הלכה · שולחן ערוך · מפרשים

אבני מילואים א - ב

רבי אריה לייב הכהן הלר [בעל הקצות]

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אבני מילואים א - ב

רבי אריה לייב הכהן הלר [בעל הקצות]

מקור הטקסט: דיקטה · רישיון: CC BY-SA 4.0

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/אבני-מילואים-א-ב/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 5
סימן ב 12
סימן ג 16
סימן ד 20
סימן ה 47
סימן ו 48
סימן ז 58
סימן ח 69
סימן ט 70
סימן י 71
סימן יא 80
סימן יב 89
סימן יג 91
סימן טו 110
סימן טז 112
סימן יז 123
סימן יח 124
סימן יט 125
סימן כז 125
סימן כח 156
סימן כט 243
סימן ל 276
סימן לא 292
סימן לב 323
סימן לג 330
סימן לד 338
סימן לה 339
סימן לו 356
סימן לז 361
סימן לח 386
סימן לט 418
סימן מ 429
סימן מא 446
סימן מב 449
סימן מג 461
סימן מד 471
סימן מה 482
סימן מו 494
סימן נ 500
סימן נא 509
סימן נב (נג) 514
סימן סט 532
סימן ע 534
סימן עא 556
סימן עב 561
סימן עג 591
סימן עד 592
סימן עז 604
סימן עח 624
סימן עט 636
סימן פ 640
סימן פא 643
סימן פב 660
סימן פג 665
סימן פד 667
סימן פה 670
סימן צ 680
סימן צא 729
סימן צב 744
סימן צג 773
סימן צה 793
סימן צו 794

סימן ק 807
סימן קב 819
סימן קג 827
סימן קה 846
סימן קיא 851
סימן קיב 863
סימן קיג 877
סימן קיד 887
סימן קכז 894
סימן קכט 928
סימן קלו 929
סימן קלז 933
סימן קלח 958
סימן קלט 964
סימן קמא 985
סימן קמג 1006
סימן קמט 1033
סימן קנז 1034
סימן קסט 1035
סימן קעד 1037
סימן קעח 1051

אבן העזר
אבני מילואים חלק א
הלכות פריה ורביה

סימן א

סעיף ג

ס"ק א

קודם י"ג לא ישא בתשובת מוהרי"ק סימן כ שהשיב ר' יצחק בר יהודא בבן י"א שנה שקידש לו אביו אשה בטבעת ועדים שצריכה גט שמצינו בכ"מ שזכין לאדם שלא בפניו כו' ע"ש ומוהר"אנח בתשובותיו סימן מ"א כתב שראה בס' א' שהי' מי שחשש לסברא זו מוהר"י מינץ הסכים עמו ע"ש. ובתשובת מוהרי"ט חלק אה"ע סימן מ"א האריך שם בסתירת דבר זה וע"ש שהביא ראי' מהא דאמרינן פ"ק דקידושין דף י"ט בעי ריש לקיש מהו שמייע' אדם לבנו קטן בנו אמר רחמנא כל דהו או דלמא בנו דומיא דידי' מה הוא גדול אף בנו גדול אמר ר' זירא ת"ש איש פרט לקטן אשר ינאף את אשת איש פרט לאשת קטן ואי אמרת מייעד א"כ מצינו אישו' לקטן ואלא מאי אינו מייעד אמאי קא ממעט ליה קרא תיפשוט מיניה דמייעד אמר רב אשי הכא ביבם בן ט' ויום א' הבא על יבמתו עסקינן דמדאורייתא חזיא לי' מהו דתימא כיון דמדאורייתא חזיא ליה וביאתו ביאה הבא עלי' מתחייב באשת איש קמ"ל וע"ש ומדאמ' ר' זירא א"כ מצינו אישות לקטן אלמא לא משכחת אישות לקטן כלל ואי ס"ד זכין לו כיון דקטן יש לו זכי' מן התורה מצינו אישות לקטן וביעוד גופי' ע"י אביו הוא שמייעדה לבנו ובכסף שקנאה בו בשעה ראשונה אלמא אין לו זכות לקטן אפי' ע"י אביו והאי דאשת קטן מפרש לה רב אשי ביבם בן ט' ויום א' כו' ס"ד דתקנה נמי קמ"ל כפי' תו' שם עכ"ל. וליישב דברי ר"י בר"י נראה דהא דבעי ר"ל מהו שמייעד אדם לבנו קטן היינו מדין יעוד דיעוד אפי' בע"כ דידה וע"ש תוס' פ"ק דף ה' ד"ה שכן ישנה בע"כ של אב ובע"כ של בת דהא דאמר לקמן דף י"ט אשר לא יעדה שצריך לייעדה לא שצריך לעשות מרצונה אלא שצריך להודיעה שלשם קידושין מייעדה ע"ש וכ"כ הרשב"א בחידושיו דאינו צריך לעשות מרצון האב ומרצון הבת רק גזירת הכתוב ביעוד שצריך להודיע' ע"ש וא"כ אי לאו מדין יעוד לא הי' בע"כ ועוד דאפי' ברצון האב וברצון הבת לא מהני לאחר ואפי' הוא גדול כיון דקי"ל דמעות הראשונת לקידושין ניתנו וכמ"ש הרמב"ם פ"ד מהל' עבדים והמעות הראשונ' דניתנו לקידושין לא ניתנו אלא לדין יעוד לו או לבנו והוא כאומר מעכשיו אם ירצה לייעד וכדאי' בקידושין

דף י"ט ע"ש ברש"י ואם ירצה האדון אח"כ לזכות במעות הקידושין לאחר שאינו בתורת יעוד אפי' לגדול ודאי לא מהני כיון שבתחלה לא ניתנו מעות הראשונות לקידושין אלא לתורת יעוד לו או לבנו ואי נימא דבנו קטן אינו בתורת יעוד לא מצי זכי ליה לקידושין דאפי' לגדול אם הוא אחר שאינובתורתיעוד לא מהני וכן למ"ד מעות הראשונות לאו לקידושין ניתנו ומקדשה במה שנשתייר שוה פרוטה סמוך לשקיעת החמה נמי דעת האב אינו אלא לדין יעוד וכמ"ש רש"י פ"ק דקידושין דף י"ט ז"ל וכי משייר בה שוה פרוט' הוה קידושין אלמא הואיל ומכרה ויודע שהאדון יכול לייעד' לאחר זמן מדעתי' הוה כאומר לה קיבלו קידושין עכ"ל ואינו כאומר קיבלו קידושין אלא למי שהאדון יכול לייעדה אבל לא לאחר דאב לא נתרצה אלא לזה שיודע שיכול לייעדה ואי נימא דבנו קטן אינו בדין יעוד ה"ל כאחר וזה פשוט וברור: וראיתי בשו"ת נ"ב סימן ס"ב שהגאון בעל נ"ב וחתנו הגאון הקשו ג"כ מהך סוגיא מהו דמייעד לבנו קטן והקשו דהא יעוד ע"י אביו הוא ע"ש ואינו קושיא דאפי' אם הוא גדול לא מצי זכי אם אינו בתור' יעוד כיון דקידושין הראשונים לתורת יעוד ניתנו ולא למוסרה לקידושין לכל מי שירצה האדון וכמ"ש: והא דאמר ר' זירא א"כ מצינו אישות לקטן הוי מצי למפרך דהא בלא יעוד משכחת אישות לקטן ע"י זיכוי אלא דעדיפא מיני' מקשי דאי אינו מייע' א"כ אמאי קא ממעט ליה קרא. אלא אי קשיא הא קשיא בהא דאמר תיפשו' מיני' דמייעד ורב אשי מוקי לה ביבם קטן הא שפיר משכח' לה אישות בקטן והתורה ממעט ליה ממיתה: ונראה בזה לפי מ"ש בסימן מ"ד סק"ג גבי שפחה חצי' בת חורין דתפסי בה קידושין והבא עלי' אינו במיתה אלא בקורת תהי' ושם מבואר אצלינו דאם קידשה אחר תפסי בה קידושי שני דהא דבאשת איש לא תפסי קידושי אחר אמרו בש"ס פ' האומר דף ס"ד דאתי' מהיקשא דר' יונה דהוקש' כל עריות אהדדי ע"ש והיכא דליכא חיוב מיתה אינו בהיקשא דר' יונה וע"ש ואי נימ' דבקידושי קטן ע"י זיכוי התור' ממע' ממית' א"כ תפסי בה נמי קידושי אחר וכיון דתפסי בה קידושי אחר תו לית בה משום זכות א"כ לא הוי כלל אשת קטן וכמ"ש במשנה למלך כיוצא בזה בפ"ז מה"ל אישות ז"ל נסתפקתי באומר לחבירו צא וקדש לי אשה פ' והלך וקידשה קידושי דרבנן או ספק קידושין מהו מי אמרינן דהוי קידושי דרבנן או ספק מקודשת או דלמא הוי שינוי בשליחות דמצי למימר המשלח אני לא עשיתיך שליח אלא בקידושי ודאי מן התורה שאם יבא אחר ויקדשנה שלא יהי' קידושין תופסין בה אבל קידושי דרבנן או ספק קידושין דקידושי אחר תופסין בה לא ניחא לי והוי שינוי בשליחותו ואינה מקודשת כלל עכ"ל וא"כ אי נימא דהתורה מיעטו ממיתה אינו אשת קטן כלל דלא הוי זיכוי כיון דקפידא הוי בזה

לקידושין שקידושי אחר תפסי בה להכי איצטריך רב אשי לאוקמי ביבם בן ט' וקמ"ל קרא שלא יהי' בה דין אשת איש וכמ"ש תו' והא דקרי לה אשת קטן כבר כתב בשו"ת נ"ב משום דעשו ביאת קטן כמאמר בגדול וה"ל אשת איש מדרבנן וע"ש סימן ס"ב אבל אם ע"י זיכוי אינו אשת קטן כלל היכא קאמר פרט לאשת קטן וא"כ למסקנא דקאי על יבם קטן ולא מיעטה תורה ממיתה באשת קטן ע"י זיכוי א"כ הבא עלי' במיתה וקידושי אחר לא תפסי בה והדר ה"ל זכות וזכין לקטן ודו"ק: ובשו"ת נ"ב סימן ס"ג בשם חתנו הגאון הקשה לדברי ר"י בר"י למה תיקנו נישואין לחרש הרי יכול להיות בו קידושי תורה ע"י פקח שהרי בודאי אין חילוק בין אב לאחר לטעם דזכין לאדם שלא בפניו גם כלל גדול הוא דחרש כשם שכונס כך מוציא ולדברי ר"י בר"י משכחת שכונס ואינו מוציא שאם קידש לו אחר א"כ הוי קידושי תורה ע"ש: ולפי מ"ש בס' קצה"ח סימן רמ"ג סק"ו דבחרש אין מזכין ע"י אחר אלא דוקא בקטן דאתי לכלל דעת וכדאי' פ' איזהו נשך קטן דאתי לכלל שליחות אית לי' זכי' נכרי דלא אתי לכלל שליחות לית לי' זכי' וע"ש וא"כ בחרש ליכא כלל דין זכי'.

סעיף ז

ס"ק ב

אבל אם הי' לו בנים כשהוא עבד. בתו' חגיגה דף ב' ד"ה לא תהו בראה כו' הוכיחו שם דעבד חייב בפ"ו מדברי הירושלמי עבד מהו שישא במועד עד כל שהוא מצווה בפ"ו אסור לישא במועד ועוד פרו ורבו אכולהו בני נח כתוב אף לכנען ע"ש ובמשנה למלך פ"י מה"ל מלכים ז"ל וראיתי להרב בעל חידושי שכתב על דברי תו' הללו וז"ל והוא דבר תמוה דהא אמרינן פ"ו לישראל ולא לבני נח כו' וצ"ע עכ"ל ודברים הללו שלא בהשגחה כי דברי תו' הם פשוטים שהדבר ידוע דאמרינן דכל מצות שנאמר לבני נח ולא נשנית בסיני לישראל נאמרה ולא לב"נ היינו מסיני ואילך דכשבאו לסיני ישראל שיצאו לקדושה עמדו באיסורם אבל עכו"ם ניטלה מהם כו' אך קודם סיני פשיטא דמצות פ"ו היתה מוטלת על בני נח כו' ומ"ש תו' ועוד פרו ורבו אכולהו בני נח כתיב ואף לכנען כוונתם הוא דמלתא דפשיטא דעבד זה דמיירי התם בעבד שמל וטבל לשום עבדות שהרי ישראל גמור הוא ואף לאחר שבאו לסיני ונטלה מבני נח העבדים הם מוזהרים עלי' כדין ישראל דאיך יעלה על הדעת דבשביל שנטלה מבני נח יהיו פטורים העבדים שמלו וטבלו לשום עבדות וכל עצמם של תו' לא באו אלא לומר דהי'

עול' על הדעת דמתחלה לא נצטוו העבדים בפ"ו משום דאין להם חייס וא"כ בסיני נמי נהי דנשארה מצוה זו לישראל מכל מקום העבדים פטורים משום דאעיקרא דמלתא

העבדים לא נצטוו בה לזה כתבו התו' דהא ליתי' דפרו ורבו אכולהו בני נח כתיב ואף לכנען נמצא מתחלה כשצוה ד' לבני נח על פו"ר גם העבדים נצטוו וא"כ בסיני נהי דנטלה מבני נח פשיטא דעבדים שמלו וטבלו לשום עבדות לא נטלה מהם זו היא כוונת דברי תו' בלי ספק והאריכות בזה יגיעת בשר עכ"ל: ואם זו היא כוונת תו' וכמ"ש במ"ל א"כ לא הוכיחו מהא דכתיב פרו ורבו אף לכנען דאי נימא דעבדים פטורין משום דאין להם חיים אינו אלא בעבד שמל וטבל אבל אם לא מל וטבל אית לי' דין נכרי ויש לו חייס וכמבואר להדיא בפ"ו מה"ל איסורי ביאה בעבד שלא מל וטבל לשום עבדו' הולד הולך אחר הזכר וכתב שם הרב המגיד משום דבמל וטבל הוא דאין לו חייס אבל בעודו נכרי אין בו משום עבדות ע"ש וא"כ פ"ו דכתב לכנען כיון דלא מל וטבל אית לי' חייס והרי הוא כשאר בני נח והשתא דנטלה מבני נח ואינה אלא לישראל מצינו למימר דעבד פטור מפ"ו כיון דאין לו חייס ואם לא מל וטבל ודאי ליתי' בפ"ו כיון דה"ל נכרי: וכמו כן אם נאמר טעמא דעבד פטור מפ"ו משום דאתקש לאשה דגמרינן לה לה מאשה וכל מצות שהנשים פטורות עבדים פטורים נמי אינו אלא בעבד שמל וטבל אבל אם לא מל וטבל אינו בהקש דלה לה מאש' וכמ"ש הרמב"ן בחידושיו ליבמות דף מ"ה ז"ל אבל עכו"ם גופי' כיון דקני לי' קנין הגוף בלא טבילה צריך גט שחרור ומספקא לי מלתא כיון דעכו"ם ליתי' כלל בתורת גיטין היכי אית לי' יד בשלמא עבד שמל וטבל הא איתי' במצות וגמרו לה לה מאשה כו' ע"ש והובא אצלינו בסימן ל"ה ס"ק י"ג ע"ש הרי דלא אתקש עבד לאשה אלא עבד שמל וטבל שחייב במצות וא"כ נהי דכתב גם לכנען פ"ו כיון דלא מל וטבל הרי הוא כשאר בני נח ואין לו דין אשה וא"כ בין לטעמא דאין לו חיים ובין לטעמא דאיתקש לאשה הכל אינו אלא בעבד שמל וטבל אינו ראי' מכנען וצ"ע. ובעיקר דברי תו' לא ירדנו לכוונת' דאם עבד חייב בפ"ו וכמו שהוכיחו תו' מירושלמי א"כ צריך לומר דמקיים העבד פ"ו דאם לא מצי לקיים היכי מצווה וביבמות דף ס"א אמרו הכל מודים בעבד שנשתחרר דאין להם חייס ולפי דברי תו' הרי כבר קיים פ"ו בעודו עבד ואין לומר דקודם שנשתחרר קיים מצותו אלא דלאחר שנשתחרר משום דה"ל כקטן שנולד צריך לקיים אחר שנשתחרר דא"כ בנכרי שנתגייר נמי נימא הכי דה"ל כקטן שנולד והשתא בנכרי שנתגייר דקודם שנתגייר לא קיים מצותו כלל ואפ"ה לאחר שנתגייר תו אין צריך לקיים כיון דיש לו יחוס ועבד שקיים מצותו בעודו עבד למה יתחייב לקיים אחר שנשתחרר וצ"ע, עוד שם במשנה למלך ז"ל דפ"ק דע"ז דף ה' אמר ר"א מנין למחוסר אבר שאסור לבני נח דכתיב מכל החי כו' אמרה תורה הבא בהמה שחיין ראשי אברין שלה וכתבו תו' ז"ל מנין למחוסר אבר יש לדקדק מלשון אסור שהוא איסור גמור ובן

