטלת כשירה, ופירש רבא הטעם בבל תוסיף קאי מעשה לא הוי, הלכך אפי' חתך את הראשונות והניח השני' עשה קרינן בה, ורב פפא שהקשה עליו ממאי דהאי גברא לאסופי אתי דילמא לבטול אתי ובל תוסיף ליכא מעשה איכא, לאו למימרא דאי לאסופי אתי הוי מיפסלא חדא מיניהו, אלא למיפטר גברא מבל תוסיף היכא דאתא לבטולי קמייתא, והטיל למוטלת כשירה סתמא הוא דאתמר, והא דמסיק בסנהדרין בענין זקן ממרא דאי איכא ארבעה חוטין ואייתי חמשה אי קשר עליון דאורייתא גרוע ועומד הוא אלמא משום תוספת מפסלא מצוה, התם משום חציצה הוא כו' שהרי למאן דאמר קשר עליון לאו דאורייתא אמרינן האי לחודי' קאי והאי לחודי' קאי וליכא גרוע, הכא נמי אם הי' שם קשורה כתקנה והטיל בה אחרת וקשרה, כמו כן האי לחודי' קאי והאי לחודי' קיימא וכשירה בין שנתכוון להוסיף בין שנתכון לבטל וכן עיקר דהאי לחודי' קיימי והאי לחודי' עכ"ד הראב"ד.

והנראה לי לבאר דברי הרמב"ם, דהנה קי"ל בשבת דקשר שאינו של קיימא יש שמותר לכתחלה, ואף שנעשה הקשר בהידוק כיון דעומד להתיר מותרלכתחילה, ויש לעיין מאיזה טעם הוא, אם הוא דין בשבת דבעי דוקא מלאכה העומדת להתקיים, או דכלל הוא בקשר דכל קשר שעומד להתיר לאו קשר, ואף לענין שאיני של שבת יהי' הדין שכל העומד לסתור לאו קשר הוא, וגם הא דעניבה לאו קשר הוא ג"כ יש להסתפק אי מטעם דזה הוא דין בשבת כיון שאפשר להתיר לאו קשר הוא לענין דבעינן מלאכה המתקיימת, או מטעם דזה לא מקרי קשר.

והנה אם נימא דטעם שקשר העומד לסתור מותר לכתחלה משום דגבי שבת בעינן מלאכה המתקיימת, א"כ היה צריך להיות זה הדין גם בשארי מלאכות, וא"כ תקשה רב דאמר השוחט בשבת חייב משום צובע וקאמר בגמ' שבת דף ע"ה הטעם משום דניחא ליה דליתווס בית השחיטה דמא כי היכא דניתו אינשו ולזבנו מיני', והא בודאי תיכף לאחר קנית הבשר הלא ירחצו את הדם, וא"כ הא הוי מלאכה שאינה מתקיימת, ע"כ דטעם הוא דקשר מקרי אם שני בגדים או חוטים או קצות החוטים נקשרים להיות גוף אחד, וכיון דעומד להפרד לאו קשר הוא, וא"כ אין זה הדין משום שבת אלא דהאי דינא הוא משום דכל שעומד להפרד לאו קשר הוא.

ואפשר לומר דזהו הטעם דאיתא בעירובין דף צ"ז דר' יהודא סבירא לי' המוצא תפילין בשבת מכניסן זוג זוג ר"י אוסר בחדשות כו' חדשות כל שיש בהן רצועות ואינן מקושרות, ופריך ולענבינהו מעינב, אמר רב חסדא זאת אומרת עניבה פסולה בתפילין, אביי אמר ר' יהודה לטעמי' דאמר עניבה קשירה מעליתא היא, והקשה בתוס' אטו לא ידע רב חסדא דר"י סבירא לי' עניבה קשירה מעליתא היא, וי"ל דניחא לי' לאוקמא מתניתין דאוסרת בחדשות כרבנן דר"י דאמרי עניבה לאו קשירה היא עכ"ד התוס',

ולכאורה תקשה מאיזה טעם יהי עניבה פסולה בתפילין, אכן אם נאמר דכל מה שאמרו חכמים שמותר בשבת הטעם משום דלאו קשר הוא, א"כ בתפילין דאמרינן הלכה למשה מסיני קשר של תפילין, א"כ בעי דוקא קשר, וכיון דעניבה לאו קשר הוא לרבנן משו"ה פסולה גם בתפילין אף אם יענוב כעין קשר.

ובזה יש לתרץ מאי דקשה דאמאי אסרינן בחדשות משום הקשר, יעשה הקשר באופן שיעמוד אח"כ לסתור כמו שיניח רצועה לצאת יותר, דמפני זה למחר יחזור ויקשור בהידוק כמו כל הקשרים, ואמאי אסור בחדשות, הא בכה"ג לא יהי קשר של קיימא אכן לדברינו מיושב, שהרי אם יהי עומד לסתור גם דין של תפילין אינו יוצא דכל שעומד לסתור לאו קשר הוא והלכה למשה מסיני נאמר קשר, ואף אביי דתריץ דר"י לטעמי' דאמר עניבה קשירה מעליתא משמע דלרבנן מותר בחדשות ע"י עניבה, היינו משום דאיהו סבירא לי' דהאי דנאמר הלכה למשה מסיני קשר של תפילין, לא נאמר קשר של תפילין, אלא נאמר דלית של תפילין, היינו שיהי' מרצועות עשוי כעין דלית, ובשל יד כמו יוד, וא"כ אין כאן כלל דין דקשר, ומשו"ה לרבנן מועיל עניבה, וכדאמר אביי דלית של תפילין ויוד של תפילין הלכה למשה מסיני: ומה דמחק זאת תוס' שם בד"ה קשר, משום דקשה לתוס' מהאי דקאמר בגמ' שבת כ"ה, אלא הא דתני רב יוסף לא הוכשרו למלאכת שמים אלא עור בהמה טהורה מלמען תהי' תורת ה' בפוך, למאי הלכתא, וקאמר לשין, והאמר אביי שין של תפילין הלכה למשה מסיני, ומשני אלא לרצועותיהן, ולא פריך מדלית ויוד.

משמע דאין קדושה אלא בשין בלבד והיא דוקא הלכה, נראה לי כיון דילפינן האי דינא דבעי מן המותר בפוך מדכתיב למען תהי' תורת ה' בפוך, א"כ בעי דוקא שיהי' תורה, א"כ בשין של תפילין כיון דאמרינן בגיטין ד' כ' דיוצא עבד בכתב שעל גבי פנקס דחקיקת תוכות הוי כתב, א"כ השין נעשה תורה, אבל הדלית לא נעשה כלל תיבה דאין עבד יוצא בכתב שעל גבי כיפה, א"כ מה שקושרים הרצועה כעין דלית ויוד לא הוי כתיבה ולא נעשה תורה, א"כ אף שדלית ויוד הלכה למשה מסיני איך יהי' עשוי הקשר, לא נעשה בשביל זה תורה משו"ה כדמשני אלא לרצועותיהן, לא הוי מצי למיפרך והאמר אביו דלית של תפילין הלממ"ס, דאף אם הוא מסיני לא נעשה תורה כיון שאין זה כתיבה.

ואפשר דלרב חסדא פליגי ר"מ ורבנן בהאי דינא אי הלממ"ס נאמר קשר או דנאמר איך יהי' התבנית, דהנה ר"מ מתיר אף בחדשות, ופירשו בתוס' דר"מ יסבור שיעשה קשר שאינו מהודק ותקשה מ"ט דרב יהודה ורבנן, ואין לומר דפליגי בעניבה דלר"מ יעניב, דהרי בגמ' מיבעי לן מאי סבר ר"מ בעניבה, ואף דלר"מ קשר שיכול להתירו באחד מידיהו לאו קשר הוא ולרבנן הוי קשר אבל היכא דלא מיהדק שפיר שאינו מעשה אומן גם לרבנן לאו קשר הוא, וכן פסק הרמב"ם דאם אינו קשר של אומן אף שהוא לקיימא אין חייב מדאורייתא, והרמב"ם הא פסק כרבנן שהרי לא הזכיר דינא דר"מ, וא"כ כמו דלר"מ אף בחדשות שרי משום דיכול לעשות קשר שיכול להתיר באחד מידיהו, ה"נ לרבנן יוכל לעשות קשר שלא יהי' כמו מעשה אומן ויהי' אינו מהודק אלא צריך לומר דר"מ דמתיר בחדשות ס"ל דהלכה למשה מסיני נאמר רק על תבנית הקשר שיהי' כמו

דלית ויוד ובכך אף אם לא יהי' קשר ג"כ הוי תפילין, אכן רבנן סבירא להו דנאמר הלמ"מ קשר של תפילין, וא"כ בעי דיני קשר שיהי' של קיימא, דהאי דינא דקשר של קיימא איננו דין בשבת אלא בקשר, דקשר הוא ששני חוטים או בגדים נפרדים נעשים אחד, ואם עומד להסתר לאו אחר נינהו.

וכן יש לפרש מאי דאיתא בירושלמי פרק כלל גדול הלכה ב', מה בנין הי' במקדש שהיו נותנין קרשים על גבי אדנים ולא לשעה היתה א"ר יוסי מכאן שהיו חונים ונוסעים עפ"י הדבור כמו שהוא לעולם, והיינו דמלאכת בונה יש בה מה שמחבר גושים נפרדים להיות אחד כמו עייל שופתא בקופינא דמרא וכמו המגבן דמחייב לר"א משום בונה, וכן כתב הרמב"ם בפ"ו מהלכות שבת, ז"ל, וכן המגבן את הגבינה הרי זה תולדות בונה כו', אכן התוקע עץ בעץ בין שתקע במסמר בין שתקע בעץ עצמו עד שנתאחד הרי זה תולדות בונה עכ"ד הרמב"ם, הרי דיש מלאכת בונה מפני שנתאחד, ומשו"ה פריך דמה שנותנין קרשים על גבי אדנים כיון דלשעה הוא הרי לא נתאחד, משו"ה איצטריך לטעמא שהיו חונים ונוסעים עפ"י הדיבור, אבל צביעה אף לשעה הוי צביעה משו"ה סבירא לי' לרב דשוחט חייב משום צובע.

(ב) ולפי דברינו דהאי דינא דקשר שאינו של קיימא הוא דין בקשר בכל התורה, דכל שעומד לסתור לאו קשר הוא, יש ליישב מה דהוה קשה לי, דהנה התוס' במנחות דף ל"ה ד"ה משעת הנחה ועד קשירה כתבו, דרבינו אלי' הי' מדקדק שצריך אדם לקשר תפילין בכל יום, אכן ר"ת מדקדק דאין צריך לקשר בכל יום מדחשבינן בעירובין לקשר של קיימא, ואם הי' צריך להתיר ולקשור בכל יום א"כ לא הוי קשר של קיימא, ולכן מפרש ר"ת דהאי קשירה היינו הידוק כמו שליא קשורה בו, ולפירוש רבינו אלי' קשה דהוי לי' למימר משעת קשירה ועד שעת הנחה, ואח"כ כתבו בתוס' דמסתברא כדברי רבינו אלי' בשל יד דכתיב וקשרתם, והשתא קשירה דשמעתין קשירה ממש דבשל יד מתחיל לברך, חזורני לומר דתפילין של יד נמי לא בעי קשירה בכל יום דבפרק בתרא דמקואות קחשיב קשרים דאין צריכין שיבואו בהן המים תפילין של ראש בזמן שהוא חוצה ושל זרוע בזמן שאינה עולה ויורדת עכ"ד התוס', ולפי מסקנת התוס' הא דאמרינן משעת הנחה ועד קשירה הוא הידוק, וכן מאי דנאמר בקרא וקשרתם היינו הידוק (וכמו קשרם לגרגרתין) וכן עמא דבר דאף של יד אינם קושרים בכל יום מטעם ראיות של ר"ת, ולכאורה הדבר תמוה, דכיון דכתיב בקרא וקשרתם לאות על ידיך עלינו לומר דצריך קשירה ממש על היד, וכן מה שנאמר משעת הנחה ועד קשירה הוא קשירה ממש ומה שהקשה בתוס' מגמ' דעירובין לכאורה ערוב דברים יש כאן בגמ' עירובין קאי לענין קשר הדלית והיוד, זה הקשר שנאמר הלכה למשה מסיני, זהו קשר שאין צריך להתיר ולקשור בכל יום, אבל בכל יום כשמונח על היד נימא דבעי לקשור עוד על היד כדכתיב וקשרתם לאות על ידיך, ועל זה נאמר משעת הנחה ועד קשירה, שהרי כן הדין להניח על היד ולעשות קשר על היד באיזה מקום שיהיו התפילין קשורין להיד, ומאי דאיתא בעירובין דהוי קשר של קיימא זהו הקשר שהוא הלממ"ס, היינו הדלית והיוד המה נשארם תמיד, ותקשה מנא לן להוציא קרא דוקשרתם מפשוטו ולפרש שהיינו הידוק על היד.

אכן לדברינו דכל קשר שעומד להתירו לאו קשר הוא, א"כ אי אפשר כלל לפרש דכונת הכתוב וקשרתם לאות על ידיך שיקשור בכל יום על היד, דהרי קשר שעומד להתיר לאו קשר הוא, ובע"כ דהאי וקשרתם הכונה הידוק כמו קשרם על לוח לבך, או דהכונה דהקשר של התפילין יהי' על ידיך כמו וכתבתם על מזוזות, דאין הכונה שיכתוב על המזוזות, אלא שהכתיבה תהי' על המזוזה, כן פירוש דוקשרתם, שהקשר של תפילין יהי' על היד.

ויש עוד לומר דהאי דין דקשר העומד להתיר לאו קשר הוא לאו דוקא אם לכתחילה נעשה ע"מ להתיר, אלא אף אם לכתחילה נעשה ע"מ שלא להתיר ואח"כ נעשה מעשה שלפי מעשה של עכשיו עומד להתיר לאו קשר הוא. ג) והנה בזבחים י"ח איתא, אמר רבי ירמי' מדיפתי מרושלין שלא סילקן תנאי היא דתניא על ארבע כנפות כסותך ארבע ולא שלש, או אינו אומר אלא ארבע ולא חמש, כשהוא אומר אשר תכסה בה הרי בעלת חמש אמור כו' ומה ראית לרבות בעלת חמש ולהוציא בעלת שלש, מרבה אני בעלת חמש שיש בכלל חמש ארבע כו', ותניא אידך על ארבע כנפות כסותך ארבע ולא שלש ארבע ולא חמש, מאי לאו בהא קמיפלגי דמר סבר יתר כמאן דאיתי' דמי ומר סבר יתר כמאן דליתי' דמי, לא דכו"ע כמאן דאיתי' דמי, ושאני הכא דרבי רחמנא אשר תכסה בה ואידך כו' עכ"ד הגמ', והנה חזינן דפליגי חמש אי הוי כמאן דאיתי' וחמש לא הוי ארבע, או דנימא כמאן דליתי' היינו דחמש הוא ארבע, אלא שיש עוד, אבל מכלל ארבע לא יצאו, ותלי בזה דינא דמרושלין דנאמר בתורה מדה כמדתו, ואם נימא כמאן דליתי' דמי א"כ מרושלין כשרין דהרי המדה יש כמדתו אלא שיש עוד, אכן מאן דסבירא לי' כמאן דאיתי' דמי וחמש לא הוי ארבע א"כ יש יתר לא הוי כמדתו, אכן למסקנא מסיק כמאן דאיתי' וא"כ היתר פוסל דעושה כמו שאינו כמדתו ועושה חמש שאינו ארבע, והא דבעלת חמש חייב בציצית מריבויא דקרא.

מעשה יתפרשו דברי הגמ' במנחות כן, דבתחלה הקשה אמאי לר' זירא הטיל למוטלת כשירה (פירוש אם חתך הראשונות), הא בעת שעשה לא הי' הציצית בכשרות. וא"כ הוי תעשה ולא מן העשוי, ושני רבא השתא בל תוסיף קאי מעשה לא הוי, דרבא סובר דיתר כמאן דליתי' דמי, פירוש אף שאמרה התורה על ארבע כנפות כסותך א"כ ציצית בעי רק ארבע, אף אם עשה עוד ציצית לא נפסלו הראשונים, דארבע הוי בכלל שמונה, וכיון דעובר על בל תוסיף שהרי הראשונות לא נפסלו מעשה לא הוי בתמי' כיון שעובר על בל תוסיף הרי שניהם המה ציצית, והוי מעשה ולא שייך תעשה ולא מן העשוי, ועיין בכ"מ שגם הוא מפרש דהאי מעשה לא הוי הוא בלשון בתמי', אכן רב פפא פליג על רבא וסבירא לי' יתר כמאן דאיתי' דמי, א"כ אם כיון להוסיף הרי נעשו שמונה ציצית והתורה אמרה על ארבע כנפות כסותך, א"כ שמונה לאו ארבע נינהו, ונפסלו כל הציצית, ואז לא יועיל מה שיחתוך אח"כ דהרי הוי תעשה ולא מן העשוי, אכן כל זה אם הי' כונתו להוסיף ולעשות שמונה ציצית, אכן אם הי' כונתו לבטל את הראשונות הרי עתה עומדות הראשונות לסתור.

והנה מדאיצטריך למישרי כלאים בציצית, ע"כ דציצית בעי קשר, ופרש"י במנחות מ"א דהלכה למשה מסיני דבעי קשר בציצית, א"כ נאמר הלכה דבעי דוקא קשר, ואם עומד

לסתור לאו קשר הוא, ועתה כשעשה ציצית יתר והיתה כונתו לבטל את הראשונות הרי נעשה מעשה שקשר שלהם עומד להתיר ונבטלו הראשונות מדין ציצית, ומעשה השנים מעשה רבה נינהו א"כ נעשה הוי, ובל תוסיף ליכא שהרי הראשונות בטל קשר שלהם כיון שעומד להתיר, א"כ חותך הראשונות והשניים כשרים, וזהו דקאמר ממאי דגברא לאסופי קא מכוון ואז נפסלוכל הציצית דהרי יתר כמאן דאיתי דמי, דילמא לבטולי קמכוון ואז הראשונות נבטלו וחותכם והשניים כשרים, וא"כ הרמב"ם שפסק מרושלין פסולין הרי דסובר יתר כמאן דאיתי דמי, והוא מחייב בבגד של חמשה כנפות מקרא דאשר תכסה בה, וכמפורש ברמב"ם פ"ג מציצית הלכה ג' משו"ה פסק כרב פפא דאם נתכון להוסיף כולם פסולין ואם נתכוון לבטל חותך, מתיר הראשונה או חותכה, וכשר.

ומה שהקשה הראב"ד דא"כ אשכחן בציצית דאם הוסיף גורע היינו כשעשה עוד ציצית, פשוט דשם לא אמר אלא דבר שעקרו מדברי תורה ופירשו מדברי סופרים, אבל הכא למאן דסבירא לי' יתר כמאן דאיתי דמי הרי הוא מפורש בתורה ארבע כנפות, א"כ דוקא ארבע ציציות ולא חמשה ציצית, והא דבגמ' סנהדרין אמר אם האי לחודא קאי והאי לחודא קאי אינו גורע ולא נפסלו, שם קאי אם הוסיף חוט אחד בהציצית, דסבירא שם שיש מנין לחוטי הציצית שיהיו ארבעה כפולים לשנים, ואם הוסיף עוד חוט בהציצית פסל הציצית אם צריך קשר, ואם אין צריך קשר הרי לא שייך פסול בהציצית, ובהבגד הלא לא נאמר דין כמה חוטין יהיו בהבגד, דהאי דינא דחוטין נאמר בהציצית ואם קשר עליון לאו דאורייתא לחודי' קאי ולא פסלו הציצית, ועל הבגד לא נאמר דין כמה חוטין יהי' בהבגד, אכן הכא קאי לענין הציצית דנאמר בתורה דהבגד יהיו לו ארבע ציצית על ארבע כנפות, ואם עשה חמשה ציציות נפסלו כולם, ומאי מועיל האי לחודי' קאי, אבל הלא כולם בהבגד ובגד שעשה בו חמשה ציצית פסולים דאמר קרא כמו הכנפות ארבע כן הציצית, אכן בגמ' סנהדרין שם קאי לענין החוטין דזהו אינו כלל דין בהבגד.

ד) לפי זה מיושב שפיר מה שכתב הרמב"ם דאין עושים פשתים לצמר, ולא כתב דהיכא דאין לו שרי לעשות של פשתים בצמר, דהיכא דאין לו לא הוי אפשר לקיים שניהם דכיון דסובר הרמב"ם דציצית שעומדין לפסוק לאו ציצית נינהו מטעם דבטל הקשר שלהם, א"כ היכא דעשה של פשתים בצמר נהי שעתה מותר לו כיון דאין של צמר, אבל הא תיכף שיזדמן לו של צמר עליו החיוב לסתור של פשתים ולעשות של צמר, שהרי אפשר לקיום שניהם, וא"כ כמו בשבת אם קשר חבל של גרדי מותר מטעם דעומד להתיר כשיזדמן לו חבל אחר, א"כ ה"נ אף עתה לאו קשר הוא כיון דאח"כ יהי' מחויב להתיר, וציצית העומדים להתיר לאו ציצית המה, וא"כ הוי כלאים שלא במקום מצות ציצית וציצית אין כאן וכלאים יש כאן.

אלא דקשה על גמ' זו איך קאמר דעושין פשתים לצמר, אכן הנה הרמב"ם כתב בפ"א מהלכות ציצית הלכה א' ז"ל, ואין לחוטי ענף מנין מן התורה, וכבר תמה בכ"מ דהא אמרינן שיעורא אתא גדיל שנים גדילים ארבעה, משמע דמן התורה יש מנין לחוטי הענף, אכן הא כבר העיר בתוס' ריש פרק התכלת והרי חזינן שיש שעשו שמונה ורב ירמי' היה רמי תמניא, ועכצ"ל דבזה פליגי במנחות ל"ט רבה בר בר חנה, ורב, דמאן

דס"ל דבעינן גדיל לא סבירא לי' דגדילים למנינא, דהרי גדילים בעי לגופי' שהציצית יהיו גדולין, אכן רב דס"ל לא בעינן גדול לדידי' גדילים למנינא הוא, ואנן סבירא לן דבעינן גדול, א"כ מן התורה אין לנו ראי' למנין החוטין, והגמ' בסנהדרין הוא אליבא דרב דס"ל גדיל למנינא הוא.

והנה לדידן דס"ל דבעינן גדיל מן התורה, יתישב שפיר מאי דכתיב קרא ועשו ציצית על כנפי בגדיהם היינו מה שעושים את הציצית לגדיל על כנפות הבגד זהו עשייתם, וא"כ אין לנו ראי' מקרא דבעי לקשור על הכנף, וע"כ דהקשר הלכה למשה מסיני, אבל למאן דס"ל לא בעינן גדיל, וגדילים למנינא הוא, תקשי מאי ועשו הוא בציצית על הכנף, ואין לומר דהתלי' בעצמה הוי עשי' דכבר איתא בגמ' סוכה י"א דתלי' לאו עשי' היא (והטעם משום דהרי איננו אחוז כלל), וע"כ דיפרש קרא דועשו שיקשר את הגדילים על הכנף, וא"כ לדידי' לא נאמר הלכה למ"מ דבעי קשר רק מקרא דועשו ילפינן זאת.

לפי זה סוגיא דיבמות דאמר דגדילים למנינא א"כ לא בעי גדיל, וקשר ילפינן מן ועשו, א"כ אף אם עומד לסתור יש כאן ועשו, וא"כ אם אין לו עתה ציצית של צמר ויש לו פשתים יעשה אותם, דעתה קיים ועשו ואח"כ כשיהי' לו של צמר יתירם, אכן הרמב"ם דפסק אין למנין החוטין קרא דס"ל דבעינן גדיל, א"כ ועשו קאי על עשית הגדיל, וקשר דבעי ע"כ הוי הלממ"ס, והיכא דנאמר בלשון קשר אם עומד לסתור לאו קשר הוא, א"כ אף אם אין לו עתה של צמר לא יוכל לעשות של פשתים בצמר דכיון דעומד להתיר לאו קשר הוא.

סימן ד בדין שוע טוי ונוז בכלאים דף ה'. ז"ל הגמ', ואכתי מיבעי לי' לתוכף שתי תכיפות חבור ותכיפה אחת אינו חבור, א"כ לכתוב רחמנא לא תלבש צמר ופשתים יחדיו, שעטנז למה לי, לאפנוי, ואכתי מיבעי לי' עד שיהא שוע טוי ונוז, אלא כולה משעטנז נפקא ע"כ וכתב בתוס' ז"ל, אין לפרש כמו שפירש ריב"ן, שוע טוי יחד צמר ופשתים, דא"כ כלאים בציצית היכי משכחת לה שהרי צריך שיהיו ב' חוטין של תכלת צמר לבדו בלא פשתן, אלא שוע כל אחד לבדו, ונוז נמי אומר ר"ת דאין לפרש דהיינו אריג כדפירש בקונטרס, דמאי שנא שוע וטוי דהוי כל אחד לבדו ונוז קאי אצמר ופשתים יחדיו, ועוד דבנדה פרק האשה (דף ס"א) גבי האי מאן דרמי חוטא דכיתנא בגלימא דעמרא כו' ופריך ואימא או שוע או טוי או נוז, ולפירוש הקונטרס בלא נוז אי אפשר שיהא כלאים, ואין לומר דהכי פריך או שוע או נוז או טוי ונוז או נוז לחודי', דא"כ דבנוז לחודי' סגי, שוע וטוי דכתב רחמנא למה לי, אלא נראה לר"ת דנוז היינו שזור ונוז נמי כל אחד לבדו, ועל שעטנז של צמר לבד ושל פשתים לבד הזהיר הכתוב שלא יעשה מהם בגד ביחד ומיחדיו נפקא עכ"ד התוס'.

והנה הרמב"ם כתב בפ"י מהלכות כלאים הלכה ו' ז"ל, צמר רחלים וצמר גמלים שטרפן זה בזה וטוה מהן טוי כו' ואם הי' הרוב מן הגמלים מותר לערבם עם הפשתן מפני שצורת הכל צורת צמר גמלים ואין חוששין לנימות של צמר המעורבת בהן, מפני שאינן חוטי צמר, לפיכך עורות הכבשים שעושין מהן בגדים אעפ"י שתופרין אותן בפשתן מותרין ואין חוששין לנימות של צמר אעפ"י שנכרכו בכל חוטי הפשתן שתפרו בו שהרי בטלו במיעוטן.

וכתב ע"ז הראב"ד ז"ל, הי' לו לומר שאינו טוי, ואם יאמר אעפ"י שאינו טוי אסור מדרבנן כמו הלבדים, א"כ גם זה יהא אסור מפני שהוא נוז בקשרים, ואם מפני שבטלו במיעוטן שיבוש הוא וכי צמר בפשתים בטל ברוב, אלא מפני שאין בו איסור תורה אין חוששין לספק עכ"ד הראב"ד. ובכלל דעת הרמב"ם בדין שוע טוי ונוז אם בעינן דוקא כולם ביחד, או דהדין הוא או שוע או טוי או נוז, לכאורה תמוה, שהרי כתב בפרק הנ"ל הלכה ב' ז"ל, כיצד צמר ופשתים שטרפן זה עם זה ושוע אותן ועשה מהן לבדים הרי זה כלאים, טרפן וטוה אותן כאחד וארג בגד מטווי זה הרי זה כלאים עכ"ד הרמב"ם, והראב"ד השיג על זה וכתב ז"ל, א"א לבדים אינן מן התורה שאינן טוויין אלא שוע בלבד, והיינו דסבירא להראב"ד דבעינן דוקא בגד שהוא שוע וטוי ונוז, אבל בגד שהוא שוע לבד אינו כלאים מן התורה, אבל דברי הרמב"ם תמוהין כמו שתמה בכ"מ, דאם סבירא לי' דבעינן דוקא כולהו היינו שוע טוי ונוז, א"כ אמאי ס"ל לבדין הוי כלאים, ואם סבירא לי' או שוע או טוי או נוז, א"כ למה כתב טרפן וטוה אותן כאחד וארג בגד הרי זה כלאים, הרי אף בטוי לחוד או אריג לחוד מחויב בכלאים, ומה שכתב הכ"מ דסבירא להרמב"ם דכיון דכתיב שוע בתחילת תיבת שעטנז מחויב על שוע לבדו משום דשוע כתיב בהדיא וכן נוז בהדיא ואפשר דעל ארוג לחודי' מחויב כיון דנוז נמי כתיב בהדיא אבל על טווי אינו מחויב דטווי לא כתיב בתיבת שעטנז בהדיא שהרי טווי טפלה לנוז, דבר זה קשה, דבגמ' נדה ס"א איתא, אמר רב אחא בר' אבא משמ' דמר זוטרא, האי מאן דרמי חוטא דכיתנא בגלימ' דעמרא ונתקי' ולא ידע אי נתיק אי לא נתוק שפיר דמי, מ"ט מדאורייתא שעטנז כתוב עד שיהא שוע טווי ונוז, ורבנן הוא דגזרו ב'י, וכיון דלא ידע אי נתיק שפיר דמי, מתקיף לה רב אשי אימר או שוע או טווי או נוז, והילכתא כמר זוטרא מדאפקינהו רחמנא בחדא לישנא, הרי דלמאן דאמר דבעינן כולהו אין מחויב על שוע ולא על נוז, ולמאן דסבירא לי' דבחד סגי סבירא לי' או שוע או טווי או נוז, הרי דעל טווי לחודי' ג"כ מחויב, ועוד קשה לכאורה כיון דעל נוז לחודי' מחויב אם כן טווי למה לי כלל, ועיין בכ"מ שהביא נוסחא אחת בפירוש המשנה ז"ל, והוא שלא יהו כלאים, עד שיהו נחברים אלו הג' ענינים כולם וכל מה שאינן כך הוא כלאים מד"ס כך אמרו מקצת הגאונים, וזה אצלי מאמר בלתי אמיתי אלא שכל אחד מהם כלאים של תורה ומה שנזכר בגמ' נדה (כונתו להא דקאמר והלכתא כמר זוטרא מדאפקינהו רחמנא בחד לישנא) אינו לשון הגמ' אבל הוא לשון איזה מפרש, עכ"ד נוסחת הרמב"ם שמתאים עם דבריו ביד החזקה, והרי אומר בפירוש שחייב על כל אחד מהם.

והנראה לי, דהנה התוס' הא הקשו על מאן דס"ל דבעינן שוע טווי ונוז ביחד, דא"כ כלאים בציצית היכא משכחת לה, עוד הקשה הרשב"א אם נימא דבעינן דווקא שוע טווי ונוז ביחד א"כ כלאים בבגדי כהונה היכא משכחת לה דהרי אף שהי' חוטיין כפול ששה, דנוז איכא, שוע מיהא ליכא, שלא הי' חלוקים במסרק יחד ואפילו הכי אסורין משום כלאים כדאיתא ביומא בפרק בא לו, עוד הקשה הרשב"א מפרק התכלת דאמר רב נחמן השראים פטורים מן הציצית ואותביני' מדתניא השראים והכלך והסריקין חייבין בציצית, ושני מדרבנן, ואותביני' תו, אימא סיפא, וכולן צמר ופשתים פוטרין אותן קס"ד חוטי צמר ופשתן יחד, אי אמרת בשלמא דאורייתא היינו דמשתרו בהו כלאים, כלומר

שתוכף החוטין ב' תכיפות כ', דאלמא תוכף חוטי צמר עם חוטי פשתים הוי כלאים דאורייתא.

א) וליישב כל זה נראה לי, דהנה בשבת מצינו, אבות מלאכות תופר קושר ואורג, ולכאורה אמאי פלגינהו כל חד למלאכה בפני עצמה, לימא דכולהו חד אב נינהו, הלא פשוט דלא שייכי גבי הדדי כלל, דקושר הוא שקושר שני חוטין או בגדים ביחד עד שנעשו אחד ולא יפרדו זה מזה, אכן אורג הוא אורג את החוט בהבגד אבל יוכל למשוך את החוט ויצא, ובזה אין האיסור מטעם שנעשה החוט עם הבגד אחד, אלא משום שנעשה מהחוט בגד, ותופר הוא במחבר שני דברים ע"י התפירה, ותופר הוא אף בחוט אחד, ואורג בעי שני חוטין, לפי זה נוכל לומר בשעטנז היכא שנעשה הכלאים שלא ע"י הקשרים רק האיסור משום שנעשה בגד ע"ו אריגה או טווי, שם בעינן לחד מ"ד שיהו שוע טווי ונוז ביחד, ולחד מ"ד, או שוע או טווי או נוז, אבל היכא שעשה קשר שנעשו הצמר והפשתים אחד ע"י קשר, שם לא בעינן שיהיו שוע ולא טווי ולא נוז, ויחדיו, הוא איסור חדש היכא שהוא יחדיו היינו שתוכף שתי תכיפות או שקשר היטב ונעשו הצמר והפשתים יחדיו שם לא בעינן שוע טווי ונוז, ולפי זה למ"ד דבעינן כולהו, היינו שיהיו שוע טווי נוז ביחד, לדידי' יש ב' דינים בכלאים דאמרה התורה לא תלבש בגד שנעשה ע"י כלאים ששוע וטווי וארג מצמר ופשתים ביחד, ולא תלבש בגד שנעשה מצמר ופשתים יחדיו שנקשרו צמר ופשתים ביחד או שתכף שתי תכיפות, ולמאן דאמר או שוע או טווי או נוז יש ארבע דינים בכלאים, דאמרה התורה לא תלבש בגד שנעשה ע"י שוע מכלאים, ולא בגד שנעשה ע"ו טווי מכלאים, ולא בגד שנעשה ע"ו אריג מכלאים, ולא שנעשה בו יחדיו מכלאים, ולפי זה לא קשה כלל מכלאים בציצית היכי משכחת לה, שהרי התם קשר עליון דאורייתא ונעשה יחדיו מכלאים הא באופן זה מחויב אף בלא שוע טווי ונוז, וכן לא קשה מבגדי כהונה שהרי שם הוי מעשה רוקם ונעשה יחדיו מכלאים, וכן מגמ' דהתכלת לא קשה, שאם עשה ציצית מחוטים של צמר וחוטים של פשתים וקשרן הרי נעשו כלאים של יחדיו בכה"ג חייב אף היכא דלא הוי שוע טווי ונוז, וכן משמעכאן לשון הגמ' דקאמר יחדיו למה לי ופריך הא מיבעי לי' התוכף שתי תכיפות חיבור.

וכדברינו מבואר ברמב"ם, שהרי כתב שם הרמב"ם, ז"ל, תפר בגד צמר בשל פשתן ואפילו תפרן במשי, או שתפר בגד צמר בחוטי פשתן כו' ואפילו קשר גדיל של צמר בגדיל של פשתן כו' הרי אלו כלאים שנאמר צמר ופשתים יחדיו מכל מקום כיון שנתאחד נאסר, ומנין שכל איסורין אלו של תורה, שהרי הוצרך הכתוב להתיר כלאים בציצית כו' והציצית חוטין קשורין בלבד הן, מכלל שחבור כזה שלא במקום מצוה אסור מן התורה, עכ"ד הרמב"ם, ולכאורה למה להרמב"ם להביא עוד ראי' מכלאים בציצית, הא כבר הביא מקרא דיחדיו דכיון שנתחברו הצמר והפשתים נאסר, ע"כ שהרמב"ם מפרש דלא תימא דקרא דיחדיו איננו ענין בפני עצמו אלא דוקא על שעטנז לבאר שנעשו הכלאים מצמר ופשתים ע"י שוע וטווי ונוז, או ע"י שלשתם בפני עצמם שנעשו ביחד צמר ופשתים, דא"כ כלאים בציצית היכי משכחת לה, ע"כ הדין יחדיו היא דין בפני עצמו.

והרמב"ם לשיטתו ע"כ צריך לבאר ולפרש דדין דשיע טווי ונוז, הוא באופן עשית הכלאים ע"י שוע צמר ופשתים ביחד, או טווי צמר ופשתים ביחד, או נוז ביחד, דאין לפרש כמו שפורש ר"ת דהאי שוע טווי ונוז הוא דין בהבגד, דבגד של פשתים שהוא שוע טווי ונוז או שהוא או שוע או טווי ונוז אמרה התורה לא תלבש אם נעשה יחדיו עם בגד של צמר שהוא שוע טווי ונוז.

דא"כ תקשה כלאים בציצית היכי משכחת לה, הא החוטמים אינם נוז, וא"כ תקשה למאן דס"ל דבעינן כולהו, כלאים בציצית היכי משכחת לה והנה התוס' פירשו דנוז היינו שזור, וא"כ החוטמים של הציצית המה שוע טווי ונוז היינו שהמה שזורים. אכן הרמב"ם בהלכות ציצית פ"א הלכה יוד ז"ל, אחד חוטי לבן ואחד חוטי תכלת אם רצה לעשות שזורין עושה, הרי דסבר הרמב"ם דלא בעינן דוקא שזורין, אלא אם רצה לעשות שזורין עושה, אבל אינו מחויב, ומה שהקשה הראב"ד מהספרי, הנה בספרי איתא, פתיל תכלת טווי ושזור, אין לי אלא תכלת, לבן מנין, אמרה תורה תן תכלת תן לבן, מה תכלת טווי ושזור אף לבן כן, אפשר לומר דסבר הרמב"ם דהפירוש כיון דכתיב פתיל ופתיל הוא שאינו שזור, וכתיב תכלת, ובמשכן הוי התכלת שזור, א"כ כשר בין בטווי בין בשזור, והאי טווי ושזור הפירוש או שזור, וזהו דקאמר הרמב"ם אם רצה לעשות שזורין עושה אכן בתשובה שהשיב הרמב"ם לחכמי לוניל מתרץ באופן אחר, דמה דאיתא בספרי דילפינן תכלת תכלת ממשכן דבעינן דוקא שזורין יחידאה היא דר"ש שהוא סתמא דספרי אמר לה, אכן לפנינו בהספרי אין כלל בפירוש דילפינן תכלת תכלת ממשכן ואולי לפני הרמב"ם והראב"ד הי' גרסא אחרת דבעינן דוקא שזורין, וע"ז קאמר הרמב"ם דיחידאה היא, כיון דבגמ' דילן לא נמצא דבעינן ששה, ואם ילפינן תכלת תכלת ממשכן א"כ הי' בגמ' לבאר דוקא חוטן כפול ששה, דבשלמא על דין שזורין נוכל לומר דנזכר בגמ' עירובין, אבל חוטין כפול ששה לא נזכר כלל, ע"כ דגמ' דילן לא סבר להאי גז"ש דתכלת תכלת, ובזה יתישב קושית הכ"מ שהקשה דמאי פריך הרמב"ם אם ילפינן גז"ש תכלת תכלת ממשכן ליבעי חוטן כפול ששה, דא"כ לר"ש נמי תקשה הכי, אכן לפי דברינו יתישב, דלר"ש באמת צריך דוקא חוטן כפול ששה, והרמב"ם מדייק רק מדלא מצא מי שאומר כן.

והיינו דהגמ' בעירובין אפשר לפרש דכולי האי לא טרחי, דבציצית אדם טורח שזה הידור מצוה שיהי' החוט כשל משכן, ואם נאמר דכונת הגמ' שציצית בעי דוקא שזורין, אם כן הי' לגמ' לבאר שצריכין ג"כ חוטן כפול ששה, ע"כ דגמ' דילן לא סבר זה לגז"ש דבעינן שיהיו חוטי הציצית כמו של משכן, אבל להספרי באמת בעינן דוקא חוטן כפול ששה, ואפשר עוד לומר דמשו"ה תניא בחולין קל"ח כמין כפה של צמר הי' בראש כהן גדול שעליו ציץ נתון, והרמב"ם לא הביא זה להלכה, ועיין בפירוש מלבי"ם שהקשה א"כ הכפה הוי יתור בגדים, אכן זה לא קשה דהרי זהו דין הציץ שיהי' נתון על פתיל תכלת.

וא"כ הכפה והציץ חזא נינהו, אלא דהרמב"ם סובר דלגמ' דילן דפתיל משמע שאיננו שזור א"כ לא יוכל להיות כפה, דפתיל משמע חוט, אבל ר"ש דסבר דאף דכתיב בקרא פתיל תכלת הוא שזור, א"כ אפשר לפרש דהפתיל יהי' עשוי כמו כפה של צמר. עכ"פ

זה סובר הרמב"ם שציצית לא בעינן שזור, א"כ אי אפשר כלל לפרש דדין שוע טווי ונוז הוא בהבגד, דא"כ יקשה למ"ד דבעינן כולהו, כלאים בציצית היכי משכחת לה, הא החוטין אינם נוז, ע"כ דהאי דינא דשוע טווי ונוז הוא בהתהוות הכלאים, וחד מ"ד דבעינן דוקא כולהו או יחדיו, וחד מ"ד סובר דאו שוע או טווי או נוז או יחדיו, אכן הראב"ד לטעמי' שהוא הקשה על הרמב"ם וסבירא לי' דבציצית בעינן דוקא שזורין, הוא מפרש דהאי דינא שוע טווי ונוז הוא דין בהבגד דבגד שהוא שוע טווי ונוז של פשתים אם הוא יחדיו עם הבגד של צמר שהוא שוע טווי ונוז וציצית הם נוז היינו שזורין.

והנה בגמ' דילן פריך, הא מיבעי לי' שיהא שוע טווי ונוז, אלא כולהו משעטנז נפקא ופירש בתוס' דלדין זה דבעינן שוע טווי ונוז ילפינן מדלא כתיב כלאים, ולאפנויי ילפינן מדלא כתיב בפירוש שוע טווי ונוז ע"כ דבא לאפנוי, והנה לפי זה אי אפשר כלל לגרוס בגמ' נדה, והלכתא כמר זוטרא מדאפיקנהו רחמנא בחד לישנא דהא זה שאפקינהו רחמנא בחד לישנא הוא לאפנוי, משו"ה כתב הרמב"ם שזה איננה מהגמ' אלא דברי איזה מפרש, אכן הרשב"א מפרש דלמסקנת הגמ' הלימוד לאפנוי' מיחדיו נפקא והא דפריך הא מיבעי לי' דתוכף תכיפה אחת אינה חיבור, משעטנז נפקא, פירוש דאם הי' מחויב אם לבש בגד של פשתים שהוא שוע טווי ונוז עם בגד של צמר שעשו ג"כ שוע טווי ונוז ואינם מחוברים, א"כ לכתוב שעטנזים, ומדכתיב שעטנז, ע"כ דהאיסור היכא דנעשהבגד אחד, נמצא לפירוש הרשב"א אפשר לגרוס בגמ' נדה והלכתא כמר זוטרא מדאפיקינהו רחמנא בחד לישנא.

נמצא דאזלי הרמב"ם והראב"ד לטעמיהו דס"ל דדין שוע טווי ונוז הוא באופן עשית הכלאים, ולדידי' יחדיו הוא עוד דין חדש, דאף היכא שאינו שוע טווי ונוז, אם נעשה יחדיו אז מחויב על הכלאים אף שלא שוע טווי ונוז, א"כ אי אפשר כלל לפרש בגמ' דילן דלאפנויי ילפינן מיחדיו, דהא יחדיו מוסיף איסור חדש דיחדיו אסור בכלאים, וע"כ דהפירוש כדברי התוס', דלאפנוי ילפינן מדכתיב בלשון שעטנז, ולא כתיב שוע טווי ונוז, וא"כ אי אפשר כלל לגרוס בגמ' נדה והלכתא כמר זוטרא (דבעינן כולהו) מדאפיקינהו רחמנא בחד לישנא, דהא בעינן בחד לישנא כדי לאפנוי', וכיון דאין זה גרסת הגמ', ממילא קם דינא דהלכה כרב אשי, דאו שוע או טווי או נוז, משו"ה פסק הרמב"ם דלבדין חייבין מן התורה מפני שנעשו הכלאים ע"י שוע, אכן הראב"ד הא סובר דהאי דינא דשוע טווי ונוז, הוא בהבגד, דבגד של פשתים שהוא שוע טווי ונוז אסור ללבשו אם הוא יחדיו עם בגד של צמר שהוא שוע טווי ונוז.

א"כ יוכל לפרש כפירוש הרשב"א דלאפנוי' ילפינן מיחדיו, והא דהאיסור דוקא אם נתחברו הבגדים ילפינן מדלא כתוב שעטנזים או שועים טוויים ונוזים, ומדכתיב בלשון שעטנז, ע"כ דהאיסור כשנתחברו ונעשו בגד אחד, וא"כ יחדיו מיותר לאפנוי', ולדידי' הגירסא והלכתא כמר זוטרא היא גרסת הגמ', משו"ה פסק דבעינן דוקא כולהו, ולבדין פטורין מן התורה מפני שאינם טוויים ונוזים.

ב אלא דקשה עוד על הרמב"ם כיון דאיהו סבירא לי' דאו שוע או טווי או נוז, א"כ למה כתב הרמב"ם טרפן וטווה אותן כאחד וארג בגד מטווי זה הרי זה כלאים, למה להרמב"ם לכתוב וארג בגד, אפילו בלא אריגה יתחייב משום טווי, דהרי לדידי' אף בחדא מיניהו

חייב משום כלאים. ובאמת דברי הרמב"ם הם כדאיתא במתניתין בפרק ט' מכלאים משנה ח'.

אין אסור משום כלאים אלא טווי ואריג כו' לבדים אסורין מפני שהם שועים, הרי דשוע אסור מן התורה למ"ד או שוע כו' ואעפ"כ איתא במתניתין, אין חייב משום כלאים אלא טווי ואריג. ונראה לי, דהנה קי"ל חוטיין אין מקבלים טומאה, דבטומאה בעינן דוקא בגד, וחוטים לאו בגד נינהו, ורק בנגעים מטמאין, דבנגעים גם שתי וערב טמא אבל בטומאת מת ושרצים דבגד כתיב חוטים אינם מקבלים טומאה אכן הלבדים מקבלין טומאה מפני שהלבדין כיון שהם שועים בגדים המה, וכמו שכתב הרמב"ם בפ"א מהלכות כלים הלכה י"א, ז"ל, כל שהוא ארוג בין מצמר כו' הוא הנקרא בגד לענין קבלת טומאה והלבדים כבגדים לכל דבר הרי דלבדים בגדים נינהו, והנה בשעטנז בגד כתוב דבגד כלאים אסור, ולפי זה שפיר כתב הרמב"ם והוא כמפורש במתניתין, דלבדים העשויים מצמר ופשתים אסור מן התורה, דלענין בגד הא לבדים בגד, ואיסור שעטנז הא בשוע בלבד חייב, אכן אם טווה צמר ופשתים יחד, נהי דדין שעטנז יש כאן, דא טווי אמר רחמנא, אבל טווי הא לאו בגד הוא.

משו"ה דוקא אם ארגן דנעשה בגד אז חייב משום כלאים, אבל כל זמן שלא ארגן לאו בגד נינהו ואין חייב משום כלאים, והא דאיתא במתניתין שבת דף נ"ד, אבל מכניס חבלים לתוך ידו וימשוך ובלבד שלא יכרוך, ופירש רב אשי דהאיסור משום כלאים, אף דהוי חבלים דאינן מקבלים טומאה, אפשר דמדרבנן אף היכא דלא הוי בגד אסור, וצריך עיון על הרמב"ם מדוע לא הביא זאת להלכה, עוד אפשר דהאיסור על קשירת החבלים הוא משום שמא יתקשרו עם בגדו ואז יהי יחדיו, אבל עכ"פ מדאורייתא בוודאי אם אינו בגד אין מחויב משום כלאים בעינן דוקא טוון וארגן.

אמנם דלפי זה יקשה, א"כ למה כתיב כלל טווי בתורה, כיון דבלא אריגה אין מחויב שהרי לאו בגד הוא ובאריגה בלבד הא מחויב שהרי או שוע או טווי או נוז, וא"כ למה כתב כלל רחמנא שטענז דהיינו שוע טווי ונוז לכתוב שענז דהיינו שוע ונוז, ואם טווה צמר ופשתים ואח"כ ארגן יתחייב מטעם נוז, וא"כ טווי דכתב רחמנא למה לי, ועכצ"ל לדברי הרמב"ם, דהא דצמר ופשתים אינם בטלים זה בזה היינו היכא דחל עליהם שם שעטנז, אבל היכא דלא חל עליהם שם שעטנז בטלים ברוב, וא"כ אם הי' כתיב בתורה לא תלבש שענז הי' אסור ללבוש בגד שנעשה משוע של צמר ופשתים או מנוז של צמר ופשתים, אבל היכא שטווה צמר ופשתים יחדיו דלא נקרא על זה שם שענז בטל המיעוט ברוב ואם ארגן אח"כ הי' מותר, אבל עכשיו דכתיב שעטנז א"כ אסרה התורה שלא תלבש בגד שנעשה משוע של צמר ופשתים ולא הנעשה מטווי של צמר ופשתים ולא הנעשה מנוז של צמר ופשתים.

לפי זה אזלי הרמב"ם והראב"ד בדין דעורות כבשים שתפרן בחוטי פשתן דמותרין, לטעמיהו, דהרמב"ם כתב הטעם משום דבטלו נימות הצמר בחוטי הפשתן, והראב"ד השיג שאין לצמר ופשתים ביטול והטעם דמותרין דכיון דאינן שוע טווי ונוז הוי מדרבנן וספיקא דרבנן לקולא, דהרמב"ם לא יכול לומר טעמא דהראב"ד מפני שאינו שוע טווי ונוז, דהרי להרמב"ם דין יחדיו לא בעי כלל שוע טווי ונוז, וא"כ כשנכנס נימת הצמר

בחוט הפשתן אף שעתה אינה לא שוע ולא טווי ולא נוז, אבל אח"כ כשימשוך החוט ויהי תפור הא יהי יחדיו דכלאים, שיתחברו נימת הצמר עם הפשתן ע"י התפירה, אכן להרמב"ם יהא מוכח מדכתב רחמנא טווי ע"כ דאילו לא כתב טווי הוי בטלים ברוב, א"כ עתה כשנכנס נימת הצמר בחוט הפשתן דזה לא שוע ולא טווי ולא נוז ולא יחדיו בטל ברוב, אכן להראב"ד דלדידי' לא קשה כלל למה נאמר טווי, דהרי לדידי' הדין הוא בהבגד, דדדוקא בגד שהוא שוע טווי ונוז מחויב בכלאים, לדידי' לא סבירא לך כלל שיש ביטול לצמר ופשתים זה בזה, אכן לדידי' הוא דין בהבגד שיהי' שוע טווי ונוז, והכא בעורות הכבשים דאינם שוע טווי ונוז הוי רק איסור דרבנן, וא"כ אזלינן בספיקא לקולא.

סימן ה אי יש עשה דקדוש יהי' אף בימי חלוטו של נזיר דף ה'. גמ', מה לנזיר מצורע שכן ישנו בשאלה, דאי לא תימא הכי הא דקיימא לך דאין עשה דוחה לא תעשה ועשה ליגמר מנזיר, אלא מנזיר מ"ט לא גמרינן שכן ישנו בשאלה.

אכן הרמב"ם כתב בפ"ז מהלכות נזירות הלכה ט"ו ז"ל, והלא נזיר שגלח בימי נזרו עובר על ל"ת שנאמר קדוש יהי' גדל פרע שער ראשו, ובכל מקום אין עשה דוחה ל"ת ועשה, ולמה דוחה עשה של תגלחת הנגע לנזירות, מפני שכבר נטמא הנזיר בצרעת, וימי חלוטו אין עולין לו כמו שביארנו והרי אינו קדוש בהן ובטל העשה מאליו ולא נשאר אלא הל"ת שהוא תער לא יעבור על ראשו, ולפיכך בא עשה של תגלחת הצרעת ודחה אותו, והראב"ד השיג על זה ז"ל, א"א אני שונה במס' יבמות משום דהוי לאו ועשה שישנו בשאלה והיינו דקילי, והכ"מ תירץ דמשו"ה אמר הרמב"ם האי טעמא, משום דהא נזיר שמשון אינו בשאלה, משו"ה כתב הרמב"ם דהטעם משום דאינו קדוש דימי חלוטו אין עולין לו, אכן תקשה הא בגמ' דילן סבר דיש עשה, אף דבודאי גמ' דידן סבירא לי' דאין ימי חלוטו עולין, וא"כ הא אין כאן עשה, ואף שכתב הכ"מ דסוגיא דפ' ג' מינין סברה דלא הוי רק לאו, אבל יקשה במאי פליגי הסוגיות דהאי סוגיא סברה דיש עשה דקדוש יהי' אף בימי חלוטו וסוגיא דג' מינין סברה דכיון דאין עולין אין כאן קדושה, ובמאי פליגי.

עוד קשה הא בנדרים אם אמר קונם סוכה, אין יושב בה ישיבה של מצוה, ופירש הרשב"א הטעם משום דאין עשה דוחה ל"ת ועשה, ובנדרים יש עשה דכל היוצא מפיו יעשה ולא דלא יחל דברו, והא הוי לאו ועשה שישנו בשאלה, ואין לתרץ משום דשם מפורש קרא דלה', דנדרים חל אף על דבר מצוה, דא"כ תקשה למה להרשב"א לומר הטעם משום דאין עשה דוחה ל"ת ועשה, תיפוק לי' דהא קרא כתוב דחל, וע"כ דמקרא הי' אפשר לומר דאשמעינן קרא דחייל וממילא עליו החיוב ליתשל על נדרו, להכי פירש הרשב"א דכיון דחייל אין העשה דוחה, ותקשה הא הוי לאו ועשה שישנו בשאלה ונימא דקרא אשמעינן דחייל וממילא עליו החיוב ליתשל על נדרו, אבל אם לא שאל החיוב עליו לישב, דעשה דוחה לאו ועשה שישנו בשאלה.

עוד הקשה המשנה למלך בפ"ח מהלכות טומאת צרעת הלכה ג' שכתב הרמב"ם, כיצד מגלחין הנתק, מגלח חוצה לו כו' ואפילו הי' נזיר הרי זה מגלח, והא ימי הסגרו עולין לו וא"כ יש כאן עשה דקדוש יהי' ואמאי מגלח להרמב"ם שכתב הטעם משום דימי

חלוטו אין עולין ולא הוי קדוש, אכן הא ימי הסגרו עולין ואמאי מגלח הנתק, [ומה שהקשה המשנה למלך לדברי הראב"ד דסבירא ליה הטעם משום דהוי לאו ועשה שישנו בשאלה, א"כ למה לן קרא דוהתגלח שאף נזיר מגלח, פשוט הוא, הא האי והתגלח לא מיותר דהא בעינן לרבות שכשר בכל אדם ובכל דבר, וזה ילפינן דכתיב והתגלח, שהחיוב רק שיהי' מגולח בכל אופן, היינו בכל אדם ובכל דבר, א"כ קרא לא אייתר כלל לרבות נזיר, והתורת כהנים אומר והתגלח משום דזה וילפינן מתגלחת המצורע בימי חלוטו שדוחה נזירות משום דישנו בשאלה ויליף א"כ גם בנתק כן, אבל להרמב"ם הא קשה].

א) ונראה לי, דהנה הרמב"ם כתב בפ"ו מהלכות נזירות הלכה א' ז"ל, נתגלח רוב ראשו בין בתער בין כעין תער ולא נשאר מן השערות כדי לכופ ראשן לעיקרון, בין בזדון בין בשגגה אפילו גלחוהו לסטים באונס הרי זה סותר שלשים יום עד שיהי' לו פרע ואח"כ מתחיל למנות, הרי מוכח מהרמב"ם דאם הניחו כדי לכופ ראשן לעיקרון אינו סותר, וכבר הקשה הלחם משנה בפ"ה הלכה י"א דהרי הגמ' שם דף ל"ט איתא, איבעיא להו האי מציא מלתחת רבי או מלעיל רבי, למאי נפקא מינה לנזיר שגילחוהו לסטים ושיירו בו כדי לכופ ראשו לעיקרון, אי אמרת מלתחת רבי נזירות הא שקלי' אלא אי אמרת מלעיל רבי מאי דאקדיש הא קאים, ופשיט, ת"ש מסקרתא דרפי עמרא מלתחת ותו כד צבעי סביא דיקנהון חוורון עיקבי נימהון, ש"מ מלתחת רבי ש"מ לפי זה איפשטא בעיא דאפילו שייר כדי לכופ ראשן לעיקרון סותר משום דנזירות הא שקלי, ואיך כתב הרמב"ם דאם שיירו כדי לכופ ראשן לעיקרון אינו סותר.

וצריך לומר, דהנה בגמ' איתא, ת"ר תער אין לי אלא תער, תלש מירט סיפסוף כל שהוא מנין, ת"ל קדוש יהי' גדל פרע שער ראשו דברי ר' יאשי', ר' יוחנן אומר תער אין לי אלא תער מירט תלש סיפסוף כל שהוא פטור, והכתיב קדוש יהי', למימרא דאם גלח בתער קאים עליה בעשה ול"ת, והנה הרמב"ם כתב בפ"ה מהלכות נזירות הלכה י"א ז"ל, נזיר שגלח שערה אחת לוקה בין בתער בין בזוג כו' וכן אם תלשה בידו לוקה עכ"ד, וכתב ע"ז הכ"מ שפסק כר' יאשי', ולדידי תמוה, דהא לר' יאשי' הלימוד דהיכא דתלש או מרט חייב משום דכתיב קדוש יהי' גדל פרע, וסובר ר' יאשי' דהאי קרא דקדוש יהי' הוא טעם על לא יעבור, דמשו"ה עובר על לא יעבור משום שמצוה שיהי' קדוש, וא"כ היכא דעבר על קדוש יהי' עובר על לאו דלא יעבור, דלר' יאשי' אין חילוק בין עשה דקדוש יהי' ללאו דלא יעבור, וא"כ איך כתב הרמב"ם דאם העביר על ראשו סם שמשיר את השער והשיר את השער אינו לוקה אלא ביטל מצות עשה שנאמר גדל פרע שער ראשו.

לכן נראה לי, דהרמב"ם לא פסק כר' יאשי', והרמב"ם פסק כברייתא דאיתא, אין לו אלא תער תלש מירט ספסוף כל שהוא מנין ת"ל לא יעבור על ראשו, ופירש בתוס' לרבות כל המעבירין, לפי זה האיסור דלא יעבור הוא דוקא אם העביר את השער, אבל הסך בסם איננו מעביר את השער אלא מחלה את העור והשער נופל מאליו, ומשו"ה לא עבר על לאו דלא יעבור ורק שביטל את המצוה, שמצוה להיות קדוש ושיהי' לו גידול פרע ועתה אין לו הגידול פרע.

והנה לר' יאשי' דסבירא לי' דלא יעבור על ראשו ודין דקדוש יהי' אחד הוא, א"כ כמו דלא יעבור קאי על השער כן קדוש יהי' קאי על השער. שהשער שהוא קדוש יהי' בקדושתו ויגדל פרע, דאין לומר דקדוש והי' קאי על האדם שהוא יהי' קדוש ויהי' לו גידול פרע, דא"כ אמאי אם תלש שערה אחת עובר, הא קי"ל דאין סותר אלא ברוב ראשו, דכל זמן שיש לו רוב הראש שלא גולח יש לו גידול פרע, ע"כ דלר' יאשי' דיליף מקרא דקדוש יהי' דאף אם תלש שערה אחת עובר, ע"כ דקאי על השער שקדוש יהי' בקדושתו יגדל פרע, אכן לברייתא דיליף על שערה אחת מקרא דלא יעבור, קרא דקדוש יהי' קאי על האדם שהוא קדוש, וצריך שיהי' לו גידול פרעי ואם סך במיעוט ראשו לא יעבור על עשה דקדוש יהי' גדל פרע, שהרי יש לו גידול פרע, ואפשר שיעבור משום חצי שיעור, אבל על העשה לא יעבור.

לפי זה מיושב מאי דקאמר הרמב"ם דאם שיירו הלסטים כדי לכוף ראשו לעיקרון אין סותר, ובגמ' אמר דאם מזיא מלתחת רבי נזירות הא שקלי וסותר, דבגמ' קאי אליבא דר' יאשי' דסבירא לי' דקדוש קאי על השער שהקדיש, יהי' בקדושתו, ואותה יניח גידול פרע, א"כ אם מזיא מלתחת רבי, הרי מה שעלה איננו מן זה שקידש וכיון דגלחו לסטים מה שקידש זהו סתירה וצריך עוד לגדל פרע, דכן הי' הלכה שאם גלחו סותר, ועתה יהי' קדוש מה שיגדל עתה, דכיון שהיתה ההלכה דסותר אם גילח ע"כ דעתה מתחיל קדושה אחרת, דאל"כ מה יועיל שסותר, הא נזירות שקידש שקלוהו, ע"כ דאחר הסתירה יתקדש זה שיגדל עתה, אבל לברייתא דיליף מן לא יעבור לרבות כל המעבירין, אין תלוי כלל אם יש השער שקידש, עיקר תלוי בזה דדין הוא בנזירות שהאדם יהי' לו גידול פרע, דלדידי' האי קדוש יהי' קאי על האדם דקדושתו הוא שיהי' לו גידול פרע, א"כ לא תלי כלל אם זה השער שקידש, משו"ה פסק הרמב"ם דאם שיירו לסטים כדי לכוף ראשו לעיקרון הרי עוד נשאר האדם בקדושתו שהרי עדנה יש לו גידול פרע, משו"ה אין סותר אף שאין זה השער שקידש, דהרי הרמב"ם פסק כברייתא דילפינן לרבות כל המעבירין מלא יעבור לא מקרא דקדוש יהי'.

(ב) ולפי זה לא קשה כלל קושית המשנה למלך איך פסק הרמב"ם דמגלח נתק אפילו נזיר, להרמב"ם שכתב דטעמא דמגלח מצורע משום דימי חלוטו אין עולין ולא עבר על עשה דקדוש יהי', והא ימי הסגרו עולין, אכן לדברינן דדין דקדוש יהי' קאי על האדם שיהי' לו גידול פרע, ואם לא גילח רוב ראשו שיש לו עדנה גידול פרע, לא עבר על עשה דקדוש יהי' א"כ בנתק שאין מגלח כלל את רוב הראש, רק מגלח סביב הנתק כדי לידע אם פשה, א"כ לא עבר כלל על עשה דקדוש יהי', רק על לאו דלא יעבור, ואתי עשה דגלוח הנתק ודחי ל"ת.

ולפי זה מיושב קושית התוס' דהקשה בנזיר למאן דס"ל ראשו ללאו דהקפה, מנא לן דדחי נזירות הא הוי עשה ול"ת, אכן לדברינן ניחא, דהנה לכאורה תקשה כיון דסבירא להרמב"ם דימי חלוטו כיון דאין עולין לאו קדוש הוא, א"כ מנא לן דעבר על לאו דלא יעבור, וע"כ צריך לומר דזה ילפינן מימים שלאחר מלאת דילפינן, מכל ימי לרבות ימים שלאחר מלאת כלפני מלאת, וימים שבימי חלוטו לא גרע מימים שלאחר מלאת, אכן מזה, היינו מדרשא דכל ימי, ילפינן רק ללאו דלא יעבור, ולא לעשה דקדוש יהי', משו"ה

לדידן לא הוי אלא לאו בעלמא, וזהו סוגיא דנזיר למאן דיליף מראשו דאיהו סבירא לי' דקדוש יהי' קאי על האדם ובימי חלוטו לא הוי קדוש והוי רק לאו, וכיון דהוי רק לאו, לא איצטריך קרא, אכן סוגיא דיבמות אליבא דר' יאשי' דאיהו סבירא לי' דקדוש יהי' קאי על השער, וסבירא לי' דלאו דלא יעבור עם עשה דקדוש יהי' חד נינהו, וכיון דילפינן מקרא דאף ימים שאחר מלאת עובר על לא יעבור, ממילא עובר על קדוש יהי', היינו שיהי' השער שהקדיש ולא יעבירם, וא"כ לר' יאשי' עשה ול"ת הוא, משו"ה איצטריך קרא יתירא לרבות דדחי לאו ועשה דנזירות מטעם שישנו בשאלה, ולא קשה על הרמב"ם שכתב הטעם דדחי נזירות משום דאינו קדוש בימי חלוטו דאיהו לטעמי' דפסק כמ"ד דקדוש יהי' קאי על האדם לא על השער.

וכן אפשר לומר, דגם זה שיש לחלק בין נזירות לשאר לאו משום דישנו בשאלה תלי ג"כ בזה, שהנה ביארנו לקמן סי' ו' בסוגיא שכן הכשר מצוה. דהא דאמרינן אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל, לא הוי שזה הוא קולא משום שיכול לבטל דהרי ציצית ג"כ יכול לבטל שיכול ללבוש בגד שאינו של ד' כנפות וכן הוא בשבת דף קל"א דציצית מצוה שיכול לבטלה משום שבידו להפקירן, א"כ הכי מה שישנו בשאלה אין זה קולא לגבי לאו דלא יעבור, דהאיסור, שנזיר אסור להעביר השער ואם ישאל ימצא שאינו נזיר, אבל הלאו שנזיר אסור להעביר השער אין לבטל כלל, כמו שאין לבטל מצות ציצית אם הוא בגד של ד' כנפות שהוא שלו, אלא אם נימא דעיקר האיסור משום דהשער יש בו קדושה, א"כ הרי זה מצות חפצא שלא להעביר הקדושה שיש בהשער, אז שייך לומר שזה קולא שיכול לבטל הקדושה משער זה, וסוגיא דיבמות דאזלא אליבא דר' יאשי' דעיקר האיסור שלא לנגוע בהקדושה שיש בהשער, שייך שפיר לומר שכן ישנו בשאלה, אבל להרמב"ם דלאו דלא יעבור לא שייך במצות עשה דקדוש יהי', והוא לאו כללי שנזיר לא יעבור תער על ראשו, לא שייך כלל לומר שכן ישנו בשאלה, שאז איננו נזיר, אבל לאו שנזיר לא יעבור אי אפשר כלל לעקרו, אכן לפי זה בימי חלוטו אין כאן עשה, שהרי האדם אינו קדוש והוי רק לאו בעלמא.

סימן ו' סוגיא דיכול יהא כבוד אב ואם דוחה שבת והכשר מצוה דף ה': יכול יהא כבוד אב ואם דוחה שבת ת"ל איש אמו ואביו תראו ואת שבתותי תשמרו כולכם חייבים בכבודי, מאי לאו דאמר לי' שחוט לי בשל לי וטעמא דכתב רחמנא את שבתותי תשמרו הא לאו הכידחי, לא לאו דמחמר ואפילו הכי לא דחי, אלא דקיימא לן דאתי עשה ודחי ל"ת ליגמר מהכא דלא דחי, וכ"ת שאני לאווי דשבת דחמירי והא תנא בעלמא קאי ולא קפריך כו', אלא משום דאיכא למיפרך מה להנך שכן הכשר מצוה.

ואיתא בתוס' ד"ה שכן הכשר מצוה ז"ל ונראה לר"י וכן פירש רבינו חננאל ז"ל, דמה לכבוד שכן הכשר מצוה כשמחמר ומטמא ומניח מלהחזיר האבידה כדי להביא גוזלות לאביו בשעת דחית הלאו אין מאכילו ומלבישו, אבל בעלמא דעביד גוף המצוה ילפינן מכלאים בציצית דדחי, ואומר ר"י דכבוד אב אפילו עוסק בגוף המצוה לא דחי דבכל ענין פסיק שלא ישמע לו והיינו משום דברוב עניני כבוד רגילים ע"י הכשר מצוה קאמר רחמנא דלא דחי בכל ענין עכ"ד התוס', ולכאורה זהו דבר חדש שיש בדיני התורה לא פלוג, ולכאורה לא מצינו לא פלוג אלא בדרבנן.

א) ונראה לי, דהנה בכתובות דף ל"ט איתא, נמצא בה דבר ערוה או שאינה ראוי לבא בישראל אינו רשאי לקיימה שנאמר ולו תהי' לאשה אשה הראוי לו ואיתא בגמ' דף מ', אמר רב כהנא אמריתא לשמעתי קמי' דרב זביד מנהרדעא וניתי עשה ונדחי ל"ת, אמר לי היכי אמרינן ניתי עשה ונדחה ל"ת כגון מילה בצרעת דלא אפשר לקיומה, אבל הכא אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל, והקשה בתוס', א"כ אמאי איצטריך קרא בפ"ק דיבמות דאין עשה דכבוד דוחה שבת הא ליכא עשה, דאי אמר לא בעינא מי איתא לעשה כלל, עוד הקשו בב"מ דף ל' דאיתא, והתעלמת פעמים שאתה מתעלם כו' למאי איצטריך קרא אילימא לכהן והוא בבית הקברות פשיטא האי עשה והאי ל"ת ועשה, ולא אתי עשה ודחי ל"ת ועשה, ותו לא דחינן איסורא מקמי ממונא, והקשו אמאי לא פריך עוד, הא אי אמר לא בעינא מי איתא לעשה, עוד הקשו בב"מ דף ל"א דאיתא, מנין שאם אמר לו אבא אל תחזיר שלא ישמע לו שנאמר איש אמו ואביו תראו ואת שבתותי תשמרו אני ה' כולכם חייבים בכבודי, ופריך טעמא דכתב רחמנא את שבתותי תשמרו הא לאו הכי הוי אמינא צייתא לי ואמאי הא עשה והאי ל"ת ועשה, והקשו מאי קושיא, הא חזינן דפריך מי דחינן איסורא קמי ממונא, הרי דממונא קיל, א"כ נאמר דאילולי קרא הוי אמרינן דחינן ממונא אף שהוא עשה ול"ת מפני מצות כיבוד.

ולישב זה נראה לי, דהנה התוס' הכא ביבמות ד"ה כולכם, הקשו, ז"ל, וא"ת ולמה לי קרא בכבוד אב ואם דלא דחי שבת, דבלא קרא נמי כיון שהוא ואביו מוזהרין על השבת כדאמר פ"ק דקדושין גבי אביו אומר השקני ואמו אמרה השקני הנח כיבוד אמך ועשה כיבוד אביך שאתה ואמך חייבין בכבוד אביך כו', וי"ל דמהכא ילפינן התם עכ"ד התוס' לפי זה עיקר הלימוד דאין כיבוד אב דוחה, הוא משום דכיון שאביך חייב בכבוד השם הנח כיבוד אביך ועשה כיבוד השם, והנה התוס' פירשו דהא דאמרינן אי אמר לא בעינא מי איתא לעשה, הביאור, כיון דהעשה יכול לבטלה, קילא, ועשה כזו לא דחיא ל"ת, ולכאורה קשה הא גם כלאים בציצית היכא שלבש בגד של פשתן, הא אי לבש בגד שאין בה ד' כנפות אין כאן עשה דהציו' רק על בגד של ארבע כנפות, מאי תימא עכ"פ אם יש לו בגד של ד' כנפות יש עשה, ה"נ אי אמרה בעינא יש עשה, ובתוס' שם הקשו הא אפשר ללבוש בגד של צמר ואפשר לקיים שניהם, ותירצו דאין זה חשוב אפשר, וצריך ביאור שלא תחפוץ את האיש שאנסה אמרינן, ושלא ישא את בגד הפשתן לא אמרינן, ועוד הא אפשר לקצעה, ועכצ"ל דכיון שלבש חל המצות עשה ולא שייך אפשר לקצע כנף אחד, דאז תבטל המצות עשה, ואפשר לקיים שניהם אמרינן רק היכא דיקיים המצות עשה, א"כ איך אמרינן אי אמרה לא בעינא, הא אז יבטל העשה, ומה לי שתוכל לומר לא בעינא מה לי שיקצע כנף אחד של הבגד.

לכן נראה לי דהביאור בגמ' כן, דהנה יש להסתפק הא דאמרה התורה ולו תהי' לאשה, אם הטעם דכן הוא רצון ה' דהמאנס ישא את האנוסה, ואין הטעם משום תשלומין לה בעד זה שאנסה, אלא מצוה דידי' הוא לישא את האנוסה שאנסה, או דעיקר המצוה הוא תשלומין לה בעד זה שאנס אותה, וע"ז קאמר אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל, פירוש אם נימא דכן הוא רצון ה' שהוא ישא את האנוסה ומצוה דרמי' עלי' דידי' הוא ולא משום תשלומין לה, א"כ אם הי' אומרת לא בעינא, העשה יש, אלא שיוכל להיות שאין לכופה, אבל הי' עלינו לדבר על לבה שתתמצה, אבל באמת אי אמרה לא בעינא

אין כאן עשה כלל, דעיקר המצוה הוא תשלומין לה, ואם אינה רוצה אין כאן מצוה, וכיון דהמצוה הוא בשבילה, הרי אתה והיא מחויבים בכבוד השם, ולא דחינן מפני דבר שהוא בשביל איש, איסור התורה, שאתה והיא מחויבים בכבוד השם, נמצא אי אפשר כלל להקשות למה לי קרא בכיבוד אב הא אי אמר לא בעינא מי איתא לעשה, דאדרבה דבר זה דאי אמר לא בעינא מי איתא לעשה ילפינן מקרא דכבוד אב.

ואפשר לישב קושית התוס' שם ד"ה ניתי עשה, שהקשו מאי פריך ליתי עשה ולידחה ל"ת, הא דריש מקרא בהדיא במשנה דבעינן אשה הראוי לו, ולמאי דמשני דלא חשוב עשה, קשה, למאי איצטריך קרא למעוטי שאינה ראוי לו, ועיין בדברינו בסימן א' שתייצנו אליבא דפרש"י ורשב"א, ולפי שביארנו עתה נראה לי לתרץ, דהנה האי סברא דאתה והיא מחויבים בכבוד ה', זהו רק בגדול, אבל בקטן שאין עליו חיוב כבוד השם אפשר דהי' העשה, ואם היא קטנה מחויב לישא אותה.

אבל כאן דכתיב קרא ולו תהי' לאשה, א"כ זה דוקא באשה הראוי, א"כ אף שהיא עתה קטנה כיון דבעת שתהי' גדולה לא יוכל לקיימה, באשה כזו אף בעת שהיא קטנה אין עשה לישא אותה, ובלא טעמא דאי אמרה לא בעינא אי אפשר כלל ללמוד מלו תהי' לאשה, שאין מחויב לישא אותה, שהרי אם הי' הדין דעשה דוחה ל"ת הרי היא ראוי לקיימה, וא"כ איצטריכא לטעמא דאי אמרה לא בעינא דמשו"ה אין עשה דוחה ל"ת גבה בשעה שהיא גדולה, ולימוד דלו תהי' לאשה איצטריך דאף בעת שהיא קטנה דאז אין עליה מנות כבוד ה' אעפ"כ אין יכול לכונסה שהרי איןראוי לו בעת שתגדל, ואף דמתניתין דכל מקום שיש מכר אין קנס אתיא כר"מ דדוקא בנערה יש קנס, אפשר דמתניתין דאין ראוי לבא בישראל אתיא כרבנן דאף בקטנה יש קנס.

ובזה יש לישב הקושי שהקשו, אמאי לא פריך בב"מ דף ל' למה לי קרא דזההתעלמת, הא אי אמר לא בעינא מי איתא לעשה, וא"כ ודאי דאין כהן מטמא, אכן לדברינו אפשר לפרש דזהו דפריך, מי דחינן איסורא מקמי ממונא, ובדאי אין מצות ממונא קילא מאיסורים אחרים, ואדרבה עבירות שבין אדם לחבירו באיזה פרטים חמורים יותר, אלא דממונא הוא בשביל איש, ואתה והוא חייבים בכבוד ה', משו"ה לענין מצות השבת אבידה קיל יותר, ואף שיש לתרץ דקרא איצטריך היכא שהוא קטן, אכן הרי תקשה הא אין עשה דוחה ל"ת ועשה, ולפי זה לא קשה מה שהקשו מאי קשה פשיטא דאין כבוד אב דוחה מצות השבת תשיבם, דהאי עשה ול"ת נינהו, והקשו דילמא אשמעינן דלא נימא דדחינן ממונא מקמי כיבוד, אכן לדברינו ממונא וכיבוד חד טעמא נינהו שאתה והוא חייבים בכבוד השם.

ב) ובזה אפשר לפרש הא דאיתא בתוס' ברכות על מתניתין דמי שמתו מוטל לפניו פטור מק"ש ומן התפילין כו', ואיתא בתוס' ז"ל, בירושלמי מפרש טעמא, א"ר בון כתיב למען תזכור כו' עד כל ימי חיך, ימים שאתה עוסק בחיים ולא ימים שאתה עוסק במתים, ע"כ דברי התוס', ולכאורה תמוה הא טעמא דמתניתין משום דעוסק במצוה פטור מן המצוה, ולמה איצטריך להירושלמי טעמא דימים שאתה עוסק בחיים, ואף אם נימא דאסמכתא בעלמא הוא קשה למאי הביא בתוס' האי טעמא.

אכן לדברינו אפשר לומר, דאימת אמרינן עוסק במצוה פטור מן המצוה, דוקא אם שניהם בין אדם למקום אי שניהם בין אדם לחבירו, כמו בשומר אבידה דפטור מלמיתב רפתא לעניא אבל אם הוא עוסק במצוה שבין אדם לחבירו ובא מצות הקב"ה, אפשר אמרינן הנח מצוה שהוא בשביל איש ועשה כבוד המקום שאתה והוא חייבים בכבוד השם אכן כל זה בחי שהוא חייב בכבוד השם, אבל במתים חפשי, ולזה הביא אסמכתא דימים שאתה עוסק בחיים הנך מחויב בק"ש, אבל ימים שאתה עוסק במתים אמרינן שפיר עוסק במצוה פטור מן המצוה, והא דשושבינן ג"כ פטורים מק"ש משום דמצות נשואין ושמחתה הוי דברים שבין אדם למקום, אכן ר' שילא בסוכה סובר דדוקא חתן פטור משום שהוא טריד במילי דשמאי, וכל בני החופה חייבין, והוא כדברינו.

ג) אכן לפי זה קשה מאד, דכיון דלדברי התוס' עיקר לימוד דכבוד אב אין דוחה ל"ת דשבת, הוא משום דאמרינן הנח כבוד אביך מפני כבוד שמים, שאתה ואביך מחויבים בכבוד שמים, א"כ מאי פריך בגמ'. אלא דקיי"ל בעלמא דאתי עשה ודחי ל"ת נילף מהכא דלא דחי, מאי קושיא היא, הא הכא טעמא רבה איכא משום הנח כבוד אביך בשביל כבוד שמים, אבל בעלמא הא אין שייך לומר כן, והיכא דשייך בודאי ילפינן, ולכאורה היא תמיהה עצומה על דברי התוס'.

והנראה לי, דהנהגה התוס' בקדושין דף נ"ב ד"ה רב יהודה, כתב ז"ל, כדאמרינן באלו מציאות יכול אמר לו אביו אל תחזיר יכול ישמע לו ת"ל כו', והיינו אל תחזיר שאמר לו עוסק בכבודי, דאל תחזיר בחנם לא איצטריך קרא עכ"ד התוס', ולכאורה אמאי לא איצטריך קרא, כיון דעל הבן לעשות רצון אביו משום מורא וכיבוד, א"כ לכאורה הוה אמינא דמצות כיבוד דוחה את לאו דהשבה, ואמאי לא איצטריך קרא, אכן אפשר לומר דמשו"ה לא איצטריך היכא דאמר לו אל תחזיר בחנם משום דהאב אינו עושה מעשה עמך, ומצאתי בהגרעק"א על ב"מ שכתב דהגהת מיימוני הקשה דלמה לי קרא, פשיטא שלא ישמע לו, דכיון דאמר לו אביו לעבור עבירה הרי אביו רשע ואין מחויבין בכבודו, ותירוצו של הגהת מיימוני אינו מובן, ועיינן שם בדברי הגרעק"א שמסיק דכיון דאין דוחה עשה ול"ת אין כאן עשה כלל כיון שאביו רשע שמצוהו לעשות.

