

שאלה קל ב"ה יום ב' כ"א סיוון ועבר לכם כל חלוץ לפ"ק בראד בדבר השאלה בנידון שומרת יבם שהיא ממתנת כמה שנים על היבם שיהא ראוי לחלוץ וכהיום בדקו הב"ד ונמצא שיש לו במקום בית הערוה י"ב שערות שהם ארוכים כדי לכוף ראשן לעיקרן ועל הכף יש לו ב' או ג' שערות ארוכים שהמה כדי לכסות צפורן של אמה בצמצום עכ"ל השאלה שנשאלה לפני כבוד הרב הגאון המפורסם מהר"ר מאיר נ"י האב"ד פק"ק יצ"ו והרחיב בזה בתשובתו ושלח גם אלי לחוות דעי הקלושה בנדון זה: תשובה גלוי וידוע לפני כל יודעי דת ודין דברי רבינו הב"ח באה"ע שיש להחמיר שלא לחלוץ בשערות שיש בהם כדי לכוף מטעם שאין אנו בקיאים בגומות ואולם הט"ז והב"ש השיגו עליו דלא אתאמרה אלא גבי מיאון שאין בקיאים בגומות בלא שערות אבל לבדוק אם יש גומות תחת השערות שפיר אנו בקיאים והגאב"ד דפה כ' ג"כ שאין זה ענין למיאון דדווקא לענין זה אמרינן דאין בקיאים דאע"פ שאין אנו רואין הגומות אפשר שיש גומות אבל להיפך כשאנו רואין הגומות מנין לנו להחמיר ולומר דאין אנו בקיאים וזה הגומא שאנו רואין דילמא לא מיקרי גומ' וכי יש שיעור לגומא ומנין לנו לבדות ולומר דאין אנו בקיאים כו' ובאמת שכבר עמד בזה הגאון מהר"י לנדא נ"י בספרו נ"ב סי' צ"ג ותמה על הב"ח בזה וכ' מה ענין שמיטה כו' ע"ש.

ובאמת שהחילוק הזה בין חליצה למיאון הוא פשוט לכאורה דלא דמי אלא כעוכלא לדני ואדרבה כיון דחזינן גבי מיאון דאף כי עין רואה תשור שאין גומות מחמרינן דשמא מחמת שהם קטנים מאד אין מכירין בהם א"כ חזינן דאף גומות קטנות מאד נקראים שפיר גומות אם כן פשיט' אם עינינו הרואות גומות לפנינו שאין מקום לומר שמא כל כי האי גווני לאו גומא הוא ובין גומא לגומ' נתחלף לנו ודוחק לומר שהיה ידוע להם איזה סימן בגומות הנמצא' תחת השערות המועילי' ועכשיו אין אנו יודעים ובקיאים בזה דא"כ לא הו' שתקי בש"ס ובראשונים ז"ל לבאר סימן הגומות הללו וגם כיון שראיות הב"ח ממיאון הם דחויין מאין הרגלים לבדות חומרא מלבנו מה שלא נזכר בראשונים ז"ל: ועוד אני אומר שמהך דמיאון אין ראי' כלל בלא"ה דדווקא התם כיון שהגיעה לכלל שנים ואיכ' חזקה דרבא שהביאה סימנין שפיר אנו אומרי' שאשה זו לא יצאה מכלל החזק' ובודאי הביא' שערות ונשרו ואע"פ דהא קמן שאין כאן גומא אנו תולין זה בחסרון בקיאות שלנו כדי שלא לסתור חזקה זו משא"כ לגבי חליצה שאדרבה מצד החזקה אית לן למימר שיש כאן שערות ובעיקרן גומות וגם ראוהו ב"ד שכן הוא לפנינו כמו שהוא מצד החזקה מה"ת ניהוש לה לומר שהגומות שאנו רואים אינם כלום ואשה זו היוצאת מכלל החזקה כולי האי ל"ח כיון שחזקה מסייע לחוש הראות שלנו ודי בזה שנחמיר לומר שאין בקיאים לראות ולבדוק היטב במקום שהוא סותר החזקה: ולולי דברי קדשו דהב"ח הייתי אומר עוד דהא דאמרינן שערות צריך שיהא בעיקרן גומות אינו בא רק למעט היכא שבדקנו ולא מצאנו גומות אמרינן דשומא נינהו אבל סתמא דמלתא כל שאנו רואין שערות סתמ' דמילתא עם גומות הם ולית לן למיזל בתר איפכ' לומר שאין שם גומות ואע"פ שכתבו הפוסקים בשם סה"ת דעל רבוי שערות סומכים שלא לבדוק אחר גומות דמשמע מזה דלולי רבוי שערות צריך בדיקה אחר גומות י"ל דהיינו מטעמ' דכל היכא דאיכ' לברורי מבררינן כדאמרינן בעלמא אין סומכין על החזקה במקום שיכולין לבררו וה"נ אע"ג דסתמ' דמילת' שערות יש בעיקרן גומות לא סומכין

עלה כיון דאיכ' לברורי וא"כ הדבר פשוט דאי בדק ואשכח שערות עם גומות שאין מקום לחוש שמא אין בקיאים כיון שא"א לברר יותר מזה: ולכאורה נלפע"ד להביא ראיה לזה ממ"ש התוס' בב"ב דף קנ"ד בד"ה ועוד סימנין כו' ואומר ר"י דשמא בחייו לא היו גומות ומחמת מיתה יש שם גומות כדאמרינן בנדה גומות אע"פ שאין שערות עכ"ל ולכאורה קשה דל"ל למינקט בכה"ג שלא נמצא שערות רק גומות דאכתי תיקשי דמאי קאמר ועוד סימנין עשוין להשתנות כו' שהרי עדיין יש ללקוחות פתחון פה לומר שרוצים לבדקו שמא ימצאו שערות ובשערות לא שייך שינוי כמ"ש התוס' שם ונצטרך לדחוק ולומר דמיירי בידוע שודאי לא היה לו שערות ולא באו לבדקו רק בשביל גומות ודלא כס"ד דתוס' מעיקר' שהיה שם שערות לוקמי שרצו לבדקו בשביל שערות ואפ"ה שפיר השיב להם ר"ע דסימנים עשוין להשתנות וחישינן שמ' בחייו השערות הללו לא היו בעיקרן גומות ועכשיו ע"י המיתה יש גומות ואין זה כלום אע"כ כמ"ש דסתם שערות הם עם גומות והלכך לא מצי ר"י למינקט כה"ג דא"כ מאי קאמר סימנים עשוין להשתנות כו' דמה בכך כיון שנמצא לפנינו שערות עם גומות אף דלא מצינן למיקם עליה דמילתא דשמ' מחמת מיתה יש שם גומות אין לנו לתלות בזה כלל דכל היכ' דליכ' לברורי טפי אזלינן בתר סתמ' דהשערות באו עם הגומות וסי' גדלו הם בעודנו חי ואפי' להוציא ממון מחזקת היורשים וא"כ הדבר פשוט דודאי סמכינן עליה לחליצה לומר ששערות עם הגומות שאנו רואין הם סימן מובהק ולא ניחוש להא שאין בקיאים כיון דרובא הכי אית להו שערות ובעיקרן גומות ואין הבדיקה רק לכתחלה לחומרא: וראיתי להגאון אב"ד דק' נ"י בתשובתו שכ' להתיר מטעם דהא איכא חזקה דרבא ואע"ג דאמרינן לחליצה בעי' בדיקה היינו מטעם דאין סומכינן על החזקה במקום שיכולין לברר וא"כ ל"ש אין בקיאי'.

ועפ"ז ביאר דברי התו' בב"ב דף הנ"ל במ"ש וא"ת למה יש לנו לומ' שהי' קטן כיון דאיכא חזקה דרבא כו' הנה גם הגאון הנ"ל בנ"ב העיר בזה בפשט דברי התוס' וכ' כדברי הרב נ"י ובאמת שכ"כ הט"ז באה"ע סי' קנ"ו דהא דאמרינן לא תחלוץ עד שתבדק היינו משום שאפשר לברר לא סמכינן על החזקה.

אולם מ"ש בפשט דברי התוס' שקושייתם הוא כיון דא"א לברר שוב יש לנו לסמוך על חזקה זו להוציא מחזקת היורשים. וזו מן התימה דהא אף רובא אינו מועיל להוציא ממון וע"כ דהך חזקה כודאי משוינן לה ועדיף מרובא וא"כ אף לברר לכתחלה לא יהא צריך כיון דאליהם כ"כ אף להוציא ממון דהא ודאי הא דאמרינן גבי רוב' וחזקה שאין סומכינן עליהם במקום דאיכא לברורי היינו משום דלכתחלה חיישינן למיעוט הרגיל אבל כל שאינו מיעוט הרגיל ל"ח לבדוק אף לכתחלה כמו שאין בודקין אחר כל י"ח טריפות.

שוב ראיתי שהגאון בנ"ב הרגיש בזה וכ' לחלק ועיין ברשב"א חולין וצ"ע: אמנם נראה לענ"ד די"ל עפ"י מ"ש הרמב"ם בהל' סנהדרין פט"ז הל' ו' וז"ל א"צ ב' עדים אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בע"א הוחזק כיצד אמר לו ע"א חלב כליות הוא זה כו' גרושה או זונה אשה זו ואכל או בעל בעדים אחר שהתרו בו ה"ז לוקה אע"פ שעיקר האיסור בע"א ומקור הדין מירושלמי דנזיר ותימ' על הכ"מ שם ומצאתי להמ"ל פ"ג מהל' שגגות שעמד בזה וכן בהל' נזירות פ"ט הראה כ"מ מקומו להירושלמי וכיוצא בזה

כ' הרמב"ם סוף פ"א מהל' א"ב הלכה כ"ב המקנא לאשה ונסתרה כו' אע"פ שעיקר העדות בע"א כבר הוחזקה בו זונה ומקורו ג"כ מהירושלמי דסוטה פ"ו הלכה ב' ומה שצ"ע על הרמב"ם שם בהלכה כ"ג ובדברי הפ"י בק"א ביארתי בעז"ה במקום אחר: ועכ"פ למדנו מזה דאע"ג דלעולם אין אדם לוקה עד שיהא שני עדי' בדבר מ"מ כל שכבר הוחזק ענין האיסור ע"פ ע"א זמן מה ואז הי' נאמן מטעם ע"א נאמן באיסורין דכיון שקודם מעשה אמרה שומעין לו והלכך כודאי משוינן ליה ואם אח"כ אכל או בעל שפיר לוקה דהחזקה שהוחזק ע"פ ע"א בעוד שלא היינו דנין על הענין ללקות אדם ע"פ כשני עדים דמי.

ולפ"ז יש לכאור' לדון מזה היכא שבא ע"א והעיד שזה בן י"ג שנה ויום א' והביא ב' שערות והוחזק ע"פ ואח"כ באיזה זמן עבר עבירה שחייב מלקות שפיר לוקה אע"פ שהגדלות לא הוחזק אלא ע"פ ע"א וצריך להבין שהרי הרמב"ם פ"ב מהל' אישות הלכה כ"ב כ' אין סומכין על הנשים במנין השנים כו' אלא ע"פ שני אנשים כשרים להעיד וכ"כ כלה הא הם שא א ש אאלאשה אאאר אשש שאם א שששם ששהעם השה ק שא ב אחר כך בהלכה כ"ג שהאב אינו נאמן למכות ולעונשים וצ"ל דהתם מיירי לענין אם באה לפנינו לחלוץ או להתגרש ע"פ הנשים המעידין על הנשים שכיון שאנו באים לדון להוציא זו מחזקתה אל תתירנה כ"א בעדות כשרים דוקא וכן ההוא דהאב א"נ למכות ולעונשין י"ל דמיירי בכה"ג שעבר עבירה שחייב מלקות ורוצים להלקותו ע"פ האב שאומר שהוא בן י"ג שנה בהא אמרינן דלא מהימן ובמקום אחר הארכתי בהא דאמר ר"ח אחד זה ואחד זה אין סוקלין ואזדא ר"ח לטעמיה כו' ובדברי הפ"י שם ובק"א שכ' דדוקא היכא דאיתרע החזקה הוקבע האיסור ע"פ ע"א ע"ש ולפי דבריו י"ל דלכך ע"א א"נ במנין השנים דאיכא חזקת קטנות אמנם זה צ"ע דחזקה זו עשויה להשתנות וכמבואר שם ואין להאריך ועכ"פ נראה דהגיע לכלל שנים והעיד ע"א שהביא ב' שערות שפיר הוקבע ע"פ ע"א ואם אח"כ עבר עבירה שיש בה מלקות לוקה כיון שכבר הוחזק בשנים וסימנים ע"פ ע"א: והשתא נחזי אנן בדידן למאי דקי"ל דחזקה דרבא הוי חזקה גמורה נראה דהך חזקה לא גריעא מע"א וכל שהגיע לכלל שנים ולא באנו אז לדון על ענינו להוציא מאיזה חזקה המנגדתו בסתמא היינו מחזיקין אותו בחזקת גדול שוב שפיר הוא יכול למכור בנכסים ולוקה ונענש והרי הוא כגדול לכל דבריו משא"כ בהיאי דנדה דמיירי שמאז שהגיעה לכלל שנותיה היתה בחזקת איסור לשוק דל"ש לקבוע חזקת גדלות שמחמת שהגיעה לכלל שנים ולהתירה ע"י חליצה כיון שבעת חלות חזקה זו דרבא היה חזקה המנגדתו וגם בע"א אית' ברמב"ם דאם הכחיש העד בשעת מעשה אינו לוקה וכבר כתבתי בשם הפ"י ג"כ דמיירי בענין שאין העד בא להוציא מאיזה חזקה וה"נ בנ"ד לענין חזקה דרבא שכל שבשעת חלות החזקה אין שם חזקה המנגדת הרי הוקבע חזקת גדלות משא"כ אם אז בטרם תבא חזקה זו כבר הוחזקה באיסור לשוק וכה"ג אין חזקה זו מועלת לומר שהוחזקה והוקבעה בגדולה וכה"ג: ולפ"ז בהך עובדא דב"ב במעשה בבני ברק באחד שמכר בנכסי אביו כו' דמעשה כי הוי בשנת י"ח או בשנת כ' כדאיתא שם אח"כ ובשעה שהגיע לכלל גדלות לא היה ענין שצריכין לדון עליו כלל שהרי עדיין לא מכר וגם כי לא היה יכול למכור בלא"ה א"כ שפיר היינו מחזיקין אותו כגדול לכל ענינים שיהיה מכאן ולהבא כיון שהוקבע והוחזק איזה זמן

בגדול בלא שום חזקה המנגדת וא"כ שפיר הקשו התוס' למה יש לנו לומר שהוא קטן כיון דאיכא חזקה דרבא וההוא דנדה שאני דהתם מיירי בהגיע תור חזקה דרבא כאן נמצא כאן היה חזקת איסור לשוק ואף דגם גבי חליצה משכחת לה דקדמא ואתי' חזקה דרבא קודם שהחזקה באיסור לשוק לא בעי הש"ס לאוקמ' מילתא דרבא הכי וטפי ניחא ליה למימר כי קאמר רבא למיאון.

ואם כן יצאנו לדון בדבר החדש היכא שהיבם הגיע לכלל שנותיו והחזק זמן מה בחזקת גדול בעוד שהיה אחיו בעל יבמה זו בחייו אם כן שפיר איתחזק בתורת גדול מחמת חזקה זו בעוד שלא היינו צריכין לדון אם הוא ראוי להתיר יבמתו ע"י חליצה ושפיר מועיל חליצתו אח"כ אמנם בנ"ד משמעות השאלה שזה נעשה י"ג לאחר שנפלה זו לפניו וגם בזה יש לדון כיון דבדידיה אין כאן חזקה המנגדת לחזקה דרבא רק אם באנו לדון אם יכול להתיר יבמתו ע"י חליצה וכיון דלע"ע אין אנו דנין רק עלי' דידי' שפיר יש להחזיקו בתורת גדול ואע"פ שאח"כ ע"י שהחזקנו אותו בתורת גדול הוא מתיר יבמתו לשוק בחליצה לית לן בה.

וראיה לזה ממ"ש התוספות בחולין דף צ"ו גבי פלניא דהאי סימני' כו' וא"ת איך מחזירין השטר בסימנים כו' ע"ש בתירוצם ובמקום אחר כתבתי מזה ואין פנאי להאריך כי הך סברא גופא שכתבתי דדוקא לענין חליצה דקטנה שהגיעה כו' בעיא בדיקה משום דחזקת איסור לשוק מנגדת עדיין לא נתחוויר כל הצורך וגם כי התוס' לשיטתיהו אזלו שכתבו בדף קנ"ו דכל שמצאנו סימנים אחר הזמן מחזיקין ליה למפרע כגדול משעה שהגיע לכלל שנותיו וקידושי קמאי הוי קידושין בתראי לא הוי קידושין וכ"כ הב"י באה"ע סימן מ"ג שכ"כ הרא"ש בתשובה וכ"כ התוספות אבל כתב שם הב"י שמורו הר"י בי רב כתב שהרשב"א וה"ר דוראן חולקין ע"ז כו' ע"ש הרי דאפ"י כשנמצא עתה סימנים לא מחזיקין בודאי למפרע משעה שהגיע לכלל שנים: ודרך אגב אבאר ג"כ מה דתמיה לי על הגאונים הח"מ והב"ש בסימן ל"ז שכתבו מדברי הרשב"ץ בתשובה שהביא ב"י מבואר כשנראה בה סימני נערות ג' או ד' חדשים אחר י"ב שנה אמרינן מסתמא היה בה אותן הסימנים כשהיתה י"ב שנים וכן הוא בח"מ סי' ל"ה לענין עדות והב"י סימן מ"ג כתב דהרשב"א חולק ע"ז עכ"ד.

ונפלאתי ע"ז שנראה שנגררו אחר ל' הכתוב בב"י סי' ל"ז בשם הרשב"ץ שכתב ויש נשים שמעידות שראו לה קודם הקידושין ביותר משני חדשים סימני נערות ודאי אין חוששין לקידושין והדבר ברור שהוא ט"ס וצ"ל ביותר מששה חדשים כו' שהרי ה"ר דוראן הוא הרשב"ץ ז"ל המכונה כן כמבואר לרגיל בתשובת הריב"ש ז"ל וכן תמצא בכמה מקומות בב"י להר"י בסימן מ"ג כתב הב"י שה"ר דוראן הוא החולק וכתב שצריך שיעידו עדים (אמנם הך עדים הוא ל"ד אלא ה"ה נשים סגי לדעתו כמבואר בתשובות הרשב"ץ שהביא ב"י סימן ל"ז) שו' חדשים קודם היה לה שתי נערות כו' וכוונתו לתשובה זו דהרשב"ץ בסימן ל"ז ועכשיו שזכינו להנות מאור הגנוז תשובת תשב"ץ ומצאתי שם תשובה זו שהביא הב"י בסימן ל"ז ושם כתב הגירסא הנכונה ויש עדות נשים שראו לה קודם הקידושין ביותר מששה חדשים סימני נערות כו' וכך הובא לשון תשובת הרשב"ץ בתשובת רב אשכנזי סימן ז' וכן מצאתי במהרי"ט חלק אה"ע סימן

מ"ב שהגירסא הנכונה יותר משהש' ע"ש שהאריך בזה להוציא מלבו של חכם אחד שגם כן היה לפניו הנוסחא בטעות כמות שהוא לפנינו.

ועכ"פ מדבריו מבואר דאין חזקה זו מועלת כי אם להקל לסמוך אבדיקת נשים מחמת זה אבל בלא בדיקה כלל לא. ובאמת מ"ש הב"י שהרשב"א ג"כ חולק בזה לכאורה צ"ע דלפ"ז יהא סותר דברי עצמו דבחולין דף ג' כתב בחידושו שם וז"ל ויש דברים הרבה שסומכין על הרוב בדיעבד וצריכין בדיקה היכא דאיתא קמן כו' וסעד לדבריהם הביא הרמב"ן ז"ל דהא איכא חזקה דאיסורא כו' ודי אם נסמוך בכך היכא דליתא קמן וכי הא איכא במסכת נדה דאמר רבא קטנה שהגיעה כו' ואמרינן עלה כי קאמר רבא למיאון אבל לחליצה בעיא בדיקה עכ"ל.

ודברים אלו הם גם כן בספר המלחמות להרמב"ן ז"ל שם מזה מבואר דס"ל דהך דבעיא בדיקה לחליצה היינו לכתחילה כיון דאיתא קמן ומצינן למיבדקה אבל בדיעבד סומכין על חזקה זו אף לחליצה: גם צ"ע שהטור והש"ע פסקו דאם לא נבדקה משיש לה י"ב שנה אינה יכולה למאן דחזקה הביאה ב' שערות כו' ולא הזכירו שום חולק בדבר אלמא דהך חזקה אלימתא הוא דאי ס"ד ספיקא הוי אף בלא נבדקה הוי לן למיזל לקולא כיון דספיקא דרבנן הוא שהרי בלא בעל מיירי התם והרשב"א גופי' הוא גם כן מהסוברים כן דאף בלא בעל אינה יכולה למאן משהגיעה לכלל גדלות שהרי כתב בת"ה א' בהלכות נדה גבי כתם וז"ל אע"פ שקטנה שהגיעה כו' ואפילו בדקן ולא אשכחן חיישינן שמא נשרו להחמיר לענין מיאון הא אמר רב דימי כו' אבל בעל בת"ז לא כלומר הואיל וליכא ספיקא דאורייתא וכתמים נמי דספיקא דרבנן הוא א"ח שמא נשרו אלא מיהו היכא דלא בדקן חזקה הביאה סימנים ואפילו למיאוני' וכדרבה כו' וכ"כ בת"ה הקצר שם דאפי' לא בדקוהו ולא נודע אם הביאה ב' שערות חוששין לכתמים דחזקה כל שהגיעה כו' וכ"כ הב"י בשם רי"ו וכן פירש בטור וש"ע שם סימן ק"צ וכן בש"ע סימן קפ"ט לענין ווסתות אלמא דאף בכתמים ובווסתות דספיקא דרבנן הוא מ"מ מטעם חזקה דרבא מחזקינן לה כגדולה אלמא דהך חזקה כודאי הוי: ומידי עברי בזה לא אוכל מלט מלכתוב מה דתמיהא לי טובא על פסק הטור והש"ע בזה שאפי' היא יתירה מי"ב אם בדקוהו ולא מצאו לה ב' שערות א"ח לכתם וכ"כ בב"י וש"ע סי' קע"ט לענין ווסתות דכקטנ' משוינן לה ונגררו בזה אחר דברי הרשב"א שהבאתי לעיל ודבריהם סותרים למ"ש באה"ע סי' קנ"ה שם הביאו דברי סה"ת לענין מיאון דאינה ממאנת אחר י"ב שנה אעפ"י שלא בעל משום דבזה"ז אין בקיאין בגומות ועוד שמא הביאה אפי' א' בגבה כו' והוא מדברי ר"ת בספר הישר שהביאו התוס' להסמ"ג וש"פ והרי הרשב"א גופיה לא למדה גבי כתמים אלא ממיאון וכיון דפסקו במיאון להחמיר גם גבי כתם ובווסתות הו"ל לפסוק כן דחד טעמא הוא דהבדיקה שלנו אינו מועלת דשמא יש גומות ואין בקיאין כו' ואע"ג דספיקא דרבנן הוא מ"מ הוי ספק חסרון ידיעה וכמ"ש הב"ש בס"י קנ"ה ואם כן ה"ה לענין כתמים וצריך לחלק דדוקא גביכתמים כיון דאשה זו בחזקת טהורה ושלא ראתה עומדת ואתה בא להחמיר עלי' להוציא' מחזקת טהרתה דשמא יש גומות כו' ואין בקיאין אל תחמיר עליה מספק משא"כ לענין מיאון.

כיון שזו כבר חלו עלי' קידושין דרבנן ואתה בא להוציא' ולהתירה ע"י מיאון זה אל תתירנה בספק חסרון ידיעה דשמא גדולה היא ולא תמאן ואע"ג דגם לענין כתמים פסק בטור וש"ע לענין חלוק שנתכבסה דמה שאינה בקיאה אין ספק דאם אין זה בקי ומכיר אחר יכיר צ"ל דשאני חסרון בקיאות שלנו שהוא לכל הדור שפיר מקילינן לענין כתמים עכ"פ שבחזקת טהרה עומדת כך צריך ליישב לכאורה ותימא על האחרונים שלא העירו בכל זה.

ולפי זה צ"ע דאיך למד הרשב"א ממיאון לענין אם לא בדק דאמרינן חזקה הביאה סימנים דדילמא בכתמים יש להקל טפי משום חזקת טהרה אע"כ דס"ל דהך חזקה דרבא הוי חזקה גמורה והלכך אף בדרבנן כה"ג דאיכא חזקת טהרה יש להחמיר אם לא היכא דבדק ולא אשכח א"ל מחמת חזקה דרבא ודאי הביאה ונשרו דרוב המביאין אין נושרין ואם נושרין יש שם גומות ומדהא ליתא אין מקילין בדרבנן לומר שלא הביאה כלל רק דבדאורייתא חיישינן שמא נשרו ואם כן לפי זה דבריו סותרין למ"ש הב"י בשמו באה"ע סימן מ"ג ואם אמנם מההוא דמיאון וכתמים הוי מצינן לדחויי ולמימר דאע"ג דהך חזקה דרבא לאו אלימתא הוא למשוויה כודאי לענין קידושין וכה"ג מ"מ בספיקא דרבנן מחמירינן ע"י חזקה זו דתו לא הוי ספק השקול דטפי מצוי לאיסור מלהיתר אבל מההוא דהרשב"א בחולין קשיא.

ועיין בשו"ת נ"ב שכתב שטעות נזקק בקולמס הב"י במ"ש בשם הרשב"א כו' וז"א כאשר הארכת בתשובות אחרות (ועיין בתשובה נידון העגונה מאוסטרהא ובתשובה להגאון מהו' חיים האב"ד דק"ק וולאזין בענין קידושי קטן) ובענין חזקה דרבא נשאתי ונתתי עם גדולי הדור ויש שדעתם דחזקה דרבא כספיקא הוה ולפי שהדברים ארוכים משכתי ידי מזה ועכ"פ אין לדחות בזה דעת הב"ח שחשש לומר שאין בקיאין בגומות משום דאע"ג דאיכא חזקה דרבא מ"מ דעת הרבה פוסקים שלא זו הדרך מוציא אותנו מידי ספק והרי יש כאן ספק תורה: איברא כי גם מ"ש שסתם שערות עם גומות הם באים והוכחתי כן מדברי התוס'.

הנה מדברי הרמב"ן והרא"ש מוכח להיפוך שהרי בההוא דסימנים עשויין להשתנות כתב וז"ל יש מפרשים דבעינן גומות בעיקרן ואם לאו שומא נינהו ואם נמצא שם גומות אומרים לאחר מיתה נעשו וגם הרא"ש בתשובה הנ"ל כתב וז"ל אולי טעמא משום דאמרינן שערות שאמרו והוא שיש בהם גומות ושמא בחייו לא היה לו גומות ואחרי מותו נתייבש הבשר ונראה בגומות עכ"ל ולפי זה ע"כ לומר שאין בדיקה זו רק לברר לכתחלה לבד דהא חזינן שר"ע השיב ללקוחות דמחמת סימנים עשויין להשתנות וא"כ לא מצינו למיקם עלה דמילתא אם היה בעיקרן גומות מחיים או לא אין זו בדיקה המועלת וכן משמע ג"כ מדברי הנ"י כהרמב"ן והרא"ש שכתבו או שמתמסס הבשר ונראה שיהא בהם גומות יעו"ש וכן יש להוכיח לכאורה ממ"ש הפוסקים לבדוק אחר גומות ואם אמרינן שאין הבדיקה רק לכתחילה לברר לבד קשה דהא כל היכא דאיכא טרחא לא אמרי' כל היכא דאיכא לברורי כו' והרי להדיא מבואר במרדכי פרק מ"ח ואביא דבריו לקמן אי"ה שכתב להדיא כי טורח גדול לבדוק אחר גומות וכיוצא בזה הביא הגאון מברלין נ"י בתשובתו לראיה דהא דבעינן בדיקה אחר שערות אינו לברר

לבד אלא משום דחזקה דרבא לא אלימא כ"כ דאי ס"ד שאינה רק לברר ובדיעבד סמכינן אחזקה דרבא אף לכתחלה לא היינו צריכין להצטער ולבדוק דודאי טרחא יתירה היא ועיין בנזיר דף כ"ט דאמרינן שהיה מצטער לבדוקו כו' וכ"ש למאי דמסקינן התם דנזירות אב דרבנן ע"כ ודפח"ח.

וראייתו יש לדחות דאנן בדידן ודאי י"ל דבעינן בדיקה לכתחלה דשמא בלא טורח כלל יראה לעין שאין שם סימני גדלות כראוי שאין שם לא שערות ולא גומות כלל משא"כ בההוא דנזיר י"ל שהיה מצער במדידות השערות או לעיין בעיקרן אם יש גומות וכה"ג. אבל לפי מ"ש קשיא דבדיקה אחר גומות ל"ל דהא ודאי טרחא יתירה היא ונימא דודאי גדול הוא והשערות הללו יש בעיקרן גומות אע"כ דלעולם צריך לבדוק אחר גומות ואף בדיעבד מעכבת והלכך שפיר כתב הב"ח דכיון דאין בקיאיין בגומות צריך רבוי שערות.

אך שעדיין צ"ע דמנין לבדות חומרא כיון שאין ללמוד ממיאון לחליצה דהא איכא כמה גווני לחלק בינייהו ואדרבה תימא על הב"ח איך השוה מדות חליצה ומיאון והם גופים ושמות מחולקים וזה פשוט לכל משכיל: ופקחתי עיני וראיתי שדברי הב"ח הקצרים בסי' קס"ט באו בארוכה בסי' קנ"ה ושם ביאר הב"ח יסודתו בהררי קודש מ'ל' סה"ת סימן קל"ג וכ"כ הסמ"ג ע"ש סה"ת וכ"כ רבינו בסימן קס"ט וכ"כ האגודה בפרק מ"ח והוא מיסוד הר"ר פרץ בסמ"ק הלכות חליצה כו' וכ"כ במרדכי פ' מ"ח בשני מקומות ומקור דבריהם מדברי ר"י בתוס' פ' האומר כו' ע"ש.

ואם אמנם כי מ"ש וכ"כ בסמ"ג וכ"כ רבינו וכו' ובדבריהם לא נזכר שאין בקיאיין בגומות וגם מ"ש ומקור דבריהם מדברי ר"י כו' ג"כ צ"ע דהתם לענין מספר השנים מיירי ולא לענין גומות כלל אבל מ"מ בלשון סה"ת עצמו כ"כ בשם מורי רבינו הקדוש והוא הר"י בעל התוס' הידוע וכן בסימני הספר שחיבר בעל התרומה עצמו והובא ג"כ במרדכי פ' מ"ח והועתק ג"כ בתשובות מיימוני' להל' אישות סימן ל"ו וכ"כ ג"כ הר"פ בהגהות סמ"ק וכן האגודה כל הנך רבוות' ביחנו דבריהם ופירשו להדי' לגבי חליצה שאין אנו בקיאיין בגומות וצריך רבוי שערות וכן יש בידי ס' הקונטרסים שמוב' לרוב בב"י ואית' ג"כ לשון זה שאין בקיאיין בגומות וצריך רבוי שערות והכל הוא מיסודו של רבינו ברוך בעל התרומה ז"ל וכן מצאתי בס' תיקון סופרים שחיבר רבינו שלמה בן הרשב"ץ ז"ל בשער י"ד כתב וז"ל וגרסינן נמי התם אמר ר"ה ב' שערות צריך שיהא בעיקרן גומות כו' ומיהו כ' המפרשים ז"ל שהאידנא לא בקיאיין בגומות אפילו במקום שערות ולא סמכינן אשערות להקל עד שנמצא שם רבוי שערות שא"א שלא יבואו כ"כ אלא בגדלות וכ"כ א"א מורי הרב נ"י וצ"ע עכ"ל.

והנה מ"ש מדברי הטור שנראה שאינו חושש שמעתי ולא אבין דאטו מפני שהטור העתיק דין התלמוד ולשון הרמב"ם נאמר שאינו חושש לאחרונים הרי דברים אלו העתיק לענין מיאון דאם יש שערות עם גומא או גומא בלא שערות לא תמאן אח"כ ואייתי ס' התרומה שהחמיר אף בלא ראות גומות לא תמאן ומינה י"ל דה"ה לחליצה ואף שיש לחלק ביניה' כמש"ל מ"מ אין להוכיח מדבריו בהיפוך וזה פשוט לענ"ד שאין שמץ ראי' ממה שהעתיק הטור דברי הש"ס והרמב"ם ז"ל וכמש"ל בשם הב"ח ג"כ: ומעתה כיון שכל הגדולים הללו אשר מימיהם אנו שותים כתבו שאין בקיאים בגומות

אף לענין חליצה מי יפאר אחריהם לומר דאנן בקיאיין לגבי חליצה לבדוק אם יש שערות ותחתם גומות וגם הב"ש כ' שקשה להקל נגד סה"ת והטור אלא שכ' שי"ל דגם אינהו מודו לגבי חליצה וא"כ לפי מה שנתבאר שגם גבי חליצה כתב הסה"ת ורבים מגדולי הפוסקים כן מי משלנו יקל ראש נגדם: והנה בנ"ב שם סי' צ"ג הוכיח דאם אית' דגבי חליצה נמי אין בקיאיין וצריך רבוי שערות דווקא א"כ היכ' משכחת להאי דינא שכתב התרומה והסמ"ג דלא סמכינן על האב במספר השנים דממ"נ אם יש רבוי שערות כו' הנה כבר הרגיש בזה הב"ח בסי' קנ"ה ובסי' קס"ט וכתב דמ"ש הטור והש"ע לסמוך ע"פ השכינים או קול עם ב' שערות לא היה צריך לכותבו כו' אלא דכן דרכו של רבינו לכתוב מה שעולה להלכה לפי דין התלמוד כו' אע"פ שאין סומכין ע"ז בזה"ז ואח"ז נמשך גם בש"ע כו' וכן מוכרח ע"פ דרכו לומר בדברי ש"פ שכתבו דדוקא הוחזקה בשכנים שלא ע"פ האב בענין שאין נ"מ בזה רק לדין התלמיד.

וכיוצא בזה כ' הב"ש ג"כ סי' קע"ב סק"ח דמ"ש בס"א דצריך לחלוץ היכ' דלא בדקו אם עושה כיפה היינו אפילו לבקיאים (ובאמת שלענ"ד אין דברי הב"ש שם מוכרחים דאע"פ שכ' הריב"ש דאם הבי' שערות קודם ה' לא איכפת לן בסימני סריס שהבי' קודם היינו דווקא אי איכא שערות לפנינו משא"כ לומר שהיה לו שערות קודם כ' ונשרו הא ל"א דא"כ אף בזמן הש"ס איך משכחת ודאי סריס למ"ד חוששין שמא נשרו.

א"ו כיון שהוא לקוי ממעי אמו שאינו עושה כיפה וכשהגיע לכ' יש לו שאר סימני סריס לא תלינן שהבי' שערות בינתיים וכמו שאין חוששין שמא הבריא בינתיים משום שתחילתו וסופו לקוי ועיין בב"ש שם סק"ו וצ"ע) ואולם מ"ש הנ"ב דלא נ"מ מידי לפ"ז במה שאין האב נאמן. לענ"ד י"ל לפי מה שמבואר בדברי הר"פ בהגהות סמ"ק ובמהר"י ווייל בסדר חליצה שלו סי' קפ"ח וכ"כ בקונטרסים דהא דרבוי שערות מהני היכא שלא הוחזקו בשנים היינו דווקא בדאיכ' עדים גמורים ולא סמכי' בזה אבדיקת נשים ולפ"ז שפיר נ"מ בנאמנות האב דאם האב נאמן על השנים אז די בבדיקת נשים שיעידו על רבוי שערות כיון שהוחזקה בשנים ולכך כתבו שאין האב נאמן על השנים וא"כ כיון שלא הוחזקה בשנים בעינן עדים גמורים שיש רבוי שערות ולכך הוצרכו לכתוב דחזקת השכינים כאלו איכא עידי שנים דמי ושפיר מועיל בדיקת נשים ואי"ה בסוף קונטרס הלז אבאר דברי הר"מ וב"ש ס"ק ז' שלכאורה דבריהם תמוהים: איברא שצ"ע דלמה השמיטו הסמ"ג והטור והש"ע מלשונם הך דאין בקיאים בגומות כיון דסדור' דלישנא דסה"ת נקטו ואתי מה ראו על ככה להשמיט זה שהוא הלכת' רבתי ואדרבה מתוך הל' שכתבו הטור וש"ע וע"ז סומכין שלא לבדוק משמע לכאורה דהבדיקה מהני וכמו דדייק הב"ש ואף אם נדחוק ליישב הלשון מ"מ כל כה"ג ה"ל לפרושי דלא לייתי למיטעי ולדברי הב"ח צ"ל שכ"כ לדין התלמיד וכבר כתבתי שכיוצא בזה תי' הב"ש בסי' קע"ב מ"מ הוא דוחק גדול בלשון הש"ע וגם אני תמה מה יענה אחינו הר"ח ביום שידובר בו מ"ש הטוש"ע בסימן קמ"א סק"ח וז"ל צריך ליזהר ולדקדק שתהיה האשה שעושה שליח לקבלה גדולה בשנים ובסימנים ואם אין השנים ידועים (בספרי הש"ע שלפנינו אית' הנשים יודעת והוא ט"ס) כ"א ע"פ האב צריך רבוי שערות גדולות ושחורות כדי לכופר ראשן לעיקרן עכ"ל ובטור סיים בה כמו לענין חציצה עכ"ל הרי מבואר דאם היה השנים ידועות שלא ע"פ האב אלא בעדים סגי בלא רבוי שערות ול"ח להא דאין בקיאיין

בגומות: וראיתי בט"ז סי' קנ"ה שכתב על הב"ח שאדרבה ראי' מדברי המרדכי שכ' ע"כ טוב לבדוק בדדין כו' ודבר זה יוכל לבדוק בלא גנות וטוב הדבר כי טורח הוא לבדוק אם הביא ב' שערות כו'.

מדכ' וטוב הדבר משמע דשפיר יש בדיקה אם יש גומות אלא דיותר טוב לבדוק בדדין דאל"כ היה לו לומר דעכשיו אסור לבדוק בגומות כו'. ולענ"ד משום הא לא איריא דבאמת מ"ש וטוב הדבר פירושו שבדיקה טובה היא זו כי באמת גם לשון הזה של המרדכי לקוח הוא מסה"ת והועתק ג"כ בתשובת מיימוני' ושם אית' בזה"ל וטוב הדבר כי א"א לעליון שיבא עד שיבא תחתון יע"ש שפירוש הדבר כמ"ש.

אבל לשון המרדכי שכ' כי טורח לבדוק כו' צ"ע טורח זה למה ליה למינקט דמשמע מיני' דאם טרח ובדק ש"ד ואח"כ סיים שאין אנו בקיאים להכיר בזה. ונתתי את לבי לדקדק בלשון סה"ת שהעתיקו ממנו מילין כל הבאים אחריו ושם אית' בזה"ל וצריך שיהא גומות קטנות יניקת שערות מן הבשר כו' אמנם אומר מורי רבינו הקדוש לפי שאין בקיאים להכיר גומות אם יש ריבוי שערות וגם גדולות באיש ובאשה סגי.

וצריך להבין אמרי קדוש שאח"כ כ' וז"ל וחשבון השנים אומר מורי ר"י ב"ר שמואל דאין האב והאם נאמנים כו' הלכך אם יש להם רבוי שערות ארוכו' הרבה (כן הועתק ג"כ בב"י אבל במרדכי וש"פ השמיטו תיבת רבוי ונראה שהוא ט"ס) או רבוי שערות כמו שרגילות לאיש גדול ולאשה גדולה אז מותרת לחלוץ דמסתמ' הגיעו לכלל שנות גדלות ואם אין להם כ"כ שערות ויש ס' אם יש להם שנים של גדלות אז אם יש קול בדבר והוחזקו בשכיני' ובגבורות שלא ע"פ האב סגי בהכי להחזיקם בגדולים עם השערות שאנו רואים ואין השערות שומא כו' ולשון זה הובא ג"כ במרדכי בקיצור קצת ועכ"פ מבואר דאף שאין שם רבוי שערות מ"מ אם נתברר לנו מנין השנים די בכך עם השערות שאנו רואין וזה סותר מ"ש תחלה דבעי רבוי שערות מחמת שאין בקיאים בגומות.

ודוחק לומר מ"ש ואם אין להם כ"כ שערות היינו שאינם כמו שרגילות לאיש ולאשה גדולה אבל מ"מ יש שם רבוי שערות שמוציא אותנו מחשש שמא אין שם גומות ז"א דמנ"ל לחלק ולומר דאהני להא ולא להא וגם כי בסימני הספר והועתק במרדכי ותשובות מיימוני' לא הזכיר שם כמו שרגילות כו' וכתב בסתמא שע"י רבוי השערות א"צ לבדוק אחר גומות וגם על שנותיהם יש לסמוך כו' והיינו משום דרבוי שערות שכ' סתמא כפירושו כמו שרגילות כו' וכן מבואר בטוש"ע דתרווייהו בחזא מחתא מחתינהו וכן בסה"ת לעיל מיניה כ' וחשבון השנים כו' או יש להם שערות הרבה בבית הערוה או בזקן א"ח ושפיר חולצין כו' ולא הזכיר כמו שרגילות כו' ואי איתא שהוא חלוק בזה מדין בדיקות הגומות כל כה"ג לא הוה שתיק מלפרושי.

וגם כי צ"ע בלשונו מ"ש לפי שאין בקיאים להכיר גומות אם יש רבוי שערות וגם גדולות באיש ובאשה סגי דלשון סגי אין לו מובן דהו"ל למימר צריך ריבוי כו' ולכן יראה ביאור לשון זה עם לשון המרדכי שהבאתי לעיל שכ' כי טורח לבדוק אם הביא ב' שערות כדאמרין דבעינן שיהא בעיקרן גומות ואין אנו בקיאים להכיר בזה כו' נראה בזה שהכוונה הוא שקשה לעמוד על אמתת הדבר שהוא גדול ע"י השערות מחמת שצריך גומות ואין אנו בקיאים להכיר גומות דהיינו אע"פ שיהיה שם אין מכירין בהם ועכ"פ

הדבר מסופק בעינינו ורוב פעמים ידמה לנו שאין שם גומות מצד חסרון בקיאות שלנו והלכך כ' לבדוק בדדין וזהו ג"כ כוונת סה"ת דאם יש ריבוי שערות אין משגיחין בגומות אע"פ שאין בקיאיין להכיר אותן הגומות והשתא א"ש מ"ש אם יש שם רבוי שערות כו' סגי ר"ל שאז אע"פ שאין אנו מכירין בגומות כיון שיש שם רבוי שערות שזהו סימן מובהק של גדלות אמרינן שזה מחמת חסרון בקיאות כמו גבי מיאון דחיישינן שמא יש גומות אע"פ שאין רואה ה"ט בזה תולין להקל ואמרינן דודאי יש כאן גומות כיון שיש רבוי שערות ובהכי ניחא מה דנקט בלישניה שאין בקיאיין להכיר גומות ותיבת להכיר צ"ע והו"ל למימר שאין בקיאיין לידע מה נקרא גומות ולישנא דלהכיר משמע דמחמת חסרון בקיאות אין אנו מכירין אותן הגומות אשר שם וגם מ"ש בסימני הספר והועתק במרדכי ותשובת מיימוני שכתב ואף ע"ג דאמר ר"ה כו' ואין בקיאיין בגומות וכן אם יש רבוי כו' א"צ לבדוק יותר נמי ה"פ דאע"ג דאין בקיאיין בגומות ובקושי גדול שנכיר אותם ע"י שנבדוק ונשים עין עליהם אמנם אם יש רבוי כו' א"צ לבדוק יותר אבל מ"מ אם אין שם רבוי שערות וטרח ויגע למצוא הגומות ש"ד ובזה נ"מ אם אין רבוי שערות ויש עדים השכנים שלא ע"פ האב אף לדידן היכא שמצאנו ראינו גומות [ש"ד] ולכך השמיטו הטור וסמ"ג וש"ע הך דאין בקיאיין בגומות משום דאין בזה נ"מ לדינא וא"ש נמי הא דמיסתם סתמו בהל' גיטין דאם השנים אין ידועים אז בעינן רבוי שערות דאם השנים ידועים זימנין דסגי בלא רבוי כגון אי טרח ובדק בגומות אבל אי יש רבוי שערות א"צ לבדוק אחר גומות דאף אם למראה עינים ישפוט שאין כאן גומות ש"ד משום דהך מילתא דרבוי שערות בודאי גדולה משוי' לה ואמרינן דודאי יש שם גומות אלא שאין בקיאיין להכיר אותם ואף לקול דינא הכי כיון שיש כאן רבוי שערות.

ובהכי א"ש מ"ש הב"ח כשיש רבוי שערות א"צ לבדוק אם יש בעיקרן גומות וגם א"צ לבדוק אם יש ביניהם לכל הפחות ב' שערות שיהא בהם שיעור כפיפה דאפ"י אין שם גומות ולא שיעור כפיפה ודאי גדול הוא כיון שיש שם רבוי שערות והרב אב"ד דפה תמה עליו דאע"ג דהיכא שיש רבוי שערות א"צ לבדוק אחר גומות מ"מ אם יש שערות בלא גומות לא מהני.

ולענ"ד דגם הב"ח מודה שאם היינו יודעין בבירור שאין שם גומות אפשר שומא נינהו רק דכיון דאנן לא בקיאיין להבחין אם יש שם גומות או לא תלינן מה שאין רואין גומות במיעוט הכרה שלנו ואין ספיקות שלנו מוציאות מידי ודאי גדלות שהוא מוכרח ע"י רבוי שערות: אמנם מ"ש הב"ח דאף שיעור כפיפה א"צ ועיין בנ"ב סי' צ"ג מ"ש ג"כ בזה וזה תימה שהרי מבואר מדברי הטור והש"ע סימן קמ"א שהבאתי לעיל דבעינן רבוי שערות וגדולות כדי לכופ ראשן לעיקרן ומקור הדברים מהר"פ בהגהות סמ"ק וכ"נ ג"כ מסה"ת שכ' רבוי שערות וגם גדולות באיש ובאשה סגי והם גדולות ר"ל כדי לכופ ראשן כו' כי דוחק לפרש הך וגם ר"ל גדולות והיינו ארוכות שוכבים שכ' אח"כ (אמנם האמת אגיד דלולי דמסתפינא מלהגי' ה"א שט"ס הוא הך וגם גדולות באיש ובאשה כו' וצ"ל כמו שרגילות באיש ובאשה או שחסר לגמרי תיבות כמו שרגילות כו' וכן משמע במרדכי) הרי מבואר דשיעור כפיפה ודאי בעינן: ובמה שהקשה האב"ד.

נ"י בתשובתו דכיון דאף אם יש ריבוישערות מכל מקום צריך שיהא בעיקרן גומות אלא שא"צ לבדוק אחריהם א"כ קשה הא דאמרינן בנדה דף מ"ו א"ה תמאן נמי ומשני חוששין שמא נשרו. וקשה ממ"נ אם יש גומות למה לא תחליץ דהאגומות אע"פ שאין שערות [די] ואם אין גומות א"כ למה לא תמאן דמה בכך שנשרו הא אפילו בנמצא שערות בלא גומות לא מהני (ובשלמא אם נימא דאם יש רבוי שערות אפי' אין שם גומות כלל מהני א"כ י"ל שחוששין שהיה רבוי שערות ונשרו וגם זה דחוק) וכ' לתרץ דמיירי דלא אשכחן רק גומא א' ולענין מיאון חיישינן שהיה ב' שערות בגומא זו ונשרו משא"כ לענין חליצה ב' גומות בעינן עכ"ד בקצרה: ולענ"ד זה תימה שהרי הרי"ף והרא"ש וכן התוס' בב"ב והג"א וכל הפוסקים שאחריהם כולם כתבו אהא דאמרינן בודקין למיאונין אע"ג דאיפסקא הלכתא חוששין שמא נשרו היינו דוקא בבעל אבל בלא בעל כיון דלא אשכח ל"ח שמא נשרו ואי איתא בפשיטות הוי מצי לאוקמי אף בבעל דהא ע"כ ל"א דבעל חוששין אלא היכא דאשכח עכ"פ גומא א' משא"כ אי לא אשכח כלל ליכא למיחש למידי וכ"ע מודו דתמאן אף בבעל וגם הוא נגד משמעות הש"ס בדוכתי טובא דקא פסיק ותני חוששין שמא נשרו וגם כל הפוסקים סתמו דבריהם דבעל אינה ממאנת מחשש שמא נשרו ולא א' מהם שיכתוב דהיינו דוקא היכא דאיכא גומא והאמת יורה דרכו דהא דחיישינן לנשרו אף היכא דליכא גומא כלל איתמר משום דהא דאמרינן צריך שיהא בעיקרן גומות היינו משום דכל שהשערות לפנינו אם לא מצאנו בעיקרן גומות ע"כ שומא ניהו משא"כ אם השערות נושרין זימנין שהגומות מתמלאין מחמת נפיחות הבשר ולא יכירנו עוד מקומן איו והלכך אף שלא נמצא עתה גומות חיישינן שמא נשרו השערות והגומות נתמלאו עד שאין ניכרין ולזה חששו בבעל דאיכא ספיקא דאורייתא אף בזמן הש"ס.

אמנם היכא דאיכא גומות לפנינו ע"כ שהיו שם שערות דחזקה אין גומא בלא שער אלא שנשרו והיכא דלא בעל ולא אשכחן גומות מדינא יכולה למאן דכיון דאין כאן ספיקא דאורייתא ל"ח שמא השערות נשרו והגומות נתמלאו וס' זה הוי ס' גמור שאף בזמן הש"ס לא היה אפשר להבחין כלל ובדרבנן להקל: אך דסה"ת והתוס' וש"פ כתבו דבזה"ז אף בלא בעל אנו חוששין לומר דשמא יש גומות לפנינו ואין אנו בקיאים ואם הי' חכם ובקי היה יכול להבחין וכיון שהוא ס' חסרון ידיעה אף בדרבנן לחומרא ואף שהחסרון לכל הדור וכמ"ש הב"ש וכן מבואר בסימן קע"ב ס"ו בהג"ה שכ' וי"א דאין לדון עכשיו דין סריס ודאי דחיישינן שמא היה לו שערות ונשרו או שהיה לו גומות ואין אנו בקיאים כו' אלמא דחששא דנשרו לחוד וחששא דגומות לחוד דהא משמע דחששא דנשרו אפי' לא חזינן גומא כלל חיישינן והכי מוכח ג"כ מדברי כל המפרשים והפוסקים גבי נאמנת אשה לומר כו' ואין להאריך.

ונחזור לענינינו דמשמע מלשון סה"ת דהך דרבוי שערות היינו לפי שהדבר קשה בזה"ז להכיר גומות ולפעמים בשביל שאנו מדמין שאין גומא לא נעשה מעשה לחלוץ להכי קאמר דברבוי שערות סגי: ומצאתי ביש"ש יבמות סי' כ"ה שכ' וז"ל ומש"ה כ' התוס' וסה"ת וקשה זה הדבר עכשיו לבדוק דאין בקיאים בגומות ומש"ה אנו סומכין ברבוי שערות (מן תיבות צריכין להיות עד גבי חליצה הוא ט"ס) או בשוכבת שהוא חזקה

מספקת אפ"ל לכלל שנים כו' והנה מ"ש בשם התוס' לא ידעתי אנה מצא כן בתוס' לענין חליצה שהתו' לא כתבו כן אלא לגבי מיאון בנדה דף () וגם בב"ב דף קנ"ו.

ולכן נלענ"ד שהכוונה ג"כ כמ"ש והשתא א"ש מה דמייתי התוס' והיינו שסיים בסוף הסימן הלכך היכא שהגיע לכלל שנותיו כו' אם יש להם שערות ארוכות במקום הערוה או גומא אפ"ל כדי לכופ ראשן לעיקרן אבל צריך עיון היטב בגומות כו' וכ"כ שם בקיצור הדין אם יש להם שערות ארוכות או גומות וצריך דרישה ועיון היטב בגומות כו' הרי דלא חשש לומר שאין בקיאין ואף שמוצאין גומות אינו מועיל אלא שפיר מועיל כשמוצאין גומות אלא שטורח גדול הוא (אמנם לשון וצריך דרישה ועיון היטב בגומות משמע קצת דאיכא למיחש דילמא אתי למיטעי למסבר שהנך גומות נינהו ואינו כן ולכך צריך לעיין היטב לידע דהנך גומות גמורות נינהו ולזה צריך ב"ד יפה להבחין בזה ואנן עלובייא אפשר שאין לסמוך על עיון שלנו שכשם שבין קדשי קדשים כו') לכן ברבוי שערות א"צ לטרוח בזה אמנם צ"ע ביש"ש סי' כ"ו שכ' בשם סה"ת לענין חשבון השנים אם יש להם רבוי שערות או ארוכות חזקה שבא לכלל גדול עכ"ל.

ומ"מ אין לסמוך על שערות שוכבות כי אין כדאי להוציא מספיקא דגומות אלא בעי רבוי השערות הרבה בערוה דומיא דגבי איש דנתמלא זקנו או במטי' דדין ע"כ עכ"ל היש"ש שם וזה סותר למה שכתב בסימן שלפניו. ולפי עניות דעתי מן ומ"מ אין לסמוך כו' עד תיבת ע"כ אינו מס' יש"ש רק הג"ה היה מבחון מאיזה תלמיד והכניסוהו בדפוס בפנים דמשמע מלשון זה לכאורה דאף שערות שוכבות דהיינו ארוכות אין מועיל לענין גומות רק רבוי שערות דוקא ולענ"ד אין מקום לחלק בכך וכמבואר מדברי היש"ש שם להדיא דאף שערות ארוכות מוציא מחשש גומות: אך דכ"ז נוח לי בלשון סה"ת והמרדכי אבל צ"ע בל' הר"פ בהגהת סמ"ק שכ' וז"ל וצריך גומות עם השערות לפי שאין בקיאין בגומות צריך רבוי שערות גדולות שוכבות או דדין שוכבין וכן באגודה כ' ואין אנו בקיאין בגומות ע"כ צריך רבוי שערות ולשון צריך משמע דדינא קאמרי ולא עצה טובה בלבד וצריך לדחוק ולפרש שהכוונה ג"כ כמ"ש שלפי שהדבר קרוב שלא נוכל להבחין שיש גומות מחמת חסרון בקיאות ולכך צריך רבוי שערות ואף שהוא דוחק מ"מ הר"פ בהגהות סמ"ק בע"כ דחוק ומוקי אנפשיה כדי שלא יהא דבריו סותרין מ"ש בהל' גירושין שהרי דברי הטוש"ע באה"ע סימן קמ"א שהבאתי לעיל שכ' דוקא כשאין השנים ידועות כ"א ע"פ האב צריך רבוי שערות הא לא"ה א"צ מקורם הוא מדברי ר"פ בהגהות סמ"ק בהל' גירושין וכדי שלא יסתרו דבריו בע"כ צ"ל כמ"ש.

וצ"ע לדברי הר"ש בן הרשב"ץ בס' תיקון ספרים שהבאתי לעיל שכ' בשם אביו בשם מקצת אחרונים שהאידינא לא בקיאין בגומות ואפ"ל במקום שערות ולא סמכינן אשערות להקל עד שנמצא שם רבוי שערות כו' א"א ליישבם כי לא יצא להקל אלא להחמיר להצריך רבוי שערות דוקא. ועכ"פ אני תמה על גדולי הדור שדחאו דברי הב"ח בקנה ולא שמו על לבם כי דבר גדול דבר רבינו הב"ח ז"ל בזה ועכ"פ הוי להו לעיוני בדברי הפוסקים שרמז אליהם הב"ח ז"ל וליישבם: ואמנם אם מ"ש בל' השאלה שבנ"ד כדי לכסות צפורן של אמה בצמצום הוא מגומגם ל' השואל וכוונתו שיש בהם רוחב אצבע אמה לכאורה יש מקום להתיר שהרי הב"ח גופי' כ' להתיר בכה"ג כשיושבת עגונה כמה

שנים ובאמת טעם הב"ח שלא התיר אלא בכה"ג משום דמספקא ליה דשמא הקונטרסים שמביא ב"י לא ראה גוף סה"ת שכ' או ארוכות הרבה כמו שרגילות לאיש גדול כו' יע"ש בב"ח.

והט"ז כ' בפשיטות דהך שיעורא הוא כדי להוציא מחשש השנים דאפי' אם אין השנים ידועות וגם לא בדק אחר גומות כיון שארוכות כרוחב אצבע אמה גדולים כמו לאשה גדולה מיקרי ותמהני על מ"ש הט"ז שם למו"ח פירוש ב' דרכים כו' דהא גם הב"ח מפרש כן אלא דמספקא ליה אם הקונטרסים בעצמם רק מה שהביא הב"י.

והנה אינה ד' לידי קונטרסים אלו (ומדבריו מבואר שכל יקר ראתה עינו דברי הסמ"ג וסמ"ק וגם סה"ת כפי הנראה ממה שמעתיק לשונו אע"פ שלא הזכיר שמו) ושם איתא בזה"ל ואם הוחזקו בשכניו כו' א"נ לא הוחזקו ואיכא רבוי שערות שאין בקטן כיוצא בהם שפיר מהני כו' צריך שיבדוק אם יש שתי שערות באשה בבית הערוה שיהא שם רבוי שערות שחורות שוככות ובזקן לאיש אורך השערות כרוחב אצבע שקורין אמה לכל הפחות עכ"ל ואח"כ כ' הל' שכ' בסה"ת ובש"פ והבדיקה של יבמה די בנשים כו' ואע"ג דאמר ר"ה שערות צריכין שיהיו בהן גומות ואין בקיאים כו' ע"ש שיש שם דילוג בדפוס וערבוב הענינים וממרוצות לשונו משמע בזה לכאורה דאע"ג דאיכא רבוי שער מ"מ בעינן שיהא ארוכות כרוחב אצבע אמה (ואע"ג שפתח בב' שערות וסיים ברבוי נראה דגריר מתחילה בתר לישנא דסה"ת דכ' ג"כ ליבדוק אם יש ב' שערות כו' ואח"כ כ' אם יש רבוי כו' ואפשר שחסר איזה תיבות כי נשתבש מאד בדפוס) ולפ"ז צ"ל דלפי שאנן לא בקיאים כולי האי בשיעורא דלכוף ראשן לכן נקט האי שיעורא ואולי קבלה היתה בידו דכל כי האי שיעורא ודאי יש בו כדי לכוף ראשן לעיקרן אמנם מ"ש רבוי שערות שחורות שוככות צ"ע דהא שוככות הוי ארוכות יותר מכשיעור כדי לכוף וכדאמר' בנדה דזהו שיעורא דר' יהודה ושתי שערות שוככות ונראה כמי שירבה.

ומדברי הי"ש שהבאתי לעיל מבואר שבשוככות לחודא סגי להוציא מספיקא דגומות ועכ"פ תיקשי תרתי ל"ל דהא בסה"ת וש"פ מבואר אם יש רבוי שערות או שערות ארוכות הרבה א"צ לבדוק יותר (וכבר כתבתי לעיל שמ"ש בסה"ת בגוף הס' רבוי שערות ארוכות כו' והעתיקו בב"י צ"ע) ובאמת בקונטרסים שם אח"כ איתא לכן אם יש רבוי שערות ארוכות הרבה א"צ לבדוק יותר וגם על שנותיהן יש לסמוך שהגיעו אם יש רבוי שערות בלא הוחזקה כו'.

ולענ"ד צריך להג' או ארוכות כל' סה"ת וש"פ. ועכ"פ מ"ש כאן שוככות צ"ע לכאורה ואמנם נראה שלשון זה לקוח הוא מהר"פ בהגהות סמ"ק שהבאתי לעיל ששם כ' ג"כ צריך רבוי שערות גדולות שוככות וצ"ע דל"ל כולי האי דהא בכדי לכוף ראשן סגי וכמש"ל בהל' גירושין ואמנם בקונטרסים בסדר הגט העתיק ל' הר"פ ואם אין השנים ידיעות כו' צריך רבוי שערות שחורות גדולות ושוככות כדי לכוף ראשן לעיקרן ולכן נראה דאיהו ס"ל דהך דשוככות אין ענין לארוכות השערות רק דכיון דשחורות בעינן לכך בעי שוככות וכמ"ש המ"ל פ"ב מהל' אישות בשם מוהר"ר בצלאל בחידושו לכתובות וז"ל ומיהו בעינן שיהיה השתי שערות שוככות דכל עוד שאינם שוככות הלוכך

נראה יותר כו' ע"ש ולפ"ז אנן לא קי"ל כר"י וכמו שהאריך במ"ל שם ויש ליישב ואין להאריך כיון שאינו נוגע לענינינו.

אולם את זה אגיד מה שיש לתמוה על המ"ל שם שכתב שחפש בדברי הראשונים והאחרונים ולא ראה לאחד מהמורים שיזכיר סברת ר"ת דשחורות בעינן וזה תימה שהרי מבואר מדברי הטור שלחן ערוך סימן קמ"א מיסודו של הר"פ וכן הקונטרסים וכתב להדיא רבוי שערות שחורות הרי שחששו לסברת ר"ת בזה וצ"ע שבהלכות חליצה לא הזכירו מזה: ועכ"פ לענין הך שיעורא דרוחב אצבע אמה משמע מהקונטרסים דמשום הא לחוד אין בזה להוציא מספיקא דשנים וגומות כ"א ברבוי שערות דוקא.

אמנם לשון הש"ע בפירוש סדר חליצה סעיף כ"ז שכתב ולענין שיעור אורך השערות שכתבו הטור והתרומה שסומכין עליהם כתב בקונטרסים שהוא כרוחב כו' משמע דס"ל דכל כה"ג ארוכות מקרי לסמוך עליהם לענין גומות ושנים שהרי משמעותו דקאי על מ"ש הטור וע"ז סומכין כו' וגם כי הקונטרסים בעצמו העתיק בסדר הגט דברי הר"פ בשיעור דלכוף ראשן כו' אם כן מדנקט הכא האי סימנא ש"מ דמיירי לענין לסמוך להוציא מחשש שנים ושלא לבדוק אחר גומות ואפשר יש איזה חיסור לשון בדפוס כי הוא מוחזק בטעות הדפוס וצ"ע.

ואם היה מקום לומר דבשערות ארוכות אפ"ל אין שם גומות מהני היה אפשר לעשות מזה ס"ס חדא שמא יש כאן גומות ואת"ל שאין גומות שלפנינו נקראין גומות דילמא שערות הללו נחשבים ארוכות כיון שהם כרוחב אצבע אמה וא"צ גומות ואע"ג דהספק הא' הוא חסרון ידיעה מ"מ יש לצרפו לספק כמ"ש לעיל.

אבל כבר כתבתי שגם הב"ח שכתב גבי רבוי שערות שאפילו אין שם גומות ר"ל שאין ניכרים לעין אבל אם היינו יודעין בבירור שאין שם גומות אף רבוי אין מועיל ומכ"ש ארוכות וא"כ אין לעשות מזה ס"ס: אך בנידון השאלה שיש כאן כמו ט"ו שערות שיש בהן כדי לכוף ראשן יש לצדד ולומר דכה"ג רבוי שערות מקרי ואע"ג דבלשון הפוסקים איתא כמו שרגילות לאיש גדול כו' מ"מ הא הט"ז כתב דכרוחב אצבע מקרי גדולות כמו באשה גדולה ולא בעינן גדולים מאד דכשיעור זה שפיר מקרי גדולים א"כ י"ל לענין רבוי ג"כ שא"צ הרבה מאד אלא כיון שאין כיוצא בזה בקטן סגי בהכי ואם לפעמים אפשר שאף בלא הגיע לכלל השנים יארע שימצא לו כזה מ"מ לית לן למיזל אלא בתר רובא דלית להו הכי כ"א אחר שהגדילו וגם בלא"ה כבר כתבתי דלענין חששא דגומות לא כתב בסה"ת כמו שרגילות רק לענין שנים וגם בש"ע כתב לענין השנים כמו שרגילות וע"ז סומכין שלא לבדוק אחר גומות בשערות מאחר שיש רבוי שערות או שהם ארוכות כו' ולא כתב כמו שרגילות ואף שי"ל דסמך על מ"ש לעיל גבי שנים ומכאן אתה דן גם לענין ספק דגומות מ"מ י"ל דהיינו דוקא לענין שלא להצריך לבדוק אם יש גומות אז אפשר דבעינן שיהיה כמו שרגילות כו' אבל אם אנו בודקין ומוצאין גומות לפנינו רק שיש לחוש לחסרון בקיאות כל שאנו מוצאין שערות שלפי אומד הדעת אין בקטן כיוצא בהם שפיר מסייע ליה לבדיקה שלנו וסומכין עליה: עוד יש לחקור בנ"ד אם היה בעל אשה זו לא נתמלא זקנו ולא נבדק אם הביא שערות יש לצדד להתיר ממ"נ אם חזקה דרב' חזקה גמורה הוא ואין הבדיקה רק לברר לבד אם כן פשיטא

דבדיקה שלנו מועלת ואין כאן בית מיחוש מה תאמר דחזקה דרב' הוא רק לחומרא דספיקא הוי א"כ יש לנו להסתפק דשמא אין זו זקוקה לחליצה דשמא לא הביא הבעל שערות וא"כ אין קידושיו כלום וכ"כ הריב"ש סימן תע"ד וז"ל ואם לא נבדק בהבאת שערות אם לא היה בו סימני סריס היה אשתו חולצת כו' ומספק צריכה חליצה שמא הביא שתי שערות דכיון שהגיע לכלל שנותיו חזקה הביא סימנים ולהצריכה חליצה לחומרא אזלינן בתר הך חזקה דהא אמרי לה במיאון לחומרא שלא תוכל למאן וכן נמי אמרינן בפרק בא סימן שסומכין בבדיקת סימנים עפ"י נשים אם אמרו שהביאה סימנים בין לקולא בין לחומרא משום חזקה ה"נ להצריכה חליצה לחומרא נלך אחר חזקה זו עכ"ל וא"כ יש כאן ס"ס גמור חדא דשמא אינה זקוקה לחליצה כלל ואת"ל זקוקה שמא זה היבם גדול הוא ויש לו שערות עם גומות ואע"ג דהש"ך סימן ק"י בי"ד כתב דספק חסרון ידיעה לא הוי ספק לא לענין ספק אחר ולא לענין ס"ס מ"מ נראה שגם הוא מודה להקל בהפ"מ ע"ש בסימן נ"ג ובכאן שהיא יושבת וממתנת כמה שנים ג"כ יש להקל אף בס"ס כזה וגם שהרי באמת דעת הרבה פוסקים דהיכא דהספק לכל הדור שאין בקי אין בזה שפיר מקרי ספק ואמנם הב"ש כתב דמהך דמחמירינן גבי מיאון משום שאין בקי אין אחר גומות מוכח דאף בחסרון ידיעה לכל העולם לא מקרי ספק דרבנן ואמנם צ"ע דהא בסה"ת כתב גבי גבינות דאם נמצאת טריפה ע"י סרכא יש לסמוך על דעת המתירין ולהתיר ומשמע דהיינו מטעם ס"ס וכמ"ש המרדכי שם (וע"ש שדברי סה"ת והמרדכי והרוקח תמוהים במ"ש וגם האב יש לו יותר משנה כיון שיש לו בן דהא ממכה אביו ואמו דילפינן דאזלינן בתר רובא לאו משום טריפה אתינן עלה רק דילמא לאו אביו הוא ובמקום אחר כתבתי בזה).

והתוס' והרא"ש וא"כ חזינן דשפיר עושין ס"ס וע"כ צ"ל דס"ל דאף דבספק דרבנן אין זה ספק מ"מ לענין ס"ס שפיר מצטרף כיון דאף לברר א"צ וכמ"ש הש"ך סברא זו שכ"כ המ"ב דשפיר מצטרף לס"ס ואפי' תימא דסה"ת גבי גבינות לאו מה"ט אתי עלה אלא משום שבזה נוכל לסמוך על הוראת רבינו שמואל והיתר רב יהודאי גאון גם בנ"ד כן הוא דהא איכא למיסמך על הנך דס"ל שאנו בקיאים בזה ושאר היתרים שכתבנו לעיל: וגם י"ל ע"פ מ"ש במקום אחר לתמוה על סברת הט"ז דמכיון שהספק מחמת חסרון בקיאות שלנו שפיר מחשב ספק וכ"כ בס' פ"א דהרא"ש ס"ל דשאני הכא שאין בזה"ז איש שיוכל לסמוך עצמו להתיר סרכא.

ואני תמה דאטו מאן דסבר דלא מיקרי ספק בכה"ג מה"ט אתי עלה דשמא יש חכם שיכול לסמוך להתיר ויברר ההיתר דהא אדרבה מה"ט פשיטא שיש להתיר ע"י ספק זה. אך דבאמת אנן הכי קאמרינן גבי ספק דחסרון חכמה שאין זה ספק דאם היה חכם ובקי היה יכול לבדוק ולהכיר שיש כאן איסור ודאי ולכך א"א לעשות זה לספק וא"כ מה בכך דגבי סרכא יש חסרון ידיעה לכל הדור שאין מי שיכול לסמוך להתיר סרכא משום דאף אם יבדוק בפושרין ולא תבצבץ אנו אומרים שמחמת מיעוט בקי אין הפושרין כראוי או הנפיחה אבל הא ודאי דאפשר שיבא איזה חכם ובקי לבדוק ויברר לפנינו שסרכ' זו מריא' ולא מדופן ותבצבץ ואז יש לאוסר' בודאי ולא מספק דמה שאמרו אין בקי אין בבדיק' היינו להחמיר ולא להקל והלכך לא מבעיא היכא שמצאנו סרכא והטרפנו בהמה מספק ולא בדקנו אותה שאין לחשוב זה לספק דשמא אם היינו בודקין הריאה היה

מתברר לנו האיסור בודאי וכה"ג לאו ספק הוא כיון שאפשר לברר בבדיקה אלא אפילו בדקנו וראינו שלא בצבצה אלא דמ"מ אנו מטריפין הבהמה מצד שאין בקי אין מ"מ יש לגמגם אי מחשב ספק בכה"ג דמה שאמרו אין בקי אין בבדיקה היינו לענין לברר ההיתר ולא לענין לברר האיסור דאף בזה"ז יוכל להיות שחכם אחד יברר האיסור שהרי מה"ט אנו אומרים שאין בקי אין כו' דשמאלא בדקנו היטב אלא שהשוינו את המדות שלא להתיר אף ע"פ חכם גדול שבדור אבל מ"מ יוכל להיות שמי שהוא בקי יותר יברר האיסור וטריפה ודאי ואם כן אין לחשוב זה לספק ואפי' דלזה א"ח שיבא הבקי ביותר ויברר האיסור מ"מ עכ"פ היה לו לבאר שאין להתיר הגבינות אם לא ע"י שבדקנו הריאה ומדינא כשרה רק מצד שאין בקי אין כו' הבהמה טרפה וצ"ע שסתמו הדברים ולא ביארו שצריך לבדוק ובמקום אחר הארכתי עוד בזה: ועכ"פ בנ"ד נראה כיון שבדק ומצא גומות לפנינו מה תאמר שזה ספק חסרון ידיעה דשמה אין גומות הללו גמורין ליחשב השערות סימנים ע"י.

מה בכך ס"ס אין שום חכם שידיעתו מכרחת לברר שאין גומות שהרי קי"ל לענין מיאון להיפך דאע"פ שאין גומות אמרינן דאין מי שיודע להבחין בזה וחיישינן שיש גומות מכ"ש בזה שהגומות הם ניכרים לפנינו א"כ אין שום חכם שיכול לברר האיסור לומר דהנך לאו גומות ניהו. ואף דאנן לגבי מיאון אמרינן הכי ולחומרא מ"מ הא חזינן שניטלו מאתנו הבקיאים לגמרי ואין אתנו יודע לברר גומות הללו מה ענינם וכיון שכן שפיר מצטרף לס"ס להקל.

ואין להקשות שלפי זה מ"ש התוספות וסה"ת דלא ממאנה בזה"ז משום דאין בקיאים בגומות והיינו ע"כ דספק חסרון ידיעה הוא וקשה לספק הב"ח דס"ל דאין בקי אין בגומות אף שיש גומות לפנינו אף דלא אמר הכי רק לענין חליצה להחמיר מ"מ אף לענין מיאון נימא דשוב אין חכם שיכול לברר הספק ולומר שיש גומות דהא אפי' אי יש גומות איכא למימר שאין בקי אין וא"כ היה לנו להקל דספיקא דרבנן הוא: ואמנם בלא"ה יש להקשות לכאורה על דבריהם שכתב וז"ל עוד דשמה ב' שערות מהני אפי' אחת בגבה כו' או על קשרי אצבעותיו כו' וקשה דלמה ניחוש להא לענין מיאון ולא בעל להך דעה דמהני אחת בגבה כו' דהא דרבנן אזלינן להקל ובסה"ת עצמו שם פסק מתחלה כרבנן דבעינן שיהיה שניהם במקום אחד אלא שכאן כתב דשמה ב' שערות מהני כו' ור"ל לחוש להך דעה דס"ל כן ואמאי ניחוש לה דרבנן וע"כ לומר דחדא ועוד קאמר שמה יש גומות ואת"ל אין שם גומות שמה יש בגבה כו' דקשה לבדוק כל הגוף והוי ס"ס להחמיר אף דרבנן וא"כ ממילא דלק"מ גם מה שהקשיתי לשיטת הב"ח.

או י"ל דשאני התם שהגיעה לכלל שנותי' ומחמת חזקה זו יש לנו לומר שהביאה ואע"פ שאין מוצאין לפנינו י"ל דאיכא גומות כו' והלכך לא אזלינן בספיקא לקולא. ועכ"פ בנ"ד נראה שאם בעל אשה זו שמת היה רך בשנים ולא חזינא ליה שהביא סימנים וגם לא נתמלא זקנו שאז יש מקום ספק אם זו זקוקה לחליצה כלל אם נאמר דחזקה דרבא כספק בלבד הוא א"כ ממ"נ הוא ניתרת בחליצת יבם זה ואין כאן מיחוש כלל מהנך טעמי שכתבתי: ועתה אבאר מה שייעדתי לבאר בסוף הקונטרס הלז שדברי הד"מ והב"ש סימן קס"ט תמוהים.

הנה הד"מ הביא דברי המרדכי שכתב בשם סה"ת שכתב גבי בדיקות דדין אנשים כו' וכתב דלמה יועיל בדיקת נשים כיון שאין ידוע שהגיע לכלל שנים ותי' משום דמלתא דעל"ג הוא והב"ש האריך בזה ומסיק דהד"מ כ"כ להמרדכי דס"ל גם בדדין מועיל בדיקות נשים ע"ש ולענ"ד תמוה דהמעייין בסה"ת יראה דכשכתב בדיקות נשים מועיל אכתי לא איירי בלא הוחזקו בשנים ולהדיא כתב וז"ל ובדיקות נשים אם יש לה שערות יכול להיות ע"פ נשים כדאמרי' פרק בא סימן לאחר הפרק דאיכא חזקה דרב' דאמר כי הגיעה לכלל שנותי' חזקה כו' לכך גבי חליצה סמכינן עפ"י נשים לבדוק השערות כו' ואם בודקין בדדין זה הדבר יכול האיש לבדוק בלא גנות וטוב הדבר דא"א לבא עליון כו' (ועיין בספר תיקון סופרים להר"ש בן הרשב"ץ ז"ל שכתב ולענ"ד זה אינו אמת דהא שמואל בדיק באמתו ויהיב לה ד' זוזי דמי בושתה כו' ואע"ג דאמוראי אחרניא דלא חיישי לבושתייהו ה"מ באמת' אבל בת ישראל איך נבדוק אותה כו' ע"ש).

ולענ"ד אין ראייה כלל מהתם דבדיק באמתיה שלא לצרכה רק לידע הדין ומפני שבדק בה על לא דבר יש בו משום בושת משא"כ היכא שהבדיקה היא בשביל האשה עצמה הבאה לחלוץ אז בשערות א"א לאנשים לבדוק משום גנות האיש הבודק משא"כ בדדין ס"ל לסה"ת דאין בזה משום גנות) ובזה כתב המרדכי שמסופק בדעת סה"ת אם דק במלתיה בבדיקות דדין אנשים דוקא כי שמעתי מהר"מ בודק על פי נשים אבל מכל מקום כל זה מיירי בהגיעה לכלל שנים רק שיש חשש משום גומות על זה כתב דאי איכא רבוי שערות מסתמא הגיעה לכלל גדלות ולא קאמר שנות גדלות כמו דנקט אח"כ משום דהשתא מיירי בהוחזקה בשנים והיינו דמסתפק בדעת סה"ת דשמא דווקא נקט בדיקות אנשים בדדין משום דהא דסמכינן אחזקה דרבא לבדוק ע"י נשים הוא משום דגנות גדול הוא לבדוק ע"י אנשים בשערות הלכך כדיעבד דמי למסמך אנשים אבל בדדין דאפשר באנשים בלא גנות לא סמכינן עלייהו.

וגם מ"ש הב"ש בדעת הסמ"ק דבדדין בעי דוקא בדיקת אנשים למד זה מדברי הב"ח שכ' על מ"ש הטור ואם רואין שגדלו דדין כו' כ"כ הסמ"ק וכ' עוד דהבדיקה ע"פ נשים כיון דהוחזקה גדולה בשנים ומשמע דאם אין עדים כשרים ולא הוחזקה בשנים אין לה היתר בעדות נשים אלא בודקין בהטיית דדין עפ"י אנשים וטוב הדבר בלא גנות וכ"כ בסה"ת ובתוס' קידושין דף ס"ג כ' דסמכינן אקומה וחשיב כאילו היו עדים על השנים עכ"ל ומזה למד הב"ש דדוקא בדדין ס"ל בדיקת אנשים ולא בשערות.

ולענ"ד ז"א דז"ל הסמ"ק ויחקרו אם יש להם סימנין כגון שערות שבערוה או הסימנים שלמעלה באיש ששערות בכל מקום חוץ מן הזקן באשה הדדין שוכבין או מוטיין והבדיקה של נערה יכולה להיות בנשים כיון שהוחזקה גדולה עכ"ל מבואר להמעייין דמ"ש והבדיקה של נערה כו' אבדיקה שכתב לעיל קאי אשערות או דדין ולא אדדין בלחוד קאי ואדרבא לדברי הב"ש דאדדין בלחוד קאי א"כ לא הזכיר כלל דבדיקת שערות די בנשים והדבר פשוט דאכולה מילתא קאי הסמ"ק אלא שהב"ש לא היה לפניו בזה ס' הסמ"ק עצמו כנראה מדבריו שלמד לומר כן מדברי הב"ח וגם בדברי הב"ח צ"ע שכ' שאם לא הוחזקה בשנים בעי בדיקת נשים ולענ"ד דאפשר דהסמ"ק ס"ל דאין סי' דדין מועילין כ"א היכא שהוחזקה בשנים (וכמ"ש הב"ש באמת להסתפק בזה) דוקא

משא"כ בלא הוחזקה ודוקא שערות מרובין וארוכין הוא דהוי סימן לכולה מילתא אף אשנים אבל דדין גדולים לא וכמו קומה שאינה מספיק כ"א לחזקת שנים אבל מ"מ שערות בעינן כמו כן בדדין י"ל להיפך וכן משמע קצת מל' סה"ת והתוס' שהביא הב"י אם אמנם כי בסימני הס' שהועתק בפוסקים וגם בסמ"ג שהעתיקו הך ואם יש לה דדין כו' אחר מ"ש דברבוי שערות אף על שנותיהן יש לסמוך אף בלא הוחזקו מ"מ נלענ"ד כי אין ראייה ממה דנקטו בקצרה ואפשר שכוונתם דודאי גדולה היא לענין סימנים ולא לענין שנים.

ואיך שיהיה עכ"פ בדיקות נשים בלא הוחזקה בשנים אינו מועיל בין בדיקות רבוי שערות או דדין דין א' להם וכמש"ל שכן מבואר להדיא בהגהות סמ"ק ובמהר"י ווייל ובקונטרסים וכן משמעות הרבה פוסקים: ומ"ש בד"מ טעמא משום מלתא דעל"ג הנה כיוצא בזה כ' הרמב"ן בנדה דאיכא למיקם עלה דמילתא ועיין בהריב"ש סימן קפ"ב שכ' בשם הר"ר דוראן (הוא הרשב"ץ ז"ל) שהקשה על הרי"ף דלמה אמר הך טעמא משום חזקה דרבא דלא איתאמרה אלא לחומר כו' ר"ל דגילוי מילתא היא וע"ש מ"ש הריב"ש בזה.

ועל קושיתו של הרי"ף בלא"ה אפשר לומר דהרי"ף לשטתו דמשמע דס"ל דחליצת קטנה דרבנן ואמנם דברי הריב"ש נכונים וכן מוכח בש"ס ואין להאריך ועיין בשו"ת מהרי"ט ח"א סי' מ"א שכ' דהא דסמכינן גבי עגונה אמילתא דעל"ג היינו משום עיגון שלא תתעגן ותשב לעולם ע"ש והרבה יש לי לישא וליתן בזה ואין כאן מקומו: סוף דבר הכל נשמע בנ"ד אם בעל האשה שמת לא נודעו לו סימנים ולא ראינו שנתמלא זקנו אף אם היה מבן כ' ולמעלה כיון שאין כאן מי שיעיד שבודאי הביא סימנין.

נלענ"ד בפשיטות להתיר בנ"ד מטעמא דכתיבנא לעיל ואם היה ידוע בסימנין שכבר הגיע לגדלות מ"מ כבר כתבתי דבנ"ד יש לחוש לזה כרבוי שערות אם אין בקטן כיוצא בהם וגם כיון שיושבת וממתנת כמה שנים הב"ח בעצמו מקיל אם יש ב' שערות כרוחב אצבע אמה אע"פ שכתבתי שלכאורה מהקונטרסים לא משמע דזה מקרי אריכות מ"מ בנ"ד דאיכא כמה צרופים יש לסמוך ע"ז והוא שיהיה רוחב אצבע אמה בדוקא כמ"ש הרב אב"ד נ"י כי מ"ש בל' השאלה לכסות צפורן כו' כסות זה איני יודע וצפורן זה איני מכיר ואין לך אלא מה שחידשו הפוסקים ז"ל וגם צריך שיהא עדים כשרים על השנים כיון דלא ברירא לן הך מלתא אי כה"ג חשיב ריבוי שערות וארוכות או לא ובאיש לא מהני הוחזק דשמא ע"פ האב עשו כן וכמבואר בפוסקים ראשונים ז"ל ואם אמנם הגאון בנ"ב סימן צ"ג שדא ביה נרגא לומר שמדברי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש נראה דאב נאמן והאריך בזה לולי כי כבר העתרתי דברי דומים למרובים והגם למשא הרימותי ידי ע"ז אמנם בקצרה אען ואומר שהדין דין אמת כמ"ש הראשונים ז"ל ודבריו תמוהים בעיני ואנקיט חדא בידי מה שרוצה להשען על ג' עמודי עולם וקחשיב הרא"ש בהדיהו ז"א כמבואר בדברי הרא"ש במקומו בקידושין דף ס"ג גבי זה בני בן י"ג כו' וע"ש ואין להאריך והילכך צריך עדים גמורין או חזקת השכנים שלא עפ"י האב דוקא וגם צריך דרישה ועיון היטב בגומות וכמ"ש היש"ש ז"ל ומשום עגונא.

למחזי אתינא. למגרס ולעיונא ואמינא מאי דאמינא: זעירא מן חברייהא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה קלא ב"ה יום עש"ק י"ז אלול.

תקנ"ב לפ"ק פה ק"ק פ"פ דמיין יע"א: הנה ברך לקחתי ולו אשיבנה. לאבן בוחן ואבן פינה.

חכמתו בחוץ תרונה. ה"ה כבוד אהובי ש"ב ומחותני הרב המופלג ומורה החרף ובקי בחדרי התורה.

דרכיו נוגה אורה. ידיו רב לו והיכלו כבוד אומר כולו.

כק"ש מוהר"ר אפרים זלמן מרגליות נ"י. על ראשו בהלו: הנה ערבו לנפשי דברי דודים.

חכו ממתקים. כולו מחמדים על אדני פז מיוסדים.

ויען כי אפפוני כתרונני טרדות רבות וביותר מהמה בדיני רבא דיתמי דאתי לקמאי. מבלתי אפשרי היה לעיין מיד ולהשיב על נכון אף לזאת הפסקתי בין הפרקים מעט מעט להשיב על שאלתו כפי הנלענ"ד.

בנידון השאלה בקטן שהגיע לכלל שנים ונמצא בו שתי שערות כדי לכופ ראשן לעיקרן אם ניחוש למ"ש הב"ח דאין אנו בקיאים בבדיקות הגומות די"ל דמסתמא כיון דאיכא שערות מסתמא איכא נמי גומות ולא אמרו דצריך שיהא נמי בעיקרן וכו' אלא לאפוקי אם רואין שאין בהם גומות ועוד דמספיקא יש לנו להחזיקו בחזקת גדול משום חזקה דרבא.

ועוד דאין שום טעם לחומרא זו כיון שאנו רואין שיש בו גומות וכי יש שיעור לגומות. הנה מ"ש רומע"כ דמוכח מדברי התוס' בב"ב דף קנ"ד בד"ה ועוד סימנים וכו' ואומר ר"י דשמא בחייו לא היה גומות וכו' מדלא תרצו דאף שימצא בו שערות אין להחזיקו בגדול משום גומות עשוין להשתנות לאחר מיתה אע"כ דמסתמא כיון שיש לו שערות ואין הדבר יכול להתברר אמרינן דמסתמא אית ביה גומות וה"ה שאין אומרים בו שאין אנו בקיאים אף דיש לדחות דספק שאין אנו בקיאים גרע טפי ולא דמי לספק דלאחר מיתה די"ל שאם היה בקי לפנינו היה מכיר שאין הגומות כראוי.

אך שינוי דחיק' לא משנינן. ונראה לפרש דברי התוס' דהא קשה עוד דלמה לא יבדקוהו שמא ימצא בו שערות ותו הא דקשיא להו בתר הכי וא"ת למה יש לנו לומר שהוא קטן כיון שהגיע לכלל שנותיו וכו' קשה מנ"ל דמהני חזקה דרבא לאפוקי מחזקת ממון כמו שכתב רומע"כ"ת.

ונראה דפסיקא להו דחזקה דרבא מהני לאפוקי ממונא משום דס"ל לדוחק לאוקמי שמת תיכף מיד לאחר המכירה וא"כ מוכח מהסוגיא עצמה מדלא חיישינן אפ"ל אם ימצאו בו שערות שמא היה קטן בשעת מכירה ואח"כ נתגדל ע"כ היינו משום דכיון שנמצא גדול מחזקינן ליה בגדול למפרע משעה שהגיע לכלל שנים והיינו מחזקה דרבא ועל זה הקשו דא"כ אפ"ל א"א לבודקו נחזיק אותו בגדול משום חזקה דרבא.

אך לפ"ז צריך להבין לפי תירוצם שאחר שהגיע לכלל שנים לא היה בו סימני גדלות א"כ הדק"ל מה הועיל הבדיקה שמא באו הסימנים לאחר המכירה ונראה דס"ל להתוס'

דודאי אנו רואין לאחר שהגיע לכלל שנים שאין בו שערות אף שלא בדקו אותו אם יש בו גומות או לא אמרינן מסתמא דאין בו גומות כיון שדרך רוב בני אדם להיות בהם שערות בזמן שהגיע לכלל שנים וראינו שאין בו שערות יצא מחזקה זו וכ"ש לפי מ"ש הרמב"ם ז"ל דטעם הגומות משום דאמרינן דמסתמא היה בהן שערות ונשרו א"כ כי היכי דל"ח שמא נשרו לענין חליצה ולאפוקי ממונא.

ה"נ ל"ח לגומות שהיו בהן שערות ונשרו אכן אם בדקנוהו לאחר זמן ומצאנו בו גומות כיון שאנו רואין שהיה בהם שערות ונשרו מחזיקינן ליה בגדול משהגיע לכלל שנים ומה שראו לאחר גדלות שלא היה בו שערות היינו משום שכבר באותו זמן נשרו אף דל"ח לנשרו שאני הכא כיון שנמצא בו גומות וע"כ בודאי היה בהם שערות ונשרו ממילא קיימינן בחזקה דרב' ואמרינן שנשרו קודם שראו שהיה בהן שערות וממילא מובן שהוצרך התוס' לאוקמי שלא היה בו אלא גומות לבד דאם היה בו שערות כיון שראו בתחלה שלא היה בו שערות אחר שהגיע לכלל שנים איכא למימר אף לאחר הבדיקה שמא באו הסימנים לאחר המכירה וממילא מתורץ שלא טענו הלקוחות שיבדקו אותו אם יש בו שערות דאם יש בו שערות גרע טפי ועיקר טענות' היה שמא ימצאו גומות בלא שערות.

כן נלענ"ד נכון לפרש התוס' ודו"ק. אמנם לפי זה היה מוכח מן הסוגיא דחזקה דרבא אלימתא הוי ולא משום דאפשר לברר דהא אי לאו משום דסימנים עשוין להשתנות היה ר"ע מחזיקו בחזקה דרב' בגדול למפרע משעת מכירה אך נלענ"ד דיש לדחות דאיכא למימר שהלקוחות טענו ברי שהיה גדול בשעת מכירה ובני משפחה אינם יודעים בשעת מכירה ואפי' אם טענו ברי שהיה קטן בשעת מיתה כדמשמע בלשון הבריית' מ"מ אם ימצא שהוא גדול הרי הוכחשו על שעת מיתה דאי אפשר לומר שנעשה גדול לאחר מיתה א"כ ממילא טענתם על טענת מכירה הוא שמא וקי"ל בכתובות דף י"ב ע"ב כר"ג במתני' דמשארסתני נאנסתי דברי ושמא ברי עדיף ואמר שם אמר לך ר"נ אנא דאמרי וכו' ע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא משום דאמרינן אוקמי אחזקה וכו' א"כ שפיר מהני הכא חזקה דרבא לאפוקי ממונא כיון דאיכא נמי ברי ושמא אע"ג דהוי שמא טוב דלא ה"ל למידע הא בהך דר"ג נמי לא הו"ל למידע כמ"ש התוס' בכתובות שם.

ולפי זה מתורץ קושית התוס' וא"ת למה יש לנו לומר שהוא קטן וכו' דנהי שאם יבדקוהו וימצא גדול מחזיקינן ליה בגדול למפרע משום חזקה דרב' היינו משום דאיכא נמי ברי ושמא שהרי בני משפחה יהיה מוכחשין בברי שלהם דהיה קטן בשעת מיתה אבל כ"ז שלא הוכחשו הו"ל ברי וברי ולא מהני חזקה דרבא לאפוקי ממונא ודו"ק.

אך י"ל דס"ל להתוס' דברי דבני משפחה לאו ברי גמור הוא דהא איכא למימר דנשרו דהא מה"ט אינה ממאנת משום דחיישינן שמא נשרו וא"כ שפיר הקשו כיון דבאמת א"א לבודקו ואיכא נמי ברי ושמא מהני אפי' לאפוקי ממונא ועוד נראה דא"צ לכל זה כיון דאיכא חזקה דאין העדים חותמין על השטר אח"כ נעשה בגדול כדפירש"י בד"ה ליקיימו שטרייהו וכו' אף דלפי הס"ד אין מועיל חזקה זו לאפקועי ממונא מ"מ מהני חזקה לאצטרופי בהדי חזקה דרב' ולאפוקי ממונא דהא חזקה דרב' הוי חזקה דאתי מכח רובא

דרוב בני אדם שהגיעו לכלל שנים באים לכלל גדלות וקי"ל בריש פרק המוכר פירות דברובא וחזקה מוציאין ממונא לכ"ע.

כן נראה לפי ענ"ד ודו"ק: אמנם עיקר פלוגתא זו אי חזקה דרבא אלימתא הוא מבואר בלשון התוס' בקידושין דף ס"ד בד"ה בני זה וכו' דלתי' ראשון משמע דלא מהני חזקה דרב' לענין מכות ועונשין ולפי שיטה האחרת שכתב שם דמהני שנים או סימנים ע"כ צ"ל דחזקה דרבא אלימת' היא. אמנם אני תמה איך אפשר לומר דכשאומר בני זה בן י"ג שנה דהיינו דמחזקינן ליה בגדול למפרע בגדלות הא פליגי ביה תנאי בשיעור הגדלות דר"ע ס"ל כדי שיהא ניתלת כו' ור' ישמעאל ס"ל כדי לכוף ראשן לעיקרן וקי"ל דהלכה כדברי כולן להחמיר ובודאי אין סברא לומר דבשעה אחת שהגיע לשנת י"ד באו כל הסימנים אלו משניטל הזוג עד כדי שיהא לכוף ראשן לעיקרן דהא א"ל בקודם שהגיע לכלל י"ג שנה כך גדלו השערות שיעורא דר"ע דא"כ איך מחזיק עליו ר"ע בשיעור הזה בגדלות הרי דחזינן דבאין לפני י"ג שנה דא"א לומר שיחלקו התנאים במציאות אימתי הסימנים גדולים ברוב בני אדם והא נמי א"ל דמודה ר"ע דלא הוי בנטילתהזוג סימן גדלות אלא כשידוע שכבר הגיע לכלל שנים שמלבד שזה דוחק גדול לומר דאף שדרך לבא שיעור זה בקטנות אפ"ה מהני כשידוע שכבר הגיע לכלל שנים.

ותו כיון דלר"ע ודאי לא מהני סימנים בשיעורין דידיה אלא כשידוע שהגיע לכלל שנים מנ"ל לר"י שיטה אחרת דלר' ישמעאל מהני סימנים בלא שנים כיון דע"כ פלוגתייהו מיירי בידוע שכבר הגיע לכלל שנים אע"כ צ"ל דאפי' שיעורא דר"ע אינו בא אלא לאחר י"ג שנה ויום א' וא"כ איך שייך לומר למאי דקי"ל כר' ישמעאל להחמיר דבעינן כדי לכוף ראשן לעיקרן שנחזיק אותו כגדול משעה ראשונה משהגיע לכלל י"ג ויום א'.

ואף לפי מ"ש לעיל דמשמע מעובדא דבני ברק דמחזקינן ליה בגדול למפרע משעת מכירה י"ל דר"ע לשיטתו דס"ל משניטל כו' והוא השיעור הקטן שבכולם לדעת הרמב"ם שפיר י"ל דמחזקינן ליה למפרע משנת י"ג ויום א' אבל למאי דקי"ל כדברי כולן להחמיר האיך אפשר לומר דמשנת י"ג ויום א' מחזקינן ליה בגדול למפרע ודוחק לומר דברייטא זו אתיא כר"ע דאכתי קשיא לר"ח דאמר זה בני בן י"ג וכו' דהא ר"ח ס"ל הלכה כדברי כולן להחמיר ואדרבה היה נראה דה"ט דרבא דס"ל דמשהגיע לכלל שנותיו הוי חזקה למיאון אבל לחליצה בעי בדיקה היינו משום דלמיאון קי"ל להחמיר בשיעור קטן מכולם דזה בא מתחלת גדלות השנים אבל לחליצה לא סמכינן כיון דבעינן שיעור גדול.

ונראה פשוט דס"ל להתוס' בשיטה אחרת דאף לחליצה שייך חזקה דרבא דהיינו כיון שהתחיל לבא שיעור הקטן בתחלת גדלות השנים ממילא משערינן שיעור ערך גידול השערות ברוב בני אדם והא דקאמר בן י"ג שנים ויום אחד היינו להאמינו בשיבוא בערך הזמן שיגדלו השערות כדי לכוף כו' ואז מחשבינן ליה בגדול בחזקה דרב' שהתחילו לגדל מתחילת גדלות השנים.

ובזה נראה לי להבין מ"ש התוס' בשיטה אחרת דמיירי שכבר עבר שנה או שנתיים ולמה הפליגו זמן רב כזה ולא כתבו סתם שכבר עבר הזמן שאכל אלא נראה כיון דע"כ ס"ל דמשערינן ערך גידול שערות א"כ בזמן קצר אחר אכילתו יוכל לשער שהיה כבר

בשעת אכילה כדי לכופף לפי ערך גידול השערות ברוב בני אדם וא"צ לנאמנות האב אבל כיון שכבר הפליג זמן רב שנה או שנתיים א"א לשער לפי ערך גידול השערות דהשתא וצריך לנאמנות האב לשער מתחילת גדולו ובזה נראה לפי ענ"ד בפשיטות בעובדא דבני ברק דאי לאו דסימנים עשויין להשתנות הוי מחזיקין ליה בגדול משעת מכירה היינו אם ימצאו בו רבוי שערות גדולים כדרך ב"א ממילא דאף דהיה זמן מה בין המכירה למיתה מחזיקין ליה בדרך גידול השערות שכבר בשעת מכירה היה בהן כדי לכופף וא"צ לחזקה דרבא ואף לפי מ"ש לעיל דהתוס' הכריחו מן הסוגיא דמחזיקין ליה בגדול למפרע משום חזקה דרב' היינו לשיטתיה שכתב בתחלה שהגומות עשוין להשתנות לאחר מיתה א"א לומר אם ימצא בהן רבוי שערות דבזה א"צ לגומות כמ"ש הפוסקים וכ"ש דל"ח לספק שינוי לאחר מיתה וכן נראה לפענ"ד פשוט דאם בדקו והוא כמה שנים לאחר גדלות והוא כדי לכופף דאזלא ליה חזקה דרבא דא"א לומר שהתחילו לגדל בתחלת שנת י"ד ולשער כפי גידול השערות ברוב בני אדם ולעשותו גדול מאותו שעה דלפי דרך גידול השערות א"א שיעמדו כמה שנים ולא יגדלו יותר מכדי לכופף ע"כ אין להחזיקו בגדלות מחמת חזקה דרבא.

ומעתה אני אומר בנדון שאלה זו דלא מבעיא אם יודעין דלאחר שנעשה בן י"ג שנה ויום אחד לא היה בו שערות דפשיטא דאזלא ליה חזקה דרבא כמ"ש התוס' בהאי עובדא דבני ברק וכן אם הוא עצמו אמר בתחלה דאין לו שערות נאמן בכה"ג דאפשר לברר כיון דאיכא למימר שצוף ואחוי כדאיתא בקידושין דף ס"ב ע"ב ובי"ד סימן קכ"ז ע"ז בש"ך אלא אפי' אין יודעין בתחלה משנעשה בן י"ג שנה אלא דלפי השיעור הזמן גידול השערות עתה יש לשער שלא התחילו לגדל בן י"ג שנה ויום אחד אזלא ליה חזקה דרבא כנ"ל לענ"ד: גם מ"ש במה שהחמירו בנמצאו גומות דשמא אין אנו בקיאים ותמהו עליהם וכי יש שיעור לגומות.

לפי ענ"ד הדבר נכון דיש שיעור לגומות דאל"כ קשה בהך פלוגתא דתנאי בשיעור השערות דודאי צ"ל דגם בשיעור הקטן אית ביה גומות דלא יחלוק רב מלכיו בפלוגתא דתנאי וכן מר זוטרי דמקשה שם לא לישתמיט תנא וכו' ולא הקשה מפלוגתא דתנאי ואם נימא דאף דאית ביה גומות כיון דאית שערות גרע טפי דל"ש שנשרו אכתי קשה האיך מחזיקין ליה בגומות לבד בגדול משום דאמרינן שנשרו השערות אכתי מנא ידעין שהיו השערות כשיעור כדי לכופף וכו' כיון דבשיעור קטן נמי יש בו גומות ואיך נחזיק אותו בודאי לגדול אע"כ נראה פשוט דהגומות הם לפי ערך גידול השערות והיו בקיאים בגומות לבד שהיא שיעור שהיה בהן שערות כדי לכופף ונשרו.

ומעתה פשיטא די"ל בהא דאמר דבעינן שיהא בעיקרן גומות היינו לפי ערך השערות שהיה בהם כדי לכופף וכיון דאין אנו בקיאים בשיעור הגומות יש לחוש שאין הגומות כשיעור ע"כ נראה פשוט דאין להקל משיטת הפוסקים שהביא הב"ח אם לא בענין שהקיל הב"ח במקום עיגון. כיון דרבנן קשישאי בקיאי טפי מינן ואם גדולים חקרי לב לא מצאו ידיהם לברר ולכונן.

מי יאמר זכיתי לבי וכליותי אשתונן ויקיץ כגבור מתרונן. וחכמתי עמדה ומזקנים התבונן.

ומה שתמה על מה שהחמיר הש"ע לענין מיאון דאנן אין בקיאינ בגומות ולא החמיר בענין כתמים. הנה מלבד דאיכא התם חזקת היתר כמ"ש רומ"ע.

יש לחלק דבכתמים לא גזרו חכמים בתחלה אלא על גדולה ודאי משא"כ לענין מיאון דלא תיקנו אלא בקטנה. ותו דאפי' בספק איכא למיגזר במיאון בלא בעל אטו בעל דאיכא ספק א"א דאורייתא דבאשם תלוי קאי משא"כ בכתמים אפי' היא מגופה ליכא אלא איסורא דרבנן כיון שלא הרגישה ואין לדמות במה שהחמירו דאין אנו בקיאים במקדיר או במגליד דהתם הספק אינו בגוף האיסור אלא דאם היה יכול להבחין בין מקדיר או מגליד היה אפשר לברר וכיון דאין אנו בקיאינ נשאר הספק איסור במקומו כן נראה פשוט: ומאפס הפנאי מחבילות טירדין אשר הקיפוני סבוני כמים עת לקצר ואחתום בברכה ואסיים.

יוזכר לטובה ויכתב בספר החיים. מאת ה' מן השמים הכ"ד נפשי א"נ ש"ב ומחותני דרש"ת: הק' פינחס הלוי איש הורוויץ כבוד בני חד"ז הרב הה"ג המפורסים נ"י ד"ש הטוב: שאלה קלב איש אחד היה מתגורר במקום אחד עם אשתו זמן רב ובנים לא היה להם ובעת חליו היתה האשה מהדרת אחר מי שיודע לסדר גט כי יראה אולי יש לו אחים ולא איסתייע מלתא ונפטר האיש ההוא ואח"כ עמדה האשה ונשאת ואחר הנישואין נתעוררו איזה אנשים והעידו שדרך סיפור שמעו מפיו שיש לו אח אך בחיי הבעל וגם אחרי מותו קודם הנישואין לא נשמע מזה ולא היה מוחזק באחי ועוד באו הדברים מפורשים בהגבה"ע ברוב ענין.

ונשאלתי לחוות דעי בזה: תשובה עיקרא דהא מלתא בקידושין דף ס"ד ומבואר מדברי הש"ס שם לפי פרש"י דכל דלא מוחזק באחי הוא בחזקת שאינה זקוקה ליבם. ואין הבעל נאמן לאוסרה ומ"ש רש"י באמר יש לי בנים כי אתא חד ואמר שהוא אחיו לאו כל כמיני' דאהני דבור לחזקה וקשה ל"ל אמירתו דלמה יהא עדיף מן הבעל ואפי' ע"א דעלמא א"נ כמ"ש הטור והש"ע סי' קנ"ז כבר עמד בזה אא"ז מהרש"א ז"ל ומבואר לקמן הנלענ"ד בזה וכן נראה לכאורה דעת רוב פוסקים דכל שאינו מוחזק לנו שיש לו אחים שרי' לעלמ'.

ובאמת שצריך להבין איזה חזקה יש כאן לומר שהיא מותרת לפי שאין האחים ידועים לנו. וכי בשביל זה בא בגפו ואין אחיו עמו נאמר שחזקה שאין לו אח והוא נגד החוש ועינינו רואות שבאים אנשים ממקומות אחרים שיש להם אחים במקומות מושבותיהם בתחלה והמקר' אומר יש אחד ואין שני גם בן ואח אין לו ואומרו יש א' כו' מכלל דרוב' לאו הכי וספק השקול הוא הגע עצמך מי שקידש אשה ע"מ שאין לו אחים הכי נאמר דהווי קידושין ודאין לפי שהוא בחזקת שאין לו אחים פשיטא דליתא וספק קידושין הוי וא"כ גם לענין זיקת יבמין נמי ניחוש להכי מספיק' דשמא יש לו אחים וא"כ בשעה שמקדש את זו חלו קידושין לאוסרה לכל העולם עד שיגרשנה או ימותו יתברר שיש לו בנים או אין לו אחים ומשעת חלות הקידושין לא עמדה האשה בחזקת שאינה זקוקה ליבם שהרי מיד נכנסה לבית הספק שתהא אסורה אף לאחר מיתה אם ימות בלא בנים מחמת ספק אחים.

וכיון שעד היום לא נתברר ספק זה עדיין בספק איסור עומדת: ולכאורה היה אפשר לומר דלכך לא חיישינן שמא יש לו אח משום דהוי ס"ס ספק שמא לא היה לו אחים בשעת קידושין כלל ואת"ל שהיה לו בשעת קידושין שמא מתו אח"כ ואע"ג דבכל דוכתא מוקמינן אחזקת חי היינו באיש פרטי שאנו דנין עליו אם הוא חי מוקמינן ליה אחזקת שהוא חי עדיין שאין לנו לבדות הנולד להשתנות בדבר שאנו דנין עליו והוא גזירת הכתוב ללמוד מנגע או הל"מ לראב"י אבל בזה שאנו דנין בדרך את"ל שמא היה כאן אחים שפיר י"ל שמא מתו שמה יפה כוחם מכל אדם נוצצים ונובלין מקרה א' לכולם ומה"ת לא נאמר שמתו גם הם ועדיין בשו"ת נ"ב שבתחלה ר"ל דבכה"ג הוי כחזקה שלא נתבררה ודחה זה והדין עמו.

אבל מ"מ נראה כיון דחזקה גזירת הכתוב הוא אין לנו לומר כ"א על דבר פרטי דומיא דנגע ומהאי טעמא הוציאו מכלל חזקה כשלא נתבררה משעתה כיון שאינו דומה לנגע ומכ"ש לפי דעת הט"ז דחזקת חיים לאו חזקה אלימתא הוא דעשוין להשתנות א"כ אף דבעלמא אזלינן בתרה מ"מ בזה דאיכא עוד ספיקא שמא מעולם לא הו"ל אחים כלל חזו לאצטרופי הך ספיקא דשמא מתו ג"כ אך באמת ז"א דודאי משמע דמשעת קידושין אמרינן שהיא בחזקת שאינה זקוקה וא"כ שם ספק חד הוא שמא אין לו אחים דמה לי לא באו לעולם או הוי ליה ומתו ואפי' תימא דהשתא בשעת מיתה היא בחזקת שאינה זקוקה ג"כ שם ספק חד הוא דהא אין נ"מ אם היה בשעת קידושין או לא.

ואף לפי מ"ש במקום אחר שאין העיקר תלוי בזה שספק אחד מתיר יותר מחבירו שאין זה רק סימנ' מילתא שאין באים עליו מצד אחד רק משני צדדים ולאפוקי הך דפיתוי קטנה שהכל צד אונס הוא כמו שאין להרבות ספיקות שמא נאנסה בשדה או בשינה או נתעלפה וכיוצא כיון שהכל תחת סוג אונס וא"כ י"ל דכאן באין עליו משני צדדין שמא לא היה לו כלל מצד השני שהיה לו ומתו ובצד שכנגדו אנו צריכין לומר שהיה לו ועודם חיים אך מ"מ אינו נוח לי דמסתברא דצד זה שמא היה לו ועודם חיים לא הוי מיעוטא לגבי הנך שני צדדים אלא ספק השקול הוא שמא יש לו אחים כעת שמא אין לו מאיזה צד שיהיה או שלא באו לעולם וכיון דספק השקול הוא א"כ מנין לנו חזקה דהיתר' שאינ' זקוקה ליבם: והנה גדולי האחרונים האריכו בענין זה בתשובותיהם וראש המדברים בזה מהר"ם גלאנטי ומהרי"ט ח"א סי' פ"ב ומהר"ם גלאנטי התיר אף שהיה ע"א ששמע מפי הבעל שיש לו אח ומהרי"ט עם הרבה מגדולי הדור חלקו עליו כאשר בא בארוכה בתשו' הנ"ל וגם בתשו' מוה' יו"ט צהלין ז"ל סי' כ"ז ותורף דברי מהרי"ט ומהרי"ט"ץ דאף שהרא"ש בתשובה כתב להתיר בלא הוחזק באחים אף שאחד העיד שיש לו אח משום דלאו כל כמיניה לאפוקי מחזקה היינו אם ידעינן דלית ליה אחים אלא דמספקא לן אם נולד לו אח"כ אבל מי שבא מארץ רחוקה ואנו מסופקים מעיקרא אם יש לבעלה אחים לא מיקרי זה חזקה לשוק.

כו' וכן בתשובת מהרי"ט"ץ כתב דהתם מיירי שנתגדל בעיר ההוא ולא נודע מעולם שיש לו אחים כו' אבל בנ"ד זה האיש בא מקרוב מארץ מרחקים ולא שייך לומר שהאשה היה לה חזקה שאין אחים לבעלה שהרי לא היה לה חזקה לפי שעתה מקרוב בא כו'

ע"ש והמעין בתשובות הרא"ש שם יראה שחילוק זה הוא דחוק מאוד דודאי משמע בתלמודא דידן דכל שאינו מוחזק לנו באחים הוי חזקה לגבי דידה.

ומינה מייתי הרא"ש לנ"ד לענין ע"א. ומ"ש הרא"ש כיון שהאשה עומדת בחזקת שאין אחים לבעלה כו' משום דהרא"ש ס"ל דכל דלא ידעינן שיש אחים הוי כאיתחזק שאין אחים וכמ"ש שם אח"כ הרי אנו רואין שהבעל אינו נאמן לומר יש לי אחים היכא דאינו מוחזק לן באחי ואם כן צריכין אנו לשית לבנו לדעת רש"י והרא"ש והטור וכן מבואר מדברי הרמב"ם והרשב"א דכל שאינו מוחזק באחין הוי חזקת היתר שאינו זקוקה ליבם וצריך טעם למה חשיב ליה חזקת היתר כה"ג: והנה מהרי"ט כתב שא"ל העמד האשה בחזקת היתר שהיה לה עד שלא תנשא ואף שהוחזקה א"א כשמת בעלה פקע איסור א"א ונשארה מותרת לשוק כמו שהיתה אין לך לומר כן כו' והאריך להוכיח דמחזיקין מאיסור לאיסור וכבר הארכתי במקום אחר בכלל הזה דמחזיקין מאיסור לאיסור וראיתי בספר שב שמעתא להגאון בעל קצוה"ח ז"ל שהאריך בזה על דברי מהרי"ט ובסוף דבריו כתב וז"ל ובעיקר הדין כו' נראה דכה"ג לא הוי חזקת היתר אפילו נימא דאין מחזיקין מאיסור לאיסור וראיה ברורה מגירש ואח"כ כנס שכתבו התוס' שם דלא הוי חזקת היתר וטעמא דמשום דכל שנולד הספק בעידן איסור' תו לא מיקרי חזקת היתר דתיכף בנישואי הבעל ספיקו עמו וחזקת היתר דקודם שנישאת פקע ע"י נישואין באיסור א"א ואנן בעינן חזקת היתר ממש.

וארווחנא מזה ספיקא דה"ל כמו גירש ואח"כ כנס כו' ע"ש באורך. והמעין יראה שאין הנדון דומה כלל.

דאנן הכי קאמרינן אשה זו בחזקת היתר לשוק היתה עומדת טרם שקידשה הבעל ועתה בעת הקידושין נתחדש בה ענין להוציאה מחזקתה האחד בודאי והאחד בספק והיינו שנעשית א"א וגם ע"י מעשה זו אפשר שלא יהיה מיתה מתיר בה ואמרינן דהודאי מוציאה מחזקתה והספק אינו כדאי להוציאה מחזקה.

ולכן כשיש כאן ספק שמא אין כאן אחים כלל מעיקרא לא יצאה מחזקתה לשוק שלא יהיה לה היתר במיתה שהרי יש כאן ספק שמא אין נופל עליה מחמת קידושין אלו זיקת יבמין כלל משא"כ היכא שגירש הערוה בספק גירושין ולבסוף כנס פשיטא דלא שייך בזה חזקת היתר שהרי יש כאן יבם לפנינו.

ומיד שמקדש אותה הרי נסתלק חזקתה לשוק בבירור אלא שאתה אומר שמא היה קרוב לו ותהיה פטורה בשעת מיתה מחמת צרת ערוה אני אומר אל תתירנה מספק. ובשלמא בכנס ולבסוף גירש שפיר איכא חזקת היתר מיד שמוחזקין אנו כשימות בעלה תהיה ודאי מותרת לשוק משא"כ בגירש ולבסוף כנס ואפשר לומר לפי מ"ש התוס' דלר' ירמיה ע"כ בגירש ולבסוף כנס מיירי ואליבא דידיה ס"ל לנישואין הראשונים מפילין א"כ לענין אפוקי זיקה מחמת צרת ערוה ג"כ מחמת נשואים הראשונים אנו דנין ואיכא למימר דסלק איסור א"א כמו שאינה שהמיתה התירתה ואין זיקת יבם אוקי אחזקה הראשונה לשוק ואמרינן שהערוה לא נתגרשה וממילא דמהאי שעתא אין עליו חשש זיקת יבם שאפי' תמות הערוה אח"כ או נתגרשה תפטר צרתה כיון דנישואין ראשונים מפילין והיתה צרת ערוה שעה אחת וא"כ נראה דאף בכה"ג לא אמרינן דאית לן למיזל

בטר חזקה ראשונה לשוק כיון דבשעת נישואין היה מקום לספק שמא כבר נתגרשה הערוה ונולד הספק בעידן איסור'.

וממנו נקח גם לענין ספק אם יש לו אחים אך עדיין יש לחלק דבשלמא התם אמרינן כיון שהיתה בחזקת היתר לשוק וע"י קידושין אלו אתה בא לאוסרה א"א לאוסרה ולהוציאה מחזקתה כ"א בדבר ברור דהיינו איסור א"א אבל לאיסור יבום אנו צריכין לחדש דבר ולאוסרה על הספק שמא יש לו אחים והרי אין אחים לפנינו אין לנו לבדות ספק ולהוציאה מחזקה וכיון דפקע איסור א"א שהרי מת וקברו מוכיח עליו לענין ספק זיקת יבום בהיתרא קיימא משעה ראשונה משא"כ לענין גירש ואח"כ כנס שיש אחים לפנינו ולולי שהיה מקום לפוטרה מחמת הערוה היה כאן זיקת יבום ודאי א"א לפוטרה כ"א בודאי אבל לא בספק וכיון דבשעת כניסה כבר גירש ואף שנפל ספק בגירושין אלו א"א לפטור צרתה בשביל הספק הזה במקום חיוב ודאי והדברים ברורים.

אך כ"ז לפי דברי בעל קצוה"ח ז"ל דמפרש דברי התוס' דבגירש ולבסוף כנס הוי העיקר משום חזקה דערוה גופיה דמוקמינן לה בחזקת שלא נתגרשה: ואמנם המעיין בלשון התוס' שכתבו וי"ל דמ"מ היא בחזקת היתר לשוק דמוקמינן הערוה בחזקת שלא נתגרשה ולפי מה שהבין הוא ז"ל שפת יתר הוא בתוס' מ"ש מ"מ היא בחזקת היתר לשוק כו' שהרי יתד שהכל תלוי הוא לפי שהערוה גופה בחזקת שלא נתגרשה וממילא דאכתי היא צרת ערוה וגם שאינו מדוקדק לשונם בזה דאהיה קאי אחזקת היתר לשוק של הצרה שהרי אין אנו משתמשים בהיתרא מצד חזקת עצמה רק מצד חזקת הערוה וגם על הש"ס גופא קשה דמי הכריח לרבה לומר אשה זו בחזקת היתר כו' ולהאריך לשון ובפשיטות ה"ל לומר דאכתי צרת ערוה היא דהערוה לא נפקי מחזקתה ולשון זה היה כולל בין כנס ולבסוף גירש או להיפך.

ועיין ברמב"ם שכתב דמיירי בכנס וגירש דאל"כ אין כאן חזקת השוק דמתחילתה בספיקה עומדת ובתוס' אומרים כיון דערוה שנתקדשה ודאי ונתגרשה בספק בחזקת א"א עומדת אף לזו חזקת היתר לשוק יש לה ואין זה כלום עכ"ל. ולא ביאר טעמו דלכאורה הדברים פשוטין כיון דערוה גופה בחזקת א"א עומדת ממילא שזו צרת ערוה היא ואדרבא הא דקאמר אף לזו חזקת היתר יש לה הוא אך למותר דמה לנו לדון על חזקתה מכבר הרי בשעת נפילה היא צרת ערוה כיון דהערוה לא נפקא מכלל א"א.

וכן בחידושי הרשב"א כתב כיון דהערוה נתקדשה ודאי כו' בחזקת נשואה קיימא דמספק אל תוציאוה א"כ נכרית בחזקת היתר לשוק וכן באו לידי מקרוב חידושי הריטב"א ז"ל על יבמות וכתב ג"כ כיון דהערוה גופה קיימא בחזקת נשואה ולא חיישינן לספק גירושין דידה דאמרינן אוקמי אחזקתה אף צרתה דתלייא בה קיימא בחזקת צרת ערוה נמי עכ"ל וכן בחדושי הרא"ש יבמות שנדפסו מקרוב המכונה לשון חכמים כתב כלשון התוס' הרי שהתוס' והרמב"ן והרשב"א והריטב"א והרא"ש כולם כתבו עיקר היתר של הצרה מחמת חזקת עצמה: ובאמת שהכרח לומר כן מחמת לשון הש"ס דרבה נקט אשה זו בחזקת היתר לשוק כו' הרי מטעם חזקת הצרה עצמה אתינן עלה אך על רבה גופיה קשיא כמש"ל.

ואמנם נראה דודאי אין להתיר הצרה מחמת חזקת הערוה שאין דנין חזקה מגבר לגבר ועיין ביבמות דף קי"ז גבי שני צרות זו אומרת מת בעלי כו' ובתוספות שם וכמ"ש בזה במקום אחר. ולפיכך הוצרך רבה לומר אשה זו בחזקת היתר עומדת שאין זו מטהרת ע"י חברותי אלא בשביל חזקת עצמה ולפיכך דעת רמב"ן דבגירש ולבסוף כנס דמעיקרא בספיקא קיימא אין כאן חזקת היתר והתוס' ס"ל דגם בגירש ולבסוף כנס נמי דהא בשעת כניסה היה לה חזקת היתר של קודם הכניסה ואנו דנין שמעולם לא נכנסה לכלל חזקת יבום אלא צרת ערוה היתה דהוי מוקמינן הערוה שלא נתגרשה והוצרכו התוס' והמפרשים לומר דהערוה בחזקת א"א דודאי אי ערוה בספק קיימא מדינא וכגון בב' כיתי עדים או בח' אמות מצומצמות כמ"ש רש"י ז"ל ועיין בב"ש סי' קע"ב א"א לומר דבשעת כניסת הצרה עדיין הוא בחזקת היתר לשוק הקודם שהרי כניסה זו מכניסה לזיקת יבום רק שתתלה לומר דמ"מ פטורה מחמת הערוה והרי הערוה גופה ספיקא הוא משא"כ אם גבי ערוה גופא אמרינן חזקה דא"א אע"ג שאין לדון להתיר מחמת חזקתה את הצרה מ"מ הצרה מותרת מחמת חזקת עצמה שהיה לה שעת היתר לשוק בשעת כניסה וזה כוונת התוס' מה שכתבו דמ"מ היא בחזקת היתר לשוק ר"ל ההיתר שהיה לה בשעת הכניסה שאין הכניסה מגרע היתירה דמוקמינן הערוה בחזקת שלא נתגרשה ולא שחזקה זו של הערוה תועיל להחזירה רק שמועיל שאין ספק הגירושין של הערוה מגרע חזקת הצרה ומותרת מטעם חזקה קמייטא דקודם נישואין וא"כ אדרבה מבואר משיטת התוס' דחזקה קמייטא דקודם נישואין הוי חזקה לומר שלא נאסרה בנשואין אלו ומטיל הספק לצד ההיתר וא"כ ה"ה לענין ספק אם יש לו אחים רק שהרמב"ן שחולק על התוס' נראה דלא ס"ל למיזל בתר חזקה קמייטא ולכך כתב שאין זה כלום: אך לפמ"ש אפשר דבספק אחים גם הרמב"ן מודה ודוקא בס' גירושין כיון דע"כ הכניסה מזקיקה ליבום אלא שבאת לפוטר' מחמת הערוה אל תפטרנה מספק כיון שאין כאן ערוה ודאית וחזקת א"א של הערוה אינו מועיל לסייע חזקת היתר לשוק של הצר' ועיין בשב שמעתא שם בפרקים שאח"כ שע"פ מה שהבין בדברי התוס' דמחמת חזקת הערוה אתינן עלה נדחק במה שהיקשו התוס' אח"כ מהא דחולין להשיא כוונתו לד"א דמדייקו דאין מחזיקין מאיסור לאיסור מה דמקשה אביי לרבה מנפל הבית כו' והמעיעין בתוס' ורשב"א וריטב"א יראה דליתנייהו להני מילי והדברים ברורים כמ"ש דמחמת חזקת הצרה שהיה לשוק אנו מטין לומר דעדיין בחזקת היתר היא שהערוה לא נתגרשה כלל ועל זה הקשו דנימא מחזיקין מאיסור לאיסור ר"ל כמו דהתם בחולין מחמת שהיא אסור' בחייה משום אמ"ה דודאי אין אנו דנין איזה איסור שיהיה וצריך שיתברר היתירה מכל מיני איסור שבעולם.

וה"נ עכ"פ ע"י הכניסה נעשית א"א צריך שיתברר היתירה מכל מיני איסור שבעולם וה"נ בין בכנס ולבסוף גירש דאיכא חזקת היתר לשוק מחמת שהיתה עכ"פ צרת ערוה ודאית וגם עתה יש להערוה חזקת א"א וזו היתה לה חזקת היתר לשוק שקודם נישואין ואף אחר נשואין עד שעת גירושין ובין בגירש ולבסוף כנס דאיכא חזקת היתר שקודם כניסה מ"מ כיון שעכ"פ נתבטלה חזקתה לשוק ע"י שנעשית א"א לא יועיל לה חזקה זו אף אחר שנפטרה מחזקת א"א דהא כבר היתה אסורה לשוק וע"ז תירצו כ"א לפי דרכו וזהו דעת מהרי"ט שכתב שא"ל דאזלינן בתר חזקה לשוק דקודם נישואין דהא מחזיקין מאיסור לאיסור כיון שע"י איסור א"א נתבטלה חזקה לשוק.

ובפ"י כתובות בסוגיא דהיה בה מומין כתב על דברי רש"י שם דחזקת הבת לא מהני לאב דיש לתמוה מהך סוגיא דיבמות דמהני חזקת פנויה של האשה לגרוע חזקת הצרה לענין יבום כמ"ש התוס' שם כו' ולפי מ"ש ז"א דודאי מחמת חזקת הצרה עצמה אתו עלה וחזקת פנויה של ערוה לחוד לא מהני לצרה וכמבואר בכתובות שם שגם הר"י חזר בו ותפש כפרש"י.

והנה במה שדחה בשב שמתא ראיית מהרי"ט מהך דנזיר דמחזיקין לאיסור ושאר הראיות שם כבר קדמו בזה הגאון מהר"י בכר דוד בספר דברי אמת. ולפי שהענין רחב מאוד ואין קונטרס זה מכילתו קצרתי פה: וממוצא הדברים אתה למד שהעיקר בזה כדברי מהרי"ט ז"ל דודאי יש מקום לומר דאזלינן בתר שעת היתר דקודם נישואין אף דבשעת לידת הספק לענין יבום נולד עמו ודאי איסור לענין א"א לא איכפת לן בהכי דמ"מ לענין הענין שאנו מסופקים עליו בחזקת' קאי וכשנסתלק האיסור שהוא ודאי אין לנו לאוסרה מחמת הספק דאוקמה אחזקה קמייתא שהיתה בו קודם לידת ספק זה ואף הרמב"ן שלא הסכים לדברי התוס' בהך דגירש ולבסוף כנס מודה בהא וכמש"ל.

ונראה לבאר יותר דהתוס' אזלי לשיטתם דס"ל דמוקמינן על חזקה אף היכא דאתיליד ריעותא משא"כ הרמב"ן ס"ל כשיטת רבינו יונה ודעימיה דכל דאתיליד ריעותא לא מוקמינן אחזקה וא"כ בזה שבשעת כניסת הצרה ויש לו אחים לפנינו אין לך ריעותא גדולה מזו לאורעי חזקת' לשוק לאחר מות בעלה אלא שאנו מסלקין הריעות' מחמת הערוה והרי יש ספק אם עדיין נשואה או לא ואין הריעותא מסתלקת מחמת הספק זה משא"כ בספק אם בשעת כניסה יש לו אחים או אין לו א"כ על הריעותא גופא אנו דנין דשמה כניסה זו אינו סותר כלל חזקתה לשוק אחר מות בעלה אם אין לו אחים ומעיקר' לא איתרע חזקתה כלל לענין זה ובכה"ג שפיר אזלינן בתר חזקה לכ"ע וכן מבואר מדברי אא"ז בתשו' סי' כ"ט במ"ש שם על הפר"ח וביאר שם דכל כה"ג שי"ל שאין כאן ריעותא כלל וכגון בסרכא כסדרן שי"ל שאינו מחמת נקב כלל לאו ריעותא הוא לבטל החזקה ע"ש.

ולכן מהרי"ט לא בא לסתור החזקה בזה שאין מוחזק באחין כ"א משום שי"ל דמחזיקין מאיסור לאיסור: ואמנם לפי זה תיקשי לן לשיטת רש"י דס"ל דמחזיקין מאיסור לאיסור האין יפרנס הא דלא מוחזק לן באחי דחשבינן ליה לחזקה לענין דלאו כל כמיניה לאפוקה מחזקתה וקשה אמאי נימא דמחזיקין מאיסור לאיסור וא"כ אין כאן חזקה דקודם נישואין דהא נולד בה ספק עם ודאי ואף שמסתלק הודאי יש להחזיק מן הודאי אל הספק ומ"ש מהרי"ט דלא מוחזק באחי היינו שידוע שאין לו אחים רק חששא כעין הך דיצאתה חמותה למדה"י דשמה נתעברה כו' אין זה במשמע לא מדברי הש"ס ומכ"ש מדברי רש"י ז"ל: ונראה דלכך כתב הרשב"ם בב"ב הא דלא מוחזק לא באחי ולא בבנים הוה חזקה משום דאיכא ס"ס ספק אין לו אחים ואת"ל יש לו אחים דלמא יש לו ג"כ בנים ע"ש.

ולכן כתב שם דאם מוחזק שאין לו בנים לא מהני אין מוחזק שיש לו אחים אלא צריך שיהיה מוחזק שאין לו אחים ע"ש דהיינו משום דהרשב"ם אזיל ג"כ בשיטת רש"י דמחזיקין מאיסור לאיסור וא"כ לא מהני חזקה דקודם נישואין לחודי' רק מחמת ס"ס

אנו דנין ההיתר ומ"מ מבואר למעיין בקידושין שאין זה שיטת רש"י ז"ל רק מטעם חזקה אתי עלה ולא משום ס"ס.

ונראה דרש"י ז"ל סובר דע"כ לא שייך לומר מחזיקין מאיסור לאיסור אלא בשנפל ספק לפנינו ע"י מקרה וסבהמחודשת כגון בנמצא פגום וספק אם היה בשעת שחיטה או ספק שהיה או דרס שהריעותא במעשה השחיטה היא ריעותא מבוררת ואין לך להעמיד על החזקה כיון שגם קודם לזה היתה בחזקת איסור אמ"ה משא"כ בספק אחים שלא נתחדש לנו לענין חזקת היתר לשוק לגבי איסור יבום שום ריעותא ברורה ומוקמינן אחזקה לומר שמעולם לא היה כאן ריעותא כלל בזה אין מחזיקין מאיסור אחר ואיסור זה שיש לו חזקה ולא נעשה בו מעשה ריעותא ברורה.

וגם י"ל דדוקא אם נתחדשה הסיבה וכבר היה האיסור ודאי קבוע בו כגון הא דאיסור אמ"ה דבבוא הריעותא דשחיטה היתה אסורה מכבר משא"כ אם האיסור ודאי והספק באים כאחד אין להחזיק מזה על זה לסתור החזקה כיון דבשעה שנכנס הספק היה שם חזקת היתר ואע"פ שע"י אותו מעשה עצמו נעשה הודאי איסור מ"מ אין זה מבטל החזקה המועיל לספק ואיסורא דודאי איתחזק וספיק' שריא משום חזקה.

והכי משמע לענ"ד מדברי הרשב"א ביבמות שכתב ליישב קושיות התוס' מחולין דבבהמה אסורה עד שיתחדש ענין המכשיר ועליך הראיה אבל הכא שמתחלה צרה לערו' הוות וממילא מותרת כו' ועליך הראיה דנעשה מעשה האוסרה דהיינו גירושי הערוה ע"ש וכ"כ הריטב"א ז"ל: ולכאורה תירוץ זה אינו מספיק למ"ש תחילה לענין גירש ולבסוף כנס.

אך לפמ"ש א"ש דמגרש ולבסוף כנס דמוקמינן אהיתר שקודם הנשואין ובשעת נשואין האיסור הודאי והספק תרווייהו בהדדי קאתי ובוזה י"ל דהספק מותר מחמת החזקה ולא שייך בזה להחזיק מאיסור הודאי להספק כיון דהאיסור ודאי לא היה עד עתה שבאה הסיבה של איסור זה אינה מפקעת חזקת הספק כיון שלא הוחזק באיסור עד עתה משא"כ בכנס ואח"כ גירש בזה שפיר י"ל דמחזיקין מאיסור לאיסור כיון דבשעה שנתחדש ספק האיסור ליבום כבר היתה אסורה בודאי משום א"א ואין לנו לתפוש חזקת היתר שקדם ולענין זה עדיף גירש ולבסוף כנס מכנס ולבסוף גירש דגירש תחלה אז בעת לידת הספק היה שם חזקה לשוק ואח"כ הוא שנתחדש האיסור לא איכפת לן לבטל החזקה לענין הספק ואמרינן מחמת חזקת היתרה שלא נתגרשה הערוה כלל ואכתי צרת ערוה היא משא"כ בגירש אח"כ שכבר היתה מוחזקת באיסור א"א ובחזקת היתר ליבום ואתיליד ריעותא בחזקתה לשוק בעת שהיתה ודאי אסורה מכבר מחמת א"א אין חזקת היתר ליבום מועיל וע"ז כתב הרשב"א דבוזה שוב שייך לומר כיון שההיתר בא ממילא במיתת בעלה ואתה אומר שנעשה מעשה חדש שנתגרשה הערוה עליך הראיה.

ואם כן הא דספק שאין לו אחים כגירש ולבסוף כנס דמי דעד שנולד הספק לא היה שם איסור ודאי ובתרווייהו בהדדי קאתו ובוזה אין מחזיקין מאל"א כנלפענ"ד לשיטת רש"י ז"ל: שוב עיינתי במהרי"ט וראיתי שמ"ש שם בתחלה ולא קרינן חזקה לשוק אלא כי ידענן דלית לי אחי אלא דמספקא לן אם נולד אח"כ כו' לאו לפרושי סוגיא דקידושין קאמר הכי אלא לגלויי מלתא אימת הוה חזקה לקידושין אבל הך דקידושין דלא מוחזק

באחי ודאי דמתפרשת כפשטא שעכ"פ אין מי שיודע שאין לו אחים ומפרש אותה כפירשב"ם דמחמת ס"ס הוא ולא מטעם חזקה כו' ותמיהני איך בא להשוות לזה דעת הרא"ש בתשובה עפ"י חילוקו דמי שבא ממקום אחד כו' שנראה מדברי הרא"ש שם דמיייתי הך סוגיא דודאי בכל גווני מיירי וגם מ"ש בסוף דבריו בדקדוק לשון הרא"ש בתחלת דבריו שכתב מלתא דפשיטא כיון שאשה זו בחזקת שאין אחים לבעלה עומדת ולא אמר בחזקת היתר לשוק עומדת ע"כ דנידון דידיה חזקה אלימתא איכא כמ"ש שישב שם כמה שנים ולא נשמע לא מפיו ולא מפי זולתו שהיה לו אחים זהו חזקה ברורה דקי"ל סוקלין על החזקה כו' ע"ש גם ז"א במשמע לעשות מזה חזקה ברורה לפי שישב כמה שנים ולא נשמע מפיו כי מי הוא הנביא שידע זה שלא נשמע מפיו ומה שאמרה האשה כי רחוק הוא שלא היה הבעל מודיע לה כו' פשיטא שאין בזה ממש ועיקר סמיכתו של הרא"ש בזה הוא על דברי הש"ס דקידושין דכל דלא מוחזק באחי חשוב להו בחזקת שאין לו אחים וכן מבואר מדברי הרשב"א בחידושו לקידושין דף מ"ב ע"ב בהא דאמרינן הא איכא סהדי באידית שכתב וז"ל וההיא דיש נוחלין גבי ההוא דהוה מוחזק לן כו' דכוותה הוא בדנפיק קלא דאית ליה אחי דאי מספק לא חיישינן כלל דאם כן בכל אדם ניחוש שמא יש לו אחים כו' ע"ש.

ולדברי מהרי"ט הרי באמת כן הוא דבאדם הבא ממדה"י חיישינן ליה שמא יש לו אחים והתם נראה דמיירי בכה"ג שהיה מקום לחוש שיש לו אחים במדה"י ואפ"ה לא חיישינן והא דנקט התם דהוה מוחזק דלית ליה ס"ל ג"כ דלא לדיוקא אתי כמ"ש הרשב"ם שם אלא כל שאינו מוחזק באחים הו"ל כמוחזק שאין לו וכן נראה מהרשב"א בחידושו דף ס"ד שכתב וכן אם היה מוחזק דאין לו בנים ואינו מוחזק באחים אם יש לו אם לא כו' יש לו בנים נאמן במוחזק לן באחי כו' דאי לא מוחזק באחי לשקול הימנותי ולישדי אחיזרא דמסתמא לא חיישינן ליה ואף ע"ג דבפרק י"נ כו' ופרקינן התם דלא מחזיק לן בגויה דאית ליה אחי לאו למימרא דהא מתני' בדמחזיק דלית ליה אחי מיירי דאם כן נאמנותו בבנים למאי איצטריך הא קא שרייא וקיימא כו' וע"ש שכתב ולצדדין קתני יש לו אחים אינו נאמן במוחזק דלית ליה אחים ולא בנים כו' משמע דלא מוחזק באחי ומוחזק דלית ליה אחי חד מלתא הוא דכל שאין מוחזק באחים אם יש לו אם לא הו"ל כחזקה שאין לו וכן בריטב"א שם כ' אלא אמר אביי מתני' דלא מוחזק באחי ולא בכני פ"א ואשתו בחזקת היתר כו' ע"ש.