נח מוזהר עלי' ותימה מאי טעמא לא חשיב לי' בהדי' שבע מצות שנצטוו ויתחייב עליו מיתה כו' וי"ל דהאי קום עשה הוא דמאיש איש מרבינן דבעכו"ם נודרין נדרים ונדבות כישראל ואם נדר מחוסר אבר אמרינן לי' קום והבא קרבן שלם וקום ועשה לא חשיב ע"כ ואיכא לאתמוהי טובא בדברי תו' דאף דנימא דכיון דנודרים נדרים ונדבות כישראל שמחויבים לקיים נדרם ואית בהו משום בל יחל זהו דוקא במה שנודרים לה' להקריב בבית המקדש שנתרבו מאיש איש אך במה שנודרים להקריב בבמה שלהם שיתחייבו לקיים נדרם זה לא שמענו כו' זאת ועוד דאפי' במה שנודרים להקריב בבית המקדש לא ידעתי מנא לן שנצטוו לקיים נדרם ואזהרה דלא יחל דבריו וכן מוצא שפתיך תשמור דוקא לישראל נאמר ולא לבני נח כו' ומה שנחלקו בפ"ק דערכין ר"מ ור' יהודה אם הכותי מעריך או לא לאו לחייב הכותי שיתקיים דבריו אלא אליבי' דר' מאיר מעריך אם הפריש חלה קדושה על הערך וטעון גניזה אם אמר לשמים נדרתי ויש בהם מעילה לפי שהערכין הם קדשי בדק הבית כו' ולמ"ד אין מעריך אין בדבריו כלום ואם הפריש הערך לא חלה קדושה אבל לענין שיתחייב העכו"ם לקיים דבריו זו לא שמענו וראיתי לרבותינו בעלי תו' בפ' בתרא דנזיר עלה ס"ב על האי דאמרינן דאפי' למ"ד מופלא סמוך לאיש דישראל הוי דרבנן מופלא סמוך לאיש דעכו"ם הוי מן התורה שכתבו ודבר תימה הוא דבישראל ליתי' אלא מדרבנן ובעכו"ם איתי' מן התורה ותירצו דודאי ישראל כו' אבל עכו"ם שאינו ראוי לבא לכלל בל יחל לא שייך למעוטי ע"כ הרי דברי תו' ברור מללו דבעכו"ם ליכא בל יחל וזה סותר מה שנראה מדבריהם בפ"ק דע"ז שכתבנו לעיל עכ"ל ולענ"ד נראה דודאי בבני נח ליכא משום בל יחל ולא משום מוצא שפתיך תשמור אלא דאמירה לגבוה הוא קנין גמור כמו מסירה להדיוט ואם נדר להבי' קרבן ה"ל חוב גמור וגובין מנכסים משועבדי' למ"ד שעבודא דאורייתא ודוקא אמירה לעני הוא דלית בי' משום קנין אלא משום בל יחל ומשום מוצא שפתיך תשמור ואינו אלא בישראל אבל לגבוה אית בה משו' קנין ואפי' בבני נח מחויב חוב גמו' וככתיבה בשטר וזה פשוט ועמ"ש בקצה"ח סימן צ' סק"ב ומ"ש במ"ל דהא דפליגי בפ"ק דערכין אם הנכרי מעריך לאו לחייב הכותי כו' אלא אליבי' דמ"ד מעריך אם הפריש הערך חלה קדושה על הערך וטעון גניזה ולמ"ד אינו מעריך אין בדבריו כלום ואם הפריש הערך לא חלה קדושה ע"ש ואינו מבורר דודאי אפי' לא העריך כלל והפריש ממונו לשמים חלה קדושה דלא גרע משאר קדשי הבית דנתפס בקדושה, ועיקר כמ"ש לחייב המעריך ומשום קנין וכמ"ש

ס"ק ג
עד שיוליד אחר שנשתחרר. בתוס' פסחים דף פ"ח גבי מי שחציו עבד וחצי' בן חורין לישא שפחה אין יכול כו' כופין את רבו ועושה אותו בן חורין. והקשו ז"ל וא"ת ליתי עשה דפ"ו ולידחי ל"ת ע"ש והנה לישא שפחה אינו מקיים פ"ו דהא הולד כמותה ואפי' ישראל הנושא שפחה אינו מקיים פרו ורבו ע"י השפחה דאינו בנו כלל לכל דבר. ואפשר דקושית תוס' לישא ישראלי' וידחה עשה דפ"ו הל"ת מיהו נראה דגם ע"י ישראלית אינו מקיים דאמרינן בס"פ השולח דף מ"ג דחציו עבד וחציו בן חורין אין לו יורשין כלל וע"ש בתוס' שכתבו שם דכל שאין לו צד קידושין בשום מקום אין לו ירשין כלל ע"ש וכיון דאין הבן מתייחס אחריו א"כ אינו מקיים מצות פ"ו ולפי מ"ש תוס' שם חציו עבד וחציו בן חורין גרע מנכרי דיש לו יורשין דבר תורה והבן מתייחס אחריו אע"ג דאין לו קידושין בשום מקום וחציו עבד וחציו ב"ח אין הבן מתייחס אחריו כמו בעבד גמור ולכן נרא' דכוו' תו' על דרך שכתבו בחגיגה רפ"ק שם כתבו דליתי' עשה דלשבת יצרה ולדחי לאו דלא יהיה קדש ע"ש אבל מצות פ"ו אינו יכול לקיים כלל לא ע"י שפחה ולא ע"י ישראלי' וכמ"ש ומשום דכל דמקיים שבת כל דהו תו לא כפינן משום מצות פ"ו וכמ"ש תוס' פ' השולח דף מ"ג ד"ה לישא שפחה אינו יכול ז"ל דאם הי' יכול לקיים שבת כל דהו משום מצות פ"ו לחודי' לא הוי כפינן לרבו דלא מחייב בה כיון דאנוס הוא ע"ש: מיהו לדע' הרשב"א דחצי עבד יש לו קידושין ויש לו יורשין ודחי לה לסוגי' דפ' השולח הובא דבריו אצלינו בסימן מ"ד סק"ג א"כ גם מצות פ"ו יקיים ע"י ישראלית וע"ש בתוס' שהקשו ימכור עצמו בעבד עברי וישא שפחה ותירצו דגר אינו נמכר בעבד עברי ע"ש: ראיתי קושיא בשם טורי אבן בחגיג' שם בהא דאי' ביבמו' דף ק' בכהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה כו' הגדילו התערובות ושחררו זה את זה ופריך שחררו אין אי לא בעי לא ואמאי לישא שפח' אינו יכול כו' אמר רבא אימא כופין ומשחררין זה את זה והקשה בס' הנז' דשם הדרא קושיא לדוכתי' שימכרו בעבד עברי בתנאי אם הוא בן הכהנת ומותרים בשפחה ממ"נ דאם הוא בן כהנת אינו גר ומוכר עצמו בעבד עברי ואם הוא עבד פשיטא דמותר בשפחה: ונראה דהתם כופין משום מצות פ"ו דאינו מתקיים ע"י שפחה רק שבת ולא פ"ו ולא סגי בשבת לחודי' אלא בחציו עבד כיון דאנוס הוא אבל באלו שנתערבו דיכולין לקיים מצות פ"ו ודאי כפינן לקיים מצות פ"ו ואנוסין לא הוי כיון דיכולין שניהם לשחרר זה את זה וק"ל

סעיף ח

ס"ק ד

וי"א דאפי' יש לו בני' ימכור ס"ת כתב ב"ש ז"ל לדעת המחבר נראה דס"ל עיקר כדיע' הראשונה וליתי' דהא הרא"ש כתב דמוכרין ס"ת אע"ג דקיים פ"ו וכן הוא דעת המאור והרמב"ן והריטב"א והנ"י ולא מצינו בהדי' מי שסובר כדיעה הראשונה אלא הרא"ש ובעה"מ הבינו כן מדברי הרי"ף ואינו מוכרח כמ"ש במלחמות ומ"ש ב"ח בשם תוס' דף ס"א דס"ל דאין מוכרין ל"ד כי שם כתבו כן אליבי' דמתני' אבל לר' יושוע פשיטא דצריך למכור עכ"ל: ונראין דברי הב"ח וז"ל תוס' ועוד אור"י דמצי למימר דאפי' יש לו בנים לעולם מצוה לישא בת בנים אלא מודו היכא דצריך למכור ס"ת בשביל בת בנים כיון שיש לו בנים לא ימכור מאחר שמוצא שאינה בת בנים ע"ש. והאי מצו' אינו אלאו לר' יושוע ומוכח דאליבי' דר' יושוע נמי אינו צריך למכו' ובפסקי תוס' ז"ל אפי' יש לו בנים מצוה לישא אשה בת בנים אך אינו צריך למכור ס"ת לזה עכ"ל ומזה מבואר דאפי' לר"י אינו צריך למכור ס"ת וז"ב והיכא דאינו צריך למכור אסור למכור לדעת החולקין על הרא"ש ועיין בא"ח סימן קנ"ג:

סעיף י

ס"ק ה

מזכה לה גט בת"ה הטעם כדי שלא יעבור הבעל על תקנ' ר"ג ומוהרי"ק סימן קמ"א נתן טעם דיש לחוש שתתייבם צרתה והיא אסורה להתייבם משום צרת סוטה לכן מנהג יפה הוא במקום דנוהגים ליבם ועיין ד"מ וב"ש. וקשה לו כיון דעיקר הטעם דזכין לאדם שלא בפניו כתבו תוס' בכתובות דף י"א כיון דזכות הוא לו אנן סהדי דניחא לי' ועביד שליחותי' ע"ש וכיון דחזינין השתא דשבקי היתרא ואכלי איסורא וא"כ אנן סהדי דלא ניחא לה בשליחו' ולפי מ"ש בקצה"ח סימן ק"ה סק"א דלאו משום אנן סהדי אתינן עלה כיון דהשתא מיהת לא ידע ה"ל יאוש שלא מדעת אלא משום דכן גזירת הכתוב שיהי' זוכה לאחר שלא בפניו במידי דזכות כל זמן שאינו מוחה וע"ש וא"כ ה"נ אע"ג דאלו ידעה לא הוי ניחא לה השתא מיהת לא ידעה ואינה מוחה וכיון דזכות הוא זכין לאדם שלא בפניו. ולפ"ז היכא דמיחתה בפירוש ליתי' להך תקנתא: ואחר העיון מצאתי תקנת הגט אפי' במקום שמיחת' בפירוש והוא לפמ"ש הרשב"א בחידושיו לקידושין פ"ק דף כ"א גבי שחרור דזכין לאדם שלא בפניו וע"י אחרים בשטר וז"ל ואי לאו דמסתפינא זינא דהכא אפילו בע"כ נמי ומתנת ממון שאני דלאו זכות גמור הוא ואדרבה חוב מצד עצמו דכתיב ושונא מתנות יחיה אלא מיהו מצד שנפשו של אדם מחמדתן קרי לה זכות

ואעפ"י שהוא מצד עצמו חוב זכין לו שלא בפניו אבל גט שחרור דזכות גמור הוא דמתירו בבת חורין ומכניסו לכלל מצות ישראל מכל מקום ואפילו עומד וצווח בטלה דעתו אצל כל אדם ואעפ"י שבמציאה ובנכסי הגר ובלקט שכחה ופיאה דזכות גמור הוא וגר קטן שהטבילוהו ב"ד שאין זכין בע"כ כדאמרינן פ"ק דכתובות הגדילו יכולין למחות הכא שאני דאלו איתי' לעבד כאן כייפינן לי' לעבד לקבולי בע"כ כי ליתי' נמי מזכין לי' בע"כ כו' ועוד שלא יהא רבו עובד לעבדו ויהא מפסיד רצון נפשו בעקשותו של עבדו ע"ש וא"כ ה"נ כיון דזכות גמור הוא לה וגם יכול לגרש בע"כ אלו אותה כאן לכן אפי' צווחה נמי מזכה לה בע"כ. ואע"ג דהרשב"א לא סמך עלה כל כך כל כה"ג דאינו אלא על צד היות' טוב כדאי המה דברי הרשב"א לסמוך עליהם במקום שנהגו לזכות לה גט ודוק:

סימן ב

סעיף ד

ס"ק א

כל שקורין לו ממזר ושותק. פ"ק דכתובות דף י"ד ת"ר איזהו אלמנת עיסה כל שאין בה לא משום ממזרות ולא משום נתינות ולא משום עבדי מלכים אמר ר"מ שמעתי כל שאין בה א' מכל אלו משיאין לכהונה רשב"א משום ר"מ וכן הי' רשב"מ אומר כדבריו איזהו אלמנת עיסה כל שנטמע בה ספק חלל מכירין ישראל ממזרין שביניהן כו' אמר ר' יוחנן ממזר צווח וחלל שותק איכא בינייהו ת"ק סובר כל פסול דקרי ליה ושותק פסול והכי קאמר ת"ק איזהו אלמנת עיסה כל שאין בה לא שתוק ממזרות כו' וקאמר לי' ר"מ הנך הוא דקא פסול ליה בקהל אבל חלל שותק כשר כו' וקאמר לי' רשב"א לת"ק דר"מ שמיע לך דמכשר ר"מ בשתיקה לא דקרי לי' חלל ושותק אלא דקרי לי' ממזר ושותק והאי דשתיק סבר ממזר קלא אית לי' אבל ממזר וצווח חלל ושותק פסיל והאי דשתיק סבר מסתיי' דלא מפקי לי' מקהל: ובתוס' שם ד"ה מסתיי' ז"ל וא"ת מאי צריך להאי טעמ' לימא הא דשתק משו' דאודי' אודי ליה דהא ממזר שותק פסול לת"ק משו' דשתיקה כהודאה וה"ה דחלל שותק פסול לר' שמעון מהאי טעמא כו' וי"ל דהכי פי' סבר מסתי' דלא מפקי לי' מקהל כו' וטעם זה שייך גם בממזר שותק ולא נאמר שתיקה כהודאה וכן פי' בקו' עכ"ל ובאורו עיין בשטה מקובצת ז"ל ונראה לפרש דלכ"ע לא מיפסל בשתיקתו מטעם הודאה אי לא שיש טעם לפוסלו מחמ' שתיקתו והכי פי' מסתיי' דלא מפקי לי' מקהל פי' מקהל כהונה וכו' וירא שאם יצוח יחזרו לברר הדבר ויודע פסולו עכ"ל: ואכתי צריך ביאור דהא קי"ל בכל דוכתי שתיקה כהודאה ואע"ג דאין הוכחה משתיקתו אלא

משום דאדם נאמן על עצמו. ועוד דבממזר שותק לא אמרו כלום טעם לשתיקתו ותוס' שכתבו דגם בממזר שותק לת"ק שייך טעם זה אכתי תיקשי למה בחלל מפרש בגמ' טעם לשתיקתו ובממזר לא אמרי טעם ויתיישב לקמן סק"ב:

ס"ק ב

דוקא שנתערב בה אחד מאלו הפסולין כתב ב"ש ז"ל וקשה א"כ שותק למה לי תיפוק לי' דצריך בדיקה כיון שנתערב בה פסול וח"מ רוצה לתרץ אם נתערב ושותק אחד אמרינן זהו הפסול ושאר משפחה א"צ בדיקה וכבר כתבתי דליתי': ונראין דברי הח"מ דשתיקתו מהני להכשיר המשפחה ובזה יתכן ליישב מה דקשיא לן בסק"א דלמה צריך טעם לשתיקתו דהא בכל דוכתי שתיק' כהודא' משום דנאמן אדם על עצמו דהכא כיון דשתיקתו של זה מהני להכיר המשפחה ולזה אמרו דאומדנא כיון דשתק היינו משום דירא לצוות ויחזרו לברר הדבר וא"כ הוא הפסול אבל אם לא היה טעם לשתיקתו נהי דהוי מהני לפסול עצמו משום דאדם נאמן על עצמו לא הי' אומדנא להכשיר בשתיקתו של זה את המשפחה: וניחא בזה הא דלא אמרו טעם לשתיקה אליב' דת"ק בממזר שותק ועמ"ש סק"א ומשום דבממזרות צריך שתיקה לפסול עצמו דבממזר ספק שנתערב במשפחה ה"ל ספק ספיקא וכשר לכתחלה וכמ"ש ב"ש ס"ק י"ב וע"ש ס"ק ט"ז דלא החמירו בס"ס אלא לכהונה ולא לקהל וא"כ צריך השתיקה לפסול את עצמו והיכא דפוסל עצמו אין צריך טעם לשתיקתו אבל חלל שותק דהוא לפסול כהונה דבזה לא מהני ספק ספיקא ואפי' לר' יושוע דאינו מכשיר אלא אלמנת עיסה ומשום חזקת כשרות וכמו שיבואר לקמן וא"כ ע"כ שתיקתו אינו אלא להכשיר ובזה צריך טעם לשתיקתו דאז ה"ל אומדנא דמוכח דזה הוא הפסול ובאלמנת עיסה לא נגעו ואם לא היה טעם לשתיקתו לא הוי מהני להכשיר המשפחה וכמ"ש: וב"ש כתב לישב ז"ל וי"ל ר"י כתב כן על הסוגיא דהעיד ר' יושוע על אלמנת עיסה להכשיר כל שאין בה שתוק ממזר וחלל אבל אם שתקה מחזיקין אותה שהיא ממזרת או חללה ע"ז כתב הא דפוסל ר' יושוע בשתקה היינו דוקא כשנתערב במשפחה אחד מהפסולים וס"ל כל אלמנה במשפחה זו כשירה ומכל מקום אם שתקה היא פסולה ולמה דקי"ל כר"ג אם נתערב פסול כל אלמנה פסולה ולא נ"מ מזה וכו' גם נ"מ אפי' לר"ג אם נתערב במשפחה ספק ממזר מותר לישא אשה מן משפחה זו עכ"ל: והמעיין בתו' בסוגיין ושם מבואר להדיא דהא דשותק פסול אינו אלא לעצמו אבל באלמנת עיסה לא מיירי ע"ש ד"ה תנו רבנן איזהו אלמנת עיסה וז"ל קשה לר"ת על גירסת הספרים דגרסי אלמנת עיסה כו' לכך מוחק ר"ת אלמנת וגרס איזהו עיסה ולענין בת קתני וקאי אהאי דתני בשלהי עדיות העיסה נאמנת לטהר