ולדידי דדברים תמוהים, אטו בדבור בעלמא נעשה רשע ואף אינו עושה מעשה עמך לא מקרי, כיון שאין עושה מעשה, ועיינתי בהגהת מיימוני פ"ו מהלכות ממרים שבאמת הוא אומר כן, ז"ל הגהת מיימוני ז"ל, מכאן למדנו שבדבור אין נחשב רשע דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, שאם הי' נחשב רשע בדבור פשיטא שלא ישמע לו ולא הי' צריך פסוק לזה, ולא מצינו עונש בדבור אלא למסית בלבד, ולא אדע על מה כתב הגרעק"א דתירוץ דהגהת מיימוני אינו מובן, הא הדברים מאירים, דבדבור אין נחשב לאינו עושה מעשה עמך, ועיון ב"מ מ"ח ובתוס' שם ד"ה בעושה מעשה עמך.

אלא דיש עוד לבאר על מה הוסיף עוד הגהת מיימוני הא דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, מאי שייך זה להכא, אכן פשוט דאילו הי' שליח לדבר עבירה, א"כ הי' האב המשלח העושה המעשה וא"כ הי' נקרא רשע, אבל השתא דקי"ל אין שליח לדבר עבירה, א"כ הרי האב אינו עושה מעשה, והיכא דלא עשה מעשה ורק דיבור בעלמא, אין נעשה אינו עושה מעשה עמך, משו"ה איצטריך קרא.

אלא דיש עוד להקשות, נהי דבעלמא אין שליח לדבר עבירה דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, אבל הכא אילו הי' הדין דעשה דוחה ל"ת הי' הבן צריך לשמוע להאב, ונעשה שלוחו של האב, והוי כאילו עשה האב המעשה, וא"כ הדר קושי' לדוכתא איך היינו סוברים דעשה של כיבוד דוחה ומחויב הבן לשמוע לו והוי לי' שלוחו של האב והוי כאילו עשה האב המעשה, א"כ הי' האב עובר על חילול שבת ונעשה רשע, וא"כ בלא קרא היינו יודעים שאין מחויב לשמוע לו, שהרי לגבי' האב אין המעשה, ורק הל"ת הוא עובר, ואם נאמר כיון דאין הבן עובר אם הי' עשה דוחה ל"ת ממילא גם האב המשלחו אינו עובר על חילול שבת, כיון דאין עושה המעשה מחלל שבת שהרי דחתה העשה את הל"ת, א"כ למה לי' להגהת מיימוני להוסיף הטעם דדברי הרב ודבריהתלמיד דברי מי שומעין, דאפילו הי' הדין שיש שליח לדבר עבירה ג"כ הכא לא הי' נחשב האב עושה מעשה רשע, שהרי שלוחו אין עושה מעשה רשע ואם נימא דסבירא להגהת מיימוני דאילו הי' שליח לדבר עבירה הי' האב רשע שהרי הבן שלוחו לעשות מלאכה בשבת, ואצלו אין עשה, ונמצא עובר על לאו בלא עשה, א"כ גם עתה תקשה למה לן קרא דלא דחי, הרי ממ"נ אילו הי' דוחה היינו שהי' חיוב על הבן לעשות, ממילא הי' האב עובר ונעשה רשע.

אכן נראה לי לבאר דברי הגהת מיימוני, כפי שביארנו בספרינו לבו"מ ב"ק סימן מ' לתרץ קושית הקצות על הא דהוסיף לו רצועה אחת הרי זה גולה, דמשמע דשליח בי"ד הוא הגולה, והרי גדול שבדינין מונה ומיירי דטעה דיינא, א"כ הוא עושה מה שהדיין מצוהו, ובשוגג לדברי התוס' יש שליח לדבר עבירה, וא"כ יהי' הדיין הגולה, ותירצנו שם, דאימתי הדין שנעשה שליח וחל הדין על המשלח, דוקא בדבר שהשליח עושה בשביל המשלח אבל בדבר שהשליח עושה מפני שחלות הדבר עליו לא נעשה שליח של המשלח.

וכיון דאמרה התורה שופטים ושוטרים תתן לך, א"כ יש שופטים ויש שוטרים, ומה שבי"ד פסקו על השוטרים למלאות, מטעם שחל עליהם לקיים ומה שהם עושים אינו בגדר שלוחו דבי"ד שיהי' מעשה השליח כאילו בי"ד עושה, וגם אם הבי"ד שפסקו הדין מלקות על השוטר לקיים ולמלאות, שחובת עצמם הוא, וכיון שהשוטר המלקה הוא בשביל חיוב עצמו, לא נעשה כלל שלוחו של בי"ד שיהי' הדיין גולה.

לפי זה מבוארים דברי הגהת מיימוני, אילו הי' הדין דיש שליח לדבר עבירה, א"כ אם האב הי' שולח לחמר בשבת הי' נחשב כאילו הוא המחמר, והי' נעשה רשע בשביל זה, אבל השתא דקיי"ל אין שליח לדבר עבירה א"כ אף אם הי' עשה דכיבוד דוחה ל"ת, לא הוי מעשה מחמר הל על האב, שהרי מה שהבן עושה לא בשביל האב, אלא שעליו החיוב לקיים מצות.

כיבוד, וכיון שמה שהבן עושה הוא בשביל מצות עצמו, לא נעשה האב כעושה המעשה, וא"כ שפיר ניהא, דבלא קרא הוי אמינא דמצות כיבוד דוחה ל"ת דמחמר שהרי בדבור בעלמא לא נעשה רשע. וא"כ אמאי כתבו בתוס' דאילו הי' אומר לו אל תחזור בחנם לא איצטריך קרא, לכאורה איצטריך קרא דלא נימא דמצות כיבוד למלאות חפץ ורצון האב מטעם כיבוד או מורא ידחה ל"ת דהשבת אבידה.

ד) אכן לכאורה מה שהקשו תוס' דהטעם דאין עשה דכיבוד דוחה ל"ת מטעם דהוי דומיא דאבא אומר השקני ואימא אומרת השקני מים דמניחין כיבוד האם ועושין מצות האב מטעם דאתה ואמך מחויבין בכבוד אביך, ה"נ אמרינן הנח כבוד אביך מפני כבוד השם שאתה ואביך מחויבים בכבוד השם, לכאורה לא דמי כלל, דהתם אם ישמע לכבוד האם הלא לא יקיים כלל מצות האב.

אבל הכא הלא כשם שצונו השם על מצות שלא לחמר בשבת כן צונו לכבד את האב וא"כ כשמקיים מצות כיבוד הרי ג"כ מקיים מצות השם, ומה לי מצות לא תעשה כל מלאכה אתה ובהמתך, ומה לי מצות כיבוד, שניהם נאמרו מפי הגבורה בעשרת הדברות, וא"כ ידחה עשה את ה'ל"ת. אכן אם האב אומר לו לעבור את ה'ל"ת, נהי שהאב איננו אינו עושה מעשה עמך בשביל דיבור, אבל כיון דלא הי' להאב לומר לו, א"כ כשיקיים אז מצות כיבוד הרי הוא מניח כבוד השם, שהרי לא הי' להאב לצוות נגד כבוד ה', אחרי שרצון ה' שיחזירו אבידה ושלא יעשה מלאכה בשבת, והאב שמצוה הוא נגד רצון ה', בכה"ג שפיר שייך לומר הנח כבוד אביך ועשה כבוד ה' שהאב לא הי' לו לצוות נגד רצון ה'.

אכן אם האב ביקש להביא גוזלות סתם אלא שאי אפשר לו להביא אלא אם יחמר בשבת, אז לא שייך כלל לומר הנח כבוד אביך ועשה כבוד השם, שהרי גם מצות כיבוד מפי הגבורה נאמר, אלא דבכה"ג הרי כשמחמר כדי להביא גוזלות הא הוי הכשר מצוה, ולפי זה נאמר בקרא שני ענינים, אמו ואביו תראו ואת שבתותי תשמרו, אם האב צוה להביא גוזלות ואי אפשר לו אלא אם יחמר, אל תחמר ושמור שבת, ועוד נאמר, אם אביו אמר לחמר, אני ה' כולכם חייבים בכבודי, שהרי היכא שהאב אומר לעשות גוף הדבר שיש בזה חילול שבת אם ישמע לו לא יהי' כבוד השם אחרי שלא הי' להאב לצוות נגד כבוד השם.

מעשה מקשה בגמ' יבמות מהאי דינא דשבתותי תשמרו, היכא שהאב צוה להביא גוזלות דלא שייך סברא דאתה ואביך, נילף מהכא דלא דחי עשה ול"ת, וע"ז משני, הכשר מצוה, והיכא דמצוהו בגוף הדבר דלא הוי הכשר מצוה, שם ילפינן מקרא דאני ה' דכולכם חייבים בכבודי, הנח כבוד אביך ועשה כבוד השם.

סימן ז גדר איסור ערוה של יבמה, ובדין דמצות חליצה קודמת למצות יבם דף ח. רבא אמר ערוה גופא לא צריכא קרא דאין עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת, ואיתא בתוס' ד"ה רבא ז"ל, וא"ת והא לכל הפחות איצטריך לנשא מת ומת ואח"כ נשא חי, דלא תימא הואיל ואישתרי אשתרי, וי"ל דרבא לית לי' דעולא וסבר דביאה במקצת לא שמה ביאה עכ"ד התוס'.

א) והנראה לישב קושית התוס' אף אם יסבור רבא דאמרינן הואיל ואשתרי אשתרי, דהנה בסימן א' כבר הבאנו שיש להסתפק מתי נפקע איסור אשת אח מן היבמה, אם תיכף כיון שנפלה ליבום ושריא ליבמה פקע כרת דאשת אח, או דעדנה אסורה משום אשת אח ורק שריא ליבום, ובשעה שמיבמה פקע כרת דאשת אח דאמרה התורה ולקחה שנעשה לו כאשה, אבל כל זמן שלא יבם אותה, עדיין באיסורא קיימת ולא הותרה אלא למצות יבום.

והנה לכאורה מוכח מסוגיא דלקמן דעדנה באיסור אשת אח קיימא, ורק למצות יבום שריא, דהרי לקמן בדף יוד איתא, אתמר החולץ ליבמתו וחזר וקידשה אמר ר"ל הוא אין חייב על החלוצה כרת והאחין חייבין על החלוצה כרת על הצרה בין הוא בין האחין חייבין על הצרה כרת כו', מ"ט דר"ל אמר קרא אשר לא ובנה כיון שלא בנה שוב לא יבנה, איהו הוא דקאי בלא יבנה, הא צרה כדקיימי קיימי, הרי דעדנה באיסור כרת קיימי, ורק החולץ, ע"י חליצתו הפקיע איסור כרת וקיימא עלי' רק בלאו, אבל האחין נשאר באיסור כרת דאשת אח, וכן החולץ על הצרות נשאר עליו איסור כרת כיון שאין עתה מצות יבום ואף ר' יוחנן דפליג על ר"ל וסבר דבין הוא בין האחין אין חייבין על החלוצה כרת ולא על הצרות כרת, הא בגמ' קאמר טעמא דר' יוחנן משום מי איכא מידי דמעיקרא אי בעי האי חליץ ואי בעי האי חליץ ואי בעי להאי חליץ, והשתא קאי עלה בכרת, אלא איהו שליחותא דאחי קעביד, איהי שליחותא דצרה עבדה, הרי דסבר ר' יוחנן דמשו"ה אין חייבין כרת אחר החליצה משום דהועיל החליצה בעד האחין והצרות, וכמו שהחליצה נתקה הכרת דאשת אח מהחולץ על החלוצה ואוקי על הלאו, כן הועילה החליצה לכל האחין והצרות לנתק מכרת ללאו, אבל בלא הטעם דשליחותא דאחין הי' מודה דחייבים כרת, הרי דאיסור דאשת אח במקומו, וכרת מחייב, דלא הותרה אלא למצות יבום.

אבל בלא יבום יש כאן איסור אשת אח. אכן הרמב"ם כתב בפ"א מהלכות יבום הלכה י"ב ז"ל וכן החולץ יבמתו נאסרה החלוצה היא וכל צרותי' על החולץ ועל שאר אחין, וכולן אסורות עליהן מד"ס כשניות, שמאחר שמת אחיו בלא ולד, נסתלק איסור ערוה מעל כל נשיו עכ"ל הרמב"ם, לפי זה מבואר מדברי הרמב"ם דתיכף כיון שנפלו ליבום נסתלק איסור אשת אח, והוא לכאורה נגד סוגית הגמ' דאף לר' יוחנן הטעם משום דאיהו עביד שליחותא דאחין ואיהי שליחותא דצרות משו"ה נפקע הכרת, אבל לא משום כיון שנפלה ליבום הותר איסור אשת אח, (ומה שקשה על הרמב"ם דמהאי סוגיא ומפרק כ"ג מוכחי שיש לכל הפחות לאו אפילו אליבא דר"י, ואיהו פסק דהוי רק מדרבנן, יבואר עוד בספרנו).

וכן מוכח מדברי הרמב"ם דתיכף כשמת בלא בנים נסתלק איסור ערוה מעל כל נשיו, דהרי לקמן בדף מ"א איתא, שומרת יבם שקידש אחיו את אחותה כו' איבעיא להו מתה אשתו מהו ביבמתו, רב ור' חנינא דאמרי תרויהו מתה אשתו מותר ביבמתו כו', אמר רבא מאי טעמי' דרב משום דהוי יבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להתירה הראשון, וכתב הרשב"א דודאי איננה זקוקה עתה ליבום, שהרי אין זה דרכי נועם דכיון שקידש את אחותה ונעשית היבמה עליו ערוה והותרה לשוק איך תזקק אח"כ ליבום ולחליצה, ובודאי מותרת לשוק בלא יבום אם אין אח אחר, ורק דאי בעי לישא אותה מותרת לו להנשא כיון שהותרה, ואם נימא דאיסור אשת אח לא פקע ממנה ורק ליבום הותרה, א"כ איך מותר לו לישא אותה כיון שאין זה מצות יבום, ע"כ מדברי הרמב"ם דתיכף כשמת בלא ולד נפקע איסור ערוה מהיבמה, ואף שמואל ורב אסי דסברי דאם יתה אשתו אסור ביבמתו, נוכל לומר דגם הם מודים שתיכף כשנפלה ליבום נסתלק איסור אשת אח, ורק שמואל ורב אסי סוברים כמו באשת אחיו שלא הי' בעולמו דאסורה אשת האח עליו אף דבשעה שהיתה אשת אחיו הא לא הי' בעולם שנימא שחל עליו

איסור, וכן בכל העריות אשת אב וכדומה, אף שנולד לאחר מיתת האב חל עליו איסור בשעה שנולד, משום שאשה זו הי' עלי' אישות לאחיו או לאביו ונאסר עתה משום נשואים הקודמים.

ה"נ נהי דכל זמן שיש עלי' זיקת יבום אין כאן איסור אשת אח, אבל כשבטלה מצות יבום נאסרה עתה משום אישות של האח שהי' מקודם, כיון שעתה אין ההיתר מקרא דולקחה דגלי קרא דהיבום מתיר אף לאחר שיסתלק מצות היבום, ההיתר הזה שתותר אף לאחר שיסתלק מצות היבום ולא תהי' נאסר משום אישות האח שמקודם, נאמר רק היכא שהי' מצות יבום, אבל כל זמן שיש מצות יבום גם רב שמואל ורב אסי יודו שאין כאן כרת דאיסור אשת אח, ולרב ור' חנינא בודאי דמוכח שתיכף בנפילתה ליבום נסתלק איסור ערוה כדברי הרמב"ם.

והא דס"ל לר"ל דהאחין וכן הוא על הצרות חיובים כרתף, ור' יוחנן איצטריך לטעמא דשליחותא קעביד, אף דר' יוחנן ג"כ סבר דיבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להתירא הראשון, נראה לי, דהנה בירושלמי בפ"א ה"א איתא, ר' יודן בעא כמאן דאמר הוא אינו חיוב על החלוצה אבל חייב הוא על הצרה חליצה פטור, ביאה פטור, כמה דתימר חליץ לה נאסרה לאחין ודוכתה בא עלי' נאסרה לאחין, תני ר' חייא מת הראשון ייבם כשני מת השני ייבם השלישי, אמר ר' יוסא מה את סבר היא חליצה היא ביאה, כיון שחליץ לה נעקרה הימנה זיקת המת למפריעה, למפריעה חל עלי' איסורה של מת אצל האחין, ע"כ לשון הירושלמי, נמצא לפי הירושלמי אם חולץ לה הוא עוקר זיקה למפרע ומברר שלא נפלה כלל לפני האחין ליבום.

לפי זה לא קשה כלל אמאי סובר ר"ל דחייבין על החלוצה ועל הצרות כרת, אף דתיכף בשעת נפילה נסתלק איסור ערוה, זהו דוקא כל זמן שלא חליץ, אבל אם חליץ עקר הזיקה ונתברר כאילו לא נפלה לפני האחין. וכן הצרות כאילו לא נפלו, משו"ה מחייב כרת, אכן זהו דוקא כשחליץ.

אבל אם הותרה היבמה מטעם שנעשית אחות אשתו, היינו שקדש את אחותה, אף שנפטרה מיבום, לא עקר זיקה למפרע, משו"ה אם אח"כ מתה אשתו מותר ביבמתו, כיון שנפלה ליבום נסתלק איסור ערוה, ור' יוחנן נמי איצטריך לטעמא דשליחותא דאחין עביד, דלא תימא כסברת ריש לקיש דחליצה כיון שעוקר זיקה למפרע עוקר גם הנפילה, משו"ה קאמר ר' יוחנן דכיון דמעיקרא אי בעי האי חליץ ואי בעי האי חליץ, א"כנפילה לחליצה בודאי הי', ורק זיקה נעקר, אבל לא נפילה, וא"כ כמו להחולץ גופא מודה ר"ל דאינו בכרת משום דנפלה לפניו לחליצה, א"כ גם האחין אינם בכרת, שגם לפניהם הי' נפילה לחליצה, וכן הצרות נפלו לחליצה, ורק שנפטרו ע"י החליצה דשליחותא דידהו עבדה, פירוש החליצה הועילה גם בעדם.

וכן עכצ"ל דהחליצה מברר שלא הי' זיקה מעולם, שהרי למאן דס"ל שומרת יבם שמתה אסור באמה משום דיש זיקה, ואף שמתה לא הותר באמה, א"כ תקשה היכא דיבם לאחת יתסר באמם של הצרות, שהרי עד עתה הלא היו זקוקים לו, וא"כ לכאורה הא לא עדיף מיבמתו שמתה, וגם החולץ שאסור בקרובות חליצתו הוא איסור חדש לא מטעם איסור שהיתה החלוצה זקוקתו, ולכאורה תקשה במאי שניא ממתה יבמתו, אכן לדברינו ניחא

דכל זמן שלא הי' חליצה היתה זקוקתו, ומשו"ה אף שמתה אסור באמה, אבל כיון שחלץ לאחת או יבם לאחת נעקר זיקת הצרות, וכן מכל האחין, למפריע, וא"כ איגלאי מילתא למפרע שלא היתה כלל זקוקתו משו"ה מותר בהקרובות.

לפי זה כו"ע מצי סברי דתיכף שנפלה ליבום נסתלק ממנה איסור ערוה אכן כל זה אליבא דרבנן, אבל אבא שאול דס"ל כאילו פוגע בערוה, איהו ס"ל דרק מצות יבום מתיר, וכדביארנו בסימן א' דהיינו נמי טעמא דר' יוסי שבעל דרך סדין, והא דלא משני בפרק החולץ בדף מ"א כי פריך מברייתא דגבי נשואין ב' אחיות ואחד מופנה כו' ואמאי תהוי כיבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להתירא הראשון, ולא משני הא מני אבא שאול היא דס"ל דכל זמן שלא נתקיים מצות יבום הוא באיסור אשת אח, ולדידי' בודאי דלא סבירא לי' יבמה שהותרה ונאסרה וחזרה תחזור להתירא הראשון, דאימתי יפלוג אבא שאול דוקא בכה"ג שקידש אחותה דמן הדין נפטרה מן החליצה והיבום, אבל הכא דהוי אחות זקוקתו דרמי' מן התורה ליבום ולחליצה, וגם מדרבנן אם בא עלי' קנאה, וכמו שנבאר לקמן בסוגיא דאם בעלו קנו, דאחות זקוקה להרמב"ם אם בעלו קנו למסקנא דסבירא לרב אשי דלא אלימה זיקה לשוי' לצרה כערוה, ואף מדרבנן זקוקה ליבום, דמשו"ה אם בעלו קנו אף מדרבנן, ורק איסור לכתחילה יש לבעול אותה, א"כ גם לאבא שאול אם נאסרה איסור כזה שהוא רק לכתחילה ואח"כ הותרה, תחזור להתירא הראשון.

(ב) ועפ"י דברינו יש ליישב קושית הבית שמואל על דברי הרמ"א באה"ע סימן קס"ה, שכתב הרמ"א על דברי המחבר שכתב, וי"א דמצות חליצה קודמת, וע"ז כתב הרמ"א, ומ"מ אין כופין, דמשמע דאף לדעת הר"ת והרא"ש (דס"ל מצות חליצה קודמת) אין כופין, וליתא אלא כשאינו יודע אם מתכוונת לשם מצוה כופין אותם במילי, ואע"ג בנדרה הנאה כופין אפילו בשוטים כו' ש"ה דאין ודאי איסור אלא חיישינן שמא אין כונתו לשם מצוה, ואם ידוע דאין כונתו לשם מצוה כופין, אפילו בשוטים להנך פוסקים דסבירא להו מצות חליצה קודמת עכ"ד הבית שמואל.

אכן לדברינו ניחא, דהנהגה לכאורה קשה, דהא לכאורה משמע דהלכה כאבא שאול, כמו שהביא הר"ת ראי' מסתם מתניתין דבכורות דחזרו לומר מצות חליצה קודמת ובריש מכילתין אוקימנא מתניתין כאבא שאול ובפרק בית שמאי תני בר קפרא, לעולם ידבק אדם בחליצה, וסתמא דגמ' בכתובות כאבא שאול (עיין כל זה בתוס' דף ל"ט ד"ה אמר רב), א"כ תקשה איך פסקינן יבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להתירא הראשון, כיון דעתה בודאי אין מצוה ליבום, שהרי כבר נפטרה תיכף כשקידש אחותה, א"כ הא עתה בודאי כאילו פוגע בערוה.

אכן לדברינו מיושב, דאבא שאול בתרתי פלוג אדרבנן, דאבא שאול סבר דקרא דיבמה יבא עלי' למצוה דוקא כדאיתא שם בדף ל"ט, ורבנן לא דרשי קרא דיבמה יבא עלי' שהוא דוקא אם מכוון לשם מצוה, ועוד זאת פליגי דלאבא שאול דס"ל כאילו פוגע בערוה, עדיין ביבמה איסור ערוה עלי', ורק המצות יבום הותרה, ורבנן סברי דתיכף כשמת אחיו ונפלה ליבום נסתלק איסור ערוה.

והנה בדף ל"ט איתא בגמ', תנן התם מצות יבום קודמת למצות חליצה, בראשונה שהיו מתכווין לשם מצוה, עכשיו שאין מתכווין לשם מצוה אמרו מצות חליצה קודמת, אמר רב אין כופין, כי אתי לקמ' דרב אמר להו אי בעית חליץ אי בעית ייבם בדידך תלא רחמנא. ואם לא יחפוץ האיש האם חפץ אי בעי חליץ אי בעי מיבם, ועיין שם בתוס', ונראה לי דרב קאי על מתניתין דחזרו לומר מצות חליצה קודמת, והיינו דבזה סברי כאבא שאול דקרא דיבמה יבא עלי' הוא למצוה, שדוקא אם מכוון לשם מצוה קיים מצות יבמה יבא עלי', אבל אם לא כיוון לשם מצוה לא קיים מצוה, אבל בזה דאבא שאול סבר כאילו פוגע בערוה שהוא סובר דעדיין איסור ערוה עלי', בזה לא פסקינן כותי'.

והנה הטעם דמצות חליצה קודמת, משום דאם יבא עלי' שלא לשם מצוה ביטל מצות יבמין, נהי דקנה אותה ופטר אותה לעלמא, דלא גרעו מאם בא עלי' באונס וכדומה, אעפ"כ מצות יבמין לא קיים, שמצות יבמין הוא שיבא לשם מצוה, משו"ה מצות חליצה קודמת, שהרי אז יקיים מצות יבמין, כמו דחזינן דגזרו רבנן בד' אחין שנים נשואין שתי אחיות, משום ביטול מצות יבמין, שיחלוץ, אכן כל זה אם החליצה תהי' בלא כפי', דאז החליצה כדינה דהרי אמר קרא אם לא יחפוץ האם חפץ מייבם הרי דעיקר מצות חליצה שיהי' תלוי בדעתו אם יחפוץ מייבם ואם לא יחפוץ יתן חליצה, משו"ה אמרינן מוטב חלוץ אותה שתקיים מצות יבום כדינה, אבל תדע שבדידך תלא רחמנא, אכן אם נכוף אותו לחלוץ הלא אז החליצה אינה כדינה, שהרי אין כאן אם חפץ מייבם, ואף דבדיעבד הוי חליצה דהרי לא גרע מאלמנה לכה"ג דרבי רחמנא חליצה מקרא דיבמתו והוי חליצה, אבל חליצה מעליא לא הוי, וחליצה כזו שבאה על ידי כפי' לא עדיפא מביאה שלא לשם מצוה, משו"ה אין כופין.

ולפי זה לא קשה מכל הנך ראיות שמביא ר"ת דהלכה כאבא שאול, על דינא דנאסרה והותרה תחזור להתיירא הראשון, דכל הנך ראיות הוא רק מצות חליצה קודמת למצות יבום והיינו דבזה פסקינן כאבא שאול דעיקר מצות יבמין הוא אם בא למצוה, אבל אם בא לשם נוי וכו' לא קיים מצות יבום כדון, וחליצה כדינא עדיפא מינה, (וכהא דחד מ"ד סובר דחליצת גדול שבאחין עדיפא מביאת קטן שבאחים), אבל בזה דאבא שאול סובר דהוי כאילו פוגע בערוה, דסבירא לי' דעדיין איסור ערוה עלי' בזה לא פסקינן כותי', משו"ה פסקינן להלכה, יבמה שהותרה ונאסרה וחזרה והותרה תחזור להתיירא הראשון אף שעתה אין כאן מצות יבום.

ולפי זה מאירים דברי הרמ"א, דאף לי"א דסבירא להו מצות חליצה קודמת אעפ"כ אין כופין (אף בודאי אין מכוון למצוה), משום דאם החליצה ע"י כפי', גם החליצה איננה כדון, דהרי בדידי' תלא רחמנא, וכיון דלא סבירא לן כאילו פוגע בערוה, משו"ה אין כופין, שזהו ממש דברי רב.

ג') היוצא מדברינו, דלאבא שאול עדנה על היבמה איסור ערוה, ורק מצות יבום מתיר האיסור בעת שיבא עלי' ונעשית כאשתו מקרא דולקחה דילפינן שמגרש בגט ומחזירה, ולרבנן תיכף כשמת האח ונפלה ליבום נסתלק איסור ערוה. והנה הא דאמרינן הואיל ואשתרי אשתרי, לא שייך לומר אלא אם בעת שהתירה התורה לדחות איסור אחד אז

יותר גם איסור שני, אבל אם נסתלק האיסור לגמרי ועתה אין איסור כלל לא שייך לומר הואיל ומקודם הותר האיסור גם עתה יותר האיסור, והנה במצורע הרי עוד טומאתו בו, דמחוסר כפורים דמצורע כמצורע, ולהכניס ידיו שלא לבהונות אסור, ובעת שמכניס ידיו לבהונות הרי אז נותר לו איסור ביאה דמצורע, אמרינן גם איסור ביאה במקצת דבעל קרי יותר לו, אבל אילו הי' נסתלק מעליו איסור הטומאה דמצורע והי' מותר לו לבוא, בלא טעם הבהונות לא הי' שייך לומר הואיל ונסתלק מקודם טומאה דמצורע יסתלק עתה טומאה דקרי, ורק משום שעדיין טומאת המצורע עליו, שהרי גזרינן שמא ירבה בפסיעות, הרי דאיסור טומאת מצורע עליו ובעת שמכניס ידיו לבהונות אשתרו לו האיסור דביאת מצורע, אמרינן שביאת טומאת קרי נמי יותר דהואיל ואשתרו אשתרו, לפי זה הסוגיא אזלא אליבא דאבא שאול, והאי סוגיא סברא דעדיין איסור ערוה עלי', ובעת היבום אז אשתרו לו איסור ערות אשת אחיו, אז היינו סוברים דהואיל דבעת היבום הותר לו איסור ערות אשת אחיו, גם איסור דאחות אשה יותר לו, משו"ה היינו סוברים בנשא מת ומת ואח"כ נשא חי שמותר ליבם אותה, ואיצטריך קרא דעלי', אבל רבא יסבור כרבנן דתיכף כשמת ונסתלק איסור ערות אשת אחיו וכדפסקינן תחזור להתירא הראשון, א"כ עתה לא אשתרי כלל איסור גבי', וא"כ לא איצטריך קרא דעליה, דבודאי היינו יודעים דאם נשא מת ומת דעתה אין עליו איסור ערות אשת אחיו כיון שנפנה ליבום, ואם אח"כ נשא חי את אחות היבמה ונאסרה עליו משום אחות אשה אסור לייבם אותה, שהרי אין עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת, ואין דבר שיתיר, שהרי עתה אין איסור כלל ערות אשת אחיו על היבמה, ולא אשתרי עתה בעת שנשא החי כלל איסור גבי'.

סימן ח סוגיא דהחולץ ליבמתו וחזר וקדשה גמ' דף יוד: איתמר החולץ ליבמתו וחזר וקדשה אמר ר"ל הוא אין חייב על החלוצה כרת והאחין חייבין על החלוצה כרת על הצרה בין הוא ובין האחין חייבין על החלוצה ולא על הצרה כו' אתיביה ר' יוחנן לר"ל החולץ ליבמתו וחזר וקדשה ומת צריכה חליצה כו', ולטעמיך אימא סיפא עמד אחד מן האחין וקדשה אין לה עליו כלום, ואי חייבי לאווין נינהו אמאי אין לה עליו כלום, אמר רב ששת סיפא אתאן לר"ע דאמר אין קדושין תופסין בחייבי לאווין, הנה מוכח מהאי סוגיא דאף לר' יוחנן דסבירא לי' דאיסור כרת נפקע ואעפי"כ חיובי לאווין נינהו, ובין החולץ בין האחין קיימי על החלוצה ועל הצרות, בלאו דלא יבנה, וכן מוכח מפרק ר"ג דאיתא שם, אין אחר חליצה כלום, ואיתא, שם דהדברים אמורים אליבא דר"ע דאמר אין קידושין תופסין בחייבי לאווין.

אכן הרמב"ם כתב בפ"א מהלכות יבום הלכה י"ב ז"ל, וכן החולץ ליבמתו נאסרה החלוצה היא וכל צרותי' על החולץ ועל שאר אחין, וכולן אסורות עליהן מד"ס כשניות, שמאחר שמת אחיו בלא ולד נסתלק איסור ערוה מעל כל נשיו לפיכך תופסין בהן הקידושין כשניות עכ"ד הרמב"ם, וכבר תמה המ"מ שהוא נגד סוגיות אלו, והדבר פלא שגם הראב"ד לא השיג בזה.

והנראה לי, דהנה בגמ' בד' י"א איתא, הבא על יבמה וחזר ובא אחד מן האחין על צרתה, רב אחא ורבינא, חד אמר בכרת, וחד אמר בעשה, מ"ד בכרת כר"ל, ומ"ד בעשה כר' יוחנן, והנה כבר תמהו הראשונים דמאי מספקא לי' בקדושין אי ר' ישבב טעמי' דנפשי' קאמר, ולדיד' אפילו לר"ע חייבי עשה אין תופסין קידושין, או ר' ישבב לאפוקי מדר' סימאי אתי, אבל בחיובי עשה מודה דתופסין קדושין אפילו לר"ע, לפשוט ממתניתין דפרק ר"ג, דאיתא, בעל ובעל, אין אחר ביאה כלום, והרי בשתי יבמות אם בא על אחת השני' רק בעשה, ואם כו"ע אליבא דר"ע דבחיובי עשה תופסין קידושין אמאי אין אחר ביאה כלום, יתפוס בה קידושין, והנה ר"ת ור"ח גרסי וחד אמר בל"ת.

אכן הרמב"ם חזינן דהי' לו הגרסא בעשה, שהרי כתב שם בהלכה הנ"ל, ז"ל, הכונס את יבמתו נאסרו צרותי' עליו ועל כל האחין, ואם בא הוא או אחד מן האחין על צרתה עובר בעשה שנאמר יבמה יבא עלי' ולא עלי' ועל צרתה, ולא הבא מכלל עשה עשה, עכ"ד הרמב"ם, הרי דגרסתו היא כגרסא שלנו, ולדיד' הא קשה קושי' הנ"ל, דא"כ מאי מספקא לי' אי ר' ישבבלאפוקי מדר' סימאי קאתי, אבל בחייבי עשה מודה דגם לר"ע תופסין הקידושין, א"כ מתניתין דר"ג דאיתא בעל ובעל אין אחר ביאה כלום אף בשתי יבמות אמאן תרמי'.

עוד קשה קצת, אמאי לא כתב הרמב"ם דהאי עשה הוא מטעם בית אחד הוא בונה ואין בונה שני בתים, כמו שפירש רש"י ז"ל, והאי דרשא איתא בגמ' לענין דאין מיבם לשתים, ולמה כתב הרמב"ם דרשא דלא נזכרה בגמ'. (א) והנראה לי, דהנה הרשב"א בריש ארבעה אחין הביא דברי הר"ח שפירש הא דקאמר בגמ' שם, ה"מ דקאי באפה איסור דאורייתא, אבל הכא זיקה דרבנן היא ופירש ר"ח, דרב לטעמי' דס"ל אין זיקה, וקי"ל כשמואל דאמר יש זיקה מדקאמר ר' יוחנן כותי' נראה מדבריו דמחלוקתן של רב ור' יוחנן הכא, באין זיקה ויש זיקה שייך, דלמאן דאמר יש זיקה מדאורייתא קאמר, הואיל וקאי באפה זיקה דאורייתא בשעת נפילה הוי לה כאשת אח שיש לה בנים, ואינו מחזור דודאי זיקה דרבנן הויא, ותדע לך שהרי חולצת היא, ואי מדאורייתא היא אפילו לחליצה אינה עולה, ואמרינן נמי לקמן מהו דתימא במקום מצוה עביד רבנן, כלומר כיון דבזיקה דרבנן היא במקום מצוה עבוד רבנן איסור מצוה כערוה, אלמא זיקה דרבנן היא עכ"ד הרשב"א, לפי זה משמע דמדאורייתא אין כלל זיקה, ורק מדרבנן יש זיקה, אכן אי אפשר לומר כן, דהרי לקמן בדף כ"ט איתא, שומרת יבם, בין יבם אחד בין שני יבמין ר"א אומר יפר, ר' יהושע אומר לאחד ולא לשנים, ר' עקיבא אומר לא לאחד ולא לשנים, והוינן בה בשלמא ר"ע סבר אין זיקה אפילו לחד, לר' יהושע לחד יש זיקה לתרי אין זיקה וכו' ע"כ, הרי דסבר בגמ' דאם נימא ויש זיקה מצי מיפר, ואם נימא דמן התורה אין כלל זיקה א"כ איך יפר, ע"כ דלמאן דס"ל יש זיקה, מדאורייתא יש זיקה.

וצריך לומר דהא דאמר הרשב"א דזיקה דרבנן, מכל הנך ראיות שמביא הרשב"א, הוא דאיסור אחות זקוקה הוא איסור דרבנן, דמן התורה אסור רק אשה אל אחותה לא תקח לצרור, דדוקא ע"י קיחה שאחת נתקדשה לו קידושין, אסור באחותה. אבל אם היא רק זקוקתו אין איסור לישא אחותה, אבל הזיקה בעצמה, למ"ד יש זיקה, דאורייתא היא שנעשית זקוקת היבם, וכמו שיש בתורה אירוסין ונשואין ומסירה לחופה, שכולם הם

קנינים אלא ששונים זה מזה, כן יש עוד מין קנין שנעשית יבמתו, אלא שאעפ"כ אין האיסור מן התורה, דהתורה אסרה רק אחות של אשה מקודשת.

ואולי גם הר"ח סובר דלמ"ד יש זיקה ג"כ האיסור באחות זקוקה מדרבנן, אלא דלמ"ד יש זיקה ונעשית שלו יש בזה סרך דאורייתא ועשאוה כערוה, אבל למ"ד אין זיקה ולא נעשית כלל שלו לא עשאוה כערוה, ואולי זהו ג"כ כונת הרשב"א שכתב בסוף ז"ל, ואפשר לומר דר"ח ז"ל ג"כ לאו שתהא זיקה דאורייתא קאמר, אלא כמאן דאמר אין זיקה כלל לא אלימא מילתא כל כך שתהא הראשונה אוסרת השני' כו', אבל לר' יוחנן דאית לי' יש זיקה, אלימא זיקה לשוי' כערוה לעולם דכעין דאורייתא תקון עכ"ד הרשב"א, ואולי כונתו למה שביארנו.

וכן משמע בירושלמי פ"א ה"א, דאיתא, לא כך אמר ר' ינאי נמנו שלשים וכמה זקנים מנין שאין קידושין תופסין ביבמה תלמוד לומר לא תהי' אשת המת החוצה לאיש זר, שלא תהא בה הוי' לזר, אמר לי' ר' יוחנן ולא מתניתא היא, או לאחר שיחלוץ לך יבמיך אינה מקודשת כו', אלא תמן יבמה אחת והכא שתי יבמות, שני' הוא איסור יבמה אחת, שני' היא איסור שתי יבמות עכ"ל הירושלמי, והיינו דבתחילה הי' סבר הירושלמי דכיון שיש זיקה והוא ג"כ מין נשואין, שנעשית זקוקת היבם והיא שלו ליבום, משו"ה אין תופסין קידושין ביבמה מפני שהיא כבר כנוסה להיבם ליבום, אכן זהו דוקא ביבמה אחת נוכל לומר שהיא זקוקתו, אבל בשתי יבמות לא יוכלו שתיהן להיות קנויות לו, דכמו דאמר בגמ' דבשני אחין אין זיקה משום הכי אין מצי מיפר לר' יהושע בשנים, ה"נ בשתי יבמות לא יוכל להפר לר' יהושע, וא"כ בשתי יבמות יתפוס קידושין, וע"ז משני שניא היא איסור יבמה אחת כו', הלא האיסור שתנשא לשוק הוא לאו מפני שהיא קנוי' לו ליבום, שהרי אף בשתי יבמות אסורה להנשא, הרי דהאיסור אינו מפני שהיא קנוי' ליבם, אלא מפני שהיא זקוקה לחליצה וליבום, וכיון דלא שני האיסור, א"כ הרי בקרא זה דלא תהי' אשת המת, דמזה ילפינן דלא יתפוס קידושין, בקרא זה כלול ג"כ שתי יבמות, דהרי האיסור שלא תנשא ג"כ בהאי קרא כתיב, והאיסור שלא תנשא הרי אין חילוק בין שתי יבמות ליבמה אחת, וא"כ גם האי דינא דילפינן מקרא זה דלא יתפוס קידושין, קאי בין ביבמה אחת בין בשתי יבמות, עכ"פ חזינן מהאי ירושלמי דמעיקרא הי' סבר דמשו"ה אין תופס קידושין מפני שהיא קנוי' לו ליבום א"כ יש זיקה מדאורייתא.

והנה הראשונים הקשו שם בסוגיא דף כ"ט דאיתא בעי רבה מאמר לב"ש נשואין עושה או אירוסין עושה, למאי, אלימא ליורשה וליטמא לה ולהפר נדרי', השתא ארוסה בעלמא תני ר' חייא אשתו ארוסה לא אונן ולא מטמא לה כו', עבד בה מאמר מיבעאי, ואלא לענין מסירה לחופה מאי, נשואין עושה ולא בעיא מסירה לחופה, או דילמא אירוסין עושה ובעיא מסירה לחופה כו', ת"ש שומרת יבם בין יבם אחד בין שני יבמין, ר"א אומר יפר כו' אלא לר"א נהי נמי דיש זיקה, בשלמא לחד מיפר, אלא לתרי אמאי, ואמר ר' אמי הב"ע כגון דעבד בה מאמר וב"ש היא דאמר מאמר קונה קנין גמור, והקשה הרשב"א מעיקרא אמר דלענין הפרת נדרים בודאי דאין מועיל מאמר מק"ו מארוסה, והשתא קאמר דאי מאמר קונה יכול להפר, ותירץ הרשב"א דהאי ת"ש פלוג אדאביי ורבה, וכמובן הוא דחוק דא"כ לא הוי ת"ש אלא תיובתא אדאביי ורבה.

ב) ונראה לי, דהנה הרמב"ם כתב בפ"ו מהלכותתרומה הלכה ג', ז"ל, ודין תורה שתאכל משנתארסה שהרי היא קנינו, אבל אסרו חכמים שתאכל עד שתנשא לחופה גזירה שמא תאכיל תרומה לאבי' ולאחי' כשהיא ארוסה בבית אבי', ולכאורה קשה, דהא אף לעולא דס"ל דהטעם שארוסה אין אוכלת בתרומה משום שמא תשקה, היינו למשנה הראשונה דס"ל הגיע זמן ולא נשאו אוכלת בתרומה, אבל למשנה אחרונה דס"ל אפילו הגיע הזמן אינה אוכלת עד שתכנס לחופה, ע"כ אין הטעם משום שמא תשקה, דהרי כשהגיע הזמן דוכתא מיחד לה, וע"כ הטעם משום סמפון כדאיתא בכתובות דף נ"ח וא"כ הרמב"ם שהוא פסק כמשנה אחרונה דאין אוכלת עד שתכנס לחופה, איך כתב הטעם משום שמא תשקה.

והנה בתוס' קדושין דף י"א הקשה קושי' זו על דברי הגמ', דקאמר אין האשה אוכלת בתרומה עד שתכנס לחופה משום דעולא, והקשה בתוס' הא למשנה אחרונה הטעם משום סימפון, ותירצו דהא דקאמר עד שתכנס לחופה לאו דוקא, אלא עד שיגיע הזמן, עוד תירצו דאי לאו משום דעולא, משום סימפון לחודי' לא הוי גזרינן, אבל עכשיו דגזרו משום דעולא, גזרו נמי משום סימפון, והנך תירוצים אינם מספיקים לתרץ דברי הרמב"ם, שהרי לדידי' בודאי דעד שתכנס לחופה דוקא, שהרי לא הביא דין דהגעת הזמן, וא"כ הי' להרמב"ם להביא גם טעם דסימפון עם הטעם שמא תשקה.

והנראה לי דהנה לכאורה למשנה ראשונה דסבירא לה הגיע הזמן ולא נישאו אוכלת בתרומה, אין שהגעת הזמן עושה קנין חדש, אלא הטעם כיון דמן התורה ארוסה אוכלת בתרומה, ורק רבנן גזרו משום שמא תשקה, ובהגיע הזמן הא אין למיחש משום שמא תשקה, שהרי דוכתא מיחד לה, אבל השתנות בקנין האישות לא נעשה משום הגעת הזמן, א"כ לפי זה תקשה מאי קאמר בגמ' כתובות דף מ"ח, לעולם היא ברשות האב עד שתכנס לרשות הבעל לנשואין, מאי לעולם, לאפוקי ממשנה ראשונה, דתנן הגיע זמן ולא נישאו אוכלת משלו ואוכלת בתרומה, ולפי הנ"ל מאי לאפוקי איכא אטו משנה ראשונה לא סבירא שהיא ברשות האב, הא גם משנה ראשונה סבירא לה דהיא ברשות האב וגם מתניתין דלעולם היא ברשות האב מודה דארוסה כבר קנין הבעל ואוכלת בתרומה מן התורה מטעם קנין הבעל, ורק רבנן גזרו משום שמא תשקה, ובהגיע הזמן דמיחד דוכתא אין כאן גזירה שמא תשקה, א"כ במאי מוכח ממתניתין לעולם היא ברשות האב עד שתכנס לרשות הבעל לנשואין, דבהגיע הזמן אין אוכלת בתרומה, הא דין זה לא תליא בדיני הרשות.

עוד קשה.

דהרי בגמ' נדרים דף ע"ג דאיתא במתניתין, בוגרת ששהתה י"ב חודש ואלמנה ששהתה ל' יום ר"א אומר הואיל ובעלה חייב במזונותי יפר כו', אמר רבה, ר"א ומשנה ראשונה אמרו דבר אחד, דתנן נותנין לבתולה י"ב חודש לפרנס עצמה, הגיע זמן י"ב חודש אוכלת משלו ואוכלת בתרומה, ולכאורה מאי ענין זה לזה, הא בתרומה תליא באיזה מקום היא, וכיון שהיא במקום שלא תשקה משו"ה אוכלת, ואטו בשביל דמשנה ראשונה סברה דהגיע הזמן דוכתא מיחד לה, אטו בשביל זה סוברת כר"א דיפר לה בעלה, הא עדנה ארוסה היא, וארוסה אין מפר לה בעלה בלא האב.

והנה הר"ן פירש דזהו דקאמר לי' אביי, ודילמא לא היא, עד כאן לא אשמעינן משנה ראשונה אלא בתרומה דרבנן, אבל נדרים דאורייתא לא, ופירש הר"ן ז"ל, משום דכיון דמדנא ארוסה אוכלת בתרומה ורבנן הוא דגזרו אי משום סמפון או משום שמא תשקה, כל שחייב במזונותי' ליכא למיחש להכי כו'.

אעפ"כ יקשה מאי טעמא דרבה, ועוד תקשה לפירוש הר"ן, דא"כ למה לאביי למימר בתרומה דרבנן, הא בהגיע הזמן גם בתרומה דאורייתא אכלה, וצריך לומר לפירוש הר"ן דהאי בתרומה דרבנן, אין הפירוש דאכלה בתרומה דרבנן, אלא הפירוש בתרומה, שהאיסור שאין ארוסה אוכלת הוא מדרבנן, והאי מדרבנן, על האיסור קאי, וגם זה דוחק, דלמה לאביי לפרש משום שהאיסור דרבנן ובנדרים האיסור דאורייתא, אפילו בשניהם דאורייתא, היינו אף אם הטעם שמא תשקה הי' דאורייתא, ג"כ לא דמי לנדרים, דהרי הכא בתרומה תליא באיזה מקום היא, ואף אם הי' בשניהם דרבנן, דאילו הי' הדין דארוסה מה שאין ארוס מיפר הוא מדרבנן, ג"כ לא דמי להדדי.

ועיין רש"י שמפרש בתרומה דרבנן, היינו בתרומה בזמן הזה שהוא רק דרבנן, ובודאי לפירוש זה קשה גם לאביי מאי ענין טעם דתרומה שתלוי' במקום, לדין דהפרת נדרים שתלוי' בנשואין, ולרבה בודאי דגם להר"ן קשה במאי השוה רבה משנה ראשונה דתלוי בדין באיזה מקום היא, לדין דהפרת נדרים שתלוי בדיני נשואין.

לכן נראה לי, דהאי סוגיא דנדרים ודכתובות בדף מ"ח סברי דלמשנה ראשונה דין דהגעת הזמן הוא ג"כ בנשואין דהנה ארוסה אוכלת בתרומה מדין קנין כספו, ונשואה גם בלא דין דקנין כספו אוכלת מטעם כל טהור בביתך, דהרי נשואה מקריא ביתו, וכדאיתא בתוס' יבמות דף ס"ח בשם הספרי, ואף שהקשו שם בתוס', וכתבו דאסמכתא היא, היינו דלא איצטריך ריבוי כיון דאכלה בתרומה מטעם קנין כספו, אבל אמת הוא שתוכל לאכול בתרומה מדין דכל טהור בביתך, והנה במסר האב לשלוחי הבעל ילפינן מקרא דבית אבי' פרט לשמסר האב לשלוחי הבעל, דע"י מסירה לחופה כבר הוא ברשות הבעל ואף שעדיין לא נכנסה לחופה, ע"י המסירה לחופה כבר היא ברשות ובבית הבעל, וסבר רבה והאי סוגיא דכתובות, דאף דלמשנה ראשונה דהטעם משום שמא תשקה, ובהגיע הזמן דוכתא מיחד לה, אילו לא הי' קנין חדש ע"י הגעת הזמן לא פלוג רבנן בארוסה בין אם היא יושבת במקום שתוכל להשקות או לא, אלא דמשנה ראשונה סברה, כמו במסר לחופה מקריא ביתך כדילפינן מבית אבי' פרט שמסר האב לשלוחו הבעל דאז היא ברשות ובית הבעל, כן בהגיע הזמן, כיון שכבר היא מסורה לו לחופה, ודין זה הוא מדין הקדושין, שהריבקדושין אם יאמר ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה הוי מתנה על מה שכתוב בתורה.

ולכאורה הא חיובים אלו דוקא בנשואה ולא בארוסה, ועכצ"ל דזהו דין הקדושין, שמחוייב בהגעת הזמן לישא אותה ולתת לה שאר כסות ועונה, נמצא דכשמגיע הזמן אז היא כבר מסורה לו לחופה, ורבנן כשאמרו דאין ארוסה אוכלת משום שמא תשקה. אמרו שלא תאכל מדין קנין כספו, אלא מדין טהור בביתך, וסוברת משנה ראשונה דבהגיע הזמן דהויא כמסירה לחופה מקריא בביתך, אלא דפריך שם בדף נ"ז כיון דגם בהגיע הזמן יש לחוש שמא תשקה א"כ מאי הועיל בתקנתן למשנה ראשונה, ומשני

דוכתא מיחד לה ואין לחוש שמא תשקה, אבל מה שאוכלת הוא משום טהור בביתך, דאילו לא היתה אוכלת רק מדין קנין כספו, לא היתה אוכלת אף בהגיע הזמן, דלא פלוג רבנן בארוסה באיזה מקום היא יושבת, ותקנו דאשה לא תאכל מטעם קנין כספו ורק מדין ביתך (ועיין ירושלמי כתובות פ"ה סוף הלכה ד').

והנה בדין דהפרת נדרים ג"כ תלוי בדין ביתך, כדכתיב ואם בית אישה נדרה, וכן כתבו בתוס' שם כתובות דף מ"ח, דהא דאמר שמואל מסירה לחופה מהני לירושתה, לא בעי לאפוקי הפרת נדרי', דגם לענין הפרת נדרים מהני המסירה לחופה. לפי זה מיושב מה שאמר רבה דמשנה ראשונה ור"א אמרו דבר אחד, דכמו דמשנה ראשונה סברה דע"י הגעת הזמן הוי כמסירה לחופה ומקריא ביתו ואוכלת מטעם טהור בביתך, ה"נ סבר ר"א דמיפר נדרי', דמקרי' בית אישה נדרה, ואביי דחי, דילמא משנה ראשונה סברה דהגיע הזמן לא מקריא ביתך, אלא לענין לאכול בתרומה בזמן הזה דרבנן, אבל לתרומה דאורייתא ולהפרת נדרים גם משנה ראשונה מודה דעדנה לאו ביתו מקרי, וע"כ לא אמר ר"א אלא משום דכל הנודרת ע"ד בעלה נודרת, וכן האי סוגיא דאמרה דמשנה דאמרה לעולם היא ברשות האב עד שתכנס לרשות הבעל לנשואין מוכח דהגיע הזמן עדנה אינה אוכלת בתרומה, היינו ג"כ משום דסברה דלמשנה ראשונה בהגיע הזמן אוכלת מטעם כל טהור בביתך, דחשיב כמסירה לחופה, ומשנה זו אמרה דכל זמן שלא נכנסה היא ברשות האב, הרי מוכח דאין אוכלת עד שתכנס לחופה, דהרי משנה זו סברה דבהגיע הזמן לאו ביתו מקריא, ורבנן הרי תקנו שלא תאכל מטעם קנין כספו אלא מטעם ביתך, והנך סוגיות יסברו כהאי לישנא דהטעם משום סמפון על משנה אחרונה אמר רב שמואל בר יהודה ולא עולא, דהרי איתא שם בדף נ"ח אמר עולא ואיתימא רב שמואל בר יהודה משום סמפון, והנך סוגיות יסברו כהאי ואיתימא דר' שמואל בר יהודה אמר זה.

ג) ולפי דברינו יתיישבו קושיות תוס' לקמן בדף ס"ז ד"ה קנין כספו אמר רחמנא והאי קנין דאחיו, והקשה ר"ת הא למשנה ראשונה דאעפ"י היכא דאכלה בחיי הבעל אכלה נמי בחיי היבם, דהרי איתא שם, ואפילו כולן בפני הבעל חסר יום אחד בפני היבם. משמע כולן בפני הבעל כיון דאכלה בפני הבעל אוכלת בפני היבם, ועוד דתניא בתוספתא, זו משנה ראשונה אבל רבותינו אמרו אין האשה אוכלת בתרומה עד שתכנס לחופה ולא היבמה עד שתבעל משמע דלמשנה ראשונה אוכלת, ובירושלמי דפרק אעפ"י, הגיע זמן ולא נישאו או שמתו בעליהן אוכלת משלו ואוכלת בתרומה, וע"כ בלא ביאה, דאי אחר ביאה פשיטא, וע"כ מדייק ר"ת דהאי דרשא דקנין כספו אמר רחמנא ולא קנין דאחיו אסמכתא בעלמא היא ומדאורייתא אף יבמה אוכלת בתרומה, אכן הקשה ר"ת א"כ אמאי טעמא דמשנה אחרונה דאין היבמה אוכלת בתרומה עד שתיבעל, הא כיון שכבר היתה נשואה א"כ ליכא למיחש לסמפון, עוד הקשה בתוס' כתובות דף נ"ח, א"כ הא דקאמר ביבמות בפרק אלמנה, גבי הא דתנן היבם פוסל ואינו מאכיל, אי בת כהן לישראל פסיל לה מושבה אל בית אבי' פרט לשומרת יבם, הו"ל למימר דהא קניייה כדאמר התם גבי אירוסין.

ולישב כל הקושיות האלו נראה לי, דהנה למ"ד יש זיקה הא ביארנו דשומרת יבם ג"כ מין נשואין הוא, וכמו שיש כמה גווני בעניני נשואין, אירוסין, וכניסה לחופה, ונשואין,

ה"נ יש עוד מין אישות שומרת יבם והתורה אמרה בית אחיו, א"כ אמרה התורה שהוא עדנה בית אחיו, דעדנה לא נסתלק מהאי בית, ושייכא להאי בית, לפי זה למ"ד יש זיקה דאמרה התורה יבמה יבא עלי' בע"כ, הוא משום דלהא שיוכל לבוא בעל כרחיה מסרה התורה אותה להאחין, והוי כמו מסירה לחופה, דכמו שמסר האב מקריא ביתו של בעל מפני שמסורה לו לבוא עלי', ה"נ כשמסרה התורה לו לבוא עלי' בע"כ הויא ביתו וכדחזינן דקראה התורה בית אחיו, שהיא עתה של בית אחיו הזה, אכן אם נימא אין זיקה לא נעשית כלל של הבית, והא דקריא רחמנא בית אחיו, הפירוש שהיתה בחייו ביתו, ומה דאמרה התורה יבמה יבא עלי' בע"כ, הוא דינים שאמרה התורה שאף אם בא בע"כ קנאה, אבל לא מטעם שהיא שלו לזה.

והנה משנה ראשונה סברה דהיכא דלא אכלה בחיי הבעל היינו שלא הגיע הזמן אז לא מקריא בית אחיו, והא דארוסה זקוקה ליבום ילפינן מקרא דהחוצה לרבות ארוסה, וכדאייתא לקמן בדף י"ג וכדאייתא ביומא, ועיין בתוס' ד"ה לרבות, ובודאי בארוסה לא עדיף זיקת היבם מהבעל, דלאלומי מבעל לא אמרה התורה, ואם לא מקריא בית אחיו, בודאי דמה שהדין שאם בא בע"כ קנאה הוא רק דינים.

לא שתהא מקריא ביתו, וא"כ יבמה כזו דלא הויא בית אחיו, ורק מדין כספו היתה אוכלת, אם נעשית יבמה אינה אוכלת מן התורה, שהרי קנין כספו אמר רחמנא ולא קנין דאחיו, אכן כל זה אם לא היתה אוכלת בחיי הבעל, אבל אם הגיע הזמן בחיי הבעל, דאז למשנה ראשונה היתה כבר אוכלת מטעם ביתו, וגם בנפלה לפני היבם אוכלת אחרי דגם עתה היא בית אחיו, ומה שבידו לבוא עלי' בעל כרחיה הוא, דהיא שלו לזה, ומקריא ביתו, והא דהביא קרא דקנין כספו אמר רחמנא אף דלמשנה ראשונה אף ארוסה אינה אוכלת, לאשמעינן דהיכא דאינה אוכלת בחיי הבעל מדרבנן, היינו דשריותא דידה מן התורה הי' רק מטעם קנין כספו בפני היבם, אף מדאורייתא אינה אוכלת.

כל זה למשנה ראשונה, אכן משנה אחרונה אמרה, אין האשה אוכלת בתרומה עד שתכנס לחופה ויש להסתפק מאיזה טעם, אם משום דמשנה אחרונה סברה דהגיע הזמן לא הויא כמסירה לחופה, או דמשנה אחרונה פליגא גם על מסירה לחופה, דסברה דהאי דמיעט רחמנא בית אבי' פרט לשמסר האב לשלוחי הבעל, דמזה הילפותא למשנה ראשונה דאם מסר לחופה היא כבר בבית הבעל, משנה אחרונה סברה דקרא מיעט רק דאם מסרה לחופה כבר אינה בבית אבי', אבל גם לרשות הבעל לא נכנסה ולא מקריא כלל ביתו משום שנמסרה לחופה.

ונראה לי, דבזה פליגי רב ורב אסי בכתובות דף מ"ח, דאמר רב מסירתה לכל חוץ מתרומה, ורב אסי אמר אף לתרומה, והנה רש"י, פירש דטעמא דרב אסי משום שמא תשקה, ובמסר לחופה לא שייך שמא תשקה, והקשה בתוס' הא רב אסי ע"כ למשנה אחרונה ולמשנה אחרונה הא בודאי הטעם משום סמפון.

אכן לדברינו הא האי סוגיא סברה דטעם דאוכלת למשנה ראשונה בהגיע הזמן, משום דעתה אוכלת מטעם ביתך, מעתה פליגי רב ורב אסי בטעמא דמשנה אחרונה, רב אסי סבר דמשנה אחרונה סברה דהגיע הזמן לא הוי כמסירה לחופה אבל במסר לחופה ילפינן מקרא דבית אבי', דכיון שנמסרה לחופה ורשות ביד בעלה לבא בע"כ, מקריא בית

בעלה, וממילא עתה אוכלת מטעם כל טהור בביתך, אכן רב סבר דמשנה אחרונה סברה דקרא ממעט מבית אבי' פרט לשמסר האב לשלוחי הבעל, דאם מסר לחופה איננה בבית אבי', אבל גם בית בעלה לא מקריא, וא"כ אכילתה יהי' רק מטעם קנין כספו, ורבנן הא גזרו שלא תאכל מטעם קנין, ולא חילקו באיזה מקום היא יושבת.

ומעתה יתפרשו דברי הגמ' שם דקאמר, ואימא היכא דהדרא לבי נשא תהיזר למילתא קמייתא, ועיין רש"י ותוס', ולדברינו פריך, כיון דרב אסי איתותב מברייתא דאיתא בהדיא דמסירה לחופה אין מועיל לענין שתקרא ביתו, ודוקא אם נכנסה לחופה מקריא בית הבעל, א"כ אימא היכא דהדרא לבי נשא תהיזר למילתא קמייתא, דלרב אסי דס"ל דע"י מסירה לחופה נכנסה כבר לבית הבעל, בודאי שלא תשוב עוד להיות בית אבי', דנשואין מוציא מרשות אב, אבל אחרי דרב אסי איתותב, והלכה כרב דקרא מפיק רק שאיננה אז בית אבי', אבל לא נכנסה עוד לרשות הבעל אימא שתוכל לשוב למילתא קמייתא, וע"ז אמר רבא, דפסקה תנא דבי ר' ישמעאל דכיון שיצתה מרשות אבי' (אף שלא נכנסה עוד לרשות הבעל) שוב אינה חוזרת.

ולפי זה מיושב מאי דאיתא בתוספתא דלמשנה אחרונה, אין היבמה אוכלת עד שתבעל אף שהיתה אוכלת בחיי הבעל, שהרי התוספתא סברה דמסירה לחופה אין עושה שתקרא ביתו, א"כ אף שהיא שלו לבוא בעל כרחה, קנין זה לא עדיף ממסירה לחופה, ומסירה לחופה אין מועיל שתקרא ביתו, א"כ יבמה אינה אוכלת מן התורה, שהרי ביתו לא מקריא, ותאכל רק מטעם קנין כספו אמר רחמנא ולא קנין אחיו, אכן אף למשנה ראשונה הא משום דיבמה יבוא בע"כ מקריא ביתו, הוא דוקא אם יש זיקה, והאי דינא הוא משום שהקנה התורה אותה לו, אבל אם אין זיקה, הוי רק דין שאם בא בע"כ קנאה, אבל לא שהיא שלו.

נמצא דהגמ' ביבמות לקמן שהביאה לימוד דקנין כספו אמר רחמנא ולא קנין דאחיו, ללמד דאף מאן דס"ל יש זיקה אם היתה רק ארוסה שאכלה בחיי בעלה מן התורה רק מדין קנין כספו, היבמה אף שקנוי' לו אין אוכלת מן התורה, שהרי קנין שלו הוא קנין אחיו, וקנין כספו אמר רחמנא ולא קנין אחיו, ולימוד דושבה אל בית אבי' פרט לשומרת יבם דאיצטריך בבת כהן לישראל, ולא אמר מטעם דקני' לה, דהא למ"ד אין זיקה אין להיבם כלל קנינים בהיבמה, והא דקריא רחמנא בית אחיו, הוא שהיתה מקודם בית אחיו משו"ה איצטריך לימוד מקרא דושבה אל בית אבי'.

(ד) לפי זה מיושב מה שהרמב"ם הביא טעמא דשמא תשקה, אף שהוא פסק כמשנה אחרונה, וכן הגמ' בקדושין אמרו אין האשה אוכלת בתרומה עד שתכנס לחופה משום דעולא, דהאי סוגיא סברה כסוגיא דנדרים וסוגיא דכתובות מ"ח, דטעמא דמשנה ראשונה דבהגיע הזמן אוכלת, משום דמסירה לחופה דין בית הבעל יש לה, ואוכלת מטעם כל טהור בביתך, אבל משנה אחרונה סברה דמסירה לחופה לא הויא בית הבעל, וא"כ תצטרך לאכול מדין קנין כספו, ומשום גזירה דשמא תשקה גזרו רבנן שאשה לא תאכל מדין קנין כספו, אלא מטעם ביתך, ומסירה לחופה לא הוי ביתו.

ומיושב בזה קושית הראשונים, שהקשו על גמ' לקמן, דבעי רבה, מאמר נשואין עושה או אירוסין עושה, ופריך למאי אי ליורשה ולטמא לה ולהפר נדרי', השתא ארוסה

בעלמא תני ר' חייא אשתו ארוסה לא אונן ולא מטמא לה כו', עבד בה מאמר מיבעאי, הרי דפשיטא לרבה ואביי דע"י מאמר אין יכול להפר נדרי' מק"ו מארוסה, ואח"כ קאמר, ת"ש שומרת יבם בין יבם אחד בין שני יבמין ר"א אומר יפר ור' יהושע אומר לאחד ולא לשנים, ופירש בגמ' דטעמא דר' יהושע משום דס"ל יש זיקה, וטעמא דר' אליעזר דעבד בה מאמר, הרי דע"י מאמר מצי להפר נדרי'.

אכן לדברינו הדברים מיושבים, דהנה רבה בעי, מאמר אי אירוסין עושה אי נשואין עושה, ופריך למאי אי ליורשה ולטמא ולהפר נדרי', ואם הי' רבה סובר שיש זיקה ומאי דאמרה התורה יבמה יבא עלי' בע"כ הוא משום דלזה לבוא בע"כ מסרה התורה אותה לו והוי שלו לזה, וסבירא לי' דע"י מסירה לחופה מקריא בית אישה, א"כ גם בלא מאמר מצי מיפר נדרי', והרי רבה לא פירש דהאיבעיא שלו הוא בשני יבמין, א"כ אף ביבם אחד מספקא לי', משו"ה פריך לו אביי, אם מה שהיא מסורה לבוא בע"כ אינה מדין שהיא שלו, וא"כ ספיקא דרבה דילמא משום קנין המאמר מצי להפר: ע"ז הקשה אביי ק"ו מארוסה, דבודאי קנין דמאמר לא עדיף מארוסה, ואלא לענין מסירה לחופה אם יכול לבוא בע"כ, הא ודאי יכול לבוא בע"כ, ושני, דמספקא לי' אי פרוחה זיקת יבמין וחל זיקת אירוסין א"כ יוכל לסבור יש זיקה, ואם יש זיקה וע"י מאמר לא פרוחה זיקת יבמין, מה שיוכל לבוא בע"כ הוא משום שהיא שלו, א"כ ביבם אחד שע"י שיכול לבוא בע"כ היא מסורה לו לחופה, מקריא בית אישה ויכול להפר נדרי', וכן בשני יבמין.

אם אחד עבד מאמר ובירר שהיא זקוקתו, ג"כ מצי מיפר, והשתא אי אפשר כלל לומר, השתא ארוסה בעלמא אין מיפר, דהא ארוסה לא מקריא ביתו, שהרי חסרה מסירה לחופה, והכא ביבמה הרי היא מסורה לו לחופה, שאם יש זיקה זה שהוא יכול לבוא בע"כ הוא משום שהוא שלו לזה ומקריא אישה, והוא גמ' מפורשת בסוטה דף מ"ד, דר' יאשי' סבר דשומרת יבם שותה ולא ארוסה, וקאמר בגמ' דר' יאשי' אילימה לו שומרת יבם משום דלא מחסרא מסירה לחופה, ואף דלר' יאשי' בעי קרא דאיש איש לרבות, היינו משום דקרא דתחת אישך מיותר, ומפקינן ארוסה, והא דפריך אביי ק"ו מארוסה, הוא אם נימא אין זיקה.

ובזה מיושב דברי רש"י שכתב ביבמות דף י"ז, דתנא דאמר אין זיקה הוא ר"ע דאמר דאפילו בחד אחא אין מיפר, והקשה בתוס' דף כ"ט, דילמא טעמא דר"ע דמשו"ה אין מיפר משום דאין חייבין סקילה כנערה המאורסה. אכן לדברינו ניחא, דהא ר"ע סבר בכתובות כמשנה ראשונה, דנותנין לה מחצה חולין ומחצה תרומה, הרי דסובר ר"ע דמשום דהגיע הזמן הויא כמסירה לחופה ומקריא ביתו, וא"כ אילו הי' סובר ר"ע שיש זיקה בודאי הי' סובר דמצי מיפר נדרי' ואף דאין חייבין סקילה אבל התורה אמרה בית אישה, וע"י המסירה לחופה היא ביתו, כיון דהתורה קראה בית אחיו, ולמאן דאמר יש זיקה היא גם עתה בית אחיו, בודאי הי' סובר דמיפר נדרי', ע"כ דר"ע סובר אין זיקה, וא"כ ביתו לא הויא ורק מקנין דאירוסין בעי למילף שיפר נדרי' בשותפות ע"ז אמר ר"ע דכיון דהטעם משום קנין, לא דמי קנין יבמות ע"י מאמר, לאירוסין, דהא אין חייבין סקילה כנערה המאורסה, ולא דמי קנין מאמר לקנין דאירוסין.

ה) נמצא לפי דברינו דלמאן דאמר יש זיקה, מה שאמרה התורה בית אחיו, התורה אמרה שהיא עתה עדנה בית אחיו, ואם הוא מייבם הוא בונה עתה בית אחיו שמקבל נשואי אחיו לביתו, אכן אם חולץ הא הוא עוקר זיקת אחיו, ועתה כשנעקרה הזיקה איננה עתה בית אחיו, אכן למ"ד אין זיקה, מה שאמרה התורה בית אחיו, היינו שהיתה מכבר בית אחיו, והבנין הוא שנושא עתה זו שהיתה בית אחיו.

מעשה מיושב קושית הראשונים על מאן דס"ל הבא על יבמתו וחזר ובא הוא או חד מן האחין על צרתה דאינו עובר רק בעשה, ותקשה א"כ אמאי אמר בפרק ר"ג דבעל ובעל אין לאחר ביאה כלום, הא יש להסתפק היך סבר ר"ע אם תופס קידושין בחייבי עשה אכן לדברינו הדברים מבוארים, דהנה באלמנה לכה"ג אם קידשה עובר בלאו, דהתורה אמרה לא יקח, אבל באחות אשה אם יקדשה לא יעבור בלאו דלא תקח, דהרי לא היו כלל קידושין, נמצא דגם מ"ד בעשה, מודה דלמאן דאמר אין זיקה, ובית אחיו הכונה זו שהיתה בית אחיו, א"כ כשהתורה אמרה אשר לא יבנה, היינו שאם לא נשא זו שהיתה בית אחיו לא ישא אותה, אם עבר ונשא אותה עובר בלא יבנה, וא"כ כשבא על אחת ועל השני עובר בלאו דלא יבנה, אכן אם נסבור יש זיקה, הפירוש יבנה בית אחיו שהיא עתה בית אחיו, והוא בונה נשואי אחיו, אבל אם בא על אחת ונעקר זיקה מן השני והיא עתה איננה כלל בית אחיו, הרי עתה אי אפשר לו כלל לבנות בית אחיו, שכבר נשואי אחיו וזיקת הבית נסתלק ממנה, א"כ כמו דאין עובר באחות אשה אם יקדשה משום דלא לקחה, שהרי לא חלו הקידושין, ה"נ בבא על הצרה אין עובר בלא יבנה, שהרי עתה אי אפשר לו לבנות, שאיננה עתה בית אחיו, נמצא דהמשנה בפרק ר"ג הא אוקי בגמ' כמ"ד אין זיקה, והפירוש יבנה בית אחיו, שישא זו שהיתה מוקדם בית אחיו, ואם נשא אותה עובר בלאו, ולר"ע אין תופס קידושין, אבל הך מ"ד סובר יש זיקה ועתה אי אפשר לו לבנות, משו"ה אין עובר בלאו דלא יבנה, שהרי אין בונה בית אחיו.

שכבר אינה בית אחיו, אבל בעשה דיבמה יבא עלי' ולא על חבירתה עבר, משו"ה סבר דהוי עשה, ומשו"ה כתב הרמב"ם עשה זו דיבמה יבא עלי', ולא כתב עשה דאין בונה שני בתים, שהרי אם בא על הצרה אין בונה עתה כלל שהרי נסתלק הזיקה. ולפי זה מיושב מה שכתב הרמב"ם דהחלוצה וכל הצרות מדרבנן, שהרי קי"ל בכל התורה היכא דפליגי רב אחא ורבינא הלכה כדברי המיקל, א"כ סבר שיש זיקה ואי אפשר כלל עתה לבנות בית אחיו, שהרי עתה איננה בית אחיו, ולא קשה מהא דאמר לדברי ר"ע אין קידושין תופסין בחלוצה, דהא הוא סבר אין זיקה, וכן הסוגיא בפרק ר"ג והמשנה הא סבר אין זיקה, ולמ"ד אין זיקה, דבית אחיו הכונה שהיתה בית אחיו, בודאי חלוצה והצרות בלאו דלא יבנה, אכן הרמב"ם הא פסק יש זיקה ואין כאן לאו.

סימן ט בדין צרת סוטה דף י"א. אמר רב יהודה אמר רב צרת סוטה אסורה טומאה כתוב בה כעריות, ופרש"י ותוס' דפטורות מן החליצה ומן היבום, וכן כתב הרמב"ם בפ' ו' מהלכות יבום הי"ט, ז"ל, אשה שזינתה תחת בעלה ברצון ובעדים ומת קודם שיגרשנה ונפלה לפני יבם הרי היא פטורה מן החליצה ומן היבום, וכן צרתה, כאילו היתה ערוה על היבם מפני שטומאה כתיב בה עריות שנאמר והיא נטמאה.

אכן קשה מסקנת דבריו שמסיק שם, ז"ל, אבל סוטה שמת בעלה קודם שישקנה מי המרים שאינה בת שתי' אלא בת גירושין הרי זו חולצת ולא מתבימת ואם היתה לה צרה הרי צרתה מותרת וחולצת או מתבימת עכ"ד הרמב"ם וקשה כיון דבודאי גם צרתה נפטרה א"כ בספק סוטה הרי צרתה ספק צרת ערוה, וא"כ איך תתיבם, הא אם יבא אלי' ויאמר שזינתה הרי צרתה ג"כ פטורה, וא"כ הרי היא ספק צרת ערוה.

והנה הרא"ש הביא קושית תוס' שהקשו כיון דסוטה ודאי חשוב לי' רב כערוה, א"כ סוטה ספק הוה לה לחשב כספק ערוה, וא"כ היכי פריך בסוטה על ספק סוטה, ותתיבם יבומי, הא ספק ערוה היא, ופירש הרא"ש כיון דהא דסוטה ודאי חשוב כערוה משום דטומאה דידה כתוב בלשון לאו, לא יוכל כו' אחרי אשר הוטמאה, וסוטה ספק, כתיב טומאה דידה בלשון עשה, אינו אפילו ספק ערוה, דהא דעשה הכתוב בסוטה ספק, את הספק כודאי, הוא בעשה ונסתרה והיא נטמאה, ובזה דחה סברת הראב"ד שפסק כסוגיא דמס' סוטה דבעיא חליצה מטעם אילו איתא לבעל מי לא בעיא גט, וכתב דלפי סברתו שחילק בין סוטה ודאי דכתיב טומאה דידה במקום לאו לסוטה ספק דטומאה דידה כתיבא במקום עשה, לא פליגי הסוגיות דיבמות וסוגיא דמס' סוטה אהדדי, וסוגיא דיבמות מיירי בודאי סוטה, וסוגיא דסוטה מיירי בספק סוטה.

הנה תירוצא דהרא"ש אינו מובן, דא"כ ספק ערוה תתיבם צרתה משום דכרת ולא דידה כתיבא בודאי, לא בספק, אלא אף דכרת דערוה כתיבא בודאי ערוה, בספק ערוה הוי ספק כרת, א"כ בסוטה ספק, נהי דטומאה דידה כתיבא במקום עשה, אבל מספק ערוה לא נפקא, היינו מספק לאו דלא יוכל, אכן להרמב"ם בלא זה קשה, דהרי כתב הא דטומאה כתיב בה כערוה מקרא דוהי' נטמאה א"כ הרי דטומאה דכתוב בה כערוה הוא במקום עשה, ובודאי דתקשה סוגיא דסוטה דפריך ותתיבם יבומי, הא ספק ערוה היא.

א) ונראה לי לתרץ דהנה תוס' בריש נדה ובנזיר הקשו, כיון דקי"ל ספק טומאה ברה"י ודאי טמא, א"כ איך: אמרינן בשני נזירים שנזרקה טומאה ביניהם דשניהם מביאים קרבן טומאה וקרבן טהרה, כיון דודאי נטמאו יביאו רק קרבן טומאה ונראה דהא דפשיטא להו לתוס' בכל מקום דהא דאמרינן ספק טומאה ברה"י טמא הוא בתורת ודאי, להרמב"ם דס"ל בכל מקום ספיקא מן התורה לקולא, לית לי' האי כללא, אלא דס"ל הא דספק מן התורה לקולא הוא בכל הספיקות, אבל ספק טומאה אסרה התורה את הספק הזה באיסור ודאי מטעם שצותה התורה לחשוש להספק, אבל לא בתורת ודאו אלא בתורת ספק, ואין להקשות הא קאמר בגמ' עשה הכתוב ספק כודאי, דמשמע דהספק הוא כהודאי, דא"כ גם לתוס' יקשה דסבירא להו לתוס' והרא"ש דאין בספק סוטה טומאה ודאית לענין חליצה, ע"כ דלאו דוקא כודאי, ה"נ להרמב"ם דאסרה התורה משום הספק כודאי, אבל האיסור רק משום הספק שאמרה התורה שיחשוש בשביל הספק.

והנה עיקר ראית התוס' דספק טומאה הוי ודאי טמא, מדשרפינן תרומה על ספק הזה, שהרי בריש נדה מקשה על ר"ש אמאי אית לי' תולין, ישרפו כדין כל ספק טומאה ברה"י, הרי דס"ל ספק טומאה ברה"י שורפן, הרמב"ם יסבור כיון שאסרה התורה לאכול מפני הספק שמא טמא ורכיב עלה איסור דאורייתא מספק, משו"ה שורפין וכדאיתא בגמ' פסחים דף ט"ו, דבשבע הכל שורפין תרומה טהורה עם הטמאה, דכיון

שיש על התרומה איסור דאורייתא לאכול, כבר אין על זה דין דמשמרת תרומתו ומותר לטמאה בידים ה"נ כיון שיש על התרומה איסור דאורייתא לאכול מטעם הספק משו"ה מותר לשורפה.

ואין להקשות איך ישרפו את התרומה שנטמאת בספק, שמא יבא אלי' ויטהרנה, דהא גם לדברי התוס' יקשה, הא האי חששא שמא יבא אליה ויטהרנה הוא גם לדברי התוס', ואין לומר דלדברי התוס' ניחא דכיון דספק טומאה ברה"י החזיקה התורה לודאי, א"כ גם זה הדין דלא נחשוש שמא יבא אלי' ויטהרנה, הוא בכלל דאין לנו לחשוש שמא יבא אלי' ויטהרנה, שהרי אמרה התורה שנחזיק לודאי טומאה, וא"כ לא יבא אלי' לטהרה, דהא כתבו התוס' דלקולא לא אמרינן עשה הכתוב ספק כודאי, עיין בתוס' ד"ה צרת, ולכאורה הא זה קולא הוא דמותר לשורפה, ואף אם נאמר דאין זה מקרי קולא מה שמותר לשורפה שהרי בטמאה החיוב לשורפה, עכ"פ תקשה בהנך ששה ספיקות שתקנו באושא לשרוף עליהן תרומה שהם רק מדרבנן וא"כ יקשה נהי דכיון שאסרו רבנן הוי עלה איסור דאורייתא, וממילא מותר לשורפה דכיון שיש איסור ודאי מדרבנן, אבל עכ"פ זה לא יוכלו רבנן לומר שבודאי הוא טמאה, וא"כ הרי יש לחשוש שמא יבא אלי' ויאמר טהורה היא, דרבנן יוכלו רק להטיל איסור ודאי, אבל לא לשנות את המציאות ולומר שבודאי בגד עם הארץ ישבה עליהן אשה נדה, או שהמי רגלים ודאי של אדם הם ושל זב הם, שמא יבא אלי' ויאמר דבהמה היא, וא"כ מן התורה יש איסור לשורפה, ואיך עקרו חכמים דבר מן התורה בקום ועשה, ובודאי דזה דוחק לומר דזהו בכלל למיגדר מילתא, דא"כ הי' להגמ' לתרץ ביבמות לקמן דמקשה מתורם מעציץ נקוב על שאינו נקוב וכל הנך קושיות, יתרץ דזהו למיגדר מילתא, ע"כ דלא שייך בכה"ג למיגדר מילתא.

וע"כ צריך לומר דהאי חששא שמא יבא אלי' ויטהרנה הוא רק מדרבנן, ויש מקומות שחששו ויש מקומות שלא חששו, ובספק טומאה ברה"י כיון שהוציאה התורה את הספק מן הכלל, ואסרה אותו מטעם שיש לחשוש להספק, לא החמירו בזה חכמים לחשוש שמא יבא אלי' ויטהרנה, כיון דמן התורה מותר לשורפה, ומצוה לשורפה כדי שלא יבא לידי תקלה, אחרי שאסורה מן התורה לאכול, ורק היכא שהיא תלו' בטומאה דרבנן, היכא שלא החמירו רבנן לעשות כודאי חששו שמא יבא אלי' ויטהרנה, ועיין בבכורות ל"ד דר' יהושע ס"ל תרומתי כתיב, חדא דתלו' לא אמר רחמנא עבד לה שימור.

