הלכה · משנה תורה · מפרשים · אבן האזל · ספר נשים

אבן האזל על משנה תורה, הלכות אישות

הרב איסר זלמן מלצר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אבן האזל על משנה תורה, הלכות אישות

הרב איסר זלמן מלצר

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אבן-האזל-על-משנה-תורה-הלכות-אישות/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה 39-202611200317v של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 5
הלכה א 5
הלכה ד 6
פרק ב 7
הלכה ב 7
פרק ג 11
הלכה א 11
הלכה ב 30
הלכה ג 44
הלכה ד 54
הלכה ו 55
הלכה ז 56
הלכה י 71
הלכה טו 76
הלכה טז 87
הלכה כג 91
פרק ד 92
הלכה א 92
הלכה ב 98
הלכה טז 99
הלכה יט 105
הלכה כא 106
פרק ה 118
הלכה א 118
הלכה ג 125
הלכה ז 130
הלכה י 140
הלכה יא 144
הלכה יד 148
הלכה טו 153
הלכה טז 167
הלכה כא 170
הלכה כד 184
הלכה כו 199
פרק ו 200
הלכה א 200
הלכה י 215
הלכה יד 218
פרק ז 219
הלכה יז 219
פרק י 220
הלכה ב 220
הלכה יא 225
הלכה טו 229
פרק יא 243
הלכה א 243
הלכה ד 244
הלכה ח 244
הלכה יא 246
הלכה יד 253
פרק יב 262
הלכה ד 262
הלכה יא 269
הלכה יח 269
הלכה יט 277
הלכה כ 280
פרק יד 281
הלכה ג 281
הלכה ח 281
הלכה יג 281
פרק טז 282
הלכה א 282

הלכה ה 283
הלכה י 288
הלכה יד 289
הלכה כה 295
פרק יז 301
הלכה ט 301
הלכה יט 301
פרק יח 302
הלכה א 302
הלכה ו 302
פרק כ 307
הלכה יג 307
פרק כא 307
הלכה א 307
פרק כב 308
הלכה טו 308
הלכה יז 308
הלכה כט 308
פרק כג 308
הלכה יג 308
פרק כד 309
הלכה ד 309
הלכה טז 309

פרק א

הלכה א

קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק רצה הוא והיא לישא אותה מכניסה לתוך ביתו ובועלה בינו לבין עצמו ותהיה לו לאשה כיון שנתנה תורה נצטוו ישראל שאם ירצה האיש לישא אותה יקנה אותה תחלה בפני עדים ואח"כ תהיה לו לאשה שנאמר כי יקח איש אשה.

קודם מתן תורה כתב המגדל עוז אומר אני מקרא מלא דבר הכתוב למה אמרת אחותי היא ואקח אותה לי לאשה אלמא בייחוד לבד נקראת אשתו גם להלכה זו כמה ראיות בתלמוד בפרט בפד"מ אמרו להדיא והיא הלכה רווחת בעולת בעל יש להם ונכנסה לחופה ולא נבעלה אין להם עכ"ד, וכבר תמהו ע"ז רבים דהוא ראי' לסתור דמגמ' זו מוכח דבעילה משווי לה לאשתו ובייחוד לבד לא סגי דהא נכנסה לחופה ולא נבעלה אין להם והיה אפשר לומר דסובר דבעילה אינה אלא גורמת הייחוד אבל עיקר הקנין הוא היחוד אלא דבעינן יחוד ע"י בעילה דבייחוד סתם אינו מוכח שהוא לשם קנין אבל קשה מהא דקדושין דף ט' דילפינן מבעולת בעל על קנין ביאה ומוכח דהביאה גורמת הקנין.

ונראה דהמ"מ כתב זה פשוט ומבואר בהרבה מקומות דבעכו"ם בייחוד בעלמא הוי אשתו וכיון שבא עליה לשם אישות הויא לה אשת איש שחברו חייב עליה וצריך להבין כיון דלחיוב איסור אשת חברו צריך בעילה ג"כ למאי מהני ייחוד ונראה דלענין שתהא אשתו לגבי זה שחברו יתחייב עליה משום א"א לזה בעי ביאה אכן הרי מבואר בסנהדרין דף נ"ז על הגזל גנב וגזל וכן יפת תואר וכן כיוצא בהן וקאמר בגמ' כיוצא ביפת תואר מאי היא כי אתא רב דימי אר"א א"ר חנינא בן נח שייחד שפחה לעבדו ובא עליה נהרג עליה ופרש"י משום גזל וביפ"ת פרש"י דהוי נמי גזל שגוזלין את אשתו במלחמה וחזינן דמלבד איסור א"א יש גם איסור גזל ובן נח מתחייב מיתה ע"ז אלא דזהו דוקא כשבא עליה בע"כ של בעל אבל ברשותו פשוט דאין איסור גזל כלל ולזה בעינן שיבוא עליה ואז חייב גם אם בא עליה מרצונו עד שיגרשנה כמש"כ הרמב"ם בפ"ט מהל' מלכים הלכה ח' ומאימתי תהיה אשת חברו כגרושה שלנו משיוציאנה מביתו וישלחנה לעצמו או משתצא היא מתחת רשותו ותלך לה ולפני זה הוי א"א ואפי' מרצונו של בעל אסורה והנה לענין להתחייב מיתה מדין גזל לא בעי שיבעלנה דבייחדה לעבדו סגי ולכן בייחוד לבד כיון ששניהם רוצים ודאי אם יקחנה בע"כ חייב משום גזל ומיושב מה שכ' המגדל עוז אומר אני מקרא מלא דבר הכתוב ואקח אותה לי לאשה דכיון שאמר אחותי היא וידע שתלקח לבית אבימלך הרי הוציאה בזה מרשותו ומדין איסור א"א אינו חייב דכבר

הותרה אלא דלענין איסור גזל עכ"פ כיון שהוא והיא רוצים שפיר היה מתחייב ע"ז משום גזל ולגבי זה הויא אשתו בייחוד לחוד ואח"כ הוסיף המ"ע גם להלכה זו והיינו למש"כ הרמב"ם ובועלה והיינו לענין איסור א"א שזה נלמד מהא דבעולת בעל יש להם.

והנה הרמב"ם בפ"ט מהלכות מלכים הלכה ח' כתב בן נח שייחד שפחה לעבדו ובא עליה הרי זה נהרג עלי' משום אשת חברו והקשה הרדב"ז דבגזל שהבאנו למעלה משמע שהוא מדין גזל ותי' דהרמב"ם סובר דאין כאן דין גזל דמה שקנה עבד קנה רבו והא דקאמר וכן יפ"ת לאו לענין גזל מתניא אלא לענין אישות עי"ש ולפי"מ שנתבאר דב' דינים הם ובכל אשת חברו חייב משום גזל נמי אלא דזהו דוקא בע"כ א"כ בייחד שפחה לעבדו סבר הרמב"ם דלא שייך בי' דין גזל דבזה שייחד לעבדו לא הקנהו לגמרי ולכן חדש הרמב"ם שהוא מדין אישות ובהלכה ט' כתב בן נח חייב על הגזל בין שגזל עכו"ם בין שגזל ישראל ואחד הגוזל או הגונב ממון או גונב נפש וכ' הכס"מ שהוא מגמ' הנ"ל דוכן ביפת תואר ופרש"י דמשום גזל אתי עלה ולפמש"כ הרי הרמב"ם אינו מפרש הסוגיא לענין גזל מדקאמר כיוצא ביפת תואר ב"נ שייחד שפחה לעבדו ובא עליה ובעבדו לא שייך גזל כמש"כ ולהמבואר ניחא דהרמב"ם סובר דבכל א"א חייב ב"נ עליה משום גזל נמי וזהו שכ' וכן גונב נפש.

הלכה ד

קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק אם רצה הוא והיא נותן לה שכרה ובועל אותה על אם הדרך והולך וזו היא הנקראת קדשה משנתנה התורה נאסרה הקדשה שנאמר לא תהיה קדשה מבנות ישראל לפיכך כל הבועל אשה לשם זנות בלא קדושין לוקח מן התורה לפי שבעל קדשה.

ובהשגות כתב הראב"ד אין קדשה אלא מזומנת והיא המופקרת לכל אדם אבל המייחדת עצמה לאיש אין בה לא מלקות ולא איסור לאו והיא הפלגש הכתובה וכו' וי"ס שכתוב בהם פלגשים בלא קדושין עכ"ל והכס"מ הביא דברי הרמב"ם בפ"ד מהלכות מלכים שכתב ופלגשים בלא כתובה ובלא קדושין אלא ביחוד לבד קונה אותה ומותרת לו אבל ההדיוט אסור בפלגש אלא באמה העבריה בלבד אחר ייעוד ודברי הרמב"ם תמוהים במה שכתב שם אבל ההדיוט אסור בפלגש אלא באמה העבריה והרי לגירסת הרמב"ם פלגש היא בלא קדושין משא"כ באמה העבריה שמייעדה והו"ל קדושין עוד הקשה הלח"מ דלפ"מ שפסק הרמב"ם בפ"י מהל' אישות דכתובה אינה אלא מדרבנן ומדאורייתא אינו חייב רק בג' דברים שאר כסות ועונה וכמש"כ בפי"ב מהל' אישות ואמה העבריה לאחר קדושין ג"כ חייב בג' דברים הללו.

ונראה דבכל אשה מכיון שכונסה לשם נשואין התחייב באלו הג' דברים משום דזהו כתובה מדאורייתא לאשה שהיא אשתו גמורה ליורשה וליטמא לה אבל יעוד אינו עושה אלא אירוסין אלא דמ"מ התורה חייבתו לנהוג בה מנהג אישות וחייבתו בשכ"ו אלא דמ"מ כיון דאינה אשתו גמורה אין לה כתובה מדרבנן ומ"מ מותר בה גם מדרבנן דדין כתובה אינה אלא לאחר נשואין וזו היא ארוסה אלא דהתורה התירה לו ואף שהוא לא התחייב עצמו בשכ"ו נתחייב ממילא ואיברא דא"כ ליכא כבר דררא דאיסורא כיון דמחויב בחיובי כתובה מן התורה ואיסור ארוסה הא אינו אלא מדבריהם לכן אפשר דבאמת כוונת הרמב"ם דעכ"פ מדבריהם כיון שאין לה כתובה הרי היא כמו פלגש דאף שפלגש הוא גם בלא קדושין מ"מ גם בקדושין בלא כתובה אינה אשה דאיכא עשה ול"ת שלא ליקח אשה בלא כתובה ובלא קדושין כמ"ש הרמב"ם ריש הלכות אישות גבי מנין המצוות אלמא דבלא כתובה נמי איכא איסורא לכן הוי פלגש מדבריהם.

פרק ב

הלכה ב

והבאת שתי שערות בזמן הזה נקרא סימן התחתון ומאחר שתביא סימן התחתון תקרא נערה עד ו' חדשים גמורים ומתחילת יום תשלום הששה חדשים ומעלה תקרא בוגרת ואין בין נערות לבגרות אלא ו' חדשים בלבד.

בגמ' קדושין ע"ט קדשה אביה בדרך וקדשה היא עצמה בעיר והרי היא בוגרת רב אמר הרי היא בוגרת לפנינו ושמואל אמר חיישינן לקדושי שניהם ומקשה הגמ' אימת אי בתוך ו' חדשים בהא נימא רב הרי היא בוגרת לפנינו השתא הוא דבגרה אלא לאחר ו' בהא נימא שמואל חיישינן לקידושי שניהם והא אמר שמואל אין בין נערות לבגרות אלא ו' חדשים בלבד ומשני הגמ' ל"צ דקדיש ביומא דמשלם ששה רב אמר הרי היא בוגרת מדהשתא בוגרת בצפרא נמי בוגרת ושמואל אמר השתא הוא דמייתי סמנים והרמב"ם השמיט הסוגיא וכתב בפ"ג הי"ד היתה הבת ספק בוגרת בין שקדשה אביה שלא לדעתה בין שקדשה היא עצמה שלא לדעת אביה הרי זו מקודשת מספק והנה בפי' דברי הרמב"ם במש"כ ספק בוגרת פי' הלח"מ דמשכח"ל באופן שאין אנו יודעין את שנותיה ואין אנו יודעין אם עברו הו' חדשים שבין נערות לבגרות או דאיירי בהביאה סימן אחד מסימנים העליונים שכ' הרמב"ם דהו"ל ספק נערה ואח"כ הביאה שתי שערות ועברו ו' חדשים מזמן הבאת סימן אחד מסימנים העליונים והו"ל ספק בוגרת מכיון שאנו מסתפקים בסימני נערות הקודמים דידה אבל סימני בגרות לית לי' להרמב"ם כלל

וכן כתב המ"מ דלהרמב"ם לא משכחת ליה כלל דינא דגמ' בקדושין כיון דלית לי' סימני בוגרת וכן השמיט סימני בוגרת לגמרי בפ"ב ולהרמב"ם כל הסימנים בין התחתונים ובין העליונים הם סימני נערות אכן לפי"ז נשארה התמיהה מהסוגיא דקדושין כי לא מצינו שום מחלוקת על הסימנים העליונים אם הם סימני נערות או בגרות רק דתלוי בהגי' או גרסי' השתא הוא דבגרה ואז אפשר שתבגור תוך ו' חדשים או דלא גרסי' לי' ובעינן ו' חדשים דווקא אבל לא מצינו חולק אסימנים דברייתא דנדה דף מ"ז דלכו"ע הם סימני בגרות דגם לר"ת דפליג אסימנים דמתני' בסימנים דברייתא נמי מפרש שהם סימני בגרות.

והנה הגר"ד מקרלין זצ"ל בספרו "יד דוד" כתב ליישב דברי הרמב"ם דהסימנים העליונים הם סימני בגרות אבל לא מהסימנים שעליהם סומכין רק דהו"ל סימן שכבר היו סימני נערות והיינו שכבר בא סימן התחתון דהיינו הבאת שערות ואז היא נערה ואם הביאה סימני בגרות ולא הביאה ב' שערות אין הסימנים העליונים מועילים לעשותה בוגרת והרי היא נערה לכל דיני התורה וסוגיא דקדושין מיירי באופן דהביאה סימני בגרות בערב ואם לא היתה מביאה כלל סימני בגרות היתה נעשית בוגרת בתחילת היום אבל כיון שהביאה בזה פליגי רב ושמואל דרב סובר כיון דבלא הביאה סימנים כלל היתה נעשית בוגרת בתחילת היום כך בהביאה סימנים לא נאמר שמכיון שהביאתם בערב מקלקלים הם ונאמר השתא הוא דבגרה ושמואל סבר דהסימנים מקלקלים כיון שהביאה סימנים ומחמיר טפי דאפילו לא בדקוה שחרית ובין הערבים מצאו סימנים אמרינן ספק הוא דילמא הביאתם עכשיו ולכן השמיט הרמב"ם סוגיא זו שכבר כתב בהלכה שלפנינו דמתחילת יום תשלום הששה חדשים נעשית בוגרת אלו דבריו, ודבריו קשים בהבנתם דלשיטת הרמב"ם דבעינן דוקא ו' חדשים בין נערות לבגרות א"כ הו' חדשים אינם מועילים אלא שאם יבואו כולם אמרינן דמסתמא היו הסימני נערות בזמנם והנה בסוגיא דקדושין הרי היו אצלה סימני נערות לפני ו' חדשים ועכשיו כשבאו סימני בגרות נאמר שהם מקלקלים עוד שלא תחשב בוגרת עד הערב ואפילו לא בדקנוה בצפרא אמרינן דילמא השתא הוא דהביאתם וזה תימה.

עוד קשה יותר דלפי דבריו עיקר מחלוקת בין רב לשמואל דלרב הסימנים העליונים שבאו בערב אין מקלקלים וכיון שכבר באו סימנים התחתונים לפני ו' חדשים כבר נעשית בבקר בוגרת, א"כ מה אמר הגמ' לרב מדהשתא בוגרת מצפרא נמי בוגרת דהא לרב לא משגחינן כלל על מה שבאו הסמנים העליונים בערב דהא אינם מקלקלים כלל ועוד יותר תימה מה דאמר אח"כ לימא כתנאי דאמר הגמ' לימא רב דאמר כר' נתן דלא

אזיל בתר חזקה ואמר על זה אמר לך רב אנא דאמרי אפי' לר' יעקב וכו' אבל הכא מי נימא העמד גוף על חזקתו ומוכח דעכ"פ יש כאן איזה ספק ולדברי היד דוד אין כאן ספק כלל אלא דאינם מקלקלים מה שבאו העליונים בערב כיון שכבר נעשית בוגרת בבוקר אחר כלות הו' חדשים מהסימנים התחתונים ואכן זה ודאי כמ"ש המ"מ דהרמב"ם אינו סובר כלל סימני בגרות לעשותה בוגרת רק להוכיח שכבר היו סימני נערות אבל הסוגיא דקדושין א"א לישבה.

ונראה דהרמב"ם פסק להלכה כהגמ' דנדה פרק בא סימן דף מ"ח ע"ב דאמר דכו"ע מיהא אתחתון סמכינן ולמד כן מקרא דאיש או אשה מה איש בסימן אחד אף אשה בסימן אחד ופריך ואימא או האי או האי ומשני כאיש מה איש תחתון ולא עליון אף אשה תחתון ולא עליון וקשה דהא במתני' בדף מ"ז תנן דבוחל הוא ימי נעורים וצמל הוא משבגרה איברא בהא דתנן איזהו סימנים דפרש"י שם דקאי אצמל חולק שם ר"ת ומפרש דאבוחל קאי אבל עכ"פ צמל הוא כבר ימי בגרות וכן תנינא אח"כ בגמ' ברייתא דפליגי תנאי בסימני צמל, וע"כ צ"ל שלא יהיו סותרין המשנה והברייתא בדף מ"ז למתני' דפרק בא סימן דהסימנים אינם מוחלטים בודאי אלא שהם סימנים על בוחל שכבר הביאה שתי שערות ועל צמל שכבר הביאה שתי שערות לפני ו' חדשים אבל אינם ראי' ברורה וזהו להסוגיא דבא סימן דסבר דלא סמכינן על העליון אלא לסימן שכבר בא תחתון אבל הסוגיא דקדושין דף ע"ט בפלוגתא דרב ושמואל בקידשה אביה בדרך וקידשה היא עצמה בעיר והרי היא בוגרת דרב אמר הרי היא בוגרת לפנינו ושמואל אמר חוששין לקדושי שניהם דהגמ' למד שם דחולקין אם מעמידין אותה בחזקת נערה ופליגי בגדרי חזקה ע"כ דפליגי בעיקר ראיה דבוגרת דשם בקדושין אמר הגמ' דפליגי בקדיש בההוא יומא דמשלים ששה ומפרש המאירי דביום האחרון ששלמו בו ו' חדשים מועילים סימני בגרות דאף דמעיקר הדין איננה נעשית בוגרת עד למחרת הששה חדשים מ"מ אם הביאה סימני בוגרת מועילים גם על יום האחרון מו' חדשים אבל להסוגיא דפרק בא סימן דאמר מה איש תחתון ולא עליון אף אשה תחתון ולא עליון מבואר דסימנים עליונים אינם מועילים אלא להוכיח שכבר באו סימנים תחתונים והיינו שתי שערות, אלא דלפי"ז אין לנו מקום לבאר במה נחלקו רב ושמואל.

ונראה דמוכרחים אנו לומר בשיטת הרמב"ם שסובר דהם סוגיות חלוקות ואף דאין זה סתמא דגמרא אלא אמוראים מפורשים דרב ושמואל פליגי בהדיא בקדשה אביה בדרך וקידשה היא עצמה בעיר והרי היא בוגרת דאמר רב הרי היא בוגרת לפנינו אך באמת בפ' בא סימן דאמר הגמ' דכו"ע מיהא אתחתון סמכינן הוא אמימרא דרב דאמר שם אמר

רב יהודה אמר רב וכן תנא דבי ר' ישמעאל אמר קרא איש או אשה וכו' מה איש בסימן אחד אף אשה בסימן אחד ואימא או האי או האי כאיש מה איש תחתון ולא עליון אף אשה תחתון ולא עליון וא"כ רב בעצמו סובר דסימנים עליונים אינם מועילין לעשותה בהחלט לבוגרת ואין בוגרת אלא בשעברו ששה חדשים משהביאה שתי שערות.

ב) **הש"ש** בשמעתתא ג' הביא דברי התורי"ד בסוגיא זו וז"ל עוד ראיתי שמקשים מהא דתניא נגע בא' בלילה ואינו ידוע אם חי אם מת ולמחר השכים ומצאו מת ר' מאיר מטהר וחכמים מטמאין שכל הטומאות בשעת מציאתן א"כ לימא רב ושמואל כתנאי ונראה לי שאין זה דומה לזה כו' דהתם איתיליד ספיקא בטומאה גופה דבעידנא דנגע לא ידעינן אי הוות טומאה או לא והלכך אמרינן כשעת מציאתן בין להקל בין להחמיר שהרי גבי מחט שנמצאת מלאה חלודה או שבורה בהאי נמי אמרינן כל הטומאות כשעת מציאתן להקל אבל הכא גבי נדה הדם המטמא ברור הוא שהוא טמא ואין בו ספק אלא שלא ידענו מתי נטמאת האשה ממנו וכן סימני בוגרת ברורים ומצויים הן אלא שלא ידענו מתי נולדו באשה הלכך אין לדמות זה לזה וזה של נדה דומה לספק מגע שהטומאה ברורה היא ואותו שנגע במת הרי ודאי נגע וספק טומאה ואין להקשות מזה על זה עכ"ל התוס' רי"ד והקשה הש"ש דהא גבי קופה שהשתמשו טהרות בזוית זו ונמצא שרץ בזוית אחרת דמדמה בגמ' להאי דנגע באחד בלילה ע"ש והרי קופה ספק מגע דהשרץ המטמא ברור ומדמה לה להאי דנגע בא' בלילה דהתם איתילד ספק בטומאה גופה.

והנה מה שמחלק התורי"ד בין ספק מגע לספק טומאה נ"ל בביאור הדברים דחזקה כשעת מציאתן לא שייך אלא על הדבר שאותו הדבר כמו שהוא עכשיו כן היה מקודם והיינו כאשר מצאנוהו עכשיו שהוא מת כן היה מקודם אבל על מעשה דהיינו שאנו חוקרים מתי נעשה מעשה זה אין לנו לומר שמכיון שמצאנו שעכשיו כבר נעשה המעשה א"כ יש חזקה דכשעת מציאתן שהמעשה נעשה אתמול כיון שאנו צריכין לדון על עצם המעשה ונמצא דתלוי הדבר מתי הוא עצם הספק ונמצא לפי"ז דגבי נדה דשם הרי דין הטומאה הוא בשתראה דם היינו בעת שיהיה מעשה הזיבה וא"כ איך נניח שבשביל שהיה מעשה הזיבה עכשיו לכן היה מעשה הזיבה גם קודם לכן דהא מעכשיו על קודם אין לדון כלל ולכן גבי קופה עיקר הספק הוא מתי היה פה השרץ דזהו הכשעת מציאתן ואנו אומרים כמו שהוא עכשיו פה כן מקודם היה מקומו פה אבל בנדה דין טומאת הנדה אינו משום שהדם הוא על בשרה ונאמר דמסתמא גם מקודם היה אותו הדם על בשרה אלא דהוא דין שופעת דבעינן לדין טומאה, ולכן שפיר מדמה הך דקופה לנגע באחד בלילה דבשניהם שייך חזקה כשעת מציאתן ומנדה שפיר מחלק התורי"ד דבספק

מעשה אין אנו דנים מעכשיו על קודם.

אכן מה שמחלק התורי"ד דגבי סימנים נמי לא שייך חזקה דכשעת מציאתן תמוה לפי"ז דהתם אין הבאת הסימנים הגדלות רק מה שיש לה סימנים ונימא כמו כן חזקה דכשעת מציאתן ונראה דזהו החילוק דדין כשעת מציאתן אינו שייך אלא אם אין אנו חוקרין על התחדשות כלל אלא שאנו אומרים שכמו שאנו מוצאים אותו עכשיו כן עלינו לדון שכך היה בעת הספק ואין לנו לחשוב מה שבהכרח היה מכבר באופן אחר כגון מחט שנמצאת מלאה חלודה וכגון נגע בא' בלילה דכל הדין הוא דוקא בשלא ראינוהו חי בערב דלכן אין שייך בזה דין חזקה ולכן גבי סימנים איברא דדין חזקה לא שייך ומשום דהוא יומא דמישלם שית ובאותו יום הרי עשוי הוא להשתנות אבל עכ"פ עצם הספק הוא מתי ישתנה והספק הוא על זמן השינוי ולכן כתב התורי"ד דאם היה לנו למשל ספק על הסימנים באיזה אופן היה מקודם אם באופן המועיל או לא והיינו רואים אותם אח"כ באופן המועיל היינו אומרים חזקה כשעת מציאתן ומקודם ג"כ היה באופן כזה אבל בנדון דידן הסימנים הם ברורים אלא דהספק הוא על זמן חידושם ובזה אין אנו יכולים לדון שאין כאן ספק כלל דבע"כ יש כאן ספק וזה לא יוכל לברר הכשעת מציאתן שמקודם נתחדש דאפשר לא נתחדש עד אח"כ.

פרק ג

הלכה א

כיצד האשה מתקדשת אם בכסף הוא מקדש אין פחות מפרוטה או שוה פרוטה, אומר לה הרי את מקודשת לי או הרי את מאורסת לי, או הרי את לי לאשה בזה, ונותן לה בפני עדים, והאיש הוא שאומר לה דברים אלו שמשמען שקונה אותה לו לאשה, והוא שיתן לה הכסף.

או שוה פרוטה, בתוס' ריש קדושין בד"ה בפרוטה ובשו"פ הקשו דמנלן דשוה כסף ככסף, דהא לקמן גבי עבד עברי מיבעי ליה קרא ישיב לרבות שוה כסף ככסף ע"ש, מה שכתבו בזה, והרשב"א תירץ דבאמת גבי קדושין לא איצטריך כלל ריבוייא דשוה כסף ככסף, והא דאיצטריך גבי ע"ע היינו משום דיוצא בע"כ של רבו, אבל היכי דמדעתו מקבל כמו בקדושין ודאי שוה כסף הוי ככסף, והא דאיצטריך בנזיקין כתב ג"כ כמש"כ התוס' משום דאחמר קרא לשלם ממיטב הו"א כסף דוקא, ולפי דבריו דמחלק בין מדעתה בין בע"כ צ"ל דבחשיבות הכסף אין סברא לחלק בין כסף לשוה כסף, אלא לענין קפידא, וכמו דמצינו לענין פועל שהצריכה התורה דוקא כסף משום דאליו הוא נושא את נפשו

לכן הו"א בכל דוכתא דכתיב כסף אינו יכול לפטרו בע"כ בשוה כסף, אבל לענין קנין דבחשיבות תליא וכיון דמקבל וצריך לו השוה כסף ודאי חשיבא כמו כסף, אכן מה שהצריך הרשב"א גבי נזיקין לטעם אחר ולא סגי ליה בטעמא קמא משום שנותן לו בע"כ, ואפשר דהא לא דמי לע"ע דבע"כ פודין ממנו, אבל הניזק הא תובע הפרעון, וכיון דנימא דשוה כסף חשיב כמו כסף, למה גבי נזיקין אצרכיה קרא לרבות שוה כסף לכן כתב משום דאצרכיה קרא מיטב.

ובר"ן מבואר כמש"כ הרשב"א ורק בנזיקין כתב דכיון דכתב קרא בקרקע מיטב הו"א דבמטלטלין נמי צריך מיטב והיינו כסף, והיינו דלא גרע מדין מיטב, ואף דשוה כסף חשיבא כמו כסף אבל מ"מ מיטב לא הוי, והיינו דאף דקיי"ל במטלטלין דכל מילי מיטב היינו בשוה כסף אין נ"מ דכל דבר אפשר למכור או כאן או במתא אחריתא, אבל כסף דאין צריך למכור כלל הוי מיטב והו"א דכסף דוקא.

והריטב"א הוסיף על תי' הרשב"א דלאו משום דנותן לו בע"כ לבד, בזה הוא דאיצטריך לן לרבויי שוה כסף ככסף אלא משום שיוצא מקודם זמנו, וכמו בחוב דאם משלם לו עד שלא יכפנו המלוה אינו מחוייב ליקח ממנו שוה כסף, ורק אם המלוה כופה את הלוה שישלם לו אז יכול לסלקו בשוה כסף, ולכן גם בע"ע כיון שיוצא קודם שרוצה האדון הו"א דכסף דוקא, ולפי"ז מיושב מה שהצריכו לומר בנזיקין טעם אחר משום מיטב, דבנזיקין אינו נותן לו הכסף בע"כ כי הניזוק גובה הכסף, ונמצא דאם נימא דעיקר ההסבר הוא דהיכי דהוי דוקא בע"כ שנותן לו עיקר הכסף בע"כ, אז לא הוי שוה כסף ככסף מסברא, אבל היכי דעיקר הכסף לוקח מעצמו אף שאינו רוצה בשוה כסף אין סברא שיהי' צריך דוקא כסף, אז צריך לחדש בנזיקין טעם אחר, אבל אי נימא דעיקר הסברא הוא להיפך דמשום שלוקח ברצון השוה כסף אז אין סברא דשוה כסף לא הוי כסף, אבל אם אינו רוצה אפשר דהקפידה התורה שיתנו לו דוקא כסף, דאף דבחשיבות אין נ"מ בין כסף לשוה כסף. אבל לענין קפידא כיון שאינו רוצה, אפשר דדוקא כסף, א"כ א"צ לומר בנזיקין דצריך רבוי דשו"כ ככסף משום שהצריכה תורה מיטב.

עוד תירץ הריטב"א דכיון דילפינן מויצאה חנם אין כסף דאין כסף לאדון זה אבל יש כסף לאדון אחר יש לומר ג"כ כי היכי דגבי אמה העבריה מהני שוה כסף היכי דיציאתה היא בכסף, וכמו בע"ע, ה"נ גבי קדושין דילפינן מיש כסף לאדון אחר, ג"כ הוי שוה ככסף, אך הריטב"א כתב דלא נראה לו תי' זה, דמאן לימא לן דדרשינן אבל יש כסף ושוה כסף לאדון אחר, דילמא אמרינן ויש כסף לאדון אחר דוקא כסף, ודברי הריטב"א צריכים ביאור דכיון דמינה ילפינן ע"כ לא עדיף הך יש כסף מהא דאין כסף, וכמו התם

שו"כ בכלל כסף, ה"נ בהא דדרשינן אבל יש כסף לאדון אחר א"א להחמיר בזה יותר, ונראה דכונת הריטב"א היינו דאי הוי דרשינן דינא דנקנית בכסף מויצאה חנם בודאי הוי תי' מעליא, אבל כיון דקנין כסף ילפינן מקיחה קיחה ורק דמויצאה חנם ילפינן דקדושין דאב, וכיון דמהך דקיחה קיחה אפשר לומר דכסף דוקא, א"כ א"א להוכיח מהך דויצאה חנם דאבל יש כסף לאדון אחר, היינו כסף ושוה כסף, דדילמא נימא אבל יש כסף ודוקא כסף, וכדילפינן מקיחה קיחה דצריך דוקא כסף.

ב) **המהרי"ט** בחדושי קדושין על הרי"ף אחר שכתב כהרשב"א דמדעת המקבל א"צ לימוד דשו"כ ככסף, נסתפק למ"ד נתינה בע"כ שמה נתינה אם יכול ליתן שוה כסף בע"כ, היינו אם קדשה בפרוטה ע"מ שיתן לה ק' זוז, וכן במכירה אם הלוהו על שדהו וא"ל אם אין אתה נותן לי המעות עד י"ב חודש הרי הוא מעכשיו שלי, ובא ליתן שו"כ. וכן אם קנה הלוקח במעות מעכשיו, ואמר לו אם תתן לי המעות עד זמן פלוני הוא שלך, ובא ליתן לו שו"כ בע"כ, וכתב דאין ללמוד מע"ע שהקילה תורה כדי שלא יטמע, ואפי' בנמכר לישראל משום עבדי הם, וגבי גט מסתברא דלא מהני דדילמא לצעורה קא מכוין, אבל גבי קדושין וגבי קרקע דומיא דבתי ערי חומה מספקא לו, ומ"מ סיים דבריו דנהי דנתינה בע"כ שמה נתינה, מ"מ בכסף ממש יכול להפקיעו, ובשוה כסף לא, וכתב ע"ז המקנה בק"א שהוא תמה על המהרי"ט דמנין לו דבע"ע מהני נתינה בע"כ, ובאמת לא נתכוין המהרי"ט לומר דבע"ע ודאי מהני נתינה בע"כ, דאפי' אי לא מהני נתינה בע"כ, אבל האדון הא מחוייב לקבל כסף הפדיון אפי' כשאינו רוצה, והיו הב"ד כופין אותו לקבל, וכן כתבו התוס' בגיטין דף ע"ה על פדיון בע"ח, ובזה כתב המהרי"ט דאף דריבתה תורה בע"ע דשו"כ ככסף אפי' בע"כ, והיינו דמחוייב לקבל גם שו"כ, מ"מ גבי קדושין אפי' למ"ד נתינה בע"כ שמה נתינה, מ"מ לא מצינו דשמה נתינה אלא בכסף ולא בשו"כ, ויש לומר דלפי"ז גם בע"ע אפי' אם נאמר דנתינה בע"כ שמה נתינה, מ"מ דוקא כסף ולא שוה כסף.

והאבני מלואים כתב בזה לענין ספיקו של המהרי"ט בבתי ערי חומה נראה דבבע"ח ודאי מהני נתינה בע"כ בשו"כ- והיינו אי נתינה בע"כ מהני- דלא אמרו שו"כ אינו ככסף, אלא היכי דכתיב כסף, אבל בבע"ח לא כתיב כסף, וא"כ מה לי כסף או שו"כ עכ"ל, ולפלא שלא ראה דברי הריטב"א שהבאתי למעלה שכתב דמחזיר חוב עד שלא יכפהו המלוה דודאי אינו מחוייב ליקח ממנו שו"כ, וא"כ בבע"ח דהוי כפרעון חוב, דהא אמרינן בערכין דהוי רבית גמורה והתורה התירה, וכן כתבו התוס' בגיטין דף ע"ה דהוי כפרעון חוב, וא"כ ודאי שו"כ לא הוי ככסף, וטעמא דכיון שנתן לו כסף הוי אדעתא

שיחזיר לו כסף, והוא מחוייב להחזיר לו כסף בחובו, ולכן גם הזכות שנתנה לו תורה לפדות הוא בכסף.

אכן בקדושין בנתן לה פרוטה וקידשה ע"מ שיתן לה ק' זוז שכתב האבני מלואים דזה לא שייך לדינא אם שו"כ הוא ככסף, דזה לא שייך אלא במילתא דכתיבא בקרא, אבל הכא תליא בלשון ב"א כשאומרים כסף אי שו"כ בכלל, יש לצדד בטעמו של המהרי"ט שמסתפק קצת בזה דסובר דגם בזה דכתיבא בקרא לרבות שו"כ הא אינו דשו"כ הוי כסף ממש, אלא דאמרה תורה דבשו"כ יש לו זכות כמו בכסף, ולכן סובר המהרי"ט דאם היינו אומרים דבכל דוכתא דצריך מדינא ליתן כסף הוי שו"כ כמו כסף, א"כ גבי תנאי מוקמינן גדר התנאי כמו שהוא הדין בדיני התורה, וזה תלוי בשאר דיני התורה, דאם הדין בכל דיני התורה דשו"כ ככסף, נאמר דבסתמא לא היה דעתו להחמיר בתנאו יותר מבשאר דיני התורה, ואף שכתבנו מדברי הריטב"א דבמחזיר חוב ודאי אין שו"כ ככסף, היינו כיון שנתן לו כסף רוצה שיחזיר לו מה שנתן לו, אבל בתנאי הלא לא נתן לו כסף, יש לומר דלא הקפיד שיהי' דוקא כסף, אלא דמ"מ לדינא מוכח מדברי המהרי"ט שגם הוא החליט דבין בבע"ח בין בקדושין שו"כ אינו ככסף אם אינו מדעת המקבל.

ג) **לעניין** קדושין בקרקע או במחובר לקרקע הביאו הרשב"א והר"ן שיטת בעל העיטור שסובר דלא מהני דמקשינן הויה ליציאה, מה יציאה במחובר לקרקע לא מהני אף הויה לא מהני, והביא ע"ז מהא דאיתא בגיטין דף י' מילתא דאיתא בקדושין לא קתני, ודחו זה הרשב"א והר"ן דהתם הוא בקדושי שטר, והר"נ רצה להביא על זה מהא דאמר בקדושין דף ט' בשטר אירוסין שכתבו שלא לשמה דבעי למימר דמקשינן הויה דשטר להויה דכסף, מה הויה דכסף לא בעינן לשמה, אף הויה דשטר לא בעינן לשמה, ומסקינן דהויה ליציאה מקשינן, אך דחה הראי' דהתם אינה מתקדשת מפני הטבוע, דנימא דניבעי שיהי' הדינר טבוע לשמה, אבל לעולם מקשינן הויות להדדי, והויה דכסף נמי מקשינן ליציאה לפסול מחובר, אכן מן התוספתא הביא דתניא קידשה בעיר הנדחת ובאשרה וכו' אע"פ שמכרן וקידש בדמיהן אינה מקודשת, ומשמע דבלא דינא דאיסורי הנאה מקודשת, והכריעו מהתוספתא דלא כהבעל העיטור, אך בטעמא דמילתא לא כתבו למה לא מקשינן בזה הויה דכסף להויה דשטר.

וראיתי בזה בדברי המהרי"ט בחדושי קדושין על הרי"ף שכתב וז"ל ועוד נראה דלא שייך למילף פסולא דמחובר גבי כסף דטעם פסולו גבי גט הוא משום דכתיב וכתב ונתן מי שאינו מחוסר אלא נתינה, יצא זה שמחוסר קציצה ונתינה, והך טעמא שייך נמי בשטר קדושין, אבל בקדושי כסף דלא בנתינה תליא אלא בהנאה דמטי לה בלא נתינה

מקדשה כמו שחוק לפני, רקוד לפני א"כ אפי' נתן לה מחובר כיון שזכתה בו ומטי לה הנאה מקודשת עכ"ל, והנה בפשוטו יש לומר דדעת בעל העיטור דילפינן הויות להדדי לגמרי, וגם בקדושי כסף בעי נתינה כמו בקדושי שטר, והראי' שהביא משחוק לפני אינה מוכרחת, דכיון שההנה אותה במעשה שלו ונהנה גופה מזה הוי כמו שנתן לה, משא"כ אם מקנה לה המחובר בקנין חזקה שהיא עושה אפשר דלא מיקרי ונתן, ואף דכשנותן לה המחובר ג"כ היא נהנית ממה שזוכית בהמחובר, אבל היא הא אינה מתקדשת ממה שיש לה הנאה מזכיית המחובר, אלא מקדשה בעיקר המחובר ובזה ליכא נתינה.

אך בעיקר מה שכתב המהרי"ט דטעמא דפסול מחובר בגט הוא משום מחוסר קציצה, וכמו דאמר הגמ' גבי קרן של פרה יש לעיין דהא כתבו הנמוק"י בריש ב"ב והמ"מ בפ"ג מהל' שכנים גבי לקנות חצי הכותל דשייך קנין חצר גם על מחובר, א"כ בכתב על העלה של זית יכול להקנות לה הקרקע שתחתיה שתקנה הגט בחצר, ומצאתי ברמב"ן בחדושיו בגיטין דף כ"א בהא דיליף שם פסולא דמחובר מקרא דוכתב ונתן, משום שמחוסר קציצה הביא שם דבירושלמי יליף פסול מחובר מספר, מה ספר מיוחד שהוא בתלוש אף כל שהוא בתלוש, וכתב בזה הרשב"א דאף דבגמ' דידן אמרינן לרבנן דפליגי אריה"ג דאמר אין כותבין על דבר שיש בו רוח חיים ועל האוכלין מקרא דספר, דסברי רבנן דספר לספירת דברים הוא דאתא, מ"מ מחובר ממעטינן מדאפקיה קרא בשם ספר דדוקא תלוש, וכתב בזה הרמב"ן ומיהו בגמ' דילן לא דרשי הכי ספר כלל, ומשמע דלמאן דדריש לא נפקא ליה ממחוסר קציצה כשנתן לה אילן וקרקעו, דדמי למניח גט בחצירו, וכתב לה שטר מתנה עליו, ואפ"ה פסול עכ"ל, והנה לא ביאר הרמב"ן טעמא דגמ' דילן דלא יליף מספר, ומשמע דיליף ממחוסר קציצה, ולא קשה דהא יכול להקנות לה הקרקע שתחת האילן ושתקנה האילן מדין חצר, וזה אין לומר דכיון דאין דרך אחר כי אם שתקנה הקרקע שתחת האילן, א"כ יהי' מחוסר הקנאה, שכבר כתב הר"ן גבי האשה כותבת את גיטה, שאף שהיא צריכה להקנות לו מקודם הגט לא הוי מחוסר קציצה, דמחוסר הקנאה לא הוי מחוסר, וקשה טעמא דגמ' דידן דמשמע דיליף ממחוסר קציצה.

ונראה דאף דאפשר לחלק דין קניית הקרקע שתחת האילן לקנית האילן ושיאמר שהוא מקנה לה הקרקע בחזקה והאילן מדין חצר, מ"מ לענין שיהי' נקרא ונתן בידה יש לחלק דדוקא לענין קניית הקרקע והאילן יש לומר שהם שני קנינים, אבל בעצם האילן והקרקע שמחובר לה הוא שם אחד כל זמן שלא ניתלש האילן מהקרקע, ולכן בדין נתינת גט דאמרה תורה וכתב ונתן לא מיקרי באופן זה נתינה שהוא שם אחד, ולא נתחלק הגט

מהקרקע, ואף שיכול להקנות לה הקרקע ולא האילן מדין חצר, אז נאמר דהוי כמו שכותב גט על תלוש, ומקנה לה החצי התחתון ולא הקנה לה הגט, דבשביל זה לא נאמר שכל התלוש לא נקרא בשם גט, אלא שלא הקנה לה החלק העיקר שהוא הגט, אבל כשהקנה לה כל התלוש, כל התלוש הוי גט, וכן נאמר בהקנה הקרקע שתחת האילן, מ"מ לא נתחלק בזה לגבי דין נתינת גט ונעשה האילן והקרקע המחובר לה כמו גט אחד, וע"י החזקה בהקרקע ובדין הקנין מדין חצר על האילן נעשה האילן והגט שלה, אבל לא מיקרי זה ונתן בידה, אלא שנעשה שלה ע"י קנין החזקה וע"י דין הקנין.

והנה הרשב"א כתב עוד למוד לפסול מחובר בגט מקרא דונתן בידה דבעינן דבר הניתן מיד ליד, והריטב"א כתב בזה דאם נימא משום דבעינן דבר הניתן מיד ליד א"כ גם עבד יהי' פסול, דהא הוקש לקרקעות כדאשכחן גבי אונאה דנתמעטו קרקעות מקרא דאו קנה מיד עמיתך דבר הניתן מיד ליד ונתמעטו בזה גם עבדים שהוקשו לקרקעות, ותנן דכותב על יד של עבד, וקושיית הריטב"א קשה גם על הירוש' דלמד מקרא דספר לפי"מ שהסביר הרשב"א דאף דספר לספירת דברים אתא, מ"מ מדאפקיה קרא בלשון ספר ילפינן דבעינן תלוש, וא"כ לפי"מ שהקשה הריטב"א קשה מעבד דהוקש לקרקעות.

ונראה דמה דעבדים הוקשו לקרקעות היינו בדין ממון של העבד כמו לענין שבועה ואונאה ושומרים, בזה נתמעטו עבדים משום שהוקשו לקרקעות, אבל בדין כתיבת גט על העבד אם לא הי' שייך בעבד הקנאה כשמקנה המוכר העבד בדין חצר, הי' אפשר לומר דממילא א"א ליתן להאשה את העבד בידה, כיון שלא תקנה את העבד, אבל באמת הלא נקנה העבד בתורת חצר, וגם קרקע נקנית ע"י חצר כמש"כ למעלה, רק דקרקע ומחובר לקרקע ממעטינן משום דבעינן דבר הניתן מיד ליד, אבל עבד שאפשר ליתנו מיד ליד רק משום שהוקש לקרקע בזה לא נתמעט דלא הוקש אלא בדיני ממון שלו.

ובזה יישבתי קושיית הגרעק"א בחדושיו ליו"ד סי' ו' סעיף ב' בדין צפורן ושן המחוברין לבהמה דפסול לשחיטה, שהקשה לפי"מ שכתב הש"ך בחו"מ סי' צ"ה דאדם אפי' בן חורין ג"כ איתקש לקרקע, א"כ מנלן להפוסקים דהשוחט בצפורן המחובר לבהמה פסול, דילמא לא מיירי מתני' רק בצפורן דאדם דהוקש לקרקע, וכיון דהאדם הוי כקרקע, הצפורן שהוא מחובר להאדם פסול לשחוט בו, אבל בצפורן המחובר לבהמה מנלן דמיקרי מחובר, ויש לומר דכשר לשחיטה דבע"ח הוי כמטלטלין לכל מילי, אבל לפי"מ שכתבנו לא קשה דגם עבד לא איתקש לקרקע אלא בדיני ממון שלו, ולא שייך לפסול משום זה שחיטתו בצפורן שלו, ובשחיטה דילפינן לפסול מחובר מקרא דויקח את המאכלת הוא למוד מיוחד דבעינן דומיא דמאכלת דהוי תלוש גמור ושיהי' אפשר

שיהי' נקרא מאכלת, ולכן כמו דאדם לא נקרא מאכלת כן בהמה חיה לא נקרא מאכלת, והצפורן של הבהמה פסולה מדין מחובר כמו מחובר לאדם.

אמנם יש להעיר בזה דכמו שאנו אומרים דבהמה חיה וכ"ש אדם לא נקרא מאכלת כן נאמר דגם בדין ספר לא נקרא ספר, ולמה כשר על יד של עבד, אבל יש לומר דגבי ספר כיון דעיקר ספר הוא לספירת דברים, רק דמדאפקיה קרא בלשון ספר, ילפינן דצריך דוקא תלוש ולא מחובר לקרקע, וכמש"כ הרשב"א בזה ממעטינן דוקא מחובר לקרקע ממש, בשביל שעל הקרקע לא נוכל לומר שנקראת ספר, ולכן גם מחובר לא נקרא ספר שחבורו עושה אותו כהקרקע, וזהו דוקא בקרקע ממש, ולא באדם ובהמה דלא נתמעטו מדין ספר, אבל במאכלת דעיקר קרא דמאכלת בא לומר שהסכין ששוחט בו יהי' עליו שם מאכלת, בזה אמרינן דגם מחובר לאדם ולבהמה פסול דלא הוי מאכלת.

אכן דלפי"ז שכתבו התוס' בחולין דף ט"ז אינו מיושב, שהקשו דמנלן למילף הא מהך קרא ילפינן בזבחים דף צ"ז דעולה טעונה כלי, וכתבו דמקרא דמאכלת ילפינן כלי לגבי קדשים כמו כל מעשה עבודה דבעי כלי, אבל בחולין מדכתיב ויקח פסול מחובר, וכיון דבחולין לא ילפינן ממאכלת אלא מויקח, א"כ מנלן דצפורן דאדם ובהמה פסול, וכמו דגבי ונתן בידה אמרינן דשייך ונתן בידה גם בגט הכתוב על בע"ח ואדם, אכן התוס' כתבו דדריש מדכתיב ויקח ולא כתיב ויכין והי' מיושב דכיון דאיכא קרא דרשינן למעט גם מחובר בבע"ח, אבל כבר תמה בתפארת יעקב על דברי התוס' דמה שייך לכתוב ויכין כיון שבאמת לקחו לשחטו תיכף, וכתב דכיון דכתיב וישלח אברהם את ידו ויקח את המאכלת, והיה אפשר למיכתב בלא ויקח, אלא וישלח אברהם את ידו אל המאכלת, אמנם תירוצו אינו מיושב, דבויקח מפורש יותר שלקח לשחוט, אבל בוישלח את ידו אל המאכלת אינו מפורש שלוקחו תיכף לשחוט.

אלא דכל זה קשה לדעת התוס' דסוברים דבשחיטת קדשים בעינן בסכין כלי לעיכובא, וכן מוכח מדבריהם בחולין דף ג' בד"ה כגון שבדק קרומית של קנה, שהקשו דהא בעינן כלי, וכתבו כשתיקנה ועשאה כעין כלי, אבל הרמב"ם בפ"ד מהל' מעה"ק הל' ז' כתב דגם בקדשים לא בעינן כלי אלא לכתחלה, ובדיעבד אם שחט בכל דבר ששוחטין בו החולין אפי' בקרומית של קנה כשרה, והכ"מ שם הביא דברי התוס' וכתב דהתוס' סוברים דבקדשים בעינן כלי לעיכובא, ונמצא דלדעת הרמב"ם נוכל שפיר לחלק בין דין סכין לשחיטה, ובין דין גט, משום דבגט לא ילפינן מספר אלא שלא יהי' מחובר לקרקע, אבל בשחיטה צריך שיהי' נקרא מאכלת, וילפותא דרבי הוא דיליף מויקח את המאכלת הוא משום דכתיב מאכלת וכנ"ל, רק דלכתחלה ילפינן בקדשים שיהי' כלי, וגם זה

ילפינן מקרא דמאכלת משום דסתם מאכלת שהוא סכין של שחיטה הוא כלי, אבל אינו לעיכובא, ובחולין לא הצריכו להקפיד על לכתחלה אלא לשחוט במה שהשחיטה כשרה, ואולי זה משום כבוד עבודת קדשים אף דשחיטה לא הוי עבודה, מ"מ היא מד' עבודות שפוסלות במחשבה.

והנה בדעת בעל העיטור לפי"מ דמשמע בפשיטות כדברי המהרי"ט דבקדושי כסף לא בעינן מידו לידה כיון דבעיקר מתקדשת בהנאת הכסף, אף שכתבנו דמשחוק לפני שהוכיח המהרי"ט אין הכרח, ולפי"ז גם לפי"מ שכתב הרשב"א הטעם הב' לפסול מחובר בגט משום דכתיב ונתן בידה דבר הניתן מיד ליד, זה ג"כ תלוי בדין קדושי כסף אם אפשר לפסול משום מחוסר קציצה והיינו אי בעינן בקדושי כסף ונתן בידה, אך לפי טעם הא' דיליף בירושלמי משום דכתיב ספר, ונאמרה כדברי הרשב"א דמדאפקיה קרא בלשון ספר ילפינן דבעינן תלוש, בזה יש לומר דנילף גם קדושי כסף, דחילוק בין קרקע לתלוש, הוא מצינו בכמה ענינים ושייך לפסול גם בקדושי כסף כיון דמקשינן הויות להדדי, אך המקנה כתב דא"א לומר בטעמו של הבעל העיטור משום דיליף מספר, דא"כ לריה"ג דפוסל גט שנכתב על דבר שיש בו רוח חיים ועל האוכלין יהי' פסול גם בכסף קדושין, ויקשה מהמקדש בחלקו, דסבר ריה"ג דהוי קדושין, ומוכח ע"כ דזה דנתמעט מספר לא נתמעט גבי כסף קדושין.

אכן נראה דאינה הוכחה דזה ודאי דלריה"ג דממעט דבר שיש בו רוח חיים ואוכלין מלכתוב גט, וזהו משום דסובר שיהי' שייך לומר עליו שהוא ספר ממש, בזה ודאי לא שייך להקיש הויה ויציאה גבי קדושי כסף, דגבי קדושי כסף ודאי לא צריך ספר ממש, ובזה ודאי לא שייך אלא בקדושי שטר, אבל להלכה כרבנן דסברי דדבר שיש בו רוח חיים ואוכלין כשרין, ומשום דספר לספירת דברים הוא דאתא ולא בעינן ספר ממש, ורק דמדאפקיה קרא בלשון ספר ממעטינן קרקע, ובעינן דוקא תלוש, בזה שייך שפיר למעט גם קדושי כסף, כיון דמצינו דקרקע נתמעט גם בדיני ממון כמו בפדיון הקדש ופדיון הבן ואונאה ושבועה.

ולפי"ז תהי' שיטת הבעל העיטור מיושבת יותר, דהרשב"א הקשה עליו מתוספתא דקידשה בעיר הנדחת ומוכח דבקרקע מקודשת, אבל לפי"ז נוכל לומר בדעתו דסובר דכיון דגמ' דידן סברה דמקשינן הויות להדדי, א"כ אפשר לאוקמי התוספתא אליבא דריה"ג דסובר גבי גט דבעינן ספר ממש, וממילא ודאי לא שייך להקיש בזה קדושי כסף לגט, אבל לרבנן דספר לספירת דברים ומה דמחובר פסול, הוא מדין מיעוט קרקע, א"כ נוכל שפיר להקיש גם בזה הויות להדדי.

ד) **או** הרי את לי לאשה בזה, הנה בגמ' דף ה' כיצד בכסף כו' הרי את מקודשת לי הרי את מאורסת לי הרי את לי לאינתו ולא נזכר בזה והיה אפשר לומר דכמו דמשני בגמ' אהא דשמואל הב"ע דאמר לי ה"נ נאמר הב"ע דאמר בזה אבל ז"א דהי' להגמ' לפרש הב"ע דאמר בזה ומוכח דלא בעי בזה.

והנה בפשוטו היה נראה דבזה הו"ל כמו ודין והרמב"ם בריש הלכות גירושין לא הזכיר ודין וכ' הר"ן בפ' המגרש דהרמב"ם סבר דלא בעי ודין, ומש"כ בפ"ד בנוסח טופס הגט והזכיר ודין, לא כתב כן לעכובא, והיינו דלכתחלה גם לרבנן בעי ודין, איברא דהרמב"ם גבי שטר קדושין לא הצריך ודין ואמרתי בזה דכמו בשטר קנין ל"צ ודין ומשום דשטר ראי' גופא אם נותנו לקנין מהני ורק בגט צריך ספר כריתות וא"כ ה"נ בשטר קדושין דלא בעי ספר כריתות וכמו דלא בעי שמו ושמה לא בעי נמי ודין, אכן לפי הסבר זה תמוה דלפי"ז הפי' בגמ' דאמרי' דילמא בדבורא מגרשה ושטרא ראי' בעלמא היא, היינו דבראי' זו הוא מגרשה ובשטר מכר היה מהני כיון דכל שטר ראי' אם נותנו בתורת שטר קנין נמי מהני ורק בגט ל"מ וזה קשה דמנ"ל דלא מהני אם מגרשה בראי' זו ואף דאפשר דאין זה ספר כריתות ונאמר דבלשון ודין מוכח שהוא הספר כריתות שכורתה בזה מ"מ מלשון הגמ' דאמר דילמא בדבורא מגרשה ושטרא ראי' בעלמא מוכח דאינו מגרשה בהראי' כלל ולפי"ז גם בשטרי קנין יהא צריך, בזה, וזאת לא שמענו.

ולכאורה היה אפשר לומר דמה דחיישינן דילמא בדבורא קמגרשה היינו דוקא בגט שצריך ספר כריתות ובעינן שיהא מוכח מתוך הגט שמגרשה בגט זה אבל בשטרי קנין וקדושין לא חיישינן אכן קשה דזה הא אמר אביי בנדרים דף ה' עד כאן לא קאמר ר"י אלא גבי גט דבעינן כריתות ואנן קיי"ל כרבא דידים שאינם מוכיחות ל"ה ידים בכל דוכתא ואין לומר דזהו דוקא בנדרים דבעינן הפלאה כדאמר רבא להדיא דא"כ גבי קדושין מנלן דבעינן לי.

ולכן נראה דמה דבעי ודין בגרושין הוא רק לחומרא ולכתחלה וכדחזינן דבריש הלכות גרושין לא הזכיר הרמב"ם ודין וכמש"כ הר"ן, איברא דהרא"ש כתב דמדברי הרמב"ם בפיהמ"ש משמע דודין בעי לעכובא ומ"מ לא הוי תורף הגט משום דהוי כנזיר עובר לפניו, שכתב בפ' המגרש וז"ל ר' יהודה אומר אע"פ שגוף הגט הרי את מותרת לכל אדם צריך שיכתוב בו ודין דיהוי ליכי מנאי והלכה כר' יהודה מ"מ בכוונת הרמב"ם אפשר לומר דאין כונתו לומר רק דלא הוי תורף הגט אלא כונתו שזהו רק לחומרא ואינו מגוף הגט ומעיקר הדין לא חיישינן בגט כשם שאין אנו חוששים לזה בשטרי מקח, ולפי"ז א"ש מה שהצריך הרמב"ם לכתוב בזה שהוא ג"כ לחומרא, ויש להוכיח דבזה לא הוי

לעכובא מהא דמהני בקדושין עסוקין באותו ענין וקשה דנימא בדבורא מקדשה ואף דשם הא לא דבר כלל ואם נימא דכונתו לשם מתנה הא אינה מקודשת כלל יקשה אכתי דילמא אה"נ דמה דנתן לה הוא למתנה ומה דכוונתו לקדשה הוא בדבורא וע"כ דסתם נתינה היכי דדעתו לקדשה אמרינן דנתן לשם קדושין א"כ כ"ש היכי דמקדשה בשטר אמאי נימא בדבורא מקדשה, ואולי אפשר בזה דבסתמא לא נימא דלמתנה נתכוין היכי דדעתו לקדשה היינו בעסוקין באותו ענין ורק דבשעת קדושין אפשר דילמא נתן לה לשום סבלונות לאחר קדושין ולכן בעסוקין באותו ענין כיון דאכתי לא קדשה לא נימא מתנה בעלמא כיון דאכתי לא קדשה.

והנה הרמב"ם בפ"א מהלכות גירושין כתב כיצד כתב לה הרי את משולחת הרי את מגורשת הרי זו מגורשת ולא כתב דבעינן מנאי והנה בקדושין מקשינן אהא דשמואל דאמר בקדושין נתן לה כסף ושוה כסף ואמר לה הרי את מקודשת וכו' למימרא דסבר שמואל ידים שאינן מוכיחות הויין ידים ומשני הב"ע דאמר לי והיינו דבלא לי לא הויא הוכחה גמורה דלדידיה קדשה וא"כ גם בגירושין בעי מנאי דבלא מנאי הויין ידים שאינן מוכיחות דלא הויין ידים ובגמ' היה אפשר לפרש כן אבל קשה על הרי"ף והרמב"ם שלא הצריכו מנאי בתורף הגט והר"ן בפ' המגרש האריך בזה וכתב משום דאיכא ב' סוגיות בגיטין ובנדרים ובגיטין משמע דפליגי בודן דר"י בעי ודן דאי לא אמרי' בדבורא קמגרש ובנדרים משמע דפליגי במנאי מדקאמר רבא אנא דאמרי אפי' לרבנן ע"כ לא קאמרי רבנן אלא גבי גט דאין אדם מגרש אשת חברו ומוכח דהפלוגתא הוא במנאי וצ"ל דב' הסוגיות כל אחת מגלה על חברתה דבתרתי פליגי והנה אף דבהמגרש לא אפשטא הך בעיא מ"מ מיפשטא מסוגיא דנדרים דאמר רבא אנא דאמרי אפילו לרבנן וגבי גט מודה דידים שאינן מוכיחות הויין ידים כיון דהענין מוכיח דאין אדם מגרש אשת חברו לכן פסק הרמב"ם דלא בעי ודן ולא מנאי וצ"ל דגם לגבי ודין דלא אצרכוה רבנן היינו משום דאדם יודע שאין מגרשין אלא בגט ומוכח דבגט קמגרש לה וכ' הר"ן דשי' הרמב"ם אינו מחוור וכונתו כיון דבגיטין מספקא לן ולא איפשיטא הוה לן למיזל לחומרא ומסוגיא דנדרים דדחי אנא דאמרי אפילו לרבנן א"א לדחות האי בעיא מפורשת דאפשר דאף דלא קיי"ל כרבנן מ"מ רבא מצי סבר כוותייהו וכן תמוה מש"כ הר"ן שם בשם יש מי שאומר דמנאי ל"ב כיון דרבא אמר אנא דאמרי אפילו לרבנן וגבי גט מודה אבל ודן בעי כיון דהו"ל איבעיא דלא איפשטא וזה תימה דמנ"ל לחלק בין מנאי ובין ודן וליפסוק בחד כר"י ובחד כרבנן כיון דמחד טעמא הוא דלר"י בעי ודן ומנאי ורבנן דפליגי ל"ב לא ודן ולא מנאי, עוד הקשה הלח"מ דבגמ' מייתי ראי' מדרבה דהתקין בגיטא וכו' ולא התקין

ודן ואי כדברי הר"ן דלשי' הרמב"ם בעי לכתחלה ודן גם לרבנן תיקשי ליה לדידיה אמאי לא תקנו ודן.

והלח"מ תי' דהרמב"ם אינו מפרש הך איבעיא דהספק הוא אי פסקינן כר"י או כרבנן דאם כן היה להגמ' לפרש בהדיא ולמיבעי הלכה כר"י או כרבנן ולכן מפרש הרמב"ם דהספק הוא לענין לכתחלה ואליבא דרבנן קבעי ליה והפי' הוא דאף דאינו מתורף הגט ונ"מ דלא צריך לכותבו לשמה מ"מ אפשר דצריך לכותבו בגט משום שופרא דשטרא איברא דלרבנן א"צ לכתוב ודן מ"מ אנן אפשר דבעינן לכותבו לחומרא ולזה הביא ראי' מדאתקין רבא בגיטי נשים איך פלניא וכו' ולא אתקין ודן מוכח דא"צ כלל ומשני דלא הזכיר כל מילי ולכן פסק הרמב"ם דצריך ודין רק לדין כתיבת הגט לחומרא אבל לגופו של גט שפיר פסק כרבנן, עוד כתב הלח"מ לפמש"כ ה"ה בשם הרשב"א והרמב"ן דצריך ודן משום דקי"ל ידים שאינן מוכיחות לא הויין ידים וכיון דבנדרים אמרינן דרבנן ור"י פליגי בידים שא"מ ואנן קיי"ל כרבא ממילא מוכח דקיי"ל נמי כר"י ולכן מוכח דלר"י נמי לא בעי ודן אלא מדרבנן ומן התורה ל"ב כלל ודן והביא דברי הרמב"ם בפיה"מ שהבאנו למעלה ומוכח דשי' הרמב"ם דגם לר"י אינו מגופו של גט.

והנה מש"כ הלח"מ לתרץ לפ"ד המ"מ אף שמדבריו בפיה"מ מוכח כדבריו קשה להעמיד שיטה זו דהרי בנדרים אמרינן לימא אביי ורבא בפלוגתא דר"י ורבנן קמיפלגי והיינו דרבא דס"ל ידים שאינן מוכיחות ל"ה ידים ס"ל כר"י ואם נאמר דר"י מדרבנן קאמר א"כ גם ר"י לא מצי סבר כרבא דהרי רבא מדאורייתא קאמר, ועוד דמשני אמר לך אביי אנא דאמרי אפילו לר"י עד כאן לא קאמר ר"י אלא גבי גט דבעינן כריתות ומשמע דמדאורייתא קאמר והיה ליה למימר דר"י לחומרא הוא דקאמר ואביי מעיקר הדין הא איירי וקאמר דחל הנדר ומוכח דר"י מדאורייתא הוא דבעי ודן וזה אין לומר דהרמב"ם דחה הסוגיא דנדרים משום מימרא דשמואל דקאמר גבי הכותב טופסי גיטין דצריך שיניח מקום הרי את מותרת ול"ק דצריך שיניח גם מקום ודן ואע"ג דשמואל סבר בנדרים ובקדושין ידים שא"מ לא הויין ידים זה אינו דאדרבה מזה היה לו להוכיח דוקא כמסקנת סוגיא דנדרים דאפי' מאן דסבר ידים שא"מ לא הויין ידים גבי גט משום דהענין מוכיח דאין אדם מגרש אשת חברו כדקאמר רבא אבל מנלן לסתור סוגיא דנדרים ולומר דאפי' ר"י לא קאמר אלא מדרבנן מה דלא משמע כן כלל גם בסוגיא דהמגרש.

ולכן היה נראה לומר דהרמב"ם סובר כשיטת הרשב"א דכיון דבהמגרש אמרינן בסתמא דר"י ורבנן פליגי בפלוגתא דידים שאינם מוכיחות ולכן אנן דקיי"ל לא הויין ידים סבירא לן ע"כ כר"י ומה דקאמר בנדרים דרבא מצי סבר כרבנן ומשום דאין אדם

מגרש אשת חברו רק לדחויא קאמר דמסוגיא דהמגרש מוכח דבידים שא"מ פליגי ורק דסובר הרמב"ם דהא דדחי בנדרים דרבא מצי סבר כרבנן ומשום דגבי גט לא בעינן ידים מוכיחות ומשום דהענין מוכיח שאין אדם מגרש אשת חברו עכ"פ מוכח מזה דסבירא לן דאע"ג דידים שא"מ לא הויין ידים מ"מ היכא שהענין מוכיח אע"ג דהדבור בעצמו לא היה מוכיח מהני וכמש"כ הר"ן בנדרים א"כ הך סברא קיימת ואף דסוגיא דנדרים לא קיימא במסקנא ולא אמרינן דמודה רבא גבי גט דלא בעי ודן ומנאי היינו משום דהך סברא דאין אדם מגרש אשת חברו לא ברור לן דמנלן שרצה לגרשה דנימא סברא דאין אדם מגרש אשת חברו אפשר רצה לשחק בה כדאמרינן לא לכתוב למחך דמשמע כי חוכא כלומר מצחק אני בך והרי נמי אפשר משטה הוא בה אבל מ"מ זו הסברא דשמעינן מסוגיא דנדרים דאף למ"ד לא הויין ידים מ"מ אם הוא מוכח מתוך הענין מהני ולכן סובר הרמב"ם דגם אם הענין מוכח מתוך טופס הגט נמי מהני דמאי נ"מ אם הענין מוכיח או שהוא מוכח מתוך הכתב.

והרווחנו בזה דלא לסתור מימרא דשמואל אדשמואל דבנדרים וקדושין מוכח דשמואל ס"ל ידים שאין מוכיחות לא הויין ידים וא"כ יקשה אמאי גבי הכותב טופסי גיטין שצריך שיניח מקום הרי את מותרת לכל אדם ולא הזכיר שצריך שיניח מקום ודין ומוכח מזה דודין לא בעינן שיהיה כתוב לשמה דעכ"פ אינו עיקרו של גט דכיון שהוא כתוב בטופס א"כ שמעינן שרוצה לגרשה ובגט ולא בדבורא בעלמא דבלא הודין שכתוב בטופס אין ראיה כמ"ש דכוונתו להשטות בה אבל כיון דכתוב בטופס ודין דיהוי ליכי מינאי וכו' א"כ מוכח מילתא ולא גרע מהא דהוי סבר למימר דהוי מוכיח משום דמסתמא אין אדם מגרש אשת חברו ולכך לא הצריך הרמב"ם להניח מקום ודין בכותב טופסי גיטין כמבואר בפ"ג מהלכות גירושין הל' ז' ולכן שפיר כתב הרמב"ם בפירושו דר' יהודה דאע"ג דצריך שיכתוב ודין מ"מ אינו מגופו של גט ולזה כתב שאע"ג שגופו של גט הוא הרי את מותרת מ"מ צריך שיכתוב ודין ומוכח זה מהכותב טופסי גיטין.

אכן אכתי אינו מבורר הך סברא דאפשר דהיכי שהענין מוכח בלא כתיבה כלל שפיר מהני אבל היכי שכבר צריך כתיבה בדיני גט הוי מדין וכתב לה ובעינן שפיר לשמה ולכאורה יש לעיין בזה מדברי הריטב"א בקדושין דף ה' שכתב וכל היכא שאינו כתוב בגט ודין אע"פ שאמר כן בשעת נתינת הגט לא מהני דמילי דצריכא לגט צריך שיהיו כתובין דאי לא בדבורא בעלמא מגרש לה ולא הוי גיטא ומוכח מזה לכאורה דמה דבעינן שיהא כתוב בגט הוא מדיני גט ואי לא בדבורא בעלמא קמגרש לה וודאי דבעינן לשמה אך מזה אין ראי' דאם אינו כתוב בגט כלל א"כ אף שאומר בשעת נתינה לא הוי ספר

כריתות כיון דשלא בשעת נתינה אינו מוכח כלל שהוא גט דאפשר משטה הוא בה אבל באופן שכתוב בטופס אף שאינו בתורף כיון דחזינן דאף אם נסבור לא הויין ידים מ"מ היכי שהענין מוכיח מהני ואף שלא כתוב ונימא בדבורא מגרשה או דגם אם מהני לא יהא עדיף מאילו כתב לה לכי הנשאי לאיש אחר דודאי לא מהני אף דהוי ידים דבלא גירושין הרי היא אשת איש ומ"מ לא מהני דבעינן שיכתוב לה הרי את מותרת לכל אדם ובעינן ספירת דברים וע"כ דהיכא שהענין מוכיח הוי ליה כאילו נכתב בגט ולכן בכתוב בטופס אף על פי שלא כתוב בתורף הו"ל כנזיר עובר לפניו והוי שפיר לבטא בשפתים לענין זה דהדבור הוא על כוונה זו ולכן מוכיח הטופס על התורף דהוא לשם גט ולא בעינן שיכתוב לשמה דאין זה אלא הוכחה כנזיר עובר לפניו ולכך לא בעינן לשמה. והנה אחרי כתבי כל זה מצאתי בספר גט מקושר למהרי"ט אלגזי שהביא מתשובות הרא"ש כלל רל"ה סי' ה' שכתב להדיא דאפילו לר"י דבעינן שיכתוב בגט ודין אינו מתורף הגט כיון דאינו עיקר כריתות אלא הוכחה בעלמא שדעתו לגרשה וב"ה שזכיתי לכוון לאמת.

אבן ראיתי אח"כ להגאון מוהרי"ט אלגזי שהרחיב בדבור זה וכתב לחלק בין אי ע"ח כרתי או ע"מ כרתי דאי ע"ח כרתי שפיר בעינן שיהא כתוב בגט אבל אי ע"מ כרתי לא בעינן כלל שיהא כתוב בגט דהא גבי כתב לגרש את הגדולה לא בעינן שיהא מוכח מתוכו ולכן למ"ד ע"מ כרתי סגי אם אמר בשעת נתינה שמגרשה בגט זה ואח"כ הביא ד' הריטב"א שהבאנו וכתב דהרמב"ם יהא חולק עליו בזה דהרי הרמב"ם כתב שאין הודין גופו של גט א"כ סגי באמירה בעלמא אלא דלמ"ד ע"ח כרתי לדידי' בעינן שיהא מוכח מתוכו וכבר בארתי דאינו דומה דבאמת כיון דידים שאינם מוכיחות ל"ה ידים א"כ לא הוי לשון כריתות וכדאמר אביי כדהוי ס"ד לאוקמי דאביי מודה גבי גט וקאמר אנא דאמרי אפילו לר' יהודה עד כאן לא קאמר ר"י אלא גבי גט דבעינן כריתות, ומ"מ היכי דהוי מוכח מצד אחר אז כבר הוי כריתות דהיכי דמוכח הכוונה הוי לשון כריתות והוי כאילו נכתב וא"כ מאי מהני אפילו לר"א דאמר ע"מ כרתי הא אדרבה לדידי' וכתב אכתיבת הגט קאי ובעינן שיהא ספר כריתות וא"כ כיון שבכתב לא מוכח מידי וידים שא"מ לא הויין ידים מאי מהני מה דאמר לפני עדים הרי את מגורשת בגט זה נהי שעכשיו רוצה לגרשה בגט זה אבל אפשר דבשעת כתיבה לא נתכוון לזה ונמצא שבגט אינו כתוב כן וכמש"כ ומה שהביא ראי' מהא דכתב לגרש את הגדולה דמהני לר"א בע"מ אף ששמות ב' נשיו שוין ולכך ל"מ לר"מ משום דבעינן מוכח מתוכו ולר"א מהני היינו דהתם לא הוי חסרון בספר כריתות כלל היכי שלא כתב בפירוש לאיזה מהן הוא מכוון וכמש"כ הר"ן בגיטין דף כ' גבי ההוא דעל לבי כנישתא ושקל ס"ת וכו' ואמר רב יוסף

אי משום כריתות דאית בה הא בעינן שמו ושמה שם עירו ושם עירה וליכא וכתב הר"ן משום דכתיב ספר כריתות ואי אפשר לספירת דברים של כריתות אלא א"כ כתב שמו ושמה, ושם עירו ושם עירה ודאי דרבנן הוא דמדאורייתא לא בעינן אלא שמו ושמה כדי שיהא נראה שהוא כורת בינו לבינה ומוכח דל"ב אלא שיהא כריתות בינו לבינה ומה שנמצא בעולם שמות כאלו לא איכפת לן ואין להוכיח מהא דגט שנפל ונמצא היינו משום דלא חיישינן שגם שני בא כאן ואבד אבל זה ברור דלא מיקרי מוכח מתוך השטר ששלו הוא אלא דלא בעי שיהא מוכח אלא בינו לבינה, כמש"כ הר"ן דשם עירו ושם עירה דרבנן.

ועוד הביא הגט מקושר בשם הר"ן שכתב ושם עירו ועירה. לאו דוקא דדיעבד אע"פ שאין כתוב שם עירו ושם עירה מגורשת ואפשר דלמ"ד ע"ח כרתי אי לא כתב שם עירו ושם עירה אינה מגורשת כלל ואף למ"ד ע"מ כרתי כל היכי דאיכא ע"ח צריך דדלמא אתי למסמך עלוייהו וכן כתב הרמב"ן וז"ל ובתוס' מוקי לה כר"מ דאמר ע"ח כרתי וא"א אלא א"כ מוכיח מתוכו מי מגרש ומי מתגרשת ואינו נכון, וחזינן דלר"מ פסול מטעם ע"ח עד שיכתוב שמו ושמה ושם עירו ועירה ומש"כ הרמב"ן ואינו נכון אין ראיה שחולק על זה אלא שהק' על דברי התוס' דהא הכא ע"כ כר"מ לא אתיא דאין כאן ע"ח כלל דהא בס"ת קמגרש לה אבל אין לנו לומר שהרמב"ן חולק בעיקר הסברא ומוכח דאי בעי מוכח מתוכו בעינן שם עירו ועירה וכמש"כ דבל"ז לא מוכחא כלל דודאי נמצאים עוד אנשים בשם זה ולמ"ד ע"מ כרתי לא בעינן ומ"מ שמו ושמה אפי' למ"ד ע"מ כרתי בעינן דבל"ז לא הוי ספר כריתות כלל ולשיטת הראשונים שהביא הריטב"א בקדושין דגבי גט נמי לא בעינן שמו ושמה מדאורייתא והכא מוכח דבעינן, יש לומר דהכא במגרש לה בס"ת שאני דלא כתוב כי אם ונתן לה ספר כריתות וחייש ר"י לתיבת כריתות וע"ז אמר כיון דאינו כתוב שמו ושמה אבל מכל הראשונים מוכח דבלא שמו ושמה ל"ה כריתות כלל, ולא סגי ע"מ אף שיודעין שמו ושמה דמ"מ אין זה כריתות וא"כ אין ראי' כלל ממה שהביא המהרי"ט אלגזי לענין ודין דליהני מה דעדי מסירה יודעין שרצונו לגרש בגט זה דעכ"פ לענין הדברים הכתובים בגט אין כאן הוכחה כלל וכמש"כ למעלה, וזה ברור בעז"ה.

הוספות להלכות אישות

(העתקה מקונטרס לשו"ע אה"ע)

אם בכסף הוא מקדש אין פחות מפרוטה כסף או שו"כ ע"כ. הא"מ בסי' כ"ז מביא מש"כ הרי"ף והרמב"ם בפה"מ דמשקל חצי שעורה כסף הוא פרוטה לקדושין, ומוכח

דבין הוקר הכסף בין זל, הוי משקל חצי שעורה שיעור לקדושין, והק' הא"מ דמנ"ל הא כיון דעיקר דין כסף הוא ממון שיוצא בהוצאה כמש"כ הרמב"ם, וא"כ אם ישתנה וחצי שעורה לא יהא שוה כמו בימי משה מנ"ל שזהו שעור קדושין, והנה לכאורה אין מקום כלל לקושיתו דהא להדיא אמרינן בריש הזהב דהעיקר תלוי מהו טבעא ומהו פירא, ולהדיא אמרינן התם אהא דתניא דינר של כסף אחד מכ"ה בדינר של זהב אי אמרת בשלימא טבעא הוי משער תנא במידי דקיץ, אלא אי אמרת פירא הוי משער תנא במידי דאוקיר וזל, ומפורש דכיון דקיי"ל כספא טבעא תלוי דין הפרוטה בשיעור הכסף ולא שיעור הכסף בשיעור הפרוטה ומכ"ש דאינו תלוי בשיעור הפירות.

אלא דלפ"ז יקשה בהא דקיי"ל המלוה את חברו על המטבע והוסיפו עליו שצריך ליתן מן החדשות, ולכאורה הא דין טבעא מהני לענין הלואה שלא יתן יותר, ומוכח מזה דדין טבעא תלוי במקח הפירות וכיון שהוסיפו על המטבע ולא הוזלו הפירות חייב ליתן לו, אבל אם נימא דדין טבעא תלוי בעצם הנסכא א"כ הנסכא הוא טבעא ומה איכפת לן שלא הוזלו הפירות, ובזה באמת מבורר מה דצריך ליתן כפי הוספת השקלים גם באונס ומפתה ומנ"ל זה והא קרא דיהי' לענין ערכין כתיב ומנ"ל לענין אונס ומפתה שנותן כפי שהוסיפו חכמים, וצריך לומר דכיון דהמלוה על המטבע והוסיפו עליו צריך ליתן מן החדשות, אלמא דדין מטבע הוא בשמה דכ"ז שלא נשתנה השער בשביל שהוסיפו עליו צריך ליתן מן החדשות דהשיעור אינו על המתכת אלא על שיווי הפירות, ורק דההחידוש הוא דגם בשקל הקדש הוא כן, דלא נימא דכ"ז הוא במטבע של מלוה ולא בשקל הקדש, ובזה הוא הגזה"כ על הוספה כדאמרי' יכול יפחות ת"ל דעל גרעון ל"מ.

ונמצא לפי"ז צריך להבין מה שקבע הרמב"ם בפ"א משקלים משקל הפרוטה שהוא חצי שעורה, כיון דהקבע אינו על הנסכא, והנה יש לעורר לפ"ד הא"מ דכסף האמור בתורה הוא כסף ממש, והקבלה הוא על שיעור מתכת כסף, א"כ כל זה שייך אם היינו אומרים דגם שקל שיעור שלו במתכת וכיון דילפינן מיהי' דיש רשות להוסיף א"כ יתוסף לכאורה הפרוטה, [ואינו מוכרח] ואפשר דאיה"נ דאם היו מתוספים השקלים היו מתוספים גם הפרוטות אבל כיון שהשקלים לא נתוספו ועשו מטבעות אחרות ולא הוקבע שם הוספה על שקל הקדש, ולכן נשארה הקצבה של הפרוטה קיימת, וממילא אפשר לומר לכאורה דלעולם כסף שבתורה הוא ממון וחז"ל שיערו פרוטה ובאמת הי' אפשר שיתוספו הפרוטות, אלא דכיון דלא נתוספו השקלים, ומסתבר דחז"ל לא יעשו מדבר שאינו קבוע ולכן משערינן הפרוטה לפי מקח השקלים דהיינו הסלעים, וכן מבואר להדיא ברמב"ם פ"א משקלים דפרוטה משוערת לפי חשבון השקלים, ואף דבברייתא משער הפרוטה

לפי חשבון דינר זהב היינו משום דסבר כספא פירא הוי (חסר). והנה לכאורה נראה הוכחה דכסף האמור בתורה הוא כסף ממש, מדאמרינן בב"מ דף מ"ז וצרת לרבות כל דבר שיש בו צורה, ולכאורה מה שייך לומר לרבות הול"ל למעט דוקא דבר שיש בו צורה, אבל אי אמרינן דכסף הוא מתכות יהי' באמת הכתוב לרבות כל מיני מתכות ובלבד שיהי' בו צורה, אמנם בקדושין די"א אמרינן כסף הכסף ריבה, וצריך עיון אי דרשינן כסף הכסף לענין כסף שני עי' בריש הזהב, אכן מהרמב"ם לכאורה מוכח דכסף הוא ממון מדלא זכר כלל הדין דמותר לחלל על מטבעות אחרות שאינם כסף וזכר רק הדרשא דאין פודין אלא בכסף שיש בו צורה ומשמע דלא פירש הך לרבות דמרבה מטבעות אחרות.

והנה עיין במה שהביא הא"מ מדברי הריטב"א, ולפ"ד הא"מ נמצא דהריטב"א סובר דכסף הוא ממון והוא שוה כסף, ולכן לבית הלל אין כלל דינא דשו"כ ככסף, ולפ"ד הא"מ נמצא דמה דשו"ט הריטב"א בעצמו מנ"ל דשו"כ ככסף הוא רק אליבא דב"ש והוא פלא, ומוכח עכ"פ דממ"נ יש רבותא בהא דשו"כ ככסף, או לגבי כסף מתכת אי נימא דכסף היינו ממון, או לגבי כסף טבוע מאיזה מין מתכת שהוא, ולכן לפי דברי הריטב"א שהביא הא"מ ע"כ דהכונה הוא נסכא ולכן כיון דאמרי ב"ה בפרוטה א"כ כבר מוכח מזה דלאו דוקא כסף, ומה שכתב הריטב"א דלב"ה לאו כסף ממש אלא ממון היינו דאין הכונה מטבע של כסף דהא לא הי' אז מטבע של כסף ששוה פרוטה וע"כ כסף היינו ממון של כסף ולא מטבעות, ואיברא דפשוטו משמע מדברי הריטב"א דכסף היינו ממון דהיינו לא כסף מתכת אלא מטבעות של ממון, ולא איכפת לן שתהא דוקא של כסף וא"כ צריך קרא להשמיענו דשוה כסף ככסף, אך באמת משמע דגם פרוטה של נחושת בימי משה לא הי', אלא דאם לא קצבה התורה סכום כמה תהא המטבע דתיבת כסף אינו דבר מסוים אלא ממון של כסף, נמצא דלא איכפת לן מה דלא היו אז אלא מטבעות גדולות, וקים להו לחז"ל לשער דבפרוטה ג"כ אפשר להתקדש, עכ"פ זה פשוט דהריטב"א מפרש דלב"ה, פי' כסף דתורה לאו היינו זוזי סתם, אלא ממון של כסף רק לא מטבע מסוימה, וכיון דלא קצבה התורה מטבע מסוים קבעו חז"ל שו"פ.

נמצא דמה דהוכיח הא"מ דהרמב"ם סובר דכסף הוא נסכא אין ראי' כלל, ואדרבא מוכח קצת דהרמב"ם סובר דכסף הוא זוזי כמש"כ הש"ך, ואדרבה הריטב"א סובר ע"כ דכסף הוא כסף ממש ולא מטבע מסויים אלא ממון של כסף וכמש"כ.

הוספות להלכות אישות

(העתקה מקונטרס לשו"ע אה"ע)

כיצד האשה מתקדשת אם בכסף הוא מקדש אין פחות מפרוטה כסף או שו"פ וכו'.

עמש"כ בפ"א מהל' מכירה הל' ד' במה ששינה הרמב"ם גבי מכירה שכ' כיצד בכסף מכר לו בית מכר לו שדה ונתן לו הדמים קנה, וכתבתי משום דבכסף קידושין הוא כסף קנין, אבל במכירה דהוא כסף שיווי ולא מהני אלא אם יתן לו פרוטה בתורת תחלת פרעון, ולכן בדיוק כתב הרמב"ם ונתן הדמים, ועי"ש עוד שהבאתי דברי הא"מ דגם כסף קדושין הוא כסף שיווי, והוכיח כן מדברי הרא"ש סופ"ק דב"מ דכתב דמוחל שט"ח א"צ לשלם כל דמי השטר אלא כסף שקבל כדמוכח בקדושין דבאשה אם מחל שט"ח שקדשה בו א"צ לשלם אלא פרוטה, ומוכח דקדושי אשה קדושי שיווי הוא, והקשיתי דאם כסף זה הוא שיווי א"כ אם נתקדשה בעד כל השט"ח זה השיווי שלה, וע"ז הקשה לי הרב הגר"י ניימן שליט"א דהא בכל מזיק אין הניזק יכול לתבוע מהמזיק כמה ששוה אצלו והשומא היא כמה שוין בכל העולם, וא"כ ה"נ באשה השומא היא כמה היו משלמים הכל בשביל קדושי' ואין לשום היזיקה מכסף קידושין אלא פרוטה שכן היו הכל משלמים, ולכאורה דבריו צודקים, אכן באמת דברי הרא"ש שהם ד' התוס' בעיקרם צריכין ביאור דכיון דהמוחל צריך לשלם מדין מזיק כדאמר בגמ' כתובות דף פ"ו דהוא מדינא דגרמי, וא"כ איזה טעם יש בדבר שלא ישלם אלא דמים שנתן הלוקח אטו המוכר כלי לחברו וישברנו אח"כ האם אינו צריך לשלם אלא דמים שנתן הלוקח, הא ודאי שצריך לשלם שויו, ואם מכר בזול וכן אם הוקרו כלים צריך לשלם כשעת השבירה, ואם נימא דבעד השט"ח אינו צריך לשלם כלל כיון שהי' לו זכות מן הדין למחול, ומה שמשלם דמים שנתן הלוקח, הוא משום דכיון שמחל השט"ח הוברר שלא נתן לו כלום בעד כספו, הנה יקשה ע"ז בתרתי חדא כמו שכבר כתבתי דא"כ אין זה שייך לדין מזיק ולדינא דגרמי, ועוד דא"כ גבי אשה למה צריך הבעל לשלם כלל, דאי אמרינן שלא נתן לה כלום א"כ יתבטלו הקדושין, ומנלן שצריך ליתן לה פרוטה חדשה על קדושין, ואם נימא דבאותה שעה הי' השט"ח שוה פרוטה וכבר נתקדשה, א"כ למה צריך הבעל לשלם לה הא כמו שאינו משלם בעד כל השט"ח כן למה ישלם בעד שויה של האשה שלפי הבנת הא"מ הוי שויה פרוטה.

והנה בהגהותי לחדושי הרמב"ן בב"מ דף כ', כתבתי בזה לומר דאם בשעה שמכר השט"ח לא הי' עומד למחלו והי' עומד שהלוקח יגבה אותו א"כ הי' השט"ח שוה כפי שויו למכירה, ולכן כשמחל אותו אח"כ הוי מזיק מדינא דגרמי, ואז הי' צריך לשלם כל שויו, אלא דאם היה דעת המוכר למחול השט"ח בשעה שמכר אותו א"כ לא הי' לו ללוקח מעולם שטר שעומד לגבות בו והוי רק מק"ט כשמכר אותו, ולכן מה שכתב

הרא"ש דאינו צריך לשלם אלא דמים שנתן הלוקח הוא משום דהמוכר יטעון שהי' בדעתו בשעת מכירה למחלו, ואף דלפי"ז אכתי יקשה מה שהקשיתי לגבי קדושין דאם הי' בדעת הבעל למחלו א"כ לא הוי קדושין ולמה צריך לשלם אלא דבזה אפשר לומר כיון דמ"מ אין אנו מאמינים לו ע"ז והאשה היא בחזקת אשת איש לכן הפסידה הפרוטה, אלא דמ"מ עכשיו לא נראה לי זה דהא משמע דמעיקר הדין אינו צריך לשלם אלא דמים שנתן ולמש"כ היינו צריכים לשאול את המוכר אולי יודה שלא הי' בדעתו כלל בשעת מכירה למחלו ואז יהי' צריך לשלם כל שויו, (וגם בעיקר הסברא אפשר דכיון דהי' לוקח יכול לתפוס דמי חובו ושוב לא מהני מחילתו כמ"ש הש"ך בסי' ס"ו וא"כ תמיד הוי שוה כל שויו בשעת מכירה, ואולי כיון דרק ע"י תפיסה יוכל לגבות כבר אינו שוה דמי מכירתו).

והנה לכאורה הי' אפשר לומר בזה ע"פ מה דאמר הגמ' בכתובות דף צ"א ע"ב, ההוא גברא דזבנה לכתובתה דאימי' בטובת הנאה וא"ל אי אתיא אם וקמערערא לא מפצינא לך שכיבא אימי' ולא איערערא ואתא איהו וקא מערער, ואמר רבא נהי דאחריות דידה לא קביל עליה אחריות דידיה מי לא קביל, ופירש"י דין הוא שיחזיר לו מעותיו, וה"נ נימא דאף שלא קבל בפי' אחריות אבל בסתמא קבל אחריות של עצמו שלא ימחול, אלא דקשה דא"כ אינו שייך זה לדינא דגרמי.

אכן נראה דיש לצרף שני הטעמים, דטעמא דבסתמא קבל אחריות דנפשי' לא מצינו אלא בהא דכתובות שבא בעצמו לגבות כתובת אמו ולהפסיד להלוקח, וע"כ אנו אומרים שצריך להחזיר המעות שקבל, ובזה הלא עושה מעשה ולוקח לעצמו מעות כתובת אמו שמכר, אבל כאן שלא עשה מעשה אלא מחל השטר לא נוכל לחייבו מדין אחריות דנפשי', ואף דכל גדר אחריות הוא היכי שבע"ח גובה שהמוכר אינו עושה מעשה, זהו במכירת שדה שכן הוא דרך לכתוב אחריות מטריפת בע"ח, ובזה קיי"ל דאחריות ט"ס, אבל במכירת שט"ח דאינו מצוי שהמוכר בעצמו ימחול השטר ולא נהגו לכתוב אחריות בזה לא אמרינן אחריות ט"ס, ולכן כיון שלא כתב אחריות רק דאנו באין לומר שבודאי קיבל שלא יזיק בעצמו, בזה יש נ"מ דאם דייניין דינא דגרמי והוי מזיק במה שהוא מוחל, בזה אנו אומרים דממילא ודאי קבל אחריות דנפשי' שלא יזיק בעצמו, אבל אי לא דייניין דד"ג ואינו מזיק, לא אמרינן דבסתמא קבל עליו אחריות שלא ימחול כיון דאין במחילתו דין מזיק ואף דבזה יש דוחק במה שנאמר דאינו מקבל אחריות דנפשי' אלא אם יש לו דין מזיק במחילתו, מ"מ אנו מוכרחים לזה להסביר דעת התוס' והרא"ש דאינו משלם אלא דמים שנתן שלע"ע אין לי הסבר אחר ע"ז, ובאמת חזינן דדין אחריות דנפשי' אינו

דומה לסתם אחריות דהא בסתם אחריות משלם להלוקח כל שויה של השדה, ולא רק דמים שנתן הלוקח, וכאן גבי אחריות דנפשי' כתב רש"י דאינו משלם אלא המעות שנתן, א"כ נוכל לומר גם חידוש זה דאינו משלם אלא אם יזיק בפועל, או כמו גבי בן שמכר כתובה וגובה עכשיו אותה בעצמו.

ואם נאמר כן, דברי נכונים בקושייתי על דברי הא"מ, דמצד גדר אחריות שהוא משלם דמים שנתן הלוקח ודאי צריך לשלם כל הדמים שנתן, ואם הבעל והאשה הושוו בשעת הקדושין והאשה לא נתרצית להתקדש אלא בשט"ח ששוה סך זה ולא נתרצית להתקדש בשוה פרוטה, א"כ הוי שויה של האשה כפי שויו של השט"ח, ועל אופן זה קידשה, וממילא על סך זה קבל אחריות, ואף שכתבנו דאינו מקבל אחריות אלא כשיש לו דין מזיק במחילתו מ"מ לגדר שויה של האשה ולסכום שקבל עליו אחריות אין זה שייך, ואפי' אם נימא דמטעם מזיק לא ישלם אלא פרוטה מ"מ מדין אחריות צריך לשלם כל שויה.

אך כל זה אם נאמר דקדושי כסף הוי כסף שיווי, והיינו שהכסף שקידשה הוא שויה של האשה, אבל אם נאמר דקדושי כסף הוא כסף קנין, ואין הכסף שויה של האשה ולא האשה שויו של הכסף, בזה לא נימא דבסתמא קבל עליו אחריות דנפשי', דאפי' אם הושוו שיקדש אותה בשט"ח זה מ"מ זהו רק תנאים בהקדושין אבל לא שילם בהקדושין בשביל שויה של האשה וכמו שכתב רש"י בקדושין דף ו' גבי דארוח לה זימנא דלא מידי שקל מינה, וכמו שפירשו שם המפרשים דכנגד זה שנתקדשה אליו מתחייב בשאר וכסות, והתוס' הקשו שם דעכ"פ הרויח פרוטה שהי' צריך לקדשה בו והוי רבית, ונמצא דהאשה אינה שויה של הכסף דלא מידי שקל מינה, ולכן שפיר דלא אמרינן דבסתמא קבל עליו אחריות דנפשי' בעד כל שיווי השט"ח, דלא מצינו כן אלא גבי מכירה שהכתובה היא שיווי המעות שנתן לו, אבל עכ"פ בעד הפרוטה שהי' צריך לקדשה בו ע"ז אמרינן דקבל עליו אחריות דנפשי'.

ולפ"מ שנתבאר יתיישב קושייתו במה שכתב עוד להקשות דעכ"פ בין לפ"ד הא"מ ובין לפי מה שכתבתי נמצא שקדושי אשה הם רק פרוטה ובשהזיק לה לא משלם רק פרוטה, והא בב"ק דף פ"ז איתא דאם חבל בבת קטנה של אחרים משלם מה דאפחתה מכספה, ומבואר בתוס' והרא"ש שהוא מה דאפחתה לקדושין, ומוכח שתשלומי ההיזק לקדושין הוי יותר מפרוטה, והיא באמת קושיא עצומה על עיקר שיטת התוס' והרא"ש דאין משלם הבעל המוחל אלא פרוטה, אכן כל זה אם נימא דמה שמשלם הבעל המוחל פרוטה הוא מדין מזיק, אבל לפמש"כ דאינו מדין מזיק, דבשעה שקידשה בהשט"ח

הרי לא הזיקה ונתרצתה להתקדש בשט"ח זה שאינו עומד שימחול להלוה והוא שוה כסף, ואח"כ כשמחל כיון שעכ"פ הי' לו רשות ודין למחול אינו חייב מדין מזיק, דאינו אלא כשמזיק בשל חבירו, וכה"ג כתב הראב"ד בפ"ז מהל' חובל ומזיק דעושה עבדו אפותיקי ושחררו פטור, ולא דמי לשורף שטרו של חבירו דהתם בדחברי' קא עביד מעשה [וצריך לעיין בשי' הרא"ש שם], ולכן מה דחייב כאן הבעל המוחל אינו אלא מדין אחריות דנפשי', וזה אינו אלא על הכסף שקידשה בו, וע"ז אנו אומרים שאף שקדשה בכל השט"ח בכל זה האחריות אינו אלא על פרוטה שזה הי' מוכרח ליתן לה לקדושין, משום שאין השט"ח הדמים של האשה וכמו שבארנו.

הלכה ב

נתנה היא ואמרה לו הריני מקודשת לך הריני מאורסת לך הריני לך לאינתו או בכל לשון הקנאה אינה מקודשת וכן אם נתנה היא לו ואמר הוא אינה מקודשת ואם נתן הוא ואמרה היא הרי זו מקודשת מספק.

הרי זו מקודשת מספק, הנה בגמ' איתא נתן הוא ואמרה היא ספיקא הוא וחיישינן מדרבנן, והרמב"ם לא הזכיר וחיישינן מדרבנן אלא דהוי ספק קידושין והרי"ף כתב ואם נתן הוא ואמרה היא חיישינן מדרבנן וכתב הר"ן דמדלא כתב הרי"ף ספיקא משמע דמדינא פשיטא לן דלא הוי קדושין כיון דאמרה היא אלא שחכמים החמירו בדבר ועשאוהו כספק ואח"כ הביא דברי הרמב"ם וכ' ע"ז ולפיכך אני מסתפק בכל ספק קדושין אם צריכה גט מדאורייתא או לא דאפשר דמדאורייתא שרי משום דאיכא למימר העמד אשה על חזקתה דמאי שנא מכל תיקו דממונא דאמרינן ביה העמד ממון על חזקתו והסכימו בו כל גדולי האחרונים שאפילו תקפו תובע מוציאין אותו מידו וכו' אבל מדברי רב אלפסי ז"ל שכתב לקמן בפרקין בבעיא דרב מארי בכלב שרץ אחריה דסלקא בתיקו דהו"ל ספיקא דאורייתא ולחומרא וצ"ע עכ"ל.

והמהרי"ט כתב ע"ז דכי אמרינן העמד דבר על חזקתו היינו אחזקה דגופא דלא איתרע עד השתא אבל חזקת פנויה הא איתרע מכיון שפשטה ידה וקבלה הקדושין ואף שאנו מסופקין בחלות הקדושין מ"מ מכיון שפשטה ידה בטלה חזקתה והביא ראי' לזה מדברי התוס' כתובות דף כ"ג גבי ע"א אומר נתקדשה וע"א אומר לא נתקדשה והקשו התוס' דהו"ל להעמידה בחזקת פנויה ותי' כיון שאנו יודעין שזרק לה הקדושין וכו' והני תרי סהדי חד אמר קרוב לו וחד אמר קרוב לה כיון דודאי זרק לה הקדושין לית לן למימר אוקמה אחזקתה להתירה לכתחילה וכ' המהרי"ט דאף שהתוס' כתבו להתירה לכתחלה אין כונתם דהוי מדרבנן אלא דמדאורייתא לא אמרינן אוקמה אחזקתה כיון דאיתרע

חזקתה שהרי קבלה הקדושין או זרק לה ברצונה הקדושין ועוד הביא המהרי"ט ראי' ממש"כ הר"ן גבי ההיא דאיכא סהדי באידית דאע"ג דבעלמא לא חיישינן לקלא דלא איתחזק היינו לאחזוקי כולי מילתא כגון יצא שמה בעיר מקודשת דכיון דהיא בחזקת פנויה קיימא לא חיישינן לקלא דלא איתחזק אבל הכא דפשטה ידה וקבלה קדושין אלא דלא ידעינן אי אית בה שוה פרוטה אפילו בקלא דלא איתחזק חיישינן.

ודברי המהרי"ט תמוהים, דהא סוגיא מפורשת ביבמות דף ל"א דבזרק לה קידושין או גירושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה מעמידין אותה בחזקתה, ואפילו בתרי ותרי אסיקנא התם דתו"ת ספיקא דרבנן ומדאורייתא אוקמא אחזקתה, וכ"כ הר"ן שם בכתובות על הך מימרא דעד אחד אמר נתקדשה וע"א אומר לא נתקדשה וכתב ג"כ כתירוץ התוס' וכתב להדיא דהוא מדרבנן, והביא הך דיבמות דתו"ת ספיקא דרבנן בספק קרוב לה, ומה שהביא מדברי הר"ן גבי איכא סהדי באודית, שם לא כתב הר"ן אלא דקלא דלא איתחזק היכי דצריך לאחזוקי אכולי מילתא כגון יצא שמה בעיר מקודשת דאין כאן ודאי על שום מעשה לא מהני, והיכי דהוי מעשה מהני בתר הכי אפילו קלא דלא איתחזק, ומש"כ הר"ן בלשונו דאיהי בחזקת פנויה קיימא רק להסבר הדבר כתב כן אבל באמת אפילו פשטה ידה יש לה חזקת פנויה כמש"כ הר"ן בעצמו בכתובות, ואי נמי משום דבלא מעשה כלל יש לה חזקה אלימתא ובפשטה ידה איתרע חזקתה ולכן חיישינן בזה לקלא, וגם מאן יימר דהתם הוי מדאורייתא ודאי דגם שם אינו אלא מדרבנן, עכ"פ לענין ספיקות ברור הדבר דמדאורייתא אוקמה אחזקתה, אלא שדברי הר"ן אינם מיושבים עוד דמאי נחית כאן הר"ן לחדש ומספ"ל בכל ספק קדושין אם צריכה גט מדאורייתא הלא מצינו בכמה דוכתי העמידנה בחזקת פנויה ומה בא כאן לחדש, וביותר מתמיה מה שהביא לזה מכל תיקו דממונא דאמרינן העמד ממון על חזקתו דאין שייכות לזה כלל, ומה שהוכיח הר"ן מדברי הרי"ף גבי בעיא דכלב רץ אחריה דסלקא בתיקו וכתב הרי"ף דהו"ל ספיקא דאורייתא ולחומרא א"כ דברי הרי"ף תמוהים אבל חזקה דפנויה אינה נדחית ממקומה.

והנראה דס"ל להר"ן בפשיטות דחזקת פנויה לא שייכא הכא, דחזקת פנויה הוי כמו חזקה קמא וכמו חזקת איסור, ובספיקא דדינא לא אמרינן בחזקת איסור או חזקת היתר דנוקמא אחזקתה כמו דלא אמרינן בכל האיבעיות לענין טריפה העמידנה בחזקת היתר, אפילו להשיטות דאם נולד ספק טריפה מחיים נמי מעמידין אותה בחזקת היתר, וכ"כ המל"מ בפ"ב מהל' טומאת צרעת דבספד"ד לא אמרינן אוקמה אחזקה דחזקה לא ישנה את הדין, כיון דעכ"פ הדין הוא ספק ואף דהכא בנתן הוא ואמרה היא, לפי מה שנכתוב

הספק הוא בכונתם אם במה שאמרה הריני מקודשת לך נתכוונה שתלקח היא אליו, או דמה שאמרה הריני מקודשת כוונתה שמרוצית להתקדש והו"ל כעסוקים באותו ענין ולא פירש דמהני, ולפי"ז הוי לכאורה ספק במעשה והיה מן הדין להעמידנה בחזקת פנויה, ולומר שנתכוונה לאופן שאינו מועיל, וכן גבי כלב רץ אחריה אפשר דהוי ספק בכוונה, אבל ז"א דכיון דהוי ספק בגמ' אין הספק על כל איש ואיש, ואולי בראובן אירע המעשה ונתכוונו לאופן המועיל, ולשמעון אירע אותה מעשה ונתכוונו לאופן שאינו מועיל, דאינו כן אלא שכיון שמספ"ל לגמרא בדעתא דאינשי, א"כ אפי' אם באמת כוונו תרוויהו לשם קדושין כיון דבעלמא אין כאן הוכחה הו"ל מקדש בלא עדים, וכן להיפך אי הוי ברירא לן הילכתא דבעלמא מכוונין לשם קדושין מעלייתא, אפילו אם יאמרו שלא נתכוונו לשם קדושין לא צייתינן להו דהוי דברים שבלב, ואף אם נימא שלעצמם צריכים לחוש לחזור ולקדש אבל אנן לא חיישינן לזה כלל.

ואף דבכל תרי ותרי קיי"ל דהוי ספיקא דרבנן ומדאורייתא אוקמא אחזקה ואע"ג דבכל דוכתא לא מהני חזקה נגד עדים ומוכח שהוא דין תורה להעמיד כל ספק בחזקתו, אף שאינו מברר לצד אחד דהא קיימי עדים ואמרי קרוב לו, וכמש"כ האחרונים דבכל חזקה הבאה מכח סברא לא מהני בתרי ותרי דהסברא לא עדיף מכח עדים וע"כ שהוא דין התורה דבכל ספק ניזול בתר חזקה, אכן זה דוקא בתו"ת דהספק הוא רק על מעשה זה ומהני חזקה, אבל בספד"ד דהספק הוא על כל העולם מה יהני חזקה של אותו האיש לברר הדין וכי חזקה של אותו האיש יכריע לגבי כולי עלמא, ועי' במל"מ בפ"ב מהל' טו"צ שכ' זה לדבר חדש ולדעתי מוכח כן מכל תיקו דטריפות דלית מאן דפליג דאסור.

ונראה דהר"ן סובר דאיברא דחזקה ל"מ בספיקא דדינא הנה כל זה בחזקה דמעיקרא אבל חזקת ממון אינו כלל חזקת בירור וגם לא חזקת העמדה על הקודם שכן הי' המעשה ורק בחזמ"ק יש ספק בזה עי' בקונה"ס אבל חזקת ממון ודאי שאינו בירור כלל רק שהדין הוא דעכ"פ מספק ישאר בידי המוחזק וחזקתו אלים שלא נוציא ממנו רק דלמ"ד תקפו כהן מוציאים מידו לא אלים חזקתו כדין בירור ולמ"ד מוציאים ס"ל דכיון דכבר נעשה דין אין לשנות אח"כ [ויש לזה קצת שייכות לדין קם דינא אלא משום דשם נשתנה המצב אכן בביאור הך מילתא דקם דינא לגבי נחלות אף דלא שייך ע"ז דין ב"ד דאם הוא בנו הוי ממילא שלו מדין ירושה דאתי ממילא ואפ"ל משום דדין נחלות הוא דין ב"ד שיוחלט אצל ב"ד ליורש ע"פ דין וכמש"כ הרמב"ם בפ"ג מסנהדרין הנחלות כדינים וצריך עוד לעיין בזה] עכ"פ מצינו בסוגיא דת"כ דרצה ר"ה להוכיח מהא דספק בכור אסור בגיזה ועבודה דת"כ אין מוציאין מידו ומוכח דכיון דמוקמינן בכור בחזקת בעלים גם האיסור

הנמשך מזה דהיינו גיזה ועבודה היה בטל ואף דאין החזקת ממון מברר בעצם היותו בכור מ"מ כיון דבד"מ הוא של בעלים אין עליו איסורי קדושה ויותר מזה מבואר בתוס' בכורות דף ט' ע"ב ד"ה לאפקועי לאיסורא מני' וכ' דלפוטרו ממצות עריפה לא היה צריך להפריש מספק כמו שאינו נותן לכהן מספק כמו כן אינו עורפו מספק ואף דהעריפה הוי ספק איסור מ"מ כיון שבא במקום פדיה והפדיה הוי ספק ממון ומהני חזקת בעלים לכך גם העריפה הבאה במקומה מהני חזקת ממון וע' ברש"ש שם, וכן מוכח מהא דב' אילנות דאם מקדיש הוי כמוכר דבעין רעה מוכר גם במקדיש לא קנה קרקע ואף דהטעם דבמוכר לא קנה הוא משום דספוקי מספק"ל וא"כ היינו דוקא גבי מוכר דשייך בי' אוקמה ממון בחזקת מרא אבל בהקדש כיון דאיכא איסורא נמי ליהנות מן ההקדש מאי מועיל החזקת ממון ומוכח דדבר שאיסורו נמשך מדין ממון גם האיסור תלוי בדין ממון וכיון שבד"מ שייך להדיוט בטל איסור הקדש נמי מינה.

איברא דבאמת הא אין איסור גיזה ועבודה תלוי בדין ממון כהן שבו ומאי שייך שהחזקה תברר ואפשר לומר דאם נאמר דבכור מחיים אינו ממון בעלים א"כ זה גופא שאנו רוצים להטיל עליו קדושה הוי הפקעה מהבעלים וכיון דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מארי' אין אנו יכולים להטיל עליו קדושה וממילא אין כאן דין גיזה ועבודה דזה ודאי נמשך מדין קדושת בכור ולכן משום דקדושה הבאה מאליה שאני אסור בגיזה ועבודה, עכ"פ מוכח דהיכי דדין איסור נמשך מדין ממון גם האיסור שבו תלוי בדין ממון, ולזה נסתפק הר"ן אם גבי איסור אשת איש נמי נימא כך דקדושין איקרי קיחה שהבעל לוקח וא"כ נוקי איתתא בחזקתה כדאשכחן בכל תיקו דממונא וזהו מש"כ הר"ן עוד דמ"ש מכל תיקו דממונא דאמרינן העמד ממון על חזקתו והסכימו כל גדולי האחרונים שאפי' ת"כ מוציאין אותו מידו וכוונתו מבואר דכיון דגבי ת"כ חזינן דהחז"מ מוציאו מידי איסור וכמש"נ א"כ גבי איסור אשת איש נמי נימא כן ונימא העמד אשה על חזקתה ויתבטל ממילא הספק איסור כיון דהאיסור תלוי בדין קנין אישות.

אכן באמת חלוק איסור אשת איש מאיסור הקדש דהרי בהקדש חזינן בגמ' חולין דף קל"ט המקדיש תרנגולתו לבדק הבית ומרדה דפקעה קדושתה מינה ואפילו שמואל דפליג וסובר דלא פקעה היינו משום דס"ל כל היכי דאיתי' בי גזא דרחמנא איתא אבל בלא"ה היתה מותרת משום דכיון דיצאה מרשות הקדש כבר אין איסור ונמצא דבאמת עוד קיל הקדש מהדיוט דבהדיוט צריך לדין יאוש או הפקר ועי' בתוס' שם אבל הקדש דהעיקר הוא רשות הקדש וכיון דהדין הוא דספק הקדש שייך לבעלים לא שייך לומר גבי בי גזא דרחמנא דהדין מוציא מרשות הקדש איברא דבעיקר הך מילתא דתרנגולת

שמרדה פקעה קדושתה כתב הר"ן בחידושיו דהוא משום דהגזבר נתיאש הימנה וזה תימה דמה מועיל היאוש של גזבר ובר"ן על הרי"ף כתב דהוי כשיירא שעמד עליה גייס לטרפה דכל היכא דאין הבעלים יכולים להציל יכול לומר מהפקירא קזכינא ה"נ כיון שמרדו ואי אפשר לבעלים להחזירן יצאו מרשותן וכל הקודם זכה בהם, והנה בהא דשיירא שעמד עליה גייס דאם אמר הריני מציל לעצמי הציל לעצמו בפשוטו הוא משום דהפקירו השיירא את ממונם אבל גבי הקדש מאן מפקר להו ואיך יפקיע ההקדש אכן הא חזינן לגבי חילול דמי שבא בדרך ומעות בידו ואנס כנגדו לא יאמר הרי פירות שיש לי בתוך ביתי מחוללים על מעות הללו ואם אינו יכול להציל הוי ככדי יין וראה שהן משתברות לא יאמר הרי זו תרומה ואם אמר לא אמר כלום וחזינן שגם אם עוד לא הפקירם כיון שאינו יכול להצילם הוי כאבודין ממנו וכזוטו של ים וע' בשמ"ק שם ולכן הביא הר"ן ראיה דגם לגבי הקדש לא מיקרי ממון כיון שמרדו, עכ"פ כ"ז הוא בהקדש אבל לגבי איסור א"א אף דאינה ברשות הבעל מ"מ אסורה וצריך דוקא היתר של מיתת הבעל או גירושין ומטעם זה אפילו אמר הרי את מגורשת ממני ואי את מותרת לכל אדם אסורה משום דצריך כריתות ומשו"ה לא מהני בקדושין חזקת ממון.

ובזה נתיישבו דברי הפנ"י בגיטין דף מ"ג שכתב דהא דקיי"ל קידושין תופסין בחייבי לאוין הייינו חייבי לאוין דעלמא אבל ע"י קדושין בלא"ה לא משכחת קדושין אחר קדושין דכיון שקדושי הא' תופסין בה הרי היא ברשותו ואין לה יד לקבל קדושין משני. והאב"מ בסי' מ"ד תמה על הפנ"י מסוגיא דפרק האומר דף ס"ז דשו"ט באשת איש מנלן דלא תפסי קדושין וגמר לה מהיקשא דאחות אשה ומוכח דבלאו הכי היה תופס קדושין באשת איש אף שכבר תפסו בה קדושי ראשון ולפמש"כ אין איסור אשת איש משום דהיא ברשות הבעל דהרי באמר הרי את מגורשת ממני ואי את מותרת לכל אדם נמי אסורה ואף שאינה ברשות הבעל ולכך בעינן קרא דלא תפסי קדושין.

ב). **והנה** בעיקר טעמא דמלתא דנתן היא משמע שחולקים בזה הר"ן והרשב"א דהר"ן מפרש בסוגיא דמדין ערב דהספק הוא אי הוי בכה"ג כי תלקח דאפשר כיון שהקידושין נגמרין ע"י הבעל שהוא הנותן הו"ל שפיר כי יקח ודבורה משווי לעסוקים באותו ענין או דנימא כיון שבלא דיבורה אין כאן עדים כלל על המעשה ורק ע"י דיבורה משווית לעדים עדי קידושין שעל ידי דיבורה הם יודעים שיש כאן עסק קידושין שפיר הוי כי תלקח אמנם הרשב"א נראה שמפרש שהספק הוא אם נתן כלל אדעתא דקדושין, ונתן אדעתא דידה, או דילמא לשם מתנה יהיב, והקשה הרשב"א דאמאי גרע נתן הוא ואמרה היא מעסוקין באותו ענין דהו"ל מקודשת גמורה ותי' דהכא בשלא דיברו בעסקי קדושין כלל

אלא השתא הוא דאמרה לי' תן לי דינר ואתקדש אני לך וכו' ואעפ"י דלדעת מה שאומרת לו נתן מ"מ הודאת עדים בעינן דהמקדש בלא עדים אין חוששין לקידושיו א"כ כיון שלא פירש כאן ואפשר לשם מתנה נתן ולא לשם קידושין וכו' ואין כאן לא עדות ראיה ולא עדות שמיעה אלא שהם דנים כוונת הלב וכו' והדבר תמוה דעל כל פנים אי הוי אומדנא דמוכח דאדעתא דידה קיהיב מה בכך דהמקדש בלא עדים אין קידושיו קידושין הרי יש עדים על הקידושין וכמו דמהני עסוקין באותו ענין דהרי לדעת הרשב"א אין כאן חסרון דכי יקח ולא כי תלקח מה שבאמירתה משווית לעסוקין באותו ענין, ואם נימא דליכא כאן אומדנא דמוכח כלל דדילמא לשם מתנה יהבה, א"כ מה לו להאריך כל כך בסברא דעדות על כוונת הלב תיפוק לי' דליכא כוונת הלב כלל, ולשם מתנה נתן ובהכרח צריך לבאר בכוונת הרשב"א דאיירי לענין כשמודה דלשם קדושין קיהיב, וע"ז כתב דעכ"פ כיון שאינו מוכח דבודאי נתן לשם קדושין הו"ל קדושין בלא עדים אלא שיש כאן עדים על הספק והספק הוא אם נתן אדעתא דידה ולשם קדושין או לא, ויבואר עוד בדברינו.

והריטב"א בחידושיו כתב וז"ל ולא משום דבאמרה היא ליהוי קדושין דודאי אמירה שלו בעינן דכי יקח כתוב ולא כי תלקח אלא טעמא דספיקא משום דחיישינן אעפ"י שאמרה היא כיון שנתן הוא שמא היה דעתו בנתינתו על סתם שלה וכאילו אמר לה הילך כמו שאמרה וכו' ואעפ"י שלא אמר לה כן משום חומרא דא"א חיישינן, והנה במה שמבואר בדברי הריטב"א דאמירה דידיה בעינן, צריך לומר דמה דמהני עסוקין באותו ענין היינו משום דעסוקין בא"ע חשיבא שפיר אמירה דידיה וזה תימה לומר דהוי כמו שאמר הוא ואי משום דדברו ביניהם הרי גם היא פועלת בהקדושין והוי כי תלקח, וביותר תמוה דלדבריו הרי מספקינן בעיקר מעשה הקדושין אם נתן אדעתא דידה או לשם מתנה ומאי שיאטיה דכי יקח ולא כי תלקח להכא דעל כל פנים בעינן דעתו וזהו עיקר הספק. ואולי כוונת הריטב"א לומר דמדאורייתא ל"ה קדושין בודאי ורק מדרבנן חיישינן ואי משום הך ספק היה מהני לאשווי' עכ"פ ספיקא דאורייתא.

ובפשוטו היה נ"ל לומר דהספק הוא בכונתו דאפשר דבזה שאמרה הריני מקודשת לך היינו שתלקח אליו והוא ג"כ נתן אדעתא דידה, או אפשר דהיא ג"כ לא נתכוונה אלא שהיא מתרצית להתקדש לו והוא נתכוון לקדשה ובזה הוי שפיר כי יקח כיון שהקדושין נגמרין ע"י הבעל ובזה נ"ל ליישב מה שהקשה הפנ"י דלפמש"כ התו' בקדושין דף ד' ע"ב ד"ה היכא דיהבה לדידיה וקידשתו וכתבו דיהבה לדידיה לאו דוקא שהרי אביה מקבל קידושין אלא רצה לומר ואמרה דא"כ אמאי מספקינן לה בנתן הוא ואמרה היא הרי להדיא ממעטינן לה מכי יקח ולא כי תלקח כמבואר בגמ' דעל זה בא המיעוט ולפמש"כ

א"ש דהיכי דנתן הוא ואמרה היא הריני מקודשת לך דהיינו שתהא נלקחת אליו בזה ילפינן דל"ה קדושין אבל בסתם הוי לן ספק בכוונתה.

איברא דיש לעיין לפי"ז באדם חשוב כשנתנה לו ואמרה לו הריני מקודשת לך דיהא מהני דהא שם ודאי כוונתה שתתקדש לו באופן המועיל והב"ש בסי' כ"ז כתב דנתן הוא ואמרה היא באדם חשוב לא מהני ודאי וכ"כ הפרישה, אכן נראה דע"כ באדם חשוב כשמהנה אותה בקבלתו אי אפשר לומר דבשביל זה נתנה לו היינו בשביל שיקדש אותה דא"כ אין זה הנאת קבלת ממון כלל אלא דנתנה לו מתנה והוא אומר שבעבור זה שהוא מקדש אותה הוא מקבל את המתנה ממנה וא"כ בעצם קבלתו אין כאן מעשה קדושין כלל ולכן בשלמא בנתן הוא ואמרה היא כיון שהיא מגלה דעתה שאין רצונה לקבל בתורת מתנה, הוי נתינתו מעשה הסכמה, אבל כשנותנת היא לו מתנה אלא דנאמר דעבור ההנאה שהיא מקבלת נאמר דהוי כמו שנתן לה בזה יכול לומר שהוא אינו מבקש מאומה בעד זה ולא הוי כאן מעשה קדושין בודאי, וע' באב"מ.

והנה במש"כ דכאן בנתן הוא ואמרה היא הספק הוא בעצם יש מקום לדון דליהוי כמקדש בלא עדים דבשלמא גבי ספק בדין פשוט דלא הוי קדושין בלא עדים, אבל הספק במעשה קשה לכאורה דליהוי כמקדש בלא עדים ול"ד לספק קרוב לו ספק ק"ל דאמרינן ביבמות העמד אשה על חזקתה דהתם היו העדים יכולים למדוד אם באמת קרוב לו או לה והוי שפיר מעשה קדושין בספק ובעדים על הספק אבל הכא שיש ספק אם היה בכלל מעשה קדושין ומוכרח דגם בספק מעשה כיון דהוי כדררא דממונא היכי שהספק בא בלא טענותיהם לפמש"כ התוס' בב"ב לכן כבר חל ע"ז דין ספק ולא הוי קדושין בלא עדים, ועוד נראה דכיון שהספק הוא כללי ולא על מעשה לחוד וכמש"כ, נראה דהוי ספיקא דדינא.

אולם יש להבין לפי"ז דברי הרשב"א שכתב דהוי קדושין בלא עדים ואם נאמר שסובר הרשב"א דבספיקא דמעשה אין לומר דחשיבי עדים על הספק דכיון שאינם יודעין המעשה ודאי לא חשיבי עדות, א"כ היכי אפשר דנתן הוא ואמרה היא הוי ספק תיפוק ליה דהוי קדושין בלא עדים, ולכן נראה דהרשב"א סובר דספיקא דמעשה הוי קדושין בלא עדים דבאמת צריך להבין בדבריו שכתב דהוי קדושין בלא עדים דלמה אתי עלה מדין קדושין בלא עדים דהא ע"כ אין כאן אומדנא ברורה בעיקר הכונה אם לשם קדושין או לא וא"כ בשביל זה הוי ספק, וע"כ דכוונת הרשב"א דאעפ"י שהדברים מראין שנתרצה, וכמבואר ממש"כ בלשונו ואע"פ דלדעת מה שאמרה לו נתן מ"מ לא הוי קדושין משום דהוי קדושין בלא עדים, והיינו דאע"פ שבאמת נתרצה לא איכפת לן,

והספק הוא אי אמרינן אנן כן שיש אומדנא ברורה או לא וזה כבר הוי ספיקא דדינא, ובספיקא דדינא ודאי דנחשבים עדים על הספק.

והנה כ"ז הוא לשיטת הרשב"א והר"ן דלשיטתם ודאי מוכח דהוי ספיקא דדינא וכמש"כ אבל בשי' הרי"ף נראה דס"ל דהוי ספק במעשה, והוא דהנה הבאנו קושית הר"ן מהא דכלב רץ אחריה שכתב הרי"ף שהוא ספק דאורייתא ולחומרא וכאן בנתן הוא ואמרה היא כתב וחיישינן מדרבנן והוכיח הר"ן מזה דס"ל להרי"ף דל"ה קדושין מדאורייתא ותירץ האב"מ דהכא יש ספק במעשה אם נתרצה לדעתה דהיינו לקדשה או דילמא לשם מתנה יהבה ובזה מהני החזקת פנויה שלה אבל בכלב רץ הוי ספד"ד אי הוי כסף, והנה לשיטת הרמב"ן דבכלב רץ אחריה אי הוי אמרה ואתקדש אני לך הוי מקודשת ודאי ומשום דגם זרוק מנה לים ואתחייב לך חייב משום ערב ובתנהו לכלב שהוציא ממון על פיה מתקדשת מדין ערב, ומה דמספק"ל הכא הוא אם נתכוונה כל עיקר לשם קידושין או דילמא משטה היתה בו, דבתנהו לכלב ודאי לא הוי קדושין ובכלב רץ אחריה מיבעיא לן וע"כ דהספק הוא אם מרוצית להתקדש דהא זה ברור דהך טענה דמדאורייתא חיובי מחייבת לאצולן אינה טענה לפטור גם מממון בכדי שויו של הככר דודאי אם היה כלב רץ אחריה ואמרה לו תנהו לכלב ואשלם לך דמיו אין שייך לפוטרה בטענה דחיובי מחייבת לאצולן דאטו מחויב הוא להצילה בממונו אם גם לה יש כסף, ולכן אם באמת היתה מתרצית להתקדש בהך שו"פ אמאי לא תתקדש, וע"כ דאפשר דלא מכוונה לשם קדושין וזה ודאי שאינה מחויבת להתקדש עבור הככר דדמי לטול דינר והעבירני דאין לו אלא שכרו וממילא פשוט דאדרבה בתנהו לכלב הספק הוא ברצון שלה אם מרוצית להתקדש והוי ספק במעשה, אלא שיש להעיר לפמש"כ הריטב"א בסוגיא זו דטול דינר והעבירני שאין לו אלא שכרו היינו דוקא כשקצץ בדמים מרובים עדיין קשה דלמה לא תתקדש והרי כל אשה מתקדשת בפרוטה וכיון שקצץ הקדושין בעד הככר אמאי לא תתקדש, ונראה לפמש"כ התוס' בכתובות מ"ז גבי שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה שהקשו דא"כ כל הלוקח פרה מחברו ומתה נימא שעל מנת כן לא לקחה ותרצו דלא אמרינן כן אלא גבי נותן דאזלינן בתר דעת נותן לחוד אבל במוכר אין לומר כך דהמוכר לא היה מקנה לו ע"מ כן ולכן כאן כיון דמחויבת לאצולן מדאורייתא לא אזלינן כאן בתר דעתו כלל ובלאו הך סברא דמחויבת לאצולן לא היתה יכולה לומר משטה הייתי בך דא"כ לא היה לה לקבל ממנו ולהוציא ממנו ממון אבל כיון דחיובי מחייבת לאצולן לא ניזיל בתר דעתו כלל.

ולכן נראה לי דבאמת גם בספק רצון אם הספק אינו על מעשה זה לחוד אלא שהוא ספק

כללי לא נוכל לילך בתר חזקה דהחזקה לא תכריע האומדנא המסופקת וכמש"כ דחזקה לא מהני בספיקא דדינא וכל זה דאיבעיא לן ונשאר בתיקו הו"ל ספד"ד על הרצון. אבל הכא גבי נתן הוא ואמרה היא אין לנו ראי' כלל דהוי ספיקא דדינא אלא ספק במעשה, והוא לפמש"כ דהספק הוא כאן בכוונתה אם חשבה שהיא תלקח אליו ובזה יש חסרון דכי יקח ולא כי תלקח או שהכוונה היא שמרוצית להתקדש והיינו שהוא יקדש אותה וא"כ אפשר שאשה זו תחשוב כך ואשה זו תחשוב כך והו"ל ספק רצון פרטי דשייך בזה להעמידנה בחזקת פנויה, עכ"פ מוכח מדברי הרי"ף שאינו מפרש כהר"ן והרשב"א אלא שהוא ספק במעשה וסבר דספק מעשה הוי קדושין בעדים דא"כ לא היה שייך שום חשש מדרבנן בזה כיון דהוי קדושין בלא עדים וכן מוכח מהא דאעפ"י שאמרה בלבי היה להתקדש אעפ"כ אינה מקודשת ומוכיח הגמ' מכאן לדברים שבלב והק' האב"מ דהא הוי קדושין בלא עדים, וע"כ צ"ל דהיכי דנעשה מעשה המסופק לא הוי קדושין בלא עדים וכמש"כ.

ובמה שבארתי נראה דהרשב"א שהוצרך לתרץ דהוי קדושין בלא עדים אזיל לשיטתו שכתב בקדושין דף נ' דכי אמרינן דברים שבלב אינם דברים היינו שאינם דברים לבטל מה שאמר בפיו אבל כל שהדברים שבלבו אין מבטלין מעשיו אלא מקיימין כנזיר שאמר בלבי היה להיות כזה שיהא עובר או מחשב בתרומה שאין דברי לבו מבטלין שום דבר הוו דברים ואין זה בכלל דברי רבא וכמו מי שאמר אהא (משמע מדבריו דאפילו בנזיר עובר לפניו אינו אומדנא דמוכח דברשב"א מפורש דקאי אנזיר עובר לפניו) ולכן שפיר הוצרך לומר משום דהוי קדושין בלא עדים דאל"ה לא שייך לומר דלא הוי קדושין אם כיון לשם קדושין דלפרש מעשיו מהני אלא משום שצריך עדים והוי עכ"פ קדושין בלא עדים, אכן הריטב"א כתב על אומר אהא דהוא משום שהענין מוכיח לא הוי דברים שבלב ומוכח שאינו מחלק כחילוקו של הרשב"א, ולכאורה היה אפשר לומר דמשום זה לא מפרש הר"ן הך דנתן הוא ואמרה היא כהרשב"א דממ"נ אם לא היה הענין מוכיח הוי דברים שבלב ואם הוא מוכיח שוב אין כאן ספק לכך פירש דהוא משום דצריך אמירה דידיה.

והנה הרשב"א כתב ומיהו אמר לה הרי את זקוקתי או דדמי לה מהני לישני מעליא דסתם נשי לא ידעי ליה מסתברא אי מודה דידעה ולשם קידושין קבלינהו מקודשת אבל אמר לה בהני לישני דמיבעיא לן אע"ג דתרווייהו מודו דלשם קידושין נתכוונו וסהדי נמי אמרי דלהכי מיכווני אינה מקודשת ודאית, והנה במש"כ הרשב"א דאם אמר לה בלשונות המסופקין לגמ' אפילו אומרים שהבינו אינה מקודשת אלא מספק

צריך ביאור לכאורה דאמאי לא יהיו קידושין גמורים כיון דהוי קידושין בעדים, ומ"ש לשונות המסופקים בגמ' מלשון שאין סתם נשים מבינות ונראה דלכאורה דברי הרשב"א תמוהים דהא לפמש"כ שי' הרשב"א היא דספק במציאות הוי קדושין בלא עדים אפילו בספק דררא היינו שגם בלא טענותיהם יש ספק לב"ד וא"כ מאי מהני מה שהיא אומרת עכ"פ הוא מעשה מסופק והוי קידושין בלא עדים, אכן יש לחלק דדוקא הכא אם היא מבינה א"כ היא מסוג אותן הנשים המבינות ואולי אפשר להתברר מתוך דברים אחרים שהיא מהנשים המבינות נמצא דזה הספק אינו שייך להעדים, אלא לדעת מי היא בעצם אם היא מסוג אותן הנשים או לא, [ואף שיש לבוא כאן לדין דבר ולא חצי דבר כיון דעכ"פ אינם עדים על מעשה שלם, ואולי דכיון שאינו בעצם המעשה רק לדעת אם היא מאותן הנשים המבינות הו"ל כמו אישתמודעינהו דאחוהי הוא וצ"ע בזה] עכ"פ נמצא דהספק הזה אינו ספק ששייך לעדים אלא בעצם אם היא אשה כזו או לא, ובזה נבין שפיר מש"כ הרשב"א דבלשונות המסופקים לגמ' אם היא אומרת שמבינה אינה מקודשת אלא מספק והדבר צריך ביאור, ולפמש"כ מיושב שפיר דבאמת סובר הרשב"א דבספק הסכמה לא הוי קדושין כלל משום דהוי קדושין בלא עדים, ולכן אי הני לישני לא הוי לישני דקדושין לא מהני מה דהיא מרוצה כיון דעכ"פ הוי קדושין בלא עדים ואף שהעדים אומרים שכיוונו לא מהני דהא באמת הם אינם יכולים להעיד ע"ז דשמא לא כיוונו לקדושין ואינם עדים על זה, אבל אם אמר בלשון שאין סתם נשים מבינות והיא מודה שהבינה בזה שפיר כתב הרשב"א דמהני כיון דהוי לשון קדושין לכן מהני דנחשבים עדים על זה.

אלא דיש להעיר דעכשיו להלכה אמאי הוא ספק אם אומרת שכיוונה לקדושין כיון דכבר הוי ספק א"כ הוי לשון ספק של קדושין וממילא אם כיוונה ליהוי קדושין דלגמ' מספקא בעיקר הלשון אי הוי לשון קדושין, אבל להלכה דהוי לשון ספק של קדושין, יהיה שוב כלשון שאין סתם נשים מבינות אותן, דאם אומרת שהבינה הוי קידושין, ויש להוכיח מכאן דבאמת לשון של ספק אף דקיי"ל שהוא ספק קדושין אינו ספק אלא על עיקר הלשון אבל לא על הכוונה ורק דהספק של הגמ' הוא על עיקר הלשון וממילא גם על כוונתה, אבל אם עיקר הלשון אינו לקדושין אין ספק אצלנו דדילמא כיוונה משום דהוי קדושין בלא עדים וממילא לא מהני מה שאומרת שכיוונה לשם קידושין, ולכן גם להלכה שהוא ספק לשון קידושין אינם אלא עדים על ספק דבאותו צד ספק שאינו לשון קדושין ל"מ מה שאומרת שכיוונה דהוי עכ"פ קדושין בלא עדים, ועוד י"ל דכיון דלנשים אינו לשון קדושין לא מהני מה דנעשה עכשיו לשון ספק מצד האיבעיא.

והנה יש להעיר דהרשב"א אזיל בזה לשיטתו דבב"ק דף ל"ה ע"ב היו הניזקין שנים אחד גדול ואחד קטן וכו' הא לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק אמאי וכו' וכתב הרשב"א וז"ל כתב הראב"ד דאיכא מאן דמקשי אשמעתין היכי הוי סליק אדעתין דאי לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק והא פ"נ קנסא ואינו משלם עפ"י עצמו ופריק דהכא כשיש עדים שהיזיק אלא שאין יודעין אם גדול אם קטן, ואין פירוקם מחוור בעיני דאם כשיש עדים אפילו בחיטין ושעורין דכוותה וכגון שיש עדים שהלוהו או חטין או שעורין למה לא יתחייב בפחות שבהן וא"ת דכל שאין העדים מעידים בבירור אין זה חייב לו כלום (וכוונתו לדברי הרמב"ם בפ"ג מהל' עדות שהוא ספק בחקירות) דהכא שני גופין ואינו כאחד אומר מנה ואחד אומר מאתים דהתם יש בכלל מאתים מנה א"כ תהדר קושיא לדוכתין ונמצא שמשלם עפ"י עצמו, ובסוף דבריו תי' הרשב"א דשמעתין ע"כ כמ"ד פ"נ ממונא, ומוכח מדברי הרשב"א דספק לעדים אין זה עדים כלל דאם נימא דספק לעדים הוו עדים א"כ מכיון שראו דבר שיש להסתפק בו אמאי לא נקבל עדותם לענין פחות שבשתי העדיות עכ"פ, וע"כ דאינם עדים כלל, אלא שלפמש"כ שכוונת הרשב"א לדברי הרמב"ם שהוא ספק בחקירות א"כ אין ראי' מכאן, והנה הרא"ש כתב להדיא דמיירי שראו ולא ידעו אם גדול או קטן וצריך לחלק מדברי הרמב"ם דהרמב"ם מיירי שיש חסרון בראייתם והכא מיירי שראו דבר שיש להסתפק בו, אך לכאורה היא משנה מפורשת גבי שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה ואין ידוע אם עד שלא נגחה ילדה אם משנגחה ילדה, והנה הכא הרי העדים לא ראו ונימא דלא הוי עדים כלל ובקנס בעינן עדים ואמאי משלם רביע נזק לוולד והיה אפשר לחלק דגבי שור שנגח את הפרה ראו העדים מה שהיו יכולים לראות והכא לא ראו מה שאפשר לראות, אך יותר נראה לומר דלסומכוס גם הרשב"א יודה שכיון שעשו דין ספק שפיר הוו עדים על הספק אבל לרבנן דהמע"ה א"כ אין דין ספק מועיל כלל וממילא לא הוו עדים.

ומיושב בזה קושית המהרש"א ר"פ הפרה שהקשה דלמ"ד פ"נ קנסא ל"ל למימר דפטור משום דהמע"ה לסומכוס נמי אמאי קאמר יחלוקו הא גם אם היה מודה היה פטור משום דמודה בקנס הוא, ולפמש"כ כיון שהדין ספק מועיל לענין זה דיחלוקו הוי ראיית עדים ולא מיקרי מודה בקנס, ומצאתי שכ"כ הגרע"א בתוס' רע"ק על המשניות וב"ה שכוונתי.

והנה הרשב"א ביבמות דף ל' ע"ב גבי זרק קדושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה כתב לפרש דהיינו בשנסתפק הדבר לעדים אם היא יכולה לשומרן והוא אינו יכול לשומרן או אם הוא יכול לשומרן והיא אינה יכולה, ולכאורה מה עדיף ספק זה מספק קרוב לו ספק קרוב לה כפשוטו ומוכח דספק ק"ל ספק ק"ל כיון דהוי ספק בראיה הוי קדושין בלא

עדים אבל היכי דלהעדים הוי ספק בהאומדנא לא הוי קדושין בלא עדים, אלא דיש לעיין במה עדיף מהא שהדברים מראים דנתן לשם קדושין דהוא ספק באומדנא ומ"מ כתב הרשב"א דלא הוי עדים, לכן נראה לחלק מדין קנס לדין קדושין דגבי קנס באמת אין צריך עדים לקיומא אלא דאי אפשר לחייב בלא עדים משום דהחיוב נגמר בב"ד וממילא אם על פי דין יש להטיל ספק ולחייב חלוקה כבר נקרא זה עדים וכמש"כ למעלה, וצריך לן רק הדין דעדים שיהיו עדים בהמעשה ושלא יהיה חסרון בראית העדים, אבל גבי קדושין ילפינן דבר דקיומא מדבר דבירורא ודין דבר דבירורא הוא בירור גמור ולכן אי אפשר לעשות קיומא היכי שאין בירור כלל וכגון בהא שהדברים מראים שלשם קדושין נתן, ולכן אם הדבר ספק לעדים עפ"י אומדנא שלהם, א"כ ה"א אפשר שיעשו אח"כ האומדנא שלהם לצד אחד, וממילא אין חסרון בהקיומא ולכן בספק ק"ל ספק ק"ל לא הוי עדים משא"כ כשמסופקין מי יכול לשומרו, ונמצא מיושב שפיר דשם באמת לענין דררא דממונא מהני אבל הכא אפילו אי ספק דאורייתא לחומרא ג"כ לא מהני משום דבעי עדים גמורים לקיומא, ובאופן אחר יש לומר דהחילוק הוא בין היכי דהספק לעדים באומדנא שלהם בעצם המעשה או שהספק להם בראיית המעשה דגבי גדול או קטן כיון דהוא ספק להם בראיית המעשה לא הוו עדים אבל היכי דיש להם ספק בהאומדנא הוו שפיר עדים, אלא דהכא גבי אעפ"י שהדברים מראים אף דהוא ספק בהאומדנא כיון דאין הספק לעדים בהאומדנא שלהם אלא שהוא ספק בעצם א"כ אין יודעים והוי קדושין בלא עדים, ונמצא דאם אין העדים יכולים לכוין השערתם הוי גדר ספיקא דדינא לענין זה דלא הוי קדושין בלא עדים דמאי נ"מ אם ב"ד אין יכולים לכוין השערתם או העדים אין יכולים לכוין השערתם כיון דראו מה שאפשר לראות ויש להם ספק על האומדנא אך באופן כזה אפשר דהי' שייך חזקת פנויה כיון דעכ"פ לא הוי ספיקא דדינא.

והנה במה שהקשה האב"מ מבכולן אעפ"י שאמרה בלבי היה להתקדש לו וקשה הא הוי קדושין בלא עדים, ותלה האב"מ זה במחלוקת הרמב"ם והראב"ד במחילת התנאי אי בעי עדים, ולדעת הרמב"ם בפ"ז מאישות דלא בעי עדים ניחא דשם הא מיירי במחילת התנאי, רק להראב"ד ודעימיה שגם במחילת התנאי בעי עדים תיקשי דמה בכך שאמרה בלבי היה להתקדש עכ"פ הא אין עדים על מה שבלבה, והנה בעיקר סברת מחלוקת הרמב"ם והראב"ד נראה דסברת הרמב"ם דהוי כמו שתולה אם ירדו גשמים היום דאף שירדו גשמים ושום איש לא ראה דודאי מקודשת דמה שיזדמן קדושין בלא עדים זה לא איכפת לן וא"כ ה"נ כיון שמחל ונמצא שלא הקפיד ועיקר התנאי הוא אם יקפיד והראב"ד סובר דהא דאמרינן דאם כנסה סתם אחולי אחליה לתנאו היינו דנעשה

הקדושין מעכשיו ורק דאם הכסף קיים בודאי מקודשת ואפי' אין הכסף קיים אפשר דלהכי מהני נתינת הכסף לשם קדושין דהוי כמו נתאכלו המעות דהתנאי היה בעיקר הקדושין ולא בנתינת הכסף וכיון דהקדושין צריך להיות עכשיו, לכן צריך עדים דהא נעשו קדושין חדשים, אבל זה מודה הראב"ד דאם הי' שייך לפרש אם היא מקפדת בשעת מעשה היה ג"כ כמו תולה נדרו בדבר דלא איכפת לן אף שהדבר מתקיים בלא עדים ונמצא דהרמב"ם והראב"ד חולקים אי הקדושין מהני מעכשיו או לאח"כ.

אכן מדברי הר"ן בפרק המדיר משמע דהראב"ד ג"כ סובר דהוי קדושין למפרע עי"ש, ונראה דאפשר לומר שכיון שהדבר אינו מתקיים הוי כמו דברים שבלב וגם מחילתו אינה מתקיימת כמו ביטול בינו לבינה, ולכן אי הוי אמרינן דברים שבלב הוי דברים הוי מהני גם אם היה בלבה, ונמצא דהראב"ד סובר דלענין קיומא מה דילפינן מעיקר דין קדושין הוי מהני כיון דהוא דבר אחר, אבל כיון דיש בזה עכ"פ שם מחילה ושם ביטול התנאי וביטול תנאי אינו שייך בינו לבינה.