ונראה מדבריהם דס"ל דכל שאינו מוחזק באחים אין לנו לעשות ספק מדבר זה שמא יש לו אחים במקום אחר שאין לדיין אלא מה שענינו רואות ואמירתו שאומר אח"כ יש לי אחים הוה כמחדש ענין נגד החזקה שהחזקנו שאין לו אחים והיא בחזקת היתר ובאמת הך מלתא טעמא בעי דמה"ת לא ניחוש לספק הרגיל כזה שמא יש לו אחים ובדברי הריטב"א כו' כמש"ל לדברי רש"י דהחזקה היא חזקת היתר דידיה מקודם שנשאת ומחמת זה מחזיקינן שהריעותא שנולד בחזקתה לשוק ע"י הקידושין לא הורעה חזקתה של שוק אחרי מיתת בעלה ואמרינן שאין לו אחים והו"ל לענין זה כס' בטומאה אם שרץ או צפרדע דאם צפרדע מעיקר' אין כאן ריעותא בנגיעה זו כלל וה"ל בכה"ג דספק אין לו אחים שלא הורע כוחה לענין זיקת יבום כלל שפיר מוקמינן אחזקה.

וכן נראה ממ"ש הריטב"א שם מתניתא דמוחזק לן באחי כו' רבי סבר מה לי לשקר כעדים דמי כו' ואע"ג דבעלמא לא אמרי' מיגו במקום חזקה כו' ותו דמסתמא כל אתתא בחזקת היתר קיימא לשוק במיתת בעלה עד שתאסר בזיקת יבם לפנינו הלכך חשיב מיגו דיליה כעדים כו' וכוונת דבריו נראה אע"ג דמיירי במוחזק דאית ליה אחי וא"כ מה חזקת היתר לשוק יש כאן אך דהך מוחזק באחי ודאי דאינו חזקה גמורה רק מפי השמועה כמ"ש הרשב"ם וא"כ ניהו דתימא דאף לגבי חזקה כי האי לא אמרינן מגו מ"מ הא כנגד חזקה דמוחזק באחי יש לאשה חזקת היתר לשוק במיתת בעלה ור"ל דכיון שקודם שנשאת היתה מותרת לשוק לא יצאת מחזקה זו מחמת הנשואין דעדיין מוחזק היתרה בידה על אחר מיתת בעלה ומספק אין להחזיק באיסור זיקת יבם כיון שאין אחים לפנינו עד שתאסר בזיקת יבם שלפנינו והלכך שפיר חשבינן למיגו דידיה והו"ל בעדים כו' וכן מבואר ממ"ש הריטב"א שם ור"נ סבר מה לי לשקר כחזקה דמי ולא אתי חזקה ומרע לחזקה וכ"ל דמרע לה נימא דכי הדדי נינהו ואוקי תרי לבהדי תרי ואוקי איתתא בחזקתה דהתירה איכא למימר כשאמר יש לי בנים בשעת קידושין נאמן היה להתירה אפי' לר"נ דאוקי חזקה להדי חזקה והוה כמאן דלא מוחזק לן לא באחי ולא בבנים דשרי כו' ע"ש מבואר דאפי' מוחזק באחי שייך לאוקמא איתתא אחזקה דהיתרא וע"כ דהיינו חזקה דהיתרא שקודם נישואין ותנא דמסייע למאי דכתיבנא בשיטת רש"י ז"ל: והנה מה שכתב מהרי"ט מהך דקאמר בב"ב אם הקלו בשבויה נקל בא"א פי' רשב"ם דאיכא איסור תורה והרי היא בחזקת איסור עד עתה ואל תתירנה מספק כו' והנה הוא ז"ל בעצמו בסוף דבריו שם הביא הגרסא משום דמנוולה עצמה לגביה שבאי והיא גירסת התוס' שם וכן הביא דברי התוס' בתשובה סימן נ"א וא"כ אין ראייה מדברי הש"ס בזה ונראה שהוא לא בא רק להסתייע מפירוש רשב"ם שנראה דאזיל בשיטה שמחזיקין מאיסור לאיסור ומצאתי לרש"ל בחכמת שלמה בב"ב שם שכתב בד"ה ניקל בא"א נ"ב פירש קודם שמת והוה באיסור חמור א"כ אף אחר שמת עדיין בחזקת אותו איסור עד שיוודע לך שנפטרה מזיקת א"א אף ע"פ שאין עתה חנק אלא לאו דלא תהיה אשת המת החוצה כו' עכ"ל.

מבואר ג"כ דמפרש דברי רשב"ם משום דמחזיקין מאיסור לאיסור. ואמנם בשיטה מקובצת לב"ב כתב בשם עליות דרבינו יונה שכתב וז"ל עוד יש לפרש ניקל בא"א כיון דהוחזק באיסור א"א ובעודה בחזקת איסור א"א יצא הקול דאית ליה אחי לא מפקינן לה מחזקת איסור כשמת הבעל דמחזיקין לה מאיסור לאיסור ולא נהירא האי פירושא מהא דאמרינן בפרק ד"א אשה זו בחזקת היתר עומדת מספק אתה בא לאוסרה כו' ע"ש.

הרי דדחי האי פירושא מהאי טעמא גופא דאין מחזיקין מאיסור לאיסור כדמוכח ביבמות וגם מבואר דאפי' מאן דמפרש הכי היינו לפי שיצא הקול בעודה באיסור א"א אבל בקול שיצא לאחר מיתה אין משגיחין בו אע"פ שהקול בא להחזיקה למפרע על שעת הנשואין שאז נעשית אסורה משום א"א לא אמרינן בכי הא מחזיקין מאיסור לאיסור ורבינו יונה מיירי מהא דיבמות דאע"ג דשם נולד הספק בעידן איסורא דא"א אפ"ה אמרינן דבחזקת היתר עומדת: והנה מ"ש מהרי"ט מדברי הר"ן פ"ק דקידושין גבי האי דקידש באבנא דכוחלא שהביא ההיא די"נ דלא מוחזק באחי דחיישי' לקלא אע"ג דהאי קלא דלא איתחזק משום דבחשש איסור היתה כו'.

ולכאורה משמע שר"ל שלפי שהיתה בחזקת א"א חיישינן נמי לאיסור יבום מחמת הקול ובאמת ז"א דא"כ מה בחשש איסור דקאמר דהא א"א ודאי היתה וגם הר"ן שם מפרש אח"כ החילוק בין שבויה לא"א משום דמנוולה נפשה כו' כדברי התוס' והמפרשים ז"ל אך הר"ן בא לומר כלפי מ"ש תחלה דלכך בשאר קלא דלא איתחזק כגון קול קידושין לא איכפת לן משום דהתם בחזקת פנויה לגמרי היתה ולאחזוקי כולה מלתא דקידושין מחמת קול דלא איתחזק בב"ד לא אמרינן משא"כ בספק ש"פ כו' ובכה"ג הך דב"ב דבחשש איסור היתה ר"ל כיון שעכ"פ נתקדשה ויש מקום לומר שזקוקה ליבום אלא שאנו באים להתיירה מחמת החזקה בזה יש לחוש לקול כיון שעכ"פ היה כאן מקום לחוש בזה לאיסור ועיין בריטב"א שם ובש"מ לב"ב בשם רבינו יונה החילוק מבואר יותר שכתב הא דבקיודושין לא מהני קול בעלמא משום דבחזקת פנויה עומדת ואין מוציאין בקול בעלמא אבל הכא הקול יוצא להכחיש עיקר החזקה הראשונה דהא אמרי דאיכא סהדי רש"י וכיון דאפשר לברר הדבר נמתין כו' אם הקלנו בשבויה דאיכא למימר אוקי אחזקה ראשונה ולא נטמאת ניקל בזו דאיכא לאחזוקה באיסור יבמה לשוק דעיקר חזקה דמוחזק לן דלית לי' אחי לאו ודאי הוא וכיון דנפק קלא דאיכא עדים דאית ליה אחי אתרעי החזקה כו' ובספרי ספרד גרסינן משום דמנוולא כו' אבל האיך יקל בכאן שהרי מעולם לא נתברר שלא היה לו אחים אלא בחזקה בעלמא וכיון דאיכא קלא דיש לו אחים ראוי לחוש וכ"ש אם היה אביו קיים דאיכא למימר שמא הוליד בנים אח"כ כו' עכ"ל.

ומבואר מדבריו דאע"ג דהאי חזקה לאו ודאי הוא ובקלא בעלמא חיישינן ליה מ"מ חזקה מיקרי לענין דאיהו גופיה לא מהימן לסתור החזקה ולאוסרה אכ"ע וגם מדבריו שם שכתב אאו ימתא דש"ס מתני' דלא מוחזק לן דאית ליה אחים והא קתני זה אחי א"נ וי"ל מתני' דקיימא בחזקת איסור כגון דמוחזק כו' והיכא דקיימא בחזקת היתר כגון דמוחזק לן דאית ליה אחים והוא אומר זה לאוסרה א"נ כו' עכ"ל נראה מדבריו דהיכא דלא מוחזק באחי' היינו מוחזק שאין לו אחים וכבר כתבתי שכן משמע מהרשב"א והריטב"א ג"כ דכיון שאין אח לפנינו יש לנו להחזיקו בחזקת שאין לו: ולכאורה נראה ראייה לדבר דהגע עצמך אם בא לכאן איש א' עם אחיו ואחיו מת ויותר הוא לבדו והרי זה יורד לנחלה בחזקת שאין גואל קרוב ממנו ותלינן זה המת אין לו אב גם בן ואח אין לו.

ואם גם האח הזה מת גם הוא כאחיו היבמה אסורה לשוק מחמת חשש שמא יש לזה אחים אחרים וכיון שלנחלה אין חוששין גם לענין זיקת יבום אין לחוש ואשכחן לענין היתר אשה דחמיר טפי לירד לנחלה מהיתר אשה. וא"ל דבאמת היכא דאיכא למיחש חיישינן ז"א כדמשמע בב"ב במשנה האומר זה אחי כו' דבמסתמא לא חיישינן וכן מבואר בכתובות בעובדא דמרי בר איסק וכ"כ הרא"ש בתשובה כלל פ"ו בראובן שהיה קורא לשמעון ב"ד ולא נודע קרוב אחר ששמעון יורשו ולא חיישינן שמא יש לו יורש במדה"י ע"ש והשוואלי' שם הביאו ראייה מהא' דפ' י"נ דאמר אביי והאיכא קלא דאיכ' סהדי במדה"י דידעי דאית ליה אחי א"ל השתא מיהת ליתנייהו קמן אלמא לא חיישינן ליורש אחר כיון דלית' קמן ואע"ג דחשו לענין נישואין לענין ירושה לא חשו עכ"ל.

ומזה נראה דג"כ ס"ל להשוות מוחזק דלית ליה אחי ללא מוחזק לן באחי דהא עובדא דהתם היה שאין ידוע אם יש לו קרוב אחר אם לא וא"כ גם הרא"ש סובר כן מדלא דחה ראייה זו ואפשר דלא חש לדחותה כיון שלדינא הסכים לדבריהם דאין חוששין שמא יש לו יורש במדה"י וגם בלא"ה דברי השואלים שם צ"ע שהוצרכו לומר ע"כ לא חשו אלא לענין נשואין אבל לענין ירושה לא דהא אפילו תימא דחשו גם לענין ירושה היינו משום קלא דאיכא סהדי אבל בעובדא דנ"ד שאין שם קול מה"ת לחוש.

וגם מה שחילק בין נישואין לירושה ז"א כמש"ל דאדרב' משמע דלענין הורדת נחלה חמיר טפי דהא משיאין אשה ע"פ ע"א ואלו לנחלה דהיינו לירד ולמכור לא מהני זה ששמעו בו שמת עפ"י ע"א כמבואר בב"מ דף ל"ח וא"ל דהא דמתירין אשה ע"פ ע"א משום דאיכא חזקה דדייקא משא"כ לענין לירד לנחלה ועיין בסמ"ע סימן רפ"ד ה"נ שייך דוקא במלתא דעל"ג ואפ"ה חיישינן לקלא ואעפ"י דהרא"ש ס"ל להחמיר בע"א ביבמה וס"ל דלא איפשט האיבעיא שם מ"מ נראה שאין לתלות זה באיבעיא דהתם ואין להקל לענין נחלה טפי מלענין נשואין.

ועיין בב"מ בתוספות שם גבי דילמא שכיבא סבתא כו'. דלגבי גט אמרינן בחזקת שהוא קיים משום עגונא כו' ולגבי יתומה החמירו כו' עיין בתה"ד סימן שמ"ט ואם כן דברי השואלים שם צ"ע והנה הריב"ש בתשובה סימן מ"ו וסימן מ"ז כתב להיפוך מדברי הרא"ש וכתב דאין ספק שצריך שיהיה מוחזק בעירו שזה הקרוב הקודם בירושתו שהרי אפשר שיהיה לו קרוב אחר לירש קודם זה כו' וכתב דלא דמי הא לדמרי בר איסק שלא הצריכוהו להביא ראייה שאין לו אחר דהתם מארי ודאי הוא יורש אביו ואם אין לו אח או יש לו הוי ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי אבל בנידון זה שהקורבה הוא רחוקה אין זה ודאי יורש עד שיביא ראייה שהוא הקרוב מכל אדם וגם בתה"ד סימן שמ"ט שכתב ג"כ אחששא דילמא אשת ראובן הולידה עוד וכתב דטענה ראויה הוא דהא רוב נשים מתעברות ואין כאן חזקת ממון דהירושה ביד ב"ד וע"ז כתב דהרא"ש פרק החולץ כתב בההיא דספק ויבם דמיירי דהסבה קיים דאל"כ היבם יכול לומר לספק אני יורש ודאי ואת ספק ואע"ג דאם היה הספק בנו של מיתנא הוא קרוב טפי מיבם מ"מ חשבינן להו לנכסי בחזקת יבם מפני שהוא ודאי כו' ע"ש וא"כ אין ראייה מדין נחלה שמורידין בן או אח לנחלה ולא מצריכינן לאתויי ראייה שאין כאן יורשים אחרים דהתם הטעם אין ספק מוציא מידי ודאי אתינן עלה.

ודוקא בקורבה רחוקה הצריך הריב"ש ראייה דאין זה ודאי יורש איברא דלפי הראיה שהביא התה"ד מהרא"ש משמע דאף באח שג"כ אינו ודאי יורש שהרי הבן קודם לאח אפ"ה כיון דהא אח ודאי ראוי לירש לא חיישינן לספיקא דבן ואם כן ה"ה בהאי דהריב"ש י"ל כן כיון שזה עכ"פ ודאי קרוב ואם אין שם אחר קרוב ממנו הוא הראוי לירש לא ניחוש לספק ודוחק לומר דמחמת שהקורבה רחוקה קאמר הריב"ש דהתם שכיח שיהיה קרוב ממנו דאדרבה דוק מרישא דדברי הריב"ש דדוקא כהאי דמארי שהוא יורש אביו ודאי בזה לא חיישינן לאחר.

ואפשר דס"ל להריב"ש דהתם שאין לנו ספק בבן אחר כלל רק ע"ז שלפנינו אנו מסופקים בו אם הוא בן או לא. ואין כח בספיקו של זה לדחות ודאי של זה שהרי אין

הספק עומד להתברר לעולם משא"כ בזה שאנו מסופקים מעצמינו שמא אין זה היורש שיש בעולם יורש אחר קרוב ממנו ויוכל להתברר שכן הוא לא משגיחנין בודאי של זה שהרי ודאי של זה הוא ספק לנו שמא אין בו ממש ויתברר היורש האמיתי ובשביל שאינו ידוע לנו לא נתברר זה לודאי ראוי לירש משא"כ בהוא דהרא"ש עיקר טענות הודאי והספק אינם על נכסי המת רק אנו אומרים שזה ודאי אח וזה ספק בן ולעולם לא יתבררו הדברים ולכן אין אנו חוששין לספקו של בן.

ולפי זה אין ראיית התה"ד לנידון דידיה ראייה כלל דהא התה"ד מיירי בענין שיש ספק שמא יתברר שילדה אשתו של ראובן יורשים אחרים הקודמים לזה הבא לירש. וע"כ דס"ל דאין לחלק בכך ואפשר דגם הריב"ש לא ס"ל האי חילוקא אישי "חאמחהתשאש הים האם כ ופליג אמ"ש הרא"ש דמיירי דסבא קיים אלא ס"ל דבכה"ג שאנו מסופקים שמא האח אין לו חלק ונחלה כלל לפי שהספק הו' בן המת והוא היורש האמיתי לא שייך בזה אין ספק מוציא מידי ודאי וכמ"ש באמת שני דעות בזה באה"ע סימן קפ"ג ומה שהביא הרא"ש ראייה מהא דתנן לא יורש אותם אלא הקרוב קרוב יורש כו' צ"ל דהתם מיירי שיש להם בנים ודאין וכבר האריך בזה אא"ז מהרש"א ז"ל להקשות על הרא"ש מהא דספק וסבא בנכסי יבם דחולקים ע"ש וכ"כ הריטב"א דמיירי במקום בנים ובחידושי הרמב"ן כתב בע"א ועיין בפרישה וב"ש ובית מאיר וקצרותי.

ולפי מ"ש אין ראייה מדברי הרא"ש בתשובה מדלא חש שמא יש יורש אחר לענין נחלה ה"ה דאין לחוש לענין יבום משום דהו"ל דהרא"ש לשיטתו דס"ל דגם היכא שיש ספק במקום יבם דאיכא למימר שהיבם אינו יורש כלל דהספק בן מיתנא הוא מ"מ חשבינן להיבם ודאי וה"ה בכה"ג שאין יורש אחר לפנינו ולא ס"ל לחלק במ"ש דטפי חשיב ודאי בספק ויבם שאין הספק עומד להתברר מספק שמא יתברר יורש שהוא יורש גמור וזה אינו יורש כלל אלא ס"ל כיון דמ"מ ספיקא הוי שמא אין כאן יורש אחר וא"כ זה הוי ודאי ראוי לירש אי לא מספקא לן באחר הו"ל כספק מוציא מידי ודאי אך מ"מ נלמוד מזה דאעפ"י שזה ספק המצוי הוא שמא יש לו אחים במקום אחר ואם כן אין ב"ד יורשו לא חיישינן ליה ואין לך אלא מקומו ושעתו אם כן מהאי טעמא גופיה יש לומר גם לענין יבום כיון שאנו אין לנו איסור על האשה רק מחמת הבעל וכשמת פקע ליה איסורא דא"א והענין כמות שהוא לפנינו הוא היתר ודאי ולכן אף שספק המצוי הוא שמא יש לו אחים אין ספק זה מוציא מחזקת ודאי היתרא ומצאתי בשו"ת מהריב"ל ח"ב סימן מ"ט שנשאל גם כן בנידון נחלה שאחד בא ממרחקים וקרובו רוצה לירד לנכסים והביא מדברי הרשב"ם בב"ב שכתב דאי לא דמוחזק דלית ליה אחי היה לנו לאוסרה מספק וכתב דלפי זה נראה לכאורה דגם לענין ממון יש לחוש ושם הביא ג"כ דברי הריב"ש וע"ש דמדדיק מדברי הר"ן גבי אבנא דכוחלא ומפרש דבריו אליבא דהרשב"ם וגם רוצה להשוות דברי הטור עם דברי הרשב"ם וכבר כתבתי הנלענ"ד בדברי הר"ן והטור בזה ושם במהריב"ל כתב ג"כ דהרא"ש פליג אריב"ש ועיין בב"י ח"מ רפ"ד שכתב שהתשב"ץ בתשובה חולק ג"כ על הריב"ש וגם הביא דברי האגודה פרק חזקת כדברי הרא"ש וכתב בתשובה דאפשר דלא כתב הריב"ש כן רק בהאי עובדא אבל בשאר גווני איכא למימר דמודה לרא"ש ז"ל והכי נקטינן וראיתי בשו"ת מוהר"א ששון סימן

צ"ג שכתב ואני לא ידעתי ליישב דבריהם כו' ולענ"ד דהב"י ס"ל דדוקא בכה"ג דהריב"ש שהיה הקורבה רחוקה שאף לדברי העד אמר שהיה בנים לשני בני אחים וספק המצוי מאוד שימצא באחת המקומות גואל קרוב ממנו וכדמשמע מדבריו שכתב ולא דמי לההיא דמרי בר איסק כו' אבל בנידון זה שהקורבה היא רחוקה כו' ומ"ש דהתם מארי ודאי יורש אביו לאו דוקא אלא כל שהוא שאר בשר כגון דודו או בן דודו כההוא דהרא"ש שאם היה לו אח או בן היה נשמע מפיו וסתמא דמלתא שאין לו קרוב יותר מזה ולא חיישינן ליה וגם כי בעובדא דהריב"ש לא איתחזק הקורבה רק מפי השמועה מפי ע"א ששמע ממנו כן וגם עוד חששא דאפשר דלא שייכא בנידון דהרא"ש ע"ש ועיין עוד בשו"ת מהר"א ששון סי' י"ג שהסכים למעשה להב"י וכתב שנראה ודאי שאם היה רואה מהריב"ל דברי הגדולים שהביא הב"י שהיה פוסק כמותם ע"ש.

וכן בשו"ת מהרש"ך ח"ב סי' כתב לסמוך על החולקים על הריב"ש בזה וא"כ חזרנו למה שכתבנו דכיון דחזינן שיורדין לנחלה את הקרוב אשר ישנו פה וא"ח לדבר שמא נמצא קרוב ממנו במקום אחר אע"ג דקרוב כה"ג שהוא בן דודו איכא טובא דמקרבי טפי או קרובים דכוותיה א או אחים או דודו או בן דודו לא חיישינן להו ומחתינן להאי לנכסי המת אף שלא היה לו מעולם שום חזקה בנכסים הוא יכול להוציא אותם מיד הנפקד ע"פ ב"ד ק"ו הדברים לענין יבום שאין לנו לחוש לשום מין קורבה רק אחים מן האב דוקא ואשה בחזקת היתר עומדת שאין לאוסרה בספק וכיון שמצד הספק הלז היתה מותרת אז אף שאמר הבעל פעם אחת שיש לו אח לאו כל כמיניה דאסר לה אכ"ע: וראיתי בספר קצות החושן סי' רפ"ד הביא שם דברי התשב"ץ ח"א סימן נ"ח דברי מחלקותו על הריב"ש.

וכתב דמה שהביא התשב"ץ ראייה מבכא בתרא בהא דקריביה דרב אידי כו' ונראה מדבריו דלהראב"ד דגריס לבסוף אודי דאיהו קרוב עדיין החזיק בטענתו דהוא קרוב טפי כו' וזה תמיה דא"כ היה נאמן במיגו דלא אודי לרב אידי בקורבתו כו' אלא דלשיטת הראב"ד לסוף אודי ליה אבל האי גברא א"י אם קרוב טפי מרב אידי אינו נאמן במיגו כיון דאיהו גופיה לא ידע אם קרוב טפי אם לא וכן מבואר להדיא בספר המלחמות להרמב"ן עכ"ל ובאמת לא נמצא מזה בספר המלחמות רק בחידושויו לב"ב דמיירי שזה טוען ספק וכ"כ הנ"י.

ולפי דבריו יותר ה"ל לאתויי מדברי הריב"ש גופיה סי' של"ו דקאי בשיטת הרמב"ן ונ"י וכמ"ש בש"ך סי' קל"ט סעיף ה' ע"ש אך באמת מבואר למעיין ברמב"ן ונ"י דלפי פירושם לא גרסי' לסוף אודי ליה דהוא קריביה כלל אלא גירסתו לסוף אייתי סהדי דאיהו קריבי' ומה דאמר כיון דאודי אודי היינו על אכילת פירות ור"ח הוה סבר כיון דאית ליה מיגו דלא אכל נאמן הוא לומר כי קרוב הוא ואכל בתורת קורבה וא"כ אין מוציאים ממנו דשמא הוא קרוב כרב אידי וחלקו אכל ואביי ורבא ס"ל כיון דרב אידי ודאי ע"י עדים והאי גברא ספק לולי המיגו לכן מוציאים מידו דלא מהימן במיגו של ספק להוציא ממון מן הודאי ע"ש אבל אין זה ענין לגירסת הראב"ד דגרס לסוף אודי ליה דאיהו קרוביה (ע"ש בדברי הרשב"ץ דמתחילה הביא גרסתו לסוף אייתי סהדי דאיהו קריבי' ולבסוף הביא גרסת הראב"ד לסוף אודי ליה כו') נראה דאפי' אי מיירי שזה אינו

טוען ודאי שהוא קרוב טפי אכתי תיקשי כיון שא"א לנו להחזיק לרב אידי בודאי יורש כ"א על פיו של זה והרי זה אומר שעכ"פ גם הוא קרוב וא"כ כמו שרב אידי הוא ודאי קרוב על פיו של זה כמו כן ג"כ הוא קרוב ודאי ע"י המיגו שלו ומאי אולמיה דרב אידי מהאי גברא ובשלמא אי איכא סהדי על קורבתו של רב אידי א"כ כל טענתיהו מהכא ה"ל רב אידי ודאי והאי גברא ספק וה"ל כמו רחוק לגבי קרוב ואם אוכל פירות קרקע בטענת ספק לגבי ודאי מוציאין מידו משא"כ בזה שמפיו אנו חיינן ולדבריו עכ"פ קרוב הוא ונאמן במיגו שלא היה מודה בקורבת ר"א כלל וה"ל כאית סהדי לתרווייהו שהם קרובים ואין ידוע מי קרוב יותר, ע"כ י"ל דס"ל דכיון דעכ"פ איהו אודי לרב אידי ה"ל הודאות בע"ד כמאה עדים וכאלו אתו סהדי דר"א קרוב ממילא שהקרקע בחזקתו ולכן אע"פ שיש לזה מיגו שיש להאמינו שהוא קרוב לא מהימנינן ליה דה"ל כאלו סהדי להאי שהקרקע שלו וזה בא להוציא ממנו במיגו דה"ל מיגו להוציא ואף לפי מ"ש בסימן פ"ג דאמרינן מיגו להחזיק בקרקע כיון שעפ"י טענתו ירד והחזיק בו נראה דהכא שאני כיון דמעיקרא אתי רב אידי להחזיק בה ולבסוף אתי גם האי גברא ודיינינן בה דין כל דאלימ גבר וגברה ידו של זה להחזיק בה ואי הוה מודי מעיקרא דר"א קריבי' לא היינו דנין דין כל דאלימ גבר כלל אם כן השתא נמי כאלו אינו מוחזק בקרקע כלל הוא וכיון דאיהו אודי לרב אידי ורב אידי לא אודי לדידיה רק שהוא בא עליו מכח מיגו וה"ל מיגו להוציא: והשתא לפי זה אתי שפיר אף לפי הבנת הרשב"ץ אליבא דהראב"ד דהאי גברא עודנו מחזיק בטענותו שהוא קרוב יותר מ"מ לא מהני כיון דעכ"פ הוא אודי לרב אידי וה"ל מיגו להוציא ואף היה בכאן מקום להאמינו במיגו אף באינו טוען שקרוב יותר תהני לי מיגו להאמינו כי קרוב הוא וא"כ הוא במשקל א' עם ר"א ולכאורה יש מקום לומר דבשלמא אם הוא חוזר ממה שאמר מתחלה אנא מקריבנא טפי א"כ שפיר ה"ל מיגו להוציא דהא לפי הודאתו השתא מעיקרא שלא כדין ירד בה וחזקתו אינו כלום משא"כ אם אינו מודה שהוא מסופק אם קרוב טפי ועדיין טוען שרב אידי קרוב והוא קרוב יותר א"כ לפי טענתו בדין ירד להחזיק בה אך ז"א דא"כ אף בשחוזר בו ואומר שהוא מסופק עכ"פ מ"מ לפי טענתו כדין ירד להחזיק בתורת כל דאלימ.

וגם דעכ"פ לא ירד שלא כדין להחזיק במחצה כיון שעכ"פ אינו מודה דר"א קרוב טפי (ואפשר נמי שע"ז טוען ברי שעכ"פ ר"א אינו קרוב יותר מיהו י"ל דדילמא מיירי שגם זה א"י ולכן לפי הודאתו ירד תחילה שלא כדין) וע"כ לומר כמ"ש דכיון דבאמת בתחלת טענתם לא היו מוחזקים כלל רק שהחזיק בה באלמות ע"פ שאמר שקר לפנינו שאינו יודע מקורבתו של ר"א א"כ כדמעיקרא דיינינן להו וכאלו זה תחלת טענתם בעוד שלא החזיק זה כלל משא"כ בההיא דשטרא זיפא דשם לפי דבריו החזיק מתחלה ברשות ואלו רצה היה עומד בשטרו שפיר מהני ליה המיגו להחזיק הקרקע בידו: שוב מצאתי בש"מ לבב"ב שכתב בשם הרשב"א וז"ל ור"ש ז"ל גרס לסוף אודי ליה דאיהו קריבי' כלומר שגם הוא קרובו ואפ"ה אוקמא ר"ח כולא בידיה כיון דאודי דאיהו קריביה דיקלא בחזקת יורש קאי ואידך ה"ל המע"ה ולא אמרינן בכי הא הפה שאסר ואפי' לגבי פירי כו' ולא ירדתי לסוף הדין הזה דדיקא נמי כיון דמפיו של זה אנו חיינן בו נימא הפה שאסר כו' ומ"ש מהא דפסק אשה שנתארמלה ומודה ר"י באומר לחבירו שדה זו של אביך כו' ואינו דומה לספק ובני יבם דאותו ספק (נ"ל שצ"ל ודאי) ניכר לכל ולא מפיו של ספק

אנו חיינן אבל הכא גבי דיקלא מפיו של זה אנו חיינן כו' עכ"ל ושם קודם לזה ראה והתקין לפי גרסת לסוף אייתי סהדי דלא תיקשי משנים אוחזין משום דהכא ידיע מלתא בסהדי כו' ואר"י מאי קאמרו אביי ורבא כו' אבל הכא כיון דאי הוי לן סהדי דאכל כמה דאמר איהו מפקינן לכולא פירי מיניה השתא נמי כיון דאודי אודי' כו' ע"ש כי קצרתיו והדברים מבוארים כמ"ש.

אלא שלענ"ד ליישב קושיא על הגירסא ההיא דס"ל דה"ל מיגו להוציא ולא דמי להאי דשדה של אביך דאין שור שחוט וגם ברי ושמא ועיין בש"ך בכללי מיגו. משא"כ כאן י"ל שרב אידי היה טוען ברי ואין להאריך כי בלא"ה אין מקום לפרש גירסת הראב"ד בענין אחר כיון דבש"ס לא קאמר רק לבסוף אודי ליה דאיהי קריביה משמע להדיא דהא מלתא בלחוד הוא דאודי שגם ר"א קרוב אבל מ"מ במה שאמר תחלה אנא קריבנא טפי דהיינו שאף לפי דברי ר"א היה טוען שהוא קרוב יותר ועכשיו הודה בקרבת ר"א.

אבל מ"מ לא חזר בו ממה שאמר תחלה שהוא קרוב יותר (והיינו דכ' הרשב"ץ ואע"פ שהיה אפשר שיהיה יותר קרוב ממנו כמו שהוא טוען מסתמא ר"ל דמן הסתם הוא טוען כן ואינו חוזר מטענתו הראשונה) אך הרמב"ן דמפ' דהאי גברא מסופק כתב וז"ל ולי נראה דלא גרסי אנא מקריבנא טפי אלא אנא קריבנא לסוף אייתי סהדי כו' ובסוף דבריו כתב ועוד דאפי' כגירסת הספרים שכתוב בהם אנא מקריבנא טפי זה היה מתחלה שהיה טוען על ר"א בקורבה רחוקה כו' ומכיון שבאו בסוף עדים שר"א ראוי לירושה ועשה הוה ספק כו' ע"ש מבואר שא"א לפרש שחזר לבסוף ממה שאמר מתחלה אנא מקריבנא טפי רק הרמב"ן מפרש לפי גרסתו לבסוף אייתי סהדי כו' משא"כ לפי גירסת הראב"ד לסוף אודי כו' וגרס תחלה דהאי גברא טען אנא מקריבנא טפי כדמשמע מהרשב"ץ שהראב"ד לא חידש בגירסא זו רק לבסוף כו' לא גרס טפי אבל בטענה שפיר גרס אנא מקריבנא טפי א"כ פשיטא שאין מקום לפרש דהשתא הדר ביה.

וגם ממה דקאמר אנא מקריבנא טפי ונסתפק בזה ופשיטא דכל כי האי ה"ל לש"ס לפרושי כיון שהעיקר הדין תלוי בזה אלא ודאי דבאמת לא אודי רק על קרבת ר"א ותו לא ועיין מ"ש אא"ז מהרש"א על הגה"ה אשר בפרשב"ם ולפי דבריו הויה שיטת ואין לפרש דגרסי' כו' הכתוב בתוס' שם ואי לאו דמסתפינא ה"א דמ"ש בהגה"ה שר"א היה קרוב יותר תיבת יותר הוגה מאיזה תלמיד והוא ט"ס והך הגה"ה הוא כגירסת הראב"ד ובלא"ה הלשון אינו מתוקן כראוי ומגומגם ותיקון הלשון לענ"ד כצ"ל ושרא ליה מארי' למי שאמר זה שהודה על אכילת פירות אלא לא הודה אלא על הקרקע (ור"ל דעל אכילת פירות לא היינו צריכין להודאתו כי היו עדים בדבר) ומ"מ מאי דאכל עד השתא לא מפקינן מיניה כיון דליכא עדים בדבר שר"א הוא קרוב אלא על פיו של זה ואביי ורבא סברי כיון דאודי אודי שהרי הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ופיו מחייבו ממון ואי הוי גרסינן אודי' ליה דאיהי קרוב טפי ה"ל לפרושי הא אמאי לית ליה לר"ח הך סברא כצ"ל ואפשר שזהו מהגהות הראב"ד על פירוש רשב"ם והיינו הגירסא שמביא הרשב"ץ בשמו וכמ"ש הלשון והענין מתוקן כראוי ועיין בבעל המאור ובמלחמות וקצרותי: ומ"ש בקצוה"ח שם דבעיקר השגת הרשב"ץ דאין לחוש דקרוב קודם ודאי לא נעלם מהריב"ש דאין ספק מוציא מידי ודאי אלא דכבר מחלק הריב"ש דדוקא היכא דידוע בסהדי כו'

אבל במה שהקורבה דחזקה א"ל בזה אין ספק כו' והיינו כיון דליכא סהדי אלא במה שאמר נפתלי כו' א"כ הו"ל ספק בגוף הקורבה וזה ודאי אין לך קורבה דחזקה יותר מזה ולכן צריך עכ"פ ראייה שאין לו יורשים קודמים עכ"ל.

והנה במחכ"ת הביא דעת הריב"ש למה שלא עלה על לבו מעולם וגרם לו זה לפי שלא הרגיש בט"ס שבדפוס שכתב ולא דמי לההיא דמארי בר איסק כו' אבל בנדון זה שהקורבה היא דחוקה אין זה ודאי יורש כו' והי' הוא ז"ל סבר שצ"ל שהקורבה הוא דחזקה וליתא אלא יתיב זבוב גו עיגול' דריש ומשיך לי' ואשוי לי' ד' וכצ"ל אבל בנדון זה שהקורבה היא רחוקה (וכמ"ש ג"כ לשון זה לעיל מיניה גבי מרי בר איסק שהוא בנו ודאי הוא יורש שלו משא"כ בקורבה רחוקה.

וכבר הארכתני בענין זה לעיל ונפלאתי מחכמת הרב ז"ל אשר לא שת לבו לזאת וכאשר כתבתי כן העתיק מהר"א בן ששון ז"ל בתשובה סי' נ"ב וסי' צ"ג ע"ש: הנה הארכתני בזה לברר שדעת הפוסקים נוטה דלענין נחלה מורידין את הקרוב הקרוב לפנינו ואין חוששין שמא יש אחר קרוב ממנו במקום שגדל האיש שמה.

וא"כ ע"כ לאו מטעם שזה ודאי ראוי לירש אתינן עלה וכעובדא דמארי בר איסק שהוא בנו ודאי שהוא יורש בלי ספק כדמוכח בההיא דקריבי' דרב אידי וכמ"ש הב"י בח"מ בשם האגודה שהביא ג"כ ראייה מדברי הש"ס אלו וכדברי הרשב"ץ אלו דכל שזה קרוב ודאי אפי' בא אחר ואמר שהוא קרוב יותר חשבינן ליה כרחוק לגבי דהאי ואפי' אם כבר אכל פירות מוציאין ממנו ולכאורה היה אפשר לומר דהתם טעמא משום דהאי גברא דלא ידעינן ביה שהוא קרוב שדינן ליה בתר רובא דעלמא ואף שהוא טוען ברי כי קרוב הוא ואין האחר יכול להכחישו בבירור וכה"ג כתב בכתובות דף י"ב למ"ד ברי ושמא ברי עדיף הא דאיצטרך קרא לאהדורי אבידה בסימני'.

וגם זה אין להמוצא חזקת ממון משום דהמוצא מצי אמר לא ממך נפל אלא מרובא דעלמא ועיין בפ"י בקידושין דף ס"ג גבי הא דאמרינן נאמן ליתן גט כו' אלא דאכתי קשי' ליה ניזל בתר רובא דעלמא שלא נתקדשה לזה שאומר אני קדשתי אלא לחזק מרובא דעלמא וע"ש שכתב כיון דגם בלא דברי העד יש ספק אין זה אלא כמברר המיעוט מתוך הרוב והארכתני בזה במקום אחר וכתבתי דהיינו טעמא דמהני הא דאשתמודענא דאחווה דמיתנא הוא אף שלא ע"פ עדים כשרים ורמזתי בזה בק"ה לספרי בית אפרים ע"ש.

אך כאן שזה בא לירש והוא נוגע ובע"ז אמרינן דמרובא דעלמא הוא ולא קרוב דמיתנא הוא וזה שידוע לנו שהוא קרוב מורידין אותו לנחלה. אך כ"ז כשאנו דנין על איש פרטי אבל בדרך כלל ודאי יש לחוש שמא יש אחים לזה בתוך רוב העולם שבזה לא יצא מכלל רובא דעלמא בשביל שנאמר שיש אחים של זה בעולם ולכן לענין יבום יש לחוש אך דלפי זה יקשה עלינו איך מורה דין קרוב לנחלה ניחוש ליה הכי דשמא יש לו אחים שיש להם ישיבה בעולם ולהם משפט הירושה אלא ודאי דכל שלא נודע לנו אין חוששין כלל והוי כחזקה שאין לו וא"כ ה"ה לענין יבום אין לנו לחוש לדעת פוסקים אלו והרשב"ם שכתב מטעם ס"ס שמא יש לו בנים אפשר דאזיל בשיטות הריב"ש כמ"ש ל' מתשובת מהריב"ל שמדייק מהרשב"ם כהריב"ש וא"כ כיון דסוגיא דעלמא לענין נחלה

נקטינן כהפוסקים דלא חיישינן לשמא יש גואל קרוב ממנו וכמבואר בסי' רפ"ד ממנו נקח גם לענין יבמה דלא חיישינן דאע"ג דבעלמא איסורא מממונא לא ילפינן כבר כתבתי דלענין עגונה אשכחן דמקלינן טפי לענין ממון מלענין נחלה ואף דבעגונ' טעמא משום דייק' וביבמה איהי גופא ודאי לא מהימנא דסניי' ליה ולא דייקא נראה דמ"מ דיוקא זוטא איכא כמ"ש התוס' שם.

וגם נראה דכה"ג שאין ידוע אם יש יבם בעולם לא שייך רחמ' ליה ולא סניא ליה ואף לפי מ"ש הרמב"ם שלפי שאינו רק איסור לאו הוא קל בעיני' וא"כ אין לסמוך על דיוקא דידה כלל. מ"מ נראה דמהאי טעמא גופא שאינו רק איסור לבד אין להחמיר בספיקו כ"כ ואע"פ שהמפרשים בההיא דאם נקיל בשבויה דחו החילוק מחמת איסור חמור משום דאמרי' ביבמות מה לי איסור לאו ומה לי איסור כרת וכבר כתבתי מזה בק"ה לספרי בית אפרים מ"מ הדבר ברור שלענין ספיקא לחומרא יש לחלק ביניהם ובפרט לשיטת הרמב"ן דס"ל כל ספיקא דאורייתא מדאורייתא לקולא רקבספק כרת מדאורייתא לחומרא א"כ בספק זקוקה ליבם יש להקל טפי.

וגם נראה דהך חזקה דלא מוחזק לן באחי הוה עכ"פ כע"א ובע"א כל הפוסקי' פסקו דנאמן ביבמה וכן פסק הרמב"ם דע"א ביבמה אפי' עבד או שפחה נאמן וא"כ מכ"ש דהך חזקה מהני בה דעכ"פ דיוקא זוטא איכא. ואף דהרא"ש סבירא ליה להחמיר בע"א ביבמה מ"מ להרא"ש נראה דהך דלא מוחזק לן באחי חזקה גמורה היא ולכן פסקו שהקרוב לפנינו מוציא ממון עפ"י ב"ד ולא חיישינן לאחים במדה"י וגם דסוגיא דעלמא להקל בע"א ביבמה במקום עיגון.

עיינן בב"ש סימן קנ"ח ושו"ת ב"ח סימן מ"ו שכתב דודאי רמ"א לא בא להורות איסור חלילה כו' ע"ש: ומצאתי בשו"ת מהרשד"ם חלק אה"ע סימן רל"ט שכתב בנדון השאלה רפאל לוי הוחזק שהיה לו אח בארץ רחוקה ומת ונשארה אשתו זקוקה כו' וכתב שצריך לחקור על חזקה זאת מה הוא אם קלא בעלמא או איתחזק בב"ד והרמב"ן והרשב"א כ' דצריך אתחזק בב"ד דוקא ושני עמודי עולם אלו אין ספק שראוים לסמוך עליהם אפילו שלא בשעת הדחק כ"ש בשעת הדחק אם כן אם היינו יודעין שלא הוחזק בב"ד שהיה אח לזה בפה מלא הייתי אומר שהאשה זו מותרת והייתי סומך לומר שזהו שאמרו עליו שנפטר והיה מן האב ואף את"ל שהיה מן האם האשה מותרת מטעם שאין מוחזק בשני אחים כ"א באחד כו' וסוף דבריו כתב ואם זה לא היה כ"א מאם בין חי בין מת אשה זו מותרת דא"ל שמא יש לו אח אחר מאב כיון דלא איתחזק איתתא דא אלא שיש לבעלה אח אחד ואין להחמיר שמא יש עוד שני כו' ע"ש ומקשינן מהא דאף ע"פ שהיה מקום לחוש לאח במקום רחוק ולא נתגדל במקום זה לא חיישינן ואע"ג דשם הוה נמי לטיבותא מה שהיה ע"א שהעיד שהאח ההוא נפטר במגפה ר"ל היינו משום שהיה מוחזק באח אבל בלא מוחזק מבואר מדבריו דאתתא שריא וגם מצאתי בשו"ת זקן אהרן להגאון מוהר"ר אלי' הלוי בסימן י"ז שמבואר שם דאם לא הוחזק באחים לא כל כמיניה דבעל לומר שיש לו אח לאוסרה על כל העולם ושם היה העובדא שאחד בא מפורטגאל אחר האונס כו' ונשא אשה כו' והאיש ההוא אמר שהניח אח קטן כשיצא ממקומו כו' ואף שהיה שם עוד צד להתיר מחמת שילדה ולד נגמר בסימניו ומת תוך למ"ד מ"מ מבואר

שם דמהאי טעמא דלא מוחזק באחים לבד יש להתירה אעפ"י שזה בא מארץ מרחק ולפי ענ"ד אף מהרי"ט אין דעתו להחמיר רק בנידון דידיה שהיה שם ע"א שהעיד שיש אח לזה ולא בא אלא לחלק בין נידון דידיה לזה הרא"ש שמתיר אפילו בע"א משום דאיתחזק היתרא וע"ז כתב דאין זה אתחזק היתרא וכמבואר שם שכל דבריו שם סובבים להוכיח דע"א מהימן ומ"ש מדברי הרשב"ם שכתב לא נקיל בא"א כו' היינו משום דבקלא דאיכא סהדי מיירי וקלא הוה כע"א ועדיף מיניה כמ"ש התוס' בכתובות דף כ"ד וגם מ"ש מדברי הרשב"ם בתחלת דבריו שכתב שיודעים היה בודאי שאין לו בנים ואי לאו דאתחזק לן שאין לו אחים היה ראוי לאוסרה מספק וכתב נהי דאי לא אתחזק באחי ובבני שרי משום ס"ס משום האי טעמא הוא דשרינן לה ולא מטעם חזקה כלל הלכך כי אתי ע"א אמאי לא מהימנין ליה עכ"ל.

ולכאורה מה דפתח בשם הרשב"ם הוא מספק מעצמו ומסיים דיש להאמין לע"א וע"א ל"ל ת"ל דבנידון דידיה ליכא ס"ס שהיה ידוע שאין לו בנים וכמ"ש ג"כ בשו"ת מהררי"ט"ץ וגם אם היה ס"ס נראה דלא הוה אסרינן לה משום ע"א. ונראה דס"ל דמ"ש הרשב"ם בתחלת הסוגיא משום ס"ס היינו משום דמפרש דכל הסוגיא מיירי בדאתא חד ואמר אחוה דמיתנא אנא וכמ"ש שם לענין יש לו בנים דמיירי בכה"ג דאתי חד ואמר אחוה דמיתנא אנא ובכה"ג מיירי נמי סיפא דיש לו אחים.

ועיין בדברי אא"ז מהרש"א ז"ל שם וא"כ בכה"ג דהוי כאיכא ע"א ולכן דוקא היכא דאיכא ס"ס לא משגחינן ביה ולכך בההוא עובדא צ"ל שהיה מוחזק דלית ליה אחי דאל"כ כיון שידוע שאין לו בנים היה אוסרים אותה מספק עפ"י עד זה האומר אחוה דמיתנא אנא ובזה א"ש דהרשב"ם כתב משום ס"ס ובש"ס דקידושין אמרינן משום חזקה ותרי מילי נינהו כמ"ש מהרי"ט.

ולפי מ"ש א"ש דודאי אי ליכא כלל דאמר שיש לו אח בהך דלא מוחזק באחי חזקה הוי שאין הבעל נאמן להוציאה מחזקתה אך אהני נמי הא דלא מוחזק בבני לענין אי אתי חד ואמר אחוה דמיתנא אנא דבכה"ג י"ל דמרע לחזקה כי האי דהא מ"מ אע"ג דלא מוחזק אפשר דאית ליה אך כיון דלא מוחזק גם בבנים שרי אפילו בכה"ג דהא איכא ס"ס ואף שהרשב"ם כתב בסתם היה ראוי לאוסרה מספק סמך אמ"ש בתחלת הסוגיא דמיירי דאתי חד ואמר אחוה דמיתנא אנא.

וגם אפשר לומר דגם בתחלת הסוגיא ידע דבאיכא קלא מיירי דמקשה ליה בפשיטות והא איכא קלא כו' ולכן קאמר דבזה אסור מספק דקול הו"ל כע"א אלא משום דבמוחזק איירי ואפ"ה פריך דניחוש ליה. וא"כ שפיר מסיים מהרי"ט על דברי הרשב"ם הלכך כי אתא ע"א אמאי לא מהימנין ליה משום דהרשב"ם בכה"ג מיירי ומצאתי בפ"י שכתב ג"כ דמ"ש רש"י והרשב"ם דאי אתי חד ואמר אחוה דמיתנא אנא כו' משום דבלא נאמנות הבעל היה נאמן משום דהך חזקה דלא אתחזק באחי לא חזקה גמורה הוא שהוא כודאי בחזקה שאין לו אלא ספק יש לו ספק אין לו ובספק כי האי ע"א מהימן משא"כ הבעל גופיה כו' ועוד דבעל שייך טפי לצעורי כו' ע"ש מבואר כמ"ש לדעת מהרי"ט דאף דבעל לא מהימן בחזקה כזו מ"מ ע"א נאמן.

ולענ"ד יש מקום לומר בשיטת רש"י ז"ל והרשב"ם שכתבו כי אתא אח לאחר מכאן כו' דס"ל דאף על גב דבעל גופיה אינו נאמן להוציאה מחזקתה מכל מקום בשיש אחר עמו מהני ואפשר דשייך בזה פלגינן דיבורא וכמ"ש לקמן ובזה אתי שפיר מ"ש רש"י דאהני דבור לאחזוקי לחזקה משום דלכאורה יש לומר דהאומר יש לי בנים ונראה ממשמעות דבריו שבא לפוטרה מיבום והרי זה כאומר יש לי אחין ויש לי בנים ג"כ.

ועיין בתוספות רי"ד שכתב כן לענין אוקימתא דמתני' דמדאצטריך למימר יש לי בנים מכלל דאית ליה אחים ע"ש וא"כ פשיטא שיש לדון כן ממשמעות לשונו דלהכי קאמר יש לי בנים משום שיש לו אחים ולפ"ז כי אתי חד בתר הכי ואמר שהוא אחיו הרי לענין זה שיש לו אחים הרי כאן שנים ואע"פ שאין זה עדות גמורה מ"מ גילוי מלתא הוא שזה יש לו אחים וכל היכא דידעינן שיש לו אחים דינא הוא דלא מהני מה שאמר יש לי בנים לפוטרה וכמ"ש הב"י בשם רבינו ירוחם וכ"כ הפ"י ולזה קאמר רש"י דמהני אמירתו בזה משום דלא אזלינן בתר משמעות אמירתו בזה רק במה דנפיק מיניה משערינן דבאמירתו יש לי בנים עכ"פ נקטינן מיניה שאשה זו אינה זקוקה ליבום והוא מחזיק אותה בחזקתה ולכן מה שבא עד ואומר דאיהו אחיו לאו כל כמיניה שאע"פ שמסייע לזה במה שיוציא ממשמעות לשונו שיש לו אחים מ"מ בעיקר הענין אינו לעזר רק כנגדו שבא להוציא מחזקתה לשוק ולא כל כמיניה וזהו שכתב רש"י דאהני דבור לאחזוקי לחזק' (עיין במהרש"א בב"ב) ר"ל דלענין זה אנו למידין מן הדבור לחזק החזקה אבל אין לנו ללמוד ממנו מה שיש בו סתירה לחזקה וא"כ זה האומר אחיו אני ורוצה לסתור החזקה לאו כל כמיניה והוא ענין נכון בדקדוק לשון רש"י ז"ל: ועוד נלענ"ד בכוונת רש"י ז"ל דמיירי אותו שבא עתה ואומר אחיו אני הוא רוצה לחלוץ לה מיד וסד"א דבה"ג שעכ"פ אין לנו בירור שאין לו אחים רק שאין חזקה שיש לו וא"כ ניחוש ליה דלמא האי קושטא קאמר שהוא אחיו ותחלוץ ומה בכך ולא דמי לע"א דעלמא שאומר שיש לו אח דזה בא לאוסרה ולא כל כמיניה משא"כ בזה שבא ורוצה לחלוץ אין זה לאוסרה כ"א להתירה.

ולכן שפיר כתב רש"י דכיון שהבעל אמר יש לי בנים הועיל להחזיק חזקתה לשוק שאין אנו משגיחין בזה כלל שרוצה לחלוץ ופוטרינן אותה בלא חליצה דאחזקה ואדבור סמכינן משא"כ אם לא אמר יש לי בנים י"ל דאע"ג שאין נאמן לומר שהוא אחיו לחלוץ ובעינן לאשתמודענא כו' מ"מ כיון שלולי אמירתו לא היתה צריכה כלל שפיר חלצה מיניה וכעין דבר שיש לו מתירין הוא ולכן סהדא אחרינא אינו מועיל נגד החזקה שהרי א"א לתקן הדבר בנקל משא"כ בזה דאפשר לתקוני שלא יהיה עדים מתנגד לחזקה דהיתר ולהיות ההיתר ברור אית לן למעבד ואין לחוש בזה שמא עתה צריכה כרוז לכהונה כשיתברר שאין זה אחיו משום דבכה"ג ס"ל אין אדם חוטא ולא לו ונראין הדברים דקושטא קאמר ולא חיישינן שיבוא לידי בירור דמשקר הלכך אי לאו דאמר יש לי בנים שפיר הוי אמרינן דחלצה מהאי שאומר אחיו אני שהרי הוא אינו רוצה לאוסרה שהרי רוצה לחלוץ כנלענ"ד שיש מקום לומר כן בשיטת רש"י ז"ל אמנם דברי הרשב"ם אע"פ שכתבתי דמאי דאתי עלה משום ס"ס היינו בכה"ג דאיכא חד דאמר אחוה דמיתנ' אנא וכדמשמע מדברי מהרי"ט מ"מ מ"ש אח"כ בההוא דהוה מוחזק לן כו' דאי לא דמוחזק לן הי' לנו לאוסרה לשוק מספק כיון דודאי אין לו בנים קשה להוציא הדברים מפשטן

ולמעמד דאתי אחוה דמיתנ' וכמבואר למעיינ שם ונראה מדבריו דכל דלא אתחזק באחים וידוע שאין לו בנים ספיקא הוה אבל אין כן שיטת כל הפוסקים שהרי אף מהרי"ט שהיפך הרבה באיסורא דהך איתתא של ר' דוד מארביל כל עיקרו לא היה אלא על פיו של העד שאמר שיש לו אחים ושוב כתב שיש כאן עוד עד מפי עד אבל לולי העדים נראה מדבריו שאף בלא אמירת הבעל בשעת קידושין אין לו אחים היתה מותרת אף שהיה ידוע שאין לו בנים כדמוכח במהרי"ם וכמ"ש מהרריט"ץ בביאור ע"ש.

והדבר מבואר במהרי"ט דמחלק בין נדון דהרא"ש לפי שבנ"ד בא האיש מארץ רחוקה וזולת זה היתה מותרת אם לא היה עד אף שידוע שאין לו בנים וזה דלא כהרשב"ם וראיתי במהריט"ץ שהביא מדברי הרשב"ם ראייה לדבריו (ונפלאתי דמייתי לה בשם רש"ל לב"ב וכתב שסותר לדבריו בקידושין ושוב כתב ליישב דרש"י בקידושין מיירי באין ידוע שאין לו בנים דבכה"ג הוי ס"ס וזה מן הפלא שגלוי לכל דהך דב"ב מפי רשב"ם הוא ויותר הו"ל להביא פירוש רשב"ם גופי' בריש הסוגיא שם שכתב כדברי רש"י וביאר דבריו משום ס"ס) ומ"מ נראה שעיקר דבריו לפי שע"א מסייע לאיסור וכמבואר מדבריו בב"ש י"ג בשאלה ראובן בא מפורטגאל (ונ"ל שהוא הנדון שהבאתי לעיל משו"ת זקן אהרן אע"פ שהוא בשינוי קצת) וכתב שם דאם לא נודע שיש אח בפורטגאל אלא מפיו אנו חיינן היא מותרת בפשיטות ע"ש וכן מבואר בפשיטות בשו"ת מהר"י בן לב ח"א כלל ב' באחד שאמר שיש לו אח והיה נשבע בחיי אביו וכתב שהדבר פשוט להיתר וכן מהריט"ץ סי' כ"ז הביא תשובה זו דמהריב"ל וכתב שאין הנדון דומה דהבעל אינו נאמן אמנם בנ"ד שיש עד כשר כו' וצ"ע על מהריב"ל שכתב סימן י"ט בענין להוריד לנחלה שהבאתי לעיל הביא דברי רשב"ם ראייה להריב"ש וכתב דלכאורה דהטור חולק ונדחק לומר שהטור מיירי באין ידוע אם יש לו בנים וכידוע ודאי גם הוא מודה וגם מהריט"ץ כ"כ וכתב שאע"פ שהטור לא פירש ולא בנים.

הניח הדבר שיוכן מעצמו ע"ש. ולענ"ד מובן מעצמו שאינו רק שהדבר ברור שדברי הטור שאין עד אחד נאמן הם נובעים מתשובת הרא"ש אביו ואיהו ודאי מיירי בידוע שאין לו בנים כמבואר למעיינ שם וכדמוכח גם מדברי מהרי"ט ומהריט"ץ גופייהו ונלאיתי להאריך בזה שהדבר ברור שהרמב"ם יחידאה הוא בזה ואף המחמירין אין דעתם להחמיר בכה"ג שאין שם עד לאיסור: ומעתה נחזי אנן אחרי שהסכמות הפוסקים להתיר באין מוחזק באחים אף אם אמר הבעל שיש לו אחים מעתה כשמת הותרה זו לשוק ואף אם יבואו אלף עדים ויעידו ששמעו מפי הבעל מידי חששא אית בהו שאף אם היה הבעל אומר כן לפני הב"ד בעודו בחיים לא משגיחין ביה ומה יועילו אלו האומרים דבר שמועה מפיו וספירת דברים בעלמא שי"ל שהיה לו בזה איזה עילה וטעם לדבר שאמר זה אי לצעורה מכוינ כדי לעגנה ומי מכריח אותנו לדחוק פשוטי השמועות בש"ס ופוסקים לכנוס בפרצות דחוקים להחמיר במקום עיגון ואם בשביל הקול שיצא הלא אינו רק מה ששמעו מפי הבעל בחייו ואם היה עומד וצווח לפנינו יש לי אח ומת אח"כ לא משגיחין ביה ק"ו הדברים שאין משגיחין בבת קול שיצא אחרי מותו וזהו שאמרו כשהוא חי קולו אחד וכשהוא מת קולו שבעה אתמהה ובמה שמבואר בגב"ע שהאשה א' אמרה שהיא יודעת שיש לו אח אדבר לקמן בזה: ומצאתי בשו"ת אא"ז הגאון מהר"י מינץ ז"ל בסימן י"ד שכתב וז"ל ואמנם בשריות' דהאי איתתא נ"ל היתר

גמור ואין להוציאה מבעלה כלל דמתוך הדברים מוכח דלא היה לכם חזקה שהיה לאותו ר' כשריאל ז"ל אח או אחים מדלא היה שום אדם מערער ופוצה פה לומר זו יושבת תחת בעלה הלא יש לה יבם אלא ודאי לא היתה מוחזקת ביבם וכל ישראל בחזקת כשרות ולא רצו אלו שהוציאו הלעז להוציא לעז שלא כדין אלא אח"כ מתוך שנאה שמוציאין האדם מן העולם הביאם הכעס לידי טעות ואמרו מה שאמרו וכן כל הלומדים שברומ' יצ"ו לא היה מסכימים שתחזיר לבעלה אם היה שום חזקה שהיה לבעלה אח או אחים שאין שום דיעה המתרת יבמה ודאי ע"י וליד שלא יגמרו חדשים בודאי ואף אם מרת בילה חששה ושאלה אם זה הולד פוטרה מיבום איכא למימר דמיחש חששה ולא על הודאי שאלה כו' ע"ש שהאריך בתשובתו ומבואר ממ"ש שם דכל שלא הוחזק באח או אחים שרי' להנשא לעלמא ע"ש שחזר ע"ז כמה ולא משגחינן בקול הלעז שיצא אח"כ וע"ש דמהך טעמא לחוד הוי שרי לה בפשיטות ומה שהאריך בזה מחמת הולד שלא נגמרו חדשיו משום דס"ל דמהאי טעמא יש להתיר אפי' נודע בודאי שהיה לה יבם רק שאינו ידוע אם עדיין חי ע"ש בסוף התשובה וא"כ מלתא דאתיא ממילא דכיון שהיא בחזקת היתר עומדת לא משגחינן במה שהעידו ששמעו מפי הבעל בדרך שיחה ומכ"ש להוציאה מבעלה וגם יש ללמוד מדבריו שאין לחוש במה שהעידו דהוה מהדרא למשקל מיניה גט שכ"מ משום דמיחש חששה שמא יתברר שיש לו אח או יבא אחד ויאמר אחיו אני שלא תצטרך לחלוץ ממנו ולא על הודאי וכמ"ש מהר"י מינץ ז"ל: וגם הלום ראיתי בספר ארבעה טורי אבן להגאון החסיד מוהר"ר אלעזר ז"ל האבד"ק אמשטרדם בתשו' שם סי' י"ח וז"ל אחד שבא לגור פה ק"ק בראד ונשא אשה ילדה ובשעת קטטה עם אשתו אמר שיש לו אח ובשעת שלום עמה אמר שאין לו וכן אמר בשעת גסיסה כו' וכתב שם ואף על גב דבשעת גסיסה אין לו מגו דאי בעי פטרה בגיטה היינו במוחזק באחים אבל באינו מוחזק באחים נמצא בלא אמירתו נמי היתה מותרת א"כ אף באומר בשעה שהוא גוסס נמי נאמן להתירה והכי מוכח מכל הפוסקים דבאינו מוחזק באחים ואפילו אם אינו אומר בשעת מיתה שאין לו אחים אשתו מותרת להנשא ע"ש.

(ישוב נמצא כמה תשובות מבנו הגדול מוהר"ר משה ז"ל ועל תשובה זו לא חזינן כי האי סימנא ומשמע שהם מתורת הגאון מוהר"א ז"ל עצמו בעת שהיה משכן כבודו עם ק"ק בראד ואמנם אף אם הם דברי הבן ידוע כי יפה כח הבן והיה א' מגדולי הדור) ולמדנו מתשו' הנ"ל דאף אם אחד בא לגור אף שלא ידענו אי מזה הוא אם אינו מוחזק באחים אין חוששין לו ואף אם אמר לפעמים שיש לו אח לא משגחינן ביה ואף ששם היה ג"כ מקום לומר שיש לו בנים כדמשמע שם בתר הכי דכתב דאית ליה מגו שהיה אומר יש לי בנים ע"ש.

מ"מ נראה דהא דכתב בפשיטות להתיר בלא מוחזק באחי לא מהאי טעמא דה"ל ס"ס שמא יש לו בנים כמ"ש הרשב"ם אתי עלה שלא הזכיר שם מדברי הרשב"ם כלל רק דכל שאינו מוחזק באחים האשה בחזקת היתר היא ע"ש: והנה הב"ש סי' קנ"ז סק"ז כתב על מ"ש בש"ע בלא היה מוחזק באחים אפי' ע"א אינו נאמן משום דהוה כאיתחזק התיר' ולפי מש"ל הנ"י דס"ל דאם אין מוחזק בבנים לא הוי כחזקה שאין לו בנים.

א"כ ה"ה לענין לא הוחזק באחים לא הוי כאיתחזק היתרא כו' ונפלאתי ע"ז שנראה שכוונתו למ"ש בני"ב בב"ב דאין לו אחים א"נ היכא שמוחזק באחים לפי שסותר החזקה משא"כ אמירתו יש לו בנים אינו סותר החזקה וכ"כ שם אח"כ בעובדא דהווא דהוה מוחזק כו' דלא דמי למתני' דזה בני נאמן במגו דמגרש לה דהתם אפילו בקול לא ידעינן אם אית ליה בנים או לא ע"ש: ובאמת שכדברי הנ"י הללו כתבו כל המפרשים וכ"כ הרא"ש גופיה בקדושין והעתיק שם דברי הרמב"ן במלחמות דמוכח בב"ב דזה בני נאמן אע"ג דמוחזק באחים לפי שאינו סותר החזקה לגמרי אבל לסתור החזקה לגמרי ולומר אין לו אחים א"נ ועוד דאמרינן התם ההוא דהוה מוחזק כו' והשתא לקלא בעלמא חיישינן כו' אע"פ שנאמן להוציאה מחזקת יבום ולומר זה בני מ"מ אינו נאמן לעקור חזקת אח דמיגו לסתור החזקה לגמרי לא אמרינן עכ"ל וכן מבואר מדברי הרשב"א והריטב"א וא"כ מבואר דגם הרא"ש סובר דאומר זה בני אינו סותר החזקה לגמרי ואע"ג דלא מוחזק בבני ואפ"ה כתב בתשובה דע"א א"נ לומר שיש לו אח כל שאינו מוחזק באחים דהו"ל להוציאה מחזקת היתר וא"כ יהיה דברי הרא"ש סותרים זא"ז וכן הטור והש"ע נמשכו אחר דברי הרא"ש בזה: אך באמת לק"מ דודאי מה לי לשקר עדיף מעד אחד דהא לרביכעדים דמי ולר"נ עכ"פ כחזקה דמיא והיכא דהוה מוחזק באחים ולא בבנים אז באמירתו אין לו אחים יש כאן סתירה לחזקת איסור דהוה קיימא ביה וסתירה גמורה לחזקה דיש לו אחים הלכך א"נ משא"כ יש לי בנים נהי דהוי סתירה לחזקת איסור שהרי לולי אמירתו הוה אסרינן לה מ"מ אינו סותר לגמרי החזקה דהא עכ"פ אינו מוחזק שאין לו בנים אלא שלא ידענו להם וכיון דאין כאן סתירה גמורה אתי מה לי לשקר ומפיק לה מחזקת איסור דמה לי לשקר אליה מחזקת איסור לחוד משא"כ אם לא היה מוחזק באחים כיון דלולי העד היינו מתירין אותה והיתה בחזקת היתר ושוב אין ע"א נאמן להוציאה מחזקת היתרא והדברים ברורים: ומ"ש מדברי רש"י והר"ן שכתבו אי אתי חד ואמר אחוה דמיתנא אנא משמע דע"א נאמן בלא מוחזק באחי ובני.

כבר הארכתי בזה לעיל והבאתי דברי מהרש"א ופ"י וכתבתי מה שיש בו די וקצרתי שלענ"ד מדברי הרמב"ם והטור והש"ע שכתבו לא היה מוחזק באחים ויצא קול שיש עדים ולא כתבו כלשון הש"ס היה מוחזק שאין לו אחים דהוי רבותא טפי דאפ"ה חיישינן לקלא אלמא דגם בלא הוחזק באחים נמי הוי חזקת היתר גמור וכיון דחיישינן לקלא בכה"ג ה"ה במוחזק שאין לו אחים ואין רבותא בזה רק לענין מה לי לשקר שאנו צריכין לסתירת החזקה עצמה שהיינו מוחזקים בה אז היכא דליכא סתירת החזקה עצמה רק חזקת איסור לבד שלא היה מוחזק בבנים אתי מה לי לשקר דאליה טובא ודחי ליה וכדכתיבנא: ועתה נחקורה ונשובה בעיקר הדין אם לא אתחזיק לא באחי ולא בבני והוא אומר יש לי אחים נראה שאין ספק דלא מהימן לאפוקי מחזקתה כאשר נראה מפשטא דשמעתין בקידושין וב"ב דלא מפלגינן בין לא מוחזק בבני או מוחזק שאין לו בנים ובכל גווני אמרינן דלא מהימן משום דלאו משום ס"ס אתינן עלה.

וכן נראה דעת הרי"ף שהביא מתני' דקידושין כפשטא דיש לו אחים א"נ משמע דבכל גווני א"נ ומכ"ש דמוכח הכי לפי מ"ש הרמב"ן דמ"ש הרי"ף יש לי בנים נאמן היינו אפ"ה מוחזק באחי כדמוכח בב"ב וממילא גם סיפא דיש לו אחים א"נ מיירי במוחזק שאין

לו בנים דמ"מ בחזקת היתר קיימא וכן מבואר ברשב"א וריטב"א ותוס' רי"ד דמתני' דיש לו בנים אע"ג דמוחזק באחים הוא.

וא"כ ממילא הא דיש לו אחים מיירי אף במוחזק שאין לו בנים וכן נראה מדברי רש"י ומדברי בעל המאור דכל דלא מוחזק באחי ה"ל חזקת היתר וכן מבואר מדברי הרמב"ם והרא"ש והטור והש"ע דכל שלא הוחזק באחים ה"ל חזקת היתר בכל גווני וז"ל הרמב"ם אמר זה אחי או שאמר יש לי אחים אינו נאמן לאסור את אשתו ולהניחה זקוקה ליבם שהרי זה מתכוין לאוסרה אחר מותו עכ"ל ולשון זה מבואר לכל מבין עם תלמיד דמיירי אף בידוע שאין לו בנים רק שאינו ידוע מאחים ואמר יש לי אחים א"נ לאוסרה ולא משום ס"ס כלל רק כיון דלא הוחזק שיש לו אחים בחזקת היתר קיימא ולא כל כמיניה לאוסרה וכן מבואר לפי מ"ש ה"ה שם דהאומר יש לי בנים דנאמן מיירי אף בידוע שאין לו בנים וא"כ מדנקט הרמב"ם ברישא האומר זה בני כו' גם סיפא עלי' קאי ומיירי בכה"ג ואע"ג דהרמב"ם ברישא אף בהוחזק מיירי כתב סתם אח"כ אמר זה אחי כו' אע"ג דזה מיירי באין מוחזק באחים וסמך אמ"ש אח"כ בהדי' היה מוחזק באחי אפילו אמר אין לי א"נ וא"כ מכ"ש כשאומר יש לי אבל לענין בנים אם איתא דבסיפא מיירי באין ידוע אם יש לו בנים היה לו לפרש אח"כ היה מוחזק שאין לו בנים אסורה מספק ואפילו לא אמר יש לי אחין ומכ"ש באמר אלא ודאי דליתא ובכל גווני שרי בלא הוחזק באחי וכבר כתבתי שמלשון הרמב"ם שכתב לא היה מוחזק באחים ויצא קול כו' נראה מזה דלא הוחזק כמוחזק דלית ליה דמי וכן משמע לענ"ד מדברי הש"ס בב"ב בשם עליות רבינו יונה ובטעמא דמלתא דאזלינן בזה בתר חזקה כה"ג כבר הארכתי והבאתי מדברי הרא"ש והרשב"ץ והאגודה והב"י ורמ"א ומהרש"ך ומהר"א ששון ס"ל דלענין נחלה נמי לא חיישינן שמא יש קרוב יותר ובררתי שראיית הרשב"ץ והאגודה מהך דב"ב בקרובי דר"א היא ראייה ברורה ועיין בדברי הרא"ש בתשובה זו בכלל נ"ד לענין אם ע"א נאמן לומר שיש לו אח הביא גם כן ראייה ממתני' מזה אחי ומהך דמארי בר איסק דאפ"י עומד וצווח אני אחי לא מהימן ולכאורה י"ל דשאני לענין ממון שהוא נוגע ורוצה להוציא לעצמו ונראה דעיקר כוונתו דעכ"פ היה לנו לחוש שמא יש אחד בעולם כיון שעכ"פ לא נתברר שאין אח להם וע"כ דלא חיישינן א"כ גם האמירה לא מהני וכן נלענ"ד מדברי מהרש"ל בקידושין וביבמות וכן נראה מדברי המהרש"א ופ"י כמ"ש"ל וכבר בררתי דאף מהרי"ט ודעימי' שרצו לחלק בין נדון שלהם לדהרא"ש לא אמרו אלא לענין דמהני ע"א לאסור בכה"ג שבא ממרחקים ואף בזה הוצרך לשיטת הפוסקים דמחזיקין מאיסור לאיסור ובאמת רבו החולקים וכמ"ש דראייתם אינם מכריחין.

ומ"מ נראה שעיקר טעמו וטעם הרבנים שעמו דמקהו בה אקהייתא היינו משום שהיו שם שני עדים ששמעו משנים וגם מפי הבעל וגם היה אפשר להתברר וכמ"ש במהרי"ט שם ואף בזה המוסמך מוהר"מ גלאנטי וקצת חכמים היו דעתם להקל כנזכר מתשובת מהרי"ט"ץ וגם הב"ש גדול האחרונים לא העיר בזה כ"א לענין ע"א ודבריו צ"ע כמ"ש"ל אבל מפי הבעל לבד לא פרכס בה אדם מעולם (וכבר כתבתי שגם מהרשב"ם אין ראייה ובלא"ה סוגיא דעלמא דלא כוותיה וכל הפוסקים דלעיל לא ס"ל הכי לדבריו אף בלא אמירת הבעל ג"כ יש מקום להסתפק בידוע שאין לו בנים) וכבר הבאתי תשובות מהריב"ל ומהרשד"ם (ועפ"י דברי מהרשד"ם שהבאתי יש גם כן מקום לצדד בזה דמה

ששמעו מפיו שיש לו אח אפשר אח מן האם קאמר ויש לעשות סמוכות לדבר זה אך אין זה דרכי לבוא במשעול במקום צר ואחרי שפתחי ההיתר הם ברוחב כפתחו של אולם אף שיש בזה צד ואופן המועיל קצת לקרב פתח ההיתר שאם היה בדרך שיחה בעלמא אין הכרח שכוונתו על אח מאב ואם באו דבריו בכוונה לזקוק אשתו ליבום שע"כ כיוון על אח מאב בואו ונסמוך על הרמב"ם שכתב א"נ לאסור כו' שהרי זה מתכוון לאוסרה אחרי מותו אך לפי שאין אנו צריכין לכל זה קצרתי) וזקן אהרן ומהר"י מינץ כו' וכן מבואר מדברי מהריט"ץ ההולך בשיטת מהרי"ט ובסימן י"ג כתב להתיר בנ"ד והגאון מוהר"ר הר"א אב"ד ק"ק אמשטרדם בתשובה להתיר בכה"ג והנה הרבה פלפלו בענינים אלו בתשובת האחרונים ולא ראיתי לפלפל בדבריהם שאם באנו לכתוב אין אנו מספיקים ולא מפסיקין רק את זה חזיתי שמדבריהם נלמד שכה"ג דנ"ד קרוב המתיר כמצות חז"ל להקל במקום שיש לחוש לעיגון עכ"פ ואחר אחרון אני בא הלא היא מופת דורנו הגאון בשו"ת נודע ביהודה מהדורא תנינא בחלק אה"ע סימן קמ"ה כתב להגאון מוהר"ר מרדכי בנעט אב"ד דק"ק ניקלשבורג דגם הב"ש בשם הנ"י לא החמיר אלא בע"א מעיד שיש לו אחים אבל באין שם עד כלל לא החמיר הב"ש וכן דברי הש"ע סימן קנ"ז לא היה מוחזק באחי משמע שסגי בזה שלא היה מוחזק באחים וכל דברי מהרי"ט לא נהירין בפרט שהוא רוצה שהרא"ש יהיה מן האוסרים ולדעתי בודאי הוא מן המתירין כו' וכן מה שאמרו בב"ב נקיל בא"א מיירי שיצא הקול בעודו חי כו' וכן אפילו לא יצא הקול עד לאחר מותו ג"כ הדין שוה שחוששת לקלא שעכ"פ אינו דומה לשבויה אלא שהגמרא שם קאי על מעשה שהיה שהקול יצא בחייו עכ"ל (וכבר כתבתי לעיל שבש"מ לב"ב בשם רבינו יונה כתב שיש לפרש נקיל בא"א דכיון דהוחזק באיסור א"א ובעודה בחזקת איסור א"א יצא הקול כו' דמחזיקין מאיסור לאיסור ולא נהירא ההוא פירושא מהא דיבמות אשה זו בחזקת היתר כו' עכ"ל וכן בפלפלא חריפתא להגאון בעל תוי"ט ז"ל בפירושו להרא"ש ב"ב כתב דאיסור א"א לאו דוקא ותמה על הרשב"ם ע"ש) ושם בתשובה קמ"ד כתב דעכ"פ עשרים החתומים לאיסור במהרי"ט אין ראיה שרוצים לאסור אפילו בע"א להרא"ש והש"ע הם אמרו ששם היה שני עדים לאיסור ששמעו מפי שני עדים כו' וע"ש בשני תשובות הנ"ל שכתב גם כן ליישב שהנ"י אינו חולק על דין דהרא"ש ובתשובה סימן ג' הביא גם כן דברי הב"ש אליבא דהנ"י וכתב דלכאורה אם זה לא מיקרי חזקה כלל לא לאיסור ולא להיתר א"כ ל"ל אמירת הבעל או ע"א שיש לו אחים בלי שום אמירה כלל תהיה אסורה בספק שמא יש לו אחים וספיקא דאורייתא הוא כו' ע"ש וע"ז יש לתמוה דזה לא עלה ולא יעלה על הדעת דלפי שכתב הנ"י דאם לא מוחזק בבני מהימן לומר שיש לו בנים במיגו דבידו לגרשה שאין בזה סתירת החזקה וסבור שאם אין מוחזק באחים לא מיקרי חזקה להתירא שהרי הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והרא"ש והר"ן כולם כתבו דבר זה דבאמירתו יש לי בנים מהני מיגו דאינו סותר החזקה לגמרי דאף שהוא מוחזק באחים אין זה בא לעקור החזקה רק שבא להתירה מצד אחר שאומר שיש לי בנים והרי מבואר בדבריהם דאם אין מוחזק באחים הוי חזקה לענין שאין הבעל נאמן לאסור והרא"ש והטור והש"ע מתירין אפילו בע"א וא"ל דס"ל דלענין בנים מהימן טפי כמ"ש ה"ה משום דבדידיה תלי' מילתא הלכך אע"ג דאין מוחזק בבנים מחשב כחזקה מ"מ מהני דבורו לסתור

החזקה דתליא מלתא בדידיה אבל באחים לא מהני אבל באמת ז"א שמבואר להמעין שהנ"י לא בא דרך האתרים ולברור לעצמו שיטה אחרת בזה ודבריו בזה הם דברי רבותיו לחלק בין אחים לבנים מצד שאין סותר החזקה לגמרי ורק הוא הדין הוא שהוסיף מדעתו דחזקת אין לו בנים יכול לסתור ובאמת לא משמע כן בדברי הרא"ש ונ"י ומ"ש הב"ש שה"ה כ"כ בשם הרשב"א ליתא ואדרבא בדברי הרשב"א מבואר להיפוך שכתב דאינו עוקר שום חזקה לגמרי שאע"פ שהיה מוחזק באחים הרי אינו אומר שאין לו אחים אלא שיש לו בנים ומוחזק שאין לו בנים הרי אינו עוקר לומר שיש לו אלא מתירה מצד אחר ואומר שאין לו אחים ולא שאנו צריכין לדבריו בכך כיון דאינו מוחזק באחים אלא משום חזרתו דחזר ואמר יש לי אחים אצטרך כו' ע"ש הרי מפורש יוצא מדבריו דאם מוחזק שאין לו בנים אינו נאמן לעקור החזקה לומר שיש לו אלא שאין אנו צריכין לדבריו כלל כיון שאין מוחזק שיש לו אחים ממילא היא מותרת וכן בדברי הרא"ש בקידושין בשם הרמב"ן כתב דבב"ב משמע דוקא זה בני שאינו סותר לגמרי החזקה כו' כמש"ל ולא כתב משום דבדידיה תליא מלתא שפיר מהני אפילו במקום שסותר החזקה אלא ודאי שאין מועיל אלא משום דאינו סותר לגמרי החזקה אע"פ שהוא סותר את חזקת היבם כיון דמוחזק באחים ולא מוחזק בבנים מ"מ מהני אמירתו מטעם מיגו אבל סתירת החזקה לגמרי כיון שאין אנו מוחזקים שאין לו בנים אלא דלא מוחזק לן בבנים וכן נראה מלשון הרמב"ן גופיה במלחמות שם ובב"ב פרק חזקת בענין קריביה דרב אידי שכתב וז"ל ועוד שנינו זה בני נאמן וכן יש לי בנים נאמן ואע"ג דמוחזק לן באחי פוטר מן היבם משום מיגו דפטר בגיט' ולא אמרינן זה בחזקתו הוא עומד ואלו היה בנו או יש לו בנים קל הוא להביא עדים על הדבר והאי אינו מוחזק בבנים ולפי דברי בעל המחבר הזה (ר"ל בעל המאור) אף המוחזק באחים ושאיין לו בנים נאמן משום דמה לי לשקר בעדים והרי זה מכחיש חזקתו בדבר העשוי להתפרסם אם יש לו אחים אם לא כו' ע"ש ומבואר דנקט והאי אין מוחזק בבנים ואם היה סובר דאף במוחזק נאמן הו"ל למנקט מוחזק שאין לו בנים והוא אומר יש לו דנאמן אע"פ שמכחש חזקתו וכמו שמחזק קושייתו לשיטת בעל המאור כמו כן הוי מצי לאלומי קושייתו טפי ממוחזק שאין לו בנים אלא ודאי דלשיטתו דמוחזק באחים אינו נאמן לומר אין לי אחים כמו כן מוחזק דלית ליה בנים א"נ לומר דאית ליה וכן כתב הר"ן דבאומר יש לו בנים אינו עוקר חזקתו אלא שבא להתירה מצד אחד כו' וכ"כ הריטב"א בקידושין לחלק בין בעל שאמר גרשתי דחולצת אע"ג דבידה לגרשה שאני מוחזק באחי ולא בבנים ואומר יש לי בנים דאע"ג דלא מוחזק לן בבנים לא מרע חזקה דידן לגמרי ואפשר דאית ליה בנים ולא ידעין במלתא הלכך לא אתרע הואיל דידיה ומהימן עכ"ל הרי דנקט במלתיה לא מוחזק לן בבני דבכה"ג מיקרי לא מרע חזקה דידן וכיון שמדברי כולם נלמד דמוחזק שאין לו בנים הוי חזקה דלא מהני מיגו לעקור החזקה רק באין מוחזק בבנים ס"ל דמהני מה שאומר זה בני א"כ איך כתבו דהיכא שאין מוחזק באחים הוי חזקה שאין הבעל נאמן לומר יש לי אלא ודאי דלא תליא מידי בהא וכמש"ל דע"כ לא מפלגינן בין מוחזק שאין לו בנים ללא איתחזק בבנים אלא לענין שיועיל המיגו לסתור שכל שאינו סותר גוף הענין שאנו מוחזקין בו שפיר מועיל המיגו אע"פ שהוא סותר חזקת היבם שהיתה בה כמ"ש הרא"ש בשם הרמב"ן להדיא משא"כ היכא שבא לסתור גוף הענין שאנו מוחזקים

בו כגון שאנו מחזיקים שיש לו אחים שהוא סותר חזקת היבם וגם החזקה שאנו מחזיקין בה וכן אם מחזיקין בו שיש לו אחים ואין לו בנים דג"כ יש חזקת יבום וחזקה שאנו מחזיקים שאין לו בנים וכשאומר יש לו בנים לא מהימן שהרי הוא סותר גוף הענין שאנו מחזיקים בו ודוחה אותו ואת חזקת יבום ובכה"ג לא מהני המיגו וכל זה לענין מיגו אמרינן דמהני לסתור החזקת איסור לחוד משא"כ ע"א לא מהימן באיתחזק איסורא או היתרא וא"כ בלא אתחזק באחים שלולי העד היתה מותרת הרי הוא מעיד לאסור דבר דאיתחזק היתרא וזה אינו נאמן אע"ג שאינו בא לסתור גוף החזקה שאנו מחזיקים כיון שאין חזקה דל"ל אחי רק דלא מוחזק באחי מ"מ אף לסתור החזקת היתר לבד לא מהני ע"א וכן מוכח מדברי הראב"ד שכתב דאין עד אחד נאמן לומר לה בן במדה"י והיינו משום דאתחזק באחי והוא בחזקת איסור אע"ג דבמה שאומר ניתן לה בן אין בזה סתירת החזקה דהא דבר זה הוא דבר שיש עליו ספק מעיקרא שמא יש לו בן במדה"י ואף הרשב"א לא קאמר אלא משום דס"ל דבע"א אמרינן דווקא.

וכן הב"ש כתב משום דמסייע ליה רוב נשים מתעברות כו' אבל לולי זאת אינו נאמן לסתור החזקה של איסור אע"פ שלא בא לסתור גוף החזקה שאנו מחזיקים שאין לו אחים אלא בא להתירה ממקום אחר ובזה אין בו סתירת חזקה כלל וא"כ גם בלא מוחזק לן באחי שעכ"פ איתתא שרי' דאמרינן דמסתמא אין לו אחים ויהיה מאיזה טעם שיהיה כיון דהוי שרינן לה זולת העד א"כ העד בא לאסור במקום חזקת היתר שפיר כתב הרא"ש דלא מהימן ואחריו נמשכו הטור והש"ע וכדאי הם לסמוך עליהם אף שלא בשעת הדחק ובפרט שאין חולק עליהם לפי ענ"ד כמ"ש דהנ"י שכתב הב"ש לא בא לחלוק אלא לפרש כדברי שאר הראשונים ז"ל: והנה הראב"ד בהשגות כתב על הרמב"ם דמתיר בע"א שמעיד בניתן לה בן כתב דליתא שאפילו בעל עצמו שאמר יש לי בנים והוא מוחזק באחים ובלא בנים אינו נאמן להתירה בלא חליצה ודקדק בדבריו מ"ש באחים ובלא בנים דהיינו שמוחזק בלא בנים שאז א"נ דאלו לא מוחזק בבני שפיר נאמן כמ"ש ה"ה חילוק זה אמנם הרשב"א בחידושו העתיק בשם הראב"ד ואין מוחזק בבנים וכן הוא בנ"י (אך בתשובה סימן א' רנ"ב העתיק כמו שהוא בהשגות) ולכאורה בהא גם הראב"ד מודה אך באמת נראה שע"כ הראב"ד באין מוחזק בבנים קאמר דמוחזק דל"ל אין ראיה לניתן לה בן דהא לא דמי דבמוחזק בא לסתור החזקה שאנו מחזיקין דל"ל משא"כ ניתן לה בן אין סתירה רק לחזקת האיסור אבל לא לגוף החזקה שאנו מחזיקין ויש לתמוה על ה"ה שמתחלה כתב ואני אומר שאף בעל כו' ואפשר כיון דמסקינן כו' ה"נ במוחזק דל"ל כו' ולכן הוצרך לדחוק דאף במוחזק דל"ל נאמן ולענ"ד במ"ש דניתן לה בן לא דמי למוחזק דל"ל אלא ללא מוחזק בבנים ואמנם כן דברי הראב"ד תמוהים כמ"ש דבלא מוחזק ודאי בעל נאמן.

ונראה דודאי גם הראב"ד מודה בזה דבהא מהימן אך טעם נאמנותו הוא רק משום מיגו דבידו לגרשה אבל זאת לא מהימן ונפקא מינה היכא דלית לן מיגו וכגוונא שכתבו התוספות דבשעת מיתה אינו יכול לכתוב גט וכיוצא לא מהימן וא"כ שפיר יש ללמוד מזה לע"א ולכן שפיר כתב הראב"ד דאפילו בעל עצמו כו' ר"ל היכא דליכא מיגו א"נ להתירה וע"א נמי להא דמי ומ"ש דאפילו בעל עצמו ואי בלא מיגו מיירי מאי עדיפות' דבעל מע"א י"ל דלענין הכרת הבן התורה האמינתו וא"כ עדיף לענין זה מעד דעלמא.

ומעתה מ"ש ה"ה על הרשב"א ואני אומר דאף בבעל עצמו כו' אין בזה כדי לדחות השגת הראב"ד דאפילו תימא דמהימן אף במוחזק בלא בנים מ"מ היינו מטעם מיגו אבל בלא מיגו ל"א ומינה לע"א דעלמא ולכך הוצרך הרשב"א לחלק משום דייקא והוא נכון לענ"ד: ונשוב למ"ש הגאון ז"ל בנ"ד דאם זה לא מיקרי חזקה כלל א"כ ל"ל אמירת הבעל או ע"א הא ספיקא דאורייתא הוא כו' והנה הדבר פשוט דגם הב"ש לא קאמר אלא להנ"י דס"ל דכה"ג דלא מוחזק בבנים לאו חזק' מעלי' הוא ומהני מיגו אע"ג דבמוחזק דל"ל בנים לא מהני המיגו לסתור א"כ גם לענין ע"א נהי דלא מהימן במקום שיש חזקת היתר גמור מ"מ האי לא (דלא) חשיב חזקת היתר גמור דהא ע"א מועיל לאסור שאין זה סתירת חזקת היתר גמור וכמש"ל בשם הפ"י ג"כ במ"ש לפרש דברי רש"ל ואי אתא אחזה דמיתנא והגאון ז"ל כתב בעצמו ג"כ שהב"ש לא אמר כן לשיטת הנ"י אלא לענין ע"א אבל מ"מ שפיר חשיב ליה חזקה היכא דליכא ע"א והוא עד אחזוקי איסורא לא מחזקינן וכבר הארכתי לעיל בטעמא דמלתא ושם כתבתי משום דס"ל דמוקמינן אחזקת היתר דקודם נשואין וכמ"ש מהרי"ט וכתבתי שכן הוא לדברי התוס' שם בהא דתירצו בגירש ולבסוף כנס דמ"מ מוקמינן בחזקת היתר לשוק דאוקי הערוה כו' והיינו דהיה להצרה חזקת היתר לשוק קודם הנישואין והגאון ז"ל בתשובה סי' קמ"ד וקמ"ה כתב ג"כ כדברי האלה והראה מקום למ"ש בנ"ד חלק הראשון בחלק יו"ד סי' נ"ז וראיתי שכתב שם לחלק בין ספק דרוסה שמעולם לא היה חזקת היתר לבהמה משא"כ באשה זו שהיה לה חזקת היתר דקודם נישואין וכתב ליישב בזה קושית התוס' דמקשו מדרוס' ושוב כתב דשפיר הקשו התוס' דא"א לאוקמי אחזקה קמייתא דאז היתה מותרת גם ליבום כו' ע"ש ולפי זה בנדון הספק שלנו שהספק הוא שמא אין לו אחים כלל פשיטא שיש לנו לאוקמה אחזקה קמייתא בלי פקפוק: אך באמת מ"ש לתרץ קושית התוס' לחלק בדברוסה אין חזקת היתר מעיקרא לענ"ד דברי התוס' א"ש בפשיטות דאטו דוקא חזקת היתר והלא בדברוסה יש חזקה שקודם לזה לא היתה דרוסה וא"כ נימא כשנסתלק איסור שאינו זבוחה ואתה בא לאוסרה מחמת ספק דרוסה העמידנה על חזקתה שלא היתה דרוסה כשנולדה ומצאתי בפ"י סוף פרק המדיר שכתב דמעיקרא לא קשיא להו להתוס' אלא משום דספק דרוסה אית לה חזקה מבוררת דודאי לא נדרסה קודם שנולדה כו' וכך הם דברי אא"ז בתשובה סי' כ"ט וקצרתי ועכ"פ בנ"ד שפיר שייך חזקת היתר לשוק דקודם שנישאת אף לדברי הגאון ז"ל וכבר כתבתי שכן מפורש יוצא מתוך דברי הריטב"א בקדושין שכתב טעמא דמהני מה לי לשקר במקום חזקה דאסורה דהיינו דמוחזק לן באחי משום דמסתמא כל אתתא בחזקת היתר לשוק קיימא במיתת בעל עד שתאסר בזיקת יבום לפנינו וכ"כ אח"כ אליבא דר"נ דנימא כי הדדי נינהו ואוקי אתתא אחזקת דהיתרא כו' ע"ש מבואר להדיא דאף במוחזק באחי' ג"כ לא נסתלק חזקת היתרה שהית' מוחזקת בה קודם הנשואין ואף שנשאת לא יצא' מחזקת היתר זה לגמרי אלא מה שנאסרה בבירור משום א"א ולא מה שיש לנו ספק מחמת שמוחזק באחי' כיון דאינו מבורר בעדים רק חזקה בעלמא ואין זה חזקת איסור ליבום גמור שיסתור לגמרי חזקת היתר של קודם נישואין ועדיין י"ל שהי' בחזקת היתר כשימות בעלה אם לא שתאסר בזיקת יבם לפנינו ולכן כיון דמה לי לשקר מרע הך חזקה דמוחזק באחי' ממילא דמוקמינן לה בחזקת היתר דקודם נשואין וכל זה במוחזק באחי' אנו צריכין לחפש זכות

האשה מחמת אמירתו שהוא נאמן מחמת מה לו לשקר ושוב קיימא בחזקת היתר משא"כ היכא דלא מוחזק באחי' מלתא דפשיטא הוא דמוקמינן לה אחזקת היתר דקודם נשואין ונראה ברור דאף המפרשים שכתבו תירוצים אחרים על קושיא זו דה"ל מה לי לשקר במקום חזקה לא פליגי אריטב"א בהא דה"ל חזקת היתר דקודם נשואין רק דס"ל כיון דמוחזק באחי נסתלק חזקת היתר לשוק לגמרי וקיימא בחזקת איסור אבל בלא מוחזק באחי כ"ע מודים דאכתי בחזקת היתר קיימא ולכן בלא מוחזק באחי ואמר יש לי אחים אינו נאמן להוציא' מחזקתה וממילא מה שרצה הב"ש להוציא מדברי הנ"י באין מוחזק בבנים דלא הוי כמוחזק בבנים ללמוד מזה לענין מוחזק שאין לו אחים אין זה ענין לזה כלל דכאן אחזקה קמייתא קיימא.

ומ"ש מהרי"ט דמחזיקין מאיסור לאיסור כבר בררתי דאף לשיטת רש"י דמשמע מיניה דמחזיקין לאיסור לא שייך בכה"ג שלא קדם האיסור ודאי להספק וגם לא נתחדש מעשה ריעותא ברורה והוא נכון ואמנם רוב הפוסקים קיימי בשיט' דאין מחזיקין בזה במקום אחר וראיית מהרי"ט כבר דחו לה בדברי הבאים אחריו כמש"ל מעתה ראיתי שגם בנ"ב במהדורא תנינא כתב שאין ראיות' מוכרחים וקצרתי בזה אחרי שאין צורך בזה דגם מהרי"ט מודה היכא דליכא ע"א או עדים וכמש"ל: ועוד נלענ"ד לחדש בה דבר ע"פ מ"ש התוס' בדף ל"ז בד"ה וזהו הואיל ולא הוכר כו' תימא אמאי לא מוקמינן לה בחזקת היתר ליבום כו' וסמוך מיעוט דילדות לשבעה ואיתרע לה חזקה כו' דאין סברא לומר בנשים ששהו עם בעליהם כמה שנים ולא עיברו ומתו בעליהן דרוב מעוברת ולקמן דף קי"ט הוא דאמר לה גבי האשה שהלך בעלה וצרתה למדה"י עכ"ל וכוונת דבריהם דאע"ג דאמרינן רוב מתעברות ויולדות אותו הרוב אין דרכו לשהות כמה שנים וכיון שזו שהתה כמה שנים איתרע לה הרוב הזה ולפי זה נראה באשה שלא נבדקה אם יצאה מכלל איילונית ושהתה כמה שנים עם בעלה ולא ילדה דאיתרע לה רובא דרוב נשים שאינם איילונית דהרוב שאינם איילונית עכ"פ רובא דרובא מתעברות ויולדות ואינם שוהים הרבה עם בעליהן ואין מולידות לא איילונית נינהו רק סיבה אחרת גורמת להם מ"מ עכ"פ ודאי הוי מיעוט חשוב וחזי לאיצטרופי לחזקה ולא מיבעיא לשיטת רב האי גאון ודעימיה דאף לרבנן אמרינן סמוך כמבואר ברמב"ן ושאר פוסקים דודאי מצטרפין הך מיעוטא דאיילונית אלא אפי' להסוברים דדוקא לר"מ אמרינן סמוך מיעוטא אבל לרבנן לא היינו בלא איתרע רובא כלל דאז מיעוטא לגבי רובא כמאן דליתא אבל בגוונא דכתיבנא שע"י ששהתה ולא ילדה איתרע לה רובא ודאי דהמיעוט הוא מיעוט חשוב ומצטרף לחזקה אליבא דכ"ע.

ולפ"ז נראה אפי' תימא דבעלמא איתרע לה חזקת היתר לשוק דקודם הנישואין מחמת הנישואין שנכנסה לודאי איסור א"א וספק זיקת יבם מ"מ בזה לא איתרע כלל דסמוך מיעוטא דאיילונית שאינו זקוקה ליבום לחזקה דהיתר לשוק וא"ל דממ"נ כיון דרובא לא איילונית ה"ל פלגא ופלגא ז"א דדוקא אם היינו הולכין אחר הרוב היה האיסור ברור ה"ל פלגא ופלגא משא"כ בזה שאף להרוב אין כאן רק ספיקא לאיסורא ומצד החזקה והמיעוט המצטרף לו ההיתר ברור לא שבקינן היתרא ודאי דחזקה ומיעוטא לחוש לספק הרוב ושרי' איתתא אליבא דכ"ע: וגדולה מזו נראה לי דאפילו נתברר השתא דלא איילונית היא כגון שנבדקה ונמצאה כשאר נשים או שילדה וא"כ היה אפשר לומר

שלמפרע היתה בחזקת ספק איסור לא חיישינן לה כיון דעכ"פ עד ההיא שעתא בחזקת היתר הוה קיימא לא מחזקינן בה ספק איסור למפרע וכן נראה ממ"ש הטור דאם יש עדים שיש לו אחים אינו נאמן לומר יש לי בנים משום דהוה כאילו מעידים שזקוקה ליבם וכמ"ש הב"ש סי' קנ"ו ס"ק י"א ומ"ש אם באו העדים אח"כ שיש לו אחים הוא פטורה בלא חליצה כמ"ש הב"ש והב"ח וכמ"ש ס"ק יו"ד וס"ק י"ב והטעם בזה כיון דבהאי שעתא לא היה עליו ודאי חיוב זיקת יבום אע"ג דאיתחזק באחים אין זה חיוב ודאי ומהני בהאי שעתא אמירתו יש לי בנים לסתור החזקת איסור וקיימא בחזקת היתר בהאי שעתא שוב לא איכפת לן בביאת העדים לומר תיגלי מלתא למפרע שהיו עדים על הדבר שיש לו אחים והיתה בחיוב ודאי ליבום ונתבטל אמירתו אלא בתר האי שעתא אזלינן ומכ"ש אם לא היה מוחזק באחים כתב בעל המאור והרא"ש והריטב"א להדיא דאפילו אתו העדים בתר הכי לא איכפת לן בהא ולא אמרינן דמחזקינן לה בחזקת יבום למפרע וכאילו היה שם בשעת מעשה ואין אמירתו מועלת וממנו נקח לנ"ד דכיון דבהאי שעתא שנישאת לא היה מוחזק באחים והרי לה בחזקת היתר לשוק ומסייע לה מיעוטא דאיילונית הרי עמדה באותה שעה בחזקת היתר ואף דהשתא איגלי מלתא שאינה איילונית ונסתלק צירוף המיעוט מ"מ לא תצא מחזקת היתרה הראשון וגם יש להביא ראיה מה דאמרינן ביבמה שאמרה ניתן לי בן מת בני ואח"כ בעלי כו' וכתבו התוס' בר"פ האשה שהלכה דמיירי שיש עדים שמתו שניהם ואין ידוע מי מת תחלה ע"ש והשתא תיקשי דא"כ למה מת בני ואח"כ מת בעלי נאמנת כיון דעל כל פנים איכא עדים שניתן לה בן אזלת חזקת היתר ליבום דידה ולמה נאמנת וע"כ לומר כיון דבהאי שעתא היתה בחזקת היתר ליבום ואף דהשתא אתי עדים הרי השתא כבר נולדה ספק של מיתה לא מחזקינן איסור ליבום למפרע מחמת הבן הנולד (וע"ש בדברי אא"ז מהרש"א ובט"ז שנתחבטו בדברי התוס' האלו הגאון בעל ט"ז והגאון מוהר"ר העשיל ז"ל והביאם הב"ש בקצרה ובדברי בעהמ"א והמלחמות שם ובמלחמות שם מבואר כדברי הגאון מהר"ה ז"ל והנפתי ידי בע"ה בתשובה אחת בדבריהם ז"ל והדברים עתיקין) וה"נ דכוותה ועיין בתוס' דכתובות דף כ"ו ע"ש שיטת הר"י בר ברוך ואף להר"י החולק י"ל דוקא לענין תרי ותרי וקצרתי ועיין ביו"ד סי' י"ח בענין סכין שיצא בחזקת בדוקונמצא פגום וכמ"ש אא"ז בתשובה שם מדברי הש"ס בכתובות.

הרי אתם בחזקתכם וקצרת: ולכאורה נראה בטעמא דמלתא שאין מחזיקין למפרע משום שאם נרצה לומר שיש עפ"י מה שיתברר עכשיו חזקת איסור למפרע ה"ל כחזקה שלא נתבררה בשעתה דלא אזלינן בתרה אלא דבאמת ז"א דאף שלא היינו יודעין אז אין העלם דבר של צבור עושה דחוי לחזקה זו להיות עליה שם חזקה שלא נתבררה וכמ"ש"ל בשם הגאון בנ"ב חלק אע"ה וגם כי בזה אין אנו צריכין שיהיה חזקת איסור אז אלא שע"י הידיעה בסוף מסתלק המיעוט שגרם החזקת היתר שבתחלה אבל אי דייקת תשכח דהכא עדיף טפי כיון דבאמת יש לנו חזקה ברורה לשוק רק שנפל לנו ספק מחמת הקידושין ואעפ"כ לענין ספק יבם היינו מחזיקין אותה בהיתרא שאין לו אחים רק מחמת איסור א"א ודאי אנו רוצים לבטל החזקת היתר והרי בהאי שעתא לא נולד לנו ספק בחזקת ההיתר כלל שהוא מקום לצרף המיעוט אימת נולד הספק עכשיו שנתגלה שאינה איי וני' השתא כבר נסתלק חזקת איסור א"א ע"י מיתת הבעל והספק

ליבם ניתר ע"י החזקה שבתחלתה שלא נסתלק מחמת האיסור ודאי של א"א כלל: ועפ"י מ"ש יש מקום ליישב דברי הרשב"ם בב"ב ש"כ בלא אתחזק לא באחי ולא בבנים קיימא הך איתתא בחזקת שאינה זקוקה ליבום דס"ס הוא כו' ולכאורה צ"ע שפתח בחזקה וסיים בס"ס וכן בסוף דבריו כתב לא כל כמיניה דמפיק לה מחזקתה וכלשון רש"י בקידושין ומי סני ליה למינקט היתרא משום ס"ס ובאמת שלשון הש"ס מורה דמטעם חזקה הוא דאמרינן לאו כל כמיניה דאסר לה אכ"ע לשון זה מורה דכיון דבחזקת היתר קיימא לדידהו לאו כל כמיניה לאוסרה עלייהו וגם צ"ע דאם מטעם ס"ס אתינן עלה מאי רבותא דהא קיי"ל דאפי' במקום חזקה אין ע"א נאמן ומכ"ש במקום רוב' כמ"ש הפ"י בקידושין דף ס"ג ומכ"ש במקום ס"ס דחשיב כרובא ואפשר דעדיף מיניה כמ"ש הרשב"א וידוע בזה שיטת הפוסקים ודברי הפ"י בענין ס"ס במקום דאיתחזק איסור' (ולפי שיטת הפוסקים דלא מהני ס"ס באיתחזק איסורא יש מקום ליישב קצת דסד"א כיון דמחזיקין מאיסור לאיסור כאיתחזק איסורא דמי ועכ"פ אמירת הבעל מהני קמ"ל דלא מהני במקום ס"ס וקצרותי) אך לפי מ"ש י"ל בכוונת הרשב"ם דודאי מיירי שעכשיו ידוע לנו עפ"י עדים דלית ליה בנים ודומי' דרישא דאומר שיש לי בנים דמיירי אף אי אתי עכשיו עדים שיש לו אחים נאמן לומר יש לי בנים (ואף שהרשב"ם כתב אי אתו אחוה דמיתנ' כו'.

כבר כתבתי לעיל בשיטות רש"י דבצירוף אמירת הבעל כאתו עדים דמי ע"ש) וקמ"ל דאפי' בכה"ג לא מהני אמירתו כיון שטרם שנודע לנו בבירור שיש לו בנים דהיינו בשעת מיתה אכתי לא הוה מוחזק לן לא באחי ולא בבנים והי' לך היתר משום ס"ס אף עכשיו שאנו יודעין שבנים לא היו לו אכתי בחזקתה קיימא כדמעיקרא וחשבינן אמירתו כמאן דליתא וממילא דלא איכפת במה שנודע שלא היה לו בנים בבירור משא"כ בעובדא דהוה מחזיקין דלית ליה אחי כתב ויודעין היו בודאי שאין לו בנים ור"ל שמאז שהיו מוחזק דל"ל אחי היה ידוע שאין לו בנים ומעיקרא ליכא ס"ס כלל הלכך אי לאו דמוחזק דלית ליה אחי היתה אסורה מספק משא"כ היכא דבחיי הבעל לא הוה ידעין אי אית ליה בנים או לא אף דמתברר לן השתא אין משגיחין במה שאמר יש לי אחי כיון דבהאי שעתא בחזקת היתר הוה קיימא מחמת ס"ס השתא נמי אע"ג דפקע ליה ספיקא דבנים שוב לא תצא מחזקת היתר' הראשון דקמי נשואין שהרי לא נתסרה מחמת חזקת היתר דידה לעלמא כשימות הבעל מחמת הס"ס ולא היה סיפוק בדינו להחזיק מאיסור א"א על איסור יבום כיון שהיה ס"ס בעודו בחיים ואף כי אחרי מותו הוסר ספק א' ונתברר שאינו מ"מ ס' חזקת ההיתר עוד לא סר ומועיל לספק זה של אחים ככוחו אז כוחו עתה שתהא מותרת לשוק ולכן אם בעובדא דנ"ד האיש הזה נתגדל במקום אחר ובא למקום שנשא האשה והיה מקום להסתפק שמא כבר היה לו אשה והוליד בנים אף שעתה מתברר שלעולם לא היה לו בנים אף לדברי הרשב"ם איתתא שרי' אפס כי חובה עלי להודיע להמעייין כי איני בונה יסוד על זה להיתר האשה שאנו דנין כי אולי עובד' הוה שבא האיש בימי נערוות באופן שלא היה ספק מעיקרא על בנים כלל וגם כי סברות שכתבנו עדיין צריכין לפנינו ואין פנאי לנסך בכור המובחן בכמה סוגיות היעמדו דברינו לסמוך להלכה למעשה אך הואיל ואיני אומר לסמוך על זה כי עיקר ההיתר כבר הוא סמוך ונראה בעליל מזוקק שבעתים חזינן למכתב נמי הני מילי משום דמלאכת שמים

הוא ואולי יועילו להתלמד מהם במקום אחר: אך הואיל ובאנו לידי מדה זו לישא וליתן ע"פ דרכו של הרשב"ם ז"ל ראיתי עצמי מחויב בדבר להציע לרבי' מה שלענ"ד לברר ההיתר בנ"ד אף לשיטת הרשב"ם ז"ל ומתחלה אבאר כי לפי מה שהמחברים הביאו דברי הרשב"ם ז"ל בזה ותופסים הדברים ככתבן יש לתמוה מאוד שנראה שע"פ פירושו דאתי עלה מטעם ס"ס הא מלתא דלא מוחזק באחי אין בו משקל חזקה כלל רק ספק כשאר ספק דעלמא ובהצטרף אליו ספק בנים הוי ס"ס וזולת הספק השני ה"ל ספק השקול אם יש לו אחים אם לא א"כ נחזיק אנן במוחזק דל"ל אחי שכתב הרשב"ם שמוחזק בחזקה בעלמא בלא עדים וצריך להבין חזקה זו מה טיבה שאם היא כענין החזקות המבואר בקידושין דף פ' דאמרינן שם מלקין ושורפין על החזקות א"כ מה גריעותא דהך חזקה מעדים ול"ל לר' יוסף למימר ועוד הא אמר דל"ל אחי דפשיטא דחזקה דמהני אפ"ל לשקול על ידה דמהני להתיר באיסור זיקת יבום ועוד דא"כ האיך קאמר אביי והאיכא קלא כו' ורבא חייש לה דוקא במקום חזקה מאי מהני והא דאמרינן בב"ב דף ל"ב כגון דמחזיקין באבוב דהאי דכהן הוא ונפק עליו קלא דב"ג הוא ואחתיני' כו' כבר פ"ל רשב"ם שם ואחתיני' מן הכהונה עד שיבדקו הדבר שמעלה הוא בכהונה כו' וכן פירש"י בכתובות משמע דאי לאו משום מעלה א"צ לבדוק אחר הקול כלל ומכ"ש בזה דהוא אמר ג"כ דל"ל אחי ואית ליה מיגו ואפשר לומר דמה"ט נדחק הרשב"ם לפרש מאי דקאמר נקיל בא"א והרי הוא בחזקת איסור עד עתה ואל תתירנה מספק כיון דאמרי דאיכא עדים במד"ה שזקוקה ליבום והיינו משום דבעלמא היכא דליכא מעלת כהונה אין חוששין לקול במקום חזקה משא"כ בזה שהיתה בחזקת איסור שפיר מחזיקין מחזקת איסור להקל אע"פ שיש חזקה דל"ל אחי ומיגו אך בלא"ה נראה דחזקה דל"ל אחי הוא קשה במציאות דהתם בקידושין שייך שפיר שמוחזקין בו שהוא בנו של זה מחמת שכרוך אחריו וכן שאר דברים דאמרינן התם וכן בההוא דחזקה לכהונה אמרינן מה ראית שקרא ראשון כו' וכן מוחזק באחי שייך לומר שראו אנשים שהיה נוהג עם אחד או שנים כדרך שנוהגין באחיה וכמבואר בדברי ה"ה פ"ה מהל' נחלות בשם התוספתא והביאו הריב"ש ג"כ אבל לומר שיש חזקה שאין לו אחים הוא קשה לפרש על דבר זה ואפשר דהיינו טעמא דהרמב"ם וטור וש"ע שכתבו לא היה מוחזק באחים ויצא קול שיש עדים כו' ושינו לשון הש"ס דאמר דמוחזק דל"ל אחים וכמש"ל ונראה דס"ל דמציאות זה שמוחזק דל"ל אחים אין לו מקום רק מה שאינו מוחזק באחים דהיינו מחמת מה שלא נשמע משום אדם שהוא אחיו או שיש לו אחים ע"י זה אנו מחזיקין אותו באין לו אחים אך מדברי הרשב"א דמשמע דמוחזק שאין לו אחים הוא ענין אחר ע"כ לומר שכוונתו שמחזיקין בו מפי השמועה מאנשים שידעו אותו מתולדתו ואת בית אביו שהוא גרגור יחידי ואין לו אחיה בעולם וכמ"ש רש"י גבי דמוחזק לן באחי לא שיש עדים בב"ד אלא חזקה בעלמא שכך שמענו עליו קודם קידושין וכ"כ הר"ן שם וא"כ אין חזקה זו רק קול לבד שלקול השמועה שיש לו אחים החזיקו אותו בכך וכן מבואר שם ג"כ מדברי הר"ן שהקשה אם נימא דמוחזק באחים נאמן לומר א"ל אחים מחמת מיגו קשה מב"ב דמחמת הקול לא מהימן במיגו ותירץ דשאני התם שהקול אומר שיש עדים כו' אבל בחזקה בעלמא שאין אנו יודעין שיש עדים בדבר שיהיה אפשר להתברר על פיהם נאמן משום מה לי לשקר ע"ש מבואר דחזקה בעלמא היינו ענין קול

שמחמת קלא דלא פסק החזקנו בו כך אע"פ שאין אנו יודעין אם יש עדים בדבר וכן משמע מהרמב"ן שם וכה"ג הוי נמי הך דמוחזק לן דל"ל אחי דהיינו ע"פ הקול החזקנו כך ועל פי זה תמה על עצמך בהא דקאמר ר' יוסף למאי ניהוש לה חזא דמוחזק דל"ל אחי משמע דעל דא לחוד נמי הוי סמוך להתירה והרי לפי המבואר מהרשב"ם הך ספקא אי אית ליה אחים או לא הוא ספק השקול וס"ל דמחזיקין מאיסור לאיסור דמהאי טעמא חיישינן לקלא דמחזיקין מחזקת איסור א"א אל הקול שזקוקה ליבום וא"כ בלא הקול נמי איך נתיר ספק כזה שמוחזק באיסור דאיכא נמי איסור א"א מחמת דאתחזק דל"ל אחי מחמת שכך שמענו עליו והא בכה"ג דאתחזק איסורא אפילו ע"א לא מהימן להתיר מכ"ש חזקה שע"י קול בעלמא ואע"פ שהתוס' בכתובות וב"ב כתבו שהעד גרוע מהקול היינו שצריך לחוש לו עד שיבדוק הדבר ע"פ עדים אבל ודאי במלתא דספיקא טפי אית לן למיסמך על ע"א מעל קול ודוחק לומר דקול כי האי שהחזקנו אותו על ידו עדיף מע"א ולכאורה י"ל כיון דבשעת נישואין כבר היינו מוחזקין בו מפי השמועה דל"ל אחי א"כ בשעה שנכנסה לכלל איסור א"א לא היה ספק השקול אלא היינו מטיין לומר שלענין יבום לא תהיה זקוקה לכן אין לנו להחזיק מאיסור דודאי א"א אל האיסור ספק כיון דאיתרע ליה הספק ע"י הקול דז"א דהא מ"מ אין כאן חזקת היתר גמור והשתא מיהו כשאנו באים להתירה מכלל ספק דאורייתא הוא מחמת החזקה שהיינו מחזיקין בו ע"פ ששמענו עליו שאין לו אחים ומסתברא שאין בשמיעת קול כדי להוציא מידי ספק דאורייתא ופשיטא שא"ל שמועיל מטעם חזקה דפשיטא דכשאנו יודעין מחמת מה נצמחה חזקה זו שאין אנו דנין על החזקה אלא על הסיבה שהחזקה נצמחה ממנה ואפי' להקל נגד החזקה אמרינן הכי ועיין בשו"ת פ"י להגאון מג"ש בחלק אה"ע סימן א' באורך: ולכן נראה לענ"ד דאע"ג דס"ל להרשב"ם דהך דאין מוחזק באחים ספק שקול הוא מ"מ אית לן למיזל גבי' להיתרא דהא קודם נישואין היתה בחזקת היתר ולא אמרינן בזה מחזיקין מאיסור לאיסור כיון דמתחלת לידת הספק עדיין לא היה שם איסור רק השתא הוא שנוולד האיסור בזה אין להחזיק מן הודאי להספק דהספק מעיקרא כמאן דליתא מחמת החזקת היתר וכמש"ל בזה אך הרשב"ם סובר דאף במקום דאיכא חזקת היתר החמירו מדרבנן שלא יועיל חזקה ועיין בפ"ת ובפ"י בק"א לקידושין ובמלחמות בכתובות אהא דאמר ר"ה אמר רב שלשה שישבו לקיים את השטר וא"כ כו' ע"ש וא"ש דברי הרשב"ם דאם אינו מוחזק באחי דה"ל ספק השקול אע"ג דיש חזקת היתר יש לאסור מספק מדרבנן דאף בחזקת היתר מחמרינן מדרבנן משא"כ כשמוחזק לן דל"ל אחי דחזק' זו מסייעת לחזקת ההיתר שפיר שריא אף מדרבנן ובוזה נתיישב לי דברי הרשב"ם שכתב אם הקילו בשבוי' דהרבה הקילו בה חכמים כו' וטעמא דבשביל שנתייחדה בין השבאים אין לנו לאוסרה שהרי סתם אשה משמרת עצמה מזנות ואוקמה אחזקה ואיסור קל הוא אם נשאת לכהן נקיל בא"א דחמיר דאיכא חנק והרי הוא בחזקת איסור עד עתה ואל תתירנה מספק כו' הנה פתח בטעם קלות השבוי' משום דסתם אשה משמרת עצמה מזנות והיינו בענין דגרסי משום דמנוולא עצמה כו' ואע"פ שהרשב"א לא גרס ליה וכתב שפירוש היה בספרים מ"מ בטעמא דמלתא דמקילין בשבוי' משום הכי הוא וא"כ מי הכריחו לפרש מה שאמרו נקיל בא"א משום מחזיקין מאיסור לאיסור הוא דהא בלא"ה יש לחלק משום דבשבוי' יש טעם להקל ואם לשון הש"ס דקאמר נקיל

בא"א דוחקם ולא נהירא ליה כפי' המפרשים דלא דוקא קאמר רק דנסיב הך לישנא דקאמר בקדושין אלא דס"ל דדוקא קאמר ומשום דמחזקין מאל"א א"כ לא היה צריך לפרש קולת שבוייה משום דסתם אשה משמרת עצמה כו' כיון דלא גרס הש"ס הך מלתא משום דמנוולא כו' והחילוק מבואר דבשבוייה בחזקת היתר עומדת שאין מקום להחזיק מאל"א והדבר תמוה מאוד שהחילוק הזה בין שבוי' להך דיבום בא עליו' משני צדדים ללא צורך ולפי מ"ש א"ש דרב יוסף דהוי מדמי ליה לשבוי' היה סובר דגם הכא איכא חזקת היתר ואע"ג דבחזקת היתר לחוד עדיין יש להחמיר מדרבנן מ"מ חזו לאיצטרופי הך חזקה דל"ל אחי לסייע לחזקת היתר ודכוותה נמי גבי שבוי' דאיכא חזקת היתר ומסייע ליה סבר' דסתם אשה משמרת עצמה וכיון דגבי שבוי' לא איכפת לן בקלא ה"נ דכוותה ולזה השיב לו אביי דהתם בשבוייה דאיכא סבר' דמשמרת עצמה שפיר מוקמינן אחזקת היתר אף מדרבנן ואין משגיחין בקול דהחזקת היתר הוא ברור שם ואין שם מקום להחזיק מאל"א אף בעת יציאת הקול משא"כ בזה דבעת לידת הספק מחמת הקול שיצא שיש עדים שיש לו אחים היתה בחזקת איסור א"א ממילא מתבטל חזקת ההיתר ולא סמכינן על מה שמוחזק מפי השמועה שאין לו אחים וספיקא הוי ואל תתירנה מספק והדברים נכונים מאוד בביאור לשון הרשב"ם ז"ל: וקם דינ' ואתברר דינא דאף לשיטת הרשב"ם אין בזה רק משום חומרא דרבנן שלא להעמיד על חזקת היתר אך בלא"ה נלענ"ד ראייה ברורה דגם להרשב"ם הך דלא מוחזק לן באחי לא נפק מכלל חזקה לגמרי שהרי הרשב"ם גופיה בהאי דקריביה דר"א כתב דיש ספרים דגרסי' אייתי ר"א בר אבין סהדי דהוה קרוב אוקמי ר"ת בידיה וגם ר"ת פירש כן וגם הר"י שם בתוספות הסכים לגרסת הר"ת בזה ומבואר מזה דכיון שר"א היה קרובו בודאי והאי ספק הוציא מת"י הקרקע ולאביי ורבא אף הפירות אף שזה היה עומד וצווח קריבנ' טפי והרשב"א שם שכתב על גרסת ר"ת ולא נהיר' משום דסוגיא משמע שהיה עדים על אכילת פירות כו' אבל בגוף הדין היוצא מתוך גירסת ר"ת והספרים דבהא דאייתי סהדי דאיהו קרוב מחתינן ליה לנכסי' לא פליג כלל דאם איתא דפליג בהא לא הוי שתיק מיניה לדחויי' הך גירס' מה"ט שהדין אינו דין אמת ומבואר להמעין דהרשב"ם נמי אודי מודי להו בהא אלא שאין נוח לו לפרש הסוגיא עפ"י גירס' זו והשתא תיקשי בהא דכתב הרשב"ם דאי לאו דמוחזק לן דל"ל אחי היה לנו לאוסר' לשוק מספק הגע עצמך אי האי גברא שביק נכסי' מאן לירת בר קשא דמתא לירות הא ודאי דמאן דמייתי סהדי דאיהו קרוב הוא יורש הנכסים והב"ד מוציאין אותו מיד המחזיק בהם ואומר שהוא קרוב הראוי לירש ונותנין לזה שמברר קריבתו בעדים ואין איש שם על לב שמא יש לזה אחי' באיזה מקום שהם קודמין לירושה זו ואנו מוסרין ליה נכסי' לזה בחזקת שאין אחים להמת והאשה אנו אוסרין עליו ואכ"ע שמא יש להמת אחים אתמהא דמהאי חששא גופ' שמא יש לו אחים איך נמסור לו הנכסי' והוא יאכל וחדי ושמא אחר זמן יבא אחים ולא ימצא מה לירש שהלה יכלה אותם או ילך עמהם למדה"י.

וא"ל דלענין נכסי' אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי כיון שהנכסים הם בחזקת השבט וכמ"ש הרא"ש ביבמות גבי ספק ויבם משא"כ לגבי האשה דאין כאן ודאי כלל ז"א בזה שייך התם שהספק הוא עומד בספיקו לעולם וזה ודאי ראוי לירש מחמת שהחזקה נחלה לאותו שבט ואין ספק מוציא מידו וכן בהא דקריבי' דר"א דודאי אם אין אנו חוששין

כלל שמא יש קרוב במקום אחר רק שאנו דנין על אותן הבאים לפנינו כיון שזה נתברר קורבתו בעדים הוא ודאי שהרי הוחזקה נחלה בשבטו וזה האומר כי קרוב הוא לא מפיו אנו חיינן אבל אם באנו לחוש לקרוב אשר יבא ממקום אחר שאפשר שהיום או מחר יבא ויברר קורבתו שהוא ראוי לירש עפ"י עדים וראיה פשיטא דלא שייך בזה אין ספק מוציא מידי ודאי דאטו בשביל שאנן לא ידעינן ליה ספק מוציא מידי ודאי קרית ליה שלא לחוש לו כלל וכל אופיין של הספיקים כך הם שעל דבר שאנו חוששין לו שאין אנו יודעין אם הוא כך או כן והוא ספק הרגיל אנו חוששין לו וכיון שכן אם אנו חוששין הך מלתא דאין מוחזק באחים בספק שמא יש לו במקום אחר איך נתפס זה לודאי מחמת עידי קורבה שיש לו והא יש לחוש שמא אח רחוק מכאן ויבא ועדיו עמו וכעובד' דמארי בר איסק וכמו שמצינו שנים שחלקו ובא להם אח ממדה"י ולא ימצא מה לירש וילך לו בפחי נפש והמדקדק בסוגיא דספק ויבם ימצא כי החילוק שחלקנו הוא ברור וקצרתי: ועפ"י מה שכתבנו תלה לנו טעם של הריב"ש ז"ל שהצריך להקרוב ההוא להביא עדים שהוא הקרוב בירושה ואין אחר קודם לו והרשב"ץ השיג עליו מהך דקריביה דר"א והייתי יושב ומתמה על גדולת רבינו הריב"ש ז"ל שחליל' לומר שנעלם ממנו סוגיא או הגיר' דגרס ר"ת שהרי הוא ז"ל עצמו הזכיר גרסא זו בתשובה סי' של"ו שכתב והא ר"א שהביאו מקרובי דר"א כו' אי משום דאין אומרין מיגו להוציא ספק מידי ודאי לפי הגרסא דלא גרס טפי כו' הרי שלא היה הגרסא זו נעלם מעיני הריב"ש ז"ל ומ"ש לחלק בין האי דמארי בר איסק שהוא יורש אביו ודאי אבל בנדון זה שהקורבה רחוקה כו' אין זה מעלה ארוכה להא דקריביה דר"א שג"כ בקורבה רחוקה מיירי ולכן הרשב"ץ אע"פ שראה מה שחילק הריב"ש בין האי דמארי בר איסק לא השיב ידו מלהשיג עליו מסוגיא זו.

ומ"ש בקצוה"ח לחלק בין אם נתברר הקורבה ע"י עדים בין אם הוא ע"פ המת לא נהירא ליה להרשב"ץ כיון דעכ"פ מבורר שהוא קרוב על פיו שהוא נאמן להחזיקו בכך (ועיין בשיטה מקובצת לב"ב בשם הרשב"א שכתב לחלק בין זה להא דשנים אוחזין כו' זה אומר חצי שלי כו' משום דהתם לא ידוע מלתא כ"א על פיו לא מסלקינן מיניה לגמרי אבל הכא כיון דידוע מלתא בסהדי כו' ואין זה ענין לכאן דהתם היינו על פיו של האומר חציה שלי ואית ליה מיגו אלא שהוא מיגו להוציא או שאר תירוצים האמורים שם אבל הכא דקורבה של זה ידוע בעדים מפיו של המת הרי ידוע מלתא בסהדי) וכבר כתבתי שמה שרצה בקצוה"ח להעמיד חילוק זה בכוונת הריב"ש וליתא וט"ס שבדפוס גרס לו שכתב מה שכתב: אמנם לפי מ"ש א"ש דברי הריב"ש דודאי גם הריב"ש מודה להך דינא דקאתי חד ומברר בסהדי שהוא קרוב אין חוששין שמא יבא ממקום אחר ויאמר שהוא ג"כ קרוב ולא יברר בעדים את קורבתו דפשיטא דאין זה חשש כלל דאפי' אם עומד לפנינו וצווח כי קרוב הוא אין משגיחין בו שאין ספק מוציא מידי ודאי והיינו הך דקריביה דר"א שזה הוה טוען שהוא קרוב או אמר קריבנא טפי ואפ"ה אוקמה ר"ח בידי' דר"א בר"א כי לא מפיו אנו חיינן אך חששא דהריב"ש הוא שמא יש קרוב במקום אחר שיבא ועדיו עמו או שיש לו עדים פה שיהיו יודעין שהוא קרוב ובכה"ג לא שייך אין ספק מוציא מידי ודאי שע"ז גופא אנו דנין שמא יבא אחר ויברר שהוא הודאי וזה שמברר עתה שהוא קרוב יהיה נעשה רחוק לירושה זו ובעובדא דקריביה דר"א א"ש

דשם מיירי בענין שהיה ידוע לנו או מוחזק לנו שאין למת זה קרובים במקום אחר כלל או עכ"פ שאין שם קרוב יותר ממה שבירר ר"א וכתב הרמב"ן שהעידו שלא היה בנים למת וזה היה בן אחיו או מזרע אחיו וידוע היה שאחיו לא היה לו בנים במקום אחר שניחוש שמא יבא אחד ויברר בעדים שהוא קרוב יותר ולא היינו צריכים לדון רק על ר"א והוא גברא ואין ספק שאם ההוא גברא היה טוען שמבקש זמן לברר קורבתו בעדים שהיו חוששין לו אבל הוא הודה שאין לו עדים על טענתו או שבאמת לקח זמן לחפש זכות ועדים ופשפש ולא מצא ובכה"ג גם הריב"ש מודה דאין ספק מוציא מידי ודאי ולכך לא קשיא ליה להריב"ש כלל מהך עובדא דקריביה דר"א רק מעובדא דמארי בר איסק קא קשיא ליה שלמה לא הצריכוהו להביא עדים שאין לו אח אחר.

דליכא למימר שהיה ידוע להם שאין לו אח אחר ז"א דהא חזינן דקושטא דמלתא הכי הוי שהיה לו אח אחר אלמא שלא הצריכוהו מעיקרא לברר דבר זה כלל אף שהיה מקום לחוש שמא עוד לו אח ויבוא היום או מחר ויברר בעדים שהוא אחיו כאשר נתגלה באמת לבסוף וע"ז כתב כיון שהוא בודאי היה בן יורש אביו ואי יש לו אח הוא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי אף בכה"ג שהחשש הוא שמא יתברר בעדים שגם זה בן מ"מ הוא לא נדחה מפניו ואין יוצא מידי ירושה לעולם וה"ל ודאי בירושה זו משא"כ כשהקורבה רחוקה אז ודאי יש לחוש שמא יבוא אחד ויביא ראיה שהוא קרוב יותר וידחה זה לגמרי אין זה ודאי יורש עד שיביא ראיה שהוא הקרוב מכל אדם והוא כפתור ופרח בדברי הריב"ש ז"ל והאחרונים אשר השיגו על דבריו מהך דקריביה דר"א כמבואר בכמה תשובות מקום הניחו לי להתגדר בו וזכותיה דהריב"ש ז"ל גרמה לי כי אורו עיני לעמוד על אמתת כוונתו ז"ל בס"ד ולא אוכל להתעלם מלבאר מה דלכאורה יש לתמוה לפי פשוטן של דבריו בהא דקריביה דר"א שנראה שלא היה לשום א' מהם חזקה וראיה על קורבתם רק על פי טענותן לבד דנו אותן בדין כל דאלים גבר כמ"ש הרשב"ם וכן מבואר בטור וש"ע ח"מ סי' קל"ט שכתבו וז"ל כגון שמת בעל השדה ובאו שנים ליורשו כ"א אומר אני קרוב וראוי ליורשו ואין לשום אחד עדים כל דאלים גבר וא"כ ק"ו הדברים שאם א' בלבד בא ואמר קרוב אני ואין קורא מתעורר להחזיק בנחלה זו כ"א זה לבדו פשיטא שמורידין אותו לנחלה ע"פ דבריו והרי הרמב"ם והטור וש"ע ס"ס רפ"ד כתבו כל היורשים יורשים בחזקה אע"פ שאין עדות גמורה שהוא יורש אלא שהעידו העדים שהוחזק להם שהוא בן פלוני כו' ומבואר שלולי שעכ"פ הוא מביא עידי חזקה שהוא קרוב אין מורידין אותו לנחלה ויהיה תחת ב"ד עד שיבוא מי שיברר שהוא קרוב וכן מבואר בהתוספתא שהביא ה"ה והריב"ש והב"י בשנים שבאו ממדה"י אע"פ שמשאן ומתנן כו' אין חבירו יורשו ואם היה נוהג בו משום אחוה הוא יורשו עכ"ל וא"כ אטו בשביל ששנים אלו מכחישין זא"ז דיינינן להו כל דא"ג כיון שאין לשום א' מהם עדים וראיה אין לנו להניחם לירד לירש כלל (ובהוא דזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי פירש הרשב"ם שאין עדות וחזקה לזה יותר מזה וא"כ איכא למימר שהיה עדות וחזקה לכל חד אך לא משמע כן בסוף הסוגיא דקאמרי נהרדעי אם בא אחד מן השוק והחזיק בה כו' וצ"ע): ולכאורה אפשר לומר דע"כ לא בעינן עדי חזקה שנהג עמו באחוה ובלא"ה אינו יורשו אלא אם הוא טוען שהוא קרוב ואינו יודע אולי יש קרוב יותר ממנו וא"כ אף לפי טענתם אינו ודאי יורש והלכך אין זה בא בטענת ברי לירש

ואין מורידין אותו לנחלה משא"כ אם הביא עדים על חזקת קורבתו שאז הוא קרוב ודאי אין חוששין לקרוב אחר וכן אם זה טוען ברי שהוא הקרוב הראוי ליורשו וטוען ברי שאין קרוב יותר ממנו אנו מחזיקין אותו בעולם כיון שטענתו הוא ברי ואין חזקה דממונ' כנגדו שפיר מהני ברי דידיה ולכך היכא שבאו שנים וכל אחד טוען שהוא הקרוב יותר מכל אדם דיינינן להו כדא"ג אלא שצ"ע לפי גרסת הרמב"ן דגרס אנא קריב' ולא היה יודע אם הוא קרוב יותר א"כ במאי נחית להאי דקלא ואכלינהו לפירי אם לא שנאמר שהחזיק בו דרך גבר באלמות שלא עפ"י ב"ד ואין זה במשמע וכבר כתבתי שלפי המבואר ברשב"ם וטור וש"ע עפ"י ב"ד היה שומה שיהיה כל דאלים גבר: ונראין הדברים שגם מתחלת ביאתו לב"ד אע"פ שלא היו עדים ברורים על הקורבה מ"מ היו שם עדי חזקה של קורבה לכ"א אלא שלא הכריעו ביניהם מי קרוב יותר ולכן פסק כדא"ג ולבסוף אייתי סהדי דהוא קרוב וממילא נעשה האי גברא ספק אם ראוי לירושה במקום ר"א וכמ"ש הרמב"ן בחידושו ע"ש ולפי גרסת הראב"ד לסוף אודי דאיהו קרוב צריך ג"כ לומר ע"ד שכתב הרמב"ן וצ"ע ולפי דרכי י"ל דהך עובד' דר"א שלא חששו שמא יבוא אחד שהוא קרוב יותר מהם משום דמיירי דר"א טוען שהוא קרוב הראוי לירש וטוען ברי שאין קרוב יותר ממנו וכן טען האי גברא ואהני ברי דידיה שלא ניחוש לאחריני דליתנייהו קמן וא"כ מתרצי בפשיטות דברי הריב"ש דבעובדא דידיה לא טען זה והביא ראיה אלא על ששמע מפיו של המת הקורבה שהם בנים לבני אחיו אבל גם זה הקרוב לא טען ברי שאין קרוב יותר ממנו ובזה שפיר חיישינן דלמא עוד לו אב או אח ויבוא ויערער ויברר שכן הוא והוא קודם ליורשו משא"כ בעובדא דר"א שהם טוענים ברי שאין קרוב יותר ור"א לגבי האי גברא היה זוכה בטענת ודאי לגבי ספק אפילו אי טען אנא קריבנא טפי משום שהוא לפנינו ואינו מברר דבריו בעדים וא"ל דא"כ לא היה הריב"ש צריך להעמיד הך דמארי בר איסק משום שבן יורש אביו ודאי דהמ"ל דמארי היה טוען שאביו לא היה מניח בן כמותו בחוץ לארץ הזאת ואין עוד מלבדו ז"א דהא למארי טען לא ידענא לך אלמא לא הוי אתי בטענת ברי ואין לדחוק השמועה לפרש שבעת שהחזיק בנכסים היה טוען ברי רק עכשיו שבא למד לשונו לומר אינו יודע אלא משמע דלפי שלא היה מוחזק באח אחר הורידוהו לנחלה ולכן הוצרך הריב"ש לחלק משום דהתם בן ודאי יורש אביו וגם זה נכון: ונתנה ראש ונשובה לדברי הרשב"ם שהקשינו לפי משמעות דמסכים לגרסת הר"ח בדינ' דאין חוששין לקרוב יותר א"כ איך ניחוש לאחיו לאסור האשה ולהוריד זה לנחלה ואם כנים דברנו בשיטת הריב"ש לתרוצי סוגיא דקריב' דר"א י"ל דגם להרשב"ם קאי בשיטת דההוא דקריב' דר"א דוקא אי ידעינן דליכא קרוב במקום אחר או שטוען ברי ומה שהיה נאמן לגבי האי גברא לפי שהוא לפנינו ואינו מברר קורבתו בעדים הו"ל ספק לגבי ודאי משא"כ האשה אסורה מספק שאינה אומרת ברי לי שאין לו אחים וגם אין כאן ודאי להוציא מידי ספק ובזה א"ש דברי מהריב"ל בתשובה ח"ב סי' י"ט שנסתייע מדברי הרשב"ם בההוא עובדא די"ל לדברי הריב"ש ולכאורה ז"א דכיון דהרשב"ם הסכים לדין היוצא מגירסת ר"ת בקריב' דר"א ולפי מ"ש א"ש אך מה שנדחק שם לפרש דברי הטור וכ"כ מהריט"ץ לפרש דברי הטור אליבא דהרשב"ם ליתא דהטור ודאי קאי בשיטת אביו הרא"ש שחולק על הריב"ש כמ"ש הוא עצמו שם: אמנם אני מסתפק במה דכתיבנ'

בעובד' דקריבי' דר"א היה לכ"א עידי חזקת קורבה דא"כ מה הוסיפו עדים דאייתי ראייה לומר שהוא קרוב ואם בשביל שאלו היו עדים ברורים על הקורבה ואלו אינם רק עידי חזקה נראה שמותר העדים בזה אין אחרי כי עידי חזקה מועילין לענין ירושה הם נדמים כעדים ברורים של קורבה ושיטת הרמב"ן א"א להעמיד לפירש רשב"ם וגם מראש דבריו ניכר שכתב אתא ההוא גברא כו' אמר אנא קריבי' משמע דבאמירה בעלמא הוי סגי ליה ולפי זה צ"ל מה שהצריכו לעידי חזקה היינו דבהכי סגי אף אם אינו טוען ברי ומורידין אותו לנחלה וכמש"ל בזה ולא חיישינן שמא יש לו אחים כיון שאין מוחזק בהם וא"כ קשיא על הרשב"ם כמ"ש ומחורת' לענ"ד בשיטת הרשב"ם דגם הוא ז"ל סבר דלענין ממון כל שלא הוחזק באחי' אין חוששין לו דמסתמא כיון שאין נשמע שיש לו אחים וקרובים הוי כמוחזק שאין לו אלא דמ"מ לענין איסור אין לנו להקל אם לא דמוחזק דלית ליה אחי ודייק לה מדנקט העובד' דמוחזק לן דל"ל אחי אלמא דבלא מוחזק באחי הוי אסור לה מספק דאיסור מממונא לא ילפינן ואע"ג שכתבתי לעיל דחזינן דלהוריד לנחלה חמיר לן טפי מהתרת האשה י"ל דהתם טעמא משום דלענין האשה איכא חזקה דדייק' וביבמה לא דייק' וס"ל כשיטת הרא"ש דפסק להחמיר בע"א דאינו נאמן ביבמ' מהאי טעמא דלא שייך דייק' משום דסני' ליה ואפילו לשאר פוסקים דע"א נאמן ביבמה היינו משום דס"ל דעיקר טעמא משום מלתא דעל"ג וסמכינן אדיוקא זוטא דידה כמבואר שם וא"כ לענין התרת יבמה לעלמא שפיר מחמרינן טפי מלהוריד לנחלה וכ"כ הפוסקים לענין טבע במשאל"ס ושאר דברים שרובן למיתה שמורידין לנחלה אע"פ שהאשה אסורה וה"נ דכוותה אע"ג דלענין לירד לנחלה שפיר מורידין על ידי דלא מוחזק לן באחי אחרינא מ"מ מחמרינן לאסור היבמה.