עכ"פ הרמב"ם סבירא לי' דהאי דאמר רחמנא ספק טומאה ברה"י טמא, היינו דאמרה התורה שאסור מספק שמא נטמא, אבל לא שהיא ודאי שניטמא, א"כ בודאי ניחא להרמב"ם מה ששניהן מביאין קרבן טומאה וקרבן טהרה, שהרי זהו הדין שאמרה התורה לחשוש שמא נטמאו, וזהו דין התורה שיביאו קרבן טומאה וקרבן טהרה.

ב) והנה הרמב"ם כתב בפ"א מהלכות איסורי ביאה הלכה כ"ב, המקנא לאשתו ונסתרה ובא עד אחד והעיד שנטמאה והי' בעלה כהן ואח"כ בא עלי' הרי זו לוקה משום זונה ואעפ"י שעיקר העדיות בעד אחד, כבר הוחזקה בזונה עכ"ד הרמב"ם, וכבר תמהו מדוע לא כתב הרמב"ם דאף אם בעלה ישראל לוקה משום טומאה, ומה שכתב הרמ"מ דהרמב"ם ס"ל דכיון דפשט המקרא דלא יוכל בעלה לשוב לקחתה אחרי אשר הוטמאה

מיירי במחזיר גרושתו לאחר שנישאת, אף שבכלל זה דלא יקחה אחרי הוטמאה, אין לוקין על זה משום דהוי לאו שבכללות, ורק על מחזיר גרושתו לוקין משום שהוא פשוטו של מקרא.

משו"ה לא מנה הרמב"ם הלאו הזה במנין הלאוין עכ"ד המ"מ, הנה הרמב"ם בפ"א מהלכות גירושין הלכה י"ד כתב ז"ל, ובכלל לאו זה, שכל אשה שזינתה תחת בעלה נאסרה עליו ולוקה עליו שנאמר אחרי אשר הוטמאה והרי היא נטמאה, הרי דסבר הרמב"ם דלוקין על לאו זה, ומה שלא מנה הרמב"ם זה בכלל הלאוין, הוא דס"ל להרמב"ם דהכתוב קרא טומאה לבעל הן מה שנישאת אחר שגירשה והן מה שזינתה תחתיו, והוי כמו נטמא בטומאת מת וטומאת שרץ דאסור לכנס למקדש, דהוי חד לאו שאסור לטמא מת או טמא שרץ לכנס למקדש, כן אסרה התורה לבעל הן אם ניטמאת מזה שקידשה אחר לאחר גירושין והן אם זינתה תחתיו, וחד לאו הוא, עכ"פ סבר הרמב"ם דלוקין על לאו דטומאה, וא"כ תקשה אף בבעלה ישראל והעיד עד אחד ובא עלי', ילקה משום לאו דלא יוכל כו' אחרי אשר הוטמאה, ואמאי כתב הרמב"ם רק לאו דזונה.

והנראה לי, דהנה קיי"ל דעדי קידושין הם לקיום הדבר, היינו דאם לא היו עדים בשעת מעשה לא חלו הקדושין. ואף שהוא והיא יודעים שנתקדשה, מותרת להנשא, דבלא עדים לא חל הקדושין, ובגמ' כתובות דף ט' ה"י סבר מעיקרא דאף אם הבעל ראה אשתו זינתה לא תאסר עליו, דכיון דאין דבר שבערוה פחות משנים ועדים בדבר ערוה הוי לקיום הדבר, ה"נ בלא עדים לא תתסר על בעלה, עיין שם בתוס' ד"ה ומי אמר ר' אלעזר, רק כיון דחזינן דע"י קינוי וסתירה נאסרה לבעלה, ולדברי הרמב"ם ע"י קינוי וסתירה הוי רק ספק, ואעפ"כ נאסרה לבעלה, חזינן מזה דאסרה התורה אותה לבעלה אף אם היתה המעשה בלא עדים, וא"כ העדים דבעינן בלאסור אותה לבעלה ע"י מעשה הזנות ע"כ דבעינן רק לידיעת הדברים, אבל לא לקיום הדברים.

והנה הא דאמרינן דמשו"ה צרת סוטה אסורה משום דטומאה כתיב בה כעריות, והיינו משום דכתיב בה ונטמאה, ולכאורה מאי ראי' מקרא דכתיב ונטמאה, הא אם היא זינתה הרי היא ערוה דהא היא אשת איש, וא"כ כמו דאם עבר אחד על כל העריות קראה רחמנא טומאה דכתיב אל תטמאו בכל אלה, ה"נ אם אשת איש זינתה כתב קרא נטמאה, היינו שעברה על איסור אשת איש, אבל מנא לן דקאי קרא לומר שנאסרה לבעלה משום טומאה לבעלה, דהא לכאורה קרא דנטמאה הוי כמו אילו ה"י כתוב זינתה, דאשמעינן קרא דאם זינתה אסורה לבעלה, ואם ספק אם זינתה אסורה עד שתשתה, דהרי זנות שלה בודאי הוא טומאה, שהרי אם זינתה עברה על איסור ערוה שהוא טומאה, אבל מנא לן דנאסרה על בעלה איסור טומאה.

וצריך לומר דהא דאמרינן טומאה כתוב בה כעריות, הוא מונטמאה קמא דכתיב בקרא, ושכב איש אותה שכבת זרע ונסתרה והיא נטמאה, וכיון דכבר כתיב בקרא שכב איש אותה, א"כ והיא נטמאה הפירוש דגלי קרא דהשכיבה עושה אותה טמאה לבעלה, אבל שארי ונטמאה דכתיב בפרשה דילפינן אחד לבעל ואחד לבועל ואחד לתרומה, שם הפירוש אם זינתה אז אסורה לבעלה, וחד דאסורה לבועל, וחד דמועיל הזנות לאסור

בתרומה, אבל שם אין הפירוש ונטמאה לבעלה, אלא אם נטמאה היינו שעברה על איסור אשת איש הוא, שהוא טמאה משום איסור ערוה שעברה, וקרא דבתרה, ועד אין בה, דדרשינן שנים אין בה, אלא אחד, קאי אדלקמן, היינו על, והיא לא נתפשה, וכן מוכח בסוטה דאמר, ומי מצית אמרת דועד אין בה דלא מהימן, והא כתיב והיא לא נתפשה, ולא פריך מקרא דלמעלה דוהיא נטמאה, אלמא דנסתרה והיא נטמאה קאי בעדים, ופירש הכתוב בין אם נסתרה בין שהיא נטמאה, היינו שראו עדים, ולמה שינה הכתוב אחרי שכבר כתיב ושכב איש אותה, והי' לכתוב רק ונעלם, אלא בא הכתוב לגלות דנטמאה לבעלה ע"י ששכב איש אותה היא טמאה לבעלה, וגלי קרא דלבעלה היא טמאה כערייות, וכיון דהאי קרא מיירי בעדים.

א"כ אימתי אמרינן טמאה לבעלה כערייות דוקא בעדים, דכיון דהאי טמאה לבעלה כערוה, א"כ נעשית ערוה לבעלה דוקא ע"י עדים, אבל בלא עדים כגון ע"י קינוי וסתירה לא נעשית ערוה לבעלה, ורק איסור נאסרה, דהרי אמרה תורה שתשתה, הרי דחזינן דאיסור יש אף בלא עדים אבל ערוה לבעלה לא נעשית בלא עדים משו"ה אמרינן דלאו דאחרי אשר הוטמאה הוא דוקא בעדים, ומשו"ה אם יש רק עד אחד כתב הרמב"ם דאינו לוקה אלא משום זונה ולא משום טמאה.

ג) והנה הראב"ד השיג על הרמב"ם, ז"ל, כתב הראב"ד ז"ל אינו כן דאינו לוקה משום זונה אלא משום טמאה, דכל אונס בעד אחד לא קרינן בו זונה אלא משום טמאה, והכי איתא ביבמות בלישנא בתרא דרבה עכ"ל, וכבר כתב המ"מ לתמוה על השגת הראב"ד, דהא הרמב"ם לא מיירי בשנאנסה, ולא הזכיר כלל אונס.

ונראה לי דהשגת הראב"ד הוא להקשות על הרמב"ם דס"ל דאיסור טמאה הוא דוקא בעדים אבל בלא עדים לא, א"כ תקשה קרא דועד אין בה דילפינן דאסורה בישראל בעד אחד היכא דלא נתפשה, ובכהן אסור אף בנתפשה אף בעד אחד שהרי מהאי קרא ילפינן דדוקא אשת ישראל אם נתפשה מותרת אבל אשת כהן אף שנתפשה אסורה, ומיירי בעד אחד ללישנא בתרא דרבה דס"ל דבאונס לא קרינן זונה, משום מאי תאסר באונס בכהן, ומשום מאו תתסר בעד אחד בישראל, הא לדידי' זונה ליכא באונס, ומשום טמאה לדברי הרמב"ם בעד אחד אין כאן טמאה, א"כ משום מאי תתסר באונס בכהן, ע"כ דגם בעד אחד יש כאן משום טמאה.

אכן על הרמב"ם לא קשה, דלהרמב"ם כפי שביארנו יש איסור בסוטה היכא שהי' בלא עדים, וזה ילפינן מהנך ונטמאה דכתיבי ג' פעמים, דגלי קרא דאם נסתרה וספק שמא נבעלה אסורה לבעלה ולבועל ולתרומה בלא השקאה, ויש עוד דין דאסורה לבעלה מפני טמאה שנטמאה לבעלה, וזה הדין דוקא ע"י עדים, וא"כ לא קשה ללישנא בתרא דרבה, דבאונס אין כאן איסור זונה, אבל איסור סוטה לבעלה יש כאן בכהן אף באונס, מקרא דוהיא לא נתפשה ילפינן איסור אף באונס, ולא משום זונה, אלא איסור בעלמא, וכן באשת ישראל אם בא עד אחד שנטמאה ילפינן מהאי קרא איסור ולא טמאה.

לפי זה שפיר מיושב מה שפסק הרמב"ם דאם יש עדים שנבעלה דאז חל דבר ערוה, שאסורה לבעלה מטעם טמאה כערייות, וזה אמרינן ק"ו במותר לה נאסרה באסור לה לא כל שכן, וכיון שעל הבעל הוי ערוה, גם על היבם הוי איסור ערוה, משו"ה הוא

וצרתה פטורה מן החליצה ומן היבום, אכן בסוטה ספק שאין עדים, הא אף אם קמי שמיא גליא שזינתה, לא נאסרה לבעלה טומאה כעריות, ורק איסור יש בה לבעלה, וא"כ גם ליבם יש רק איסור ולא ערוה, וכיון דהוי רק איסור, הא אין פוטרת צרה דלא עדיף מחייבי לאוין, וא"כ שפיר פסק הרמב"ם דהיא חולצת, שאם זינתה, הא נאסרה באיסור לבעלה, וממילא אסורה להיבם, אבל רק איסור ולא ערוה, משו"ה צרתה מתיבמת, דאף אם קמי שמיא גליא דזינתה, לא נאסרה על בעלה כערוה דאין דבר שבערוה פחות משנים.

[הגהמ"ח ז"ל כוון בחידושו זה להרא"ה המובא בשט"מ כתובות ד' ט']. לפי דברינו יתישב מה שהקשה אחד, דבגמ' סוטה בעי, מהו שיתנה אדם על נשואי אחיו, והקשה הא ממ"נ אם זינתה הא איננו אשתו, שהרי היא סוטה ואין עולה ליבום, וא"כ הא לאו אשתו היא, ואיך ישקה אותה, אכן לדברינו דכיון דאין עדים, א"כ הא אין כאן איסור ערוה אף אם זינתה, ורק איסורא בעלמא שנאסרה על היבם, והאי איסורא שחל על היבם חל גם עליו מטעם ק"ו, במותר לה נאסרה באסור לא כש"כ, אבל כיון דעל הבעל הוי רק איסור לא כערוה, גם עליו על היבם הוי רק איסור, ומן התורה מתיבמת כדין חייבי לאוין, אבל בביאה שני' אסורה, משו"ה אם קמי שמיא גליא דזינתה, אשתו של יבם היא ואסורה לו, משו"ה יכול לקנא לה.

סימן י ביאור בירושלמי בגדר איסור צרת סוטה המשנה למלך בפ"י מהלכות יבום הביא ירושלמי דאיתא שם, צרת סוטה ר' יוחנן אמר אסורה מריח ערוה, רב אמר טומאה כתוב בה כעריות, וכתב, דאינו יודע לפרש הירושלמי במאי פליגו. ונראה לי, דהנה השעה"מ הביא ספק.

אם אלמנה לכה"ג דקי"ל דחולצת ולא מתיבמת מן התורה מקרא דיבמתו, אם הכה"ג בא עליו, אם עבר על איסור כרת, דכיון דלא רמיא ליבום הרי היא באיסור אשת אח, או כיון דילפינן מקרא דרמיא לחליצה אין בה כרת רק איסור בעלמא, ולכאורה תקשה, אם היא בכרת א"כ תתסר צרתה דהא היא צרת אשת אח, ואין לומר כיון דרמיא לחליצה מקרא דיבמתו אין פוטרת צרה, דהא בקרא דילפינן מלצרור לאסור צרה לא כתוב לא חליצה ולא יבום, רק דבמקום עלי' צרת ערוה אסורה, וא"כ כיון שנשארה באיסורא הא צרתה היא צרת ערוה.

א) ונראה לי, דהנה לקמן בדף י"ג איתא, כיצד פוטרת צרותיהן אמר רב יהודה אמר קרא לצרור התורה ריבתה צרות הרבה, ורב אשי אמר סברא הוא, צרה מ"ט אסורה דבמקום ערוה קיימא, צרת ערוה נמי במקום ערוה קיימא, ופירש בתוס' בדף ב' ד"ה עד סוף העולם, דהא דאמר מנה"מ, לא אצרות צרותיהן קאמר, דבהדיא דריש להו בברייתא מלצרור, אלא על אפילו הן מאה דמתניתין קאי, דאמר רב יהודה דכולהו משתמעו מלצרור, ורב אשי אמר דמלצרור לא משמע אלא תרי, ואפילו הן מאה מסברא נפקי, דצרתה מ"ט אסורה כל כך שאוסרת צרתה, דבמקום ערוה קיימא.

צרת צרתה נמי תאסר צרה אחרת דבמקום ערוה קיימי, ולכאורה קשה מאי טעמא דרב יהודה, הא בודאי הצרה נשארה ערוה דכיון דפטורה הרי היא אשת אח, וא"כ הרי היא ערוה, וזה ילפינן מקרא דלצרור דערוה פוטר צרה, א"כ הרי צרה שנפטרה היא ערוה

וממילא פוטרת צרתה, ואף לרב אשי קשה דהא גם לדידי' צרת צרה דאסורה ילפינן מדכתיב לצרור ולא לצור, אבל אילו הי' כתיב בקרא לצור הוי ידעינן רק דצרת ערוה פטורה, אבל צרת צרה לא הוי ידעינן, ורק כיון דכתיב לצרור וידעינן צרת צרה, ממילא ילפינן לאסור עד סוף העולם, אבל בלא לימוד דלצרור ולא לצור, לא הוי ידעינן רק צרה ולא צרת צרה, ולכאורה קשה כיון דצרת ערוה ידעינן דאסורה דילפינן מקרא דערוה פוטר ואוסר צרה, א"כ עתה הצרה בעצמה היא ערוה.

ועכצ"ל דאשת אח לא ילפינן מקרא דלצרור לאסור צרות, דכיון דחזינן דאשת אח שריא להתיבם א"כ הוציא הכתוב אשת אח מכל העריות לגבי יבום, וא"כ אף אשת אח שנשארה באיסורה לא נוכל למילף מכל העריות לענין איסור צרות, כיון שהיא משונה מכל העריות, א"כ אילו הי' כתיב בקרא לצור ולא לצרור הוי ידעינן רק דכל העריות פוטרות צרות, אבל לא צרת הערוה, שעלי' יש רק איסור אשת אח שנפלה ליבום ונפטרה מטעם הערוה, אבל צרתה של הצרה מותרת להתיבם, וגלי קרא דגם צרת הצרה אסורה, דצרת הערוה ג"כ פוטר הצרה, וסבירא לי' לרב אשי דעכשיו דגלי קרא דלצרור דגם צרת צרה פטורה דצרת הערוה ג"כ פוטר צרתה, גלי קרא דאשת אח היכא שנפטרה מן היבום ומן החליצה היא ערוה לפטור צרה, ממילא ידעינן דעד סוף העולם, דהרי רבתה התורה אשת אח שנפטרה מן היבום והחליצה לאסור הצרות ככל העריות, אכן רב יהודה סבר דלא גלי קרא דאשת אח שנפטרה מן היבום והחליצה תאסור צרה, ורק לצרור משמע דהערוה פוטר צרה וצרתה עד סוף העולם.

(ב) ובזה יש לישב קושית התוס' בדף י"ב, דאמר רב אסי צרת אילונית אסורה, ופריך רב ששת שלשה אחין נשואין שלש נשים נכריות ומת אחד ועשה בה שני מאמר ומת הרי אלו חולצות ולא מתיבמות שנאמר ומת אחד מהם יבמה יבא עלי', מי שעלי' זיקת יבם אחד ולא זיקת שני יבמין וקתני עלה אר"י זה היא צרת אשת אח מאב שאיסור נפילה גרם לה, שלא מצינו בכל התורה כולהו כגון זו היא למעוטי מאי, לאו למעוטי צרת אילונית דשריא, והקשה בתוס' אמאי לא פריך למאן דאסר צרת מחזיר גרושתו, ולימא זו היא למעוטי צרת מחזיר גרושתו, ותירץ בתוס' משום דדמיא להדדי, דלבעליהן היו מותרים, אכן לדברינו יתבאר ביתר ביאור.

דהנה בירושלמי פ"א סוף ה"א איתא, אשת אחיו שלא הי' בעולמו ואילונית הי' בפרשה, מה חמית מימר אילונית צרתה מותרת ואשת אחיו שלא הי' בעולמו צרתה אסורה ושני, אילונית מטעם אחר הוצאת, אשר תלד יצאת זו שאינה יולדת, לא דייך שאינה מתיבמת אלא שאת מבקש לאסור צרתה, אבל אשת אחיו שלא הי' בעולמו ערוה היא, וערוה פוטרת צרתה.

ולכאורה דברי הירושלמי תמוה: דכמו דאמר באילונית דילפינן מאשר תלד, דייך שתלמוד שתפטור מן היבום, אבל לא למיסר צרה, א"כ הלימוד דאשת אחיו שלא הי' בעולמו דילפינן מקרא דיחזיו, נימא נמי דייך שתפטור מן היבום, אבל לא למיסר צרה. אכן לדברינו ניהא, דלמ"ד אילונית מותרת וצרת בתו אילונית אסורא, סבירא לי' דאף דילפינן לרב אשי מקרא דלצרור דאף אשת אח שנפלה ליבום ונפטרה מטעם צרתה

שהיתה ערוה ונעשית היא ערוה ופוטרת צרתה, היינו דוקא שאיסור דאשת אח ה' שלא מן הנפילה הזו, וכיון דנאסרה עליו מקודם הנפילה הזאת מטעם איסור אשת אח.

הרי ערוה היתה מקודם, וערוה פוטרת צרה, אבל כל זה אם כבר קודם הנפילה הזאת נאסרה מטעם ערוה אשת אח, אבל אם מקודם נפילה זו לא נאסרה מטעם אשת אחר מנפילה הזאת שהיא פטורה מן היבום, מאיזה טעם ולא מטעם איסור, אין איסורה דאשת אח מנפילה זו פוטרת צרתה, ואילונית היא אין איסורה על היבום מטעם אילונית, דהא אין באילונית איסור להיבום, ורק שבאילונית אין דין יבום, ומה שהוא עתה אשת אח מנפילה זו אין פוטרת צרה, וזהו דקאמר הירושלמי, דאילונית ילפינן מקרא דהיא אין זקוקה ליבום, אבל לא ילפינן שתאסור עתה צרה, אבל אשת אחיו שלא הו' בעולמו, הרי כבר קודם נפילה זו נעשית צרה, והיא כזו שלא נפלה לפניו ליבום כלל, וא"כ נעשית ערוה מקודם וערוה פוטרת צרה, ואף רב יהודה דסבירא ל' אין איסור אשת אח פוטר צרה מודה באשת אחיו שלא ה' בעולמו דהיא כבר אשת אחיו שלא נפלה לפניו ליבום, בודאי דאסור צרה, אבל אילונית הרי אילונית בעצמו אין איסור, ורק אשת אח של נפילה זו, ואיסור אשת אח מנפילה זו אין פוטר צרה.

וא"כ שפיר קאמר גמ' דמה דאמר ר' יוסי זו היא אשת מאח מאב, שאיסור נפילה גורם לאסור צרה, דהרי האיסור של שני מתים חל עתה בשעת נפילה, דמקודם לא ה' לה איסור, והנפילה גורם איסור, אלא כיון דהנפילה גורם איסור דנעשית אשת שני מתים אוסר צרה ולמעוטי אילונית, דכיון דאילונית בעצמו אין איסור, ורק פטור מיבום, הנפילה לא תוכל לאסור צרה, וא"כ אי קאי על אילונית מדויק היטב מה דאמר ר' יוסי דמעט אילונית שאין הנפילה גורם איסור, אבל מחזיר גרושתו וסוטה היא אין הנפילה גורם האיסור, אלא איסור דמחזיר גרושתו שחל האיסור על היבום, וכן בסוטה, איסור סוטה שחל על היבום מטעם ק"ו במותר לה נאסר באסור לה לכש"כ, אין הנפילה עושה האיסור, אלא הנפילה עושה אותה לצרה, אבל האיסור הוא חזרת הגירושין או הסוטה, ומה שייך זה להוציא מדין דשני: מתים, ורק אילונית יוכל למעט, דשם הנפילה עושה האיסור, דעתה נעשית אשת אח מנפילה זו, ע"ז קאמר, למעוטי דאין הנפילה גורם איסור, וכן מוכח לקמן, דאמר רבא טעמא דבית שמאי דאין ערוה פוטר צרה מטעם דאין איסור חל על איסור, ולא אתי איסור אחות אשה וחייל על איסור אשת אח, ותקשה עכ"פ לפטור מטעם צרת אשת אח, אלא ע"כ דאיסור אשת אח מנפילה זו אין פוטר צרה, כיון דמהאי נפילה עולה היא בעצמה ליבום אף שהיא אשת אח, א"כ מה שהיא צרת אשת אח לא יפטור אותה, וכן כתבו התוס' בדף ל"ב, דלמאן דס"ל לא פקע איסור אשת אח ואיסור אחות אשה לא חיילי ואעפ"כ אסורה הצרה להתייבם כמו אילונית דאוסרת צרתה, הרי דגם בתוס' סבירא להו דמה דאילונית פוטרת צרתה למאן דסבירא ל' כן, הוא משום איסור אשת אח אבל למאן דסבירא ל' אילונית אין פוטר צרה (וצרת בתו אילונית יסבור דפוטר צרה, א"כ סובר דאילונית נופלת ליבום ונפטרה) יסבור דאין אשת אח מנפילה זו פוטר צרה.

ג) והנה בסוטה דף ה', אמר בסוטה, ותתיבם יבומי, אמר רב יוסף אמר קרא ויצאה מביתו והלכה והיתה לאיש אחר ולא ליבם, וכתב בתוס', אי קשיא, והא האי קרא בסוטה ודאי

ע"י עדים כתיב דילפינן דבר דבר מממון, ולכאורה מאי קושי', כיון דבסוטה ודאי אסרה התורה להנשא ליבם, ממילא בסוטה ספק ג"כ אסורה, דהא עשה הכתוב ספק כודאי, וצריך לומר דקושית התוס', מאי פריך אלא מעתה חליצה נמי לא תיבעו, הא הוי ספק ולקולא, הא לא עשה הכתוב ספק כודאי.

ואפשר לתרץ דקושית הגמ', מדקתני חולצת, משמע דצרתה מתיבמת נמי, דאם צרתה נמי חולצת, א"כ הי' לומר היא וצרתה חולצת, ומדקתני חולצת, משמע דצרתה מתיבמת נמי, ואם נימא דבודאי סוטה לא בעיא חליצה. א"כ בספק תהי' ג"כ ספק צרה, דהתם סבר כיון דפטרה התורה מיבום, א"כ גם מחליצה פטרה, וכיון דפטרה התורה סוטה מדין יבום וחליצה, גם צרה תתסר, דסבר דאילונית ג"כ פוטרה צרה, דאשת אח מנפילה זו פוטר צרה, ואף אם לא נסבור טומאה כתיב בה כעריות, והיינו דדין טומאה כעריות הא לא כתיב אלא בבעל ולא ביבם, ורק אם נימא ק"ו במותר לה נאסרה באסור לה לא כש"כ, היכא דלגבי בעל הוי ערוה גם ליבם נמי הוי ערוה, אבל בתחלת הסוגיא הא לא סבר עדנה האי ק"ו, ויליף רק מוהלכה מביתו והיתה לאיש אחר וע"כ משני אילו איתי לבעל מו לא בעי גט השתא נמי תיבעאי חליצה, והקשה בתוס', א"כ אשת סריס ואילונית נמי תבעיא חליצה כיון דלבעל היתה מותרת ובעיא גט להוציאה, ותירץ בתוס' דהתם האי דינא דסריס ואילונית נאמר ביבום, דהיכא דאין ראוי להוליד לית דין יבום, וממילא כיון דאין דין יבום אין חליצה, וכדביארנו בסוגיא בסימן א', דכל שבא למעט מדין יבום הוא מכל דיני הפרשה, דכל שאין עולה ליבום אין עולה לחליצה, אבל הכא דילפינן מקרא דויצאה מביתו והלכה והיתה לאיש אחר, נאמר האי קרא לגבי איסור דבעל, דכיון דיצאה מביתו ע"י איסור לא, קמשמע לן קרא דכיון דנאסרה לבעל שצריכה לצאת מביתו, לא אפשר להתירה ליבם.

וכיון דעיקר כתיב בקרא הטעם דאסורה ליבם מפני שהוצרכה לצאת מביתו של בעל א"כ כמו שלצאת מביתו של בעל היתה צריכה גט, לצאת מביתו של יבם צריכה חליצה, וכיון דצריכה חליצה לאו אשת אח היא, משו"ה אין אוסרת צרה, משו"ה קתני ואם מת חולצת, ולא קתני היא וצרתה חולצת, דכיון דאף בודאי בעי חליצה אין אוסרת צרה, אף למ"ד אשת אח מהאי נפילה פוטרת צרה.

אכן כל זה אם נימא דהילפותא דודאי סוטה אסורה להתיבם מקרא דויצאה מביתו, דאשמעינן קרא דמשו"ה אסורה ליבם מפני שהוצרכה לצאת מביתו של בעל, אבל בירושלמי אמר דחד קרא דונטמאה הוא ליבם, א"כ אשמעינן קראי דסוטה אם זינתה פטורה מן היבום וכיון דפטורה מן היבום ממילא גם חליצה נמי לא בעיא, דהרי בהאי קרא לא נאמר דהטעם מפני שהוצרכה לצאת מביתו של בעל, וא"כ אם אילונית אוסרת צרה, היינו דאשת אח מנפילה זו, אוסרת צרה גם צרתה, דסוטה אסורה מטעם צרת אשת אח מנפילה זו, וממילא יהי' הדין בספק סוטה דהצרה תהא אסורה מטעם ספק צרת אשת אח מנפילה זו, וכדביארנו דכל הנך קרא דונטמאה אין הטעם מפני שנעשית ערוה דנימא דבעיא עדים, דהנך ונטמאה הוי כמו אילו כתיב וזינתה, אסורה ליבמה עד שתשתה.

ד) מעתה מבוארים דברי הירושלמי, צרת סוטה, ר' יוחנן אמר אסורה מריח ערוה פירוש כיון דכתיב בקרא ונטמאה ליבם א"כ פטורה מן החליצה ומן היבום, וא"כ נשארה באיסור אשת אח, וס"ל אשת אח מנפילה זו פוטרת צרה, דצרת אילונית אסורה, אם לא דנימא אילונית אין נופלת ליבום דאף צרת בתו אילונית מתיבמת, אבל בלא האי טעמא היתה אילונית פוטרת צרה, וא"כ בסוטה פוטרת צרה מטעם ריח ערוה, היינו צרת אשת אחר ולפי זה יהי' הדין דספק סוטה ג"כ צרתה אסורה, דהוי ספק צרת ערוה אשת אח, אכן רב סבר דאילונית אין פוטר צרה (אף אם נימא דצרת בתו אילונית אסורה דאילונית מקריא דנופלת ליבום) דאשת אח מנפילה זו אין פוטר צרה, א"כ מקרא דונטמאה ליבם לא נוכל למילף שתפטר צרה, ורק מונטמאה קמא דאתי לאשמעינן דטומאה כתוב בה כעריות, וכיון דאשמעינן קרא דנאסרה לבעל כערוה, א"כ מק"ו דבמותר לה נאסרה ילפינן נמי לגבי יבם טומאה כעריות, משו"ה פוטרת צרה, וא"כ זהו דוקא בשיש עדים נעשה האיסור כערוה, אבל בלא עדים לא נעשה האיסור כערוה, וכדביארנו למעלה, וא"כ בספק סוטה דאף אם קמי שמיא גליא שזינתה לא נעשית כערוה, דאין דבר שבערוה פחות משנים, משו"ה בספק סוטה צרתה מותרת להתיבם, ושם בירושלמי מקודם מסתפק בזה, וע"כ מייתי דפליגי בזה ר"י ורב.

סימן י"א סוטה לגבי בועל אם פטורה מן היבום ופוטרת צרה. הנה איך הדין בסוטה לגבי בועל אם פטורה מן היבום ואם פוטר צרה, הנה התוס' לעיל בדף ג' בד"ה לפי שאינן בצרת צרה, הקשו ז"ל, וא"ת דמשכחת צרת צרה בבוועל שנשאת לאחיו ולו אשה אחרת ומת בלא בנים דפוטרת צרתה מן הבועל, דלגבי בועל נמי טומאה כתיב בה כעריות, ואם הלכה הצרה ונשאת לאחיו השני ולו אשה אחרת ומת בלא בנים כשם שהיא פטורה כך צרתה פטורה, וי"ל דכיון דלגבי בעל לא משכחת צרת צרה, אין לנו להחמיר בטומאה דגבי בועל יותר מטומאה דגבי בעל, ועוד אומר ר"י, דדוקא בטומאה דכתיב גבי בעל הוי כעריות, דכתיב בלשון לאו, לא יוכל בעלה, אבל גבי בועל לא כתוב לאו, אלא ונסתרה והיא טמאה כו', והקשה המשנה למלך בפ"ו מהלכות יבום, דלתירוץ בתראדהתוס', אם נשאת לבעל מתיבמת, והא בירושלמי פ"י ה"א איתא, כשם שאסורה לאחיו של בעל כך אסורה לאחיו של בועל, הרי דאם עבר הבועל ונשאה אסורה להתיבם.

עוד הקשה המשנה למלך על דברי הנמו"י דמספקא לי' אם אשת כהן שנאנסה, אם גם כן אמרינן טומאה כתיב בה כעריות, והקשה הא גמ' מפורשת בפ"ק דסוטה דף ו', דאמר רבא דטעמא דאינה מתיבמת משום ק"ו במותר נאסרה באסור לה לא כש"כ והקשה בגמ', אלא מעתה אשת כהן שנאנסה ויש לו אח חלל לא תתיבם, אם נאסרה במותר לה באסור לה לא כל שכן, ותירצו, אונס בישראל משרי שרי, וגבי דהאי מיהא ליכא איסורא ע"כ, ומהאי גמ' מוכח דההיא דרב, טומאה כתוב בה כעריות, לא שייך באשת כהן שנאנסה, דאי הוי שייך, פשיטא דאף לאח חלל לא רמי' קמי', משום דטומאה כתיב בה כעריות, ואולי דס"ל דלא אמרינן טומאה כתיב בה כעריות אלא בטומאה דכתיב בה בלאו, ואפשר דאשת כהן שנאנסה אינו עובר הכהן משום טומאה אלא משום זונה, אך הסוגיא דפרק הבא על יבמתו בדף נ"ו מוכח בהדיא דאף באונס עובר משום טומאה כו' עכ"ד המשנה למלך.

א) והנראה לי, דהנה הא דאמרינן ק"ו במותר לה נאסרה באסור לה לא כש"כ לכאורה הפירוש, כיון דהיבם בא מכח הבעל, א"כ אם הבעל אסור בה הרי הוא מכח מי שאסור בה, והוא לא עדיף ממי שבא מכחו, ולפי זה לכאורה אין חילוק בין נאסרה מקודם הנשואין או לאחר מכאן, דהרי כשזיקת היבם מכח מי שאסורה עליו לא יוכל לייבם, א"כ תקשה דקאמר שם במס' סוטה, אלא מעתה אלמנה שקידשה כה"ג לא תתייבם לאחיו הדיוט, ותירץ, מותר לה אסור לההוא, נאסרה הא אסורה וקיימא, ולכאורה מאי דחי' היא זו, אף אם האיסור עוד מקודם הנשואין, ע"כ היבם שבא מכח הבעל, כיון דאסור לבעל גם היבם הבא מכחו יאסר בה.

אכן צריך לומר דכונת הגמ' כפי דברי התוס' בפרק יש מותרת דף פ"ד בד"ה שייר פצוע דכא, ז"ל התוס', אפילו נפצע לאחר שנשאה לא מיתסרא בהכי ליבם שאין פצוע דכא, ולא אמרינן במותר לה נאסרה כו', דלא שייך אלא כשנעשה באשה שום מעשה משום דנאסרה בכך לבעל, כגון סוטה ומחזיר גרושתו עכ"ל התוס', וכונת התוס' כעין דבריהם לגבי נדה, דלא שייך לומר שתאסר ליבום אם בשעת נפילה היתה נדה, מטעם דהא אסורה על כל העולם, והכונה דאין פוטר מיבום אלא מה שהיא ערוה לו להיבם, אבל בנדה אין האיסור על היבם אלא על כל העולם, כעין זה הכונה בהאי ק"ו דבמותר לה נאסרה, היינו היכא דהאיסור הוא בנשואי איש זה ואשה זו, שנאסר אישותם, וזיקת היבם הוא תולדה מהנשואין, וכיון שנאסרו הנשואין, נאסר היבום שבא מן הנשואין וזה דוקא בסוטה שנאסרה האשה הזו לבעל הזה, וכן במחזיר גרושתו שנאסרה האשה הזאת לבעל הזה, אבל על כל העולם איננה אסורה, ונאסר רק נשואין זו, אבל פצוע דכא אין האיסור מטעם שנאסרה אשה זו עליו, אלא עליו איסור לבא בקהל, ואשה זו ג"כ מכלל קהל, והאיסור לו על כל העולם, א"כ היבם דאיננו פצוע דכא מותר, והכא נמי באלמנה שקידש כהן גדול, אין האיסור דוקא באשה זו, שכהן גדול אסור בכל אלמנות שבעולם, א"כ לא הנשואין נאסרו, אלא עליו איסור לישא אלמנה, אבל אחיו כהן הדיוט עליו אין איסור.

והנה הא דאמרינן טומאה כתוב בה כעריות, לכאורה הא זה נאמר לגבי בעל, אבל מאי שייך זה ליבם, ועכצ"ל דרב דאמר טומאה כתוב בה כעריות טעמו ג"כ משום ק"ו דבמותר לה נאסרה באסור לה לא כל שכן, דהרי הנשואין שבין אשה זו לאיש זה נאסרו, והאיסור בהנשואין, וכיון דנאסרו הנשואין, נאסר גם היבום הבא מכח הנשואין אלא דתליא בזה כמה הוא האיסור לבעל, אם לבעל היא ערוה, גם ליבם ערוה, אם לבעל רק לאו כמו מחזיר גרושתו, אם נימא דטומאה דכתיב הוא דוקא בסוטה, אז ליבם הוי רק לאו.

לפי זה מיושב קושית המשנה למלך על דברי הנמוקי יוסף דמסתפק באשת כהן שנאנסה אם גם בזה נימא טומאה כתוב בה כעריות, והקשה הא גמ' מפורשת דפריך, אשת כהן שנאנסה ויש לו אח חלל לא תתיבם דק"ו במותר לה נאסרה כו', ותירץ דאונס בישראל משרי שרי, אכן לדברינן אינם ענין זה לזה כלל, דכיון דטומאה דכתיב כעריות הוא לגבי הבעל, אלא דכיון דהיבום בא מכח הנשואין, האיסורים שחלו על הנשואין חלו גם על היבום, א"כ זה דוקא אם גם היבם אסור בהנך איסורים, אבל אם היבם אין אסור בהנך

איסורים, לא יוכלו לחול האיסורים לאסור להתיבם, משו"ה הנמו"י דמיירי באשת כהן שנאנסה ויש לו אח כהן, מסתפק שמא גם באונס אמרינן טומאה כתיב בה כעריות, וא"כ אסורה גם לאחיו כהן טומאת עריות, ואוסרת צרתה, אבל באח חלל, הרי לדידי' אין איסור טומאת אונס, וא"כ אף שלבעל אסורה דגבי דידי' אונס טומאה היא, אבל להיבם שהוא ישראל, לגבי דידי' לא שייך שיחול על היבום איסור טומאת אונס, דהרי בישראל אונס לאו טומאה היא כלל, דאונס בישראל משרי שרי.

(ב) והנה מה שתירצו בתוס' בתירוץ הראשון דאף שבבועל אפשר למצוא צרת צרה, כיון דגבי בעל לא אפשר לאשכוחי צרת צרה, אין לנו להחמיר בטומאה דבועל יותר מטומאה דבעל, ולכאורה הדברים מאד תמוהים, דאטו חומרא היא זו מה שבבועל יש להמצא צרת צרה ובבעל אי אפשר להמצא, מאי חומרא היא זו בשלמא אם הי' בבעל מותר צרת צרה, הי' שייך לומר אי אפשר להחמיר בבועל יותר מבעל, אבל הא גם בבעל הי' אסור, ורק משום שאי אפשר להיות, אטו בשביל זה נתיר צרת צרה.

אכן לפי דברינו למעלה, דרב יהודה דאמר לצרור התורה רבתה צרות הרבה עד סוף העולם, ס"ל דאשת אחשהי' בעולמו אין פוטר צרה, והא דצרת צרה פטורה עד סוף העולם, הוא עוד דין שאמרה התורה שערוה פוטר צרת צרה עד סוף העולם, והנה גם לתירוץ הראשון דתוס' ס"ל דטומאה דכתיב גבי בועל ונטמאה, אין אוסר צרה, דהוי רק איסור ולא טומאה כעריות כפי שביארנו, או לדברי התוס' משום דהוי במקום עשה, רק כיון דכתיב ונטמאה ונטמאה אחד לבעל ואחד לבעל א"כ הקיש הכתוב בועל לבעל א"כ ילפינן להו מהדדי, והנה בעריות ילפינן שלשה לימודים, מעלי' ילפינן דערוה פטורה, ומלצור ילפינן דצרה פטורה, ומלצרור ילפינן דצרת צרה פטורה, והנה בבעל אמרה תורה טומאה כעריות, א"כ הקיש הכתוב טומאה דבעל לערוה, ואילו הי' אפשר בבעל למצא צרת צרה, הוי אמרינן דהקיש הכתוב טומאה דסוטה לערוה לכל הנך לימודים, בין לדין דעלי' בין לדין דלצור בין לדין דלצרור, וממילא כשהקיש הכתוב אח"כ בועל לטומאה דגבי בעל, הוי ילפינן להו להנך שלשה לימודים גם בבעל, וממילא הי' בבעל גם צרת צרה אסורה, אבל כיון דבבעל אי אפשר למצא צרת צרה, א"כ מה דהקישה התורה טומאה דסוטה לגבי בעל, לטומאת ערוה, הלימוד הזה הוא רק על דין דעלי' ולצור, היינו דהסוטה וצרתה פטורה אבל לא על דין דלצרור, דזה אי אפשר להיות בבעל, וא"כ כשהקיש אח"כ הכתוב טומאה דלגבי בועל לטומאה דלגבי בעל, לא הקיש אלא לדברים שהוקשו טומאת סוטה לטומאה דעריות, אבל לא לדין דלצרור, דהרי בבעל אי אפשר להיות, ולא הקישה התורה לזה, ומשו"ה צרת צרה בבעל מותר כיון דאין לנו לימוד, והאי דינא דצרת סוטה פטורה משום דטומאה כתוב בה כעריות רב יהודה הוא דקאמר ואיהו לטעמי' דאשת אח שהי' בעולמו אף שלא מפילה זו אין פוטר צרה, ורק מלימוד דלצרור ילפינן לה, וכיון דגבי בעל אי אפשר להיות לימוד דלצרור לאסור צרת צרה, ממילא אין לנו לימוד בבעל, משו"ה בבעל צרת צרה מותר.

והנה הא דאמרינן ונטמאה ונטמאה אחד לבעל ואחד לבעל יש לעיין איך הוא הפירוש אם קרא אחד מיירי לבעל שאם נטמאה אסור לו, ומספק אסורה עד שתשתה, וקרא אחד לגבי בועל שאם נטמאה אסורה לבעל ובספק אסורה לו עד שתשתה, או דשני המקראות

קיימי לגבי בעל, אלא דחד מיותר אשמעינן קרא דאיסור לבעל מועיל עוד לדבר זה שבשביל שנאסרה לבעל אסורה לבעל, בזה פליגי שני תירוצי התוס' דתירוץ הראשון סבר דחד ונטמאה קאי לגבי בעל וחד קאי לגבי בעל, א"כ הקישה הכתוב זה לזה טומאה דבועל לטומאה דבעל, לפי זה מאי שאסור בטומאת בעל היינו הסוטה וצרתה ליבום, אסורים גם גבי בעל, ורק צרת צרה דאי אפשר להיות בבעל אין לנו לימוד בבעל, אכן התירוץ השני סובר דשני המקראות נאמרו לגבי בעל אלא דחד ונטמאה אשמעינן דאיסור של הבעל מועיל דעי"ז נאסרה לבעל, א"כ אין כאן היקש כלל, ורק ילפינן מקרא איסור עשה ולא לאו, וא"כ לגבי בעל אין כאן כלל דין דטומאה כתוב בה כעריות והיא חולצת וצרתה מתיבמת ולפי זה אם עבר הבעל ונשא מתיבמת לאחיו.

ויש לומר דתליא בזה היכא שנאנסה מבעל, אם נימא דחד ונטמאה קאי לגבי בעל, וכיון שהוא אנס אותה והי' הוא מזיד הרי נאסרה עליו, אכן אם נימא דשני המקראות נאמרו לגבי בעל, ורק דאשמעינן קרא דאיסור שלגבי הבעל מועיל לאסור של הבעל, א"כ זהו דוקא היכא שהיתה מזידה שנאסרה על הבעל, דכל היכא שהיא היתה אנוסה ולא נאסרה על הבעל, גם על הבעל לא נאסרה אף שהוא הי' מזיד.

והנה בדין זה פליגי הירושלמי וגמ' דידן, בגמ' דידן בכתובות ד' ט' הא איתא, אותה מעשה מפני מה לא אסרוה, התם אונס הוא, הרי אף דאותה מעשה הי' הוא מזיד, וללישנא קמא לית לי' גט כריתות כתב אורי', ואעפי"כ לא אסרוה, הרי דשניהם נאמרו לגבי בעל ואיסור של בעל מועיל לאסור על הבעל, אבל היכא דלבעל לא נאסר מפני שהיא אנוסה, אף שהבעל הי' במזיד לא נאסרה עליו, אכן הירושלמי בפרק כשם איתא, הוא מזיד והיא שוגגת פשיטא שהיא מותרת לביתה, גירש מהו שיהא מותר בה, (פירוש אם הבעל מותר בה), אפשר לומר מזיד ואת אומר הכין ע"כ, הרי דפשיטא להירושלמי דאף שלבעלה לא נאסרה מפני שהיתה שוגגת, ואעפי"כ נאסר הבעל בה כיון שהוא הי' מזיד, והיינו דהירושלמי סובר דחד ונטמאה קאי לגבי בעל ואיסורו איסור אף בלא איסור לבעל כיון שהוא הי' מזיד.

לפי זה לא קשה קושית המשנה למלך על תירוץ בתרא דהתוס' דמשמע שאם עבר הבעל ונשאה מותרת ליבם, דטומאה זו במקום עשה, מירושלמי דאיתא כשם שאסורה לאחיו של בעל כך אסור לאחיו של בעל, דהירושלמי לטעמי' דחד ונטמאה קאי לגבי בעל א"כ הקיש הכתוב טומאה דבועל לטומאה דבעל א"כ אמרינן כמו שאסורה לאחיו של בעל כן אסורה לאחיו של בעל, אבל תירוץ בתרא דהתוס' סבירא לי' כגמ' דידן בכתובות, דהאי ונטמאה נמי קאי לגבי בעל, אלא דאיסורו מועיל לאסור על הבעל, אבל לא הוקשו זה לזה וכיון דאיסור להבעל נאמר רק במקום עשה משו"ה כיון דטומאה כתיב כעריות, לא נאמר לגבי בעל ורק איסור בעלמא, משו"ה אם עבר הבעל ונשאה מתיבמת לאחיו ככל דין אסורה לבעל ומותרת ליבם.

סימן י"ב איסור ערוה של אשת איש באמר לה הרי זה גיטיך על מנת שלא תנשאי לפלוני ונשאת לאחיו. דף יוד.

לעולם לרבי לית לי' הני כללי ובפלוגתא קמיירי, עיין בתוס' שמקשה דליתני היכא דאמר ע"מ שלא תנשא לפלוני ונשאת לאחיו, ועיין בתירוץ התוס', אכן הרשב"א כתב

על זה וז"ל וי"ל דזו ודאי אינה פוטרת לא מן החליצה ולא מן היבום לפי שאין פוטרת צרה אלא ערוה גמורה כאחות אשה שהתורהאסרה עליו, אבל זו שאינה אסורה אלא מחמת תנאי בלבד ומגורשת גמורה היא אצל הכל אלא שאינה יכולה להתיבם היא עצמה מחמת תנאו של זה בכדי שלא יבטל הגט למפריע לגמרי, בכי האי ודאי אין צרתה פוטרת, אלא או חולצת או מתיבמת כו', ומסתברא לי' דאפילו היא עצמה חולצת ואין אנו קורא בזו כל שאין עולה ליבום אין עולה לחליצה, דבתנאין לא קמיירי קרא, אלא באיסור ערוה, אבל בזו שאיסור דבר אחד גרם לה להאסר, דהיינו תנאי, חולצת כו', והרי זה כנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה דתנן פרק ב"ש כופין אותו שיחלוץ לה ואעפ"כ עולה לחליצה מפני שאיסור דבר אחר גרם לה כו', אלא שראיתי להרמב"ן ז"ל שנסתפק בדבר זה ומטין דבריו לפוטרה מן החליצה ומן היבום, דכל שאין עולה ליבום אינו עולה לחליצה, ואין דעתינו מכרעת במקומו עכ"ל הרשב"א.

והנה כבר תמה השעה"מ על דברי הרשב"א, דהא האי דנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה דחולצת הוא מקרא דיבמתו, דהרי אלמנה לכה"ג מן הנשואין עולה לחליצה אף שאין עולה ליבום, שהרי אין עשה דוחה ל"ת ועשה, שילפינן מקרא דיבמתו דיש לך שעולה לחליצה ואין עולה ליבום, והרי נודרת הנאה ג"כ עשה ול"ת הוא לא יחל וכל היוצא מפיו, אבל הכא בעינן לומר דכיון דאיסור ערוה אין מניח ליבם שהרי אם ייבמה תהא אסורה עליו משום אשת איש, אפשר דאין עולה לחליצה, ואף דסברת הרשב"א טובה דאיסור דבר אחר גרם, דעתה אינה ערוה ורק אם ייבם תהי' ערוה, אבל עכ"פ ראי' מדין דנודרת הנאה אין כאן, ובלא דרשא דיבמתו הי' להרשב"א להביא ראי' מאלמנה לכה"ג שהוא במקומו, ולמה להביא ממרחק, אלא ע"כ דמאלמנה לכה"ג אין ראי' דהתם ילפינן מקרא דיבמתו, א"כ גם ממשנה דנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה אין ראי'.

והנה בתוס' יבמות י"א ד"ה ר' שמעון, הקשה, דמאי פריך רב חסדא מר' שמעון דאמר ביאתה או חליצתה מאחיו של ראשון פוטרת צרתה דצרת סוטה מותרת להתיבם, הא בסוטה מוכח ממשנה דאם מת חולצת ולא מתיבמת, ובסוטה מוכח שהוא דאורייתא, דכולהו אמוראי יליף לה מקראי ופירש בתוס' ז"ל, ועוד פירש ר' יצחק, דלר' שמעון אסורה להתיבם לכתחילה מדקתני אין הולד ממזר, דאי שרי לייבם לכתחילה פשיטא שאין הולד ממזר, ועוד בירושלמי קורא להא דר"ש חליצה פסולה, ואם היתה מותרת להתיבם חליצה כשרה היא, ופריך מהא דאר"ש דפוטרת צרתה, דכיון דאמר בסוטה דאורייתא דלאו בת חליצה ויבום היא בסוטה דרבנן אין לחליצה להועיל לפטור צרתה, וכ"ת ממ"נ תועיל, דאם חשיבה כסוטה גמורה צרתה נמי לא בעי חליצה, ואי לא חשובה כסוטה, א"כ שפיר פטרה צרה, דמסתבר להש"ס דכיון דדמיא לסוטה דאורייתא חליצתה כמאן דליתא ואין לה לפטור צרה עכ"ד התוס' ולכאורה מאי תירצו, הא חליצה פוטרת צרתה ממ"נ.

בתוס' בע"ב ד"ה או היא או צרתה כתבו ז"ל, אע"ג דחליצה פסולה צריך לחזור על כל האחין, היינו דוקא כגון חלץ לאחיות דלא נפטרו צרות, וכן חלץ לבעלת הגט לא נפטרה צרה דהורע הזיקה וקלשה לה, אבל בשאר דוכתי אע"ג דאסורה להתיבם, כיון שהזיקה שלמה פוטרת, וכן הוא בתוס' פרק ארבעה אחין דף כ"ו ד"ה וחליצה פסולה, ז"ל, לא

כמו שפירש בקונטרס דכל היכא שאין יכול ליבם חשיבא חליצה פסולה, דהא אמר בפ"ק גבי מחזיר גרושתו, או היא או צרתה חולצת, ולא חשיבה חולצת גרושתו חליצה פסולה אע"ג דאין יכול לייבמה, אלא נראה לר"י דלא חשיבה חליצה פסולה אלא אחות זקוקה למ"ד יש זיקה, או אחות חלוצתו לכו"ע, ובעלת גט ובעלת מאמר, דכולהו קלשה זיקה, וכן סוטה דרבנן דקרי בירושלמי חלוצה פסולה כו', אבל מחזיר גרושתו ואסור לבעל מצות יבמין, לא נגרעה הזיקה ולהכי חשיבי חליצה כשירה עכ"ד התוס', והנה עוד לא ביארו התוס' באיזה דבר נגרע הזיקה ובאיזה איסור דרבנן לא נגרע הזיקה, וצריך גדר, והנה הרשב"א הביא דבעל הלכות הוא בה"ג פסק היכא דיש לו שני יבמות אחת שני' ואחת כשירה חולץ לשני' ופותר צרה, וצריך לבאר אי פליג הבה"ג על הני כללי או לא, אי שני' ג"כ נגרע הזיקה, או לא.

(א) והנראה לי דהנה הירושלמי שהבאנו בסימן ז' שמקשה למ"ד חליצה על האחין בכרת א"כ אם יבם אח אחד תהא על האחין בכרת, ושני חליצה עוקר זיקה למפריע ומברר שנפלה רק לו לחליצה ולא ליבום. אבל יבום הוא מייבם ובונה בית אחיו, לפי זה חזינן דעיקר זיקה הוא היכא דרמיא ליבום, אבל היכא דרמיא רק לחליצה אין כאן זיקה, והנה חליצה היכא דרמיא ליבום עוקר זיקה, אבל חליצה כזו היכא דרמיא רק לחליצה חליצה כזו אין עוקר זיקה, וחליצה כזו היכא דרמיא לחליצה, אותה לא ילפינן מקרא דחלצה נעלו, אלא מקרא דיבמתו, יש לך יבמה אחרת שעולה לחליצה ואין עולה ליבום, וא"כ הא דאמרינן בית אחד הוא חולץ דכיון שחלץ לאחת נפטרו כל הצרות, וכן דאם חלץ אחד התיר אותה מכל הבית, זהו דוקא חלוצה כשרה, אבל חליצה דילפינן מיבמתו, החליצה אין מועיל אלא לו לבדו ולא לכל שאר האחין, משו"ה חליצה פסולה צריך לחזור על כל האחין, וכן חליצה פסולה אין פותר צרה.

והנה היכא דהפסול בהחליצה הוא מדרבנן, תליא בזה, אם מדרבנן היא עולה ליבום, רק שלכתחילה יש איסור, אז החליצה כשרה, אבל אם מדרבנן לחליצה רמיא ליבום לא רמיא, א"כ מדרבנן חלצתה רק מדין יבמתו, וחליצה דמדאורייתא רק מקרא דיבמתו ילפינן אין מועיל אלא לאח זה ולא לשאר אחין, ואין מועיל אלא לאותה יבמה, ולא לשאר יבמות, והיכא דהוי דרבנן עשאוהו כדאורייתא, והאי דינא אם מדרבנן רמיא ליבום רק לכתחילה יש איסור לבעול, אבל אם יבם קונה, או דמדרבנן רמיא לחליצה ולא ליבום, תליא בזה אם עשאוהו כערוה או לא.

והנה היכא דנתן גט, מדאוסר צרה א"כ עשאו רבנן גט כחליצה, שמעתה אין רמי ליבום, וחליצתה עתה רק מדין יבמתו מדרבנן, וכן באחות זקוקה עשאוה רבנן כאחות אשה, ולדברי התוס' אוסר גם צרה, וא"כ עשאוה רבנן כערוה מדאורייתא ורמיא רק לחליצה ולא ליבום משו"ה הוי חליצה פסולה, דהרי חליצתה רק מדין יבמתו ואילו ה' הדין הזה מדאורייתא לא ה' פטור צרה, א"כ כיון דמדרבנן עשאוהו כדאורייתא הוי מדרבנן חליצה פסולה, וצריך לחזור על כל האחין, אבל חייבי לאווין לא עשאוה רבנן כערוה, דאילו היו אומרים רבנן, דמדרבנן חייבי לאווין כערוה, היו אוסרים גם הצרות, אבל כיון דרבנן לא אסרו הצרות, וגם האם בעלו קנו, הרי דלא אמרו רבנן, שחייבי לאווין לחליצה

רמיא ליבום לא רמיא, הרי דאמרו רק איסור בעלמא, אבל לא אמרו שלא רמיא ליבום, משו"ה חליצתה כשירה ואין צריך לחזור על כל האחין.

ולפי זה מאי דאמר בה"ג דחליצת שני' פוטרת צרה, דהרי שני' לא אמרו רבנן ששני' מדרבנן כערוה, דאם ה' אומרים ששני' כערוה היו אוסרים צרות בשניות, וקיי"ל דשניות לעריות אין אוסרת צרה, הרי דשניות לא אמרו רבנן דדינה מדרבנן כערוה, ורק איסור בעלמא גזרו, אבל ליבום רמיא, משו"ה אמר בה"ג דחליצתה פוטרת צרתה, ובאלמנה לכה"ג מן הנשואין אפשר דאף מדאורייתא אין חליצתה פוטרת צרתה.

והנה בגמ' שם דקאמר, ת"ש המחזיר גרושתו משנישאת היא וצרתה חולצת, דקאמר, היא וצרתה ס"ד, אלא או היא או צרתה, אם הברייתא סוברת דמחזיר גרושתו טומאה דכתיב בה הוי כערוה, וא"כ הא פטורה מן החליצה ומן היבום וע"כ דסובר דטומאה דידה לא הוי כעריות, ורק איסור בעלמא, והיינו משום דהוי כחייבי לאווין אבל אין האיסור אלא גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שני' אבל אם בעלו קנו, דמדאורייתא עשה דוחה ל"ת, ואף דילפינן מקרא דטומאה לאסור צרה, ע"כ דהברייתא סוברת דאף דאסור צרה, אבל כיון דהמה רק איסור הוי רק כחייבי לאווין, וכן איתא ברשב"א בשם רמב"ן, דהוי חייבי לאווין, והאיסור רק לכתחילה גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שני': אבל מן התורה אתי עשה ודחי ל"ת, ואיסור רק על ביאה שני', וא"כ מן התורה רמיא ליבום וכן מדרבנן, משו"ה לא הוי חליצה פסולה, ואו היא או צרתה חולצת דלא הוי חליצה פסולה.

ובזה יש לתרץ קושית התוס' בד"ה לאו תרוצי קא מתרצת לה תריץ הכי וכתבו בתוס' תימה, במאי מתריץ לה, דאע"ג דבעי למימר או היא או צרתה, שייך למתני שפיר היא וצרתה, כמו חלץ ועשה בה מאמר, ובפרק נערה המאורסה בנדרים דקתני אבי' ובעלה מפירין נדרי', איצטריך למתני סיפא, הפר האב ולא הפר הבעל הפר הבעל ולא הפר האב אין מופר דלא תימא אבי' או בעלה קאמר עכ"ד התוס'.

אכן לדברינו מיושב, דאף דהמקשן ה' סבר דתנא דברייתא סבר דמחזיר גרושתו אין פוטר מן החליצה, ואעפ"כ אוסר צרה, התרצן דחי דלא אפשר להיות, דממ"נ, אם יסבור טומאה לא הוי כעריות ממילא אי אפשר להיות צרה אסורה, דחייבי לאווין אין אוסרין צרות, והא דבעי בהאבעיא אם גם צרתה אסורה, היינו אם נימא דטומאה הוא כערוה ופטורה מן החליצה והיבום, משו"ה קאמר, ולא תרוצי קא מתרצת, וסבירא לן דתנא דברייתא סובר דצריכה חליצה, א"כ לפי תירוצן, טומאה דכתיב במחזיר גרושתו איננה כערוה, ממילא ע"כ דבברייתא יצריך לומר היא חולצת דהוי כחייבי לאווין, וצרתה או חולצת או מתיבמת, דזה אי אפשר להיות שהיא צריכה חליצה ואוסרת צרה, דאם אינה כערוה לזה לפטור מן היבום אינה כערוה לאסור צרה.

(ב) והנה היכא דמדרבנן עשאוה כערוה ואז צריכה חליצה וביאתה לאו כלום, יש לעיין אם הא דצריכה חליצה, הוא מטעם דהא מדאורייתא איננה כערוה וממילא צריכה חליצה כדי להפקיע דין דאורייתא, אבל מדרבנן איננה צריכה חליצה כלל כדי לפטור אותה מדין דרבנן, או כיון דרבנן לא יכלו לומר שהיא כערוה להיות פטורה מן החליצה, ממילא היכא דמדרבנן הויא כערוה אז גם מדרבנן לחליצה רמיא וליבום לא רמיא דהרי לא יכלו חכמים לומר שאינה צריכה חליצה, א"כ צריכה חליצה גם לפטור דין דרבנן.

ונראה לי שיש לפשוט דין זה מהא דאיתא במשנה בפרק ר"ג, נתן גט ובעל צריכה גט וחליצה והא מדרבנן גט הוא כחליצה, כמו שביארנו, דמשו"ה אוסרת צרה, וא"כ מדרבנן הוי כנפטרה כבר, והא דצריכה חליצה הוא כדי לפטור דין דאורייתא, וא"כ אם בעל ונתן גט אמאי צריכה עתה חליצה, הא מדיני' דרבנן כבר נפטרה, דמדרבנן הא גט כחליצה, ולענין דין דאורייתא הא ה' יבום וגט, וא"כ אמאי צריכה חליצה, ועכצ"ל כיון דרבנן לא יכלו לומר שע"י גט דעשאו רבנן כחליצה תפטר מדרבנן, וא"כ מדרבנן עשאוה כאילו מדרבנן לחליצה רמיא ליבום לא רמיא, וא"כ מדרבנן היא צריכה חליצה, ומשו"ה אם נתן גט ובעל צריכה גט לבעילתה, דהא מדאורייתא קני לה, וצריכה חליצה דהא מדרבנן לחליצה רמיא.

לפי זה בסוטה דאורייתא אם נימא דהויא כערוה ופטורה מן התורה מחליצה ויבום. בסוטה דרבנן אם עשאוה כסוטה דאורייתא, לחליצה רמיא ליבום לא רמיא, וממילא יהי' הדין אם יבא עלי' לא יפטור אותה, שהרי מדרבנן לחליצה רמיא ויבום אין מועיל בה, אכן אם סוטה דאורייתא לא הוי כערוה, דטומאה דכתיב בה לא הוי כעריות, אז בין סוטה דאורייתא בין סוטה דרבנן, לכתחילה יש איסור ליבמה מטעם ק"ו במותר לה נאסרה איסור, באסור לה לא כש"כ אבל אם בא עלי' קנאה ונפטרה צרתה.

לפי זה שפיר מקשה עלי' דרב דס"ל טומאה כתיב בה כעריות, א"כ סוטה דאורייתא פטורה היא וצרתה מן החליצה ומן היבום, וא"כ סוטה דרבנן, מדרבנן לחליצה רמיא ליבום לא רמיא, וא"כ איך קאמר ר"ש דאם בא עלי' נפטרה צרתה, הא מדרבנן ליבום לא רמיא, ורק לחליצה רמיא, ואיך תפטור היא וצרתה בביאה, ע"כ מוכח דסוטה דאורייתא אסורה רק מטעם ק"ו במותר להנאסרה באסור לה לכש"כ, אבל האיסור לבעלה איננה כעריות, ורק לאו בעלמא, וא"כ ליבם לא הוי רק לאו, וא"כ סוטה דאורייתא חולצת ולא מתיבמת כשאר חייבי לאווין, אבל אם בעלו קנו, ולא קשה מגמ' דסוטה דמשמע דסוטה חולצת ולא מתיבמת דהיינו מטעם איסור ק"ו כדאמר שם, והאיסור רק בביאה שני', אבל ביאה ראשונה מן התורה עשה דוחה ל"ת, ורק מטעם גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שני' חולצת, אבל אם בא עלי' קנאה, אבל לרב דס"ל סוטה דאורייתא פטורה מן החליצה ויבום א"כ סוטה מדרבנן לחליצה רמיא ליבום לא רמיא וא"כ איך אמר ר"ש אם בא עלי' נפטרה צרתה, דהרי אמר ביאתה או חליצתה מאחיו של ראשון פוטרת צרתה, וכן הירושלמי דמייתו בתוס', אין קורא כלל חליצה פסולה, וקאמר רק, זאת אומרת ביאה פסולה פוטרת, והיינו דקאמר בירושלמי ביאה פסולה, דהרי מדרבנן אסור לבוא עלי', וכן בירושלמי באיסור מצוה וקדושה פליגי שם אם בא עלי' אם נפטרה צרה, והיינו מטעם דהביאה פסולה מדרבנן, שלכתחילה אסור לבעול וע"ז קאמר, ז"ל הירושלמי, הדא אמרה על דר' שמעון ביאה פסולה פטרה צרה, והיינו דמוכיח מכאן דהלכה כמ"ד בחייבי לאווין דאם בא עלי' נפטרה צרה.

אכן כל זה שביארנו, דאם מן התורה רמיא ליבום או שמדרבנן רמיא ליבום, שלא עשאוה רבנן כערוה גמורה, ואז חליצתה חליצה כשירה ופוטרת צרתה אף שלכתחילה אסור לבא עלי', הנה שיטת רש"י שבכל גווני הוי חליצה פסולה (ולקמן נבאר שזה ג"כ שיטת הרמב"ם), ועכצ"ל דס"ל לרש"י דכיון דכתיב בקרא אם לא יחפוץ האיש ליבם,

דמשמע הא אם חפץ מיבם, וכיון דאסור מדרבנן ליבם, א"כ מדרבנן לא קרינן אם חפץ מיבם שהרי אסור ליבם, וכמו שאמר בירושלמי, מאן יבמי ולא שמיאנו שמים, דכיון דאסור לו לכתחילה לבעול הרי לא משום חפצו הוא אינו מיבם: אלא שלא חפצו שמים, וא"כ חליצה כזו איננה חליצה כשירה, אלא חליצה מדין יבמתו שכיון שאינה ערוה מועיל חליצתה, אבל הויה חליצה פסולה, והנה היכא דמן התורה יש איסור לכתחילה לבעול אלא דמן התורה בדיעבד אם בעלו קנו, לדברי רש"י תהי' חליצה פסולה מן התורה, והנה חליצה כזו ילפינן מקרא דיש לך יבמה אחרת שעולה לחליצה ואינה עולה ליבום, והיינו אלמנה לכהן גדול, ואלמנה לכהן גדול הא מן התורה לא רמיא אלא לחליצה וא"כ חליצה כזו אין עוקרת אלא זיקת חליצה ולא זיקת יבום, וא"כ אם תהי' אשה כזו דזיקתה זיקת יבום ורמיא ליבום, אלא שיש איסור בדבר ליבם ולא קרינן אם חפץ מיבם שהרי אסור ליבם ולא משום חפצו אין מיבם, וא"כ תהי' החליצה רק מדין יבמתו, אפשר דהיא עצמה לא נפטרה בחליצה, מטעם דזיקתה זיקת שלימה, וחליצתה רק מדין יבמתו, לא אתיא חליצה כזו, ומפקע זיקת יבום או דהאי דינא דאם חפץ מיבם הוא ג"כ דין בהזיקה, היינו דאמרה התורה אם חפץ יהי' בה יבום, אף שיהי' איסור, אבל כיון דזיקתה זיקת יבום חליצתה חליצה כשירה ועוקר זיקתה.

והיינו דפליג הרשב"א להאי דינא בתרי בבי, בתחילה מסתפק הרשב"א אם נתן לה גט ע"מ שלא תנשאי לפלוני אם היא בשביל זה ערוה עליו לפטור צרה, ומסיק הרשב"א סברתו דאיננה ערוה כיון דאין אסורה אלא מחמת תנאי, מגורשת גמורה היא אצל הכל, אלא דאם ישא אותה יבטל הגט למפריע, אבל עתה כל זמן שלא נשאה מגורשת גמורה היא, ואיננה ערוה, וצרתה חולצת או מתיבמת, ועתה מסתפק הרשב"א מה יהי' דינה אם יתן לה חליצה אם תפטור בזה, מי נימא כיון דאי אפשר לה להתייבם שהרי אם תתייבם תעקור הגט למפריע, א"כ לא קרינן בה אם חפץ מייבם, שהרי אין בידו ליבמה, וא"כ חליצתה רק מדין חליצה דיבמתו, דחליצה כזו אין עוקרת זיקת יבום, והא דמועיל באלמנה לכהן גדול משום דהא אלמנה לכהן גדול לא רמיא אלא לחליצה, וזיקתה רק זיקת חליצה, אבל הכא קאמר ע"מ שלא תנשאי לפלוני הרי היא עתה מגורשת גמורה וזיקתה זיקת יבום, וחליצתה הוי רק מדין יבמתו ולא אתיא חליצה כזו ומפקע זיקה שלימה, וא"כ רק אם יבוא או יחלוץ לצרתה תפטור, אבל לא בחליצת עצמה לכן מסיק הרשב"א דהיא עצמה ג"כ חולצת, דהאי דינא דאם חפץ מייבם הוא ג"כ דין בהזיקה, לא במה שדבר אחר ימנע מלייבם, וא"כ חליצתה כשירה ונפטרת היא עצמה, ולא מצי הרשב"א להביא ראיה מכל חייבי לאווין דאין נפטרת בחליצה, הא זיקתה שלמה כדביארנו, ולחליצתה הוי רק מדין יבמתו מדרבנן, דהא מדרבנן אסור לו לייבם, דאפשר כיון דהוי רק איסור מדרבנן, לא עשאו רבנן שתאסר לעולם, וע"י חליצה התירוה, דהרי אם תהי' חייבי לאווין בלא צרה לא הי' אפשר לה להיות מותרת, אבל היכא דמדאורייתא הזיקה שלימה ודבר אחר איסור מן התורה מונעה מלייבם, אפשר דבזה לא קרינן אם חפץ מייבם, וחליצתה הויה חליצה שהיא מקרא דיבמתו, ולא אפשר לחליצה כזו לעקור זיקה שלימה דרמיא ליבום.

וע"ז מביא הרשב"א ראיה מנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה, דהנה אשה שנודרה הנאה מיבמה, בודאי דזיקתה זיקת יבום, דהרי זיקה ג"כ תלוי בתפיסת קידושין, והנה נודרת

הנאה בודאי אף לר"ע דס"ל אין קידושין תופסין בחייבי לאווין, אעפ"כ בנודרת הנאה יתפסו קידושין ואף להנך דס"ל דלרש"י כל היכא דלא תפסי קידושין אם אח"כ אחר הקידושין נעשה האיסור יתבטלו הקידושין, אעפ"כ בודאי בנודרת הנאה מבעלה בודאי דלא בטלי הקידושין, משום דנודרת הנאה ואין האיסור בהביאה רק דבר אחר מונע, ואף דסבר ר"ע אין קידושין תופסין בחייבי לאווין, היינו דוקא אם איסור הלאו הוא בהביאה, אבל אם האיסור משום דבר אחר שאי אפשר לו לבעול משום שיהנה, לר"ע תופסין הקידושין, וכיון דבנודרת הנאה האיסור דבר אחר מונע מלבעול, א"כ הזיקה שלה זיקת יבום, ואם נימא דאף דהזיקה זיקת יבום, אם דבר אחר מונע מליבם, החליצה רק מדין יבמתו, א"כ איך תפטר נודרת הנאה מיבמה, הא זיקתה זיקת יבום וחליצתה רק מדין יבמתו, ואיך תפטר נודרת הנאה בחליצתה, הא חליצה כזו שהיא רק מקרא דיבמתו אין עוקר זיקת יבום, ולא קשה מאלמנה לכהן גדול דהתם כיון דאיסורה איסור ביאה, דביאת כהן גדול באלמנה בעשה ול"ת, מן התורה לא רמיא ליבום, ורק לחליצה רמיא, ונפטרת בחליצה דאתיא מקרא דיבמתו, אבל נודרת הנאה דאין זיקתה גרועה דהרי אין איסורה איסור ביאה, ואם נימא דכיון דאיסור לייבם מטעם דבר אחר אין החליצה טובה, דחליצה בעי דוקא שאם חפץ יהי' הותר ליבום, א"כ איך תפטר נודרת הנאה מיבמה, ע"כ דהאי אם חפץ מייבם, הוא ג"כ דין בהזיקה, דאם חפץ מייבם, היינו דרמיא ליבום.

אף שדבר אחר מונע החליצה, הוי חליצה כשירה ונפטרת. לפי זה, הכא באמר לה ע"מ שלא תנשאי, אף דאי אפשר לייבם, שאם ייבם ובטל הגט ותהי' אשת איש, אבל כיון דהזיקה הוא זיקת יבום, החליצה חליצה טובה ופותר אותה, וזהו דקאמר הרשב"א, ומסתברא לי דאפילו היא עצמה חולצת ואין אני קורא כל שאין עולה וכו', משום דאיסור דבר אחר גרם לה.

ועפ"י דברינו מיושב מאי דמסיק הרשב"א דהרמב"ן ס"ל דהויא ערוה ופוטרת צרתה מן החליצה ומן היבום, וכתב ע"ז הרשב"א ואין דעתינו מכרעת במקומו, ולכאורה יקשה על הרמב"ן מנודרת הנאה אכן לדברינו, אם נסבור דע"מ הויא ערוה, לא שייכא כלל לדין נודרת הנאה, דנודרת הנאה זקוקה ליבום, רק אם נימא דלא הויא ערוה, כיון שמגורשת גמורה היא, ורק לחליצה לא תעלה, משום שאי אפשר ליבם, א"כ הקשה מנודרת הנאה, אבל להרמב"ן דס"ל דאם אמר ע"מ הוי ערוה לא שייכא כלל לדין נודרת הנאה, דרמיא בודאי לחליצה.

אכן הרשב"א בתשובה בחלק ששי סימן כ"א רוצה עוד לומר דאף אם אינו מותר לייבם, ג"כ בכלל כל שאינה עולה ליבום אינו עולה לחליצה, ופטורה לגמרי והחליצה גם באלמנה לכה"ג רק מדרבנן, דכיון דאיסור לייבם ממילא פטורה מכל, או שמדאורייתא בכל גווני שאינו עולה ליבום, היינו שיש איסור ליבם מאיזה טעם עקרה התורה דין יבום ורמיא רק לחליצה.

סימן יג סוגיא דשלש נשים משמשות במוך גמרא ד' י"ג. תני רב ביבי קמ"ל דרב נחמן שלש נשים משמשות במוך, קטנה, מעוברת, ומניקה, קטנה שמא תתעבר ושמא תמות כו', מדקאמר שמא תתעבר ושמא תמות מכלל דאיכא קטנה דמעברה ולא מתה, א"כ

מצינו חמותו ממאנת, ותנן אי אתה יכול לומר בחמותו כו' שנמצאו אילונית או שמיאנו, אימא שמא תתעבר ותמות כו', איני והתני רבה בר שמואל אי אתה יכול לומר בחמותו ואם חמותו ואם חמיו שנמצאו אילונית או שמיאנו שכבר ילדו, אלא לעולם שמא תתעבר ושמא תמות, ואלא קשיא הך, אמר רב ספרא בנים הרי הם כסימנים ע"כ, והנה בפירוש דבנים הרי הם כסימנים פירשו בתוס', דאם ילדה מוכח שהיא גדולה משעת העיבור, אכן הרמב"ם בפ"ט מהלכות אישות כתב, בת הממאנת, הרי דאפשר לממאנת להיות לה בת, והיינו שהוא סובר דבנים הרי הם כסימנים היינו הלידה.

אבל בשעת העיבור היא קטנה, וא"כ קודם הלידה תוכל למאן, והוא מפרש דלמסקנת הגמ' דקאמר בנים הרי הם כסימנים, מה דקאמר שמא תתעבר ושמא תמות, היינו דאם עוד לא נעשית גדולה אז מתה, ואם בעת הלידה נעשית גדולה חי', והבנים הרי הם סימן גדלות, היינו הלידה, אבל לא העיבור, וכבר הקשה המ"מ כיון דהרמב"ם סובר דבאומר לחבירו אם אשתך מעוברת נקיבה הרי היא מקודשת לי והוכר עוברת מקודשת, א"כ מצינו חמותו ממאנת כגון שקידש עובר שבמעי אשת אחיו והאם מאנה ואח"כ מת אחיו.

(א) והנראה לתרץ, דהנה לקמן בדף ל"ה איתא, הכונס את יבמתו ונמצאת מעוברת וילדה אם הולד בן קיימא יוציא וחייבים בקרבן, ולכאורה קשה, דהנה לקמן בדף ס"ט איתא, בת כהן שנשאת לישראל ומת טובלת ואוכלת בתרומה לערב, אמר רב חסדא טובלת ואוכלת עד ארבעים, דאי לא מעיברא, ואי מעיברא עד ארבעים מיא בעלמא הוא, א"כ אמאי לא מחלק הכא דאם בא עלי' רק בתוך ארבעים פטור שלא הי' עדנה ולד, ואימתו חייב בקרבן אם בא עלי' לאחר שכבר הי' הולד בן ארבעים, ואמאי קתני סתמא דחייב בקרבן בכל גווני.

אכן פשוט דהנה האי דינא דאם בת כהן נשאת לישראל ונתעברה ממנו ומת אינה אוכלת בתרומה, ילפינן לקמן בדף ס"ז מקרא דנעורי' פרט למעוברת היינו כיון שהיא מעוברת, אין גופא כנעורי', א"כ היינו דוקא אחר ארבעים שאז הולד נוצר ואין גופא כנעורי', אבל עד ארבעים דהולד מיא בעלמא, גופא עדנה כנעורי', אבל ביבום דילפינן דאם מת אחיו ונשארה מעוברת לא תתיבם הוא מקרא דאין לו עיין עליו, היינו דהתורה שאמרה שלא תפטר ולא תתיבם, אלא תמתין, דעלינו לעיין מה יהי' מזה אם יהי' ולד יהי' אגלאי מילתא למפריע שפטורה מן היבום, וא"כ אף שבא עלי' בתוך ארבעים אף שהי' מיא בעלמא, אבל דין דעיין עליו הי' כאן, שאמרה התורה שלא ייבם אותה פן יהי' ולד, ואז יהי' אגלאי מילתא למפריע שפטורה מן היבום, ומשו"ה אם בא עלי' אז חייב בקרבן אם נתברר שנהי' ולד מהמיא.

ואין להקשות בתרומה למה לן לימוד דכנעורי', פרט למעוברת, לילף במעוברת דאינה אוכלת בתרומה מקרא דזרע אין לה עיין לה, אכן הא זה קשה בלא דברינן, ועכצ"ל דלדרוש עיין עליו, היינו דאף שעתה אינו זרע, אעפ"כ יהי' אסור משום ענין דלהבא מה שיהי' אחר כן, זה לא שייך אלא ביבמה, דהתם אי אפשר להיות שתהי' מקודם מותרת לשוק ואח"כ תפול ליבום, וכן אי אפשר להיות שתהי' מקודם מותרת ליבמה ואח"כ תאסר עליו משום אשת אח, נמצא דתלוי הדבר של עתה במה שיהי' להבא, ושייך לדרוש עיין במה שיהי' אחר כן, אבל בתרומה הא אין צריך לעיין במה שיהי' להבא,

שהרי בתרומה אין עושים מתים כחיים, וכל זמן שיש וולד לבת ישראל מהכהן אוכלת בתרומה וכשמת אסורה, וכן להיפך אם יש וולד לבת כהן מישראל אסורה לאכול בתרומה וכשמת מותרת, א"כ לא שייך למידרש עיין מה שיהי' אחר כך ומשו"ה בתרומה דרשינן רק ענין דעיין עליו לזרע פסול, אבל לא מה שיהי' אחר כן, משו"ה בתרומה בלא קרא דכנעורי' פרט למעוברת היתה מעוברת בת כהן מישראל אוכלת, אחרי שעתה אין זרע עוד לישראל, ורק כשיוולד אז תהי' אסורה, אבל כיון דכתיב קרא כנעורי' פרט למעוברת, דאם היא מעוברת מהישראל ואיננה כנעורי' אינה אוכלת, אבל עד ארבעים דהוי מיא בעלמא אוכלת, אבל ביבום דדרשינן עיין מה שתהא לאחר מכאן, היינו מה שיהי' אחר כן, א"כ אף שהוא מיא בעלמא אעפי"כ עתיד להיות מזה וולד, משו"ה אם בא עלי' ואחר כן נולד וולד חייב בקרבן.

אף דבעת שבא עלי' הי' מיא בעלמא. (ב) שוב ראיתי שהנודע ביהודה קמא סימן ס"ט רוצה לחדש דבר חדש, דאם נקלט הזרע לאחר מיתתו.

כיון דבשעה שמת האח לא הי' לו בן. זקוקה האשה בשעת מיתה ליבום ואף שאחר מיתתו נקלט הזרע, כיון דבשעת מיתה לא הי' לה בן ממנו זקוקה ליבום, כפי הנראה סובר הנודע ביהודה, דכיון דנקלט הזרע הוא בן, אכן הא עד ארבעים הא מיא בעלמא ואף אחר כן גם כן לא הוי זרע כל זמן שלא יצא לאויר העולם, שהרי איצטריך קרא דכנעורי' פרט למעוברת, אלא ע"כ ביבום הא דאסורה ליבום הוא משום עיין עליו מה שיהי' לאחר כן, וא"כ אף קודם שנקלט הזרע אעפי"כ דין דעיין עליו יש כאן, כיון שנבעלה לו ויש זרע במעי' שיוכל להולד מזה בן לו.