והנה לכאורה אינו דומה ביטול הגט לביטול התנאי, דגבי ביטול הגט צריך הוא לבטל דבר שיש לו קיום, וכאן הוא רק ראי' שאינה מקפדת אלא דמ"מ כיון דבפירוש התנו ורק דצריך לבטל הקפידא והראיה מדלא מהני דברים שבלב לכן שפיר סובר הראב"ד דצריך לזה עדים, ולפי"ז צריך לומר דמצד דין עדים דילפינן דבר דבר מממון לא היה צריך עדים לענין ביטול התנאי משום דכיון דהוא רק תולה להקדושין בדבר חיצוני היינו אם יקפיד או לא יקפיד, הוי כמו על מנת שיפול כלי זה מהגג דלא צריך עדים בשעת מעשה, אלא דמ"מ לענין דברים שבלב סבר הגמ' דלא מהני מה דאינו מקפיד בלבו כיון דהסכימה להתנאי לעיני הכל ולא מיחתה כמש"כ רש"י שם, ולכן אף שאם תמחול אח"כ התנאי בפה, נאמר דהתנאי הוא רק על כל זמן שלא תגלה דעתה ע"ד קפידא שלה, וכן היה מפורש בתוך התנאי אבל בודאי היה התנאי ע"מ שתבטל בפה את התנאי ולא על מה שחושבת בלבה, שלא על זה התנה, ונמצא דאם אחד יקדש אשה ע"מ שהיא חושבת בלבה כך, יחול התנאי משום דתנאה מילתא אחריתא, ומ"מ סבר הגמרא דהתנאי בסתמא לא היה על מה שהיא חושבת בלבה אלא על מה שגלוי וידוע לכל, ומזה פשיט הגמ' דלא נוכל לעשות תנאי על מה שהוא חושב בלבו אלא על מה שגלוי ומובן לכל, ולכן סובר הראב"ד דכיון דאין אנו עושים תנאי אלא על מה שהוא גלוי לכל וכיון דבענין קדושין גם בינו לבינה לא מיקרי גלוי לכל לכן לא הוי קדושין והרמב"ם סובר דכיון דעכ"פ תנאה מילתא אחריתא ואפשר לקדש ע"י תנאי באופן שלא יהיו עדים בדבר, ולכן אף דלענין דברים שבלב אמרינן דודאי התנה על דעת הגלוי אבל

לענין עדים לא בעינן.

אכן לפמש"כ אינו מבואר דברי הר"ן שתי' בהא דאמרה בלבי היה להתקדש אעפ"כ אינה מקודשת ואם איתא דיכולה היא למחול בתנאי שאינו של ממון אמאי אינה מקודשת דהא עכ"פ עכשיו קמחלה ולא ניחא לי' לתרץ דאיירי כגון שאינה מוחלת עכשיו רק שמספרת ספור מעשה שמתחילה היה בלבה להתקדש אעפ"כ וכ' הר"ן דזו שאמרה בלבי היה להתקדש לו אעפ"כ הורע כוחה ואינה יכולה למחול ולומר הרי אתה לי כאילו היית עשיר שהקדושין היו תלויים משעה ראשונה עד שיראה אם תקפיד אם לא אבל זו שמשעה ראשונה לא היתה מקפדת ואעפ"כ התנית כיון דדברים שבלב אינם דברים נתבטלו הקדושין לאלתר שלא להנאתה התנית אלא תנאי גרידא הוי ובטלו הקדושין מיד אבל במתנה להנאתו יכול הוא שיאמר הרי את עלי כאילו אין עליך נדרים עכ"ד ובאמת אין דבריו מבוררים כלל דבאמת לפמש"כ ע"כ הטעם משום דהתנה אם לא תקפיד בגלוי וכן היה גם הסכמתה ובכלל ודאי דאי אפשר כלל להשתמש במחשבתה הקודמת ולבטל הקדושין דהא דברים שבלב אינם דברים, ולכן נראה פשוט דאם באמת תמחול עכשיו מהני רק דמיירי שאומרת שמקודם ג"כ לא הקפידה כמש"כ הראשונים שהביא הר"ן, ועוד י"ל דבאמת צ"ל דלא לעולם מהני מחילת התנאי דא"כ לעולם יהיה תלוי הקדושין אלא נראה דמכיון שכבר נתבטלו הקדושין שוב לא יוכלו להתקיים אלא דכ"ז שלא נודע עוד מביטול הקדושין ע"י התנאי היינו דכ"ז שלא נתברר שאינו כפי התנאי דהיינו שאינו עשיר או אינו כהן עוד לא נתבטלו הקדושין בפועל ולכן שייך למחול התנאי אבל אחר שנודע שהוא טעות ולא נתקיים התנאי ונתבטלו הקדושין בפועל בודאי אין שייך אח"כ מחילה כיון שבסתמא תיכף כשנודע ונתבטלו הקדושין בפועל בודאי אין שייך אח"כ מחילה אם לא בב"א והמשנה לא מיירי מזה אלא מיירי דאח"כ כשנודע ומדויק לשון הרמב"ם בפ"ח הל' ב' שהוסיף לומר אעפ"י שהטעני עי"ש בלשונו ולמה הוסיף על לשון המשנה אלא לומר דכבר נתברר ביטול הקדושין ולכך לא מהני ביטול התנאי.

ובאופן אחר קצת יש לומר דהנה גבי ביטול הגט אי צריך עדים מדאורייתא, דהרמב"ן סובר דצריך עדים מדאורייתא וכ"כ הריטב"א משום דהוי כדבר שבערוה וכמו שהבאנו דבריו למעלה חולק הרשב"א, ודעת הרשב"א שאינו צריך עדים מה"ת משום שכאן אינו קיום דבר ואנן ילפינן דבר דקיומא. וסברת הרמב"ן י"ל דכל דבר שאינו מתקיים בפועל אין לו קיום וזהו גופא טעמא דדברים שבלב אינם דברים כיון שאין הדבר יכול להתברר לעולם ואפילו בנדרים כיון דכתיב לבטא היה צריך דבר שגלוי לעולם, אלא שהרשב"א

סובר דפירוש דבריו לקיום אפשר גם בלב, וזה אינו נכנס בגדר דברים שבלב והרמב"ן סובר דגם זה לא היה מהני רק משום שהוא בלב כל אדם, ובשביל זה סובר הרמב"ן שגם ביטול לא מהני בינו לבינה כיון שאינו מתקיים בפועל, וגם בזה יש דין דבר שבערוה, ונוכל לומר דבזה חולקים הרמב"ם והראב"ד דהרמב"ם סובר כיון דתנאי מילתא אחריתא היא אינו צריך עדים דאינו חלק בהקיום דדבר שבערוה, ולכן לא בעינן עדים גם לביטול של התנאי, אבל הראב"ד סובר כיון דעכ"פ אמדינן דעתי' דתלה בדבר הגלוי, דדשב"ל אינם דברים וכמו דההסבר באונס בתנאי דאמרינן דהתנה רק באופן שלא יהא אנוס כן נאמר הכא דהתנאי היה שיתקיים עפ"י דין התורה ולכן אם היה מהני דשב"ל בתנאי ודאי שלא היה צריך עדים אבל כיון שהראב"ד סובר דלא מהני דשב"ל בתנאי ממילא צריך עדים וכמש"כ הרמב"ן גבי ביטול בינו לבינה אכן להרשב"א דסובר דכל כללא דדברים שבלב אינו אלא לבטל דבר ולא לקיים דבר א"כ א"א לומר דנכנס תחת גדר דשב"ל דין קדושין בלא עדים ומשום דדבר שאינו מתקיים אין לו קיום וכמש"כ לדעת הרמב"ן, ממילא מבואר דאין זה שייך אלא לדיני תנאים ולא שייך זה לדין ביטול גט בינו לבינה דבתנאי ל"ב עדים כלל.

הלכה ג

ואם קדש בשטר כותב על הנייר או על החרס או על העלה או על כל דבר שירצה הרי את מקודשת לי או הרי את מאורסת לי וכן כל כיוצא בדברים אלו.

הרי את מקודשת לי, הר"ן בריש קדושין כתב דבקדושין כל היכא דלא אמר לי לא הוי קדושין כלל, אלא שיש מי שאמר דאע"ג דקיימא לן בדידים שאין מוכיחות לא הויין ידים אפילו הכי לענין גיטין וקדושין אזלינן לחומרא והויא לה ספק מקודשת דהא משמע בפרק המגרש דכל היכא דלא כתב לה ודין ידים שאין מוכיחות הוו ואפ"ה משמע דאי כתב לה הרי את מותרת לכל אדם ושאר תורף הגט דמיפסל לכהונה ותפסי בה קדושין דהא לא איפשיטא התם אי בעינן ודין או לא, ודחה הר"ן דהתם הוא משום דאפשר דהוי ידים מוכיחות דמוכחא מילתא דבשטרא קמגרש אבל כל היכי דהוו ידים שאינן מוכיחות כי הכא אי אמר הרי את מקודשת ולא אמר לי פשיטא דלא הויין ידים כלל, דהא קיי"ל כרבא, והיינו דהיש מי שאמר סובר דהספק בגמ' לענין ודין היינו משום דהספק הוא אי קיי"ל כרבנן דידים שא"מ הויין ידים ומשו"ה אפשר דלא בעי ודין ולכן איפשיטא דלגבי גיטין אזלינן לחומרא ובעינן ודין אבל בקדושין להקל שנימא דאינה צריכה גט כלל לזה ודאי חיישינן, דלמא קיי"ל כרבנן דהויין ידים והרי היא מקודשת וצריכה גט, והר"ן חולק וסובר דהספק הוא אי הוויין ידים מוכיחות דאין אדם מגרש

אשת חברו, או משום דאמרינן דוודאי לאו בדבורא קמגרש, אבל זה ודאי דידים שא"מ ל"ה ידים דקיי"ל כרבא.

והנה כל זה הוא לשיטת הר"ן דסובר דגבי גירושין לא בעינן ודין ומינאי משום דקיי"ל כר"י ומשום דהא דקיי"ל כרבא בידים שא"מ לא הויין ידים אינו סותר להא דסבירא לן דלא בעינן מנאי וכדאמר רבא אנא דאמרי אפילו לרבנן עד כאן לא קאמרי רבנן אלא משום דאין אדם מגרש אשת חברו והא דאמרינן בהמגרש אפלוגתא דר"י ורבנן דפליגי בידים שא"מ היינו גבי גט אי הוויין ידים דפליגי גבי גט דאיכא סברא דאין אדם מגרש אשת חברו ובהא פליגי דמר ס"ל הך סברא ומר לא ס"ל הך סברא דאין אדם מגרש אבל בעלמא תרווייהו מודו דידים שא"מ לא הויין ידים וא"כ האיבעיא בגמ' אי בעי ודן היינו דאיבעיא לן אי ודאי הוא דלא פליגי אלא בגט ובזה קיי"ל כרבנן דיחיד ורבים הלכה כרבים או דפליגי גם בשאר דברים דאין חילוק בין גט לשאר דברים ואנן דקיי"ל כרבא בשאר דוכתא גבי גט נמי קיי"ל כר"י ובזה כתב הר"ן לא כמו שכתב למעלה הבאנו דבריו בהל' א' דמסתבר טעמא דר"י בודין יותר ממה שמסתבר במנאי משום דאין אדם מגרש אשת חברו הוא סברא יותר פשוטה עכ"פ כ"ז הוא לשי' הר"ן אבל לשי' הרשב"א ולפמש"כ גם הרמב"ם סובר כן דסוגיא דנדרים אידחיא מקמי סוגיא דגיטין דר"י ורבנן בפלוגתא דישא"מ פליגי ואף דבסוגיא דנדרים אמרינן דלא תליא פלוגתייהו בישא"מ, סוגיא דגיטין עדיפא לן דאיתמר בדוכתא וכיון דקיי"ל כרבא דישא"מ ל"ה ידים ע"כ דקיי"ל נמי כר"י א"כ כדאיבעיא לן אי בעינן ודין היינו ע"כ אי קיי"ל כר"י או כרבנן וממילא דמספקא לן גם על פלוגתא דאביי ורבא ואף דקיי"ל כרבא לבר מיע"ל קג"מ אפשר כיון דלא פליגי בסברא דנפשייהו לא חשיב לה ומוכח לשיטתם כהיש מי שאומר שהביא הר"ן דהא סוגיא דגיטין לא סבירא הך סברא דאין אדם מגרש אשת חברו וא"כ לגבי קדושין ניזיל לחומרא ותהא צריכה גט ומלשון הרמב"ם משמע דאין ספק בזה, ואיברא דהרשב"א בעצמו כתב כדברי הר"ן דהא דאיבעיא בגיטין אי בעינן ודן היינו אפי' למ"ד ישא"מ ל"ה ידים ומשום דאין אדם מגרש אשת חברו אבל הרמב"ן כתב אחר שהביא פירוש זה ואין פי' זה משמע הסוגיא והוא כדברנו דסוגיא דהמגרש לא ס"ל הא דאין אדם מגרש ולפי"ז בקדושין הו"ל ספק ותהא צריכה גט מספק.

והנה שיטת התוס' בנדרים הוא דבקדושין בלא לי ובנזיר כשאין נזיר עובר לפניו לא הוי מוכיחות כלל, דהא אביי משני הכא הב"ע דאמר לי ובנדרים ס"ל לאביי ידשא"מ הוויין ידים, ולכן כתבו משום דבנזיר הסוגיא הפוכה דהתם פריך הא דאמר שמואל דבשנזיר עובר לפניו מיירי ופריך לימא קסבר שמואל ידשא"מ לא הוי ידים ומשני בזמן שנזיר

עובר לפניו ליכא לספוקי במילתא אחרינא אבל וודאי אין הנזיר עובר לפניו אמרינן דלמא אהא בתענית קאמר, והיינו דבלא נזיר עובר לפניו לא הוי יד כלל, ולכן תי' התוס' דבקדושין ובנזיר לא הוי מוכיח כלל ומודה אביי דלא הוי ידים אבל בנדרים אף אם לא אמר שאיני אוכל לך הוי מוכיחות קצת אבל בנזיר כשאין עובר לפניו ל"ה יד כלל, והנה מה שדחקם לזה הוא מאי דאמר שם בנדרים ומאי דוחקיה דשמואל לאוקמי מתני' כר"י, וקשה דמאי פריך ומאי דוחקי' נימא משום דסבר כוותי' ולזה תי' דמהא דסבר שמואל דבעינן בקדושין לי אין ראי' מזה בידים מוכיחות קצת דהתם מודה שמואל דהוי ידים ובקדושין הוא משום שאינו מוכיח כלל, וכ"ז הוא אם היינו יכולים לומר דהסוגיא אתיא אליבא דאביי אז הוה א"ש דע"כ צ"ל דאביי ורבא פליגי בידים מוכיחות קצת דבלא מוכיח כלל מודה אביי כדמוכח מקדושין דבעי דוקא שיאמר לי, ולהכי פריך ומאי דוחקי' דשמואל לאוקמי מתני' כר"י והיינו דהא לא סבר כוותי', דבמוכיחות קצת סבר שמואל דהוי ידים אבל באמת הא גם רבא איירי בהך סוגיא דאהא דפריך ומאי דוחקי' דשמואל משני רבא מתני' קשיתיה וא"כ תיקשי דרבא אדרבא דהא לפי' ר"י מוכח מהא דשמואל מוקי מתני' כר"י דשמואל סבר דבמוכיח קצת הוי ידים ותיקשי דרבא הא סבר דידים שא"מ לא הוי ידים גם אם מוכיחות קצת וע"כ צ"ל דרבא סבר דכיון שמוכח ממתני' דל"ה ידים מוכח שכן ההלכה וכ"כ הר"ן בנדרים, ואי דקשה מהא דשמואל דלא הזכיר מקום ודין גבי צריך שיניח מקום הרי את מותרת לכל אדם הרי יש לתרץ כדשני בגמ' דבגיטין גם רבא מודה משום דאין אדם מגרש אשת חברו.

ואולי יש לומר דכיון דבהמגרש תולה פלוגתא דר"י ורבנן בישא"מ מוכח דהוי רק דיחוייא וא"כ שמואל ע"כ סבר בסתם ישא"מ דהוי ידים, מדלא הזכיר גבי הכותב טופסי גיטין ודין, ולכן אמר רבא נמי מתני' קשיתיה והוא סבר באמת דהוי ידים, אלא דרבא בעצמו סבר דכיון דממתני' מוכח דלא הוי ידים קיי"ל כן וממילא קיי"ל לפי"ז כר"י והיה לן לפסוק לפי"ז דלא כשמואל גבי הכותב טופסי גיטין וכמש"כ למעלה בהלכה א' אכן שיטת הרא"ש בנדרים דשמואל בעצמו סבר דל"ה ידים ומוכיח זה ממתני' והיינו כפי' הר"ן ובהכותב טופסי גיטין גם רבנן מודו וכנ"ל.

והנה להלכה אין נ"מ בין הפירושים, דבין אם נאמר דאביי איירי בקדושין אליבא דשמואל דוקא, משום דהקשה לו ר"פ מנזיר עובר לפניו אבל אביי לשיטתו לא צריך לא נזיר עובר לפניו ולא לי ובין אם נאמר כתי' התוס' דבאין נזיר עובר לפניו ובלא לי גם אביי מודה עכ"פ להלכה הא קיי"ל כרבא וכמתני' דמודרני ממך א"כ ידשא"מ ל"ה ידים בין באינם מוכיחות כלל בין במוכיחות קצת, ועוי"ל דרבא אמר במכ"ש דכיון דלרבנן

לא מוכח בפירוש דסברי אפי' בכה"ג ידים שא"מ הויין ידים ומכיון דבקדושין אביי נמי מודה לכן קיי"ל הכי דבקדושין ובנזיר פסקינן בתורת ודאי דל"ה ידים.

ובזה מיושב מה דפסק הרמב"ם בפ"א מהלכות נדרים הכ"ג האומר לחבירו מודר אני ממך משמע דבר זה שלא ידבר עמו, ולכאורה קשה דכיון דשיטת הרמב"ם היא דמודרני ממך משמעו שלא ידבר עמו שלא בתורת ספק א"כ מה זה שייך לישא"מ תיפוק לי' דמשמעות הדבר שלא ידבר עמו, ולפמש"כ נראה דאיברא דלסוגיא דנדרים שפיר מוכח דישא"מ ל"ה ידים דקיי"ל כאביי אבל כיון דמסוגיא דגיטין מוכח דישא"מ בינוני הוא ספק דאיבע"ל אי בעי ודן או לא, וודן איברא דלא הוי ישא"מ גרוע כמו לי ואהא לשי' התוס' מ"מ ישא"מ חשוב כמו מינאי לא הוי א"כ ע"כ מה דמבואר במשנה דמודרני ממך דמותר לגמרי דבעינן שאני אוכל לך ע"כ משום דגבי מודרני ממך לא הוי יד כלל דמשמעות הדבר הוא שלא ידבר עמו והסוגיא דנדרים אזיל אליבא דמסקנא דלא תלוי בפלוגתא דגיטין ולכן שפיר תלי לה בישא"מ, אבל לפי הסוגיא דגיטין ע"כ נשאר ספק.

והנה בהלכה א' כתבנו במה שלא הצריך הרמב"ם ודן בשטר קדושין וכתבנו דמה דבעי ודן בגט הוא רק לחומרא ולכתחלה ולכן בקדושין לא הוצרך הרמב"ם לכותבו דבלא ודן הרי היא ג"כ מקודשת ע"ש, אכן אם נאמר דהרמב"ם פוסק להלכה כר"י דבעי ודן ולא רק לחומרא ומדרבנן, תיקשי דאמאי לא בעי בשטר קדושין ודן, וכתבנו דשטר קדושין דומה לשטר מכר וכמו דבשטר מכר לא בעי ודן כן גם בשטר קדושין ובשטר מכר הא דלא בעי ודן היינו משום דבכל שטר ראי' אם נותנו לקנין מהני וכתבנו דמ"מ מלשון הגמ' דילמא בדבורא מגרשה משמע שאינו מתכוון לגרשה בהאי גט כלל אלא בדבור ובזה גם בשטר מכר לא יהני, ונראה לפ"מ שהביא הרי"ף דברי הירושלמי הדא דתימא בשטר שאין בו שו"פ אבל בשטר שיש בו שו"פ כסף הוא וכ' הר"ן דהרי"ף כתבה ללמוד ממנה דמקדש בשטר ונמצא פסול בדיני שטר דמקודשת מדין כסף ומשום שמקדש אותה על דעת שתתקדש באיזה אופן שיכול להועיל ולכן אם השטר פסול ויש בו שו"פ שפיר מקודשת מדין כסף וחזינן מזה דאע"ג שקדשה בפירוש בתורת שטר אמרינן שכוונתו נמי אכסף וא"כ נשמע מזה כמו כן דאם קדשה בשטר אלא דנתכוון לקדשה בדבור בעלמא מ"מ אמרינן שדעתו שאם לא תתקדש בהדבור שתתקדש בהשטר.

והנה התוס' רי"ד כתב לענין קדושין בחליפין שהקשה ואם אדם נתן לאשה סודר שיש בו שו"פ אמאי אינה מקודשת ותי' דמיירי שהתנה עמה לקדשה במנה ולא היה נותנה לה עכשיו אלא התפיסה את הסודר שתתקדש לו ולא תוכל לחזור והוא התחייב ליתן לה מנה לאחר זמן בכה"ג ודאי אינה מקודשת ואע"פ שבשדה קונה הסודר שאם מכר

לו השדה במנה ולא נתן לו המנה ונתן לו הסודר שלא יוכל לחזור בו קנה השדה והוא חייב לו המנה וכו' משא"כ באשה וכו' וביאור דברי התורי"ד נבאר בע"ה במק"א אבל עכ"פ מוכח מדברי התורי"ד שאף שאפשר שתתקדש בתורת כסף לא מהני כיון שקדשה בתורת קנין סודר דהרי הסודר שוה פרוטה כמבואר מדבריו, ומ"מ לא אמרינן שדעתו לקדשה בתורת כסף ג"כ, ונראה דמשום זה גופא צייר התורי"ד את דינו כגון שקדשה במנה ולא נתן לה המנה והתפיס הסודר שלא תוכל לחזור והיינו שהתפיס לקיים הדבר אבל לומר שדעתו היתה שתתקדש בעד הסודר א"א כיון שבפירוש אמר לה התקדשי במנה והתפיס הסודר בכדי שלא תוכל לחזור בה ולא היה רק לקיים הדבר אלא דבמכירה זה גופא במה שנתקיים הדבר קונה זה החפץ מעכשיו וזה נתחייב בדמים כיון דמהני במכר קנין סודר אבל באשה אינו כן דבעינן כסף שתתקדש בשביל זה ובסודר הרי אינה מתקדשת עבור הסודר כיון שנתקדשה בעד המנה וזה לא נתן לה וכמו שנבאר עוד בדברי התורי"ד אבל אם קדשה בשטר ודאי כוונתו שתתקדש בשטר זה באופן המועיל ואם לא מדין שטר שתתקדש בשטר זה מדין כסף.

ולכן אפשר לומר דהנה בדף ט' אמרינן והא לא דמי האי שטרא לשטר זביני וכתבו התוס' ומגט לא מצי למיפרך דדמי בחד צד לגט דבעל כותבו אכן לפ"ז א"כ היכי מקשה והא לא דמי האי שטרא לשטר זביני דאטו ילפינן שטר קדושין מזביני ומצאתי שהקשה כן הרשב"א ותי' דמ"מ אף דודאי קדושי שטר מגירושין ילפינן מ"מ עיקר דין קדושין מדין קנין הוא ובכולהו קיחה שייך בהו וכיון שכן הו"ל למילף משטר זביני, ובזה אפשר ליישב מש"כ הרשב"א בתשובה תר"ב שרצה לומר דבשטר קדושין אם כתבו על איסוה"נ פסול משום דבעי הנאה והדבר מתמיה דמנא לן למימר דבשטר קדושין בעי הנאה מה ענין שטר להנאה ובאמת כתב הר"ן ג"כ על דברי הרי"ף שהבאנו דבשטר שאין בו שו"פ והקשה הר"ן דאם נימא בכוונתו שבא לאשמעינן דאין צריך בשטר שו"פ הא גם בל"ז כיון דילפינן מגט ובגט ל"צ שו"פ ותי' הר"ן דהו"א דבקדושין בעינן שיתן לה דבר של הנאה אלא שהר"ן כתב את זה רק להו"א והרשב"א כתב כן להלכה, ונראה דכיון דבעי ספר מקנה א"כ צריך שיהי' דבר ששוה כסף ובגט נראה באמת דבלא קרא דונתן לא הוי בעינן ספר מקנה משום שאינו ספר מקנה כלל שאינו מקנה לה את גופה אלא משלח אותה ממנו ולכן אף דמקרא דונתן ילפינן שהגט יהי' משל הבעל אבל אינו ספר קנין אבל שטר קדושין איברא דילפינן מגט מויצאה והיתה מ"מ עיקר השטר צריך להיות דומה לשטר זביני ובשטר זביני כיון דבעינן ספר מקנה בעינן דבר חשוב ועי' תוס' קדושין דף ט' ד"ה אע"פ ודבריהם נוטים לפנים אחרים ולכן שפיר אפשר לומר דלא בעי ודן בשטר

קדושין וכמש"כ הריטב"א בקדושין דף ט' דלא צריך שמו ושמה [ואיברא דהריטב"א בעצמו כתב דבעי ודן בשטר קדושין אפשר דכתב כן לשי' הראשונים שהביא דבעי גם שמו ושמה ועוד צ"ע בזה] ולכן אף דגבי גט ודאי דבעינן ודן משום דבגירושין אין לנו לומר סברא זו שדעתו לגרשה בכל אופן המועיל ועוד דעכ"פ לא הוי ספר כריתות כיון שאפשר שכוונתו לגרשה בדבורא בעלמא אבל בשטר קדושין ומכר שפיר יש לנו לומר שכוונתו לקדשה בשטר באופן המועיל ועוד נראה דגבי קנין כיון שנותן זה לשם קנין לא איכפת לן אף דחושב דבדיבורא מקנה ושטרא ראי' בעלמא כיון דעכ"פ כוונתו דבהך שטרא יהיה נגמר הקנין דעיקר שטר קנין הוא באמת כן דהראיה שיש לו זהו גמר הקנין.

והנה בעיקר סברת הרא"ש בתשובה שהבאנו בהלכה א' דגם ר"י מודה עכ"פ דלא צריך לכתוב ודין לשמה כיון דהוי כנזיר עובר לפניו יש לעיין מהא דכתב הר"ן לשי' הרי"ף דגם למ"ד עדי מסירה כרתי מהני עדי חתימה במקום ע"מ ומשום שעל ידם אנו יודעים שבא הגט מיד הבעל ליד האשה ובעינן עדי חתימה לשמה ולכאורה הרי זה כבר דיני שאר שטרות מה שאנו יודעים ע"י החתימה שהשטר בא ליד המקבל ולמה בעינן ע"ח לשמה כיון שאינו מדין ספר כריתות ובמה עדיף ע"ח מודין שאינו צריך לשמה, ונראה דבאמת קשה מנא לן דין זה דע"ח מהני להיות ראיה דהרי כל עיקר מה שאנו דנין ראיה מחתימת העדים בהגט הוא ע"כ מדין שטר דאל"ה ודאי דלא היה מהני כלל דהוי מפ"כ וכמו שהארכנו בזה בפ"ג מהל' עדות ואם כן מנלן דשייך גבי גט בכלל דין שטר ואף אם נאמר דילפינן מממון דמהני שטר אבל כיון דשטר הוא דין חדש ולא עדים דעלמא א"כ איברא דמהני לראי' אבל מנלן דמהני לקיום הגט ובשלמא לר"מ דדריש וכתב אחתימה שפיר מפורש בקרא הך דין דע"ח אבל לר"א דלא הוזכר ע"ח כלל בקרא ורק דילפינן משטרי ממון קשה מנ"ל דמהני עכ"פ לקיומא.

ונראה לי לבאר בזה דבאמת גם לר"א ידעינן עדי חתימה מקרא דילפינן מהא דוכתוב בספר וחתום ושם מבואר דעדי חתימה מהני לקיום השטר ולכן ילפינן מני' דקרא דוכתב לה ספר כריתות מהני נמי בע"ח וכמו אליבא דר"מ, אלא דפלוגתא דר"מ ור"א תליא בהא דלר"מ עיקר גמר השטר הוא בעדי חתימה דכיון שחתמו עדים על השטר ונעשה ראיה על החיוב בזה נגמר השטר כבר כיון דבלא ע"ח אי אפשר לשום שטר להיות לו תוקף והוי כנייר בעלמא, ואיברא דאם יהיו עדי מסירה א"כ יהיה ראיה אז מן המסירה, מ"מ ס"ל לר"מ דעכ"פ בעיקר השטר אין שום ראי' כלל ולא מוכח כלל מתוך השטר ולכן אין לו דין שטר כלל, וכן גבי גט ס"ל דספר כריתות הוא שהבעל נותן השטר גירושין אכן כל זמן שאין עדים בדבר אלא שהסופר כתבו אין עליו שם ספר כלל ולכן גבי גט נמי עיקר

הגט הוא אם נחתם ולכן ס"ל דאם אינו מוכח מתוכו ויכול להזדייף אינו שטר כלל וכן ס"ל דכתיבת הגט א"צ לשמה דבכתיבת הגט אינו שייך עוד שיהיה דינים בהגט וס"ל לכן דוכתב היינו וחתם, אבל ר"א ס"ל דאף דכתיב וכתוב בספר וחתום וחזינן דע"ח הם עיקר בהשטר אין זה משום דבחתימתם נגמר השטר דהשטר אינו נגמר אלא עם מסירתו רק שצריך החתימה שמזה מוכח שמסר הלוה להמלוה השטר, ובעיקרא דמילתא לא פליגי ר"מ ור"א דבין לר"מ ובין לר"א עיקר תוקפם של ע"ח היינו שמחתימתם מוכח שנמסר השטר כדין רק דלר"מ כיון שחתמו עדים על השטר חל עליו דין שטר וזה הוא הגמר, ולר"א עיקר גמר השטר הוא בהמסירה רק שצריך שהמסירה תהיה מבוררת בשעתה ולזה מהני ע"ח דהו"ל בזה מבוררת בשעתה, וזהו דין שטר שחדשה תורה כשחותמין עדים על השטר הוי זה בירור כמו עדות לפני ב"ד, והיינו דבשעת חתימתם נגמר השטר שיהי' דין שטר בשעת המסירה, ולכן סבר ר"א דאעפ"י שאין עליו עדים אלא שמסרו בפני עדים כשר ומשום דע"ח אינם עושים יותר כי אם שמבררין את המסירה אלא דבעינן ברור בשעתה וזה עושים הע"ח, אבל כיון שמסרו בפני עדים מהני, נמצא דהא דידעינן ע"ח בגט לר"א היינו כמו אליבא דר"מ דספר ושטר הוי בע"ח כיון דכתיב וכתוב בספר וחתום אלא דלר"א א"א לומר דלא בעי לשמה אלא בהחתימה כיון דלדידי' לא אמרינן דהשטר נגמר בהחתימה, דהשטר נגמר עם המסירה והחתימה אינה אלא מבררת המסירה, וא"כ א"א לומר דהכתיבה אינה מעשה שטר כלל ולא קאי וכתב עלי', כיון דגם אם לא חתם עליו עדים רק שמסרו בפני עדים נמי מהני. והענין הוא דלא כמבואר בפשטות מדברי הר"ן דדין חתימה לר"א ילפינן מע"מ אלא איפכא דדין עדי מסירה ילפינן מע"ח, דעיקר דין שטר הוא בע"ח כדי שיהי' אפשר לברר תמיד וכדכתיב למען יעמדו ימים רבים, ולפי"ז עיקרא דמהני חתימה לר"א נמי ידעינן מקרא כמו לר"מ ולכן בעי לשמה כיון דהוא מעיקר השטר שפיר קאי קרא דוכתב גם אעדי חתימה.

וראיה למש"כ נראה מהא דתנן בגיטין דף כ"ב האשה כותבת את גיטה והאיש כותב את שוברו שאין קיום הגט אלא בחותמיו והא מתני' אוקימנא כר"א דס"ל עדי מסירה כרתי אלא דרש"י כתב הא שאין קיום הגט אלא בחותמיו קאי אעדי מסירה ומשום שעפ"י רוב נמסר בפני עדים החותמים וכן פי' הר"ן שם, אכן הרמב"ם בפ"ד מהלכות גרושין הל' ה' כתב האשה כותבת את גיטה שאין קיום הגט אלא בחותמיו אם אין שם עדי מסירה, הרי דאינו מפרש כפירש"י, ולפ"מ שבארנו דלשי' הרי"ף והרמב"ם לא העדי מסירה הם העיקר אלא הע"ח אבל עיקר שטר מתחילתו הוא עדי חתימה וזהו עיקר דין שטר א"כ שפיר תנן גם לר"א שאין קיום הגט אלא בחותמיו, והיינו דלכך כותבת את גיטה אף שאין

זה בירור כלל כיון שהאשה עצמה כותבת אבל משום שאין קיום הגט אלא בחותמיו ולכך אין בכך כלום שכותבין לה כתב הגט, ומה דמשמע מדברי הרמב"ם דעדי מסירה עיקר שהרי כתב אם אין שם עדי מסירה היינו דאם היה עדי מסירה אין צריך לע"ח כלל אבל אין לומר דעדי מסירה עיקר דסתמא תנן שאין קיום הגט אלא בחותמיו.

והנה הלח"מ הקשה למה לא כתב כאן דאם חתמו בעדים ונתנו בינו לבינה דמקודשת וכמו בגט בפ"א מהל' גירושין ובודאי דה"ה גבי קדושין דילפינן מגט, והיינו לשיטת הרי"ף והרמב"ם דלר"א בע"ח נמי כרתי וא"כ גם בקדושין כן, ומה שסיים הלח"מ בדבריו ולא ידעתי למה לא הזכירו רבינו כאן דפסול, כוונתו לשי' היש מן הגאונים שהביא בהלכות גירושין והיינו דפסול מדרבנן כיון שעבר על דברי חכמים שאמרו דבעי ע"מ וכמש"כ הלח"מ שם, ובאמת לא אדע אם בקדושין שייך לכתוב פסול מדרבנן.

ונראה דהנה כל עיקר דמהני גט בעדי חתימה הוא משום דעדי חתימה נעשו עדי מסירה דהא יש בידה גט שיצא מתח"י הבעל אבל כאן בקדושין כיון שהקדושין באין לחייבה ולעשות אותה למקודשת א"כ אין כאן אין דבר שבערוה פחות משנים דהרי לא נתחייבה בהאי שטרא כלל כיון שהשטר הוא שהוא נותנו לה, והוא הכותב לה הרי את מקודשת לי ולא היא וכל דין שטר הוא שיש ראי' למחייב על המחויב ולא להיפך, ורק שנאמר שהיא תחייב אותו ובאמת לא אדע במה היא מחייבת אותו ובזה מבואר מה דהקשה האב"מ להך מ"ד דשלא מדעתה כשר בשטר קדושין והא בעינן דעת המתחייב דלא גרע משאר שטרות ולמש"כ מבואר דבאמת שטר קדושין אינו נעשה באופן שהיא המתחייבת, ובזה ניחא קושית התוס' שהבאנו למעלה אמה דמקשה בגמ' והא לא דמי האי שטרא לשטר זביני והקשו התוס' דאמאי לא מקשה מגט ולפי"ז היה ניחא דמשטר זביני יותר קשה דאף דלא בעי עדים על עיקר המכירה רק על השטר מ"מ דין שטר הוא שיהיה להמחייב ראיה על המחויב.

הוספות להלכות אישות

(העתקה מקונטרס לשו"ע אה"ע)

בדין ידות מצאנו הוספת דברים וז"ל והנה באמת יש לעי' בעיקר דינא דיד דהנה בנדרים ילפינן ידות נדרים מנזיר להזיר ואיבעיא לן התם בפאה וצדקה אי איתקש לנדרים וגם איבעי לן אי יש יד לקדושין ועי' בר"ן שכתב דהאיבעיא הוא אי ילפינן במה מצינו מנדרים, והקשה הר"ן דהא גבי גט מהני יד, ותי' דגבי גט כיון דאיכא מעשה לא הוי יד אבל גבי קדושין לחדא הוא דיהב ולא לחברתה, והנה יש לעיין בפירושא דיד, ונראה לחקור היכי הוי דינא בדיני ממונות כמו אם ימכור אדם שדה לחברו ויתן לו שתי פרוטות

וחברו עמד אצלו, ואפי' אם דברו מקודם אודות השדה, אם אמר למי שנתן הפרוטות שדך קנוי לי בכסף ואמר לחברו ושדך, אי נימא דהוי כמו קדושין או לא, והנה לכאורה נראה דבמכירה ודאי ליכא דין ידים כלל מדלא אשכחן כה"ג, והיינו דדין יד חדשה תורה גבי נדרים ונזירות מנזיר להזיר ודין יד הוא שלא גמר את דבורו אלא דמוכח מדבורו שכך כונתו. והנה אי נימא דבואת שאמר יש לנו בירור גמור ואי אפשר לנו להסתפק כלל, א"כ אין זה דין יד דאשכחן כה"ג גבי עדות שאומר ע"א והב' אמר אף אני כמוהו הוי זה קבלת עדות ממש בב"ד דאין צריך להוציא בשפתיו כל הדבור אלא כיון שכולל בדבור זה מה שאמר הראשון הוי דבור ממש, וחזינן דדין יד דמספקא לן וצריך קרא אינו אלא משום שלא גמר את הדבור, וכדמוכח זה מהא דבכל הנך איבעיות דמספקא לן בגמרא אי יש יד לקדושין ואי יש יד לפאה ואי יש יד לצדקה אמרי' אי ואת נמי או ואת חזאי מאי והדין וכו' ומוכח להדיא דאי הוי אמר ואת נמי אין ספק בדבר דהוי קדושין מעליא, ורק משום דעקר חידושא דיד הוא באופן שאינו בירור גמור שאין להסתפק כלל, אלא דיש לנו אומדנא שכך הוא כונתו וע"ז חדשה לנו תורה דין יד דאף ע"ג דבעינן כי יפליא שיפרש נדרו מהני דין יד דלא הוי דברים שבלב.

ולפי"ז נראה דלגבי ממון שחקרנו לא מהני דין ידות, דהיכי שאינו אלא מוכח ל"מ בדיני ממונות להוציא מחזקתם, דממה דמהני אומדנא בההוא דזבין אדעתא למיסק לארעא דישראל היינו רק לבטל המכר ולהחזיק השדה בחזקת בעלים, אבל לעשות דין חדש מכח אומדנא הא מפורש בריש המוכר פירות גבי גמל האוחר בין הגמלים דקיי"ל כרבנן דל"מ אומדנא להוציא ממון וכן כתב הר"ן בב"מ גבי תקפה א' בפנינו דאמר הגמ' אי דשתיק אודויי אודי לי' וכתב הר"ן דהוא משום דאינו מוחזק אלא מספק אבל מי שמוחזק בתורת ודאי ותקפו ל"מ סברא מדשתיק אודויי אודי לי', וכן מפורש בדברי הרמב"ן גבי חזית בחצר דל"מ משום דיכול לכופו ואפי' למעלה מד"א ל"מ ובטעמא כתב הרמב"ן דכיון דהמקום והכותל עד חציו של שניהם נמצא הלה מוציא מרשות חברו דבר המוחזק ולא סגי אלא בראי' ברורה ולא בחזית, [וביאור דבריו דאף דחזית עיקר דינו הוא משום דלמא נפל לרשות אחד מהם וא"כ עיקר דינו להוציא, וצ"ל דדוקא להוציא ממה שהיא בחזקת שניהם דכיון דלמטה הוא של שניהם חזקה כ"מ שביד אדם שלו הוא אבל נפלה לרשות א' מהם אינה אלא תפיסה ולזה שפיר מהני חזית] (ועמש"כ בפ"ח מנז"מ הל' יד) והנה אם הי' מודה שכן הי' כונתו אפשר דלא הוי דין דברים שבלב כיון שעכ"פ אמר אלא שאנו מסופקין בדבורו, ולכן גבי מכירה נראה פשוט דל"מ דין ידות.

והנה אם הי' דין קדושין כדין מכר שצריך להוציא ממנה גופה ודאי לא הוי מהני אומדנא

ובזה אף אם הי' מודה ל"מ דהא בעינן עדים בשעת קדושין, ולכן מיושב דבגירושין ודאי ילפינן מנדרים דכיון דבנדרים הוי הפלאה גבי גירושין נמי הוי ספירת דברים, אלא דבקדושין אי נימא דהוי כמו מכירה שצריך להוציא ממנה גופה, או דהוי דין איסורין, ואי נימא דמהני ידות הוי שפיר קדושין בעדים ואם תטעון דלא איכונא לקדושין הו"ל ספיקא דאורייתא, וכן בפאה בעי בגמרא אי איתקש לנדרים משום דהוי הפקעת ממון וכן בצדקה.

ולכאורה יש לעיין בזה דילפינן ספק לקט לקט מצדק משלך ותן לו, ואמאי לא נילף מהא גופא דאיתקש לקרבנות וספק הקדש לחומרא [ועי' תוס' יבמות דף קט"ו ע"ב ד"ה שמא פינו ואיברא דיש לומר דכיון דאין זה דין מסויים בהקדש דספק הקדש הקדש, אלא מדין ספק איסור דעלמא, א"כ אין זה שייך להא דאיתקש להקדש]. ונראה דאיברא דזה ודאי דבכל ספק הקדש ודאי אמרינן דהוא דין ממון והיכי דיש רוב לא נבוא ע"ז מדין אין הולכין בממון אחר הרוב דזה לא שייך אלא היכי דבאין להוציא מחזקה גמורה אבל היכי דהשאלה אם נתפס שם קרבן על החפץ, והוי כמו הריגת שור דאף שהוא הפקעת ממון מ"מ לא שייך לומר אין הולכין בממון אחר רוב, דאין אנו דנין כאן להוציא ממון מחזקה, אבל בספק הקדש הא חזינן בסוגיא דתקפו כהן דאם ת"כ מוציאין מידו גם האיסור בטל דהא בעי הגמ' לומר דממה דאסורין בגיזה ועבודה מוכח דת"כ אין מוציאין מידו, אלא דדחי דקדושה הבאה מאלי' שאני, ומוכח דאם הי' האיסור בגיזה ועבודה נמשך מדין ממון כהן, ואי הוי ס"ל ת"כ מוציאין מידו ומספק הוא של בעלים ודאי לא היו אסורין בגיזה ועבודה, ועיקרא דמילתא דכיון שהוא הקדש הא כל היכי דאיתא בי גזא דרחמנא הוא, אלא דמ"מ כשאנו דנים אם הוא מופקע מרשות בעלים אמרינן דמספק אין אתה יכול לומר שהוא מופקע מרשות בעלים, וכמו בספק עכו"ם ספק ישראל, דל"א בי' אין הולכין בממון אחר הרוב, כמבואר בסוגיא דשתוקי ספ"ק דכתובות ובראשונים, ומ"מ במחצה ע"מ אין יכולין להוציא ואף דעכו"ם לית לי' חזקת ממון כמש"כ הראשונים והמ"מ בפט"ו מאיסו"ב הכ"ו, משום דעכ"פ אין אתה יכול להוציא ממנו מספק שמא ישראל הוא, ולכן ה"ה בהקדש אף דכל היכי דאיתי' בי גזא דרחמנא הוא ולא הוי הפקעה מחזקת בעלים, אבל בספק כיון דספק הקדש שייך לבעלים לא שייך לומר בי גזא דרחמנא, וממילא מותר גם האיסור, ולכן לא סגי למילף ספק לקט מקרבנות וכנ"ל, ומשום צדק משלך ותן לו לחוד נמי ל"מ, דהסבר דצדק משלך ותן לו הוא דכיון דאתה מצווה ליתן משלך אין לך טענת חזקה, אבל כ"ז הוא בספק אבל בברי וברי, דהשאלה דידות הא אינה שאלה של אומדנא דהא כל אמירתו הוא בינו לבין עצמו, אלא דכיון

דבעינן לבטא בשפתים ודברים שבלב ל"מ לכן בעינן דבור, ואף בידים מוכיחות אי ל"ה ידים ל"מ דלא הוי לבטא בשפתים, ורק משום דאתקש לקרבנות דיש בהם דין ידות, ולכן שי' הר"ן דספק מת"ע הוי ספק ממון ולא אמרינן דיהא לקט מטעם צדק משלך ותן לו, דכ"ז הוא לענין איסור אבל לדין ממון הא לא נוכל מעיקר הדין לעשות אלא באומדנא ברורה ודבור ברור דנימא דאף אם לא כיון לכך הוי דברים שבלב, ובברי וברי ליכא משום צדק משלך ותן לו, ורק דנ"מ אם הוא עצמו ג"כ מסופק במה הי' כונתו דזה אפשר למילף מצדק משלך ותן לו, ולכן אתינן עלה משום דאיתקש לקרבנות.

הלכה ד

וצריך שיכתוב אותו לשם האשה המקודשת כגט ואינו כותבו אלא מדעתה כתבו שלא לשמה או לשמה שלא מדעתה אף ע"פ שנתנו לה מדעתה בפני עדים אינה מקודשת.

או לשמה שלא מדעתה, בגמ' דף ט' איתמר כתבו לשמה ושלא מדעתה רבא ורבינא אמרי מקודשת ר"פ ורב שרביא אמרי אינה מקודשת אמר רב פפא וכו' ואימא טעמא דידי ויצאה והיתה מקיש הויה ליציאה מה יציאה בעינן דעת מקנה אף הויה בעינן דעת מקנה, וצריך לבאר בעיקר הך ילפותא דר"פ דילפינן שטר קדושין מגט דלכאורה לא דמי לגט דבגט כיון שהוא המקנה בודאי בעינן דעתו לאשווי גט, כיון שהוא הכותב את השטר והוא המקנה, אבל בשטר קדושין דהיא אינה מקנית עצמה לבעל דכי יקח כתיב ולא כי תלקח, והקנאה דידה לא מהני גבי קדושין, ולהדיא אמרינן הכי בגמ' דף ט' אברייתא דכיצד בשטר כתב לו על הנייר או על החרס וכו' בתך מקודשת לי בתך מאורסת לי הרי זו מקודשת מתקיף לה ר' זירא והא לא דמי האי שטרא לשטר זביני התם מוכר כותב לו שדי מכורה לך הכא בעל כותב ומתרץ הגמ' הכא כתיב כי יקח בבעל תלי רחמנא, וחזינן דהבעל הוא הקונה והוא העושה את השטר, ואף דמה דמסיק בגמ' דהילכתא נינהו היינו דמקרא לא מצינו למילף אבל מההילכתא גופא ילפינן שפיר דהבעל הוא הקונה וא"כ תמוה דאיך מצינו למילף שטר קדושין מגט דבגט הא דבעינן דעתו הוא משום שהוא בעל השטר והוא המקנה אבל בשטר קדושין דהוא הקונה והוא העושה את השטר לשטר קנין, מהכ"ת דניבעיא דעתה בכתיבת השטר, ואולי דעכ"פ היקש הוא ואין משיבין על ההיקש.

ונראה לפמש"כ התוס' בגיטין דף כ"ב ע"ב ד"ה והא לאו בני דעה דהא דבעינן דעתו בכתיבת הגט אינו משום שליחות דוכתב לאו אבעל קאי אלא אסופר והא דבעינן דעתו הוא משום לשמה דבלא דעתו הוי סתמא ופסול כיון דאשה לאו לגירושין קיימא וכן כתב הר"ן שם וכל זמן שלא צוה הבעל ואפילו רוצה בגירושין לא הוי לשמה דשמא אינו רוצה

לגרשה בגט זה וכמש"כ הראשונים ומה שהסופר יכתוב לשם גירושין לא מהני דלא מצי לעשות לשמה רק הבעלים וע"י עצמו חל הלשמה בגט ולכן שפיר מקיש קדושין לגט דודאי משום דין וכתב לא מצינן למילף קדושין מגט דבגט הבעל הוא הכותב ובשטר קדושין אין האשה הכותבת אבל כיון דעכ"פ בעינן שיכתוב לשמה דאפילו להחולקים על התוס' וסוברים דוכתב אבעל קאי ובעינן דעתו לאשויי לסופר שליח על הכתיבה אבל בזה ודאי מודו דבלא דעתו חסר ג"כ בהשלמה וא"כ גבי קדושין נהי דסתם אשה לקדושין קיימי עכ"פ אינה עומדת בסתם להתקדש לאיש זה ואף אם תתרצה להתקדש לו אינו מוכח שתתקדש בשטר זה או בכסף.

איברא דלפי"ז יקשה להך מ"ד דסבר דלא בעינן דעתה כיון דהא דבעינן דעתה הוא משום לשמה א"כ מאי נפ"מ יש בין דעת הבעל לדעת האשה ומה דיליף מגט מה יציאה לא בעי דעתה אף הויה כן הא לא דמי כלל דמה דלא בעי דעתה בגט היינו משום דמתגרשת בע"כ וכיון שהבעל הוא המגרש והוא כתב גט זה לשמה שפיר חל על הגט דין לשמה אבל בקדושין דבעי דעתה ורצונה בעצם חלות הקדושין ודאי דלא הוי לשמה בלא רצונה דשמא לא תתרצה להתקדש לו כלל, וצריך לומר דהך מ"ד סובר דלעשות חלות של לשמה על השטר תלוי בבעלים וכשלא נכתב מדעת הבעלים אי אפשר שיחול ע"ז שם לשמה אבל היא כיון שאינה בעלים ממילא ל"ב דעתה לעשות על השטר חלות לשמה ומה דבעינן רצונה זהו רק לחלות הקדושין דלא שנא ממכר ומתנה אבל השטר הוי שפיר לשמה באם תרצה אח"כ.

הלכה ו

הדברים שיאמר האיש כשיקדש צריך שיהיה משמע שהוא קונה האשה ולא שיהא משמע שהקנה עצמו לה כיצד הרי שאמר לה או שכתב בשטר שנתנו לה הריני בעליך הריני ארוסיך הריני אישך וכל כיוצא בזה אין כאן קדושין כלל אמר לה או כתב לה הרי את אשתי הרי את ארוסתי או הרי את קנויה לי הרי את שלי הרי את לקוחתי הרי את חרופתי הרי את ברשותי הרי את זקוקה לי וכל כיוצא בזה בהן הרי זו מקודשת.

הרי את חרופתי, המ"מ כתב כל הלשונות שהזכיר רבינו מפורשים שם בגמ' ומוסכמין חוץ מלשון חרופתי שיש מפרשים שאינה מקודשת אלא ביהודה שהיו קורין לארוסה חרופה והכס"מ הביא את דברי הר"ן שתי' דרש"י כתב דמעיקרא בברייתא סבר לה כר"ע דאמר בחציה שפחה וחציה בת חורין הכתוב מדבר דשייך בה קדושין ואפי' למ"ד בפרק השולח דלא תפסי בה קדושין כלל כיון דאשכחן לשון חרופה בענין אישות דנחרפת היינו מיועדת ואיתיה גבי שפחה חציה בת חורין דאע"ג דלא תפסי בה קדושין שייכי בה

בצד חרות שבה ובתר הכי דמשני הברייתא האומר חרופתי ביהודה מקודשת אבל שלא ביהודה לא אע"ג דכתיב והיא שפחה נחרפת לאיש משום דסבר השתא כמ"ד בשפחה כנענית הכתוב מדבר וא"כ חרופתי אינו לשון קדושין אלא שהקשה הר"ן דמ"מ מאי עדיפא מלשון מיועדת דבודאי הוי לשון קדושין דבאמה העבריה הוי קדושין מעליא ותי' הר"ן דלשון יעוד דכתיב באמה העבריה הוא לשון מושאל בודאי ולא לשון מיוחד באישות כדכתיב הילכו שנים יחדיו בלתי אם נועדו ע"כ.

ודברי הר"ן קשים דהרי לשון קדושין גופי' הוא לשון מושאל כמש"כ התוס' בריש קדושין שהוא מלשון מזומנת ומאי גרע מיועדת, וגם הא דאמרינן בגמ' דאסור כהקדש אינו בעיקר הקדושין, ולכן נ"ל לחלק דביעוד לשיטת הסוברים דיש לייעד בע"כ של בת א"כ בודאי אינו דרך קנין אלא שמייחד אותה אליו משום דיש לו רשות לזה ואנן מדרך קנין בעינן ולכן זהו דאיבעיא לן משום דעיקר לשון יעוד אינו גבי קדושין ואף דהוי גבי הזמנה לאשה, אלא אפילו לשי' הרמב"ם דצריך להיות מדעתה מ"מ אינו מדעתה ממש דהא קטנה היא ואינה יכולה לקדש א"ע, ולכן באמת אין זה אלא הזמנה שהוא מזמינה אליו רק שדין התורה שצריך להיות מדעתה ולכן אין זה קנין שתעשה היא מוזמנת אליו אלא שהוא מזמינה אליו והוא דין התורה שיש לו רשות להזמינה ושהיא בכך א"א, אבל היא אינה מתקדשת ומזמנת א"ע אליו, ואף לפמש"כ הר"ן בנדרים דף ל' דהיא מפקירה א"ע והוא הוי כקונה מהפקר מ"מ יש בזה גדר קנין אחר מיעוד דגבי יעוד אין כאן גדר קנין כלל, אבל שפחה חרופה אי מיירי בח"ש וחב"ח ג"כ הוי קדושין ממש דהא החצי ב"ח צריך לקדש קדושין מעליא.

הלכה ז

אמר לה או כתב לה הרי את מיוחדת לי הרי את מיועדת לי הרי את עזרתי הרי את נגדתי הרי את צלעתי הרי את סגורתי הרי את תחתי הרי את עצורתי הרי את תפוסתי הרי זו מקודשת בספק והוא שיהיה מדבר עמה תחלה על עסקי קדושין אבל אם אינו מדבר עמה תחלה על עסקי קדושין אין חוששין למלות אלו. ויש לאיש לקדש האשה בכל לשון שהיא מכרת בו, ויהיה משמע הדברים באותה הלשון שקנאה כמו שבארנו היה מדבר עם האשה על עסקי הקדושין ורצתה ועמד וקידש ולא פירש ולא אמר לה כלום אלא נתן בידה או בעל הואיל והן עסוקין באותו ענין דיו ואינו צריך לפרש, וכן עדי הקידושין והגירושין אינו צריך לומר להם אתם עדי אלא כיון שגירש או קידש בפניהם הרי זו מקודשת או מגורשת.

והוא שיהיה מדבר עמה, הר"ן כתב הלכך נקטינן בהנך לישני דמספקא לן בהו, כל

שלא היה מדבר עמה על עסקי גיטה וקדושיה ליכא למיחש לה כלל דהא לא ידעה מאי קאמר לה, ואי אמרה דידעה ולשם קדושין קבלתינהו ספיקא הוי, משום שלא ידעינן אם יש במשמע לשונות הללו לשון קדושין או לא, וכי אוקימנא ליה במדבר עמה על עסקי קדושיה, אין ה"נ דהוה מצי לאוקמי בידעה מאי קאמר לה, אלא משום דהכי שכיח טפי ובאידך לישני אחריני דלעיל דאי פשיטא לן דמהני כגון לקוחתי קנויה לי והנהו אחריני, דוקא במדבר עמה עע"ק דידעה מאי קאמר לה, א"נ דאמרה לשם קדושין קבלתינהו, הא לאו הכי לא, שאין האשה מתקדשת אלא מדעתה עכ"ל.

והנה מתבאר מדברי הר"ן בהני לישני דאיפשיטא ובירירי לן דהוי קדושין, היינו לעיקר הדין אבל לענין דעת האשה לזה צריך שיהיו עסוקין באותו ענין, וכן הוא שיטת הרשב"א ומבואר ברשב"א דרש"י מפרש דהא דפריך בגמ' במאי עסקינן אכולהו לישני פריך ואפילו בהני לישני דפשיטא לן דהוי קדושין, אמנם ברש"י שלפנינו מפורש להדיא דלא קאי רק אלשונות המסופקים, וכ"כ הרא"ש דבלשונות הברורים לנו לאו ככ"מ לומר שאינה מבינה, ומה שרצה הב"י לדחוק דהרא"ש מיירי לענין המקדש דבזה כתב דבלשונות הברורים לאו כל כמיניה לומר שאינו מבין וכ"כ הסמ"ע כבר השיגו הב"ש והגר"א וכן המהרי"ט בחידושיו ואין להאריך בזה, וכן מוכח מדברי הרמב"ם שכ' בהל' שלפנינו אין חוששין למלות אלו ומשמע דבלשונות שהביא בהל' הקודמת כגון לקוחתי וקנויה לי לא בעינן שיהיו עסוקין בא"ע דכיון דפשיטא לן דהוי קדושין ודאי ידעה, וכן הוכיח המהרי"ט מלשון הרמב"ם.

אכן עוד העיר המהרי"ט דהא דאמרינן ודאי ידעה ולאו ככ"מ לומר לא ידעתי לא שייכא אלא בהך דברייתא אבל בהנך דמספ"ל בגמ' ואיפשיטו כגון חרופתי לקוחתי, אי אפשר לומר דגם ע"ז אינה נאמנת לומר לא ידעתי, דמנא ידעה מילתא דמספ"ל בגמ' אטו גמרא גמרי, בשלמא מילתא דאיתא בברייתא איכא למימר שהם לשונות הידועים לכל העולם שהם לשונות של קדושין אבל הנך א"א לומר שהם ידועים לכל וזוהי סברא נכונה, עוד העיר המהרי"ט לחדש דהרא"ש חולק בזה על הר"ן דהרא"ש כתב דינו רק על לשונות המסופקים אבל לשונות שנסתפקו ונפשטו לא הזכיר כלל, ולכן כתב המהרי"ט דהרא"ש סובר דלשונות המסופקים אם אמרה דידעה ל"מ ודלא כהר"ן, משום דכיון דלפני אמירתה שיודעת פשוט לנו דלא הוי קדושין, לכן גם אם היא אומרת אחרי כן שהבינה הוי עכ"פ קדושין בלא עדים, וקושיא זו הקשה האב"מ על הר"ן ויתבאר עוד בדברינו, אך כ"ז הוא בלשונות המסופקים וע"ז הא פריך בגמ' מנא ידעה ומוכח דבסתמא לא ידעה, אבל בהנך לישני דאיבעיא לן בגמ' ואיפשיטא דהוי קדושין בזה אמרינן שמסתמא

יודעת עד דאמרה בפי' שלא ידעה דאז היא נאמנת ומותרת לעלמא עכ"ד, והנה המהרי"ט חילק כאן בג' אופנים דבלישני דברייתא ודאי ידעה ואינה נאמנת לומר שלא ידעה, ובלישני דאיבע"ל ונפשטו מסתמא ידעה עד דאמרה שלא ידעה ובלישני דמספ"ל ולא איפשיטא אפי' אמרה דידעה כל שלא היו עסוקין באותו ענין אינה מקודשת ולאו כך"מ לומר דידעה דעכ"פ הוי כמקדש בלא עדים, ודבריו נסתרין מדברי עצמו דכיון דפשוט לי' להמהרי"ט דבלשונות שנסתפקו ונפשטו מ"מ אי אפשר לומר שסתם נשים יודעות, דאטו גמרא גמירי, וא"כ במה מחלק המהרי"ט בין לשונות שנפשטו מהנך דאיבע"ל ולא איפשטו.

ונראה דבאמת כיון דהבעיות איפשטו מברייתות, א"כ שוב אין נ"מ בין לשונות אלו ללשונות הברורים, דמאי אולמא הך ברייתא מהך ברייתא, ולכן גם לשונות שנפשטו לאו כך"מ לומר לא ידעתי, וכן מוכח מדברי הרמב"ם שהוכיח המהרי"ט בעצמו דסובר דבלשונות הברורים לא בעינן עסוקין באותו ענין, ושם הרי מבוארים כל הדינים בין מהברייתא הקודמת ובין לשונות שנפשטו אח"כ, ואיברא דאין להקשות מזה על המהרי"ט, דהרמב"ם הא לא מיירי מאופן דאמרה לא ידענא דנימא בזה לאו כך"מ, ושפיר אפשר לומר בשי' הרמב"ם דאי אמרה לא ידענא נאמנת גם אם לא בעינן שיהיו עסוקין בא"ע, אכן מש"כ דבלשונות שנפשטו נאמר דעכ"פ אם אמרה שאינה מבינה נאמנת זה ודאי קשה כיון דעכ"פ עכשיו הוי ברייתא מפורשת, ולכן נראה שזהו שי' הרמב"ם דכולהו הוי לשון קדושין ודאי, ואם היה אפשר לחלק בלשונות הללו הי' זה מסברא דנפשנו, דהיינו דאף דלשונות המפורשים בברייתא הקודמת ידועים ולאו כך"מ לומר לא ידענא, אבל לקוחתי וחרופתי אינם ידועים, אכן לפי"ז היה צריך לומר דאינם ידועים כלל, וזה הא מוכח מדברי הרא"ש שהביא המהרי"ט דאינו כן, שלא כתב דינו רק אלשונות המסופקים דאז אם לא היו עסוקין באותו ענין לאו כלום הוא אבל לשונות שנפשטו אמרינן דמסתמא ידעה ומוכח להדיא דהם לשונות ידועים ולכן המחוור בזה דגם לשי' הרא"ש הוי כל הלשונות הללו לשונות קדושין בודאי.

אך מה שיש לבאר בזה דמ"מ עלינו להבין סברת המהרי"ט דכיון דסבר דלשונות שנפשטו אמרינן שמסתמא יודעת, א"כ אמאי תהא נאמנת לומר אח"כ לא ידעתי, וצ"ל דכיון דקיי"ל כר"ג דבאומרת לכשר נבעלתי נאמנת משום דאלים ברי דידה ואפי' אם רוב פסולים נמי מותר רק משום דמעלה עשו ביוחסין ולכן גבי קדושין אע"ג דמסתמא יודעת ידעה היינו משום דרוב נשים יודעות אבל עכ"פ לא עדיף מרוב פסולים דמהני ברי דידה, אכן מה שהקשה המהרי"ט לשי' הר"ן דגם דבלישני דפשיטא לן צריך עסוקין

בא"ע א"כ מאי פריך הגמ' דוקא על לישנא דמספ"ל וכן הקשה כאן הלח"מ ודחק עצמו ליישב, ובאמת לא עיינו ברשב"א שממנו מקור דברי הר"ן שמפרש באמת שקושיית הגמ' הוא על תרווייהו כמו שהבאתי למעלה.

עוד עלינו לבאר במה שהעיר המהרי"ט לשיטת הר"ן דבלשונות המסופקים אי אמרה ידענא נמי הוי ספק קדושין והא כיון דבלא אמרה אינה מקודשת בודאי, א"כ הו"ל עכ"פ קדושין בלא עדים גם אם היא אומרת שהבינה, וקושיא זו הקשה האב"מ בסי' כ"ז וכתב ליישב זה בדברי הר"ן בנדרים דאשה אינה מתקדשת עצמה לבעל אלא שהיא כהפקר, ולכן אין רצונה פועל בהקדושין ולא הוי דשב"ע ולא צריך עדים רק לעיקר מעשה הקדושין שהוא דשב"ע, אבל לענין רצונה לא בעי עדים כלל, והוא דבר קשה מאד לומר כן דאף שהר"ן כתב שאשה אינה מקנית את עצמה לבעל, מ"מ כיון שהיא אינה רוצה הרי אין כאן מעשה קדושין כלל, והנה אפילו אם היינו אומרים דלעיקר רצונה להתקדש אין צריך עדים, כיון שאינו פועל בעיקר הקדושין מ"מ כל זה הוא לענין רצונה להתקדש, אבל זה ברור שהעדים צריכים לראות נתינת הכסף ושיראו שנתינת הכסף היא לשם קדושין, וא"כ כ"ז שאינה מקבלת לשם קדושין אין זה כסף קדושין כלל, ובזה ודאי פועל רצונה שהכסף יהי' כסף קדושין, ואפי' אם נימא שרצונה להתקדש אינו מעיקר הקדושין אבל רצונה לקבל הכסף לשם קדושין ודאי הוי בעיקר הנתינה, וא"כ ממילא זה הוא רצונה בהקדושין, וכ"ז שלא תתרצה להתקדש אינה מקבלת הכסף לשם קדושין, וזה פשוט ומבואר.

אכן כבר בארנו באריכות למעלה בהל' ב' דהיכא שאין חסרון בראייתם והם ראו דבר ברור שהדבר עושה אצלנו ספק הוו שפיר עדים על הספק ולא הוי קדושין בלא עדים, אבל כאן עוד צריך לבאר דהמהרי"ט הקשה דכיון דבלא אמירתה לא הוי קדושין כלל א"כ אין כאן עדים גם על הספק, ונראה דהנה אי אמרינן דהוי גם אצלנו דין ספק קדושין כגון בזרק לה קדושין ספק ק"ל ספק ק"ל. א"כ ע"כ ודאי דאם באמת היה מעשה קדושין דהיינו שבאמת הי' המעשה קרוב לה היא מקודשת בודאי, רק שאנו אין יודעין זה אבל היא מקודשת בודאי, דבלא כן לא הוי ספק קידושין אם לא נימא דאם היה באמת קרוב לה הוי ודאי קדושין, וטעם הדבר נראה דהנה הא דבעי עדים גבי קדושין לקיומא היינו משום דיליף דבר דבר מממון בהכחשה שכמו בדבר בהכחשה בעי עדים גבי דשב"ע נמי בעי עדים לקיום הדבר, ולכן לא אימעיט מזה אלא היכא שהקדושין היו בלא עדים כלל, אבל אם היו עדים רק שהעדים ראו את הספק דבממון מהני לאשוויי ספק ונ"מ להחזיק ואע"ג דבלא העדים היו מוציאין ממנו ממון וכמו שהוציא עליו שטר, מהני ספק דררא

דממונא בעדים לפוטרו כיון שהוא מוחזק וכמו באיתרע שטרא בב"ד, וא"כ חזינן עכ"פ דמה שהעדים רואים מעשה ספק מהני זה לעשות אצלנו דין ספק וזה מוכרח מקנס כמש"כ למעלה, ולכן גם לגבי קדושין אם רואין מעשה שהמעשה מוכיח אצלנו ספק לא הוי קדושין בלא עדים, והיינו דאם באמת היה קדושין הרי היא מקודשת וכמש"כ דלא הוי קדושין בל"ע כיון שראו עכ"פ את המעשה המטלת ספק, ולכן בכל ספק קדושין שפיר מקודשת ספק.

ועוד עלינו לבאר דמה דמהני מה שהעדים רואים מעשה המוכיח ספק קדושין אין זה משום דספיקא דאורייתא לחומרא, דאיך נאמר לשי' הרמב"ם דספיקא דאורייתא לקולא ועוד דהא איכא חזקת פנויה וא"כ מדאורייתא מותרת היא, דזה ודאי דא"א לצמצם אינו כמו ספיקא דדינא ובהך פורתא אפשר שפעמים יקרה לאיסור ופעמים להיתר וא"כ הוי חזקת פנויה מעליא, וא"כ ע"כ אף דעפ"י דין דאורייתא אין הספק עושה שתהיה אסורה מ"מ הוי ספק במציאות ולכן לא בעינן דוקא שיהי' ספק השקול דאפילו אם אינו ספק שקול ויש רוב להיתר מ"מ אם באמת היה המעשה שזרק קרוב לה הו"ל קדושין בעדים, לפמש"כ השמ"ק בב"מ דכל דפריש מרובא פריש אינו בירור שכך היה הדבר, אלא שהוא דין התורה שניזיל בתר רובא אבל מ"מ מקרי ספק לענין עשירי ספק ולכן גם בספק קדושין שראו העדים דבר אע"פ שהוא נוטה רוב להיתר ומיעוט לאיסור שעכ"פ דין ספק מקריא לכן גם בדין הקדושין הוי ספק דאם באמת היה הקדושין הוי קדושין מעליא, ובזה מיושב אל נכון קושיית המהרי"ט והאב"מ דאיברא דכל זמן שאינה אומרת שידעה אמרינן שהיא מהרוב ולא הבינה אבל כיון דאיכא מיעוט נשים המבינות כדמוכח מדברי הר"ן עצמו שכ' שנאמנת לומר שהבינה, ואולי משום ענין הנתינה שנותן לה הכסף קדושין הוי ראיית עדים בספק מעשה קדושין כיון שאין הספק נוגע לעדים אלא אם היא מאותן הנשים המבינות וזה הוא כבר ספק מעליא, ויש עוד לבאר דמש"כ הר"ן דאמירתה שהבינה עושה אצלנו ספק וצריך ביאור לכאורה, דבשלמא עסוקין בא"ע בלישני דמספקי דהוי ספד"ד שהוא ספק להגמ' שפיר הוי ספק, אבל באומרת שהבינה שלא מוזכר בגמ' כלל אלא שהוא ספק דידן א"כ מאי שייך שיעשה ספק או שנאמנת או לא ואם אינה נאמנת ל"ה קדושין כלל, אכן לפמש"כ למעלה בהל' ב' דהספק בגמ' אינו על הכוונה רק על עיקר הלשון ורק דהספק הוא על הלשון וממילא על הכוונה ואם אינו לשון קדושין אינה מקודשת גם אם היא אומרת שהבינה כיון שלא נאמר כאן כלל אמירה של קדושין, ולכן גם אם היא אומרת שהבינה הרי הוא רק על מה דפריך בגמ' מנא ידעה, ובזה אמרינן דאומרת שהבינה הרי הוא כעסוקין בא"ע, אבל הספק על עיקר

הלשון שזהו ספד"ד בזה ל"מ מה שאומרת שהבינה.

אלא שצריך לבאר דהא לגבי המקדש היה צריך שלא תהיה נאמנת וכמו באומרת לאיש קדשתני ואולי הוא באמת מותר בקרובותיה, ואפשר דכיון דהיה מעשה קדושין אע"פ שהיא מותרת מ"מ נאמנת בזה כדין ע"א ואוסרת עליו קרובותיה מדין ע"א ואף דהיכא דנותן לאשה קדושין ואינו מוכיח בקבלתה שלשם קדושין קבלה אף במקום שיש קצת הוכחה אם אין אומדנא גמורה מ"מ מסתבר שאין זה קדושין גם אם אומרת שקבלה לשם קדושין יש לחלק דהתם כיון שאין אומדנא ואדרבה האומדנא נוטה שלא קבלה לשם קדושין אף אם יש קצת הוכחה אין לנו ספק בקדושין כלל דמקצת הוכחה אין עושה ספק כלל, אבל הכא הספק הוא מאיזה נשים היא אם היא מאותן נשים המבינות או לא, ובזה אפשר דנאמנת לאסור קרובותי' עליו כדין עד אחד.

ב) **והנה** הרשב"א הביא כאן שיטת הראב"ד בהא דאמרינן ר' יהודה אומר צריך לפרש דאפילו למ"ד דכנסי שט"ח או שנתן בידה והיא ישנה שצריך שיטלנו ויחזור ויתננו לה ויאמר לה הא גיטך התם הוא דבטולי בטלי' כי אמר לה שטר חוב הוא א"נ בישנה דלא בת איגרושי היא אבל הכא סגי לה בהכי וע"ז הקשה הרשב"א דהא רשב"א דסבר הכי פליג אפילו בששלפתו מאחוריו ועייך לה חרציה וקאמר דאינו גט עד שיטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה כדאי' בריש הזורק אלא שאין אנו צריכין למש"כ הרב ז"ל דקיי"ל כרבי דאינו צריך ליטול הימנה אלא שיאמר לה הא גיטך כדאיתא התם עכ"ד, וכוונת הרשב"א דבעייך לה חרציה הא אין הטעם משום ביטול, והנה לכאורה צריך לבאר ד' הרשב"א במש"כ אלא שאין אנו צריכין לדברי הרב דקיי"ל כרבי דאם כונתו להלכה הא להלכה קיי"ל גם כאן דלא כר"י רק כר' יוסי וא"צ לפרש ג"כ, ואולי כוונתו דא"צ לדחוק בד' ר' יהודה דיכול לסבור כהלכה בזה וכרבי, אך יתכן דהרשב"א סובר דנ"מ גם לדידן אם לא היו עסוקין באותו ענין, דלפ"מ דקיי"ל כרבי שא"צ לחזור וליטול הימנה גם כאן א"צ לחזור וליקח, אבל באמת אפשר דהראב"ד לא אמר אלא אליבא דר' יהודה דמצריך אמירה, אבל זה מודה ר"י שהוא מוכח שלשם גירושין נתן לה רק דמצריך אמירה וא"כ שפיר מהני מה שיאמר לה אח"כ הא גיטך אבל באין עסוקין באותו ענין אין חילוק מכנסי שט"ח דגם כאן הוא שלא לשם גט, ובזה מיושב מה דהקשה הרשב"א משלפתו דהא באמת כתב הר"ן במתני' דכנסי שט"ח דע"כ בעסוקין באותו ענין הוא, דאל"ה ל"ל כנסי שט"ח וכן בעייך לה חרצי' ע"כ מיירי בעסוקין באותו ענין ומ"מ כ"ז שלא אמר הא גיטך לא מהני דמה שנתן לה בדרך כזו גריעא והוי כביטול, דאיל"ה אמאי לא מהני, דהא ע"כ נתינה מקרייא בעייך לה חרציה, אלא משום דהוי כביטול, וא"כ שפיר כתב

הראב"ד דדוקא היכא דביטל הוי כפקדון, אבל הכא דנתינה מעליא הוי רק שצריך לפרש אין צריך לחזור וליטול הימנה.

אכן כל זה אם נימא דר' יהודה פליג אפילו בעסוקין באותו ענין אלא שסובר דצריך לפרש ומשום דכתיב ספר כריתות ונתן בידה כמ"ש הרמב"ם בפ"א מהל' גירושין והוא ברייתא בסיפרי עי' ברמב"ן גיטין דף ע"ח ולכן שפיר מחלק מכנסי שט"ח אבל הרשב"א לשיטתי' דמפרש כהירושלמי דר"י פליג במענין לענין באותו ענין א"כ הספק הוא אם זהו מוכח שנתן לשם גירושין ובזה אין נ"מ מכנסי שט"ח וא"כ א"א לפרש כנ"ל אך באמת אפי' לפי"ז אפשר ליישב דברי הראב"ד דבאמת יש לעיין גם אם נאמר דר"י פליג בעסוקין בא"ע יש לעיין בטעמו אי סבר דבעסוקין בא"ע מועיל דהוי נתינה לשם גירושין רק דסבר דצריך לפרש וכמש"כ מדברי הראב"ד, או דנימא דסבר דעסוקין בא"ע לא מהני כלל לומר דלשם גירושין נתן ובזה פליג על ר"י ואם נאמר כן א"כ הוי לה כפקדון וא"כ אמאי כתב דאפי' ראב"ש דסבר צריך ליטול הימנה מודה הכא ומאי נ"מ מכנסי שט"ח, ואולי נאמר דכנסי שט"ח גרע אליבא דראב"ש דאיהו נמי מודה דנתינה לשם פקדון מהני, וצריך לומר ההסבר מה דמהני נתינה לפקדון היינו דאף דבעי נתינה לשם גירושין ואילא"ה לא מהני וא"כ אמאי מהני נתינה לשם פקדון אם אומר אח"כ לגירושין וצ"ל ההסבר דס"ל דלא בעינן בב"א הא דכתיב ונתן בידה וגם הא דבעינן שיתננה לשם גירושין אלא דלא איכפת לן אי בשעת נתינה לא היה לשם גירושין אלא לשם פקדון כיון שנתקיים הונתן אם אומר אח"כ הא גיטך מהני דאפשר להתחלק הנתינה, וזה אותו הטעם דגירושין לאחר ל' משום דיש שני גדרי נתינות נתינה הפשוטה מיד ליד ונתינה המכוונת שנותן לה שיהי' שלה, ולכן באמת מוכרח לחדש דלא דוקא נתינה לפקדון אלא אף נתינה סתמית יכול להתחלק מהנתינה לגירושין.

ובזה מבואר מה שהקשה הא"מ על הרמב"ם שכ' בפ"א מהל' גירושין גבי נתן גט ולא פי' דאם לא היה מדבר עמה על עסקי גיטה הוי גט פסול ואם אמר לה כנסי שט"ח זה אינו גט כלל, ומוכח דמחלק בין הא דתנן כנסי שט"ח דאינו גט, ובין הכא דצריך לפרש אם לא היו עסוקין באותו ענין דאינו אלא פסול, והיינו משום דאינו מפרש כהר"ן דמיירי בעסוקין בא"ע ולכן מחלק כנ"ל דבסתמא אינו אלא פסול ולא בטל, ומשום דדבר תורה מגורשת אפילו בשתקה והיינו משום דגופו של גט כתוב בו תורת כריתות והאב"מ בסי' קל"ז תמה על הרמב"ם מהא דתנן בהזורק אמר לה כנסי שט"ח זה או שמצאתו מאחוריו נטלתו והרי זה גיטה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטך ומשמע דאפילו אח"כ מהני כשאמר לה הא גיטך ואמאי הא כיון דשתקה מהני דבר תורה א"כ נפסלה לכהונה

ובמקום שנפסלת לכהונה הא צריך לחזור וליטול הימנה ובשלמא בכנסי שט"ח דכה"ג גרע משתיקה א"כ הוא פסול ד"ת אבל מצאתו מאחוריו קשה וחידש הא"מ דהיכא דמצאתו מאחוריו כיון דהוי נתינה גרועה גם הרמב"ם סובר דבטל ולכן א"צ לחזור וליטול ממנה, והוא חידוש גדול והיה להרמב"ם להשמיענו דבסתמא לא יהא מהני מה שיאמר לה אח"כ כיון שמהני לפוסלה לכהונה, ואין לומר דמסתימת לשונו מוכח דלא מהני שיאמר לה אח"כ מדלא כתב הרמב"ם ואם אמר לה הר"ז גיטך הרי הוא גט שהרי גם בהלכה הסמוכה גבי שלפתו מאחוריו ג"כ לא כתב דמהני שיאמר לה אח"כ ועוד דעיקר מה שבא הרמב"ם כאן לאשמועינן דהכי סגי מה שיאמר לה אח"כ היינו משום דפשטות הלשון דקתני ר"י אומר צריך לפרש משמעות הדברים הוא שמהני מה שיפרש אח"כ והכא נקט גם גט ומוכח דמהני שיאמר לה אח"כ וחזרה קושית הא"מ דאיך מהני מה שיאמר לה אח"כ כיון שהגט מהני לפוסלה לכהונה.

ולכן נראה דלא קשה דדוקא היכא דקנאתו לפסול לכהונה שנעשה גט וחל באופן אחר אבל הכא מדאורייתא מהני ומדרבנן הוי כנתינה סתמית וקנין אינו מקלקל בה כלל, דהא מלשון הרמב"ם גבי כנסי שט"ח לא משמע דהוי נתינה לפקדון אלא דנתינה גמורה ג"כ יכולה להצטרף להנתינה של הגירושין ודוקא אם יש חסרון בדבר אינו יכול להצטרף, ולכן סובר הראב"ד להיפוך דאפי' ראב"ש מודה דנתינה סתמית יכולה להצטרף ודוקא היכי דנתן בפי' שלא לשם גרושין כמו בכנסי ש"ח אז א"א להצטרף שהפקיע שלא יהא אפשר לחול עליו אח"כ הצטרפות הלשם גירושין אבל היכי שנתן בסתמא גם ראב"ש מודה דאפשר להצטרף.

ובזה מבואר ד' הר"ח שהביא הרשב"א בגיטין ד' פ"ד ע"ב גבי שאני הכא הואיל וקנאתו לפסול בו לכהונה דהר"ח גורס שאני התם הואיל וקנאתו ומפרש הר"ח דכיון דקיי"ל כר"י בן גודגדא דלא בעינן דעתה של אשה לפיכך סגי לה בהא גיטך והקשה הרשב"א דאי לריב"ג מדמית לה אפילו הא גיטך אינו צריך וע"כ דהכא מיירי דלא אמר לעדים וליכא לא דעת עדים ולא דעת האשה ואנן ונתן בידה ספר כריתות בעינן שיהא ניתן כדעת ספר כריתות או לדעתה או לדעת העדים אבל האי אפי' ריח הגט אין בו ע"ש. ונראה דכונת הר"ח הוא דסובר דגם רבי סובר דדוקא נתינה גמורה מהני אבל נתינה לפקדון לא מהני דלא הוי שם נתינה כלל וא"א להצטרף ודוקא מתנה גמורה מהני ולזה כתב שפיר דכיון דיכול ליתן לה גט גם בלא דעתה היינו מלבד מה דיכול ליתן בע"כ דהיה אפשר לומר דעכ"פ צריכה לידע אבל מעדותו של ריב"ג שמעינן דאין צריכה כלל לידע ולכן סובר הר"ח דיכול ליתן הגט אפילו בצירופים היינו דמתחילה יתן לה הגט

סתם ואח"כ יעשה זה לגירושין מכיון דהתורה נתנה לו רשות לגרש בע"כ יכול לגרש בכל אופן ולכן כתב שפיר הר"ח דכיון דלא בעינן דעתה קנאתו אבל גבי חוץ מפלוני לא הוי גט כלל ולא נתנה לו תורה רשות כלל ע"ז ולא קנתה את הגט ולא הוי נתינה.

עוד כתב הרשב"א ומיהו נ"ל דהכא אפילו לרבי דאמר אינו צריך שיטלנו ממנה הכא צריך הואיל וקנאתו לגמרי דהא אי בעי למיהדר בי' לא מצי הדר דמימר אמרה ליה את בסתמא יהבת ואנא למתנה איכווני וכיון שכן אינה מקודשת עד שיטלנו ממנה ויחזור ויתננו לה והויא לה ככנסי סלע שאני חייב ליכי ולאחר שנטלתו ואמר התקדשי לי בו דאפילו רצתה אינה מקודשת עד שיטלנו ממנה ודמיא למאי דאמרינן בגיטין פ' המגרש גבי כיצד יעשה יטלנו ממנה ויחזור ויתננו לה אפי' תימא רבי דילכון אמר שאני הכא הואיל וקנאתו ליפסול בו והכא דכותה היא ועדיפא מינה דקנאתו לגמרי עכ"ל, וכונת הרשב"א במש"כ דהכא אפי' וכו' הוא על קדושי כסף דגבי גט לא שייך לומר שקנאתו דמאי צריכה להגט ואפי' שוה לצור עפ"י צלוחיתו כיון דלא אמרינן שביטלו א"כ אינו עומד לצור עפ"י צלוחית, וגם בשטר קדושין לא שייך זה, ודברי הרשב"א לא שייך אלא בקדושי כסף, ובדברי הראב"ד קשה לומר דכוונתו לקדושי כסף דבזה לא היה צריך להשמיענו דאין צריך ליטול הימנה דהא לא בעי נתינה, אם לא דסובר דבעי נתינה, וכונתו על גט וקדושי שטר רק שהרשב"א כתב דבקדושי כסף צריך לחזור וליטלן לדברי הכל.

והנה מדברי הרשב"א נראה דאפי' אם אינה אומרת דלמתנה נתת לי אלא שמודה שהבינה דלשם קדושין נתן לה כיון דזה אין ספק דהקדושין הוי קדושין דהוי קדושין בלא עדים וגם הוי דברים שבלב, ולכן כשצריך לקדש עוד הפעם לא סגי כשיאמר לה שיהיה כסף זה לקדושין, אלא צריך שיטול ממנה ויחזור ויתננה לה דאף שמודית שקבלה לשם קדושין ולא לשם מתנה והודאת בע"ד כמאה עדים דמי א"כ הוי הודאה על הכסף, אבל זה אינו דכיון דמה שמודה שקבלה הכסף קדושין אין בזה הודאה שהכסף הוא שלו ולא קנתה את הכסף אלא דלעולם קנתה רק שהוא בתורת קדושין וא"כ מאי מהני ההודאה ע"ז כיון שגם לפי דבריה קנתה את הכסף וכן לפי דבריו ולא מיקרי הודאה וא"כ בתורת קדושין חדשים לא יוכל לקדשה, אכן אפשר לומר דכיון שמודית שקבלה לשם קדושין והוא ג"כ נתן לה לשם קדושין וא"כ כיון דהקדושין אינם חלים או משום דהוי דברים שבלב או משום דהוי קדושין בל"ע א"כ הוא טעות בהקדושין וחזרו מעות לבעלים, אך כ"ז אם מודית להדיא אבל בסתמא לא מהני דהוי שתיקה לאחר מתן מעות בחוב דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי ועוד עדיפא הכא ופשוט.

אכן בעיקר הדבר שמבואר ברשב"א דבנותן סתם ולא היו עסוקין בא"ע יכולה לומר דלמתנה נתת לי הקשה הקצוה"ח בסי' שס"ג מדברי הרשב"א עצמו שהביא הר"ן בפ' שני דייני גבי עמד אחד ופרנס את אשתו וכ' הר"ן בשם הרשב"א דכי אמר חנן אבד מעותיו דוקא במפרש אבל בסתם חוזר וגובה לפי שכל המפרנס סתם אינו מפרנס בתורת מתנה אלא בתורת הלואה וראי' מירושלמי פ' א"נ דאמר שם חד בר נש אשאיל לחברי' דינרין אשריתי' בגו ביתא אמר ליה הב לי דינרי אמר ליה הב לי אגר ביתא ואתא עובדא קמי ר' אבא בר זבידא אמר ליה וקים ליה מאי דהוי חמי למשרייי' והכא ודאי בשהעמידו בסתם בתוך ביתו ולא שהעמידו בפירוש בשכר וכו' וכיון שכן המפרנס אשת חברו בסתם חוזר וגובה ממנה עי"ש ומבואר דמפרנס חברו בסתם יכול לומר לשם הלואה נתתי לך.

והנה בחו"מ סי' קמ"ו סעיף י"ח הביא הרמ"א מדברי הרשב"א דמי שקנה קרקע אחת שני פעמים ותובע הלוקח מעות השניים אם אין ללוקח טענות למה קנה אמרינן דמעות מתנה, והקשה הש"ך דהא קיי"ל בהכיר בה שאינה שלו דמעות יש לו ואין ראיה ממקדש אחותו דדילמא שאני בין אחותו לנוכראה וכה"ג מחלקים בש"ס שם, ונראה פשוט דאף דבגמ' עביד צריכותא משום דלא יהבי מתנה לנוכראה ומשו"ה פסקינן במקדש אחותו כשמואל דמעות מתנה אבל באמת אפשר לומר דלמסקנא דגמ' דאמר סבר אנא איחות לארעא ואיעביד ואיכול בגויה כי היכי דהוה קא עביד איהו לכי אתי מארי' דארעא זוזאי נהוו לרב דאמר פקדון פקדון לשמואל דאמר מתנה מתנה א"כ פשוט יש לחלק דבשלמא במקדש אחותו לא שייך לומר דהוי פקדון דהא לא נתחייבה אצלו בשמירת הפקדון ואי דנימא דהוי הלואה מהכ"ת ילוה לה דהא לא בקשה ממנו כלל ואיזה תועלת יהי' לה בהלואה דאפשר אינה צריכה לזה כלל, אבל בהכיר בה שאינה שלו שפיר קנה השדה באופן שאח"כ יוציא ממנו המעות ואף שהבעלים יגבו ממנו פירות השדה מ"מ יטול כאריס וא"כ עכ"פ יש לו תכלית במכירה זו, ולפי"ז נימא שפיר דהיכי דאין שום תכלית בהמעשה ודאי ע"כ הוי מתנה, ולכן החילוק פשוט מנותן סתם למפרנס חבירו בסתם דהתם במפרנס הא רואה שהוא צריך ולכן שפיר הוי לשם הלואה, וכן בעובדא דירושלמי גבי אשריתא גו ביתא שחייבו אותו נמי לא מוכח אלא באופן זה שנתן לו בית לדור בו שבודאי היה צריך לזה וא"כ אפשר שנתן לו הבית ע"מ לפרוע בו את חובו [ולכאורה חשבתי ראיה מיש לו ואינו רוצה להתפרנס דנותנין לו לשם מתנה וחוזרין ונפרעין ממנו, אך באמת משם אין ראיה דמשמע דנותנים לו לשם מתנה ממש, וע"כ דהוא משום דב"ד נותנים לו ונאמנים לגבות אח"כ דהדין בעצמו עושה כמו מסירת מודעה, וביחיד אפשר דהיה צריך מסירת מודעה ואפשר דיחיד נמי כן הוא בכה"ג] אכן

הנתה"מ יישב דשם גבי קונה שתי פעמים לא הי' נותן לו לשם פקדון דהא יכול לכפור ולטעון איזה טענה שהיא ואפי' שבועה אינו צריך, משא"כ בהכיר בה שאינה שלו או במקדש אחותו דבודאי יתחייב להחזיר ושום טענה לא יועיל לו עי"ש, ובאמת לא אדע מקור הדברים שכ' בפשיטות דבקונה שתי פעמים אם יכפור לא יתחייב שבועה ולמה לא יוכל להשביעו ואם בשביל זה שנאמן לטעון טענה הא כל נפקד נאמן לטעון החזרתי ובלא שטר א"צ לישבע בנק"ח ושבועת היסת נראה דגם הכא צריך לישבע ואין מקור לדברי הנתה"מ וע"כ נראה יותר כמש"כ.

והנה הקצוה"ח שם השיג על הר"ן בפ"ק דקדושין שהביא ראי' מהא דשבועות פ' שבועת העדות אי דאמר אין שקלי ודידי שקלי דיכול לומר מתנה נתת לי, והשיג הקצוה"ח דהתם במקום הכחשה איירי וזה אומר בפירוש במתנה נתת לי ועדים רואים מבחוץ ואינם יודעים באיזה ענין נתן לו א"כ לא מהני עדים כלל, ובאמת מוכח כד' הקצוה"ח מדברי הרי"ף שכתב שם דנשבע שבועת היסת, ומוכח דאיירי במקום הכחשה, ונראה דהר"ן סובר דשם מיירי באופן דליכא מיגו דאי בגוונא דאיכא מיגו פשיטא דנאמן, וא"כ לכאורה באמת יקשה אמאי מהימן לטעון לשם מתנה נתת לי ואינו נאמן לטעון מחלת לי חוב אלא במיגו דפרעתי כמבואר בסי' ע"ה בש"ך עיי"ש, וע"כ צ"ל דכיון דהוי ספק אם נעשה עליו חיוב לא מוקמינן בחזמ"ק כיון דעכ"פ נתן לו המעות בהחלט, ורק דהנותן רוצה להוציא חיוב בעינן בירור גמור, ואינו דומה לטוען מחלת לי שהחיוב הוא ברור וכיון שאין רגילות למחול מהכ"ת נאמן לו שמחל, ולכן שפיר כתב הר"ן דהא זה ע"כ א"א לומר פקדון דהיא לא נתחייבה כלל בשמירת הפקדון וע"כ כמש"כ הקצוה"ח דפקדון היינו הלואה וכיון שכן לא מוקמינן בחזמ"ק ואדרבה הוי ספק אם לחייב אותו דאי לא"ה לא הי' נאמן גם בטענת ברי, ולפמשנ"ב אח"כ בד' הרשב"א צריך לומר דהיכי דאפשר לומר פקדון באמת אמרינן פקדון.

והנה הרמב"ם בפ"ז מהל' זכיה ומתנה הל' י"ד השולח תשורה לחבירו או שנתן לו מעות כשמטה ידו והוא ממאן ליקח וזה נשבע שאי אפשר שלא תקח והפציר בו עד שלקח וכן כל כיוצא בהן אע"פ שלא פירש הרי אלו מתנה ואינו יכול לחזור הוא ולתבוע עד שיפרש שהוא מלוה עכ"ל הרמב"ם ולכאורה יש כאן דברים יתירים איברא דנראה מהלשון שזהו איזה תשובת הגאונים אבל עכ"פ אינו מובן תנאי הרמב"ם ואריכות הלשון בזה, ואם באמת צריך דוקא התנאים כמו שכ' וכן כל כיוצא בהן ומוכח דהתנאים או בדומה להם הם עיקר, אם כן איך כתב דינו בשולח תשורה לחבירו שאין בו אלו התנאים, ומוכח כדברינו דבשולח תשורה לחבירו שלא היה נצרך לזה לא שייך לומר שבהלואה נתנה

לו כמש"כ ולא צריך לתנאי שלא יחפוץ ליקח ויפציר בו אבל אח"כ שכ' הרמב"ם בעת שמטה ידו דהיינו בעת שצריך א"כ שפיר הוצרך להתנות באופן שחבירו לא רצה ליקח והוא הפציר בו והשביע אותו דאי לא"ה אינו מוכח שנתנה למתנה וכמש"כ.

והנה ראיתי בספר דברי משפט הביא דברי הרשב"א הובאו בש"מ ב"מ דף י' דנותן חפץ לחברו בסתם אמרינן שהוא פקדון עד שיאמר בפירוש שהוא מתנה ולכאורה היא סתירה מפורשת למש"כ הרשב"א בסוגיין דמסתמא הוא מתנה, ולכן מוכרח מדברי הרשב"א דדוקא בכסף ובאופן שנתן לו שיהי' שלו ורק דהשאלה היא אם מתנה או הלואה כיון שעכ"פ הם שלו ורק שרוצה להוציא עליו חיוב בזה בעינן בירור גמור וכ"ז שאין לנו ראי' גמורה על החיוב אי אפשר לחייבו מספק אבל במקום דאפשר לומר שהוא לפקדון ודאי אמרינן שהוא לפקדון ומוקמינן בחזמ"ק ובאופן זה אפילו אם טוען ודאי מתנה נתת לי לא יהא נאמן, ומה שהביא הד"מ מהתוס' בב"ב דף מ"ה שכ' מדלא פירש דהוא פקדון מסתמא במתנה נתנה לו עיי"ש, היינו משום דיש שם מיגו דלקוחה.

והנה הרשב"א דכתב במפרנס חברו בסתם חוזר וגובה ממנו כתב זה בנדרים פ' אין בין המודר לגבי הא דתנן דהניח מעותיו על קרן הצבי, דדוקא במפרש שמחמת מזונות שחייב לה בעלה הוא נותן לה דהיינו בתורת פרעון חוב בעלה דבכה"ג אמר חנן דפטור, אבל פרנס סתם חוזר וגובה ממנו, ובפשוטו של דברי הרשב"א משמע משום דהיא חייבת לו וחוזר וגובה מבעלה דהוי כמו לותה ואכלה, אכן המל"מ בפי"ב מהל' אישות הביא דברי תשובות הרשב"א דממנה אינו יכול לגבות אלא מבעלה דהוי כמו יורד לתוך שדה חבירו, ובאמת שדבריו נפלאים המה וכבר תמה עליהם המל"מ, דכיון דאין חיוב על האשה משום דבודאי נתן בשביל בעלה איזה חיוב הוא על הבעל דגבי הבעל זהו דינא דחנן, דפורע חובו אינו דומה ליורד דהתם השביח נכסיו אבל כאן סילק לו הנזק וסילק לו חובו, ונראה דאפשר דכוונת הרשב"א דכיון דעכ"פ יש לה חיוב על בעלה א"כ איברא דלא קיבלה ממנו באופן שתתחייב היא לשלם אבל יוכל להיות כמו אפותיקי מפורשת שתתחייב לו לשלם מחוב של בעלה, והיינו דלגבי דידה הא יש לו טענה מיורד לשדה חברו דהא ההנה אותה, ורק דנימא דלא קיבלה על אופן שתתחייב לשלם היא מנכסיה, אבל עכ"פ שתתחייב לגבות מן הבעל דמי מזונותיה בודאי חייבת לגבות ולשלם לו וממילא גובה בעצמו מן הבעל, ונמצא דאם זנה בפירוש על סמך לגבות מבעלה בשביל שפורע עבורו חוב אינו יכול לגבות, אבל אם זנה בסתם ורק דאמדינן דעתי' דהוא על מנת לגבות מבעלה נוכל לומר דהוא יכול לגבות מבעלה בשליחותה, ולכן אף שלא לותה ממנו אבל היורד לתוך שדה חברו חייב אף שלא לוה וזהו שדימה

הרשב"א ליורד לתוך שדה חברו דחייב אף שלא לוה ממנו.

ונראה דזה תלוי בהביאור של לותה ואכלה דחייב לשלם אם הוא משום דחייב לשלם חובה, או משום דכל זה שהיתה צריכה למזונות חייב אפי' אח"כ, ורק דהיכי דפירנס אחד אותה דנמצא דלא היתה צריכה, אבל בל"ז דין מזונות הוא לאו דוקא בשעת מעשה אלא שהוא חיוב דחייב לשלם גם אח"כ, ולכאורה יש לתלות זה בדין לא לותה רק מכרה נכסיה דחולקים הרמב"ן והר"ן באה"ע סי' ע' סעיף ח' ברמ"א ועי' בב"ש אם יש לה עליו או לא, דהרמב"ן דסובר דאין לה עליו כלום היינו משום שסובר דמה שחייב בלותה ואכלה הוא משום דחייב לשלם חובה אבל כאן הא אין לה חוב, והר"ן שנסתפק בדבר היינו משום דסובר דעל הבעל לשלם חיוב מזונות גם אח"כ אך באמת טעמו של הרמב"ן הוא משום מחילה והר"ן סובר דאין זה אומדנא למחילה אבל בלא מחילה גם הרמב"ן מודה דחייב, וע"כ דגם מכירת נכסי' הוי כמו חוב, ולפי"ז מסתבר לכאורה דאף דהיא אינה צריכה לשלם כשלקחה ממון אחרים וא"כ הי' צריך הבעל להיות פטור אבל מ"מ לא גרע מלקחה ממון עצמה, ואולי דוקא ממון עצמה דהיא יש לה טענה עליו שחייב לזונה ומכרה נכסי' וחסר לה אבל בלא טענה אין לה דין מזונות, ואולי אדרבה דאפשר דדין דמכרה נכסי' תלוי בזה לענין ספק מחילה, דאם נימא דצריך להיות טענה מצדה משום דחסר לה, וכאן כיון דאפשר דמחלה ואין לה טענה אין לה מזונות אבל אי נימא דבלא טענה יש לה מזונות א"כ גם במכרה נכסי' כך ודוק.

והנה בהא דהביא הרשב"א ראי' מהא דאשרתי' גו ביתא, וכתב דאי אפשר לומר דמשום איסור רבית קאמר דא"כ הו"ל למימר נכה לי אגר ביתי וביאור דבריו דכיון דכבר נתן לו הדירה הו"ל למימר נכה לי וע"כ משום דהשרה אותו בסתם וכל בסתם לאו למתנה הוא אלא בשכר וקיי"ל זה גובה וזה גובה ולכן אמר לי' הב לי אגר ביתי, והנה לכאורה צריך ביאור אמאי קבע הירושלמי לפי"ז דינו בפ' איזהו נשך וע"כ צ"ל משום דהרשב"א סובר דסלוקי בלא זוזי אפוקי הוא גם בלא משכונא ולכן אם היה כוונתו בתורת מתנה לא היה יכול לגבות ולא היו מנכין לו שיעור אגר ביתי' לשיטתו דגם מקצת חוב אין מנכין כמש"כ המ"מ בפ"ז מהל' מו"ל הל' א' ולכן אפשר דמשום זה גופא קבע הירושלמי כאן דין זה להשמיענו דסלוקי בלא זוזי אפוקי הוא, [ולכאורה יש להעיר דמה הביא הרשב"א ראי' מכאן דנותן סתם כונתו לשכר אולי רק הכא משום דיש איסור רבית ולא נתן לשם מתנה וצ"ל דסברת הרשב"א דאם נימא דנותן סתם בעלמא הוא ודאי לשם מתנה וא"כ ה"נ מדהשרה אותו סתם, לא היה מהני האומדנא דידן לומר דמשום איסור רבית ודאי דלאו לשם מתנה נתן לו, אכן לפמש"כ למעלה דגבי מתנה אמרינן שהוא מתנה מספק

וצריך דוקא ראי' ברורה שהוא חייב וא"כ גם כאן אם הוא ספק הוי מתנה וא"כ אפשר דתמיד המפרנס הוי ספק וכאן יש אומדנא משום איסור רבית דלא לשם מתנה נתן לו, ולפי"ז יהי' סתירה למש"כ לתרץ ד' הרשב"א שהביא הד"מ דהיכי דאפשר לומר פקדון אמרינן באמת דהוי פקדון וכתבתי דהיינו משום דהיכי די"ל פקדון מוקמינן אחזקה אבל היכי דע"כ הי' או הלואה או מתנה ל"א במטלטלין אוקי אחזקי' וראי' מהא דמרחץ דאמרינן בב"מ בסוגיא דתקפו כהן מי סברת במסותא מטלטלי עסקינן במסותא מקרקעי עסקינן אבל במטלטלי אף שיכול להוציאה בדיינין לא הוי ברשותי' וצ"ע) עכ"פ מוכח מדהעמיד הירושלמי דין זה באיזהו נשך ע"כ דלדין רבית מיתניא ולכן יש ראי' לפי פי' הרשב"א דסלוקי בלא זוזי אפוקי היא גם בלא משכנתא דאל"כ מה הי' טוען המלוה, ולכן אפשר דמשום זה קבע הירושלמי דין זה כאן להשמיענו דסלוקי בלא זוזי אפוקי הוא.

והנה כפי"מ שבארתי דברי הרשב"א בטעמו במה דמחייב להבעל כשזנה א' בסתם, משום דעכ"פ אף דאינה חייבת לו לשלם משלה, אבל עכ"פ היא חייבת לתבוע מהבעל עבורו דהא קבלה אצלו ונהנית משלו, ואיברא דלא אדעתא שתתחייב היא לשלם מנכסי' אבל עכ"פ נתחייבה לשלם מחיובו של בעל אליה והיינו שנמסר להמפרנס חיוב הבעל, ואם נימא דפטור ע"כ נימא דעיקר חיובו של בעל הוא דוקא מזונות ולא חיוב ממון, ורק כשלותה במקום מזונות מחוייב לשלם מה שהיא חייבת אבל כאן שהיא אינה מחוייבת אין מקום לחייב הבעל, אכן מפשוטם של דברי הרשב"א משמע דכוונתו דהו"ל כיורד לגבי הבעל גופי' וכן משמע מלשונו שכ' וה"ה לזן את עבדו ושפחתו העברים שאין הבעלים יכולים לומר להם עשה עמי ואיני זנך דהו"ל כיורד לתוך שדה חבירו דמשמע דהו"ל כיורד לגבי הבעל, ולכן נראה לומר דפירושו הוא דהרשב"א מחלק דאם זן אותה בתורת פריעת חוב פטור הבעל, אבל אם נתן לה בסתמא הו"ל כאילו העמיד עצמו במקומו וזן אותה עבורו ואנן סהדי דניחא לי' בזה, והו"ל בגדר זה כיורד דניחא לי' בזה שירד לתוך שדהו והשביחה ויש לתלות זה במחלוקת הרי"ף והרמב"ם לענין בע"ח גובה את השבח דשי' הגאונים וכן שי' הרמב"ם דלוקח הוא כיורד לשדה חבירו שלא ברשות ושמין לו וידו על התחתונה והרי"ף כ' ע"ז ואנן מסתברא לן דלא דמי לוקח ליורד לשדה חבירו שלא ברשות דיורד אדעתא דשקיל ממרא ארעא הוא דמשבח בגופי' ובממוני' אבל לוקח כי מפיק ממוניה או משבח בידי' לאו אדעתא דשקיל לה מבע"ח הוא דעבד הכי דאי מפיק לה בע"ח מיני' הדר עליה דמוכר עי"ש ובזה תלוי אם דין יורד הוא מטעם ממוני גבך וזהו שי' הגאונים דלוקח הוא כיורד שלא ברשות ולוקח נוטל הוצאה כדין יורד דעכ"פ ממוני גבך ובשי' הרי"ף נאמר דדין יורד הוא משום דניחא לי' והוי כמו

שהלוה אותו ולכן בלוקח כיון שלא ירד אדעתא לגבות מבע"ח א"כ הא לא הלוה אותו, ובזה תלוי סברת הרשב"א דלטעם ממוני גבך לא שייך כאן יורד ודוקא לטעם דהוי כאילו הלוה אותו משום דאנן סהדי דניחא לי' וזה שייך גם כאן.

ובמה שכתב הרמב"ם היה מדבר עם האשה על עסקי הקידושין ורצתה ועמד וקידש וכו' דיו, כתב הכ"מ דהיינו דוקא שנתרצית ואמרה אין אבל אי לא אמרה אין אלא ששתקה ואח"כ קבלה מידו סתם וגם הוא לא אמר לה כלום ליכא הוכחה דלשם קדושין קבלה, והעירו האחרונים דמנא לן זה דאימא דכיון שדבר עמה עע"ק אף שלא ראינו שנתרצית מ"מ עכ"פ הוי הוכחה מהנתינה שאח"כ שהוא לשם קדושין וא"כ בזה גופא שמקבלת הכסף בשתיקה הוי שתיקה בשעת מתן מעות דמהני אף שלא אמרה הן וע"כ צריך לומר דמסברא פשיטא לי' להרמב"ם דכ"ז שלא נתרצתה בפי' אין ראי' מקבלתה, ואפשר עוד לומר דאין שייך להביא ראי' ממה שקבלה הכסף שנתרצית לקדושין כיון דאין זה אלא אומדנא ולא בירור גמור, ואפשר דחושבת שלשם מתנה נתן לה, ולכך בעינן שתתרצה בהקדושין מעיקרא, ולכן אמרינן דגם הוא וגם היא קבלו לשם קדושין, וכמו דאמרינן גבי קדשה בגזל דאם שדיך ונתרצתה בקדושין מעיקרא מקודשת, אף דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי ואין ראי' כלל מקבלתה, אלא דאנן אמרינן דמכיון שהיא רוצה הקנתה לו וקבלה לשם קדושין, וא"כ ה"נ כיון שרצתה אמרינן שודאי קבלה לשם קדושין אף שאין ראי' משתיקתה בשעת קבלה.

ומה שהקשה הלח"מ מהא דפריך בגמ' ה"ד אי דעסוקין באותו ענין אפילו לא אמר לה ולפ"מ שמבואר ברמב"ם שצריך שתתרצה א"כ מצינו לומר דאיירי בעסוקין בא"ע אלא שלא אמרה אין ולכן כשאמר לה אחד מלשונות המסופקים אמרינן שבודאי ידעה שלשם קדושין נתן לה ותי' הלח"מ דכיון דכ"ז שלא נתרצית אמרינן שאינה מבינה שלשם קדושין נתן לה א"כ לא מהני גם כשאמר לה א' מלשונות אלו דמנ"ל שהבינה עכשיו כיון שהלשונות מסופקים לנו, והמהרי"ט כתב דזה אי אפשר דכיון שדבר עמה על עסקי קדושיה ודאי הבינה וביותר דלפמש"כ בדברי הרמב"ם דלא משום דלא ידעה בעינן דתתרצה אלא דאע"ג שהבינה מ"מ אין ראי' מקבלתה, דלא הוי כשתיקה בשעת מתן מעות כיון שאינו בירור גמור אלא אומדנא וכדחזינן דר"י פליג וסובר צריך לפרש, ולכן אין ראי' מקבלתה דיכולה לומר שקבלה לשם מתנה, וא"כ מסתבר דכ"ז כשנותן בסתם אבל כשדברו על עסקי קדושין וכשנותן אומר לשונות המסופקים כיון שהבינה כמש"כ הוי שתיקה דבשעת מתן מעות דמקודשת דדוקא כשלא דבר כלל יכולה לומר שקבלה כיון שלא דבר מקדושין אבל אם דבר רק אמר לשונות המסופקים הדיבור שמקודם בודא

הלכה י

אמר לה הרי חצייך מקודשת לי בפרוטה וחצייך בפרוטה, או שאמר לה חצייך מקודשת לי בחצי פרוטה וחצייך האחרת מקודשת בחצי פרוטה הרי זו מקודשת אמר לה חצייך מקודשת לי בפרוטה היום וחצייך בפרוטה למחר, שתי חצייך בפרוטה, שתי בנותיך לשני בני בפרוטה, בתך מקודשת לי ופרתך מכורה לי בפרוטה, או בתך וקרקעתך לי בפרוטה בכל אלו מקודשת בספק.

שתי חצייך בפרוטה, התוס' בקדושין דף ז' ע"ב ד"ה חצייך בפרוטה הקשו דאמאי אינם קדושין גמורים והא לא אמר לעיל דלא פשטו קדושין בכולה אלא משום דאיכא דעת אחרת ואינה מתרצה אלא למה שהיא שומעת, אבל אם היינו יודעין שמתרצה בכולה אמרינן פשטה, והכא גלי דעתה שמתרצה בכולה ותי' דמיירי בלא אמר לשון קדושין רק אמר הרי את מאורסת, אבל הרמב"ם פי' להדיא דין זה בלשון קדושין וא"כ תיקשי קושית התוס' דליפשוט קדושין בכולה ועי' בלח"מ מש"כ בזה.

והנה הא"מ הקשה דמאי מקשה בגמ' דלפשוט קדושין בכולה ומשום דהוי כמו הקדש כמו שכתבו התוס' דהא גם הוא לשון הקדש הא בתמורה בעי רבא בעוף מהו מי אמרינן בהמה אמר רחמנא או דלמא קרבן אמר רחמנא ולא שנא וא"כ אפי' בעוף שהוא קדושת הגוף מספ"ל בהקדיש רגלה דקרא בבהמה איירי וגלי בבהמה אבל לא בעוף ומכ"ש בקדושין דלא נאמר פשטה והיא קושיא חמורה.

ונראה דהנה הרמב"ם בפרק ט"ו ממעשה הקרבנות הל' ב' האומר ידה של זו עולה או רגלה של זו עולה תמכר לחייבי עולות ודמיה חולין חוץ מדמי אותו אבר, והוא שיהיה זה המחוייב עולה שקנה אותה נדר עולה בדמים קצובים, האומר לבה או ראשה של זו עולה, הואיל ודבר שהנשמה תלויה בו היא כולה עולה, הקדיש אבר אחד מן העוף ה"ז ספק אם נתקדש כולה או לא ע"כ, והנה הכ"מ והלח"מ מפרשים דכונתו באבר שהנשמה תלויה בו דאי באבר שאין הנשמה תלויה בו הא פסק דבבהמה אינו קדוש רק אותו אבר בלבד אכן מסתימת לשון הרמב"ם לא משמע כן כיון שסתם משמע אפי' באבר שאין הנשמה תלויה בו, וצריך לומר דהרמב"ם מפרש בעיא דרבא להלכה לר"מ ור"י דבאבר שאין הנשמה תלויה בו לא פשטה קדושה בכולה, ומ"מ מיבעיא לי' בעוף דכיון דחזינן דר"מ ור"י סברי דמסברא הי' צריך לומר פשטה קדושה בכולה בלא קרא דהא אמרי יכול האומר רגלה של זו עולה תהא כולה עולה ת"ל כל אשר יתן ממנו לד' ולא כולו לד', ולכן בעי רבא בעוף דכיון דצריך מיעוטא לומר דלא פשטה קדושה בכולה, וכיון דבקרא בהמה כתיב, בעי דאפשר בעוף פשטה אפי' באבר שאין הנשמה תלויה

בו, ומצאתי אח"כ שהלח"מ בפ"ה מהל' ערכין הביא פי' הכ"מ וכתב שהוא דחוק וכתב כמש"כ דהרמב"ם מפרש בעיא דרבא באבר שאין הנשמה תלויה בו וכנ"ל.

אלא דמ"מ עוד צריך לבאר דאף דנימא דמסברא היה צריך לומר דפשטה קדושה בכולה אבל מהיכי תיתי נאמר דאף שנתמעט זה בבהמה מ"מ בעוף נאמר דפשטה, דאיזה סברא לחלק ולומר דקדושת עוף חמיר מקדושת בהמה, ונראה דאפשר לומר דכיון דגם באבר שאין הנשמה תלויה בו דרשינן מקרא דיהי' קודש דלא תצא לחולין אלא שתמכר לצרכי עולות, והנה במה דתניא תמכר לחייבי עולות ודמיה חולין חוץ מדמי אבר שבה פירש"י דדמי אותו אבר לא יטול שהרי הקדישו ואינו יכול למכרו ונמצא לפי"ז דאין דין בהך ברייתא לגבי המוכר בכמה מדמיה ישתמש דבכמה שמכרו כל הדמים הן חולין דהא לא נתפסו בהדמים דמי רגלה שהקדישה ואינו יכול למוכרה וא"כ אין כאן שום נ"מ לדין קדשים אלא דין מו"מ דאם לקח דמים בעד כל הבהמה, לקח דמים יתירים וגזל הם בידו, ואפי' אם דמי רגלה הם פחות משתות צריך להחזיר להקונה דמי רגלה אם הקונה חשב שמשלם בעד כל הבהמה, דזה אין שייך לדין אונאה והוא דבר שבמדה דהיכי דשייך חזרה אפי' פחות מכדי אונאה חוזר והכא דנ"מ רק לענין הדמים צריך להחזירם, אכן מדברי הרמב"ם שהבאנו שקבע הלכה זו בהל' מעשה הקרבנות אי אפשר לפרש כפירש"י דלפי"ז אין זה דין קדשים רק דין מהלכות מכירה ואין להרמב"ם לכתוב בהל' מעה"ק דיני מכירה, גם עיקר הלשון קשה מאד לפרש כן בד' הרמב"ם אף שכתב כלשון הברייתא דהלשון מורה ברור שדמיה חולין חוץ מדמי אותו אבר שאינם חולין אלא קדש.

ונראה דהרמב"ם מפרש הברייתא כפשוטה דדמיה חולין חוץ מדמי אותו אבר, דאף שאמר רגלה של זו עולה, והיינו שתהיה קדושה קדושת עולה, וא"כ הוי קדושת הגוף ובהמה תמימה שמתקדשת קדושת הגוף הא אינה יוצאה לחולין בלא מום, מ"מ כיון דרגל לבד אי אפשר שתיקרב עולה לכן אינו חל על הרגל קדושת הגוף אלא קדושת דמים, ומצינו במפריש נקבה לאשם דסבר ר"ש בתמורה דף י"ט דתימכר שלא במום ונהי דלא קיי"ל כר"ש אלא כת"ק דתרעה עד שתסתאב, זהו דוקא במפריש נקבה לאשם דנקבה חזיא לקרבן רק לאשם אינה ראויה לכן חלה קדושת הגוף וצריך מום לפדותה, אבל רגל לבד כיון דלא פשטה קדושה בכולה הא אי אפשר שתוקרב לשם קרבן לכן אין צריך מום לפדותה, ורק לר"י דסבר דגם באבר שאין הנשמה תלויה בו פשטה קדושה בכולה לדידי' שפיר חל קה"ג על כל הבהמה וכולה עולה, וממילא הברייתא כפשוטה שדמיה חולין חוץ מדמי אותו אבר שדמי האבר חל עליהם קדושת עולה ואסור לו להוציא דמים

אלו לחולין אלא לצרפם לדמים אחרים ולקנות בהם עולה, והא דפריך הגמ' והא קא מייתי בהמה מחוסרת אבר ולפמש"כ הא הלוקח שפיר יש לו כל הבהמה שהרי גם אבר זה שהוקדש נפדה כיון שאינו קדוש קה"ג ורק אצל המוכר חלו על מעות האבר קדושת דמי עולה, ואפשר לומר דכיון שזה הלוקח נדר להביא עולה בסתמא כוונתו לבהמת חולין שיקנה אותה בדמים ויקדש אותה לעולה אבל בהמה זו אף שלא חל על הרגל אלא קדושת דמים לעולה מ"מ כיון דילפינן מקרא דיהיה קדש דאינו כשאר קדושת דמים דאפשר לחלל על מעות ומה שהוקדש ישאר חולין, אלא דכאן נשאר על הרגל דין דעכ"פ צריך להקריבו עולה כשיקדיש הלוקח את כל הבהמה, ואפילו אם נימא דגם את הרגל צריך להקדיש כיון דלא חל עליו מקודם רק קדושת דמים, ועי' מש"כ בזה בפ"ה מהל' איסורי מזבח אבל מ"מ אין הרגל כשאר חולין דהא כבר יש על הרגל דין שצריך להקריבו לעולה, א"כ לא קיים נדרו שנדר להביא עולה דבסתמא הוא להביא בהמת חולין, ודמי חולין הם בודאי יותר מדמי בהמה זו שא"א להשתמש בה, ומשני דאמר כזוזא מן בהמה שכך היא בודאי גי' הרמב"ם בד' הירושלמי דאם כמו שפרש"י כזוזא מן הדא בהמה וברמב"ם אינו מפורש כן שכתב סתם שנדר בדמים קצובים לכן מוכח דכן הגירסא דאמר כזוזא מן בהמה לעולה ולכן כיון שנדר דמים קצובים אין כאן חסרון בקיום נדרו כיון דבאמת כל העולה שלו וכמ"ש, ונמצא לפי"ז דלדעת הרמב"ם באמת כל מי שמחויב עולה צריך להביא עולה שלימה, ולכן ע"כ שקדושת הרגל נתחלל על הדמים וכל הבהמה היא של הקונה שחייב עולה, רק שדמי האבר אינם חולין שנשאר על הדמים קדושת עולה, ולכן אפשר לומר דלרבא מיבעיא ליה דשמא גלי קרא כן, דוקא בבהמה דאפשר לפדותה, ולכן אפשר לחלל קדושת הרגל על הדמים, אבל בעוף שלא מצינו פדיון כדתנן במנחות דף ק' שלא נאמר פדיון אלא בבהמה א"כ לא יהיה תקנה למכרה לצרכי עולות, אפשר דבזה לא גלי קרא דלא נימא דפשטה בכולה דכיון דעכ"פ הקדיש רגלה לעולה והרגל לבד אי אפשר להקריב אפשר דלכן נאמר בעוף פשטה קדושה בכולה אפי' באבר שאין הנשמה תלויה בו.

והנה הרמב"ם בפ"ה מהל' ערכין הל' ז' שהביא מה דתנן בפ"ד דשקלים במקדיש נכסיו דבהמה הזכרים ימכרו לצרכי עולות והדמים לבדה"ב ובעופות ימכרו לצרכי אותו המין והדמים ילקח בהן זכרים ויקריבו עולות, וכתב על זה ומפני מה יקריבו דמי אלו עולות ודמי הבהמה התמימה לבדה"ב לפי שהבהמה הקדושה למזבח אם נפל בה מום יש לה פדיון והסולת והיין והשמן שנפסלו אין להם פדיון וכו' וכתב ע"ז הראב"ד לא ידעתי האיך מספיק זה הטעם לסברתו והלא בכל מקום נפדין הן ואם במקדיש נכסיו סתם

סובר כר"א כמ"ש למעלה אין זה הטעם מספיק למה לא יפלו הנכסים לבה"ב, והאריך עוד בהשגתו ע"ש, והכ"מ ביאר כוונת הראב"ד דהא קודם שנתקדשו המנחות בכלי שרת נפדין הן, והלח"מ פי' דכוונתו דהא גם כשימכרו ויקריבו בדמיהן עולות הוא ג"כ פדיון, וא"כ לא יוכלו להיות נפדין שיהיו דמיהן לבה"ב, וכתבתי בזה בפ"ו מהל' איסורי מזבח הל' ד' בבאור דברי הרמב"ם דזה ודאי דאין כאן דמיון לפדיון ממש שבהקדש נפדה ויוצא לחולין, אלא דמ"מ הא גם זה לא מצינו בקדושת הגוף שיהא אפשר לשנות בעיקר הקדושה, וכאן כיון שלמדנו מקרא דאם בהמה אשר יקריבו ממנה קרבן לד' כל אשר יתן ממנו לד' יהי' קודש, דכל הראוי ליקרב ע"ג המזבח יקרב וזהו בסתם הקדש דקדושתו היא או לבה"ב או לעולה.

ונמצא דאם הקדיש סתם והיו בהם דברים הראויים ליקרב יש בזה שני גדרי קדושות, חדא זה שהקדיש סתם דבסתמא הוא לבה"ב ואם הקדיש סתם למזבח הוא לעולה ואפי' דברים שאינם ראויים לעולה יהיו דמיהם לעולה, שנית דין זה שאמרה תורה כל הראוי לקרבן על המזבח יקרב וע"כ צריך להקריבן למה שהם ראויים, וע"כ אנו צריכים בזה לדין מכירה שקדושה אחת תהיה על הדמים וקדושה אחת להקרבת עצמן למה שהן ראויין, ולכן בבהמה דשייך בה פדיון אנו אומרים דההקדש שהקדיש סתם הוא שהדמים יהיו לבה"ב אף שהן בעצמן יהוי קדושים קה"ג, א"כ אף דעכשיו עוד לא נתקדשו בכלי שרת זהו אם היינו דנין בפדיון ממש שיצאו לחולין, אבל כאן אנו דנין בדין זה שאמרה תורה כל אשר יתן ממנו לד' יהי' קדש שיקרבו למה שהם ראויין ואם נאמר שהדמים יפלו לבה"ב הרי אנו עושין דמים מקדושת מזבח שאין לו דין דמים, ולכן אנו אומרים דהקדש סתם זה יהי' קדושתו למזבח, ורק דכיון דסתם הקדש למזבח הוא לעולה כדילפינן מקרא וכאן צריך להקריבם למה שהם ראויים, וע"כ אנו אומרים גם בזה דמחלקין הקדושות דקדושת עצמם הוא למה שהן ראויין וקדושת דמיהן הוא לעולה, ולא קשה דהא עכ"פ אנו מחלקין הקדושות ועושין מקדושת הגוף קדושת דמים, דלא דמי דדין קדושת בה"ב הוא דין קדושה אחרת שאין לו שייכות לקדושת קרבן, ולכן לא נוכל לעשות מקה"ג בעופות ומנחות גדר קדושה אחרת שאינה שייכת לקדושת קרבן, אבל קדושת עולה והקדושה למה שהם ראויים שניהם קדושת מזבח וכיון דע"כ יש בקדושתו שני דינים א' קדושת סתם שאם למזבח הוא לעולה והב' הקדושה למה שהם ראויים, ע"כ נעשה כן שתי קדושות אף בעופות ומנחות שאין להם פדיון משום דהכא אין זה פדיון שאין כאן נחיתות הקדושה דשניהם קדושת מזבח.

ולפי"ז נסתרו לכאורה דברינו במה שכתבנו דרבא בעי בעוף מהו באבר שאין הנשמה

תלויה בו משום דע"כ צריך למכרה לחייבי עולות ולחלל הרגל על הדמים שהדמים ישארו דמי עולה ובעוף אין פדיון, אבל מדברי הרמב"ם אלו שמבואר דמה שמוכר העופות והמנחות שיקריבו למה שהן ראויין והדמים ישארו לעולה אין זה סותר להך דינא דאין פדיון לעופות ומנחות משום דשניהם הם קדושת קרבן, הא לא נוכל לומר גם במקדיש רגל העוף דא"א למכור העוף לצרכי חיוב קרבן עוף משום דאין פדיון לעוף כיון שדמי הרגל ישארו ג"כ לדמי קרבן בשביל המקדיש.

אכן נראה דיש ליישב דברינו דשאני הכא גבי הקדיש רגל עוף כיון דצריך למכרו למי שחייב קרבן עוף, וכבר כתבנו דהרמב"ם מפרש ודמיה חולין חוץ מדמי אותו אבר שבה שהקונה יש לו כל הבהמה והרגל מתחלל ונעשו הדמים דמי עולה בשביל המקדיש, וה"נ בעוף מתחלל הרגל ולכן אף שהוכחנו דלגבי עיקר הקרבן במקדיש נכסיו אף שצריך למכור העופות והמנחות להקריבם למה שהם ראויים אין זה נקרא פדיון כיון שהדמים יהיו דמי עולה, כל זה הוא במקדיש נכסיו שאין לנו דרך אחרת דכיון דלמדנו מקרא דסתם הקדש למזבח הוא לעולה, אבל בהקדיש רגלה לעולה כיון דעכ"פ יש כאן שינוי לגבי הבעלים שהבעלים הקדישו רגלה לעולה, ואם היה אפשר להקריב הרגל לעולה הי' נקרב גוף הרגל לעולה בשביל הבעלים, רק דכיון שא"א להקריב הרגל לעולה אנו עושים מהרגל דמים ונמצא דגוף הרגל לא יהיה נקרב בשביל הבעלים שיהי' קרבן לאחר הקונה את הבהמה, ואף דגם גבי מקדיש נכסיו הא מוכרים העופות והמנחות אבל שם הא ע"כ צריך להיות כן, ועיקר ההקדש ע"כ הי' בשביל שני הדינים שיש בזה ההקדש, אבל בהקדיש רגלה שאם ירצו הבעלים יוכלו להקדיש שאר הבהמה שתהי' כולה לעולה ותהיה קריבה לעולה שלו, וא"כ לא נוכל לומר דעיקר נעשה ע"כ על זה האופן שימכור הבהמה ולא תהי' גוף הרגל בשבילו לעולם אלא דמיה, רק דבבהמה כיון דאם אינה ראויה לקרבן יש לו דין פדיון שפיר הוי הדין שימכרו הבהמה לצרכי עולות ובשבילו יקריבו דמיה אבל בעוף דליכא דין פדיון מיבעיא לרבא דאפשר לא אפשר לעשות כן, וכיון שכבר כתבנו דמוכח מהברייתא דמסברא הי' צריך להיות גם באבר שאין הנשמה תלויה פשטה קדושה בכולה, אלא דגלי קרא דממנו דלא פשטה ורק רגלה נעשה עולה, לכן מספקא ליה דאפשר לא גלי קרא כן אלא בבהמה, אבל בעוף אמרינן פשטה קדושה בכולה אף באבר שאין הנשמה תלויה בו, וכן פסק הרמב"ם דהוי ספק.

ולפי מה שכתבנו יתיישב מה שהקשה האבני מלואים דמאי שייך לומר דליפשטו קדושין בכולה, דהא בהקדש גופא מיבע"ל לרבא בעוף אי אמרינן פשטה דאפשר לא גלי קרא רק בבהמה אבל לא בעוף, ולפי מה שכתבנו לבאר שי' הרמב"ם א"כ עיקר הבעיא

היא אם נאמר בעוף פשטה גם באבר שאין הנשמה תלויה בו אף דבבהמה בכה"ג לא אמרינן פשטה כיון דמעיקר הסברא צ"ל פשטה ורק דגלי קרא בבהמה, א"כ אפשר דרק בבהמה דשייך בה פדיון אבל בעוף דלא שייך בי' פדיון נאמר פשטה גם בהקדיש אבר שאין הנשמה תלויה בו, ולכן שפיר שייך לומר בקדושין פשטה.

הלכה טו

כל העושה שליח לקבל הקידושין צריך לעשותו בפני עדים, אבל האיש שעשה שליח לקדש לו אשה אינו צריך לעשותו בעדים שאין מקום לעדים בשליחות האיש אלא להודיע אמתת הדבר לפיכך אם הודו השליח והמשלח אינן צריכין עדים כמו שליח הגט וכמו שליח שהרשהו להפריש לו תרומה וכיוצא בהן בכל מקום ששלוחו של אדם כמותו ואינו צריך עדים.

השגת הראב"ד כל העושה שליח וכו' כתב הראב"ד אין הנדון דומה לראי' דלענין שליח הגט גיטו מוכיח עליו ולענין תרומה אין צריך עדים כלל, אבל בקדושין דאפילו שניהם מודים אינו כלום כי מודו השליח והשולח נמי לאו כלום הוא עכ"ל, ועי' בלח"מ שהקשה דהרי הרמב"ם בעצמו סובר הך סברא דגיטו מוכיח עליו שכ' בפ"ט מהל' גירושין אמר לסופר כתוב לי גט לאשתי כתבו ונתנו לבעל בלא עדים ונטלו הבעל ונתנו לשליח ואמר לו תן גט זה בפני עדים והלך השליח ונתנו לה בפני עדים הרי זו ספק מגורשת, שאין השליח נאמן להתיר הערוה אע"פ שהוא עד אחד אלא מפני כתב העדים שחתמו על הגט שהן כמו שנחקרה עדותן בב"ד עד שיהי' שם מערער משמע דדוקא כשעדים חתומים על הגט האמינוהו וא"כ בשטר קדושין כשאין עדים חתומים עליו או היכי שקדשה בכסף אמאי מקודשת ודאי לא ליהוי אלא ספק, ובדברי הרמב"ם הי' אפשר לומר דהתם איירי בלא הודה הבעל והכא הודו השליח והמשלח אכן המ"מ כתב שם להדיא דגם אם הודה הבעל הוי ספק מגורשת, ותי' הלח"מ דהתם הוא להתיר לא האמינוהו אלא כשהגט חתום בעדים ואי לאו לא הוי מגורשת ודאי, אבל כאן שהוא לאסור האמינוהו ומקודשת ודאי אפי' כשאין חתום היכא דהודו השליח והמשלח ע"כ, והדברים אינם מובנים כלל לחלק בזה והלח"מ בעצמו סיים שזה דוחק ובאמת אי אפשר לישבו גם עפ"י דוחק.

ב) **והנה** לכאורה היה אפשר לבאר דברי הרמב"ם בפשיטות ורק שנקדים דעצם חידוש הרמב"ם הוא זה שחידש לן דשליח קבלה צריך לעשותו בעדים, ואם עשה שליח קבלה שלא בפני עדים אינו שליח כלל ואף שהאשה בעצמה יודעת שעשאתו שליח והוא קבל הקידושין בעדים מ"מ לא מהני ומותרת לעלמא, ולזה חידש לן ג"כ דשליח הולכה אינו צריך לעשותו בעדים דמתקיים מינוי השליחות גם בינו לבין עצמו, דעיקר דברי הרמב"ם

בפ' זה הא לא הוי אלא בדין התקיימות הקדושין, ולכן כתב שאין מקום בשליחות האיש אלא להודיע אמיתות הדבר היינו על עצם קיום מעשה השליחות והוי קדושין מעליא ולכן כשהודו השליח והמשלח די בכך, ולא איירי כאן הרמב"ם בדין אם זינתה אח"כ אם היא נהרגת בהודאתם לבד, דודאי לא נהרוג אותה כ"ז שלא הוחזקה בא"א, אלא מיירי בדין התקיימות השליחות דקדושין דע"ז נאמנים להגיד שעשאו שליח והוי קדושין מעליא וכדמוכח מלשון הרמב"ם בהלכה שאחר זה לענין שליח נעשה עד שכ' וא"צ לקדשה בפני שנים אחרים ומוכח כן מדבריו דמיירי לענין עיקר חלות הקדושין וכן מובן מכל דבריו בפ' זה דמיירי לענין הכשר הקדושין, ולפי כל הנ"ל מיושבים דברי הרמב"ם אל נכון דאיברא דבשליח הגט אין הבעל נאמן בעצמו אם אין גיטו מוכיח עליו ואין עדים חתומים על הגט, היינו דאין לו נאמנות אבל אם באמת עשאו שליח שפיר מתקיימת השליחות, דהרי כתב הרמב"ם שהיא ספק מגורשת ואם נימא דבלא עדים אין התקיימות השליחות כלל א"כ גם ספק לא הוי, ומוכח דבעיקר הדין אין שליחות להולכה צריך עדים לקיומא דאם צריך עדים לקיומא לא היה מהני גיטו מוכיח עליו דלא הוי אלא ראי' ולא עדים בשעת מינוי השליחות, ומדמהני ראי' דגיטו מוכיח עליו ע"כ דשליח להולכה א"צ עדים בעיקר המינוי כמו שליחות לקבלה דבלא עדים אינו מתקיים כלל השליחות, אלא שצריך עדים לבירור דלהבעל אין אנו מאמינים בתורת ודאי כמבואר בב"ב דף קל"ד גבי בעל שאמר גירשתי את אשתי וכן פסק הרמב"ם להדיא בפי"ב מהל' גירושין הל' ה' שהיא ספק מגורשת ובדעת הראב"ד צ"ל דסובר גיטו מוכיח עליו מהני לקיומא נמי ומה שהבעל יודע וגם מה שמודה לא מהני.

ג) **אלא** דבאמת אכתי לא ניחא לן דשיטת הרמב"ם בפ"א מהל' גירושין הא מבואר דסובר כשי' הרי"ף דאף דקיי"ל כר"א דעדי מסירה כרתי מ"מ עדי חתימה נמי כרתי ולא בעינן עדי מסירה אלא היכי דליכא עדי חתימה כשי' הרי"ף בפ' המגרש, אלא דהרמב"ם סובר דלכתחילה בעינן ג"כ עדי מסירה ובדיעבד סגי בע"ח לחוד, והנה הר"ן ביאר שי' הרי"ף דאין הכונה דלר"א ע"ח הוי כמו לר"מ דלר"א ודאי המסירה כורתת רק כשיש ע"ח כורתת המסירה כמו בע"מ, וז"ל ומיהו מאי דמודה ר"א דע"ח מהני היינו משום דס"ל שהמסירה כורתת כל שיש בשעתה עדים בין שהם מעידים על המסירה עצמה או על גוף הדבר וכו' שהמסירה כורתת מכיון שיש עדים על עיקר הדבר דהוי להו ע"ח כע"מ שהרי הגט יוצא מתח"י בעדים הללו ובידוע שהבעל מסרו לה ונמצא כאלו הן עצמם מעידים על המסירה וכו' עכ"ל וכ"כ להלן שהעדים החתומים עה"ש לא מטעם חתימתם הוא מקוים אבל ר"מ ס"ל דמטעם חתימתם הוא מקוים וכו' עכ"ל וא"כ דמה

שיש ראי' מע"ח שהבעל מסרו הרי הוא כע"מ, א"כ זהו ממש גיטו מוכיח עליו דהוי ג"כ ראי' מע"ח מדנמצא בידו כמו הראי' מדנמצא ביד האשה, וא"כ גיטו מוכיח עליו הוי עדות גמורה ומהני כמו ע"מ לקיומא כיון שהנתינה מתבררת בב"ד אח"כ וחזרה הפליאה על הרמב"ם דמאי ראי' הוא משליח הגט דהתם גיטו מוכיח עליו והוי כעדים ואין לומר דמייתי משליח הגט דהתם גיטו מוכיח עליו וכגון שאין עדים חתומים עליו ומוכח דל"ב עדים על קיום השליחות מדהוי ספק מגורשת כמש"כ הרמב"ם דאיל"ה הא לא הוי גירושין כלל וכמש"כ, דז"א דדין זה הא הם דברי הרמב"ם ולא עיקר הלכות שליח הגט, וגם לא משמע כלל דמביא ראי' מדמהני לאשוויי ספק מגורשת אלא משמע דמייתי ראי' משליח הגט דמהני להתירה לעלמא, והנה שמעתי בשם אדמו"ר שאמר בזה דהא עדי חתימה בעיקרם הוא לאשוויי גט ולכן מהני ע"ח במקום ע"מ אבל לענין השליחות לומר שיבררו השליחות ויהיו כעדים לקיומא מדנמצא תחת ידו בזה ודאי דל"מ דלענין השליחות אין להם שייכות כלל ולא איברו כלל לזה ולכן לא מהני, ולפי"ז מיושב דברי הרמב"ם כמש"כ דלענין שליחות לא מהני גיטו מוכיח עליו כעדים, וע"כ דלא בעי עדים בשליחות להולכה מדין דשב"ע.

ד) **והנה** הר"ן הביא ראי' לדעת הרי"ף מהא דאמרינן בגיטין דף ד' מודה ר"א במזויף מתוכו שהוא פסול, דמה ענין שלא לשמה למזויף מתוכו, (וכבר הקשו כן בתוס', אכן לשי' הרי"ף דסבר דגם לר"א כשר בע"ח לחוד ניחא דה"נ חיישינן דילמא אתי למיסמך בלא עדי מסירה אלא בע"ח וגם יחתמו שלא לשמה ע"ש בר"ן שהאריך), והנה תמוה לי דלפ"מ דמסיק הר"ן בסוף הסוגיא דטעמא דהרי"ף משום דסבר דלר"א אין ע"ח כרתי כמו לר"מ אלא משום שהמסירה כורתת דבמה שיש ע"ח על השטר מתברר שנמסר השטר וכמו שהבאתי למעלה, א"כ הדר קושיא לדוכתא גם לשי' הרי"ף למה בעי לשמה כיון דע"ח לא כרתי כלל, אלא דעיקר הגט שכורת בעינן שיכתוב לשמה לא כמו לר"מ שהחתימה היא הכריתות, אלא דהחתימה הוא ג"כ ראי' על המסירה והוי כמו ע"מ א"כ למה בעי לשמה אטו עדי מסירה צריכין שיהי' לשמה, ומה שייך לשמה על ע"מ, עכ"פ לא ספר כריתות הוא לר"א, והוא תימה גדולה לכאורה.

ה) **והנה** הרמב"ם בפ"ג מהל' עדות הל' ד' כתב ד"ת שאין מקבלים עדים לא בד"מ ולא בד"נ אלא מפי העדים שנאמר עפ"י שנים עדים יקום דבר מפיהם ולא מפי כתבם, אבל מד"ס שחותכין ד"מ בעדות שבשטר אעפ"י שאין העדים קיימים כדי שלא תנעול דלת בפני לוין ואין דנין בעדות שבשטר בדיני קנסות ואצ"ל במכות ובגלות מפיהם ולא מפי כתבם, והרמב"ן בסה"מ שורש ב' הקשה מזה שאנו דנין בגיטין בעדי חתימה בלבד

והאשה המוציאה לפנינו גט חתום מקיימין אותו ומתירין אותה להנשא ע"פ עדות השטר והנה מדברי הרמב"ן מוכח שאינו מקשה אלא מזה דמהני בע"ח לראי' שנתגרשה, אבל ע"ז שמועיל עיקר חתימת העדים שהגט יהי' כשר דהא שי' הרמב"ם כהרי"ף דגם לדידן דקיי"ל כר"א דע"מ כרתי מהני גם בע"ח לחוד, זה לא הוקשה להרמב"ן דזה פשוט דלדין הכשר הגט מהני חתימתן ואין בזה דין קבלת עדות דקרא עפ"י שנים עדים יקום דבר, דזהו לדון על פי הגדתן.

ונראה דהנה שי' רש"י והתוס' והרז"ה וכן דעת רוב הראשונים דעיקר החילוק הוא בין מדעת המתחייב או לא, והנה בכתובות דף ב' וביבמות ד' ל' הקשו התוס' על דאמר בגמ' אי דזכירי ליתי ולסהדי ואי לא זימנין דחזו בכתבא ואתו ומסהדי ורחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם, והקשו התוס' מב"ק דף צ"ח גבי שורף שטרותיו של חבירו דאמרינן אי איכא סהדי דידעי ליכתבו לי' שטרא אחרינא אלמא דאם ראו בשטר לא הוי מפיהם ולא מפ"כ, ותי' דאי היו אומרים שכך ראו בשטר שפיר הוי עבדי דהו"ל כאילו מעידים ראינו עדות שנחקרה בב"ד דעדים החתומים עה"ש נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד אבל חיישינן שמא יעידו על המעשה בעצמו כאילו הם זוכרים והם אינם זוכרים אלא מפ"כ וכו' ע"ש, ודברי התוס' ברורים דודאי התם בב"ק שאומרים שכך ראו בשטר לא הוי מפ"כ דעדים החתומים בשטר הרי הוא כמו שנחקרה עדותן, אבל מה שיישבו דהכא קאמר הגמ' משום שמא לא יאמרו שכך ראו רק יעידו על המעשה, א"כ אין זה פסול דמפ"כ דהם הם באמת הלא ראו עיקר העדות ויכולים להגיד דהא ראו עדות שנחקרה בב"ד, אלא דהפסול אפשר להיות משום דאין זה דו"ח מעליא או דאין זה הגדה אמתית שלא הגידו את העדות כפי מה שראו באמת, שהם ראו בשטר ואומרים שראו המעשה, והנה באמת הך פסול דמפי כתבם הא אינו על העדים אלא על הב"ד שלא יקבלו עדות שהגידו שלא מפיהם, אלא דממילא לא עדיפא עדים שמגידים ממה שראו בכתבם או בכת"י העדים מאילו היו מביאים הכתב גופו לב"ד וראו ב"ד את הכתב דלא תהא שמיעה גדולה מראיה, וא"כ כ"ז אם אינם רשאים לסמוך על הכתב אבל כיון דנימא דמן הדין רשאים לסמוך על הכתב ויכולים להגיד זה בב"ד וא"כ מה שייך זה למפי כתבם, ובאמת הא גופא קשיא למה לא יחקרו ב"ד את העדים כיצד אתם יודעים עדות זו ואיך ראיתם.

ו) **ולכן** נראה לי לישב הדבר בדרך פשוט, דהנה להסביר מה הוא שטר דכשר ולא הוי מפי כתבם ומה הוא מפ"כ דפסול דהבאתי דעת רוב הפוסקים דמחלקים בין מדעת המתחייב או שלא מדעת המתחייב, והדבר צריך ביאור, ונראה לבאר בפשיטות דשטר היינו דכיון שכותבין מדעת הלוה או המקנה ונותנין אותו העדים להמקנה או

להלוה והמתחייב והוא מוסרו להקונה או להמלוה נמצא דבעצם עדות שמעידין עדים בשטר אינו על עצם המלוה או החיוב וההקנאה אלא שמעידין שזה השטר היה ביד המקנה והמתחייב ומדעתו נכתב ואין חילוק בין בשטרי קנין בין בשטרי ראי' בכולם הא כותבים למתחייב גם כשבא מעצמו, בר מהיכא דאיכא למיחש ללקוחות ואנו דנין דכיון דבידו היה השטר והוא מסרו מדעתו בודאי החיוב וההקנאה ברורים ובשטרי קנין נגמר במסירתו מעשה הקנין נמצא דהעדים אינם מעידים על עצם החיוב וההקנאה אלא שחותמין על השטר הזה שהוא שטר הניתן מיד המלוה והמתחייב ובזה עושין אותו לשטר.

ז) **והנה** בגמ' אמרינן ד"ת לא צריך קיום בעדים החתומים על השטר דהוי כמי שנחקרה עדותן בב"ד וצריך להבין דמה בכך דעדים החתומים עה"ש הם כנחקרה עדותן בב"ד דהרי השאלה היא דלמא מזויף הוא ואין כאן עדים כלל ולא נחקרה עדותן בב"ד ואמנם בגיטין דף ג' פרש"י הטעם משום דלא חשידי אינשי לזיופי אבל עכ"פ צריך ביאור מה דתלי הגמ' בזה שנחקרה עדותן הו"ל למימר דמדאורייתא לא חשידי אינשי אזיופא ולכן א"צ קיום מה"ת אבל הא דנחקרה עדותן בב"ד הא לא מהני לזה.