דאע"ג דכה"ג הוי כחזקה שאין לו אחים מ"מ חוששין לו דהו"ל כמו מיעוט המצוי שחוששין לענין משאל"ס וכן אם מת הולד בתוך למ"ד כמבואר בתוספות ובהרא"ש וה"נ דכוותה ולכן כתב הרשב"ם דבעינן דוק' דמוחזק דל"ל אחי. ואמנם י"ל איפכא דלא שייך בזה משום דסני' ליה לא דייקא דזה דוקא לענין מת היבם שהיתה מכרת אותו ואיכא למימר דסני' ליה משא"כ בספק אם יש לו אחים לא שייך סני' ליה כיון שאינה יודעת מי הוא ואם נפשך לומר שתחקור ויתוודע לה מי הוא פשיטא דאינו חשודה לקלקל דדוקא לענין מיתה י"ל דסני' ליה ואינה מדקדקת אחריה אם חי אם מת משא"כ כאן לא שייך זה ושפיר שייך דייקא ומ"מ סובר הרשב"ם דאע"ג דלענין התרת האשה מקלינן מלענין הורדת נחלה התם משום דכיון דההיתר הוא ע"י אמירתה או אמירת ע"א והו"ל נמי מלתא דעבידא לגלויי משא"כ כאן אע"ג דשפיר הוי מלתא דעל"ג כדמשמע מהרמב"ן והריטב"א מ"מ כיון דאיהו לא קאמר' ולא מידי לא שייך מלת' דעל"ג לא משקרי אינשי ולכן יש להחמיר' כאן טפי מלענין הורדת נחלה ומ"מ ב"כ וב"כ אף להרשב"ם אין בזה חשש איסור יבמה לשוק דאורייתא רק חומר מדרבנן ובלא"ה כבר הוכחנו לעיל דע"כ לא הוי ספק דאורייתא להרשב"ם דאל"כ אף מוחזק דל"ל אחי לא הוי מהני בה כאשר הארכנו בה לעיל: ומעתה מסוף דברינו מתברר שאף לשיטת הרמב"ם אין מקום להחמיר בנ"ד דלא מיבעיא אם נאמר דטעמא דמחמרינן הוא טפי משום דסניא לי' לא דייקא א"כ י"ל דהרשב"ם כ"כ לדינא דהש"ס משא"כ בזמן הזה דאין מיבמין אזיל חשש דסני' ליה וכמ"ש אא"ז מהר"ם מינץ להקל מטעם זה בע"א

ביבמה ומ"ש הב"ש בסימן קנ"ח על זה שאינו מוכרח הוא מטעם שכתב הצ"צ משום כיון דמעיקרא לא הקילו בה חכמים משום חשש דסניא ליה אין בידינו כח להקל וזה שייך באיסור יבמה דאורייתא דכיון שלא הקילו בה מעיקרא אבל בזה דמעיקר הדין שריא רק שנבוא להחמיר טפי משום דליכא דיוקא א"כ בזה"ז דאיכא דיוקא אין להחמיר אך אף אם נאמר דהכא לא שייך סניא ליה כיון שאינה יודעת מי הוא ושפיר שייך דיוקא וא"כ ע"כ דמה שמחמיר בזה טפי מהורדת נחלה היינו משום דלא שייך בה מלתא דעל"ג והאי טעמא שייך אף בזה"ז עכ"פ אין בזה רק חומרא דרבנן דמדאורייתא משרי שרי כיון דחזינן דכל הפוסקים ס"ל דמורידין לנחלה ואין חוששין שמא יש קורבה דמוכח טפי מהאי וכבר כתבתי שכן דעת כל הגדולים בתשובתי שהבאתי לעיל וכן מצאתי בשו"ת מקור ברוך סימן נ"ז (וע"ש שהרגיש ג"כ ע"ד השואל בתשובת הרא"ש וגם הביא ראיה מהא דאמר נכסי לטוביה וע"ש מ"ש בזה) וכן בשו"ת צ"צ בענין עגונה אחת הביא שם שהיו מדיינים על הירושה והב"ד דק"ק אוסטראה עשו פשרה ואעפ"י שלא היו יודעין אם אין קרוב אחר יותר מהם עפ"י תשובת הרא"ש וכן פסק רמ"א סימן רפ"ד הן אמת שיכולין הב"ד להוריד קרוב לירושה אעפ"י שאינם יודעין אם אין אחר קרוב יותר ממנו כו' הרי מבואר דכל הפוסקים ותשובות וסוגיין דעלמא להקל בנחלה ואף הרשב"ם גופיה הכי ס"ל ואפילו תאמר ששם הטעם משום אין ספק מוציא מידי ודאי מ"מ בזה י"ל שאין ספק מוציא ודאי היתרה לשוק שקודם נישואין וגם שייך דיוקא וא"כ ע"כ לענין התרת האשה אנו מחמירין טפי ואפשר דטעמיה כמ"ש בתשובת מהר"י דבעדות אשה לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי ע"ש בסימן ע"ט (אך כבר כתבתי דגם לנחלה לא שייך אין ספק כו' כי אם לגבי מי שהוא לפנינו ואינו מברר בעדים) וא"כ אפשר דהיינו טעמא דהרשב"ם ומ"מ כיון דלכל מילי אמרינן אין ספק כו' ע"כ דחומרא הוא בעדות אשה וע"כ אף לדידיה אין כאן רק חומרא דרבנן לבד וע"ד שכתב הרמב"ם ושאר פוסקים בטבע במשאל"ס וכיוצא בו שאין משיאין את האשה מ"מ יורדין לנחלה שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת ולא לענין ממון כו' ע"ש וכמ"ש מהרי"ק שם מדברי רמב"ם אלו מוכח דמחלקינן בין איסור לממון והיינו משום חומרא לבד וה"נ דכוותה ועדיף מינה דהכא שייך נמי דייקא רק משום דלא שייך מלתא דעל"ג וא"כ נראה ברור דבמלתא כי האי והוא מקום עיגון אין ספק דסמכינן על כל הראשונים והאחרונים שמתירין בפשיטות כיון דיש לומר דגם הרשב"ם מודה להתיר ועכ"פ אינו מחמיר רק מדרבנן ומכ"ש אם עמדה ונשאת דפשיטא דאף הרשב"ם גופי' מודה דלא גרע מטבע במשאל"ס בא"א דאם נשאת ל"ת ומכ"ש ביבמה דקיי"ל במת הולד בתוך למ"ד ועמדה ונשאת אם אשת כהן היא אינה חולצת ויושבת תחת בעלה אע"ג דהיכא דאפשר עבדינן כרשב"ג היכא דלא אפשר עבדינן כרבנן וטעמא משום היכא דאפשר חששו לדברי רשב"ג משום דהוי מיעוט המצוי ובלא אפשר התירו בלא חליצה וה"נ להא דמי' וכמ"ש"ל וכ"ש הוא דהתם בחזקת יבם קיימ' מעיקרא ודאי ואנו באין להתירה מחמת הולד שילדה ואפילו תימא דהוי רובא מ"מ האיכא למימר סמוך מיעוט' לחזקה כמ"ש התוספות והרא"ש שם ובבכורות באורך ואפ"ה שרינן בדיעבד ואף כי מדברי הרי"ף בשבת נראה דס"ל דהך דוולד תוך למ"ד יום הו"ל ספיקא דאורייתא וכמ"ש בספרי בית אפרים בק"ה שם.

ובזה יש ליישב דברי הרמ"ה שהביא הטור בסימן קס"ד דאם נתייבמה אין מוציאין ממנו מספק ותמה הטור והב"י על זה ולפי מ"ש י"ל דס"ל כהרי"ף דספיקא הוא ולכן אם נתייבמה כיון דמעיקרא בחזקת יבום קיימא אל תוציאנה מספק משא"כ לעלמא אע"ג דאיכא חזקת יבום כיון דאיכא רבנן דס"ל וולד מעלי' הוא וגם איתרע קצת חזקת יבום כיון שהיתה מעוברת ולכן גם היכא דלא אפשר לא תצא.

ובשיטת הרי"ף אפשר לומר דס"ל דספיק' דאורייתא מדאורייתא לקול' רק מדרבנן לחומר' אך דווקא בחייבי לאוין החמירו אף בדיעבד אף היכא דלא אפשר וכדאמרינן מה לי איסור לאו ומה לי איסור כרת ע"ש ביבמות דף קי"ט ולפי שיטת רש"י ודעימיה שאכתוב לקמן צ"ל דלאו דווקא נקט לאו וגם דהא לשמואל מספקא ליה שמא איכא לאו ומ"מ מוכח דהש"ס אינו מחלק בין חזקה ליבום לחזקה לשוק אך מ"מ י"ל דדווקא לענין להשיאה לכתחלה פריך הכי אבל מ"מ לענין הוצאה מבעלה י"ל דעשה קיל מל"ת וכדאמרינן ביבמות דף ח' דלאו חמיר מעשה ומכ"ש מלאו הבא מכלל עשה וכמ"ש הרשב"א הביאו בש"מ כתובות דף מ"ב ועיין ברמב"ם פרק כ"ד מהלכות אישות שכתב להדי' דחייבי עשה איסורן קל מח"ל ועיין בטור וש"ע סימן קט"ו ולכן אע"ג דבח"ל יש להחמיר בספיקא אפילו היכא דלא אפשר מ"מ בחייבי עשה ומכ"ש בעשה הבא מכלל לאו אעפ"י שגם הוא של תורה וראוי להחמיר בספיקן היכא דאפשר למעבד תקנתא והיכא דלא אפשר אין מוציאין מספיק' ולפי זה י"ל דהיינו טעמא דהרי"ף דס"ל כמ"ש רש"י ביבמות דף נ"ה דלמאן דמפיק לא תהיה דאין קידושין תופסין ביבמה אין ביבמה לשוק איסור לאו רק איסור עשה דכתיב יבמה יבא עליה ולא אחר ואף שהתוספות דף מ"ט הקשו על פירש"י ע"ש בסוף פרק החולץ מ"מ הרמב"ן ביבמות כתב ליישב פירש"י והרשב"א והריטב"א בקידושין תפסו עיקר כפירש"י (וצ"ע על הריטב"א שביבמות דף צ"ב כתב דהעיקר כפירש"י ר"ת ז"ל ע"ש) וא"כ י"ל דגם הרי"ף ס"ל הכי ולכן אף דקיימא לן כשמואל דמספקא ליה אי אתי ללאו או אין קידושין תופסין עכ"פ ליכא איסור לאו בודאי רק מספק (ובאמת שצ"ע על הפוסקים שלא הזכירו ביבמה לשוק איסור עשה ועיין ברמב"ם פ"ב מהלכות יבום הלכה י"ח ובלח"מ פ"ד מהל' אישות שכתב שהרמב"ם סובר כהתוספות ומ"מ הו"ל להזכיר שיש ג"כ לאו הבא מכלל עשה ואפשר לומר עפ"י מ"ש הרמב"ן שם ביבמות דף נ"ה שיש לעיין בהאי עשה דלמא יבמה יבא עליה מצוה ואחר רשות כדאתמר לעיל ר"ל לעיל דף מ' בפלוגתא דרבנן ואבא שאול וי"ל אורעה כל הפרשה להוציא אחר הלכך יבמה ודאי מצוה ואחר אסור עכ"ל ולמאן דסבר דלא תהיה לאין קידושין תופסין כו' ס"ל דהאי עשה הוא דהא בע"כ למימר הכי דהא בכל דוכתא אמרינן דיבמה לשוק מיתסרא מדאורייתא ולמאן דס"ל דללאו אתי ס"ל דיבמה יבא עליה מצוה ולא אתי למעוטי אחר כלל דבלא"ה קאי בלאו וצ"ע) ואיכא למימר דאינו רק איסור עשה דמקילינן בספק עשה ומכ"ש בספק לאו הבא מכלל עשה דקיל טפי שיש להקל בדיעבד היכי דלא אפשר: ולפי זה היה נראה לכאורה דלהרי"ף בכל יבמה לשוק יש להקל בספיקא אם נשאת ולא אפשר בחליצה ומטעמא דכתיבנא וא"ל דאדרבה כיון דמספקינן שמא אין קידושין ביבמה לשוק כשמואל והכי קיימא לן ומכל שכן אם נימא דאין כאן רק עשה דודאי הכי הוא דאין קידושין תופסין ואם כן הנך נישואין אפשר דלאו כלום הוא וכיון דמספקא לן בנישואין גופייהו ויש לומר דלא שייך

בכהאי גוונא דאם נישאת לא תצא אך באמת דז"א דכיון דבהך צד ספק שאין כאן איסור יבמה הוי נישואין גמורים אמרינן אם נישאת ל"ת וכדאשכחן היכא דאיכא חששא דא"א כגון שנים אומרים נתקדשה כו' אם נישאת ל"ת אע"ג די"ל דאין מקום לנשואין אלו דאין קידושין תופסים וכן לענין קלא דקדושין בתר נישואין וקצרתני כך היה נראה לכאורה לשיטת הרי"ף אבל כעת לא מצאתי גילוי לדין זה להקל בספק איסור עשה טפי מבספק לאו: ומצאתי בשו"ת מהרי"ט ח"ב סי') בענין הספק מחמת שהיבם היה מוסר שבתחלה כתב וכ"ת שאני איסור יבמה שהוא בלאו כו' ואח"כ הביא הך דמת בתוך ל' וכתב שדברי הרי"ף מטיין להקל בס' היכא דנשאת כו' ושוב כתב דליתא ורוצה להעמיס בדברי הרי"ף דס"ל כהרמב"ם דאין בזה ספק דאורייתא ע"ש ונפלאתי שלא הזכיר מדברי הרי"ף בשבת שנראה בעליל דס"ל דהוה ספיקא דאורייתא ע"ש.

ומצאתי בקונטרס עגונות למהרח"ש דף נ"ו שהחליט לומר דספיקא הוי להרי"ף מדאורייתא וכמ"ש וכ"ז לרווחא דמלתא ולומר שאף אם היינו דנין זה לספק דאורייתא היה מקום להקל בנשאת והאי דידן עדיפא מהתם דהתם חזקה ליבום והכא עכ"פ מעיקרא אין כאן חזקה כלל ליבום. אפס אם היה ספק דאורייתא קשה לעשות מעשה בזה נגד משמעות שאר פוסקים אבל כבר ביררנו דאפילו להרשב"ם אין כאן רק דרבנן וכבר כתב הרמב"ם וטור וש"ע שכל יבמה שהיא מדבריהם ונפל ספק אם נשאת ל"ת וכן מבואר בשו"ת מהר"י מינץ סי' י"ב סי' יו"ד ע"ש ובתשובת מהרי"ו וכן הסכימו חכמי וינעציאה ומהרי"ט עמהם ואין פוצה פה ומצפצף בדין זה דספק דבעי חליצה מחמת חומר מדבריהם אם נשאת ל"ת וע"ש בשו"ת מהרי"ו סי' נ"ד שכתב ול"ל דשאני התם דלא הוי רק ספיקא אבל הכא אליבא דרש"י אסורה ודאי ומפקינן ע"כ ל"ל הכי דאמרינן גבי מעוברת כו' אלמא אי אשכחן שום תנא דסבר דמותר עבדינן כוותיה כיון דא"א אע"ג דאיכא ודאי איסורא לאידך תנא מ"מ כיון דליכא אלא איסורא דרבנן מקילינן היכא דא"א ה"נ בעובדא דידן עכ"ל ואני עונה אחריו ה"נ בעובד' דידן ומחמת אמירת האשה שהיא יודעת שיש לו אח מי יאמין לשמועתם להוציא אשה מבעלה וא"כ לא הנחת בת לאברהם כו' ופשיטא שאין להוציא אשה מבעלה כ"א ע"פ שני עדים כשרי' ולא באומד כו' וכמה כרכורי' כרכרו בענין עידי כיעור וקלא דל"פ אלא שגם זה אינו רק לרווחא דמלתא כי מדינא איתתא הוי שריא לאינסובי לכתחלה ובפרט במקום עיגון גדול כזה שהרי הראיתי דעת כל הפוסקים כולם כאחד עונים ואומרים שאם לא מוחזק באחים אין הבעל נאמן ודבריהם מורים אף בידוע שאין לו בנים כאשר כתבתי לעיל בארוכה וכבר הראתי דע"כ כל הפוסקים וסוגין דעלמא דמחזקינן לחזקה מעליא שאין לו אחים במקום אחר ואף להרשב"ם כתבתי דס"ל דמודה בזה"ז וגם בתחלת קונטרס זה כתבתי שי"ל דהרשב"ם מיירי באתי חד או דמיירי לפי עובדא דהתם שהי' קלא ועתה ראיתי שכ"כ הגאון ז"ל בנ"ב מ"ת שאין ראייה מהרשב"ם דס"ל דמחמת דאיכא קלא ואמר הכי ע"ש סי' קמ"ה: ולענ"ד נמי משמע הכי מדברי הנ"ש שכתב הך מלתא והכא מיירי בידעינן שאין לו בנים בסוף העובדא שם וקאי אהך מלתא דאיכא קלא והרשב"ם שכתב זה בתחלתו נמי אהא קאי ואמנם אף לו יונח שהרשב"ם אין דעתו כן לא שבקינן דעת כל הפוסקים בשביל פירוש הרשב"ם וידוע מ"ש בכה"ג ושאר מחברי הכללים דבענין הוראה יש לסמוך טפי על הפוסקים הבאים להורות הלכה מהמפרשים וכן

מהרשד"ם בתשובותיו כתב הרבה פעמים שרבו מוהר"ר יוסף טיטציאק במקום שהוא מוצא דעת הרשב"א היה שוקל דעתו נגד כל שארי הפוסקים ומכ"ש שהרשב"א וכל קדושים עמו שאנו אין לנו אלא לשית לבנו לדעתם והנה יש לי עוד רב לחזק מוסדות הס"ס אשר כתבנו בפתח דברינו שמא לא היה לו אחים ושמא מתו ע"פ דברי הרמב"ן והר"ן שאם אומר יש לי אחים ומתו אינו נגד החזקה וע"פ דברי מהררי"ו סי' פ"ח ע"ש שכתב ראייה דלא אמרינן שמא מת מפרק האשה שהלכה דקאמר הלך אחר רוב נשים כו' ולבסוף התשובה שם כתב ומ"ש הר"ז וז"ל ואף בלא קלא נמי לבי מהסס אההוא חזקה קיימת כו' ע"ש וא"כ כאן י"ל דכאן הוי כאיכא חזקה לשוק מעיקרא בצירוף הס"ס ועיין בשו"ת מהרי"ט ח"א סי' ק"ג וגם במ"ש הגאון בנ"ב ז"ל ס"ס ספק שמא לא הוליד אביו עוד כלל ואת"ל הוליד שמא הוליד נקיבות יש לי לישא וליתן בדבריו וקצרתי וגם בענין ההיתר כיון שלא ביחן דבריו שאומר על אח מאב יש לעשות סמוכים משו"ת מהרש"ך ח"ב סי' ועיין בשו"ת בגדי כהונה סי' ל"ג וקצרתי אחרי שלפי דעתי ההיתר ברור מתוך דברינו וגם כו' חששתי פן יאמר האומר כי על משא ומתן של הלכה ועל דרך הפלפול העמדנו יסוד ההיתר ולא כן אנכי עמדי כי שרשי הדין יתחקו על אבני שיש טהור וכאשר הרשינו אבות ורבותינו נ"ע לרדות דבש מגווית האריות רבותינו הראשונים ז"ל ולמוץ מיץ חלב משדי תבונות רבותינו האחרונים ז"ל ואף גם זאת אעשה להם לישא וליתן בדבריהם להוביל מנא אבתרייהו ולמנקט בשפולי גלימיהם ואמינא מטיבותיהו ליישב דבריהם עד מקום שיד שכלי מגעת בעזר החונן לאדם דעת דברי המדבר על אוזן שומעת זעירא מן חברייהו: הק' אפרים שאלה קלג שלום לכבוד אהובי ידידי החריף ובקי החכם השלום ידיו רב לו בפלפול ובסברא.

קולע אל השערה כש"ת מוהר"ר מרדכי נ"י: גי"ק קבלתי והרחתי ריח תרעומות מבין כותלי מכתבו כי איני משיבו כפעם בפעם בשביל לוחשי לחישות ולא כן אנכי עמדי אפס כי דרכי מעולם שלא לכתוב העולה על רוחי בהשקפה ראשונה או להמשיך פרפראות הבאים שלא מן הדין רק לאחויי חורפלי וזמני' דהוה חרפי ואפלי אך אחרי אשר ארז לעומק הדין מיגרר גריר מענין לענין והדברים המתחדשים לבקרים א"א לי להזניחם והענין הולך ומתרחק מאליו ואני סמכוני באשישות וידי רפות.

ומעמיסים עלי מכל צד גלל כן הדבר אשר אני רואה שאינו מופנה משני צדדים ולא ייטיבו דברי למי אשר אהיה עזר לנגדי ולחנמ' מזורה ארשת שפתי. חדלתי את מתקי ואת דבשי אם לא כי יחדיו יטו אוזן אזי חלקי אמרה נפשי עתה באתי על דברי תורה: אשר כתב כ"ת קושית השואל בשב יעקב על הרשב"ם בב"ב דף קל"ז דאף אי אין מוחזק באחים וידוע שאין לו בנים איכא רובא דרוב נשים מתעברות ויולדות ומחצה נקבות ומיעוט מפילות ה"ל זכרים מיעוט' ואין חוששין לו והשב יעקב הסכים עמו בטעם החולקים על הרשב"ם ואני מתפלל ע"ז דהך מלתא דרוב מתעברות כו' זה לא נאמר אלא באיש או אשה פרטית כגון בהא דיצאת חמות' שאם אנו באים להחמיר על אשת המת ולומר שחמות' ילדה והרי אתה צריך לדון בפרטות על אשה זו אם ילדה זכר או לא אני אומר דרוב' שאין לה זכר דהא אף הרוב שמתעברות המיעוט מהם מפילות ואין יולדים ואותן שיוולדות מחצה נקבות וה"ל זכרים מיעוטא אבל אם באנו לדון דרך כלל שאיש א' יבא לפנינו מאיזה מקום ואין ידוע אם יש לו אח או לא מה לנו לדון בפרטות

על אמו או אשת אביו אם הולידה עוד זכר או לא רק אנו דנין דרך כלל אם רובא דעלמא אין להם אחים אזי ה' מקום לדון שגם זה שאנו דנין עליו הוא אחד מרוב העולם אבל באמת הוא נגד החוש שרוב העולם אינם כן רק הענין תלוי במקרה וסיבה שאינה ידועין ויש שיש לו ויש שאין לו והדבר הוא בספק השקול ככל ספיקות דעלמא וכדי להסביר הענין יותר אבאר דלכאורה מה שאמרו סמוך מיעוטא דמפילות לפלג' נקבות וה"ל זכרים מיעוט' צ"ע שהרי אם היינו צריכין לדון אם הולידה נקבה היינו אומרים סמוך מיעוט מפילות וה"ל נקיבות מיעוטא: אך באמת ז"א דאנן לענין יבום אמרינן ואמרינן דמצד המיעוט אין כאן יבום דמיעוט מפילו' ומצד הרוב גם המחצה אין כאן יבום דשמא הולידה נקבה ומצטרף המיעוט אל פלגא והוי כעין ס"ס ע"ד זה שאתה דן מצד הלידה ספק לא הוליד כלום לא אח ולא אחות ואת"ל דיש כאן שמא אחות ולא אח ואין בזה שם ספק חד משום כיון דמחמת שני צדדים אנו באין למעט חיוב זיקת היבום שאנו רוצים לסבב עליו בשביל הליכת חמותה משא"כ בזה שהעולם כמנהגו נוהג ופרים ורבים כבני אדם יש שמולדין כמה זכרים ויש שמולדין נקבות ויש שמקצתן זכרים ומקצתן נקבות ומי שבא לפנינו ממקום אחר ודאי שספק השקול הוא אם יש לו אחין או לא ואין לך לומר שמא אין לו לא אח ולא אחות ואת"ל יש לו שמא אחות יש לו ולא אח פשיטא דאין בזה שני צדדין שהרי אין אנו דנין על ענין הלידה הידועה להטיל בזה הספק שמא לא ה' כאן לידה כלל לפי שהפילה רק על האיש אם יש לו אח הזקוק ליבום או לא ומה איכפת לן בספק זה שאין כאן גם אחות עיקר הספק שמא אין לו אח דהיינו שלא הוליד אביו עוד זכר או שמא הוליד עוד זכר ואם הוליד אביו נקבות או לא זה אינו נכנס בגדר ספק שלנו כלל וספק זה שמא לא הוליד אביו זכר מחמת שהפילה אמו או מחמת שילדה נקבה או שעמד' מלדת פשיט' דכל כה"ג שם ספק חד הוא והיינו ממש כמש"ל בתה"ד בכתבים ס"י קלמ"ד בענין בכור שנולד ספק ונקבה כאחד דספק א' שלא ילדה כבר וספק השני שמא הנקיבה יצאה תחלה הוא שם ספק חד דבנקבה גופ' אין נפקות' וכך הם דברי התוספות בכתובות לענין קטנה דמה לי שהאונס מחמת שבא עלי' בע"כ או שפיתה אותה בקטנות' שהרי בלא"ה ודאי יש כמה צדדי אונס או בשדה מצאה או שהיתה ישינה או נתעלפת וכיוצא אך כולם בשם יקראו אונס והם צד אחד והצד השני שקול כנגדו שמא זינתה ברצון וכמו כן תמצא כמה סיבות לזה שלא הוליד אביו זכר וכולם נכללים בצד אחד שלא הוליד זכר ואין אח לזה או שמא הוליד ויש אח לזה והדברים ברורים לענ"ד: אך אני תמה בהא דפריך הש"ס ביבמות דף קי"ט אי ר"מ אימא סיפא היה לה חמות אינה חוששת אמאי הלך כו' כו' סמוך מיעוטא דמפלת כו' וליחוש ופרש"י כיון דרוב מתעברות ל"ל בזכרים מיעוט' דמיעוט' אלא חד מיעוט' דרוב נשים כו' ויש לתמוה כיון דקי"ל שאם היבם סריס אינו זקוק ליבום והכא אליבא דר"מ קיימינן דחייש לשמא ימצא סריס א"כ ה"ל מיעוט' דמיעוטא דהך מהך פלג' דזכרים מסתלק ממנו מיעוט' דסריסים: ולכאורה י"ל דכה"ג לא חשיב ליה מיעוטא דמיעוטא כיון דבהך מיעוט דזכרים דחיישינן לי' רובא לאו סריסים נינהו וע"כ לא חשבינן ליה מיעוטא דמיעוטא אלא כגונא דמסיק דאיכא חזקה לשוק דמרע ג"כ להך מיעוט שפיר ה"ל מיעוטא דמיעוטא וכן בע"ז לענין גבינות בית אנייקי שרוב בהמות אינם נשחטים לע"ז רק עגלים ואי לאו דרוב עגלים נשחטין לע"ז רק מיעוטא הו"ל מיעוטא דמיעוטא

כמבואר לשם והיינו לפי שבאותו המיעוט עצמו על הרוב אין בו איסור אבל היכא דחושש למיעוט אע"פ שיש מיעוט ממנו לגריעותא מ"מ אין זה מיעוטא דמיעוטא ואכתי חייש ליה ר"מ ולכאורה מדברי הרשב"א והריטב"א והנ"י שהקשו דהא איכא תרי מיעוטא מיעוט שאינם מתעברות ומיעוט מפילות כו' משמע שמועילין המיעוטי' להצטרף לגרוע כח הרוב: אך באמת ז"א דאינהו קיימי התם לפירושם ז"ל דתירוץ הש"ס הוא דאתיא כרבנן דבתר רובא אזלינן ואהא קשיא להו שפיר דאלו תרי מיעוטא הו"ל לגבי רובא כפלגא ופלגא וא"כ אכתי קשי' ברישא דניזול בתר חזקה ותתייבם ואהא תירצו דמיעוטא שאינם מתעברות לא חשיב ושם ליכא לאקשוויי אכתי אסמכא מיעוטא דסריסים להצטרף למיעוט מפילות ז"א דברישא מיעוטא דסריסים לאו גריעותא הוא שאפילו אם ימצא סריס הוא פוטר מהיבום דאל"כ לר"מ אין ולד פוטר מן היבום עד שיביא שתי שערות וזה לא אשכחן בשום דוכתא דלימא הכי אליבא דר"מ וכן מוכח מהא דאמרין אלימא דרשב"ג דכל ששהה ל' יום אינו נפל ופוטר מן החליצה ואע"ג דמשמע דרשב"ג חייש למיעוטא ואף למ"ש התוס' די"ל דלא חייש רק לנפל דהוא מיעוט המצוי מ"מ אדרב' תיקשי לרבנן בלא שהה נמי דמיעוט נפל ומיעוט סריסים וה"ל פלגא ופלגא ואוקמה אחזקה ליבום אלא ודאי ז"א דנהי דהוא סריס מ"מ הוא פוטר וכעת לא מצאתי בפוסקים שהזכירו זה וצ"ע לפי מ"ש התוס' בדף כ"ב ע"ב דהא דפשיטא ליה דבן ובת לענין יבום כי הדדי נינהו נפקא ליה מולא ימחה פרט לזה שאין שמו מחוי וכ"כ התוס' בריש החולץ דבר קיימא נפקא לי' מלהקים שם ולא ימחה פרט לזה כו' וא"כ נימא נמי דאם הבן סריס אינו פוטר כדמעטינן התם דף כ"ב ע"ב מהאי קרא אח סריס לפי ששמו מחוי ונראה דטעמא משום דכיון דלענין נחלה כי הדדי נינהו ואף סריס יורש אביו שהוא בכלל בן ה"נ לענין יבום ולענין בת ילפינן להיפך כיון דלענין יבום פוטרם מולא ימחה ה"נ יורשת בעלה וצ"ע על הפוסקים אף שמסתימת דבריהם מבואר דבן סריס פוטר מן היבום מ"מ לא ה"ל לסתום אלא לפרש כיון דלענין מצות קיום פ"ו קיי"ל שאם היה הבן סריס לא קיים פ"ו וה"ל לאשמועינן דמ"מ פוטר לענין יבום.

וגם לענין נחלה אין מפורש בפוסקים רק דמטומטום מוכח כן עיין בבכורות דף מ"ב וצ"ע גם גבי הא דמי שיש לו בן מ"מ דאמרין לאתויי ממזר דה"מ למימר לאתויי סריס ואפשר דמשום ריש' דמי שיש לו אח דא"א לפרש כן ולכן גם בסיפא קאמר לאתויי ממזר וגם מדקאמר וחייב על מכתו ובסריס פשיטא וקצרת: ומ"מ דבר ברור הוא דבן סריס פוטר וא"ש דברי הרשב"א ודעימיה דארישא ל"ח מחמת מיעוטא דסריס כלל אך קשה בהא דיצאה מלאה שכתבו טעמא דליכא מיעוט מפילים דלשמא הפילה לא חיישינן.

וקשה הא אכתי איכא מיעוטא דסריס דמצרף לפלגא לנקבות וה"ל זכרים מיעוטא והתם קיימי אליבא דרבנן דאזלי בתר רובא וא"ל דכיון שהיא מעוברת ה"ל חזקה ליבום ז"א דמעיקרא אין כאן חזקה ליבום דשמא נקבה ושמא סריס וכמ"ש הם ז"ל אם היינו אומרים חששא דמפלת ע"ש. וא"ל דדוקא חשש מפלת סמכינן לפלג לפי שהוא מיעוט מצוי כמ"ש התוספות משא"כ סריסים שאינו מיעוט מצוי ז"א דהא קשיא להו ממיעוט שאין מתעברות והוצרכו לומר שהוא מיעוטא דמיעוטא ולא כתבו לפי שאינו מיעוט המצוי וע"כ דלא מפליג בהכי וא"כ ה"ל לענין מיעוט סריסים שיש לעשותו סעד לסמכו לפלגא דנקבות.

ולחך תירוצא שכ' הרשב"א דמיעוט העומד כנגד הרוב אינו מצטרף י"ל דמיעוט סריסים נמי הוא עומד נגד רוב שלו שאינם סריסים ולא מצטרף: וראיתי בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא סי' קמ"ג כתב שדברי הנ"י דחוקים דלפי זה אם עבר זמן רב מהליכות חמותהשאם נתעברה ודאי ילדה תהיה אסור' כו' ועוד דהרי מפילות היינו שכבר הפילה דל"ל שמא תפול דא"כ בלא"ה אינו זקוק ליבום דהו"ל א"א שלא היה בעולמו ע"ש ובמחילת מעכ"ת כי רב הוא בחנם תמה על הנ"י שנראה מדבריו שהנ"י דעתו לחלק בין הא דיצאה מליאה דהוי שמא הפילה ובין הא דיצאה ריקני' או שהלכה צרתה למדה"י דהוי שמא תפיל ולכן תמה עליו ופשיטא שאם הי' הכוונ' כנ"ל לכן הוא תמוה דודאי אפי' שהתה כמה שנים במדה"י אמרינן מיעוט מפילי' אבל באמת הנ"י קיצר ל' הרשב"א והמעין ברשב"א יראה שכתב וא"ת לאו בחזקת יבום הוא דלמא לא תפיל היא דכיון שעברה אין אומרים שמא תפיל דה"ל כמיתה ולמיתה לא חיישינן: ושוב הקשה ע"ז מפרק אלמנה לכ"ג דהתם בהניחה מעוברת מיירי ואפ"ה אמרינן מיעוט' דמפילי' וע"ז תירץ דר"י ור"ש חיישי למיתה.

ושוב הקשה מב"ב פ' המוכר פירות בשור שנגח ונמצא עוברת כו' כיון דהוחזקה עוברת לפנינו אין לחוש שמא תפיל וע"ז תירץ לשמא תפיל חיישינן לשמא הפילה לא חיישינן וכדאסקינ' בגיטין שמא מת ל"ח כו' וגבי חמותה לשמא מת הוא דומה כיון שהוחזקה עוברת בפנינו ועבר עליה זמן לידתה ל"ח והיא דשור שנגח שאני שהרי נפל לפניך והורע חזקתו עכ"ד הרשב"א בקצרה וממוצ' הדברים אתה למד דסברת הרשב"א ז"ל הוא ודאי אם לא הוחזקה עוברת בפנינו כלל שפיר יש לחוש שמא אף שנתעברה חזרה והפילה דאין זה דומה לשמא מת כיון דלא הוחזקה עוברת לפנינו והוי זה כאלו לא ראהו חי מבערב (ומבערב לאו דוקא רק ר"ל שלא ראוהו פ"א בחיים וכמ"ל) שאין לתת לו חזקת חיים שמא מת משא"כ בהוחזקה עוברת בפנינו ואתה אומר שמא הפילה הרי זה כאתה אומר על מי שרואהו חי מבערב שמא מת דלא אמרינן הכי ומוקמינן ליה אחזקת חי ומ"ש הרשב"א לחלק בין שמא הפילה לשמא תפיל הוא כדי לחלק בין הא דאלמנה לכ"ג דאף בהוחזקה עוברת אמרינן מיעוט מפילים.

וע"ז בא לחלק לשמא תפיל חיישינן להתם שהעבדים לא יאכלו בתרומה בחשש שמא תפיל הוא וחיישינן לה ואע"פ שכבר תירץ קושי' מ"מ לא נתחוויר לו תירוץ זה משום דקשיא אחריתי מהא דשור שנגח ולא הוי נראה ליה לאפלוגי בין התם שריעותא לפנינו ובין הכא שאין ריעותא לפנינו משום דלפי מה דהוה ס"ד דמעוברת אין חשש כלל שמא תפיל א"כ אף שעתה נפל לפנינו באמת נימא דמחמת נגיחה הוא רק אי אמרינן דלשמא תפיל חיישינן א"כ לא אלימא הך חזקה כולי האי דהא עדיין לא עבר זמן לידתה והיינו חוששין לה שמא תפיל א"כ עכשיו שיש נפל לפניך אין הכרח לתלות בנגיחה דאימ' באמת כאשר חוששין לה שתפיל כך היה והפילה נפל זה אשר לפניך והלכך לא משוי ליה כודאי נגיחה: זאת תורת העולה מדברי הרשב"א ז"ל והריטב"א ז"ל תלמידו כתב בקצרה וז"ל ול"ל דלא תיקום בחזקת יבום כלל דדילמא תפיל דכיון שהיא מעוברת אין אומרים שמא הפילה דה"ל כמיתה ולמיתה לא חיישינן וה"נ כיון שיצאה מלאה ועבר זמן לידתה אין חוששין שמא הפילה וכל שאין אומרים שהפילה הולד קיימא כו' עכ"ל וכך הם דברי הנ"י ג"כ וכוונת הדברים דאע"ג דבההיא דפרק אלמנה חיישינן שמא תפיל

אע"פ שהיא מעוברת מ"מ הכא כיון שהחזקה מעוברת ועבר זמן לדתה שוב לא הוי חשש שמא תפיל רק לשמא הפילה וזה לא חיישינן וא"כ מיד שעבר זמן לידתה איתרע לה חזקת' לשוק וקמה לה קצת בחזקת יבום מחמת ספיקא דמחצה זכרים ולכך חוששת וזה ברור למעיין בדבריהם ז"ל ונפלאתי על הגאון ז"ל שכתב וז"ל ואף שראיתי שגם הרשב"א כ"כ הוא תמוה בעיני כו' שאחרי שראה דברי הרשב"א בזה איך עמד בדבריו שכתב מתחלה דלפי מ"ש הנ"י גבי מיעוט מפילות החשש שמא תפיל והרי מבואר ברשב"א דלאו מטעם זה אתי עלה אלא דבהחזיקה מעוברת דמי למיתה דלא חיישינן ובזה מחלק בין שמא הפילה לשמא תפיל משא"כ ביוצאה ריקנית לא דמי למיתה כלל ואפ"י שמא הפילה חיישינן: ונראה דהגאון הנ"ל לטעמיה אזיל בנ"ב חלק א' חלק אה"ע סי' ל"א שהאריך בענין הך דראוהו חי מבערב שכתב מתחלה לפרש דבראוהו חי פ"א הו"ל חזקה מבוררת משא"כ בלא דאותו מעולם אלא עכשיו מוצאין מת דהו"ל חזקה שאינה מבוררת ושוב דחה זה דמ"מ ה"ל מבוררת ולא איכפת לן מה שאין הדבר לפנינו כיון שהאמת כן ואולי הי' לפנינו היה מבוררת כו' ע"ש ולפיכך לא חשיב הגאון ז"ל שדברי הרשב"א מתפרשין עד"ז.

אבל המעיין יראה כמ"ש בדברי הרשב"א ובקונטריסי פלפלתי בענין זה די"ל ס"ס שמא לא הי' לו אחים ואת"ל היה לו שמא עכשיו אינם בעולם ובסוף התשובה רמזתי מדברי הרמב"ן והר"ן שכתבו דאם אומר שהיה לו אחים ומתו אין זה סותר החזקה אלמא דבכה"ג לא חשבינן לחזקת חיים חזקה כיון שאין אנו דנין על אותן שראינו חיים וה"ה בזה י"ל ס"ס ולפי מ"ש מסתייע נמי הדין סברא מד' הרשב"א ודעימיה שכתבו דדוקא בהחזקה מעוברת לפנינו אין חוששין למפילות אלמא בדלא הוחזקה אף על גב דאמרינן רוב מתעברות חוששין למיעוט מפילות ולא דמי לשמא מת דלא חיישינן כיון שלא הוחזקה מעוברת וא"כ ה"ה לענין חשש דמיתה דוקא אם מתחילה הוחזק חי בפנינו משא"כ בזה שמעולם לא היה אח לפנינו רק דאנן ניקום וניחוש ליה בזה שפיר י"ל שמא מת ושם בתשובה רמזתי בקצרה ג"כ למ"ש מהרי"ו בתשובה סי' פ"ח שהביא ראיה דלא חיישינן שמתה הבת מהא דפריך הלך אחר רוב נשים כו' דאפ"י ילדה ודאי איכא לספוקי שמא מת הוולד ותו דהוי ס"ס שמא לא ילדה כו' והנה מ"ש ס"ס הוא תמוה דכיון דאיכא רובא דמתעברות ויולדו אין זה נכנס בגדר הספק לעשות ממנו ס"ס ואפשר דס"ל דמחמת שיש כאן עוד ספק מצטרפין שניהם להעמיד נגד הרוב וכמ"ש בכתובות ולקמן אדבר מזה ואמנם מ"ש מתחלה דאפ"י ילדה בודאי איכא לספוקי שמא מת כו' נראה בכוונתו שר"ל וא"ל הא איכא מחצה נקבות ואת"ל זכר שמא מת אלא ע"כ דלמיתה ל"ח ולכאורה מזה הוכחה גמורה אף בכה"ג שאין כאן לפנינו שום ולד יש לו חזקת חיים דאל"כ ל"ל מיעוט מפילים נימא מיעוט מתים אלא ע"כ דלמיתה לא חיישינן כלל אף בכה"ג וא"ל משום דהוה ס"ס ספק לא מת כלל ואת"ל מת שמא לא מת עד אחר מיתת הבעל וכבר נפטרה מן היבום ז"א דזה בכלל שם ספק חד שמא מת קודם מיתת הבעל או שמא לא מת אז ומה שמת אח"כ אין לנו נ"מ לענין אשה זו וא"כ שפיר איכא שני צדדים שתנשא שאף שהרוב מתעברות ויולדות שמא ילדה נקבה ואת"ל זכר שמא מת וגם כי בסיפא ל"ל הך ס"ס שמא לא מת ואת"ל שמא לא מת אחר מיתת הבעל דהא שם אין נ"מ בזה דכיון שמת אין כאן יבם וא"כ מאי קשיא ליה וליחוש דלמא משום דהוי ס"ס

וגם מצטרף לו מיעוט מפילות וה"ל זכרים קיימים מיעוטא דמיעוטא וע"כ דלא חיישינן למיתה רק למיעוט מפילות דשכיח קצת כמ"ש התוס' וגם דהעובר אין לו חזקת חיים כ"כ וכדאמרינן בעירובין דף ז' גבי האשה שישבה על המשבר כו' מה דנימא התם כו' אבל הכא דלא ה"ל חזקה דחיותא מעיקרא אימא לא קמ"ל ולכן לענין מיעוט מפילות שפיר מחלק הרשב"א בין הוחזקה עוברת דעכ"פ יש עובר לפנינו חשבינן ליה חזקה דחיותא לענין זה דלא חיישינן שמא הפילה כמו דלא חיישינן שמא מת משא"כ בלא הוחזקה עוברת רק מצד רוב נשים מתעברות ויולדות אמרינן דילדה בזה שפיר חיישינן למפילות כיון דליכא עובר לפנינו וגם אם היה לפנינו אין לו חזקה דחיותא כולי האי עד שנאמר שודאי לא הפילה ולכן חיישינן משא"כ לומר שמא ילדה ומת אח"כ כיון דמיתה לא שכיחא וכשאתה אומר שילדה יש לו חזקת חיים גמורים אין לנו לעשות ספק שמא מת ולפ"ז אף לפמ"ש בנ"ב דיהבינן חזקת חיים אף למי שלא ראינו אותו מ"מ אתי שפיר דברי הרשב"א דלענין מיעוט מפילים שפיר מחלקינן בהכי ואע"ג דהרשב"א מדמי לה לחששא דשמא מת היינו אם ראינוהו חי וה"ה אם הוחזקה עוברת משא"כ אם לא היתה מעוברת אע"ג דגבי מיתה אף שלא ראינוהו בחזקת חי עומד שלא לחוש למיתה דלא שכיחא לענין מפילות דשכיחא וגם ליכא חזקה דחיותא, שפיר חיישינן ועיין בדברי אא"ז בבכור שור בערכין שכתב דמאי דמחלק הש"ס לענין חזקה דחיותא היינו לומר דהוה ס"ד דבזה לא אמרה תורה וחי בהם לענין פ"נ כיון דאכתי לא הוי חי מעולם ע"ש: ואמנם מ"ש מהרי"ו בסוף התשובה וז"ל ומ"ש ההר"ז דלבו מהסס אהיה חזקה שהבת קיימת כיון דהאי איתתא לא איתברר לה חזקה לשוק לא מחוור דפריך נימא רוב נשים כו' והתם נמי הוי כמו ליכא חזקה דאיכא למימר הך איתתא בחזקתזקוקה ליבם או נימא העמד הצרה על חזקת הגוף ונימא שלא ילדה כו' והוא תמוה לענ"ד מ"ש והתם נמי העמד כו' דהא קושטא דמלתא הכי הוא כדמסיק רישא חזקה ליבום ואם ר"ל דל"ל מיעוט מפילים ת"ל דמחמת חזקה ליבום נימא ספק מת א"כ מה זה שכתב ואם נפשך לומר כו' אבל בתר דמסיק דמתני' אתי' כר"מ דחייש למיעוטא אזלא נמי האי סברא דל"ח למיתה הא נמי ל"ק דקי"ל כרבנן כו' ע"ש ואכתי תיקשי למאי דמוקי כר"מ ל"ל מיעוט מפילים ת"ל משום מיתה ולא ידעתי דבפשיטות ה"ל לדחות דברי מהר"ז דזה לא מיקרי חזקה ליבום אלא לשוק כיון שהיתה בת בודאי אלא שאתה בא לספק שמא מתה וכמ"ש לבסוף דבנ"ד ליכא חזקה ליבום כו' וגם מ"ש העמד הצרה על חזקת הגוף צ"ע דהאיך אפשר לומר חזקה זו נגד הרוב בטבע שמתעברות ויולדות ולקמן אדבר מזה: וחזרנו למ"ש דיש מקום לומר דמיעוט שהם סריסים ואין כאן זיקת יבום מצטרף לפלגא דנקבות וא"כ בלא הוחזק באחי' אין כאן ספק השקול די"ל שאין לו אחים ואת"ל יש לו אח שמא הוא ממיעוט סריסים וה"ל זכרים שזקוקין ליבום מיעוטא ואמנם יש מקום לדחות זה לפי מ"ש הריב"ש סימן שע"ב הא דלא אמרינן סמוך מיעוטא דאונס למחצה דאין תחתיו משום דדוקא במחצה זכרים כו' אמרינן הכי שהוא ודאי ובהכרח שכן יסד המלך מלכו של עולם לקיום המין כו' משא"כ בהא דתחתיו מנין שיהיה מחצה על מחצה אבל אנו אומרים שהדבר בספק שזה אפשר כמו זה ובזה אף אם נאמר סמוך אין זה מיעוט ודאי אבל עדיין נאמר שזה אפשר כמו זה עכ"ד בקצרה ולפי זה בהך ספיקא שמא האיש הזה יש לו אחים או אין לו ג"כ כדבריו כן היא שאין זה מחצה ע"מ רק שזה אפשר

כמו זה ובכה"ג לא אמרי' סמוך מיעוטא לפלגא וא"כ אף דאיכא לסמוך מיעוט סריסים לצד ספק אין לו אחים עדיין אין כאן מיעוט ודאי ליבום וזה אפשר כמו זה.

אך זה לפי מ"ש שהספק הוא בדרך כלל אם יש אחים לזה או לא ולפי מ"ש השב יעקב והנ"ב שתולין הספק באביו ואמו של זה אם זכרים או נקבות א"כ בלא מיעוט מפילות נמי איכא מיעוט סריסים דבזה חזרנו למ"ש הריב"ש דכה"ג ה"ל כמחצה ע"מ ואמרינן סמוך מיעוטא אך באמת אין דברי הריב"ש מוכרחים בזה ועיין בש"מ כתובות שכתב בתירוץ קושיא זו שנצטרף מיעוטא דאונס לאין תחתיו דאין שניהם מטעם אחד וכ"א עומד הצד הב' כנגדו ובכה"ג לא שייך צירוף וסברתו נכונה ולפ"ז בכגון הא דידן שפיר שייך צירוף ועיין בפ"י שם שנראה מדעתו שי"ל דבכה"ג נמי חשיב ס"ס להרשב"א דאתי עלה מטעם רוב ומכ"ש להרמב"ם ולענ"ד נראה שלפי מ"ש הרשב"א לחלק בין אם המיעוט עומד כנגד הרוב לגמרי כמאן דליתא דמי לגבי רובא ובכה"ג אין לחשבו לס"ס והתם נמי מיעוטא דאונס עומד כנגד הרוב לגמרי משא"כ במיעוט המסתלק מן הרוב כגון מיעוט מפילות שפיר חשיב מיעוט להצטרף לפלגא ואפשר שזה דעת הר"ן שכתב הריב"ש בשמו דלרבנן לא אמרי' סמוך בכה"ג.

שוב ראיתי בפ"י בק"א שכתב ג"כ די"ל דלרבנן מיעוט כמאן דליתא אך לר"ת דפסק חלב אינו פוטר משום דמיעוט מסייע לחזקה א"כ ר"ל דמיעוט מסייע לספק השני ע"ש ולפי מ"ש יש לחלק ולקמן נדבר מזה אי"ה: וראיתי בתה"ד סימן שמ"ט בעובדא שאחד בא לירש מחמת קורבה וזה טוען שמא הוליד המוריש עוד ע"ש הדברים ברוב ענין וכתב דלכאורה י"ל משום דרוב נשים מתעברות ויולדות ואף בממון אזלינן בתריה היכא דליכא חזקה נגדו ושוב כתב כיון דזה מברר הקורבה הנכסים בחזקתו ואין כח ברוב להוציא כו' ע"ש וכן פסק בהג"ה סי' רפ"ד ובקצוה"ח שם תמה על זה וכתב בסוף דבריו ובנידון דהתה"ד כיון דהך מיעוט דמפילות מן הרוב אתה מסלקו חשיב לעמוד כנגד הרוב ומשמע דכל שהמיעוט מן הרוב ממש אינו רוב אפי' מה"ת וא"כ אין חוששין להך רוב דמתעברות כיון דמיעוט מתוך הרוב הוא שיש נשים שמפילות עכ"ד ולא ידענא מאי קאמר דמ"ש דלהרשב"א אינו רוב אפי' מה"ת הא ליתא שהרי בהדיא פרכינן שתנשא לשוק מחמת רוב מתעברות ולא חיישינן למיעוט מפילות אפי' מדרבנן והש"ע מסיק דמטעם חזקה ליבום ואע"ג דחזקה לא עדיף כרוב סמוך מיעוט מפילים וע"ז כתב הרשב"א במיעוט המסתלק מהרוב אמרינן סמוך לחזקה ולפ"ז לפי מ"ש בקצוה"ח שם דמה שהחזקה נחלה לשבט לא מהני הך חזקה לגבי רובא א"כ ה"ה לגבי רוב כה"ג לא מהני ואפשר שכוונתו לפי מ"ש שם בקצוה"ח בתחלה להקשות על התה"ד דמה שהחזקה נחלה אינו רק כחזקה דעלמא דאמרי' רובא עדיף ולא דמי לחזקה דממונא וא"כ היכא דאיכא מיעוט כה"ג דמהני אף בחזקה דעלמא לא נימא רובא עדיף א"כ גם כאן נמי מיעוט כה"ג מהני לגרע כח הרוב אף נגד החזקה זו אבל באמת גם ז"א דהא התם ביבמות אף אי סמכינן מיעוטא דמפילים לחזקה אינו מועיל נגד הרוב רק למהוי פלגא ופלגא וא"כ אם נימא דהכא משום דהוי מיעוט המסתלק מן הרוב מועיל להצטרף שם לחזקה דחזקת השבט אכתי ספיקא הוא דהוי וא"כ אכתי לא קם דינא דהתה"ד להחזיק הקרוב בנחלה אך באמת התה"ד ס"ל דמדברי הרא"ש מוכח דמה שזה מוחזק בחזקת השבט ה"ל כאלו הוא מוחזק בנכסיו ממש דאל"כ אין חל עליו שום מוציא מידי

ודאי שהרי אם אנו דנין על ספיקו של הספק תחלה ונאמר שמא בן הוא שוב אי אתה יכול לתת על זה תורת ודאי ולומר שהוא מוחזק בנכסים וזה להוציא ממנו שהרי נופל בספק זה שמא אין לו בה כלום שאין לאח במקום בן כלום וע"כ דז"א דכך הוא דרכה של תורה שאין לנו לתפוס הספק לדון עליו ולהניח הודאי אלא מתחלה דנין על הודאי ואנו רואין אם לא נפל שם ספק זה הרי זה ודאי מוחזק בנכסים אלו וא"כ כשאתה דן אח"כ בספק של זה אין כח בספיקו של זה להוציא ממנו וגם לענין רוב היכא דאיכא חזקה דממונא כך הוא שאם היינו דנין מתחלה על הרוב ונאמר שהוא כודאי שכן הוא א"כ החפץ ההוא שדנין עליו הוי הוא כאלו הוא שלו בכל מקום שהוא ומה יועיל תפיסתו של זה לחזקתו אך באמת הרוב אינו כודאי גמור דהא איכא מיעוטא דלא"ה הוא רק שכך גזרה חכמת התורה לילך אחר הרוב על כן מתחלה יש לנו לדון תחלה בזה שהממון שלו הוא ודאי בברור לולי שהיה זה בא עליו מצד הרוב וא"כ זה רוצה להוציא דבר מודאי ע"י הרוב ואין כח ברוב להוציא מדבר שהוא ודאי רק בדבר שהוא ספק ואף דבר שיש בו חזקה דמעיקרא שכך הוא מ"מ ג"כ אינו מצד שכך הוא בודאי רק מחמת שכך אמרה תורה שלא להוציא דבר מחזקתו ולזה אמרה תורה רובא וחזקה רובא עדיף אבל בחזקה דממונא שאינו מצד שאין לבדות הנולד והשתנית רק הוא ודאי הברור אין הרוב מוציא ממנו ולכן שפיר אין הולכין בממון אחר הרוב במקום חזקה דממונא ולכן שפיר מדמי לה בתה"ד לההוא דאין ספק מוציא מידי ודאי ולפי שהענינים אלו עמוקים מני ים ורחבים ומפוזרים בהרבה מקומות בתלמוד ואין הזמן מספיק לעמוד על כל שיטה ושיטה ולברר הכל לכן ראיתי להספיק כעת בזה שכתבתי ונ"מ טובא לדינא ודעת לנבון נקל: והנה במה דכתיבנא בשיטת הרשב"א דיצאה מלאה לא חיישינן למפלת משום דהי' מעוברת לפנינו והו"ל כחזקת חיים משא"כ אם הוא מחמת הרוב מתעברות כו' ולכאורה אין אנו צריכים לזה שהחילוק מבואר לפי מ"ש הרשב"א דבאמת לא היינו מצטרפין אותו לחזקה לפי שעומד נגד הרוב רק לפי שמסתלק מחלק המרובה ובמשמרת הבית כתב בביאור יותר שאותו חלק המרובה שמתעברות יש מקצתן שמפילים שא"ל שכל הרוב מתעברות ויולדות שא"כ הכל מתעברים והרוב יולדות ומיעוט מפילות והא ודאי ליתא דאיכא עקרה ואיילונית ומקבלת מקרה למניעת העיבור אלא שהרוב מתעברים ומיעוט אין מתעברות כו' ע"ש וא"כ ביצאה מלאה שאין אנו דנין על העיבור כלל שהרי מעוברת לפנינו והרוב אין מפילים ומיעוט מפילים וא"כ מיעוט מפילים אינו מסתלק מחלק המרובה אלא הוא עומד כנגדו ממש ובכה"ג לא חזי לאיצטרופי לחזקה משא"כ באים לדון מחמת ר"נ מתעברות כו' וכן נמי א"ש לפי מ"ש הנ"י בשם הריטב"א דמיעוט שאין מתעברות גרוע הוא ובכלל מיעוטא דמפילים חשבינן לי' למיהוי מיעוט שלם אם כן משמע דגם מיעוט מפילות לבדו גרוע הוא רק בצירוף מיעוט שאין מתעברות א"כ היכא שהיא מעוברת לא חיישינן למיעוט דמפילות לחוד (ולכאורה היה אפשר לפרש שהכוונת הריטב"א כהרשב"א שאין מתעברות גרוע היא ר"ל שאינו כדאי להצטרף לבד לפי שעומד כנגד הרוב אך הנ"י פלגינן בתרתי וכן מצאתי בלשון הריטב"א בחידושו וז"ל ור"ל דאותן שאין מתעברות מיעוטא דמיעוטא גרוע הוא אך הלשון מגומגם ואפשר שהוא ט"ס וצ"ל כמ"ש בני"י ואמנם הרשב"א כ' ושמא נאמר דשאינן מתעברות מיעוטא דמיעוטא הוא ולא חשיב וצ"ע עכ"ל ולא הזכיר בדבריו דבצירוף

מפילות הוא) והלכך ביצאה מלאה אין מקום לומר שעדיין הוא בחזקת לשוק שמא נקבה ושמא תפיל דהאי מיעוטא דתפיל כמאן דליתא חשיב לפי שעומד נגד הרוב או לפי שהוא מיעוט גרוע אך באמת מ"ש הרשב"א והריטב"א בזה דכיון שעוברתה אין אומר'י שמא תפיל דהו"ל כמיתה דל"ח לא מסבר' דנפשייהו כ"כ אלא מדברי הרמב"ן והרמב"ן לא ס"ל הך סברא דהרשב"א לחלק בין מועט המסתלק מהרוב שהרי הרשב"א מחלק בזה בין האי דיבמות ובין ההיא דעיסה שבבית ושרצ'י וצפרדעי' כו' ע"ש ואין זה שיטת הרמב"ן כמבוא' שם וגם סברת הריטב"א נראה דלא ס"ל אלא ס"ל כמ"ש הרשב"א דאין מתעברות הוי מיעוט' דמיעוט' אבל מיעוט מפילות מיעוט גמור הוא שהרי התוספות ושאר מפרשים כתבו דאפילו מיעוט המצוי הוא ומדברי הרשב"א נראה שגם הוא לא החליט חילוק זה שכתב במיעוט שכנגד הרוב או מסתלק מן הרוב ע"ש וא"כ צ"ל החילוק דיצאה מלאה משום דאז טפי הוי כמוציא מחזק' חיים למיתה דלא חיישינן וכמש"ל.

ולפי מ"ש לסברת הרמב"ן דלא מפליג בהכי ובכל גוונ' מצטרפי' מיעוט' לחזק' א"כ י"ל דה"ה לפלג' וא"כ שפיר יש לצרף מיעוט סריסים לפלגא דשמא אין לו אחים כלל ואם יש לצרף ג"כ חששא דשמא מתו צ"ע קצת לפי מ"ש לעיל דלכאורה מוכח דאף אם בכה"ג שלא הוחזק' מעובר' אמרינן שמא הפילה מ"מ שמא מת לא אמרינן אף שלא ראינוהו חי ומדברי הרמב"ן והר"ן משמע דאם אמר יש לי אחי' ומתו אינו סותר החזק' משמע דבכה"ג שפיר י"ל דשמא מתו: ואמנם בדברי הרמב"ן במלחמות שם כתב שאם אומר אין לי אחים אינו סותר החזקה דאפשר שמתו דאפילו ע"א נאמן ביבמה משום דמלתא דעל"ג הוא כו' וא"כ י"ל דאע"ג דלא אמרינן בכה"ג שמא מת משום דמהני אמירת הבעל כמו ע"א דהו"ל מלתא דעל"ג וכמו שא"א מותרת ע"י עצמה או ע"א מהאי טעמא ומקילינן בה נגד חזקת א"א וחזקת חי משום הך חזק' דמלתא דעל"ג.

אלא דלפי זה קשה דא"כ אף באומר שלא הי' לו אחים כלל שכתב הרמב"ן דלא מהימן משום דמוחזק באחים וסותר החזקה תיקשי נמי דנימא דמהימן משום מלתא דעל"ג והרמב"ן גופי' לב"ב נסתפק בזה אם בעל הוי כע"א דבבעל י"ל דלא הוי מלתא דעל"ג ע"ש ועכ"פ צריכין אנו לומר ולחלוק בין חזק' זו למוחזק באחי' להך חזקה שיהיה נאמן לומר שהי' לו אחים ומתו ובפרט אם נאמר דבבעל לא מהני מלתא דעל"ג: ונראה לענ"ד דרמב"ן ס"ל דודאי חזקת חי גרע משאר חזקות שהרי הוא חזקה העשוי' להשתנות שכל אדם מעותד למות וכמ"ש הט"ז ביו"ד סי' שצ"ז (אלא שמחלק בין היכי שמת לפנינו דאיתרע החזקה ויש לסייע סברתו ממ"ש לעיל בשם הרשב"א ביבמות שכתב בהא דב"ב בשור שנגח חיישינן לשמא הפילה שהרי נפל לפניך כו') ובנה"כ ושאר אחרונים האריכו הרבה בזה ונקוט חזק' בידך מ"ש הפ"י בגיטין דף כ"ח וז"ל הא דלא מקשה בפשיטות אתרומה משום דאפשר לומר דחזקת חי לאו חזקה גמורה הוא שעשוי' להשתנות ותרומה טעמא משום דהוי חזקה דלא איתרע כו' ע"ש משא"כ בהרי זה גיטך דאיתרע ע"י הגט משא"כ משולח גט ממדה"י מקשה שפיר דהא האשה בחזקת איסור לשוק כו' ע"ש ובמ"ש בק"א בקידושין: ולפ"ז א"ש דדוקא באומר לא הי' לי אחים כלל מיקרי סתירת החזקה לגמרי משא"כ באומר שהי' לו אחים ומתו הרי אם אין בזה סתירת החזק' הוא נאמן לגבי הא דמוחזק באחים מצד מגו רק שאנו באים עליו מצד אחר שהוא סותר חזק' חי ובזה אמרינן כיון דחזקה עשוי' להשתנות הוא שפיר יכול לסותרתה כיון שאין בזה

סתירת שום חזק' אחרת משא"כ בהך דהאשה שהלכה דהתם בלא הך חששא שמא מת יש כאן רוב לשוק רק שתאמר שנשתנה אח"כ חזקה זו דחזקת חי ואיתרע ליה הרוב שהיינו מחזיקין ע"י לשוק זה לא אמרינן כיון דבעלמא בלא איתרע אזלינן בתר חזק' זו דחזקת חי וכן בסיפא דחמותה ע"י הרוב מתעברות היינו מחזיקים ליבום בספק משום מחצה זכרים ואין לך להוציא מזה ע"י שתאמר שנשתנה חזקת חי כיון שיש לפנינו סיבה שמכניס אותנו לבית הספק והיינו הולכין בספיקו לחומרא ואף שי"ל דע"י צירוף הך חששא דשמא מת עקרינן הך ספיקה ליבום ונשארת בחזקתה לשוק ז"א דאליבא דר"מ קיימינן דחייש למיעוטא ולהכי נקט במלתא מיעוטא דמפילות לומר שאף ע"י צירוף מפילות אכתי מיעוטא איכא ויש לחוש אליבא דר"מ ולכך לא נשתמשו שם בהך חששא דשמא מת וכן משמע מדברי מהרי"ו שהבאתי לעיל: ולפ"ז עדיין יש פתחון פה לומר היכא דלא מוחזק באחים חזי לאצטרופי הך חששא דשמא מתו משום דאינה חזקה גמורה שהי' עשויה להשתנות ואין אנו מוציאים בזה משום חזקה אחרת ליבום דהא באמת לא איתחזק באחי' וא"ל דמ"מ ספיקא הוי ז"א דכשאנו מצרפין הך ספיקא שמא מתו משום דאף שתאמר שהי' לו אחים אין מוכרח שעודם חיים שהי' עשוי להשתנות ממילא שנעקר הספק זקוק' לגמרי ובחזקת היתר קיימא וכל שע"י שתאמר שמא מת לא יהי' בו סתירת איזה חזקה אחרת חזי לאיצטרופי לעוד ספק ומכ"ש בזה שע"י הס"ס יש בו כדי להחזיק חזקה ראשונה דקודם נישואין ובכה"ג אין אומרים שהספק הב' אינו שקול מחמת חזק' חי דלענין זה מועיל הך סבר' דעשוי להשתנות והרי הפ"י בלא"ה דעתו דבס"ס מהני אף שספק א' אינו שקול ואף שמדברי הפוסקים לא משמע כן מ"מ י"ל דמודו בכה"ג דמחזיקין אותו לספק לענין ס"ס ועיין בפ"י לק"א לכתובות ועיין ביבמות ר"פ ד"א שכתבו התוס' לחלק בין מיתה דלאלתר לזמן מרובה וכ"כ התוס' בגיטין אך הפ"י שם תמה ע"ז ועיין בשו"ת חכם צבי שהתוספות מודו להמסקנא וצ"ע ויש בזה ליישב כמה ענינים: והנה ראיתי מ"ש ר"ת ליישב קושי' היש"ש על הטור דפסק כמתני' דהא להרא"ש מתני' כר"מ ולא קיי"ל כוותיה וע"ז כתב דלפי מ"ש דחיישינן למיעוט נפלי' דהוי מיעוט המצוי ה"ה מיעוט זכרים הו"ל מיעוט המצוי כו' אלא ע"כ טעמא דמתני' משום דמיעוט זכרים הו"ל מיעוט המצוי מש"ה ברישא דאתחזקה ליבום חששו למיעוט המצוי כו' משא"כ בסיפא כיון דאיכא חזקה ורובא ל"ח אפי' למיעוט המצוי כו' עכ"ד בקצרה ושגה שגיאה גדולה שנתחלף לו בין פטור לחיוב דלענין חיוב ליבום איכא לאפלוגי בין זכרים לנקבות אבל לענין פטור בן ובת כי הדדי נינהו להתיר לשוק ודבריו אין להם מקום לא ברישא ולא בסיפא דברישא כל שהוא ולד מעלי' פוטר אם זכר אם נקבה תלד ובסיפא אם נימא דמיעוטא דזכרים הוי כשאר מיעוט' דהיתרא שכיח טפי דהו"ל רוב' וחזקה לגבי מיעוט דעלמא ובפשיטות מצינן למימר דמיעוט מפילות הוי מיעוט המצוי וחיישינן ליה אף לרבנן כיון דאפילו ילדה לפנינו כל שלא שהה שלשים יום חיישינן ליה דנפל הוא מחמת מיעוט המצוי אלא דלפ"ז הו"ל לאוקמי מתני' אפי' כרבנן ומטעם מיעוט המצוי ואפשר לומר דלא הוי מצי' לאוקמי בהכי משום דאכתי תיקשי סיפא דיצאה מלאה למה חוששת דהא איכא רוב' וחזקה לשוק וא"ל כמ"ש התוס' דאיתרע לה חזקה כיון שיצאה מלאה ז"א דאם נימא שמא תפיל לא איתרע החזק' וא"ל כמ"ש הרשב"א ודעימי' דהו"ל כשמא מת ז"א כיון דאפילו אם הוולד חי לפנינו אחר

שיצא לאויר העולם חוששין לו מטעם מיעוט המצוי מכ"ש דאיכא למיחש ליה בעודו במעי אמו שמה יהי נפל טמון אלא ע"כ דלא ס"ל להאי תנא דהוי מיעוט המצוי: ובאמת לכאורה איכא לאקשוויי למה דפסקינן כרשב"ג לענין למ"ד יום אלמא דס"ל דמיעוט המצוי הוא ואיך פסקו כהך מתני' דיצאה מליאה חוששת ולכאורה י"ל דהא דחיישינן בלא שהה למ"ד יום היינו מדרבנן ולהחמיר משא"כ בהך דיצאה מליאה אדרבא מחמרינן להיפוך לומר שאינו מיעוט המצוי אבל ז"א דע"כ לא שייך לומר דזה דל' יום חומר' מדרבנן אלא לומר דמדאורייתא אין לחוש נגד הרוב אפילו אם המיעוט מצוי אבל בגוף הענין אם נפלים הוא מיעוט מצוי או לא הוא דבר התלוי במציאות ואין אנו אומרים שטבע העולם שנפלים הוא מיעוט מצוי וחוששין לו אף שכבר יצא לאויר העולם אין ספק שיותר יש לחוש לו בעודו מעוברת ולומר שמיעוט המצוי שיתעופף הולד מלידה ומבטן ואף אם יצא לאויר העולם לפעמים לא מלו ליה תלתין יומין וא"כ אף דיצאה מלאה אכתי איכא רובא וחזקה לשוק וצ"ע לכאורה: ואמנם הך מלתא שכתב מכ"ת דמיעוט' דזכרים הוא מיעוט מצוי כתב כן בשער המלך לתרץ אליבא דהרמב"ם הך דיצאה מלאה חוששת דומי' דחיישינן לנפלים לפי שהוא מיעוט מצוי ע"ש באורך ובאמת שאני תמה שאחז החבל בשני ראשין דאם נימא מיעוט מפלת הוא מיעוט דשכיח' א"א לומר כלל דמיעוט דזכרים שכיח שהרי מחצה ע"מ דזכרים ונקבות הוא בבירור וכיון שכן מה בכך שזו מעוברת הא מיעוט המצוי שתפיל ואם תלך אחר הרוב ג"כ מחצה זכרים ומחצה נקבות וא"כ אדרב' מיעוט זכרים הוא מיעוט דלא שכיח ואפשר לדחוק בכוונתו שלא הביא מהתוספות רק לדוגמ' דבמיעוט המצוי חוששין אבל באמת הרמב"ם לא ס"ל בטעמ' דרשב"ג משום מיעוט המצוי אלא מטעמ' שלא יאמרו פיהק ומת או דס"ל לרשב"ג גזה"כ הוא וכמ"ש בזה בספרי בק"ה ע"ש: ומה שהקשה בשער המלך על התוספות דס"ל דנפלים הוי מיעוט המצוי דא"כ נימא דחכמים מודו בחשש נפל וכדס"ל לרשב"ג כבר כתבתי בזה אבל בלא"ה לק"מ דטעמא דרשב"ג דבמיעוט המצוי אמרינן סמוך לחזקה וכמ"ש התוספות והא דמשאל"ס אשתו אסורה דאם לא היה מצוי אף באיכא חזקה רוב' עדיף ובס"ד דלא אסיק אדעתיה דמתני' מטעם חזקה הוא ע"כ כר"מ מוקי לה ובמסקנ' נמי לא בעי לאוקמי כרשב"ג כיון דבאמת עיקר להלכה כרבנן אלא דאנן מחמרינן כרשב"ג היכא דאפשר וניחא ליה טפי לאוקמי כר"מ דסתם מתני' ר"מ ולפ"ז בלא"ה לא א"ש מ"ש בשער המלך בטעמ' דיצאה מלאה משום דמיעוט' דזכרים הוא מצוי דז"א דהא עכ"פ חזקה לית' התם דהא חזקה ורובא לשוק הוא וא"כ המיעוט המצוי אין לו על מה שיסמוך ועוד דהא פסקו בסתם חושש' משמע אף בדלא אפשר ואם מטעם מיעוט המצוי אתי עלה אין להחמיר בזה יותר מבלא שהה למ"ד אלא ודאי דלאו מהאי טעמא הוא ומכ"ש שלפי מ"ש התוספות טעמא שלא יאמרו פיהק ומת דלא שייך הך חומרא הכא ומ"ש בשער המלך שם דאיילוני' אין להכחיש המוחש דלאו מצוי הוא ואפי' אחד מעיר כו' אמת שכדבריו משמע בהגהות מרדכי סוף חולין ע"ש אך בנדה דף ל"ב אמרי' אימר דשמעית ליה לר"מ במיעוט דשכיח כו' ואמנם ודאי אין ר"ל דשכיח טובא רק דעכ"פ שכיח קצת והתם משמע כיון דחזינן שאירע כן ג' פעמים מיעוט דשכיח קרי לי' ע"ש שוב ראיתי שמכ"ת הזכיר ג"כ מזה: והנה השער המלך בסוף דבריו כתב ליישב דברי הרמב"ם ע"פ דברי הרשב"א דכיון שעיברה א"ח שמא הפילה דדמי למיתה

כו' האמנם דבר הקשה הוא שהתוס' שם כתבו הקשה הר"ש כו' ואומר ר"י ה"נ יש להסתפק שמא כבר מת והוא נפל הרי דחיישינן לשמא מת ולשמא תפיל ליכא למיחש אם לא שרבינו ס"ל ליישב קושיות הר"ש באופן אחר ואנחנו לא נדע עכ"ל.

ותמיהני אחרי שידוע גודל בקיאותו בספרי הראשונים נתעלם ממנו דברי הרמב"ן בב"מ דף קמ"א דהא דעובר זוכה דווקא כשילדה לבסוף ובב"ב ל"ג והפילה דלאו נפל ממש אלא שכלו לו חדשיו ולא הוציא הפדחת חי כו' ובמקום אחר כתבתי בזה על דברי קצוה"ח בסי' רע"ו וכאן קצרתני: ובאמת בישוב דברי הרמב"ם ז"ל עפ"י דברי הרשב"א דמיעוט מפילות הוא חזקה המסתלקת מן הרוב ולכן ביצאה מלאה ל"ח למפילות וכמש"ל והא דבש"ס לא מוקי כרבנן ומודו רבנן במיעוט המסתלק מן הרוב א"ש ג"כ ע"פ הדרך אשר כתבתי לעיל דודאי רוב מועיל בכל גוונ' דלא ניחוש למיעוט רק לענין שנצטרף לחזקה איכא לפלוגי בכה"ג ובס"ד דלא ידע מחזקה איצטריך לאוקמי כר"מ ובמסקנ' באמת מפרש הרשב"א דאפי' כרבנן אתי' ומה"ט דמיעוט המסתלק מן הרוב מצטרף לחזקה ומ"ש הרמב"ם בהל' תרומות היינו משום דלשמא תפיל חיישינן שזה מצטרף לחזקה אף שעומד נגד הרוב וכמש"ל ועיין בפ"י קידושין דף פ' שכתב די"ל בהא דיבמות דאמרינן סמוך דחזקת זקוק' לא נתבררה בשום פעם מה אמרת שהיתה בחזקת זקוקה ליבום לבסוף אדרב' כיון דרוב נשים כו' א"כ היתה בחזקת שלא תהי' זקוקה כו' מש"ה ס"ל לר"מ דהוי פלג' ופלג' כו' ע"ש ולכאורה גם אליבא דרבנן מצינן למימר הכי אמנם גוף סברתו צ"ע דה"ל לשנוי בפשיטות אהא דפריך רישא שהוחזקה ליבום תתיבם נימא דלאו חזקה גמורה הוא כיון שסוף שתתעבר או היא או צרתה וא"ל דאה"נ משני הש"ס ז"א דא"כ ל"ל למימר ורוב' עדיף מחזקה כו' אך בלא"ה כתבו התוס' דלר"מ לא צריך וקושט' דמלתא נקט וצ"ע: ומ"ש מכ"ת מדברי הד"מ סי' קנ"ט ביצא קול שיש לה יבם ל"ח וכתב שדברי מהר"י מיניץ בסי' קנ"ז הביא לענין יבם מומר שסברה שמת אבל בלא ידעה אם יש לו אח כלל ל"ח והוא פשוט דכל קלא דבתר נשואין כו' והנה מכ"ת בהעתקתו בדברי הד"מ דילן ראשית דבריו וז"ל הד"מ ובתשו' ריב"ש סי' תפ"ב דהרבה גאונים מתירין אפי' נשאת אם חלץ לה היבם אח"כ אפי' למאן דמחמיר אם אין היבם ברור אלא שיצא קול שיש לה יבם ל"ח וכ"כ מהר"י מיניץ בסדר חליצה שלו עכ"ל ואם הדברים מתפרשים כמ"ש מכ"ת שהי' קלא דבתר נשואין מה זה ענין למחלוקת בענין יבמה שנשאת וחולצין לה אחר נשואין אי שרי' לבעלה לענין זה דאין כאן לפנינו מי שיחלוץ לה ופשיט' דאם נימא דקלא דבתר נשואין מלתא היא אפי' למאן דמיקל התם בחלצו לה אחר נשואין מצי סבר דבקול שיצא שיש יבם ואין כאן מי שיחלוץ חיישינן ליה ולכאורה נראה שכוונתו בזה שיש מקילין בנשאת בשוגג כשחלץ אח"כ ואפי' למאן דמחמיר לגבי נשאת אף בשוגג מ"מ היינו כשהיבם ברור ושגגה שכסבורה שמת היבם ועתה בא היבם אע"פ שחלץ לה תצא מבעלה דשוגג כה"ג כמזיד דמי דכיון שידעה בבירור שיש יבם ולא דייק' אם מת כמו ששמעו עליו אם לא החמירו עליו בסופה משא"כ כשאין היבם ברור רק שיצא קול שיש יבם דכה"ג קי"ל בסי' קנ"ד דחוששין לקול לכתחלה להמתין עד שיבאו עדים והיא עמדה ונשאת ועתה בא היבם וחלץ לה בכה"ג אית לן למימר דל"ת דבקלא לא הוה למידק כולי האי ולכן א"ש מ"ש אפי' מאן דמחמיר כו' אלא שצ"ע לדינ' וכיון דמדינ' אית לן למיחש לקלא שלא תנש' מסתברא

דאם נשאת חשובה כמזידה לענין שאם בא היבם וחליץ לה תצא דהא דק"ל בקלא דקמי נישואין אם עמדה ונשאת תצא כמבואר בסי' ו' ביצא הקול שכתב גט כו' ואפשר דהכא מיירי שיצא קול שיש לה יבם ושוברו עמו שיצא הקול ג"כ שמת ועתה בא היבם וחליץ לה אעפ"כ ל"ת מבעלה כיון שלא היה יבם ברור רק קול סמכה על הקול האומר שמת ולא דייקא טוב' משא"כ אם היבם ברור דאז פשיט' דהוה לה למידק אם מת או לא דע"ז סמכו חכמים בתחלה להתירה ע"פ עצמה או ע"א משום דדייקא מתוך חומר כו' אך צ"ע בלשון הד"מ שכתב אם אין היבם ברור דמשמע שדבר בהוה שגם עתה אין היבם ברו' דאלו כוונתו על שלא היה ברור מתחלה ועתה נתברר הי' לו לומר אבל אם לא היבם ברור ואמנם בלא"ה תמוה מאוד מ"ש בד"מ בשם הריב"ש סי' תפ"ב שהרבה גאונים מתירין אפי' בנשאת אם חליץ לה אח"כ ולא נמצא מזה דבר בריב"ש שם לענין נשאת רק לענין נתקדשה כתב דאף הסוברים שלמקדש לעולם אסורה אפי' חליץ לה הם לא אמרו אלא בנתקדשה במזיד וכ"כ הרמב"ן והרשב"א והרא"ש וכל האחרונים ז"ל כו' אבל לענין נשאת לא מיירו כלל ומכ"ש מ"ש בד"מ לענין אם יצא קול אין קול נזכר שמה אף ברמז בעלמא ותימה על הב"ש שנמשך אחר מ"ש בד"מ וכתב ג"כ בשם הריב"ש שאם אינו ידוע שיש יבם אלא בקול ל"ת וליתא ובדברי הד"מ אפשר דמ"ש אפי' למאן דמחמיר כו' לא קאי אמש"כ לעיל ובריב"ש רק הוא מלתא באפי' נפשיה שהוסיף משה מדעתו או שחסר בדפוס תיבת ונ"ל אך מ"ש בראש דבריו בשם הריב"ש הוא ג"כ תמוה ולבי אומר לי כי יש חסרון מבפנים בהעתקות דברי הד"מ וכצ"ל והריב"ש סי' תפ"ב כתב ביבמה שחלצה ונתקדשה ונודע שהיבם מסר מודעא והשיב שכופין ליבם שיחלוץ ותנשא לשני (והן הן הדברים שהעתיק הב"י בב"ה) וכתב בשו"ת מהר"י מינץ סי' י"ד דהרבה גאונים מתירין אפי' נשאת אם חליץ לה היבם אח"כ ואפי' למאן דמחמיר אם אין היבם ברור אלא שיצא הקול שיש לה יבם ל"ת וכ"כ מהר"י מינץ בסדר חליצה שלו כצ"ל והדברים מבוארים למעיין בתשובות מהר"י מינץ שם בענין אחד שלא הי' מוחזק באחין ואחר הנישואין יצא קול שיש אח להמת וכתב שם מתחלה דגרע טפי מקלא דבתר נישואין ושוב כתב וההי' איתתא לא מיבעי' לה"ג שכתבו על יבמה שלא ילדה וזקוקה ודאי לייבום אם נשאת והיה לה בנים אם הי' בעלה ישראל חולץ לה כו' פשיט' דהאי איתתא שרי' לבעלה ואין להוציאה כלל דא"כ אתה מוציא לעז על בני' ואע"ג שכתב רב אלפס על ה"ג כו' מ"מ מצינו גאונים אחרים ז"ל שמתירין ומסכימים עם ה"ג כדאיתא בתשובות מיימינות כו' א"כ אין הדבר פשוט אפי' ביבמה דעלמא להוציאה מבעלה א"כ כנ"ד דאינו ברור שיש לה יבם איכא למימר לכ"ע שרי' לבעלה כל זמן שלא בא היבם ולא שייך למיקנס' משום דמחלפ' ובר מן דין יש להתיר כיון שילדה אחר מיתת בעלה אלא שמת הולד תוך ל' כו' ע"ש שהאריך והן הן הדברים שהעתיק הד"מ בקצרה דהרבה גאונים מתירין אף אם נשאת והיינו מ"ש מהר"י מינץ ומ"מ מצינו גאונים אחרים כו' ושוב כתב ואפי' למאן דמחמיר אם אין היבם ברור כו' היינו מ"ש מהר"י מינץ א"כ אין הדבר פשוט כו' כנ"ד דאינו ברור שיש לה יבם איכא למימר דלכ"ע שרי' לבעלה כ"ז שלא בא היבם כו' וא"ל כיון דהנך גאונים אינם מתירין אלא ביש לה בני' ה"ל לרמ"א לפרושי הכי י"ל כיון דבאמת ביבמה דעלמא לא קיימ"ל הכי לדינא ואפי' ביש לה בנים רק שמהם נלמד כיון דמשום לעז בנים יש גאונים המקילין

א"כ י"ל דאף להחולקים ולא מפלגי בין יש בנים לאין בנים ביבמה דעלמא מ"מ במקום שאין ברור שיש שם יבם מודו דשרי' וממיל' דאף בהוצאת אשה מבעלה לחוד יש להקל בכה"ג אף באין בנים ולכך לא הזכיר הד"מ בדבריו שהגאונים המתירין בנשאת הוא ביש לה בנים דלא נ"מ מזה לדינ' ועיקרן של דברים אינו רק לומר שאין להחמיר באין היבם ברור ובזה יש להקל אף באין בנים ולכך סתם הרמ"א הדברים לענין בנים והדבר ברור לענ"ד כמ"ש: שוב מצאתי בשו"ת כנסת יחזקאל סי' ס"ו כתב וז"ל אף שראיתי מועתק מד"מ שכתב בשם הריב"ש סי' תפ"ב דהרבה גאונים מתירין בנשאת אם חלץ לה היבם אח"כ ועיין בתשובת בנימין זאב סי' ע"ב בסופו כתב בפשיטות אם נישאת בשוגג חולץ לה היבם ותשב תחת בעלה כדאיתא בפ' החולץ ובשבת פרק ר"א דמילה עכ"ל ואני בינותי בסי' תפ"ב בריב"ש שלא נאמרו הדברים רק במקדש כו' וחפשתי בכל הריב"ש ולא מצאתי אולי משגה הוא וצ"ל מתירין בנתקדשה במזיד וכן איתא שם עכ"ל הרי שהרגיש ג"כ שאין הדברים האלו בריב"ש ומ"ש שצ"ל בנתקדשה במזיד כתב כן לפי שלא ראה רק העתקה מד"מ אבל אם הי' לפניו הד"מ לא היה כותב כן דמקום הוי סימן שדברי הד"מ מקומם אחר מ"ש בב"י בדין נשאת וגם כי מ"ש דברי ב"י איתא דהרבה גאונים מתירין בנתקדשה במזיד לא חזינן התם כי האי רק מייתי שם דברי ר"א וכתב עליו ואף לדעת הגאונים שסוברים דלמקדש לעולם אסורה כו' לא אמרי אלא בנתקדשה במזיד כו' ע"ש ואם כן לא נזכר בדבריו שהרבה מתירין רק ר"ת לחוד ודברי ב"ח הביאם הב"י ואם כן פשיטא שאי אפשר לכוון הגהה זו (ומ"ש בשם ההעתק ועיין בתשו' בנימין זאב בסי' ע"ד ובסימן ס"ט וראיתי שמדמה זה להא דמת תוך למ"ד שכתב הרי"ף דנשאת ק"ו מנתקדשה ע"ש שהאריך ושארי ליה מארי' שמקרב המרוחקים דהתם מטעם דעבדינן כרבנן רק לכתחילה מחמירנן כרשב"ג ולא מטעם שוגג אתינן עלה ולא ידעתי האיך העלים ממנו דברי הש"ס והתוספות והרא"ש וכל הפוסקים שמבואר להדי' בניסת נשואי טעו' תצא מזה ומזה וכן מבואר בהרי"ף שחולק על בה"ג שמקיל באין לו בנים ולא מפליג בין שוגג למזיד וקצת ועיין ביש"ש בב"ק ס"פ החובל מ"ש שם דרכו של בעל הספר) ואין ספק כי כל מעיין בצדק ישפוט שצריך להגיה בד"מ כמ"ש ומ"ש בשם הריב"ש צריך לציין למעלה אחר דין נתקדשה וכאן בדין נשאת צ"ל וכתב מהר"י מינץ בתשובה כו' (ומה שמסיים שכ"כ בסדר חליצה שלו אף שלא נמצא כן בס"ח של מהר"ם מינץ הנדפס בספרי שו"ת שלנו בדפוס פיורד' הנה כמה דברים מביא הרמ"א בהלכות חליצה בשם סדר חליצה של מהר"י מינץ שלא נמצא בס"ח שלפנינו ואפשר דבדפוס ישן איתא או שהיה בידו ס"ח מהר"י מינץ באורך מכתבים או בדפוס בפ"ע כאשר יראה הרואה בד"מ) ואפשר דהך מלתא וכתב הריב"ש כו' מוסב למעלה כאשר כתבתי וכאן בדין נשאת צ"ל בלשון זה והרבה גאונים כו' כ"כ מהר"י מינץ בס"ח שלו כצ"ל וכוונתו על מ"ש בתשובה זו אך המעיין יראה בס"ק שאח"ז שכתב בד"מ שבס"ח סותר למ"ש בתשובה ולא הו"ל לכתוב שם לתשובה זו ס"ח ולכן מחזורת' כדכתיבנ': והנה הארכתי בזה כי נתתי שמחה בלבי כי זכיתי בעז"ה לעמוד על אמתת דברי אא"ז הרמ"א ז"ל ואני פה לא עשיתי מאומה רק כמ"ש חז"ל שזכות אבותם מסייעתם ואתם כו' ולמדנו מזה שדברי רמ"א לקוחים מדברי אא"ז מהר"י מינץ ז"ל וכבר הבאתי דבריו בזה בתשובתי לסיוע ההיתר בנ"ד ואמנם בעיני יפלא על מהר"י

מינץ ז"ל האיך השוה את הנושאים זה לזה דהא דמתיר בה"ג וכתב בתשובת מיימוני שהסכימו עמו הראב"ן ונכדו הרא"ה (הוא ר"ת הרב רבינו אליעזר הלוי והוא הראב"ה או שהוא ר"ת רבינו אבי העזרי שכן כינוהו הפוסקים להראב"ה) היינו כיון שהיבם חלץ לה אלא דקנסוהו משום דמחלף באשה שהלך בעלה למדה"י וס"ל להנך גאונים דהיכי דאיכא לעז בנים לית לן למיקנסה משא"כ בזה שיצא הקול שיש לו יבם אם אנו חוששין לקול הרי הם עוברים לפי דברי הקול על איסור תורה וממ"נ אי לא חיישינן לקלא בתר נישואין א"כ פשיטא דשרי ולא תליא מידי בפלוגתא דהתם ואם חוששין לקול ואם כן י"ל דאף המקיל שם מודה כאן להחמיר ואפי' יש לה בנים ומכ"ש לפי משמעות הד"מ להתיר בכה"ג אף באין לה בנים וכמש"ל דפשיטא שאין ללמוד ממה שאמרו להקל בנשאת אחר חליצה ויש בנים ולא קרב זה אל זה כלל וכדי ליישב נלענ"ד דמהר"י מינץ ז"ל ס"ל דודאי לעיקר הדין כשאין היבם ברור זולתי קול והוא בתר דנשואין א"ח ליה וכמ"ש שם לעיל מינה בנידון דידיה מדלא אמרו אלא שנתים אחר נישואין ש"מ דמתוך שנאה כו' וגרע טפי מקלא דבתר נשואין ואמנם הוא ז"ל בא לברר היתר האשה ולהוציא מלב מתנגדי האשה שהיו סוברים שיש בקול הזה ממש אע"ג דהוי קלא דבתר נשואין וכמ"ש הר"ן בקידושין דף י"ב בשם הרא"ה לענין קלא דלא אתחזק בב"ד דל"ח בעלמא משום דבעינן אחזוקי כולה מלתא משום קלא כגון יצא שמה מקודשת כיון דאיהו בחזקת פנויה קיימא ל"ח אבל הכא דפשטה ידה כו' ועיין במהריב"ל הביאו המ"ל פ"ד מהלכות אישות דכי הך חלוקה נמי מצינן למימר לענין קלא דבתר קידושין והמ"ל הסכים עמו ע"ש.

ולפי זה בנ"ד שלא היה מוחזק שאין לו אחים רק שלא היה מוחזק שיש לו אחים ובלא קול לא מחזקינן איסורא לומר שיש לו אחים אבל כיון שיצא הקול שיש לו אחים אעפ"י שהוא בתר נשואין מ"מ כיון שאינו נגד חזקה שפיר י"ל דחיישינן ליה דדוקא בקול קידושין שהוא בא להוציא מחזקת פנויה משא"כ כאן וע"ז בא לעשות סמוכים לדבר מדברי המקילין שלא להוציא אחר שחלץ דאם היינו אומרים דאפילו אחר שחלץ הוא מחויב להוציא הא קמן דקפדינן טובא באיסור יבמה לשוק שמחמת אותן מצעות שהציע לו באיסור קודם שחלצה אסרינן לה איסורא דלעולם ולכן אף באין היבם ברור יש לחוש לקול וכמו דחיישינן בקידושין היכא שפשטה ידה וספק אם ש"פ והקול יוצא שש"פ כיון דלאו לאחזוקי כולה מלתא משום קלא קא אתינן אבל כיון דחזינן דדעת בה"ג, ודעימיה להקל ביבמה משום לעז בנים אם כן הא קמן דלא מחמרינן בזה כמו בא"א דקנסינן לה משום דעברה על ביאת איסור ולא משגיחינן על לעז בנים מ"מ ביבמה מקילינן טפי א"כ י"ל דה"ה לענין קלא אפילו תימא בקידושין כה"ג שאין הקול בא להוציא מחזקה חיישינן ליה אף בתר נשואין ולא משגיחינן בלעז בנים כאן ביבמה יש להקל בכה"ג שלא לחוש לקול כיון דאיכא לעז בנים ואמנם אף להחולקים כיון דחזינן שעכ"פ אין הדבר פשוט להוציא יבמה מבעלה ולהחמיר גבה חומרא דא"א לכן אף דס"ל התם להוציא ולא משגיחינן על לעז בנים משום דעבדה איסורא ודאי קנסינן לה משא"כ בזה שאין היבם ברור כל זמן שלא בא אין לנו להחזיק הקול כלל להוציאה מבעלה אפילו בלא לעז בנים כשאר קלא דבתר נשואין דלא חיישינן ליה אף במקום שאפשר לקבל גט ולעשות בהיתר לא חיישינן ליה שלא תתגנה על בעלה ומכ"ש בזה שאין לחוש

לקול להוציאה מבעלה לגמרי וכלל הדברים להוציא מלב מי שירצה לומר כיון דאשכחן דמחמרינן ביבמה כמו בא"א לומר שאם נישאת בלא חליצה תצא מזה ומזה אף לאחר שחלצה כמו בא"א שנשאת לאחר שתצא מזה ומזה וא"כ בקול שיש יבם נמי יש להחמיר כמו לענין א"א כיון שאם יבא היבם נחמיר עליו כמו בא"א לומר תצא מזה ומזה לזה אמר דלא מיבעיא לבה"ג ודעימיה דס"ל להקל ביבמה משום לעז הבנים אע"ג דמחמרינן בא"א אך אפילו למאן דמחמיר לא משום דחמיר איסורא כא"א רק משום דמחלפא באשה שהלכה בעלה למדה"י וזה שייך בבא בעל אבל כל זמן שלא בא מחמת הקול אין להפרישה מבעלה דלא שייך בזה מחלפת באשה שהלך בעלה למדה"י וזהו שכתב וא"כ בנ"ד שאין ברור שיש לה יבם כו' ולא שייך למקנס משום מחלפת כו' וכן אחר כשחידש ההיתר מחמת זה שילדה אף שמת תוך ל' כתב דלא קאמר התם דאף שיש לה בנים תצא אלא היכא דנשאת במזיד שידעה שיש לה יבם כו' דשייך קצת לומר דקנסינן לה אבל בנ"ד שלא הוחזקה ועדיין לא נודע שיש לה יבם רק ע"פ האנשים שאמרו מה שאמרו מתוך קטטה כו' ע"ש שמבואר דהחילוק דכיון דבזה לא שייך קנסא שוב אין לדמותו לא"א וחזרינן לדין קול שאחר נישואין שאין לחוש לו כלל כנלענ"ד ליישב דברי אא"ז מהר"י מינץ ז"ל ומבואר שאף שהגאון ז"ל הוסיף ידו לצדד היתר מצד הולד מ"מ תפס לשון ראשון ג"כ דאף בלא וולד יש להתיר היכא שעדיין אין היבם ברור (ולפי ההיתר מצד הוולד כתב שם דאפי' נודע שיש יבם בעולם כ"ז שלא בא למקומה מותרת לבעלה כו' וצ"ע על הד"מ והרמ"א ובהגה"ה סוף סימן קס"ד שכתב דברי מהר"י מינץ אלו ולא הזכיר דאם יש לה בנים דוקא כדמשמע שם דדוקא לפי שיש לה בנים התיר כשנודע שיש לה יבם אלא שאינו כאן משום דבכה"ג סמכינן אא"ז ע"ש ובסוף התשובה) וכמ"ש בד"מ שכ"כ בסדר חליצה שלו ושם בעובדא דידיה מבואר להדיא שהאשה לא היתה מוחזקת ביבם אבל לא היתה מוחזקת שאין לה יבם ולא היה שום פוצה פה ומצפצף על נשואי האשה עד שנתים אחר הנישואין שיצא הקול ע"ש שכתב מדלא היה שום אדם מערער ופוצה פה כו' ולכן כל הלומדים שברומ' לא היו מסכימים שמרת בילא תחזור לבעלה אם היה שום חזקה כו' וכבר הארכתי בתשובתי וביררתי שכן דעת כל הפוסקים ועוד מצאתי שבלבוש אה"ע שכתב בסימן קנ"ח סעיף וא"ו מי שלא היה מוחזק באחים ואין לו בנים ואמר יש לי אחים לחייבה בחליצה ויבום אינו נאמן וכן אם בא אחד כו' דכיון שהאשה הזאת כבר היא מוחזקת וקיימא בחזקת היתר לעלמא שאינה זקוקה ליבום שהרי לא היה בעלה מוחזק באחים לאו כל כמינייהו להוציאה מחזקתה לאוסרה ע"פ ע"א עד שיהיה כאן שני עדים כשרים שיש לו אחים עכ"ל ומדבריו המפורשים באר היטב נלמד שכן הוא דעת ראשונים אשר לפנינו שלא בא לחלוק אלא לפרש ומדבריהם מבואר שאף לכתחלה משיאין אותה ואפילו אם הבעל או ע"א אומר שיש לו אחים אין משגיחין בו ומכ"ש בכה"ג שלא אמר זה רק דרך ספור דברים ויש לתלות באמתלאות ומכ"ש אחר שכבר נשאת שאין ספק בעולם שאין בדברי העדים ששמעו מפי הבעל שום ממש להפריש האשה מבעלה ומכ"ש להוציאה וכאשר הארכתי בענין זה בראיות ודברים נכוחים בתשובתי ואם אעפ"כ ימצא מי שכנגד האמת יתעקש ותואנה יבקש קורא אני עליו נשי תגרשון כו' אך לפי דעתי גם המחייב פרישה לא הפריש מן החיוב ולא בפירוש איתמר כ"א מכללא דבעי דרישא.

וע"ד שכתב רש"י בריש כתובות שמתוך שיבא לב"ד יצא הקול ויתברר הדבר ויבואו עדים ואחר כי עברו מספר ירחים ואין קול ואין קשב הוא הפה שיתיר ויאמר השב ואין כאן בית מיחוש מחמת שהאשה היתה מחזרת בעת חוליו אחר גט דודאי אין בזה צד הודאה ושו"י ח"ד כלל ומכ"ש מדברי תשובת מהר"י מינץ דלעיל ומדברי הרא"ש בתשובה כלל ל"ה ס"ס ג' שכתב וז"ל ואי משום דשכרו קרובי האשה עדי חמס לכתוב גט כו' די"ל דלא הוי הודאה כו' דאפ"ל היתה מודה בפירוש שקיבלה קידושין ממנו לאו כל כמיניה לאסור עצמה על אותן שקידשה כבר כו' ומצינו שהקילו חכמים בדבר זה אע"ג דשויה ח"ד כו' וכן כאן בנידון זה יש לדון לפי הענין ולומר דלא הוי הודאה לאסור בעלה עליו כיון דאיכא למיתלי במידי דלא הוי הודאה כו' וגם מה שאמר לו ר' משה שיתן גט אין בזה כלום דלרווחא דמלתא עשה שלא יהיה שום תרעומות בנישואין עכ"ל ועיין באה"ע ס"ס"י מ"ו בדברי הח"מ והב"ש שם וקצרתי: ומדי עברי בדברי הלבוש ראיתי דבר תמוה בסימן קנ"ז סעיף ט' שכתב בהך דינא דהיתה לה חמות מותרת משום ס"ס שמא לא נתעברה ושמא ילדה בת משא"כ ביצאה מלאה שאין כאן אלא ספק אחד ע"ש והדברים תמוהים מאוד בעיני שכל דבריו בזה הם נגד הש"ס דרוב מתעברות ומה שאין מתעברות לא חשיב אפילו למיעוט רק מיעוט מפילות שמצטרף לפלגא דבת ולא נזכר ס"ס כלל כ"א רובא וחזקה וא"צ להאריך בזה שמבואר לכל מעיין שהטעמים שנתן בזה לא נזכר בדברי הש"ס ופוסקים וכעת לא ידעתי ליישב דבריו ז"ל וצ"ע: והנה במ"ש כ"ת עוד ימצא בזה בתשובתי הארוכה ולא עצרתי כח לעיין ביתר דבריו כי הפסיקוני בענינים הנוגעים למעשה הצריכים לשעתה ובענין זה לפי דעתי הדברים אשר כתבתי יספיקו עדי כלו לכל מחזיק בכנף מעיל האמת וזה דבר השמיטה שהשמטתי צד היתר מחמת גבה"ע שלא בפניו אשר הערכתי שלא יהיה פתחון פה לבע"ד לחלוק ולומר שדעתו לחזור ולגבות עדים בפניו ועיין מ"ש בק"א לשו"ת ב"ח החדשות על דברי ר"מ הארוך ובמ"ש בספרי בית אפרים בק"ה בתשובה בענין פסול השוחט וגם בענין קלא דבתר נשואין לא רציתי להאריך אחרי שאין אנו צריכין לבוא לידי מדה זו כ"א לרווחא ולפנחי' בעלמא.

דברי אהובו זעירא מן חבריי: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה קלד שאלה ממדינות וואלחיי וזה תופסה איש אחד נפטר וחיים לן שבק ובנים לא היו לו כו' אבל זאת ידוע ע"פ נשים בקיאים שאשתו נתעברה מבעלה הנ"ל והוכר הולד עודנו בחיי בעלה ולערך שבעה חדשים אחר מיתת הבעל ילדה ולד ויהי בהקשותה בלדתה אזי שמו מגמתם על היולדת ושכחו מני הילד והיו מונח במקום הצינה ואחר כך כאשר שבה רוחה של היולדת חזרו פניהם אל הילד והנה מת והמילדת אמרה שהי' חי במעי אמה ואפשר משום הצינה מת אבל יצא חי לאויר העולם וכעת נשאר לבעלה אח קטן וצריכה לעגן כמה שנים עד יגדל הנער ויהיה ראוי לחלוץ ועוד יש בהוא עובדא שבעת הנשואין היו רכים בשנים ולא נודע אם היה הגיע החתן ל"ג שנים ויום אחד בשעת הקידושין רק עפ"י אבי החתן שאמר שהגיע ולא הודע בלתי אביו וכו' והנה נפלו בזה כמה ספיקות האחת אי סמכינן בהכרת נשים לסמוך עליהם להעמיד הוולד בחזקת כלו חדשיו הב' אי נאמנת המילדות באמרה שהרגישה במעי אמה שהיה חי בעת שיצא לאויר העולם.

הג' אם האב נאמן שהגיע בנו ביום חתונתו ל"ג שנים ויום אחד גם אם יש לספק אם עדיין לא היו לו שערות אז ואף בעת פטירתו לא נודע אם היו לו שערות ויש כאן מקום עיגון גדול ושאל השואל להורות אם יש לה תקנה מן התורה להתירה לעלמא בלא חליצה ושכמ"ה: תשובה ראיתי את פתגם המעשה.

ואשר נגזר עליו מאב בחכמה אבן הראשה. חוטר מגזע החכמה.

ונצר משרשי הענוה והקדושה ה"ה כבוד מחותני ידיד ד' וידידי הרב הגאון הגדול המפורסם מוהר"ר מענדיל נ"י האב"ד דק"ק ראוונע ולפי רוב הענוה שלח ידו בשלומי ותשובתו הרמתה. אשר הראה את גדלו וידו החזקה ורעם גבורותיו לפוצץ הררי עד וכל דבר הקשה ועשה דרך בקשה כי נפשו חשקה למהוי אנא זעירא במנינא ולדידי חזי לאצטרופי מתוך חומר הנושא ונפשי יודעת מיעוט ערכי הן אנכי איש צעיר באלפי מנשה ורבבות אפרים ומעט מהיות משה איכה ארעה איכה ארביץ עם האיל המנגח נגבה וצפונה תיש בעל קרנים ברוחו פי שנים אבל מה אעשה כי יפקוד עלי איש על העדה גבר בכולא לתורה ולתעודה מייחל למלקוש אמרי פי.

אי לזאת אף כי הדבר אין בי. אמרתי אקיימה מאמר ר"י ויודע אני בעצמי שאיני כהן מורה בפרט לפצות פה בעסק יבמה ששקולה כדבר ערוה החמורה.

אשוע ואומר הנני ומשמי קדשו יענני. להנחותי הדרך הסלולה והכבוש' ויאיר עיני במאור תורתו הקדושה: הנה בדבר הספק האחד בב"י בשם תשובת הרא"ש כתב דא"נ אשה לחברתה שכלו חדשי הולד והב"י והד"מ כתבו שזה תלוי בפלוגתת הרמב"ם והראב"ד אם נאמן ע"א לומר ניתן לו בן במה"י והב"ש הקשה דהא בלא"ה הרא"ש סובר דע"א ביבמה אינו נאמן וגם רמי דברי הטור אההדי וכבר עמד ע"ז בפרישה וכתב דניתן לו בן במה"י שאני דהוי מילתא דעל"ג והב"ש הקשה מדברי הראב"ד ולע"ד כוונת הדרישה דבאמת הטור חלק בזה על הראב"ד וס"ל דגם זה מיקרי על"ג וכן מבואר מחידושי הרמב"ן בב"ב דף קל"ד ע"ש אך תימא על הדרישה שהרי בסימן קנ"ח אף במת יבמך דודאי הוי על"ג פסק דא"נ ועוד דגם בבעלך ואח"כ בנך שכתב בדרישה דלא הוי על"ג מי מת תחלה מדברי רש"י בש"ס דמפרש האיבעיא גם בכה"ג מבואר דלטעמא דעל"ג שפיר מהימן בכה"ג ואם כן הרא"ש דס"ל התם דא"נ גם בניתן לו בן לא מהימן וכ"כ בד"מ סימן קנ"ח להדיא וא"כ דברי הטור קשיין אהדדי.

ומ"ש הב"ש דמיירי בהלך הוא ואשתו למדה"י ורוב מתעברות מסייע צ"ע דלשון הרמב"ם משמע דלא מיירי בכה"ג וגם תימא שהרי הרא"ש שם ובבכורות ס"ל דלא אמרינן חזקה מסייע למיעוט (ואע"פ שבחולין הביא הרא"ש דברי ר"ח בסתם מ"מ משמע דס"ל לדינא כמ"ש ביבמות ובבכורות) וא"כ מ"ש הטור לדינא מתני' דהלכה צרתה למדה"י לא תנשא היינו מטעם דהוי רובא דתלי במעשה וכתירוץ האחד בתוספות דף קי"ט דסוגיא דהכא אליבא דרבה ע"ש וא"כ אין כאן רוב מסייע דהא הוי רובא דתלי במעשה.

וא"ל דאע"ג דלא מיקרי רובא להתיר על ידו מ"מ מהני לסייע לע"א ז"א דהא הב"ש כתב דאף חזקה מסייע לא מהני אע"ג דחזקה מהני בעלמא וא"כ מכ"ש רובא דתלי

במעשה ואם נאמר דס"ל כתירוץ הב' בתוספות דע"כ לא מיקרי תלי במעשה כי אם בבהמה אבל לא באדם א"כ לא הו"ל לפסוק מתני' דהלכה צרתה דהא ס"ל דאין חזקה מסייע למיעוט אליבא דרבנן וכ"כ בשו"ת הריב"ש סימן תק"ט להדיא דלפירוש התוספות שפירשו דאפילו לרבא מתני' ר"מ הוא כו' אבל לרבנן דקי"ל כוותיהו מותרת לשוק בלא חליצה כו' עכ"ל וכן בחידושי הרמב"ן כתב מתחלה הטעם שפסקו הרי"ף ושאר גדולים הא מתני' משום דהוי רובא דתלי במעשה ואח"כ מצא לר"ה גאון דמפרש דרבא מתרץ גם אליבא דרבנן משום חזקה מסייע למיעוט וא"כ דברי הטור ממ"נ קשיין ודוחק לומר דהטור פליג בהא על הרא"ש וס"ל דחזקה מסייע למיעוט אף לדידן וכן נראה מדברי הטור בי"ד סימן שט"ז שפסק דחלב פוטר ע"ש.

(ומצאתי ביש"ש שנתמה על הטור שפסק למתני' והוא נגד הרא"ש ובהרא"ש משמע דלא פסק למתני' ואעפ"י שהביא הסוגיא דפריך ותחלוץ בתוך ט' כו' היינו משום דיש בזה נ"מ אף לדידן ודוחק לומר דמשום רובא דתלי במעשה אתי עלה דהא הרא"ש שם לא הזכיר מזה כלל ע"ש). ועוד קשה דאפילו לסברא דחזקה מסייע למיעוט מ"מ הו"ל כפלגא ופלגא וא"כ אין כאן רוב מסייע לעד וא"ל דפלגא ופלגא נמי עד אחד מהימן ז"א דהא אפילו חזקה מסייע להעד ס"ל להב"ש דלא מהני ומכ"ש פלגא ופלגא וטעמא משום דכיון דדבר שבערוה הוא לא מהני ע"א בלא דיוק שלה למ"ד אין ע"א נאמן ביבמה ונראה דה"ט דהרא"ש דס"ל דא"נ לומר שכלו לו חדשיו אע"ג דרוב בני קיימ' משום דסמוך מיעוטא לחזקה והו"ל פלגא ופלגא ולא מהני ע"א וכן משמע מדברי הב"ש גופא ס"ס קנ"ו שכתב דהתוספות שכתבו דהאשה נאמנת לומר ניתן לי בן משום דרוב מתעברות היינו לס"ד אבל למסקנא דחוששין למיעוט א"נ וא"כ להרא"ש דס"ל דכל שהאשה א"נ ע"א נמי לא מהימן א"כ גם סיוע הרוב לא מהני לדידיה דחוששין למיעוט המצטרף לחזקה כמו דחיישינן באשה גופה האומרת ניתן לי בן וא"כ דברי הטור צ"ע.

גם מ"ש הב"ש דלהרא"ש אינו מועיל עד מסייע לחזקה בשו"ת מהרי"ו סי' פ"ח כתב דמהני ומ"ש התוס' והרא"ש דחיישינן דמכוון לקלקלה היינו משום דאסהיד מלתא יתירתא דאל"כ למה נאמן בעדות אשה להתירה לעלמא או ביבמה להתירה לשוק אמאי לא חיישינן דמכוון לקלקלה כו' ע"ש. ודבריו תמוהים בעיני דעדות אשה לעלמא היינו משום דאיכא נמי דיוקא דידה וכן ביבמה להתירה לשוק למאן דס"ל דסמכינן אטעמא דמלתא דעל"ג לא משקר וממילא לא חיישינן לקלקלה משא"כ התוספות והרא"ש קיימי התם למ"ד דסובר התם דאין ע"א נאמן ביבמה משום דבעינן דיוקא דידה וכיון דסניא ליה לא דייקא וסומכת על העד והוא מכוון לקלקלה ולכן מעיד לה שמת הבן קודם ולא מהימן וזה מיירי אפילו באין ידוע לנו כלל ממיתת הבן משום דבעד ליכא מגו וכ"ש היכא שבלא העד ידוע לנו ממיתת שניהם שאין ע"א נאמן לומר שמת קודם ל' אין ע"א נאמן ביבמה משום דלא דייקא ואע"ג דבזה ליכא ריעותא דמסהיד מלתא יתירתא כלל שהרי אין כאן שפת יתר כלל אפ"ה לא מהימן דאין סומכין על עדות ע"א בלא דיוק דאשה וזה מוכרח דאל"כ הוי להו לתוס' והרא"ש לחלק בפשיטות בין אשה עצמה לעד דבאשה אין כאן מלתא יתירתא וסמכינן על החזקה כיון דמה שאומרת בעלי שפיר דייק' משא"כ בעד דמחמת דאמר מלתא יתירתא חיישינן לקלקולא ולא מהני עדות דמת בעלה כלל ואף שי"ל דגם בזה שפיר דייקא אמיתת הבעל עכ"פ משמע מדבריהם דאי לאו

משום מגו אין להאמין לאשה שקדם מיתת בנה משום סברא דסניא ליה ולא מהני חזקת היתר לשוק לחוד ואם כן ה"ה בע"א כל דליכא מיגו לא מהני ליה סיוע חזקת היתר כיון דליכא דיוק דידה תדע דאל"כ למה ליה לדחוקי בעידי הזמה הוה ליה למימר דהתם מיירי בידוע שמתו שניהם אלא שעד אחד אמר מת בעלך ואח"כ בנך דבכה"ג שפיר מהימן דליכא שפת יתר משא"כ האיבעי מיירי באין ידוע שמתו וחיישינן למילתא יתירת' דאמר דילמ' מכווין לקלקלה ולא מיבעי' למה דמשמע מהתוספות דגם האיבעי' דמת בעלך ואח"כ בנך אלא אפילו להרא"ש דעיקר האיבעי' במת יבמך מ"מ ר"ש דפשוט ממתני' דבעלך ואח"כ בנך נאמן וע"כ דלא ס"ל הך חששא דמשום מלתא יתירת' חיישינן דמשקר וא"כ מאי ראייה מייתי להאיבעי' דמת יבמך דהתם חזקת זקוקה איכא משא"כ כאן איכא חזקה להיפוך ודוחק לומר דלר"ש הוי פשיט' ליה הך סבר' דמחמת מילתא יתירת' חיישינן לקלקול' וא"כ ממילא דלא מהני חזקה וע"כ טעמא דשריות' דבעלך ואח"כ בנך משום דהוי על"ג או דגם בזה אשה דייקא וא"כ ה"ה למת יבמך דנאמן דהמעיינן יראה מפשיטות דבריהם דלא נחתי כלל להך סברא דמילתא יתירת' ועיקר טעמם משום דליכא מגו וליכא דיוק' דידה תו ע"א לא מהימן ביבמה אף היכא שיש חזקת היתר.

ואמנם דברי הרא"ש שכתב דבעלך ואח"כ בנך לא קמבעי' ליה כלל זה צ"ע ואבאר לקמן בזה: והנה הרב הגאון אב"ד דק"ק ראווני אשר השיב ידו ראשונה בזה כתב ראייה דחזקה מסייע לעד מהני מדברי התוס' ביבמות דף קי"ט שכתבו דמיירי ביש עדים שמתו שניהם ואפ"ה בריש' איהי מהימנ' ומכ"ש ע"א.

ונפלאתי ע"ז דלדבריו סותרים התוספות עצמם זא"ז דהא בדף צ"ד כתבו התוס' דהאשה נאמנת משום מגו ואם יש עדים אין כאן מגו כלל. אך הדבר ברור דדברי התוספות הם אמורים בס"ד דאין חוששין למיעוט וכמ"ש הב"ש ס"ס קנ"ו ואז בע"כ צ"ל דמיירי באיכא עדים דאל"כ תיקשי ליה למקשן אמתני' הקודמת דניתן לי בן ולכן תרצו דהיה סובר דמיירי באיכא עדים ולדידיה באמת צ"ל דטעמא משום דעל"ג או לא ס"ל הך סבר' דסני' ליה לא דייקא והלכך בהלכה היא ובנה דאיכא חזקה לשוק שפיר מהימנ' משא"כ בניתן לי בן דליכא חזקה לשוק לא מהימנ' דלא המנוהו חכמים לענין יבום כמו שאינה נאמנת לומר מת יבמי וכמ"ש הרמב"ם בטעמא דמילתא ולפום סברת המקשן שם באמת אין מקום להאיבעי' דע"א ביבמה להתירה לעלמא דמוכח מהך מתני' דאם אמרה בעלי ואח"כ הוא נאמנת דמכ"ש דע"א נאמן וקושית התוס' דהא ליכא למימר כמ"ש שם הטעם משום מגו כיון דע"כ דמיירי ביש עדים משא"כ לפי המסקנא דחוששין למיעוט המסייע לחזקה א"כ אתיא מתני' דניתן לי בן במה"י כפשט' דהא אם אומרת ניתן לי בן במה"י ועדיין קיים אינה נאמנת וא"כ לית לה מגו בלא"ה אעפ"י שאין שם עדים כלל וא"כ רישא נמי בליכא עדים מיירי ומהימנ' מטעם מגו אבל בע"א דליכא מגו מיבעי' לן דילמ' אין ע"א נאמן כיון דליכא דיוקא דידה אעד לחוד לא סמכינן אף במקום חזקת היתר: איברא שדברי התוס' בזה שכתבו דמיירי שיש עדים שמתו שניהם הוא תמוה מאד דכיון שיש עדים שמתו הרי הם מעידין לפנינו שאשה זו ניתן לה בן במה"י אלא שהם מעידין שמת אח"כ ואין ידוע להם אם מת קוד' הבעל או אח"כ וא"כ היינו ריש' דהלך בנה למה"י דאטו בהלכה היא ובנה למה"י מיירי שהב"ד ראו זאת הבן טרם יצא

שם הדבר ידוע ופשוט שהי' ידוע בעדים שיצאה משם עם בן והיתה בחזקת היתר לשוק וא"כ אף שלא יצאה משם עם בן כיון שעדים לפנינו שילדה בן מה הפרש יש בין אם זה יולד שם או במקום אחר עכ"פ ידוע עפ"י עדים אלו ששם במקו' עמידתה היתה בחזקת היתר לשוק פעם אחת אלא שנולד לנו ספק מחמת המיתה ואם נימא דאזלינן בספק זה לחומר' גם בהלכה עם בנה למה נאמנת הא עלתהידוע לנו בעדים שמתו ואית לן למיזל לחומר'.

ובדוחק י"ל דבהלכה היא ובנה שעת יציאתה עשה רושם בחזקה דלשוק שפיר אנו מעמידין אותה בחזקה זו שהיה ידוע לנו מקדם משא"כ בניתן לה בן במה"י אם היו העדים מעידים לנו לידת הבן בפ"ע ודאי דדמי להלכה היא ובנה. אבל כיון שבשעה שמעידין על לידת הבן באותו דבור עצמו הם מעידים על מיתתו ונולד הספק אם מת קודם אין לנו על מה להשען כיון שהיציאה כביאה ששבה ריקנית לכאן ואנו מחזיקין אותה כשעת יציאתה והנך עדים שמעידין שבאמצע הפרק הולידה וקברה אין מעלים ומורידין כלל: ובהכי א"ש מה שהקשה הגאון אב"ד דק"ק הנ"ל על התוספות הנ"ל מיבמות דף ל"א בנפל הבית כו' ולפי מ"ש א"ש דהתם שידוע לנו כאן מלידת הבן והיתה לפנינו בחזקת היתר לשוק ועתה איתיליד ריעות' בהמתיר דהיינו הבן שהיינו מחזיקין על ידו האשה בחזקת היתר נודע לנו שמת ואיתרעי חזקה דידה דשמא מת קודם הבעל בזה קי"ל התם דאין סומכין על החזקה וחולצת לחומר' משא"כ כאן דהלכה בלא בן וניתן לה בן במה"י ומת כיון שאנו הולכין בתר חזקה על שעת יציאתה ולא דיינינן בתר סהדותיהו דסהדי כיון שמעידין תיכף על מיתתו ואמר' דל עדים מהכא ומחזיקין אותה כמות שהיתה מוחזקת לפנינו בשעת יציאתה מכאן שהיתה מותרת ליבם הרי באותו החזקה לא איתיליד ריעותא לפנינו ושפיר אזלינן בתרה להקל אף בלי חליצה כלל ומ"ש הרב הנ"ל בשם הט"ז והגאון מוהר"ר העשיל ז"ל דקשיא להו במת בעלך ואח"כ מת בנך בלא הע"א נמי תהיה מותרת מטעם חזקה כו'.

תמהתי כי לא נמצא כן בדבריהם רק הגאון מוהר"ר העשיל הקשה דלמה לא יועיל ע"א כיון שיש כאן חזקת היתר ג"כ ע"ש והיינו משום דבלא העד אין קושי' שתהיה מותרת מטעם החזקה דודאי יש לנו לומר שתחלוץ לחומרא וכהוא דנפל עליו הבית כו' אבל הא קא קשיא ליה נהי דנימא סניא ליה ואין לסמוך על דיוק דידה מ"מ העד יהא נאמן מצד עצמו כיון דמסייע ליה חזקת היתר וע"ז כתב דאין כאן חזקת היתר כיון שהוא מעיד שמת כו' ע"ש בט"ז.

ובאמת תימא על הגדולים הללו שהדברים מבוארים בבעל המאור והרמב"ן במלחמות דבעל המאור ס"ל דכל שיש עדים שמתו שניהם הו"ל כאלו בא העד לאפוקי מחזקת איסור כו' (ונראה דחזקת איסור דנקט לאו דווקא אלא ר"ל דכל שעכ"פ ידוע לנו שזה שאנו מחזיקין ההיתר ע"י מת אזדא ליה חזקת היתר לשוק וקרוב להיות חזקת איסור דשמא מת קודם) והרמב"ן סובר דאכתי יש כאן חזקת היתר כמבואר בדף ל"א דאמרינן אשה זו בחזקת היתר רק דחולצת לחומר' ומ"מ מבואר מהרמב"ן שם דאף עפ"י שאין עדים שמתו שניהם רק שנודע לנו עפ"י אותו העד עצמו נמי מבטלינן חזקת היתר לענין

זה שתהיה צריכה חליצה לחומר' וכן מבואר מדברי הרשב"א והנ"י והוא כדברי הגאון מוהר"ר העשיל ז"ל בט"ז שם ע"ש.

ועיין בחידושי הרמב"ן והרשב"א ביבמות דף קי"ט שכתבו לתרץ קושית התוספות בענין אחר דכיון שבאה היא ולא בא בנה עמה ולא שמענו שיש לה בן עדיין חזקתה עמה כו' ע"ש. והדברים צ"ע רב לע"ד: שוב ראיתי שאא"ז מהרש"א הניח בצ"ע על התוספות דלמה במת בני ואח"כ בעלי נאמנת דהא אין כאן מגו ולפי ענ"ד כמ"ש דהתוספות ס"ל דלהך ס"ד דבתוספות באמת אין הטעם רק משום חזקה דשעת יציאה ואע"ג דנודע אח"כ ע"י העדים ששוב ניתן לה בן מ"מ הרי שוברם עמם שהם עצמם מעידין באותו דבור שמת ובכה"ג מעמידין אותה על חזקה הראשונה בין לענין לשוק ובין ליבם ואף עפ"י שזה דוחק מ"מ לפום סברת המקשן בע"כ צריך לדחוק ולומר סברא זו ולמסקנ' באמת אין אנו צריכין לסבר' זו אלא מיירי באין כאן עדים ומ"מ אינה נאמנת לומר ניתן לי בן במה"י אע"ג דאיכא רוב נשים כו' כיון דאיכא מיעוט המפילות והו"ל פלג' ופלג' לא מהימנ' אלא שעדיין צריך ביאור דלמה ברישא באומרת ניתן לי בן במה"י ומת בני ואח"כ בעלי נאמנת דלמה תהיה נאמנת דהא אין לה מגו לומר לא ניתן לי בן דהא הרוב מתנגד לזה וכן הקשו הרמב"ן והרשב"א ולזה כיון ג"כ הב"ש סימן קנ"ז אלא שלשונו שם הוא מגומגם קצת ע"ש וא"ל דהיינו טעמא דמהימנא כיון שהיא אומרת ברי וכמ"ש הרא"ש בכתובות סוגיא דפ"פ בשם רבינו יונה לענין אם אומרת נאנסתי והביא ראיה מרוב פסולים ע"ש דא"כ תיקשי סיפא דלמה אינה נאמנת נהי דהוי פלגא ופלגא מ"מ היה לנו להאימנה מחמת ברי שלה א"ו דעדות ביבמה שאני דחשיב דבר שבערוה ואי לאו דייק' לא מהימנא וכיון דרחמ' ליה או סניא ליה לא דייק' וכמבואר בש"ס שם וא"כ קשה מברישא למה נאמנת.

וראיתי להרב הנ"ל שכתב ליישב דברישא מחמת חזקה דייקי הוי פלגא ופלגא ומש"ה נאמנת דמסייע לה חזקת יבום משא"כ בסיפא משום סניא ליה לא דייק' והלכך אע"ג דהוי פלגא ופלגא לא מהימנ' ולענ"ד צ"ע דאכתי קשה ללישנא קמא דהוי מיבעי' ליה דילמא משום דרחמ' ליה לא דייקא ומה שנאמנת לומר מת בעלי להתיבם היינו משום דבשביל דרחמ' ליה לא משקר' במזיד אבל מ"מ לא דייקא והו"ל לפשוט ממתני' דמת בני ואח"כ בעלי נאמנת אלמא דשפיר איכא חזקה בכה"ג דדייק' ואדפשיט ממתני' דאמרו לה מת בנך כו' דאיכא לדחוי' בעידי הזמה כמבואר ברא"ש שם דה"ה דמצי לדחוי' הפשיטות דל"ק בכה"ג הו"ל לפשוט מהך מתניתין דליכא לדחויי ולא מידי גם מ"ש דחזקה דדייק' מסייע למיעוט מפילות לע"ד ז"א דלא שייך סמוך מיעוט' לחזקה אלא כששניהם בסוג אחד כגון התם דמחמת החזקה אמרינן דאשה זו מן המיעוט כיון דהחזקה היא ג"כ מסוג זה שהחזקה זו באין לה בנים אמרינן שעדיין לא יצאה מחזקתה והיא ממיעוט המפילות משא"כ בזה שאם אומרת לא ניתן לי בן הרי דברים אלו נגד הרוב ממש ואע"ג דחזקה דייקא מ"מ הרי חזקה זו עומדת נגד הרוב ממש ובכה"ג רובא עדיף ועיין בחידושי הרשב"א דף קי"ט ובמקום אחר הארכתי בזה בדברי רש"י בחולין דף פ"ה ואין פנאי להאריך אלא שהיה אפשר לומר להיפוך דחזקה דיבום מסייע למיעוט דמפילות ושפיר הוי מהימנ' אם היתה אומרת לא ניתן לי בן משום חזקת דייקא ואע"ג דבסיפא אם אמרה בני ואח"כ בעלי אינה נאמנת היינו משום דהוא שכיון שהוא נגד

החזקה שהיתה מוחזקת באיסור ליבם לא רצו חכמים להאמינה אעפ"י שהאמינה להוציא מחזקת א"א משום עגונה וכמ"ש התוס' משא"כ ברישא שאין שם רק פלגא ופלגא שפיר נאמנת משום דייקא אלא דמ"מ תיקשי כמ"ש דהא הש"ס מיבעי' ליה דילמא משום דרחמא ליה לא דייקא וא"כ קשה כנ"ל: ולכן נלענ"ד עפ"י מ"ש בבכורות דרובא דתלי במעשה לא הוה רובא רק דבאדם לא הוי תלוי במעשה דממילא נזקק לאשתו וכמ"ש התוספות בתירוץ ב' וטעמ' משום דמה בכך שיש כאן רוב מ"מ הא הרוב אינו מבורר שהרי אנו מסופקים אם נעשה המעשה ההוא שרוב בא על ידו והלכך באדם דסתם ב"א הם נזקקין לנשותיהם הוי כרוב מבורר אך דזה שייך בסתם איש ואשתו הדרים יחד אמרינן דסתמא דמלתא הוא נזקק לה והרוב מתעברות ויולדות והלכך שפיר פריך בהלכה צרתה למה"י דנימא הלך אחר רוב נשים כו' דאין לנו לבדות מלבנו שפירשו זה מזה כלל משא"כ אם היה ידוע לנו שאחר שבאו שניהם למה"י נפרדו זה מזה זה לצפון וזה לדרום פשיטא דבכה"ג ל"ש לומר רוב נשים מתעברות והאשה נאמנת ע"ז לומר שלא היה בעלה אצלה דאטו ברוקה דבהדי הדדי תפיסו והלא דבר הרגיל שלפעמים הבעל מדעתו עביד פרישה וילך לנוע ולשוט אחר פרנסתו או להרווחה ולא שייך רוב בזה כיון שלפי דבריו אין כאן מקום לרוב כלל ובכה"ג שפיר מהימנא ועיין במרדכי דקידושין בענין שליח שקידש וטעה ואמר לי כיון שלפי דבריו אין חזקת איסור כלל ע"ש ולפי זה י"ל דאף אם אמרה שהיו דרים ביחד ואומרת לא ניתן לי בן שפיר מהימנא דהא יש לה מגו דאי בעי אמרה שלא היה כאן רוב מעולם רק בעלה הלך בדרך למרחוק והלכך כי אמרה שהיה עמה ואפ"ה לא נתעברה שפיר מהימנ' וא"ל שאינה נאמנת במגו לפי שטענת' נגד הרוב ז"א דהא איכא נמי חזקה והו"ל פלגא ופלגא והלכך שפיר נאמנת במגו וכן נראה מפשיטות דברי הפוסקים דאע"ג דבהלכה צרתה חוששין שמא ניתן לה בן מ"מ אם באה היא ואמרה מת בעלי ולא ניתן לי בן שם במה"י אין חוששין לה כלל ומתיבמת וכדמשמע מפשיטות הסוגיא והמשנה מת בעלי תתיבם ולא חילקו בין אם היה עמה במה"י או לא.

ונראה לענ"ד שהוא מטעם שכתבתי והלכך כיון דבלא ניתן לה בן מהימנא ה"ה אם אומרת ניתן לי ומת בני ואח"כ בעלי ג"כ נאמנת: ונחזור על הראשונות כדי ליישב דברי הטור. נראה לפי ענ"ד עפ"י מ"ש התוס' והרא"ש אהא דאמרינן הא לא תיבעי לך דאפי' אייה מהימנא והקשו דהא בבני ואח"כ בעלי אינה נאמנת ותירצו בתירוץ הב' כיון דעכ"פ מהימנ' לומר מת בעלי ותתיבם ול"ח שתשקר בשביל דרחמ' ליה כ"ש שיהא ע"א נאמן אפילו במת בנך ואח"כ בעלך דאיהי לא מהימנ' וע"א נאמן דעדיף מינה לענין זה ע"ש.

ותירוץ זה הביאו הרמב"ן והרשב"א בשם הראב"ד ז"ל והקשו עליו דלרחומי יותר מבעל ל"ח ועוד דחיישי' לקלקול' די"ג דבר שבה ומש"ה תנן תתיבם אבל לא דייק' אלא במיתת הבעל ומכי ידעה דמת לא איכפת לה אם מת בנה ראשון משום דרחמ' ליה כו' לפיכך הסכימו לתירוץ האחד של התוספות דאיבעי' באומר העד מת בעלך לחוד ורבותא קאמרי כו' ע"ש, ולמדנו מזה דלפי תירוץ התוס' והרא"ש בתירוץ הב' וכן דעת הראב"ד צ"ל דאי לא אמרינן הך סברא משום דרחמ' ליה לא דייקא אין להאמינה גם על אמירתה שמת הבעל דאהבת היבם מקלקלת השורה ומשקרת לומר מת בעלי אע"פ שאין ידוע לה בבירור שמת ומזה הוכיח הש"ס בלישנא בתרא דל"א הך סבר' דרחמ' ליה דאל"כ

למה נאמנת לומר מת בעלי ואתיבם ולפי זה צ"ל הא דלא פשיט הש"ס דלעלמא שריא ע"י ע"א ול"א משום דסניא ליה לא דייקא מדחזינן דמהימנ' לומר מת בעלי שתנשא לשוק היכי שיש לה בנים דבאמת ז"א כיון שיש לה בנים פשיט' דלא מסק' אדעתה שנאת היבם כלל כיון שיש לה בנים מה"ת תחוש שמא ימות הבן ותפול לפני יבם רק היכא דמת בנה ג"כ שפיר שייכא הך סברא דסניא ליה ואפ"ה נאמנת לומר מת בעלי ואח"כ בני וכבר הקשו כן התוספות והרא"ש ותרצו דהתם נאמנת מטעם מגו ולכן בע"א דליכא מגו דלא מהימן משום דסני' ליה לא דייקא ולפי זה מ"ש הב"ש להכריח דלא מהני חזקה מסייע לעד מדלא מהימן לומר מת בעלך ואח"כ בנך ולפי מ"ש אי"כ הכרח כלל די"ל דשפיר מהני חזקה מסייע והתם ה"ט שא"נ כלל להוציא אשה מחזקת א"א דמחמת דסני' ליה ליבם תו לא דייקא לענין מיתת הבעל גופיה כלל וע"א א"נ לומר מת בעלך כ"א היכי דשייך לומר דייקא וזה ברור: והנה ביש"ש כתב בשיטות הרמב"ם דניתן לו בן מהני דדווקא ניתן לו בן דלא בא לעקור החזקה בהכי והוי כאלו אמר מת יבמך דמהימן אעפ"י שמוחזק באח לפי שלא עקר החזקה משא"כ היכי שמוחזק בלא בנים והעד אומר שיש לו בנים אין ע"א נאמן להכחיש החזקה ע"ש.