ומה שהקשה בנו"ב דלפי דברי התוס' ביבמות דף ל"ז בד"ה רוב היולדות שהקשו, וא"ת מה מועיל הבחנת ג' חדשים משום הבחנה, אכתי יוכל לבא לידי ספק אם תנשא מיד ותלד לששה חדשים ויום אחד או אפילו ג' ימים, דיש להסתפק אם הוא בנו של ראשון ולא נקלט הזרע עד יום ג', או הוא בנו של שני דיולדות לשבעה יולדות למקוטעין, וי"ל דכל כך לא הי' משתהה הכרת העובר מן הראשון עד שליש ימים מן השני, והקשה תינח תירוץ התוס' לענין תנשא, אבל היך מתיבמת אחר ג' חדשים מיום המיתה, ודילמא לא נקלט הזרע עד יום ג', ועדיין לא שלמו ג' חדשים מעת העיבור, הנה הנודע ביהודה בעצמו אומר בסוף דבריו דעפ"י הרוב הזרע נקלט בשעת עיקר התשמיש, ורק לענין תנשא.

דשמה גזרו חכמים שצריך להיות הבחנה שלא יהי' ספק, ואם תנשא תיכף לאחר ג' ותלד לסוף ששה חדשים ויום אחד והי' הדבר בספק, מאי נימא רוב נקלט הזרע בשעת תשמיש, ובודאי של בתרא הוא, אדרבה איכא רוב דלט' ילדן, וא"כ אדרבה נימא שנקלט הזרע מן הראשון לאחר תשמיש, והיא מן הרוב דילדן לט', דמאי חזית דאזלת בתר רוב דנקלט הזרע בשעת תשמיש זיל בתר רוב דלתשעה ילדן, אבל ביבום הא סמכינן על רוב דנקלט בשעת תשמיש, ואם תתודע בעוד יום או יומים שמעוברת היא, תיכף יפרוש ממנה, דלא יעבור על איסור אשת אח, ומה שבוועל מקודם שידע לא חיישינן כיון שעשה בהיתר, כמו דסמכינן על רוב בהמות כשרות ולא צריך לבדוק אבל בהבחנה הא חיישינן שמא יהי' ברור לה ואעפי"כ תחפה כדי שירש בנה בנכסי בעלה.

ומה שהקשה רעק"א בתשובותיו בסימן צ' מתוס' נדה ל"ח ד"ה שיפורה גרם, דחיישינן שמא לא נקלט הזרע עד מחרת התשמיש, והקשה אם נידון דהוי רוב למה ניחוש לזה, בודאי צריך לומר דתוס' שם ס"ל דלא הוי רוב שנקלט בשעת תשמיש, ולא יקשה מיבמה איך מותרת להתיבם תיכף לאחר ג' מיום המיתה, אפשר דתוס' שם סבירא לי' דקים לחז"ל, דאף אם נקלט הזרע ביום ג', אעפ"כ העובר ניכר לתשעים יום מיום הבעילה, כי מה ששהה הזרע בתוך הרחם גורם לגידול הולד והכרתו, דכמו דשיערו חז"ל דג' חדשים הוא זמן הכרת העובר, כן שיעורו דאלו הג' ימים נכנסים בחשבון הכרת העובר ותוס' ביבמות דלא ס"ל כן, דאי הכי לא הוי מקשי מהבחינה, יסברו דרוב נקלט בשעת תשמיש, אבל זה ודאי דאף אם נקלט אחר המיתה ג"כ פטורה מן היבום, דדין דאין לו הי' על זה, אבל בן לא הוי אף בימי עיבורה מדאיצטריך ללמוד בתרומה מכנעורי'.

וכן מוכח דבזמן העיבור לא מקרו עדנה בן, מהא דקי"ל מותר לשחוט את המעוברת, ואם נימא דבעת העיבור מקרי בן א"כ יהי' אסור לשחוט את המעוברת, דהא עובר על אותו ואת בנו לא תשחטו ביום אחד, ואין לומר דהא דאם שחט המעוברת מותר לאכול את בנה אין הטעם משום דהוי שחיטה על הולד, אלא דאמרה התורה כל בבהמה תאכלו, והוי רק היתר על הולד, ולא שחיטה על הולד, ומשו"ה לא עברה על לא תשחטו אותו ואת בנו [דאף אם נימא דהוי היתר, אפשר דג"כ עובר משום לא תשחטו אותו ואת בנו: דהרי בגמ' יומא דף ס"ד איתא דגבי שעיר המשתלח דחיתו לצוק זהו שחיטתו ועובר משום אותו ואת בנו: מכש"כ היכא דהכשרו בכך.

[דנראה לי ברור. דהא דאמרה התורה דאם שחטו המעוברת מותר לאכול הולד, הוא משום דאמרה התורה דהוי שחיטה גם לולד, שהרי בגמ' תמורה דף י"א בעי אביי מרב יוסף, היא שלמים ולדה חולין ונשחטה בפנים מהו, מי הוי חולין בעזרה כו', היא חולין ולדה שלמים ושחטה בחוץ מהו, ואם נימא דהוי שחיטת האם רק היתר על הולד ולא שחיטה, מאי מיבעאי לאביי, הא קרא כתיב כי ירחק ממך המקום וזבחת, בריחוק מקום אתה זובח ואין אתה זובח בקירוב מקום, א"כ איסור שחיטת חולין בעזרה הוא השחיטה לא ההיתר, וא"כ בודאי היא שלמים ולדה חולין לא הוי חולין בעזרה, שהרי לא היתה שחיטה על ולד החולין, וכן היא חולין ולדה שלמים ושחטה בחוץ מאי איסור יש אם שחט האם הא על הולד לא הי' שחיטה, ואיסור דקדשים בחוץ הוא משום אשר ישחט מחוץ למחנה, והכא לא שחט מחוץ למחנה, ע"כ דמה דאמרה התורה כל בבהמה תאכלו, הוא דאמר רחמנא דשחיטת האם הוי שחיטה על הולד, ומשו"ה מיבעאי לי' אם הולד חולין, אם שחט האם בעזרה אי הוי שחיטת חולין בעזרה, וכן באם הולד שלמים ושחטו בחוץ יתחייב משום שחוט חוץ, וא"כ תקשה איך מותר לשחוט המעוברת, הא הוי אותו ואת בנו ע"כ דבמע' אמו לא הוי כלל ולד, דרק עובר ירך אמו הוא וכן הוא בב"ק, דאם שיור העובר הוי שיור, משום דניתר עמו בשחיטה הוי בכלל וטבחו, הרי דגם על הולד הוי טביחה.

והא דחל קידושין על הבת כל זמן שהיא עדנה במע' אמה, אין הטעם משום דהוי בת, אלא כדביארנו בספרינו לבוש מרדכי ב"ק סימן כ"ט, דהאבר הזה, היינו העובר עליו

אין שייך דין דאשת איש, כיון שהוא עומד לפרוש מן האשה, והתורה זיכתה לאב, שהאבר הזה של האשה. היינו העובר, הוא של האב.

כדכתיב אשר ישית עליו בעל האשה, והוא אבר כזה שעומד שיהי' ממנו אשה, א"כ כמו דחל קדושת הגוף על עוברין ה"נ יכול האב לקבל קידושין בעד האבר הזה של אשתו. ועיין תומים בסימן צ"ג שהקשה אמאי אין נותנין חרם לאשה כשהוא מעוברת, הא משקין אותה כשהיא סוטה אף שהיא מעוברת, אכן בגמ' עירוכין דף ז' איתא, האשה שיצאה להרג אין ממתנין לה עד שתלד כו' פשיטא גופא היא, איצטריך ס"ד אמינא הואיל וכתוב כאשר ישית עליו בעל האשה, ממונא דבעל הוא ולא מפסדינא לי', קמ"ל, ואימא ה"נ, אמר ר' אבהו אמר ר' יוחנן אמר קרא ומתו גם שניהם לרבות את הולד ע"כ, הרי דגלי קרא במיתה דמיתין גם את הולד אף שהוא ממונא דבעל, א"כ השקאת סוטה דענין מיתה הוא, ממיתין גם את הולד משום ריבוי קרא, אבל בנתינת חרם בשביל ממון דעדיין אין עלי' חובת דין דקטל, משום תביעת ממון לא מפסידנן לממונא דבעל, ועיין בפ"ת שמביא קצת כזה בשם הח"ס, אלא שהקשה היכא דהתביעה הוא מנכסי הבעל מאי, וכל זה קשה רק לפי החילוק שלו דבסוטה הוא בשביל הבעל, משו"ה מפסדינן לממונא דבעל, אבל לפי דברינו החילוק הוא דבסוטה דהוי ענין מיתה רבי קרא, אבל בדיני ממונות לא רבי קראי א"כ אף דהוי התביעה מנכסי הבעל אבל הא מיירי שאין השבועה על הבעל אלא על האשה, וחייב השבועה עלי' ולא על הולד שהוא ממונא דבעל לא מפסדינן בשביל חיוב שבועה דידה, כיון שיש לחכות עד שתלד.

היוצא מדברינו דמעוברת לא מקרי שיש לה ולד, והא דחל קידושין הוא משום שהעובר הוא אבר כזה שיש לחול עליו קנין הקידושין, והוא אבר שזיכתה התורה לבעל, וכיון דהעובר אינו בן או בת, א"כ האם עדנה לאו חמותו, וא"כ כל זמן שלא יצא העובר לאויר העולם אף שחלו הקדושין על העובר, אין על המקדש איסור חמותו על האם.

לפי זה לא קשה על הרמב"ם כיון דס"ל דנעשה גדולה רק ע"י הלידה וס"ל דחלו קידושין על העובר, א"כ מצינו חמותו ממאנת, כיון דכל עיקר חידוש דממאנת, דאף שהיתה צרת ערוה אם מיאנה קודם איננה צרת ערוה ומותרת, אכן בחמותו אי אפשר כלל להשמיע חידוש זה, דאם תמאן לאחר לידה הא בנים הרי הם כסימנים, ואי אפשר למאן אחר הלידה, ואם מיאנה קודם שילדה הרי לא היתה כלל חמותו, אחרי דכל זמן שהולד עדנה עובר לא הוי בת, וכיון דאינה בת אין האם חמותו.

סימן יד בדין לא תתגודדו לא תעשו אגודות אגודות גמ' דף י"ד, ומ"ד עשו קרינן כאן לא תתגודדו לא תעשו אגודות אגודות, אמר אב"י כי אמרינן לא תתגודדו כגון שתי בתי דינים בעיר אחת הללו מורין כדברי ב"ש והללו מורין כדברי ב"ה, אבל שתי בתי דינים בשתי עיירות לית לן בה, אמר לי' רבא והא ב"ש וב"ה כשתי בתי דינים בעיר אחת דמי, אלא אמר רבא כי אמרינן לא תתגודדו כגון בי"ד בעיר אחת פלג מורין כדברי ב"ש ופלג מורין כדברי ב"ה, אבל שתי בתי דינים בעיר אחת לית לן בה.

והנה הרמב"ם כתב בפ"ב מהלכות עכו"ם הלכה י"ד ז"ל, ובכלל אזהרה זו שלא יהיו שני בתי דינים בעיר אחת זה נוהג כמנהג זה וזה נוהג כמנהג אחר, שדבר זה גורם למחלוקת גדולות, שנאמר לא תתגודדו לא תעשו אגודות אגודות עכ"ל. וכבר תמהו

מדוע פסק כאביו ולא כרבא, הא בגמ' מסיק ת"ש דעשו ב"ש כדבריהם, וא"כ ע"כ מוכח דשני בתי דינין בעיר אחת לית לן בה, דהא בית שמאי ובית הלל כשני בתי דינין בעיר אחת דמי.

א) והנראה לי. דהנה בגמ' פריך ולמ"ד עשו קרי כאן לא תתגודדו, ולכאורה קשה דמה יעשו ב"ש אם הם סוברים שהדין כמותם האם יעברו על דין תורה ואין לומר דהקושי דהי' לב"ש להחמיר כדברי ב"ה, דהרי בגמ' פריך מהא דשוקת יהוא היתה בירושלם וכל טהרות שהי' בירושלם היו נעשים על גבה ושלחו ב"ש והרחיבוה, ומאי קושי מלא תתגודדו הא לדברי ב"ש המקוה פסולה, שהרי הם סוברים עד שתפחת ברובה, ומה יעשו האם יטבלו עצמם במקוה שהיא פסולה לדבריהם, וכן מה דמקשה מצרת ערוה, דמה יעשו ב"ש האם יפטרנה לשוק בלא יבום או חליצה, דהרי אם יחלצו לה זהו ג"כ בכלל לא תתגודדו, שהרי לדברי ב"ה פטורה מן החליצה, ולפוטרה לשוק הא אי אפשר אחרי דלדבריהם היא יבמה וזקוקה ליבום או לחליצה, וכן הא דפריך מר"ע דנהג שני עישורין אחד כדברי ב"ש ואחד כדברי ב"ה, דמוכח דעשו ב"ש כדבריהם, דמה יעשו ב"ש האם לא יעשו מעשר שהוא בחיוב לדבריהם מן התורה.

עוד קשה דקאמר אי קודם בת קול מ"ט דמאן דאמר לא עשו, וקאמר משום דב"ה רובא, ומ"ד עשו כי אזלינן בתר רובא היכא דכהדדי נינהו, הכא ב"ש מחדדיטפי, ע"כ, ולכאורה תקשה דא"כ איך פסקו דין בסנהדרין אחרי הרוב משום דכתיב אחרי רבים להטות, הא תמיד הי' מופלא שבסנהדרין שהוא לגבי אינך מחודד טפי, וא"כ תמיד הי' הדין נשאר בספק אם רובא אמרו נגד המופלא שבסנהדרין, האם לב"ש הי' המופלא שבסנהדרין מכריע תמיד.

ונראה לי, דהנה קיי"ל תמיד חד בתרי בטל, וזה ילפינן מדין דאחרי רבים להטות, ולכאורה קשה מאי ראי' היא זו מדין דאחרי רבים להטות לבטל חד בתרי, התם סברא היא כשבאנו לפסוק דין ואין אנו יודעים איך הדין נוטה עלינו לעשות כהרוב, אבל מנא לן דהמיעוט בטל לגבי הרוב. וצריך לומר, דהנה התורה נתנה כח לבי"ד של עשרים ושלשה לפסוק הדין להרוג איש, אבל לפחות מעשרים ושלשה לא נתנה התורה את הכח לפסוק מיתה, ואף אם יהי' בי"ד של עשרים ושלשה נו"נ ובגמר הדין נשאר רק עשרים ושנים, ורק אחד לבד המזכה ועשרים ואחד מחייבים, לא יוכלו לפסוקי באשר חסר להם אחד, והמה רק עשרים ושנים ולעשרים ושנים לא נתנה התורה הכח לפסוק מיתה, וא"כ תיקשה היכא שיש עשרים ושלשה, ושלשה עשר מחייבים, ועשרה מזכים, איך פוסקים הדין למיתה, הא רק שלשה עשר המה המחייבים, ושלשה עשר הא לא נתנה התורה הכח לפסוק מיתה, ועכצ"ל דכשיש בי"ד של עשרים ושלשה, והרוב מהם היינו שלשה עשרה מחייבים, הוי כאילו כל העשרים ושלשה מחייבים, דאף שיש להעשרה הרשות בעת משא ומתן בהדין לומר דעתם ולהוכיח כדבריהם, בגמר הדין כשרואים שהרוב נגד דעתם עליהם לבטל דעתם ולהיות גם המה מהמחייבים, שדעתם בטלה לדעת הרוב, ומשו"ה נחשב כאילו כל העשרים ושלשה מחייבים הרי חזינן דאמרה התורה דהמיעוט בטל לגבי הרוב.

והנה זה ודאי כשישבו סנהדרין ודנו כאחת בדין, אזלינן בתר רובא, אף אם המיעוט מחדדי טפי, דהרי כלל אמרה התורה אחרי רבים להטות, ולא חילקה התורה בין אם המיעוט כמותם, או מחודד טפי, ומי יכול לשער חכמת כל אחד, ואם צריך בי"ד או סנהדרין לפסוק דין הבא לפניהם, עליהם לילך בתר רוב, אכן היכא דהם שני בתי דינים או שני סנהדרין, או שאין הדבר נוגע עתה למעשה רק עלינו לידע איך לפסוק ההלכה, בזה עשו ב"ש כדבריהם, דכיון דמחדדי טפי אין ב"ה ב"ד עליהם שיהיו הם מוכרחים לפסוק הדין כב"ה נמצא דטעם דמחדדי טפי מועיל רק אם אינם מצורפים ויוכלו המה לפסוק הדין כסברתם, אחרי שהם מחדדי טפי אינם כפופים לפסוק הלכה כב"ה, אכן אם נאמר שיש איסור לא תתגודדו, שאסור להם להתחלק לפסוק זה הלכה כן וזה הלכה כן, א"כ צותה התורה שיהיו נחשבים כבי"ד אחד, ובב"ד אחד הא אמרה התורה אחרי רבים להטות דעתו, ולבטלה לרבים ולפסוק הלכה כמותם, אף בדיני נפשות אף לחייב אדם מיתה נגד דעתם, א"כ מכש"כ בדיני טומאה וטהרה שעל המיעוט לבטל דעתם ולפסוק הלכה כהרוב, אחרי דמפני דין דלא תתגודדו אינם מחולקים והרי הם כב"ד אחד.

משו"ה פריך שפיר איך עשו ב"ש כדבריהם להפחית המקוה ואיך ייבמו הצרה, כיון דעל זה נאמר לא תתגודדו שאסור להיות אגודות זה פוסק כן וזה פוסק כן, וא"כ חד ב"ד הוא ב"ש וב"ה, ובחד ב"ד אפילו אם המיעוט מחדדי טפי עליהם לבטל דעתם ולפסוק כהרוב, ומשו"ה משני רבא דבשני ב"ד לא נאמר לא תתגודדו, וכיון דאינם מצורפים, שוב הדרינן לזה דכיון דהם מחדדי טפי אינם כפופים לבי דינא דב"ה.

ב) והנה בפסחים דף נ' איתא במתניתין, ההולך ממקום שעושין למקום שאין עושין או ממקום שאין עושין למקום שעושין, נותנין עליו חומרי המקום שיצא משם וחומרי המקום שהלך לשם, ולא ישנה אדם מפני המחלוקת. והנה ביורה דעה סימן רי"ד כתב המחבר ז"ל, וכן הבאים מחוץ לעיר לדור שם הרי הם כאנשי העיר וחייבים לעשות כתקנתן, ואף בדברים שהיו אסורים מפני מנהגם ואין מנהג העיר שבאו לדור בה לאסור.

הותרו בהם אם אין דעתם לחזור ע"כ, לפי זה משמע מדברי המחבר, דהא דאמרינן במתניתין נותנין עליו חומרי המקום שיצא משם וחומרי המקום שהלך לשם, הוא דוקא באם דעתו לחזור, אבל אין דעתו לחזור, אין עליו דין חומרי המקום שיצא משם, ולפי זה חומרי המקום שהלך לשם הוא אף בדעתו לחזור, והמחבר עצמו כתב באו"ח סימן תס"ח כלשון הרמב"ם ז"ל, ההולך ממקום שעושין למקום שאין עושין לא ועשה בישוב מפני המחלוקת, אבל עושה הוא במדבר, וההולך ממקום שאין עושין למקום שעושין לא יעשה ונותנים עליו חומרי המקום שיצא משם וחומרי המקום שהלך לשם, ואעפ"כ לא יתראה בפניהם שהוא בטל מפני איסור אל ישנה אדם מפני המחלוקת, וכן מי שדעתו לחזור נוהג כאנשי מקומו בין להקל בין להחמיר, והוא שלא יתראה בפני אנשי המקום, הרי דהאי דינא דנותנין עליו חומרי המקום שיצא משם וחומרי המקום שהלך לשם, הוא באין דעתו לחזור, אבל אם דעתו לחזור נוהג כאנשי מקומו רק שלא יתראה בפניהם, ועיין בש"ך שם ביו"ד שהקשה זה.

אכן באמת הקשה כבר תוס' הסוגיות אהדדי דהנה בפסחים דף נ"א איתא, כי אתא רבה בר בר חנה אכל דאייתרא כו', ורבה בר בר חנה לית לי' הא דתנן נותנין עליו חומרי

המקום שיצא משם וחומרי המקום שהלך לשם כו', רב אשי אמר אפילו תימא מבבל לא"י הני מילי היכא דאין דעתו לחזור, ורבה בר בר חנה דעתו לחזור הוה, הרי דמתניתין מיירי דוקא מאין דעתו לחזור, ואילו בחולין איתא, כי סליק ר' זירא אכל מוגרמת, דרב ושמאל ור' זירא לית לי' נותנין עליו חומרי המקום שיצא וחומרי המקום שהלך לשם, ומשני רב אשי, הני מילי בדעתו לחזור, ור' זירא אין דעתו לחזור, והקשה תוס' בפסחים נ"א, א"כ לצדדין קתני, חומרי המקום שיצא משם בדעתו לחזור, וחומרי המקום שהלך לשם באין דעתו לחזור הנראה לי לתרץ, דהנה בפסחים שם איתא, בשלמא ההולך ממקום שעושין למקום שאין עושין נותנין עליו חומרי המקום שהלך לשם ואל ישנה מפני המחלוקת, אלא ממקום שאין עושין למקום שעושין, אל ישנה אדם מפני המחלוקת, ונעביד, הא אמרת נותנין עליו חומרי המקום שהלך לשם וחומרי המקום שיצא משם, אמר אביי ארישא, רבא אמר לעולם אסיפא, והכי קאמר אין בזו מפני שינוי המחלוקת, מאי אמרת הרוואה אמר מלאכה אסורה, מימר אמר כמה בטלני איכא בשוקא, ע"כ, והנה לאביי הא חזינן דטעמא דאמרינן במתניתין דנותנין עליו חומרי המקום שהלך לשם, לא משום דלחומרא חל עליו האיסור של המקום שהלך לשם, אלא הטעם משו"ה נותנין עליו חומרי המקום שהלך לשם, משום איסור דאל ישנה אדם מפני המחלוקת, אכן לרבא אפשר לומר דהאי דינא דנותנין עליו חומרי המקום שהלך לשם הוא דין לא מפני המחלוקת, אלא שיש עוד דין דאל ישנה אדם מפני המחלוקת.

אכן הרמב"ם הא כתב דלא יעשה בישוב מפני המחלוקת, משום דסבירא לי' כיון דמרבא אין ראי' דפליג בזה על אביי, ורב ספרא הא ג"כ ס"ל בזה כאביי, שהרי אמר לר' אבא כגון אנא דידיעין בקביעא דירחא בישוב לא עבדינא מפני שינוי המחלוקת, הרי דהטעם דנותנין עליו חומרי המקום שהלך לשם הוא מפני שינוי המחלוקת אכן עיקר הדין חל על האדם החיוב שחל עליו מקודם, היינו המקום שיצא משם, בין לקולא בין לחומרא, והנה מדקאמר רבא דלעולם אסיפא, פירוש בהולך ממקום שאין עושין למקום שעושין, דלא ליעבד ואין כאן מפני שינוי המחלוקת דהוראה אומר מלאכה הוא דלית לי', ולכאורה אף אם יהי' שינוי המחלוקת, אטו בשביל זה יעבור על האיסור שחל עליו שלא לעשות, דהוי נדר ואסור לו לעשות, אכן כיון דיש שינוי המחלוקת הרי יש בזה לא תתגודדו, שלא יעשו אגודות אגודות שדבר זה גורם למחלוקת, וחל הדין עליו שהוא המיעוט לפסוק ולעשות כהרבים אף לקולא, אכן אם אין כאן שינוי מחלוקת, דהרואה אמר מלאכה דלית לי', נשאר עליו האיסור כהמקום שיצא משם.

לפי זה אפשר לתרץ הסוגיות הסותרות, דמחולין משמע דדינא דמתניתין דנותנין עליו חומרי המקום שיצא משם ושהלך לשם הוא בדעתו לחזור, ומסוגיא דפסחים הא מוכח דמיירי באין דעתו לחזור ולומר דלצדדין קתני, בודאי דקשה לומר, אכן לפי הנ"ל נאמר דהאי חילוקא דבין דעתו לחזור לאין דעתו לחזור, אין החילוק משום שאם דעתו לחזור נחשב כמהמקום שיצא משם, והיכא דאין דעתו לחזור נחשב כמהמקום שהלך לשם, אלא האי חילוקא הוא ג"כ בדין דאל ישנה אדם מפני המחלוקת, דאם דעתו לחזור אז אם יעשה בצינעה לא יבא לידי מחלוקת אכן אם אין דעתו לחזור וישאר בקביעות ותמיד יעשה בצינעה ותברר הדבר ויבא לידי מחלוקת, משו"ה חל עליו הדין כמקום שהלך לשם, וזהו דוקא בקום ועשה אבל בדבר שהוא שב ואל תעשה במלאכה, דהרואה אומר

מלאכה הוא דלית לי', אף אם הוא בקביעות לא יבא לידי מחלוקת, שהרואה יאמר תמיד מלאכה הוא דלית לי', וכיון דבכה"ג אין כאן משום לא תתגודדו, נשאר עליו האיסור כמקום שיצא משם, אכן במידי דאכילה דמצוי תמיד לבא בחבורה בסעודה של מצוה וכדומה, אם אין דעתו לחזור ותמיד לא יאכל יבא לידי מחלוקת, ע"ז נאמר לא תתגודדו, ומחויב לפסוק כאנשי המקום שהלך לשם אף לקולא.

ומעתה יתישבו הסוגיות, דבפסחים דהתם הי' הדבר בקום ועשה, היינו שאכל רבה בר בר חנה דאייתרא בבבל, אילו הי' רבה בר בר חנה דעתו שלא לחזור הי' אסור לו אף בצינעה לאכול שכיון שהי' נשאר בבבל, אם תמיד יאכל בצינעה יתברר הדבר ויבוא לידי מחלוקת, ובזה באופן דיבוא לידי מחלוקת הא נותנין עליו חומרי המקום שהלך לשם, ע"ז משני דרבה בר בר חנה דעתו לחזור הוי, ובכה"ג אין כאן מפני שינוי המחלוקת אם אוכל בצינעה והאי דינא דנותנין עליו חומרי המקום שהלך לשם, הוא דוקא היכא דיהי' מפני זה שינוי המחלוקת, ובמלאכה אפילו בצינעה אסור בישוב אפילו בדעתו לחזור, דמלאכה יש לה קול ואי אפשר בצינעה, וכמו שכתבו בתוס' דף נ"ב בד"ה בישוב, ורק במדבר יותר לו, אכן בחולין מיירי דר' זירא עלה לארץ ישראל ואכל מוגרמת דלרב ושמואל אסור, ואילו הי' דעתו לחזור הי' אסור לו כדין שחל עליו המקום שיצא משם, אבל באין דעתו לחזור אם תמיד לא יאכל הרי יהי' בזה שינוי המחלוקת, שהרי הרבה פעמים בסעודת מצוה אם לא יאכל יהי' בזה שינוי, וע"ז נאמר לא תתגודדו, משו"ה הותר לו דין המקום שיצא משם, דעליו שהוא המיעוט לנהוג עתה כדעת הרוב משום לא תתגודדו, אבל אם הי' דעתו לחזור, מה שאינו אוכל בפעם אחד, הרואה אומר שעתה אין רוצה לאכול ולא יהי' שינוי המחלוקת, משו"ה קאמר דר' זירא אין דעתו לחזור הוי.

ולפי זה אפשר לתרץ גם בדברי המחבר, דביו"ד קאי היכא דקבלו עליהם איסור באכילה וכדומה בדבר הניכר, דאף שהוא בשב ואל תעשה, אם אין דעתו לחזור ותמיד יתנהג לבלי לאכול או לעשות דבר הניכר, יהי' שינוי המחלוקת, משו"ה הותר בדבר שהי' אסור אף לקולא, אכן באו"ח הא מיירי לענין מלאכה, כתב המחבר דמלאכה בישוב אף בדעתו לחזור אסור אם הוא כחומרי המקום שהלך לשם, דמלאכה לא שייך בצינעה, ואם לפי המקום שיצא משום אסור אף באין דעתו לחזור ואף במדבר לא יעשה, אבל אם דעתו לחזור ולפי המקום שיצא משם מותר לעשות, במדבר יוכל לעשות, אבל לא בישוב.

אמנם לפי זה יקשה, איך אמרינן דמשו"ה נותנין עליו חומרי המקום שהלך לשם, משום דאל ישנה אדם מפני המחלוקת, הא כיון שיש מחלוקת בין אמוראים בדין דאייתרא או במוגרמת, א"כ הוי כשני בתי דינין, שזה עושה כב"ד זה, וזה עושה כב"ד זה, ורבא הא קאמר דשני בתי דינין לן לית בה.

ונראה לי, דהנה בגמ' עירובין דף י"ג אמר ר' אבאמר שמואל שלש שנים נחלקו ב"ש וב"ה, הללו אומרים הלכה כמותינו, והללו אומרים הלכה כמותינו, יצאה בת קול ואמרה אלו ואלו דברי א' חיים הן והלכה כבית הלל, ע"כ, ולפי זה מחלוקת דב"ש וב"ה לא הי' אלא ג' שנים, והדבר תמוה דהרי הלל ושמעון גמליאל ושמעון נהגו נשיאותן בפני הבית

ק' שנה, ומחלוקת דב"ש וב"ה הי' גם אחר החורבן, ובימי ר' אלעזר בן עזרי' ור' יהושע אחר החורבן נחלקו בצרת הבת, וראב"ע הי' בימי החורבן קטן, וצריך לומר, דהאי שלש שנים שנחלקו ב"ש וב"ה לא הי' כל מחלוקתם בכל התורה, אלא שנחלקו בזה גופא שבא לשאול הדין איך צריכים לעשותו אם כב"ה דהוי רובא, או כב"ש דמחדדי טפי, וב"ה אמרו הלכה כמותינו, היינו שאמרו שבכל מקום שאנו חולקים עם ב"ש הלכה כמותינו, וב"ש אמרו לא כך, ומחלוקתם בזה גופא איך הדין אם כב"ש או כב"ה, בזה נחלקו ג' שנים ובזה יצאה בת קול ואמרה שהלכה בזה כב"ה שהלכה כמותם.

ובזה יש לתרץ דברי הד"מ ביו"ד סימן רמ"ב שכתב שהיכא שיש מחלוקת בין שני גאונים, אם אחד גדול בחכמה ואחד במנין שהולכין בתר הגדול במנין, ולכאורה קשה הא אמרינן דהיכא דמחדדי טפי לא אזלינן בתר רובא. אכן לפי דברינו הא בזה גופא נחלקו ב"ש וב"ה, שב"ש אמרו מאחר שמחדדינן טפי הלכה כמותינו, אבל ב"ה הא אמרו שהלכה כמותינו מפני שאנחנו הרוב, נמצא דכשיצא הבת קול ואמרה הלכה כב"ה נקבע הלכה דאזלינן בתר רוב אף נגד המחדדי טפי.

ג) והנה מה שאמרו ב"ש הלכה כמותינו, לא היתה דעתם שב"ה מחויבים לפסוק הלכה כמותם בכל מקום, דבודאי אין המיעוט דמחדדי טפי מכריע את הרוב דהרי חזינן דרובא עדיף ממחדדו טפי, שהרי בסנהדרין הרוב מכריע את המחודד טפי הרי מוכח דרוב עדיף מחודד טפי, וכן אף קודם בת קול לא נחלקו אם עשו ב"ה כדבריהם, דהמחלוקת הוא רק אם ב"ש עשו כדבריהם, אבל ב"ה ודאי עשו כדבריהם אף קודם שיצא הבת קול, והרי ב"ש מחדדי טפי, ע"כ דזה אין ספק דאין המיעוט יכול להכריע את הרוב אף אם המיעוט מחודד טפי, ורק ב"ש היו סוברים שכיון שהם מחודדים טפי אין ב"ה ב"ד עליהם, והם יכולים לעשות כסברתם.

נמצא דמה שאמרו ב"ה הלכה כמותינו, נחלקו בזה עם ב"ש, היינו שב"ה אמרו שאף ב"ש צריך לפסוק הלכה כמותם, ועליהם לבטל דעתם אף שהם המחדדי טפי, מפני שעליהם לפסוק הדין כרובא, ולכאורה מאי טעמא דב"ה הא ודאי סברא טובה היא מה שב"ש מחדדי טפי, ועכצ"ל דמשום דין דלא תתגודדו שאין להתחלק שב"ד זה יפסוק כן שדבר זה מביא לידי מחלוקת וא"כ משום לא תתגודדו נחשבים כב"ד אחד ועליהם לפסוק הדין, וממילא בטל המיעוט אף שהוא מחודד טפי לגבי הרוב.

ובזה הי' מחלוקת ב"ש וב"ה, דב"ש אמרו הלכה כמותינו, היינו שאנחנו המחדדי טפי מותרים לעשות כמותינו, דאין כאן איסור דלא תתגודדו אחרי ששני בתי דינים אנחנו, וכיון שאנחנו מחדדי טפי אין ב"ה ב"ד עלינו, אכן ב"ה שאמרו הלכה כמותינו שאסור ב"ש לעשות כדבריהם, שהיו ב"ה סוברים שגם בשני בתי דינים יש כאן לא תתגודדו: ממילא כב"ד אחד המה, והלכה כהרוב, ועל המיעוט לפסוק הלכה כהרוב אף לקולא, נמצא דכשיצא בת קול ואמרה הלכה כב"ה, נפסק הלכה דאף בשני בתי דינים יש דין דלא תתגודדו.

לפי זה לא קשה איך פסק הרמב"ם דשני בתי דינים ג"כ יש דין דלא תתגודדו, ולא קשה מה דקאמר בגמ' דבשני בתי דינים אין כאן דין דלא תתגודדו, דרובא קאמר קודם שיצאה הבת קול, ומפרש טעמא דב"ש דמשו"ה עשו כדבריהם ולא חששו לאיסור לא תתגודדו,

שב"ש סברי דבשני בתי דינין אין כאן דין דלא תתגודדו, אבל כיון שיצאה הבת קול ואמרה הלכה כב"ה, היינו שב"ש מחויבים ג"כ לפסוק הלכה כב"ה, הרי פסקה הבת קול דאף בשני בתי דינין יש כאן דין דלא תתגודדו.

ולפי דברינו אפשר לישב קושית התוס' פסחים נ"א, אני ראיתי את ר"ש שאכל ספיחי כרוב וכתבו בתוס' ז"ל, תימא לר"י דאמר בירושלמי ר"ש חזא לההוא גברא מלקט ספיחי כרוב בשביעית, א"ל מאי האי, א"ל ולא את הוא דשרית, א"ל ולא חבראי פליגי עלי, קרי עלי' פורץ גדר ישכנו נחש, וכן הוה לי', והשתא כיון שבעצמו הי' אוכל, למה הי' כועס על אחרים שהיו אוכלין וסומכין על הוראתו, וי"ל דמ"מ לא הי' רוצה שעמי הארץ יסמכו עליו עכ"ל התוס'.

אכן לפי דברינו יתישב, דלאו משום שלא הי' רוצה שעמי הארץ וסמכו, אלא דינא הוא דר"ש וכן ר"ע היו מחודדים טפי, וא"כ רבנן לא ב"ד עליהו, ובכה"ג לעשות לעצמו בצניעה ובשביעית שאיננו דבר המצוי שנימא ע"ז אם יעשה תמיד יהי' מחלוקת שרי לו לעשות כדעת עצמו אחרי שהוא מחודד טפי, אבל מי שאין בידו להכריע הרי עליו החיוב לילך בתר רובו דמי שאין בידו להכריע אם זה יעשה כדברי זה וזה יעשה כדברי זה, על זה נאמר לא תתגודדו, ולגבי אחרים שאינם מן החולקים, עליהם לפסוק הלכה כהרוב אף נגד מחדדי טפי, וא"כ על אחרים איסור גמור לעשות כדברי המיקל, שהרי אמרה תורה אחרי רבים להטות, נמצא דאותו האיש שסמך עצמו על הוראת ר"ש להתיר הרי הוא עובר איסור גמור שאף לדברי ר"ש עליו לעשות כדעת הרבים, משו"ה אמר לו שהוא פורץ גדר, דעליו לילך בתר הרוב.

סימן ט"ו בדין יבמה שבא עליה זר גמ' ד' ט"ו. ת"ש שאלו את ר' יהושע צרת הבת מהו אמר להם מחלוקת ב"ש וב"ה, הלכה כדברי מי, אמר להם מפני מה אתם מכניסין ראשי וכו', אבל אני מעיד לכם על שתי משפחות גדולות שהיו בירושלם גו' שהם בני צרות ומהם כהנים גדולים כו', קבעי מיני' צרות, וקפשיט לי' בני צרות, תרתי בעי מיני', צרות מאי, ואם תמצא לומר צרות כבית הלל, בני צרות דבית הלל לב"ש מהו, למאי נפקא מינה למיפשט ולד מחזיר גרושתו לבית הלל, מי אמרינן ק"ו ומה אלמנה לכה"ג שאין איסורה שוה בכל בנה פגום, זו שאיסורה שוה בכל אינו דין שבנה פגום, או דילמא איכא למיפרך מה לאלמנה שהיא עצמה מתחללת, וכתב רש"י בד"ה היא עצמה, ז"ל, תאמר במחזיר גרושתו שאין מתחללת בביאה זו דאי לינשא לכהן כבר מיפסלא משעת גירושין, ואי בתרומה דבי נשא לא מיפסלה, כדאמרינן בפ' אלמנה לכהן גדול דאין נפסלת בביאת חייבי לאווין, אלא בזר אצלה מעיקרא, לאפוקי מחזיר גרושתו ויבמה לשוק דלאו זר מעיקרא הוא כו'.

אכן הרמב"ם כתב בפ"ח מהלכות איסורי ביאה הלכה ג' ז"ל, וכן יבמה שבא עלי' זר עשאה זונה, והוא תמוה, דהרי אמרינן מה לאלמנה שהיא עצמה מתחללת, הרי דיבמה לזר לא נפסלה, עוד תמה המ"מ אמאי הרמב"ם בהלכה א' כתב דמפי השמועה למדו שבת ישראל שנבעלה לאדם שהיא אסורה להנשא לו היא זונה, ולא ביאר דמחזיר גרושתו משניסת לא נפסלה מלאכול בתרומה משום דלאו זר אצלה מעיקרא הוא, כדאיתא לקמן בדף ס"ט, והכא, דקאמר מה לאלמנה שכן היא עצמה מתחללת.

א) והנה הראב"ד בפ"א מהלכות איסורי ביאה פסק כלישנא בתרא דרבה, דבאונס לא הוי זונה, ותמה שם המ"מ, דהא אמר רב עמרם דאשת ישראל שנאנסה פסולה לכהן, וכיון שהראב"ד פוסק כלישנא בתרא דרבה איך פוסק להא דרב עמרם, וזה אי אפשר להלום דברי רב עמרם ולישנא בתרא דרבה, דהא אשת ישראל שנאנסה, אין כאן משום טומאה, וע"כ משום זונה מתסרא, הרי דאף באונס הויא זונה.

אכן לפי דברי המ"מ, יקשה על לישנא בתרא דרבה דס"ל כל באונס לא הויא זונה, א"כ יקשה מתניתין דכתובות, מעשה בתינוקת שירדה למלאות מים מן המעיין ונאנסה ואמר ר' יוסי אם רוב אנשי העיר משיאין לכהונה כשירה, הא אם אין רוב אנשי העיר משיאין פסולה, והא התם באונס הוי וע"כ צריך לומר דלפסול גם לישנא בתרא דרבה מודה דנפסלה אם נבעלה לפסול לה, דילפינן מקרא דבת כהן כי תהי' לאיש זר כיון שנבעלה לפסול לה נפסלה, ורק ללקות משום זונה ס"ל ללישנא בתרא דרבה דזונה הוי דוקא אם זנותה הי' ברצונה, אזי נעשות בשביל זה זונה, אבל אם היא לא זנתה ברצון לא נעשות זונה, אבל פסול דכי תהי' לאיש זר, כיון שנבעלה לפסול לה נפסלה, וא"כ אפשר להלום דברי לישנא בתרא דרבה עם דברי רב עמרם, דאע"ג דזונה לא הויא באונס, אעפ"כ נפסלה משום שנבעלה לפסול, וכי תהי' משמע בכל גווני בין באונס בין ברצון.

אכן אפשר לומר, דהמ"מ הקשה מטעם דסבירא לי' דבאשת איש כיון שאיסורה ע"י קידושין לא נפקא מקרא דכי תהי' לאיש זר, שזה אינו זר אצלה מעיקרא וכמו שהקשה תוס' לקמן בדף ל"ה על דברי רש"י דס"ל דאשת ישראל שנאנסה נפסלה לכהונה מקרא דכי תהי' לאיש זר, וע"ז הקשה בתוס' הא לאו זר אצלה מעיקרא הוא, אכן הא כתבו שם בתוס' דאף שאשת ישראל שנאנסה אין בה טומאה לבעלה, אבל טומאה לכהן ולתרומה הויא אף באונס, והתוס' בדף מ"ד הביאו גם בשם ר"י דאשת איש נפסלה מקרא דכי תהי' לאיש זר משום דאין תופסין קידושין, ונראה לי דהר"י שם יפרש דהא דבעי בגמ' לומר דמחזיר גרושתו לא הויא זר משום דאין זר אצלה מעיקרא.

אין הפירוש דזר הוא דוקא בזר אצלה מעיקרא, אלא דלא קרי זר אלא מי שהוא מעיקרו מין אחר, אבל מי שאינו מין אחרי שאינו נתין וממזר וכדומה, איננו זר עתה, דרק איסור יש אבל איננו בגדר זר, כל זה אם תופס קידושין ורק איסור הוא דרביעי, אבל בחייבי כריתות דאמרה התורה דאין תופס קידושין הרי התורה עשאו לזר במה שאמרה שאינו תופס קידושין, וא"כ שפיר נוכל ללמוד דאשת איש שנבעלה לאיש אחר אף באונס פסולה מקרא דכי תהי' לאיש זר, וא"כ בודאי אפשר להלום דברי רב עמרם עם לישנא בתרא דרבה.

ב) ואפשר לומר דהרמב"ם והראב"ד בפ"ח מהלכות איסורי ביאה אזלי לטעמיהו, שהרמב"ם כתב שהזונה היא שנבעלה לאדם שאסורה להנשא לו איסור השוה בכל, והראב"ד כתב שאין זונה אלא מחייבי כריתות או מעכו"ם ועבד שאין בהן קידושין מיהו כל הפסולים לבא בקהל אם בא עלי' פסולה מן הכהונה ומן התרומה כו' אבל ללקות משום זונה לא, והיינו משום דבגמ' שם אמרינן אשכחן לתרומה, לכהונה מנא לן, ק"ו וכי מזהירין מן הדין, גילוי מילתא בעלמא, והנה ללישנא קמא דרבה דאף באונס מקריא זונה ע"כ דזונה הוא ג"כ דין בפסלות ובפגימה, דכל שנבעלה ביאה פסולה מאדם

שאיסור שוה בכלל נפגמה ונעשית זונה, וא"כ שפיר אמרינן גילוי מילתא בעלמא, דכיון דגלתה התורה שאם נבעלה לזר אצלה פסולה לתרומה, הרי שביאת הזר אצלה עשאה לפגימה וממילא היא זונה, שהרי זונה ג"כ תלוי בפגימה, שהרי אף באונס היא זונה, אכן ללישנא בתרא דרבה דבאונס לא היא זונה, הרי דזונה איננה משום פגימה, דפגימה אין לחלק בין אונס לרצון, אלא דזונה היא משום שעברה על האיסור ברצון, נעשית זונה, א"כ לא שייך כלל גילוי מילתא בעלמא, דאף דילפינן מקרא דכי תהי' דכיון שנבעלה נפגמה, ופגומה אסורה לתרומה ולכהונה, אבל לעשותה זונה דוקא באיסור כריתות, אבל לא מחייבי לאווין, שאין ללמוד כלל מפגימות לאיסור זונה.

והנה לכאורה קשה איך אמרינן דזר הוא דוקא בזר אצלה מעיקרא, ויבמה לשוק לא תתחלל משום דלאו זר אצלה מעיקרא, הא בפירוש קרי רחמנא זר, שהרי כתיב לא תהי' אשת המת החוצה לאיש זר הרי דיבמה לשוק הוי לזר, אכן אפשר לומר דדוקא התם דקרא אשמעינן דמשום שנבעלה לפסול נפסלה, א"כ הפירוש זר מה שהוא פסול לה, שם ילפינן דוקא אם הוא זר מעיקרא, אבל אמאיננו זר מעיקרא, לא הוי פסולו זרות, אבל ביבמה מה דקרי רחמנא זר אין הטעם משום פסולו, אלא שאיננו מן האחין, אפשר דכאן לא דייקינן זר אצלה מעיקרא, וא"כ אפשר דאף יבמה לשוק אין נפסלת אם אין זר אצלה מעיקרא.

אכן הא קאמר בגמ' דף י"ג דילפינן מקרא דלאיש זר דאין קידושין תופסין ביבמה, הרי דסבירא לגמ' דמדקרי זר, ראי' שאינו תופס קידושין, וא"כ ע"כ לסוגיא דגמ' הנ"ל התורה קראה ליבמה לשוק זר משום פסלותו שאין תופס קידושין, וכיון שאין תופס קידושין בודאי דפוסל בביאתו, דהרי רחמנא עשאו לזר, וע"כ צ"ל דהאי סוגיא דסברה דאפשר להיות שיבמה לשוק אינה מתחללת, ע"כ אתיא כשמואל דהוא לא דריש מלאיש זר דאין תופס קידושין, והוא יסבור דקריא רחמנא זר שאינו מן האחין, דלא קאי מטעם פסלות, והא דמספקא לי', משום דדילמא ללאו הוא דאתא, או קרא ללמוד בא, דלא תהי' הוי' וא"כ לב"ש דהוא דריש החוצה, מכלל דאיכא פנימית, אליבא דב"ש, בודאי דתפסי קידושין ביבמה לשוק, ורק לב"ה דלא דרשי החוצה מכלל דאיכא פנימית, לדידהו אפשר לומר דלא תפסי קידושין.

ובזה יש לישב מאי דקאמר בדף ט"ו, תרתי בעי מיני, צרות מאי, ואת"ל צרות כב"ה, בני צרות לב"ש מהו, למאי נפקא מינה למיפשט ולד מחזיר גרושתו לבית הלל, והקשה בתוס', דאמאי נקט ולד מחזיר גרושתו, דהוה לי' למיפשט ולד יבמה גמורה לשוק לב"ה דקאי בה, אכן לדבריננו משו"ה לא קאמר אליבא דבית הלל דלבית הלל דלא דרשו החוצה מכלל דאיכא פנימית, אפשר דאין קידושין תופסין ביבמה, וכיון דאין קידושין תופסין ביבמה, בודאי דיבמה לשוק נפסלה, דאם אין בה קידושין הויא בכלל כי תהי' לאיש זר, אף אם אין זר אצלה מעיקרא, דכיון דאין תופס קידושין זהו זרות, משו"ה קאמר למיפשט ולד מחזיר גרושתו, דודאי לב"ה תופס קידושין, ומבעיא לי' אי הויא זר, היכא דאין זר אצלה מעיקרא ותפסי קידושין.

והנה הא דמספקא להו לתלמידי ר' יהושע מי אמרינן ק"ו מאלמנה לכה"ג. או דילמא מה לאלמנה לכה"ג שכן הוא עצמה מתחללת, ולכאורה מאי תיבעאי להו, הא פשיטא

היכא דאיכא למיפריך פרכינן וכן לקמן בדף מ"ד פריך אלא אלמנה קשיא, מה לאלמנה שכן היא עצמה מתחללת, אכן באמת הקשה זאת תוס' בדף י"ד, דאמאי איצטריך לר' יהושע קרא דהיא תועבה ואין בני' תועבין ועיין שם בדברי תוס' דמסקי דתלמידי ר' יהושע לא מסקי אדעתיהו הנך דרשות, וכמובן זהו דוחק גדול.

והנה ראיתי שם תוס' ישינים בדף מ"ד כתבו בשם הר"ח, דהא דאיתא ברייתא, היא כשירה, לא קאי על מחזיר גרושתו, דנהי נמי דולדה כשר משום דכתיב היא תועבה ואין בני' תועבין, מ"מ איהו אפסלה מתרומה דבי נשא, ובירושלמי מפורש כן: ולכאורה הדברים תמוהים דהא בגמ' אמר ד' ס"ט, ואימא אף מחזיר גרושתו, ושני זר מי שזר אצלה מעיקרא והרי שם ג"כ בדף מ"ד בהאי סוגיא מפורש איתא מה לאלמנה שכן היא עצמה מתחללת.

ולכן נראה לי, דהאי דמספקא לתלמידי ר' יהושע, זהו גופא דמספקא להו, איך הוא הפירוש בזר, אם הפירוש דאם איננו מין אחר כמו עכו"ם ועבד וממזר אי הוי זר מפני שאסור עתה, או דילמא אף שאסור כיון שאין איסורו מפני שהוא זר מעיקרו, אף עתה אינו זר אם קידושין תופס, ולפי זה הפירוש בגמ' בדף ס"ט, ואימא אף מחזיר גרושתו, וא"כ מאי מיבעאי לתלמידי ר' יהושע, ומשני דזהו דמיבעא להו, דילמא אין זר אלא מי שהוא זר אצלה מעיקרא, וכיון דר' יהושע פשיט להו דקרא דהיא תועבה ואין בני' תועבין, דהי' בקבלה דדרשה דהיא הוא ללמוד דאין בני' תועבין, א"כ נפשטו להו שני האיבעיות ביחד, דבני דמחזיר גרושתו כשרין, ושהיא עצמה אסורה לכהן, דזר לאו דוקא אם הוא זר מעיקרא, דמדאיצטריך קרא לאשמעינן דבני' אינם תועבין, הרי אשמעינן קרא, דבלא קרא הוי אמינא דבני' ג"כ פסולין, דהוי ילפינן מאלמנה לכה"ג, וע"כ דגם היא מתחללת, דבלא זה לא נוכל למילף ק"ו, והא דפריך בגמ' בדף מ"ד אלא אלמנה קשיא, מה לאלמנה שכן היא עצמה מתחללת, הוא אם דרשינן היא תועבה ואין צרתה תועבה, אבל בני' לא כתיב בקרא, וא"כ שפיר פריך דילמא זר הוא דוקא בזר אצלה מעיקרא ואינה מתחללת, אבל אם מפי השמועה למדו דהיא תועבה ואין בני' תועבין, ע"כ אשמעינן קרא דבלא זה הוי אמינא דגם בני' תועבין, ע"כ דפירוש זר הוא מה שהוא אסור לה ואפילו באינו זר אצלה מעיקרא, וא"כ למסקנא דפשיט ר' יהושע דהיא תועבה ואין בני' תועבין כדאיתא בברייתא היא כשרה לא קאי על מחזיר גרושתו נפסלה, משו"ה כתב הר"ח דהא דאיתא בברייתא היא כשרה לא קאי על מחזיר גרושתו וממילא גם יבמה לשוק בודאי נפסלה כמו מחזיר גרושתו, דמאי דכתיב בקרא כי תהי' לאיש זר, הוא למי שנאסרה לו איסור השוה בכל, דכיון דעתה אסורה לו, האיסור של עתה עושהו לזר אף דלא הוי זר אצלה מעיקרא.

ג') והא דאיתא בגמ' כריתות דף ו', הסך בשמן המשחה למלכים ולכהנים ר' מאיר מחייב, ור' יהודה פוטר כו', ואמר ר' יוסף במאי פליגי ר' מאיר ור' יהודה גבי מלכים וכהנים, ר' מאיר סבר ואשר יתן ממנו על זר כתיב, ומלך וכהן השתא זרים נינהו, ור' יהודה סבר בעינן עד דאיכא זר מתחילתו ועד סופו, ומלך וכהן לאו זרים נינהו, והרמב"ם פסק כר' יהודה, נראה לי דאדרבה משם ראי' דהאיסור עושהו לזר, דהנה הרמב"ם כתב ז"ל, הנותן משמן המשחה על גבי מלך או כהן גדול שכבר נמשחו פטור שנאמר אשר יתן

ממנו על זר ואין אלו זרים אצלו, אבל הסך ממנו אפילו למלך וכהן גדול חייב, שנאמר על בשר אדם לא ייסך כל אדם במשמע, וכהן גדול שנטל משמן המשחה מראשו וסך במעיו חייב כרת והוא שיסוך ממנו בכזית, והשיג הראב"ד ז"ל, א"א לא מחוור מתוך הגמ' דכריתות דבעינן לסיכה כזית, אלא לנתינה בלבד עכ"ל, וכתב הכ"מ דטעמו מדתניא התם כו' וכמה יסוך ויהא חייב ר' מאיר אומר כל שהוא, ר' יהודה אומר כזית כו', ר' מאיר ור' יהודה במאי פליגי, אמר רב יוסף בהא פליגי, ר' מאיר סבר על בשר אדם לא ייסך וכתוב ואשר יתן ממנו על זר, מה סיכה כל שהוא אף נתינה כל שהוא, ור' יהודה סבר ילפינן נתינה דעל זר מנתינה דעלמא, מה נתינה דעלמא בכזית אף נתינה דעל זר כזית, אבל סיכה לממשח מלכים וכהנים דברי הכל כל שהוא כו', ופשטא דהגמ' כהראב"ד דדוקא בנתינה הוא דאמר ר' יהודה כזית, משום דילפא מנתינה דעלמא, אבל סיכה דלא ילפא מנתינה הואי בכל שהוא עכ"ל הכ"מ, ונראה עוד להקשות על הרמב"ם, איך כתב הרמב"ם דאם סך כהן גדול חייב כרת, הא בכרת כתיב זר, והרי כה"ג לא זר הוא מעיקרא ונהי דכתיב על בשר אדם לא ייסך, ומזה ילפינן דאפילו בכה"ג עובר, אבל כרת מנא לן, הא כרת כתיב רק באם נתן על זר, שהרי כתיב, ואיש אשר יתן ממנו על זר.

אכן נראה לי, דהרמב"ם מפרש, דהא דאמרינן דאם לאו זר הוא מעיקרא אינו בכלל איש אשר יתן ממנו על זר, הוא כשלא נדע כלל אם אסור בדבר או לא, היינו דהרי עוד לא נדע אם אסור לתת על גופו או לאו, וכיון שלא נדע אם הוא אסור בדבר, בודאי דאמרינן דקרא קרי זר מי שהוא זר אצל שמן המשחה, ולא כה"ג ומלך שאינו זר, דאין לומר דכונת הכתוב זר מי שהוא אסור בנתינת שמן המשחה, דהרי עוד לא נדע אם אסור הוא, ומשו"ה אם נתן על גוף הכהן גדול והמלך, לא עברי כלל, דמפרשינן הפסוק זר שלא הי' אצל משיחה, אבל בסיכה הרי כתב קרא על בשר אדם לא ייסך, הרי דאסרה התורה סיכה על כל אדם, משו"ה אף כה"ג במשמע, אלא דסיכה אף אם נימא דמשהו במשמע, אבל הרי בסיכה לא כתיב כרת, וא"כ אם סך כהן גדול משהו לא יתחייב כרת, אכן אף דנתינה לא הוי סיכה, אבל סיכה הא הוי נתינה ג"כ, וא"כ אם סך כזית, הרי לסיכה כיון שגם כה"ג אסור בזה, שהרי זה ילפינן מקרא דבשר אדם לא ייסך, וכיון שהוא אסור הרי לסיכה הוא זר אף שאינו זר מעיקרא, נמצא דאם סך כזית הרי נתן על זר כזית, שהרי לסיכה הוא זר, משו"ה חיוב כרת, אבל אם לא סך כזית, נהי דאסור משום סיכה, אבל כרת אינו מחויב, ואם נתן ולא סך פטור לגמרי, דנתינה לא אסרה תורה אצלו, והא דבת כהן שנפסלה ואכלה תרומה אינה משלמת החומש, התם משום דמפרשינן קרא דזר לא קאי לענין איסורים אלא בגוף מי שהוא זר שאינו כהן, אבל היכא דפירוש הקרא לענין איסורים, אף מי שאין זר מעיקרא הוא זר, משו"ה בקרא דבת כהן כי תהי' לאיש זר, הפירוש למי שאסורה לו אף אם אינו זר מעיקרא, אם הוא אסור זר מקרי.

משו"ה פסק הרמב"ם דאם נבעלה יבמה לשוק או מחזיר גרושתו נפסלה, כדמסיק ר' יהושע דהיא תועבה ואין בני' תועבין, ומזה מוכח דהיא בעצמה נתחללה כנ"ל. סימן ט"ז בענין בנך הבא מישראלית קרוי בנך ואין בנך הבא מן העכו"ם קרוי בנך אלא בנה דף כ"ב.

במתניתין, חוץ ממי שיש לו בן מן השפחה ומן הכותית כו' ובגמ' בד' כ"ג, אמר ר' יוחנן משום ר' שמעון בן יוחי אמר קרא כי יסיר את בנך מאחרי בנך מישראלית קרוי בנך ואין בנך הבא מן העכו"ם קרוי בנך אלא בנה כו', האי בשבעה אומות כתיב, כי יסיר לרבות כל המסירים, הניחא לר' שמעון דדריש טעמא דקרא אלא לרבנן מנא להון מאן תנא דפליג עלי' דר' יוסי בר' יהודה ר' שמעון היא ע"כ, והקשה הלח"מ בפרק ג' מהלכות מלוה ולוה, כיון דהרמב"ם פסק דאלמנה בין שהיא עני' בין שהיא עשירה אין ממשכנין אותה, הרי דפסק כר' יהודה דלא דרשינן טעמא דקרא, ואיהו פסק דלא כר' יוסי בר' יהודה, וקרא דבת אשת אביך לחייבו משום אחותו ומשום בת אשת אביו, א"כ מנא לי' דבשאר אומות ולדה כמותה, וגם אין לומר דס"ל כסוגיא דקדושין דף ס"ח דולדה כמותה נפקא לן מקרא דכי תהינה וילדו לו דכל היכי דלא קרינן כי תהינה לא קרינן וילדו לו, דא"כ הא אייתר קרא דוהאשה וילדי' דהאומר לשפחתו הרי את בת חורין ולדך עבד הולד כמותה, והרמב"ם פסק כחכמים דדבריו קיימין.

(א) והנראה לי לתרץ, דהנה בתוס' דף ט"ז הקשו על פרש"י דפירש דטעמא דרב יהודה דאמר עכו"ם שקידש בזמן הזה חוששין לקידושין, דקסבר עכו"ם שילדה מישראל הולד ממזר וחוששין לקדושי ממזר, ע"ז כתבו בתוס', תימה, דבכמה משניות מוכח דאין מתיחס אלא אחרי', דתנן לקמן בפ"ב, מי שיש לו בן מ"מ פוטר את אשת אביו מן היבום, חוץ ממי שיש לו בן השפחה והכותית, ותנן נמי בפרק האומר, דולד שפחה ועכו"ם כמותה ולא הוי ממזר, עוד הקשה בתוס', דאיך אמר ר' יוחנן וכולן לפסול, דהא בפ"ב קאמר ר' יוחנן גופא כשמואל דאין בנך הבא מן העובדת כוכבים קרוי בנך.

והנה השער המלך הקשה על הא דמיבעא לקמן בדף ס"ב, מנא הא מילתא דאמרי רבנן בני בנים הרי הם כבנים, ופירש"י דקאי אבני בתו, והקשה השעה"מ, הא מהאי קרא דכי יסור את בנך מוכח בנך הבא מישראלית קרוי בנך, הרי דגם בן בתך קורא בנך. ונראה לי, דהנה בבכורות בדף מ"ז איתא, אמר רב אדא בר אהבה, לוי' שילדה, בנה פטור מחמשה סלעים, דאעיבר ממאן, אילימא דאיעבר מכהן ולוי מאי אריא לוי' אפילו ישראלית נמי, אלא דאיעבר מישראל למשפחותם לבית אבותם כתיבי אמר רב פפא דאיעבר מעכו"ם ע"כ, הרי חזינן דאם נתעברה מישראל אז הוא מתיחס אחרי אביו ואיננו נחשב לוי אף שהיא לוי', אבל אם נתעברה מעכו"ם כיון שהעכו"ם אין לו יחס בבא על ישראלית, אז נחשב הבן כאמו, אחרי שאין לו אב שמושך יחוסו מן אמו.

לפי זה מהאי קרא דבנך הבא מישראלית קרוי בנך אין להביא ראי' דבן בתו קרוי בנו, דהכא הא קאי באין לו אב שיתיחס אחריו, דהרי מיירי בעכו"ם שבא על בת ישראל דאז אין מתיחס אחר האב, אבל מיבעא להגמ' היכא שיש להבן אב שמתיחס אחריו, דאיעברה מישראל שם מיבעא להגמ' אם בן בתו קרוי בנו, וכן איתא לקמן דף ע"ח דקאמר בגמ', ואיצטריך למכתב להם, ואיצטריך למכתב אשר יולדו, דאי כתב רחמנא אשר יולדו הו"א מבניהם מנה, כתב רחמנא להם, ואי כתב רחמנא להם הוי אמינא מצרית מעוברת שנתגיירה היא ובנה חד, כתב רחמנא אשר יולדו ע"כ, הרי מכאן ג"כ מוכח דבלא קרא דאשר יולדו, הו"א היכא שיש לו אב אז הבן שנולד מהמצרית נחשב דור שני, אבל אם

נתגיירה מעוברת שאין לו אב שיתיחס אחריו אז הבן והאם דור אחד הוא, שנחשב חלק מאמו.

לפי זה אפשר עוד לומר, דהא דאמר רבינא ש"מ בן בתך הבא מן העכו"ם קרוי בנך, והקשה בתוס' ד"ה ואין, מאי מייתי להא דרבינא, מה הוסיף רבינא על דברי שמואל, הא הן דברי שמואל, אכן לדברי רבינא הוסיף דבר חדשה דבן בתך שאין לו אב שיתיחס אחריו, היינו שבא מן העכו"ם אז בנך ממש הוא, משום דהוא ואמו חד גופא הוא, ונ"מ, דהנהגה בת בן בתו היא הוי שני, אבל הכא יהי' אף בת בן בתו ערוה מדאורייתא דדוקא בבן בתו הבא מישראל נחשב הבן דור שלישי, משום דבתו ובנה שיש לו אב שיתיחס אחריו נחשבים שני דורות לו, והוא שלישי, אבל אם בתו ילדה בן מעכו"ם נחשב הבן דור שני לו, משום דכיון דאין לו אב שיתיחס אחריו, הוא ואמו חדא נינהו, ובתו של הבן הזה תהי' ערוה גמורה, דבן בתך הבא מן העכו"ם נחשב בנו ממש.

ובזה יתישב מאי דבעי בגמ' סנהדרין דף ס"ד, מעביר בן הבת אי חייב, ופשיט לה מדכתיב זרעו, אבל מקרא דמעביר בנו לא נפקא לן, וכן בב"ב קט"ו איתא, בן, אין לי אלא בן, בן הבן ובת הבן מנין כו', ועין שם בתוס' דזרעו הוי אפילו בן הבן, אבל בן הוי דוקא בנו, ולכאורה תקשה מקרא דהכא דאף בן הבת קרוי בן.

אכן לפי דברינו נחא, דדוקא היכא שאין לו אב שיתיחס אחריו קרוי בנך אבל ביש לו אב שיתיחס אחריו שם בעי דרשא דזרעו, ובב"ב דרשא דאין לו עיין עליו. והנה בתוס' סברי, דמשו"ה נכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר משום שהולד נחשב בתר האב ולפי זה לר"ע דאית לי' הולד ממזר נחשב בתר האב והוי ישראל, ואם ישראל בא על כותית הוי ישראל ואם קידש חוששין לקידושין, ולכאורה קשה דהתינח בעכו"ם שבא על בת ישראל אפשר דאף בישראלית יש לעכו"ם יחס, דהרי עכו"ם יש לו יחס, ומצי סבר דאף אם בא על ישראלית הולד מתיחס אחריו, ומשו"ה הוי ממזר, אבל עבד הא אין לו כלל יחס כדאיתא לקמן בגמ' דף כ"ג, ולקמן בדף ס"ב, אמר רב הכל מודים בעבד שאין לו יחס, אמאי בעבד הבא על בת ישראל הולד ממזר, ועכצ"ל דנהי דאמרה התורה דעבד אין לו יחס, היינו שיהי' נחשב שהעבד יש לו בן, והבן יש לו אם, זה הדין לא נתנה התורה בעבדים, אבל עכ"פ הולד הוא עבד מטעם שהוא בא מן העבד, ובהבן עצמו יש בו עבדות מצד אביו, וישראליות מצד אמו ומשו"ה הוי ממזר, לפי זה נוכל לתרץ קושית התוס' על רב יהודה דאית לי' עכו"ם שקידש בזמן הזה חוששין לקידושין, הרי דנחשב ישראל אם בא ישראל על הכותית, דהרי בנתא דההוא דרי אצטרויי איצטרוי, ולפי רש"י גם רב יהודה ס"ל כן, ויקשה ממתניתין דחוץ מי שיש לו בן מן השפחה והכותית, אכן לדברינו שחלקנו בין דין דיחס, ובין דין מה נחשב הולד, היינו דאף אם אין לו יחס אעפ"כ הולד יש בו דין בא מהאב ומהאם, לפי זה נוכל לומר דהלימוד דבת אשת אביך, הוא דדוקא אם בא ממי שיש אישות לאביך, אז הבת נחשבת בתו, וממילא היא אחותו, אבל ממי שאין אישות לאביך, היינו אם בא על נכרית ושפחה אז אין הבת נחשבת בתו ואחותך, דאם בא מי שאין לו אישות אין לו יחס, אבל הולד בעצמו יש בו ישראליות ועכו"ם והוא ממזר, ואם קידש בת ישראל חוששין לקידושין וכן הא דאיתא בקידושין ס"ו, וכל מי שאין לה עליו ולא על אחרים קידושין הולד

כמותה, ואיזה זה הולד שפחה ונכרית, הפירוש, ולד כמותה שאין נחשב בנו דאין לו יחס, אבל הבן הוא ישראל ואין להקשות הא לשון ולד כמותה משמע דנחשב עכו"ם, דעיין בתוס' בדף ס"ח ד"ה ולדה כמותה דמפרשי בפירוש דלשון הולד כמותה הוא רק דאינו נחשב כבנו.

ולשון התוס' שם קשה קצת, שכתבו ז"ל, וכי תימא דאתא לאשמעינן דאפילו בא עלי' ממזר הולד כמותה ויש לו תקנה בשחרור, הא ליתא אלא לר' טרפון, אבל לרבנן לא, עכ"ד התוס', ולכאורה הדברים תמוהים, דהא רק ר"א פליג, אבל לרבנן בודאי דאף אם בא עלי' ממזר כיון שהולד נחשב כמותה הרי הוא עכו"ם ומעכו"ם או עבד לא שייך ממזרות, וגם הלכה כר' טרפון, ובגמ' אמר מאי טעמא דר' אליעזר כו' ורבנן, הרי דרבנן פליגי אדר"א, וחידושא דר' טרפון הוא שמותר לכתחילה, וצריך לומר דכונת התוס', מנא להגמ' להקשות ולדה כמותה מנא לן, והיינו שאף אם בא עלי' ממזר יהי' כשר מטעם שהוא עכו"ם, דילמא רק לפסלות הוא כמותה, אבל אם בא עלי' ממזר הולד ממזר, דמנא לן דרבנן סבירא להו כר' טרפון, דילמא רק ר' טרפון ס"ל כן, ומה דאיתא במתניתין הולד כמותה, אין הפירוש שיהא נחשב כעכו"ם רק לפסולת, ותירצו התוס' דכיון דאיתא במתניתין ולדה כמותה, א"כ אין נחשב כלל כבנו לא לענין יבום ולא לענין ירושה, וע"ז פריך מנא לן, עכ"פ חזינן מדברי התוס' שיש לפרש מתניתין דולדה כמותה רק לענין זה שאין לו יחס.

ודברי התוס' הכא שתירצו ז"ל, ונראה דלא קשיא כל כך דהנהו משניות סברי דעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר וה"ה איפכא, ורב אסי סבר כר"ע דאמר אין קידושין תופסין בחייבי לאווין והולד ממזר מעכו"ם ועבד, והוא הדין הבא על שפחה ועכו"ם ע"כ, לכאורה תמוה מאד, כיון דהאי דינא אם הוי ממזר תלויבזה, אם מתיחס אחרי האב אם בא על שפחה ועכו"ם הוי ממזר, ואם אין מתיחס אחרי האב והוי עכו"ם ועבד בבא על הכותית והשפחה אינו ממזר, וא"כ מאי תלוי זה בפלוגתא דר' עקיבא ורבנן דפליגי בדין אם יש ממזר מחייבי לאווין או לאו, הא הטעם דאינו ממזר בבא ישראל על כותית ושפחה משום דאין נחשב כבנו ואין מתיחס אחר האב והוא כמותה, וא"כ מאי שייכא זה בפלוגתא דר' עקיבא ורבנן.

וצריך לומר דגם דעת התוס' לפרש אליבא דר"ש, דאף דאין יחס לישראל הבא על הכותית ושפחה, אבל הולד נחשב ליוצא מישראל ומעכו"ם, ולפי שביארנו למעלה בסימן א' לר"ע הדין דממזרות תלוי בדין דשני מינים, וכיון דבהולד מעורב ישראליות וכותית, משו"ה הוי ממזר, אכן לרבנן תלוי באיסור הביאה, דסבירא להו אין ממזר אלא מחייבי כריתות, וא"כ אף אם יש בהולד ישראליות וכותית, ואיסור הביאה הוא איסור דאין תופס קידושיו כיון שאין הולד נחשב אחר האב הרי אין מתיחס אחר הביאה, משו"ה אין הולד ממזר, דאין יחס לא ישראל הבא על כותית ושפחה, ולא לעכו"ם הבא על בת ישראל, וכיון דאין נחשב אחר הביאה, משו"ה הולד כשר, דלרבנן תלוי ממזרות באיסור הביאה, וזה דוקא אם הולד מתיחס אחר הביאה כן אפשר לישב דברי התוס' דלכאורה תמוה.

ב) ולפי דברינו יש לישוב קושית הגרעק"א שם בגליון על דברי התוס' דמפרשי שהוא הדין הבא על שפחה וכותית הולד ממזר, ממתניתין לקמן דאיתא, העבד פוסל משום ביאה ואינו פוסל משום זרע, כיצד בת ישראל לכהן בת כהן לישראל וילדה הימנו בן והלך הבן ונכבש על השפחה וילדה הימנו בן הרי זה עבד היתה אם אביו בת ישראל לכהן לא תאכל בתרומה, בת כהן לישראל תאכל בתרומה, ומסיק הגרעק"א דצע"ג, וכונתו להקשות, דהרי מתניתין סברה כר' עקיבא שהרי בסיפא דמתניתין איתא, הלכה הבת ונשאת לעכו"ם ועבד וילדה הימנו בן הרי זה ממזר כו', הרי דמתניתין סברה דעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר ואעפי"כ בישראל הבא על השפחה וכותית אין נחשב זרע לאביו.

אכן לדברינו לא קשה כלל, וזה ילפינן בודאי מקרא דאשת אביך דממי שאין אישות לאביך אין להאב יחס, ואעפי"כ הבן יש בו ישראליות אחרי שהוא בא מישראל אלא שהוא ג"כ עבד מצד אמו, וקמ"ל מתניתין דאף שהוא עבד אין פוסל את אביו משום זרע, דלהאב אם בא על שפחה אין לו זרע, שאינו נחשב כבנו, ואף דעבד פוסל משום ביאה, משום זרע אין פוסל.

אכן כל זה לא הוצרכנו אלא אליבא דתוס' דמשווי בא על שפחה לבא על כותית, אבל באמת אפשר לומר דלר' יוסי בר' יהודה דיליף בא על כותית דאינו נחשב כבנו מקרא דאשת אביך, ושפחה יליף מקרא דוהאשה וילדיה תהי' לאדוני', א"כ אפשר דלר' יוסי בר' יהודה אם בא ישראל על כותית ילפינן רק דאין לו יחס, דאמר קרא אם בא האב על מי שאין אישות לאביך והיינו כותית, אז הולד אינה אחותך, משום דאינה נחשבת בת לאביך, אבל הולד יש בו ישראליות, אבל הא דבא על השפחה אין לו יחס ילפינן מקרא דוהאשה וילדי' תהי' לאדוני', א"כ אמר קרא דהבנים הנם עבדים גמורים, ובעבד לא שייך ממזרות, וא"כ מתניתין דהתם דקאמר עבד פוסל כו' הא מיירי בבא על שפחה, ובשפחה הולד עבד גמור ולא ממזר, ואדרבה יהי' מדויק לשון המשנה דקאמר העבד פוסל משום ביאה ואין פוסל משום זרע כיצד כו' הלך הבן ונכבש על השפחה, ובסיפא דמתניתין והלכה הבת ונשאת לעבד או לעכו"ם, ואמאי לא קתני ברישא, העכו"ם ועבד פוסלין משום ביאה ואין פוסלין משום זרע כיצד הלך הבן ונכבש על השפחה או כותית, כמו בסיפא דקתני תרויהו עכו"ם ועבד, אכן לדברינו יהי' מדויק, דלא מצי למימר העכו"ם אין פוסל משום זרע, דהרי ישראל הבא על כותית אף שאין נחשב כבנו אעפי"כ לאו עכו"ם הוא אלא יש בו ישראליות, משו"ה קתני רק עבד, דזה ילפינן מקרא דוהאשה וילדי' תהי' לאדוני' דבן משפחה הוא עבד גמור.

ג) ולפי דברינו יש לישוב התמיהה שיש לכאורה בדברי התוס', דהתוס' מתרצי דרב יהודה ס"ל כר' עקיבא דאין קידושין תופסין בחייבי לאווין, וא"כ איך אמר עכו"ם שקידש בזמן הזה חוששין לקידושין, ממ"נ אם עכו"ם הוא אין קידושין תופסין, ואם ישראל הוא אין קידושין תופסין, והא"מ תירץ משום דממזר ספק מותר מן התורה, דממזר ודאי ולא ממזר ספק, אכן הדבר תמוה, דא"כ אם ממזר שלא נודע לנו ולא לו קידש אשה ואח"כ יתברר שהי' ממזר ע"י עדים, האם יהי' הבא על אשתו חייב לר"ע, ע"כ דאף שהוא מותר אבל המציאות לא נסתרה, וכיון דאם יבא אלי' ויאמר שהוא ממזר

לא יתפוס קידושין, א"כ מה שהוא מותר הוא רק מפני שלא אסרה התורה היכא שלא נדע אבל בודאי דלא יתפוס קידושין לר"ע.

אכן לדברינו יהי' ניהא, דהנה לדברינו בבא ישראל על הכותית יש בהולד ישראליות וכותית ועל חציו דישראל שייך ממזרות, אבל על חציו עכו"ם לא שייך ממזרות, והנה בחלב חזינן דאמרה התורה דכוי הוי רק עשה ואין חייבין על חלבו כרת, כדאיתא ביומא בפרק יום הכפורים נמצא הכא דהוי חציו ישראל וחציו עכו"ם הוא רק חצי ממזר ואיסורו אינו בלאו וסבר ר' יהודה דכיון דאינו בל"ת רק באיסור גם ר"ע מודי דתפיס קידושין, ור' ישבב לאפוקי מדר' סימאי קאתי.

ד) ולפי דרכינו שיש חילוק בין דין יחס, ובין דין מה נחשב הולד, אפשר לישב התמיהה שהקשו על הרמב"ם שפסק בפ"ב מהלכות שחיטה שהעז שבא על הצבי וילדה בת ובת ילדה בן ושחט את הנקבה בת הצבי ובנה לוקה משום אותו ואת בנו, והנה בגמ' חולין דף ע"ח תלי דין זה בדין דחוששין לזרע האב דלחנני' דס"ל דחוששין לזרע האב אם שחט האב והבן לוקה, בתיש הבא על צבי וילדה בת ושחט הבת והבן לוקה, משום דשה ואפילו מקצת שה, והרי יש בהבת צד שיות מצד האב.

אבל למ"ד אין חוששין לזרע האב אין כאן אפילו מקצת שה, והרמב"ם, הא פסק דספק אם נוהג בזכרים, ואיך פסק דאם שחט את בת הצבי הזאת עם בנה לוקה הי' לו לפסוק שהוא ספק. אכן לדברינו מיושב דהתם הא רב פפא הוא דקאמר לה.

ורב פפא הא סבר בבכורות דהיכא דאין להבן יחס כגון לוי' דאיעברה מעכו"ם, הוי הולד כולו כהאם, והוי לוי, משו"ה לדידי' אם אין חוששין לזרע האב הוי כולו הולד צבי, משו"ה לדידי' אם אין תיש בא על הצבי, אם אין חוששין לזרע האב הוי כולו הולד צבי, משו"ה לדידי' אם אין חוששין לזרע האב אינו לוקה, אבל לדידן דס"ל כמר ברי' דרב יוסף משמיל' דרבא, אפשר דאף אם אין להאב יחס אעפ"כ הבן נחשב יש בו מישראליות ויש בו מעכו"ם, לפי זה אף שפסק הרמב"ם דספק שמא אין לבהמה יחס להאב שנימא שהשור יש לו בן ומשו"ה אינו נוהג בזכרים, אכן אין שייך זה לדין הולד, דהולד יש בו מקצת מין של האב אף אם אין נוהג אותו ואת בנו בזכרים, וכיון דשה ואפילו מקצת שה, משו"ה אם שחט את בת הצבי שבא עלי' העז ובנה לוקה, שהרי בהאם יש בו מקצת שיות מטעם שבא מן האב שהוא עז.

אכן באשר עוד יקשה שהרמב"ם כתב בפ"ג מהלכות שחיטה דהבא מבהמה וחי' צריך לכסות דמן ואינו מברך, ואם לפי דברינו דודאי יש בו מקצת שיות אמאי לא יברך, הא צבי ואפילו מקצת צבי, ועוד קשה מה שהקשה הש"ך מהא דפסק הרמב"ם רפ"ט מהלכות ביכורים, צבי הבא על העז וילדה הולד חייב בחצי מתנות שנאמר אם שה ואפילו מקצת שה, תיש הבא על הצבי הולד פטור מן המתנות, ולפי דברינו ג"כ לכאורה עוד קשה.

