

נימא כמ"ש הגרש"ש, ובין להטעם האחר שנתבאר, אפשר ליישב לפי"ז דברי הגמ' בסוטה, דלפי"ז איכא שפיר מעליותא בשומרת יבם לגבי ארוסה, דארוסה לא מצי לכונסה לחופה בעל כרחא אלא צריך שיהא מדעת שניהם, אבל שומרת יבם מצי לכונסה בעל כרחא ויקנה לכל אף אליבא דשמואל, ומשו"ה א"ש דברי ר' יאשיה גם אליבא דשמואל והיינו דקאמר גמ' דאלימא לר' יאשיה שומרת יבם מארוסה משום דלא מיחסרה מסירה לחופה והיינו דבשו"י מצי לכונסה לחופה בעל כרחא משא"כ בשו"י, ואף דרש"י פירש בהא דלא מיחסרה מסירה לחופה דהיינו שיכול לבא עליה בזנות, אכן י"ל דלא פי' כן רק בהו"א, אבל למסקנת הסוגיא דאתי דברי ר' יאשיה גם אליבא דשמואל צ"ל דהא דקאמר דלא מיחסרה מסירה לחופה ר"ל דיכול לכונסה בעל כרחא דבכה"ג קנה לכל גם אליבא דשמואל. ומיושב ג"כ הא דאמר בגמ' דשומרת יבם שותה ומיירי שבא עליה יבם לשם זנות דעדיין לא מיחסרה מסירה לחופה כיון שיכול לבא עליה בע"כ ולקנותה לכל אפי' לשמואל וכמש"נ.

אוצר החכמה

אלא דלכאורה אכתי צ"ע, דאף אי נימא דדין ביאה בעל כרחא אינו תלוי בדין ביאת שוגג, וכשבא עליה בע"כ קנה לכל אף אליבא דשמואל, אמנם לכאורה כ"ז אינו אלא היכא דהיא עדיין יבמה, אולם התם הא בעל כרחך מיירי כשבא עליה היבם תחילה בבית חמיה וקנאה לדברים האמורים בפרשה וכדאיתא להדיא בגמ' שם, ומשום דבעינן שקדמה שכיבת בעל לבועל, וא"כ לאחר שבא עליה וקנאה לדברים האמורים בפרשה הא תו אינה יבמה כלל ושוב ליכא מעליותא בשומרת יבם לגבי ארוסה אליבא דשמואל.

ומוכח מכאן כמו שנתבאר לעיל דאף היכא דפקעה ממנה זיקת יבום ואי בעי לאפוקה סגי לה בגט, מ"מ אכתי אית ליה זכות יבמין לקנותה לכל אף בעל כרחא, ומשו"ה אלימא לר' יאשיה שומרת יבם מארוסה, כיון דשומרת יבם מצי לכונסה לחופה בעל כרחא משא"כ בארוסה דלא מצי לכונסה אלא מדעת שניהם וכנ"ל.

קלב) והנה נחלקו האחרונים לשיטת רש"י בקדושין דף יט ע"א דיבם קטן שבא על יבמתו קנאה מדאורייתא אלא שאין חייבין עליה מיתה דממעטינן לה מקרא דאשת איש פרט לאשת קטן, איך הדין כשהגדיל ועדיין לא בא עליה, דבנוב"י מהדו"ת אה"ע סי' נד (ד"ה ונראה) כתב דלאחר שהגדיל חייבין עליה מיתה אפי' לא בא עליה משהגדיל, וכן משמע מדברי האור זרוע ח"א סי' קכו שכתב דאין חייבין עליה מיתה עד שיגדיל ותהיה אשתו גמורה ומשמע דמשהגדיל היא כאשתו גמורה אפי' אם לא בא עליה, אולם הרבה אחרונים חלקו ע"ז וכתבו דגם משהגדיל אין חייבין עליה מיתה אא"כ בא עליה לאחר שהגדיל, ובמנ"ח יש סתירה בזה, דבמצוה לה (סד"ה והנה במש"ל) כתב כהנוב"י דמשהגדיל חייבין עליה מיתה אפי' לא בא עליה, ובמצוה קצה נקט דגם כשהגדיל אין חייבין עליה מיתה אא"כ בא עליה.