ולדעת הרא"ש דס"ל שא"נ לומר מת יבמך צ"ל דגם זה מיקרי בא לעקור החזקה כיון שהיה לו להיבם חזקת חי הרי העד בא להוציא מחזקת חי וכיון דאיהי לא דייקא משום דסני' ליבם אין ע"א נאמן ולפי זה צדקו דברי הטור דבסימן קנ"ח פסק כהרא"ש דא"נ לומר מת יבמך לפי שבא לעקור החזקה וכן א"נ לומר מת בעלך ואח"כ בנך אע"ג דלא בא לעקור החזקה דלשוק אדרבה מסייע ליה מ"מ התם טעמא אחרינא איכא דכיון דלא דייקי על מיתת הבעל שוב ע"א א"נ במה שבא לעקור חזקת א"א משא"כ בניתן לה בן שפיר ע"א מהימן דאין כאן עקירת חזקה כלל ואע"ג דחליצה הוי דבר שבערוה מ"מ כיון דאיכא ע"א מהני עכ"פ דיוקא זוטא דהאשה אלא במת יבמך או בעלך ואח"כ בנך כיון דאיתחזק איסורא דא"א או חזקת חיות דיבם בעינן דיוקא רבה כל היכי דליתי חזקה דייקא ומרע לחזקת א"א משא"כ היכי שאינו בא לעקור החזקה שפיר מהני דיוקא זוטא דידה להתיר ואין פסקי הטור סותרים זה את זה כלל: אלא שגוף סברת היש"ש צ"ע דמה בכך שאינו עוקר חזקה שהיינו מחזיקים עד עכשיו אלא אומר שנתחדש דבר להיתר מ"מ בכלל איתחזק איסורא הוא ולא מהימן וכמו טבל שמעיד עליו שהופרש ממנו תרומה או על אשה שמת בעלה במדה"י.

ולכאורה היה אפשר לחלק בדבר דאשה שמעיד לה שמת בעלה במדה"י גם בהיותו במדה"י עדיין הוא מוחזק אצלינו בחזקת חי וממילא דאיכא איסורא דא"א משא"כ בזה שמיד שהלך למדה"י לא הוי שייכ' חזקה גבי מה שהיינו מוחזקים בו שאין לו בנים שהרי הדבר ידוע לנו שאפשר שישא שם אשה ויוליד בנים ואדרבא אית לן לאוקמי האי גברא בחזקת ישראל הכשרים דמסתמא לא היה יושב בטל ממצות פריה ורביה כיון שבנים לא היו לו ומסתמא נשא שם אשה ורוב נשים מתעברות ויולדות.

אלא שצ"ע דהא בהא דהלכה צרתה למדה"י כו' משמע דאם לא הלכה צרתה עמה ל"ח שמא נשא אשה במדה"י. ולכאורה קשה דלמה לא מוקמינן ליה בחזקת כשרות שנשא אשה והוליד ומצאתי ביש"ש שכתב שיש מדקדקין מלשון רש"י דאם הלך בלא אשה

חוששין מאחר שאסור להיות בלא אשה ואפילו חכמים הראשונים היו מזמינים להם נשים כדאיתא פרק החולץ וא"כ י"ל בודאי נשא ואיכא למיחש שהוליד עמה ולא נהירא דדוקא האי צרתה קאמר הא לצרה אחריתי בשום ענין אין חוששין כו' וכ"כ בש"ג בשם ריא"ז ובאמת הא מילתא טעמא בעי דלמה לא ניהוש לה למלתא ואפשר לומר דבלא הלכה צרתה עמה אע"ג דמוקמינן לה בחזקת כשרות אין זה רק חזקה דאיתא מכח רובא שרוב ב"א המה כשרים ואיכא מיעוטא דלא חיישי להכי או שיודעים בנפשם שאינם ראויים להוליד ולהא דאסור לעמוד בלא אשה לא חיישי כולי האי שאינו רק מדרבנן והלכך כיון דאיכא נמי מיעוטא דמפילות הנך שני מיעוטים עומדים נגד הרוב והו"ל כפלגא ופלגא שהרי י"ל דהוא מן המיעוט שלא נשא שם אשה כלל ואת"ל נשא שמא לא ילדה או הפילה וכל שיש כאן שני מיעוטים המסתלקים מן הרוב כפלגא ופלגא חשבינן ליה וכדאמרינן בברכות דף נ"ג מיעוטא לכשפים כו' ובמקום אחר הארכתי בזה ולפי זה אתי שפיר דברי הטור שפסק דנאמן לומר ניתן לי בן במדינת הים שהתם מסייע ליה חזקת כשרות דהאיש שבודאי נשא שם אשה והוליד וכסברת היש"ש בזה משא"כ במת בעלך ואח"כ בנך דלא מהימן על עדות מיתת הבעל כיון דאיהו לא דייקא וכמ"ש כנלענ"ד: ועפ"ז זכיתי להבין דברי הרא"ש במ"ש דלא מבעיא ליה אלא במת יבמך אבל במת בעלך ואח"כ בנך פשיטא ליה דע"א לא מהימן אע"ג דאיהו מהימנא משום דלית לה מגו כו'.

וזה תימא דלהך צד האיבעיא דמת יבמך נאמן ולא משגחינן בדיוק דידה מה"ת לא יהא נאמן במת בעלך ואח"כ בנך נהי דלית ליה מגו לא גרע ממת יבמך דליכא מגו ואפ"ה נאמן משום מלתא דעל"ג וכבר עמד בזה מהרש"ל ביש"ש והרבה גדולים ומה שכתבו לתרץ בזה משום דמה שאמר העד מת בנך הוא מילתא יתירתא והוי ריעותא וכ"כ בשו"ת מהרי"ו הביאו הט"ז ג"כ תמוה דמנ"ל להרא"ש להמציא סברא זו שאין הכרח לזה כלל בש"ס וכן מדברי הרמב"ן והרשב"א נראה דלא ס"ל כלל הך סבר' גם הת"י הב' שכתב מהרש"ל צ"ע וכתב שם בעצמו דכל זה איננו שוה לו דכמו כן איכא למבעיא במת בעלך ואח"כ בנך כמו במת יבמך וכן נראה מדברי התוס'.

וכדי ליישב דברי הרא"ש על נכון צריך אני לבאר תחלה פירוש הסוגיא לשיטת רש"י דמפרש דמבעיא ליה במת בעלך ואח"כ בנך ומבעיא ליה דילמא כיון דלא דייק' לא מהימן ולכאורה קשה דמה אנו צריכין לדיוק שלה דבזה יש לסמוך על אמירת העד לחוד דהא בלא אמירתו שמת בנה היתה בחזקת היתר ועיקר עדותו שמת בעלה ומה שהוסיף במיתת בנה אינו מעלה ומוריד וא"כ מה בכך דסניא ליבם ולא דייקא מי מת ראשון: ואמנם כבר נתחבטו בדבר זה הגאונים הט"ז והגאון מהר"ם אם חזקת ההיתר נגרע ע"י העד שהודיע ממיתת הבן וכבר עמדו בזה אבות העולם בעל המאור והרמב"ן במלחמות שם ובחזושי ובחזושי הרשב"א ובנ"י וע"ש בדבריהם בזה ולכאורה משיטת רש"י מוכרח ג"כ דבכה"ג הוי כאתחזק חזקת יבום ע"פ העד גופיה שאומר שמת הבן.

אך לענ"ד נהפוך הוא לפי דקשיא לי על רש"י שפירש דמיבעיא לי' בבעלך ואח"כ בנך דמהימן משום מלתא דעל"ג וכן הוא באמת דר"ש פשיט מבעלך ואח"כ בנך דמהימן

ולכאורה לא מסתבר כלל לומר שזה הוי מילתא דעל"ג דמאן מפיס לידע איזה מת ראשון וכ"כ להדיא בחדושי הרמב"ן שם דזה אינו מלתא דעל"ג כ"כ ע"ש.

ולכן נלע"ד דרש"י סובר דהכי קמבעיא ליה דאי הוי טעמא משום דייקא א"כ אמרינן כיון דעד זה בא להתירה לעלמא והוא סניא ליבם לא דייקא כלל בגוף העדות שאמר מת בעלה דבאמת כאשר שמעה ממיתת בנה היא מתיראת מיבם לכן ניחא לה בעדות זה שאומר מת בעלה ואח"כ בנה והלכך לא מהימן העד על גוף מיתת הבעל כלל משא"כ לטעם על"ג א"כ שפיר העדנאמן על מה שמעיד שמת בעלה והלכך אע"ג דמה שמעיד שאח"כ מת בנה לא הוי על"ג לא איכפת לן בהכי וכמ"ש דמה שהוסיף במיתת בנה אינו מעלה ומוריד ובלא אמירתו מת בנה נמי היינו מתירין אותה כך הוא שיטת רש"י ז"ל.

ומבואר לפ"ז דמיבעיא ליה היכא שבא להתירה לעלמא דילמא הטעם משום דייקא ואז אינו נאמן בעיקר העדות דמיתת בעלה דבמה שהוסיף להודיע ממיתת בנה גרע מאילו לא העיד ממיתת הבן כלל שאז היתה מדייקת אחריו שלא היה עולה על דעתה משנאת היבם כיון שיש לו בן משא"כ עתה שהודיע לה ממיתת הבן עוררה איבת היבם ותו לא דייקא כלל בעדות זה ועיין בדברי הרמב"ן במלחמות בזה ואהא קשיא ליה להרא"ש כיון דאיהי מהימנא באמירתה בעלי ואח"כ בני אלמא דלא משקרא משום שנאה ול"א דילמא נודע לה ממיתת הבן והלכך משקרא במיתת הבעל וא"כ יהא העד ג"כ נאמן כמש"ל לענין דרחמ' ליה וחזר והקשה עוד דאף במת יבמך ראוי להתיר כיון דע"כ לא סניא ליה וגם מטעם חזקת זקוקה ליבם לא איכפת לן גבי עד דעדיף מאשה עצמה לענין זה ולכן ס"ל להרא"ש הסברא להיפוך דודאי ל"א כלל דמחמת סברא דמסני סני ליבם לא דייקא בעיקר מיתת בעלה דז"א דודאי דייקא לידע שמת בעלה (וכמ"ש הרמב"ן וכ"כ הגאון מוה' העשיל ז"ל דבשביל דסניא ליבם לא תקלקל עצמה מן הבעל) אלא שאינה משימה על לב לדייק מי מת תחלה וסומכת בזה על העד דכיון שע"י העד נודע לנו ממיתת הבן צריך בירור איזה מת תחלה וכל שלא נתברר ע"י דיוק דידה לא מהני עדות העד אך האשה עצמה אע"פ שא"נ בזה מטעם דיוק דידה מ"מ נאמנת בזה מטעם מגו אבל העד דלית ליה מגו א"נ מצד עדותו לא שייך בזה דייקא והלכך שפיר כתב הרא"ש דבמת בעלך ואח"כ בנך פשיטא ליה לבעל האיבעיא דא"נ כיון שאנו צריכין לומר דמחמת סני' ליה אכתי בעיקר העדות דייקא שפיר אלא דמ"מ צריך בירור מי מת ראשון א"כ אין מקום למבעי בבעלך ואח"כ בנך דהא לא עביד לאיגלווי וגם מגו אין כאן גבי עד וכיון שצריך בירור מי מת ראשון וזה לא על"ג כלל ע"כ דבעל האיבעיא פשיטא ליה דלא מהימן רק במת יבמך מיבעיא ליה דהוי מילתא דעל"ג ממש ופשיט ר"ש דשפיר דייקא אף בכה"ג וא"כ כ"ש במת יבמך דהוי נמי על"ג והרא"ש פוסק לדינא דאדחי לה הא דר"ש וממילא דבבעלך ואח"כ בנך פשיטא דלא מהימן ומה שהכריחו להרא"ש לומר דלהעד ליכא מגו ולא קאמר דגם בעד שייך מגו רק האיבעיא במת יבמך י"ל דמפשיטות דר"ש מוכח דבמת בעלך ואח"כ בנך ליכא מגו לעד כלל וכ"כ המג"י בט"ז שם וגם א"ל דגם בעד שייך מגו רק אי אמרינן טעמא דדייק' לא מהני מגו כמ"ש הרמב"ן ונ"י דכיון דליכא דיוק דידה והרי נתגלה לנו שמת בנה ע"ש משום דס"ל להרא"ש דז"א דא"כ אף היא אינה נאמנת שהרי י"ל דאינה מדייקת ומה מועיל המגו דהא עכ"פ נתגלה לנו מיתת בנה אע"כ כיון שלא נתגלה לנו כ"א על פיו אמרינן הפה

שאסר א"כ בעד נמי נימא הכי דבזה א"צ לדיוק דידה ונאמן בלא דיוק אלא ע"כ דלית ליה מגו ואנו צריכין לדיוק דידה גבי העד והלכך אין מקום להאמין לע"א בבעלך ואח"כ בנך כיון שנתגלה שמתו שניהם שוב צריך בירור מי מת ראשון ואין ע"א נאמן לברר זה דלאו מילתא דעל"ג הוא וגם איהי לא דייקא ופשיט ר"ש דשפיר מהני עדות ע"א אפי' בכה"ג והדברים נכונים וברורים בכוונת הרא"ש בס"ד: וראיתי בד' הגאון אב"ד דק"ק הנ"ל שהק' על רש"י ביבמות דף קי"ח ש"כ דאי ודאי סני' לי' מותרת ליבם דהא אף בלא דיבור' דידה נמי לא תתיבם משום דרוב נשים כו' וכדאמר' בהלכה צרתה כו' ולענ"ד א"ש כמ"ש דאיהי עצמה שבאה ממנה"י ואומר' לא ניתן לי בן אין חוששין לרוב מתעברות כיון שטוענת ברי שלא נתעברה והרוב אינו מבורר שהרי יוכל להיות שבעלה לא הי' עמה במדינה וכמ"ל וכן נראה מדברי כל הפוסקים דלעולם א"ח לאשה שבאה ממנה"י ואמרה מת בעלי ומתירין אותה ליבם וכבר כתבתי שנתקשו בזה הרמב"ן והרשב"א ותירצו דכיון שיצאה בלא בנים וחזרה בלא בנים לא יצאת זו מחזקתה הראשונה עכ"ל והיינו כיון שבאה לפנינו בלא בנים והיא אומרת שלא היו לה ג"כ במה"י או שהיו לה ומתו הרי נאמנת נגד הרוב מתעברות ואפשר שהיא מטעמא דכתיבנ' משא"כ בהלכה צרתה שאינה לפנינו שפיר למיחש מבעי' שמא ילדה שם כיון דרוב נשים מתעברות ויולדות: וראיתי בתוס' ביבמות דף ל"ז דאין סבר' כלל לומר בנשים ששהו עם בעליהן כמה שנים ולא עיברו ומתו בעליהן דהרוב מעוברות ולקמן הוא דאמר לה גבי האשה שהלך בעלה וצרתה למה"י עכ"ל נראה כוונת דבריהם דהתם מיירי בכל גווני אפי' לא שהתה צרתה כאן עם בעלה כלל והלכה עמו למדה"י ובכה"ג שפיר אמרינן רוב נשים מתעברות ויולדות ולפ"ז צ"ל בהא דקאמר התם דלכך לא תתיבם משום דאיכא רובא לשוק וחזקה לא עדיף מרוב' ולכאורה כיון דמתני' בכל גווני מיירי א"כ מיירי נמי אף היכא ששהת' עם בעלה כאן כמה שנים ואח"כ הלכה עמו למה"י ושהתה שם קצת עד שנודע שמת הבעל ובכה"ג ליכא רובא ולפמ"ש התוס' שם דלאו דווקא קאמר חזקה לא עדיף כי רוב' דאפי' עדיף הא ר"מ חייש למיעוטא א"כ א"ש אף בכה"ג ששהתה כאן: אך לפמ"ש הפוסקים דלהך תירוצא הסוגיא אליבא דרבנן ומשום סמוך כו' לכאורה צ"ע ואפשר דגם להך תירוצא מ"מ אף ששהתה לא מיקרי מיעוט רק פלגא ופלגא ובשביל חזקה ליבום לא שרינן לה דהא איכא לאסתפוקי שמא ילדה צרתה אח"כ וכאיתיליד ריעות' בחזקה זו דמי וצ"ע.

ולפ"ז מ"ש התוס' ושאר מפרשים אהא דניתן לי בן במה"י דנימא רוב נשים כו' היינו נמי משום דבכל גווני מיירי מתני' אבל בשהתה כמה שנים ולא ילדה אזדא לה הך רובא דרוב מתעברות ויולדת וצ"ע על הפוסקים שלא הזכירו מזה כלל: וראיתי בדברי אא"ז הגאון מהר"מ מלובלין ז"ל בחדושו שכתב בפירוש דברי התוס' דגבי הלך בעלה וצרתה אין שום אדם רואה שום ריעותא דאע"ג דהלכה מכאן ולא היתה מעוברת שמא אח"כ נפקדה ונתעברה ממנו אבל הכ' דאנו רואין דלא הוכר שום עוברת אין סבר' כלל לומר כו' עכ"ל.

ואני תמה שהרי לפי מה שרצו התוס' לומר דיש להחזיקה כמעוברת מן הראשון לפי שרוב נשים מתעברות ויולדות א"כ איכא תרי רובא שהיא מן הראשון רוב מתעברות ורוב לט' ילדן רק מחמת חזקת יבום ורוב שעוברת ניכר לשליש ימים חשבינן ליה

כספיק' וע"ז כתבו התוס' דאין סבר' כלל כו' וא"כ א"ל שהוא מטעם שלא הוכר עוברת דמסתיי' שנסתור בו הרוב דלט' ילדן ואכתי נשאר הרוב מתעברות ואם נאמר דרוב זה שעוברת ניכר לשליש ימים הוא סותר הני תרי רובא דבכל רוב אמרינן שאינו רק אם הי' העובר ניכר לשליש ימיו א"כ א"צ כלל להך סברא שכתבו דמחמת ששהו עם בעליהן כו' ונראה כוונתו דכאן שאנו דנין על שעת מיתת הבעל וכיון דאז לא הוכר העובר יש לנו לומר שהיא ריקנית בשעת מיתה כאשר היתה זו זה כמה שנים ששהתה עם בעלה משא"כ התם אע"ג דאם אנו דנין על שעת ההליכה א"א להחזיקה במעוברת כיון שלא הוכר עוברת מ"מ ממה שלא הי' היכר עובר בשעת הליכה אין זה מגרע רק על ההוא שעת' גופא ואמרינן דאח"כ נפקדה ונתעברה במדה"י ואפשר לענ"ד לומר בכוונת התוס' דודאי אך רובא דמתעברות ויולדת אינו מכריח שהיא מן הראשון דווקא רק מצד הזמן שיש לנו לומר דמסתמא לא יצאה זו מרוב שנתעברות ויולדת וממילא כל מה שאתה יכול להקדים לאוקמי ארוב' יש להקדים וממילא י"ל דבשעת מיתת הבעל היתה זו מהרוב ומסתמא היתה מעוברת ואין כאן חזקה ליבום שהרי הרוב סתר אותה והרי זו כחזקה שלא נתבררה בשעתה דהא בכל פעם שאנו רוצין להעמידה בחזקת יבם י"ל שמא עכשיו היא מעוברת מחמת הרוב ואע"ג דאח"כ איגלאי מילתא שלא היתה מעוברת באותו פעם מ"מ כיון שלא נתבררה בשעתה לאו חזקה היא וכיון דאין כאן חזקת יבום שוב שפיר אמרינן רוב לט' ילדן כו' דהא לא שייך סמוך מיעוט' כו' וע"ז כתבו התוס' דאין סברא לומר בנשים ששהו עם בעליהן כו' ולכן בשעת מיתת בעלה שפיר אנו מחזיקין אותה בחזקה ליבם שהרי מת בעלה ולא חזינן סימנא שהיא מעוברת משא"כ בהלך בעלה וצרתה למה"י אע"ג דבשעת הילוך היתה ריקנית והיא בחזקה ליבום מ"מ הך רובא דמתעברות היא רוב מתמיד בכל יום ואינו מתקלקל מחמת הזמן שעבר והלכך אמרינן ביה רוב' וחזקה רובא עדיף אי לאו משום סמוך כו' כדאמר התם אבל כאן שאנו באין לסתור החזקה ורוצים לומר דאין כאן חזקה כלל מחמת רוב זה.

זה לא אמרינן כיון דהא קמן ששהתה הרבה ולא נתעברה ולא היתה בכלל הרוב אין תולין לומר שבזמן מועט קודם מיתה נכנסה אל הרוב ולכן לא ניכר העובר ונאמר עי"ז שאין כאן חזקת יבום כנלע"ד: ודאיתנן עלה בנ"ד אין נ"מ בזה דודאי איכא רובא כיון שהיתה מעוברת לפנינו וילדה אית לן למימר מדאורייתא שהוא מן הרוב שהם בני קיימא וכיון דאין כאן רק חשש דרבנן ע"א נאמן.

אלא שלע"ד יש לעיין בדבר זה הרבה דאע"פ שהתוס' והרא"ש כתבו בכמה דוכתי דהוי רובא שיולדת ולד קיימא אלא שחששו למיעוט המצוי מ"מ מדברי הרמב"ם פ"ד מהלכות מאכלות אסורות ופרק י"ט מהל' אה"ט וכבר הארכתי בזה בתשו' אחת (עיין בחבורי בית אפרים בקונטרס התשובות סי' ב' וסי' ג' תמצא דברים אלו מבוארי' באריכות משם תדרשנו) ע"ש שבארתי באורך שיטת הרמב"ם ז"ל.

ואמנם צ"ע שיטת הרא"ש ז"ל שמבואר בדבריו בכמה דוכתי דס"ל דרוב וולדות בני קיימא וא"כ איך כתב בתשובה שאינה נאמנת לומר שכלו חדשיו משמע שזה היה דבר מבורר בהיתה מעוברת רק שנסתפק לנו אם כלו חדשים ובזה פשיטא דאיכא רובא שרוב הם יולדות בני קיימא וא"כ נהי דבעדות זה דכלו חדשים אין כאן מילתא דעל"ג

ולדעת הרמב"ם ודעימי' עיקר טעמא משום מילתא דעל"ג הוא ולדעת הרא"ש גם דייקא לא שייך ביבמה משום דסני ל' מ"מ מ"ט אינה נאמנת משום רובא דהא אפ' חזקת יבום ליכא נגדו דכיון שהיתה מעוברת איתרע לה רובא כמ"ש התוס' שם: וראיתי בדברי הרב הנ"ל שכתב דהרא"ש מיירי בלא גמרו סימניו ובאמת אין זה במשמע בדברי הרא"ש כלל.

ומה שנלע"ד בדברי הרא"ש דס"ל כיון דפסקינן כרשב"ג רק היכא דלא אפשר עבדינן כרבנן א"כ כל כמה דאפשר דהיינו שלא נישאת לכהן לא אזלינן בתר הך רובא כלל וכרשב"ג והיינו משום דמיעוט מצוי הוא כי האי הוי ספק גמור ואפ' מדאורייתא דהא רשב"ג מקראי יליף לה וכיון שבזה גזרה חכמת התורה שלא לילך אחר הרוב וולדות של קיימא ממילא הוי כאלו אין כאן רוב כלל ולכן ע"א לא מהימן.

אך יש לעיין לפי מאי דמשמע מהתוס' והרא"ש בכמה דוכתי דגם לרשב"ג גופ' מדאורייתא אזלינן בתר רוב רק מדרבנן חשש למיעוט המצוי כמו משאל"ס וגוסס וא"כ י"ל דכיון דאין בזה כ"א איסור' דרבנן שחששו למיעוט המצוי שוב ע"א נאמן אלא שצ"ע על התוס' והראש דלפי דבריהם דמהאי טעמא אם אשת כהן אינה חולצת משום דאזלינן בתר רובא רק לכתחלה אסרינן מדרבנן משום מיעוט המצוי כמו משאל"ס א"כ מ"ט אסרינן בוולדות הנשחטין בתוך ח' ימים אפ' בדיעבד דהא לענין אשת כהן וכן במשאל"ס אנו מקילים בדיעבד וסומכין על הרוב ולמה יצא העגל הזה מכלל רוב וולדות שנאסור אותו אף בדיעבד.

והנה בת' קושיא זו הרחבתי הדבור בתשובה הנ"ל ע"ש ואא"ז הגאון בספר ת"ש סי' ט"ו כתב שזה טעם הגאונים שכתב הב"י דס"ל להתיר גם בבהמה והא דאמרי ר"פ ור"ה ברי' דר"י השתא לא אכלינן מיניה חומרא שהחמירו על עצמם ולדעת כל הפוסקים החולקים ואוסרים אף בדיעבד צריך לחלק דשאני דיעבד דהוצאה מבעלה מדיעבד דממון וזה דוחק לענ"ד לפרש כן אליבא דהפוסקים המחמירים: והנה בתשובה הנ"ל הבאתי דברי הרמב"ם בהלכות נחלות דאפ' תינוק בן יום א' ולא כלו חדשיו הואיל וחי אחר אמו שעה אחת ה"ז נוחל ומנחיל והארכתי שם לפרש שיטות הרמב"ם וכאן לא באתי אלא בשביל דבר שנתחדש דרך עיוני כעת בענין זה הלום ראיתי בספר קצות החשן ח"ב סי' רע"ו שכתב ראייה להרמב"ם מב"ב דף קמ"ב דאמרינן המחזיק בראשונה לא קנה אע"ג דשמעה בו שהפילה ע"ש ודבריו תמוהים דהתם קיימינן דמזכה לעובר קנה או דבירושה הבאה ממילא קני שפיר אמרינן דאע"ג דהפילה אח"כ מ"מ המחזיק קודם שהפילה לא קני כיון דאז היה העובר חי שפיר זוכה בנכסים אע"פ שאח"כ הפילה אותו ומת כל איש חי מעותד למות ובשביל זה לא נגרע זכותו כל עוד נשמתו באפו ועובר כילוד דמי משא"כ לפי מאי דקי"ל דעובר לא קני אף בירושה מאליו כדעת רבא וכמ"ש הרי"ף והרמב"ם ביבמות פרק אלמנה ואע"פ שדעת הראב"ד והרא"ש שם דירושה הבאה מאליו קני אין זה דעת הרמב"ם בהל' תרומות עיין בב"י סי' של"א א"כ אין כאן תורת ירושה כ"א כשיצא לאויר העולם וא"כ שפיר י"ל דאין לו דין זכיה בנכסי כ"א כשיכול לחיות.

אבל אם לא כלו לו חדשיו הרי הוא כנפל טמון וחייו אינם חיים וכדאמרינן בעובר היכא דמיית ברישא אע"ג דהוי עובד' ופרכס מידי דהוי אזנב הלטאה כו' וה"נ בבן חי דאמרינן הרי הוא כאבן כו' לאו בר ירושה הוא: ואמנם אפי' להרא"ש והראב"ד דס"ל דעובר בר ירושה הוא מ"מ י"ל דעדיף טפי מנולד לח' דהתם בשעת זכי' חי היה ואפשר שלא היתה מעותדת כלל שתפיל ואע"ג שהפילה אח"כ מ"מ בשעה שבאה לו הירושה היה עליו שם בר קיימא ואיגלי מילתא למפרע לא אמרינן וכמ"ש שם אח"כ בשם הנימוקי יוסף לענין חליצה משא"כ אם כבר נולד לח' ובשעה שמתה אמו לא היה עליו שם בר קיימא אינו בר ירושה וגרע מגוסס שהוא כחי לכל דבר ומיעוטן לחיים משא"כ בבן ח' ושלא כדת השיג על הסמ"ע וכתב שהתוס' סוברים כהרמב"ם.

וז"א שדברי התוס' הם אמורים לענין עובר דבר ירושה הוא וירש בשעת עבודה בזה לא איכפת לן מה שהפילה ומה שהקשה בקצה"ח שם על הרמב"ם והתוס' מהא דבעי יש בגר בקבר כו' ומי קילדה והאמר שמואל אין בין נערות כו' ומאי קושיא דילמא מיירי שנולד לה' חדשים ויותר וחי אחר אמו איזה ימים ומנחיל לאחים מן האב ע"ש והנה על התוס' פשיטא דלק"מ כמ"ש דבירושה הבאה בשעה שהוא חשוב כמת ליכא למ"ד דבר ירושה הוא ומכ"ש דהך האיבעי' התם בעי לה רבא ולדידי' איכא למימר דאפי' עובר לאו בר ירושה הוא.

אך בלא"ה שם לא שייך זכי' כלל בשעה שהיה עובר שהרי ההעמדה בדין היה אחר הלידה וא"כ הדבר פשוט דלאו בר ירושה הוא וחייו אינם חיים. אך דאפי' להרמב"ם ולפי מ"ש דכל שיצא חי לאויר העולם שפיר הוי בר ירושה ג"כ לק"מ דהא התם אין חיוב קנס עד העמדה בדין משבגרה וכיון שמתה קודם שבגרה ומבעי' ליה אי דבנה הוי ע"כ דהיינו שממנין לו אפטרופס לתבוע המאנס את הקנס וא"כ פשיטא דלא מצינן כה"ג שאין חייו רק חיי שעה ואין אפטרופסים למתים דפשיטא דלא מוקמינן אפטרופס שיתבע עבורו ע"מ שירשנו האחים מן האב ואפי' אם עמד אחד ותבע בשבילו לדין אין זה כלום ואפי' בגוסס דעת כמה פוסקים דלא מצי משוי שליח ודין אפטרופס ל"ש בזה וכמ"ש: גם מ"ש בקצה"ח בשם הרמב"ן והרשב"א פרק אלמנה דנפל לאו בר ירושה הוא ליתא כלל דלא מיירי התם רק לענין עובר ע"ש ומ"ש בשם חדושי הרמב"ן דמפרש הא דתני הפילה אשתו היינו שיצא הפדחת ואח"כ מת ע"ש בפרק אלמנה לכה"ג ולשון הפילה אשתו לא משמע כהרמב"ן כו' ע"ש.

הנה בפ' אלמנה לא הזכיר מזה רק בחדושו לב"ב ושם אדרבה כתב להיפוך דלאו נפל ממש אלא שכלו חדשיו ולא הוציא הפדחת חי דמהווא שעתא דמת אביו קני לרב ששת (ר"ל דשם כתב דאפי' לר"ש ממש אם הפילה אגלאי מלתא שלא קנה מעולם) ואח"כ מייתי הירושלמי בפרק החולץ דר"י אמר דאע"ג דלשמואל זכין לעוברין מיד והוא שיצא ראשו ורובו בחייו ומקשו עלה מהא דשמעו שהפילה אשתו וקאמר שם ר"י בן אלעזר משום יאוש בעלים וכתב הרמב"ן ע"ז ויש לנו סיוע במקצת דבעינן בן קיימא בסוף ובבן ח' שנולד חי קתני בתוספתא דאינו נוחל ומנחיל כו' וה"ה בבטן אמו אע"פ שהוא חי כיון שאין סופו לצאת בחיים כדפרישית עכ"ל וכוונתו מבוארת דס"ל דאף מ"ד דס"ל דעובר זוכה ליורש דוקא כשהיה סופו לצאת במלאות לו תשעה ירחי לידה ואז אע"פ שאירע

איזה סיבה שמת בשעת לידה כיון דעכ"פ חזינן כי השלים ימיו ובא עד קיצו אלא שאיזה חולי וקישוי לידה גרם שמת מ"מ בשעה שמת אביו שפיר היה ראוי לירש ובר ירושה הוא משא"כ היכי שהפילה קודם זמנו איגלאי מילתא שלא היה ראוי להיות בר ירושה כלל והך דהפילה אשתו מיירי דלאו נפל ממש אלא מיירי שכלו חדשיו ולכן שפיר הוי בר ירושה בשעת עבור ומיירי שלא הוציא הפדחת חי דאל"כ לא שייך לומר עליו שם נפל כלל ומ"מ שפיר אית ליה זכיה למפרע ואהא מייתי מירושלמי דהחולץ דקאמר דבעינן שיצא ראשו ורובו מחיים כו' ר"ל ונהי דבש"ס דילן משמע דאפי' הפילה א"ש למ"ד זכין לעוברין (דהא הך שינויא דמשני בירושלמי משום יאוש בעלים היינו שינויא דרבא דמשני משום דרפויי מרפיאכו' משמע דלמ"ד מזכה לעובר קנה א"צ לזה) מ"מ עכ"פ יש ללמוד דבר קיימא לבסוף בעינן והיינו שהפילה אותו כשגמרו ט' ירחי לידה ואינו נפל ממש ולכן כתב הרמב"ן ויש לנו סיוע במקצת דבעינן כו' ר"ל דאע"ג דלא מצינן לפרש דברי הש"ס דידן דסובר ממש כהירושלמי מ"מ סיוע קצת יש דבעינן בר קיימא לבסוף והיינו דסיים בה ובבן ח' כו' וה"ה בבטן אמו אע"פ שהוא חי כיון שאין סופו לצאת בחיים כדפרישית ור"ל דגם מהתוספתא מוכח הכי דאם נולד לח' אין לו זכיה וא"כ אף העובר אין לו זכיה כלל שהיה סופו להוולד כשהוא עדיין בן ח' משא"כ כשנולד לט' דבשעה שהיה עיבור היה סופו לצאת בחיים וזה שיצא מת מחמת קישוי לידה אינו מזיק כמ"ש ובקצה"ח נראה שהג"י בדברי הרמב"ן והוציא, הפדחת חי והיינו מחמת סוף דברי הרמב"ן שהביא מהירושלמי וליתא דודאי הש"ס דידן אין סובר בזה כהירושלמי דהא מבואר דלמ"ד קנה א"צ לשינוי דמרפיא אלא הביא לקצת סיוע וכמבואר בדבריו ז"ל להדי': איברא דדברי הנ"י שם בב"ב צ"ע שכתב ומשנתינו דאמרינן יטול ופרישנא בש"מ כו' ומיהו דוקא כשכלו חדשיו ויצא רוב ראשו הוא דאמרינן דזכה מעתה למפרע וכדאיתא בירושלמי שמואל אמר כו' משמע דלא אמר אפי' מ"ד זכין אלא כשהוא בן קיימ' לבסוף כו' ע"ש.

ונראה שר"ל דגם כאן לענין זיכוי דש"מ לבנו אין לומר דמהני כ"א כשכלו חדשיו ויצא רוב ראשו כיון דבירושלמי קאמר כה"ג אליבא דשמואל דאמר זכין א"כ אף דאנן קי"ל דאין זכין רק בש"מ שלא תטרף דעתו עכ"פ מדין זכי' אליבא דשמואל בירושלמי אך ממה שהעתיק לשון הרמב"ם בזה משמע שר"ל דהכי הוא דעת הרמב"ן וז"א כמ"ש גם ברמב"ן ליתא כלל הך מלתא שחידש הנ"י לענין מתנות ש"מ לעובר שהוא בנו לומר דבעינן שיצא ראשו ורובו מחיים רק לענין מ"ד זכין לעוברין כ"כ גם צ"ע דבסמ"ע כתב בשם הנ"י הטעם דבעינן בן קיימא דאז דוקא דעתו קרובה אליו ע"ש ובנ"י משמע דלאו מהאי טעמא אתי עלה אלא משום דדוקא כשיצא חי מצו לתקן כה"ג שהרי לא היה סופן לחיות והוי כליתי' בעולם אלא ודאי כמ"ש הרמב"ן בטעמא דמילתא למאן דאמר מזכה לעובר קנה ע"ש: אך הרמב"ן ביבמות פרק אלמנה כתב ודוקא בש"מ ולא שזוכה עכשיו אלא כשנולד זוכה כעין ירושה וגם זה סותר להנ"י שסובר שזוכה למפרע.

גם צ"ע בדברי הנ"י שם שכתב וכיון דפסק תלמוד הלכתא בכל הני תלת משמיה דרבא ש"מ זוכה בה עובר כו' אבל הכא בכל ירושה הבאה מאליו קנה ומיהו ה"נ אינו זוכה אלא כשיצא לאויר עולם וכשכלו חדשיו וכהרי"ף ז"ל בפרק אלמנה לכה"ג עכ"ל ובאמת ז"א דדעת הרי"ף שם להיפוך דאפי' בירוששה לא קני ועיין בחידושי הרמב"ן דב"ב שם

ואפשר שט"ס הוא וצ"ל וכ"כ רמב"ן ז"ל בפרק אלמנה וקאי אדין זכיה לעובר במתנת ש"מ דבזה כתב הרמב"ן שם דאינו זוכה עכשיו אלא לכשנולד כו' וצ"ע: ועכ"פ למדנו מדברי הרמב"ן ז"ל דיש חילוק בין הפילה לט' ובין הפילה לח' דאם הפילה לח' איגלי מילתא שלא קנה מעולם ואע"ג דאנן קי"ל כר"ל דס"ל החולץ למעוברת והפילה לא אמרינן תיגלי מילתא למפרע מ"מ י"ל דהא דק"ל כר"ל לאו מחמת אוקמת' דפליגי בסברא דבהא שפיר אמרינן תיגלי מילתא למפרע דמסתמא גם מעיקר' סופו לצאת לח' חדשים רק משום דקי"ל כר"ל בהא דדריש וכן אין לו עיין עליו ואע"פ דגם גבי נחלה דרשינן אין לו עיין עליו כמש"ל מ"מ ס"ל דודאי לא אתי לרבו' גבי יבום דפוטרי עובר דנימ' דגם לענין נחלה מרבה דעובר יורש דהא גם ר"ל מודה דאם הפילה אח"כ איגלי מילתא למפרע שהיתה זקוקה ליבום ולכך איתא במתני' שם דאם אין הוולד של קיימ' יקיים ואפי' מקרבן פטורה כמ"ש הרמב"ן והרשב"א שם בטעמא דמילתא דאמרינן עיין עליו בעיונא בעלמא שלא תחלוץ ולא תתיבם ולא תנשא עד שנדע מה יהא בסופה אם הוזקקה אי לא וכשהפילה כבר נודע שהוזקקה משא"כ בעודנה מעוברת שלא נודע אין חליצתה וביאתה כלום וא"כ זה שייך דווקא לענין יבום משא"כ לענין ירושה כל דבתר הכי אגלי מלת' שלא היה ראוי לבא בן קיימא לאויר העולם לאו בר זכי' וירושה הוא כלל למפרע וכן איתא בירושלמי אהא דאמר שמואל זכין לעוברין והוא שיצא ראשו ורובו בחיים דלמתנית' החולץ ונמצאת מעוברת כמה דאת אמר כאן למפרע לא נגעה בה חליצה הכא כן הוא למפרע הוא שיזכה ור"ל לענין אם נמצא הוולד של קיימא וכמו כן גם אם אינו של קיימא דלמפרע הוזקקה ליבום אך אליבא דר"ל דאל"כ לר"ל יבמה שהפילה האיך מתייבמת דכל שבשעת נפילה אין אני קורא בה יבמה יבא עליה כו' כמ"ש הרמב"ן והרשב"א הנ"ל דגם לר"ל אמרינן דאיגלי מילתא דמעיקרא זקוקה הוה אך לפום הך לישנא דבסברא פליגי באמת תיקשי קושיא זו כיון דתיגלי מילתא למפרע לא אמרינן א"כ אף אם הפילה אח"כ למה אמר במתני' יקיים כיון דבההוא שעתא מעוברת הוי וגם דאם כנסה בעודה מעוברת אע"פ שהפילה אח"כ יתחייב קרבן והתוס' הרגישו בזה וכתבו בשם ר"י דאפ"ה לא מחייב מידי דהוי אהא דיבם קטן שבא על גדולה תגדלנו ולא הבנתי תירוץ בזה דמה ענין זה לזה ואם כוונתם למאי דאמרינן התם מי איכא מידי דהשתא אסורה ליה שאני התם דמקרא דכי ישבו מוכח דאפי' לאו בר הקמת שם הוא שרי' ליה וצ"ע וכבר הארכתי בתשובה אחרת בזה ובאה בדפוס בספרי בית אפרים: והעולה ממה שהארכנו בתשובה הנ"ל דלהרמב"ם כל שיצא חי לאויר העולם פוטר מן היבום אע"פ שאין עתיד לחיות ומדברי שאר פוסקים נראה דדוקא ראוי להתקיים בעינן וכל כמה דלא חי ל' יום איכא ספיקא דאורייתא לרשב"ג וכל מ"ש שם אינו מעלה ארוכה לדעת הרא"ש שמבוא' מדבריו פרק החולץ וכמה דוכתי שאינו רק מדרבנן וז"ל בפרק החולץ ואע"ג דהשתא נשאת תחת בעלה בספק יבמה לשוק דאורייתא ואם היתה חולצת כו' ע"ש נראה שכוונתו דלמאי דחיישינן מדרבנן למיעוט המצוי ממילא איכא חשש ספק יבמה לשוק שהוא איסור דאורייתא משא"כ אם היתה חולצת לא היה כאן רק חשש חליצה שהוא מדרבנן ומצאתי בשו"ת מהרי"ט חלק אה"ע סי' י"ח שכתב לפרש כן דברי הרא"ש אבל מ"ש לפרש דברי הרי"ף ג"כ דאין כאן רק ספיקא דרבנן אף לרשב"ג אני תמה דנהי שנדחוק לפרש כן בדברי הרי"ף, ביבמות מ"מ הרי דברי הרי"ף

במסכת שבת מפורשין להדי' דספיקא דאורייתא הוא אף לרשב"ג וכמ"ש בתשובה הנ"ל ולפ"ז צ"ל הא דס"ל להרא"ש דאין ע"א נאמן לומר שכלו חדשיו משום דכיון דהיכא דאפשר פסקינן הילכתא כרשב"ג דחושש למיעוט המצוי מדרבנן עכ"פ ואין סומכין בזה על הרוב וממילא דגם ע"א לא מהני כיון דהוי דבר שבערוה ולא דמי לסרכו' שחששו למיעוט המצוי להאמינו לע"א דבשאר איסורין ע"א נאמן משא"כ בדבר שבערוה ולפי זה מכ"ש לפי מ"ש דאיכא דעות דלרשב"ג הוי ספיקא דאורייתא ואנן היכא דאפשר חיישינן דלרשב"ג א"כ פשיטא דאין עד אחד נאמן בזה: אמנם לפענ"ד י"ל לשיטת הרא"ש בזה דלפי מה דאמרינן בשבת דפיהק ומת כ"ע מודו דהוי נפל כי פליגי בנפל מן הגג או אכלו ארי ודעת הרז"ה דחלה הוי כנפל מן הגג ורמב"ן ורבינו יונה חולקי' עליו בזה והנה הרמב"ם לא הזכיר בשום מקום פיהק ומת שיהא בו ס' דאוריית' וכתבתי בתשובה הנ"ל שנראה ברור דהרמב"ם אזיל בשיטת הרי"ף רבו כתירוץ הרמב"ן כו' ע"ש באורך אך למאן דס"ל דהלכתא כאביי דפיהק ומת הוי נפל אפי' לרבנן ואפי' באשת כהן חולצת נר' דבכה"ג ודאי הוי ס' דאוריית' שהרי התו' בחד תירוץ כתבו לרשב"ג משום גזיר' דפיהוק ומת משמע דפיהק ומת ודאי חשש דאוריית' למ"ד דפיהק ומת רבנן מודו בה וטעמייהו משום דפיהק ומת ודאי ריעותא הוי וגם י"ל דס"ל דבכה"ג מעיקרא אין כאן רוב כלל דהך מילתא גופא דס"ל לרבנן דרוב וולדות הם בני קיימא אע"ג די"ל דאותן וולדות המתים תוך ל' לאו בני קיימא נינהו בע"כ צ"ל דהכי קים להו לרבנן דאף וולדות המתים בתוך ל' רובם כלו להם חדשיהם ואין מיתתם מחמת שנוולדות טרם מלאות ימי מרוקיהן רק מתים מיתה טבעית מחמת התחדשות איזה סיבה וחולי וכל זה במת מחמת איזה סיבה וחולי ידיעה אבל אם מת מיתה פתאמיות שפיהק ומת מאן לימא לן דהנך מרוב שכלו חדשיהם דאדרבה הנך רובם לא כלו או פלגא ופלגא הוי והנה בדברי הרא"ש פרק החולץ מבואר דבפיהק ומת אפי' רבנן מודו דנפל הוא וכמ"ש התוס' שם ובכמה דוכתי ולפ"ז נראה דהוי חשש דאורייתא ואפי' באשת כהן חולצת וכ"כ בשו"ת הריב"ש סי' תמ"ו להדיא הביאו הב"י סי' קנ"ו וכ"כ היש"ש פ' החולץ ותימא לענ"ד על הטור וש"ע שסתמו כדעת הרי"ף והרמב"ם נגד דעת הרא"ש שכתב להדיא דבפיהק ומת מודו רבנן וכך הוא דעת רבינו יונה והרז"ה רק דבחלה ס"ל להרז"ה דהוי כאכלו ארי ורבינו יונה סובר אף בחלה דינו כפיהק וחולצת אף באשת כהן וכמ"ש הרשב"א בחידושו לשבת דף קל"ו וצ"ע ועיין בריב"ש שכתב בשם רש"י דחלה כפיהק דמי והביאו הב"ש והעתיק בקצרה ובריב"ש מבואר שסובר שנראה כן מפירש"י שכתב גבי נפל מן הגג כו' מיתה הבאה עליו ממקום אחר ואין זה דקדוק כ"כ דאפשר דחולי נמי מיתה הבאה ממקום אחר קרי ליה שלא מחמת שיכול והריון ולידה ואדרבא משמע מרש"י דמפרש פיהק היינו שלא היה לו רק חיות מועט משעת לידתו משמע דחלה ומת כאכלו ארי דמי.

גם מבואר מדברי הריב"ש בשם הרא"ש דחלה לפיהק דמי אע"פ שלא מצאתי כן בדברי הרא"ש עדותו נאמנה על זה ועכ"פ מבואר דפיהק ודאי הוי ספיקא דאורייתא וכן מצאתי בדברי אא"ז הגאון בתשובת סי' ט"ו שכתב להדיא דפיהק הוי ספק דאורייתא וכן משמע מהתוס' וכתב שיש להחמיר אף בחלה ומת להצריך חליצה אף באשת כהן ומ"ש שם בשם התוס' בבכורות כ"כ התוס' ג"כ בחולין ובהג"א שם ע"ש.

ולפ"ז א"ש דברי הרא"ש בתשובה דאין אשה נאמנת לומר שכלו חדשיו די"ל דבפיהק ומת מיירי דאיתרע ליה רובא ומכ"ש דא"ש לפי מ"ש הריב"ש בשמו דס"ל דחלה כפיהק דמי א"כ א"ש בפשיטות אף במת מחמת חולי: ולפ"ז לשיטת הרי"ף והרמב"ם ושאר פוסקים דס"ל דגם בפיהק ומת באשת כהן אינה חולצת דאין כאן רק חשש דרבנן א"כ שפיר י"ל דע"א מהימן והרא"ש לשיטתו דס"ל פיהק ומת הוי ספק דאורייתא ומכ"ש בזה שיש ג"כ סיבה שאנו יכולין לתלות בה דהיינו שי"ל שמת מחמת צינה ואפשר דזה דומה לנפל מן הגג וכמ"ש הגאב"ד דק"ק ראווני ואע"פ שאין הנידון דומה דהתם הדבר ברור שהמיתה באה עליו ממקום אחר משא"כ בזה שיש מקום לומר שהוא נפל טמון ולא היה ראוי לחיות כלל אף בלא סיבת הצינה שהרי הנשים מסופקים בזה.

אך יש לצדד כיון דזו היתה מעוברת ורוב נשים המתעברות הם יולדות עת נשי כל ואינם משגרים העובר טרם תגיע עת לדתנה וא"כ י"ל שגם זו כאחת מהם רק שמת מחמת שגברה עליו הצינה וע"כ לא קאמרינן דאף לרבנן ספיקא הוי אלא בודאי פיהק ומת דאיכא למימר דהנך מיתתם מחמת שלא כלו חדשיהם דהא עכ"פ איכא מיעוטא בעלמא שלא כלו חדשיהם א"כ הך ריעותא שפיהק ומת מורה ע"ז דוולד זה הוא ממיעוט זה משא"כ היכא שיש ספק שמא לא אתיליד ריעותא כלל: וקצת יש לסייע סברא זו ממ"ש הרא"ש בתשובה הביאה הב"י לענין אם יש הכחשה בעדים שיש עדים שאומרים שחי' פחות מל' יום וכתב דאזלינן בתר רוב נולדים שהם בני קיימא ולפי מ"ש דבפיהק או חלה לא אזלינן בתר רובא א"כ עדיין היה מקום לחוש דשמא ידוע שחלה או פיהק דמהתוס' משמע דלאו דווקא בשעת לידה שייך פיהק אלא ה"ה כל תוך ל' יום כדמוכח מדבריהם ממה שהביאו גירסת בה"ג בפיהק תוך ל' וגם הרמב"ן במלחמות הביא זה ע"ש.

ולכאורה י"ל דהרא"ש ר"ל דנהי שיעידו העדים שהיו כך מ"מ הרי שנים מכחישים אותם ותרי ותרי ספיקא דרבנן וגם רוב נולדים מסייע לאלו השנים שאומרים שחי' ל' ולא מת כדרך נפל דבכה"ג אם פיהק ומת יש להקל. אך מהב"ש שם נראה דדוקא היכא שגמרו שערותיו וצפרניו דאזל ליה חשש דאורייתא ולפי מ"ש צ"ע דאכתי ניהוש שמא פיהק ומת ואז הוה ליה תרי ותרי.

אך לענ"ד י"ל דדוקא בסי' מ"ז משום חומרא א"א אמרינן תצא דתרי ותרי ספיקא דרבנן משא"כ כאן וגם דמסייע ליה רובא וא"כ שפיר מיירי אף אם הכת הב' אומרת שלא גמרו ע"ש ולמדנו לפי דרכינו דבספק אם פיהק או מת ע"י ד"א יש להקל דמסייע ליה רובא וא"כ יש ראייה למ"ש בנ"ד דאיכא למיתלי שמת מחמת צינה לא תלינן לומר שפיהק ומת ויצאה מהרוב אלא מוקמינן ליה ארובא דלאו נפל הוא ומחמת צינה מת אך קצת צ"ע בחידושי הרשב"א ביבמות דף קי"ט דמחלק בין שמא הפילה לשמא תפיל ואח"כ הקשה מההיא דב"ב דמייתי משור שנגח כו' ומיעוט מפילות ע"ש שתירץ כיון שהוולד איתרע ליה חיישינן ע"ש והתם נמי איכא למיתלי דמחמת נגיחה הוי וצ"ע.

ומ"מ כיון דבלא"ה דעת הרי"ף והרמב"ם וכמה פוסקים דאין לחלק בין פיהק ומת לנפל מן הגג שפיר איכא למסמך בנ"ד אמה שאומרים הנשים שהמה מסופקים שמא מחמת שעברה עליו הצינה מת ושפיר דמי אף למאן דמחמיר בפיהק ומת מ"מ בנידון זה דאיכא

ספיקא שפיר דמי וכמש"ל ל אך עדיין יש לפקפק אם נאמנות הנשים מועיל לומר שהשכיבו הילד במקום הצינה דהא קי"ל בסנהדרין דף ע"ז שאם כפתו והביאו למקום צינה חייב ע"ש בתוס' ולא כל כמינייהו לומר שעשו כן למשוי נפשייהו רשעים ואע"פ שמתנצלים לומר שעשו כן בשביל שהיו טרודין בסכנות היולדת מ"מ אפי' אם היתה היולדת מסתכנת ממש עי"ז שהיו משגיחים בתקנת הולד אפ"ה לא היו להם לעשות כן כדאמרינן יצא ראשו אין נוגעים בו לפי שאין דוחין נפש מפני נפש ומכ"ש שקרוב הדבר שאף אם היו מניחים הילד במקום שלא היה בו סכנת צינה ברגע זו לא היתה היולדת מסתכנת יותר ומ"מ נראה דשפיר מהימני דלא נשי דינא גמירי וסברי דחיוב רמי עלייהו לתת לב מיד על היולדות ואין משגיחין בוולד וגם דהא מצי לתרוצי נפשייהו דלא הוי מסקי אדעתייהו שיתקרר וימות בעוד שהיו עסוקין לעשות תרופה להיולדת ושוגגים נינהו בדבר זה שהניחו הילד כך עד שיצטנן ויצא נפשו ואפילו אם היו אומרים שעשו כן במתכוון היה אפשר לומר דפלגינן דבורא וכמו בהרגתיו ומכ"ש בזה שנראה שהם אומרים כך או שיכולין להתנצל כן דשפיר מהימני: ובדבר הספק השני דכיון דנמצא השתא מת נימא דכך יולדתו הרחיב הדבור בזה הגאב"ד דק"ק הנ"ל בכמה סוגיות בש"ס וגם אני הארכתי בזה בכמה תשובות והיום סמכוני באשישות לא אוכל לצאת ולבא בארוכה ואחר אחרון אני בא מה שהביא הגאב"ד דק"ק הנ"ל ראייה ממה דקיי"ל בס"י קס"ד דאפי' בפיהק ומת דאיכא ריעותא אפ"ה לא איתרע רובא ואזלינן בתר רוב וולדות וכשיטות הפוסקים המכריעים להקל בחזקה דאתיא מרובא נגד חזקה דהשתא כו' ואני תמה דודאי הרי"ף דס"ל דפיהק וחלה חזא מילתא היא אביי ורבא בהא פליגי דאביי סבר דפיהוק וחולי הוי ריעותא להחזיקו בנפל וכמ"ש הרמב"ן במלחמת דאביי אורחא דמלתא דנפל נקט שחולי קל ממית אותו פתאום לכן הדעת נוטה שהפסק חיותו גורם לו חולי אבל מת בידי אדם אין מוכיח לנפל והלכך מדחיא הא דאביי מהא דאתמר מת בתוך ל' כו' דאלמא במת נמי פליגי ולא בנהרג דוקא ע"ש ורבא ס"ל דמה שפיהק או חלה אינו סימן לנפל כלל דגם בבר קיימא יוכל להיות שיחלה או ימות פתאום ואין הפרש בזה בין נפל מן הגג או אכלו ארי והרז"ה דסובר דדוקא חלה אינו ריעותא דגם בבר קיימא אפשר שבא לידי חולי ומת ודוקא פיהק ומת הוי ריעותא באמת ס"ל דאף באשת כהן בפיהק חולצת ולדעת רבינו יונה והרא"ש לפי מ"ש הריב"ש בשמו גם בחלה הדין כן דמחשב ריעותא בזה כמו פיהק אבל אין מי שסובר דאע"ג דאיכא ריעותא לא איתרע רובא דהא ודאי דריעותא מרע רובא בכל דוכתי: אך בנ"ד נראה שאם נתפוס כדעת הרי"ף דמיקל אף בפיהק וס"ל דהך דאביי אדחי' ליה א"כ אין מקום להחמיר בזה רק שנבא עליו מכח חזקה דהשתא ולומר כיון דהשתא מת מסתמא נולד מת נלע"ד שאין מקום לחומרא זו כלל אף לדעת המחמירין בגבינות דהתם שאני כיון דהשתא טרפה לפנינו חוששין לה שמא כבר נטרפה שאין להעמידה על הרוב שהם בחזקת כשרות שהרי הא קמן שזו יצאה מהרוב שהרי טריפה לפניך וא"כ יש לחוש שמא זה זמן רב שיצאה מהרוב משא"כ בזה שמה שפיהק ומת אין בזה כדי להרעות כח הרוב ובשביל הא לא נפיק מכלל בן קיימא אם היה ידוע לנו שהיה חי בשעת לידה א"כ אין לנו לחוש מדהשתא מת בשעת לידה נמי מת הי' ז"א דא"כ ע"י חזקה זו אתה בא לגרוע כח הרוב וז"א דרובא וחזקה רובא עדיף וטפי אית לן למימר שוולד זה מהרוב שהם בני קיימא והשתא הוא דמת ולא

נגרע מעולם כח הרוב כלל ויש לזה ראיות הרבה ולא להאריך כעת כי הדברים ברורים לענ"ד (ומ"ש הגאון אב"ד דק"ק הנ"ל להקשות דאיך יליף רשב"ג מקרא כיון דמדאורייתא אפי' אינו בן ל' סגי דאזלינן בתר רובא כבר כתבתי בזה לעיל בשיטת הרמב"ם אך בלא"ה לק"מ לפי מ"ש התוס' והמפרשים דעיקר מילתא דרשב"ג לקולא איתמר לענין בן שמונה ודאי דס"ל לרשב"ג דכל ששה ל' מהני דאמרינן אישתהי ורבנן פליגי וס"ל דאפי' ל' לא מהני: אך שאנו צריכין למודעי אם נסמוך בזה על שיטת הרי"ף כיון שלדעת רבים מגדולי האחרונים בפיהק ס"ל דאף באשת כהן חולצת ודעת כמה פוסקים דאף בחלה דינא הכי ואא"ז בתשו' כתב שיש להחמיר בחלה ומת כדעת הפוסקים הנ"ל דס"ל דאורייתא הוא ואפי' באשת כהן חולצת (וע"ש דמסתפק בבהמה שחלתה ושחטוה ומביא ראיה מהרמב"ן במלחמות שכתב וכן הדעת נוטה כו' ולא הבנתי ראייתו דכוונת הרמב"ן ג"כ כיון דחזינן שמת ע"י חולי זה אמרינן מסברא שנפל היה והפסק חיותו גרם לו חולי זה אבל אם חלה ולא מת אלא שחטוהו או נפל מן הגג אע"פ שחלה אפשר שאין זה ריעותא כלל) כו' ע"ש א"כ מכ"ש בנ"ד דאיכא נמי לאסתפוקי שמא מעיקרא בשעת לידה מת הוי שיש לנו לחוש לזה כיון שאפי' נאמר שחי היה בשעת לידה הרי פיהק ומת ואיתרע ליה רובא.

ומ"מ נראה לצדד מחמת שהיה ספק שמת ע"י צינה א"כ יש לנו לומר שמעולם לא יצא מן הרוב וא"כ מסתמא חי היה בשעת לידה והשתא הוא דמת מחמת צינה כדי שלא לגרוע כח הרוב וכמש"ל וראיתי בדברי הגאון דק"ק הנ"ל שכתב ג"כ דהכא שהם מסופקים שמא מחמת צינה יש להקל אף למאן דסובר דע"י ריעותא דהשתא איתרע רובא משום דזה שע"י סיבה לא נקרא ריעותא אלא שהביא ראיה לזה מדעת הפוסקים המקילין בספק נהרג תוך ג' ימים ול"א דמעיקרא נהרג: הנה חילוק זה נכון למ"ש הט"ז בטעם סתירת חזקה קמייתא משום דאע"ג דאית ליה חזקת חיים מ"מ אדם מעותד למות משא"כ להריגה אינה מעותד שפיר י"ל דעד השתא לא נפיק מחזקת חי וכ"כ בשו"ת נ"ב סי' אבל מ"מ אין זה ענין לנ"ד שלא היה כאן חזקת חי עדיין והוא גופא מספקא לן דלמא לא בא לחזקת חי כלל אלא נולד מת ולא שייך בזה רובא דדילמא אותם וולדות הנולדים ממש באמת אינם בכלל הרוב שהם בני קיימא וזה כאחד מהם ועיין במ"א הל' י"ט סי' תקכ"ו שכתב ג"כ לחלק בין אם חי או מת (ולדבריו קשה מהש"ס גופיה דמייתי התם דפריך מימהל היכי מהלינן ומאי קושיא דרשב"ג לענין אם מת מיירי גם מ"ש מאה"ע סי' קנ"ו י"ל דאע"ג דמצרכינן חליצה היינו מטעם שלא יבואו להקל בערוה וכמ"ש התוס' בחולין ובככורות אבל באשת כהן הא קי"ל דאינה חולצת והיינו משום דאזלינן בתר רובא וה"ה לענין קבורת נפל ואפשר דס"ל דגם בזה יש להחמיר שלא יבא להקל בערוה וצ"ע גם בשו"ת ב"ח החדשות סי' ד' לענין קבורת נפל ב"ט ב' קצת דבריו תמוהים ע"ש) והתם בנוולד חי מיירי המג"א ואפ"ה ע"ל לחלק כיון דמת לפנינו.

וכבר הארכתי בזה לעיל ומכ"ש באיכא לאסתפוקי שמא נולד מת דלא שייך לומר רוב נולדים בני קיימא שהרי י"ל דכל שנולד מת מסתמא שגרתו אמו בלא עתו וע"כ לצדד בזה כמש"ל דעל שעת ההריון גופא אנו דנין דרוב נשים הרות הם יולדת ולד חי ואין לנו לחוש לאשה זו לומר שיצאה מן הרוב וילדה וולד מת ומה שמת עכשיו אבידה מדעת היא לפי שהניחיהו מבלי כסות בקרה ונצטנן ומת ולא איתרע רובא: ומה שאני חוכך

בזה הוא לפי מה שמבואר בלשון השאלה שלפי עדות הנשים הוכר הוולד עודנו בחיי בעלה ולערך שבעה חדשים אחר מיתת בעלה ילדה כו' נראה מזו שמזה שפטו שהוולד כלו לו חדשיו כיון שכבר הוכר בחיי בעלה ולפ"ז צ"ע אם יש לסמוך על עדותן שהרי אין הכרת העובר בפחות מג' חדשים וכיון שזו שהתה עוד ז' חדשים וא"כ ע"כ לומר דאשתהי ודעת התוס' וקצת פוסקים דלא קי"ל כרבה תוספאה דס"ל הך סברא דאשתהי ואפי' לדעת רוב הפוסקים דס"ל דקי"ל לרבה בהא דאמרינן משתהי מ"מ אין זה רק מועט לבד וכמבואר בשו"ת הריב"ש סי' תמ"ו להדיא וא"כ כיון שדבריהם בזה הוא נגד הרוב לא מהימני שהרי לא הכשרנו עדותם אלא מחמת סיוע הרוב והרי לפי דבריהם הוא מתנגד לרוב: איברא שהרא"ש סי' ד' ס"ק י"א כתב שרגילות הוא עתה להוליד בחדש העשירי וכ"כ הב"ש שם בשמו וכתב שכ"כ הב"י סי' קע"ח בתשובה שהביא שם.

ולע"ד זה צ"ע שנראה שכיון למ"ש שם שהבעל ראה סימנים כו' ודרך האשה הי' ללדת סוף ט' חדשים ולפעמים שוהא עד חודש העשירי כו' ע"ש ואין מזה ראייה דאע"פ שהבעל היה סובר כן מ"מ אפשר שחשב משעה שטבלה ובאמת נתעברה אח"כ כי לא פירש ממנה רק השואל כתב בנוסח השאלה אומדן דעת הבעל ע"ש ואפי' תימא דהבעל ידע שאשתו זו הולידה בחדש הי' ע"י שבעל ופירש מ"מ לא יצא דבר אשה זו על כל הנשים לומר דמלתא דשכיחא שתלד בעשירי בשביל עדות האיש הזה על אשתו שהיה דרכה כן וגם התוס' דס"ל דלא אמרי' אשתהי כלל יודו בזה דלפעמים מתרמי דמשתהי אלא דהו' מיעוטא דמיעוטא ולא תלינן בהכי ומ"מ כיון דהח"מ העיד שרגילות עתה להוליד בחדש העשירי עדותו נאמנה מאוד ועיין בשו"ת נ"ב חלק אה"ע סי' מ"ש בזה וא"כ בנ"ד שפיר י"ל דמהימני דהא אע"פ שהכרת העובר הוא לג' חדשים מ"מ כיון שהלידה הי' קרוב לז' עדיין לא יצאה מכלל י' חדשים דשכיח דמשתהי עד זמן ההוא ומ"מ צ"ע דאף לפי דברי הח"מ י"ל דאע"ג דלא חיישינן בזה לזנות אף בעידי כיעור מאחר שרגילות להוליד בחדש הי' אבל מ"מ אין זה מיעוט לבד דרובא דנשי בט' ילדן ואין דרכן להמשך עד סוף העשירי אלא דהוא מיעוט דשכיח ולענין שלא לחוש לזנות שפיר תלינן ביה ומכ"ש אם לפי דברי הנשים היה היכר העובר זמן מה מקודם מיתת הבעל א"כ נצטרך לומר דאשתהי עד חודש הי"א ובכה"ג י"ל דלא מהימני ובפרט דאיכא דעות דלא אמרינן משתהי כלל גם יש לעיין אם יש לסמוך על הכרת העובר לומר מחמת זה שכלו חדשיו שהרי רש"י בשבת דף קל"ו כתב דקים ליה שכלו חדשיו שעברו ט' חדשים מששימשה עד שילדתו ולא שימשה כל ימי עבודה כו' וכ"כ שאר הפוסקים דלא מיקרי כלו חדשיו אא"כ בעל ופירש והב"ש סי' קנ"ו ס"ק ד' הוסיף לומר דאף אם אינו בכאן י"ל דחיישי' שמא בא אצלה ושמא בא ע"י שם כמ"ש סי' ד'.

ולע"ד ז"א דודאי לא חיישינן למלתא כ"א לענין לאוקמי הוולד בחזקת כשרות ולא תלינן בזנות אע"פ שהוא דבר זר אבל לענין כלו חדשיו כיון שהלך בדרך למרחוק ל"ח שחזר בצנעה ובעל וכבר הקשה מהרי"ט חלק אה"ע סי' ט"ו על דברי הגאון מהא דאמרינן במכות דל"ח לגמלא פרחא וכ"כ התוס' ביבמות ולכך כתב דלא אמרה אלא באב דהימני' רחמנא מצי למימר דאתי בצנעה או ע"י שם כו' ומייתי שם מדברי הרמב"ם פ"ט מה"ג שכתב שאין חוששין שמא בסתר בא שאין דרך ב"א לבא בצנעה וכתב דאפשר דוקא לענין גט אמרינן הכי דהוה מידע נפשיה להודיע לכל שקיים תנאו אבל

כשאין סבה זו עשויים ב"א לבא בצנעה שמא מתירא מחמת חוב או מחמת ערבון כו' ע"ש ומ"מ נראה מדבריו שאין חוששין לזה כ"א באב דהתורה האמינתו אבל בלא"ה אין לעשות חששא זו אך לדברי הר"ח והראב"ד בסי' קמ"ד דס"ל גבי גט חוששין שמא בא בסתר צ"ע: ומצאתי ביש"ש פרק הערל שכתב דס"ל דשאני התם דחיישינן שמא בא בצנעה אפי' הי' תוך העיר ולא בא עליה כלל סגי אבל לומר שמא בא בצנעה ובעל ל"א דודאי קלא אית ליה כו' ע"ש וכן מבואר ברשב"א ביבמות שבעל ופירש והלך למה"י כו' ולפי שבנ"ד אין נ"מ בזה לפי שנראה מל' השאלה שהבעל מת בעירו ולא פירש ממנה כלל רק עיקר מה שתולין בכלו חדשיו הוא מחמת הכרת העובר לכן קצרתי בזה ועכ"פ מדברי הפוסקים נראה שאין שום מופת חותך לומר שכלו חדשיו כ"א מחמת שבעל ופירש מיד ולא אישתמט חד מהפוסקים דלימא דכלו חדשיו ע"י הכרת העיבור ובטור כתב להדיא ולא משכחת לה אלא כשפירש ממנה אחר טבילתה ולא קרב אלי' אח"כ כו' והב"י כתב שפשוט הוא והלבוש כתב כלשון הטור משמע דליכא סימנא אחריני בהא מלתא ולכאורה באמת צריך טעם למה לא נסמוך על הכרת העובר להוכיח מחמת זה דכלו חדשיו ואפשר לומר בטעמא דמלתא לפי מאי דאמרינן בנדה דף ח' וכמה הכרת העובר סומכוס אמר משום ר"מ שלש חדשים ואע"פ שאין ראייה לדבר זכר לדבר ויהי כמשלש חדשים כו' זכר לדבר קרא כתיב וראיה גדולה היא משום דאיכא דילדה לט' ואיכא דילדה לז' ופירש"י דילדה לז' שמא ניכר עוברה לשליש ימיה דהיינו שני חדשים ושליש קמ"ל דאזלינן בתר רוב נשים.

וראיתי לאא"ז מהרש"א ז"ל שם שכתב יראה מפירושו דסומכוס בכל גווני בין ביולדת לט' ובין ביולדת לז' קאמר ג' חדשים שלימים אלא דליכא ראייה ליולדת בז' דשמא אזלינן לשליש חדשי העיבור דיולדין לט' דהו"ל שלישי עיבורה ג' חדשים שלימים או נימא דניזיל בתר שלישי עובר זידה דהיינו ב"ח ושליש כו' ע"ש ולכאורה נראה מזה דגם היולדת לז' הוי הכרת עובר בג"ח שלימים.

אבל לפי זה צ"ע מה דסיים רש"י קמ"ל דאזלינן בתר רוב נשים ופשוט שאין ר"ל דלפי שרוב נשים הכרת העובר שלהם היא בג"ח גם של יולדת בז' הוא כן דז"א דאיך נתלה יולדת לז' ביולדת לט' האי לשליש ימיה והאי לשליש ימיה וגם דהו"ל למימר קמ"ל שהכרת העובר שלה כרוב נשים ולישנא דאזלינן כו' נראה שר"ל דהוי ס"ד דיולדת לז' הכרת העובר שלה לענין סילוק דמיה הוי לשליש ימיה קמ"ל דלענין סילוק דמיה אזלינן בתר רוב נשים אף ביולדת לז' והיינו דנקט זכר לדבר כיון שאין ראייה מהכתוב רק לענין יולדות לט' וסומכוס כולל בדין בדבריו אף לענין יולדת לז'.

ומ"ש רש"י שמא ניכר עוברה כו' ר"ל דשמא בזה מיקרי הכרת העובר לענין סילוק דמיה לשליש ימיה דהיינו ב"ח ושליש ואע"פ שלשון דחוק. בע"כ דחוק ומוקי נפשיה שהרי בסנהדרין דף ס"ט אמרינן ש"מ יולדת לז' אין עוברה ניכר לשליש ימיה דאי ס"ד עובר ניכר לשליש ימיה ל"ל ג' בתרי ותילתא סגי ופרש"י דאפילו אשתו היתה יולדת לז' אינו ניכר בפחות מג"ח דאי לשליש ימיה ניכר בתרי ותילתא סגי.

ונ"מ לאשה שלא שהתה כו' א"ל לעולם אימא לך עוברה ניכר לשליש ימיה זיל בתר רובא ופירש"י דבבן סורר להכי לא מיפטר דלא קרינן ביה ראוי דאזלינן בתר רוב נשים

שיולדת לט' ואין עוברת ניכר בפחות מג"ח ע"ש נראה מזה דמאי דאמרינן אזלינן בתר רוב נשים היינו לענין דינא אבל מ"מ לענין דרך הנשים אמרינן דיולדת לז' חלוקה בהכרת עוברת מיולדת לט' ואפשר דמש"ה נקט רש"י בנדה לשון שמא ניכר עוברת משום דפלוגתא דאמוראי היא בסנהדרין ולמ"ד דס"ל דיולדת לז' ג"כ הכרתה בג"ח א"כ י"ל דהוי ס"ד דיולדת לז' שמא ניכר עוברת כו' ומה שסיים אזלינן בתר רוב נשים היינו אף למ"ד דבאמת כן הוא דיולדת לז' ניכר עוברת לב"ח ושליש מ"מ לדינא הלך אחר רוב נשים ומ"ש מהרש"א שם שדברי רש"י בחומש הוא עפ"י המדרש בב"ר דאיכא מאן דפליג על סומכוס אבל מל' הרא"מ פר' וישב נראה שאין חולקין וסומכוס נמי מודה ביולדת לז' דהוכר עוברת לשליש ימיה ואין נר' כן מסוגיא דהכא ופ' החולץ אלא דבכל גווני בעי ג' חדשים לסומכוס עכ"ל נראה מלשון זה דס"ל דלסומכוס אף ביולדת לז' אין העובר ניכר עד ג"ח ולע"ד בזה הדין עם הרא"ם שהרי הדברים מבוארים בסוגיא דבן סורר דבעי לאתויי מדר' כרוספדאי דיולדת לז' נמי אינו ניכר עד ג"ח ודחי לה דהתם הטעם משום דאזלינן בתר רובא וה"ה לענין סילוק דמים במעוברת מה"ט אתינן עלה וכמ"ש רש"י בהדי' ודברי הגאון בספר נזר הקודש שם שהסכים לדברי אא"ז מהרש"א נ"ע בזה שלפי ענ"ד פשיטות הסוגיא דסנהדרין היא כדברי הרא"מ וכן נראה מהירושלמי ר"פ החולץ דקאמר אלא כן אנו קיימין שבא עליה אחר ארבעים יום והוכר עוברת אחר נז"ן יום הרי יש כאן שלימים לראשון ומקוטעין לשני ופירש בפני משה שם כלומר אם ילדה לט' יש כאן ספק אם הוא בן ט' לראשון או שהם ז' מקוטעין לשני והוכר עוברת לשליש ימיה שהוא חמשים יום ועיין בתוספותיו שם שמכאן ראייה לפסק מהר"י מינץ בזה ואין להאריך: ועכ"פ לפי מ"ש דלענין הכרת עובר אזלינן בתר חדשי הריון דיולדת לט' עוברת ניכר לג"ח ויולדת לז' עוברת ניכר לב"ח ושליש רק דאנן אזלינן בתר רוב נשים שיולדת לט' אם כן א"ש הא דקי"ל דהיכא דבעינן שיהא ידוע לנו שכלו לו חדשיו ואם אין ידוע חוששין לו שמא בר תמני' הוא שפיר כתבו הפוסקים דלא משכחת לה כ"א כשבעל ופירש שאף אם ילדה ששה חדשים אחר הכרת העובר אין לסמוך ע"ז כלל דאע"ג דהיכא דילדה לו"ח אחר הכרת העובר אית לן למימר דהעובר ניכר לשליש ימיה דהיינו לג"ח מ"מ כיון דאין שיעור להכרת העובר שוה בכל הנשים דהא ביולדת לז' היא ניכר לשליש ימיה דהיינו לב' חדשים ושליש א"כ י"ל דנפל אין שיעור להכרתו כלל וכמו שהוא נולד קודם זמנו כן הוא ניכר קודם זמנו ואפשר שיוכר בב"ח והאי בר תמני' היא וגם אפשר לומר דשמא האי בר תמני' הוא או בר ז' ומחצה והכרתו בזה היא לשליש ימיה דהיינו ב"ח וכ' יום או ב"ח וט"ו יום וכיוצא בו ומה שהולידה אותו ששה חדשים אחר ההכרה האי אשתהויי אשתהי כו' יום או ט"ו יום במעי אמו ואע"ג דאשתהי אינו רק מיעוט' היינו בוולד בן קיימא שכח החיוני שבו גורם שלא להיות עצור במעי אמו יותר ממה שראוי להיות שם וע"כ הוא נולד על הרוב בזמנו ומיעוט' דמשתהי משא"כ שאם הולד אינו ראוי להתקיים אפשר שמשתהי הרבה שהרי הוא כאבן שאין לו הופכין וא"ל דאם כן גם בכלו לו חדשיו ניחוש ליה הכי דשמא האי בר תמניא היא ואשתהי במעי אמו עוד חדש יותר וע"כ דכיון דרובם לא משתהי ל"ח ליה דאיכא תרי רובא דא שרוב יולדת וולד קיימא וגם כיון שכלו חדשיו רובא דלא מישתהי.

אבל ז"א דא"כ תיקשי לפי מה שכתבו דכלו חדשיו מהני אע"ג דלא נגמר בשערות וצפרניו דהא איתרע רובא דרוב נולדים לט' נגמרו סימניהם וא"כ איכא למיחוש דהאי בר תמני' הוא ואישתהי אע"כ דז"א דכלו חדשיו דהיינו שנולד לט"ח גמורים הוי סימן מובהק שהוא בן קיימא ואין חוששין לאשתהי כלל כיון שבעל ופירש ולידתה הוא מכוין לסוף ט' ירחים לא תלינן במידי אחרינא וכה"ג אמרינן במכות דף כ"ג.

בג' מקומות הופיע רוח הקודש בב"ד של שם דכתיב ויכר יהודה כו' דילמ' יהודה דחשיב יומי וירחי ואתרמי דחזינן מחזיקינן כו' וה"נ דכוותיה כיון שהדבר מכוון שהולידה לט' חדשים שלימים מיום הביאה לא חיישינן למיעוטא דמיעוטא שיהיה נפל ואשתהי ואתרמי מלתא ואשתהי עד ט' חדשים מצומצמי' ולכן צ"ע ונלענ"ד מ"ש הב"ש סימן קנ"ו ס"ק ה' דלהרמב"ן שפירא גרים כו' וכ"כ הרשב"ץ לענין מקוטעין דהא אפשר גם הרמב"ם מודה לזה דבזה"ז שפיר תוכל לילד למקוטעין אלא דכיון דלענין יבום בעינן שיהא מוכח' מילתא דנולד לט' ולא מחמת הרוב לכן בעינן ט"ח גמורים דאל"כ חיישינן דילמא אשתהי קצת במעי אמו וכמ"ש: ודברי הב"י בשם הר"ש בן הרשב"ץ הם בשו"ת הרשב"ץ סי' תקנ"ג באורך וכתב דפלוגתא הוא אי יולדת לט' יולדת למקוטעין והנסיון מאמת דברי הא' ראוי לסמוך עליו וכך סברת הרמב"ן לענין אבלות דאפי' יולדת למקוטעין מתאבלין עליו כו' ואף עפ"י שהרמב"ם בהלכות חליצה ובהלכות אבילות כתב ט"ח שלימים כיון שהחוש והנסיון מכחיש זה ומצינו שאף רז"ל במחלוקת הוא אצלם ובעלי התוספות נתעוררו לומר שזה היה בדורות ראשונים אין סומכין על דבריו בזה כו' עכ"ל.

ולפי ענ"ד י"ל בכוונת הרמב"ם כמ"ש אך הריב"ש סי' תמ"ו האריך בזה ג"כ בענין יולדת לט' אם יולדת למקוטעין וכתב דאין ראייה מהחוש שי"ל שילדה מטבילות הקודמים או בר ז' ואישתהי ע"ש. ואח"כ הביא דברי הרמב"ן לענין אבילות וכתב הרוצה להקל ולהתירה בלא חליצה הנה לו עמוד נכון הרמב"ן ז"ל שהוא כדאי לסמוך ולהשען עליו וכ"ש אם היא שעת הדחק שהיבם קטן או שהוא במה"י והמחמיר להצריכה חליצה לכתחלה לחוש לדברי כלם תע"ב עכ"ל ושם בתשובה שאח"ז האריך ג"כ בנידון זה וכתב שם על דברי הרי"ט שאפשר שהרי"ט לא אמר אלא שבזה"ז אפשר שתלד למקוטעין ולא יהא נפל אבל לא אמר שבשיעור הזה יצא מכלל ספק נפל אף אם מת תוך שלשים כאלו כלו לו ט"ח שלימים כו' עכ"ל וכוונתו דלפעמים אף בזה"ז אף שנכנס לחודש ט' נפל הוי אעפ"י שלפעמים אינו נפל ספיקא הוי ולפי מ"ש י"ל הטעם משום דבכה"ג אמרינן אשתהי ונכנס לחודש ט' אבל באמת בר תמניא היא וכמ"ל מדברי הירושלמי פרק החולץ נוצר לז' ונולד לט' הוי נפל ואין להאריך: וע"ש בריב"ש שכתב טעם נכון להרמב"ן שסמך אלישנ' דמר זוטרא דקאמר אפי' למ"ד כו' משמע דליה לא ס"ל כו' ע"ש ולפי דברי הרמב"ן צ"ל דל"ח כלל לאשתהי דאל"כ איכא לאסתפוקי דלמא בר תמניא היא ואשתהי אבל דעת הרמב"ם דדוקא ט"ח שלימים בעינן וכך העתיק בש"ע יו"ד סימן שע"ד ולא הזכיר דעת הרמב"ן וכתב בב"י שם כיון דהרמב"ם סובר דשלימים בעינן הלכה כדברי המיקל באבל ואם כן קשה לסמוך בזה על דעת הרמב"ן בחליצה.

אמנם איך שיהיה בזה לענין נולד לט' למקוטעין מ"מ הנ"ד כיון שכל הפוסקים לא הזכירו דכלו חדשיו הוי ליה הכרת העובר ואדרבה נקטו בלשונם דלא משכחת כ"א כשבעל ופירש וכ"כ בהג"מ ה"ל אבל בשם רש"י בתשובה וז"ל ולא קים לן בדברהזה כלל אלא היכא שלא שימשה עם בעלה כל ימי עיבורה עכ"ל והביאו ב"י שם וכ"כ בהגהות סמ"ק הלכות יבום.

לבד ראה זה מצאתי בב"ח אה"ע סימן קנ"ו שכתב בשם סמ"ק וז"ל וכתב עוד די"א דמשכחת לה נמי כגון שבא עליה ופירש ולא ידעה עד חדש ימים ולבסוף שני חדשים לביאה שניה הוכר עוברת הרי הדבר ידוע שמביאה הראשונה נתעברה והוכר עוברת לג' חדשים כמשפט עכ"ל. ובסמ"ק שלפנינו לא מצאתי זה ובאמת תמוה מ"ש ופירש ולא ידעה עד חדש ימים דמה נ"מ אם פירש ממנה חדש אחד או לא פירש ממנה כלל דס"ס מחמת הכרת העובר אנו דנין דיש כאן ג"ח ואפשר דס"ל דחיישינן למ"ד רובו של חדש ראשון ורובו של אחרון ואמצעי שלם וא"כ אם לא פירש ממנה בחודש הא' י"ל שנתעברה קודם חצי חודש הראשון והשתא איכא רובו של ראשון ומ"מ עדיין אין כאן ט"ח שלימים משא"כ אם פירש ממנה חודש הראשון ועדיין צ"ע ולענ"ד צ"ע"ג אם יש לסמוך למעשה על הכרת העובר כיון שמדברי רוב הפוסקים ראשונים ואחרונים נראה דדווקא בעל ופירש בעינן: עוד זאת אדרוש מה שבא בלשון השאלה בסתם הוכר הוולד עודנו בחיי בעלה ולא פורש ע"י מה היתה ההכרה שאם היתה הכרה ע"י שפסקה לראות אין זה מועיל כלל כמ"ש בשו"ת הרשב"א סימן תקכ"ב וז"ל ומאי דאמרינן קים ליה בגווייה היינו כשבעל ופירש אבל אם עברו עליו כמה חדשים ולא ראתה דם אינו ראה על ההריון דאנן הוכר העובר בעינן ולא סמכינן על ראתה או לא ראתה דאפשר שהיא מעוברת ורואה ואפשר שאינה רואה ואינה מעוברת וא' שזו הוא שדנין כך אבל רבותינו המקודשים לא כך הורנו דאין הכרת העובר אלא לאחר ג"ח דבפ"ק דנדה שנינו כו' א"כ אין סילוק דמים ראה לעוברת ולא ראייתה ראה שאינה מעוברת ע"כ אין ראה לדבר אלא בשבעל ופירש כו' ע"ש ואם ההכרה שבנ"ד הוא מחמת שראו אותה בבטן מלאה ג"כ נראה דאין לסמוך על זה שנראה שהכרת העובר שאמרו היינו ע"י בדיקות דדי' כמ"ש רש"י ביבמות דף מ"ב אהא דפריך ותמתין משהו ותנש' וכי מלו שלשה חדשים ליבדקה ופירש"י וכי מלו ג' חדשים ליום מיתת בעלה שדרך העובר להיות ניכר ליבדוק בדדי' כדרך נשים וכן נראה ממאי דמשני אין בודקין את הנשואות כו' וכן ממאי דפריך ונבדקה בהלוכא כו' אלמא דמאי דאמרינן דהכרת העובר הוא אחר ג"ח לאו בראה בעלמא הוא שרואין דמעיקרא גופא סריקא והשתא גופא מליא אלא בבדיקת דדיה הוא וכ"כ בשו"ת תשב"ץ ח"ב סימן צ"א וז"ל ולעמוד על דבר זה אם הוכר עוברת או לא אע"פ שאנחנו יכולין לעמוד עליו לבדוק אותה בדדיה כדרך הנשים כדאיתא בפרק החולץ דפרכינן התם וכי מלו לה ג"ח ליבדקה כו' ע"ש.

אמנם צ"ע בהא דאמרינן דף ל"ז רוב היולדת לט' עוברת ניכר לשליש ימיה והאי מדלא הוכר עובר לשליש ימיה איתרע לה רובא ופירש"י דאי הוכר לא הוה מספקא לן עכ"ל ולפמ"ש אכתי תיקשי דמנין נדע שלא הוכר עוברת לשליש ימיה דילמא אם היינו בודקין אותה בדדיה או בהלוכא באמת היה עוברת ניכר ודוחק לומר דדוקא בבדקנו אותה לשליש ימיה בדדים או בהלוכא ולא ניכר א"כ יצאה זו מהרוב שהם ניכרים לשליש

ימיה ע"י בדיקה דמשמע דמתני' בכל גווני מיירי וכן מבואר ממ"ש בשו"ת התשב"ץ סימן הנ"ל וז"ל אם לא בדקנו אותה ולא ידענו אם הוכר עוברה או לא אין לסמוך על רוב הנשים לט' ילדן והיינו דבפרק נושאין על האנוסה גבי מי שלא שהתה אחר בעלה כו' לא אקשינן הלך אחר רוב הנשים כו' דכיון דשני התם דהיולדת לט' עובר' ניכר כו' תו לא אקשינן הכי בשום דוכתי דהא ידעינן דאי לא נבדקה לשליש ימיה לא סמכינן אהאי רובא כו' עכ"ל.

והדברים צ"ע דכי בשביל שלא נבדקה נאמר דאיתרע לה רובא אדרבה נימא דאזלינן בתר רובא ואם היינו בודקין אותה היינו מוצאין באמת שכבר היא מעוברת ואם נימא דבראיית העין דגופא מליא נמי יש להכיר אם היא מעוברת או לאו רק שאין זה רק עפ"י הרוב אבל איכא מיעוטא שאין ניכרות עי"ז רק על ידי בדיקות דדים ולענין הבחנה אין סומכין על הרוב ואף עפ"י שלבית דמלו ג"ח אין העובר ניכר בראיית העין אכתי יש לחוש למיעוטא ולהכי פריך דליבדקה ע"י דדיה ומשני שאין בודקין הנשואות כו' הוה א"ש הא דאמרינן דזו שלא הוכר עוברה לשליש ימיה דהיינו בראיית העין איתרע רובא כיון דרוב העובר ניכר בראיית העין אבל לשון התשב"ץ שכתב דהא ידעינן דאי לא נבדקה כו' לא משמע הכי וכן מפשיטות לשון רש"י נראה דהכרת העובר ע"י בדיקה היא ולפ"ז כיון שלא נזכר בהדיא שמועיל הכרת העובר ע"י ראייה בעלמא א"כ י"ל דלא תליא בהא מילתא כלל.

ואפשר דאפי' אם למראה עיניהם ישפטו שמעוברת היא אין הכרח מזה שכבר עברו עליו ג"ח דשמא גם בירח ימים סמוך לביאתו ניכר העובר למראות עין ואפי' תימא דקודם מ"ם יום מייא בעלמ' הוא כדאמרינן ביבמות דף ס"ט ומסתמא אין העובר ניכר כלל למראות עין אכתי צ"ע בנ"ד דילמא בר חדש ומחצה או בר תרין הוא וכיון שזו ילדה קרוב לז' א"כ אין כאן ט"ח גמורים.

וכבר כתבתי ששיטות הרמב"ם לכאורה עיקר בזה דצריכין לט"ח גמורים דאל"כ חיישינן דילמא האי נפל הוא ואשתהי במעי אמו ואם באנו לסמוך על עמוד נכון הרמב"ן ז"ל וכמ"ש הריב"ש הוה א"ש גם מה שחששנו לעיל דהא לפי עדותן עכ"ל שיצא מכלל הרוב ואשתהי יותר מט' חדשים משום דאדרבה אנו אומרים שהכרת העובר לא היה רק לב"ח או קצת יותר ולא אשתהי כלל יותר מט"ח.

אך הריב"ש בעצמו נראה שחוכך קצת להחמיר כמבואר שם ס"ס תמ"ו וס"ס תמ"ז: וכתב שהחמיר תע"ב וכתב בשם מוה' חסדאי קרשקש שדעתו דבעינן שלימים ע"ש. אמנם דעת הרשב"א מבואר להקל במקוטעין ורמ"א בהג"ה הביאו ולפענ"ד צ"ע דעת הרמ"א שהרי לפ"ז אם אנו מקילין בחליצה לומר דיום א' בחודש הט' יש לנו להחמיר לענין אבילות וכן מבואר להדיא בריב"ש שם דיליף לה מדברי הרמב"ן בתה"א לענין אבילות וא"כ למה סתם הרמ"א בי"ד סימן שע"ד כדברי הש"ע שהעתיק דעת הרמב"ם דבעינן שנולד חי לט' חדשים גמורים והו"ל להגיה ע"ז כדעת הרמב"ן דאף במקוטעין מתאבלים עליו שא"ל הלכה כדברי המיקל באבל כיון שכתב להקל בזה ז"ל לענין חליצה ולסמוך ע"ז פשיטא שיש להחמיר לענין אבילות וכמ"ש הריב"ש והרשב"א להדי' וצ"ע רב.

אך דבגוף הענין אם מועיל הכרת העובר בראיית העין לסמוך ע"ז שכבר עברו ג"ח יש פנים לכאן ולכאן ופשוט' דקרא דויהי כמשלש חדשים כו' דיליף מיניה לענין הכרת העובר משמע דאהכרת העין קאי. ולפי שלא מצאתי הדבר מבואר ודבר זה צריך לפנים דעתי נוטה שצריך להושיב ב"ד שנית על כך לשאול את פי הנשים בענין הכרת העובר וגם לשאלם אם יודעים בבירור שנגמרו סימנים וגם מהיכן ידעה שהוולד היה חי במעי אמו וכמ"ש הגאון אב"ד דק"ק ראווני נ"י וכאשר יחקרון מילין ישלחו טופס הגב"ע ואם נחכם ליה אי"ה אולי נוכל למצוא דרך סלולה בהיתר אשה עלובה זו: דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד.

שאלה קלה שנית על ענין הנ"ל נצר מטע עם בינות. שרשו פתוח אל גזע התבונות.

ה"ה כבוד מחותני ידיד עליון וידיד נפשי. הרב הגאון הגדול החריף ובקי המפורסים לשבח ולתהלה כש"ת מוהר"ר מנחם מענדיל נ"י לנצח: אחד"ש הנה זה ימים כביר כי הגיעני מכתבו ק'.

ומדברו נאוה. ומחמת כי לא הועמד הגוף על חזקתו בעת ההוא השבתי ימיני.

ובין כך מילתא מני אזדא. אולם זה ימים אשר קול דודי דופק ראיתי ונזכרתי ונפנית לעיין בדבריו הנעימים והנה הא דאתי מר ואייתי' בידיה הך דיבמות דמקשה ותמתין משהו כו' דמוכח מינה דאף ביולדת לז' בעינן ג' ירחים להכרה כמדומה אני כי אתי היתה ראייה זו והערני זה אא"ז מהרש"א ז"ל בנדה שהבאתי דבריו בקונטרסי הראשון דמסוגי' דהחולץ מוכח הכי דלסומכוס בכל גווי ג' ירחי בעינן וכוונתו לדברי הש"ס דיבמות שהביא מר ושלחתייה כי יש דחוייה בפשיטות אחרי אשר הבאתי שם דברי הש"ס דסנהדרין דאיכא פלוגתא דאמוראי במלתא וא"כ איןראיה מקושיית הש"ס כלל דשפיר פריך אליבא דר' כרוספדאי דאמר התם דאף יולדת לז' אין עוברת ניכר לשליש ימיה ומ"מ אפשר דאנן לא קי"ל הכי ואין לדקדק ממה דמשני רב ספרא אין בודקין כו' וכן רבב"ח אמר אשה מחפה כו' מדאיצטריכו להנהו שינויי אלמא דס"ל להלכה כר' כרוספדאי וכיון שכן יש לפסוק הלכתא כוותיה לפענ"ד גם זה אין הכרח כלל דהא אי הוי משני הכי אכתי תיקשי ותמתין ב' חדשים ומחצה ולכי מלו תלתא ירחי נבדקה דהשתא אם יהיה ניכר אין ספק דבר קמא הוא ולכך הוצרך לשנויי אין בודקין דבהכי מתרצי כולהו קושיית' ולקמן אבאר דבלא"ה א"ש קושיית הש"ס בזה אף למ"ד ביולדת לז' עוברת ניכר מקודם ומ"ש מר ראייה דהאיך משכחת פלוגתת הפוסקים אם ע"א או אשה נאמן שכלו כיון שא"א לידע רק הבעל וצ"ל דמ"ש הטור דוקא בעל ופירש היינו ילדה לט' דאז אין היכר אחר כו' אני תמה דלמה לא יועיל בילדה לט' היכר זה דהכרת העובר שהוכר סוף ג' ואחר ו' חדשים מהכרת העובר ילדה וקושייתו שהרי א"א לידע רק הבעל כבר ביארו מקצת הפוסקים דמיירי שבעל ומת מיד גם כבר כתבתי שדברי הב"ש שחושש בזה שמא בא בצנעא הם תמוהים.

גם מ"ש מכ"ת על מ"ש לחלק דביולדת לט' גמורים דווקא הוי סימן מובהק כו' דז"א דאף למ"ד בש"ס יולדת לט' יולדת למקוטעין (מ"מ אם באנו להחזיק הוולד לבן קיימא) נמי מהני קים ליה שכלו חדשיו כו' נפלאתי מאד דאנא קאמינ' דאף דשפיר תוכל לילד למקוטעין מ"מ אם באנו להחזיק הוולד לבן קיימא מחמת חדשיו לא מהני אם לא כלו

לגמרי והן מקוטעין ואיך כ' מכ"ת דבר זה דאף אם הולידה בט' למקוטעין מקרי להך מ"ד כלו חדשיו דאף להך מ"ד נמי אין סימן מובהק שכלו חדשיו אם לא שנולד לט' גמורים דאז הוי סימן לדבר כיון דחשבינן יומא וירחי ואיתרמי כמ"ש שם.

ומ"ש מכ"ת להוכיח דהכרה במראית עין מהני דאל"כ קשה מה מהני ג"ח נימא אישתהי וע"כ משום דקודם שלישי ימים מן השני יהיה ניכר במראית העין כמ"ש התוס' כו' והנה לפי דבריו ה"ל לאוכוחי בפשיטות מדברי התוס' דכ"כ לא היה משתהה הכרת העובר כו' והתם לענין מראית העין מיירי דהא אין בודקין את הנשואות כו': אך באמת אין מזה ראייה כלל דהא אף אם נימא דמהני הכרה למראית עין ע"כ לומר דאע"ג דאיכא מיעוט שאין עוברה ניכר לשלישי ימיה מ"מ כה"ג משתהה עד שלישי ימים מן השני אף מיעוטא ליכא.

וכמו כן י"ל דאע"ג דאין מועיל היכר ע"י מראית עין מ"מ כל שהוא קרוב לששה חדשים שהוא ב' שלישים ודאי שהוא ניכר לכל במראית העין ג"כ ועוד י"ל דאף להפוסקים דאמרינן אשתהי והכי קי"ל מ"מ הוא מיעוט שאינו מצוי רק דלענין למיתלי בזנות שפיר אנו תולין במיעוט וכמ"ש הריב"ש סי' תמ"ו דלא תלינן לעולם בזנות כל שאפשר לתלות בבעלה אפי' בבן שבעה ואשתהי דהוי מיעוטא וכו' וכן ראייה לזה מרבה תוספאה דתלי בבעל עד יב"ח אע"פ שהוא בתכלית הזרות כו' עכ"ל.

וא"כ י"ל דאע"ג דרוב לט' יולדן מ"מ מיעוט שיוולדת לז' הוא מצוי טפי ממיעוט דאשתהי ולכך אף אם תלד לשבעה או לששה ומחצה מ"מ אין תולין בראשון ואשתהי יותר מט' חדשים אלא תולין בשני ולז' ילדה. אך לפמ"ש בקונטרסי הראשון שי"ל דבראיות העין נמי יכולין להכיר אלא שאין זה רוב אבל איכא מיעוטא שאין ניכרת עי"ז רק בבדיקות דדים ולענין הבחנה אין סומכין על הרוב והיינו דפריך וליבדקה משא"כ הא דאמרינן וזו שלא הוכר עוברה לשלישי היינו בראית עיין איתרע רובא לפ"ז א"ש בפשיטות דל"ח לאישתהי ולמיתלי בראשון אע"ג דרוב לט' ילדן מ"מ איכא נגדו תרי רובי.

רוב עוברה ניכר לשלישי ימיה ורוב דלא משתהי יותר מט'. ותמהני על מכ"ת אחרי שהסכימה דעתו לסברא זו דרוב עוברה ניכר לשלישי ימיה במראית עין לבד למה הוצרך לתרץ קושי' דאישתהי עפ"י התוס' דכ"כ לא מישתהי כו' דהפשיטות איכא למימר כמ"ש דאיכא תרי רובי: ובהכי א"ש נמי מה דקשה לכאורה הא דפריך ותמתין משהו כו' ופרש"י דאי לא מינכר ובתר הכי מינכר ודאי בר בתרא הוא וזה סותר לדברי הש"ס דלעיל דאע"ג דרוב עוברה ניכר לשלישי ימיה וזו לא הוכר עוברה לשלישי ימיה מ"מ איכא נגדו רוב נשים לט' ילדן ולכך הוי ספיקא אך אם נימא דדוקא בהכרת העובר ע"י מראית העין לא הוי רק רובא לבד אבל ע"י הכרה בדדיה בחינה מעליותא א"ש.

ולפ"ז א"ש נמי קושית הש"ס בזה אף למ"ד יולדת לז' עוברה ניכר לב"ח ושלישי דאף להך מ"ד שפיר יש להבחין ע"י בדיקה ומתחלה אבאר כוונת התוס' בדף ל"ז ד"ה רוב כו' שכתבו וא"ל כיון דהמתינה כו' דסמכין ארובא דלט' ילדן כו'. ולכאורה קשה איך אפשר לסמוך על רוב זה כיון דלא הוכר עוברה מיירי כדאמרינן התם וזו הואיל ולא הוכר עוברה איתרע רובא וצ"ל דהתם קאי אספק בן ז' כו' שפיר קאמר הכי דהתם מיירי בכה"ג דלא הוכר עוברה משא"כ התוס' שפיר קאמרי דכיון דהמתינה שפיר שרינן

להנשא דאין לחוש שמא מעוברת היא מהראשון ולא נקלט עד יום ג' דמ"מ ביום ג' אחר הנשואין יהיה עוברת ניכר כיון דרובא הכי הוא שעובר' ניכר לשליש ימיה דמה"ת לנו לחוש שתהיה מן המיעוט שלא יהיה העובר ניכר מה תאמר שמא יהי' העובר מן השני וא"כ לא יהיה הכרה מן הראשון ואז נבא לידי ספק אם מן הראשון אם מן השני כיון שהוכר עובר' סותר לרוב דלט' ילדן ז"א דגם לזה אין לחוש דאם יהיה הוולד מן הב' מסתמא יהיה באמת נולד לט"ח ומה"ת ניוחש שיהיה מן המיעוט היולדת לז' וזה שכתבו התוס' ול"ח שמא תלד משני לסוף ו"ח וב' ימים כיון דרוב לט' די"ל ילדן דלשמא יהי' הוולד מראשון ליכא חשש דאז יהיה ניכר על הרוב ומשני ליכא למיחש דמסתמא תלד לט' כרוב נשים וע"ז כתבו התוס' שז"א דא"כ לא תמתין רק חודש א' ונסמוך על הרוב אע"כ כל מקום שיכול לבא לידי ספק החמירו חכמים ר"ל שחששו פן לפעמים יזדמן שיהיו מן המיעוט שלא יהיה עוברת ניכר לשליש ימיה או שיהיה הוולד מן השני ותהיה מן המיעוט שיוולדו ואנחנו לא נדע בתר איזה רוב נלך ונבא לידי ספק וע"ז תירצו דכ"כ לא הי' משתהי כו' וס"ל דבכה"ג אפי' מיעוט נמי ליכא שיהיו שוהין בהכרת העובר כ"כ והלכך כיון שכבר המתנה ג' שריא שא"א לבא לעולם לידי ספק משא"כ אם לא תמתין רק חדש אחד לבד.

כנלע"ד ברור בפשט דברי התוס': ולפ"ז א"ש קושית הש"ס דפריך ותמתין משהו כו' אף אם נימא דיולדת לז' עוברת ניכר לב"ח ושליש דכיון דאנו בודקין אותה תו ליכא למיחש וכמ"ש רש"י דאי בר בתרא הוא אכתי לא הוי מינכר דלא מלו להו ג"ח משום שהוא משהו דהמתנה וס"ל דאם באנו לחוש שהוא בר בתרא אין לחוש שמא יהיה בר בתרא ונולד לז' ולכך הוא ניכר עכשיו לפי שכבר עברו עליה ב"ח ושליש דז"א כיון דמלו תלתא ירחי מן הראשון והוא ניכר לזמן הקבוע לו מה"ת לתלות באחרון ובר ז' דהא רוב לט' ילדן וכל שאינו רוב עוברת ניכר סותר לרוב זה ודאי תלינן בקמא ובר ט' הוא ואין כאן מקום ספק כלל שיחושו לו חכמים רק אם נאמר שמא מבתרא הוא ובר ט' ותלד למחצה חודש הט' למ"ד יולדת למקוטעים ואז יהיה ספק אם בר קמא הוא אם בר בתרא הוא ז"א דא"כ אכתי לא הוה מינכר דלא מלו ג"ח כו' וכמ"ש רש"י ואין כוונתו שמא בר בתרא הוא ובר ז' דמה"ת למיתלי בבר ז' נגד הרוב וכמ"ש אלא ר"ל שמא בר בתרא ובר ט' וע"ז שפיר כתב דלא הוה מינכר כו' ושוב כתב רש"י ואי לא מינכר ובתר הכי מינכר ודאי בר בתרא הוא ר"ל דהבדיקה בדדים מכריע שהוא בר בתרא וסופו להיות נולד לט' ואם יהיה נולד לז' ג"כ ע"כ לאו בר קמא היא שהרי אין ניכר ע"י בדיקה לתלתא ירחין משעת מיתת הבעל וע"כ מן המיעוט הנולדים לז' הוא אבל אם היה ניכר בשעתו אין לנו לספק שהוא בר בתרא כלל ולעולם בקמא תלינן דהא רובא לט' ילדן וכיון דליכא למימר דמבתרא ובר ט' הוא ממילא אמרינן דהוא בר קמא והוא נכון לענ"ד: וראיתי בב"ח אה"ע סי' קס"ג שכתב על מ"ש הטור יבם היבם לסוף ב"ח פירוש דלא הגיע עדיין חודש ג' אפי' יום א' בחדש ולא היה ניכר עוברת חסר קצת וצ"ל דאילו הגיע החדש הג' אפי' יום א' בחדש כו' תלינן דבן שני הוא דכתיב ויהי כמשלש חדשים דאלמא דעובר ניכר מיד כשמגיע החדש הג' כו' ואע"ג דבעינן צ' יום היינו דלכתחלה אזלינן לחומרא אבל מדינא סגי ברובו של ראשון ורובו של אחרון ואמצעי שלם דהיינו בט' ויום א' וכך היו עושין מעשה כדאיתא בהחולץ עכ"ל וכ"כ בסימן קס"ד דזהו חומרא

מדברבנן דלא צריך מדינא אלא ב"ח ויום א' עכ"ל: והנה ממשמעות דבריו נראה מבואר דכ"ע מודו בהא דסגי בב"ח ויום א' רק מאן דמצריך שלש חדשים היינו לו לחומרא וקצת משמע כן מדברי הירושלמי והמדרש רבה דקאמר התם דהא דסומכס לא סוף דבר ג"ח אלא רובו של ראשון כו'.

אך לפענ"ד יש לתמוה דלפ"ז מאי פריך ותמתין משהו ותנשא ולכי מלו ג' ירחי נבדקה דמאי תועלת יש בבדיקה זו דהא שפיר יש היכר גם אם הוא בר בתרא וא"ל דמאי דפריך לכי מלו תלתא ירחי נבדקה היינו שיעור ג"ח שהוא ב"ח ויום א' כדפרשינן לישנא דקרא ויהי כמשלש חדשים וע"י בדיקה אנו יכולין להכיר בזמן ההוא והא דמצרכינן ג"ח היינו בלא בדיקה ז"א דמשמע התם דתלתא ירחי ממש קאמר ועוד דא"כ מאי משני אין בודקין את הנשואות אכתי קשה ותמתין ב"ח ומשהו ונבדקה ואח"כ תנשא וע"כ דלהב"ח אין לסמוך על הבדיקה דלחומרא לא סמכינן על הבדיקה כל שהוא תוך ג"ח וע"כ דקושיית הש"ס ונבדקה במלואת ג"ח ממש וא"כ אכתי תיקשי דילמא בר בתרא הוא ואין ראיה מהיכר הוולד דבב"ח ויום א' נמי שפיר יכול ל להיות ניכר.

וכדי ליישב דברי הב"ח צ"ל דקושיית הש"ס למ"ד יולדת לט' אינה יולדת למקוטעין וא"כ אין חשש שתלד לט' מן הראשון דבכה"ג ע"כ לאו בר ט' מבתרא הוא כיון שהמתנה משהו וע"כ שאין חשש בזה רק דילמא אשתהי מלהתעבר ובר ז' לבתרא הוא וכן יש חשש דילמא תלד בששה ומחצה וכיוצא ואז יש ג"כ ס' דלמא בר ז' לבתרא הוא וכיון דאין כאן מקום ס' רק אי בר ט' לקמא או בר ז' לבתרא ע"ז שפיר יש הבחנה ע"י בדיקה דאם יהיה ניכר אע"ג דאפשר שגם הוא מבתרא יהיה ניכר מחמת שעברו עליו ב"ח וי"א מ"מ אין כאן ספק דתלינן בקמא דרוב' לט' ילדן שהרי אין כאן ריעותא נגדו ואם לא יהיה ניכר דאז שפיר נופל הס' מחמת דרוב עוברה ניכר לשליש ימיה וסותר לרוב דלט' ילדן בכה"ג אמרינן דודאי בר בתרא הוא דכיון דבדקינן לה ולא מינכר ודאי היא דלאו מקמא הוא דבדיקה בחינה מעלייתא הוא: אך בעיקר דברי הב"ח שכתב דמדינא סגי בב"ח ויום אחד לא משמע הכי מדברי הפוסקים אלא משמע מדבריהם דג"ח של ימים בעינן מדינא ומ"ד דס"ל רובו של ראשון כו' פליג אדסומכוס ולא קי"ל כוותיה ואע"ג דרש"י בחומש פ' וישב פירש ארי דויהי כמשלש חדשים רוב של ראשון כו' והרא"ם שם כתב דהתם לא כתיב וימלאו ימיה ללדת רק ויהי בעת לדתה והיינו שנולדו לז' ולכך קאמר רובו של ראשון אחרים השיגו עליו ועיין בנזה"ק דף () מ"ש בזה גם מ"ש הב"ח דב"ח ויום א' סגי וברא"מ שם מבואר דדוקא רובו של ראשון משום דחדשה גרם אך דבאמת דעת קצת פוסקים דשפירא גרם וכמבואר באה"ע סי' ד' ויש לפלפל בזה הרבה ולקצר אני צריך ועיין בדרישה סי' קס"ג שכתב נראה דדוקא קאמר לסוף ב"ח דאלו לסוף חדש אחד וילדה לסוף ט' הוי תלינן ודאי בראשון דאילו לשני לא הוי חי דבן ח' חדשים הוא ולא הוי אמרינן בן שני הוא ובן ז' ראוי להיות אלא דאשתהי ואי ילדה בן ח' הוי אמרינן דודאי בן שני הוא מה"ט גופא עכ"ל.

ודבריו תמוהים מאוד שהוא נגד הש"ס דפריך ותמתין חודש א' ומשני דאיכא למימר דבתרא היא והיתה שוהה חדש א' מלהתעבר כו' ומבואר שם דספק גמור הוי ע"ש: ודאתאן עלה לענין הכרת העובר דכתיבנא דאפשר שיש הכרה במראית העין אלא דלא

הוא רק רובא דמינכר משא"כ ע"י בדיקה בדדים הוי הבחנה גמורה לידע אם היא מעוברת או לאו וכן העלה מכ"ת ג"כ בפוסקים לא נמצא דבר מזה ואין לנו הכרח רק מחמת דאמרינן רוב עוברת ניכר כו' והתם פריך ותמתין ולבדקה ול"א דחיישינן שיבא לידי ספק ע"י המיעוט וכמש"ל וגם דמשמע מדקאמר וזו שלא הוכר עוברת י"ל שדוחק לפרש דע"י בדיקה קאמר וכמ"ש בק"א: אך דמ"מ יש פתחון פה לומר כמ"ש בקונטרסי דאף אי מהני הכרה למראית העין מ"מ אין הכרח שעברו עליו ג"ח דאפשר דלפעמים אף בחזק ירחא או בתרי ירחא מינכר למראית עין וא"ש הא דקאמר רוב עוברת ניכר לשליש ימיה משום דעכ"פ בהגיע ג"ח ניכר הוא על הרוב למראית העין ואפ"ה פריך התם ותמתין משהו כו' ונבדקה משום דשם א"א לסמוך על מראית העין דאף אם יהיה ניכר למראית העין לג"ח אין ראייה דלאו בר בתרא הוא דדילמ' בר בתרא הוא וניכר לב' ומחצה במראית העין ו ולכך פריך ונבדקה בדדיה כדרך נשים דע"י בדיקה זו יש להבחין שכבר היא מעוברת ג"ח דבפחות מזה אין הוולד ניכר בבדיקה זו וכן להיפוך אם עברו עלי' ג"ח בודאי ניכר היטב ומשני אין בודקין כו' ועכ"פ לענין שנדע ע"י הכרה במראית העין שכלו לו חדשיו אין זה מועיל כיון דלפעמים הוא ניכר קודם ג"ח: ונפלאתי על מ"ש מכ"ת דעכ"פ יש הוכחה דמועיל הכרה במראית העין דאטו מי קאמינא דאין הכרה מועיל והלא הוא דבר הנראה בחוש להכיר שהוא כריסה בין שינייה רק שאעפ"כ א"א לידע הזמן המוגבל שהוא ניכר בו שלפעמים הוא ניכר קודם לג"ח ולפעמים הוא ניכר אחר הזמן הזה הכל לפי גידול הוולד וטבעו וא"כ א"א לידע על ידו אם כלו חדשיו אם לא ואם היינו מפרשים הא דקאמר בש"ס הכרת העובר דג"ח היינו בראית העין א"כ ע"כ שגם ע"י ראיית העין זמנו מוגבל על ג"ח אבל כיון שאין זה מוכרח ואיכא למימר דענין הכרת העובר שזמנו מוגבל לג"ח היינו ע"י בדיקה כדמשמע מדברי רש"י א"כ י"ל דע"י ראיית עין אין הגבלה לדבר רק ע"י בדיקה ומ"ש הפוסקים דלא משכח' כלו חדשיו כ"א בבעל ופירש ולפמ"ש הא משכח' לה כשהוכר העובר ע"י בדיקה ואח"כ הולידה לו"ח וצ"ל כמ"ש שם כיון דחיישינן לשמא נפל הוא ולידתו קודם זמנו אף הכרתו שע"י הבדיקה גם כן אין ראייה שאפשר שבא קודם זמנו ואפשר שטעם הכרה בג"ח לפי שבג"ח אמצעיים הוולד דר במדור האמצעי וכשהוא עתיד להיות נפל אזי קובע דירתו במדור האמצעי קודם זמנו ואם כן אין מזה ראייה שכלו לו חדשיו כלל רק לענין כדי להבחין בין זרעו של ראשון כו' דבולד בן קיימא אמרינן שפיר מועלת בדיקה זו: ומ"ש מדברי המתנות כהונה וסיים בה דעכ"פ מבואר דמועיל הכרה במראות עין ונפלאתי שהוא ראייה לסתור דאדרבה משם מבואר דלאחרים אינו ניכר בג"ח ולכך הוצרך לומר שהיתה מטפחת כו' לפי שהיא מרגשת בעצמה ע"י בדיקה או הרגשה של הגוף דהשתא גופה מליא.

ובהכי א"ש מה שהקשה מכ"ת דמה מועיל ג"ח דילמא אשתהי ולפמ"ש א"ש די"ל דכיון שעברו ג"ח הרי היא יודעת בנפשה שאינה מעוברת ונאמנת לענין הבחנה ואע"ג דאמרינן אשה מחפה על עצמה היינו לאחר הנשואין שכבר נישאת לשני. אבל קודם שנשאת אם היתה מרגשת בעצמה שמעוברת היא פשיטא שהיתה מפרסמת שמעוברת היא דמה"ת תסיק אדעתה שישהה הולד יותר מט"ח ולכן תנשא לשני כי יהיה נעלם מעיני אישה שהיתה מעוברת ויסבור שהוא בנו שהרי על הרוב היא יולדת בזמנה ואם

כן ידעו הכל שהוא בן הראשון ולכן כיון שהמתנה ג"ח אמרינן דבודאי לא היתה מסתרת שהכירה עוברת שהרי היא מרגשת בעצמה אבל לאחרים אין היכר אף לאחר ג"ח לדעת המ"כ ואם כן פשיטא דאף אם למראה עינינו נשפוט שמעוברת הוא אין מזה ראייה על ג"ח שהרי לא על ראיית העין נאמר הא דכמה הכרת העובר עד ג"ח כ"א על הכרת האשה והרגשתה.

אך מלשון הרמב"ם והסמ"ג שכתבו דהבחנת ג"ח כדי לידע אם מעוברת היא אם לאו כו' משמע דאיכא נמי הכרת אחרים ע"י ג"ח בראיה בעלמא וכבר כתבתי דהכי משמע מפשטא דקרא ויהי כמשלש חדשים כו' ולכן עדיין צ"ע: ומ"ש הדרת כ"ת ליישב הקושיא מש"ס דר"ה משום דבבהמה אף רבנן מודו דאסור באכילה מדאורייתא משום סמוך מיעוטא ולא כתב ליישב דברי הש"ס דשבת דפריך מהא דאביי ורבא איקלעו כו' השתא לא אכלינן מיניה ומאי קושיא דילמא באכילה אסור משום סמוך מיעוטא לחזקה ואמנם כבר פלפלתי בזה בתשובה עם חכם אחד ושם כתבתי שלפענ"ד אין מקום לומר בזה סמוך וכו' דלא מבעי' לשיטת רש"י דלא אמרינן סמוך בכה"ג אלא אפי' לשיטת התוס' נמי א"א לומר כן והגע עצמך בהא דאמרינן דאין צריך לבדוק אחר טרפות משום דרוב בהמות כשרות ואפי' טרפות הריאה שהוא מיעוט המצוי אינו רק מדרבנן ובנאבדה קי"ל דמותר מדינ' ולמה לא נימא סמוך מיעוטא לחזקה שהרי רש"י לא ס"ל בחזקת שאינו זבוח רק בחזק' אמ"ה ואפ"ה גבי חש"ו אמרי' סמוך מיעוט' דמעשיהם מקולקלין לגביה כמבואר בחולין דף פ"ה אם כן ה"נ נימא סמוך מיעוט דטרפות לגבי החזקה ומה בין מיעוט דנפלים דסמכינן ליה אחזקת אמ"ה למיעוט דטרפות א"ו דז"א ואנן הכי קאמרינן דרוב בהמות הם ניתרים באכילה ע"י שחיטה כהוגן ויוצאין מזה מחזקת איסורן וא"כ ל"ש לסמוך מיעוט' דטרפות למיעוטא דנפלים לחזקה שהרי על אותה חזקה עצמה אנו אומרים הרוב שרוב בהמות הנולדי' הם כשרים לאכילה ע"י שחיטה וכי שייך למימר סמוך מיעוט' דווקא היכי דנפל ספק במעשה השחיטה גופא דאז אמרינן שלא יצאתה מחזקתה שהיתה אסורה כיון דאיכא מיעוטא קמן דאיכא למימר מחמת דאכתי באיסורא קיימא ולשיטת רש"י מחזקינן מאיסור לאיסור בכה"ג ובתשובה אחרת ביארתי לסברת רש"י איך שייך לסמוך מיעוטא לחזקת איסור אחר וביארתי שם על נכון.

לפי שכשאתה בא לסתור החזקת איסור שהיה בו מחמת הרוב אני אומר אל תסתרנו דהא איכא מיעוטא דקאי כוותיה משא"כ אם בביאתו לעולם בא הרוב והחזקה צמודים יחד שתיכף אנו אומרים רוב הנולדים מסתלק איסורם ע"י שחיטה פשיטא דלא שייך בכה"ג לומר סמוך מיעוטא כלל. וגם כי מ"ש כ"ת לשיטת התוס' דבנבילה הוי איסור שאינו זבוח ולכך שפיר אמרינן סמוך מיעוטא שע"י המיעוט היא נשאר בחזקת אותו איסור גופיה משא"כ במיעוט דנפלים דבאמת נשחט כהוגן אלא שאם נפל היא אין שחיטה מטהרתו פשיטא שאין עליו איסור שאינו זבוח כיון שאין במינו שחיטה דזבחת בקר וצאן כתיב כמ"ש רש"י בחולין ואין עליו רק איסור נבילה ובכה"ג ל"א סמוך לשיטת התוס' דאין מחזיקין מאיסור לאיסור ומכ"ש דלא סמכינן מיעוט איסור זה לחזקת איסור אחר ואדרבה לפ"ז החזקה והמיעוט מתנגדים דא"א לומר בחזקת שאינו זבוח עומדת אם לא שנלך אחר הרוב שאינו נפל והוא בר זביחה וחייל עלה הך עשה דזבחת ואם נתפוס המיעוט שהוא נפל אין כאן חזקת שאינו זבוח כלל והדברים ברורים דבכה"ג

אין לסמוך מיעוטא לחזקה ועוד הארכתי בתשובה שם והבאתי ראיה מדברי הרמב"ם פ"ב מהלכות אה"ט דלהרמב"ם הוי ספק נפל דאורייתא כשנשחט תוך ז אף במקום דל"ש סמוך וכו' שהרי התם נשחט' כהוגן לפנינו ואין כאן חזקת טומאה ועד עתה בחזקת טהרה עומד' ולא דמי ללא בדק אם נשחט הרוב דאיכא מ"ד דמטמא במשא משום דהתם אמרינן דגם עתה לא נשחטה כהוגן ועודנה בחזקתה הראשונה והשתא מתה היא משא"כ דודאי נזבחה אלא דאיכא מיעוטא שאין הזביחה מועלת פשיטא שאין מקום לומר סמוך דהא עכ"פ חזקת טומאה אין כאן ושם ביארתי כל הצורך בלשון הרמב"ם שם והנה אף כי טרידנ' טובא כעת לקחתי מעט פנאי אמרתי ויהי מה ארוצה ואשובה לכבודו הרמה ועוד חזון למועד שמור אי"ה גם יקבל הדרת כ"ת את אשר העלתה מצודתי בעסק העגונה ואם כי הייתי מקצר ועולה בפלפוליה כי לא הועמד הגוף על חזקתו מובטחני בזה שעכ"פ הם קרובים למרכז הדין דברי הפותח בברוך וחותם באהבה רבה דבק מאח זעירא דמן חבריאי: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה קלו שאלה אשה א' עגונה מק"ק קופיל שהוגבה עדות שנמצא הרוג סמוך לק"ק הנ"ל עם מטלטלין ובגדיו סמוך לק"ק הנ"ל ומההרוג כבר נאכל הראש ולא נשאר רק עצם הקדקוד וגם הגוף לא נמצא רק השדרה וצלעות בני מעים תלוין רק עדים הכירו הבגדים בט"ע וקצת סימנים ותוכן הענין יתבאר מתוך התשובה והעני' באתה הלום מתנפלת להוציא לאור משפטה דמוע תדמע מאין הפוגות לחמול על טל ילדותה ואף כי כחוש חילאי ומרתתן ידאי וטובא איכא דרמיין עלאי אפס כי עז הפצרתה והפצרת הב"ד משם ולא יכולתי לאטום אוזן ולפטור עצמי מרחם על עלובה זו גלל כן הרימותי ידי לבאר בדרך קצרה מה שנלע"ד בשריותא דהך איתת': תשובה ראשון תחלה נאמר בענין התרת האשה ע"י סימני כלים וט"ע בכלים באנו למחלוקת הפוסקים אי חיישינן לשאלה וכבר הארכתי בכמה תשובות בענין זה והעליתי שהרבה מגדולי הראשונים והאחרונים תופסים להקל בחשש זה והרשב"א כאחד מהם ועתה זיכני ה' ובא לידי חידושי הריטב"א על יבמות ובדברי קדשו כתוב וז"ל ואבא כליו בחיורוי וסומקי ולעולם לא חיישינן לשאלה וכן הלכתא דלשאלה לא חיישינן עכ"ל.

הרי תנא דמסייע לגאונים המקילין בחשש שאלה ומכ"ש בזה דליכא מאן דפליג דלא חיישינן לשאלה לפי העדות שהעיד מו' ישראל שהאופינטשי שנמצא אצל ההרוג הוא השאילה לו והכירה בט"ע וסימנים ואין השואל רשאי להשאיל ובפרט בזה דודאי המשאיל הוה קפיד עלה טובא רק מחמלתו על האיש הזה שנסעו עמו בצוותא בימי שלג וקור והיה מחוסר בגדים ומחמלתו עליו שאל לו האופינטשי דלשתזיב מן צינתא והבטיחו שבחזירתו לק"ק קרעמניץ יביא האופינטשי הנ"ל עמו בחזר' (שהאיש הזה מקופיל היה מלמד בק"ק קרעמניץ ונסע לביתו על חנוכה וקרוב לביתו נסע ביחידות עם העגלן ערל ונאבד האיש וכשתפסו העגלן שחט בלילה את עצמו) פשיטא שלא היה עושה כזאת להשאילה לאיש אחר והוא דבר ידוע לכל כמבואר בגיטין דף כ"ט דאמר ר"ל כאן שנה רבי אין השואל רשאי להשאיל כו' א"ל ר' יוחנן זו אפי' תינוקת של בית רבן יודעין אותה ופרש"י זו אפי' כו' דאם השאילו לו לצורך אחרים השאילה לו דאין השואל רשאי להשאיל ונמצ' זה עובר על דעתו ומקניטו עכ"ל: ובאמת שצ"ע לענ"ד דלכאורה י"ל דאע"ג דאין לו רשות להשאיל לאחרים לעשות בו המלאכה ששאלה זה

דלצורך אחרים לא השאילה מ"מ היה אפשר לומר דשפיר מצי לממסר לחברי' בתורת שליחות שהוא יחזיר לבעלים ומעשה קוף בעלמא קעביד להיות מוליך החפץ וע"ז לא קפיד וא"כ טובא אשמועינן מתני' דאף בתורת שליחות לא ישלחנו ביד אחר משום שאין רצונו כו' ואגופא דלישנא דר"ל דנקט הרבות' שאין רשאי להשאיל שפיר קשיא ליה לר"י זו תינוקת כו' אבל על ר"י גופא קשיא דמשום הא לא היה צריך לפרש המשנה בענין אחר ממה דמפרש ר"ל דהא שפיר מתוקמא לענין ממונא ולא לענין גיטא ושליחות אתי לאשמועינן ולולי דברי רש"י היה אפשר לומר דבין לר"י ובין לר"ל שאלה ושליחות שוים הם דאמלאכה אין לו קפידא דמה איכפת לו מי שנהנה בעשיית המלאכה בחפץ זה אם הוא או ישאילו לאחר מרצונו אך עיקר הקפידא הוא על מסירת החפץ והוצאתו מרשות לרשות אחר לפי שאין רצונו כו' ור"י פריך לי' זו תינוקת כו' שהכל יודעין שאין רשאי למסור לאחר דסברא פשוטה היא אין רצוני ולכך הוצרך לאוקימתא דבגיטא מיירי מתני' אבל לפי משמעות לשון רש"י דמה דקאמר ר"י זו תינוקת היינו דהסברא פשוטה שלא השאילו לצורך אחרים וא"כ למה נקט ר"ל במלתיה אין השואל רשאי להשאיל טפי ה"ל למנקט חזרת החפץ ע"י שליח וגם ר"י לא הוה נייד מפירושא דר"ל דלענין ממונא מיירי רבי ושליחות אתי לאשמועינן שאין תינוקת כו' יודעין זה וא"כ דברי רש"י צ"ע וגם רש"י בב"מ אהיהא דר"ל דאין השואל כו' כתב רש"י ז"ל וז"ל בגיטין תנן השולח גט כו' ואמר ר"ל עלה כאן שנה רבי כו' דבכולהו שייך למימר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר עכ"ל ולשון זה משמע דאדרבא שליחות פשיטא טפי משאלה ולכן כתב רש"י דבכולהו שייך לומר אין רצוני ר"ל דר"ל אתי לאשמועינן דאף בדרך שאלה נמי שייך הך טעמא דקאמר רבי במתני' גבי שליחות והיינו משום דהוה ס"ד כיון שהשאילו והשכירו תו לא קפיד שיבא ליד אחר קמ"ל ר"ל דגם בשאלה ושכירות אסור וילפינן משליחות ומה שאמר כאן שנה רבי כו' ר"ל שממה ששנה ר' כאן גבי שליחות ממנו נקח ג"כ לדין שאלה ושכירו' דגם בזה י"ל הך טעמא דאין רצוני כו' ונראה דר"ל הוה קשיא ליה מתני' דגלי לן טעמא דלא ישלחנו ביד אחר משום דאין רצוני כו' ומשמע ליה דודאי לאו לענין דין חיוב ופטור מיירי אלא דאפי' אם הוא פטור משום דמסרה לבן דעת מ"מ אסור לשליח משום אין רצוני כו'.

ולכאן ל"צ האי טעמא דהא מסתברא דאסור שאם יאבד אצל זה יפטר ובאמת לא מהימן ליה בשבועה ואף דבשביל זה ס"ל שאין לחייבו ממונא מ"מ עכ"פ אסור לעשות כן שיש בזה העברת דעת בעלים דשמא זה לא מהימן ליה בשבועה אך אי הוה תלינן טעמא משום דלכתחלה אסור משום דאת מהימן כו' י"ל דדוקא בש"ח דפטור מגניבה ואבידה דשכיח דמתרמי וא"כ אסרינן לכתחלה דלמא יפטר זה בשבועת גניבה ואבידה ולא מהימן לי' משא"כ בשאלה ושכירות כיון דבגניבה ואבידה חייב ואונסין לא שכיח א"כ אין לנו לאסור לכתחלה משום חששא דלא שכיח שזה יפטר עצמו בשבועה בטענת אונס וא"כ י"ל דבשאלה ושכירות שפיר שרי להשאיל ולהשכיר לאחרלכתחלה ואם יופסד באמת ישלם ולכן נקט רבי טעמא דאין רצוני כו' ולא מהני ליה תשלומין דכ"א רוצה בקב שלו ואסור גם בשאלה ושכירות והיינו דאמר ר"ל כאן שנה רבי כו' ר"ל מה שהוסיף בטעמא דאין רצוני כו' הוא לאשמועינן שיש איסור גם בשאלה ושכירות ולא בשליחות דוקא וזה כוונת רש"י בב"מ שכתב דבכולהו שייך למימר אין רצוני כו' ור"ל

דאע"ג דלפי טעמא דאת מהימן לי כו' היה מקום לחלק לענין לכתחלה בין שליחות לשאלה ושכירות מ"מ לטעמא דנקט תנא לאסור לכתחלה משום אין רצוני שפיר שייך אף בשאלה ושכירות: והשתא א"ש מ"ש רש"י בגיטין זו אפ"י תינוקות כו' דלא לצורך אחרים השאילו לו ור"ל דמ"מ מה דחדית לן רבי בטעמ' דאין רצוני הוא אך למותר דאע"ג שאין שייכות בזה לאסור לכתחלה משום את מהימן כו' מ"מ יש סברא לאסור משום שלא השאילה לצורך אחרים ותינוקות של בית רבן יודעין אלא זימנין דאפ"י גיטא כו' ומש"ה קתני לפי שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר דהיינו אשתו דשמא לא ימסור שליח השני דברים כהווייתן כמ"ש רש"י שם וא"ל דאכתי מצינן למימר לדמתני' לענין ממון מתניא ואשמועינן בהך טעמא דאין רצונו כו' דאפ"י שואל אסור לשלחה ביד שליח דבזה ליתא להנך תרתי טעמי דמטעם דאת מהימנת לא שייך כיון דשואל הוא ואפ"י אם תאנס יתחייב לשלם ומתה מחמת מלאכה לא שכיח והך סברא שלא לצורך אחרים השאילה נמי לא שייך בזה שאינה משאילה רק שהוא משלחה בחזרה ליד הבעלים על ידי אחר ולזה הוצרכנו לטעמא דאין רצוני כו'.

אך גם זה אינו דבכהאי גוונא ודאי מסתבר דאסור לעשות שהרי זה יהיה שומר חנם וגרועי גרעי לשמירתו ואע"ג דהוא יתחייב לשלם מ"מ שמא הבעלים רצונם בגוף החפץ ולא מסרוה רק ע"ד שישמור שמירה מעולה כשואל ומה בכך שמוסרה לבן דעת מ"מ אסור לכתחלה לגרוע שמירתו וזה היה סברא פשוטה להש"ס טפי ולכך נקט ר"ל אין השואל רשאי להשאיל דאין כאן גריעות שמירה ואמר ליה ר"י דזו תינוקות כו' דגם זה אין רבותא שהרי לא השאילה לצורך אחרים כן נראה ליישב דברי רש"י ז"ל קצת ומ"ש הערני בני החרף ושנון האברך מוה' חיים ליבוש שי': והנה הארכת בזה משום דלכאורה בנ"ד שאנו תולין ההיתר דלא ניחוש לשאלה משום דהאופינטשי היתה שאולה בידו ואין השואל רשאי להשאיל ואכתי למיחש מיבעי שמא זה השואל אתרמי ליה שלא היה דעתו לחזור לק"ק קרעמניץ ובכדי לעמוד באמונתו להחזיר האופינטשי ליד המשאיל שלחה ע"י אחר ואותו אחר הוא שנהרג שלפי משמעות לשון רש"י הנ"ל משמע לכאורה דדוקא להשאיל אינו רשאי לפי שלא לצורך אחרים השאילו לו משא"כ בדרך שליחות שפיר מצי למסור ליד אחר אך לפי מ"ש ז"א דהא ממתני' מוכח דאפ"י בדרך שליחות אסור לשלוח ביד אחר וא"ל דבמתני' כיון שגם זה השליח הראשון אינו שואל בזה אסור משום שאין רצונו כו' לפי דלא מהימן ליה בשבועה גם ז"א ע"פ מ"ש לפרש בסוגיא מוכחא מלתא דלפום הך טעמא דאין רצוני כו' אף בכה"ג אסור אפ"י בדרך שליחות ומלתא דפשיטא הוא דאסור לגרוע שמירתו ולכך לא מוקמי לי' ר"י ור"ל למתני' דאתי לאשמועינן בטעמא דאין רצוני דאפ"י בכה"ג אסור דגם הא מילי דסברא נינהו וא"כ בנ"ד אין לנו לחוש לשאלה ולא לשליחות דלא חיישינן דעבד איסורא: והנה דבר זה שאמרנו בדבר השואל בידו לא חיישינן לשאלה משום דאין השואל רשאי להשאיל נפתח ברבוות' וכבר האריך בהיתר זה בשו"ת צ"צ סי' ק"ו וכתב שיש להתיר ע"פ עדות העד שהעיד שמשרת של הפרוץ שמצא ההרוג הביא לו הסידורל שמצא אצלו והסידוריל היה שלו שהשאיל לבעל האשה מטעם דלא חיישינן לשאלה כיון דאין השואל רשאי להשאיל כו' והביאו הב"ש בקצרה ס"ס ק"ע וע"ש שכתב דליכא למימר לאו כ"ע דינא גמירי ולא ידעו הא דאין השואל רשאי להשאיל דז"א דהא א"ל ר"י זו אפ"י תינוקות

כו' משמע בהדיא דכ"ע גמירי דין זה ע"ש והנה לא העיר במה שכתבנו דלפי דבריו שם שכתב בטעמא דתינוקת יודעין לפי שלא השאילה לצורך אחרים היה מקום לחוש שמסר לאחר הסידוריל להחזירו לבעליו ולא בדרך שאלה אך לפי מ"ש נראין הדברים דגם להא ליכא למיחש כלל ומכ"ש בנ"ד כפי מה שהגיד לפני העד מו' ישראל שהשאילה לו ע"ד שאחר חנוכה שיחזיר לק"ק קרעמניץ יביאנה אתו עמו ועשה כן לפי שהיה כמעט ערום רק בלייבל קצר ויהיה לו האופינטשי להתעטף בדרך חזרתו וא"כ מעולם לא עלה על דעתו שיתרצה המשאיל שישלחנה ביד אחר ודיינינן שמסתמא לא עבר על דעתו לשלחה ביד אחר ובפרט באיש הזה שהיה מלמד תינוקת בק"ק קרעמניץ ומחמת שהוא איזה פרסאות והמה יומי דמפגרי ביה נתרצו לו הבעה"ב שיסע אל ביתו על חנוכה ובודאי שהיה מוכן לשוב על אתר אחר חנוכה בכדי שלא יהיה התינוקת בטלים ואנו צריכים לתלות בסיב' רחוקה שנזדמנו שהוצרך לילך למרחוק והאופינטשי שלח בחזרה ע"י אחר כולי האי לא חיישינן: ואמנם עדיין אנו צריכין לברר מזה שיש לפקפק בעדות זה שזה מעיד שהשאיל לו האופינטשי והרי הוא נוגע בדבר ונוגע פסול לעדות ואע"ג דהצ"צ בסי' הנ"ל מתיר מהאי טעמא שהעד אמר שהשאיל לו הסידוריל שם בעובד' דידיה כבר היה הסידוריל בידו שמסר לו המשרת של הפרוץ ואי בעי שתיק ולא אמר מידי מן הסידוריל רק שהוא מגיד זאת בשביל התרת האשה שהוא היה המשאיל הסידוריל לבעל האשה ועתה נמצא אצל ההרוג הזה וסימנ' מלת' שזה ההרוג הוא בעל האשה וכל כה"ג שיש לו מגו לאו נוגע בעדות הוא וכדאיתא בקידושין דף מ"ג דפריך הני נוגעין בעדותן הם ואמרינן דלאו נוגעין נינהו מגו דיכלו למימר אהדרינהו ללוה כו' משא"כ בנ"ד דהאופינטשי הוא ביד אנשי העיר שמצאו אותה אצל ההרוג כשאומר שהוא השאילה ה"ל נוגע ואע"פ שאמר בסוף שהוא נותנה במתנה לכבוד המת מ"מ יש לחוש שמא בתחלת עדותו היה בדעתו שתוחזר לו ע"י אמירתו ולכן אף שגם אח"כ כשאמר שנותן במתנה עודנו מחזיק בדבורו שאמר תחלה עביד אינש לאחזוקי דבוריה ואין סילוק בנגיעה מועיל אא"כ סילק עצמו קודם שהעיד ועיין בח"מ סי' ל"ג בש"ך ס"ק בשם בעה"ע בקרוב ונתרחק דאמרינן דעביד לאחזוקי דבוריה: אך נראה לענ"ד דבנ"ד אין לחוש לזה מכמה טעמים ומתחלה אבאר דבעיקר חששא דנוגע פסול י"ל דבעדות אשה כיון דאקילו בה רבנן שאפי' היא עצמה מהימנא וכן קרובים נאמנים גם בנוגע יש להכשיר וכבר עמד בזה מופת דורינו הגאון ז"ל בשו"ת נ"ב סי' כ"ז והאריך בזה ומ"ש שם להקשות מגר שאמר נתגיירתי כו' כבר כתבתי בתשו' לדחוק דהתם אם אין מאמינים לו שנתגייר ממילא שעדיין הוא עכו"ם ולא מהני ביה מלתא דעל"ג שהרי אפי' בעדות אשה לא הכשירו כ"א מסל"ת דוקא אע"ג דהוה מלתא דעל"ג.