לכן נראה לי עוד, דהרמב"ם מפרש הא דקאמר בחולין דף פ', אמר רב יהודה כוי ברי' בפני עצמה היא ולא הכריעו בה חכמים אם מין בהמה היא אם מין חי' היא, רב נחמן אמר כוי זה איל הבר, כתנאי, כוי זה איל הבר, וי"א זה הבא מן התיש ומן הצבי, ר'

יוסי אומר כוי ברי' בפני עצמה הוא ולא הכריעו בה חכמים אם מין חי' אם מן בהמה, רשב"ג אומר מין בהמה, ושל בית דושאי היו מגדלין ממנו עדרים, וכתב רש"י וכן בתוס', דרב יהודה לא קאי כלל אפלוגתא דר"א ורבנן, דאינהו ודאי סבירא להו דמכלאי בהמה וחי' הוא, אלא מילתא באפא נפשה הוא, והרמב"ם סבירא לי' שהוא דוחק, שהרי לכאורה רב יהודה קאי על מילתא דר"א ורבנן, ומה שאמר רב יהודה ורב אסי שהוא ברי' בפני עצמה, כתבו בתוס' יומא דף ע"ז שאין זה פירוש כמו הא דאמר ביומא דכוי ברי' בפני עצמה ואינו ספק חי' ספק בהמה, והא דקאמר ר' יוסי ברי' בפני עצמה ע"כ דספק הוא שמא חי' שמא בהמה, דאם סבירא לר' יוסי דאינו לא חי' ולא בהמה, אמאי אמר ר' יוסי כוי אין שוחטין אותו ביום טוב ואם שחטו אין מכסין את דמו, אם בריר לן שהוא מין אחר יהא מותר לכתחילה לשוחטו וכמובן הוא דחוק, לכן נראה לי דהרמב"ם סובר, דהא דאמר ר' יהודה כוי ברי' בפני עצמה קאי באמת על פלוגתא דר"א ורבנן, אלא דרב יהודה פליג על הא דאמר רב פפא וכל הסוגיא, דמחלוקת של ר"א ורבנן הוא אם חיוב על מקצת השה או שהוא חיוב משום חוששין לזרע האב, דבאמת כוי ס"ל דהוא כיון שבא מן החי' והבהמה נעשה עתה מין אחר, אלא דספק לחכמים מין כזה מה הוא, אם המין הזה שנהי' מין הבהמה והחי' הוא מין בהמה דהכל היו בכלל בהמה, וחי' מקרי מה שאין בהמה, או אדרבה הכל הי' בכלל חי', וחי' נקרא מה שאינה בהמה, ורב נחמן אמר שכוי זה איל הבר, היינו שהוא סובר שיש עתה מין שתחלת יצירתו הי' מין חי' ובהמה ונעשה עתה המין שהוא איל הבר, וגם תנאי פליגי בזה אם איל הבר תחלת יצירתו מן חי' ובהמה, או דאיל הבר הוא מין בפני עצמו, וכוי שנחלקו ר"א ורבנן הוא, שבא עתה מן התיש והצבי, אבל איל הוא מין בפני עצמו, ומפרש ר' יוסי דכוי שנחלקו בו ר"א ורבנן הטעם מפני שמין שבא מחי' ובהמה נהי' מין בפני עצמו.

והנה באותו ואת בנו כתיב שור או שה, ולכאורה הי' לן למילף שור שור משבת, מה התם כל בהמה וחי' בכלל אף כאן כל בהמה וחי' בכלל, אך מדכתיב שה דאייתר, ע"כ דדוקא שור ושה, ואין להקשות דהא בדין דטבחו או מכרו נמי כתיב שור או שה ואפילו הכי הוו מרבינן כל חי' ועוף כיוצא בהן, וממעטינן רק מדכתיב שור ושה שני פעמים, אבל אילו הי' כתוב רק פעם אחד שור או שה הוי אמינא דחי' ועוף כיוצא בהן, אכן לא קשה, דגבי דין דטבחו או מכרו הא חלוק שור משה, דשור משלם חמשה ושה משלם ארבע, משו"ה איצטריך, דאילו הי' כתיב רק שור ושה פעם אחד הוי מרבינן חי' ועוף כיוצא בהן, משו"ה איצטריך שור ושה שני פעמים, אבל גבי אותו ואת בנו דשה מיותר בודאי למעט אתא, וממעטינן בתורת כהנים שור ולא חי', שה ולא עופות ולדברי רב יהודה פליגי בזה ר"א ורבנן, דרבנן סברו דמעטינן רק מין שהוא חי' ממש, אבל המין הזה שהוא ברי' בפני עצמו לא ממעטינן, וממילא הוא בכלל שור שור משבת, דילפינן כל מילי, ור"א סבר דכוי מין חי' ממש הוא וממעטינן אותו, ומשו"ה פסק הרמב"ם כרבנן דכוי היינו שבא מבהמה וחי' אף אם רק האב בהמה, ואף דספק לן אם נוהג בזכרים, היינו לענין יחס אבל הולד יש בו שיות וצביות ונעשה מין ברי' בפני עצמו, והלכה כחכמים דמין הזה שאינו חי' ממש לא מיעטו קרא, והוו בכלל שור דילפינן חי' כיוצא בו, והמיעוט הוא רק על חי' ממש.

אכן בכיסוי הדם כתוב בקרא דחי' מחויבת בכיסוי, ופריך בגמ', אומא בהמה בכלל חי' לכיסוי, ושני אמר קרא על הארץ תשפכנו כמים א"כ גלי קרא דבהמה אינו מחויב בכיסוי, והשתא מספקא לן בזה המין הבא מבהמה וחי' שנעשה ברי' בפני עצמו, להיכי מדמינן לה, ובזה מספקא להו לרבנן, שהרי סתם משנה הוא, ולר' יוסי ורב יהודה הך משנה דכוי אין שוחטין אותו לא תליא כלל בפלוגתא דר"א ורבנן, דהיכא ספק לן לרבנן מין הזה שהוא אינו לא חי' ולא בהמה אם הוא בכללחי', שהרי הכל בכלל חי', או בכלל בהמה, שהרי הכל בכלל בהמה אכן גבי חלב רבי קרא דכל חלב דהמין הזה שהוא ברי' בפני עצמו שבא מן שה וחי' יש בו איסור ואין בו כרת, דכן רבתה התורה מין הזה, נמצא דבהנך דינים כוי נקרא ברי' בפני עצמו.

אכן גבי הזרוע והלחיים והקיבה דאמרינן לקמן בגמ' דף קל"ב, אם שה לרבות הכוי, הרי דכאן גלתה התורה דאפילו מקצת שה, ושלענין זרוע ולחיים וקיבה לא נחשב את הכוי לברי' בפני עצמו, אלא לדין דיש בו מקצת שיות, ורב הונא בר חייא אמר מאי חייב חייב בחצי מתנות, ור' יוחנן אמר חייב בכולהו מתנות, והשתא מספקא לן מאי דגלתה התורה גבי כוי דמקצת שה, וגם גלי רחמנא דלגבי זרוע ולחיים והקיבה לא נחשב לברי' בפני עצמו, מהו הפירוש, אם רבתה התורה דאפילו אם יש בו מקצת השה הוא חייב בכל המתנות כר' יוחנן ובין בעז הבא על הצבי בין בצבי הבא על העז חייב בכולהו מתנות, ואף אם אין נוהג בזכרים, דאין יחס להזכר שיהי' הולד בנו, אבל עכ"פ יש בו מקצת שיות, ואפילו בצבי הבא על העז, או דרבי רק רחמנא דמקצת השיות שיש בו חייב.

ולא כל המתנות, ועוד ספק מה דחדית רחמנא דהכא לא נחשב ברי' בפני עצמו, דילמא החידוש רק על הך דמצד האם הוא שה, היינו בצבי הבא על העז והוי רק מקצת אף אם נימא אין נוהג בזכרים, משום דמקצת נחשב לצבי, אבל דהך מחצה שהוא מן האב גם בזרוע ולחיים והקיבה נחשב לברי' בפני עצמו, ורק בצבי הבא על העז רבי רחמנא דאפילו מקצת שה, אבל בעז הבא על השה שם נשאר הדין שהוא ברי' בפני עצמו, ולפי זה כתב הרמב"ם, הכוי מפרישין כל המתנות, פירוש דאפילו בעז הבא על הצבי ספק שמא מחויב בכל המתנות, דדילמא איננו ברי' בפני עצמו ויש בו מקצת שיות, אכן מספק אין מחויב ליתן, דדילמא לא חדית רחמנא אלא בבא צבי על עז ולא בעז הבא על הצבי, ומספק פטור.

והא דצריך להפרישה שהקשה הטור הא מתנות און טובלין דהרי אין הלכה כר' יוחנן דאמר האוכל מבהמה שלא הורמה מתנותי' כאילו אוכל טבלים, נראה לי, דהרמב"ם סובר דאף דפסקינן בזה דלא כר' יוחנן דס"ל דטובל, וקי"ל דאינו טובל, היינו טעמא מפני שאין המתנות מעורבין, וכמו שכתב הרמב"ם הטעם הזה בפ"ט מהלכות בכורים, אבל המתנות בעצמן אסור לישראל לאוכלן אף שאין בהם קדושה, אבל כיון שהכהן בעצמו אסור לאוכלן אלא צלי, א"כ נתנה התורה דין באכילתן לאכלם כדין, אלא דברשות כהן מותר לישראל לאכלם, דזהו הדין ג"כ למשחה, וכן הוא לשון הרמב"ם שם בהלכה י' דישראל עצמו אסור לאכלן אלא ברשות כהן, ובגמ' בכורות דף כ"ז איתא, מ"ט לא תני מתנות, אמר לך.

תרומה דקדושת הגוף, דכיון דלא מתחלא לא אתי למטעי, הני דקדושת דמים נינהו אתי למטעי בהון דבר מתחל קדושתיהו אארבעי זוזי ואתי למנהג בהו מנהג דחולין, הרי דגזרינן שמא יטעה הכהן ולא יאכל כדרך שהוא מחויב לאכול המתנות, הרי דדין תורה לאכלם כדינם, והא דאם אין שם כהן שם דמיהן, היינו משום דכיון דקדושת דמים הוא מתחלל האי דינא שלהם על הדמים, משא"כ באומר הא לך דינר ותן לבן בתי כהן, הא לא נתחלל, שהרי לא נתן הדמים בעד עצם הדבר, משו"ה אמר הרמב"ם דחייב להפריש כל המתנות היינו שלא יאכלם, אבל אין מחויב ליתן לכהן משום ספק, ויהי' דינם שימכרם לכהן או שיחללם על דמים לישתמש בהדמים, כמו האי דינא דמפריש טלה לעצמו, והאי דינא דמספק אין נותן כלל הוא בעז הבא על הצבי, אבל צבי הבא על העז נותן חצי המתנות שהרי רבתה התורה אפילו מקצת שה, ומחצה נותן לכהן ומחצה אינו נותן, דדילמא מאי דרבי שה הוא לחייב בחצי המתנות, אכן ר"א סובר דודאי מין חיי' הוא, ובריי' בפני עצמה, ופטור בכל גווני, ולית ליי' דרשא דאם שה אפילו מקצת שה.

ה) הדרן לדברינו, שיש שני דינים, דין היחס אם נחשב כבנו, ודין מה נחשב הולד, והנה הא דילפינן מכי יסיר את בנך, דבנך הבא מן הנכרית אין קרוי בנך, יש בזה שני פרושים, רש"י פירש דהלימוד הוא מדכתיב כי יסיר ולא כתיב כי תסיר, ש"מ דקאי על את בתך לא תתן לבנו, אבל על בתו לא תקח לבנך לא קאי, דאי נמי יולדת בן לעבודת כוכבים, לאו בנך הוא, אכן ר"ת פירש דהלימוד הוא מדכתיב כי יסיר את בנך מאחרי, היינו שהחיתון מסיר את הבן מאחרי ה', שאינו מתיחס הזרע אחר ה' אלא שעכו"ם הוא, וכן הרמב"ם כתב בפיי"ב מהלכות איסורי ביאה הלכה ז' ז"ל, עון זה אעפ"י שאין בו מיתת ב"ד אל יהי' קל בעיניך, אלא יש בו הפסד שאין בכל העריות כמותו, שהבן הבא מהערוה בנו הוא לכל דבר ובכלל ישראל נחשב אעפ"י שהוא ממזר, והבן מן הכותית אינו בנו שנאמר כי יסיר את בנך מאחרי, מסיר אותו מלהיות אחרי ה' עכ"ל הרמב"ם, הרי שהרמב"ם מפרש כר"ת דהלימוד הוא מכי יסיר, היינו שזהו הסרה שאינו נחשב אחרי ה'.

אכן לכאורה קשה, דלפי זה מאי קאמר, אשכחן שבעה אומות. שאר עכו"ם מנא לן, כי יסיר לרבות כל המסירים, הניחא לר"ש דדריש טעמא דקרא, פירש דלר"ש דדריש טעמא דקרא בלא קרא היינו יודעים דבר זה, וכיון דלדברי הרמב"ם והר"ת אין כי יסיר טעם אלא ידיעה, שהודיעה לנו התורה שבן הבא מהכותית אינו נחשב אחרי ה', א"כ היכי היינו יודעים דבר זה מעצמינו, הלא זהו חידוש גדול שחידשה התורה ומאין היינו יודעים דבר זה מעצמינו, ועוד הרי אדרבה מוכח שאין הטעם שאיסור החיתון הוא בשביל זה, שהרי אף אם נותן בתו לבנו הרי שם הולד מתיחס אחרי ה' שנקרא בנך, ואעפ"י"כ אסור, ע"כ דלכולי עלמא, היינו אף להר"ת והרמב"ם, האי סוגיא סברא כפירוש רש"י, דהלימוד הוא מדכתיב יסיר, קאי על בתך לא תתן לבנו, משום שהבן של עכו"ם יסיר את בנך שלך שהוא בא מבתך מאחרי ה', שיעבוד עבודה זרה.

ולפי זה אפשר לומר דבזה פליגי שמואל ור' יוחנן, שמואל סבר דקרא דכי יסיר הוא לאשמעינן שבן הבא מכותית אינו מתיחס אחרי ה', שהוא עכו"ם, ולדידי' ישראל הבא על כותית אין הולד ממזר, שהרי עכו"ם הוא ובעכו"ם לא שייך ממזרות, אכן רב יהודה

בשם רב אסי וכן ר' יוחנן, סברי דהלימוד הוא מדכתיב כי יסיר ולא כתיב כי תסיר, ש"מ דבנך הבא מן הכותית אין קרוי בנך, ואי אפשר לכתוב שהיא תסיר את בנך שהרי באופן שתקח בתו של עכו"ם לבנך, איננו בנך.

א"כ לרב אסי ורב יוחנן ילפינן רק שאיננו בנו. היינו שאין נחשב בן של אבי הבן, ויחס אין לו, אבל הוא ישראל, ואדרבה מוכח שהוא ישראל שהרי האיסור שאסרה התורה הוא מפני שיעבוד ע"ז, א"כ גם האיסור של בתו לא תקח לבנך הוא ג"כ מפני איסור ע"ז, דאף שאיננו בנו, אבל ישראל הוי, והוא בכלל ועבדו אלהים אחרים, וילפינן רק מהאי קרא דיחס אין לו, אבל לא שהוא נחשב עכו"ם, (ואפשר דבדברי ר' יוחנן לא גרסינן תיבות אלא בנה ורק בדברי שמואל גרסינן זה), משו"ה לר' יוחנן ורב אסי ישראל הבא על הכותית הולד הוא ישראל והוי ממזר, משו"ה לקמן דקאי אליבא דר' יוחנן פריך דלמאן דס"ל דרשינן טעמא דקרא תקשה למה לן קרא דכי יסיר, דמעצמינו היינו יודעים שהטעם משום איסור ע"ז ואייתר כי יסיר לרבות כל המסירים, ולמאן דלא דריש טעמא דקרא אדרבה אשמעינן קרא דטעם מפני עבודה זרה, וא"כ האי קרא דוקא בשבעה אומות שהם עובדי עבודה זרה, א"כ בשארי אומות אפשר דאין זה הדין.

אכן הרמב"ם פסק כשמואל דס"ל כי יסיר הוא ידיעה, שאמרה התורה שאם תקח בת עכו"ם לבנך יסיר החיתון את הולד מאחר ה', א"כ הולד הוא עכו"ם, ואמרה התורה הטעם של איסור לקיחת הבת לא משום איסור עבודה זרה, אלא מפני שאז אין מתיחס אחר האב א"כ לא שייך כלל לחלק בין שבעה אומות לשארי אומות, אחרי שאין הטעם משום עבודה זרה, והרמב"ם שפסק דאין הולד ממזר, שהוא פסק כשמואל, לא שייך כלל לחלק בין שבעה אומות לשארי אומות.

סימן יז בדין אם עבר וכנס יבמתו האסורה לו דף כ. פצוה דכא וכרות שפכה סריס אדם והזקן (גירסת הגר"א חולצין ולא מיבמין ולא כמו שהוא לפנינו או חולצין או מיבמין) כיצד, מתו ולהם אחין ולהם נשים כו' מתו אחים ועמדו הם ועשו מאמר בנשותיהם ונתנו גט וחלצו מה שעשו עשו ואם בעלו קנו ואסור לקיימן משום שנאמר לא יבא פצוה דכא ע"כ, וכן פסק הרמב"ם בפ"ו מהלכות יבום הלכה יוד ז"ל, לפיכך אם עבר ובעל יבמתו האסורה לו משום לאו או עשה ואין צריך לומר שני' ה"ז קנה קנין גמור ומוציאה בגט, והיא וכל צרותי' מותרת לזר שהרי נפטרה, וכתב ע"ז הלח"מ וא"ת אמאי לא חשבינן לה בביאה פסולה, דכיון דמדרבנן אסור לבא עלי' גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שני' כמו דחשבינן ביאה אחר גט ביאה פסולה אע"ג דלא הוי אלא גזירה אטו ביאה אחר חליצה, וי"ל דאין לדמות הגזירות להדדי כו', אבל ק"ק למה קרא רבינו לקמן בפ"ז חליצה פסולה משום הא דאסרו רבנן לבא עלי' אטו ביאה שני', הא אין לדמות הפסולים להדדי עכ"ל.

עוד קשה לי על דברי הרמב"ם שם בפ"ז מהלכות חליצה, שכתב שם בהלכה ט' ז"ל, ג' אחין ב' מהן נשואין לב' אחיות ויש לכל אחת משתיהן צרה, ומתו הנשואין את האחיות ונפלו האחיות וצרותיהן לפני יבם, אם חלץ לצרות נפטרו האחיות, אבל אם חלץ לאחיות לא נפטרו הצרות עד שיחלצו הצרות, מפני שחליצת אחיות חליצה שאינה מעולה, וחליצה שאינה מעולה אינה פוטרת הצרה כמו שביארנו, יראה לי שכך הדין בשתי

יבמות מבית אחד והאחת מהן אסורה על יבמה משום שני' או משום חייבי לאווין או מחויבי עשה, שאם חליץ לאסורה לא הותרה צרתה חליץ לצרה הותרה האסורה עכ"ד הרמב"ם, והדברים תמוהים, שהרי הרמב"ם כשביאר דיני חליצה פסולה בפ"ה מהלכות יבום כתב בהלכה י"ב, נחלצה אחת מהן חליצה פחותה, הותרה להנשא לזר זו שנחלצה, אבל צרתה אסורה עד שתחלוץ גם היא או עד שיחלצו כל האחין לראשונה שנחלצה החליצה הפחותה, שאין חליצה פחותה מסלקת זיקת יבום מבית זה עד שתחזור על כל האחין או עד שתחלוץ כל אחת מהן עכ"ד הרמב"ם, הרי שהרמב"ם מפרש הא דבגמ' אמר חליצה פסולה צריך לחזור על כל האחין, היינו למפטר צרה, שאם היא קבלה חליצה מכל האחין אז נפטרה צרה, אבל אם קבלה חליצה מכל האחין אף חליצה פסולה הותרה הצרה, ואם כן היכא שאין אלא אח אחד הרי קבלה היא חליצה מכל האחין ונפטרה הצרה, א"כ הכא הא מיירי שאין אלא אח אחד, שהרי כתב הרמב"ם, ג' אחין ב' נשואין ב' אחיות ומתו הנשואין את האחיות, א"כ נשאר אח אחד, א"כ כשקיבלה היא חליצה הרי קבלה חליצה מכל האחין, והיכא שקבלה חליצה מכל האחין הרי סובר הרמב"ם דהותרה הצרה אף ע"י חליצה פסולה.

(א) על קושיות הלחם משנה שהקשה אמאי סובר הרמב"ם בחייבי לאווין ועשה דהוי חליצה פסולה, כיון דבחייבי לאווין ובחייבי עשה הדין דאם בעלו קנו, א"כ איסור דרבנן בחייבי לאווין ועשה לא הוי כמו בגט וכדומה, וא"כ אמאי סובר הרמב"ם דחליצה של חיובי לאווין ועשה הוי חליצה פסולה, כיון דהביאה בדיעבד הוי ביאה ויבום מעליא א"כ נימא דגם החליצה הוי חליצה כשרה, נראה לי דהרמב"ם סובר כדוהו סבר הרשב"א שביארנו למעלה בסימן י"ב דכיון דכתיב בקרא אם לא יחפוץ האיש דמשמע הא אם חפץ יהי' מותר לו לייבם.

דאם אסור לו ליבם הרי לא תלי הדבר בחפצו אלא בחפץ שמים ואף שבדיעבד אם יבם קנה, אבל הרי לכתחילה אסור לו ליבם, א"כ אין הדבר תלי בחפצו אלא בחפץ שמים וכמו דאיתא בירושלמי מאן יבמי ולא שמיאנו שמים, נמצא אילו הי' הדין הזה מן התורה שלכתחילה אסור אז החליצה הזאת לא היתה מדין חליצה מעליא, אלא מקרא דיבמתו דמרבין אף שאינו עולה ליבום עולה לחליצה, אכן חליצה כזו אין עוקרת זיקה והויא חליצה פסולה, נמצא דרבנן כשאמרו חייבי לאווין מדרבנן לכתחילה לא ייבם, הרי מדרבנן לא תליא בחפצו, שהרי מיאנו שמים, ואף שבדיעבד קנה, אבל החליצה היא חליצה מדין יבמתו דהוי חליצה פסולה, משו"ה סובר הרמב"ם דחליצת חייבי לאווין ועשה החליצה פסולה אף שאם בעלו קנו.

אלא שיקשה על זה קושית הרשב"א שהבאנו, דמקשה מנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה היינו דכיון דבנודרת הנאה הרי הזיקה זיקה שלימה ואיך יפטור חליצה דהויא רק מדין יבמתו שהיא חליצה פסולה, זיקת יבום מעליא, דבשלמא באלמנה לכהן גדול הרי זיקתה אינה שלמה, שהרי רמיא רק לחליצה ולא ליבום, אבל בנודרת הנאה אם נימא דדין חליצה פסולה תליא באם חפצו שמים, אבל אם חפץ שמים מונעו מיבום אף שבדיעבד קנה הויא חליצה פסולה, א"כ אף היא עצמה לא תשתרי דאין חליצה פסולה עוקרת זיקת יבום מעליא, ע"כ דאם חפץ מייבם איננו דין באם לא חפץ שמים לכתחילה, אלא

בדיעבד אם יהי' יבום, וא"כ תקשה על הרמב"ם שהוא ס"ל דדין דחליצה פסולה תליא אם אין חפץ שמים, ואף לכתחילה אין החליצה כשרה, א"כ תקשה בנודרת הנאה ובחייבי לאווין ועשה איך יותרו ע"י חליצה פסולה, הא אין חליצה פסולה עוקרת זיקתה זיקת יבום, ועלי' הרי זיקת יבום שהרי אם בעלו קנו.

אכן אפשר לומר לדברי הרמב"ם, דכמו באלמנה מצינו דגם לאחר מיתה קריא שאירו, כדאמרינן לקמן בדף נ"ה ע"ב, ואף דשם בתוס' כתבו דמהך דרשא אשמעינן דלאחר מיתה לא נקראת שאירו, הנה בב"ב דף קי"ד כתבו בתוס' דלפי האמת גם לאחר מיתה נמי מקריא שאירו, וכן מוכח מהא דצריך הבעל להטמאות לאשתו, והאשה הא ג"כ מחויבת לטמאות לבעלה, דדוקא ארוסה אין מטמאה לו, אבל נשואה מחויבת להטמאות לבעלה, דלאחר מיתה נמי מקריא שאירו ואגידא גבי', ואעפ"כ שריא להנשא דמיתה עשתה היתר להנשא לעלמא, דכתיב כי ימות והלכה והיתה לאיש אחר, א"כ אפשר דהא דקי"ל חליצה מפקעת זיקה מכל האחין, דעוקר זיקה מכל האחין, וקי"ל שליחותא דאחין עביד, הוא דוקא בחליצה כשרה, אבל חליצה כזו דילפינן מיבמתו, אף דשריא להנשא, דכיון שאחד מן האחין חליץ לה הותרה להנשא לזר, זיקא דאחין נשאר עלי', אלא אף שנשאר עלי' זיקת האחין אעפ"כ יש היתר בהאי חליצה להנשא.

וכדברינו שאפשר להיות שנשאר זיקה ואעפ"כ שריא להנשא, מפורש בתוס' לקמן דף נ"ג ד"ה רבינא, ז"ל התוס' ואר"י דלענין התיירה לשוק לכו"ע הויא חליצה, כדקי"ל דאין תנאי בחליצה, אלא לענין דהויא חליצה פסולה דלא מפקע זיקה לגמרי שלא יועיל אחרי מאמר בלשון זיקת יבמין, קאמר דיש תנאי, שוב מצא ר"י בשם ר"ת עכ"ד התוס', ועיין בתוס' ישנים דמוכיח זה ממתניתין, עכ"פ חזינן מדברי התוס' דאף שנשאר זיקה שריא להנשא.

(ב) ולבאר דברי התוס' דחילקו דלענין היתר לשוק אין מועיל התנאי ולענין עקירת הזיקה מועיל התנאי שלא תעקר הזיקה, נראה לי דהנה התוס' בנזיר דף י"א הקשו איך מועיל תנאי בנזירות, הא נזירות אי אפשר לקיים ע"י שליח, דאמר בהמדיר דבעינן תנאי דומיא דבני גד ובני ראובן כו', וי"ל אחרי דיכולים להביא קרבנות תחתיו נחשב כאלו כל המעשה יכול לעשות ע"י שליח עכ"ד התוס', וכמובן התירוץ הזה קשה מאד, דהרי התנאי הוא בתחילת הנזירות, וזה אי אפשר לקיים ע"י שליח, וגם הגרעק"א הקשה עוד מנדרים דאשכחן קונם רחיצת עולם אם ארזין, והתם לא אפשר לקיים ע"י שליח.

ומה שהקשה הגרעק"א על תמיהת התוס' ז"ל, לא ידעתי מאי אולמיה דהאי מהאי ואדרבה טעמא דאי אפשר לקיים ע"י שליח לא ברירא דהא יש פלוגתא בזה ביבמות משו"ה נקט יותר משום מתנה על מה שכתוב בתורה דזה לכ"ע וצ"ע עכ"ל הגרעק"א, ודברי הגרעק"א צל"ע, דהרי לפי טעמא דמתנה על מה שכתוב בתורה דוקא תנאי כזה שהוא מתנה ע"מ שכתוב בתורה אין מועיל, אבל תנאים אחרים כמו אם יש בכרי הזה מאה כור וכדומה מועיל, ולפי טעמא דאי אפשר לקיימו ע"י שליחו הא כל תנאי דעלמא אין מועיל וא"כ הרי קושית התוס' אלימא דאמאי מועיל תנאי בנזירות הא הוא דבר שאי אפשר לקיימו ע"י שליח, וגם הא התוס' ביארו דכו"ע מודו דלענין ביטול היתר החליצה

אין מועיל תנאי, וא"כ הלא בדין דכל מילתא דאי אפשר לקיימו ע"י שליח אין כאן פלוגתא.

והנראה לי לתרץ קושית התוס', דהנה הא דק"ל כל מילתא דאי אפשר לקיימו ע"י שליח אין מועיל תנאי, ביאור הדברים דכל היכא שהוא בעלים והוא הפועל הדבר, כל מילתא דאיהו עביד מצי משווי שליח, וכיון שהוא בעלים על הדבר ועל חלות הדבר בידו להתנות תנאי, אכן היכא דאין הוא הבעלים על הדבר ואין הוא העושה חלות הדבר, למשל בחליצה אילו ה' הוא החולץ את האשה, הוי אמרינן שהוא מתיר את האשה בחליצתו את נעלה, אבל הלא האשה עושה המעשה, היא חולצת נעלה מעל רגליו, א"כ אין הוא המתיר אותה, אלא המעשה בעצמה חליצת הנעל מעל רגליו ע"י האשה מתיר אותה, ובעינן רק כונה דידי' שהוא יכון, אבל אין הוא עושה את פעולת ההתרה, אלא המעשה בעצמה מתרת, משו"ה אין יכול לשלוח שליח לעשות המעשה, אחרי שהוא איננו פועל את ההתרה, וכיון דהמעשה בעצמה היא המתרת משו"ה אין יכול להתנות תנאי, דאימתי אמרינן תנאו מועיל, אלא היכא שהוא פועל את פעולת הדברים, כמו בגט וקדושין שהוא המגרש והוא המקדש, דאם מתנה תנאי דרק באופן זה הוא מקדש ומגרש, אם לא נתקיים התנאי ילפינן שאז בטל מה שהוא עושה, אבל דבר שאין הוא העושה, דהמעשה בעצמה פועל, ורק כונתו בעינן, לזה אין מועיל תנאי לבטל שלא יהי' כונה, דזה לא מצינו למילף מתנאי בני גד ובני ראובן.

אכן הא דפריך בכתובות והא ביאה דאי אפשר לקיימו ע"י שליח דלא יהי' מועיל תנאי, לכאורה קשה הא התנאי הוא על חלות הקידושין וחלות הקידושין הא אפשר לקיים ע"י שליח, שהרי יכול לקדשה בכסף או בשטר, ואף שהמעשה הזאת של הביאה אי אפשר לקיים ע"י שליח, אבל הא הקידושין הוי דבר שאפשר לקיים ע"י שליח ואטו אם יקדשה ברקידתו לא יוכל להתנות תנאי אחרי שלא יכול לשלוח שליח לרקוד, ועכצ"ל דהגמ' סבר מעיקרא דקדושי כסף או שטר עיקר הקידושין שהוא מקדש אותה, אלא במה הוא מקדש בכסף או בשטר, אבל ביאה אמר קרא נעשה לה בעל ע"י הבעילה, דבעילה היא האישות, והמעשה בעצמה פועל האישות, ושני קדושי ביאה מקדושי כסף ושטר דקדושי כסף ושטר הוא מקדש ע"י כסף וע"י שטר, אבל בביאה דאמר קרא בעולת בעל, שנעשה לה בעל ע"י בעילה, הביאה בעצמה היא האישות, ומשו"ה פריך והא ביאה דאי אפשר לקיימו ע"י שליח ויוכל להתנות תנאי, ומשני איתקש הויות להדדי.

ולכאורה א"כ נילף מכאן שיש להתנות תנאי אפילו על דבר שאי אפשר לקיים ע"י שליח, וכמו בשליחות דגירושין דילפינן מקידושין, ואפילו הכי הוי ילפינן מגירושין בעלמא, אכן לדברינו אפשר לפרש דהא דאיתקש הויות להדדי, הוא לאשמעינן דגם ביאה הוי כמו כסף ושטר שהוא מקדש אותה ע"י הביאה, לא שהביאה בעצמה עושה האישות, וא"כ שוב אין ראי' מכאן שיש להתנות תנאי אפילו על דבר שאי אפשר לקיימו ע"י שליח, היינו היכא שהמעשה בעצם פועלת, שהרי גם בביאה הוא המקדש והוא מתנה תנאי על הקדושין, והקדושין הא אפשר לעשות ע"י שליח.

לפי זה אפשר לתרץ קושית התוס' אמאי בנזירות יוכל להתנות תנאי, וקושית הגרעק"א מנדרים שאפשר להתנות תנאי, הא אי אפשר לעשות ע"י שליח, אכן לדברינו הא לא

קשה כלל, דעד כאן לא אמרינן דהיכא דאי אפשר לקיים ע"י שליח לא יוכל להתנות תנאי, היינו היכא דהטעם שאין יכול לקיים ע"י שליח מפני שהמעשה בעצמה פועלת, והמעשה בעצמה היא הדבר, כמו בחליצה דאין הוא המתיר, שהרי היא החולצת נעלו ובביאה כדהוה דסבר דמעשה הביאה עושה הקדושין והאישות, ואין הוא בדעתו עושה הדבר, אבל נזירות ונדרים הא הוא מקבל ע"ע הנזירות והנדרים, והא דאי אפשר לקיים ע"י שליח משום שהקבלה ע"י מילי, ומילי לא מימסרן לשליח נמצא דהטעם בהנך מילי דאי אפשר לקיימם ע"י שליח לא מפני חולו דהמעשה, אלא אדרבה דהדבר שמקבלים על ידם הנזירות והנדרים הוא דיבור ודיבור אי אפשר למסור ע"י שליח, אבל הוא בעצמו עושה, א"כ אדרבה כיון דהמעשה שבזה הוא מקבל על עצמו כל כך חלש שאי אפשר לו למסור לשליח, בודאי דיכול להתנות תנאי, דאטו בשביל שהמעשה חלש לא יוכל להתנות תנאי.

ג) והנה בחליצה, הא דפוטר אותה ומפקיע הזיקה, החלוצה בעצמה פוטרת ומפקיע הזיקה, והוא איננו בעלים כלל לא על הפקעת הזיקה ולא על הפטור, שהרי אין בידו לא לפטור ולא להפקיע הזיקה ע"י מעשה שלו, אכן מדרבנן הא מועיל גט להפקיע זיקה, שהרי אם נתן לה גט לחליצה רמיה ליבום לא רמיה, אבל לפטור אותה לעלמא גם מדרבנן אין בידו.

לפי זה שפיר פירש הר"י דעל הפקעת הזיקה דמדרבנן, הוא הבעלים על הפקעת הזיקה, שהרי בגט יכול להפקיעו א"כ כשמתנה תנאי בהחליצה, על הפקעת הזיקה מועיל התנאי, שהרי מדרבנן הוא בעלים על זה וגם יהי' בידו מדרבנן לעשות שליח שיכתוב לה גט ויפקיע זיקתה מדרבנן, משו"ה מועיל מדרבנן תנאי על הזיקה, אבל לפטור לעלמא גם מדרבנן אין מועילה נמצא דעל היתר שלה לשוק איננו בעלים, דרק מעשה החליצה יכול להתירה לשוק, וע"ז אין יכול להתנות תנאי, משו"ה אם התנה תנאי נפטרת לשוק, אבל זיקתה לא נפקעת מדרבנן, דעל הפקעת הזיקה הוא בעלים ומועיל תנאי.

ולפי זה לא קשה על הרמב"ם מנודרת הנאה ומחייבי לאווין, כיון דזיקתה זיקת יבום איך תותר לעלמא ע"י חליצה שהיא רק מריבוי מיבמתו שמפקעת רק זיקת חליצה ולא זיקת יבום, אכן לדברינו אף שנשאר זיקת יבום ועדנה קריא שאירו, אעפ"כ כיון שגם חליצה זו מריבוי דיבמתו מתרת לעלמא, וכיון שיש לה היתר, מותרת אף שנשאר זיקה מדרבנן, ד) ובזה יש לתרץ התמיהה שתמהו הראשונים על דברי הרמב"ם דס"ל חליצה פסולה היא מותרת להנשא, אלא דצרתה אסירא עד שתחלוץ גם היא או עד שיחלצו כל האחין לראשונה, דמאי יועיל שיחלצו לראשונה, אחרי שכבר הותרה, ומה יועיל לצרה מה שיחלצו כל האחין לראשונה.

אכן לדברינו ניחא, דהנה התוס' בדף י"ח ד"ה אומרים, הקשו, למה צריך לר' יהודה בן בתירה להמתין עד שיעשה האח מעשה, הא כיון דקדש לאחותה ונעשית היבמה אחות אשה, הרי פקע זיקה לגמרי כדאמרינן זה ועשה מאמר ויקנה וזה יעשה מאמר ויקנה, אכן יש לישב דאף עתה כשנעשית היבמה אחות אשה פקע זיקתה מפני איסור ערוה, אבל הא זיקתה נפקע עתה, ועד עכשיו הלא היתה היבמה זקוקה לו, וא"כ הוי עתה כנתגרשה היבמה ממנו, דהרי אחות גרושתו אסירא אף שעתי איננה אשתו, משום

דכתיב עלי' בחי' וכל זמן שהיא חי' אסור באחותה, והא דאמרין לקמן, זה יעשה מאמר וידחה, דכל דיני יבום מברר למפריע, כמו שביארנו כמה פעמים דחליצה מברר ועוקר זיקה למפריע, והנה הא דמהני מאמר לב"ש לקנות קנין גמור לאו מדין קידושין הוא, דאם הי' מדין קדושין דס"ל לב"ש דקדושין מועיל לו ביבמתו, היו חייבים עלי' סקילה, ועוד יקשה מאי פריך זה ועשה מאמר וידחה, הא הוא מבטל מצות יבמין, ועכצ"ל דהא דמועיל מאמר הוא מקרא דולקחה, דילפינן מזה דין מאמר ביבמה לב"ש, וכדאיתא בירושלמי, ולקחה זה המאמר, א"כ כשעושה מאמר וקונה דין יבמות ביבמתו, מברר למפריע שזו נפלה לפניו ולא נזקקה לואחותה, אבל בקדושין דאין זה דין יבמות, אף שקידש אחותה, נפקע זיקה מדין ערוה רק מכאן ולהבא, ועד עכשיו היתה זקוקתו, וא"כ אשתו אחות זקוקתו בחי', והויא כאחות גרושה דאסירא, משו"ה אומרים לו המתן עד שיעשה אחיך מעשה וייבם או יחלוץ, ואז עוקר זיקה ממנה מאח זה למפריע, משו"ה מותרת אשתו לו, שהרי ע"י מעשה יבום או חליצה עוקר זיקה למפריע.

והנה הא דאם יבם או חלץ ליבמה אחת מותרת השני' להנשא, ילפינן מקרא דבית אחד הוא בונה, ומקרא דבית חלוץ דבית אחד הוא חולץ, אבל מנא לן שמותרת לעלמא, וכדביארנו לעיל דצריך עוד קרא דנקרא בישראל שמותרת לעלמא, אף שכבר אין לה דיני יבום וחליצה, וא"כ מנא לן דשריא השני' לעלמא.

אכן זה ילפינן מקרא דלא יבנה, שפירש הרמב"ם, דאם על אחת אין זיקה אז גם על השני' אין זיקה, וכיון שיבם אחת הרי כל זיקת המת נסתלק ממנה למפריע, וכן בחליצה, משום זה הותרה השני', נמצא דהיתר הצרה הוא רק משום זה שנפקע הזיקה מיבמה שחלצו לה, וזה הא ביארנו לדעת הרמב"ם, דחליצה דילפינן מקרא דיבמתו, היינו היכא שהיא רמיא לחליצה ולא ליבום לא הוי דינא כשארי חליצות כשירות, נמצא דחליצה פסולה אף שמתיר לעלמא, ובודאי דזיקת האח שיש עלי' זיקת חליצה מפקיע לגמרי למפריע, אבל מאח השני אין מפקיע זיקה, דאימתי אמרינן שליחותא דאחין עבד, דוקא בחליצה כשירה ולא בחליצה פסולה וכן איהי שליחותא דצרה, דוקא בחליצה כשירה ולא בחליצה פסולה, נמצא דאם ראובן חלץ ללאה חליצה פסולה אף שזיקתו עקר מלאה, אבל זיקתו מעל רחל לא עקר, וכן שמעון אחיו יש לו על לאה זיקה, אלא אף שיש עוד לשמעון זיקה על לאה, מותרת לאה לעלמא, כיון שהי' לה היתר, אבל רחל צרתה לא נפטרת לעלמא, דהרי שריותא דרחל רק אם לא יהי' על לאה זיקה, והכא הרי על לאה נשאר זיקת האח השני, אבל אם חלץ ללאה גם שמעון הרי נפקעת זיקת שני האחין מעל לאה, ואז גם רחל מותרת, דזהו הדין שאם אין על אחת מהן זיקה כלל וכלל, גם על השני' אין זיקה.

ה) ולפי זה ויתישב קושיתנו שהקשינו על דברי הרמב"ם בהלכה ט', ג' אחין ב' מהן נשואין לב' אחיות ויש לכל אחת משתיהן צרה ומתו הנשואין את האחיות ונפלו האחיות וצרותיהן לפני יבם, אם חלץ לאחיות לא נפטרו הצרות עד שיחלצו הצרות כו', יראה לי שכך הדין בשתי יבמות הבאות מבית אחד והאחת מהן אסורה על יבמה משום שנייה או מחייבי לאווין ועשה כו', והקשינו הא הרמב"ם גבי חליצה פסולה הצריך רק שתחלוץ מכל האחין, והכא באין אלא אח אחד הא קבלה חליצה מכל האחין.

אכן לדברינו יתישב בפשטות, דהיכא דהחליצה פסולה שאינה רמיא אלא לחליצה, אז אף שאין החליצה עוקר זיקה מיבמה שני' ולא מהיבם השני, דבכה"ג לא נאמר איהו שליחותא דאחין עבד ולא איהי שליחותא דצרה עבדה, אבל הזיקה של האח החולץ שלא הי' לא רק זיקת חליצה, עוקר, וא"כ כשכל האחין חולצין הרי נעקרה ממנה זיקה לגמרי, אבל היכא דאמרו רבנן אם בעלו קנו הרי חזינן דלא עקרו זיקת יבום, דאם היו עוקרין זיקה לא הוי אמרינן אם בעלו קנו, וכמו בנתן גט דהדין הוא דאם בעלו צריכה גט וחליצה, וע"כ היכא דאם בעלו קנו, הזיקה אף מדרבנן זיקת יבום, ורק איסור לייבם יש, אלא אעפ"כ החליצה חליצה פסולה, דלדין דלחליצה כשירה בעינן דוקא שאם חפץ יהי' מותר לו לייבם ולא שמיאנו שמים, נמצא היכא דהיא חייבי לאווין ועשה או שניה דדין הוא אם בעלו קנו הזיקה היא זיקת היבום, והחליצה היא חליצה פסולה, דהרי מיאנו שמים, נמצא דאף מן האח החולץ ג"כ לא נפקע זיקה, דאין חליצה, דילפינן רק מיבמתו שיש לך יבמה אחרת עוקר זיקת יבום, ואעפ"כ שריא לעלמא, משום דכיון שיש לה היתר אף דאגידה גבי' שריא, אבל הזיקה לא נפקע ממנה אף זה שיש להאח החולץ, א"כ בכה"ג לא יועיל מה שיחלצו כל האחין, שהרי חליצתם אין עוקר זיקה, והיתר הצרה הוא רק אם נפקע זיקה מהיבמה, דמה שהוא מותרת אין מתיר חבירתה.

וכן באחות זקוקה, סובר הרמב"ם דלמסקנא דאמר רב אשי דלא אלימא זיקה דשוי' לצרה כערוה, לא אמרו רבנן כלל דאחות זקוקה יהי' לה דין ערוה מדרבנן, אלא באחות זקוקה אם בעלו קנו ורק אסור לקיימן משום קנס שעבר איסור, ולא מטעם שמדרבנן אין היבום מועיל, כמו בנתן גט, אלא אף מדרבנן אם בעלו קנו, שהרי במתניתין איתא רק, אם קדמו וכנסו יוציאו, ולא קתני דבעינן חליצה ג"כ, וכן מוכח בתוס' הנ"ל שהקשו מאי טעמא הכא בקידש אחיו את אחותה שרי לקיימה אף אליבא דר' יהודה בן בתירה, ולגבי ארבעה אחין אמרו רבנן יוציאו, ולכאורה מאי קושי' הא בקידש אחיו את אחותה דאירינן באשתו, אף שבתחילה בקודם שעשה אחיו מעשה היתה אסורה, אבל כשהותרה הותרה אבל במשנה דארבעה אחין הא מיירי ביבמות, ואם נימא דמדרבנן אחות זקוקה אם בעלו לא קנו ואין מועיל היבום וצריכות עוד חליצה איך יקיימנה אחר החליצה, הא עבר על לא יבנה, ע"כ דתוס' ס"ל דגבי אחות זקוקה אם בעלו קנו ולא אלימא זיקה לשוי' כערוה מדרבנן, ויוציאו רק מטעם קנס שעברו על הנשואין, משו"ה הקשו בתוס' מ"ש מאם קידש אחות יבמתו דג"כ עבד איסור.

לפי זה שפיר אמר הרמב"ם באחות זקוקה דאף אם וחלצו כל האחין לא תותר צרה, דהרי זיקתה זיקת יבום וחליצתה פסולה, משום דמיאנו שמים, בכה"ג אף מאח החולץ לא נפקע זיקה אף שמותרת לעלמא, משו"ה צרתה אסורה אף אם יחלצו לאחות הזקוקה כל האחין. סימן י"ח בדין עשה דוחה לא תעשה ומצוה הבאה בעבירה ד' כ: הדר אמר רבא ואי תימא רב אשי לאו מילתא היא דאמרי דאמר ריש לקיש כל מקום שאתה מוציא עשה ול"ת אם אתה יכול לקיים שניהם מוטב ואם לאו יבא עשה וידחה ל"ת ה"נ אפשר בחליצה דמקיים עשה ולא תעשה, מיתבי ואם בעלו קנו והקשה בתוס', תימה דרבא גופי' מותיב מהך ברייתא והשתא אתותב מינה.

א) והנראה לתרץ בדרך החדוד, דהנה מעיקרא אמר רבא, אלמנה מן האירוסין נמי עשה ול"ת היא כו' ממזרת ונתינה מאי איכא למימר כתיב והתקדשתם, ולכאורה קשה הא קושית רבא על הא דאמר רב יבמתו יש לך יבמה אחרת שעולה לחליצה ואין עולה ליבום דמשו"ה חייבי לאווין חולצין ולא מיבמין, ע"ז הקשה רבא מברייתא דפצוע דכא וכרות שפכה סריס אדם והזקן (חולצין ולא מיבמין, כן גרסת הגר"א) כו' ואם בעלו קנו כו', והשתא מאי תירץ רבא אלמנה מן האירוסין נמי עשה ול"ת ומשו"ה חולצין ולא מיבמין, אבל חייבי לאווין גרידא מייבמין נמי לכתחילה, והשתא פצוע דכא מאי נינהו אם הוא חייבי לאווין ועשה, דגבי פצוע דכא נמי שייך והתקדשתם, א"כ אמאי אם בעלו קנו, הא אין עשה דוחה ל"ת ועשה, ואם פצוע דכא אינו בכלל והתקדשתם והוי חייבי לאווין גרידא, א"כ אמאי דוקא אם בעלו קנו אבל לכתחילה לא, ולפי גירסת הגר"א לא מייבמין, אמאי יבא עשה וידחה ל"ת, דהא השתא לא סבר עדנה גזירה דביאה שני', ורבא פריך מברייתא ולא משני מידי.

אכן אפשר להקשות על הא דאמרינן דבאלמנה לכה"ג מן הנשואין כו"ע לא פליגי דלא פטרה צרה דאין עשה דוחה ל"ת ועשה, לדברי הריב"א דסובר בפסחים מ"ז דאם עבר ועשה העשה נדחה הל"ת, הרי דאף דאין עשה דוחה ל"ת ועשה, בדיעבד אם עבר ועשה קיום את העשה, א"כ נהי שעשה איסור, אבל מצות יבמה יבא עלי' קיום גם באלמנה לכהן גדול, וא"כ אמאי לא תפטר צרה.

והנה על דברי הריב"א הקשו מאי פריך בגמ' ב"מ, למה לי קרא דאיש אמו ואביו תראו דאם אמר לו הטמא לא ישמע לו, הא אין עשה דוחה ל"ת ועשה, וכן מאי דפריך בב"מ, למה לי קרא דוהתעלמת שאם הי' כהן והיא בבית הקברות דלא יחזור האבידה, פשיטא דאין עשה דוחה ל"ת ועשה, ומאי קושיא הא בלא קרא אילו הי' מחזיר האבידה לא הי' עובר את הלא תעשה, והשתא דכתיב קרא דלא יחזיר ולא ישמע אם עבר הא עובר בל"ת.

אכן אפשר להקשות על דברי הריב"א, איך סובר דאם עבר ועשה הל"ת נדחה, ע"כ דקיים העשה, כיון שעכ"פ עבר על העשה, הרי הוי מצות העשה שקיים מצוה הבאה בעבירה, ומצוה הבאה בעבירה הא לאו מצוה היא כלל, וא"כ הרי לא קיים כלל את העשה ואיך תידחה הל"ת. ב) אכן בהאי דינא דמצוה הבאה בעבירה, יש לעיין אם הוי דאורייתא או דרבנן, והנה השאגת ארי' בסימן צ"ז הביא דברי הרמב"ם דאם אכל מצה שאסור לאוכלה לא יצא ידי מצוה, והקשה הא איתא בגמ' פסחים.

ל"ה, יכול יצא אדם ידי חובתו בטבל כו' ת"ל לא תאכל עליו חמץ מי שאיסורו משום בל תאכל חמץ יצא זה שאין איסורו משום בל תאכל חמץ אלא משום בל תאכל טבל, ואיסורה דחמץ להיכן אזלא, אמר רב ששת הא מני ר' שמעון היא דאמר אין איסור חל על איסור, ע"כ, והנה מהך ברייתא מוכח דבלא קרא דלא תאכל חמץ הווי אמינא דיצא, וע"כ או דהווי אמינא אף שעבר איסור טבל יצא משום דמצוה הבאה בעבירה הוי רק דרבנן, או כיון דאין לו אלא כזית מצה מטבל הו"א דאתי עשה ודחי ל"ת, וא"כ הרמב"ם דפסק דאיסור כולל חייל, וא"כ מהאי קרא לא מצי למילף, ותקשה הא, או דאיסור מצוה הבאה בעבירה מדאורייתא יוצאין, או היכא דאין לו אלא כזית מצה מטבל יוצאין ולא

אמרינן אין עשה דקודם הדיבור דוחה ל"ת שאחר הדיבור ואמאי כתב הרמב"ם דאין יוצאין.

ונראה לי, דהרמב"ם ס"ל כיון דילפינן מכל מושבותיכם דאין יוצאין בביכורים בירושלים, משום דכתיב מושבותיכם בעינן מצה הנאכלת בכל מושבותיכם, א"כ הרי אמרה התורה דבאיזו מצה יוצאין, דוקא במצה המותרת לאכול בכל מושבות, אבל אם לא היתה בכל מושבות אין יוצאין, מכל שכן היכא דאסורה בודאי דאין יוצאין, שהרי היא אסורה, ואף דיוצאין במע"ש בירושלים משום דיש לה היתר שאם נטמאת פודין אותה, היינו דאפשר דיש היתר, אבל היכא דהיא אסורה לא שייך לומר יש לה היתר, דהרי כשהיא באיסורה אין לה היתר, דיש לה היתר שייך לומר רק היכא דעתה מותר לאכול שהרי היא בירושלים אלא דאין לה היתר במושבות, אמרינן גם במושבות יש היתר אם נטמאת, אבל כשהיא באיסורה.

הרי להאיסור אין היתר ואין לומר דזה גופא יהי' ההיתר משום דאין לו אלא כזית הזה, ועשה דוחה ל"ת, דכיון דהטעם רק משום דיחוי לא שייך יש לה היתר דאם נימא משום דיחוי ג"כ היתר הוי, א"כ הרי גם לבכורים יש היתר בכל מושבות היכא דלא יהי' לו אלא כזית מצה, וא"כ היו יוצאין בבכורים בירושלים, ע"כ דמה שיודחה האיסור מפני העשה לא מקרי היתר, משו"ה אף באין לו אלא כזית אין יוצאין, דבמצה שאין לה היתר.

בלא העשה דמצה אין יוצאין, והברייתא לא סבר לדרשא דבכל מושבות, משו"ה איצטריך ללמוד מקרא דלא תאכל חמץ. אבל בהברייתא ג"כ מיירי היכא דאין לו אלא מצה טבל, דאל"ה לא איצטריך קרא, דהא הוי מצוה הבאה בעבירה, והך ברייתא סברה לה כר"ע מקמי' דהדר בי' והי' סבר דילפינן דאין יוצאין בבכורים מקרא דמצה ומרור, ולא דריש בכל מושבותיכם, משו"ה איצטריך ללמוד מקרא דלא תאכלו חמץ, אבל לדידן דקי"ל דדרשינן בכל מושבותיכם דהקפידה תורה שיהי' היתר, א"כ אם אוכל בעת איסורו אין לזה היתר.

משו"ה כתב הרמב"ם דאין יוצאין במצה אסורה ואףהיכא דאין לו אלא מצה אסורה, דאם היכא דיש לו מצה של היתר בודאי דאין יוצא. כיון דאפשר בהתיירא, הרי הוא עובר על האיסור, והוי מצוה הבאה בעבירה.

וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ה מאיסורי מזבח, אין מביאין נסכים מן הטבל ומן החדש ואצ"ל מערלה וכלאי הכרם דהוי מצוה הבאה בעבירה, והיינו משום שהמה איסור הנאה, ומה שהקשה שם בקונטרס אחרון, הא מצות לאו להנות ניתנו, נראה לי דזה לא אמרינן כי אם דוקא היכא שיש עליו רק חיוב מצוה לא דין ממון, אבל היכא שהחיוב ממון שנשתעבדו נכסיו לזה, בודאי דאם יביא איסור הנאה יהי' מצוה הבאה בעבירה, ואף דפורע חובו של חבירו מותר במודר הנאה היינו דוקא אם חבירו משלם בעדו, שאינו נותן לו אלא מסלק, אבל אם אחד יקח גוף דבר של איסור הנאה וישלם הוא בעצמו לבעל חובו בודאי אסור, והיכא דאביו הדירו מנכסיו, לזה ובע"ח בעצמו באין ונפרעין, אבל לו אסור ליקח ולשלם חובו, והכא היכא שהביא קרבן הרי נשתעבדו נכסיו להביא הנסכים, כדקי"ל האשה שהקריבה חטאתה יביאו יורשין עולתה, דנשתעבדו הנכסים,

א"כ כשמביא נסכיו מכלאי הכרם, הרי הוא פורע חובו באיסור הנאה והוי מצוה הבאה בעבירה, עכ"פ מוכח מזה דהרמב"ם סובר מצוה הבאה בעבירה דאורייתא.

ג) ולכאורה יש להקשות למה לן קרא דקרבו ולא הגזול, תיפוק לי' דהא גזל הוי מצוה הבאה בעבירה, אכן התוס' בב"ק דף ס"ה ד"ה דגזל, הקשו, למה לן קרא, אי בחטאת הא אפילו הוא עצמו אם אכל חלב והפריש קרבן אין מתכפר באותו קרבן על חלב שאכל היום, ואי בעולה ושלמים הא אמרינן המוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום.

ונראה לתרץ, דאילו לא הי' כתיב בקרא קרבנו, הוי אמינא דלא בעינן כלל שיהי' הקרבן שלו, דהחויב רק להקריב קרבן ולא בעינן שיהי' שלו ובודאי הי' אז הדין דאף דהמוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום, אבל הלוקח והקריבו יצא, שהרי הקריב קרבן, אבל כיון דכתיב קרא קרבנו, א"כ בעינן דוקא שיהי' קרבנו, א"כ אם לקח עולה ושלמים של אחרים לא יצא שהרי לאו קרבנו.

לפי זה יש לתרץ קושיתינו, למה איצטריך קרא ללמוד דאין יוצאין בגזול תיפוק לי' דהוי מצוה הבאה בעבירה, אכן לדברינו למאן דמפרש בגזול והקדיש לאחר יאוש דהרי כשהקדיש הוי יאוש ושינוי השם, אלא דאיסורא הוי מטעם מצוה הבאה בעבירה, וכדאיתא בתוס' ד"ה אמר עולא, והנה אם הי' הדין דלא בעינן כלל שיהי' הקרבן שלו והמצוה רק ההקרבה, א"כ ההקדש איננו מהמצוה, וא"כ לא הוי כלל מצוה הבאה בעבירה שהרי המצוה ההקרבה, וההקרבה הא הוי לאחר שכבר קנה ביאוש ושינוי, אבל כיון דכתיב קרא קרבנו, א"כ המצוה שיהי' הקרבן שלו, נמצא דגם עצם ההקדש הוי מן המצוה, וכיון דבשעה שהקדיש הוי בעבירה, שהרי ע"י ההקדש קנה, משו"ה אין יוצאין.

נמצא למ"ד דברייתא מיירי בגזול והקדיש לאחר יאוש, שפיר יליף ברייתא דלא הגזול מקרא דקרבו, דבלא האי קרא הוי אמינא דיוצאין, היינו דמה שיהי' קרבן שלו לא הוי כלל מן המצוה, אבל למאן דמפרש ברייתא דגזול קרבן חבירו קשה למה להברייתא למילף דאין יוצאין בגזול קרבן דחבירו, הא הוי מצוה הבאה בעבירה, וע"כ למאן דסבר דיאוש קנה וברייתא דקרבו ולא הגזול מיירי בגזול קרבן דחבירו, ע"כ יסבור דמצוה הבאה בעבירה יוצאין, וא"כ רבה דסבר יאוש קנה, דלדידי' ע"כ ברייתא דקרבו ולא הגזול מיירי דגזול קרבן דחבירו, ע"כ סובר דמצוה הבאה בעבירה לאו דאורייתא.

וא"כ הריב"א בפסחים דשם אזלה הסוגיא אליבא דרבה, שפיר פירש דלרבה היכא דאין עשה דוחה ל"ת ועשה אם עבר ועשה את העשה, הל"ת נדחה, שהרי קיים העשה, ואף דהוי עבירה אעפ"כ קיום המצוה, דמצוה הבאה בעבירה דרבנן אבל מדאורייתא יוצאין, אבל לדידן דס"ל מצוה הבאה בעבירה דאורייתא ואין יוצאין בה, בודאי כיון דאין עשה דוחה ל"ת ועשה, אם עשה העשה לא נדחה הל"ת, שהרי לא קיים כלל העשה, שהרי הוי מצוה הבאה בעבירה.

לפי זה אליבא דידן לא קאמר כלל הריב"א דאם קיים העשה ידחה הל"ת, לפי זה לא קשה כל הנך קושיות מהא דפריך בב"מ למה לן קרא דאם אמר לו הטמא או שהי' בבית הקברות דלא יחזיר הא אין עשה דוחה ל"ת ועשה, והקשו הא איצטריך דלא נימא דנדחה הל"ת אכן לדברינו לדידן דס"ל מצוה הבאה בעבירה מדאורייתא אין יוצאין, בלא קרא

ידעינן דלא נדחה הל"ת, שהרי לא קיים המצוה שהרי הוי מצוה הבאה בעבירה וכן תורץ קושית הת"י בחולין קמ"א ד"ה לא.

ד) ולפי זה אפשר לישב קושיתנו שהקשינו על דברי רבא שרצה לומר דאלמנה מן האירוסין נמי עשה ול"ת היא, אבל חייבי לאווין גרידא מתיבמין נמי, ולא ה"י סבר גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שני', דא"כ תקשה ברייתא דפצוע דכא דאיתא דאם בעלו קנו, דממ"נ אם הוא נמי חייבי לאווין ועשה אמאי אם בעלו קנו ואם חיובי לאווין גרידא אמאי לא מיבם לכתחילה, אכן לדברינו ניחא.

דהנה סברת רבא בדינא דמצוה הבאה בעבירה אם הוי דאורייתא, דהרי בב"ק ס"ז א"ר, דרבא אמר דגזל קרבן חברי', וא"כ מוכח דס"ל מצוה הבאה בעבירה לאו דאורייתא, משו"ה איצטריך ברייתא לפסול גזול מקרא דקרבנו, אכן קאמר שם, חד מיניהו רב פפא אמר, וכן בסוכה בפרק לולב הגזול דמשני מעיקרא דביו"ט שני ג"כ פסול גזול משום מצוה הבאה בעבירה, אכן רבא משני (וברא"ש הגירסא רב אשי) דמיירי דוקא ביו"ט ראשון, ופסול משום שאינו שלכם, אבל ביו"ט שני כשר, משמע דס"ל דמצוה הבאה בעבירה לאו דאורייתא, דאם הוי מדאורייתא ה"ל לפסול גם ביו"ט שני, דתיקון דרבנן כעין דאורייתא בכה"ג.

לפי זה אפשר לומר דהאי סוגיא סברה אליבא דרבא מצוה הבאה בעבירה לאו דאורייתא, א"כ רבאקשה רק אם נימא דחייבי לאווין אין מתיבמין מקרא דיבמתו, ומדאורייתא אין עולין לחליצה, שפיר פריך אם בעלו אמאי קנו, אבל לסברתו דהוי רק מטעם דאין עשה דוחה ל"ת ועשה, לדידי' אם בעלו קנו אף חייבי לאווין ועשה, שהרי אף שעבר אעפ"כ הא קיים העשה, כדברי הריב"א, משו"ה אם בעלו קנו, ויסבור דגם פצוע דכא הוא חייבי לאווין ועשה, דגם בפצוע דכא שייך והתקדשתם שלא יעבור על איסור ביאה, משו"ה לכתחילה אסור ליבם, ובדיעבד אם בעלו קנו, שהרי אף שעבר קים העשה, דמצוה הבאה בעבירה הוי רק מדרבנן, והא דלדידן ביאת כה"ג באלמנה לא פטרה, או מטעם דס"ל דע"ז קאי קרא דיבמתו דלחליצה רמיא וליבום לא רמיא, או משום דהא ס"ל מצוה הבאה בעבירה דאורייתא ולא קיים כלל העשה.

ולפי זה לא קשה קושית התוס' הא רבא בעצמו פריך מברייתא והיך איתותב רבא מינה, אכן לדברינו לא קשה, דרבא (ולפי גרסת הרא"ש בסוכה רב אשי) לטעמי' דס"ל מצוה הבאה בעבירה לאו דאורייתא, א"כ אף שמן התורה היכא שיכול לקיום שניהם אין עשה דוחה ל"ת ואסור ליבם, בדיעבד אם בעלו קנו שהרי קיים מצות יבמה יבא עלי', אכן סתמא דגמ' סברה דמצוה הבאה בעבירה דאורייתא, וא"כ אם מדאורייתא כיון דאפשר לקיים בחליצה אין דוחה ל"ת, אם בעלו לא קנו, משו"ה פריך תיובתא דרבא ואי תימא רב אשי, אבל רבא (או לאי תימא רב אשי, לפי גרסת הרא"ש בסוכה הוא רב אשי) לטעמי' דמצוה הבאה בעבירה לאו דאורייתא, לא קשה כלל, והא דמשמע בר"ה כ"ח דרבא ס"ל היכא שיש איסור לא קיים המצוה, הוא ללישנא דחדא מיניהו רב פפא אמרה, ובסוכה הגירסא רב אשי, או דס"ל דמדרבנן היכא שיש איסור לא קיים מצוה ומדרבנן צריך לחזור ולתקוע, אבל ביבום כיון דמדאורייתא קנה לא גזרו שצריכה חליצה, דקנינים לא בטלו.

סימן י"ט סוגיא דהנטען על אשת איש ד' כ"ד. הנטען על אשת איש כו' אמר רב ובעדים כו' מיתיבי בד"א כשאין בנים אבל יש לה בנים לא תצא ואם באו עדי טומאה אפילו יש לה כמה בנים תצא כו', ואב"א הני מתניתייא רבי היא דתניא רוכל יוצא ואשה חוגרת בסינר אמר רבי הואיל ומכוער הדבר תצא כו'.

והלכתא כותי' דרב, והלכתא כוותי' דרבי. קשיא הלכתא אהלכתא לא קשיא הא בקלא דפסיק הא בקלא דלא פסיק.

קלא דלא פסיק וליכא עדים כרבי, קלא דפסיק ואיכא עדים כרב ע"כ, הנה רש"י כתב דברוכל יוצא ואשה חוגרת בסינר מפקינן מבעלה, אכן התוס' כתבו ז"ל, אר"ת דתצא מן הרוכל אם נשאת לו, דכל הסוגיא איירי בנטען, דאין לומר תצא מן הבעל דאין האשה נאסרת על בעלה אלא בקינוי וסתירה או שיראו כדרך המנאפין, ועוד דגבי בעל הוי קלא דבתר נשואין דאמר בהאשה רבה דלקלא דבתר נשואין לא חיישינן, ורוק למעלה מן הכילה לא עדיף מקלא דלא פסיק, דהא בסמוך אמר דלרבי מפקינן אפילו בקלא דפסיק מכח הך ברייתא, אלא ודאי תצא מן הרוכל אם נשאה דרוק למעלה בגג הכילה הוי קלא דקמי נישואי רוכל, וכן פר"ח, וכן נראה לר"י, מתוך ההלכה משמע דאין מוציאין ע"י קול מבעלה דאמר, וב"ד בעדים הוא דמפקי, משמע דדבר פשוט הוא דמבעל לא מפקינן אלא בעדים כו'.

והנה הרמב"ם והאלפסי כפי הנראה מפרשי כתוס', דקאי לענין בועל, שהרי זה לשון הרמב"ם בפ"ב מהלכות סוטה הלכה י"ג ז"ל, אבל אם לא קדם קינוי ובאו עלי' עדים שנסתרה עם איש זה ובאו ומצאו דבר מכוער כגון שנכנסו אחריו ומצאוהו חוגרת חגורה או מצאו רוק למעלה מן הכילה וכיוצא בזה, אם הוציאה בעלה בדבר מכוער כזה ה"ז לא תנשא לנטען אלא אסורה עליו ואם עבר ונשאה והי' לה בנים ממנו לא תצא ואם לא היו להם בנים ממנו תצא, בד"א כשרננו העיר עלי' ועל הנטען יום ומחצה או יותר ואמרו פלוני זינה עם פלונית ולא פסק הקול כו', חזינן מדברי הרמב"ם שמפרש ג"כ כתוס' דרבי קאי לגבי בועל, אך מה שכתב הרמב"ם דבעינן דוקא עדים בדבר מכוער וגם קלא דלא פסיק.

לכאורה תמוה דאיך יצטרפו שניהם, וממ"נ אם ס"ל כרבי הא דבר מכוער או קלא דלא פסיק סגי, ואם כרבנן מנא לן דמצרפי, וגם מה סברא היא זו, דממ"נ אם עדי דבר מכוער שהוציאה הבעל בשביל זה אוסר על הבעל, למה לן עוד קלא דלא פסיק, ואם יש קלא דלא פסיק ולגבי הבעל הוי קלא דקמי נשואין אמאי צריכין עוד עדים שראו הדבר המכוער ובירושלמי מי בפרק המדיר משמע בפירוש דקאי לגבי בעל עיי"ש.

השאלות כתב בפ' פנחס סימן קל"ד ז"ל, ואי איכא דבר מכוער בשני עדים וקלא דלא פסיק מפקינן לה בין מבעל בין מבעל, ולכאורה קשה על השאלות קושיות התוס' הא לקלא דבתר נשואין לא חיישינן לה. א) והנראה לי, דהנה בכתובות דף ט' איתא, אלא הכי קאמר אין האשה נאסרת על בעלה בעד אחד אלא בשני עדים וקינוי וסתירה, אפילו בעד אחד ופתח פתוח כשני עדים דמי, וכי תימא מעשה שהי' מפני מה לא אסרוה, התם אונס הוה, ופרש"י, מפני מה לא אסרוה על דוד שהרי עדים הרבה ידעו בדבר, והקשה בתוס' ז"ל, ואין נראה דנהי דידוע לרבים הוה שהביאה לביתו מ"מ לא ראו כמכחול

בשפופרת, שבפני אדם לא שמשו ונראה לר"י לפרש וא"ת דפתח פתוח כשני עדים דמי אמאי לא אסרוה לדוד, דדוד הי' יודע בודאי שנבעלה, ואעפ"י שעשה תשובה מכל מקום עיכבה ואם היתה אסורה לו לא הי' אותו צדיק לוקחה לו לאשה עכ"ד התוס', ולכאורה תירוץ התוס' קשה על רש"י, דאמאי לא פירשו כדברי התוס', דכיון דאותו צדיק ידע הדבר הרי לא הי' מחזיקה לאשה אם היא אסורה לו.

והנה הפמ"ג בפתחה לאיסור והיתר הקשה אמאי מביא אשם תלוי בחד שנתערב כיון דאי אפשר לצמצם, הא יש כאן ספק ספיקא, שמא אכל היתרואת"ל אכל איסור שמא חתיכת ההיתר גדולה יותר מחתיכת האיסור, וא"כ חתיכת האיסור בטילא ברוב לגבי חתיכת ההיתר כסברת הש"ך, ותירץ דיש כאן ספק להיפך, שמא האיסור גדולה, ואז אף אם אכל ההיתר מחויב כפרה, שנעשה כולו איסור, ובודאי דתירוצו תמוה מאד, דהא אין היתר בטל, וכדאיתא בר"ן נדרים נ"ט דדוקא איסור בטל שנבטל ממנו שם האיסור, אבל בשביל הביטול יונח עליו איסור חדש ואיסור כרת בודאי שזה אי אפשר לומר.

אכן נראה לי, הא דאמר הרא"ש דביבש ביבש היכא שנתבטל חד בתרי מותר לאוכלן כולן כאחת אף שבודאי אוכל איסור, משום דכיון דאמרה התורה אחרי רבים להטות א"כ נתנה התורה היתר לאכול המיעוט, מפני דמותר לילך בתר רוב, וא"כ אף האיסור נתהפך להיות היתר, דאיסור שהתירה התורה אותו, נתהפך להיות מותר, א"כ הוא דוקא היכא שניכר, דההיתר בודאי גדול, ואז התירה התורה לנו משום זיל בתר רוב, וכגון שנתערב יבש ביבש חד בתרי, דודאי לן שהאיסור מיעוט, או בלח בלח במין במינו, אבל היכא שנתערב חד בחד ואין ניכר לנו אם האיסור גדול או ההיתר גדול, הרי אין לנו דין דאחרי רבים להטות, אחרי שלא נדע לנו אם נתבטל האיסור וכיון דאין לנו ההיתר דאחרי רבים להטות, לא הותר האיסור אף אם קמי שמיא גליא שהוא המיעוט משו"ה צריך להביא אשם תלוי באוכל דבר איסור כרת שנתערב חד בחד.

לפי זה היכא שהותר לו מטעם זיל בתר רוב, נתהפך האיסור להיות היתר, מכש"כ היכא דמדין התורה מותר לו לאכול או לעשות, לא עשה כלל איסור אחרי שהותר לו שאין לו כלל לחשוש, ולפי זה הי' משמש עם הטהורה ואמרה לו נטמאתי, בלא דין דאונס אין מחויב קרבן שהרי לא הי' לו לחשוב, אכן היכי ששימש סמוך לוסתה אז אם נטמאה מחויב קרבן שהרי היה לו לחשוב שמא נטמאה, ואז לא נתהפך איסור להיתר, ובתוס' ביצה דף כ"ד איתא דאם אכל בהמה ונמצאת טריפה לא צריך כפרה והטעם משום דלא עשה איסור.

ובזה יתישב מאי שהקשו על משנה כתובות, דכתולה נשאת ברביעי משום דחיישינן שמא בעולה היא, הא קיי"ל אין צריך לבדוק אחר ח"י טריפות משום דאזלינן בתר רובא, ורק לבדיקת הריאה מצרכינן משום שהוא מיעוט המצוי, וא"כ כיון דרוב נשים בתולות וכשרות הן, א"כ לא ליצטרך להנשא ברביעי דזיל בתר רובא.

אכן לדברינו, משום הכי אין מחויב לבדוק אחר ח"י טריפות אף דבודאי מיעוט טריפות יש, וא"כ כשאין בודקין הלא המיעוט יאכל טריפה, אכן כפי שביארנו כיון דאין לו לחשוש, דהתירה התורה, ואמרה זיל בתר רוב, א"כ אף המיעוט שאכלו הטריפה מפני

שלא בדקו לא עשו איסור, שהיתר הוא להם אחרי שהתירה התורה, אבל אילו היינו חוששין שמא יראה המיעוט ויאכל, בודאי דהי' חיוב לבדוק, דמשום מיעוט שלא יכשלו באיסור עושין תקנה לכל ישראל, וכמו בתקיעת שופר דאם חל יום ראשון של ראש השנה בשבת אין תוקעין שמא ישכח ויוציא השופר, אף דבודאי אך מיעוט יכשלו בזה, בשביל המיעוט עושין תקנה שכל ישראל לא יתקעו, ורק משום הכי אין מחויב המוכר לבדוק אחר ח"י טריפות דלא נחשדו ישראל שיאכלו כשיראו טריפה, אבל האי דינא דבתולה נשאת, הא חוששין שמא ימצא בעולה וידע שהדבר איסור ויהי' אקרורי דעתא ולא ילך לב"ד, א"כ הרי מיעוט שיהי' אצלם איקרורי דעתא יעשו איסור וא"כ עושין תקנה בשביל המיעוט, משא"כ בח"י טריפות אין צריך לבדוק שהמיעוט שיאכל הטריפה שלא בדקו הא לא יאכל איסור, דכיון דהתירה התורה ואמרה זיל בתר רוב, ואין לו לחשוש, האיסור אצלו נתהפך להיתר, אכן כתבו התוס' שם בביצה, דאם אכל קודם הפשט ונמצאת טריפה אז צריך כפרה על איסור טריפה, אף דמה שאסור לאכול קודם הפשט הוא משום דרך ארץ, אבל כיון שאסור הרי בכה"ג לא נתהפך להיתר, וא"כ צריך כפרה על איסור טריפה.

(ב) והנה בגיטין איתא, דאם היא פרוצה יוצאת בשוק וראשה פרוע זו מצוה מן התורה לגרשה, והיינו דילפינן מקרא דקרי לשני אחר, שאינו בן זוגו של ראשון, או מקרא דשנא שלח, והנה הגרעק"א בסימן קי"ד הקשה על דברי הראב"ד שכתב דהיכא שהודית ששמשו נדה אינה מפסדת כתובה משום דאין אדם משים עצמו רשע.

והקשה ממתניתין דאמרה טמאה אני לך דמפסדת כתובתה אלא אמרינן דאין אדם משים עצמו רשע. ונראה לי, דהנה הא דאמרינן דאם משמתו נדה הפסידה כתובתה, אין הטעם מפני שכיון שהכשילתו בדבר איסור הפסידה כתובתה, דאטו אם אחד חייב למלוה כסף ואח"כ יברר שהמלוה הכשילו באיסור אכילת חזיר, האם בשביל זה יפטור מחובו, מה ענין זה לזה, בשביל שהכשילו באיסור ישא עונו בידי שמים, והחוב שהוא חייב לו צריך לשלם, ואם איננו משלם רשע הוא וע"כ דמשמשו נדה מפסדת כתובתה הוא משום דכיון דדין דוספרה לה נתנה התורה לה נאמנות וכיון ששמשו נדה יכול לומר אין אנו מאמינך, ומעתה אי אפשר לו להיות עמה, וא"כ היא גרמה שצריך לגרשה, משו"ה הפסידה כתובתה, שהרי היא הביאה לידי כך שיצטרך לגרשה, נמצא מה דמפסדת כתובתה בשמשו נדה הוא משום שאבדה נאמנותה וגרמה שיצטרך לגרשה, וכן במאכילתו שאינה מעושר ולא נטלה חלה, הוא שזה מהמלאכות שהאשה עושה לבעלה, וכיון שאין לה אמונה והיא גרמה שיהי' לו הדין לגרשה, משו"ה הפסידה כתובתה, וכל זה היכא דמעשי' גרמו שיצטרך לגרשה, אבל היכי דכבר מחוייב לגרשה וליתן כתובה ומעשיה לא גרמו שיצטרך לגרשה בודאי דבשביל שהכשילתו באיסור, לא תפסיד כתובתה.

ותמוה לפי זה דברי החידוש הגרעק"א בכתובות דף י"ב שכתב ז"ל, תו יש לומר בממ"נ דאם תחתיו נאנסה הכשילתו באיסור ואבדה כתובתה כמו במשמשו נדה, ולדברינו לא דמיא כלל, התם גרמה שיצטרך לגרשה, כיון שאבדו אצלו נאמנות שהוא אינו רוצה לסמוך עוד עלי' ובלא זה היתה מותרת לו, אבל הכא בנאנסה תחתיו דכבר מחוייב לגרשה

וליתן כתובה, ובשביל שהכשילתו באיסור, האם בשביל זה תאבד כתובתה, כיון דמעשי לא גרמו שיצטרך לגרשה, שהרי בלא"ה הי' מחויב לגרשה, א"כ כתובתה לא הפסידה.

עכ"פ הא דמשמשתו נדה דהפסידה כתובתה, מה דמפסדת כתובתה הוא משום שאבדה הנאמנות, אכן באשה מזנה תחת בעלה, התם הפסידה כתובתה משום דמעלה באישה, נמצא דלא דמי כלל האומרת טמאה אני לך דנאמנת להפסידה כתובתה, ובאומרת ששמשתו נדה סובר הראב"ד דאין אדם משים עצמו רשע ולא הפסידה כתובתה, דהתם נהי דעל עצמה אין מאמינין, אבל פלגינן דבורא, ולגבי זה שהפסידה כתובתה כיון דלדברי' עשתה מעשה שהפסידה כתובתה, נאמנת, אבל הכא מה שתפסיד הכתובה הוא אם נאמין שאבדה הנאמנות, דהמעשה בעצמה אין גורם שתפסיד הכתובה, רק אם תאבד נאמנותה, א"כ כמו שאין אדם משים עצמו רשע ליפסל לעדות, כן אין אדם משים עצמו רשע לפסול נאמנותו, משו"ה אם אומרת ששמשתו נדה לא הפסידה כתובתה, דאין אדם משים עצמו רשע לומר שהפסידה ואבדה נאמנותה, ולפי זה הא דיוצאה וראשה פרוע הפסידה כתובתה הטעם משום דמצוה מן התורה שיחשוש כיון דהיא פרוצה שמא נטמאה, דמשום שעושה איסור משום זה לא תצא בלא כתובה היכא דאין זה נוגע עליו, ובנודרת ואינה מקיימת אמרו הטעם דמשו"ה תצא שלא בכתובה דמשום עון זה בנינים מתים, וא"כ הדבר נוגע אליו, אבל משום שהיא עוברת איסור היכא דאין נוגע אליו, משום זה לא תפסיד כתובתה, וע"כ הא דעוברת על דת משום דאם היא פרוצה מצוה מן התורה לחשוש שמא נטמאה אף דאינה נאסרת אלא בקינוי וסתירה, אבל מצוה יש לחשוש, ואם שנא שלח, והיינו מצא בה דבר ערוה, היינו שאף שאין זה ערוה, אבל דבר של ערוה הוי.

לפי זה מיושב קושית התוס' שהקשה על פרש"י שפירש דמשו"ה פריך אותה מעשה מפני מה לא אסרוה, וכתב רש"י, שהרי הרבה עדים ידעו בדבר, והקשה בתוס' הא בודאי לא שימש בפני עדים, ופירשו בתוס' דהקושי' כיון שאותו צדיק הי' יודע לא הי' מחזיקה, ואנחנו הקשינו מדוע מיאן רש"י לפרש כן, אכן לדברינו ניחא, דהנה האיסור שנאסרה לבעול הוא משום דנאסרה לבעלה אבל אם לא נאסרה לבעל גם על הבעול אין איסור (לגמ' דידן כמו בנאנסה), ולפי דברינו, דהיכא דאין צריך כלל לחשוב אז אצלו האיסור נהפך להיות היתר ולא הוי אצלו כלל איסור, וא"כ אף אם ידע הבעול, כיון שהבעול יודע שאין הבעל יודע כלל וממילא אין על הבעל איסור כלל דיש לו לסמוך על חזקה ואין לו לחשוש כלל, אז גם להבעול מותר.

[הגהמ"ח זצ"ל כוון בחידושו זה להריטב"א המובא בשט"מ בכתובות שם, ועיין עוד בשו"ת לבוש מרדכי ס' ל"ט שביאר בארוכה] ג) ולפי דברינו יש לבאר דברי הר"א ממיץ בסוף נדרים גבי האומרת טמאה אני לך, שהקשו הא שויא אנפשה חתיכה דאיסורא ותירץ הר"א, דלא מצינו זונה שהיא אסורה לכהן, והקשה בתוס' הא כל היכא דאיהו מוזהר איהי מוזהרת, אכן לדברינו הדברים מיושבים, דהנה בפירוש דכל היכא דאיהו מוזהר איהי מוזהרת, יש לפרש בב' אופנים, או דקאי על הלאו.