והנה הקצוה"ח הביא קושית הפנ"י דלמה אין צריך זמן מדאורייתא בגטין משום דרישה וחקירה לשיטת הפוסקים דצריך דו"ח בדבר שבערוה והא צריכים לידע באיזה יום ועי' מה שתי' הקצוה"ח ודחאו הנתה"מ והנ"ל דלא קשיא מידי דהנה הא דאמרינן עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד משמע להו להקצות והנתיבות דהכונה דאחרי שנחתמה חתימתם עה"ש הוי כמי שנחקרה אח"כ עדותן בב"ד עם השטר ולכן קשה להו דאם אין בו זמן הא חסר הדו"ח בקבלת עדותם, אבל זה אי אפשר לומר בשטר שלא נראה מעולם בב"ד דיהא כמי שנחקרה ואי דנימא דכל העולם ראו השטר הוי כמו ב"ד דכל בי תלתא הוי ב"ד ז"א דלא אמרינן כן אלא היכא שישבו בתורת ב"ד, ועוד היכא שלא נראה השטר לג' וראוהו עדים נאמר דבאופן זה לא יוכלו להגיד עדות מן השטר לומר שראו עדות שנחקרה, אכן באמת הביאור הוא דבאמת זה גופא הוי גזה"כ דשטר מהני העדות מן השטר גם לפני שנראה השטר בב"ד וכבר יש עליו תורת שטר ובשביל זה לא הוי בשטר פסול מפי כתבם משום דדין מפ"כ לא הוי אלא כשדין העדות נאמר בב"ד ונתקבל לפני ב"ד ובדין ב"ד הוא שאמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר שב"ד אינם רשאים לקבל אלא מפיהם ולא מפ"כ אבל דין שטר אינו נגמר משום שמתקבל לפני ב"ד אלא דחדשה תורה דבעת חתימתם נגמר השטר ונקרא שטר וע"כ דנתקיימה העדות בעת חתימתם ומשו"ה שפיר ניחא דלא צריך דרישה וחקירה דדין

דו"ח לא הוי אלא כשהעדות צריכה להתקבל בב"ד אבל דין זה דשטר הוא דין מיוחד והוא שנגמר בלא ב"ד ורק שעדים נאמנים לעשות שטר וליתן להלוה או המתחייב או המקנה והיינו כמש"כ באות ו' דעיקר החילוק בין דין שטר לדין כתב של העדים שהוא פסול מתורת מפ"כ הוא בזה דאם עדים כותבים עדות בעלמא שראובן הזיק את שמעון או שלאה נתקדשה ליעקב ויכתבו זה בתורת עדות על מעשה שהיה, זה אינו שטר אלא עדות עדים מקרי ובעדות עדים הצריכה תורה מפיהם ולא מפ"כ ודין שטר שהוא חידוש שהתנו בו הראשונים שיהי' מדעת המתחייב אין הכונה דבזה שיהא נכתב מדעת המתחייב לחוד סגי ודין השטר יהיה שהעדים יעידו על מעשה שהיה דזה אינו דבכה"ג אם יעידו עדים ויחתמו שראובן הזיק את שמעון אם תהי' זאת בתורת התחייבות [ולא] בתורת עדות על הנזק [אף] אם יכתבו בהסכמת ראובן לא יהיה ע"ז דין שטר ואיברא דלא נוכל לצייר זה שאם יכתבו בהסכמת ראובן לא גרע משטר הודעה אך לא מן השם הוא זה דלא שייך כלל דין שטר בכה"ג דדין שטר אינו העדאת עדים על המעשה שהיה ודעת המתחייב דבעינן הוא שיסכים שיכתבו עדותו דזה אינו דכל כה"ג ודאי עדות מקריא, ושטר היינו שהוא רוצה לעשותו לשטר מקנה שיוכל בכך להתחייב או להקנות והרי כל עיקר נוסח השטר הם דברי הבעל, בגט אנא פב"פ פטר ותריך יתיך פלונית אינתתי ובשטר מכר שדי מכורה לך שהם דברי המוכר והעדים אינם חותמין רק פלוני בן פלוני עד והיינו שהוא עד שהבעל צוה לכתוב כך ואף דברור ההתחייבות הוא במסירת השטר או הגט, ולכן אף כשכותבין בשטר נוסח העדים כגון פב"פ אתא לקדמנא ואמר לנו הוו עלי עדים וקנו ממנו וכו' אף שכותבין אותו בלשון עבר היינו נמי שנותנין השטר להמתחייב שכשימסור לקונה אז יהי' נגמר הקנין או ברור ההתחייבות ולפ"ז שפיר דלא צריך דו"ח כיון שאין זה עדות המתקבלת בב"ד דבשטר העדות נגמרת תיכף בשעת חתימתם והוא ראי' מיוחדה מכח הבע"ד.

ח) **ובזה** ניחא מה שעמדנו על פי' דברי הגמ' דד"ת עדים החתומים עה"ש נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ומה"ט אין צריך קיום מן התורה שעמדנו דעכ"פ דילמא מזויף הוא והבאנו דברי רש"י שפי' טעמו משום דלא חציף איניש לזיופי, והקשינו דא"כ הא לא הוי הטעם משום דכמו שנחקרה עדותן בב"ד אלא משום דלא חשיד איניש אזיופא, אולם לפי המבואר א"ש דאיברא דעיקר טעמא דלא חציף לזייף הוא דלא חיישינן לזיוף אבל אם לא יהיה דין שטר שמקבלים אנו עכשיו עדות מן השטר החתומים בו עדים א"כ לא שייך לומר דסמכינן אהא דלא חציף כיון דעכ"פ כל זמן שאין מכירים אנו את הכתב לא שייך בזה תורת שטר לעדות כלל כיון שאין אנו מכירים את הכתב כלל אם

הוא כתיבת ידם של עדות וכמו דאם היו ב"ד שומעים קול מגיד עדות בעלמא ואינם יודעים מי הוא שמוציא את הקול דודאי לא שייך לומר בזה עדות ואין בזה תורת עדות כיון שאין אנו יודעים מי מדבר, ואף אם יהא ברור לנו שזהו שהגיד, ולכן צריכין אנו לטעמא דעדים החתומים עה"ש נעשה כמי שנחקרה עדותן וכבר נגמרה עדותן תיכף בעת חתימתן שחתמו זאת מדעת המתחייב, ועתה מקבלים ב"ד ראיית השטר ולכן כיון דיש לנו חזקה דלא חציף איניש אזיופא הוי לנו בירור שהשטר הוא שטר כשר.

ט) **אכן** נראה יותר דחתימת העדים בעת חתימתם אינה עדות כלל על עיקר המעשה וזה לא כמש"כ שהיא עדות שחתמו על המעשה אצל הבע"ד וחדשה לנו התורה דנגמר בזה עדותן שלא בב"ד ומפי כתבם דבאמת לא שייך דין דהעדות כלל על דבר שלא היה עדיין דבשעת חתימתן אינם יודעין אם יתקיים כלל הדבר, שביד הבעל לא לגרש ולא למכור וכי נשאל לעדים אם נתקיים המעשה שמכר או שגרש אין הם יכולים להעיד ע"ז כלל, שהרי כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו, וכמו שהארכתי לעיל דמטעם זה א"א להיות דדין עדות שבשטר הוא כשאר עדות דעלמא, וא"כ גם באופן זה שחותמין העדות אצל הבע"ד ג"כ לא שייך לומר שהיא עדות על המעשה, דהא נוסח השטר הוא על מעשה שכאילו כבר היה ובאמת כל זמן שלא מסר השטר מקנה להקונה או למלוה לא נעשה אכתי חיוב וקנין כלל, ולכן נראה דענין העדות בזה הוא באופן אחר לגמרי דבאמת אין כאן הגדה כלל אלא שחותמין את השטר שיהיה שטר חתום והיינו דעיקר העדות היא במה שמעמידין חתימתן על השטר אצל הבע"ד והעדות היא שחתמו חתימתן דעיקר השטר הוא שהמקנה או המתחייב יתן השטר לבע"ד, אלא דלאשווי' שטר שעל ידו יתחייב ויתברר ענינו בב"ד בעינן חתימת עדים שבזה גומרין את השטר שלא יוכל לשנות להוסיף ולגרוע ומשום זה נקרא חתימה כמו תורה חתומה נתנה וזהו וכתוב בספר וחתום שבחתימה נגמר השטר, אלא דצריך עדים כשרים דאם לא כן הא לא נתברר לנו שנכתב בצווי הבעל ונמסר להבע"ד, והוא ענין עדות שונה מעדות דעלמא דהם אינם מעידים עדות כלל אלא שבחתימתן אצל הבע"ד הם מקיימים את השטר ואח"כ יש עליו דין ראית שטר.

ובזה מרווח לן סוגיא דגיטין דף ט' ע"ב עדים שאין יודעין לקרות קורין לפניהם וחותמין וכ' התוס' דלא הוי עמפ"ע שאין צריכין להעיד על עיקר המעשה אלא שאומר שכך כתובו בשטר ובעי שנים קורין או אפי' יחיד כגון ר"נ וספרי דדייני דאית להו אימתא כדלקמן בפ"ב, והנה אם נימא כפי המבואר בפשיטות שהעדים החתומים על השטר הם עדים על עיקר המעשה, א"כ אם אין הם יודעים מה כתוב בשטר על מה חותמין, דהא זה ודאי

דאף אם מעידים על המעשה הוי העדות שמה שכתוב בשטר הוא אמת וא"כ איך מעידין על דבר שאין יודעים, ומה שהוכיחו זה מהא דר"נ וספד"ד דאית להו אימתא היא גופא קשיא, שיכתבו עדות שמוכח להם שהיא אמת מהאומדנא דאית להו אימתא, ולפמש"כ מבואר הדבר דכיון דאין כאן עדות על המעשה, אלא שעושין אותו לשטר כשר להבע"ד שע"י יתחייב ויקנה, אלא דיש להם לידע שזהו הבע"ד אבל זהו כבר ענין צדדי ומוקדם, כשם שהם צריכים לידע שהוא ראובן או שהוא הבעל ואף שזהו מעיקר העדות שאם הוא אינו הבעל א"כ אין כאן התחלה להמעשה כלל, אבל זה שהם צריכים לידע שהוא הבעל אינו מעיקר העדות וכיון שנתברר להם באיזה אופן שהוא הבעל שפיר יכולין לחתום על הגט, ולכן מהני כאן מה שנתברר להם ענין השטר מהא דאית להו אימתא שמזה נתברר להם שהוא שטר של המתחייב, וכמו דמהני נודע על החולץ שהוא אחי המת אפילו מפי קרוב, ולכן יכולים להעמיד חתימתם על השטר דמעשה העדות הוא שהם חותמין את חתימתם, וכמו בגט שאף שהוא הבעל הוא עיקר והתחלה אבל אין זה מעשה העדות.

ולפי"מ שבארנו נוכל ליישב קושית התוס' בגיטין דף כ' בהא דמעשה בזקן אחד והיה מלוה לכל בני הכפר וכותב בכתב ידו ואחרים חותמין, ובא מעשה לפני חכמים והכשירוהו, ואמאי והא בעינא ספר מקנה וליכא, והקשו התוס' מה ענין שטר הלואה לגט דאינו אלא לראיה, ואפילו במלוה ע"פ היה גובה ממשעבדי, ולפי מה שנתבאר דעדות שבשטר הוא דין עדות מיוחדה ואם היינו באים לדון מעצמנו בדין שטר היה זה מפי כתבם ולכן אין חילוק בין שטר ראי' לשטר קנין דבכולם אנו צריכים לדון מקרא דין שטר וכיון שהשטר צריך להיות של מקנה גם בשטר ראי' כן, ואף שמצד הסברא אין לחלק בדין שטר בין אם הנייר הוא משל המתחייב או לא, אבל באמת גם בשטר קנין אין סברא לחלק בין ספר של מקנה או לא וע"כ דהוא גזה"כ דדין שטר שהבע"ד מוסר צריך להיות שלו, וא"כ אין נ"מ בין שטרי ראי' לשטרי קנין ובאמת לפ"ד אין צריך לחלק בין שטרי קנין לשטרי ראי' בשום דבר, דשטר שמהני לראי' מהני ג"כ להתחייב או להקנות.

י) **ובזה** שבארנו יתבאר מה שהקשו התוס' בהא דיבמות דאי מנחי גבי עדים זימנין דחזו בכתבא ואתו ומסהדי ואז הוי מפ"כ, והקשו התוס' דהא יכולין להעיד ראינו עדות שנחקרה בב"ד וכתבו דחיישינן שמא לא יאמרו ראינו עדות שנחקרה, רק שיעידו על המעשה, והקשינו דא"כ הא לא הוי החסרון משום מפ"כ רק שלא יעידו עדותן כפי שראו

באמת, ולפמש"נ דעיקר דין שטר אינו עדות על המעשה דהא כותבין ללוה אע"פ שאין מלוה עמו וכן למוכר אע"פ שאין לוקח עמו, ודין שטר הוא רק מה שהמתחייב מוסר להבע"ד אכן בשטר קדושין שהבעל כותבו א"כ אין הוכחה כלל משטר קדושין שכבר נתקדשה בעת שיצא השטר מתח"י הבעל, ואפי' אם נראה השטר יוצא מתח"י האשה אי אפשר לדון שכבר נתקדשה לו דהא אין זה שטר שהמתחייב מסרו לבע"ד שהרי היא נקנית לו ולא הוא לה ומ"מ גזה"כ שהבעל יכתוב השטר ובאמת בשטר קדושין צ"ל שלא נשתנה משאר שטרות שעיקר תוקפו הוא בזה שנמסר מבע"ד לבע"ד השני, וא"כ ראית השטר הוא להיפך שהוא קדשה ונתחייב לה לענין שתוכל לתובעו כנוס או פטור אבל לדון שהיא נתקדשה לו א"א לדון משטר זה, אלא דהגמ' מקשה דליתקנו זמן בקדושין ויהא מונח אצל עדים והיינו כדי לברר זמן הקדושין ואז יהיה הדין שאין העדים רשאים לכתוב השטר קדושין ולמוסרו להמקדש אלא דוקא כשיקדשה בפניהם ואם כן יהי' ראי' מהזמן שבאמת נתקדשה ביום זה כי בלא"ה לא היו העדים חותמין ונמצא דעיקר הראי' היא מחתימת העדים וזה הוי מפ"כ דמהשטר קדושין הא אין ראי' כלל שנתקדשה רק משום דאנו מאמינים להעדים שלא היו חותמין באופן אחר וא"כ הוא נאמנות להעדים ע"י חתימתן וזה כבר הוי מפ"כ.

והנה הרי"ף בהלכות הקשה ג"כ קו' התוס' וכתב דשטר שהוא ביד העדים אין לו דין שטר והקשו עליו הראב"ד והבעה"מ והרמב"ן יישב שיטתו בס' הזכות ובמלחמות וכתב דודאי כבר זכתה האשה בשטר כשנתקדשה ואם היתה מוסרת אותו לשליח בודאי לא היה עולה על הדעת לפוסלו ומ"מ כיון שאין תקנתו שיהיה מונח אצלה ולא אצל העדים אין לו דין שטר לדון ממנו דברשות אחרים אין משמש כלום רק אהימנותא דעדים קסמכינן ואינו אלא מעשה פנקס בעלמא ע"כ, ואין דבריהם מבוררים דכיון דזה פשוט לדבריהם שאם נתן הבעל השטר ביד האשה והיא הפקידתו אצל אחרים אין בזה דין מפ"כ והוא שטר גמור, א"כ מאי נפקא לן מינה אם הפקידתו אח"כ ביד העדים, דהא עיקר התקנה שיהי' מונח ביד העדים זה משום שאם יהיה בידה מחקה ליה, ובלא"ה היה אפשר להניחו בידה, וא"כ אם הפקידתו ביד העדים והעדים זוכרים שזהו השטר שמסרה להם וכבר היה השטר ביד האשה כשנתקדשה א"כ למה גרע זה ממונח ביד שליש, ולפמש"כ מיושב לכאורה דבאמת הוי שטר קדושין מפ"כ כיון דאין הבעל הכותב את השטר המתחייב שאינו מקנה לה כלום, דגם שכ"ו אינו חייב בשעת קדושין עד שעת נשואין.

אמנם דלפי"ז אין קושית הגמ' מבוארת דפריך שיתקנו זמן בקדושין ומשני לינחי גבי

דידה מחקה ליה לינחי גביה דידיה זימנין דבת אחותו ומחפי עלה, כיון שגם אם לא היו חוששין שתמחוק גם כן לא יועיל כלל לברר הזמן שנתקדשה לחייבה מיתה אם תזנה, אכן בגיטין בסוגיא דמפני מה תקנו זמן בגיטין כתבו התוס' דאף שעכשיו אין דנין מיתת ב"ד לאשה שזינתה ותנן ג' גיטין פסולין דגם עכשיו איכא תקנה שמא יחפה על בניה ממזרים או שלא תיאסר עליו אם זינתה, וא"כ יש לפרש דגם גבי קדושין פריך הגמ' משום תקנה זו דאף שלשטר קדושין לא יהי' תועלת לחייבה מיתה ע"י השטר קדושין עכ"פ נוכל לאסור אותה אם תזנה או לברר אם בניה ממזרים ובזה יש לומר דנדון גם מהשטר קדושין, ועל זה מתרץ הגמ' דאפשר לבוא תקלה מזה אם יראו עדים בשטר קדושין ויחייבו את האשה מיתה כשתזנה ומשו"ה לא תיקנו מעיקרא זמן בשטר קדושין.

יא) **ועכשיו** נבוא לבאר דברי הרמב"ם באות ה' דהנה בב"מ דף י"ג אמר רב אסי דאין כותבין שטר ללוה אא"כ מלוה עמו, רק בשטרי הקנאה כותבין אע"פ שאין מלוה עמו, ואביי חולק ואמר דעדיו בחתומיו זכין לו והרי"ף והרמב"ם פסקו כרב אסי, ואין כותבין שטר ללוה עד שיהי' מלוה עמו ויתן הלוה השטר להמלוה בפני העדים כמש"כ הרמב"ם בפכ"ג מהל' מלוה ולוה, ומשום דחיישינן בשביל הלקוחות שמא יכתוב בניסן ולא ילוה עד תשרי, א"כ כשאנו דנין על שטר זה הרי אנו דנין ע"פ העדים שכן נעשה המעשה והלוה לוה ונתן השטר, ולכן אף שבשעת כתיבתם וחתימתם עוד לא היו יודעין מההלואה ועשו השטר, אבל כיון דממסירת השטר מהלוה להמלוה לא נוכל לדון לגבות מהלקוחות שגם להלוה בעצמו אין אנו מאמינים ועיקר הנאמנות הוא להעדים שלא היו חותמין ונותנין להלוה אא"כ מסר בפניהם וזה אנו יודעין מחתימתן וזהו מפי כתבם, דאינו כבר דין שטר דעלמא דדין שטר נפקא לן מהיכא דסמיכתנו הוא על בעל דבר כמו בשטרי קנין או גם ראי' היכא דאין אנו גובין מלקוחות דהראי' הוא מהבע"ד וכמו בגט, אבל בהלואה כשנבוא לגבות מלקוחות דעיקר הראי' היא מהעדים הרי זה עדות בעלמא וממילא הוי מפ"כ, ומלבד הלואה יש עוד כמה עניני שטר שהוא מפ"כ כמו מי שנמחק שט"ח דכותבין לו העדים שטר אחר וכן מחאה ומודעה שכותבין שלא מדעת המתחייב כמש"כ התוס' בב"ב דף מ', ולכן כ' הרמב"ם שמדברי סופרים שחותכין עדות עפ"י עדות שבשטר שעיקר הראי' היא מן העדות והיינו כדי שלא תנעול דלת בפני לוין דכיון דאין כותבין שטר ללוה אא"כ מלוה עמו א"כ כל שטרי הלואה לגבות מלקוחות הוי עדות גמורה מפי כתבם ולא מדין שטר כלל וכן מוכח ממש"כ הרמב"ם אח"כ ואין דנין מעדות שבשטר במכות ובגלות ובדיני קנסות אלא מפי העדים ושם ע"כ דמיירי בדין עדות שבשטר ולא בדין שטר דלא שייך בזה דין שטר כלל ולזה חידש הרמב"ם דגם על

עדות שבשטר היכא דליכא דין שטר מ"מ סומכין עליהן.

וראיה לדברי הרמב"ם מהא דבקדושין דף כ"ו אמרי' בכסף מנלן אמר קרא שדות בכסף יקנו ואימא עד דאיכא שטר ומשני דשטרא ראי' בעלמא הוא ואח"כ על הא דתנן ובשטר אמר אילימא מוכתוב בספר וחתום הא אמר שטרא ראי' בעלמא הוא, ומבואר דעיקר שטר דכתיב בקרא הוא לראיה ובגיטין דף ל"ו אהא דתנן והעדים חותמין על הגט מפני תקון העולם דאורייתא היא דכתיב וכתוב בספר וחתום ומוכח מזה דהגמ' סבר דהוא שטר קנין דאי שטר ראי' הא פשיטא דבעי עדים שיחתמו על זה ומה הוכיח הגמ' מזה לשטר קנין שצריך חתימת עדים וקושיא זו הקשה בס' המקנה עי"ש שהאריך בתירוצים, אכן לפ"מ שהעליתי דכל היכא שהשטר ראוי לקנין גם אם אינו מקנה בהשטר וכגון שמקנה לו בכסף ובק"ס כיון שהכשירה תורה שטר זה ולא הוי מפ"כ מהני גם לראיה, א"כ מיושבת הסתירה מהגמ' דגיטין דשטר ראיה לחוד הוי מפ"כ מדין תורה וא"כ כיון דחזינן דמועיל שטר ראי' ובעדי חתימה א"כ ע"כ דהשטר ראוי להועיל לקנין דאם נימא דלקנין אין צריך עדים ובמה שמוסר המקנה לקונה שטר בלא עדים נגמר הקנין, וא"כ אינו מועיל כאן נאמנות העדים להקנין ונשאר נאמנות העדים רק לראיה ובזה הוי מפ"כ, ומבואר דמסתירת הגמ' מוכרח כשי' הרמב"ם דשטר ראי' לחוד הוי מדין תורה מפי כתבם.

יב) **ובזה** שבארנו יתיישב דברי הר"ן בשי' הרי"ף שהבאנו דגם לר"א דסבר ע"מ כרתי עדי חתימה נמי כרתי וביאר הר"ן דאין הכונה דלר"א נמי ע"ח כרתי כמו לר"מ רק שמעדי חתימה מתבררת המסירה אבל באמת רק המסירה כורתת והביא הר"ן ראי' לשי' מהא דאמר בגמ' מודה ר"א במזוייף מתוכו והקשיתי דגם לפ"ד אין ביאור לדברי הש"ס דכיון שאין החתימה כורתת ווכתב לאו אחתימה קאי א"כ למה צריך לשמה כיון דאינו כורת כלל אלא דמהני במקום ע"מ וע"מ לא צריך לשמה, אכן לפי דברינו מבואר בפשיטות ונבאר דין שטר וממילא יבואר גבי גט דבאמת מנין לנו דין שטר גבי גט כיון דלא נזכר דין שטר גבי גט כלל, א"כ מנלן דעדי חתימה מהני להיות ראי' דהיינו ע"כ שאנו באין ע"ז מדין שטר דאלא"ה בודאי לא מהני כלל והוי מפי כתבם וא"כ מנלן דשייך גבי גט כלל דין שטר, בשלמא לר"מ דדריש וכתב לה ספר כריתות דקאי אחתימה דידע מסברא דבלא ע"ח לא שייך שיהיה דין שטר ולכן דריש וכתב וחתם וא"כ שפיר בעינן דין שטר מקרא אבל לר"א מנלן דדין שטר מהני בגט ואף אם נימא דילפינן מממון אכן לפי מה שבארנו דגם גבי ממון דין שטר הוא דין עדות מחודשה א"כ איברא דמהני לראי' אבל מנלן דמהני לקיום השטר, ולכן נראה לפ"מ שבארנו למעלה בהל' ג' דאין הכונה דלר"א

עיקר דין שטר הוא בעדי מסירה ואנן הוא דאמרינן מסברא דע"ח הויין כעדי מסירה דהא באמת במשנה תנן להיפוך ר"א אומר אעפ"י שאין עליו עדים אלא שנתנו לה בפני עדים כשר, אלמא דהוא להיפוך דעיקר דין גט בעדי חתימה דילפינן מהא דוכתוב בספר וחתום, אלא דר"א סבר דכיון דתועלת עדי חתימה אינו אלא שיתברר שבא הגט מיד הבעל ליד האשה א"כ כשיש עדים בשעת המסירה ודאי מהני, ור"מ סבר דשטר כיון דתיקונו בע"ח לכן אם הוא בלא ע"ח הרי הוא כחספא בעלמא ע"ש, עכ"פ ר"א לא גמר מסברא דין דע"ח אלא נמי גמר לה מקרא דוכתוב בספר וחתום רק דסבר דע"מ כשר דמהני מטעם זה ומסברא ודאי לא היינו אומרים דמהני ע"ח דהא לא נשאר אח"כ אלא אומדנא ואי צריך עדים בגט לא הוי עדים, וכיון דילפינן זה מקרא כמו לר"מ לכן בעי לשמה נמי.

הלכה טז

השליח נעשה עד לפיכך אם עשה שני שלוחין לקדש לו אשה והלכו וקידשו אותה הן הן שלוחיו והן הן עדי הקדושין ואינן צריכין לקדשה לו בפני שנים אחרים.

השליח נעשה עד, המ"מ הביא דברי הרשב"א דכשהיא מכחישתן הרי היא ספק מקודשת וכשאינה מכחישתן יש לומר ודאי מקודשת ויש לומר שהיא ספק מקודשת, ובירושלמי הוא מחלוקת אמר רבי אבין בר חייא נראין דברים בשקדשה בשטר אבל בשקדשה בכסף נעשה כנוגע בעדותו אמר ר' יוסי מכיון שהאמינתו תורה אפי' בקדשה בכסף אינו כנוגע בעדותו, ואף בה"ג כתב הא דשליח נעשה עד ולא חילק בין קודם תקנה לאחר תקנה, וכמו שלא חילק רבינו וכן נראה עיקר עכ"ל.

והנה כדעת הרשב"א כתב גם הר"ן וביאר הר"ן דכיון דבלא הודאתה אינם נאמנים לכן גם כשמודה הו"ל כמקדש בלא עדים, והיינו דמתחלה קדשוה בלא עדים כיון שיכולה היתה להכחיש, ולבאר דעת הרמב"ם נראה דהנה הר"ן הקשה למה לא יוכל הלוה לפטור את השלוחים משבועה ויהיו עדים כשרים כיון דיפטרם משבועה ותי' דמשום זה גופא הו"ל נוגעין דחיישינן שבשביל זה שפוטרם משבועה יעידו לטובתו, והנה זה אינו מוכרח שבשביל טובה מועטת כזו יפסלו לעדות, והאבני מלואים כתב גם כן דלא גרעי מנוטל שכר להעיד שאינם פסולים מן התורה וכ"ש כאן שאין זה שכר גמור עי"ש, ונוכל לומר דלא ס"ל להרמב"ם דמשום זה יהיו פסולים להעיד, והנה האב"מ תי' דמשו"ה לא מהני שיפטרם הלוה דכיון דהם פסולים מטעם עד הצריך שבועה וזה הוא פסול ולכן הוי תחילתו בפסול ולא מהני מה שיפטרם אח"כ, ואין זה נכון דמה שהם פסולים משום עד הצריך שבועה הא אינו אלא משום נוגע דהא אם ירצו לשלם יהיו כשרים, אלא משום

דאינם רוצים לשלם ובדבריהם הם רוצים ליפטר מלשלם, אלא דכיון דבלא שבועה אינם נאמנים הוי עד הצריך שבועה אבל כיון שיסולק נגיעתם כשרים.

ונראה לי דמשו"ה אין הלוה יכול לפטרם משבועה דהא אכתי הם מחוייבים שבועה למלוה דאם יש בידם מעות של לוה מחוייבים למלוה מדינא דר"נ ולא מהני מחילתו בזה, והנה הר"ן הקשה דאיך יוכל הלוה להשביעם היסת והא הוי טענת ספק דהוא אינו יודע אם פרעו להמלוה אם לאו ותי' הר"ן דמשביעין אותו מדין צירוף טענות שמצרפין טענת הלוה והמלוה, וא"כ לא מהני מה שהלוה ימחול דעכ"פ המלוה יתבע המעות מדר"נ ושוב יצטרך לישבע, דהמלוה יתבע השבועה וכיון שצריכים שבועה פסולים להעיד, נמצא דכל זה הוא במלוה ולוה אבל באשה הא אינם מחוייבים לה מדר"נ, וא"כ יכול הבעל לפוטרם ולא הוי קדושין בלא עדים, ומיושב דעת הרמב"ם במה שכתב דהוי ודאי מקודשת.

והנה הב"י בסי' ל"ה באה"ע הביא בשם מהרי"ק וז"ל ופשוט שאם היה עד כשר זולת השליח וגם היה השליח כשר להעיד שאינו קרוב דחשוב כתרי, שהרי הלכה רווחת בישראל דשליח נעשה עד, ותמה הב"י דאיך כ' על דבר שהוא שנוי במחלוקת שהלכה רווחת היא, וכ' ע"ז הב"ש לפי מש"כ הח"מ דהכא כיון שהעד השני שאינו שליח מסייעו ועד המסייע פוטר משבועה ולכך אין השליח צריך לישבע והוי עד כשר ע"ש, ופליאה נשגבה לי על דברי הח"מ והב"ש דהא מעיקרא אמרינן בגמ' דבתר דתיקון רבנן שבועת היסת הוי השליח נוגע בעדות משום דאם לא יאמר החזרתי למלוה יצטרך לישבע ללוה שבועת היסת, והקשו ע"ז התוס' כיון דעכ"פ גם עכשיו צריך השליח לישבע א"כ יתכשר אחר השבועה דשוב אינו נוגע, וכתבו דעד הצריך שבועה אינו עד, א"כ נמצא דמה שאנו זקוקים להך טעמא דעד הצריך שבועה אינו אלא אחר שהדין הוא שנשבע השליח שהחזיר למלוה, אבל בל"ז אילו לא היה הדין שצריך לישבע שהחזיר למלוה, א"כ בודאי אין לו מיגו לומר החזרתי לך דהא אם יטעון החזרתי לך יצטרך לישבע, וא"כ מה זה שכתבו דכיון שיש עד עם השליח שמסייעו ואינו צריך לישבע דעד המסייע פוטר וממילא גם השליח נחשב לעד כשר, דהרי אדרבה שמכיון שעכשיו שאומר שקדש את האשה אינו צריך לישבע משום שיש לו עד מסייע, א"כ ע"כ הוא מוכרח לומר שקדש את האשה שלא יתבע ממנו הבעל את מעותיו, ואין לך נוגע גדול מזה שהרי אם יטעון החזרתי לך אז בודאי יצטרך לישבע שבועת היסת דבזה לא יהיה העד מסייעו וע"כ צריך הוא לומר שקדש את האשה והוי נוגע גמור, ולא נשאר אלא העד אחד שעם השליח אבל השליח בודאי לא יוכל להיות עד, ולא משום עד הצריך השבועה רק משום שהוא

נוגע, אלא דלכאורה לפי"ז גם אם נתן בפני שני עדים שקרובים למלוה או להאשה יהיה ג"כ הדין כן שלא יוכלו השלוחים להיות עדים, אף שאינם צריכים לישבע, אלא משום שע"כ צריכים לומר שמסרו לה דאלא"ה יתבע מהם הבעל או הלוה את הכסף, ואם יאמר החזרתי לך הא ע"ז אין לו עדים, אלא דבאמת ז"א דאם יש עדים שנתנו להמלוה או להאשה בזה לא הוי נוגע בעדות כלל דאינו מוכרח להעיד שנתן להאשה או להמלוה, וממילא אם יאמר איני יודע יהיה פטור דהא יש עדים שנתן לה אבל הכא שאין כאן אלא עד אחד ואם יאמר שכחתי אם החזרתי הוי איני יודע אם פרעתיך ולא יוכל הע"א לפוטרו וא"כ ע"כ צריך לומר שנתנו להאשה וא"כ הוי נוגע בדבר, וחזרה קושית הב"י למקומה.

והנה הט"ז תי' על קושית הב"י בפנים אחרים, דכיון שיש עוד אחד עם השליח לא מיפסיל מטעם נוגע, והביא ראי' לזה מסי' י"ב דשנים שהעידו להתיר את האשה מותר אחד מהם לישאנה, שאין שנים מצויין לחטוא בשביל אחד, אלמא דמכיון שיש עוד אחד שאין שייך עליו חשד גם בהשני אין אנו חושדים ולכן גם כאן כיון שיש עוד אחד ביטל נגיעתו של השליח עי' בדבריו, ודברי הט"ז תמוהין מאד בזה דודאי פסול אם עד אחד הוא נוגע בדבר אף שהשני אינו נוגע דמ"מ הוא נוגע ופסול להעיד, ובין אם הטעם דנוגע פסול מטעם קרוב הוא דודאי פסול דעכ"פ קרוב הוא, אלא אפילו אי אמרינן דנוגע פסול מטעם משקר מ"מ בודאי כיון שהוא נוגע בדבר אינו נאמן, והשני הוא רק ע"א ואם נסמוך עליו להכשיר את השליח נמצא שאנו סומכין על עד אחד כיון שעל השליח לא נוכל לסמוך כיון שהוא נוגע, ומה שהביא הט"ז מהא דסי' י"ב אין דומה כלל וכלל דהתם מה שאסור כשמעיד אחד אינו כלל משום פסול נוגע אלא משום חשד שיבואו לחשוד אותו, ואם כנס לא יוציא ולכן אמרינן דכיון שיש שנים לא יבואו לחשוד שאין שנים מצויין לחשוד בשביל אחד, אבל הכא דמדינא פסול משום נוגע מה לן שהשני אינו נגוע עכ"פ השליח נוגע הוא ופסול להעיד ואין כאן אלא ע"א והחילוק ברור, וביותר תמוה דהוא סוגיא ערוכה בב"ב דף מ"ג בראובן שגזל שדה משמעון ומכרה ללוי ואתא יהודה וקא מערער דלא ליזיל שמעון לאסהיד לי' ללוי ופי' רשב"ם שלא יבוא שמעון הנגזל ויצטרף עם אחר ויעיד שזו השדה אינה ליהודה אלמא להדיא שאם אחד הוא נוגע ואחד אינו נוגע פסול הנוגע להעיד ודבר פשוט הוא.

והנה במה שכתב הרשב"א דבמכחישה את העדים הרי היא ספק מקודשת והביא זה המחבר בסי' ל"ה סעיף ב' וכתב בח"מ הטעם דאף שהם נוגעים בעדותן מ"מ כיון שאם היה האמת שקידשוה הרי היא מקודשת לכן חיישינן מספק, והב"ש כ' דכיון דמדאורייתא אינו צריך לישבע אלא מדרבנן לא מיקרי עד הצריך השבועה, והנה כל זה

הוא לשיטת הסוברין דכשהאשה מודה שקבלתן לשם קדושין הוי מקודשת מדאורייתא, אכן לשי' הרשב"א דגם במודה אינה מקודשת ודאי משום דהוי קדושין בל"ע א"כ לא נוכל לומר כדברי הח"מ שאם יבוא אליהו ויאמר שקדשוה הרי היא מקודשת ודאי דאינו כן כיון דהוי קדושין בל"ע בשעה שקידשוה, וגם תי' הב"ש דכיון שאינו צריך שבועה אלא מדרבנן לא הוי עד הצריך שבועה, נראה לי דלא נוכל לומר כן לשי' הרשב"א, דהנה לכאורה למה לא ישלמו העדים על שלא נתנו לה בפני עדים, אלא שכבר כתב בזה הש"ך סי' קכ"ג עפ"ד התוס' בב"מ דף ג' דכיון דלא הזכיר לו עדים כלל לא הוי פשיעה מה שנתן שלא בפני עדים, והנה דברי התוס' אינם שייכים אלא בממון דבממון כיון שלא הזכיר לו כלל עדים אינו מחוייב מעצמו ליתן בעדים דשמא הוא נאמן אצלו ואינו צריך עדים, אבל בקדושין דע"כ צריך עדים מדין דשב"ע וכיון דנימא דאינה מקודשת א"כ בודאי פשעו במה שקדשוה בלא עדים, וא"כ יצטרכו לשלם ולא שייך בהו שבועה כלל, דממ"נ אם נימא שהיא מקודשת גמורה א"כ למה ישבעו ועל מה ישבעו שהרי עשו שליחותן, ואם נימא שאינה מקודשת א"כ הם צריכים לשלם, ולפמש"כ בשי' הרמב"ם דכיון דיכול הבעל לפוטרם הוי שפיר קדושין בעדים, וא"כ הכא נמי אינם צריכים לשלם בשביל זה שלא קדשוה בעדים דהכא יכול הבעל לפוטרם ושוב לא יהיו נוגעין בעדותן ויהיו קדושי ודאי.

אח"כ ראיתי שבמה שכתבתי מתחלה לסתור דברי הח"מ והב"ש דהעד הוי עד מסייע, כבר העיר בזה האב"מ אלא שהביא מה שכתב הרמ"א בסי' פ"ז דעד מסייע אינו פוטר משבועה היכא דאינו נאמן האלא משום מיגו, ולכן גם כאן יצטרך לישבע כיון דבמיגו דאהדרינהו ניהליך היה צריך שבועה, ולזה כתב דממ"נ אם אין צריך שבועה לא הוי מיגו ואם צריך שבועה הוי עד הצריך שבועה ומאד אתפלא במה שהביא לזה דברי הרמ"א דעד מסייע אינו פוטר היכי דאינו נאמן אלא משום מיגו ורוצה לומר שגם הכא יצטרך שבועה כיון דאם היה טוען החזרתי היה צריך שבועה, והוא פלא דאטו באמת מה שטוען השליח שנתן למלוה או לאשה אינו נאמן בזה אלא משום מיגו ולמה צריך מיגו לזה הלא נתן לו על מנת ליתן למלוה או לאשה, והוא נתן ולמה לא יהיה נאמן ולא שייך לומר דאינו נאמן אלא במיגו דההחזרתי אלא בטוען מחלת לי משום שאינו רגיל למחול ולזה צריך מיגו, או בטוען יש לי בידך כנגדם גם בזה צריך מיגו כמו בטוען עד כדי דמיהם משום שאינו נאמן לחייב את חבירו ולומר שנמצא אצלו מעות שלו אלא בעדים ולכן צריך מיגו דההחזרתי, אבל בזה ששלח לו ליתן מעות למלוה או לאשה לקדשה למה לא יהא נאמן לומר שעשה שליחותו, ולא אמרו בגמ' מגו אלא דאם יבואו להעיד לגבי המלוה והלוה

שנתנו בזה אמרינן שהם נוגעים דע"כ אומרים שנתנו, אלא משום דאית להו מיגו ואי באו ואמרי החזרנו לכן לא הוי נוגעים בעדות, אבל לגבי עצמם אינם צריכים מיגו כלל, ומה שנשבעים הא אינו אלא משום דמצטרפין הטענות וכמש"כ מדברי הר"ן וכן מבואר בחו"מ סי' קכ"א אבל בעיקר הנאמנות נאמנים בלא מיגו, וכיון שנאמנים בלא מיגו רק שצריכים שבועה משום דמצטרפין הטענות ולכן כשיש להם עד מסייע שפיר נפטרים משבועה דלגבי עצמם יש להם עד מסייע וברור.

הלכה כג

כל המקדש אשה בין ע"י עצמו בין ע"י שליח צריך לברך קודם הקידושין או הוא או שלוחו כדרך שמברכין על כל המצות ואח"כ מקדש ואם קידש ולא בירך לא יברך אחר הקידושין שזו ברכה לבטלה מה שנעשה כבר נעשה.

כל המקדש אשה וכו' כתב הראב"ד אין אנו נוהגין כן אלא מקדש ואח"כ מברך והטעם מפני שהדבר תלוי בדעת אחרים שאם תמאן האשה ולא תרצה הרי הברכה לבטלה וזה הטעם לברכת האב שמברך להכניסו בבריתו של אברהם אבינו עכ"ל ועיין בלח"מ מה שכתב דברכת בבריתו של אברהם אבינו משמע מדברי הב"י דסובר הרמב"ם שמברכין אחר המילה וכתב בזה כמו שפירש רבינו תם דשם בשביל שאין המברך עושה המצוה, ויש לעיין בתירוצו דהא הרמב"ם כתב כאן כל המקדש אשה בין ע"י עצמו בין ע"י שלוחו ומברך קודם הקדושין, אלא שיש לומר דשליח שמקדש בשליחות הוי כמו שמקדש בעצמו כיון שהשליח עושה הקדושין, ויש לחזק זה ע"פ מה שכתבתי בקדושין דף ט' ע"ב בד"ה כתבו שכתב ומסתברא דהיכא דשויתיה שליח לקבלה אין שטר הקדושין נכתב מדעתו כדקיי"ל גבי גט דאפי' באומר אמרו פסול ובטל הוי והכא נמי מהתם גמרינן מה התם דעת מקנה בעינן ולא שלוחו אף כאן דעת מקנה ולא שלוחו ואפי' באומרת אמרו, וראיתי לרב ר' משה ז"ל שכתב ואם קדש בשטר אינו כותבו אלא מדעת האב או מדעת השליח ואינו נכון לדעתי עכ"ל הרמב"ן וכתבתי בזה בהגהה אות ה' וז"ל נראה ע"פ מה שכתב הרמב"ם בפ"ג הל' י"ח והוא אומר לו קדשתיה לך ומוכח דסובר שהשליח הוא המקדש שמסרה לו בשליחות זכות קדושיה ולא דמי לגט, וממילא מבואר דגם כשהשליח הוא המקדש מברך השליח קודם הקדושין.

פרק ד

הלכה א

אין האשה מתקדשת אלא לרצונה והמקדש אשה בעל כרחה אינה מקודשת, אבל האיש שאנסוהו עד שקידש בעל כרחו הרי זו מקודשת, ויש לאיש לקדש נשים רבות כאחת והוא שיהיה בכסף אם קידש בכסף פרוטה לכל אחת ואחת, ויש לאחת מהן או לאחר לקבל הקידושין ע"י כולן מדעתן.

השגת הראב"ד, אבל האיש כתב הראב"ד ז"ל והוא שיאמר רוצה אני ועי' במ"מ שביאר בדעת הרמב"ם דעושה מעשה בשתיקה דהיינו שאינו צווח יותר אלא שעשה כמו שכפוהו הו"ל כאומר רוצה אני עי"ש.

והנה הרמב"ם בפ"ב מהל' גירושין הל' כ' כתב מי שהדין נותן שכופין אותו לגרש כו' מכין אותו עד שיאמר רוצה אני ויכתוב הגט והוא גט כשר, ומתבאר מדברי הרמב"ם דבעי שיאמר רוצה אני ותימה דמאי שנא מקדושין דעושה מעשה בשתיקה מהני גם אם לא אמר בפירוש רוצה אני, וגבי גט אף שעשה מעשה לא מהני עד שיאמר בפירוש רוצה אני, וכבר עמד בזה המהרי"ט והלח"מ, והמהרי"ט תירץ דבגט לא מיקרי נתינתו מעשה דבעינן שיכתוב הגט לשמה, ואם לא כתבו לשמה לא הוי גט כלל ולא מיקרי מעשה דניירא בעלמא הוא, ולכן צריך שיאמר רוצה אני והיינו שיכתבוהו לשמה.

ונראה דלא דמי דין רצון דבעינן בגט לדין רצון בקדושין ומו"מ דהנה הרמב"ם בפ"א מהל' גירושין הל' ב' כתב והיה אם לא תמצא חן בעיניו מלמד שאינו מגרש אלא ברצונו וצ"ע דהרי בכל הקנינים נמי בעינן רצון ולמה צריך למילף מוהיה אם לא תמצא חן בעיניו שאינו מגרשה אלא מרצונו, ונראה דבאמת צריך להבין הא דמהני בעלמא גבי תליוה וזבין שיאמר רוצה אני, דלכאורה אין הביאור דאחר שאמר רוצה אני הוא רוצה כבר באמת גם בלא הכפיה דהרי קמן שכל זמן שלא כפוה לא רצה ומחמת המכות נתרצה, וא"כ גם כשאמר רוצה אני הדר יטעון ע"ז גופא טענת אונס, לכן נ"ל שכל דין אונס אינו אלא אם הוא חושב בשעת מעשה שלולא האונס לא היה עושה כן, ואם היה מציאות לחזור היה חוזר, ולכן הא דצריך שיאמר רוצה אני היינו שאומר שעכשיו דעתו כן בהחלט שישאר כך ואף שחזינן דרק מחמת ההכאה הוא אומר את זה, מ"מ אמרינן כיון דמקבל זוזי או משום דמצוה לשמוע דברי חכמים לכן אגב אונסי' גמר ומקני ואמרינן שדעתו בהחלט כן ומה שבמחשבתו הוי דברים שבלב אלא אם כן ימסור מודעה ולכן אינו יכול לטעון טענת אונס דדברים שבלב אינם דברים וכיון שמתוך מעשיו מוכח שרוצה שפיר מהניא מכירתו.

אכן יש נ"מ בין קניני מקח וממכר וקדושין לבין גיטין והקדש דבקנינים מה שצריך שיאמר רוצה אני הוא מתרי טעמי חדא שיהי' הקנאה דבעינן כונה ובלא כונה להקנות לא הוי קנין כלל וזהו אונס המבואר בהכונס דף ס"ב ועוד צריך רצון לענין שלא יהיה אונס דמדין תורה נתמעט אונס דלא הוי מעשה כלל מולנערה לא תעשה דבר וכמבואר בנדרים דף כ"ז גבי תנאי דאי לא אתינא עד תלתין יומי ואיתניס ולא אתי ואמר רבא אנוס הוא ואונס רחמנא פטרי' דכתיב ולנערה לא תעשה דבר, וכן בב"ק דף כ"ח גבי נפשרה ואמרינן דאונס הוא ואונס רחמנא פטרי' דכתיב ולנערה וגו' ואף דהתם מיירי לענין עונש דהתורה פטרה אותה מדין אונס ומאי שייך זה לאונס דגבי תנאי או לענין עשיית מזיק (ואולי צ"ל שהוא דרשא שמיותר קצת דלא בעי למיכתב רק שהוא חייב וממילא הוי שמעינן שהיא פטורה מדלא כתב בפירוש שהיא ג"כ חייבת). עכ"פ ילפינן מולנערה דמעשה באונס לא הוי [מעשה] וע"ז אמרינן בב"ב אגב זוזי גמר ומקני היינו דמקנה בהחלט ומה שלא רצה מקודם לא איכפת לן דלא עדיף מהעמיד עליו רעים דמהני ודאי, אבל כל זה הוא במקח וממכר או בקדושין אבל בגט כיון דילפינן מוהיה אם לא תמצא חן בעיניו ויש פסוק מיוחד דבעינן לרצונו ע"כ דמה דבעינן רצון הוא בשביל עצם החלות של הגירושין ולא כמו גבי מו"מ שהוא רק תנאי וכדי שלא ליהוי אונס דגבי גט בעינן התרצות ממש שיתרצה בלבו ונהי דהרצון הוא מתוך כפיה כבר הסביר הרמב"ם משום דע"י הכפיה כפה יצרו הרע דכיון שיש צד רצון גם בלא הכפיה שהוא ישראל ורוצה בקיום המצוות ויש צד המונע דהיינו יצרו הרע ולכן כשכופין אותו ואומר רוצה אני מיקרי רצון וכן גבי קרבן דבהדיא כתיב בי' לרצונו בעינן רצון ממש ולכן בעינן שיאמר רוצה אני ובלא אמירתו אף שהקדיש בפיו והביא לעזרה וסמך ידו עליו לא מהני דאפשר שעשה כל זה מתוך כפיה אבל אם אמר רוצה אני אף דדברים שבלב לא מהני גבי קרבן דכתיב לרצונו מ"מ הוי לרצונו כיון שכפה יצרו הרע וכמו שהסביר הרמב"ם ולכן בעינן שיאמר רוצה אני דהיינו החלטה על הרצון וכמש"כ, ולכן סובר הרמב"ם דגבי קדושין דשם אין דין מיוחד של רצון וצריך רצון כמו גבי שאר קנינים שפיר מהני עושה מעשה בשתיקה.

והנה המ"מ הקשה על הראב"ד דהכא גבי קדושין הצריך שיאמר רוצה אני דהא גבי מכר בפרק י' מהל' מכירה לא הזכיר הרמב"ם רוצה אני והראב"ד לא השיג שם על זה ומוכח דגבי מכר סבר הראב"ד ג"כ דלא בעינן שיאמר רוצה אני ומ"ש קדושין מני'.

ונראה בביאור דברי הראב"ד דבאמת צריך רצון בלב גבי מכירה ג"כ ולא סגי בהחלטה אלא דס"ל נמי דעושה מעשה חשיב כמו רוצה אני ואף דקמן שמתוך כפיה מכר מ"מ

אפשר דאחרי הכפיה הוא רוצה כבר באמת וכמש"כ דאונס לא הוי אלא היכי שגם בעת מעשה אינו רוצה וחושב שאילו היה אפשר לו לחזור היה חוזר וגם עכשיו אבל הכא אפשר שמתוך הכפיה הוא רוצה כבר ולא הוי אונס דכיון דליכא אומדנא דמוכח שאינו רוצה הוי דברים שבלב וכדאמרינן בקדושין דף נ. וכיון שעשה מעשה בשתיקה שמראה שהוא רוצה אין אנו חוששים למה שבלבו כיון דליכא אומדנא דמוכח אבל מתי אמרינן דדברים שבלב לא הוי דברים דוקא היכא דמכחיש אבל היכא דלא מכחיש נשארת האומדנא דחזינן דכפוהו והוא מתוך כפיה מכר ולכן סבר הראב"ד לחלק בין קדושין למכר דגבי מכר כיון שהוא תלוי בדעת שניהם שהרי הלוקח הוא הנותן את הכסף קנין והמוכר קבל ממנו אמרינן דמסתמא ניחא ליה כיון דלא אזלינן בתר דעתו לחוד אבל גבי קדושין כיון דבדעתו לחוד תלוי והוא לא קבל ממנה כלום אפשר דלא ניחא ליה ועשה כל זה מתוך אונס ולכן הצריך שיאמר רוצה אני.

ויסוד לדברי הרמב"ם נראה מהא דבקדושין דף נ' אמרינן ודברים שבלב אינם דברים מנא לן ורצה הש"ס להביא מהא דיקריב אותו מלמד שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני ואף דבלבי' לא ניחא ליה ומשני דלמא שאני התם דניחא ליה בכפרה ושוב רצה להביא ראי' מגיטי נשים שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני ומשני משום דמצוה לשמוע דברי חכמים ומבואר בדברי הגמ' דמשום דניחא לי' בכפרה ומשום מצוה לשמוע אמרינן דבאמת ניחא ליה בקרבן ובגט, והנה גבי מכר הרי ליתא הך סברא אלא דאמרינן דאגב זוזי גמר ומקני ופי' הרשב"ם דהואיל ואיכא תרתי יסורין ומעות ומוכח דבלא יסורין אין לנו סברא דיחפוץ בזה א"כ אפילו אמר רוצה אני אין לנו בירור שרוצה באמת גם בלא היסורין אלא דמתוך היסורין הוא רוצה ומ"מ החלטה הוי וא"כ אפילו עושה מעשה בשתיקה מהני.

ונראה לומר דהרמב"ם והראב"ד אזלי לשיטתייהו דבפ"א מהל' גזילה ואבידה הל' ט' כתב הרמב"ם כל החומד עבדו או ביתו וכו' והכביד עליו רעים וכו' אעפ"י שנתן לו דמים רבים הרי זה עובר בל"ת ואין לוקין על לאו זה מפני שאין בו מעשה ואינו עובר בלאו זה עד שיקח החפץ שחמד וכו' והשיג הראב"ד במש"כ הרמב"ם דעובר בלא תעשה דהיינו בשלא אמר רוצה אני וכתב המ"מ דהראב"ד סבר דהא דאמרינן תליוה וזבין זביני' זביני היינו שגם בלא תחמוד אינו עובר דאי עובר בלא תחמוד אין המכירה קיימת דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ובדעת הרמב"ם כתב המ"מ שאעפ"י שעבר בלא תחמוד מקחו קיים ואע"ג דאמר רבא כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני והאי דלקי משום דעבר אהורמנא דמלכא והרי הוא כעין גזל צמר ועשה

ממנו בגד שאינו משלם אלא כשעת הגזילה וקנה הדבר בשינוי כדאיתא התם אף כאן קנה בדמים, ודבריו נפלאים מאד דהא התם בתמורה באמת מקשינן ארבא מהגוזל עצים ועשאן כלים ומשני שאני התם דאמר קרא אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר וא"כ התם גלי קרא אבל בלא תחמוד דליכא קרא כל זמן דליכא שינוי מהיכא תיתי דתתקיים המכירה.

והנה עוד השיג הראב"ד על הרמב"ם במש"כ דאין לוקין משום שאין בה מעשה והשיג הראב"ד לא ראיתי תימה גדול מזה והיכן מעשה גדול מנטילת החפץ וכתב המ"מ שהראב"ד הולך בשיטתו שכתב שאם אמר רוצה אני אינו עובר בל"ת, אבל הרמב"ם דסבר דאפי' בנתרצו עובר לכן סובר שאין בו מעשה לפי שנטילת החפץ ברצון המוכר נעשה אבל ההשתדלות כדי לרצותו הוא האיסור ואין בו מעשה, ונראה דלשיטתייהו אזלי דלדעת הראב"ד שבארנו דבעינן גם גבי מכירה רצון ממש ואגב אונסי' גמר ומקני היינו דאמדינן דעתי' שבאמת החליט למכור וזה לא הוי אונס כיון שבשעת מכירה נתרצה דאטו אם ירבה עליו רעים או יאנסו למכור ולא ישמע לו ואחר זמן יתרצה אטו נאמר דאסור לו לקנות משום שאנסו פעם, ולכך סובר דזה דוקא בלא אמר רוצה אני דבאמר רוצה אני אמרינן שרוצה כבר באמת וליכא לא תחמוד, אבל דעת הרמב"ם דלא צריך רצון ממש ובעינן רק כונה להקנות וכיון שהחליט למכור חלה המכירה ולכך גם באמר רוצה אני כיון שהכונה שמתוך יסורין הוא רוצה עובר בלא תחמוד וסבר דהגמ' דהכונס איירי גם בעבר בלא תחמוד ומ"מ אמרינן דזביני' זביני, ואפשר שעוד יותר סובר הרמב"ם שאפילו הרבה עליו רעים ונתרצה אפילו אם עכשיו רוצה מעצמו כיון שעיקר העבירה היא על החימוד הקודם ואהני לי' מעשיו חייב, ומה שהקשה המ"מ מהא דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני אינה קושיא כלל דמה שייך הלאו דלא תחמוד להקנין דעיקר העבירה היא החימוד ואף דאינו עובר עד שיקח וכמש"כ הרמב"ם דכתיב לא תחמוד כסף וזהב ולקחת ועיקר העבירה הוא החמוד והלקיחה היא רק תנאי בהאיסור ומשום זה סובר הרמב"ם דאין לוקין משום שאין בו מעשה.

אכן הראב"ד לפמש"כ המ"מ סובר דבלא אמר רוצה אני אין המכירה חלה כלל דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני וזה דלא כמו שבארנו בדעתו דמודה דגבי מכר בשתיקה מהני דהוי כמו אמר רוצה אני ושכן כתב המ"מ בעצמו כמו שהבאנו לעיל, וכבר עמד הלח"מ בסתירת דברי המ"מ אהדדי, לכן נראה דהראב"ד לא איירי הכא אלא לענין לא תחמוד וס"ל דבאמר רוצה אני בטל הלא תחמוד לגמרי דהוי כמי שמכר לו לאחר זמן, אבל בעושה מעשה בשתיקה נהי דגמר ומקני זהו רק לענין חלות המכירה דמהני אבל לבטל הלא תחמוד בעינן רצון ממש שיתרצה בלב ולכן בעינן שיאמר רוצה

אני.

ובמה שכתבנו יתיישב לנו דברי הגמ' בערכין דף כ"א דאמר התם אמר רב ששת מאן דמסר מודעה אגיטא מודעיה מודעה פשיטא ל"צ דעשאוה ואירצי מהו דתימא בטולי בטליה קמ"ל דא"כ ליתני עד שיתן מאי עד שיאמר עד דמבטל ליה למודעה, ודברי הגמ' צריך ביאור דמה אמר ל"צ דעשאוה ואירצי דבודאי זהו דין מודעה שמסר מודעה על גט שיתן אח"כ ולא אמרינן שכשנתן אח"כ בטלי' למודעה עוד קשה מה שהקשה הלח"מ דלשיטת הרמב"ם הא בעינן דוקא שיאמר רוצה אני וא"כ מאי קאמר ליתני עד שיתן כיון דבלא רוצה אני לא מהני כלל, ולפמש"כ נתבאר שפיר דהנה אם היינו אומרים דרוצה אני היינו שהוא רוצה באמת גם לולא הכפיה א"כ ודאי שאין שום ביאור לדברי הגמ' דאיך ליתני עד שיתן הא בלא רוצה אני לא מהני, אכן כבר כתבנו דרוצה אני היינו שע"י הכפיה הוא מרוצה שיתקיים הגט ואף שבלא הכפיה לא היה רוצה אבל אחר שכפוהו הוא מרוצה ומהני רצון כזה, גם בגט ועפ"י מש"כ הרמב"ם שבאמת יש לו צד רצון לקיים המצוה אלא שיש לו גם צד המונע מצד היצה"ר וכיון שכפה יצרו ע"י הכפיה לא מיקרי זה אונס, ולכן ביאור דברי הגמ' דכיון דבאמת נתן מתוך כפיה ורק משום דאיכא מצוה לשמוע דברי חכמים אנן סהדי דנתרצה מתוך הכפיה א"כ מה מועיל המודעה הקודמת הא מקודם לא כפו אותו ועכשיו מתוך היסורים מתרצה ומה מועיל המודעה כיון שיודעים אנו שנתן ע"י כפיה ומ"מ מהני, וע"ז אמר דא"כ לא היה צריך כלל שיאמר רוצה אני כיון דאנן סהדי דמשום מצוה לשמוע דברי חכמים נתרצה וע"כ דהך סברא דמצוה לשמוע דברי חכמים לא מהני אלא כשאומר שרוצה ולכן כשמסר מקודם מודעה על הרצון הזה מהני המודעה וצריך לבטל המודעה, ומיושב קושית הלח"מ דמדבעי שיאמר ומוכח דבעי בגט רצון ממש מוכח דמהני מודעה לבטל הרצון.

והנה לפי"ז נמצא דעיקר תי' הגמ' על מה דמקשה פשיטא דאמר ל"צ דעשאוה ואירצי הוא במה דמוקים בגט שניתן ע"י כפיה ולא בסתם גט ולפי"ז יש להקשות על הרמב"ם שהשמיט ולא הביא בפ"ב מהל' גירושין דבגט שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני צריך בטול מודעה, ונראה דמש"כ לפרש ד' הגמ' במה דאמר מהו דתימא בטולי בטליה קמ"ל דא"כ ליתני כופין אותו עד שיתן מאי עד שיאמר עד דמבטל לי' למודעה דזהו בדרך הוכחה דמדצריך רוצה אני ובלי אמירתו לא אמרינן דרוצה לשמוע דברי חכמים, לכן אם מסר מודעה על אמירתו מהני אין זה מכוון בפשטות לשון הגמ' דבפשוטו במה דאמר מאי עד שיאמר עד דמבטל לי' למודעה משמע דבאמת אין צורך לאמירת רוצה אני אלא לצורך בטול מודעה, אבל אם לא מסר מודעה סגי במה שיתן הגט דבסתמא

נאמר כיון דמצוה לשמוע דברי חכמים ודאי גמר ומגרש ולכן דעת הרמב"ם לפרש כן דרב ששת ע"כ לא סבר דבעינן רוצה אני היכי דלא מסר מודעה וכיון דפשטות הסוגיות בקדושין דף ו' ובב"ב דף מ"ח דמייתי המשנה בפשטה דצריך שיאמר רוצה אני, וכן פסק הרמב"ם בפ"ב מהל' גירושין בסתם דבגט שכופין אותו צריך שיאמר רוצה אני, לכן אין לנו להוכיח ממתני' דבגט זה מהני מסירת מודעה שיודיע להעדים שהוא אנוס ושבשביל אונסו יאמר אח"כ רוצה אני כיון דידעינן וחזינן שהוא אונס ומ"מ אמרינן שנתרצה אגב אונסו וכיון שביאר הרמב"ם דע"י היסורין כפה יצרו הרע וממילא רוצה באמת מצד יצרו הטוב לכן מה מהני מודעה, ודחה הרמב"ם מימרא דרב ששת כיון דפשטות הסוגיא דקדושין ודבב"ב לא סברי הכי וכנ"ל.

ואפשר לבאר עוד יותר דהנה במה דמפרש בגמ' דמה דאמר במתני' עד שיאמר רוצה אני היינו דמבטל לי' למודעה קשה איך נפרש רישא דתנן גבי קרבנות כופין אתו עד שיאמר רוצה אני דאיזה מודעה שייך התם ולענין מה ימסור המודעה דמה ירויח מזה שיברר בעדים שהקרבן היה שלא ברצונו, ואין לומר שיגבה העור דאדרבה ב"ד ימשכנו אותו להקריב קרבן חדש, וע"כ דסבר הגמ' דבקרבנות דכתיב לרצונו הוא דוקא כשיאמר רוצה אני וכדתניא שם יכול בע"כ ת"ל לרצונו הא כיצד כופין אותו עד שיאמר רוצה אני, אבל בגט לא כתיב לרצונו ולכן סבר ר"ש דסגי בזה שיהא גומר ומגרש, ולכן מפרש מה דתנן בגיטי נשים עד שיאמר רוצה אני היינו עד דמבטל לי' למודעה אבל הרמב"ם שהביא בפ"א מהל' גירושין גבי גט קרא דבעינן לרצונו דכתיב והיה אם לא תמצא חן בעיניו וכיון דגבי גט איכא נמי קרא דבעינן לרצונו א"כ ע"כ הוי כמו בקרבנות דגם בלא מסר מודעה בעינן שיאמר רוצה אני וכדמוכח מפשטות הסוגיות דקדושין ודבב"ב, ולכן פסק דלא כרב ששת ולא מהני מודעה שיאמר שהוא אנוס גבי אלו שכופין אותן.

והנה בהא דאמרינן בריש קדושין אי תנא האיש קונה הו"א אפי' בע"כ הקשה הרשב"א דאיך הי' אפשר לומר אפי' בע"כ דהיכי מצינו מקנה בע"כ ותי' דזה קאי להא דאמרינן בב"ב דמעיקר דינא תלוה וקדיש קדושיו קדושין רק דאפקעינהו רבנן לקדושין מיני' ואפשר דמתני' אגב אורחא אשמועינן הך דינא דאפקעינהו, אכן לא משמע כן דמתני' אתי לאשמועינן דינא דרבנן דמשמע דמתני' קמ"ל הכא עיקר דין קדושין, ועוד דמהא דקתני נקנית לא ידעינן כלל הך חידושא כיון דבאמת אי אמרה רוצה אני וכיון דתלוה וזבין זביני' זביני משום דגמר ומקני וה"נ מקנית נפשה א"כ היינו לרצונה, וזהו לשון נקנית דנקט ולא מצינו למידק אלא כשקדשה בע"כ בלא רצונה כלל, ולכאורה הי' אפשר לתרץ קושית הרשב"א דכיון דהכא בבעל תלי רחמנא דכתיב כי יקח כמבואר בגמ' דף

ט' וכמש"כ הר"ן בנדרים דאשה משווית עצמה כהפקר ובזה הוי אמינא דמהני בע"כ, ואיברא דיש להעיר מהא דקדושין דף ט' גבי כתבו לשמה ושלא מדעתה דאמרינן מה יציאה בעינן דעת מקנה אף הויה בעינן דעת מקנה ומשמע שיש לה דין מקנה, אכן כבר כתבנו בפ"ג הל' ד' בזה דמה דבעי דעתה בשטר קדושין הוא רק משום דבעינן שיכתוב לשמה ולכן כשאינו כותב מדעתה לא הוי לשמה כיון דבעינן רצונה ובלא רצונה אינה מקודשת לכן לא הוי לשמה, אבל זה ודאי שהיא אינה מקנית עצמה דהא כי יקח בעינן ולא כי תקח, ומה דאמר אף הויה בעינן דעת מקנה היינו משום דרצונה להתקדש בעינן לחלות הקדושין אבל אין רצונה פועל בקנין הקדושין, אלא דאפשר להקשות קושית הרשב"א באופן זה דאכתי איך הו"א אפילו בע"כ דהא במתני' תנן בכסף ואיך תקנה את הכסף בע"כ, ואפילו אי נתינה בע"כ שמה נתינה היינו דוקא היכא שיש לו דין ליתן כמו בפרעון חוב, ואין לומר דהכסף היינו במהנה אותה דלא משמע כן הלשון כלל, והנה הרשב"א הביא דברי בעל העיטור דתליוה וזבין אמרינן תליוה וקני לא אמרינן והשיג ע"ז הרשב"א דכ"ש הוא דאי אגב אונסי' גמר וזבין כ"ש דגמר וקני ולכן שפיר הו"א אפי' בע"כ גם אם לא אמרה רוצה אני ולזה נקט נקנית דבעינן דעתה, והנה הלח"מ כתב בהל' ז' לפי דרכו דהרמב"ם סובר דבקדושין כיון שהוא קונה עדיף טפי ולא צריך שיאמר רוצה אני, ולפי"ז חלק על בעה"ע בסברות הפוכות ואיברא דהרשב"א כתב ג"כ כ"ש דגמר וקני אבל שיהיה מועיל יותר לא כתב, אלא דבדברי בעה"ע צ"ע דכיון שסובר דתליוה וקני לא אמרינן א"כ גם באמרה רוצה אני נמי לא מהני וצ"ע דא"כ הא לא קנתה את הכסף וכיון שלא זכתה בכסף הא לא הוי קדושין כלל.

הלכה ב

המקדש את האשה ונתן הקידושין מדעתה ביד חבירתה ואמר לחבירתה כשנתן הקידושין בידה ואת נמי או וכן גם את וכיוצא בזה הרי שתיהן מקודשות אבל אם נתן בידה ואמר לה ואת הרי זו שקבלה הקדושין מקודשת בספק שמא לא נתכוון לראות מה בלבה וכאילו אמר לה ואת מה תאמרי בדבר זה ולפיכך קיבלה הקידושין היא שהרי זה עדיין שואלה לראות מה בלבה ומפני זה היא ספק מקודשת.

המקדש את האשה, המ"מ הביא הגמ' בנדרים דבעי רב פפא יש יד לקדושין או לא, היכי דמי אילימא דאמר לה לאשה הרי את מקודשת לי ואמר לה לחבירתה ואת נמי פשיטא היינו קדושין עצמן, אלא כגון דאמר לה לאשה הרי את מקודשת לי ואמר לה לחבירתה ואת, מי אמרינן ואת נמי אמר לה לחבירתה ותפסי בה קדושין לחבירתה או דילמא ואת חזאי קאמר לה לחבירתה ולא תפסי בה קידושין בחבירתה, ולא איפשיטא בעיין,

ומדברי המ"מ משמע דאי ואת חזאי קאמר א"כ לא הוי קדושין, אכן לפי"ז תמוה מש"כ הרמב"ם לפיכך קבלה הקדושין דמשמע שהחסרון הוא בשביל שלא רצתה להתקדש הא כיון שגם הוא לא קדשה בודאי א"כ משום זה הוא ספק מקודשת, ועוררני לזה חתני הגאון מהרי"מ שליט"א, ולכן נראה דהרמב"ם מפרש דהבעיא הוא במה שאמר ואת חזאי היינו ששואלה אם מסכימה היא להתקדש לו וא"כ כשנתן הוא על דעת זה נתן שאם תרצה תהא מקודשת, אלא דכיון שנתן לה בספק אין לנו ראיה מקבלתה והוי ספק אם נתרצתה או לא וזהו שכתב הרמב"ם ולפיכך קיבלה דהיינו שאין ראי' מקבלתה, ומפרש הרמב"ם דבצד זה דואת חזאי הוי ספק קדושין.

הלכה טז

המקדש אשה שחצייה שפחה וחצייה בת חורין אינה מקודשת קידושין גמורין עד שתשתחרר וכיון שנשתחררה גמרו קידושיה כקידושי קטנה שגדלה ואינו צריך לקדשה קידושין אחרים. בא אחר וקידשה אחר שנשתחררה הרי זו ספק קידושין לשניהם. ואי זו היא שפחה חרופה האמורה בתורה זו מי שחצייה שפחה וחצייה בת חורין שקידשה עבד עברי ומי שחציו עבד וחציו בן חורין שקידש בת חורין הרי זו ספק קידושין.

השגת הראב"ד, המקדש אשה שחצייה שפחה וכו', כתב הראב"ד ז"ל דבר זה יש לו ב' פנים לא נודע מדבריו אם קטנה שגדלה גומרין קידושיה מן התורה אם לא אבל ממה שכתב למעלה נודע שהוא סבור שגומרין מן התורה ואמר שגם זו כמו כן קידושין גמורין מן התורה כי בא אחד וקידש אחר שנשתחררה למה אסרה על הראשון אלא אפילו לא בא אחר וקידשה קידושי הראשון אינם קידושין גמורין וצריך לחזור ולקדש כדי שתהיה לו לאשה גמורה עכ"ל.

הכ"מ הביא דברי הר"ן בקדושין שכתב להקשות על דברי הרמב"ם וז"ל ולמאי צריכינן להכי והא כיון דמספקא לן אי גמרי קידושיה אי לא פשיטא שאינה יכולה להשמט ממנו ומה ענין זה לקטנה שגדלה ואם בא לומר דמדאורייתא גמרי קידושיה אם כן כשבא אחר וקידשה למה כתב שה"ז בספק קידושין וכבר השיגו הראב"ד וראיתי מי שרוצה לקיים דבריו ואמר דה"ק שאם בעל לאחר שנשתחררה גמרו קידושיה כקידושי קטנה שגדלה ובעל לאחר מכן שהיא מקודשת גמורה ואין זה כלום אצלי דקטנה שגדלה ובעל לאחר זמן היינו טעמא דמקודשת גמורה הוא לפי שאדם יודע שאין קידושי קטנה כלום כדאיתא בכתובות וביבמות אבל בחציה שפחה וחציה בת חורין כיון דתפסי בה קדושין וכשנשתחררה מספקא לן אי פקעי קידושי היכי נימא ידוע שאין קידושיה כלום וגמר

ובעל לשם קידושין ומי איכא מידי דאנן לא ידעינן והוא ידע ולפיכך אין דברי הרמב"ם במקום הזה מחוורין עכ"ל ול"נ דיש ליישב דאנן הכי קאמרינן אדם יודע שאין קידושין תופסין בשפחה וכשהיא ח"ש וחב"ח ספוקי מספקא ליה אי תפסי אי לא וכשנשתחררה גמר ובעל לשם קדושין, ונראה ליישב דברי רבינו כשלא בעל וה"ק אע"פ שקידושין אלו איפליגו בה אמוראי אם היא מקודשת היינו דוקא לענין אם בא אחר וקדשה אבל לענין למקדש על ידיהם לד"ה עלו לו אותם קידושין ואינו צריך לקדשה קדושין אחרים, דקידושין הללו שיש בהם צד של תורה דהא לא שייר בקנינו לא גריעי מקדושי קטנה שהם דרבנן וכשגדלה עלו לו אותם הקידושין וא"צ לקדשה קדושין אחרים וה"נ דכוותה עכ"ל.

והנה הרשב"א בקידושין דף ו' הקשה על דברי הרמב"ם בפ"ג הל' ו' שכ' הרי את חרופתי הרי את ברשותי הרי את זקוקה לי וכל כיו"ב הר"ז מקודשת ונתבאר מדבריו שהיא מקודשת גמורה וכן משמע מפירש"י דלר"ע דקיי"ל כותי' דאמר איזהי שפחה חרופה האמורה בתורה זו ח"ש וחב"ח שנתקדשה לע"ע האומר הרי את חרופתי מקודשת בכל מקום דהוי לשון קדושין והקשה הרשב"א דהא אפי' למ"ד ח"ש וחב"ח שנתקדשה לישראל מקודשת לאו קידושי ודאי קאמר אלא ספק וא"כ אפי' לדידן דקיי"ל בחציה שפחה וחציה ב"ח הכתוב מדבר אמאי תתקדש ודאי, ודברי הרשב"א תמוהים לכאורה דהא אין בגמ' כלל ספק בח"ש וחב"ח דלא שייר בקנינו רק בנשתחררה וחזרה ונתקדשה והספק הוא אי גמרי קדושי ראשון או פקעי אבל קודם שנתקדשה הוי קדושין משום דלא שייר בקנינו ע"ש וכבר תמה ע"ז האבני מלואים.

אך באמת גם למ"ד ח"ש וחב"ח שנתקדשה קדושיה קדושין מ"מ אינו חייב עליה מיתה רק אשם תלוי וכמבואר להדיא בדברי רש"י והרא"ש שם נמצא דהם קדושין אחרים לא קדושין גמורין וצריך ביאור דמנ"ל דגם בב"ח דתפסי בה קדושין גמורים שתתפוס בה נמי קדושין של חיוב אשם ואפילו קודם שנתקדשה לשני מנ"ל דלא פקעו קדושי ראשון.

אכן יש לעיין הא דאינו חייב מיתה בח"ש וחב"ח אם מטעם דלא הוי קדושין גמורים הוא או דנימא דלעולם הוי קדושין גמורים אלא משום דהוי זנות בחצי אשה ולא חייבה תורה מיתה רק בזנות אשת איש שלמה ולא בחצי אשה, ומצאתי להגרעק"א בתשובה קע"א לענין עובר שכ' דהא דאינו חייב מיתה בחב"ח הוא משום שהיא חצי אשה אבל הקדושין שלמים, ובאמת יש להוכיח מדברי הרמב"ם כאן שכ' וכיון שנשתחררה גמרו קידושיה כקדושי קטנה שגדלה ואינו צריך לקדשה קדושין אחרים וביאר המ"מ בכונתו דהיינו לאחר שבעל וכמו דמהני בקטנה כשבא עליה אחר שגדלה, והנה אם

נימא דכולה מקודשת רק שאינם קדושין גמורים א"כ אין כאן בעילת זנות במה שבעלה לאחר שנשתחררה אבל אם נימא דחצי' אינה מקודשת כלל א"כ הא הוי בעילת זנות ול"ד לקטנה שהיא כולה מקודשת רק שהקדושין אינם גמורים אבל הכא שהקדושין אינם שלמים גם לגבי דידי' דהח"ש לא נתקדשה מעולם וכשנשתחררה הוי בעילתו בעילת זנות, ומוכח מזה דהקדושין שלמים רק שאינם גמורים, וכאשר מוכרח כן ממש"כ הרמב"ם להדיא המקדש אשה שח"ש וחב"ח אינה מקודשת קדושין גמורים עד שתשתחרר ודימה זה לקדושי קטנה ומבואר דכל הקדושין אינם גמורים.

ואפשר שזה תלוי בדין אי פקעי קדושי ראשון או גמרי קדושי ראשון דהנה רש"י מפרש פקעי קדושי ראשון אפי' למ"ד מקודשת בא השחרור והפקיעה ומקודשת לשני שהרי נשתנה גופה והוי לה כקטן שנולד, ולפי"ז הספק הוא גם לפני שנתקדשה כיון שהוא מטעם גירות דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי וא"כ מהו זה שכתב הרמב"ם וכיון שנשתחררו גמרו קידושיה כיון דבעיקר הדין אי גמרי קדושי ראשון אי פקעי לא ברירא לי' להרמב"ם שהרי כתב שזה ספק קידושין לשניהם ופי' המ"מ והכ"מ שמספקא לי' להרמב"ם בדין גמרי או פקעי, עי' בדבריהם, וא"כ איך גמרו קדושי ראשון ואף אם נעמיד בשבעל אבל מאי שייך לומר שגמרו כיון שכבר פקעו לגמרי הקידושין הקודמים מיד כשנשתחררה ונשתנה גופה, וע"כ צ"ל דהרמב"ם מפרש פקעי ע"י קדושי שני ומשום דלא שייך לומר דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי דהא החצי ב"ח לא נשתנה עכשיו, ובדעת רש"י אולי אפשר לומר דכיון דהוי כקטן שנולד על אשה זו תו לא חייל אפי' חצי קדושין דהא אשה אמר רחמנא ולא חצי אשה, רק מקודם כיון דלא שייר בקנינו שפיר חלו הקדושין, ואף דגם בלא סברא דגר שנתגייר ג"כ היה אפשר לומר סברא זו דכיון שאחר השחרור יש שיור באשה פקעו הקדושין הקודמים, כיון שעכ"פ עכשיו יש שיור בקנינו ואנן כי יקח איש אשה בעינן ולא חצי אשה אכן י"ל דרש"י סובר דבאותה האשה אין סברא שיפקעו הקדושין בכדי אבל כיון דכקטן שנולד דמי והחצי שפחה שנשתחררה עכשיו היא גופא אחרינא, ובכגון זה לא מצינו דיש מציאות של קדושין בחצי אשה שפיר פקע לגמרי, עכ"פ הרמב"ם אינו מפרש כפרש"י ומפרש דהספק הוא רק לאחר שנתקדשה לשני, והיינו דכיון דהקידושין הראשונים אינם מחייבים מיתה ואינם קדושין גמורים לכן מפקיעין הקדושין הב'.

אכן למ"ד גמרי קידושי ראשון נראה דהטעם הוא משום דפשטה קידושין בכולה, וכיון דלא הוי דעת אחרת שהרי מה שלא נתקדשה הח"ש הוא לא משום דעת אחרת רק דארי' הוא דרביע עלה וכיון שנשתחררו ואפשר להם לקידושין להתפשט גמרו

הקדושין ונעשית א"א ודאית לחייב עליה מיתה, והיה מסתבר דלא שייך דין דפשטה אלא אם הקידושין של החצי הוי קדושין גמורים ושייך שיתפשטו ויגמרו הקדושין אבל אם הקדושין אינם גמורים מה שייך שיתפשטו ויתהוו קדושין גמורים, נמצא דזהו מחלוקת האמוראים אי גמרי אי פקעי היינו בזה אם הקדושין של החצי הוי גמורים איברא דיש להעיר בזה דלפמש"כ התוס' בדף ז' דלא אמרי' פשטה רק כשאמר בלשון הקדש אבל כשאמר לה חד מהנך לישני דברייתא אף שהם לשונות של קדושין מ"מ לא נאמר בהם פשטה, וא"כ גם בח"ש וחב"ח לא נאמר גמרי רק בשקדשה בלשון הקדש, ובפשיטות הא מזה ילפינן לחרופה שהוא לשון של קדושין ומשמע מזה דלא מטעם פשטה הוא, ואפשר לומר באמת דגמרו קידושי ראשון הוא עוד דין, דכיון שנשתחררה גומרין הקידושין לעשותה לאשת איש שלמה, ולא מדין דפשטה, ולכן אפשר לומר דדוקא חצי שפחה הוי חסרון אבל קדושין של חצי אשה שפיר חיילא ולא שייך חסרון אלא בתחילה במעשה הקדושין דשייר בקנינו ואנן כי יקח איש אשה בעינן ולא חצי אשה, אבל מכיון שנתפסו חייב גם על חצי אשה דאין נ"מ בין חצי אשה לכולה אשה דעכ"פ הרי נאף אשת רעהו וגם חצי אשה מיקריא אשה, ובהסבר הדבר י"ל דבתחילת הקדושין כשמקדש רק חציה והיינו דבחציה השני אינה קנויה לו וא"כ הרי אינו יכול להשתמש בה בשביל החצי שאינה קנויה לו, ואין לו עליה קנין ומעיקר הדין קנין אישות הוא קנין ממש שמשעבדת אליו, ורק באומרת מאיס עלי לא כייפינן לה אבל באומרת בעינא לי' ומצערנא לי' אין לה רשות ולכן לא שייך קדושין בחצי אשה, אבל בשכבר נתקדשה קדושין לא פקע בכדי וגם על חצי אשה חייבין מיתה משום דס"ל דהקדושין הם קדושין גמורים, ולפי"ז נצטרך לומר דגם למ"ד גמרי נמי סבירא לי' דלא הוי קדושין גמורים דאלא"ה היה חייב מיתה כיון דאנו אומרים דמטעם חצי אשה אין חסרון ואולי אפשר לומר דחציה ב"ח הוי חצי אשה בעצם ואין חייבין עליה מיתה ויש לעיין בזה.

עכ"פ פשוט דהרמב"ם סובר דאין הקידושין קדושין גמורים וכמש"כ בלשונו להדיא, ועוד שדימה זה לקידושי קטנה שגדלה ומוכח שבעצם אינו מחלק בזה שהחצי אינה מקודשת, ורק משום שהקידושין אינם גמורים, דאם הי' החילוק בשביל שחציה אינה מקודשת כלל א"כ אין זה משל לקטנה, ובקטנה יש קדושין דרבנן והכא אין קדושין דרבנן, וע"כ דסובר דמעיקר ההלכה אמרינן דגמרו קידושי' ורק דמ"ד גמרי סבר דגמרו גם לענין חיוב מיתה ומ"ד פקעי סובר דלא גמרו לענין חיוב מיתה, ומה שתפש הרמב"ם בפ"ג מהל' א"ב הל' י"ג דרשת הגמ' דלא יומתו כי לא חופשה הא אם נשתחררה כולה

חייבין עליה מיתה, ומבואר דפוסק דגמרו קידושי' וכאן הרי פסק ספק כמש"כ הכ"מ, פשוט דכונתו אם חופשה קודם קדושין.

והנה במה דכתב הרמב"ם דגמרו קידושי' כקדושי קטנה משמע בפשוטו כפי' הכ"מ דהוא לענין שאין צריך לקדשה קדושין אחרים אך יש לעיין דמנ"ל להרמב"ם ואיפה מצינו דיש קדושין דרבנן בח"ש ומנין לנו לדמות לקטנה, וע"כ דסובר דמכיון דיש בזה ליקוחין מצד א' דאסורה לכל העולם לא איכפת לן בזה דאין בקידושין כאלו חיוב מיתה, והנה הר"ן הקשה דמנ"ל גבי ח"ש וחב"ח לומר דאם בעל גמרו קדושין דהא כיון דהוי ספק אי גמרי אי פקעי א"כ מנ"ל דאדם יודע דהא גבי קטנה אתי עלה מטעם אדם יודע, והנה האב"מ הק' גם בקידושי קטנה למש"כ הב"ש דגבי קטנה לא הוי בעילת זנות ומותר לבעול אפילו בלא עדים משום דהוי קידושין דרבנן א"כ אין כאן ביאת זנות, ונראה דבכתובות דף ע"ד פריך בגמ' והא ביאה דא"א לקיומי ע"י שליח כי התם וקא הוי תנאה, לכאורה מה איכפת לן דהביאה א"א לקיומי ע"י שליח הא עיקר הקנין אפשר לקיומי ע"י שליח והתנאי הרי הוא בהקנין ואין לומר דזהו תי' הגמ' משום דאיתקוש הויות להדדי דבפשוטו מתורת היקש אתי עלה בגמ', ונראה דקנין ביאה הוא שונה מקנין כסף ושטר דכסף ושטר הוא מגדרי מעשה קנין, אבל ביאה אינה מעשה קנין אלא דביאת אישות קונה והוא עצם הקנין ולא סיבה להקנין, ולכן נראה לחדש דבקנין ביאה באמת אינו צריך לכוין כלל על קנין אלא אם מכוין שתהי' ביאה של אישות הוי זה גופי' קנין, וכן בדרו כדרך איש ואשה דרך אישות דפשוט דזהו גופא קנין אם הי' בעדים, דאינו צריך לכוין לקנין רק אם אינו מכוין להיפך שהביאה לא תהי' דרך אישות דאז אינו קונה אבל אם מכוין לביאת אישות זהו גופא קנין אם אינו חסר דרכי הקנין דהיינו עדים דבלא עדים אין קנין בקידושין, ולפי"ז מיושב שפיר דברי הגמ' דכיון שכן ע"כ צ"ל דהתנאי הוא בעצם הביאה אם תהי' ביאת אישות או שתהי' ביאת זנות, ואם תהי' ביאת אישות ממילא אין כאן ביאת זנות ובזה שפיר מקשה דביאה דאינה ע"י שליח וקא הוי תנאה, ויש מקום בזה להסביר מה דתולה בגמ' בגיטין דף כ"ה ע"ב הא דהריני בועלך ע"מ שירצה אבא דסבר ר"ש רצה מקודשת לא רצה אינה מקודשת, ותלי לה בגמ' בדין ברירא והק' הרמב"ן לשיטתי' דחולק על רש"י דכל תנאי שאין בידו תלוי בברירא ולשיטתו גם תנאי שאין קיומו תלוי אינו תלוי בברירא וא"כ אמאי תלי לה בגמ' בברירא, וכ' הרמב"ן וז"ל ועדיין אני אומר דשאני ע"מ שירצה שכיון שהדבר מסור ללב אין אומרים כשרצה עכשיו הוברר הדבר משעה ראשונה שרצה אלא למ"ד יש ברירה עכ"ל וזה דוחק, ועוד קשה דמנא לן דכונתו בתנאו שירצה אבא היינו משעה ראשונה הא ודאי אין דעתו אלא

שירצה משעת שמיעה וצ"ע, אכן לדברינו מיושב שפיר דהריני בועלך שאני שצריכין אנו לומר דאם ירצה אבא תהי' בעילת אישות ואם לא ירצה תהי' בעילת זנות וזה כבר תלוי בברירה.

ועכשיו מיושב דזהו שלמד הרמב"ם מדין קטנה שגדלה והיינו דאין צריך קידושין אחרים כמו קטנה דלא אמרינן כיון שיכול לקדשה קדושין דאורייתא מחויב הוא לקדשה לקיים מצות כי יקח ומותר לבעול קטנה שהגדילה בלא עדים והיינו משום שגם אח"כ יש קדושין דרבנן ואסורה לעלמא ועל כן יכול לדור עמה גם באופן שלא יהי' בבעילתו קדושין דאורייתא ועוד יותר דאח"כ א"י למאן אפי' לא נתיחד וה"נ בח"ש ובחצי ב"ח, ואף דאם יקדשה אחר יהי' ספק דילמא פקעי קדושי ראשון כ"ז שלא קדשה אחר אסורה לאחר שיבעול אותה ומפני זה אינו חשוב בעילת זנות אם בועל אותה אפי' בלא עדים, ועוד דאם יבעול אותה בעדים גמרו קידושי' כקדושי קטנה דגם שם אין עבירה אם אינו מקדש אותה מחדש דהא מותרת בלא עדים ומ"מ כשבועל אותה בעדים אמרי' דנתקדשה בזה וה"נ בח"ש וחב"ח, ואף דבגמ' אמרינן דאי אמרינן דאי לאו הסברא דאדם יודע שאין קדושי קטנה כלום לא אמרי' דבעל לשם קדושין, ומשו"ה אמרי' לחד מ"ד דבמלוה ופחות משו"פ דאפשר דטעי לא אמרי' דלשם קדושין בעל היינו משום דכיון דשייך טעות א"כ גם עכשיו הוי טעות בקידושי ביאה של עכשיו והיינו דכיון דע"כ אמרי' דשייך תנאי בקידושי ביאה ובכל מילתא דשייך תנאי שייך טעות א"כ לא נוכל לומר דקדשה מחדש בביאה זו דהא סבור היה שהיא אשתו מדאורייתא, והרי הוא כעודר בנכסי הגר וסבור שלו הן וכיון דנמצא דעפ"י הדין הי' טעות בדבר גם בביאה זו לא נתקדשה כיון דבעל אותה לשם אישות בטעות אבל היכא שאין כאן שום טעות אלא דיודע שהם קידושין דרבנן כמו בקטנה לאחר שגדלה או גבי ח"ש וחב"ח שיודע שיש כאן קידושין של חיוב אשם אף דאין כאן קידושין גמורים אבל עכ"פ טעות אין כאן וכיון דחזקה שרוצה לבעול אותה ביאת אישות כדרך איש ואשתו הרי זו מקודשת. - ולכן אף דבאמת אינה ביאת זנות דהא אסורה היא לכל מ"מ אם הוא יכוין שלא לשם ביאת אישות כדרך איש ואשתו יש בזה צד זנות דביאה שאינה קונית ע"כ היא ביאת זנות אפי' אם לא יהי' עבירה בביאתו מאיזה טעם שיהי' אבל אינו ביאת אישות וזהו הלשון אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, ואם הוא מכוין לביאת אישות הרי בזה גופה כבר קנה אותה, ומה שכתב הרמב"ם בפ"ז הל' כ"ג המקדש על תנאי וכו' וסיים בסוף ההלכה חזקה היא שאין אדם מישראל הכשרים עושה בעילתו בעילת זנות, ואם הוה מכוין לביאת אישות הרי בזה גופה כבר קנה אותה, ומה שכתב הרמב"ם בפ"ז הל' כ"ג המקדש על תנאי וכו' וסיים בסוף ההלכה

חזקה שאין אדם מישראל הכשרים עושה בעילתו בעילת זנות והרי בידו עתה לעשותה בעילת מצוה, היינו לומר דביאת איש ואשתו שהוא בדרך אישות נקראת ביאת מצוה להיפוך מביאת זנות אך שם א"צ לזה דמיירי שם במקדש בפחות משוה פרוטה ולא היו עוד קדושין כלל.

ואפשר יש בזה להסביר דברי הרשב"א בתשובה שהובא באב"מ וז"ל דאין איסור מה שהיא אצלו, ותהי' אצלו עד שתגדל ואז יקדש בביאה, ואף אם בעל סתם מסתמא מקדש בביאה אע"ג דכאן אין ביאת זנות מ"מ אחר שתתגדל ואפשר לו לקדש אותה מסתמא הוא מקדש בביאה כדי שלא יתפוס בה קדושין של אחרון עכ"ל, והיינו דבלא"ה הוי צד זנות אם בועל אותה באופן שאינו חושב שהיא אשתו ומיוחדת אליו ואסורה על כל העולם.

הלכה יט

המקדש בפחות מפרוטה אינה מקודשת, קידשה באוכל או בכלי וכיוצא בו ששוה פחות מפרוטה הרי זו מקודשת בספק וצריכה גט מספק שמא דבר זה שוה פרוטה במקום אחר, הא למדת שכל המקדש בשוה כסף אם היה באותה המדינה שוה פרוטה הרי אלו קדושי ודאי ואם אינו שוה פרוטה הרי אלו קדושי ספק, יראה לי שאם קדש בתבשיל או בירק שאינו מתקיים וכיוצא בהם אם לא היו שוה פרוטה באותו המקום אינה מקודשת כלל שהרי דבר זה אינו מגיע למקום אחר עד שיפסיד ויאבד ולא יהא שוה פרוטה ודבר של טעם הוא זה וראוי לסמוך עליו.

קידשה באוכל או בכלי, המ"מ כתב דמשמע שאפי' ידוע ששו"פ במדי אינן אלא קדושי ספק שאין לך בכסף אלא מקומו ושעתו וכן מוכח לשון רבינו וכן נראה מדברי התו' וכ"כ הרמב"ן ז"ל, עכ"ל.

והנה ברשב"א שלפנינו מבואר להדיא שמפרש בדברי הרמב"ם דאם ידוע ששו"פ במדי היא מקודשת מדאורייתא וכ"כ הר"ן והרא"ש עי"ש ובמה שהקשה הרמב"ן מהא דגזל ונשבע דאם אינו שו"פ א"צ להוליך אחריו ולא חיישינן שמא תתייקר, ולא אמרינן שמא שוה פרוטה במדי, וטעמא משום דאין לממון אלא מקומו ושעתו וכדאמרינן בערכין דף כ"ד דבמרגלית אף שבכרך היא שוה יותר, אין להקדש אלא מקומו ושעתו, וכתב בזה הר"ן דטעמו של הרמב"ם הוא משום דכיון דקבלה הקידושין הוי כאומרת לדידי שוה לי כיון שקבלה א"כ למה צריך לשמא שו"פ במדי וע"כ כמש"כ הר"ן דבדבר שאינו שו"פ אינה יכולה לעשות ממון מדבר שאינו ממון ואף שכתב שם בלשון ספק אבל לדבריו כאן דמסתמא הוי כאומרת לדידי שוה לי א"כ ע"כ צ"ל דבפחות משו"פ לא מהני לדידי שוה

לי, א"כ מאי מהני הצירוף כיון דכאן אינה שוה פרוטה ואין לממון אלא מקומו ושעתו.

ונראה דאיכא נ"מ בדין שוה כסף אם עיקר הדין הוא כסף רק דשוה כסף נתרבה ככסף בזה הוי טעמא משום דאפשר למכור השוה כסף ולקבל תמורה כסף, ובזה אמרינן דאין לממון אלא מקומו ושעתו, אבל בדבר דאין צריך מעיקר הדין דוקא כסף, וכמו בקדושין שכ' הרשב"א דלא צריך כלל רבוי דשוה כסף הוא ככסף משום שהיא מקבלת מדעתה ורצונה בודאי הוי שו"כ ככסף, בזה א"צ דיהי' דוקא עכשיו במקום זה ראוי לקבל כסף, אלא דהשו"כ בעצמו חשוב כמו כסף ובזה אם אינו עומד עכשיו אלא בזמן היוקר, וכן אם אינו עומד לימכר כאן אלא במקום היוקר וכמו מרגלית לכרך שבהכפר אין מצוי קונים עליה שפיר שומת המרגלית הוא כמקום היוקר, אלא דבערכין אין שמין כן משום דעיקר דינו הוא כסף וכיון דא"א לקבל כאן עבורה כסף כבמקום היוקר לכן שיימינן כמה שאפשר לקבל כאן במקום הזול.

אלא דכל זה הוא אם בודאי אינו עומד לימכר במקום הזול ובזמן הזול, אבל מה שעומד לימכר גם במקום הזול או בזמן הזול, אלא שאם יוליכו למקום היוקר או אם ימתינו לזמן היוקר יקבלו יותר בזה ודאי לא נימא דכיון שאפשר לקבל יותר נעשה כך שומתו, ומיושב הא דגזל ונשבע דלא חיישינן שמא שו"פ במדי דעכ"פ אינו עומד דוקא שיוליכו הגזילה למדי וכאן אינה שו"פ, אבל גבי קידושין כיון דיש מציאות שהחפץ יהי' שוה להאשה פרוטה כגון אם הולכת עכשיו למדי ותביא החפץ לשם ותקבל פרוטה לכן בזה מהני הא שקבלה האשה מדעתה והוי כאומרת לדידי שוה לי, ובזה מהני לדידי שוה לי כיון דאין אנו אומרים שהחפץ בודאי אינו ממון כיון דבמדי הוא ממון וגם כאן אפשר שיהי' ממון חשוב אצל האשה לכן מהני קבלתה, וכל זה הוא בשביל דגבי קידושין לא אמרינן אין לממון אלא מקומו ושעתו, וכמ"ש, ועיין מש"כ בזה באריכות בדברי הרמב"ם פ"ג מהל' שכירות הל' ג'.

הלכה כא

המקדש את האשה בכסף או בשטר אינו צריך שיתן הקידושין לתוך ידה אלא כיון שרצתה לזרוק לה קידושיה וזרקן בין לתוך ידה בין לתוך חיקה או לתוך חצירה או לתוך שדה שלה הרי זו מקודשת.

אלא כיון שרצתה, הט"ז בסי' מ"ב ס"ק ג' ביאר דברי הרמב"ם במש"כ כיון שרצתה לזרוק לה קידושיה היינו רצונה על עיקר הקידושין שמסכימה להתקדש לו דאם לא רצתה מקודם הו"ל שתיקה לאחר מתן מעות דלא מהני, והביא דברי הב"ח שכת' דבעינן רצון על עצם הזריקה ואם אמרה סתם בא וקדשני צריך שיתן לתוך ידה, ואם זרק הוי

ספק קידושין דשמא מקפדת, והט"ז השיג עליו דודאי אמרה קדשני סתם וזרק הו"ל קדושי ודאי, וראי' ממש"כ בתשובת מיימוני והביאו הרמ"א כאן, אמרה תחילה קדשני וזרק קדושין לתוך חיקה ואמר לה הרי את מקודשת לי וניערה בגדיה תוך כדי דבור להשליך ממנה הקידושין ואומרת שלא כיונה מתחילה אלא לשחוק בעלמא אפ"ה הוי מקודשת ואין הולכין בקידושין אחר אומדנות והוכחות המוכיחות שלא כיוונה לשם קדושין ומבואר דאע"פ שלא רצתה בפירוש לזרוק לה, אין אנו אומרים שמא מקפדת שלא יזרוק לה, ודברי הב"ח ודאי תמוהים דמנ"ל לומר שהיא מקפידה דוקא על נתינה לתוך ידה ומנ"ל לעשות אומדנא כזו, וגם ביאור הט"ז אינו משמע ברמב"ם שלא בא כאן לבאר עיקר דין רצון בקידושין ולא דין שתיקה שלאחר מתן מעות, [ובמש"כ הט"ז דאם אמרה בפירוש תן לי בידי לא הוי קדושין כלל כיון שמקפידה ע"ז ג"כ אינו ברור דאם אין לנו אומדנא כזו מעצמנו אולי צריך לדיני תנאים].

והנה עוד כ' הרמ"א וז"ל לקח יד האשה בחזקה שלא ברצונה וקדשה והיא לא זרקה הקידושין הוי מקודשת אע"פ שמתחילה באונס היה ונתן לה סתם ולא אמר לה כלום, הואיל ובתחלה דבר עמה מקידושין ומשמע מדברי הרמ"א דאם לא זרקה הוי קידושין אע"ג דתחילת הנתינה הי' באונס, ומש"כ הרמ"א הואיל ומתחלה דבר עמה מקידושין והוא מהגהת מרדכי בשם רגמ"ה היינו משום דשם מיירי שנתן לה עכשיו בשתיקה ולא אמר לה כלום לכן הוצרך להא דדיבר עמה מתחילה והיינו שהיו עסוקין בא"ע ומאחר שאין אנו יודעין אם נתרצית על כן בעינן שיהא מוכח מזה שלא זרקה, אבל אם נתרצית להתקדש מתחילה וכשנתן לה הקדושין היה בזה קיום רצונה א"כ מה שזרקה ואפי' זרקה תוכ"ד לא הוי אלא חזרה דל"מ בקדושין וכמבואר כ"ז בתשו' מיימוני, אכן הב"ש כ' דמיירי שמתחלה הי' ברצון ואח"כ לקח ידה בחזקה, ודבריו תמוהין דא"כ למה הוצרך הרמ"א להא דלא זרקה הקידושין תיפוק לי' דאפי' זרקה הקדושין לא הוי אלא חזרה דל"מ בקידושין דלקח ידה בחזקה הא הוי כזרק לתוך חיקה ובכה"ג ל"מ מה שזרקה תכ"ד כמ"ש התשובות מיימוני ומצאתי שעמד בזה הרב המגיה על ביאור הגר"א, ועיין בבה"ט שהביא מדברי הבה"י שמפרש דמיירי שאמרה מתחילה קדשני ואח"כ לקח ידה בחזקה ותמה כנ"ל.

ונראה לומר דהב"ש הא לא כתב שאמרה בפי' קדשני אלא שדבר עמה מענין הקידושין ונתרצית ובזה אפשר דנתרצית להתקדש לא דמי לאומרת בא וקדשני, דהנה גבי מכירה אע"פ שנתרצה המוכר למכור מ"מ שלא בפניו צריך לומר לו לך חזק וקני ולא מהני מה שהסכים על עיקר המכירה, וצריך לחקור אם הא דצריך לומר לך חזק וקני כשהחזיק

שלא בפניו אם משום דבלא"ה אין לו רשות להחזיק בקרקע ואף שגמרו ביניהם שמוכר לו הקרקע בכך וכך מ"מ אפשר חזר בו, או דנימא דלא משום דחיישינן שמא חזר בו, אלא משום דצריך הקנאה על החזקה שהמקנה יקנה להקונה את הקרקע מדעתו, ולכן כ"ז שלא אמר לו לך חזק וקני אין לנו עדיין דעתו על הקנאה זו, ומשו"ה אם אמר לו לך חזק וקני הוי מעכשיו דעת על שעה שיחזיק ויהי' הקנאה מצד המוכר אף שיחזיק אח"כ שלא בפניו.

והנה הרא"ש בב"ב דף ג' אהא דאמר רב אשי כגון שהלך זה בתוך שלו והחזיק וזה בתוך שלו והחזיק, והקשו התוס' וכי איצטריך לאשמועינן דחזקה מועלת כמו קנין, ותי' התוס' דאשמעינן דאף שהחזיקו זה שלא בפני זה ולא אמר אחד לחבירו לך חזק וקני, כ' הרא"ש ע"ז וז"ל ואע"ג דבעלמא אמר דחזקה שלא בפניו צריך לומר לך חזק וקני ה"מ בדבר שאין לו חלק בו אלא בקנין זה, אבל הכא שהקרקע היא של שניהם מועלת חזקה מדעתו שלא בפניו אפי' לא אמר לו לך חזק וקני, וצריך ביאור לביאורו, והנה אם נימא דלא צריך הקנאה רק הסכמה על המכירה או על המתנה והקונה קונה בעצמו בלא הקנאתו, א"כ ע"כ עלינו לומר דבלא אמר לו לך חזק וקני אין לנו ידיעה על הסכמה כלל אף שגמרו מקודם והסכימו על המכירה או על המתנה, מ"מ כל זמן שאינו אומר לו לך חזק וקני עוד לא נתבררה הסכמתו וכנ"ל ולפ"ז אין מקום לחלק בין היכי שהוא צריך עתה לקנות ואין לו חלק בו אלא בקנין זה, ובין היכי שכבר הוא של שניהם, וכמו שמחלק הרא"ש דכיון דאמרינן דבלא לך חזק וקני עוד לא נתבררה כלל הסכמתו, א"כ גם בשותפין עכ"פ בעת החלוקה הלא צריך הסכמה משני השותפין זל"ז שיחזיק כ"א בחלק שהסכימו עליו וכ"ז שלא אמר לו עדיין לך חזק וקני אין כאן הסכמה עדיין, אבל אם נימא דהא דצריך לך חזק וקני לאו משום דחסר הסכמה על המתנה או על המכירה אלא דהטעם הוא משום דבעי דעת והקנאה דוקא ובלא אמר לו לך חזק וקני אין כאן הקנאה [ואם החזיק בפניו הוי ג"כ ראי' על ההקנאה], יהיו מבוררים דברי הרא"ש דזהו דוקא היכי שהוא צריך עתה לקנות ואין לו חלק בו אלא בקנין זה, אבל כשהוא כבר של שניהם א"כ יש להשותף המחזיק עכשיו בשדה זו גם מקודם קנין בהשדה, ורק שהיה לחבירו ג"כ קנין וא"צ אלא סילוק מצד השני וברור החלקים ולא הקנאה, ולכן סגי בהסכמה הקודמת במה שהסכימו על החלוקה לבד, וא"צ שיאמר לו לך חזק וקני.

אכן הרמב"ם בפ"ה מהל' אישות הל' ח' כתב הנכנס לבית חבירו ולקח לו כלי או אוכל וכיוצא בהן ובא בעה"ב אע"פ שאמר לו למה לא נתת לה דבר זה שהוא טוב ממה שנתת לה אינה מקודשת וכו' ואם קידשה בדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו כגון תמרה

או אגוז הרי זו מקודשת ספק, ומבואר באה"ע סי' כ"ח במפרשי השו"ע דהטעם הוא משום דשמא מקפיד ולכן הוי ספק ע"ש בב"ש ובביאור הגר"א, ומוכח מזה דאם לא היה לנו ספק והי' ברור לנו שאינו מקפיד עכשיו על לקיחת דבר זה היה קונה המקדש את החפץ והיתה מקודשת בודאי אף שאין כאן הקנאה ומוכח מזה דלא צריך הקנאה ובהסכמה סגי וא"כ ע"כ דמה שצריך לומר לו לך חזק וקני הוא משום דבל"ז אין לנו ראי' על ההסכמה דאפשר חזר בו.

והנה בקידושין הא דבעינן דעתה נראה דלא רק משום שצריך שלא יהי' באונס וכמו שצריך רצון המקנה בכל מו"מ, אלא דצריך דעתה בשעת הקנין בכדי לעשותו לכסף קנין וכמו דצריך שיאמר לך חזק וקני, ואפי' להרמב"ם שבארנו דלא צריך דעת לעיקר הקנין, וכיון שהסכים על עיקר המכירה סגי זהו דוקא גבי קנינים אבל בקידושין נראה דאע"ג שהיא אינה עושה מעשה הקנין מ"מ בעינן דעתה על מעשה הקנין וכמבואר ברש"י יבמות דף י"ט ע"ב דוהלכה והיתה לאיש אחר מדעתה משמע, והנה לעיקר הדין שצריך מרצונה הלא לא בעי קרא וכמש"כ הרשב"א ריש קידושין גבי אי תנא האיש קונה הו"א אפי' בע"כ, והק' הרשב"א דהיכן מצאנו מקנה בע"כ, ותי' דאיירי בתלוה וקדיש דבממון כה"ג מהני, וע"כ דמש"כ רש"י דבעינן דעתה מקרא דוהלכה והיתה היינו משום דבקידושין צריך דעתה לחלות הקנין וא"א שתהי' קיחה של קידושין בלא דעתה, ואף לפמש"כ בפ"ד הל' א' בדעת הרמב"ם דסובר דא"צ דין רצון מיוחד גבי קידושין, היינו לענין רצון דידי' אבל דעת דידה ודאי בעינן, ובזה אפשר ליישב מה שכתב הרמב"ם בפ"ג הל' א' גבי קנין כסף ובהל' ה' גבי קנין ביאה הרי את מקודשת לי בזה, וגבי שטר בהל' ג' לא הזכיר דצריך בזה, וכבר עמדנו שם בזה, ולפמש"כ יש ליישב בפשוטו דגבי כסף וביאה ודאי צריך דעתה שהכסף הוא לקנין וכן הביאה שאינה ביאת זנות רק לקנין שצריך דעתה על ההקנאה כמו שצריך לך חזק וקני גבי מכירה אבל בשטר שכתב הרמב"ם בהל' ד' ואינו כותבו אלא מדעתה לכן אינו צריך בזה, ובזה מיושב דברי הב"ש שאע"פ שנתרצתה כשדבר עמה אבל כיון שצריך דעתה לחלות הקדושין כיון שזרקה תכ"ד אפשר דל"מ, וכ"ז הוא בעובדא דידן אבל בעובדא דלעיל בתשובת מיימוני שאמרה בפירוש בא וקדשני דבנתינת הקידושין היה קיום רצונה בזה ל"מ כבר מה שתזרוק דהוי חזרה תכ"ד דל"מ בקידושין.

אכן בעיקר הדבר דכתבנו דבנתרצית סתם, צריך הוכחה לרצויה גם בשעת הקידושין נראה דתלוי במחלוקת הראשונים, דהנה בשתיקה לאחר מתן מעות בפקדון דקיי"ל דל"מ, נחלקו הראשונים בדשדיך דשי' התוס' לפ"מ שהביא הריטב"א וכן הביא הרשב"א

שיטה זו דבשדיך מקודשת והרשב"א והריטב"א והר"ן חולקים בזה ומבואר דפליגי היכא שנתרצתה מקודם להתקדש אם צריך הוכחה על הרצון בשעת קידושין, ושיטת התוס' דבשדיך לא צריך כלל שום הוכחה, ולכן בפקדון אף שאין שום הוכחה מדלא זרקה דסברא אי שדינא להו ומיתברי מחייבנא בהו, מ"מ מקודשת דבודאי רצונה בקידושין כיון שכבר נתרצית, ושי' הרשב"א והריטב"א דצריך הוכחה גם בדשדיך ולכן בפקדון דליכא הוכחה אינה מקודשת, וא"כ לשי' התוס' דבדשדיך אי"צ לשום הוכחה א"כ בעובדא דהגמ"ר אם נתרצית להתקדש ל"מ מה שתזרוק תוכ"ד דחזרה תכ"ד ל"מ, ואולי אפשר לומר לפי שמבואר בדברי החכ"צ ס"ס קט"ו דבזרקה תכ"ד הטעם הוא משום דאמרינן הוכיח סופה על תחילתה ולכן יש לחלק דהיכי שאמרה בא וקדשני אמרינן דבודאי נתקדשה ואפי' זרקה תכ"ד נמי לא מהני דהוי חזרה אבל בדשדיך ונתרצית בזה אפשר דמהני היכא דזרקה תכ"ד דהוכיח סופה על תחילתה, שלא נתרצתה בקידושין.

אלא שצריך לבאר עוד בשיטתם, דבאמת מה מהני הא דשדיך אף שאין הוכחה על הרצון, והא גבי מקח אף דנתרצה בעיקר המקח מ"מ צ"ל לו לך חזק וקני, ונראה דהנה הרשב"א הקשה על מה דאמר הגמ' סברה אי שדינא להו ומיתברי מחייבא בהו, דא"כ לימא ליה לא, והיינו דנוכיח מזה שלא מיחתה דנתרצתה בקידושין, ויש להוסיף בביאור הדברים דהנה התוס' בדף ט' הקשו על מה דאמר הגמ' הב אשקי ושדי אינה מקודשת ומי גרע מתן מעות לפלוני דמקודשת כ"ש כשאומרת תן לי ע"ש, ודבריהם תמוהים לכאורה דשאני התם שאמרה בפירוש ואתקדש אני לך והא באומר התקדשי לי במנה ואמרה תנם לפלוני אינה מקודשת לעיל בדף ח' ע"ב וע"כ משום דלא אמרה ואתקדש אני לך וכמש"כ התוס' בד"ה תנם לאבא, ומוכח מזה דהכא כיון שאמר לה שנותן לשם קידושין אינה יכולה לומר לא לשם זה קבלתי דא"כ לא היה לה ליקח והר"ז כאומרת ואתקדש אני לך כיון שקבלה וא"כ יש לומר דגם בנותן לשם פקדון וחזר ואמר לה התקדשי לי נהי דאינה יכולה לזרקו אבל מ"מ היה לה למחות ותי' הרשב"א דלא איכפת לה כיון דלא מידי קא עבדא דמוכח דניחא לה, ולכן אפשר דכל זה הוא רק בדלא שדיך, אבל היכא דשדיך ונתרצית מתחילה אם איתא שאינה רוצה הו"ל למחויי ולומר לא בעינא דכה"ג גבי מו"מ בהחזיק בפניו אינו צ"ל לו לך חזק וקני, וה"נ גבי כנסי סלע זו בפקדון, שתיקה לאחר מתן מעות אף שאין ראי' ממה שאינה זורקת מ"מ יש ראי' ממה שאינה מוחה, דהא כה"ג גבי מכר היכא דלא דיבר עמו כלל על ענין המכירה והלך והחזיק בפניו ואמר שאדעת לקנות הימנו החזיק ודאי דל"מ ושתיקה בכה"ג לא מהני כלל ומה דשתק משום דלא איכפת לי' דהא לא מכר לו כלל, ומ"מ אם נתרצה מקודם הוי קנין אף דלא אמר לך

חזק וקני א"כ ה"נ בקידושין מהני שתיקתה אף שאינה עושה שום מעשה דשתיקתה הוי הוכחה על הרצון ולכן כ"ז הוא בלא זרקה אבל אם זרקה תכ"ד דהוי הוכיחה סופה על תחילתה ל"מ, וא"ש דברי הב"ש גם לשי' התוס' דבשדיך ונתרצית מ"מ אם זרקה תכ"ד לא הוי קדושין כיון שהוכיח סופה על תחילתה, ולשי' הרשב"א החולק על התוס' וסובר דגם בשדיך ל"מ שתיקה לאחר מתן מעות, צ"ל דלא דמי להחזיק שלא בפניו דשם עושה המחזיק עכ"פ מעשה בגוף הקרקע והיה לו למחות, אבל הכא בדיבור בעלמא שאומר ה"א מקודשת כיון שמחזקת הכסף אין שום ראי' ואפשר לה לומר לא איכפת לי ומזה יצא חידוש גדול לענין כסף במכירה דג"כ אינה עושה מעשה וצ"ע.

עכ"פ נתבאר בשי' התוס' דבשדיך ג"כ צריך הוכחה על רצונה בשעת קידושין, אלא דהשתיקה גופה הוי הוכחה מדלא מיחתה כיון שנתרצתה מקודם, וא"כ אף אם נעמיד שי' הרגמ"ה שהובא בהגמ"ר כהתוס' בדשדיך נוכל לפרש כהב"ש דמיירי בדיבר עמה ונתרצתה, ומ"מ אם זרקה לא הוי קידושין, אכן בעיקר פירושא בעובדא דהגמ"ר נראה דלא כהב"ש והמעיין בגוף התשובה יראה דאי אפשר לפרש כהב"ש ואיברא דהחת"ס בתשו' סי' פ"ב הובא בפ"ת כתב המעיין בפנים במקור הדין יראה כי האמת עם הב"ש, והנה כונתו פשוטה משום דבגוף התשובה מבורר דוקא שדיבר עמה תחילה מעניני הקידושין, אכן המעיין בגוף התשובה יראה להדיא דאי אפשר לפרש כן דאיירי בנתרצתה דכל עיקר התשובה סובבת על זה אי הא דמדבר עמה עע"ק איירי בהשיבה לו והסכימה להתקדש או לאו, וע"ז הביא דברי הרגמ"ה, ואי נימא דהרגמ"ה מיירי שהסכימה לדבריו א"כ מה מייתי שם דהא לענין עיקר חידושא דהרגמ"ה לענין לקח ידה בחזקה דשם ג"כ יש ראי' מדלא זרקה וכמ"ש, לענין זה לא מייתי שם בתשובה כי לא מיירי מזה כלל, והעיקר מה שמביא מתשו' הרגמ"ה הוא דגם באינה משיבה לו מיקרי עסוקין בא"ע, ומש"כ הח"ס דמוכח דאיירי בדיבר עמה אה"נ דמיירי בדיבר עמה אבל אינו מוכח לומר שהסכימה לזה, [ויש שיבוש לשון שם בתשו' שכ' שם אחר שהביא התשובה של הרגמ"ה וז"ל ומי שאמר דהי' מדבר עמה מיירי במשיבה לו ז"א דהא גבי רצתה מוכח כן דאעפ"י שלקח ידה וכו' עכ"ל והלשון דאעפ"י שלקח ידה בחזקה כוונתו בודאי על תשו' הרגמ"ה דמזה מביא ראי' דבעסוקין בא"ע כשלא השיבה מהני היכי שלא זרקה ולשונו דהא גבי רצתה מוכח כן איני יכול להלום].

ולפי"מ שנתבאר דגם בדיבר עמה עע"ק מ"מ צריך הוכחה בשעת הקדושין, דברי הרמב"ם שלפנינו פשוטים דבשלמא כשנתן לתוך ידה יש ראי' מדלא זרקה וקבלה הקידושין אבל כשזורק לחצירה או לשדה שלה א"כ הא אין הוכחה בשעת הקדושין ואנן

בעינן שיהא בשעת קדושין הוכחה במקצת ולכן צריך לזה שרצתה לזרק לה, וזה פשוט.

והנה הח"מ כתב בהך עובדא דהרמ"א שאף שהרמ"א כ' בלשונו הוי מקודשת דמ"מ אינו אלא ספק קידושין, וז"ל מפשט הלשון משמע דמקודשת ודאי אבל א"א לומר כן דהו"ל שתיקה שלאחר מתן מעות כמבואר לעיל בסי' כ"ח סעיף ד' ה' מכ"ש הכא דתחילתו אונס היה וכן משמע לשון התשובה מאחר שלא זרקה צריכה גט משמע דלחומרא בעלמא צריכה גט עכ"ל החמ"ח והנה בד' הרמ"א קשה מאד לומר כן דהרמ"א כתב להדיא מקודשת ומשמע דהוי קידושי ודאי, אכן נראה דדברי הרמ"א נכונים דהנה זה ודאי אף דשתיקה לאחר מתן מעות בכה"ג דעובדא בציפתא דאסא דלא הוי אלא ספק קידושין משום דלא מהני הך סברא דלישדינהו אלא למיחש כדקיי"ל חושו לה, אכן בהיתה ידה פתוחה ונתן לה הקידושין וא"ל הרי את מקודשת לי והחזיקה בידה ולא זרקה הוי קידושי ודאי ואין להסתפק בזה, ועי' בהא דרמ"ה שהביאו הרמ"א לעיל כ"ח סעיף ד' ושם הטעם לפי המבואר בב"ש בשם הריב"ש משום דלא עשתה שום מעשה המוכחת על הסכמתה, אבל אם הניח בידה והחזיקה בידה באופן שמוכח שמסכימה דהיינו ע"י מה שמחזיקה ואינה זורקת ולכאורה הא כל ההוכחה הוא ממה שלא זרקה וע"ז נימא אטו כולהו נשי דינא גמירי ולא הוי רק ספק קידושין, אלא היכא דלקחה מקודם שלא לשם קידושין או בכה"ג דציפתא דאסא, וכיון דעכ"פ לקחה מקודם אפשר לומר דסברא אי שדינא מחייבנא בהו, אבל במי שנתן ביד אשה כסף ואמר הא"מ לי בזה ודאי שאין ספק לשום אשה שאין היא מחוייבת להחזיק מעות קידושין כשאינה חפצה להתקדש לו וכיון דליכא סברא דאטו כלהו נשי דינא גמירי א"כ לא הוי ספק קדושין ומהני הך סברא דלישדינהו לשווי' ודאי קידושין והוי ככל הקדושין בעלמא ולא בעי שתעשה מעשה אלא כיון שנתן בידה ולא השליכה הוי קידושין, וכיון דנקטינן השתא דסברא דלישדינהו עושה ודאי קידושין רק היכא שיש סברא דאטו כלהו נשי דינא גמירי, דאז הוא ספק, והכא בלקח יד האשה בחזקה ליכא סברא דאטו כולהו נשי דינא גמירי כיון שלא קבלה כלל, וא"כ הכא הוי ודאי קידושין ודלא כדברי החמ"ח, ומה שמדייק החמ"ח מד' מרגמ"ה שכ' בלשונו צריכה גט דמשמע דלא הוי אלא חומרא, אתפלא דלא שפיל לסיפי' דד' הרגמ"ה שכ' הח"מ כיון שדיבר עמה תחילה הוי קדושין דתנן וכו', ואף שיש לדחוק דכונתו הוי קדושין בענין אחר שנתן לה בסתמא, וממילא כאן הוי ספק קדושין. הנה מובן כמה מן הדוחק יש בזה, וא"כ שפיר נאמן עלינו הרמ"א שלא רצה לדחוק לפ' דברי הרגמ"ה כפשוטן דהוי קדושין ודאי, ואף שכ' מתחלה צריכה גט לא חש הרגמ"ה כיון שסיים בסוף דבריו הוי קדושין.

שוב מצאתי כדברי בת' חכ"צ הנ"ל רק באופן אחר שהוא לא נחית שם לענין אי הוי קדושי ודאי או ספק קדושין רק שמחלק שם בין הא דרמ"ה לעיל בסי' ל' שכ' דזרק לתוך חיקה אינה מקודשת הואיל ולא נתרצית מתחילה להתקדש לו ובין הא דרמ"ה דלקח יד האשה בחזקה וכ' החכ"צ דהתם אינם קידושין משום דאטו כולהו נשי דינא גמירי וסברא אי שדינא מחייבנא אבל בלקח יד אשה בחזקה אין סברא ששום אשה תסבור שתתחייב וע"כ הוי קידושין והנה החכ"צ נחית לסברא זו אלא דסובר דדוקא בלקח ידה בחזקה, אבל במי שזרק קידושין לתוך חיקה שפיר איכא הך סברא דאטו כלהו נשי דינא גמירי וזה דלא כמש"כ, אבל באמת ד' החכ"צ תמוהים דהא בענין זה דזרק לה קידושין לא עדיף מציפתא דאסא וא"א שיהי' כמו פקדון ובציפתא דאסא הא קיי"ל כמ"ד חושו לה, ואף שהרמב"ם ורשב"א פסקו דלא כמ"ד חושו לה והרמב"ם פסק דהוי ספק משום הציפתא מ"מ המחבר פסק לעיל בסתמא דהוי ספק קידושין ומשמע דהוא כמ"ד חושו לה וכן ציין הבה"ג והגר"א וא"כ א"א לומר דטעמא דהרמ"ה בזרק לתוך חיקה הוא משום דאטו כולהו נשי דינא גמירי דהא בסי' ל' הביא דברי הרמ"ה באין חולק אף שכ' בשם יש מי שאומר ואיך יסתור עצמו ששם פסק בסתמא כמ"ד חושו לה דהוי ספק קדושין, וע"כ דטעמא דהרמ"ה אינו משום דאטו כולהו נשי דינא גמירי אלא משום שאינה עושית שום מעשה המוכחת על הסכמתה כמש"כ הח"מ והב"ש בשם הריב"ש.

ובמש"כ הרמב"ם וזרקן בין לתוך ידה או לתוך חצירה או לתוך שדה שלה ולא הזכיר דבעי חצר משתמרת ולא שתהא עומדה בצדה, וכ' הב"י הביאו הלח"מ דסמך על מש"כ בפ"ד מזכיה והק' ע"ז הלח"מ דהא הרמב"ם כ' או לתוך שדה שלה ושדה לא הוי משתמרת.

והנה הרמב"ם בפ"ד מזכי' ומתנה הל' ח. ט. זכין לקטן אפי' בן יום אחד ולגדול בין בפניו בין שלא בפניו, וחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שאינו עומד שם, כיון שהגיע המתנה לחצרו כאלו זכה בו אחר בד"א בחצר המשתמרת אבל בחצר שאינה משתמרת כגון שדהו וחורבתו עד שיהא עומד בצדה ויאמר זכתה לי שדי וכן ארבע אמות של אדם שהוא עומד בצדן קונין לו בסמטא או בצדי ר"ה או בחצר שאין לה בעלים, אבל בר"ה או בשדה חברו עד שיגיע מתנה לידו וקטנה תזכה לה חצרה וארבע אמות שלה, אבל הקטן אינו זוכה עד שתגיע מתנה לידו או עד שיזכה לו אחר, ובהשגות הראב"ד א"א אין דבר מחוור במתנה אלא במציאה עכ"ל, והנה הראב"ד חולק על הרמב"ם כאן וכן בפכ"ט מה' מכירה ע"ז שכ' דקטן אין לו חצר גם במכירה ומתנה ובזה חולק הראב"ד וסובר דדוקא במציאה כן, אבל על תחילת דברי הרמב"ם שכ' דחצר שאינה משתמרת אינו קונה גם

במתנה והוא כדעת הרי"ף דלא פסק כר"פ בפ"ק דב"מ דדעת אחרת מקנה אותן שאני דקונה אפי' חצר שא"מ ואפי' אינו עומד בצד שדהו, בזה לא השיג הראב"ד דאם הוא חולק ע"ז היה לו להשיג על תחלת דברי הרמב"ם כשכתב בד"א בחצר המשתמרת.

והנה לפירש"י דרב אשי דאמר חצר איתרבאי משום יד ולא גרעה משליחות בא לתרץ שינוייא דר"פ לכאורה צ"ל ההלכה כר"פ, וכן פסק הרא"ש אלא דהרמב"ן כתב דקיי"ל כשינויא קמא דמטלטלין אג"ק הקנה להם כיון דבקדושין סבר הגמ' הכי, ומשמע דסובר דגם מה דמתרץ רב אשי אליבא דר"פ לא מכרעא כיון דסתמא דגמ' דקדושין כשינויא קמא, אבל הר"ן הביאו הכ"מ כתב דרב אשי לא אתי לשנויי הא דר"פ, אלא מה דקשה בל"ז מה דבגט בעי עומדת בצד ביתה אפי' בחצר משתמרת והגר"א בבאורו לחו"מ תפס לעיקר דברי הרמב"ן, וכן כתב בהגהות על הרא"ש וכתב ע"ז וכן פסק הרמב"ם ולפי"ז לא היה להרמב"ם להביא דברי רב אשי ובאמת הביא דברי רב אשי בפ"ה מה' גירושין הל' ב', ונביאם לפנינו, ומוכח דסובר כדברי הר"ן דצריך דברי רב אשי גם לדידן, אלא דאפשר דבזה גם הרמב"ן מודה, רק דסובר דמ"מ מוכח בסוגיא דרב אשי בא לתרץ דברי ר"פ.

והנה רש"י ותוס' כתבו דעיקר טעמא דבעינן עומד בצד שדהו בחצר שאינה משתמרת הוא משום דאם נילף מידה אמרינן מה ידה בסמוכה והכי אי' בגיטין פ' הזורק אליבא דעולא דמצריך עומדת בצד ביתה, אפי' בחצר משתמרת, ובמתנה ילפי' משליחות ומהני אפי' אינה עומדת בצדה, וטעמא דלא מהני במציאה משום שליחות כתב רש"י דגבי שליחות איכא דעת השולח או דעת השליח אבל חצר ליכא לא דעת שליח ולא דעת שולח, וצריך ביאור דא"כ אמאי אמרי' חצר משום שליחות איתרבאי, וצ"ל דהוא דוקא בגניבה דאיכא דעת שולח, אבל במציאה כיון דאינו עומד בצד שדהו אמרי' דלא מהני משום שליחות לענין זה שיקנה שלא מדעתו, ומשמע דזהו טעמא דמהני במתנה דבדעת אחרת מקנה, כיון דמהני אפי' במעשה קנין כמו חזקה לקנות שלא מדעתו, כמש"כ הראב"ד הובא בש"מ בב"ב דף מ"א בהא דרב ענן ה"נ מהני קנין חצר, אלא דצריך ביאור אמאי מהני בחצר המשתמרת, וצ"ל דבחצר משתמרת דעתו שיהיו חפציו מונחים והוי כמו דעת שולח ודוקא בחצר שאינה משתמרת כיון דאין דעתו לכך לא מהני.

והראב"ד בש"מ כ' דמשו"ה אינו קונה במציאה משום שליחות משום דהוי חב לאחרים, ומה דמהני חצר משתמרת זהו מדין יד, וכן כתב הר"ן אלא שכתב מטעם אחר דלא מהני משום שליחות דלא מהני שליחות אלא כשהוא שלוחו של בעל הממון, ומה דלא מהני בגיטין חצר המשתמרת כתב הר"ן דכיון דלא ניחא לה שתקנה לה החצר לא הוי יד, שמה שהוא חוב לאדם אינו מניחו בחצר המשתמרת, ודבריו תמוהין דא"כ כשהיא עומדת

בצדה אמאי מהני, ועוד דהא אמרינן מה ידה בסמוכה וצ"ל בכונתו דבעומדת בצדה דהוי דומיא דיד ממש לא איכפת לן אם לא ניחא לה, אבל באינה סמוכה אם החצר משתמר וניחא לבעלים הוי כמו יד שמה שהוא זכות לאדם נותנו בחצר משתמר, משא"כ בגט דהוי חוב, אלא דאכתי קשה טובא דהא קיי"ל חצר דגברא משום שליחות ולא משום יד, ומצאתי שהקשה כן הנתיבות בפתיחה לסי' ר' וכתב דדוקא גבי קטן לא מהני חצר משום יד, דבחצר משתמרת לא שייך גביה סברת הר"ן דמה שיש לאדם בחצר משתמר הוא נותן דהא גבי קטן הוי אבדה מדעת, וכן לא שייך עומד בצדו כיון שאין לו דעת, אבל הרמב"ם כ' להדיא בפי"ז מה' גזו"א הל' י' וז"ל אבל האיש למדנו שחצרו קונה לו משלוחו כדרך שקונה לו שלוחו כך תקנה לו חצרו והקטן הואיל ואינו עושה שליח וכו', ומבואר להדיא דחצר הגדול הוא משום שליחות, וכן הוא פשטות ד' הגמ' דאמר חצר משום שליחות איתרבאי וע"כ קאי בגדול דבקטן אינו קונה חצר, ומ"מ אמרינן שאינו משום יד.

והנה כל זה קשה לדעת רש"י אבל לדעת הרמב"ם דגם במתנה בעינן חצר משתמרת א"כ לא צריך לחדש דבמציאה לא מהני חצר משום שליחות, דמה שכתב רש"י דבחצר ליכא לא דעת שולח ולא דעת שליח אינו מוכרח דזהו שאמרו חז"ל דחצר הוי משום שליחות דסתם חצר עשוי שיהיו מונחים בתוכו חפצי הבעלים, ומה שכ' הראב"ד דהוי חב לאחרים יש לומר דלא שייך כן בחצר דדוקא במגביה מציאה לחבירו שבא לזכות בשביל חבירו אמרינן דלחוב לאחרים לא נעשה שליח, וזהו כשצריך ליעשות שליח, אבל חצר אינו עושה מעשה זכיה אלא שהחצר הוי תמיד שלוחו של האדם במקום ידו שיהיו מונחים בו חפציו, ולא שייך לומר שלא יהי' נעשה שליח דלא צריך ליעשות אלא דכל חצר מדין תורה הוא במקום ידו, ובעל החצר ממילא זוכה ולכן לא שייך כאן טעמא דחב לאחרים, אלא דצריך לומר דגם רב אשי לא אתי לשנויי אליבא דר"פ וכמש"כ הר"ן.

והנה גם לדעת הרמב"ם הקשה הש"ך בסי' רמ"ג דכיון דזה עכ"פ מבואר בסוגיא דאם הוא מטעם יד בעינן עומדת בצדה דמה ידה בסמוכה א"כ בחצר דקטנה דהוא מטעם יד לא תקנה אלא בעומדת בצדה, והביא דברי התוס' בדף י"ב דבקטנה אינה קונה אלא בעומדת בצדה, אבל מדברי הרמב"ם והמחבר מוכח להדיא דקטנה גבי חצר דינה כגדולה, ולכן כ' הש"ך דמה דאמר בגמ' חצר משום ידה אתרבאי ולא גרעה משליחות היינו דכמו דבשליחות בעינן בפניו ה"נ מדין ידה, וכבר הקשה הנתיבות על דבריו דלפי"ז הול"ל ולא עדיפא משליחות.

והנראה לי דהנה בפ"ה מה' גירושין הל' ב' כתב הזורק גט לאשתו לתוך חצרה אם

היתה עומדת שם בצד חצירה נתגרשה ואם לאו לא נתגרשה עד שתעמוד בצד חצירה ואע"פ שהוא חצר שישתמר הגט בתוכה שחוב הוא לה הגרושין, ואין חבין לאדם אלא בפניו, והנה לפי דברי הגמ' דגיטין הא עיקר טעמא דבעינן עומדת בצד חצרה הוא משום דמה ידה בסמוכה וזה ודאי דעיקר דין חצר באשה הוא משום ידה אלא דהיה אפ"ל שתקנה אפי' אינה עומדת בצדה משום שליחות, וע"ז אמר רב אשי טעמא דאין חבין לאדם אלא בפניו, וא"כ מתחלה היה להרמב"ם להביא עיקר הטעם מה שאמרו בגמ' בגיטין בטעמא דמילתא משום דמה ידה בסמוכה ואז היה אפשר לו להוסיף טעמא דלא מהני שליחות, אבל הרמב"ם לא הזכיר כלל טעמא דמשום זה לא ליהני שליחות, וכתב בעיקר טעמא דאין חבין אלא בפניו והוא תימה, לכן נראה דהרמב"ם אינו מפרש טעמא דאין חבין אלא בפניו דהוא כדי לומר למה לא ליהוי בגט משום שליחות דבאמת לא צריך כלל בגט להסבר דאין חבין לאדם אלא בפניו אלא בפשיטות דשליחות א"א בגט כיון דמהני בע"כ ולשון זה היה משמע דבפניה הוי מהני גם משום שליחות וזה ודאי א"א דשליחות ודאי לא הוי בע"כ.

ולפי המבואר צ"ל דהרמב"ם מפרש דרב אשי לא סבר הא דאמר בגיטין אליבא דעולא בטעמא דבעינן עומדת בצדה משום דמה ידה בסמוכה והוא משום דהתם נחת הגמ' לפרש רק טעמא דגט, אבל לפי"ז גם במציאה לא מהני חצר אם אינה עומדת בצד חצרה אם נימא דקונה משום יד, אלא דהיה אפשר דבמציאה תקנה חצר משום שליחות, אבל אכתי קשה בחצר דקטנה דאמרינן דקונה דמשום ידה איתרבאי, א"כ לא תקנה בחצר משתמרת אם אינה עומדת בצדה וכמו שכתבנו, ולכן בגיטין אליבא דעולא אפשר לומר דאה"נ דכן הוא אבל הכא קאי רב אשי לתרץ הסוגיא דאמרה דבחצר משתמרת לא בעינן עומד בצד שדהו, ור' יוחנן דאמר קטנה יש לה חצר משמע כדין חצר דגדולה, לכן אמר רב אשי מקודם בטעמא דמילתא דלא סבר הא דמה ידה בסמוכה משום דחצר איתרבאי משום יד ולא גרעא משליחות היינו משום יד נמי מהני אף שאינו סמוך וכמו בחצר דהוא משום שליחות מהני אפי' אינה סמוכה ה"נ בחצר דהוא משום יד ומהני אפי' אינה סמוכה והיינו אומרים דהוא יד אריכתא וכמו שכתב הר"ן לגבי חצר המשתמרת ומה דלא מהני חצר משתמרת גבי גט זהו מטעמא דאין חבין לאדם אלא בפניו, ולכן במציאה דהוי זכות וזכין לאדם שלא בפניו מהני גם גבי קטנה חצר משתמרת אפי' אינה עומדת בצדה, ומבואר עכשיו דברי הרמב"ם בה' גירושין דנקט עיקר טעמא גבי גט דבעינן עומדת בצדה אפי' בחצר משתמרת משום דאין חבין לאדם שלא בפניו, ומבואר מה דמהני בקטנה חצר משתמרת וכנ"ל.

ונשוב לדברי הראב"ד בהשגות שהשיג רק על סוף ההלכה דלא מהני חצר בקטן וע"ז השיג דבמתנה מהני אפי' בקטן, אבל מה שהצריך הרמב"ם עומד בצדו בחצר שאינה משתמרת אפי' במתנה לא השיג עליו, ונראה דבזה מודה הראב"ד דלא מהני טעמא דדעת אחרת מקנה דלא קיי"ל כרב פפא, ואף דבפי' הסוגיא בהא דרב אשי כתב בחדושיו הובא בש"מ דהוא כר"פ אפשר דסובר כמש"כ הגר"א ז"ל דאף דרב אשי בא ליישב דברי ר"פ מ"מ קיי"ל כסוגיא דקדושין, וכ"ז בהא דחצר שאינה משתמרת דעיקר החצר לא הוי בר קנין דבין יד בין שליח הם משומרים, אבל בדין חצר דקטן נראה דנחת הראב"ד בזה מטעם אחר דאף דחצר דגברא משום שליחות ומשום זה לא מהני בקטן מ"מ אף דעיקר יסוד קנין חצר הוא משום שליחות והיינו דהוי במקום ידו, מ"מ קשה למה לא ליהני בקטן דאטו הקטן צריך לעשותו לשליח, ואטו דין שליחות גמורה יש כאן, תיפוק לן דהחצר אינו בר דעת ואמרינן מה אתם לדעתכם וע"כ דאינו אלא גדר שליחות דכמו דמצינו דאדם יכול ליעשות לחבירו שליח כן אמרה תורה שחצרו של אדם יועיל במקום ידו, ולפי"ז קשה מה איכפת לן דקטן אינו עושה שליח מ"מ למה לא יועיל חצרו, כיון דאינו מדין שליחות גמורה דאמרינן בזה מה אתם בני דעת, וצ"ל דעכ"פ בגדול אמרינן דדעתו של אדם הוא שכל חפציו יהיו מונחים בחצרו ושיהיו במקום ידו, אבל קטן שאין לו דעת אינו עושה החצר שיהי' במקום ידו, וזה שעושה החצר לשליח במקום ידו, אבל קטן שאין לו דעת אינו עושה החצר שיהי' במקום ידו ומעצמו אינו נעשה החצר כמו ידו, וסובר הראב"ד דכמו דאשכחן לענין מעשה קנין דצריך ודאי להיות מדעת עושה הקנין ומ"מ סובר הראב"ד בב"ב דף מ"א הובא בש"מ גבי רב ענן דבדעת אחרת מקנה מהני מעשה שקונין אפי' בלא דעת לקנות, ה"נ כאן גבי חצר מהני דעת אחרת שיהיה החצר כמו ידו אפי' בלא דעת הקטן אפי' בחצר דגברא שהוא משום שליחות כיון דאינו מדין שליחות ממש. וכמו שבארנו.

ובדעת הרמב"ם י"ל דגם שם במעשה קנין אינו סובר כהראב"ד דהרשב"א הובא בש"מ תי' שם באופן אחר ע"ש, וגם יש לחלק דאפי' אם במעשה קנין מהני דעת אחרת מקנה, אבל כאן דצריך לעשות חצרו במקום ידו לא מהני בזה דעת אחרת מקנה, והראב"ד סובר דגם לזה מהני ד"א מקנה כיון דהחצר בעצמו יש לו גדר קנין ולא דמי לחצר שאינה משתמרת וכנ"ל.

והנה לדעת הרמב"ם דגם במתנה צריך חצר המשתמרת ומשום דלא קיי"ל כר"פ דדעת אחרת מקנה שאני, א"כ ודאי דגם בקידושין בעינן חצר המשתמרת, ומש"כ הרמב"ם שדהו וסתם שדה הרי אינה משתמרת נראה דבקדושין כיון דבעי הוכחה על דעתה

בשעת מתן מעות ושתיקה לאחר מתן מעות לא מהני וכמש"כ דמשום זה כ' הרמב"ם כיון שרצתה לזרוק לה קידושיה וכיון דבעינן דעתה על הזריקה ע"כ דהוא משתמר לדעתה.

פרק ה

הלכה א

המקדש בדבר שהוא אסור בהנאה כגון חמץ בפסח או בשר בחלב וכיוצא בהן משאר איסורי הנאה אינה מקודשת, ואפילו היה אסור בהנאה מדבריהם כגון חמץ בשעה ששית מיום י"ד אינה מקודשת.

בדבר שהוא אסור בהנאה, הנה מה שלא הזכיר הרמב"ם פט"ח שאם קדש בה אינה מקודשת ודאי לא קשה דהרמב"ם לא פרט כל האיסה"נ המפורשים במשנה וממילא לא הזכיר גם הך דפט"ח, אכן זה קשה דבגמ' בכורות דף ט' ע"ב אמרי' והרי מעשר וכו' בפט"ח נמי מיקדשא כדר"א דאמר אשה יודעת דאין מע"ש מתחלל על ידה ועולה ואוכלתו בירושלים ה"נ אשה יודעת דפט"ח איסורא אית בי' ופרקא לי' בשה ומקדשא בהך בביני וביני, ובדף י' ע"ב מקשינן מהא דתנן המקדש בפט"ח אינה מקודשת ומוקי לה כגון דאינו שוה אלא שקל וליכא ביני וביני, אכן זהו דלא כהלכה דהא לא קיי"ל כר' יוסי בר' יהודא דצריך שה שוה שקל, ומעיקרא כדפריך בגמ' לימא מתני' דלא כר"ש דאמר פט"ח מותר בהנאה ומוקים לה לאחר עריפה וד"ה, ומבואר עכ"פ דבפט"ח קודם עריפה אפשר לקדש בו בהך דביני וביני וצ"ע למה השמיט הרמב"ם דין זה.

והנה המהרי"ט אלגזי לבכורות הביא ד' התורי"ד בקדושין במתני' דהמקדש בפט"ח אינה מקודשת כ' דאף דהיא יכולה לפדותו בשה מ"מ עכשיו הוא איסוה"נ, והקשה המהרי"ט אלגזי דהא מבואר בגמ' דאפשר דמקדשה בהך דביני וביני ומתני' כגון שאינו שוה אלא שקל, ותי' דבאמת כ"ז שהוא אסוה"נ א"י לקדשה כלל, רק דכשהוא מקדשה במה שיכולה לפדותו ולאחר שתפדה יכול לקדשה ולכן כ' התורי"ד דמתני' איירי שהוא מקדשה עכשיו ועכשיו הא הוי איסוה"נ והא דהוצרכו בגמ' לתרץ כריבר"י היינו דבגמ' לא רצו לאוקמי מתני' דוקא דמקדשה מעכשיו דסתמא קתני ובכל אופן אינה מקודשת, ותירוצו דחוק דאי משום דסתמא קתני א"כ האוקימתא דכגון שאינו שוה אלא שקל ודאי אינו בסתמא וסתמא אפי' הוא שוה הרבה, ואז יותר הוי ניחא לפרש דהא דתנן המקדש בפט"ח הוא כשמקדשה מעכשיו כפשטה.