ולכאורה נראה להביא ראיה דנוגע כשר לעדות אשה מדאמרינן ביבמות דף צ"ד ודף קי"ח אין האיש נאמן לומר מת אחי שאיבם את אשתו והרמב"ם הל' יבום כתב טעמא שמא עיניו נתן בה. ולכאורה ל"ל הך טעמא דת"ל דלא מהימן דכיון שהוא אומר שהוא היבם וכשמייבם יהיה נכנס לנחלת אחיו עי"ז ולא מהימן משום נוגע וכה"ג מיייתי בנ"ב ראיה ממ"ש הב"ש בשם הש"ג דבן בעלה נאמן ע"ש.

ומצאתי בשו"ת ח"צ סי' צ"ד שכתב להוכיח מזה דלא אמרינן נוגע מחמת ירושה דהא משמע דוקא ליבם אינו נאמן הא אם היא אחותה נאמן ולא אמרינן נוגע מחמת ירושה

ע"ש: אך באמת י"ל דאי מהאי טעמא הוה אתינן לה דלכך לא מהימן מת אחי לפי שנוגע מחמת ירושה אכתי הוה מצי לאשכוחי דמהימן היכא שידוע שלא נשאר ממנו כל מאומה ואין כאן צד נגיעה כלל ומדקאמר סתמא משמע דבכל גוני לא מהימן ולכך הוצרך הרמב"ם לומר הטעם משום שמא עיניו נתן בה ובהכי נמי מדחיא ראיית הנ"ב מההיא דבן בעלה דהתם לא בא אלא לומר דאע"ג דבנשים בכה"ג לא מהימנא מ"מ בזכרים כה"ג מהימן ובאמת היכא דליכא חששא דנוגע משום ירושה וא"ל דאדרבה נידוק לאיסור' בנוגע דהא חזינן דחמש נשים אין מעידים משום דרוצים לקלקלה וכן היבם אינו מעיד משום שמא עיניו נתן בה אלמא היכא דאיכא צד נגיעה פסול להעיד ז"א דהך נשים דה' דחיישינן לקלקולה משום קנאה בירך חברתה וסניא לה משום דאכלה לגרסנא שפיר חשדנה לה וכדאמרינן בעלמא מאה מיתות ולא קנאה אחת וכן בעניי נשיאכתבו התוס' והרא"ש ביבמות דף צ"ד דגדולה שנאת השונאים מאהבת האוהבים וה"נ לענין חששא דנגיעה טפי יש לחוש לחשש שנאה מלחוש לחשש נגיעה של הנאת ממון: ועוד נראה דודאי אם היה צריך ליתן מקום לדבריו שע"י שאומר שהאופינטשי שלו שהשאל לזה היה נאמן שתוחזר לו ודאי איכא חשדא דנגיעת ממון אבל כיון דבאמת לענין שיחזירו לו האופינטשי אין בדבריו כלום שאינו נאמן להוציא מיד האשה והיתומים ואפי' בסימנים כמבואר בח"מ סי' רצ"ז דבעינן שלא יהיה אמוד ועוד כמה תנאים ואף שיהיו כל התנאים סיים שם שבזה"ז אין מוציאין באומדן דעת של הדיין וא"כ בזה י"ל דאסוחי מסח דעתיה מיניה ולא עלה על דעתו שיוציא האופינטשי ע"פ דבורו שאומר כי שאול נשאל מעמו ואין ספק שלא עלה על לבו לשם דבר אחר רק לתועלת התרת האשה וסופו מוכיח על תחלתו שנתן האופינטשי במתנה לכבוד המת: אמנם בשו"ת נ"ב שם העיר ממ"ש הש"ך בח"מ סי' ל"ד ס"ק כ"ח דגבי נוגע אע"ג דפלגינן דבוריה שלא להאמינו מה שאומר לטובת עצמו מ"מ חיישינן שמא משקר ואומר כן בשביל טובת עצמו ע"ש.

והנה הש"ך שם הסכים למ"ש המרדכי לפרש הא דבר בינתוס דזה העיד לדידי אוזיף בריכותא ומפרש המרדכי דלא שקל מידי וע"ש שהשיג על הריב"ש שחולק על המרדכי בזה ואני הצעיר בתשובה א' בענין עגונה מלקאטש שם באתי במשפט על ענין זה ובררתי הדברים כשמלה והראיתי לדעת הריב"ש דודאי היכא שיש לחוש שהדעת טועה דמגו דזכי לחבריה בעדות זה זכי נמי לנפשיה נוגע הוי וכההיא דתנו מנה לעניי עירי דיש לחוש דסובר דמטי ליה הנאה ממילא ע"י זכי בני עירו משא"כ בהא דלדידי אוזיף בריכותא אין ס' בדבר שלא עלה על דעתו שבשביל זה יתחייב זה להחזיר לו הריבית שנתן וגלוי הוא לכל שאינו מעיד לעצמו שאם ירצה לתבוע אותו בטענתה זו שלקח ממנו ריבית יהיה פטור בשבועה ודבורא ממילא מפליג שאין דבריו רק להעיד על פסלותו של זה ובאריס שאני שעדותו והנאתו מקושרים יחד ולא מינתחי מהדדי וישבתי גם שאר ראיותיו וקצרתי פה שבנ"ד נר' בעליל שזה המעיד לא עלה על לבו להוציא האופינטשי ותחלת ביאתו לב"ד עיקרו בשביל התרת האשה היה וגם אמר סימנים מבחוץ טרם ראה אותה ואפשר שהם סימנים מובהקים ואפי' תימא דהווי סימנים אמצעים מ"מ י"ל דשני סימנים אמצעים מהני וגם לפי מה שאמר ה"ה מו' ישראל בפני ראיתי מתוך הדברים שלא חשב שתוחזר לו לפי שהי' צריכה להקבר עם המת ובפרט שהיתה

מלוכלכת בדם ודינא הוא שכל הרוג קוברין אותו בבגדיו שמא נבלע בהם מדם הנפש ומכ"ש היכא שהבגד מלוכלך בדם וכמבואר ביו"ד סימן שס"ד ועיין בא"ח סי' שי"א במה שהקשו האחרונים דגבי דהע"ה למה הוצרכו לככר או תינוק דה"ל לטלטלו אגב בגדיו ובתוס' שבת תירץ בשם גדול א' דכיון דדוד מת ע"י דאפחית דרגא מתותי' היה צריך ליקבר בבגדיו כדאיתא בסי' שס"ד בשם מהרי"ל ע"ש וא"כ פשיטא דבנ"ד שידוע לזה שזה נפל שדוד ונהרג שלא עלה על דעתו שיתבע את האופינטשי ע"י שיאמר שנתן בתורת שאלה ואם אמנם באמת יש להסתפק בהך דינא דהרוג קוברין אותו בבגדיו אם היה לבוש בבגדים שאולים מה דינו ולכאורה נראה דאין לאסור דבר שאינו שלו וכדאמרינן ביבמות דף ס"ו בההיא אצטלא דפרסה אמיתנא דקניא מיתנא משום דהוא שלו ואע"ג דהאשה נוטלתן מ"מ ה"ל מחוסר גוביינא והקדש מפקיע מידי שעבוד הא לא"ה אין נאסר ועיין בסנהדרין דף) אך י"ל דלפי הטעם שכתבו בהרוג דנקברין בבגדיו משום שמא נבלע בו דם הנפש מסתברא דאף אם הבגדים שאולים יש לקברו בהם וצ"ע אם צריך לפרוע להמשאיל מנכסי המת שאף שצריך קבורה מ"מ מצי היורשים למימר הרי שלך לפניך ועלי' דידי' רמי לקובר' ויש לצדד בזה וקצרתי שבנ"ד אין לדיין אלא מה שענינו רואים ובאבנת' דלבא תליא שלא בא זה כ"א ע"ד להועיל להתרת האשה וגם באשה גופא אמרינן דוקא באמרה תנו לי כתובתי אבל באמרה התירוני לינשא ותנו לי כתובתי מתירין אותה ונותנים כתובתה מפני שעיקר דבריה ע"ד נשואין היא באה ואפי' באמרה תני לי כתובתי והתירוני מיבעי' ליה ולהרמב"ם אף בזה תנשא וא"כ אע"פ שי"ל שבע"א שיש לו צד נגיעה לעצמו י"ל שעיקרו אדעתיה דנפשיה קאתי מ"מ בזה שנראין הדברים שע"ד להתיר האשה בא אין לחוש ומכ"ש בזה שמה שאמר שנותן במתנה האופינטשי לכבוד המת בדבור אחד נאמר עם העדות שהעיד מתחלה על הכרתה אין לנו לומר שמתחלה אמר משום שרצה להוציא לעצמו ובאותו דבור עצמו נמלך ונסתלק ממנה ואעפ"כ גם אח"כ מחזיק בדבורו הראשון כולי האי לית לן למיחש ובפרט שאמר בה סימנים קודם שראה אותה כמש"ל מסתמא קושטא קאמר: וגם נראה דאפי' דנוגע פסול לעדות האשה מ"מ נראה כיון שאחר שנסתלק הוא מחזיק בדבריו אין לחוש ולומר שמשום כסופא עביד לאחזוקי דבורא דאף לפי מ"ש הש"מ בסי' ל"ג בדעת בעה"ע דאין חילוק בין נפסק הדין או לא ובכל גוונא אמרינן כשהיה קרוב בשעת העדות והעיד ופסלוהו לעדות ונתרחק אין מועיל עדותו שני' נראה שלא נאמרו הדברים אלא בד"מ שבין אדם לחבירו שבעלי הריב תובעים ממנו שיעיד להם מה שיודע ועביד לאחזוקי דבוריה משא"כ בזה שהוא מרצונו אומר הענין כמות שהוא בלי הכרח כלל גם אחר שנסתלק וגם כי לפי דבריו גם מתחלה לא היה דעתו ליתן עיניו בזה להוציא האופינטשי משא"כ שם שבשעת עדות הראשון ודאי שהיה נוגע ועוד שהרי דעת הר"ן ורבינו ירוחם מבואר להדיא דאף בנוטל שכר להעיד והעיד ונפסל עדותו כשהחזיר השכר וחזר והעיד כשר ועיין בשו"ת מ"ב סי' צ"ח שהביא דבריהם והכי קי"ל בעדות שהעידו שלא בפניו שחוזרין ומגידין בפניו כמבואר בח"מ סי' כ"ח בשם ר' מנחם הארוך וכן מבואר מדברי בעה"ע שהביא הב"י שם וכבר עמדתי ע"ז בק"א לשו"ת ב"ח החדשות שלכאורה דברי בעה"ע סותרין זא"ז ממ"ש לענין שלא בפניו דחוזרין ומקבלין וגבי קרוב ונתרחק כתב דאין מקבלין וכתבתי שם דצ"ע דהתם טעמא משום דנפסק הדין

ע"ש שהארכת בזה ואח"כ נדפס ס' קצה"ח וכו' ג"כ כמ"ש וכן בשו"ת נ"ב צידד לומר דגם הש"ך מודה דבעינן נפסק הדין וכתב שכן משמע מהש"ך ול' בעה"ע ע"ש ובספר בית מאיר כתב דלענין עדות אשה כיון דהוא מלתא דעל"ג לא משקרי עדיף טפי הך סברא ממה שנאמר דעביד לאחזוקי דבורא דודאי חש אדם יותר שלא יהא נתפס בשקרו ממה שחושש על חזרת דבריו שבקל יוכל לדחות ולומר אין רצוני להעיד כמה פעמים והביא ראיה לזה מדברי התוס' ביבמות דף קי"ז שהקשו דנתיר לחמותה כשנשאת הכלה כו' ואם נאמר דעביד לאחזוקי דבוריה לק"מ דדלמא עתה נתוודע לה שבעלה מת ולכך נשאת ומה שאומרת גם עתה שחמיה מת משום דמחזקת דבריה אלא ע"כ דבמלתא דעל"ג לא אמרינן הכי ושפיר הקשו התוס' עכ"ד ולכאורה היה מקום לומר דבאמת דעת בעה"ע בזה לתרץ קושיית התוס' דמה"ט אין מתירין חמותה לאחר שנשאת הכלה משום דאמרינן דלמא מחזקת דבורה ובהכי מתרצא נמי קושיא אחריתי שהקשו התוס' ביבמות דף קי"ט ע"ב ד"ה מ"ט דר"א תימא לר"י אמאי לא פליג ר"א כו' ואי ר"א איירי לבתר דאינסבא צרה מ"מ ליפלוג גבי ההיא דמת בעלי ואח"כ מת חמי תנשא וחמותה אסורה ור"א לא אסר כיון שנשאת הכלה כו' ולפי שיטת בעה"ע א"ש דהכא שפיר ס"ל לר"א דהיכא דאינסבא צרה גם חברתה שריא דהא לא מקלקלה נפשה משא"כ גבי ההיא דמת בעלי וחמי אע"ג דאינסבא מ"מ חמותה אסורה דאיהי לא מקלקלה נפשה כלל דשמא בשעה שהעידה לא בעלה ולא חמיה מת ולכן רצתה לקלקלה ואע"ג דחזינן השתא שנישאת היינו לפי שנודע לה שמת בעלה או שלח לה גט ואינה מקלקלת עצמה כלל ומ"מ עדיין עומדת בדבורה לגבי חמותה לומר שמת חמוה ג"כ משום דעבידא לאחזוקי דבור' ולק"מ קושיית התוספות והתוס' לשיטתם שתירצו שם בדף קי"ז דיש לחוש שתנשא חמותה קודם הכלה הקשו כאן שפיר דהא אם נימא דר"א מתיר משום דאינסבא צרה ולא מקלקלא נפשה ע"כ דלית ליה הך חששא דאם כן גם בצרה נמי ניחוש לה שמא תנשא היא קודם דמינסבא חברתה שאמרה שמת בעלה אלא ודאי דלא חיישינן לזה לר"א וא"כ גבי כלה כיון שנשאת ולא תחזור להיות כלתה תהיה חמותה מותרת ולא ניחוש שתנשא חמותה קודם לה משא"כ לפי מ"ש אליבא דבעה"ע לא תליא הא בהא דהכא ממילא היא מותרת כיון דאינסבא צרה ע"כ שהבעל מת משא"כ שם אפשר שהיא מותרת וחמותה בעלה חי ואסורה ואע"ג דהשתא אינה עתידה להיות כלתה לעולם מחזקת דבורה ואפי' ר"א מודה התם דחמותה אסורה: אך בעיקר הדבר שכתב הבית מאיר להוכיח מהתוספות נראה שי"א דהתוספות שפיר קשיא להו דלמה לא נתיר חמותה כשנשאת הכלה דא"ל משום דלמא עתה נתוודע לה שמת בעלה ומחזקת דבורה גם על חמיה זה אינו דמעיקרא בשעה שאמרה מת חמיה וחשדינן לה שאומרת לקלקלה מה קסברה שהרי נפשה יודעת שלא נתיר על פי דבורה רק עד שתעשה היא מעשה ותנשא ואם כי ממה נפשך אם לא יתוודע לה שמת בעלה גם היא לא תנשא וגם חמותה לא תנשא ולא תתקלקל כלל ואם היא יושבת ומצפה שימות הבעל או יגרשנה ותנש' א"כ למה לה לקלקל לחמותה בחנם שהרי לא תחזור להיות חמותה עוד וא"כ לא שייך בזה הך דהחזקת דבור כלל ועיין בירושלמי גבי הא דצרתה אסורה אמור מעתה שאף על עצמה לא תהיה נאמנת מתוך שהיא יודעת שלא עשו דבריה אצל חברתה כלום אף היא אומרת אמת מעתה אפי' על צרתה תהא נאמנת אמר ר' הילא חוזר לקלקול ראשון

חשודה היא לקלקל עצמה כדי לקלקל צרתה עכ"ל והביאו ה"ה הרי מבואר דכל שיודעת שלא עשו דבריה כלום אומרת אמת אלא שלא רצו להתיר צרה שלא לחזור לקלקול וא"כ גם כאן אם לא נתיר חמותה עד שתנשא היא אין כאן חשש שמא אומרת מתחלה לשם קלקול כלל אם לא שנאמר שמא תטעה לומר שחמותה תהיה מותרת ע"י עדותה בסתם ולכך שיקרה בחחלה ועכשיו מחזקת דיבורה ודבר זה יש להעמיס בכוונת התוספות במ"ש דמ"מ יש לחוש שתנשא חמותה קודם הכלה והיא מתכוונת לכך כו' והדברים כפשוטן הם דחוקים קצת ולפי מ"ש י"ל שר"ל שיש לחוש שתטעה לומר שחמותה תהיה מותרת קודם שתנשא היא וע"ז היא מתכוונת בכדי לאסרה ולכך לא רצו להתיר אף שעתה נשאת משום שמחזק' דבורה וכמ"ש.

אך הלשון שכתבו בתחלה דמ"מ יש לחוש כו' דחוק קצת וגם מדברי התוספות שהבאתי לעיל גבי הא דר"א מוכח שהדברים כפשוטן דאל"כ לא הוו מקשי התוספות מידי דלפלוג ר"א כו' וכמ"ש"ל: וראיתי לאא"ז מהרש"א שם בדף קי"ט ע"ב בתוס' ד"ה מ"ט דר"א על מ"ש התוספות מ"מ לפלוג בההיא דמת בעלי ואח"כ חמי דאמאי לא קשיא להו דלפלוג ברישא דמתניתין דקתני מת בעלי תנשא ותטול כתובה וצרתה אסורה דהך לא מתרצ' בתירוץ ר"י דהא הך אינה מתכוונת להעיד על חברתה אלא על עצמה כו' ע"ש וכוונת דבריו דנהי דר"א מיירי דאינסבא לצרה ולא קשיא מהא מתני' דה' נשים אין מעידים וקחשיב צרתה דהתם בלא אינסב' צרה מ"מ בהך מתני' דקתני תנשא וצרתה אסורה משמע דאסורה אף לבתר נשואיה של זו דלא מתרצ' בתירוץ ר"י דדוקא מת בעלי ואח"כ חמי שפיר מחלק דלכך לא פליג ר"א משום דהתם מתכוונת היא להעיד לחבירתה ולכך לא מהני אע"ג דאינסב' משא"כ בהא דתנשא וצרתה אסורה שכאה להעיד על עצמה הו"ל לר"א לאיפלוגי בהא ולמימר דכיון דנשאת שריא צרתה כן צ"ל בכוונת דבריו והוא תמוה דהא באמת הש"ס מייתי הברייתא דפליג ר"א בהא וקאמר כיון שהותרה לינשא הותרה צרתה ולהך צד איבעי' דדוקא אינסב' צרתה בעינן מפרש הש"ס הואיל והותרה ונשאת וצ"ל דכוונתו דלמאי דס"ד דלא ידע הך ברייתא הו"ל למפשט ממתני' איפכא מדלא פליג ר"א בהא וכן צ"ל בקושית התוס' בתחלת דבריהם שהקשו דלפלוג בהא דה' נשים כו' דאס"ד דלא ידע הברייתא פריך וגם בירושלמי פשיט לה מהא דלא פליג ר"א במתני' ונראה דלא שמיע ליה ברייתא דמייתי בש"ס דידן וגם בתירוץ אא"ז מהרש"א שכתב דרישא י"ל באינסב' לישראל וי"ל בגיט' אתאי צ"ע כיון דאליבא דתנא דמתני' דינ' הכי שצרתה אסורה אף באינסב' לכהן ע"כ דלכך נקט סתמא למימר' דבכל גווני אף בנשאת לכהן דינ' הכי ועלה ה"ל לר"א לפלוגי ולומר דבנשאת לכהן צרתה מותרת וכמו דבאמת קאמר בברייתא דמותרת ושם באמת מוקמינן דדוקא בנשאת לכהן מתיר ר"א אבל ת"ק בין דמתני' בין דברייתא ודאי בכל גווני מיירי וא"כ בס"ד ה"ל לדיוקי מדלא פליג ר"א למימר דבנשאת לכהן אין הדין כן וגם מ"ש דבמת בעלי ואח"כ חמי ל"ל משום דבגיט' אתאי הוא כו' ע"ש לכאורה מ"ש התם דבגיט' אתאי הוא מיותר דהתם אף אם ל"ל בגיט' אתאי כגון שנשאת לכהן מ"מ ל"ל דטעמא משום דלא מקלקל' נפשה דהא י"ל דקושט' קאמרה מת בעלי או נודע לה אח"כ שכן האמת ומה שאמרה מת חמי הוא שקר לקלקל לחמותה וע"כ מ"ש התוס' דלר"א אין לאסור כשתנשא הכלה היינו משום דלא תחזור להיות כלתה וכמ"ש מהרש"א דדוקא בצרה

משום צערה דגופ' חיישינן אף היכא שאין עתידה לחזור להיות צרתה כגון דאתאי בגיט' משא"כ בכלה וחמותה לא מקלקל' רק כשעתידה להיות כלתה וכ"כ בק"א למהרח"ש ובמשנה למלך פי"ג מה"ג ועיין ברש"י באיבעי' דחמותה לאחר מכאן אלא שעדיין צ"ע דכיון דע"כ מהאי טעמא אתינן עלה לפי שאין עתידה להיות כלתה עוד א"כ לרבנן נמי תשתרי ומהרש"א ז"ל קיצר בדבר וכבר כתבתי לעיל דבאמת התוס' לעיל כתבו ליישב זה משום דחיישינן שמא תנשא החמותה קודם שתנשא הכלה ומ"מ לר"א ליכא למימר הכי דהא גבי צרה מתיר משום דלא מקלקל' נפשה ולא חייש שמא תנשא קודם הצרה וה"נ גבי חמותה לא ה"ל למיחש אלא דלפ"ז יש לתמוה דהא אמרינן ר"א לדבריהם כו' אודו לי מיהת דהיכא דאינסיב מנסבינן לה ורבנן תמות נפשה עם פלשתים קעבדה וצ"ל דמשום שנאה ישינה היא מקלקלה נפשה כדי לקלקל לחברתה ול"ל כול' האי לימא דטעמא דחיישינן שמא תנשא קודם שתנשא הצרה וכמו דחיישינן בהא דחמותה לאסרה אף אחר שתנשא הכלה משום שמא תנשא קודם כמ"ש התוס' וצ"ל דע"כ לא אמרינן דחיישי' שמא תנשא קודם אלא היכא שההיתר הוא מחמת שאין עתידה להיות כלתה אז חיישינן דלמא זו תנשא קודם ולא יתברר לנו עדותה כלל דלמא לקלקל לחמותה אמרה הכי ולכך אסרו אף לכשתנשא הכלה דהא אף לכשתנשא אין הכרח דקושט' אמרה דאימור באמת מת בעלה או בגיט' אתאי ומקלקלת לחמותה משום שנאה ישינה ולכן אף דבכה"ג הוי שרינן לה גזרינן דלמא תנשא קודם משא"כ היכא שההיתר תלוי משום דלא מקלקל' נפשה כגון ההיא דנתיבמו דאי שקרא קאמרה קמקלקלה נפשה בנשואי' ליבם מחמת זה שפיר מתירין אותה ולא חיישינן דלמא תנשא קודם ולא מיבעי' בההיא דנתיבמו כיון דבליכא בנים ואיכא יבמים מיירי א"כ ע"כ אין מקום לומר שתנשא קודם שהרי אין מקום להתירם רק ליבמים ולהם הם מותרים אלא אפי' גבי אשה וצרתה אם נשאת היא יש להתיר לצרתה משום דלא מקלקלה נפשה ולא חיישינן שמא תנשא צרתה קודם כיון דהשתא דנשאת ודאי אתברר לן דקושטא אמרה דמת בעלה וממילא דגם צרת' מותר' לר"א דס"ל דלא מקלקל' נפשה וחבירתה ועכ"פ הדר' קושי לדוכתא דמאי קשיא להו להתוס' דלפלוג ר"א במת בעלי אח"כ חמי דהא בפשיטות י"ל דמודה ר"א בההיא כיון דליכא הוכחה ממה שנשאת מדקלקלה נפשה רק משום שלא תחזור להיות כלתה בזה מודה ר"א לרבנן דחיישינן שמא תנשא קודם ולא דמי לכאן בנתיבמו דלא גזרינן לר"א דכאן מחמת לא מקלקל' נפשה אתינן עלה לא גזרינן וצ"ע: אך בעיקר דברי מהרש"א בזה אני מתפלא מאד שנראה שהבין בדברי התוס' שתירוצם בזה היא לקושיא השנייה לשיטת דאינסיב צרה בעינן לר"א דלפלוג במת חמי וע"ז תירצו לחלק דהתם מתכוונת להעיד לחברתה כמבואר למעיין בדברים וכן נראה שהבין התוי"ט שלא העתיק רק קושית התוס' השני' וכתב ע"ז תירוץ התוס' ואני תמה מה ראו הגאונים הללו ז"ל לפרש כן ולדבריהם יפלא שהרי התוס' מעיקר' הקשו מהך דה' נשים כו' וכתבו ואי ר"א איירי באינסב' כו' ור"ל דבהך צד האיבעי' דלר"א צרה מעידה לחברתה תיקשי מהך דה' נשים ואפי' את"ל כהך צד איבעי' דבאינסב' מיירי מ"מ תיקשי מהך דמת חמי ואי תירוצם הוא על הקושיא השני' דהיינו אהך צד דאינסב' א"כ אכתי נשאה הקושיא הראשונה במקומה בהך צד איבעי' דצרה מעידה דלמא לא פליג ר"א במתני' דה' נשים דהא התם נמי באה בשביל עצמה וחברתה ממילא תשתרי ופשיטא שאין לחלק בין אמרה סתם מת

בעלי ובין אם באה הצרה לב"ד והביאה חברתה עמה להעיד לה שמת בעליהם ועוד אם איתא דאיכא לפלוגי בהכי לר"א ה"ל לפלוגי את"ק דנקט סתם שצרתה אינה מעידה דמשמע דבכל גווני אין מעידה וגם שהרי בל' התוס' בתירוצם כתבו צרתה ויבמתה ולא הזכירו בתירוצם מענין כלה וחמותה כלל (ובתיו"ט ראיתי שהוגה וכן הכלה והגה זו אינה מדייקת כלל) והאמת יורה דרכו שהתוס' באו לתרץ קושייתם הראשונה ממתני'דה' נשים וע"ז כתבו דהתם כיון שהצרה או היבמה באה להעיד על חברתה אין לה להיות נאמנת אפי' לר"א כו' וכוונת חילוקם הוא דהיכא שבאמירתה לחוד משתריא חברתה באה בשביל חברתה מיקרי אע"ג שהעדות מועיל גם לעצמה כגון גבי צרה מ"מ י"ל שזו עיקר עדותה בשביל חברתה הוא ובהא משתרי' ולית לן למשרי ע"פ עדותה דסניא לה משא"כ בעדות שני יבמות שאינה מותרת ע"פ עדותה של זו לבד שמה בכך שזו אומרת בעלה מת בזה לא הותרה זו שהרי אפשר שבעלה חי ועיקר היתירה הוא ע"פ עצמה שאומרת שבעלה מת וצריכה עדות זו לעצמה וכיון שעיקר העדות בזה לעצמה שפיר אנו לוקחין ממנו לצרף להיתר האחרת ואין זו כלל מתכוונת להעיד לחברתה כיון שאין העדות הזו מספיק לחברתה אם לא שחברתה תעיד לעצמה על מיתת בעלה ואלמלא עדות חברתה שמעידה לעצמה לא הי' לה תועלת בהגדת יבמתה לחוד לכן אין זה בכלל מתכוונת להעיד לחברתה משא"כ בעדות צרתה אע"פ שמועיל לעצמה ג"כ מ"מ כיון שהעדות הזו לבדו מספיק להתיר את חברתה מתכוונת להעיד לחברתה מיקרי כך נלענ"ד כוונת התוס' בחילוק הזה רק שתפסו בקצרה ואע"ג דמבריייתא דמייתי לקמן אמר הואיל והותרה צרתה כו' מוכח דר"א מתיר אף בכה"ג מ"מ התוס' השתא כתבו בס"ד דלכך לא מייתי ממתני' דלא פליג ר"א משום דאיכא לפלוגי ולמימר דר"א מודה בהא והדברים ברורים בס"ד: שוב מצאתי סעד לדברי בתוס' הרא"ש על יבמות שנדפס מקרוב נקרא לשון חכמים וכתב שם בלשון זה הקשה הר"י אמאי ל"פ ר"א בהא דהכל נאמנין כו' וי"ל דסד"א דרבא דר"א ל"פ אלא הכא שאין מתכוונת להעיד על חברתה אלא על עצמה וממילא מועלת עדותה לצרה כיון שגם היא אמרה שמת בעלה אבל כשהם שתי צרות מבית א' וכשמעידה על עצמה מעידה נמי על חברתה בהא מודה ר"א ובמסקנא מייתי לי' מבריייתא דאפי' בשתי צרות מבית אחד פליג ר"א עכ"ל.

ולענ"ד שכוונת דבריו הם על הדרך שכתבתי אלא שהסברתי הענין מפורש יותר: והנה בדף קי"ז בהא דאמרינן משום דאמרינן לא בעלה מיית כו' כתב מהרש"א דליכא לאקשוויי דהומ"ל דא"נ מיית בעלה אלא דלא מיית חמוה וכגון דאיכא יבם דמקלקל לחמותה דלא ליצטערן אחר שתתיבם ליבם שהוא בנה דמדקתני תנשא משמע לשוק בלא חליצה והיינו ע"כ בליכא יבם עכ"ל.

ואין זה מוכרח כ"כ דהא הא דמבעי' ליה חמותה לאחר מכאן היינו משום דלשון חמותה משמע בהווה שהיא עתה חמותה וא"כ י"ל דהא דקתני וחמותה אסורה ר"ל היכא דאיכא עתה חמותה בהווה שאם אף לפי אמירתה מת בעלי מ"מ עדיין היא חמותה ע"י שזקוקה ליבם היא אסורה ובזה היה נלענ"ד לפרש לשון הירושלמי ביבמות אמרה מת בעלי ואח"כ חמי כו' ותהא נאמנת לומר מת חמי לא כן סברינן מימר כשם שאינן נאמנות עליו כך היא אינה נאמנת עליהן אמר ר' חנינא תפתר שהיה חמיה כן וסיימה עכ"ל.

והמפרשים נבוכו בביאור דברים אלו ולע"ד נראה כוונת הירושלמי דקאמר למה לא תהא נאמנת לומר מת חמי לא כן סברין מימר כשם כו' ר"ל ומדלא אמרין הכי ש"מ מהך מתני' הך דינא דכשם שאינן נאמנים כו' (ואע"ג דלעיל מייתי להך וקאמר תני כשם שאינן נאמנים כו' רוצה לדייק מהך מתני' הך דינא וכה"ג אשכחן טוב' בתלמוד דקאמר ש"מ כו' אף שהדין אתמר בברייתא) וע"ז קאמר א"ר חנינא תפתר כו' ויש כאן ט"ס וכצ"ל תפתר שהיה לחמוה בן שהוא מיבמה ולכן אינה נאמנת דאע"ג דאמרה מת בעלי מ"מ היא פסולה להעיד לה שעדיין היא חמותה מחמת היבם וכדברי אא"ז מהרש"א ז"ל ולא ס"ל להירושלמי מה דקאמר בש"ס דידן לא בעל מיית כו' ובזה יש ליישב מה שהקשו על הרי"ף והרמב"ם שהשמיטו איבעי' דש"ס בחמותה הבאה לאחר מכאן ולפי מ"ש י"ל דס"ל כיון דבש"ס דידן בעי למפשט מהא דמת בעלי ואח"כ חמי ודחי לה ואשכחן בירושלמי דמפרש מתני' דווקא בכה"ג שעדיין היא חמותה ע"י שזקוקה ליבום ואם כן מכ"ש שאין לחוש בחמותה דלאחר מכאן ויש לנו לתפוס כפשיטותא דהירושלמי כיון דבש"ס דידן מספקא ליה ולכך נקטו בסתם דין חמותה וכלתה שאין מעידים זו לזו והיינו כשהיא עדיין חמותה בהווה ועיין ברמב"ם שהשמיט ג"כ הדין דמת בעלי ואח"כ חמי ולפי מ"ש יש ליישב וקצרתי: והנה במשנה למלך פי"ג מה"ג כתב שיש לפרש הא דדחי משום דרגיש לה צער' היינו משום שנאה ישינה ואע"פ שעתה מת בעלה מ"מ אינה נאמנת ולענ"ד מדברי התוס' מוכח דאין לפרש כן דנהי דמדברי התוס' דף קי"ז אין ראייה דהתם מיירי בס"ד דש"ס דבעי למפשט חמותה לאחר מכאן ול"ל הך סברא דרגיש לה צער' מ"מ מדברי התוספות דף קי"ח שהבאתי דקשיא להו דלפלוג ר"א בהא דמת חמי ואם נימא דלפום דחוייא משום דרגיש צער' שפיר אמרין דמשום שנאה קדומה אע"פ שעתה אינה חמותה אם כן שפיר י"ל דמודה ר"א בהא דהא למקלקל' נפשה ליכא רק משום שאין עתידה להיות חמותה שפיר ס"ל לפסול משום דרגיש צערא ואמנם י"ל דע"כ לא שייכא הך סבר' דרגש צערה ופסול משום שנאה קדומה אלא לר"י דס"ל דהטעם משום דמגלה לברה ומשום הך צערא מסק' אדעת' משא"כ לרבנן דהטעם משום כמים הפנים כו' ואיהו סניא לה משום דאכלה לגירסנ' מסתבר' דכל שנתפרדה החבילה גם שנאתם וקנאתם אבדה והאויבים שבו להיות אוהבים.

ובזה יש ליישב קושיא מהרח"ש והמ"ל דהאי דקא פשיט לחמותה לאחר מכאן לוקמ' כרבנן ולפי מ"ש א"ש וקצרתי ועפי"ז יש מקום לפתר דברי הירושלמי הנ"ל דקאמר לא כן סברי מימר כשם שהן אינן נאמנות כו' דה"פ דהירושלמי קשיא ליה כקושיית התוספות דהא כשתנשא הכלה יש להתיר לחמותה דהא לא תחזור להיות חמותה עוד או כמ"ש רש"י כיון דזו אומרת מת בעלי ממילא אין כאן חמותה אך שהיה מקום לומר דמשום שנאה ישינה פסולה דרגיש צער' אך דזה שייך אליבא דר"י דמוסיף כלה והיינו מטעם דמגלה לברה והשנאה קבועה אף לאחר זמן משא"כ לרבנן שכולן פסולין זה לזה משום כמים הפנים א"כ אין לומר שנאה קדומה כלל ושפיר תיקשי שתהא נאמנת לומר מת חמי דהא מת בעלי קאמרה ומכ"ש אם תנשא ששוב אין עתידה להיות חמותה ולזה נשמר הירושלמי שלא תאמר דמשום שנאה ישינה פסולה לזה קאמר לא כן סברין מימר כשם שאינן נאמנים כו' והיינו מלתיהון דרבנן ולדידהו אין לחוש רק לשנאה ההווה עכשיו וכיון דהשתא ידעה דלא תיכלי' לגירסנ' פסקה השנאה ואין כאן כמים הפנים כלל

ולזה משני תפטר כגון שהיה בן לחמיה ומייבמה והוא כמ"ש מהרש"א ז"ל וממילא דא"ש דאע"ג דקאמרה מת בעלי מ"מ אסורה שהרי היא חמותה מחמת היבם ואף שהוא קצת ע"ד פלפול והראשון נכון יותר בפירוש הירושלמי מ"מ הדברים נכונים מצד עצמם לפענ"ד: ודאתאן עלה אי אמרינן עביד לאחזוקי דבוריה כבר כתבתי שהבית מאיר כתב ראייתו מהתוס' וכבר כתבתי מה שיש בזה די וגם יש מקום לומר דהתם דאיכא חזקה דמלתא דעל"ג עדיפ' משניחוש לאחזוקי דבור' וכמ"ש הבית מאיר שם משא"כ בנ"ד שמה שהעיד זה שהאופינטשי הוא השאיל לו אין זה מלתא דעל"ג כלל ואם כן שוב י"ל דחיישינן לאחזוקי דבור' ואמנם לפי"ז צריך ליתן טעם בהא דסמכינן בענינים אלו להכיר ע"י סימני גוף או סימני כלים וכיוצא ע"י ע"א ואפי' קרוב כו' דהא הך מלתא לא על"ג הוא והרי כל הספרים מלאים מזה ומעשים בכל יום להתיר ע"י ע"א שמעיד שמכיר בסימנים או בט"ע אף שאין זה מלתא דעל"ג וקשה לומר דגם זה הוי מלתא דעל"ג דשמא יבא הבעל ויתברר שלא היה אמת עדות העד שכליו היו במקום פלוני וכבר עמדו בזה האחרונים בענין מפ"ע ובכאן י"ל עפ"י סברת התוספ' דחולין שמחזירין שט"ח בסימנים נגד חזקה שאין אנו מוציאים בסימנים רק מחזיקין השט"ח ואם אח"כ זה מוציא בו ממון אינו נגד החזקה וגם כאן מה שזה אומר שמכיר בט"ע ובסימנים שזו האופינטשי השאולה אינו נגד חזקת חי וחזקת א"א כלל שאין אנו דנין עתה ע"ז וכיון שהוא נאמן ע"ז ממילא אנו אומרים שהאיש הזה הוא בעל האשה מחמת שניכר הכלים שלו ועדיין צ"ע בזה וגם במ"ש לעיל דנראין דברי הריב"ש דגם בנוגע פלגינן דבוריה כיון שאינו יכול לזכות מחמת טענתו מה שמעיד לעצמו לכאורה ג"כ לא מהני בנ"ד דהתם כבר בינתוס אמרינן דהוה כאומר שנתן ריבית ואינו אומר למי נתן משא"כ כאן אם נימא דהוה כאומר זה האופינטשי הוא שאולה ואינו אומר ממי הוא שאולה מ"מ אין כאן היתר דנהי שלא השאיל' לאחר מ"מ שמא החזיר' האיש ששאל ממנו וזהו שהלך בדרך הזה ונהרג אך לענ"ד ז"א דאע"ג דפלגינן דבורי' היינו לומ' שע"ז שמעיד לטובת עצמו אין תורת עדות עליו אבל מ"מ אין הענין משתנה ובתשו' א' הארכתי בענין זה ונלענ"ד כיון דבלא"ה הרבה גדולים שדעתם דלא חיישינן לשאלה בכל גווני אלא בכדי לחזק מוסדות ההיתר מצרפינן שפיר הך מלתא דאין השואל רשאי להשאיל וכמ"ש ל"ג"כ בשם הצ"צ וכ"כ בשו"ת חינוך ב"י בשם הגאון מוה' אברהם ברודא וכן הביאו בשו"ת מדברי הב"י בתשובותיו שכ"כ על עובדא דמהר"ם בתשובת מיימוני בעכו"ם שהיה מוליך י' ליטרין כו' ע"ש ובפרט שניכרין דברי אמת וסופו הוכיח שאמר שנותן במתנה פשיטא דבכה"ג אין להחמיר משום דאחזוקי דבור' חששא בעלמא הוא ואין לנו לחוש לחומר' כזאת לענין חשש חיישינן לשאלה שהרבה מקילין בפשיטות ומכ"ש בזה שאין להחמיר בפרט במקום עיגון גדול: ועוד יש לצרף לזה מה שנזכר בגב"ע שנמצא אצל ההרוג טלית של מצוה דכה"ג כתב מהרי"ט דלא חיישינן לשאלה ואף בטלית גדול ששואלין אותו לפעמים משום דניחא לאינש כו' היינו שיתפלל בו במקומו אבל אין דרך להשאיל לחבירו לצאת בו לדרך והרי אמרו בנמצא בו כלאים שא"צ לפושטו דגדול כבוד הבריות דגנאי הוא לישיב בלא טלית וגם שהעיד מהר"י שראה אצלו לעמפליך קטנים משולשים על חוט שהכין לעצמו להדליק בהם נרות חנוכה ואותם נמצאו אצל ההרוג והוא הכירם בט"ע ואף שבמקום אחר פלפלתי בענין כלים שלא שבעתן העין אי מהני ט"ע מ"מ בזה

שאינו רגיל ומצוי כזה והיה דבר מחודש אצלו מסתבר דמהני ט"ע וגם מצד הענין עצמו דלא שכיח כזה הוי סימן גם נזכר בגב"ע ששמש החבורה שמצא ההרוג מצא סמוך לו מיצל שהיה מלוכלך בשמן על הפיקס ועל הווערך ובחיי בעל האשה ראה המיצל שלו שהי' כן וגם כתוב שם שמצא הטלית ושטריימל ושני זוג תפילין אלא שלא נזכר בגב"ע שהכירו אותם בט"ע שהם של בעל האשה רק בגב"ע שנשלח לידי מקרוב נכתב בתוכו שהוכר הטלית בט"ע שהוא בודאי של בעל האשה וכתב כתבתי שכתבו דטלית לא מישלי אינשי ומכ"ש בצירוף שאר דברים שהוכרו שאין לחוש שהשאלה הכל וכבר כתבו דלשאלת כל בגדיו לא חיישינן ואף שהם נתנו הטעם משום דלא שביק נפשי' ערטילאי מ"מ בזה נמי כמעט כל הבגדים שלו הוכרו וגם יש מי שכתב דלשאלת כמה כלים לא חיישינן (עיין בשו"ת שאגת ארי' וקול שחל שכ"כ וכתב זכר לדבר מהא דאמרינן בגיטין פרק הזורק תרי ותלת מקומות לא מישלי אינשי וע"ש שכתב ג"כ על דברי הב"ח שחשש לחליפין וכבר האריכו האחרונים ולענ"ד דכל כה"ג דנ"ד שכל איש מבין יודע שענין רחוק הוא אין לחוש וכמו דחזינן שהכריעו בש"ס גבי כיס וארנקי דלא מישלי משום דמנחשי ומזייפי כמו כן כל מה שהענין רחוק מאוד אין לתלות בו להחמיר.

ובתשוב' כתבתי ג"כ בענין זה וקצרתי כאן וגם בשו"ת הגאון בעל מג"ש בכת"י מצאתי שכתב בשם החכם מוה' בנימין יצ"ו אב"ד דק"ק פוזנן דקבלה בידו מפי סופרים או ספרים דבשנים או ג' בגדים לא חיישינן לשאלה ועיין בשו"ת גאוני' בתראי סי' כ"א) וגם נראה דכיון דאיכא עכ"פ ב' כלים דמישלי.

יש להקל אף לפי מ"ש בשם הב"י דלמ"ד סימנים דרבנן חיישינן לשאלה אף בכלים דלא מישלי דב' כלים הו"ל כשני סימנים אמצעים שיש פוסקים דס"ל דה"ל כסימן מובהק וכיון דהב"י מדמי חשש שאלה לסימנים יש לדמותם גם לענין זה וכבר הארכתי בכמה תשובות בענינים אלו וכתבתי שהנ"ב הקשה על שיטה זו דא"כ מאי קדחי בש"ס בעידי אוכף שהרי אם תאמר סימנים דרבנן לא מהני עידי אוכף דאיכא חשש שאלה וכתבתי ליישב בכמה גווני מעתה ראיתי שיש ליישב בפשיטות דהש"ס קאמר לא שאילי אינשי אוכף' דמסקב לחמרי' ובטבעת וארנקי אמרינן משום דמזייפי ומשום דמנחשי ופשיטא שאין לומר בענין זה זו דומה לזו דודאי איכא דלא שכיח כלל ויש שהוא ג"כ לא שכיח אבל מ"מ אינו רחוק כ"כ ולפי"ז י"ל דאע"ג דכלים דלא מישלי כגון כיס וארנקי חיישינן בהו אי נימא סימנים דרבנן משום דמאי דאמרינן דלא מישלי אינו רק משום בעלמא דלמא מזייפי או דמנחשי ומ"מ זמנין דמתרמי ומשאל וכו' סימנים דאע"ג דלא שכיח כולי האי סימנים כסימנים מ"מ זמנין דמתרמי ולכך הוי סימנים דרבנן לענין אבידה דמדאוריית' בסימנים אמצעים חיישינן דמתרמי משא"כ בשאלת אוכף שהוא מאומד הדעת שאינו משאל אותו משום דמסקב לחמריה והוא מלתא דלא שכיח כלל שישאל משום הפסד חמורו זה הו"ל כמו סימנים מובהקים דמהני מדאורייתא כיון שלא שכיח כלל שיהיה כיוצא בו וה"נ שאלת אוכף דלא שכיח כלל לא חיישינן לשאלה לכ"ע אף למ"ד סימנין דרבנן כנלע"ד: ויצא לנו מזה היכא שאומדן דעת הוא דשאלת כלים כי הני לא שכיחי כלל אין לנו לחוש אף אם סימנים דרבנן ועיין בח"מ סימן ע"ב לענין כלים העשויים להשאל ולהשכיר דלדעת הרמב"ם סתם כלים אינם עשויים להשאל מלבד כלים שתחלת עשייתן לכך ולהרי"ף ור"ת כל כלי שמקפידין עליו מפני חשיבותו

או שמתקלקל הוא דבר שאין עשוי להשאיל ושאר כלים דרכן להשאיל והוא שיהי' בעל החפץ רגיל כו' ע"ש דבאומד הדעת תליא מלתא ולכן הוציאו האחרונים מסברתם כמה כלים שלא נישחש בהם לשאלה וכגוונא דנ"ד שזה השאיל לו מחמלתו עליו האופינטשי להיות לו כסות בקרה והבטיחו שיביאנה אתו עמו בשובו בחזרה אין ספק שרחוק מאד לומר שהשאילה לאחר או דאתרמי ליה אורחא לילך בדרך למרחוק והניח המעמד שלו ומסרה לאיש זה להחזירה להמשאיל וכבר כתבתי לעיל דגם בדרך שליחות אסור לשואל למסרה ליד אחר וגם הטלית טערקיש עם עטרה כסף בלאשקי לפי מה שנראה מהענין שהיה איש עני אין ספק שהיה יקר אצלו מאד וקרי ליה מאני מכבודתי ולא היה משאילו לאחר שיצא עמו לדרך והוא ישאר ערום ממצוה זו וכיון דהוא לא שכיח כלל שוב הו"ל כאוכפ' דלא חיישינן לשאלה אף אם נימא סימנים דרבנן.

סוף דבר נלענ"ד שאין להחמיר בענין זה מצד חשש שאלה ואפי' המחמירים בחשש שאלה מודים בנ"ד שאין לחוש וכמ"ש וכבר האריכו בזה כמה אחרונים בתשובות אם יש מקום לחוש לגניבה ואבידה ומכירה והעלו דלא חיישינן בכה"ג וגם אני כתבתי בענין זה הרבה ומכש"כ בזה שמבואר בגב"ע שידוע שאיש הזה היה שם בדרך הזה שנמצא ההרוג ואעפ"י שמ"ש בשם המבי"ט דבכה"ג שנודע שזה הלך בדרך הזה אזל ליה חששא דאורייתא נראה דלא שייך בנ"ד שנמצא בבקעה שאין דרך מפולש לרבים לעבור דרך שם וע"כ שזה הובא לשם שלא מרצונו ונהרג א"כ י"ל דשמא אחר הוא שהובא לשם ומ"ש בשו"ת ח"צ סי' קל"ד להמציא קולא בענין זה מחמת שאין שיירות מצויות באותו מקום הוא תמוה כמ"ש במקום אחר מ"מ כיון שנמצא ההרוג סמוך לאותו כפר שראוהו שמה בעת נסיעתו שהוא רק כמו רבע פרסה ממקום ההוא ונתלוה עם העכו"ם בדרך יחידי טפי יש לתלות דהיינו ההוא דעל ונכנס בסכנה ונתחייב בנפשו וכמ"ש בע"א אין מתלוין עם העכו"ם כו' וסימנים מוכיחין ואין לנו לתלות באחר ששאל ממנו כלים אלו ובא לשם ונהרג וכבר האריך בענין זה הגאון מהר"א אלפנדרי ז"ל בסדר אליהו רבא וזוטא בדף כ"ז ע"ב והביא שם דברי מהרי"ו בתשובה סי' ע"ט שיש להתיר כיון שנמצא חלל באותו דרך שהיה אותו היהודי הולך בודאי ומטעם צירוף הוכחות ושם לא היה סימנים טובים כו' וכן הביא מתשובת מהראנ"ח ומהרש"ך וכמה תשובות ועיין בשו"ת אור נעלם נדפס תשובת הגאון בעל פ"י ז"ל וע"ש בפירוש שו"ת מהרי"ו וכתבתי מזה בתשובה אחרת ואחר אחרון אני בא וזו הלכה העלה הגאון מופת דורנו בשו"ת נ"ב סוף סימן ל"ז וז"ל ולכן נלענ"ד שמי שעזב אשתו עגונה והלך למה"י כו' אבל במי שישב עם אשתו והלך לסחורה ע"ד לחזור ולא חזר שעכ"פ איתרע חזקת א"א שתיכף נולד לנו ספק מיתה על האיש הזה ודאי יש להקל בכלים דלא מושלי וביחוד שכאן נמצאו דברים רבים במספרם כו' עכ"ל וק"ו הדברים בנ"ד שידוע שזה הלך לשוב אל ביתו וכבר היה סמוך לעירו ונתלוה עם עכו"ם בדרך ההוא שאצל המקום שנמצא ההרוג שם והוכרו כמה כלים דלא מושלי שיש לדון להקל בזה בלי פקפוק: אמנם מה שעומד לנגדנו בענין זה הוא מה שמבואר מהגב"ע שהאופינטשי לא היה לבוש בו ההרוג בעת מציאותו רק סמוך לההרוג היתה מונחת ובזה כתב הב"ש ס"ק ס"ט דאמנמצא ארנקי סמוך לו לא מהני כי י"ל הארנקי מונח מאז ומקדם ואין לדמות דינים אלו לאם נמצא פירות סמוך לכלי עכ"ל.

ואמנם כבר כתבתי בתשובה שמבואר מתשובת האחרונים דלא חשו לה והבאתי שם שו"ת מ"ב סי' מ"ד ושו"ת כנ"ס סי' נ' וכן מבואר משו"ת צ"צ שהבאתי לעיל ולכאורה הי' אפשר לומר דגם הב"ש מודה בנ"ד דלכאורה מ"ש הב"ש דאין לדמות לנמצא פירות סמוך לכלי י"ל דס"ל לחלק דהתם יש קצת הוכחה שהפירות נפלו מן הכלי כמבואר שם משא"כ בארנקי אין הוכחה אחרת שזו הארנקי הי' ביד ההרוג הסמוך לו ולפ"ז י"ל דהדבר ברור בהך דינא דכלי ולפניו פירות אם הדבר ידוע שראובן אבד כלי שהיו בתוכו זיתים ועתה נמצא כלי זו שהוכרה ע"י סימנים ולפני' זיתים שאין ספק דלא אמרינן שאדם אחר עבר כאן ואבד פירות הללו המונחים כאן והפירות שהיו בתוך הכלי נאבדו קודם או אח"כ ובודאי אמרינן שהפירות המונחים כאן הן הפירות שהיו מתחלה בתוך הכלי ועדיף טפי ממקצת פירות בתוך הכלי או הוכחה אחרת ולפ"ז הדבר ברור שאם ראינו אדם אחד לבוש בגדים אלו ונאבד מאתנו האדם בבגדים אלו ושוב נמצא אדם ואצלו הבגדים שאין מכירין אותם שהמה הבגדים שהיה האדם שראינו לבוש בהם פשיטא דאמרינן שזה האדם הנמצא הוא האדם שהיה מעוטף בבגדי' אלו והופשטו מעליו והונחו סמוך לו ולא חיישינן שמא אחרנא הוא שאינו בעל הבגדים שהוא בא לכאן והופשטו בגדיו והוטל כאן אצל בגדים של האיש שראינוהו לבוש ועדיף טפי מאבידת פירות בכלי שאפשר שאחר אבד כאן פירות בלא כלי משא"כ בזה דודאי לא מסתבר שבא לכאן גברא שליח ערטילאי ונפל שדוד במקום הזה ואתה צ"ל שבא אחר לכאן והופשטו הבגדים ממנו במקום הזה ונטלו מכאן ובגדים של אדם הזה שראינוהו היו מונחים כאן מקדם או אח"כ הדבר ברור שאין חוששין לזה כלל וממילא אם הם כלים דלא מושלי ואנו יודעים שכלים האלו של בעל האשה הם מסתבר' שאין לחוש לתלותם באחר כלל וע"כ לא קאמר הב"ש אלא במצא ארנקי סמוך לו דאז י"ל דזה הארנקי נאבד כאן מיד בעליו החי ואח"כ בא איש אחר לכאן ומת או נהרג וגם זה צ"ע כיון דקי"ל דלנפילה לא חיישינן דאל"כ בפשיטות היה לנו לחוש אף בכלים דלא מושלי וא"כ ע"כ שבעל הארנקי הוא אשר ישנו פה סמוך להארנקי: שוב ראיתי שדברי הב"ש הנאמרים פה כבר כתבם הוא ז"ל בעצמו בתשוב' הנדפסת בשו"ת חינוך בית יהודא סי' קל"א כ' וז"ל כי כל הסימנים הנאמרים בש"ס ופוסקים איירי כשנמצא הרוג והוא לבוש בבגדים כו' אבל בעובד' דידן דמצאו ערום כאשר יצא מבטן אמו ומצאו בגדים ג"כ אע"פ שמצאו קרוב להרוג מ"מ מאן יימר להתיר בכה"ג דהא בודאי לכ"ע אם מצאו בגדיו לבד ולא שום הרוג אטו מתירין אשת בעל של בגדים אלו אף אם הם בגדים דלא מושלי וכן בכה"ג שמא היו הבגדים מונחים במקום הזה מאז ומקדם וזה נהרג במקום שהיו הבגדים מונחים שם ובזה לא דק גם החכם שהתיר מחמת האוכף שקורין זאטל עכ"ל ור"ל שהגאון מוה' אברהם ברודא שם בתשובה שלפני זה כתב להתיר מחמת הכרת האוכף דאף דאיתרע חזקת' דאוכף לא שאילו שהרי העד העיד ששאל את האוכף מאיש אחר מ"מ אין לחוש לשאלה דאיך ניהוש דעבר אדרבנן שאין השואל רשאי להשאל כו' (ובאמת צ"ע דמלשון השאלה שם משמע שהאוכף לא הי' אצלו ומשמע שם שנמצא אצל הרוצח עם הסוס ורסן גם צ"ע דמשמע בח"מ סי' ע"ב דבכלי' דלא מושלי אף אי אתרמי דהשאל לא איתרע חזקת' ויש לחלק דבזה יש לומר כשם שהשאלו לו כך השאלו לאחרי' אי לאו משום דאין השואל כו' ואמנם לפי מה שיש מפרשים הך דאוכפא

לא שאילי ר"ל שאין שכיח שיהא שואל אוכף מחבירו ולא על המשאיל קאי כ"א על השואל פשיטא שיש לומר דאף שזה שאל לעצמו מחמת צורך גדול שהי' לו לא חייש לפסיד' דחמרי' מ"מ לא שכיח שאחרים ישאלו ממנו ומ"מ י"ל דעדיף קאמר דהא אין השואל כו') עכ"ל וע"ז השיב הב"ש דליתא כיון שלא נמצא רק קרוב לו ותשוב' זו כתב הב"ש על עובד' שאירע בשנת תנ"ד שהמדפיס המהדור' בתרא הוסיף דברים אלו בב"ש ע"פ דבריו הנ"ל בתשוב' ועכ"פ מבואר דגם בבגדים ס"ל להחמיר בקרוב לו.

ובאמת מה שהביא ראיה מנמצא בגדים בלי הרוג פשיטא דלאו ראיה הוא כלל כמבואר למעיין והנה מ"ש הב"ש שאין לדמות למצא כלי ולפניו פירות דשם י"ל דהפירות של אחר שהרי אין אנו מוציאים הפירות מחזקתן עי"ז כיון שלא הוחזקו לנו מעולם שהי' לשום אדם מציאות הכלי מחזיק לנו שהפירות יהיו של בעל הכלי מחמת קורבה משא"כ בכיס אצל ההרוג שאם תרצה להחזיק ע"י מציאת הכיס שזהו האיש ההרוג הרי אתה מוציא מחזקת חי וחזקת א"א ואין קורב' מוציא מחזקו' אלו דהא אפי' רוב אינו מוציא מחזקו' אלו כדקי"ל במשאל"ס כ"ש קורבא ובתשו' א' הארכתי בענין קורב' אם מועיל להתיר ואמנם נר' דבזה שעכ"פ ע"י הכלי דלא מושלי הנמצאים פה מתברר שאדם זה בעל האשה הי' במקום הזה שהרי אין אנו חוששין שמסר כליו לאחר ואיך נאמר שהיו מונחים פה מאז ומקדם אם לא באמצעות האיש הזה ואם נאמר שפשטם כאן והלך לו.

זה כ"ש טפי ממה דלא אמרינן לא מושלי שאיך יאבד את שלו לדעת וע"כ שחוששין שמא היה כאן ובע"כ הופשטו ממנו והוא אזל לעלמא. בכה"ג ודאי אזל לי' חשש דאורייתא ועדיף טפי ממ"ש בשם המבי"ט ז"ל ומדאורייתא ודאי דאזלינן בתר קורב ואמרינן שזה ההרוג הוא בעל הבגדים הללו וא"כ אף להב"ש אין מקום להחמיר רק מדרבנן וכמו משאל"ס אע"ג דרוב' נמלטים ולפ"ז י"ל דאף להב"ש אין להחמיר בכה"ג רק בנמצא בדרך שהשיירות מצויות שם משא"כ במקום שאין רגל אדם מצוי וזה ע"כ היה שם גם הב"ש מודה דאין לחוש ועיין בשו"ת ח"צ סי' קל"ד שהבאתי לעיל ושם הביא דברי הרא"ש דבעגונה יש להקל טפי דבגט יוכל לכתוב אחר משא"כ במיתה דאיכא עגונה נראה שגם הב"ש יודה להקל בזה: ובתשובה אחרת כתבתי שגם בעל קצה"ח בח"מ סי' רס"ב הביא דברי הב"ש אלו וכתב לא ידענא מאי פשיטותא כו' והביא ראיה מאבני מרקוליס והארכתי בזה גם בארתי הך דגברא חרוכה ופסתא דידיא דשדי' כו' ושם הבאתי שהגאון מהר"ל אבד"ק קראקא נכדו של הב"ח וחרגו של הט"ז כתב להתיר בזה והביא מהך דכלי ולפניו פירות והט"ז הסכים ע"ז וכתב יפה כיון להלכ' בני חורגי כו' ואין פנאי מסכים להעתיק מ"ש שם וכיון דעכ"פ גם הב"ש אין מחמיר מדאורייתא ומכ"ש במקום שאין השיירות מצויות י"ל דמודה להתיר והרבה גדולים לא חשו לחומרא זו ואין מחלקים בין נמצא עליו ממש או אצלו וגם בנ"ד איכא עוד חדא למעליות' בגב"ע שנשלח לי מקרוב שנמצא ברגלי ההרוג פוזמקאות קטנים שקורין קאפציס והאשה אמרה לאיש אחד שיש לה בית יד שקורין האנטשקע וואס ער האט בעצמו גארביט וגם הקאפציס שעל רגליו הם מעשי ידיו די איגני ארביט של ההאנטשקע אונ אזו איין פאל וויא דיא האנטשקע ולקח האיש הנ"ל הבית יד והניח אצל הקאפציס הנ"ל לדמות אותם איז גוועזין פינקט אזו איין פאל אונ אזו איין ארביט עכ"ד העד.

והנה אם היה הכרה בפוזמקאות אלו בט"ע אפי' תימא דפוזמקאות כאלו חיישינן לשאלה מ"מ פשיטא שאין לחוש לשאלה דיחיד כזאת שזה שאל לזה פוזמקאות אלו והובא למקום הזה שפשטו מבעל האשה את האופינטשי ושאר מטלטלין ונהרג שם ואמנם מלשון העד נראה שלא היה היכר בט"ע רק ע"י הדימוי וכבר הארכתי בתשוב' אחת הרבה בענין זה אם יש להתיר בענין עגונה מחמת הדימוי והבאתי שם דברי הפוסקים בהא דמדמין בשטרות וגם בספרי בית אפרים סי' ל"ו ס"ק כתבתי מזה והבאתי שם מדברי הח"צ בתשובה ונראה דבכה"ג דהכא שיש לפנינו בלא"ה הוכחות רבות מחמת קורב' דמוכח מבגדים אלו שהם בודאי לבושי בעל האשה שיש לצרף מציאת הפוזמקאות הנ"ל שהי' ההרוג לבוש בהם להוציא מידי ספיקו של הב"ש ואין לפקפק בדבר דשמא נסעו יחד בעל האשה ועוד אחד והשאל בעל האשה לזה את פוזמקאות שלו וזה נהרג ובעל האשה פשטו בגדיו וניצול נראה דאין לחוש לזה כיון שזה ראינוהו נוסע עם הערל יחידי בדרך הזה קרוב למקום מציאת ההרוג וא"כ נצטרך לומר דלמא גם אחר מעלמא אתא ונתחבר עמו או שזה לא נסע לביתו בעת ההיא ומצא איש א' שנתלוה עמו וחזר למקום ההוא עם האיש האחר וזה נהרג והוא נשאר חי ונמלט פשיטא דלא חיישינן להא ובפרט שבכל הסביבות לא נשמע שח"ו נהרג שום יהודי ולשמאנתלוה עם העכו"ם והשאל לו הקאפצייס שלו לזה פשיטא שאין לחוש ג"כ דאף דאיתרע ליה חזק' דלא עבר אינש אדרבנן שאין מתלוין כו' דהא קמן שעבר ע"ז מ"מ לא חיישינן שישאל לו כליו וכמבואר בח"מ סי' ע"ב שתלוי בראות עינים אם הוא רגיל אצל בעל החפץ ולמימר שמא הי' רגיל עמו נראה שאין לחוש וכן מוכח משו"ת ב"י בהא דכתב על תשובת מהר"מ ששלח' אחותו יוד ליטרין כו' כתב דשם בלא"ה י"ל מחמת אין רצוני שיהא פקדוני כו' ואם איתא הא עדיין יש לחוש דלמא הוה רגיל להפקיד גבי' אלא ודאי דבסתמ' לא חיישינן וראיתי בשו"ת חינוך ב"י סי' שהגאון מהר"א ברודא הקשה זה על הב"י ולענ"ד לק"מ ועיין בשו"ת ב"ח החדשות סימן ו' וקצרת.

ועוד נלענ"ד ברור דכיון שהיו ימות הקור מעת שנאבד בו עד עת מציאותו סברא הוא דלא שביק נכסי' ומושיל לאחריני שהרי אנו אומרים שגם הוא החזיק בדרך ועיין בב"מ גבי שוכר בית ונפל ביתו של משכיר שיכול להוציא או ע"פ שלא הודיעו דא"ל לא עדיפת מנאי ע"ש וא"כ י"ל בכה"ג ה"ל כדברים שאין עשוין להשאל שהרי בזה הולכין הכל לפי הענין ולחוש שמא היו לו אחרים פשיטא שאין לנו לגבב חומרות וכל הבא להחמיר מחמת חששות רחוקות כאלו שהם מיעוטא דמיעוטא אין רוח חכמים נוחה הימנו ולכן נלענ"ד שיש לסמוך בזה על דברי הגדולים בתשובותיהם שהתירו בענינים האלו משום עגונ' ותנאי דברינו קודם למעשה אם יסכימו להתירא דהך אתתא אשת ר' חיים ב"ר יחזקאל מק"ק קופיל אזי אתתא שריא לאנסובי וישבו ב"ד של שלשה ויתירו אותה כדין הנשאת בע"א ואם לאו הרי דברי אלה בטילים ולא יעשו רושם כלל שאין רצוני להכניס ראשי בדבר ערוה החמורה אי ליכא דממטי להו שיבא מכשורא ואי דרו דורא דלינא ואמינא מה דקאמינ' דברי זעירא מן חברייא: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד והנה מצאתי בין הגב"ע אגרת קטן שחתום עליו בעל האשה אשר הכין לו לשלוח לדוד זוגתו וא' מעיד שיש לו סימנים בכתב שהוא כת"י בעל האשה והיה סעד גדול בהיתר הנ"ל אך לא ראיתי בכל הגב"ע שנזכר דבר מציאת האיגרת אם נמצא בבגדיו או על הארץ

סמוך לו ואמנם אף בנמצא בבגדיו יש מקום לדבר בזה כיון דחיישינן לשאלת הבגד י"ל שלא הקפיד ליקח האיגרת הלז משם כיון שאינו דבר שהיא צריך אליו ואפ"ל נמצא בבגדיו כתב שמקפיד עליו פקפקתי בזה די"ל דע"י שאלת הבגד שכחו כמו דחיישינן בגט שהשאל הארנקי ושכח אע"ג דמסתמא השליח מקפיד על הגט והארכת בתשובה אך כבר כתבתי מה שנלע"ד שיש בו די בהיתר זה ולכן לא חזרתי לחקור על דברי האגרת הזאת: שאלה קלז שאלה אשה אחת ישבה עגונה ימים רבים לפי שבעלה מחמת איזה סיבה ירא לנפשו וילך לו אל ארץ אחרת ונתגלגל הדבר עד שירד למצרים ומשם הלך לעיר באנגאל"א אשר במדינת הודו ומשם באו כתבים שהאיש ההוא נפטר שמה כאשר באו הדברים ברוב ענין בגב"ע ונדרשתי מכבוד מחו' הרב הגדול החסיד המפורסם מהור"ר מרדכי נ"י מק"ק קרעמניץ לחוות דעי בזה: תשובה לענ"ד דבר זה א"צ לפנים דאתתא שריא דלמ' ניחוש לה אי משום שלא ידענו שזה היה בעל האשה רק מה שהגיד הוא בעצמו הלכ' רווחת בישראל דבהכי סגי כמבואר בשו"ת הרא"ש בעובדא דההוא תלמיד שהי' שמו ר' אשר שהלך לטוליט' שאף שהי' מפי עצמו שרי ומייתי ראייה מעובדא דסוף יבמות ביוחנן בן יהונתן כו' וכ"כ בשו"ת מהרי"ק דאף בפעם אחד סגי ובתשוב' א' כתבתי מה שהוצרך להביא ראייה מהך דיוחנן ולא הביא ממתני' דמעשה בצלמון באחד שאמר אני פב"פ משום דעובד' דהרא"ש שאותו תלמיד אמר כן בהיותו ברי' ואין ראייה כ"כ מעובד' דצלמון שהי' אמירתו בשעת מיתתו ונתכוון להתיר אשתו וי"ל דדוק' בכה"ג ל"ח לשקר' משא"כ אם בעודו ברי' אמר כן שיש לחוש שמחמת איזה סיבה שינה שמו במתכוין וכמ"ש הרא"ש בגיטין בההיא דיוסף וקורין לו יוחנן שיש שמשנין שמותיהן במתכוון מפני בע"ח או מרדין ולכך הוצרך להביא מהא דיוחנן בן יהונתן שהיתה אמירתו דרך ארעי בעודו ברי' אולם ואפ"ה לא חיישינן לשינוי ושם הארכת בתעמא דמלתא דלגבי התרת האשה סמכינן על אמירת עצמו וגבי חליצה ויבום חיישינן והרשד"ם בתשובה הביאו בב"ש בק"ע סי' שנ"ד הרגיש בקושיא זו ולא כתב מה שתירץ ואני ישבתי על נכון בס"ד ועכ"פ לדינ' אין חילוק דסומכין ע"פ עצמו ומכ"ש בנ"ד דנראה דגם האי חששא שמא משנה שמו במתכוין מחמת מרדין או בע"ח ליתא דהא עכ"פ נתברר להעד הנ"ל מתוך דברי האיש שהוא מילידי מדינה זו ופשיט' שאם היה אחר ממדינה זו שהי' מגלה לו שמו האמיתי ואין מקום לחוש כלל שהי' ירא לגלות שמו כי נפל עליו פחד שיתוודע הדבר ויביאו אותו ממצרים עד הנה ומה שאמר שקר' עצמו בדרך שם יעקב לבד אף שהי' שמו כאן יעקב הירש פשיט' שאין לחוש לזה דאפי' לא היה נודע כן מפי עצמו שבדרך תפס לו שם הראשון לבד היינו תולין מעצמינו בכך כיון שדרך העולם כן על הרוב וכבר כתב הר"ן בתשו' אפי' בשינוי השם שכל שהעדות מספיק מצד עצמו אלא שנמצא ריעותא מחמת איזה סימן והוא עשוי להשתנות תולין בכך ע"ש ומכ"ש בזה שזה מעיד ששמע כן מפי האיש הלז ששמו במקומו יעקב הירש אלא שהוא קורא עצמו בדרך יעקב לבד אין כאן חשש כלל ולפי שהדברים פשוטים לענ"ד קצרתי: ומעתה אחרי שהדבר מבורר לנו שהאיש שנתלוה עם מוה' יחיאל מיכל הנ"ל ממצרים לבנגאל"ה הוא בעלה של אשה זו והרי במכתב ששלחו מתם שזה ר' יעקב שנתלוה עם הנ"ל מת שמה אין לך עדות גדולה מזו אפס מקום כלל להסתפק באחר ובתשובה אחת הארכתי בהא דפליגי אי חיישינן לתרי יצחק שלדעת הרמב"ן

והרשב"א והנ"י דוקא היכא שעדים מעידים שיצחק זה יצא מקורטבא כו' וידוע שאין שם אחר שדירתו קבועה בהא לא חיישינן דלמא גם יצחק אחר מעלמא אתי לכאן דכאן נמצא וכאן הי' כו' ע"ש ובנ"ד פלטינן מהאי חששא שהרי נתבאר מפי ר' יחיאל שהאיש הזה שהי' בעל האשה ממדינות פולין הוא שיצא עמו ומעולם לא נתלוה אחר עמו שהי' שמו יעקב ומשם כתבו בבירור שיעקב זה שמת הוא האיש שנתלוה עם ר' יחיאל וגם פשיטא שאין לחוש בזה אפי' למי שחוכך לחוש לתרי שווירי עיין בק"ע למהרח"ש דפשיטא שאין לחוש בזה לעיר קרעמניץ אחרת שאע"פ שידוע שיש קרעמניץ אחרת בארץ הגר ואולי איכא מתוותא אחריני במדינות אחרות ששמם כך מ"מ אין כאן חשש כלל שמבואר מתוך הגדת האיש שהוא העיר הקרובה לק"ק בראד וק"ק ראדוויל וגם משאר סימנים ניכרים דברי אמת שהוא מעיר קרעמניץ הקרובה אלינו בלי ספק כלל וגם הלכה רווחת דמקילין במיתה טפי מגט דאפי' מאן דחייש בגט לשני שווירי במיתה לא חיישינן ואפי' חיפוש א"צ וכמ"ש בתשובה א' באורך וא"כ מכ"ש דלא חיישינן שמא נמצא עיירות כאלו הקרובים זה לזה בעולם שיהיה שמם כך ומכ"ש שאין לחוש שמא זה זמן רב שהלך לערי הודו איש ששמו כך ונתלוה עמו איש ששמו יעקב דפשיטא דלא חיישינן דאתרמי שמא כשמ' כו' ומכ"ש שהדבר מבואר בעדות שהעיד ר' אברהם גריבלי שהוא ראה לר' יעקב הנזכר עם ר' יחיאל מיכל הנ"ל בעיר באנגל"אור"א הניחו שם והלך לעיר מוכ"א ובהיותו שם באו יהודים מבאנגל"ה ואמרו לו שר' יעקב הנזכר מת והלך לב"ע וכה העיד שידע בבירור שאין להסתפק כי המגידים לו ידעו ששאלתו על ר' יעקב הנ"ל היתה ועליו השיבוהו והוא ר' יעקב שהי' עם ר' יחיאל מיכל הנזכר ע"כ דברי העדים א"כ אין לך עדות ברורה יותר מזה שהרי הר"א הנ"ל הוא מכירו ומוה' יחיאל מיכל הנ"ל וידעו פנים אל פנים כמבואר בעדות מוה' יחיאל מיכל שהוא בעצמו שמע גוף העדו' כשהעיד מהר"א לפני חכמי הנ"ל במעמד הנזכר ומעתה גם מה שהיה מקום להטיל ספק בעדות שאע"פ שהעדיות נתקיימו בחותמיה' מ"מ המכתב שבא מבנגאל"ה לבבל מי יודע אם היה מקוים וקצת פוסקים מחמירין להצריך קיום בעדות הבא בכתב אך ע"פ עדות מהר"א נתפשט גם הקמט הזה שהרי זה מעיד ששמע בעצמו מפי יהודים שבאו מבאנגל"ה שמת ר' יעקב וביחון דבריו שברור לו בלי ספק שעל זה שהי' עם ר' יחיאל השיבו לו כך ועדות זו נתקיימה והדבר ברור באין ספק דאתתאשריא לאנסובי לכל גבר די תצביין ומ"מ צריכה היא להושיב ב"ד של שלש' ויתירו לה כדין אשה הנישאת ע"פ ע"א ומה שנלע"ד כתבתי וחתמתי דברי זעירא מן חברייא: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה קלח שאלה אשה אחת שמת בעלה בלא בני' וידוע שהי' לו אח שהרחיק נדוד מכמה שנים ויש ע"א מעיד ששמע מפי ע"א שבא ממדינת אוקריינ' שאמר שידוע בבירור שזה האיש אחיו של בעל האשה מת שם וזה העד שלפנינו מעיד ששמע שמועה זו מפי העד האחר בעת שהי' עדיין בעלה של אשה זו קיים וגם אשה א' מעיד' ששמעה מבנו של היבם הנ"ל שאמר שידוע בבירור שאביו כבר מת וגם שמוע' זו הי' בעת שהי' בעל האשה עדיין בחיים וכבוד אחי הגאון המפורסים מוהר"ר חיים מרדכי נ"י האב"ד דק"ק דובנ' רבתי יע"א פתח בתשוב' להיתרא וביקש ממני לחוות דעי בזה: תשובה הא מלת' הוי בידן מרבים וגדולים בתשובותיהם התירו בע"א ביכמה אפילו בעד מפ"ע מאחר שכל גדולי הראשונים מקילין בדבר ואף שמדברי הרא"ש נראה

שדעתו להחמיר וכבר כתב א"ז מהר"מ מפדווה ז"ל שאיננו ירא להקל מאחר שהרא"ש יחיד הוא בדבר זה ולולי הטור בנו שהבי' דבריו וכתב שהו' מחמיר הייתי אומר שגם הרא"ש לא בא אלא להקשות ולא לחלוק כו' ויהי מה נרא' לסמוך על כל הפוסקים להקל במקום עגונה ונאמר שאשה זו מותרת לשוק עכ"ל ועובד' דהת' הוה בעד מפ"ע וכן א"ז מהר"מ מלובלין והב"ח בתשובותיה' האריכו בזה ועשו מעשה להקל ואחי הגאון נ"י האריך ג"כ בזה והביא כמה תשובות שדעתם להתיר אפס שהגאון מופת דורינו מהר"י לנדא ז"ל בשו"ת נ"ב מהדור' תנינ' סי' קמ"ו שדא ב'י נרגא בהיתר זה וחוכך קצת להחמיר עכ"פ בעד מפי עד ביבמה ומ"מ סיים שמי שרוצה לסמוך במקום עיגון להתיר יש לו על מה שיסמוך ואחי הגאון נ"י נשא ונתן בדבריו ז"ל והעלה להתיר: והנה בגוף הדין אם ע"א מועיל ביבמה להתירה להנשא לשוק האריכו הראשונים שלפנינו עד שלא הניחו מקום להתגדר בו אפס להגדיל תורה אימא בה מלת' שלענ"ד פשיטות דברי הש"ס מורה שיש להתיר בזה והנה עיקר' דהא מילת' ביבמות דף צ"ד דקמיבעי' לי' למשרי יבמה לעלמ' ורב ששת פשט לה להתיר' ממתנית' דמת בעלך ואח"כ בנך ורבא פשט לה מסבר' דלאיסור כרת התרת לאיסור לאו לכ"ש ובש"ס דחו להנך פשיטות' וכתב הרי"ף שדעת הגאונים דהנך דחיית' לאו דסמכ' נינהו כו' והרא"ש כתב ע"ז ולי נראה תימ' איך פסקו להקל בזה כו'.

ולדידי חזי לי שיש ראייה ברורה להמתירין דלכאורה יש לתמוה דמאי קא מיבעי' לי' וגם ר"ש הוצרך למפשטי' ממתנית' דמת בעלך ובנך ורבא מסבר' קאמר לה דהא משנה מפורשת הוא לקמן דף קי"ח שני יבמות זו אומרת מת בעלי וזו אומרת מת בעלי זו אסורה מפני בעלה של זו וזו אסורה מפני בעלה של זו כו' ולכאורה מכאן מוכח בהדי' דע"א ביבמה מהימן לעלמ' דטעמ' שהם יבמות ואין נאמנות כ"א על חברתה הא אשה דעלמא הוה מהימן ומכ"ש ע"א (ומהא דקתני בסיפ' לזו יש עדים כו' ליכ' למידק איפכ' דטעמ' דאיכא עדים הא ע"א אסורה כבר כתב התו"ט שם בעדות המועיל בזה קאמר ע"ש) וכן בסיפ' דזו שיש לה עדים אסורה או זו שאין לה בנים אסורה וכולהו מטעמ' דאין יבמה נאמנת על חברתה וקשה דמאי קמ"ל דפשיט' דע"א לא מהימן ומכ"ש אשה אפי' אינה יבמתה ולכאורה י"ל בהא דע"כ לא מיבעי' לן בע"א דעלמ' אלא משום דאיכא למימר כיון דסניא ליבם לא דייק' משא"כ היכ' שהעד חייש לקלקול' דנפשי' תו לא צריכין לדיוק' דהאשה אלא העד לבד נאמן כמו אשה דמהימן' היכ' דלא שייך סני' לי' והלכך בהך דיבמות שאומרת מת בעלי אי לאו דיבמות אין מעידים שפיר היתה מותרת גם זו שיש לה עדים או שאין לה בנים כיון שזו שאין לה עדים או שיש לה בנים תנשא ודאי דהיא דייק' בשביל עצמה ולכן אע"ג דזו שיש לה עדים או אין לה בנים אפשר דלא דייקא משום דסניא ליבם מ"מ הוה סמכינן עלה דהך אשה שאומרת מת בעלי והיא נשאת דלא מקלקל' נפשה ובודאי דייק' שפיר ועל פיה היינו מתירין גם חברתה לפי שמת יבמה אבל מהך טעמא שיבמה א"נ להעיד לחברתה אסרינן לה אע"פ שנשאת זו דאע"ג דמקלקלה נפשה אמרינן משום שנאה היא דעבד' ותמות נפשי' כו' קאמרה וכדאמרינן בש"ס טעמ' דרבנן בהא דנתיבמו ומתו היבמין ולפ"ז אין הוכחה מכאן דע"א דעלמא מהימן די"ל דדוקא בכה"ג הוי מהימן היכא דמקלקל נפשי' וקמ"ל דמשום שהיא יבמה א"נ אע"ג דמקלקל' נפשה: ובזה הי' מקום ליישב קושית התוס' בההי' דעדים

ובנים שהקשו תימ' לר"י מאי קמ"ל ואפשר דאשמועינן דלא אסרינן הא אטו הא עכ"ל והוא דחוק ולפי מ"ש י"ל איפכ' דהרבות' הוא דאע"ג דלאחת מתירין ותנשא מ"מ חברתה אסורה ולא אמרינן דכיון שנשאת ודאי דייק' וגם חברתה מותרת קמ"ל דכיון דתלינן ששונאים זא"ז חיישינן דלמא תמות כו' קאמרה ולכן נשארת באיסור ואעפ"כ היא מותרת כמ"ש התוס' לעיל דף קי"ז עכ"ל לענין חמותה דמ"מ מתירין אותה כיון דחזי' דחמותה אסורה אף היא לא מקלקל' נפשה וה"ה כאן (ומ"ש התוס' שם להקשות דמ"מ נתיר לחמותה כשנשאת הכלה כו' היינו התם דלא חיישינן לשנאה ישינה כיון דליכא צערה דגופ' רק דמילי דעלמא משא"כ ביבמתה וצרתה ועיין מהרש"א כאן) וכך הם דברי הירושלמי במתני' האשה שהלכה היא ובעלה כו' היא תנשא וצרתה אסורה וקאמר חשודה היא לקלקל עצמה כדי לקלקל צרתה מעתה אפי' על עצמה לא תהי' נאמנת מתוך שהיא יודעת שלא עשו דברי' כלום אצל חברתה אף היא אומרת אמת מעתה אפי' על צרתה תהא נאמנת אמר ר' הילא חוזר לקלקול ראשון כו' והביאו הרב המגיד פרק מהל' יבום וזה גופ' טעמא דמתני' דזו שיש לה עדים אסורה אע"פ שחברתה מותרת ואפשר לומר שדעת התוס' דהך מלתא דחברתה אסורה משום דתמות כו' קאמרה לא הוה איצטריך לאשמועינן דהא מסיפ' דנתיבמו כו' שמעינן לה דאע"ג דאינסב' אסורה משום הך טעמא דתמות כו' אלא ש"ל דכיון דחשדינן לה דמקלקלת עצמה לקלקל חברתה גם היא תאסר וכקושית הירושלמי גבי צרתה דקאמר מעתה גם על עצמה לא תהא נאמנת וזה כוונת התוס' מ"ש דאשמועינן דלא אסרינן הא אטו הא ואין ר"ל משום גזרה אלא ר"ל דס"ד לומר דכיון דזו אסורה אלמא דחשדינן לקלקול' דנפשה א"כ גם היא יש לנו לאסור וקמ"ל דלא וכתירוץ הירושלמי דמתוך שידעת שלא עשו דברי' כו': ואמנם כל זה הוא בסיפ' דעדים ובנים שהאחת מותרת יש רבות' מה שהשני' אסורה אף לאחר נשואין של זו אבל בריש' דלשניה' אין עדים ובנים פשיטא דבלאו טעמא דתמות כו' נמי א"ש דעכ"פ אין להניח אחת מהנה להנשא דעדות חברתה לא מהני לה דשמ' לקלקל' מכוונת ונפשה לא תקלקל כלל דשמא היא באמת לא תנשא כלל שידעת בנפשה שהוא שקר ולא מת בעלה כלל וראיתי בפ"י המשנה להרמב"ם שכתב אמתני' דשני יבמות כו' שיש לנו לומר שמא לא מת ורוצה שתנשא יבמתה כו' ואע"פ שהיא עצמה כמו כן אסורה לבעלה אם תנשא עם כל זה ניהוש שמא אמרה תמות כו' ורוצה בקלקול עצמה מפני קלקול יבמתה כו' וזה צ"ע דברי' דמתני' אין אנו צריכין לטעם זה כיון דאכתי לא אינסב' חד מנהון אין מתירין שום אחת להנשא דשמא השני' לא תינשא כלל וע"כ לא צריכין להך טעמא אלא בסיפ' דנתיבמו היבמות וגם בהך דעדים ובנים נמי צריכין להך טעמא דהא משמע שהשני' אסורה לעולם אף שהראשונה נשאת וא"ל דבהני לא צריכין להאי טעמא דאע"ג דנשאת י"ל דבגיט' אתאי כדקאמרי בש"ס התם משא"כ בנתיבמו דלא שייך זה אבל ז"א דהא מדקתני סתמא דשני' אסורה משמע דאף הראשונה תנשא לכהן והשני' אסורה וכה"ג שפיר איכא קלקולי לנפשה ואפ"ה אסרינן לחברתה וע"כ משום טעמא דתמות אתינן עלה ולפי מ"ש א"ש מ"ש לעיל על דברי' התוס' שהקשו דמאי קמ"ל ולפי מ"ש י"ל שפיר אשמועי' טעמ' דתמו' דאע"ג דמסיפ' שמעינן לי' דמקלקל' נפשה באיסור כרת דהא חזינן שנתיבמה ליבם י"ל דמעיקרא אשמועינן דאע"ג דמקלקלה נפשה לעשות בניה חללים לא קפדה בשביל לקלקל חברתה, והדר

תנא הך דנתייבמו בדרך לא זו אף זו דאע"ג דהתם מקלקלה נפשה באיסור כרת אפ"ה אמרינן תמות כו' קאמרה, ולפי מאי דמסיק לפרש הא דקתני בברייתא הואיל והותרה צרתה הותרה ונשאת קאמר וכגון שנשאת לכהן ולפ"ז צ"ל דר"א פליג גם בההיא דעדים ובנים דקתני דשניה אסורה דמשמע בכל גווני אע"ג דהאחרת, מותרת לכהן ולר"א בכה"ג גם השני' תנשא אך בלשון המשנה נראה דר"א לא פליג רק אהך דיבמין כדאמר הואיל והותרו ליבמין כו' ואפשר לומר דודאי תנא דמתני' לא שמיע ליה פלוגתא דר"א רק אהך דיבמין וכן נראה לכאורה מדברי התוס' ועיין במהרש"א ומ"ש ע"ז בתשוב' מדין העגונה מק"ק קופיל וס"ל דאפשר דר"א מודה בריש' דדוקא בסיפ' דמקלקל' נפשה באיסור כרת אמרינן דקושט' קאמרה אבל בהך דבנים ועדים דאיכא למימר דלא מקלקל' דבגיט' אתאי ואף אם נשאת לכהן אין כאן אלא לאו בלבד ואין הבנים ממזרים רק חללים לא חייש' והלכך מודה בה ר"א דצרתה אסורה: ובזה נלע"ד לבאר דברי הירושלמי דאית' התם מאי טעמ' דר"א לפי שאינה חשודה לקלקל צרתה כל עיקר נשמיענה מן הדא האשה שהלכה כו' תנש' וצרתה אסורה וסברין מימר חשודה לקלקל עצמה כדי לקלקל חברתה ולית ר"א פליג הוי לי' טעמא משום שאינה חשודה לקלקל צרתה כל עיקר וחש לומר שמא שילח לה גיטא ממה"י הגע עצמך שהיה כהן א"ר בא בר זמינ' חשודה היא לעשות כמה חללים כדי שיהיה בני חברתה ממזרים עכ"ל והמפורשים נדחקו מאוד בפירושו ולפי מ"ש נראה דה"פ דמתחלה בעי למימר טעמא לפי שאינה חשודה כו' והיינו כדקאמר בש"ס דידן דדלמא טעמא משום דצרה מעידה לחברתה ולזה בא להוכיח מדלא פליג ר"א במתני' דהאשה שהלכה ולמימר דצרתה מותרת ע"כ דס"ל דודאי צרה א"נ להעיד רק היכ' דמקלקל' נפשה כגון ההיא דמתני' משא"כ בהך דצרתה דאפשר דלא מקלקל' נפשה כלל אלא בגיטא אתאי והיינו דקאמר הירושלמי הוי לית טעמא כו' וחש לומר שמא שלח לה גיטא כו' ור"ל כמ"ש שודאי אין הטעם משום שאינה חשודה כל עיקר אלא חשודה היא היכא שאינה מקלקלת לנפשה והתם לא פליג ר"א משום דחייש לומר ששלח לה גט ואהא קאמר הגע עצמך שהיה כהן ר"ל דאכתי הו"ל לפלוגי את"ק דאמר סתם צרתה אסור' והו"ל לר"א למימר אם נשאת לכהן צרתה מותרת ואהא משני א"ר בא בר זמינ' חשודה היא לעשות כמה חללים כו' ור"ל דהתם שפיר מודה ר"א בהך קלקול דחשודה היא ע"ז לעשות חללים כו' ודוקא במתנית' פליג דלא הוה מקלקל' נפשה להתייבם ולהתחייב כרת וחנק ואפי' אי בגיטא אתאי עכ"פ היא גרושת אחיו ומקלקל' באיסור כרת ולעשות בניה ממזרים וכיון דנתייבמה ודאי קושטא קאמרה אבל בההיא דצרתה דאיכא למימר דלא מקלקל' רק שתעשה בניה חללים ע"ז לא קפד' כלל כן נלענ"ד בפירוש הירושלמי כפתור ופרח: וממילא א"ש מה דכתיבנ' דבס"ד דש"ס דלא שמיע ליה ברייתא אזיל בשיטת הירושלמי דמדלא פליג ר"א לענין צרתה מכלל דס"ל דצרתה אסור' משום דאמרינן בגיט' אתאי וא"ש נמי דלא פליג בהך דעדים ובנים משום דבכה"ג חשודה לקלקל עצמ' בכדי לקלקל צרתה וא"ש נמי מה שהקשו התוספות דאמאי לא פליג ר"א בהך דמת בעלי וחמי ולפי מ"ש י"ל דהתם מודה דלא מקלקל' נפשה כלל דאף ע"ג דהתם ל"ל בגיטא אתאי דאם כן אינה חמותה והתם לא קפיד אשנאה ישינה כמ"ש מהרש"א מכל מקום בפשיטות י"ל דבעת שאמרה מת בעלי וחמי לא בעלה מיית ולא חמיה ורצתה לקלקל ועכשיו נודע לה שבאמת מת בעלה

ולכך היא נשאת ומ"מ חמיה לא מיית ואע"ג דגם לבתר שנשאת אומרת כן אמרינן דעביד' לאחזוקי שיקרא משא"כ בהך דיבמה דע"י הנשואין ליבם ודאי מקלק' נפשה ודאי קושט' קאמרה ואמנם התוס' לעיל דף קי"ז ע"ב כתבו לתרץ הא דחמותה אסורה אע"פ שנשאת הכלה דשמא תנשא חמותה קודם ולפ"ז י"ל דשפיר קשי' להו למאי דאמרינן דאי אינסב צרה מנסיבנן לה ולא חיישינן שתנשא קודם אך באמת קשה דכיון דלרבנן ע"כ חיישינן שתנשא קודם כמ"ש התוס' להוכיח מהך דחמותה מנ"ל דלר"א לא חיישינן להא ומתני' דיבמה שאני דליבמה בתורת יבום אינסבא וליכא למיחש למידי וצ"ע ולפי שאין זה מענינינו קצרתי: ומ"מ מבואר דבהך ריש' דשני יבמות כו' זו אסורה מפני בעל' של זו א"צ לטעמא דדלמא תמות כו' כיון שאין אנו מניחין להנשא אחת מהנה ולפי"ז מוכח ג"כ דע"א ביבמה מהני דאל"כ אף שלא היו יבמות ג"כ לא מהני מה שזו אומרת מת יבמה של זו דאימור משקרה וזו משום דסני' ליבם לא דייקא ואע"פ דקאמרה מת בעלי ורצונה להתיר א"ע ג"כ מ"מ נראה דבשביל האמירה לחוד אין לאמת דברי' דכל זמן דלא עבדה מעשה בנפשה ליכא חומר וא"כ מחמת שאין ע"א נאמן ג"כ שניהם אסורות ומדנקט יבמות דווקא מכלל דע"א דעלמא נאמן ולפ"ז יש לתמוה דה"ל למפשט מההוא דשני יבמות דע"א בעלמא מהימן להתירה לשוק אך נלע"ד ליישב ע"פ מ"ש התוס' להקשות אהא דמיבעיא ליה אי טעמא דר"א משום דס"ל צרה מעידה לחברתה דה"ל לפלוגי ארישא דהא נשים דקחשיב צרה ליבמתה וכתבו לחלק בין היכא שבאה להעיד על חברתה להך דהכא שאינה מתכוונת להעיד רק על עצמה וממילא נאמנת על צרתה ע"ש ולפום הך לישנא ר"א ברישא נמי פליג וכדאמרינן בש"ס התם דר"א לדבריהם דרבנן קאמר לדידי צרה מעידה לחברתה ואע"ג דלא אינסב כו' והיינו משום דאינה מתכוונת רק להעיד לעצמה וא"כ ת"ק אתי לאפוקי מדר"א וקאמר דאף בכה"ג אין צרה מעידה לחברתה וזו אסורה מפני בעלה של זו ולפ"ז י"ל דלא מצי למפשט מהכא דע"א נאמן ביבמה דשפיר י"ל דע"א לא מהימן משום דסניא ליה לא דייקא רק דיוקא זוטא וסומכת על העד והא דנקט שני יבמות רבותא אשמועינן דסד"א דיבמה נאמנת להעיד לחברתה כשאינה מתכוונת להעיד רק על עצמה כמו דס"ל לר"א וא"כ יבמה עדיף טפי דאע"ג דעד דעלמא לא מהימן מ"מ איהי מהימנא משום דחברתה אינה סומכת עלי' כ"כ ומסק' אדעתא דלמא משנאה אמרה הכי ולאקלקולי לדידה מכוונה ודייקא דיוקא רבה ומ"מ מה"ט דסתם יבמות שונאות לא פסלינן עדותה כיון שאינה מתכוונת רק לעצמה ולכן קמ"ל ת"ק דאפילו בכה"ג פסלינן עדות היבמה לחברת' ור"א באמת ס"ל דשפיר מעידה ועדותה מועיל אע"פ שאינה רק כע"א משום דמסתמא לא סמכא עלה ודייקא דיוקא רבה ולכך לא בעי הש"ס למפשט מהך דשני יבמות אך כ"ז בהך צד איבעיא דטעמא דר"א משום צרה מעידה לחברתה שפיר י"ל דיבמות איצטריכ' ליה ולאפוקי מדר"א משא"כ לצד האיבעיא' משום דר"א ס"ל דלא מקלקל' נפשה וזה דוקא היכא דאינסב ואי לא אינסב פשיטא דאין צרה מעידה לחברתה ואף אם אין מתכוונת רק לעצמה והדר' קושיא לדוכתא דלמה נקט יבמות היכא דלא אינסב דלמה יהיה עדיף מע"א דעלמא דהא אי לא אינסב וליכא קלקול' ליכא עדיפותא ביבמה משאר ע"א ואם כן בלא פסול עדות יבמה לחברתה תיפוק ליה דע"א לא מהני וע"כ מוכח דע"א דעלמא באמת היה נאמן וקמ"ל דיבמות אסירי ולפי"ז למאי דמסיק הכא דהברייתא

דפליג ר"א הואיל והותרה ונשאת קאמר ומשמע קצת שתופס זה לעיקר מדדחיק להגיה הברייתא וכן ממ"ש לעיל דברי הירושלמי מבואר שתופס עיקר בטעמא דר"א משום דמקלקל' נפשה דוקא ולא משום שאינה חשודה לקלקל צרתה ולהך טעמא מוכח דע"א דעלמא נאמן רק ביבמה פליגי דת"ק סבר דלא מהימנ' אף אי מקלקל' נפשה ור"א סבר דמהימנ' היכא דמקלקל' נפשה ומ"מ בין למר ובין לומר עד אחד דעלמא מהימן: ופקחתי עיני וראיתי שהב"ש סימן קנ"ח ס"ק ד' כתב וז"ל ואין להקשות להרא"ש דע"א לא מהימן ל"ל הטעם דצרה אין מעידה לחברתה ת"ל דע"א אינו נאמן וצ"ל דה"א הואיל ונאמנת על עצמה דמת בעלה נאמנת על חברתה קמ"ל דא"י להעיד על הצרה עכ"ל ולענ"ד הם דברי תימא דמה ס"ד לומר הואיל בכה"ג דהא הך מלתא בתורת טעמא אתינן עלה דזמנין דסני' לה ולא דייקא ובשלמא היכא דאינסבא שפיר היה מקום לומר דכיון דאינסבא קושט' קאמרה דלא מקלקל' נפשה ומהני אף היכא דחברתה לא דייקא מ"מ היא היתה צריכה לדייק בשביל עצמה משא"כ קודם דאינסבא אע"ג דהיא עצמה מותרת משום דמסתמא לא תנש' עד דתידוק שפיר וכדאמרינן אשה דייקא ומינסב' אבל קודם שניסת מאן לימא לן דקושטא קאמרה ואפי' אם לא היה פסולה מטעם שנאה שלה לחברתה היא א"נ כשאר ע"א ואמנם מ"ש להקשות על הרא"ש באמת קושי' זו תיקשי על הש"ס דהו"ל למפשט האיבעיא מהכא.

אך לענ"ד א"ש כמ"ש דלא בעי למפשט מהכא דלהך צד האיבעיא דטעמא דר"א משום צרה מעידה ליכא למפשט מידי וגם א"ש טפי דרבא דאמר התם מסברא לאיסור כרת כו' לא מצי למפשט מהכא דרבא הוא דקמיבעי' ליה בטעמא דר"א וכיון דלא איפשט' הך איבעי' לכך נקט שם הפשיטות מצד הסברא אך אנן לדידן שנראה עיקר דטעמא דר"א משום קלקול' וכדמשמע מש"ס דידן והירושלמי נראה דאית לן לפסוק דע"א נאמן ביבמה להתירה לשוק כנלע"ד: וראיתי בריטב"א בחידושי ליבמות כתב וז"ל אהא דאמר רב נשואין יש בה דמחלפ' באשה שהלך בעלה למה"י דהא דרב במסקנא קאי כשנשאת בע"א דאי במזיד גמור זנות בעלמא הוא ולית ליה השתא דרב המנונ' ואי כשנשאת בעדים הא סבר רב דאפי' באשה בעלמא מותרת לחזור לו אלא ודאי כדאמרן.

וש"מ דס"ל לרב דע"א נאמן ביבמה שתנש' לשוק כדפסקו רבוותא ז"ל עכ"ל וכ"כ שם בדף צ"ד גבי האיבעי' וז"ל ובעיין לא איפשטא הכא אבל תפשוט לו דע"א נאמן ביבמה ממסקנת מימרא דרב דאמר נשואין יש בה וכדכתיבנ' לעיל וכן פסקו הגאונים ז"ל עכ"ל וכ"כ הנ"י בשמו בהך דנשואין יש בה דש"מ דע"א נאמן דטפי מסתבר לאוקמ' שנשאת עפ"י ע"א מלאוקמה במזיד גמור דזנות בעלמא היא כו' עיין שם.

ולכאורה היא ראייה גדולה לשיטת הגאונים ז"ל אך שצ"ע לענ"ד דהריטב"א גופיה קודם לזה כתב וז"ל מעתה כל שנשאת בין ברשות ב"ד בין במזיד גמור תצא מן הבעל ואפי' יש לה בנים ואסורה ג"כ על היבם אע"פ שהוא ישראל משום גזרה דמחלפ' באשה שהלך בעלה למדה"י כו' ודבריו סותרין זא"ז דבמזיד דינו כזנות ליכא גזרה דמחלפ' וכמ"ש לפרש דברי רב דלא מיירי במזיד וא"כ איך הוה מזיד לנשאת ברשות והריטב"א גופ' כתב שם להלכ' דלא קי"ל כר"ה והנ"י העתיק ג"כ מתחלה דברי הריטב"א שכתב מעתה בין במזיד כו' ותיכף אח"כ כתב דמדאמרינן שנשאת כו' שמעינן דע"א נאמן כו' אך

מלשונו נראה דמ"ש דטפי מסתבר לאוקמי שנשאת ע"פ ע"א מלאוקמי במזיד כו' שבאמת חזר בו ממ"ש תחלה דגם במזיד גמור אמרינן מחלפ' וכן צ"ל בדברי הריטב"א ג"כ וכ"כ הריטב"א שם אהא דאמרינן נשואין יש בה בזנות כו' והכא בנשואין שהוא במזיד קאמר שהוא זנות גמורה כו' ע"ש.

ואמנם בתוס' שם דף צ"ב ע"ב נראה דלא ברי להו כולי האי הך מלתא דנשאת במזיד אי הוה כזנות או לא שהתוס' שם ד"ה נותן לה שני כו' ומתני' דהזורק אפ"ל בנשואי טעות וכ"ש בנשואי מזיד דקנסין לה טפי ואפ"ל את"ל כשנשאת במזיד לא שייך למגזר ולמקנסה כי היכא דלא קנסין בזנות משום דנשואי מזיד לא שכיחי כמו זנות מ"מ לא מסתבר לאוקמא הך מלתא בנשואי מזיד דלא מיירי בהכי כו' עכ"ל.

ועתה זכינו שנדפס ספר הישר לר"ת ז"ל ומצאתי במסכת יבמות סוף סי' כ"ד שכתב שאין להוכיח ממה שאומר שנותן לה גט כו' דבאירוסין מיירי דאי בנשואין היאך הותרה לו והא יבמה שזינתה אסור' כדר"ה משום הא לא ארי' דקי"ל דלא כר"ה ורש"י פירש כן כו' ע"ש ובדף ע"ט מבואר דס"ל דנשואין שהם כזנות לא אמרינן מחלפ' והיינו מטעם שכתבו התוס' דכיון דלא שכיח לא שייך למגזר ולמקנסה (וצ"ע על הריטב"א שכתב להקשות על רש"י שכתב דר"א לית ליה דר"ה דהא אכתי אסור משום דמחלפ' דהא לפי שיטת הריטב"א איכא לפרושי בנשואי מזיד דהוי כזנות ואפשר דס"ל כמ"ש התוס' דלא מסתבר לאוקמי בנשואי מזיד) ולפ"ז צ"ע מ"ש הטור והש"ע בפשיטות בסי' קנ"ט דאם נשאת לזר בין בשוגג בין במזיד תצא מזה ומזה ולא כתבו שום חולק שהרי התוס' מספק' להו מלת' דשמ' בנשואי מזיד לא קנסין וכן נראה מדעת ר"ת וכן הוא דעת הריטב"א והנ"י שאע"פ שמתחל' כ' ג"כ בין שוגג בין מזיד מ"מ הרי כ' אח"כ דנשואי מזיד כזנות בעלמא הוא ומ"ש הב"י שכ"כ הרא"ש באמת בהרא"ש לא נזכר נישואי מזיד ע"ש שכ' והלכה למעשה נראה דאם נשאת בנשואי שוגג תצא כו' ואע"ג שי"ל דכ"ש מזיד קאמר מ"מ י"ל נמי איפכא דדוקא שוגג וכמ"ש התוס' אך מדבריו שם שהביא דברי הירושלמי משמע כן ויש לדחוק וקצרתי.

ואפשר דהטור לשיטתו דס"ל דאביו הרא"ש ז"ל פליג על הרי"ף לדינ' וס"ל דע"א לא מהימן וא"כ בשלמא לדידן שפיר משכחת נשואי שוגג בשני עדים דאנן קי"ל כרב דבשני עדים מותרת לחזור לו משא"כ אליבא דרב בש"ס לא משכחת לה כ"א בנשואי מזיד דהא ע"א ביבמה לא מהימן ומוכח דאף בנשואי מזיד אמרינן דמחלפא אך כבר כתבתי בשם מהר"מ מפדוואן שנרא' שגם הרא"ש לא כתב כן לדינא רק דרך קושי' ולקמן אכתוב עוד בזה: וממוצא דבר אנו למדין שפשט' דש"ס אליבא דרב נראה שע"א נאמן וכמ"ש הריטב"א והנ"י וגם ביש"ש כ' ראי' זו שאע"פ שהוא כתב דבין שוגג בין מזיד תצא מזה ומזה מ"מ כתב ראי' זו משום דסתמא לאו בנשואי מזיד מיירי ולפי דברינו דעת ר"ת מסכמת להרי"ף והגאונים וכן נראה מדברי התוס' דלא ניח' להו לפרושי הסוגיא בנשואי מזיד וכמ"ש להדי' בהא דר"א דלא מסתבר לאוקמי בנשואי מזיד כו' וכיון דאשכחן נמי ר"ת והריטב"א והנ"י והיש"ש וכן נראה דעת התו' שהם מסכימין עם הרי"ף והגאונים ושאר גדולי הראשונים הדבר ברור שאין לנו להחמיר בזה ובפרט במקום עגון: ועתה נבא לבאר במ"ש הנ"ב בדברי הרי"ף לא נתבאר אם עד מפי עד

מועיל ביבמה רק בדברי הרמב"ם וה"ל הרמב"ם והרא"ש חד לגבי חד כו' הנה בשו"ת הרשב"א סי' אלף רנ"ב מבואר להדיא עד מפי עד מהימן בזה ופסק כן להלכה למעשה וכתב שם וז"ל וכן תדעו שכל שהאמינו עד אחד אפילו עד מפ"ע וכל אותן שהם נאמנים במת בעלה נאמנים כאן וכ"כ בהדיא בעל הלכות גדולות גבי ההוא דר"ש ורבא והשתא דאמרת ע"א כשר דשויא רבנן כאשה שהלך בעלה למה"י וקתני גבי אשה הוחזקו להיות משיאין עד מפי עד כו' והדא יבמה שרי' לאנסובי ע"כ ואין ספק שגם הרי"ף ס"ל הכי כדברי בה"ג וכבר ידוע מ"ש מהרשד"ם בשם רבו הגאון מהר"י טיטצאק ז"ל שכשהיה מוצא דעת הרשב"א היה מחשיב דבריו נגד כל הפוסקים ומכ"ש בזה שאדרבה כל הראשונים והאחרונים קיימי בשיטתו ואף שהרא"ש ז"ל חוכך בדבר סמכו כל האחרונים על דעת המתירין דהרא"ש יחידאה לגבייהו ובפרט שהגאונים ובה"ג והרי"ף שדבריהם דברי קבלה הם מהמתירין וכבר כתבתי שיש להביא ראיה לזה מהש"ס.

והב"י כתב שרוב מנין ורוב בנין הסכימו להתיר וגם הרא"ש לא גזר אומר לאסור בהדיא ולא כתב אלא שקשה הדבר להקל הלכך כהני רבוות' דשרו נקטינן עיין בתשובת הרשב"א סי' אלף רנ"ב שם כתב דברים השייכים לזה עכ"ל הב"י. ולכאן שייך הגהה מבדק הבית שכתב וז"ל וכתב בסי' הנזכר שכל שהאמינו עד אחד אפי' עד מפ"ע כו' וכן הוגה בטורים דפוס פ"ד וכתבתי זה לפי שנלע"ד שמ"ש הב"ש בסימן קנ"ז ס"ק ב' ד"ה אפי' קרוב כתב בב"ה אית' אפי' עד מפ"ע כו' ונראה שנתחלפו דברי הב"ה ונעתקו ממקומם שבסימן קנ"ח לסימן קנ"ז לענין היבם ואפשר שנזדקר ט"ס בדפוס שהיה לפני הב"ש והעיקר כמ"ש לפנינו דברי הבד"ה אלו בסי' קל"ח וקצרתיו: ומ"ש בנ"ב די"ל דגם הרי"ף דס"ל להתיר י"ל דהיינו משום דלא אמרינן מסני סני וחיישא אקלקול' שנאסרת ליבם שהוא כמו ארוסה ולפי מ"ש בעהמ"א דעיקר קלקולא הוא לגבי בעל הראשון דמשני אין נחשב לה קלקול כיון דגם השתא אין לה בעל ולפי"ז לדידן שלא הותר היבום אין כאן שום חומר ולא דייקא עכ"ל ומ"מ גם הוא ז"ל כתב דלסברא בעלמא אמר ולא לקבוע הלכה והנה דברי בעהמ"א הם אמורים לקיים הגירסא שדח' רש"י ז"ל ובאמת שכדברי בעהמ"א כתב הרמב"ן והרשב"א והריטב"א ג"כ ליישב הגרס' דגרס קמ"ל לקלקול' דידה חייש' לקלקולא דזרע' לא חייש' ורש"י דחה זה דהא לר"ע תצא מזה ומזה כו' דאיכא גבי יבמה נמי קלקול' דידה וע"ז כתבו דכיון דמה שהיא מקלקלת עצמה מן היבם לא איכפת לה דשמא מסני סני לה רק הקלקול מבעל שני גם כן אינה חושבת קלקול כיון שגם עתה אין לה בעל וא"כ אין כאן רקקלקול זרע' אליבא דר"ע היינו דאמרינן דקמ"ל דדוקא אקלקול דידה חייש' אבל לא אקלקול זרע' כך הוא דבריהם ז"ל.

ועפ"ז רצה הגאון ז"ל לומר דלדידן דלא נהגינן ביבום א"כ אפי' אי לא אמרינן מסני סני מ"מ אין כאן קלקול דידה דהא אין לה תקנה על היבם ומבעל שני לא איכפת לה אם תצא ממנו כיון שגם עתה אין לה בעל ודוקא היכא שהיתה מותרת להתייבם חשיב קלקול דידה שהיבם הוא כמו ארוס שלה כך הם דברי הגאון ז"ל שבאו בקצרה ואולם אני תמה מאד על פה קדוש יאמר דבר זה כי הרי"ף ודעימי' דס"ל להתיר.

הטעם משום דלא אמרינן מסני סני ליה שהרי הדבר מבואר ביבמות דף קי"ח בעא מיני רבא מר"נ המזכה גט לאשתו במקום יבם מהו כיון דסני ליה זכות הוא לה כו' א"ל תנינ' וחוששין לדבריה כו' וכן פסק הר"ף וכל הפוסקים. וגם בעל האיבעי בע"א למשרי יבמה לעלמא מבואר דלא מספקא ליה בהא כלל אי חיישינן דלמא סני ליה או לא שהדבר פשוט דודאי איכא למימר סני ליה ומ"מ מיבעי ליה דשמא לא איכפת לן בדיוקא דהאשה כלל כיון שיש ע"א הוא נאמן משום מלתא דעל"ג לבד בלא דיוקא ולהתוס' והרא"ש שם ס"ל דגם דסני ליה איכא דיוקא זוטא או דלמא על"ג לחוד לא מהני עד דאיכא דיוקא רבא וביבם ליכא משום דסניא ליה אבל עכ"פ לשני צדדי האיבעי לא הוה מספקא לן בהך מלתא דלמא סניא ליה ועוד דהיאך אפשר לומר שלהרי"ף פשיטות האיבעיא להתיר משום דלא אמרינן סניא ליה היא עצמה תוכיח שאינה נאמנת לאיסור לאו אע"ג שנאמנת לאיסור כרת וטעמא משום דסניא ליה אלא דמ"מ בע"א י"ל דשפיר מהימן דא"צ לדיוקא דידה רק משום מלתא דעל"ג לחוד דהא אפי' בע"א בקטטה מיבעיא ליה דלמא סמכינן על העד ועיין בדף צ"ד בתוספ' סוף ד"ה כי תיבעי לך דאפי' מהני כאן עד בהני תרתי בעיי אכתי איכא למבעי ע"א בקטטה או מלחמה דאיכא למימר דהכא דייקא טפי מהתם כו' ולפ"ז נראה ברור דאף במקום שנהגו לחלוץ ולא ליבם לא נפל דבר מפשיטות האיבעיא דע"א שפיר מהימן משום מלתא דעל"ג וכמו במקום שיש יבום דהא איכא למימר דסניא ליה ואפ"ה מהימן משום מלתא דעל"ג וא"ל דנהי דמ"ש הגאון נ"ב ז"ל דהרי"ף ס"ל דלא אמרינן סני להו ליתא מ"מ למאי דאתא ואייתי דברי בעהמ"א דמה שתצא מבעל שני לא חשיב חומר ולא מהימנ' וה"נ לדידן שאין נוהגין ביבום הרי אין כאן חומר ואית לן למימר דלא מהימנא: אבל באמת ז"א דבעהמ"א ושאר מפרשים שהבאתי לעיל דבריהם על מאי דדחי הש"ס הפשיטות ממתני' דאשה גופה לא מהימנא הא עד דעלמא נאמן והש"ס דחי דלעולם גם ע"א א"נ כמו האשה עצמה והיינו משום דלא סמכינן אמלתא דעל"ג ועיקר ההיתר משום דייקא וביבם דסניא לי' לא דייקא ואין האשה ולא ע"א נאמן ונקט אשה עצמה לרבנותא דלא מיבעיא ע"א שי"ל דמשום דסניא לי' שוב אינה מדייקת כלל ותופסת דברי העד לאמת ואינה חוקרת כלל אבל היא עצמה י"ל דלא חיישינן שמשקרת במזיד משום קלקול זרע' קמ"ל דמשום דסניא ליה לא חיישא לקלקול זרע' וגם ניחא לה בשאר קלקולי ממון משום הא דסניא ליה וכמ"ש הריטב"א ועיין בחידושי הרמב"ן מבואר באר היטב וכ"ז למאי דבעי למימר דאין ע"א נאמן אבל למאי דס"ל דע"א נאמן אין המשנה יוצא מידי פשוט' דאשה גופא לא מהימנא דמשום דסניא ליה אינה חוששת לקלקול כלל משא"כ ע"א דעיקר מה דסמכינן הוא משום מלתא דעל"ג וגם שייך מתוך חומר דהא מקלקלת זרע' אף לדידן דלא ס"ל כר"ע מ"מ הוי ממזר מדרבנן וגם שאר קלקולי ממון (והש"ס דקאמר לר"ע אצטריך היינו לאשמועינן קלקול דאורייתא כמ"ש התו' מ"ש ולעיל דף צ"ב) ולכן כיון שיש לנו לסמוך על העד דה"ל על"ג וגם כיון די"ל דאפי' אי סניא ליה לא שבקית מלמידק מחמת חומר שבסופה בקילקול זרע' וממון לכך מהימנא וכל זה שייך אף לדידן: ועוד נראה דאפי' אי יהיבנן להגאון ז"ל הך מלתא דכל דלא מתייבמ' לא חשיב קלקול לדידה נראה כיון שאין ביבום איסור אם מתכוונת לשם מצוה כמבואר בסי' קס"ח וכן אפי' עכשיו כשהם באים לחלוץ שואלים אותו אם תרצה ליבם תיבם אותה ואע"פ שיש לו אשה כמבואר בס"ח ואע"פ

שבמדינתנו מרחיקים היבום מ"מ חשיב קלקול לגבה שעד עתה היה כדבר הרשות ועכשיו תאסר עליו וגם כיון שלא נודע מקומו אי' א"כ י"ל שמא הוא עתה במקום שנוהגין היתר ביבום שהרי גם אם היבם כאן אינו ברור שירצה לייבם אותה דשמא יחלוץ לה ואפ"ה ס"ל להנ"ב שחושבת היבם שהוא ארוס שלה ולא מקלקלא נפשה לגביה וא"כ אע"פ שאינו כאן מ"מ אולי תאבה האשה ללכת אחריו ולהתייב' לו במקום שהוא שם: אך באמת אין אנו צריכין לכל זה דכיון דע"א נאמן אע"פ שי"ל דמסני סני לה דמה"ט היא עצמה אינה נאמנת א"כ אף אם אינו עולה על דעתה שתתייבם הע"א נאמן ואדרבה עדיף טפי לדידן דדוקא משום דסניא ליה י"ל דלא דייקא משום דלא ניחא לה דתיפול קמי יבם שאינה יכולה להנצל ממנו להנשא לאחר ושמא לא ירצה לחלוץ ובע"כ תבעל לשניאוי לה וכמ"ש התוס' ולכן חוששין שמא בשביל זה ניח' לה לקלקל עצמה בכדי שתהיה נאסרת עליו וכדאמרינן לעיל דתצא מזה ומזה משום דמחלפא וכיון שתהיה אסורה עליו יתרצה לחלוץ לה והיינו דוקא משום דסניא ליה והיא יריאה ממנו אינה חוששת לשאר קלקולים וכמבואר ברמב"ן וריטב"א משא"כ מחמת שאין נוהגין ביבום לא שייך לומר דלא תידוק בשביל זה ואינה חוששת להתקלקל ליבם כיון שאין מיבמין מ"מ למה תעשה זאת לקלקל עצמה בכמה קלקולים (ועיין בתוס' מ"ש דכיון ששאר נשים מורגלים לדקדק כו') ואדרבה דייקא להתוודע ולהגלות אי' מקומו ותחלוץ ממנו דאפי' נאמר שאין כופין לחלוץ מ"מ תוכל לרצות אותו שיחלוץ כיון שלא יתן עיניו ליבם אותה וכן מבואר בתשובת אא"ז מהר"י מינץ דבזה"ז שאין נוהגין ביבום אפי' היא בעצמה נאמנת שמת היבם ומכ"ש ע"א אף לדעת הרא"ש ואף שהב"ש כתב ע"ז שאינו מוכרח והראה מקום לסימן י"ז לענין הנשים שאין מעידות אם נאמנים בזה"ז לענ"ד אין ראייה משם דהתם כיון דאשכחן בירושלמי שאמרו יבמתה שהיא אחותה לא תעיד אלמא דלא פלוג רבנן כמ"ש ה"ה פ"ז מה"ג וגזרו היכא שהיא אחותה אטו אם אינה אחותה אמרינן בכולהו לא פלוג אבל בזה שא"נ לומר מת יבמי זיל בתר טעמא דמבואר בש"ס משום דסניא ליה משקרת ובזה"ז לא שייך הא והב"ש בס"י י"ז ס"ק י"ד כתב דמהטור שכתב יבמתו אין מעיד משמע אפי' בזה"ז כו' הוא תמוה בעיני דאיך נזכר בטור מנהג זה דאין מייבמין ואדרבה כתב שם הפלוגתא ומסקנת הרא"ש כר"ת דאם מתכוין לשם מצוה יכול לייבם וגם מ"ש מדברי ה"ה פ"ז דאפי' יבמתה שהיא אחותה לא תעיד עיין במשנה למלך פי"ב דאיכא למימר דטעמא דסתם יבמות שונאות זא"ז ומ"מ אף אם נימא דשם לא פלוג רבנן אין ראייה לכאן וכמ"ש ועיין בשו"ת ח"צ סי' מ"א דמתחלה כתב אליבא דהרמב"ם שחזקתן שונאות זא"ז אלא אפי' לפי רש"י כו' ול"ל טעמא משום דלא פלוג רבנן כו' דשאני התם דל"ש היא דתהוי יבמתה אחותה כו' ע"ש: אך לענ"ד בהיא עצמה אין להקל אף במקום שאין מייבמין ומטעם שכתבתי דהיא יראה לנפשה שמא הוא במקום שמייבמין ויהיה רוצה שהיא תבא אחריו ליבמה ואם לאו יעגן אותה משא"כ בע"א שעכ"פ אין מקום לסברת הגאון בעל נ"ב ז"ל להחמיר משום דבזה"ז אין מייבמין ואדרבא אי לא מסק' אדעתא שיכוף אותה להתייבם יש להקל טפי דמה"ת שתקלקל עצמה בשאר קלקולים וגם דמסתמא מורגלות לדקדק כמ"ש התוס' ודוקא היכא שי"ל שיכוף לייבם אותה והיא סניא ליה לא חייש' לקלקול' בכדי להנצל ממנו ולכן נלע"ד שאין מקום להחמיר בזה ואין לפקפק בנ"ד לומר דמה שמקילין

רבוותא בע"א ביבמה להנשא לשוק הוא דוקא בעד שמעיד לאחר מיתת הבעל ואפי' בעד מפ"ע בכה"ג אבל בזה שהעד השני אומר ששמע מהראשון בעוד שהיה הבעל קיים ולא היה בעת ההוא חל ענין עדו' כלל והיתה בחזקת איסור א"א ובחזקת איסור ליבם כשימות לא מהני וחיישינן דלמא אמר ולא דייק במלתו שפיר דפשיטא דז"א דפשיטא דשמוע' זו ששומע העד מפי העד א"צ שתהיה לשום כוונה להעיד כלל אלא אפי' אמר שהיה דרך שיחה לאיזה כוונה אחרת ולא ידע כלל שיש כאן אשה זקוקה מ"מ מהני עדותו ואפי' עד מפי עכו"ם מסל"ת מהני כמבואר בשו"ת מהרי"ז סי' פ"ח ובשו"ת הר"ן ומצד חזקה אין לחוש דהא בכל יבמה איכא חזקת איסור ליבום ושרינן לה ע"פ ע"א ואף שבעת ההיא הי' בחזקת א"א לית לן בה דהשתא מיהא כשמת בעלה פקעה חזקת א"א וקיימא בחזקת יבום ועיין בשו"ת מהרי"ט חלק אה"ע סי' י"ח: והנה בגוף הסברא שהביא הגאון ז"ל מבעל המאור דמה שתצא מהיבם לא חשיב קלקול אצלה נראה להוכיח מהתוס' והרא"ש דלא ס"ל הכי דהא אהך דאמרינן כי תיבעי לך יבמה לעלמא קשיא להו דפשיטא ליה דבשביל דרחמא ליה לא שבקא מלמידק ה"נ נימא הכי לענין סברת סני' ליה והוצרכו לחלק דגדולה שנאת השונאים מאהבת האוהבים כו' ולפי סברת בעהמ"א והרמב"ן ודעמייהו לא היינו צריכים לחילוק זה דבפשיטות יש לחלק שאף ע"פ שנאמר דסברת רחמא ליה וסברת סני' ליה שקולים הם מ"מ יש חילוק בין הנושאים עצמם דבלישנא קמא דהאיבעיא לענין שריותא ליבם שהע"א מעיד שמת בעלה ואיכא קלקול לעצמה שהרי זו יש לה בעל (ואף במפלת מן הנשואין דקי"ל גבי יבמה שמותרת לחזור לו כבר כתבו התוס' דגם בזה שייך דייקא דשמא יחלוץ כו' ואמנם דברי התוס' צ"ע וקצרתי) משא"כ למשרי לעלמא שעתה אין לה בעל שפיר י"ל דלא דייק' משום דסניא ליה ומה שתצא מבעל שני לא קפדה כיון שגם עתה אין לה בעל והא דקפשיט ממת בנך ואח"כ מת בעלך שמותרת ליבם אף ע"ג דהתם ליכא בעל א"ש דקפשיט בדרך כ"ש דהא התם לא שייך דייקא כיון שאין לה בעל וא"כ י"ל משום דרחמא ליה לא דייקא ואפ"ה שרי בע"א ומכ"ש במת בעלך לחוד דלא חיישינן דמשום דרחמא ליבם מקלקלת לעצמה לגבי בעל ועיין בתוס' דבלא"ה הך פשיטות הוא דרך כ"ש ע"ש וא"כ מוכח מזה דהתוס' והרא"ש לא ס"ל הך סברא ולכך הוצרכו לחלק בין אהבת אוהבים לשנאת השונאים: איברא די"ל דע"כ אנו צריכים לחלק בין סברת רחמא ליה לסניא ליה דאם נאמר שהם שוים תיקשי דה"ל למפשט למשרי לעלמא ג"כ מהך דמייתי לעיל דמת בנך ואח"כ בעלך דאף דהתם למשרי ליבם מיירי מ"מ הרי גם עתה אין לה בעל ואפ"ה ל"ח לסברת רחמא ליה וה"ה דאע"ג דל"ל בעל ל"ח לסברת סניא ליה אלא ע"כ מוכח שיש חילוק בין סברת אלו.

אך י"ל דאע"ג דאין חילוק בין סברת רחמא ליה לסניא ליה מ"מ לא מייתי למפשט מהך דמת בנך ואח"כ בעלך. דבאמת הוא סיפא דמתני' וניחא ליה טפי לאתויי הא דמת בעלך ואח"כ בנך מתרי טעמי חדא דהוא רישא דמתני' וגם דמיירי בהך גוונא גופא דקמבעיא ליה לענין למשרי ולמאי דדחי דמיירי בעידי הזמה גם מסיפא לא מוכח מידי ועיין בתוספות ד"ה כי תבעי לך שכתבו וז"ל וה"ה דהוי מצי למבעי ביבמה ליבם במת בנך ואח"כ בעלך דאיהי לא מהימנא ור"ל כיון דלמסקנא דחי הפשיטות ממתני' ומוקי בעידי הזמה א"כ שפיר אתיא האיבעיא במת בנך דמתני' איירי בעידי הזמה ולכן כיון דעיקר

האיבעיא למאי דידע דאיכא למדחי בעידי הזמה ליכא למפשט ממתני' כלל והפשטן דלא ידע מהך אוקמת' ניחא ליה טפי למפשט מרישא דמיירי בהך גוונא גופא וקצרתני: והנה הרמב"ם פ"ג מהל' יבום כתב הטעם שא"נ האשה מת יבמי שתנשא לזר הואיל והוא איסור לאו שמא יהי' קל בעיניה והביאו הב"ש והוא תמוה שהרי אדרבה אשכחן בש"ס דרבא קאמר לאיסור כרת התרת לאיסור לאו לא כ"ש וא"ל ההוא מרבנן היא עצמה תוכיח כו' אלא משום דסני' ליה כו' אלמא דאדרבה רבא מחמיר טפי היכא דאיכא כרת וטעמא דהיא עצמה משום דסניא ליה.

ולדברי הרמב"ם הכי ה"ל למימר היא הנותנת איסור כרת אמרינן דייקא משום שהוא חמור בעיני' משא"כ יבמה לשוק שהוא איסור לאו ולא דייקא והיא עצמה תוכיח דמטעם איסור לאו לא דייקא ונראה ליישב דהרמב"ם סובר דודאי סברת רחמא ליה וסניא ליה שוים ולפ"ז צ"ל אע"ג דהש"ס פשיט דנאמן ע"א ליבום ולא אמרי' רחמא ליה מ"מ חזינן דמבעי' ביבמה לשוק ע"פ ע"א משום דחיישינן לסניא ליה וע"כ לחלק דהתם איסור כרת שפיר דייקא אף דרחמא ליה משא"כ הכא איסור לאו לא דייק' משום דסניא ליה ואמנם י"ל להיפך דהיכא דאיכא חשש רחמא ליה י"ל שתסמוך על העד ולא דייקא אף ע"פ שהוא איסור כרת וכיון דחזינן דמקלינן באיסור כרת אלמא דבע"א אנו סומכין העיקר על מלתא דעל"ג ואמרינן שהעד לא משקר וא"כ איסור לאו לא כ"ש וכ"ז בע"א אבל בדידה גופא שאין לה על מה לסמוך והיא צריכה למידק אז באיסור כרת ודאי מדקדקת משא"כ באיסור לאו שהוא קל בעיניה וההוא מרבנן הוה ס"ל דיש חילוק בין סברת רחמא ליה לסניא ליה ולכך ליבם נאמנת היא עצמה ולשוק א"נ ומשום סניא ליה.

וא"כ ה"ה גבי ע"א מפלגינן כה"ג וכיון דהוא רק דחיותא כמ"ש הרי"ף והעיקר כסברת רבא בזה והלכך אף דבדידה גופא מחלקינן בין לאו לכרת מ"מ לענין ע"א אם נאמר דלשוק אסורה משום דלא דייקא מחמת סניא ליה כמו כן י"ל דגם להנשא ליבם לא דייקא ואע"ג דאיכא כרת מ"מ היכא שיש לה על מה לסמוך שפיר לא דייקא משום דרחמא ליה דלענין ע"א שיש לה לסמוך עליו כך היא יכולה להקל בעיניה כרת כמו לאו ואדרבה היא תולה עצמה לומר דמסתמא העד קושטא קאמר שלא היה מכניס עצמו להכשיל באיסור כרת וא"כ לא דייקא וכיון שאנו מתירין באיסור כרת ע"י העד ע"כ דהעיקר משום עדות העד הוא דהו"ל מלתא דעל"ג א"כ כ"ש שיש להקל בלאו משא"כ באשה עצמה שאין לה במה לתלות ובודאי דייקא שפיר אמרינן דלענין לשוק שאינו רק לאו לא דייקא ובזה א"ש מ"ש הרא"ש דודאי דחיותא דרבא דחי' טובה היא כו' ולפי מ"ש בדעת הרמב"ם א"ש דס"ל דאין זה דחיה טובה דמאן פלג לן בין סברת רחמא ליה לסניא ליה ולפי דחיית ההוא מרבנן ע"כ לחלק בכך הלכך מסתבר להרי"ף והגאונים דאיפשט' בעיין ואמנם לפי סברת רבא דס"ל דבאיסור כרת יש להחמיר טפי לענין עדות ע"א דא"כ איך קאמר לקמן דבעי רבא טעמא דר"א משום דצרה מעידה לחברתה כו' למאי נ"מ לאינסובי לצרה קמי דידה כו' ולכאורה לפי סברת רבא גופא י"ל דדוקא התם מקיל ר"א להנשא לשוק משא"כ לענין להתיר א"א לעלמא מודה דלא מהני עדות צרה כיון דאכתי לא ידע הברייתא דפליג ר"א גם באשה שמעידה לצרתה ובאמת שהיה מקום לפרש דמאי דקאמר נ"מ לאינסובי לצרה דיבמה לחברתה צרות קרי להו וכמ"ש רש"י שם בתחלת האיבעיא ה"נ בזה אך רש"י כתב להדיא לאינסובי לצרה האשה שהלכה עם

בעלה כו' וגם מהתוספות מוכח שמפרשים כן דאל"כ מאי קשיא להו דהו"ל לר"א למפלוג במתני' דה' נשים או בהך דמת חמי ומאי קושיא דשאני התם שהיא א"א שהוא בכרת וע"כ דס"ל כפירש"י דהש"ס לא מחלק בכך לר"א מדנקט נ"מ לאינסובי כו' ולפיכך שפיר קשיא להו דלפלוג ברישא אך דעל הש"ס גופא תיקשי דמנ"ל ללמוד איסור כרת מאיסור לאו וצ"ל דרבא לשיטתו שם לפני זה דפריך אדר"נ מר' אבוה דמחלק בין לאו לכרת מכדי הא דאורייתא והא דאוריית' מה לי לאו מה לי כרת ופירש"י דבמידי דאסרינן מחמת ספק אין לחלק ולכך שפיר מיבעי ליה לר"א ולענין אינסובי צרה והא דקאמר רבא לענין פשיטות דיבמה לשוק לאיסור כרת התרת כו' בדרך ק"ו קאמר אבל מכל מקום אין לחלק ביניהם ולומר דבלאו יש להקל טפי דאידי ואידי דאורייתא וכבר כתבתי בחבורי בית אפרים ובק"ה שם סימן ל"ח בדברי תה"ד ומהרי"ק בזה וקצרתי כאן ועכ"פ מתברר לנו מתוך מ"ש דלמאן דס"ל דנפשטה האיבעי' ה"ל נאמנות העד משום מלתא דעל"ג ולא חיישינן לסברת סניא ליה כמו דלא חיישינן לסברת רחמא ליה וממילא דאין לחלק בין בזה"ז כלל שוב מצאתי בשו"ת נ"ב מהדור' קמא סימן שעמד על דברי הרמב"ם וע"ש מ"ש בזה וכן בספר בני דוד והנלענ"ד בזה כתבתי: שוב עיינתי בשו"ת אא"ז מהר"י מינץ וראיתי שכתב דאפי' לדברי הרא"ש כו' משום דסניא ליה אבל בין האשכנזים כבר פשט מנהג ההיתר ויתד הוא שלא תמוט שאין ליבם כ"א לחלוץ א"כ א"ל זימנין דסניא ליה כו' ואפי' אם נאמר דמסברא זו אין סברא לחלק כיון דיש מקומות שנהגו ליבם כו' ונראה כוונתו כמ"ש דכיון דאיכא דוכתי דנהגו ביבום א"כ שפיר איכא למימר חשש סניא ליה דלמה הוא עכשיו במקומות אלו ובשו"ת צ"צ סימן פ"ח כתב ג"כ לדחות הך סברא וכתב דכיון דגם בין האשכנזים אין כופין ואדרבה שואלין בשעת חליצה כו' והן הן הדברים שכתבתי ושמחתי.