דהלאו שהוא מוזהר גם איהי מוזהרת נמצא דכיון דאיהו מוזהר בלאו דזונה לא יקחו, גם איהי מוזהרת שלא תיקח לו, או דקאי על הביאה, דביאה שאיהו אסור אסור לה

להנשא ליבעל לו ביאה שהוא אסור ומוזהר בה, והנה בכתובות דפריך, וניתי עשה ונדחי ל"ת, ומשני משום דאי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל, ועיין שם בתוס' שמקשו מכבוד אב דלמה לן קרא דלא דחי, הא אי אמר לא בעינא מי איתא לעשה, ועיין בתוספת ישנים שתירץ דהכא הא גבה אין עשה ונמצא היא עוברת על ל"ת, ולכאורה יקשה על הנך ראשונים דאיך מפרשי' כן בגמ', כמו רש"י ורשב"א ושאר ראשונים עליהם יקשה באמת מאי פריך בגמ' וניתי עשה ונדחה ל"ת (וכדברינו דהקושיא א"כ הא היא ראוי לקיימה) הא היא עוברת בל"ת, אכן לדברינו כל הראשונים סברי דהאי כללא דכל היכא דאיהו מוזהר איהי מוזהרת, קאי על הביאה, דביאה דאיהו מוזהר גם היא מוזהרת נמצא דהאי ביאה דהמאנס מותר בה מטעם דלגבי דחי עשה את ל"ת, גם עלי' אין איסור, משו"ה פריך ניתי עשה ונדחה ל"ת, ותהא ראוי' לקיימה, ופריך מגרושה או זונה לכהן הדיוט, אכן תוס' ישנים סברו דהאי כללא דכל היכא דאיהו מוזהר קאי על הלאו, וכיון שגם איהי מוזהרת על הלאו ואצלה אין עשה, משו"ה לא דחי.

נמצא דהר"א ממיץ ג"כ יסבור דהאי כללא דכל היכא דאיהו מוזהר היא ג"כ מוזהרת רק על הביאה ולא על הלאו, וגם סבירא, דהאי איסורא דונטמאה, הוא ג"כ עיקר האיסור שנאסרה ונטמאה לבעל, וכיון דהבעל מוזהר על הביאה, היא ג"כ מוזהרת עליו, אבל היכא דהבעל אין מוזהר על הביאה אף מטעם דלא הוי לי' למידע ונתהפך אצלו האיסור להיתר, גם על האשה אין איסור, הן בסוטה לבעלה, והן באיסור זונה לכהן, משו"ה כיון דאמרו רבנן עיני' נתנה באחר ואין להבעל לחשוש לא באשת ישראל שאמרה ברצון ולא באשת כהן שאמרה נאנסתי, הוי אצלו היתר, ס"ל להר"א ממיץ דבכה"ג אין עלי' איסור.

לפי זה מבוארים דברי רש"י, דהנה הא לעיל ביארנו דאימתי נתהפך האיסור להיות היתר, דוקא היכא שאין עליו איסור כלל, אבל אם יש עליו איזה דין שלא הי' לו לעשות, אף שהוא רק מדין דרך ארץ אז נתגלגל עליו האיסור ולא נתהפך להיות היתר, מעתה יהי' הדין גבי בועל היכא דאין על הבעל לחשוב כלל, דאז אף אם קמי שמיא גליא שנטמאה אין על הבעל איסור כלל, גם להבועל מותר אף שהוא יודע, אכן הרי איסורו מטעם ליתא דהבעל, ולבעל היא מותרת, אבל אם הי' באופן שעל הבעל מצוה לגרשה מטעם שהי' לו לחשוש, אף שאין איסור, עכ"פ מצוה מן התורה יש ולא נתהפך גבי הבעל האיסור להיתר, וא"כ לבעל שהוא יודע האמת אסור לו, לפי זה גבי אותה מעשה אילו לא הי' עדים רואים את הדבר מכוער שנסתרה והובאה לביתו אז היתה מותרת גם לאותו צדיק, אף שהוא יודע הדבר, דאחרי שאין לאורי' לחשוש כלל, הרי לא נאסרה על אורי', וכל שלא נאסרה על אורי' לא נאסרה גם לאותו צדיק, אבל כיון דהרבה עדים ראו את הדבר מכוער שהובאה לסתירה, א"כ הי' על אורי' מצוה מן התורה לגרשה, אף שאין איסור שהרי לא הי' קינוי, אבל לא גרעי מפרוצה ומשאר עוברת על דת, וכיון שמצוה מן התורה לגרשה, לא נתהפך האיסור להיתר גבי אורי', וא"כ אף שלא ראו עדים המעשה אבל אותו צדיק שידע הדבר לא הי' מחזיקה.

ד) והנה הרמב"ם כתב דאם אמר בעלה אינו משקה אסורה לבעל, והקשה הח"מ בסימן י"א, הא הבעל טוען בריא ומנא לן דלא מהימן לגבי עצמו, אכן הלא איתא במתניתין,

אמרה התורה דאם אמר בעל איני משקה אסורה בתרומה, אף שהיא טוענת בריא לי שלא נטמאתי, אעפ"כ אסורה, הרי דבכה"ג אין מועיל בריא, ואף דאיתא בהאשה רבה היכא דשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת, אם נשאת לא תצא, דמועיל בריא שלה, התם לא נחשדה על זה, אבל האי ספק שהוא ספק טומאה ונחשדה אין מועיל בריא שלה, אכן כל זה דאין מועיל בריא של הבעל ולא ברי שלה אף לגבי עצמם, הוא דוקא היכא שהספק יש לו דין איסור מטעם ספק טומאה, אבל היכא דהוי רק מצוה לגרשה, היכא שהם טוענים בריא מועיל, אכן היכא דהוי קלא דלא פסיק, אין מועיל בריא נגד הקול, דהרי משו"ה אם יצא קול שנתקדשה לא תנשא אף שהיא אומרת בריא שלא נתקדשתי, והא דאמרינן ברננה לא מפקינן, היינו דוקא היכא דהקול הוא שעבר מקודם איסור, כמו נטען על השפחה, דהקול אומר רק שכבר עבר איסור, לכתחילה לא ישא, שלא להחזיק זלות שפתים, אבל אם נשא אין מוציא, שהרי גם לפי הקול עתה אין עובר איסור, אבל אם לפי הקול הוא עובר עתה איסור, אז אם הקול הוא קודם נשואין מפקינן, אבל לאחור נשואין אין חוששין כלל.

מעשה מבוארים דברי הרמב"ם והאלפס שכתבו היכא דאיכא קלא דלא פסיק ועדי דבר מכוער מוציאין מבעל, והקשינו במאי מצטרפין, אכן לדברינו הדברים מבוארים, דאם איכא קלא דלא פסיק בלא עדי דבר מכוער הרי הקול אין אומר כלל שאסורה לבעל, שהרי כיון דלגבי הבעל הוי קלא דבתר נשואין, הא אין לבעל לחשוש, וכיון דאין לו לחשוש, הרי אצלו נתהפך האיסור להיתר, וגם להבעל לא נאסרה, וא"כ לא תצא מן זה שיוצא עליו קול, שהרי הוי רק רננא שעבר איסור, אבל לא שעושה עתה איסור, שהרי לא נאסרה לבעל, והיכא דהוי רק עידי דבר מכוער בלבד בלא קלא דפסיק: אף בכה"ג לא נתהפך האיסור להיתר לגבי הבעל, שהרי כיון שיש עידי דבר מכוער יש עליו לחשוש, אבל הא הבעל טוען ברי לא נטמאה, וכיון דהאי ספק לא הוי ספק של קינוי וסתירה, מועיל הברי של הבעל, ואם נשאת לא תצא, אכן אם הוי עידי דבר מכוער וקלא דלא פסיק.

הא הקול הוא אומר שגם עתה הוא עובר איסור, דכיון שהיו עדי דבר מכוער לא נתהפך האיסור להיתר להבעל, וא"כ הוי קלא דלא פסיק שנטמאה, ואסורה לבעל, וכיון דהוי לגבי הבעל קלא דקודם נשואין מש"ה תצא. ולפי זה נראה לי דהרמב"ם והאלפס לא גרסי כגרסתינו בגמ' דאיתא, הא בקלא דלא פסיק הא בקלא דפסיק קלא דלא פסיק וליכא עדים כרבי, קלא דפסיק ואיכא עדים כרב, דקשה מאי ענין קלא לרבי, הא רבי סובר באיכא עדי דבר מכוער או שהוא בעצמו ראה דבר מכוער אבל לאסור בשביל קלא יוכל לסבור דאין איסור, גם מה דקאמר קלא דפסיק ואיכא עדים, אי איכא עדי טומאה הא כו"ע מודו דאסירא, אלא דצריך לפרש אם קלא דפסיק אז דוקא בדאיכא עדים, וזה לא משמע מהלשון.

לכן נראה דהרמב"ם והאלפס גרסי, קלא דלא פסיק ואיכא עדים כרבי, והפירוש אם יש עדי דבר מכוער וקלא דלא פסיק, אז הדין כרבי דע"י דבר מכוער מוציאין מן הבעל אבל דוקא אם מצורף לזה קלא דלא פסיק, וכדפירשנו, קלא דפסיק וליכא עדים כרב, פירוש אם הקלא הוא דפסיק אז אף אם איכא עדי דבר מכוער מותר, וכדביארנו דמועיל

הברי של הבעל, או אף אם הקלא הוא לא פסיק, אלא שליכא עדים על דבר מכוער, ג"כ כרב דמותר לבעל, דהרי לא נאסרה לבעלה דנתהפך האיסור להיתר.

שוב מצאתי שהגירסה בשאלות בפ' פנחס הוא ג"כ קלא דלא פסיק ואיכא עדים כרבי, ב"ה שכונתי, והיינו להרמב"ם והאלפס לאסור על הבעל דוקא, אבל לבעלה מותרת אף בעדי דבר מכוער וקלא דלא פסיק, דהא להבעל הוי קלא דבתר נשואין. ומשום עדי דבר מכוער הוי רק מצוה לגרשה והא דבירושלמי איתא לגבי בעל, שם קאי על מתניתין דתצא שלא בכתובה, דהוי רק מצוה, ובודאי דהיכא דהוי דבר מכוער מצוה לגרשה, אבל לא איסור, דהוי רק כעוברת על דת.

סימן כ שיטת השאלות באיכא עדי דבר מכוער וקלא דרא פסיק השאלות כתב דהיכא דאיכא עדי דבר מכוער וקלא דלא פסיק מפקינן מבעל ומבעל, וקשה הא לבעל הוי קלא דבתר נשואין וקלא דבתר נשואין הא לא חיישינן, ואם נאסרה בעדי דבר מכוער למה לן קלא דלא פסיק. ונראה לי טעמא דהשאלות, דהנה בחידושנו למס' כתובות כתבנו על הא דהרמב"ם סתים לדין דהאומר פתח פתוח מצאתי דאסורה עליו אם קיבל אביי קידושין פחותין מבת ג' שנה, דהרא"ש כתב דזהו דוקא במכתשת או שותקת, אבל באומרת ברי שנאנסתי מהימנא, והרמב"ם מדלא חילק משמע בכל גווני אינה נאמנת, וכבר הקשו מ"ש ממדברת דאפילו ברוב פסולין אם אמרה לכשר נבלעתי נאמנת.

ונראה לי, דהנה הראשונים שהקשו מאי פריך בגמ' כתובות, הא הוי ספק ספיקא ספק תחתיו ספק לא תחתיו, ספק באונס ספק ברצון, הא ספק טומאה ברה"י אפילו ספק ספיקא טמא. אכן יש לתרץ עפ"י דברי התוס' שהקשו בנדה, אמאי אמרינן כל הנשים דיין שעתן ואפילו לרבנן דמטמאי הוא דוקא בקדשים והא הוי ספק טומאה ברשות היחיד ולא מוקמין אחזקה, ותירצו בתוס' משום דהוי טומאה דלמפריע, ולא ילפינן מסוטה אלא ספק טומאה דלהבא, ולא טומאה דלמפריע, לפי זה אפשר לומר דלא קשה מפתח פתוח דהוי ספק טומאה ברה"י, דהרי הוי טומאה דלמפריע.

וכן הש"ש הקשה על זה, דאיך נוכל לומר דלא גמרינן מסוטה אלא טומאה דלהבא ולא טומאה דלמפריע, דא"כ וקשה ממקוה שנמדד ונמצא חסר דמדמי בגמ' לדין דספק טומאה ברה"י, הא הוי טומאה דלמפריע, עוד הקשה מנגע באחד בלילה ואינו יודע אם חי או מת, ולדידי נראה דפירוש דברי התוס' דלא גמרינן מסוטה אלא ספק טומאה דלהבא ולא טומאה דלמפריע, הביאור, דאימתי ילפינן מסוטה, אלא אם הספק שנולד לנו הוא גם עתה הספק על הדבר הזה שנולד אם הוא עתה טמא מפני הדבר, או לא, כמו בסוטה דאם היא נטמאה היא גם עתה טמאה, ואם טהורה היתה גם עתה היא טהורה, אבל בנדה שראתה ומספקינן דילמא ראתה זאת הראי' בעצמה מקודם, א"כ הרי האשה עתה ודאי טמאה, שהרי עתה היא טמאה, א"כ לגבי האשה שבה נולד הספק לא נוכל לומר שהספק הוא גם עתה אם היא טמאה, דהרי היא בודאי טמאה עתה, וא"כ הספק הוא רק על לשעבר, אם מקודם היתה טמאה, זה לא ילפינן מסוטה היכא דאין הספק על של עתה אלא על מה שעבר, לפי זה לא קשה כלל ממקוה שנמדד ונמצא חסר, דהרי התם ספק הטומאה נולד באדם הטובל, והספק הוא גם עתה, אם טהור הוא עתה, או עדנה עליו הטומאה, א"כ הוי טומאה דלהבא, וזה ילפינן מסוטה.

אכן מנגע אחד בלילה לכאורה הקושיא עדנה בתקפה, דהרי התם נולד לנו ספק הטומאה באדם המת, ואותו מצאו בודאי מת, א"כ הרי הוא עתה ודאי טמא, והספק רק על למפריע, וא"כ הוי טומאה דלמפריע, ואם נימא דאף שבמת הוי טומאה דלמפריע שעתה הוא ודאי מת, אבל באדם הנוגע הוי טומאה דלהבא, שהרי עליו הספק הוא גם עתה, א"כ גם בנדה האדם שנגע בהאשה מקודם שראתה הוי אצלו טומאה דלהבא, שהרי הספק הוא עתה אם הוא טמא או טהור, ועכצ"ל דעיקר הדין במי שנולד לו הספק טומאה, ה"נ בנגע באחד בלילה נימא הא הנמצא הוא ודאי מת.

אכן אפשר לומר דהאי דינא דספק טומאה ברה"י דילפינן מסוטה, הוא דין באדם, שיש לו דינים ויש בו דעת לשאול, אבל על מת דאין לו דינים וגם אין בו דעת לשאול לא שייך לומר שבו נולד הספק, והוי רק כמונח בעל חי שנמצא מת, שספק אם מקודם הי' מת בעת שנגע האדם, דהדין דספק טומאה שייך בהאדם לא בהדבר, ובאדם הנוגע הא הוי ספק טומאה דלהבא, שהרי גם עתה הספק אם הוא טמא, ולפי זה קמה הקושיא מאי פריך ספק ספיקא הוא, הא הוי ספק טומאה ברה"י, דהספק הוא טומאה דלהבא, אם עתה היא טמאה לבעלה, ובספק טומאה ברה"י הא אף ספק ספיקא טמא.

אכן יש לתרץ, דספק טומאה ברה"י דמטמאין מספק, הוא דוקא אם ודאי היתה סתירה ברה"י, אבל אם ספק אם הי' כלל סתירה ברה"י, קי"ל ספק ר"ה ספק רה"י דהספק אם הי' כלל סתירה ברה"י, ספיקא טמא, ולא דמי לנכנס לבקעה ואינו יודע אם נכנס למקום הלז, דהתם הי' ודאי ברה"י, והספק ביאה הוי ספק ברה"י, אבל היכא דספק אם היתה כלל סתירה ברה"י, בכה"ג אין כאן דין דספק טומאה ברה"י, והכא אם הספק שמא לאו תחתיו, הלא אז לא שייך כלל על טומאה, שהרי בפנוי אי אפשר כלל להיות טמאה, וא"כ לא שייך אז סתירה, וא"כ אם הספק שמא לאו תחתיו הוי כמו ספק ר"ה ספק רה"י ואין כאן דין דספק טומאה ברה"י, ורק מטעם איסור, ובאיסור הא ספק ספיקא מותר.

והנה הא דנאמנת בראוה שנבעלה ואמרה לכשר נבעלתי, ביארנו בספרינו לבוש מרדכי על ב"ק בסוגיא דאין הולכין בממון אחר הרוב. שהוא משום דעד אחד נאמן באיסורין, אף בדבר הנוגע לעצמו, דהרי לפי דברי התוס' הא דעד אחד נאמן באיסורין ילפינן מוספרה לה לעצמה, אכן הא דנאמן עד אחד באיסורין היינו דוקא בספק דעלמא דלא עשאו הכתוב כודאי, אבל בספק דעשאו הכתוב כודאי אין עד אחד נאמן, ומכש"כ היא לעצמה, שהרי אמרה תורה שאסורה אף שטוענת בריא שלא נבעלתי, הרי דבספק כי האי אין מועיל מה שמעידה על עצמה.

לפי זה לא קשה בפתח פתוח מצאתי בקבל בה קידושין פחותה מבת ג' שנים, אמאי אין נאמנת לומר נאנסתי, דהרי כיון שקיבל קידושין פחותה מבת ג' שנים הא הי' הסתירה ברה"י, שהרי הי' אפשר לה להטמאות, ובפרט לדברי הרמב"ם שסובר דאף קטנה שזינתה ברצון נאסרה על בעלה, וא"כ עתה ודאי שהי' הסתירה ברה"י, היינו באופן שהיתה יכולה להטמאות, וספק אם נטמאה או לא, הוי ספק טומאה ברה"י, וספק טומאה ברה"י שעשאו הכתוב כודאי, אין נאמנת לומר נאנסתי, כמו שאינה נאמנת לומר לא נטמאתי (והא דאינה נאמנת באשת כהן אף דהתם לא הוי ספק טומאה ברה"י שהרי הספק שמא לאו תחתיו, ביארנו שם בכתובות).

אכן הרא"ש כתבו דאם אמרה נאנסתי נאמנת, דהרא"ש שלטעמי' שהוא פירש בתוספתא לנדה, דהפירוש טומאה דלמפריע, כל דבר שלא הי' עלינו לחשוב בשעת מעשה, דדוקא בקינוי וסתירה שבשעה שנולד הספק אם היינו רואים, הי' לנו ספק שמא היא נטמאת בשעת מעשה, וכן בנמצא שרץ אילו היינו יודעים שיש שרץ, היינו מספקים בשעת מעשה שמא נגע, אבל בנדה הא כל זמן שלא נמצא הדם אין לנו לחשוב שמא נטמאה, ורק משום שנמצאה עתה הדם מוליד ספק למפריע, בכה"ג אין כאן דין דספק טומאה ברה"י, לפי זה בפתח פתוח כל זמן שלא נמצא הפתח פתוח, אין לנו לחשוב כלל שמא נטמאה, ורק המעשה שמצאו עתה פתחה פתוח מוליד ספק למפריע, אין כאן דין דספק טומאה ברה"י, משו"ה ס"ל להרא"ש דאם אמרה נאנסתי נאמנת.

נמצא לפי דברינו יש מחלוקת בין הרמב"ם והרא"ש בטומאה דלמפריע, להרמב"ם החילוק בין טומאה דלהבא לטומאה דלמפריע הוא אם השאלה נוגעת לא לדינא עתה, או דעתה אין לנו נפקא מינה בדבר שנולד הספק, ורק למפריע הנ"מ ולהרא"ש החילוק בין טומאה דלהבא לטומאה דלמפריע הוא אם בשעת מעשה הי' לנו לחשוב או לא.

מעשה נוכל לומר דהרמב"ם לטעמי', והשאלות כהרא"ש, דלהרמב"ם אי אפשר כלל לפרש דמה דאמר רבי, רוכל יוצא ואשה חוגרת סינר עושה לספק ממש שמא נבעלה ואסורה לבעלה, א"כ הוי ספק טומאה ממש דאסורה לבעלה מטעם ספק טומאה, וא"כ בכה"ג אין מועיל ברי, וא"כ היתה אסורה גם לבעול, שהרי היכא דהוי ספק טומאה ברה"י אין מועיל ברי שלה ולא בריא של הבעול, וא"כ אמאי אמרינן בגמ' דבעינן עוד קלא דלא פסיק, ע"כ דהאי ספיקא דרוכל יוצא ואשה חוגרת סינר הוי רק מצוה לגרשה, אבל איסורא אין כאן, דהוי רק כמו אשה פרוצה, משו"ה לבעול לא נאסרה, ובעינן שיהי' עוד קלא דלא פסיק, אכן השאלות סבר כהרא"ש, דהיכא דבשעת מעשה לא הי' ריעותא והריעותא נולד לאחר מכאן, לא הוי כלל מדין ספק טומאה ברה"י.

נמצא דהשאלות סבירא לי' דרוכל יוצא ואשה חוגרת בסינר אסורה לבעלה דהוי ספק כמו פתח פתוח, אלא דלא הוי מדין ספק טומאה, דהרי הא בשעה שהרוכל הי' בבית לא נולד לנו ריעותא דאין אוסרין על היחוד, ורק אח"כ שראינו דחוגרת בסינר נולד לנו ריעותא לחשוב למפריע, האי ספק לא מטעם ספק טומאה אתינן עלה אלא מטעם ספק איסור, ובספק איסור הא מועיל ברי של הבעול ושלה, ולבעול מותרת שהרי טוען ברי, דהיכא דלא הוי ספק טומאה מועיל ברי שלו.

משו"ה בעינן קלא דלא פסיק, והיכא דהוי קלא דלא פסיק וגם הספק דרוכל יוצא ואשה חוגרת בסינר אסורה לבעול ולבעול, דהיכא דהוי קלא דלא פסיק, אין מועיל ברי של הבעול והאשה, והא דלקלא דבתר נשואין לא חיישינן הוא דוקא היכא דבאנו לאסור מטעם הקול, אבל הכא הא בלא ברי שלה היתה אסורה, היינו אם היתה שותקת או מכחשת.

ורק להתיר אותה באנו שיועיל ע"י הברי שלה (כמו באומרת נאנסתי להרא"ש), לזה מועיל קלא דלא פסיק שלא יועיל בריא שלה, והיכא דאיכא עדי דבר מכווער וקלא דלא פסיק אסורה לבעול ולבעול, (ולפי דברינו להשאלות במצא פתח פתוח ואומרת נאנסתי

אם יהי קלא דלא פסיק שנטמאה ברצון, תהי' אסורה, כיון דבשותקת אסורה, מועיל הקלא דלא פסיק שלא יועיל הבריא שלה אף קלא דבתר נשואין).

סימן כא שיטת רב אלפס בקלא דלא פסיק האלפס כתב ז"ל, ובקלא דלא פסיק עבדינן כרבי ומפקינן לה בעדי דבר מכוער כו', והני מילי מבעל שהוא הנטען, אבל מבעל עצמו לא מפקינן לה אלא בעדי טומאה, בין יש לה בנים בין אין לה בנים, כדגרסינן בקידושין בפרק האומר לחבירו, איבעא להו אשתו זינתה בעד אחד מהו, אמר רבא הוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים עכ"ד, והנה מהא דאין אשה נאסרת אלא בקינוי וסתירה לא הוי מצי האלפס לאתוי, דהרי אפשר דמעשה דרוכל יוצא הוי ספק, כמו במצא פתח פתוח, וכן מהאי דלקלא דבתר נשואין אי אפשר להביא ראי', כמו שביארנו דהאי דינא דלקלא דבתר נשואין לא חיישינן.

הוא דוקא היכא שאוסרין אנו אותה מטעם הקלא, אבל הכא אוסרין אותה מטעם עדי דבר מכוער, דאפשר דהוי כפתח פתוח, אלא דהי' מועיל הברי להתיר, בכה"ג אפשר דאף לקלא דבתר נשואין חיישינן שלא יועיל הברי, משו"ה הוצרך להביא ראי' מהאי דינא דאשתו זינתה בעד אחד, דרבא ס"ל דמותרת.

אלא דלכאורה קשה מאד, מאי ראי' היא זו, התם הטעם, דאין דבר שבערוה פחות משנים, ואין מאמינים להעד ומחזיקין ששקר הדבר, והלא בכל דוכתי אין עד אחד נאמן בדבר שבערוה מטעם דאין מאמינין, ואם האלפס מביא ראי' מדינא דאין דבר שבערוה פחות משנים, הלא אפשר להביא ראיות מכל סוגיות הש"ס, אלא ע"כ דאין ראי' דהטעם משום דאין העד נאמן, אבל הכא הא יש עדים על דבר הכיעור, וא"כ אם נימא דספק הוא תיתסר מספק, ומאי מדמי האלפס זה לגמ' דקידושין.

ונראה לי, דהנה בספרינו לבוש מרדכי על ב"ק בסוגיא דאין הולכין בממון אחר הרוב ביארנו לישב שהקשו התוס', איך אמר אביי דאשתו זינתה בעד אחד והלה שותק דנאמן, והא אין דבר שבערוה פחות משנים, וביארנו דהנה היכא דעד אחד בא לחייב איש בממון או במלקות או בפסלות אינו נאמן, אכן באיסורין נתנה לו התורה נאמנות, וזה ילפינן מלא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת, אבל קם לאיסורין, והיכא דהוי דבר איסור, אכן ע"י שמעיד העד שהדבר אסור כמו נתנסך יינך הרי הוא מפסיד לו ממון, ואיך נדון לזה, אם הוי איסור יש לו נאמנות, ואם נחשוב זה להפסד ממון אין לו נאמנות, ומצינו בחטאת שאמרה תורה, או הודע אליו, ולא שיודיעוהו אחרים, יכול אפילו אינו מכחיש, ת"ל או הודע אליו מ"מ, הרי דבדבר שיש בזה איסור וגם הפסד ממון שהרי יצטרך להביא חטאת בזה אם מכחישו אינו נאמן, ולא דוקא אם מכחישו, אלא אף אם אומר איני מאמינך, ואם אינו מכחישו נאמן, והנה אביי סבר דכיון דבא להפסידו הוי דבר שבממון אלא דאמרה התורה כיון שאינו מכחישו הרי הוא בשתיקתו מאמין את העד עליו, והיכא דהוא מאמין עליו יש לו נאמנות, משו"ה באמר נתנסך יינך, כיון שהוא שותק ואינו אומר איני מאמינך הרי הוא מאמין עליו, וכמו דאיתא בגמ' לקמן דף פ"ז דאיתא בגמ' ממאי דמהימן דילמא משום דאשתיק ושתיקה כהודאה, והיינו דאף שאינו יודע כיון שהוא שותק שתיקתו הוי כהודאה שהוא מאמין לו, משו"ה סבר אביי דאף בדבר שבערוה אם הוא שותק הרי האמינו עליו, ובכה"ג אף דבר שבערוה אסור, אכן

רבא סובר דאין הטעם דשתיקתו הוי כהודאה, אלא דכיון שהוא דבר שבאיסור א"כ הא יש להעד נאמנות, אלא דאם אומר אינו מאמינך אין לו ספק בדבר, נמצא דהעד בעדותו בא להפסידו ממון ואינו נאמן, אבל אם הוא שותק הרי לדידי ספק, וכיון דהוי אצלו ספק לא שייך לומר הפסד ממון, ולגבי עצמו הא הוי איסורין, וממילא יש להעד נאמנות מטעם עד אחד נאמן באיסורין, דכל זמן שאין אומר איני מאמינך הוי דבר שבאיסור אחרי שגם לו הוי ספק בדבר אכן כל זה אם להעד יש נאמנותו אבל בדבר שבערוה הא אין להעד נאמנות, משו"ה אף אם שותק מטעם דמספקא לי' מותר אחרי שאין להעד נאמנות בדבר שבערוה.

לפי זה שפיר מביא האלפס ראי' דאיסור איש באשתו הוא דוקא אם הספק הוא כמו קינוי וסתירה, היינו שיש לזה דין דספק טומאה, שספק כזה עשאו התורה כודאי, דאם נימא דאיסורא דבעל באשתו הוי אף ספק שלא כגון ספק טומאה דסוטה, א"כ נהי דאין אחד נאמן בדבר שבערוה, אבל הא ע"כ היכא דשותק הוי הדבר ספק אצלו, דאם שתיקתו לא הוי עושה לספק, לא הוי נאמן גם בדבר שבאיסור, שהרי בעדותו הוא מפסיד לו ממון, ע"כ דמה שהוא שותק מוכיח שהדבר ספק לו, וא"כ נהי דאין נאמנות להעד לאסור בתורת ודאי, יאסור מטעם ספק ע"כ דאין האשה נאסרת לבעלה אלא בספק, כקינוי וסתירה דהוי ספק שהוא כודאי, אבל לא בספק בעלמא, ורוכל יוצא ואשה חוגרת בסינר ע"כ לא הוי ספק ממש כקינוי וסתירה, מדבעי בבעל, היינו בהנטען, דוקא קלא דלא פסיק, ע"כ דהאי ספק אינו כקינוי וסתירה, וע"כ דהאי תצא הוא מבעל אבל לא מבעל, דאינה נאסרת אלא בספק של קינוי וסתירה.

אכן השאלות יסבור כדברי הר"ן שפירש שם בקדושין דהא דשותק נאמן אין הטעם משום דאשתיק ומוכח שאצלו ספק אלא שגזירת הכתוב מקרא דאו הודע אליו, שאם שתיק הדין הוא ששתיקתו כהודאה ונאמן באיסורין ולא בדבר שבערוה, דשם לא מצינו גזירת הכתוב א"כ לדברי הר"ן אין ראי' כלל משם לדין דרוכל יוצא, דהתם הטעם שאין להעד נאמנות אבל הכא הא ראו עדים את מעשה הכיעור, והוי ספק גמור שמא נבעלה כמו בפתח פתוח, ואף שאין זה ספק כקינוי וסתירה הוי מועיל ברי, אבל בלא טענת ברי כגון בשותקת או במכחשת אסורה לבעלה ככל ספק, אלא דמועיל בכה"ג ברי של הבעל והאשה, אבל היכא דאיכא קלא דלא פסיק שם אין מועיל ברי, וקם הדין דמספק אסורה לבעלה ומוציאין בין מבעל בין מבעל היכא דאיכא עדי דבר מכוער וקלא דלא פסיק.

סימן כב בסוגיא דשלשה אחין שנים מהן נשואין שתי אחיות ואחד נשוי נכרית. וגירש אחד מבעל אחיות את אשתו ומת נשוי נכרית וכנסה המגרש ומת.

דף ל.

שלשה אחין שנים מהן נשואין שתי אחיות ואחד נשוי נכרית גירש אחד מבעלי אחיות את אשתו ומת נשוי נכרית וכנסה המגרש ומת זו היא שאמרו וכולן שמתו או נתגרשו צרותיהן מותרת, טעמא דגירש ואחר כך מת אבל מת ואחר כך גירש אסורה. אמר רב אשי זאת אומרת יש זיקה אפילו בתרי אחי כו' ולרבא (דסבירא לי' מיתה מפלת) הניחא אי סבר לה כרב אשי, זו היא למעוטי מת בלא גירש כו' ע"כ כרב אשי ס"ל עכ"ל הגמ'.

וכתב רש"י ז"ל, זו היא למעוטי כו' אבל מת שני זה אחר הראשון ולא גירש את אשתו ואפילו לא כנס את הנכרית אסורה דהואי צרת אחות אשה בזיקה ואפילו בשעת מיתה כו', וכתב ע"ז הרשב"א ז"ל, ואיכא למידק דהא נכרית ונפלה לפני שני יבמין נשואין ב' אחיות הרי זו מתיבמת לאחד מהן כו' א"כ כשמת אחד מבעלי אחיות ולא כנס למה נאסרה לאח השני, י"ל מחיים כיון שהערוה עומדת עם בעלה הוי לה אידך צרת ערוה שלא במקום מצוה ושריא, אבל מת אחד מבעלי אחיות כיון ששתיהן באות להתיבם הוי להו צרות ואסורות דחשבינן כאילו נתיבמה אצל זה שמת, ונפלה היא והערוה עכשיו לפני האח השלישי, ואינו מחור דא"כ אתה עושה אותן צרות לאחר מיתה ואין צרת ערוה לאחר מיתה וכענין שאמרו בירושלמי כו' עכ"ל הרשב"א.

א) והנראה לתרץ דהנה מה שתירץ הרשב"א על הקושיא כיון שיש זיקה א"כ כיון שהיא זקוקה לשני היבמין בעלי האחיות א"כ הא הוי צרת ערוה, ותירץ הרשב"א משום דהוי צרת ערוה שלא במקום מצוה, הא לכאורה אין זה תירוץ אלא על הקושיא דהא היא צרת ערוה בזיקה שהרי היא זקוקה ליבמין בעלי האחיות, ע"ז שפיר משני הרשב"א דלא הוי צרת ערוה משום שזה שלא במקום מצוה, אבל הא יקשה כיון שהיא זקוקה לאחים החיים איך יוכל אחד ליבם הא הוא לוקח אשה שהיא זקוקה לאחיו החי ויתסר לכל אחד, ועכצ"ל דזה לא קשה שהרי ביארנו דכשמיבם אחד הוא עוקר זיקת שאר האחין למפריע ונעשה כאילו לא נפלו לפני האחין הנשארינן, והנה שומרת יבם שמתה קי"ל דאסור באמה משום דע"י מיתה לא פקע זיקה שלה, אכן אם יבם אחת מותר אחר כן באמה של יבמה השני' וכן בחלץ ליבמה אחת מותר באמה של יבמה השני', משום דע"י יבום וחליצה עוקר זיקת היבמות הנשארות, והא דאסור באחות החלוצה הוא איסור חדש דרבנן גזרו על קרובות החליצה, אבל לא מטעם הזיקה הראשונה, שהיא כבר נעקרה ע"י החליצה, אכן אם מתה לא נפקעה זיקתה, ואז אף אם ייבם או יחלוץ לאחת יהי' אסור באמה של המתה, דטעמא דעוקר זיקה מכל היבמות הוא משום דאמרינן שליחותיהו דכולהו היבמות נינהו, פירוש כיון שהיא מועלת לפטור כולן ממילא עוקר זיקה, אבל מהמתה אין עוקר זיקה, דלאחר מיתה הא לא הועילה החליצה בעדה, וא"כ נשאר זיקתה עד מיתתה כמקודם, והוי האם, אם היבמה הזקוקה, והנה כמו באם יבם אחת עוקר זיקה של היבמות הנשארות.

כן אם אח אחד חולץ או מיבם עוקר זיקת האחין הנשארינן, אבל מהאח שמת שאין מועלת היבום ולא החליצה בעדו, וא"כ לא הוי שליחותא דידי' וממנו לא עקר זיקה. ולפי זה מתורץ קושית הרשב"א שמקשה הא אין צרה לאחר מיתה, ולפי דברינן לא קשה, דמחיים משו"ה שרי ליבומי אף שזקוקה לאחיו, שהרי ע"י זה שמיבם עוקר הזיקה, אבל בלא עקירת הזיקה נשארת זקוקת אחיו, נמצא כשמת הנשוי נכרית הנכרית זקוקה לשני האחין, וכשמת אחד מן האחין ולא גירש הרי נופלת ליבום היבמה גם מזיקת האח בעל האחיות, דכיון שמת לא נעקר זיקתו, וא"כ עתה אגלאי מילתא שהיא צרה מחיים, היינו דבעת שהי' חי בעל האחיות היתה הנכרית צרה של אשתו של האח בעל האחיות שמת ונופלת עתה ליבום גם מהאח בעל האחיות והיא צרת אחות אשה בזיקה, וכמפורש זה ברש"י ז"ל.

דכיון דיש זיקה הוי כאילו באה מכח השני, וא"ת הואיל וזיקה חשיבה להיות עלי' כח השני הוי אשת שני מתים דבלא איסור דאחיות נמי אסורה, לא היא דזיקת שני יבמין דאסירא ליתא מדאורייתא ולא גזור רבנן אלא היכא דעבד בה מאמר עכ"ל רש"י. שוב מצאתי רא' ברורה לדברינו מדברי השלטי גבורים שכתב ז"ל, ונראה בעיני שאם היו ג' אחיות נשואים ג' נשים נכריות ומת אחד מהן והרי אשתו זקוקה לשני האחין והיו בנים לאחד מהן ומת הרי זו אסורה להתיבם לאותו האח הנשאר הואיל והיתה זקוקה לאחיו שיש לו בנים הרי היא כאשת אחיו שיש לו בנים ואסורה, כמבואר בקונטרס הראיות עכ"ל השלטי גבורים, והרי זה מוכח כדברינו דהא קשה אם אסורה היבמה להתיבם כשמת א"כ גם מחיים יתסר להאח השני להתיבם, ע"כ דמחיים מותר להאח השני ליבם דאף שאחיו יש לו בנים והיא זקוקה לו הא כשמיבם הוא עוקר זיקת האח שיש לו בנים, אבל אם מת דאי אפשר עוד לעקור זיקתו היא כאשת אח שיש לו בנים ואסורה.

וכן הוא דעת הרמב"ם בפרק ו' מהלכות יבום וחליצה, שאם מת בעל האחיות אחר שמת הנשוי נכרית ולא גירש אשתו אז אסורה להתיבם להאח השלישי מדינא, אבל אם גירש בעל האחיות אשתו ואח"כ מת, מדינא מותרת להתיבם, אלא דרבנן גזרו בזיקה יותר מבערוה, מפני שאיסור זיקה אין ידוע לכל, והיינו דכיון דהיתה זקוקה הנכרית לבעל האחיות ואם לא גירש אשתו הרי אשתו האחות אשה וגם הנכרית נפלה ליבום מטעם ליתא דידי', דאף אם ייבם השלישי לא נעקרה זיקתו, משו"ה הויא הנכרית צרת אחות אשה, אבל אם גירש בעל האחיות ואח"כ מת הרי אף אם נפלה הנכרית ליבום מליתא דידי', הא מדינא מותר, שהרי אם נתגרשה צרותיהן מותרות, ורק רבנן גזרו בזיקה יותר מערוה, דאף שבשעת מיתה לא היתה צרת ערוה ג"כ אסורה.

(ב) אכן לפי זה לכאורה יקשה דברי הירושלמי דמקשה מתניתין, ז"ל הירושלמי, אילו שומרת יבם שנפלה לפני כמה יבמין שמא אינה מתיבמת, תני ר' חייא אשת אחד מתיבמת לא אשת שני מתים עכ"ל הירושלמי ולפי דברינו הא לא קשה כלל, שומרת יבם שנפלה לפני כמה יבמין שלא תתיבם מפני שיש עלי' זיקת כמה יבמין, דהא אם ויבם אחד יעקור זיקת כל היבמין ויתברר שלא נפלה להם ולא הי' עלי' זיקת כמה יבמין.

אכן הירושלמי לטעמי' שהקשה בפ"א ז"ל, ר' יודן בעא כמאן דאמר הוא אינו חייב על החלוצה אבל חייב הוא על הצרה חליצה פטור ביאה פטור, כמא דתימר חלץ לה נאסרה לאחין, ודכותה בא עלי' נאסרה לאחין, תני ר' חייא מת הראשון מיבם השני מת השני ייבם השלישי (פירוש דקשה להירושלמי כיון שבא האחד נאסרה לאחין מטעם אשת אח הראשון, וא"כ כשמת השני איך מייבם השלישי הא אסורה לו מפני האח הראשון), א"ר יוסי מה את סבר חליצה היא ביאה, כיון שחלץ לה נעקרה הימנה זיקת המת למפריע, למפריעה חל עלי' איסורה של מת אצל האחין, אבל אם בא עלי' אשתו היא עכ"ל הירושלמי, לפי זה סובר הירושלמי כשהוא מיבם אין עוקר זיקה, א"כ שפיר הקשה, יבמה שנפלה לפני כמה אחין תתסר ליבום משום זיקת האח החי, וע"ז משני הירושלמי, אשת שני מתים אסרה התורה, אבל זיקת אח אחד אמרה התורה שאין אוסר על השני, דהא דין היבמה שלעלמא אסורה ולהיבמין מותרת.

אכן הרמב"ם לטעמי דאיהו פסק, דיבמה שנפלה ליבום וחלצו האחין מותרת לכל האחין מן התורה ואין עלי' איסור כלל מן התורה אף שהזיקה נעקרה, דסבירא לי' כרבינא דאמר בא על יבמה אחת השני' רק בעשה. מטעם יבמה יבא עלי', ולא על חברתה, אבל לא מטעם לא יבנה, וכמו שביארנו זאת למעלה בסוגיא דהחולץ ליבמתו, וא"כ להרמב"ם יבום ג"כ עוקר זיקה למפריע, ואעפי"כ לא קשה איך מותרת אח"כ ליבום להאח השניכשימות, דהא להרמב"ם אף בחליצה לא נאסרה מן התורה לכל האחין ורק רבנן גזרו, והיכא דהוי יבום לא גזרו בה רבנן לאסור להאח השני, א"כ להרמב"ם זיקת אח אחד אסר על השני.

והא דמותרת להתיבם משום דע"י זיקה עוקר זיקת היבום למפריע. אבל הרשב"א דאיהו ס"ל כגירסא בגמ', חד אמר לאו, היינו שיש איסור דלא יבנה אם בא על יבמה השני' בלא יבנה, א"כ ע"כ דאותה שמיבם אין עוקר הזיקה, דאם הי' עוקר הזיקה היתה אסורה על כל האחין בלא יבנה מטעם המת, א"כ אם יבם האחד ומת היתה אסורה על האח השלישי כשימות הוא, ע"כ דיבום אין עוקר זיקה, ואעפי"כ שריא ליבומי להרשב"א דאין זיקת אח אחד אוסר על השני.

ג) והנה מצות יבום הוא דוקא אם הנשואין אוסר על האח השני, אבל אם אין הנשואין אוסר על האח השני אז אין מצות יבום, שהרי לעיל דף י"ג איתא, רבא אמר טעמא דבית שמאי דאין איסור חל על איסור, תינח היכא דנשא מת ואח"כ נשא חי אלא נשא חי ואח"כ נשא מת אחות אשה קדים, כיון דלא אתי איסור אשת אח וחייל אאיסור אחות אשה הויא לה צרת ערוה שלא במקום מצוה עכ"ל הגמ', הרי חזינן אף שהיא אשת אחיו, כיון שאין איסור של אשת אח אין כאן מצות יבום, דאימתי אמרה התורה מצות יבום היכא שהי' לאשת האח דיני אשת אח, ואם לא אין מפיל ליבום, ואף דבית הלל לא סבירא להו האי סברא דמ"מ אשת אחיו היא, וכדאיתא בתוס' דף ל"ב ד"ה שנשא, היינו נהי דאין אסורה מטעם אשת אח.

עכ"פ הא יש עליה איסור מטעם שהיא אשת איש של אחיו, אבל היכא שמה שהיא אשת אחיו אין אסורה על האח הכל מודים שאין מפיל ליבום. לפי זה אזלי הרמב"ם והרשב"א לטעמייהו, הרשב"א דגריס לעיל בפלוגתא דרב אחא ורבינא, דחד אמר בלאו, היינו דאם בא על יבמה אחת שארי היבמות בלאו דלא יבנה, א"כ יקשה אם יבם אחד איך מותרת להאח השני, ע"כ דיבום מה שמייבם היבמה לא עקר הזיקה מהיבמה שיבמה, וא"כ וקשה איך מותר ליבם הא יש עלי' זיקת האחין הנשארים, ועכצ"ל דזיקת אח אין אוסר לשני, וא"כ אם מת אין זיקתו מפלת ליבום, והרשב"א בודאי דלא יסבור כהשלטי גבורים לענין אם נפלה יבמה לשני אחין ומת אחד מהן והיו לו בנים דכיון דמחיים לא אסר אין זיקתו מפלת ליבום, וא"כ אם מת בעל האחיות אי אפשר לומר שתהא אז הנכרית אסורה משום שנופלת ליבום מטעם האח שמת שהיתה לו זיקה עלי', דכיון דזיקה אין אוסר, ממילא אין מפיל ליבום, וא"כ במת ולא גירש היא נופלת ליבום רק מטעם נשוי הנכרית שמת, משו"ה פריך הרשב"א איך תתסר הנכרית כשימות אחד מבעל האחיות, הא אין צרה לאחר מיתה.

אבל הרמב"ם הא סבירא לי' דיבום עוקר זיקה, וא"כ זיקה אוסרת, והא דשרי לייבם יבמה שנפלה לפני כמה אחין, משום דע"י יבום נעקר הזיקה, אבל אם מת לא תעקר זיקתו אף ע"י יבום, וא"כ נופלת עתה ליבום גם מכח בעל האחות אשה, וא"כ הוי צרת ערוה מחיים, שהיתה זקוקה לו מחיים ביחד עם אחות אשתו מכח האח בעל האחיות, וא"כ הוי צרת ערוה מחיים.

סימן כג בסוגיא דנתן גט למאמרו דף ל"ב. אמר רבא נתן גט למאמרו הותרה צרתה אבל היא אסורה דמחלפה בבעלת הגט, איכא דאמרי אמר רבא נתן גט למאמרו הותרה אפילו היא מ"ט מאי דעביד בה שקלי'.

כתב הרמב"ם בפ"ה מהלכות יבום הלכה ד' ז"ל, נתן מאמר ליבמתו וחזר ונתן גט למאמרו מה שעשה הרי בטלו והותרה, ונראה לי שלא הותרה אלא לאחיו, אבל זה שנתן הגט אסורה היא לו וכתב ע"ז הראב"ד ז"ל, ובגמ' בלישנא בתרא אמרינן הותרה אפילו היא עכ"ל הראב"ד. א) ונראה לי לבאר טעמא דהרמב"ם, דהנה לעיל בדף כ"ט איתא, רב אשי מתני הכי, אמר ר"א לא תימא מאמר לב"ש דוחה דחי' גמורה וצרתה חליצה נמי לא בעי, אלא דוחה ומשייר הוא.

א"ר אבין אף אנן נמי תנינא, ב"ש אומרים יקיימו יקיימו אין, לכתחילה לא, ואי ס"ד מאמר לבית שמאי דוחה דחי' גמורה, זה יעשה מאמר וידחה וזה יעשה מאמר וידחה, ואלא הא קתני בש"א אשתו עמו והלזו תצא משום אחות אשה, אלא יבמה דחזיא לכולהו חזיא למקצתה, דלא חזיא לכולהו לא חזיא למקצתה, ופירש בתוס' ד"ה אלא לדחות בצרה, ז"ל, פירש בקונטרס בכולה שמעתה אחותה שנופלת עמה כו', וא"ת היכי מייתי סייעתא ממתניתין יקיימו אין לכתחילה לא, הא מהני מאמר לכל הפחות דדחי לצרה ושריא בעלת מאמר אף לכתחילה, עוד הקשה בתוס' שם בד"ה לא תימא, ז"ל, תימא מאי קאמר ר"ש לעיל בפ"ב דף י"ט אם מאמרו של שני מאמר אשת שני הוא בועל, כי הוי נמי מאמר אשת שניהם הוא בועל, דהא אפילו לב"ש דמאמר קונה אינו קונה לגמרי אלא קונה ומשייר עכ"ד התוס'.

והנראה לי לבאר דברי הגמ', דהנה לכאורה הא דס"ל לב"ש מאמר קונה הוא מדין קדושין, דאין קדושין תופסין ביבמה לעלמא שאסורה להם. אבל ליבם שאינה אסורה לו תפסי קדושין לבית שמאי, ואף דמוכח שע"י הקדושין מקיים ג"כ מצות יבמין, דאם נימא דע"י הקדושין אין מקיים מצות יבום כלל, איך אמר זה יעשה מאמר, הא מבטל מצות יבמין, ועכצ"ל דמקיים מצות יבמין במקצת מה שקונה אותה, וכיון שכבר יש לו קנין לא חיישינן משום בטול מצות יבמין משני' דהרי גם חליצה איננה המצוה כתקנה, דהרי עוקר המצוה הא הוא יבום, וכדאמרינן, חליצה במקום יבום לאו כלום הוא, וא"כ לגבי חליצה מועיל גם קנין שקונה, שמקיים ולקחה.

אבל עכ"פ לכאורה מה דמועיל מאמר לבית שמאי לכאורה הוא מדין קדושין. אבל אי אפשר לומר כן, דהא בנדרים ע"ה איתא דאף לבית שמאי אין חייבים עלי' סקילה כנערה המאורסה ואם נימא דמאמר מועיל לבית שמאי דס"ל דתפסו קדושין ליבם ביבמתו, א"כ אמאי אין חייבין עלי' סקילה, וע"כ דגם בית שמאי מודו דאין קדושין ביבמה, לא ליבם, כמו שאין קדושין לעלמא, אלא דבית שמאי דרשי ולקחה זה המאמר, שאמרה התורה

שע"י מאמר הוא קונה קנין היבמות, והוי התחלת קנין אישות ולא נגמר עדנה קנין האישות עד שייבם אותה, דעל זה נאמר ויבמה זה היבום, ודוקא יבום גומר, ומשו"ה קאמר בנדריים, אין היבמה גמורה כמו שהאשה גמורה, דמאמר קונה רק קנין היבמות, וזה הוי התחלת האישות.

לפי זה ע"י מאמר התחיל הקנין ולא גמר, והנה מצינו בתורה דין אם אשה מקודשת רק חצי ואמרה התורה דאיננה בכרת אעפי"כ האיסור חמור מלאו, שהרי חצי שפחה וחצי בת חורין שנתקדשה הבא עלי' באשם קאי, משום דהוי חצי מאיסור כרת, וחצי מאיסור כרת חמור מלאו, והנה אילו הי' באפשרות שיהי' לחצי אשה אחות הי' ג"כ על האחות איסור, דכיון דחזינן דאמרה התורה דחצי מקודשת יש עלי' איסור, והאיסור חמור מלאו, א"כ גם האחות ג"כ יש עלי' חצי איסור, אלא דשפחה חרופה אי אפשר שתהי' לה אחות, אכן אפשר הדבר במקדש מעכשיו ולאחר שלשים דאית לי' לר' יוחנן קדושי כולן תופסין, דסבירא לי' דקדושין מתחילין ונגמרין לאחר שלשים, אם תהי' לזו האשה אחות, תהי' האחות אסורה לזה שיש לו בה הקידושין שהתחילו ולא נגמרו איסור של חצי ערוה, מעתה לבית שמאי אם עשה מאמר, האחות של בעלת המאמר אסורה עליו איסור חצי ערוה, שהרי יש לו ביבמתו שעשה בה מאמר, קדושין.

היינו קנין יבמות ולא נגמרה, וא"כ לא נפטרה האחות לגמרי, שהרי דוחה מיבום דוקא ערוה שיש בה כרת, אבל לומר שעשה דיבום ידחה איסורה, כיון דאיסורא מטעם חצי כרת, והתורה חייבה אשם על איסור, זה אין עשה דוחה איסור שהחמירה תורה וחייבה אשם, וא"כ הוי האחות כמו אלמנה לכהן גדול דלחליצה רמיא ליבום לא רמיא, ואין אוסרת משום זיקה, ומשו"ה מותרת לו ליבם בעלת המאמר, וע"י היבום נעשית אשתו גמורה, ואז דחי אחותה דחי' גמורה, שאז אחותה בכרת, וכיון דמאמר אינו קונה אלא מדין יבמות, שהרי דוחה ומשייר, ומשו"ה אם היא יבמה כזו שאסורה ליבם ולא חזיא לכולה דינים דיבום, אז אין המאמר מועיל, דאימתי מועיל מאמר מדין ולקחה דוקא אם חזיא לדין דיבמה יבא עלי', אבל אם אסורה ליבמה, אז אין מועיל בה מאמר, אבל אם נימא שהמאמר לב"ש שקונה הוא מדין קדושין ודוחה דחי' גמורה, א"כ אף שאסור ליבם, אבל כיון דאיננה ערוה שהרי מותר לקיים, א"כ גם מאמר הי' מועיל אף היכא שיש איסור ליבם.

מעתה זהו דקאמר בגמ', מאמר לב"ש לא תימא דוחה דחי' גמורה, פירוש דמאמר מדין קדושין, ונעשית ע"י המאמר אשה גמורה, והאחות שלה ערוה גמורה, אלא מאמר לבית שמאי הוא רק קנין יבמות, אבל לא מדין קדושין, וא"כ הוי רק התחלת קנין אישות, וא"כ דוחה ומשייר, ומביא ר' אבין ראי' ברורה לזה, מהא דבית שמאי אמרו יקיים בדיעבד לכתחילה לא, ואי ס"ד מאמר קונה קנין גמור דהוי קדושין, א"כ זה יעשה מאמר וידחה, וזה יעשה מאמר וידחה, ע"כ דמאמר אין דוחה, ואלא הא קתני אשתו עמו הרי דדוחה ומתיר, אלא (כל זה מראית ר' אבין) עכצ"ל דהיכא דיש איסור ליבם ולא הוי יבמה דחזיא לכולהו לא חזיא למקצתה, ואין בה דין דולקחה, א"כ ע"כ מוכח דמאמר הוא מדין יבמות, וא"כ שפיר יש לחלק בין היכא דחזיא לכולהו יש בה דין דולקחה, בין היכא דלא חזיא לכולהו אין בה דין דולקחה, אבל אם נימא דמאמר לבית שמאי מדין

קידושין, א"כ לא הי' אפשר לחלק לומר דיבמה דלא חזיא לכולהו לא חזיא מקצתה, דכיון דמדין קידושין הוא, א"כ כל זמן שאיננה ערוה מועיל קידושין, וא"כ אף יבמה דלא חזיא לכולהו חזיא לקדושין, ע"כ דמאמר לב"ש מדין יבמות, וכיון דמדין יבמות היא, אמרינן יבמה דלא חזיא לכולהו לא חזיא למקצתה.

ג) ולפי זה אפשר לתרץ גם קושית התוס' שמקשה כיון דמאמר דוחה ומשייר, מאי אמר ר"ש אם מאמרו של שני הוא מאמר אשת שני הוא בועל, דהא אפילו אם הוא מאמר, אשת שניהם הוא בועל, שהרי מאמר דוחה ומשייר, אכן לדברינו ניחא, דהנה הראשון כשמת ועשה בה השני מאמר, הרי קנין היבמות של הראשון כבר קנה השני, וא"כ כשמת השני אי אפשר להשלישי ליבם את היבמה מהראשון, שהרי מהראשון היא עתה להאחין שלא עשו מאמר יבמה דלא חזיא לכולהו, שהרי קנין היבמות של הראשון כבר קנה השני, וא"כ להשלישי אי אפשר ליבם מטעם זיקת הראשון דלדידי' היא יבמה דלא חזיא לכולהו, וא"כ היבום הוא רק מטעם אשת השני דמאמר אם הוא קנין מפיל ליבום.

ואין להקשות לפי זה יהי' אסור ליבם שהרי נשאר זיקת האח הראשון דרמיא לחליצה ולא ליבום, אכן ר"ש הא סבר דיבם ואח"כ נולד מותר לו ליבם, והנה לכאורה הא יש עלי' לגבי דידי' איסור האח שמת בשעה שלא הי' נולד, ואין לומר דטעמא דכשמיבם התיר איסור אשת האח וכיון שהוא נולד אח"כ בא הוא לעולם בשעה שכבר נפקע איסור האח הראשון, דהא אכתי יקשה למאן דאמר חלץ ליבמתו כל האחין על החלוצה בכרת א"כ איך אמר לעיל בדף י"א, רב אשי סבר לה כריש לקיש ומתרץ לה כר"ש החולץ ליבמתו וחזר וקידשה צריכה חליצה מן האחין מאן אחין הילודים כר"ש, הא יקשה אף לר"ש, הא הכא לא יבם אותה רק חלץ לה להחולץ פקע איסור כרת מטעם אשת אחיו, אבל להאחין הא נשאר איסורא דאשת אח, א"כ האח שנולד בשעה שהיתה מקודשת להחולץ במה פקע איסור אשת אח הקודם לדידי', ועכצ"ל דר' שמעון ס"ל דמצות יבום של עתה מתיר איסור אשת אח הקודם, וכיון דבשעה שנולד הי' עליו מצות ודין יבום מטעם אח השני שקדשה ולא בא עלי', הותר איסור אשת אח הקודם שמת, דמצות יבום של זה מתיר גם איסור אח הראשון, א"כ הקשה ר"ש לרבנן אם מאמרו של שני מאמר ומפיל ליבום, א"כ יבומי רק מטעם השני שהרי מהראשון אין זיקת יבום, כיון שהיא יבמה דלא חזיא לכולהו, וא"כ יבומו רק מטעם השני, וא"כ ע"י יבומי תותר גם זיקת הראשון, כמו בקידוש לאחור שחלץ דמותר ליבום לזה שנולד לאחור הקידושין אליבא דר"ש.

והנה רבנן אמרו דמועיל מאמר לכל אחד, דכל חד וחד תקיני לי' רבנן מאמר ביבמה, וכל אחד מדרבנן יש לו לקנות קנין יבמות, ויש ג"כ לכאורה להסתפק מה שרבנן תקנו מאמר, הוא, דמדרבנן תופס קדושין ליבם ביבמתו, או, דרבנן כשתיקנו מאמר הוא מדרבנן כמו לב"ש דתקנו לכל אחד קנין יבמות, אבל לא מדין קדושין, והנה מדאמרינן דאם נתן גט למאמרו הותרה לאחין, ואף ללישנא קמא דרבא הטעם הוא רק משום דאתי לאחלופי, ואם נימא דמאמר לרבנן הוא מדין קדושין, א"כ איך אפשר שתהי' מותרת לאחין, הא הוי גרושת אחיו, ע"כ דמאמר לרבנן ג"כ מדין יבמות, ותקנו רבנן לכל אחד קנין יבמות ביבמתו, והנה אם אחד עשה מאמר ביבמתו קנה עי"ז מדרבנן קנין היבמות

ביבמתו, ואח"כ כשנותן גט עקר קנין היבמות שהי' לו, וא"כ עתה אי אפשר לו ליבם שהרי עתה היבמות אצלו יבמה דלא חזיא לכולהו, שהרי אין לו עתה ביבמתו קנין יבמות, משו"ה קאמר הרמב"ם דהותרה לאחין, שהרי להם יש קנין יבמין ג"כ, והיא אצלם יבמה דחזיא לכולהו אבל לדידי' שהיא עתה יבמה דלא חזיא לכולהו, לא חזיא למקצתה ואסורה ליבם, ומה שהקשה הראב"ד הא בגמ' איתא הותרה אפילו היא ולא מפליג, משמע דגם לדידי' הותר, לא קשה כלל על הרמב"ם, דהא קאי על מתניתין, ומתניתין הא מיירי שזה שעשה בה המאמר כבר מת ונשארו רק האחין.

משו"ה קתני סתמא הותרה אפילו הוא. ומה שמקשה הראב"ד הוא, דהנה ללישנא קמא דרבא צרתה הותרה, ופירש רש"י דצרתה היא זו שהיתה צרה במאמר, והקשה הרשב"א א"כ איך אמר דדוקא אם נתן גט למאמרו אבל לזיקתה או סתם נאסרה צרה, הא אדרבה כיון שנתן גט לזיקה, א"כ כשמת בעל המאמר שנתן גט הא בעת מיתתו לא היתה אשתו צרת אשת שני מתים, שכבר נתגרשה הבעלת מאמר ממנו.

ולכן פירש הרשב"א דצרתה דקאמר בגמ' הכונה אם הי' להצרה עוד אשה מהאח שמת ראשון, אלא דהקשה הרשב"א הא מתניתין לא מיירי בהי' לה צרה, וע"כ פירש דקאי על הא דשלא יאמרו ב' יבמות הבאות מבית אחת מתיבמות, אכן הראב"ד ס"ל דקאי בעלמא אם אחד עשה מאמר ואח"כ נתן גט למאמרו הותרה צרתה שבאה עמה מבית אחד ליבם, וא"כ אמאי לא קתני בלישנא בתרא הותרה דוקא לאחין כיון דקאי בעלמא ולא במתניתין, משו"ה מוכיח הראב"ד שגם לדידי' הותרה.

ואזלי לטעמיהו, דהנה בנתן גט לזיקתו, לכאורה אפשר לומר דמדרבנן הוי גט כחליצה, והא דצריכה חליצה, הוא, דהא רבנן לא יוכלו לעקור דין תורה, אבל מדרבנן גט הוי כחליצה, אך אי אפשר לומר דכיון דרבנן לא היו יכולים לומר שע"י גט נפטרה, א"כ אמרו שרק גט אוסר מן היבום, אבל לחליצה רמיא, שהרי דין הוא בנתן גט ובעל צריכה גט וחליצה, ואם נימא דמדרבנן גט הוא כחליצה, א"כ בנתן גט ובעל אמאי צריכה גט וחליצה, תסגי בגט לחודא, דמן התורה הא קנו לה בביאה ובגט סגי, ומדרבנן הא גט הראשון כחליצה, ע"כ דמדרבנן אם נתן גט אסרוה ליבום ורמיא לחליצה ואוסרת צרתה הבאה עמה.

והנה לפי זה אף אם נתן אחד גט לזיקה עדיין היא זקוקתו מדרבנן שהרי רמיא לחליצה, א"כ היא נופלת לחליצה גם מטעם זה שנתן גט, שהרי להרמב"ם זיקה מפיל ליבום, א"כ גם הצרה אסורה, דהא תקנת רבנן שגט יאסור צרה, משו"ה להרמב"ם דזיקה מפיל ליבום, א"כ אם זה שעשה מאמר נתן לה גט לזיקה ומת, אז גם זו שבאה עמה מבעל המאמר אסורה, שהרי נפלה ביחד עם אשה אסורה לאחין, משו"ה לא קשיא על הרמב"ם ללישנא קמא דרבא אם צרתה, הכונה, זו שבאה עמה מבעל המאמר, אף בנתן גט לזיקה תותר, דאין הדבר כן להרמב"ם, שהרי זיקה מפלת ליבום, ואף אם נתן גט לזיקתו, עדיין יש זיקה לחליצה, וגם זה מפיל ליבום, אכן הראב"ד סובר כהרשב"א דאין זיקה מפיל ליבום, וא"כ אם על המאמר נתן גט לזיקתו, הרי מכש"כ דאין זיקתו מפיל ליבום, וא"כ למה אמרינן גט למאמרו הותרה צרתה, מכש"כ בנתן גט לזיקה, ע"כ דהפירוש, צרתה

הבאה עמה מבית הראשון, וקאי בעלמא, וא"כ שפיר הקשה, לפרש גמ' דהותרה לאחין אבל לא לדידי, ע"כ דגם לו מותרת.

סימן כד בדין העמדת בחזקת היתר אם בשעה שנולד הספק היה חזקת איסור. דף ל' ע"ב.

ואילו בגירושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה לא קתני, מאי טעמא אמר רבה אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת ומספק אתה בא לאוסרה אל תאסרנה מספק, והקשה בתוס' ז"ל וא"ת דהכא מוקמינן אשה בחזקת היתר לשוק אעפ"י שבשעה שנולד הספק היתה עומדת בחזקת איסור שבעלה עדיין חי, ובפ"ק דחולין דף ט' אמרינן בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה, נשחטה בחזקת היתר עומדת עד שיודע לך במה נטרפה, ומשמע דוקא לענין ריעותא דאתיליד אחר שחיטה היא בחזקת היתר, כגון בא זאב ונטל בני מעים והחזירם כשהם נקובים ולא חיישינן שמא במקום נקב ניקב.

אבל אם נולד הספק מחיים כגון ספק דרוסה לא, משום דבשעה שנולד הספק היתה עדיין בחזקת איסור, ואר"י דהתם חיישינן לספק דרוסה משום דשכיחא ומוכחא מילתא לאיסורא טפי מדלהתירא, תדע דהא בספק כלבא ספק שונרא אמרינן התם אימר כלבא אפילו לשמואל דחייש לספק דרוסה עכ"ד התוס'.

והנה הרמ"א כתב ביו"ד סימן ג' ז"ל, כל מקום שאין יכולין לתלות שנעשה לאחר שחיטה אעפ"י שהיא טריפות שיש לו בדיקה, אם לא בדקוהו או שאין יכולין לבדוק הרי הוא כספק טריפה ואוסרין אותה, ולא אמרינן נשחטה הותרה אלא בדבר שנוכל לומר שנעשה הריעותא לאחר שחיטה דלא יצאה מחזקתה מחיים עכ"ד הרמ"א והוא מד"מ בס"ס ל"א, ושם מסיק הד"מ ז"ל, וכן משמע בתוס' פ' ד' אחין דף ל"א עכ"ל, וכבר הקשה מהר"ם מלובלין דהרי אדרבה התוס' דחו חילוק זה, ומסקנת התוס' דאפילו היכא דנעשה הריעותא מחיים אפ"ה יש להעמיד בחזקת היתר כדאמרינן אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת אל תאסרנה מספק והא דחוששין לספק דרוסה וכן לעיל בסימן ל"ג בישב לה קוץ בושט דחוששין שמא הבריא, היינו משום דשכיח, וכתב הש"ך לתרץ קושית מהר"ם מלובלין ז"ל, אבל נראה לי דדעת הרב, דתוס' כתבו כן אליבא דרבה, אבל אביי הא הקשה לרבה מהא דנפל הבית כו', אמאי לימא אשה זו בחזקת היתר, ומסקו אביי ורבה דלא מוקמינן אשה זו בחזקתה, א"כ התוס' דמדמי דין זה לנשחטה הותרה, מוכח, דכי היכא, דלא מוקמינן אשה זו בחזקת היתר, הכי נמי לא אמרינן נשחטה הותרה, היכא דאתיליד ריעותא מחיים כו', וזה שכתב וכן משמע בתוס' פרק ד' אחין, ר"ל שכתבו שם מעיקרא החילוק הזה, ואף שדחו שם החילוק ההוא, היינו לרבה, אבל לאביי ורבה דקי"ל כותיהו, יכול להיות החילוק ההוא קיים עכ"ל הש"ך.

אכן תמוה לי דברי הש"ך, דהא התוס' מביאים ראיה דאין חילוק בין נולד ריעותא מחיים לנולד לאחר שחיטה, מהא דספק כלבא ספק שונרא, ואף שיש לדחות דשאני התם דהוי ספק ספיקא, אפשר לומר דדעת התוס' דנגד חזקת איסור אין מועיל ספק ספיקא ומביא התוס' ראיה דאם נימא דמשום דנולד הריעותא בשעה שהיתה אסורה הוי חזקת איסור, א"כ גם ספק ספיקא לא יועיל, אך אפשר לתרץ דברי הש"ך דס"ל דהיכא דנולד ריעותא מחיים לא הוי לא חזקת היתר ולא חזקת איסור ומשו"ה ספק אסור, אבל עכ"פ דברי

התוס' קשה מאי מייתי ראי' מספק כלבא, התם הוי ספק ספיקא, ורב הונא קאמר דוקא נשחטה הותרה, אבל היכא דבהדדי נינהו היינו בנולד ריעותא מחיים ואין חזקה לא לאיסור ולא להיתר אסורה, משו"ה ספק דרוסה אסורה ולא מטעם דשכיחא טפי לאיסורא.

עוד קשה לי דאף אם נימא דלאביי ורבא גבי יבמה כיון דנולד הריעותא בשעה שהיתה אסורה שהרי בעלה הי' חי', לא מקרי חזקת היתר, זהו דוקא ביבמה שאין לה חזקה אחרת, אבל בטריפות מלבד איסור הטריפות הרי יש לה חזקת הגוף שלא היתה טריפה, וכמו דאמרינן גבי יין העמד יין על חזקתו ולא נחמצה, ה"נ אף בנולד הריעותא מחיים אמאי פסק הרמ"א דאסורה, הא יש להבהמה חזקת הגוף דאיננה טריפה, וא"כ תשתרי מטעם חזקת הגוף.

עוד קשה לפירוש הש"ך דקושית אביי לרבה, משום דאביי ס"ל כיון דנולד הריעותא בשעה שהיתה אסורה שהי' בעלה חי לא הוי בחזקת היתר, דהנה התוס' שם כתבו, ז"ל, וא"ת תינח כנס ואח"כ גירש שכבר היא צרת ערוה, אבל גירש ואח"כ כנס הא לא הוי בחזקת היתר לשוק ועוד לר' ירמיה דוקא בגירש ולבסוף כנס מיירי, וי"ל דמ"מ בחזקת היתר לשוק דמוקמינן הערוה בחזקה שלא נתגרשה עכ"ד, והנה לפי זה אין הטעם משום דהאשה היינו הצרה היתה בחזקת היתר לשוק שעמד שאם ימות תהי' מותרת, אלא הטעם כיון דהשאלה נולד בהערוה ואותה החזקנו בחזקת שלא נתגרשה ממילא הצרה מותרת, וא"כ מאי פריך אביי לרבה, דילמא גם רבה מודה דכיון דהריעותא נולד בשעה שהיתה אסורה, לא מקרי חזקת היתר, רק טעמא דרבה משום דמוקמינן הערוה בחזקה שלא נתגרשה, וזה לא שייך בנפל הבית עליו ועל בת אחיו, בשלמא בלא פירוש הש"ך אפשר לפרש דאביי הקשה דמשום חומר איסור יבמה לשוק לא מוקמינן אחזקה, אבל לפירוש הש"ך דקושית אביי על רבה היא משום דרבה ס"ל דגם אם נולד הריעותא בשעה שהיא אסורה מקרי חזקת היתר כיון שעומדת להיות מותרת אם ימות, ואביי פליג על זה, א"כ דילמא גם רבה לא ס"ל, וטעמא דרבה הוא משום דמוקמינן הערוה בחזקת שלא נתגרשה.

משום זה הויא בחזקת היתר לשוק. א) ונראה דיש לישב דהנה בכתובות ד' י"ג ע"ב פליגי ר' יוחנן ור' אלעזר אי אמרינן לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה, או אף לדברי המכשיר בה פוסל בבתה, משום דאיהי אית לה חזקה דכשרות, בתה לית לה חזקה דכשרות, ולכאורה תקשה, דהנה קי"ל מקוה שנמדד ונמצא חסר כל טהרות שנעשו על גביו למפריע בין ברה"י בין ברה"ר טמאים משום דאמרינן העמד טמא על חזקתו ואימא לא טבל, ולכאורה אדרבה נימא הנך טהרות שנגע בהן הטמא שטבל מוקמינן על חזקתיהו, ואימא לא נטמאו, למאן דס"ל דלא מהני חזקת האם לבת, ה"נ לא להני חזקת הטומאה של הטמא להטהרות שנגע בהן, וצ"ל דלא דמי, דהתם בטהרות שנגע בהן הטמא לא נולד להם ספק טומאה מצד עצמן אלא מטעם האיש שנגע בהן הספק אם נטהר מטומאתו או לא, וכיון שנפסק הדין עליו שהוא טמא שהרי העמידהו על חזקתו, ממילא נגעו הטהרות באדם טמא, שהרי אין להטהרות שאלה מצד עצמן, אכן בכתובות הספק על הבת שמא היא פסולה לא מטעם האם אלא מטעם האב, א"כ נולד לנו שתי ספקות

ביחד, על האם אם בא עלי' פסול ונפסלה, ועל הולד אם מפסול, בכה"ג ס"ל לר' אלעזר דמה שהאם בכשרותה מפני חזקתה אין מברר הספק שעל הבת מאיזה איש נולדה.

ולפי זה בתוס' קדושין ד' ס"ו ע"א גבי מעשה דינאי המלך, דתרי אמרי נשבית אמו ותרי אמרי לא נשבית. דהתם הספק אם אמו של ינאי המלך היא פסולה ונפסל ינאי המלך מטעם שנולד מן אם פסולה, לכו"ע חזקת האם מהני לבנה, היינו כיון שנפסק הדין על אם ינאי שהיא כשרה ממילא אין לנו פסלות על ינאי, והוי מצי בתוס' למיפרך אליבא דכו"ע והא דלא אמרינן במקוה העמד המקוה על חזקתה וחזקת המקוה מהני להטמא שנטהר, היינו משום דהמקוה היא ודאי חסירה, וא"כ לאנוכל לומר עלי' שנפסק הדין שהיא שלימה, וא"כ השאלה הוא בהטמא, ונפסק הדין שהוא טמא, ממילא חזקת הטהרות אין מועיל, שהרי נגעו בזה שנפסק הדין שהוא ודאי טמא.

לפי זה אפשר לומר דתירוצא דתוס' דהעמד הערוה בחזקת שלא נתגרשה, הוא דוקא בגירש ואח"כ כנס, דבשעה שזרק הגט לא היתה הצרה אשתו, ולא שייך לומר גם עלי' נולד ספק, והספק הוא רק בהערוה, ונפסק הדין שמוקמינן בחזקתה שלא נתגרשה, ממילא כשנולד לנו אח"כ הספק בעת שכנס, אם האשה שכנס היא צרת ערוה.

אמרינן חזקת הערוה מהני לצרה, שהרי ספיקא בא לאחר מכאן, אחרי שכבר נפסק הדין על הערוה שהיא בחזקתה, אבל היכא דכנס ואח"כ גירש, נולדו שני הספיקות ביחד. הספק של הערוה אם היא גרושה, והספק על הצרה אם היא צרת ערוה, בכה"ג אפשר לומר דלמאן דס"ל חזקת האם לא מהני לבת, חזקת הערוה אין מועיל לצרה כיון שבאו שני הספיקות יחד, ואף דאי אפשר זאת לדמות לגמרי לדין דחזקת האם מהני לבת, דהרי התם פסלות הבת אין תלוי' משום פסלות האם, אבל הכא ספיקא דהצרה הוא רק משום ליתא דהערוה, אעפי"כ יש לחלק בין דין דהעמד טמא על חזקתו, דהתם בעת שנפסק הדין על הטמא לא הי' לפנינו חזקת הטהרות, אבל הכא נולדו שני הספיקות ביחד, בכה"ג אפשר דלמאן דס"ל חזקת האם לא מהני לבת, חזקת הערוה לא מהני לצרה, ורבה הא ס"ל בכתובות כר' אלעזר דחזקת האם לא מהני לבת, וע"כ הא דאמר אשה זו בחזקת היתר עומדת הוא משום דהצרה עומדת שתותר לשוק כשימות בעלה, משו"ה פריך אביי לדידי' מנפל הבית עליו ועל בת אחיו, כן אפשר לדחוק לדעת הש"ך.

ומה שהקשינו אף דנימא דאביי פריך משום דס"ל כיון שנולד הספק בעת שהיתה אסורה לא מוקמינן בחזקה, אעפי"כ בבהמה אף שנולד הריעותא בעת שהיתה אסורה היינו מחיים, תותר מטעם שיש לה חזקת הגוף שאינה טריפה כמו העמד יין על חזקתו ולא החמיץ, אפשר לתרץ מטעם דכל חזקה שלא נתבררה לאו חזקה היא, וכמו שכתבו התוס' בחולין דף י"א ד"ה אתיא, אכן לפי הנראה הרמ"א ס"ל דלא כהתוס', שהרי הרמ"א פסק ביו"ד סימן פ"א, דגבינות הנעשו מבהמה שנשחטה ונמצאת טריפה אם הוגלד פי המכה אין אסור אלא הגבינות שנעשו תוך ג' ימים, אבל קודם לכן שרי מטעם העמידה על חזקתה, אף שלא נתבררה החזקה, דלדברי התוס' בחולין אסורים כל הגבינות, נראה לי לפי מה שביארנו למעלה בסוגיא דרוכל סימן י"ט דכיון דהתירה התורה, נתהפך האיסור להיות היתר, נוכל לומר נהי דחזקה שלא נתבררה לאו חזקה היא לענין חזקת הגוף, אבל לענין התירא כיון דהתירה התורה מטעם רוב, נתברר היתר הדבר, ומשום

זה התיר הרמ"א הגבינות, שהרי כיון שהתירה התורה לאכול החלב מהבהמה משום דאזלינן בתר הרוב הרי לחלב ולגבינות נתברר חזקת ההיתר, כל זה אם באנו לדון על הגבינות, אבל לענין הבשר כיון דצריך עדנה שחיטה, א"כ לא הותרה לענין הבשר, כיון דנולד הריעותא מחיים שאז היתה אסורה מטעם שלא נשחטה הרי לא הותרה, ואין לה חזקת היתר לגבי הבשר, ואם באנו לדון מטעם חזקת הגוף שלה, הרי הוי חזקה שלא נתבררה, משא"כ לגבי גבינות נתברר ההיתר שלה, והרי חזינן דמה שהותרה מקרי חזקת היתר, שהרי אמרינן נשחטה הותרה היכא דאפשר לומר שהריעותא נולד לאחר שחיטה אף שלא בדקנו אבל כיון שהותרה מדין התורה דהרי אזלינן בתר רוב, כיון שנשחטה הותרה, כל זה אפשר לתרץ אליבא דהש"ך.

(ב) אכן לדידי נראה לתרץ, דהנה בחולין דף ע"ז איתא, אמר ר' אמי השוחט את הטריפה ומצא בה בן ט' חי לדברי המתיר אסור, רבא אמר לדברי המתיר נמי מותר, ד' סימנין אכשיר בה רחמנא כו', אמר ר' ר' משרשיא, בן פקועה שבא על בהמה דעלמא אותו הולד אין לו תקנה, וכתב רש"י, מטעם דמצד אביו הוי כשחוט, והוי כסימן אחד ואין שחיטה מועלת עוד דהוי כשהיי', ולית ליה לרב משרשיא ד' סימנין אכשיר בה רחמנא, והקשה בתוס', מאי ענין הא דאמרינן ד' סימנין אכשר רחמנא דמיירי בנמצאות טריפה ולא ה' שחיטה, לדין דרב משרשיא דמיירי בנמצאת כשירה והי' על האם שחיטה.

ונראה לי דכונת רש"י להא דאמר רב חסדא, השוחט את הטריפה טעון שחיטה ואם מת טהור מלטמא במשא, והקשה שם רבה (ובגמ' הגירסא רבא) טעון שחיטה כר"מ, ואם מת טהור מלטמא במשא כרבנן, ומשני ד' סימנין אכשר רחמנא, והנה חזינן מהכא דגם בטריפה הועילה השחיטה על הולד, שהרי אם מת טהור מלטמא במשא, ואעפ"כ אם ישחוט את הולד יהי' מותר מטעם ד' סימנין אכשר רחמנא, הרי דאף שהועילה השחיטה אעפ"כ מועיל לו שחיטת עצמו, וסבירא לן דאף דהתירה התורה אעפ"כ שחוטתו בפועל לא הויא ומתיר שחיטת עצמו, וא"כ אף בשחט כשרה ובא הבן פקועה על בהמה דעלמא יותר הולד בשחיטת עצמו אחרי דלא ה' שחיטה בפועל, ע"כ דרב משרשיא לית ליה ד' סימנין אכשר רחמנא, וסבירא ליה כיון דאמרה התורה שהועילה השחיטה להבן פקועה: הוי שחוט ממש, והולד הבא ממנו הוי כשחוט מקצת, ואין מועיל אח"כ שחיטת עצמו דהוי כשהי' (פירוש דמדין שהי' חזינן דאין מצטרפין מקצת שחיטות).

ובזה אפשר לישב הגירסא דרבא הקשה טעון שחיטה כר"מ ואם מת טהור מלטמא כרבנן, ומה שהקשה הרשב"א הא רבא בעצמו אמר ד' סימנין אכשר רחמנא, דרבא בעצמו סבירא ליה דבהמת טריפה לא הויא כלל שחיטה על הולד, דרק בכשרה גלי רחמנא דהוי שחיטה על הולד, אבל בטריפה לא הוי כלל שחיטה על הולד, משו"ה אמרינן ד' סימנין אכשר בה רחמנא.

אבל לרב חסדא דסבירא ליה דהועילה השחיטה על הולד שיהא טהור מלטמא לדידי' פריך איך יועיל שחיטת הולד אליבא דרבנן, אכן רב חסדא סבר דאף אם הועיל השחיטה על הולד אעפ"כ הולד נותר בשחיטת עצמו. אכן לפי זה יקשה עדנה איך הובא בשו"ע הא דרב משרשיא, דבן פקועה שבא על בהמה מעליא, אותו הולד אין לו תקנה, דהא לכאורה מסקנת הגמ' כרב חסדא, דאף בכה"ג אמרינן ד' סימנין אכשר בה רחמנא.