והנראה דהנה בירושלמי ס"פ האיש מקדש איכא פלוגתא דר' יוחנן ור"א דר"י אמר פט"ח אין מקדשין בו את האשה ור"א אמר מקדשין ומתני' דאין מקדשין מוקי ר"א לאחר

עריפה, ומשמע דאי ליכא ביני וביני דהיינו לריבר"י דצריך שה ששוה שקל והפט"ח נמי אינו אלא שקל דאפי' ר"א לא יאמר דמקדשין בו את האשה כיון דהאשה אין לה הנאת כסף, ולכן מסתברא דבזה פליגי ר"י ור"א, וא"כ צ"ל דעולא דאמר בבכורות דבפט"ח מיקדשא סבר כר"א דהא מייתי עלה הא דר"א דאמר אשה יודעת, וצ"ל דלא ידע הא דר"א דאמר בהדיא מקדשין בו את האשה, אבל ר' יוחנן דאמר בסתמא אין מקדשין הוא בכל גווני וכסברת התורי"ד כיון דעכשיו היא איסוה"נ לא מהני מה דיכולה לפדותו בשה וממילא ר"א ור"י הלכה כר' יוחנן.

ואף דא"א לדחות תלמודין דבבלי משום הך דירושלמי י"ל כיון דבסוגיא דקדושין שהוא עיקר ההלכה לא הוזכר שיהי' אפשר לקדש בפט"ח בהא דביני וביני, וגם בפי' אמרו רק נימא דמתני' דלא כר"ש דאמר פט"ח מותר בהנאה, ומשמע דלר"י דאסור בהנאה שפיר ניחא ובבכורות הקשו גם לר"י דאסור בהנאה דהא אפשר לקדש בהך דביני וביני ואוקמה כר"י בר"י ודאינו שוה אלא שקל וכיון דבקדושין לא אקשו ולא מתרצי ובפרט דלפי"ז הי' צריך לומר דמתני' שלא כהלכה דלא קיי"ל כר"י בר"י ולאוקמי מתני' לאחר עריפה אף דבבבלי אוקמו הכי היינו רק לאוקמי מתני' אפי' אליבא דר"ש, אבל באמת אקשו ע"ז בירושלמי מברייתא מפורשת דפליגי ר"י ור"ש אם מקדשין בפט"ח ואי לאחר עריפה הא ר"ש נמי מודה ואסיקו בקושיא על ר"א, ולכן מיושב דהרמב"ם והתוס' רי"ד סברו דהא דבכורות אינה להלכה אלא כר"א כיון דבמקומה בסוגיא דקדושין לא הוזכר זהו ואדרבה מוכח דלר' יהודא ניחא כפשטה וכהלכה.

והנה בפ"ב מהל' גנבה הל' ג' כ' הרמב"ם הגונב פט"ח של חברו קודם שיפדה משלם תשלומי כפל לבעלים שאע"פ שאינו עכשיו שלו ראוי להיות לו אחר שיפדה, והוא ברייתא בבכורות דף י"א כמש"כ המ"מ הגונב פט"ח של חברו משלם תשלומי כפל לבעלים ואע"פ שאין לו עכשיו יש לו לאחר מכן וצריך ביאור למה ישלם הגנב כפל בעד כל הפט"ח כיון דצריך לפדותו בשה והי' צריך לנכות דמי השה ואף דבהשה יהי' לו טוה"נ ליתנו לכהן הא פסק הרמב"ם דטוה"נ אינה ממון, וצריך לבאר בתרתי חדא דלהלכה גבי קידושין לפ"מ שבארנו אינה מקודשת אפי' מאי דחזיא ביני וביני, ב' דאפילו למאי דסבר בבכורות דמקדשה אינה מקודשת אלא במאי דחזיא ביני וביני אבל לא אמרינן דכיון דאפשר לפדותו הוי כולו ממון דאי הוי אמרינן כן א"כ מאי מהני לריבר"י דאינו שוה אלא שקל כיון דנימא דבמה דאפשר לפדותו הוי כולו ממון ולא איכפת לן דצריכה להוציא שה וע"כ דלכו"ע לא הוי בהפט"ח ממון אלא מה דביני וביני. **אכן** בירושלמי דקדושין שם איתא מתניתא מסייעא לר"א ופליגא עלוי, מתניתא מסייעא

לר"א הגונב פט"ח של חבירו משלם תשלומי כפל וסיפא פליגא עלוי שאע"פ שאין לו בו עכשיו פליגא על ר"א והיינו דהטעם יש לו בו לאחר זמן אינו צריך להיות מועיל בקדושין והיינו כמש"כ התוס' רי"ד דכיון דעכ"פ עכשיו הוא אסור בהנאה לא הוי כסף לענין קדושין ומ"מ מהני הך טעמא לחייבו בכפל דבקדושין בעינן דוקא שיהי' ממון בשעה שיקדשנה.

רק דעכ"פ קשה דאפי' להסוגיא דבכורות ולר"א דסבר מקדשין בו את האשה מ"מ לא חזיא אלא במה דשוה ביני וביני אבל לא בכולה ואמאי חייב כפל לפי כולו, ויש לומר עפ"מ דאמרינן בקדושין הילך מנה ע"מ שתחזירהו לי בתרומה יצא ידי נתינה בפדיון הבן בנו פדוי אבל בקדושין אינה מקודשת ולפי גירסתנו הוא שמא יאמרו אשה נקנית בחליפין, וכ' הראשונים לפי גירסא זו דהוא מדרבנן אבל גירסת הרמב"ם הוא לפי שאין אשה נקנית בחליפין ומוכח דבקדושין בעינן כסף שתהנה בו וכמש"כ הרמב"ם שאם לא החזירתו לא נתקיים התנאי ואם החזירתו הרי לא נהנית ולא הגיע לידה כלום, ועוד נבאר זה במקומו, עכ"פ חזינן דאף דבשאר דברים הוי כסף אבל בקידושין בעי שיהי' לה בשביל מה להקנות את עצמה.

ולכן שפיר מבואר דאיברא דלגבי חיוב כפל אמרינן דכיון דיכול לפדות הוי כולו ממון לחייבו בכפל כיון דגנב אצלו מה דיש לו לאחר זמן דין ממון, מ"מ גבי קדושין כיון דחזינן דמתנה על מנת להחזיר אף דהתם נמי לענין שאר דברים הא הוי נתינה משום דתנאי מילתא אחריתא מ"מ גבי קדושין בעינן דבר שיהי' לה מזה הנאת כסף דאף דנימא דפדיית השה אינו מגרע מדמי הפט"ח והוא מילתא אחריתא אבל עכ"פ הנאת הכסף אין לה במה שצריכה כנגדו להוציא דמי השה, אבל לגבי דין כפל לא איכפת לן מה שיהי' צריך להוציא שה דזהו מילתא אחריתא, ובהפט"ח יש להבעלים דין שיהי' להם לאחר זמן כל הפט"ח וחייב הגנב כפל.

ויבואר לנו מזה דין חדש ומסתבר דאם ראובן נתן לשמעון מתנה ע"מ להחזיר וגנבה גנב מבית שמעון דהגנב משלם כפל לשמעון דהחפץ הוא עכשיו של שמעון ותנאה מילתא אחריתא ואף דאין לשמעון היזק דכיון דאין לו אינו מחויב להחזיר ואם נשתמש בהמתנה סובר הרא"ש בפ"ג דסוכה דנעשה למפרע שואל שלא מדעת אבל אם לא נשתמש בה אין לו היזק מ"מ לא שייך זה להגנב דעכשיו הוא שלו וממנו גנב וחייב לו קרן וכפל והוא יש לו דין להחזיר הקרן ואם אין הקרן בעין זה תלוי אם יוכל לפטור עצמו בדמים והרא"ש סובר שם דבדמים נמי מקיים תנאו ע"ש.

והנה בשו"ע סי' כ"ח סעיף כ"א המקדש באיסורי הנאה דרבנן לגמרי שאין לו עיקר

בדאורייתא מקודשת והב"ש בס"ק נ"ב תמה דמה לי אם איסורו אינו אלא דרבנן מ"מ הא לא נתן לה כלום והוא תימה גדולה, ונראה לי דהנה באיסוה"נ יש שני חסרונות א' שאינו שלו ולא שייך זכי' וקנין באיסוה"נ כדאמרי' בב"ק דמכי קא טבח לאו דידי' קא טבח ושנית שאינו שוה כלום ואין שוה פרוטה, והנה לגבי זה שאין שלו ולא שייך זכי' באיסוה"נ וכדמצינו בגמ' דמיקרי עפרא בעלמא זה לא הוי אלא בגדר הפקעה שכיון שהוא איסוה"נ נעשה עפרא בעלמא ולכן שייך לחקור בזה אם הוא איסורי הנאה מדאורייתא או מדרבנן שאם הוא מדרבנן לא שייך בזה עפרא בעלמא כיון דמדאורייתא שרי ולא הוי אלא כמו דארי' רביע עלי' ולא נוכל ליטלם דלא נאמר שבשביל זה יהי' קרוי עפרא בעלמא, אלא דאמרי' בפסחים המקדש בחמץ משש שעות ולמעלה אין חוששין לקדושין והתם מיירי בחמץ דרבנן או שעות דרבנן ואפ"ה לא הוי קדושין, ולא נוכל לומר הטעם משום דלא שוי מידי לכן לא הוי קדושין אבל באמת מיקרי שלו ושייך בזה זכי' וקנין כיון שאינו אלא איסור דרבנן, אבל באמת ז"א דהא בגמ' אמרינן זה בפסחים דף ה' לענין דבשעות דרבנן לאו ברשותי' קאי ולא מצי מבטיל לי' וע"ז מוכיח מדרב גידל דהמקדש בחמץ מו' שעות ולמעלה אין חוששין לקידושין אלא דבאמת תקשה דמאי מוכיח מדרב גידל דחמץ מו' שעות ולמעלה לאו ברשותי' קאי דילמא משום דאינו שוה כלום לכן אינה מקודשת אבל לענין ביטול ברשותי' קאי כיון דלא הוי אלא איסור דרבנן.

ולכן נראה בזה לשי' הרמב"ם גבי חיישינן שמא שוה פרוטה במדי דבעינן דבר המתקיים שיכול להתקיים ולילך עד מדי וכ' הרא"ש והרשב"א דס"ל להרמב"ם דאם היינו יודעים ששו"פ במדי מקודשת ודאי אלא משום דספק לנו אם שוה פרוטה לכן מקודשת מספק והתוס' והרא"ש חלקו ע"ז דאין לממון אלא מקומו ושעתו וכיון דבמדינה זו אינה שוה פרוטה אינה מקודשת אלא דטעמא הוא משום גזירה דשמא יבוא אחד ממדי לכאן וחזינן דהרמב"ם לא ס"ל דאין לממון אלא מקומו ושעתו, אלא דכיון דבמדי הוא שוה פרוטה מקודשת ואף דלהוליך התמרה למדי צריך הוצאות אלף זוז ואין מי שנוסע למדי וא"כ לא נתן להאשה פרוטה מ"מ ס"ל להרמב"ם דכיון שנתן לה כסף דמיקרי כסף במק"א מקודשת בזה אע"ג דלגבי דידה עכשיו לא מיקרי כסף כיון שהי' במקום זה שאינו שו"פ ואינה יכולה להגיע למקום אחר ששם שוה פרוטה ולפ"ז נמצא גם כאן באיסורי הנאה אי לאו דאיסוה"נ אינם שלו אם באנו לבטל הקידושין משום דבלאו הכי אינם שוים פרוטה בזה נאמר דלשי' הרמב"ם גם איסורי הנאה מקרי כסף אי לאו טעמא דהפקעה שכתבנו דנפקע השיווי מאיסוה"נ ונעשה עפרא בעלמא וגם לאו דמרי' בלא זה הטעם נוכל לומר לשי' הרמב"ם דמיקרי שוה פרוטה כיון דלגבי

עכו"ם הוא שו"פ ואף שהיא אינה יכולה ליהנות בהם ואינו שוה כלום לגבי דידה מ"מ הוי כמו שבמדי הוא שו"פ וכאן לגבי דידה אינה שוה פרוטה דאמרינן דמקודשת כיון דעכ"פ הדבר מיקרי כסף, וכן גם כאן הדבר מיקרי כסף וכן אם היתה רוצה לעבור וליהנות מזה הי' שו"כ לגבי דידה אלא דכיון דהוא איסוה"נ נעשה עפרא דעלמא ולאו דמרי' הוא ג"כ ולכן לא מהני הקידושין באיסוה"נ ולפי"ז מייתי הגמ' שפיר ראי' דחמץ משש שעות ולמעלה לאו ברשותי' קאי אף שהוא איסור דרבנן מדאמר רב גידל דאין חוששין לקידושין דאי הוי אמרינן דבאיסורי דרבנן לא אמרינן דנעשה עפרא בעלמא ונפקע מהחפץ שם חפץ א"כ הוי קדושין מעליא ואף דמ"מ אינה שוה פרוטה לגבי דידה מ"מ לא איכפת לן כיון דמ"מ מיקרי כסף וכיון דמוכח מדרב גידל דנעשה עפרא בעלמא וממילא הוי נמי לאו דמרי' ולאו ברשותי' קאי דהכל דבר אחד.

ועכשיו יתיישבו דברי המחבר דבדבר שאין לו עיקר בדאורייתא הוי קדושין ובדבר שיש לו עיקר בתורה לא הוי קדושין, והנה הח"מ והב"ש כתבו דאם שוה פרוטה לאחר שנעשה אפר מקודשת אם ידעה שהוה איסוה"נ אבל אם אינה שו"פ אחר שנעשה אפר מ"מ מקודשת דשמא שו"פ במדי וכ"כ הב"ש דאם יכולה ליהנות בהם שלא כדרך הנאתם באיסורים שהותרו לחולה מקודשת כיון שיכולה למכור לחולה ומה שכתב הר"ן בקדושין דכיון שהיא אינה חולה אינה מקודשת מיירי שהיא לא ידעה שהוא איסורי הנאה והוי מקח טעות כיון שסבורה ליהנות בהם כדרך הנאה, והנה דבריהם הם מד' התוס' שכתבו דמיירי שאינה יודעת שהוא איסוה"נ, אולם בד' המחבר לא נוכל לומר דמיירי שאינה יודעת שהוא איסורי הנאה, חדא דלא הו"ל להמחבר לסתום דבריו ולומר בסתם דהמקדש באיסוה"נ אינה מקודשת, ועוד תמוה דאם נימא דמיירי שהיא אינה יודעת שהוא איסורי הנאה א"כ אמאי מקודשת אם קדשה בדבר שאין לו עיקר מן התורה והא אין לך מקח טעות גדול מזה, דבאמת לגבי דידה אינו שוה כלום אלא שכתבנו דעכ"פ מיקרי כסף אבל מקח טעות ודאי הוי, [ואף דקיי"ל דאם אכלו אין צריך להחזיר הדמים באיסור דרבנן אבל באיסוה"נ דרבנן הא קיי"ל דמחזיר הדמים ואין בהם דין מכירה כלל עי' בסי' רל"ד בחו"מ,] אע"כ דמיירי כאן שידעה שהוא איסוה"נ ואף שהמחבר סתם דבריו מ"מ זה לא קשיא דבסתמא המקדש באיסוה"נ גם היא יודעת שהוא איסוה"נ, ומ"מ סבר המחבר דאף שיודעת שהוא איסוה"נ מ"מ אינה מקודשת אף שיכולה ליהנות בהאפר.

ומש"כ הב"ש דאם יכולה ליהנות שלא כדרך הנאתן אם היא חולה, מקודשת גם כשהיא בריאה, ואף דהר"ן כ' דכיון שהיא חולה אינה מקודשת היינו משום דהר"ן מיירי שהיא

אינה יודעת שהוא איסוה"נ וסבורה ליהנות כדרך הנאתן, תמוה מאד דא"כ למה כ' הר"ן כיון שהיא אינה חולה לכן אינה מקודשת ותלה זה בחוליה ואם בהיתה סבורה שאין זה איסוה"נ כלל א"כ גם בחולה אינה מקודשת דהו"ל מקח טעות דהיא סבורה שיכולה ליהנות מהם כדרך הנאתן ואף אם צריכה להם מנ"ל שתרצה להתקדש בהם דכיון דאינו ממון לגבי כל העולם לא נוכל לומר דהיא מקודשת ודאי וכ"ש אם לא נדע בבירור שהיא צריכה עכשיו להם אף שיכולה ליהנות אם תצטרך לרפואתה אבל שמא תשיג דבר היתר וא"כ בודאי הוי מקח טעות אע"כ דהר"ן מירי שהיא יודעת שהוא איסוה"נ ומ"מ אם אינה חולה אינה מקודשת, ומש"כ הב"ש שהיא יכולה למכור לחולה דבריו תמוהין דכיון שהוא איסוה"נ א"כ איך תמכור אותם לחולה הא אסורה ליהנות מהם ואסורה לקבל דמים עבור זה.

ונמצא העולה מזה דהמחבר מירי אף בידעה שהוא איסורי הנאה ומ"מ אינה מקודשת אף שהיא יכולה ליהנות, וטעמא דהא כיון שכתבנו דבאמת גם איסוה"נ הי' עליהם תורת כסף כיון ששוים כסף אצל עכו"ם וגם אם היתה רוצה לאכלם היו שוים אצלה פרוטה כמו פירות של היתר, ורק דטעמא דאיסורי הנאה הוא משום תורת הפקעה שנפקע השיווי מהדבר ונעשה עפרא בעלמא וגם נעשה לאו דמרי', וא"כ אע"ג שאחרי שישרפם יהיו שוים פרוטה מ"מ עכשיו אין עליהם תורת ממון כלל, והם אינם שלו ואינם שלה ולא נתן לה כלום ואף שכ' הר"ן דאם נתן לה איסוה"נ שיכולה ליהנות בהן שלא כדרך הנאתן מקודשת אם היא חולה זה הוא משום הנאה שנותן לה דבר שהיא נהנית בו ומ"מ אפשר דגם בזה פליג וס"ל דבכל אופן אינה מקודשת והר"ן לשיטתו דס"ל דאם יש באפרן שוה פרוטה מקודשת.

אבל עכ"פ כ"ז אם נותן לה דבר שהיא רשאה ליהנות בהם ואף שאין זה שלו כבר כ' הר"ן דהוי כמו שמקדשה לאחר יאוש דאף דיאוש לא קני מ"מ כיון שהיא קונה אותו ביאוש וש"ר ונתן לה הדבר שתוכל להנות בו מקודשת, ועי' מש"כ בזה בהל' ז', אבל במקדש באיסוה"נ סתם אף שתוכל להנות בזה אחר שתעשה אפר מ"מ עכשיו אינם לא שלו ולא שלה ולא נתן לה כלום דלאו דמרי' הוא ולכן אינה מקודשת. ולכן שייך שפיר חילוק המחבר שחלק בין דבר שיש לו עיקר בדאורייתא לדבר שאין לו עיקר בדאורייתא דכיון דרק משום הפקעה הוא שנפקע מאיסוה"נ כל שוים וכיון דלא מצינו כן אלא באיסוה"נ שיש לו עיקר בדאורייתא לכן אמרינן דלא הוי כן אלא בדברים שיש להם עיקר אבל במה שאין להם עיקר ליכא דין הפקעה כלל ולא נפקע מהם השיווי ולא הוי עפרא בעלמא ותורת שו"פ יש עליהם כיון ששוין פרוטה לעכו"ם וכמש"כ, והנה הט"ז הקשה דאמאי

לא נימא דאף שהוא איסוה"נ דרבנן מ"מ כיון דעכ"פ מדרבנן הוא איסוה"נ נימא בזה הפקר ב"ד הפקר והוי כמו איסוה"נ דאורייתא וכמו דד"א קונות ואם בא אחד והגבי' מציאה מתוך ד"א של חברו לא קנה והוא שייך לבעל הד"א ואם בא אח"כ וקדש בו אשה מקודשת ולא תפסי בה קדושין של אחר משום דאמרי' הפקר ב"ד הפקר והוי מדאורייתא שלו וכן אם קדש אשה במעמד שלשתן הוי קדושין מדאורייתא לשני' הב"י אע"ג דמדאורייתא לא יהיב לה מידי מ"מ כיון דזכתה מדרבנן נעשה שלה מדאורייתא וא"כ גם כאן נוכל לומר דכיון דמדרבנן הוי איסוה"נ לא יהיו קדושין מדאורייתא אבל באמת קושייתו אינה קושיא כלל דלא אמרי' הפקר ב"ד אלא היכי שבאמת הוציאו ממון מאחד ונתנו לשני אבל היכי שעשו איסור מדרבנן בזה הא לא שייך לומר דהפקר ב"ד הפקר ונעשה איסור דאורייתא דע"כ האיסור הוא מדרבנן וא"כ כיון דמסברא לא אמרי' עפרא בעלמא אלא היכי דהאיסור הוא מדאורייתא אבל היכי דהאיסור הוא מדרבנן לא אמרינן דנעשה עפרא בעלמא, ואי דנימא דכיון דחכמים רוצים יכולים להפקיע לעשות עפרא ז"א דלמה להם להפקיע והם לא נתכוונו רק לאסרו באיסור הנאה אבל שיפקיעו ויעשו עפרא בעלמא זה לא תקנו כלל.

והנה הרא"ש בקדושין דף נ"ו הקשה אמתני' דאם מכרן וקדש בדמיהן מקודשת והא הני זוזי לאו דידי' נינהו שצריך להחזיר הדמים להלוקח כיון שמכר לו איסוה"נ, וי"ל דאיירי שמכרן לעכו"ם או לישראל והכיר בהן דמעות מתנה הן, וצריך לבאר דכיון דמעות מתנה א"כ אין כאן מכירה כלל ומהיכי תיתי נאמר דיתפסו דמיה ובגמ' צריך לזה ילפותא, ומצאתי שכ"כ הרשב"א ולפמש"כ דאיסורי הנאה דאורייתא הוי כעפרא בעלמא ולא הוי דמרי' צריך לבאר איך אמרי' דע"ז תופסת דמיה הא לא שייך בה מכירה כלל כיון דאינו שלו, ובמכרו לעכו"ם י"ל פשוט דלא בעי המכירה שתהי' של מוכר אלא דכיון שהוא בידו והוא מכרם ועכו"ם קנאו שפיר הוי מכירה, אבל אם מכרן לישראל דגם הלוקח לא קנה אותו וגם אצל הלוקח הוא אינו שלו וא"כ לא הוי מכירה אלא דבאמת אין זה קושיא דעכ"פ כיון דהלוקח קונה אותו בדרך מכירה והוא נותן לו דמים בחילופיו נתפסו הדמים באיסור ואף דבשכירות של ע"ז אינו תופס דמי' מ"מ בזה כיון דהוי עבור הע"ז עצמה הוי מכירה ותופס הדמים, ולכן שייך זה גם בשאר איסה"נ דאף שאין שייך בהם מכירה ולקיחה.

והנה הב"ש הקשה על הרא"ש במה דכתב דמעות מתנה והא קיי"ל בהכיר בה שאינה שלו דמעות פקדון ואמאי כתב כאן הרא"ש דמעות מתנה ונשאר בקושיא, ונראה דהנה בע"ז דף ס"ג א. נתן לה ואח"כ בא עלי' לכי בא עלי' ליחול עלה איסור אתנן למפרע א"ר

אלעזר כשקדמה והקריבתו, ה"ד אי דאמר לה קני ליך מעכשיו פשיטא דשרי דהא ליתי' בשעת ביאה ומתנה בעלמא הוא דיהיב לה ופרש"י דאע"ג דע"מ ביאה יהבי' ניהלה כיון דמקמי ביאה יהבי ניהלה לאו שכר ביאה הוא, ודבריו צריכין ביאור, ונראה דע"מ זה אינו בגדר תנאי אלא בגדר שכירות וכיון דהוא איסור ע"כ לא נתחייב והוי מתנה [ובזה יש לבאר בהא דאי' ביו"ד סי' ק"ס סעיף ו' אסור להקדים הרבית כיצד נתן עיניו ללוות ממנו והי' משגר לו דורון וכתב הרמ"א מהטור ושכ"נ מרא"ש דהיינו בפירש לו בשביל שילוהו ועי' בש"ך אם בפירש הו"ל רבית קצוצה ולפמש"כ נראה דהוא בתורת שכירות וכיון דהוא איסור לא נתחייב]. והנה צריך ביאור בזה דמבואר בגמ' דאם לא נתחייב עבור דמי השכירות המעות הם מתנה דכיון דלא נתחייב לא עדיף מהכיר בה שאינה שלו דמעות פקדון ומכאן הוכיח הרא"ש דאינו דומה הכיר בה שאינה שלו לקנה אסוה"נ דבקנה דבר שאינו שלו הרי שייך בי' מכירה ולקיחה וכדחזינן דבחזר וקנה מנגזל אמרי' מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו וחזינן שיש דין מה מכר, וע"כ שיש דין מכירה, ושייך לומר לשם פקדון, אבל בקנה איסוה"נ דלא שייך בי' מכירה ולקיחה כלל וכמ"ש, לכן אמרינן דמעות מתנה דבאיסוה"נ כיון דכעפרא בעלמא דמיא ולא שייך בי' קנין כלל וכמו כן גבי נתן לה מעות ואחר כך בא עלי' דמעות מתנה.

[**ובמש"כ** למעלה בד"ה ואף דאסיקו בירוש' בקושיא על ר"א ראיתי אח"כ דמשני לה בירושלמי תיפתר שמת].

הלכה ג

המקדש בפירות שביעית או באפר פרה אדומה או במים שמילאן לעשותן למי נדה הרי זו מקודשת, המקדש בהקדש של בדק הבית בשוגג הרי זו מקודשת, והוא ישלם קרן וחומש להקדש ויביא אשמו כדין כל מועל בשגגה ואם קידש בו אשה במזיד אינה מקודשת.

המקדש הנה לפ"מ שכ' הגר"א סי' כ"ח סק"ד בשי' הרמב"ם דהא דהמקדש בגזל אם נתיאשו הבעלים מקודשת היינו דוקא כשהמקדש קנה את הדבר ביאוש וש"ר דאי ביאוש לחודי' והי' הש"ר אצלה אינה מקודשת מדאורייתא דהמעות אינם של המקדש, ותמוה לפ"ז בהקדש דבשוגג קידש הרי יצאו לחולין בנטילתה ואיהו כי יהיב לאו דידי' יהיב ואמאי מקודשת, והקשה זה המאירי בקדושין דף י"ב ע"א.

ונראה לפמש"כ התוס' בע"ז דף ס"ג גבי אתנן דמבואר דבזונה ישראלית דמיחסרה משיכה לא הוי אתנן וכתבו התוס' בד"ה והא מיחסרא ואפי' לר"י דאמר דבר תורה מעות קונות הכא גבי אתנן לא קנו כיון שהפקיעו חכמים דאין קנין מעות קונה ואוקמוה

אמשיכה גם ממנה הפקיעו ואין כאן אתנן כלל ולא דמי להההוא דפ' הזהב נתנה לסיטון מעל שקניית הכסף מועיל דכיון דמעל מן התורה מי יפקיע המעילה ממעות הקדש, דברי התוס' אינם מבוארים בסברא ועמש"כ המהר"ם, והלח"מ בפ"ג מהל' מכירה ודבריהם אין מספיקין, ולכן נראה להסביר דברי התוס' דבאמת הפקעת חכמים הי' בין על החפץ בין על המעות עי' במהר"ם שם אלא דמ"מ יש חילוק בין אתנן למעילה משום דבדין מעילה דמוציא מעות הקדש מעל והמעות יוצאין לחולין לכאורה היינו מפרשים דבזה שראובן נותן מעות הקדש לשמעון וקנה שמעון המעות לכן מעל ראובן אבל באמת קשה לומר כן דאיך יכול שמעון מעיקרא לקנות מעות הקדש האם אפשר לגזול מהקדש, וע"כ דהדין הוא להיפך דכשראובן נוטל מעות הקדש להקנות לשמעון מעל ראובן ויצאו המעות לחולין משום זה קנה שמעון המעות.

ועכשיו מבוארים דברי התוס' דאיברא דהפקיעו חכמים קניית המעות אבל זה סוברים התוס' דהוא בגדר הפקעה היינו שיש כאן קנין מה"ת והפקעת הקנין מדבריהם, ולכן גבי אתנן שפיר כיון שחכמים הפקיעו הקנין לא נעשה אתנן כלל, אבל גבי מעילה כיון דכשרוצה להקנות מעות הקדש מעל קודם ההקנאה וכיון דעכ"פ בא להקנות מעות הקדש מה"ת לכן מעל ואף שחכמים הפקיעו הקנין אבל המעילה לא הפקיעו דתיכף כשבא להקנות כבר מעל ויצאו מעות לחולין.

ומיושב בזה מה שקשה מהא דבגזלה צריך שיהיה ש"ר ביד המקדש ומשום דבעינן שיתן שלו ואיך מתקדשת בהקדש ולפ"מ שנתבאר דבהקדש דהנותן מעל והוציא מרשות הקדש לרשותו ומקנה לאשה חולין ולכן שפיר מקודשת.

והנה בפ"ג מהל' מכירה הל' א' כתבתי דבדעת הרמב"ם אין לומר כן דהרמב"ם סובר דלא מעל במוציא מרשות הקדש אא"כ נהנה וא"כ במעילה כיון שהפקיעו חכמים קנין החפץ ולא נהנה לא מעל, ובעיקר דין מעילה כ' הרמב"ם בפ"ז מהל' מעילה הל' י' הפקידן אצל שולחני או חנוני ולא היו חתומין ולא קשורין קשר משונה הואיל ויש לו רשות להשתמש אם הוציא שניהם פטורין בעל הפקדון פטור שהרי לא אמר לו להשתמש בהן והחנוני פטור מפני שאינן קשורין קשר משונה ולא חתומין וכאלו השתמש ברשות, ומבואר דעת הרמב"ם דאף שאין כאן דין מעילה בשביל שלא נהנה מ"מ יצאו המעות לחולין שאין המקבל מועל בהם לכשיוציא ונצטרך לומר לפי"ז דתחילת המעילה הוא בשביל שמוציא מעות הקדש לחולין אם נהנה מזה ומה דהקשינו דאיך הוא באמת מוציא מרשות הקדש לחולין שזה תהי' הסבה להמעילה, ובארתי דדין מעילה הוא חדוש שאפשר להוציא מעות הקדש לחולין כשנטלם והוציאם ומשום זה גופא מעל, ויסוד

הדברים הוא מהא דאמרינן במעילה דף י"ח אין מעילה אלא שנוי ולמד מסוטה ומעכו"ם ועי' בתוס' שם מבואר דילפינן תרי גווני מעילה דמסוטה ילפינן מעילה ע"י הנאה, ומעכו"ם ילפינן מעילה ע"י שינוי רשות אף בלא הנאה ואף דשי' הרמב"ם היא דבעינן שיהנה ובל"ז לא מעל מ"מ צריך למילף מעכו"ם דהיכא שההנאה מגוף הדבר כגון אכילה ושתיה של הקדש ילפינן מסוטה אבל היכא שאין ההנאה באה מגוף הדבר אף שיש כאן הנאת נתינה לאחר, זה לא היינו יכולים ללמוד מסוטה וזה ילפינן מעכו"ם והיינו דאף דאין חיוב מעילה בלא הנאה וזה ילפינן מסוטה אבל מ"מ גם זה ילפינן דיש גדר של מעילה שנגרם ע"י הוצאה מרשות הקדש לחולין עי"ש שהרחבנו בביאור הדברים, עכ"פ בשי' הרמב"ם אי אפשר להסביר כמו שהסברתי לשיטת התוס' ודין מעילה לשיטתו הוא ע"י הוצאה שמוציא מרשות הקדש לחולין וצריך לבאר לפי"ז קושית המאירי דהא גם בהקדש לא נתן לה ממון דידי' דהוא לא קנאו מעולם.

ונראה דהנה גבי הקדש מבואר בגמ' דנתנה לסיטון מעל ומוקי לה בגמ' כר"י דד"ת מעות קונות והיינו דמהני להיות כסף קנין לקנות בפרוטה של הקדש אכן בכסף שגזל יש לחקור אי מהני להיות כסף קנין ע"י זה שיהי' אצל המקבל שינוי רשות ונאמר שיהי' כסף קנין לקנות על ידו קרקע, ולכאורה להנך ראשונים דסברי דגבי אשה מהני שיהי' יאוש בידו וש"ר בידה ה"נ דמהני גבי קנין דמ"ש, אכן לפ"מ שנכתוב להלן בהל' כ"א בזה שהשמיט הרמב"ם דין דהילך מנה ויקנה ביתך לפלוני דקנה מדין ע"כ ובארנו בזה בב' אופנים א' דדין ע"כ אין הביאור דמה שהאחר נתן כסף להרב הר"ז כאילו נתן העבד בעצמו דבכה"ג ל"מ כיון דיד עבד כיד רבו, וע"כ דהביאור הוא דמה שהנותן נתן מהני להוציאו לחרות, ולכן י"ל דגבי כסף קדושין א"צ להיות הכסף דוקא משל המקדש ולא כד' הגר"א דבקדושין צריך שיהי' הכסף משל המקדש דהא כתב הר"ן דאין האשה מקנית עצמה לבעל רק דמשוית לגבי' כהפקר והאיש מכניסה לרשותו וא"כ י"ל דהכסף קדושין פועל רק זה שתסכים להתקדש לו ועיקר הקדושין הוא בזה שמקדשה לו אלא דבלא נתינת כסף ל"מ דלא נגמר דעתה להתקדש ולשוי' נפשה כהפקר וא"כ קדושין אפשר לדמות לע"כ דכמו דהתם מהני כסף של אחרים ה"נ גבי קדושין מהני כיון שאין הכסף עיקר הקדושין אבל גבי קנין דהכסף הוא עיקר הקנין בזה י"ל דבעינן שיהי' משלו, ובאופן אחר בארתי לפמש"כ דיש חילוק בין קדושין למכירה דבקדושין הוא כסף קנין וגבי דמים הוא כסף שיווי ולכן אפשר ללמוד מע"כ רק קדושין דהוא כסף קנין משום דבע"כ דקבלת רבו גרמה לו לסלק השעבוד נמי מסתבר דהוא כסף קנין ולא כסף שווי וגלי לן קרא דכסף של אחרים הוי נמי דין כסף לגבי זה דא"צ שטר שחרור ויצא בכסף לחרות,

אבל במכירה דהוא כסף שיווי בזה שהקונה נותן משלו ולכן איברא דהמוכר יש לו עבור מה להקנות אבל הקונה אין לו עבור מה לקנות ול"מ מה שאחר נותן בשבילו, ובזה בארתי מה שהשמיט הרמב"ם דין אדם חשוב גבי ממון דסובר דבאדם חשוב נהנה הנותן אבל המקבל אינו חסר די"ל שהוא עכשיו רוצה לקבל בשביל המתנה ונמצא דבקדושין דמהני ע"כ א"צ רק שתקבל על ידו ואף שאינו חסר מהני אבל במכירה דהוי כסף שיווי צריך שיהי' חסר ולכן בק"ס מהני אדם חשוב, עי"ש שבארתי באריכות, ולפ"ז י"ל דאף דמהני בקדושין שיהי' ש"ר בידה היינו משום דבקדושין ל"ב שיהי' כסף של המקדש, אבל בקנין שצריך שיהי' של הקונה ודין ע"כ ואדם חשוב ל"מ גבי' א"כ ה"נ דלא מהני מה שנותן לו כסף שאינו שלו ואף שע"י הש"ר הדר נעשה של המוכר י"ל דל"מ במכירה דצריך שיתן משלו ובגזלן כל עיקר דאסור לגזול הימנו הוא רק משום שנתחייב לשלם לנגזל אבל אין הגזלה שלו ולכן אפשר דל"מ בקנין, שצריך שיתן שלו, וצריך ביאור לפ"ז דאמאי בנתנה לסטון מעל כיון שלא נתן שלו.

והנה הרמב"ם הא סובר דבגזלה היכא שהי' ש"ר בידה ל"מ גם בקדושין ואף דבקדושין א"צ כסף של המקדש ולכן אפשר דמה דסובר הרמב"ם דא"מ הוא משום דכיון שע"י זה שהיא קונה את הגזלה קונה גם הוא בב"א וא"כ היא מסייעת בהלקיחה של הקדושין והוי כי תלקח וכל זה הוא בגזלה אבל בהקדש הרי היא אינה מועלת כלום בהלקיחה דהוא מעל וחברו לא מעל ואם הי' המקבל מועיל בההוצאה מרשות הקדש אמאי לא מעל ולכן מבואר מה דהמקדש בהקדש של בה"ב מקודשת, ועמש"כ בהל' ז', ובאופן אחר נראה דבמעילה כיון שהוא המוציא מרשות הקדש לרשותה דהרי אין שייך לקנות בזה מהקדש בדרכי קנין ורק דע"י דין מעילה מוציאה מרשות הקדש לרשותה וכיון שהוא מעל וחברו לא מעל הרי הוא המוציאה מרשות הקדש לרשותה ולכן שפיר נקנית בפרוטה זו דבקדושין הא לא בעינן שיהא כסף שלו ממש, ומעשה ההקנאה עשה המועל [ובמכירה דצריך שיהא שלו אפשר דל"מ ומהא דנתנה לסיטון דמשמע דקנה כבר כתבנו בפ"ג מהל' מכירה הל' א', דהרמב"ם השמיטה משום דלא פסק כסוגיא זו עי"ש], אבל בגזלה הא אין הגזלן המקנה דאינה שלו ורק משום שנתחייב בהשבה לנגזל אסור לגזול ממנו וגם לאחר יאוש הוא חייב לשלם דמים אבל בעיקר הקנין לא אלים כחו מכחה ולכן אינה מקודשת עד שיהא ש"ר בידו, וז"פ.

ובמש"כ הרמב"ם המקדש בפירות שביעית או באפר פרה אדומה וכו' הביא המל"מ דברי התוס' בע"ז דף ס"ב בד"ה נמצא כ' ואע"פ שאמרנו שאסור לפרוע חובו מפירות שביעית משום דלא לאכלה הוא מ"מ לקדש אשה מותר אע"ג דלא לאכלה הוא וכו'

וטעמא דמשום פו"ר אקילו בי' רבנן והק' המל"מ דלהדיא אי' בירוש' ספ"ח דשביעית אר"י זאת אומרת שאסור ליקח אשה מדמי שביעית וצ"ע וכן הקשה הגרעק"א בגה"ש.

ונראה דהנה הירוש' קאי שם על מתני' דאין לוקחין עבדים וקרקעות ובהמה טמאה מדמי שביעית, וע"ז אר"י זאת אומרת שאסור ליקח אשה מדמי שביעית דלא כן מה בין הקונה אשה מה בין הקונה שפחה, והנה במע"ש פ"א הל' א' אמתני' דמע"ש אין מוכרין אותו ואין ממשכנין אותו ושו"ט שם בירוש' אם לר"י מותר למוכרן וא"ר יודן מתני' אמרה כן (שאסור למוכרן) דתנינן תמן מזיד קידש שוגג לא קידש אם את אומר יהא מותר למוכרו יהא מותר לקדש בו והתנינן אין לוקחין עבדים וקרקעות ובהמה טמאה מדמי שביעית ואם לקח יאכל כנגדן אר"י שאסור ליקח אשה מדמי שביעית דלכן מה בין קונה אשה מה בין קונה שפחה ועי' בפי' הגר"א דמפרש דהירושלמי מביא ראי' מר"י דקדושין ומכירה שוין גבי שביעית וה"ה במע"ש, ודברי הירוש' צ"ב בזה שמביא ראי' מר' יוסי דהא ר"י אמתני' דאין לוקחין עבדים קאי דשם האיסור הוא משום דלא תאכלם בקדושה ובזה הוא דאמר ר' יוסי דקדושין ומכירה שוין ואנן כאן הלא לא מיירינן מזה ומכירה דאסור הלא הוא גם כשהמוכר יודע שזה דמי מע"ש ויאכלם בירושלם ומ"מ אסור משום זלזול הקדושה במה שמוציא המע"ש מתח"י ונפטר מלהעלות לירושלם ולהך איסורא אין שום ראי' מר' יוסי דלא איירי בזה כלל, וביותר יש להבין דלמה הוצרך לראי' מר"י אחרי שהביא בזה משנה מפורשת דבמזיד קדש שמשמע דלכתחלה באמת אסור לקדש בדמי מע"ש והוי כיהודא ועוד לקרא.

ולכן נראה להסביר דל' והתנינן הוי כמו דתנינן ואינה ראי' לעצם הדין דאסור למכור ולקדש שזה הוכיח כבר מהמשנה אלא דמביא רק כעין דוגמא דמכירה וקדושין שוין בדינם ובמקום שאסור לקדש אסור גם למכור וכדחזינן דר"י אמר בהא דאין לוקחין עבדים וקרקעות דאין חילוק בין קונה שפחה לקונה אשה ואף דהאיסור שם הוא מגדר אחר לגמרי מ"מ מצינו דוגמא לזה דקדושין ומכירה שוין בדינם, ולפי"ז מיושב קו' המל"מ דהנה בירוש' קדושין פ"ב הל' ו' איתא שם דמקדשין בפירות שביעית ופליג לכאורה אהך סוגיא, והעיר זה בהגהות עמודי ירושלים, אכן לפ"ד אין באמת שום סתירה בין הנך תרי סוגיות דהך דהכא קאי כשאין המוכר יודע שזה שביעית וכמו"כ באשה דאר"י דאין מקדשין הוא בכה"ג וכן מוכח מגמ' בקדושין דף נ"ו גבי דמי מע"ש דאין לוקחין בהמה טמאה וכו' דמוכח שם במסקנא דהאיסור הוא משום דאין המוכר יודע וע"ש ברש"י ד"ה אלא באשה חבירה ובריטב"א, ומה שכתבו התוס' בע"ז הוא בגונא דהודיע לה ואז אינו אלא איסור דלכתחלה משום קדושה וכאן משום פו"ר שרי לכתחלה

ובזה אייתי הירוש' בקדושין דמקדשין אשה בשביעית והיינו כשהיא יודעת שהם פירות שביעית וכנ"ל.

אכן כל זה לפ"מ דמשמע מהסוגיא דקדושין אבל בעיקר הדין עדיין לא ברור אם באמת בכה"ג כשמודיעו שזה דמי שביעית מותר ליקח בהמה טמאה ועבדים וכו' ומלשון הרמב"ם בפ"ו הל' י' שכ' דמי שביעית אין פורעין מהם את החוב ואין עושין בהן שושבינות ואין משלמין מהן תגמולין וכו' אבל משלחין מהן דברים של גמילות חסדים וצריך להודיע, וכן אין לוקחין מהם עבדים וקרקעות ובהמה טמאה, ומשמע דגם בהודיעו אסור, ואם נאמר כך הי' מובן מה דחידש ר"י דאסור לקדש בדמי שביעית דאי בכה"ג שאינה יודעת אין בזה שום חידוש דאסור [וכן משמע מד' התוס' בקדושין דף נ"ב ד"ה המקדש דלכתחלה אסור לקדש בפירות שביעית גם כשהאשה יודעת שזה שביעית וכן ברש"י שכ' לאכלה אמר רחמנא ולא לדבר אחר ומשמע דלכתחלה אסור] ומבואר עכשיו דמדברי ר' יוסי הוי ראי' דמצד הקדושה אסור לקדש אף שהיא יודעת שזה שביעית דאל"כ מאי חדוש הוא וכמו כן כאן במע"ש אם אסור לקדש אסור גם למכור ומיושבים ד' הגר"א בפי' הירושלמי.

הלכה ז

המקדש את האשה בגזל או בגניבה או בחמס, אם נתייאשו הבעלים ונודע שקנה אותו דבר בייאוש הרי זו מקודשת ואם לאו אינה מקודשת. הנכנס לבית חבירו ולקח לו כלי או אוכל וכיוצא בהן וקידש בו אשה ובא בעל הבית אע"פ שאומר לו למה לא נתת לה דבר זה שהוא טוב ממה שנתת לה אינה מקודשת, שלא אמר לו דבר זה אלא כדי שלא להתבייש עמו, והואיל וקידש בממון חבירו שלא מדעת חבירו הרי זה גזל ואינה מקודשת, ואם קידשה בדבר שאין בעל הבית מקפיד עליו כגון תמרה או אגוז הרי זו מקודשת מספק.

שקנה אותו דבר ביאוש, כ' המ"מ ואף ע"ג דקיי"ל יאוש בלבד אינו קונה הכא שהוא ביד אשה הרי יש כאן יאוש וש"ר כשהוא בידה וכיון דקנאתו היא אף הוא קונה אותה עכ"ל, והנה הקצוה"ח בסי' שנ"ג הקשה דהא בקדושין בעינן כסף קידושין משלו, והכא לפני שינוי רשות אכתי לאו שלו הוא, וכ' לבאר עפ"ד הרשב"א בפ' מרובה בהא דאמרינן הקדישן הקדש דמעיקרא חולין והשתא הקדש, והקשה הרשב"א דאכתי היכי חייל הקדש כיון שהקדיש דבר שאינו שלו וכ' משום דאיכא שינוי השם קנאה הגזלן בזה השינוי וקנייתו והקדשו באין כאחת, וזהו כונת המ"מ, וכ' עוד הקצוה"ח דזה ניחא בשינוי השם אבל בשינוי רשות דטעמא משום דבהיתרא אתא לידי', היכי אפשר שיקנה

הגזלן דבאיסורא אתא לידי', ויישב עפ"י שיטת הרמב"ם דש"ר ואח"כ יאוש נמי קנה, וע"כ דאינו סובר משום דבהיתרא אתי לידי' וכדברי הקצוה"ח כ' גם הישׁ"ש בפ' מרובה אלא שלא הזכיר דברי הרשב"א.

ובאמת הדברים תמוהים דבשלמא ביאוש ושינוי השם דהיינו בתרומה או בהקדש בקדשי מזבח דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן שייך שפיר לומר דהקדשו וקנייתו באין כאחד דגם אחר שתרם או שהקדיש לא יצא מרשותו, אבל בקדשי בה"ב דהוי שינוי רשות כמש"כ הרשב"א בב"ק דף ס"ז, או בלוקח איך שייך לומר דכיון דהלוקח או ההקדש קנאו קנה הגזלן, ואיך שייך לומר בזה בב"א דלא דמי כלל לגיטו וידו באין כאחת דהתם שניהם על רשות העבד אבל הכא איך אפשר דע"י רשות הלוקח או ההקדש דקנאום ביאוש וש"ר יקנה הגזלן והם דברים הפוכים, ומה שהביא מדברי הרשב"א עיינתי ולא מצאתי שם דקנה הגזלן, דז"ל הרשב"א בפ' הנזקין [ובפ' מרובה ליתא] בסוגיא דחטאת הגזולה כ' וז"ל ואי קשיא לך היכי מצי מקדיש ליה י"ל כיון דשינוי השם א"נ ש"ר קני הקדשו וקנייתו באין כאחד עכ"ל ולהדיא דכ' כן הרשב"א גם על יאוש וש"ר והרשב"א אינו סובר כהרמב"ם דש"ר ואח"כ יאוש קנה כדמוכח מדבריו דר"פ הגוזל ומאכיל ע"ש בדבריו.

והרמב"ן בס' המלחמות ס"פ הגוזל ומאכיל כ' ואע"ג דאמרינן מעיקרא חולין והשתא הקדש דאלמא משום שינוי רשות ליכא, משום שארא נקט לה למימרא דבכולהו איכא נמי שינוי השם ולפיכך תרומתן תרומה דאילו משום ש"ר לא הוי תרומתן תרומה ולא מעשרותן מעשר אלא דקני כהן והוי ממוניה, אבל מ"מ חולין גמורין הן ואידך דברשותי' טבל אלא דמשום שינוי השם הוי תרומה ומעשר ברשותא דגזלן ומתקן אידך, ואיכא למימר נמי דלא הוי ממון כהן דכיון דלא תקן צריך הוא הכהן להחזיר שלא חלה עליו שם תרומה ובטעות בא לידו, אבל בהקדש מההיא שעתא דאוקמה ברשות גבוה איתסר להדיוט עכ"ל. וכונת הרמב"ן במה דשו"ט לגבי תרומה הוא אם יתן התרומה לכהן ויהי' ש"ר ובזה כ' דעכ"פ לא מהני להתיר הטבל, ולכן כ' אח"כ דאפשר דגם התרומה לא יהי' לכהן דבטעות בא לידי', ומשמע דלא שייך בב"א שיתרום ברשות הכהן והתרומה וזכות הכהן יהיו באין בב"א, דגם זה לא יועיל דכיון דרוצה ליתן לכהן תרומה, וכ"ז שלא זכה כהן אינו תרומה דאינו שלו, ועכ"פ מבואר מד' הרמב"ן דבהקדש לא זכה הגזלן ורק בתרומה משום דאח"כ הוא נמי שלו, [אלא שצ"ע למ"ד טוה"נ אינה ממון]. ומ"מ לא קשה היכי מקדש דהא אינו שלו, דקרא כי איש כי יקדיש את ביתו אינו דין דוקא בהקדש דה"נ ילפינן מני' דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו, וכמו דגבי הדיוט ניחא

לן דמהני ש"ר, וכ' הרשב"א בר"פ הגו"מ דדוקא במכר הו"ל ש"ר ולא בגוזל מן הגזלן משום דלזה מהני זכות הגזלן דהוי ברשותו לענין זה שיכול לקנות בשינוי, וכן למ"ד יאוש לחודיה קני, ה"נ מהני גם למ"ד יאוש לא קני למסור רשותו להלוקח, והלוקח קונה ביאוש וש"ר ה"נ בהקדש יכול הגזלן להקדישו ולאוקמי ברשות הקדש דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט.

ונראה פשוט דאין דעת הרשב"א כלל לומר דהגזלן קונה במה שההקדש קונה, ומה שהוצרך לומר דההקדש וקנייתו באין כאחד כונתו משום דיש לחקור בהא דאמרי' דקונה ביאוש וש"ר אם צריך דוקא שיהי' ש"ר ממש שתכנס הגזלה ברשותו, או דנאמר דבמכירה לחוד סגי ואפי' מכרו בקנין חליפין ויש להביא קצת ראי' לזה ממה דמוקי רמב"ח בב"ק דף ע' ע"ב ברייתא דמכר בשבת פטור כגון שא"ל עקוץ תאנה מתאנתי, ואיך יתרץ לר' אלעזר ולר"ש דסברי דחיובא דמכירה הוא דוקא היכי דאהני מעשיו דקני הלוקח ביאוש וש"ר, אלא דאינה הוכחה גמורה דאפשר רמב"ח סובר כהלכה כר' יוחנן ור"נ דחיובי' לפני יאוש ולא בעי אהני מעשיו, אך בפשוטו משמע דאין חילוק ובכל גווני דמכירה הוי ש"ר, אלא דבזה ע"כ צריך להסבר דבאין כאחד היינו דעי"ז דקנה נעשה שינוי רשות, וע"י ש"ר נעשה הקנין, וזהו שהוצרך הרשב"א לסברא דהקדשו וקנייתו באין כאחד ואין הכונה על הגזלן אלא על החפץ הגזול דלכאורה אף דנימא דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט אבל כיון דחפץ גזול אינו יכול להקדיש א"כ אין כאן מכירה וליכא ש"ר ולכן הוצרך לומר דהקדשו וקנייתו באין כאחד, ואה"נ דבשביל זה גם אם מכרו בחליפין נמי קנאו בש"ר דכיון דנכנס לרשות הלוקח הוי ש"ר כמו הכא דנכנס לרשות הקדש.

והנה הגר"א בשו"ע סי' כ"ח ס"ק ד' כ' וז"ל ולשון הרמב"ם ושו"ע מ' דוקא שהמקדש צריך שיקנה ביאוש וכגון שיש שינוי רשות עמו וכ"מ ברא"ש פ"ז דב"ק ס"ב שכ' וביאוש בגזילה פליגי רבה ור"י כו' וקיי"ל כרבה וקני ייאוש לחומרא כו' ואם קידש אשה בגזילה אחר ייאוש צריכה גט דרבה סבר דלכל הפחות קני מדרבנן אבל מדאורייתא קיי"ל דיאוש לא קני כעולא כו' ע"ש וכ"כ ריו"ח וכמ"ש בהג"ה קדשה בגזל כו' והוא מדברי הרא"ש הנ"ל, עכ"ל, וכונת דברי הגר"א ז"ל דמהרא"ש שכ' דאם קדשה בגזל אחר יאוש מקודשת רק לחומרא מדרבה דאמר דיאוש קני מדרבנן ואינה מקודשת מדאורייתא משום דכיון דקדש אותה הוי יאוש וש"ר מוכח דסובר הרא"ש דלא מהני לענין קידושין דבעינן שהמקדש יקנה הגזילה בעצמו ושיקדשה בממון שלו, ולא מהני מה שיהי' שלה כשיקדשנה, ומפרש הגר"א דזהו כונת ד' הרמב"ם שכ' ונודע שקנה אותו דבר ביאוש

היינו שבעצמו קנה אותה דהיינו שהיה אצלו ש"ר.

ונראה דלפי ביאור הגר"א בכונת ד' הרמב"ם מוכח דסובר דהאי דיאוש וש"ר קנה אינו משום דהש"ר מועיל לקנות והוא מסייע בהקנין אלא דעיקר הקנין הוא היאוש ורק דיאוש לחוד לא קנה כדאמר בגמ' דלא דמי לאבדה דאבדה בהיתרא אתא לידי' וגזילה באיסורא אתא לידי' וא"א ללמוד מאבדה אבל ביאוש וש"ר דליד הלוקח אתא בהיתרא לכן קנה היאוש, שהרי כ' הרמב"ם ונודע שקנה אותו הדבר ביאוש ולא הזכיר ש"ר, ואף שלפ"ד הגר"א הי' אצלו ש"ר ומשמע דביאוש הוא דקנה, והא דסבר הרמב"ם דש"ר קודם יאוש נמי מקרי אתא לידי' בהיתרא והיינו עפ"י שי' הקצה"ח שהגונב מן הגנב אין בו חיוב אפי' קרן לבעלים משום דכיון דכבר יצא מרשות הבעלים אין בו דין גזלה להתחייב ואף שגזלן עצמו לא קנה, דדוקא המוציא מרשות הבעלים חייב, ולכן שפיר נאמר דדין אתא לידי' באיסורא היינו בגזלן עצמו דנתחייב בהשבה אבל לגבי הלוקח לא מקרי אתא לידי' באיסורא.

אלא דצריך לבאר אמאי אמרינן דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי, בשלמא אי אמרינן דשינוי רשות הוי קנין נוכל לומר דלא מיקרי אלא היכא דהוי דרך הקנאה, אבל אי נימא דהטעם הוא משום דאתא לידי' בהיתרא וכמש"כ התוס' בסוכה ד' ל' ע"ב ד"ה וקרקע אינה נגזלת א"כ גם ברשות יורש אתא לידי' בהיתרא, וצריך לומר דרשות יורש לא מיקרי כלל שינוי רשות משום שלא נכנס לרשות היורש כלל, אלא דאכתי קשה הדבר דהתינח אם לא עשה היורש שום מעשה קנין שפיר נוכל לומר דמה שנכנס לרשות היורש לא הוי שינוי רשות כלל, אבל אם עשה מעשה קנין אמאי לא יהי' שינוי רשות, ומוכח מזה דש"ר הוא דוקא היכא דהגזלן הקנה להלוקח, וכמש"כ הרשב"א בריש הגוזל ומאכיל בשם הראב"ד דיאוש וש"ר הוא דוקא כשבא מכח גזלן כגון מכירה ומתנה הא נטלו אחר שלא מדעתו לא הוי ש"ר דאל"כ למ"ד ש"ר ואח"כ יאוש קנה יקנה הגזלן עצמו משום ש"ר ויאוש, [והנה מדברי הרשב"א מוכח דאינו מפרש דהוא משום דאתא לידי' בהיתרא דא"כ הא אין התחלת ראי', ואף דלמ"ד ש"ר ואח"כ יאוש קנה הא ע"כ א"א לומר משום דבהיתרא אתא לידי' וכמש"כ הרמב"ן במלחמות בפ' הגוזל ומאכיל, מ"מ עכ"פ אין כאן הוכחה מהך מ"ד להך מ"ד דכיון דלדידן הוא משום בהיתרא אפשר דמהני אפי' נטלו שלא מדעתו וע"כ דהרשב"א סובר דש"ר לכו"ע הוא משום גדר קנין דמהני עם יאוש, ולזה הוכיח דלא נקרא ש"ר אלא מה שבא מכח הגזלן היינו דהגזלן מוסר זכות הגזלה שלו לשני זהו נקרא ש"ר, אבל מה שנוטל אחר שלא מדעתו דנמצא הש"ר רק מה שנכנס לרשות אחר שאינו הבעלים ל"ק דאל"כ גזלן גופי' ליקני בש"ר, ובתוס' רי"ד כתב דדין

יאוש וש"ר ילפינן מקרא דוהשיב את הגזילה דדוקא מי שגזל ישיב, ומוקמינן לה אחר יאוש דקודם יאוש הלוקח בעצמו הוי גזלן, אבל לדעת הרמב"ם א"א לומר כן כיון דסובר דש"ר ואח"כ יאוש קנה.].

עוד יש לעיין דאם נימא דהרמב"ם סובר דהלוקח אין בו דררא דאיסורא משום שלא גזל מרשות הבעלים אם כן אמאי צריך לשלם דמים דהא מעיקרא לא נתחייב בדמים כלל בשלמא ביאוש ואח"כ ש"ר אפשר לומר דהוא כמו מזיק שעבודו של חבירו כיון דעכ"פ הוא הפקיר ממון הבעלים, אבל בש"ר ואח"כ יאוש א"כ בשעת מעשה לא הפקיע שעבודו ואפי' אם נחפוץ לומר דעכ"פ גרם אח"כ שיפקיע כח הבעלים אבל כיון דמזיק שעבודו הוא מטעם גרמא ודאי צריך שיהי' מכוין להזיק אם לא דנימא דזהו דין מצד עצמו כיון דעכ"פ עשה מעשה ומפקיע ממונו צריך לשלם, והוא עדיף יותר מגרמא אלא כמו שלקח בידים ממונו של זה ואף דליכא דין גזלן ודין חיוב אחריות זהו לענין חיובים היכי שלא נשאר בידו אבל בשנשאר אח"כ בידו צריך לשלם דהא עשה מעשה שעל ידו יקנה ממון חבירו.

והנה בעיקר ראית הגר"א שהוא מזה שכ' הרמב"ם ונודע שקנה אותו דבר ומשמע דהאיש כבר קנה אותו הדבר ביאוש וש"ר דהיינו שהוא הי' הלוקח, אבל באמת לא משמע כן מדברי הרמב"ם ולא מדברי המחבר שהיה להם לפרש, והנה הפ"ת הביא מד' הנו"ב שמפרש דמה שכ' ונודע היינו שהעדים ידעו דבלא"ה הוי קדושין בלא עדים, אבל באמת אין הדבר מוכרח דכיון דהעדים ראו כל מה שצריך לראות ואפשר לראות הוי שפיר קידושין בעדים, והגע בעצמך אם אשה שמוחזקת בא"א ויש לה עדי גירושין והלכה וקבלה קדושין מאחר ולא היו העדים יודעים שנתגרשה האם נאמר דהוי קדושין בלא עדים, ואם כן למה מהני אם שליח לקבלה קבל גט ועדי המסירה אינם יודעים כלום ואף שהוא שליח הא בפשוטו דהוא בעצמו אין לו שום נאמנות על זה, ואף דיש לחלק דעכ"פ אינם מוחזקים שאינו שליח אבל הכא לא ידעו מהיאוש כלל, מ"מ גם זה אינו מחוור דאף דאמרינן דסתם גזילה לא הוי יאוש בעלים מ"מ אין אנו אומרים דזה דבר ודאי ורק דבסתמא הוא כן, אבל ודאי אפשר להסתפק שיש עדים שנתייאשו הבעלים, אכן מה שאפשר לומר לפי דרכם שצריך שהמקדש והמתקדשת ידעו שקנה אותו דבר והביאור שאם נתיאשו הבעלים והם לא ידעו א"כ אפשר דלא כיוונו כלל לשם קידושין דאדם יודע שאין מקדשין בגזילה, וזה דרך נכון לדעתי.

והנה עוד כתב הגר"א בס"ק זה אבל הרשב"א כ' דביאוש לבד מקודשת דהוי שינוי רשות בידה וקנאתו וכ"כ הר"ן והמ"מ, וכ"מ שם דקאמר לית דחש להא דר"ש אע"ג דלא הוי

שם אלא יאוש בלבד, וכן הסוגיא שם דרב ור"י דוקא לפני יאוש עכ"ל וכונתו מהא דאמר שם דף נ"ב ע"ב ההיא איתתא כו' אתא ההוא גברא חטף זוזי מחברי' ושדא לה אמר לה מיקדשת לי אתא לקמי' דרבא אמר לית דחש להא דר"ש דאמר סתם גזילה יאוש בעלים ומוכח דאם הי' יאוש בעלים מקודשת אף דיאוש לא קנה משום דהוי יאוש וש"ר בידה וכן כ' להדיא ברשב"א, עוד הביא ראי' מהא דפריך הא דא"ר יוחנן מי אמר רב הכי והא לא אמר והא"ר יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולים להקדישו ומוכח דהא דאמר רב קדשה בגזל א"מ היינו לפני יאוש דאי לאחר יאוש מאי פריך מר' יוחנן דאיירי לפני יאוש, והנה הראי' השני' מהא דלא מוקים רב דמיירי אפי' לאחר יאוש וע"ז פליג ר' יוחנן, אין זה ראי' כלל, דהא רב סבר יאוש לחוד קני בדף ס"ח, ואף דבגמ' ד' קט"ו משמע דדוקא יאוש וש"ר או ש"ר ואח"כ יאוש ההיא משום ר"ח אמר לה או דלא דוקא ש"ר ואח"כ יאוש וכן כ' הפנ"י שם, אבל רב בעצמו סובר להדיא בדס"ח דיאוש לחודי' קני א"כ ע"כ הכא מיירי לפני יאוש, אכן ראייתו מהא דאמר לית דחש הוא ראי' מוכרחת והיא קושיא גדולה על הרמב"ם לפ"מ שפירש דבריו הגר"א, ועל שיטת הרא"ש דמפורש בדבריו דדוקא לרבה דאמר יאוש קני מדרבנן, מקודשת ולא מטעם דהוי יאוש וש"ר.

ונראה עפ"מ דאמר בירושלמי פ"ב דקידושין הל' א' אמר ר' יוסי אילו איתמר כלי יאות סלע דרכו להתחלף ע"ש, ואפשר לבאר זה דוקא על אחר יאוש דקודם יאוש לא שייך לומר סלע דרכו להתחלף דאטו משום דדרכו להתחלף יקנה ממון של אחרים שאין לו בזה שום דררא דקנין, אבל לאחר יאוש דבאמת צריך לקנות אותו כמו אבדה אלא דגזלה דבאיסורא אתי לידי' וחייבתו תורה בדין והשיב את הגזלה לא פקע מני' חיובא אפי' אחר יאוש, א"כ איכא למימר דזהו דוקא בחפץ חייבתו התורה להשיב דוקא גוף החפץ אבל במטבע כיון דאין שום קפידא בזה אז סגי במה שיקיים ושלם שישלם עבור הגזלה וכמו שבארתי במק"א עפ"י הספרא פ' ויקרא סימן ש"פ וז"ל לפ"ג הגר"א אי והשיב יכול והשיב דוקא ת"ל ושלם, יכול יהא משיב ומשלם ואל תתמה על זה שהרי הגנב משלם כפל וכו' ת"ל גזלה גזלה משלם ואין משיב ומשלם ומבואר דבגזלה איכא תרי קראי והשיב כשהגזלה בעין ושלם כשאינה בעין, ולכן במטבע סגי יאוש לחודי'. עוי"ל דבסתם גזילה קיי"ל דלא הוי יאוש בעלים, ובזה י"ל דדוקא בחפץ שיכול לגבות זה החפץ אבל סלע כיון דדרכו להתחלף א"כ על גוף הסלע כבר נתייאשה, ובזה נוכל לצרף מש"כ דאין כאן דין והשיב רק דין ושלם וצריך להוסיף דאף דעכ"פ חייב לה הסלע ולא עדיף מחוב שאינה מקודשת, אכן בחוב הוא דוקא באומר מקודם כנסי סלע זה שאני חייב ליכי עי' מש"כ בהל' י' אבל הכא לא שילם בנתינה זו את החוב, ובאופן אחר י"ל אם לא נחדש

זה דבסלע ליכא והשיב דר' יוסי כרבה דיאוש קונה מדרבנן ולכן דמי לחוב.

והנה במקנה תי' דרבא אומר כאן לית דחש להא דר"ש לומר דאינה מקודשת אפי' למ"ד יאוש קונה ובגמ' דף ס"ז מספקא לגמ' איך סבר רבא ביאוש דאמר התם חד מיניהו רב פפא אמרה, ובשם המגיני שלמה הביא דמיירי שנתן לה מתחלה לשם פקדון ואח"כ קדשה ובאופן זה הוי יאוש וש"ר משום שכבר קנה מקודם בש"ר בעת שנתן לה הפקדון, והנה המגיני שלמה הביא זה בשם הישׁ"ש וכפי מה שהביא מהישׁ"ש כ' להיפוך דלהכי כ' הרא"ש דדוקא אי יאוש קני מדרבנן משום דנ"מ אם נתן לה מתחלה לשם פקדון דאז לא הוי יאוש ואח"כ ש"ר אלא ש"ר ואח"כ יאוש וכנראה מפרש בהישׁ"ש דמיירי שנתיאשו הבעלים בשעה שהי' בידה בפקדון ולכן מקרי ש"ר ואח"כ יאוש וע"ז תמה המג"ש דהא עכ"פ אח"כ כשקדשה הוי יאוש ואח"כ ש"ר דאיזה ש"ר הוא פקדון ובאופן זה כ' המג"ש דלפי ד' הישׁ"ש אפשר לומר דמיירי שנתן לה מקודם לשם פקדון והיינו שהי' מקודם יאוש ואז יהי' הפקדון כמו ש"ר אך המג"ש עצמו כ' דלא נראה לו סברא זו.

ונראה לי לבאר סברת הישׁ"ש דסובר בטעמא דש"ר דהוא משום דהוי כמו דאתי לידי' בהיתרא וסובר דפקדון אף דקיימא ברשותו דמפקיד אבל כבר כתבתי דקיימא ג"כ ברשותו של השומר לענין שמירה וכיון דקיימא ברשותו שפיר שייך שיזכה בהגזלה אחר יאוש ובאופן זה סובר להפך דכיון דש"ר ואח"כ יאוש לא קנה אלמא דמיקרי אתא לידי' באיסורא כיון דקיימא ברשותו, ובזה מבואר תי' המג"ש דלפי"ז שפיר כשנתנו בפקדון אחר יאוש זכה השומר בהחפץ וכיון דהגזלן יש לו זכות להוציא מאדם אחר בשביל שצריכה לו להפטר מן הנגזל ואחר יאוש נמי הוא חייב לשלם דמים ונמצא דכיון שהשומר קנאו קנאו הגזלן.

והנה בירושלמי איתא אהא דתנן המקדש בערלה ובכלאי הכרם וכו' מכרן וקידש בדמיהן מקודשת ר' חגי בשם ר' זעירי שאין תופסין דמיהן א"ר חנינא זאת אומרת שמקדשין בגזל ופי' הרא"ש בסי' ל"א דמאחר שאין דמיהן נכנסין תחתיהן לאיסור נשארו הן אסורין והמעות גזל הן בידו וכ' ע"ז הרא"ש ואנן דקיי"ל דקדשה בגזל לפני יאוש אינה מקודשת צריך לאוקמה כדפרישית והיינו דמיירי שמכרן לעכו"ם או לישראל והכיר בהן דמעות מתנה, והנה ד' הירוש' לכאורה קשה לפרש כפי' הרא"ש דכונתו פשוט דמקדשין בגזלה דכיון דהרא"ש סובר דאם הכיר בה אפי' לדידן הוי קדושין דמעות מתנה א"כ מאי דוחקי' דהירוש' להעמיד בלא הכיר בה, אכן הרשב"א כ' דא"א להעמיד בהכיר בה דכיון דהוי מתנה לא הוו דמיהן כלל ופשיטא דמקודשת, והנה הרשב"א מפרש דכונת ר"ח לומר דש"מ כר"ש דאמר סתם גזלה יאוש בעלים, אכן בפי' הרשב"א יש לעיין דבשלמא

בגזלן דהוא אלם ולא ציית דינא סובר ר"ש דבסתמא יאוש בעלים אבל כאן בלא הכיר דהוי מקח טעות היכי אשכחן דהוי יאוש בעלים דהא משכחת לה דאינו אלם וציית דינא וא"כ כל מקח טעות יהא נחשב המוכר לגזלן ויהי' יאוש, נמצא דפי' הרשב"א בד' הירוש' הוא מוקשה מאד ולפ"מ שמפרש הרא"ש כפשוטו קשה דבריש פ' האיש מקדש מוכח שם בירושלמי דבלא יאוש בודאי אינה מקודשת וליכא מ"ד כלל דמקודשת, דאמר שם רבי יוסי בי רבי בון בשם ר"ש בר רב יצחק מאן דאמר מקדשין בגזילה, שנתיאשו הבעלים ממנה.

לכן נראה לבאר ד' הירושלמי דשפיר מפרש לה כשמכרן לעכו"ם אלא דכיון דלמחליף עצמו אסורין א"כ לגבי' אינם דמים ומ"מ כיון דהוא דמים לגבי דידה מקודשת מזה מוכח דבקדשה בגזל לאחר יאוש מקודשת משום דלגבי דידה הו"ל יאוש וש"ר אף דמקודם שבא לידה לא הי' שלה מ"מ כיון דמכחו בא לה והוא שלה מקודשת ודברים אלו לדמות דמי איסוה"נ דאסורים למחליף להא דגזל אחר יאוש כתב הגר"א בסי' זה בסק"ד והוא מד' הר"ן בסוגיא זו, והר"ן בעצמו הביא אח"כ דברי הירושלמי ולא נחת לפרש ד' הירושלמי עפי"ז, ולדעתי נכון לפרש כן דברי הירושלמי.

והנה הב"ש הקשה לשי' הרמב"ם שהלוקח שקנה ביאוש וש"ר צריך להחזיר הדמים א"כ במאי נתקדשה כיון שצריכה להחזיר הדמים, וצ"ל דמיירי בגנב שאינו מפורסם שאינה צריכה להחזיר הדמים, מפני תקנת השבים, אכן הקשה דלפי"ז אינו אלא קידושין דרבנן, לדעת הרמ"א דבמעמ"ש הוי קדושין דרבנן, ובאמת אין זו קושיא כלל דהתם במעמ"ש עיקר הקנין הוא מדרבנן דמדאורייתא לא קנה החוב כלל אבל הכא דקנתה החפץ מדאורייתא אלא שצריכה להחזיר דמים והוא חוב עליה ואינו שייך להקנין וכיון שחכמים פטרוה מליתן משום תה"ש א"כ עכ"פ אינה צריכה ליתן דמים והחפץ הא קנתה מדאורייתא לכן הוי שפיר קדושי דאורייתא, והוא פשוט מאד. ומצאתי להאב"מ שכתב כן, וכן מצאתי להגאון מהרי"ל דיסקין בשו"ת חלק הכתבים סי' ה' שכ"כ אלא שנראה לי עוד יותר דאפי' אם לא היה עיקר החפץ שלה אלא מדרבנן מ"מ לא פליגי הב"י והרי"ו אלא במעמ"ש משום דעדיין לא הגיע שום דבר לידה ואין לה במה לקנות כלל מדאורייתא, אבל היכי שכבר הגיע החפץ לידה אף שרק מדרבנן הוא שייך לה מ"מ עכשיו שהוא בידה זכתה בו מדאורייתא דהא עכ"פ הוא שייך לה מדרבנן ויש לה רשות לזכות בו וכיון שהוא בידה ויש לה במה לזכות זכתה מדאורייתא ובמעמ"ש הוי משום דאין לה כלל במה לזכות בממון אחרים מדאורייתא. והוא פשוט.

וראיתי שכתב בזה הא"מ דכיון שצ"ל דמיירי שלא ידעה שהוא גנבה, ובגנב שאינו

מפורסם, ולכן אינה צריכה לשלם הדמים משום תה"ש, והנה בתה"ש הא א"צ ליתן אלא דמים שנתן וא"כ גם כאן אין צריך לנכות לה אלא דמים שנתנה והמותר צריכה להחזיר ודמי המקח באשה אינו אלא פרוטה והמותר צריכה להחזיר וכיון שהיא לא ידעה ודעתה על כל החפץ א"כ אינה מקודשת והביא ראי' דדמי המקח גבי אשה אינו אלא פרוטה ממש"כ הרא"ש בספ"ק דב"מ [וכ"כ בתוס' ב"ב ד' קל"ח] להוכיח דהמוחל שט"ח שמכרו לאחרים א"צ להחזיר אלא דמי המקח דאל"ה למה אמרי' בהתקדשי בשט"ח דאחרים דאינה מקודשת דלא סמכה דעתה דחזר ומחל לה הא אם ימחול יצטרך לשלם אלא ע"כ דא"צ לשלם אלא דמים שנתן וגבי אשה אינו אלא פרוטה והיא דעתה על כל השטר ולכן כ' האב"מ דמיירי הכא שהחפץ אינו שוה אלא פרוטה או דאמר בפי' בכל דהו והוא תי' דחוק.

ונראה לי דאפשר לומר דבאמת יש להבין אמאי נימא דא"צ לשלם אלא פרוטה הא אמרינן דאם קדשה במנה ונמצא חסר חייב להשלים ולא אמרי' דקידושי אשה אינם אלא פרוטה וה"נ הרי אמר לה התקדשי בשט"ח, ולא מיבעיא בנמצא חסר דהוא משום תנאי אלא אפי' בנמצא רע דנפיק ע"י הדחק דמקודשת ומ"מ חייב להחליף לה, וכ' הר"ן דהוא משום ערבות חוב ואף דהקידושין אינם תלויים בזה מ"מ חייב להחליף לה, [וע"כ ס"ל להרא"ש דמה דחייב משום דינא דגרמי אינו אלא אם עשה היזק וכמו דס"ל במוחל דעלמא דא"צ אלא לשלם מה שנתן אף שהשטר שוה יותר ואמאי לא יתחייב משום דינא דגרמי, וצ"ל דדינא דגרמי אינו אלא מדרבנן ולא חייבו אלא כשעשה לו היזק אבל לא במניעת הריוח ואף שעכשיו כבר נחשב לו היזק מ"מ לא חייבו בזה כן צ"ל בדעתו] עכ"פ יש להבין דממ"נ דאם נימא דדעתה אכולה ולא נתקדשה אלא באופן שיהי' לה כל החפץ ואינה רוצה להתקדש בפרוטה א"כ הוי כל השטר דמי המקח ויתחייב לה הכל, ואם היא רוצה בפרוטה א"כ תהי' באמת מקודשת בפרוטה. וע"כ צ"ל דכיון דלא חייבו מטעם דד"ג אלא מה שהזיקו ממש בידים כשיטתם וכמש"כ לכן לא תוכל לתבוע ממנו אלא פרוטה דשמא היתה רוצית להתקדש גם בעד הפרוטה ואף דבדין חיוב מה שהבטיח חייב ליתן לה משום ערבות אבל בגדר היזק לא נוכל לחייבו דשמא היתה מרוצית להתקדש גם בעד פרוטה וכיון שלא תוכל לתבוע ממנו אלא פרוטה אינה מקודשת כיון דלא אמרה בפי' דניחא לה בכ"ד, ואמרי' דדעתה אכולה, א"כ כ"ז אינו אלא אם תצטרך לתבוע ממנו לא תוכל לתבוע ממנו אלא פרוטה, אבל הכא שהיא המוחזקת תוכל לומר שלא היתה מתקדשת אלא בכל החפץ וכל החפץ הוא דמי המקח לכן לא תצטרך להחזיר כלום דבאמת אם לא היתה מתקדשת אלא בכל החפץ הסברא נותנת

דכל החפץ הוא דמי מקח ובכולו יש תקה"ש, ואף שכ' במק"א תי' אחר על מה דס"ל דאין צריך להחזיר אלא דמי המקח משום דע"מ כן קנה ולא משום דאינו חייב אלא מה שהזיקו בידים, אבל לענין אשה שאינו חייב ליתן אלא פרוטה אינו מספיק זה דעכ"פ קדשה בכל השטר, וע"כ צ"ל כסברא זו דס"ל דד"ג אינו אלא דרבנן ולכן לא חייבו אלא מה שהזיקו ממש.

אלא שכל הדברים האלה לא שייך אלא לשי' הרמ"א והסמ"ע דמשום תקה"ש א"צ להחזיר הדמים בגנב שאינו מפורסם אבל לפי"מ שהעלה הש"ך בסי' שנ"ג דבלא תקה"ש א"צ להחזיר דמים בגנב שא"מ וכן העלה הגר"א ז"ל בסי' שנ"ז א"כ לא שייך כל זה וליתא כלל לא לדברי הב"ש הנ"ל ולא לדברי הא"מ הנ"ל, ולפלא על הא"מ שכ' דבריו בסתם ולא זכר שלדברי הש"ך ליתא לזה כלל ואיך העלה בפשיטות שאינה מקודשת אם לא שהחפץ אינו שו"פ או שאמר בפי' בכ"ד.

והנה הרמ"א כ' קדשה בגזל או גנבת עכו"ם הוי מקודשת דהא אינה צריכה להחזיר רק מכח קדוש השם, וכ' ע"ז הגר"א ליתא דקיי"ל גזל גוי אסור מדאורייתא אבל לדברי התשובה דכאן מיירי כגון הפקעת הלואתו דאינה אסור אלא במקום חילול השם כמש"ש בהגה, ולדעתי צ"ע בזה כי כפי לשון התשובה (הובא בא"מ) השיב המהרי"ו להשואל שרצה לומר דכיון דגזל גוי אסור מדרבנן הוי כמו מקדש בחמץ בשעה ששית וע"ז כתב לו המהרי"ו שלדעתו נראה מתרי ותלת טעמי להצריך קדושין ולא דמי לגזל אלא להפקעת הלואתו ואפי' לפי דעתו דמדמי לי' לחמץ, ומוכח דמשיב לפי דעת השואל וזהו שלמד הרמ"א מדברי המהרי"ו דהיכי שאינו צריך להחזיר אלא מפני קדוש השם אין לזה דין גזל, אכן נראה דאפשר לומר דבאמת גזלן שגזל מעכו"ם אף דאסור מדאורייתא מ"מ אם מכרו לאחר מותר מדאורייתא דלגבי הלוקח הוי כאבדה דמה לי גזלה מה לי אבדה עכ"פ הלא נאבדו מהבעלים ואבדת עכו"ם מותרת, ואף דיש לעיין דמתי נעשה זה המשכון אבדה דהא קודם שמכר הלוה המשכון לא הי' עליו שם אבדה דמדעתו משכן לו העכו"ם ובשעה שמוכר נעשה האבדה כשנכנס לרשות הלוקח וא"כ הלוקח הוא הגזלן, יש לומר דתיכף כשלקח המלוה המשכון ונתן להלוקח נעשה תיכף גזלן עליו וכיון שנעשה גזלן יצא מרשותו של העכו"ם ונעשה עליו שם אבדה ואבדת עכו"ם מותרת ודוקא בישראל גם גזלן שני צריך להחזיר דליכא היתר אבדה.

ומש"כ הב"ש בס"ק ה' שכ' הכ"מ בפ"א מהל' גזילה דעושק מעכו"ם אינו אלא מדרבנן הואיל ובא לידו בהיתר באמת לא נזכר זה כלל בכ"מ והכ"מ משמע דסובר דבין גזל ובין עושק אינו אלא מדרבנן וכן כתבו הגאונים מהר"ח ז"ל ומוהריט"ל בס' חוט המשולש

וכן מוכח מלשונו, והכ"מ חידש דמה דאמרינן דהפקעת הלואתו מותר היינו היכי שאין העכו"ם יודע להדיא דקא משקר לי' ואז מותר לגמרי אבל היכי שהעכו"ם יודע שמשקר לי' אז גזל ועושק שוה וכן מוכח מלשון הרמב"ם שם.

הלכה י

גזל את האשה או גנב ממנה או חמסה וחזר וקידשה בגזל ובגניבה ובחמס שלה ואמר לה הרי את מקודשת בו אם קדם ביניהן שידוכין ונטלה ושתקה הרי זו מקודשת ואם לא שידך אותה מעולם אף ע"פ ששתקה כשנתן לה דברים אלו בתורת קדושין אינה מקודשת ואם אמרה הן הר"ז מקודשת.

גזל את האשה, המל"מ הביא דברי הב"י וז"ל כתב הר"ן לפי זה נראה שנתקבלה קידושיה ונתקבלה גזלתה, אבל בירושלמי אמרו רוצה היא מקודשת ויהא חייב לה סלע, והרמ"א פסק כד' הירושלמי דצריך לשלם גזלותי', ומפרשים דמה דאמרינן דשדיך מהני היינו שמקנה לו גזלתה לשם הלואה, ודברי הירושלמי צריכין ביאור דכיון שהקנתה לו גזלתה במה נתחייב ומנין מוכח לנו שהוא רוצה להתחייב דהא הוא אומר שמקדשה בנתינת הגזלה, והנה לפמש"כ בהל' ז' לבאר דברי הירוש' דאהא דאמר ויהא חייב לה סלע מסיק עלה אילו איתמר כלי יאות סלע דרכו להתחלף ודברי הירוש' תמוהים בבאורם ובארתי דבעיקר הגזלה מהני יאוש דלא גרע מאבדה ועיקר דין יאוש מאבדה יליף לה בגמ', כמבואר בב"ק דף ס"ו, אלא דאיכא דין ושלם דע"ז לא מהני יאוש ובכלי יש דין ושלם על עיקר החפץ משא"כ בגנבת ממון עיין שם, אכן נראה יותר דגזלן מתחייב תיכף בשעת הגזלה בתשלומי ממון אם לא יחזיר את החפץ דכן מוכח מהמכילתא שהבאנו דלמד מקרא דאינו צריך לשלם גם אחר השבה דאמר במכילתא יכול יהא משיב ומשלם ת"ל גזלה גזלה משלם ואין משיב ומשלם, וזהו דין הש"ל בגזלה, וממילא אפשר דמתי נפטר מושלם כשהוא מחזיר הגזלה בתורת השבה אבל כשמחזיר לה הגזלה באופן שתתקדש הוי כמוכר לה הגזלה ואינו מקיים מצות והשיב ואף דכשמוחלת לו לגמרי הגזלה פטור מלשלם דהוי כמו השבה והיינו משום שמחלה לגמרי אבל כשהיא מקנית לו הגזלה באופן שיתחייב לשלם שפיר יכולה למחלו ולהקנותו באופן שלא יהי' בזה השבה וכמו באופן שמוכרת לו דחייב לשלם כיון שלא החזיר בתורת חזרת הגזלה וה"נ היא מקנית באופן שלא יהי' בזה קיום השבת גזלה וממילא נשאר עליו החיוב תשלומין והוא ג"כ באופן זה קדשה דהא לא הזכיר שרוצה דוקא שיקיים בזה השבת גזלה.

והנה המל"מ כתב עוד ואין ספק דכ"ש הוא באמר כנסי סלע זה שאני חייב לך דצריך לשלם חובו, אך ראיתי להרשב"א ז"ל בחידושיו אההיא דכתב לה גיטה ע"ג טס של

זהב ואמר לה התקבלי גיטך וכתבותיך דנתקבל גיטה ונתקבלה כתובתה שכ' וכעין שאמרו כנסי סלע זה שאני חייב לך והנה לדעת הרשב"א נראה דכ"ש גבי גזל דידה דאין צריך לשלם לה גזלתה וכל זה הוא הפך הירושלמי עכ"ל, הנה תלה המל"מ דין קדשה בגזל בדין קדשה בחוב ואם בקדשה בגזל צריך לשלם לה כ"ש בקדשה בחוב שלא נפטר מחובו, וכ"כ הגר"א בס"ק י"ג, והא"מ השיג עליו דקדשה בגזל הא לא הזכיר שרוצה שתתקדש בחזרת הגזילה אבל בקדשה בחוב אם כדברי הר"ן דמיירי בחזר מן הפרעון ודאי חייב לשלם אבל לדעת הרמב"ם שלא חזר מן הפרעון אלא שהחזיר לה חובה ואמר לה התקדשי לי בזה א"כ ודאי דמחלה חובה כמש"כ הרשב"א ונתרצית להתקדש בהחזרת החוב, ובאמת מש"כ הא"מ זה מדעת דנפשי' והדברים מבוררין ברשב"א שמתחלה דימה דין קדשה בגזל לקדשה בחוב ואח"כ כ' ומיהו בגזל דידה וקדשה סתם מפרש בירוש' שהוא חייב לה לשלם כדי גזלה וכו' וההיא דחטף ורשכא וכו' וא"נ שאני התם דמפרש לה בהדיא וכו' ולפי פי' זה אפשר וכו' עי"ש בדבריו ומוכח בהדיא דסובר הרשב"א דבגזל סתם כיון שלא הזכיר חזרת הגזלה לא הקנתה לו אלא ע"מ שישלם לה אבל בקדשה בחוב שהזכיר החוב א"נ בקדשה בורשכא שהזכיר החזרה א"צ לשלם ומה שהזכיר הרשב"א וורשכא כוונתו אם הי' שדיך דבגמ' מיירי בלא שדיך ולפלא על הגר"א ז"ל שלא הרגיש בדברי הרשב"א שדעתו להשוות דעת הרמב"ם עם דברי הירוש' והגר"א ז"ל עשה מחלוקת, אכן מדברי הבה"ג בהל' קדושין (דף נ' בדפו"י) שכ' וז"ל והיכא דחטף מידי מאשה ואהדרי' ניהלה ובעידנא דקא מהדר אמר לה איקדש לי בגוי' אי נמי אמר לה שקול הני זוזי דהוי מסקית בי ובעידנא דקא מהדר לה אמר לה איקדש לי בגווייהו וכו' ומוכח להדיא שהדינים שוים דבחדא כללא כייל להו.

אכן באמת יש לעיין בדברי הבה"ג דמדברי הרמב"ם בהל' י"ב לא משמע כדברי הרשב"א דהטעם הוא בשביל מחילת החוב כל' הרשב"א דמחלה חובה ואינה חוזרת וגובה ממנו, אלא דאפשר להתקדש בחזרת החוב אם היא רוצה בכך, עי"ש ובמ"מ, ואולי זה גופא הוא גדר מחילה, אכן אם נימא דאפשר להתקדש בעיקר חזרת החוב, נראה דכ"ז הוא בחוב, דממון דידי' הוו, אבל בחזרת גזלה אם יאמר שמקדשה בעיקר השבת הגזילה אינו יכול לקדשה אפי' אם תרצה, דאין לה במה להתקדש, דדוקא אם אמרי' דמחלה לו ונעשה שלו אז אפשר שיקדשה בזה, אכן מדברי הבה"ג מוכח דגם גבי חזרת גזלה אפשר שתתקדש בעצם חזרת הגזלה דבחוב כ' המ"מ בהל' י"ב דמוכח מדבריו דמהני בכה"ג, והבה"ג כתב זה גם גבי חוב וגם גבי גזלה, וצ"ע בזה.

והנה הלח"מ בהל' י"ב הקשה דאי אמרינן דדוקא אם אמר שתתקדש בחזרת החוב אז

בעינן שדיך, אבל אם חזר מן הפרעון לא בעינן שדיך א"כ מנ"ל לר"נ להוכיח בגמ' דף י"ג דבגזל בעינן שדיך הא מצי לאוקמא דמיירי שאמר בפירוש שאינה מקדשה בחזרת הגזל, ובזה כ' הלח"מ ליישב דמשמע דקדשה בסתם, אך הקשה עוד לפ"מ שכ' הרשב"א דגבי חוב אם קדשה סתם ודאי לא בעינן שדיך א"כ מאי מוכיח ר"נ דילמא בגזל משו"ה מהני משום דקדשה בסתם, וכ' הלח"מ ליישב ב' הקושיות דבגזל ודאי דעתה לקבל הגזל בתורת חזרה בשביל שהוא שלה ודוקא גבי חוב אפשר דכונתה שישלם לה חובה בפעם אחרת, ולפ"ד הלח"מ צריך לומר דעיקר ראית ר"נ דמייתי ראי' מחוב לגזל הוא דלא נימא דתמיד היא ודאי מקבלת אדעתא דידי' וכיון דגבי חוב אמרינן דלא קבלה אדעתא דידיה בלא שדיך, ה"נ בגזל בלא שדיך.

אכן יש לעיין לפ"מ שפי' הרשב"א בגמ' דעובדא דורשכא ודאי הי' כונתו על קדושין בחזרת הגזל והיינו באופן שלא יצטרך לשלם וגבי קדשה בגזל מיירי שקדשה סתם וממילא הוא מתחייב לשלם דאחר שהביא את דברי הירושלמי דבגזל צריך להחזיר דמים כ' ע"ז וההיא דחטף ורשכא דילמא אף הוא חייב לשלם את דמיו, וא"נ התם שאני דמפרש לה בהדיא אי יהיבנא לך מקדשת לי דמשמע דבחזרתו בלבד הוא דמקדשה עכ"ל נמצא דבמעשה דורשכי קדשה בהחזרת הגזלה, א"כ קשה מאי פריך מזה ע"ז, דילמא בעובדא דורשכא אמרינן שפיר דבסתמא אינה מרוצית להתקדש בחנם, ומהיכי תיתי נימא שתמחול לו הגזילה ומה שקבלה אמרינן שקבלה בשביל שהיא שלה, אבל בקדשה בגזל כיון שישלם לה אמרינן שכיון שכל הנשים רוצות להתקדש כמש"כ הרשב"א גבי קדשה בחוב סתם לכן גם בגזל שלה היא מרוצית ומקנה לו באופן שישלם לה אפי' לא שדיך, וכן יש להקשות מה מוכיח מקדשה בחוב דשם שפיר כיון שקדשה בחזרת החוב שפיר אמרינן דבסתמא אינה מרוצה אבל קדשה בגזל כיון שישלם אמרינן דמסתמא מרוצית ובאמת זהו קושית הלח"מ, רק שהלח"מ לא הזכיר כלל טעם התשלומין אלא טעם מה שהצריך הרשב"א גבי חוב לומר לה שאני חייב לך דדוקא אז בעינן שדיך, וע"ז תי' שפיר דגבי גזל בסתם הוי כמו בחוב כשהזכיר שאני חייב ליכי, אבל לפמש"כ דעיקר החילוק ביניהם דבגזל מיירי באופן של תשלומין ובחוב בלא תשלומין אינו מיושב בתירוצו.

והנראה בזה דהנה יש לעיין במה דאמר ר"נ יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי דמשמע דהטעם הוא משום דיכולה לומר ולכאורה גם בל"ז כ"ז דלא ידענא הסברא דבשדיך היא מקנית לו הגזל א"כ אפי' תתרצה להתקדש בגזילה ג"כ אינה יכולה להתקדש ובאמת כבר העיר הגר"א בזה במה שכתב הרמ"א ואינה נאמנת לומר שבתחלה קדשה לשם קדושין וזה קאי אריש על לא שדיך כמש"כ בח"מ וכ' ע"ז הגר"א ז"ל בס"ק י' וז"ל

דלכאורה משמע שם דאמר יכולה למימר וכו' דוקא באמרה כן וא"כ מאי פריך קדשה בגזל כו' דהתם בסתמא עכ"ל מזה נדע רק דאינה צריכה לומר כן, אלא דבסתמא אמרינן דכיונה ליקח בתורת שהוא שלה ולא לשם קדושין, וממילא אף אמרה אח"כ דכיונה לשם קדושין לא מהני דהוי דברים שבלב, ולשון אינה נאמנת אינו מדוייק דהא לעצמה ג"כ אינה צריכה לחוש לקדושין, אבל מ"מ קשה דבלא סברא זו דלא כיונה לשם קדושין הא אפי' כיונה לא צריך להיות מהני כל זמן דלא נימא דהקנתה לו הגזילה וא"כ מהיכי תיתי נימא בלא שדיך דהקנתה לו הגזילה, וצריך ע"כ לומר דאם נימא דבודאי רצתה להתקדש מדקבלא בשתיקה א"כ בודאי הקנתה לו הגזילה דאשה יודעת שאין מקדשין בגזל דע"כ צ"ל כן דאם נימא דאפשר אינה יודעת א"כ אפי' שדיך לא הוי מהני לומר דהקנתה לו, ולכן עיקר מה דחידש רב נחמן הוא דמקבלתה בשתיקה אין ראי' על רצון בקדושין דיכולה למימר אין שקלי ודידי שקלי ולכן שפיר אין לחלק בין היכא שבא לקדשה בעיקר חזרת הגזילה ולהיות נפטר בזה ובין היכא שבא לקדשה בגזל ולהתחייב לשלם משום דבלא הוכחה ממה שקבלה בשתיקה מסתבר לר"נ דבכל אופן א"צ להיות מקודשת דבקדושין צריך להיות ראי' מקבלתה בסתמא שמסכמת על קדושין כמש"כ בפ"ד הל' כ"א באריכות, ואף דגבי קדשה בחוב לא הזכיר שאני חייב ליכי פשוט להרשב"א דמקודשת אף דהיתה יכולה לתפוס בשביל עצמה דהא כתב הרשב"א דלענין דינא הדין עמה אכן אינו דומה דבגזל כיון שהחפץ שלה הוא וכדי שיוכל לקדשה צריך שתקנה לו את החפץ דבלא זה הא אין לו במה לקדשה ולזה הא אין ראי' מקבלתה דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי אבל בהחזרת חוב דהמעות הא לא זכתה בהן ורק דנאמר שתגבה בחובה בזה כיון שנתן לה בסתם והיא קבלתם אין לנו לאמר שגבתה בע"כ של בע"ח, ופשוט.

והנה המחבר חולק על הרמ"א וכ' או אפי' לא שידך תחלה וכשאמר התקדשי לי בזה ונתנו בידה ואמרה הן הרי זו מקודשת ומשמע אף שאמרה הן אחר שנתן בידה וקשה דמה מהני מה שאמרה עכשיו כיון שעתה אינה יכולה שוב להקנות לו הגזלה, וצריך לומר דבזה נאמר הוכיח סופו על תחלתו ונתברר שכבר הקנתה לו הגזלה כשהי' בידו, ולכאורה קשה דהא בחולין דף ל"ט מבואר דהוי ספק אי אמרי' הוכיח סופו על תחלתו, דלא אמרו בה לא איסור ולא היתר, אך י"ל דשם מחלק הגמ' מאמר כתבו ועלה לגג דשאני התם דאמר כתבו ומוכח דאף דברי שאמר כתבו אין נותנין וכן אם מעצמו נפל, אבל לזה מהני כתבו דאמרי' הוכיח, וה"נ כאן דאמר ר"נ יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי ולמה צריך לזה תיפוק לי' שהוא שלה וכבר בארנו דכיון דקבלה בשתיקה אמרינן

דהקנתה לו וע"כ שיש לנו סברא לומר דאשה רוצית להתקדש אפי' בלא שדיך ולכן הוי קצת ספק ובזה אמרינן הוכיח סופו על תחלתו.

הלכה יא

וכן אם נתן לה פקדון ואמר לה כנסי פקדון זה וחזר ואמר לה הרי את מקודשת לי בו. אם אמר לה קודם שנטלתו ונטלתו ושתקה הרי זו מקודשת. ואם אחר שנטלתו בתורת פקדון אמר לה הרי את מקודשת בו ושתקה אין זה כלום שכל שתיקה שלאחר מתן מעות אינה מועלת. אבל אם אמרה הן אחר שנטלה הרי זו מקודשת. החזיר לה חוב שהיה לה אצלו ואמר לה הרי את מקודשת בו קודם שתטלנו ונטלתו ושתקה אם היה ביניהן שידוכין הרי זו מקודשת ואם לא שידך אינה מקודשת עד שתאמר הן. ואם אמר לה אחר שנטלה החוב שלה הרי את מקודשת בו אפילו אמרה הן אינה מקודשת. שהרי לא הגיע לידה ממנו כלום אלא שלה נטלה וכבר נפרע חובו משעה שנטלה ואינה יכולה לחזור ולתובעו בחוב פעם אחרת.

ואינה יכולה לחזור ולתובעו, הנה סוף דבריו אינם מובנים, דאם כדי ליתן טעם על מה שאינה מקודשת הלא כבר כתב וכבר נפרע חובו משעה שנטלה ולמה לו להרמב"ם להאריך עוד יותר דכיון שכבר נעשה שלה אינה מקודשת דבמה תתקדש, ואם הוא דין בפ"ע שאינה יכולה לחזור ולתובעו בחוב פעם אחרת אינו מובן על מה קאי אם על זה שאמרה הן אחר נתינה וא"מ ובזה בודאי נפרע חובה כיון שאינה מקודשת ונשארו המעות לפרעון החוב ואם הוא אריאשא היכי דמקודשת מ"מ אינה יכולה לחזור ולתובעו בחוב א"כ הו"ל למיתני ברישא ולפלא שלא העירו מזה מפרשי הרמב"ם.

והנה המ"מ כתב ונראה מדברי רבינו שהוא מפרש חזר ואמר לה שלא חזר בו מן הפרעון אלא שדעתו שתתקדש ושתהיה נפרעת וחזר דקתני חזר לדבר עמה וכ"נ מדברי בעל הלכות עכ"ל, וצריך לבאר דמה דחקו להרמב"ם לפרש הברייתא דכנסי סלע זו שאני חייב וחזר ואמר התקדשי לי בו בשלא חזר בו מן הפרעון, ואמאי אינו מפרש כפשוטו שחזר בו מן הפרעון ויהי' ממש כההיא דגזל דמפרש הירוש' שהוא חייב לה סלע.

ונראה דהנה יש להעיר בהא דקדשה בגזל דידה ואמרה הן דבשעת מתן מעות מקודשת ולאחר מתן מעות אינה מקודשת, ובפשוטו דלאחר מתן מעות אינה מקודשת בכל גווני גם אם חזרה בתכ"ד ואמרה הן ולכאורה אמאי לא נימא בזה תכ"ד כדבור דמי, ואף דאמרינן בר ממקדש ומגרש היינו דוקא אם חזרה מהקדושין בזה אמרינן דל"מ, אבל איפכא אם חוזרת ומתרצית להתקדש בזה הא ודאי דתכ"ד כדבור דמי, וא"כ אמאי לא מחלקינן כן לענין קדשה בגזל דידה, איברא דבגזלה אין זה קושיא כלל דמה דאמרינן

דבגזל דידה באמרה הן מקודשת היינו משום דהיא מקנית לו הגזלה שיקדשנה בזה אבל לאחר מתן מעות במאי יקנה וכבר אינה ברשותו, וכ"ז הוא בגזל, אבל בחוב דגם בזה אינה מקודשת כשאמר לה לאחר מתן מעות, ואמאי לא נימא דאם רצתה להתקדש תכ"ד לנתינה דבזה אמאי לא תוכל לחזור ויחזרו מעות להיות שלו וכיון שנתרצית תהי' מקודשת, ונראה שבשביל זה פי' הרמב"ם גבי קדשה בחוב שלא חזר בו מן הפרעון, דאם נימא שחזר בו מן הפרעון א"כ אם רצתה לאחר מתן מעות תכ"ד הוי מקודשת, [ואף שהתחיל באמירה אחר הנתינה ואמירתה הן הי' אחר כדי דבור מ"מ כיון שהוא התחיל תכ"ד נמשך אמירתה לשלו ומיקרי תכ"ד ועי' בתוס' כתובות דף ל"ג], אבל כיון שלא חזר בו מן הפרעון אלא שרוצה שתתקדש בחזרת החוב, וכיון שהמעות נשארו שלה ואין כאן חזרה בזכית המעות, אלא שהסכימה אחר כ"ד להתקדש בחזרת החוב א"כ אין לה במה להתקדש כיון שהמעות שלה כבר, ולכן זהו שכתב ואינה יכולה לחזור ולתובעו בחוב פעם אחרת, והיינו שאף שחזר ואמר הרי את מקודשת בו מ"מ אינו חוזר מפרעון החוב ולכן ל"מ אף שאמרה הן.

נמצא דכ"ז בחוב צריכין אנו לאוקמה שקדשה בחזרת החוב ע"מ שתתקדש ותתקבל חובה, ובלא"ה מקודשת אחר נתינה כשנתרצתה תכ"ד, אבל גבי גזלה נוכל שפיר לפרש הברייתא בסתם וכדברי הירושלמי שחזר בו מן ההשבה וחייב לשלם לה סלע, ורק בחוב הוכרח הרמב"ם לפרש דמירי שקדשה בהחזרת החוב, ועי' במש"כ בהל' י' בדברי הבה"ג.

והנה המ"מ הביא דברי הרשב"א שכ' ולפי פירוש זה אפשר שאם חזר וא"ל לא לפרעון אלא לשם קדושין וקבלתו ושתקה מקודשת ואפי' לא שידך וצריך תלמוד עכ"ל, והרמ"א בהג"ה סי' כ"ח סעיף ג' כ' להדיא דבחזר בו מן הפרעון מקודשת ודאי לשי' הרמב"ם וכנראה מפרש מה שסיים הרשב"א בחידושיו בצ"ע וכן המ"מ שסיים בוצריך תלמוד, היינו אם האמת הוא כדברי הרמב"ם, אבל לשי' הרמב"ם שמפרש בלא חזר בו מן הפרעון, נקטו לדבר פשוט דבחזר מן הפרעון מקודשת וא"כ הרמ"א שהביא דעת הרמב"ם כתב זה בפשיטות, אכן לדעתי הדבר צ"ע טובא, דהרי הרשב"א מפרש ג"כ הסוגיא כהרמב"ם דבלא חזר בו מן הפרעון איירי כמש"כ בחדושיו בפ"ב דגיטין אההיא דכתב לה גט ע"ג טס של זהב וכו' שכ' וכענין שאמרו בפ"ק דקדושין כנסי סלע זה שאני חייב ליכי וחזר ואמר התקדשי לי בו מקודשת וכפי מה שפירשתי שם דמחלה חובה ואינה חוזרת וגובה ממנו, ומ"מ כתב בתשובה אלף רכ"ז הובא בט"ז ס"ק ה' וז"ל וכיון דמעיקרא אמר שנתנו לפרעון אפי' חזר ואמר לא לפרעון אלא לקדושין אפשר לה

לומר אני לא לקדושין קבלתי אלא דעתי בזה לפרעון כמו שאמר תחלה וכו' ומש"כ אפי' חזר ואמר לא לפרעון אלא לקדושין היינו שאמר קודם נתינה, דאם אמר אחר נתינה א"כ מה לו לטעמא שיכולה לומר אני לא לקדושין קבלתי, תיפוק לי' דאפי' אמרה הן לא מהני אחר מתן מעות בחוב דידה, ודוחק לומר דמיירי דתכ"ד וכמש"כ, ועוד דלא שייך לומר אני לא לקדושין קבלתי דהא בודאי לא לקדושין קבלה כיון שלא הזכיר כלל קדושין וכיון שאינה רוצה לחזור תוכל להחזיקם בחובה, וודאי דכונת הרשב"א בזה שכ' וצ"ע היינו אם גם להרמב"ם דמפרש שלא חזר בו מן הפרעון אפשר דמ"מ גם בחזר בו מן הפרעון אינה מקודשת, ובתשובת הרשב"א פשיטא לי' להך גיסא דאינה מקודשת, ואינו דומה לנתן לה מתחלה לשם קדושין דאף דחייב לה, פשוט לי' להרשב"א דמקודשת, דהתם ודאי אינה נאמנת לומר שקבלה לשם פרעון חובה, כיון שקבלה בסתם מהכ"ת נימא שרוצה לגבות בע"כ של לוה, ובזה כ' הרשב"א גם מתחילה כשמפרש הסוגיא בחזר בו מן הפרעון מ"מ כ' דהיכא שלא הזכיר כלל מענין החוב מקודשת, אבל כשדבר מענין החוב יש מקום לומר דיכולה לטעון שלשם פרעון החוב נתקבלה, ונמצא דמה דפשוט לי' להרמ"א בשם הרמב"ם והבה"ג דאם חזר מן הפרעון מקודשת, הנה לא פשיטא להרשב"א והבה"ג שסיימו בוצ"ע ואדרבא פשיטא לי' להרשב"א בתשובה להיפך, ומהרמב"ם אין הוכחה כלל דהרי גם הרשב"א שמפרש בגיטין כהרמב"ם פשיטא לי' בתשובה דאינה מקודשת, ופלא על הט"ז שהביא ד' הרשב"א בתשובה ולא העיר בזה כלום.

והנה הט"ז הביא דברי הב"ח שהביא דברי הרשב"א בתשו' סי' קל"ז שכתב אם לא הגיע זמן פרעון אפי' קבלתו בשתיקה ולא שדיך מקודשת עכ"ל, והט"ז השיג עליו דאינו כן, והביא דברי הרשב"א שהבאנו למעלה שסיים הרשב"א בדבריו וז"ל לפי שאפי' לא אמר לה לפרעון ומסרו לה סלע בפקדון או להוליכו לאיש אחר וקבלתו בשתיקה אפי' הכי יכולה לומר לא לדעתך קבלתיו אלא לדעת פרעוני והוא שהגיע זמנה של מלוה, וכ' ע"ז הט"ז דלא כתב האי מילתא דהגיע זמן פרעון אלא בפקדון שהיא יכולה לתפוס הכסף בפרעון שלה ולא אזלינן בתר דידי' אלא בתר דידה, והיינו בהגיע הזמן דוקא, וכל זה הוא אם נתן לה פקדון והיא רוצה לתפוס בחובה, אבל גבי קדושין שאומר לה כנסי סלע זה שאני חייב לך אין נ"מ בין הגיע זמנה ללא הגיע, ואם קדשה בסתם אפי' הגיע זמנה מקודשת אלו דברי הט"ז ע"ש, אכן באמת כתב כן להדיא הרשב"א בחידושיו גבי כנסי סלע זה שאני חייב ליכי וחזר ואמר התקדשי לי בו וכ' ע"ז יש לפרש שחזר ואמר לא לפרעון וכו' דאע"ג דהדר אמר התקדשי לי בו יכולה היא שתאמר לשם פרעון

קבלתיו כמו שאמר תחלה והוא שהגיע זמנו, [ויש ט"ס ברשב"א שסיים אבל הי' חייב לה ולא הגיע זמנה ותיבות ולא הגיע זמנה ט"ס דמוכח הוא, שכתב אח"כ ואע"ג דלענין דינא הדין עמה ואם לא הגיע זמנה אין הדין עמה לתפוס ולהדיא הא כתב בת' רשב"א הנ"ל דאינה יכולה לתפוס בלא הגיע זמן] מפורש ברשב"א החילוק בין הגיע ללא הגיע לענין קדושין ולאו דוקא לענין חוב, ובאמת הדבר פשוט דאם אמר לה כנסי סלע זה שאני חייב לך ולא חזר בו מן הפרעון אלא שרוצה לקדשה בחזרת החוב וכמו שמפרש הרשב"א אח"כ, בזה ודאי אין חילוק בין הגיע ללא הגיע כיון שאינו חוזר בו מפרעון החוב אלא שרוצה שתתקדש ג"כ, אז היא ודאי יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי, אבל בחזר בו מן הפרעון ואמר לה לא לשם פרעון אני נותנו לך כ"א לשם קדושין א"כ ודאי נ"מ בזה בין הגיע זמן פרעון ללא הגיע דאם כבר הגיע זמנו א"כ אף שחזר בו מן הפרעון ואמר לשם קדושין אני נותנו לך יכולה היא לומר אין שקלי ודידי שקלי כיון שכבר הגיע זמן פרעון אבל אם לא הגיע זמן פרעון ואמר תחלה כנסי סלע זה שאני חייב לך ואח"כ חזר בו מפרעון ואמר לשם קדושין א"כ כיון שלא הגיע זמנו יכול לחזור בו, ומקודשת ודאי, דאינה יכולה לומר דידי שקלי, ומשו"ה כתב הרשב"א בחדושיו בהתחלת דבריו כדמיירי כשחזר בו מן הפרעון וכן בתשובה דמיירי בכה"ג בזה ודאי אין חילוק בין הגיע זמן או לא, ולא כמש"כ הט"ז, דאינו אלא לענין פקדון דבזה נ"מ גם לענין קדושין, אבל במה דמיירי הט"ז שהוא באופן שכ' הרמב"ם והמחבר שלא חזר מן הפרעון ודאי אין נ"מ בזה וכנ"ל, ואולי יש להצדיק בזה גם את דברי הב"ח שהוא לא דבר כלל מזה אם חזר מן הפרעון ומדברי הטור משמע דאיירי בחזר מן הפרעון וא"כ יש נ"מ בין הגיע או לאו אך בכ"ז קשה שלא הזכיר דברי המחבר והרמ"א, והם דברים פשוטים ומצאתי שכ"כ הא"מ.

ואכתי נשאר לנו לבאר בעיקר שי' הרמב"ם והבה"ג דאיירי בלא חזר בו מן הפרעון ודעתו שתתקדש ותתקבל חובה בסלע זה וצריך ביאור דאיך מהני זה בקדושין שצריך שיתן לה כסף בשביל הקדושין, ובפרט לשי' הרמב"ם דמשמע מדבריו שצריך הנאת כסף כמבואר מלשונו כמה פעמים בהלכות אלו, ואינו דומה למש"כ הרשב"א לדמות להא דהתקבלי גיטך והתקבלי כתובתך, דבגט אין דין נתינת כסף ורק שלא יהו אותיות פורחות באויר ובזה מהני מה שנותן לה בתורת פרעון, אבל בקדושין איך מהני מה שנותן לה בתורת פרעון גם לקדושין וביותר קשה לפ"מ שנבאר בהל' ט"ו דדינא דכסף בין לגבי קדושין בין לגבי מכירה כיון דמוכרח מגמ' דב"ק דף ע' בהא דעקץ תאנה מתאנתי ותיקני לי גנבותיך דפריך דהא קלב"מ ולא אמרינן זיל שלים ולכן לא הוי מכירה, ומוכח

דכסף אינו קונה, אלא היכי שאפשר להתחייב עבור הכסף, וא"כ כאן דאי אפשר לה להתחייב עבור תשלומי החוב אין זה כסף קדושין להתקדש בו ולפ"מ שנבאר שם א"ש, עמש"כ שם.

הלכה יד

היה לו אצלה מלוה על המשכון וקדשה באותה המלוה והחזיר לה המשכון הרי זו מקודשת, שהרי היא נהנית במשכון מעתה והרי הגיע הנאה לידה.

והחזיר לה המשכון, בגמ' ד' י"ט ואמר רבא אמר רב נחמן המקדש במלוה שיש עלי' משכון מקודשת מדרבי יוסי בר"י וכ' התוס' ואפי' אין מחזיר לה המשכון אלא שמוחל לה את המלוה ואע"פ שהמשכון בידו דהא המקדש במלוה שיש עלי' משכון קאמר ולא המקדש במשכון, ועי' במ"מ שהביא דעת הרשב"א וכ"נ מהרמב"ן שחולקים על התוס' וס"ל כהרמב"ם דבעינן חזרת המשכון.

והנה התוס' הקשו היכי נילף מר"י בר"י מיעוד והלא ביעוד מחזיר לה המשכון דהיינו גופה דהא גופה משכון היא והכא אין מחזיר לה משכון, וי"ל דפשיטא לי' דאין עיקר היעוד בחזרת משכון אלא מחמת מחילת שעבוד המלוה לחוד, ודבריהם תמוהים דהא מתחילה הקשו דלמה בעי לר"י בר"י והא בכל דוכתא המקדש בהנאת מחילת מלוה מקודשת, ותירצו דכיון דאיכא משכון גרע טפי דלא סמכה דעתה ולזה בעי למילף מר"י בר"י, וא"כ מה מהני במה דעיקר הקדושין והיעוד אינו בחזרת המשכון אבל מ"מ הא לא סמכה דעתה, ואפשר דהא דכתבו דהו"א דלא סמכה דעתה, אין הכונה דאינה רוצה בשביל זה להתקדש, אלא משום דאפשר דאין לה הנאה כ"ז שאינו מחזיר לה את המשכון, ולכן שמעינן מדר"י בר"י כמו שהקשה האב"מ דכיון דמיעדה בע"כ א"כ אין לה הנאה, או דכיון דקטנה היא לא שייך לומר דיש לה הנאה וע"כ דבהנאת הפטור לחוד מתקדשת, והוי נתינה לענין קדושין א"כ ה"נ כן דהוי נתינה במה שנפטרת ועמש"כ בזה בהל' כ"א.

והנה בגמ' דף ח' אמר ר"נ אמר לה התקדשי לי במנה והניח לה משכון עלי' אינה מקודשת מנה אין כאן משכון אין כאן ושי' התוס' שלא נתחייב כלל בהמנה דלא קנה המנה במשיכת המשכון וכן כ' הראב"ד הביאו הר"ן וכתב עוד דאם אמר זכי במשכון זה שעבוד מנה והתקדשי לי בו מקודשת, והרמב"ן כ' באומר לאשה הריני חייב לך מנה בקנין והתקדשי לי בו שאינה מקודשת כיון דלא במשכון הוא דמקדש לה אלא במנה והמנה לא נתן לה, וצריך לבאר דהא המקדש במלוה שיש עלי' משכון לא נזכר שצריך לקדשה בהמשכון ומפורש כאן בדברי הרמב"ם ובתוס' דהקדושין הם בהמלוה

ולכאורה ק"ו הדברים ומה כאן דבמלוה דידה אין במה להתקדש וכמש"כ הרמב"ם בהי"ג שכבר הוציאה אותן ועברה הנאתו, ומ"מ מקודשת במה שנתן לה המשכון ואף שאינו זוכר המשכון, וא"כ היכא שכל החיוב הוא דבר חדש וגם נותן לה משכון למה אינה מקודשת, והרי בעיקר הדין אין הרמב"ן חולק על הראב"ד והר"ן לומר דלא נתחייב במנה כלל ע"י משיכת המשכון דלא מטעם זה בא הרמב"ן אלא משום דבקדושין בעינן שיתן לה כסף בעין וכאן כיון שמחוסר גוביינא אינה מקודשת, אבל עיקר החיוב מהני כיון שמקנה לו שעבוד מנה להתחייב ע"י כך, ובמאי עדיף מלוה דידה דמהני בחזרת המשכון ומקודשת, ואולי דמ"מ הכא שאני דחוב דידי' אגיד גבי דידי' ולא נתן לה גרע טפי ואם הי' מקדשה בהמשכון היתה מקודשת אבל כיון דבמנה קדשה ומנה אגיד גבי' ולא נפיק מרשותי' כלום.

ושוב ראיתי דהרשב"א הקשה אהא דהמקדש במלוה שיש עלי' משכון וז"ל ואינו דומה לאידך דרבא אמר ר"נ התקדשי לי במנה והניח לה משכון עלי' אינה מקודשת דהתם לא היה המשכון קנוי לשעבוד המנה אלא במנה גרידא הוא מקדשה ואח"כ הוא משעבד המשכון למלוה אבל כאן שכבר הי' המשכון קנוי לשעבוד המנה כשהוא מקדשה במלוה ומחזיר לה המשכון כאלו מקדשה במשכון שהרי נקנית במנה של מלוה דהיינו הנאת המשכון וכו' עי"ש, ודבריו צריכין ביאור בקושייתו דהרי בהתקדשי לי במנה הטעם דלא נתחייב כלום ואין זה מדינים המיוחדים בקדושין שצריך שיתן גוף ממון ובכה"ג אף במתנה לא קנתה והכא ודאי מהני מחילת שעבודה ולכן מקודשת וע"כ דקושייתו בזה לפי שיטתו דאפי' נתחייב בקנין נמי לא מהני כיון שלא נתן לה המנה שקדשה בזה ולפי"ז תירוצו צריך ביאור דהא כמו שנהנית הנאת המשכון בזה שמחל החוב גם הכא נהנית הנאת משכון שזכתה זכות חוב במשכון ונראה דהביאור הוא דהמקדש במלוה שיש עלי' משכון הא נותן לה החוב בשביל הקדושין ובזה ילפינן מדר"י בר"י דמהני, אבל גבי התקדשי לי במנה והניח לה משכון, הא אין הביאור דבשביל הקדושין נתחייב, דאין קונין חוב ע"י קדושין, אלא דנאמר דע"י זה דקנה החוב מתקדשת ולכן נהי דקנה החוב ע"י קנין וזכה במשכון [ברשב"א כאן אינו מבואר אם אפשר לקנות חוב ע"י שיקנה לו שעבוד מנה במשכון], אבל כיון דאין הקדושין בהמשכון רק בהמנה לא נאמר דע"י זה שנותן לו המשכון תתקדש בהחוב ע"י זה שיש לה הנאת משכון, כיון דלא ע"י הקדושין זכתה בחיוב ובמשכון אלא אדרבה דמקודם נתחייב ונותן לו משכון ע"ז ואנו רוצים שתתקדש ע"י זה, וצריך לעיין בכ"ז.

והנה הר"י מיגש הביאו הר"ן בשבועות פ' שבועה"ד למד מכאן דמשכון לא חשיב

הילך, והסביר דבריו הר"ן וז"ל ואלו שדחו ראייתו לא ירדו לסוף דעתו, דכיון דקיי"ל דמלוה אינו קונה במכר כדאמרינן פ' האיש מקדש וכו', ונמצא שהמשכון הזה אינו נקנה באותה מלוה, דכי אמרינן בבע"ח דקונה משכון ה"מ או במשכנו בשעת הלואתו משום דקני לי' מעותיו, וכדמוכח ההיא דאמרי' בפ' השולח וכו', ואי נמי בשמשכנו שלא בשעת הלואתו קני לי' משום דבגוביינא דבי דינא אתא לידי' וגזה"כ הוא דקני לי' כדרבי יצחק דהרי הוא כאילו הגביהו לו ב"ד וכו', אבל כשנתן לוה למלוה משכון שלא בשעת הלואתו כיון שמלוה אינו קונה [במכר], במה קנאו מלוה למשכון, שמא תאמר אע"פ שהמלוה אינו קונה קנאו במשיכה לשעבודו, שכשם שאילו הקנהו לגמרי נקנה במשיכה כך כשהקנהו לו בתורת משכון משיכה קונה לו, זו היא שלמד הרב רבי יוסף ז"ל מההיא דקדושין שאין המטלטלין נקנין במשיכה למשכון בעלמא, כיון שאין כח במעות הראשונות לקנות הלכך משכון לאו הילך הוא, והקצוה"ח בסי' ע"ב הקשה ע"ז מהא דאמרי' בפ"ק דקדושין במשכון דאחרים מקודשת מדר' יצחק, ואיך זכתה האשה במשכון שנתן לה המקדש, דאשה אין לה במשכון זה אלא משיכה ובמשכון לא מהני עוד השיג מהא דמבואר בב"מ דף ל"א דמהני משכנו שלא ברשות ב"ד, ובמה קני לה דהא משיכה לא מהני וגובייגא ליכא, ומוכח דמהני משיכה למשכון שלא ברשות ב"ד וכ"ש ברשות.

ואפשר לומר בזה דשלא ברשות ב"ד עדיף, דאז כיון שאין מאמינו ורוצה להיות בטוח במעותיו יש לו דין לזכות מצד מעותיו בהמשכון ואף דמלוה אינו קונה הכי הוא דינא דמשכון, אבל כ"ז אם תובע בטוחות נתנה לו התורה זכות להשיג בטוחות, אבל אם אינו תובע בטוחות כלל, אין דין על הלוה להבטיחו רק לשלם ולא להבטיחו וכיון שאין דין להבטיחו ממילא ליכא כאן תורת עבוט כלל דתורת עבוט הוא דוקא לבטוחות, ואלא שנאמר דכיון דעכ"פ נותן לו מדעתו יזכה בו ע"ז נאמר דאין לו במה לזכות דבשלמא אם משכנו שלא ברשות ב"ד הרי מעיקר הדין עביד אינש דינא לנפשי' וכל דין שיש לאדם ע"י ב"ד יש לו בלא ב"ד, וכ"ז כשאינו מאמינו ודורש עבוט אבל אם הוא מאמינו רק שמבקש הכסף אבל אינו דורש בטוחות אין כלל דין של עבוט, דאין כאן דינא דעביד אינש דינא לנפשי' ורק שיקנה במשיכה וע"ז הוא שהביא דא"א לקנות במשיכה זכות דאל תחזיר לי המשכון עד שאתן המנה דאין זכות כזה נקנה במשיכה, ומבואר מה שהקשה הקצוה"ח דא"כ משכון דאחרים ג"כ לא יקנה במשיכה, אבל לפ"מ שבארנו דעיקר כונת הר"י מיגש דא"א לקנות דין עבוט במשיכה אלא ע"י דין החוב, אבל כשכבר הוא עבוט ודאי נקנה במשיכה.

אך באמת הר"ן סיים שם ואפי' תאמר נקנה הוא במשיכה לשעבודו כשם שנקנה בכסף לשעבודו במשכנו בשעת הלואתו מ"מ אינו ככסף לקנות בו אמה העבריה והכא נמי משכון לא הילך הוא. והנה אין ביאור לדברי הר"ן שמקודם כתב דלא קנה למשכון ומשו"ה אינה מקודשת, ואח"כ כתב דאפשר קנאו לשעבוד מ"מ אינו קונה אמה העבריה, דבמאי מיושב לו יותר קנין אמה מקנין קדושין, ואם נימא דלקדושין מועיל אם היתה קונה משכון א"כ מוכח מדין קדושין דלא קנתה משכון, והר"ן אזיל כאן באותו צד דקנה משכון, וצ"ל דכונתו אמה העבריה לאו דוקא וה"ה דאינו מקדש בזה אשה דלא הוי כסף גמור, דבאמה העבריה אמר הגמ' הואיל ומקדשא בכסף וצריך כסף דמהני בקדושין, ומזה ראי' דמשכון לא הוי הילך כיון דלא חשיב כסף לקנות בו, אכן לפי תירוץ זה תשאר לנו תמיהת הקצוה"ח, דהא קיי"ל דבמשכון דאחרים מקודשת, וחזינן דמשיכה קונה משכון, והי' אפשר לומר משום דבאמת היתה מקודשת גם בחוב של אחרים או לאו דלא סמכה דעתה, אבל באמת יש לעיין דאמאי לא יוכל למחול כשנתן לה משכון דאחרים וע"כ צ"ל דזוכה בחוב ע"י משיכה במשכון שאינו יכול למחול.

אכן נראה דהסבר השני הוא כן, דהנה אם נימא דזוכה גם כאן במשכון ונאמר דהוי הילך א"כ צריך לומר דכסף דאגיד גבי דמקדש לא כסף הוא דאל"כ לא הוי הילך אצל לוה ולכאורה איך הוא אגיד גבי קדושין הלא יש לו במשכנו וע"כ צ"ל דהמשכון אינו אלא בטחון ועיקר הוא שיש לו חוב על הלוה ואינו דומה למשכון דאחרים דלא אגיד גבי' דמקדש וכיון דאמרינן דוקא אגיד גבי דמקדש לאו הילך הוא וא"כ ה"ה גבי מלוה לא הוי הילך דהא עוד אגיד גבי הלוה.

והנה במה שכתבתי מקודם החילוק בין משכנו שלא ברשות ב"ד ובין נתן לו הלוה משום דבמשכנו שלא ברשות ב"ד כיון דאינו מאמינו ויש לו רשות לתבוע עפ"י ב"ד עביד אינש דינא לנפשי' אבל כשנותן לו הלוה אין כאן דינא דעביד אינש דינא לנפשי' יש לעיין דהא עכ"פ הרי קבל מן הלוה המשכון ובודאי מכיון שקבל דעתו שיהי' לו משכון על בטוחות ובמה גרע בזה שלא תפס מן הלוה אלא שהלוה נתן לו מדעתו.

ולכן נראה לומר דהנה בגמ' אמרינן אימר דא"ר יצחק במשכנו שלא בשעת הלואתו משכנו בשעת הלואתו מי אמר, והרי"ף והרמב"ם פסקו דאפי' משכנו בשעת הלואתו קנה המשכון וכתב הרמב"ן דהא דאמר בשבועות ובב"מ ותסברא הוא רק דחי' בעלמא משום דמוכח דאפי' במשכנו בשעת הלואה ג"כ קנה משכון, ומ"מ קשה הדבר דהגמ' פריך זה בדרך פשיטות, והנה יש להבין אם נימא כפשוטו דהא דיליף ר' יצחק מולך תהי' צדקה הוא רק הוכחה דאם לא קנה משכון צדקה מנין, וא"כ צריך להבין דעיקר

הקנין איך נעשה במשכון וע"כ צריך לומר דע"י זכות ההלואה קנה ע"י ב"ד המשכון וגם בלקח מעצמו עביד אינש דינא לנפשי', וכיון דחזינן עכ"פ דבכח הלואה אפשר לקנות משכון וא"כ למה לא יקנה בשעת הלואה מדעת הלוה מקו"ח, וע"כ צריך לומר דהא דיליף מולך תהי' צדקה אינו בגדר הוכחה אלא בגדר טעם דכיון דאמרה תורה ולך תהי' צדקה ע"כ דקונה המשכון והיינו דהתורה נתנה לו זכות המשכון במה שצוותה עליו התורה להשיב העבוט והנה זה ע"כ פשוט דגם בלא הפסוק דולך תהי' צדקה דמיני' ילפינן דקונה משכון, מ"מ הי' קונה זכות המשכון לענין שלא יוכל הלוה לתבוע ממנו בחזרה את המשכון דאל"ה לענין מה צותה תורה ליקח את העבוט, ומוכח דמזה לא הי' עוד הוכחה דקונה משכון דהי' אפשר דאינו אלא זכות בטוחות ולא קנין בגוף המשכון, אבל מדאמרה תורה ולך תהי' צדקה וצדקה שייך רק כשנותן ממונו וע"כ דיש לו קנין בגוף המשכון, ועתה סבר הגמ' דולך תהי' צדקה אינו רק ראי' אלא דהוא טעם וסברא דבקרא דולך תהי' צדקה נתנה לו התורה זכות שיהי' לו צדקה בהחזרת העבוט וע"כ דקונה המשכון ובזה אמר הגמ' שפיר דפסוק זה וזכות זו לא נאמר אלא היכי דאיכא השבת העבוט אבל במשכנו בשעת הלואתו דליכא מצות השבת העבוט בזה לא מצינו שזיכתה לו תורה קנין בגוף המשכון [ואף דלכאורה גם זה קשה דאיך יהי' קונה משכון בדברים שאין בהם דין החזרת העבוט וצ"ל דלא חלקה תורה] אלא דמ"מ כתב הר"י מיגש שפיר דבשעת הלואה קונה בכסף, והיינו דכיון דעכ"פ אשכחן אפשרות קנין בגוף המשכון ובודאי דעת הלוה כשנותן לו את המשכון בשעת הלואה שיהי' לו הכח כמו משכון שלא בשעת הלואה אלא דמקדים ונותן לו בשעת הלואה וכיון שאפשר זכות כזה מצד עיקר דיני קנינים שיהי' קנין למחצה כזה לכן כשנותן לו בשעת הלואה קונה במעות וזהו כמו שמוכח משאר סוגיות שהביא הרמב"ן, אבל אינו סותר ד' הגמ' דאמר אימור דא"ר יצחק במשכנו שלא בשעת הלואה דעיקר דינא דר"י לא שייך אלא במשכנו שלא בשעת הלואתו, [ואפשר דנ"מ דלמ"ד מעות אינו קונה אפשר דלא יקנה במשכנו בשעת הלואה, ויש לעיין בסוגיא דב"מ דף מ"ח דלפי המבואר בש"מ בשם הריטב"א משמע שם דדין יחוד הוא רק למשכון, ומ"מ למ"ד מעות אינם קונות לא קנה אפי' למשכון, ונמצא ד' הר"י מיגש דוקא לדינא אליבא דר"י דמעות קונות.

והיה אפשר לומר דלפ"מ שבארנו דאפשר זכות של בטחון גם בלא קנין בגוף המשכון, א"כ באמת אינו מוכח כלל דרוצה המלוה לקנות בגוף המשכון אף דנ"מ לו לענין שמיטה ולקדש בו את האשה, אבל להיפוך הלא יתחייב בשמירה, ובשלמא במשכנו שלא בשעת הלואתו, נוכל לומר חדא כיון דעיקר המשכון הוא רק כדי שלא תהי' שביעית משמטת

ושלא תעשה מטלטלין אצל בניו ואפי' בדברים שאין צריך להחזיר מ"מ כבר קבעה התורה דין אחד דגם בל"ז מוכרחים אנו לזה שלא חלקה התורה וכנ"ל, ועוד דאפשר לומר דבאמת משום זה גופא נתנה לו התורה דין קנין כדי שיהי' שומר שכר [ולפי"ז שוב לא נצטרך לומר דולך תהי' צדקה הוא טעם וסברא ואולי ב' הטעמים איתנהו] וכ"ז במשכנו שלא בשעת הלואתו דאם לא יהי' בדין דקונה לא יהי' שומר שכר ובשביל זה מתחייב והכא לקח המשכון בע"כ לכן על אופן זה לקח שיתחייב בשמירתו, אבל במשכנו בשעת הלואה דנתן לו מדעתו א"כ מנין לנו שהוא מרוצה לקנות קנין הגוף במשכון, ואפשר אינו רוצה להיות שומר ואף שתשמיטהו שביעית בכ"ז מנין שרוצה בכך אם עוד רחוק משביעית שיוכל לעשות גוביינא ואף דמשמע דשניהם שוין וכמו דדין שביעית תלוי בדין קנין המשכון כן נמי הא דנעשה מטלטלין אצל בניו תלוי נמי בכך, מ"מ נראה פשוט דזהו דוקא בהחזירו דלא אסמכתי' עלי' אבל בלא החזירו לא גרע מאשלי דקמחונא עיין [כתובות דף ס"ז] א"כ נוכל לומר פשוט דקודם דידעינן דהוי ש"ש גם בלא קנין לא הוי אמרינן דקנה אבל עכשיו שפיר קנה מטעם כסף וכנ"ל, ומה שיש לבאר עוד בזה ובשי' הרמב"ם והרי"ף כתבתי בספרי בפ"ד מהל' טוען ונטען הל' ו' עיי"ש.

הלכה טו

המקדש בהנאת מלוה הרי זו מקודשת, כיצד כגון שהלוה אותה מאתים זוז ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאת זמן שאלווה לך במלוה זו שתהי' בידך כך וכך יום ואיני תובעה ממך עד זמן פלוני הרי זו מקודשת, שהרי יש לה הנאה מעתה להשתמש במלוה זו עד סוף זמן שקבע, ואסור לעשות כן מפני שהיא כרבית ופירשו רבותי בהנאת מלוה דברים שאין ראוי לשומען.

השגת הראב"ד המקדש בהנאת מלוה כו' כתב הראב"ד ז"ל הראשונים פירשו כגון שהגיע זמן המלוה ליפרע ומעותיו בידו מזומנים לפרוע והיא היתה נותנת מיד ברצון דינר למי שמאריך לה הזמן חדש אחד והאריך לה בשכר הקידושין מקודשת וזהו דארוח לה זימנא וכ"ש מה שכתב הוא עכ"ל.

המקדש בהנאת מלוה, בענין זה כתבתי באריכות בספרי פרק ז' מהל' מכירה לבאר ד' הרמב"ם ובשביל שכאן עיקר ההלכה אמרתי להעתיק כאן מש"כ בזה, ואח"כ נבאר מה שנראה עוד בזה, והנה הרשב"א בקדושין שהביא פי' רש"י דמקודשת בהנאת הרוחה והסכים לזה דעיקר הקדושין הוא בההנאה הביא פי' ר"ח וז"ל אבל ר"ח פי' דשקלינהו מינה והדר אוזפינהו ניהלה ואמר לה בההיא הנאה דקא שביקנא לך עוד כך וכך זימנא

מיקדשת לי, דאי בלא שקלינהו היכי עדיפא הנאת מלוה ממלוה עצמה יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא, והאי קושיא ליתא דהנאת מלוה איתא ומלוה גופא ליתא, ועוד דלישנא דארוח לא משמע הכי דהול"ל דאוזיף לה זוזי לזימנא, ועוד דאם איתא דכי לא שקלינהו מינה לא מיקדשה בהנאת הרוחה אף בדשקלינהו מינה לא תתקדש דהא איהו לאו במלוה גופא דיהיב לה מקדש לה, אלא בהנאת המתנת זימנא והיא אינה בעולם, והראב"ד פי' במלוה שהגיע זמנה והמעות בידה דכיון דבע"כ יכול לגבותה הוי כאילו גבאם, וגם זה אינו מחוור דכל שלא גבאם ממש מלוה היא ויכולה לפרעם באחרים ומלותו של זה אינה בעולם עכ"ל הרשב"א, והנה שיטת הר"ח היא ממש כמו שיטת הרמב"ם ושיטת הראב"ד הוא הראב"ד שבהשגות, ותימה על המ"מ שמשמע מדבריו דהראב"ד עם רש"י שיטה אחת היא, והנה לפנינו שהרשב"א השיג בין על הרמב"ם בין על הראב"ד ונבאר בזה בעזה"י שני השיטות ומתחלה נבוא לשיטת הרמב"ם.

והנה לפי' הרמב"ם כבר הקשה הרשב"א מאי קאמר הגמ' לא צריכא דארוח לה זימנא הול"ל דאוזיף לה זוזי לזימנא, ועוד קשה דמאי קאמר אילימא דאזקפה דאמר לה ד' בה' הא רבית מעלייתא הוא, ועוד היינו מלוה, לא צריכא דארוח לה זימנא, דע"כ צ"ל דגם בההו"א ולפי דבעי לאוקמי דאזקפה מיירי נמי דהוא בשעת הלואה דאי מעיקרא לא מיירי בשעת הלואה אלא דאזקפה והלוה לה ואח"כ קידשה, א"כ זהו עיקר חידושא לאוקמי דמיירי בשעת הלואה אלא דאזקפה והלוה לה ואח"כ קידשה, א"כ זהו עיקר חידושא לאוקמי דמיירי בשעת הלואה וחסר העיקר מן הספר, ומאי קאמר ל"צ דארוח לה זימנא דמזה לא מוכח כלל דמיירי בשעת הלואה, וא"כ מאי מהני הא דאזקפה מעיקרא כיון דבשעת הלואה חזר בו ואמר התקדשי לי בזה, ואמאי הוי רבית מעלייתא כיון דלשיטת הרמב"ם ע"כ הא דקידשה בשכר הלואה לא הוי רבית כמו שכ' הראשונים משום שמתחייב ע"ז במזונות, ורק הא דאזקפה מעיקרא ומאי מהני מה דאזקפה מעיקרא ובמה נתחייב לה כסף, וגם מה דקאמר ועוד היינו מלוה דע"כ כונת הגמ' לפרש דקידשה בהזוז החמישי שחייבת רבית וזהו מלוה, ובאמת לא נתחייבה כלל דהא חזר בו מרבית ואמר לה התקדשי בזה, ואף שאמר לה התקדשי לי בהזוז החמישי מ"מ כיון שמעיקרא לא קנתה כלל כיון שהי' קודם הלואה ועתה בשעת הלואה חזר בו, א"כ רק החליף את תנאי הרבית שלא תתן לו עבור ההלואה מעות אלא שתתקדש לו בזה, וא"כ נשאר עכשיו רק קדושין בעד המלוה דזה לא הוי רבית מעלייתא וגם הוי קדושין מעלייא לשיטת הרמב"ם דזהו קידשה בהלואה, ואי דנימא דהגמ' ס"ד דלא קידשה בהנאת הלואה רק בחיוב הרבית א"כ עדיפא הו"ל למיפרך דאכתי לא נתחייבה כלל ומאי פריך היינו מלוה,

ובשלמא לפי' רש"י אתי שפיר דרש"י מפרש דמיירי שקידשה אחר הלואה וא"כ שפיר קס"ד דמיירי שקידש בחיוב הרבית ולא בהלואה, אבל לשיטת הרמב"ם אין כאן מעיקרא חיוב רבית כלל.

נמצא דיש לנו שלשה קושיות על שיטת הרמב"ם א' על שיטתו בעיקר הדין דכיון דאחר הלואה אינה מקודשת גם בשעת הלואה אין סברא שתתקדש ב' במה דאמר הגמ' אילימא דאזקפה דהא לא מהני הך זקיפה כלל ג' במה דאמר ל"צ דארוח לה זימנא דהו"ל לומר דלא אזקפה וקידשה בהלואה.

והנראה לבאר סוגיא זו ומקודם נבאר דדין איסור רבית הוא באופן שהיה אפשר להיות דין חיוב אילולי האיסור רבית, וראיתי בס' החנוך מצוה שמ"ג שכתב וז"ל ואיסור רבית דבר תורה הוא כשיאמר הלוני מנה ואני אתן לך בכל יום פרוטה, או שאמר לו הלוני מאה דינרים במאה ועשרים דינרים לשנה, ודבריו צריכין ביאור דלמה הוצרך להביא שני אופנים ומאי נ"מ אם קצב הרבית על כל יום או על שנה, אך באמת דבריו נכונים דדין רבית קצוצה הוא באופן שאילולא איסור הרבית היתה הקציצה מועלת והלוה היה מתחייב בהרבית, ובאמת מבואר זה בגמ' בב"מ דף ס"ב בהא דאמר רב ספרא כל שבדיניהם מוציאין מלוה למלוה בדיננו מחזירין ממלוה ללוה דאינו מובן מה בא ללמדנו לתלות דיני התורה בדיני העכו"ם, אך לפמש"כ מבואר דמה דאמר כאן בדיניהם הכונה בשביל שאין להם איסור רבית ואמר דמה שבדיניהם מוציאין מלוה למלוה, והיינו שהלוה נתחייב מקודם זהו רבית קצוצה ומה שהלוה לא נתחייב זהו אבק רבית, ולכן כתב בס' החנוך שני אופנים אחד באופן שיתחייב בכל יום פרוטה ואחד שיתחייב מעכשיו בעשרים דינרים רבית בשכר שמלוה לו עכשיו המנה לשנה, והחדוש הוא דבשני האופנים היה אפשר להתחייב ברבית אילולי איסור התורה באופן הא' היה מתחייב על ידי שימושו בהמלוה, ואף דמלוה שלוה כבר הוציא ואין עליו אלא חוב בעלמא מ"מ היה אפשר להתחייב בשעת ההלואה בחיוב זה שכל זמן שיחזיק בהחוב ולא יפרענו יתחייב בכל יום פרוטה וזהו בגדר חיוב שכירות של בהמה וכלים ששוכרים להשתמש בהם, וזהו באמת חדוש שגם במלוה שאינה בעין אפשר להתחייב בעד שמושה ואופן הב' שמתחייב מעכשיו בעשרים דינרים בשביל שמלוהו מעכשיו המנה על כל השנה וזהו דלא נימא דרבית אינו מתחייב אלא ע"י השימוש בהמלוה, וקודם שמשתמש אף שהתחייב בשעת ההלואה אינו אלא דברים בעלמא וקמ"ל דאפשר להתחייב מעכשיו בכל הרבית.

ועכשיו מבואר מה דאמר הגמ' על הנאת מלוה היכי דמי אילימא דאזקפה דאמר

לה ארבעה בחמשה משום דרבית בסתמא הוא כשהחיוב נגמר בשכר ההמתנה וא"כ כשאמר התקדשי לי בהנאת מלוה היינו בשכר המתנת המעות, וא"כ ברגע הראשון ליכא הנאת פרוטה וצריכים אנו לצרף כמה רגעים עד שביחד יהיה' שכר ההמתנה שוה פרוטה, והנה התוס' ביבמות דף צ"ג כתבו לענין מקדש אחר שלושים וז"ל דאפי' אם נתאכלו המעות חשוב כל שעה כאילו הם בעין שהמעות נשארו אצל המקנה ואם לא נעשה הקנין היה מוטל עליו להחזירם וחשוב כאילו הם בעין עכ"ל, ומבואר דכל דין דמהני קדושין לאחר שלשים בנתאכלו המעות הוא משום דאם היו הקדושין בטלין היתה מחוייבת להחזיר, ואף דבקדושין דף מ"ז בהא דאמר ש"מ מעות בעלמא חוזרין, פי' רש"י ותוס' דאי הוי מעות מתנה לא הוי מלוה דכי אכלה לשם קדושין אכלה, חזינן להיפוך דאי מעות מתנה ואינה צריכה להחזיר הוי קדושין אך התם הוא אם המקדש יחזור לא יוכל לתבוע ממנה המעות אז לא הוי מלוה ומקודשת בזה דכי אכלה דידה אכלה לשם קדושין וכבר כתבתי זה במק"א.