אך מ"ש בצ"צ שם לדחות דברי מהר"י מינץ דלהרא"ש כשהקילו להתיר בע"א ואשה כו' להתיר להנשא אבל להתיר יבמה לשוק לא הקילו והניחו על ד"ת א"כ אין בידינו להקל אף היכא דלא שייך סניא ליה דמה בכך כיון שהתורה פסלה ע"א ואשה כו' לענ"ד הדין בזה עם מהר"י מינץ ז"ל שהרי כבר באר דמתני' דשני יבמות זו אומרת מת בעלי כו' ופולגתא דרבנן ור"א מוכח בהדיא דאי לאו משום דיבמתה היא שאינה נאמנת להעיד לה אף ע"פ שהיא אשה א' לבד היתה נאמנת להשי' יבמתה לשוק ע"פ עדותה שאומרת שמת היבם שהיא בעלה של זו ואין דרך לנטות אם לא שנאמר כמ"ש הב"ש סימן קנ"ח דלולי שהיתה יבמתה היתה נאמנת הואיל ונאמנת על עצמה כו' ואם היינו אומרים דגבי היתר יבמה לשוק הניחו על ד"ת דאין ע"א ואשה נאמנים על זה פשיטא דמצד ד"ת אין מקום להאמין לה מחמת שמעידה על עצמה כלל ועיקר וע"כ דמה שתיקנו חכמים משום עגונא להתיר בע"א ואשה אף בהיתר ליבמה לשוק אתקון רק מחמת חשש סניא ליה חששו דלמא לא דייקא ולכן במקום שמעידה גם לעצמה מסתמא דייקא והיה אפשר להתיר זה נקוט מיהא שלא הניחו בזה על ד"ת והיכא דליכא הך חששא דלא דייקא משום דסניא לה שפיר מותרת ע"פ ע"א ואשה דמשום עגונא הקילו רבנן וא"כ שפיר כתב מהר"י מינץ ז"ל שיש מקום קולא בזה"ז והדברים ברורים לענ"ד ומ"ש בצ"צ שם דא"כ תהא יבמתה מותרת להעיד לה האידנא שאין נוהגין ליבם כו' ע"ש אין מזה ראייה כלל כמבואר בה"ה גבי יבמתה שהיא אחותה דאעפ"כ לא תעיד משום לא פלוג ועיין

בב"ש באורך מזה וכמש"ל בזה ולכן אע"פ שבנדון דהצ"צ דמיירי מבת יבמה שפיר י"ל דלא תעיד מטעם דלא פלוג מ"מ לא נדחו דברי מהר"י מינץ לענין היתר ע"א ביבמה לשוק במדינות אלו אף אליבא דהרא"ש שוב מצאתי בשו"ת כנסת יחזקאל שכתב ג"כ דאין מזה ראייה לענין ע"א ביבמה ועכ"פ אין מקום לעשות מקול"ז זו חומרא וכמ"ש הנ"ב וכמש"ל ואדרבה טפי חזי לאצטרופי הך מלתא דבזה"ז אין מיבמין לקולא כדברי מהר"י מינץ ז"ל: והנה אחי הגאון נ"י האריך בענין דבעד מפ"ע לכאורה לא שייך מלתא דעל"ג שלא נתפס בשקרו כו' והביא דברי רש"י ביבמות ופלפל בדברי הש"ס בבכורות וגם הגאון בנ"ב מהדור' קמא כתב בענין זה ואין בידי להאריך כעת אך את זה חזיתי בשו"ת מהר"י ווייל סימן פ"ח שכתב וז"ל ומ"ש דאפילו לפי המיימוני כו' דע"א נאמן ביבמה לשוק מודים בזה דהא דנאמן משום מלתא דעל"ג לא משקר והכא שהעיד ר' משה ששמע מגוים שזהו בתו לא עביד לגלויי כו' לגרמיה כתב כן דהא הרמב"ם כתב מצאו כתוב בשטר כו' ומשמע שאין אנו מכירין מי כתבו ומאי מלתא דעל"ג איכא התם כו' וכן עד מפ"ע מעיד אטו אם מת העד הראשון עד השני אינו מעיד אלא ודאי בכולהו איכא למימר כיון דעביד לגלויי שלא מת לא משקר עכ"ל וכבר הבאתי משו"ת הרשב"א וכתב כן בשם בה"ג וכן בשו"ת הר"ן מבואר דעד מפ"ע מעיד ביבמה להתירה לשוק ע"ש בסימן מ"ז שכ"כ בפשיטות וכן הסכימו כל הבאים אחריהם וכן הלכה רווחת בישראל להקל במקום עגון והרמ"א שהביא בסימן קנ"ח דעת הרא"ש אף ע"פ שבד"מ הביא דברי מהר"ם מפדווא ונראה מדבריו שמסכים להתיר מ"מ הביא דעת הרא"ש בהג"ה שיש לחוש לדבריו במקום שאין עגון כגון שהעד אומר שמת במקום קרוב ובנקל לעמוד על המחקר אם האמת אתו ועיין בסימן י"ז סעיף ובשו"ת ב"י כתב שהרא"ש לא כתב אלא שקשה להקל ואף אם היה גוזר אומר לאסור אי עבדינן כרבותא שפיר עבדינן ועיין בשו"ת כנ"י סימן מ"ה והנני מסכים הולך על דברת כבוד אחי הגאון המפורסם נ"י להתיר אשה זו להנשא ומ"מ ישבו ב"ד של ג' ויתירו לה כמבואר בסימן י"ז סעיף ל"ט ואף שי"ל שאין בזה צורך להתרת ב"ד כמ"ש הח"מ שם והב"ש שם שכתב סמוכין לדבר כיון דאיכא כתובה למשק.

וכאן לא שייך הא מ"מ נראה לומר דלא פלוג גם בזה וכמ"ש דגם בארוסה דליכא כתובה דו"ח משום לא פלוג וכיון דעבדי הכי להקל מכ"ש להחמיר וקצרתי כיון שבנקל לעשו' זאת ומהיות טוב כו': דברי זעירא מן חבריי'. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה קלט שאלה אשה אחת מת בעלה בכ"ו בכסליו והולידה בן בכ"ד תמוז ומת הבן ביום ד' אחר המילה והעידו המילדות שקודם מיתת הבעל חלתה האשה קצת ובדקו אותה בדדי' והכירו שהיא מעוברת גם הי' לה חלב בדדיה והעידו הנשים שסימנין אלו אינן באים רק לג"ח לעיבורה עוד העידו שכנים כי בערך שבוע א' אחר מיתת בעלה נתנו עיניהם בה והכירו בה שהוא מעוברת כאשר באו הדברים ברוב ענין בהג"ע וכעת נשאר יבם קטן בן ד' שנים עכ"ל השאלה ששלח אלי כבוד יד"נ שארי החריף ובקי המפורסים מוהר' אהרן פרענקיל מק"ק טארנפאל וערך עליה את העולה על רוחו הטהור ואשר נשא ונתן בה עם כבוד ידידי מחו' הרב הגאב"ד דק"ק הנ"ל ושיחר פני לחוות דעי בזה: תשובה הנה בגוף הענין כבר הארכתי בתשובה אשר השבתי זה איזה שני' לכבוד הרב הגאון המנוח מוה' מענדיל ז"ל האבד"ק ראוונע על ענין כזה ואמנם אין בהמ"ד בלא חידוש

ולכבוד ידיד שארי החריף מוה' אהרן נ"י הרימותי את ידי לערוך מערכה שני' וליקח מן הקבוע בפילפולו הנחמד לשאת ולתת בהם כיד ד' הטובה עלי הנה הקשה ידידי הנ"ל בדברי רש"י ביבמות בהא דפריך שם ותמתין משהו וכי מלו ג' חדשים ליבדקה ופירש"י דאי מינכר ודאי בר קמא הוא וע"ז קשה דלמה תלד לז' וא"כ שפיר איכא לאסתפוקי דלמה בר בתרא הוא ושפיר הוכר עוברה לשני חדשים ושליש כדאמרינן בסנהדרין והנה על דבר זה העירותי בצדק בתשובה הנ"ל וכתבתי שם שלזה כיון אא"ז מהרש"א ז"ל בנדה דף ח' דמסוגי' דהחולץ מוכח דאף ביולדת לז' בעי ג"ח להכרת העובר ע"ש וכוונתו לקו' הש"ס הנ"ל: אך לענ"ד דבריו צ"ע מ"ש שמדברי רש"י בנדה יראה דסומכוס בכל גווני קאמר ג"ח שלימים אף ביולדת לז' כו' דא"כ מה זה דסיים רש"י שם קמ"ל דאזלינן בתר רוב נשים ופשוט שאין ר"ל דלפי שרוב נשים הכרת העובר שלהם הוא בג"ח גם ביולדת לז' הוא כן דז"א דאיך נתלה יולדת לז' ביולדת לט' האי לשליש ימי' והאי לשליש ימי' וגם דהל"ל קמ"ל שהכרת העובר שלה כרוב נשים ולישנא דאזלינן כו' נראה דהוה ס"ד דיולדת לז' הכרת העובר שלה לענין סילוק דמים הוה לשליש ימי' קמ"ל דלענין סילוק דמים אזלינן בתר רוב נשים אף ביולדת לז' והיינו דנקט זכר לדבר כיון שאין ראייה מהכתוב רק לענין יולדת לט' וסומכוס כולל בדבריו אף לענין יולדת לז' ומ"ש רש"י שמא ניכר עוברה ר"ל דשמ' בזה מיקרי הוכר עוברה לענין סילוק דמים לשליש ימים דהיינו ב' חדשים ושליש ואף ע"פ שהלשון דחוק בע"כ דחוק ומוקי נפשיה שהרי בסנהדרין דף ס"ט אמרינן ש"מ יולדת לז' עוברה ניכר לשליש ימי' כו' ופרש"י דנ"מ לאשה שלא שהתה כו' א"ל לעולם אימא לך עוברה ניכר לשליש ימים זיל בתר רובא ופרש"י דבן סורר להכי לא מפטר דלא קרינן ביה ראוי דאזלינן בתר רוב נשים היינו לענין דינא אבל מ"מ לענין דרך הנשים חלוקה הכרת העובר של יולדת לז' מהכרת העובר של יולדות לט' וה"נ לענין סילוק דמים אע"פ שיש שיולדת לז' מ"מ מה ששיערו חכמים סילוק דמים בזמן הכרת העובר היינו כמו שהוא ברוב נשים שיולדת לט' ועוברה אין ניכר עד ג' ואפשר דמש"ה נקט רש"י לשון שמא ניכר עוברה כיון דפלוגתא דאמוראי הוא בסנהדרין ולמאן דס"ל דביולדת לז' ג"כ הכרתה בג"ח א"כ י"ל דס"ל דיולדות לז' שמא ניכר עוברה לב"ח כו' ומה שסיים אזלינן בתר רוב נשים היינו אף למ"ד דבאמת כן הוא דיולדת לז' ניכר עוברה לב"ח ושליש מ"מ לדינ' הלך אחר רוב נשים ומ"ש מהרש"א שם שמדברי הרא"מ נראה שסומכוס נמי מודה ביולדת לז' דהוכר עוברה לשליש ימים ואין נראה כן מסוגיא דהכא כו' ולענ"ד אין הכרח מסוגיא דנדה שהרי הדברים מבוארים בסנהדרין דבעי לאתויי מר' כרוספדאי דיולדת לז' נמי אין ניכר עד ג"ח ודחי ליה דהתם הטעם דאזלינן בתר רוב נשים וה"ה לענין סילוק דמים במעוברת מהאי טעמא אתינן עלה וכמ"ש רש"י שם בהדיא וגם מהירושלמי פרק החולץ נראה כדברי הרא"מ דקאמר אלא כן אנן קיימין שבא עליה אחר ארבעים יום והוכר עוברה אחר נו"ן יום הרי יש כאן שלימים לראשון ומקוטעין לשני ופירש בפני משה שם כלומר אם ילדה לט' יש כאן ספק אם הוא בן ט' לראשון או שהם ז' מקוטעין לשני והוכר עוברה לשליש ימי' שהוא נו"ן יום ועיין בתוספותיו שם שמכאן ראייה לפסק מהר"י מינץ ואין כאן מקומו: והנה מה שהקשה ידידי הנ"ל בדברי רש"י שכתב דאי בתר הכי מינכר ודאי בר בתרא הוא דאין זה הכרח דשמא הוא מהמיעוט שאין עוברה ניכר לשליש ימים אף

ע"ז פקחתי עיני בתשובה הנ"ל וביארתי על נכון וכאן אבאר יותר דודאי יש שני מיני הכרה דודאי איכא הכרה במראית העין שרואין אותה שהיא בבטן המליאה ויש הכרה ע"י בדיקה כדפרש"י אהא דפריך וכי תרי תלתא ירחי ליבדקה דהיינו בדיקה בדדים כדרך נשים וכן מבואר אמאי דמשני אין בודקין את הנשיאות כו' וכן ממאי דפריך וליבדקה בהלוכה כו' וא"ל דעיקר ההכרה הוא ע"י בדיקה בדדיה או בהלוכה אבל אין לסמוך על הכרה במראית העין דמעיקרא גופא סריקא והשתא גופא מעליא דלפעמים נדמה כן ע"י איזה חולה וסיבה וכן משמע לכאורה בשו"ת תשב"ץ ח"ב סימן צ"א שכתב וז"ל ולעמוד על דבר זה אם הוכר עוברה או לא אע"פ שאנחנו יכולים לעמוד עליו לבדוק אותה בדדים כדרך הנשים כדאיתא פרק החולץ כו' ע"כ שז"א דאם נימא שאין הכרה רק ע"י בדיקה בדדים וכיוצא א"כ מאי קאמר בהחולץ רוב היולדות עוברה ניכר לשליש והאי מדלא הוכר כו' ופירש"י דאי הוכר לא הוה מספקא לן עכ"ל וקשה ע"ז דמנין נדע שלא הוכר עוברה לשליש ימים דלמא אם היינו בודקין אותה אז בדדים או בהלוכה באמת היה עוברה ניכר ודוחק לומר דמתני' דספק בן ז' כו' מיירי בהכי דאתרמי דבדקה לשליש ימים ולא היה ניכר ולכן יצאה מהרוב שהם ניכרים ע"י בדיקה דהא פשטא דמתני' בסוגיא זו ודוכתי טובי משמע דבכל גווני מיירי וכן מבואר מדברי התשב"ץ שכתב וז"ל אם לא בדקנו אותה ולא ידענו אם הוכר עוברה אם לא אין לסמוך על רוב נשים לט' ילדן והיינו דבפרק נושאין על האנוסה גבי מי שלא שהתה אחר בעלה כו' לא אקשינן הלך אחר רוב נשים כו' דכיון דשני התם דהיולדת לט' עוברה ניכר כו' תו לא אקשינן הכי בשום דוכתא דהא ידעינן דאי לא נבדקה נאמר דאיתרע רובא אדרבא נימא דזיל בתר רובא ואם היינו בודקין אותה היינו מוציאים באמת שכבר היא מעוברת ובמה הורע כחו של הרוב: ולפום מה דכתיבנא דמלבד הכרה שע"י בדיקה איכא נמי הכרה במראית העין אתי שפיר דאותה שאמרו רוב עוברה ניכר לשליש היינו שבראיה בעלמא ניכר על הרוב שהיא מעוברת אבל איכא מיעוטא שאין ניכרות במראית העין כ"א ע"י בדיקת דדים וכיוצא דההיא בחינה מעלייתא היא ובהכי א"ש מה דנקט הש"ס בקושיית' ולכי מלו תלתא ירחי ליבדקה משום דמעיקרא לא מיירי מבדיקה והכרה בט"ע אינה כ"א על הרוב ולגבי הבחנה אין סומכין על הרוב ואע"פ שלבית דמלו ג"ח אין העובר ניכר במראית העין אכתי יש לחוש למיעוטא ולהכי פריך דליבדק ע"י דדים שאז אין חשש כלל ומשני דאין בודקין כו' ואמנם לשון התשב"ץ שכתב דהא ידעינן דאי לא נבדקה כו' לא משמע הכי וכן מפשיטות לשון רש"י לא משמע הכי ולקמן אבאר עוד בזה: ומעתה אבא לבאר בהא דקשיא לן מאי פריך וליבדקה דאף אם יהי' ניכר אכתי י"ל דבר ז' מבתרא הוא וניכר לב"ח ושליש ומזה הוכיח אא"ז מהרש"א דאף יולדת לז' בעינן תלתא ירחי להכרה ובאמת שיש לדחות בפשיטות דבאמת איכא פלוגתא דאמוראי בהא מלתא כמש"ל מש"ס דסנהדרין וא"כ אין ראי' מקושית הש"ס כלל די"ל דשפיר פריך הכי אליבא דמ"ד התם דאף יולדת לז' אין עוברה ניכר לשליש ימים אלא בעינן תלתא ירחי תיקשי ליה גבי הבחנה ותמתין משהו ואין לדקדק ממה דמשני רב ספרא אין בודקין כו' וכן רב ב"ח אמר אשה מחפה כו' מדאיצטריכו הני אמוראי לשנויי הכי ש"מ דס"ל להלכה הכי דאף יולדת לז' בעי ג"ח ז"א דאי הוי משני הכי אכתי תיקשי ותמתין

ב' חדשים ומחצה ולכי מלו תלתא ירחי נבדקה דהשתא אם יהי' ניכר אין ספק דודאי מבר קמא הוא ולכך הוצרך לשנויי אין בודקין דבהכי מתרצי כולהו קושייתא.

אך לפום מה דכתיבנא נראה ליישב קושית הש"ס אליבא דכ"ע ומתחלה אבאר כוונת התוספות בדף ל"ז ד"ה רוב כו' שכתבו וא"ל כיון שהמתינה כו' דסמכינן ארובא דלט' ילדן כו' ולכאורה קשה איך אפשר לסמוך על רוב זה כיון דבלא הוכר עוברא מיירי ובכה"ג אמרינן דאיתרע רובא וצ"ל דהתם בספק בן ז' שפיר קאמר דאיתרע רובא דבאמת מיירי בכה"ג שלא הוכר עובר' וכדפרש"י דאי הוה מינכר לא הוה מספק' לן משא"כ כאן לענין הבחנה שפיר קאמרי התוספ' דכיון דהמתינ' שפיר שרינן להנשא דאין לחוש שמא מעוברת היא מהראשון ולא נקלט עד יום ג' דמ"מ ביום ג' אחר הנשואין יהי' עוברא ניכר כיון דרובא הכי הוא שעובר' ניכר לשליש ימי' דמה"ת לנו לחוש שתהי' מן המיעוט שלא יהי' העובר ניכר מה תאמר שמא יהי' העובר מן השני ואז לא יהי' הכרה אחר הנשואין ואז נבא לידי ספק מחמת שיהי' הרוב שהוכר עובר' לשליש סותר לרוב דלט' ילדן, ז"א דגם לזה אין לחוש דאם יהי' הוולד מן הב' מסתמא יהי' באמת נולד לט' חדשים ומה"ת ניהוש שיהי' מן המיעוט היולדת לז' וזהו שכתבו התוס' ולא חיישינן שמא תלד משני לסוף שש' חדשים וב' ימים כיון דרוב לט' ילדן ר"ל דלשמא יהי' הוולד מן הראשון אין חשש דאז לא יפול ספק משום דיהי' ניכר דרובא הכי הוא שניכר לשליש ימים ואם יהי' משני מסתמא תלד לט' כרוב נשים וג"כ יהי' ידוע לנו דודאי משני הוא וע"ז כתבו התוס' שז"א דא"כ לא תמתין רק חודש א' ונסמוך על הרוב אלא ע"כ בכל מקום שיכול לבא לידי ספק החמירו חכמים ר"ל שחששו כיון דעכ"פ איכא מיעוטא בעלמא וא"כ יש לחוש פן לפעמים יזדמן שיהי' מן המיעוט שלא יהי' עובר' ניכר לשליש ימים או שיהי' הוולד משני ותהי' מן המיעוט שמולידין לז' ואנחנו לא נדע בתר איזה רוב נלך ונבא לידי ספק וע"ז תירצו דכ"כ לא הי' משתהה כו' ור"ל דבכה"ג אפי' מיעוט נמי ליכא שיהי' שוהין בהכרת העובר כ"כ והלכך כיון שכבר המתין ג' שריא שא"א לבא לעולם לידי ספק משא"כ אם לא תמתין רק חודש אחד לבד וזה ברור בפשט דברי התוס': והנה בגוף הסברא שכתבו התוס' דבכל מקום שיכול לבא לידי ספק החמירו חכמים צ"ע לכאורה שהרי בכל דוכתא דאיכא רובא לא חששו חכמים לעשות תקנות בשביל המיעוט אם לא היכא דהוה מיעוטא דשכיח ודוחק לומר דה"נ יולדת לז' הוי מיעוט דשכיח ולכך חשו לו חכמים שאין זה במשמע בלשון התוספ' וגם מסוגיא דסנהדרין מוכח דלא הוי מיעוט דשכיח מדקאמר התם ובד"נ מי אזלינן בתר רובא התור' אמר' ושפטו העד' כו' א"ל ובד"נ לא אזלינן בתר רובא והתנן אחד אומר בב' בחודש כו' אמר רבי ירמי' מדיפתי אף אנן נמי תנינא בת ג' ויום א' כו' אלא לאו משום דאזלינן בתר רובא ורוב נשים לאו איילונית הם כו' ואם איתא דיולדת לז' הוי מיעוט דשכיח אכתי מצינן לפלוגי בין רובי דהתם דאזלינן בתרייהו בד"נ משום דמיעוט דידהו לא הוי מיעוט דשכיח משא"כ יולדת לז' דהוי מיעוט דשכיח שפיר אמרינן בזה ושפטו העדה כו' אלא ודאי דגם מיעוט דיולדת לז' לא הוי מיעוט דשכיח ולכאורה הי' אפשר לומר דאף ע"ג דאזלינן בתר רובא מ"מ לענין הבחנה לית לן למיזל בתר רובא כיון דאפשר בהמתנת ג"ח הוי כדשיל"מ דלא אזלינן בתר רובא וכעין זה תירץ בפלתי על קושיית התוספות דלמה צריך להמתין ח' ימים בבהמ' ניזל בתר רוב וולדות שאינם נפלים וע"ז כתב דהוי

כדשיל"מ אבל לענ"ד ז"א דע"כ לא אמרינן הכי אלא היכא שהאיסור מעורב בתוך ההיתר וכשאנו מתירין לאכול התערובות בודאי קאכיל האיסור ג"כ אז אמרינן עד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר משא"כ היכא שהרוב עומד בפ"ע והמיעוט בפ"ע שאנו אומרים שזהו מן הרוב וליכא איסורא כלל שכך גזרה חכמת התורה אחרי רבים להטות ואין חוששין להמיעוט כלל אע"פ שאפשר לברר היתרו ע"י המתנת זמן אין זה בכלל גזירות דשיל"מ ומה דמייתי בפליתי מדברי הר"ן בביצ' לענין ליקח ביצים מן העכ"ם ב"ט כבר הארכתי בזה במקום אחר ולקצר אני צריך.

ומחזורתא דמלתא דודאי גם התוספות אזלימודו דבמקום שלא יפול לנו ספק בבן היולד אי מקמא אי מבתרא מחמת שנלך אחר הרוב וע"פ הרוב נשפוט שהוא מקמא או ע"פ הרוב נשפוט שהוא מבתרא אין בזה גזירת הבחנה כלל שאף ע"פ שהתורה הקפידה שיהיו ישראל מיוחסים למשפחותם לבית אבותם ויבחין בין זרעו של ראשון לשל שני מ"מ כיון שהוא מובחן ע"י הרוב סגי בהכי שהרי הן הן גופי תורה לילך אחר הרוב ובחינ' מעליותא הוא ואע"פ שלפעמים אפשר שיהי' מן המיעוט ואנחנו לא נדע לית לן בה שהרי כמו כן אפשר שיהי' בן של אחר ע"י זנות ואין חוששין לזה כיון שרוב בעילות אחר הבעל רק עיקר הדבר שחוששין לו הוא היכא שלא יתברר ספיקו ע"י הרוב והיינו דהא עכ"פ איכא מיעוטא בעלמא שיולדת לז' או מיעוטא שאין עוברה ניכר לשליש ימים ואם לא תמתין ג"ח ואשה זו תהי' מן המיעוט אז הוולד הנולד מן אשה זו מסופק לנו אם הוא מהראשון או מהאחרון כיון שיהיה כאן תרי רובי דסתרי אהדדי ואנחנו לא נדע בתר איזה רוב נלך והכתוב אומר להיות לך לאלקים ולזרעך אחריו להבחין כו' שאין השכינה שורה אלא על הוודאים שזרעו מיוחס אחריו וכיון דעכ"פ זימנין דאתרמי הכי דהא איכא מיעוטא בעלמא דאיתנייהו הכי לכך חשו חכמים ותיקנו להמתין ג' חדשים וזה מדויק מאוד בלשון התוס' שכתבו דבכל מקום שיכול לבא לידי ספק החמירו חכמים והיינו במקום שלא נוכל לסמוך על הרוב להבחין על ידו משא"כ היכא שנוכל לסמוך על הרוב דלא איתרע כלל היינו הבחנה דידי' ולא צריך המתנה בשביל חשש המיעוט כלל כמו שלא חששו למיעוט בשאר דוכתי דאזלינן בי' בתר רובא: ואחרי הודיע כל זאת ממילא רווחא שמעתא דהש"ס פריך שפיר ותמתין משהו כו' אף אם נימא דיולדת לז' עוברה ניכר לב"ח ושליש דכיון דאנו בודקין אותה ליכא למיחש למידי ודברי רש"י נדרשין כמין חומר במה שכתב דאי בר בתרא הוא אכתי לא הוי מינכר דלא מלו לה ג"ח משום ההוא משהו שהמתנה ור"ל דודאי אם באנו לחוש שהוא בר בתרא אין כאן בית מיחוש לומר שיהיה בר בתרא ויהי' נולד לז' ולכך הוא ניכר עכשיו לפי שכבר עברו עליו ב"ח ושליש דז"א דכיון דמלו תלתא ירחי מן הראשון והכרת העובר לזמנו בא מה"ת לנו לתלות במיעוט דלז' ילדן דהא רובא לט' ילדן וכל שאין רוב עוברה ניכר כו' סותר לרוב זה ודאי שנשפוט שהוא בנו של ראשון מחמת הרוב ולא יפול לנו ספק מחמת המיעוט דאין חוששין למיעוט ורוב הוא הבחנה דידי' ואין כאן מקום ספק שיחושו לו חכמים ואין כאן מקום שיפול ספק רק שנאמר שמא מבתרא ובר ט' הוא ותלד למחצה חודש הט' למ"ד יולדת לט' נמי יולדת למקוטעים ואז יהי' ספק אם בר ט' שלימים מקמא או בר ט' למקוטעין מבתרא ע"ז כתב רש"י דאכתי לא הוה מינכר דלא מלו ג"ח כו' ואין כוונת רש"י כלל שמא בר בתרא ובר ז' דז"א דמה"ת נתלה בבר ז' נגד הרוב אלא ר"ל

שמא בר בתרא ובר ט' וע"ז שפיר כתב דלא הוה מינכר כו' ושוב כתב רש"י ואי לא מינכר ובתר הכי מינכר ודאי בר בתרא הוא ר"ל דהבדיקה בדדים מכריע שהוא בר בתרא וסופו להיות נולד לט' ואם יהי' נולד לז' ג"כ ע"כ לאו בר קמא הוא שהרי אין ניכר ע"י בדיק' לתלתא ירחי משעת מיתת הבעל וע"כ מן המיעוט הנולדים לז' הוא.

אבל אם יהיה ניכר בשעת בדיקה אין לנו לספק שהוא בר בתרא כלל ולעולם בקמא תלינן דהא רובא לט' ילדן וכיון דליכא למימר דמבתר' ובר ט' הוא ממילא אמרינן דהוא בר קמא מחמת הרוב שאין כאן רוב אחר נגדו שיהי' רוב זה דלט' ילדן נסתר מחמתו: ולפום מה דכתיבנא דהא דאמרינן רוב עוברא ניכר לשליש היינו לענין הכרה במראית העין אבל אם ניכר ע"י בדיקת דדי' או בהילוך עדיף מרוב.

א"ש הסוגית בסנהדרין דקאמר אמר רבי שבתי ש"מ יולדת לז' כו' ודחי משום דאזלינן בתר רובא כו' וקשה דמאי ס"ד דרבי שבתי בזה דהא ע"כ עיקר פטורא דבן סורר אחר ג"ח אינו אלא מחמת רובא דהא הא דראוי לקרותו אב היינו מחמת שאם יבא על אשה על הרוב יהי' ניכר עובר' בג"ח וכיון שמחמת הרוב אנו פוטרין אותו א"א לפטור אותו בתרי ותלתא מחמת המיעוט שיולדת לז' וכיון שכך א"א להרכיבו אתרי רכשי לילך אחר הרוב שעוברת ניכר ואחר המיעוט שיולדת לז' שהרי אם לא נלך אחר הרוב במה נחשב הוא ראוי לקרותו אב דהרי אפשר דלא יהי' העובר ניכר לשליש.

ודוחק לומר דהוה ס"ד דלא מחמת רובא דוקא פטור כ"א משום דאיכא לספוקי שמא יהי' ניכר בג"ח ויהי' בכלל ראוי לקרותו אב וכתוב ושפטו העדה דז"א דמ"מ איך מוכיח מזה ליולדת לז' דאיכא תרתי לריעותא חדא שהוא מיעוטא וגם ספיקא שמא לא יהי' ניכר ובכה"ג לא אמרינן ושפטו כו' ולפי מ"ש דע"י בדיקה הוי הכרה מעלייתא והוה בודאי א"ש דקשיא ליה בתרי ותילתא סגי דהא אם תהי' יולדת לז' יהי' העובר ניכר אז ע"י בדיקה ואין אנו צריכין לילך בזה אחר הרוב כלל לפוטרו ולכן אע"ג דרק מיעוט יולדת לז' אפשר לפוטרו משום דכתיב ושפטו ולקמן אבאר עוד בזה: והנה במ"ש ידידי החריף מהר"א נ"י לתמוה על הפוסקים שכתבו דכלו חדשיו היינו דוקא בבעל ופירש והלא בפשיטו' משכחת לה שילדה ו' חדשים אחר שהוכר עוברא.

כבר עמדתי על דבר זה בתשובתי והארכתי בזה וכאן אנקוט בקצור' בטעמא דמלתא לפי מש"ל דאין הכרת העובר בכל הנשים שוה דיולדת לז' עוברא ניכרה בב"ח ושליש א"כ י"ל דוולד העתיד להיות נפל אין שיעור להכרתו כלל וכמו שהוא נולד קודם זמנו כך הוא ניכר קודם זמנו ואפשר שיוכר בב"ח והאי בר תמניא הוא וגם אפשר דבר תמניא הוא או בר ז' ומחצה והכרתו בזה הוא לשליש ימים דהיינו ב"ח וך' יום או ב"ח וט"ו יום וכיוצא בו ומה שהולידה אותה ששה חדשים אחר ההכר' האי אשתהויי אשתהי'ך' יום או ט"ו יום במעי אמו, ואע"ג דאשתהי' אינו רק מיעוטא כמ"ש לקמן היינו כשאנו יודעין שהוולד בן קיימא ע"י שחי למ"ד יום דאז על הרוב הוא נולד בזמנו שכח החיוני שבו גורם שלא להיות עצור במעי אמו יותר ממה שראוי להיות שם וע"כ הוא נולד בזמנו על הרוב ומיעוט דמשתהי' משא"כ אם הוולד אינו ראוי להתקיים אפשר שישתהה הרבה שהרי הוא כאבן שאין לו הופכין וא"ל דלפי זה גם בכלו חדשיו ניחוש ליה הכי דשמא האי בר תמניא הוא ואשתהי' וע"כ לומר דאיכא תרי רובי חדא שרוב יולדת וולד

קיימא וגם כיון שכלו חדשיו רובא דלא משתהי אבל ז"א דא"כ תיקשי לפי מה שכתבו דכלו חדשיו מהני אף דלא נגמר שערו וצפרניו ואמאי נימא דאיתרע רובא דרוב הנולדים לט' סימניהם נגמרו וא"כ ניחוש דהוא בר תמניא ואשתהי אלא ע"כ דז"א דכלו חדשיו דהיינו שנולד לט' חדשים גמורים אחר שבעל ופירש הוי סימן מובהק שהוא בן קיימא דכיון שהוא מכוון לסוף ט' חדשים מבעילתו לא תלינן במידי אחרינא וכה"ג אמרינן במכות דף ק' בג' מקומות הופיע רה"ק בב"ד של שם דכתיב ויכר יהודה כו' דלמא יהודה דחשיב יומי וירחי ואתרמי דחזינן מחזיקינן כו' וה"נ דכוותיה כיון שהדבר מכוון שהולידה לט' חדשים שלימים מיום הביאה לא חיישינן למיעוטא דמיעוטא שיהיה נפל ואשתהי ואתרמי מלתא שנשתהה עד ט' חדשים מצומצמים ועוד הארכתי בזה וביארתי בזה שיטת הרמב"ם שכתב לט' חדשים גמורים דשפיר מודה דבזה"ז תוכל לילד למקוטעין רק דלענין יבום בעינן דמוכחא מלתא דאל"כ חיישינן דלמא אשתהי קצת במעי אמו והבאתי שם דברי הרבה פוסקים שכתבו דוקא בעל ופירש לבד זה ראה מצאתי בב"ח אה"ע סימן קנ"ו שכתב בשם סמ"ק וז"ל וכתב עוד די"א דמשכחת לה נמי כגון שבא עלי' ופירש ולא ידעה עד חודש ימים ולבסוף שני חדשים לביאה שניה הוכר עוברא הרי הדבר ידוע שמביאה ראשונה נתעברה והוכר עוברא לסוף ג' חדשים כמשפט עכ"ל ובסמ"ק שלפנינו לא מצאתי זה ובאמת תמוה מ"ש ופירש ולא ידעה עד חודש ימים דמה נ"מ בזה שפירש או לא פירש דס"ס מחמת הכרת העובר אנו דנין דיש כאן ג"ח ואפשר שכ"כ לשיטתו בסימן קס"ג וקס"ד דמדינא סגי ברובו של ראשון ורובו של אחרון ואמצעי שלם וא"כ אם לא פירש ממנה בחודש הא' י"ל שנתעברה קודם חצי חודש הראשון והשתא איכא רובו של ראשון ומ"מ עדיין אין כאן ט' חדשים שלימים משא"כ אם פירש ממנה חודש הראשון ואמנם באמת מ"ש הב"ח דלכתחלה אזלינן לחומרא ומצריכינן צ' יום ומדינ' סגי ברובו של ראשון כו' (ע"ש בסימן קע"ג שיש שם חסרון ודילוג וכנ"ל דאילו הגיע חודש הג' אפילו יום א' בחודש ולא היה ניכר כו') משמע מדבריו דכ"ע מודו בהא דסגי בב"ח ויום א' וקצת משמע כן מדברי הירושלמי והמדרש רבה דקאמר התם אהאדסומכוס לא סוף דבר ג' חדשים אלא רובו של ראשון כו' ולענ"ד יש לתמוה דלפי זה מאי פריך ותמתין משהו כו' דמה תועלת יש בבדיקה זו דהא שפיר ניכר אף אם הוא בר בתרא וא"ל דמאי דפריך וכי מלו תלתא ירחי נבדקה היינו שיעור ג"ח שהוא ב"ח ויום א' כדמפרשינן לישנא דקרא ויהי כמשלש חדשים וע"י בדיק' אנו יכולין להכיר בזמן ההוא והא דמצרכינן ג"ח היינו בלא בדיק' ז"א דמשמע התם דתלתא ירחי ממש קאמר ועוד דא"כ מאי משני אין בודקין את הנשואות אכתי קשה תמתין שני חדשים ומשהו ונבדקה ואח"כ תנשא וע"כ דלהב"ח אף על הבדיקה אין לסמוך בתוך ג"ח מחמת חומרא וא"כ קושיית הש"ס הוא דנבדקה במלאות ג"ח ממש ואם כן אכתי תיקשי דלמא בר בתרא הוא וניכר לב"ח ויום א' וכדי ליישב דברי הב"ח צ"ל דקושיית הש"ס למ"ד יולדת לט' אינה יולדת למקוטעין ואם כן אין חשש שתלד לתשעה מן הראשון דבכה"ג ע"כ לאו בר ט' מבתרא הוא כיון שהמתינה משהו וע"כ שאין חשש בזה רק דלמא אשתהי מלהתעבר ובר ז' מבתרא הוא וכן יש חשש שתלד בששה ומחצה ואז יש ספק דלמא בר ז' לבתרא הוא וכיון דאין כאן ספק רק דלמא בר ט' לקמא או בר ז' לבתרא שפיר יבחן הדבר ע"י בדיקה דא"כ יהיה ניכר אף ע"ג דאפשר שגם אם הוא

מבטרא יהיה ניכר מחמת שעברו עליו ב"ח ויום א' מ"מ אין כאן ספק דתלינן בקמא דרובא לט' ילדן שהרי אין כאן ריעותא נגדו ואם לא יהיה ניכר דאז שפיר יפול ספק מחמת דרוב עוברא ניכר לשליש ימי' וסותר לרוב דלט' ילדן בכה"ג אמרינן דודאי בר בתרא הוא כיון דבדקינן ליה ולא מינכר ודאי דלאו מקמא הוא דהבדיקה בחינה מעליותא הוא וכמ"ש אך באמת לענ"ד עיקר דברי הב"ח בזה דמדינא צ"ע בפוסקים גם דברי הדרישה בסימן קס"ג שכתב על מ"ש הטור יבום לסוף ב"ח נראה דדוקא קאמר לב"ח כו' ע"ש שדבריו תמוהים שהם נגד הש"ס דפריך ותמתין חודש א' ומשני איכא למימר דבתרא והית' שוהה מלהתעבר חודש א' כו' ומבואר שם דספק גמור הוי ואין להאריך: ומעתה נצא לדון בנ"ד הנה מחמת ההכרה במראית העין אף ע"ג דלא הוי רק רובא בלבד וכמ"ש היינו דאיכא מיעוטא שאין ניכר אף בג"ח אבל מ"מ כשיש היכר עובר לפנינו מוכח דכבר עברו עליו ג"ח אך שעדיין יש לפקפק דאיכא למימר דלפעמים אף בחזד ירח' או בתרין מינכר למראית העין ומ"מ א"ש הא דקאמר רוב עוברא ניכר לשליש היינו משום דעכ"פ בהגיע ג"ח ניכר על הרוב ואפ"ה פריך שפיר ותמתין כו' ונבדקה משום דשם א"א לסמוך על מראית העין דאף שיהיה ניכר לתלתא ירחי אין ראייה דשמא בר תרין ומחצה מבטרא הוא ולפעמים ניכר גם בשיעור הזה דלפעמים הוא ניכר קודם הג' ג"כ והמיעוט הוא ניכר אחר הזמן הזה שהכל הוא לפי גידול הוולד וטבעו ולכך פריך ונבדקה בדדים כדרך נשים שע"י בדיקה זו יש להבחין שכבר הוא מעוברת ג"ח דבפחות מזה אין ניכר בבדיקה זו וכן להיפך אם כבר עברו ג"ח בודאי ניכר היטב ומשני אין בודקין כו' ועכ"פ לענין שנדע ע"י הכרה במראית העין שכלו חדשיו אין זה מועיל שלפעמים הוא ניכר קודם ג"ח וגם על המבואר בשאלה דאתרמי מלתא שבדקו בחיי בעלה בדדים צ"ע כיון שבפוסקים נקטו בעל ופירש ואם איתא הא משכחת לה שהוכר העובר לסוף ג"ח ע"י בדיקה וע"כ לומר כמש"ל דלענין כדי להבחין בין זרעו של ראשון כו' דבוולד קיימא מיירי שפיר מועלת בדיקה זו אבל אין בדיקה זו מועלת לברר ספק נפל על ידו דאפשר כמו שהוא עתיד לצאת קודם זמנו הכרתו ג"כ קודם ואפשר שמחמת קלקול היציר' מילא כריסה יותר מטבע גידול הוולד ולכך ניכר קודם זמנו וזו גרמה לו להיות נפל וינהגהו בכבודות לצאת קודם זמנו ואפשר נמי שטעם הכרה בג"ח לפי שבג"ח אמצעיים הוולד דר במדור האמצעי וכשהוא עתיד להיות נפל אזי קובע דירתו במדור האמצעי קודם זמנו וא"כ אין מזה ראייה שכלו לו חדשיו כלל וגם צ"ע אם יש לסמוך על בדיקות הנשים בענין זה דהא קי"ל כל מקום שצריך בדיקה אין אנו בקיאים בבדיקה ובשלמא אם היינו סומכין על ההכרה במראית העין היה אפשר לומר שאין זה בקיאות לשפוט למראה עיניו אם כריסה בין שיניה וכבר העליתי כן בחבורי להל' טריפות סימן ל"ו דבמה שתלוי במראית העין לא אמרינן הכי והבאתי ראי' מתשובת ח"צ סימן משא"כ אם אין הסמיכה על ההכרה במראית העין כ"א על הבדיקה י"ל דאין אנו בקיאים ובפרט בזה שלא באו לבדקה ע"פ ציווי הב"ד רק מחמת חולי שחלתה האשה בדקו בדדים ושפטו שהיא מעוברת צ"ע אם לסמוך ע"ז דשאני בדיקה בכוונה ע"פ ציווי הב"ד שהרבה מדקדקין בה משא"כ בזה דאפשר דאומדן דעתייהו קאמרי לנחם האשה ולדבר על לבה כדרך הנשים ולא דייקי כולי האי ואף ע"ג דהשתא לאסהודי אתו צ"ע אם יש לסמוך עליהם כיון דבשעת בדיקה הוי כמלתא דלא רמיא כו' ומ"מ אפשר שאם יבחנו

דבריהם שדקדקו אז היטב ונתברר להם שהיא מעוברת לא חיישינן להכי ולא דייקינן בתר סהדותא כולי האי אך שעדיין צ"ע מטעם שכתבתי שאין אנו בקיאים בבדיקה וגם דמאן לימא דהנך סימנים שהנשים סמכו עליהם הם סימנים מובהקים לסמוך עליהם להתיר יבמה לשוק דאפשר דסימן זה המסור בידם וגם מה שראו חלב בדדים אין זה מכריע להכיר היטב שהוא מעוברת דזימנין מתרמי הכי אף ע"פ שאינה מעוברת ומ"ש רש"י הבדיקה בדדים כדרך נשים הוא ענין אחר ידוע לבקיאין מאד בטבע הנשים ואפשר שרש"י אין ר"ל הבדיקה בדדים העליונים כ"א על דרך האמור ביחזקאל ובש"ס בכמה דוכתי על דדי' התחתוני' ששם יש להכיר אם מעוברת היא וכיון שלא נודע לנו בבירור דרך הבדיקה בזה מפי חז"ל בעלי הש"ס והפוסקים צ"ע אם יש לסמוך ע"ז ומאפס הפנאי וגם לא נדרשתי לברר הענין להלכה למעשה לא נפניתי להאריך: והנה ראיתי במכתב ידידי הנ"ל שהביא בשם ידידי הגאב"ד דשם דקא קשיא ליה לר"מ דחייש למיעוטא האיך מיבמין אחר ג"ח כיון דמיעוט איכא שאין עוברה ניכר לשליש ימים וידידי הנ"ל תירץ דכיון דאיכא נמי חזקה ליבום כמ"ש התוספ' דף ל"ז והיכא דאיכא חזקה ורובא אף ר"מ לא חייש ואמנם כן עדיין צריך ישוב דאף שהתוס' כתבו דאיכא חזקת יבום מ"מ הרי מחמת זה העלו בקושיא דלמה יתחייב באשם תלוי והוולד ממזר וע"כ לומר דלא סמכינן אחזקת יבום בהא מחמת איזה טעם שיהיה וא"כ תיקשי אליבא דר"מ וגם כי התוס' שם כתבו דאין סברא לומר בנשים ששהו עם בעליהן הרבה שנים ולא ילדו ומתו דרוב מתעברו' וע"כ כוונתם להקשות דמתני' סתמא קתני ומסתמא מיירי אף בכה"ג אבל מ"מ בנשים שלא שהו הרבה או שהיה להם בנים ומתו קודם מיתת הבעל פשיטא דבזה לא איתרע רובא דרוב מתעברות וא"כ קשיא אדר"מ דמתיר להתייבם בכל גווני אחר ג"ח.

ולכן נלענ"ד לבאר ומתחלה אבאר מה שנלענ"ד ביישוב קושיא התוספ' בזה והוא דלכאורה קשה באותה שאמרו לעיל גבי ספק קידושין דאשה זו בחזקת היתר ליבם עומדת דהיאך היא בחזקת היתר ליבם כיון דבאמת איכא רובא דרוב מתעברות ויולדת א"כ לעולם לא היתה זו בחזקת היתר ליבם דהא בכל שעתא הוה אמרי' שעתידה זו להיות אסורה על היבם שתתעבר ותלד והתוס' שכתבו דאין סברא בנשים ששהו כו' היינו לענין להחזיקה כמעוברת מן הראשון מחמת הרוב ע"ז שפיר כתבו דאין סברא כו' אבל מ"מ על גוף החזקה ליבום צריך להבין דהא הרוב אין כאן חזקה ולכן נלענ"ד דא"ש לפי מ"ש הרשב"א שם איכא דקשיא להו והא בחזקת איסור א"א קיימא כו' ונראה לפרש כו' כיון שזו צרה לערוה הוות ואילו מת בעל ממילא הותרה לשוק והרי מת וקברו מוכיח עליו כשאתה בא לאוסרה ולומר שתעשה בה מעשה האוסרה עליך הראי' עכ"ל וכן הדבר גם לענין קידושין דאע"ג דהשתא בעלה חי מ"מ אנו מחזיקין אותה בחזקת היתר ליבם עומדת לכשימות: והשתא א"ש דאע"ג דאיכא רובא דמתעברות שפיר אמרינן שהיא בחזקת היתר ליבם עומדת לכשימות ולא יהי' לו בנים וכיון שעכ"פ עכשיו מת ובנים לא היו לו הרי זו בחזקת' ולא איכפת לן ברובא דמתעברות שהרי הא קמן שלא נתעבר' וכמו דאמרינן הכי אף ע"ג שהבעל חי ובחזקת חי מ"מ אמרינן החזקה לכשימות והרי מת וקברו מוכיח עליו וה"נ הרי גלוי לכל שמת בלא בנים רק מסיבה אחרת שבאת לספק עליו שמא קידש ערוה אתה בא לאוסרה אל תאסרנה מספק שעליך

להביא ראיה שנעשה בה מעשה האוסרה וכן בהא דביבמות דף קי"ט שפיר הוה חזקה ליבום כיון שהיינו מחזיקין בה שלכשימות הבעל בלא בנים תהי' מותרת ליבם וכן הוא באמת שהיא לא נתעברה כלל ולא אדחי חזקה שלה רק מחמת שחבירתה הלכה עם בעלה ורוב מתעברות כו': ולפ"ז א"ש בהוא דספק בן ז' דאין כאן חזקה ליבם דכל עיקרה של חזקה זו היינו מחזיקין בה כשיתברר לבסוף שאין לה בנים והרי לא נתברר דבר זה שהרי באמת ילדה זו ונסתפק לנו אם הוא מהראשון ואף ע"פ שכתבו התוספ' שבנשים ששהו כו' אין סברא דרוב מתעברות מ"מ עכ"פ חזקה ליבם אין כאן שהרי הוולד הנולד הוא מכניס אותנו לבית הספק דשמא באמת יש לו בנים ובצד ספק זה מעיקרא לא הוחזקה ליבם כלל והרי זה דומה לספק חי ספק מת אף היכא דאיתרע חזקת חיותו דודאי אין מקום להתירה בשביל שהוחזקה מתחלה ליבום או לשוק כיון שלא הוחזקה אלא ע"ד כשיתברר שמת והרי לא נתברר וה"נ דכוותי' לענין ספק אם נולד לו בן ובזה לא שייך לומר שצריך שיתברר שנעש' בה מעשה זו שילדה שהרי באמת ילדה לפנינו וזה גורם לנו הספק ובכללי חזקה אשר לי בררתי בעזה"י בסברת הרשב"א הלזו על נכון ולאפס הפנאי הוצרכתי לקצר: ולפ"ז היה מקום לומר דביבמה שהמתינה ג"ח שפיר סמכינן ארובא שעוברה ניכר לשליש ימים ואחזקה שהי' ריקנית ועליך הראי' שנתחדש בה הריון שהרי אין דבר שמכנסנו לבית הספק לאוריעי חזקה זו אלא שזה עדיין צ"ע דא"כ אף בלא המתנה ג"ח נימא דאוקמי אחזקה ליבם ושהיתה בחזקת ריקנית וע"כ דלא סמכינן עלה דמלתא כיון שיש רוב בטבע שרוב מתעברות וחזקת ריקנית עשוי להשתנות שפיר מספקא לן דלמא נתעברה זו וא"כ מה בכך שהמתינה כיון דר"מ חייש למיעוטא ואף לפי מש"ל דע"י בדיקה שפיר ניכר העובר ואפי' מיעוטא ליכא וא"כ היה אפשר לומר דשפיר משתרי ע"י בדיקה דדוקא גבי הבחנה א"א בבדיקה משום דאין בודקין הנשואות כו' משא"כ כאן ביבמה אך לא מסתבר לומר דלר"מ לא משתריא כ"א ע"י בדיקה ויותר יש להקשות דאפי' לרבנן דאזלי בתר רובא כיון דרוב מתעברות אע"פ שרוב המתעברות עוברה ניכר לשליש ימים ואיתרע רובא דמתעברות מ"מ ספיקא מיהא הוי אם היא ממיעוט שאין מתעברות כלל או אם היא ממיעוט שאין עוברה ניכר לשליש ימיה וא"ל דמחמת הך ספיקא אוקמי אחזקה ז"א שהרי מחמת הרוב שמתעברות אין מקום לחזק' שתחול כלל שהרי כך אנו אומרים שזו שהיא ריקנית הרוב מהם מתעברות וא"כ לא אזלינן בתר חזקה זו כלל והא דבהלך בעלה וצרתה למה"י אמרינן חזקה ליבום כבר כתבתי דחזקה זו נידון ע"ש סופה לכשלא יהי' לה בנים וכך היה באמת ומינה דידה לא אתרעאי חזקת' כלל רק מחמת צרתה משא"כ כאן דאיכא למימר בדיד' גופא שהוא מן הרוב שמתעברות ולכן נלענ"ד דהיינו טעמא דסמכינן ביבמ' על ג"ח וסמכינן ארובא שעוברה ניכר כו' ולא אזלינן בתר רוב נשים מתעברות משום דמיעוט שאין מתעברות הוי מיעוט דשכיח טפי ממיעוט שאין עוברה ניכר לשליש ימים ואף דבדף קי"ט משמע דאליבא דרבנן מיעוט שאין מתעברות לא חשיב מיעוט ולא חזי לאיצטרופי לחזקה מ"מ בצירוף מיעוט דמפילות שפיר חשיב מיעוט כמבואר שם וע"ש ברשב"א ונימוקי יוסף והוי מיעוט דשכיח ואזלינן בתרי' בצירוף הרוב דעוברה ניכר דמיעוט דידי' הוא עומד נגד הרוב ולא חשיב כלל.

ולפ"ז אדרבא א"ש טפי לר"מ דלדידיה דחייש למיעוטא אפי' לקולא חייש כדמוכח בהא דתינוק שנמצא בצד העיסה והתם המיעוט עומד כנגד הרוב וא"כ נגד רוב מתעברות ויולדת איכא תרי מיעוטי מיעוטא שאין מתעברות ומיעוט המפילות והלכך אית לן למיזל בתר רובא שעוברת ניכר לשליש ימים ונרא' דאף ע"פ שכתבתי לעיל דהעתיד להיות נפל לפעמים עוברת ניכר קודם מ"מ אפשר שלפעמים אף לשליש ימים אין ניכר דהכרת העובר הוא בטבע מחמת כח החיוני בא וכשהוא עתיד להיות נפל לפעמים אינו ניכר כלל שהרי הוא כאבן ואינו פועל בטבעו ההכרה כלל וא"כ שני המיעוטים דהיינו מיעוט שאין מתעברות ומיעוט דמפילות שניהם מחזיקים כח הרוב שאין עוברת ניכר לשליש ימים וא"כ שפיר משתריא ליבם דאף דקי"ל כר"ל דהחולץ למעוברת והפיל' לא שמה חליצה וביאת מעוברת לא שמה ביאה מ"מ אם היינו יודעין דהך דמיעברת אפולי מפלא לא עביד איסורא בביאה זו וכמבואר שם בתוס' ורשב"א בטעמא דמלתא דאף לר"ל פטורין מן הקרבן ע"ש: ועוד נלענ"ד דא"ש טפי ע"פ מה שכתבתי בתשובה הנ"ל דלענין הכרה אף ע"ג דאפשר שלאחרים אינו ניכר מ"מ ודאי דהאשה מרגשת בעצמה ויודעת בנפשה אם היא מעוברת או לא (ועיין במתנות כהונה פ' וישב מ"ש שם אהא דקאמר במדרש מלמד שהיתה מטפחת על כריסה והביאו הגאבד"ק ראוונע ז"ל אלא דמדבריו משמע דלאחרים אף רובא דמינכר לא הוי וז"א לענ"ד כדמשמע מסנהדרין) ואיהי גופה ודאי שיודעת בבירור אחר שעברו עלי' ג"ח אם היא מעוברת ומכ"ש לפי מ"ש לעיל דע"י בדיק' ודאי נוכל לידע אלא דאמרינן אין בודקין כו' או אשה מחפה וכשהיא לעצמה ודאי שיכולה היא לבדוק ולעמוד על בוריה של דבר וא"ל דאשה מחפה כדי שירש בנה בנכסי בעלה שני דזה לא אמרינן רק לאחר נשואין שכבר נשאת לשני קודם שעברו עליו ג"ח משא"כ כשעדיין לא נשאת כלל אם היא מרגשת בעצמה ודאי שהיתה מפרסמת דמעוברת היא מהראשון דהא מסתמא יהיה נולד לסוף ט' וידעו הכל שהוא בנו של ראשון וגם דמסתמא לא עבד' איסורא לינשא ליבם שלא במקום מצוה כמו שנאמנת לומר מת בעלי שתתייבם והכא עדיף טפי דאין לך מלתא דעל"ג יותר מזה כשתלד לסוף ט' והלכך כיון דאשה מרגשת בעצמה הרגשת הגוף דהשתא גופא מליא או ע"י בדיקה תו לא חיישינן למידי וא"ל דאין נאמנות נגד הרוב דרוב נשים מתעברות ויולדת ז"א דע"א נאמן נגד הרוב כמ"ש הפ"י בקידושין דף ס"ג ובשו"ת נ"ב חלק אה"ע סימן ס"ט ואף שבתשובה א' כתבתי דלענין ע"א שיהיה נאמן נגד הרוב גרע טפי רובא דליתא קמן מרובא דאיתא קמן דברובא דאיתא קמן אינו רק מברר המיעוט מן הרוב משא"כ רובא דליתא קמן שהוא רוב בטבע אתחזק בגוף זה והעד מסייע למיעוט שהוא מיעוט דליתא קמן הרי כח המיעוט חלש ואין מועיל ע"א להחזיקו נגד הרוב אע"ג דגם הרוב ליתא קמן והארכתי בביאור דבר זה מ"מ בנ"ד נראה דודאי מהימנא שהרי נראה מהש"ס ופוסקים דאשה שהלכה היא ובעלה למה"י ובאה ואמרה מת בעלי ולא ניתן לי בן במה"י מהימנ' ול"א הלך אחר רוב נשים וע"כ דברי דידה מהני בכה"ג דהא רוב דמתעברות הוא תלוי במעשה רק לחד תירוצא דתוס' לא הוי תלוי במעשה שהוא רוב בטבע שממילא אדם נזקק לאשתו אבל מ"מ אינו רוב מבורר דפעמים יוכל להיות שאין בעלה עמה במדינה או שאינה יכולה ליטהר לו וכיוצא בו רק דבהלכה צרתה עם בעלה עמה אין לנו לבדות מדעתינו שנפרדו זה מזה והיה שם סיבה המונעת מליזקק לה משא"כ אם היתה

לפנינו ואומרת שלא נתעבר' שפיר נאמנת בזה ואין זה נגד הרוב כיון שאפשר שהי' כאן איזה סיבה שלא נזקק לה.

ויש מקום עיון במה שהקשו התוס' דמקמא בחזקת היתר ליבם כו' והוצרכו להביא ראיות מפרק ד"א ופרק בתרא ולא קשיא להו בפשיטות דנוקים לה אחזקה דגופא שלא נתעברה עד מן השני כמ"ש התוספ' חזקה זו בכמה דוכתי לענין הכירה דאית לן לאוקמי בחזקת שלא ילדה עד עתה וה"נ אית לן לאוקמי אחזקה שהיתה ריקנית מתחלה והשתא הוא דמתעבר' ומשני הוא ונראה דא"ש לפי מ"ש הרשב"א גבי גבינות דכל שעכ"פ יצאה מחזקתה קודם הזמן שנודע לנו לא מוקמינן תו אחזקתה הראשונה ואמרינן דלמא מקמי הכי הוה וא"כ י"ל דה"נ ליכא לאוקמי אחזקת ריקנית והשתא הוא דמתעברה כיון דהעובר אינו ניכר אלא בג' חדשים וכשהוכר עוברת איגלאי מלתא דמה שהיינו מחזיקין אותה עד עכשיו בחזקת ריקנית טעותא הוה ומקודם לזה יצאת מחזקתה וא"כ איכא לספוקי דלמא מן הראשון נתעברה והלכך לא קשיא להו רק מחזקת יבום: אך לענ"ד יש ליישב קושית התוספ' דכיון דבאמת רוב מתעברות ויולדת א"כ היא חזקה המסתלקת ע"י מעשה התשמיש ואף ע"פ שאנו מסופקים באיזה זמן הועיל בה מעשה זו לסלקה מ"מ הרי היא חזקה העשויה להשתנות ואין הולכין אחריה כמבואר בקידושין גבי קדשה אביה בדרך כו' דביומא דמשלם שוב אין שםחזקת נערות דהיום עשויה להשתנות (ואפשר דהתוספ' לשיטתם שכתבו בקידושין הטעם משום דרגילות לבא מצפרא.

אך לפי מ"ש בתשובה אחרת לא הוצרכו התוס' לזה אלא לתת טעם למה משוינן לה בוגרת משום דהרי בוגרת לפנינו אבל חזקת נערות בודאי ליתא ויש בזה אריכות דברים ולקצר אני צריך) ומכ"ש דא"ש שאין כאן חזקת ריקנית מטעמא דכתיבנא שוב מצאתי בפלתי סי' קי"ד שהקש' כן בספק בן ט' נוקמ' אחזקת ריקנית והניח בצ"ע ולפענ"ד דא"ש כמ"ש: אך לכאורה צ"ע אליבא דרבא דס"ל כאן נמצאו כאן הי' ואיכא דס"ל דקי"ל כוותיה אפי' לאפוקי ממונא עיין בר"ן כתובות וכן מבואר בכמה פוסקים דס"ל הכי לדינא דאין מחזיקין מרשות לרשות וא"כ ה"נ גבי ספק בן ט' ניזל בתר בתרא כיון דברשותו נולד הוולד ועיין בתוספות דכתובות שהקשו מב"מ מההוא דהמחליף פרה בחמור וילדה וכתבו שצריך לחלק בין נולד הספק לגריעותא או לטיבותא והריב"ש בתשובה הביאו בש"מ שם פי' דדוקא בההוא דשמואל לפי שמפני ספק זה הוא בא לבטל קנין שהיינו מוחזקים בו בקיומו משא"כ בב"מ שאין הקנין מתבטל מפני הספק שאין דנין אלא על הולד ומפני זה אין הולכין אחרי שנולד הס' ברשותו וכיוצא בזה כתבו התוס' בחולין דף נ"א אבל באמת אין זה שיטת כל הפוסקים שנשתמשו בכלל הזה דכאן נמצא כאן הי' לענין ספק בדבר שבערוה ג"כ כמבואר ברמב"ן ורשב"א ביבמות בסוגי' דיצחק כו' אזל מקרטבא כו' וכן בשאר איסורין לענין חמץ בפסח ועוד דוכתי טובא וגם די"ל דכאן נמי הקנין מתבטל מפני הספק שהרי אם נאמר שהוא בן ט' לראשון א"כ היא אשת אח שלא במקום מצו' ומתבטל קנין היבם על ידו וכיון שהיינו מוחזקים בקנין זה של היבם יש לנו להחזיק קיומו ולומר שברשות השני נולד ומותרת ליבם והעיקר לענ"ד בזה דע"כ לא אמרינן דכל שנולד הספק ברשותו עליו הראי' אלא היכא שנולד הספק ברשות השני ממש וטרם תבא לרשות השני לא עלה על לבנו שום ספק בדבר כלל שפיר אמרינן דאין מחזיקין מרשות לרשות וכאן נמצא כאן הי' משא"כ כאן דאף קודם

שנשאת לשני הי' מקום לספק זה אם היא מעוברת אם לאו וזה עבר ונשא אותה תוך ימי הבחנה וכיון דבשעת ביאתה לרשות השני כבר היינו מסופקים עליו שמא מעוברת היא מבעל' פשיטא דהשני לא מיקרי נולד הספק ברשותו שהרי בשעת ביאה לרשותו כבר נכנסנו לבית הספק ולכן לא אמרי' בזה כאן נמצא כו' ואמנם כן יש בזה כדי לחזק הקו' שהקשינו דאית לן לאוקמי בחזקת ריקנית והשתא נתעברה.

ואין לומר כמש"ל דכשהוכר עוברת איגלאי מלתא שהיינו מחזיקין בטעות דז"א דעכ"פ בשעת מיתת בעלה הראשון היינו מחזיקין אותה בריקנית וא"כ עד שהוכר עוברת אחר נשואי השני לא נולד לנו הספק כלל רק ברשות השני אז נולד הספק ושוב יש לנו לומר כאן נמצא כו' אבל כבר כתבתי דחזקת ריקנית אינ' חזקה כלל שהוא עשוי' להשתנות ע"י מעשה הבעיל' וזה מוכרח דהא מהאי טעמא לא תחליץ ולא תתיבם תוך ג"ח דחוששין שמא מעוברת היא ולא מוקמינן לה בחזקת ריקנית ופשיטא שאין הטעם משום דאיכא לברורי ע"י המתנה אלא נראה דספק גמור הוא ומטעמא דכתיבנא ובזה יש ליישב מ"ש בנ"ב ששמע מקשין על התוס' שתירצו הקושיא דניחוש שמא לא נקלט הזרע עד יום ג' דכ"כ לא היה משתהה כו' דאכתי קשה האיך שריא ליבם תיכף בכלות ג"ח ניחוש שמא מעוברת היא ולא נקלט עד יום ג' ולפי מ"ש י"ל דודאי אית לן לאוקמי אחזקת ריקנית רק כיון שיש כאן רוב בטבע שממילא אדם נזקק לאשתו חיישינן שנתעבר' וזה דוקא ברוב בעילות כדרך איש ואשתו משא"כ אחר ג"ח שאין כאן חשש מרוב בעילות רק מבעילות דיום או יומים קודם מותו אין זה מסלק החזקה שהיתה בחזקת ריקנית וסברא זו מבוארת בש"ס דיבמות דף ס"ט ליחוש שמא עיברה מי לא תנן מפרישין כו' אמר רבה בר ר"ה ליוחסין חששו ופירש"י מעלה עשו ליוחסין לחוש לביאה א' מספק כו' ואע"ג דמסיק שם דלתרומה נמי חששו אף בביאה א' י"ל דהתם שאני דאתיליד ריעותא שהורע חזקתה לגבי אכילת תרומה כיון שניסת לישראל והא דמייתי עלה מהא דה"ז גיטך שעה כו' התם לשמא ימות אית לן למיחש אלא דקשיא ליה למה אסור' לאכול מיד דחיישת שמא ימות בשעה זו שהוא ספק רחוק ג"כ כמו שנאמר שנתעבר' בביא' א' משא"כ כאן דחזקה ליבום לא אתרעאי ומסייעה לחזקת ריקנית לא הורע כח חזקת ריקנית בשביל ביאה א' או שתים (אלא שצ"ע דלפי"ז למה הוצרך לחלק בין זנות לנשואין דבנשואין אין מתהפכת כו' דהא שפיר מצי קאי בשנויי' דידיה דמעלה ביוחסין ולכך חששו להבחנ' והתם בה"ז גיטך שאני דחוששין שמא ימות משא"כ מתני' דלא מיירי בנשואין רק בזנות ואית לן לאוקמי אחזקה שהוא ריקנית דחזק' דידיה שהיתה מותרת בתרומה עד עתה מסייע לה וצ"ע) ולענין הבחנ' שפיר הקשו התוספות דלענין הבחנה גזרו רבנן אף בביא' א' כמבואר שם מסוגיא דשנים שהחליפו נשותיהם וע"ז תירצו דכ"כ לא היה משתהה כו' והלכך ג"ח צריכים כל הנשים להמתין אף אותן שנשאו לבעל ולא שהו עמו כלל כיון דכל ג"ח שייך הבחנה משא"כ אחר ג"ח שנסתלק חשש הבחנ' תו לא חיישינן לקליטת הזרע דלענין דין יבום מוקמינן לה אחזקה ליבם וחזקת ריקנית דמה"ת לנו לסתור החזקה בשביל שאפשר שנבעלה יום א' או יומים קודם מותו ואמרינן שלא נתעברה מבעילות הללו ושריא ליה: שוב מצאתי בדברי אא"ז מהרש"א שם ביבמות דף ס"ט שכתב וז"ל גם נראה דליכא לאקשוויי הכא דהיאך קבעי למימר דניחוש לספיקא נוקמה אחזקה שלא היתה מעוברת ונוקי אתתא בחזקת כשרותה

לתרומה די"ל דלא אמרינן דנוקמא אחזקת' אלא היכא דליכא למיקם אמלתא כההוא דספק בן ט' כו' אבל הכא כיון דאיכא למיקם אמילתא אם מעוברת היא אם לאו לא מוקמינן לה אחזקה דמה"ט בחולצת בתוך ג"ח דאפי' אם יבא אליהו ויאמר דלא מיעברה לא משגחינן ביה כדאיתא בהחולץ עכ"ל ולענ"ד צ"ע דאין משם ראייה כ"כ דהתם הקשה דכיון שאפי' אם יבא אליהו כו' לא משגחינן ביה דאפי' קטנה צריכה להמתין ממילא כיון דגזירת חכמים לענין יבום היה בכל גווני שוב חוששין לה שלא תחלוץ משום דכל שאינה עולה ליבום כו' ואף ע"ג דגבי ספיקות אמרינן דחולצת משום דאל"כ לא תחלוץ לעולם משא"כ בתוך ג"ח כיון דאפשר שתחלוץ לאחר ג"ח משא"כ לענין תרומה דלא אשכחן בעלמא דגזרו בה והספק שמא נתעברה מביאה א' הוא ספק רחוק למה באמת גזרו בזה שלא להעמידה על חזקתה ואף דבה"ז גיטך שעה א' כו' אסרינן לה לאכול בתרומה מיד אע"פ שהספק הוא ספק רחוק מ"מ התם ליכא לאוקמי אחזקת חי דלשמא ימות חיישינן כמבואר בגיטין וא"כ לענין יבום כיון דחשש דנתעברה יום האחרון קודם מותו הוא ספק רחוק שפיר יש לנו לסמוך על החזקה בזה ואע"ג דבעלמא אמרינן אין סומכין על החזקה במקום שיכולין לבררו מ"מ היכא דהספק אינו שקול שפיר סמכין על החזקה בזה כך נלענ"ד, ונשוב אל הנדון אם מועיל הכרה כבר כתבתי שצ"ע אם יש לסמוך ע"ז דלא מיבעיא לדעת הרא"מ שנראה מדבריו דקי"ל להלכה כמ"ד דבר ז' עוברה ניכר לשליש ימיה א"כ גם הנפל שהוא בן שמנה אפשר שניכר לשליש ימיה ואשתהי קצת אלא אפי' לדעת אא"ז מהרש"א דס"ל דגם בבר ז' בעינן תלתא ירחי להכרה מ"מ י"ל דנפל אין שיעור להכרתו כמש"ל אך מבלעדי זאת צ"ע אם יש להקל נגד דעת הב"ח שכתב דשיעור צ' יום היינו לחומרא ומדינא סגי ברובו של ראשון ורובו של אחרון ואמצעי שלם וכבר כתבתי דקצת משמע כן מדברי הירושלמי והמדרש רבה דגם סומכוס מודה בהא וכן אמרינן בש"ס דילן שלח ר"ח בר אבין מארסין תוך ג' וכן עושים מעש' וכך היה ר"א מלמדנו משום ר"א הגדול רובו של ראשון כו' וא"כ אף שלענין הבחנה קי"ל לחומרא שצריכה להמתין ג"ח שלימים מ"מ מאן לימא לן שנוכל לסמוך ע"ז להקל באיסור יבמה ולסמוך ע"ז שכיון שהוכר כבר עברו עליו ג"ח דדלמא באמת סגי להכרה רובו של ראשון כו' וכן נלענ"ד דעת רש"י בחומש שפירש ויהי כמשלש חדשים רובו של ראשון כו' וכמ"ש אא"ז מהרש"א בנדה שהוא ע"פ המדרש אך מ"ש שם שחולק על סומכוס כבר כתבתי שלשון המדרש והירושלמי משמע דסומכוס מודה בהא ולא דוקא קאמר שלשה חדשים דגם רובו של ראשון כו' מיקרי ג"ח ולשון הרא"מ תמוה בעיני שנראה מדבריו דהא דקאמר רובו של ראשון כו' היינוביוולדת לז' דתמר יולדת לז' הוה כמ"ש רש"י להלן למלאים וכאן לחסירים ולענ"ד ז"א דאע"ג דקושטא הכי הוא דמיירי בתמר שהיתה יולדת לז' מ"מ מ"ש רש"י רובו של ראשון כו' לאו מהאי טעמא אתי עלה דא"כ היה צריך תרי ירחי ותילתא דהיינו שבעים יום וא"צ רוב האחרון ורובו של ראשון כו' נראה שא"צ רק ס"ב יום ומ"ש שם הרא"ם וז"ל ומה שהכריח לרז"ל לומר רובו של ראשון כו' ולא אמרו שני חדשים ושליש כו' כלישנא דקרא דקאמר ויהי כמשלש ולא קאמר כשלשה דמשמע כשתשלש החדשים ומה שהקפיד תורה לומר כמשלש להודיענו שיהי' השליש של יולדת לז' רובו של ראשון כו' אפשר שהטעם שאין ניכר אלא כשיהיה הרוב מכל חודש כו' ולענ"ד ז"א דהא בסוטה

אמרינן ותצפנהו שלש ירחים אותו היום כ"א בניסן היה כו' ופריך הא באדר נולד משה ומשני רובו של ראשון כו' אלמא דאף דכתיב שלש ירחים מפרשינן ליה רובו של ראשון דרובו ככלו ולכן נראה דאדרבא רש"י אזיל בשיטת מ"ד דיולדת לז' נמי בעי תלתא ירחי להכרה ומ"מ פירש רובו של ראשון משום דס"ל דבהכי סגי בכל גווני דזה מיקרי ג' ירחי וגם נלענ"ד דש"ס דידן לא ס"ל הך דרשא שהביא רש"י דתמר יולדת לז' הוי כדמשמע ממה דקאמר אע"פ שאין ראייה לדבר כו' דאיכא דילדה לט' ואיכא לז' ואין להאריך בזה שפשיטות דברי רש"י מורי' דרובו של ראשון הוי שיעור הכרה אף ביולדת לט' וכמו דס"ל לר"ח בר אבין דסגי בהכי לענין הבחנה והלכך אף ע"ג דלענין הבחנה החמירו דבעינן צ"א יום מ"מ מנין לנו להקל לשער חדשי הוולד ע"י הכרה זו וע"ש בירושלמי אהא דסומכוס דקאמר ר"ז כו' ר"ח בשם רבי חייא רבה אפילו רובו של ראשון כו' רב אסי אמר תשעים יום שלימים שמואל אמר הן ועיבוריהן אתא עובד' ולא ידעין י"ג מן הראשון וי"ז מן האחרון או י"ז מן הראשון וי"ג מן האחרון וחמשה שלימים באמצע וביקשו ליגע בוולד משום ספק ממזרים ואפשר אבא בר וואי ופליג על שמואל בריה אמר רבא שניא הוא הכרת העובר שניא לידתו הכרת העובר לחדשים שלימים ולידתו לחדשים מקוטעין כו' ע"ש ביבמות ובנדה נראה דר"ח רבה פליג עם רב אסי ושמואל אליבא דסומכוס אם בעי שלימים או סגי ברובו של ראשון וצ"ע לדינא אם יש להקל בזה: והנה יש לעיין עוד בנדון השאלה ששהתה משעת ההכרה עד שעת לידה בערך ז' חדשים וא"כ בע"כ לומר דאשתהי וזה צ"ע דאף הפוסקים דס"ל אשתהי מ"מ מודים דמיעוטא הוא דמשתהי וא"כ אף אם נימא דסמכינן אעדות נשים משום דמסייע להו רובא דוולדות שהם בני קיימא וכאן דבריהם מכחישין הרוב דלא משתהי איברא שהח"מ סימן ד' ס"ק י"א כו' (עיין בתשובה לראונוני עד ועיין בשו"ת נ"ב מ"ש בזה) ולפי"ז אם נימא כדעת הב"ח דלענין הכרה סגי ברובו של ראשון כו' מ"מ כיון שההכר' הוא בחודש כסליו וא"כ עכ"פ צ"ל שנתעברה ב"ד בתשרי וא"כ הרי כאן ט' חדשים שלימים ונוסף עליהם עוד יו"ד ימים דאשתהי בחודש העשירי ומ"מ צ"ע דאפשר אף הח"מ לא קאמר אלא לענין דלא חיישינן לזנות אף בעידי כיעור מאחר שרגילות להוליד בחודש העשירי ואפשר דהוא מיעוט דשכיח אבל מ"מ רובן לט' ילדן רק דלענין זנות תלינן אף במיעוט כמ"ש הריב"ש סימן תמ"ו דלא תלינן לעולם בזנות כל שאפשר לתלות בבעלה אפי' בבן ז' ואשתהי דהוי מיעוטא כו' וכן ראייה לזה מרבה תוספאה דתלי בבעל עד יב"ח אף ע"פ שהוא בתכלית הזרות עכ"ל ומכ"ש אם נימא דבעינן ג"ח שלימים להכרה א"כ אותן הנשים שאמרו שראו קודם מיתת בעלה סימני מעוברת א"כ אם נרצה לומר דוולד קיימא הוא ואשתהי שהה עד תוך י"א חודש והא ודאי מיעוטא הוא: דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה קמ שני אחים שהיו דרים בשותפות בדירה אחת זמן רב וכל עסקיהם היו בשותפות ומת אחד מהם בלא בנים והיבם רוצה לחלוץ ליבמתו בכדי לעשות נחת רוח לנשמת אחיו המת צ"ל אך דא עקתא שתצטרך החלוצה לעקור דירתה משם כמבואר בש"ע סימן קנ"ז וקשה מאד טילטולה דאיתתא מחמת כמה טעמים המבוארים בשאלה באורך והיא שעת הדחק גדול ונשאלתי לחוות דעתי בזה: תשובה גלוי וידוע כי דבר זה מחלוקת ישינה בין גדולי האחרונים ואא"ז מהר"ם מפדווא ז"ל ואא"ז מהר"ם מלובלין ז"ל צדדו להתיר והסמ"ע והב"ח צדדו

לאיסור במעשה שהיה בק"ק לבוב וכפי הנראה עמדו דברי מהר"ם והסמ"ע לפני הגאון בעל משאת בנימין ז"ל והכריע להתיר ע"ש בסימן קי"ב אך ראיתי בספר באר שבע דף קי"ג שכתב לתמוה על מהר"ם מפדווא שעלה על דעתו להתיר לדור אפי' אם גייסי אהדדי לולא שביטל דעתו נגד דעת הרשב"א ז"ל הלא באבל רבתי בסוף פ"ב מפורש באר היטב שאסור לדור יחד בחצר אם לבו גס בה וז"ל וכן החולץ ליבמתו לא יפנה מפני שאין לבו גס בה וכיון דתלה הטעם מפני שאין לבו גס בה משמע בהדיא אבל אם לבו גס בה יפנה וגם על הרשב"א יש לתמוה למה נדחק להביא מהירושלמי דהא ראייה ברור' מאבל רבתי כו'.

ולענ"ד אשתמטא מינייהו עכ"ל: ולענ"ד ברור שהמה ראו הך דאבל רבתי ומשמ איכא למידק איפכא מדנקט הטעם מפני שאין לבו גס בה ואם איתא דר"ל דאם לבו גס בה צריך לפנות הכי הוה ליה למימר אם אין לבו גס בה דהא מילתא דשכיח טובא שיהא לבו גס בה כי ישבו אחים יחד ודרך גדולתן כאחד אלא ע"כ דז"א דאע"ג שהם רגילין זה עם זה הרבה מ"מ בשביל הא לא מיקרי לבו גס בה כיון דמעולם לא היה להם אקרובי דעתא דרך ביאה וגרע טפי מארוסה דעלמא וכדאמרינן ביבמות דף ק"י יבמה שאמרה תוך שלשים יום לא נבעלתי כו' רבה אמר אפי' תימא ר"י ע"כ לא קאמר רבי יוסי אלא התם בארוס' דגייס בה אבל אשת אחיו מיבזיז בזיז מינה ע"ש הרי להדיא דאפי' התם שהיבם כונס אותה לשם אישות ופשיטא דמבזיז בזיז מינה ולכך נקיט בסתמא מפני שאין לבו גס בה דאף ע"ג דאפשר שגדלו יחד וגייסי אהדדי מ"מ כיון דלענין עסק אישות ודאי הוא מרוחק ממנ' בחיי בעלה וגם אחרי מותו הוא בוש ממנה ולכך לא יפנה: וראיתי בשו"ת מהר"א בן חיים ורמז אליו אא"ז מהר"ם מלובלין ז"ל שכתב בסימן צ"א וז"ל אבל טעמא דמילתא דלא אסרו חכמים אלא באשה שכבר היתה נשואה עמו ויודעה ומכיר' היו ביניהם אקרובי דעת דביאה כו' ואע"ג דבארוסה נמי אסרו כל דגייסי מ"מ בחליצה אפי' דגייסי אהדדי לית להו אקרובי דעתא.

ויש להביא ראייה לזה דאשכחן בגמרא דאפי' אחר יבום אין רגילות כ"כ שיבא אליה כדתנן בפרק ב"ש היבמה שאמרה כו' אבל אשת אחיו מיבזיז בזיז מינה כו' אלא שכתב וז"ל ואע"ג דהאי טעמא לאו דווקא לא אמרינן הכי אלא משום דאיהי אמרה לא נבעלתי ושוויתי נפשי' ח"ד ולענין צרה אמרינן שם וכי מפני שאנו כופין ומבקשין נאסר צרתה וע"ד רש"י ז"ל אפי' תוך ל' אמרינן וכי מפני שאנו כופין לצרכה דשווי' נפשיה ח"ד צרתה לא מיתסר' דחזקה הכונס אשה בועל לאלתר אע"פ שהתוס' כתבו בענין אחר מ"מ נקטינן מיהא שהיבם אין דעתו קרובה כ"כ אצל היבמה דמיבזיז בזיז מינה כו' ולענ"ד אין צריך לזה דהתם שאני אף את"ל דמתירין צרתה אף תוך ל' היינו דוקא בכנסה לשם יבום בזה שפיר כתב רש"י דחזקת הכונס אשה כו' דהכל יודעין כלה למה נכנסת וכו' אבל היכא שאכתי לא כנסה עדיין פשיטא דאמרינן מיבזיז בזיז מינה וגדולה מזו אמרינן בפסחים דף ע"ב יבמתו נידה בעל פטור אף בסמוך לווסתה אף ע"ג דהו"ל לשיולה מ"מ יבמתו בזיז מינה ופרש"י בוש ממנה לשואלה אם סמוך לווסתה הוא הרי מבואר דאף ע"ג שחפץ לייבמה והא קמן דיבמה ובא עליה מ"מ אמרינן דבוש ממנה לדבר עמה על עסקי אישות ואמנם גם דברי מהארנ"ח א"ש דעכ"פ אנו צריכין לומר הך סברא דבזיז דאל"כ לא היה לנו לכופ ולבקש כלל דמה איכפת לן בהא דשוויתי' נפשי' ח"ד באמת

תהיה אסורה אלא ודאי שאנו נותנין מקום לדבריו משום דבזיו וכן מבואר שם מדעת רש"י אם היא אומרת נבעלתי והוא אומר שלא בעל בתוך ל' צריכה חליצה והיינו משום דאמרינן דלמא מוקי אנפשיה וכן לדעת התוס' והרא"ש לענין צרתה ע"שואע"ג דלענין אשה דעלמא קי"ל כר"י דס"ל נסתרה לאלתר ומ"ש מהראנ"ח וז"ל ואע"ג דלר"י לא מפלגינן בהכי אלא מתני' ר"מ היא וכו' ע"ש כבר מבואר במהרי"ק סימן ק"ה שכתב אע"ג דר"י מוקי מתני' כר"מ וא"כ מסתמא הלכה כוותיה מ"מ רבא דהוא בתראה מוקי לה אפי' לר"י וכו' הרי מבואר דקי"ל כהך חילוקא דיבמתו בזיו מינה וכן מבואר באה"ע סימן קי"ז שפסק הרמ"א שאם שהה ל' יום א"צ לומר שלא בעל והקשה הח"מ דהא קי"ל כר"י והב"ש תירץ דרמ"א פסק כרבה דהיכא דאיכא טעם דלא בעיל כגון ההיא דיבמה דמבזיו בזיו כו' מבואר בזה דקי"ל כן להלכה ולפ"ז צריך ליישב דעת הרשב"א דסובר דיבמה היכא דגייסי אהדדי חיישינן וצ"ל דס"ל דאע"ג דסתמא דמלתא אמרינן דיבמתו בזיו מינה וגרע מארוסה מ"מ היכא דחזינן דגייסי אהדדי דמי לארוסה היכא דגייסי אהדדי ואדרבא י"ל דיבמה קרוב' לביאה טפי מארוסה כמ"ש התוספ' והרא"ש והמרדכי ביבמות דף מ"ב לענין אם מת היבם לאחר ג"ח אעפ"כ צריכה להמתין ג"ח מה"ט וכתבו לחלק בין הא דפרק ב"ש ובפסחים דאמרינן יבמתו בזיו מינה דהיינו לענין לאוקמי אנפשיה עד ל' יום אבל לענין גזירה שמא ישא אחותו כו' איכא למימר יבמתו קרובה לביאה טפי ונרא' שלזה כיוון בתשובת הראנ"ח שם אח"כ שכתב איברא דאח"כ אייתי בגמ' פ' החולץ דיש קירוב דעת ביבמ' והקשה מפרק ב"ש כו' ע"ש שנראה שיש ט"ס וחסור לשון והפ"י בכתובות דף ט' ד"ה מאי לאו כו' כתב דכוונת התוספ' שם כיון דיבמה מוקי אנפשי' משום דבזיו מינה ה"ה בארוסה דבזיו מינה טפי כמ"ש תוס' פרק החולץ דיבמה קרובה לביאה טפי מארוסה עכ"ל: והנה טעם החילוק בזה לא אתפרש שפיר ונלענ"ד דלענין אם נכנסה עמו בסתר שפיר מחלקינן בהכי דארוסה כיון דמעיקרא נתרצית להתקדש לו וגם עתה נכנסה עמו לחופה ומתייחדת עמו אמרינן אש בנעורת כו' משא"כ ביבמה שלא מרצונ' נתקדשה לו רק בע"כ דידה היא זקוקה לו והקנו אותה לו מן השמים סובר בדעתו דאולי הוא מאוס עלי' ומה שנבעלת לו אין זה ברצונה דמה אית לה למעבד כיון דמשמים קא רדפי לה ולכן אמרינן דאפשר מוקמי אנפשיה דמבזיו בזיו מינה וזה דוקא לענין אם נסתרה עמו משא"כ כשלא נסתרה עמו שפיר י"ל דיבמה קרובה טפי לביאה דיבמה דרמיא עליו הוא משא"כ בארוס' כיון שאין דרך שיתייחדו יחד ואפי' איסורא איכא דכלה בלא ברכ' ואפי' תימא כי חפץ בברכה ובדרך נשואין בא עלי' פשיטא שגם לזה אין לחוש וכמ"ש בתשובת הרמב"ן סימן קל"ה שאילו עשו נישואין אין דרכן של ב"א לזלזל ולעשות נישואין בענין שלא נקראו בני אדם כו' והובא בב"י סימן קמ"ט ע"ש ובלא"ה מבואר בכתובות דבגליל שאין דרך לייחד אין לחוש שנתייחדו כלל ע"ש ואפ"ה מצריכינן להמתין ג"ח בארוסה אטו נשואה א"כ כ"ש ביבמה דאפשר שנתייחד עמה ובא עליה ואף דלפי תקנת חז"ל דרב מנגיד אמאן דמקדש בביאה אסור לבא עליה בלא מאמר כמבואר בסי' קס"ו מ"מ שפיר אית לן למיגזר בזה אטו נשואה כמו בארוסה דגזרינן ולפ"ז י"ל דאף לסברת התוספ' בזה דכשלא נסתרה י"ל דיבמה קרובה טפי לביאה מארוסה היינו לענין אם תרווייהו לא גייסי אהדדי אז יש לחוש ביבמה טפי משום מצוה דרמיא משא"כ בארוסה אבל לענין אי גייסי אהדדי ודאי גם התוס' מודי' דארוס'

גרע דבארוסה י"ל דאי חזינן להו דגייסי ומכירין זא"ז בקריצות וברמיזות אלמא דלפעמים שמתחדין יחד וחיישינן שיבואו לידי הרגל דבר ג"כ דהא ידוע לו שכל חפצה בו דמעיקרא נתקדשה ברצונה ואליה תשוקתו משא"כ ביבמתו אף אי חזינן דגייסי בשאר דברים משום שזה דרכם מעולם להתעסק בשותפות וכיוצא מ"מ לא בשביל זה הוסר מסוה הבוש' מעליהם לבא לידי קירוב דבר דהא קים להו לחז"ל דיבמתו בזיו מינה ופשיטא בהא דיבמתו נידה בעל אפי' אי גייסי אהדדי בשאר דברים מ"מ א"א לחייבו קרבן דהמ"ל לשיוול' אם היא סמוך לווסתה דעיקר מה דבזיו מינה הוא לענין קורבת שאר בשר וכן בהך דיבמה שאמרה לא נבעלתי לא מצינו בפוסקים לחלק דאי גייסי אהדדי אין כופין ומבקשין אלמא דבכל גווי אמרינן דבזיו מינה ומטעמא דכתיבנא דהא י"ל שנפשה בחלה בו ובע"כ זקוקה לו וא"כ מה בכך שהם יודעין ומכירין זא"ז דרך מו"מ להתעסקות יחד ומכ"ש לפמ"ש הב"ש סימן קס"ד אהא דאם מת היבם צריכה להמתין כו' דאפשר בזה"ז שכופין על חליצה א"צ להמתין ג"ח דהא אינו קרובה לביאה ולכאורה דבריו צ"ע דהא הך שיטה דכופין הוא שיטת ר"ת והרי התוספ' והרא"ש והמרדכי כתבו כן בשם ר"ת דמת היבם צריך להמתין ג"ח ודוחק לומר דר"ת כ"כ קודם שחזר בו והוא סובר דמצות יבום קודם אלא שאח"כ חזר בו ואפשר דאף שר"ת סובר דהיכא שאין מכוונין למצוה כופין מ"מ כיון דאם מכוין למצוה שפיר יכול לייבם מיקרי קרובה לביא' אך מ"מ דבר ברור הוא דבזה"ז שאין מנהג לייבם כלל ומרחיקין זה בכל עוז פשיטא שאין לחוש שמא עלה על דעתם מתחילה לשם ד"א וגייסי אהדדי בקורבה המביאה לידי זימה ומחשבתם ניכרת מתוך מעשיהם שחולץ לה עתה והחליצ' מוכחת על תחילת מחשבתם דמעיקרא נמי לא הי' בדעתם להתקרב יחד והרשב"א שכתב לחוש בזה וכתב דמסתברא דאסור לשיטתו אזיל דס"ל דמצוה לייבם וא"כ שפיר יש לחוש לגייסי דידהו טפי מגייסי דארוסה משא"כ אנן לדידן וכבר האריכו בסברות אלו בתשובות הנ"ל עד שכמעט לא הניחו מקום להתגדר אולם זאת אדרוש ליישב מ"ש רבינו הב"ח בתשובה סימן ע"ח דאף דבזה"ז אין נוהגין ביבום אפי' שניהם רוצים ביבום היינו כשהם באים לב"ד אין אנו מחזיקין ידיהם אלא מוחין בידם אבל אם שניהם רוצים ביבום ואינם באים לב"ד אלא מעצמם הם מתקרבים יחד אין כח בדינו להענישם ולא להפרישם כו' והשתא שפיר יש לחוש דכשהיו ביחד לאחר מיתתו שמא אז היה דעת שניהם להתייבם לשם מצוה אז היה לבו גס בה ומצחק עמה כו' והנה מלבד כי דבריו אינם מוכרחין בזה שכתב כי אין בדינו כח לא להענישם ולא להפרישם לפי שיכולין לומר לשם מצוה נתכוונו דלא משמע הכי מדברי הפוסקים וסוגיא דעלמא ואם היה אחד בא לייבם הוה מחינן ליה מאה עוכלי בעוכלא וא"ל שהי' דעתם שייבם אותה בצנעה ודעתם לשם מצוה ז"א דהא לביאה דיבמה בעינן עדים כמ"ש לקמן וא"כ פשיטא שלא עלה על דעתם דבר זה דודאי לא מזדקקו להו עדים כלל: אך בלא"ה נלענ"ד דאפי' תימא בכה"ג לא הוי מחינן בידיהו אי הוי עבדי עובדי בנפשיהו מ"מ כיון דע"כ אזיל ומודה דאי הוי ברירא לן מילתא דא היה בדעתם להתייבם ומעולם לא היה לבו גס בה לצחק עמה בדרך קריבה שפיר הי' מותר לדור עמה בחצר א"כ פשיטא דנאמן הוא ע"ז לומר לא צחקתי וכדאמרי' בעלמא ע"א נאמן באיסורין דאין זה בכלל דבר שבערוה דאין כאן רק איסור לאו כיון שלא בנה שוב לא יבנה ולהרמב"ם קרי ליה מדברי סופרים כמ"ש

לקמן ומכ"ש בזה דאין אנו צריכין לעדותו לענין גוף האיסור רק משום חששא בעלמא שמא אם ידור עמה יפת בסתר לבם ובכה"ג פשיטא דמהימן שמעולם לא עלה על דעתם לייבם ולא צחקו זע"ז כלל דכל היכא דע"א מהימן בע"ד נמי מהימן אלא דבאמת צ"ע לכאורה מהא דאמרינן ביבמות דף ע"ז ומי מהימן והאמר ר"א אמר רב כל ת"ח שמורה הלכה ובא כו'.

וכ' התוס' דהיינו היכא שהוא נוגע בדבר כגון יתר הישמעאלי שהיה צריך לאותו הוראה שהרי בת ישי נשא וכו' וא"כ בנ"ד נמי שהי' נוגע אפשר דלא מהימן. אך י"ל דהתם מיירי שמצד הסברא לא היינו יודעים דין זה כגון ההוא דעמוני ולא עמונית שלולי הקבל' לא היינו מחלקים בכך כדאמרינן התם דאקשי ליה כל הנך קושייתא אישתיק כו' ולכך אם הוא נוגע לא מהימן ודומיא דהכי הוא באינך דמייתי התוספ' שם משא"כ היכא שהדבר שקול דבכה"ג ע"א נאמן כמו שנאמן לברר חתיכות כשירות מתוך חתיכות טריפות אף במקום רוב טריפות כמ"ש הפ"י דף ס"ג דנאמן משום דאינו רק מברר הספק ואף ע"פ שהטבח נוגע בדבר נאמן הוא ומכ"ש היכא דאין כאן חשש בעלמא דנאמן אף ע"פ שהוא נוגע ומכ"ש היכא שהוא בעצמו העושה דבר זה וכמ"ש הרמב"ן ביבמות דף פ"ח ואת תפשוט מנדה וכו' ושמא אין בידינו לתקן עכשיו איכא למימר היא עצמה שאני דרחמנא הימנה מאחר שהי' מעשה של עצמה מתוך שנאמנת לעצמה ועושה מעשה בהך נאמנת אפי' לבעלה עכ"ל ועיין בפ"י בענין עיר שכבשוה כרכום דאיתא שמואין אדם נאמן ע"י עצמו והקשה דהא כל מקום דע"א נאמן באירוסין אפי' הבע"ד עצמו נאמן ואדרבא עיקר הילפותא דא"א נאמן משום דכתיב וספרה לה כו' וא"כ לא שייך הך דינא אלא משום דרוב כותים פרוצים בעריות ואפשר דנקיט לה בהאי לישנא לאשמועינן דאף בעלה אין נאמן בה כו' ע"ש וא"כ בנ"ד דליכא רוב ולא שום סברא לומר שצחק עמה אדרבא הדעת נוטה שלא באו לידי גיחוך מעולם ומיביזי בזיז מינה מה"ת לא יהי' נאמן ומכ"ש בזה דהוא מעשה של עצמו וכמ"ש לעיל בשם הרמב"ן: ועוד נלענ"ד דאף לפי זה מה שכתבו התוס' והרמב"ן והרשב"א שם לתרץ הך דנדה בענין אחר היינו התם שאנו צריכין להאמינה על סיפרתה שתהא מותרת לבעלה משא"כ כאן דתרווייהו מידע ידעי ואמרי ברי לנו שלא היה בדעתינו להתייבם ולא צחקנו פשיטא דמהימנא וגדולה מזה אמרינן בכתובות בשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת אף ע"ג דהוי תרי ותרי מ"מ אם אומרת ברי לי ונשאת לאחד מעדיה לא תצא ובפ"י שם הביא דברי הרשב"א בקידושין שכתב דאפילו אי תרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא אוקמי אחזקה מ"מ לגבי עצמן נאמנין בדיעבד וכתב הפ"י שיגע ומצא דעת קדושים שהרשב"א סובר דלא אזלינן בתר חזקה אלא למי שמסופק בדבר כו' משא"כ אם העובר אומר ברי לי נגד החזקה לא שייך לגביה שהוא מוזהר על הספק בודאי מחמת החזקה וכן מצאתי בחידושי מהרש"א ביבמות פרק האשה כו' ע"ש באורך ואף דהתם דוקא בדיעבד אמרינן הכי היינו משום דהתם איכא חזקה גמורה לאיסור חמור דא"א משא"כ כאן שאין כאן חזקה ולא איסור רק חשש איסור וגם דכל היכא דאיכא שעת הדחק כדיעבד דמי נראה דודאי מהני ברי דידהו: וק"ו הדברים בנ"ד שזה החולץ יש לו אשה והיאך יעלה על דעת כי קרבות יחפצון ויעברו על חרגמ"ה ומי שבקינן להו והב"ח ז"ל הרגיש בזה וכתב ואפי' היה לו אשה ודבר זה ידוע במלכותינו אין נושאים ב' נשים מתקנת רגמ"ה ופשיטא אין

לומר שהיה בדעתו לגרש את זו ולכנוס יבמתו דהא אין מגרשין בע"כ וא"כ היאך מצחק עמה על ספק גדול כזה מ"מ בהא איכא למימר דלא פלוג רבנן וכיון דהיכא דאין לו אשה חיישינן ללבו גס בה ואסור ה"ל היכא דיש לו אשה נמי אסור כו' נפלאתי דמאן הרגלים לומר לא פלוג בזה דאטו גזירה הוא דגזרו בה הא טעמא איתני בה משום דחזינן דלבו גס בה וא"כ ממילא דביש לו אשה ובמלכותינו שיש תקנת רגמ"ה אין לכו גס בה ומותר.

ומ"ש וכ"נ מכל האחרוני' שהיו במלכותינו שהביא ההיא דתשובות הרשב"א לפסק הלכה ולא חילקו בין יש לו אשה לאין לו אשה אינה ראייה לענ"ד כיון דהדין תלוי במציאות דחזינן דגייסי וזה אינו רק אם החולץ פנוי אבל אם בעל אשה הוא אינו במציאות שיהיה לכו גס בה דרך קירוב אישות דאטו ברשיעי עסקינן ופשיטא שאין לומר שעלה על דעתו לגרש את אשתו ויכנוס זו כמ"ש הב"ח דהא אין מגרשין בע"כ ודלמא לא תתרצה אף בתרקבי דדינרי וגם י"ל לפי מ"ש הב"י בשם הר"ש בן הרשב"ץ ביבמה שנדרה או מצאה פתח לנדרה ולא אמרינן בזה כל יבמה שאין אני קורא בה יבמה יבא עליה בשעת נפילה כו' וכתב הב"ש סימן קס"ה דאם היה לו אשה בעת שנפלה לפניו הית' אסור' עליו מחמת תקנת ר"ג י"ל דגרע טפי דאין היתר לאיסור זה משא"כ איסור נדר יכול להתירה ע"ש: והנה מדבריו נראה דטעם הב"ש בנודרת משום דיש היתר לאיסורה ולענ"ד צ"ע שהרי התוס' והרא"ש בריש יבמות הקשו דנידה תיאסר ליבם אע"פ שמטהרת אח"כ כמו אחות אשתו כו' ותירצו דלא דמי לאחות אשה ושאר עריות שהאיסור עומד על היבם טפי משאר ב"א אבל נדה לכ"ע אסורה ועוד תירצו התוס' דבאחות אשתו אין זה דרכי נועם אם תצטרך להמתין אבל נדה דרכי נועם דלבעלה נמי צריכ' להמתין ע"ש ואם איתא בפשיטות ה"ל לשנויי דנדה שאני שיש היתר לאיסורה אלא ודאי דז"א וס"ל דאחות אשה נמי מיקרי יש היתר לאיסורה אם תמות אשתו ואף ע"ג דיש חילוק מ"מ התוס' לא ס"ל לחלק בהכי וס"ל דבכל גווני מיקרי יש היתר לאיסורה אלמא דמ"מ אחות אשה אסורה לפי שאינה אסורה רק על היבם לבד משא"כ נידה ולפ"ז נודרת דמי לכאורה לאחות אשה שג"כ אינה אסורה רק על היבם לבד וגם לתירוץ הב' א"ל דגם זה אינו דרכי נועם שתצטרך להמתין עד שיזדקק לה יבם ותמצא פתח לנדרה ואפשר לדחות דהכא שהיא גרמה האיסור על עצמה לא איכפת לן בהכי וצ"ע.

ומ"ש הרא"ש שם החילוק דנדה עומדת ליטבל וליטהר כדרך כל הנשים כו' מבואר למעייני שם שלא כתב זה אלא דלא תיקשה למה תהיה מותרת לחלוץ בעת נדתה הא קי"ל כל שאינו עולה ליבום כו' ע"ש אבל לענין החילוק בין אחות אשה שאסורה אע"פ שמתה אשתו אח"כ כתב כדברי התוס' דהטעם משום דנדה אסורה לכל ע"ש וצ"ע על הד"מ סימן קס"ה שכתב על דברי הר"ש הנ"ל שכיוצא בזה כתב הרא"ש ריש יבמות לענין יבמה שהיתה נדה בעת מיתת הבעל עד כאן לשונו והדבר צ"ע כמ"ש שאין זה ענין לדברי הרא"ש שם: וראיתי בחידושי הרשב"א ריש יבמות שכתב הקשו בתוספות ליתני שש עשרה וכגון המגרש את אשתו כו' ומסתברא לי דאפי' היא עצמה חולצת כו' וה"ז כנודרת הנאה בחיי בעלה שחולץ וזו אינה עולה ליבום דבר תורה דקיימא עליה בלאו ועשה ואעפ"כ עולה לחליצה כיון שד"א גרס לה לאסור כו' ע"ש וחילוק זה א"ש לענין כל שאינו עולה ליבום אבל מ"מ ס"ס הא לא קרינן בה יבמה יבא עליה בשעת

נפילה ואפשר דגם לענין זה שפיר מצינן לחלק בכה"ג דדוקא משום איסור ערוה דגופה אמרינן הכי אבל לא אם ד"א גרם לה לא איכפת לן מה שהי' אסור בשעת נפילה וצ"ע אך לענ"ד דלכך במצאה פתח לנדרה מתייבמת ע"פ מ"ש הרשב"א בפרק החולץ דהא דלר"ל בהפילה מתייבמת אף ע"ג דקי"ל כל יבמה שאין אני קורא כו' האי בשעת נפילה זקוקה היא אלא דרחמנא אמר עיין עליו לידע אם היא זקוקה אם לא וכיון שהפילה איגלי מלתא למפרע דזקוקה היתה ומ"מ אין זה דומה לנדה דנדה נמי אע"פ שבשעת נפילה לא נאסרה לגמרי מ"מ אף לכשתטבול ותטהר אין התירה רק מכאן ולהבא אבל אינו מועיל למפרע וא"כ אכתי בשעת נפילה היתה אסורה עליו בבירור ולכך הוצרכו התוס' לחלק דנדה אסורה לכל ולפ"ז היכא דהאיסור משום שיש לו אשה וחל עליו חרגמ"ה אף שיש לו היתר כשיגרש או תמות אשתו מ"מ כיון שלא נעקר למפרע דמי לאחות אשה ולפ"ז דברי הב"ש נכון לדינא ולא מטעמא דידיה: ולכאורה י"ל לפום הך אוקימתא דמוקי בהחולץ דבסברא פליגי ור"ל ס"ל דתיגלי מלתא למפרע לא אמרינן א"כ כיון דקי"ל כר"ל בהא דהחולץ למעוברת איכא למימר נמי בנודרת אף שמצאה פתח לנדרה אמרינן כל יבמה שאין אני קורא בה כו' ותיגלי מלתא למפרע שנעקר הנדר וזקוקה היתה זה לא אמרינן והרשב"א לא כ"כ אלא להך אוקימתא דבקרא פליגי דר"ל סבר וכן אין לו עיין עליו ולפ"ז י"ל דשפיר אמרינן תיגלי למפרע אלא דלפי זה הו"ל להרשב"א לבאר לפום הך אוקימתא דתיגלי למפרע לא אמרינן היאך א"ש הך קושיא דלמה מתייבמת אחר נפילה נימא כל יבמה וע"כ לומר דהא דאמרינן תיגלי למפרע לא אמרינן היינו כשאנו דנין על הענין הנעשה אז כגון חליצת או ביאת מעוברת כיון שאז היה הדבר בספק לא מהני העשי' שעשה אז להתירה אף שעכשיו נתגלה שנעשה המעשה כהוגן משא"כ כשאין דנין על המעשה הנעשה בעת ההיא כלל רק שעכשיו אנו דנין אם היתה בשעת נפילה יבמה שנאסרה או לא בזה שפיר אמרינן תיגלי למפרע דמה בכך שלא הקיפה ידיעתינו הדבר ההיא אז קמי שמיא הוי גליא שלא יצאה זו מכלל שאר יבמות שאני קורא בה יבמה יבא עליה וזה דומה לאם היה לנו ספק בשעת נפילה אם גירש אחיו המת הערות שהיו נשיו אם לא יבאו עדים שגירש' דפשיטא שזו מותרת לייבם בלי פיקפוק וה"נ דכוותיה דהפילה או בנודרת הנאה דשפיר אמרינן תיגלי למפרע כיון שחכם עוקר נדר מעיקרו כנלע"ד: ובר מן דין נראה דא"ש לפמ"ש הנימוקי יוסף שם בטעמא דלא אמרינן תיגלי מלתא למפרע דחיישינן דלמא באותה שעה ראויה היתה לילד ולד גמור אלא שאח"כ גרם לה איזה דבר להפיל ונמצא דחליצה דמעיקרא לאו כלום הוא ע"ש ולפ"ז גבינודרת דנעקר הנדר למפרע בוודאי דאמרינן בכה"ג תיגלי מלתא למפרע ואף לפי מ"ש התוספ' החילוק בין הך דחלץ מעוברת לקידש א' משני אחיות דהכא אין זה ספק ראוי להתברר עכשיו שא"א לידע עתידות אפשר דבכה"ג שפיר מיקרי ראוי להתברר דגם בשעת נפיל' היה פתח זה וצ"ע לשיטת התוס' בזה: אך לשיטת הנ"ל ודאי א"ש אלא שצריך ליישב להנ"י קושית הרשב"א דלמה אם הפילה מתייבמת לר"ל הא כל יבמה שאין אני קורא כו' דא"א לומר כמ"ש משום דאיגלאי למפרע שזקוקה ועומדת דמאן לימא לן שהיתה זקוקה אז שמא אז היתה ראוי לילד ולד גמור וד"א גרם לה להפיל כו' ומצאתי בחידושי הרשב"א ביבמות שם דף קי"א שכתב בטעמא דר"מ דקטן אין מייבם משום שמא ימצא סריס ובתר הכי שריא לי' שהרי אם

יבא אליהו ויאמר דלאו סריס הוא שרי וכיון שכן הרי אני קורא בה יבמה יבא עליה דאיגלאי מילתא למפרע דלאו סריס הוא וה"ז כשאר הנשים שאסורות להתייבם עד שיעברו שלש חדשים ואפ"ה קרינן בה יבמה יבוא עליה וגדולה מזו אמרו רז"ל כו' עיין עליו ואפ"ה כשהפילה חולצת או מתייבמת ולא קרינן ביה כל יבמה כו' וטעמא דמלתא משום דלא אמר רחמנא אלא שיעיין עליו כו' ואפ"ה כשולדה שאינו של קיימא מותרת ולא משום דאיגלאי מלתא למפרע דאי מהאי טעמא לא היתה צריכה חליצה לאחר שהפילה דהא איגלי כו' אלא טעמא דר"ל משום דאמרה תורה עיין עליו שלא תתייבם עד שתדע אם תלד בן קיימא או לאו ואפי' אם יבא אליהו ויאמר לא משגחינן ביה וכ"ש הכא דאילו אתי אליהו משגחינן ביה עכ"ל ולכאורה זה סותר למ"ש בפרק החולץ דמטעם תיגלי למפרע אתי עלה ונראה דהרשב"א סובר דהחילוק בין הך לישנא דס"ל דפליגי בקרא אז אפי' אי הוי אמרינן תיגלי למפרע מ"מ לא מהני כיון דקרא אמר עיין עליו שלא תחלוץ ולא תתייבם עד שיתברר הדבר ולהך לישנא דבסברא פליגי ולא אמרינן תיגלי למפרע דשמא בשעת הויתה היא ראוי' לילד ולד קיימא מ"מ הך מילתא גופא דביאת מעוברת או חליצת מעוברת לא מהני היכא שעתידה לילד ולד קיימא הוא ג"כ מרבוייא דקרא מוכן אין לו עיין עליו דאי לאו האי קרא הוי אמרינן דאי עובר אוסר או פוטר אותה מיבום וחליצה עד שיצא לאויר העולם וקאתי קרא למימרא דעיין עליו אם תלד בן קיימא אז אין בה דין חליצה ויבום וממילא אף שהפיל' אח"כ לא מהני המעשה שנעשה בעודה מעוברת דשמא היתה עתידה לילד ולד קיימא אבל מ"מ כל שהפילה עכשיו שפיר מותרת ליבם דאפי' תימא שהיתה עתידה אז לילד ולד של קיימא ואם הי' מייבם אז ל"ה מועיל מ"מ זה בכלל כל יבמה שאני קורא כו' דכיון דעכ"פ לע"ע הפילה והתור' לא אמרה שתפטר באם היא מעוברת ולד של קיימא רק שעדיין צ"ע עליו ואם לא יצא לאויר העולם חי עדיין זקוקה היא ושפיר איגלי למפרע דבשעת נפילה זקוקה היתה שהרי לא נפטר אז לגמרי עד שעת לידה שהוברר הדבר כנלע"ד ולפום מה דכתבנו אכתי הך מילתא דנודרת צריכה עיונא דאף ע"ג דאם מוצאת פתח נעקר הנדר מעיקרא מ"מ י"ל דלא שייך ביה תיגלי מלתא למפרע דהא אפי' לר"י דס"ל דאמרינן תיגלי מילתא כו' היינו משום דאילו אתי אליהו ואמר דהא דמיעברא אפולי מפלת בת חליצה ויבום היא ולא חיישי' דלמא השתא בר קיימא היא וד' גרם לה אלא מסתמא מעיקרא היה עומד לכך להיות נפל טמון ובוזה י"ל דשפיר אמרינן איגלי מלתא דחסרון ידיעתינו אין מעכב וחוצץ כלל וכמו כן בההיא דקטן שמא ימצא סריס לר"מ שפיר כתב הרשב"א דאילו אתי אליהו כו' והשתא שהגדיל איגלי מלתא דלא סריס הוא משא"כ לענין נודרת כיון דעכ"פ השתא בשעת נפילה היא אסורה עליו תו לא מהני מה שעשה מצאה פתח ועקרה למפרע דהא בשעת מיתה עכ"פ היה הנדר בתקפו ולא שייך בזה אילו אתי אליהו דהא לאו טעותא דהדרי ממילא אלא ע"י מעשה ההתרה אנו עוקרין למפרע ואפשר דבכה"ג שייך שפיר לומר כל יבמה שאין אני קורא כו' איברא דלפי מ"ש לעיל בדברי הרשב"א והנ"י דאף שאז היתה מעותדת לילד ולד קיימא ולא היינו קורין בה יבמה כו' מ"מ כיון דאיסורה משום עיין עליו והרי באמת הפיל' ואמרינן גם בכה"ג איגלי מלתא א"כ י"ל דגם בנודרת שפיר י"ל איגלי מלתא.

אך עדיין לא נתחווירו לי הדברים ככל הצורך בזה ועיין במשנה למלך פ"י מהלכות גירושין: ומצאתי באשר"י פרק הנודר מן המבושל שהביא ירושלמי אילין נדרים מה את עביד לון כדשיל"מ כו' הא תנינן שהחכם עוקר הנדר מעיקרו כלומר וכיון שעקר אותו מעיקרא נמצא שלא נאסר מעולם ולא הוי דשיל"מ אמרי אינו עוקר אלא מכאן ולהב' כלומר עיקר העוקר מכאן ולהבא אע"פ שעקרו מעיקרא מ"מ היה אסור עד היום הוי דשיל"מ אך הכ"מ פרק ט"ו מהלכות מ"א מבואר בדבריו שמפרש כוונת הירושלמי להיפוך מדברי הרא"ש ז"ל דמה דקאמר דתני תמן זקן עוקר מעיקרו היינו דמה"ט הו"ל דשיל"מ והמנחת יעקב כלל ע"ד השיג עליו: ולענ"ד פשוט דהרא"ש שפיר מפרש כן לפי גרסתו דגרס מסתברא מי עבדינן כדשיל"מ הא תני תמן כו' משא"כ לגרסת הרשב"א והר"ן שם וכן גרס הר"ן בפירוש האלפסי במסכ' ע"א מסתברא דעבדינן כדשיל"מ דתני תמן כו' ע"ש שמבואר דס"ל דאי עוקר למפרע הוי דשיל"מ ועיין בקרבן העדה שם ואין כאן מקומו להאריך.

ובינותי בספרים ולא מצאתי תשובה זו בתשובת הרשב"ץ עצמו חלק ב' וכפי הנראה ט"ס נפל בב"י ושם בתשב"ץ כתב וז"ל אבל מצאה פתח לנדרה מתיבמת וא"ת אמאי לא אמרינן בה כל יבמה שאין אני קורא בה וכו' כבר הקשו התוספת אמאי נדה אינה פוטרת צרתה מה"ט והרבה תרוצים נאמרו בה והעולה מדבריהם היא שאינו דומה לאחות אשה דאסורה משום קורבה דעריות ומכאן אתה למד דהדברים ק"ו לנודרת הנאה מהיבם שאם נדה בשעת נפילה היא בת יבום לכשתטהר ק"ו בנודרת הנאה לכשיותר הנדר שאם לא היה לה היתר כלל אפ"י אחר שהתיר לא היתה בת חליצה שכל העולה כו' עכ"ל הנה פתח בתירוץ דאחות אשה אסורה משום קורבה דעריות והיינו לומר דנדה שאני דאסורה לכל וכמ"ש התוספות והרא"ש וסיום דבריו ללמוד ק"ו לנודרת מנדה שבשעת נפילה היא בת יבום וזו סברא אחרת לא הוזכר בתוספות ורא"ש על ענין זה כמ"ש ל דהרא"ש לא כ"כ כ"א לענין כל שאינו עולה ליבום כו' ומצאתי ברמב"ן דף קכ"ג שכתב יבם קטן שבא על יבמה כו' ואף ע"ג דהשתא לאו בר הקמת שם הוא הואיל וכי גדול הוי בר הקמה כו' ה"נ יבמה שהיתה נדה בשעת נפילה ליבום הואיל ולשתטבול קרינן ביה יבמה יבא עלי' אינ' נאסרת ועוד דלא דמיא נדה לשאר עריות דשאר עריות לא תפסי בהו קידושין ונדה תפסי בה קידושין וכיון דתפסי בה קידושין קרינן ביה יבמה יבא עליה דביאה דיבם הוי קידושין אפ"י בא עליה ולא נתכוין לקידושין אלא לביאה בעלמא ועוד שאם עבר ובא על יבמתו נדה קנאה הילכך קרינן ביה יבמה יבא עליה ולקחה לו לאשה דהא קנא' ואשתו היא ואם עבר ובא על שאר עריות לא קנאה הילכך לא קרינן בהו יבמה יבא עליה עכ"ל: והנה לפי תירוץ קמא דהראב"ן עולה דברי הרשב"ץ כהוגן אך מה שלמד הראב"ן מהא דקטן אדרבה הרשב"א שם מפרש איפכא דרבא אתי לאוכוחי מזה דע"כ לא בענין בר הקמה כלל דאי ס"ד דבעינן בר הקמה מה בכך דאתי לכלל הקמה מ"מ השתא לאו בר הקמה הוא ומי איכא מידי דהשתא אסורה ולבתר שעתא שריא ע"ש וכן מבואר מדברי התוספות בריש יבמות דמפרש הכי וכתבו שאין זה דרכי נועם אם מחמת איסור שאינו בר הקמה תצטרך להמתין עד שיגדל ע"ש ומ"ש כיון דעבר ובא על יבמתו קנאה קרינן ביה יבמה כו' צ"ע דהיא גופא קשיא דנימא דנדה דינה כשאר עריות ואם עבר ובא עליה לא קנאה כמו

בשאר עריות ולפי מ"ש בתירוץ הב' א"ש דנדה תפסי בה קידושין כדילפינן מותהי נדתה עליו ונראה ראה לדבריו מהא דאמרינן ביבמות דף כ' גבי אלמנה לכ"ג אמר רב גידל מסתברא חייבי לאוין תפסי בה קידושין ופירש"י הילכך קרינן ביה לקחת בדיעבד אבל בחייבי כריתות לא תפסי קידושין ואפילו עבר ובא עליה האי יבם ונסבה לאו קיחה הוא כו' ועיין בחידושי הרשב"א שם ואף למסקנא דרבא דאמר גזירה ביאה ראשונה מ"מ אתי הני דרשא דר"ג לחייבי לאוין שיש עמהם עשה כו' ע"ש בתוספות ובחידושי הרשב"א ולקצר אני צריך ולפום הך תירוצא דהראב"ן א"ש בפשיטות בנודרת הנאה אם מצאה פתח מתייבמת דהא לא דמי לעריות כיון דתפסו בה קידושין ומכ"ש ביש לו אשה אף ע"ג דעובר על חרגמ"ה דהא עכ"פ תפסו קידושין אלא שצריך עיון מדברי התוספ' והרא"ש שלא כתבו לתרץ כן לענין נדה אלמא דס"ל הך סברא דהראב"ן.

שוב עיינתי בספר בית מאיר סימן קס"ה הביא דברי הרשב"ץ וכתב דלמה שתלה טעם ההיתר משום שאינו דומה לאחות אשה דפסול' מחמת קורבה ה"ה והיא הטעם בחרם דרגמ"ה כו' ואני לא ידעתי מה טעם יש בדבר דאדרבה להך טעמא אינו דומה לנדה דאסור' לכל רק לאחות אשה דאינה אסורה רק לזה שיש לו אחותה.

וגם בנודרת באמת צ"ע לפום הך תירוצא. ומ"ש דהך הוכחה דהרשב"ץ דאם לא היה לה היתר גם חליצה לא צריך כו' זה שייך גם בחרגמ"ה ז"א דודאי שפיר מיקרי עולה ליבום מטעם שכתב הרא"ש לענין נדה ולדעת הרשב"א משום שד"א גרם לו כמו גבי נודרת ומ"מ שפיר י"ל דכיון שאין אני קורא יבמה כו' אך מה שהקשה דהא מ"מ בת יבום היא דהא אם בא עליה קנאה ונדחק בדברי הרשב"א ריש יבמות ע"ש ובסימן קנ"ט כבר כתבתי דזה באמת דעת הראב"ן דכל היכא דאם בא עליה קנאה ותפסי קידושין קרינן ביה יבמה יבא וכו' ועיין ביש"ש יבמות פרק ב' דביאת כ"ג באלמנה אף היא אינה פטורה וצריכה חליצה וכדבריו מבואר בהרשב"א ר"פ החולץ ד"ה אי חליצת מעוברת כו' אע"ג דאיכא לאו ועשה בכ"ג באלמנה דעולה לחליצה אע"פ שאינו עולה ליבום ואם בעל לא קנאה וצריכ' חליצה התם נמי מרבויה דקרא כו' ובנודרת כתב הרשב"א כדבריו אלו וע"ש באורך וסובר כיון דמרבין מיבמתו לענין אלמנה מן הנשואין דבעי חליצה א"כ ה"ה נודרת אך בענין חרגמ"ה ודאי צ"ע דנראה דלא עדיף משאר חייבי לאוין ועיין בסימן ס"ו בח"מ ס"ק י"ח ובב"ש ס"ק י"א דמשמע חרגמ"ה לענין גירושין בע"כ אין בו איסור דאורייתא וכן משמע בב"ש סימן קי"ז ס"ק ב' ובכמה דוכתי ובי"ד סימן רי"ח מבואר בשם תה"ד ורש"ל דבתקנה בחרם שפיר יש איסור דאורייתא מ"מ אין כאן רק איסור לאו וגם די"א דביבמה לא החמיר רגמ"ה וכמבואר באה"ע סימן א' והיוצא מזה אף שאין דין הב"ש מוכרח מ"מ הראיתי פנים לדבריו כאשר הארכתי לעיל וא"כ בנ"ד שזה היבם יש לו אשה פשיטא שלא יערב לבו לגשת לצחק עמה על דעת שייבם אותה בין בחיי אשתו או אח"כ ופשיטא שהם נאמנים לומר לא צחקנו דאין לך רגלים לדבר יותר מזה שלא עלה על דעתם שום קירוב בעולם ומכש"כ לפי מ"ש לעיל דהיכא דשניהם אומרים ברי לי אף היכא דאיכא חזקה מהימני לגבי דנפשייהו ומכ"ש בזה ובהכי א"ש מה שהקשו התוספ' בחולין ובנדה דהיכא ילפינן ספק טומאה ברה"ר טהור מסוטה דלמא שאני סוטה דאית לה חזקת היתר וכתב ע"ז בספר שב שמעת' פרק ז' דמסוטה לבועל ילפינן דהא לבועל אין כאן חזקת היתר כיון שנולד הספק בחזקת א"א ומ"מ

בר"ה טהור ומזה ילפינן לספק טומאה בר"ה אף דליכא חזקת טהרה ולפי מ"ש א"ש דברי התוס' מסוטה לבועל ליכא למילף מידי דהא הסוטה והבועל תרווייהו אמרי ברי שלא בא עליה ולגבי דנפשייהו מהימני אף היכא דאיכא חזקה ומכ"ש היכא דליכא חזקה לאיסור אף דליכא חזקה להיתר מ"מ הברי דידהו מהני אלא שצ"ע בהא דר' זכריה שאמר המעון הזה לא זזה ידה מתוך ידי כו' ואמרו לו אין אדם מעיד על עצמו הרי מבואר דאף דתרווייהו אמרו ברי לי לא שבקוהו רבנן למידר עמה ולכאורה היה אפשר דדוקא גבי חזקה מהימני אבל לגבי רובא דעדיף מחזקה לא מהימני ובשבויה כיון דרוב פרוצים בעריות לא מהני ברי דידהו וכדאיתא בכתובות דף י"ג דפירש"י שם לזו יש עדים שנבעלה דכיון שנשבית לבין הנכרים והם פרוצים בעריות כולנו עדים שנבעלה ואף לפי מש"ל דאף לגבי רוב מהני ברי כגון במקולין שיש רוב טריפות היינו כשהוא בא לברר המיעוט מתוך הרוב כגון ההוא דמקולין משא"כ גבי הך רוב דפרוצים בעריות דלא שייך זה ואף דלכאורה איפכא מסתברא דהא רוב דמקולין הוא איתא קמן ואפ"ה זה נאמן ומכ"ש שנאמן ברוב דליתא קמן וכה"ג כתב הגאון מהר"י ז"ל בנ"ב מ"מ במקום אחר הארכתי בזה וכתבתי טעם לדבר דכיון שאנו באין להחזיק בעדותו של זה מחמת הברי שהוא אומר צריך שיהיה מסייע לו מיעוט חזקה דאיתא קמן משא"כ ברובא דליתא קמן כיון שגם המיעוט ליתא קמן אין העד נאמן להחזיק המיעוט החלוש הזה והבאתי ראיות ברורות וה"נ בהא כיון דרוב נכרים פרוצים בעריות לא מהימנו בכרי דידהו להכחיש הרוב אלא דבאמת ז"א דהא אמרינן בכל דוכתא בשבוי' י' הקילו ואפ"ה ע"א נאמן להתיר בה וע"כ שאין הרוב גמור וכ"כ בפ"י בתוס' ד"ה ואין אוסרין כו' דהא דהאמינו ע"א אע"ג דרוב פרוצי' בעריות מ"מ שאני שבוי' דמנוולה נפשה גבי שבאי וכ"כ בדף כ"ב ד"ה מאן דמתני כו' דהא דרוב פרוצים לא הוי רוב גמור דמדאוריית' סמכינן אהא דשבוי' מנוולה נפשה גבי שבאי ועוד דרוב דזנות הוי רוב התלוי במעשה אלא דמדרבנן עשאוהו כרוב וע"ש בדף י"ג ד"ה השבתני כתב דרוב פרוצים הוי רובא דרובא כו' ועכ"פ צ"ע דלמה לא מהני ברי דידהו נגד רוב זה שאינו רק מדרבנן דהא אפילו לגבי חזקה שהיא דאורייתא מהני שלא תצא ומכ"ש לגבי דרבנן ואפשר דאלמוה רבנן להאי רובא דליהוי כדאורייתא ואע"ג דאמרינן בשבויה הקילו מ"מ לענין ברי דידהו לא הקילו ואפשר שהוא מטעמא שכתב הפ"י בריש סוגיא דפ"פ דאף דבע"ד מהימן בספק חלב ספק שומן כיון שהספק בגופא לא מהימני כדאשכחן בשבוי' דע"א נאמן בה שלא זינתה והיא עצמה לא מהימנא ומ"מ צ"ל דהך רובא אליהו טפי מחזקה דהא בשנים אומרים מת מיקל מהאי טעמא ששניהם אומרים ברי אף ע"פ שספק בגופה וצ"ע גם צ"ע בהא דמיבעיא ליה אהא דקאמר אעפ"כ ייחד לה בית בחצירו כו' מהו לעשות בגרושה כן התם הוא דבשבוי' הקילו כו' דבשבוי' דעלמא נמי הוי מצינו למבעיא דאפשר שע"כ לא הותר לו לעשות כן אלא לפי שגם הוא טען ברי שלא נתייחדו עמה עכו"ם ואע"פ שלא האמינוהו מ"מ לענין חששא בעלמא הקילו ע"י שלא נתייחד עמה משא"כ בשבוי' דעלמא שהוא אינו יודע ואם יבא עליה ודאי אסורא עביד ומכ"ש דאסור בגרושה ואפשר דרש"י ס"ל דכיון שלא האמינוהו על עדותו שוב אין לחלק בכך ועכ"פ יש ללמוד מזה דדוקא היכא דאיכא רובא כי האי דרוב פרוצות הוצרכנו להקל משום דבשבוי' הקילו ובגרושה נמי כיון שהיא מן הנשואין וכבר נתקרב עמה דרך אישות או

באירוסין וגייסי אהדדי דרך חיבה וקריבה של אישות אבל בנ"ד דאין כאן רוב ואין כאן קירוב חיבה דרך אישות כלל רק שנבדה מלבינו שמא היה רצונם להתקרב לענ"ד דבר ברור דמהני ברי דידהו בכה"ג שמעולם לא נתקרבו ומה"ת לגרוע חזקת כשרות דידהו ולע"ד שהדברים מוכרחים מצד עצמם שאם באנו לחוש לזה א"כ אף אנו נאמר דיבם ויבמתו דגייסי אהדדי לא מהני חליצה דידהו דכיון דאסרינן להו לדור יחד שלא יבוא עליה שאינו רק איסור לאו למה לא נחוש טפי שמא כבר בא עליה והרי היא א"א וקא שרינן א"א לעלמא ע"י חליצה וע"כ לומר דכיון שלא ראינו שנתייחדו יחד אע"פ שראינו דגייסי אין חוששין וכמו נתגרשה מן האירוסין וחזינן דגייסי דחיישינן דוקא כשראינו שנתייחדו יחד הא לאו הכי מי הימנינן להו שלא נתייחדו היבם והיבמה לעולם ולא איכפת לן אי גייסו דרך חיבה ובקרבת אישות א"כ ק"ו הדברים אי לא חזינן להו דגייסי דרך קרבת אישות דלא נחוש לה דלמא גייסו ונאמנין ע"ז: והנה אף שהדברים ברורים לענ"ד אוסיף אומץ להביא ראיה ברורה מהא דאמרינן ביבמות דף ק"ב א"ר יהודה אמר רב יבמה שהגדילה בין האחין מותרת להנשא לאחד מן האחים ואין חוששין שמא חלצה סנדל לאחד מהם טעמא דלא חזינן כו' וע"ש שיש כמה שיטות ולדעת הב"י בבדק הבית בחד תירוץ אפי' לא חזינן כלל נפסלת על האחין וכן משמע פשיטות הגירס' שלפנינו ולפי גירסת הרי"ף ושאר מפרשים חיישינן שמא כיונה היא ולא פסולה על האחין בכוננת חד סגי והשתא תיקשי דכיון שהגדיל' בין האחין הא ודאי דגייסי בה טובה והא קמן שרגילה עמהם כ"כ עד שלפעמים חולצת סנדל לאחד מהם תשמיש העבד לרבו כמבואר בקידושין דף ר"ב כיצד בחזקה התיר לו מנעלו כו' ובעובדא דמר זוטרא שם שילף לו מסאני כו' ובכתובות דף צ"ו כל מלאכות שהעבד עושה לרבו תלמיד עושה לרבו חוץ מהתרת מנעל כו' אבל במקום שמכירין אותו לית לן בה כו' ובהגמ"יי פ' י"ב מהלכ' שבת כתב ושמעתי שכ' הרא"ש מסאנברק שרבו הר"מ צוה לשפחה לילך עם בחורים לחלוץ מנעליהם בליל שבת כדי שתקח הנר להאיר לעצמה כו' והביאו המג"א סימן רע"ו משמע שהיו משתמשים תשמיש זה ועיין באה"ע סימן ק"א בדין היתר רחיצה משפחות ועכ"פ ודאי דגייסי טובא כדמשמע לישנא הגדילה בין האחים וכה"ג אמרינן בסוטה חורגה הגדילה בין האחין מותרת ולא חיישינן דמחלף להו באחותיהו בביאה ושוב אסורה על הנשאר ואפי' לפ"ד הש"ג שאכתוב לקמן דאף ביבמה כשבא עליה בלא עדים אינה נקנית לו מ"מ הא ודאי דאפסולי על האחין נפסלת אף בביא' בלא עדים ודוחק לומר דכיון דאיכא יבמין טובא עדיף כמ"ש לקמן בשם התה"ד אלא נראה ברור דאף דגייסי טובא ל"ח להרגל דבר כלל וא"כ ה"נ אע"ג דגייס בה לא חיישינן שמא יבא עליה אחר החליצה ואין לחלק דדוקא לענין שתהיה נפסלת על האחין שאינו רק דרבנן לא חיישינן משא"כ חשש שיבא על החליצה שהוא בלאו ז"א דעכ"פ טפי ה"ל למינקט חששא דביאה שלזה לא צריך כוונה כלל לפסול על האחין ממה דנקט חליצת סנדל דבעי כוונה דידה עכ"פ ומכ"ש דקשה לדעת הרש"ל שאכתוב לקמן דס"ל דביאה קונה ביבמה אף בלא עדים דודאי איכא איסורא דאורייתא אם תנשא לא' מהם לאחר שבא עליה אחר אלא ודאי בגייסי כי האי ל"ח דס"ס הא לא חזינן שנתייבמה לאחד מהם בחיבה דרך אישות אבל חליצת הסנדל שפיר חיישינן כיון שהגדילו עמהם והם משתמשינן בה אפשר שתעשה גם תשמיש זה דחליצת הסנדל לאחד מהם ואהא קאמר דאי לא חזינן לא חיישינן

ומכ"ש לדעת הרמב"ם דס"ל דביאה על החליצה מד"ס כשניות כמ"ש לקמן א"כ יש ללמוד משם כמו דהתם לא חיישינן שמא בעל ונפסלה על האחין ה"נ לא חיישינן שמא ע"י דירה בחצירו יבא לידי הרגל דבר כיון דגם זה אינו אלא מדרבנן ולרווחא דמילתא אמינא לבאר זה באורך: הנה דעת הרמב"ם פ"א מהל' יבום דחליצה ליבם אינו אלא מד"ס כשניות וכן בס' המצות שלו לא מנה לאו זה כיון שלא בנה כו' וכו' ה"ה דס"ל דקרא אסמכתא בעלמא היא אבל אינו רק איסור דרבנן אלא שהקשה עליו מלשון הש"ס ע"ש וכתב שהרמב"ן מנה ללאו זה וכן הוא באמת בספר המצות ובס' מגילת אסתר השיב בעד הרמב"ם שאינו חושב דקדוקי מצוה ולענ"ד ז"א דאין זה ענין לדקדוקי מצוה אי דרשינן ליה ללאו גמור ועיין בבה"ג שמבואר מדבריו דס"ל דעובר בלאו דלא יבנה ומ"מ לא לא חשב אותו במנין הלאוין אך דברי הרמב"ם בלא"ה א"ל דאזיל לשיטתו בחיבורו שאינו אלא מד"ס ואין נלע"ד לפרש לפי דאתי מדרשא קרי ליה ד"ס כדאיתא ריש הל' אישות גבי קידושי כסף דהמעייין יראה להדיא דס"ל דהאי ד"ס גמור הוא כשניות וטעמא קא יהיב דמשמת אחיו בלא וולד נסתלק איסור ערוה כו' (ועיין במשנה למלך פ"א מהל' אישות בהגה שם כתב המגיה עיין בהל' יבום שה"ה כתב שהרמב"ן השיגו בזה עכ"ל ובאמת אמרו דהמ"ל שם קאי על הכונס יבמתו, ובזה לא השיגו דהא באמת גרסת הראשונים חד אמר בעשה, רק לענין חליצה בזה ס"ל להרמב"ן שהוא בלאו דלא כהרמב"ם בזה):.

והנה הטור והמחבר בסימן קס"ב כתבו גבי החולץ דהיא וצרותיה עליו ועל האחין בעשה וכבר תמה הב"י כי לא מצינו שום עשה בזה וכן תמה בלח"מ וכתב שט"ס הוא בטור ולענ"ד י"ל לפי מה דאיתא בחדושי הרמב"ן יבמות דף י"א בהג"ה שם בשם ר"י ראשון שכתב חד אמר בעשה פירשו ר"ג ור"ב ז"ל דעשה כיון שלא בנה שוב לא יבנה ולא הבא מכלל עשה עשה ואינו נ"ל דהאי אחליצה קאי ולא גמור הוא כו' ולפ"ז י"ל דהט"ו ס"ל כרבינו גרשון ורבינו ברוך ומפרשי דהעשה הוא שיבנה הבית שיש לו לבנות קודם שיעשה מעשה לסתור הבנין דהיינו החליצה אבל לא אח"כ שעשה מעשה לחלוץ ולא בנה ולאו הבא מכלל עשה עשה הוא וכעין זה פירש הרמב"ן לפי שיטת רש"י דפירש דהעשה כשכבר הוא בית א' בונה כו' אף ע"ג דכתיב לא יבנה קודם שיעשה מעשה בלשון לאו דרשינן ככה יעשה לאיש שלא יבנה אותו בית אחד שהיה לו לבנות ומשמע ולא שנים עשה מיקרי דלית בה לאו ע"ש.

אך מצאתי ברבינו ירוחם נתיב ד"ה ח"א שכתב החולץ ליבמתו החליצה והצרה שלה אסורה עליו ועל האחים בעשה פירוש בעשה דבית א' הוא בונה ולא ב' בתים ושוב כתב החולץ ליבמתו וחזר וקדשה צריכה חליצה מן האחים דמה"ת זקוקה היא לאחין שלא היתה אסורה על אותו שחלץ לה אלא באיסור עשה כמ"ש למעלה כו' עכ"ל הרי דנקט איסור עשה מהא דבית א' הוא בונה וזה תימא לכאורה דמה ענין בית א' הוא בונה דשייך ביבום לאסור עליו בעשה כשחלץ לה ולכאורה י"ל לפי מ"ש הרמב"ם בפירוש המשנה דיבמות דף מ"א החולץ ליבמתו הוא אסור בקרובותיה העיקר בזה כשחלץ אדם לאשת אחיו הרי כאילו היתה אשתו וגרשה וכל החיובים שהם בקרובות אשה כשגרשה הם בקרובות חליצתו כו' וא"כ י"ל דאף כשחלץ נמי שייך לומר בית א' הוא בונה דהא הוי כאלו נשאה וגרשה אבל באמת דנראה שהרמב"ם כ"כ על המשנה שהם דברי ר"ע

ואמרינן התם דר"ע סבר דאמר קרא בית חלוץ הנעל הכתוב קראו ביתו: (ונפלאתי על הנמוקי יוסף שם דמייתי תירוץ קמא תני קרובת גרושתו דהא משמע דתירוצא בתרא עיקר כדקאמר רחב"א משמיה דר"י ה"ט דר"ע ע"ש ובחידושי הרי"ף ומפרשיו כתבתי ליישב קצת) אבל באמת לא קי"ל הכי דהא קי"ל אחות חליצה מדברי סופרים והרמב"ם בחבורו פ"א כתב ג"כ דהקרובות אסורות על החולץ כו'.