ובסברת האחרונים שכתבו דחייבין עליה מיתה משהגדיל אפי' לא בא עליה י"ל בב' אופנים, או דס"ל דהמיעוט דאשת איש פרט לאשת קטן ל"ה מיעוט מחלות האישות דקטן וכמש"כ הרשב"א בקדושין דף יט ע"א דאין חיסרון באשת קטן בגמר האישות אלא הוי אישות גמורה, אלא שיש גוה"כ שעל אשת

אולם למשנ"ת דגם כשקנאה ויכול להוציאה בגט מ"מ נשאר לו זכות יבמין לקנותה לכל א"ש דמה"ט מהניא שפיר ביאת הקטן משהגדיל לגמור את האישות ומשו"ה כשבא עליה לאחר שהגדיל חייבין עליה מיתה.

(קלד) **אלא** שלכאורה יל"ע לדברי הר"ן בנדרים, והרשב"א והרמב"ן בסוגיין, (הו"ד לעיל אות קב, קה) שנקטו דאין חייבין סקילה על קידושי מאמר אליבא דב"ש, (והרא"ש פ"י הסוגיא בנדרים באופ"א עיין באות קה) ולכאורה צ"ע א"כ במה יגמור אח"כ את האישות, ואין לומר שלענין זה נשאר לו זכות יבמין וכנ"ל, שהרי בגמ' אמרינן דכל העושה מאמר ביבמתו פרוה ממנו זיקת יבמין, ולפרש"י קאי גם אליבא דר' אלעזר דמאמר אינו קונה קנין גמור. (עיין לעיל אות קכד).

והיה אפשר לומר בזה דהא דאמרינן דכל העושה מאמר פרוה ממנו זיקת יבמין אין הכוונה דהקדושין והנישואין שלאחר מכן הוו כמו קדושין ונישואין דעלמא אלא הוי קנין יבום ורק דמאחר והתחיל בדרך קדושין צריך להמשיך ולקנותה בדרך קידושין ונישואין דעלמא.

אלא דאכתי צ"ע למש"כ רש"י לקמן נח ע"ב (הובא לעיל אות קכח ועיי"ש) דמהני נמי חופה לאחר מאמר אליבא דב"ש, וצ"ע דלכאורה קנין חופה הוי קנין נישואין ואי"נ דלב"ש אין האישות גמורה ואין חייבין עליה סקילה האיך תהני לזה חופה, ואולי אפשר לומר דחופה מהניא נמי לגמור את קנין האירוסין במקום שאין גמר לאישות, וצ"ע.

קטן אין חייבין מיתה אע"ג דהויא אישות גמורה, וא"כ י"ל דכשהגדיל שוב ל"ש המיעוט דפרט לאשת קטן וחייבין עליה אפי' לא בא עליה, וכן משמע מדברי הנוב"י שם, ובאופ"א י"ל דאפי' אם נימא דאישות של קטן לא הויא אישות גמורה לחייב מיתה מ"מ אין החיסרון מצד מעשה הקטן דמצד עצם המעשה שפיר היה צריך להיות אישות גמורה, אלא שקטן מופקע מזה שיהא לו גמר חלות האישות, אולם משהגדיל נגמר חלות האישות ממילא, וכן משמע באו"ז שכתב דא"ח עליה מיתה עד שיגדיל ותהיה כאשתו גמורה ומשמע דל"ה אישות גמורה עד שהגדיל אלא שא"צ שיבא עליה אלא חייל ממילא. (ועיין להלן אות רמד).

(קלג) **ולכאורה** צ"ע לשיטת הסוברים דאין חייבין עליה מיתה א"כ בא עליה לאחר שהגדיל, וצ"ע דא"כ האיך מהני מה שבא עליה לאחר שהגדיל, דבפשטות אם לא בא עליה אלא קדשה בכסף או בשטר לא יהני לשיטתם לגמור את האישות, וטעמא דמילתא דלא מהני קנין כסף ושטר אלא היכא דאינה קנויה כלל אבל היכא דהיא קנויה אלא שחסר בגמר האישות ל"מ לזה קנין קדושין דעלמא, אלא דלפי"ז גם ביאה בתורת קדושין לא יהני לזה, ובע"כ צ"ל דהא דמהניא הביאה היינו משום דהויא ביאת יבום, אלא שלכאורה צ"ע הרי בשעה שבא עליה כשהיה קטן כבר קנאה ושוב אינה יבמה, [ואמנם י"א שגם לשיטת רש"י לא פקעה הזיקה וצריכה חליצה, עיין להלן אות רמג, אבל בפשטות נקטי כו"ע דלרש"י פקעה זיקתה בביאת הקטן], וא"כ שוב צ"ע האיך מהניא ביאתו משהגדיל.