והנה כאן בהנאת מלוה כיון דעכ"פ אם היו הקידושין מתבטלין לא היה יכול לתבוע ממנה דמים בעד שכר ההלואה, ואף דאינו רבית קצוצה דהא לא קצץ אלא על הקדושין מ"מ ודאי לא היה יכול לתבוע ממנה רבית דעכ"פ מדרבנן אסור, ועוד דכיון שלא נתחייבה בדמים ודאי דמדאורייתא ג"כ אינו יכול לתבוע ממנה, דכיון דאסרה התורה רבית קצוצה א"כ בסתמא ודאי אינו יכול לתבוע שכר בעד ההלואה, וכיון שאינו יכול לתבוע ממנה אם יתבטלו הקדושין ובאופן זה לא מהני קדושין לאחר שלשים וה"נ הוי כלאחר שלשים כיון שצריך להמתין משך זמן עד שתגיע ההנאה לשוה פרוטה להתקדש באופן זה מהנאת מלוה, וא"כ פריך הגמ' שפיר דאילימא דאזקפה ואם תחזור מקדושין תהי' צריכה לשלם ובשביל זה תתקדש הא זה הוי רבית קצוצה דאורייתא, ותו פריך שפיר ועוד היינו מלוה דכיון דהקדושין יהיה ממה שתשהא אצלה המלוה וא"כ היינו מלוה דאין כאן בעין ולא עדיפא הנאת מלוה ממלוה עצמה.

ומבואר מה דמשני לא צריכא דארוח לה זימנא היינו לא כמו דס"ד דקדשה בהנאת המלוה שצריך לזה שימושו בהמלוה כמו שבארנו אופן הראשון של החנוך אלא דבתחלת ההלואה נתקדשה כיון שהלוה לה על זמן שאין לו רשות לתבוע קודם הזמן והוא כאופן הב' של החנוך וזהו מה שכתב הרמב"ם כגון שהלוה אותה עתה מאתים זוז ואמר לה ה"א מקודשת לי בהנאת הזמן שארויח לך במלוה זו שתהיה בידך כך וכך יום ואיני תובעה ממך עד זמן פלוני ה"ז מקודשת שהרי יש לה רשות להשתמש במלוה זו עד סוף הזמן שקבע עכ"ל הרי להדיא כמש"כ וזהו עיקר מה שחידש הגמ' בהא דקאמר

ל"צ דארוח לה זימנא היינו שבפעם אחר נתן לה זכות על משך זמן שהי' שוה הרוחה פרוטה ואין אנו צריכים עכשיו לא לצירוף ולא לזקיפה.

והנה על פי' הראב"ד ג"כ הקשה הרשב"א כמו שמובא לעיל דכל שלא גבאם ממש מלוה היא ואינה בעולם, ובאמת לבד זה קשה טובא דא"כ למה אמרינן דהמקדש במלוה אינה מקודשת הא לפי דבריו במלוה גופא נמי בכה"ג צריך להיות מקודשת כיון דסובר דאם יש בידה מעות מזומנים לפרוע הוי כמו מעות בעין, ונראה דהראב"ד חולק על הרמב"ם בתרי טעמי, חדא דהראב"ד ס"ל דהרוחת הזמן הוי כסף גמור אפי' שלא בשעת הלואה וכדחזינן שיטתו לענין רבית, וכמו שנביא להלן מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בזה, דסבר דבמה דנתן לה זכות לשהות ההלואה ושלא יוכל לתובעה עד זמן פלוני זה הזכות מקרי כסף, וכל זכות ויפוי כח נכלל בתורת שוה כסף דהוי ככסף, ולהראב"ד חסרון דאינו בעין לא הוי חסרון כלל, ועוד דמה דסובר הרמב"ם דמה שנותן לה זכות בשעת הלואה זהו כסף בעין, והראב"ד סובר דאותו הזכות שנותן המלוה בהרוחת הזמן א"א ליתן זה בעיקר הכסף שהם בעין דהא זה הכסף נעשה שלו ולא שייך ליתן בהם זכות, וע"כ דגם בשעת הלואה עיקר הזכות הוא בההלואה שאינה בעין וכמו שנבאר.

אכן עיקר החילוק בין מקדש במלוה למקדש בהנאת מלוה לדעת הראב"ד אינו משום המלוה שאינו בעין לא הוי כסף, דכבר כתבנו דעכ"פ שו"כ מיקרי, אלא משום דמלוה א"א ליתן להלוה בתורת נתינה אלא בתורת מחילה דלא הוי אלא סילוק ואין כאן נתינת כסף ואין במה לקדש, אבל הרוחת זמן לא הוי בגדר מחילה אלא בגדר נתינת זכות להשתמש בהמלוה.

ולבאר הדברים נקדים הא דאמר בב"מ דף ק"ג אמר ר"נ שואל אדם בטובו לעולם אמר רב מרי והוא דקני מיניה ופירש"י דאשמעינן דאפי' אם החזיר השואל חוזר ונוטלו כשיצטרך, אבל אי לא קני מיני' מכי אהדרי' כלתה משיכתו הראשונה, וכתב הרא"ש וז"ל ורב אלפס כתב פי' גאון מי ששאל כלי מחברו להשתמש בו וא"ל בלשון זה השאלני בטובתך כלי זה להשתמש ולא קבע לו זמן לחזרתו משתמש בו ואינו חייב להחזירו לבעליו אלא משתמש בו עד שיכלה הברזל ומהדר לי' קתיה והוא דקני מני' דאושלי' סתם ולא קבע לו זמן ולא מסתברא האי פי' וכי בשביל שאמר לו בטובתך יהא שאול לעולם וכו' ועוד למה צריך קניה יותר ממשיכת הכלי ואי משיכת הכלי אינה מועלת להיות שאול לעולם קנין מאי אהני עכ"ל, והנה בקושיא א' אפשר לומר דזהו מש"כ הרי"ף דקני מיני' דאושלי' סתם ולא קבע לו זמן והיינו דע"ז גופא הי' הקנין דהוא משאיל לו בלא קביעת זמן אכן הקושיא הב' צריכה ביאור דלמה לא מהני משיכה לבד והרמב"ם

כתב ג"כ כדברי הרי"ף ועיין בלח"מ.

ונראה דעיקר דין קנין בשאלה ילפינן מקרא דוכי ישאל אבל בלא קרא לא הוי ידעינן קנין שאלה משום דאינו קנין הגוף ולא קנין לזמן ואינו אלא זכות תשמיש, ובלא קרא לא הוי ידעינן דמהני משיכת הכלי לזכות תשמיש כיון דאינו קנין בגוף החפץ, ולכן סוברים הרי"ף והרמב"ם דגדר שאלה לא מצינו אלא בשואל לזמן מסויים דזהו שם שאלה אבל זכות להשתמש בו לעולם כיון דאינו גדר שאלה וגם אינו גדר מכירה לזמן דהא לא נתן לו החפץ לזמן אלא נתן לו זכות תשמיש, וזכות זה לעולם כיון דאין ע"ז שם שאלה אינו קונה במשיכת הכלי, ומה שהקשה הרא"ש דאם משיכת הכלי לא מהני אמאי מהני קנין, יש לומר דלא דמי משיכת הכלי לא מהני כיון שאינו נותן לו זכות בעיקר הכלי אלא בתשמישו דאין התשמיש חלק מהכלי, אבל קנין מהני גם על זכות וקנה בקנין זכות זה להשתמש בהכלי, ולא דמי לקנין אתן דסובר הטור בשם הרמ"ה בסי' רמ"ה דלא מהני ומבואר שם דכן דעת הרי"ף, זהו על אתן דאינו זכות בהחפץ כלל.

ועכשיו נאמר דכן הוא בדין מלוה דכבר בארנו בדעת הראב"ד דזכות מלוה מה שמשיג הלוה זכות להשתמש במעות כך וכך זמן אינו בעיקר המעות, כיון דהמעות קונה לגמרי וזכות תשמיש לא שייך אלא בשאלה שהחפץ נשאר של הבעלים, ועיקר זכות זה נלמד מאם כסף תלוה כמו דאנו לומדים דין שאלה מוכי ישאל וזכות זה ע"כ הוא באמת בההלואה שאינה בעין, ולכן סובר הראב"ד דזכות זה אפשר ליתן אפי' אחר ההלואה להרויח הזמן שקבע בשעת ההלואה על זמן אחר, אבל מחילת מלוה א"א בגדר נתינה דלהלות לעולם אי אפשר וע"כ בגדר סילוק ואין כאן גדר נתינת כסף אבל לקדש בהרוחת זמן זהו בגדר נתינת כסף וכמו שבארנו ובעיקר הסברא לחלק במה דלא הוי קדושין במלוה אם משום דלא הוי בעין או משום דמחילת מלוה הוי סילוק ולא נתינה נתעוררתי בימי חרפי משארי הגאון ר' נתנאל יוסף גראז זצ"ל.

והנה עוד פליגי הרמב"ם והראב"ד גבי מלוה דהרמב"ם כתב בפ"ו מהל' מלוה הלכה ג' הורו רבותי שהמלוה את חבירו ואמר לו הלוה דור בחצרי עד שאחזיר לך חובך ה"ז אבק רבית לפי שלא קיצץ בשעת הלואה שנאמר לא תתן לו בנשך, והראב"ד כתב א"א חיי ראשי לא יפה הורו שאם הגיע זמן הפרעון וארוח לה זימנא משום ההוא דירה כשעת מתן מעות דמיא וקדושין יוכיחו, וכ' הלח"מ וז"ל ונראה דאזיל לטעמיה דהוא מפרש הא דהמקדש בהנאת מלוה מקודשת כפי' ההלכות שמפרשים שאחר שהגיע זמן ליפרע האריך לה הזמן וקדשה בזה ומהני הכי דבהארכת הזמן מקודשת דהוי כמתן מעות, וכן הוא הסכים לזה בהל' אישות פ"ה בהשגות, אבל רבינו אזיל לטעמיה דפירש שם

הנאת מלוה שר"ל שבעת שנתן לה המעות מקדשה בשביל הארכת הזמן, ודחה פי' ההלכות כמבואר שם ולדעתו נתבטלה הראיה והנה דברי הלח"מ פשוטים ומבוארים דודאי הראב"ד דכ' וקדושין יוכיחו הוא כפירושו בהא דארוח לה זימנא דמיירי אחר הלואה, אכן בהא דמשמע מדבריו דשיטת הראב"ד הוא דבהארכת הזמן הוי כמו מתן מעות וכדמוכח מד' הראב"ד דמייתי ראי' מקדושין לרבית יש לעיין דבקדושין שפיר כתבנו דאף דלא הוי המעות בעין מ"מ כיון דהוי הלואה ונתינת זכות ולא סלוק ומחילה מקודשת דלא איכפת לן שיהי' בעין דלא בעי כלל שיהי' בעין, דכיון דנתן לה זכות שלא יוכל לתובעה אותו הזכות נחשב כמו כסף בעין, וא"כ גבי קדושין באמת אמרינן דלא הלוה לה כסף בעין אלא דעצם זכות ההלואה מיקרי כסף, אבל ברבית הא בעי דעצם הכסף המתרבה יהי' בעין וכאן זה אינו בעין, אלא דאמרנו דנתינת הזכות הוא כמו נתינת כסף בעין, אבל לגבי רבית הא לא סגי בזה אלא דיהי' ההלואה כסף בעין כמבואר.

אכן נראה לי דבאמת הראב"ד לא כתב כדברי הלח"מ דהוי כמתן מעות אלא דכתב דהוי כשעת מתן מעות, ולכאורה מה שייך כאן לשעת מתן מעות הא כאן בעיקר ההרוחה עסקינן אי הוי כמו מתן מעות ומה שייך כאן לומר דהוי כשעת מתן מעות, ולא שייך זה אלא גבי ערב וכדומה אלא דנראה דהראב"ד ג"כ לא סבר דהרוחה הוי כמו כסף בעין וכמש"כ דא"א לומר כן לפי מה שבארנו ד' הראב"ד גבי קדושין אלא דהראב"ד לא סבר דצריך לדין רבית שיהי' כסף בעין, וראי' לזה דהא הרשב"א פליג בקדושין על הראב"ד וסובר להדיא דאפי' הגיע זמן פרעון ומעות בידו מזומנים לפרוע ג"כ לא הוי בעין, והכא הסכים לשי' הראב"ד כמובא במ"מ, אלא דע"כ דסברי דגבי רבית לא בעינן כלל בעין, וכל מה שמלוה לו יש ע"ז דין רבית מדאורייתא רק דעיקר דין רבית סברי הראב"ד והרשב"א דבעי רק דליהוי קציצה על דמי הרבית, וכבר כתבנו פי' קציצה שאילולי איסור רבית היה מתחייב ליתן הרבית, ולכן הי' אפשר לומר דאחר ההלואה לא הוי קציצה דאין בשביל מה להתחייב כיון דהמעות כבר ברשות הלוה ולא קרינן בזה את כספך לא תתן לו בנשך.

אבל לפ"מ שבארנו שיטת הראב"ד דהרוחת זמן מיקרי הלואה ולא סילוק ובזה שהרויח לה הזמן קנתה זכות על כל משך הזמן שהרויח לה, וא"כ כשקצץ עבור זה מקרי שפיר קציצה ויש בשביל מה להתחייב דבשביל זכות ההלואה יתחייב להשלים תנאי הקציצה, ולכן שפיר דברי הראב"ד והרשב"א דאפי' שלא בשעת מתן מעות הוי רבית קצוצה, אך כ"ז הוא משום דנימא דהרוחת הזמן הוי הלואה חדשה ולזה שפיר כתב הראב"ד שאם הגיע זמן הפרעון וארוח לה זימנא משום ההיא דירה כשעת מתן מעות דמיא דלא

הויא זה כמתן מעות דהוי הלואה ממעות שאינם בעין, אלא דסבר דלא בעי כלל גדר רבית דלהוי בעין ורק קציצה בשעת הלואה בעינן ולזה כתב דהוי כשעת מתן מעות וקדושין יוכיחו דמקדושין הוי הוכחה דהרוחת הזמן הוי הלואה ולא סלוק כמו שבארנו, וראיה ברורה לדברינו דגבי קדושין כתב הראב"ד שאם הגיע הזמן לפרוע ומעות בידה מזומנים לפרוע וכאן גבי רבית כתב רק שאם הגיע זמן הפרעון ולא הזכיר שיש לו מעות משום דגבי קדושין צריך שתהיה לה הנאה בדבר מסויים, ולכן אף דנתינת זכות במלוה מיקרי כמו בעין וכנ"ל, מ"מ היכי דאין לה כסף לשלם אין לה עכ"פ הנאה בדבר מסויים, וכשיש לה מעות לפרוע אף שהמעות אכתי אינם שלו ועיקר הזכות הוא בעצם המלוה שאינה בעין, מ"מ יש לה עכ"פ הנאה מה שאינה צריכה להחזיר לו המעות, אבל גבי רבית לא צריך אלא שיהי' לקציצת הרבית דין חיוב שאילולא איסור רבית היה מתחייב בקציצתו, ובזה סובר הראב"ד דכל זמן שלא הגיע זמן הפרעון אף שמרחיב לו הזמן אחר זמן ההלואה מ"מ לא מקריא הלואה ולא הוי דומיא דאת כספך לא תתן לו בנשך, דהא גם החוב אינו מחויב עכשיו לפרוע, אבל כשהגיע הזמן אף שאין לו מעות כיון שעכ"פ מרחיב לו זמן ההלואה שמחוייב לו עכשיו לשלם מיקרי הלואה וגם הוי קציצה וכנ"ל.

ונראה דהרמב"ם ג"כ לא פליג על הראב"ד בהא דליבעי נתינת כסף בעין גבי רבית והא דבעי את כספך לא תתן לו בנשך לאו משום דבעי נתינת כסף בעין, אלא משום דבעי קציצה בשעת נתינה, והרמב"ם לטעמיה דסבר דבשעת הלואה הכח שנותן לו המלוה להשהות הלואה הוא בעיקר הכסף שמלוה שבהם נותן לו כח על כל הזמן, ולכן בשלא בשעת הלואה לא סבר דהוי בגדר זכות, ואפשר דסבר דבשלא בשעת הלואה באמת אינו יכול ליתן זכות כלל דבגדר מחילה וסילוק הא כתבנו דא"א, ולזה שפיר כתב לפי שלא קצץ בשעת הלואה, וע"ז חולק עליו הראב"ד ומביא ראי' מקדושין דהוי קציצה בשעת נתינה, וכאן גבי רבית הסכים גם הרשב"א אע"ג דגבי קדושין חלק עליו משום דשם הוי חסרון דאינו בעין והכא סבר דלא בעי בעין כלל.

ובמה שבארנו מבואר שיטת הרמב"ם והראב"ד גבי מכר במלוה לפמש"כ בטעמא דהרמב"ם לחלק בין מוכר במלוה למקדש במלוה דקדושין הוי דין קנין וצריך כסף בעין, ומלוה לא הוי כסף בעין אבל מכירה אינו בגדר כסף קנין אלא בגדר פרעון הדמים כמו שבארנו, ולכן במלוה נמי מהני, אכן לפ"מ שבארנו עכשיו נוכל לומר דכל זה אינו אלא לשיטת הרמב"ם דחסרון דהמקדש במלוה הוא בשביל שאינו כסף בעין, אבל לשיטת הראב"ד דחסרון דמלוה אינו לפי שאינו בעין אלא משום שא"א להקנותה בדרך הקנאה אלא בדרך סילוק ומחילה, ולכן אינו מועיל לקנות שאין כאן מעשה נתינה, ולפ"ז יש

לומר דגם לגבי מכר אף דלא צריך אלא נתינת דמים אבל מחילה אינה כלל נתינת דמים אלא סילוק ואין לזה גדר נתינת כסף כלל.

והנה הראב"ד כתב ואולי הטעהו הא דאמרינן מעמידין מלוה על הפירות והוא שיש לו, וההיא לאו לענין קניה מיירי אלא לענין איסור רבית, וכדבריו כתב הרשב"א בקדושין דף מ"ז אבל רש"י בב"מ דף ס"ג בד"ה יש לו מותר כתב וז"ל, ואע"ג דלא משיך כי מוקרי ברשותי' מוקרי הואיל ואם בא לחזור קאי עלייהו במי שפרע, והנה בתוס' בדף מ"ו ע"ב בד"ה יש דמים שהן כחליפין כתבו ומקני להו במחילת המלוה אע"ג דאמר בקדושין המקדש במלוה אינה מקודשת היינו כי קדשה או קנה החפץ במעות שחייב לו אבל קדשה או קנה בהנאת מחילת מלוה מועיל כמו ארוח לה זימנא ואדבר עליך לשלטון עכ"ל ובדף ס"ב ע"ב בד"ה הרי שנושה כתבו וז"ל, תימה והלא מעות קונות הכא אפי' מדרבנן דמילתא דלא שכיח הוא כדאמרינן בהזהב גבי החליף דמי שור בפרה וי"ל דהכא מיירי שלא פטרו ממנו עד שיתן לו החטין עכ"ל, ודברי התוס' צריכים ביאור חדא דמעיקרא מאי קשיא להו דמנ"ל שמכר בהנאת מחילת מלוה, וראיתי שעמד בזה הפנ"י וכתב דדברי התוס' על ברייתא דר' אושעיא דקתני אם יש לו מותר, ומוכח דהוא בהנאת מחילת מלוה ולכן הקשו דא"כ אפי' אין לו כיון דהוי קנין גמור ובזה תירצו שלא פטרו מן המלוה וכו', וכ' הפנ"י וז"ל פי' שלא מחל לו המלוה כ"א באופן שיגיעו החטין לידו, וא"כ מי שפרע יש כאן שהרי מחוייב לקיים תנאו ומש"ה שרי ביש לו אבל באין לו אסור שהרי אין קנין גמור בשעת הפסיקה כיון שהנאת המחילה אינו אלא אם יקיים התנאי ליתן לו החטין עכ"ל, ופרושו אינו מבואר דממ"נ אם נימא דליכא כאן הנאת מחילה כיון דלא מחל לו אלא על תנאי א"כ אמאי איכא מי שפרע ביש לו הא אם אינו נותן לו החטין ליכא מחילה וליכא כסף, ועוד קשה דמאי הקשו על אין לו דהא לא שייך בזה קנין אלא משום שמצוי לקנות, וזה דוקא אם נותן לו כסף בעין, והפנ"י שם הקשה ע"ז מטעם אחר דכיון שאין לו חטים מסוימים א"כ הוי קרוב לשכר, ותי' דכיון שהלוקח מקבל יוקרא וזולא לא הוי קרוב לשכר, אבל זה קשה דמנ"ל דשייך כלל קנין על אין לו היכי שאין נותן לו מעות, וגם עיקר תי' התוס' שלא פטרו היא אוקימתא דחוקה, והפנ"י כתב שם דמסתמא דמילתא הכי היא ומשום זה לא כתבו הפוסקים תי' התוס' אבל אין זה מוכרח.

והנראה בכונת דברי התוס' ע"פ דבריהם בכתובות דף ע"ד ע"א שכתבו דרש"י מפרש התקדשי במלוה שמחל לה המלוה, ולפירושו צריך לחלק בין מקדש במלוה למקדש בהנאת מחילת מלוה ולר"י אין נראה דשמא אין לחלק אלא דמיירי כגון דאמר התקדשי לי במעות מלוה שאת חייבת לי ובאור דבריהם דלדעת רש"י צ"ל מקדש בהנאת מחילת

מלוה אינו בעיקר הכסף ששוה מחילת המלוה אלא ע"י ההנאה שיש לה מזה, וכמו שחוק לפני אלא דשם אינה מקודשת בשביל ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף, והכא לא שייך זה לכן מקודשת, אבל לר"י אין נראה כן אלא דאם מקדש לה במחילת המלוה והיינו במה ששוה מחילת המלוה מקודשת דזהו בהנאת מחילת מלוה, ומה דמקדש במלוה אינה מקודשת זהו כי מקדש לה במעות מלוה, ואין כונת התוס' במעות מלוה שלוה דלא משמע כן לשונם, ועוד דזהו פשיטא דהא לא נתן על דעת קדושין אלא שקדשה בעיקר החוב וכיון דהחוב אינו בעין אינה מקודשת, אבל מחילת החוב שוה כסף.

ועכשיו מבוארים דברי התוס' בב"מ וא"צ להגיה דבריהם דקאי על ברייתא דר' אושעיא ושהקשו מהא דאסור באין לו, אלא דקושייתם הוא על ברייתא דר' חייא דאוסרת גם ביש לו והוי ס"ל מעיקרא דכמו דביש דמים שהן כחליפין דלא קתני במחילת מלוה ומ"מ מפרשינן במחילת מלוה ולכן הוי ס"ל דגם הכא הכונה במחילת המלוה, וע"ז תירצו שלא פטרו ממנו עד שיתן לו החטים, וכונתם שלא מכר לו עבור מחילת החוב אלא בעיקר החוב, ונ"מ דאם הוא במחילת החוב אז אף דכסף אינו קונה מ"מ החוב כבר מחול אלא דאם יחזור בו יכול לתבעו דמי מחילת החוב, אבל אם מכר לו החטים בהחוב נעשה החוב כמו מעות והמעות הם ברשות הלוקח כ"ז שאין המוכר נותן לו המקח, אלא דלר' יוחנן כתבו התוס' בדף מ"ג דיכול להשתמש במעות והוי שואל עלייהו, ועכ"פ לא נעשו שלו לגמרי אבל אם היינו אומרים דמכרו במחילת החוב א"כ החוב מחול ובזה מכר לו, וזהו שכתבו בתוס' שלא פטרו ממנו והיינו דלא היה כאן מחילה אלא מכירה בהחוב.

ולפי"מ שבארנו נמצא דלדעת התוס' דלא מיירי במחילת מלוה אלא במוכר במלוה דלא קנה מטעם כסף, א"כ ע"כ ברייתא דר' אושעיא דקתני אם יש לו מותר דע"כ נמי דמיירי בגוונא דברייתא דר' חייא דכן משמע בסוגיא, סברה דאף דלא קנה מטעם כסף מותר לדין רבית, וכדברי הראב"ד ודלא כדברי רש"י דכתב משום דאם בא לחזור קאי במי שפרע וכדעת הרמב"ם.

והנה הרשב"א בקדושין שם כתב עוד מדברי הירושלמי דאיתא שם קדושי מלוה לחומרין בקרקעות לא קנה, ובמטלטלין אין מוסרין אותו למי שפרע בקש להעמיד לו מקחו מהו נשמעיני' מן הדא והרי לך אצלי בהן יין ואין לו, הא אם יש לו יין חייב ליתן לו ופי' הרשב"א דהכונה בירושלמי לחלק ממוכר ללוקח דמה דאמר אין מוסרין אותו למי שפרע זהו כשחזר הלוקח, אבל כשחזר המוכר א"א לו לחזור ומלוה עדיפא מנתינת מעות דהוי מילתא דלא שכיחא, אלא שהרשב"א בעצמו תמה בזה דאיך אפשר דהלוקח יחזור בלא מי שפרע והמוכר יהי' חייב להעמיד לו מקחו ונראה דיש לומר בבאור דברי

הירושלמי דהנה צריך לבאר סברת הראב"ד והרשב"א שכתבו דאף דלא קני מ"מ מהני לענין רבית דהא כיון דלא קני א"כ כי נתייקרו ברשות המוכר נתייקרו, וא"כ אמאי מותר ליתן להלוקח כפי שער הקודם ולא הוי רבית, ולכן פשוט דזהו דברי הירושלמי דאמר מקודם בקרקעות לא קנה ובמטלטלין אין מוסרין אותו למי שפרע וזהו מדין קנין, וע"ז אמר בקש להעמיד לו מקחו מהו והיינו דאינו רוצה בו ולהיות מחוסר אמנה אם צריך ליתן כשער המכר או כשער של עכשיו, וע"ז פשיט מהא דתני ויין אין לו ומוכח דאם יש לו יין חייב ליתן דאם לא היה חייב ליתן לא היה רשאי ליתן דהוי רבית, ומה דבבבלי מייתי ברייתא דר' חייא דאפי' יש לו אסור צ"ל דהכא מפרש טעמא דמתני' דסברה דליכא רבית דזהו משום דנתחייב ליתן אם אינו רוצה לחזור ולהיות מחוסרי אמנה.

ובמה דסובר הירושלמי כאן דמלוה אינו קונה במכר יש להקשות ממה דהרשב"א בקדושין בדף ס"ג מביא דברי הירושלמי והוא במתני' דתנן הא"מ ע"מ שאדבר עליך לשלטון דבר עלי' לשלטון מקודשת, דבגמ' דידן איכא והוא שנתן לה שוה פרוטה דבל"ז אינה מקודשת משום דישנה לשכירות מתוע"ס, ובירושלמי איתא ר' אבא בשם רב והוא שייחדה לו סלע במגדל במה קדשה כההיא דתנינן תמן כל הנעשה דמים באחר כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו, וכתב הרשב"א וז"ל ונראה שהיא משובשת ובמה קנאה גרסינן כלומר אע"פ שייחדה לו סלע עוד היא צריכה במה קנאה לסלע כדי שתתקדש לו בו, כההיא דתנינן כלומר כיון שעשה שליחותה וזכתה היא בשכרו זכה הוא בסלע שהוא חליפיו עכ"ל, והוסיף הרשב"א דסובר מטבע נעשה חליפין וצריך להוסיף עוד דגם פרי עושה חליפין ולא בעינן כלי דהא פעולתו לא הוי כלי, וצריך ביאור דכיון דסובר משום דישנה לשכירות מתוע"ס אינה מקודשת א"כ אמאי מהני לענין קנין הסלע ויש להוכיח מזה דר' בא בשם רב פליג על ר' יוחנן וסובר דמלוה קונה במכר.

אכן נראה דיש לחלק בין קנין כסף לקנין חליפין לענין דין ישנה לשכירות מתוע"ס אלא שצריכין אנו לבאר עיקר הך דינא דהנה באהע"ז סי' כ"ח סעיף ט"ו שו"ט הט"ז והפרישה כתב דמיירי דבניכוש אחרון לית בה שו"פ דאלא"ה מקודשת כמו מלוה ופרוטה, והט"ז כתב מד' רש"י דלמ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף אינו מתחייב עד שעת החזרה ואז כי מחזיר לשם קדושין לא הוי מלוה, ולמ"ד ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף ג"כ לא תוכל להתקדש עד שעת החזרה וכי מחזיר לה נעשה מלוה למפרע, והאבני מלואים השיג על דברי הט"ז דהא בע"מ שאדבר עליך לשלטון ליכא חזרה ותתקדש בדבור אחרון דאית בי' שוה פרוטה, ולכן תי' דהא דמלוה ופרוטה מקודשת היינו דוקא בפרוטה בעין ע"ש בדבריו באריכות, אבל באמת גם בדבריו אינו מיושב דהא באדבר עליך לשלטון לא שייך

כלל מכוש ראשון ומכוש אחרון דהא קודם שגמר דבריו לשלטון באופן שתהיה תועלת לשלטון אינו שוה דבריו הראשונים כלום ואם קודם שגמר דבריו לשלטון באופן שלא יהיה תועלת בודאי אינה חייבת לו כלום, וכיון דעיקר השכירות הוא בעד כל דבריו ביחד א"כ כל דבריו הם מכוש אחרון, דמתחלה אינו שייך התחייבות, דדוקא בעשה לי שירים ונזמים דאפי' יפסוק באמצע יכול אחר לגמור שייך לחלק בין מכוש ראשון למכוש אחרון, וכן הוא גבי בשכר שארכיבך על החמור ג"כ לא שייך לחלק כשהוא מגביהה ומרכיבה דיש כאן מכוש ראשון ואחרון דאם יפסיק באמצע ולא ירכיבה על החמור דלא שייך שכירות על תחלת הפעולה ודוחק לומר דיש גם בזה גמר ותיקון הרכיבה.

עוד הקשה הרשב"א בהך דינא דישנה לשכירות מתוע"ס דמ"ש מהתקדשי לי באלו דמקודשת אף שאכלה ראשונה משום דכל תמרה ותמרה כי אכלה לשם קדושין אכלה וה"נ כל משהו מלאכה שנתן לה הוי לשם קדושין, ותי' הרשב"א דגבי באלו ישנם לתמרים בעולם אבל הכא אין למלאכה האחרונה בעולם, אבל תירוצו אינו מבורר דהא אנן לא מדין קנין אנו דנין דחל מעכשיו קדושין גם על ידי התמרים האחרונים, אלא דאנו אומרים דכיון דכשנתן הראשונה לשם קדושין נתן לא הוי מלוה וא"כ מאי איכפת לן שאין המלאכה האחרונה בעולם הא עכ"פ המלאכה הראשונה לא נתן לשם מלוה אלא לשם קדושין, ובדברי הט"ז שכתב עפ"ד רש"י דקודם החזרה א"א שום חלות קדושין ומשהחזיר נעשה מלוה למפרע היה אפשר ליישב קושית הרשב"א ונאמר דקודם שהחזיר ליכא כלל נתינה לשם קדושין, אבל בדברי הט"ז לא יתיישבו בשכר שאדבר עליך לשלטון ובשכר שארכיבך על החמור כנ"ל.

והנראה לבאר הך דינא דישנה לשכירות מתוע"ס דאינו כלל משום חלוק תחלת הפעולה, אלא דהוא ע"פ מה דאמר בגמ' ב"מ דף י' שאני פועל דידו כיד בעה"ב הוא, והאמר רב פועל יכול לחזור בו אפי' בחצי היום א"ל כל כמה דלא הדר בי' כיד בעה"ב הוא כי הדר בי' טעמא אחרינא הוא דכתיב כי עבדי הם ולא עבדים לעבדים, ונמצא דפועל כ"ז שאינו חוזר דינו כעבד לגבי זה דפעולתו לבעה"ב והבעה"ב מתחייב לו בעד פעולתו, ומבואר דהמחלוקת אם ישנה לשכירות מתוע"ס או אינו לשכירות אלא לבסוף אינו דוקא על חיוב תשלומי השכירות אלא על עיקר דין השכירות דמ"ד ישנה לשכירות סבר דבין פועל בין קבלן נעשה דין שכיר לגבי פעולתו שהבעה"ב מתחייב מעיקרא מתוע"ס בעד שכירות פעולתו וממילא הפעולה מעיקרה אינו שלו אלא של בעה"ב, וא"כ א"א לקדש בשכר פעולה כיון דהפעולה מעיקרה אינו שלו אלא שחייבת לו דמים ואינו אלא מלוה, ולמ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף סבר דאין השכירות נגמרת אלא לבסוף

והבעלים אינם מחויבים מקודם, וממילא ע"כ כשהוא עושה הפעולה אין הפעולה של הבעלים אלא של הפועל ואף אם אין אומן קונה בשבח כלי אבל עיקר הפעולה הוא של הפועל וכל משהו שהוא פועל בעבודתו של בעה"ב הוי כמו נותן לו פעולה שלו.

איברא דלפי"ז יקשה הא דאמר בב"מ דפועל ידו כיד בעה"ב והיה צריך לומר דזה אינו אלא למ"ד ישנה לשכירות מתוע"ס, ואף דלא קשה כ"כ דהכי קיי"ל אבל נראה דבפשוטו היה צ"ל דכל הפלוגתא אם ישנה לשכירות מתוע"ס או אינה אלא לבסוף אינה אלא בפעולת קבלנות כמו בעשה לי שירים ונזמים ולא בפועל שכיר יום, אלא דמקדושין דף ס"ג מוכח לכאורה דאינו כן דאמתני' דתנן ע"מ שאדבר עליך לשלטון ואעשה עמך כפועל דאמר ר"ל והוא שנתן לה שו"פ ומקשה בגמ' מברייתא ומשני דתליא בפלוגתא אם ישנה אם אינה ואין לומר דעיקר הפלוגתא הוא בע"מ שאדבר דבברייתא באמת לא הוזכר אעשה עמך כפועל א"א לומר כן דבגמ' פריך ומאי דוחקיה דר"ל לאוקמי מתני' בישנה לשכירות מתוע"ס ובדיהב לה ואמר רבא מתני' קשיתי' ואם נימא דבאעשה עמך כפועל כו"ע מודו א"כ מתני' דתנן נמי ואעשה עמך כפועל ע"כ מיירי בדיהב לה, ולכן נראה דיש לומר דבאמת עיקר הך מילתא דפועל ידו כיד בעה"ב אין לנו הכרח דזה להלכה דזה אמר בגמ' רק למ"ד המגביה מציאה לחברו לא קנה חברו, ולכן שפיר נוכל לומר דמ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף לא סבר יסוד זה, דפועל ידו כיד בעה"ב וממילא נוכל ג"כ לומר דאליבא דאמת לפ"מ דאמר בב"מ דפועל ידו כיד בעה"ב אפשר מודה נמי מ"ד אינה לשכירות בפועל ולא פליג אלא בקבלנות, ומה דאיתא בברייתא בשכר שאעשה עמך ותלי שם הגמ' בפלוגתא דישנה ואינה לא תני כפועל ואפשר לפרש בקבלנות, אלא דהגמ' בקדושין לא סבר הך סברא דמ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף מודה דפועל ידו כיד בעה"ב כיון דאינה סברא מוכרחת להלכה, ובפרט דרבא שם בב"מ לא הוי סבר כן, ואפשר היה זה קודם שקבל מרב נחמן הך סברא, ובעי לאוכוחי ממתני' דע"כ הוא כמ"ד ישנה לשכירות מגופא דמתני', אבל עכשיו אפשר לומר דגם מ"ד אינה לשכירות לא פליג אלא בקבלן ולא בפועל דבברייתא לא תניא אלא בקבלנות.

אלא דאכתי אנו צריכין לבאר דלכאורה כל ביאורנו לא שייך אלא גבי שכירות ע"מ לשלם דמים דאנו אומרים דכיון ששכרו ע"מ לשלם לו שכר פעולתו א"כ נעשית הפעולה מעיקרא של בעה"ב והבעה"ב מחוייב לו שכרו אבל גבי קידושין שאמרה לו עשה עמי שירים ונזמים ואקדש אני לך או בשביל שאדבר עליך לשלטון למה לא נימא דכאן אינם מתנים על שכירות, אלא דבשביל שיתן לה הפעולה שלו בשביל זה תתקדש אליו, ולכן אנו צריכים לומר דהכי הוא דינא דקנין כסף בין לגבי מכירה בין לגבי קדושין, דכיון דזה

מוכח מגמ' דב"ק דף ע' בהא דעקוץ תאנה מתאנתי ותיקני לי גנבותיך דפריך הא קלב"מ ולא אמרינן זיל שלים ולכן לא הוי מכירה, דכסף אינו קונה אלא היכי שאפשר להתחייב עבור הכסף, ולכן גם כאן כיון שתבוא להתקדש עבור פעולתו ונאמר דפעולתו שנותן לה היו כמו כסף וע"כ הוא באופן זה שאילולא הקדושין היתה מתחייבת לשלם, אלא שהקדושין זהו התשלומין ובזה הוא קונה אותה וא"כ עכ"פ כבר הוי כמו שמשלמת לו בשכר פעולתו וכיון שכן ע"כ כבר נעשה אצלה פועל כיון שהיתה מחוייבת לשלם אלא שמתקדשת בשכרו וכיון שהוא פועל כבר אמורה ההלכה דיד פועל כיד בעה"ב וישנה לשכירות מתוע"ס ואין הפעולה שלו אלא שלה ואין לה במה להתקדש.

ועכשיו נבאר דברי הירושלמי דאמר דקנה הסלע שיחדה לו במגדל ע"י פעולתו, והקשינו דהא מבואר בירושלמי דמלוה אינו קונה במכר וא"כ כמו דלא מהני שכירות לענין קדושין משום דישנה לשכירות מתוע"ס אמאי מהני שיקנה הסלע, אבל לפ"מ שבארנו מיושב לפ"מ שכתבתי בפ"ה מהל' מכירה הל' ז' דחליפין אינו בגדר כסף כלל, ולכן אין צורך בחליפין שיהי' גדר חיוב לשלם עבור החליפין, וכמו שכתבתי שם דמשו"ה מהני בחליפין ע"מ להחזיר, ולכן החסרון דיש בשכירות גבי קדושין שכתבנו דכיון שתתקדש עבור הפעולה ע"כ דבלא הקדושין היתה מחוייבת לשלם ובזה מתקדשת, ולכן ע"כ דיש בזה דין שכירות שהפעולה היא של בעה"ב ובעה"ב מחוייב בדמי הפעולה וממילא הוי כמו מלוה, אבל בחליפין דאינו מתורת כסף כלל א"כ שפיר מחליף על המלאכה כיון דאין דבר הנקנה תשלומי החליפין, וגם בע"מ להחזיר שא"א להתחייב עבור זה קונה בחליפין, לכן אין כאן גדר שכירות והפעולה היא שלו ושפיר נקנה לו הסלע ועמש"כ בפ"ג ממכירה הל' י"ח שציינתי למש"כ בזה אבל אפשר דשם אינו מוכרח דכיון דמיירי בחליפין שוה בשוה א"כ אף דנלמד ג"כ מדין חליפין מקרא דועל התמורה מ"מ מסתבר דזה ג"כ מגדר כסף אבל הירושלמי דכאן דמיירי מדין חליפין ממש דבתורת שוה בשוה ודאי סלע אינו נקנה דהא תנן הזהב קונה את הכסף ומוקמינן הזהב מחייב ולכן שפיר מיושב.

אלא דמ"מ מה שחפצתי שם ליישב ראית האב"מ לדעת הרמב"ם דמלוה קונה במכר מהא דהקדש מתחלל על המלאכה דזהו קושיא על שיטת הראב"ד ושאר ראשונים החולקים בזה, ובאמת גם לשי' הרמב"ם צריך ליישב דהא עכ"פ סוגיא דקדושין סברה להדיא דמלוה אינו קונה במכר וכן ר' יוחנן בירושלמי הנ"ל והא דהקדש מתחלל על המלאכה היא משנה בשקלים, ודרש לה ר"ע מקרא וקשה לומר דר"ע סבר אינה לשכירות אלא לבסוף דלא כהלכה לכן נראה לפמש"כ דעיקר דין ישנה לשכירות

מתוע"ס הוא משום דהבעה"ב מתחייב לפועל מתחלה ועד סוף עבור עבודתו ויד הפועל מעיקרא כיד בעה"ב ופעולתו הוא של בעה"ב דכל זה לא שייך אלא בהדיוט דיכול להתחייב אבל הקדש אינו יכול להתחייב כלל, וכל ממון הקדש אינו יוצא אלא דרך חלול ולכן א"א כלל באופן זה וע"כ שפעולת הפועל היא מעיקרה של הפועל ומעות הקדש מתחללין ולכן גבי הקדש שפיר דהקדש מתחלל על המלאכה.

ואפשר דיש ליישב בזה דעת הרי"ף וטוש"ע בפ"ק דע"ז דף י"ט גבי הא דתנן הגיע לכיפה שמעמידין בה עכו"ם אסור לבנותה, ואמר ר' יוחנן אם בנה שכרו מותר ופריך בגמ' משמשי עכו"ם הן ואין אסורין עד שיעבדו ואמר ר' ירמי' לא נצרכה אלא לעכו"ם עצמה, והרי"ף הביא המימרא דאם בנה שכרו מותר על מתני' ולא הביא הא דמוקים בגמ' דקאי על עכו"ם עצמה וכן בטוש"ע סי' קמ"ג וכתב ע"ז הש"ך שסמכו על הירושלמי, אבל לא יישב עיקר ההלכה דכיון דבגמ' אמר' בטעמא משום דישנה לשכירות מתוע"ס ומכוש אחרון לית בה שו"פ א"כ אמאי אינו מותר בע"ז עצמה, ומה שהב"ח יישב משום קושיית התוס' הא כתב הש"ך שהתוס' כבר תירצו קושייתם, ונראה דאפשר לומר לדעת הרי"ף דכל דין דישנה לשכירות מתוע"ס לא שייך אלא בישראל ולא בעכו"ם דאף דגם עכו"ם קונה ישראל למעשה ידיו כדמוכח מעבד עברי הנמכר לעכו"ם, וכדאמר בגיטין דף ל"ח מ"מ זהו בגדר מכירה שהעכו"ם משלם לו דמיו, אבל בשכירות דכששוכר הבעה"ב להפועל מכיון שהבעה"ב נתחייב לו בעד פעולתו נעשה ידו כיד בעה"ב ופעולתו היא של בעה"ב כ"ז הוא בשביל ההתחייבות שנתחייבו הבעלים לשלם לו שכרו, ודין חיוב שכירות מצינו בישראל מקרא דלא תעשוק שכר שכיר וביומו תתן שכרו אבל בעכו"ם לא מצינו אלא דיני גזילה והיינו דכשבעה"ב מקבל פעולת הפועל אז מחוייב לשלם לו מדין גזילה, איברא דהכ"מ בפ"ט מהל' מלכים הל' י"ד כתב בשם הרמב"ן דעל הדינים שנצטוו ב"נ הוא גנבה ואונאה ועושק ושכר שכיר ודיני השומרים ועמש"כ בזה בפ"ח מנז"מ הל' י"ג אות ב', אבל יש לומר דגם זהו מ

הלכה טז

אמר לה הרי את מקודשת לי בפרוטה זו ובחוב שיש לי אצלך הרי זו מקודשת. וכן אם אמר לה במלוה שיש לי אצלך ובפרוטה זו הרי זו מקודשת.

בפרוטה זו ובחוב, בגמ' דף מ"ו וש"מ המקדש במלוה ופרוטה דעתה אפרוטה והא"מ בסי' כ"ח הביא ד' הרשב"א בתשובה שכתב דלמ"ד דעתה אמלוה היינו אף אמלוה ואינה מקודשת לפי שדעתה אף על דבר שאין ראוי להתקדש בו וממנו נשמע דכל מקדש בדבר ראוי לקדושין ובאינו ראוי דאינה מקודשת דע"כ לא פליגי במלוה ופרוטה וקיי"ל כמ"ד

מקודשת אלא משום דאמרינן דעתה אפרוטה לבד שהוא בעין ולא על המלוה שאינה בעין אלא שמקבלת הפרוטה לקדושין וע"מ שתהא מחולה המלוה ומבואר בד' הרשב"א דלמ"ד מקודשת היינו משום דדעתה אפרוטה לחוד, ולמ"ד אינה מקודשת הוא משום דדעתה אף על המלוה ומקדש בדבר ראוי ובאינו ראוי אינה מקודשת.

ובטעם הדבר כתב הא"מ מהא דקני את וחמור דסובר רב קנה מחצה ור"ש אמר קנה הכל ואמר ר"ש מנא אמינא לה דתניא ר"י אומר אין לך מר בקישות אלא פנימי שבו לפיכך כשהוא תורם מוסיף על החיצון שבו ותורם ואמאי את וחמור הוא, ופי' הרשב"ם כיון שיש בה מר ומתוק כי היכי דמר לא חייל בה תרומה ולא מבטל שם טבל מן המ"ט ה"נ המתוק לא יחול עליו שם תרומה ע"כ, ומוכח מזה דבתרומה ג"כ שייך גדר קני את וחמור שלא יחול התרומה על המתוק בשביל המר שתלאן זה בזה, וא"כ לדידן דקיי"ל קנה מחצה בקידושין בכה"ג דקדשה בדבר הראוי ואינו ראוי אי נימא דעתה אתרוייהו לקדושין הו"ל קני את וחמור ולא קנה בפרוטה אלא מחצה דלא מהני בקדושין חצי אשה, ושוב העלה דלפ"מ שכ' התוס' בהא דחצייך בפרוטה וחצייך בפרוטה דהיכא דדעתה להתקדש בכולה אמרינן פשטה ורק הכא מבע"ל משום דלא אמר בלשון קדושין וא"כ גם במקדש בדבר ראוי עם דבר שאינו ראוי למאי דקיי"ל קנה מחצה מקודשת כולה משום דפשטה קדושין בכולה, והא דאמרינן בסנהדרין דף י"ט בקדושי מירב לדוד במלוה ופרוטה וסבר שאולי דעתיה אמלוה ולפמש"כ מאי איכפת לן דדעתיה אמלוה כיון שדעתיה נמי אפרוטה א"כ פשטו קדושין בכולה ואולי דוד לא אמר בלשון קדושין אלא בשאר לשונות דאף דהם לשונות של קדושין לא אמרינן בהן פשטה וכמש"כ התוס' בסוגיא שם. ושוב הקשה דא"כ מה מוכיח רבא מדר' אמי דהא משנתנו מיירי בלשון קדושין דתנן התקדשי לי בזה ובזו וא"כ בזה גם דעתה אמלוה מקודשת מדין פשטה ועמש"כ שם עוד בזה.

ונראה דלא דמי ולא תלי כלל בדינא דקני את וחמור דהכא באשה כיון שהוא כסף קנין והוא עשה את כל הכסף לקנין ונתקדשה אדעתא דכל הכסף א"כ הכא דקידשה בכסף דבמקצתו אינו מועיל אינה מתקדשת כלל דמהיכי תיתי נימא דחצי הכסף סגי למיהוי כסף קדושין לקדש חצי גופה כיון שכל הכסף הוא מעות קנין ואינו דומה לקישות דשם ודאי כל חלק הוא תרומה על שיעור כנגדו ושייך שפיר לומר דאיברא דעל המר אינו חל חל הוא על המתוק אבל בקדושי אשה כיון שאי אפשר לקדש חצי אשה, ובכל קדושי פרוטה ודאי אין הביאור דחצי אשה מתקדשת בחצי פרוטה והחצי השני בחציה השני, ובכה"ג אם יקדש חציה בחצי פרוטה ודאי לא מהני כלל, ולכן כשקדשה בדבר

הראוי ובדבר שא"ר כיון דבכל הכסף קדשה ואין כל הכסף ראוי לעשות קדושין לא נימא דתתקדש כנגד אותו שיעור הראוי לקדושין, ואף לפמש"כ בא"מ בסי' כ"ט דכסף קדושין הוא ג"כ כסף שיווי מ"מ אינו משל לתורם קישות דגבי תרומה כיון דאמרינן בקדושין דף נ"א שאני מעשר דאיתא לחצאין ושייך תרומה על כל חלק וחלק לכן כשחסר חלק מהתרומה חל עכ"פ על השאר שיש כנגדו תרומה, אכן בקידושין כיון שאין קדושין לחצאין לא נימא לכתחלה דכל חצי פרוטה שייך לחצי גופה, ואף לפ"מ שכתב הא"מ דיהי' פשטה על השאר, מ"מ זה אינו דבאמת אין שייך מעיקר הדין לומר קדושין לחצי גוף, אלא דאמרי' במקדש חציה בפרוטה דמדין פשטה הוי קדושין על כל הגוף, אבל עכ"פ כשמקדש כולה דנאמר דהועיל עכ"פ לחצי גופה זה לא נימא כיון דמעיקר הדין אין קדושין לחצי גוף.

ועוד נראה דדברי האבני מלואים אינם נכונים בזה דבאמת צריך לומר בד' התוס' דמה דתופסין קדושין בכולה כשאומר בל' הקדש היינו משום דדעתו שיתפסו הקידושין כדיני הקדש ולכן נימא דאף שאמר חצייך מקודשת לי מ"מ כיון דדעתו להתפיסה כדיני הקדש ולאוסרה אכו"ע כהקדש א"כ כוונתו על כולה אבל הכא מה שנאמר שקנה חציה הוא משום דעל החצי השני אין במה לקנות וא"כ מה יועיל דין פשטה כיון דאין קדושין נתפסין בלא כסף קדושין, ועוד נראה דכל זה דאמר בסוגיא דשייך פשטה בקדושין הוא דוקא לפני דאיבע"ל בשני חצייך בפרוטה אבל בתר דאיבע"ל בשני חצייך דדילמא אין אשה מתקדשת לחצאין כלל אלמא דאף אם קדש ביחד שני חצאים אין קדושין נתפסין כלל, א"כ לא עדיף פשטה משני חצייך ובגמ' לא איבע"ל אלא משום דאיכא למימר מונה והולך, אבל בדין פשטה ע"כ יהי' קדושין לחצאין ואין קדושין לחצאין.

אכן נראה דאי אפשר לומר דסוגיא דפשטה לא קאי אלא לפני האיבעיא דשני חצייך, וע"כ דאם נימא דפשטה קדושין לא הוי דין קדושין לחצאין, ולשי' התוס' דכשאמר בל' הקדש הכונה להתפיסו בדיני הקדש וא"כ בשעה שקידש דעתו לקדש כולה, אלא אף לשי' הראשונים שאין מחלקים בזה ע"כ נצטרך לומר דזה לא איכפת לן אם חלות הקדושין יהי' מקודם על חצי ויתפשט על כולה ושתי חצייך בפרוטה היינו משום דהקדושין אינם אלא על חצי והחצי השני הוא מקדושין אחרים שקדש גם חציה השני [ומזה קשה קצת במה שכ' התוס' דבשני חצייך אם יאמר בל' הקדש יפשטו הקידושין בכולה, והא כיון דאמר שני חצייך ודאי שאינו סבור להתפיסה בדיני הקדש], עכ"פ לשי' הראשונים הא לא שייך כל הנדון של הא"מ כיון דלא אמרינן כלל בדיני קדושין פשטה, משום דאיכא דעת אחרת, והיינו דאין לו רשות לקדשה בלא רצונה שנאמר שהקדושין

יפשטו בהחצי השני ונילף מהקדש בהמה דשם הוא בעלים על הבהמה ושייך שיפשטו ההקדש על כולה אבל בקדושין דבעי רצונה א"כ אף שהיא רוצית להתקדש מ"מ ע"כ דאנו צריכים לצרף רצונה שמזה יתפשטו הקדושין למעשה קדושין דידי' ובזה הוי כי תלקח, זהו הנראה בביאור ד' הרשב"א והמהרי"ט שכ' דהוי כי תלקח, ובא"מ פקפק בזה דהא בכל קדושין בעי רצונה והוכיח מד' התוס' דלא אמרי' כן וכבר בארנו הסברא דהכא שאני כיון שהקדושין צריכים להתפשט מכח זה שנתרצית לחצייה ושוב נאמר דיתפשטו הקדושין דידי' ושיהי' מרצונה, וא"א למילף מהקדש דבהמה, ובדעת התוס' הוא משום דלפי דבריהם היינו שהוא רוצה לקדשה בדיני הקדש ולדידהו ע"כ ההסבר דדעת אחרת הוא משום דהיא לא נתרצית להתקדש אלא חצי', ובאמת צריך ביאור קצת דאמאי לא נימא שגם היא רוצה להתקדש בדיני הקדש.

הלכה כא

האשה שאמרה תן דינר לפלוני מתנה ואתקדש אני לך ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך הרי זו מקודשת אע"פ שלא הגיע לה כלום הרי נהנית ברצונה שנעשה ונהנה פלוני בגללה, וכן אם אמרה לו תן דינר לפלוני מתנה ואתקדש לו ונתן וקדשה אותו פלוני ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאת מתנה זו שקבלתי ברצונך הרי זו מקודשת. אמר לה הילך דינר זה במתנה והתקדשי לפלוני וקידשה אותו פלוני ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאה זו הבאה לך בגללי הרי זו מקודשת אע"פ שלא נתן לה המקדש כלום. אמרה לו הילך דינר זה מתנה ואתקדש לך ולקחו ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאה זו שקבלתי ממך מתנה אם אדם חשוב הוא הרי זו מקודשת שהנאה יש לה בהיותו נהנה ממנה ובהנאה זו הקנית עצמה לו.

א) **האשה** שאמרה. בגמ' דף ז' אמר רבא תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב, ועי' במ"מ שכ' בזה דהרמב"ם הוסיף ואמר לה הרי את מקודשת לי משום דאם לאו אמר לא עדיף מנתן הוא ואמרה היא דלא הוי אלא קידושי ספק ויתבאר זה לפנינו.

והנה יש לעיין בעיקר הך דינא דילפינן מדין ערב והרי בערב מבואר בסוגיא שם בב"ב דהוא משום דבההיא הנאה דמהימן לי' גמר ומשעבד נפשי' והכא גבי קדושין לא שייך דמהימנת ליה דהא נותנו לפלוני במתנה ולא ע"מ שיפרענו, והוא גדר אחר דבערב מאמינו על לאחר זמן כשיגיע זמן הפרעון ישלם לו, אבל גבי אשה אינו מאמינה אלא שמיד היא מתקדשת, ומש"כ הרמב"ם בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך וכו' הרי נהנית ברצונה מ"מ אין זה הנאת ערב שמתחייב בה אלא משום דצריך בקידושין שתבוא הנאה לידה, והרי גבי תן דינר לפלוני ואתקדש לו כתב ג"כ בהנאת מתנה זו שקבלתי

ברצונך והתם הא ליכא הנאת ערב כלל שלא נתן הכסף עבור הקדושין אלא דבהנאה זו שקבל ברצונה בזה מקדשה [ובזה קשה יותר כמו שהעירוני דהא מה דמתקדשת גבי מדין שניהם אע"ג דלא מטי הנאה לידה הוא מדין ערב ובערב המלוה זוכה בחיובו של ערב שהוציא ממון על פיו, אבל בקידושין מדין שניהם, שאמרה תן לפלוני ואתקדש לו קשה מה שייך שיזכה הנותן זכות כזה בהאשה שתהא מחוייבת להתקדש לפלוני, ובשלמא במדין ערב זוכה אצלה חיוב שזה יהי' תשלום חיוב הערבות שלה, אבל במדין שניהם אין שייך שיזכה בחוב שתתחייב לאחר].

ואפשר לומר דלא אמרו טעם דבההוא הנאה אלא משום דבעי מעיקרא לומר דתלי בדין אסמכתא, דערב הוי אסמכתא וע"ז אמר דבההיא הנאה דקא מהימן לי' גמר ומשעביד נפשי', אבל בעיקר חיובו שיתחייב בחיוב אחריות לא בעי טעמא דהנאה, דגם בלא זה כיון שהוציא ממון על פיו מתחייב מדאורייתא, ונגמר ההתחייבות בזה שחברו הוציא ממון על פיו וכמו שנגמר ענין שכירות בדבור, ולכן גבי ערב שייך דסמך שהלוה ישלם, וכאן בקידושין הא לא שייך אסמכתא דהא נותן מתנה, אבל אינו מיושב עוד דמ"מ כיון דנימא דמה דמשתעבד גבי ערב הוא משום הנאה דמהימן לי' א"כ מנ"ל ללמוד לדין קדושין דבערב דקדושין הא ליכא הנאה, וצריך לומר דבאמת ליכא הך טעמא דקא מהימן לי' אלא בערב דב"ד דבההיא הנאה שהאמינוהו ב"ד משתעבד, אבל מה שהאמינו המלוה אין זה חשיבות שישתעבד משום ההיא הנאה, ולכן שפיר ילפינן גבי קדושין דמתקדשת משום ההיא הנאה שנעשה רצונה ונהנה פלוני בגללה, ואפשר לומר גבי ערב ג"כ טעם זה של הרמב"ם שנהנה הערב במה שנעשה רצונו וקבל הלוה ההלואה, ובזה מתחייב שהוציא חברו ממון על פיו וה"ה לקדושין.

והנה הרמב"ם בפי"א מהל' מכירה הל' ט"ו המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל אע"פ שלא הי' חייב לו כלום הרי זה חייב שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה וכו' או שאמר לו בפני עדים הרי אני חייב לך מנה בשטר וכו' אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא הי' לו אצלו כלום שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב, עכ"ל. ומוכח מזה שלמד הרמב"ם דין מתחייב עצמו מדין ערב דבערב אין עיקר החיוב משום שהוציא ממון על פיו, רק זה שהתחייב עצמו, ולכן גם בהתחייב עצמו בפני עדים או בשטר ג"כ מתחייב, ועי' מש"כ בזה שם על דברי הרמב"ם אלו, דאף דהרמב"ם מייתי ראי' מערב בשעת מתן מעות, דשלא בשעת מתן מעות הא בעי קנין ואין ראי' למתחייב עצמו בלא קנין, ובשעת מתן מעות הא איכא סברא דעל אמונתו הלוהו, וכתבתי שם דסברת הרמב"ם דאי לא הי' אדם יכול להתחייב

בדברים בלא קנין לא הי' מהני מה דעל אמונתו הלוהו כיון שאין זה מטעם שהזיקו אלא הביאור דבזה שהלוהו על אמונתו גמר ומשעביד נפשי' עי"ש, ולכן שפיר אף לפמש"כ לדברי הרמב"ם דבין ערב דקידושין ובין דהלואה יש לערב הנאה שנעשה רצונו ומ"מ סובר הרמב"ם דנלמד מזה מחייב עצמו, והיינו משום דההנאה אינה גורמת אלא שיסכים להתחייב באמת ולכן כשאמר אתם עדי שודאי התחייב אפשר שיתחייב בדבור בלא קנין וסברא דעל אמונתו הלוהו מועלת דאין צריך לומר אתם עדי דכיון דעל אמונתו הלוהו גמר והתחייב גם בלא אתם עדי.

והנה הרשב"א כתב בסוגיא זו וז"ל דערב נמי בההיא הנאה דקא מהימן לי' משתעבד ולא מחמת גוף הממון ממש שאינו מקבלו, וכ"כ הרמב"ם האשה שאמרה תן דינר לפלוני וכו' הא"מ בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך ה"ז מקודשת ע"כ, ומשמע מתוך דבריו דלעיקר חיובו בעינן הנאה ובלא הנאה לא משתעבד כלל בדין ערב ומפורש כן בריטב"א דעיקר החיוב הוא בהנאה שהלוהו על אמונתו והנאה בכל דוכתי חשיבא ככסף עי"ש. וצ"ל דסברי דכיון דמסיק בגמ' דאיכא הנאה לערב שהלוהו על אמונתו א"כ אין לנו ללמוד ערב בלא הנאה ולפ"מ שכתבתי להוכיח מדברי הרמב"ם בפי"א מהל' מכירה דעיקר דין ערב הוא משום דיכול אדם להתחייב בדבר חדש, ועל אמונתו הלוהו מועיל שלא יצטרך לומר אתם עדי, ומ"מ מהני מדין ערב גבי קדושין, ואף דגבי קדושין הא צריך שיתן לה פרוטה ובזה שתתחייב לא מהני דהוי כנתנה היא, אכן הביאור הוא שבזה שמקבלת הנאה מתחייבת היא בדין ערב, בזה שהוציא ממון על פי' והיתה מחוייבת להחזיר לו המעות, ובזה מתקדשת, וא"כ צריך לבאר דגבי קדושין הא אין צריך לראי' דודאי רצונה להתקדש ולא דמי לערב דאינו רוצה להתחייב ורק ע"י הנאה אמרינן דמתחייב, אבל בקדושין שאמרה תן דינר לפלוני ואתקדש אני לך מה צריך לדין הנאה, ואולי דאף דאשה רוצה להתקדש מ"מ לא נימא דרצונה להתקדש בלי כסף קדושין ולכן לא נימא דרוצה להתחייב בדין ערב ולהתקדש ע"י זה, ולכן אתי עלה מדיש לה הנאה מקודשת.

ולכאורה יש לתלות בזה מחלוקת הראשונים בזרוק מנה לים אם נאמר דמתקדשת מדין ערב דאי נימא דערב משתעבד בהוצאת ממון לחוד לפי"ז אין חילוק בין ערב בשביל בר דעת או זרוק מנה לים דעכ"פ הוציא ממון על פי' אבל אי נימא דדין ערבות אינו אלא בשביל הנאה דקמהימן לי' ובל"ז לא מהני להתחייב א"כ שפיר חילקו בין ערב בשביל בר דעת לזרוק מנה לים, אכן הרשב"א האריך בזה בדף ח' והביא ראי' לזה מדברי הירושלמי שאם אמר תן מנה לחרש ואתקדש אני לך אינה מקודשת, ולפי שאינו בר זכיה וא"א לה להתחייב מדין ערבות, ולפמש"כ דחיובא דערב הוא בשביל הנאה וע"כ

דאין הנאה לערב אלא דמתחייב עבור הנאתו של חברו [וכמש"כ הריטב"א דמה דאמרי' בההיא הנאה דקמהימן לי' אין הכוונה שבזה שנחשב מהימן אצלו דהו"ל הנאה אלא דבזה שהלוהו ונעשה רצונו שיהנה חברו] וא"כ הי' אפשר דבנתן לחרש ונהנה החרש אף דאינו קונה מ"מ לא הוי כזרוק מנה לים, ושפיר יכול להתחייב עליו, והרשב"א אתי עלה מטעם אחר, דאמרי' דנתחייב בקנייתו של חברו והוי כעין גדר שליחות דאם הי' אומר לחברו שבור כלי בלא דין דאשלד"ע הי' מתחייב בה מדין שליחות, ולכן בערב דבזה שקנה פלוני מחברו והוציא מעותיו מתחייב ולכן בעי שיהי' בר קנין ובזרוק מנה לים אין במה להתחייב וה"ה בחרש דכיון דאין לו קנין אינו מתחייב בדיני ערב.

עכ"פ נתברר דשי' הרשב"א והריטב"א דבערב בעי הנאה להתחייב, והוסיף הריטב"א להסביר דהנאה בכל דוכתא חשיבא ככסף, וצריך להסביר דא"כ מאי חידוש יש בדין ערב כיון דהוא כסף בכל מקום, וצ"ל דבאמת אם הי' מוכר לו הנאתו והי' אומר לו שבשביל זה שיעשה הנאתו יתחייב בכו"כ אה"נ דהי' מתחייב אבל הכא עיקר ההתחייבות הוא בשביל הוצאת הממון להלוה והנאתו אינה אלא בגדר נתינת פרוטה להתחייב בשבילה, וזה פשוט דאם יתן ראובן לשמעון פרוטה שיתחייב לו בשבילה מנה לא יתחייב דא"א להתחייב באופן זה וא"כ גבי ערב הא לא נתחייב בשביל הנאתו לומר שההנאה שוה אצלו כל המנה וע"כ צריך הוא להתחייב על קנייתן של אחרים וזהו חידוש דין דערב.

ב) **וכן** אם אמרה לו, כתב המ"מ והרשב"א ז"ל תמה על רבינו למה הוצרך לפרשה בשאמר מי שנתקדשה לו ה"א מקודשת בהנאת מתנה שקבלתי ברצונך, עוד כתב ואדרבה לכאורה משמע דכל כה"ג קרוב להיות כהילך מנה ואתקדש אני לך דאינה מקודשת אלא באדם חשוב בדוקא, ודברי תימה הן אצלי דהא ע"כ אם נפרשה שזהו שליח ודאי אמר לה השליח דאל"כ הא הוי נתן הוא ואמרה היא שאינם אלא קידושי ספק וא"כ יפה כח שליח יותר ממשלחו, ומה שהקשה דלכאורה משמע דכל כה"ג אם אינו אדם חשוב אינה מקודשת אני אומר לדבריו א"כ יפה כחו ממשלחו שכשהשליח מקדשה בכה"ג מקודשת וכשהמשלח אומר כן לא תתקדש וע"כ דחילוק יש בדבר דשם חסרה ממון אבל כאן אינה חסרה ממון כלל ונהנית שמתקיימת מצותה בממון של אחרים עכ"ל, ועי' בא"מ סי' כ"ט ס"ק ח' שהאריך בזה ורצה לבאר דהרשב"א משיג על הרמב"ם שכ' שמקדשה בהנאת מתנה שקבלתי ברצונך וזה אי אפשר להתחייב מדין ערב דבערב מתחייב בזה שהוציא ממון על פי' ולכן צריך לומר בהנאה שהוציא פלוני על פיך, ולפמש"כ דגם בדין ערב מתחייב בהנאה שמקבל חברו שרצה שילוה לו ושפיר

מהני מה שיאמר לה המקדש בהנאת מתנה שקבלתי ברצונך, דזה עיקר חיובו בדין ערב לשי' הרשב"א וכמש"כ.

והנראה בביאור דברי הרשב"א דז"ל הרשב"א בחידושיו על הא דהילך מנה והתקדשי לפלוני דמקודשת מדין עבד כנעני, וכ' הרשב"א והרמב"ם פירשה לזו כגון שחזר מי שנתקדשה לו ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאה זו הבאה לך בגללי, ואיני יודע מי דחקו ע"ז שהרי אין זה כדין עבד כנעני ממש אלא בשנתן ראובן ואמר ראובן שתהא מקודשת לשמעון כפירושן של ראשונים ז"ל, ואח"כ הקשה על מדין שניהם שהביא המ"מ, וביאור דבריו דיש חילוק גדול בין מדין ערב למדין עבד כנעני, דגבי מדין ערב הביאור דכיון שנתן ראובן כסף עפ"י ציוויו של שמעון והוציא ממון על פיו אמרינן דהוי כמו שקבל שמעון הכסף ומתחייב בזה ולכן גם גבי קדושין הו"ל כאילו קבלה היא הכסף שנתן על פי', אבל במדין ע"כ לכאורה נאמר דמה שנתן לה ראובן מעות הוי כאילו נתן לה שמעון המעות ומקדשה בזה מכיון דהוא הגורם לנתינת המעות, אבל א"א ללמוד זה מדין ע"כ דבע"כ אם נאמר דחשוב כאלו העבד נתן הדמים איך יוצא בזה לחרות דהעבד אין לו זכויות כיון דיד עבד כיד רבו כמו שממון של עבד אינו שלו כך זכויותיו אינם שלו ומה דאיכא מ"ד דע"מ שתצא בו לחרות מהני היינו דאז הוי כמו כסף של אחרים, אבל העבד מצד עצמו אי אפשר שיהי' לו זכות לגבי האדון וע"כ הא דמהני היינו דכסף של אחרים מהני ולכן גם מדין ע"כ אינו כמו שהמקדש נתן לה הכסף אלא דמהני כסף של הנותן עבורו ולא בעינן נתינת המקדש ולא דררא דידי' כלל.

ולכן זהו שהשיג הרשב"א על הרמב"ם לפי שמפרש במש"כ הרמב"ם בהנאה הבאה ליך בגללי דכיון שבאה הנאה בגללו והוא הגורם לזה הוי כמי שנתן הוא וע"ז הקשה דאין זה כדין ע"כ ממש אלא בשנתן ראובן ואמר ראובן שתהא מקודשת והיינו דנתינת ראובן ואמירתו עושים הקדושין, והביא הרשב"א עוד דברי הרמב"ם גבי מדין שניהם שכ' הרמב"ם וכן אם אמרה לו תן דינר לפלוני ואקדש לו וקידשה אותו פלוני ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאת מתנה זו שקבלתי ברצונך, והיינו שמקדשה בהנאת קבלתו וזה מוכרח אם נסבור דגבי מדין ע"כ צריך שיהי' המקדש בגדר נותן דהיינו מה שנתן האחר הוי כמו שהמקדש נתן, אבל באמת הם תרתי דסתרי דתן מנה לפלוני ואתקדש אני לו, ע"כ נאמר דמה שהוא קבל הוי כמו שקבלה היא ומה שנתן הנותן הוי כמו שהמקדש נתן ואיך נחשבו גם למקבל וגם לנותן, וע"ז הוסיף הרשב"א להקשות דכל כה"ג קרוב להיות נתנה היא דאם נחשבהו לנותן בשביל שהוא גרם הנתינה א"כ קרוב להיות גבי מדין שניהם שהיא הנותנת כיון שגרמה הנתינה וא"כ הוי כנתנה היא ואמר הוא דלא

מהני אלא באדם חשוב.

ובמה שכ' המ"מ אלא ודאי יש חילוק בין זו להההיא דבעינן אדם חשוב דהתם היא אומרת הילך וכו' זה מתנה משלה והיא חסרה ממון ולפיכך בעינן חשוב בדוקא ושלא בחשוב במה תתקדש אבל כאן אינה חסרה ממון כלל והיא נהנית שמתקיימת מצותה בממון של אחרים, נראה דבזה גם הרשב"א הרגיש דחילוק גדול יש בזה דבהילך מנה ואתקדש לך הא אי אפשר להיות שום הנאה חוץ מזה שמקבל ממנה המתנה, אבל הכא הא לשי' הרשב"א כיון דאתינן עלה גם מדין ערב ע"כ יש לה הנאה מזה שקבל, דאי לא"ה לא היתה מתחייבת בזה מדינא דערב וכמש"כ, ומ"מ סובר הרשב"א דלנותן לא נוכל לחשבו בזה שקבל אלא באדם חשוב שעצם קבלתו הוי נתינה מצדו, וע"כ דהוא כשיטתו דבמדין ע"כ לא צריך כלל שהמקדש יהא הנותן, ונתינה מצד הנותן מהני בשביל המקדש ומה דבעי דלימטי הנאה לידה בזה מהני מדין ערב שיחשב כאלו הגיע מתנה לידה, אכן לפי שי' הרמב"ם דהמקדש הוי הנותן וגם המקבל זה סובר הרשב"א דא"א אלא באדם חשוב.

והנה כל זה בארנו בדעת הרשב"א אכן בדעת המ"מ נראה דאינו מפרש כהרשב"א דמש"כ הרמב"ם שצריך שיאמר לה הרי את מקודשת בהנאת מתנה זו שקבלתי ברצונך או בבבא דע"כ בהנאת מתנה הבאה לך בגללי דבזה הוי כאילו המקדש נתן לה דאם נאמר כן הא אין התחלה לדברי המ"מ במה שיישב ד' הרמב"ם דאם הוא שליח ע"כ שיאמר לה השליח התקדשי לפלוני בהנאת מתנה זו שנתתי לו ברצונך וא"כ יפה פי' רבינו שאין כאן צורך לשליח, וזה תימה דאיך למד מאמירת הנותן בהנאה שנתתי על פיך לאמירת המקבל בהנאה שקבלתי שזה היפוך ממש, דבזה שנתן על פי' הוא מדין ערב ובהנאה שקבלתי מתנה זו בגללך אם נימא דבזה הוי כמו שנתן לה המקדש א"כ הוי מדין עבד כנעני וא"כ אין התחלה לדברי המ"מ וביותר דלפי"ז הא לא צריך כלל לדין ערב כיון דהמ"מ סיים דכאן מתקדשת בהנאת קבלתו גם בלא אדם חשוב א"כ למה צריך כלל לדין ערב דבמדין ע"כ לחוד סגי.

ולכן מוכח דהמ"מ מפרש בדברי הרמב"ם מש"כ בהנאה הבאה לך בגללי דהיינו זה שנתן לך בגללי כדי שתתקדש לי ובזה אני מקדש אותך וכן גבי מדין שניהם שכתב בהנאת מתנה זו שקבלתי, היינו בזה שנעשה רצונה וקבל, אבל ההנאה הוא מצד הנותן ובזה הוא מקדשה, והיינו שיכול לקדשה בההנאה שהנותן נותן לה ולכן שפיר הקשה דיפה כח השליח ממשלחו כיון דגם הוא מקדשו בזה שהנותן הוציא ממון על פיה, וזהו כבר מדין ערב, ומה שהרשב"א ביאר ד' הרמב"ם באופן שכתבנו הוא משום דחלוקים

בעיקר דין עבד כנעני דהרשב"א סובר דכיון שאחרים הם הפודים ולמ"ד זכות הוא לעבד מהני אפי' שלא מדעתו ע"כ שהם המוציאים אותו לחרות, ולומדים מזה לקנין קדושין דיכול אחר לקדש אשה לחברו בכסף שלו אם שלחו חברו לקדשה וא"כ אי אפשר שהמקדש בעצמו יקדשנה אם לא בשליחות הנותן ולכן ע"כ פי' בד' הרמב"ם שכתב בגללו דהיינו דהוא כמו שנתן הוא את הכסף וע"ז הקשה דאין זה כדין ע"כ, ולא קשה על הרשב"א קושית המ"מ דא"כ יפה כח השליח ממשלחו, דלשי' הרשב"א דוקא השליח יכול לקדש דאינו שליח אלא על הקדושין אבל מעשה הקנין עושה בעצמו ומקדש בשביל חברו בתורת זכות וכמו שהביא מדברי בעל העיטור דאפי' לא עשאו שליח אלא דארציה קמי' מהני, אבל הרמב"ם סובר דדין ע"כ הוא דכמו שהעבד יוצא בממון של אחרים והנתינה של אחרים מהני להעבד לכן במקדש נתינה של הנותן מהני להמקדש ולכן שפיר כתב הרי את מקודשת לי בהנאה זו הבאה לך בגללי, ונמצאו דברי הרשב"א והמ"מ ברורים ומחוורים כשמלה ב"ה.

והנה לפמש"כ בזה דהרמב"ם והרשב"א מחולקים בפירושא דדין ע"כ, יש לעיין במש"כ המל"מ בהל' א' להסתפק בקידשה באיסוה"נ והיא חולה שיכולה ליהנות מהם וכל כה"ג שחקר המל"מ באופן שיש קבלה ואין נתינה מצד המקדש והביא זה מהרדב"ז, שמקודשת מדין ע"כ ע"ש ולפי דברינו תלוי זה במחלוקת שכתבנו דלשי' הרמב"ם דנתינת הנותן מהני למקדש שפיר נוכל לומר כהרדב"ז דגם בלא נתינה מקודשת, אבל להרשב"א דע"כ היינו שהנותן הוא המקדש, ולא מהני שהמקדש יעשה מעשה קדושין בנתינתו של הנותן א"כ אדרבא דמשי' הרשב"א מוכח דבאיסוה"נ אינה מקודשת כיון דבעי נתינה בקידושין.

ועיין עוד שם במל"מ שתלה חקירתו בהא דבעי בגמ' שתי בנותיך לשני בני בפרוטה מהו בתר נותן ומקבל אזלי' והא איכא ממונא או דלמא בתר דידהו אזלי' והא ליכא, ומבואר שם בתוס' דבתר נותן לאו דוקא דאיהו מתורת שליחות מקדש ואין כח שליח יפה ממשלחו, והבעיא הוא אם בתר מקבל אזלי' עי"ש עכ"פ מוכח דלעולם אין הולכין אחר המקדש אלא דהבעיא כאן אי אזלינן בתר אב שהוא המקבל או בתר בנות שהן המתקדשות, ומדברי התורי"ד הביא דנותן דוקא דכיון דהשליח נותן כסף משלו אי אזלי' בתר נותן סגי בפרוטה אחת, ולפמש"כ מבואר דמחלוקת זו היא ממש פלוגתת הרמב"ם והרשב"א דלשי' התוס' דנותן לאו דוקא הוא ע"כ כשי' הרמב"ם גבי ע"כ דנתינת הנותן מהני למקדש ולכן אי הוי אזלי' בתר נותן לא היו הבנים יכולים לקדש בנתינת האב דהא ליכא פרוטה לכל חד, וע"כ דבתר נותן לא אזלינן רק בתר מתקדשת, ובעי אי בתר מקבל

דהיינו האב או בתר בנות, אבל בשי' התורי"ד מפורש כמש"כ בשי' הרשב"א דהיינו דכיון דהאב עושה מעשה הקידושין מדין ע"כ כיון שהוא הנותן הוי ממש כמו האב המקבל בשביל שתי בנותיו ולכן אי בתר נותן ומקבל אזלי' סגי בפרוטה אחת.

אלא דמזה שבארנו דהרשב"א סובר כהתורי"ד דבתר נותן דוקא משום דהוא המקדש, יהי' סתירה לדינו גבי מכרן וקידש בדמיהן, שכתב הרשב"א דאע"ג דדמיהן אסורין למקדש כמש"כ רש"י בפ"ק דחולין, מ"מ כיון שהיא מותרת ליהנות מהן קנאתו ומתקדשת דומיא דמקדש בגזל אחרי יאוש דאף דיאוש כדי לא קני מ"מ כיון שברשותה הוי ש"ר מתקדשת בהן, ולפמש"כ צריך ביאור דהכא לא הוי נתינה מצד הנותן, ובקידשה בגזל אחר יאוש הי' אפשר לומר לפמש"כ לעיל בהל' ז' דע"כ צריך להיות הוא המקנה ואם יטול הלוקח מאליו לא מיקרי זה ש"ר וכדמוכח מהא דרשות יורש לאו כרשות לוקח ע"ש מש"כ בזה לכן מיקרי נתינה מצדו אבל גבי איסוה"נ כיון דאסורין למחליף ולא הוי דמים גבי', לא תתקדש, אכן הרשב"א בקידושין דף נ"ו למד דין איסוה"נ מגזל לאחר יאוש וכן הר"ן וכמש"כ הגר"א בסי' כ"ח סק"ד.

והנה הרשב"א הק' בדין ע"כ שכתבו הראשונים דבעי' שיעשהו שליח או דאירצי קמי' וגלה דעתו דניח"ל אבל אם הלך בעצמו וקידשה אפי' הודיעו לבסוף ונתרצה כיון שבשעת קדושין לא ידע אינה מקודשת, והק' הרשב"א והלא זכין לאדם שלא בפניו והכא זכות הוא שתהא אשה זו קנוי' לו, ולכאורה קושיתו צריכה ביאור אם נאמר דאין דין קדושין כדין חפץ דעלמא שאפשר לקנות עבור חברו, ובקדושין בעי' שהמקדש עצמו יקנה או שלוחו, ודין ע"כ נפרש דהיינו שהוא מקדש בכסף שנתן פלוני עבורו, א"כ מאי שייך כאן דין זכין לאדם שלא בפניו ומאי מהני הא דארצוי' קמי' מעיקרא וגלה דעתו דנח"ל, דבקדושין הא ל"מ כה"ג, וע"כ דסובר הרשב"א כדכתבנו דדין ע"כ היינו שהנותן מקדש עבורו.

ונראה דמשו"ה לא שייך דין ע"כ גבי רבית דהיינו אם אחר יתן רבית עבור הלוה דמצינו להדיא דשרי לאיניש למימר לי' לחברי' הילך ד' זוזי ואוזפי' לפלניא זוזי, ובדין ערב כ' התוס' מפורש בדף נ"ז ע"ב ד"ה לספק ובדף ע"א ע"ב ד"ה מצאו דהוי רבית וכאילו נתן למלוה עצמו, והיינו דבדין ערב אנו אומרין דמה שנתן לפלוני עפ"י ציוויו הוי כאילו קבלו הוא בעצמו וא"כ ה"נ הוי שפיר רבית הבאה מלוה למלוה, אבל גבי ע"כ דהביאור שהנותן נותן עבור המקדש וה"נ הוא נותן עבור הלוה ולא הוי רבית הבאה מלוה למלוה, והנה הרא"ש בב"מ שם כתב ע"ז דלא יאמר הלוה למלוה אני לא אתן לך, אבל פלוני יתן לך לאהבתי, משום דנראה כשליח ואסור ומוכח מדברי הרא"ש דאין זה מדין עבד כנעני,

דבדין ע"כ הי' זה רבית קצוצה כמו גבי דין ערב, והרא"ש לא אתי עלה אלא משום דנראה כשלוחו, ומשום דאין דין ע"כ כלל גבי רבית שלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה, אכן הגר"א ביו"ד סי' ק"ס ס"ק כ"ה כתב דהוי כהילך מנה והתקדשי לפלוני, משמע דס"ל דהוי דאורייתא, וכן בסעיף ט"ו כתב המחבר יש אומרים שאסור לומר לו אמור לפלוני שיתן לך ד' דינרין ואלוה לך מעות, והאריך הט"ז לבאר ללמוד דין זה מדין הילך מנה ואתקדש לך דמקודשת באדם חשוב, [ובמה שהאריך לבאר דגם בקידושין אם אמרה לו אמור לפלוני שיתן לך מנה ואתקדש לך דמקודשת גם בלא אדם חשוב כיון שלא חסרה ממון ולא בעי אדם חשוב רק כשחסרה ממון, ודברי הט"ז תמוהים בזה שטרח גבי קדושין דהא מפורש בגמ' דמהני מדין שניהם, ואולי כיון לד' הרשב"א שכתב דבאופן זה שכתב הרמב"ם גבי מדין שניהם שאמר לה הרי את מקודשת לי בהנאת מתנה זו שקבלתי ברצונך, וכ' ע"ז הרשב"א דהוא קרוב להיות כהילך מנה ואתקדש אני לך דאינה מקודשת אלא באדם חשוב, ונתכון לזה הט"ז דאף דהוא מדין שניהם הי' צריך אדם חשוב, וביאר דבזה לא בעי אדם חשוב כיון דהיא לא חסרה כלום וניחא לה שיקבל מתנה, או דאיירי הט"ז שהנותן לא נתן כלל על דעת קדושין ולא על דעת רבית ולכן ליכא ערב, אכן מה שהאריך להלכה למעשה אם בכה"ג שאינה חסרה ממון צריך אדם חשוב וכ' דלא נסמוך ע"ז לקולא על דעתנו ורק לחומרא, נשמט ממנו לפי שעה שהדברים מפורשים בהמ"מ כאן] והגר"א בס"ק ל"א כ' דהוי כתן מנה לפלוני ואקדש אני לו דמקודשת מדין שניהם ודלא כב"ח גם בט"ז דחק בזה בחנם עכ"ל והיינו שהב"ח חולק בעיקר הדין, ובדעת הט"ז אם נפרש כדפירשנו צ"ב בד' הגר"א דלמה טרח בחנם דלענין קדושין באה"ע סי' כ"ט נראה שהסכים עם דברי המ"מ דהיינו ממש כדברי הט"ז עי"ש, ואולי לזה גופא נתכון הגר"א במה שטרח הט"ז בציורים שלא כדברי הגמ' בסוגיא דמדין שניהם, וכאילו הי' דבר חדש ובאמת מוכח כל זה מקדושין בדין שניהם וכמש"כ המ"מ, עכ"פ מדברי הגר"א מוכח דהוי דאורייתא, ומדין עבד כנעני.

אכן באמת מסוגיא דהמקדש במלוה בקדושין דף ו' מוכח דלא הוי אלא הערמת רבית דמוקי בגמ' בדארוח לה זימנא ופיר"ת שהיתה חייבת ממון והגיע זמנו לפרוע ובא זה ונותן למלוה פרוטה לארווחי לה זמנא וקידשה באותה הנאה, והקשו בתוס' ואמאי אסור לעשות כן והא שרי לי' לאינש למימר לחברי' שקול ד' זוזי ואוזפי זוזי לפלוני דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה, וי"ל היינו שאין הלוה נותן כלום לנותן אבל אם היה נותן הי' נראה כשלוחו ואסור, עכ"ל, ומוכח דלא הוי אלא הערמת רבית, וע"כ דבכל אופן לא הוי אלא הערמת רבית אפי' היכי שחוזר ונפרע מן הלוה, דהא הכא הוא נפרע

מן הלוה בזה שמקדשה לו, [ובזה קשה טובא דכיון שחוזר ונפרע הו"ל שלוחו ממש, זולת דנימא דמשום אין שליח לד"ע נגעו בה, ויש לעיין בזה אי מיקרי השליח בר חיובא, ואין לומר דדמי למש"כ התוס' בב"מ בדף י' ד"ה דאמר לישראל, דבכהן דאמר לכהן מיקרי בר חיובא הואיל ואם מקדשה לעצמו חייב, דהתם לא חסר רק דמיון זה דאם הי' מקדשה לעצמו, אבל הכא מה שהוא נותן בשביל הלוה כסף אם הי' נותן עבור עצמו לא עשה עוד בזה שום איסור כל זמן שאינו לוה, וא"כ אפשר דכל זמן שאינו לוה, הו"ל לגבי לוה כישראל לגבי כהן, אכן אפשר לומר דזה אינו אלא דכיון דאם הי' לוה ונותן רבית עבור עצמו הי' חייב מיקרי בר חיובא כשנותן עבור חברו, ובאמת מוכח כצד זה משי' רש"י שכתב המרדכי דרבית ע"י שליח מותרת דלא הוי רבית הבאה מלוה למלוה ואי משום שליחות אשלד"ע, ומצאתי מזה במל"מ פ"ה מהל' מלוה, אכן בט"ז בסי' ק"ס ס"ק י"א חלק בזה וכן הגר"א כ' וטעות גמור הוא] וא"כ תחזור קושיא דאמאי לא הוי כאן אלא הערמת רבית וע"כ כדברינו דעבד כנעני לא דמי לערב דערב הוי כמו שהמקבל קבל בעצמו כיון שנהנה ולכן הוי רבית קצוצה כדהבאנו מדברי התוס' בדף נ"ז ע"ב ד"ה לספק שכתבו דאפי' מדאורייתא נראה דאסור וכן מדבריהם בדף ע"ח ע"ב, אכן בעבד כנעני לא אמרינן דהוי כמו שהוא נתן וא"כ כיון שמדין ע"כ לא הוי רבית מדין שליחות הא לא הוי שליח ממש כיון שאין המעות של לוה ולא קנאם מעולם ורק דנראה כשלוחו וכן מוכח מדברי הרא"ש שכלל דין התוס' שלא יחזור ויפרע מן הלוה, ואח"ז הביא דינו שלא יאמר פלוני יתן עבורי באיזה צד מאלו הדרכים נראה כשלוחו ואסור, ומוכח דהוא חד דינא ואין איסורם מן התורה וכדברינו דאין דין ע"כ ברבית.

ובעיקר דין זה דרבית ע"י שליח שהשיגו הט"ז לולא דבריהם הי' אפשר לדון בזה מטעם אחר דההלואה שנעשית ע"י שליח לא חלה כלל ולא נגמרה ויש רשות להמלוה לחזור ולתבוע המעות מהלוה דכיון דאין שלד"ע לא נגמר הקנין וא"כ הוי כמו שהמעות אצל הלוה בפקדון דמבואר בחו"מ סי' רצ"ב דאפילו נשתמש מותר ליתן רבית ואפשר דמש"כ המרדכי לשון דלא אסרה תורה אלא רבית וכו' והשליח אינו עושה שום איסור וכו' היינו רק הסבר הדבר דבעינן דין הלואה ממלוה ללוה וכאן המלוה לא הלוה לו המעות ולכן אף שאחרי שנשתמש ע"כ נעשה הלואה ואין זה גזל דאנן סהדי שלא הקפיד המלוה מ"מ אין זה רבית מלוה למלוה ויש לבאר ואכ"מ].

ג) **והנה** במש"כ הרמב"ם ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך, שכתב המ"מ וכ"כ הר"ן, דבלא אמר לה הו"ל נתן הוא ואמרה היא, והנה לפ"מ שכתבתי בפ"ג הל' ב' דבאמרה היא מכיון שאמרה הריני מקודשת לך אפשר דהכונה

שתתקדש אליו וגם הוא מסכים לזה שתלקח היא אליו, יהי' צריך לומר גם כאן דבזה שאמרה תן מנה לפלוני ואתקדש לך היינו שתלקח אליו ולכן הצריך הרמב"ם שיאמר לה הא"מ בהנאת מתנה זו [ועיין בא"מ סי' כ"ז תפס לעיקר בד' הר"ן משום דשתיקתו ל"מ דאין ראי' שמסכים שיכול לקחת שני' ובעי שתיקה דידה עי"ש, והוא פלא דהמעיין יראה דהר"ן כ' זה רק בדרך הו"א לדחות דבריו הקודמין].

אך יש לבאר בזה דכשאומר לה אח"כ הא"מ לי במה הוי קידושין, דממ"נ אם נתקדשה מקודם למה צריך לומר לה כלל הא"מ לי בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך ואם לא נתקדשה א"כ איזו ראי' יש משתיקתה שמסכמת גם עכשיו לקדושין כיון דהוי שתיקה לאחר מתן מעות דל"מ אפי' בשדיך, ואף דבשדיך אמרינן דודאי מרוצית להתקדש דהא מהני אפי' בגזל דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי, והיינו דכיון דשדיך אמרינן דודאי נתרצתה, ולכאורה צריך לבאר אמאי לא מהני שדיך בפקדון, וע"כ דגבי גזל יש עכ"פ מעשה קבלה רק דאנו יכולים לבטל ראית הקבלה ולומר דהוא משום דדידה הוא, אבל מכיון שיש לנו אומדנא ע"י דשדיך מעיקרא, א"כ יש כאן מעשה המסכמת מצדה, אבל היכי שאין מעשה מצדה כלל אינה מקודשת אפי' בשדיך, ולכן בפקדון אף שיש לנו אומדנא על רצונה כיון שאין מעשה המסכמת מצדה לא נעשה אותה למקודשת, וא"כ גם הכא איברא דאמרה ואתקדש לך אבל בשעת הקידושין הא לא הי' מעשה מצדה והוי שתיקה דלאחר מתן מעות, ודוחק לומר דכיון שאמרה ואתקדש לך עדיפא, ועוד דיש להקשות גם על קדושין מצד המקדש איך הוי קדושין כיון דבשעת נתינה לא נתקדשה א"כ במה מקדשה עכשיו הא הוי עכשיו קידשה בחוב, ואם נימא דבזה שנתן לפלוני הוי נתינה לשם קדושין א"כ הדר תיקשי למה צריך שיאמר לה הרי את מקודשת לי בהנאת מתנה זו, והי' אפשר דהוי כמו הוכיח סופו על תחלתו דהי' נתינה לשם קדושין, אבל באמת הוא ספק בגמ' חולין דף ל"ט אי אמרינן הוכיח סופו על תחלתו דלא אמרו בה לא איסור ולא היתר, והי' עלינו לומר דכשנותן הכסף לפלוני אמר לו שהוא בשביל קדושין לפלונית, וממילא דהמתנה תלוי' שאם לא תתרצה בקדושין תתבטל המתנה, ולכן לא הוי קדשה בחוב דעכשיו מתחייבת מדין ערב כיון דעי"ז מתקיימת המתנה, אך לא משמע כן דהי' להרמב"ם להתנות כן, דבסתמא שפיר אפשר שיתנהו לו ולא ידבר עמו כלל. [ולפ"מ שכתבתי בפ"ה הל' י' בסוף דברינו שם אפשר דשייך גם הכא הוכיח סופו].

ונראה דלענין נתינת הכסף לשם קדושין אין כאן חסרון כלל אף קודם שאמר לה, דשפיר דמדין ערב הוי נתינה לשם קדושין, אלא דהביאור הוא שא"א שתתקדש על פי חיובה

כל זמן שאין רצון ממש בשעת הקדושין, ולכן הכא דלא הי' אלא דבור בעלמא ועפ"י דבורה אי אפשר לה אלא להתחייב בשביל שהוציא על פי' ממון, אבל לא להתקדש, ואף דבמקדש לאחר ל' לא איכפת לן אף שהיא ישנה בשעת חלות הקדושין, היינו משום דכבר נעשה מעשה הקדושין ולא משום נתן הוא ואמרה היא אתינן עלה וכדברי המ"מ, אלא משום דעפ"י חיובה א"א לה להתקדש, ובזה הי' אפשר לה לחזור בה לפני חלות הקדושין כיון שלא הי' אלא דבור, ואף דלחיוב ממון מדין ערב ודאי היתה חייבת גם אם אינה עומדת על גבו בשעת הוצאת הממון על פי', משום דשם א"י לחזור בה מחיובה שלא מדעת הנותן ואם תחזור בה בפני עדים בלא ידיעת הנותן ודאי חייבת שהרי הוציא ממון על פי' ולא צריך דעתה בשעת נתינה, אבל בקדושין דיכולה לחזור בה בעינן דעתה ורצונה בשעת הקדושין, ובפרט לפמש"כ בפ"ד הל' כ"א דגבי קדושין בעי דעתה לעיקר חלות הקדושין, ובזה נתבאר דברי הרמב"ם בפ"ג הל' י"ח גבי שליח האשה שכתב אומר לו קדשתי' לך והיינו דהשליח הוא המקדש, ולכאורה למה לא סגי שיהי' שליח לקבלת הכסף והקדושין יעשו ע"י האשה עצמה ולמה לנו דוקא שהשליח יהי' לו כח על עיקר הקדושין וע"כ דבזה לא סגי משום דכיון שהיא א"י בשעת הקדושין לא מהני אם לא שהוא שליח על עיקר הקדושין, אכן מכיון שעכ"פ הי' כאן קבלת הכסף לשם קדושין לא איכפת לן אף שעתה אינם בעין, ולא אמרו שתיקה לאחר מתן מעות אלא כשלא הי' קבלה כלל לשם קדושין אבל הכא הי' קבלת כסף קדושין, ורק דבעינן דעתה וזה מהני שיאמר לה אח"כ.

איברא דבארנו דמהא דלא מהני שדיך בפקדון מוכח דבלא מעשה דידה אי אפשר לעשות אותה למקודשת אף דאנן סהדי דניחא לה מ"מ צריך איזה מעשה מצדה וכאן הא לא הי' מצדה מעשה, אך באמת צריך לומר דאין זה עיקר הטעם רק כמו שבארנו בארוכה בפ"ד דצריך בירור על הסכמתה בשעת קדושין, ולכן בשדיך אף דאמדינן דעתה דניח"ל, מ"מ כיון דגם אם אינה רוצה אינה חייבת לעשות שום דבר לא אמרי' בזה שתיקה כהודאה ואין לנו הוכחה על רצויה, אבל היכי שהשתיקה עצמה מוכחת רצונה סגי בשתיקה ואמרינן שתיקה כהודאה ולכן עכשיו שכתבנו דמצד נתינה לשם קדושין אין כאן חסרון, ולכן כיון שהי' כאן קבלת כסף לשם קדושין כשאמר לה הא"מ אם אינה מסכמת לקדושין יש לה למחות, וכיון שלא מחתה יש לנו בירור על רצויה.

אכן אם נאמר סברא זו יש לנו לאמרה בפשיטות בלא כל הנ"ל, אלא דהכא עדיף משדיך כיון שהיא אמרה לו ליתן לפלוני בשביל קדושי', וא"כ עדיף נמי משתיקה לאחר מ"מ כיון דהדבר מוכח דמסכמת אי איתא דלא ניחא לה הי' לה למחות, אך מסוגיא דציפתא

מוכח דהי' לה למחות אינה טענה דפריך בגמ' אטו כלהו נשי דינא גמירי ה"נ סברה אי שדינא להו ומתברי מיתחייבנא באחריותייהו, ומוכח דהיה לה למחות לא מהני אלא דצריך ראי' מהחזקתה וכיון דסברה דתתחייב בזריקת הציפתא אין ראי' מהחזקתה, וכאן נמי אין ראי' מהחזקת אחרים על רצונה.

ולכן נראה דבאמת על הסכמה לקדושין סגי בשתיקה המוכחת ורק דדין כסף הוא דוקא ע"י מעשה המחייב שנוכל לחייב אותו בהכסף דהכי הוא דינא דכסף בין לגבי מכירה בין לגבי קדושין כמש"כ בהל' ט"ו, ולכן כיון שאין מעשה המחייבת אין כאן דין כסף המחייב דקנין כסף הוא דוקא ע"י קבלת הכסף, וכ"ז בסוגיא דציפתא אבל כאן כיון דכבר יש כסף המחייב, דמדין ערב הוי כאלו קבלתם בעצמה ורק דחסר דעתה ורצונה בהקדושין בזה סגי ברצון המוכח ע"י שתיקה דהי' לה למחות.

והנה בקצוה"ח סי' רמ"ד ס"ק ב' במי ששלח להוליך מתנה לפלוני אם יכול למוסרה לשליח אחר, וכ' דלדעת הסוברים דבקדושין הו"ל מילי משום דביד האשה לסרב להתקדש א"כ ה"ה במתנה דהו"ל מילי כיון דאם לא ירצה המקבל לא הו"ל מתנה, ובנתיבות השיג עליו דלא בעינן דיני שליחות אלא בניטין וקדושין בגט משום דבעינן מיד ליד, ובקדושין משום דבעינן אמירה ונתן הוא ואמרה היא ל"מ, אבל במתנה הא אפשר לתת ע"י קוף, והביא ראי' מזה דיכול לשלוח גט ע"י כותי לשליח שמינהו בכתב עי"ש, ולפ"מ שכתבנו מה דבעינן שליחות בקדושין אין הטעם משום דבעינן אמירה אלא דכיון דכתבנו בסברת הרמב"ם דשליח האשה ע"כ צריך שיהי' שליח גם על עיקר הקדושין, ובשליח רק כדי לקבל הכסף ל"מ כיון דבעי דעתה בשעת הקדושין, ולכן צריך דין שליחות בקדושין כיון דבעי דעתו לחלות הקדושין וא"כ גם במתנה כן ושפיר השוה הקצוה"ח דכיון דגבי קדושין הוי מילי משום שמא לא תתרצה ה"ה במתנה הואיל וגם במתנה צריך דין שליחות שתועיל דעתו לחלות המתנה, ומה שהסתייע הנתיה"מ משליחות גט ע"י כותי לשליח שמינהו בכתב מזה אין ראי' כיון דמהני מינוי שליחות בכתב, אבל בזה דבעינן דעת בעיקר ההקנאה ודאי צריך לדיני שליחות, ואיברא דלפ"מ שבארתי בפ"ד הל' כ"א דבקדושין מצד הבעל אין דין רצון מיוחד, והוא מדין רצון בשאר קנינים, ואך מה דבעי דעתה אף שאינה עושה מעשה קנין, הוא משום דוהיתה לאיש מדעתה משמע כמש"כ רש"י ביבמות דף י"ט ולכן אפשר דלדעת דידי' אין צריך דין שליחות כמו במכירה, ורק משום דבעי אמירה, ומש"כ הרמב"ם דין שליחות בשליח דידה הוא משום דין דעתה דצריך הוכחה לדעתה בשעת קדושין, ולכן במכירה ומתנה א"צ לדיני שליחות.

[**ויש** לעורר מזה דבעי רבוי לשליחות במכירה לענין דו"ה בקידושין דף מ"ג ובלא קרא הו"א אשלד"ע, ותיפוק לי' דל"צ כלל במכירה לדיני שליחות והרי הוא כקוף בעלמא, ומש"כ הנתיבות דבא"ל מכור לדעתך צריך שליחות על הריצוי ועל פיסוק דמים, הכא בגניבה כיון דאין החפץ שלו ולא שייך שהוא המוכר א"כ גם כשעושהו שליח ויש שליח לדבר עבירה אינו שייך לעשות שליח דבזה ל"מ מה דישלד"ע במכירה כיון דאינו שלו וא"כ נמצא דלהנתיבות אין היכי תימצי של שליחות במכירה דממ"נ אם צריך לדין שליחות שוב לא מהני דאינו של גנב, וזה דוחק לומר דהרבוי הוא רק על טביחה, ומוכח לכאורה כהקצות דגם במתנה צריך דיני שליחות ועוררוני לזה].

והנה בהא דקדושין דף י"ט אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קדושיך וכתבו התוס' שהוא מדין ערב אלא דמדין ערב לא נוכל למילף דבעינן שידבר למקדש ולכן ילפינן מיעוד דמהני גם כשאמר לה התקדשי מדעתך, אכן הרא"ש כתב דהביאור הוא שהאב מוסר זכות הקידושין שיש לו לבתו דאי מדין ערב הי' צריך להיות דבשטר שיתן לה לא תתקדש דאין לו הנאה, אלא דמ"מ הא לא שייך שתקנה עצמה לבעל דהא קטנה היא, ולכן פי' בסוף דבריו שהוא מדין שליחות דהיא מקבלת קדושין בשליחות אבי' ואף דאין קטן נעשה שליח הכא דלטובתה נעשית שליח, ולפי"ז שפיר מתקדשת בשטר, ולדעת התוס' שהוא מדין ערב וכן כתב הר"ן, ל"מ שיקדשה בשטר, והנה אם אינה מתקדשת בשטר היינו משום דלא מהני שליחות לקטנה גם לטובתה וא"כ לשי' הרמב"ם דל"מ מה שתעשה שליח לקבלת הכסף לחוד ומשום דבעי דעתה, ובמדין ערב כתב שצריך שיאמר לה הא"מ לי בהנאת מתנה שנתתי על פיך, א"כ איך מהני באומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושיך דאי מדין שליחות אין שליחות לקטן ואם מדין ערב א"כ יהי' צריך שיאמר אח"כ לאבי' שיקדשנה בזה שהוציא ממון על פי' וזה אי אפשר, וע"כ צ"ל דהוא מדין שליחות וכהרא"ש וכן משמע מל' הרמב"ם שכ' בפ"ג הל' י"ד וכן האב עושה שליח לקבל קידושי בתו ואומר האב לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך ומשמע דהוא מדין שליחות, ובהגהות מיימוני כתב על ד' הרמב"ם דהוא מדין ערב ולפמש"כ ע"כ צ"ל דהוא מדין שליחות.

והנה הרמב"ם לא הביא הא דעבד כנעני וכן דין דאדם חשוב לענין ממון, ובארתי זה בפ"א ממכירה ותורף דברי לחלק בין ממון לקדושין לפ"מ דאמר בקדושין דף כ"ג בטעמא דר"מ דמהני בעבד כסף ע"י אחרים, אף דחוב הוא לעבד שיצא מיד רבו לחרות ואמר רבא כסף קבלת רבו גרמה לו, ולרבנן דסברי זכות הוא לו סובר הרמב"ם דלא מהני בע"כ, ונוכל לומר דרבנן נמי מודו לר"מ בהך סברא דכסף קבלת רבו גרמה לו, אלא דסברי דעכ"פ אין רשות לאחרים ליתן כסף דהוא דין של העבד, ולכן י"ל דלא נוכל

ללמוד מדין ע"כ רק קדושין דכתב הר"ן בנדרים דהיא אינה פועלת בהקנין ורק דמשוית עצמה כהפקר, ולכן מהני מה שהאחר נותן שתפקיר עצמה אליו שיוכל לקדשה, אבל במכר דהכסף הוא עיקר הקנין אין לנו ללמוד מדין ע"כ, ובאופן שני בארתי דרבא דיליף דין ע"כ בקדושין ואף דאיהו גופי' אמר כסף קבלת רבו גרמה לו, היינו לר"מ ונאמר דר"מ יסבור המפקיר עבדו א"צ ג"ש ומהני מה שרבו מקבל מעות ומסלק רשותו, אבל לרבנן ולפי דקיי"ל המפקיר עבדו צריך ג"ש א"כ צריך שיהי' דין שיוכל העבד לצאת בכסף ע"י אחרים, ומזה נלמד דין ע"כ גבי קדושין, ואפשר דרק קדושין דהוא כסף קנין אפשר ללמוד מע"כ דכיון דקבלת רבו אינו אלא סילוק ולא הקנאה מסתבר דא"צ כסף שיווי, אבל כסף קנין דמכירה דהוא כסף שיווי של החפץ בזה אפשר דצריך שהקונה יתן דמי השיווי אבל מה שיתן אחר עבורו אין לנו ללמוד מדין ע"כ דמהני עי"ש שבארתי זה באריכות.

אכן צריך לבאר עוד מה שהשמיט הרמב"ם דין אדם חשוב לענין ממון ולפמש"כ הי' אפשר לומר דהרמב"ם סובר דבאדם חשוב אף שהנותן מקבל מ"מ לא נוכל לומר דהקונה חסר, די"ל שהוא רוצה עכשיו לקבל המתנה, ולכן בקדושין דמהני עבד כנעני וחזינן דא"צ רק שיקבל על ידו ואף שאינו חסר מהני אבל במכירה דהוי כסף שיווי צריך שיהי' חסר.

והנה הר"ן הקשה דהכא אמרינן דדוקא באדם חשוב איכא הנאה כי מקבל מיני' מתנה ובב"מ לגבי חליפין אמר לוי דבכולהו אינשי קונין בכליו של מקנה, ולרב נמי קשיא דלרב משמע דדוקא בכליו של קונה, אבל בשל מקנה לא ואפי' הוא אדם חשוב, ותי' הר"ן דללוי י"ל דבאמת בלא אדם חשוב איכא נמי הנאה אלא דאינו שו"פ ההנאה וגבי קדושין דנקנ

הלכה כד

האומר לאשה הרי את מקודשת לי בדינר זה על מנת שתחזירהו לי אינה מקודשת בין החזירה בין לא החזירה שאם לא החזירתו לא נתקיים התנאי ואם החזירתו הרי לא נהנית ולא הגיע לידה כלום.

ע"מ שתחזירהו לי, הב"ח כתב דדוקא בדכפלי' לתנאי' דאל"כ תנאי בטל ומעשה קיים, והשיג הב"ש בסי' כ"ט מדברי התוס' שם בסוגיא דאמה דאמר בגמ' הילך אתרוג זה ע"מ שתחזירהו לי נטלו והחזירו יצא ואם לאו לא יצא, והק' התוס' דהא לא הוי תנאי כפול ואפי' לא החזירו אמאי לא יצא י"ח, ותי' דכיון דאיכא אומדנא דמוכח שנותן לו כדי שיברך חברו על האתרוג שלו לא בעי' תנאי כפול, וא"כ ה"ה בקדושין כיון דאין כוונתו

רק כדי שתתקדש לו הוי אומדנא דמוכח דע"מ שתחזיר נתן לה, וכתב האבני מלואים ליישב דברי הב"ח דכונת התוס' דבאתרוג כיון דיוצא ידי חובתו במתנה ע"מ להחזיר לכן אמדינן דעתו בודאי שנתן לו על תנאי זה, אבל בקדושין למאי דמסיק דבאשה לא קנה א"כ כ"ז דלא כפלי' לתנאו אין לנו אומדנא דמוכח שע"מ להחזיר נתן לה, כיון דרוצה לקדשה ול"מ במתנה עמ"ל, אלא שהקשה לפי"ז דלס"ד דהש"ס דבכולהו לא קנה, א"כ תחזור קו' התוס' דאמאי לא קנה כיון דלא כפל לתנאו, ותו אין לנו אומדנא דמוכח שעל מנת להחזיר נתן לו, כיון דלס"ד במכר לא קנה ומוכח דאינו תלוי בזה.

ונראה בבאור דברי התוס' דלא דמי תנאי דע"מ להחזיר לשאר תנאים, דכל התנאים אינם בגוף מעשה הקנין אלא בדבר אחר דתנאי מילתא אחריתא היא, אבל כשנותן ע"מ להחזיר א"כ בעיקר הדבר הו"ל מתנה לזמן, אלא דמכיון שרצונו שלזמן זה תהי' מתנה גמורה שיקנה המקבל קה"ג לכן נותן בדרך תנאי, אבל בעיקר כונת ההקנאה פשוט לן דכונתו להקנות לו לזמן, ולכן כמו דבנותן לחברו חצי חפץ לא נסתפק שמא אינו מקפיד ומרוצה ליתנו כולו כן לא נסתפק בנותן מתנה לזמן שמא אינו מקפיד ומרוצה ליתן לעולם, וזהו מש"כ התוס' שהי' דעתו שיברך על אתרוג שלו, כיון דבעיקר מילתא לא נתן לו אלא לזמן רק שנתנו בדרך תנאי ולכן לא בעינן תנאי כפול, ולכן נראה דהתוס' לא כתבו זה אלא על דברי הגמ' דאמר הילך מנה ע"מ שתחזירהו, דהתנאי הוא בעיקר הנתינה ובזה לא בעי תנאי כפול, אבל בטור ושו"ע איתא האומר לאשה הרי את מקודשת לי בדינר זה ע"מ שתחזירהו, א"כ מנלן דהתנאי הוא בנתינת הכסף ואפשר דהתנאי הוא על הקדושין ובזה הוי כשאר תנאים דהוא מילתא אחריתא דהחזרה לא שייך להקדושין ואינו מוכח בלא כפלי' ונתיישבו דברי הב"ח.

ב) **והנה** הקצוה"ח סי' רמ"א כתב דגם בלא כפלי' לתנאו מ"מ מחוייב הוא לקיים תנאו מדין פסיקא שפסק בשעת קבלה, כדמצינו בחליצה ביבמות דף ק"ט דאמר לו חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז, שרצה אביי לחייבה לתת, והק' הרשב"א דגבי תנאי הא לא מחייבינן לה לקיים תנאו אלא אם רוצה לא תקיים ותתבטל החליצה והרי החליצה ממילא קיימת, ותי' הרשב"א דכיון דהחליצה ע"כ תתקיים מחוייבת מדין שכירות, והוכיח מזה הקצוה"ח דבכל תנאי שלא כפל חייב לקיים מגדר התחייבות.

ונראה דלא דמי לחליצה דהתם המעשה ע"כ יתקיים, אבל הכא המעשה מצד עצמה אינו דין שמוכרח להתקיים דבעיקר הדין הא מהני בי' תנאי ורק דהחסרון משום שלא התנה ת"כ, וטעמא דבעי תנאי כפול הוא משום דלא אמרינן בתנאי מכלל לאו אתה שומע הן ואמרי' דשמא אינו מקפיד על עיקר התנאי ואם היה מקפיד הי' כופל תנאו,

[כדמוכח מדעת הראשונים דלא בעי ת"כ אלא בגו"ק אבל בממון ודאי מקפיד גם בלא כפל וכמש"כ הראב"ד בהשגה בפ"ג מזכי' הל' ז'] וא"כ מהכ"ת נימא שהתחייב המקבל דלמא לא הקפיד הנותן וגם המקבל לא התחייב.

וביותר נראה דלאו דוקא תנאי כפול, אלא אפי' שאר תנאים כמו הן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה דיש סברא לומר דהחסרון הוא בעשיית התנאי ולא בקפידא שלו, והי' אפשר לפ"ז דמחוייב עכ"פ מגדרי התחייבות, מ"מ מוכח מדברי הרמב"ם שגם בזה כיון דלא התנה בדיני תנאי אין כאן חיוב מדיני שכירות, דכתב בפ"ו הל' ב' ואלו הן הד' דברים של כל תנאי וכו' ואם חסר התנאי אחד מהן הרי התנאי בטל וכאלו אין שם תנאי כלל וכו' ויתקיים המקח או המתנה מיד וכאלו לא התנה כלל, ואף שבודאי כונת הרמב"ם לענין קיום המקח, מ"מ לא הי' לו להרמב"ם לתפוס ל' זה ומוכח דאינו מחוייב ליתן מדיני שכירות וכן מפורש בדבריו בהל' ד' ה' ו' שאם חסר גדרי תנאי הר"ז מקודשת וא"צ ליתן לו כלום.

והנה הרמב"ם לא הביא כלל בפ"ו הא דאפשר לקיים ע"י שליח, וכתב המ"מ שלא כתב הרמב"ם אלא בדברים דשייך בהן תנאי מה הן הדברים שצריך שיהי' בתנאי כדי שיועיל עכ"ל, והיינו דבחליצה דהוא מעשה דגופו ולא הוי קנין אף דצריך שיכוונו שניהם לעשות חליצה הפוטרת, אבל אין צריך שיכוון שיפטור אותה בחליצה זו, וכמש"כ הרמב"ם בפ"ד מיבום וחליצה הל' כ"ד שהרי נתכוון לחלוץ לה, והיינו דאין צריך אלא כונת חליצה, ואי אפשר שיכוון בזה תנאי ולא שייך בחליצה כלל גדר תנאי, ואף שלכאורה נראה שיכול לכוון שאם תתן לו מאתים זוז תהי' החליצה של יבם ויבמה ואם לאו תהי' חליצה בעלמא, וכדמצינו כה"ג בפ' כל הזבחים דף ע"ו ע"ב דאמר שם בספק מצורע טמא דמסיק להו לשם עצים וחזינן דמהני תנאי כזה דאם לאו מצורע הוא מעלהו לשם עצים, ואיברא דלא דמי דגבי חליצה דהתנאי הוא על להבא שאם לא תתן מאתים זוז לא תהי' חליצה, אפשר דלא שייך גבי' תנאי, דדוקא אלעבר שייך תנאי ולכן מהני גבי לשם עצים, אבל כשהתנה אלהבא ואומר דהחליצה למפרע לא תהי' חליצה של יבמין זה אי אפשר.

ובאמת נראה דא"צ כלל כונה אפי' לשם חליצה הפוטרת, ולא צריך אלא כונה לחליצה שידע שהוא חולץ, ונ"מ שלא יהי' מתעסק דגם בה שייך מתעסק שתחזיק המנעל שלו ובעת מעשה תחפוץ להחזיק דבר אחר וחשבה לאחוז בדבר זה, ותסיר ידה ביחד עם המנעל, ועוד יותר נראה דגם אם כונתה ליקח המנעל ולא בשביל לחלוץ ג"כ לא הוי כונה לחליצה דאף דממילא היא חולצת אותו אבל כאן צריך שהחליצה תהי' ממנו, שתחלוץ

מעל רגלו, ול"מ אם תקח את הנעל ולא תכוון לחלוץ, עכ"פ לא מהני התנאת תנאי שיתנה שאם לא תתן לו המאתים זוז לא תהי' זו חליצת יבמין רק חליצה בעלמא כיון דאינו צריך כונה כלל שחולץ חליצה הפוטרת, והנה מד' הרמב"ם שכתב בהל' כ"ד גבי חליצה מוטעת, חלוץ לה ובכך אתה כונסה או שאמרו לו חלוץ לה ואם תרצה אח"כ לייבם תייבם הר"ז חליצה פסולה אבל אם הטעוהו ואמרו לו חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז או על תנאי כך וכך אע"פ שלא נתקיים התנאי חליצתה כשרה שהרי נתכוון לחלוץ לה, ומוכח קצת דצריך עכ"פ שיתכוון לשם חליצה הפוטרת, אם לא דנימא דטעות גרע מתנאי, דאפי' בדבר דלא שייך תנאי שייך טעות, וכן משמע הל' קצת, ועדיין צ"ע.

ובזה נראה מה דמפורש בשו"ע שנהגו שתזרוק המנעל על הקרקע והוא מהרמב"ם בפ"ד מהל' יבום וחליצה הל' ו' וכן כתב הטור, ובפי' סדר חליצה על השו"ע אות ע"ד הביא בשם מהר"י ברונא דהוא כדי לפרסם שהוא חליצה לשם מצוה ושלא יחשבו שהוא שלה ולכן לקחה המנעל, והגר"א ז"ל כנראה לא נראה לו זה הטעם והביא מקור מדברי הזוהר אבל א"א שהרמב"ם יכוון לזה, ומצאתי מקורו מדברי רה"ג בס' השטרות (שי"ל בירושלים) שמפורש כן, ובטעמא נראה לפמש"כ דעיקר הכונה בחליצה הוא מעשה החליצה, ואף שחולצת בפועל צריך שתכוון מעשה חליצה ולאפוקי אם תחלוץ כמתעסקת דלא מהני, ומיושב שפיר עפ"מ דיש נ"מ בדיני איסורי שבת היכא דחופר גומא וא"צ אלא לעפרה, אלא דשם אינו פטור מטעם אינו מתכוון אלא משום מקלקל, משום דלענין אינו מתכוון הוי פס"ר ודוקא לענין איסורים שייך פס"ר, אבל בקיום לא מהני פס"ר דצריך כונה למעשה והפס"ר לא משוי לי' כונה, והנה בחליצה אם תחלוץ המנעל בשביל שצריכה להמנעל א"כ אין זה כונת חליצה אלא שצריכה להמנעל ולכן צריכה לזרוק לארץ להראות שאינה צריכה להמנעל ודעתה ורצונה רק על עצם החליצה.

[**ובהאי** ענינא תמוהים לי דברי התוס' בכתובות דף ה' ע"ב בד"ה לדם הוא צריך, דפיר"ת שצריך להוציא את הדם שלא יתלכלך פעם אחרת כשיבעול, ואע"ג דהוי מלאכה שאצל"ג ושריא גבי מורסא הכא גבי מצוה אסור, ור"י מפרש לדם הוא צריך שצריך לראות אם היא בתולה ולכן לא הוי מלאכה שאצל"ג, ופשוט להם להתוס' דלר"ת דצריך להוציא הדם שלא יתלכלך פעם אחרת הוי משאל"ג ולר"י דצריך לדם לראות שהיא בתולה הוי מלאכה הצריכה לגופה, ובאמת הוא להיפך מצד הסברא, דלר"ת דצריך להוציא את הדם בשביל שלא יתלכלך הוי שפיר מלאכה הצריכה לגופה, דבמה שמוציא את הדם בשביל שצריך לו אין זה עיקר המלאכה אלא דעיקר המלאכה מה שצריך להוציא משם, ואפי' לפמש"כ התוס' שם בד"ה דם מיפקד פקיד שכתבו דנטילת נשמה אין לפרש הטעם

משום הכחשה שמחלישו ונוטל קצת נשמתו, מדאמרי' בשבת פרק ר"א האי אומנא דלא מייץ סכנתא הוא ומעברינן לי', פשיטא מדקא מחללין שבת עלי', מהו דתימא דם מפקד פקיד קמ"ל דחבורי מחבר, ואי הוה משום החלשה ליכא חילול שבת דהוי משאצל"ג, דאין צריך לחלישות התינוק, ולכן מפרשים התוס' דהוצאת דם הוי נטילת נשמה כי הדם הוא הנפש, מ"מ אינו דומה להא דפר"י דצריך לדם לראות אם היא בתולה, דגבי חבורה כונתו על כל פנים להוציא את הדם וזהו עיקר הצורך שלו ולכן הוי מלאכה הצריכה לגופה, אבל בהא דר"י שצריך לדם זה לא הוי מלאכה הצריכה לגופה, כיון דאין המלאכה הוצאת הדם, רק שצריך לראות שיש דם בתולין, ואין להקשות מחובל וצריך לכלבו, דהוי מלאכה הצל"ג דהתם צריך עכ"פ להדם בשביל כלבו, והכא הא אין צריך להדם, רק לראות אם יש דם, ומצאנו עוד משל כזה בגוזז צפרניו שכתבו התוס' בשבת דף צ"ד ע"ב דחייב רק לר"י דמחייב במלאכה שא"צ לגופה, והריב"ש בסי' שצ"ד כתב דחייב אפי' לר"ש, ובטעמא כתב דגזיזה הי' במשכן שלא לצורך הצמר והשער רק לצורך העור כגון עורות תחשים, והיינו דסברת הריב"ש דבכל גוזז יש שני חלקי מלאכה, הגזיזה לצורך הצמר והחלק השני של מלאכת גוזז הוא מה שצריך לצורך העור שמתקן ומחליק העור, והחלקת העור אחר הגזיזה הוי ג"כ ממלאכת גוזז והתוס' סברי דכל מלאכת האיסור של גוזז הוא רק מה שצריך להצמר אבל מה שצריך לתקון העור הוי מלאשצל"ג, עכ"פ מה שצריך להדם לא הוי מלאכה הצריכה לגופה בחבורה דעיקר מלאכתה בכך שמוציא דם, רק אם הכונה היא הוצאת הדם].

ג) **והנה** הקצוה"ח הביא דברי ההגה"מ בפ"ח מלולב הל' י' שהביא ד' הסמ"ג, דנותן אתרוג לחברו צריך ליזהר בד' דברים שהתנאי מתקיים בהן כמבואר בהלכות אישות, וצריך שיאמר ע"מ שתחזירהו לי הרי הוא לך במתנה ואם לאו לא יהא שלך, ע"כ. ולא הבינותי דאדרבה אם לא יקיים תנאו בכל אלה כ"ש שהמתנה טובה והתנאי בטל ואפי' אם לא יחזיר לו יצא כדמשמע בגיטין פ' המגרש ובב"מ פרק הפועלים אבל אם יתנה התנאי בכל משפטיו צריך ליזהר שיקיים התנאי ויחזיר ואם לא יחזיר לא יצא אחרי שכמשפטו נעשית תנאי גמור, עכ"ל. והקצוה"ח יישב זה לפי שיטתו דבלא התנה כדיני תנאי מחוייב עכ"פ לקיים תנאו מדין שכירות וא"כ כיון דלא יוכל לסלקו בזוזי כמש"כ הרא"ש שם א"כ כשגובה נימא למפרע הוא גובה וכמש"כ התוס' בגיטין דף מ' ולא הוי בשעת ברכה לכם, ולכן צריך דקדוקי תנאים שבזה לא שייך למפרע גובה ואם יקיים התנאי הרי הי' האתרוג שלו, והנה זה הי' אפשר ביישוב דברי הסמ"ג אם נסכים בעיקר היסוד שכ' הקצוה"ח דבכל תנאי אם לא התנה בגדרי תנאי מחוייב מדין פסיקא שפסק

כן בעיקר המכירה והמתנה, וכבר כתבנו דאין שיטתו מחוורת דמחליצה אין ראי'. [ועוד העירוני בעיקר דבריו שכתב דבקדושין נתן לה ע"מ להחזיר א"צ לדיני תנאי וחייבת להחזיר מדין פסיקא שפסק כן בשעת קדושין, וזה תימה דהא לא שייך שיקבל אדם מתנה מחברו ויאמר שבשביל זה שקונה ממנו המתנה יתחייב לו בכך וכך, דלא שייך זה אלא בתנאי מקח או בתנאי שמתנה הנותן, אבל בקדושין מאי שייך שבשביל זה שקונה אותה לו, תתחייב לתת לו המנה, כיון דהתנאי בטל הואיל ואינו כדיני תנאי ורק משום שהתחייבה לתת לו המנה שפסק כן, וזה אי אפשר וכנ"ל].

והנה בבכורות דף נ"א ע"ב איתא דהיכי דהי' בדעתו שישיב לו הכהן ולא התנה ל"מ הפדיון, ובשו"ע סי' ש"ה סעיף ה' אם רצה הכהן להחזיר לו הפדיון רשאי, אבל לא יתן הוא לכהן ע"מ שיחזיר לו, ואם עשה כן והחזיר לו אין בנו פדוי עד שיגמור בלבו ליתן לו מתנה גמורה, ואם רצה הכהן אח"כ להחזיר יחזיר וכו' וכ"ש שמזה הטעם לא יקבלם ע"מ להחזיר, ומ"מ אם עבר וקבלם ופירש שנותן לו ע"מ להחזיר הבן פדוי דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה, והגיה הרמ"א עמש"כ המחבר ואם עשה כן והחזיר אין בנו פדוי, ודעת הכהן היתה מתחלה שלא לקבלה ע"מ להחזיר ע"כ, והוא עפ"ד התוס' בסוגיא שם דהקשו אמאי אין בנו פדוי דהא קיי"ל מתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה, ותי' דרבי חנינא לא הי' רוצה לזכות אלא במתנה גמורה דאסרינן התם לעשות כן משום שחתם ברית הלוי, אכן הש"ך כתב פי' אחר דדוקא היכי שנתן לו ע"מ להחזיר בתנאי מפורש, דאז כיון דשעה אחת גמר בלבו שיהא לשם מתנה יצא ידי נתינה, אבל הכא מיירי שלא הי' בדעתו ליתנו לו לשם מתנה אלא מיד דעתו שנותנו לו עמ"ל, וכן מחלק המרדכי בפ"ק דקדושין בשם ראבי"ה, עי"ש, והיינו דגם אם הכהן קבלם על דעת כן לא מהני.

והנה הש"ך צירף כאן דברי הראבי"ה עם דברי הרשב"א בתשובה, ובאמת הם שני ענינים נפרדים, דבאמת דברי המרדכי צריכים ביאור וכפי מה שבארם הש"ך אין להם שום ביאור, דמה שייך שגמר בלבו שעה אחת שיהא לשם מתנה, דאם הי' שעה אחת מתנה איך יוכל לחזור בו, ועוד דהא אמר בפירוש ע"מ להחזיר ואיזה גמר יש בזה, וע"כ דסברת המרדכי הוא ע"פ שיטת הר"ר אביגדור כ"ק בתשובת הרא"ש והובא בקצוה"ח דמתנה לזמן באתרוג שנותן לו שיהי' שעה אחת שלו, יוצא י"ח, ולכן בפה"ב נמי כה"ג בנו פדוי, אכן הרשב"א בתשובה קצ"ח כתב וז"ל, ודוקא בע"מ ומשום דהאומר ע"מ כאומר מעכשיו, אבל באומר הילך ה' סלעים בפדיון בני ואתה תחזירם לי ושלא בע"מ אין בנו פדוי, ואפי' לא אמר מידי אלא שדעתו שיחזירם לו עכ"ל, ומבואר דסובר הרשב"א כהרא"ש דחולק על הר"ר אביגדור וסובר דמתנה לזמן לא מהני, והוא מפורש

דלא כהראבי"ה ולכן כשאינו בגדר תנאי הוי מתנה לזמן, איברא דלכאורה קשה לומר בד' המרדכי דקנין לזמן יהי' עדיף מתנאי, אם לא דנימא דלא סבר דע"מ כעכשיו וזה דוחק גדול דקיי"ל ע"מ כמעכשיו דמי, ולכן אפשר דהמרדכי לא בא לאפוקי אלא באופן דהוי אומדנא ונמצא דלא נתן לו כלל וסובר גם המרדכי כהרשב"א, אבל לא כדמשמע מד' הש"ך.

ולפי"ז מיושבים דברי הסמ"ג והוא דהסמ"ג חולק על התוס' דסוברים דמכח אומדנא גם בלא ת"כ הוי כדין תנאי דע"מ וכאומר מעכשיו, והסמ"ג סובר דדין תנאי דאמרי' דהמתנה היא מעכשיו מתנה גמורה בקנין הגוף זהו דוקא אם התנה בדיני תנאים, אבל היכי דלא כפל תנאי דע"פ דיני תנאים אין התנאי קיים, ורק בשביל דיש לנו אומדנא שבעיקר מילתא לא נתן אלא מתנה לזמן וכמש"כ לכן אפי' התנה בע"מ כיון דמצד דיני תנאים אין התנאי מתקיים, לא נשאר לנו אלא דעתו שאינו רוצה ליתנה נתינה עולמית, והוי רק מתנה לזמן ולא מהני באתרוג לכן כתב שצריך ליזהר בדיני תנאים ואף דלגבי פה"ב כתב הרמב"ם דדוקא אם החזירו אינו פדוי, צ"ל דאם לא כן הוי דברים שבלב ודווקא אם קבל הכהן על אופן חזרה, אפשר דגם כאן ודאי יחזיר, ועוד אפשר דכאן איכא אומדנא ול"מ בכל אופן.

והנה הרמב"ם בפ"ג מהל' זכי' ומתנה הל' ט' הנותן מתנה ע"מ להחזיר הר"ז מתנה בין שהתנה להחזיר לזמן קצוב או כל ימי חייו של פלוני הרי זו מתנה בין במטלטלין בין בקרקע ואוכל פירות כל זמן המתנה, ודברי הרמב"ם צ"ב דהנה בדין מתנה ע"מ להחזיר כתב הרא"ש בפ' לולב הגזול בדין אתרוג דהוא דוקא באופן שהמקבל יחזור ויתן האתרוג להנותן דאז אמרי' דמקודם הי' של המקבל לגמרי אבל אם אמר הנותן יהא במתנה עד שתצא בו ואח"כ יהי' שלי כבתחלה לא יצא בו דהוי כמו שאול, ובקצוה"ח הנ"ל הביא ד' הר"א כ"ץ שחולק על הרא"ש וסובר דמתנה עמ"ל באתרוג דמהני הוא כשנותן לו קה"ג לזמן, וחולק עליו הרא"ש בתשובה וכתב כדבריו הנ"ל, והנה מדברי הרמב"ם בפ"ח מלולב הל' י' שכתב דמהני נתן ע"מ להחזירו בדיני אתרוג כתב אח"כ ואין נותנין אותו לקטן, ומוכח דל"מ אף אם יתן לזמן, ולשי' הר"א כ"ץ כתב הקצוה"ח דבנתן לקטן לזמן מהני והסוגיא איירי כשנתן בלא שום שיור, ונבאר זה עוד באות ה', א"כ מוכח מד' הרמב"ם דסובר כהרא"ש דמתנה עמ"ל אינו קנין לזמן ולכן ל"מ בקטן ולפי"ז קשה דברי הרמב"ם בהל' זכי' ומתנה שהבאנו שכתב בין שהתנה להחזיר לזמן קצוב או כל ימי חייו ותמוה דאם התנאי יהי' עד אחר חיי המקבל א"כ מתי יחזיר לו, ודוחק לומר דהכונה שהיורשים יחזירו לו שהי' להרמב"ם לפרש כן.

ונראה לומר בדעת הרמב"ם דגדר מתנה עמ"ל הוא גדר ממוצע לא כדעת הרא"ש ולא כדברי הר"א כ"ץ דגדר ע"מ להחזיר הוא רק תנאי שתוחזר לו המתנה ואין אנו צריכים הקנאה מהמקבל, ולכן גם אם נתנה לו כל ימי חייו אין אנו צריכים הקנאה מהיורשים, ומהני אפי' בלא דעתם, דכיון שאם לא יתקיים התנאי תתבטל המתנה לגמרי, וכבר כתבנו בפ"ד הל' י"א דקנין מכירה אינו דוקא בגדר הקנאה מצד המקנה, אלא דהיכי דיש רק הסכמה יכול הקונה לקנות גם בלא הקנאה מהמקנה, ולכן גם כאן כשתוחזר לו המתנה לזמן המוגבל שאם לא יקיים התנאי תתבטל המתנה לגמרי, א"כ הוי בגדר שאין בעה"ב מקפיד, ונמצא דאף דהמתנה היא גמורה לעולם, והנותן צריך לקנותה מחדש כשתוחזר לו אבל המקנה א"צ להקנותה, ומבוארים לפי"ז ד' הרמב"ם דמהני מתנה ע"מ להחזיר אפי' כל ימי חיי המקבל, ומיושב גם דברי הרמב"ם הא דל"מ בקטן שיתנו לו ע"מ להחזיר דבקטן לא שייך גם הסכמה, שנאמר שהגדול זוכה גם בלא הקנאת הקטן, ולבד כל זה הא כל מה שאנו אומרים דע"כ אינו מקפיד להחזיר הוא משום דאם לא יוחזר תתבטל המתנה, אבל בקטן כתבו הראשונים שם בסוגיא דמשו"ה אין המתנה מתבטלת בשביל שאינו מקיים התנאי, משום דהוי תנאי שא"א לקיימו ותנאי בטל ומעשה קיים, א"כ א"צ להחזיר ושפיר אמרינן דאקנויי לא מקני. ועיין עוד במש"כ להלן בזה.

ד) **והנה** כתב הקצוה"ח לפי שיטתו דמתנה על מנת להחזיר הוא קה"ג לזמן, ולכן אפי' אם מכרה או אכלה מהני כיון דעכשיו הוא קנין הגוף כמו באחריך, עיין בדבריו, ולדידי מספקא טובא בהא מילתא דהרמב"ם בפכ"ג ממכירה הל' ו' כתב ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירותי' שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יבנה ולא יהרוס, אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם, ומוכח דגם במוכר קרקע לזמן קצוב הוי קה"ג לזמן דכיון שיכול להרוס א"כ יכול לכלות ג"כ דמאי נפקא מינה, וע"ש במגיד משנה כתב דהרמב"ם מדמה מוכר לזמן קצוב למוכר בזמן שהיובל נוהג וא"כ גם במוכר בזמן שהיובל נוהג הדין כך, וע"כ דאינו ק"פ לחוד.

והנה המל"מ בפ' י"א משמיטה ויובל הקשה על זה שכתב המ"מ דמוכר בזמן שהיובל נוהג בונה והורס, ממה דאי' בירושלמי בגיטין ס"פ השולח קנה שדה ביובל ר' אילא אמר קנה קרקע ר' אבא בר ממל אמר לא קנה קרקע, מתיב ר' אבא בר ממל לר' אילא על דעתך דאת אמר קנה קרקע יחפור בה בורות שיחין ומערות א"ל התורה אמרה ושב לאחוזתו בעינו אלמא דלכו"ע הקונה בזמן שהיובל נוהג אינו יכול לשנות צורת הקרקע, והיא קושיא עצומה.

ונראה דמה דאמר בירושלמי קנה שדה ביובל הכונה בשנת היובל עצמה, וביאור מחלקותם הוא עפ"מ דפליגי רב ושמואל בערכין דף כ"ט דרב אמר מכורה ויוצאה ושמואל אמר אינה מכורה כל עיקר, והנה הי' אפשר לומר דבזה גופא פליגי ר' אילא וראב"מ אבל אינו מדוייק לשון קנה קרקע או לא קנה קרקע דהול"ל קנה או לא קנה, ולכן נראה דתרווייהו אזלי אליבא דרב דאמר מכורה ויוצאה דפרש"י שם אליבא דרב דאם קצץ אילנות קץ, וא"כ כ"ש אם תלש פירות שהם שלו, ולכן פליגי תרווייהו אליבא דרב אם מביא בכורים דמ"ד קנה קרקע סובר דמביא, ומ"ד לא קנה קרקע סובר דגרע ממוכר קודם היובל דודאי מביא כדאמר אח"כ בירושלמי אלא דפליגי ר"י ור"ל אם קורא משום דהתם הוי עכ"פ מכירה לזמן והוי מכירה גם על עיקר הקרקע על זמן אבל הכא לא קנה קרקע כלל כיון דמחוייב תיכף להחזיר ולכן אף דאם תלש פירות קודם החזרה הוי שלו מ"מ אינו מביא בכורים, ומבואר מה דאח"כ אמר ר' יעקב בר אחא דהא כבר פליגי ר' יוחנן ור"ל אם מביא וקורא במוכר בזמן היובל וע"ז תירץ ר' לעזר דכו"ע מודו שהוא מביא ולא פליגי אלא בקרייה אבל הכא פליגי אם מביא דמ"ד לא קנה קרקע סבר דהוי כמו מוכר אילן א' דאינו מביא.

ובזה שפיר דמתיב ר' אילא דא"כ יחפור בה בורות שיחין ומערות, ומה דפשיטא לי' דאינו יכול לעשות כן זהו משום דמסתבר דצריך להחזירה שלמה וע"ז משיב לו ראב"מ דזה באמת אינו יכול משום דכתיב ושב לאחוזתו בעינו, עכ"פ כ"ז הוא במוכר קודם היובל דקודם שבא יובל אכתי ליכא מצות חזרה ויוכל באמת לחפור בורות שיחין ומערות דכשבא יובל מחזיר מה שיש בעין ומה שדימה זה המל"מ למה דאמרי' בקדושין דאין עבד כהן נרצע משום דבעינן ושב אל משפחתו למוחזק שבמשפחתו י"ל דהתם שאני כיון דבשעת רציעה א"א שיתקיים בו האי קרא לכן אינו נרצע כלל, אבל הכא בשעת מכירה אפשר שיתקיים קרא דושב לאחוזתו, ועיקר החיוב דחזרה ודאי ליכא אלא כשיגיע יובל, אח"כ ראיתי בדברי הש"ק שם שהביא ד' הרשב"א בגיטין דף י"ז שמביא ד' הירוש' ומוכח מד' הרשב"א שמפרש הירושלמי לענין קנה שדה בזמן היובל, וכדברי המל"מ, שכתב וז"ל אבל יש קנין בא"י לחפור בורות שיחין ומערות כלומר שאינם כק"פ לבד שא"י לחפור בה בורות שיחין ומערות ואף הלוקח שדה בזמן שהיובל נוהג אינו יכול לקלקלה ולחפור בה אלא כקה"ג דמי ויכול לחפור בה וכאותה שאמרו בירוש' בפירקין קנה שדה ביובל וכו'.

ונראה דגם לפי דברי הרשב"א אפשר ליישב דברי הירוש' לדעת הרמב"ם דהנה במוכר שדה לפירות הא כתב הרמב"ם דא"י לשנות צורת הקרקע ודוקא במוכר לזמן יכול לשנות

צורת הקרקע. ובגיטין דף מ"ז פליגי ר"י ור"ל במוכר שדהו לפירות אם מביא וקורא וקאמר ע"ז וצריכא דאי איתמר בההיא דכי קא נחית אדעתא דפירות קא נחית אבל בהך דאדעתא דגופי' קא נחית, והנה הרשב"א משמע דמפרש דר' אילא וראב"מ פליגי במוכר שדה בזמן היובל אם כקה"ג דמי או לאו כקה"ג דמי, וזהו שמביא מד' הירוש' דמוכח דאי לאו כקה"ג דמי ודאי א"י לחפור אלא משום דכתיב ושב לאחוזתו, [ומיושב מה שהקשה הש"ק] אבל לדעת הרמב"ם נפרש דר' אילא וראב"מ פליגי בזה אם מוכר שדהו בזמן היובל קנה קרקע והוי כמוכר לזמן קצוב או דאינו אלא כמוכר שדהו לפירות, וכדכתיב כי מספר תבואות הוא מוכר לך, ומה דמייתי ר' יעקב ב"ר אחא ע"ז פלוגתא דר"י ור"ל נוכל ג"כ לפרש דכיון דהוי סבר דר"ל סבר דאינו מביא כלל ע"כ דסבר דל"ק קרקע, וע"ז מתרץ דבאמת מביא ומה דאינו קורא זה משום דכיון דעכ"פ הוי לזמן לא קרינן בי' אדמתך ונמצא דלד' הרמב"ם נוכל לפרש דברי הירוש' כפשוטם ולדברי המ"מ ע"כ נפרש כמש"כ מקודם.

ה) **והנה** במש"כ בקצוה"ח דהא דאמרו לא ליקני לולבא לינוקא ביומא קמא היינו במקנה סתם בלא שום שיור ותנאי אלא שסומך שיחזור המקבל ויתן לו, אבל במתנה עמ"ל הכונה שאח"כ כשיחזור יהי' ממילא שלו וא"צ הקנאה, וכמה גדול הדוחק בזה דהא אמר לא ליקני, ולא אמר דיש עצה להקנותו במתנה עמ"ל, כיון דבעצם הא מחוייב הקטן באתרוג דהגיע לחינוך, וביותר תימה דהא בד' הרמב"ם מפורש דל"מ לאקנויי לקטן גם במתנה עמ"ל דהרמב"ם איירי בהל' זו בדין מתנה עמ"ל ואחרי שכתב דמהני מתנה עמ"ל כתב ואין נותנין אותו לקטן שהקטן קונה ואינו מקנה לאחרים מן התורה ונמצא שאם החזירו לו אינו חוזר, ומוכח להדיא דבקטן לא מהני עמ"ל, ועיין מש"כ למעלה בשי' הרמב"ם, והא"מ בסי' כ"ח כתב ליישב לפמש"כ התורי"ד בס' המכריע לפי מה שסובר דקטן אין לו זכי' מה"ת אפי' בדעת אחרת מקנה, והק' דא"כ מאי קאמר אקנויי לא מקנה כיון דמדרבנן שפיר מקנה, דהפעוטות מתנתן מתנה במטלטלין, ותי' דאיירי בכה"ג דר"ג שהיו הרבה בנ"א ונותנין זל"ז, ולכן אף דנתינת הקטן מהני מדרבנן לא יצא בו המקבל שהוא גדול וצריך זכי' מן התורה, ולכן לא יקנהו לקטן כיון שאחר לא יוכל לצאת בו.