ולטמא כו' וה"פ נאמנת לטהר עצמה בצווחה או בשתיקה למר כדאית ליה כו' ועלה קתני בברייתא דהכא כו' והכי משמע בתוספתא דקתני נאמנת עיסה לטהר ולטמאן לאסור ולהתיר לרחק ולקרב ובאלמנת עיסה לא נגעו עכ"ל ומבוא' דשותק דמהני אינו אלא לבת אבל לא לאלמנה והבת בלא שתיקה נמי פסולה אם נתערב אחד מהפסולין ואפילו לר' יושוע כיון דלית לה חזקת כשרות. ובשטה ז"ל ובאלמנת עיסה לא נגעו פי' דאפי' הי' צווח או שתק פסול למר כדאית ליה ולמר כדאית לי' אינו נאמן לפסול אלא את עצמו דוקא אבל אינו נאמן לפסול אלמנתו וכן פירשו בשטה ישינה עכ"ל וא"כ תו לא מצינו לומר דנ"מ לאלמנתו ולכן נראה כמ"ש דנ"מ להכשיר המשפחה וכמ"ש בח"מ: והב"ש שכתב אבל אם שתקה מחזיקין אותה שהיא ממזרת או חללה ע"ש ואין ענין ממזרות באלמנה אלא בבעל אלמנה: וכמו כן כתב ב"ש ס"ק י"ג ז"ל אבל שותקת כשאומרים לה שהיא ממזרת או חללה י"ל דתצא כיון שיש תערובת במשפחה זו עכ"ל ולא נסתפקו באלמנ' עיסה עלי' אם היא ממזר' אלא בבעלה הוא הספק ואפי' אם קורין לה חללה ושותקת נמי לא שייך בזה דין שתיקה כיון דאין הפסול מחמתה אלא מחמת בעלה ולא ידעה במילי דבעלה: ולפי מ"ש דשתיקה מהני להכשיר המשפחה כיון דיש טעם לשתיקתו וכמ"ש אפ"ה לא מהני לפסול אלמנתו דכיון דמכשר ר' יושוע את אלמנה משום ספק ספיקא ומשום חזקת כשרות לא מהני שתיקה לפסול אלא לקולא הוא דמהני להכשיר המשפחה ע"י שתיקה כיון דבלא"ה איכא ספק ספיקא למשפחה סמכינן על אומדנא דשתיקה להכשיר אבל לפסול לא מהני אלא לעצמו משום הודאת בע"ד אבל לא נגד אלמנה לפוסלה ודוק:

סעיף ה

ס"ק ג

וי"א דוקא אלמנה דאית לה חזקת כשרות והוא בב"י סימן ז' ז"ל ומשמע מדברי הרמב"ם דע"כ לא קאמר דמשפחה שנתערב בה ספק חלל דאם נשאת לא תצא אלא באלמנה דאית לה חזקת כשרות דגופה אבל בת דלית לה חזקת כשרות דגופה תצא ודייק לישני' דסבר הכי דברישא גבי ספק נקט אלמנה ובסיפא גבי ודאי דאפילו נשאת תצא כתב כל אשה מהם אסורה כדי לכלול גם הבת דבכלל אשה בין אלמנה בין בת וכ"כ התו' ג"כ ומיהו עוד כתבו תוס' שר"ת סובר דגם הבת כשרה עכ"ל ודברי הב"י תמוהין דבתו' שם לא כתבו אלא שר"ת מוחק בברייתי' דאיזו אלמנת עיסה כל שאין בה שתוק ממזרות כו' ובזה הוא דמוחק אלמנת עיסה וגריס איזהו עיסה ומשום דקאי אעיסה גופה אמנם במשנה דעדיות ודאי גרסינן העיד ר' יושוע על אלמנת עיסה וע"ש בתו': ונראה כיון דעיקר הוכחת תוס'

דבבת מודה ר' יושוע דפסולה מהא דאמרינן בפ' עשרה יוחסין דף ע"ה בהא דסברי הנך תנאי שם כל שאי אתה נושא בתו אי אתה נושא אלמנתו והקשו מה לי אלמנה מה לי בת ותירצו דבת העיסה אין לה חזקות כשרות ע"ש תו' ד"ה אלמנת עיסה ומזה למדו דבת פסולה אבל לשיטת ר"ת דגרס איזהו עיסה וקאי אהא דתני בשלהי עדיות העיסה נאמנת לטהר ולטמא כו' והכי פירושו נאמנת לטהר עצמה בצויחה או בשתיקה למר כדאית ליה ולמר כדאית לי' כו' ועלה תני בברייתא דהכא איזהו עיסה שנאמנת בצויחה או בשתיקה לטהר את הבת כל שאין בה כו' והכי משמע בתוספת' דקתני לטהר ולטמא לאסו' כו' ובאלמנת עיסה לא. נגעו ע"ש והיינו דתנן שם בשכנה העיד ר' יושוע וריב"ב על אלמנת עיסה שהיא כשירה לכהונה שהעיסה כשירה לטהר ולטמא כו' והיינו שהעיסה כשירה לטהר ולרחק ע"י שתיקה אבל אלמנתו לעולם כשירה וכדתני ובאלמנת עיסה לא נגעו וכשירה אפי' היכא דהבת פסולה כגון ע"י שתיק' אבי' ומשום חזקת כשרות דידה ובזה שפיר קאמרי הנך תנאי וסברי דכל שאי אתה נושא בתו אי אתה נושא אלמנתו ובמקום דהעיסה פסולה כגון ע"י שתיקה ובזה אלמנתו נמי פסולה. ולפי"ז מצינן לומר היכא דליכא שתיקת האב לא בה ולא באבי' דהבת נמי כשרה ומשום ספק ספיקא: ובדברי התו' שכתבו בשם ר"י הא דלא מהני ספק ספיקא לגבי בת היינו משום דלית לה חזקת כשרות קשה דהא קי"ל כמ"ד לדברי המכשי' בה מכשיר בבתה ומועיל חזקת כשרות דאם לגבי בת וצ"ע כעת: ועיין ב"ש סקי"ג שכתב אבל שותקת כשאומרים לה דהיא ממזרת או חללה י"ל דתצא כיון דיש תערובת במשפחה זו ע"ש וכבר כתבנו בס"ק ב' דאין ענין ממזרת לאלמנתו דהיא אינה אלא שנשא' לס' ממזר והוי עלה ספק חללה ע"ש:

ס"ק ד

אבל בתה אפי' נשאת תצא. ובתו' הקשו מ"ש בת ומ"ש אלמנה כיון דאי' ס"ס ותירצו משום דבת לית לה חזקת כשרות והגאון מוהר"ר הילמן הקשה דהא ה"ל ספק א' בגוף וספק א' בתערובת ועיין ב"ש בזה וראיתי בס' בית מאיר שכתב עלה וז"ל ובעניותי אחרי רואי כל הגדולים תפסו האלמנה והבת לס' א' בגוף וס' א' בתערוב' מ"ש זחלתי ואירא מלחוות דעתי ומכל מקום עצור במילין מי יוכל הא מבואר בש"ך י"ד סימן ק"י סעיף ד' מדיני ס"ס דאם הי' בחצר תרנגולת ספק טריפה ותרנגולת כשרה ונמצא ביצה שרי מטעם ס"ס ספק א' אם הטילה הס' ואת"ל הטילה שמא כשירה ובזה לא נחלק אדם כו' והש"ך בקיצורים לא הקפיד בניכר אם לא ובנדון שלפנינו לא מיבעי' להש"ך דהוי ס"ס באופן המועיל האלמנה והבת דהא לא צריכין לדון על התערובת כי אם על האלמנה ובתה הבאים מכח התערובת ואין הבדל ביניהם לבין הבי' והבת היינו הביצה ממש

ובשעה אחת חלו השני ספיקות אם החלל בעל אותה ואת"ל בעל שמא כשר הוא והוי ב' ספיקות בענין אחד וגוף אחד כו' שוב אחר כמה שנים מצאתי שקדמני בזה המנחת יעקב כלל מ"ג ס"ק כ"ד עכ"ל. ולענ"ד נראה דאינו דומה הבת להך דביצ' המבואר בש"ך ומשום דהתם הביצה שנמצא ואינו ידוע איזו תרנגולת הטילה ולכך משוי ליה ספק ספיקא הבאין כאחת על הביצה אבל אם הי' ידוע איזו מתרנגור' הטי' זו הביצה ה"ל כמי שנחתך חתיכה אחת מתרנגולות אלו שנתערבו וידוע שזו החתיכה היא משל זו התרנגולת ודאי לא עדיף החתיכה מן התרנגולת עצמה וכמו כן זו הביצה שידוע שהיא מזאת ה"ל כתרנגולת עצמה. והכא באלמנה ובת שידוע שאלמנה זו היא אשת פ' וזה הוא ספק חלל הרי הבת או האלמנה כמוהו ואין ה"נ אם הי' ספק על הבת מי אבי' או על האלמנה מי בעלה ה"ל כהאי דביצה שמבואר בש"ך אבל כאן שידוע הבת מי אביה וכמו כן האלמנה מי בעלה דכה"ג גבי ביצה נמי אסורה כמו התרנגול' ולא אמרו גבי ביצה שמותרת משום ס"ס אלא אם אינו ידוע איזה תרנגולת הטילה וזה ברור:

ס"ק ה

וה"ה אם נתערב בה ספק ממזר וכתב ב"ש ז"ל נשמע מזה אם היה בכה"ג חשש לישראל כגון שנתערב ספק ממזר אפי' ר"ג מודה דכשר' היא דהא הוי ספק ספיקא ולא החמיר אלא רק לכהונה ועמ"ש ס"ק ב':

סימן ג

סעיף א

ס"ק א

ולישא את כפיו. עיין ב"ש שכתב דלישא את כפיו אע"ג דהוא איסור תורה ומשום דכל דבר שאין לו הנאה מזה לא חיישינן לשום דבר אלא שמא יאכל תרומה ע"ש. וקשה נהי דעכשיו בחוץ לארץ ליכא תרומה אכתי איכא מתנות כהונה שלפדיון הבן ולדעת הש"ע י"ד סימן ס"א מתנות זרוע לחיים וקיבה נוהג בחוץ לארץ

ס"ק ב

ואם נשא או נטמא לוקה והיינו משום שהחזיק עצמו לכהונה נאמן על עצמו להחמיר וה"ל התראה ודאית עיין בהרב המגיד: ועמ"ש בקונטריס ש"ש ש' פ"י דהיינו דוקא שהוחזק לכהן שלשים יום אבל אם לא הוחזק לכהן שלשים יום אינו לוקה עפ"י עצמו

ס"ק ג

והנבעלת לו ספק חללה וכתב הרב המגיד ביאורו מפסולי כהונה וזרעה ספק ע"ש. ובמשנה למלך ז"ל אלא שדברי ה"ה קשים בעיני כפי זה שכתב והנבעלת ספק וזרע'

ספק ולפי מה שפירשנו דבהוחזק מיירי נהי דאין האשה לוקת על פיו ממה שהחזיק הוא עצמו בכהן דמהני מה שהחזיק לגבי דידי' מיהו זרעי' ליהוי חלל ודאי דברא כרעא דאבוהו עכ"ל ועמ"ש בקו' ש"ש שם פי"א דלא אמרינן בזה ברא כרעא דאבוהו דאמרו בפ' החולץ דף מ"ז מעשה שבא אחד ואמר נכרי אני ונתגיירתי ביני לבין עצמו ואמר לו ר' יהודה נאמן אתה לפסול עצמך ואין אתה נאמן לפסול בניך ע"ש ומבואר דאע"ג דהוא אסור בישראלית וכמ"ש תו' שם אבל זרעי' כשר ולא אמרו בזה ברא כרעא דאבוהו וע"ש עוד בזה:

סעיף ב

ס"ק ד

הי' עד אחד מעיד עליו נאמן להאכילו בתרומה בזמן הזה והוא שטת הרמב"ם והר"ן הקשה כיון דע"א נאמן באיסורין למה לא יהי' נאמן ע"א להאכילו בתרומה דאורייתא ועמ"ש בקו' ש"ש ש"ו פ"ז ליישב:

ס"ק ה

הרי שהי' כתוב בשטר. פ' כהן לוה מפ' מנה עמ"ש בס' קצה"ח סימן כ"ח סק"ז ובסימן מ"ט סק"ז

סעיף ג

ס"ק ו

אם יעיד א' מהאנוסים שאחד מהם מוחזק בכהונה. כתב בח"מ ז"ל כתב הרשב"ץ דרוב האנוסין נזהרין מלהתחתן בגוים ומיהו קשה דהא בסמוך סעיף ו' כתב דע"א המעיד שאביו כהן אין מעלין אותו לכהונה שמא אביו נשא חללה אבל אם הוחזק אביו כהן או שבאו ב' והעידו שאביו של זה כהן הרי זה בחזקת אביו א"כ אנוס זה שמעיד שאחד מהם מוחזק בכהונה היינו שאבותיו הי' בחזקת כהנים דאם מעיד עליו א"כ מהיכי תיתי יש לחוש שמא בן כותית הוא וא"כ יהיו הפסקים סתרי אהדדי כו' ע"כ הי' נראה דהרשב"ץ לא ס"ל כהרמב"ם כו' וכבר כתב הרב המגיד שרש"י והראב"ד פי' הגמ' דוקא שיצא קול על אמו כו' ואפשר דלקרות בתורה אף הרמב"ם מודה דלאו איסורא הוא ע"ש: ואכתי תיקשי דכיון דס"ל דאפי' בע"א מוקי לי' בחזקת אבהתי' דכהן הוא ואינו בן גרושה וחלוצה א"כ מה"ט נמי אין לחוש שמא בן כותית הוא כיון דמוקי לה בחזקת אביו דכהן איהו נמי כהן ולמה צריך הרשב"ץ להאי טעמא דנזהרין רוב האנוסין מלהתחתן בכותים וב"ש כתב דה"א הואיל והי' בין העכו"ם רגילין לישא עכו"ם קמ"ל דאין דרך לישא לעכו"ם ומחזיקין אותו לכהן לעלות לס"ת ע"ש: ולענ"ד נרא' דוקא בס' בן גרושה

וחלוצה כיון דאביו הוא מוקמינין לי' בחזקת אביו אבל אם אנו מסופקין שמא בן כותית הוא וא"כ אינו אביו כלל דישראל הבא על הכותית הולד כמותה לא שייך בי' חזקת אבהתי' לזה הוצרך הרשב"ץ טעמ' דלא חיישינן לספק זה דרוב האנוסין נזהרין בזה אבל בן גרושה דאביו הוא מוקי לי' בחזקת אביו דהוא כהן:

סעיף ה

ס"ק ז

שראיתי לפ' טובל ואוכל בתרומה בפ"ב דכתובות דף כ"ו תנן איש פ' יצא מבית הספר לטבול ולאכול בתרומה ופריך וליחוש דלמא עבד כהן הוא כו' לימא מסייע לי' לריב"ל ע"ש וא"כ צריך לומר נמי מבית הספר יצא וכ"כ בש"ע סעיף א' וכתב בח"מ הא דהשמיט כאן דסמך אדלעיל: וב"ש סק"ה כתב ז"ל והרמב"ם שמצריך לומר הוציאני מבית הספר מוכח כתי' הראשון של הרב המגיד דס"ל מי שאין משפחתו ידוע' לנו חיישינן שמא עבד או ממזר הוא לכן צריך לומר מבית הספר והמחבר סתם ופסק כוותי' והטור ס"ל אפי' מי שאין משפחתו ידוע' לנו מכל מקום לא חיישינן שמא עבד הוא ע"ש. וקשה לדעת הטור א"כ למה צריך במשנתינו לומר מבית הספר יצא ואין לומר דהטור פסק כחכמים דס"ל כל המשפחות בחזרת כשרות ומש"ה לא חיישינן שמא עבד הוא ומתני' אתיא כר' מאיר דס"ל פ' עשרה יוחסין דלא אמרינן כל המשפחות בחזקת כשרות דהא בר"ן פ"ב דכתובות כתב דאפי' לר' מאיר אמרינן כל המשפחות בחזקת כשרות: ולכן נראה דאע"ג דס"ל דכל המשפחות בחזקת כשרות אפ"ה לכהונה חיישינן טפי וכמ"ש הרב המגיד פ"ב מאיסורי ביאה ואפי' לתרומה דרבנן משום מעלת יחוסי כהונה ואפי' לפי מ"ש קצת פוסקים דאין חוששין אלא לשמש ע"ג המזבח אבל לישא לכהונה אין חוששין משום חללה ועיין ב"ש סימן ב' סק"ז נראה דמצד הרוב אינו עבד או ממזר אבל לומר שהוא כהן דהוא נגד רובא דעלמא שאינם א"כ חיישינן הא דאכל תרומה לאו משום כהן הוא אלא משום עבד כהן: והטור דהשמיט הך דמבית הספר היינו כמ"ש בח"מ סק"ד דבארצותינו לא שכיחי עבדי' שמלו וטבלו לשום עבדות ע"ש וכן עיקר וכסתם משנה דתנן יצא מבית הספר:

סעיף ז

ס"ק ח

וישאר כהן בחזקת אביו. והקשו בתוס' דהא תרי ותרי עכ"פ ספיקא דרבנן הוא ותירצו דמיירי לתרומה דרבנן ע"ש וכ"כ הרשב"א והר"ן ע"ש ועיין ב"ש שכתב ז"ל והרמב"ם שכתב דהוא בחזקת אביו כוונתו ג"כ לתרומה דרבנן ובקו' ש"ש ש"ו פי"ח שם כתבנו

דבתרי ותרי אע"ג דהוי ספיקא דרבנן ולא מהני חזקה אבל תרתי חזקה מהני ושם ראי' מהא דאמרו בעירובין דף ל"ה רבה ורב יוסף דאמרי תרווייהו הכא בשני כתי עדים עסקינן אחת אומר' מבעוד יום נטמא' והא' אומרת משחשיכה רבא אמר התם תרי חזקה לקולא והכא חדא חזקה ופירש"י ז"ל רבא אמר גבי נגע בא' בלילה אפי' יש שם שני כתי עדים חלוקים אחת אומרת קודם שנגע בו מת ואחת אומרת עכשיו מת נמי ר' מאיר מטהר ואפ"ה לא תיקשי התם תרי חזקה לקולא נינהו לטהר ומש"ה אזלינן לקולא לטהר כו' דאוקי תרי להדי תרי והעמד מת על חזקתו הראשונה כל הלילה וחי הי' ועוד העמד נוגע על חזקתו הראשונה וטהור הכא במתני' חדא חזקה היא דאי' למימר העמד תרומה על חזקתו ומשום חזקה לא מרעי סהדי הלכך אזלינן לחומרא עכ"ל והרי מבואר דבתרתי חזקו' מרעינן סהדי ואזלינן לקולא. ובפ"ב דכתובו' דף כ"ו פירש"י דמוקי לה בחזקה קמייתא דאסיקנא עפ"י העד ע"ש ובתוס' מפרשי משו' חזקת אביו ע"ש וא"כ איכא תרתי חזקה חזקת אבהתי' וחזקה קמיית' דאסיקני' עפ"י העד ובתרתי חזקה אזלינן לקולא אפי' בדאורייתא ומש"ה סתם הרמב"ם דמשמע אפי' לתרומה דאורייתא וע"ש:

סעיף ט

ס"ק ט

זינתה עם כהן א' ובתוך שלשה חדשים נשאת לכהן ביבמו' דף ק' כי גזור רבנן בזנו' בנישואין לא גזור ופריך ובזנות מי גזור והתנן מי שלא שהתה אחר בעלה שלשה חדשים ונשאת כו' אימא סיפא והוא אונן עליהם כו' אלא הם אוננים עליו היכי משכחת לה אלא בזנות ומאי אחר בעלה אחר בועלה וקתני סיפא עולה במשמר של זה ושל זה וכתב רש"י ז"ל אלא לאו בזנות ששניהם באו עליו בזנות ע"ש ומזה הוכיח בח"מ דוקא שניה' בזנות אבל נישואין אחר זנות תולין בנישואין משום דרוב בעילות אחר הבעל וע"ש וב"ש כתב ז"ל ואינו נ"ל כי רוב בעילות דתולין בבעל היינו בזינתה תחת בעלה אז אמרינן כיון דהבעל מצוי לה בודאי רוב בעילות ממנו אבל אם זינתה קודם הנשואין י"ל דכבר היתה מעובר' ומה שדייק כן מרש"י כו' י"ל דלא כתב כן אלא לדעת המקש' דקשה מנ"ל להקשו' לשמואל דלמא שמואל מוד' כשהי' באח' נישואין אע"כ דהקשה בדרך מאי לאו דמתני' מיירי ששניהם באו עלי' בזנות אבל לפי המסקנא קשה למה לא תירץ נשאת היינו נשאת ממש ותלינן בזה והוא כהן ומודה שמואל בזה והיינו לענין חשש כהונה דחששא דרבנן הוא אבל לענין טומאה לטמאות למת דהוא איסור דאוריית' אסור אלא ודאי אפי' היה באחד נישואין הוא אינו כהן וע"ש: והנה מ"ש ב"ש למה לא תירץ נשאת היינו נשאת ממש ותלינן בזה והוא כהן ומודה שמואל בזה כו' אבל לענין טומאה כו'

אסור ולענ"ד דבריו תמוהין דא"כ היכי תני עלה עולה במשמר של זה ובמשמר של זה. והיכי עולה למשמר קמא כיון שהוא בזנות אינו מיוחס אחריו וע"ש ביבמות דעולה בע"כ משום פגם משפחה ופירש"י משום שתי משפחות שבושין עליו שיאמרו בני אדם פסול הוא לעבודה ע"ש ואי נימא דבזנות אינו כהן עכ"פ מדרבנן ואינו כהן אלא משום דתלינן בשני שהוא דרך נישואין א"כ איך עולה במשמר קמא בע"כ כיון שהוא בזנות לקמא א"כ במשמר קמא ודאי אינו ראוי: ועיין בסוטה דף כ"ז תו' ד"ה רוב בעילות ע"ש דמשמע מדבריהם דלשמואל דאמר ישא אדם דומה ואל ישא בת דומה משמע דלא ס"ל לשמואל רוב בעילות אחר הבעל וע"ש וא"כ לא א"ש גם מ"ש בח"מ דלכך פי' רש"י שניהם בזנות דאי בנישואין אזלינן בתר נישואין ומשום דרוב בעילות חולין בבעל כיון דהסוגיא דיבמות אליבי' דשמואל ולדידי' לא ס"ל הכי:

סימן ד

סעיף א

ס"ק א

ונתינים אסורים איסור עולם ביבמות דף ע"ו אמר רבא הני מילי בהיותן נכרים כי מגיירי בישראל שרו ורבנן הוא דגזרו בהו כו' הדר אמר רבא לאו מלתא בהיותן נכרים לית להו חתנות נתגיירו אית להו חתנות והנה דעת הרמב"ם פי"ב מא"ב כלישנא קמא וכל ז' אומות שנתגיירו התחתנות בהן מן התורה מותר ודוד גזר עליהם שלא יכנסו בקהל לעולם וכן הוא דעת רש"י ודעת הרמב"ן והרשב"א דהלכתא כלישנא בתרא דרבא ושבע אומות מן התורה אסור אחר גירות אלא דהבנים שנולדו אחר שנתגיירו מותרים דלא כתיב בהו דורות ונתינים מחמת גזירת דוד אסורין לעולם ודעת ר"ת דשבע אומות גם הדורות אסורין לעולם וגזירת דוד לא הי' רק לשעבוד. ועיין יבמות דף ע"ח אמר ר' יוחנן אי לאו דאמר ר' יהודה הכתוב תלאו בלידה לא מצא ידיו ורגליו בבית המדרש כיון דאמר מר קהל גרים אקרי קהל מצרי שני במה יטהר דלמא אי עבר ונסיב דאי לא כתב קרא ובתו' שם ד"ה מצרי שני במאי יטהר ז"ל וא"ת וישא נתינה והולד כשר לר' יוחנן דאמ' בסמוך מצרי שני שנשא מצרית ראשונה בנה שלישי דבתר דידי' שדינן וי"ל דר"י דהכא סבר כאידך דר' יוחנן דאמר רב דימי א"ר יוחנן בנה שני דבתר דידה שדינן עכ"ל. ולשיטות הרמב"ן והרשב"א דסברי אין בהן איסור דורות בנתינה מן התור' א"כ יתעורר קושית תו' וישא נתינ' דאע"ג דבתר דידה שדינן נמי בנה מותר כיון דדורות שרי מן התורה: ונראה כיון דדעת הרמב"ן הובא בב"י סימן זה דמצרי ראשון שנשא מצרית שני'

דבנה שלישי ומשום דקי"ל כאידך דר' יוחנן דבתר דידה שדינן דכתיב אשר יולדו דתלינן בתר לידה בין לקולא בין לחומרא וא"כ אפי' מצרי ראשון שישא נתינ' נמי בנה מותר כיון דבמצרי לא אזלינן רק בתר לידה דידה ולא משכח' מצרי שלישי אלא בנושא מצרית שני' ולשיטת הרמב"ם דפסק דאזלינן בתר לידה לחומרא אבל לא לקולא ומצרי ראשון שנשא מצרית שני' בנה שני ולשיטת הרמב"ם עוד דנתינים מותרין אחר גירות קושית תו' לא קשה מידי כיון דלר' יהודה קהל גרים מיקרי קהל א"כ מצרי אסור בנתינה.

סעיף ד

ס"ק ב

מעוברת שנתגייר' בנה שני ביבמות דף ע"ח ואי כתב רחמנא להם הוי אמינא מצרית מעוברת שנתגיירה היא ובנה חד כתב רחמנא אשר יולדו פי' רש"י אשר יולדו למימר דכל לידה דמגירות ואילך חדא דרא היא ע"ש. וע"ש בסוגיא דפריך אי נימא דעובר לאו ירך אמו אלא הא דאמר רבא נכרית מעוברת שנתגיירה בנה אין צריך טבילה אמאי אין צריך טבילה וכ"ת משום דר' יצחק דאמר דבר תורה רובו ומקפיד עליו חוצץ כו' והא אמר רב כהנא ל"ש אלא רובו אבל כולו חוצץ ומשני שאני עובר דהיינו רביתי' ע"ש ומבוא' דלמ"ד עובר לאו ירך אמו א"כ הא דעובר א"צ טבילה לאו משום טבילה דאימי' אלא משום טבילת עובר עצמה כשטבלה אמו ומשום דלאו חציצה דהיינו רביתי' ולפי"ז אם הגדול יכול למחות כמו בגר קטן שמטבילין אותו דיכול למחות כשיגדיל וכדאיתא בכתובות דף י"ב וא"כ העובר דהוי משום גירות עצמו ראוי להיות מצרי ראשון שנתגייר בפני עצמו וקשה דאמאי הוי בנה שני דאי נימא עובר ירך אמו ומחמת טבילת אמו הוי גר א"כ לכי נולד ה"ל שני לאמו אבל אם עובר לאו ירך אמו ואינו אלא גירות עצמו ראוי להיות ראשון: וצריך לומר דאע"ג דהוא ע"י גירות עצמו מכל מקום כיון דנולד ממצרית ראשונה אזלינן בתר לידה וה"ל שני ויתיישב בזה קושית תו' ד"ה הוי אמינא מצרית מעוברת היא ובנה חד ז"ל וא"ת אי סבר כר' יהודה א"כ לימא דאיצטריך אשר יולדו לומר שתלאן בלידה ואי כר' שמעון היכי ס"ד דהיא ובנה חד כיון דקסבר מצרי ולא מצרית ע"ש ולפי מ"ש ס"ד כיון דהוא בעצמו גר ראשון כיון דעובר לאו ירך אמו וכמ"ש ואם הוא זכר ה"ל מצרי ראשון קמ"ל כיון דהיא נתגיירה ה"ל ללידה מצרי שני ועיין לחם משנה פ"ד מפסולי מוקדשין.

סעיף ה

ס"ק ג

ישראל שבא על אח' מאלו הולד כמותה. והיינו קודם שנתגיירו דישראל שבא על הכותית הולד כמותה וכמ"ש בח"מ ובפ' האומר דף ס"א ולדה כמותה מנלן אמר ר' יוחנן משום רשב"י דאמר קרא כי יסיר את בנך מאחרי בנך הבא מישראלית קרוי בנך ואין בנך הבא מן הנכרית קרוי בנך ופירש"י מדלא כתיב נמי כי תסור את בנך אלמא בן הנכרית אינו קרוי בנך אלא בנה ע"ש פירש"י דבן בתך אפילו מן הנכרי קרוי בנך ומשום דבני בנים קרוים בני' כ"כ הריטב"א שם ע"ש, וראיתי בס' שער המלך פט"ו מאיסורי ביאה ז"ל וקשי' לי מהא דאמרינן פ' הבע"י דף ס"ב א"ל רבה לרבא בר מרי מנא הא מלתא דאמר רבנן בני בנים הרי הם כבנים אלימא כו' ופירש"י ז"ל אבני בתו קאי דבן בנו פשיטא לן והשתא אמאי לא קמייתי לה מהכא דקרי לבן בתו בנך וצ"ע עכ"ל ונראה דהא דפשיטא לן יותר בן בנו היינו משום דהבן מתייחס אחר אביו ודאי ה"ל כבנו אבל בן בתו כיון דמתייחס אחר אביו ולא אחר אמו דכתיב למשפחותם לבית אבותם ומש"ה בעי לה בבן בתו אי הוי כבנים וא"כ בבן בתו הבא מן העכו"ם דהולד כמותה ואינו מתייחס אחר אביו אלא אח' אמו א"כ הדר ה"ל בן בתו כמו בן בנו ומש"ה לא מצי למילף בן בתו מישראל כיון דמתייחס אחר אביו לזה פשיט לי' מהאי דבני מכיר מחוקקים:

ס"ק ד

הולד הולך אחר הפסול. ז"ל ב"ש דקי"ל כל מקום שיש קידושין ויש עבירה הולד הולך אחר הפגום מתני' פרק האומר עכ"ל. ולקמן יבואר דאפי' היכא דיש קידושין ואין עבירה נמי הולד הולך אחר הפגום:

ס"ק ה

אחר הפסול. ס"פ האומר (דף ס"ז) תנן כל מקום שיש קידושין ויש עבירה הולד הולך אחר הפגום כו' ממזרת ונתינה לישראל בת ישראל לממזר ולנתין. כתב בשער המלך [פי"ב מאיסו"ב ה"כ] ז"ל ודע דבפ' האומר פריך אלא כל מקום דסיפא לאתויי מאי. וראיתי להרב החידושין שם הקשה ז"ל וא"ת נימא לאתויי ישראל שנשא מצרית דיש קידושין ויש עבירה הולד הולך אחר הפסול וי"ל דלא קרינן יש עבירה אלא חייבי לאוין אבל לא חייבי עשה ומצרי ואדומי חייבי עשין נינהו ע"כ. ויש לדקדק עליו דאכתי תיקשי ליה דאמאי לא קאמר לאתויי עמוני ומואבי שנשא ישראלית דחייבי לאוין נינהו וקרינן ביה יש עבירה, וכן ראיתי להרב חידושי הלכות שהקשה כן משם תוספת ישנים עכ"ל ע"ש:

ונראה משום דהתם במתני' תנן ברישא כל מקום שיש קידושין ואין עבירה הולד הולך אחר הזכר והיינו מדכתיב למשפחותם לבית אבותם והדר תנן בסיפא יש קידושין ויש עבירה הולד הולך אחר הפגום והיינו דאין הולכין אחר הזכר אלא אחר הפגום וממזרת ונתינה לישראל הולך אחר הפגום אע"ג דהזכר כשר וכיון דקי"ל עמוני ולא עמונית א"כ לא מצי לאתויי עמוני ומואבי שנשא ישראלית דהולך אחר הפגום דאם הזכר פגום ת"ל דהולד הולך אחר הזכר ואפי' יש קידושין ואין עבירה ולא עדיף במה שיש עבירה, ואם הזכר (דהולך) כשר והנקיבה פגומה דהולך אחר הפגום ולא אחר הזכר הא בעמוני לא משכחת נקיבה פגומה דהא עמוני ולא עמונית ולא משכחת לה אלא בממזרת ונתינה דאז הנקיבה פגומה וכיון דיש קידושין ויש עבירה הולך אחר הפגום, ומש"ה לא קשיא ליה להרב החידושין אלא ממצרי ואדומי דאית בהו נקיבה פגומה לזה מיישב דמצרי ואדומי לא חשיב עבירה כיון דאינו אלא חייבי עשה:

והנה ראיתי בחידושי ריטב"א שם ז"ל אלא כל מקום דסיפא לאתויי מאי, איכא למידק לימא לאתויי ישראל שנשא מצרית ראשונה דיש קידושין ויש עבירה והולד הולך אחר הפגום והולד מצרי שני מפגום ואיכא למימר דאין ה"נ לרב דימי דפוסל במצרי שני שנשא מצרית ראשונה דכל שכן דפוסל נמי בהא דיש עבירה ואפשר לתרוצי הכי אבל לדברי רבה בר בר חנה דמכשיר במצרי שני שנשא מצרית ראשונה אפשר דה"ה דבהא נמי בנה כשר ואנן אליבי' דרבה בר בר חנה מקשינן סתמא עכ"ל:

ותמהני בזה דאפי' לרבה בב"ח דס"ל במצרי שני שנשא מצרית ראשונה דאזלינן בתר דידי' היינו דוקא במצרי שנשא מצרית אבל עמוני שנשא מצרית אזלינן בתר פגום שבשניהם, וטעמא דמלתא כתב רש"י בקידושין שם (דף ס"ז) ד"ה בנה שלישי ז"ל ומותר לישא ישראלית כיון דיש קידושין ואין עבירה לבית אבותם קרינן בי' כישראל והא דאמרינן ביבמות להם הלך אחר פסולן היינו לענין ישראל שנשא מצרית או מצרי שנשא ישראלית דיש קידושין ויש עבירה כו' דוילדו להם כתיב ואחריהם הולכין הולדות אבל לענין מצרי ומצרית לא מיגמר לן האי להם מידי דהא בתרווייהו להם קרינן בי' והוא מצרי והיא מצרית עכ"ל. וכ"כ בתוס' שם ד"ה בנה שלישי הדבר תלוי בזה כשהם משני עממין שייך לומר כן דקרא בשני עממין איירי וקאמר הלך אחר הפסול שבכל עם ועם אבל כששניהם מעם אחד לא שייך לומר כן עכ"ל, וא"כ בישראל שנשא מצרית ודאי אזלינן בתר הפגום כיון דאינו מעם אחד בזה הוא דכתיב להם אחר פסולן וכמו בממזר דכתיב לו הלך אחר הפסול דאם ישראל נשא ממזרת הולד ממזר:

ס"ק ו
ולהרמב"ם הולד שני. דעת הרמב"ם דלרבה בב"ח מצרי שני שנשא מצרית ראשונה אזלינן בתר דידי' ומשום דכתיב למשפחותם לבית אבותם ולרב דימי ס"ל דה"ל מצרי שני משום דהכתוב תלאן בלידה והיינו דתלאן נמי בלידה אבל אין ה"נ דתלאן נמי באב וכדכתיב למשפחותם לבית אבותם. ושיטת רש"י בקידושין (דף ס"ז) ד"ה ולרב דימי ז"ל דשני הוא ויליף לה מאשר יולדו הכתוב תלאם בלידה למימרא דבתר אימיה שדינן לי' מדלא כתיב אשר יולידו ע"ש, ומבואר דבין לקולא בין לחומרא שדי לי' בתר אימיה ומדלא כתיב אשר יולידו משמע רק בתר אימיה. ולדעת הרמב"ם הא דלא כתיב אשר יולידו משום דבפ' הערל (דף ע"ח) אמרו אי כתב רחמנא להם הוה אמינא מצרית מעוברת שנתגיירה היא ובנה חד כתב רחמנא אשר יולדו וע"ש, ומש"ה כתב אשר יולדו ולא אשר יולידו לאשמעינן דהוי בנה שני:

ס"ק ז
שבאומות הלך אחר הזכר. בפ' הערל (דף ע"ח) אמר ר' יוחנן באומות הלך אחר הזכר נתגיירו הלך אחר פגום שבשניהם, באומות הלך אחר הזכר כדתניא מניין לא' מן האומות שבא על הכנענית והוליד בן שאתה רשאי לקנותו בעבד כו' ועיקר קרא לענין לא תחי' שנאמר בשבע אומות אלא דגם ליוחסין ילפינן מינייהו וכמ"ש תוס' פ"ק דסוטה (דף ג') ע"ש והיינו כיון דהלך אחר הזכר א"כ ה"ה לכל מילי הלך אחר הזכר, והא דבנתגיירו הלך אחר הפגום אע"ג דבאומות הלך אחר הזכר היינו משום דכתיב להם אחר פסולן וכמ"ש רש"י פ' האומר (דף ס"ז) בטעמא דנתגיירו אחר הפגום משום דכתיב להם אחר פסולן ע"ש וכן הוא ביבמות (דף ע"ח) ע"ש שאמרו ואיצטריך לו ואיצטריך להם:
וברש"י פ' האומר (דף ס"ט) לו הלך אחר פסולו ופי' רש"י לא יבא לו דור אחריו הוא מושך דהכי משמע דור עשירי לא יבא אפי' אין בו צד ממזרות אלא מאותו ע"ש. ולכאורה תיקשי דא"כ להם גבי מצרי דכתיב דור שלישי יבא להם א"כ משמע להיפך דור הוא מושך לקולא ולהכשיר והיכא דרשינן מיניה לפסול. ולכן נראה דאע"ג דבש"ס יבמות (דף ע"ח) משמע דדרשי להם קמא מהם מנה להם [הלך] אחר הפסול, דלאו דוקא אלא להם קמא הוא הלך אחר הפסול ולהם בתרא מהם מנה וכן משמע ברש"י בסוטה (דף ט') בנים אשר יולדו להם הלך אחר פסולן ע"ש אבל להם בתרא דכתיב יבא להם לא משמע לפסול אלא להכשיר:

ס"ק ח
לפיכך גר עמוני שנשא גיורית מצרית. איכא למידק מנ"ל דהלך אחר הפגום אי משום דכתיב להם הלך אחר הפסול דלמא מיירי במקום שיש עבירה והיינו בישראל שנשא

מצרית או להיפך דה"ל יש קידושין ויש עבירה דבזה הוא דהלך אחר הפגום וכדתנן כל מקום שיש קידושין ויש עבירה הלך אחר הפגום אבל בנתגיירו דליכא עבירה מנ"ל דהלך אחר הפגום. ורש"י בקידושין (דף ס"ז) גבי להם אחר פסולן בישראל שנשא מצרית דהוי יש קידושין ויש עבירה ע"ש אבל במקום שאין עבירה מנ"ל. ועוד דהא בהדיא גלי קרא באומות הלך אחר הזכר וה"ה ליוחסין וכמבואר ס"ק ח' וא"כ אחר שנתגיירו נמי נימא דהלך אחר הזכר ולהם דכתיב נימא דקאי היכא דיש קידושין ויש עבירה וכמו שפי' רש"י בקידושין בישראל שנשא מצרית:

וכיוצא בזה הקשה בחידושי פני יהושע בקידושין (דף ס"ז) בהא דגר שנשא ממזרת דהולד ממזר ומשום דכתיב לו הלך אחר פסולן נימא דמיירי במקום שיש קידושין ויש עבירה ובישראל שנשא ממזרת וככללא דמתני' אבל בגר שנשא ממזרת מנלן דהלך אחר פסולו ע"ש:

ונראה לפי מ"ש לעיל סק"ו בשם הרב החידושין דחייבי עשה לא חשיב יש עבירה אלא דוקא חייבי לאוין, וא"כ להם דכתיב גבי מצרי ואדומי דאינו אלא חייבי עשה וכתיב להם דהלך אחר פסולו דאפי' ישראל שנשא מצרית נמי אינו ביש עבירה א"כ ה"ה בנתגיירו דהלך אחר פסולו דהא במצרי לעולם ליכא עבירה דאינו אלא עשה ומזה נמי בגר שנשא ממזרת אע"ג דליכא עבירה נמי הלך אחר פסולו. ואע"ג דביבמות (דף ע"ח) מצריך צריכי לו הלך אחר הפסול ולהם הלך אחר הפסול דאי כתב להם משום דבא מטיפה פסולה אבל ממזר דבא מטיפה כשירה ואי כתב לו משום דאסור לבא בקהל לעולם ע"ש. וא"כ מנ"ל גבי ממזר היכא דאין עבירה כגון בגר שנשא ממזר, היינו משום דבתר דגלי להם במצרי דהלך אחר פסולו אפי' באין עבירה דמצרי לעולם אין עבירה כיון דאינו אלא עשה ה"ה לו דכתיב בממזר דומיא דלהם דבמצרי ואדומי נמי אפי' באין עבירה כגון גר שנשא ממזרת הלך אחר הפסול:

וניחא בזה ליישב מה שהקשה פני יהושע בדברי תוס' יבמות (דף ע"ח) ד"ה מצרי שני במה יטהר ז"ל וא"ת וישא נתינה והולד כשר לר' יוחנן דאמר בסמוך מצרי שני שנשא מצרית ראשונה בנה שלישי וע"ש שהקשה דהא בשני אומות הלך אחר הפגום מדכתיב להם ע"ש בקידושין (דף ס"ז):

ולפי מ"ש א"כ הא דלמידין בנתגיירו ואין עבירה מדכתיב להם ולא אמרינן דקאי דוקא במקום שיש עבירה היינו משום דלהם דכתיב גבי מצרי ואדומי אין עבירה דחייבי עשה חשיב אין עבירה ומזה נמי אנו למידין להך לו דכתיב גבי ממזר נמי אפי' באין עבירה וכמ"ש, ואי נימא במצרי ואדומי בנים ולא בנות וכדס"ל לר"ש שם א"כ ע"כ להם לא

מידרש כלל דהא אחר הזכר פגום ודאי אזלינן דאפי' באומות הלך אחר הזכר וא"כ מצרי שנשא ישראלית ודאי הלך אחר הפגום שהוא הזכר ואם בישראל שנשא מצרית או גר עמוני שנשא מצרית דלהוי הלך אחר פסולן שיהי' הולד מצרי דהא אי נימא מצרי ולא מצרית א"כ היא אינה פגומה כלל וא"כ ע"כ לא מידרש להך דרשא דלהם דהלך אחר הפסול ואי לא מידרש להם א"כ גם מהך דרשא דלו דכתיב בממזר נמי אין אנו למידין במקום שאין עבירה דמצינו לומר דקאי בישראל שנשא ממזרת דיש עבירה וכיון דלא מידרש להם למ"ד בנים ולא בנות א"כ הקשו תוס' שפיר וישא נתינה דאמר ר' יוחנן אי לאו דאמר ר' ר' יהודא כו' לא הוי מצי ידיו ורגליו כו' בהא אי הוי ס"ל לר' יהודא בנים ולא בנות ע"כ לא מדרש להם וא"כ ישא נתינה ודוק. והנה שם בחידושי פני יושוע כתב ליישב ע"ד פלפול עצום והוא דלר' יהודא קיימינן דס"ל בסנהדרין דף נ"ג אין קידושין תופסין בחייבי לאוין והולד ממזר כו' ע"ש: והמעיין בש"ס סנהדרין יראה דאינו מוכרח שם דר' יהודא ס"ל אין קידושין תופסין בחייבי לאוין ועוד דהא אמרו מצרי שני במה יטהר דלמא אי עבר ונסיב ומשני דאי לא כתיב קרא והרי ממזר דאי וכתבי' דאי לאיסורא כתב דאי להיתרא לא כתב ע"ש ותיפוק לי' דע"כ אינו באיסור' דא"כ ה"ל הולד ממזר. ועוד דהא מצרי ואדומי חייבי עשה נינהו וא"כ קידושין תופסין בהו ופני יושוע שם כתב גבי מצרי ואדומי דלמ"ד אין קידושין תופסין בחייבי לאוין ה"ה במצרי ואדומי ע"ש. ואפי' מ"ד אין קידושין תופסין בחייבי לאוין אינו ענין למצרי ואדומי שהוא חייב עשה ודוק:

ס"ק ט

וגר מצרי שנשא גיורת עמונית הולד מצרי. וכתב בח"מ ה"ה שאר גיורת דהא גיורת עמונית אין בה שום פגם והוי כבת ישראל והולד הולך אחר הפגום עכ"ל וב"ש כתב ז"ל הולד מצרי משו' דעמוני' כשירה וליכא פגם שניהם והרי יש קידושין ויש עבירה הולכין אחר הפגום ע"ש. ושותא דמרן לא ידענא דקרי לי' יש קידושין ויש עבירה דהא מצרי מותר בעמונית דקהל גרים לא איקרי קהל אלא דאע"ג דאין עבירה הולכין אחר הפגום ועמ"ש בסק"ט:

סעיף י

ס"ק י

האידנא נתבלבלו. בס' שער המלך ה"ל איסורי ביאה הביא בשם ס' אלי' רבה דאע"ג דממזר מותר בשתוקי וכן להיפך אבל ספק עמוני אסור דדוקא גבי ממזר איכא יתור לומר בקהל ודאי ולא בקהל ספק אבל בעמון ליכא יתורא דקר' והביא ראי' מהא דאמרו

ביבמות דף מ"ט כבר עלה סנחריב ובלבל וכו' וכל דפריש מרובא פריש הא לאו הכי הי' אסור מספק ובשעה"מ שם השיג והעלה דכיון דכתב רחמנא תרי קהלי למשרי קהל ספק ולא ידעינן אהי מינייהו קאי דרשינן לי' אכולהו ומשום דהי מינייהו מפקת והיינו נמי משום דדרשינן כולהו קהלי דכתיבי באורייתא בקהל ודאי דומיא דאינך כו' וטעמא דכל דפריש מרובא פריש לענין שיהי' מותר בקהל אפי' מדרבנן ע"ש ועמ"ש בס"ק כ"ט:

סעיף יח

ס"ק יא

ישראל שנשא ממזרת כתב ב"ש ז"ל הולד ממזר דקי"ל כל מקום שיש קידושין ולא קרינן כי תהיין לא קרינן וילדו לו ש"ס ס"פ האומ' עכ"ל ואין כאן מקומו דהא ממז' בישראל קידושין תופסין בחייבי לאוין ואולי קאי על האי דסמיך סעיף י"ט בעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר. ובזה טעמא משום דלא קרינן כי תהיין לא קרינן וילדו והוי הולד כמותה:

סעיף יט

ס"ק יב

עכו"ם ועבד. ספ"ק דיבמות דף ט"ז אמר רב יהודא אמר רב אסי נכרי שקידש בזמן הזה חוששין לקידושין שמא מעשרת שבטים הוא וכתב רש"י ז"ל שנשאו כותית וקסבר דכותית שילדה מישראל הולד ממזר וחוששין לקידושי ממזר ע"ש ובתו' שם ד"ה נכרי שקידש ז"ל ותימה דבכמה משניות מוכח דאינו מתייח' אלא אחריו דתנן לקמן בפ' ב' מי שיש לו בן מכל מקו' פוטר חוץ ממי שיש לו מן השפח' ומן הנכריות ותנן נמי בפ' האומ' דולד שפחה ונכרית כמותה ולא הוי ממזר ונראה דלא קשיא כל כך דהני משניות סברי דכותי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר וה"ה איפכא ורב אסי סבר כר' עקיבא דאמר אין קידושין תופסין בחייבי לאוין והולד ממזר מכותי ועבד וה"ה הבא על שפחה ונכרי' עכ"ל: ואיכא למידק נהי דהולד ממזר ומשום דעכו"ם ועבד חייבי לאוין וכמ"ש תו' שם ד"ה קסבר כותי ועבד ונקט כותי או עבד משום דלא תפסי קידושין ע"ש וקשה ליהוי ממזר ונכרי כיון דהולד כמותה וא"כ היכי, תופס קידושין וכהאי דאמרינן ס"פ האומר בממזר הבא על השפחה דס"ל לר' אליעזר דהולד עבד ממזר ע"ש וה"נ ליהוי נכרי ממזר דכשיתגיי' ליהוי ממזר אבל קודם שנתגייר ליהוי נכרי גמור כמו התם בעבד ממזר דקודם שנשתחרר אין בו תפיסת קידושין וה"נ קודם שנתגייר הרי הוא נכרי דהא הולד כמותה והיכי תפסי קידושין קודם שנתגייר ועוד קשה נהי דכותי ועבד הבא על ישראלית ס"ל דהולד ממזר ומשום דלא תפסי בהו קידושין התם שאמו ישראלית איכא