ונראה לי, דהנה יש לעיין הא דטריפה ששחטה שאסורה, אם השחיטה הוי ככל השחיטה ואיסורה רק מטעם טריפה, או כיון דטריפה היא והסימנין אינם חיים כבריאאות, גם השחיטה שלה אינה שחיטה ואף דילפינן דמועיל לטהרה מידי נבלה משום דלענין לטהר מידי נבלה גם שחיטה כזו מועלת, אבל שחיטת טריפה איננה כשחיטת כשרה, ונראה לי דזה הוא דקאמר בפרק כיסוי הדם, לא לכל אמר ר"מ שחיטה שאינה ראוי' שמה שחיטה, מודה ר"מ שאינה מתירתה באכילה, ופריך פשיטא.

ומשני לא נצרכא אלא לשוחט את הטריפה ומצא בה בן ט' חי, פירוש דאם הי' שחיטת טריפה שחיטה ראוי' כשחיטת כשרה, והא דאסורה מטעם שהיא טריפה, א"כ הולד שהוא חי הא אינו טריפה, א"כ תועיל שחיטת אמו שהיא שחיטה ממש להתירו באכילה, אלא דשחיטת טרפה איננה שחיטה להכשיר בשרו נמצא דלא הי' על הולד שחיטה המתרת, אכן מזה בלבד אין להביא רא' גמורה ששחיטת טרפה איננה שחיטה, דאפשר לומר דהשחיטה היא שחוטה מעליא, והא דאין הולד נותר בשחיטת אם טרפה, דהאי דינא דהולד נותר בשחיטת האם ילפינן מקרא דכל בבהמה תאכלו.

א"כ היכא דהאם טרפה ולא הותרה האם, אין על הולד דין דכל בבהמה תאכלו, אכן נראה לי להוכיח דשחיטת טרפה איננה שחיטה לענין היתר הבשר, מהא דבעי ר' זירא, נקבו בני מעים בין סימן לסימן מהו, מי מצטרפי סימן ראשון לסימן שני לטהרה מידי נבלה או לא, ואם נימא דשחיטת טרפה הויא שחיטה מעליא ואיסורא משום טרפה, א"כ הרי הי' שחיטה מעליא, וא"כ לאו נבלה היא ואיסורה רק מטעם טרפה ולא משום נבלה, אכן אם נימא דשחיטת טרפה לאו שחיטה כשרה היא אלא דאמרה התורה דלענין לטהרה מידי נבלה גם שחיטת טרפה מועיל, שפיר מיבעאי אי מצטרפי שני מיני שחיטות, הסימן הראשון הי' שחיטת כשרה, והסימן השני שחיטת טרפה מיבעאי אי מצטרפי לטהרה מידי נבלה, אלא דרבא פשיט דבודאי מצטרף, דכיון דמועיל שחיטת כשרה להתיר באכילה, מכש"כ דמועיל לטהרה מידי נבלה.

ויש לומר דהאי דינא אם שחיטת טריפה הויא שחיטה מעליא. או דשחיטת טרפה לאו שחיטה היא תליא בזה בלימודא דילפינן דשחיטת טרפה מועיל לטהרה מידי נבלה, דתנא דמתניתין יליף מטעם דרק בבהמה טמאה אין שחיטה מטהרה, אבל בטרפה שיש במינה שחיטה, שחיטתו מטהרתו, ורב יהודה אמר רב וכן במתניתא תני, יליף מדכתיב וכי ימות מן הבהמה, מקצת בהמה מטמאה, אבל יש מיתה שאין מטמאה, ואיזה זה טרפה ששחטה, דתנא דמתניתין סבר דשחיטת טרפה כיון דבמינה יש שחיטה, הויא שחיטה מעליא ואסורה רק משום טריפה, אבל רב ותנא דברייתא סברי דשחיטת טרפה הוי מיתה, אלא דגלי רחמנא דמיתה הבאה ע"י שחיטת טרפה מטהרה מידי נבלה.

ולפי זה מתורץ קושיתנו איך בשחט הטרפה ומצא בן ט' חי מועיל השחיטה להולד, הא כבר הוא שחוט מצד אמו, שהרי הועילה השחיטה לטהרו מידי נבלה אם ימות, אכן לדברינן לא קשה, דרב חסדא ס"ל דשחיטת טרפה לאו שחיטה היא כלל, אלא הויא מיתה, רק גלי רחמנא דמיתה הבאה אחר שחיטת טרפה מטהרה מידי נבלה, וסבירא לרב חסדא דכיון דחזינן דאמרה התורה דשחיטת כשרה מועיל להולד לטהרו מידי נבלה, ילפינן גם לדין זה לדין דאם שחט את הטרפה מטהר את הולד מטומאת משא, אבל

שחיטת כשרה לא הי' על הולד, משו"ה אמרינן ד' סימנין אכשר רחמנא משא"כ בדין דרב משרשיא בבן פקועה הבא על בהמה מעליא, הרי מצד האב הי' להולד שחיטה כשרה, וכבר הולד מקצת כשחוט, משו"ה אין מועיל השחיטה להולד (והרמב"ם שהשמיט האי דינא דאם שחט הטרפה הולד אין מטמא במשא, וגם השמיט לדרב משרשיא, אולי מספקא לי' כיון דרבא הקשה דילמא רבא ס"ל דגלי רחמנא רק בכשרה דהויא שחיטה להולד, אבל בטרפה דהויא רק כמיתה אין מועיל כלום וגם לדרב משרשיא השמיט דאולי פליגי אהדדי רב חסדא ורב משרשיא אבל הרמ"א ס"ל דודאי לא פליגי וכדביארנו).

ג) והנה לפי דברינו לא קשה כלל קושית התוס' שהקשה כיון דאמרינן אשה זו בחזקת היתר עומדת אף שנולד הריעותא מחיים בשעה שהיתה אסורה שהי' הבעל חי, לדין דרב הונא, דדוקא אם נולד הספק לאחר שחיטה אבל היתה הריעותא מחיים אסורה, דהתם באשה הא היתה עומדת בחזקת שכשימות הבעל תהי' מותרת לשוק, ועתה הבעל ודאי מת, ומותרת מפני חזקתה, אבל בבהמה נהי דעומדת אם יהי' בה שחיטת כשרה תהי' מותרת, אבל עתה שנולד הריעותא מחיים, הא ספק לן אם הי' כלל שחיטה, דאם היא טרפה הרי אין שחיטתה שחיטה כלל, אלא כעין מיתה, נמצא דהוי כעין עד שיודע, לך במה נשחטה, דאם הספק שהיא טרפה הרי הספק שמא לא נשחטה שחיטה כשרה ועכצ"ל דתוס' סברי דשחיטת טרפה הויא שחיטה מעליא, א"כ הרי נשחטה ודאי, א"כ שפיר מדמי התוס' דין דבהמה היכא דנולד הריעותא מחיים לדין דאשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת, אבל בשו"ע שהביא לדינא דרב משרשיא דד' סימנין אכשר לא אמרינן היכא דהי' שחיטה, ע"כ מוכח כיון דשרינן בשוחט את הטרפה ומצא בה בן ט' חי מלטמא במשא, אעפ"כ הולד נותר בשחיטה, דשחיטת טרפה לאו שחיטה היא כלל, א"כ לא דמי כלל לדין דאשה בחזקת היתר לשוק עומדת, דהתם הא עמדה לכשימות הבעל תהי' מותרת, והבעל הא מת בודאי, אבל הכא נהי דעמדה הבהמה להיתר אם יהי' עלי' שחיטה, אבל כיון דנולד ריעותא, א"כ הספק שמא לא הי' כלל שחיטה.

והא דאמר בד"מ, וכן משמע בתוס' פרק ד' אחין, נראה כונתו, דהנה האי דינא דאשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת, יש לפרש בתרי גווני, או דהפירוש שהריהיא עומדת בחזקת היתר שכשימות הבעל תנשא לשוק, או דהכונה אשה זו עתה צרת ערוה וע"י הספק אנו מוציאים אותה מדין צרת ערוה, מספק לא מפקינן אותה מדין צרת ערוה, אף שעתה היא א"א ואסורה, אעפ"כ היא צרת ערוה, ומספק אין מוציאין אותה מדין צרת ערוה.

והנה אם נימא דהפירוש, אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת שהרי היא אצלנו בחזקת צרת ערוה אין מוציאין אותה מחזקתה, הי' אפשר לומר דגם בבהמה שייך לומר הרי עתה איננה בחזקת טרפה לאסורה, אף בשחיטה מספק אין מוציאין מחזקתה, אבל אם נימא דהפירוש אשה זו בחזקת היתר לשוק, שעומדת בחזקת שאם ימות בעלה תהי' מותרת, הא לא דמי לדין דבהמה היכא שנולד הריעותא מחיים, דהא הא התם הספק שמא לא יהי' שחיטה.

והנה התוס' לקמן בד"ה דנפל הבית עליו ועל בת אחיו, כתבו ז"ל, כאן יש תימה אמאי חשיב בחזקת היתר לשוק טפי מליבם, דהא קמן ששניהם מתו, וכן יכול להיות שהיא

מתה תחילה כמו הבעל ואם נימא דתוס' מפרשי להא דאשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת היינו כיון שמוחזקת בצרת ערוה אין מוציאים אותה מחזקת צרת ערוה, א"כ מאו הקשה בתוס', הא גם בנפל הבית עליו ועל בת אחיו ג"כ הא עד עתה היתה מוחזקת בצרת ערוה א"כ אמרינן שהוא מת תחילה נשארה צרת ערוה, ע"כ דתוס' מפרשי אשה זו בחזקת היתר לשוק, היינו שעומדת לזה שכשימות בעלה מקודם הבת אחיו תהי' מותרת לשוק, וא"כ פריך שפיר הא הכא אפשר שהוא מתה תחילה.

וא"כ משום זה כתב הרמ"א כדמוכח מתוס' פרק ד' אחין, דכל ההיתר בנוולד ריעותא בעת האיסור משום שעומדת לזה אם ימות הבעל תהי' מותרת, והכא הא לא שייך, דהרי בבהמה היכא דנוולד הריעותא מחיים אי אפשר להתירה מטעם בהמה זו בחזקת היתר עומדת כששחטה, דהרי שחיטת טרפה לאו שחיטה, וא"כ הספק שמא לא נשחטה שחיטה כשרה, ואף דלא דמי הספק הזה דמספקא לן שמא היתה שחיטת טרפה, דהרי היכא שהספק בשחיטה אף אם יש לתלות שנעשה אחר מיתה ג"כ פסולה, כמו נמצא הושט שמוט ואין יודע אם קודם שחיטה או לאחר שחיטה הא פסולה, ולא אמרינן נשחטה הותרה כמו בספק טרפה, התם הטעם משום דמוקמינן בחזקת שאינה זבוחה, דאם הוא נבלה אינה זבוחה, אבל טרפה אף אם היא טרפה אין עלי' דין אינה זבוחה שהרי השחיטה התירה מלטמא, ומשו"ה אם נשחטה ואפשר לומר שהריעותא באה לאחר שחיטה, אמרינן נשחטה הותרה, כיון שהחזקנו אותה למותרת קודם שראינו הריעותא אבל היכא דנוולד הריעותא מחיים, נהי דחזקת אין זבוחה אין כאן אבל גם היתר בהמה זו בחזקת היתר לשוק אין כאן, דהרי ההיתר שעמדה הוא אם יהי' שחיטת כשרה, והדבר ספק אם הי' שחיטת כשרה.

סימן כה בדין מפיהם ולא מפי כתבם דף לא. אב"א משום דלא אפשר היכי לעבד לינחה גבה דידה מחקה לי'.

לינחה גבה דידי' זמנין דבת אחותו היא ומחפה עלה, לינחה גבי עדים, אי דזכירי ליתו לסהוד, ואי לא זמנין דחזו בכתבא ואתי ומסהדו ורחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם עכ"ל הגמ'. כתב הרמב"ם בפ"ג מהלכות עדות הלכה ד' ז"ל.

דין תורה שאין מקבלין עדות לא בדינו ממונות ולא בדיני נפשות אלא מפי העדים שנאמר עפ"י שנים עדים, מפיהם ולא מפי כתב ידן, אבל מדברי סופרים שחותכים דיני ממונות בעדות שבשטר אעפ"י שאין העדים קיימים כדי שלא תנעול דלת בפני לוי' עכ"ל הרמב"ם, אכן התוס' כתבו ז"ל, ואר"י ששמע משום ר"ת שנוהגין עכשיו ששולחין עדותם בכתב ידם לבי"ד ולא קרינן בהו מפיהם ולא מפי כתבם כיון שזוכרין עדותן.

והא דתניא במי שאחזו דף ע"א ואם לא יגיד פרט לאלם שאין יכול להגיד ופריך ואמאי הא יכול לדבר מתוך הכתב, שאני עדות דרחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבן, שאני אלם שאין ראוי להגיד כדאמרינן מנחות דף ק"ו, כל שאין ראוי לבילה, אבל אחר מועיל כתב ידו כשזוכר העדות, ומיהו בפירוש חומש פרש"י עפ"י שנים עדים פרט שלא ישלחו כתבם לבי"ד, עכ"ל התוס'.

אכן דברי ר"ת אינם מובנים לי, דלפי זה בכל התורה כולה נימא, לא בעינן אותה הדבר אלא ראוי, וא"כ בגט נימא דלא בעינן ספר כריתות אלא ראוי לספר כריתות לא בעינן ונתן אלא ראוי ליתן, ובחליצה לא בעינן חליצה אלא ראוי לחלוץ, וע"כ דהא דאמרינן במנחה חילוק בין ראוי לבילה לאין ראוי, דקי"ל בקדשים דבעינן כתוב לעכב וכל זמן שאין כתוב לעכב אמרינן דאין זה אלא למצוה, ובבילה אין לנו כתוב לעכב, אלא, דאף שאין לנו ראוי לעכב, אבל היכא דאין ראוי הוי עיכובא, וכן בחליצה כיון דכתוב בישראל חלוץ הנעל ילפינן דחליצת נעל מתירה לישראל, והא דכתיב מקודם ועמד ואמר.

וכן ועלתה יבמתו השערה ואמרה מאן יבמי: הוא רק למצוה ולא לעכובא אלא באלם ואלמת כיון שאין ראויים לאמר מעכב אפילו בדיעבד, אבל על חליצת הנעל אי אפשר לומר שזה בעינן רק שיהי' ראוי לחליצה, שהרי זה הדין דחלוצת הנעל כתיב במקום ההיתר, אם אמרה התורה שחליצת הנעל מתיר אי אפשר לומר דרקיקה מתיר, או דאמירה מתיר, בודאי דאם אמרה התורה דחליצה מתיר אי אפשר לומר דראוי לחליצה מתיר, ואם אמרה התורה דספר מתיר אי אפשר לומר ראוי לספר מתיר ואם אמרה כי יקח איש אשה ואמרינן דהקיחה בכסף אי אפשר לומר דרק הראוי לכסף היא הקיחה, וא"כ הכא נמי אילו הי' כתיב בתורה ואמרו העדים בפיהם לפני בי"ד ועל ידי עדים יקום הדבר, אז אפשר לומר דעיקר אמרה התורה שעל ידי העדים יקום הדבר, והא דכתיב ואמרו הוא למצוה ולא לעכב, ואין עיכוב אלא באין ראוי לומר, אבל כיון דכתיב האי על פי במקום שאמרה התורה הקמת הדבר, כיון דכתיב על פי העדים יקום הדבר, א"כ אמרה התורה דמה מקים ומקיים הדבר, פי שני העדים, איך נימא דאין פיהם מקיים הדבר אלא ראוי לפי, הרי כאילו היו אומרינן דהרקיקה מתיר, ומה דאמרה התורה דחליצת הנעל מתיר הוא רק ראוי לחליצת הנעל, בודאי דאי אפשר כלל לומר כן אחרי דאמרה התורה דהחליצה מתרת לא הראוי לחליצה, ולכאורה דברי ר"ת תמוהים מאד אם נפרשם כפשוטם כמו שפירשו התוס'.

ועל דברי הרמב"ם שכתב שהא שחותכין עפ"י עדות שבשטר הוא דרבנן, כבר השיג הרמב"ן הא אמרינן בגיטין ד' ג', דבר תורה עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבי"ד, וכן הקשה הרמב"ן מהא דאיתא בקרא, וכתוב בספר וחתום והעד עדים, ומה שתירץ הכ"מ דהאי קרא הוא מדברי קבלה ולא מן התורה, ע"ז הקשה הש"ך בחזו"מ סימן כ"ח ס"ק י"ד, הא בהשולח דף ל"ו איתא, העדים חותמים על הגט מפני תיקון העולם, ופריך מפני תיקון העולם דאורייתא הוא.

א) והנראה לי לבאר דברי הרמב"ם דהנה הרמ"א כתב באבן העזר סימן מ"ב סעיף ד', דאם מצא כתוב בשטר פלוני קדש פלונית ועדים חתומים בו, אם הוא מקוים דנין על פיו, אכן בח"מ וכן בב"ש הביאו דעת הרשב"א דכיון שלא אמר כתבו וחתמו הוי כפנקס בעלמא ואין מקבלין עדותן, דהא מפיהם ולא מפי כתבם, והש"ך בחזו"מ סימן מ"ו ג"כ כתב כזה, ולכאורה קשה כמו שהקשה הש"ך בכמה דוכתי, בחזו"מ בסימן ל"ט ס"ק ט' ועוד בכמה מקומות, על הרמ"א שכתב דאם נתקיים דנין על פיו, דהא ודאי צדקו דברי הרשב"א דמפיהם ולא מפי כתבם.

ונראה לי דעת הרמ"א, דהנה קי"ל, אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד, ולכאורה הי' אפשר לומר דמה שהאמינה תורה עדים הוא, דזה שאומר בפני בע"ד, דאין אדא מעיז לומר בפניו דבר שקר, זה מברר שעדים אומרים אמת, אבל אם אין הוכחה אין מברר שעדים אומרים אמת, אכן אי אפשר לומר כן, שהרי מצינו עדים במקום שאין בעל דין, כגון בעדות החודש וכדומה, עכצ"ל דבאמת הוי עדים אף שלא בפני בעל דין, אלא כיון דזה יותר הוכחה אם הוא אומר עדותו בפני הבע"ד אמרה התורה שאין לחייב אדם לא ממון ולא עונש בי"ד, אלא דוקא שיהי' ההוכחה ג"כ מה שאומרים בפניו, ה"נ הא דאמרה התורה על פי שני עדים יקום הדבר, היינו דדבר לחייב איש ממון או עונש בי"ד מלקות או מיתה, בעינן דוקא ההוכחה שאומרים בפני הבע"ד.

והנה לעשות השטר לשטר, אמרה התורה והעד עדים, היינו לעשות השטר שיהי' ספר כריתות או שטר קידושין או שטר מקנה נעשה שטר ע"י חתימת עדים וא"כ אם אנו רואין את ספר הכריתות ביד האשה או את ספר המקנה ביד הלוקח הרי חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו, ורואין אנו שהאשה מגורשת, או אם ספר קידושין בידה רואים אנו שהיא מקודשת, וחזקה כל מה שיש ביד אדם שלו, היא הוכחה שסוקלין על ידה, שהרי אם אחד יקדש אשה בחפץ ואחד יצעק החפץ הזה גזל ממני, ואח"כ יבא זה התובע עליה, יתחייב מיתת סקילה דחזקה כל שיש ביד אדם הוא שלו, ואין להקשות אם חתמו עדים על שטר קידושין ואח"כ ראינו השטר קידושין בידה איך הורגים אותה, הא עדים צריכים להעיד שהבעל צוה לכתוב השטר, דהא צריך הבעל לומר להם כתבו וחתמו, אכן הא דאמרה התורה על פי שני עדים יקום הדבר, דבעינן דוקא על פי, אמרה התורה באלו העדות שהם צריכין לבוא להגיד בבי"ד, ושם יועיל עדותם, אבל העדות הזאת שאמרה התורה שאם יעידו העדים בשטר שהבעל דבר צוה אותם לחתום, אם יבואו ויגידו העדות הזאת בבי"ד, הלא בזה לא יהי' השטר ספר כריתות ולא ספר קידושין ולא ספר מקנה, א"כ צריכים העדות הזאת להעיד בשטר, על עדות זאת לא אמרה התורה על פי יקום, שהרי אם יהי' על פי לא יועיל, א"כ העדות לעשות את הספר לספר המועיל לדיניו בעינן דוקא שיכתוב בספר, משו"ה מועיל העדות הזה שכתב לעשות הספר, לספר המועיל, וממילא כשרואין את ספר המקנה בידי הבעלים אנן סהדי שהשדה שלו ושהאשה מגורשת או מקודשת.

וזהו הפירוש בדברי רש"י בגיטין דף ע"א ד"ה ולא מפי כתבם, יעידו בבי"ד ולא דמי לשטר שחתמוהו ביומי, דההוא אורח' להכי, וזה כונת רש"י, אם צריכין לעשות השטר לשטר מועיל, כתב ידם דההוא אורח' להכי שהרי עדות הזאת אין לה מקום בעל פה אלא דוקא בכתב, ע"ז לא אמרה התורה דבעינן על פי, שהרי אין מקום על פי, ועדותם בכתב דוקא, ואח"כ כשרואים אנו השטר בידה דנין על פיו, שהרי השטר הוא הגירושין או הקדושין, וחזקה כל מה שביד אדם שלו, אכן כל זה אם זה, השטר שעשה קידושין ורואים אנו בידה, אבל אם כתבו עדים בשטר לראי' שפלוגנית נתקדשה, הרי אין השטר עצם הקידושין אלא עדות שנתקדשה, וא"כ העדות הזה להעיד שנתקדשה אין המקום בהשטר אלא המקום לילך לבי"ד להעיד, וא"כ ע"ז אמרה התורה מפיהם ולא מפי כתבם, עדות כזה שאין אורח' להכי, היינו שאין המקום בהנייר אלא עדות לבי"ד, ע"ז אמרה תורה מפיהם ולא מפי כתבם אכן אף דחסר דין דעל פיו שאמרה התורה לא לחייב איש

עפ"י עדות בכתב, אבל עכ"פ העדאת עדים הא הוי אף בכתב א"כ רואים אנו שעדים הגידו בכתב שפלונית נתקדשה, משו"ה סבר הרמ"א דאם מצא כתוב בשטר פלונית נתקדשה בודאי שיש לחשוש לקדושין ואסור לבא עלי', דלענין איסור מועיל אף עדים שבכתב, דנהי דעל פי לא הוי, אבל עדים הא הוי, ואף שאין מחייבין עפ"י עדות שבכתב, אבל באיסור בודאי קימא, אבל דוקא אם מצא כתוב, היינו שכתבו בעצמם לזכרון אבל אם מסרו שטר כזה לראי', כיון שעשאו שלא כדין אז אין סומכין על זה וגם בעינין דוקא שיהי' מקוים, דכיון דשטר כזה שמצאו כתוב פלונית נתקדשה, ע"כ שלא נכתב למסור רק לזכרון בעלמא, וא"כ אימת אמרינן עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבי"ד, היכא שכתבו למסור לבעליו אמרינן דנעשה כמי שנחקרה, דלא חשיד אינש לזיופא ולהשתמשבו, אבל מה שמצאו כתוב, דאפשר דלא נכתב כלל להשתמש, א"כ אפשר דאדם כתב בלי כונה להשתמש, וחתם עדים כמתעסק, משו"ה בעינין דוקא מקוים.

(ב) ולפי זה פשוטים דברי הרמב"ם שאמר שמה שחותכין עפ"י עדות שבשטר הוא משום שלא תנעול דלת בפני לוי, שהנה מן התורה שעבודא דאורייתא, א"כ השעבוד עושה ההלואה, וא"כ השטר הוי רק לראי', היינו עדות שלוחה, וא"כ העדות הזו שלוחה הא אורחי' בבי"ד, העדות הזו הם צריכים להעיד בבי"ד, וא"כ בזה הא עדות בכתב מן התורה אין מועיל, דמפיהם ולא מפי כתבם, ולא דמי להא דאמר בגמ' גיטין, העדים חותמין על הגט מפני תיקון העולם דכתיב וכתוב בספר והעד עדים, דהתם הא לעשות את ספר המקנה שיוכל המוכר על ידו למכור, הא עדות הזאת אי אפשר להם להעיד על פה, וכן בגט.

הא לעשות הגט שיהי' ספר כריתות אי אפשר לעשות בהגדתם בבי"ד, ובעי דוקא בכתב, בודאי דזה מדאורייתא, דאמרה התורה לעשות את הספר לספר כריתות, בעי העד עדים בלא הגדה בעל פה, אלא דוקא בכתב, ומועיל מן התורה. וכן לא קשה כלל על הרמב"ם מכל הגמרות שהביא הרמב"ן והש"ך, דאמר קיום שטרות דרבנן, דמדאורייתא עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבי"ד, היינו דאילו מה שבאים עדים ומקיימים חתימת העדים שעל השטר הי' לזה על פי, אז היו קיום העדים מדאורייתא כדי לעשות הגדה על פה, אבל הלא גם מה שמקיימים חתימת העדים ג"כ הא לא הוי הגדה על פה, שהרי העדים המקיימים את החתימות אינם יודעים מעצם המעשה, וא"כ באים רק לברר שאלו החתימות הם של העדים החתומים וזהו מדרבנן, דמן התורה לא חיישינן לזיוף, שהרי אמרה התורה והעד עדים שנעשה השטר ספר מועיל, וכשרואים אנחנו את השטר שהוא ספר המועיל דנין על פיו, א"כ מוכח דמן התורה לא חיישינן לזיופי.

וכן הא מוכח מהאי גמ' גופא דאיתא הכא, מפיהם ולא מפי כתבם, דאם הי' שטר קידושין בידה היו דנים והורגים על פיו, דהרי קאמר בגמ', לינחה גבי דידה מחקה לי, אבל אם לא תמחוק היו דנים על פיו, ואם הי' הפירוש בדברי הרמב"ם דכל שטר הוא דרבנן, דמן התורה אין מועיל עדות שבכתב, א"כ איך היו דנים על פי שטר הקידושין שבידה, הא מפיהם ולא מפי כתבם.

ואם על גט יש שדחקו מטעם אפקעיניהו רבנן לקדושין, אשר כמובן זה התירוץ הוא רחוק מאד מן השכל, אבל לדון ולהרוג איך תקנו רבנן, הא אין כח בידם לעקור דבר מן התורה ע"כ דאם שטר הקידושין בידה אז מדאורייתא דנין והורגין על פיו, ורק כשהשטר מונח ביד האשה, דחזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו, והשטר נעשה שטר ע"י חתימת העדים וא"כ דנין מדאורייתא עי"ז, אבל אם הי' מונח בידה לא שטר שעשו קידושין על ידו, אלא שטר שכתבו עדים לראי' שנתקדשה לפלוני בודאי דלא היו דנין על פיו, דהרי העדות הזאת שנתקדשה צריכים להעיד בבי"ד, והווי עדות מפי כתבם.

ובזה יש לפרש דברי הר' ר' שמואל בן יעקב המובא בשיטה מקובצת בב"מ, דמפרש טעמא דר' מאיר דאמר שטר שאין בו אחריות נכסים אין גובין לא מנכסים משועבדים ולא מנכסים בני חורין, והקשה שם השיטה מקובצת בשם כמה ראשונים, מאי טעמא דר' מאיר, ותירץ הר' שמואל בן יעקב דמשו"ה אין גובה אפילו מנכסים בני חורין משום דהווי מפי כתבם ולכאורה דבריו תמוהים א"כ אפילו בשכתוב בו אחריות נכסים איך יגבה, אכן לדברינו מיושב, דר"מ הא ס"ל בבכורות מ"ח דשעבודא לאו דאורייתא, א"כ הא אם כתב בשטר אחריות נכסים השטר עושה השעבוד, וא"כ צריכין העדים לחתום בהשטר כדי לעשות את השטר לשטר מקנה היינו להקנות השעבוד למלוה, וא"כ שטר שעבוד הוא ג"כ ספר מקנה, משו"ה גובין בו מדאורייתא, אבל בשטר שאין בו אחריות נכסים, הא השטר הוא רק ראי' שלוה, ולהעיד שלוה הא צריכין להעיד בבי"ד, וא"כ מה שחתמו בשטר הווי עדות מפי הכתב דאין מועיל, ור"מ ס"ל דלא תקנו רבנן כלל לחתוך עדות עפ"י עדות שבשטר היכא דהווי שטר ראי', אכן רבנן, לא מיבעאי להנך דסברי דשעבודא דאורייתא ואין שטר עושה שעבוד ע"כ דסיברא להו שעשו רבנן תקנה, שהרי לדידהו כל שטרי מלוה הווי מפי כתבם, אלא אף להנך דסברי שעבודא לאו דאורייתא, ס"ל ג"כ שתקנו רבנן לחתוך עפ"י עדות שבשטר, אפילו שטר ראי', כדי שלא תנעול דלת בפני לויין.

ג) והנה הרמ"א כתב בסימן ל"ט סעיף ג' ז"ל, וכל שלא אמר כתבו וחתמו אעפ"י שכתבו בשטר אינו אלא כפנקס בעלמא, ומיהו י"א דאם נתקיים דנין על פיו, והשיג הש"ך על דעת הרמ"א בכמה מקומות בחו"מ, דהנה דברי הרמ"א הוא מדבריו בד"מ שהביא תשובת מהר"מ שכתב על התנאים שכתבתם שאינו שטר לפי שאין כתיב בו קנין ז"א מכמה טעמים כו' עד דהא כותב אדם עדותו על השטר, ואע"ג דאסיק שם, והוא שזוכרה מעצמו, היינו דוקא עד אחד אבל שני עדים החתומים על השטר וכתוב מדעת שניהם, שטר גמור הוא לכל דבר ואפילו אינה זוכרה עכ"ל, וכתב מהרי"ו סימן נ"ד, דמזה שמענין דשטר שאינו כתיקון חכמים אעפ"י ששטר לא הווי, העדאת עדים מיהא איכא כו', אבל נראה דהרשב"א חולק על זה שהרי כתב דכל שלא אמר כתבו וחתמו אינו אלא כפנקס בעלמא, וכתב ע"ז הש"ך ז"ל, ונלע"ד דליכא מאן דפליג על הרשב"א ודבריו נכונים וברורים בטעמם, דכל היכא דהווי מפי כתבם לא הווי עדות כלל, דהא פסול מדאורייתא מטעם מפיהם ולא מפי כתבם, ומהרי"ו שם מענין אחר, וכמו שאבאר, וממהר"מ פשיטא דאין ראי' דפליג על הרשב"א, ואדרבה מוכח מדבריו דס"ל כהרשב"א, שהרי כתב דהא כתיב ונכתב מדעת שניהם כו', משמע להדיא דאם אין כתוב מדעת שניהם פסול דהווי מפי כתבם כו', ומ"ש בד"מ בשם מהרי"ו נראה דלא כיון יפה

כו' דמהרי"ו לא מיירי דהשטר נכתב שלא מדעת הלוה שהא כתב שהשטר נכתב שלא כתיקון חכמים, ואי נכתב שלא מדעת הלוה הרי הוא פסול מדאורייתא מטעם מפייהם ולא מפרכתבם כו', אלא מיירי כהך דמהר"מ שאין בו קנין, וכה"ג, או שאין בו זמן, וכדלקמן ר"ס מ"ג או שלא החזיר מענינן של שטר, וכה"ג גם הרשב"א ס"ל דהשטר כשר, וכמ"ש הב"י והד"מ לקמן סימן מ"ד, דשטר שלא נעשה כתיקון חכמים כשר ע"ש, ודלא כהרב כו' וכל זה ברור ודוק עכ"ל הש"ך.

ולענ"ד דמאור עינינו הרמ"א כיון יפה, דהנה מהרי"ו הא כתב דשטר שאינו כתיקון חכמים אעפ"י דשטר לא הוי העדאת עדים איכא, הרי דמדייק מהרי"ו דאם אין כתוב כתיקון חכמים לא הוי שטר, מזה מוכח דמהרי"ו סובר כשיטת הרמב"ם דעדות שבשטר לא הוי מדאורייתא כלל, דשטרי מלוה ושטרי ראי' הוי מפי כתבם, ואינו שטר כלל, דאם הי' סובר מהרי"ו דמן התורה עדים שחתמו על השטר מקרי עדים, ודין עדים יש להם משום שהוא שטר והוי כתב המחייב, ולא אמרה התורה דמפי כתבם אין זה עדות אלא אם הוא כתבם, אבל לא אם הוא כתב המחייב, או כשיטת הרמב"ן דעדים שבשטר הוי כנחקרה עדותן בב"ד, א"כ הי' לרבינו מהרי"ו לומר כל שטר שאינו כתיקון חכמים אעפ"י שאינו שטר לגבות מן המשועבדים אבל הוא שטר לדון עפ"י השטר מטעם דהא מדאורייתא הוא שטר, ע"כ דמהרי"ו סובר כשיטת הרמב"ם, דמן התורה שטר ראי' הוי מפי כתבם, אלא שרבנן הכשירוהו משום תקנה ובא מהרי"ו לדון איך היתה תקנת חכמים, אם תקנתם היתה מפני שאמרו מדבריהם עדות שבשטר לא הוי מפי כתבם, אבל אם אין העדות בשטר לא הכשירו או דרבנן עשו תקנה לגבות עפ"י עדות שבכתב אף שמן התורה אין חותכין עפ"י עדות שבשטר, דשטר ראי' לאו שטר מקנה הוא, אמרו רבנן לגבות עפ"י עדות שבכתב, ומביא מהרי"ו ראי' דתקנת רבנן הי' לחתוך עפ"י עדות שבכתב, ולא דוקא עדות שבשטר, שהרי מהרי"ו כתב שאעפ"י שאינו כתיקון חכמים אעפ"י כ דנין על פיו.

והנה שטר שאינו כתיקון חכמים הא מן התורה אין זה שטר כלל, שהרי הוא שטר ראי' ואמרה התורה מפייהם ולא מפי כתבם, ומדרבנן הא ג"כ איננו שטר כיון שלא נכתב כתיקון חכמים, וא"כ אמאי דנין על פיו, ע"כ דתקנת רבנן היתה לגבות עפ"י עדות שבכתב, וא"כ עדים שכתבו על השטר שראו שפלוני לזה מפלוני כדי שיזכרו להעיד אחר כן הוי עדות שבכתב, ואף שאינו שטר, העדאת עדים מיהא איכא, דהרי רבנן הכשירו עדים שבכתב, אכן כל זה אם בשעה שכתבו עדותם כתבו כדין, שלא כתב ליתן למלוה בלא דעת הלוה, אבל אם כתבו ע"מ ליתן להמלוה בלא דעת הלוה בודאי דאין זה עדות כלל, שהרי כתבוהו ע"מ ליתן להמלוה, וע"ז בעינן דוקא מדעת הלוה, אבל אם כתבו לזכרון בפני עצמם דנין אחר כן שהרי עדים חתומים ורבנן הא הכשירו עדים שבכתב.

ולפי זה לא קשה מזה שאמר מהר"מ, ונכתב מדעת שניהם, דהא מהר"מ מיירי היכא שמסרו השטר לבעל דבר, שם בעינן דוקא אם נכתב מדעת שניהם, דאם לא נכתב מדעת שניהם הא עשו שלא כדין, ובודאי דאז אין לסמוך על עדותם, אבל אם כתבו לזכרון שעשו כדין סומכין עליהם, דהא רבנן הכשירו עדות שבכתב, אכן הרשב"א פליג,

דהרשב"א סובר דעדות שבשטר הוי כנחקרה עדותם בבי"ד כשיטת הרמב"ן, ומהו שטר לדברי הרשב"א, מה שנכתב ע"מ למסור לבעל דבר, וא"כ להרשב"א אין כאן תקנת חכמים לגבות עפ"י עדות שבכתב, א"כ להרשב"א אם כתבו לזכרון דברים אין זה שטר והוי מפי כתבם, והא שהקשה הש"ך הא גם הרשב"א מודה דשטר שלא נכתב כתיקון חכמים אעפ"י כ דנין על פיו, דהרשב"א הא ס"ל דעדים בשטר כשר מדאורייתא, וא"כ אף שלא נכתב כתיקון חכמים שטר הוא לגבות בו מבני חרי, אבל מהרי"ו ס"ל דשטר ראי' אין זה עדות מן התורה, דהוי מפי כתבם.

א"כ אם הי' דין דרבנן שתקנו לגבות עפ"י עדות שבשטר, דוקא עדות שבשטר ולא עדים שבכתב, א"כ היכא דהשטר הוא ג"כ מדרבנן פסול, לא הי' דנין על פיו כלל, ע"כ דרבנן הכשירו עדות שבשטר. ד) ועפ"י ז' מבוארים דברי ר"ת שכתב הר"י ששמע בשמו שנהגו עתה לשלוח עדות בכתב לבי"ד משום דראוים להגיד, וכל הראוי לבילה אין בילה מעכב, והקשינו כיון דקרא דכתיב על פי, קאי במקום דכתיב יקום דבר, וא"כ אמרה התורה יקום הדבר על פי שני העדים, ואיך נפרש דרק אם ראוי לפי, הא כתוב בקרא על פי שני עדים יקום הדבר, אכן לדברינו אדרבה הר"ת ס"ל כשיטת הרמב"ם, דמה שגובין ע"י שטר ראי', הוא תקנת חכמים.

וכן מוכח שדעת ר"ת כן, שהרי במרדכי פרק האשה שנתארמלה כתב בשם ר"ת, דהא דאמרינן מפיהם ולא מפי כתבם, הוא בדיני נפשות, אבל לא בדיני ממונות ואם נימא דדברי ר"ת כפשוטם, דהא דאמרה התורה עפ"י שני עדים יקום דבר, הפירוש ראוי' על פי, א"כ אמאי לא יועיל זה בדיני נפשות, ואם נימא דבדיני נפשות בעינן דרישה וחקירה, א"כ הא אין צריך טעם דמפיהם ולא מפי כתבם, ע"כ דשיטת ר"ת כשיטת הרמב"ם, דמן התורה אין חותכין עפ"י עדות שבשטר דהוי מפי כתבם, ורק רבנן הכשירו בדיני ממונות, וס"ל לר"ת כרמ"א ומהרי"ו, דהכשירו עדות שבכתב, וא"כ עתה שהכשירו רבנן עדות שבכתב, יכולין העדים לשלוח עדותם בכתב לבי"ד, ומדויק מאד לשון שנהגו עתה, דמאי שייך לשון עתה, אטו עתה נתחכמו מה שלא ידעו מקודם, אכן לדברינו הפירוש בדברי ר"ת, עתה שהכשירו רבנן עדות שבכתב, יכולין לשלוח עדות בכתב לבי"ד, ועדיפא דר"ת מדברי הרמ"א, דהרמ"א אף שהכשיר עדות שבכתב היינו דוקא אם מתחילה כתבו לזכרון, אבל אם שולחים בתחלה עדות בכתב לבי"ד ס"ל להרמ"א דלא נהגו לקבל דצריכים שיבואו בעצמם לבי"ד אם בשעת מעשה יוכלו לבא, ור"ת סבירא לי' דגם זה נהגו לקבל עדות ששולחים בכתב.

והא דמבאר הר"ת בגמ' גיטין באלם, דהטעם משום דאין ראוי להגיד, הוא, דקשה לר"ת כיון דרבנן הכשירו לקבל עדות בכתב, א"כ אמאי הביאו להלכה דאלם אין מחויב קרבן שבועה, אם לא יגיד, הא היכא דמדרבנן מועיל עדותו מחויב קרבן שבועה כמו בעד אחד שידוע שמת בעלה, אף דמן התורה אינו נאמן, כיון דרבנן הכשירו מחויב קרבן שבועה אם לא יגיד, וא"כ לחייב אלם קרבן שבועה דהא אם ישלח עדותו בכתב עתה יועיל עדותו וא"כ ראוי הוא להגיד, ע"ז פירש ר"ת דאימתי הכשירו רבנן עדות שבכתב, דוקא בזה שהוא ראוי לבילה, א"כ הוא יכול להעיד בפיו, בזה הכשירו רבנן אפילו אם שלח בכתב, אבל אלם שהוא אינו ראוי להגיד, אותו לא הכשירו רבנן לעדות.

ולפי זה לא קשה מפירש"י שהביא התוס', שפירש"י בפירוש החומש מפייהם שלא ישלחו עדות בכתב לבי"ד, התם קאי רש"י על קרא בודאי דמן התורה אין מקבלין עדות בכתב, אבל הגמ' בגיטין פרט לאלם, קאי להלכה, משו"ה איצטריך ר"ת לפרש דאלם שאין ראוי להגיד אותו לא הכשירו רבנן. סימן כ"ו בדין קטנה שהשיאה אביה וזינתה ברצונה דף לג.

אם היו קטנות שאין ראויות לילד מחזירין אותן מיד, ואי במזיד מי שריא, הא לא קשיא פיתוי קטנה אונס וניהו ואונס בישראל משרי שרי כו'. כתב הרמב"ם בפ"ב מהלכות סוטה, קטנה שהשיאה אבי' אם זינתה ברצונה נאסרה על בעלה.

וכתב ע"ז הראב"ד והלא אמרו פיתוי קטנה אונס הוא כו', הכ"מ הביא עוד בשם המ"מ להקשות מירושלמי פרק א' וב' דסוטה דאיתא שם זעירא א"ר יוסא א"ר יוחנן קטנה אין לה רצון להאסר על בעלה. א) והנה מהא שהקשה הראב"ד ממאי דאמרינן פיתוי קטנה אונס הוא, אפשר לתרץ ולומר דאדרבה מזה מוכיח הרמב"ם דינו, דכמו דמצינו בשור שאם נגח אדם פסול לקרבן, ואם יש עדים דנין אותו בסקילה, אכן שור האיצטדין פטור ממיתה וכשר לגבי מזבח מפני שהוא כמעושה, חזינן דאף בזה שאינו בר דעת אעפ"כ יש רצון, והשור שברצונו נגח נפסל לקרבן, אבל אם למדוהו לזה, אז הוא כמעושה, ששור אין לו דעת לעמוד בפניו מה שהרגילוהו לזה, והנה הסתה בודאי דמועיל אף על גדול, שמפני זה אמרינן גדול כחו של מדיח יותר מן הנידח וכדאיתא בסנהדרין דף נ"ו, ואעפ"כ גם הנידח נידון מפני שאדם בן דעת לא הי' לשמוע, אבל בשור אין שייך זה, א"כ גם בקטן ג"כ הכי אף דפיתוי מועיל אף על גדול, אעפ"כ לא נחשב פיתוי בגדול לאונס, דכיון דבן דעת הוא עליו לעמוד נגד פיתוי, אבל בקטן דאין לו דעת חזק, אותו אם מפתים או מסיתים נחשב אצלו לאונס, דאין לו כח לעמוד עצמו נגד פיתוי והסתה, משו"ה קאמר פיתוי קטנה אונס, וא"כ לא קשיא, דמתניתין איירי במזידין אעפ"כ אם היו קטנות מחזירין אותן, דמיירי שפתו אותם ואצלם הוא אונס הפיתוי, וכן הא דאיתא לקמן דף ס"א, א"ה ישראל נמי ומשני פתוי קטנה אונס הוא, היינו דלא חיישינן סתם שקטנה תחפוץ לזנות ורק חיישינן שמא תפתה ופיתוי בקטנה הוי אונס, אבל אם זינתה ברצון בלא פיתוי כגון שתבעתו היא וכדומה, יש לה רצון להאסר על בעלה אדרבה מדקאמר פיתוי קטנה אונס הוא, ולא אמר קטנה ברצון ג"כ הוי אונס, מוכח שאם זינתה ברצון נאסרה.

אכן הירושלמי דאמר קטנה אין לה רצון לאסר על בעלה לכאורה זה קשה על הרמב"ם. והנראה לי, דהנה בע"ז דף נ"ד איתא, איזהו נעבד כל שעובדים אותו בין באונס בין ברצון, היכי דמי לאו כגון שאנס בהמת חברו והשתחזה לה, אמר רמי בר חמא לא כגון שאנסוהו עכו"ם והשתחזה לבהמתו דידל'.

מתקיף לה ר' זירא אונס רחמנא פטרי' דכתיב ולנערה לא תעשה דבר אלא אמר רבא הכל היו בכלל לא תעבדם, כשפרט לך הכתוב וחי בהם ולא שימות בהם יצא אונס, והדר כתיב ולא תחללו את שם קדשי דאפילו באונס, הא כיצד, הא בצנעה הא בפרהסיא, והקשה בתוס' ד"ה מתקיף ז"ל. תימה מאי קפריך, נהי דפטור ממיתה בדיעבד, מכל מקום לכתחילה הוא חיוב למסור עצמו למיתה, וא"כ למה לא יאסר מטעם נעבד, דהא

פרהסיא דבסמוך לרבא קרי לה נעבד מטעם שמחוייב למסור עצמו, ואע"ג דבדיעבד פטור דכל אונס פטור, עוד הקשה בתוס' ד"ה הא בצנעה, ז"ל, לכאורה משמע דרבא ס"ל דאונס דצינעה אין לו למסור עצמו, ומתוך זה הי' נראה לפסוק כר' ישמעאל דשרי עכו"ם בצניעה, וקשיא דחס ושלום שנפסוק עכו"ם יעבור ואל יהרג כו', וכן משמע נמי בפ"ב דכתובות דרבא אית לי' דר' יוחנן דא"ל רבא אילו אתי לקמן לאמלוכי אמרינן להו זילו חתומו כו' דאמר מר אין לך שעומד בפני פיקוח נפש אלא עכו"ם וגילוי עריות ושפיכת דמים כו'.

ב) והנראה לתרץ דרבא ור' זירא אזלי לטעמיהו, דהנה ביבמות איתא, אמר רבא אשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עלי' משום זונה, משום זונה אין משום טומאה לא, אימא אף משום זונה, מתיב ר' זירא והיא לא נתפסה אסורה הא נתפסה מותרת, ויש לך אחרת אעפ"י שנתפשה אסורה ואיזה היא אשת כהן, ולא הבא מכלל עשה עשה, אלא אמר רבא הכל היו בכלל זונה כשפרט לך הכתוב גבי אשת ישראל והיא לא נתפשה הא נתפשה מותרת, מכלל דאשת כהן כדקיימא קיימא, וכן קאמר לקמן על טומאה, מזה חזינן מחלוקת רבא ור' זירא באונס, ר' זירא ס"ל מדחזינן דגלתה התורה ולנערה לא תעשה דבר, חזינן דאונס איננו כלל המעשה, וא"כ אף דאשה שנטמאה אסורה לבעלה ונקראת זונה, אם היא באונס ידעינן שאינה אסורה לבעלה ולא היא זונה, דאונס כמאן דלא עבד המעשה, וא"כ מה שגלתה התורה דאשת כהן אסורה, הוא איסור חדש מקרא דוהיא לא נתפסה למעט אשת כהן, א"כ הוי רק איסור עשה אכן רבא ס"ל דגם באונס מקריא המעשה, אלא שמיעטה התורה מעונש מקרא דולנערה לא תעשה דבר, אבל המעשה הוי אף באונס, וא"כ בלא הכתוב שמיעט אונס בישראל הו"א דגם באונס אסורה לבעלה, אלא דמיעט הכתוב באשת ישראל דבאונס לא נאסרה, אבל באשת כהן כדקיימא קיימא, ואף אם נאנסה חייבים עלי' משום זונה ומשום טומאה.

לפי זה גם בע"ז רבא ור' זירא אזלי לטעמיהו, ר' זירא ס"ל דהיכא דאנסוהו והשתחוה אפילו לבהמה דידי' לא הוה נעבד, דר' זירא ס"ל דלא הוי כלל עכו"ם בהשתחוה באונס, ואף שאמרה התורה ואהבת את ה' אלקיך בכל נפשך ומחוייבים למסור נפש על אונס של ע"ז, אם לא מסר נפשו לא קיים מצות ואהבת, דהקפידה התורה שלא לתת תוקף לע"ז, אבל הוא לא עבד ע"ז שהרי באונס עשה, ובאונס לא הוי כלל מעשה ע"ז, ואם היכא דהשתחוה באונס לא הוי נעבד ורק עבר על מצות ואהבת, בשביל זה לא נאסרה הבהמה להקרבה אכן רבא ס"ל דאף באונס מקרי נעבד, דהוא ס"ל דבאונס הוי ג"כ המעשה, ואמר, הכל היו בכלל לא תעבדם אף אונס, ומביא רבא ראי' מכל עבירות שבתורה דאמרה התורה וחי בהם ולא שימות בהם, ואח"כ אמרה תורה ולא תחללו את שם קדשי, הא כיצד כאן בצניעה כאן בפרהסיא, היינו היכא דכופין לעבור על דת אז בפרהסיא צריך למסור נפשו אף על שאר עבירות שבתורה, ואם נימא דאונס לא הוי מעשה העבירה כלל, א"כ אין שייך כלל פרהסיא, שהרי הכל רואים שאין כאן מעשה עבירה, שהרי רואים שעובר באונס, ע"כ דאונס הוי ג"כ מעשה, אלא שאמרה התורה שיעבור ואל יהרג והתירה התורה רק בצניעה אבל לא בפרהסיא, הרי מוכח דאף באונס הוי מעשה העבירה, א"כ לא קשה אמאי אם אנסוהו והשתחוה לבהמתו אסור משום נעבד, שהרי נעבד הוא ג"כ אפילו באונס, דהכל היו בכלל לא תעבדם.

ג) ואפשר לתרץ דברי הרמב"ם שכתב בפ"ד מהלכות איסורי מזבח הלכה ו' ז"ל, הנעבד בין שעבד שלו בין של חברו בין באונס בין ברצון בין בזדון בין בשגגה בין לפני הקדש בין לאחר הקדש ה"ז אסור, וכתב ע"ז הראב"ד ז"ל, א"א במס' ע"ז אוקמה של חברו בשעשה בה מעשה עכ"ל, וכבר הקשו זאת מפרשי הרמב"ם גם מגמ' דזבחים דפרק בתרא דף קי"ז, דאיתא התם, בשלמא רובע משכחת לה דאקדשנהו מעיקרא והדר רבע, אלא מוקצה ונעבד הא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, הרי דאמרינן דאם הוא של הקדש אין נאסר בנעבד, ואיך כתב הרמב"ם דאף לאחר ההקדש נאסר אם נעבד.

והנראה דהרמב"ם מדייק לשון דקאמר, אלא אמר רבא ובגמ' מצינו לשון אלא, אם אחד אוקי ברייתא או מתניתין באופן אחד ואופן זה איפרך, קאמר אלא, דמפרש להברייתא או המתניתין או המימרא באופן אחר, אבל אם אחד מקשה ובא חברו ומתרץ מאי שייך בזה לשון אלא אמר רבא, אחרי דמקשה הוא ר' זירא, ורבא מתרץ, לכן מפרש הרמב"ם כן, דהנה מעיקרא פריך על הא דתני נעבד שלו אסור ושל חברו מותר, מברייתא דקתני איזהו נעבד כל שעובדין אותו בין באונס בין ברצון, היכי דמי לאו כגון שאנס בהמת חברו והשתחוה לה, ואמר רמי בר חמא לא כגון שאנסהו עכו"ם והשתחוה לבהמה דידי, וע"ז קאמר מתקיף לה ר' זירא אונס הוא ואונס רחמנא פטרי, אלא אמר רבא הכל היו בכלל לא תעבדם, ומפרש הרמב"ם דרבא דחי בין דברי רמי בר חמא דאמר דדוקא אם השתחוה לבהמה דידי הוי נעבד, אבל לא לבהמת חברו, דאיהו סבר דמחויב מיתה אם השתחוה באונס, א"כ ע"כ דנעשה הבהמה ע"ז ע"י השתחואה, א"כ לבהמת חברו, דאין אדם עושה את בהמת חברו לע"ז, לא נאסרה מטעם נעבד, ור' זירא ס"ל דאף בהשתחואה לבהמה דידי לא הוי ע"ז, דאונס לא הוי כלל ע"ז, ורבא אמר הכל היו פירוש בין אם השתחוה באונס לבהמה דידי בין השתחוה לבהמת חברו, דאף שבאונס הרי לא עשה הבהמה לע"ז, ואעפ"כ עבודה הוי, והוי בכלל לא תעבדם, ואפילו לא נעשית הבהמה ע"ז שהרי הבהמה איננה שלו, וגם הא הוי באונס, ואעפ"כ הוי בכלל לא תעבדם דעבודה הוי אף שאינה שלו, ואף באונס, דאין דין נעבד שיחול על הבהמה שם ע"ז אלא כיון שעבדו אותה מקרי נעבד, וא"כ אף אם אין הבהמה שלו אסורה, והא דתני נעבד שלו אסור ושל חברו מותר, לפי זה לא קאי כלל על דין נעבד לגבוה, אלא על איסור תלוש להדיוט.

ואולי זהו כונת הכ"מ שכתב ז"ל, כתב הראב"ד ז"ל אמר אברהם במס' ע"ז אוקמה בשל חברו כשעבד מעשה, ולדעת רבינו י"ל דהתם לאסרה להדיוט, אבל לגבוה אעפ"י שלא עשה בה מעשה נאסרה כו', והקשה הלח"מ הא אי אפשר לומר כן דלחזקי' הא דנעבד שלו אסור ושל חברו מותר דאוקמה בדלא עשה בה מעשה, ע"כ לגבוה, דאי להדיוט א"כ היכי קאמר שלו אסור, הא מדאסר רחמנא נעבד לגבוה מכלל דלהדיוט שרי, אכן לדברינן אליבא דחזקי' דשני בשעשה מעשה בודאי דהוא סובר כסברת רמי בר חמא, דדוקא אם חל על הבהמה שם ע"ז נאסרה, אבל אם לא חל שם ע"ז על הבהמה לא נאסרה, וא"כ של חברו לא נאסרה מטעם נעבד, אבל רבא משני דהכל היו בכלל לא תעבדם אף בבהמת חברו באונס אף דלא חל שם ע"ז על הבהמה, אעפ"כ נאסרה, ואליבא דרבא הא ברייתא דקתני נעבד שלו אסור ושל חברו מותר, מיירי להדיוט, ולא מיירי כלל בבהמה, אלא בחפצים.

נמצא למסקנת רבא נעבד אסור אף בשל חבירו, והא דפריך בזבחים אלא נעבד ומוקצה הא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, פריך למ"ד דאף נעבד אין אסור אם אינו שלו, לדידי' פריך, ועכצ"ל דלאו לכו"ע פריך, שהרי מוקצה כתב הרמב"ם דבעינן דוקא שיעשו בה מעשה והראב"ד כתב רק שיש גירסא אחרת, אבל לא אמר הראב"ד שהלכה כאותה גירסא, והרי הרבה אמוראים סברי דע"י מעשה אדם אוסר דבר שאינו שלו, והראב"ד פסק הכי, ועכצ"ל להנך פוסקים דהגמ' פריך להנך דסבירא להו אין אדם אוסר דבר חבירו אפילו ע"י מעשה, א"כ להרמב"ם הא דפריך מנעבד הא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, הוא אליבא דרמי בר חמא ור' זירא, דסברי דנעבד הוא ג"כ חלות שנעשה הבהמה ע"ז, אבל אליבא דרבא קשה רק ממוקצה למאן דס"ל אין אדם אוסר דבר חבירו אפילו ע"י מעשה.

וא"כ לפי דברינו ניחא מה דאמר רבא הכל היו, וקאמרבגמ' אלא אמר רבא, דרמי בר חמא הא אוקי באנסוהו והשתחזה לבהמה דידי', אבל רבא מוקי בין בהמה דידי' בין באונס אפילו בהמת חבירו, והא דקאמר ביבמות אלא, משום אשגירתא דלישנא דע"ז. וכמו דאיתא בגמ' מעילה דף ה' דמשום דבמשנה אחת שנה קבלו פסולין וזרקו פסולין ושם הוא דוקא, שנה גם במשנה שני' דשם הוא לאו דוקא.

ד) לפי זה לא קשה מהירושלמי דאמר קטנה אין לה רצון לאסור על בעלה, על הרמב"ם דאיהו אמר קטנה שזינתה ברצון נאסרה על בעלה, דר' זירא לטעמי' דס"ל מדאמר רחמנא ולנערה לא תעשה דבר ידעינן דאונס לא הוי מעשה, א"כ לדידי' הרצון עושה הדבר למעשה, ומצינו בקרא רק רצון של גדולה, א"כ רצון של קטנה הא אינו דומה לרצון של גדולה, משו"ה בירושלמי ר' זעירי, וכפי הנראה הוא ר' זירא, אמר קטנה אין לה רצון לאסור על בעלה, דאם מצינו רצון של גדולה אוסר מנא לן רצון של קטנה אבל לשיטת רבא הא אונס ג"כ מעשה האיסור ורק מצינו שהתירה התורה אשת ישראל שנאנסה, א"כ אין לך בה אלא חידושו, היינו היכא דנתפשה, אבל קטנה שזינתה ברצון הא לא נתפשה, וא"כ דוקא פיתוי דהוי בקטנה כנתפשה מותרת, אבל ברצון נאסרה על בעלה.

סימן כז זר ששימש בשבת ובעל מום ששימש בטומאה. דף ל"ב.

ובפולגתא, דאיתמר זר ששימש בשבת ר' חייא אמר חייב שתיים. בר קפרא אמר אינו חיוב אלא אחת כו', אלא קמפלגי באיסור בת אחת ואליבא דר"ש כו', מיתבילי זר ששימש בשבת ובע"מ ששימש בטומאה יש כאן משום זרות ומשום שבת ומשום בע"מ ומשום טומאה דברי ר' יוסי, ר"ש אומר אין כאן אלא משום זרות ומשום בעל מום בלבד, ואילו מליקה שיירא, למאן שיירא, אי לימא לר' יוסי השתא ר' יוסי באיסור כולל מחייב שתיים באיסור בת אחת מיבעא, אלא לאו לר"ש ובאיסור כולל הוא דפטר, אבל באיסור בת אחת מחייב תרתי, תיובתא דבר קפרא תיובתא.

והנה הרמב"ם כתב בפ"ט מהלכות ביאת מקדש הלכה י"ב ז"ל, זר ששימש בשבת חייב משום שבת ומשום זרות, וכן בעל מום ששימש בטומאה חייב משום טומאה ומשום בעל מום עכ"ל והשיג ע"ז הראב"ד ז"ל, א"א שתיהן שבאו עליו בב"א זר ששימש בשבת שהביא שתי שערות בשבת, בע"מ שחתך אצבעו בסכין טמאה עכ"ל הראב"ד.

והקשה ע"ז הכ"מ ז"ל, ואינו יודע מי הזקיקו לכך, דהא לא אוקי הכי בגמ' אלא גבי פלוגתא דר' חייא ובר קפרא, אבל בתר הכי אמרינן מיתבי' זר ששימש בטומאה וכו' ואילו מליקה שיירה, למאן שיירה אילימא לר' יוסי השתא באיסור כולל מחייב שתים באיסור ב"א מיבעאי, ובלאו הכי כיון דרבינו פוסק כמ"ד איסור חל על איסור באיסור כולל כמ"ש בפ"ח מהלכות מאכלות אסורות שפיר עבד דסתם לה הכא סתומי, ואיסור כולל היינו זר מעיקרא שרי במלאכה ואסור בעבודה אתיא לה שבת מגו דאיתסר במלאכה אתסר נמי בעבודה, בע"מ מעיקרא שרי באכילה ואסור בעבודה איטמי לי' מגו דאיתסר באכילה איתסר נמי בעבודה עכ"ל הכ"מ.

א) ולישב דברי הראב"ד נראה לי, דהנה הרשב"א הביא בשם הראב"ד על הא דאמר זר שאכל מליקה דהוי איסור בת אחת מטעם דכשהביא שתי שערות נתחייב בזרות ונבלה, דשתיהן חלו עליו משעה שנעשה גדול, ואעפ"י שלא נמלק עוף זה עדיין, מ"מ האיכא נבלות טובא דמתסר בהו, אבל בע"מ ששימש בטומאה ליכא למימר דכי אייתי שתי שערות איחייב לי' משום בעל מום ומשום טומאה, דאכתי מחוסר מעשה דטומאה, ולא חל עלי' איסור טומאה עד דאטמי לי', וכן הביא הריטב"א במס' קדושין בפרק עשרה יוחסין, דלר"ש דאמר אין איסור חל על איסור והאוכל נבלה ביוה"כ פטור מכרת דאין איסור חל על איסור, אפילו בנתנבלה ביום הכפורים אף דאיסור יום הכפורים קדים לאיסור נבלה, אעפ"י כ אין חייב כרת שאין דנין בענין זה בחתיכה זו עצמה, אלא בחתיכת כיוצא בה, והאי גברא משעה שנעשה גדול קודם יום הכפורים נתחייב באיסור נבלה, דאע"ג דלא נתנבלה בהמה זו, הא איכא כמה נבלות בעלמא דמתסר בהו ולא חל עליו איסור יוה"כ עד עכשיו, שהרי לא הי' שם יוה"כ"פ בעולם משנעשה גדול עד עכשיו עכ"ל הריטב"א בשם הראב"ד.

והנה הרשב"א כאן הביא בשם הרמב"ן להקשות על הראב"ד, מדתניא, חמותו ונעשה אשת איש נדון כחמותו אמאי נימא מכי אייתי לי' ב' שערות תתחייב לי' כאשת איש, אעפ"י שזו לא היתה אשת איש, שכשם שאתה אומר מיד נתחייב בנבלה אעפ"י שזה העוף לא הי' נבלה באותה שעה, ומסתברא לי דאי מהא לא תותבי', דהתם כיון דנעשית חמותו קם לה עלה באיסור חמותו, ואילו בא עלי' חייב שרפה, השתא משום דנעשית אשת איש לא פקע איסור חמותה מינה, דאנן אין איסור חל על איסור קאמרינן, אבל איסור דוחה איסור לא אמרינן, כדאמרינן בפרק גיד הנשה, פשיטא משום דאקדשי' פקע איסור גיד הנשה מינה.

אכן הריטב"א בפרק עשרה יוחסין הכניס כל זה בקושיא, דאמאי אם נתנבלה ביום הכפורים אין עובר עלי' משום יוה"כ"פ, והא קודם שנתנבלה אם הי' אכילה בהיתר כגון שהי' שוחטה הי' מחויב משום יום הכפורים ועתה כשנתנבלה האם משום זה יפקע איסור יום הכפורים, הא אין איסור דוחה איסור ואולי כונת הרשב"א משום דגם בחיי הבהמה הי' עליו איסור דאין זבוחה, אכן לפי זה לא הי' צריך הראב"ד לומר משום שחל עליו איסור נבלה כשנעשה גדול.

ועוד נראה לי דכונת הרמב"ן להקשות, דהנה בגמ' סנהדרין דף פ"א איתא, אמר לי' רב אדא בר אבה לרבא חמותו ונעשית אשת איש נידון בחמותו, לידון נמי איסור אשת

איש, דהא אמר ר' אבהו מודה ר' יוסי באיסור מוסיף, ופירש בתוס' ד"ה לידון ז"ל, לענין קרבן פריך שיתחייב ב' חטאות בשוגג, אי נמי אם התרו בו משום אשת איש ולא התרו בו משום חמותו עכ"ד התוס', עכ"פ חזינן דפריך רק משום דר' יוסי מודה באיסור מוסיף, אבל אם לא הי' מודה אפילו באיסור מוסיף לא הי' יכול להקשות לחייב נמי משום אשת איש, משום דכבר נעשית חמותו קודם שחל עלי' איסור אשת איש, ולפי זה הא הקשה הרמב"ן לדברי הראב"ד, אפילו אם לא ס"ל איסור מוסיף, אעפ"כ יתחייב נמי משום אשת איש שהרי בשעה שהביא שתי שערות חל עליו איסור אשת איש שהרי יש כמה נשים דאסירי משום אשת איש.

עוד הקשה הרשב"א על הראב"ד מהא דאמרין לקמן, מאן האי תנא דאית לי' איסור כולל ואיסור בבת אחת, ואמרין ר"מ הוא דתנן יש אוכל אכילה אחת וחייב עלי' ד' חטאות ואשם אחד, כיצד טמא שאכל חלב והוא נותר מן המוקדשין ביה"כ, ר"מ אומר אם היתה שבת והוציאה בפיו חייב, דאלמא מר"מ דוקא הוא דשמעינן איסור בת אחת, הא בשארה ליכא בת אחת ולדברי הראב"ד ז"ל, איסור חלב ואיסור מוקדשין בהדי הדדי קאתי, דמכיון דאיתי שתי שערות אחייב בחלב ומוקדשין, ואפשר לדחות דאה"נ, ובדין הוא דלימא מת"ק, אלא משום דאשכחן ר"מ הוא דאית לי' בהדיא הכי, ות"ק דר"מ לא איתפרש מאן נינהו, ניחא לי' למתלי בדר"מ כו', ומיהו אכתי קשיא לי' מדאמרין בפרק גיד הנשה, הכא בולדות קדשים עסקינן וקסבר ולדות קדשים ממעי אמן הן קדושין, ונוהג בשליל, דאיסור גיד ואיסור מוקדשין בהדדי אתי, ואם איתא למה לי' למימר דנוהג בשליל, בלא"ה משהביא זה שתי שערות חלו עליו איסור גיד ואיסור מוקדשין, דגיד ומוקדשין טובא איכא, ועיין עוד בשעה"מ שהקשה מאלמנה ונעשית גרושה ג"כ למה איצטריך משום משום איסור מוסיף, תיפוק לי' דבשעה שהביא שתי שערות חל עליו איסור אלמנה ואיסור גרושה.

אכן נראה לי לבאר דברי הראב"ד, דהנה הר"ן בנדרים דף י"ח פורש, דאם אמר נדר על דבר שכבר נשבע עליו חל, משום דשבועה הוי איסור גברא, ונדר הוי איסור חפצא, וחייל איסור חפצא על איסור גברא, אבל שבועה על נדר לא חייל משום אף שנדר הוא איסור חפצא, אבל מחפצא נעשה איסור גברא ע"ש, והנה איסור יום הכפורים אילו הי' כתיב בתורה לא תאכל ביום הכפורים, הי' אפשר לומר שביום הכפורים הוא איסור חפצא, אבל הא ביום הכפורים הא כתיב ועיניתם את נפשותיכם, אלא אף אם נימא דיש לאו, היינו האיסור שאל תסיר מן העינוי, וע"י שאוכל הוא סר מן העינוי, אעפ"כ אין זה איסור חפצא אלא איסור גברא, שלא יאכל, כי בזה הוא משבית העינוי.

והנה בגמ' חולין דף ק"א איתא, ור' יוסי הגלילי לית לי' איסור כולל, והתניא שבת ויום הכפורים שגג ועשה מלאכה מנין שחייב על זה בפני עצמו ועל זה בפני עצמו ת"ל שבת הוא יוהכ"פ הוא דברי ר' יוסי הגלילי, ר"ע אומר אינו חייב אלא אחת, והנה רש"י כתב, דהתם ס"ל דמאן דלית לי' כולל לית לי' איסור בת אחת, וכתב רש"י ופלוגתא היא ביבמות, אכן למסקנא הא מפרש דאף מאן דלית לי' איסור כולל אית לי' איסור בת אחת, דהא בר קפרא איתותב, וא"כ מאי הקשה, ועוד קשה, דהנה אם נימא דאיסור בת אחת ג"כ אינו חל אלא אחת, בודאי דחל התמורה, וא"כ התם בחולין דאמר שלח רבין משום

ר' יוסי בר חנינא כך הצעה של משנה ואיפוך, שלח רב יצחק בר יעקב בר גיורי משום ר' יוחנן לדברי ר' יוסי הגלילי למאי דאפכן, שגג בשבת והזיד ביום הכפורים חייב, הזיד בשבת ושגג ביום הכפורים פטור, ופריך מאי טעמא, ולפי דברי רש"י מאי קשיא באיסור בת אחת חייל התמורה, ושבת חייל יום הכפורים לא חייל, ואף דרש"י כתב לקמן בד"ה סוף סוף תרויהו בהדדי אתי, דאף אם לא חייל אם הזיד באחד שגגת חבירו עומדת וחייב, לכאורה קשה דהא הפלוגתא אם במוסיף וכולל חיילי ומאן דס"ל דלא חייל אף אם שגג באחת היינו בהאיסור שבאה באחרונה והזיד בהאיסור שבא ראשונה אינו חייב חטאת, וכמו שכתב בתוס' סנהדרין הנ"ל דהא דאמר לי' רב אדא בר אהבה חמותו ונעשית אשת איש לדון נמי באשת איש דהא איסור מוסיף הוא, וכתב בתוס' דנ"מ אם התרו בו משום אשת איש ולא התרו בו משום חמותו, הרי דאם נימא לא חייל, היינו אם ר' יוסי לא מודה באיסור מוסיף, אז אף שאין ענוש על חמותו שלא התרו בו, אעפ"כ אין עונשין אל אשת איש, אלא דפריך הא מודה ר' יוסי באיסור מוסיף, הרי חזינן דאם נימא דאין איסור חל על איסור, אז אף היכא דאין דין לאיסור הראשון, ג"כ אין מחויב על איסור השני, א"כ אם נימא איסור בת אחת שוה לדין כולל ע"כ דחייל החמור ולא הקל, ואף אם אין ענוש על החמור לא עבר על הקל, ואם נימא דאיסור בת אחת אין לו דין כולל, דבכולל לא חייל כלל, ואף אם אין ענוש ולא חיוב חטאת על הראשון לא מביא חטאת בשוגג על השני ולא עונשין על השני אף אם לא התרו על הראשון, אבל בבית אחת חיילי, ואם אין ענוש ולא חטאת על החמור יש ענוש או חטאת על הקל, א"כ הא בת אחת לא דמי לכולל, וא"כ איך פריך ור' יוסי הגלילי לית לי' איסור כולל.

לכן נראה לי דכונת הגמ' כמו שהביא רש"י שם ז"ל, ואני שמעתי דשבת חשיב לה כקודמת, משום דקביעא וקיימא, ויום הכפורים אחרון משום דבי דינא מקדשי לי' כדלקמן, ור' יוסי הגלילי דמחייב תרתי, טעמי משום כולל עכ"ל רש"י, והיינו דהי' סבר דכיון דשבת קביעא וקיימא לא הוי מחוסר מעשה, וא"כ תיכף משהביא שתי שערות חל עליו האיסור שלא ועשה מלאכה בשבת, אבל יום הכפורים כיון דמחוסר מעשה שצריך קידוש החודש, שבי"ד יקדשו את תשרי ויעשוהו ליום הכפורים, א"כ קודם יום הכפורים אין איסור שלא לעשות ביום הכפורים, וא"כ הוי יום הכפורים איסור הבא אחרון וא"כ ר' יוסי הגלילי דס"ל שחל איסור יום הכפורים על שבת ע"כ משום כולל הוא.

ומה שהקשה רש"י ז"ל, וקשיא לי בגוה למאי דקא מוטיברבא לקמן לר' יצחק לבתר דאפכוה סוף סוף תרויהו בהדדי אתי, מאי תיובתא הא רב יצחק לדברי ר' יוסי הגלילי קאמר, ור' יוסי הגלילי מדפטר לי' ש"מ לאו איסור בת אחת חשיב לי' עכ"ל רש"י, ולא אבין נהי דמעיקרא הי' סבר דמשום דשבת קביעא וקיימא חל האיסור אף בימי החול, רבא דחי דאי אפשר לומר כן דיסבור ר' יוסי הגלילי דאין חייב אלא על שבת, משום דאזיל לטעמי' דלית לי' כולל, אי אפשר לומר כן, דאף שבת קודם שחייל אין כאן איסור שבת, וכדחזינן בהאי סוגיא דקודם שבת אין האיסור שלא לעשות מלאכה בשבת, ולפי המסקנא אי אפשר לומר דהוי איסור כולל, אלא שבת ויום הכפורים הוי איסור בת אחת, והא דלא משני דפליגי גם באיסור בת אחת, דס"ל דזה אין סברא לומר דבאיסור ב"א לא יתחייב תרתי, דכיון דר' יוסי הגלילי ורבנן פליגי רק באיסור כולל, מכלל דבבת אחת כו"ע מחייבי.

ב) לפי זה פשוטים דברי הראב"ד דאף אם נתנבלה ביום הכפורים לא חל עליו איסור יום הכפורים שהרי בשעה שהביא שתי שערות חל עליו איסור גברא שלא יאכל נבלות, ואף דבהמה זו לא נתנבלה עדנה, אבל הא יש נבלות בעולם, א"כ עליו איסור גברא שלא יאכל נבלות, ואיסור יום הכפורים קודם שהגיע יום הכפורים לא חל עליו, א"כ בשעה שחל יום הכפורים לא חל עליו איסור גברא שלא יאכל נבלות ביום הכפורים, משום שאם יאכל יסור מן העינוי שהרי האיסור גברא שלא יאכל נבלות כבר חל עליו, ואיסור חפצא אין על החתיכה, שהרי יום הכיפורים הוא רק איסור גברא ולא דמי כלל לחמותו ונעשית אשת איש, וגיד ומוקדשין, דהתם הא הוא איסור חפצא, וא"כ צריך שתהי' האשה הזאת איסור חפצא שיחול עליו איסור אשת איש, וכיון שחל עליו איסור חפצא משום חמותו בלא איסור מוסיף לא ה' אפשר שתחול עליו איסור חפצא של אשת איש, כיון שחל עליו כבר איסור חפצא של איסור חמותו, משום הכי בעי דוקא טעמא דר' יוסי סבירא לי' איסור מוסיף, משו"ה אפשר לאיסור אשת איש לחול על איסור חמותו וכן בגיד ומוקדשין אם איסור גיד קדים ונעשה הדבר איסור חפצא, וגיד אי אפשר לחול עליו איסור מוקדשין אף דגברא יש עליו איסור אשת איש ואיסור מוקדשין, אבל הא בעי שזאת האשה יחול עלי' איסור אשת איש, וחתיכת גיד יחול עליו איסור מוקדשין, וכיון שכבר קדמו עליהם איסורים לא חל, אבל יום הכפורים דלא הוי איסור חפצא רק איסור גברא, אמרינן שאיסור גברא שלא יאכל נבלות ביום הכפורים או אפשר לחול מפני שכבר חל איסור גברא שלא יאכל נבלות, ולא אתי איסור יום הכפורים וחייל.

וכן מה שאמר הראב"ד על זר שאכל מליקה, דמשו"ה חייל תרויהו בהדדי משום דכשהביא שתי שערות היו מוקדשין ונבלות בעולם, אין כונתו לתרץ על איסור החפצא של מליקה, דזה הוי איסור בבת אחת בודאי, כמו שכתבו התוס', רק כונת הראב"ד לתרץ אמאי בזר ששימש בשבת וכן בבעל מום ששימש בטומאה לא אמרינן עתה בעת שבא להקריב הקרבן יש כאן שני האיסורים ביחד, כמו במליקה דאמרינן ב' האיסורים ביחד, על זה אמר הראב"ד דהאיסור גברא שלא יעבוד בזרות חל מקודם, ואיסור לעשות מלאכה בשבת קודם שבת אין עליו, כמסקנת הגמ' בחולין, וכן בע"מ קודם שנטמא אין שייך לומר שיש עליו איסור שלא יעבוד בטומאה, כיון שמחוסר מעשה שיהי' טמא, א"כ האיסור גברא של זרות הוא קודם לשבת, ושבת אחרון, ואיסור גברא של בע"מ קדים לטומאה, שמחוסר מעשה הטומאה, אבל במליקה האיסור גברא שלא יאכל נבלה ושלא יאכל מוקדשין תרויהו חלו עליו משהביא שתי שערות, ואיסור החפצא זה פשיטא להראב"ד דהוי תרויהו בהדדי, כמו שפירשו בתוס', שהרי הראב"ד הזכיר בחילוקו רק הא דבע"מ שנטמא וא"כ קאי רק על איסור גברא.

ג) ועפ"י דרכנו יש לישב דברי הרמב"ם בפ"ט מהלכות ביאת מקדש שכתב, שאם שימש טבול יום מחוסר כפורים וטמא ולא רחוץ ידים ורגלים ומחוסר בגדים עובר בכולן, ועיין בכ"מ שכתב טעמים איך חלו כל האיסורים, ועל שלא רחוץ ידים ורגלים כתב דמשו"ה הוי איסור מוסיף משום שאף בטהור אסור, וזה תמוה דהא עכ"פ כיון שהוא כבר נאסר משום טומאה איך אסור משום שלא רחוץ ידים ורגלים, וא"כ נימא שטומאה של בע"מ הוי איסור מוסיף משום שאיסור טומאה הוי אף בכהן שאינו בעל מום, ע"כ

דזה לא שייך מוסיף, כיון שעכ"פ האיש הזה כבר נאסר, ואף דמצינו בקדושין דף ע"ז דפריך אלא זונה מאי איסור מוסיף בה, אמר רב חנא בר רב קטינא הואיל ושם זנות פוסל בישראל עכצ"ל דסבר דכהן וישראל שני עממים הם, וא"כ הוי איסור מוסיף, דאלמנה וגרושה אין איסורם פוסל בישראל ושם זנות פוסל בישראל, אבל טמא וטהור לא שני עממים נינהו, דא"כ גם בע"מ ושלם נימא הואיל וטומאה פוסל אף בטהור.

אכן לפי דברינו הדברים מבוארים, דהנה טומאה הוא איסור, וכל זמן שלא נטמא אין עליו איסור שלא ישמש בטומאה, אבל בגדים וריחוץ ידים הוא אדרבה תיקון גברא, דאסור לשמש בלי רחוץ ידים ורגלים, ואף בשעה שעשה התיקון ורחץ הידים והרגלים, יש עליו איסור שלא ישמש בלי בגדים ובלי רחוץ הידים, והאיסור הזה חל עליו משעה שהביא שתי שערות, ולא שייך לומר מחוסר מעשה, שהרי אדרבה צריך לעשות המעשה לרחוץ הידים ורגלים וללבוש הבגדים, משא"כ בטומאה לא שייך לומר שיש עליו איסור לשמש בטומאה, שהרי מחוסר מעשה הטומאה, ודברי מרן הכ"מ שכתב הטעם משום דאיתא בטהור צ"ע, ואין לתרץ דכונת הכ"מ דאיסור שלא רחוץ הוי מוסיף משום שאף כשיטהר יהי' אז עליו איסור שלא רחוץ ידים ורגלים, אכן אי אפשר לומר כן, דא"כ אשת איש ונעשית חמותו אמאי אמר ר' יוסי נידון בזיקה הראשונה, הא חמותו הוא איסור מוסיף, שכשיגרשנה הבעל או ימות תאסר משום חמותו, ע"כ כיון דעתה אין איסור חדש לא הוי מוסיף, א"כ גם בשלא רחוץ ידים ורגלים אמאי הוי איסור מוסיף: אכן כפי שביארנו יש עליותמיד איסור גברא שלא יעבוד אם לא ירחץ מקודם הידים והרגלים.