והנה צריך לבאר דברי התורי"ד דאם הי' ממש כעובדא דר"ג שהי' זה בפני זה, א"כ צ"ע דכשהבעה"ב עומד ורואה שנותן הקטן להאחר וניחא לי' בזה, דהא אמר שבשביל זה לא יקנה לקטן, מפני שלא יוכל אחר לצאת בו, וא"כ שפיר זכה מה"ת, והיה אפ"ל דכיון דמדרבנן זכה הקטן א"כ יצא מרשותו של בעה"ב ואין בעה"ב יכול להקנות כלל שאינו

ברשותו והקטן לא יוכל להקנות שאינו שלו, דלא קנה מה"ת, אך אם נימא דלגזלן עצמו יוכל הנגזל להקנות כיון דהוא ברשותו א"כ ה"נ יכול להקנות לאחר דכיון דהקטן נתן לו הוי ברשותו, וגם בל"ז הא מקנה לו בשעת מעשה כשקונה מהקטן, וצריך לומר דכיון דמדרבנן שייך לקטן ואין לבעה"ב בו כלום לכן לא מהני ניחותא דידי' דהוי דברים שבלב, וממילא אין כלל ראי' דניח"ל כיון דהוי דשב"ל, אכן מלבד הדוחק שיש באוקימתא זו הנה באמת לפי גי' דאיכא לפנינו דינוקא מקני קני אקנויי לא מקנה לא יתכן תי' התורי"ד לא על הראי' דקטן קונה בד"א מה"ת, וגם לא על הוכחת הרא"ש דמעמ"ל הוי מתנה לעולם, דלפ"מ שיישב הקצוה"ח א"כ למה צריך מקני קני דמאי נפקא לן בין אי קני אי לא קני עכ"פ הנוטלן ממנו לא יצא, וכפי הנראה הי' לו להתורי"ד גי' אחרת אבל לגי' שלנו א"א ליישב.

ו) **עוד** הביא הא"מ בסי' כ"ח סיוע לשי' מהא דאמרי' בסוכה מחלוקת בשתקף חבירו והוציאו מסוכתו אבל גזל עצים וסיכך ד"ה אין לו אלא דמי עצים, והיינו דמשום תקנת מריש שנותן דמים, והנה אמר בגמ' דה"מ בגו שבעה אבל לבתר שבעה הדר בעיני', א"כ אינו אלא קנין לזמן, ואמרינן דברי הכל אין לו אלא דמי עצים, והיינו אפי' ר"א דמצריך גבי סוכה נמי לכם א"כ מוכח דקנין לזמן מהני וסיים הא"מ בצ"ע על שי' הרא"ש מגמ' זו, ובאמת אין דבריו נכונים דמשמע מדבריו דאף שנתן דמים לבעה"ב מ"מ כ"ז הוא עד שבעה ימים, אבל אחר החג הדרי העצים בעיני' לבעה"ב, וז"א כלל דודאי אם יתן לבעה"ב דמים כבר נעשה שלו, וכן מוכח ברמב"ם דאם בא לתבוע בתוך שבעה אין לו אלא דמים רק דאם בא לתבוע אחר שבעה דאז כבר אינו מחובר אז בטלה לה תקנת מריש, עכ"פ דבתוך שבעה יכול לסלק לבעה"ב בדמים וא"כ יש לו קנין הגוף לעולם, ואי תיקשי דעכ"פ כ"ז שלא סילק בדמים הרי הבעלים יכולים להמתין עד אחר שבעה וליקח המריש בעיני', אך באמת זה אינה קושיא כיון דעכ"פ לפ"מ שהוא עכשיו הרי אינו יכול להוציא ממנו, ואם משום לבתר שבעה הרי יכול עתה לקובעו במסמרים ולא יהי' יכול להוציא ממנו, אלא דאם לא הי' בתוך שבעה דין תקנת מריש אף בלא קביעה לא הי' שייך לומר דמיקרי שלו משום שיכול לקבעו דהא אינו רשאי לקבעו והוי גזל ומשום שיכול לגזול לא הוי שלו, אבל אם נימא דעכשיו הוא שלו ואינו יכול להוציא ממנו משום תקנת מריש, והיינו דלפ"מ שהוא עכשיו דהוא קבוע, ואי משום דאחר החג יבטל הקביעות הרי יכול לקובעו קודם שיבטל הקביעות.

ז) **עוד** כתב הא"מ דממש"כ הר"ן בגיטין פ' המגרש יש סתירה לשיטתו שכ' הר"ן בפ'

המגרש גבי הא דבעי היום אי את אשתי ולמחר את אשתי בתר דבעי הדר פשטה כיון דפסקה פסקה, וכתב הרא"ה ז"ל דמהא שמעינן שהנותן קרקע לחברו גוף ופרות יום א' שזכה מקבל בקרקע לעולם דהא אסיקנא כיון דפסקה פסקה עכ"ל, וכתב הא"מ ולפי"ז לא משכח"ל כלל מתנה לזמן בגוף ופירות לשעה דכיון דפסקה פסקה, אך לחזק שיטתו כ' הא"מ דסברא זו שכתב הר"ן משמי' דהרא"ה לא ס"ל להר"ן עצמו, דבנדרים דף כ"ט בהא דתנן נטיעות אלו קרבן עד שיקצצו עולא אמר כיון שנקצצו שוב אינו פודן, והיינו משום דקדושה פקע בכדי, ובר פדא סבר דפודן פעם אחת משום דקדושה לא פקע בכדי, וכ' הר"ן וז"ל ואפ"ה דוקא בהקדש הוא דאמר הכי משום דקדושה לא פקע בכדי אבל בד"מ כיון דודאי זכי' דממונא פקעה בכדי וכדאמרינן נכסי לך ואחריך לפלוני אין לשני אלא מה ששייר ראשון, וממה ששייר ראשון מיהא אית לי' דפקעה זכותי' דראשון בכדי ה"נ כי אמר שדי נתונה לך עד שאעלה לירושלים מכי עלה לירושלים פקע זכותי' עכ"ל, והיינו דאפי' לבר פדא דאית לי' קדושה לא פקע בכדי אבל ד"מ פקע בכדי, ובזה תמה הא"מ על הרא"ה שכתב דבמתנת שדה כיון שפסקה פסקה דהא עולא ובר פדא פליגי אי קדושת דמים פקעה בכדי או לא, ותיפוק לי' כיון דפסקה פסקה אפי' בדיני ממונות דודאי פקעה בכדי עכ"ד הא"מ, אכן באמת אין כאן סתירה לפמש"כ הר"ן עצמו בסוגיא זו דגם אביי דס"ל דקדושת הגוף נמי פקע בכדי, מ"מ מודה דאומר לאשה היום את אשתי ולמחר אי את אשתי לא יפקעו הקדושין בלא גט משום דכל קדושה שאינה עולמית ק"פ מקרי כדמוכח בסוף השולח, והלכך גבי הקדש כיון דאפשר למיחל דין הקדש שאינו עולמית כמו בקדושת דמים ולכן אפי' במקדיש קה"ג לזמן פקע בכדי שאפי' תאמר שאין זה קדושת הגוף כיון דאינו אלא לזמן לא איכפת לן ולא יהי' באמת קה"ג מעליא, אבל גבי אשה כיון דלא אשכחן בה קדושת דמים לכן א"א שתהא אשה לזמן ידוע שכל כיו"ב אינו קה"ג עכ"ד הר"ן, ואיברא דיש לעיין בדבריו דהא אביי קאמר התם דגם קדושת הגוף כמו עולה יהי' פקע בכדי דהא מפרש ברייתא דשור זה עולה כפשטי' בעולה ממש וא"כ אי ניחא דמילתא דפקע בכדי לא מיקרי קה"ג ממש היכי קרב כל ל' יום לעולה, ואפשר לומר דהר"ן לא קאמר דל"ה קדושת הגוף אלא דאותו זכות שהשאיר המקנה או המקדיש שיפקע הקנין או ההקדש כשיגיע הזמן אותו הזכות מעכב שלא יהא קרוי הקנין קה"ג ממש כיון דצריך לפקוע אבל לולי זה הוי קה"ג ולכן גבי שור זה עולה, איברא דיש להמקדש זה הזכות מ"מ כיון דכשבאין להקריבו לעולה יתבטל זה הזכות א"כ לא מיקרי שמקריב דבר שאינו קדוש בקה"ג דהא באמת קדיש גופי' ואי משום דיש זכות שמפקיעו בזה הא נתבטל זכות זה אם נקריב אותו תוך ל' אלא דאם יקריבו אותו

עד לאחר ל' נמצא באמת דאותו הזכות שיהי' בהפקעת הדבר כשיגיע הזמן זה עושה שלא יהי' קה"ג ממש, ולכן גבי אשה אם נימא דאחר ל' יתבטלו הקדושין נמצא דכל אותם הימים לא הי' קה"ג ממש דאותו דין שיש בבטול הקדושין משווי שלא יהי' זה קה"ג ממש.

ולפי"ז נבין ד' הרא"ה דלפמש"כ דמה שמקנה לזמן אפי' קה"ג כיון שמתנה שלא יהי' אלא יום א' או ל' יום לא מיקרי זה קה"ג ממש א"כ יש לחקור אם נתן לו בפירוש הגוף אלא שהתנה שיהי' זה רק לזמן בזה יש להסתפק אם נימא דהוי קה"ג מעליא וא"כ אי אפשר לפקוע, או דנימא להיפוך דכיון שאמר בפי' לזמן לכן לא הוי קה"ג מעליא אף שאמר בפירוש שיהי' קה"ג וזה שלמד הרא"ה ז"ל מסוגיא דהמגרש דהתם נמי איבע"ל אם אמר היום אי את אשתי ולמחר את אשתי מי נימא דכיון דל"מ גירושין לזמן א"כ לא הוי גט כלל או דנימא דהיום גרש אותה בתורת גירושין ובתורת כריתות מעליא ולכן לא מהני מה שאומר ולמחר את אשתי דכיון דפסקה פסקה ובהכי מסיק הגמ' כיון דפסקה פסקה וא"כ שפיר למד הרא"ה מכאן דה"נ גבי מכירה כיון שאמר שיהי' היום קה"ג מעליא נקנה לגמרי ולא תפקע למחר, ולפ"ז אין כאן סתירה מד' הר"ן בנדרים דהא לא מיירי התם בשהקנה עד שיעלה לירושלים ואמר בפי' שמקנה קנין הגוף אלא שמקנה סתם עד שיעלה לירושלים א"כ מה איכפת לן דהוי קנין שאינו קה"ג אלא כמו ק"פ, ובאמת הא מילתא דפשיטא דאטו רבותא הוי דמשכחת קנין לזמן גבי מכירה אלא דהר"ן נחית שם לחלוק בשם הר"ר משה על הרשב"א דלא אמרי' דכוונתו במ"ש עד שאעלה לירושלים דכי לקחו ממנו יהא חוזר ונמכר אליו וע"ז כתב הר"ן דל"א הכי דדוקא גבי הקדש דלא פקעה בכדי על כרחך זה כונתו אבל הכא דפקעה בכדי כונתו הי' פשוט דאח"כ יפקע ע"ש בר"ן שכן מבואר שם להדיא שלזה נחית שם הר"ן, א"נ י"ל דהכא הוא חידוש יותר דמוכר לזמן פשיטא דמהני דהא הוי ק"פ ממש, אבל הכא דכי אמר עד שאעלה לירושלים דכיון דאם לא יעלה כלל הרי קנוי לו לעולם קה"ג א"כ עד שיעלה מצינו למימר דלא קנה אלא פירות דהא אפשר לא יעלה אלא דקנה אף גוף הקרקע ורק דצריך לפקוע ולכן תליא מילתא בהא דממון פקעה בכדי ומ"מ כיון דלא קאמר בפי' שיהי' קה"ג, זה הזכות גופא דצריך לפקוע עושה שלא יהי' קה"ג.

והנה בלא קו' האבני מלואים על הרא"ה יקשה לפמש"כ הרמב"ם דהקונה לזמן הר"ז בונה והורס ועושה כל מה שעושה קנין עולם לעולם ולא אמרי' דכיון דפסקה פסקה וחזינן דאפשר להיות יום א' קנוי קה"ג וזהו קנין הגוף לזמן אלא דצ"ל כמש"כ דאיברא דהוי קה"ג לזמן אבל קה"ג ממש לא מיקרי והרא"ה מיירי כשאמר להדיא שיהי' קה"ג

גמור ולכן הוי סתירה כיון שנאמר דזה גופא שיש לו זכות שמחר לא יהי' של המקבל זה עושה שלא יהי' קנין הגוף, ומה שתי' הא"מ על הרא"ה ע"ש ודאי לא מסתברי דבריו לומר דהוא מגדר זכי' והפקר דא"כ בעי מעשה קנין אלא דנימא דכיון דהוא ממילא שלו א"כ בהקדש נמי וכן מש"כ אח"כ לחלק בין אחריך לפלוני אין דבריו נכונים, והפשוט הוא כמש"כ.

ב] **והנה** אמרתי להעתיק מה שכתבתי מכבר בקונטרס לדון בד' הקצוה"ח ובד' הנתה"מ ויתבאר בזה ענין מתנה ע"מ להחזירו, והנה הקצוה"ח כתב להוכיח דמתנה ע"מ להחזיר אינו ע"מ שיקנה לו בקנין אלא דאחר הזמן נעשה ממילא שלו, וא"צ קנין מחדש, ומ"מ הוי בזה קה"ג כיון דעכשיו נותן לו גם את הגוף רק ששייר דאח"ז יוחזר אליו מהא דב"ב קל"ז אתרוג זה לך ואחריך לפלוני ואמרי' מיפק לכו"ע נפיק בי' אלא מכרה או אכלה באנו למחלוקת רשב"ג ורבנן, ומוכח דאע"ג דהוי רק לזמן מ"מ כיון דודאי נתן לו עכשיו את הגוף יצא וקרינא בי' לכם, והרא"ש כתב דהיינו שנותן לו עכשיו מתנה גמורה ע"מ שיתן אחריו לפלוני, והק' הקצוה"ח דהא אחריך הוא לאח"מ אע"כ דלא בעי הקנאה רק דממילא יהי' שלו וכן הוא במתנה עמ"ל ורק דאם הי' כן היינו אומרים דאין לשני אלא מה ששייר ראשון ואם מכר הראשון או אכל אין לשני כלום ואפי' לרבי דס"ל דהראשון אין לו רשות לאכול היינו דוקא באחריך דס"ל דלא הוי מתנת הגוף לזמן אבל היכי דנותן לו הגוף לזמן אפי' רבי מודה ולכן צריך תנאי דהיינו ע"מ שיהי' לו שיור, אבל עכ"פ אם החזירו קונה ממילא וא"צ קנין מחדש, וכ' עוד דאע"ג דכתב בשו"ע חו"מ ברמ"א סי' רמ"ח נתן לראשון הנכסים לי' שנים ואח"כ לפלוני אין הראשון רשאי למכרם היינו נמי משום דאזלי' בתר כונה ואמרי' כיון שלא נתן אלא לזמן לא נתן אלא לפירי, אבל היכי דנתן את הגוף ממש אפי' לזמן מהני וכיון דאי לא נפיק למאי יהבי' ניהלי' הו"ל כמפרש שנותן את הגוף וכמו דאמרי' בגמ' לרבי עכ"ד הקצוה"ח.

והנה באמת מפורש כדבריו ברשב"ם בסוגיא זו דאהא דאמר בגמ' אי מיפק לא נפיק למאי יהבי' ניהלי' ופי' הרא"ש דהיינו דע"כ נתן לו את הגוף ע"מ להחזיר והרשב"ם פי' להדיא דלא כדבריו אלא שמכיון שכ"ז שחי הראשון אין לשני בו כלום לכם קרינא בי' ע"ש בד"ה אי מיפק ובד"ה מכרה ומפורש כדבריו להדיא דלא בכח תנאי נתן להאחריך דהיינו שנתן הכל לראשון ורק שהתנה תנאי שיתן להשני וכמו שהרא"ש פירש, אלא דבאמת לא הקנה להראשון אלא לכל ימי חייו ולהשני נתן הגוף ומ"מ כיון שדעתו שיצא בו הו"ל כמי שנתן לו את הגוף לזמן וקרינא בי' לכם, ובנתה"מ הסב כונת הרשב"ם לדעת הרא"ש ודבריו נפלאים למעיין שפי' פי' חדש בד' הרשב"ם שמפורש דלא כדבריו,

ומש"כ שם הנתיבות דכיון דאכילת פירות באתרוג אינו אלא לצאת בו וא"כ אחר שיצא בו שוב א"צ לו ואחריך משמע עד שתצטרך כמש"כ הסמ"ע אין דבריו מובנים דאטו אתרוג אינו כשר רק שנה א' ואם ישמור אותו יהי' כשר לעולם כ"ז שתשמור צורתו, ועוד דא"א לומר דהכונה באתרוג אחר שתצא בו ולא לכל ימי חייו דא"כ איך ס"ד דגמ' שיכול למכור או לאכלו אפי' לרשב"ג, כיון שלא נתן לו אלא כדי לצאת בו י"ח ומוכח דכשנותן לו לחלוטין נתן לו רק דאמר אחריך לפלוני ולכן שפיר הו"א דכיון דכל ימי חייו הוא שלו ורשאי למוכרו, אם הכונה שנתן לו רק כדי לצאת בו א"כ ודאי אם ימכור ל"מ, וברור הוא דכונת אחריך היינו אחר מיתה וכד' הקצוה"ח ותמוהים ד' הרא"ש כמו שתמה הקצוה"ח דהא אין קנין לאח"מ.

אכן מתוך ההכרח יש ליישב אולי דברי הרא"ש לפי מש"כ הרשב"ם דאחריך היינו עם גמר מיתה, שכ' שם בד"ה וכבר קדמו אחריך, דמשעה דאין הראשון צריך לנכסים הללו זיכהו הנותן לזה השני מיד, ובכה"ג ודאי מהני מה שיקנהו עם גמר מיתה כמבואר בסוגיא דמהני גבי גט, ואפשר שיקיים המקבל התנאי ויתנהו להאחריך בקנין שיקנהו עם גמר מיתה, ברם יש להעיר מהא דאמרי' בגמ' בד' קכ"ז ולמ"ד אדם מקנה דבר שלב"ל יכיר למה לי ומשני בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, אלמא דבשעה שהוא גוסס אינו בר הקנאה וצ"ע דאמאי מהני גבי גט.

ונראה לפמש"כ התוס' בב"מ ד' ט"ז דאפי' לר"מ דס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע מ"מ עד שבא לעולם יכול לחזור בו אפי' אם אמר מעכשיו, ומוכח דאפי' לר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ"מ אין זה קנין גמור, ולכן צריך שבשעת גמר הקנין יהי' בר הקנאה שיוכל לחזור או לקיים הקנין אבל במקנה לאחר ל' שעיקר הקנין כבר חל ורק הגמר הוא לאחר ל' בזה ודאי יכול לחול אף אם אינו בר הקנאה בשעת חלות הקנין, ויש לעיין לפ"ז במקנה דשלב"ל אם יהי' ישן בעת שבא לעולם אם יוכל אח"כ לחזור.

שוב מצאתי במחנה אפרים הל' זכי' ומתנה סי' ט"ז שעמד ע"ז להקשות מהא דנפלו לו כשהוא גוסס בסוגיא דאחריך דמפורש דנתן גט עם גמר מיתה מהני, וכתב לחלק דגבי גט כיון דמצי להקנות עכשיו מהני גם בשעת מיתה, ול"ד לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס דלא מצי להקנות עכשיו והסתייע לזה מגמ' דכתובות דף פ"ט בנותן שתי פרוטות ואמר באחת התקדשי וכו' דאמרי' דכיון דמהני עכשיו מהני גם לאחר זמן, ולא קרב זה אל זה דהתם משום דררא דלא בא לעולם אתינן עלה, ולכן כיון דלא מצי למיעבד עכשיו הוי כמי שבא לעולם דאחר שיגרש יוכל שוב לקדש ורק דבאמצע אינו יכול, ואמרינן דזה לא מיקרי דבר ש

הלכה כו

האומר לאשה התקדשי לי בתמרה זו התקדשי לי בזו התקדשי לי בזו אם יש באחת מהן שוה פרוטה הרי זו מקודשת ואם לאו אינה מקודשת אלא מספק שמא תשוה תמרה אחת פרוטה במקום אחר. אמר לה התקדשי לי בזו ובזו ובזו אם יש בכולם שוה פרוטה מקודשת ואם לאו אינה מקודשת אלא מספק.

התקדשי לי בתמרה זו, הכ"מ הקשה דבגמ' מוקי לה כר"ש דאמר עד שיאמר שבועה לכל אחד ואחד, והרמב"ם בפ"ז משבועות ובפ"ד מהל' נדרים משמע דפסק דלא כותי', וא"כ יש לתמוה היאך פסק כאן כותי', ובפ"ד מנדרים הל' י"א כתב ליישב דמדחזינן בקדושין דסתם לן תנא כר"ש ובשבועה"פ סתם לן תנא דלא כותי', אמרי' ראה רבי דבריו של ר' שמעון בקידושין ודברי ר' יהודה בשבועת הפקדון, אע"ג דבנדרים סתם לן כר"ש כיון דשבועות ונדרים בחדא שיאטא שייטי אית לן למיסמך טפי אסתמא דשבועת הפקדון, דאתיא כרבי. מלמיסמך אסתמא דנדרים דאתיא כיחידאה ע"ש, ולא ביאר כלל הכ"מ איזה ביאור יש לחלק מקדושין לדין שבועות ונדרים.

והלח"מ בפ"ד מנדרים הקשה על מש"כ שם עוד הכ"מ, דהרמב"ם סובר כגי' התוס' דולא לך בוי"ו הוי כלל, והילכך הותר הראשון הותרו כולם, אבל לזה לזה בלא וי"ו פרטא הוי וצריך פתח לכל אחד ואחד, וכתב הלח"מ איני יודע איך אפשר לומר כן דהא רבינו ז"ל פסק בפ"ז מהלכות שבועות שבועה שאין לך בידי לא לך ולא לך ולא לך כולהו בוי"ו דהוי פרטי וחייב על כאו"א, ומ"ד דבויו הוי כללי צריך שיאמר חטים שעורים כוסמים בלא וי"ו כמפורש בפ' שבועה"פ, ומוכח דתרווייהו פרטי הוי וכרבי דאמר ל"ש כזית כזית ול"ש כזית וכזית, ולכן כתב הלח"מ דהרמב"ם סובר כגי' הרא"ש דגורס בהא דנדרים דף כ"ז כגון שתלאן זה בזה דאמר פלוני ופלוני ופלוני וסובר דלגבי זה מהני וי"ו דהוי פרטי עם תלי' זה בזה ובלא וי"ו הוי פרטי בלא תלי' עכ"ד. וצריך לבאר דכיון דאמרי' דגם עם וי"ו הוי פרטי א"כ אמאי נימא דהוי תלי'.

ונראה עפ"מ דפסק הרמב"ם בפ"ד דשבועות הל' ז' וכן האומר שבועה שלא אוכל פת חטין ופת שעורין ופת כוסמין ואכלן חייב על כל אחת ואחת שלא אמר פת ופת ופת אלא לחלק ולחייב על כל אחת, ובהל' ח' כתב היה חבירו מסרהב בו לאכול אצלו ואמר לו בוא ושתה עמי יין וחלב ודבש ואמר שבועה שאיני שותה יין וחלב ודבש ושתה מהן חייב על כל אחת ואחת בפני עצמו, שהי' לו לומר שבועה שאיני שותה כלום או מה שאמרת ומשחזר ופרט גלה דעתו שחייב עצמו בשבועה על כל מין ומין בפני עצמו, ולפיכך אין מצטרפין זה עם זה ואינו חייב עד שיאכל כשיעור ממין אחד, הואיל והן חלוקין לחטאות

הרי הן כחלב ודם שאינן מצטרפין לכזית כמו שנתבאר בהלכות מאכלות אסורות, ולכן י"ל דמה דאמר בנדרים דף כ"ז דכגון שתלאן היינו משום דמיירי בעומדים לפניו כמו דאמר במתני' שאיני נהנה לכולכם וא"כ מסתבר דמדלא אמר אלו מוכח שתלאן זה בזה, ומש"כ הרמב"ם בפ"ז דשבועות דבוי"ו נמי פרטא הוא היינו משום שהשיב תשובה וכמו דאמר ר"פ במסרב וכו' אבל באמת פסק הרמב"ם דבויו כללא הוי ובלא ויו פרטא הוי אלא דהיכי דיכל לומר אלו ואמר בויו ונוכל לפרש דויו הוא משום תלי' אמרי' שתלאן, ונמצא דעיקר דין דבויו הוי כללא אלא דהיכי דלא הי' צריך לפרוט כלל אמרי' דפרטא הוי כמו במסרב, והיכי דנוכל ליישב בזה דנימא דהוי תלי' אמרי' דהוי תלי' כדי שלא נצטרך לומר דהוי פרטי לגמרי ונמצא דלא פסק הרמב"ם כרבי דאמר ל"ש כזית כזית.

ומה דפסק הרמב"ם גבי התקדשי כר"ש, נראה משום דאמר בשבועות דף ל"ח תן לי חיטין ושעורין אמר ר' יוחנן פרוטה מכולם מצטרפת ועי' בפירש"י ועיין בפי' הר"י מיגאש שם, דלפרש"י למ"ד אכללי לא מחייב אין פרוטה מצטרפת לחייבו ולהר"י מיגש שפיר מצטרפת דאמר' להכי כללן בתחלה עי"ש היטב וחזינן שהוא מחלוקת אם בכה"ג מצטרפת ונמצא דלפי הר"י מיגש מיושב דמה דאמר בגמ' בקדושין מאן תנא התקדשי היינו אליבא דמ"ד אכללי נמי מחייב ונמצא דלא שייך זה רק לר"ש דלא שייך בקדושין לומר שקדשה בכללא וגם בפרטא אבל למ"ד אכללי לא מחייב ומ"מ סבר ר"י דפרוטה מכולם מצטרפת שפיר דלא צריך כלל לאוקמי כר"ש, ואף דפסק הרמב"ם כרש"י היינו משום דמספ"ל גם בפרש"י אבל לקולא גבי קדושין חשש שפיר לשי' הר"י מיגש.

פרק ו

הלכה א

המקדש על תנאי אם נתקיים התנאי מקודשת ואם לאו אינה מקודשת בין שיהיה התנאי מן האיש בין שיהיה מן האשה. וכל תנאי שבעולם בין בקידושין בין בגירושין בין במקח בין בממכר צריך להיות בתנאי ארבעה דברים. ואלו הן הד' דברים של כל תנאי שיהיה כפול ושיהיה הן שלו קודם ללאו ושיהיה התנאי קודם למעשה ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו.

צריך להיות בתנאי ארבעה דברים, המ"מ כתב, עוד הקשו עליו למה לא כתב שאין תנאי בדבר שא"א לקיימו ע"י שליח ומשום כך אין תנאי בחליצה כדאי' בכתובות, ואין זו קושיא לפי שכבר ביאר רבינו פ"ד מהל' חליצה ויבום דין החליצה שהיא כשרה אע"פ שלא נתקיים התנאי ובכאן לא כתב אלא דברים שיש בהן תנאי מה הן הדברים שצריך

להיות בתנאי כדי שיועיל, וביאור דברי המ"מ כתבנו בפ"ה הכ"ד משום דבחליצה לא בעינן דעת ורצון של החולץ דלא היבם הוא הפוטר אותה מדעתו, אלא דאם עשו שניהם מעשה חליצה כדין תורה, התורה היא שפטרה אותה ממנו ולא צריך דעתם, אלא שיכוונו לעשות חליצה זו וכיון שעשה אין בכחו לבטלה, בזה שיתנה שאם לא תתן מאתים זוז לא תהי' פטורה, דעכ"פ הרי עשה חליצה שצוותה תורה לענין התרת יבמין, ול"ד לאמרו לו חלוץ ובכך אתה כונסה דלא מהני כיון דלא עשה כלל חליצה של יבמין, ומשום זה גופא ל"מ תנאי דלא דמי לגט דהבעל הוא שפוטר אותה.

והכ"מ כתב שאם הי' כן דעת הרמב"ם שמתנאי ב"ג וב"ר ילפינן שיהי' אפשר לקיימו ע"י שליח הי' כותבו כאן וכוללו עם שאר הדברים שזכר בזה הפרק אבל דעת רבינו שכשאמרו חליצה מוטעת שאמרו לו חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז שהיא חליצה כשרה אע"פ שלא נתנה לו, אין הטעם מפני שאנו לומדים מתנאי ב"ג וב"ר שיהא אפשר לקיימו ע"י השליח, אלא הטעם שכיון שעשה מעשה מחל התנאי עיין בדבריו שהאריך, וסיים ועוד יש הכרע אחר לסברא זו שהרי למי שנותן טעם משום דילפינן מתנאי ב"ג וב"ר צריך לחלק בין ביאה לחליצה דביאה שאני משום דאיתקש הויות להדדי וכמבואר לשון המ"מ שכתבתי וזה דוחק גדול ולכן לא כתב רבינו כאן שצריך שיהא אפשר לקיימו ע"י שליח מפני שסובר שא"צ וכמש"כ.

והנה בזה שכתב הכ"מ דדוחק גדול לחלק בין ביאה לחליצה ודבריו תמוהין דבמאי איירי אי בביאת יבמין הא ודאי ל"מ תנאי בזה כיון דגם ביאת שוגג ואונס קונה, והנה בארנו בפ"ד הל' ט"ז, דצריך ביאור מה דמקשה הגמ' והא ביאה דא"א לקיומי ע"י שליח כי התם וקא הוי תנאה, ולכאורה מה איכפת לן דהביאה א"א לקיומי ע"י שליח הא בעיקר קנין אישות שפיר שייך שליחות ועיקר התנאי הוא בהקנין, וזה דאין שייך שליחות באחד מדרכי הקנין שהאשה נקנית בהן זה לא משווי לי' דבר שא"א לקיומי ע"י שליח. ובארנו דקנין ביאה אינו מעשה קנין כמו כסף ושטר אלא דביאת אישות הוי עצם הקנין ולכן א"צ באמת לכוין לקנות אלא אם מכוין שתהי' ביאה של אישות הוי זה גופא קנין וכן בדרו כדרך איש ואשתו דהוי זהו גופי' קנין אם הי' בעדים, ולכן שפיר דמקשה בגמ' ביאה כיון דא"א ע"י שליח והיינו דאף דבעיקר הקנין מהני שליחות מ"מ כיון דביאה הוי גדר אחר דהוא גוף אישות ול"ש שיעשה זה ע"י שליח לכן לא שייך גם שיעשה בזה תנאי.

והנה ראיתי בתשובות מהר"ח א"ז שכ' בסי' קכ"ח וז"ל תנן האיש מקדש בו ובשלוחו ואמרי' בגמ' מצוה בו יותר מבשלוחו וא"כ בשחיטה ובהפרשת חלה נאמר מצוה בו ולא

יעשה שליח לשחוט בהמתו ולהפריש חלה מעיסתו וכו' וגם מ"ש הפרשת חלה שיכול לקיים מצותו ע"י שליח וכל המצוות תפילין וציצית וסוכה ולולב ואכילת מצה, ושמא שחיטה והפרשת חלה אין מצותן אלא שתתקן העיסה מדכתי' גבי תרומה אשמעינן [צ"ל, שליחות משום] שעיקר מצותה רק לתקן העיסה וליתן חלה לכהן וכן שיושחט הנשחט וכן קדושין עיקר המצוה שתהא לו אשה מקודשת. וכן בגרושין ובהפרשת תרומה ושחיטת קדשים ובקביעת מזוזה ועשיית מעקה אבל בתפילין וציצית ואכילת מצה וסוכה ולולב אין שייך שליחות, אכן צריך ליתן טעם מש"כ חליצה דלא אפשר לקיומי ע"י שליח מ"ש מגט ושמא דבעינן חליצה דומיא דיבום או שמא דכתי' וחלצה נעלו מעל רגלו, וכו' עי"ש. והקשה הגאון מוהרש"ם זצ"ל בתשו' שאלה לענין חליצה ע"י שליח דאיך אפשר ללמוד חליצה מיבום כיון דיבום מהני אפי' בע"כ ושלא בכונה ולכן ל"מ שליח, אבל חליצה צריך דעתו ובכונה, ובזה אפשר דמהני שליח והנה לפמש"כ דמה דבעינן דעתו בחליצה אינו משום שצריך רצונו וכונתו להתירה כמו בגט, וכן בדידה שתצטרך כונה לעצם ההיתר, אלא צריך שתכוון שעושה חליצה שצותה תורה ביבמין וראי' לזה ממש"כ התוס' בגיטין דף כ"ב דבחליצה הוי מהני עומד על גביו משום דב"ד מלמדין אותן לכוין ומשו"ה פסלינן בחרש וחרשת רק משום דאינם באמר ואמרה אלא דבשוטה לא מהני משום דלא מוכח שפיר, והנה בגירושין אפי' אי מהני בחש"ו גדול עומד ע"ג בכתיבת גט מ"מ חרש אינו יכול לגרש אשתו, ובחליצה הוי מהני אף שהיבם בעצמו חרש, וטעמא משום דבגרושין בעינן כונתו לפטור ובעינן רצונו ודעתו לעצם חלות הגט ולא שייך עומד ע"ג דבמה שילמדוהו לכוין לא מקבל בזה דעת ורצון אבל בחליצה לא בעינן אלא כונה וההיתר הוא מדין התורה, והרי מבואר כן בדברי הרמב"ם בפ"ד מיבום וחליצה הל' כ"ד בהא דל"מ תנאי בחליצה שכ' אבל אם הטעוהו ואמרו לו חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז או על תנאי כך וכך אע"פ שלא נתנה ולא נתקיים התנאי חליצתה כשרה שהרי נתכוין לחלוץ לה, ולא הזכיר הרמב"ם בטעמא דל"מ תנאי משום דאי אפשר ע"י שליח וע"כ כדכתבנו, דהא דל"מ ע"י שליח הוי הוכחה משום דל"ד לתנאי ב"ג וב"ר אבל באמת יש לזה טעם וסברא והיינו שכתב הרמב"ם שהרי נתכוין לחלוץ לה, ומשום דל"מ תנאי אלא לבטל רצונו דעל דעת כן דוקא הוא עושה, אבל כאן בחליצה לא בעי' דעת ורצון דלא היבם הוא הפוטרה רק שאם עשו כדין התורה נפטרין מדין תורה, ובזה בארנו במקום אחר מה דל"מ שליחות בחליצה דהוא משום הך מילתא גופא, דלא נעשה בהחליצה שום דבר תכליתי דיעשה ע"ז שליח אלא מעשה החליצה בעצמה ובזה לבד פטרתה התורה ממנו ועוד נבאר זה במקומו בהל' יבום וחליצה.

ועכשיו מבואר דברי מהר"ח א"ז שכתב דבעינן חליצה דומיא דביאה משום דחליצה הוי נמי כמו ביאה דעיקר מעשה דחליצה פוטרת כמו דעיקר מעשה ביאה קונה, אלא דבביאת יבמין לא צריך שיתכוין לשם ביאת יבמין דעיקר הקמת שם היא המצוה ובחליצה כיון דאשכחן בקרא דבעי לפני ב"ד ובסדר של קריאה ורקיקה אף דאינם מעכבין עכ"פ מוכח דדוקא חליצת יבמין מהני ולא חליצת מנעל סתם אבל דעתו ורצונו גם בחליצה לא בעינן כמו בביאה וכדמוכח מד' התוס' דמהני בחרש וחרשת לשי' התוס' אי לאו דאמר ואמרה. [ומה דמוכח מד' מהר"ח א"ז דבשחיטה עיקר מצות שחיטה הוא על הבעלים ובד' הרשב"א חולין דף י"ב מוכח דאין שחיטת בהמה תלוי בבעל הבהמה ולא שייך כלל שליחות נבאר בעז"ה בפ"ד מיבום וחליצה].

ואולי לזה נתכוון הכ"מ, דכיון דחזינן עכ"פ דמהני תנאי בביאת קדושין ואף דא"צ כונה לקנות רק שיכוון לביאת אישות, א"כ ה"נ בחליצה אף דלפמש"כ א"צ שיכוון להתירה בחליצה זו, ורק שיכוון לשם חליצה המתרת, מ"מ יהי' שייך תנאי שיתנה בחליצתו, וכדמהני גבי ביאה, ולא דמי לביאת יבמין דשם לא בעינן דעתו כלל, ולכן תי' הכ"מ דהרמב"ם סובר כרב אחא בכתובות דף ע"ד דמתיב אהא דהמקדש על תנאי ובעל צריכה גט מהא דחליצה מוטעת דכשרה אלמא כיון דעבד מעשה אחולי אחלי' לתנאי' ה"נ כיון דבעל אחלי' אחלי' לתנאי'.

והנה אמרנו כאן להעתיק מש"כ בעיקר דין דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, שהשבתי בתשו' שאלה ויתבארו גם ד' הכ"מ כאן במש"כ דהרמב"ם פסק כר"א והנני מעתיקו כלשונו.

נדרשתי לאשר שאלני ובקשני ידידי וחביבי הרב הגאון המפורסם צדיק בדרכיו ותמים במעשיו כש"ת מו"ה אלי' יוסף הענקין רב ד"ק סמאליאן ברוסיא ע"ד אשר הוחל והותחל היתר א"א לעלמא ע"י הפקעת קדושין בשביל קדושי טעות או קדושין בעדים פסולים גם אחר שדרו איש ואשתו משך זמן ביחד, והנה כבוד הרב הגאון הנ"ל ערך בענין זה ספר שלם והאריך הרחיב לבטל ולעקור כל עניני הפקעת קדושין והסתעף לסעיפים רבים וחד חד נחית לעומקא לדינא ודילידא אימא כותי' תילד, רק לא בשבחו ובשבח ספרו הנעלה אנו עסוקים אלא להורות הלכה ברורה ולהוציא מלב הטועים ומטעים שיש באפשרי לאחר שדרו איש ואשתו יחד להפקיע הקדושין מאיזה אמתלא שתהי'.

והנה כבר האריך בספרו דבאמת הפקעת קדושין בעדים פסולים לא משכחת לה כי מלבד שלפסול עדים צריך בפניהם וצריך שיהי' ודאי מזידים וכבר האריך הגאון רעק"א ז"ל בזה דקשה לברר שהם מזידים, אך מלבד זה בכל חופה ישנם הרבה אנשים ומכיון

שראו גם הכשרים לא נתבטלו הקדושין כמו שהאריך בספרו לבאר בזה, אלא שצריך לברר עיקר הך דינא להלכה אם אפשר לבטל הקדושין אחר שדרו כאיש ואשתו ביחד מאיזה טעם שיהי', וכבר התחיל במצוה לברר דבכל גוני אמרינן אין אדם עושה בב"ז ובעל לשם קדושין אלא דמקום הניח לי ובאתי לברר הך דינא ממקור הסוגי' דאעבב"ז בכתובות ע"ג ומזה יבורר דאין שום מקום כלל וכלל להתיר אשת איש לאחר שדרו ביחד כאיש ואשתו והמתיר בזה מתיר א"א לעלמא וזה החלי בעזה"י.

א) **באה"ע** סי' ל"א סוף הסימן ברמ"א, ודוקא בכה"ג שכל אדם יודע וכו' אבל במקום דאיכא למטעי צריך קדושין אחרים, וכ' ע"ז בביאור הגר"א ז"ל כמש"כ בכתובות ע"ד ע"ב התם נמי בהא קא מפלגי מ"ס כו' ושם בהא הוא דלא טעי אבל כו' ואף דקיי"ל בהנך נמי היינו משום דבהא נמי טעי עכ"ל, ומקור ד' הרמ"א הוא מתשובת מיימוני בה' אישות ת' י"ט באחד שנמצא שקידש בפחות משו"פ וכ' הרשב"א ומיהו צריך לחזור ולקדשה ואפי' למ"ד בפ' המדיר קדשה בפחות משו"פ אם בעל קנה, האמר התם משום דאדם יודע דאין קדושין בפמשו"פ ובעל לשם קדושין אבל הכא הי' סבור שיש בהן ש"פ, וזהו מש"כ הגר"א ז"ל כמש"כ בכתובות ע"ד וכו' אלא דאח"כ הוסיף הגר"א ז"ל והוכיח מהא דאמר אח"כ ר' אמי בהא הוא דלא טעי היינו בקדושי פמשו"פ, אבל בהנך טעי, היינו בקדושי מלוה ותנאי, וא"כ גם הכא כיון דלא ידע שהי' פחות משו"פ לא בעל לשם קדושין וכ' עוד הגר"א ז"ל ואף דקיי"ל בהנך נמי היינו משום דבהנך נמי לא טעי, וכונתו דקיי"ל כר' אלעזר דפליג אר' אמי וסובר דמלוה ותנאי נמי צריכה גט משום דבמלוה נמי אדם יודע שאין קדושין תופסין וכן בתנאי לא אמרינן דסמיך שבודאי אין עלי' נדרים כדאמר ר' אמי אלא דחושש אפשר יש עלי' נדרים ומש"ה בעל לשם קדושין, והנה לפי"ד הרשב"א בת' מיימוני וכפי שפירש הגר"א ז"ל דהיכי דטעי כו"ע מודו דלא בעל לשם קדושין ודוקא היכי דאדם יודע שאין קדושין הקודמים קדושין או שחושש שמא לא יתקיים התנאי בעל לשם קדושין, א"כ קשה מאי דאמר התם דלאפוקי מהאי תנאי דאר"י א"ש משום ר' ישמעאל והיא לא נתפשה וכו' ואיזה זה שקדושי' קדושי טעות, דהא בקדושי טעות איכא למימר דטעה דלא ידע כלל שיש כאן קדושי טעות ולא בעל לשם קדושין, והנה יש לומר דהג"מ מפרש קדושי טעות כגון קדושי תנאי וכמו דמפרש הג"מ בדף ע"ג קידשה בטעות מאי לאו טעות נדרים ואף דבקדושי טעות יש לפרש גם קדושי טעות ממש מ"מ קאמר ולאפוקי משום דקדושי תנאי נמי נקרא קדושי טעות וכדתנן בקדושין דף ס"ב גבי ע"מ שהיא כהנת ולא הטעתו, אכן מהא דאמרינן בכתובות דף י"ב דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה מקח טעות, ולכאורה פשוט דמקח טעות דוקא לגבי כתובה אבל גיטא

בעיא אמנם הב"ש בסי' ס"ח ס"ק כ"ד כתב דממה שכתבו התוס' בדף י' ד"ה חזקה דלמ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה מקח טעות מפסיד הסעודה מוכח דסברי דאם בא לקיימה צריך לקדשה ולעשות סעודה מחדש, איברא דכונת הב"ש רק דצריך לקדשה מספק כמו גבי מומין דקידשה סתם וכנסה סתם סובר הרמב"ם דהוי ספק קדושין, אכן מדברי הרמב"ם בפ' י"א הל' י"ז מוכח דא"צ לקדשה דכתב דאם בא לקיימה צריך לכתוב לה כתובה, ואם איתא דצריך לקדשה כיון דנחת הרמב"ם לכתוב מה שצריך אם בא לקיימה הי' לו לכתוב שצריך לקדשה ולעשות נשואין ולכתוב כתובה, וע"כ מוכח להדיא מד' הרמב"ם דלא כמו שמוכיח הב"ש מד' התוס' אך באמת הוכחת הב"ש מד' התוס' אינו מוכרח דאפשר לומר דלמ"ד מקח טעות כיון שטוען טענה של מקח טעות אמרינן דרוצה לגרשה, ובאמת הרמב"ן מתרץ קושית התוס' דגם למ"ד יש לה כתובה מנה ודאי רוצה לגרשה דאין אדם רוקק בכוס ושותהו, אבל התוס' יסברו דדוקא למ"ד מקח טעות ודאי דעתו לגרשה ולכן מפסיד הסעודה עכ"פ מד' הרמב"ם מוכח להדיא דבמקח טעות נמי אמרינן דבעל לשם קדושין, והנה הי' אפשר לומר דטעות שבאשה גופה עולה על דעתו דאפשר שיש בה החסרון, ואף שאינו מתנה מקודם משום דאינו צריך להתנות שמעמידה על חזקת שלימה ומ"מ יודע שאפשר במציאות שאינו שלימה ולכן בועל לשם קדושין כמו דקיי"ל דבתנאי בועל לשם קדושין, אבל הכא כשהי' סבור שיש שו"פ ונמצא שאין שו"פ לא יעלה על דעתו כלל לבעול לשם קדושין, ומזה יצא לנו דעכ"פ מטעם מקח טעות גם הרשב"א בת' מיימוני מודה דבועל לשם קדושין, וכן לענין פסולי עדות דנמי אפשר עולה בדעתו לבעול לשם קדושין כיון דלענין חזקת שלמה שבאשה עצמה עולה על דעתו דאפשר אינה שלימה כן נמי עולה על דעתו דאפשר העדים פסולים אף שהם בחזקת כשרים.

ב) **אכן** הרא"ה כתב בחדושיו וז"ל ומהדרינן מר סבר אדם יודע שאין קדושין תופסין בפחות משו"פ לאו דוקא דאם כן אמאי קדשה בהכי מעיקרא ולא קדשה בפרוטה וכו' אלא ודאי דהיינו כדאמרינן לעיל דלא דמי קדושי תנאי לקדושין דעלמא דקדושי תנאי דאיהו טעי בגופה כיון דחזינן דאתני איכא למיחש דמקפיד אבל בקדושין דעלמא דלאו איהו קא טעי בה כלל אלא קדושי הוא דלא מעלי בודאי כל אדם רוצה שיגמרו נשואין בכל מאי דאפשר לי' הלכך גמר ובעל לשם קדושין, וסברא זו כפל ושלש אותה הרא"ה בסוגיא זו, ודחה פי' הר"י ב"ר יקר שפי' בהא דקטנה שנשאת ונתגרשה וחזרה בחיי אביה דסבר הגמ' דדמי לתנאי נדרים משום דאפשר דטעי כיון דנשאת ע"י האב דלא הכל יודעים דמשנשאת אין לאביה רשות בה, וכ' ע"ז הרא"ה ולפום מאי דפרישנא אדם

יודע שאין קדושי קטנה כלום לאו משום דידע הוא דקאמרינן אלא דכיון דלאו משום טעות דטעי בגופה היא אלא משום קדושי דלא מעלי כל אדם רוצה שיגמרו נשואיו תו ליתא להאי פירושא כלל, וחזינן דסובר הרא"ה דלא צריך כלל להא דאדם יודע ובכל אופן אמרינן אאעבב"ז ורוצה שיגמרו נשואיו באופן היותר מועיל אף שאינו יודע פסול בקדושין הקודמים, ודלא כדעת הרשב"א בת' מיימוני, ורק בתנאי סבר ר' אמי דכיון דמקפיד סומך על תנאו ור' אליעזר סובר דאפי' בתנאי אינו סומך על תנאו.

ועכשיו מיושב שפיר הא דאמרינן לאפוקי מדר' ישמעאל דבכל אופן של טעות אף שלא ידע פסול וחסרון כלל בקדושין בועל לשם קדושין שיועיל בכל אופן שאדם רוצה שיגמרו נשואיו באופן היותר מועיל, ומצאתי יסוד נאמן לזה בתשובות הרמב"ם סי' קע"ט דפוס ליפס שכתב על ענין אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וז"ל והואיל ובעל בפנינו הרי זאת צריכה גט שאין זה תולה בעילתו בקדושין הראשונים שמא יפסלו או ימצא בהם טעות ונמצאת בעילתו בעילת זנות ומוכח להדיא מדבריו שאין צורך כלל לאדם יודע וכדברי הרא"ה ז"ל ודלא כד' ת' מיימוני.

ג) **אכן** פי' הרא"ה דחוק טובא דהגמ' אמר אדם יודע והוא סובר דלא צריך לאדם יודע, ועוד דבגמ' אמרינן התם בהא קא מיפלגי מר סבר אדם יודע וכו' ומר סבר אין אדם יודע ולדבריו דאדם יודע לאו דווקא ועיקר החילוק הוא מקדושי תנאי דטעי בגופה ואיכא למיחש דמקפיד א"כ מה מסיים הגמ' ומר סבר אין אדם יודע דהא לאו בהך סברא פליגי, והנה לולא דברי הרא"ה הי' נראה לפרש באופן אחר וליישב מה שהקשינו מקדושי טעות, דעיקר קושית הרא"ה דהיכי שייך אדם יודע שאין קדושין בפחות משו"פ דא"כ למה קדש בפמשו"פ לא קשה כ"כ דאיכא למימר דסבר הגמ' דאף דמתחלה לא ידע מ"מ מסתמא נודע לו אח"כ ובעל לשם קדושין, אך העיקר נראה דכל מה דאמרינן אדם יודע הא הוי רק לתרץ אליבא דרבה דסבר דמחלוקת בטעות אשה אחת כעין שתי נשים אבל בטעות אשה אחת ד"ה א"צ גט, דאלמא דלא אמרינן אין אדם בועל שלא לשם קדושין ורק בטעות כעין נשים דיש גילוי דעת דמחל לתנאו ובזה אמרינן דהיכי דאדם יודע שאין קדושין הקודמים קדושין ודאי בועל לשם קדושין, אבל כ"ז אליבא דרבה אבל לפי מה דקיי"ל דלא כרבה ובטעות אשה אחת נמי צריכה גט לא צריכינן כלל להא דאדם יודע, וא"צ לפרש דר' אלעזר דפליג אדר' אמי דסבר דדוקא בקדושי פחות משו"פ צריכה משום דלא טעי ואדם יודע שאין קדושין תופסין, אבל בהנך היינו במלוה ובקדושי תנאי טעי, ופי' הגר"א לפי ד' ת' מיימוני דר' אלעזר דפליג סבר דבהנך נמי לא טעי ואדם יודע, אבל לדברינו א"צ לזה אלא דר' אלעזר סבר דאע"ג דטעי ואין אדם יודע מ"מ בעל לשם קדושין

דבכל גווני אמרינן דבעל לשם קדושין, דרק רבה סבר הכי דתנאי דברייתא דלעיל פליגי בהא דאדם יודע, אבל לדידן לא פליגי בהא אלא בעיקר דינא דאאעבב"ז וקיי"ל בהא כרבנן דאאעבב"ז.

ועכשיו מיושב שפיר הא דאמרינן לאפוקי מהא דר' ישמעאל משום דגם בקדושי טעות אמרינן אאעבב"ז כיון שלא צריך להא דאדם יודע, ומכוונים גם דברי הרמב"ם בתשובה וא"צ לדחוק בגמ' דאדם יודע לאו דוקא אלא דרבה סבר דדוקא היכי דאדם יודע אמרינן אאעבב"ז ואנן ס"ל דלא כרבה ובכל גווני אמרינן הכי דבועל לשם קדושין שמא ימצא פסול או טעות בקדושין הקודמים.

ד) **ובמה** שכתבתי נתבארו דברי התוס' שכתבו בהא דפריך הגמ' על קדושי קטנה והא הכא דכי טעות אשה אחת דמי והקשו בתוס' כיון דסבר השתא דקדושי קטנה הוי כטעות אשה אחת, א"כ מצינן למיפרך מברייתא הקודמת מקדושי קטן ותירצו בתוס' דקדושי קטן ודאי אדם יודע דאינם קדושין, אבל קדושי קטנה הוי סבר כיון דיש כאן קדושין דרבנן לא אמרינן אדם יודע ודמי לטעות אשה אחת ולכאורה אינו מובן דכיון דסבר דקדושין דרבנן סגי וליכא אדם יודע א"כ במה דמי זה לטעות אשה אחת, דשם עכ"פ יודע שיש ספק בהתנאי, אבל הכא בקטנה ממ"נ אי דרבנן אלים כדאורייתא א"כ אין ספק בקדושין כלל ואי דרבנן לא אלים כדאורייתא א"כ הדר לא דמי לטעות אשה אחת, אכן לפימש"כ מבואר שפיר דאביי דרוצה להוכיח דבטעות אשה אחת פליגי לאו משום דסבר דלא טעי וחושש שיש עלי' נדרים, אלא דבאמת אפשר דטעי וחושב שאין עלי' נדרים כמו דקאמר ר' אמי, ומ"מ בועל לשם קדושין משום דתמיד בועל לשם קדושין אפי' אין יודע כלל מספק משום שמא ימצא פסול בקדושין הקודמים וכלשון הרמב"ם בתשובה, דלא מצריך אביי אדם יודע ורק רבה הוא דסבר דצריך להא דאדם יודע וכמש"כ ולהכי כתבו שפיר בתוס' דלאביי דבטעות אשה אחת צריכה גט גם בקטנה בועל לשם קדושין דאף דאביי הוי סבר דקדושי קטנה שיש קדושין דרבנן מהני כמו קדושין דאורייתא ולא שייך אדם יודע מ"מ צריכה גט וא"כ גם בתנאי צריכה גט ושפיר כתבו בתוס' דקדושי קטנה דמי לטעות אשה אחת.

ה) **והנה** בדין קידשה על תנאי ובעל כתבו הראשונים דצריכה גט רק מספק דלא אמרינן בזה בודאי דאאעבב"ז דשמא סמך על תנאי, כן כתבו להדיא הרמב"ן והרשב"א והר"ן ומקור דבריהם הוא מהא דאמר ר"כ משמי' דעולא המקדש על תנאי ובעל צריכה גט זה הי' מעשה ולא הי' כח בחכמים להוציאה בלא גט, ומלשון ולא הי' כח בחכמים מוכיחים הראשונים שאינן קדושי ודאי והנה הרמב"ם פ"ז מה' אישות הל' כ"ג כתב

לפיכך המקדש על תנאי וכנס סתם או בעל סתם הרי זו צריכה גט אעפ"י שלא נתקיים התנאי שמא ביטל התנאי כשבעל או כשכנס, וכן המקדש בפמשו"פ או במלוה וחזר ובעל סתם בפני עדים צריכה גט שעל בעילה זו סמך ולא על אותם הקדושים הפסולים חזקה היא שאין אדם מישראל הכשרים עושה בב"ז והרי בידו לעשותה עתה בעילת מצוה, וכתב המ"מ דאף שכ' הרמב"ם וכן, מ"מ יש שלשה חילוקים בין קדושין על תנאי ובין קדושי מלוה ופמשו"פ דבקדושין על תנאי בין כנס בין בעל, דגם כנס בלא בעל אמרינן שמא מחל התנאי משא"כ במלוה ופמשו"פ דלא שייך זה ודווקא בבעל, ועוד דבקדושין על תנאי אין צריך עדים כיון דהוא משום מחילת התנאי וכדעת הרמב"ם דלא צריך במחילת התנאי עדים, ועוד דבקדושין על תנאי אינו אלא קדושי ספק שאפי' בעל יש לחוש שעל ספק תנאי בעל אבל גבי קדושי מלוה ופמשו"פ כ' הרמב"ם חזקה לומר שהן קדושי ודאי, וגם המ"מ כ' ראי' לזה מהא דר"כ משמי' דעולא שהביאו הגאונים, והנה אתפלא מאוד על המ"מ שהחליט לומר דהרמב"ם סובר ג"כ כשיטת הראשונים דקדשה על תנאי ובעל אינו אלא קדושי ספק דהא כ' הרמב"ם בפ"י מה' גירושין הל' י"ט וז"ל הורו מקצת גאונים שכל אשה שתבעל בפני עדים צריכה גט חזקה שאעבב"ז וכו' וכל הדברים האלו רחוקים הם בעיני עד מאוד מדרכי ההוראה ואין ראוי לסמוך עליהם שלא אמרו חכמים חזקה זו אלא באשתו שגירשה בלבד או במקדש על תנאי ובעל סתם שהרי אשתו היא ובאשתו היא שחזקתו דאינו עושה ב"ז עד שיפרש שהיא ב"ז או יפרש שעל תנאי הוא בועל אבל בשאר הנשים וכו' הרי שכתב הרמב"ם מפורש חזקה זו גם בקדושי תנאי, ועיקר ראית המ"מ דבקדושי מלוה ופמשו"פ הוא קדושי ודאי משום שכ' הרמב"ם חזקה, ועוד דהרמב"ם כלל כאן אשתו שגירשה וקדושי תנאי ובאשתו שגירשה כתב להדיא למעלה בהל' י"ז שהן קדושי ודאי, ואף דגם כאן בה' אישות כ' הרמב"ם "וכן" ומ"מ כתב המ"מ דלא דמי היינו משום שפי' הרמב"ם להדיא דבריו דבעל תנאי כ' שמא ביטל התנאי כשכנס או כשבעל ובקדושי מלוה ופמשו"פ כתב חזקה שבעל לשם קדושין, אבל הכא כלל שניהם יחד וכתב חזקה שבעל לשם קדושין, וכיון דבאשתו שגירשה כ' להדיא דהוא קדושי ודאי א"כ ע"כ גם בקדושי תנאי קדושי ודאי ודלא כדעת הראשונים ז"ל, וע"כ צריך לומר דמה דכתב הרמב"ם פ"ז מה' אישות שמא ביטל התנאי היינו משום דמיירי מתחלה בלא בעל בפני עדים וצריכה גט רק משום קדושין הראשונים, ואח"כ גבי מלוה ופמשו"פ דקדושין הראשונים אינם כלום, כ' הרמב"ם דאם בפני עדים אז צריכה גט בודאי משום חזקה דאעבב"ז, אבל בה' גירושין דמיירי דבעל בפני עדים, גם בקדושי תנאי יש חזקה והוי קדושי ודאי, והא

דלא השמענו הרמב"ם זה בפ"ז מה' אישות משום דמקודם השמיענו דין דבטול התנאי, ואח"כ דין דאאעבב"ז לגבי מלוה ופמשו"פ ולא חשש להשמיענו גם לענין מקדש על תנאי כיון דגם בלא חזקה צריכה גט מספק אבל בה' גירושין דמיירי מדין בעל בפני עדים הזכיר קדושי תנאי לענין חזקה דהוי ודאי קדושין ועכשיו מיושב שפיר מה דסובר הרמב"ם לענין כנסה בחזקת בתולה דאין צריך קדושין מחדש משום דהוי קדושי ודאי דאאעבב"ז אף דלכאורה אין ראי' משם דהתם לא התנה, אבל באמת אם בקדושי תנאי הי' קדושי ספק כשיטת הראשונים דשמא סמך על תנאו א"כ גם בכנסה בחזקת בתולה ודאי סמך שהיא בתולה ויסוד דבריהם הא הוא מהא דקדושי' קדושי טעות דאמר עולא דלא הי' כח בחכמים להוציאה בלא גט ומוכח דאינו אלא קדושי ספק וא"כ הי' לו להצריך קדושין מספק גבי כנסה בחזקת בתולה אבל לפי"מ שהוכחנו דסובר גם בקדושי תנאי דהוי קדושי ודאי מיושב שפיר.

ו) **והנה** לכאורה אכתי אינו מיושב דכיון דסובר הרמב"ם דמטעם אין אדם עושה בב"ז ודאי בעל לשם קדושין א"כ גם אם אין עדים אמאי לא נימא דודאי מחל התנאי כדי שלא תהי' ב"ז.

ונראה דענין מחילת התנאי מה דמהני שיחולו הקדושין הקודמים הסביר הר"ן דהוי כאומר מ"מ שאין בה מומין ונדרים שאקפיד עליהם וכיון שמחל התנאי ואינו מקפיד עכשיו עליהם הוי כאילו לא נמצא בה מומין כיון שאינו מקפיד עליהם, ולפי"ז יש לומר דלא מהני מחילת התנאי שיחולו הקדושין למפרע אלא אם הוא מוחל התנאי בעצם ומשום חיבת ביאה הוא מוחל שמרוצה גם אם יש בה מומין ונדרים ובזה פסק הרמב"ם דאינו אלא ספק שמא ביטל התנאי, אבל אם באנו לומר דמשום אאעבב"ז מוכרח למחול תנאו הקודם, בזה נוכל לומר כיון דחזינן דאין לה כתובה משום דבאמת הוא מקפיד ורק דלענין קדושין מקדשה שלא תהא ב"ז א"כ לא נתבטל כלל קפידת תנאו הקודם וכיון שלא נתקיים תנאו א"א שיחול הקדושין מטעם מחילה כיון דבאמת אינו מוחל והוא מקפיד גם עכשיו ואין להקשות דאכתי בשביל אאעבב"ז ימחול לגמרי ולא יקפיד כלל ויתן גם כתובה, דז"א דבאמת אינו מחוייב בזה ורשאי להאמינה שאין בה מומין דאם אינו מפסיד רוצה שלא תהי' בב"ז בכל אופן אבל למחול לגמרי ולהתחייב כתובה אינו מרוצה. ופשוט.

ז) **ועוד** יותר נראה לפימש"כ רש"י גבי הא דאמר אביי דטעמא דרב משום דאאעבב"ז וכ' רש"י אבל לענין כתובה בתנאי קאי והקשו הראשונים הא בלא כתובה נמי הוי בעילת זנות, ותירצו דאינו מקפיד אלא על ביאת פנוי', אכן באמת נראה דכיון דאם נדרה אחר

נשואין ואומר דאי אפשר באשה נדרנית אי אמרינן דהיא נתנה אצבע בין שיני' אין לה כתובה והטעם דהיא גרמה הגירושין א"כ הכא דהי' מוכרח לקדשה עכשיו כדי שלא תהא ב"ז אבל אח"כ הוא מוכרח לגרשה והיא הטעתו דאמרה שאין עלי' נדרים, וא"כ אף שמשום חשש בע"ז הי' מוכרח לקדשה אבל אח"כ אינו רוצה באשה נדרנית וא"כ היא גרמה הגירושין ושפיר אין לה כתובה מצד הדין לא אמרינן כלל בזה דהוי ב"ז מה שבועל אותה בלא כתובה דדוקא אם הוא אינו רוצה להתחייב חיוב כתובה שחייבו חכמים הוי ב"ז אבל הכא לעיקר הדין אין לה כתובה, וכמו עוברת על דת יהודית דתצא שלא בכתובה, ופסק הרמב"ם דאין כופין אותה לגרשה ומ"מ אין לה כתובה ואף דהטעם שם דכיון דהא דתיקנו כתובה היא כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה אבל הכא אדרבא תהא קלה בעיניו להוציאה מ"מ חזינן דהיכי דאין לה מן הדין כתובה לא הוי בעילת זנות דאי לא"ה יכופו אותו משום ב"ז וא"כ גם הכא כיון שמן הדין יש לו רשות לגרשה שהטעתו ואינו רוצה באשה נדרנית וא"כ לא שייך שתהא לה כתובה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה וכיון שמן הדין אין לה כתובה ולא שייך כאן התקנה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה לא הוי בעילת זנות וראי' לדברינו ממה שפסק הרמב"ם בפי"א מה' אישות וכן הוא באה"ע סי' ס"ח ס"ד דאם טענה עדיין בתולה אני מתייחד עמה בפני עדים ובועל אותה פעם שנית וקשה איך בועל אותה שמא היא בעולה והוי בעילת זנות ואין לומר דנאמנת היא דהא כתב הח"מ דבאשת כהן או באשת ישראל וקבל אבי' קדושין פחותה מבת ג' אסור לבוא עלי' דהוי ספיקא דאורייתא אלמא דאינה נאמנת ואפי' אם נאמר דלענין איסור בלא כתובה דהוא מדרבנן הקילו להאמינה, מ"מ יקשה למה מחוייב לעשות כן ואינו יכול לאמר שאינו מאמינה ואינו רוצה לבעול ספק בעילת זנות כיון שאינה נאמנת לגמרי דהא בחשש שמא ימצא מומין אינו רוצה שתהי' בעילת זנות אף ששם בודאי עפ"י דין יכול להאמינה דלא איתרע כלל, וע"כ כדברינו דכיון דעפ"י דין יכול לבעול אותה באופן שאם תמצא בעולה יגרשנה לא שייך בזה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ואין לה מן הדין כתובה ולכן אין כאן איסור לבעול בלא כתובה ועתה מבואר ביותר דברינו הקודמים דלא שייך לומר דמטעם אאעבב"ז מוחל למפרע דהא באמת אינו מוחל ומקפיד בודאי ורוצה לגרשה למחר ולכן מחילה כזו אינה עושה קדושין למפרע דהא א"א לומר דהוי כמו שאין בה מומין משום דאינו מקפיד דהא באמת מקפיד וכמש"כ למעלה.

ח) **עוד** באופן אחר אפשר ליישב לפ"מ שכ' הר"ן דהא דאין לה כתובה אי אמרינן דצריכה גט מטעם דאאעבב"ז דהוא משום דכיון דעכשיו מקדשה בביאה הוי ארוסה

וארוסה אין לה כתובה, וכמו שביאר הפנ"י דבקדושי ביאה ליכא משום ב"ז אף דאין לה עדיין כתובה, ואף שהפנ"י הקשה ע"ז דע"כ מיירי בדכתב לה כתובה דומיא דמתני' דלקמן גבי הי' בה מומין אך באמת לק"מ דמה בכך דכתב לה ועודה ארוסה הא כתב על סמך קדושין הראשונים וכיון שקדושין הראשונים נתבטלו א"כ גם חיוב כתובה נתבטל, אבל כ"ז אי אמרינן דקדושין הראשונים נתבטלו אבל אי אמרינן דמחל על תנאי קדושין הראשונים וכבר כתבו ההפלאה והבית יעקב דבנשואין לחוד לא שייך תנאי כיון דגם בקדושי ביאה הוי סבר הגמ' למימר דלא מהני תנאי משום דאי אפשר לקיומי ע"י שליח אלא משום דאיתקש הויות להדדי אבל בנשואין ליכא האי סברא על כן לא מהני תנאי בנשואין היכי דליכא תנאי בקדושין, וכיון דמחל על תנאי הקדושין נעשו הנשואין נשואין גמורים וממילא ע"כ יהי' חייב בכתובה דאילא"ה הדר הו"ל ב"ז משום חסרון לכתובה.

ולפי"ז אפשר לומר דלא אמרינן סברא דאעבב"ז אלא היכי דלא יפסיד בשביל זה כתובה, אבל כיון דיהי' צריך להתחייב עבור זה כתובה ובפרט דעפ"י דין אין לו איסור דרשאי להאמינה שאין בה מומין ונדרים אינו חושש לזה, ולכן דוקא היכי שנקדשה עכשיו בבעילה ונעשית ארוסה דאין לה כתובה ואינו מפסיד בזה אמרינן דאעבב"ז אבל שימחל על תנאי הקודם ויתחייב כתובה זה לא אמרינן ולכן שפיר כ' הרמב"ם דאם אין עדים בביאה תשאר רק ספק מקודשת שמא מחל על התנאי כמו בכניסה לבד דהוי ג"כ ספק.

ט) **והנה** עוד נשאר לנו לבאר למה פסק הרמב"ם דבבעל על תנאי לפני עדים הוי ודאי הא מפשטה דגמ' דר"כ משמי' דעולא דאמר ולא הי' כח בחכמים להוציאה בלא גט משמע דלא הוי אלא קדושי ספק ועיקר הך מימרא הוי לענין שאנו אומרים אאעבב"ז כמו דמייתי לאפוקי מהאי תנא מדר' ישמעאל לענין קדושי ביאה דהא דר' ישמעאל מתנייא בין לענין קדושי טעות בין לענין קדושי קטנות, ונראה דאף דהרי"ף כתב דלא קיי"ל כרבה דאמר בטעות אשה אחת ד"ה אינה צריכה הימנו גט משום הא דר"נ משמי' דעולא היינו דאי לאו דר"נ משמי' דעולא הוי קיי"ל כרבה לגבי אביי משום דאין הלכה כתלמיד במקום הרב אבל עכשיו דלא קיי"ל כרבה דעכ"פ ר"כ משמי' דעולא פליג עלי' וסבר דצריכה גט, ממילא לענין אי הוי קדושי ספק או קדושי ודאי קיי"ל כאביי לגבי עולא דהוא בתרא לגבי עולא ואביי סבר להדיא דסברא דאעבב"ז עושה קדושי ודאי בין לענין קטנה בין לענין תנאי מדמצריך להו אהדדי ושפיר פסק הרמב"ם דגם בקדושי תנאי הוי קדושי ודאי, ולקמן עוד נבאר בעה"י מזה.

י) **ועוד** עלינו לבאר מקור דברי הרמב"ם בהא דפסק דקדשה על תנאי וכנסה סתם צריכה גט מספק, והנה הכ"מ כתב וז"ל אע"ג דאביי אמר לא תימא טעמא דרב כיון שכנסה סתם אחולי אחול לתנאי אלא טעמא דאאעבב"ז, הא ר"א פליגי עלי' ואמר המקדש על תנאי ובעל דברי הכל צריכה גט הימנו ולפי דבריו פלוגתא דרב ושמואל בכנס ולא בעל הוא וקיי"ל כרב באיסורי וע"כ הוי טעמא משום דכיון דכנסה סתם אחולי אחול לתנאי עכ"ל הכ"מ.

והמקור שהביא הכ"מ מדאמר ר"א דבבעל דברי הכל ומוכח דרב ושמואל פליגי בלא בעל, זהו אי גרסינן דברי הכל אבל הרשב"א והרא"ה והריטב"א כתבו דלא גרסינן דברי הכל דהא לעיל פליגי תנאי בזה וליכא למימר דעל פלוגתא דרב ושמואל אמר דברי הכל דהא לעיל מותיב אביי לרבה מהא דפליגי תנאי והתוס' תירצו זה דאביי ידע דרבה מסברא אמר הכי ולכן פריך מהא דפליגי תנאי דאין הסברא ברורה אבל ר"א ידע בקבלה דרב ושמואל לא פליגי בזה, והתי' הוא דחוק מאוד, ונראה דגם רש"י אינו גורס דברי הכל, דהתוס' הקשו דאיך קאמר דברי הכל דהא בקטנה פליג שמואל ותירצו דשאני בקטנה שיש קדושין דרבנן ולכן אינו בועל לשם קדושין, והנה בסוגיין מצריך הגמ' להיפוך דאפי' אי בקטנה בועל לשם קדושין אבל בתנאי אינו בועל לשם קדושין, והביא בתוס' מהא דיבמות דף ק"י דהצריכותא הוא להיפוך מסוגיין דאף אם בקטנה א"צ אפשר בתנאי צריכה גט, אבל רש"י מוחק שם הגירסא דיבמות וגורס שם הצריכותא כמו שהוא בכתובות א"כ לא סבר רש"י דאפשר דאף בקטנה א"צ גט גבי תנאי צריך, וא"כ ע"כ לא גריס ד"ה וכן באמת אצלנו ברש"י איתא על מימרא דר"א צריכה הימנו גט וליתא תיבות דברי הכל, אך לבאר שיטת הרמב"ם עלינו לבאר מקודם דברי הרי"ף בסוגיין ועל פי דברי הרי"ף יתבארו דברי הרמב"ם כמו שנבאר.

יא) **והנה** הרי"ף הביא להלכה סוגיית הגמ' מ"ש כתובה דלא דאמר אי אפשי באשה נדרנית גט נמי לא תיבעי אמר רבה גט מדבריהם רבא אמר תנא ספוקי מספקא לי' גבי ממונא לקולא גבי איסורא לחומרא, והקשה הרמב"ן דהא סוגיית הגמ' רק לשמואל אבל אנן דפסקינן כרב הא רב סבר דצריכה גט בודאי ולא מספק, ותי' הרמב"ן דמסוף הסוגיא דאמר ר"נ משמי' דעולא ולא הי' כח בחכמים להוציאה בלא גט משמע דלרב נמי בעל תנאי א"צ גט אלא מספק ודלא כאביי, והנה לפי"מ שבארנו שיטת הרמב"ם דאינו פוסק כר"כ משמי' דעולא אלא כאביי א"נ לא יתיישבו דברי הרי"ף בתירוצו של הרמב"ן, אכן הר"ן בהלכות כתב בביאור דברי הרי"ף משום דרבה לא ס"ל כאביי דאתי עלה מטעמא דאאעבב"ז אלא מטעמא דאחולי אחול ובודאי רבה גופי' אית לי' כפשטי'

דמתני' דכתובה דלא בעיא הא גיטא בעיא וע"כ צריך לתרץ או דגט מדבריהם או דספוקי מספקי ומשמע דנקטינן כרבה במקום אביי דתלמיד במקום הרב הוא ונהי דאותבי' לא איפליג עלי' בהדיא ועוד דבסמוך אמרינן המקדש על תנאי ובעל זה הי' מעשה ולא הי' כח בחכמים להוציאה בלא גט, דמשמע מחומרא בעלמא כמו שאכתוב בסמוך עכ"ל, והר"ן לשיטתו דמפרש אח"כ מה דאמר ולא הי' כח בחכמים דהיינו דנהי נמי דמסתבר דכרבה קיי"ל אפי' הכא זה הי' מעלה ולא הי' כח בחכמים להוציאה בלא גט מפני שחששו לסברא דאביי ולכן להרמב"ם אי אפשר לפרש כן דאם נימא דמה דאמר ר"כ משמי' דעולא זה הי' מעשה ולא הי' כח בחכמים היינו דמספקא לי' בדינא אי כרבה אי כאביי ולפי דברי הר"ן רק מחששא בעלמא חושש לטעמא דאביי א"כ אין סברא לומר דמשום זה נפסוק לגמרי כאביי כיון דמעיקר ההלכה עלינו לפסוק כרבה לגבי אביי משום דאין הלכה כתלמיד במקום הרב א"כ במאי דלר"כ משמי' דעולא מספקא לא אלים בזה דנפסוק לגמרי כאביי, ובאמת לשון הרי"ף ג"כ אינו נוטה לזה דכתב אלו דברי רבה ואפ"ה לית הילכתא כותי' דהא אמרינן אמר ר"כ משמי' דעולא וכו', ולדברי הר"ן הי' להרי"ף לכתוב דאפי' הכא לדינא חיישינן לסברא דאביי דאמר ר"כ משמי' דעולא וכו' כן עיקר ד' הר"ן שכ' ונהי דאותבי' לא הפליג עלי' בהדיא אינם ברורים דהא אביי אמר בהדיא לא תימא טעמא דרב אלמא דסבר דרב לאו משום אחולי אחול, עכ"פ לשיטת הרמב"ם א"א לומר כדברי הר"ן וע"כ עלינו לפרש הא דאמר ר"כ משמי' דעולא דלא משום דהי' ספיקא דדינא הלכה כמאן אלא דבעיקר הדברים מספקא לן הך חזקה דאאעבב"ז לגבי תנאי ומשום דשמא אתנאי' סמיך, אבל עכ"פ הספק להצריכה גט הוא בתורת ודאי והיינו דלא שיש לנו ספק בדין איך לפסוק הלכה אלא דבודאי מספקינן אי גמר ובעל לשם קדושין או אתנאי סמיך, וממילא שפיר כתב הרי"ף דהא דרבה לית הילכתא כותי' דרבה סבר דבודאי אינה צריכה גט, וכיון שכן סובר הרמב"ם דכיון דעכ"פ הא דרבה אדחייא וגם בתנאי אמרינן הא דאאעבב"ז ורק דאביי ועולא פליגי דעולא סבר רק מספק צריכה גט ואביי סבר דבודאי צריכה גט פסקינן בזה כאביי, ואף דהי' אפשר להיפוך דלענין שלא להצריכה גט בודאי רבה ועולא הם תרי לגבי אביי דתרווייהו סברי דאינה ודאי א"א מ"מ סובר הרמב"ם דכיון דהא דרבה אדחייא פסקינן לגמרי כאביי דהוא בתרא.

יב) **ועתה** נשוב לבאר דברי הרי"ף ומקודם נבאר דבריו במה שפירש דטעות אשה אחת כעין שתי נשים היינו שקדש על תנאי וכנס סתם וטעות אשה אחת גרידא שקדש על תנאי ובעל לאלתר משום דכנס משמע לאחר זמן ומדלא התנה אחולי אחול ובעל משמע

לאלתר, וכמאן דאתני בבעילה דמי, והקשה הר"ן דהיכי מוכח דכנס הוא לאחר זמן ובעל הוא לאלתר ועוד יותר הקשה הפנ"י דהא בברייתא דקדשה בטעות ופמשו"פ וכן קטן שקדש קאמר מאי לאו טעות נדרים והא הכא דכטעות אשה אחת דמי והך אם בעלו קנו לא משמע דוקא לאלתר דהא בקטן בודאי הוא לאחר זמן ופי' הפנ"י דכיון דקתני בעל ולא כנס אלמא דלאו מטעם אחולי אחול אלא משום אאעבב"ז א"כ אין נ"מ בין לאחר זמן בין לאלתר, והנה פירושו מחוור יפה לפרש הגמ' בדרך הרי"ף דטעות אשה אחת כעין שתי נשים היינו שקדש וכנס, אבל דברי הרי"ף שכתב דכנס משמע לאחר זמן ובעל משמע לאלתר לא יישב הפנ"י.

אכן נראה דדברי הרי"ף הם פשוטים דאף דאביי אמר בריש הסוגיא לא תימא טעמא דרב כיון דכנסה סתם אחולי אחול לתנאי, דאלמא דלא סבר אביי הא דאחולי אחול מ"מ כאן כשהקשה אביי לרבה לא הקשה אלא על סוף דברי רבה דאמר אבל בטעות אשה אחת ד"ה אין צריכה גט ועל זה הוא שהקשה מכל הני ברייתות דבטעות אשה אחת נמי פליגי תנאי וסברי דצריכה גט, אבל בהא דמפרש רבה דרב ושמואל פליגי דסברא דאחולי אחול גם בלא סברא דאאעבב"ז בזה ליכא פירכא כלל מכל הני ברייתות וסתמא דקדשה על תנאי וכנסה סתם משמע גם בכנס ולא בעל ורק אביי הוא דמפרש בבעל, ולכן אביי לא מקשה כאן אלא על סוף דברי רבה דאמר דבטעות אשה אחת ד"ה אין צריכה גט דמשמע דליכא למ"ד בזה וע"ז מותיב לי' אביי מכל הני ברייתות דמטעם אאעבב"ז לחוד גם בלא סברא דמדכנס סתם אחולי אחול נמי צריכה גט, נמצא דאביי כאן מותיב לרבה לטעמי' דאמרינן סברא דמדכנסה סתם אחולי אחול לתנאי, ולא פליג עכשיו בהא, וא"כ שפיר ע"כ כל היכי דקתני בברייתא בעל ולא כנס אי מטעם מדכנס סתם אחולי אחול הוי לי' למתני' כנס וע"כ דמיירי דמטעם אחולי ליכא למיתי ולהצריכה גט וע"כ דהיינו כגון שבעל לאלתר לאחר קדושין וכמאן דאתני בבעילה דמי ואם הי' מקודם כניסה התנה בשעת כניסה גופא ולא כנסה סתם, ובעל לאלתר כדרך כל כניסה לחופה, ולא הי' לו להתנות פעם שני לפני בעילה ומטעמא דאאעבב"ז גם בזה צריכה גט ודלא כרבה דאמר דבזה ד"ה א"צ גט, וא"כ דברי הרי"ף פשוטים וברורים, וגם הרמב"ם בתשובתו השיב לשואליו דעיקר פי' הסוגיא הוא כפי' הרי"ף.

יג) **ועכשיו** נוכל לבאר שפיר דברי הרי"ף שהתחלנו ונכונים עכשיו דברי הר"ן אם כי לא מטעמו לגמרי, והוא דאף דכתב הרי"ף דלית הילכתא כותי' דרבה, היינו במה דאמר אבל בטעות אשה אחת גרידא ד"ה א"צ גט, ובזה פסקינן דלא כותי' דאתותב מהני ברייתות ואף דרבה מתרץ לה מ"מ כיון דר"כ משמי' דעולא נמי סבר צריכה גט אדחייא

לה הא דרבה אבל במה דמוקים פלוגתא דרב ושמואל אי אחולי אחול לתנאי, ודלא כאביי דאמר לא תימא טעמא דרב בזה ודאי הלכתא כרבה דהוא רבי' דאביי, ועיין שבת דף פ' ע"א דפליגי רבה ואביי ורבא ופסק שם הרמב"ם כרבה, וכפי מה שבארנו ד' הרי"ף דגם אביי דמותיב לי' מכל הני ברייתות לא מותיב אלא במה דסבר דבטעות אשה אחת ד"ה א"צ גט, ולכן בזה שפיר פסקינן כרבה משום דפשטי' דמילתא דרב דאמר כנסה סתם וכן מתני'

הלכה י

כיצד כגון שקידשה על תנאי שאין לה עליו שאר כסות ועונה, שאומרין לו בכסות ושאר שהוא תנאי שבממון תנאך קיים אבל בעונה תנאך בטל שהתורה חייבה אותך בעונה והרי זו מקודשת ואתה חייב בעונתה ואין בידך לפטור עצמך בתנאך וכן כל כיוצא בזה וכן המקדש יפת תואר על תנאי שיתעמר בה הרי זו מקודשת ואין לו להתעמר בה שהרי התורה מנעה אותו מלהשתעבד בה אחר שנבעלה, ולא מפני תנאו יזכה בדבר שמנעה אותו תורה אלא תנאו בטל וכן כל כיוצא בזה.

אבל בעונה תנאך בטל וכו' והרי זו מקודשת, והנה בכתובות דף נ"ו ע"א הקשו התוס' בד"ה הרי זו מקודשת כיון דע"כ מיירי בדכפלי' לתנאי' דאמר לה אם אין לך עלי שאר כסות ועונה הרי את מקודשת ואם לאו אל תהי מקודשת דאל"כ תיפוק לי' משום דלא כפליה לתנאיה ולמ"ל משום דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה והקשו דלפי"ז למה תהי' מקודשת דהרי התנה בפירוש דאם תהא עליו שאר כסות ועונה שלא תהא מקודשת.

והנראה בזה דבדין תנאי מצינו שני אופנים האופן הפשוט הוא שאם יתקיים התנאי יתקיים הקנין ואם לא יתקיים התנאי לא יתקיים הקנין וכמו במתנה ע"מ שתתן לי מאתים זוז וכה"ג, ועוד יש תנאי שהוא בגדר שיור שעושה הקנין באופן זה ואין כאן אפשרות שלא יתקיים הקנין וכמש"כ הריטב"א בקדושין דף כ"ג גבי נותן מתנה ע"מ שאין לרבו רשות בו, וז"ל הריטב"א שם, והנכון דהכא האי על מנת לא חשיב תנאה לכו"ע, ולא בעינן דקדוקי תנאים אפילו לר"מ שאין לשון תנאי והלכותיו אלא כשהוא בלשון עשה או לא תעשה בין שיעשה הוא או לא יעשה או שיעשו אחרים או לא יעשו, אבל בדבר שאינו בלשון עשה ולא תעשה אלא מילתא דממילא כגון זה שאומר ע"מ שאין לבעלך רשות בו אין תנאי אלא שיור בגוף המתנה שמשייר בה שלא יזכה בה האדון או הבעל עכ"ל ע"ש שהאריך להוכיח כן, ולפי דבריו יש לומר דבע"מ שאין לך שאר כסות ועונה ג"כ אינו אלא לשון שיור דהא אינו ע"מ שלא תתבע ממני או שתמחלי אלא ע"מ שאין לך והיינו שיהיו קדושין כאלו שלא יהיו עלי חיוב של שאר כסות ועונה.

ומיושב לפי"ז קו' התוס' דלדברי הריטב"א לא צריך כאן כפילות התנאי וגם לא שייך כאן כפילות התנאי כיון דאין כאן שני אופנים, אלא על אופן זה קדשה ואף דכל הראשונים וגם הריטב"א בכללם שו"ט בקושיא זו של התוס' ותירצו ע"פ דרך התוס' אבל נראה דהוא פשוט דלדברי הריטב"א בקדושין, גם בזה לא צריך ולא שייך כפילות התנאי.

והנה בפי"ג מהלכות מכירה הלכה ג' כתב הרמב"ם האומר לחברו ע"מ שאין לך עלי אונאה יש לו עליו אונאה, והקשה הלח"מ דכאן פסק כרב ובפ"ט מה' שמיטה פסק דע"מ שלא תשמיטנו בשביעית אין שביעית משמטתו ובפ"ק דמכות מדמי להו בגמ' אהדדי, וכתב הלח"מ דאין לחלק דבאונאה שייך מי קא ידע דקא מחיל כדאמר בגמ' בהזהב לחלק בין הא דאמר ר' יהודה בדבר שבממון תנאו קיים דהא גם בשביעית שייך מי ידע דקא מחיל דשמא יפרע לו קודם כמבואר בתוס' בפ"ק דמכות, וכתב ע"ז אלא שאפשר לחלק בדוחק בין אונאה לשביעית דהכא לא ידע אם נתאנה ולא ידע דמחיל, אבל בשביעית כבר נודע דהשביעית משמטת, אבל לא ידע אם יפרע לו קודם ודוחק הוא זה וצ"ע עכ"ל, והנה מה שכתב הלח"מ דגם בשביעית שייך מי ידע דקא מחיל כמבואר בתוס' לא כתבו זה התוס' אלא אליבא דשמואל דסבר דע"מ שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה ואמר בב"מ אפי' לר"מ דסבר תנאו בטל הוא התם דודאי קא עקר, אבל הכא מי יימר דקא עקר, וע"ז הקשו התוס' דמאי פריך בגמ' מאונאה אשביעית דאמר ע"מ שלא תשמיטני שביעית שביעית משמטתו דהא בשביעית ודאי קא עקר ותירצו ע"ז בתוס' דגבי שביעית נמי אינו ודאי דשמא יפרע לו קודם, ודימה הלח"מ ענין מי יימר דקא עקר לענין מי ידע דמחיל.

אבל באמת לא דמי דלענין קא עקר דצריך להיות עקירה ודאית על מה שכתוב בתורה, ומה שמתנה על מנת שלא תשמיטני שביעית כ"ז שלא יצא לפועל ולא יפרע לו אחר שביעית אין זו עקירה עכשיו אפי' מתחייב עכשיו לפרוע אחר שביעית דאין איסור בתורה שלא להתחייב אלא דאסור לתבוע אחר שביעית ולכן כיון דאפשר שיפרע לו קודם לא הוי ודאי קא עקר, אבל לענין מחילה אנו רואין בעיקר בשעת התנאי אם ידע דמחיל או לא ידע דמחיל, ולכן באונאה לא ידע דמחיל כיון דאם אין אונאה במקח ליכא כאן מחילה כלל, אבל בשביעית שפיר ידע דמחיל דבשעת ההלואה דמתנה ע"מ שלא תשמיטני בשביעית הוא מוחל בודאי זה הזכות שיוכל לתבוע אותו גם אחר שביעית.

אמנם לפי מש"כ בשי' הריטב"א נוכל לחלק הא דע"מ שאין לך עלי אונאה להא דע"מ שלא תשמיטני בשביעית, דהא דע"מ שאין לך עלי אונאה אין הכונה בתורת תנאי ע"מ שלא יתבע ממנו אונאה דהא בזה לא ירויח אלא שלא יוכל לתבוע ממנו חזרת האונאה

באופן שיתקיים המקח, אבל עכ"פ הלוקח יוכל לבטל המקח דיתבע האונאה וממילא יתבטל המקח ויצטרך עי"כ להחזיר לו מעותיו וע"כ דאין כונת המוכר כן אלא ע"מ שלא יהי' להלוקח זכות תביעת אונאה וזהו באופן דמוחל מעכשיו בשעת מכירה זכות התביעה, וכן מוכח מהא דאמר בגמ' מי ידע דמחיל דאלמא דבתורת מחילה אתאן עלה ולכן אמרינן בזה דמתנה עמש"כ בתורה תנאו בטל, דאינו יכול למכור באופן שלא יהיה להלוקח זכות תביעת אונאה ולא דמי להא דאמר ר' יהודא בדבר שבממון תנאו קיים משום דמי ידע דמחיל כדאמר בב"מ בפ' הזהב, אבל בע"מ שלא תשמיטני בשביעית דתנאו כשאר תנאי דעלמא דהוא ע"מ שלא ישמיט הלוה אותו, וכמו שכתב רש"י במכות שם דהכונה ע"מ שלא תשמיטני אתה בשביעית (ועיין מש"כ הרמב"ן בחדושיו בב"מ) והיינו דאם ישמיטנו תתבטל ההלואה למפרע ואז ליכא דין שמיטה דלא נאמרה אלא בהלואה דהא הקפת חנות אינה משמטת, וכתב הרמב"ם בפהמ"ש דהוא משום שלא הקיף לו מתחילה על זמן אלא שיוכל לתובעו בכל שעה ומכ"ש כאן שאם נתבטלה ההלואה והוי כנשתמש הלוה במעות שלא בזכות הלואה דליכא דין שמיטה, ולכן אין כאן עקירת דין התורה ותנאו קיים ומה דמדמה הגמ' במכות דין אונאה לשביעית זהו אליבא דשמואל דאמר ע"מ שלא תשמיטני שביעית והיינו שלא יהי' דין השמיטה דאמר שמואל דשביעית משמטתו, ופריך מהא דסבר שמואל דע"מ שלא יהי' לך עלי אונאה דאין לו עליו אונאה דסבר דתנאו קיים, ובזה מתרץ דע"מ שלא תשמיטני שביעית דמי לע"מ שאין בו אונאה דאפי' שמואל מודה דתנאו בטל, וע"מ שלא תשמיטני בשביעית תנאו קיים, וזהו לשמואל דסבר נמי בע"מ שאין לך עלי אונאה נמי תנאו קיים, אבל לרב ולהלכה שפיר דע"מ שלא תשמיטנו בשביעית גם רב מודה דתנאו קיים דלא הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה דלא עקר דין התורה כלל, ואף דעכ"פ כשלא ישמיטנו וישלם לו תתקיים ההלואה ויהיה חייב להשמיט ויהיה דומה למחזיר חוב בשביעית שצריך המלוה לומר משמט אני והלוה צריך לומר אעפ"כ, וכאן לא מצינו דהמלוה יהיה צריך לומר משמט אני יש לומר דבסתם הלואה כשרוצה הלוה להחזיר צריך המלוה לקיים דין שמיטה ולומר משמט אני, אבל כאן כיון דאם לא יחפוץ להחזיר תתבטל ההלואה ויהיה מוכרח להחזיר, ע"כ בפועל ליכא חיוב השמיטה דעל כרחו מוכרח לשלם ולכן אינו צריך לומר משמט אני.

ובמש"כ בדברי הריטב"א דע"מ שאין לרבו רשות בו אינו תנאי של לאו והן אלא בגדר שיור יתבארו דברי המרדכי פ"ק דב"מ שכתב בשם מהר"ם ב"ר ברוך וז"ל ומטעם זה דפרישית דבמעשר ליכא דעת אחרת מקנה אפילו אם ראובן נתן מעשר לבניו של שמעון

הסמוכים על שולחנו של שמעון במתנה ע"מ שאין לאביהם רשות בהן אלא לצורך עצמן מה שהם נושאים ונותנים לפיהם לא מהני תנאה מידי כיון דטובת הנאה אינו ממון לא מצי מתני ובטל תנאו כיון דידם כיד אביהם דמי וכל זמן שסמוכים על שולחן אביהם הוי כאילו אביהם זוכה מיד במעשר עני ואביהם עשיר הוא עכ"ל והקשו בזה דהא היא גמ' מפורשת בקדושין דף ו' דבתרומה במתנה ע"מ להחזיר יצא ידי נתינה ומוכח דאפשר להתנות תנאי בנתינת תרומה אכן לפי המבואר מדברי הריטב"א דברי המרדכי נכונים דלהתנות בתנאי הפשוט שיש בו הן ולאו שאם יקיים התנאי יתקיים הקנין, ואם לא יקיים לא יתקיים הקנין זה ודאי אפשר גם בדבר שאין להנותן אלא טובת הנאה כיון שהתנה שאם לא יקיים התנאי בטלה הנתינה והוי כאילו לא נתן לו, וזכות טובת הנאה, הא של הנותן היא, אבל בתנאי דע"מ שאין לאביו רשות בהן שאינו תנאי של הן ולאו, אלא בגדר שיור, בזה אין זכות להנותן אלא להבעלים אבל במה שאין לו אלא טובת הנאה אין לו זכות לשייר וכיון שנתן המעשר להבן ע"כ יזכה האב, וכיון דהאב עשיר אינו יכול ליתן להבן והדברים מבוררים.

הלכה יד

יש מקצת גאונים שאמרו שאין צריך אדם לכפול תנאו אלא בגיטין וקדושין בלבד אבל בדיני ממונות אינו צריך לכפול ואין ראוי לסמוך על דבר זה שכפילת התנאי עם שיור הארבעה דברים מתנאי בני גד ובני ראובן למדו אותן חכמים אם יעברו בני גד וגו' ואם לא יעברו ותנאי זה לא היה לא בגיטין ולא בקדושין וכזה הורו גדולי הגאונים הראשונים וכן ראוי לעשות.

השגת הראב"ד יש מקצת גאונים וכו' כתב הראב"ד ז"ל כבר כתבנו הטעם בספר קנין בדברי האחרונים עכ"ל ועיין במה שהאריך המ"מ כאן.

הרמב"ן בקדושין דף נ' גבי ההוא דזבין אדעתא למיסק לארעא דישראל הביא שהוכיח מכאן הראב"ד דבממון לא בעינן תנאי כפול, וכתב הרמב"ן דיש חילוק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים דבתולה בדעת עצמו לא בעי תנאי כפול דאל"כ כל אסמכתא ליבעי ת"כ, וע"כ דכיון שתולה תנאי בעצמו לא צריך תנאי כפול, ומ"מ כתב הרמב"ן דלר"מ דלית לי' מכלל לאו אתה שומע הן אפילו בתנאי דע"י עצמו צריך תנאי כפול, ולכן צריך לאוקמי הכא דכפל דבריו ולא בתורת תנאי דא"כ אפילו בלא אונס תבטל המכירה, והרשב"א כתב לחלק דגילוי דעת עדיף מתנאי דכיון שפירש תנאו ולא כפל מוכח שאינו מקפיד, והרמב"ן הביא תי' זה וכתב דאינו נכון כלל, ובשם הרי"ף הביא דכתב כדברי הראב"ד, והר"ן כתב דמיירי שכפל דבריו וכנ"ל, והנה מדברי הרמב"ם

דסובר לפנינו דבממון נמי בעינן ת"כ, ומוכח מדבריו בפי"א ממכירה הל' ח' שהביא שם הך דינא דזבין ע"מ למיסק לארעא דישראל ולא פירש דבכפל תנאו איירי, ע"כ דבלא כפל מפרש לה, וא"כ ע"כ דיתרץ הסוגיא כדברי הרשב"א דתנאי שלא כפלו גרע מגילוי דעת וכן כתב המ"מ כאן וז"ל ודע שלדעת רבינו והגאונים הראשונים יותר הוי מועיל בד"מ גילוי דעת או אומדנא דמוכח מתנאי שלא נעשה כתיקונו וכ"כ בתוס' וזה מוכח מכמה דינים שנתבארו בד' רבינו, ע"כ.

ונראה דכל עיקר הקושיא אינו קשה לדעת הרמב"ם דסובר בפ"ו מאישות הי"ז דכל האומר מעכשיו אינו צריך תנאי כפול, וכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו נמצא דאין צריך לתנאי כפול אלא בתנאי דאם שהוא כלאחר, וא"כ מה דפירש בשעת המכר שהוא מוכר כדי לעלות לא"י אין לנו להוכיח מגילוי דעת זה, אלא שהוא תולה מכירתו על תנאי זה, אבל לא לומר שהוא דלאחר שיעלה אז תתקיים המכירה דאין לנו הוכחה מגילוי דעת זה דאינו רוצה שתחול המכירה עכשיו, ולכן הוי כמו ע"מ דאין צריך ת"כ והרמב"ן והרשב"א שהקשו כן י"ל דלא ברירא להו הך דינא אם במעכשיו א"צ תנאי כפול כמש"כ המ"מ, בהל' י"ז.

פרק ז

הלכה יז

הוספות להלכות אישות

(העתקה מקונטרס לשו"ע אה"ע)

נמצא בהם דינר רע אם יכולה להוציאו על ידי הדחק יחליפנו ואם לאו אינה מקודשת.

ונ"ב יחליפנו עי' חדושי המאירי ועי' בהלכות גדולות.

בגמרא קדושין דף ח' דינר רע ה"ז מקודשת ויחליף וכן פסק הרמב"ם דאם יכולה להוציא ע"י הדחק ה"ז מקודשת ויחליפנו, ולכאורה צ"ע ממ"נ אם נתקדשה דוקא אדעתא דדינר טוב א"כ יהי' כהתקדשי לי במנה ונתן לה דינר דכ"ז שלא נתן לה את המנה אינה מקודשת, אבל מנא לן החוב עליו להחליפו דאם נתרצית להתקדש בזה א"כ אינו צריך להחליף, ואין לומר דהיא נתקדשה על סמך שהוא מחוייב להחליף כיון שהבטיח לה ומחוייב להחליף לה מטעם ערב כד' הרשב"א גבי חלוץ ע"מ שתתן לך מאתים זוז, דהתם שאני דהחליצה מועלת בעצמה וע"כ נתחייבה לו ע"פ דבורה, אבל הכא אם לא קבלה הדינר עבור עצמה במה נתקדשה, ואין לומר דקבלה הדינר בתורת משכון וקנתה בו שויו ומ"מ נתחייב הוא להחליפו, דיקשה ע"ז כיון דהדינר לא קנתה

א"כ מנה אין כאן משכון אין כאן, ואם קנתה את הדינר א"כ למה הוא מחוייב להחליף, ובהכרח נראה לומר דכיון דגבי אונאה קיי"ל קנה ומחזיר אונאה, אף דבאמת גם שם יש להתיישב דמאיזה טעם מחזיר אונאה ממ"נ אם אין הלה רוצה במקח זה עפ"י שומא זו יבטל המקח, אבל שיקנה המקח בשומא אחרת מכפי שנתרצה המוכר או הלוקח זו מנין לנו, וצריך לעיין שם, עכ"פ מצינו שכן הוא דס"ל לחז"ל דזה שאסרה תורה אונאה, אינו שיבטל המקח אלא שיחזיר האונאה משום דאמדו גם דעת המאנה שאינו רוצה בבטול המקח ומרוצה לקיים המקח גם אם נחייבו להחזיר האונאה, א"כ נראה דה"נ בדינר רע כיון דיכולה להוציא ע"י הדחק א"כ דעתה להתקדש גם בעד זה, ואם לא יחליף מרוצית להתקדש גם בזה רק שכיון שהי' שלא בהסכמתה, ע"כ הוא מחוייב להחליף משום אונאה דהא דומיא דהכי גבי אונאה אם הי' בטול מקח אינו מחוייב להחזיר אונאה אלא יבטל המקח, ומ"מ גבי אונאה מחוייב להחזיר, דאלמא משום דבשיעור אונאה אינו רוצה לבטל המקח גם אם לא יחזיר לו, ע"כ המקח אינו בטל רק מ"מ האונאה צריך להחזיר, ולמ"ד אי עביד ל"מ הי' ניחא שפיר משום דכיון דהמקח אינו יכול ליבטל וזה לא הי' רשאי להונות אותו, נמצא דאם נימא דאינו צריך להחזיר האונאה א"כ מהני מעשיו תמיד דהא המקח לא יבטל הקונה דבדיעבד מרוצה גם ע"ז המקח, ומ"מ הזהירה התורה שלא יהנה אותו, ולכן בהכרח אמרינן דאם הונה אותו מחוייב להחזיר האונאה, ויש עוד לעיין בזה.

פרק י

הלכה ב

כיון שנכנסה הארוסה לחופה הרי זו מותרת לבא עלי' בכל עת שירצה והרי היא אשתו גמורה לכל דבר, ומשתכנס לחופה נקראת נשואה אע"פ שלא נבעלה והוא שתהיה ראויה לבעילה, אבל אם היתה נדה אע"פ שנכנסה לחופה ונתיחד עמה לא גמרו הנישואין והרי היא כארוסה עדיין.

אבל אם היתה נדה, כתב המ"מ שם בעיא לענין כתובה ולא איפשיטא חופה דלא חזי לביאה אם היא קונה וכתב בהלכות הלכך אינה קונה ודעת רבינו שה"ה לכל דבר שאין חופת נדה קונה לא ליורשה ולא ליטמא לה וכ"נ מדברי מקצת הגאונים ז"ל ויש חולקין ואומרים דלא מיבעיא להו אלא לענין כתובה אבל לשאר דברים חופה גמורה היא. ע"כ.

והנה בפ"ז מתרומות הל' כ"א כתב הרמב"ם כהנת אלמנה שנתארסה לכהן גדול או גרושה לכהן הדיוט וכו' וכן אם נכנסו לחופה בלא ארוסין אינן אוכלות שהחופה פוסלתן

מלאכול, והיינו כרב ביבמות דף נ"ז דיש חופה לפסולות, והקשה הר"ן בכתובות דף נ"ו דכיון דיש חופה לפסולות חופת נדה אמאי אינה קונה, עוד קשה דהרמב"ם כתב וכן אם נכנסו לחופה בלא אירוסין והוא כפרש"י דבלא קדושין איירי הא דיש חופה לפסולות, וכתבו התוס' דלפ"ז צ"ל דרב ושמואל סברי כר"ה דחופה קונה וסבר רב דכי היכי דקני חופה בכשרות ה"נ דקני בפסולות ושמואל אמר דל"מ חופה אלא בכשרות דחופה קירוב ביאה ול"מ אלא בראויות לביאה אבל בפסולות שאינן ראויות לביאה לא, וא"כ הרמב"ם דלא פסק כר"ה דלא כתב בפ"ג קנין חופה בקדושין איך פסק דיש חופה לפסולין בלא ארוסין, וכבר עמד בזה הלח"מ.

והלח"מ תי' על קושיא הא' דחלוקים הם חופת נדה מחופת פסולות דחופת נדה כיון שאין כונתו לאיסור לכן אמרינן דלא קנה כיון שאין דעתו לבוא עלי' בעודה בטומאתה, אבל גבי חופת פסולות כיון דדעתו לבוא עלי' אף שאסורה לו דחזינן דכנסה משו"ה קנאה אף שלא בא עלי' בחופה גרידא, ועל הקושיא הב' תי' דאף דל"מ חופה לענין קנין אישות מ"מ פוסלה לתרומה כמו יבם שפוסל ואינו מאכיל ולכן חופת פסולות נהי דל"מ לקנין מ"מ פוסלה, ובזה נתיישב גם הקושיא הא', דחופת נדה ל"מ לענין קנין והו"ל כארוסה לכל שאר דברים ול"מ חופת פסולות אלא לפוסלה, עכ"ד הלח"מ.

והנה מה שדימה הלח"מ חופת פסולות לדין דיבם פוסל ואינו מאכיל תמוה טובא דגבי יבם כיון שמשועבדת להיבם שפיר פוסלה משום דלא קרינא בה ושבה אל בית אבי', אבל הכא הא אין הפסול משום דהבעל אינו כהן ואגידה גבי' דהא אדרבה הבעל הוא כהן והפסול הוא משום דמשתמרת לביאה פסולה וא"כ אימתי הוי משתמרת לביאה פסולה רק אם יש עלי' דין נשואין ויש לו עלי' זכות ביאה אבל לשי' הרמב"ם דחופה אינו קונה מהכ"ת נחשבינה למשתמרת לביאה פסולה.

ולכאורה היה אפשר לתלות זה בחקירת המל"מ כאן אם חופה לפני קדושין מהני להחשיבה כנשואה כיון שאח"כ קידשה והביא ראי' מדברי הרמב"ן בקדושין דף י' בהא דבעי' אי תחילת ביאה קונה או סוף ביאה וקאמר בגמ' נ"מ לכה"ג דלא קני בתולה בביאה והקשה הרמב"ן דהא קיי"ל בתר נשואין אזלינן וא"כ אפי' אי תחילת ביאה קונה הו"ל בעולת עצמו ותי' הרמב"ן בשנכנסה לחופה וקדשה בביאה דהיא כאשתו לכ"ד, ומבואר דחופה לפני קדושין מהני לעשותה נשואה, ולפ"ז א"ש דאף דחופה אינו קונה מ"מ כיון דאגידא גבי' במקצת לגבי זה דבקדושין לחוד תהי' כנשואה לכ"ד, שייך שיפסלנה.

אכן בסברא ודאי ד' המל"מ תמוהים דלא שייך חופה לפני קדושין כיון דחופה הוא גמר אישות ולא שייך זה לפני הקדושין ומה שהביא מדברי הרמב"ן משם אין ראי' דשם

הוא בב"א שכנסה לחופה ובא עלי', וכמש"כ הר"ן בהמדיר דביאה ארוסין עושה הוא רק בבית חמיו אבל בביתו החופה והקדושין הוי בב"א.

והנה הריטב"א בסוגיאן הקשה זה על רש"י לפ"מ דאינו מפרש כהתוס' דרב ושמואל כר"ה ס"ל דחופה קונה, ומ"מ מהני לפוסלה וע"ז הקשה דכיון דבכשרות ל"מ חופה מהכ"ת יפסול בפסולות, עוד הקשה מהא דרב ששת מייתי ראי' דיש חופה לפסולות מאמן שלא שטיתי ארוסה ונשואה שומרת יבם וכנוסה האי ארוסה ה"ד אילימא דקני לה כשהיא ארוסה וקא משקה לה כשהיא ארוסה ארוסה בת משתיא היא והא תנן ארוסה ושומרת יבם לא שותות ולא נוטלות כתובה אלא דקני לה כשהיא ארוסה ואיסתתרה וקמשקה לה כשהיא נשואה מי בדקי לה מיא וכו' אלא דקני לה כשהיא ארוסה ואיסתתר ונכנסה לחופה ולא נבעלה וש"מ יש חופה לפסולות, והכא הרי אחר קדושין איירי דבלא קדושין לא שייך זה ומנ"ל לחופה לפני קדושין ואף אי נימא דחופה קונה מ"מ אפשר דאינו פוסל רק חופה דאחר הקדושין דהוי נשואין ולא חופה דלפני קדושין.

ועל הקושיא הא' כתב הריטב"א דאפשר דהוי מצד הסברא כיון דהוי קרובה לביאת איסור, והנה לפ"ז גם הקו' הב' לא קשה דהא מוכח משמואל דקאמר ומודה לי אבא בתינוקת פחותה מבת ג' דאין חופה פוסלה כיון דאין ביאה פוסלה, וא"כ ע"כ דאפי' חופה אחר קדושין אינו פוסל דלשמואל הטעם כיון דאין ביאה פוסלת ולכן גם בפסולות שאין ראויות לביאה אין להם חופה ואם כן גם אחר קדושין אין חופה לפסולות ושייך לומר ומודה לי אבא, דבזה גם לשמואל שייך ומודה, וא"כ שפיר הביא ר"ש ראי' דחופה בתר קידושין מהני ודלא כשמואל דאין חופה לפסולות אפי' אחר קדושין.

והנה לשי' רש"י דמפרש בחופה בלא קדושין נראה דהוכרח לזה לפ"מ דמבואר בירוש' פי' הבע"י סוף הל' ג' אמתני' דנתאלמנו או נתגרשו מן הנשואין פסולות לא נבעלו כשרות וכן מובא בתוספתא הובא במראה"פ א"כ ע"כ דאיירי בחופה בלא קדושין דאי בקדושין הא קיי"ל כר"מ דקדושין לחוד פוסל מן התרומה, ואם נאמר דהפלוגתא היא לאח"מ דבזה אין הקדושין פוסלין רק החופה, הא לפי המבואר בירוש' גם בחופה לא תלי אלא בביאה ודוחק להעמיד היכי שכבר אכלה כדאמר ר"י בדף ע"ה וכגון שנעשה פצ"ד אחר הקדושין ולכן צריך שיפסל מדין חופה ועי' תוס' ביבמות בסוגיאן ד"ה רב אמר, וכיון דלשמואל ע"כ דגם בחופה אחר קדושין סבר אין חופה וכדהוכחנו מהא דומודה לי אבא ע"כ דפליג גם אליבא דר"א ור"ש דקדושין לא פסלי מאכילת תרומה ומוכח דפליגי בכל גווני.

אכן לדעת הרמב"ם בפי"ט מאיסו"ב הל' ג' שכתב דלא כהירוש' אלא דאם נשאת הרי

היא בחזקת בעולה ואע"פ שנמצאת בתולה א"כ היה אפשר לפרש דפליגי בחופה אחר קדושין ולענין אחר שנתאלמנה וסובר שמואל דמעיקר הדין ל"מ חופה שאינה ראויה לביאה למידי ורב דסובר יש חופה הוא ע"כ דכיון דעכ"פ סתם חופה עומדת לביאה שם בעולה עלי' וזה דלא כתי' הא' של הלח"מ לחלק בין חופת נדה לשאר פסולות ובשאר פסולות דנתכוין לאיסור הוי חופה דלשמואל ע"כ ל"מ חופה כלל מדאינה פוסלת ולרב הטעם משום ביאה, וא"כ גם לדעת הרמב"ם אין לנו נ"מ בהקידושין כיון דמעיקר הדין אין חופה קונה למידי ורק משום דהו"ל כבעולה.

והי' אפשר להוכיח גם בלא כ"ז, דמ"נ אם לא נעמיד דאיירי לאח"מ א"כ ע"כ דאיירי בלא קדושין דבקדושין הא קיי"ל כר"מ דבקדושין לחוד נפסלת, ואלא דנעמיד אחר מיתה א"כ אין שום סברא לפוסלה דשוב אינה משתמרת לביאה פסולה וע"כ דשם בעולה עלי' א"כ אין לנו נ"מ בהקדושין כלל.

נמצא דדברי הרמב"ם מיושבים דכיון דאין לנו נ"מ כלל בהקנין ורק משום דהיא כבעולה, א"כ אפשר לומר כתי' הב' של הלח"מ דבין חופת נדה ובין שאר פסולין ל"מ חופה אלא דהלח"מ כתב דמה דנפסלת לתרומה הוא משום דמשתמרת וכמו יבם שמשתמרת וביאה פסולה, וכבר בארנו דזה קשה דל"ד ליבם, ולמפש"כ הטעם משום דהו"ל כבעולה.

אכן הק"א הוכיח מדברי הרמב"ם בפכ"ב מהל' אישות הל' ד' לענין ירושה הנושא אשה שהיא אסורה לו וכו' אם מתה תחתיו יירשנה, ובירושה הא לא שייך משום בעילה רק משום דהו"ל נשואה ומשמע דיש קנין חופה לפסולות לעשותה נשואה, ונראה לי דבאמת יש להעיר בהא דמשמע מדברי הרמב"ם שלפנינו דחופת נדה ל"מ כלל לירושתה ולהפרת נדרי' וליטמא לה, כמש"כ המ"מ, דאיברא דלא הוי חופה לעשותה נשואה מ"מ במה גרע ממסר האב לשלוחי הבעל דמהני במסירה לענין ליורשה ולהפר נדרי' כמש"כ בפכ"ב מאישות הל' ב' ובפי"א מנדרים הל' כ"ב שאין הבעל מיפר בקדושין והי' אפשר לומר דלא שייך מסירה אלא באב ולא שתמסור עצמה, אכן בדברי הרמב"ם בפכ"ב מאישות הל' ג' מבואר דשייך מסירה גם בבוגרת, שתימסור עצמה אליו, שכתב וכן אם היתה בוגרת או יתומה או אלמנה והלכה היא בעצמה מבית אבי' לבית בעלה ואין עמה לא בעלה ולא שלוחיו ומתה בדרך אין הבעל יורש אותה, ומפורש דשייך מסירה לרשות הבעל גם כשהיא מוסרת עצמה, וא"כ חופת פסולות אמאי לא מהני לענין ירושה ולהפרת נדרים דלא גרע ממסר האב לשלוחי הבעל.

ולכן נראה באמת דחופת נדה לא מהני וכמש"כ, וה"ה חופת פסולות ומה דמהני לענין

ירושתה הוא מדין מסר האב לשלוחי הבעל, וזה מהני גם בחופת נדה דהיא כארוסה שמזה הוכיח המ"מ דלא מהני כלל גם לענין ירושתה, נראה לפרש דהוא להיתר בעילה דאסור לבועלה אם תחזור לבית אבי'.

ומה דקשה עדיין דרב ששת הביא ראי' דמהני חופת פסולות מסוטה ושם לא סגי במסר ולא בבעילה רק דהוי נשואה נוכל לומר דראית ר"ש אינה להלכה ומשום דקיי"ל בקדושין דף כ"ז דאמן של ארוסה הוא מדין גלגול ולכן סובר הרמב"ם דרב אשי דמספ"ל בכתובות דף נ"ו בחופת נדה הוא משום דס"ל דמחלוקת רב ושמואל הוא לענין תרומה, ור"א בעי לענין קנין, וא"כ להלכה נשמע משמואל דע"כ לדידי' חופה אינה קונה כלל דאם הי' קונה הי' פוסל ג"כ ולכן פסק הרמב"ם דחופת נדה אינו קונה.

ויותר נראה לפ"מ שיש לדייק בדברי הרמב"ם פ"ז מתרומות הל' כ"א כהנת אלמנה שנתארסה לכה"ג וכו' וכן אם נכנסו לחופה בלא ארוסין אינן אוכלות שהחופה פוסלתן מלאכול, נתאלמנו או נתגרשו מן הארוסין חזרו להכשרן מן הנשואין לא יאכלו שכבר נתחללו, ודייק הרמב"ם בסיפא מן הנשואין, ונכנסו לחופה בלא ארוסין ודאי לא הוי מן הנשואין, וזה אין לומר דנכנסה לחופה ולא נבעלה אינה מתחללת דהא מפורש בפי"ט מאיסורי ביאה הל' ג' דבחופה לחוד הוי בחזקת בעולה שכתב ואם נשאת אע"פ שלא נבעלה נתחללה שכל נשואה בחזקת בעולה היא אע"פ שנמצאת בתולה, ולכן מוכח דהרמב"ם מחלק דלדין תרומה בחופה לחוד הוי משתמרת לביאה פסולה אבל לענין שיהי' לה דין נשואה בזה צריך שיהי' קדושין וכן מוכח באמת מל' הרמב"ם שאחר דין ארוסה דפסולה מדין משתמרת כתב וכן נכנסו לחופה בלא ארוסין ומוכח דהוא מדין משתמרת אבל לענין שיהיה לה דין כבעולה בזה צריך שיהיה לה דין נשואה.

נמצא דהרמב"ם סובר כפי' הא' של הלח"מ דיש חילוק בין חופת נדה שאינו מתכוין לאיסור ולכן אם הי' חופה אחר הקדושין שפיר דהוי נשואה לענין ירושתה וליטמא לה ורק לענין תרומה בזה הוי משתמרת גם בלי קדושין וזהו שפסק הרמב"ם בפ"ז מתרומות דיש חופה לפסולות אף בלא ארוסין, אכן לענין ירושתה דהוא ע"כ משום שהיא נשואה כיון שמתכוין לביאת איסור הו"ל חופה שראויה לביאה כמו שכתב הלח"מ בתי' הא'.

והיה אפשר בזה ליישב מה דלא פסק הרמב"ם להדיא דחופה אינו קונה ורק סמך על מה שהשמיט כל הדין דבאמת לפ"מ דס"ל דכיון שהכניסה לחופה הרי היא בחזקת בעולה וא"כ דל מהכא חופה יקנה בביאה ואין אדם עושה בב"ז ובעלה לשם קנין, ולכן אפ"ל דר"ה דס"ל חופה אינו קונה ס"ל כר"י גבי מגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי דדוקא בראוה שנבעלה אבל לא ראוה שנבעלה לא אמרי' דודאי נבעלה ואף די"ל דאף

לר"י דסבר במגרש ולנה עמו בפונדקי דלא אמרי' דודאי נבעלה מ"מ גבי כנסה לחופה מודה נמי ר' יוחנן דודאי נבעלה, מ"מ אינו מוכח ואפשר דתלי זב"ז.

הלכה יא

המארס את האשה וכתב לה כתובה ולא נכנסה לחופה עדיין ארוסה היא ואינה נשואה שאין הכתובה עושה נשואין. ואם מת או גרשה גובה עיקר כתובתה מבני חורין ואינה גובה תוספת כלל הואיל ולא כנסה, אבל אם ארס אשה ולא כתב לה כתובה ומת או גרשה והיא ארוסה אין לה כלום ואפילו העיקר שלא תקנו לה עיקר כתובה עד שתנשא או עד שיכתוב והמארס את בתו וכתב לה כתובה ומת או גרשה כשהיתה נערה כתובתה לאביה כמו שבארנו [**למעלה בפ"ג**].

גובה עיקר כתובתה וכו' כתב המ"מ זה פשוט במשנה פרק אע"פ ששנינו שם אע"פ שאמר בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה יוסיף נתארמלה או נתגרשה, בין מן הארוסין בין מן הנשואין גובה את הכל מן הארוסין בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה ומסקנה בגמרא והלכה למעשה כר' אלעזר בן עזריה, וכתב רבינו מבני חורין למעט את המשועבדין וכ"כ רב שרירא גאון ז"ל והם נסמכין בזה על מה שאמרו פרק נערה שנתפתתה דף מ"ג מיגבא מאימת גביא וכו' ואסיקו בגמרא דאפילו מנה ומאתים מן הנשואין וכ"כ הרב בעל העיטור ז"ל, ויש חולקין בזה ומפרשים ההיא דפרק נערה דוקא בשכנסה וחזר וכתב לה שמחלה שיעבודה מזמן ראשון עד זמן שני עכ"ל. וברא"ש שם הביא דעת הרמב"ם דאינו גובה אלא מבני חורין ותמה דמ"ש שטר זה מכל שטרות דעלמא שלא תטרוף בו ממשעבדי ואפילו אם לא כתב אחריות הא קיי"ל אחריות טעות סופר היא אף בכתובה עיי"ש.

ונראה דהרמב"ם סובר דמה דתנן שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה לכאורה הפירוש הוא משום גדר אומדנא ואדעתא דהכי שעל דעת זה שימות קודם הנשואים לא כתב לה התוספת, אבל מלשון הגמ' דאמר שם בבעיא דנכנסה לחופה ולא נבעלה אי חיבת חופה קונה אי חיבת ביאה קונה מוכח דאינו מגדר אומדנא וכמו תנאי אלא דהחופה עושה עיקר התחייבות התוספת ואף דמבואר שם דהוא משום אומדנא אינו אלא לענין זה דמשום אומדנא אמרינן דאין דעתו אלא להתחייב אלא לאחר הנשואין, ולפי"ז מבואר דבדין שעבוד נכסים בכתובה כתב הרמב"ם בפט"ז מהלכות אישות הלכה י' וז"ל ועוד תקנו חכמים שיהיו כל נכסי הבעל אחראין וערבאין לכתובה אפילו כתובתה מנה ויש לו קרקע באלפים זוז הכל תחת שעבוד הכתובה וכו' והוא מדברי המשנה והגמ' דכתובות

ס"פ האשה שנפלו מתקנת שמעון בן שטח והתוס' פירשו שם דמתחילה היו מיחדין מעות בשביל הכתובה וכדמפורש שם בגמ' דלכן לא היו מקבלין אחריות על חיוב הכתובה, אבל מדברי הרמב"ם משמע דעיקר דינא מה שכל נכסיו אחראין לכתובתה ואינו יכול למכרם, זהו מן התקנה דלא הזכיר כלל כשלא ייחד לה מעות אי מטלטלין וצריך באור דמה חידוש כאן בכתובה הא בכל חוב הדין כן שאפי' חובו מנה ויש לו נכסים באלפים זוז כולם משועבדים ואינו יכול למוכרם, ואפי' היכא דלא כתב כתובה הא קיי"ל דכל מעשה ב"ד גובה ממשעבדי וכתובה הוא מעשה ב"ד כדאיתא בכתובות ובב"מ דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום, וא"כ למה צריך כאן לתקנה חדשה.

ונראה דלולי התקנה לא היינו אומרים דכתובה הוא דין חיוב מעכשיו שישתעבדו הנכסים כיון דעיקר כתובה הוא לאחר גירושין או מיתה והיינו אומרים דלא נשתעבדו הנכסים אלא בשעת גירושין או מיתה, ואף דאחר מיתה אין דין לחייב היורשין בכתובה וחיוב הכתובה הוא על הבעל היה אפשר דבשעת מיתה נגמר החיוב ונשתעבדו הנכסים וכדאיתא בב"ב דף קל"ז דגם גט שייך שיחול עם גמר מיתה ואף דעיקר דין דכתובה ודאי נעשה בשעת נשואין מ"מ כיון דאכתי אינו מחויב לשלם לא נשתעבדו הנכסים ותיקן שמעון בן שטח שישתעבדו משעת נשואין ועכשיו מבואר דלפי"מ שבארנו דכל דין דאמרינן דבמת קודם הנשואין אינה נוטלת תוספת דאינו משום גדר תנאי ואדעתא דהכי אלא משום גדר "לאחר" דאמדינן דעתו דלא רצה להתחייב בתוספת אלא לאחר נשואין, לכן אמרינן דגם במנה ומאתים שכתב לה לא הי' דעתו אלא על עיקר דין כתובה קודם תקנת שמעון בן שטח, אבל מה שכתב בשטר הכתובה אחריות מכל נכסיו זה דינו כמו תוספת דמלבד עיקר הכתובה לא הי' דעתו להתחייב אלא אחר הנשואין ולכן אמרינן דאחד זה ואחד זה מן הנשואין.

והנה הרמב"ם בפי"א מהלכות מכירה הלכה ט"ז י"ז כתב חייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון שאמר הריני חייב לזון אותך או לכסות חמש שנים אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד שזו כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה וכן הורו רבותי ומפני מה הפוסק עם אשתו שיהיה זן את בתה חייב לזונה מפני שפסק בשעת נשואין והדבר דומה לדברים הנקנין באמירה, והשיג הראב"ד א"א רבותיו הורו ולא ידעתי מאין הורו שהרי בגמ' הקשו מאותה משנה לר"ל וסייעו לר' יוחנן והיו סבורין שאינה בשטרי פסיקתא, ור"ל הוא שמעמיד אותה בכך וכשתעיין יפה הכל דרך אחד, וכתב המ"מ לתרץ דהו"מ למימר ולטעמיך והוא דחוק, והנתיבות בסימן ס' כתב ליישב עפ"מ שכתב בטעמו של הרמב"ם דבשעת נשואין מהני קנין וכמו שכתב הכ"מ ע"פ דבריו בה' אישות דאף שאינו

מהדברים הנקנים באמירה ממש דזה בשעת אירוסין דגם קנין אינו צריך מ"מ לענין זה מהני דהוי כמו דברים הנקנים באמירה דמהני קנין. ובאר הנתיבות בטעמא דמילתא ע"פ דברי הכ"מ דעיקר דינו של הרמב"ם דמהני התחייבות הוא בלשון הודאה ומטעם אודיתא ולכן כיון דבשעת אירוסין מהני בלא קנין מהני בשעת נשואין בלשון הודאה שאמר אני חייב ומשמעו שנתחייב כבר משעת אירוסין ומהני הקנין למשעבדי, ודבריו תמוהים דהיכן הזכיר הרמב"ם כאן לשון הודאה הא כתב ומפני מה הפוסק עם אשתו שיהיה זן את בתה חייב לזונה מפני שפסק בשעת נשואין והדבר דומה לדברים הנקנים באמירה, ומבואר להדיא דמיירי בלשון פסיקה ולא בלשון הודאה, אכן דברי הרמב"ם במה שכתב דבשעת נשואין דומה לדברים הנקנים באמירה דמהני קנין באמת צריכים ביאור וכמש"כ הנתיבות.

ונראה עפ"מ שכתב הריטב"א הביאה המל"מ דסבור היה לומר דמה שסובר הרמב"ם דלא מהני קנין בדבר שאינו קצוב אינו אלא במתחייב דרך מתנה וגמילות חסדים ולא בנוטל שכר, אלא שדחה זה דא"כ למה הוצרך לכתוב בפוסק בשעת נשואין משום דדומה לדברים הנקנים באמירה, אבל באמת הלא מפורש בלשון הרמב"ם שכתב שזו כמו מתנה הוא, ומה שדחה הריטב"א דא"כ למה הוצרך לטעמא דדברים הנקנים באמירה הנה באמת הא לא דמי ממש לדברים הנקנים באמירה דהא צריך קנין, אך לבאר זה נקדים לבאר מה נ"מ לענין זה בין מתנה למכר ונראה דמה דלא מהני קנין בדבר שאינו קצוב אינו בעיקר דין אפשרות ההקנאה אלא משום גזרה לא סמכה דעתי' דבדבר שאינו מבורר לא סמכה דעתו להקנות וכיון שאין המניעה מצד אפשרות ההקנאה לכן לא אמרינן הכי אלא בדבר שתלוי לגמרי בדעת המקנה כמו במתנה, אבל במקח וממכר דלא מהני אומדנא שלא פירש לבטל המכירה וכמש"כ בפי"א ממכירה הלכה ט' ה"נ לא אמרינן דלא סמכה דעתו להקנות כיון שקבל מחברו בשביל הקנאתו, ולכן כתב דאם התחייב בשעת נשואים אף דלא הוי ממש כדברים הנקנים באמירה דלא בעי קנין דזהו דוקא בשעת אירוסין דהוא התחלת החיתון דאמרינן אגב דמיחתני אהדדי גמרי ומקני אהדדי מ"מ בשעת נשואין מועיל לענין זה דמהני מה שנתחייב בקנין דכיון דעכשיו נשאת לו על תנאי זה לא הוי כמתנה גרידא והוי כמו שקבל ממנה עבור זה וגמר והתחייב ע"י הקנין וכן מהני ע"י שטר וכמש"כ הרמב"ם בפכ"ג.

איברא דלפי"ז דנימא דבשעת נשואין לא מקרי מתנה גרידא וקשה לן לפמש"כ בפי"א ממכירה הלכה ט' דשיטת הרמב"ם הוא דבמכר לא מהני אומדנא כ"ז שלא פירש וכמש"כ הגר"א ז"ל בחו"מ סי' ר"ז לשיטת הריא"ז דהיכי שהוזכר דמהני אומדנא בכולהו

מיירי במתנה והגר"א ז"ל הזכיר שם גם הא דקיי"ל כראב"ע דאינו גובה תוס' כתובה במת הבעל קודם הנשואין שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה, ולפימש"כ דבשעת נשואין לא הוי מתנה גרידא ודמי למכירה וכ"ש דבשעת ארוסין דמהני דברים הנקנים באמירה אפי' בלא קנין הרי דמי למכירה ולמה מהני אומדנא.

אך לפי"מ שבארתי מיושב דמה דבמכר לא מהני אומדנא זהו היכי שאנו צריכים לבוא בגדר אומדנא של ביטול ואדעתא דהכי, בזה אמרינן דכיון שאינו תלוי בו לבדו לא אמרינן אומדנא דהו"ל לפרש וכ"ז שלא פירש הוי דברים שבלב, אבל מה דאמרינן דע"י האומדנא דייניגן שלא רצה להתחייב עכשיו אלא לאחר נשואין זה אינו בגדר ביטול ולא שייך לגדרי דברים שבלב דאינו מגדרי תנאי ומשו"ה מהני אפי' במכירה.

ועכשיו מיושב השגת הראב"ד דהגמ' שפיר פריך לר"ל דבמתניתין תנן הנושא את האשה ופסק עמה לזון את בתה דמיירי בשעת נשואין ולא בשעת אירוסין דלא הוי דברים הנקנים באמירה ממש וכמש"כ הרמב"ם בפכ"ג וכנ"ל, ולכן מוכח שפיר כר' יוחנן דמהני שטר בחייב אני לך אלא דלעניגן זה דמי לדברים הנקנים באמירה דמהני אפילו בדבר שאינו קצוב בין בקנין ובין בשטר, אבל לר"ל דלא מהני שטר בחייב אני לך קשה, וע"ז משני אליבא דר"ל דהוי מדברים הנקנים באמירה, וסבר ר"ל דבשעת נשואים נמי הוי דברים הנקנים באמירה, אבל לר' יוחנן לא אמרינן הכי אלא דוקא בשעת אירוסין ומבואר שיטת הרמב"ם דמחלק בין שעת אירוסין לשעת נשואין וכנ"ל.

והנה הכ"מ כתב מקור לדין זה מכתובות דף ק"ב דאמר בנות דלא הוו בשעת קנין לא מהני להו קנין ופריך מי לא עסקינן דהואי בשעת קנין דגירשה ואהדרה, ואי מהני לוקמה שילדה הבת וקני ממנה לזונה, ולדברי הכ"מ יקשה דלמה תלה זה הרמב"ם בהוראת רבותיו, ונראה דבאמת קשה דברי הגמ' דבאופן דגרשה ואהדרה וקנו מידו א"כ אין זה בתו אלא בת אשתו, ולמה הוצרך הגמ' לחדש דלא מהני בזה קנין משום חששא דצררי, והנה הטור אה"ע סי' קי"ב כתב בשם הרא"ה וז"ל הא דלא מהני לה קנין דוקא דקני מיניה בשעת נשואין בכלל מאי דקני מיניה בתנאי כתובה ולא כתב לבנות שטר באפי נפשייהו אבל אי כתב להו שטרא באפי נפשייהו אי נמי קנו ממנו לאחר נשואין סתם קנין לכתיבה עומד וגבי ממשעבדי דבעידנא דקנו מיניה גמר ומשעבד מיניה עכ"ל, וקשה דבגרשה ואהדרה הא התנאי כתובה מנשואין האחרונים אינו אלא על בנות שיהיו לה ממנו אחר הנשואין כדתנן בנן נוקבין דיהוו לך מינאי וא"כ היכי אפשר דקנו מיניה לבנות שכבר נולדו בכלל מאי דקנו מיניה בתנאי כתובה.

ונראה דכיון דקיי"ל דהמגרש את אשתו והחזירה על תנאי כתובה הראשונה מחזירה,

וזהו לענין כל חיובי כתובתה שמחויב לה, לכן שייך בשעת נשואין השניים גם תנאי כתובה מנשואין הראשונים לענין דין בנן נוקבן, ושייך שיקנו מידו לקיים תנאי הכתובה הראשונים גם במזונות הבנות, ולפ"ז מבואר דמה דפריך בגמ' דבנות נמי מי לא עסקינן דהוו בשעת נשואין דגירשה ואהדרה, הכונה דכמו שבבת אשתו מתחייב בשעת נשואין בפסיקה לבד ומ"מ מוקמינן כשקנו מידו שתגבה ממשעבדי א"כ משכחת לה בנות נמי שיקנו על חיובם מתנאי בי"ד היכי דהוו בשעת נשואין כגון שגרשה ואהדרה ומבואר דברי הרמ"ה דבקנו בפי' לזון את בתו לא מיירי בגמ' דזהו כמו בת אשתו.

ועכשיו מבואר דאין מקום להוכחת הכ"מ דאם קנו ממנו לזון בתו שנולדה לא הוי מזונות הבנות ולאוקמה דאחר לידת הבת קנו על מזונות הבנות משמע מדברי הרמ"ה דכל שאינו בשעת נשואין ופירשו בשעת קנין מלידת הבת ג"כ הוי כמו בת אשתו וגבי ממשעבדי, ואפי' בל"ז כיון דע"כ שקנו על מזונות הבנות ולא לזון את בתו א"כ שכיח יותר בשעת הנשואין דהוא זמן ההתחייבות, ולכן שפיר אמר דגרשה ואהדרה.

הלכה טו

מקום שאין ב"ד יושבין אלא בב' וה' בלבד בתולה נישאת ביום ד' שאם היתה לו טענת בתולים ישכים לב"ד. ומנהג חכמים שהנושא את הבעולה ישאנה בה' כדי שיהיה שמח עמה ה' וע"ש ושבת ויוצא למלאכתו יום ראשון.

בתולה נישאת, בריש כתובות פרש"י דבתולה נישאת ליום הרביעי תק"ח היא שתנשא ברביעי שמתוך כך יתברר הדבר שזינתה ברצון והקשו התוס' דאמרי' בגמ' אף אנן נמי תנינא האומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו בתולה נשאת כו' מאי לאו דקטעין פתח פתוח, והשתא היכי מייתי ראי' לפ"ה הא אע"ג דאינו נאמן מ"מ ישכים לב"ד שמתוך כך יצא הקול ויבואו עדים ויתברר הדבר, ותירצו התוס' דאם אינו נאמן לא יחושו לו ולא יתברר הדבר. ונראה ליישב דהנה בסוגיא דף ט' גבי הא דאמר ר"א האומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו דדוקא לאוסרה אבל להפסידה כתובתה לא מהימן וקשה דלקמן דף י"ב דמקשה הא דת"ר כנסה ראשון לשום נישואין וכו' אין השני יכול לטעון טענת בתולים וניחוש שמא תחתיו זינתה פרש"י דאם אינו יכול להפסידה כתובתה לא יבוא לב"ד גם לאוסרה, וקשה דהא אליבא דר"א כל עיקר דינא דמתני' אינו אלא לאוסרה ופרש"י דיבוא לב"ד ויתברר הדבר ואף דלגבי כתובה אינו נאמן וצ"ל דשאני הכא דבשביל שאנו מחזיקין אותה שהיא בעולה מבעל ראשון לא יחוש שמא תחתיו זינתה, אך כ"ז לפי' התוס' דמפרשי דלרב אשי פריך, כיון דסבר בעלמא דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה לית לה כלום והכא בכנסה ראשון אין השני יכול לטעון טענת

בתולים לפי שכנסה הראשון וא"כ יבוא לידי איסור שזה האיש סבור כיון שזו יש לה אע"ג דבעלמא לית לה א"כ מחזקינן אותה בודאי בעולה מבעל ראשון ולכך אינו רוצה לבוא לב"ד והיה לנו להפסידה כתובתה שיבוא לב"ד ולא יטעה לומר שמותרת לו ע"ש, ולפירושם א"ש דלא יחוש שמא תחתיו זינתה כיון שאנו מחזיקין אותה לבעולה מבעל ראשון, אבל לפירש"י דמפרש דאמתניתא פריך ומשמע דאפי' לרבה דסובר כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה פריך והיינו דאף דעפ"י הדין אינה מפסדת כל הכתובה לומר שתחתיו זינתה ברצון משום דמוקמינן לה בחזקת כשרות אף דאיכא חזקת הגוף כנגדה לומר דאח"כ נבעלה מ"מ מספק לא מפסדה כתובה משום דהוי כמו א"י אם פרעתיך ונקטינן דין כתובה שלה כמו דין שטר ודאי דאינו יכול לפוסלו מספק, וכבר דברו האחרונים מזה ובזה פריך הגמ' דעכ"פ ניחוש גבי איסורא שמא תחתיו זינתה ועל ידי זה שלא יכול להפסידה כתובתה לא יבוא לב"ד ולא יתברר הדבר. עכ"פ מוכח מדברי רש"י דכל מה שיבוא לב"ד הוא ע"י שיוכל להפסידה כתובתה וא"כ יקשה מהא דמפרש ר"א דכל עיקר מתני' הוא לאוסרה ולא להפסידה כתובתה.

ונראה דזה גופא תליא בדין אי נאמן להפסידה כתובתה דבפשוטו טענת בתולים היא טענה להפסידה כתובה דהא בכל מתני' דפרקא קמא דקתני' אין לו טענת בתולים היינו להפסידה כתובתה, וכדאי' בירושלמי, ורק דלר"א דסבר דאינו נאמן להפסידה כתובה ולאביי דמפרש אליבי' מתני' בטענת פ"פ ע"כ טענת בתולים דמתני' הוא לאוסרה א"כ שפיר דהא דמקשה הגמ' וניחוש שמא תחתיו זינתה הוא אליבא דרב נחמן דנאמן להפסידה כתובה וממילא טענת בתולים דמתני' להפסיד כתובה ולכן סבר הגמ' דהיכי דלא תפסיד כתובה לא יבואו לב"ד כדמוכח ממתני' דעיקר תלוי בטענת בתולים היינו בהפסד כתובה אבל לר"א ואביי ע"כ מפרשינן טענת בתולים דמתני' לענין לאוסרה א"כ עכשיו שפיר מיושב שי' רש"י דשפיר נאמר דהיכי דלא יהי' תועלת לא יבוא לב"ד ואף דלא גמיר דינא ישאל ממי שיודע ואם יאמרו לו שאין תועלת לא יבוא לב"ד ולכן שפיר אביי דסובר דלהפסידה כתובתה בל"ז אינו נאמן ומתני' היינו לאוסרה מייתי שפיר ראי' דיכול לאוסרה דאי לאו הכי לא יבוא לב"ד ולא יתברר הדבר אבל לר"נ דנאמן להפסידה כתובה א"כ שפיר יבוא לב"ד להפסידה כתובתה וממילא יתברר ג"כ לענין איסור משום שיבוא עדים, וא"כ מיושב שפיר דהא לענין להפסידה כתובתה ליכא ס"ס ושפיר נאמן להפסידה כתובה ולכן בודאי יבוא לב"ד אבל אביי מקשה שפיר דאי אינו נאמן לא להפסידה ולא לאוסרה בודאי לא יביא לב"ד.

והנה בתוס' דף י' כתבו דלהכי פסקינן דכתובה דאורייתא דלא כר"נ משום דרב אשי

פליג אדר"נ וקשה דהא רב אשי אמר זה אליבא דר' יהודא ור' יהודא הא סבר לקמן בפ' אעפ"י דכתובה דרבנן ומצאתי קו' זו בהפלאה ותי' ההפלאה דבאמת אין כוונת התוס' אלא להביא ראי' דרב אשי לא סבר כר"נ בהא דחזקה אאט"ב וממילא לא פסקינן כר"נ ולכאורה אינו מיושב דעכ"פ בדין כתובה דרבנן לא אשכחן דפליג רב אשי, אך באמת יש לבאר ד' התוס' דמה דאמר ר"נ חכמים תקנו והם האמינוהו היינו דמפרש כן במתני' דאל"ה צריך לומר מקודם דנאמן ומאי קאמר דהם האמינוהו ורק דמפרש במתני' דקאי על ט"ב דהפסד כתובה מפרש כאביי דהיינו על פ"פ משום דעל טענת דמים ליכא למיחש לאקרורי דעתא וע"ז קאמר דהם האמינוהו וממילא יש לו לר"נ יסוד לדחות הא דרשב"ג דסוף מכילתין ממתני' קמא דכיון דאשכחן דנאמן לטעון טענת פ"פ ע"כ משום דכתובה דרבנן דאם הי' כתובה דאורייתא לא הי' נאמן וכמש"כ הר"ן אבל לרב אשי דחולק על ר"נ ולא סבר דנאמן בפ"פ א"כ ע"כ מתני' איירי או בטענת דמים ע"י שושבינין שהיא טענה מבוררת או דמפרש ט"ב דמתני' לאוסרה וכמו דמפרש אביי ועכ"פ אין ראי' ממתני' דכתובה דרבנן א"כ הדר צריך לפסוק כרשב"ג דסוף מכילתין וממילא לא קשה מה דרב אשי קאי אליבא דר' יהודא דעכ"פ כיון דמיני' נשמע דמתני' לא קאי בט"ב דכתובה ובפ"פ וממילא אין ראי' ממתני' דכתובה דרבנן וממילא הלכה כרשב"ג במשנתנו דכתובה דאורייתא.

והנה הרא"ש מתרץ דכיון דהי' סבה שלא משמשו אנו תולין שבגרמתו נשתנה המנהג ודברי הרא"ש אינם מובנים דמבואר בירושלמי על מתני' דהכא מה אנן קיימין וכו' הכא אנן קיימין בשלא פשפש ומצא היא אומרת דם בתולים הוא והוא אומר דם צפור הוא הורע כחו דאלמא דוקא היכי שהוא טוען שדם צפור הוא דהי' החסרון שלא משמש שהיא לא תביא דם צפור אבל היכא שלא נמצא דם בתולים ורק שהיא טוענת שהוא אבד הרי היא פשיעה שהשושבינין שלה לא בדקו אותו והיכי נימא שבגרמתו נשתנה זה ומהכ"ת נימא כן.

ולכן נראה דהנה זה מוכח דדוקא בשביל שחכמים האמינוהו והם אמרו אבל אי הוי כתובה דאורייתא לא הי' נאמן ולא מהני חזקה ובטעמא דלא מהני חזקה נראה דכל החזקה היא דלאחר הביאה לא יהפך לבו לשנאה ולהפסיד הסעודה אבל אי הי' מעיקרא רמאי והי' חפץ לבעול אותה אפשר דעשה בשביל זה גם הסעודה אלא דלא מחזקינן ברשיעי ובזה שפיר דהך חזקה לא מהני אלא לתרץ דלא נימא מה הועילו חכמים בתקנתם אבל על לכתחלה אם היינו מחזיקים אותו ברמאי ליכא ראי' כלל, ובזה מיושב מה דהקשו דאפשר עשה הסעודה בשביל ליפטר מכתובה אם יש כתובה לארוסה אבל

האמת דלא חשדינן לו דבעל אותה מתחלה על מנת עלילה אלא דחשדינן לי' שמא הוא עכשו משקר וע"ז אנו אומרין דכיון דטרח בסעודה חזקה בזמן מועט לא נתהפך בלא טעם להפסיד הסעודה, ובזה ניחא דכיון דכבר כתבו הראשונים דאם הי' כתובה דאורייתא לא הי' נאמן מצד טענת ברי והמע"ה משוה דאיכא חזקה דגופא וטענת ברי או כמש"כ הר"ן דאינו בדין שיבעול אותה ויטעון אח"כ שהיא בעולה וא"כ לא הי' מהני זה כלל מה שנאמר ע"ז אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן דהא תוכל לטעון אה"נ שאתה רשע ומעליל עלילות ברשע, ודוקא היכי שאדם מוחזק בחפץ וטוען לקוחין הן בידי אינו יכול לטעון בעל החפץ שחטפו משום דאחזוקי אינשי בגזלנותא לא מחזקינן והיינו דאמרינן סברא זו להעמיד ביד המוחזק אבל אין זה פשוט להוציא מיד המוחזק דין כתובה וחזקת גופה ושלמותה ולכן תוכל לומר לו מה חזית שתוציא ממני חזקת גופא אדרבה אתה הנך רמאי וממילא תו ליכא חזקה דאט"ב, ולכן מיושב שפיר הא דאמרינן דהם האמינוהו משום דחזקה לחוד לא מהני אלא דמהני לתרץ דלא נימא מה הועילו חכמים בתקנתם.