למימר דאית בי' דין ממזר דאינו אלא מצד ישראל אבל להיפך ישראל שבא על השפחה ונכרית כיון דהולד כמותה איך שייך בי' דין ממזרות כיון דצד ממזרות לא שייך כלל בצד נכרית ושפחה: ואחר העיון נראה לענ"ד לפי מה שאמרו ס"פ האומר בפלוגתא דר"ע ור"א בממזר שנשא שפחה דס"ל לר' אליעזר הרי זה עבד ממזר. מ"ט דר"א דאמר קרא לו הלך אחר פסולו כו' ור"א לאו אע"ג דכתיב למשפחות' לבית אבותם אתא לו אפקי' ה"נ אע"ג דכתיב האשה וילדיה תהי' לאדונ' אתא לו אפקי' ורבנן כו' ולד במעי שפחה כולד במעי בהמה דמי ע"ש וכיון דממזרות אינו אלא מצד ישראל ואינו מצד עכו"ם ושפחה וכמ"ש רש"י ס"פ האומר דף ס"ח ובתו' יבמות דף כ"ג ד"ה קסבר רבינא ע"ש ובתו' בכורות דף מ"ז ד"ה ולא תימא ע"ש א"כ כיון דס"ל לר"א דהולד עבד ממזר היינו שיש לו דין עבד מצד אמו שהיא שפחה וממזר מצד ישראל שבא בעבירה ע"כ דין ישראל יש לו ג"כ והלך אחר הפסול ולפי"ז לר"א אם קידש אשה נרא' דקידושיו תופסין דכיון דכתי' לו הלך אחר הפסו' ושדית לי' בתר ישראל וממילא ה"ל דין ישראל. או אפשר דאית בי' דין חצי עבד מצד אמו וחצי ב"ח מצד אביו ישראל ובחצי עבד וחצי ב"ח קידושיו קידושין וכמ"ש הרשב"א בחידושיו ליבמות הובא אצלינו בסימן מ"ד ע"ש: וא"כ ה"ה בישראל הבא על הכותית דין ממזר יש לו דכיון דכתיב בממזר לו הלך אחר פסולו ואתא לו אפקי' מאשה וילדי' תהי' לאדוני' וה"ה דאפקי' מהאי דכתיב כי תהיין וילדו לו דאתא לו ואפקי' כיון דגלי קרא לו הלך אחר פסולו ע"כ אזלת בתר ישראל וממילא אית ליה דין ישראל שיהיה קידושיו קידושין כיון דאין דין ממזרת אלא מצד ישראל שבא בעבירה ולא בתר שפחה ונכרית דין ממזרות וס"ל לר' אסי כר' אליעזר דאתא לו אפקי' ואוקמה ע"כ בדין ישראל. מיהו נראה דגם רב אסי ס"ל כרבנן דטעמא דרבנן אינו אלא משום דולד במעי שפחה כולד במעי בהמה דמי אבל אי לאו הך סבר' הוי מודי דאתא לו אפקי' וא"כ הך טעמ' לא שייך אלא בשפח' אבל לא בנכרית דאית להו חייס אתא לי אפקי' ורב אסי מיירי בישראל שבא על הכותית: ובשער המלך פט"ז מאסורי ביאה כתב על דברי תו' יבמות ז"ל והדבר תימה אצלי איך אשתמיט מינייהו משנה ערוכה פ' אלמנה לכ"ג דף ס"ט דלא תליא הא בהא דסתם לן תנא התם תרוויהו דולד שפחה ונכרית כמותה כדקתני הלך הבן ונכבש על השפחה וילדה הימנו בן הרי זה עבד ואפ"ה ס"ל דנכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר כדקתני סיפא ממזר פוסל ומאכיל וא"כ איך כתבו דס"ל לרב אסי דלמאן דס"ל דנכרי כו' הולד ממזר ה"ה הבא על השפחה ונכרית והא מתנ' צווחת ככרוכיא דלאו הא בהא תליא וצ"ע כעת עכ"ל: ולפי מ"ש דרב אסי לא אמר הולד ממזר אלא בישראל הבא על הכותית אבל בבא על השפחה מודה ומשום דקי"ל

כרבנן דעובר במעי שפחה כמו במעי בהמה דמי ואין ממזרות מצד שפחה וכמ"ש ותוס' שכתבו וה"ה הבא על שפחה ונכרית לאו דוקא שפחה אלא מנכרית בלבד מיירי רב אסי ואולי דנקטו שפחה אליבי' דר"א דס"ל גם בשפחה דהלך אחר פסולו אבל לדידן דק"ל כרבנן דבשפחה אין הולכין אחר פסולו דה"ל כמו במעי בהמה ע"כ שפחה לאו דוקא: בעיקר דברי תו' קשיא לי דכיון דסבר ר' אסי אין קידושין תופסין בחייבי לאוין א"כ נכרי שקידש היאך חוששין לקידושיו דכיון דהוא ממזר אין קידושין תופסין בחייבי לאוין שוב ראיתי בחידושי מוהרש"ל שכתב להגיה בדברי תו' כר' עקיבא דאמ' הולד ממזר מגוי ועבד וז"ל ולית נגר בר נגר דליפרקי דאי סבר אין קידושין תופסין בחייבי לאוין אמאי חוששין לקידושי ממזר וכן תמצא בדברי תו' דעשרה יוחסין שנוכל לחלק ולומר שסבר כר"ע בהא דגוי ועבד הולד ממזר ולא ס"ל כר"ע בהא דאין קידושין תופסין בחייבי לאוין שוב ראיתי בגליון תו' שבא לתרץ דהא דאמר חוששין לקידושין מיירי בקידש ממזרת או גיורת ודוחק גדול לומר דאי הוי איירי בכה"ג דוקא הוי מפרש אלא נראה עיקר כמו שפרשתי עכ"ל. ולענ"ד נראה ליישב דאע"ג דלר"ע אין קידושין תופסין בחייבי לאוין היינו ממזר ודאי דהוא מחייבי לאוין אבל ספק ממזר דמותר מן התור' לבא בקהל לא הוי חייבי לאוין וקידושי תופסין בו דשתוקי שקיד' קידושיו קידושין דאי כיון דאינו מחייבי לאוין ולאו ספק קידושין עלי' אלא קידושי ודאי כיון דהתור' אמר' ספק ממזר יבא בקהל וא"כ בנכרי שקידש דאינו ודאי ממזר אלא ספק וכדאי' שם בש"ס וכל דפריש מרוב' פריש בדוכתי דקבוע והיינו דכל קבוע כמחצ' על מחצ' ולא הוי אלא ספק ומות' מן התור' וקידושין תופסין בה ואין לומר דהא ממ"נ אין קידושיו קידושין דאם הוא נכרי גמור אין קידושין תופסין ואם ממזר הוא נמי אין קידושיו קידושין דהא דס' ממזר מותר לאו משום ספק הוא אלא דגזירת הכתוב דס' מותר ואפי' תרי ספיקא דסתרו נמי מותר ושתוקי מותר בישראלית ובממזרת

כהדדי וכמ"ש בס' ה' דף"ד מותר בספק ממזרת ואע"ג דאסור בממזרת ודאי ובישראלי' ודאי אינו אסור ממ"נ אם ישראלית היא אסורה לו ואם ממזרת היא אסורה לו אלא כיון דאפי' תרתי דסתרי מותר מש"ה מותר פ"ד בס' ממזרת וע"ש וה"נ קידושיו קידושי ספק דשמא ממזר הוא ואינו נכרי ומצד ממזר קידושיו תופסין כיון דאינו מחייבי לאוין דהא התורה התירו לבא בקהל ודו"ק: והנה לפי מה שמבואר מדברי תו' דישראל הבא על השפחה או על הנכרי' הולד ממזר וע"כ שדית לי' בתר אביו דהא אין ממזרת מצד שפחה א"כ תיקשי קרא דכתיב האשה וילדי' תהי' לאדונ' דהא הולד ממזר ושדית לי' בתר אביו שהוא ישראל דעבד עברי ישראל גמור הוא: ולפי מ"ש תו' שם ביבמות דף ט"ז ד"ה

קסבר כותי ועבד ז"ל וא"ת בשלמ' מעבד הוי ממזר דבעבד איכא לאו אלא מכותי אמאי הוי ממזר ב"ד של שם גזרו ומדאורייתא מותר וי"ל אע"ג דביאת היתר הוא מדאורייתא בצנעא מכל מקום כיון דלא תפסי בה קידושין הוי ממזר כמו בעבד כו' א"נ מכותי לא הוי ממזר אלא מדרבנן ובכל מקום מזכיר כותי אגב עבד ע"ש וא"כ לפי מ"ש תו' דתליא בחייבי לאוין ואינו אלא בעבד א"כ עבד עברי דמותר בשפחה ולא הוי ביאת עבירת חייבי לאוין לא הוי ממזר וכיון דלא הוי ממזר ולא שייך בי' הלך אחר פסולו ניחא דאשה וילדי' תהי' לאדונ' אך לפי מ"ש תו' דאפי' בכותי הולד ממזר אע"ג דביאתו היתר מן התורה ומשום דלא תפסי א"כ בעבד עברי הבא על השפחה דאין קידושין תופסין והוי הולד ממזר וכל היכא דהולד ממזר ע"כ שדית בתר אבוה וכמ"ש דאין ממזר מצד שפחה אלא מצד ישראל: ולפי מ"ש דרב אסי לא אמר אלא בישראל הבא על הנכרית אבל בשפחה ה"ל כמו במעי בהמ' ולא הוי ממזר והולד כמותה ניחא. אלא דאכתי תיקשי לר"א דס"ל בישראל הבא על השפחה דהולד עבד ממזר ואם אין ממזרו' מצד שפחה ע"כ שדית בתר אביו וא"כ קשה הא דכתיב האשה וילדיה תהיה לאדוני' כיון דלר"א לא אמרינן בשפחה דולדה כמו במעי בהמה: ולכן נראה מוכרח דהטעם הוא משום חייבי לאוין וכמ"ש תו' דבעבד אי' לאו וכמו כן בשפחה אי' לאו ובעבד עברי דמותר בשפחה לא הוי ממזר וכמ"ש. ובסנהדרין דף כ"א א"ר יהודה אמר רב תמר בת יפת תואר היתה שנאמר ועתה דבר נא אל המלך כי לא ימנעני ממך ואי ס"ד בת נישואין הוי אחתי' מי הוי שריא ופירש"י אלא ש"מ עדיין לא נתגיירה אמו כשילדת' ע"ש ואכתי מי הוי שריא כיון דישראל הבא מן הנכרית הולד ממזר ואמנון ישראל ואסור בממזר' ואפשר כיון דלא הוי ולד ממזר אלא משום חייבי לאוין ועמ"ש בסימן ט"ז מדין ביאת נכריות וכיון דיפת תואר התורה התיר' ליכא חייבי לאוין אלא דלפי מ"ש תוס' בחד תי' משום דאין קידושין תופסין א"כ אע"ג דהוי ביאת היתר מכל מקום כיון דבנכרית לא תפסי קידושין הוי הולד ממזר ואיך מותר אמנון בתמר: ונראה לפי מ"ש רש"י בקידושין דף כ"ב דאפי' ביאה ראשונה אסור במלחמ' עד לאחר כל המעשי' כולן והקשו בתוס' סנהדרין לשטת רש"י א"כ לא בא דוד על מעכה רק לאחר שנתגיירה וא"כ בת נישואין הוי והיכי שריא תמר לאמנון וכמו כן תקשי שם בקידושין והובא שם בתוס' פלוגתא בירושלמי אם הותר לו ביאה ראשונ' קודם גירות וסבר ר' יוחנן דאפי' ביא' ראשונה לא הותר' עד אחר גירות ע"ש בתוס' ובריטב"א הקשה לר' יוחנן מהך דאמנון ותמר וז"ל ואפשר דמשום דהוי בע"כ ולית לי' לר' יוחנן הא דדרשינן הכא ולקחתי לקוחין יש לך בה ועד שנתגייר' בלב שלם דין גוי' יש לה ע"ש. ובשטת רש"י נראה דס"ל דאע"ג דאמרה תורה ולקחת ליקוחין

יש לך בה אינו אלא גזירת הכתוב דהיא אין לה אלא דין גוי' כיון דבע"כ גיירה אלא דאפ"ה יש לך בה קידושין: וניחא בזה דתמר מותרת לאמנון כיון דהיא דין נכרית לה כיון דבע"כ גיירה אלא דאפ"ה אמרה תורה ליקוחין יש לך בה וכיון דקידושין תפסי בה א"כ לא הוי ולד ממזר ובפ' האומר דף ס"ח דיליף דישראל הבא על הנכרית הולד כמותה משום דכתיב כי תהיין לאיש שתי נשים וילדו כל היכ' דקרינן כי תהיין קרי בי' וילדו ע"ש א"כ קשה כיון דהכא גלי קרא ליקוחין יש לך בה א"כ אע"ג דנתגייר' בע"כ וה"ל דין גוי' אפ"ה נימ' דהול' בתר אבו' וא"כ אחתי' הוא אך דכבר כ' הריטב"א ביבמו' דלרב פפא דדרש מכי תהיין לאיש דבחייבי לאוין תפסי קידושין לית לי' האי דרשא דנכרית כמותה מכי תהיין לאיש אלא דנפקא לי' נכרית ולדה כמותה מהאי קרא דבת אשת אביך כדאי' ביבמות דף כ"ג ע"ש ולפי"ז אע"ג דגבי יפת תואר שנתגיירה גלי קרא דליקוחין יש לו בה כיון דהי' דין גוי' יש לה שנתגייר' בע"כ הוי הולד כמות' ולאו אחתי' היא: ובסנהדרין שם כתב רש"י תמר אחות אבשלום בת יפת תואר היתה קודם שנתגיירה בלב שלם מעכה אמו ילדה לו לדוד את תמר ע"ש ומשמע דהגירות לאו גירות הוא כיון דבע"כ גיירה אלא דאפ"ה גלי קרא ולקחת ליקוחין יש לו בה וא"כ ה"ל דין גוי' ולא הוי ולד ממזר וכמ"ש ודוק: ובסנהדרין דף ק"ו ויהי דוד בא עד הראש כו' והנה לקראתו חושי הארכי כו' אמר לו לדוד יאמרו מלך שכמותך יעבו' ע"א כו' אמר מ"ט קנסבת יפת תואר א"ל יפת תואר רחמנא שרי' א"ל לא דרשת סמוכין דסמיך לי' כי יהי' לאיש בן סורר ומור' כל הנושא יפת תואר יש לו בן סורר ומורה ע"ש ולפי מ"ש רש"י גבי יפת תואר דה"ל דין גוי' והולד כמותה א"כ לא הוי בנו כלל: מיהו לפי מ"ש רש"י תמר אחות אבשלום בת יפת תואר היתה קודם שנתגייר' בלב שלם ע"ש ומשמע דאחר שנתגיירה בלב שלם ואז ה"ל ישראלי' גמור' וה"ל בנו ממש והיינו דבתחלה הוא דאינה מתגיירה בלב שלם אבל אח"כ מגיירה עצמה בלב שלם ומש"ה כתיב והי' הבן הבכור לשנואה גבי יפת תואר וכמ"ש רש"י פ' כי תצא לא דיברה תורה אלא כנגד יצה"ר אם נשאה סופו להיות שונאה שנאמר אחריו כי תהיין לאיש כו' וסופו להיות מוליד ממנה בן סורר ומורה ע"ש וכתיב והי' הבן הבכור לשנואה אלמא דבנו הוא אלא משום דלאחר שנתגיירה בלב שלם הרי הוא בנו ממש ותמר נולדה קודם שנתגיירה בלב שלם שוב מצאתי בפי' הטור על התורה פ' כי תצא הביא שם ספרי ואח"כ תבא עלי' ובעלתה אין לך בה אלא מצות בעילה לומר שאין קידושין כסף ושטר תופסין בה וגם הבעילה לא לשום קידושין הוא דגוי' היא אלא שהתיר הכתוב בעילתה ומכל מקום אחר כל המעשי' הללו היא אשתו גמורה ואם זינתה תחתיו תידון בחנק כו' והנה בזמן ההוא לקחה עצה לנפשה על הגירות ונעקר מלבה

קצת ע"א ודבקה באיש הזה והורגלה בו ולכך אמר והבאתה אל תוך ביתיך ולא בבית אחר וכן וישבה בביתיך שתשב כל הזמן הזה בבית שהוא משתמש בה אולי תתרצה בו אבל אם רצתה להתגייר ברצון נפשה בב"ד מותרת לו מיד גם לאחיו גם לאביו עכ"ל ומשמע מדבריו דכל הגירו' אינה גמורה ואינה ברצון נפשה אלא דאפ"ה התורה עשאה כאשת איש שאם זינת' תחתיו היא בחנק אבל היא דין גוי' יש לה ומש"ה תמר מותר' לאמנון עד אחר זמן רב שאז היא מגיירת עצמה ברצון שלם ואז שייך בה דין סורר ומורה על בנה ולא יוכל לבכר ובנו ממש הוא ודוק היטב:

סעיף כ

ס"ק יג

ממז' נושא לכתחלה שפח' הרמב"ם כתב פט"ז הולד מה' א"ב ולא גזרו על שפחה לממזר מפני תקנת הולד ע"ש וס"ל דשפחה אין איסור' אלא מדרבנן והתירו לממזר מפני תקנ' הולד ולדעת תוס' השפחה מן התורה אסור וממזר דמותר בשפחה משום דכתיב לא יהיה קדש וממזר קדש ממילא שנולד מאיסור ערוה שאין קידושין תופסין