והנה בתוס' יבמות ל"ב ד"ה איסור כתבו, דלהאי לישנא דסבר ר' יוסי איסור כולל, יקשה אשת איש ונעשית חמותו אמאי לא הוי איסור כולל, וכתבו בתוס', משום דהאיסורים על הקרובות הם משם אחר, אכן הקשו אמאי הוי איסור כולל בע"מ ששימש בטומאה משום דמגו דאתסר באכילה אתסר נמי בעבודה, הא אכילה ועבודה שני שמות נינהו ותיירץ בתוס' דאכילה ועבודה שניהם האיסור מטעם קריבה, דבעבודה כתוב כל איש אשר בו מום לא יגש להקריב לחם, ובאכילה בטומאה כתוב איש אשר יקרבו מכל זרעכם דמיירי באכילה כדאמרין בפ"ב דמעילה ובזבחים עכ"ל התוס', והנה זה דחוק דהא חזינן דפריך בגמ' אוכל בשר קדש מנא לן, ואמאי לא אמר מהאי קרא דילפינן לטמא ששימש מולא יחללו דהתם מפני איסור קריבה הוא מחלל, והיינו משום דאכילה אין קרא דאסור קריבה, דהאי דאוקמינן אשר יקרבו באכילה, היינו דדרשינן אם ראוי להקריב היינו לבתר זריקה, א"כ הפירוש אשר יקרבו לא בא לומר דאיסור אכילה הוא מטעם קריבה אלא בא לומר דאימתי חייב דוקא בראוי להקריב, אכן בלא דברי התוס' אפשר דמשום זה מקרי שם אחד כיון דאיסור אחד אוסר להקריב ולעבוד היינו איסור הטומאה, משא"כ בנעשית חמותו דאיסורא דהקרובות הם מאיסור אחר ולא מחמותו, אכן לדברי הראב"ד אפשר לומר דגם זה שני שמות, דאיסור אכילה אף שיש איסור גברא הוא מטעם איסור החפצא ואיסור העבודה מטעם איסור גברא, וא"כ אפשר אף דשניהם האיסור משום טומאה, אבל כיון דבאו האיסורים חלוקים זה מאיסור חפצא וזה מאיסור גברא, הוי שני שמות.

והנה באבני מילואים בשו"ת סימן י"ב הביא דברי הפמ"ג שהתפלא על דברי הש"ך ביו"ד סימן רל"ח שכתב, במי שנשבע על הנבלה ונעשה חולה שיש בו סכנה שמותר לו לאכול, שפיקוח נפש דוחה, אכן האיסורים שיש לתקן הא מחויב לתקן, וא"כ לכאורה הי' צריך להתיר שבועתו, וכתב הש"ך כיון דאין איסור חל על איסור א"כ לא חלה עליו השבועה ואין צריך להתירה, והקשה הפמ"ג הא דאין איסור חל על איסור הוא רק לענין לחייב שתיים, אבל איסור הא יש, שהרי אמרינן נ"מ לקוברו בין רשעים גמורים, וכיון שיש איסור אמאי לא ישאל על שבועתו כדי להנצל מן האיסור.

ונראה לי דהא דאמרינן לקוברו בין רשעים גמורים היינו דוקא היכא שיש טעם, אבל בלא טעם לא חל איסור כלל, שהרי רב אשי אמר מידי חטאת או לאווי קתני, איסורא בעלמא קתני נ"מ לקוברו בין רשעים גמורים, הרי דרב אשי סובר דכל מחלוקת ר' חייא ובר קפרא הוא אי מחייבין שתיים והרי חזינן דפליגי אי הנך דפליגי אליבי' אם הוא ר' שמעון או ר' יוסי, פליגי, אי סברי איסור כולל, או איסור בת אחת, ואם נימא דאיסור חל על איסור לענין לקוברו בין רשעים גמורים גם בלא טעמים חל, א"כ במאי פליגי ר' חייא ובר קפרא, ע"כ דאף לענין לקוברו בין רשעים גמורים בעינן טעמא או משום כולל או משום בת אחת, א"כ שבועה שלא יאכל נבלה אין כאן לא כולל ולא בת אחת, לכו"ע לא חל האיסור כלל אף לענין לקוברו בין רשעים גמורים, משו"ה לא בעי לאתשול.

והנה הרשב"א כתב בשם הרמב"ן דאף דאין ר' יוסי מודה לענין מלקות לחייב בכלל, אעפ"כ הא דאמר ר' יוסי לענין אשת אח ואחות אשה שחייב שתיים הוא לקוברו בין רשעים גמורים, הרי דלר' יוסי אף דלית לי' איסור כולל לזה מועיל כולל לענין לקוברו בין רשעים גמורים, א"כ אפשר דאליבא דידן אף דסבירא לן כרבנן דאיסור חל על איסור בכלל, לחייב שתיים, היינו דוקא היכא דהוי משם אחד, אבל אם משתי שמות אין מועיל לטייב שתיים, אבל לענין לקוברו בין רשעים גמורים מועיל אף משתי שמות א"כ הראב"ד לטעמי' דמחלק בין איסור חפצא לאיסור גברא, הא דאמרינן אטמי לי' מגו דאסור באכילה אסור בעבודה, אף דהוי שתי שמות, היינו משום דקאי לענין לקוברו בין רשעים גמורים, אבל לענין לחייב שתיים לא אמרינן כולל, ודוקא באיסור בת אחת מחייב שתיים, וא"כ הרמב"ם שכתב חיוב שתיים השיג עליו הראב"ד דזה דוקא בב"א, אבל בכלל נהי דלקוברו בין רשעים גמורים יחול האיסור אף דהוי שתי שמות, אבל לחייב שתיים לא.

סימן כח בדין המתנת שלשה חדשים מלינשא בגיורת ומשחררת. דף ל"ה.

לישנא אחרינא אמרי לה אמר שמואל כולן צריכות להמתין שלשה חדשים חוץ מגיורת משוחררת גדולה, אבל קטנה בת ישראל אין צריכה להמתין שלשה חדשים, במאי אי במיאון האמר שמואל חדא זימנא, ואי בגט הא קאמר שמואל דבעיא, דאמר שמואל מיאנה בו אין צריכה להמתין ג' חדשים נתן לה גט צריכה להמתין ג' חדשים, אלא בזנות, וזנות בקטנה לא שכיח, גיורת ומשוחררת דשכיחה בהו זנות לגזור, הוא דאמר כר' יוסי, דתניא הגיורת והשבוי' והשפחה שנפדו ושנתגיירו ושנשתחררו צריכות להמתין ג' חדשים דברי ר' יהודה ר' יוסי מתיר לארוס ולנשא מיד ע"כ.

והנה הרמב"ם בפ"א מהלכות גירושין הלכה כ"א כ"ב כתב ז"ל, שפחה שנשתחררה וגירות שנתגיירה ממתנין תשעים יום, ואפילו גר ואשתו שנתגיירו מפרישין אותן תשעים יום כדי להבחין בין זרע שנזרע בקדושה לזרע שלא נזרע בקדושה כו', וכן המזנה אין צריכה להמתין מפני שמשמרת עצמה שלא תתעבר וכן אנוסה ומפותה אינן צריכות להמתין עכ"ל, וכתב ע"ז המ"מ, דהא דאמר הרמב"ם בשפחה וגירות שצריכות להמתין מיירו בנשואות לבעליהן, הא לאו הכי אין צריכות להמתין, שאע"פ שהמה בחזקת מזנות, אשה מזנה משמרת עצמה שלא תתעבר וכר' יוסי דאמר הכי, והכרח הוא שהוא סובר כן, דכשאינן נשואות פלוגתא הוא דר' יהודה ור' יוסי וכן נחלקו באנוסה ומפותה, דר' יהודה אומר צריכות להמתין שלשה חדשים ור' יוסי מתיר מיד, ואחר שרבינו פוסק באנוסה בת ישראל כדעת הלכות כמ"ש למטה בבאור, דכל בזנות לא גזרינן, ודאי שהלכה כר' יוסי כל שאין נשואות, שהרי בפירוש פסק שמואל שם הלכה כר' יוסי ללישנא בתרא כו'.

אכן מרן הב"י באה"ע סימן י"ג כתב ז"ל, ויש לתמוה שאם זה הי' דעת הרמב"ם, הו"ל לכתוב דין שפחה וגירות בשאין נשואות ויפסוק כר' יוסי דאין צריכות להמתין, ולכן נראה שאפשר לומר דאע"ג דפסק הרמב"ם כר' יוסי באנוסה ומפותה, מ"מ בגירות ומשחררת לא פסק כותי' אלא כר' יהודה דאמר צריכות להמתין, וטעמי, מדתניא בפרק החולץ, גר וגירות צריכות להמתין ג' חדשים, וההיא בפשטא כר' יהודה אתיא עכ"ל הב"י, והקשה על דברי הב"י, הדרישה וכן המשנה למלך, דהא הביא ברייתא דגר וגירות, ושם ע"כ מיירי שנתגיירה עם בעלה ונעשו גיורים, דאם מיירי באינן נשואות גר למה נקט, הא גר אין צריך להמתין, ע"כ דנקט גר ואשתו שנתגיירו, וא"כ איך מביא מזה הב"י ראי' לאינן נשואות.

א) והנראה לי שב, דהנה לקמן דף מ"ב איתא, אלמא תניא לא ישא אדם מעוברת חבירו ומנקת חבירו ואם נשא יוציא ולא יחזיר עולמית, גזירה שמא תעשה עוברת סנדל, אי הכי דידי' נמי, אי למאן דאמר במוך במוך, אי למאן דאמר מן השמים ירחמו מן השמים ירחמו: הכא נמי אי למאן דאמר במוך במוך אי למ"ד מן השמים ירחמו מן השמים ירחמו, אלא משום דחסה, אי הכי דידי' נמי חייס עלוי, הכא נמי חייס עלוי, אלא סתם מעוברת למניקה קיימא דלמא איעברא ומעכר חלבה וקטלה לי' כו'.

אכן הרמב"ם כתב בפ"א מהלכות גירושין הלכה כ"ה ז"ל, וכן גזרו חכמים שלא ישא אדם מעוברת חבירו ומניקת חבירו אעפ"י שהזרע ידוע למי היא מעוברת, שמא יזיק הולד בשעת תשמיש, שאינו מקפיד על בן חבירו, ומניקה שמא יתעכר החלב והוא אינו מקפיד לרפאות החלב בדברים המועילין לחלב כשתתעבר עכ"ל הרמב"ם, וכבר תמה הכ"מ על דברי הרמב"ם, כיון דבגמ' דחי טעם דדחסא, וקאמר הטעם דלא ישא מעוברת משום דסתם מעוברת למניקה קיימא, א"כ למה שבק הרמב"ם טעם זה ונקט הטעם דנדחה בגמ', וכמובן מה שכתב הכ"מ דהרמב"ם לא גרס אלא, והי' יכול לדחות דעל בן חבירו אינו חייס, אלא דאהדר לי' לפי דעתו, עכ"פ תמוה מאין להרמב"ם לומר כן נגד דעת המקשה, וגם קשה למה לן טעם אחר כיון דסתם מעוברת למניקה קיימא, א"כ הא ממילא אסור לישא מעוברת מפני האיסור של אחר כן כשתהי' מניקה.

והנראה לי, דהנה התוס' שם בדף מ"ב כתבו בד"ה סתם מעוברת ז"ל, רבינו שמשון זקנו של רשב"א הי' אומר דגרופה מנתקת מותרת להנשא משום דלא משעבדא להניק כדאמרין בפרק אעפ"י נתגרשה אינה כופה, ואין נראה לר"ת דהא למאי דהוי בעי לומר דטעמא משום סנדל או משום דחסא לא הי' חילוק בין אלמנה לגרושה, וה"ה להאי טעמא, דאינו חוזר בו אלא מהטעם בלבד, ועוד אלמנה גופה אי אמרה איני נזונית ואיני עושה אי תבעה כתובתה לא משעבדא, וכן פוסק בשאלתות דרב אחא דל"ש גרושה ול"ש אלמנה עכ"ל התוס'.

והנה הנו"ב סימן י"ד כתב דגם הר"ש לא התיר אלא בגרושה מטעם כיון שהאב קיים הוא יטפל עם בנו למסמס לו ביעה וחלכא אם לא ימצא מינקת, אבל באלמנה שאבי הולד אינו קיים, אף היכא דלא משתעבדא (כגון שהכניסה נדן רב וכדומה) ג"כ אסורה, דאל"כ וקשה על הר"ש מהא דכתובות דף ס' דאמר רב נחמן בר יצחק, הן הן דברי ב"ש, הרי דגם לב"ש אסורה מינקת שתנשא, והרי לבית שמאי שום אשה אינה משועבדת להניק עכ"ל הנו"ב.

אכן דברי הנו"ב תמוהים, דהרי באה"ע סימן י"ג סעיף י"ד ז"ל המחבר, זה שאמרנו בגרושה (דאסורה להנשא) יש מי שאומר דוקא שהניקתו קודם שנתגרשה עד שהכירה, אבל קודם הזמן לא, דהא אי בעי לא תניק כלל ואפילו בשכר, ויש מי שאומר דאשה שמת בעלה והניחה מעוברת וילדה ולא הניקה את בנה צריכה להמתין כ"ד חודש, ומשמע מדבריו דה"ה לגרושה עכ"ל המחבר הרי דלדעה הראשונה דס"ל אם גרושה קודם הזמן שהולד הכיר אותה מותרת להנשא, גם באשה שמת בעלה והניחה מעוברת וילדה ולא הניקתו תהי' מותרת, והרי הכא אין לו אב ומי ימסמס לו בעיא וחלכא, ע"כ דלדעה דס"ל דבגרושה אם נתגרשה קודם שהכיר הולד אותה דאז לא משעבדא להניק ולא מניקת חבירו היא: אף אם מת האב קודם שחפצה להנשא מותרת להנשא.

ומה שהקשה הנו"ב מהא דב"ש ג"כ אוסר למינקת להנשא, אף דלב"ש אין כופין להניק את בנה, נראה לי, דהנה על מה שהקשה ר"ת כיון דלטעמא דסנדל או דחסה הרי מעוברת אף בגרושה אסורה להנשא, וא"כ הא במסקנא ג"כ אף בגרושה אסורה, דלא הדר בו אלא מהטעם אבל לא מהלכה, הנה לפי טעם הרמב"ם דמעוברת אסורה להנשא משום דחסא, א"כ בודאי לענין מעוברת אסורה להנשא בין בגרושה בין באלמנה, דהרי לטעמא דדחסא אין חילוק, ולא קשה הא דקאמר מעוברת אף גרושה לא תנשא, ומינקת דוקא אלמנה לא תנשא, והא בברייתא לא חילק, אכן לדברי הר"ש החילוק איתא בברייתא גופא, דהנה מעוברת אף אם היא גרושה מבעלה נקראת מעוברת חבירו שהרי הולד של חבירו של זה שרוצה לישא אותה ואם ידחוס יזיק ולד של חבירו, ודוקא אלמנה נקראת מינקת של חבירו שהיא מחויבת להניק את בנו של בעלה המת, אבל גרושה שאינה מחויבת להניק, אף אם מניקה איננה מניקת של חבירו, ולפי זה הרמב"ם מפרש דלא גרסינן בגמ' אלא, כמו שכתב הכ"מ דלא גרסינן אלא, הרמב"ם מפרש דבמעוברת האיסור משום דחסא.

ומשני על הא דפריך דחברי' נמי חייס, משום דסתם מעוברת למניקה קיימא והוא אינו רוצה שאשתו תהי' מנוקה ומשו"ה לא ישמור עצמו בשעת תשמיש (שוב הראו לי שגם

הנו"ב מפרש כן ב"ה שכיונתי), ומניקה הטעם דאסור לישא משום דמעכר חלבא, וכיון שהיא מניקת חבירו היינו אלמנה דמשועבדת לו, אסור לישא אותה שהיא מניקת חבירו.

אבל אשה שמת בעלה והניחה מעוברת ובעוד שהיתה מעוברת תבעה להנשא שאז אבדה מזונות וממילא אין מעשה ידי' לבעלה ולא ליורשיו אז איננה מחויבת להניק את בנה, וא"כ לא מקריא מניקת חבירו, וכדמוכח מהמחבר שהבאנו דלדעה ראשונה אף באלמנה מותרת, א"כ ברורים דברי הרמב"ם דמפרש דבגמ' אמר טעם לאיסור מעוברת משום דחסא ולא קאמר משום טעמא דמעוברת למינקה קיימא בלחוד, דהא האיסור שאסרו רבנן הוא דוקא במינקת חבירו ומעוברת אם תבעה להנשא לא הויא כלל מניקת חבירו, משו"ה איצטריך לטעמא דדחסא.

(ב) ומה שהקשה ר"ת הא כל אלמנה תוכל לפטור עצמה מהשעבוד, יש לתרץ נהי דאלמנה תוכל לפטור עצמה היכא דתובעת כתובתה או רוצה להנשא או אומרת אני נזונית, אבל כל זמן שלא פטרה עצמה והיא נזונית מנכסי בעלה שהניח להיורשים, וכנגד זה הנחיל להם זכות שיש לו עלי' מעשה ידי', מה שהיא מניקה הוא מטעם השעבוד, ומשו"ה גזרו שלא ישא מניקת חבירו כדי שלא יגרום נזק להולד, שתסלק השעבוד שיש עלי' להניק אותו מכח שנתחייבה להאב, אבל בגרושה הלא לא תסלק השעבוד, שאין עלי' שעבוד כלל, אלא שהיא מניקת מרצונה בכה"ג לא גזרו חכז"ל, אחרי שע"י מעשיו אין גורם להזיק שעבוד.

והנה במניקה מה שסוברים ב"ש שאין עלי' חיוב להניק בנה, לכאורה קשה כיון דבית שמאי מודים שמחויבת למעשה ידי', ומעשה ידי' לאו דוקא בידו', אלא בכל גופה מה שעושה משועבדת לבעלה, כדמוכח בכתובות ס"ו, דאף אם מחממת בצים בגופה, לבעלה, וא"כ אמאי סברי בית שמאי דאין כופה להניק את בנה, ועכצ"ל דס"ל לב"ש דצערא דגופא לא זכה בעלה, וכיון שאין רוצה להניק האי שיש לה צערא דגופא, ע"כ סברי בית שמאי דאם אמרה אני רוצה להניק בע"כ שיש לה צער מהנקה, ובית הלל סברי דכל הנשים רוצות להניק ואדרבה מרחמה, א"כ אמרינן שאין זה צער, ומה שאינה רוצה להניק אפשר שהיא רוצה להקניטו וכדומה.

נמצא דהיכא דלא אמרה אינני מניקה, שאז בודאי היא ככל הנשים שאין לה צער מההנקה לבנה, ואדרבה עונג הוא לה, אז היא משועבדת להניק אף לב"ש, ככל מעשה ידי' שהוא משועבדת בגופה ובידי' מה שזה דרך כל הנשים, וא"כ אף לב"ש אסור לישא מניקת חבירו שהיא מניקה ולא אמרה שזה צער לה, ובאופן זה היא מניקת חבירו, ואסור אף לב"ש לגרום שתפטור עצמה משעבוד זה.

והנה בגמ' כתובות איתא, ת"ר נתנה בנה למינקת גמלתו או מת מותרת לינשא מיד, רב פפא ורב הונא ברי' דר' יהושע סבור למיעבד עובדה כהא מתניתא אמרה להו ההיא סבתא בדידי הוה עובדא ואסר לי רב נחמן, איני, והא רב נחמן שרא להו לדבי ריש גלותא, שאני בי ריש גלותא דלא הדרו בהו, אמר להו רב פפי ואתון לא תסברוה מהא דתניא הרי שהיתה רדופה לילך לבית אבי' או שהי' לה כעס בבית בעלה או שהי' בעלה חבוש בבית האסורין או שהלך בעלה למדינת הים או שהי' בעלה זקן או חולה או שהיתה עקרה וזקנה אילונית וקטנה והמפלת לאחר מיתת בעלה ושאינה ראוי' לילד כולן צריכות

להמתין שלשה חדשים דברי ר"מ, ר' יוסי מתיר לארס ולהנשא מיד, ואמר רב נחמן אמר שמואל הלכה כר"מ בגזרותיו, אמרו לי' לאו אדעתין, והלכתא מת מותר, גמלתו אסור עכ"ל הגמ', והנה האלפס והרמב"ם השמיטו הא דשרא רב נחמן לדבי ריש גלותא, וכבר תמהו על זה, ובשלמא על האלפס תרצו משום דאין שכיח בזמן הזה אנשים שיהי' להם ממשלה כריש גלותא, אבל על הרמב"ם שמביא על דברים שאינן נוהגים בזמן הזה ואף דיני מלך הביא, תמהו אמאי השמיט זה.

ונראה לי, דהנה תוס' בד"ה ואמר רב נחמן כתבו ז"ל, אין לפרש דגזרינן מת אטו לא מת ונתנה בנה להניק אטו לא נתנה וגמלתו אטו לא גמלתו, דא"כ היכא שרא רב נחמן לבי ריש גלותא, אלא י"ל דגזרינן במת שמא תהרגנו, ונתנה בנה להניק שמא תחזור בה, וגמלתו אטו שמא תגמלנו ועדיין הוא צריך לינק עכ"ל התוס', וכתב ע"ז בהגהת מהרב רנשבורג, דבשאלתות פ' וירא סימן י"ג בד"ה ברם כו' מטעם גזירה זו אטו זו, וצריך לישוב קושית התוס' אליבא דהשאלתות עכ"ל, ונראה לי, דהנה הא דאמר בגמ', שאני ריש גלותא דלא הדרי בהו, פירש"י, מניקה שפסקה להניק בניהם יראה לחזור בה לפי שבני אדם מאוימים הם, אכן בתוס' רי"ד פירש, וכן מצאתי בשאלתות הנ"ל, שאני דבי ריש גלותא כיון דיהבי בניהו למניקה לא הדרי בהו לאנוקי, ולכאורה הדברים תמוהים.

לכן נראה לי דהרמב"ם מפרש הא דרב פפא ורב הונא ברי' דרב יהושע סברי למעיבד כהא מתניתא, מיירי בנתנה בנה למינקת, וכדמוכח מהא דפריך, והא רב נחמן שרא לדבי ריש גלותא, ומשני שאני ריש גלותא דלא הדרי בהו, והנה הב"י באה"ע סימן י"ג הביא בשם תשובת גאון, שכל זמן שלא עבר שלשה חדשים מעת שפסקה מלהניק עוד אפשר שיוחזר חלבה, לפי זה אפשר לחלק בין נתנה למניקה, לגמלתו, או מת, דבנתנה להניק הבן הוא יונק והיא גם היא קודם שעברו ג' חדשים עדיין תוכל להניק ונקראת מינקת ברוב נשים, אם לא במפונקות שבהם תופסק החלב תיכף, אבל שאר נשים יש שאינן פוסקות מלהניק, אך אם עבר זמן עד שלשה חדשים כמובא בב"י בשם תשובת הגאון, אכן אם גמלה את הולד או שמת, כבר אינה מינקת, ורבנן הא גזרו במניקת אבל לא בשאינה מינקת, ולפי זה הא דאמר רב פפי לרב הונא ברי' דרב יהושע ורב פפא ואתון לא תסברוה, ממתניתא דעקרה וזקנה ואילונית דגזרינן לדין דגמלתו או מת, דהתם גזרו רבנן שאשה שנתאלמנה או נתגרשה לא תנשא עד אחר שלשה חדשים, ולא חילקו אף אם אין ראוי לילד, אבל הכא רבנן גזרו במינקת ולא בשאינה מינקת, ואין זה שייך לדין דר"מ, ועכצ"ל כן, דאל"כ קשה הא בדין דשלשה חדשים הלא אף במפלת אחר מיתת בעלה צריכה להמתין, וא"כ אמאי אמרינן הכא דהלכתא מת מותר, עכצ"ל כדברינו, דהיכא דמת או גמלתו איננה מינקת, והא דבגמלתו אסורה להנשא היא גזירה חדשה, גמלתו שמא תגמול, ומת שמא תהרגנו, אבל בנתנה בנה למינקת שאז עוד תוכל להניק אז היא עדנה מינקת, וא"כ מביא רב פפי ראי' דבמינקת גזרינן נתנה בנה למניקה אטו לא נתנה כיון שהיא עדנה מינקת, ומשו"ה רב נחמן שרא לדבי ריש גלותא אף דרב נחמן סבר הלכה כר"מ בגזרותיו.

משום דבי ריש גלותא דמפונקים המה, אם פסקו מלינק שוב אי אפשר להם לינק, ודרכם שיצטמקו שדיהם תיכף, א"כ אינהו לא מינקת נינהו והך גזירה שמא תגמול בשביל להנשא לא ס"ל לרב נחמן משו"ה התיר להם, נמצא דלמסקנא דאמרינן גמלתו אסור דחיישינן שמא תגמול אין הלכה כרב נחמן, דאף לדבי ריש גלותא אסור, נהי דלא הויא מינקת דהא אינהו לא הדרי לאנוקי, אבל הא אסרו רבנן משום שמא תגמול את בנה, נמצא דלא קשה אמאי השמיטו האלפס והרמב"ם האי דינא דשרא רב נחמן לדבי ריש גלותא, דהרי למסקנא דקאמר והלכתא גמלתו אסור משום שמא תגמול, אין הלכה כרב נחמן, דהא שמא תגמול בשביל להנשא שייך אף בדבי ריש גלותא, עכ"פ להלכה סבר שמואל דגזרינן הא אטו הא, דלא כר' יוסי דס"ל דלא גזרינן.

ג) והנה שמואל אמר דגירות ומשוחררת אין צריכה להמתין, בזנות צריכה להמתין, ודוקא קטנה אינה צריכה להמתין, וקאמר בגמ' הוא דאמר כר' יוסי, ופרש"י, דשמואל גזר זנות אטו נשואין. והנה לקמן בגמ' אמר רבה מ"ט דר' יוסי קעבר אשה מזנה משמשת במוך שלא תתעבר, א"ל אביי בשלמא גירות כיון דדעתה לאגיורי מנטרה נפשה כדי להבחין בין זרע שנזרע בקדושה לזרע שלא נזרע בקדושה שבוי, ושפחה, דשמעה ממרהו ומשמרי נפשיהו, אלא יוצאת בשן ועין היכי משכחת לה, וכי תימא כל ממילא מודה ר' יוסי והתנן אנוסה ומפותה צריכה להמתין ג' חדשים דברי ר' יהודה, ר' יוסי מתיר לארס ולנשא מיד, אלא אמר אביי אשה מזנה מתהפכת שלא תתעבר, ואידך חיישינן שמא לא נתהפכה יפה יפה.

הרי שיש שני טעמים בדין דאשה משמרת בזנות שלא תתעבר והנה מדקאמר ואידך שמא לא נתהפכה יפה, הרי דגם ר' יהודה הי' סובר דאשה מזנה רוצה שלא תתעבר, אלא דאין מועיל מה שנתהפכה, ואם נימא דגזר ר' יהודה זנות אטו נשואין, למה לומר לאביי ואידך חיישינן שמא לא נתהפכה יפה, ע"כ דסבר אביי דזנות אטו נשואין לא גזרינן, דזנות בישראל לא שכיחא, ותקנת רבנן היתה בנשואין, וא"כ בזנות היכא דלא שכיח ואין חששא לא גזרינן, ורק טעמא דר' יהודה דשמא לא נתהפכה יפה, אכן על הא דמשמשת במוך אי אפשר לומר דשמא אין מועיל, דהרי ג' נשים משמשות במוך, הרי דעל תקנת שישמש במוך אין לחשוש, והנה כיון דגירות ושפחה כיון דדעתם לאגיורי הא אפשר להו לשמש במוך, ורק בזנות הא אי אפשר לשמש במוך, וע"כ סובר הרמב"ם דטעמא דשמואל דאמר דגם בזנות צריכה להמתין, דבזה ס"ל לשמואל דבזנות בגדולה חיישינן שמא לא נתהפכה יפה כר' יהודה, ולא מטעם דגזר זנות אטו נשואין, ופריך גירות ומשוחררת דשכיחא בהו זנות אף דיש סברא דמינטרא נפשיהו ולא מזנות, אבל כיון דהם מאלה דשכיח בהו, לגזור אטו נשואי בת ישראל, ומשני הוא דאמר כר' יוסי דלא גזר, דהרי ר' יוסי מתיר לארס ולנשא בגירות, ומשמע דאף בנשואה מתיר, ואף דשמואל הא סבר הלכה כר"מ בגזרותיו, ע"כ דבזה לגזור כותית אטו בת ישראל לא גזר אבל זנות אטו נשואין גזר, והנה גירות ומשוחררת אף בנשואה כיון דדעתה לאגיורי מנטרה נפשה ומשמשת במוך כמו שפירש"י בד"ה הוא דאמר כר' יוסי, וא"כ אם נסבור כר' יוסי וכפי שאמר שמואל דלא גזרינן כותית אטו בת ישראל, א"כ אף בנשואה אליבא דר' יוסי לא גזרינן.

וא"כ הרי הב"י מדייק מברייתא דסתמא כר' יהודה היינו ברייתא דגר וגירות שנתגיירו צריכות להמתין שלשה חדשים, אף דמיירי בנשואה, אכן הא אף בנשואה ג"כ כיון דדעתה לאגירא הא מנטר נפשה כדי להבחין ובודאי משמשת במוך, ע"כ דהך ברייתא אתיא כר' יהודה דגזר גם הביאה שהיתה בעודה כותית גזרינן אטו בת ישראל, וכיון דגזר א"כ אף בנתגיירה ולא היתה נשואה ג"כ גזר, שהרי דוקא בישראל לא שכיחא זנות, והרמב"ם מפרש הא דאמר בגמ' גירות ומשחררת לגזור, הכונה לגזור אטו בת ישראל, היינו אף דאמרינן דמסתמא מנטרה נפשה, אבל כיון שהיא כותית או שפחה דשכיח בהו זנות, א"כ לגזור, ומשני הוא דאמר כר' יוסי דלא גזר, אבל הרמב"ם פסק כברייתא דגר וגירות צריכות להמתין הרי דגזר אף בכותית, והא דפסק דזנות לא גזר בישראל, דלא כשמואל, דזה מוכח מדאמר אביי דטעמא דר' יהודה באנוסה משום דלא נתהפכה יפה, ולא קאמר משום דגזרינן, ע"כ דזנות אטו נשואין לא גזרינן בישראל, משום דזנות בישראל לא שכיחא.

סימן כט בדין ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא דף ל"ח. ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא, ספק אמר האי גברא בר מיתנא הוא ויבם אמר את בראי דידי ולית לך ולא מידי בנכסי.

הוי יבם ודאי, וספק ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, וכתב בתוס' ד"ה הוי יבם ז"ל, פירש בקונטרס ודאי, שיודע מאיזה כח הוא בא ומוחזק בנכסים, ולא דמי להא דרב משרשיא לעיל, דהתם אע"ג דספק אית לי' בנכסים זכי' ממ"נ, אפ"ה לא חשיב ודאי, דלא ידע מכח מי הוא בא עליהם, משמע מתוך פירושו דקרי ודאי מה שודאי נוטל חלק בנכסים ובפרק מי שמת גבי נפל הבית עליו ועל אמו אלו ואלו מודים שיחלוקו, פירש רבינו שמואל שיחלוקו יורשי האם, היינו אחי האם מאב'י, עם יורש הבן, היינו אחי הבן מן האב, ולא רצה לפרש יורשי האם היינו אחי הבן מן האם, דהיינו בנימין, דהו"ל בנימין ודאי וראובן ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי, ואין נראה כלל דאטו מפני שהוא ודאי במקצת הנכסים יהי' ודאי בכולן, ועוד דאמר התם ומייתי לה לקמן גבי נפל הבית עליו ועל אביו עליו ועל מורישיו והיתה עליו כתובת אשה ובע"ח ומסיק דירשי האב אחי הבן אלמא אע"ג שיש לאב בנים אחרים לא חשבינן להו ודאי, וכן בפ"ק דב"ק גבי אחים שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהן דאמר רב אסי נוטל רביע בקרקע או רביע במעות משום דמספקא לי' אם כיוורשים דמי אי כלקוחות, ולא אמרינן שלא יטול כלום שהרי זה המוחזק הוא ודאי במקצת נכסים, וכן זה אומר כולה שלי וזה אומר חצי' שלי, גבי שנים אוחזין בטלית.

אלא הא דקרי הכא ודאי, היינו משום שהיבם הוא ודאי יורשו של סבא, אבל ספק הוא ספק אם הוא יורשו כלל עכ"ל התוס'. (א) והנראה לי דבעיקר מחלוקת של רש"י ותוס' אי אמרינן בכה"ג אין ספק מוציא מידי ודאי אזלי רש"י ותוס' לטעמיהו, דהנה בספרנו על ב"ק סימן ו' כתבנו לחקור מהו דין השותפות, אם הכונה דדבר השייך לשותפים שייך לזה חציו מהדבר ולזה חציו מהדבר, או דין שותפות הוא כולו לזה וכולו לזה, והנה אם נימא דדין שותפות הוא ששייך מחצה לזה ומחצה לזה א"כ כשחולקים ונוטל

זה שדה זו וזה שדה זו כל אחד מוכר לחבירו חלקו שהי' לו בשדה זו, וזה מוכר לו החלק שהיא לו בשדה זו.

אכן אם דבר של שותפות הוא כולו לזה וכולו לזה, א"כ אין כל אחד מוכר לחבירו, אלא מסלק קנינו שהי' לו, וזה מסלק קנינו משדה זו וזה מסלק קנינו שהי' לו בשדה זו, וביארנו דזה מחלוקת רש"י ותוס' בגמ' כתובות דף פ"ג, דאמרינן שם האומר לחבירו דין ודברים אין לי עמך על שדה זו וידי מסולקת הימנה לא אמר כלום, ואיתא שם, קנו מידו מהו, ופירש"י, דהאיבעיא אם אמר לשותפו דין ודברים אין לי עמך על שדה זו וקנו מידו מהו, והקשה התוס' ז"ל, וקשה לר"י מאי מועיל קנין, הא למי הוא מקנה אותה, ואלא לכו"ע מפקיר לה, וכתבנו דבזה פליגי רש"י ותוס', רש"י סבר דדין שותפים כולה לזה וכולה לזה, א"כ שותף אין צריך להקנות חלקו לחבירו אלא צריך לסלק קנינו וממילא נשאר לשותפו כל הדבר, משו"ה ס"ל לרש"י דאם קנה שמסלק רשותו מועיל, אכן תוס' סברי דדין שותפות הוא מחצה לזה ומחצה לזה, א"כ צריך להקנות חלקו לחברו, משו"ה הקשו בתוס' מאי מועיל קנין שמסלק קנינו אבל במה יקנה שותפו חלקו.

ולפי זה אליבא דרש"י בודאי יש להשותף קנין בכולה, והספק אם גם להשותף השני יש קנין או לא, משו"ה רש"י לטעמי, דאמרינן גבי שותפים אם אחד יש לו ודאי ולהשני ספק אין ספק מוציא מידי ודאי, שהרי לדידי' ודאי קנו כולה, ולהשני ספק אם יש לו קנין, אבל תוס' לטעמיהו סברי דאין ודאי אלא במחצה, דאם לחבירו ג"כ שותפות, א"כ אין לו אלא מחצה, וא"כ אטו מפני שהוא ודאי במחצה יזכה בכולה, משו"ה כתבו בתוס' דבכה"ג לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי.

ומה שהקשה בתוס' מגמ' דב"ק גבי אחים שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהן דאמר רב אסי נוטל רביע בקרקע או רביע במעות משום דמספקא לי' אי כיורשים דמי או כלקוחות דמו, ולא אמרינן שלא יטול כלום שהרי זה המוחזק ודאי במקצת הנכסים, נראה לי, דהנה בב"ק הביא רש"י שני פירושים בדברי רב אסי, אי אמר רב אסי נוטל רביע בקרקע ורביע במעות משום דמספקא לי' אי יורשים הוי וצריך לטול מחצה בקרקע או לקוחות וכלוקח באחריות דמי ונטל מחצה בכספים והוי ממון המוטל בספק ונטל רביע בקרקע ורביע בכספים, ולשון שני שנוטל רביע או בקרקע או בכספים, והלה יכול לסלקו או בקרקע או בכספים משום דמספקא לי' אי כיורשים הוי וצריך לשלם מחצה או כלקוחות שלא באחריות ופטור לגמרי, וא"כ הוי מוטל בספק, וכתב רש"י כהאי לישנא דנוטל רביע בקרקע או רביע במעות, אכן בתוס' ד"ה רב אסי הקשו, דא"כ מנא להגמ' שמספקא לי' לרב אסי כלל כיורשין, דילמא פשיטא לי' דלאו כיורשים אלא מספקא לי' אי הוי כלקוחות באחריות או כלקוחות שלא באחריות, לכך נראה כלשון ראשון עכ"ל התוס', היינו דתוס' ס"ל כלישנא דנוטל רביע בקרקע ורביע במעות.

ונראה לי לתרץ, דהנה מה שרש"י סובר דאותו לשון שסובר דרב אסי ס"ל נוטל רביע בקרקע או רביע במעות עיקר, משום דללשון דאמר דרב אסי סובר רביע בקרקע ורביע במעות משום דמספקא לי' אי יורשים הוו וצריך לטול מחצה בקרקע ואי כלקוחות באחריות ומשלם לו מחצה במעות והוי מוטל בספק במה לשלם אי בקרקע אי במעות, ומספיקא משלם רביע בקרקע ורביע בכספים, דא"כ מאי מפרשי דעל זה אמר רב אסי

כספים הרי הן כקרקע, דלפי זה כספים אינן כקרקע ומשלם מספיקא רביע בקרקע ומספיקא רביע במעות, ומאי שייך ע"ז לומר כספים הרי הן כקרקע, לכן מפרש רש"י כלישנא דנוטל רביע בקרקע היינו דהספק אי כיוורשין הוי ובטלה מחלוקת אי כלקוחות ואינו נוטל כלום, וע"ז אמר רב אסי דאף דמעיקר הדין יוכל האח לדרוש קרקע, דהרי הספק שמא בטלה מחלוקת, אעפ"כ יוכל לשלם הרביע במעות, וכדפירשו בתוס' משום דאמר אנא הוינא מסלקינא בזוזי, ומשו"ה אמר כספים הרי הן כקרקע.

והנה התוס' הכא בב"ק כתבו דלא שייך בזה המע"ה, ולא פירשו הטעם, והנה ללישנא דנוטל רביע בקרקע ורביע במעות אפשר לומר כיון דעכ"פ מחויב לשלם א"כ הספק רק במה לשלם ע"ז לא שייך המע"ה, אכן גם זה קשה כיון דבא להוציא ממנו הרביע קרקע והוא אינו חפץ לשלם אלא במעות, אמאי לא נימא גם על זה המוציא מחבירו עליו הראי', ועיין בתוס' בבא בתרא נ"ב ד"ה דברים, דאף אם יש לו מגו והוא צריך לשלם דמים אף דאין מפסיד הדמים אלא שהספק אם יוכל ליקח החפץ הוי מגו להוציא, דעכ"פ הוא מוציא מחבירו, וא"כ אמאי כתבו בתוס' דלא שייך בי' המוציא מחבירו עליו הראי', אכן בתוס' ב"ב דף ס"ב ד"ה איתמר כתבו שיש מקומות שרצו חכמים לעשות שודא, אכן רש"י סובר שהכאהא ספק שמא בטלה מחלוקת, א"כ אין הקרקע של האח אלא שייך לשניהם, ובקרקע לא שייך תפיסה, א"כ הספק שמא איננו מוציא כלל, דארעא בחזקת דידי ג"כ קיימא.

וא"כ לא קשה קושית התוס' מנא לי' דמספקא לי' אי כיוורשין אי כלקוחות, דילמא פשיטא לי' כלקוחות דמי אלא דהספק אי כלקוחות באחריות אי שלא באחריות, אכן לפי דבריננו לא קשה, דאם הי' הספק אי כלקוחות באחריות אי שלא באחריות, א"כ הקרקע בודאי שלו, והספק הוא רק אי מחויב לשלם או לא, א"כ בודאי המוציא מחבירו עליו הראי' ופטור לגמרי ואמאי סבר רב אסי דנוטל רביע ע"כ דמספקא לרב אסי שמא כיוורשים הם, וא"כ בטלה מחלוקת, וא"כ הקרקע עתה של שניהם ואיננו מוציא, ולפי זה לא קשה אליבא דרש"י קושית התוס' אמאי לא נימא אין ספק מוציא מידי ודאי, דהא להאח ודאי בקרקע, ולזה שנטל ממנו ספק אם יש לו, אכן לפי הנ"ל שהספק הוא שמא בטלה מחלוקת, א"כ הא יש סבר לומר בהיפך, הא הקרקע בודאי הי' שייך לו, ועתה הוא ספק אם נפק מיני' הקרקע ע"י החלוקה או יורשים המה, וכיון שהי' מגיע החוב לבעה"ח בטלה החלוקה, וא"כ להיפך אין ספק החלוקה מוציא מידי ודאי שהיתה מקודם ודאי שלו, וא"כ יש סברא לצד זה וסברא לצד זה, משו"ה הוי ממון המוטל בספק וחולקין, אכן גם אליבא דתוס' לא קשה כיון דס"ל לתוס' דהוי ממע"ה אלא דעשו רבנן בזה שודא, א"כ כמו דלא קשה מדין דהמוציא מחברו עליו הראי', כן לא קשה מדין דאין ספק מוציא מידי ודאי.

ומה שהקשה עוד תוס' על רש"י מדין המשנה בתחלת ב"מ, זה אומר כולה שלי וזה אומר חצי שלי אמאי לא נימא אין ספק מוציא מידי ודאי, נראה לי דרש"י סובר כיון דבלא הודאתו שאמר חצי שלי גם השני איננו ודאי, א"כ מי עושהו לודאי, הוא עצמו בזה שאמר חצי שלי, א"כ הפה שאסר ועושהו לודאי הפה שהתיר ואומר שהחצי שלי, ובכה"ג לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, אחרי דהוי הפה שאסר הפה שהתיר.

(ב) אכן מה שהקשה התוס' מנפל הבית עליו ועל מורישיו, דפירש מאי מורישיו אחי הבן, אלמא אע"ג דיש להאב בנים אחרים לא חשבינן להו ודאי, לכאורה זה קשה. והנראה לי, דהנה הרמב"ם כתב בפכ"ב מהלכות אישות הלכה יוד ז"ל, שומרת יבם יש לה למכור וליתן במתנה נכסים שנפלו לה כשהיא שומרת יבם ואין ליבם פירות אפילו בנכסי צאן ברזל שהכניסה לאחיו עד שיכנוס, מתה כשהיא שומרת יבם יורשי' מאביה יורשין בנכסי מלוג שלה וחצי נכסי צאן ברזל, ויורשי הבעל יורשים כתובתה וחצי נכסי צאן ברזל עכ"ל הרמב"ם, והשיג ע"ז הראב"ד טעה בכל אלה כיון דנפלו לה כשהיא תחתיו דבעל וזכה בהן הבעל ידו עדיפא מידה, וגבי יבם ידו כידה וחולק עמה בפירות נכסי מלוג, ונכסי צאן ברזל הכל שלו, ואם מתה הוא יורש אותה כו' וכמדומה לי שטעה במשנה, או משום משנה דמי שמת שגורסים בה וכתובתה בחזקת יורשי הבעל שמחלוקת שאמרו ב"ה נכסים בחזקתן שיחלקו בנכסי צאן ברזל הא שנוי, ודמה לו שמשנה זו דומה לו, ואינו כן דבמקום יבם כל מה שכתב בכתובה כעיקר כתובה הוא עכ"ל הראב"ד, וכתב ע"ז הכ"מ בשם הרמב"ן, דהרמב"ם ס"ל דמחלוקת אביי ורבא הוא רק לתרוצי דב"ש, ורבא הכי קאמר, אי נפלו תחתיו דבעל דכו"ע ידו עדיפא מידה, דודאי ס"ל בכל מקום דאיהו מוחזק טפי מינה, הלכך לב"ש דמספקא להו זיקה אי נשואין עושה נכסים בחזקת יורשי הבעל הן, ומיהו לב"ה פשיטא להו דאפילו אירוסין אין עושה, הלכך ל"ש נפלו כשהיא שומרת יבם ול"ש כשהיא תחתיו דבעל לעולם נכסים בחזקת יורשי האב, ולפיכך כתב דמשפחת בית אבי' יורשים נכסי מלוג בסתם, דמשמע אפילו נפלו תחתיו דבעל.

והוא ז"ל מפרש נכסים בחזקתן נכסי צאן ברזל כפירוש רש"י ומאי בחזקתן יחלוקו עכ"ל הכ"מ אכן לכאורה קשה אם ב"ה סברו דאפילו אירוסין אין עושה א"כ אמאי פלגי בנכסי צאן ברזל. והנה בגמ' אמר, אביי אמר רישא דנפלו לה כשהיא שומרת יבם סיפא דנפלו לה כשהיא תחתיו דבעל, וקסבר אביי ידו כידה, א"ל רבא אי דנפלו לה כשהיא תחתיו דבעל כו"ע לא פליגי דידו עדיפא מידה, ופירש"י ז"ל, מדאוקי פלוגתיהו דנפלו לה כשהיא תחתיו דבעל, ואפ"ה לבית הלל נכסים בחזקתן, קסבר אביי נשואה ידו כידה ולא יותר, הילכך כשמת ואין ליבם בה אלא זיקה, ידו גרועה מידה ונכסים בחזקתן, ובית שמאי פליגי ואמרו נשואה ידו עדיפא מידה וכשמת יד היבם כידה ויחלוקו עכ"ל רש"י, משמע דרש"י סובר דלאביי לא הוי כלל ספק אי זיקה עושה נשואין, אלא הטעם דאי אמרינן ידו כידה, א"כ היכא דהוי רק זיקה נחית דרגא וידו גריעה מידה, והוא דחוק, דלכאורה אם זיקה עושה נשואין, א"כ יהי' לזיקה דין נשואין, ואם זיקה אין עושה נשואין א"כ אף אם ידו כידה לא יהי' לו זכות, אכן רש"י בכתובות פירש דלא כרש"י בכאן דמחלוקת ב"ש וב"ה אליבא דאביי אי ידו עדיפא מידה, אלא דלאביי בין לב"ש בין לב"ה ידו כידה, ופליגי אי חזקה עדיפא אי חלוקה עדיפא, א"כ בע"כ דסבר דיבמה ספק אי זיקה עושה נשואין ופלוגתיהו דב"ש וב"ה אי אמרינן אוקי נכסים בחזקתן, או אמרינן כיון שהוא ספק יחלוקו.

והנה בגמ' בד' ל"ט אמר רב פפא, דיקא מתניתין כותי' דאביי, ואע"ג דקשיא מתה דקתני נכסים הנכנסין ויוצאין עמה מאי נכנסין ומאי יוצאין, לאו נכנסין לרשות הבעל ויוצאין מרשות הבעל לרשות האב, ואע"ג דקשיא מתה, אדמפלגי בגופה ולאחר מיתה ליפלגו

בחייה ולפירות ותו לא מידי עכ"ל הגמ', וכתב בתוס' ז"ל, לרבא ניחא דדוקא לאחר מיתה מהני מאמר לחלוק בנכסים אבל מחיים לא דהויא לי' איהי ודאי ואינהו ספק, ומ"מ לא בעי רישא לאוקי בעבד בה מאמר, דמשום דהויא איהי ודאי אין נראה לרבא דתמכור לכתחילה, להכי מוקי לה בלא עבד בה מאמר, אע"ג דלרבה מוכרת לכתחילה משום טעמא דאיהי ודאי, רבא לית לי' האי סברא עכ"ל התוס', וקשה לי דמאי הקשה בגמ' אליבא דאביי אדמפלגיבגופא ולאחר מיתה, לפליגי בחיי' ולפירות, דילמא גם אביי מודה דבחי' כיון דאיהי ודאי אין ספק מוציא מידי ודאי, ואף דאביי הא הי' סבר דלב"ש ספק מוציא מידי ודאי, אכן הא התוס' הקשו שם בד"ה קסברי, מאי פריך אביי, הא הוא בעצמו סובר בפרק האשה שנפלו דלב"ש שטר העומד לגבות כגבוי דמי, ותרצו בתוס' דלבתר דשמעה מרבה סברא, א"כ הא אפשר לומר דלבתר דשמע מרבה סובר ג"כ דאף לב"ש אין ספק מוציא מידי ודאי.

לכן נראה לתרץ קושית התוס' מאי פריך אביי ולב"ש אין ספק מוציא מידי ודאי, הא גם אביי סובר דשטר העומד לגבות כגבוי דמי, נראה דמה דאביי סובר דלב"ש שטר העומד לגבות כגבוי דמי, אין הכונה שהקרקע של הלוח כבר הוא של המלוה, דהא עדיין מחוסר גוביינא, וכל זמן שלא גבה עדנה אין השדה שלו, וכמו שכתבו תוס' בב"ק דף ל"ג ד"ה איכא ביניהו, וא"כ כל זמן שלא נגבה עדנה אין השדה או החפץ של המלוה ויכול לסלק בזווי, והא דאמר כגבוי דמי, היינו דב"ש סברי כיון שמגיע להבע"ח: כבר קנוי להבע"ח דמי הקרקע, וקנוי להלוה גוף הקרקע ולהבע"ח, דמי הדבר, וכמו שפירשו תוס' בגיטין דף ס"ו, דאם אמר דמי חמרא קנוי היינו לדמיו, ואביי ס"ל דלב"ה אם לאחד קנוי ודאי הגוף ולאחד ספק אם יש לו קנין דמי הדבר, כיון דאילו לא הי' לו להשני קנין דמי הדבר הא ממילא למי ששייך גוף הדבר לו שייך גם דמי הדבר, א"כ זה שיש לו ודאי קנין גוף הדבר ולהשני ספק אם יש לו קנין בדמי הדבר הוי ספק וודאי, ואין ספק מוציא מידי ודאי.

נמצא דלב"ה אף אם היו סוברים שטר העומד לגבות כגבוי דמי, הי' ג"כ הדין דאין ספק מוציא מידי ודאי, אכן ב"ש לא סברי אין ספק מוציא מידי ודאי, כיון שהספק אם יש לו קנין בפני עצמו, וכמו דסומכוס סבר ממון המוטל בספק חולקין, כן ס"ל לב"ש אם יש לאחד ספק קנין בהדבר ואם הוא נוטל שלו הוא נוטל, אז לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי.

והנה אביי סבר ידו כידה, פירוש דכל הנכסים המה קנויים לה הגוף, ולהבעל קנוי קנין גוף לפירות, ולב"ש לא אמרינן כיון דלה קנוי כולו לגוף בודאי ולו ספק אם קנוי לו הגוף לפירות לא אמרינן בזה אין ספק מוציא מידי ודאי, אכן לב"ה כיון דהגוף שלה בודאי ולו ספק אם יש לו קנין לפירות, אין ספק מוציא מידי ודאי, משו"ה אביי לטעמי' דס"ל ידו כידה פריך רבה דאמר טעמא דרישא משום דאיהי ודאי ואינהו ספק אין ספק מוציא מידי ודאי, דהא לב"ש אף היכא דהגוף ודאי של הלוח אעפ"כ אם הספק אם להמלוה היינו להאשה או להבע"ח קנין דמי בהדבר היינו שקנוי לו הגוף לדמים, אית לי' לב"ש יחלוקו, וא"כ לא קשה כלל על אביי הא איהו ג"כ מודה דלב"ש שטר העומד לגבות כגבוי דאף אם כגבוי דמי אעפ"כ הגוף בודאי של הלוח, שהרי מצי לסלק בזווי

ורק דמי הדבר של האשה או הבע"ח, ואעפ"כ סברי ב"ש יחלוקו, דב"ש לית להו אין ספק מוציא מידי ודאי, אכן רבה סבר ידה עדיפא מידו, היינו דהגוף שלה ולו יש קנין כמו שכירות לקח פירות ממנה, ושכירות לא הוי קנין בגוף הדבר, א"כ לו יש קנין להוציא ממנה, ובכה"ג גם ב"ש מודה דהמוציא מחבירו עליו הראי' וא"כ לרבה לא קשה מדין דנפל הבית, דהתם שטר העומד לגבות כגבוי דמי לענין הדמים, א"כ אם הוא נוטל שלו הוא נוטל הבע"ח או האשה, ובכה"ג ספק מוציא מידי ודאי אליבא דב"ש, אבל בפירות הדין הוא שיכול ליטול ממנה אם יש לו זכות, וא"כ הוא ספק אם יש לו זכות להוציא ממנה אליבא דרבה בזה גם ב"ש מודו דהמוציא מחבירו עליו הראי'.

אכן רבא סבר ידו עדיפא מידה, פירוש דהנכסים המה שלו, ולה יש קנין שאם ימות או יגרשנה אז תטול, משו"ה לרבא אם נפלו הנכסים תחתיו דבעל, בודאי לכו"ע יורשי הבעל מוחזקים ביותר. אלא דמיירי שנפלו הנכסים כשהיא שומרת יבם, ורישא מיירי דלא עבד בה מאמר, דאם עשה בה מאמר א"כ הספק שמא מאמר עושה נשואה, וא"כ הנכסים שלו והספק שמא במכירתה גוזלת ממנו, אף דאיהי ודאי, משום זה אין לה למכור בנכסים לכתחילה, אבל אם לא עבד בה מאמר ואיהי ודאי ויבם ספק, מוכרת לכתחילה, והיכא דעבד מאמר ומתה, הללו באין לירש והללו באין לירש, ויחלוקו, ולב"ה אין ספק מוציא מידי ודאי, אכן רבה דסובר דאפילו בנשואה ידה עדיפא מידו, דלו יש רק זכות ליטול ממנה א"כ משום דאיהי ודאי ואינהו ספק, ואף אם הי' ודאי לא הוי רק זכותו לקח ולא הוי גוזלת אם תמכור אלא מזקת זכותו, משו"ה אם הוא ספק מותרת למכור לכתחילה.

ולפי זה לא קשה מה שהקשינו דילמא גם אביי סובר דאין ספק מוציא מידי ודאי, אכן לדברינו הא אביי סובר דלב"ש היכא דאם הוא נוטל שלו הוא נוטל, לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי. ולפי זה מיושבים דברי הרמב"ם.

שהוא פסק כאביי דידו כידה ואיהו סבר כב"ה דאין ספק מוציא מידי ודאי, משו"ה אם נפלו לה נכסים כשהיא שומרת ובם אז הוא ודאי ויבם ספק אם יש לו זכות, משו"ה מותרת למכור לכתחילה, ואין ליבם פירות, משום דכיון דידו כידה, א"כ איהי ודאי והיבם ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, אכן אם מתה והללו באין לירש והללו באין לירשו לב"ש דס"ל חלוקה עדיפא חולקין בכל הנכסים: ולב"ה נכסים בחזקתן.

נמצא לפי דברינו הוא, דאם הוא נוטל שלו הוא נוטל אז לב"ש לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, לפי זה לא קשה קושית התוס' על רש"י מהא דנפל הבית עליו ועל מורישי, דמוקי באח הבן, ואמאי לא נימא האחיים ודאי והבן ספק אם ירש, דלמאן הקשה תוס', אי ב"ש הא אינהו ס"ל דאם מה שהוא נוטל הוא מדינא ששלו הוא נוטל לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, והא דאמרינן דספק ויבם בנכסי סבא אין ספק מוציא מידי ודאיבדאי דב"ש לא ס"ל, דהרי לדידהו מה שהוא נוטל שלו הוא נוטל, ואם קושית התוס' מב"ה הא בודאי לא קשה, שהרי ב"ה הא אמרי נכסים בחזקתן, ולענין צאן ברזל מה דסבר הרמב"ם שג"כ יחלוקו עיין מה שביארנו בספרנו על ב"ק סימן כ"א מה שביארנו בסוגיא דלקמן ס"ו גבי היא אומרת כלי אנו נוטלת.

סימן ר בענין אי מילת עבדיו של הקטן מעכבתו מלהמנות על הפסח. גמ' דף מז.

ובכתה את אבי' ואת אמה, וגו', בד"א שלא קבלה עלי', אבל קבלה עלי' מטבילה ומותר בה מיד, ר"ש בן אלעזר אומר אעפ"י שלא קבלה עלי' כופה ומטבילה לשם שפחה וחוזר ומטבילה לשם שחרור ומשחררה ומותר בה מיד, אמר רבא מאי טעמא דרשב"א, דכתיב כל עבד איש מקנת כסף, עבד איש ולא עבד אשה, אלא עבד איש אתה מל בעל כרחו ואי אתה מל בן איש בעל כרחו, ורבנן אמר עולא כשם שאי אתה מל בן איש בעל כרחו כך אי אתה מל עבד איש בעל כרחו, ואלא הכתיב כל עבד איש, ההוא מיבעא לי' לכדשמואל, דאמר שמואל המפקיר עבדו יצא לחירות ואין צריך גט שחרור שנאמר כל עבד איש מקנת כסף, עבד איש ולא עבד אשה, אלא עבד שיש רשות לרבו עליו קרוי עבד ושאין רשות לרבו עליו אין קרוי עבד ע"כ.

(א) כתב הרמב"ם בפ"ה מהלכות קרבן פסח הלכה ו' ז"ל, הקטן אין מילת עבדיו וטבילת שפחותיו מעכבתו מלהמנות על הפסח שנאמר וכל עבד איש להוציא את הקטן עכ"ל, והקשה עליו המשנה למלך, א"כ מה הקשו עבד איש ולא עבד אשה, הא אצטריך לי' עבד איש להוציא את הקטן. עוד הקשה הכ"מ ממכילתא דאיתא, וכל עבד איש, אשה וקטן מנין ת"ל מקנת כסף מכל מקום, וכתב ע"ז הכ"מ ז"ל ונראה שרבינו גריס וכל עבד איש ולא של אשה וקטן עכ"ל הכ"מ, והדברים תמוהים דא"כ הי' להרמב"ם להביא דאף אשה אין מילת העבד מעכבתה, ומדוע לא הביא זאת הרמב"ם ונקט רק קטן.

והנראה לי, דהנה לקמן בדף ע' איתא, אמר ר' אליעזר מנין לערל שאין אוכל בתרומה נאמר תושב ושכיר בפסח ונאמר תושב ושכיר בתרומה, מה תושב ושכיר האמור בפסח ערל אסור בו: אף תושב ושכיר האמור בתרומה ערל אסור בו, אי מה פסח מילת זכריו ועבדיו מעכבת בו מלאכול בפסח אף תרומה מילת זכריו ועבדיו מעכבת אמר קרא ומלתה אותו אז יאכל בו מילת זכריו ועבדיו מעכבת ואין מילת זכריו מעכבת מלאכול בתרומה, והקשה בתוס' ד"ה אי מה פסח ז"ל, תימה דהא הך סוגיא כר"א ור' אליעזר גופי' דריש במכילתא דמילת עבדיו אין מעכבות אדם מלאכול בפסח ודריש אז יאכל בו העבד עכ"ל התוס'.

והנראה לתרץ, דהנה הא דמחויבין למול ילוד בית הוא מדין מילה, שהרי הוא בשמיני ודוחה את השבת, וא"כ מה דמעכב את הרב מלאכול בפסח חיוב מצות המילה שעל האדון למול את עבדיו ומצות המילה מעכבו מלאכול בפסח, אבל מה שמחויב למול מקנת כסף אין הטעם משום מצות מילה דהרי איננו עוד חיוב במצות מילה, אלא דהחיוב להכניס את עבדיו בישראליות, והחיוב הוא אף באמהותיו שמחויב להטבילן, וגם טבילת אמהותיו מעכבתו מלאכול בפסח, וכן כתב הרמב"ם שם בהלכה ה' ז"ל, וכן טבילת אמהותיו לשם עבדות מעכבתו ודבר זה מפי קבלה שהטבילה לשפחות כמילה לעבדות עכ"ל הרמב"ם, היינו דהקבלה היתה דמה דנאמר ומקנת כסף ומלתה אותו אז יאכל האדון, וקודם המילה אין להאדון לאכול בפסח, הטעם, שאמרה התורה מה שאין מכניס עבדיו בישראליות זה מעכבו מלאכול בפסח, וא"כ גם טבילת אמהותיו מעכבתו מלאכול בפסח, שהרי כשם שהוא מחויב להכניס עבדו בחיוב מצות, כן הוא מחויב בטבילת אמהותיו כדי להכניסן בחיוב מצות, ועל דין זה שמעכב מילת מקנת כסף וטבילת אמהותיו שאין זה מטעם חיוב מילה, ע"ז פליג ר' אליעזר וס"ל כיון דאין עדנה החיוב

מטעם מצות מילה אין מעכבו מלאכול בפסח, אבל מילת ילוד בית שהחויב למולו מטעם מצות מילה, גם ר' אליעזר מודה שמעכב, שהוא בכלל המול לו כל זכר ואז יקרבו לעשותו, וילוד בית הוא בכלל המול לו כל זכר וכן כתב הרמב"ם שמילת עבדים בין גדולים בין קטנים מעכבת אותו מקרא דהמול לו כל זכר, וא"כ במילת ילוד בית גם ר' אליעזר מודה דמעכב מלאכול בפסח, אבל בתרומה אין מעכב את האדון מלאכול אפילו מילת ילוד בית.

אכן לכאורה קשה על דברינו, הפירוש בדברי הגמ' דקאמר ומלתה אותו אז יאכל בו, בו מילת זכריו ועבדיו מעכבת ואין מילת זכריו ועבדיו מעכבת מלאכול בתרומה, והא לר' אליעזר האי קרא דומלתה אותו לא קאי כלל על אכילת הרב בפסח, אלא על העבד גופו, שאם לא מלו אותו לא יאכל העבד בפסח, וא"כ איך ילפינן מזה לדין מילת עבדיו דאין מעכבין את הרב מלאכול בתרומה, כיון דקרא לא מיירי כלל בדין אכילת הרב בפסח, וקאי רק על דין העבד שאם לא נמול לא יאכל בפסח.

אכן קושי' זו אפשר להקשות גם על תירוץ התוס' דמתרצי על קושיתם ז"ל, ואמר רבינו יצחק דגמ' לפום רהיטא נקט כר' עקיבא דדריש אז יאכל בו האדון, ולר"א מזכריו פריך עכ"ל התוס', וזה הא קשה מאד, נהי דגמ' פריך לפום רהיטא, אבל איך יהי' מסקנת הגמ' דפריך לר"א מזכריו, אימא דמילת זכריו מעכב הרב מלאכול בתרומה, ומאי משני בו מילת זכריו מעכב ואין מילת זכריו מעכב את הרב מלאכול בתרומה, הא האי דומלתה אותו אז יאכל בו לא קאי כלל על עכוב הרב אלא על עכוב מלאכול בפסח כל זמן שלא נימולו ואיך ילפינן מזה מיעוט לעכב הרב באכילת תרומה.

והנה בירושלמי בפרק הערל איתא, על דעת' דר"ע לאיזה דבר נאמר תושב ושכיר בתרומה, כההיא דאמר ר' הילא בשם ר' יוסי הלוקח עבדים ערלים מןהגוי על מנת למוהלן, ר' יסא בשם ר' יוחנן שמעון בר בא בשם ר' יוחנן הלוקח עבדים ערלים מן הגוי על מנת למוהלן אפילו מלן לא יאכלו בתרומה.

ועיין בקרבן עדה דמשבש וגריס ע"מ שלא למוהלן, ובאמת קשה מה דקאמר ע"מ למוהלן, אטו משום דקנן ע"מ למוהלן, איצטריך קרא, הא עכו"ם נינהו. משו"ה גריס הקרבן עדה ע"מ שלא למוהלן.

אכן נראה לי, דהנה בגמ' דילן שם פריך, ולר"ע תושב ושכיר מאי עביד לי' כו' לאתוי גר שמל ולא טבל, והקשה בתוס' בדף מ"ו ד"ה כי פליגי ז"ל, תימה דלקמן בריש הערל ממעט ר"ע גר שמל ולא טבל מפסח מדכתיב תושב ושכיר, והשתא כמאן סבר ר"ע, אי כר' יהושע למה לי קרא פשיטא דלא אכיל דעכו"ם גמור הוא כו' וכתב הרשב"א על זה ז"ל, וליתא, דשאני הכא דמילתו לשם ויהודית ואעפ"י שלא נגמר גיירותיו מ"מ כבר התחיל ונכנס קצת בדת יהודית שאינו צריך אלא טבילה עכ"ל הרשב"א, היינו דסובר הרשב"א דכבר יצא מכלל עכו"ם ויצא מן כלל כל הגוים ערלים כיון שמל לשם יהודית, ואף שלא נעשה ישראל אבל מכלל כל הגוים ערלים יצא וא"כ הוי אמינא שמותר לאכול בפסח, קמ"ל דאסור לאכול בפסח עד שיהי' ישראל גמור.

והנה לכאורה קשה לר"א דדריש ומלתה אותו אז יאכל בו העבד, למה לן קרא כיון דלא מל הא לא יאכל משום כל ערל לא יאכל בו, וצריך לומר דר"א סבירא ליה דכיון דהעבד הוא מקנת כסף ואין מחייב עדנה במצות, א"כ ערלותו הוי כערלה שלא בזמנה, וא"כ מה שנקרא ערל הוא רק מקרא דכל הגויים ערלים, וסובר ר' אליעזר, כמו עבד כהן שמועיל קנין הכהן להאכיל את העבד בתרומה אף דכל מצות הוא מחויב כאשה, והעבד הא הוא זר, ואשה זרה הא אסורה לאכול בתרומה, אעפ"כ מועיל קנין הכהן שנתקדש גופו ובשביל קנין הכהן בו עושהו שאיננו זר, וכמו אשה דקנין הכהן מאכילה דע"י הקנין יצאו מכלל זרות, הכא נמי קנין הישראל בהעבד שע"ז חל על גופו הדין לעשות אותו לישראל, הקנין הזה מוציאו מידי כל הגויים ערלים, ואף שלא נמול ערלתו הוי כערלה שלא בזמנה, וא"כ מקרא דוכל ערל לא יאכל בו לא הוי ידענא שעבד שקנאו רבו ע"מ למוהלו שלא יאכל העבד בפסח, משו"ה אשמעינן קרא דומלתה אותו אז יאכל בו, דקנין שיש לישראל בו ואף שהוציאו מכלל כל הגויים ערלים, אעפ"כ אסור לאכול בפסח עד שימול, והנה לקמן איתא אין לי אלא מילת זכריו בשעת עשי' ומילת עבדיו בשעת אכילה, מנין ליתן של זה בשל זה ת"ל אז אז לגזרה שוה, ולפי זה יהי' הפירוש בגמ' כן, דהנה מילת זכריו היינו מילת הבנים ועבדים ילודי בית מעכב את הרב מעשות הפסח אף לר"א מקרא דהמול לו כל זכר ואז יקרב לעשותו, ומילת עבדים מעכבין את העבד מלאכול בפסח אף שיש עליו קנין הישראל שמוציאו מכלל כל הגויים ערלים, מעכבתו מלאכול בפסח מנין שמילת הזכרים מעכב את האדון מלאכול בפסח ומילת העבדים מעכב את העבד מעשות הפסח, היינו אם קנה ישראל העבד ועשה הפסח ואח"כ מל העבד, מנין שזה שלא הי' מהול העבד בשעת העשי' מעכב את העבד מן הפסח משום שלא הי' מהול בשעת העשי' אף שהוא מהול בעת האכילה, ת"ל אז אז לגזרה שוה, ולפי זה יהי' הפירוש בגמ', בו, היינו בפסח זה הדין דמילת הזכרים מעכב את האדון מאכילת ועשית הפסח כדילפינן מגז"ש דאז אז, ומילת העבדים מעכב את העבדים מאכילת ועשית הפסח.

אבל בתרומה אין מילת הזכרים מעכב את האדון ולא מילת העבדים מקנת כספו מעכב את העבדים מלאכול בתרומה, דכיון דלר' אליעזר ע"כ דעבד מקנת כסף קנין הישראל שבו מוציאו מכלל כל הגויים ערלים אם קנהו ע"מ למוהלו, וערלתו הוי שלא בזמנה, מותר עבד מקנת כסף לאכול בתרומה, מטעם וכהן כי יקנה נפש קנין כספו.

ולפי זה קאמר הירושלמי דתושב ושכיר שנאמר בתרומה אליבא דר"ע הוא לאשמיענו דלא כר"א, אלא אף שיש קנין של ישראל בהעבד ע"מ למוהלו אעפ"כ אסור להעבד לאכול בתרומה עד שימולו ובא ר' יסא בשם ר' יוחנן ללמוד עוד חידוש דאף אם מהלו ויצא מכלל עכו"ם אין מותר לאכול בתרומה עד שימול ויטבול, דר"ע לית ליה כלל דע"י קנין הישראל יצא מכלל כל הגויים ערלים, וא"כ כי איצטריך קרא, היכא דמל, שאז יצא מכלל כל הגויים, אעפ"כ כיון שלא נעשה ישראל גמור אסור לאכול בתרומה.

ואפשר דבזה פליגי בבלי והירושלמי, דלגמ' דילן משמע דלר"ע אייתר תושב ושכיר בפסח, וא"כ בתרומה היכא דקנה הכהן עבד ומל ולא טבל מותר לאכול בתרומה, ולהירושלמי תושב ושכיר דתרומה אייתר ואף בתרומה אסור לאכול. (ב) ובזה יש לפרש

השגת הראב"ד על הרמב"ם שכתב, וכן טבילת אמהותיו לשם עבדות מעכבתו, כתב ע"ז הראב"ד, א"א בתוספתא דפסחים בדברים שבין פסח מצרים לפסח דורות עכ"ל, וכתב ע"ז המגיה ז"ל, בדברי התוספתא דילן הכי איתא התם, אחד פסח מצרים ואחד פסח דורות מי שהיו לו עבדים שלא מלו ושפחות שלא טבלו מעכבין אותו מלאכול בפסח, ראב"י אומר אומר אני בפסח מצרים הכתוב מדבר, ורבינו פסק כת"ק, ואם דעת הראב"ד להשיגו על שהי' לו לפסוק כדעת ראב"י דמשנתו קב ונקי, אינה השגה, דהיינו במשנה דוקא ולא בתוספתא כדאמרינן בכמה דוכתי ודוק עכ"ל המגיה.

אכן ע"ז יש לתרץ דהראב"ד ס"ל דאף בברייתא הלכה כראב"י וכדמוכח ביבמות ל"ז דדברי ר' אליעזר בן יעקב הוא בברייתא ואעפ"כ קאמר, אביי ורבא טרחו לאוקי דברי ר' אליעזר בן יעקב אליבה דהלכתא כי היכי דלא תקשי הלכתא אהלכתא הרי דאף בברייתא הלכה כר' אליעזר בן יעקב. אכן זה קשה דהא במתניתין דפסחים דף צ"ו איתא מה בין פסח מצרים לפסח דורות, ולא חשיב החילוק הזה שבפסח מצרים טבילת אמהותיו מעכבת מלאכול בפסח ולא בפסח דורות, א"כ מוכח ממתניתין דאין חילוק לדין זה, וכיון דסתמא דמתניתין דלא כראב"י, איך יפסוק הראב"ד דלא כמתניתין, עוד קשה לי דהנה ראב"י הא אמר בפסח מצרים הכתוב מדבר, א"כ קאי ראב"י על הכתוב דמילת עבדיו מעכבתו מלאכול בפסח, וסובר ראב"י דבפסח דורות אף מילת עבדיו אין מעכב את הרב מלאכול בפסח, וא"כ הראב"ד פוסק כראב"י דאין מילת העבדים מעכב הרב מלאכול בפסח, וא"כ פוסק הראב"ד נגד כל הנך סתמא דגמ' דנקט לפשטות דמילת העבדים מעכב את הרב מלאכול בפסח.

לכן נראה לפרש דברי הראב"ד באופן אחר, דהנה עבד שמל ולא טבל הא עדנה הוא עצמו אסור לאכול בפסח כדילפינן לר"ע מקרא דתושב ושכיר לגר שמל ולא טבל, וכדברי הרשב"א דסובר, דאף דיצא ע"י המילה מכלל גוי ואיננו עוד בכלל כל הגוים ערלים, אעפ"כ אסור לו לאכול בפסח, דבלא טבילה לא נכנס עדנה לדת ישראל ולפי זה יקשה א"כ איך קאמר קרא דומלתה אותו אז יאכל הרב בפסח, הא עדנה לא נכנס העבד לדת ישראל, וצריך לומר נהי דהעבד בעצמו אסור לו לאכול קודם הטבילה שלא נכנס עדנה לדת ישראל גמור, אעפ"כ עכבת הרב תלוי אם העבדים והשפחות יצאו מכלל גוי, וכיון דעבד ע"י המילה יצא מכלל גוי וגם מילה הוי בו, אין מעכב את האדון מלאכול בפסח מה שלא נגמר הכנסתו לדת יהודית, ור' אליעזר בן יעקב פליג על זה דסבירא לי' דאף טבילת העבד אחר המילה מעכב את האדון מלאכול בפסח, והא דכתיב קרא ומלתה אותו אז יאכל בו דמשמע דאם מל עבדו אף שלא טבלו עדנה מותר לאכול הרב בפסח, זה נאמר בפסח מצרים ולא בפסח דורות, וטעמא דמילתא, דהנה בתוס' ישנים בדף מ"ו פירש דלר' יהושע קודם מתן תורה נכנסו לכלל ישראל לאכול פסח במילה בלבד, וכיון שניתנה תורה ונצטוו בזמן הזה לטבול, א"כ עתה, בלא טבילה לא נעשה גר, נמצא אף דקי"ל אינו גר עד שימול ויטבול, הוא לאחר מתן תורה שאז נצטוו לטבול, אבל קודם מתן תורה במילה בלבדה הותרו לאכול בפסח, נמצא דר' אליעזר בן יעקב אדרבה לחומרא, דהא קאמר באמהותיו מעכב טבילה, אבל בעבד מעכב רק המילה מלאכול הרב בפסח, ע"ז אמר ראב"י, אומר אני, מה דהרב מותר לאכול בפסח תיכף אחר מילת עבדיו אף שלא טבלו, זה נאמר בפסח מצרים שלא היו מחויבים בטבילה,

אבל לאחר מתן תורה שנתחדשה הלכה שצריך טבילה, אף טבילת עבדיו שאחר המילה מעכב את האדון מלאכול בפסח.

ולפי זה לא קשה מה שהקשינו הא במשנה בפסחים קא חשיב דברים שבין פסח מצרים לפסח דורות ולא חשוב זאת, אכן לפי שביארנו לא קשה, דבמשנה חשיב הדברים שחילוק הדין במצות הפסח, אבל הא דטבילת עבדיו לאחר המילה מעכב בפסח דורות ולא הי' עיכוב האדון לאכול בפסח מצרים, אין חילוק הדין בהפסח, אלא בהעבד, שבפסח מצרים נכנס לברית במילה בלבד, ובפסח לאחר מתן תורה לא נכנס העבד לברית בלי טבילה, משו"ה לא קתני, ומשו"ה פסק הראב"ד כראב"י.

אכן הרמב"ם סבירא לי' כיון דבכולה גמ' נזכר רק מילת עבדיו, סתמא דגמ' פסק דלא כראב"י, דאין מעכב טבילת העבדים את האדון מלאכול בפסח כיון שכבר מלו אף דהעבד בעצמו אסור לאכול הפסח קודם טבילה. ג) ועפ"י דברינו יש לישב הגמ' פסחים צ"ו דאיתא, אלא מעתה תושב ושכיר לא יאכל בו הכי נמי דבו אינו אוכל אבל אוכל הוא בפסח דורות, אמר קרא ועבדת, אלא בו למה לי, בו המרת דת פוסלת ואין המרת דת פוסלת בתרומה, וכתב רש"י ז"ל ולא גרסינן אלא מעתה תושב ושכיר, דהא תושב ושכיר כולי' קרא יתירה הוא, דתושב ושכיר אוכל בפסח, דהא תושב זה קנוי קנין כסף קנין עולם ונרצע, ושכיר זה עבד עברי, ותרואהו ישראל מעליא נינהו ואכלו בפסח כדאמרין ביבמות בפרק הערל קרא יתירא ומופנה הוא לגז"ש כו' ואידי דכתבו כתב בו דידי', וללשון הספרים לא ידענא מאי שנויא דמשני בו המרת דת פוסלת, מאי שייך המרת גבי תושב ושכיר הא ישראל מעליא הוא, ועוד הא דרשה מבו דגבי בן נכר דדרשינן לי' עכ"ל רש"י, אכן בספרים דילן כתיב הגרסא ולא נמחקה, והנה תירוץ רש"י ניחא אליבא דר"א דלדידי' תושב ושכיר מופנה לגז"ש, אבל אליבא דר"ע הא לא דרשינן לגז"ש.

לכן נראה לי, לפי מה שביארנו למעלה דלש"ס דילן הקונה עבד ע"מ למוהלו ומהלו יצא כבר מכלל כל הגוים ערלים ואף דלא נכנס לדת ישראלית, אבל ערל כבר איננו, ור"ע דריש מתושב ושכיר דאף שיצא מכלל כל הגויים ערלים כיון דחסר לו עדנה דת יהודית אסור לו לאכול בפסח ומותר לו לאכול בתרומה אם כהן קונה אותו, מעתה מיושב שפיר דברי הגמ', בו בפסח המרת דת, פירוש מה שחסר לו עדנה דת יהודית מעכבתו מלאכול הוא עצמו בפסח, אבל אין זה מעכבתו מלאכול בתרומה, ועבד כהן כיון שמל מותר לאכול בתרומה, ויש שני מיני המרת דת ישראל שפרק עול ונשתמד זה ילפינן מקרא דבן נכר דאין אוכל בפסח ואוכל בתרומה, ויש עוד המרת דת היינו מה שחסר דת, היינו גר שמל ולא טבל, וזה ילפינן מקרא דתושב ושכיר לא יאכל בו דאין אוכל בפסח אבל אוכל בתרומה, ופשוט דחד מאידך לא ילפינן לא לקולא ולא לחומרא, דבן ישראל שהמיר הרי בר חיובא הוא ואפשר לומר שיותר נחשב לבן ישראל אף שהמיר, ולהיפך אפשר לומר כיון שפרק עול הרי הוא כגוי, משא"כ גר שמל ולא טבל הא לא פרק עול אדרבה הוא מתעתד ליכנס בדת ישראלית.

נמצא לפי זה יש פלוגתא דתנאי, ר"א במכילתא דריש קרא דעבד איש ומלתה אותו קאי על דין העבד, דקודם המילה אסור לו לאכול, וא"כ המכילתא אליבא דר"א שפיר דריש

עבד איש אין לי אלא עבד איש שאסור להעבד בעצמו לאכול בפסח קודם המילה, עבד אשה וקטן מנין שהעבד בעצמו אסור לאכול קודם המילה, ע"ז קאמר מקנת כסף ומלתה אותו, פירוש כיון דקרא קאמר דאף שהוא מקנת כסף אסור הוא לאכול קודם שנמול, א"כ מה חילוק בהעבד גופי' אם הוא עבד איש אושל אשה וקטן, כיון דחסר מילה בגופו, מה לי אם הוא עבד איש או עבד אשה או של קטן, עכ"פ חסר מילה בגופו, אבל לדידן דסבירא לן דקרא דומלתה אותו קאי על האדון, א"כ שפיר יש לפרש דדוקא איש שהוא גדול מילת עבדיו מעכבתו מלאכול בפסח, שהרי עליו החיוב למול את עבדו, אבל קטן שאין עליו חיוב למול עבדו אין מילת עבדיו מעכבו מלאכול בפסח, אבל למאן דאמר דקאי על העבד עצמו אין שייך כלל לדרוש דעבד של קטן יש לו דין אחר בגופו מעבד של גדול.

ומיושב בזה מה דלכאורה קשה כיון דאנן סבירא לן דהמפקיר עבדו צריך גט שחרור ולא דרשינן עבד שאין לרבו רשות עליו אינו עבד, וגם סבירא לן דעבד צריך לקבל עליו מצות ולא דרשינן עבד איש ומלתה בעל כרחו, א"כ עבד איש למה לי והא בגמ' פריך ואלא עבד איש למה. אכן לדברינן מיושב דהסוגיא אזלה אליבא דמאן דאמר דקרא מיירי בדיני העבד, א"כ אי אפשר לדרוש עבד איש ולא עבד קטן, דהאי דינא דאסור העבד לאכול בפסח קודם המילה אי אפשר כלל לחלק בין עבד של גדול לעבד של קטן, אבל לדידן דסבירא לן דקרא קאי על עכוב של הרב מלאכול בפסח הא שפיר יש לדרוש עבד איש ולא עבד של קטן.

ולפי זה לא קשה קושית המשנה למלך על הרמב"ם מאי פריך בגמ' ואלא עבד איש למה, ולא קאמר להוציא עבד של קטן, דהא האי סוגיא קאי אם סבירא לן דקאי על העבד בעצמו, בזה אין סברא כלל לחלק בין עבד של גדול לעבד של קטן.