ובזה אפשר ליישב הא דרב אשי דעיקר מילתא דהאמינוהו חכמים הוא דוקא היכי דא"א הדבר להתברר אבל היכי דאפשר להתברר כגון היכי שנהגו למשמש לא האמינוהו חכמים כלל וממילא היכי דנעשה סבה שלא משמשו כיון דבזה לא אמרו חכמים דנאמן דהאמינוהו רק היכי דאין לו עצה אחרת ולכן אוקמה אדינא ועפ"מ שכתבנו דברי הראשונים שא"צ להיות נאמן אפי' בטענת ברי וממילא א"ש דלא פליג כלל ר"א על רב נחמן.

והנה במש"כ למעלה, דלרבה דסבר כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה והיינו דעפ"י הדין אינה מפסדת כל הכתובה לומר שתחתיו זינתה ברצון משום דמוקמינן לה בחזקת כשרות ואף דאיכא חזקת הגוף כנגדה לומר דאח"כ נבעלה מ"מ מספק לא מפסדה כתובה משום דהוי כמו א"י אם פרעתיך ונקטינן דין כתובה כמו דין שטר ודאי, הנה לפמש"כ הקצוה"ח בסי' ע"ה במה שהביא ד' הט"ז במי שפרע לחברו ואחר הפרעון מצא מטבע מזויפת ורצה להחזירו ללוה והלוה אומר איני יודע אם הוא משלי דזה לא הוי א"י אם פרעתיך כיון דכבר פרעו וכבר פטרו זה מזה לא שייך בזה אין ספק מוציא מידי ודאי דאדרבה הי' ודאי פרעון והביא ד' התומים שהוכיח מד' התוס' גיטין דף ע"ב מע"מ יחלוקו דהקשו אם הוא מחצה על מחצה קרוב למלוה וקרוב ללוה נימא הממע"ה ויפטור הלוה והקשה דהא הו"ל ספק בפרעון והחוב ברור וחייב הלוה לשלם הכל אלא כיון דכבר נפטר תו ל"ה ספק פרעון ואין משם הוכחה דשם שניהם טוענין ספק המלוה והלוה ולכ"ע פטור, ודחה הקצוה"ח דודאי התם במע"מ הוי א"י

אם פרעתיך ממש דעד כאן לא קאמר הט"ז אלא משום דכבר הי' בחזקת פרוע ואח"כ אשתכח טעותא הו"ל א"י אם נתחייבתי אבל במחצה על מחצה דהוי ספק לא הי' מעולם בחזקת פרעון ודאי וראוי לומר בזה א"י אם פרעתיך והביא דברי הרשב"א שם שהקשה נימא כאומר מנה הלויתני וא"י אם פרעתיך דחייב י"ל דשאני התם דליכא רגלים לדבר שפרעו אבל הכא הרי נולד ספק זה לפניך והלכך יחלוקו, וא"כ לפ"ז הי' צריך להיות כאן יחלוקו דהא מה דהוא א"י אם פרע אין בזה חסרון כיון דלא הו"ל למידע אם נבעלה תחתיו ברצון, ולפי' התוס' ניחא משום דהוי ס"ס אכן לפמש"כ הפנ"י על דברי התוס' דעל טענת רצון אין לו נאמנות כלל כמו בטוען אדם על אשתו שזינתה וכל הנאמנות שלו הוא רק על עיקר דין בתולים שכנסה שתהי' בתולה א"כ פשוט לפי דבריו דלא מפסדא בטענת רצון, ואולי יש לגמגם בדבריו דכיון דעכ"פ חכמים האמינוהו דפ"פ הוי כמו שבאו עדים על פ"פ דיש ממילא להסתפק גם על רצון וסברת הפנ"י הוא דלא האמינו אותו אלא לענין לאו תחתיו וצ"ע בזה.

והנה בהא דאינו יכול לטעון להפסידה כתובה פרש"י בדף ט' משום דשמא שיבר בתולי' ולאו אדעתי', ולכאורה הי' לנו מטעם זה ג"כ להתירה, אלא דבגמ' קאמר להדיא אי לאוסרה ביהודא אמאי לא ולכאורה קשה דהא אפי' אם נימא דזה אינו אלא ספק הא הוי ס"ס וצ"ל דעכ"פ באשת כהן וקבל בה קדושין פחות מג' תיאסר דליכא ס"ס ומתני' סתמא קתני דא"י לטעון, כן הי' אפשר לומר לכאורה אבל מפשטות קושיית הש"ס משמע דבסתמא צריך שיהי' יכול לטעון כמו באינו מתייחד, ולכן צריך לומר דמה דאמרינן שמא שיבר ולאו אדעתי' הוא רק חששא ואינו מצוי ורק גבי כתובה מהני אבל גבי ס"ס לא מהני והוא לשי' הרמב"ן דדבר שאינו מצוי כמו מוכת עץ לא מצטרף לס"ס וזה הי' יסוד לשי' הרמב"ן דדבר שאינו מצוי אינו מצטרף לס"ס וגבי כתובה מהני וכמו שנבאר עוד בעז"ה בפי"א.

אלא דיש לעיין לפרש"י בהא דתנן במתני' האוכל אצל חמיו אינו יכול לטעון טענת בתולים מפני שמתייחד עמה ואמאי לא נימא גם התם וניחוש שמא תחתיו זינתה.

והנה בכדי לבאר מה שיש לעיין עוד בהך דינא דנאמן לטעון פ"פ אי הוי ס"ט ברה"ר נעתיק כאן מש"כ בד' הרמב"ם פ"כ מהל' אבות הטומאות הל' ט', חנות שהיא טמאה ופתוחה לרה"ר ספק נכנס ספק לא נכנס ספיקו טהור שכל החנות כמו שרץ המונח בר"ה שספק מגעו טהור היו שתי חנויות אחת טהורה ואחת טמאה ונכנס לאחת מהן ספק לטמא נכנס ספק לטהור ספיקו טמא שזה ספק רה"י שהחנות רה"י, ובהשגות א"א הפירוש הזה חושך ולא אור ומה בין זה לזה אבל רישא שמא לא נכנס כלל וספק ר"ה

טהור אבל בסיפא ודאי נכנס לרה"י הלכך ספיקו טמא ואע"פ שאמרו כל מה שאתה יכול לרבות ספיקות וספיקי ספיקות טמא מ"מ והוא שיכנס למבוי או לבקעה שיש בהם הספק אבל אם לא ידע אם נכנס בהם כלל אם לא נכנס טהור וזה דומה לענין זה, ע"כ. ונראה דמדהוצרך הרמב"ם לומר דהחנות הוא כמו שרץ המונח ברה"ר מוכח דלא סגי לי' במה שהאדם הוא ברה"ר ולכאורה עיקר דין ס"ט ברה"ר או ברה"י צריך להיות על המתטמא, והנה בפ"ט מהל' נזירות הל' ט"ז וכיצד יולד להם ספק זה בטומאה כגון שהיו שני הנזירים עומדין ברשות היחיד שספק שם טמא והי' אחד מבחוץ רואה אותן ואמר ראיתי אחד מכן שנטמא ואיני יודע מי הוא אבל הי' עד זה עמהן בחצר הרי שניהן טהורין כיון שהם שלשה הרי הן רבים ורבים ברשות היחיד ספקן טהור כספק טומאה ברשות הרבים שהוא טהור כמו שיתבאר במקומו והראב"ד השיג עליו וכתב איני יכול לקבל דבר זה שאם יהיו שלשה בחצר אחת לא תהי' שם ספק טומאה טמא וזה אינו מן הגמרא אלא אם יהיו שלשה במעמד אחד ונפלה טומאה ביניהם ולא נודע באיזה מהם נגע כולן טהורין או אפי' ידע אחד שלא נגע בו והספק על השנים שניהם טהורים אבל אם אין שלשתם במעמד אחד אלא דאחד מרחוק ואין זקוק להם כלל ונפל הספק על השנים שניהם טמאין מן הספק דיקא נמי דקתני ואיני יודע אי זה מכם מכם למה לי הוה לי' למימר ואיני יודע אי זה הוא אלא שמע מינה שהוא אינו מהם אלא במעמד אחד היו.

והנה מחלוקת הרמב"ם והראב"ד דהרמב"ם סובר דאף שהשלישי עומד מרחוק הוי רה"ר והראב"ד סובר דדוקא אם הי' אפשר שיגע, ומוכח דלהראב"ד דין רה"ר שייך אם זה נוגע להרבים דהא סובר דאם לא הי' ביניהם לא הוי רה"ר ולכאורה דבריו צריכין ביאור מכל דינא דס"ט ברה"ר כמו מסוכן ושרץ וצפרדע דהוי רה"ר גם כשאינם במעמד אחד וע"כ דהתם אפשר דנוגע, אלא דכיון דהוא רה"ר וכל אדם יכול ליגע לכן אפי' נסתפק לו ברה"ר אם נגע הא גם לאחרים יתכן זה הספק ע"י אותה סבה אבל בשלשה באמת לא הוי רה"ר מוחלט והשלישי הלא ראה ואין אצלו ספק כלל לא שייך לצרפו לספק, ומוכח עכ"פ דלהרמב"ם הרה"ר הוא משום הרואים ולהראב"ד משום דלהרבים גופייהו נוגע הדבר וגם הם אפשר להם שיפלו באותו ספק, וממילא פשוט דהראב"ד מקשה על הרמב"ם דלכאורה למה צריך להרמב"ם שהחנות הוא כמו שרץ המונח ברה"ר דהיינו שעושה גם החנות רה"ר תיפוק לי' שהמתטמא הוא ברה"ר ומוכח דכיון דלדידי' דין רה"ר הוא משום הרואים וראי' היא אחר הכניסה ואחר הכניסה הוא כבר ברה"י ולזה תי' דאנו דנין בתחלת הכניסה והחנות בעצמה הוא כמו רה"ר אבל אי אפשר לומר דנין

על האדם בעצמו דהאדם כשהוא לעצמו על רצונו להכנס לרה"י וספק לנו אם נכנס ונאמר דהוי ס"ט ברה"ר כיון שהוא כעת ברה"ר אבל ז"א דקודם תחילת הכניסה לא שייך בזה רואים וראי' היא אחר הכניסה ואז הוא ברה"י וע"כ מתרץ הרמב"ם דהוא על תחלת הכניסה וע"ז מקשה הראב"ד דא"כ ודאי נכנס בחנות נמי נימא דאנו דנים על תחלת הכניסה ועצם החנות הוא רה"ר לשי' הרמב"ם שכל החנות כמו שרץ ולכן סובר דאין צריך כלל לומר דהחנות רה"ר אלא דאנו דנים על קודם הכניסה כיון דהוי ספק בעצם הכניסה אבל בודאי נכנס לא שייך זה והוא פשוט למעיין.

ובדעת הרמב"ם י"ל דבודאי נכנס כיון שאפשר לדון גם על אחר הכניסה לא על שעת ותחלת הכניסה לכן טמא כיון דאז כבר החנות רה"י ממש, אלא דיש להעיר ע"ז דלדעת ר"ש דאמר גבי המסוכן רה"ר מפסקת במתני' ריש פ"ו דטהרות א"כ ה"נ כיון דבתחלת הכניסה הי' צ"ל לדעת הרמב"ם דגם בב' חנויות דספיקו טהור לשיטתו דכל החנות רה"ר א"כ יכריע זה גם על אחר הכניסה ומה שכתבנו דבודאי נכנס אנו דנים לא על תחלת הכניסה מ"מ נימא דבתחלת הכניסה דהוי רה"ר וטהור יציל זה גם על אחר הכניסה ואמאי לא פליג כאן ר"ש כדפליג גבי מסוכן, ועי' מש"כ בזה להלן.

ובאופן אחר קצת יש להסביר לדברי הראב"ד דהסברנו דהוי משום דכל אדם בספק זה א"כ גם בחנות כן דיכול כל אדם להסתפק בזה לכן שפיר הוי ס"ט ברה"ר אבל לפי' הרמב"ם דהספק נעשה במקום רבים, א"כ כאן הא הוי לכאורה ספק על רה"י ואף דספק ב' רשויות טהור כמש"כ הרמב"ם בפי"ד מאה"ט הל' א' היינו משום דהרה"ר מסייע לידי הספק, ונ"ל לומר דשם אפי' עומד ברה"י ונסתפק לו באיזה מקום הלך ונגע, ג"כ טהור כיון שהרה"ר מסייע בספק אבל בחנויות הא אין הרה"ר מסייע בספק כלל, דהטומאה בחנות היא, ולכן ביאר הרמב"ם משום דכל החנות הוא כמו שרץ המונח ברה"ר והיינו דכיון דהספק הוא על הכניסה נעשה תחילת הכניסה כמו נגיעה, וכ"ז בספק נכנס בספק לא נכנס אבל בודאי נכנס, א"כ מה איכפת לנו תחלת הכניסה כיון שיכולין אנו להסתפק על היותו שם, אבל בספק אצלו אם נכנס ע"כ דתחלת הכניסה מוטלת בספק דהא זה הספק אצלו אם נכנס אם יצא מרה"ר לרה"י דע"כ כן פירוש דברי הרמב"ם דהא לאו דוקא היכי דמליא החנות טומאה דהא גם ביש שרץ בחנות ג"כ הדין כן דטהור וברה"י גם ספק נכנס ספק נגע טמא, וע"כ צ"ל בכונתו כיון דעיקר הספק הוי התחלת הכניסה, וכיון דכל החנות הוא כמו שרץ שפיר הוי ס"ט ברה"ר וכמש"נ.

והנה לדברי הראב"ד שהסברנו דכל ס"ט ברה"י משום דהספק יכול להיות על כל העולם א"כ גם בספק ב' חנויות אמאי טמא דל מהכא חנות הטהורה ראוי הוא לכל

העולם, אך באמת ז"א דהא אמרינן דאין מביטין על הכניסה אלא על היותו שם בחנות וזה אינו רה"ר וממילא אין ראוי לכל העולם.

והנה לענייננו, לדעת הראב"ד דס"ט ברה"י הוא משום דנוגע לרבים א"כ סוטה תמיד אינו שייך לומר דהוי נוגע לרבים, וא"כ נוכל לומר דמה דאמרי' מה סוטה רה"י היינו דאינו נוגע כלל לרבים, אבל לדעת הרמב"ם דהוי משום ראיית רבים גבי סוטה נמי שייך ראיית רבים ואף דספק אם הי' ברבים הוי כמו ספק רשויות דטהור.

והנה לפי"ז אם נימא דגבי פ"פ הוי רה"ר ג"כ תיקשי לכאורה א"כ גם ספק יהי' מותר, אכן באמת נראה דאף דאמרינן דסוטה הוי גדר טומאה מ"מ גם גדר איסור הוא ובטומאה ברה"ר דילפינן דמותר הוא מצבור שעושין פסח בטומאה, וקולא זו דטומאה הוא דוקא בטומאה ממש אלא דברה"י כיון דאמרי' בסוטה דהוי כודאי ושם יש גם גדר טומאה אמרי' דבטומאה ממש נמי הוי כודאי אבל להקל בסוטה היכא דהוי ברה"ר הא ודאי לא שייך דאטו נאמר דספק עריות דטומאה כתי' בהו יהי' מותר ברה"י, וכי נאמר דרשויות משנים דינם, ואף דלהדיא אמרי' בירוש' פ"א דסוטה שנביא להלן דמדמי ספק זנות לדין ס"ט ברה"י דמוכח שם דאי מדמינן צריך להיות חילוק בין דבר שיש בו דעת לישאל אף דבעריות ודאי אין חילוק אלא דהתם יש לה חזקת היתר ולכן רק בס"ט ברה"י ויש בו דעת לישאל אסור, אבל בסוגיין ליכא חזקת היתר כמבואר בתוס', ד"ה לא, דאדרבא אית לן למימר דהשתא נבעלה דאוקמא אחזקת הגוף שהיא בתולה ודעת הרמב"ם מבואר.

והנה הרשב"א כתב לגבי אומרת משאירסתני נאנסתי באשת ישראל פחותה מבת ג' דנאמנת משום טענת ברי דהוי כמו חתיכה ספק חלב ספק שומן דעד אחד נאמן עליה, ולא דמי לסוטה דהתם רגלים לדבר ולא דמי לספק טומאה ברה"י דליכא אמירת ברי ולדברי הרשב"א משמע דלענין ספק לחוד הוי דמי לס"ט אלא לענין טענת ברי דמס"ט אין ללמוד רק מסוטה ומסוטה יש לחלק משום דשם יש רגלים לדבר.

איברא דיש להבין דברי הרשב"א דאי מחלקינן בין איכא רגלים לדבר ובין ליכא רגלים לדבר א"כ גם ס"ט ברה"י איך נלמוד מסוטה, וע"כ צ"ל דלענין ס"ט אף דליכא רגלים לדבר מ"מ ילפי' מסוטה דהלכתא גמירי לה אלא דלא ילפינן מזה אלא לענין ספק ולא לענין ברי והא דאמרינן דס"ס טמא ובסוטה ליכא ס"ס ומ"ש ברי מני' דלא ילפינן היינו משום דעשה הכתוב ספק כודאי, וכ"ז לענין ס"ס, אבל ברי הוא דין ודאי כיון דליכא רגלים לדבר, ונמצא דלדעת הרשב"א דמשמע דבאמת דמי כאן גבי משאירסתני נאנסתי לספק טומאה ברה"י רק משום דליכא רגל"ד מהני טענת ברי, וממילא יקשה מדין ס"ס דילפינן מסוטה ויהיה עלינו לתרץ כמו שתירצנו לדעת הרמב"ם, אכן לפ"ד הש"מ נוכל

לצרף לדעת הרשב"א ונאמר דהיכי דליכא ודאי שרץ לא דמי לספק טומאה ונאמר דהכא דפתח פתוח הוי ריעותא ברורה ודמי לרגלים לדבר ודמי לספק נגע בשרץ או ספק שרץ ספק צפרדע וראי' ממסוכן וממילא כיון דנימא דדמי לספק שרץ ודמי ממש לרגלים לדבר לא יהי' מהני טענת ברי ובאמת מוכח ממסוכן דאפי' ספק שרץ טמא וצריך לומר דכאן גרע מספק שרץ דלא ידעינן כלל אם הי' אפי' ספק שרץ בעולם רק ריעותא יש כאן והס"ס מבטל את הריעותא, אלא דבאמת אכתי לא ניחא דבשלמא לאו תחתיו לא הוי זנות כלל אבל אונס לכאורה הוי מעשה זנות, ואולי כיון דלבעלה מותרת לא הוי זנות לגבי זה כלל.

אכן ראיתי דמחולקים בזה בירוש' סוטה פ"א הל' ב' בן זומא ור"י, דר"י סובר דלא ילפינן בכגון זה מסוטה וסבר דספק אונס לא דמי לספק סוטה דספק שרץ נמי ל"ד לסוטה דליכא רגלים לדבר ויתיישב לי בזה מה שהקשה המ"מ בפ"ג מהל' איסו"ב הל' ב' עמש"כ הרמב"ם הבא על הקטנה אשת הגדול אם קדשה אבי' הרי זה בחנק והיא פטורה מכלום ונאסרה על בעלה כמו שבארנו בהל' סוטה והראב"ד השיגו לא ידעתי למה נאסרת על בעלה שהרי אמרו פתוי קטנה אונס הוא, והאריך בזה המ"מ להקשות מד' הגמ' ביבמות דף ל"ג שנים שקדשו ב' נשים ובשעת כניסתן לחופה החליפו של זה לזה ואת של זה לזה הרי אלו חייבין משום א"א ואם היו אחיות אף משום אשה אל אחותה וכו' ואם היו קטנות שאינן ראויות לילד מחזירין אותן מיד וכו' מקשה הגמ' החליפו מידי ברשיעי עסקינן ותו הא דתני ר' חייא הרי כאן ט"ז חטאות אי במזיד מי איכא קרבן ותי' תני הוחלפו ה"נ מסתברא דקתני אם היו קטנות שאינן ראויות לילד מחזירין אותן מיד ואי במזיד מי שרו ומתני הא לא קשיא פתוי קטנה אונס נינהו ואונס בישראל מישרא שריא והוא קשה על דברי רבינו שבפירוש (שבפרש"י) אמרו כאן דפתוי קטנה אונס הוא, ולא מצאתי מקום לרבינו על מה יסמוך בזה אלא מאותה שאמרו פ"ק דכתובות דף ט' אמר ר' אלעזר האומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו והקשו אמאי ספק ספיקא הוא ספק תחתיו זינתה ספק אין תחתיו זינתה ואת"ל תחתיו ספק באונס ספק ברצון ותירצו לא צריכא באשת כהן ואבע"א באשת ישראל כגון דקביל בה אבי' קדושין פחותה מבת ג' שנים ויום אחד, אכתי תרי ספיקי נינהו ספק זינתה קטנה ספק זינתה גדולה ואת"ל גדולה ספק באונס ספק ברצון אלא לאו ש"מ שאפי' קטנה שזינתה ברצון נאסרת על בעלה ומש"ה ליכא אלא חדא ספיקא וסובר הוא ז"ל דהך סוגיא דפ"ד אחין לאו בדוקא איתמר אלא בדרך דחייה איתמר לומר דה"נ מסתברא דאמרן לאו הכרח הוא דאנא אמינא לך דפתוי קטנה אונס הוא וכיון שמן המשנה עצמה היו למדין

דהוחלפו הוא לא דקדקו בדין זה שם, זה נ"ל לדעתו ז"ל וראיתי לקצת מן המפרשים ז"ל שדחו הא דר' אלעזר דכתובות ואמרו דחדא ספיקא היא דהא טעמא דקטנה מותרת משום דאונס הוא הלכך כולה משום ספק אחד בא להתירה ואין זה ספק ספיקא והם הקשו לדבריהם א"כ קבל אבי' קדושין (כבר) [כבת] שית (כבר) [כבת] שבע תתסר ספק הוא ותירצו דקודם שנתארסה אי אתה צריך לטענת אונס כלל דאפי' את"ל דפתוי קטנה רצון הוא אפ"ה שריא ע"כ דבריהם ואין לי בדין זה הכרע אלא שמצאתי בירושלמי פרק הי' מביא סוטה קטנה אין אתה יכול דא"ר זעירא ר' יוסי בשם ר' יוחנן קטנה שזינתה אין לה רצון ליאסר על בעלה ע"כ שם, ומעתה צריכין אנו ראי' גמורה לדברי רבינו ובקשתי' ולא מצאתי'.

והנה האריך המ"מ למצא מקור לדברי הרמב"ם ונראה דהמקור הוא מד' הירושל' הנ"ל דז"ל הירוש' שאלו את בן זומא מפני מה ספק רה"י טמא אמר לון סוטה מהי אמרו לי' ספק אמר לון מצינו שהיא אסורה לביתה ומכאן אתה דן לשרץ מה כאן רה"י אף להלן רה"י ומה כאן שיש בו דעת לישאל אף להלן דבר שיש בו דעת לישאל, מיליהון דרבנן פליגין, דמר ר' זעירא ר' יסא בשם ר' יוחנן קטנה שזינתה אין לה רצון להאסר על בעלה, והא תנינן כל שאין בה דעת לישאל ספיקו טהור הא אם יש בו דעת לישאל ספיקו טמא ברם הכא אע"פ שיש בו דעת לישאל ספיקו טהור, ומבואר מדברי הירושלמי דמה דאמרינן קטנה אין לה רצון אינו בתורת ודאי אלא בתורת ספק ומוכיח מזה הירוש' דר' יוחנן לית לי' דס"ט ברה"י מסוטה ילפינן, דא"כ הוי לן לאסור קטנה שזינתה מטעם ספק בקטנה שיש בה דעת לישאל וכדאי' בסוכה דף מ"ב ע"א וצ"ל דר' יוחנן דסבר לא ילפינן מסוטה לכל ס"ט סבר דלא אסרה תורה ספק סוטה אלא משום דאיכא רגלים לדבר, אבל בספק של קטנה אם יש לה דעת כיון דליכא רגלים לדבר מוקמינן לה בחזקת טהרה דנהי דיש רגלים לזנות אבל אין שייך רגל"ד על דעת שלה אבל בן זומא דיליף ס"ט ברה"י מסוטה מוכח דסבר דאפי' בלא רגלים לדבר אסרינן וא"כ אמאי לא אסרינן קטנה, ולכן להלכה דסוגיין דבבלי ריש נדה ועוד בכמה דוכתי דספק טומאה ברה"י מסוטה ילפינן א"כ מוכח דקטנה שזינתה נאסרת מספק וכדעת הרמב"ם.

וממילא מיושב מה שהק' המ"מ מהא דיבמות פ' ד' אחין גבי החליפו דכיון דהוא רק לתרץ ההו"א אפשר דקאי אליבא דר' יוחנן ומהא דפ' הבע"י גבי כהן לא ישא את הקטנה יש ליישב בפשיטות דכיון דמוכח מד' הירוש' דקטנה הוי ספק והיינו דספק אם זינתה ע"י פיתוי או שרצתה בעצמה, וא"כ הכא דכל החשש הוא שמא תתפתה אבל לרצון ממש ליכא למיחש לקטנה יותר מלגדולה וכיון דכל החשש הוא פיתוי הוי אונס, ועתה

מבואר בזה ד' הירוש' פ"א דאמר על משארסתני דלא מהני לענין איסור משום דר' אילא לענין טענת ברי, אבל לפי דברינו בלא דר' אילא היינו יכולים לומר כהרשב"א דאף דבסוטה אינה נאמנת משום דאיכא רגלים לדבר והכא ליכא רגלים לדבר לכן נאמנת כמו חתיכה ס' חלב ס' שומן דע"א נאמן, אבל כיון דאמר ר' אילא דמדמינן לספק סוטה ומוכח דכמו דבספק סוטה אינה נאמנת ה"נ בפ"פ אינה נאמנת וזהו באמת שלא כדעת ר' יוחנן דספק זנות, לא דמי לספק סוטה.

והנה לכאורה הרמב"ם בזה לשיטתו דסובר דפתוי קטנה לאו אונס א"כ סובר דספק זנות היכי דליכא רגלים לדבר ג"כ ילפינן מספק סוטה וכיון דילפינן מספק סוטה א"כ אינה נאמנת בטענת ברי ולכן סובר שפיר לפי שי' המ"מ דלא כהרבינו יונה דסובר דנאמנת לטעון משארסתני נאנסתי גם לענין איסור, אכן אחר העיון ראיתי דהלשיטתו לא סליק שפיר דהא כבר כתבתי מקור לד' המ"מ מדין שבוי' דלשיטת רבינו יונה והרשב"א דזו עדות שהאשה כשרה לה למה באמת אינה נאמנת גבי שבוי' וצריך לומר או דמעיקר הדין רוב עכו"ם משוי כודאי אך זה א"א דהא אמרי' בשבוי' הקילו, ולכן צריך לומר דעכ"פ עשו אותה כודאי, אך הרמב"ם הא כתב בטעמא דהקילו בשבוי' משום דכל הספיקות מדבריהם, ומוכח דסובר דהוי ספק שקול, וא"כ מוכח דגם בספק שקול אינה נאמנת ולכן ע"כ סובר ג"כ גבי משאירסתני נאנסתי דאינה נאמנת, ועתה א"א לומר דשייך בזה טעמא דדמי לספק סוטה דהא שבויה לכהן ודאי לא מפרכא דספק סוטה הוא ואפילו אם נימא דא"א באונס לכהן דלוקה משום טומאה הוי ג"כ גדר דספק סוטה אבל דין שבוי' הא הוי נמי בפנוי' ובזה לא שייך דין טומאה אלא דין כונה ולא דמי לספק סוטה דהוי דין טומאה דילפינן מזה ס"ט ברה"י.

אכן כפי המבואר מדברי הרשב"א שהבאנו דמחלק גבי פ"פ ואומרת משאירסתני נאנסתי דנאמנת מהא דגבי סוטה אינה נאמנת משום דגבי סוטה איכא רגלים לדבר ול"ד לס"ט דגבי ס"ט ליכא טענת ברי ומוכח להדיא דדין נאמנות לא ילפינן מסוטה והוא פשוט דבודאי גבי ס"ט נאמן ע"א להתיר ולא שייך ללמוד מסוטה דאינה נאמנת על עצמה ונמצא דהא דבסוטה אינה נאמנת הוא משום רגלים לדבר והא דילפינן ס"ט מסוטה הילכתא גמירי לה כמש"כ ובאמת ספק זנות לבעלה הוי ס"ט אלא דלענין טענת ברי לא ילפינן מסוטה כלל, זהו ביאור שי' הרשב"א.

אכן בדעת הרמב"ם לפי שי' המ"מ יש לעיין דהא סבר להדיא גבי ארוסה שזינתה דבטוענת ברי נאמנת וכן פסק בדיעבד כר"ג בפי"ח מאיסו"ב דבמע"מ ואפי' ברוב פסולים לפי פשטות ד' הגמ' נאמנת וא"כ צריך להבין למה גבי שבוי' אינה נאמנת, וכן למה

פשוט להמ"מ דבמשאירסתני נאנסתי אינה נאמנת.

והנה בזינתה ברצון הי' אפ"ל משום דאשה זונה בודקת ומזנה וכפי מה שמסבירים בזה דלא הוי בזה רוב פסולים דטוענת ודאי ובודקת ולא שייך גבה רוב פסולים אבל בנאנסה קשה, ואף דברמב"ם לא הוזכר נאנסה אך מכיון שכתב סתם נבעלה וקאי גם על מתני' דתינוקת דמיירי בנאנסה ע"כ כונתו גם על נאנסה ואולי אפשר לומר לפי דברי הש"ש דרובא דאי' קמן לא הוי רוב בסברא ולכן אינו מבטל חזקת היתר ולא אמרי' בזה כלל רובא וחזקה רובא עדיף וממילא נשאר חזקת היתר כיון דאיכא רגל"ד בטלה החזקה וכן אינה נאמנת וכן בשבויה כיון דרוב עכו"ם פרוצים בעריות הוי כמו רגל"ד דבטל חזקת היתר וההסבר צ"ל דכל דבר העומד לכך לא שייך חזקה ולכן ברוב עכו"ם פרוצים בעריות, וזהו דמדמינן עכשיו משארסתני נאנסתי לשי' המ"מ משום דרובא ברצון לא מהני חזקה.

ולפ"ז יהיו שני ענינים הא דפתוי קטנה לאו אונס הוא דהוא משום דמדמינן לספק סוטה והיינו משום דמדמינן לספק סוטה והיינו משום ס"ט כדמוכח בירוש' ובזה שפיר הוי מהני טענת ברי והא דל"מ טענת ברי בסוטה הוא משום דאיכא רגל"ד ובזה לא ילפי' היכי דליכא רגל"ד דליכא בזה הלכה והא דל"מ טענת ברי משארסתני נאנסתי הוא משום דאיכא רוב ברצון וכן בשבוי' ומדחה לחזקת היתר או כמש"כ דדוקא לגבי חזקת טהרה מהני ס"ט ברה"י ולא נגד חזקת הגוף משום דהמעשה נשאר בספק והא דרגל"ד מגרע רק החזקה ונשאר ספק וכיון דהוי דין ספק כודאי ל"מ חזקת היתר שאינו מברר המעשה ולפ"ז אפשר דגם דין ברי לא מהני דאיכא חזקה וכיון דיש בו דין ס"ט ובטל דין חזקת היתר ל"מ דין ברי.

ובהאי ענינא נ"ל לפרש ד' הריטב"א בע"ז דף ע' ע"ב ההוא פולמוסא דסליק לנהרדעא פתחו חביתא טובא כי אתא רב דימי אמר עובדא הוי קמי' דר"א ושרא ולא ידענא אי משום דס"ל כר' אליעזר דאמר ספק ביאה טהור אי משום דסבר רובא דאזלי בהדי פולמוסא ישראל נינהו ופריך הש"ס האי ספק ביאה ספק מגע הוא, והקשה הריטב"א דמאי מספקא לי' דהא לא קיי"ל כר"א דשמותי הוא, וכתב ע"ז דטעמא דר"א דמטהר בספק ביאה הוא משום דחשיב לי' ספק רחוק ואין מחזיקין טומאה אפי' אין כאן אלא ספק א' ורבנן לא שני להו בינייהו דבסוטה הוא דבעינן סתירת שניהם שכן קינא לה אבל לגבי טומאה דיינו שתהא הטומאה במקום סתירה דהיינו רה"י.

ונראה בביאור דבריו דבא ליישב גם הא דב"ב דאף דסברי רבנן דספק ביאה טמא זהו כשהספק הוא על הטהור, אבל אם ספק הוא אם בא לכאן הטמא אין אנו מחזיקים

טומאה אפי' ברה"י וזהו לבאר דמה דאמרו בגמ' לענין המצר והחצב דזהו כהא דתנן הנכנס לשדה בימות הגשמים היינו דאם מצר וחצב מפסיקין אף דאינו ברור בשביל זה דלא באה הטומאה לצד השני של המצר והחצב ולא יצא מכלל ספק ומ"מ כיון שהוחזקה הטומאה על שדה פלונית ויש מקום לומר דלא באה הטומאה לצד השני בזה אפי' רבנן מודו דלא מחזקינן טומאה והיינו דאף דגם בספק בעיקר הטומאה ברה"י נמי ספיקו טמא וכמו המסוכן ברה"י בפ"ו דטהרות אבל זהו בודאי הי' שם אלא דספק לנו אם מת, אבל בספק ביאה דספק אם הטומאה נכנסה למקום שעומד הטהור אפי' הספק הוא ברה"י וספיקו טהור כיון דלא הוחזק כלל טומאה, ועכשיו מבואר מה דמייתי' הגמ' הא דר"א דספק ביאה טהור לומר דרבנן לא פליגי אלא בספק ביאה של הטהור אבל בספק ביאה של הטומאה גם רבנן מודו.

והנה מעתיק כאן מה שהשבתי בזה להגאון מוהר"ר מאיר סטלביץ זצ"ל: כתב הדר"ג על מה שכתבתי דר"י ע"כ לית ליה דס"ט ברה"י מסוטה ילפינן דא"כ הו"ל לאסור קטנה שזינתה מטעם ספק אם יש בה דעת לישאל, וטעמא משום דליכא רגלים לדבר, וכתב ע"ז הדר"ג ולא אבין מדוע בקטנה ליכא רגלים לדבר לשיטת הרמב"ם דנאסרת אם זינתה, ולא עיין יפה, שהרי דברי פשוטים וברורים, דכל שאלתי הוא על מה דסבר ר' יוחנן דקטנה אינה נאסרת והוא אם יש לה דעת ע"כ דר' יוחנן מתיר מספק משום דמוקמינן לה בחזקת טהרה וטעמא משום דלא ילפינן מסוטה אלא היכי דאיכא רגלים לדבר ובהך קטנה אף דאיכא רגלים לדבר בעיקר הזנות, אבל ליכא רגלים לדבר על דעת שלה אם יש לה דעת או לא דעל זה ליכא שום הוכחה מהקינוי וסתירה.

ומה שכתב עוד דאם לא סבר ר"י דס"ט ברה"י ילפינן מסוטה מנ"ל דס"ט הבאה בידי נשאלין עלי' אפי' בכלי המונח ע"ג קרקע דהא בסוטה דכ"ט מבואר דדין נוגע ומגיע ילפינן מסוטה ומוהבשר כל טהור יאכל בשר ילפינן דלא בעינן דעת נוגע ומגיע וסגי בדעת נוגע, וא"כ מה דסבר ר"י דגם דעת מגיע לחוד סגי ע"כ מסוטה יליף, עכ"ד והנה לא אדע אם יש בזה להכריח וגם לסתור מה שהוכחתי, דבגמ' הא לא הוזכרו דבריו ונזכר להיפוך דמסוטה הו"א דבעינן דעת נוגע ומגיע וא"כ בפשוטו יש לומר דמוהבשר ילפינן דסגי בחדא או בדעת נוגע או בדעת מגיע, אמנם דבפירש"י שם משמע דמרב גידל לא ילפינן אלא דסגי בדעת נוגע, אבל לא הוזכר דזה דסגי גם בדעת מגיע לחוד ילפינן מסוטה כיון דבסוטה איכא דעת נוגע ומגיע, ובפשוטו יש לומר דדעת מגיע ילפינן מדעת נוגע דכיון דצריך ללמוד היתר ודין טהרה באין בו דעת לישאל, וכיון דלא בעינן דומיא דסוטה דצריך תרווייהו דעת נוגע ומגיע וילפינן מוהבשר דסגי בחדא גם דעת מגיע סגי

כיון דעכ"פ יש ממי לישאל לא ילפינן דין טהרה, וראיתי בתוס' הרא"ש בנדה דף ה' ע"ב אשר על הדף בש"ס ווילנא שכתב שם בד"ה והשתא, וז"ל וכי תימא וכו' והאי דנקט וכו' לרבותא נקט אע"פ שהמיטמא אין בו דעת לישאל ולא הוי דומיא דסוטה כ"ש אם המיטמא בידו והטומאה מונחת ע"ג קרקע, ומבואר מדבריו דיותר הוי דומיא דסוטה דעת נוגע, ודעת מגיע לחוד לא הוי דומיא דסוטה ע"ש בדבריו.

עוד כתב על מה שכתבתי לפרש דברי הריטב"א ולחלק בין ספק ביאה של הטמא לספק ביאה של הטהור ושגם חכמים מודים דבספק ביאה של הטמא אינו טמא מספק, וכתב ע"ז שאינו מובן החילוק ומה הבדל יש בין אם ספק שהטהרה הלכה להטומאה או הטומאה הלכה להטהרה, ובהא דהמצר והחצב כתב הרשב"ם דתליא בפלוגתא דר"א ורבנן ולפי"ז גם לרבנן הוי ספק ביאה טהור וכתב עוד וז"ל אבל ראיתי בהריטב"א ובחידושי הרמב"ן לב"ב שסמך עליו הריטב"א ולא הרגשתי בדבריהם סברת חילוקו רק שכתב לתרץ מה שהקשו על הא דע"ז דף ע' מה דאוקמי לר"א ולא לרבנן, וכתב דכונת הגמ' דגם רבנן מודו באיסור בספק ביאה, ועיקר הטעם משום דספק ביאה הוא ספק רחוק ואינו מצוי ומש"ה גם רבנן מודו באיסורא אע"ג דאיתחזק איסורא, והגמ' דקאמר דספק ביאה לאו ספק ביאה ממש אלא מפני שהוא ספק רחוק מן האיסור דכיון דפתוח הרבה חביות רגלים לדבר דאדעתא דממונא פתוח ובגנבתייהו טרידי ולא נגעי כו' והא הכא אפילו לרבנן כספק ביאה דר' אליעזר דהתם הוא כן פי' הרמב"ן עכ"ל הריטב"א ודברים אלו א"ש לחילוק סברתו של הדר"ג עכ"ל הבאתי כל לשונו כדי לברר הענין.

והנה הריטב"א בע"ז התחיל דבריו במה דפריך הגמ' האי ספק ביאה ספק מגע הוא וכתב וז"ל ואיכא למידק מאי מספקא ליה בהא דהא לית הלכתא כר"א דשמותי הוא וכו' אבל הנכון בזה דאנן כשיטת ר' אליעזר קאמרינן דדמיא הא להא ומיהו אפי' רבנן מודו בהא וכו' דטעמא דר"א לאו משום דכי הוי ספק ביאה הוי ס"ס וכו' אלא טעמא דר"א משום דס"ט ברה"י מסוטה גמרי לה דליכא ספק ביאה אלא ספק מגע וטעמא דהלכתא משום דכי איכא ודאי ביאה הא איתחזקה טומאה וכספק קרוב הוא וכו', אבל כשיש שם ספק ביאה חשיב לי' ר"א ספק רחוק ולאחזוקי טומאה ואין כאן אלא ספק אחד דידעינן ודאי שהבקעה מלאה טומאה, ורבנן לא שני להו בינייהו דבסוטה הוא דבעינן סתירת שניהם [שכן] קינא לה, אבל לגבי טומאה דינו [דיינו] שתהא הטומאה במקום סתירה דהיינו רה"י, ומיהו גבי איסורא מודו רבנן דכל ספק רחוק שאינו מצוי מותר ואע"ג דאיתחזק איסורא והיינו דאמרינן כמאן שריי' בשיטת ר"א דטומאה ותלמודא סבר דכספק ביאה הוא ממש דאמרינן, ופריך האי ספק מגע הוא ופרקינן דלאו משום ספק

ביאה ממש אלא מפני שהוא ספק רחוק מן האיסור דכיון דפתוח חבייאתא טובא רגלים לדבר דאדעת דממונא פתוח ובגנבתייהו טרידי ולא נגעי דהוי לה כבולשת והא הכא אפי' לרבנן כספק ביאה דהתם הוא עכ"ל.

והנה הדר"ג סמך על סוף דבריו של הריטב"א והרי כל דבריו של הריטב"א הולכים על עיקר קושייתו דמאי פריך ספק ביאה הוא ומאי מספקא לי' בהא דהא לית הילכתא כר"א דשמותי הוא, ועיקר ד' הריטב"א שכתב דר"א מחלק בין ספק מגע לספק ביאה, דספק מגע הוא ספק קרוב וספק ביאה הוא ספק רחוק ודאי אין כונתו לספק שכיח וספק שאינו שכיח דאין טעם לזה דהרי ספק אצלו אם נכנס לשדה זו או לא, ואם נכנס להשדה ודאי נטמא שהשדה מלאה טומאה כמש"כ הריטב"א וא"כ איזה ספק רחוק הוא, אלא דהקרוב והרחוק הוא כאן בהחזקת הריעותא, דר"א סובר דכיון דאנו למדין מספק סוטה אין מטהרין בספק אלא דומיא דהתם שכבר היו הטמא והטהור בהרשות היחיד, אבל אם הוי ספק אם נכנס זהו ספק רחוק היינו שאנו חוששין לספק והוא קצת מגדר כל הטומאות כשעת מציאתן כמש"כ הדר"ג, אלא קצת באופן אחר דאם נבוא לומר דאמרינן שכמו שהוא עתה במקום אחר לא בשדה הטמאה ה"נ הי' מקודם אינו מוכרח, דעכשיו הרי יודע שיצא מכל הבקעה והוא ברה"ר אלא דספק אצלו כשהי' בזו הבקעה אם נכנס גם לזו השדה הטמאה ואין שום שייכות כשעת מציאתן לכאן, אלא דיש לצרף לזה מה דאמרו בגמ' בנדה דף ד' כשעת מציאתן ובמקום מציאתן דאין מחזיקין ממקום למקום, אלא דאנן קיי"ל דלחומרא מחזיקין טומאה ממקום למקום, ואפשר דב"ש באמת סברי דאין מחזיקין אפי' לתלות, אלא דבאמת לא צריך לזה דמדברי הריטב"א מוכח דמדין טומאה ברה"י אתאן עלה דב"ש סברי דדוקא כשראינו הטמא והמטמא ברה"י, אבל מה שאנו חוששין שמא בא הטהור לרה"י אף שהטמא ב

פרק יא

הלכה א

הנושא בתולה שנתאלמנה או שנתגרשה או נחלצה אם מן האירוסין נתאלמנה או נתגרשה או נחלצה כתובתה מאתים, ואם מן הנשואין כתובתה מאה, שמשנשאת הרי היא כבעולה.

ואם מן הנשואין, המחבר בסי' ס"ז סעיף ב' כתב אפי' יש לה עדים שלא נסתרה עם הראשון, והקשה הב"ש על הרי"ף והרמב"ם דלא הביאו אלא מתני' ומשמע דאם איכא עדים הפסידה הכתובה, ולכאורה י"ל דסובר כלישנא דמתני אמתני' אבל מברייתא

מוכח כרבה דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה, וכיון דקיי"ל דהוי מק"ט דמק"ט לגמרי משמע מוכח דמתני' דתנן מק"ט פליגא אברייתא לכן לא קיי"ל כברייתא, אלא דאכתי אינו מיושב אלא מה דלא פסק דאין לה טענת בתולים אבל אינו מבואר למה השמיט דכתובתה מנה, ואולי י"ל דכיון דלא קיי"ל כברייתא וכיון דבמתני' תנן בהדדי כתובתה מנה ואין לה ט"ב ומוכח דמי שיש לה ט"ב כתובתה מאתים.

אך כ"ז כתבתי לדברי הב"ש, אבל באמת מד' הרמב"ם בהל' ב' שכתב ומפני מה תיקנו חכמים לאלו כתובה מאה ואף ע"פ שהן בתולות הואיל וחזקת הנשואה שתבעל וכו' תקנו לאלו מאה בין נבעלו בין לא נבעלו, מוכח דאפי' ודאי לא נבעלו כתובתה מנה ומשו"ה הוצרך ליתן טעם, וכיון דבהל' ח' כתב דכל שכתובתה מאה אין לה ט"ב א"כ גם הרמב"ם סובר כברייתא, ועמש"כ בהל' י"ד.

הלכה ד

עמש"כ בפ"א מנחלות הל' ט'.

הלכה ח

כל בתולה שכתובתה מאתים יש לה טענת בתולים וכל שכתובתה מאה או שלא תקנו לה חכמים כתובה אין לה טענת בתולים.

או שלא תקנו לה, כתב המ"מ דפשוט הוא שאינו מתנאי ב"ד. והיינו דאם כתב לה כתובה מעצמו אין לה טענת בתולים וקשה דהא זהו מה שחידש הגאון בתוס' כתובה משום שהוא מחוייב מה"ת וא"כ מה הוצרך זה כאן הרמב"ם להשמיענו וצע"ק.

והנה המשל"מ הביא דברי הרמב"ן דחרשת טענינן לה מ"ע אפי' באופן דא"א לומר תחתיו כגון שקדש ובעל לאלתר, ואף דמ"ע כתובתה מנה מ"מ כיון דמ"ע לא הוי מק"ט עכ"פ וכתובת חרשת אינה מדינא אלא דרצה להתחייב וכיון דלא הוי מק"ט יש לה מאתים כמו שהתחייב כיון דאין כאן טעות, והקשה המל"מ דהא הרמב"ן עצמו הביא ד' הירוש' ברפ"ב דכתובות גבי אם יש עדים שיצאה בהינומא וניחוש שמא מוכת עץ הוא ומשני אין חוששין לדבר שאינו מצוי אלמא דאין טוענים ליתומים להחזיק בשביל דבר שאינו מצוי והרמב"ן כ' דכן הלכה וגבי חרשת סובר הרמב"ן דמש"ה אין לה טענת בתולים דטוענים לה שהיא מ"ע אלמא דטוענים עבורה בדבר שאינו מצוי להוציא כתובה.

והנה מה שהק' המל"מ מהא דלא טענינן ליתמי נאנסו גבי שטר כיס היוצא על היתומים הנה הרמב"ן סובר להדיא דטענינן ליתמי נאנסו אלא דמ"מ קשה דהתם הא הוי להחזיק אבל הכא כיון דהוי להוציא מהכ"ת נטעון להם בדבר שאינו מצוי, וע"כ צריך לומר דכיון

דהוא חייב לה כתובה ובא להוציא חיובה חשיב כמו להחזיק, ולכן גם עפ"י ספק של רוב אין מוציאין מידי חיובה, ועמש"כ לקמן בהל' י"ד בד' הרמב"ם דאי כתובה דאורייתא לא מהני חזקת אין אדם טורח בסעודה ומפסידה דאף דהוי חזקה הבאה מכח סברא ל"מ להוציא ממון, ואולי הי' אפשר להסביר זה משום דאיכא חזקת כשרות, ואין לומר דא"כ יהא נאמן בטוען פ"פ עכ"פ במנה דאולי היא מוכ"ע ובזה ליכא חזקת כשרות, דכיון דנאמן לאוסרה עליו מטעם זנות שוב לא נוכל לחדש טענת מוכ"ע לגבי ממון, ועוד דל"ש הך חזקה דאאט"ב אלא במקום שבטענתו אוסרה עליו אבל מה שאין אוסרה עליו בטענתו אלא שרוצה להפטר מכתובה ונימא דזה שרוצה לגרשה זה גופא הוכחה שמוכ"ע היא ז"א דהא מוכ"ע אינו מק"ט ואמאי מגרשה ומפסיד סעודתו, אך בזה לא יהי' מיושב דאי חזקת כשרות עדיפא מרוב א"כ יהא מהני ג"כ לענין איסור, וכבר כתבו הראשונים דבאשת כהן לא הוי ס"ס מטעם ספק מ"ע משום דל"ש.

וקצת יש להביא ראי' לדברי הרמב"ן ממתני' דבתולה מן הנשואין דאין לה ט"ב, דמוכח דכיון דהי' אצלו קצת ספק כבר לא הוי מק"ט, ואיברא דכאן הוא ענין אחר דשם מטעם שהי' לו קצת חשש אמרינן סבר וקבל, אבל הכא הוא ענין אחר דעפ"י מילתא דל"ש אנו רוצים לומר דלא הי' מק"ט, אכן מצינו כן בריש המוכר פירות דמדמי שם מה דלענין ברור הקנין אמרי' אין הולכין בממון אחר הרוב ולשחיטה קנה לענין דין של ספק במעשה ומוכח דתלוי זה בזה, וא"כ ה"נ יש לדמות בתולה מן הנשואין דהוא ברור קנין למכ"ע שהוא ספק מעשה.

ובאופן אחר י"ל דלחדש ולטעון בדבר שאינו מצוי אין טוענים כיון שיש לכל הנשים רוב וחזקה דבתולות נשאות, אבל כיון דמצא פ"פ וע"כ יצאה מדרך הרגיל ועלינו לומר דנבעלה בזה טוענין שפיר, וכן גבי פקדון דטענינן נאנסו היינו נמי כיון דעכ"פ אין מוצאין הפקדון במקומו, ולפ"ז יש לעיין גבי שטר כיס היוצא על היתומים ושהסחורה של אביהם במקומה עומדת במה שלקח על עיסקא ורק שנבא לטעון שמא נאנסו אפשר דלא טענינן וכאן מיירי דידעינן שהסחורה על מה שלקח העיסקא אינה במקומה וצ"ע בזה.

ועי' בבית יעקב כתב דמוכח מכאן דלרש"י דסובר דמוכת עץ פתחה פתוח גם טענת דמים אין לה דע"כ הרמב"ם סובר כרש"י דלהר"ח יש לה למוכת עץ טענת פתח פתוח אף שכתובתה מנה וכתב להוכיח כן ממה דאמר שמואל האומר פ"פ מצאתי נאמן להפסידה כתובה וקשה דהא מתני' היא, היא אומרת מוכת עץ אני ואי אמרי' דיש למוכת עץ טענת דמים א"כ ע"כ דטענתו הוא בפ"פ ואי נאמנת להכחישו אמאי סבר ר' יהושע דאינה נאמנת הא כל היכי דיש לה מיגו טוב גם ר' יהושע מודה כמש"כ התוס' בדף י"ג ע"א

בד"ה רב אסי.

אכן ראייתו אינה אלא לשיטת התוס' בריש האשה שנתארמלה דבמגו טוב גם ר' יהושע מודה אבל רש"י הא סובר שם דדוקא בשאין הלה תובעו מודה א"כ לרש"י לשיטתו אין ראי'.

הלכה יא

אמרה היא אמת שלא מצאני בתולה ואיש בא עלי באונס אחר שנתארסתי לו הרי זו נאמנת וכתובתה מאתים כמו שהיתה, ואם טען ואמר שמא עד שלא ארסתיך נאנסת ומקחי מקח טעות או אחר שארסתיך נבעלת ברצונך הרי זה מחרים סתם על מי שטוען שקר כדי לחייבני ממון שאני חייב בו.

בירושלמי אהא מתני' דמשארסתני נאנסתי הדא דתימא שלא להפסידה מכתובתה אבל לקיימה אינו רשאי משום דר' אילא דאמר מצא פתח פתוח אסור לקיימה משום ספק סוטה, וכבר בארנו ד' הירוש' בפ"י לפ"ד הרשב"א שכ' דבאומרת נאנסתי נאמנת אף דבסוטה אינה נאמנת לומר טהורה אני דהתם איכא רגלים לדבר ואף דס"ט ברה"י טמא אף בלא רגל"ד שאני התם דליכא טענת ברי, והנה ד' הרשב"א צריכים ביאור דכיון דס"ט ברה"י ילפינן מסוטה א"כ מוכח דל"צ רגל"ד ובמה דמי הא דבס"ט ליכא טענת ברי להא דסוטה יש רגלים לדבר, ובארתי לפ"ד השטה מקובצת בהא דאמרי' בדף ט' דס"ס מותר דהא בס"ט אפי' ס"ס טמא ותי' דשאני התם דמוחזק ודאי טומאה, אבל הכא ליכא ודאי טומאה, וגם זה צריך ביאור דהא בסוטה ליכא ודאי טומאה, ונראה דצריך לצרף ב' התירוצים דבאמת צריך להא דרגלים לדבר דבל"ז לא נחדש דין טומאה כיון דליכא ודאי טומאה, אלא דרגלים לדבר עושה דין טומאה כמו דאיכא ודאי טומאה, אלא דהכא בפ"פ כיון דהוחזק ריעותא שנבעלה יש לדון בזה דממילא יש כאן דין ספק ודמי לסוטה דאינה נאמנת בטענת ברי, אלא דמ"מ אינו אלא בספק אבל היכא דאיכא ס"ס א"כ הס"ס מבטל הריעותא לגמרי, ולכן ל"ד להיכא דאיכא ודאי טומאה דהתם עכ"פ הטומאה מוכיחה אבל הכא כיון דאיכא ס"ס והטומאה לא מוכיח מותרת לבעלה, וזהו ביאור דברי הירושלמי דאמר דאינה נאמנת לטעון משארסתני נאנסתי משום דר' אילא דכיון דאסור לקיימה משום ספק סוטה והיינו דמדמינן לסוטה לכן אין לה נאמנות.

עוד י"ל בזה דהנה כתבו התוס' בנדה דף ב' ד"ה והלל דס"ט טמא אף נגד חזקת טהרה דמסוטה ליכא למילף דאיתרע חזקתה מ"מ כיון דעשה הכתוב ספק כודאי ולגבי ודאי אינו מועיל הרגלים לדבר, ודבריהם אינם מובנים דבאמת עכ"פ הוא ספק אלא דהתורה אסרה כודאי, אבל כיון דאשכחן רק היכי דליכא ראי' לקולא מנלן להיכי דאיכא ראי'

של חזקה לקולא, ונראה עפמש"כ הגרעק"א לחלק בין חזקה סתם לחזקת ברור לומר דחזקה אינו מברר אלא דהדין הוא להעמיד על החזקה וכיון דעצם המעשה נשאר בספק והתורה אמרה דהיכי דעצם המעשה הוא בספק שיהי' ודאי טומאה ולגבי ודאי טומאה אינו מועיל חזקת טהרה, ולכן נראה דזה דוקא בחזקת טהרה אבל בחזקת הגוף דאנו אומרים דהמעשה הוא בודאי באמת לא מהני בזה דין ס"ט ברה"י ומה דמהני בסוטה הוא משום רגלים לדבר, ובל"ז הי' מועיל חזקת כשרות, והנה לענין ספק לאו תחתיו איכא חזקת הגוף שהיתה בתולה נגד חזקת כשרות ורק דיועיל חזקת כשרות לומר דנאנסה אך נגד זה איכא רצון רובא, ולכן בזה מהני דין ס"ט ברה"י, [ומה שיש לעיין בזה דהא עכ"פ הוא ספק רשויות בארנו בארוכה בפ"י].

והנה המל"מ בפי"ח מאיסורי ביאה הקשה מדברי הירושלמי על הרבינו יונה דסובר דמהני ברי להתיר עצמה לבעלה, ומה דאמרי' האומר פ"פ מצאתי נאמן לאוסרה עליו היינו דוקא במכחישתו ואומרת שבתולה היתה או בשותקת, והא מדברי הירושלמי מבואר דלגבי איסור אינה נאמנת וכמו שבארנו, וכבר הביא הרמב"ן להקשות מד' הירושלמי והקשה ד' הירוש' מדידי' אדידי', ובפשוטו הי' אפ"ל דהירוש' לא כיון לומר דאינה נאמנת, אלא דקאי על הא דטוען עד שלא ארסתיך נאנסת ומשמע דמאמינה שהיא אנוסה וע"ז אומר דלענין איסור אין לו רשות להאמינה ואזיל אליבא דר' יהושע דאינה נאמנת וכמו שהביא הרמב"ן מירוש' מפורש כן, דלר"י אינה נאמנת, וראי' דתחילת דברי הירושלמי הוא לענין בוגרת ולא קאי על נאמנות.

אכן אחר העיון קשה לפרש דברי הירושלמי דקאי רק על ר' יהושע דבפשוטו אמר הירוש' הלכה מפורשת דלקיימה אינו רשאי ומשמע דדברי הכל היא, והנה ההפלאה תי' דהירוש' לשיטתו דסובר דבאשת ישראל לא הוי ס"ס דאונס דבר שאינו מצוי הוא ואינו מצטרף לס"ס וה"נ אינה נאמנת לענין איסור לטעון משארסתני נאנסתי והנה למה נאמנת לענין כתובה כיון דרוב ברצון לא סיים ההפלאה אכן הנו"ב בתשובה במ"ת סי' י"ד כתב כמש"כ דבמה שאמר עד שלא ארסתיך הוי הודאה מצדו שאינו חושדה על רצון ולכן מהני טענת משארסתני נאנסתי לענין כתובה אבל על עיקר טענת אונס לא היתה נאמנת.

אכן כבר כתבנו למעלה בפ"י מדברי הפנ"י דפשוט דלגבי רצון אינו נאמן כלל דכל הנאמנות שלו הוא רק שלא מצאה בתולה אבל לא שזינתה ברצון ולהפסידה כתובה אח"כ, דבזה הוא כמו כל מי שאומר לאשתו שזינתה שאינו נאמן, אלא דבאומרת משארסתני נאנסתי הרי יש כאן הודאה מצדה שאין לה בתולים, אלא דנוכל לומר לגבי

זה הפה שאסר, דאף דבלא מה שהודית האשה היו ב"ד מאמינים לו אבל בזה לא היו ב"ד מאמינים לו על רצון, ולכן גם מה שהודית אינו מגרע, אכן יש להתיישב בדברי הפנ"י דכל זה בטענת פ"פ אבל בטענת דמים דהוי טענה מבוררה, אפשר דשפיר הוי טענה שמא ברצון ולשי' הירוש' דרוב ברצון וספק תחתיו א"כ אינה נאמנת לענין כתובה.

והנה כבר כתבתי שם דיש לדון כאן מדין א"י אם פרעתיך, אלא דהכא לא הו"ל למידע אם נבעלה תחתיו ברצון ובזה הא גם א"י אם פרעתיך פטור, אכן יש לומר דכ"ז הוא כמו גבי חנוני ופועלים דאף דבעה"ב לגבי פועלים הו"ל א"י אם פרעתיך מ"מ יש כאן טענה מבוררה לענין פרעתיך שמטיל ספק פרעון, אבל הכא מה שמצא אותה בעולה אינו מטיל שום ספק מכריח לומר דזינתה תחתיו כיון דאפשר היא בעולה מקודם מהכ"ת נחזיק אותה בזונה תחתיו ואין כאן דררא דפרעון ויש לעיין בזה.

נשוב לדברינו והנה לתירוץ ההפלאה דהירוש' לשיטתו דאונס אינו מצטרף לס"ס, ולפי דבריו צריך לומר גבי מוכ"ע נמי דנאמנת לומר מוכ"ע אני דגמ' דידן אינו סבר דמוכ"ע ל"ש אכן להרמב"ן דסובר בריש פ"ב דמוכ"ע ל"ש וכתב דכן הלכה א"כ יקשה ממוכ"ע, והנה עכ"פ יהיה צ"ל גם לתי' ההפלאה דממון עדיף מאיסור דהא משארסתני נאנסתי מהני לענין כתובה ולענין איסור ל"מ כדאמר בירוש', והנה בזה כתב הנוב"י משום דהוא אומר עד שלא ארסתיך נאנסת וא"כ מודה ג"כ דהיתה אנוסה ואינו חושדה ברצון ומהני לענין ממון, אכן בהא דמוכ"ע אני והוא אומר לא כי אלא דרוסת איש את דמהמנינן לה בטענת מוכ"ע ואף דמוכ"ע ל"ש ולגבי איסור אינה נאמנת כדאמר הירוש' ומוכח דאיסור חמור מממון, והנוב"י דחק עצמו לומר דכיון דטען לא כי אלא דרוסת איש את הרי דאינו מאמינה ושויא אנפשי' חד"א, ודבריו לא מסתברים כלל, וגם במה שחילק מאונסא דקלא אית לי' למוכ"ע דלא שכיח ולפי שי' הראשונים הוא להיפך דאונס מצרפינן לס"ס ומוכ"ע לא מצרפינן, וא"כ ע"כ יהיה סתירה מד' הירוש' על שיטתם, לכן נראה כמש"כ דהירוש' לא נחת כאן כלל להלכה אלא דמפרש לעיקר פירושא דמתני' דאמר לא כי אלא דרוסת איש את ומשמע דמאמין לה שלא נבעלה ברצון וע"ז אומר דלקיימה אינו רשאי להאמין ולא קאי כלל אליבא דר"ג, ונ"מ מזה גבי שותקת דאפילו יאמר הבעל שמאמינה שלא הי' ברצון אינו נאמן, והירושלמי מפרש למתני' ולא דינא קמ"ל גבי מתני' דלדינא כיון דקיי"ל כר"ג נאמנת בין לענין איסור בין לענין ממון, כמו שהוכיח הרא"ש מהא דקיי"ל דמאן דמכשיר בה מכשיר בבתה דאלמא דעיקר טענת ברי מהני.

והנה הרא"ש הביא דברי הרבינו יונה בסוגיא דפתח פתוח ומתחלה כתב וטעו תלמידיו לכותבו בשמו כי לא אמרה מעולם דכיון דליכא אלא חד ספיקא אזלינן לחומרא

ובדיבורה לא מהימנא דהא אמרינן לקמן דקיי"ל כר"נ דלא אמרינן בו"ש ברי עדיף אפי' היכא דהברי הוא טוב והשמא הוא גרוע כ"ש הכא שיודעת שא"י להכחישה ולבסוף כתב ומיהו נראה לי לקיים דבריהם מהיא דהיתה מעוברת לקמן דאלים לי' לר"ג ברי ומכשיר העובר ואע"ג דלית לי' חזקת כשרות ואפי' ברוב פסולין וכן בההיא דמשארסתני נאנסתי אע"ג דחזקת ממון מסייע לרוב דרצון אפ"ה אלים לי' ברי ומהימנא, עכ"ד.

והנה מה דסובר הר"י וכן העלה הרא"ש בסוף דבריו דבטענת ברי נאמנת לגבי איסור מכיון שטוענת ברי, והא לא מהני בו"ש אלא לגבי ממון דשייך בי' טענה, אבל לגבי איסור כיון דבשמא אסר לה עליו מדין ספק איסור מה מהני ברי דידה להתיר עצמה, וצ"ל דהוא כמש"כ הרשב"א שהבאנו דהוא כמו חתיכה ספק חלב ספק שומן דע"א נאמן עלי', אכן לפ"ז צ"ב מה שהביא ראי' ממה דנאמנת בטענת ברי לגבי רוב דרצון לומר משאירסתני נאנסתי לגבי ממון שתהא נאמנת לגבי איסור דאינו דומה דבמשארסתני הוא מדין טענה או משום דהוי כמו א"י אם פרעתיך ומה שייך זה להא דנאמנת לגבי איסור כמו ע"א.

ונראה דכיון דאמרי' דמה דנאמנת לגבי כתובה הוא מדין א"י אם פרעתיך ונקטינן דין כתובה כדין שטר ברור ול"מ מה דרוב ברצון לחדש ע"י זה טענת פטור, לכן גם לענין איסור אף דרובא וחזקה רובא עדיף היינו באינה טוענת ברי, והסבר דברי הרא"ש הוא משום דיסוד מה דנאמנת לטעון אונס גבי כתובה הוא משום דזנות ברצון הוא התחדשות ויש לעיין מה כאן ההתחדשות אם צריך לחדש טענת אונס כיון דמעשה האונס הוא מעשה התחדשות או דרצון הוא התחדשות דכ"ז דאין לנו ראי' שרצתה בהזנות יכולים אנו לומר דלא רצתה ולכן מטענת אונס לגבי כתובה מוכח דרצון הוא התחדשות לכן נאמנת גם לגבי רובא לומר שלא נעשה מעשה המחדש, ולא דמי לשבוי' דחכמים גזרו בה שם פסול וצריכה עדים להתיר עצמה אבל בזה דלא גזרו נאמנת.

והנה הרא"ש מביא ראיה ממאן דמכשיר בה מכשיר בבתה דמהני ברי דידה לגבי בתה ואף דליכא חזקת כשרות ואפי' ברוב פסולין, וכבר הקשו דהא שם יש חזקה דבודקת ומזנה וזה עומד במקום רוב פסולין, ונראה הביאור דכיון דאומרת שלא רצתה מהימנין לה דלא מהני לגבה רוב דרצון משום דבאמת יש דעה בירוש' דבזנות רצה אחרי הפסולין רק דמהני הא דבודקת לומר דאינה אסורה בשביל הרוב, וה"נ מהני טענת אונס לומר שהיא לא רצתה ואינה אסורה בשביל הרוב, נמצא דכמו גבי מכשיר בבתה אין לומר דהוא מטעם התחדשות ולכן צ"ל דברי מהני שאינה בכלל הרוב, וא"כ ה"נ במשארסתני נאנסתי דנאמנת.

והנה בדעת הרמב"ם כתב המ"מ בפי"ט מאיסו"ב דחולק על הר"י בכל גווני בין בספק משארסתני נאנסתי ובין בספק לאו תחתיו דבכל גווני אינה נאמנת להתיר עצמה לבעלה, והנה בשלמא בטענת אונס הוי מעוט אבל לאו תחתיו הא הוי ספק השקול ומוכח דבספק השקול נמי אינה נאמנת, ויש להעיר בזה מדברי הרמב"ם בפט"ו מאיסו"ב הי"א פנויה שנתעברה מזנות אמרו לה מהו העובר הזה או הילוד הזה אם אמרה בן כשר הוא ולישראל נבעלתי הרי זו נאמנת והבן כשר, ובהי"ב כתב ואם לא נבדקה אמו עד שמתה או עד שהיתה חרשת וכו' או שאמרה לפלוני הממזר נבעלתי וכו' הרי זה הילוד ספק ממזר וכו' וכתב המ"מ ומ"ש רבינו שאפי' היא אומרת לפלוני הממזר נבעלתי הוא מפני שאין האשה נאמנת בפסול אלא האב בלבד כמו שיתבאר ואע"פ שנאמנת להכשיר והי' נראה שכ"ש לפסול לא היא דלהכשיר דבר תורה אין אנו צריכים לה דהא מדינא לא הוי אלא ספק ממזר וספק ממזר מן התורה מותר גמור לבא בקהל אלא דרבנן גזרו עליהן והאמינוה בשל דבריהם וכו', והקשה הב"ש דהא ברוב פסולים נמי מכשרינן לי' כר"ג ובזה הא מה"ת אסור בישראלית ונאמנת להתירו, ותי' הש"ש בש"ב פט"ו לפ"ד הש"מ גבי קפץ א' מן המנויין לתוכו פטור ולא אזלי' בתר רובא דכיון דעשירי ודאי בעינן ל"מ רוב דרוב מצד עצמו הוי ספק ולכן ה"ה גבי ממזר דממזר ודאי אמר רחמנא וברוב פסולין נמי מותר מה"ת.

אכן הקשה הש"ש דהא גם על עצמה מאמינים לה ובאזל הבועל לגבה הוי רוב גמור מה"ת ושי' התוס' משום דבודקת ומזנה אך באנוסה לא שייך זה וכבר הקשה זה הרשב"א בהא דתינוקת דמקשה הש"ס אי כר"ג אפי' ברוב פסולין והקשה הרשב"א דלמא לא אכשר ר"ג ברוב פסולין אלא במזנה ברצון דבדקה ומזנה אבל באנוסה הו"ל כשבוי' ודחק לתרץ ומל' הרמב"ם משמע דגם באנוסה מותרת, דהרמב"ם כתב סתם נבעלה וקאי גם על מתני' דתינוקת דמיירי בנאנסה ע"כ כונתו גם על נאנסה, והרא"ה תי' משום דרובא ברצון ולא יתכן זה לשיטת התוס' דרובא ברצון אינו רוב גמור ובשל תורה לא אזלינן בתרה, ובשי' התוס' הסביר הש"ש דחזקת בודקת ומזנה משוי לרוב פסולין כמחצה על מחצה ומהני טענת ברי, אכן הקשה לדברי הרשב"א דכתב דרוב פסולין הוי ממזר ודאי וע"כ דלא ס"ל סברת התוס' דבודקת ומזנה וא"כ צ"ע מאי שנא גבי שבויה דמשום רוב פסולין אינה נאמנת ובראוה מדברת נאמנת, ותי' בסברא הנ"ל לחלק בין רוב דכל דפריש לרובא דליתא קמן דהו"ל רובא דתליא בסברא ומשו"ה בשבוי' אינה נאמנת.

ודבריו לא מסתברים דכיון דהרשב"א סובר דהוי ודאי ממזר ול"מ חזקה דבודקת לאשוויי ספק א"כ אין מקום לחלק לענין טענת ברי, כיון דרובא מן הדין הוי נמי כודאי,

ועוד קשה על הש"ש דלפי דבריו א"כ בספק לאו תחתיו דהוי ספק השקול שכתב המ"מ דאינה נאמנת אמאי אינה נאמנת להתיר עצמה, ובשלמא אונס הוי מעוט, אבל לאו תחתיו הא הוי ספק השקול ומוכח דבספק השקול אינה נאמנת.

והנה הש"ש תי' על קושיתו דמאי נ"מ בין הנאמנות על עצמה לנאמנות על ולדה דעיקר דין הנאמנות הוא משום ברי דידה ולא מהני לולד, והסביר הש"ש זה דברי ל"מ אלא לבע"ד כדאמר בהמדיר רישא מנה לאבא בידך, אבל באמת לא מסתבר כלל דשייך בזה דין בע"ד דהא השאלה היא גם על הבעל.

נמצא דעלינו לבאר דברי הרמב"ם לשי' המ"מ דאינה נאמנת לטעון לאו תחתיו והא פסק כר"ג בפי"ח מאיסו"ב דנאמנת, וכן גבי שבויה דאינה נאמנת והא פשטות ד' הגמ' דגם ברוב פסולין סבר ר"ג דנאמנת, וכבר בארנו זה בפ"י מאישות, דבאמת הא דנאמנת לר"ג הוא משום חזקה כדמוכח מהסוגיא ובמקום חזקה מהני ברי אכן בשבויה כיון דרוב עכו"ם פרוצים בעריות היינו דמשו"ה ליכא חזקה כיון דעומדת לכך וזהו סברא דסוטה דרגל"ד וליכא חזקה, נמצא דהיכי דליכא חזקה ל"מ טענת ברי, והנה הא דנאמנת ברוב פסולים נראה לחדש דהא דאמרינן רובא וחזקה רובא עדיף היינו דוקא בליתא קמן דהוי מטעם סברא ובזה נאמר גם להרשב"א דסובר דהוי ודאי ממזר דעכ"פ רק מן הדין הוא ודאי ולא מטעם סברא ובזה שפיר מוקמינן לה אחזקה ולכן אף דאיכא רוב פסולין אבל כיון דהחזקה הוא בה מוקמינן לה אחזקה ול"ד להיכי דהרוב והחזקה הוא בדבר אחד כמו תשע חנויות ודוק בסברא זו ולכן פשוט דהכא איכא חזקה כדמוכח בגמ' ובשבויה ליכא חזקה ולכן גבי ספק סוטה דאיכא רגל"ד ליכא חזקה, אכן באמת בספק תחתיו איכא ב' חזקות חזקת צדקת, דאיסור פנוי' ל"ד לא"א, וחזקת היתר לכהונה, ולגבי זה יש חזקת הגוף וכיון דאמרינן דסוטה הוי ודאי בטל חזקת היתר משום דחזקת היתר אינו מברר המעשה ולכן אינה נאמנת בטענת ברי, ולכן יש נ"מ דודאי בפנויה כר"ג היתה נאמנת בלאו תחתיו ומש"כ המ"מ דאינה נאמנת היינו בספק תחת בעלה דהוי ספק סוטה.

ב] **הגרעק"א** בחידושיו לכתובות דף י"ב כתב מסתפקנא באשת כהן שאומרת כן אם נאמנת ליטול כתובה די"ל דא"נ דאמרי' אין אדם מע"ר ולא כל כמינה לומר שנאנסה תחתיו ועבדא איסורא במה שנשאת לו באיסור, וכתב די"ל דממ"נ אם תחתיו נאנסה והכשילתו בביאת איסור אבדה כתובה כמו במשמשתו נדה ע"ש, והנה לכאורה הי' אפ"ל דכל דין שעוברת על דת משה מפסידה כתובה היינו בשביל שהיא גורמת לו שיהיה צריך לגרשה ולכן באשת כהן שנאנסה מן האירוסין כיון דאסורה לו מכבר לא

תאבד כתובה במה שהכשילתו אח"כ כיון דבלא"ה אסורה לו.

אכן מדברי הרמב"ם בפכ"ד הט"ז שכתב דגם אם מקימה ג"כ אין לה כתובה משום שהכתובה תק"ח היא כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ולא הקפידו אלא על הצנועות אבל הפרוצות אין להם תקנה זו ומוכח דלא מטעם שגורמת לו שיצטרך לגרשה הוא, דהא במקיימה ג"כ אין להם כתובה, ומ"מ י"ל דעיקר טעמא דאבדה כתובה הוא בשביל שגרמה במעשיה שיש לו לגרשה בשביל זה אלא דכיון דיש לו רשות לגרשה בלא כתובה לכן גם אם מקיימה אבדה כתובה בכל אופן, והרמב"ם הוסיף רק דיש לו רשות לגרשה בלא כתובה דכל עיקר התקנה הי' בשביל בנות ישראל הצנועות, וממילא שפיר נוכל לומר דאשת כהן שנאנסה דבין כך מחוייב להוציאה וליתן לה כתובה לא הפסידה במה שהכשילתו אח"כ בביאת איסור.

אלא דלכאורה סוגיא ערוכה מסייעת להגרעק"א דבסוטה דף כ"ה בעי אי עוברת על דת צריכה התראה להפסידה כתובה, ובעי למיפשט מהא דאלמנה לכה"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט וכו' לא שותות ולא נוטלות כתובה מישתא הוא דלא שתיא הא קנויי מקני להו ולמאי אי לאוסרן עליו הא אסירן וקיימן אלא לאו להפסידה כתובתה, ומוכח דאף דאסורה עליו מכבר מפסידה כתובה במה שזינתה, ואפשר דדוקא אם מגרשה בשביל שמכשילתו באיסור אפשר לומר כדברינו דבמקום דכבר נאסרה עליו מקודם שוב אינה מפסדת כתובתה, אבל בנוהגת דרך פריצות כגון ראשה פרוע ומשחקת עם הבחורים דמה שמגרשה אינו בשביל שמכשילתו אלא דבנוהגת דרך פריצות לא תיקנו לה חכמים כתובה וכמש"כ הרמב"ם בזה שפיר איכא למימר דבשביל שאסורה לו מכבר לא תקנו לה כתובה.

והנה הראב"ד הביאו הר"ן סובר דעוברת על דת משה הוא דוקא בעדים דעפ"י עצמו אין אדם משים עצמו רשע והר"ן השיג עליו דלממון בודאי הודאת בע"ד כק' עדים דמי, ודברי הראב"ד צריכין ביאור דהרי אף אם נאמר דעיקר הסבה שמפסדת כתובה הוא בשביל שמגרשה ע"י מעשיה וכיון דאין אדם משים עצמו רשע שוב אינו צריך לגרשה, אבל כיון שרשאי להאמינה כמו באומרת טמאה אני לך דמפורש ברמב"ם בפכ"ד דהפסידה כתובה ולפ"ז גם בעוברת על דת תפסיד כתובתה, אם לא דנימא דהראב"ד חולק על הרמב"ם גם בטא"ל אף שלא השיג וידוע דבעל הפירושים הוא בעל ההשגות.

איברא דיש לחלוק ולומר דדוקא בטא"ל דעיקר מעשה הזנות גורם איסור וצריך לגרשה אם מאמינה אבל עוברת על דת אין עיקר מעשה העברה גורם איסור אלא שמכיון שעברה פעם אחת שוב חשודה היא לעבור גם להבא ואין רצונו להחזיק אשה פרוצה, ולכן סובר

הראב"ד דכיון דאין אדם משים עצמו רשע לא תוכל לעשות עצמה לרשעה ולא מהני בזה מאמינה דאינה מחזקת עצמה לרשעה עפ"י דבורה.

הלכה יד

חכמים הם שתקנו עיקר כתובה לאשה והם התקינו שכל הטוען טענת בתולים והאשה מכחשת אותו נאמן ועלי' להביא ראי' לא על האיש שחזקה שאין אדם טורח בסעודה ומפסידה והופך שמחתו אבל.

חכמים הם שתקנו, בגמ' דף י' אמר רב נחמן חכמים הם שתקנו לבנות ישראל וכו' והם האמינוהו שאם אמר פ"פ מצאתי נאמן, ומדברי התוס' בד"ה אמר ר"נ מבואר דבשביל דכתובה דרבנן נאמן לומר פ"פ מצאתי אבל אי כתובה דאורייתא אינו נאמן ומשום דחיישינן לי' למשקר ול"א אין אדם טורח בסעודה ומפסידה, ולהדיא כתבו כן בסנהדרין דף ח' ד"ה מוש"ר דלר"מ דכתובה דאורייתא אינו נאמן, וכן מבואר כאן בדברי הרמב"ם דכל עיקר שאנו מאמינים לבעל הוא משום דכתובה דרבנן, ותימה דהא ר"מ ס"ל ביבמות דף קי"א ע"ב טענת בתולים ל' יום ומוכח דנאמן אף דס"ל כתובה דאורייתא ומצאתי שהקשה זה הפנ"י.

והנה בגמ' דף י"ב א"ר יהודא בראשונה היו מיחדין את החתן ואת הכלה שעה אחת קודם כניסתן לחופה וכו' ביהודא בראשונה היו מעמידין להם שני שושבינין אחד לו ואחד לה כדי למשמש את החתן ואת הכלה בשעת כניסתן לחופה וכו' וכל שלא נהג כמנהג הזה אינו יכול לטעון טענת בתולים, ומקשה הש"ס אהייא אילימא אירישא כל שנהג מיבע"ל אלא אסיפא כל שלא מישמש מיבע"ל ומשני ר"א לעולם אסיפא ותני כל שלא מושמש והיינו דבמקום שנהגו למשמש ואירע שלא מישמש אינו יכול לטעון טענת בתולים והרמב"ם השמיט זה, והנה התוס' בדף י' כתבו דר"א ס"ל כתובה דאורייתא ולהכי אינו נאמן וא"כ הרמב"ם דפסק כתובה דרבנן לא ס"ל הא דר"א אכן כבר כתבנו בפ"י דאי אפשר לומר כן דהא ר"א אליבא דר"י קאי הכא ור"י ס"ל כתובה דרבנן, ובארנו דכונת התוס' דאליבא דר"נ דנאמן לטעון טענת פ"פ להפסידה כתובה ע"כ דמפרש כן המשנה דאיירי לענין הפסד כתובה וכאביי דמתני' בטענת פ"פ איירי דאל"כ הי"ל מקודם להשמיענו עיקר הדין דנאמן ולפ"ז ע"כ מתני' סברה דכתובה דרבנן דאל"כ אמאי נאמן בטענת פ"פ, אבל לר"א דא"נ בטענת פ"פ מפרש מתני' בטענת דמים שהיא טענה מבוררה ונאמן אף אי כתובה דאורייתא, או דאיירי לענין לאוסרה עליו וכאביי דלאוסרה על בעלה איירי וא"כ אין לנו יסוד לדחות הא דרשב"ג דסוף מכילתין דס"ל כתובה דאורייתא דהא ממתני' דפרקין קמא אין לנו ראיה דכתובה דרבנן עכ"פ צריך

ביאור דברי הרמב"ם שפסק כר"נ לגבי ר"א כיון דמרב אשי מוכח דאף אי כתובה דרבנן אינו נאמן לטעון פ"פ ולמאי דכתבנו שם דר"א לא פליג על ר"נ ור"נ איירי במקום שלא נהגו למשמש תהי' הקו' יותר חזקה אמאי השמיט הרמב"ם דבמקום שנהגו למשמש ולא מישמש אינו נאמן.

ונראה דהנה עיקר הסברא דאי כתובה דאורייתא אינו נאמן אף בטענת ברי צריך ביאור דהא גם בטוען מנה אתה חייב לי החיוב מן התורה אלא דכיון שהוא מכחישו בטענת ברי נאמן וא"כ גם בטענת בתולים כיון שהוא טוען ברי פ"פ מצאתי אמאי אינו נאמן, וצ"ל משום דהוי כמי שלקח בהמה ושחטה דפשוט דאינו נאמן לומר טרפה היתה בלא עדים אף בלא נתן דמים כמבואר ברמב"ם פ"כ ממכירה הל' ט"ז ומשום דהיכי דסמך עצמו מתחילה אדעתא דרובא וחזקה אינו נאמן לטעון הפך זה בלא עדים וכל זה אם סמך עצמו, אבל במקום שנהגו למשמש א"כ הא לא נכנס כלל בספק, ולכן אם נעשה סבה ולא משמשו שפיר נאמן, אכן לרב אשי אליבא דר"י צ"ל להפך דהא בלא מושמש אינו נאמן וחשדינן לי' למשקר ואפילו אם כתובה דרבנן וע"כ צ"ל דהא דהם האמינוהו ולא חששו לתקנת הכתובה הוא דוקא במקום שא"א לברר דאז נתרצתה גם היא על אופן הדין שהוא יהיה נאמן, אבל באופן דאפשר לברר לא נתרצתה שיהי' נאמן בלא בירור וממילא כשנעשה סבה ולא היה הברור לא נתרצתה כלל ולא תיקנו חכמים בזה שיהי' נאמן ונשארה תקנת הכתובה דדוקא במקום שא"א לברר תיקנו שיהיה נאמן, והנה יש לעיין כשהוא לא נכנס בספק וגם היא לא נכנסה בספק מי נאמן וזה תלוי מעיקר הסברא מי צריך להיות נאמן, ואפשר לומר דאי חיישינן למיעוטא ומיעוטא כמאן דאיתא א"כ אמרינן דע"כ נכנס בספק אבל אי מיעוטא כמאן דליתא א"כ לא נכנס בספק כלל וע"כ מה דאינו נאמן לר"א בטענתו כל שלא מושמש משום דרובא מהני מצד עצמו אף שלא נכנס בספק כלל, ובזה פליגי ר"מ ור"י דלר"מ דחייש למעוטא מה דאינו נאמן הוא משום דנכנס אדעתא דרובא וחזקה ונכנס לספק אם לא במקום שנהגו למשמש ונעשה סבה שלא מושמש ובכה"ג נוקי מה דאמר ר"מ טענת בתולים ל' יום אבל לר"י הוא משום דרובא וחזקה מהני ובמקום שלא נהגו למשמש הם האמינוהו ובמקום שנהגו ולא מושמש אינו נאמן כיון שלא נכנסה בספק זה כלל, ואף שהוא ג"כ לא נכנס בספק זה מ"מ הא מהני לה רובא וחזקה, ולא האמינוהו חכמים בתקנת כתובה כה"ג.

והנה מש"כ ליישב הא דר"מ דמיירי שנהגו למשמש אינו נכון דהא עיקר קו' הפנ"י הוא משום דלר"מ טענת בתולים ל' יום והא אין משמוש ל' יום, וגם כיון שהיא טוענת שבעל לא תעשה משמוש ע"ש, אך בזה יפה העיר בני הגרצ"י שי' דכיון שהוא צריך משמוש

רק כדי שלא יאבד בתוליה א"כ יכול להכין עדים שתיכף אחר תשמיש יראה להם את הסדין ואז ימשמשו אותו אם לא אבד את הדם ולא צריך לרצונה דבשלמא אם הי' מוצא וטוען דם צפור הוא הי' צריך מקודם למשמש אותה אבל בטענה שלא מצא דם אפשר כל ל' יום.

והנה הרמב"ן והרא"ה בחידושיהם לכתובות הובאו דבריהם בשטמ"ק כתבו דמה דאינו נאמן להפסידה כתובה מדינא בלאו האי טעמא דהם האמינוהו ואף אם נסבור כתובה מה"ת הוא משום שיש רובא דרוב נשים בתולות נשאות וחזקה דגופא ולפ"ז הדרא קו' הפנ"י דלר"מ אמאי נאמן כיון דכתובה דאורייתא ול"ל הם האמינוהו, ולולא דברי רבותינו הראשונים הי' אפשר לדון דכאן אין לבוא מטעם חזקת שלמה דהנה אם הי' לו ד"ת עמה קודם שיבעל אותה והוא אומר לא בעלתי אותה זהו כמו שיש לאחד חשד על חברו ששבר כלי שלו וראוהו מתעסק בכלי והוא טוען שהי' שבור מקודם ודאי לא נבוא ע"ז מטעם חזקת שלם שהוא אינו מחוייב לדון אודות שלמות הכלי אלא דהוא לא שבר את הכלי, ולכן ה"נ אף שהתחייב בכתובה היינו דוקא אם תהי' בתולה אלא דאין לו נאמנות שהיא בעולה אבל כיון שהוא מברר שהיא עתה בעולה עי' בגמ' דף י' וטוען שהיתה מקודם בעולה והיא טוענת שהוא בעל אותה בראשונה ושבר בתוליה בזה לא תוכל לטעון בשביל חזקתה שהוא בעל אותה ושבר בתוליה ואיברא דיש לחלק בין הנדונים דזה אינו משל דבשלמא אם היינו צריכים לחייבו כתובה בשביל שבעל אותה הי' שפיר אבל באמת משעת נשואין חייב כתובה, אלא דאם אינה בתולה פטור וכאן שיש לה חזקת שלימה תטעון שבאמת היתה שלמה ומה שהיא עתה בעולה הוא בשביל שבא עלי' כיון דאין אנו באין לחייבו בשביל שבעל אותה.

אכן כ"ז אם נפרש דעצם חזקת שלימה מחייב כפי' הרמב"ן והרא"ה אבל אם נפרש כהר"ן דאין בדין שיפתנה בשעבוד זה כדי שיעשה רצונו ויטעון שהיא בעולה א"כ החיוב צריך להיות דוקא בשביל הביאה, ושפיר אפשר לומר כדברינו הנ"ל, אלא דיש למשדי נרגא בזה, דכיון דתנן אלמנה מן הנשואין כתובתה מנה א"כ כבר הפסידה כתובה דאינו אלא מנה, אלא דא"כ לא תוכל לתבוע ממנו רק מנה ואולי זהו רק גרמא ולא היזק ממש דכתובה אינה שויה ממש, וגם ההיזק אינו ברור דמי יודע שתפסיד ותתאלמן או תתגרש, עכ"פ למעשה אין נ"מ דגם להר"ן אי כתובה דאורייתא א"נ וכן על התוספת מטעם שאינו בדין וכו' וצ"ע עוד בזה וביחוד ליישב קושית הפנ"י הנ"ל.

ועתה נבוא לבאר מה שהשמיט הרמב"ם הא דרב אשי דכל שלא מושמש, ונראה דבפ' המדיר פליגי רבא ורב אשי במה דתנן עודה בבית אביה על האב להביא ראיה

נכנסה ברשות הבעל הבעל צריך להביא ראיה ואמר רבא רישא כאן נמצא כאן הי' סיפא כאן נמצא כאן הי', ור"א פליג ואמר רישא מנה לאבא בידך סיפא מנה לי בידך, והיינו דלר"א צריך דוקא טענת ברי להמוציא וכיון שאין לאביה טענת ברי לא מהני מה שהיא טוענת ברי ולרבא תלוי בעיקר באיזה רשות שנולד הספק ובלא טעם דכאן נמצא כאן הי' מוציא האב אף דטענתו שמא, והנה בפשוטו משמע דלרב אשי הטעם משום דברי ושמא בצרוף חזקת הגוף מועיל ואינו מחלק בין חזקת הגוף דאתרע ללא איתרע, ואף דתנן הבעל צריך להביא ראיה ומשמע דאף בטענת ברי לא מהני, וא"כ אפי' בברי וברי אינו נאמן, אבל באמת אף שדייקו כן בתוס' שם ע"ש אכן לא שייך דיוק זה אלא על האב ולא על הבעל דממ"נ אם ידע הא ראה וניפייס ובע"כ דאיירי דהבעל הוא שמא בטענתו, ולפ"ז גבי טענת בתולים דהוי ברי וברי הי' בדין שיהי' נאמן וצריך לבוא בסברת הר"ן שאינו בדין שיפתנה ויעשה בה הנאתו ויטעון שהיתה בעולה ומטעם זה לא היה צריך להיות נאמן אפי' אי כתובה דרבנן ומה דאמרי' הם האמינוהו שאם אמר פ"פ מצאתי נאמן היינו שנתנו לו חכמים רשות לבעול אותה ולראות אם היא בתולה וממילא הוי כמו שהיא היתה נותנת לו רשות ע"ז והיא נכנסה בספק וממילא כבר נאמן מצד הדין דיש לטענתו דין טענת ברי וחזקה לחוד ל"מ בלא טענת ברי נגד שמא, וזהו במקום שאין מנהג שושבינין אבל במקום שנוהגין למשמש א"כ לא נכנסה בספק כלל ומה שאירע שהשושבינין לא משמשו זה אינו מגרע מזכותה ואפילו השושבינין דידה אינם יכולים לגרע זכותה וממילא אינו נאמן.

אבל לרבא דחזקת הגוף לחוד מהני א"כ ע"כ דהם האמינוהו בכתובה דרבנן בלא סברא אלא דהוי תק"ח שיהי' נאמן א"כ אין אנו מחלקים בין מקום למקום כיון דהוא לא פשע במה שלא משמשו אותו לכן שפיר נאמן ומיושב דהרמב"ם פסק בזה כרבא ואין נ"מ במה שלא מושמש.

והנה הב"ש בסי' ס"ז סק"ב הקשה בהא דאמרי' בדף י"ג ע"ב ת"ר כנסה ראשון לשום נשואין ויש לה עדים שלא נסתרה, אי נמי נסתרה ולא שהתה כדי ביאה אין השני יכול לטעון טענת בתולים שהרי כנסה ראשון ואמר רבה זאת אומרת כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה, רב אשי אמר לעולם אימא לך לית לה כלל ושאני הכא שהרי כנסה ראשון ומקשה וניחוש שמא תחתיו זינתה ומשני כגון שקדש ובעל לאלתר, ואיכא דמתני לה אמתני' וכו' ומסיים הש"ס מאן דמתני לה אברייתא כ"ש אמתני' ומאן דמתני לה אמתני' אבל אברייתא לא משום דמצי אמר אנא אעדים סמכי, והקשה הב"ש דסתם הרמב"ם ולא מוקי לה בקידש ובעל לאלתר ולפי' התוס' בלא בעל

לאלתר תפסיד כתובה כדי שלא יטעה לומר שאינה אסורה עליו דמחזיקין אותה בודאי בעולה מבעלה הראשון כיון דעדיפא היא משאר בתולה ונמצאת בעולה דאין לה כתובה כלל לר"א והי' עלינו להפסידה כתובה גם באשת ישראל, ועי' בט"ז שתי' דהשו"ט דהש"ס הוא רק אליבא דרבה דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה וע"ז מקשה וניחוש שמא תחתיו זינתה ונהי דלענין איסור ל"מ דהוי ס"ס כדאמר הגמ' בדף ט' אבל לענין ממון ל"מ להוציא ממון בס"ס, ולכן לפ"מ דקיי"ל דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כתובה כלל א"כ לא צריכינן להך אוקימתא דאף דל"מ ס"ס להוציא ממון בנכנסה לחופה מכבר מוקמינן לה בחזקת בעילת היתר דהיא ככל בעולה שכתובתה מנה.

והנה עיקר פי' כבר כתב כן הרמב"ן אך קשה עדיין לשי' הרמב"ם שכתב בהל' ב' ומפני מה תיקנו לאלו כתובה מאה ואע"פ שהן בתולות הואיל וחזקת הנשואה שתבעל וכו' תיקנו לאלו בין נבעלו בין לא נבעלו והרי הן כנבעלות לכל דבר מפורש בד' הרמב"ם דאלמנה מן הנשואין אף שאנו מחזיקין אותה לבתולה כתובתה מנה וא"כ נשארה הקו' לדידן אמאי יש לה כתובה וניחוש שמא תחתיו זינתה כיון שנשאה בחזקת בתולה והרי לשי' הרמב"ם הוא כמו אליבא דרבה דמחזיקין אותה לבתולה ול"מ ס"ס להוציא ממון.

ולפמש"כ נראה דהנה יש ב' דרכים במה דנאמן לומר פ"פ מצאתי למ"ד כתובה דרבנן והאמינוהו חכמים, או משום דנתנו לו רשות לבעול אותה ולראות אם היא בתולה וזהו לר"א או דתק"ח היא שיהא נאמן בלא סברא אליבא דרבא וכנ"ל ורק למ"ד כתובה דאורייתא דלפי היוצא מדברי ר"נ אינו נאמן יש עוד מקום לדון דיהי' נאמן לטעון טענת בתולים וכדחזינן לר"מ, וע"כ דהוא מצד הדין וכמש"כ דהוא במקום שנהגו למשמש ולא מושמש נאמן כיון שלא נכנס בספק כלל ואינו דומה ללוקח בהמה ושחטה וטוען שהיתה טריפה, ואינו סובר דמחמת חזקת שלמה לא יהי' נאמן וכמו דפירשו הרמב"ן והרא"ה בדברי ר"נ, וסובר שהוא אינו מחוייב לדון אודות חזקת שלמותה כיון שטוען ברי שהוא לא שבר בתולי', עכ"פ לר"מ נאמן מצד עיקר הדין וכמש"כ הרמב"ן בקושייתו דמאן דמפיק שטרא אמרי' לי' קיים שטרך, ולפ"ז יש לומר דמה דפריך הגמ' וניחוש שמא תחתיו זינתה הוא למ"ד כתובה דאורייתא בכ"ז נאמן מצד עצמו אבל לדידן דכתובה דרבנן ואינו נאמן אלא משום דהם האמינוהו, ולא מצד עיקר הדין דלא נכנס בספק וכמש"כ, ואם כתובה דאוריי' באמת א"נ להלכה, מסתבר דלא האמינוהו אלא לענין זה דהיתה בעולה קודם ארוסין אבל לומר דזינתה תחתיו אינו נאמן.

אלא דעיקר הסברא דמאן דמפיק שטרא אמרי' לי' קיים שטרך מסתבר דזה ג"כ אינו אלא

לענין זה דשמא זינתה קודם אירוסין אבל מהכ"ת יהי' נאמן לטעון שזינתה תחתיו דקיים שטרך אינו אלא לענין טענת מזוייף אבל לא שיהי' נאמן לטעון טענה שתפסיד חיובה, ואף דלדידן אין כתובה לארוסה וא"כ תחילת ההתחייבות הוא אחר נשואין וא"כ אינו סותר שטר בטענתו מ"מ למה נימא שהיא צריכה לברר שלא זינתה תחתיו בפרט שאינה יכולה לברר זה שתמיד יכול לטעון פ"פ, ולהרמב"ן לשיטתו דאם יש דמים א"י לטעון פ"פ עי' במ"מ הל' י"ב א"ש כיון שהיא היתה יכולה להעמיד שושבינין למשמש והיא שהפסידה על עצמה, אבל לשי' הרמב"ם דגם כשמצא דמים יכול לטעון טענת פ"פ א"כ אין סברא דיהי' נאמן שזינתה תחתיו בדבר שלא תוכל לברר לעולם, ויותר פשוט דא"י לטעון טענה כזו לסתור חיובו בטענה שמא זינתה תחתיו והפסידה כתובתה, וקושית הרמב"ן א"ש גם בלי הנ"ל דהולך בשיטתו דעכ"פ לזה לא יהי' נאמן בטענה שזינתה קודם אירוסין וכנסה בחזקת בתולה והוא מק"ט, אבל מה דמקשה הגמ' וניחוש שמא תחתיו זינתה ויהי' פטור מצד עיקר הדין ואפי' למ"ד כתובה דאורייתא וכנ"ל לא א"ש, דכיון דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה ומקשה רק שתפסיד ע"י שיטעון שמא תחתיו זינתה ובזה הא ודאי דאינו נאמן, וצ"ל דקו' הגמ' היא דבטענת דמים עכ"פ נימא שהפסידה על עצמה שלא בררה ובמתני' תנן סתמא ומשמע דגם טענת דמים אינו יכול לטעון.

ובעצם מה דאמר רב נחמן דנאמן מטעם דחכמים תיקנו לבנות ישראל וכו' והם אמרו ואף דבל"ז הא איכא חזקה דאאט"ב ומפסידה כבר כתבנו בפ"י הט"ו דבשביל חזקה דאאט"ב ומפסידה לא מספיק להוציא מחזקת חיוב דאינה חזקה אלא בלא רשיעי ומוחזק לכשר, אבל ברשיעי מתחלה התכוון לקלקל וא"כ מה שיטעון נגד חזקת הגוף שלה זה הי' שייך אילו הי' רוצה בטענה זו להעמיד הדבר בחזקתו, אבל לשנות חזקתה ולומר שזינתה מאי חזית שחזקת כשרות דידי' ידחה לחזקת כשרות דידה ושלמותה, ואפי' אם יאמר נאנסה ג"כ מגרע חזקת שלמות דידה וכמו דמצינו דוגמא לזה בריש ב"ב בתוס' ד"ה לפיכך שכתבו פי' ושהו ברשותו הרבה וכו' נהמני' במגו דאי בעי אמר ממך לקחתי' והי' נאמן משום דשהו הרבה והק' הגרעק"א דלמה לא יהי' נאמן שבנה משלו מה"ט גופא דשהו ברשותו הרבה ואמרתי דשהו הרבה לא מהני אלא לסלק הסברא דשותפין לא קפדי אהדדי ולכן בטענת לקחתי' נאמן כיון שהוא מוחזק, אבל לענין טענה דאני בניתי כיון שהחזקנו בחזקת שניהם והי' מוחזק לשלו לא מצי לומר שלי הוא דמה שהוא מוחזק עכשיו ל"מ להוציא מחזקה הקודמת, וכמו כן הכא ל"מ חזקה דאאט"ב דצריכה לצירוף חזקת כשרות להוציא מחזקת חיוב ורק משום דכתובה

דרבנן והם האמינוהו, אכן מדברי הרמב"ם מוכח דאינו סובר כן דהא כתב בהל' ט"ז דא"צ שבועה משום חזקה דאאט"ב ואם היינו אומרים דצריך לזה חזקה דאחזוקי אינשי ברשיעי לא הי' נפטר משבועה כמו באומר גזלתני דמפורש ברמב"ם פ"ד מגזילה הי"א דנשבע וחזקה דלא חציף ג"כ אינה פוטרת משבועה, ולפ"ז צריך לבאר דברי הרמב"ם דכיון דסובר הרמב"ם דהוי חזקה מעלייתא א"כ למה צריך להא דהם אמרו והם אמרו ומשום דכתובה דרבנן, ולענין תוספת כתובה באמת אינו נאמן וכמבואר בדבריו בהל' ט"ז וצ"ל לדברי הרמב"ם דבאמת חזקה שהוא מכח אומדנא לא מהני להוציא ממון ואינה מבטלת חזקת חיוב ומה דמהני חזקה דא"א פורע תו"ז היינו משום חזקת חיוב ורק דמהני טענת פרעתי משום דהחוב עומד לפרעון וממילא היכי דאינו עומד לפרעון אינו נאמן [ועמש"כ בפ"ג משכנים ה"ב בד' הרמב"ם דפסק גבי כותל למעלה מד"א דחייב שבועה כדין כל הנשבעין ונוטלין אף דבגמ' השוו זה לדין א"א פתו"ז ובזה נוטל בלא שבועה וכמבואר בפי"ד ממו"ל ה"א וכתבנו דזה קודם דאמר הגמ' דיש בזה חזקה, רק דלא עביד אינש ובזה למעלה מד"א ג"כ אין אדם רגיל לשלם, אכן לגבי שבועה בזה דלא עביד אינו פוטרו משבועה]. נמצא דחזקת סברא לא אלים להוציא ממון וכן לבטל חוב ברור ולכן שפיר בלא הא דהם אמרו הי' נשבע ונוטל דחזקת אאט"ב לא אלים לפוטרו מחוב ברור ורק מחמת דכתובה דרבנן הם אמרו והם אמרו דנאמין אותו, אמנם לענין זה דלא תוכל להשביעו ש"ה שלא מצאה בתולה, לזה מועיל כבר חזקה דאאט"ב ומפסידה וכמבואר ברמב"ם כאן הט"ז.

והנה הש"ש בש"ב פ"י תי' קושית הרמב"ן שהק' דאמאי לא יהי' נאמן בלא חזקה דאאט"ב אטו מאן דאפיק שטרא מי לא אמרינן לי' קיים שטרך ותי' הש"ש לפמש"כ הראשונים דמימרא דר"נ דהאומר פ"פ נאמן אייריי בשותקת או במכחישתו, אבל באומרת משארסתני נאנסתי קיי"ל כר"ג דאמר נאמנת דאיכא ברי ושמא, וקשה דגם במכחישתו דאיכא ברי וברי אכתי נימא דזינתה תחתיו משום הך כללא דכאן נמצא כאן הי' דכל שנולד הספק ברשותו עליו הראי', ואף דאיהי לא טענה וכמש"כ התוס' בכתובות דף ל"ו בד"ה החרשת והשוטה, ומה דלא טענה משום דגנאי הוא לה כמש"כ התוס' בדף ט', וצריך לומר דאף אם זינתה אחר נישואין הא אפשר דברצון זינתה, ואף דהוי א"י אם החזרתיו לך מ"מ בעינן ברי ושמא, וממילא מיושב דלמ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה הוי מק"ט באמת לא הוצרכו לטעם דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה דמשום שמא לא תחתיו זינתה הא אמרינן כל שנולד הספק ברשותו עליו הראי', אבל למ"ד דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה א"כ לא

מיבטיל המקח, ורק דאנו דנין על המנה הב' ובזה ל"א הך כללא דכל שנולד הספק ברשותו עליו הראי' כמ"ש הריב"ש בד' התוס' בהמדיר וכן הוא בתוס' חולין דף נ"א, א"כ מיושב קו' הרמב"ן דמשום ספק שמא תחתיו זינתה ברצון כיון שאנו מחזיקין בודאי דנשאה בתולה דכאן נמצא כאן הי' וא"כ הרי נתקיים התנאי שוב אינו נאמן לומר דברצון זינתה עכ"ד. אכן לי נראה דהך כללא דכל שנולד אינו דוקא לענין ביטול המקח אלא לענין ביטול כל דבר והביאור דעיקר כללא דכל שנולד הספק ברשותו אינו אלא דאין אנו מחזיקין ריעותא מרשות לרשות ונעשה כאילו אין כאן ריעותא, וכשאין ריעותא לפנינו אינו נאמן לומר דיש כאן ריעותא והיינו אם בא לבטל דבר, אבל לא שבזה נחדש דבר, ומה שהביא הש"ש מד' התוס' בחולין גבי כתם דאמרינן דלא מחייבת חברתה לכבס הבגד והקשו התוס' ואמאי לא אמרינן כאן נמצא כאן הי' ותירצו דלא דמי דודאי כדי לקיים המקח ובקידושין סברא הוא דאמרינן הכי וכו' אבל גבי חלוק ליכא למימר הכי עכ"ל, נראה הביאור דגבי כתם הא אין לנו בירור שהי' החלוק לבן ושנתחייבה בכיבוסו וכ"ש לענין מחליף דאין שום בירור שקנה הולד, אבל היכי שכבר נתחזק בקיום המקח ובא לבטלו אינו יכול לבטל.

ובזה ניחא קושית הש"ש בפ"ו דהקשה בהא דשור שנגח את הפרה דאפי' ניזק אומר ברי משנגחה ילדה ומזיק אומר שמא הממע"ה והא חזקת מעוברת דפרה מסייע לניזק שטוען ברי, וכבר הקשה כן התורי"ד בדף י"ב וקוטב התי' מבואר בתורי"ד דדוקא גבי משארסתני נאנסתי דכבר נתחייב ובא לפטור עצמו מועיל חזקת הגוף להוציא ממון, אבל בשור שנגח את הפרה דלא נתחייב לו ממון מעולם לא מהני חזקת הגוף לחייבו, אכן אינו מבורר דגם גבי כתובה בלי סברא דחזקת הגוף הוי א"י אם נתחייבתי ורק ע"י חזקת הגוף נעשה חוב ברור, ולכן נראה דהביאור הוא דחזקת הגוף לא מהני רק היכי דחזקת הגוף בא לבטל ריעותא ולהשאיר הדבר שאנו דנין עליו במקומו, אבל בשור שנגח את הפרה דבאנו לחייב השור ולומר דנגח פרה מעוברת והפיל וולדה ומנין לנו הברור בשביל שנעמיד הפרה בחזקת מעוברת וזה אינו ברור כלל לחדש דבר מחזקת מעוברת דפרה דהא אין אנו דנין כלל על הפרה ואין אנו מוציאין אותה מחזקתה אלא דאנו צריכין בירור להניזק שיברר שהשור הזיק הוולד שלו ודבר זה אינו יכול לברר בחזקת מעוברת של פרתו, אבל בכתובה דודאי נתחייב כתובה רק דבא לפטור בשביל ריעותא שלא מצא לה בתולים מהני חזקת הגוף להעמידו בחיובו.

אכן עוד נראה לי בפשיטות דל"מ חזקת מעוברת דפרה לולד לפמש"כ רש"י בקדושין דף ס"ו גבי ינאי דלא אמרינן אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי איתתא אחזקתה כיון דאם

ינאי אינה קמן ובנה אין לו חזקת כשרות דהרי דנינן על תחילת לידתו, וכבר הקשו דמ"ש דמהני חזקת הבת לאב או חזקת חי דחמור לבעל החמור בכתובות דף ע"ו, אכן יש ליישב זה בפשיטות דדינא דמאן דמכשיר בה מכשיר בבתה תלוי בשני אופנים או באופן דהכשר הבת או פסול הבת יוצא מהכשר ופסול האם דהיינו דפסלות האם פוסל בתה או דאינה יוצאה ממנה אלא דתליין זה בזה, ולכן אם מיירי שהאם הולידה את ינאי מהשבי' גופא א"כ הכשר ינאי ופסולו אינו נמשך מהאם דהא מה שינאי פסול הוא משום דנתעברה מהעכו"ם ולא ממה שהיא פסולה וא"כ אינו אלא דתלויין זה בזה, ולכן בעינן דוקא שיהא עלינו לדון דינא דחזקה לגבי האם, וממילא אנו דנין גם על הבת, אבל היכי שאין עלינו לדון כלל מהאם אין אנו דנין בהכשר הבת מטעם חזקת האם, אבל היכא שהפסול יוצא ממנה אז ודאי אף שאין אנו דנין עכשיו עליה מ"מ אין אנו יכולין לפסול את הבת כיון דבעיקר דין פסלותה שהיא האם היינו דנין בחזקתה, ומיושב שפיר דגבי חמור מהני חזקת חי דחמור דגוף הדין תלוי בזה ונמשך ממיתת החמור וקיום המקח ובטולו תלי במיתת החמור וע"כ עלינו לדון בחזקת חי של החמור, אבל בשור שנגח את הפרה דאנו דנין על הולד אם נגח ל"מ חזקת מעוברת של הפרה והוא פשוט.

עוד מביא הש"ש ראי' משאלה חצי יום ושכרה חצי יום המשאיל אומר בשעה שהיתה שאולה מתה והלה אומר א"י חייב ומשמע דאפי' להיפוך שכרה חצי יום ושאלה חצי יום נמי פטור והא חזקת הגוף דפרה מסייע למשאיל לומר השתא הוא דמתה, ונראה לומר דכיון דאומר איני יודע א"כ לא קנה זה בתורת שאלה ואינו יודע כלל אם שאל הפרה, ודין שאלה אינו מחוייב אלא ביודע ששאל, ואיברא דאפשר שנחייבו מתורת שכירות שלא מתה בשכירותו אך ז"א דע"כ מתה היא אלא דהשאלה אם מתה בשכירותו או בשאלה ולכן מתורת שכירות בהכרח פטור ומתורת שאלה אי אפשר לחייבו.

והנה רש"י בסנהדרין דף ח' מפרש מוציא שם רע שהבעל טוען פ"פ מצאתי להפסידה כתובתה, והקשו התוס' שם דהא לר"מ דכתובה דאורייתא אינו נאמן כלל להפסידה כתובה, [ולכאורה צריך ביאור מה דחקם לפרש מוש"ר לענין פתח פתוח ולא מפרשי לענין טענת דמים שהיא טענה מבוררה, ומה שהקשו התוס' דלמה צריך הוא לטעון דקאמר דונו לי מיהת וכו' מי דוחקו כ"ז שאין האשה תובעת אותו וכו' ע"ש ובאמת ממתני' דכתובות נמי משמע שטוען טענת בתולים קודם הגירושין משום די"ל דלאחר הגירושין שבא לפטור א"ע מממון ממש אין כאן חזקה דא"א טורח כיון דכבר ראינו גרושה לפנינו ומי יודע הטעם, ולכן אף אחר שטוען פ"פ אינו נאמן ורק קודם הגירושין שבא למחר וטוען פ"פ, בזה אנו אומרים החזקה, ולכן הוא מוכרח לבא קודם הגירושין].

אך בעיקר דברי רש"י שהקשו עליו התוס' דלר"מ דכתובה דאורייתא אינו נאמן כלל, נראה דרש"י יסבור דזהו חידוש של ר"נ דאי כתובה דאורייתא א"נ בטענת פ"פ ואף דיש לו חזקה דא"א טורח בסעודה וכן משמע לשון רש"י שכתב אהא דחכמים תקנו כלומר אי הוי כתובה דאורייתא לא הוי נאמן להפקיעה, אבל לעולא אעפ"י דכתובה דאורייתא נאמן וסובר דחזקה דא"א טורח חזקה גמורה היא וכדי לאוקמי מתני' דריש כתובות כרשב"ג במשנתנו סוף כתובות וכנ"ל.

פרק יב

הלכה ד

ועוד תקנו חכמים שיהיו מעשי ידי האשה כנגד מזונותיה ופדיונה כנגד אכילת פירות נכסי' וקבורתה כנגד ירושתו לכתובתה לפיכך אם אמרה האשה איני ניזונית ואיני עושה שומעין לה ואין כופין אותה, אבל אם אמר הבעל איני זנך ואיני נוטל כלום ממעשה ידיך אין שומעין לו שמא לא יספקו לה מעשה ידיה במזונותי' ומפני תקנה זו יחשבו המזונות כתנאי הכתובה.

לפיכך אם אמרה האשה איני ניזונית, הלח"מ הביא קושית הר"ן בכתובות ע"ד הרמב"ם שפסק כאן כר"ה דיכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניזונית ואיני עושה ובפ"ו מה' ערכין כתב דאם אמר לה יקדשו ידיך לעושיהן הואיל והן משועבדין לו הרי כל מעשי ידי' קדש הא למה זה דומה לאומר אילן זה קדש שכל פירות שיעשה להבא קדש וכן כל כיוצא בזה, ובגמ' מבואר דלר"ה דאינו יכול לכופה למע"י פליג אדר"ל, ואפי' אמר לה בפירוש ל"מ דלאו דידי' נינהו, דאם באמר לה בפירוש יקדשו ידיך מהני א"כ לר"מ דאין אדם מוציא דבריו לבטלה אפילו כי לא אמר כמאן דאמר דמי וא"כ לא פליג ר"ה אדר"ל, ומוכח דלר"ה ל"מ אמר יקדשו ידיך לעושיהן.

והנה הכ"מ בפ"ו מערכין תי' דלר"ה ל"ש לומר אין אדם מוציא דבריו לבטלה דכיון דעכ"פ אם תאמר א"נ וא"ע לא מהני דבריו א"כ ע"כ הוציא דבריו לבטלה, אבל עכ"פ כל שלא אמרה א"נ וא"ע יש נ"מ דאם אמר יקדשו ידיך לעושיהן לא הוי דשלבל"ע דכ"ז שלא אמרה הוי ידי' משעבדים לו להקדישן, והנה תירוצו אינו מבורר כ"כ דמ"מ אפשר לומר א"א מוציא דבריו לבטלה דאם מקדיש את מע"י ה"ה לבטלה מעכשיו אבל אם מקדיש ידי' אינו לבטלה אלא אם תאמר איני ניזונית ואיני עושה, ובפרט אם נאמר כהרא"ה בש"מ דאם אמרה א"נ וא"ע כבר הפסידה דין מזונות וא"י לחזור בה א"כ אפשר דלא חשש לזה ומה שהקדיש הא לא קתני דוקא אם הקדיש לעולם דהא גם אם הקדיש לזמן

מתוקמא שפיר ואפשר דכיון דבסתמא קתני ומשמע דהקדיש לעולם לכן הוי לבטלה דודאי תאמר א"נ וא"ע, ומ"מ הוא דחוק.

והלח"מ תי' עפ"י מה שכתבו התוס' דף נ"ח בד"ה מאי לאו בניזונית דהיינו שהיא רוצה לזונה אבל כשהוא זנה ממש קדוש מע"י והיינו במתני' לר"מ דסבר אדם מקדיש דשלבל"ע וא"כ לדידן נמי באמר יקדשו ידיך לעושיהן מהני, ולכן הרמב"ם מיירי בזנה ממש ושפיר כתב דבאומר יקדשו ידיך לעושיהן קדוש מע"י, אכן באמת עוד אינו מבואר דהא עכ"פ במשנה דתנן ה"ז עושה ואוכלת מיירי לר"ה דקיי"ל כותי' ברוצה לזונה ומ"מ אשמעינן מתני' דעושה ואוכלת משום דיכולה לומר א"נ וא"ע, והרמב"ם דתפס מקודם לשון המשנה וכתב דהקדיש מע"י ה"ז עושה ואוכלת והמותר חולין היינו נמי ע"כ באינו זנה ממש דהא כ' עושה ואוכלת, ואף דכתב המותר חולין מ"מ תפס לשון המשנה דהיינו דזהו פשוט דמה שצריכה למזונות היא עושה ואוכלת אפי' בלא דין דא"א מקדיש דשלבל"ע אלא אפי' המותר נמי חולין זהו ע"כ פשוטו של לשון הרמב"ם, וא"כ עכ"פ לא מיירי הרמב"ם ברישא בזנה ממש דהא אמר ה"ז עושה ואוכלת וא"כ למה כתב בסיפא דאם אמר יקדשו ידיך לעושיהן כל מע"י הקדש, וגם בל"ז שכתב הרמב"ם ברישא ה"ז עושה ואוכלת יש להתפלא על מה שהשמיט הרמב"ם דין המשנה לדידן דאף דבמתני' תנן זה לר"מ גבי הקדיש מעשה ידי' מ"מ הוי לי' להרמב"ם להשמיענו להלכה דכיון דיכולה לומר א"נ וא"ע ה"ז עושה ואוכלת אפילו באמר יקדשו ידיך לעושיהן דהא בגמ' לא נזכר דין זה מפורש ורק הרמב"ם כתבו בעצמו ממה דמפרש דביקדשו ידיך לעושיהן אפילו רבנן מודו עכ"פ הי' לו להשמיענו דינא דמתני' דעושה ואוכלת ובפרט דברישא הזכיר הא דעושה ואוכלת שלא לצורך כלל כיון דשם הוי דשלבל"ע

והנה זה צריך לומר בפשיטות דמקור דברי הרמב"ם הוא משום דמפרש ד' הגמ' דמתוך שיכול לכופה נעשה כמו שאומר יקדשו ידיך לעושיהן, דהיינו דמתוך שיכול לכופה לכן נעשה כמו שאמר אבל אם אמר יקדשו ידיך לעושיהן לכו"ע מהני רק הא דמתוך שיכול לכופה גורם דאמרינן נעשה כמו שאמר, וזה הרגיש הר"ן לפרש כן בדעת הרמב"ם אלא דמקשה הר"ן דא"א לומר כן בדעת הרמב"ם דעל נעשה כמי שאמר לא צריך להא דיכול לכופה אלא משום דסבר אין אדם מוציא דבריו לבטלה.

אך באמת יש לעיין איך רוצה הר"ן לפרש דברי הרמב"ם אם בזנה גם עכשיו או בשאינו זנה דלכאורה אפשר דמפרש דבריו בזנה גם עכשיו וכמו שמפרש הלח"מ והר"ן סובר דכיון דקיי"ל שא"י לכופה אינו יכול כלל לומר יקדשו ידיך לעושיהן וזהו עיקר קושיית הר"ן משום דמפרש הגמ' דהא דמתוך שיכול לכופה מהני לא שנוכל לומר נעשה דע"ז

מהני הא דא"א מוציא דבריו לבטלה, אלא דמתוך שיכול לכופה מהני שיוכל לומר יקדשו ידיך לעושיהן, ועכשיו באמת לא תירץ הלח"מ כלום דהא עיקר קושיית הר"ן דישאר דשלבל"ע ומה שתירץ הלח"מ עפ"י דברי התוס' הא התוס' לא כתבו זה אלא לר"מ דאין חסרון משום דשלבל"ע אליבא דרב הונא ולר"ל באמת משום שיכול לכופה, וממילא דעל קושיית הר"ן לא תי' הלח"מ כלום.

אכן בעיקר דברי הלח"מ לאחר העיון נראה דהולך כשי' הש"מ שדייק מדברי התוס' ד"ה מאי לאו בניזונית דס"ל דאם הי' זן אותה בשעת הקדש כבר קדושים מע"י ואינה יכולה לומר א"נ וא"ע ודייק זה ממש"כ התוס' לא כשהוא זן אותה קאמר וכו' כדאמר לקמן אי במעלה לה מזונות מ"ט דמאן דאמר לאחר מיתה קדוש פירוש גם מחיים יהא קדוש, ואי כוונתם דאכתי היא ניזונית והולכת א"כ למה הוצרכו להביא ראי' מלקמן הא קתני להדיא עושה ואוכלת, והנה איברא שדיוקו של הש"מ הוא דיוק נכון אבל מ"מ דבריו לא מסתברים לכאורה דמה מהני מה שהיתה ניזונית בשעה שהקדיש כיון שבכל יום יכולה לומר א"נ וא"ע, ומה שהוצרכו התוס' להוכיח מלקמן היינו שלא נאמר דאף שהיום זן אותה מ"מ גם אחר שלקחה מזונותי' ועשתה אח"כ מע"י יכולה לומר א"נ וא"ע דלא נאמר שמע"י של כל יום הוא בעד מזונות של כל יום, אלא דבכל פעם כשיבא להוציא ממנה מע"י תוכל לומר שמעתה א"נ וא"ע ולא נתחשב עם מה שכבר אכלה היום, וע"ז מביאים התוס' ראי' מהא דאמר לקמן אי במעלה לה מזונות מ"ט דמ"ד לאח"מ קדוש, והוסיפו בתוס' לומר פי' גם מחיים יהא קדוש, והיינו אמאי אינם סוברים רב ושמואל כראב"א דמחיים קדוש דהיינו דקדוש תיכף כיון שזנה היום ולא אמרי' דלא יקדש בשביל דיכולה לומר אח"כ א"נ וא"ע, ומדויק היטב ד' התוס' שכ' פירוש גם מחיים יהא קדוש שהדברים מיותרים לגמרי אלא דמשמע להתוס' דכדפריך הגמ' מ"ט היינו דיסברו לגמרי כראב"א דמחיים קדוש היינו תיכף ומזה הביאו ראי' דאם כבר קבלה על מזונותי' היום בשעת ההקדש כבר חל הקדש על מע"י שתעשה היום ולכן ע"כ מאי דאמר מאי לאו בניזונית היינו דמקודם זנה וגם עכשיו רוצה לזונה אבל עוד לא קבלה היום מזונותי' ואינה רוצה לקבל.

אכן גם לפי"ז לא יתיישב קו' הר"ן שהקשה דכיון דא"י לכופה הוי דשלבל"ע, דגם אם נימא כהש"מ דאחר שזנה אינה יכולה לומר א"נ וא"ע עכ"פ כיון דקודם ההקדש היתה יכולה לומר א"כ אינה ברשותו להקדש, והנה אם נאמר כמש"כ הכ"מ ושהרמב"ם לא יסבור כהרא"ה דאם אמרה א"נ וא"ע הפסידה דין מזונות, א"כ ע"כ שיכולה לומר תמיד א"נ וא"ע וכיון שתאמר לכן לא שייך לומר אין אדם מוציא דבריו לבטלה, דודאי הוי

דבריו לבטלה א"כ יקשה ג"כ מה שהקשיתי על הלח"מ דלפ"ז אם אומרת א"נ וא"ע לא חל ההקדש גם באמר יקדשו ידיך והו"ל להרמב"ם להשמיענו זה, ובפרט שכתב מקודם ה"ז עושה ואוכלת וע"כ דבאינו זנה איירי וכמש"כ לעיל.

אכן לפ"מ שחפצתי לומר דעיקר הנ"מ הוא דאם אינו יכול לכופה אין תלויים מעשה ידי' בקדושת ידי' כיון דגם אם קדוש ידי' אינו מוכרח שיהי' מעשה ידי', ולכן באמירת מעשה ידי' אינו מקושר בזה לקדושת ידי' ודוקא אם יכול לכופה אז אמרינן דמקושרים יחד דאם רק מקדיש ידי' הרי יש כאן בודאי מעשה ידי' ולכן עכשיו שפיר נוכל לומר דמכיון שהקדיש אין ביכלתה להפקיע את ההקדש ורק שזהו דוקא לענין שלא תוכל ליהנות במעשה ידיה אבל עכ"פ לא יוכל לכופה לעשות, ונאמר דעכ"פ אינו יכול לכופה לעשות זה אינו לבטלה דהא ע"כ צריכה למזונות וכיון שנאמר שאינה יכולה לומר א"נ וא"ע לבטל ההקדש הרי תצטרך לעשות לקבל מזונות.

ובטעמא דנימא דיסבור הרמב"ם דלא תוכל לומר א"נ וא"ע היינו דיסבור הרמב"ם דדין א"נ וא"ע הוי הפקעה וכיון דמעיקרא היה קדוש ועכשיו היא באה להפקיע אינה יכולה להפקיע כיון דסובר הרמב"ם דקדושת דמים ג"כ מפקיע מידי שעבוד כמש"כ בפי"ח מהל' מלוה ובפ"ז מה' ערכין. ואף שכתבנו שד' הש"מ תמוהים במה דסובר דכיון שהתחיל לזונה אינה יכולה להפקיע, היינו דוקא אם הקדיש מעשה ידי' דאינם קדושים עד שעה שיעשו ויזכה בהם הבעל וכיון דאומרת א"נ וא"ע א"כ לא זכה בהם שעושה לעצמה, אבל בהקדיש הידים כיון שעכשיו כבר קדושים אינה יכולה להפקיע, ועכשיו מיושב שפיר דברישא אומר ה"ז עושה ואוכלת היינו אפי' אם לא הי' הדין דא"א מקדיש דשלבל"ע ונ"מ אפילו אם יאמר יהיו קודש דסובר הרמב"ם דלא גרע בשביל דשלבל"ע וכמש"כ.

והנה דברי הרמב"ם אינם מובנים במש"כ אבל אם אמר הבעל איני זנך וכו' אין שומעין לו שמא לא יספקו לה מע"י במזונותי', דהא כיון דמזונות דאורייתא ומזוני עיקר א"כ מה"ת אינו יכול לומר איני זן ואיני נוטל מע"י בדלא ספקה ובדספקה הא באמת יכול לומר צאי מע"י במזונותיך כדאיתא בכתובות דף ע' וכתב כן הרמב"ם בפ"ז מרוצח, וכן במה שסיים הרמב"ם ומפני תקנה זו יחשבו המזונות מתנאי הכתובה, צריך ביאור דלאיזה דין כתב זה כיון דעיקר המזונות מדאורייתא, ונראה דכונתו בזה לשיטתו בהל' י"ח ובפי"ז הי"ט דמוחלת כתובתה אין לה מזונות כדאמרי' בכתובות דף נ"ג היינו אפילו בחיי הבעל ולא כשי' רש"י, ובאמת תימה דהא סובר דמזונות דאורייתא ואינם מתנאי הכתובה לזה חידש הרמב"ם דהך דינא שלא יוכל לומר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך

שמא לא יספקו זה מתנאי כתובה דמעיקר דין התורה אינו חייב לזונה אלא כל יום ואינו חייב להניח לה היום למחר ונ"מ שהי' יכול לילך למה"י ולומר לה צאי מע"י במזונותיך, אלא שמן התקנה הוא מתנאי כתובה שאינו רשאי להניחה באופן זה שאח"כ לא יהיה לה מזונות, וזה מש"כ בהל' כ' הבעל שאמר בשעה שהלך למ"ה טלי מע"י למזונותיך אין לה מזונות שאילו לא רצתה בדבר ולא סמכה דעתה הי' לה לתובעו וכו' ומוכח שיכולה לעכב שלא ילך למה"י עד שיניח לה מזונות על משך זמן שיראו הב"ד וכן פרש"י בדף ק"ז, ולכן מבוארים דבריו במש"כ שמפני תקנה זו יחשבו המזונות מתנאי הכתובה, והיינו שעכשיו אחר התקנה גם עיקר המזונות נחשב מתנאי הכתובה, ולכן כשמחלה כתובתה כונתה למחול כל חוב המזונות, דאף שעיקר חיוב מזונות הם מן התורה מ"מ אמרינן שדעתה למחול כל החוב שיש לבעלה על מזונות שלה, (ועמש"כ רבנו בהל' כ' באופן אחר).

ולפ"ז נתעוררתי בדין מזונות האשה מבעלה שלא מצאתי גילוי כעת אי מדינא דגמ' דוקא מקרקעי או אפילו מטלטלי, ולכאורה נראה דלשיטת הרמב"ם דמזונות דאורייתא א"כ מ"ש מבע"ח דקיי"ל מני' אפי' מגלימא דעל כתפי', אכן לפמש"כ בשי' הרמב"ם דהכניסו כל עיקר דין מזונות בתנאי כתובה, א"כ לא עדיף מכתובה.

והנה רש"י מפרש במתני', המותר היינו שהקדיש המותר, ומפרש מע"י היינו רק מע"י שמחוייבת, והמותר היינו המותר מה' סלעים והמותר הוא בבא בפ"ע ולא קאי אירישא דעושה ואוכלת דלפ"ז הי' צריך להיות המותר המותר מכדי מזונותיה ובגמ' מוכח דמותר היינו מותר מה' סלעים דהא אמרינן לראב"א דמזונות כנגד מותר וזה אין סברא כלל דמזונות יהי' כנגד מה שעושה יותר מכדי מזונותי', ופשטות דמידי דקיץ ומידי דשכיח משמע דהוא על מותר מה' סלעים, והנה הרא"ש הובא בש"מ רוצה לפרש דקאי אמתני' אלא משום דסתמא דמילתא הכי דמע"י מכוונים כנגד מזונות וכדקתני במתני' ה"ז עושה ואוכלת, והמותר הוא מותר על מזונותי' שהוא ג"כ מותר מע"י, ודחיק דמאי פסקא דכל אשה אוכלת כנגד מע"י הקצובים, והנה לר"ה דטעמא משום דהוי כאילו אמרה א"נ וא"ע א"כ פשוט דגם מותר מזונותיה שייך לה אלא לר"ל דטעמא משום דאינה ניזונית א"כ המותר צריך להיות הקדש, ואולי אפשר לומר דכיון דעפ"י דין מגיע לכל אשה שיעור מזונות שקצבו חכמים ולפ"ד הרא"ש הוא מכוון עם קצבת מע"י ואי שמותירה משיעור זה ה"ז מותר מזונות דשייך לבעל גם לר"ה אבל אין על זה שם מע"י והיינו דיכולה ליקח קצבת המזונות השייך לה ממה שתעשה מע"י הקצובים ויהי' שייך לה ורק אח"כ שתשאיר יהי' שייך להבעל מדין מותר מזונותיה ולא יהיה קדוש. עכ"פ לפ"ז

גם לפי' הרא"ש לא שייך מותר למע"י, וא"כ הי' אפשר באמת שתאמר א"נ וא"ע ויהי' שייך המותר לבעל כשתקח מעה כסף אלא דהתוס' כתבו דלא שכיחא שיעלה לה מעה כסף ולא יעלה לה מזונות ואפשר דהיינו דוקא שיהי' מצד הבעל שיתן לה מ"כ ולא מזונות זה לא שכיח.

אכן מדברי התורי"ד המובא בש"מ משמע דמפרש ממש על מותר המזונות וכן מהלשון שמביא מהתוספתא, ולכאורה אינו כפי הסוגיא שאח"כ וגם לבד זה אינו מובן פירושו דכיון דבפשוטו אליבא דר"ה מפרשינן דהוי כמו שאמרה א"נ וא"ע או בשאמרה כן א"כ אפי' מותר המזונות שייך לה אם לא דנפרש דאפי' אם לא אמרה וגם לא נימא דהוי כאילו אמרה מ"מ יש נ"מ דבלא ר"ה דוקא בשלא היתה ניזונית דלא הי' להבעל דין מע"י כלל משום דשייך למזונותיה אבל כשהיא ניזונית ועומדת א"כ שייך לו המע"י וכבר נתקדש אבל לר"ה דיכולה לומר א"כ מתלי תלי ולכן אפילו לא אמרה שייכים מע"י למזונותיה וכ"ז שאינו נותן לה אינה מחוייבת לילך עמו בדין ומעכבת מע"י עבור המזונות אבל לר"ל כיון דעיקר הם מע"י אלא דאם אינו זנה מפסיד זהו דוקא כשאינה יכולה להוציא ממנו בדין.

והנה תהר"י בש"מ כ' דהמותר היינו מותר מזונות והק' דאיך שייך מותר כיון דאין לו כלל מע"י, וכוונתו כיון דהוא מטעם א"נ וא"ע, וכתב דמשום זה אמרינן בגמ' דלאחר מיתה קדוש, אלא דיקשה הא לא אמר לאחר מיתה וע"ז תי' כיון דכ' רש"י כיון שאמר להדיא מותר א"כ היתה הכונה לאחר מיתה דמחיים לא הוי מותר דאפשר תצטרך, עכ"פ אינו מפרש מותר שעשתה מותר על קצבת מע"י ואינו כפי' רש"י ולא כסוגית הגמ', והר"ר יהונתן כ' מתחלה בפי' המשנה ג"כ דהמותר היינו מותר מזונותי' ומוכח דסובר דאף שאמרה א"נ וא"ע שייך מותר מזונותי' לבעל ורק דלא שייך אלא לאחר מיתה דהוי שמי' מותר, ולכאורה לדבריו לאו דוקא בשביל שאחר מיתה יירש אותה אלא דבלא דין ירושה מעכשיו מיתלי תליא ולכן אף שלא אמר לאחר מיתה קדוש ומיושב בזה קושיית תהר"י שהוכרח בשביל זה לפרש דהוי כמו שאמר להדיא לאחר מיתה, אכן בפירושו אח"כ בגמ' כ' להדיא דאחר מיתה קדוש משום דין ירושה ומשמע דסובר דבגמ' דמוקים שאינו נותן לה מעה כסף וכיון שהוא אינו מקיים תקון חז"ל וחיובו הפסיד לגמרי ואין לו אחר מיתה אלא משום דין ירושה.

עוד הביא בש"מ מחלוקת תוס' והרא"ה דהתוס' סברי דאף שאמרה א"נ וא"ע יכולה מחר לחזור, אכן הרא"ה סובר דכיון שאמרה כן כבר הפסידה דין מזונות, והנה לשי' הרא"ה ודאי לא מסתבר שיהי' דין מותר מזונות להבעל כיון דבטל כל דין מזונות וממילא

מסתבר דבטל דין מע"י כיון דהוא תחת מזונות, אלא אפילו לפי' התוס' הא כתבו משום דכל יום ויום הוא דין בפ"ע אלא דמ"מ הי' מקום לומר דכיון דנשאר עוד ביניהם הדין מזונות ומע"י ולכן כל יום ויום הוא רק לענין מזונות הצריכה אבל המותר שייך להבעל כיון דעכ"פ יכולה לתבוע ממנו מזונות אף שלא תוכל לעשות מע"י, והיה אפשר לומר דבאמת מתלי תלי דאם תבקש אח"כ בודאי יחשבו לה מה שהותירה, אך כבר יש מקום לומר דהוא לגמרי לבעל ולפ"ז נימא דכל הזכות שיכולה לומר היינו שתאמר איני רוצה ליקח ממך מזונות וליתן לך מע"י ואינו יכול לעכב אבל לענין מותר המזונות אין נ"מ בזה.

בתוס' מאי לאו בניזונת, לא כשהוא זן אותה קאמר דא"כ יקדשו מע"י, הק' מהר"ם דאי בניזונת גם לר"ה קדוש א"כ מנלי' לגמ' דר"ל פליג על ר"ה דילמא איירי בזן אותה, ולכאורה אינו מובן דא"כ אמאי עושה ואוכלת ברישא, אכן דבריו נכונים דהא לא איירי לר"ל בחדא גוונא אלא כראב"א במעלה לה מזונות ואינו מעלה לה מעה כסף ומזונות תחת מותר וא"כ אפשר להעמיד דבאמת זן אותה וע"כ כתירוצו דמ"מ לר"ה לא מיקרי יכול לכופה כיון דעכ"פ יכולה לומר א"נ וא"ע.

אלא דעיקר פי' התוס' צ"ע דמשמע דמפרשים דלר"ל יכול לכופה על מותר וכ"כ להדיא המהרש"א וכן משמע גם במהר"ם והיכן שמענו זה שיהיה יכול לכופה על מותר וא"כ נתת דבריך לשיעורין, ונראה דאין הפי' כן אלא דכיון דיכול לכופה למע"י הקצובים ואם תחפוץ לעשות מותר שייך ג"כ אליו א"כ כבר יש לו זכות בידי' ולכן לא הוי דשלבל"ע, ומ"מ כתבו התוס' שפיר דר"ל לא מצי לאוקמי כדדחי מעיקרא לא בשאינה ניזונת וקמ"ל דמותר קדוש והיינו לאח"מ דא"א לומר מחיים דהא לא שכיחא דמעלה לה מ"כ ולא מזונות כמש"כ התוס' וכיון דאינה ניזונת א"א לומר דיכול לכופה ולכן ע"כ דהס"ד דדחה להסייעתא לא הוי סבר כראב"א ולא סבר כר"ל דהטעם משום דיכול לכופה אע"ג דלא סבר כר"ה כיון דמוקים באינה ניזונית א"כ א"י לכופה וע"כ דהכונה דמותר קדוש לאחר מיתה, אכן נראה דלהס"ד דדחה אינו צ"ל דלאחר מיתה משום ירושה אלא דמתלא תלי', ולא דמי לפירושא דרב ושמואל, דלרב ושמואל אי סברי כר"ה ע"כ לאחר מיתה משום ירושה אבל להס"ד דלא סבר כר"ה אף דאינו מעלה לה מעה כסף לא הפסיד המותר דהא באמת אינו יכול לומר איני זן ואיני נוטל מע"י או איני נותן מעה כסף ואיני נוטל מותר ורק דכיון דאינו נותן ע"כ שייך לה אבל מותר משניהם ממזונות וממעה כסף שייך לו וזהו לאחר מיתה.

ברש"י לעולם במעלה לה מזונות וה"ה נמי דמצי לאוקמי כשאין מעלה לה מזונות ומעלה לה מ"כ, ופי' מהרש"א דהיינו דנעמיד להיפוך דרב ושמואל סברי מזונות תחת

מותר ומעה תחת מע"י ורב אדא סבר מזונות תחת מע"י ומעה תחת מותר, וכ' מהרש"א והא דקאמר לעיל לרב תקנו מזונות תחת מע"י היינו תחת מותר מע"י כדקאמר לקמן לרב אדא אלא משום דאוקי רישא בניזונית לרב להכי אוקי סיפא נמי בניזונית, ולא אבין דאי יסבור רב מעה תחת מע"י ומזונות תחת מותר והא דאמר תיקנו מזונות תחת מע"י היינו מותר מע"י, א"כ ע"כ הא דאמר בניזונית היינו שנותן לה מעה כסף דהא שם לגבי עיקר מע"י איירינן במשנה, ועושה ואוכלת היינו שלוקחת מה שצריך לה עבור המעה כסף כמו שפי' הראשונים לרב אדא, וא"כ מאי שייך לומר משום דאוקמי רישא בניזונית להכי אוקי סיפא בניזונית דמשמע דאפילו לפ"ז שייך להעמיד רישא בניזונית.

הלכה יא

ואם היה עני ביותר ואינו יכול ליתן לה אפילו לחם שהיא צריכה לו כופין אותו להוציא ותהיה כתובתה חוב עליו עד שתמצא ידו ויתן.

ואם הי' עני, נ. ב. לכאורה אפשר דהרמב"ם לשיטתו דמאיס עלי כופין להוציא דאינה כשבויה אצלו וצ"ע.

הלכה יח

יש מן הגאונים שהורה שאין פוסקין מזונות לאשה שהלך בעלה למדינת הים או שמת בעלה עד שיהא שטר כתובה יוצא מתחת ידה, ואם לא תוציא שטר כתובה אין לה מזונות שמא נטלה כתובתה מבעלה או מחלה לו כתובתה שאין לה מזונות כמו שיתבאר, ויש מי שהורה שפוסקין לה מזונות בחזקת שלא נטלה ולא מחלה ואין מצריכין אותה להביא כתובה, ודעתי נוטה לזה במי שהלך בעלה הואיל ויש לה מזונות מן התורה אבל אם מת בעלה אין לה מזונות עד שתביא כתובה, מפני שהיא אוכלת בתקנת חכמים ועוד שניזונת מנכסי יורשים ולעולם טוענים ליורש.

או מחלה לו כתובתה, בגמ' ר"פ אעפ"י מסייע לי' לר' איבו וכו' תנאי כתובה ככתובה דמי נפ"מ למוכרת ולמוחלת וכתב רש"י תנאי כתובה תוספת שהוא מתנה להוסיף לה וכן מזונות, וכתב על זה הר"ן ונראה לי שמה שכתב וכן מזונות לא בא לומר שיהא שמן כתובה דא"כ היכי שקלינן וטרינן לעיל מוחלת כתובתה לבעלה יש לה מזונות או לא הרי מחלה הכל, אלא ודאי כי קאמר וכן מזונות היינו לומר שהדינין שלהן ככתובה כגון שבח וקרקע וזיבורית נוהגין במזונות אבל לא שיהיו בכלל לשון שם כתובה עכ"ד, ומבואר כונת הר"ן דהא דמוחלת אין לה מזונות הוא לא בשביל שמחלה הכתובה מחלה גם מזונות אלא דדינה כן דכיון דאין לה כתובה אין לה מזונות, ובאמת הי' אפשר לומר כן כמו במוכרת דאין לה מזונות, אכן רש"י לעיל אהא דמוחלת אין לה מזונות כתב

באלמנותה דתנאי כתובה ככתובה, ומוכח הטעם משום דמהני מחילתה על המזונות, ומה שפרש"י באלמנותה משום דמחיים אינו תנאי כתובה אלא או דאורייתא או דרבנן, והר"ן כתב משום דתקנו מזונות תחת מע"י וזה תימה דקיי"ל מע"י תחת מזונות, והרא"ש כתב מע"י תחת מזונות וכשנוטל מע"י צריך לזונה, וגם דבריו תמוהים דהא נ"מ בדלא ספקא, אלא אפשר דרש"י סובר מזונות דאורייתא עכ"פ כתב רש"י להדיא משום דתנאי כתובה ככתובה, ויש לומר מה דהוצרך רש"י לזה משום דסבר דבמוחלת אין חסרון של מיגר אלמנותיך, ויש לתלות זה בב' השיטות שכתב הרמב"ן בספר הזכות אם אמרינן בתובעת מקצת כסף ככל כסף, דאי נימא בתובעת אפילו תבעה מקצתה לא הוי מיגר אלמנותיך א"כ מוכח דבנפרעה או מכרה דדוקא כולה הטעם דדוקא כל זמן שיש לה עוד כתובה הוי מיגר אלמנותיך א"כ מוחלת נמי כיון דלית לה כתובה לא הוי מיגר אלמנותיך, אבל אי אמרי' דאף בתובעת דוקא כולה א"כ אפשר דכולהו הוי דררא דתובעת אבל מחלה לא, ולפ"ז יהי' מוכח דרש"י סובר כתי' האי' של הרמב"ן דגם בתובעת אמרי' מקצת כסף ככל כסף, ורק משום דמהני מחילתה על המזונות.