סעיף כב

ס"ק יד

גר ועבד משוחרר מותרים בממזרת. ומשום דקהל גרים לא איקרי קהל וכתב בח"מ יש להסתפק אם גר עמוני דחייב בכל המצו' אם מותר בשפח' כממזר או עדיף מממזר ואסור בשפחה. וב"ש כתב ז"ל לכאורה נראה דתליא בשני תירוצים אלו להרמב"ם י"ל דמותר כדי להכשיר זרעו ולר"ת י"ל דאסור דהא אין יצירתו בעבירה ע"ש עוד כתב ז"ל ונתין אסור בשפחה כ"כ תוס' בגיטין דף מ"א ובפסחים מיהו שם כתבו כן אליבי' דר"ת דס"ל ממזר מותר בשפחה משו' דהוא קדש י"ל נתין אסור אבל לדעת הרמב"ם שהבאתי לעיל י"ל דמותר אלא קושיות תוס' שם שהקשו וישא נתינה צ"ע ליישב: ונראה דכיון דהא דמותר לדעת הרמב"ם שישא ממזר את השפחה אינו אלא משום תקנת הולד הא לאו תקנת הולד הי' אסור בשפחה עכ"פ מדרבנן וכמו כן י"ל בנתין דמותר בשפחה מפני תקנת הולד או בעמוני לישא שפחה הכל מפני תקנ' הולד אבל להיפך שישא עבד את הנתינה דאין כאן תקנת הולד דהא הולד יהי' אסור משום נתינה וכיון דאין כאן תקנת הולד הוא אסור' עכ"פ מדרבנן ותו לא קשה וישא נתינה דכיון דליכא תקנת ולד ואע"ג דאיכ' תקנה לחצי עבד שישא אשה לא התירו אלא משום תקנת הולד: וראיתי בשער המלך שכתב בשם הרשב"א יבמות דף ע"ז דגר מצרי מותר לישא שפחה והבי' שם דברי ירושלמי דפ' עשרה יוחסין דקאמר בהדי' דעמוני נותנין לו שפחה ע"ש ודעת הרשב"א

דשפח' אסור מן התורה א"כ ע"כ הא דמותר עמוני ומצרי בשפחה לאו משום תקנת הולד הוא כיון דמן התורה אסור בשפחה לא הוי מותר משום תקנת הולד אע"כ דהכי דינא דעמוני ומצרי מותר בשפח' וא"כ הדר' קושיתו לדוכתי' וישא נתינה או מצרית כיון דלאו משום תקנת הולד הוא מותר בשפחה וא"כ בחצי עבד וחצי ב"ח אמאי כופין את רבו כיון דאית ליה תקנתא בנתינה. ואפשר דעמונית אינו רשאי לישא כיון דעמוני ולא עמונית היא אסורה בעבד אבל מצרית ונתינה יכול לישא:

ונראה דבתוס' שם בגיטין (דף מ"א) ז"ל וא"ת ישא ממזרת דצד עבדות שרי בה כו' וכ"ת דאתי צד עבדות ומשתמש באשת איש ישאנה באיסור בלא קידושין כמו שממזר נושא שפחה וכמו לישא שפחה אינו יכול. והנה לשיטת הרמב"ם שפחה מדרבנן ובת ישראל בזנות לוקה משום לא תהיה קדשה. ועיין טור סי' כ"ו ובהרב המגיד פ"א (מאישות ה"ד) ומבואר מדבריהם שם דכל היכא דאית בה צד קידושין לוקה בלא קידש ושפחה דאינה בת קידושין מותרת מן התורה. ומש"ה שפחה הי' יכול לישא דאינה בת קידושין וחצי עבד וחצי ב"ח דאינו יכול לישא שפחה משום צד חירות אינו יכול לישא מצרית או נתינה כיון דהיא בת קידושין אסור לבא עלי' בלא קידושין ואם בקידושין אתי צד עבדות ומשתמש בצד אשת איש. ואפי' לדעת החולקין על הרמב"ם וסוברים דבביאת פנוי' ליכא איסור תורה עכ"פ אסור מדרבנן בלא קידושין וכמ"ש בח"מ סי' כ"ו דהא אפי' יחוד פנוי' גזרו בב"ד של דוד וא"כ לא משכחת בלא קידושין אלא בשפחה דממזר נושא שפחה ומשום דהיא לאו בת קידושין, אבל היכא דאית בה קידושין עכ"פ מדרבנן אסור וא"כ מצרית או נתינה אינו יכול לישא דבלא קידושין אסור עכ"פ מדרבנן ואם בקידושין אתי צד עבדות ומשתמש באשת איש אלא רק לישא שפחה דבה ליכא צד קידושין ואסור משום צד חציו ב"ח, ועמ"ש בסי' מ"ד סק"ד דלדעת הרשב"א חצי עבד וחצי ב"ח קידושיו תופסין וגם לדעת הרמב"ם בר קידושין הוא אלא דאין לו יד לקדש מטעמא שכתבנו שם ע"ש ועמ"ש (בסי') [בס"ק] כ"ו:

ס"ק טו

גר שנשא בת ישראל והוא דעת הרמב"ם [פט"ו איסו"ב ה"ט] דאסור בממזרת משום דשדית לי' בתר אימי' שהיא ישראלית. והקשה הר"ן דלמה לא נאמר כל מקום שיש קידושין ואין עבירה הולד הולך אחר הזכר והוי גר ומותר בממזרת. וב"ש כתב ז"ל ואפשר דס"ל להרמב"ם כלל זה לא אתמר אלא בישראל ולא כשיש צד אחד גר דהא קי"ל גר בממזרת ג"כ הולד ממזר אע"ג דיש קידושין ואין עבירה עכ"ל. והיינו דלמשפחותם לבית אבותם לא נאמר אלא בישראל ולא בגר:

והנה מהא דגר שנשא ממזרת הולד ממזר אין ראי' דהא אמרו ס"פ האומר [קידושין סט,א] גבי ממזר הבא על השפחה דסבר ר"א הולד ממזר ומשום לאו אע"ג דכתיב למשפחותם לבית אבותם אתא לו אפקי' ה"נ אע"ג דכתיב האשה וילדיה תהיה לאדוניה אתא לו אפקי' ורבנן כל ולד במעי שפחה כולד במעי בהמה דמי ע"ש, ומבואר דהא דגר בממזרת הולד ממזר משום דכתיב בממזר לו הלך אחר הפסול ואתא לו אפקי' מהאי דלמשפחותם לבית אבותם:

ובשער המלך [פט"ו איסו"ב ה"ט] ז"ל האמנם זו היא שקשה בעיני ואשתומם על המראה איך נעלם מעיני הר"ן והרב המגיד ז"ל סוגי' ערוכה פרק הבא על יבמתו (דף נ"ז) דגרסינן התם בעא מיני' ר"י מרב אושעיא פ"ד כהן שנשא בת גרים מהו שיאכילנה בתרומה, ופרכינן למאן אי לר"י בין בקדושתי' קאי כו' אכלה דהא אמר קהל גרים לא איקרי קהל אלא אליבי' דהאי תנא דתנן ראב"י אומר אשה בת גרים לא תנשא לכהונה עד שתהא אמה מישראל והכי קא מיבעי' לית כשרות איתוסף בה ואכלה או קדושה אתוספת בה ולא אכלה כו' אלא לאו ראב"י היא וש"מ כשרות אתוספת בה ואכלה. ופירש"י ז"ל אליבי דהאי תנא קא מיבעי' לי' לר"י וכגון שאמו מישראל, כשרות אתוספת בה דראויה לכהונה ולאו קדושה לאקרוי קהל ומותרת לפ"ד ואכלה ממ"נ כו' או דלמא קדושה אתוספת בה וקהל איקרי ואסור לפ"ד ולא אכלה. לישנא אחרינא מפי המורה בת גר וגיורת קאי מיבעי' לי' אליבי' דראב"י מאי כשרות אתוספת בה בהך דאמה מישראל לאקרויי קהל אבל בת גר וגיורת לאו קהל הוא ואכלה שמותרת לפ"ד והאי לאו בקדושתי' קאי דתתסר עלי' משום כהונה או דלמא קדושה אתוספת בה לינשא לכהונה והך דאין אמה מישראל נהי דקדושה לית בה כשרות מיהא אית בה ובכלל קהל היא ואסור לפ"ד ע"ש. הנה מבואר שדין זה שכתב רבינו לפי פירש"י בעיא דר"י הוא דמיבעי' לי' אי בכלל קהל היא ואסורה לפ"ד או לאו בכלל קהל ומותרת לפ"ד או לממזר ופשיט לה דלאו בכלל קהל היא כו'. ולפי פי' המורה שכתב רש"י ז"ל בבת גר שנשא ישראל פשיטא ליה לתלמודא דחשיב קהל ובבת גר וגיורת דוקא הוא דמבעי' ליה כו'. גם על הר"ן יש לתמוה איך כתב שלא ידע מנין לו והניח הדבר בצ"ע, דממ"נ אם הר"ן ז"ל מפרש האי דפ' הבע"י כפירש"י א"כ ה"ל להקשות עליו דתלמודא פשיט לי' להדיא להתירא ואי ס"ל כפירוש המורה א"כ מאי קשי' לי' מנין לו שהרי לפי' המורה מבואר בסוגי' הנזכר דבת גר שנשא ישראל אקרי קהל ואסורה לפ"ד ולממזר כדעת הרמב"ם וצ"ע וע"ש:

ולענ"ד נראה דלפי' המורה אינו מוכרח דעת הרמב"ם דהא בש"ס לראב"י הוא דקאמר מאי כשרות אתוספת בה בהך דאמה מישראל לאקרויי קהל אבל בת גר וגיורת לאו קהל

כו' והיינו משום דראב"י ס"ל באמה מישראל דמותרת לכהונה ומשום דס"ל מזרע ישראל אפילו מקצת זרע וכדאיתא בקידושין (דף ע"ט) [עח,א] ואפילו מצד האם נמי קרוי מזרע ישראל מש"ה ס"ד לראב"י כיון דס"ל ע"י מקצת זרע קרוי מישראל ה"ה דאיקרי קהל אע"ג דעיקר זרע בתר אבוה חשיב קהל ע"י מקצת זרע שהוא מן האם, ומש"ה אפשר דבת גר וגיורת נהי דקדושה לית בה כשרות מיהא אית בה ובכלל קהל היא ואסורה לפ"ד עד דפשיט לה דבת גר וגיורת לא איקרי קהל אבל אמה מישראל חשיב קהל לפי' המורה והיינו לראב"י דס"ל אמה מישראל כשרה לכהונה ומשום דדריש מזרע ישראל אפי' זרע כחוש גר שנשא ישראלית וכמ"ש רש"י שם בקידושין דעיקר זרע מן האב ולא הוי אלא זרע כחוש שהוא מן האם, א"כ ה"ה לקהל דחשיב קהל. אבל לדידן דקי"ל דלא בעינן אמה מישראל ולא דרשינן כלל מזרע ישראל אפי' מקצת זרע וא"כ אמה מישראל לא מהני בשום מקום ואזלינן בתר הך כללא דהכל הולך אחר הזכר ואביו גר ומש"ה ס"ל לפי' המורה לראב"י דאמה מישראל חשיב קהל כיון דאמה מישראל מכשר לה לכהונה ה"ה לקהל דה"ל בכלל קהל אבל לדידן דקי"ל כר' יוסי שם ואפי' אין אמה מישראל לא מהני כלל זרע האם ואע"ג דלכתחלה בעינן אמו מישראל אינו אלא מעלה בעלמא אבל לדינא קי"ל כר"י א"כ גם לפי' המורה לדידן אזלינן בתר אביו גר ודוק:

וניחא בזה ליישב קושיית ח"מ ס"ק כ"ג שהקשה לדעת הר"ן מדלא פריך והרי גר שנשא ישראלית כו', דאכתי קשה נתני בהדיא כדפריך התם אלא ש"מ דהולד הולך אחר הפגום ואסור בממזרת, ולפי מ"ש ס"ל להר"ן כפי' המורה ולשטתו אליבי' דראב"י דאמה מישראל איקרי קהל דדריש מזרע ישראל דאזלינן בתר זרע האם וה"ה לקהל אלא דאנן לא ס"ל כראב"י וי"ל דמתני' אתיא כראב"י ולדידיה חשיב קהל ולדידן אזלינן בתר אביו גר:

ס"ק טז

אבל אם האחד ודאי והשני ספק. ומדאורייתא ממזר ספק מותר וכדאיתא פ' עשרה יוחסין [עג,א] ממזר ודאי ולא ממזר ספק. והרמב"ם כתב בכמה מקומות בספרו [פ"ט טו"מ הי"ב] דכל הספיקות מדבריהם והרמב"ן והרשב"א חולקין עליו וס"ל דכל הספיקות מן התורה אסור לבד בממזר דגלי קרא ממזר ודאי ולא ממזר ספק ועמ"ש בזה בש"ש ש"א [פ"א] ע"ש:

ופרי חדש [יו"ד סי' ק"י כללי ס"ס] הביא ראי' דכל הספיקות מדבריהם מהא דאמרו פ' יה"כ [יומא עד,א] כל חלב לרבות חצי שיעור וכוי ופריך מיניה לריש לקיש דסובר חצי שיעור מותר מן התורה ומשני מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא היא ומדכייל כוי וחצי

שיעור בהדי הדדי א"כ מוכח דספק מן התורה מותר דהא כוי ספק בהמה ספק חיה ע"ש בי"ד סי' ק"י:

ונראה לפי שבחולין (דף ע"ה) שם פליגי ר' יוחנן ור"ל בהטילה נפל ר' יוחנן אמר חלבו אסור ור"ל אמר חלבו מותר ע"ש א"כ בחלב ספק חי' אע"ג דספק אסור מן התורה בספק חיה מותר מן התורה דאוקי בחזקת היתר שהי' במעי בהמה מותר. וכה"ג כתבו תוס' בחולין (דף י"א) ד"ה לר' מאיר דחייש למיעוטא ז"ל דאי אמרת אוקי הפרה בחזקת שלא ילדה אדרבה העמד ולד בחזקת שאינו קדוש בבכורה שהי' חולין במעי בהמה עכ"ל. וה"נ אוקי החלב בחזקת היתר שהי' מותר במעי בהמה ומש"ה לא הוי כוי איסור תורה אלא מדרבנן וכיילי בהדי חצי שיעור:

אח"כ מצאתי בשעה"מ [פ"ט טו"מ ה"ב] כתב ליישב קושיית פר"ח הנזכר בשם רב עצום כמוהר"י אשכנזי ז"ל כדברינו דכיון דקי"ל דחלב שליל מותר ואפי' בן ט' חי איכא למימר העמד חלב על חזקתו ע"כ. ות"ל כוונתי לדעת הגדול:

אלא דבס' הנ"ל השיגו ז"ל ואולם אחר העיון נראה ודאי דאין מקום לתירוץ זה דא"כ לפי דבריו חלב הכוי לכ"ע אינו אסור אלא מדרבנן ובפ"ד דכריתות מותבינן התם למ"ד דבעינן חתיכה אחת משתי חתיכות ובריייתא דקתני ר' אליעזר אומר כוי חייבים על חלבו אשם תלוי, ומשנינן דר' אליעזר סבר דלא בעינן חתיכה אחת משתי חתיכות. והשתא קשה דלו יהי' דר"א סבר דלא בעי ב' חתיכות אמנם בכוי דאיכא חזקת היתר כיון דמדאורייתא מותר איך קאמר דחייב אשם תלוי וכו', ובר מן דין קשה לי על דברי תוס', שכתבו דחזקת מעי אמו חשיבא חזקה א"כ איך בעי למיפשט התם פ"ק דחולין דאזלינן בתר רובא מרישא של עולה כו' וניחוש שמא ניקב קרום של מוח וכן מפרה אדומה ודלמא התם היינו טעמא משום דאזלינן בתר חזקת מעי אמו שאין טריפות פוסל בה כדקי"ל בי"ד סימן י"ג דהשוחט את הבהמה ומצא בה בן ט' חי ואפי' הפריס ע"ג קרקע אין טריפו' פוסל בה כו'. ואיך שיהי' לדאתן עלה לדברי תו' שכתבו דחזקה דמעי אמו חשיבא נראה דמעולם לא כתבו תו' כן אלא דוקא גבי בכור משום דכל זמן שהוא במעי אמו אין כאן קדושה עליו כלל דגזירת הכתוב הוא דבפטר רחם תלי רחמנא ואפי' נתנבלה או נטרפה אמו אין קדושה חלה עליו משא"כ גבי טריפה דטעמא דאין טריפות פוסל בה היינו משום דשחיטת אמו מטהרתו דעובר ירך אימי' ואם נתנבלה או נטרפה אמו טעון שחיטה מדאורייתא וכל טריפות פוסל בה כדאי' התם וכיון שכן ודאי דחזקת אמו לא חשיבא חזקה ודאית דלמא טריפה היא או תתנבל אמו כנ"ל נכון ומעתה הא דכוי נמי דכוותה דשחיטת אמו הוא דמטהרתו דומיא דטריפה וכנודע עכ"ל: והנה מ"ש