כללו של דבר הרי היא כאשתו שגרשה כו' ומסיים בה וכל האיסורין האילו מדבריהם אך בירושלמי איכא פלוגתא אם חליצה פטור או חליצה קנין ובחידושי הרשב"א דף ק"ט הביא דברי הירושלמי ואף דשם איתא לר' יוחנן חליצה הוא פטור והכא אליבא דר"י קיימינן מ"מ הא התם נמי קאמר שחייבין עליו משום אשתו של מת וז"א לפום סוגיא דש"ס דידן ובפ"ק דיבמות מבואר בירושלמי שיש בזה חלוקי דעות אליבא דר"י ע"ש ובפ"ג ונראה שסובר אע"ג דמקרי קנין והוא בכלל שאינו בונה ב' בתים מ"מ לא אסרינן בשביל זה קרובתה דלא אסרה תורה אלא אחות אשתו ממש וא"כ שפיר הוי עשה גם בחליצה משום דאינו בונה ב' בתים ויותר נראה דר"ל כיון דדרשינן בית א' הוא בונה הכי דרשינן בית אחד הוא בונה קודם שיעשה מעשה והראה שאינו חפץ לבנות אבל אם לא בנה אז שוב לא יבנה והוי לאו הבא מכלל עשה וכמש"ל ולדבריהם א"ש מה דקשה לרשב"א סוף פרק ר"ג דלר"י גופיה ל"ל דתני לאוין כו' ולפי דבריהם א"ש דכולה בחייבי עשה קמיירי והא דנקט בש"ס לאוין משום דחייבי עשה נמי לפעמים חייבי לאוין קרי להו ומכ"ש למאן דס"ל כר' ישבב דמדמי לר"ע חייבי עשה לחייבי לאוין לענין תפיסת קדושין ואמנם כדי ליישב דעת הרמב"ם שפסק שאין כאן איסור דאורייתא כלל בחליצה צ"ל דס"ל כיון דפסקינן כר"י אע"ג דרש"י ס"ל כר"ל כתב הרי"ף דכיון דפליגי בה רב אחא ורבינא חד אמר בעשה וחד אמר בכרת וקי"ל בפלוגתא דרב אשי ורבינא הלכה כדברי המיקל והשתא ס"ל להרמב"ם דאי ס"ד דהך דרשא דאשר לא בנה שוב לא יבנה דרשה גמורה היא א"כ מ"ט דהך מ"ד דסבר בעשה דהא לאו נמי איכא דכיון שלא בנה כו' וכמ"ש התוס' לגרסת ר"ח ור"ת דגם בביאה שייך לומר לגבי צרתה כיון שלא בנאה כו' אלא ע"כ דלא ס"ל הך דרש' כלל וכיון דאנן קי"ל בפלוגתא זו דר"א ורבינא הלכה כדברי המיקל ואמרינן דמ"ד בעשה ס"ל כר"י אלמא דליכא אלא עשה והעשה הוא להרמב"ם יבמה יבא עליה ולא על חברתה ועשה זו ליתא כ"א בכונס את יבמתו אבל אם חלץ לה דלא שייכא עשה זו לא הוי לדידהו כ"א איסור דרבנן בעלמא ומסתייעא נמי הדין סברא מהאי דאיתא ביבמות דף מ"א רב ור"ח דאמרי מתה אשתו מותר ביבמתו כו' אמר רבא מ"ט משום דהוי יבמה שהותרה ונאסרה כו' אמאי לא אמרת ליה ר"א הוא כו' אבל היכא דחזיא בשעת נפילה מי אמר הדר אמר אין והתניא ר"א אומר כו' ע"ש וקי"ל כרב ולכאורה קשה דנימא כיון שלא בנה שוב לא יבנה ומה בכך שהותרה בשעת נפילה כיון דס"ס השתא מיהת לא בנה ובתור' סתמא כתיב אשר לא יבנה ונימא דכיון שלא בנה שוב לא יבנה ואטו אשר לא יבנה בשעת נפילה כתיב דהא על שעת נפיל' בלא"ה אמרינן כל יבמה שאין אני קורא בה יבמה יבא עליה הרי היא כאשת אח שיש לה בנים ואסורה וא"ל דהוא מה"ט דאשר לא יבנה כיון שלא בנה כו' ז"א דמהיכא ליכא למשמע לאו לבדו והתם אמרינן דהיא כאשת אח וא"ל כיון דאמרינן כיון שלא בנה ממילא אהדרי' לאסורא קמא דז"א כדמוכח בפ"ק דף י"א

דאי דרשינן כיון שלא בנה אין כאן רק לאו ולא אמרינן אהדרי' לאסורא ונראה דבאמת היינו טעמא דר"א דס"ל דמתה אשתו יבמתו חולצת ולא מתייבמת משום דדריש כיון שלא בנה וכן הוא בספרי הובא בילקוט ככה יעשה לאיש אשר לא יבנה ר"א אומר אשר לא בנה ולא עתיד לבנותו רבי יהושע אומר ככה יעשה בדבר שמעשה מעכב א"ל ר"ע משם ראייה כו' ונראה דר"א דריש ככה דקרא אכולה קרא קאי ועכובא והיינו דאם לא בנה שוב לא יבנה וגם אם לא עשה כסדר מעכב ור"י נמי ס"ל כוותיה בהא דככה עכובא בדבר של מעשה ואהא פליג ר"ע דלא בעינן רק מעשה באיש אבל ריקקה לא מעכב' וקאי אמ"ש בספרי לעיל מיניה פלוגתא דר"א ור"ע בלא ריקקה ע"ש וכן איתא בש"ס דר"א דרש דבר שהוא מעשה כו' ואנן לא קי"ל כר"א בהא דדריש ככה על אשר לא יבנה למימרא דאשר לא בנה ולא עתיד לבנות אלא ככה לא קאי רק לעכוב' במעשה חליצ' לבד ולכך אם מתה אשתו מותר ביבמתו דלא איכפת לן במה שהיתה אסור' עליו בעוד אשתו קיימת כיון דבשעת נפילה הוי קרינן בה יבמה יבא עליה ובזה א"ש סוגית הש"ס דמייתי הך דרשה דכיון שלא בנה די"ל דקאי למ"ד שם דפליג על רב וס"ל דרבנן לא פליגי אר"א בהא ומודו ליה במתה אשתו שאסור ביבמתו אבל אנן קי"ל כרב כמבואר בפוסקים וממילא דלא דרשינן הך דרשא דכיון שלא בנה כלל אלא שצ"ע דהא בדף יו"ד אמרינן.

איתביה ר"י לר"ל החולץ ליבמתו כו'. בשלמא לדידי דאמינא חייבי לאוין נינהו כו' וכן בדף נ"ג קאמר בשלמא לר"י דאמר כולה ביתא בלאו קאי כו'.

הרי מבואר דאליבא דר"מ קאמר הש"ס הך לאו דלא יבנה וא"כ א"א לומר דאתי כמ"ד מתה אשתו אסור ביבמתו שהרי ר"י ס"ל מותר ומה"ט פסק הרי"ף כרב דר"י קאי כוותי' כדקאמר התם דף כ"ז מתה שניה מותר בראשונה כו' משום דה"ל יבמה שהותרה כו' ע"ש: אך לענ"ד אין ראיית הרי"ף מוכרחת כ"כ דר"י יסבור כרב דמצינן למימר דהתם בזיק' דרבנן מיירי אלא שגיזור משום קידושין דאורייתא והלכך במתה ראשונה דבשעת נפילה היתה מותרת אף ע"פ שנאסרה אח"כ מחמת זיקה כיון דאף בקידושין דאורייתא אין שם רק לאו דכיון שלא בנה לא גזרינן משא"כ במתה שניה דבקידושין דאורייתא כה"ג הוי כא"א שלא במקום מצוה כיון שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עלי' הלכך גבי זיקה כה"ג גזרינן אטו קידושין אבל מ"מ בקידושין גמורים לא אמרינן יבמה שהותרה כלל אלא אמרינן כיון שלא בנה דאל"כ ה"ל לחשוב נמי ר"י בהדי רב בהא דמתה אשתו כו' אלא ודאי דהך דר"י גבי מתה ראשונה לא מכרעא דאיכא למימר דוקא בזיקה אמרינן הכי דיבמה שהותרה ונאסרה בזיקה חזרה להיתרה וכן מצאתי בבה"ג דף ס"א שכתב וכן אמר ר"י אם מתה שניה מותר בראשונה דבעידנא דנפיל קמיה אחות זקוקתו ובזיקה בעלמא היא דקאסרה לה אחותה עליו כו' ע"ש אע"ג דבלא"ה איהו פוסק כרב מ"מ כתב הכי בדר"י משום דלא מכרעא מלתא בדר"י כמ"ש: אך ראיתי בחידושי הרשב"א דף מ"א שכתב אהא דמתה אשתו מותר ביבמתו טעמא דמלתא כיון דמשעת נפילה הותרה לו שוב אי אפשר לאסור בה משום אשת אח וכדקי"ל החולץ ליבמתו לא הוא ולא האחים חייבים כו' ומה"ט דקאמר ר"י דמי איכא מידי דמעיקרה הותרה לו והשתא קאי באיסור א"א כו'.

וא"ת מ"מ קאי עלה בלא יבנה לא היא דאמרינן הכי אלא כשנעשה באותו בית מעשה שדוחה אותה בחליצה או שיבם אחת מהם כו' הא כשנדחת ממילא בקדושי אחותה לא וכדקאמר ר"י בירושלמי על הא מתניתין אמר ר"י זו דברי ר"א כו' ובגמרא נמי משמע דר"י גופא ס"ל כרב בהאי מדאפליגו רב ור"י בשני יבמות שנפלו לפני יבם א' כו' ע"ש שהאריך והנה מ"ש לחלק בין נדחת ע"י שיבם לאחת מהם ובין נדחת ע"י קידושי אחותה לא ס"ל להרמב"ם דכיון שנאמר דמחמת שיבם לאחת מהם ואדחי' היא קרינן ביה כיון שלא בנה מה"ת לא נאמר כן כשנדחת ע"י קדושי אחותה דהא סתמא אמרינן כיון שלא בנה יהיה מאיזה טעם שיהיה אלא ודאי לא דרשינן ליה כלל להך מ"ד וכמ"ש.

וממ"ש דר"י גופיה ס"ל כרב כבר כתבתי דמש"ס דידן אין הכרע וגם מהירושלמי איכא לאדחויא דאף ע"ג דאהיה מתניתין אמרינן שם הכי אבל בירושלמי ר"פ ד' אחים מייתי ג"כ הא מלתא והתם משמע לפום חד נוסחא דר"י לא ס"ל הכי למאי דקאמר שם בשם ר"י טעם אחיות איני יודע מה הם ע"ש בקרבן העדה (ופירש פני משה לע"א אין בידי) וקצת יש להביא ראיה מהירושלמי להרמב"ם דאפי' איסור לאו אין בו דבפ"ק דיבמות קאמר אתפלגין ר"י ור"ל ר"י אמר הוא אינו חייב על החליצה כו' ומשמע שם דמאן דפטר אף מלאו פטר וגם מדברי הירושלמי פרק ר"ג יש סיוע לדברי הרמב"ם ממה דאיתא התם הבא על חליצתו פסלה כו' ע"ש ובקרבן העדה, ומ"ש התוספות דף יו"ד בש"ס שם דבקדושין הכל מודים כו' דרך בנין בית אסרה תורה משמע דאם בעל לוקה באמת ז"א שלא נמצא כן בש"ס וצריך להג' כמו שהגיה אא"ז מהר"מ ז"ל: והנה כבר כתבתי שהרמב"ן מונה זה בין לאוין הך לאו דלא יבנה וכן ראיתי בספר יראים אך הסמ"ג וסמ"ק לא חשבוהו ובספר החינוך פרשת כי תצא כתב בפירוש כדברי הרמב"ם שאין בזה איסור אלא מד"ס כשניות ולפ"ז יש לצדד להתיר בנ"ד כיון שדעת רש"י דדוקא בגרושה לכהן או נשאת היא דאסור וכ"כ הסמ"ג כפירוש רש"י דכל אלה מדבר בכהן ואין לנו ראי' בישראל שיאסר לדור עמה בחצר א' לפרש"י עכ"ל וכן נראה דעת הטור והר"ת והרא"ש וכמ"ש הב"י שהם סוברים דמותרת לדור עמו במבוי כל שלא נישאת ולפ"ז גם בחצר יש להתיר כשנזהרים שיהי' אחרים עמהם כמ"ש הר"ן (וע"ש דמייתי מהירושלמי ויש מפקפקין על ראייתו ולא רציתי להאריך בדבר שהאריכו כל האחרונים ולא מסקי אלא כדמסיק כו') וכ"כ הר"ן בשם הרמ"ך שתמה על הרמב"ם דבלא נשאת מה איכפת לן אם תדור בשכונתו הא לא יעשה איסורא בביאתו וה"ה כ' שהרמב"ם גורס כן בש"ס לא תדור בחצירו מנוסחות רבותינו הראשונים לא משמע כן כדאיתא בבה"ג והרי"ף וראב"ן ג"כ הנוסחא שלפנינו לא תנשא בשכונתו משמע מזה כדברי רש"י דדוקא לא תנשא אבל בעודה פנויה שרי' אף ע"ג דאיכא אסור' דרבנן וכן מבואר בכתובות וכתב שהוא פשוט להתיר דלא כמו שטעה בדבר: ואמנם הרמב"ם כתב וכן מי שגירש את אשתו מן הנשואין לא תדור עמו בחצר שמא יבאו לידי זנות והמשנה למלך שם כתב דע"כ לדידן ליכא חילוק בין נזהרים שיהי' אחרים עמהם כו' דהא גרסתו לא תדור בחצירו ואם נזהרים שרי' א"כ כי פשיט לאיבעיא דאיבעי להתירא פשיט לה וכאן מנ"ל ע"ש כו' ובאמת הוא ז"ל נמשך אחר דברי ה"ה דס"ל שהרמב"ם גרס הכי בש"ס אבל לענ"ד דהרמב"ם לא כתב הך דינא ע"פ ש"ס שלנו כ"א ע"פ מסכת דאבל רבתי דאיתא שם המגרש את אשתו לא ישרה עמה לא במבוי ולא בחצר אם היה מבוי

של שניהם הופך פתחו לצד אחר אם היה חצר של שניהם מפנה כו' וכן בלשון הירושלמי דגיטין שהביא הרשב"א המגרש את אשתו לא תדור עמו לא באותו חצר ולא באותו מבוי ונראה דלצדדין קתני באשת ישראל לא תדור עמו בחצר ובאשת כהן לא תדור במבוי ומ"מ צ"ע על הרמב"ם שהשמיט דין המבואר בש"ס שלא תנשא בשכונתו ונראה שזה כוונת ה"ה שכתב ולפי גרסתינו יש להוסיף על דברי רבינו שלא תנשא בשכונתו והמ"ל כתב שאינו מבין דבריו ולענ"ד כוונתו דאם גם הרמב"ם גרס כפי גרסתינו רק הך דינא שלא תדור בחצירו למד ממקום אחר א"כ צריך להוסיף בדבריו הך דינא שלא תנשא בשכונתו ולענ"ד שזה כוונת הספרי שהביא הילקוט והרב המגיד פ"א מהל' גירושין ויצאה מביתו מלמד שהאשה יוצא' מלפני האיש והלכה והיתה לאיש אחר שלא תנשא עמו בשכונה עכ"ל והכוונה דויצאה מביתו דמיירי בעודה פנויה אז אינו יוצאת רק מביתו שלא תדור עמו בחצר ואח"כ נאמר והלכה ר"ל שצריכה להתרחק ממנו קצת, אימת והיתה לאיש אחר היינו כשרוצה להנשא צריכה להתרחק יותר שלא תדור עמו בשכונה ובודאי דאסמכתא בעלמא הוא רק דליכא מידי דלא רמיזא באורייתא ומדברי המגיה במ"ל פ' כ"א מהל' א"ב משמע דבנשאת הוי דאורייתא ואין נראה לענ"ד.

ולפי מ"ש אין הכרח כלל דליתסר אף בנזהרים שיהיו אחרים עמהם אלא מלתא כפשטא דהיינו כסתם דירה דעלמא: והנה המראנ"ח בתשובה והפר"ח ריש הלכ' גיטין ומחו' הגאון החסיד ז"ל בספר כתובה כתבו בטעם הרמב"ם דאזיל לשיטתו דס"ל דבביאת זנות עובר משום לא יהיה קדש ואיכא איסורא דאורייתא אף באשת ישראל שלא נשאת.

והשתא י"ל כיון דהך מילתא שלא תדור בחצירו אינו רק חששא דרבנן שמא יבואו לידי הרגל דבר א"כ יש לסמוך על דעת הרמב"ם והסמ"ג וסמ"ק וספר החינוך דחליצה אף אם בא עליה ליכא איסורא רק מד"ס והירושלמי מסייע להו וא"כ יש להקל בזה כמו באשת ישראל שנתגרשה ואף דהרמב"ם מחמיר גם באשת ישראל שנתגרשה י"ל דמודה בהא דהתם לטעמיה דס"ל דהוי איסור דאורייתא משום קדשה.

משא"כ בזה י"ל דאפי' קדשה לא הוי לפמש"ל בטעם הרמב"ן דס"ל חליצה מד"ס משום דכיון דמשעת נפילה שריא ליה שוב אין לאוסרה עליו מחמת חליצה וכלשון הירושלמי כבר נראה לפטור בה וה"נ דכוותיה ומכש"כ דא"ש לפי מ"ש דהרמב"ם מדמה חליצה למתה אשתו שמותר ביבמתו והרמב"ם שם סובר דכשמתה רצה חולץ רצה מייבם ולא פקע שם יבום מינה במה שהיתה פטורה ע"י קידושי אחותה וא"כ ה"ה נמי דליפקע לגמרי במה שחלץ לה.

אלא שהחליצה מועלת שהיא פטורה ממנו ורשאית להנשא לאחר וכדאיתא בירושלמי שהחליצה פיטור ולפ"ז אם בא עליה יבם אחר שחלץ לה אין כאן איסור משום לא תהיה קדשה כלל רק איסור מד"ס כשניות שגזרו חכמים לפי שנראה כבא על אשת אח שלא במקום מצוה וא"כ אדרבה הך ביאת חליצה קיל טפי מביאת זנות דאשה דעלמא ואף ע"ג דהתוס' סוברים דבאיסור קל כגון גרושה לכהן יש להחמיר טפי מאם נשאת דמזהיר זהיר באיסור א"א מ"מ היינו דווקא באיסורי דאורייתא אבל אם אין כאן רק מדרבנן לבד פשיטא דיש להקל בחששא דעלמא שמא יבא לידי זנות שהיא דרבנן מבשבויה ע"ש ואפי' תימא דהרמב"ם סובר דאף באיסורי דרבנן לא תדור בחצר דאין איסור

דאורייתא בקדשה כ"א במכינה עצמה לכך כמבואר בקצת פוסקים עיין בריב"ש סימן שצ"ח ובמקום אחר הארכתי בזה (ועיין בכ"מ פ' ט"ו מהלכות א"ב תשובת מהרא"י בנו של הרמב"ם דלגבי מלקות דידיה לא בעי הכנה רק לגבי דידיה ע"ש) מ"מ הא כבר כתבתי שדעת רוב הפוסקים לחלוק בזה על הרמב"ם ודוקא באיסורא דאורייתא החמירו וכמש"ל וא"ל כיון שאנו צריכין לסמוך בזה על הרמב"ם דמשוי חליצה לאיסור דרבנן אם כן הרי הרמב"ם גופיה סובר דאף בדרבנן אסור והוי כעושה מקולי ב"ש ומקולי ב"ה דז"א דהיינו דוקא היכא דסתרי אהדדי כדאיתא בעירובין ובחולין ואם אמנם שלא הייתי סומך ע"ז לעשות מעשה בידוע שלבו גם בה כארוסה שביהודה מ"מ פשוט דבנידון שלנו שאין לבו גם בה בדרך קירוב כלל ואנו צריכין לחוש שמא לבו גם בה ונעלם מאתנו ועי"ז יש לחוש שמא באיזה זמן יבואו לידי הרגל דבר.

פשיטא דשפיר חזו לאצטרופי הני טעמי דכתיבנא שלא להחמיר בדבר ובפרט דהוי קצת כשעת הדחק כמבואר בלשון השאלה ועתה אשימה פני לדברי שארי ידיד נפשי הרב החרוף ובקי המופלג בתורה מוהר"ר אהרן פרענקיל נ"י אשר השיב ידו ראשונה ובהתירא קא מהפך והוא אשר העירני ועוררני לחוות דעי בנדון זה אף שהיה קשה מאד בעיני להכניס ראשי בין הרים גדולים ובפרט בענין זה שראש המדברים הוא המאור עינינו הרשב"א ז"ל וידוע מאמר הירושלמי בגיטין רבי כד הוה בעי מקשיי על ד"ר יוסי אמר אנן עלוביי מקשינן על דר"י שכשם שבין קדשי קדשים לחולי חולין כך בין דורינו לדורו של ר"י אמר ר' ישמעאל ב"ר יוסי כשם שבין זהב לעפר כך בין דורינו לדורו של אבא עכ"ל ויותר ממה שכתב כאן בכפל כפליים יש לנו לומר בין דורינו לדור תלמיד תלמידי הרשב"א ז"ל אך אהבתו אלצני ודחקני למלאות רצונו ובפרט שכוונתו לשם שמים וגם כי האיש החלוץ ידעתיו בשם כי הוא ת"ח מופלג וירא ה' מרבים אצתי לרוץ דרך מצותם וכמאמר חז"ל תיתי לי דכי אתי לקמאי צורבא מרבנן לדינא לא מזיגנא כו': והנה קראתי ושנתי בדברי שארי ידידי הנ"ל וראיתי דבריו טובים ונכוחים ואף כי מחלישות כחי ידי רפות חזקתי זרועותי לסלסל ולפלפל בקצת דבריו לכבודו והנה פתח דבריו יאיר פקפק על מ"ש אא"ז מהר"ם מפדווא כפירוש הירושלמי דמיירי בגייסי וע"ז כתב דלא מסתבר כיון דמאמר עכ"פ קונה במקצת הוי כקידושין דרבנן וגייסי ואני אומר שאין זה מן התימא שהרי הרב אומר כן הרשב"א גופיה שכתב בראש דבריו שיש לחלק בין ארוס ליבם ולכאורה מה חילוק יש בזה דהא היבמה זקוקה לו ליבם כמו ארוסה לארוס ומה לי ארוסה משום קידושין דידיה או זקוקה ליבם משום קידושין דאחיו וא"ל דהחילוק הוא דביבמה אין הכרח שיבואו לידי קירוב דהא אפשר שיחלוץ לה משא"כ בארוסה דמעיקרא אדעתא דהכי נתארסה לו עד שתנשא ותבעל לו דא"כ מאי מייתי הרשב"א ראייה מהירושלמי אין הכרח רק לומר דהיכא דלא גייסי אע"פ שעשה בה מאמר לא יפנה ודייקינן מינה הא אי גייסי אהדדי אז אם עשה מאמר יפנה משום דחזינן שאין דעתם לחלוץ ומנ"ל להרשב"א לענין אם לא עשה בה מאמר אלא ודאי דהרשב"א ס"ל כיון דקי"ל מצות יבום קודמת ממילא אף שלא עשה בה מאמר סתמא לאו לחליצה עומדת רק ליבום וכיון דגייסי אהדדי כארוסה שביהודה מה יתן ומה יוסיף המאמר שהרי אינו קונה קנין גמור ואף דין אירוסין אין לו א"כ אינו מוסיף על החזקה כ"א שהמאמר מורה לנו דגייסי אהדדי לשם קירוב אישות והרי בלא"ה הא חזינן להו דגייסי אהדדי

ואין אנו צריכין למופת המאמר בזה ולכך שפיר למד הרשב"א משם כיון דבעש' מאמר אסור משום דגייסי ה"נ בלא עשה מאמר ולפי"ז מ"ש הרשב"א בראש דבריו שיש לחלק בין ארוס ליבם לאו משום דביבם אפשר בחליצה דמשום הא לא אריא כיון דמצות יבום קודמת רק החילוק דאירוסין כיון דגייסי הו"ל כנשואה משא"כ ביבמה אפשר לא מהני גייסי דבזיו מינה וכמש"ל ואע"ג דהיא זקוקה לו מ"מ הוי כמשודכת לו דאף דגייסי אהדדי טובא מ"מ לא חיישינן כמ"ש בתשובה המיוחסת להרמב"ן במשודך שנכנס להתייחד עם משודכת לאכול עמה ונתייחד עמה לילה ויום אפ"ה כל זמן שלא ראינו שבעל לא חיישינן ליה והובא בב"י סימן קמ"ט ובדברי הרמ"א בהג"ה ועיין בב"ש שם דמהרמב"ן נראה דאפילו בעל כו' והדין עמו ומ"מ מבואר ג"כ ברמב"ן דכל שלא ראינו שבעל אין חוששין וה"נ כיון דבזיו מינה אין דינה כארוסה גמורה אלא כמשודכת דלא חיישינן שבעל והרשב"א לא הסכים לחילוק זה כך הוא ביאור דברי הרשב"א וממילא דא"ש דברי אא"ז מהר"מ מפדווא ע"פ דברי הרשב"א עצמם שהי' מחזיק במעוז החילוק בין ארוס ליבם לא חיישינן דבעל משום דגייסי וממילא דאף בעשה מאמר הדין כן שאין הפרש בין עשה מאמר או לשאין המאמר קונה ואע"פ שמורה לנו שנתקרב יחד בלא"ה ידעינן בהו דגייסי טפי ואין זה ענין לנתקדש קידושין דרבנן וגייסי כלל אמנם דברי הרשב"א הם תמוהים בעיני לפי מה שנרא' מדבריו דמיירי בגייסי טובי עד דמדמה לה לארוסה שביהודה והרי בארוסה שביהודה אמרינן לענין הבחנה חוץ מארוסה שביהודה דחיישינן שמא בעל וכן לענין טענות בתולים וכל מילי חשבינן לארוסה שביהודה כבעולה א"כ הו"ל להשיב להשואל עד שאתה שואלני על הדירה יחד תשאל אם סגי לה בחליצה דשמא בעל וצריכה גט והנה לפי מ"ש הב"ש סימן קס"ו שאף ביבמה אין הקנין נגמר בביאה אם לא היה יחוד לפני עדים דאז אין כאן קידושין דאורייתא רק מדרבנן ולא חיישינן בזה שמא יאמרו כו' א"כ י"ל דגם לענין הך חששא דלא תסגי בחליצה לא חיישינן כיון דאפילו אם בעל בלא עדים אין כאן קידושין דאורייתא אך דז"א דהא הבחנה נמי דרבנן כמבואר בסימן י"ג ואפ"ה חששו לארוסה שביהודה ואפשר דבהבחנה החמירו טפי כדמשמע שמאמנם מה שהוציא הב"ש כן מדברי הש"ג בשם ריא"ז.

וכן במ"ל הלכות יבום כתב להסתפק אם צריך עדי' והביא דברי הש"ג. ולכאורה יש לפרש דברי הש"ג דאדרבא מדאורייתא קנין גמור הוא אפילו בלא עדים רק מדרבנן צריך עדים ומ"ש שכשם שקידושין וגירושין צריך עדים כו' היינו מדרבנן וראיתי ביש"ש פרק ב' סימן ק"ה כתב בשניהם מודים שבעל פשיטא שפוטרה בגט אפילו ליכא עדים שנתייחדה ודלא כריא"ז ולענ"ד צ"ע דנהי דנימא שנאמנת בזה הואיל ובידם שיתיחדו לפני עדים ואח"כ יגרשנה מ"מ איך היא נעשית א"א על פיהם להרוג את הבא עליה ואפשר לומר דכיון שכבר הוחזקה ע"פ שוב סוקלין אח"כ וכמ"ש הרמב"ם והארכתי בזה במקום אחר אך דמ"מ קשה דהא בכל קידושין בעינן עדים משום דמחייב לאחרני דילפינן דבר דבר מממון ואף שויה אנפשיה ח"ד אין כאן כמו בקידושין דעלמא כשהם מודים שנתקדשו בינם לבין עצמם כמבואר בסימן מ"ב ואדרבא צ"ע מאין הרגלים לעשות אף בקידושין דרבנן בזה דהא בכל קידושין בלא עדים אינו כלום וראיתי בשער המלך שהביא מדברי התוספות והריטב"א בקידושין דף י"ב דמבואר מדבריהם

דגם ביבמה בעינן עדים וכ"כ בספר בית מאיר וכתב שהדברים ברורים בטעמם דאין דבר שבערוה פחות משנים דהיינו חיובא לאחריני להעניש על ביאתה מיתה כו' ע"ש.

ובדעת היש"ש נלענ"ד דסובר דדוקא בקידושין דמקשינן הוי' ליציאה ובגירושין כתיב ערות דבר וילפינן דבר דבר מממון דהיינו מאותו צד ממון שיש בו חיובא לאחריני כמ"ש הרשב"א בקידושין אבל ביאה דיבמה שאינה מתורת קידושין דעלמא דלא בעינן דעתו ודעתה כלל ואין כסף ושטר גומרין בה לא מקשינן לגט כלל ועיין בר"פ הבע"י יבמה בהעראה יליף ביאה ביאה מח"ל ואשה לבעלה יליף קיחה קיחה ובתוספות שם הקשו דנילף מיבמה ותירצו דאינו מופנה לגז"ש ע"ש וממילא דהודאה לגביה נפשייהו מהני כמו בכל התורה דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי דדוקא בקידושין מקשינן הכי לענין חלות הקידושין כמ"ש הרשב"א אבל ביבמה שפיר מהני אף בינו לבין עצמו.

וכן משמע לכאן מהא דאמרי' ביבמות דף ק"ה חלצה בינו לבינה כו' מנא ידעינן ומשני ועדים רואין מבחוץ משמע דמטעם שאין נאמנים אתינן עלה הא אלו היו נאמנים שפיר מהני והרי חליצה נמי דבר שבערוה הוא כמבואר במרדכי דיבמות פרק מ"ח ולפי זה מ"ש הב"ש ראייה ליבום מחליצה דבעי עדים צ"ע דגבי חליצה גופיה לא בעינן עדים רק לענין נאמנות.

אך צ"ע דמאי פריך מנא ידעינן דלמא טעמא הואיל ובידום לחלוץ וכדאמרינן התם בב"ב הואיל ובידום לגרשה וא"ל דקשיא ליה למאי מסיק התם זיל חייש לה דז"א דהתם טעמא אם איתא דגרשה קלא אית למלתא משא"כ כאן דנאמר דסגי בחליצה בינו לבינה. וראיתי בחידושי הרשב"א שכתב וז"ל מנא ידעינן כלומר אע"פ ששניהם מודים חוששין לה כו' וכדאמרינן בי"נ בעל שאמר גרשתי כו' עכ"ל וצ"ע דהתם מיירי באומר גרשה בפני עדים ודוחק לומר דהרשב"א ס"ל דצריך עדים והא דאמר בינו לבינה היינו שאין עדים לפנינו וכיון שהם אומרים שהיו שם עדות יש לחוש לה אך לישנא לא משמע הכי וגם מהא דמיבעי ליה דלמא מעשה שחלצן בבית האסורים כו' ע"ש.

ואפשר לומר דאף דלא בעינן עדים מ"מ רגילות היא שיהיה שם עדים וכדאמרינן שם דף ק"א תאסק לזירזא דקני לאצטרופי בי' חמשה כי היכא דליפרסם מלתא וכן נראה נמי גבי גט דאמרינן קלא אית למלתא אף ע"פ שצריך להיות עדים מ"מ הא קי"ל כתב בכתב ידו כשר בדיעבד אלא נראה כיון דמ"מ רגילות הוא שיגרש בפני עדים חיישינן למלתא וגם י"ל גבי חליצה שאין זה מיגו שיחלוץ עתה כמ"ש התוס' דף ק"י ד"ה לאחר ל' כו' שהוא מתבייש בב"ד לחלוץ לה שתריק בפניו ע"ש משא"כ כששניהם אומרים שנבעלה יש בידם לייחד ולגרש וא"ל א"כ גם גבי חליצה יהיה נאמנים במיגו זו ז"א דאין זה מיגו שאינו רוצה דליפוק עליה קלא דנתיב נשי והדר מגרש להו ולכך ניחא ליה טפי לומר שחלצה ממנו וכה"ג איתא בש"ס דנדרים דף א' אילו היית יודע שיאמר עליך כך ווסתו של פלוני לגרש נשיו כו' ע"ש וצ"ע.

ובנמוקי יוסף אהך דמנא ידעינן כתב משום דבר שבערוה וגם אייתי מב"ב וארכבי אתרי רוכשי ובחידושי על הרי"ף ביארתי בזה: ונחזור לענין דאם נימא דביאת יבמה א"צ עדים ה"ל להרשב"א למיחש שמא כבר בא עליה ואפי' אם נאמר שצריך עדים עכ"פ הוי קידושין דרבנן להב"ש ולכן נראה דאף דהרשב"א סובר והביא מהירושלמי דמיירי

בארוסה שביהודה מ"מ עובדא דידיה לא מיירי בהכי דהוה גייסי כולי האי עד שהיו מתייחדין והרשב"א לא נקיט מהירושל' ראי' ברורה רק לסמך בעלמא.

וכאשר האריך בזה מהראנ"ח בהא דקשיא ליה דמאי מייתי מאמר ע"ש ומ"ש ידידי הנ"ל דבאבל רבתי ליתא הך דעכ"פ שעשה בה מאמר מהראנ"ח כתב דהברייתא דהירושלמי סובר דמצות חליצה קודמת הילכך אין רבותא בלא מאמר ובאבל רבתי סבר דמצות יבום קדם והוא נכון. ומ"ש דבאבל רבתי גרס ב"ש אומרים.

ראיתי במסכת קטנות שהוגהו ע"י הגאון החסיד מהר"א מווילנא זצ"ל דלא גרס ב"ש אומרים ראיתי ולכאורה יש סיוע לזה דהא ס"ל לא יגרש אדם את אשתו אלא מצא בה ערות דבר וא"כ איך אמרו שלא ידור עמה בחצר דהא בכה"ג מזוהמת היא בעיניו ומותרת לשמשו כשפחה כמ"ש התוספות והוא מהירושלמי גבי המגרש אשתו ולנה בפונדקי דקאמר ב"ש כדעתהון דאמר לא יגרש אשתו כו' מזוהמת מלפניו היא ואינו חשיד עליה כו' ותיכף אח"כ מייתי שם בירושלמי הך מילתא דהמגרש אשתו לא תדור כו' שוב ראיתי שהשבות יעקב הביאו בהגהות מ"ל פרק כ"א מהל' א"ב הרגיש בזה וכתב משום לא פלוג ולא ידעתי איך שייך לא פלוג דגזירה מעיקרא ליתא כיון דכל מגרש צריך ערות דבר ומ"ש המגיה שם ונדחק לחלק בין הך דלנה עמו כו' לא נהירא לענ"ד.

ועיין בב"ש סימן ז' ס"ק ט"ז וסימן קי"ז שכן דעת הפוסקים בזה והוא מדברי התוספות וזוכרני שזה ימים רבים שהקשיתי מזה על מ"ש התוס' בגיטין דף י"ח ד"ה הנהו קא כו' וא"ת למ"ד משום בת אחותו בזה"ז למה כותבין זמן כו' א"נ שלא יאמרו זינתה אחר גירושין ויחזירנה כו' ולכאורה מה"ת לחוש לזה דכיון שהוא ידע האמת שזינתה מאוסה בעיניו ואינו חשוד עליה שיחזירנה כו'.

ואין לחלק בזה בין בת אחותו לאשה דעלמא ועיין באשר"י שם שכתב דהני טעמי שייכים בכל הנשים שאינו רוצה שתיאסר עליו וכמדומה שכתבתי במקום א' תירוץ ע"ז וכעת אינו עולה על זכרונו. ומ"ש ידידי הנ"ל על קו' מהר"מ מפדווא דאף אי אינו קונה אינה אלא ארוסה דז"א דהרשב"א לשיטתו שאם ה' קונה הוי כנשואה כמ"ש בחידושינו דף כ"ט ובתשו' סי' שנ"ח דמתורץ קו' התו' גבי ויעשה זה מאמר כו' עכ"ד: ובאמת שהרשב"א בחידושיו בדף מ"א דברי המתחיל עוד אני חוזר למשנתנו האריך בענין הזה אבל בדברי הירושלמי אין לו מקום לפי המבואר בדברי הרשב"א דאי אמרינן שקונה קנין גמור היינו שהיא כנשואה ממש ואי בעי לאפוקי לה בגיטא סגי ליה כמו דנקט ר"א בש"ס לא תימא כו' א"כ מאי האי דסיים הירושלמי שאין המאמר קונה קנין גמור דהא פשיטא כיון דבדין החולץ ליבמתו קא עסיק אם היה קונה קנין גמור חליצה מאי שיאטי' הכא.

ולכן נראה עיקר דודאי לס"ד שתהיה ככנוסה אלא דהוי ס"ד שתהיה כארוסה ולזה אמר שאינו קונה ק"ג דלא תימא שקונה ק"ג: ואני תמה על מה שהוצרך להביא מהרשב"א שהרי מהר"מ מפדווא גופיה מייתי שם דרבא סובר דספק נשואה הוי רק שהתוס' כתבו דלית הלכתא כוותיה ודברי הר"ן בכתובות שכתב דרבא מתרץ אליבא דב"ש דהוי ספק נשואה אבל לב"ה אפילו אירוסין אינו עושה ע"ש וא"כ בפשיטות ה"ל לאקשווי על

מהרמ"פ הנ"ל דלמא אה"נ קאמר שאין המאמר קונה ק"ג דלא תימא שקונ' ק"ג והוי ספק נשואה כדס"ל לרבא אליבא דב"ש קמ"ל הברייתא דלא קי"ל כוותיהו בהא ואי הוי אמרינן הכי א"ש נמי לישנא שאין המאמר כו' אע"ג דנקט במלתיה החולץ כו' מ"מ שפיר הוה ס"ד דמאמר קונה ק"ג והוי ספק נשואה ובעי חליצה מספיקא ומזה נראה דמהר"פ לא ניחא ליה לפרושי דברייתא נקט מלתיה ממה דס"ד אליבא דב"ש דהא תפסינן לה להלכתא וסתמא כב"ה אתיא ולא שייך למנקט לאפוקי ממה דס"ד אליבא דב"ש ומכש"כ לפי מש"ל דלא מצי אתיא כב"ש וא"כ ע"כ דאתי לאשמועין דלא תימא דהוי ק"ג ודינה כארוסה לזה קאמר לא יפנה שאין המאמר קונה ושפיר קאדאם נזהרים שיהיו אחרים עמהם שרי בשעת הדחק וכעת אין קשיא ליה למהרמ"פ דאי לא גייסי מה בכך שהיא ארוסה כו' ומ"מ נראה דמהר"פ שרוצה לפרש בגייסי לאו כגוונא דארוסה שביהוד' ממש אלא בגייסי דש"ס שהוא דומה קצת לארוסה שביהודה וכמש"ל בדברי הרשב"א ואין להאריך: שוב ראיתי בדברי אה"ז מהר"מ מלובלין ז"ל שכתב ג"כ על דברי הירושלמי שהביא הרשב"א דאפשר דלא מתניא ברייתא זו אלא למ"ד מצות יבום קודם אבל היכא דלא היה בדעת החולץ מעולם לכנוס כו' ועוד דמנ"ל למידק כו' ע"ש ועוד נ"ל לתמוה על הרשב"א שכתב וכיון דמייתי עליו החולץ כו' וקאמר ארוסה שביהוד' כו' מבואר מדבריו דמפרש מאי דקאמר בזמן שנשאו הא לא נשאו לא ר"ל אם נתגרשה מן הנשואין אז אסורה לדור אבל נתגרשה מן האירוסין לא ופירוש זה מוכרח לכאורה דקאמר והארוסה שביהודה כנשואה היא והיינו לומר כיון דהוי כנתגרשה מן הנשואין: אך לפ"ז תמוה מאי דקאמר ובכהנת אע"פ שלא נשאת דכיון דבנתגרשה מן האירוסין מיירי וטעמא משום דאין לבו גס בה מה לי כהנת דהיינו אשת כהן מה לי אשת ישראל כיון דמטעם שאין לבו גס בה אתינן עלה וא"ל דכיון דאיכא איסור לאו החמירו אף בנתגרש' מן האירוסין דשמא אעפ"כ יבא עליה ז"א דהא במגרש אשתו ולנה בפונדקו ג"כ לא חיישינן במן האירוסין אע"פ שיש שם איסור חמור וגם דלפ"ז בחולץ אמאי לא יפנה לפי מ"ש הרשב"א דהוי כארוסה ומה בכך הא מ"מ איכא איסור לאו אלא ע"כ כיון שאין לבו גס בה אין לחלק ומזה היה נראה כמבואר מדברי הר"ן דמפרש בד"א בזמן שנשאו ר"ל שעכשיו נשאת לבעל ויש בזה איסור חמור דא"א הא לא נשאו לא ר"ל שעדיין פנוי' היא שריא לדור בחצר ואהא שפיר קאמר דבכהנת אף ע"פ שלא נשאו דהא מ"מ יש איסור לאו דגרושה לכהן וכדברי הר"ן מוכח באבל רבתי דביתר הא דבזמן שנשאו כו' קתני בד"א מן הנשואין הא מן האירוסין לא אלמא דמעיקרא מיירי לענין נשואין של עכשיו אלא דלפ"ז תמוה מה שסיים הירושלמי דארוסה שביהודה כנשואה היא דהא הך נשאו לאו נשואין ממש קאמרינן דה"ה אם נתארסה אסור' לדור כיון שנאסרה משום א"א ומה לי ארוסה שביהודה או ארוסה שבמקום אחר ובאמת הר"ן לא הזכיר סיום דברי הירושלמי בזה דארוסה שביהודה כו' ואפשר שלא היה בגרסתו אבל הגרסא שלפנינו תמוה דאיתא ובכהנת אע"פ שלא נשאו והארוסה שביהודה כו' ודברים אלו אין להם קישור כלל ואם באנו ליישבם ע"ד שיטת הרשב"א צ"ל בדוחק דבכהנת משום מעלת יוחסין החמירו לאסור אף בנתגרשה מן האירוסין ולא משמע הכי ויותר נראה שחסר בבא זו השניה באבל רבתי וצ"ל כמ"ש שם ובכהנת אע"פ שלא נשאו בד"א מן הנשואין הא מן האירוסין לא וארוסה שביהודה כו' והשתא א"ש הכל ובתשובות

הרשב"א העתיק כמו שהוא בירושלמי שלפנינו וצ"ע: ומ"ש ידידי הנ"ל שיש כאן צד היתר מחמת שאשתו משמרתו והאריך בדברי פח"ח וכבר שאריך בזה בשו"ת מהרא"ש בן חיים והביא שם מהא דארמלתא לא תשרי בר בי רב באושפיז' שכתב הרמב"ם דמותר באשתו עמו והאריך בזה והראה פנים לכאן ולכאן ואינו בדין שיניף המקצר ומ"מ סוף דבריו שם כתב וז"ל מעתה בהתאסף יחד כל הטעמים הנזכרים דאעיקרא דדינא אין האיסור ברור ואם ת"ל שהוא אסור אפשר שהאזהרה להיות אחרי' עמהם מועלת והרשב"א שהוא אבי האיסור בדין החלוץ והחליצה ולא נמצא לפוסק אחר הוא מקיל בענין היחוד כשיש שם נכנס ויוצא (ר"ל שהרשב"א בתשובה בענין ש"מ שגירש כל שיהיו שם נכנסין ויוצאין המצילין מידי יחוד ואפי' שתעמוד בקבע כו' דמייתי שם מהראנ"ח) ואף גם זאת שמתחלה היה דעתם לחלוץ נראה דשרי הנה ערכתי מילין ודקדוקים קלים לקיימו של היתר מדאגה מדבר ודוחק השעה מן החצירות והבתים מצד השריפה אשר שרף ה' ואף שזה ימים על שאלה כזו לא מלאני לבי להקל מפני שלא היה שם שעת הדחק כו' וכיון דמבואר בשאלה שהוא שעת הדחק אם תפרד זו מביתו א"כ דמי לנידון מהראנ"ח ויש להקל כשהם נזהרים שיהיו אחרים עמהם אלא שיש לעיין דהתם כבר חלצה אבל הכא שעדיין לא חלצה אפשר שאין כאן דחק ובאמת לא תחלוץ ואז שרי כמ"ש מהרמ"פ והרמ"א ויש סיוע לדבריהם מהא דיבמה הגדיל' בין האחין שהבאתי לעיל דמשמע דשפיר דמי למעבד הכי וא"ל דההיא דחכמים דאמרי מצות יבום קודמת דיבמה יבא עליה מ"מ ז"א דהא ר"י אמר רב קאמר לה ואינהו ס"ל כאבא שאול כדאיתא דף ל"ט ומ"מ יש לדחוק דבזמן הש"ס שאני דהא מצי למעבד בהיתרא אי בעי מייבם לא שביק היתר כו' ומייחד עדים משא"כ בזה"ז ומ"ש ידידי הנ"ל דאף קודם חליצה אם יבא עליה יעבור על חרגמ"ה להרמ"א שפסק דאף במקום יבום נהגו חרגמ"ה אין נלענ"ד דדווקא כשמייבם אותה ולוקח אותה להיות לו לאשה אבל כאן שהחשש שמא יבא עליה בצנעה ולא ע"ד תשבו כעין תדורו לא שייך חרגמ"ה דאף שביבמה בביאה לחוד קנאה והוי כאשתו היינו דווקא ביחוד בעדים כמ"ש"ל ואף לרש"ל דלא בעי עדים מ"מ עיקר חרגמ"ה על קביעות שתי נשים ולא ע"ד עראי כה"ג.

ומכ"ש מ"ש ידידי הנ"ל דבזה"ז דאיכא חרגמ"ה ליכא למיחש דלמא בעל וז"א דכיון דהחשש הוא שבעל בצנעה בלא עדים אין בזה משום חרגמ"ה אך כבר כתבתי שאין לחוש שמא בעל כלל דא"כ לא תהני ליה החליצה כלל וגם מה"ת לומר שבעל בלא מאמר ומכ"ש בזה שידוע לכל שמעולם לא עלה על לב האיש והאשה לייבם רק לחלוץ והא דגייסי ידוע לנו מאיזה צד בא להם ומה"ת לחוש שיעלה על דעתם דבר זה ומתמיה לרבים ומכ"ש שיעלה על דעתם שתתייבם במקום שיש לו אשה ותהיה לו ג"כ לאשה דהא אפי' אם רצו לא שבקינן להו וכ"כ הב"ח ומ"ש משום לא פלוג כבר כתבתי לעיל דכיון דלאו גזירא היא אלא טעמא משום דגס בה ובכה"ג לא שייך הך טעמא וכן מצאתי בדברי ידידי הנ"ל שכתב בענין זה ודאתאן עלה שתשב עמו בלא חליצה נראה דאף מהפוסקים משמע שאם שניהם מרוצים לישב כך אין כופין אותם וכן משמע מפשטא דש"ס דוקא תבע הוא או היא מ"מ כיון שלבם לשמים לעשות נחת רוח לנפש המת כדברי המקובלים וגם הב"ש הזכיר בסיומן קס"ה בשם הזוהר דמצוה בחליצה אין לנו

לעכב על ידם ועיין בב"י סימן הנ"ל בשם מ"כ שכתב ועוד דמצוה הוא על היבם לחלוץ או לייבם ומ"ש משאר מצות.

עוד אחרת הוא מה שיש לצדד בנ"ד לפי מ"ש הר"ן בשם הר"י דגרשת ישראל שנשאת לאחר ונתגרשה מותרת לדור עם הראשון במבוי דבמחזיר גרושתו אם בעל ולא קידש אינו לוקה והב"ש כתב דאין זה שיטות הרמב"ם דהא בגרושה לכהן נמי ס"ל דאינו לוקה ואפ"ה לא תדור במבוי ולע"ד אין מזה הכרע דאפשר גרושה לכהן שהוא פסול יוחסין החמירו טפי וכמש"ל: והנה המ"ל נסתפק לדעת הר"י אם נזהרים שיהיו אחרים עמהם בחצר אי שרי לדור ושוב פשיט לה מהריב"ש סי' ש"ס דמשמע מדבריו שם דלר"י אסור אף ביחוד בית ונזהרים שיהיו אחרים אסור ולענ"ד זה דוקא להריב"ש דמפרש מ"ש בשבוי' הקילו היינו דבשבוייה קיל מאיסור אחר וא"כ י"ל אף דמחזיר גרושתו שבעל ולא קידש דרבנן מ"מ חמיר טפי משבוייה אבל לפי מה שראה מדברי רש"י והר"ן דכל איסורי דרבנן לשבוייה דמי אם כן אין לחלק בכך ומ"ש הריב"ש גבי מינקת דכל דתקון רבנן כו' ז"א לדעת רוב הפוסקים לעיל דמפרשי הסוגיא באשת כהן דוקא.

(וע"ש שהחמיר במינקת אף שלא כנס כ"א אירס בלבד כו' אבל בנדון זה נראה שאע"פ שאין כאן אלא אירוסין שייכי אהדדי ולבו גס בה ואיכא למיחש כדאמרינן ההוא דארוס כו' דמשמע קצת דכל דשייכי אהדדי מקרי גייסי ונראה דהתם כיון שקידש במזיד ולא עלה בדעתו לפרוש ממנה כלל ובע"כ הפרישוהו ממנה ונידוהו עד שהוציא בגט או שאיימו עליו שינדוהו הא קמן שעינו ולבו עליה כל היום.

ובכה"ג שפיר יש להחמיר אף בגייסי כל דהיא או אפשר דהתם היה ידוע לו דהוי גייסי טובא שהרי בלשון השאלה לא נזכר מענין גייסי כלל) אבל באשת ישראל דינה כשבוייה להקל באיסור דרבנן א"כ ה"ה בכל איסורי דרבנן ועיין בפר"ח סימן קי"ט ולפי זה י"ל לפי מ"ש הרמב"ם בפרק ט"ו מהלכות א"ב דלאו דוקא באיסורי כהונה הדין כן דבעל ולא קידש אינו לוקה אלא בכל חייבי לאוין הדין כן דאמרינן מכין כו' לשון זה משמע דבכל גוונא מצוה היא וע"ש בד"מ בשם א"ז במי שנשבע שלא לחלוץ כו' ע"ש.

ויש לדחות דהתם בע"א מיירי ועוד נראה כיון דחיישינן הכא מחמת דגייסי כו' א"כ פשיטא שיש לחוש שיהיה יצרו תקפו לבא עליה לשם ד"א ולמאי דס"ל כאבא שאול כאלו פוגע בערוה. ומכ"ש לפי מ"ש יבם שבא על יבמתו בלא עדי יחוד לא קנה וממילא דהוי ביאת זנות וכפוגע בערוה והב"ש שכתב דהוי קידושין דרבנן צ"ע דהיכא אשכחן קידושין דרבנן בזה וכמ"ש לעיל ואף דא"ז מהרמ"פ אצדד אצדודי דאחר חליצה ודאי איכא איסור דאור' משא"כ (לאחר) לפני חליצה מנ"ל לפ"מ שצדדתי נהפוך הוא דקודם חליצה יש חשש איסור ערוה שהיא בכרת משא"כ לאחר חליצה אין כאן רק ספק איסור לאו כמ"ש לעיל מדברי הרמב"ם והפוסקים וא"כ גם לאו זה דחליצה נמי על ביאה לבד אין כאן רק איסורא דרבנן ואף ע"ג דבאשת כהן החמירו לאו משום דאתי למעבד איסורא דאורייתא אלא משום פסול יוחסין כמ"ש לעיל דצ"ל כן בדברי הירושלמי לפי נוסחת הרשב"א וכן נראה מדברי בה"ג דף פ"א שכתב ת"ר המגרש את אשתו לא ישרה עמה לא במבוי ולא בחצר כו' בד"א מן הנשואין אבל מן האירוסין לא ובכהנת אף ע"פ שלא נשאו לשון זה ודאי משמע דרוצה לאסור בכהנת אף בנתגרשה מן האירוסין דאין

לבו גס בה וע"כ דהיינו משום מעלת כהונה וכמש"ל לדקדק בדברי הרשב"א ומצאתי בפר"ח שכתב ג"כ שיש לפרש הירושלמי דנשאו היינו מן הנשואין ובכהנת דחמירא כו' ונראה שר"ל דחמירא משום איסור לאו שבה וז"א כמש"ל ובשו"ת מהראנ"ח סימן וי"ו כתב לפרש דבאשת ישראל בנשאו ממש ובאשת כהן משום חומרא דכהונה אפי' לא נשאו אלמא גייסי אהדדי אסורין לדור ע"ש: ועדיין צריך להתיישב בדבר דאף לדעת הרמב"ם דס"ל בכל ח"ל בעל ולא קידש אינו לוקה מ"מ בלאו דלא יבנה אפשר דלוקה בביאה לחוד כיון דדרך בנין בית אסרה תורה כמ"ש התוספות ביבמות דף י"א ודרך בנין בית הוא בביאה לבד ומאמר אינו רק דרבנן כמבואר בפוסקים ואף שהרמב"ם כללא קא כייל שאין לך בכל חייבי לאוין שלוקה על בעילה בלא קידושין י"ל דהרמב"ם לשיטתיה דס"ל דלא יבנה אינו לאו כלל אלא אסמכתא בעלמא ואנן כדידן אי סבירא לן דהוי לאו לקי גם כן אף אם נאמר בשאר חייבי לאוין כהרמב"ם דבעינן קידושין דוקא ולכאורה היה אפשר לומר דאף ע"ג דבנין בית דיבמה בנאה בלבד בלא קידושין משום דזקוקה ועומדת ע"י קידושי אחיו וביאתו הוי כביאה אחר קידושין וכה"ג אמרינן בקידושין דף ד' ובעלה מלמד שנקנית בביאה והלא דין הוא מה יבמה נקנית כו' מה ליבמה שכן זקוקה ועומדת וכתבו התוספות שם בשם הר"א משזנה לפרש שביאה זו אינה עושה אלא גומרת קידושי ראשון כו' ע"ש משא"כ כשכבר חלצה ופקעו לה זיקת קידושי ראשון ובאנו לחייב את החולץ הבא עליה אחר החליצה משום לאו דלא יבנה אין חייב כ"א בקידושין קודם כשאר ח"ל דזהו דרך בנין הבית אלא דלפי זה יש לדחות מ"ש לעיל לסייע להרמב"ם הסובר דלא יבנה הוא מד"ס כיון דקי"ל כמ"ד בעשה משמע דאין כאן לאו ולפום מה דכתיבנא י"ל דלעולם ע"י קידושין שפיר איכא לאו והתם דנקט בעשה משום דמיירי שבא עליה בלא קידושין דהשתא ליכא לאו ואשמועינן דמ"מ עובר בעשה דיבמה יבא עליה ולא עליה ועל חברתה דעשה זו עובר אף בלא קידושין ומ"מ אפשר לומר דס"ל דאם איתא דעובר בלאו הו"ל למינקט וקדשה ונימא דעובר בלאו ועשה ובמה דכתיבנא א"ש הא דנקט בפלוגתא דר"י ור"ל וחזר וקדשה והתוס' שם כתבו דל"ל דאתי לאשמועינן דלאו איכא לפי שקדשה דאמרינן בקידושין כו' וכבר כתבתי שאא"ז מהר"מ הגיה ומודים במחזיר גרושתו שאם קידש ולא בעל שאין לוקה לשוב לקחתה אמר רחמנא ה"נ דרך בנין בית כו' ולענ"ד זה צ"ע דאטו מי ס"ד דבקידש לבד מיירי הא פליגי אי חייבי כרת ופשיטא דכרת אינה רק אם בא עליה וע"כ דבקידש ובעל מיירי ויותר נראה שצריך להגיה ומודים במחזיר גרושתו שאם בא עליה ולא קידש שאינו לוקה דרך לקוחין אסרה תורה וה"נ דרך בנין בית אסרה תורה ור"ל כמו דהתם לא מחייבינן משום דמשמעותיה דקרא דבעינן לקוחין ה"נ להיפוך אף בלא קידושין חייב משום דהוא דרך בנין בית והלכך ליכא למימר דאתי לאשמועינן דאיכא לאו לפי שקדשה קודם ביאה משום דאף אם לא קידשה נמי מתחייב בביאה לחוד ולפי מ"ש י"ל דשפיר נקט קדשה מהאי טעמא דאתי לאשמועינן דכרת הוא דלא מחויב על החלוצה הא לאו איכא לפי שקדשה קודם ביאה ואף ע"ג דדרך בנין בית אסרה תורה מ"מ בעינן קידושין קודם ביאה לחייב עליה ואדרבא יש מקום לומר דאף החולקים על הרמב"ם בשאר ס"ל מודים בהא דבעינן קידושין דוקא כיון דהלאו היא כיון שלא בנה שוב לא יבנה והיינו דרך בנין בית הקודם שהיתה זקוקה לו קודם הביאה וה"נ אם מקדש והדר

בעלה הוא כדרך בנין הבית אבל בביאה לחוד לא והיינו דנקט החולץ ליבמתו וחזר וקדשה אלא שצריך ליישב דא"כ הו"ל בקידושין למימר ושניהם מודים בבא על החליצה כו' (וגם על דברי התוספ' יש לדקדק כמו כן דהו"ל דמודים בהא דאינו לוקה לגירסת מהר"ם ולפי מ"ש הל"ל דמודים דלוקה בביאה לחוד כמו כ"ג באלמנה) שאינו לוקה בבעל ולא קידש וכדקאמר במחזיר גרושתו ואפשר לומר דהך מלתא תליא בפלוגתא דיש זיקה ואין זיקה דאי אמרינן יש זיקה אע"ג דזיקה דרבנן כדקאמר ביבמות דף ק"ז (ומדברי ר"ח משמע דלמ"ד יש זיקה הוי זיקה דאורייתא אך הרשב"א שם כתב דאפשר דגם לר"ח זיקה דרבנן הוא לכ"ע ע"ש) היינו דלא הוי כקידושין דאורייתא ממש אבל מ"מ חשובה זיקה היא דמחמת קידושי אחיו וביאה של היבם גומרות אותה ולכך מדרבנן חשבו זיקה זו לקידושין ושומרת יבם שמתה אסור באמה אבל אם נימא דאין זיקה כלל פשיטא שא"ל דביאה של היבם הוי כעין קידושין שהרי זקוקה לו מחמת קידושי אחיו שהרי אין זיקה כלל פשיטא דכל זמן שלא יבם אותה אין לו בה קנין של כלום אלא שהוא אסורה לעלמא ולכך אם מתה מותר באמה והשתא למ"ד יש זיקה מיקרי דרך בנין בית בביאה אחר קידושין משא"כ למ"ד אין זיקה הוי דרך בנין בית בביאה לחוד ולפי זה א"ש דלא מצי אמר ושניה' מודים בלאו דלא יבנה כו' דלא פסיקא ליה כיון דלמ"ד אין זיקה שפיר חייב על ביאה לחוד ואפשר דאביי הכי ס"ל דהא קאמר שם דף י"א א"ל אביי לרב יוסף הא דרב יהודה דשמואל היא כו' ומשמע דבעי למימר דלית הלכתא הכי דהלכתא כרב באיסורי ולכך לא לא קאמר ושניהם מודים משא"כ אנן לדידן דקי"ל אם מתה אסור באמה דיש זיקה כמ"ש הרי"ף והרא"ש ושאר פוסקים קם דינא דאינו לוקה על לאו דלא יבנה אא"כ קידש תחלה.

ועפ"י זה יש ליתן תבלין קצת לדברי הרמב"ם דס"ל אשר לא יבנה אסמכתא הוא משום די"ל דהך דרשא למ"ד אין זיקה וא"כ דרך בנין בית הוא בביאה לבד מיקרי ביה כיון שלא בנה שוב לא יבנה אבל למ"ד יש זיקה א"כ דרך בנין הבית אע"פ שהוא בביאת היבם מ"מ היא א נגרר אחר קידושי אחיו והכי מדייק קרא אשר לא יבנה את בית אחיו וא"כ תו א"א למדרש כיון שלא בנה את בית אחיו שוב לא יבנה את בית אחיו דז"א שהרי כבר אתיא חליצה ומפקא לזיקה קמייתא ושוב אינו בונה בזה בית אחיו כלל רק לעצמו הוא בונה וזה אינו בכלל הכתוב אשר לא יבנה בית אחיו ולא רציתי להאריך עוד כיון שאיני אומר הדברים לתקוע יתד כ"א לצדד ולצרף סניפים להתיר: בהא נחיתנא ובהא סליקנא שהמתיר בזה יש לו על מה לסמוך על עמודי עולם אא"ז מהר"י מפדוה ומהר"ם מלובלין ז"ל ומהראנ"ח ובעל נ"ב.

וכן משמע מהט"ז אה"ע שהביא דברי מהר"ם פ בסתם וכבר כתבתי לסייע דבריהם בכמה פנים שונים ואף שיש מהם שלא רצו להכריע במקום גדולת הרשב"א ז"ל מ"מ ברור הדבר דהרשב"א לא דבר אלא בזמנו שנהגו במצות יבום ובכאן יש כמה מעלות להתיר כמ"ש ידידי הרב החר"ף נ"י שהחולץ הוא ת"ח ומדקדק במעשיו ובודאי ליכא למיחש שהרגיל עמה בקריצות ורמיזות ומכ"ש לפי מ"ש דשניהם בודאי נאמנים ע"ז שאין ביניהם גייסות לשם אישות וחיבה וכל שאין סמוך ענין לארוסה שביהודה גם הרשב"א מודה ואף שיש מהגדולים שרוצי' להחמיר בענין הדיר' בבית א' מ"מ בנ"ד סתמא דמלתא הם דיש לה חדר מיוחד ללון בו כדרך שדרה בחיי בעלה וביום יש להתיר אף בדירה

כשיהיה נזהרים שיהיה אחרים עמהם כמו שכתוב מהראנ"ח וכן מצאתי בג"פ סימן קי"ט אחר שנשא ונתן בענין זה ונשא פנים לגדולת הרשב"א ארי שאג כו' מ"מ עלה בהסכמה כדברי מהראנ"ח ז"ל, פנאי לעמוד על דבריו ונראה שיש להם לנהוג כל חומרות נדה עם בעלה ונוסף עליהם איסור היחוד בלתי אחרים עמהם.

ואף שאני מיראי הוראה חזינא לאצטרופי בצירוף דרבנן ובלבד שיסכים בהיתר זה כבוד מחותני הרב הגאון החר"ף והבקי המפורסם מוהר"ר יהושע העשיל נ"י מרא דאתרא אשר על פיו יצאו ויבאו. אז יהיה חלקי עם המתירין ובפרט כפי מכתב ידידי הנ"ל כבר הורה זקן שארי הגאון המפורסם דרב גובר' מ"מ הא אתריה דרב הוא וקרוב המתיר כמצותו ואין להרהר אחריו ובודאי טוב הורה ועשה כתורה ומעתה גם בעובדא זו יש לנו לגרור אחריו ולפסוק כן להלכה ברורה כנלע"ד להלכה ולא למעשה עד כי יצא לאור משפטינו עם מחו' הגאב"ד: שאלה קמא לכבוד מחו' הרב הגאון המפורסם מוהר"ר יהושע העשיל אב"ד דק"ק טארניפאל: שומע קול שופר כו'.

זאת אומרת כי דברות קדשו הגיענו וכי דרך כלל דין הניא לי שגם מכ"ת דורש ומסכים להלכה למעשה להתיר בענין זה את זאת אדרוש אשר ראיתי דבר חדש בקונטרסו שיש עוד אח שראוי לחלוץ וצידד לומר שיחלוץ לה אח השני ולענ"ד זה צ"ע חדא דאם יחלוץ לה הוא עצמו י"ל דחליצתו מוכחת עליו וכעין שכתבו התוספ' משא"כ אם הוא אינו חולץ לה שאינו עושה מעשה לרחקה יש לדמות קצת לארוסה שלא גירשה דחיישינן טפי כמ"ש הרשב"א בחידושיו ובתשובה הובאה בב"י סימן י"ז ואף אם נרצה לחלק מ"מ עכ"פ כשהוא חולץ לה טפי י"ל שסופו מוכיח שלא היה בדעתו לשם אישות מעולם וגם מה שנראה מדברי כ"ת חלוצה לאחין קיל טפי לע"ד ליתא דהא בפלוגתא דר"י ור"ל כ"ע מודין דאינו חייב על החלוצה כרת אבל באחין פליגי ולדברי ר"ל אחין חייבין על החלוצה כרת והכי ס"ל לרב אשי ובירושלמי יש כמה דעות דר"י הוא דס"ל דהאחין חייבין על החלוצה כרת וכמה אמוראי דס"ל הכי עד שתמה בקרבן העדה שם על מה שפסקו כר"י ובאמת במח"כ אשתמטתי דברי הרי"ף והרא"ש בפרק החולץ שכתבו מלתא בטעמא.

אמנם דעת הראב"ד לפסוק כר"ל דשמואל סבר כוותיה בדף מ"א וכן רב אשי ותמה על הרי"ף שפסק כר"י והרמב"ן בחידושיו ובספר הזכות הליץ בעד הרי"ף ע"ש. וכן הרשב"א הביא בשם הראב"ד שדעתו לפסוק כרב אשי ע"ש בדף מ"א וא"כ חלוצה לאחין פשיטא דחמירא טפי מחלוצה לחולץ וכן נראה לכאורה וע"ש דטפי עדיף שיחלוץ לה הוא עצמו.

דברי מחו' דוש"ת הק' אפרים שאלה קמב בכפר אחד אירע שאיש רע ובליעל אמר לבעל הכפר אני זניתי עם אשתך ושאל הבעל לאשתו ואמרה שהנואף הי' בחדר והיא באתה לשם ליקח כיס של גבינות ותקף אותה בחזקה ובא עליה והנואף אמר שהי' ברצון אם היא מותרת לבעלה: תשובה נידון כזה נפתח ברבוותא גאוני עולם וראש המדברים בזה הוא כבוד אא"ז הגאון בעהמ"ח תבואות שור והעלה להתיר.

והגאון בעהמ"ח פ"י הסכים על ידו ודבריהם הלא הם כתובים על ספר קרן אור אשר חיבר הגאון מוהר"ר משה אב"ד דק"ק בעלזא וגוף התשובה של אא"ז הגאון ז"ל איננה

שם רק מה שהביא הגאון המחבר בתוך תשובתו ופלפל עליהם ואידי דחביבי לי דברי אא"ז הגאון ז"ל אקדמי' ברישא. וז"ל המחבר ז"ל ועתה אניף ידי על יסוד המתירין.

היסוד הא' ממ"ש בש"ע ואפי' הודית שזינתה אמרינן שמא עיניה נתנה באחר כו' ולענ"ד יש לפקפק טובא חדא דודאי סברא אלימתא היא דבנאנסתי לא שייך עיניה נתנה באחר דאנוסה לישראל שריא ולדעתי הוא טעמא דהנך רבוותא במרדכי שלא הזכירו בתשובה הנ"ל היתר' משום עיני' נתנה באחר.

ומה שדחה הרב מהר"א סענדר האי סברא משום דלאו כולא נשי דינא גמירי כמ"ש בריש קידושין כו' עכ"ל, ז"א דודאי כ"ע ידעי הך דינא דאנוסה מותרת ולא דמי לאטו כולי נשי דינא גמירי דעלמא דהיינו בקידושין דאי לא קיבלה נטירותא כו' עכ"ל: והנה לכאורה מדברי התוס' בכתובות דף ס"ג נראה דבאומרת נאנסתי לא שייך עיניה נתנה באחר שכתבו שם בסוף ד"ה אבל אמרה מאיס עליה כו' ועוד קשה משלהי נדרים בההוא דהוי מהרזיק כו' דהא מסתמא ברצון הוי דבביתה היה ועוד דלא צווחה ואפ"ה כיון דלא מרכס שריא דאין לן למימר ענ"ב כו' ע"ש ולכאורה יש לתמוה דל"ל להוכיח דמסתמא ברצון דבבית' הוה ת"ל דאם אומרת באונס שריא דליכא לאוסרה ע"פ אמירתה שבא עליה הנואף כיון שאומרת שבאונס היה אלא ע"כ כיון דאיכא עדי יחוד והיא מודית שזינתה נאסר דליכא בזה משום ענ"ב כיון שהיא אומרת שהי' באונס ומ"מ אין מאמינין לה שהיה באונס דאונס לא שכיח רק כיון דלא מרכס שריא.

ואמנם מבואר מדברי הרא"ש שם שר"ל שלכאורה היה אפשר לומר דמיירי באומרת נאנסה ובאשת כהן ולכך אמרינן ענ"ב לזה כתבו דמסתמא היה ברצון כו' ואמנם אכתי קשה נהי דאנן אין מאמינין לה שהי' באונס דאונס ל"ש לפי שהיא בביתה מ"מ אפשר שהיא אומרת באונס היה ואין בדעתה להפסיד הכתובה כלל.

אך הגאון בספר כתובה כתב ג"כ בפירוש התוס' דר"ל דלא נימא דמיירי באש"כ ולכך כתבו דהי' ברצון שהיא בביתה כו' וא"כ שהיא אומרת ג"כ שהי' ברצון דאם היא אומרת שהי' באונס אין כאן רגלים לדבר על האונס ובלא טעמא דמרכס הוי שריא אף בא"כ עיין בס' כתובה דף י"ג. וע"ש עוד מ"ש די"ל דאינה נאמנות על אונס כשיטת ר"י וצ"ע.

ולקמן אבאר בזה: והנה ראיתי בקונטרס אשר שלח אלי בזה החריף ושנון האברך מו"ה יצחק מיכל הכהן נ"י בנידון זה וכמה דברים הטובי' אשר דיבר וכעת אין פנאי לבא בארוכה אפס קצהו אראה במ"ש להקשות על הרמב"ם דפסק במ"ע כופין ובטמאה אני לך אין כופין משום ענ"ב. וכבר עמדו בזה כמה מחברים והנה קושיא זו יש לה ג' פנים חדא דקשה דגם במ"ע אמאי כופין ניהוש דילמא משקרא מחמת ענ"ב דהא להרמב"ם לא מהני הפסד כתובה לדחו' חששא דענ"ב כמו שפסק גבי טמאה אני ברצון ועוד דאפי' נימא דבטענת מ"ע יש להאמינה טפי ואין לחוש לעיניה נתנה באחר אכתי קשה נימא דמהימנא לומר טמאה אני במגו דהוה טענה מ"ע כמ"ש התוס' שם בכתובות סגנון קושיא זו אהיה דנדרים.

ועוד דאפילו תימא דלא אמרינן מגו בכה"ג דמיחזי כשיקרא כיון שאין נראה לב"ד אמתלא לדבר וניחא לה טפי לטעון שזינתה ברצון שאין מי שיכיר בשקרה מ"מ קשה

כיון דבמשנה אחרונה תקנו דאין כופין משום דענ"ב ומאי הועילו בתקנתן שאם תרצה להפקיע עצמה תטעון מ"ע ובאמת לפי מ"ש הפוסקים דאף מי שסובר דכופין היינו כשיש כאן אמתלא הניכרת יש ליישב דשפיר הועילו בתקנתן דכל שאין כאן אמתלא ניכרת שהיא מ"ע לא תוכל להפקיע עצמה בטענת טמאה אני לך.

אך לשון הרמב"ם משמע דבכל גווני יכולה לטעון מ"ע וגם דאכתי קשה היכא שיש כאן אמתלא ניכרת שהיא מ"ע והיא אינה טוענת כן רק טוענת שזינת' ברצון נימא שהיא נאמנת במגו דמ"ע ומסתימות לשון הרמב"ם נראה שבכל ענין אומרת טמאה אני אינה נאמנת. ובכדי ליישב זה אמינא לבאר מה שנלענ"ד בטעמא דהרמב"ם ז"ל שכתב אם אמרה מאסתיהו ואיני יכול להיבעל לו מדעתי כופין אותו לשעתו לגרשה לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנאויה לה ותצא בלא כתובה כו' ע"ש בפ"ד מהלכות אישות ולכאורה זה סותר הכלל שאין האיש מוציא אלא לרצונו והוא מן התורה כמ"ש הרמב"ם ריש פ"ח מהלכ' גירושין ואע"ג דקי"ל דכל היכא שכופין אותו בב"ד של ישראל לרצונו קרינן ביה מ"מ היינו היכא שהדין נותן לגרש דאז גמר ומקני כמ"ש התוספות בב"ב דף מ"ח משא"כ כאן נהי דנימא שאינה כשבויה שתבעל לשנאויה לה מה דין יש לנו עליה שיצטרך ליתן גט שיאמר דגמר ומקני: ואמנם היא גופא קשיא בכל הנך שכופין להוציא כגון מוכה שחין וחבריו דאיך מצינו חיוב זה שיהא מוטל עליו שיוציאה בגט עד שנאמר דכיון דאיכא עליו חיוב גמור ומקניומגרש.

וזה קשה אף להפוסקים הסוברים דבמ"ע אין כופין להוציא מ"מ מה נעשה בהנך שכופין אותו להוציא. דהיכא אשכחן כה"ג דחייב.

ומכ"ש במ"ע להרמב"ם שאין הדבר ידוע לנו ולא לבעל רק מפיה אנו חיינ שאומרת מ"ע וכי בשביל זה נימא דגמר ומגרש. ולכאורה נראה מדאורייתא אין כאן חיוב רק כיון שעכ"פ א"א לנו לכופ אותה להיות תחתיו ומשמשותו אם הוא רוצה לעגנה שלא ליתן גט לא שבקינן ליה ורמי רבנן חיובא עליו שיגרש וכיון דאיכא עכ"פ חיובא עליו מדרבנן והדין שיגרש משום דמצוה לשמוע דברי חכמים אם כן שפיר ע"י כפיה גמר ומגרש וא"כ גם דברי הרמב"ם נכונים דכיון שאומרת מ"ע א"א לכופה שמא האמת אתה ואין בדין שתהיה כשבויה כו' ממילא דאיכא חיובא עליו מדרבנן לגרשה ושפיר גמר ומגרש: ויותר נראה לפי ענ"ד דא"ש לפי מאי דאמרינן בב"ב דף ק"י אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתה דהכי לא קידשה נפשה והתוספ' שם מחלקים בין נפלה מן הנשואין דמשום אחר מיתת בעלה לא מסקה אנפשה מלהיות נשואה משא"כ מאירוסין דאין לה שום טובה.

ושוב כתבו לחלק בין היכא דלאו בלוקח לחוד תליא מילתא משא"כ קידושין בדידה קיימא והוא אינו חושש היאך דעתה להתקדש כו' ע"ש ולפום הך חילוקא ממילא א"צ לחילוק שחלקו התוספות בין מן האירוסין ובין מן הנשואין דהחילוק מבואר דמן הנשואין לאו בדידה לחוד תליא מילתא דאיהו חושש לזה ודעתו לקדש בכל ענין כדי שלא יהא למפרע בעילתו ב"ז ולכאורה לפי זה קשה דלמה נקט הקושיא מיבמה שנפלה לפני מוכה שחין הו"ל למינקט אשה שנעשה בעלה מוכה שחין תיפוק בלא גט וא"ת דשאני נשואין דבדידה תליא מילתא כדי שלא תהיה בעילתו ב"ז מ"מ עכ"פ מן

האירוסין נימא הכי ואף לפי תירוץ הש"ס דאיתתא בכל דהו ניחא לה קשה לפי פירש"י שם דפירש שהיא מתקדשית לזה שהוא שלם ואינה חוששת שתפול לפני יבם אם ימות א"כ י"ל דעל הבעל עצמו היא חוששת וגם דהש"ס טפי הו"ל להקשות מן הבעל גופא.

ואמנם התוספות בכתובות דף מ"ז עמדו בזה וכתבו דלהכי לא פריך מבעל משום דגם בדעתו תליא מילתא ר"ל שלא היה מסכים אם היתה היא מתנית תנאי זה והיה מעכב על ידה ודווקא לתנאי שאחר מותו אינו חושש. והנה במחנה אפרים הלכות שכירות כתב ליישב קושית התוספות בע"א דדווקא בקלקול מקח ל"ש לומר אדעתא דהכי לא קנה דאנן אמרינן נסתחפה שדהו משא"כ באשה דיש אומדן דעת דאדעתא דהכי לא נתקדשה ולא שייך נסתחפה שדהו דאין הבעל שדה האשה כמ"ש התוספות ריש כתובות והנה חילוק זה איתא בהג"א סוף המדיר לענין אם תאמר כסבורה הייתי יכולה לקבל, בין בעל לאשה.

ולפי חילוק זה הדרא קושיא לדוכתא דגם גבי בעל גופא נימא אדעתא דהכי לא קדשה נפשה ול"ש תירוץ הש"ס דניחא לה בכ"ד דדווקא לענין אחר מותו אמרינן הכי. ואמנם נראה דעכ"פ אין כאן אומדן דעת שיפקיעו הקידושין למפרע רק אומדן דעת הוא שיהא מחויב להוציאה בגט וכאלו התנה שיהא מחויב להוציאה וע"ד כן היא מתקדשית לו ובשלמא ביבמה פריך שפיר דתיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה וא"ל דאומדן דעת הוא כאלו התנה שמחויב לחלוץ לה דמאי מועיל תנאי דידיה גבי יבם משא"כ לגבי דידיה שפיר אמרינן דהוה כמחייב א"ע שאם נולד מום שא"י לסבול יהא מחויב לגרשה ונוח לו לעשות כן כדי שלא יפקיעו הקידושין שהרי אין דעתו נוחה בזה כמ"ש התוספות שאם היתה מתנית כן לא ה"ל מרוצה משא"כ שיהא חייב להוציאה מה"ת לא יתחייב בכך כיון שעכ"פ האשה אינה מתרצית כ"א באופן זה עכ"פ ולפ"ז א"ש מה שהקשיתי דהיאך כופין הא אין כאן חיוב מדינא ולפמ"ש א"ש דיש כאן חיוב מדינא דהא מעיקרא ע"ד כן נתקדשה לו וכאילו התנה בפירוש שיתחייב להוציאה דמי והלכך עתה כשכופין אותו שפיר גמר ומגרש: ולפ"ז א"ש דברי הרמב"ם במ"ע דגם בזה אומדן דעת דמעיקרא אדעתא דהכי עמדו וקידשו שאם לא יהיה מתקבל עליה שיהא מחויב להוציאה וא"ל דמנא ידעינן דלמא שפיר מתקבל עלי' אלא שענ"ב ז"א דודאי אם התנה בפירוש שאם תאמר מ"ע יתחייב להוציאה ל"ח חששא דענ"ב ובדבור בעלמא שאומרת מ"ע מחויב להוציאה וכיון דאומדן דעת כאלו התנה בפירוש ל"ח דילמא אין מאוס בלב רק שאומרת כן משום ענ"ב דהא מידי דא"א לברורי הוא וכמו בהתנה ע"מ שירצה אבא דאם לא רצה אינה מקודשת ולא אמרינן דרצון הוא דבר המסור ללב ושמא רצה בלב רק מחמת איזה אמתלא הוא אומר שאינו רוצה א"ו דז"א דלא איכפת לן בדברים שבלב דודאי התנאי הוא על דבר שאפשר להתוודע ולהגלות שיאמר אין או שישתוק או שלא ימחה אבל אין לנו לדון על דברים שבלב בענין תנאי וכן כאן אם התנית כשתאמר מ"ע יתחייב להוציאה אין לחוש שמא ענ"ב ובלבה ניחא לה.

אלא הולכין אחר הפה כיון שא"א לברר יותר וה"ה באומדן דעת דהוי כהתנה וכ"ז באומרת מ"ע אבל באומר' שזינת' ברצון פשיט' שאין שייך בזה תנאי דמעיקרא. אדרבא היא עצמה סחפה שדה ואין מקום לכופו להפקיע שיעבודו אף אם היה אמת כדבריו.

וממה נפשך באשת כהן ונאנסה י"ל דענ"ב דהא לא מפסדה כתובתה ואם ברצון סחפה שדה ואין מקום לכופו להפקיע שעבודו אף אם היה אמת כדברי' רק דאיסורא רביע עלה אם היא אמת וחיישינן דילמא משקרא רק ענ"ב דאף היכא שרצונה להפסיד כתובתה אמרינן דילמא ענ"ב ומשקרא דלא חייש' לפסידא וכמ"ש הרא"ש בכתובות שם ונכון מאד לפע"ד.

והנה לכאורה יש לעיין בהך קושיא דאומרת מ"ע נימא ענ"ב כמו בטמאה אני לך דהא לפי סברת הר"ן הא דאמרינן בטמאה אני חוששין שמא ענ"ב היינו דאוקמי אדינא דאין נאמנת להפקיע עצמה מבעלה בטענה שאינה יכולה לברר רק במשנה ראשונה אמרו להאמינה משום סברא דלא מזלזלה נפשה וב"ד שאחריהם ראו דלפעמים מזלזלה נפש' משום ענ"ב ואוקמוה אדינא וא"כ בטענת מ"ע דאם נימא דכופין להוציא ע"כ משום דמדינא נאמנת דלא נשתעבדה לו ע"ד כן ואין זה בכלל הפקעת שעבוד וא"כ משום חששא דענ"ב מנ"ל להפקיע מה שהיא נאמנת מדינא משום חששא זו דענ"ב וצ"ל דהתוספ' ס"ל דודאי גם לענין טענת מ"ע שפיר י"ל דמשעבדה ליה רק דאע"פ כן יש לנו לכופו במ"ע דכיון דליכא למתלי במידי מסתמא קושטא קאמרה ואהא קשיא להו דנימא משקרא משום דענ"ב ולכן חילקו דהנאמנות הוא משום דמפסדת הכתובה ולפ"ז פשיטא היכא דאינה מפסדת שאינה נאמנת: ונ"ל לסייע לדברי הרמב"ם מהא דאמרינן גבי טמאה אני לך משום ענ"ב ול"ל האי טעמא וה"ל למימר דילמא רצונה להפקיע עצמה משום דמאיס עליה אלא ודאי דאף אם האמת כן דמ"ע כייפינן ליה להוציא עכ"פ בלא כתובה ואנן במשנה אחרונה בעינן למימר דאף שאמרה שזינתה ברצון דמפסדת כתובתה אף ע"פ כן לא כייפינן וצריך ליתן טעם משום ענ"ב.

ומה שהקשו דבמ"ע גופא ענ"ב אין קושיא דהא ודאי ע"כ אם נימא דמ"ע מהימנא ע"כ דקים להו לחז"ל דלא חציפא לטעון טענה כזו שמאיס עליה שנראה לנו כשקר כיון דאין אמתלא ניכרת שראוי שהיא מ"ע וא"כ מה"ת לנו לחוש שאומרת כן משום ענ"ב ורצונה משום זה להפסיד הכתובה משא"כ באומרת שזינתה ברצון הא קמן דלפי טענתה גופא היא אומרת שמעלה באישה ואהבה זרים אף אנו נאמר שלא עשתה מעשה אלא שענ"ב ואם באשת כהן ואמרה נאנסה דאין ראייה מטענתה שבגדה בבעלה ורצונה באחר שוב חזרנו לת' התוס' דהיכא דאין מפסדת כתובתה וגם אין לה זלזול בזה שהרי אומרת נאנסה שוב י"ל דגם מחמת שענ"ב מימר אמרה ולא איכפת לן (ובאמת שצ"ע במ"ש הר"ן בטעם משנה א' משום דלא מזלזלה נפשה דהא מתני' באשת כהן שאומרת נאנסה ומה זלזול הוא לה כיון שנאנסה וקרקע עולם הוא) וגם י"ל לפי הטעם שכתב בתשובת הרא"ש הובא בב"י דלמ"ד מ"ע כופין להוציא הוא תקנה שתקנו שלא יבא לידי קלקול שתהא תולה עצמה כו' ואפקיענהו לקידושין ע"י הגט הזה אע"פ שהוא בע"כ.

וא"כ א"ש דבמ"ע משום חששא דענ"ב לא הפקיעו טעמא דקילקולא שמא תהיה תולה כו' ותקנו שיהא כופין להוציא משא"כ בטמאה אני שפיר חשו שמא ענ"ב ודוקא במ"ע חשו לקלקולא דשמא האמת אתה שמאוס עליה ותעשה מה שתעשה להפקיע עצמה משא"כ בטמאה אני בשביל ענ"ב אין לחוש לקלקולא דתתלה עצמה.

וא"ל דאכתי תהא נאמנת במגו דאי בעי אמרה מ"ע ז"א דאף אם היתה אומרת מ"ע היינו חוששין שמא ענ"ב רק דלא הפקיעו טעם הקלקול וכיון שגם עתה יש חשש זה למה לנו להפקיע הקידושין ע"י הגט בע"כ אם אנו מפקיעין הקידושין אף שהאמת אתה מותרת היא לו דאין כאן זנות דא"א כיון דפקעו הקידושין למפרע ומרוב הטרדא קצרתי מאד דברי זעירא דמן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה קמג שאלה יבמה שנפלה לפני קטן וטרם הגיע לכלל שני גדלות נזדמן לאביו שידוך הגון לפני היבם הקטן הלז ונתקשר בקשרי תנאים כנהוג והגביל זמן לנשואין כי היו סבורים שבעת ההיא כבר יהיה ראוי לחלוץ ויחלוץ ליבמתו וישא המשודכת לו והנה היבם הגיע כעת להיות בר חמיסר ועדיין לא נמצא לו שער צומח שיהיה ראוי לחלוץ ואבי המשודכת צועק ככרוכי' שכבר עבר זמן הנישואין זה כמה ומי יודע מתי יהיה בעל שער בסימניו ויהיה ראוי לחלוץ.

ונשאלתי לחוות דעי אם רשאי לישא המשודכת כי אותה ישרה בעיניו ומי יודע כי יוכל להיות שע"ז יתפרד הקשר ואולי לא יזדמן לו כאשר לבו חפץ וביני וביני יהא יושב ובטל מפ"ו וגם מצד הסימנים עצמם אפשר שלא ימצא מהר אלא לאורך ימים כאשר שכיח עתה שלפעמים אין סימני גדלות נראית עד אחר כמה שנים שמגיעין לפרקן ולבו הומה לדעת אם יש חשש בנשואין אלו משום חרם רגמ"ה או לא: תשובה דבר זה נפתח ברבוותא בשו"ת חכם צבי סימן קמ"ז וסימן ק"ט שהוא כנ"ד ממש והעלה שפשוט וברור שמותר לו לישא המשודכת ולכשיביא ב' שערות יחלוץ ליבמתו וכן בשו"ת אבן השהם כתב ג"כ תשובה על הנדון של הח"צ וכתב בעהמ"ח להתיר וגם נדפס שם תשובה מהגאון המפורסים מוהר"ר אברהם ברודא ז"ל להתיר וגם כתב שם שכמה גאונים הסכימו לזה ע"ש בסימן ל"ד וסימן ל"ה ובתשובה הנ"ל האריכו בדבר עד שלא הניחו מקום להתגדר אף בעסק פלפלת כל שהוא ומכ"ש בגוף ההיתר מה לי לחתור תחת כסא כבודם ובאתר די זקוקין דנורא כו' אך כדי להפיק רצון השואל אשר ביקש ממני לבא במכתב בעסק הלז וא"א לבהמ"ד בלא חידוש: והנה הרמ"א בסימן קנ"ט כתב דבזה"ז דאיכא חר"ג אסור לישא עד שיחלוץ ונרשם מקור הדין מהר"י מינץ והח"צ כתב להשואל שתמה ע"ז שלא מצא במהר"י מינץ וע"ז כתב הח"צ שהי' בשו"ת מהר"י מינץ סימן יו"ד אף שאין שם ראייה מכרעת אלא רמז קטן כו' ונראה שלא היה לפניו ספר הד"מ שממנו תוצאות הגה"ה זו ושם כ' וז"ל וכתב בסדר מהר"י מינץ בשם ר' יהודא מפרי"ש שכפה יבם אחד פנוי שלא לישא עד שיחלוץ עכ"ל והטעם זהו כנושא ב' נשים ועובר חר"ג אמנם בהגהת מרדכי דכתובות כו' ע"ש.

והנה בשו"ת מהר"י מינץ סימן יו"ד אין רמז כלל מדברים אלו והדבר ברור שהרמ"א היה לו סדר חליצה ממהר"י מינץ כנראה מהד"מ בכמה דוכתי ובס"ח שלנו הנדפס בתשובת מהר"מ מפאדווא' לא נמצא שמה. ולענ"ד יש לתמוה במה שכתב הרמ"א החילוק בין משודכת כבר ע"פ הגמרא דכתובות שהרי המעיין בהגמ"ר שם יראה שגם מוה' חזקי' נסתפק דשמה מחמת זיקת יבום לא שייך גזירת ר"ג וכתב ע"ז למו' אביגדור וכתב שזה תלוי בקבלה והוסיף בטעם משום דמשודכת כבר ומתשובת הגאון מוה' אביגדור שם אנו למידין שהדבר ברור לו שודאי בזה לא גזר הגאון דממילא אתרמיא ליה ולמיפק קיימא משום דררא דאורייתא לאבא שאול כו' שלא גזר הגאון אלא משום

קטטה ולא משום דררא דאורייתא כלל להכי קים ליה שלא ייבם ואין כאן ש"ת כו' ומדבריו שם מבואר דאף אם נפלה היבמה תחלה אין בכך כלום דאף בשעה שנפלה לפניו אינה רק זיקה קליש' לחלוץ אבל לא לייבם וזה מבואר להדי' ממ"ש שם ואין לתמוה איסור אחות זקוקה לאבא שאול היכי משכחת לה כו' וכן מבואר ממ"ש שם וז"ל הכא בהאי עובדא אנן סהדי שלא יכנוס אלא יחלוץ דכמאן דליתא דמי כי לא גזר הגאון בשנים אא"כ הראשונה ראוי לכונסה כו' מבואר דמתיר משום דלא שייך בהא גזרת הגאון א"כ אצ"ל כלל שנשתדכה כבר ומשום חרם הקהילות שקודם חר"ג דבלא"ה אין כאן בית מיחוש דבכי הא לא גזור ר"ג כלל ומ"ש שם וז"ל ומה שהבאת מפירוש ר"י כו' מיהו איכא למימר דזיקה כו' מבואר למעיין דלדברי מהר"ח קאמר דמספקא ליה בקודם שידוכין ומצדד להתיר באחר שידוכין מטעמא שכתב ר"י באחות זקוקה ע"ז כתב מוה' אביגדור דגם בהא שפיר קאמר וכדרכם ז"ל לאפושי בטעמי דליפק מלתא ברווחא אבל הדבר ברור דאע"ג דמו' חזקיה מספקא ליה מהר"א פשיטא ליה ובודאי שקיבל תשובתו וגם לא שבקינן ודאי של מהר"א משום ספיקא דמהר"ח ומכ"ש בענין זה שכתב בד"מ סימן א' והביאו הב"ש דהיכא דאיכא פלוגתא בתקנתא המיקל לא הפסיד ולמד זה מדברי הגהמ"ר אלו בשם מוה' אביגדור שכתב דר"ג לא תיקן רק משום קטטה ולא משום דררא דאיסור וא"כ בהך מלתא גופא דמהר"ח למה לא נפסוק כוותיה להתיר בכל גוונא בזה"ז שהדבר ברור שלא ייבם רק יחלוץ אף שאינה משודכת לו מכבר ואע"ג דהד"מ מיייתי מס"ח של מהר"י מינץ שמהר"י מפרי"ש כפה יבם פנוי אחד שלא לישא אשה עד שיחלוץ נראה דאין מזה ראייה שהרי מוה' חזקי' בתשובה שבהגמ"ר כתב דלעיל כתב וז"ל ועוד שמא תקנת הגאונים לא שייכה כלל במקום זיקה בעלמא ואי משום כפיה כדי לחלוץ חדא דמעשים בכל יום דלא כייפינן ומעגנין היבמה עד שמתפשרים יחד משום דאיכא מחלוקת אם כופין או לא ועוד דיש אח גדול ממנו כו' ע"ש הרי דאף שבכה"ג שהיתה משודכת מכבר נמי ס"ד דאין מניחים אותו לישא המשודכת לכופו בזה שיחלוץ לה אף שהוא כתב דלא כייפינן ומעגנין כו' מ"מ מהר"י מפרי"ז ס"ל דכה"ג שפיר כייפינן ליה דאף שעדיין אין לו אשה מ"מ עבדינן ליה הרחקה דר"ת והאי נמי שלא להניחו לישא אשה מכלל הרחקה דר"ת הוא ואף מהר"ח לא פשיטא ליה דלא כייפינן בכה"ג ולכן כתב ועוד דיש אח כו' וכן נראה מלשון מהר"י מינץ שהביא הד"מ שמהר"י מפרי"ש כפה יבם אחד פנוי כו' משמע דמטעם דרך כפיה שיחלוץ הוי עובדא ואם איתא דטעמא דהוי כנושא ב' נשים ועובר אחר"ג כמ"ש בד"מ הו"ל למימר מהר"י מפרי"ש מיחה ליבם כו' ומה ענין כפי' לכאן אלא ודאי כמ"ש ועוד נראה דודאי שייך כפי' בזה כשאינו רוצה לחלוץ דממ"נ אם אומר שאינו רוצה לייבם ולא לחלוץ פשיטא דכייפינן ליה אפילו בשוטים שלא לעגן האשה ומכ"ש דכייפינן ליה בהא שלא ישא אשה עד שיפטור זו ואם אומר שרוצה לייבם כ"ש שמוחזין בידו שלא לישא זו מטעם תקנות ר"ג שהרי בדעתו לייבם גם את זו ואפילו קודם היבום אפשר לומר דאסור לישא לכתחלה משום חר"ג בכה"ג שדעתו לייבם וכמ"ש הרמב"ם גבי יבמה שתבע' יבם לחליצה כו' ואפילו היה נשוי אפשר שישא אחרת או שתהיה לו מריבה בתוך ביתו בפני היבמה עכ"ל ולפ"ז כיון שכל עיקר תקנת הגאון משום קטטה כמש"ל א"כ אין להניח לו לישא אשה כשאינו רוצה לחלוץ שהרי גם בזה שייך קטטה אף אם לא ישא היבמה

וכמש"ל מדברי הרמב"ם וק"ו הדברים דהא התם הוא רוצה לחלוץ ואפ"ה כופין אותו מפני טענתה שיהיה לו מריבה מפני היבמה כיון שהיא זקוקה לו ולא נפטרה ממנו ואף שיאמר לאשתו זאת שאינו חפץ לקחת יבמתו רק לחלצה ומכ"ש אם בדידה תליא מלתא שהיא אינו רוצה לחלוץ ומכ"ש אם בפירש שרוצה לייבם ואף דלא שבקי' ליה מ"מ איהו טעין הכי דבכה"ג לא כייפינן ליה על החליצה כמ"ש התוספות והפוסקים מ"מ מוחין בידו שלא לישא אשה מתרי טעמי חדא דכפיה כי האי עבדינן ליה שהוא בכלל הרחקה ועוד דיש בזה חשש חר"ג כמ"ש וא"כ אתי שפיר דברי מהר"י מפריז שכפה יבם פנוי שלא לישא אשה עד שיחלוץ והיינו דוקא בכה"ג שהיבם מסרב לחלוץ אבל אם היבם הוא מרוצה לחלוץ אלא שאין הזמן גורם כגון שהוא תוך ג"ח או שלא נמצא לו שערות כגוונא דנ"ד או סיבה אחרת שהוא מעוכב מלחלוץ עכשיו גם מהר"י מיניץ מודה למוה' אביגדור דכיון דלחליצה עומדת לא שייך גזרת הגאון משום הך חזקה קליש' ועוד נראה דבלא"ה א"ש אפילו להך שיטה דס"ל דכשאין לו אשה דאין כופין לחלוץ ותאמר שאין בכלל הרחקה דר"ת שלא ישא אשה אפ"ה ניחא במה שכפה מהר"י מפריז ששלא לישא עדשיחלוץ די"ל דקאי בשיטת הר"ר אליעזר ממי"ץ שכתב המרדכי שבחליצה היה נוהג להתיר חר"ג שלא תהיה חליצה פסולה שצריכה לחזור כו' ולפ"ז כשיבם זה נושא אשה בודאי יהיה הדין נותן לכופו לחלוץ דביש לו אשה ודאי כופין ויהיה מהצורך להתיר לו חר"ג שלא יהא חליצה פסולה ולכן עיכב לכתחלה על ידו שלא לישא אשה שאל"כ תהיה אח"כ חליצה פסולה וקרוב בעיני לומר שהוא הך עובדא דמייתי בב"ש סימן קס"א בשם הט"ז שהיתה היבמה עם יבם קטן בפרי"ז והיבם גדול ס' מיל רחוק מפרי"ז ואפ"ה כפה מהר"י מיניץ את היבם קטן כו' והנה מ"ש כפה מהר"י מיניץ ט"ס לענ"ד וצ"ל מהר"י מפרי"ז כי מהר"י מיניץ לא היה מעולם בפרי"ז רק בפאדווה וכמדומה שכן ראיתי בספר אחד מביא עובדא זו בשם מהר"י מפרי"ז ולכן כפה זה הקטן שלא ישא עד שיחלוץ שאם ישא מקודם שוב תהיה חליצה פסולה ותצטרך לחזור אחר האח הגדול שאינו כאן ולא תועיל חליצה זו כלום ומוה' חזקיה ומוה' אביגדור נראה דלא חיישי להא וכמ"ש הב"ש ועיין בפירוש סדר חליצה בב"ש ס"ק מ"ו: ואיך שיהיה נראה ברור דמהר"י מיניץ בשם מהר"י מפרי"ז לענין כפיה לחלוץ מיירי היכא שאין היבם רוצה לחלוץ אבל כשהיבם מרוצה לחלוץ והאשה אינה דוחקת עליו ויש אמתלא מה שאינו חולץ עתה ומכ"ש אם האמתלא הוא מצד הדין שאין לעגנו על חנם ולבטלו מפ"ו ועיין במהרי"ק שורש ק"ו במי שטוען על אשתו טענת מום כו' ומ"ש לכופו משום ביטול פ"ו כו' ואיך נכוף אותו להוליד בני שנואה ואפשר לומר דשרי לגרש בע"כ או לישא אחרת דבמקום מצוה לא גזר אע"פ שיש לחלק כו' ועיין סימן קי"ז הרי שעלה על דעת השואל לכוף אותו להיות עם אשתו משום ביטול פ"ו ואף למאן דסבר דאף במקצת מצות יבום גזר וצריך לחלוץ מ"מ אין שום חשש בטול פ"ו ועיין בסימן א' בהגה"ה לענין ב' נשים בשעה י' שנים ובכ"ש שם ס"ק ז' לענין גירושין בע"כ ומכ"ש בזה שיש דבר ידוע שלעולם לא יבא לידי יבום למאי ניחוש לה ואפשר דאף רמ"א לא קאמר אלא היכא שהיבם ממאן לחלוץ דבכה"ג מיירי הגמ' ולכן מחלק בין משודכת כבר אבל היכא שהיבם מרוצה בחליצה אלא שאין הזמן גורם אין ספק שאין חשש כלל מחמת הזיקה וכבר האריך בזה הח"צ וכתב דלא גרע מארוסה ע"ש באורך

בשני התשובות וקצת י"ל לפי מ"ש התוספות ודעמייהו לענין המתנת ג"ח דיבמה קרובה לביאה טפי מארוסה וקצרתי כיון דאין נ"מ לדינא שהדין דין אמת דגם ביבמה אין בה משום חר"ג כיון דהאידינא בטלוהו ליבום לגמרי משום יבום דאורייתא פשיטא שאין היבמה קרובה לביאה כלל והדבר ברור שעכ"פ גם רמ"א לא קאמר אלא היכא שאפשר לו לחלוץ עכשיו ואינו חולץ ונושא אשה על היבמה הזקוקה לו שנראה כאלו רוצה להחזיק בשתייהם אבל במקום שידוע שאין מקום עכשיו לחליצה זו והוא מוכן ועומד לחלוץ כשיגיע זמנו גם הרמ"א מודי בזה ומצאתי הדבר מבואר ביש"ש דיבמות.

והב"ח והט"ז ס"ס קס"ה שכתבו בשם מוה' מנחם מענדיל מ"ץ שכתב וז"ל הרי התיר הר"ר חזקיה בשידך כבר ונראין דבריו ודוקא לכתחלה הוא דאסור לשדך משום דמכוער הדבר משום מראית עין עכ"ל והב"ח סיים בה ועיין בגוף התשובה בהגהת מרדכי דכתובות גם שם תשובות מהר"א כהן עיין באורך עכ"ל וכוונתו דשם מבואר דמתיר אף בשידך אחר שנפלה היבמה משום דאין בזה חר"ג כלל והנה לשון זה של מהר"ם מינ"ץ יש לפרשו בשני פנים שי"ל גם לאחר שנפלה היבמה אין איסור רק לשדך משום מראית העין שנראה כנושא שתי נשים אבל אם עשה מעשה ושידך כבר שרי לישא אותה או כוונתו מש"ל לכתחילה ר"ל אחר שנפלה קרינן ליה לכתחילה ואז אף אם עבר ושידך אסור לישא מפני מראית העין אף אפילו אם נפרש כן מ"מ מבואר שאין בזה רק משום דבר מכוער למראית עין והיינו בענין שיכול להחליץ עתה משא"כ בנ"ד שזו העכבה שאין מן האיש והוא רוצה לחלוץ רק משמים עכבוהו ומה שנושא זו המשודכת הכל יודעין כלה למה נכנסת לחופה ע"מ שיפטור את חברתה ויוציאנה בחליצה כשיגיע לפרק בא סימן וא"כ אין כאן מראית עין ולא דבר מכוער כלל ומכ"ש אם נאמר דדברי מהר"ם מינ"ץ אמורים ע"ד זה שאין איסור רק לשדך לכתחילה אבל אי עביד מהני דכ"ש בזה דשרי דהתם לכתחילה לאו שפיר עביד משום מראית עין ואפ"ה שרי בדיעבד ומכ"ש בזה דשידך בעודו קטן שהרי אז בודאי לא היה מעולה ליבום ולחליצה ושידכוהו על סמך שיבדקוהו אח"כ כשיגיע לכלל שנים ואז יחליץ מיד ליבמתו ולא עלה על לב כי הסימנים לא יראו החוצה בשני גדלות דהא קי"ל כחזקה דרבא דכל שהגיע לכלל שנים כו' ואף דלחליצה בעי בדיקה היינו משום דאפשר לברורי כמ"ש הרמב"ן והרשב"א בחולין ובטור אה"ע והשידוך בהיתר נעשה ואף שבתשובות אבן השוהם קרא תגר על השידוך שנעשה אף שנעשה כבר כדי שלא יקדמנו אחר כו' לענ"ד לאו מלתא הוא כיון דידע אינש בנפשיה שבודאי לא ייבם הזקוקה לעולם למה ימנע עצמו מלשדך שהרי יוכל להיות שלמחר יביא סימנים ויחלוץ לה כדת והרבה דברים התירו בשביל שלא יקדמנו אחר: ומכ"ש בזה"ז שאנו מתי מעט כו' וכמ"ש התוספות ובפרט בזה שאין כאן דררא דאיסורא כלל ועיין שם הטעמים שכתב בזה אין מחזור כלל אך גם הוא לא קאמר רק בנידון שלו שבשעת נפילת היבמה כבר היה בן י"ג שנים ולא נמצא לו סימנים דבזה איתרע לה חזקה דרבא ומ"מ חל עליה מצות יבום וחליצה דשמא נשרו ובשעה ששידך אפשר שהיה ראוי אז לחלוץ וכיון דלא חלצה ס"ל דיש למנוע אפילו מלשדך שנראה כמשדך עם אשה קודם שגירש הראשונה משא"כ בנ"ד שבשעת נפילה ליבום היה קטן שלא הגיע לכלל הנ"ל.

נראה דגם הוא מודה שנשתדך בהיתר שמובטח לכשיגיע לכלל שני גדלות שיביא סימנים ויחלוץ טרם ישא המשודכת וכיון שגם עתה רוצה לחלוץ אלא דאכתי לא אחזי לחליצה ה"ל כנשתדך כבר דשרי ומ"ש הח"צ דלא דמי לנשתדך כבר דהתם מטעם שחרם הקהלות קודם הדין עמו בזה לדחות דברי הרב השואל שרוצה לדמות זה לחילוק של מוה' חזקיה דשם אתי עלה מטעם חרם הקהלות קודם הדין עמו אבל לפי מ"ש דברי מהר"ם מ"ץ שנראה מדבריו דאין בזה משום חר"ג לכן אם נשתדכה כבר שרי אבל לא נשתדכה כבר ועתה הוא רוצה להשתדך אסור משום מראית העין א"כ שפיר ר"ל דכה"ג שנשתדך כבר כדיעבד דמי דאין לחלק בין נשתדך קודם שנפלה או אח"כ כיון דלאו מטעם חרם הקהלות אתי עלה דנשתדך כדיעבד דמי ולכתחילה אסור משום מראית העין א"כ אין חילוק דס"ס כיון דנשתדך שרי ומכ"ש בזה שנשתדך בהיתר וגם י"ל דהח"ץ שדחה דברי השואל היינו בעובדא דידיה שנפלה היבמה כשכבר היא בן י"ג שנה וחל עליו זיקת יבום וא"כ אפשר לומר דלא כל כמיני' לדחותה מעליה ע"י שיקבל חרם הקהלות בשידוכין משא"כ בזה דאף שכבר נפלה לו ליבום מ"מ האי שעתא קטן היה ולא בר חיוב מצות וכיון ששידכו אביו אזי קיבל החרם והוא שתיק כשהגדיל ממילא חל עליו החרם של הקהלות ומצות זיקת יבום בבת אחת וכיון דהוא רק זיקה קליש' לחליצה שפיר מידחי מקמי חרם הקהלות כמ"ש מהר"א שם להחזיק דברי מהר"ח בחילוק זה ע"ש ולפ"ז י"ל דהרמ"א נמי מודה בכה"ג דנ"ד שנשתדך בעודו קטן די ש להתיר כמו בנשתדך קודם שנפלה מטעמא דכתיבנא: ובאמת שצ"ע על מהר"ם מ"ץ שכתב האיסור להשתדך לכתחל' משום מראית העין וזה לא נזכר כלל בדברי מהר"ח רק מספקא ליה אי שייך חר"ג בזיקה או לא אך העיקר נלענ"ד דודאי אין מקום לומר דזיקה ככנוסה דמיא שיחול חר"ג דאטו אם נפלה יבמה לפני יבם נשוי נאמר שאם לא יחלוץ מיד הוא עובר על חר"ג למ"ד דגם ביבמה תיקן והא ליתא דמ"ש הפוסקים ביבם נשוי כופין לחלוץ לאו משום שכל זמן שאינו חולץ עובר על חר"ג מחמת הזיקה פשיטא שז"א רק משום דמיירי שהיא תובעת אותו לחלוץ ולכן אם אינו נשוי אף על גב דלא שבקינן לי' ליבם מ"מ גם לחלוץ אין כופין שהוא יכול לומר שהוא רוצה ביבום לשם מצוה משא"כ היכא שהוא נשוי שא"א ביבום כלל דאז דינו כאומר איני רוצה לא לחלוץ ולא לייבם שרוצה לעגנה דאז כופין אותו מן הדין כמבואר שם אבל כשהיא אין תובעת לחלוץ פשיטא דלא כייפינן ליה לחלוץ משום חר"ג וא"ל דכיון שהוא מתרצה להמתין בחליצה שלה לא חיישינן ז"א דלאו בריצוי דידה תליא מלתא גבי חר"ג ולא מיבעיא ריצוי דידה לא מהני שהיא השניה אלא אפילו ריצוי הראשונה לא מהני כמ"ש בד"מ והביאו הב"ש ועיין בשו"ת הר"ן סימן מ"ח דספוקי מספקא ליה בהא אם חר"ג הוא אף במקום שהיא מתרצה ע"ש.

וצ"ע על הד"מ שלא הזכיר דברי הר"ן בזה. ועכ"פ כאן ביבמה נראה דלא איכפת לן בריצוי כלל דבלא"ה הדבר פשוט שאם לא מחמת שהיבמ' אינה רוצה להתעגן ותובעת חליצה לא היה כופין אותו לחלוץ כלל וטעמא משום דודאי לא שייך בזה חר"ג ביבמה שנפלה לו ממילא וע"כ לא פליגי על בעל התרומות אלא במ"ש אפילו נשוי אין כופין לחליצה משום דשמא מותר ליבם דלא גזר ר"ג באשה שהקנו לו משמים ובזה לא ס"ל כוותיה כמ"ש מהרי"ק וטעמא משום דס"ס אם ייבם אותה אשתו הוא ויחזיק ב' נשים

ובזה גזר ר"ג אבל מכל מקום דוקא אחר שנתייבמה אבל קודם שנתייבמה אין כאן חר"ג לכולי עלמא ולפי זה היה נראה להתיר בפשיטות לישא אשה אחר שנפלה היבמה לפניו דהא ודאי עיקר תקנות ר"ג לא היה על שעת הנישואי' עצמם שהוא כמו רגע רק על קיומם לזמן דזיל בתר טעמא אי משום דבזה"ז קשה למיקם בסיפוקיהו או משום שלא יכנוס מריבה בביתו כמ"ש הר"ר אביגדור וכ"כ הר"ן בתשובה דלעיל וא"כ אין זה רק על קיום שתי נשים אבל לא על רגע דשעת נישואין וא"כ כיון דבנשואה שנפלה יבמה לפני בעלה אין מקפידין על תקנות האשה כל זמן שלא כנס היבמה אע"פ שהיא זקוקה לו ואע"פ שלא נשאה שייך קטטה כמ"ש לעיל מדברי הרמב"ם גבי תבע היבם לחלוץ וע"כ דלא חיישינן להא כל זמן שלא נשאה היבם א"כ אף לכתחילה נמי למה לא יהיה מותר לישא דהא מיד לישא ליכא חר"ג ועל רגע דשעת נישואין פשיטא דלא שייך חר"ג דכל כמה דלא כנס לה א"צ תקנה ואחר שנשאה לא גרעה מיבמה שנפלה לו אחר נישואין אם אין תובעת לחלוץ ליכא חשש משום חר"ג ולכן ס"ל למהר"מ מ"ץ דאף בהך צד ספיקא דמהר"ח לאסור מחמת זיקה להשתדך אחר שנשאה לאו חר"ג ממש הוא אלא משום מראית העין בלבד כיון שאינו פוטר היבמה ונושא אשה זו נראה כאלו רוצה להחזיק בשניהם וז"ל נלענ"ד ג"כ דעת הרמ"א שכתב החילוק בין אם משודכת לו כבר שכתב בהגהמ"ר דלכאורה לפי הטעם שכתב שם דמחמת המשודכת חל החרם הקהל שלא ישא אחרת ולכאורה זה אינו רק לפי מנהג שקיבלו עליהם חרם הקהלות בענין זה אבל אנן לדידן דלא נתפשט לנו מנהג זה ולא קבלוהו בני מדינות אלו אפילו לענין החרם שלא לחזור בו וכמ"ש הב"ש בסימן צ"א ס"ק יו"ד דלא חששו לחרם כיון דלא נזכר בשאר פוסקים וצריך לכתוב החרם בפירוש ע"ש א"כ איך סתם הדברים וכתב בפשיטות דבנשתדך כבר שרי דמה מועיל שידוך כבר אם לא נתקשרו בחרם אתי חומרא דר"ג ובטיל ליה לשידוכין דידהו ונראה דרמ"א ס"ל לעיקר הטעם השני שכתב מהר"ח שם בפירוש ר"י דקידש בהיתר אין צריך להמתין ומהר"א חיזק ראייתו דזיקה דלא קיימא ליבום לא בעי אפקעתא כולי האי ואפילו שידוכין מפקע להו שלא תאסור המשודכת קודם חליצתה של זו וס"ל לרמ"א דאפי' שידוכין בעלמא בלא חרם נמי מהני בה שלא אסרו אלא מפני מראית העין וכיון שהשידוכין קדמו להזיקה קלישא לא חששו לה וקצת צ"ע בלשון הר"א דאפשר דדוקא בשידוכין ע"י חרם קאמר דמפקיע ומ"מ בשיטת רמ"א י"ל כמ"ש דס"ל דלמאי דמייתי הר"ת מדברי הר"ח תו לא צריך להך מלתא בחרם הקהל ובהכי נתיישב לענ"ד מה שהקשה הח"צ על הרמ"א דבסימן א' נראה דמסכים להתיר בארוסה משום חר"ג ובסימן קנ"ט מחמיר לענין יבמה דהאי יבמה לא עדיפא מארוסה ע"ש באורך ולפי מ"ש י"ל דודאי בארוסה אין להחמיר כיון שאין בדעתו לכונסה רק לפוטרה כמבואר שם ואע"ג דלא פטרה עדיין אין כאן חשש מראית העין שרוצה לקיים שניהם דאל"כ הו"ל למפטר' בגיט' ז"א דדילמא העכבה ממנה שהיא אינה רוצה לקבל הגט ואפילו בארוסה אין לגרש בע"כ כמ"ש אא"ז מהר"מ מפאדווה בתשובה סימן י"ד אע"ג דס"ל דתקנת ב' נשים לא שייכה בארוסה ע"ש ואף אם נימא דלפי זה גם תקנת בע"כ אינה בארוסה ועיין בג"פ סימן קי"ט מ"מ אין ראייה במה דלא גירשה בע"כ דדילמא הוא זילתא טובא גבי' לגרש בע"כ כיון שהוא עצמה קידשה מדעתו ועכשיו יגרשנה בע"כ משא"כ ביבמה שאף אם היא אינה רוצה לחלוץ כופין אותה ואין זה

זילותא לגבי' כיון דהוא לא קדשה רק ממילא נפלה ליה ואין חפצה בה כלל ולא כל כמינה לסרב וכדאמרינן דמצי אמר כל כמה דאגודת כו' ואפילו בנשוי יכול לומר שמתירא שיהיה לו מריבה בתוך ביתו מחמת היבמה כמ"ש לעיל וא"כ מעיקרא לא היה ליה להנשא עד שיפטור היבמה כיון שהוא בידו לכופה לחליצ' ולכן לא יתלו באמתלא זו ויאמרו שבאמת הוא רוצה להחזיק בשתייהם ומכוער הדבר משום מראית העין כמ"ש מהר"מ מ"ץ ונראה שגם דעת הרב השואל בתשובת הח"צ הוא דס"ל דחילוק השני שכתב הר"ח משום שנשתדכה בהיתר הוא עיקר וכדמשמע ג"כ מסוף דברי הראב"ן שהסביר פנים לזה דזיקה דלא אלימא אפילו שידוכין מפקעה שלא תאסר המשודכת קודם חליצתה של זו ולכן ס"ל דגם שנשתדכה ברשות ב"ד מהני שידוכין אלו כיון שאין סופו לבא לידי יבום לעולם ואין מקום להשגת הח"צ שכתב דהתם תליא מלתא אם חרם השידוכין קדמו דז"א דלחילוק הב' לא תליא מילתא בחרם השידוכין דאפילו בלא חרם נמי וכדמשמע מהרמ"א רק בעשה בהיתר תליא מילתא ולפי לשון השאלה בח"צ שנעשה השידוך בעודו קטן שהוא כעובדא דידן ממש כבר כתבתי שהיה מותר לשדך בלי פקפוק אך בלשון השאלה ראיתי באבן השוהם מבואר שכבר היה בן י"ג שנים ולכך תלה הדבר לפי שנעשה ברשות ב"ד ובאמת שצ"ע על שינוי השאלה שהרי אותו הנדון עצמו שאל בעהמ"ח אבן השוהם להח"צ כמבואר שם בדברי בן המחבר ע"ש וקצאתי דעכ"פ בנידון שלנו שהשידוך נעשה בהיתר וגם התקשרות נעשה בחרם נראה פשוט דלכולהו טעמי שרי כמ"ש ל באורך ומכ"ש לפי מ"ש דאין כאן דררא דאיסור' כלל רק משום מראי' העין כיון שבידו לחלוץ מיד ואינו חולץ לה שנראה כרוצה להחזיק גם את זו וליבמה אבל היכא שאין בידו לחלוץ מיד כלל ליכא חשש זה ושרינן ליה לישא המשודכת לו בקטנותו: ומ"ש בשו"ת אבן השוהם משום ביטול מצות יבמין כבר דחה שם דדוקא היכא שתפטור גם מחליצה והדברים פשוטין למעיין בש"ס ולכן מה שרוצה לומר דזהו טעם מהר"י מינץ משום דס"ל דאפילו אם מצות יבום קודם גזר ר"ג ביבמה וא"כ איכא ביטול מ"י משא"כ אנן לא ס"ל הכי א"כ שרי ממ"נ ע"ש שדפח"ח אבל לעיקרא דמלתא האמת כמ"ש תחלה דלא שייך בכי הא ביטול מ"י ופשיטא שא"ל כן דפשיטא דאף אי מ"י קודם למ"ח אם אינ' רוצה ליבם אלא לחלוץ אין בזה איסור משום ביטול מ"י כלל וא"כ מה לי שחולץ עכשיו או שיעשה מעשה שיצטרך לחלוץ ומ"ש שם דאם ישא אח"כ ח"ה דחה שם ג"כ וכבר כתבתי לעיל בזה בנ"ד אין כאן בית מיחוש וע"ש שסיים בה בנ"ד שא"א לו לחלוץ שהוי מצוה לא משהינן מצוה מן המובחר לישא כשהוא בן י"ג שנים שלימות והוא פשוט דלית דין ולית דיין שיפקפק ע"ז עכ"ל וכ"כ בשו"ת ח"צ ושם האריך דלמאי דפשיטא ליה להרמ"א דבארוסה לא החרימ' ר"ג א"כ יבמה לא גרע מארוסה ותמה על הרמ"א שלא שת לבו לדברי מהרי"ל סימן ק"א ותשובת מיימוני סימן ל"ד ע"ש בסוף התשובה שכתב שנעלם זה מהרמ"א ע"ש ואני אומר לא כן אבי שהרי בשו"ת סימן קנ"ד הביא דברי תשובת מיימוני אלו וכתב מכאן משמע דבמורדת אפי' ארוסה אנו מתירין לו לישא אחרת עיין לעיל סימן א' וסימן ע"ז מדין זה ובד"מ סימן א' כתב דר"ג לא גזר על ארוסה וכדברי מהרי"ק דלעיל ועיין בשו"ת מהרי"ק סימן ע"ד וצ"ו מדין זה (בדפוס ד"כ שבד"מ כתב מהרי"ל וכתב שלא מצא רק בתשובה סימן ק"א מיקל בגוונא דאיירי שם עכ"ל ולענ"ד ליתא אלא צ"ל ועיין בתשובת מהרי"ק שהבאתי

בסימן ע"ז ועיין בסימן ע"ו בדין זה ור"ל דשם בסימן ע"ז מביא מתשובת מהרי"ק סימן פ"ג שכתב אבל ארוסה שמרדה בבעלה כו' אז יתירו לו והם דברי מהרי"ק שהביא בתשובת שבות יעקב ובח"צ שם ולא הי' נעלם מהרמ"א) ולקמן סימן קנ"ד דמשמע בתשובה שכתבתי שם (ר"ל הם תשובות מיימוני) דאף בארוסה יש להחמיר ע"ש.

ונ"ל דהמיקל וסומך על דברי המתירין לא הפסיד שהרי כתבתי לעיל שלא גזר משום חשש איסור דאו' ואינה אלא תקנה בעלמא ובשל סופרים הלך אחר המיקל כ"ש בתקנה בעלמא עכ"ל הרי מבואר שלא נעלם מהרמ"א הך תשובות מיימוני ומהרי"ק סימן מ"ג ואפ"ה פסק להקל ולכך לא חייש להביא דברי מהרי"ל שנוטין לומר דאף בארוס' תיקן ר"ג וכבר כתבתי שמהח"צ נראה שלא היה לפניו הד"מ על אה"ע ועיין שם מה שמשיג על השבות יעקב דמהרי"ל קדם למהרי"ק ומה שרצה בש"י ח"ב לחתור היבשה ליתא והאמת כהח"צ דמהרי"ל קדם ומזכירו בתוך תשובותיו כמה פעמים ע"ש סימן קט"ז זכורני כשהייתי תינוק שהיה אבא מורי כו' ודר שם רב אחד גדול בתורה והוה גריס וסבר טובא מוהר"ר יעקב לוי ז"ל ולפי דעתי הוא מהרי"ל המפורסם וכן בסימן קצ"ד בשאלה שם כתב ע"פ פסק הגאון מהר"י מרפריק ז"ל והוא בעל תה"ד שהי' תלמידו של מהרי"ל.

בתשובת הח"צ ז"ל. ואמנם אף לפי מה שהעלה הח"צ דר"ג גזר בארוסה נלענ"ד דיש מקום להקל לכנוס אף שנפלה לו יבמה דיבמה בזה"ז קיל טפי מארוסה דבארוסה דגזר שלא ישא אחרת שלא יעגנה ויצטרך לכונסה או לפוטרה מדעתה כדת הנשים משא"כ בזה"ז כיון דלעולם לא תבא לידי נישואין כלל לא שייך הך טעמא (ועיין בח"צ שכתב טעמא כדי שלא למעט עונתה של זו ודבריו צ"ע דוודאי אסור לכונסה שאז יחול עליו חר"ג ובעוד שלא כנסה מה מיעוט עונה שייך בה) דאי משום כדי לכופו שיחלוץ לה אין זה ענין לתקנת ר"ג ותקנתו שלא לישא ב' נשים וכבר כתבתי לעיל שאם על צד כפיה ודאי שיכולין לעשות על דרך הרחקה שכתב ר"ת ובראיות הח"צ שם יש לי לישא וליתן אך אחר שגוף הדין קרב המתיר כמצותו שלא לעגן האישה הזה כלל אי מטעם הגאונים הנ"ל ואי מטעמא דידי אשר לענ"ד פתח ההיתר הוא רחב כפתחו של אולם וכבר הבאתי דברי הד"מ שאף בפלוגת דרבנות הענין הזה הסומך על המיקל לא הפסיד כו' ובזה המחמיר אתי לידי פסידא דמבטל ליה מפ"ו וגם שע"י יפסק הקשר ומי יודע אם לעת כזאת יגיע לזווג עצמו להגון לו והמחמיר בזה אינו אלא מן המתמיהין אך נלענ"ד שמ"מ ראוי לב"ד שקודם שיבוא לידי נישואין יפשרו בין היבם והיבמה בעסק החליצה שלא יהיה שום דבר חוצץ ביניהם וגם יתן ערבון כפי הנראה לב"ד באופן שתיכף שיבואו הסימנים שיהא ראוי לחליצה יחלוץ לה מיד בלי שום עיכוב ואיסור בעולם וכן נראה מהח"צ מדמדמי לנשתתית ושם נוהגין להשליש גט וכתובה וגם באבן השוהם בעובדא דידי' כתב יתפשרו ביניהם בעסק החליצה: וגם יש צד היתר בזה כשהענין הוא ברצון האשה שהרי אף באשה גמורה כתב הר"ן בתשובה סימן מ"ח שיש מקום לומר שאין חר"ג כשהוא מרצונה ואף שהד"מ כתב שלא ראה נוהגין אף ע"י רצונה מ"מ ביבמה נראה דודאי יש צד היתר בזה אך כל זה לרווחא דמלתא שאם האשה תקשה ערפה שלא לפשר כפי אשר יראה לב"ד מחמת שנפשה יודעת שהוא רוצה להקדים ליום הכניס' ותתן עיניה בממון יוכלו הב"ד להתיר לו אף בלי רצונה כי הנך טעמי דהתירא הם

מספיקים אף בל"ז אך לרווחא דמלתא יש לעשות כמ"ש ושלום על דייני ישראל: דברי זעירא מן חברייה.

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה קמד לה"ה הרב וכו' מו"ה יוסף אבד"ק בערזאן מה שהקשה מכ"ת בתוספות דסוטה דף כ"ג ד"ה כל הנשואות שכוונת תירוצם קשה להולמו. נלענ"ד דא"ש ומתחלה אבאר שנראה מדברי התוס' דדוקא אמנחת נדבה קשיא להו אבל במנחת סוטה אתי להו שפיר לכ"ע שיש לבעל שותפות בו כיון שהוא המביא המנחה עליה וכן אי אמרינן דאליבא דר"י היא מביא על אשתו גם מנחת נדבה א"ש דאתי כר"י דהבעל מביא מנחת נדב' עליה ואז שפיר יש לו חלק בו ולפ"ז צ"ל אע"ג דמ"מ המנח' היא קדושה לשמים מ"מ כיון שהוא הנותן המנחה משלו אף ע"פ שהיא מתכפרת בו ה"ל כאילו יש לו חלק בהקרבה זו אבל כאן כיון דאפ"י לר"י אין לבעל שום זכות בהבאה זו והאשה צריכה להביא ולהקריב משלה היא מקרבת והיא מתכפרת ומה חלק יש לבעל בזה וע"ז כתבו לתרץ דהחלק הוא דמה שקנתה אשה קנה בעלה כדדייק בנזיר כו' ר"ל דהכא מיירי כדס"ד התם דלא מיירי שמקרבת המנחה ממה שקמצה או ממה שניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות אלא דאקני לה סתם בעלה או אחר להקריב מנחה ואותו זכות שיש לה להאשה בהקרבת המנחה זו קנה בעלה והוי כאילו הוא שותף בהקרבה כיון שהזכות שיש לאשה זו להקריב ע"ג המזבח אותו הזכות הוא קונה ג"כ ואע"פ שהמנחה קדושה לגבוה מ"מ זכה במה שזכתה היא בה כיון שאינה מקרבת משלה ממש ממה שקמצה או ממה שניתן לה ע"מ וכו' דאז בעלה כאחר דמי אבל כשניתן בסתם אע"פ שניתן לצורך הקרבה מ"מ לא נפקע זכותו ממנחה זו והתם בנזיר שפיר מדייק הש"ס איהי מנא לה מה שקנתה אשה קנה בעלה דאי אקני לה לצורך הקרבת מנח' א"כ היינו רישא דתצא ותרע' בעדר דמידי דלא צריכ' לא אקני לה והא לא צריכ' כיון שהפר לה ובטלה ההקנאה ולכך הוצרך לאוקמי בקמצה או שניתן לה ע"מ כו' דאז היא שלה ממש אבל כאן בסוטה כיון דבאמת היא צריכה למנחה זו להקרב' שפיר מהני הקנא' בסתם להקריב מנח' זו והבעל יש לו זכות בהקרב' זו דמחמת מה שקנת' כו' אמרינן דכל זכות שתבא ליד' אית ליה גם כן זכיה בגויי' וזה ברור בכוונת התוספות: ומילתא אגב אורחא אמינא שמה שהקשו התוספות בסוטה דף ו' ע"ב ד"ה כי קדוש דכיון דהוא היה מביא מנחתו עלי' אמאי נשרפת מ"ש מהא דאשה שנדר' בנזיר כו' אם משלו תצא ותרעה בעדר כו' ע"ש ולענ"ד אין הנדון דומה לראיה דהתם בהקנאת הבעל תליא מלתא ודלא צריכא לא אקני לה ואין כאן הקדש כלל מה שאין כן מנחת סוטה לאו בדידיה תליא אלא רחמנא חייביה שהוא יקריב המנחה עליה וכיון דהמים בודקין אף דאיכא עדים בעולם שפיר חלה קדושה על המנחה ממילא ולכך אם באו עדים אח"כ נשרפת שאין קדושת המנחה תלוי בהקנאת הבעל כלל אבל אם נימא דאין המים בודקים שפיר פריך תיגלי מלתא למפרע דקדושה בטעות הוא דהא קמי שמיא גליא שיש עדים בעולם ולא ליבדק עומדת ואינה ראויה כלל ואינה קדושה מאליה וע"ש בתוספות מ"ש לחלק בין האי זכריות גבי אשם תלוי משום דלבו נוקפו גמר ומקדיש משא"כ כאן.

משמע מדבריהם דאי הוי גמר ומקדיש שפיר היתה נשרפת וזה שלא כדברי רש"י ז"ל שכתב דהמנחה לא היה ראוי לכלי ואין כלי שרת מקדשין אלא בראוי כו' ולפ"ד רש"י

אף ע"ג דהבעל גמר ומקדיש לא מהני: ובזה א"ש מ"ש התוספות דף כ"ב ד"ה שבעלה בא עליה בדרך תימא לר"י אמאי נשרפת כו' דהמנחה לא היה ראוי לכלי ואין כלי שרת מקדשין אלא בראוי כו' ולכאורה לשון זה אך למותר ולפמ"ש י"ל דבדיוק נקטי הכא לשון רש"י דלפי שיטתם דלעיל לק"מ דנהי דהמנחה מצד עצמה לא קדשה כיון דקמי שמיא גליא שלא יבדקו המים מחמת שבעלה בא עליה מ"מ כיון שהבעל הוא יודע בנפשו שבא עליה ואפ"ה מביאה להשקותה ומביא המנח' הרי שגמר והקדיש ול"ק להו אלא לפי שיטות רש"י דאין קדוש לפי שכלי שרת אין מקדשין אלא בראוי אבל לשיטות התוספ' א"ש וכדכתיבנא ובזה יש ליישב מה שהקשה המ"ל פ"ב מהל' סוטה ה"ה דלהרמב"ם למה נקט בעלה בא עליה בדרך ה"ל למינקט שבא ביאה אסורה ולפמ"ש א"ש דבכה"ג אין המנחה נשרפת כלל כיון דהבעל לא ידע מזה אמרינן תיגלי מלתא למפרע.

אך בריש פרק ארוסה דנקט האי לישנא לענין כתובה צריך ליישב כמ"ש המ"ל שוב ראיתי בתוס' י"ט כתב לתרץ קושית התוספות דסוטה ד"ו קצת באופן אחר ממ"ש ומ"ש הוא נכון לפע"ד: ומ"ש מעכ"ת להקשות על הרמב"ם בהלכות סוטה שכתב ש"ז ולא דרך איברים דהא למ"ד ה"ע ממעט נשיקה ושוב כתב שמצא במ"ל שהרגיש בזה.

ולענ"ד לק"מ שהרי התוספ' שם כתבו תימא דאיפכא מסתברא אלא למ"ד ה"ע בשאר עריות אבל נשיקה לא הכא מאי איצטריך קרא עכ"ל ור"ל דודאי להך מ"ד ליכא עדיפות לנשיקה מזדך איברים כיון דאיתתא לא מיתסרא לבעלה בהכי כמו בדרך איברים ורש"י מתרץ בלשונו הצח שכתב היינו דאיצטריך קרא למעוטי דלא תימא העראה היא עכ"ל ור"ל דמהך קרא גופא יליף הך מ"ד דנשיקה לאו הערא' היא וממילא שהוא דרך איברים וא"כ כיון שהרמב"ם בהל' א"ב כבר אשמועינן הך דינא דאין איסור בעריות כ"א בהכנסת עטרה דווקא ממילא דכל שאין שם ה"ע היינו דרך איברים דלא הוי רק פריצות בעלמא כשאר דרך איברים: ומצאתי בפ"ה המשנה להרמב"ם ביבמות בפ' הבע"י שכתב וז"ל והעראה היא הכנסת עטר' ומפגיעת העטר' היא נקראת נשיקה עד הכנסת עטרה כולה אמנם הוא שמוש דרך איברים כו' עכ"ל מבואר להדיא כמ"ש דגם לנשיק' קרו שמוש דרך איברים כיון שאינו בכלל העראה.

ונפלאתי על המ"ל דריש הלכות סוטה שכתב דבגמרא מוכח דאף אליבא דאביי קי"ל דנשיקה לאו כלום הוא איצטריך קרא למעוטי נשיק' אף דאין אשה נאסרה וא"כ איצטריך קרא למעט פחות מבן ט' דומיא דנשיק' ודרך איברים ובאמת ז"א לפמ"ש"ל מדברי רש"י בסוטה שפירש דקרא ממעט דלא תימא נשיק' העראה היא ונאסרת על בעלה קמ"ל דלא: ובהכי א"ש דברי רש"י ביבמות ד"ה הניחא וא"צ למחוק דלא מתסרא לבעלה וכצ"ל שפיר קאמרת דלא מתסרא לבעל' ולא קנוי הוא ע"ש.

גם מה שהקשה המ"ל שם על התוספות ר"פ ארוסה דמה יענו להא דפרט שקינא לה ד"א. לענ"ד לק"מ דהשתא דקמ"ל קרא דפרט לד"א ולא משגחינן בקפידות הבעל כ"א בדבר שנאסרת עליו וכדאיתא במשנה שהביאו התוספ' שם ממילא לא איצטריך קרא לשומרת יבם ובלא"ה נלע"ד דדרך איברים שאני שהיא קרוב למעשה הזנות ולוקה עלי' כמ"ש הרמב"ם בס' המצו' שזה מפעולות המעמיקים בזימה כו' ולכן שפיר ס"ד כיון

דאם זינתה ממש אסירא ליה ופעולות אלו קרובים אלי' וחייב מלקות והבעל קפיד עליה שפיר מועיל הקינוי בזה משא"כ בשומרת יבם דהזנות גופי' לא אסר עליה אין מקום לקינוי לחול כלל אף לענין הפסד כתובה ועוד י"ל דקרא ודאי לא מיירי לענין הפסד כתובה דלא מיירי מינה רק לענין איסור ושפיר קשיא להו להתוס' דלמה צריך קרא למעוטי.

וראיתי בס' שעה"מ פרק כ"א מהא"ב שהקשה אהא דאמרינן גבי אחות אשה דנית עשה ונדחה לל"ת דנימא בעידנא דמעיקרא לאו דהיינו נשיקה דמחייב מלקות משום לא תקרבו כו' לא מקיים העשה כו' ע"ש ולענ"ד לק"מ דמלקות דלא תקרבו לגלות ערו' היינו על דברים המביאים לידי גילוי עריות וזה דוקא במקום שהביאה אסורה משא"כ כאן דאיכא עשה על הביא' ודחי ללאו ממילא אין בקריבה זו דברים המביאים לידי גילוי ערו' ומעיקרא אין כאן לאו על הנשיק' כלל וזה ברור: והלום ראיתי בתוספ' יבמות ד"ה לשקינא לה וז"ל וא"ת אפילו אמר לה אל תסתרי סתם הוי קינוי וא"כ מה בכך אם הזכיר ד"א כיון דא"ל נמי אל תסתרי וי"ל דה"פ שקינא לה ד"א שא"ל איני חושדך אלא ד"א וכן שלא כדרכה.

אבל האשר"י כ' סד"א בקפידא כו' קמ"ל דלא גרע טפי מאילו אמר אל תסתרי סתם דנעשה כאילו א"ל איני חושדך אלא ד"א עכ"ל ונ"ל שתיבת דלא ט"ס וצ"ל דהא גרע והמ"ל הביא דברי התוספ' ולא הזכיר מדברי הרא"ש שחולק על התוספות וסובר דאפילו בסתם נעשה כאומר. והנה לדברי התוספות והרא"ש א"ש הא דקאמר סד"א בקפיד' ר"ל דהא עכ"פ קפיד הבעל אסתיר' וממילא חיישינן שמא זינתה ממש בסתירה זו ומשקין אותה ע"י קינוי זה קמ"ל דכה"ג לאו קינוי הוא אבל אי ידעינן דלא זינתה כלל בסתירה זו פשיטא דלא נאסרה דפריצותא בעלמא הוא ולא צריך קרא ע"ז.