אכן הרמב"ם פסק דגם מחיים אין לה מזונות כמו שכ' בהל' זו שלפנינו, ואף דבפי"ח הל' א' לגבי מוכרת כתב דאין לה מזונות מן היורשים ומוכח דבחייו יש לה מזונות, ובטעמא כתב הב"ש בסי' צ"ג משום דמוכרת איכא למימר זוזי אנסוה כדאמרינן לגבי כתובת בנין דכרין, והנה לפי מה שמפרשים הראשונים הטעם משום דבלא הא דזוזי אנסוה היינו אומרים כיון שקלה הכתובה בעיני' למוכרה לכן אבדה כתובת ב"ד א"כ לא שייך זה אלא לגבי כב"ד אבל לא למזונות, ואיברא דהיה אפשר לומר טעם אחר, משום דכשמכרה הכתובה צריכה למסור עצם השטר ולכתוב קני לך איהו וכל שעבודי', א"כ איברא שהלוקח לא קנה מה שאינו יכול לקנות, אבל היא כבר ויתרה על כתובתה והוי כמו מחילה בזה שהוציאה מדעת השטר כתובה מידה, ומהני הא דזוזי אנסוה דנימא דלא ויתרה מרצונה ובקנין הא ליתא ובזה היה שייך לומר כבר כן גם על מזונות.

אכן נראה לומר טעם אחר דהנה מוכרת לאחרים בודאי לא שייך שתמכור להם המזונות דדוקא לה התחייב במזונות ואם אינו צריך לתת לה מאיזה טעם תו ליכא לחיוב מזונות כל עיקר, וכיון דלא שייך במכירה לאחרים לכן לא שייך במכירה לבעלה (ולא משום דליכא שעבוד נכסים על מזונות אינו במכירה דהא לגבי יתומים ע"כ איכא שעבוד נכסים), ומה דמפסדת לאחר מיתה הוא משום דלא הוי מיגר אלמנותיך, אבל מוחלת שייך גם על מזונות ויסבור הרמב"ם דמוחלת לא הוי חסרון משום מיגר אלמנותיך כמו שכתבנו לשי' רש"י דהא סובר להדיא בפי"ח הל' כ"ח דבתובעת דוקא כולה, א"כ אפשר

דכולהו הוי דררא דתובעת אבל מוחלת לא הוי חסרון משום מיגר אלמנותיך ולכן מה דמוחלת אין לה מזונות הוא משום דמחלה המזונות וכמש"כ כן בהל' ד' ליישב מש"כ הרמב"ם שם ומפני תקנה זו יחשבו המזונות מתנאי כתובה, דלאיזה טעם כתבו כיון דעיקר המזונות מדאורייתא וכתבנו דכיון דסובר הרמב"ם דמוחלת אין לה מזונות אפילו בחיי הבעל והיינו דאחרי התקנה שלא יוכל לומר צאי מע"י במזונותיך ונ"מ שלא יוכל לצאת למה"י ולהשאירה בלא מזונות, הכניסו כל דין המזונות בדין תנאי כתובה, ולכן מהני מחילתה דת"כ ככתובה ואפי' מחיים אין לה דעכשיו כל דין מזונות הוא תנאי כתובה.

והנה הרמב"ם בפי"ט הל' י"ב כתב אין הבנים יורשים כתובת אמן ולא הבנות ניזונות בתנאים אלו עד שיהיה שטר כתובה יוצא מתחת ידם, אבל אם אין שם שטר כתובה אין לה כלום שמא מחלה אמן כתובה, והראב"ד השיג עליו וכי מזון הבנות תלוי בפרעון הכתובה והמחילה אינה אלא כפרעון ואם פרע הבעל כתובת אשתו לא יטלו בנותיו מזונותיהן והמ"מ כתב שדברי הרמב"ם במזונות הבנות צ"ע, ומלשון הרמב"ם בהל' א' שכתב כשנושא אדם אשה בין בתולה וכו' יתחייב לה בעשרה דברים משמע כשיטתו שכל התנאי כתובה הם זכות שלה, והנה הח"מ בסי' ק"ה כתב מה דחלוק זה מהמחויב לזון את בת אשתו דאין האם יכולה לפוטרו משום דהתם זכתה הבת בשעת נשואין אבל כאן אינם בעולם ולא יכלו לזכות לכן כל הדין שייך לה עי"ש, והנה מה דכתב משום דהוי דשלבל"ע תמוה דלהדיא אמרי' בב"ב דף קל"א לגבי כב"ד תנאי ב"ד שאני, ויש ליישב אולי דבריו לפ"ד הרשב"א בגיטין דף י"ג בסוגיא דמעמד שלשתן שכ' דמה דמהני תנאי ב"ד להקנות לדשלבל"ע ואף דאין הבעל יכול להתנות וכל שאין הבעל מתנה אין ב"ד מתנין, וכתב משום דאף הבעל אם רצה מתנה עמה שלא יירשנה דתנאי ממון הוא וכיון דיכול להפקיע זכותו בכתובתה ע"י סילוק ירושה שפיר מהני תנאי ב"ד, ולכן לגבי מזונות הבנות שפיר כתב הח"מ דהוי לדשלבל"ע.

אלא דבאמת יקשה לנו דאם נאמר דהבנות לא זכו כלל א"כ כי מתה האם יירשו הבנים את זכותה ומנין זה הזכות להבנות, ע"כ נראה דבאמת הרמב"ם לא הזכיר במפורש דאין להבנות מזונות אם מחלה כתובה והיינו משום דבאמת תיכף כשנולדו הבנות זכו משום תנאי ב"ד, ולא כתב הרמב"ם אלא דבאין שטר כתובה יוצא מתח"י אין להבנות מזונות שמא מחלה אמן כתובתה והיינו דשמא מחלה אמן קודם שנולדו דבזה לא שייך שיזכו אפי' משום תנאי ב"ד, ואף דא"כ יקשה במה שסתם הרמב"ם דבאין כתובה יוצא מתח"י שאין לה כתובה והא משכח"ל שיש עדים שראו הכתובה בידה אחר שנולדו, אבל באמת

אין זה מכריע דכשמחלה כתובה הא אינה מחוייבת ליתן לו השטר, ואף דבכל שטר פלוגתא היא בירוש' בגיטין שהביא הש"ך בחו"מ סי' רמ"א ס"ק ד', וכתב הש"ך דהוא ספיקא דדינא ולקולא, אלא דדינא דשטר הכי הוא דיש לו תוקף ודיני שטר כשהוא בידו והוא מוחזק בהשטר ואז אין חוששין למחילה, אבל כשאין לו השטר אמרינן שמא מחל גם כשראו עדים השטר בידה דהא לא שייך במחילה לומר שטרא בידי מאי בעי, אלא דכשאוחז השטר הוי מוחזק ואין חוששין למחילה.

נמצא לפ"ז דיש חילוק ממזונות הבנות לכב"ד דבמזונות הבנות זוכות מיד כשנולדו וכמש"כ, ובכב"ד אין להם עד שתמות אמם דהא אפשר לה למחול לבעלה כתובתה גם אחר שנולדו כדקתני בגמ' סתמא, וטעמא משום דהכתובה ברשותה כ"ז שהיא חיה ולא שייך שיזכו הבנים, אכן מה דיש לעיין בזה מכל הך שמעתא דיסבון וירתון בב"ב דף קל"א דאמר לי' ר"פ לאביי בין למ"ד יסבון ובין למ"ד ירתון הא אין אדם מקנה דשלב"ל, ואפילו לר"מ וכו' ה"מ לדבר שישנו בעולם אבל לדבר שאינו בעולם לא ומוכח להדיא דהוא זכות וקנין הבנים, וצריך לחדש ולומר דאף דהאם זוכה בזכותים אלו כיון דהוא בשביל הבנים ואין לה זכות אחר אלא שיזכו הם הוי דשלבל"ע, והנה בני הגרצ"י שי' העיר מסוגיא דקני ע"מ להקנות דאיפלגו פומבדיתאי ור"נ אי מהני, וגם יש לעיין משם דהא מוכח דקני ע"מ להקנות מהני אפי' לדשבל"ע כיון דהקונה בעולם, ובכב"ד לא הי' מהני בלא הא דתנאי ב"ד שאני, וממזונות הבנות אולי הי' אפשר לחלק כיון דאין זה אלא זכות אכילה בלבד לא שייך זה לקני ע"מ להקנות.

עוד יש לעיין אם נימא דהוא זכות האם א"כ יירש הוא זכותה דהא לא סילק עצמו מדין ירושה וא"כ באיזה אופן יתחייב לה כב"ד, ויש לומר בשני דרכים או דנימא דהוא כמי שהתנה שלא יירש זכותה ומדוייק זה לשי' הרמב"ם בפכ"ג הל' ה' דמפרש דאפי' רשב"ג דסובר אם מתה יירשנה מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה מודה בארוסה דתנאו קיים עי' שם בדברי המ"מ לכן שפיר מהני מה דמסלק עצמו מלירש זכותה, דרשב"ג ודאי לא פליג על תנאי ב"ד דמזונות הבנות והיינו דגם לדידי' מהני סילוק בעודה ארוסה, והנה הרשב"א שהבאנו למעלה בדבריו דמה דמהני תנאי ב"ד בכב"ד הוא משום דגם הבעל אם רצה יכול לסלק עצמו מירושתה, וסיים שם ואי משום עיקר ותוספת לא פלוג רבנן כיון דעיקר תקנתא משום נדוניא, וכונתו דבעיקר ותוספת לא שייך לפרש דסלק עצמו מירושתה משום דאין לה מחיים כלל, אך באמת לא נחפוץ לפרש דהביאור דבאמת יש כאן דין סילוק דא"כ לא שייך לומר תנאי ב"ד שאני דמה"ט אמרי' בב"ב דמהני כב"ד אף דהוא לדשלב"ל, אלא דהיה תנאי ב"ד שיסלק א"ע, וע"כ דאינו משום סילוק דאם יסלק

א"ע א"כ אפי' בלא מותר דינר ואפי' לנקבות נמי, ואף דאפשר דכ"ז יהי' בהתנאי אבל הוא דחוק, ולכן צריך לומר דאיברא דבעיקר הירושה לא סילק עצמו אבל בזכות התנאי ב"ד שנתן לה בזה גופא כבר מונח בעצם התנאי סילוק שלא יזכה בזכות זה.

אכן נראה באופן אחר דהוי גדר ראוי, דהנה גבי בכור אמרי' בב"ב דף קכ"ו ומלוה שעמו פלגי וכתב הרשב"ם שהרי הבכור רוצה הוא לשעבד נכסיו לאביו כדי שיהא אביו מוחזק בהך מלוה ויטול בה פי שנים, והנה כ"ז שייך היכי דהגוביינא שייך לאביו וכדי שיהי' אביו מוחזק בה משעבד לו את נכסיו, אבל היכי דהגבי' שייך להבנים לא שייך לומר דהוא מוחזק, והנה יש מחלוקת הראשונים אם הבעל נוטל במלוה והמ"מ בפ"א מנחלות כתב בדעת הרמב"ם דבעל יורש מלוה והרשב"ם סובר כהרמב"ם לענין שבח, [וי"ל דהרמב"ם מוכרח לזה דהא פסק בפ' ל' מהל' מכירה דהבעל יכול למכור נצ"ב המטלטלין ומוכח דאין לה קנין בהנכסים וכמש"כ המ"מ עפ"ד רב האי גאון דנדוניא דין כתובה עלי' דלא נתנה לגבות מחיים ויש לה רק דין עליו לגבותם כשתתאלמן או תתגרש וא"כ למה בעל יורש אותה וע"כ דיורש מלוה], אכן בהא דמלוה שעמו פלגי כתב הרמב"ם בפ"ג מנחלות הל' ה' הי' לאב מלוה ביד הבכור הרי זה ספק אם נוטל בה פי שנים הואיל וישנה תחת ידו, או לא יטול הואיל ומחמת אביו יירשנה ועדיין לא באה לידו של אביו, הרי דאינו מפרש כהרשב"ם משום שמשעבד לאביו נכסיו ברצון אלא משום דברשותו של בכור הוא, וא"כ הא שייך זה גם בכב"ד, אכן נראה בעיקר החילוק בין בכור לבעל דבכור אינו נוטל מלוה ובעל נוטל הוא משום דבבכור כתיב בכל אשר ימצא לו ובבעל באמת לא כתיב כלל אלא דגמרינן דאינו נוטל בראוי משום דבעל אינו יורש בעצם אלא דיש לו דין ירושה בשעת מיתת אשתו, ולכן אפשר דלא שייך שיירש אותה אלא היכא דיש לה עכ"פ זכות ממון, אבל כתובת בנין דכרין לא דהא אין לה זכות לקבל ממון רק זכות שיקבלו בני' [ואפשר דלא שייך כלל זכות ירושה אפי' לגבי בנים בכה"ג].

ואפשר לומר דהרמב"ם בזה לשיטתו בפט"ז הל' א' דנדוניא אינה בכלל כתובה א"כ מה דמוחלת אין לה כב"ד אי אפשר לפרש כהר"ן דכיון דאין לה כתובה ממילא לא שייך כתובת ב"ד וכ"כ הח"מ הטעם משום דאינו יורש ממנה, כיון דלא מחלה כלל את הנדוניא, וע"כ דהוא מטעם מחילת הכב"ד גופא ומוכח דהוא זכות האשה, וה"נ במזונות הבנות דכ"ז שלא נולדו הוא זכות שלה כמו כב"ד.

אלא דבעיקר הדברים שכתבנו לבאר דברי הרמב"ם דסובר דזכות כתובת בנין דכרין הוא זכות של האשה ושכן מוכח לשיטתו דסובר דנדוניא אינה בכלל כתובה, והא דבב"ב

מוכח דהוא זכות של הבנים בין למ"ד יסבון בין למ"ד ירתון מדפריך והא אין אדם מקנה דשלב"ל וכתבתי ליישב דאם מקנה לאיש רק זכות שיאכל פלוני מהמתנה ופלוני לא בא לעולם הוי לדבר שלבל"ע, ואף דבנדרים מוכח דקני ע"מ להקנות מהני אפי' לדשלבל"ע, ודחקתי לחלק בין זכות הקנאה לזכות אכילה בלבד, אכן בהא דכב"ד קשה לומר דהוא כמו זכות אכילה דהא עיקר הזכות הוא לאחר שמתה וע"כ דהוי כמו זכות הקנאה או ירושה, ובכלל אינו מבואר ההסבר לומר דהוא זכות האשה שיש לה בנדוניתה שאם תמות ויירשנה יש לה זכות שאחר שימות הוא יירשוהו בניה, ע"כ הדרנא בי ונראה לומר דבאמת הוא זכות הבנים למ"ד ירתון, ומשום דלא שייך כלל שיהיה הקנאה לגבי האשה דהאשה יש לה עליו דין כתובה אם תתאלמן, וכב"ד הוא בשביל שיורשה, אלא דבאמת לא מהני כלל מה שכותב בנין דכרין וכו' בתורת ירתון דבמנחיל לבן בין הבנים יכול לחזור בו אפי' אי איתא בברי, כמו שכתב הרמ"ה להדיא בסוף הסוגיא דבברי היאך, וא"כ מאי מהני התנאי כתובה כיון שיכול לחזור בו, ולזה מהני התנאי כתובה שמתחייב לה שלא יוכל לחזור בו, ומ"מ בלא דין זכות הנחלה להבנים לא נוכל לפרש שמתחייב אלי' להנחיל הכתובה לבניה דעכ"פ אם מת ולא קיים הבטחתו ולא הנחיל אף דהוא מחוייב להנחיל מ"מ הא לא הנחיל ולכן הוא מנחיל מעכשיו דירתון תנן, ורק שמתחייב אליה להשאיר הנחלתו, ואיברא דהוא חידוש גדול לומר דאפשר להתחייב חיוב כזה להנחיל לבן בין הבנים, דאולי כיון דהוא רק רשות האב להנחיל לכל מי שירצה אינו יכול להתחייב בזה אך מ"מ אינו מופרך לומר כן שיכול להתחייב עצמו בזה, ואפשר דאי מהני קנין אתן מהני קנין להנחיל לבן בין הבנים, אלא דעלינו לחקור איך יהיה הדין כשלא יקיים חיובו וינחיל לאחד מבניו שלא מהבנין דיכרין דלכאורה התחייבות כזו אין בה דין גבי' דהא אכתי אינו חייב מעות אלא התחייבות להנחיל, ואפשר דנימא כיון דעכ"פ מחוייב להנחיל כשלא קיים הבטחתו נוכל לגבות ממנו דין זה וכמו דשייך שעבוד בקרבנות ופה"ב כן אפשר לגבות מנכסיו חיוב זה, אלא דלא טרפה ממשעבדי דהא פשוט דכשמת כבר בטלה ההתחייבות, אבל כשמת ולא פרע ההתחייבות אפשר לגבות מנכסיו הקיימים, וסמוכין לדברינו ממה דאמרינן בשילהי ב"ב דהחופר בור ברה"ר ונפל עליו שור והרגו ומת השור דיורשיו חייבים ואף דגמר החיוב הוא לאחר מיתה מ"מ אמרי' דכבר נשתעבדו נכסיו על חוב זה שיגמר אח"כ, וה"נ אחר שמת ולא פרע ההתחייבות שהתחייב להנחיל שפיר גובין מן היורשים.

ומיושב בזה מה דיש להבין במה דאמר הגמ' בדף נ"ב דכתובת בנין דכרין ממקרקעי ואף דירתון תנן משום דככתובה שויוה רבנן, כיון דירתון תנן א"כ למה לא יירשו

גם ממטלטלין, ואיברא דהיכי דצריך לגבות נדוניא שכבר נאכלה פשוט דאינו גובה ממטלטלי להשי' דנדוניא אינו גובה ממטלטלי (ובאמת לפמש"כ אח"כ אפשר דגם אי גובה ממטלטלי אבל הוא דוקא מני' עי' במש"כ) אבל היכי דבלאות קיימין אמאי לא תגבי כב"ד מהם וממה דאמר הגמ' בדף נ' כשם שאין הבנים יורשים אלא מן הקרקע משמע לכל מילי גם כשבלאותי' קיימין, איברא דלשי' הרמב"ם דנדוניא תמיד גובה ממטלטלי כדין חוב וכמש"כ המ"מ בפרק ט"ז הל' א' ומ"מ כאן אינו גובה, אבל לשי' הסוברים דנדוניא נמי דוקא ממקרקעי עי' במ"מ א"כ מנלן דגם היכי דאיתא בעיני' אינו גובה אלא ממקרקעי, ובגמ' מפורש דהבנים אינם יורשים אלא מן הקרקע, אכן לדברינו מיושב, דאף שכתב בנין דכרין אינון ירתון מ"מ כתב על דעת התחייבותו לאשתו שהתחייב אלי' להנחיל להם וכמש"כ. וכיון דההתחייבות לאשתו אינה מועלת אלא מן הקרקע דתנאי כתובה הוא לכן אינו מועיל כלל עיקר דין כב"ד אלא מן הקרקע, וצרפו כאן ב' דינים דין ירתון ודין כתובה ביחד, והיינו דמה דמקשה הגמ' ותגבי ממטלטלי לא משום דעדיף מכתובה אלא משום דעיקר כב"ד הוא בשביל נדוניא ונדוניא גובה מני' ממטלטלי ולגי' המ"מ שי' הרמב"ם גם בכתובה כן, וכיון שכן יוכלו הבנים לירש דלא הוי מטלטלי דיתמי כיון דכנחלה שויוה רבנן ובעיקר כתובה נגבית ממטלטלי, ומשני ככתובה שויוה רבנן והיינו דנצטרפו ב' הדינים דין נחלה ודין כתובה, אלא דצריך לבאר איך יצטרפו ב' הדינים ולמש"כ מבואר דבעיקר הוא התחייבות להנחיל אלא שנתחייב אלי' בזה בתנאי כתובה.

ובאמת מהך סוגיא דאמרי' ותגבי ממטלטלי מוכח כשי' הרמב"ם דנדוניא גובה ממטלטלי דאילא"ה א"א להיות קו' הגמ' אלא לענין בלאות דבכתובה הא לא עדיפו מאמם והוי ליה למימר ותיטול ממטלטלי, ואפשר דנדוניא מניה לכו"ע ממטלטלי נמי כדמוכח קצת מהא דאמרי' המכנסת שום לבעלה היא אומרת כלי אני נוטלת והוא אומר דמים אני נותן ומשמע דעכ"פ נגבית ממטלטלי.

שבתי וראיתי דטעיתי בכל מש"כ דהא כל השאלה אם נדוניא גובה ממטלטלי היינו מני' דאף דכתובה אינה נגבית אלא מן הקרקע מ"מ מספקינן לענין נדוניא, אבל עכשיו איירינן לענין לגבות מיתומים ולגבי יתומים בלא"ה אין דין מטלטלין כלל, והיה אפשר לדחוק ולומר דבני' יורשים זכות זה שהיתה יכולה לגבות גם ממטלטלין וע"ז מתרץ ככתובה שויוה רבנן דאין דין כתובה לגבות ממטלטלי, אבל זהו דלא כמש"כ שגובין ממנו ההתחייבות שהתחייב אליה והוא בגדר גבי' דבזה צריך לדון איך הדין לגבי יתומים ולגבי יתומים אין דין גביה אלא מן הקרקע, אכן מ"מ נוכל שפיר לפרש כמו

שכתבנו דבתר דמתרץ ככתובה שויוה רבנן היינו דהוא בצרוף ההתחייבות שלה וזה אינו גובה אלא ממקרקעי, אלא דמעיקרא פריך ותגבי ממטלטלי היינו דאיברא דהגמ' ידע דאינם יורשים אלא כתובת אמם ולא עדיפו מינה אבל עכ"פ אמם הא היתה גובה ממטלטלי וכשי' הרמב"ם דנדוניא מני' ממטלטלי', ואפי' להסוברים כתובה מני' נמי דוקא ממקרקעי, ולכן הוי סבר דהם יהיו במקום אמם ויירשו שלא יכנסו כלל לרשות היורשים וע"ז משני ככתובה שויוה רבנן דכב"ד גופה הוא רק דין כתובה וכתובה אינה נגבית מיתומים ממטלטלי.

ובש"מ ראיתי שכתב משם תלמידי הר"י ז"ל והרשב"א ז"ל דקושית הגמ' הי' כיון דהוי ירושה א"כ להוי ירושה על עיקר ירושת אביהם דלפי מכסת הנדוניא הם יורשים מנכסי אביהם וירושה איתא במטלטלי, וע"ז משני דלא עדיפא מכתובת אמם, ולפי"ז באמת יקשה טובא על בלאות קיימין דבזה לא שייך לומר לא עדיפא מכתובת אמם וע"כ צריך לומר דדין ירתון יש לו דין כתובה ונצטרפו בכאן שני הדינים ירתון וכתובה וכנ"ל, ובאמת אפשר לומר זה בלא ההסבר שכתבנו אלא דכך תקנו חכמים, אכן לדברינו מיושב שפיר.

ויש להעיר בזה מש"כ רש"י בדף נ' כשם שאין הבנים יורשין אלא מן הקרקע וכ' רש"י מהא דאמר ר"ש דדוקא שיש מותר דינר ממקרקעי ובש"מ הוסיף דת"ק לא פליג עלי' ובאמת להלכה נפסק בזה דלא כר"ש.

והנה בתוספי הרא"ש הקשה על רש"י שכתב אהא דתנאי כתובה ככתובה תוספת וכו' וכל הני דתנן במתני' לעיל, והקשה דהא מוכרת לא הפסידה כתובת בנין דכרין ואנן אמרינן נ"מ למוכרת ולמוחלת, אכן לפמש"כ ההסבר במה דמוכרת כתובה לבעלה יש לה עליו מזונות ורק באלמנותה אין לה, משום דמזונות לא שייך כלל במכירה ורק באלמנותה משום דלא הוי מיגר אלמנותיך, וכמש"כ דתלוי זה אי בתובעת אמרינן מקצת כסף ככל כסף דאז אפשר דכולהו הוי דרא דתובעת, והרמב"ם הא פסק להדיא דגם בתובעת אמרינן מקצת כסף ככל כסף, ולכן מה דמוחלת אין לה מזונות הוא בשביל שמחלה תנאי כתובה שלה, וכמש"כ בשיטתו בהל' ד' דעכשיו הכניסו כל עיקר דין מזונות בתנאי כתובה, ומוכרת דיש לה מזונות הוא משום דמזונות אינה במכירה לאחרים לכן אינה במכירה גם לבעלה, ולכן מיושב דכתובת בנין דכרין נמי ליתא במכירה דרק להבנין דכרין התחייב להנחיל, [ויש לעיין בעיקר הפי' דמוכרת כתובתה אם הביאור דהוי כמו דנפרעה כתובה וכמש"כ הראב"ד בהשגות בפי"ט שהבאנו למעלה

וצריך ביאור לפ"ז מה דבעי בגמ' מוכרת כתובה לבעלה אי כמוכרת לאחרים ויש לה כב"ד דכיון דנפרעה שוב ליתא לכתובה כלל].

הלכה יט

הלך בעלה ולותה ואכלה כשיבוא חייב לשלם, עמד אחד מדעת עצמו וזנה משלו אם יבוא הבעל אינו חייב לשלם לו והרי זה איבד את מעותיו מפני שלא צוהו לזונה והיא לא לותה ממנו.

עמד אחד מדעת עצמו, המ"מ הביא דברי הרשב"א בנדרים דדוקא בפורע ומפרש שמחמת מזונות שחייב לה בעלה הוא נותן לה דבכה"ג הוא אינו חייב לשלם כיון שלא אמר לו שיפרע בשבילו, והיא נמי אינה חייבת שהרי לא לותה ממנו, אבל בשפרנס סתם חוזר וגובה, שכל שמפרנס סתם אינו מפרנס בתורת מתנה אלא בתורת הלואה, דהוי כמו יורד לתוך שדה חברו שלא ברשות דלא למתנה נתכוין, והק' המל"מ מדברי הרשב"א בתשו' שהביא הריב"ש דאפי' במפרנס סתם שלא הניח מעותיו על קרן הצבי היינו דמשתלם מן הבעל אבל האשה אינה חייבת כלום, וא"כ מה בין סתם למפרש דאיבד את מעותיו דגם בסתם כיון דאין חיוב על האשה משום דודאי נתן בשביל בעלה א"כ איזה חוב הוא על הבעל, דהא לגבי הבעל זהו דינא דחנן דפורע חובו ש"ח אינו דומה ליורד לתוך שדה חברו, דביורד השביח לו נכסיו אבל כאן סילק לו הנזק כשסילק לו חובו.

ונראה דאפשר כונת הרשב"א דכיון דעכ"פ יש לה חוב על בעלה א"כ איברא דלא קבלה ממנו באופן שתתחייב היא לשלם אבל עכ"פ יוכל להיות כמו אפותיקי מפורשת שתתחייב לו לשלם מחוב של בעלה, והיינו דלגבי דידה הא יש לו טענה של יורד לתוך שדה חברו דהא ההנה אותה ורק דנימא דלא קבלה על אופן שתתחייב לשלם מנכסי' כיון שבעלה חייב במזונותי', אבל שתתחייב לגבות מן הבעל דמי מזונותי' ודאי דחייבת לגבות ולשלם לו, וממילא גובה בעצמו מן הבעל, ונמצא דאם זנה בפירוש על מנת לגבות מבעלה בשביל שפורע לו חובו זהו דינא דתנן דהניח מעותיו על קרן הצבי, אבל אם זנה בסתם ורק דאמדינן דעתי' דהוא לגבות מבעלה נוכל לומר דהוא לגבות מבעלה בשליחותה ולכן אף שלא לותה ממנו אבל כל יורד חייב בעל השדה אף שלא לוה ממנו.

ונראה דזה תלוי בהביאור דלותה ואכלה דחייב לשלם, אם הביאור הוא משום דחייב לשלם חובה ובזה כיון דהיא פטורה אינו נפרע מהבעל או דנימא דכל זמן שהיא צריכה למזונות חייב אפי' אח"כ, ורק היכי דעמד אחד ופרנס אותה דנמצא דלא היתה צריכה אבל בל"ז דין מזונות הוא לאו דוקא בשעת מעשה אלא דהוא חיוב לשלם גם אח"כ,

ולכאורה הי' נראה לפי המפורש באה"ע סי' ע' סעיף ח' דאם מכרה נכסי' ופרנסה עצמה דחולקים הרמב"ן והר"ן עי"ש בדברי הר"ן בפ' אלמנה ניזונית, והנה טעם מחלקותם דהרמב"ן סובר דמה דמכרה נכסי' הוי אומדנא למחילה והר"ן חולק וסובר דאינה אומדנא למחילה, ובלא מחילה גם הרמב"ן מודה דחייב, ומוכח דגם מכירת נכסי' הוי חוב, ולפ"ז מסתבר דאף דהיא אינה צריכה לשלם כשלקחה ממון אחרים עכ"פ הוי כמו שלקחה ממון עצמה דחייב, ואיברא דאפשר דדוקא ממון עצמה דיש לה עליו טענה דחסר לה אבל בלא טענה אין לה דין מזונות, ובעמד אחד ופרנס בסתם כיון דאין לה טענה אין עליו חיוב לשלם ואפשר דדין דמכרה נכסי' תלוי בזה דאם נימא דצריך להיות לה טענה לגבות מזונתי' א"כ כאן כיון דאפשר דמחלה ואין לה טענה אין לה מזונות, אבל אי נימא דבלא טענה יש לה מזונות, כיון דיש לו חיוב ברור לא נדון להמציא ספק מחילה משום דדרכן של נשים לגלגל עם בעליהן ודוק.

אכן מפשוטן של דברי הרשב"א משמע דכונתו במש"כ דהו"ל כיורד היינו לגבי הבעל גופי' וכן משמע מראיתו מהא דהאומר לאשתו קונם שאני נהנה לך לוה ובע"ח באים ונפרעין ממנו וכן משמע מלשונו לענין זן עבדיו ושפחותיו העברים דכל המלוה מזונות לאלו כאלו מלוה לאדון, ומשמע דהוא כיורד לגבי הבעל, ולכן נראה דהרשב"א מחלק דאם זן אותה בתורת פריעת חוב פטור הבעל, אבל אם נתן לה בסתמא הו"ל כאילו העמיד עצמו במקומו וזן אותה עבורו והוי כשלוחו ואנן סהדי דניח"ל בכך והו"ל בגדר זה כיורד דניחא לי' שירד לתוך שדהו והשביחה, ונראה דתלוי זה במחלוקת הרי"ף והרמב"ם בפכ"א ממו"ל בדין בע"ח גובה את השבח אם הלוקח נוטל ההוצאה כדין יורד שהארכתי במק"א דשי' הרמב"ם דלוקח נוטל ההוצאה ואף דהשביח אדעתא דאי מפיק לה בע"ח הדר עלי' דמוכר דזה אינו אלא לענין השבח אבל ההוצאה שהוציא הלוקח בזה ל"מ הא דכך כותב לי מוכר ללוקח דממוני גבך ואין המוכר קנה דמי היציאה, ולפ"ז דדין יורד הוא מטעם ממוני גבך לא שייך הכא גבי אשה, ובדעת הרי"ף דסובר דאינו נוטל לוקח את ההוצאה, ומשום דל"ד ליורד דביורד אנן סהדי דניח"ל שיכניס ממונו וישביחה ויקח ההוצאה והוי כמו שהלוה אותו, וכ"ז ביורד אבל בלוקח שהשביח נכסים המשעבדים לבע"ח כל זמן שלא גבה ל"ש לומר שהלוהו וביותר כמש"כ הרי"ף דהרי על דעת לגבות ממוכר השביח וכדאמרי' שכך כותב לו וכו' וא"כ לא הלוה לבע"ח, ולפ"ז במפרנס אשתו דאנן סהדי שמסכים להעמידו במקומו לפרנסה גובה מן הבעל כדין יורד, [ועמש"כ רבנו בפכ"א ממו"ל באופן אחר בשי' הרי"ף].

ב] **הרמ"א** בסי' ע' סעיף ח' כתב מיהו אם מחלה האשה לבעלה אין למלוה כלום,

ועיין בח"מ וב"ש ובביאור הגר"א דתמהו דהא כיון דבעלה חייב למלוה מדינא דר"ן ובדינא דר"נ הא קימ"ל דל"מ מחילה, והב"ש תי' דמיירי דהי' לה לשלם וזהו אוקימתא שאינו מפורש כן לא במרדכי ולא ברמ"א ולא הו"ל לסתום, ונראה דכונת המרדכי הוא אם מחלה קודם שתבעה בב"ד וכשי' הב"ח בחו"מ סי' פ"ו דקודם שתבעה בב"ד מהני מחילה, והנה הש"ך השיג עליו ודעתו דגם קודם שנודע ששמעון חייב לראובן לא מהני מחילתו וכן משמע בשו"ע שם סעיף ה' שכ' ואם אחר שנתחייב לוי לראובן בבית דין הלך ופרע לשמעון חייב לפרוע לראובן, ומשמע דברישא לגבי מחילה אפי' קודם שנתחייב וכד' הש"ך, אכן המעיין במקור הדברים בבעה"ת בשער נ"א מוכח דחד דינא הוא וגם אין סברא לחלק בין מחילה לפרעון כיון דגם הש"ך מודה דקודם שנודע יכול לפרעו אמאי אינו יכול למחלו, ומכל מה שהרחיב הש"ך שם אין ראי' מפורשת לדבריו רק מהא דאיתא בפסחים ד' ל"א דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ח חוזר וגובה מהם משום דר"נ והיתומים הא גבו קודם שהתרה המלוה שלהם בבע"ח, אבל באמת גם משם יש לדחות דזה ודאי דעיקר השעבוד דר"נ נעשה תיכף גם על לוי לראובן משום דזכות השעבוד שהי' לשמעון נעשה של ראובן מכח שעבודו על נכסי שמעון, אבל מ"מ כ"ז שלא התרה ראובן בלוי לא נעשה שעבוד הגוף לראובן על לוי דהא לוי אינו מחוייב כלל לידע, אלא דבשעבוד נכסים שלו זכה ראובן ע"י שעבודו על שמעון, ולכן כשפרע לוי לשמעון או מחל שמעון ללוי דבטל שעבוד הגוף ראובן אינו יכול לתובעו, אבל בהא דיתומים כיון דכל הגוביינא שלהם הוא שגבו השעבוד שלהם וזה משועבד לראובן, וזהו דדוקא בקרקע ולא במטלטלין וכמש"כ התוס' שם דבמטלטלי ליכא שעבודא דר"נ, והדבר פשוט כשי' הב"ח.

ונ"ל שזה כונת התוס' שם שהקשו גבי מטלטלין נמי נימא הכי ותירצו דדוקא גבי קרקע שייך למימר הכי דבת שעבוד היא וכו' אבל מטלטלין אין להחשיבם כאילו הם ביד ראובן כיון שאילו מכרם או משכנם אין גובה מהן, וכונת התוס' משום דבאמת לא שייך דינא דר"נ אלא בתביעה בב"ד או שלא בב"ד לדעת הש"ך, אבל בלא תביעה בודאי אין לחייב את לוי אם פרע לשמעון, וא"כ לכאורה קשה אמאי חוזר וגובה מיתומים כיון דלוי יכול לפרוע ליתומים ולא שייך דינא דר"נ קודם שנודע, וצ"ל כיון דעכ"פ ע"י תביעה איכא דינא דר"נ וממילא דין השעבוד חל מעיקרא ממילא יכול לגבות מהיתומים משום שיש לו אותו שעבוד, אבל במטלטלין כיון שכבר גבו לא שייך זה כלל ופשוט, [ועיין בד' הקצוה"ח סי' פ"ה סק"ה וסי' פ"ו ס"ק ט' ולפמש"כ לא שייך זה כלל לשם, ועי' בנתיה"מ שמחלק יותר לענין מלוה ע"פ והוא ללא צורך].

והנה במש"כ המחבר דאם אחר שנתחייב לוי לראובן בב"ד הלך ופרע לשמעון חייב לפרוע לראובן כ' הגר"א ז"ל כמ"ש בפ' השולח דמשחרר חייב דמזיק שעבודו של חברו, וכ"כ הגר"א באה"ע במש"כ הרמ"א בסעיף ז' ואם החזיר הנפקד לבעל אחר שתבעתו האשה לדין חייב לשלם לה וציין לדין הנ"ל המבואר בחו"מ, ולפי"ז לדעת הראב"ד בפ"ז מה' חובל דפוטר במזיק שעבודו גם בזה פטור, אבל בבעה"ת שער נ"א משמע דגם לדעת הראב"ד חייב לשלם משום דנעשה השעבוד שמשועבד לוי לשמעון שעבוד לראובן וכ"כ כל הראשונים, וא"כ פשוט דל"מ מה שפרע לשמעון אבל כ"ז אחר שנתחייב בב"ד וכמש"נ.

ומכאן סתירה לד' הקצוה"ח בסי' פ"ו דבפקדון ליכא שעבודא דר"נ דהא מבואר להדיא בדברי הרמ"א הנ"ל דחייב לשלם לאשה, ומה שכתב הקצוה"ח דהא לא נשתעבדו נכסי שומר אלא משעת פשיעה א"כ לא נשתעבדו כלל בפקדון נראה דזהו דוקא בשנאנס דאז הוא פלוגתא אי משעת משיכה או משעת פשיעה, אבל זה ודאי דשומר נתחייב להחזיר פקדון, ולכן שפיר אמרינן דאותו החיוב שהוא מחוייב נתחייב עכשיו להבע"ח של המפקיד.

הלכה כ

הבעל שאמר לאשתו בשעה שהלך טלי מעשה ידייך במזונותייך אין לה מזונות שאילו לא רצתה בדבר זה ולא סמכה דעתה היה לה לתובעו או לומר לו אין מעשה ידי מספיקין לי.

שאילו לא רצתה, כתב המ"מ וכתב רבינו שאילו רצתה בדבר זה וכו' לומר דדוקא כששתקה, אבל אם מיחתה ואמרה איני רוצה לא כל הימנו דמזוני עיקר כמו שנזכר למעלה ופשוט הוא, ורש"י פי' וקבלת עלי' ואפשר שהוא ז"ל יודה ששתיקתה היא קבלה עכ"ל.

והנה הר"ן ר"פ המדיר חולק על הרמב"ם וסובר דבדספקה יכול לומר לה צאי מע"י במזונותיך אפי' בע"כ, אכן הגר"א בשו"ע אה"ע סי' ס"ט סק"ז הביא דברי הר"ן ריש שני דייני גזירות שדעתו כרש"י דדוקא בקבלה עלי' ולדבריו סותר הר"ן א"ע והוא תימה, ונראה דהר"ן מפרש דמה דפליגי רב ושמואל אי פוסקין מזונות לאשת איש ע"כ מיירי הגמ' דעכשיו לא ספקה דאל"כ למה יתנו לה ב"ד מזונות וע"כ דמיירי דעכשיו לא ספקה כגון שהיא חולה, וכמש"כ שם הר"ן בסוף דבריו, ומה דאמר הגמ' איכא בינייהו גדולה ולא ספקה היינו דמעיקרא לא ספקה וכמש"כ הר"ן שהוא שני בצורת או שאינה בעלת מלאכה לכן בודאי לא קבלה, א"כ כל מה דאנו חוששין הוא שמא קבלה ופטור הבעל אף

דעכשיו לא ספקה ולכן שפיר סובר הר"ן דאם ספקה ודאי יכול לומר ואינו מחוייב ליתן לה מקודם ועל חולי אינו מחוייב לחוש, אבל שאר פוסקים סוברים בדעת רש"י בדף קי"ז וכן משמע שיטת הרמב"ם כיון שיכולה לעכב שלא ילך למה"י עד שיניח לה מזונות כמו שיראו ב"ד, ואם מסרה ע"י שליש צריך ליתן לה בכל שבוע כדמשמע ממתני' אלא דמלשון הרמב"ם בהל' י' לא משמע דצריך ליתן על כל השבוע.

והנה מסוגיא דגיטין דף י"ב שציין הגר"א דמוכח להדיא דיכול לומר צאי מע"י אפי' בע"כ יקשה משם על הרמב"ם, ונראה דמתחלת הסוגיא לא קשה דלימא דמה דתני שאם ירצה שלא לזון את עבדו רשאי ושלא לזון את אשתו אינו רשאי דהוא בדלא קבלה, כיון דיכול לתרץ האמת דנ"מ מעבד לאשה בדלא ספיק דעבד אפי' לא ספיק פטור דנהום כריסי' לא שוויא, אבל מהא דאשה שגלתה לערי מקלט בעלה חייב במזונותיה ומוכיח הגמ' מכלל דלא אמר לה דאי אמר לה בעלה אמאי חייב, ומוכח להדיא דיכול לומר לה בע"כ וכן פסק הרמב"ם בפ"ז מרוצח, ונראה דאינו יכול לומר היינו היכי שפשע הוא ומניחה אבל היכי שהיא פושעת ודאי יכול לומר צאי מע"י ולכן באשה שגלתה כיון שהיא פשעה יכול לומר.

פרק יד

הלכה ג

נושא אדם כמה נשים ואין אשתו יכולה לעכב, והוא שיהיה יכול ליתן שאר כסות ועונה כראוי לכל אחת ואחת.

ועונה, נ. ב. לדעתי צריך למחוק תיבת ועונה, כי לפי מה שכתב בהל' ד' אינו חייב אלא לפי מנין הנשים שיש לו, וא"כ אינו נותן כראוי לכל אחת, ועוד דעיקר המקור הוא מהגמ' ביבמות דאיתא שם והוא דאית לי' למיזייניהו.

הלכה ח

עמש"כ בפט"ז הל' א'.

הלכה יג

עמש"כ בפט"ז הל' א'.

פרק טז

הלכה א

הנכסים שמכנסת האשה לבעלה בין קרקע בין מטלטלין בין עבדים אע"פ שהן נכתבין בשטר הכתובה אין נקראין כתובה אלא נדוניא שמם.

אין נקראין כתובה, המ"מ האריך כאן לבאר שי' הרמב"ם דתנאי כתובה ככתובה הוא דוקא לענין תוספת וכל שאר תנאי כתובה אבל נדוניא דינה כחוב, ויש לעיין מהא דמורדת דמפורש ברמב"ם בפי"ד הל' י"ג דמפסדת נדוניא ורק בלאותיה קיימין אי תפיס לא מפקינן מינה, וצריך להבין למה מפסדת נדוניא, ומוכח דזהו דין בפ"ע שכל החיובים שיש לה עליו הוא רק אם ימות או יגרשנה ולא נתנה כתובה לגבות מחיים וזהו אפי' בנדוניא, דהא חייב עצמו רק על לאחר מיתה או גירושין וא"כ לא התחייב אלא אם הגירושין יהי' מסבה שלו, אבל לא אם הוא מסבה שלה וכיון שהיא מורדת ועוברת על דת שלכן הוא מגרשה אינו חייב כתובה שלא התחייב על אופן זה, ומוכח זה ביותר משיטת הרמב"ם גבי מאיס עלי שם בהל' ח' דלשיטתו אין זה בכלל מורדת, ובמורדת הוי ספיקא בדינא בלאותי' קיימין ופסקינן דמאן דתפיס לא מפקינן מני' ובמאיס עלי פסק הרמב"ם שלא הפסידה אלא נדוניא שאינה קיימת אבל בלאותיה קיימין נוטלת, וא"כ כיון שאינה בכלל מורדת מנ"ל להרמב"ם שמפסדת נדוניא, ובשלמא כתובה ותוספת ולא התחייב ע"מ כן שיוציאה בע"כ, אבל נדוניא שהכניסה לו והוא כבע"ח מנ"ל, וע"כ דמסתבר לי' דגם נדוניא כיון שלא התחייב אלא לאחר מיתה או גירושין וכיון שהיא כופה אותו להוציא אין לה נדוניא, וא"כ יקשה מה דאמרינן ריש אע"פ ת"כ ככתובה נ"מ למורדת כיון דאפי' נדוניא דאינה בכלל ת"כ אין לה למורדת, וא"כ למה לן הא דתנאי כתובה ככתובה.

ונ"ל דבאמת הם שני דינים דין דמפסדת כתובתה במורדת הוא תיכף כשנעשה עלי' דין מורדת אחר ד' שבועות וכפי הסדר המבואר בגמ', ודין דאין לה נדוניא זהו בשעת גירושין ונ"מ אם ימות בינתים, והכי נמי גבי עוברת על דת הפסידה כתובה ותוס' תיכף ונדוניא מפסדת רק בשעת גירושין.

ולכאורה הי' צריך לומר דגם למ"ד מרדה הפסידה בלאותי' קיימין הוא ג"כ שלא מטעם קנס, אלא דכיון דהכניסה לו עד שעת גירושין או מיתה וכיון דלא מת ולא גירשה מרצונו אין לה דין לגבות דזכה בהן ולא התחייב לפורעם אלא כשימות או יגרשנה מרצונו, דאי נימא דהוא משום קנס א"כ הדר תיקשי דלמה לי הא דת"כ ככתובה תיפוק ליה דלא גרע מנדוניא, אך באמת אי אפשר לומר כן דאף דיש מקום לחלק בין מורדת למאיס עלי

דבמאיס עלי אף בנדוניא שאינה קיימת אבדה מ"מ בלאותיה קיימין יש לה, דבמאיס עלי כיון דבדין קא אמרה כמש"כ הרמב"ם שאינה כשבויה אינו בדין שתפסיד בלאותי' הקיימין ונימא שאין לה זכות להפקיע זכותו גם אחר הגירושין כיון שגירשה בע"כ, מ"מ יקשה מזינתה דלא הפסידה נדוניתה הקיימת דאמרינן אם היא זינתה כליה מי זנאי ואמאי לא נימא כיון דמעשיה גרמו הגירושין כמו שכתב הרמב"ם להדיא בפכ"ד הל' ו' בטעמא דאין לה כתובה שתפסיד גם בלאות קיימין, ולהרמב"ם דין מאיס עלי הוי חד דינא עם זנתה דלא אבדה בלאותי' קיימין לכו"ע. (חסר).

הלכה ה

וכן התקינו שלא תגבה האלמנה כתובתה אלא מן הקרקע.

וכן התקינו, כתב המ"מ כך מצאתי בספרי רבינו, ואם כך היא הנוסחא משמעה היא שהגרושה הבאה לגבות מן הבעל גובה אף מן המטלטלין, דמיני' דידי' אפי' מגלימא דעל כתפי', וזה דעת קצת מפרשים ז"ל שכשאמרו מטלטלין לא משתעבדי לכתובה דוקא אחר מיתת הבעל אבל מחיים דבעל גובה אף מן המטלטלין, ומדברי הרשב"א ז"ל שכתב בתשובה כדעת רבינו נראה שהיתה נוסחת ספרי רבינו שלו וכן התקינו שלא תגבה האשה וכו' והוא כולל אף הגרושה וכן עיקר שבזה הורע כח הכתובה מן החוב שאילו החוב נגבה בחיי הלוה מן המטלטלין ולא כן הכתובה ויש לזה ראי' בנדרים פרק ר"א.

בגמ' כתובות דף צ"ו אמר רבי אלעזר אלמנה שתפסה מטלטלין במזונותי' מה שתפסה תפסה וכו' אמר רבינא ולא אמרן אלא למזוני אבל לכתובה מפקינן מינה, וכתבו התוס' מדברי הר"ח והלכות גדולות דקאי דתפסה מחיים אבל תפיסה לאחר מיתה למזונות נמי לא מהני, ובטעמא כ' הרמב"ן (הנדפס בחידושי הרשב"א) משום דמזונות דניזונית וחיים ממטלטלי מהני תפיסתה אבל לכתובה אפי' מיני' לא גבי ממטלטלי, וא"כ איך תועיל תפיסתה במה שלא היתה יכולה לגבות בב"ד, והנה הרמב"ם בפי"ח הל' י"א פסק דמהני תפיסה בחיי הבעל אף לכתובה א"כ מוכח דסובר הרמב"ם דמני' דידי' גבי אפי' ממטלטלי דאל"כ איך שייך שתועיל תפיסתה וכגירסתנו ברמב"ם ולא כגירסת הרשב"א שהסכים המ"מ.

אכן בדברי הרמב"ן שכתב בסברא דמהני תפיסה מחיים משום דניזונית מחיים ממטלטלין, יש לעיין דהא אינה יכולה לתפוס מחיים מזונות כל כך גם על לאחר מיתה, וע"כ צריך לומר דהתפיסה לא מהני אלא שלא יפלו המטלטלין ברשות היורשים, וכיון דעכ"פ במיתת הבעל נמצאים בידה מהני תפיסתה, והנה התוס' כתבו דהבה"ג כתב בטעמא משום דלא נתנה כתובה לגבות מחיים, ומוכח דהבה"ג ג"כ סובר דכתובה נגבית

מחיים ממטלטלין דאי לא"ה לא צריך להאי טעמא, אך צריך ביאור בטעמא דבה"ג דהרי מזונות ג"כ אינה נגבית מחיים על לאחר מיתה,. ואולי אפשר לומר דכיון דמהני תפיסה לשעבוד על מזונות כבר זכתה בכל התפיסה ואלים שעבודה ע"ז דלא מיקרי מטלטלי דיתמי, וכ"ז למזונות דכיון דשייך תפיסה על מקצת מזונות שייך שתזכה בכל התפיסה, אבל לכתובה כיון דאינה נגבית מחיים לא מהני תפיסתה כלל, ולפי"ז יהי' מוכח דמה דמזונות אינם נגבים לאחר מיתה ממטלטלי הוא משום דינא דמטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי דאל"כ לא מהני תפיסתה ממטלטלי.

והנה המ"מ הקשה על גירסתנו בד' הרמב"ם דמני' דידי' גובה ממטלטלי מהא דנדרים דף ס"ה דאמר לו ר"ע אפילו אתה מוכר שער ראשך אתה נותן לה כתובתה ומקשה הגמ' מטלטלי מי משתעבדי לכתובה ומוכח דמני' דידי' נמי אין גובין ממטלטלי.

ונראה ליישב לפ"מ שנבאר מקודם דברי התוס' ריש אעפ"י שהקשו דעכשיו נהגו שכותב חתן לכלה מאה ליטרין אעפ"י שאין לו שוה פרוטה, דבשלמא כשיש לו הוא משעבד נכסיו לזה החוב והואיל ונתחייב אפי' נאבדו אלו הנכסים וקנה אחרים הם משתעבדים אבל אותו שאין לו איך ישתעבדו נכסיו שיקנה אחרי כן עי"ש, ומבאר הפנ"י דעיקר קושייתם הוא בשביל שהחיוב של כתובה הוא לא עכשיו אלא לאחר זמן, וע"ז סוברים בקושייתם דבשלמא כשיש לו נכסים משעבד מעכשיו נכסיו לזה אבל כשאין לו נכסים אין על מה לחול החיוב, וע"ז תירצו דמצינו כה"ג דתניא מתנה ש"ח להיות כשואל, והנה ד' הפנ"י אינם מבוררים עוד דבמה אלים שעבוד נכסים כיון דהחיוב אינו חל עכשיו, א"כ גם הנכסים אינם משעבדים, וע"כ כונת הפנ"י דאם יש לו נכסים משעבדים הם מעכשיו על חוב שיהי' חייב אח"כ, וא"כ למה פשוט להתוס' שלא יוכל בעצמו להתחייב על אח"כ ובמה עדיפי נכסים מעצמו.

אך ביותר נראה לחזק קושיית התוס' דבכתובה לכאורה צריך לומר דאין בה חיוב הגוף כלל וליכא רק שעבוד נכסים דהיכי דיש חיוב הגוף מצוה עליו לפרוע וא"כ למה אינה נגבית ממטלטלי כיון דהוא מחויב ישלם חובו מכל מה דאית לי' וא"כ הקושיא חזקה כיון דכל הדין הוא רק דין שעבוד וכסברת התוס' גבי מנה אין כאן משכון אין כאן, דהיכי דזיכה לה זכות במשכון מהני ורק היכי דרוצה שתזכה המשכון מכח החוב אז אמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן, ולכן כשיש לו נכסים שייך שיתן לה זכות בנכסים על מה שמתחייב, אבל כשאין לו איך ישתעבד כיון דליכא חיוב הגוף כלל בכתובה, וע"ז תירצו בתוס' דבאמת אפשר להתחייב חיוב כזה שרק אם יהי' לו קרקעות יתן כתובה ומקודם סברו דחיוב צריך להיות ברור בכל אופן, והוכיחו זה מהא דמתנה שו"ח להיות כשואל

בזה אי אפשר לומר דיש עליו עכשיו חיוב תשלומין דהא אם לא יאנס לא ישלם וע"כ דהחיוב הוא באופן זה שאם יאנס ישלם ואפשר להתחייב על אופנים, וזה מה שכתבו ולא הוי קנין דברים, דלכאורה היכי ס"ד למימר דהוי קנין דברים רק משום דעכשיו עכ"פ אין שום התחייבות ורק שמתחייב שאם יאבד ישלם וסבר דאי אפשר לחול קנין כזה דקנין הא צריך להיות מעכשיו, וע"ז הוכיחו דאפשר להתחייב חיוב כזה.

והנה כ"ז הוא בדעת התוס' אבל בדעת הרמב"ם לגירסא שלפנינו הא סובר דמני' דידי' גובה גם ממטלטלי כמש"כ המ"מ, ולפ"ז שפיר אפשר לומר דיש עליו חיוב הגוף, ועליו לשלם מכל מה שיש לו, אלא דקשה קושית המ"מ מגמ' דנדרים הנ"ל, ולפמש"כ נראה ליישב דבאמת שערו כשאינו עומד לגזוז הוי כגופו ולכן מצד חיוב הגוף אינו מחוייב לגוז שער ראשו, ורק אם יש דין שעבוד אז כיון דהשער שוה כסף והרבה גוזזים שער כזה לכן כבר נעשה על השער דין שעבוד ויכולה האשה לכופו לגוזזו בע"כ כיון דיש לה זכות בשערו, ולא איכפת לן מה דאינו רוצה ובטלה דעתו אצל כל אדם כיון דיש לה ע"ז כבר שעבוד, אבל אם אין לה זכות בשערו ורק מצד חיוב הגוף שלו בזה נימא שפיר דכיון דאינו רוצה לגוז הוי כגופו ואינו מחוייב לקוץ את גופו ולשלם חוב דדוקא ממון שיש לו חייב לשלם ובפרט להשיטות דאינו מחוייב להשכיר א"ע, נמצא דמה דסובר הרמב"ם דמני' דידי' גבי ממטלטלי אינו משום דיש שעבוד על מטלטלין אלא דכיון דמחוייב לה כתובה איכא חיובא אקרקפתא דגברא לשלם את חובו, ולכן שפיר מקשה הגמ' דכיון דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה ורק מצד חיוב הגוף בזה כיון שאינו רוצה לגוז שערו הוי כגופו.

ובדברי התוס' צ"ל עוד לפמש"כ הקצוה"ח בסי' ק"ץ בשי' הראב"ד שכתב הר"ן דהיכי שנתן לה משכון ואמר לה קני במשכון זה שעבוד מנה מקודשת בו, היינו שיעור מנה כמש"כ הריטב"א, ובזה גם הרמב"ן והרשב"א מודים דלא הוי אגיד גבי', דזכתה שיעור מנה בגוף המשכון ומה דמסלקה בדמים אינו אלא משום דה"ל כמו תנאי שיוכל לסלקה בדמים, וכיון דאית לה זכי' בגוף החפץ לשיעור מנה ודאי מקודשת ע"ש, אכן באמת מוכח מדברי התוס' בקדושין שכתבו ודאי אי אמר התקדשי לי במשכון זה והמשכון יהי' שלך דגם משכון לחוד מהני, וכן מוכח מדברי הרא"ש, וכמש"כ להוכיח כן בפ"ז ממו"ל מהא דבאתרא דלא מסלקי ושעבד לו השדה בסתם ל"מ מה דאמר מסתלקנא בשעת מתן מעות, וכתבתי דאף דאין השעבוד אא"כ ילוה וא"כ למה לא יוכל לשנות בשעת ההלואה, וצ"ל משום דעכ"פ כשלוה זכה למפרע והוי ההלואה רק תנאי בהמשכנתא אך קשה לשי' הרא"ש איך מהני שעבוד המשכנתא דהא מנה אין כאן משכון אין כאן,

וע"כ דאפשר שיזכה במשכון חיוב הגוף ע"מ שילוה ממנו, וכן מוכח מדבריו גבי שטר הקנאה ע"ש, והנ"מ רק בין אומר שנותן לו משכון שפירושו ערבות ובטוחות דבזה לא מהני כיון דלא נתפס עיקר החיוב, אבל אם אומר לו שיזכה בהחפץ שיעור גובייגא של מנה מהני, ולא דנותן לו החפץ ע"מ שיוכל לפדות ואינו בדין תנאי, אלא דהוא רק זכות של גובייגא, והוא כדאמר בגיטין דף ס"ו מחמרא כדי ליפות את כחו, ולכן עכ"פ הוי אגיד גבי' דגוף החפץ של הבעל ולא הוי כשותף דשם צריך רק חלוקה ולא הוי אגיד גבי', וגם לא הוי כמו תנאי.

והנה המ"מ בפי"ח הל' י' כתב עוד שיטה שלישית דבין לכתובה בין למזונות מהני מחיים והיינו דפוסקים כמר בר רב אשי ומיירי מחיים, וגם בזה לכאורה מוכח דגובין מחיים ממטלטלי דלפי' הרמב"ן קושיא דמר בר רב אשי אינה אלא דלא ליגבי מיני' כיון דתרווייהו על חוב דלאחר מיתה, לא עדיף תפיסה למזוני מתפיסה לכתובה, ועיין בר"ן.

ובסברת הרמב"ם דסובר דמהני תפיסה למזוני אפי' לאחר מיתה כמש"כ בפי"ח שם וצ"ל דבזה מודי ר"ע לר"ט ומיירי כגון שצבורין ברה"ר ולא ברשות יורשין וכן הוא באה"ע סי' צ"ג, אך צ"ע בטעמא דמ"ש מזוני מכתובה דלא מהני ונראה דמזוני עיקרן על היתומים מירושת אביהם, ומה דאינה נגבית ממטלטלי הוא דכמו דאם מכרו אין מוציאין מהלקוחות וכן אם אכלו אין משלמין משלהן, לכן מטלטלין כשנכנס לרשותם זכו והו"ל כאילו אכלו משא"כ קרקע דבדוכתה קיימא, ולכן מהני תפיסה ממטלטלי כיון דהוא חוב עליהם, אבל כתובה הוי לגמרי על הבעל לגבות לאחר מיתה.

ב] **כתבו** התוס' בפ' האשה שנפלו דף פ"א ע"ב, בהא דאמרי' דלמא ר"מ היא דאמר מטלטלי משתעבדי לכתובה אור"ת דלא אמר ר"מ אלא מני' ויבם במקום אחיו קיים וכו' וליכא למימר דלר' מאיר מטלטלי דיתמי נמי משתעבדי לכתובה וכמקרקעי דמי, דא"כ אפי' לית לן דר"נ דין הוא שתגבה ממנו כאילו הוי מקרקעי, והקשה המהרש"א דגם אי הוי כקרקע, הא קרקע גופא מה דגבי הוא ג"כ מדר"נ כדאמר בפסחים דמה דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהן בע"ח חוזר וגובה מהן הוא מדר' נתן, והשיג הפנ"י דדוקא התם דמכאן ולהבא הוא גובה ועיקר החוב נחשב כמטלטלי ולא משתעבד להחוב שחב אביהן, אבל הכא אי מטלטלי נמי משתעבד כקרקע א"כ אפילו גבו היורשין מוציאין מהן בלא דר"נ דעיקר החוב משועבד לבע"ח והוי כמו למ"ד למפרע הוא גובה, זהו תורף דבריו, אך באמת זה אינו נכון, דאפי' אם החוב הוא משועבד לכתובה כיון דעכ"פ מה שנוגע לשעבוד הרי כתובה לא עדיף מחוב, דמטלטלין אינם משעבדים, ומה דכתובה גובה ממטלטלי דיתמי הוא משל הבעל, אבל הכא המטלטלים שהם של היבם הא

אינם משעבדים וא"כ אפי' אי נימא דמטלטלי משתעבדי לכתובה, מ"מ כשתבוא לגבות הכתובה מן היבם יאמר איני חייב לך ולאו בע"ד דידי את, דבשלימא קרקע שמשועבד לו יכול לגבות בתורת שעבוד, ואף דהיתומים יוכלו לגבות מכח חוב אביהם היינו יתומים דחייב לשלם להם כמו שחייב לאביהם, אבל בע"ח וכתובה אינם שייכים להחוב ויאמר לבע"ח או לכתובה לאו בע"ד דידי את, וטענת הפנ"י דאפוכי מטרתא ל"ל דהא גם אם יתן להיורשים תחזור ותגבה מהם, אינה קושיא כלל דהא לא יתן להיורשים משום דהוא בעצמו יורש.

ולכן נ"ל דכונת התוס' הוא כמו שכתב הפנ"י מקודם דלשיטת ר"ת מיני' דידי' איכא שעבוד גם על מטלטלין אלא דמלקוחות ויתומים ליכא שעבוד עי"ש בדבריו, ולפי"ז כיון דלגבי דידי' איכא שעבוד ממש על מטלטלין, א"כ באמת הי' יכול הבע"ח של המלוה לגבות מהלוה בתורת שעבוד, אלא דהחסרון דהוא בעצמו אין לו שעבוד ויאמר לו לאו בע"ד דידי את, אבל אי אמרינן דכתובה יש לה שעבוד גם אמטלטלי דיתמי א"כ יכולה לגבות מהיבם דהא מני' דידי' איכא שעבוד, אבל אי הטעם משום דיבם כמו מיני' א"כ עכ"פ ליכא דין שעבוד בכתובה, לכן איברא דמיני' דידי' גובה מטלטלין אבל היא אין לה שעבוד, ואף דאמרינן דיבם כמו מיני' היינו לגבי דין גבי' אבל אי אפשר לומר דאיכא דין שעבוד על שלו דהא אם לא ייבם אותה לא תטול א"כ כבר אין לה שעבוד, ולכן אף אם יבם אח"כ והוי כמו מני' אבל הוא בתורת גבי' מהנכסים של הבעל אבל שעבוד כבר אין לה, דקודם יבום נעשה מטלטלי דיתמי, ולכן בלא דר"נ לא היתה גובה.

והנה לפמש"כ הרשב"א בסוף קדושין וכ"כ הר"ן בפ"ב דכתובות דשעבוד אינו חל על שעבוד, א"כ אף דיבם הוי כמו מיני' ואפי' נימא דבנכסי הבעל יש לה שעבוד, אבל נכסי היבם דאין לה שייכות עליו, דהא לא אשתעבד נכסיו אלא להבע"ח שלו למי שיש לו שעבוד הגוף וכמו שהוכיחו הרשב"א והר"ן מדאינו יכול למכור שט"ח אלא מדרבנן, א"כ בלא דר"נ א"י לגבות, ור"ת דהקשה זה ע"כ דסובר דשעבוד חל על שעבוד, וצ"ל כמש"כ דאם מטעם דיבם הוי כמו מני' א"כ אינו אלא לענין גוביינא אבל השעבוד כבר בטל לענין מטלטלין כיון דקודם יבום נעשה מטלטלי דיתמי.

והנה הרמב"ן בתשובה הביאו הב"י סי' ק"ד והובא בפ"י סובר ג"כ כשיטה זו של הרשב"א דשעבוד חל על מטלטלין מדאורייתא, ושכן דעת ר"ת כמש"כ הפ"י, וכתב הרמב"ן דמני' דידי' יש גם במטלטלין דין קדימה לבע"ח מוקדם מטעם זה, וא"כ הרמב"ם שפסק להדיא בפ"ב ממו"ל הל' ב' וד' דבמטלטלין אין דין קדימה ע"כ דסובר דליכא שעבוד מני' דידי', א"כ להרמב"ם לשיטתו ליכא ראי' מכאן לשי' ר"ת דלר"מ דגבי

בכתובה ממטלטלי היינו דוקא מני' דידי' וכמש"נ.

אכן נראה לבאר דברי התוס' באופן אחר, והוא דאי אמרינן מטלטלי משתעבדי לכתובה אפי' בשל יתומים ע"כ משום דהוי כמו חוב של יתומים מנכסי אביהם כיון דאינה גובה אלא לאחר מיתה, וכמו שכתבנו בפרנסה, אלא דהשבועה והזבורית הוא תקנה, א"כ שייך שפיר לומר דשעבוד שיש להאשה על הכתובה מהני לגבות גם מחוב שהי' יבם חייב לבעלה דעכשיו הוא יורש ועלי' רמיא לשלם ואף דאינו חייב לשלם אלא מנכסי בעלה גם זה נכסי בעלה כיון שמשועבד אליו, אבל אי אמרינן דאינה גובה בכתובה אלא מני' דידי' א"כ מוכח דהשעבוד מועיל רק היכי דאיכא חיוב הגוף ולכן ביתומים דליכא בהו חיוב הגוף אינו מועיל השעבוד, בזה לא מהני מה דיבם במקום אחיו קאי דזה לא מהני אלא לגבי נכסי בעלה אבל לא לגבי נכסיו של יבם דסברא דיבם במקום אחיו קאי היינו דלא נפלו הנכסים כלל לגבי היורשים אלא דהיבם זוכה בנכסים כמו שהי' אחיו קיים וממילא גובה כתובתה, אבל לא באו עליו חיובי אחיו, וממילא לגבי חוב שחב לאחיו כיון דשעבוד אינו אלא במקום חיוב הגוף ולגבי זה ל"מ יבם במקום אחיו קאי דליחול עלי' חיוב הגוף.

ודברים אלו מקולי כתובה הם.

מקולי כתובה, נ. ב. צ"ע בדברי הרמב"ם שלא הזכיר ראוי ומוכח דסובר כדעת הרא"ש בבכורות פ' יש בכור דמתני' אינה דוקא לענין כתובה אלא דבע"ח ג"כ אינו גובה בראוי ואף שלא הזכיר זה בדיני בע"ח, אולי סמך אסתמא דכיון דכתב דגובין מנכסי הלוה ואם נפלו לאחר מותו אינם נכסי הלוה, אבל אם בע"ח גובה ואשה בכתובתה אינה גובה ודאי הי' לו להביא מתני', ועי' תוס' ב"ב דף קנ"ט ועי' חו"מ סי' ק"צ סט"ז ובביאור הגר"א.

הלכה י

ועוד תקנו חכמים שיהיו כל נכסי הבעל אחראין וערבאין לכתובתה אפילו כתובתה מנה ויש לו קרקע באלפים זהובים הכל תחת שיעבוד הכתובה, וכל שימכור אחר הנישואין מנכסיו אע"פ שממכרו קיים ויש לו למכור כל נכסיו אם ירצה יש לה לטרוף אותן בכתובתה כשיגרשנה או כשימות אם לא תמצא נכסים בני חורין.

ועוד תקנו חכמים, הנה התוס' פי' בתקנת שמעון בן שטח דכל נכסיו אחראין לכתובתה היינו אפי' יחד לה מטלטלין יהיו כל נכסיו אחראין, והרמב"ם שכתב כפשוטו צריך ביאור דלמאי נצטרכו לתקנה לשעבד כל נכסיו דמה גרע כתובה משאר חוב, וצריך לומר שבלא התקנה היינו אומרים כיון דעיקר החיוב הוא משעת מיתה או גירושין הו"ל כמ"ד דנכסי שואל משתעבדין משעת אונסין, ואף דפסק הרמב"ם משעת שאלה

איתחייב באונסי' היינו דמשעת שאלה נתחייב להחזיר החפץ, ולכן תקן שמעון בן שטח דמשתעבד נכסי מחיים וצ"ל דממילא כבר נתחייב מחיים והוי רק כחוב של תוך זמנו.

והנה התוס' בדף מ"ז פירשו קבורתה תחת כתובתה היינו נדונייתה דאין לפרש תחת מנה מאתים דהא ארוסה אין לה קבורה, משום דאינו יורש אותה, אכן הרמב"ם כתב בפי"ב הל' ד' דקבורתה תחת ירושת כתובתה ומוכח תחת מנה מאתים וצריך לבאר קו' התוס' דארוסה אמאי אין לה קבורה, וצריך לומר דארוסה כיון שכתב לה בכתובה כשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי א"כ לא התחייב אלא אם ימות או יגרשנה, אבל בנשואה לא מוכח ממדרש כתובה דבא להפקיע חיובו הברור מחיים אלא דלעולם התחייב בברור רק דממילא כתב לכשתנשאי לאחר דהא אם מתה הוא יורש אותה, ואיברא דלכשתנשאי לאחר בא לרבות מיתה ע"פ ע"א דנוטלת כתובה, כמו שכתב הרמב"ם בהל' ל"א דהוא מטעם מדרש כתובה ועי' בתוס' יבמות קי"ז, ובב"ש אה"ע סי' י"ז ס"ק קכ"ט, ומ"מ בארוסה כיון דעכ"פ כתב לכשתנשאי לאחר וכיון שאינו יורש אותה ע"כ לא נתחייב כלל אם תמות היא.

והנה הרמב"ם בפ"י הי"א כתב המארס את האשה וכתב לה כתובה ולא נכנסה לחופה עדיין ארוסה היא ואינה נשואה שאין הכתובה עושה נישואין ואם מת או גירשה גובה עיקר כתובתה מבנ"ח ועי' מש"כ המ"מ שם אבל בטעמא צריך ביאור, ולפמש"כ הוא פשוט משום דליכא בארוסה תקנת שמעון בן שטח דארוסה הא לית לה כתובה, ורק שכתב לה והוא התחייב רק לאחר מיתה או גירושין, וממילא הוי כמו שומרין משעת אונסין.

[**ובשולי** הגליון שם נרשם, נראה דמה דאמרינן שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה אינו משום גדר אומדנא ואדעתא דהכי שע"ת שימות קודם לא כתב לה, אלא שעיקר התוספת לא כתב לה אלא בשביל נשואין והוי כמו לפני הזמן, ולפי"ז נאמר דאף דלא אמרינן כן אלא בתוספת זהו בעיקר החיוב דבתוס' אמרינן דלא נתחייב כלל עד שעת נשואין וכדאמרי' בגמ' חבת חופה קונה, אבל לענין גוביינא כיון דמסברא הי' צריך להיות חיוב הכתובה אחר מיתה או גירושין דהא לא נתנה כתובה לגבות מחיים, אלא שיש תנאי ב"ד שיהיו כל נכסיו אחראין לכתובתה, לכן זהו ג"כ כמו גדרי תוספת דאמדינן דעתו דלא הי' רוצה לשעבד לה נכסיו שיהי' לו מזה היזק שלא יוכל למכרם עד שעת נשואין].

הלכה יד

הפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה כיצד הוציאה שטר כתובה שיש בו אלף זוז הבעל אומר נתקבלת הכל והיא אומרת לא נתקבלתי אלא כך וכך, ואפילו יש עלי' עדים

במקצת שנטלה ואפילו דקדקה בחשבון מה שנטלה בחצי פרוטה לא תטול השאר אלא בשבועה.

הפוגמת, בריש אע"פ בהא דאמרי' תנאי כתובה ככתובה נ"מ וכו' ולפוגמת, כתבו התוס' איצטריך דאם פגמה כתובתה לא תיגבי גם התוספת אלא בשבועה אפי' היתה הכתובה בשטר אחד והתוספת בשטר אחר, והנה בדברי הרמב"ם מפורש בשטר אחד ומשמע דאם חלוק באמת בשני שטרות לא מהני פגימת אחד על השני, וצריך להבין דהא באופן זה שאר בע"ח נמי, והנה הי' אפשר לומר דקמ"ל אף דכתובה הוי תו"ז וגבי לשבועה כ' הראשונים כן אלא דדחו שם משום דשעת מיתה זמנו הוא, אבל הכא בפוגמת איירי אפי' מחיים, ומצאתי שכתב כן הפנ"י, אכן הוא כתב כן ליישב שיטת רש"י ולפלא דהא מפורש להדיא ברש"י דקי"ל דאם פגמה התוספת הוי כאילו פגמה הכתובה, ובאמת ד' רש"י נכונים לשיטתו דא"א לומר כמש"כ, דהא בלשבועה לפרש"י נכלל גם נפרע שלא בפניו דהוא מחיים, דבנפרע שלא בפניו אפי' אם יהיו עדים שלא זזה ידם מתוך ידם ויודעים שאחר הגירושין לא פרע לה כלום דמשכחת לה דגובה שלא בפניו ביום הגירושין כגון שזרק לה גט והלך לו והיא באה לב"ד לגבות מנכסיו, ומ"מ בודאי צריכה שבועה וחזינן דגם מחיים חיישינן שמא פרע לגבי כתובה, ולכן שפיר כתב רש"י דנ"מ דאם פגמה התוספת שצריכה לישבע על הכתובה, ובמה שדחק רש"י עצמו לומר דנ"מ אם פגמה התוספת דהיינו שקבלה על התוס' ובאה לתבוע עיקר כתובה נראה דסובר רש"י דבודאי תוספת טפל לכתובה לענין שתחשב פגימת כתובה כמו פגימת תוספת והחידוש הוא להיפוך.

אכן המהר"ם שיף פי' בדברי התוס' דסוברים דדוקא באופן שפגמה כתובה אבל פגמה התוספת לא פגמה כתובה וכתב ראי' ממוכרת תוס' לא מכרה הכתובה, ואי מזה בודאי אין שום ראי' כמובן ויתכן שגם הוא לא כיון לראי' אלא דעכ"פ כמו דמיירי שם כן ה"נ הא דלפוגמת כן, אבל באמת אין זה ראי' אלא דמכיון דצריך לאוקמי בב' שטרות כתבו התוס' דזהו רבותא גם בפגמה כתובה והסברא אינה מוכרחה דכיון דתוספת הוי טפל לכתובה א"כ נפרעה מקצתו, ואפשר לומר להיפוך דרש"י סובר דבב' שטרות לא מהני הא דתנאי כתובה ככתובה, אלא דמצי לאשכוחי במקום שאין כותבין כלל ובתוספת כ' ואוסיפית על כתובתך ובזה סבר רש"י דתוס' נעשה בודאי טפל לכתובה וגם בלא הא דתנאי כתובה ככתובה פגם דכתובה הוי פגם לתוספת, אבל פגם דתוספת הוי חידוש דהוי פגם לכתובה.

והנה בשי' הרמב"ם אי אפשר ליישב לא כתי' רש"י ולא כתי' התוס' שהרי סתם

ולא פירש, ומוכרחין אנו לפרש דהחדוש הוא משום דהוי תוך זמנו, ולשבועה מפרש הרמב"ם דהוא על מדירין אותה בב"ד במקום שבועה כמו שפי' הרא"ה והרשב"א [אלא דיש לעיין אם הוא קולא דהרמב"ם העמיד זה בקולי כתובה עי' בהל' ד'] וממילא אין לנו מקור אחר על תוך זמנו והוי חדושא דפוגמת, אכן הראשונים דלא הזכירו כלל גבי פוגמת סברא דתו"ז נראה כספיקו של המ"מ דהרמב"ם בפי"ד ממו"ל הל' א' בדין פוגם שטרו כתב הי' החוב לזמן ותבע בזמנו יפרע שלא בשבועה, וכתב המ"מ אבל אני חוכך בדין פוגם את שטרו דהא איבטלא לה חזקה דאין אדם פורע לגבי האי שהרי פרע והלה מודה לו במקצת, וכתב המל"מ ע"ז וז"ל אם פסקו של ה"ה לחייב שבועה למלוה ניחא, ואם לפטרו במלוה ע"פ ללוה בשבועתו קשיא לי' פוגם שטרו אמאי נשבע ונוטל הא איבטיל חזקה דשטרך בידי מאי בעי דהא פרע ולא כתב, ואפשר לדחות דהתם גוף הפרעון מבטל החזקה דאין אדם פורע בתו"ז דהא פרע, אבל גבי פוגם אפשר דפרע אדעתא לכתוב מיד שובר ונטרפה השעה מאיזה סבה ולא כתב והמשכיל יבין, והנה לכאורה דבריו אינם מובנים דכיון דגבי פוגם אפשר דפרע מקצתו ונטרפה השעה ולא כתב שובר ה"נ אפשר דפרע כולו, אכן כונתו נראה פשוט, דזה דפרע ואירע סבה שלא כתבו שובר אפשר דאינו אלא סבה, ובשביל שהיתה סבה פעם א' לא נימא דהי' כן גם בפעם ב', אבל אין אדם פורע תו"ז הוא ראי' שיצא מן הרוב ואינו מקפיד וממילא מרע להחזקה.

ואיברא דלפי"ז נמצא דדין פוגמת אינו אלא באופן זה שהלוה טוען פרעתיך את השאר בפעם ב' ובפשוטו משמע דגם אם יחלקו בשיעור הפרעון בפעם א' ג"כ יהי' דין פוגמת וישבע המלוה ויטול ואף דבטל בזה חזקה דשטרך בידי מאי בעי, ולכאורה אמרתי דעיקר דין פוגמת הוא אמנם באופן א', ואופן הב' שכתבנו הא יש לו מיגו דהרי בטוען פרעתיך הכל בפעם א' נאמן לפ"ד המ"מ דבטלה חזקה דשבמ"ב וא"כ גם כשחלוקים בשיעור הפרעון בפ"א נאמן הלוה במיגו ואף דגם להמלוה יש מיגו דלא פגם כלל אך לגבי' לא מהני המיגו דהוא לאפטורי משבועת פוגמת אלא דאינו מבורר דכיון דאין כוחו אלא במיגו לא אלים המיגו כיון דגם לשכנגדו יש מיגו, וכן משמע כמדומה בהגרעק"א בדף פ"ז. (ועי' בקצוה"ח סי' פ"ו סק"א דכתב בד' המל"מ דלא כהנ"ל דבאמת ל"מ הריעותא דפגימה לענין ממון).

אלא דבאמת עיקר הקושיא של המ"מ לצד הב' של המל"מ לא קשה דמה דל"מ מיגו לאשה בפוגמת כשאין עדים על הפגימה היינו דלא מהני לאיפטורי מחיוב שבועה, אבל בעיקר הממון הוי מיגו לאוקמי שטרא, וא"כ בעיקר הממון שפיר נאמן המלוה במיגו דלא פגם ורק דמשבועה אין המיגו פוטרו, וכל הקושיא אינה אלא היכי שיש עדים על

הפגימה וא"כ העדים יודעים מה פרע לו, ואין להקשות היכי דינא אם פרע בפני עדים שראו שנתן לו מעות על הפרעון ואין יודעים כמה, דאפשר דזה באמת לא שייך לדינא דפוגמת אלא דאיתרע שטרא דיש עדים על פרעון ואין יודעים כמה וצ"ע בזה.

אלא דלפ"ז יש לעיין דבשלמא להרמב"ם דפירשנו דחדושא דפוגמת הוי תו"ז וממילא נילף שבועה לנפרע שלא בפניו, אבל להראשונים ובעיקר הרא"ה דפירשו דמיירי הא דלשבועה לענינים אחרים וא"כ מנין להו שבועה לנפרע שלא בפניו אף היכי דיש עדים שלא פרע אחר הגירושין, ומפוגמת לא מצי למילף דהוא תו"ז משום דע"כ סוברים דתו"ז גבי פוגמת לא מהני דע"כ מרע לחזקה כיון שהודית שפרע תו"ז, דאילא"ה למה להו לדחוקי גבי פוגמת, אבל בנפרע שלא בפניו מנלן שבועה אם איתרע חזקה דתו"ז, ונראה דבאמת יש נ"מ דאי אינו גובה כתובה אלא מן הקרקע אפי' מיני' לא מצית לאשכוחי שיהיו עדים שלא זזה ידם מתוך ידה דקרקע צריכה הכרזה ל' יום וא"כ לא שמרו אותה כל השלשים יום ביום ובלילה, ואפשר שלח לה הכתובה ע"י שליח אחר הגירושין ואפי' יודעים שאינו במדינה, אבל אי כתובה גובה ממטלטלי א"כ מצי לאשכוחי ברוחא ביום שזרק לה הגט וכספו בידו כיון שא"צ הכרזה ואפשר לגבות תיכף, ולכן להרמב"ם אי מפרש כהרא"ה ע"כ דמפרש דחידושא דפוגמת הוא תו"ז וכשיטתו דתו"ז מהני גבי פוגמת ומינה גמרינן לנפרע שלא בפניו, דהרמב"ם הא סובר לפי הגי' שלפנינו דמיני' דידי' גובה אף ממטלטלי, ומ"מ חייבת שבועה בנפרעת שלא בפניו ואף דיש עדים שלא זזה ידם מתוך ידה וע"כ דנלמד מנפרע שלא בפניו, אכן להראשונים הנ"ל דסברי דאינה נגבית אלא מן הקרקע גם כשהגבי' מיני' א"כ אפשר שיפרע לה אחר הגרושין כיון דקרקע צריכה הכרזה ל' יום.

אלא דבאמת קשה טובא מש"כ המ"מ בהל' זו ודין נכסי צ"ב בזה כדין כתובה שהרי אף כל חוב הוא כן כנזכר פי"ד מהל' מלוה ולוה, והיינו דאף דנדוניא לשי' הרמב"ם אינה ככתובה מ"מ פוגמת צריכה לישבע דלא גרע מחוב, ודבריו תמוהים טובא דהא הוי תו"ז והרמב"ם סובר דפוגם שטרו תו"ז אינו נשבע ובשלמא בנפרעת מיתומים אפשר לומר משום סברא דשעת מיתה זמנו הוא אבל בפוגמת דהוא מחיים קשה כנ"ל.

ונראה כיון דקיי"ל דמטלטלי ואיתנייהו בעינייהו בלא שבועה והכי איפסיקא אפי' באלמנה, א"כ אפי' בפוגמת א"צ שבועה כיון שהם בעין, וע"כ מש"כ המ"מ דבפוגמת כתובתה נשבעת אפי' בנצ"ב היינו בליתנייהו, א"כ אפשר דלא שייך תו"ז למיחש שמא החזיר לה, כיון דעפ"י דין דידה הוי משום שבח בית אבי', ולכתחלה לא ימכור אפי' במטלטלי אלא דבדיעבד אם מכר סובר הרמב"ם בפרק כ"ב ובפרק ל' ממכירה דקנו

הלקוחות, אבל עכ"פ בעיקרן עומדים לחזור לה, וא"כ אפשר דבחזרה ליכא דררא דתו"ז ול"ד לחוב שאינו מוצא מעות מקודם, אבל מטלטלין שלה אפשר שהחזירם לה קודם, ואי משום שטר שבידה הא פוגם מרע לשטרא והפוגם שטרו נשבע, ואיברא דמשכחת אם נשרפו בעדים דאז יש לדון אי הוי דין פוגמת בנצ"ב דצריך לשלם מעות, לא נחית המ"מ לזה כיון דלא נזכר בגמ', ולעולם מודה דבזה א"צ לישבע נמצא דסובר המ"מ דגבי נצ"ב ליכא כלל דררא דתו"ז ולכן כתב שפיר דשייך כל גדרי שבועה גבי נצ"ב וכנ"ל.

אכן אכתי אינו מיושב דהמ"מ סתם דבריו ומשמע אפי' טוען פרעתיך, והי' אפשר לומר משום דיש לו מיגו דהחזרתי בעין, אכן הב"ש בסי' צ"ו הביא תשו' הרי"ף דבטוען לגרושה השבע לי שלא פרעתיך א"צ לישבע ואם טען פרעתיך אחר גירושין טענתו טענה ותשבע ותבטל, וכתב הב"ש דמשמע דאפי' טוען לאחר גירושין שפרע קודם גירושין א"י להשביעה דאין אומרים מיגו להשביע, וכ"כ הכנה"ג בקיצור כללי מיגו מהגד"ת והסכים עמו התומים, אכן מד' הרמב"ם פי"ד מהל' מלוה שכתב עבר זמנו לא יגבה אלא בשבועה ומוכח דבכל גווני שטוען צריך לישבע, ומוכח דמהני מגו להשביע ותמיהני שלא הביאו כן דמד' הרמב"ם אלו מוכח להיפוך.

ונראה דמחלוקת הרי"ף והרמב"ם אי שייך מיגו להשביע תליא בדינא דפוגם שטרו שהי' חשוד דסובר הרמב"ם בפ"ב מטוען דנתבע נשבע היסת ויפטר מן השטר, וע"ז השיג הראב"ד וכתב איני מודה בזה, אלא שנוטל בלא שבועה שאין פוסלין שטר מקויים מפני שבועה דרבנן וא"ת הא דרב ושמואל הא אמרינן הבו דלא לוסיף עלה, וכבר כתבתי שם בעזה"י לבאר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בזה, אך בפשוטו י"ל דתלוי אם הדין הוא דוקא ביתומים והיינו דלעולם אין מפסידין בשביל שבועה דרבנן ורק ביתומים החמירו שלא יפרעו מהם כיון שאין יכולין לישבע, וכן כ' באמת הר"ן בשבועות לשיטת ראשונים, אלא שהר"ן כתב דהעיקר תלוי אם חל שבועה ועל חשוד לא חל שבועה וביתומים כבר חל שבועה על אביהם, אכן הרמב"ם יסבור דעל חשוד חל שפיר שבועה [ויש קצת לדייק שיטתו מזה דכתב בפ"ב מטוען דאינו נעשה חשוד עפ"י עצמו דאעפ"י שאנו חוששין לו, אם נתחייב שבועה משביעין אותו, שהרי אומרים לו אם אמת אתה אומר השבע ולא מפני שעברת עבירה אסור לך להשבע באמת, ואם נימא דבחשוד לא שייך כלל שבועה א"כ כיון שאנו חוששין לו מה שייך לומר ולא מפני שעברת עבירה אסור לך להשבע באמת, ואינו מוכרח]. ולכן בפוגם שהוא חשוד מפסיד כיון שאינו יכול לישבע, וא"כ לשיטת הרמב"ם דשבועה דרבנן אם אינו נשבע מפסיד שייך שפיר מיגו, ולא הוי מיגו להוציא שבועה אלא להחזיק ממון, כיון דאם לא ישבע יפסיד, אבל הרי"ף יסבור כשיטת

הראשונים דדוקא גבי יתומים מפסיד אבל בל"ז אינו מפסיד בשביל שבועה דרבנן ולכן ל"מ מיגו להשביע.

והנה הפנ"י הקשה על הרא"ה במה שדחה דברי היש מתרצים דלהכי איצטריך לשבועה משום דהוי תו"ז, ודחה הרא"ה משום דשעת מיתה זמנו הוא, והבין הפנ"י דכונתו הוא כד' הרא"ש ריש ב"ב והתוס' בפ' מי שמת דאורחי' להתפיסה צררי סמוך למיתה, עכ"פ הוא משום חשש צררי וא"כ איצטריך שפיר הא דתנאי כתובה ככתובה דהא חשש צררי לא אמרינן אלא בכתובה, וגבי בע"ח לא אשכחן חששא דצררי אלא אצל קטנים, אך באמת כונת הרא"ה במש"כ דשעת מיתה זמנו הוא על גוביינא דכתב על מה שכ' הראב"ד על מטלטלי ואיתנהו בעינייהו דבלא שבועה דדוקא בכתובה דהוא משום צררי אבל חוב צריך שבועה משום פרעון, וע"ז כ' הרא"ה ומיהו לא נהיר דהא כתובה בת גוביינא היא בשעת מיתה וזמנה היא, הרי להדיא דלענין פרעון הוא דלצררי בתורת שעבוד לא שייך כיון דכבר יש לה שעבוד מיוחד על המטלטלין וגם אצל בע"ח כתב כאן הרא"ה הל' דמתפיס לי' צררי וכונתו לענין גוביינא או שמגבהו ממש לשם פרעון, וכן בכתובה, וא"כ מיושב ד' הרא"ה שדחה דברי הי"מ דלשבועה איצטריך משום דהוא תו"ז כיון דאין חידוש בכתובה מבחוב, ודברי הפנ"י הם לשי' התוס' בגיטין שהביא דההחשש הוא משום צררי, אבל הרמב"ן בס' הזכות הוכיח להדיא מד' הגמ' שם דמקשה מאי איריא אלמנה אפי' כו"ע נמי דהא קיי"ל הבא ליפרע מנכסי יתומים וכו' ומשני דס"ד משום חינא וע"כ דההחשש משום פרעון, וכן מוכח מד' הרא"ה בעצמו שהבאנו, ולכן מיושבים ד' הרא"ה.

והנה המ"מ בפי"ד ממו"ל כ' ע"ד הרמב"ם הנ"ל דהפוגם שטרו תו"ז אינו נשבע וכ' וראיתי מי שחולק בדין הבא ליפרע מן הלקוחות שאפי' תו"ז אינו נפרע אלא בשבועה, דהא היכי דאודי בשעת מיתה דלא פרעי' גבי מיהא בלא שבועה וממשועבדים צריך שבועה, ה"נ לא שנא, וכן מצוי בתשו' לרבינו האי גאון ע"כ דבריהם, ואני אומר שאין הנדון דומה לראיה, דהתם בדין הוא שלא תועיל הודאה אצל לקוחות משום חשש קנוניא ואין בידו להפקיע הלקוחות, אבל גבי יורשים אין לחוש לקנוניא שהרי בידם להפקיע ירושתם בלא"ה, אבל בתו"ז משום חזקה הוא שאין אדם פורע תוך זמנו הלכך לקוחות ויתומים שוים.

והנה הרא"ש בב"ב כ' בטעמא דחיישינן לפרעון לגבי לקוחות אף דלגבי יתמי גובה בלא שבועה משום דאי איתא דפרע הוי פקיד בעידן דמית, ולגבי לקוחות לא אמרינן כן, והנה בטור איתא דברי רב האי במת תו"ז ובא לגבות מלקוחות והיינו דגם בחוב אמרינן

דרגיל לפרוע בשעת מיתה רק דביתומים אמרינן דאם איתא דפרע הוי פקיד, ומיושב קושית התומים שהקשה על סברת הרא"ש דאם איתא דפרע הוי פקיד וא"כ איך יהי' אם מת פתאום דלא שייך סברא זו, אך לדברינו מיושב שפיר דכל החשש שמא פרע בשעת מיתה ובזה אנו אומרים דאם איתא דפרע הוי פקיד, וממילא שפיר דבמת פתאום לא שייך זה, ומיושב ראיתו של רה"ג דמדלא מהני הודאתו לגבי לקוחות אע"פ שהודה בפירוש דלא פרעי' א"כ ה"ה בתו"ז כשמת כיון דרגיל לפרוע בשעת מיתה.

אלא דלפ"ז יקשה דאם כן במת תו"ז איך גובין מיתומים דהא לענין פרעון אפי' יטענו היתומים להדיא דפרע לא מהני, ואיברא דכתב הש"ך דהפירוש הוא דהוי פקיד ומברר דבריו, ומשום דסובר הש"ך דגם לענין חיוב שבועה לא מהני אפי' טענה מפורשת כך צוה לנו אבא, וא"כ מש"כ הרא"ש דאם איתא דפרע הוי פקיד ע"כ היינו דהי' מברר דבריו, ולענין לקוחות אמרינן דאינו חש לטובת הלקוחות, רק דבאמת ד' הש"ך אינם מוכרחים לכאורה, דלענין שלא לפרוע בלא שטר שובר הא אין זה מגרע לדין שבועה דהא תמיד בשטר איכא חזקה ומ"מ צריך לישבע, ואפשר דשם הסברא משום דשמא הי' לו שובר והיתומים אין יודעים מזה, אבל אי איתא דפרע לו בשעת מיתה הי' מברר דבריו והי' מודיע מקום השובר.

אכן אם נפרש כן כמוש"כ בד' הש"ך, עומדים לנגדנו ד' התוס' בב"ב דף ה' שכתבו דחזקה דשטרך בידי מאי בעי גרע מחזקה דתו"ז, משום דחזקה דשטרך בידי מאי בעי לא מהני לפוטרו משבועה, ותו"ז אמרי' בגמ' דמהני, ואי נימא דהפי' הוא דשמא הי' לו שובר ואבד א"כ לא גרע שטרך בידי מאי בעי וע"כ דאצל יתומים לא אמרינן דהי' לו שובר דמסתמא היו מוצאין השובר, וא"כ מוכח דלענין שבועה חיישינן שפרע אפי' בלא ראי', אכן התומים פי' דברי הש"ך דדוקא כאן בתו"ז כיון דלא יאמינו לו לא הי' פורע בלא ראי', ודבריו אינם מבוררים דהא גם במקום שטר לא יאמינו לו, ואולי אפשר לומר דכיון דאלים כ"כ חזקה דתו"ז דלא יוכל לומר אשתבע לי דלא פרעתיך רק אחר הפרעון אפשר בשבועת היסת לד' הש"ך שם, לכן אלימא הסברא לומר שלא הי' פורע בלי ראי' ומ"מ הוא דוחק (חסר).

הלכה כה

היא אומרת בתולה נישאתי ועיקר כתובתי מאתים והבעל או יורשיו אומרים בעולה נשאת ואין לה אלא מאה, אם יש עדים שראו שעשו לה המנהגות שנהגו אנשי אותה העיר לעשותן לבתולה כגון מיני שמחה או כתרים או מלבוש ידוע או שאר דברים שאין עושין כך אלא לבתולה הרי זו נוטלת מאתים ואם אין לה עדים הרי זו נוטלת מנה.

בגמ' מקשה וכיון דרוב נשים בתולות נישאות כי לא אתו עדים מאי הוי, אמר רבינא משום דאיכא למימר רוב נשים בתולות נישאות ומיעוט אלמנות וכל הנישאת בתולה יש לה קול וזו הואיל ואין לה קול איתרע לה רובא, וכתב הבעה"מ דאף למאי דקייל"ן אין הולכין בממון אחר הרוב מקשה הגמ' משום דאיכא תרתי רובא וחזקת הגוף ומהני כמו ברי וחזקה דגופא גבי משארסתני נאנסתי, והשיג עליו המלחמות דל"ש חזקת הגוף אלא גבי משארסתני נאנסתי דבנות ישראל בחזקת כשרות עומדות, אבל במשנתנו דאינו טוען בחזקת בתולה כנסתיך ונמצאת בעולה אלא בחזקת אלמנה נשאתיך או אלמנה מן הנשואין או שנכנסה לחופה ולא נבעלה ואין בשתים אלו חזקת הגוף שאין האשה עומדת בחזקת שלא נישאת מעולם, ודברי הרמב"ן צריכין ביאור בטעמא דבשלמא היכי שאין אנו יודעין זמן הנישואין שפיר דלא שייך חזקה [ועי' ט"ז יו"ד סי' שצ"ז בשמע שמת לו מת וא"י אם תוך ל' ויש לדון מד' הרמב"ן ובד' הפנ"י שהבאנו להלן ועי' בש"ש ש"ד פ"ח]. דאולי נישאת אליו אחר שנישאת מכבר ונתאלמנה, וכיון שאין אנו דנין על זמן ידוע אם היתה אז בתולה, רק דדנין אנחנו אם הוא נשאה בתולה ועכשיו היא ממ"נ נשואה, אבל בפשוטו הא אף ביודעין זמן הנשואין ומספקינן באותו זמן אם היתה בתולה נמי נימא כך דאין לה חזקת הגוף ובטוען אלמנה מן הנשואין אמאי לא נימא חזקה דהיתה בתולה.

ונראה עפ"מ שכתב הצל"ח בפסחים דף ז' במש"כ הרמב"ם בפ"ו ממעש"ש הל' י"א דתיבה שנשתמש בה חולין ומע"ש ונמצא בתוכה מעות אם רוב המניחין מעשר הרי המעות מעשר וכו' מחצה על מחצה חולין, וקשה דלמה אזלינן לקולא במע"מ והרי במעות שנמצאו בין חולין למעשר מפורש שם בהל' י"ב דאזלינן לחומרא, ותירץ הצל"ח דמעות יש להם חזקת חולין והספק שמא פדה בהם מע"ש ולכן במע"מ מוקמינן אחזקתן דהיו חולין, ובהל' י"ב אין הספק אלא מחמת הקופות מאיזו מהן נתגלגלו המעות והרי איתחזק לפנינו קופה של מעשר, אכן לי נראה דלא שייך בזה לאוקמי אחזקה דכיון דיש עכ"פ מעות מעשר והמעות שלפנינו לא ראינו אותם בזמן היותם חולין, ואפשר דהם מעשר דהא אפשר שיאבדו המעשר כמו החולין, וראי' לזה מהא דמוצא תבנית יד בע"ז דף מ"א אמאי לא נוקמינ' אחזקה דיש להם חזקת היתר ומוכח דכיון דלא ראינו אותם בהיתרם וידעינן שיש דברים שנעבדו ל"מ חזקה, ומיושב בזה ד' הגמ' בפסחים דף ט' דמקשה ואין ספק מוציא מידי ודאי והא תניא חבר שמת והניח מגורה מלאה פירות ואפי' הן בני יומן הרי הן בחזקת מתוקנין והא הכא דודאי טבילי הני פירי וספק מעושרין וספק לא מעושרין וקאתי ספק ומוציא מידי ודאי, והיינו דודאי טבל כיון שראו

פני הבית ונגמרה מלאכתן וספק אם עישרן חבר זה ספק לא עישרן, וצריך ביאור דמה צירף הגמ' זה דיש להם חזקת טבל להא דאין ספק מוציא מידי ודאי, דהרי לא על חזקה אנו דנין כאן בפסחים, ובע"כ דמדין אחר נגעו בה, ואי דסובר הגמ' כיון שראינו עכבר שנכנס הרי הוא בחזקת שאינו בדוק ומקשה מזה דכאן מועיל חזקה ובחבר שמת לא מהני, א"כ נקשה אהא דחבר מכל חזקה וכי עד השתא לא ידעינן מחזקה, ובאמת מפורש בגמ' היפך זה דבית יש לו חזקת בדוק דמדמינן בגמ' לב' קופות אחת של חולין ואחת של תרומה דאמרינן היתר נפל לתוך היתר (ואפי' בקבוע כתבו התוס' שם בדף ט' דא"צ בדיקה משום דיש לבית חזקת בדוק והרמב"ם דחולק בקבוע וסובר דצריך בדיקה בארנו במקומו דהוא משום דההחיוב בדיקה הוא על האדם ולא מועיל חזקת בדוק של הבית לגבי' כיון שיש לו ספק על הבית) עכ"פ צריך לבאר ד' הגמ' דצירף חזקה עם אין ספק מוציא מידי ודאי.

ולפי מה שכתבנו אפשר דכיון דלא ראינו את התבואה בטבלה לכאורה לא שייך לאוקמי אחזקתה דלא מהני אלא היכי דראינו אותה מקודם דאז מעמידין על חזקתן, אלא דע"י דאין ספק מוציא מידי ודאי מועיל דנתחזק לנו הדבר בחזקת ודאי, וממילא אסור מספק משום דנעמידנו אחזקתן, אכן כל זה לא שייך היכי שהספק הוא אם נלקח מהפירות המתוקנים כמו אם היו מוצאין פירות לא שייך לומר העמד אותם על חזקתם ומטעם דאין ספק מוציא מידי ודאי יש להם כבר חזקת טבל דעכ"פ הא יש גם מתוקנים בעולם ואין זה ודאי, דעל ספק מהיכן נפרשו ל"ש לומר אין ספק מוציא מידי ודאי ונפרשו מטבל, ולכן גבי חבר דהספק הוא על מעשה ההפרשה מקשה הגמ' דנעמידנו בחזקתן ע"י דאין ספק מוציא מידי ודאי.

ונראה דזהו סברת הרמב"ן כאן דעכ"פ יש נשואות בעולם ואין אנו יודעין עלי' מה היתה א"כ הוי כמו פירש דינר לפנינו והיו שם מעשר וחולין דלא שייך לאוקמי אחזקתן, ואף דשם הספק על הפרישה דבמקומו לא הסתפקנו ע"ז וכאן לא שייך לומר שהספק הוא אם נפרשה מהרוב אבל חזקה לא שייך כאן, ויסוד הסברא דבאיקבע ב' החתיכות לא שייך לאוקמי אחזקתייהו, והיינו דלא אמרינן גבי ט' חנויות סמוך מיעוטא לחזקה דאינה זבוחה בנמצא, כיון דהכשרות מוכיחין שיש כשרות, ולכן בהא דחבר נמי לאורח שבא לעיר ומצא אצל בעה"ב תבואה יהי' השאלה בדין קבוע ונמצא, והחקירה היא אם רוב פירות העיר מעושרין וא"צ לדון על חזקתן, אבל בני הבית שאין להם שייכות כלל עם שאר אנשי העיר לגבי דידם אין הספק בדין רוב, והספק אצלם הוא רק על תבואה זו אם היא מעושרת, ואין ספיקם שייך לשאר אנשי העיר, [איברא דיש מקום לחלק דכאן

הוי רובא דליתא קמן ואינו דומה לספיקא דט' חנויות דשם א' מברר על השני דאם יש שם ה' חתיכות ב' נבילות וג' כשרות ודאי דל"ש לאוקמי אחזקה שא"ז דבודאי יש גם כשרות ואם לא זו היא הכשרה תהי' האחרת הכשרה.

וכדמות ראי' למש"כ דאם לא ראינו בחזקתה הקודמת אין דנין מדין חזקה הוא ד' התוס' והרשב"א ריש חולין דחזקה שלא נתבררה ולא נודעה שעה א' לא אזלינן בתרה, והיינו דכ"ז שאין לנו עת מיוחדה שידענו בכשרותה לא שייך להעמידה על חזקתה הראשונה, ואף דאמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, נראה דהיינו דוקא לחומרא דהך דאין ספק מוציא מידי ודאי לא הוי חזקה המבררת עפ"י דין בתורת ודאי, אלא דע"י דאין ספק מוציא מידי ודאי לא מהני ספק הרגיל להתיר אבל לא נשאר לנו ודאי על המעשה, ותמוהים לי מאד דברי הרשב"א בחולין דף י"א לענין הגבינות שנעשו מבהמה שנמצאת טרפה בשעת שחיטה וכתב לדמות זה להא דמשארסתני נאנסתי דאמרי' דיש לה חזקה, וזה תימה דהתם ודאי איכא חזקה מעליתא, דמה דכ' הרמב"ן דל"מ חזקה בטוען אלמנה נשאתיך הוא משום דעכ"פ יש נשואות וכמש"כ אבל לענין אונסין ודאי יש לה חזקת הגוף, וכן מה שהביא ממומין בכתובות דף ע"ה קשה דהא ע"כ מיירי ממומין שאין לנו ספק שנולדו עמה וא"כ יש לנו חזקה מבוררה וצ"ע.

ובמה שכתבתי יש ליישב מה דקשה בהא דאמרי' בב"מ דף כ"ד ר"ח מצא גדי שחוט בין טברי' לציפורי והתירוהו לו משום מציאה כרשב"א משום שחיטה כר"ח בנו של ריה"ג וכו' אמר רבא רוב עכו"ם ורוב טבחי ישראל, והנה בפשיטות יש להתעורר דכיון דהתירוהו לו משום מציאה משום דרוב עכו"ם א"כ שוב אין לנו ראי' משום שחיטה כר"ח בנו של ריה"ג דכיון דרוב נכרים ונכרים לא ישליכו נבלות ובטל הראי' מדהושלך בשוק ש"מ נבלה הוא, ונראה דיש לעיין אם יש רוב בהמות כשרות וכנגד זה יש רוב אחר אם יש להתיר, ולכאורה פשוט דאין להתיר ואשכחן כה"ג ביבמות דף ל"ז דרוב נשים לט' ילדן וכנגד זה יש רוב נשים עוברן נכר לשליש ימי', וא"כ כיון דאמרי' דנפילה לא שכיחי א"כ יש רוב אחר כנגד רוב בהמות כשרות וא"כ עלינו לומר דבאמת נשלך ע"י ישראל, אלא דז"א דאם רוב כשרות כנגד רוב דלא מצוי דנפילה א"כ ישאר רוב עכו"ם.

ויש לעיין דאמאי לא נימא כאן סמוך מיעוטא לחזקה דלענין רוב מצויין אצל שחיטה מומחין כתב הרשב"א במשמרת הבית דלהכי ל"א סמוך משום דיש רוב שהם מסלקין החזקה, אבל הכא רוב עכו"ם אינם שהם מסלקין החזקה דלא בשביל שהם עכו"ם הם מסלקין החזקה דבאמת יש להבהמה חזקת איסור ואמרינן דרוב שוחטין שפיר ויש לנו רוב כנגד שאינם נאבדים ויש ראי' שנתנבלה וע"ז אנו אומרים דאם היתה מעכו"ם ע"כ

היתה אבדה, אבל אין רוב העכו"ם מסלקין החזקה יותר ממיעוט ישראל, דהא אין אנו אומרים דעפ"י רובן של העכו"ם צריכה להיות אבודה ואה"נ דאותם שהעכו"ם שוחטים מכיון שאינם חוששים לנבלות אינם משליכים לכן עפ"י רוב לא ימצאו אבודות, וא"כ הדר אפשר לומר סמוך מיעוטא לחזקה.

והנה אי אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ברובא דאיתא קמן ראיתי שנסתפק בזה הרמב"ן ביבמות דף קי"ט שהקשה אמאי לא נימא גבי שרצים וצפרדעים סמוך מיעוטא לחזקה ותי' משום דברובא דאיתא קמן לא אמרינן סמוך אי נמי כיון דודאי נגעו לא אמרינן סמוך שאין חזקתה של עיסה כלום שהרי הורעה חזקתה, הרי שהרמב"ן מסופק בדבר והנה לכאורה כיון שכתב הרמב"ן דהיכי דאתרע חזקה לא אמרינן סמוך א"כ גם הכא איתרע חזקה וזהו באמת תי' הפנ"י במה דאמרינן רוב מצוין אצל שחיטה מומחין הן ולא אמרינן סמוך משום דהורעה החזקה שהרי נשחטה לפניך, ולפי"ז גם כאן לא שייך לומר סמוך, אכן נראה דכונת הרמב"ן במה שכתב כאן שהרי הורעה היינו כמש"כ הרשב"א בטעמא דלא אמרינן סמוך גבי רוב מצוין משום דהרוב מתעסקין לבטל החזקה, וכן מצאתי שכתב הרשב"א במשמרת הבית, וא"כ נוכל לומר דאף דבנידון דידן איתרע חזקת הבהמה שהרי נשחטה לפניך, אבל כבר כתבתי דהכא אין רוב מתעסקין לבטל החזקה, שהרי אין אנו מכריעין ע"י רוב עכו"ם שודאי נשחטה דאדרבא אנו אומרים דאם רוב עכו"ם ששוחטין בהמות הם אינם משליכים לאשפה א"כ כיון שמצד זה אנו אומרים שהושלכה ע"כ דלא נשחטה ע"י עכו"ם, ולא שייך לומר זה אלא היכי דבסברא הרוב מבטל להחזקה, אבל הכא הרוב אינו מבטל החזקה יותר מהמיעוט רק דהריעותא שהיא מושלכת בשוק זה מטיל עלינו ספק שהיא נבלה, וממילא שהיא של ישראל וכן למש"כ הרא"ש בבכורות דף כ' ע"ב ובחולין דמה דלא מצרפינן מיעוט לחזקה ברוב מצוין אצל שחיטה מומחין הן, משום דהוי מיעוט שאינו מצוי א"כ תיקשי הכא ברוב טבחי ישראל דשפיר נצרף מיעוט טבחי נכרים לחזקה, ולפמש"כ בדברי הרמב"ן לגבי נשואות דלא מוקמינן לה אחזקה משום דכיון דיש נשואות לפנינו הוי איקבעו החתיכות לפנינו והספק אם נפרש מההיתר או מהאיסור, דל"ש לאוקמי אחזקתן, א"כ כאן כיון דרוב טבחי ישראל הרי רוב השחוטות הם שחוטות בהכשר ובכה"ג לא מוקמינן אחזקתן.

והנה הפנ"י נקיט בטעמא דהרמב"ן משום דכל פנוי' עומדת להנשא, ואין להקשות לסברת הפנ"י א"כ בטלת חזקת פנוי', אכן באמת לק"מ דאיברא דאם נעשה לנו ספק אם נתקדשה או לא דנעמידנה בחזקתה הראשונה, אבל אם לא נדע כלל אם נתקדשה כדין וכגון פנוי' שהלכה למה"י ויהי' לנו נ"מ אם נתקדשה או לא בזה לא נעמידנה בחזקתה

כיון שאין לנו כלל ידיעה מזה, ולכאורה תלוי זה כבר בדין חזקה העשוי להשתנות.

עוד אפשר הי' לומר דחזקת הגוף אינו שייך הכא כיון שעכשיו היא ממ"נ נשואה אין כאן חזקת הגוף דל"ש אלא היכי שאנו דנין ע"ז עכשיו, וכגון גבי נגע דהשאלה אם נשתנה מכמו שהי' ואמרינן אוקמה אחזקתה שלא נשתנה מכמו שהי' בשעה ראשונה, וכיון דמוחזקת בנגע אמרי' דלא חסרה, אלא דאינו מכוון בד' הרמב"ן שם.

ואם היה הבעל קיים יש לה להשביעו שבועת התורה שהרי הודה במקצת הטענה.

יש לה להשביעו שבועת התורה, לכאורה תמוה למה לא כתב ונשבע הבעל, ונראה דכיון דאינו אלא מתקנת הגאונים לגבות ממטלטלי לכן כ"ז שאינה תובעת זכות מטלטלין ליכא תקנה והוי שעבוד קרקעות.

כתב המ"מ ומ"מ קשה לן שהרי דברי רבינו בכאן הם במקום שאין כותבין כתובה וכמ"ש ובמקומות ההם אינו נאמן לטעון פרעתי בעיקר הכתובה אלא א"כ הביא ראי' וכמו שנתבאר, וכיון שכן היאך נקרא זה מודה במקצת וכבר נתבאר פ"ד מהל' טוען שאין מודה במקצת חייב שבועת התורה אלא בדבר שאפשר לכפור בו.

והנה בארתי בזה בפ"ד מהל' טוען ותורף הדברים עפ"מ שכ' הלח"מ בדעת הרמב"ם דבכדי לאפטורי משבועה תרווייהו בעינן שיהי' א"י לכפור ושיהיו כל קרקעותיו משעבדים, וצריך להבין למה לנו לב' הדברים, דממ"נ כיון דשעבוד נכסים הוי הילך א"כ מה איכפת לן אם יכול לכפור, דהיינו אם הי' שטר מקויים והודה בו, ובשאין לו בנ"ח ניחא דצריך שיהי' א"י לכפור בו שיוכל לגבות ממשעבדי, אבל באית לי' בנ"ח א"כ גם יכול לכפור עכ"פ הודה בשע"ק דהוי הילך והרמב"ן בב"מ דף ע"ב כתב דמנכסים שאחר הודאה גובה גם ממשעבדי א"כ הוי הודאה בהילך, (מלבד מה דשע"ק היא כקרקע דזה אינו סובר הרמב"ם כמו שבארנו שם), ולכן נראה דבאמת שעבוד נכסים לבד לא הוי הילך כיון דצריך גובייאנא, ובפרט לשי' הרמב"ם בפ"ג מטוען דפקדון לא נקרא הילך כ"ז שהפקדון ברשות הנפקד וא"כ כ"ש שעבוד, אלא דהעיקר תלוי מהי התביעה דהיכי דתבעו חמישים שבשטר וחמישים בלא שטר לא אמרינן דיש בתביעתו על החמישים שבשטר טענה שיתברר חיובו בב"ד, דהשטר חיובו מבורר, וכל הטענה היא לענין גבי', ולכן בשטר שכל נכסיו משועבדים לו, הוי כתובעו שלא בפניו שמברר חיובו בב"ד וטוען הגבו לי חובי מנכסי פלוני, וכיון דלא צריכינן לדידי' לא דמי להודאה במקצת, אבל היכי דאין הנכסים משעבדים להמלוה א"כ תובע ממנו חיוב תשלומין ועל הב"ד לומר חייב אתה ליתן לו ובשביל זה לא הוי הילך, [וכדוגמת הסוגיא בכתובות פ' נערה שנתפתתה בקרבן שבועה אי קנס קתבע או בו"פ וה"ה לענין שבועה]. ומיושב לפ"ז

מה שהקשה המ"מ על הרמב"ם באומר אלמנה נשאתיך אמאי נשבע שבועה"ת והא הוי הילך, ולהנ"ל ניחא דכיון דע"כ בליכא כתובה איירי, ולכן אף דהוי מעשה ב"ד מ"מ הא אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד, וצריך בירור עפ"י עדים שהיא אשתו, וא"כ הוי טענה עם הבע"ד ושפיר חשיב הודאה, ואף דגט יוצא מתחת ידה ומוכח שהוא בעלה, אכן הרמב"ם לטעמי' דארוסה אין לה כתובה, ואיברא דבשו"ע אה"ע סי' קכ"ו מבואר דלכתחלה יכתבו בגט ארוסה אנת ארוסתי, אכן הוא מדברי רבינו ירוחם וברמב"ם לא נזכר זה, ובנוסח הגט שלו כתוב סתמא אנתתי ומשמע בפשיטות דבכל גיטין איירי, ואף רבינו ירוחם לא הצריך כן אלא לכתחלה, וא"כ ע"י הגט לא תוכל לגבות וצריך דוקא עדי נשואין, וכיון דצריך עדים כבר הי' תביעה והודאה מבע"ד.

וכל הדברים האלו במקום שאין כותבין כתובה כמו שאמרנו.

במקום שאין כותבין, כתב המ"מ כונת רבינו שבמקום שאין כותבין כתובה אינה גובה אלא בראי' כפי מה שנתבאר, ובודאי אף במקום שכותבין אם נאבדה הכתובה והבעל מודה שלא פרעה ושנשאה אלמנה והיא טוענת שנשאה בתולה יש דין ביניהם כמו שכתבתי למעלה עכ"ד, נ. ב. ואין זה במשמעות דברי הרמב"ם שכתב וכל הדברים האלו במקום שאין כותבין, ונראה שמזה ראי' דהרמב"ם חולק על שי' התוס' בריש פ"ב דמיגו במקום מנהג לא אמרינן, ומיושב דברישא וגם בסיפא הי' נאמן, ויסבור דמיגו במקום רוב נמי נאמן ולא מהני קטן, ורק דקשה דמשבועה לא נפטר, ונראה עפ"מ שבארתי בפי"ג מהל' מלוה דהיכי דהמיגו מהני לממון לא אמרינן כללא דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, ולכן כאן כיון דביש עדים הי' מועיל המיגו לממון ולא הי' נשבע לכן לא מסתבר דבאין עדים ישבע ומ"מ יש להסתפק בזה.

פרק יז

הלכה ט

עי' משכ"כ בפכ"ה ממו"ל הל' ו'

הלכה יט

אבל המוחלת כתובתה לבעלה איבדה כל תנאי כתובה ואפילו מזונות אין לה עליו.

ואפילו מזונות, כתב הכ"מ כן נראה מדברי הרי"ף והרא"ש וגם הר"ן כתב שכדברי רבינו נראה עיקר, ונ. ב. דבריו תמוהים דהרא"ש השיג ע"ז דסובר דאפי' בחייו אין לה מזונות וכן הר"ן ג"כ משמע דחולק עליו ולא כתב אלא דקיי"ל כר"א ולא כר"ח, ואין לומר דגם כונת הכ"מ רק לענין זה דהא לאחר מיתה גם מוכרת אין לה וצ"ע.

פרק יח

הלכה א

ומשתתבע כתובתה בב"ד אין לה מזונות וכן אם מכרה כתובתה כולה או משכנה כתובתה או עשתה כתובתה אפותיקי לאחר והוא שתאמר לו פה תגבה חובך.

וכן אם מכרה כתובתה כולה, נ. ב. גבי תביעה לא כתב דבעי כל הכתובה ומוכח דגבי תביעה אפי' מקצת ועי' הל' כ"ח וצ"ע.

הלכה ו

מתה האלמנה יורשי הבעל חייבין בקבורתה, ואם נשבעה שבועת אלמנה ואח"כ מתה יורשיה יורשין כתובתה והן חייבין בקבורתה אבל לא יורשי הבעל.

ובהשגות הראב"ד כתב דעתא קלישתא קא חזינא הכא וכי מפני שלא נשבעה קרא ליורשי הבעל יורשי כתובתה והלא הם אומרים שכבר נפרעה מכתובתה ונטלה צררי והורישוה, אלא ודאי יורשי נדוניתה ונכסי מלוג שלה קוברין אותה ואע"פ שלא ירשו כלום. עכ"ל.

המ"מ הביא ד' הגמ' דמוקי להא דתנן יורשי' יורשי כתובתה חייבין בקבורתה, בשומרת יבם שמתה דיורשי הבעל שיורשין כתובה חייבין בקבורתה וסובר רבינו דכ"ש באלמנה דעלמא שלא נשבעה שאין יורשין שלה יורשין כלום כנזכר פט"ז שיורשי הבעל חייבין בקבורתה, ובאמת שיש לחלק בין זו שדינה שיורשי' יורשין אותה אלא שלא נשבעה להה"א דשומרת יבם, והיינו דל"ד לשומרת יבם דמדין יורש אותה היבם משום דלא הי' לה מקודם דין לגבות, וכ"כ הר"ן.

והנה שיטת הראב"ד ודעמי' לכאורה צריך להבין, דעכ"פ במאי עדיף כח האלמנה לגבי שומרת יבם, כיון דעכ"פ גם השומרת יבם לא נשבעה, ואפילו לדברי התוס' דיבם הוי כמו מיני' היינו דוקא כשהוא מיבם הוא עומד במקום אחיו, אבל כשמתה ואינו מיבמה הרי אינו אלא יורש דהא אי אפשר לומר דכל האחין יש להן דין יבמין, וכן הוא לשון הגמ' יורשי הבעל משום דכיון דמתה לאו שם יבמין עלייהו, וכיון דהוו יורשין הרי לא היתה יכולה לגבות מהם כתובה בלא שבועה, וצריך לומר בדעת הראב"ד דכיון דעכ"פ לא חלה עלי' דין שבועה מקודם לא שייך שתפסיד בשביל חסרון שבועה, אבל באלמנה לגבי יורשים כיון שכבר חלה שבועה מפסדת.

ובדעת הרמב"ם יש לומר לפ"מ שבארתי בפ"ב מהל' טוען הל' ה' בהא דאמרי' בשבועות דף מ"ז על הא דתנן חזרה שבועה למקומה א"ר אמי רבותינו שבבבל אמרי חזרה שבועה

לסיני ורבותינו שבא"י אמרי חזרה שבועה למחוייב לה, מאן רבותינו שבא"י ר' אבא דסבר משאיל"מ, ולכן בשניהם חשודים נמי חזרה שבועה למחוייב לה, ורבותינו שבבבל רב ושמואל דסברי ביתומים מן היתומים דמת לוה בחיי מלוה אין אדם מוריש שבועה לבניו ולכן בשניהם חשודים חזרה שבועה לסיני וכבר הקשו הראשונים דמאי ראי' מרב ושמואל דילמא סברי נמי כר"א דמשאיל"מ, ור"א נמי מצי סבר כרב ושמואל, ועי' בר"ן שהאריך בביאור הסוגיא, וכתב ולפיכך נ"ל דלר' אבא ע"כ חזרה למקומה דמתני' היינו למחוייב לה, דר' מאיר הכי קאמר כשהנתבע חשוד נסתלקה שבועה ממנו והטילוה חכמים על התובע, וכשהתובע חשוד חזרה למקומה שהי' לה מן הדין אילו לא תקנו חכמים שבועה על התובע כלל, ומעתה לר"א דאית לי' משאיל"מ חיוב שבועה בחשוד מוטל על הנתבע לפיכך הוא חייב לשלם כיון שאינו יכול לישבע אלא שהקילו חכמים עליו והטילו שבועה על התובע וכשהתובע הוא חשוד דתנן חזרה שבועה למקומה ע"כ היינו למחוייב לה דהיינו נתבע וכו' ואם אתה אומר חזרה שבועה לסיני שמפני שאין התובע יכול לישבע שבועת התקנה הפסיד נמצא שחזרה שבועה למקום שאין מקומה וכו' ורבותינו שבבבל דאמרי לסיני ע"כ לית להו דר"א אלא רו"ש נינהו דאמרי כבר נתחייב מלוה לבני לוה שבועה אלמא ס"ל שכל תובע שהוא חייב שבועה דרבנן וא"י לישבע הפסיד הלכך במתני' לא מצי אמרי חזרה למחוייב לה, ולדידהו חזרה שבועה למקומה דתנן היינו לסיני וכו' וכי תימא אכתי קשיא הילכתא אהילכתא וכו' יש לומר דודאי רב ושמואל בכל תובע שאינו יכול לישבע אמרי דמפסיד משום הכי מוכחינן מדרב ושמואל דאית להו חזרה שבועה לסיני מיהו אנן לא נקטינן כותייהו בכל דוכתא אדרבא אמרינן הבו דלא לוסיף עלה, משום הכי נהי דבמת מלוה נקטינן כותייהו היינו משום שאין שם פשיעה לנתבע כלל, אבל במתניתין כיון שהנתבע אינו יכול לישבע מפני פשיעותו ומדינא משלם אינו בדין שיהא חוטא נשכר ואע"פ שהתובע ג"כ מפני חשדו א"י לישבע אינו דומה שבועת תקנה לשבועת התורה המחייבתו לשלם עכ"ל.

וביאור דברי הר"ן נראה דהוא לפ"מ שכתב הר"ן מקודם על דרך הראשונים, דלר"א אי אפשר לומר דתובע חשוד יפסיד משום שא"י לישבע שבועת שכנגדו כיון דמעיקר הדין חייב הנתבע לשלם מתוך שא"י לישבע, ולכן אף שתיקנו שכנגדו נשבע ונוטל עיקר התקנה אינה אלא ביכול לישבע ובאינו יכול אינו חל עליו שבועה כלל, ורק מת לוה בחיי מלוה שכבר נתחייב מלוה שבועה ולא פקע ולכן בניו שאינם יכולים לישבע מפסידין אלא דקשה להר"ן דא"כ רו"ש נמי מצי סברי בשניהם חשודים חזרה שבועה למחוייב לה דליכא כאן למימר כבר נתחייב, ובזה הוא שכתב הר"ן אח"כ דרו"ש אית

להו בכל תובע שא"י לישבע מפסיד, אבל לדידן דאמרי' הבו דלא לוסיף עלה אמרי' דבשניהם חשודים כיון שהתובע א"י לישבע מפני פשיעותו מפסיד.

אכן סברא זו אינה ברורה כ"כ, ולכן נראה דרב ושמואל הוסיפו ואין אדם מוריש שבועה לבניו, ומוכח דסברי דגם באינו יכול מפסיד ומעיקר הדין אפי' מת מלוה בחיי לוה דיתומים נשבעין שלא פקדנו אבא, מעיקר הדין הי' צריך להיות שיפסידו בני מלוה, אף דמלוה לא נתחייב מכבר דאף דא"י לישבע מ"מ אינם יכולים ליפרע מנכסי היתומים של לוה, אלא שהקילו חכמים על יתומים שהיו נפרעין בשבועה שלא פקדנו אבא, ולזה חידשו דבמת לוה בחיי מלוה לא הקילו לגבי בני המלוה דאין אדם מוריש שבועה לבניו והיינו דלא עדיפי מאבוהון שלא הי' יכול לגבות בלא שבועה, אבל אם היו סוברים דבאינו יכול מעיקרא לא שייך כלל שבועה א"כ במת מלוה בחיי לוה אין כאן קולא אלא משום דלא חל שבועה, וממילא במת לוה בחיי מלוה סגי בהא דכבר נתחייב ואין צריך להוסיף ואין אדם מוריש שבועה, וע"כ משום דס"ל דבכל שבועה גם באינו יכול מתחילתו ולא חל עליו השבועה מפסיד ורק דגבי יתומים הקילו וא"כ אינו מספיק הטעם שכבר נתחייב מלוה שבועה לבני לוה כיון דבמת מלוה בחיי לוה תקנו להם חכמים שבועה שלא פקדנו אבא, א"כ נימא דגם כשמת לוה יש לתקנה זו, לכן הוסיפו דאין אדם מוריש ממון שיש עליו שבועה לבניו שאינם יכולים לישבע שבועה זו, ועכשיו מבואר דלדידן בחשודים על השבועה אמרי' דלא חלה שבועה דרבנן כלל אבל לרו"ש אף בא"י ולא חל השבועה מפסידין, ולכן סבר הגמ' דלרב ושמואל בפוגם שטרו ומת מפסידין היורשין, ורק לדידן דאמרי' הבו דלא לוסיף עלה כגון מאי כהא דאמר ר"פ הפוגם שטרו ומת יורשין נשבעין שבועת יורשין ונוטלין והיינו משום דבפגימה לחוד עוד לא חלה השבועה כ"ז שלא טען הלוה פרעתי.

נמצא לפ"ד דרב ושמואל לית להו סברא דהיכי דלא חלה אינו מפסיד מדאמרי טעמא דאין אדם מוריש שבועה ומוכח דסברי דגם ביתומי המלוה יש תקנה שיפטרו בשבועה שלא פקדנו ובלא תקנה גם מת מלוה בחיי לוה לא היו נוטלים, אבל לדידן דס"ל דבלא חלה אינו מפסיד א"כ ליכא תקנה כלל גבי מת מלוה בחיי לוה, והנה סברא דאין אדם מוריש צריך לומר דשייך נמי גבי פוגם שטרו ומת מדאמרינן הבו דלא לוסיף עלה והיינו משום דכיון דלא בעו רב ושמואל דינא דחלה ועכ"פ א"א להוריש ממון שיש בו שבועה וכמש"נ, איברא דכל הך סברא אמרתי לפי דעת הר"ן דבחשוד מקרי לא חלה ומשו"ה מיושב דלדידן בשניהם חשודים לא מפסיד החשוד הנוטל משום דלא חלה עליו שבועה כיון שהוא חשוד בתחילת חלות השבועה, וזהו רק לגבי החשוד התובע, אבל נתבע

דחיוב שבועה דידי' מן התורה הא אמרינן דלר' אבא חזרה שבועה למקומה ומשלם מדין מתשאיל"מ דבשבועה דאורייתא בכל גווני אם אינו יכול לישבע משלם, אבל הרמב"ם שפסק בפ"ב מטוען דפוגם שטרו שהי' חשוד דישבע הנתבע היסת ויפטר מן השטר ומוכח דסובר דבחשוד נמי חלה שבועה, וא"כ זה דלא כדברינו דבארנו ד' הגמ' דמוכיח מרב ושמואל דבשניהם חשודים חזרה שבועה לסיני ויפסיד התובע משום דסברי דאפי' בלא חל השבועה מפסיד כיון שא"י לישבע שבועה שכנגדו, אבל לדידן דהבו דלא לוסיף עלה אית לן דהיכי דלא חלה מקודם השבועה אינו מפסיד, ואיברא דהי' אפשר לחלק מפוגם שטרו שהי' חשוד דסובר הרמב"ם דחל שבועה עלי' ול"ד לפוגם שטרו ומת דעל יורשין שאינם יודעים ודאי לא חל שבועה כיון שהלוה לא כפר בחיי המלוה ולא נתחייב אביהם שבועה, אבל לפמש"כ הא מפורש מד' הגמ' דבשניהם חשודים חשוד שני לא חל עליו שבועה כיון שהי' חשוד בתחילת חלות השבועה.

אכן אפשר לומר דהרמב"ם נמי סובר דבחשוד לא חלה, אלא כמו שכתב הר"ן דיש סברא לומר דכשהנתבע אינו יכול לישבע מפני פשיעתו יפסיד, אלא דזה אינו מבורר בסברא, אבל יש לומר סברת הרמב"ם דחשוד לא דמי ליורשין דאינו בדין בשביל שהוא חשוד לא יפסיד דהנתבע יאמר מה לי שאתה חשוד כיון דעיקר החוב צריך עליו שבועה, אבל בשניהם חשודים לא אמרינן כן דכיון דגם הוא חשוד והוא מדינא משלם בדין הוא שנימא דבחשוד כיון דלא חלה אינו מפסיד, וא"כ א"ש דברינו גם לשי' הרמב"ם.

והנה לפ"ז נוכל לומר דהרמב"ם מכריח דא"א לומר כתי' הראב"ד, דא"כ לרב ושמואל דאין נ"מ בין חלה או לא חלה וגם בלא חלה מפסיד, שומרת יבם שמתה לא קברי לה יורשי הבעל דכיון שמתה לאו דין יבמין עליהם והרי הם יורשין והשומרת יבם לא נשבעה והו"ל להגמ' למתלי בפלוגתא דרו"ש ולמימרא דלדידן דלא פסקינן כרב ושמואל חייבין לקוברה ובגמ' משמע דלכו"ע דינא הכי.

והנה בגמ' אמר רבא ולימא אח אני יורש אשתו אין אני קובר, א"ל אביי משום דבאין עליו משני צדדים, וכתבו התוס' דהכי פריך ולימא אח אני יורש כלומר זכותו של אחי אני יורש כמו שהי' עושה הוא אם הי' קיים, אבל חובתו לא אירש כדאמר באלו נערות הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשים בה כל ימי שאלתה מתה אין חייבים באונסי', והסבר דבריהם הוא דמכיון שסוברים התוס' דקבורתה תחת נדוניתה א"כ ע"כ אין הביאור תחת ממש, דהא גם אשה שאין לה נדוניא בעלה קוברה, וע"כ דהם שתי תקנות, דבשביל זה שיורש נדוניתה תקנו קבורה, ואיברא דלכאורה זה הי' שייך אילו ירושתה הי' מתקנה, אבל נדוניא הא אינה מחוייבת להכניס ודין ירושתה הוי מדאורייתא, מ"מ

אפשר דנכסי צ"ב בעיקר הא לא הכניסה לו אלא כל זמן שתהי' עמדו והי' מן הדין שתוכל למכור על לאחר מיתה, ורק מתקנה הוא שנצ"ב הם שלו ול"מ מכירתה ואינה יכולה להתנות תנאים, ואף דנ"מ ג"כ א"י למכור אבל זהו מתקנת אושא, ונצ"ב מעיקר התקנה הוי שלו והיא לית לה אלא שעבוד כדאמרי' ביבמות בההיא איתתא דעיילי לי' לגברא איצטלא דמילתא בכתובתה שכיב שקלוה יתמי ופרסוה אמיתני וכו' א"ל מי לא מודה רב יהודא דמחוסר גוביינא וכיון דמחוסר גוביינא ברשותי' קאי, ומבואר דהיא אין לה אלא שעבוד, וכמבואר דעת הרמב"ם בפ"ל ממכירה דמהני מכירת הבעל בדיעבד בנצ"ב המטלטלין ועמש"כ שם, עכ"פ זה מוכרח דקבורתה תחת נדוניתה אינו תחת דוקא, וא"כ הוי זה חוב בפ"ע ונדוניתה הוא זכות בפ"ע ולכן שפיר שייך שיטעון הנני יורש זכותו אבל לא חובתו, ומתרץ הגמ' דבאמת הי' לו זכות לתבוע כתובה וכדמסיק יבם כאחר דמי וכמ"ש התוס', ורק משום דיבם מצד אחד כהאח וא"כ מטעם זה חייב קבורה.

אכן בדעת הרמב"ם כתבנו בפט"ז דמוכח מדעתו דתחת כתובתה היינו מנה מאתים א"כ לשיטתו הא אפשר לפרש תחת כפשוטו, והנה כתבתי למעלה דממה דלא מזכיר הגמ' דלרב ושמואל דבלא חלה ג"כ מפסיד שומרת יבם שמתה לא קברי לה יורשי הבעל, ע"כ דלא שייכא הא דרו"ש להכא, אכן יש לעיין בטעמא, ואין לומר משום דדמי ממש למת מלוה בחיי לוה, דזה אינו דהא כתבנו גבי פוגם שטרו דאף דלא חלה עדיין ולא שייך כבר נתחייב, ומ"מ סבר הגמ' דלית להו לדינא דר"פ, ומשום דעכ"פ יש על הממון דין שלא יטול בלא שבועה, א"כ ה"נ כיון דבאין עליו מב' צדדין אם אינו קובר את אשתו יתן כתובה ומשום שאינו כאחיו ממש ובצד זה הא יש עלי' דין שבועה, ומזה מוכיח שפיר הרמב"ם דכאן הפירוש הוא משום דקבורתה תחת כתובתה ממש וכל היכי שנמצא כתובתה חייבים לקוברה ושייך זה אפי' ביורשים, וזהו פשוט דבקבורה לא הצריכו חכמים שבועה כמו דהבעל אינו יכול לטעון טענות של שבועה, ואיברא דמהבעל אין ראי' משום דהוי כמו מת מלוה בחיי לוה אך יש להוכיח יותר לפ"מ שכתבנו דרו"ש לית להו דינא דר"פ בפוגם שטרו ומת דבניו נשבעין שבועת היורשין ונוטלין דכיון דממון זה יש עליו דין שבועה, וא"כ בפוגמת כשפגמה תוס' כתובה נימא דאינו קוברה וע"כ דלגבי קבורה חייב ליתן בלי שבועה, אלא דלשיטת התוס' אין להוכיח כן דכיון דלאו תחת כתובתה ממש הוא א"כ גבי בעל לא שייך שבועה.

נמצא דלשי' הראב"ד צריך לומר דמה דשומרת יבם יורשי כתובתה קוברים אותה, ואף דגם ביבמה יש דין שבועה, וצריך לומר משום דהוי כמו מת לוה בחיי מלוה, ומה דאינו נותן כתובה הוא משום דאמר היבם דהוא כמו הבעל, ולכן באים עליו מב' צדדים דאם

הוא כמו הבעל לא שייך שיאמר שאינו קובר אותה, אבל הרמב"ם מוכיח דלרב ושמואל לא יוכל לומר יתן כתובה דהא רו"ש סברי בפוגם שטרו אף דאכתי לא חלה שבועה מ"מ שייך לומר אין אדם מוריש שבועה לבניו, א"כ גם כאן כיון דשייך ביבמה דין שבועה ל"ש שתטעון יתן כתובה, ומוכח דלגבי קבורה צריך ליתן בלא שבועה, ולכן שייך זה לגבי יורשים ג"כ וא"ש מה דפסק הרמב"ם דבכל אלמנה אם לא נשבעה יורשי הבעל קוברים אותה.

פרק כ

הלכה יג

נשאת הבת אחר שגדלה בין נערה בין בוגרת ולא תבעה פרנסתה אבדה פרנסתה, ואם מיחתה בעת נשואיה הרי זו מוציאה את הראוי לה כל זמן שתרצה, בגרה ועודה בבית אביה בין שבגרה אחר מותו בין שהניחה בוגרת אם פסקו האחין מלתת מזונותי' שהרי אין לה מזונות כמו שבארנו ושתקה ולא תבעה פרנסתה אבדה פרנסתה ואם מיחתה לא אבדה פרנסתה.

בגמ' כתובות דף ס"ח ע"ב א"ל רבינא לרבא אמר לן רב אדא בר אהבא משמך בגרה וכו' ונ"ב לדעת הרמב"ם צ"ל דגורס בגרה אינה צריכה נשאת צריכה למחות והשאר מוקף וקושיית הגמ' דמוכח דברייתא מיירי במיחתה, וטעמו דבנשאת לא שייך מיתזנא ויתיישב קו' התוס' ד"ה הא ועי' בה"ג ושאלתות.

פרק כא

הלכה א

במשל"מ הביא דברי המהרי"ט שנסתפק באלו הנשים הנכנסים בבית השרים והמה כאניות סוחר להביא טרף לביתם ומכלכלין את בעליהן אם יש לבעלה זכות בנכסי' או לא.

ותמה המל"מ דזה תלוי במש"כ הראב"ד דאלמנה שהשביחה הקרקע של יתומים השבח לעצמה, דלא הוי בכלל מע"י כיון שאין יכול לכופה למלאכות אלו, ולדעת הרמ"ה דמציאתה לעצמה באינה ניזונית, ה"ה בנדון דמהרי"ט אין לבעל זכות בנכסי', וסיים המל"מ וכל מה שצידד הרב ז"ל בסוף דבריו לא שייכא אלא אם נחשוב שבח זה מע"י אבל למאן דיהיב לי' דין מציאה סוף סוף הרי לא זכה בעלה ומציאתה לעצמה לדעת הרמ"ה, ודבריו תמוהים דמהרי"ט צידד שם לומר דלא מיקריא אינה ניזונית, והרמ"ה

מיירי באינה ניזונית והמהרי"ט שפיר חקר באופן זה אם נקראת ניזונית או דהוי כמי שאמרה איני ניזונית, וצריך להוסיף דאי מיקריא אינה ניזונית דסובר המהרי"ט דודאי לא שייך להבעל די"ל דאפי' לדעת הרא"ש דמציאתה לבעלה היינו דוקא במציאה, אבל הכא אף דלגבי דידה לזכותה נוכל לומר דאינה כמע"י ע"ש בסי' צ"ה בדברי הרשב"א שהביא הב"י, מ"מ לחובתה לא גרע ממעשה ידי' ואינה מחוייבת ליתן לבעל ודוק בזה.

פרק כב

הלכה טו

נתבאר בפ"ל מהל' מכירה.

הלכה יז

וכן האשה שמכרה או נתנה נכסי מלוג לבעלה ממכרה ומתנתה קיימין ואינה יכולה לומר בנכסי מלוג נחת רוח עשיתי לבעלי, אבל בשאר נכסים יש לה לומר.

וכן האשה, נ"ב עי' יד רמ"ה ב"ב דף נ' שכתב דליתא לדאמימר, ובזה נוכל ליישב מה דמוכח מדברי הרמב"ם גבי יום או יומים וגבי שן ועין דעבד של ב' שותפין ממש לא נקרא עבדו המיוחד לו, ולא כפירש"י ותוס' בב"ק דף צ', וקשה דהא בדאמימר א"א לומר דשני שותפין אינם יכולין למכור נכסיהם, ולפ"ז נוכל לומר דסובר הרמב"ם דאמימר ודאי מוכרח לפרש כפרש"י דדוקא בק"פ סובר ר"א כן אבל כיון דלא קיי"ל כאמימר מפרשינן הברייתא כפשטה ואפי' בשותפין ממש.

הלכה כט

נתבאר בפ"ב מהל' מלוה הל' ח'.

פרק כג

הלכה יג

עי' כ"מ שהביא דברי הריב"ש שכתב צריך שיתנו כן בשעת קדושין כל' רב גידל עמדו וקדשו, ואפשר דה"ה בשעת נישואין אע"פ שכבר קדשו דבההיא שעתא הוי גמר החיתון וכו', וכן נראה מל' הרמב"ם בפי"א ממכירה. ונ"ב תימה דהא התם צריך קנין, ועי' במש"כ בפי"א ממכירה ועי' בכ"מ שם.

פרק כד

הלכה ד

וכן אם לותה ואכלה.

עי' מ"מ במש"כ וי"ל שרבינו פסק כל"ב, ונ"ב עוד י"ל דהא דמשני כי תניא ההיא לאחר מיתה, ר"א הוא דמתרץ לה לדחויי לר"י, אבל ר"י הא סתמא אמר יש לה לל"ב ולא סבר דשייך בלותה ואכלה בעמוד והוצא קאי, ועי' בריטב"א.

הלכה טז

עוברת על דת משה או על דת יהודית וכן זאת שעשתה דבר מכוער אין כופין את הבעל להוציא אלא אם רצה לא יוציא, ואע"פ שלא הוציא אין להן כתובה שהכתובה תקנת חכמים היא כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, ולא הקפידו אלא על בנות ישראל הצנועות אבל אלו הפרוצות אין להן תקנה [זו] **אלא תהא קלה בעיניו להוציאה.**

הח"מ באבה"ע סי' קט"ו ס"ק י"ח כתב ונראה אם אין מוציא אותה והיא מתנהגת כבנות ישראל הצנועות חייב לכתוב לה כתובה מנה וכ"כ הב"ש עי"ש, ונ"ב אינו מוכרח לפ"מ שכ' הרמב"ם בהל' ו' בטעמא דזינתה אין לה כתובה משום שהיא גרמה ליאסר על בעלה, ובהל' י' כתב דעוברת על דת משה ויהודית שוים לזנתה, א"כ אינו משום קנס אלא משום דמה שמגרשה הוא בגרמתה והיא נתנה אצבע וא"כ לא נמחל כלל שעבוד הכתובה דיש בידה לחזור, ואף דאינו מחויב להמתין ויש לו רשות לגרשה תיכף בלא כתובה, מ"מ כיון שלא נתבטל חיוב הכתובה בעצם אלא בשביל שמגרשה בגרמא דידה ואם יתבטל הגרמא תשאר הכתובה קיימת, ואף דגם אם תתאלמן אין לה כתובה היינו דכיון דכבר היתה עומדת שתתגרש בלא כתובה.