אבל הרמב"ם נראה דמפרש דהקינוי הוא בסתם אל תסתרי עם פלוני רק שהזנות הי' דרך אברים וקמ"ל קרא דש"ז דשריא ולדידי צ"ל דה"ק סד"א כיון דקפיד אסתירה והיא נסתרה אע"פ שלא נטמא' ממש אלא ד"א לבד קמ"ל קרא דש"ז דד"א לא נאסרה וזה מבואר מלשונו ספ"ג שכתב אשה שזינתה באונס או בשגגה או שבא עלי' זה שקינא לה עצמו ד"א אין המים בודקין אותה מבואר כמ"ש דהקינוי היא בסתם והביא' הי' ד"א וכדמסיים נמי שם פרט לבא עלי' דרך איברים ולהתוס' והרא"ש הוא להיפוך שהקינוי הי' ד"א אע"פ שאפשר שהיא זנות ממש אין המים בודקין דהקינוי לאו כלום הוא ולישנא דהש"ס דקאמר לשקינ' לה ד"א משמע כמ"ש התוס' ולישנא דקרא דממעט ד"א מדכתיב ושכב איש אותה ש"ז משמע דאביאה גופא ממעט ליה כהרמב"ם.

וראיתי במ"ל שם שכתב אחר דברי התוספות ולפ"ז אני תמו' על רבינו דהא הי' לו ללמדינו דין זה בתחלת הלכות אלו כו'. מבואר דס"ל דגם הרמב"ם מפרש כפירוש התוס' ולענ"ד הוא תמוה.

שנראה בעליל שהרמב"ם מפרש להיפך מדברי התו' וכדכתיבנא: ומ"ש על דברי השואל בתשובת הרשב"א אם הודה החשוד כו' דאין מע"ר דהא הטעם משום קרוב וקרוב נאמן בע"ס לק"מ דאי לא פלגינן דבורא לא נאמינהו דא"כ כ"א לתפוס כל הדבור בשלימות וכיון שזה שהודה כשר לכל עדות שבתורה דאין אדם נפסל ע"פ עצמו דאין מע"ר וכיון

שכן כמו שאין נאמן לעשות עצמו רשע ולפסול א"ע כמו כן אינו נאמן בזה שהאשה זינתה עמו וזה ג"כ שאמר לרצונו רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד ובודאי גם ר"י מודה שאינו נפסל ע"פ עצמו וכשר לכל עדות שבתורה אלא שעל עדות זה עצמו א"א לנו לקחת מקצת מה שמועיל לגבי אחרים ולהניח המקצת מה שמעיד על עצמו ואם נאמר דלא נעשה רשע ופסול על עצמו א"כ גם בטל מה שמעיד על האשה ואם אנו באים לדין ע"פ עדות זה אנו צריכין לקבל העדות בשלימות וא"כ ממילא דהו"ל רשע ופסול וזה ג"כ כוונת השואל אלא שקיצר ודבר זה מבואר ג"כ ביבמות דף ק"ה דלר"י דסבר לא פלגינן דבוריה פסול לעדות אשה האומר הרגתיו אע"ג דכל הקרובים כשרים לעדות אשה מ"מ אין זה מועיל כאן דהא לענין שיהא דינו כרשע ופסול לא מקבלינן סהדותיה וממילא דכל העדות בטל ואם תתפוס בעדות זה להקל מטעם קרוב נאמן א"כ נאמן ע"ז שהוא רשע ג"כ שא"א לחלק הדברים והדר דינא דרשע פסול לעדות ועיין בשו"ת נ"ב חלק אהע"ז סימן ע"ב שרוצ' ליישב דברי הרשב"א בזה והוא תמוה מהסוגיא וכבר כתבתי זה להגאון ז"ל בחייו ועשה סניגורית לדבריו בדוחק.

אבל קושטא דמלתא כדכתיבנא: ומ"ש על דברי המ"ל פ"ב מהל' א"ב מ"ש דברורים של דבריו דעובר על דא חוששין שמא זינתה וכשהוא רוצה לברר נוטלת כתובתה דתיקשי ממתני' ד"ה נשים נאמנות להשקא' ולא לכתובה וכן בההיא דמתו בעליהן כו' דאי כגבוי דמי נוטלת ואמאי הא הוי עוברת ע"ד והתורה עיכבתה מלשתות עכ"ד הנה לדברי מעכ"ת עדיפא מינה ה"ל לאקשו'י דהא הלכתא כב"ה.

דלא שותות ולא נוטלת כתובה וא"כ אמאי בה' נשים נוטלת כתובה ול"ל למכ"ת לאקשו'י מחמת עוברת ע"ד שרבנן עשהו ס', טפי הו"ל לאקשו'י הא יש כאן ס' סוטה דאורייתא ולב"ה בכה"ג לא נוטלת ומצאתי בס' ב"מ שהקשה כן והאריך: ולענ"ד לק"מ דלענין כתובה שבאו נשים אלו להפסידה ממון כיון דחשדינן להו דמשקרי שפיר נוטלת כתוב' ודוקא במתו בעליהן כו' כיון דעכ"פ היא גרמה שנכנסה לבית הספק ונסתרה אף שאמרה הביאו לי בעלי ואשתה אפ"ה ס"ל לב"ה כיון דלאו אינה נוטלת משום שהסיבה שאירעה גרמה שא"א להשקות' משא"כ בה' נשים דהיא טוענת ברי ורוצה לשתות ומה לה בכך שאנו חוששין לנשים היא אומרת דשקראין הן ומשום שנאה עבדו ואדרבה אם נרצה שתפסיד כתוב' ממילא שאין לנו להאמין כלל אף לענין השקאה דחשדינן למשקרי ואף שהתור' האמינ' לכל עד שיש בה והנך נשים בכלל היינו דוקא היכא שאין לחוש רק למשקרי' באיסור אבל הכא שיש לחוש שמשקרי להפסידה ממון בזה לא האמינה תורה ומה שהקשה מהא דמתו בעליהן פשיטא דלק"מ דודאי אי כגבוי דמי שפיר נוטלת כתובתה דהא לא עדיף ס' עוברת ע"ד מס' סוטה דהיא ס' זנות דאורייתא ונוטלת כתובה ואין להאריך.

ועיין בתוס' יבמות דף ל"ח שכתבו בשם ר"י לחלק בין הך דמתו בעליהן ובין הך דארוסה ושומרת יבם דשם הוא נתנה כו' והוא בחילוף הירושלמי ואח"כ כתבו ועוד דארוס' אין לחושב' כעוברת ע"ד כיון שא"א לה שתבדוק עכ"ל ונראה שט"ס וצ"ל יש לחשבה כו' ומחלקים בין אפשר לה שתבדוק אז לאו עוברת ע"ד היא וצ"ע על המ"ל שלא הזכיר מדברי התוספות.

שוב מצאתיבס' כתובה סימן קט"ו שהרגיש בזה על המ"ל ומחמת הנחיצ' אקצר וד' חסד נוצר. שלומו לא יבצר.

דברי מחו' הדורש באהבה: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה קמה שנית בענין הנ"ל לרב הנ"ל מה שכתב על זה שתירצתי קושית התוספ' בסוטה דף ו' דלפי תירץ הא' בש"ס דנזיר מקשים התוספ' שפיר דגם בסוטה אף דמשועבד לה מ"מ היכא דלבסוף א"צ להביא אינו קדוש לענ' לק"מ דהתם מיירי שהיא לקחה בהמה משלו בלא דעתו והקדוש' מחמת דמשועבד לה וכיון דבאמת לא צריכא בטל השעבוד מעיקרא והוי כהקדישה דבר שאינו שלו משא"כ בסוטה דהתורה חייבתו להבעל להביא המנחה והיא כתורה עשתה והביא' המנח' ובההיא שעתא שפיר קלטה לה קדושה דמי יימר שיבואו עדים טרם שתשתה ואף דעתה באו עדים וא"צ עוד לא בטלה קדושת' בשביל זה אבל התם שהשעבוד הי' בתנאי כתובה כשתצטרך להקריב וכל שבאמת אינה צריכה להקריב מעיקרא לא אשתעבד והפרשת' לא כלום הוא ומה לי שהקנה לה שאם תצטרך לכפרה תקח מבהמותיו או שכך נשתעבד לה בכתובתה והנך לישנא תרווייהו כהדדי נינהו רק דמעיקרא ס"ד דשעבוד דתנאי כתוב' עדיף ע"ש: ומ"ש על מ"ש דרש"י ותוס' פליגי שז"א דגם רש"י סובר דהוי הקדש טעות ויוצא בלי פדיון ימחול מכ"ת לענין במכתבי שכתבתי דלרש"י אע"ג דהבעל גמר ומקדיש לא מהני משום דהכלי אינו מקדש ע"ש ורש"י ודאי מודה להתוספות בהא דהיכא דאיכא למימר תיגלי למפרע אף פדיון א"צ דגם קדושת הפה הי' בטעות רק במה דס"ל להתוספות בקדושת פה לחוד סגי היכא דאמר ומקדיש בזה סובר רש"י דלא סגי בהכי לחוד אלא אע"פ כן יוצא לחולין ע"י פדיון עכ"פ כיון דהכלי אינו מקדש רק הראוי לו אבל בהא דקדושת הפה בטעות לאו קדושה לא פליגי וזה מבואר בכריתות דף כ"ד דמיייתי מהא דסוטה הווינו עדין תצא לחולין לפלוגתא דר"י ור"א דמר מדמי עדי אשם תלוי שהווינו למנחת קנאות ואידך מנחת קנאות לאו לכפרה אלא לברר עון קאתי כו' והתם קדושה מאליה אין כאן כיון דקמי שמיא גליא דסהדי שיקרא נינהו והלכך אין כאן קדושת כלי וגם קדושת פה אין כאן לאצריכ' פדיון עכ"פ דקדושה בטעות הוא כיון דלברר עון קאתיא לא גמר ומקדיש וזה לשיטת רש"י אבל מהתוספות משמע דבגמר ומקדיש לחוד תליא מילתא דאל"כ איך רצו לדמות כאן להא דאשם תלוי עד שהוצרכו לחלק דהתם גמר ומקדיש תיפוק לי' דאפילו אם כאן נמי גמר ומקדיש מ"מ לא היתה נשרפת אלא יוצא לחולין ע"י פדיון עכ"פ דאין כאן קדושת כלי דאין מקדיש אלא בראוי לו והאיר ד' את עיני ומצאתי בירושלמי דסוטה פ"ג הלכ' ג' תני ר"ח עד שהוא בדרך מנחתה הוא קדושה אמר ר"י בר בון מתניתא אמרה כן שבעלה בא עליה בדרך.

ונראה שר"ל דקשיא ליה קושיית התוספות דבכה"ג למה נשרפת נימא תיגלי מילתא למפרע ולזה קאמר דמינה מוכח דעד שהוא בדרך מנחתה קדוש' ולפי"ז שפיר משכחת לה שכבר הפריש מנחת' קודם שבא עליה ולא שייך תיגלי מילתא כלל וא"צ למ"ש בקונטרסי הראשון דלא שייך תיגלי מילתא שמאל' קדושה דבלא"ה א"ש כגון שקידש' קודם שבא עלי' ועכ"פ מוכח מהירושלמי דלאו בקדושת כלי תליא מילתא דאפי' עדיין לא קדשה בכלי מנחתה נשרפת אלא דהא גופא צריך תלמוד דלמה יגרע מנחה זו משאר מנחות דעד שלא קדש בכלי יפדו: ומצאתי בקרבן העדה שכתב לחלק דנטמאת שאני

שעדיין צריכין למנחה משא"כ בזה שא"צ לה עוד ולענ"ד יש לחלק ג"כ דהתם שנטמאה
הוי פסול בגופה של מנחה וניכר וידוע לכל אבל הכא אין הפסול בגוף המנחה תשרף
מדרבנן שמא יאמרו מנחה טהורה יוצאת לחולין ע"י פדיון אלא דמש"ס דידן דפריך על
רב ששת מהא דשבאו לה עדים כו' תיגלי מילתא למפרע כו' לא משמע הכי ואף די"ל
דהמקשה סובר דמדאורייתא היא מ"מ ר"פ דמשני מדרבנן גזירה שמא יאמרו מוציאין
מכלי שרת כו'.

ל"ל הא דאפילו בלא קדושת כלי איכא למיגזר אלא ע"כ דאין חילוק דאף בלא אירע
הפסול בגופה של מנחה נמי תצא לחולין ע"י פדיון קודם קדושת כלי ולא יתלו שמנחה
טהורה דמסתמא ידעו שבאו עדים שהיא טמאה וכיוצא בזה ומה שאמרו שם עדי' זוממים
קלא אית להו היינו דבזה ידוע לכל שהקדש טעות הוא למפרע משא"כ בבאו עדים שהיא
טמאה וכיוצא בזה אף שהעולם ידעו מזה וסברו שהפסול הוא מכאן ולהבא ולא למפרע
וזה נראה מל' רש"י שכתב קלא אית להו הכל יודעין שהקדיש' טעות ור"ל אבל בהנך
אף שעכ"פ ידעו דהקדישה בכדי לא פקעה מ"מ יסברו שאין כאן פסול למפר'.

ועדיין צ"ע בענין זה ואין הפנאי מסכי' עמדי לברר הכל כראוי: ובמ"ש ליישב קושית
המ"ל על הרמב"ם דלמה לא נקט במתני' בא עליה ביאה אסורה שכתבתי ליישב משום
דכאן לא ידע הבעל וע"ז תמה מכ"ת. האמת אגיד שגם בעיני יפלא כי כעת איני זוכר
מה שעלה על לבי בזה ואפשר שמחמת הנחיצה ואגב שיטפא רהיט ליה קן קולמסא.

אך כי היכא דלא להוי כחלמא דלא מפשר ואגרתא דלא מיקריא והדבר יצא מפי לא
ישוב ריקם ונתיישבתי קצת לתקן הדברים שיהו קיימין ומתחלה אבאר דודאי הא דקתני
ושבעלה בא עליה בדרך המנחה נשרפת לא מפי הבעל אנו קיימין שאומר כן דלאו כל
כמיני' למשוי נפשי' רשיעא ואף אם אומר ששוגג היה מ"מ הא בא עלי בדרך לא שכיח
כמ"ש התוספות ולא כל הימנו לשרוף קדשים על פיו ואין לומר דכיון שהוא אומר שבא
עליה בדרך מהמנינן ליה דלא יהא אלא בעל' אינה רוצה להשקותה דמנחתה נשרפת
דז"א דהיא גופא ק' דלמה נקט כלל שבא עליה בדרך ואף ע"פ כן רוצה להשקותה כו'
דהא היא בכלל שבעלה אינו רוצה להשקותה ודוחק לומר שבא עליה דכיון דדינא הוא
שאין להשקותה אמירתו דהאי שרוצה מידי משש' אית ביה א"ו דמיירי שכבר שתתה
וכרבנן דר"ש דס"ל משק' ואח"כ מקריבה וקמ"ל דכיון שאין המים בודקין מנחת'
נשרפת וא"כ פשיטא שאין לנו לסמוך על הבעל שאומר שבא עלי' ולשרוף את המנחה
אע"כ מיירי שנתברר לפנינו שכן הוא: אך אכתי קשה לפמ"ש המ"ל הא דסמכינן
להתירה לבעלה ע"י שתי' ולא חיישינן שמא הא דלא בדקוה המים משום דהבעל אינו
מנוקה מעון משום דע"כ מוכח דעכ"פ לא ידע בשעת השקאה מזה דאל"כ לא הוי משקה
אותה בחנם ע"ש באורך ולפ"ז אכתי תיקשי דמנא ידעינן דידע הבעל בשעת השקאה
ואף שהוא אומר שידע מה יושיענו זה דהא אומדנא דמוכח שאומר שקר דהא ע"פ
אומדנא זו מתירין אותה ע"י שתיה וגם בבאו עדים שהיא טמאה אמרינן דס"ד סהדי
שקרי נינהו ולא אמרינן דשמא הבעל אינו מנוקה מעון משום אומדנא זו עיין במ"ל שם
וא"כ מכ"ש שאין הבעל נאמן בזה.

אך י"ל דלכאורה קשה במ"ש המ"ל דאומדנא היא דאל"כ למה משקה אותה דהא י"ל דמחמת שנאסרה עליו ע"י קינוי וסתירה והוא רוצה שתהיה מותרת עליו הוא משקה אותה אף שידוע שלא יבדקו אותה המים וכמ"ש התוס' בגיטין דף י"ח דאף בזה"ז שייך שמא יחפה כדי להתיר אותה עליו ע"ש אך י"ל דשפיר כתב המ"ל דהוי אומדנא שאין משקה בחנם שא"ל בשביל להתירה עליו משקה ז"א דלהא לא חיישינן דמזוהמת היא בעיניו כדאיתא בירושלמי המגרש אשתו ולנה בפונדקי דב"ש לטעמייהו דס"ל לא יגרש אא"כ מצא בה ערות דבר הלכך מזוהמת היא בעיניו ואינו חשוד עליה כו' והוזכר סברא זו ג"כ במ"ל שם (והכי קי"ל בש"ע אה"ע סימן קי"ז ומ"ש שם הב"ש לחלק בין זנות ודאי לזנות ספק צ"ע כיון דמקור הדברים מהירושלמי הנ"ל והתם אפילו מצא בה ערות דבר ע"י דבר מכוער סגי ע"ש בירושלמי ומ"ש הב"ש דאסרינן להתייחד כשנאסרה ע"י קינוי וסתירה וכן מהא דמוסרין שני ת"ח כו' יש ליישב ואין כאן מקומו).

ולפ"ז צ"ל בהך דגיטין דשמא יחפה שלא יצא שם לעז על הבנים כמ"ש התוספ' שם אח"כ משא"כ לשמא ירצה לדור עמה להא ל"ח ולפ"ז א"ש בהא דמהימנינן לבעל שידע בשעת השקאה שחטא דאין כאן אומדנא ממה שהשק' אותה שי"ל שרצה שתהי' מותרת לו וא"ל דמזוהמת היא בעיניו ז"א דהא קמן שבא עליה בדרך ואינה מזוהמת לו ולפ"ז א"ש קושית המ"ל דה"ל למינקט בא ביאה אסורה דלא הוי מצי למינקט הכי דבזה האומדנ' קיימת שלא ידע בשעת השקאה והיא מנוקה מעון ושפיר קדשה ואינה נשרפת וא"ש ודו"ק: ודרך אגב ראיתי שצריך להבין לפמ"ש דמתני' כרבנן דאמרי משקה ואח"כ מקריב דאל"כ מאי קמ"ל בהא דבא עלי' בעלה כו' ולפ"ז ק' מאי קאמר שבעל' אינו רוצה להשקות' כיון דקודם השקאה היא עדיין לא נתקדשה בכלי כלל וכמ"ש התוס' ר"פ הי' נוטל דלרבנן מקדיש בכלי אחר השקאה וצריך לדחוק דמיירי שקידש בכלי קודם השקאה דבדיעבד כשר לרבנן ולפמ"ש הרמב"ם דהקידוש בכלי היא קודם השקאה ואחר השקאה הוא עושה שאר סדר ההקרבה א"ש דהך שבעלה אינה רוצה להשקות' מיירי אחר הקידוש קודם השקאה והך שבעלה בא עלי' היינו אחר השקאה קודם הקרבה נודע שבא עליה אפ"ה מנחת' נשרפת דשוב לא יבדקו אותה המים.

ובקרבת העדה דף י"א משמע מדבריו שלהרמב"ם הוי הקידוש אחר השקאה ע"ש בד"ה וז"א אלא כמ"ש ועיין מ"ל פ"ג ה"א מ"ש וכן הא דתנן כו' אלא קודם קידוש כלי היה משקה והנה רבינו ז"ל כו' וצ"ע שלא נתעורר גם בזה על הרמב"ם שכתב השקאה אחר קידוש הכלי: ועוד נראה ליישב קושיא זו באופן אחר דברישא דבמתני' איתא שם פלוגתא דר"ש ורבי אם זכות תולה במים ולר"ש אין זכות תולה שא"כ מדהא אותה כו' ומשמע דסיפא דקתני ואלו שמנחותיהן נשרפות אתי ככ"ע (ומכ"ש לפי מ"ש מ"ל דהך ושבעל' אינו רוצה להשקותה דפשטא דלישנא משמע שקידש בכלי קודם השקאה ולשיטת התוס' היינו כר"ש דס"ל מקריב ואח"כ משק' אלא דלעיל דף ק' מוקי ר"ח מתני' כר"ע דס"ל ג"כ מקריב ואח"כ משקה ובזכות סבר כרבנן א"כ אין מזה ראי') אפי' לר"ש ולפ"ז צ"ע דלר"ש מה בכך דזכות אינו תולה אכתי אתה מדהא המים שיאמרו שבא עליה בעלה אלא שבזה י"ל דבא עלי' בדרך לא שכיח כמ"ש התוספות אלא שאכתי קשה ניחוש שבא עלי' ביאה אסורה דלשיטות הרמב"ם אף בכה"ג אין בודקין וראיתי

במ"ל שהרגיש בזה וכתב דלפי מ"ש רש"י ביבמות איכא דלא דריש הך דרש' דונקה האיש מעון ואפשר דר"ש הכי ס"ל כו'.

ודבריו צ"ע דא"כ למה הוצרך לדחוק ביבמות להביא ברייתא ה"ל לאתווי דר"ש ואף שי"ל דבעי לאתווי מברייתא דלא ס"ל נמי דרשא שקדמה שכיבה כו' מ"מ הרי התוס' שם סתרי פרש"י וכתבו דמשמע דליכא מאן דפליג אהך דרשא וגם דמתני' דהכא קתני סיפא שבא עלי' בעל' ומשמע דאתיא ככ"ע אף לר"ש ולכן נלענ"ד דודאי כ"ע אית להו הך דרשא דאין הבעל מנוקה מעון דר"ש ס"ל דהך דרשא היינו שיהא מנוק' מעון זה שלא בא עליה אחר שנסתרה אבל ביאה אסורה אחרת לית לן בה וממילא דלק"מ אתה מדהה דבא עלי' אחר שנסתרה ל"ש דמזוהמת הוא בעיניו משא"כ לדידן דקי"ל דלא כר"ש אלא זכות תולה לא קי"ל כר"ש גם בהא אלא בכל ביא' אסור' אין המים בודקין כדמוכח מברייתא דונקה כו' דמייתי בסוטה דף מ"ז דמסיים בה ואומר לא אפקיד כו' דמוכח מינה דאפי' בשאר ביאה אסור' אין בודקין כמ"ש רש"י שם וכדברי הרמב"ן שהביא המ"ל.

ובהכי א"ש מה שדקדק המ"ל על רש"י דמפרש בכל דוכתי דאין מנוק' מעון היינו שבא עליה אחר שנסתרה משום דרש"י דרשא הפשיטא נקט דכ"ע סברי הכי דאף ר"ש מודה בה משא"כ בא ביא' אסור' דלר"ש שפיר בודקין דאל"כ מדהה אתה כו' ולפ"ז א"ש נמי הא דתנא דמתני' נקט בכל דוכתי שבא עלי' בעלה משום דהוא מלתא דפסיקא אף אליבא דר"ש אבל אנן לדידן דלא קי"ל כר"ש לענין זכות שפיר מפרשי' דבעי שיהא מנוקה מעון כל ביאה אסור' כדמוכח מהברייתא דנקט ואומר לא אפקיד כו' והוא נכון כ"ד מחו' הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שו"ת בית אפרים הלכות סוטה שאלה קמו מר יניקא שיננא וחריפא חריפותא דנהרא נקיט ואתי מטינר' רבא ותקיפא.

לחיי אריכא. יגלוף בגילופא.

ה"ה כבוד אהו' ש"ב ומחו' ידיד נפשי ולבי החריף ובקי בחדרי תורה. מתמיד ומצ' כדי מדתו עד שתעלה תמרתו.

ילכו יונקותיו. ירבו פארותיו.

עד ישוב אל אחוזת אבותיו כש"ת מוהר"ר מרדכי זאב שיחיה: אחד"ש הגיעני מעשה אצבעותיך. אריתי מור בשמיך קראתי לשבת עונג וראיתי ונזכרתי אמרי קדוש הגאון המפורסים בעל המחבר ס' מגיני שלמה ופ"י ז"ל שיש תח"י תשובתו בכתיבת יד שהשיב לתלמידו אא"ז הגאון בעל הש"ך ז"ל אשר רמז עליך בש"ך יו"ד סימן ס"ח לענין עירו וז"ל שלום אשוב לשואלי לאוהבי תלמידי חביב לי כבני יניק וחכם דול' מים מתוקים מבארות עמוקים מוה' שבתי נ"י.

הנני אוסיף להפליא עליך הפלא ופלא אשר יש לך אב בחכמה מלא דעת ומזימה ולא נעלם ממנו מאומה והלכת לישא דעי למרחוק לשאוב מי בארי ואין משיבין את הארי מ"מ לא אמנע טוב מבעליו ואחזה דעי הגם כי לע"ע טרידנא מאוד מ"מ פניתי מעסקי ע"ד אשר הקשית לשאול כו' עכ"ל הטהור וכאשר יאמר המושל בים התלמוד הגאון ז"ל כדבריו כן הוא בנושא שלנו ובדרך הזה אצא אליך להשיבך ריש מילין לפי זמן המוכשר

אף דמטי שלוחי תשרי ויומא דחושבנא ולא שלפנא ומחוינא הכי דינא והכי דינא ומתעסק בעלמא אנא לאחוז בסנסני תמרים.

וראש מלילות אמריך ואני בא בדבריך אשר כתבת ליישב דברי הרא"ש סוף נדרים דמחלק בין אומרת גרשתני לטמאה אני לך דבגרשתני אינה רוצה להיות באיסור כל ימיה וע"ז תמהו האחרונים דהא ר"ה בש"ס לא אתו עלה אלא מטעמא דבגרשתני ידעה דמשקרא ואין מעיזה וע"ז כתבת דהנה בא"כ נאמנת גרשתני אף בלא טעמא דמעיזה דלא שייך תירוץ הר"ן דאפקיעינהו כיון שהם באים בטענות גירושין וקשה בטמאה אני לך תהא נאמנת במיגו דגרשתני ולזה בא הרא"ש לתרץ דא"נ במגו משום שאינה רוצה כו' עכ"ד והנה אם עלה במחשבה לפניך דבגרשתני דא"כ נאמנות בלא טעם דמעיזה להנשא לשוק בלא גט תמה על עצמך שהרי ממקומו הוא מוכרע שהרי מתניתין דטמאה אני לך מיירי בא"כ ועלה קבעי גרשתני מהו וקאמר ר"ה דמהימנא משום דאין אשה מעיזה אלמא דאף בא"כ מהאי טעמא אתינן עלה ועוד כי הוא דבר שא"א לאמרו כיון דליכא טעמא דלא מבזי נפשה וגם בלא טעמא דמעיזה דאף בפניו נימא דמעיזה דלא כר"ה א"כ פשיטא דלא מפיה אנו חיינן לאפוקי נפשה מחזקת א"א למנסב לעלמא בלא גט דאטו משום דשויתיה נפשה ח"ד תהיה מותרת לשוק בלא כלום הא ודאי ליתא: ואם נפשך לומר דבאמת אין להתירה בלא גט רק כיון דמחמת טענתה גרשתני א"א להתירה לבעלה כהן ולכן כופין אותו להוציאה ולכן קשיא לך דבאומרת נאנסתי תהיה נאמנת במיגו דגרשתני לענ"ד גם זה אינה מטעם שאבאר לקמן אך לכבודך ולמען לימודך אימא בה מלתא להשתעשע עמך ומתחלה אבאר מה דקשה לכאורה לפי המשנה ראשונה באומרת טמאה אני לך יוצאת ונוטלת כתובה שהרי בב"ב דף מ"ח אמר ר"ה תלוהו וזבין זביני זביניה מ"ט אגב אונסה וזווי גמר ומקני אמר ר"ה מנא אמינא לה דתניא יקריב אותו כו' ואלא מסיפא וכן אתה אומר בגיטי נשים כופין אותו כו' והקשו התוספות דגיטי נשים דבעי למיגמר מינייהו הא הוה כמו תלוהו ויהיב דאינה מתנה ותירצו דהוה כמו מכר שנפטר ע"י כך משאר כסות ועונה ושוב כתבו שא"א לומר כן דהא מעושה שלא כדין פסול ותירץ ר"י דכל דבר שהוא מחויב לעשות הוי כמו מכר כו' ולקמן נמי הוא מחויב לגרש את אשתו דמיירי בהנהו שכופין אותו להוציא אבל שלא כדין הוי כמו תלוהו ויהיב דלא הוי מתנה עכ"ל: והנה בש"ס שם דחו לה דילמא שאני התם דמצוה לשמוע דברי חכמים מבואר מזה דלמאי דבעינן למימר דהך דגיטי נשים מטעמא דתלוהו וזבין אתינן עלה דהיינו לפי שהוא מחויב מדינא לאו חד טעמא הוא אם מצוה לשמוע כו' רק כיון דידע בנפשיה שמחויב מן הדין לעשות כן כקיבל זווי דמי וכן מבואר להדיא בדברי רמב"ן ע"ש ולפי זה קשה למאי דבעינן למימר מטעם דתלוהו וזבין התינח בגט מעושה באלו שכופין להוציא דחשיב בכתובות שהוא יודע שמחויב בדבר מן הדין להוציאה אמרינן דגמר ומקני משא"כ באומרת טמאה אני לך למשנ' ראשונה שכופין להוציא קשה מאי מהני כפיה דהא הו"ל תלוהו ויהיב שהרי הוא אומר שאינו מאמין לדבריו ואינו רוצה להוציאה ולא ידע בנפשיה כלל דנימא כיון שיודע שמחויב מדינא גמר ומקני ובשלמא אי אמרינן מצוה לשמוע שפיר כיון דעכ"פ מצות חכמים עליו להוציא גמר ומקני משא"כ אם נימא דדוקא שמחויב מדינא ובעינן שידע דכן הוא דאז הו"ל כשקיל זווי מה בכך שכופין אותו ודוחק לומר כיון דחכמים האמינוה משום דלא

מבזיא נפשה אז ע"י כפיה גם הוא גומר בדעתו דז"א כיון דחזינן שלדעתו היא משקרת אין הכפי' משנה מחשבתו אשר חשב עליו: ונראה לפענ"ד דא"ש דהנה התוספות דחו תירוצא קמא דהוי כמכר שנפטר משאר כסות דא"כ שלא כדין נמי כו' ולכאורה הך מלתא גופא טעמא בעי דלמה באמת לא נחשב את העשוי כמכר מהאי טעמא ובאמת אף שלא כדין יהיה כשר אך באמת הדבר מבואר באותו סוגיא שם דף מ"ח ע"ב בתוספות ד"ה מקדש בביאה כו' וי"ל דכנגד גופיה שקנוי לו מתחייב שאר כסות ועונה ואף ע"ג דפרישית לעיל גבי גט דלא חשיב זביני מה שהבעל נפטר משאר כסות ועונה ה"מ בעל שהיה נותנם ברצון ולא היה מגרשה עכ"ל: ולפי זה א"ש דזה שייך בכל אלו שכופין להוציא שהבעל מרוצה ליתן שאר וכסות ושלא לגרש אם אין ריווח בגירושין אלו משא"כ בא"כ האומרת נאנסתי למשנה ראשונה דנאמנת ושוי נפשה ח"ד ומ"מ בשאר כסות עדיין חייב דהא אית לה כתובה וכל תנאי כתובה וא"כ פשיטא שאסורה עליו איסור דלעולם שאינו נותן ברצון שאר כסות רק שמחויב מחמת ת"כ הילכך אף ע"ג דתירוץ הב' דהתוספות מחמת חיוב מדינא ליתא הכא כיון דאיהו לא ידע מ"מ בזה שוב הדרינן לתירוץ קמא דהתוספות דמשום דנפטר משאר וכסות דהכא ודאי חשיב שאר וכסות שנפטר מזה כמכר בעלמא וגמר ומקני והוא נכון לענ"ד: ולפי זה חזר הדין באשת כהן שאומרת גרשתי אם נימא דנאמנת למשוי נפשה ח"ד מ"מ לא מהני לכופו להוציא היכא דלא שייך חזקה דאינה מעיזה כגון שלא בפניו או למאן דל"ל דר"ה דלא מיבעיא לתירוץ הב' דהתוספות דמה שמחויב מדינא גמר ומקני לא שייך כאן כיון שלפי טענתו היא משקרת ואינו מחויב כלל לגרשה ועדיף מאומרת טמאה אני לך דאף שאינה מאמינה מ"מ עכ"פ הוא דבר שאפשר להיות משא"כ בגרשתי שיודע שמשקרת ומסתברא דאפילו טעמא דמצוה לשמוע דברי חכמים לא שייך הכא דמה בכך שמצות חכמים עליו לפי דלאו בתוויני דלב' יתיבי וסבורים שמא האמת אתה שנתגרשה ונאסרה עליו אלא שלהתירה לעלמא א"א בלא גט אחר ומצוה עליו שיתן גט ואלו היו יודעים האמת שהוא יודע שלא גירשה לא הי' מצוה עליו כלל וא"כ כיון שאין טעם להאמינה רק לאסור איסור על נפשה ממילא שאין תקנה להתירה לעלמא בכפיה כיון שאם האמת שלא גרשה הוא יודע שמצות חכמים עליו מחמת חסרון ידיעת האמת ולא גמר ומקני כלל ובזה א"ל כמש"ל לענין טמאה אני לך דהו"ל כמכר מחמת שנפטר משאר כסות כו' דז"א שהרי כתבו התוספות בכתובות דף פ"ט ע"ב ד"ה יכול דאם היא אומרת גרשתי והבעל אומר ל"ג אעפ"כ פטור משאר וכסות דדמי לטענו בחיטין והודה לו בשעורין ע"ש וא"כ ע"י טענתה שאמרה גרשתי כבר נפטר ואינו מרוויח השתא בגט מידי והו"ל כתלוהו ויהיב דלא גמר ומקני: איברא דגם לפום מה דתריצנא הך דטמאה אני לך משום פיטור דשאר כסות אכתי קשיא לפי התירוץ הב' שבר"ן שכתב דמשנה ראשונה לאו דינא קתני דמדינא אינה נאמנת להפקיע עצמה מבעלה שהיא משועבדת לו ובמשנה ראשונה התקינו להאמינה דאי לאו דקושטא קאמרה לא הוה מזלזלא נפש' למימר הכי כו' ע"ש: ולפי זה קשיא כיון דבלא תקנתם לכפות אותו להוציא היתה מותרת לו וברצון היה נותן שאר וכסות ולא היה מועיל מה דשוויא נפשה ח"ד וא"כ השתא דתיקנו כפיה אין לו ריווח בכך שא"ל שע"י הכפיה גם הוא חוזר להאמין לדבריה מחמת האי אומדנ' דלא מזלזלא נפשה דפשיטא דא"ל שע"י הכפיה חוזר להאמין מה שלא היה מאמין עד עתה

וא"ל דמחמת הכפיה אמרינן דגם עד עתה היה מאמין מאומד הדעת שאמרו חז"ל אלא שהיה רוצה לדור עמה באיסור ז"א דכה"ג לא חיישינן דמזוהמת היא בעיניו וכדברי הירושלמי שהביאו התוספות בגיטין דף ע"ט ועיין בש"ע סימן קי"ז (ובתשובה כתבתי ליישב דלא תיקשי ממ"ש התוס' בגיטין דאף בזה"ז דליכא מיתה חיישינן שמא יחפה לדור עמה באיסור) אך י"ל דכיון דהכא באשת כהן באונס מיירי ואם כן אף שמאמין לדבריה שנאנסה לא מאוסה עליו וכ"כ הב"ש סימן ז' ס"ק י"ז דבשבוייה מסתמא אנוסה היא ולא מאוסה ליה ולפי זה צ"ל אע"ג דהכא אמרינן דמהימנא משום דלא עבידא לבזויי נפשה אף ע"ג דנאנסתי קאמרה מ"מ בזיון ופגם הוא לה כשנאנסה וכן מבואר מתוספות כתובות דף ט' שכתבו מדלא טענה מ"ע דאין זה גנאי לה לטעון כמו טענת אונס כו' מ"מ אע"ג דגנאי וזלזול הוא לגבה שלא שמרה נפשה שלא יבא לידי כך מ"מ לגבי דידיה משום זנות דאונס לא מזדהמא באפיה וא"כ שפיר הכפיה מועלת בזה דשמא גם הוא האמין לדבריה מחמת אומדנא דלא הוה מזלזלא נפשה אלא שרצה לדור עמה באיסור והשתא דכופין אותו שפיר גמר ומקני דמחויב מדינא הוא ומכ"ש אם נימא משום דמצוה לשמוע דברי חכמים דא"ש טפי אך בלא"ה נראה דא"ש דלכאורה צ"ע על הר"ן במ"ש דמדינא אינה נאמנת להפקיע עצמה משום דמשועבדת לו דלכאורה דז"א דהא במקום הנאת תשמישך כו' אמרינן דאין מאכילין כו' ואע"ג דמשעבדת ליה וכן כל היכא דשויה נפשה ח"ד וכן הקשו האחרונים אך לפי ענ"ד דהר"ן ס"ל דע"כ לא אמרו אלא שאין מאכילין כו' אבל לאו מתורת נאמנת אתינן עלה וכיון דלאו מתורת נאמנת הוא שוב שפיר יכול לומר דמה בכך דאיהי שויא ח"ד מ"מ אני איני מאמינה ולמה נכוף אותו להוציא שלו מתח"י ודי בזה שאין כופין אותה לשמשו לפי שאין מאכילין כו' וזה כוונת הר"ן במ"ש אינה נאמנת להפקיע עצמה מבעלה כו' ובכה"ג דאינה נאמנת אף ע"ג דאסורה אמרינן היא נתנה אצבע כו' ואין כופין להוציא ולפי זה ממילא א"ש דאף להך תירוץ דהר"ן לענין הא דשויה נפשה ח"ד היתה נאמנת לעצמה מדינא ואם כן לא הי' נותן ברצון שאר וכסות ושוב שפיר מרוויח ע"י הכפיה וכדכתיבנא: ועוד יש מקום בזה ליתן טעם הא דמהני בכפיה בכה"ג ע"פ מה שכתבתי במקום אחר ליישב מה דקשה לכאורה על התוספות בכריתות שכתבו בהא דאמרו לו אכלת חלב ר"מ מחייב אע"ג דחייבי חטאות אין ממשכנין אותם היינו דיביא מעצמו כשישי' על לבו משא"כ בזה שסובר שאינו חייב וע"ש דלפי מ"ש התוספות בב"ב דדוקא מחויב מדינא בעינן דאל"כ הו"ל תלוהו ויהיב וא"כ ממ"נ אם יודע שחטא אלא שאין רוצה להביא עתה הא אין ממשכנין ואם באמת לא ידע כלל א"כ לא גמר ומקני שלדעתו אינו מחויב מדינא ומכ"ש לתירוץ קמא של התוספות שמרויח שקונה הכפרה ובזה לא מרוויח מידי ואמרת ליישב ע"פ מ"ש הריטב"א והר"ן להקשות דתלוהו ויהיב נמי ליהני דהא הו"ל דברים שבלב ותירצו דדוקא כגון האי דזבין אדעתא למיסק כו' דדברים שבלבו לבד היא לכן אף ע"פ שאמת הדבר שהיא כן בלבו לא הוי דברים משא"כ תלוהו ויהיב שהוא דברים שבלבו ולב כל אדם וכ"כ התוס' דבאומדנת דמוכח הוי דברים ע"ש ולפ"ז א"ש דר"מ מחייב וכפינן ליה שמא אינו יודע שמחויב.

ולא יביא מעצמו וא"ל דא"כ ה"ל תלוהו ויהיב ז"א דאף דהוי תלוהו ויהיב מהני משום דברים שבלב וא"ל דהא ה"ל דברים שבלבו ולב כל אדם ז"א דלב כל אדם אין יודע

הבירור כיון דעדים ודאי קושטא קאמרי שאכל ויכול להיות שגם נפשו יודעת וגמר ומקני ואין כאן אומדנא דמוכח ולכן אע"פ שבאמת אינו יודע מ"מ לרצונו קרינן ביה.

ובזה ישבתי ג"כ מה שהקשה הרשב"א בקידושין דהכא ילפינן מיקריב לענין דברים שבלב ובב"ב ילפינן דאגב אונסה כו' וכתבתי דתרוייהו צריכי להדדי וקצרתי ועכ"פ ממנו נקח לנ"ד דא"ש מה שהקשתי בטמאה אני לך למשנה ראשונה דהא ה"ל תלוהו ויהיב ולפמ"ש א"ש דנהי דנימא דהויכתלוהו ויהיב מ"מ דברים שבלב הוא וא"ל דהוי דברים שבלבו ולב כל אדם ואומדנא דמוכח ז"א דלב כל אדם אינו יודע דשמא באמת הוא מאמין לדבריה או שיודע בעצמו שנאנסה וגמר ומגרש וכיון דאין כאן אומדנא דמוכח אף אם בלבו אינו כן לא איכפת לן בהכי דדברים שבלב אינן דברים: ולפ"ז היה אפשר לתקן גם דבריו שיהיו קיימים דגם באומרת גרשתני י"ל דאין כאן אומדנא דמוכח שאין האמת אתה ושפיר כופין אותו כיון דשויה אנפשה ח"ד.

באמת ז"א כיון דאם האמת אתה שגירש' כבר פשיטא שא"ל דהשתא גמר ומגרש דאין גירושין אחר גירושין וא"כ אין לך אומדנא דמוכח יותר מזה דממ"נ אם כבר גירשה השתא לאו כלום הוא ואם לא גירשה ולא נאסרה עליו כלל פשיטא דהנך גירושין שע"י הכפיה לא גמר ומגרש רק מחמת אונס נותן גט שהרי יודע בנפשו שלא גירשה (ואין לפקפק לפ"ז במאי דכתיבנא דלכך ר"מ מחייב וכופין משום דאינו בלב כ"א שהם סוברים שגומר ומקני לפי שיודע שמחויב קרבן דז"א דא"כ למה כופין דהא מעצמו יביא ז"א דמ"מ כיון שי"ל שעל עיקר ההבא' הוא מתרצה אין זה אומדנא דמוכח לומר דמסקי אדעתיהו דאם איתא שיודע שמחויב למה כופין שהרי יביא מעצמו שאין דבר זה יודע לעשות אומדנא דמוכח משום זה משא"כ כאן דלכל גלוי דאין גירושין אלו מועילי' כלום מחמת ממ"נ וכמ"ש): ואמנם בלא"ה מה שהביאך לזה דגרשתני לכהן שויה אנפשה ח"ד וכופין בלא טעמא דמעוזה היא משום דלא שייך אפקיענהו לענין טענת גירושין נראה דז"א דודאי סברא פשוטה שאין לכוף הבעל להוציא ולהפקיע שעבודו למלאות רצונה וכמ"ש הר"ן בתירוץ בשם אחרים רק בתירוץ קמא ס"ל להר"ן דכיון דטענתה היא טענת ברי והוא א"י להכחישה בבירור אלא שאינו מאמין שפיר אנו מניחין הספק שלו ותופסין הודאי שלה ולכך הוה מסתברא כופין ע"פ טענתה וכיון דמהימן ע"א בלא הכחש' דעלמא וכן בטמאה אני דנדה ואע"ג דהכא איכא חזקת היתר איתרע ליה משום דלא עבידא לבזויה נפשה ולכן הוי מהני ברי דידה אי לאו משום חששא דענב"א ואמרינן אפקיענהו אבל בטוענת גרשתני שהוא מכחישה בבירור אי הוה קי"ל דלא כר"ה דאמר חזקה אין מעיזה או אמרה שלא בפניו ואח"כ בפניו ומכחישה למאן דס"ל דעביד לאחזוקי דבורא פשיטא שאין לנו להניח ודאי שלו מפני ודאי שלה ואע"פ דשויה נפשה ח"ד בשביל זה אין בדינו לכופו כיון שהוא טוען ברי ששקר היא דוברת ולא מיבעיא לפי מ"ש בתשובה בטעם הדבר דכופין אותו באותן שאמרו יוציא ומכ"ש להרמב"ם במאיס עלי דמאין הרגלים לכופו שיוציא שלו מתח"י והבאתי שם דברי התוס' והמפורשים בב"ק דף ק"י והעליתי דבכה"ג ה"ל כאילו התנה בשעת קידושין שאם יארע כזה שמחויב להוציא ואדעתא דהכי קדש' נפשה ע"ש וא"כ פשיטא דבזה שלפי דבריו היא באה עליו בטענת שקר פשיטא שלא התנה ע"ד שתאמר שקר אלא אפילו לפי מ"ש שם דרבנן תיקנו משום קלקולא וכמ"ש הרא"ש מ"מ בזה שלפי דברי' שאומרת גרשתני

נסתלק ופקע חיובא מעליו לגמרי זכר לדבר מה שאמרו באגדה עבד כו' ואשה שגרשה בעלה כלום יש להם זע"ז ולא דמי לטמאה אני לך ושאר אותן שכופין דהתם אכתי אגיד' ביה: אמנם כדי ליישב דברי הרא"ש.

טעמא דגרשתני שחוששת לקלקול כל ימי' שהקשו עליה דהא חזינן דר"ה לא אזיל בהאי חילוקא רק משום דאין מעיזה נלע"ד דמה שנתחבטו בזה הפוסקים אם יש לפסוק כר"ה בזה אע"ג דודאי מסתברא דהלכתא כוותיה כמ"ש הרא"ש דהכי אשכחן בדוכתי טובי ודרכא דחוייא בעלמא הוא וגם לענין ממון שנמצא ביד האשה אמרינן אין אשה מעיזה וכמ"ש בסימן פ"ה בשם הה"מ מ"מ בזה יש מקום לחוש מחמת דאיכא חזקת א"א ודבר שבערוה ואנו צריכינן לומר דחזקה דא"א מעיזה חזקה אלימתא טפי מחזקת א"א כיון שהיא חזקה מצד הסברא וכאילו עדים דמי והא מלתא לא ברירה לן כולי האי ולכן באמת דעת הר"ן דלא מהני רק דקידושי שני תופסין אבל מ"מ אסורה להנשא לאחר וכן הב"י בשם א"ח ס"ל דדוקא היכא דליכא עדים שהיא אשתו רק חזקה לבד כו' ע"ש והכל הוא מטעם שקשה להוציא מחזקת א"א ולהקל בערוה החמור' ע"פ דבורה לבד ולסמוך דאין מעיזה ולכך רבינו הרא"ש חזי לאצטרופי הך סברא דמסתמא תחוש לקלקול כל ימי' וכמבואר בדבריו שכתב עוד נראה טעם טוב כו' ומעתה נראה דא"ש מה שהקשו דהא ר"ה נקט טעמא דאינה מעיזה והו"ל לאפלוגי בכה"ג: ולפענ"ד לפי מ"ש בתשובה סיוע לדברי הרמב"ם שפוסק במאיס עלי דכופין להוציא לפי שאינו בדין שתבעל לשנאווי לה כשבויה יע"ש והאחרונים חלקו עליו ולדידי חזי לי שיש ראייה לדבריו ממשנה אחרונה דקאמר חזרו לומר שלא תהא נותנת עיניה באחר כו' ולכאורה קשיא ל"ל כולי האי דהא בפשיטות מצינן למימר דשמא הוא מאוס עליה ושונאתו ורוצה להפקיע עצמה ממנו ואם נפשך לומר דמכי בעל לא שכיח דסניא ליה וכמ"ש המפורשי' ביבמות דף צ"ד לענין ע"א ביבמה ע"ש א"כ ק"ו הדברים שלא הי' לנו לחוש לשמא ענ"ב דלא נחשדו בנות ישראל על כך ומה"ת לאורועי חזקת כשרותה ודוחק לומר דכיון דגם זנות לא שכיחא וגם באונס לא שכיחא דקלא אית ליה כמ"ש התוספ' בכתובות בסוגיא דפ"פ ולכן חיישינן דלמא ענ"ב דא"כ בפשיטות הוי מצי ר"ה לחלק בין טמאה לגרשתני דבגרשתני אין לחוש מחמת חזקת כשרות לא חשדינן לה משא"כ בטמאה דאיתרע טענתה דזנות ל"ש אלא ודאי שאין לחלק בכך וגם דוחק לחלק ולומר דמשום דמאוס עלי' לא הוה עבדה כולי האי לומר טמאה אני לבזווי נפשה משא"כ בשביל שענ"ב שיצרה תקפה כדי בזיון וכה"ג כתב רש"י בפירושו הב' בהא דאמר רבא זימנין דתקיף לה מן גברא ע"ש.

אך לדברי הרמב"ם א"ש בפשיטות דלא הומ"ל דשמא אומרת כן להפקיע עצמה מבעלה בשביל שמאוס עליה דז"א דאם באמת כן הוא ג"כ כופין להוציא שאינה כשבויה שתבעל לשנאווי לה וע"מ כן נתקדשה מעיקרא שאם יהיה שנאווי לה יתחייב להוציאה ולכן הוצרך לומר דשמא ענ"ב דבאמת הוא לא שנאווי ואינו מאוס בעיני' רק שמצא' אחר נאה הימנו ופשיטא דאין לכופו כלל ודברי החולקי' על הרמב"ם כתבתי ליישב ג"כ וקצרת: ועתה נבא לדברי הרא"ש שכתב דחוששת לקלקול כל ימי' ולכך נאמנת ולכאורה תימא דלמא מחמת שרוצה להפקיע עצמה ממנו אומרת כן דמסני סניא ליה שהרי הרא"ש וש"פ חולקים על הרמב"ם בהך דמ"ע וס"ל דלא מהני טענתה ובאמת לא תנשא לאחר

אם לא שיחזור ויגרשנה מרצונו ואין כאן רק הפקעה מבעל ולא קלקול כל ימי' אך לפי מש"ל א"ש כיון דכל עיקר טעמו של הרא"ש שחידש בזה הוא לענין שתהיה נאמנת להנשא לאיש מחמת דבורה שנתגרשה ובזה אמת נכון טוב טעם של הרא"ש ז"ל שמותרת להנשא דלא חיישינן דמשקרה ותהי' באיסור כל ימי' משא"כ בהך איבעיא גרשתני מהו שאין האיבעיא דוקא בבא' להנשא אלא כולה מלתא קמיבעיא ליה אי דמי לטמאה אני לך למשנה אחרונה שהבעל כופה אותה ומשמשותו או דמי לטמאה למשנה ראשונה שנאמנת ואין הבעל יכול לכופה ואדרבה כופין אותו וה"נ נאמנת לגמרי ומותרת להנשא ולזה הוצרך ר"ה לבא מטעמא דאין אשה מעיזה דמהאי טעמא היא פטורה מבעלה לגמרי אף אם אין בדעתה להנשא ומכ"ש באם רוצה להנשא דמצטרף נמי סברת הרא"ש בזה משא"כ הרא"ש שלא בא שם לומר טעם של נאמנותה שלא יכול בעלה לכופה להיות עמו דבהא סגי ליה בפשיטות בטעמא דא"מ רק היכא דבאה להנשא שבזה חושש לומר דדלמא לא סגיא הך חזק' להוציא מחזקת א"א ולהקל בערוה החמורה ולזה אמר לענין חשש איסור א"א יש טוב טעם להקל שהיא חששה לעצמה מקלקול כל ימי' כנלענ"ד ברור בדעת הרא"ש ז"ל: והנה מה שבא בדבריך דמהריב"ל הקשה דתהא נאמנת במיגו דגרשתני והקשו ע"ז דאפי' אי אמרינן מיגו דהעזה מ"מ לא שייך בזה שכל עיקר שנאמנת הוא מטעם דאינה מעיז' וראיתי בשעה"מ שהאריך בזה והביא דברי מהר"ם בן חביב בעזרת נשים ודברי התוספות שהקשה דל"ל משום עגונא שתהא נאמנת מת במיגו דגרשתני למ"ד דשלא בפניו נמי מהימנא ודברי אא"ז מהרש"א.

שם ומאפס הפנאי אבא בקצרה דלכאורה קשיא בהא דאמר ר"ה ת"ש אומרת טמאה אני לך כו' ולשון זה בכל הש"ס ללמוד משמוכאן אמר דאפי' למשנה כו' וה"ל למימר אמר ר"ה אפילו למ"א כו' ועוד דמה לו להזכיר מ"א ובפשיטות היה לו לומר אע"ג דבטמאה לא מהני כו' ומכ"ש רבא ל"ל להזכיר משנה ראשונה דלא קי"ל הכי ולכן נראה דודאי מחמת חזקה דא"מ לחוד לא היה מיקל רק דכיון דלמשנה ראשונה מהימנא והיינו משום שלא חשו כלל לענ"ב דלא נחשדו בנות ישראל על כך כמש"ל וכיון שיש לנו לומר דאף למשנה אחרונה דחוששת לענ"ב מודה בגרשתני דאיכא נמי אינה מעיזה ולא אמרינן כולי האי לומר שיצאה מכשרותה וענ"ב ונוסף ע"ז להעיז בפניו כולי האי לא עבדה ורבא ס"ל דודאי אי הוי אמרינן דמשנה ראשונה ס"ל שלא לחוש לענ"ב כלל שפיר קאמרת אך רבא ס"ל דענ"ב חשש פשוט דשכיח טובא רק דמשנה ראשונה בתורת טעמא קאתי עלה שלא חשו לזה משום דלא עבידא לבזויי נפשה והלכך היכא דליכא הך טעמא ממילא חוששין דמחמת ענ"ב מעיז' והיינו דנקט רבא במלת' אפי' למשנה ראשונה כו' דעיקר הוכחת ר"ה היא ממשנה ראשונה דס"ל שלא לחוש לענ"ב ומאן דדייק וגריס יראה שהדברים כנים וישרים: ועתה נחזי אנן כיון דבגרשתני דאמרינן לא מעיזה היינו כיון דענ"ב הוא ג"כ חשש רחוק לפי"ז באומרת טמאה אני לך ג"כ יש להאמינה ושלא לחוש לענ"ב מה תאמר דודאי מתרמי שענ"ב ואנו חוששין שזו ענ"ב ולכך אומרת כן הרי אם אתה אומר שזו ענ"ב ושקר הוא לא רחוקה היא ממנה שהיתה אומרת גרשתני כיון דמיגו דהעזה אמרינן וגרשתני גופא דנאמנת היינו שאין חוששין שתעיז פני' בצירוף שאין חוששין לענ"ב משא"כ כשאנו תופסין חשש דענ"ב דודאי מתרמי שענ"ב ואנו חוששין שזו ענ"ב הך העז' לחוד לא עדיפא מהעזה דעלמא וכמו לרבא דס"ל דענ"ב

חשש פשוט הוא ולכך חייש ג"כ לשמא מעיזה וא"כ שפיר הקשה דלמ"ד דאמרינן מיגו דהעזה נימא דנאמנת טמאה במיגו דגרשתני ובזה י"ל דברי התוספ' ומהרש"א וגם דברי הרא"ש דלעיל ודי בהערה זו לחכם כ"ב.

ואהו' ידידי אל תתמה על החפץ כי היום ידי קצרה כי קרבו ויאתיון ימי ביקור ספרים ומצורף לזה כי כשל כחי וקשיא לי ידא וכו' אפס כי עזה אהבה הדוחקת ומזרזת להקדים ולא לאחר ע"כ קדמתי לשלוח דברים המעוטים אשר עלה במחשבה לפני בעברי בין בתרי דבריך ויתר פניני אמריך הנה מקום אתי כי אבקש מנוח אי"ה ועת וזמן לכל חפץ ויישר כחך וחילך לאורייתא ותחזקנ' ידיך למלאות מקום אבותיך וימלא משאלותיך והיו דברי לאות ע"י יד כהה ורפה יכתבך כו' כנפשך נפש היפה: דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שו"ת בית אפרים חלק אה"ע שאלה קמז איש אחד מק"ק קעשנוב ושמר ר' אלי' צבי נסע לעיר אחת הסמוכה לנהר פרוט ושבת בכפר אחד שעומד בצד הנהר הנ"ל ובמוצאי ש"ק נסע עם שליטין וסוס שלו עם משאוי על דרך לעבור הנהר בלילה בהסתר כרגילתו וכמו איזה שעות אחר נסיעתו הביא א"י אחד השליטין עם הסוס ריק מכל להכפר ששבת שם האיש הנ"ל ואמר לו ראה זה מצאתי הכר נא למי זאת והכיר שהוא של מוהר"ר א"צ אך היה ריקם מכל וגם מצא מעט דם על השליטין ומאז נתעלם ענינו ואחר עבור איזה חדשים בימי הפסח נמצא איש אחד צף בנהר סמוך לכפר אחד ונטפלו עמו יהודים וקברוהו סמוך להנהר וביום ג' לקבורתו באו שלשה יהודים מן העיר ופתחו הקבר והכירו אותו היטב בט"ע וגם בסימני צורתו עד שהעידו שהדבר ברור להם בלי ספק בעולם שהוא מהרא"צ וגם היה לבוש בארבע כנפות של דומא לבן והאשה של מהרא"צ הנ"ל היה לה פארטיכל מאותה חתיכה דומא והכיר העד שראה הארבע כנפות שהוא דומה בדומה ממש גם נזכר בסיפור של הב"ד דשם שכשקרבו הקאזאקין האיש הצף קרוב לשפת הנהר שיכלו להביט בו היטב ראו שהוא איש יהודי שנהרג והושלך בנהר וראו בו שלשה פצעים בראשו אך פניו ופדחתו היה שלם מכל פצע וחבורה ועוד מבואר בגב"ע ענינים פרטים אשר אין בהם צורך כ"כ והב"ד דק"ק הנ"ל בקשו פני לעיין בזה ולחוות דעי אם אתא שריא ע"פ עדיות הללו אם לא: תשובה הנה לכאורה מצד העדות שאלו פתחו הקבר והכירוהו ביום ג' לקבורתו אין מקום להתיר מחמת זה דאף ע"ג דתוך ג' ימים דיבשה שפיר מעידין עליו מ"מ זה שהי' טבוע במים בעינן חזיוה בשעתיה ואי אשתהי אמרינן דמתפח תפח ואפי' ספק אשתהי מחמרינן ומכ"ש כה"ג שהוא ודאי אשתהי אך לפי מה שנזכר בסיפור מעשה הדיינים נראה שנהרג תחלה ואחר כך הושלך לנהר ואם כן י"ל דע"כ לא אמרינן דאשתהי אחר יציאתו מהמים אין מעידין אלא אם מיתתו היה על ידי שנטבע במים שהם גורמים לו שיתפח אחר צאתו מן המים שהיו צומתין אותו משא"כ אם הומת קודם אין המים אשר באו בקרבו פועלין מאומה לענין התפיחה אע"פ שהמים שסובבין אותו מבחוץ גורמים להצמית אותו בעודן שם אפילו יעמוד שם כמה ימים מ"מ אין מועילין לתפוח אותו בשעה קלה כיון שבשעת כניסתו כבר לא היה רוח חיים בקרבו וכמונחים בכד דמיינן וכאשר באו כן יצאו ואין עושין פעולת תפיחה כלל כן יש לדייק מלשון קצת פוסקים אך באמת לא נזכר דבר זה שנהרג ונטבע רק בסיפור הדיינים ומה שמוזכר בגב"ע ג"כ נראה שאין לשון העדים כן דמנין ידעו דבר זה רק מתוך אומדן הדעת ובאמת

לא מצאתי מתוך הגב"ע הכרח לזה שתקדים ההריגה תחלה דאי משום שנמצא דם על השליטין פשיטא שז"א דודאי אם היינו אומרים שזה דם חלל של האיש שמצאנו טבוע הרי היינו אומרים בפשיטות שזהו מוהרא"צ ולא היה צריך הכרה אחרת אך באמת למיחש מיבעי שמא בנסיעתו נפלו עליו לסטים ושבו ובזזו אותו ואת אשר לו אך דערק ואזל לעלמא ודם הנמצא אינו מכריח מיתתו כלל והאיש הנמצא אחרינא הוא דלפי שנטבע ואשתהי נשתנ' צורתו ונדמה לעדים לצורת מוהרא"צ הנ"ל וא"כ אין הוכחה שנהרג האיש שהוא קודם שהושלך לנהר כלל: ומה שנזכר בכתב מהדיינים שאותם שהוציאוהו מהנהר ראו שהיה ג' פצעים בראשו מאן לימא לן שנפשו יצאה על ידי פצעים אלו שמא פצעוהו ובעודנו חי השליכוהו למים ונטבע וגם דשמא בשעה שצף על פני המים נפצע ראשו בעצים השטים על פני המים וכיוצא בזה ועכ"פ יכול להיות שהאיש הזה לא נהרג מעולם רק תחלת מיתתו היה ע"י טביעה ומחמת דאשתהי נשתנה פרצופו וסברו העדים שהוא צורת מוה' אלי' צבי בעל האשה: ולכאורה אדרבה אם נימא שנהרג תחלה ואח"כ הושלך לנהר א"כ מכ"ש דלא מהני הכרה כיון שהוא אחר ג' ימים בודאי מיום שראוהו צף על המים ואע"ג דאמרינן מיא צמתי מ"מ הא כתב בק"ע סעיף ר"ה מתשובת הב"י דהא דאמרינן צמתי היינו כשיצאה נשמתו במים אבל אם הרגוהו קודם שהושלך למים אפשר לומר דלא צמתי וא"כ במה דנימא שנהרג תחלה ואח"כ הושלך לנהר יש בזה קולא וחומרא קולא לענין די"ל דלא אמרינן דאף דאשתהי פחות מג' ימים תפח כדין טביעה במים די"ל דכיון שמת או נהרג תחלה לא אמרינן תפח וחומרא מצד אחר די"ל דלא מהני צמתי בכה"ג והיכא דאיכא ג' ימים אע"ג דבמת ע"י טביעה אמרינן מיא צמתי מ"מ אם נהרג תחלה והושלך למים לא אמרינן צמתי אך באמת אע"פ שהב"ש העתיק זה בשם תשובת ב"י בסתם מ"מ מבואר למעיין בתשובת ב"י גופא שדברים אלו שהעתיק שם הם מדברי החכם השואל שכתב להסתפק בזה אבל הב"י שם לא ס"ל הכי ואדרבה ס"ל דבכה"ג אפ"י מכה אינ' מזקת דלא אמרינן בזה דמרזו מכה וכמ"ש בק"ע סעיף ר"ה שהוא ממה שהשיב הב"י להשואל בזה וכן מבואר משו"ת דברי ריבות שהעתיק הב"ש בסעיף רל"ח שכתב דאף דמן השאלה נראה שעברו כמה ימים בזמן שמצאוהו מ"מ הואיל ומצאו בבור מיא צמתי כו' ע"ש והוא אותו הנידון גופיה שנשאל הב"י דלעיל ונשאל גם הד"ר ע"ז והסכים להתיר ובב"ש סימן י"ז ס"ק ע"ט כתב ג"כ דאם נהרג ביבשה והשליכו אותו למים ואין בו מכה הוי כאילו נטבע במים כ"כ מהרשד"ם סימן נ"ד ועיין ק"ע סימן ר"ה עכ"ל ורומז ג"כ לההוא שכתב בשם תשובת הבית יוסף ובאמת שאינו מדברי הבית יוסף גופיה רק מדברי החכם השואל שמסתפק בזה ואין ספיקו של התלמיד מוציא מידי ודאי של הרב הב"י והד"ר והרשד"ם וכוותייהו נקטינן בזה דהוי כאילו נטבע במים לענין שנאמר דאף דשהה זמן מרובה במים אמרינן דצמתי ומ"מ לענין אם הוציאוהו מן המים ונשתהה יותר משעה שפיר י"ל שחזר לדין נהרג ביבשה כיון שלא היתה מיתתו ע"י המים רק נהרג ביבשה וכל שלא שהה ביבשה ג' ימים יש מקום היתר וקצת משמע הכי מהא דאמרינן אלא עד ג' ימים ר"י ב"ב אומר לא כל האדם ולא כל המקום ולא כל השעות ושוות ובעי הש"ס למימר דריב"ב לחומרא פליג וכן למאי דאמרינן שאני מיא דצמתי י"ל דריב"ב לחומרא פליג וא"כ לת"ק דס"ל דלא מחמרינן במקום ושעות שאף שמצד האומדנא הי' מקום לומר שמתקלקל תוך ג'

ימים מ"מ לא איכפת לך בהכי וכללא הוא דאין המקום והשעה גורם כלל ובכל גווני בעינין ג' ימים לנהרג ביבשה ואף שהיא במקום שהחמה נוגעת ביותר וממהר להסריח לא איכפת לך בפחות מג' ימים וכן אף אם היא מונח במקום לח ביותר ולכן גם הא דמחמרינן במים ואשתהי קצת ביבשה אחר הוצאה דאמרינן תפח היינו כשהיה טביעתו ע"י מים דמזה לא מיירי מתני' רק מנהרג ביבשה ובזה צריך לעולם ששהה ג' ימים ביבשה ובזה אין חילוק במקום שהי' מונח דלא קי"ל כריב"ב בהא דאזיל בנהרג ביבשה בתר המקום והשעה אלא כת"ק דבכלל גוונא בעינין ג' ימים כן הי' נראה לכאורה אך שצ"ע דכיון דהא דאמר שאני מיא דצמתי ע"כ לומר דלאו דוקא אנטבע במים קאי אלא דאף שהושלך אח"כ למים דינא הכי ולא אמרינן דכללא דבנהרג ביבשה לא סגי בג' ימים אף אם הי' במים וא"כ ממילא גם הא דאמרינן בתר הכי דכי אשתהי מתפח תפח היינו נמי אפי' בכה"ג שנהרג תחלה והושלך למים ומ"מ י"ל דזיל בתר טעמא דודאי לענין הא דצמתי אין חילוק בין מחיים או לאחר מיתה כדאשכחן בעלמא דמיא מטרשין ומקשין את הבשר ואין מניחין לתפוח משא"כ לענין שנאמר דלפי דאשתהי ביבשה אחר שהוציא והו מן המים הוא תופח יש סברא לחלק בין אם באו בו המים מחיים ועל ידם נחנק ויצאה נפשו ובין אם לא הי' במים רק אחר מיתתו לבד שהרי מהרשד"ם בסימן ר"ד הובא בק"ע סעיף שנ"ג כתב שא"א להכחיש המוחש שהעומד ד' או ה' ימים במים ודאי נתפח רק הגוף וצורת הפנים עומד ואינו משתנה כי המים מעמידים צורתו ע"ש וכשאנו אומרים דאי אשתהי מתפח תפח היינו שע"י שבשעה שנטבע והמים באו בגרונו וחנקוהו הי' מעותד לתפוח הפנים מיד רק מחמת שנשאר מונח במים דמצמת צמתי לא הניחו לתפוח אבל כשמוציאין אותו היבשה אז במשך שיעור שעה מתעורר התפיחה אשר היה מעותד אלי' בעת שחנקוהו המים כיון שסרה הסיבה המעכבת דהיינו המים הצומתין הרי זה תופח ועול' ופניו משתנים אבל אם מת או נהרג קודם שהושלך למים אף שהמים באים בו אינם תופחים אותו לשנות צורתו כלל דכיון שבעת היותו במים לא פעלו בצורתו לשנותה אף אחרי שיצא מהם אין לנו לחדש ענין התפיחה בצורת הפנים כיון שלא נעשה מעשה מחודש ומ"ש מהרשד"ם כי המים מעמידים צורתו היינו אפי' במת ע"י טביעה שהיה ראוי שיתפח מיד אך בהיותו במים מעמידים צורתו משא"כ במת שלא ע"י טביעה מעולם לא היה ראוי לתפוח ולכן גם אף אחרי שיצא מן המים ושהה אינו נתפח עד אחר ג' ימים וכיון דלא אשכחן איפכא שפיר מסתברא לחלק בזה כמ"ש: אך כבר כתבתי דבנ"ד אין כאן הוכחה שזה האיש הנמצא בנהר נהרג תחלה וגם אפילו אם היה ידוע מ"מ בשביל שאנו מדמין לומר דבנהרג תחלה לא בעינן חזיוה בשעתיה נעשה מעשה להקל מחמת זה ומצאתי בשו"ת נ"ב מ"ת סימן מ"ו כתב שהריב"ש כתב דהא דבעינן חזיוה בשעתיה י"ל שלא נאמר אלא במי ששהה במים אחר מותו יותר מג' ימים לפי שכיון שעמד יותר מג' ימים כבר נפסד אלא שצמתוהו המים ומנעוהו מלהשתנות ולאחר שעה שיוצא מן המים הוא משתנה אבל מי שלא עמד ג' ימים כו' אך מלשון הרמב"ן והרשב"א מבואר להחמיר אף בכה"ג ועל זה כתב בנ"ב דאפשר גם הם לא החמירו כשמת ביבשה ואח"כ הושלך למים וכדמשמע מלשון הריב"ש שכתב כיון שטבע ועמד במים עד שמת מחמת המים הרי באו המים במעיו לצבות בטן ולהפיל אור פניו משתנות ואע"ג דמיא מצמת צמית כשעולה מן המים ושהה ביבשה מעט חוזר לסורו

ותגלה רעתו כו' עכ"ל הריב"ש הרי דעכ"פ לא שייך חומרא זו אלא היכא שמיתתו היה במים כו' אבל בשכבר מת ביבשה שוב אין המים גורמים החשכת אור הפנים יותר כו' ע"ש (וגם בספר בית מאיר מצאתי שהעיר ג"כ בחילוק זה מחמת דברי ריב"ש אלו והניח בצ"ע ע"ש) והן הן מילי דסברא דכתיבנא ושמחתי כי מ"ש מדברי הריב"ש הוא סיוע גדולה אלא דהגאון ז"ל נקט לה בדוקא בענין שלא שהה במים ג' ימים שיש בזה קולת הריב"ש וע"ז כתב די"ל דגם הרמב"ן והרשב"א אין מחמירין כ"א במת ע"י טביעה כו' אך לדידי אין חילוק בזה דאף בשהה במים ג' ימים י"ל כן דמה שנשתהה במים אינו מזיק אף ששהה הרבה במים רק מחמת שנשתהה אחר שיצא מהמים ואם נאמר דנהרג ביבשה לא איכפת לן בהכי גם בשהה יותר מג' ימים יש להקל ולכן אף ע"פ שבנ"ד אם נרצה לומר שזהו מוהרא"צ ע"כ ששהה הרבה במים אחר מותו שהרי נתעלם כמה חדשים מקודם ורחוק לומר שהיה חי עד סמוך לפסח באיזה מקום ושוב בא לכאן ונהרג והושלך אלא צ"ל שנהרג אז והושלך ושהה במים עד עתה ואם כן כמו כן י"ל שאחר הוא שנהרג ונטבע ושהה במים הרבה ולדברי הגאון אין להקל בזה באשתהי אלא כשי"ל שלא נשתהה במים ג' ימים אך לדידי אם היינו יכולים לתפוס בכאן קולא זו היה מקום להקל אע"פ שנשתהה במים הרבה וגם מקום יש לומר כיון דהיה ימות החורף והמים היו קרושים וקרוב הדבר שעת מציאותו של זה שהיה בימי הפסח עת פתיחת הנהרות ובימים שבינתיים הי' קרוש ועומד בקרח הנורא ובכה"ג כתב בשו"ת מ"ב דלא אמרינן תפח וכבר בארתי בתשובת בספרי שו"ת בית אפרים אשר נדפס כעת בסימן י"ד שאף לענין אשתהי דמים אמרינן הכי ע"ש שהארכתי בענין זה אך כבר כתבתי שאינו ברור בכאן שמת ע"י הריג' וגם שם בשו"ת נ"ב ראיתי שנסתפק בנידון דידיה שהיה נראה להם בו שנהרג תחלה ואח"כ השליכוהו למים כי היה לו מאחורי ראשו מכת ברזל ועל זה כתב דאולי קודם שיצאה נפשו השליכו הרוצח למים וע"ז כתב דאפשר שדומה לספק תוך ג' ימים ואף ע"ג דספק אשתהי להחמיר היינו לפי שאין מצוי שיראנו תוך שעה כו' ע"ש והנה גם אני עמדתי על חשש זה בנ"ד וגם חוששני לומר שמכות אלו אשר הוכה הנטבע אינם מהרוצחים רק מעקולי ופשוטי דאיכא בנהרא ואפשר שבנידון דהגאון ז"ל היה ניכר יותר וכמ"ש שהיה אחורי ראשו מכת ברזל משא"כ בנ"ד ומ"מ כבר כתבתי שבאגרת שקבלתי מהב"ד וגם בגב"ע נזכר לשון ההרוג נראה מדבריהם דפשיטא להו שהיה בנטבע הזה ענין הריגה ג"כ וא"כ חזי לאצטרופי הך סברא דכתיבנא להיתרא וע"ד שצירף אותה הגאון ז"ל ובמה שפלפל הגאון ז"ל בענין ספק אשתהי כבר כתבתי בענין זה בכמה תשובות וקצרתי כאן משום דאף אם היה ברור שנהרג קודם אין לסמוך על סברא זו לבד במקום חומר א"א וכן נראה מהגאון בנ"ב ז"ל וגם בשו"ת שבידי כת"י הגאון בעל מג"ש ופ"י ז"ל נראה דלא ס"ל לחלק בין מת מחמת הטביע' או נהרג תחלה דבכל גווני כשהוא משוי ממים ואשתהי טרם שראוהו אמרי' מתפח תפח: וגם מלבד זה יש כאן מקום עיון דשמא ע"כ לא אמרינן שצריך שהות ג' ימים שלא יהא ניכר אלא כשנמצא הרוג ע"פ חוץ וקבורה לא היתה לו אבל אחר שכבר נקבר ואל עפר ישוב ואדמה על ראשו מתקלקל צורתו מהר ומשתנה אף תוך ג' ימים אך בדברי הפוסקים לא נזכר חילוק בזה וראיתי בשו"ת מטה יוסף מבואר שם גם כן ענין כזה שחפרו והוציאו ההרוגים מקברם ופלפלו בענין שהות ג' ימים וחבול בפניו אבל שתהיה הקבורה מגרע

השיעור ג' ימים לא חששו כלל וכן מבואר כיוצא בזה בשאלות תשובות גינת וורדים סימן כ"ה וכו' וכן בשו"ת פ"י חלק אה"ע סימן ח' ע"ש וכן נראה לענ"ד ראה מהירושלמי על מתניתין דאין מעידין לאחר ג' ימים מייתי עלה דעד ג' ימים נפשא טייסא על גופא סברה דהיא חזרה לגווי' כיון דהיא חמת ליה דאשתה זיווה דאפוהי היא שבקא ליה ומן תלתא ולהלן הכרסנבקעת עכ כלא ו' ובודאי דלאו ממת שהלינו אותו ושהה ג' ימים בלא קבורה מיירי אלא בסתם מתים שהם נקברים מיד וכדמייתי עלה מהא דוזריתי תי על פניכם כו' ומבואר דאפי' בקבר לא נשתנה עד אחר ג' ימים וגדולה מזו מצאתי בשו"ת כנסת יחזקאל סימן מ"ו שכתב שיש סברא לומר דאם נקבר בקרקע ג"כ אין מת נפח כמו במיא דצמתי ודוקא אורא גורם לנפוח ע"ש שהאריך וכתב דאולי אף הרשב"א והר"ן החולקים על ר"ת בגופו שלם מודים בזה שנקבר בקרקע דלא שליט ביה אורא וכולם ענו ואמרו שזהו הוא ולא הי' שום שינוי בפרצוף פניו שיש להשיא אשתו אף אחר ג' ימים ע"ש ואמנם לכאורה שדא ביה נרגא מדאמרינן בשילהי יבמות בעובדא דפונדקית שאמרה זה מקלו כו' וזה קבר שקברתיו וקשה היה להם לפתוח את הקבר פן לא ירצו חכמים להשיא אשתו באשר לא היה מסל"ת גמור וא"ת שלא קברה עד לאחר ג' ימים קשה לר"ת ור"ח דס"ל בצורה שלימה מעידין וכתב ליישב דאדרבה משם יש הוכחה דגם אחר ג' שוה לתוך ג' (ומ"ש שבני לוי המה היו העדים וחכמים השיאו את אשתו ולכן הקשה שהי' להם לפתוח שמא לא ירצו חכמים כו' ואין פירושו מוכרח בזה דאפשר דבני לוי בעצמם חכמים היו) והאמת י"ל בפשיטות דאטו אנן אמרינן דודאי אין משתנה שהרי אפשר שנשתנה כאשר החוש מעיד שלפעמים משתנה בזמן מועט וא"כ דלמא באמת פתחו הקבר ולא הכירוהו לפי שנשתנה וגם י"ל שהיה פשוט להם דשפיר הוה מסל"ת בכה"ג ולא רצו לפתוח הקבר בחנם ואין להאריך: ועכ"פ לפי סברת בעל כנ"י א"כ י"ל דאפי' תימא דזה לא נהרג רק נטבע לבד א"כ י"ל דמה שהוא בקבר לא נחשב לאשתהי כיון דליכא אורא ומה ששהה בין שעת הוצאת המים לקבורה קרוב הדבר שלא נשתהה הרבה שהרי מבואר בהגב"ע שאותם שהוציאוהו מן המים ונטפלו בקבורתו קברוהו תחת הנהר סמוך לנהר וקברוהו בבגדיו ועכ"פ אין כאן רק ספק אשתהי וכבר כתבתי בתשובה דאף דספק אשתהי לחומרא היינו משום שאינו מצוי שיראנו תוך שעה לפליטתו מן המים משא"כ בספק אשתהי כה"ג וגם מטעם חזקת חי י"ל דאיכא נגדו חזקת שעת מציאה דפרצוף זה שלא נשתנה וכמ"ש ג"כ הגאון בנ"ב ז"ל וכבר הארכתי בכמה תשובות בזה ומ"מ גם בזה אין לסמוך להתיר כיון שהגאון בעל כנ"י כתב בעצמו שאינו סומך ע"ז כיון דלא נמצא בראשונים ואחרונים וע"ש בסוף דבריו שכתב שאף שאינו סומך על סברא זו מ"מ סניף גדול הוא ולכאורה יש להביא ראייה לסברתו מהירושלמי דיבמות דדריש אקרא דכתיב ויכו בהם אביה ועמו מכה גדולה מאד אמר רבי אבא בר כהנא שהעביר הכרת פניהם של ישראל הה"ד הכרת פניהם ענתה במ זה החוטם רבי אמי אמר שהושיב עליהם משמרות ג' ימים עד שנתקלקל צורת' הה"ד עצמו לי אלמנותיך מחול ימים ותני כן אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם עכ"ל ונראה שיש לגרוס ג"כ סיפא דמתניתין אין מעידין לאחר ג' ימים ור"ל למר שאמר שהעביר הכרת פניהם היינו שחבל צורתם והשחיתם שלא יהא הכרת חוטם ניכרת כדי שלא יוכלו להעיד על נשותיהם להתירם ולמר לא עשה מעשה אכזריות כ"כ

אלא שהושיב משמרות כו' שאחר ג' ימים אין מעידין ועיין בפירוש פ"י שם ומצאתי במדרש רבה בראשית פ' ס"ה דגרס שם גם מתני' דאין מעידין עד ג' ימים.

וכמ"ש וכפי משמעות הדברים נראה שלא נתנם לקבורה אחר ג' ימים וכל אותן הג' ימים הושיב משמרות שלא יוכלו הרואים המכירים אותם להעיד עליהם ומשמע מזה דאם נקבר תוך ג' שפיר יש לו הכרה גם אח"כ וכסברת הכנ"י ולכן לא נתן לקבור אותם עד אחר ג' ימים שראה שנתקלקלה צורתן ושוב לא יהא אפשר להעיד עליהם ועיין במרדכי שהר"י הקשה על שיטת ר"ת דס"ל דאם יש פרצוף פנים עם החוטם מעידין אף אחר ג' ימים מהא דאמרינן במדרש שהושיבו שומרים אצלם עד ג' ימי' כו' וי"ל דהתם הרוגי מלכות מדוכים בפצעים וחבורות מתקלקלין כו' א"נ דאיכא שלפעמים דרכם להתנפח ואין יכולים להכירו כו' ע"ש והדברים צ"ע אין כאן מקומם ומ"מ למ"ש דאיכא לפעמי' שדרכם להתנפח ואין יכולין להכירו כו' ע"ש והדברים צ"ע אין כאן מקומם ומ"מ למ"ש דאיכא לפעמים שדרכם להתנפח כו' ולכך י"ל שלא נתנה לקבורה עד שידע שנתנפחו ולא יהיה אפשר להכירם ויש לדחות זה ואדרבה מדברי הירושלמי שהבאתי לעיל דמייתי אמתני' הא דכל תלתא יומי נפשא טייסא על גופא כו' דמיירי לאחר קבורה מבואר דלא כסברת הכנ"י בזה שאף שנקבר מ"מ לבתר תלתא יומין זיו אפוהי אשתנה והדריה לא איתי' עליו: אך לענ"ד אף שנדחה בזה סברת הכנ"י לענין שהות ג' ימים דיבשה מ"מ לענין אשתהי שעה א' דים שפיר י"ל כן דבשלמא קלקול דשיהוי ג' ימים הוא מחמת טבע הגוף המת עצמו שהמית' גורמת שיהיה מתנוונה והולך וכשמגיע לג' ימים עוז פניו ישונה ומה תועיל לזה קבורתו בעפר שלא ישתנה ויתקלקל צורתו משא"כ באשתהי במים שישתנה בשעה אחת י"ל דאם נקבר תוך שעה לא מיקרי אשתהי אם פותחין הקבר תוך ג' ימים ומכירין אותו היטב וזה מבואר למש"ל דברי הריב"ש דכיון שטבע במים הרי באו המים במעיו לצבות בטן ולהפיל אור פניו ואף ע"ג דמיא צמית כשעולה ליבשה ושוהה מעט חוזר לסורו ותגלה רעתו כו' ולפ"ז שפיר י"ל כסברת הכנ"י דאם אחר יציאתו מן המים לא שהה שיעור שעה ונקבר מיד הקבורה מועלת כמו מיא דצמתי ודוקא אורא דשליט ביה חיישינן שחוזר לסורו ותפח מחמת המים ומכ"ש היכא שמת ביבשה והושלך למים דבלא"ה משמע מהריב"ש דבכה"ג אין אשתהי שעה מקלקלת רק כשמת מחמת הטביעה לפי"ז יש לצרף שניהם יחד לומר דכל שנהרג תחלה והושלך למים ואח"כ כשהועלה מן המים לא שהה שם ביבשה שיעור שעה עד שנקבר בזה י"ל דבכה"ג לא תפח ואפילו תימא דגם בכה"ג אמרינן תפח מ"מ יש לצרף בזה סברת מהרי"ט דאם מעיד שאין בו שום שינוי אמרינן דזה ראייה דלא אשתהי דאי אשתהי הוה תפח והובא בק"ע סעיף שע"ח ולפי זה י"ל דמה שמעידין בבירור שלא נשתנה והכירוהו הכרה גמור' זה יורה דלא אשתהי שעה אחר העלותו והקבורה לא עשתה בו קלקול אדרבה ע"י הקבורה נשמר שלא יתפח מחמת המים אשר באו אל קרבו וכיון שאין סתירה לזה מדברי הירושלמי דלעיל שפיר חזי לאצטרופי הך סברא דהכנ"י להקל בכה"ג: אפס לא מלאני לבי להקל ע"פ סברות אלו אשר נתחדשו מדבר האחרונים בלבד אך אם מקום יש בראשונים להתיר בכגון זה אף שלא השוו לדעת אחת מ"מ יש בסברות אלו כדי לצרף ולומר דבכגון זו גם החולקים מודים שהעדות מועלת והנה דעת ר"ח ור"ת שהובא בתוספות ושאר הראשונים ז"ל דבגופו שלם מתירין אפילו אחר ג' ימים

וכן באשתהי במים כמבואר בדבריהם ז"ל שנהגו להתיר נשי אנשים שנטבעו ע"י ט"ע בלא סימנים אפילו אחר כמה ימים והא עובדא דב' ת"ח מיירי שנשחת צורת פניהם כו' איברא דהריב"ש ז"ל כתב די"ל דר"ת לא קאמר אלא בג' ימים אבל במים דקאי אגברא דטבע בדיגלת דגופו שלם הוה דהא קאמר אסקוהו אגישרא כו' והביאו בח"מ ס"ק נ"ד אך דברי הריב"ש המה לפי מה שראה בפוסקים מה שהביאו בקצרה מדברי ר"ת ז"ל אבל אנו זכיננו שבימינו יצא לאור ספר הישר לר"ח ז"ל הגדול המובא בתוספות ובפוסקים ושם דף פ"ה נדפסה אותה תשובה שהובאה בפוסקים ובתשובת מיימוני ותשובת רא"מ ז"ל באריכות וראיתי להעתיק קצת לשונו שכתב וז"ל זכור אני שכך דנתי לפני רבינו שמואל והתרנו אשת אחיו של ר"ש ב"ר בנימין מקדשווארץ ופירוש המשנה הכי הוא אין מעידין אלא על פרצוף כו' אדם שנהרג ולא נשאר רק פרצופו וחוטמו ופדחתו מעידין עליו ואם חסר אחת כו' אין מעידין אלא עד ג' ימים בהני סימנים דקאמרינן ובע"כ האי אין מעידין עד ג' ימים לא קאי אאדם ידוע כשהיה חי וניכר למעידין כו' אבל בט"ע מעשים בכל יום אפילו אחר יב"ח מת ניכר והרב הקדוש רבינו שמשון כשהגיד עליו בעל החלום לאחר חצי שנה היה ניכר כאלו הוא חי אבל בפרצוף ופדחת וחוטם כיון שאין בו ט"ע כמו באיש שלם כו' וההיא דאנסבא רבא לבתר ה' יומי אפומיה דשושבוני' לא היה בו ט"ע אלא בסימני חוטמו ופדחתו ופרצופו אף ע"ג דלא היה ניכר בט"ע דלבתר דנח נפשיה אכלוהו כוורי הי' מעיד עליו אבל לא היה לו בו ט"ע אלא כמו מדמה מלתא למלתא ואע"פ ששושבינים היה וט"ע לא היה לו לא חשדו בכך וכ"כ בה"ג גבי אשה עד דיהבי עדים סימני פדחתו וחוטמו ושאר סימנים שלו כ"כ רב יהודאי גאון ונראה מדבריו אבל בט"ע גמור שישנו רובו שלם וראשו מעידין עליו אפילו אחר זמן מרובה כו' ועל דא אנא סמיך וכל המחמיר בדבר אינו אלא חוטא ואין כאן חשש איסור ולא משום עגונא פירשתי כן אלא מפני שהיא אמיתה של תורה כו' עכ"ל והלשון המוטעה הגהתי כראוי כי כל הספר מלא ט"ס כמעט בכל שיטה ושיטה ואנכי תיקנתי בעה"ז וכידו הטובה עלי העמדתי הדברים על בורין והמה הגהות נפלאי' ומוציאים חן בעיני כל רואיהם ד' יזכני להוציאם לאורה ולזכות הרבים ושם בגליון כתבתי לפרש הלשון שכתב ואע"פ ששושבינים הי' כו' דקשיא ליה כיון שלא ע"י ט"ע היה למה נקט שושבינים דמשמע שרגיל עמו ולכך הכירו בט"ע ולכן כתב ר"ת דשושבינים דנקט אינו לאשמועין דלא תימא כיון ששושבינים היה וט"ע לא הי' לו יש לחשדו ואומר בדדמי אלא מ"מ התיר אפומי' דלא חשדו בכך ע"כ מ"ש בגליון שם ועכ"פ מבואר להדיא דמפרש הך דדגלת דמיירי בטביעה ג"כ בכה"ג שלא היו העדים ע"י טב"ע אבל בט"ע אף באשתהי במים שרי דהא מה דמסיק אבל אשתהי מתפח תפח אהך דדגלת קאי ותא חזי כמה נפיש ותקיף חילי' דאילנא רברבא ר"ת ז"ל ואחיו הרשב"ם שעשה הלכ' למעשה להתיר וסיים בה שלא משום עיגונא אלא לאמיתה של תורה ואף שהבאים אחריו לא סמכו על היתר זה מ"מ הרי הטור כתב ג"כ להתיר בלא ראה הטביעה ובדעת הרא"ש האריכו בזה הרבה גדולים בתשובותיהם וגם אני הצעיר שדדתי עמקים אחריה' ומלאתי ידי בזה בספרי שו"ת בית אפרים חלק אבן העזר סימן וביארתי שם דברי התוספות והמרדכי והרא"ש והטור בארוכה ע"ש מ"מ כתבתי שם שלא מלאני לבי לעשות מעשה בזה בלא צירוף התירים אחרים: ואמנם בנ"ד הדבר

ברור שיש כמה צרופי היתר חדא שיש כאן ג' עדים שהגידו בבירור שמכירים אותו שהוא מוהר"ר אלי' צבי מקעשנוב ודעת הפוסקים דבתרי סהדי לא אמרי' בדדמי ואף דאיכא דעות דסבירא להו דלענין בדדמי דצורה שפיר חיישינן אי אישתהי דמ"מ יש לחוש דתפח ונשתנה צורתו עד שנדמ' להם שהוא פלוני הנה בשו"ת עבודת הגרשוני סימן ע"א סמך ע"ז להתיר וכתב דאע"ג דהרי"ף לא ס"ל הכי חלקו עליו כל הפוסקים כו' וא"ל דבאשתהי טעמא אחרינא איכא דתפח ונשתנה עד שעדים סבורים שהוא זה ז"א דא"כ מ"ש הרא"ש לחלק בין ראה הטביע' אין לו טעם כו' אבל כולם מודים וס"ל דלא חיישינן שישתנה צורתו כ"כ עד שא"א לעמוד עליו בשום ענין וכן משמע מהרי"ף שגם באשתהי לא סמכינן משום דמסהדי לפי אומד דעתיהם כו' עכ"ל וע"ש שדעתו נוטה להתיר בנידון שלו ולא היה להם ט"ע גמור רק ע"י סימני הפרצוף דהיינו הזקן כו' דהיינו התעוררות הכרה אחרת והאריך בזה ומכ"ש בנ"ד שהט"ע של העדים הוא ט"ע גמור והכרה גמורה מצד ראות פניו ואף שראיתו מהרא"ש לאו ראי' הוא לדעת קצת מפרשי' דאף בלא ראה הטביע' אין הרא"ש מיקל רק בסתם אבל בשהה לא ומכ"ש לפי מ"ש מהריב"ל אליבא דהרא"ש מ"מ הרי מהטור מבואר דאפילו בשהה מהני ובלא"ה א"ל שמשתנה בודאי כששהה ועיין בק"ע סעיף רל"א בשם המבי"ט שכתב ג"כ דבב' עדים אף שלא ראו מיד ואף שאין להם סימנים סגי בט"ע וכדברי עבודת הגרשוני דאין אשתהי עושה למשתנה בודאי ובאמת שכן מבואר בדברי הראשונים ולא מיבעיא למ"ש בלשון הרמב"ם דמשמע דוקא כשידוע שנתפח.

אך לפי מ"ש הרשב"א דאף בסתמא אין מעידין שאני אומר תפח ואינו ניכר ור"ל שאין חוששין שהוא כן וכמ"ש להדיא לענין ספק תוך ג' ימים דכיון שמכירין אותו ואין יודעין אם נתפח אם לא ואם נשתנה צורתו אם לא מסתמא כיון שבדקוהו והכירוהו בט"ע חזקה זה הוא אלא שחששו חכמים שמא נתפח ונשתנה צורתו לפי שרוב מתים משתני' לאחר ג' ודוקא שנודע שעברו עליו ג' ימים הא מסתמא כולי האי לא נחמיר דספיקא בחששא דרבנן לקולא עכ"ל וכן העתיק ה"ה לשון הרשב"א שמא תפח כו' ונראה שהרשב"א שבדפוס חסר תיבת שמא והריטב"א בחידושו ליבמות גבי ספק תוך ג' כתב ונראין דבריהם דכיון דחששא דשינוי פרצוף חששא בעלמא מפני שיש מקצת מתים משתנים לאחר ג' עכשיו שהדבר ספק אם הוא אחר ג' אין לנו לחוש ולהכחיש הראיה הניכרת לנו כו' ואהא דאשתהי מתפח תפח כתב וז"ל מדאמרינן מתפח תפח ולא אמרינן הא אתפוחי אתפח שמעינן שאפילו אין מכירין בו שנתפח אין מעידין עליו כי שמא נתפח ואינו ניכר ואע"פ שאין נראה כן מהרמב"ם ז"ל עכ"ל והעתיק דבריו בנ"י ואף שמלשון הר"ן בתשובה הביאו הב"י משמע דמפרש דודאי תפח נראה ג"כ דלאו דוקא קאמר אלא ר"ל דודאי יש חשש זה שתפח והארכתי בזה לפי שבשו"ת פ"י סימן ח' כתב דמדברי הר"ן נראה דודאי תפח וא"כ אפילו סימן מובהק אינו מועיל ע"ש ובתשובה א' כתבתי לחוש לדברי הגאון ז"ל וטעמא דידי לפי שהיה שם צדדי היתר אחרינא וגם הסימנים בלא"ה לא היו מובהקים אבל מ"מ להחמיר מחמת הך מלתא לבד אין לנו לומר כן דמפשיטות כל הפוסקים נראה שאינו כן וגם הוא נגד החוש דמתרמי טובא שמונח כמה שעות אחר העלאה ועיין רואה שאינו משתנה משעה לשעה ורוב האחרונים בתשו' הסכימו דהך מלתא שמא נתפח חששא דרבנן הוא ואין לחלק ולומר דגבי אחר ג' חששא

דרבנן הוא משא"כ באשתהי במים אמרינן מתפח תפח שפיר ס"ל דהוי ודאי ז"א דאם איתא דאיכא נתפח שבודאי אין ניכר ע"י א"כ מה"ת לומר גבי אחר ג' ימים דחששא דרבנן הוא ולמה לא נאמר ג"כ שהוא דרך ודאי ועכ"פ ספיקא דאורייתא אלא ודאי דליתא דג' ימים דיבשה ואשתהי דים תרווייהו חשש בעלמא שתפח כיון דליכא מיא דצמתי לי' וכיון דיש חשש נתפח אף ע"פ שאלו מכירין אותו י"ל דבדדמי קאמרי שהוא זה ובדאיכא תרי סהדי סבירא להו להפוסקים דלא חיישינן לבדדמי וגם נלענ"ד דמסתבר טעמא דמאן דס"ל דבתרי לא חיישינן אף לבדדמי דצור' מחמת דאשתהי מהך טעמא גופא שכתב הרשב"א והריטב"א דמדינא לא היא לחוש ולהכחיש הראיה הניכרת לנו ואף שיש מתים שמשנתנים אחר ג' ימים מ"מ הרוב אין משתנים עד שידמו לצורה של איש אחר שיהיו יכולים לטעות על ט"ע של צורתו ולומר שהוא בבירור צורה של איש פלוני אך מפני שהקילו חכמים משום עגונ' דאפי' ע"א ואפילו עבד כו' החמירו בתחלת עדות לענין זה שיהא עכ"פ העדות מבורר בלי שום חשש משא"כ בעדות שני עדים המעידים על מיתתו של זה דלאו משום קולת עגונה אתינן עלה כיון דמדאורייתא מהימני שוב אין לנו להחמיר בחשש נתפח שחז"ל בעגונה לא יצאו להחמיר עליה אלא להקל עליה והדבר פשוט לשיטת הרשב"א ודעימי' אם העידו שני עדים שראו אחר ג' למית' שהוא פלוני שמורידין היורשים לנחלה על פיהם ואין מעכבין על ידם בחשש נתפח וא"כ גם לענין להשיא אשתו בשני עדים אתתא שריא והב"ש בס"ק צ' כתב דלמהריב"ל דמפרש דלהרא"ש אפי' לא ראה הטביעה צריך לאלתר לפי זה אפי' בשני עדים צריכים לראותו מיד או אפשר לומר אפילו נימא שזה לא ראה הטביעה אומר קצת בדדמי מש"ה צריך שיראה אותו מיד אבל בשני עדים ליכא חשש כו' ע"ש ודבריו אלו ע"פ דברי הח"מ בתשובה שבס"ק נ"ה שכתב להסתפק בזה ודברי הב"ש מטין קצת לומר דבשני עדים ליכא חשש וכבר כתבתי שכן מבואר מדברי המבי"ט ונראה בכה"ג דהגוף שלם ולא ראה הטביעה אפשר דכולהו מודו בזה ומטעמא דכתיבנא דבשני עדים שהם נאמנים מה"ת לנו להמציא חששים להחמיר וכיון שהגוף והפרצוף שלם שיש ט"ע גמור וגם ליכא בדדמי כיון שלא ראו הטביעה מה"ת ניחוש להו לומר שנשתנה כ"כ עד שנדמה להם שהוא צורתו של פלוני והעידו כך אע"פ שלא עלה על לבם טביעתו של זה כלל ובחולין דף צ"ו אמרינן תדע דט"ע עדיף מסימנא דאילו אתו סהדי ואמרי פלוני דהאי סימנים לא קטלינן ליה, ואלו אמרו ט"ע אית לן בגויה קטלינן ליה ע"ש: ולכאורה הוכחה זו ללא צורך דאטו מי לא ידע דסימן עביד דמתרמי כה"ג משא"כ בט"ע למאי ניחוש ליה (וע"ש בתוספות ד"ה ולא מהדרין שכתבו דהנהו עובדי דהתם בט"ע כ"ד דאל"כ לא היה מסופקים כלל) וצ"ל דודאי יש לפעמים איזה מקרים וסבות שיטעו בו העדים בט"ע שלהם וכדאמרינן בר"ה גבי ראיית החודש ראינוהו ושבנו לראותו אין מעידין אימר כוביתא בעלמא הוא דחזו וכה"ג טובא אך זהו בכלל גזרת הכתוב שהאמינה התורה לב' עדים שיהיו נאמנים לנפשות וממון ואין לדקדק אחריהם לומר שמא טעו באיזה דמיון אלא הרי זה כאילו אנחנו רואים בעינינו שכדבריהם כן הוא ולכן קאמר דעדיף מסימני' דאפילו במקום שבדרך איזה סיבה היה מקום לתלות שטעו העדים כיון שהם מעידים ע"פ הראיה אין מטילין ספיקות בדבר משא"כ כשמעידים ע"י סימנים אע"פ שמשאיין ע"פ סימנים מובהקים דלא עביד דמתרמי הכי מ"מ לא קטלינן ע"י עדות זה

שאינו קרוי דבר ברור אלא מה שמעידים העדים שראו בט"ע וכדאמרינן בגיטין דף פ"ט כתיב הכא ע"פ שני עדים כו' מה להלן דבר ברור אף כאן דבר ברור ובתשובה אחת כתבתי ליישב בזה הא דלא אמרינן בעדים שנפסלו דאיתרע ואתי וכמ"ש אא"ז בת"ש גבי שוחט דאמרינן דאיתרע ואתי דיצה"ר בוער מעט מעט וכתבתי דעדים שאני שהאמינתם תורה בשעת עדותן כדבר ברור לב"ד וממילא שאם אנו רוצים להמציא ספק מחמת סיבה המתחדשת הרי זה כרוצה להטיל ספק בדבר שכבר נתברר משא"כ בשוחט שאין נאמנותו אלא משום שנאמן באיסורין שבידו לשחוט וביארתי על נכון וה"נ דכוותיה כאן בע"א שחכמים האמינוהו משום תקנות עגונות ולא האמינוהו אלא במקום שעכ"פ אין מקום לומר שטעה בעדותו בשום פנים שהרי מה"ת בלא"ה לא היה נאמן דלמא לא דייק משא"כ בשני עדים שהתורה האמינתם אין לנו להטיל ספק בעדותן מחמת חששות שמא טעו ע"פ איזה סיבה ונדמה להם כך שכל שאינה סיבה קרובה חשיב אותה לספק ממש רק לחששא דרבנן בשני עדים אין לנו לחוש כלל ולכן נלענ"ד דבכה"ג דהכא שע"פ ג' עדים יקום דבר ברור להם שזהו רבי אליהו צבי בעל האשה ע"פ מה שהכירו אותן היטב בט"ע גמור אין להחמיר במקום עיגון גדול כזה והרי לפנינו שהגאון בעל עבודת הגרשוני סמך ע"ז לבד שהיו שני עדים להתיר העגונה וכן הגאון בעל צ"צ חותנו כתב בנידון זה בתשובה סימן מ"ה לעשות דברי הרא"ש שמתיר בלא ראה הטביעה סניף אל סברות אחרות וסיים בה שהסכים בהתירת חתנו הרב מוה' גרשון וע"פ נשאת לבעל ויושבת תחתיו והמעייין בעבה"ג יראה שההיתר שכתב בצ"צ מחמת העד שהעיד מפי עכו"ם מסל"ת דחה אותו וכתב שאינו מסל"ת כלל וכתב שנפל העדות בבירא ואינו עושה רושם כאצבע בקירא וגם ההיתר שעשה לסניף ע"פ הרא"ש דחה וכתב דשם ידע מקלא דל"פ שנהרג וביותר שאמרו לו שפלוני מונח ביער ודאי יש לחוש לבדדמי ועיקר הסכמתו להיתר רק בשביל הא מלתא לחוד דבב' עדים לא בעי לאלתר ומכ"ש בזה שיש כאן כדי לצרף דעת ר"ת והרא"ש אליבא דהטור דכה"ג דנ"ד ודאי לא מסתבר לומר דאסקו אדעתייהו שזה שהיה צף בנהר בימי הפסח הוא מוהרא"צ הנאבד בימי חנוכה שהרי לא נודע דבר מהריגה וטביעה כלל רק שנתעלם מן העין וא"כ שפיר חזי לאצטרופי הך דהרא"ש אליבא דהטור להיתרא דשני עדים וכדכתיבנא: אך שעדיין לבי מהסס בזה מהך עובדא דהח"מ ס"ק נ"ה שהי' ג"כ כל צירוף התירים הללו (אע"ג דשם היה קלא דל"פ שנטבע מ"מ מדברי הח"מ שם משמע דלא ס"ל לתת ע"ז שם ראה הטביעה כיון שלא ראה הטביעה' ממש) ואפ"ה לא סמך ע"ז וחפש צדדים אחרים מחמת סימנים ע"ש וגם מלשון הריטב"א והנ"י שכתב היכא שיצא קול מת פלוני ולאחר ג' מצאו מת ובאו עדים והכירוהו וכו' משמע דגם ב' עדים לא מהני לאחר ג' ימים וכן משמע קצת מלשון הרשב"א ומ"מ משום תקנת עגונות אומר אני ניתנה ראש ונשובה למ"ש עוד צדדי היתר בפתח דברינו די"ל דכאן רגלים לדבר שנהרג תחלה והושלך למים (ואע"ג דבעובדא דהצ"צ ועבה"ג כתבו ג"כ בנידון כזה שנהרג תחלה היינו ע"פ שאר העדויות אבל כשאנו באין לדון ע"פ עדות ההכרה אחר שהוציאווה מהמים שפיר היה אפשר לומר דאחר הוא שמת ע"י טביעה לבד ומחמת דאשתהי נשתנה ע"ש) ואף שאינו הכרח גמור כמש"ל דשמא לא הוכה מכת מות מ"מ ספיקא הוי דשמא הכי הוה שהומת קודם ובכה"ג מורים דברי הריב"ש דלא איכפת לן בשהיית שעה ובעינן ג' ימים

וכמש"ל שכ"כ ג"כ בנ"ב ובבית מאיר כתב ג"כ שי"ל כן וגם יש לצרף לזה סברת הכנ"י דמה שכסו בעפר גם כן מועיל שלא יתפח ואף על פי שהוא דחה זה מכל מקום כתב שסניף גדול ואף שהוכחתי מירושלמי דלא כוותיה מ"מ היינו לענין אם שהה ג' ימים אבל לענין אשתהי דמים שפיר י"ל סברת הכנ"י וכמש"ל וגם נלענ"ד דבנידון זה שנסע במש"ק עם משאוי כבד מעות נחושת בלילה לעבור הנהר ותיכף אחר ב' או ג' שעות מצאו השליטין עם הסוס ריקן מכל אין לך רגלים לדבר יותר מזה שנפלו עליו לסטים ושללו ובזזו את אשר לו דודאי לא יעלה על לב אדם שלשעה קלה נזדמן לו סוס ורכב אחר שהושלך עליו יהבו ועזב את השליטין והסוס שלו והוא הלך בדרך למרחוק ואין ספק בדבר שסיכן בעצמו מפני הלסטים והנה בגיטין אמרינן בעיר שהקיפיה כרכום נותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים ועיין בסימן קמ"א ופשיטא דלסטים הבאים עליו ממש גרע טפי מעיר שהקיפיה כרכום של מלכות אחרת וכן מבואר מלשון הירושלמי בגיטין שם דקאמר ובלבד כרכום של אותה מלכות אבל כרכום של מלכות אחרת כלסטים הם ובב"י סימן קמ"ח כתב לפרש דכרכו' של מלכות אחרת הרי הם כלסטים שאינם באים אלא לבוז בז ולהחריב העיר וחומותיה וחיישינן שמא יפילו החומה פתאום על בני העיר ע"ש ונראה כוונתו דקשיא ליה דמה מדמה זה ללסטים שהוא סכנת נפש למי שנפלו עליו משא"כ בזה מה בכך שהם של מלכות אחרת ורוצים לכבוש העיר מ"מ השתא מיהא אכתי לא כבשוה אלא הקיפיה וכתוב אל יתהלל חוגר כו' ולכן קאמר דלכך מדמי ללסטים לפי שגם בזה קרוב הדבר שיפילו חומותיה על בני העיר וממוצא הדברים אתה למד דודאי נפילת לסטים הוא גרוע מהקיפיה כרכום של מלכות אחרת וכה"ג אמרינן בסנהדרין דף ע"א גבי בא במחותרת חזקה אין אדם מעמיד עצמו על ממונו כו' ואי קאי באפאי קטילנא ליה כו' ובפרט באותה מדינה שהיא משובשת בגייסות ולסטים וכה"ג אמרינן במכות דף יו"ד אמר אביי בגלעד שכיחי רוצחים דכתיב גלעד קרית פועלי און עקובה מדם מאי עקובה מדם אמר ר"א שהיו עוקבין להרוג נפשות וכן אמר שם גבי שכם ע"ש ופשיטא שאין לנו לתלות בסיבה רחוקה רק במלתא דשכיחא שנפלו עליו לסטים וכאשר מורה ג"כ מציאת הדם על השליטין ואף שי"ל שהכוהו ופצעוהו וערק לעלמא מ"מ עכ"פ איתרע לי' להאי גברא חזקת חי וכיון שעתה הכרת פניו ענתה שהוא האיש המוכה ע"י הלסטים אין לנו להוציא הענין מפשוטו ולומר שאחר הוא שנשתנה צורתו לצורת האיש הלזה שאיתרע חזקת חיותו ונתלה באחר שלא אתחזק לן בי' ריעותא כלל ודבר זה יש ללמוד ממ"ש הפרישה והב"ח לתרץ דברי הטור במ"ש דלא בעינן לאלתר דמיירי התם כשיש א' שמעיד שזה נפל למים דהשתא מהני הכרתו של זה שלא ראה הטביעה אף על פי שלא ראה לאלתר וכמדומה שראיתי בשו"ת פ"י שתמה ע"ז דמה יושיענו זה דאי משום דמסתבר לומר היינו דעל היינו דנפק פשיטא שאין שייך לומר בטביעה במים שאל"ס שהרב' נטבעו שם מימות עולם וגם הח"מ בתשובה הנ"ל גמגם בחילוק זה של הפרישה והב"ח וכתב שאינו מתקבל על הדעת דס"ס מכירין בט"ע כו' ע"ש.

ולפי מ"ש י"ל דהחילוק הוא דכל שידוע שנפל למים אף שהוא משאי"ס ואפילו לא שהה כדי שת"נ עכ"פ איתרע לי' חזקת חי ודינא הוא שנותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים וכדמשמע מדברי הרמב"ן בתשובה סימן כ"ח שהביאה הב"י ובש"ע סעיף ל"ד ולכן

שוב שפיר סמכינן על העד שאומר שמכירו אף שלא ראוהו לאלתר ולא חיישינן דמחמת שינוי הצורה קרוב לצורתו של זה אמר בדדמי משא"כ היכא שאין ידוע כלל שנטבע שלא איתרע כלל חזקת חיותו של איש זה בכה"ג אי לא חזי לאלתר לא מהני דזמנין דמשתנה קרוב לצורתו של זה ונדמה לו שהוא זה ולכן גם בנ"ד דהאיש הזה אומדנא דמוכח הוא שנפלו עליו לסטים ואיתרע לו חזקת חיותו בזה שפיר אמרינן כיון שמצאנו איש הרוג ונטבע בפרצוף פניו של זה תולין בו ולא אמרינן שאחר הוא שנשתנה צורתו דהא ודאי דאף דאשתהי מ"מ א"א שישתנה להדמות לפרצוף פניו של אחר לגמרי וכדאמרינן בסנהדרין דף ל"ח הקב"ה הוא טובע כל אדם בחותמו של אדה"ר ואין אחד מהם דומה לחבירו שנאמר תתהפך כחומר חותם ויתיצבו כמו לבוש כו' ופרש"י תתהפך

כו' לאחר מיתתו של אדם מתהפך חותם שלו לחומר ויתיצבו כמו לבוש בתחיית המתים ומדקרו ליה חותם ש"מ בחותם הם טבועים עכ"ל. מבואר דגם לאחר מיתה מתהפך החותם לחומר אבל לא שיתהפך חותמו זה לשל זה רק שאפשר דמחמת השינוי יהי צורתו קרובה לשל זה וכיון שעכ"פ יצא מכלל שיהי ניכר בהכרת פניו שהרי נשתנה ממנו שוב קרוב לטעות על איש אחר שצורתו קרובה לצורה זו והיינו כשלא איתרע ליה חזקת חיות של זה כלל חיישינן דלמא נדמה הוא משא"כ אי אזיל חזקת חיות אמרינן דאף ע"ג דאשתהי מ"מ הכרה טובא ומבוררת היא זו וכן הארכתי בתשובה א' בענין מי שכבשוהו כרכום יש מקום להקל כדעת ר"ת בגופו שלם ושם תמהתי על פירוש הב"י בירושלמי שהבאתי לעיל דמשמע התם דלענין שבויה איתמר ע"ש בספרי שו"ת בית אפרים סימן ט"ו ומ"מ נראה דנפילת לסטים כה"ג בפרט במדינה ההוא דשכיחי רוצחים ודאי דדמי להא דחומרי מתים: אך בתשובה אחת כתבתי שי"ל דדוקא היכא שיש שני עדים בעיר שכבשוהו כרכום איתרע חזקת חי משא"כ בעיר א' לא איתרע דלא הימנוה רבנן כ"א משום מלתא דעל"ג ובזה שאינו מעיד בדבר הברור רק בדבר המסופק אין בזה משום מלתא דעל"ג אך י"ל דדוקא היכא שאין היתר לאשה להנשא רק שניתן עליה חומרי מתים שפיר י"ל כן כיון דליכא נמי חזקה דדייקא ומינסבא משא"כ היכי שע"י שאנו אומרים שאיתרע חזקת חי תהי' האשה מותרת להנשא א"כ יש כאן חזקה דדייקא ומנסבא מהני נמי הע"א לאוריעי חזקת חי: אך באמת הרמב"ם הכריע הטעם משום מלתא דעל"ג ובמקום אחר הארכתי במ"ש הריב"ש דאיכא תרי חזקות חזקת חי וחזקת א"א וגם כי מ"ש בזה קולא משום ריעותא דחזקת חי יש לדון בזה מדין ע"א במלחמה ומה שכתבו דהאשה אומרת בדדמי מיד שנתוודע לה בכירור שירד למלחמה או נפל למים והארכתי בכל זה וכאן קצרתי כי מ"מ יש לעשות סניף גדול מזה שיש אומדנא דמוכח שנפלו עליו לסטים וגם מה שהעיד שמצא השליטין מלוכלך בדם יש ללמוד מזה שהיה האיש ההוא בסכנת מות וכיון שאנו מוצאין איש המת בפרצוף זה אין לנו לתלות באחר: אחר כותבי מצאתי ראיתי בשו"ת נ"ב סימן כ"ח שכתב ג"כ שטעם הדבר דבשנים א"ל בדדמי לפי שנאמנים מה"ת ושוב אח"כ חזר בו לפי שמהריב"ל ומבי"ט כ"כ אף בעדים פסולים כו' אלא שאף ע"פ כן י"ל כדאי המבי"ט לסמוך עליו בשעת הדחק ומקום עיגון כו' ולבסוף סיים אבל כד מעיינת כו' והכרה של עד השני לא מהני הואיל ולא חזי

בשעתיה ואז המת משתנה בעצמו ואפילו שנים רואים אותו דליכא חשש בדדמי אין מועיל כדמשמע מהרמב"ן כו' ע"ש.

ותמהני אחרי שכתב מתחלה לסמוך על דברי המבי"ט במקום עיגון איך העלים עיניו הטהורים ממ"ש להדיא בדברי המבי"ט שהובא בק"ע הל' דשני עדים אף שלא ראה מיד ואף שאין להם סימנים סגי בט"ע וכן הוא באמת בשו"ת מבי"ט ח"ב סימן מ"ט אחר שכתב דבפסולין כגון עכו"ם מסל"ת סגי כתב מעתה אין אנו צריכין לברר הדבר הג' אם ראה אותם אחר זמן מה שיצאו מן המים כו' ואף ששם בשאלה מבואר שהענין היא בספק אם ראה אותם תוך שעה סמוך לפליטתם מן הים מ"מ הרי הדבר פשוט דספק אשתהי כי האי לחומרא כמ"ש הר"ן שאין מצוי שיראנו תוך שעה רק דעתו להקל בב' עדים אפילו בודאי אשתהי כמבואר מלשונו שם ולכן העתיק כן בק"ע בשמו אף שלא ראה מיד כו' ונראה דהגאון בנ"ב ניחא ליה לסמוך אמבי"ט בהא דעדים פסולים לענין בדדמי דקבורה ולא סמיך עלי' לענין בדדמי דהכרה מ"מ צ"ע שכ"כ בפשיטות ולא הזכיר מדברי המבי"ט והח"מ והב"ש שהבאתי וגם בסדר אלי' רבא להגאון מהר"א אלפנדרי ראיתי שהאריך בענין זה ואע"פ שגם הוא עמד על חילוק בין בדדמי דקבורה לבדדמי דהכרה מ"מ הוכיח במישור שמהרשד"ם ורבינו בצלאל ומהרח"ש קיימי בזה בשיטת המבי"ט דבשני עדים א"צ לאלתר וכבר כתבתי שהגאון בעל עבה"ג סמך ע"ז לבד וכ"ש בכאן שיש לצרף הנך התירים שכתבתי לעיל ומצאתי בשו"ת הגאון מוה' זיסקינד רוטינברג שם נדפס תשובת הגאון מוה' מרדכי כהנא ז"ל שכתב להתיר ע"פ שני עדים אף לענין בדדמי על הצורה והסכים עמו הגאון מהר"ז ז"ל אלא שחלק עליו במ"ש להתיר אפי' שא' היה פסול אבל בשני כשרים הסכים להיתר ושם הביא דברי התשובה המדברים בענין זה ע"ש בסימן כ"ב וסימן ד"ג וקצרתי והנה מה שנזכר בשאלה שהארבע כנפות של דומא לבן הכיר העד שהוא בדומה לפארטיכל שביד האשה שאומרת שהוא מחתיכ' אחת והעד הכיר שהוא דומה נראה שאין זה אפילו שיעור לצרף דאע"ג דחשש שאלה אין כאן לפי מ"ש הפוסקים דציצית לא מושלי אינשי מ"מ ע"ז אמרו אין מעידין אחר ג' ימים אע"פ שיש סימנים בגופו ובכליו ומוקמינן דכליו בחיורי וסומקי ואף שזה העד אומר שהכיר שהוא כיוצא בזה החתיכה שביד האשה לאו כלום הוא דודאי שכיח טובא שדומים יחד אך האיש הלז אשר הביא השאל' והגב"ע הלז אמר לי דברים שבע"פ שלא נכתב בגב"ע כי אמרו לו שם כי נמצא הנטבע בשני זוג פוזמקאות שקורין זאקין זה ע"ז התחתונים של צמר גפן והעליונים של צמר והעגונה הנ"ל היא אמרה לו שהיא נתנה לו שני זוג פוזמקאות כנ"ל ולבש אותם קודם שיצא לדרך והנה שאלתי את האיש הלז שאולי שם במדינה כן אורחות כל הולכי דרכים ללבוש כן בעת החורף ואמר שאינו כן ולפ"ז שאינו רק דרך סיבה ומקרה נראה דכה"ג הוי כמו סימן בינוני ועיין בשו"ת ב"ח סימן ע"ה שכתב ז"ל וכ"ש בנ"ד דאיכא סימן מובהק בפוזמקי אחד ברגלו אחד וכריכת עשב ברגלו השני דאין דרך בני אדם לילך לדרך בצינה בפוזמקי אחד כו' ע"ש ובנ"ד נמי נהי שאפשר דלא נחשב לסי' מובהק דאיכא דעבדי הכי מחמת הקור מ"מ סימנים כי האי מלתא הוי ועיין בק"ע סעיף רע"ו בשם שו"ת מהראנ"ח לענין ספק אשתהי יותר משעה והזכיר סימן נזם שאינו סימן מובהק מ"מ א"ת שהוא אחר צ"ל שנשתנה פניו לזה וגם הנזם היה דומה לנזם זה כו' ע"ש (ומה שדחה לבסוף

היה מחמת חשש שאלה של הנזם ע"ש וגבי פוזמקאות נראה דבעת הקור לא מושלי אינשי ומכ"ש שאין דרך כל אדם להלוך כן בפוזמקאות כאילו זה ע"ג זה) וגם כאן נצטרך לומר שאיש אחר שהיה לבוש ארבע כנפות של דומא לבן ושני זוג פוזמקאות של צ"ג ושל צמר זה ע"ג זה ונטבע ונשתנה צורתו לצורת בעל האשה שהיא לבוש כן פשיטא שאין להחמיר כ"כ ובפרט במקום עיגון גדול כזה שנרא' להתיר אף בלא הנך אמתלאות וכמ"ש לעיל דבעל עבה"ג סמך להתיר על שני עדים והח"מ נראה שלא היה אז בידו תשו' מבי"ט שהביא אח"כ בק"ע בעת שכתב התשובה שהרי לא הזכירו כלל וגם י"ל שהיא לו צדדי היתר אחרים כי סיום התשובה חסר בח"מ והמעייין בתשובות האחרונים ימצא כהנה וכהנה שלפעמים דחי צד היתר לפי שהיו יכולין להמציא צד אחר של היתר ומ"מ אם לא היה עול' בידם צד אחר סמכו ע"ז במקום עיגון והדחק והנה מחמת הפצעי' שאחורי ראשו נראה פשוט דאין חשש למיא מרזו מכה כמבואר בפוסקים ובשו"ת ומה שההכרה היה ביום שלישי לקבורתו ולכאור' אפשר שכבר עברו ג' ימים אלא שלא היה מעת לעת וכבר עמד בזה בשו"ת נ"ב סימן מ' ומ"ש ראייה מנטל"פ דמספקא אי תחלת הלילה פוגם כו' כבר כתבתי מזה בתשובה ושם כתבתי לדחות זה אך בקצרה כתבתי שלכאורה יש ראייה מהירושלימי ומד"ר וכוונתי בזה דהא מייתי עלה מהא דעד ג' ימים נפשא טייסא על גופא כו' והתם משמע קצת דאין הג' ימים מעל"ע דמשמע קצת דמה"ט אמרו שלשה לבכי ז' להספד והנך ימים לאו מעל"ע חשבינן להו ויש לדחות ושם הבאתי מהך מתני' דבתר הכי דמעשה באחד שנפל לבור ועלה לאחר ג' ימים דמוכח דהש"ס מפרש דהיינו מעל"ע דהא אמרינן עלה אין מזכירין מעשה ניסים משום דלא ניים וכדאמר ר"י שבועה שלא אישן ג' ימים כו' ומ"ש בנ"ב שם ראייה מהא דאמר ר"י כל הרכבה שאינה קולטת לג' ימים כו' ואמרינן ביה מקצת היום ככולו כדאיתא בפסחים דף נ"ה ע"ש לענ"ד לאו ראי' היא דודאי בסתמא כל היכא דאיתמר שיעור ימים הכל לפי הענין שאם הוא דבר שטבע הענין מתחייב שבא ההשתנות ע"י משך הזמן יש לשער הימים מעל"ע אך היכא דאיתמר איתמר ומסתמא כך היה מקובל בידו שבזה טבעו שהתחלת היום או הסוף גורם וכיון דר"י קאמר התם בפסחים המנכש בי"ג שותלה במקום הטיט כו' אלמא דס"ל דהשרשה שקולטת לג' ימים היינו ע"י מקצת היום ככולו דהא אפילו אם מנכש בי"ג סמוך לכניסת י"ד מיירי דליכא ג' ימים מעל"ע עד אחר העומר ולהכי הוה ס"ד כיון דאמרת מקצת יום ככולו א"כ בי"ד נמי דנימא תרי מקצת היום ככולו ומשני רבינא דתרי מקצת היום ככולו לא אמרינן ומדוקדק בזה לשון הש"ס שם דקאמר מכדי שמעינן לר"י דאמר כל הרכבה כו' ואי ס"ד י"ד מותר בעשיית מלאכה ל"ל י"ג אפילו י"ד נמי כו' ולכאור' לשון מכדי שמעינן אינו מדוקדק דהא בלאו הך מימרא דר"י כל הרכבה ממקומו הוא מוכרע דסגי בג' ימים ומקצת היום ככולו דהא גם מנכש בי"ג היינו אפילו בין השמשות של י"ג בתחלת י"ד וכמ"ש רש"י שם בדברי רבינא ולמאי דס"ל דאי אמרינן חד מקצת היום ככולו תרי מקצת נמי אמרינן בפשיטות ה"ל לאקשוויי דגם בי"ד נימא מקצת כו' אך לפי מ"ש א"ש דבפשיטות לא הוי מצי לאקשוויי דמצינן למימר דר"י ס"ל דהכי קים להו לחז"ל דבעינן שני ימים שלימים ומחצה לקליטה וא"כ שפיר נקט י"ג דוקא ולכן קאמר מכדי שמעינן לר"י כל הרכבה שאינה קולטת לג' ימים כו' וע"כ דבריו אמורים בחדא מתרי גווני או שכוונתו על ג'

ימים שלימים מעל"ע או שכוונתו על מה שנקרא יום אע"פ שאינו מעל"ע שאף מקצת היום ככולו ולפי דברי ר"י כאן במנכש בי"ג א"א לומר דבעינן ג' ימים מעל"ע דאל"כ אף מנכש בי"ג לא מהני דהא אפי' בה"ש של י"ד בכלל וע"כ שכוונתו ג' ימים לאו מעל"ע קאמר רק ע"י מקצת היום ככולו וא"כ גם בי"ד נמי וע"ז משני רבינא דתרי מקצת לא אמרינן והוא נכון לענ"ד: ועכ"פ נראה דהיכא שהענין הוא תלוי בטבע ההשתנות ע"י משך זמן כגון הך דהכא או בתורם את החביות דאמרי' עד ג' ימים יין כו' וכן במחט שנמצא חלודה בירושלמי דגיטין ס"פ כל הגט וכה"ג טובא מסתברא דבתר מעל"ע אזלינן וה"נ אמרינן לענין תינוק שחלצתו חמה נותנין לו כל ז' היינו מעל"ע ועיין בתה"ד סימן קמ"ח לענין יולדת כתב דאזלינן בתר סדר הימים ואף דהאשר"י כתב בפרק מרובה לענין חמין דמילה דבעינן מעל"ע התוס' בגיטין כתבו דדוחק לומר דבעינן מעל"ע כו' ואע"ג דלענין הבראה בעינן מעל"ע י"ל דיש חילוק בין חולה הגוף מחמת לידה לחולה דעלמא עכ"ל ובתשובה א' שנשאלתי בענין אין סרכה פחות' מג' ימים אם השיעור ג' ימים מעל"ע הבאתי דברי תה"ד אלו ותמהתי עליו שבמחילת כ"ת כי רב הוא והמג"א סימן ש"ל נמשך אחריו ובאמת אין זה כוונת התוספות דגיטין כלל ומ"ש שדוחק לומר כו' אדלבתרי' קאי דהיינו שדחוק לאוקמי הך עובדא כה"ג שעדיין לא עברו ז' מעל"ע אבל הדין דין אמת גם להתוספות דמעל"ע בעינן וכמבואר ממ"ש א"כ גם חילוק התה"ד צ"ע וגם בשאר דבריו תמהתי שם וקצרתי כאן שהעיקר לענ"ד דהנך ג' ימים הם מעל"ע וכן משמע מסתימת הפוסקים והתשובות וגם הגאון ז"ל לא כתב להכריע להיפך רק שכתב שאין לנו הוכחה וכבר כתבתי שלענ"ד כן נראין הדברים ממתני' דבתר הכי מעשה באחד שנפל לבור כו': סיומא דפסקא מאחר שיש לנו עמודים גדולים לסמוך עליהם ועוד צירפנו לזה כמה סניפים נאותים וכבר כתבו האחרונים בתשובה דכל כה"ג שיצא ע"ד לחזור בזמן קרוב ולא חזר ולא נשמע בכל הסביבות כי נפקד מהם איש יש לצדד טפי להקל ואף שבנהר גדול י"ל דמעלמא אתי כבר כתבתי בתשובה דבימי הקור הגדול שהנהר קרוש אין לחוש כ"כ לרובא דעלמא וכדאמרינן בב"ב לענין חביות שצפה בנהר דאם איתא דמההיא דקרא אתי עקולי ופשורי הוו טבעי לה ולכן אף בשלהי סתווא שהקרוש נפטר כל זמן שלא נפטר לגמרי הוא מנותח נתחים ולשטף מים רבים לא הגיע כי גלמי הקרח הנורא הם צפים על פניו מסתבר ביותר שזה האיש הצף הוא השט מסביב המקום ההוא וקרוב לשם טבע או הושלך בנהר וכיון שבמקומות הסמוכים לנהר לא נשמע שנטבע שם יהודי וגם אין לתלות דמעלמא אלא אמרינן כאן נמצא כאן הי' וכמ"ש בעובדא דיצחק ר"ג וי"ל שהאבד הוא שנמצא וע"ד שכתב המבי"ט ועיין בשו"ת פנים מאירות ח"ג שכתב ג"כ להתיר כיוצא בזה והביא מהך דב"ב והגאון בנ"ב כתב ג"כ שמי שהוא שרוי בשלום עם אשתו ויצא ע"ד ללכת לכפרים הסמוכים ועברו איזה שנים שנעלם יש לצדד טפי להיתרא ע"ש דאזיל לקולא טובא בכה"ג ומכ"ש בנידון שלנו שיש לנו יסודות חזקים כראי מוצקים אני אומר בטוח דהאי אתתא שריא לאנסובי לעלמא אך אע"פ כן חליל' מלעשות מעשה עד שיסכימו להיתרא עוד שני חכמים גדולים מובהקים ומפורסמים בהוראה כי אני מיראי הוראה במקום חומר א"א ואי דרו דורא דלינא וכאשר יצא הדבר בהיתר יש להושיב ב"ד ולהתירה שאע"פ שיש כאן שלשה עדים על ההכרה

מ"מ מאחר שצירפנו כמה סניפים של היתר שאינם רק ע"פ ע"א לבד או אמיר' האשה לכן יש להתירה ע"פ ב"ד.

וצור ישראל יצילנו מצור מכשול ויניקנו משגיונים וירבה עצמה לאין אונים: דברי זעירא מן חברי'א הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה קמו באחד שהשיא יתום קרוב שלו ונתן לו לעת הנשואין בגדים וסכום מעות על ש"ט להאשה כמנהג ואבי האשה נתן ג"כ מעות לנדוניה ונפטר הבעל בתוך שנה ראשונה לנשואין בלא ז"ק וחלי"ש והיא זקוקה לחלוץ איך יחלוקו בנכסים: תשובה הנה עיקרי הדברים הם מבוארים בש"ע ואחרונים אך שבאו מפוזרים ואין הזמן גרמא להאריך בפלפול רק להפצרת השואל ראיתי לרשום בכתב מוצא הדינים ושרשם ויתברר הדין על בוריו והנה באה"ע סימן נ"ג בב"ש ס"ק וא"ו הביא דברי מהרי"ק שורש ע"ג דבכנס ומת תוך שנה ראשונה ונפלה לפני בנו השני ליבום לא זכה היבם שהנדוניה מחזירים תוך שנה ראשונה וכן הביא דברי מהרי"ק אלו בס"ק ט"ז ושם כתב וכל זה לא איירי לענין נדוניה כי הנדוניה הוא חוב גמור וכן תוספות שלישי נראה דהוה כחוב נדוניה ולא תפסיד כ"ש ולפי זה לכאורה אם הכתובה שהוא נדוניה שלה עם התוספות שלישי הוא עולה כפי העזבון בעין עם הש"ט אם כן אין מחזירין למשיא הסך שנתן על הש"ט אלא יתחלק העזבון הלז בין החולץ ובין החלוץ וכמ"ש באה"ע ס"ס קס"ה שכן הוא תקנת הקהילות ואף שכתב אחר כך ויש דעות אחרות כו' מ"מ זה הפשר העיקר וכמבואר בלשונו סימן קס"ג סעיף ב' שכתב אבל כבר יש תקנה שהחולץ יש לו חצי הנכסים וע"ש בב"ש ובסימן קס"ה ס"ק יו"ד שיחלוקו בנדוניה גם כן וכיון שהאשה זוכה בכל העזבון ממילא שהחולץ חולק עמה בכל אבל בנחלת שבעה כתב לפי נוסחאות שהיו נוהגין לכתוב בשטר חזרה אין האשה לוקחת רק נדוניה שלה ממש בלא הוספת שלישי וכתב בספר המקנה ובספר עצי ארזים שכן נוהגים ואם כן פשיטא לפי מה שנוהגים לכתוב בתנאים על פי תקנת שו"ם ודאי דאדעתא דמנהג' הוא אין לזוז ממנו ולפי זה אין להאשה זכיה בהש"ט ובגדים שנעשה מממונו של זה המשיא את היתום ובנדוניה של האשה תחלוק עם החולץ ואף שזה המשיא אינו קרוב הראוי ליורשו מחזירין לו ולא להחולץ שהוא אחיו הראוי ליורשו וכמ"ש בסימן קי"ח בב"ש ס"ק כ"ד בשם הט"ז שאם אחד מהקרובים נתן הנדוניה אפילו לא נתן משלו רק קיבץ ונתן להנדוניה כו' ע"ש דהיינו דוקא כשהמשיא הוא קרוב של היתום כמבואר שם בב"ש בשם הט"ז שאם אדם אחר שאינו קרוב נתן לא שייך ותם לריק כחכם ומחזירים ליורשים.

ונראה דלאו דוקא קרוב שלו אלא אפילו קרוב של אשתו נמי שייך ביה ותם לריק כחכם דהא קי"ל אשתו כגופו ומה דאיתא בי"ד סימן רנ"א קדימת צדקת קרובו קודם גם קרוב אשתו בכלל קרובו הוא וכ"כ להדיא בשו"ת מהר"מ מינץ סימן וא"ו שמחוייב לפרנס גם קרובי אשתו כפי השגת ידו כי הם קודמים לעניי עולם עכ"ל ועיין שם בשו"ת הגאון מהר"ז רויטנבורג שמוכיח מלשון זה דקאמר שהם קודמים לעניי עולם שהם במדרגות עניי עירך וכיון דאיתא ביורה דעה שקרובו קודם ואחר כך עניי ביתו ואחר כך עניי עירו כו' אם כן קרוב של עצמו שלשה מעלות קודם לעניי עולם וקרוב אשתו רק מעלה אחד ולפי זה אין לכוף לבעל לתת לסיוע קרובי אשתו רק שלישי מה שנתן לקרובי עצמו כגון אם נתן לקרובי עצמו ג' ר"ט צריך ליתן לקרובי אשתו א' ר"ט עכ"ל אך לפי

ענ"ד לאו דוקא הוא ומהר"ם מינץ לישנא בעלמא נקט שהם קודמים לעניי עולם ועיקר כוונתו לומר שהמה בכלל קרוביו ולענין פסולי עדות נמי אמרינן בסנהדרין בסורא אמרו בעל כאשתו בפומבדיתא אמרו אשה כבעלה שנאמר דודתך הוא והלא אשת דודו היא מכלל דאשה כבעלה עיי"ש וגם נראה לענין זה דאמרינן הכא פשיטא שאין לחלק בין קרובו לקרוב של אשתו דכל דמחמת קורבא קעביד ולא עלתה בידו קרינן ביה ותם לריק משא"כ אם איני קרוב כלל רק צדקה בעלמא קעביד להשיא היתום שפיר כתב הט"ז שהוא חוזר ליורשים דלא שייך ביה ותם לריק כיון שדרך צדקה עשה הרי צדקתו עומדת לעד ושכרו אתו ופעלותיו לפניו ולכן נראה ברור בנ"ד שהמעוה שנתן המשיא על ש"ט והבגדים הם חוזרים להמשיא ושאר העזבון יתחלק בין החולץ והחליצה אם לא היה ביניהם שום תנאי והתחייבות בעסק החליצה.

ומלתא אגב אורחא אמינא מה שתמה בספר עצי ארזים סימן נ"ג על מהרי"ק סימן ע"ג שכתב כנראה מתוך התנאים שהמעוה מנדן בנך נשארו בידך וא"כ מאחר שפסקו רש"י כו' ד' מ"ח קודם היאך יזכה היבם כו' וע"ז כתב דלא הוצרך לזה דהא אין היבם נוטל בראוי כבמוחזק כו' עיי"ש ס"ק ז' ובאמת לפי שהבין במהרי"ק שהמעוה היה בידו מעולם רק שנתחייב לבד שפיר הקשה אך באמת ליתא דמבואר שם למעיין שכתב אין סהדי שלא נתתי המעוה לבנך ז"ל עיי"ש שכתב שם כמה פעמים והלשון מורה להדיא שכבר נתן המעוה מיזו לבנו רק מתורת מנהג הקהילות אתי עלה שמחזירין בשנה ראשונה אף שבא לידו אך בשעת פטירתו נשאר המעוה אצל אביו ואינה בידו רק דרך פקדון ומוחזק גמור הוא ולא ראוי ושפיר היה היבם יורשו אי לאו מהנך טעמי שכתוב מהרי"ק וזה ברור.

דברי זעירא מן חברייא: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: סליק ספר שאלות תשובות בית אפרים אבן העזר חלק רביעי