בשעה"מ להשיג משום דהא דכוי נמי דכוותה דשחיטת' אמו הוא דמטהרתו דומיא דטריפה. המעיין בחולין דף ע"ה יראה מבואר דלאו מתור' שליל הוא דבהטיל' נפל הוא דפליגי ולאו משו' שחיטת אמו אתינן עלה וז"ל הגמרא שם הטילה נפל ר' יוחנן אמר חלבו כחלב בהמה ור"ש בן לקיש אמר חלבו כחלב חי' ר' יוחנן אמר חלבו כחלב בהמה אוירא גרמו ר"ש בן לקיש אמר חלבו כחלב חי' חדשי' גרמו ע"ש והיינו משום דס"ל לר"ש ב"ל דלא מיקרי שור עד דשלמו לו חדשים ע"ש וכיון דלריש לקיש אפי' הטילה נפל אין בו משום חלב אינו משום שחיטת אמו אלא משום דכל שלא הגיע לחדשים אינו קרוי שור וא"כ ודאי כל שלא הגיע לקדשי' אפי' תתנבל אמו או תטרף אין בו משום חלב לר"ל כל שלא הגיע לחדשים ומש"ה לריש לקיש דס"ל חצי שיעור מותר מן התורה וכל חלב לרבות כוי וחצי שיעור הוי הכל מדרבנן דומיא דחצי שיעור ומשום דאית לי' חזקת היתר שלא הי' באיסור חלב קודם שהגיע לחדשי ובזה ניחא דלר' יוחנן דס"ל חצי שיעור אסור מן התורה וכל חלב לרבות חצי שיעור א"כ כוי נמי אסור מן התורה ומשום דלר' יוחנן הטילה נפל חלבו כחלב בהמה ולא בעינן חדשים ומש"ה לר' יוחנן כוי וחצי שיעור הכל איסור תור' ולריש לקיש דס"ל חצי שיעור מדרבנן כוי נמי מדרבנן דהא בהדדי תני לה אלא משום דלריש לקיש כוי אית לי' חזקה וכמ"ש ולר' יוחנן ליכא חזקה דלדידי' חלבו כחלב בהמה אלא דאוירא דחלב בעי דכל זמן שהוא במעי בהמה איסור מתלי תלי דאפשר להיות ניתר בשחיטת אמי' ומה שניתר ע"י שחיטת אמי' לא הוי חזקת היתר משום זה כמו בס' טריפ' כמ"ש בשעה"מ אבל לריש לקיש דאפי' הטילה נפל חלבו כחלב חי' ולאו משום שחיט' אמו הוא א"כ ודאי הוי חזקת היתר וסוגיא דכריתות אזלא אליבי' דר' יוחנן דס"ל הטילה נפל חלבו כחלב בהמה וליכא חזקת היתר ומש"ה בכוי חייב אשם תלוי וא"כ מוכח דספק אסור מן התורה דלר"י דקי"ל כוותיה דחצי שיעור אסור מן התורה א"כ כוי נמי אסור מן התורה: ועיין בר"ן פ"ק דקידושין בהא דכתב הרי"ף גבי נתן הוא ואמרה היא ספיקא הוא וחיישינן מדרבנן וכתב עלה הר"ן דאפשר מדאורייתא שרי משום דאי' למימר העמד אשה על חזקתה דמ"ש מכל תיקו דממונא ע"ש ומשמע דאפי' בספיקא דדינא מוקי לה בחזקתו הראשונה ועמ"ש בסימן כ"ד ס"ק י"ז ועיין משנה למלך פ"ז משכירות

סעיף כו

ס"ק יז

פנוי' שנתעברה וילדה. דיני' הללו נתבארו בקו' ש"ש ש"ב פ' י"ז ע"ש עד פ' כ"ד.

ס"ק יח

שכשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר. כן פסק הרמב"ם פ"ג מה"ל יבום וכ"כ בש"ע סימן קנ"ו לענין יבום ע"ש. ומשמע אפילו לא דיימא מאחר. והקשו בח"מ וב"ש דברי הרמב"ם אהדדי דכתב בפ"ח מה"ל תרומות בישראלית שנתעברה מכהן דתאכל בתרומה ולא חיישינן שזינתה ג"כ עם אחרים. ומתרץ בח"מ דהכא משום שאומרת נגד החזקה דבודקת ומזנה ע"ש. וקשה דאם מהימנת לאותו פ' שמודה שנבעלה לו והוא הפסול הרי חזינן דלא בדקה ונבעלה לפסול לה ואי לא מהימנת ליה ומשום דהוא נגד חזקה דבודקת ומזנה א"כ למה לן דכשם שזינתה עמו כך זינתה עם אחרים כיון דלא מהימן כלל. ולכן נרא' לפי מה שמבוא' אצלינו בקו' ש"ש ש"ב פי"ז ע"ש בטעמ' דנאמנ' לומר לכשר נבעלתי משום דאלים לי' לר"ג ברי אפי' בחד ספיקא וע"ש ומש"ה ניחא דעיברה מכהן תאכל בתרומה כיון דהיא יודעת בברי שלא נבעלה מאחר מהימנא וכמ"ש בש"ע סעיף כ"ח בארוסה שעיברה דאף עפ"י שבא עלי' ארוס כו' כשם שהפקירה כו' כך זינתה עם אחרים ואם נבדקה ואומרת לארוס נבעלתי הולד כשר ע"ש ועיברה מכהן שיודעת בעצמה שלא זינתה עם אחר מותרת אבל בהאי דיבום לפטור אשה אחרת לא מהני טענת ברי דיד' וכמו שמבואר שם דטענ' ברי לא מהני אלא לבע"ד עצמו וכהאי בכתובו' דף ע"ה רישׁ' מנה לי בידך סיפא מנה לאבא בידך ולא מהני טענת ברי דידה לגבי אבי' אלא לגבי עצמה שהיא הבע"ד ודו"ק. ובש"ס פ"פ אלמנה לכ"ג, דהוכיח רבא מהך דעיברה דתאכל בתרומה להאי דארוסה שעיבר' אע"ג דהתם דתאכל בתרומ' משום טענת ברי דידה אתינן עלה וכמ"ש. משום דהתם ס"ל לרב הולד ממזר ובפרק עשרה יוחסין דף ע"ה מוקי פלוגתא דרב ושמואל דרב סבר הולד ממזר ואסור בישראלית ושמואל סבר הולד שתוקי דסובר שמואל כר"ג דבודקין את אמו ושם להך לישנא לית לי' לרב דבודקין את אמו ולית לי' דר"ג וכמ"ש באשר"י ספ"ק אלמנה לכ"ג ע"ש וכיון דלא מהני לרב טענת ברי דידה א"כ בהך דעיברה מכהן אמאי תאכל בתרומה כיון דאיהי לא מיהמנא בטענת ברי דידה. אבל לדידן דקי"ל כר"ג ואיהי מהימנא בברי ה"ה בהך דעיברה תאכל בתרומה הוא משום ברי דידה. אלא דאכתי תיקשי לפי מ"ש בשמעתא ב' שם פי"ז דטענת ברי דידה לא מהני אלא לעצמה ולא לולדה ע"ש היטב א"כ היכי מייתי רבא ראי' מעיברה התם טענת ברי לעצמה שתאכל בתרומה ולולדה לא מהני טענת ברי דידה. וראיתי בשו"ת ח"צ סימן מ"ד שכתב בישוב דברי הרמב"ם פ"ח דתרומת ז"ל והנרא' לי בטעם הרמב"ם ז"ל דבתרומ' דחזקת הולד לצורך אמו כיון דעובר ירך אמו היא מהני לה חזקת הולד שבמעי' דמוקמינן לה בחזקת זה שבא עלי' להאכילה בתרומה לכשיולד אבל ביבום

שבא לפטור אשתו הנשואה מכח ולד זה שנולד מן הזונה לא מהני חזקת ולד זה לפטור אשה אחרת כעין אותה שאמר רב אשי בהמדיר דף ע"ה רישא מנה לאבא בידך כו' לפי דרכינו למדנו דלהרמב"ם נמי בתר דידי' שדינן לי' לכל מילי דשייכי לגוף הולד או לאם מכח ההריון עכ"ל. ותמה אני דהא הך דינא דהרמב"ם פט"ו מא"ב גבי ארוס' שעיברה בבי' חמיו כשם שזינתה עם זה כו' דהך שייך לגוף הולד ומוכח דאפילו במידי דשייך לגוף הולד נמי לא שדינן בתר דידי'. והגאון ח"צ שם העלה בהך דמשודך הוד' מיני' לענין המתנ' כ"ד חודש וז"ל וא"כ בנ"ד שהוא לדבר הצריך לגוף הולד כבנו חשבינן לי' עכ"ל ומדברי הש"ע אלו שהמה דברי הרמב"ם הנזכר מבואר בזה דנוגע לולד אם הוא פסול או כשר ואפ"ה לא חשבינן כבנו והגאון הנזכר לא הביא כלל דברי הרמב"ם ודברי הש"ע.

ס"ק יט

כך זינתה עם אחר כתב בתשובת הריב"ש סימן מ"א באחת שתבעה את שמעון איך הרתה משמעון ותובעה אותו שכר הנקה ומזונות להולד ושמעון אומר להד"מ והעלה דשמעון פטור משבוע' היסת כיון דאפי' באשתו העומדת תחתיו ומשמשתו וילדה האמינו תורה לומר זה אינו בני וממז' הוא דקי"ל כר' יהוד' כו' וכיון שכן שמעון נאמן בטענתו ואין מזקיקין אותו לשבועת היסת שהתורה האמינו כו' ובסימן מ"ג הוסיף ז"ל והרי זה מבואר כיון שהאמינו התורה שאינו בנו הדבר פשוט שאינו חייב ליטפל בו וגם שאין כאן שבועת היסת שאם היינו מחייבין אותו היסת הרי הוא כשאר כופר בכל ומה הועיל מה שהאמינו תורה ועוד שטעם אחר לפוטרו מהיסת לפי שזה זכות העובר לאחר שיולד ולא זכות האשה ואין טענת ברי של האשה תועיל כלום לזכות הולד וטענת הולד אינו אלא ספק ואין נשבעין על הספק כו' ואף אם היינו אומרי' ששמעון חייב שבועת כאלו לא האמינו תורה והיינו אומרים שטענת ברי של האשה תועיל בזכות הולד כו' שהרי אף אם הי' מודה שבא עלי' עדיין הוא ספק אצל שמעון אם הוא בנו דכי היכא דמפקרא נפשה לגבי האי מפקרא לגבי אחריני כו' אלא שהעיקר הוא שאינו נשבע כלל שהתורה האמינתו ותו לא מידי עכ"ל. ורשב"ץ בתשובותיו ח"ב סימן י"ט הביא דברי הריב"ש וחולק עליו וז"ל ומה שטענה כשנאמרה פ' אלמנה לכ"ג כו' וגם כל זה לא נאמר אלא בבא על ארוסתו בבית חמיו ולענין חשש ממזרות אבל באנס אשה ומפתה אותה אם נתברר הדבר שבא עלי' זה האונס והמפתה בהודאת פיו או בעדים כיון דלא דיימא מעלמא דבר ברור דבתר דידי' שדינן לי' ולא אמרינן כי היכא דאפקרה נפשה וכו' דהא תנן התם כהן הבא על בת ישראל וילדה שהולד תאכל בתרומה וכו' למה לא נשביע אותו כיון שיש ביניהם טענת ממון כו' ואפי' נאמר דלהכרת בכור נאמן בלא שבועה

אע"ג דהוא ממונא כו' ועוד שהאב אינו נאמן אלא על בנו לפוסלו לומר שהוא ממזר אבל לפסול שאינו בנו אינו נאמן כדאי' פ' החולץ אף אתה אל תתמה לענין
חיוב ממון אם נאמן להפסיד ירושתו אינו נאמן להפסיד אמו שכר הנקתה שהנאמנות שהאמינו תור' אינו אלא על בנו כדי להפסידו או לפוסלו ולא לפסול אחרים ולהפסיד' וע"ש שהאריך. והנה מ"ש דהתם בפ' אלמנה אינו אלא לענין חשש ממזרות ומשמע מדבריו דוקא בחשש ממזרות דהוא משו' מעלת יוחסין דחמירא אבל לשאר דברים אין חוששין בש"ס שם מייתי רבא ראי' מהא דתנן ילדה תאכל בתרומה ואביי מוקי לה בחבושין בבית האסורין ותיפוק לי' דלא חיישינן אלא לחשש ממזרות ומה שפסק הרמב"ם פ"ח דתרומת דילדה תאכל בתרומה כמה נתחבטו בזה ליישב דברי הרמב"ם.
ומ"ש כהן הבא על בת ישראל וילדה שהולד תאכל בתרומה בש"ס לא מיירי אלא מאשה עצמה שתאכל בתרומה ע"י ולדה ואולי כוונת הרשב"ץ וילדה שהולד מאכיל בתרומה וכהאי דש"ס. ומ"ש הרשב"ץ ועוד שהאב אינו נאמן אלא על בנו לפוסלו לומ' שהוא ממזר אבל לפסול שאינו בנו אינו נאמן כדאי' פ' החולץ המעיין שם פ' החולץ לא נשמע שם כלום מזה: ובתוס' ורא"ש מבואר להדיא גבי אריס באומר שאין הולד ממנו שהוא ממזר ודאי ובתורת יכיר כר' יהודה וכ"כ שם בנ"י פ' אלמנה. וכן מבואר להדי' בתו' בהא דס"ל לר"י כשם שנאמן לומר זה בכור כך נאמן לומר בני זה בן גרושה דהיינו משו' דנאמן על השני והוא הקטן שהוא הבכור וא"כ הראשון אינו ממנו והוא ממזר ע"ש ומבואר דנאמן הוא לומר שאינו בנו. ואם אמנם ראיתי בשלטי גבורים ג"כ סברא זו ז"ל ואף כשהאמינ' תורה לאב לא האמינו אלא כשהוא אומר שהוא בנו אלא שנולד בפסול שאמו היתה אסורה עליו משום איסור אחר שמא לא הכיר בה עד עתה אבל אם אומר שאשתו זינתה תחתיו ומאחר נתעברה ואין זה בנו אינו נאמן שעל בנו האמינו תורה ולא על שאינו בנו עכ"ל ע"ש פ' עשרה יוחסין איברא שהיא נגד כל הפוסקים שלפנינו תוס' ורא"ש שכתבו גבי ארוס שנאמן לומר שאינו בנו וכן מבוא' מדברי הרמב"ם פ"ד מנחלו' ז"ל אבל נאמן הוא על מי שהוחז' שהוא בנו לומר אינו בנו כו'. ורשב"ץ באותה תשוב' בתחלת' כתב ז"ל אקדים לך הקדמה ודאי שהתור' האמינו לאב לומר זה אינו בני כו' דממילא אם זה הקטן בכור הגדול אינו בנו ומכאן נלמד נאמנות האב לומר על איזה בן שיש לו שהוא אינו בנו וממזר הוא עכ"ל ומבואר מדבריו דס"ל ג"כ דאב נאמן לומר שאינו בנו ונראין דבריו סותרין זה את זה וצ"ע ועמ"ש בקצה"ח סימן רע"ז ס"ק א' ובפ' החולץ דף מ"ז מעשה בא' שבא לפני ר' יהודה ואמר לו נתגיירתי ביני לבין עצמי אמר לי' ר"י כו' יש לך בנים א"ל הן א"ל נאמן אתה לפסול עצמך ואי אתה נאמן לפסול

בניך ופריך ומי אמר ר"י הכי והתניא יכיר יכירנו מכאן אמר ר' יהודה נאמן אדם לומר זה בני בכור וכשם שנאמן כו' כך נאמן לומ' בני זה בן גרוש' כו' והתם מיירי בבא על ישראלית וכמ"ש תו' שם ד"ה נאמן אתה אלא משום דקסבר ר' יהודה נכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר וא"כ אינו בנו כלל וא"כ מאי קושיא מהא דאמר ר"י נאמן אדם לומר על בנו שהוא ממזר התם אומר שהוא בנו ובן גרושה הוא והכא אומר שאינו בנו כלל דהא הולד כמותה ובש"ס שם אמר רבינא הכי קאמר יש לך בני בנים כו' ואינו נאמן לפסול בני בניך ע"ש והא אפי' הבנים אינו יכול לפסול כשאומר שאינו בנו ומזה ראי' דיכול לומר שאינו בנו ודוק:

סעיף כז

ס"ק כ

והוי בנו ליורשו. והוא בנימוקי יוסף בפ' אלמנה כתב בתה"ד סימן שנ"ב פ"א היה שתוקי ולא היה לו זרע והי' לו בית ונטה למות וצוה במתנת שכ"מ לתת הבית לאמו וכשמת בא ראובן והחזיק בבית כדין מחזיק בנכסי הגר כחו של מי יפה של ראובן מחמת חזקה שהחזיק או של האם מחמת הצוואה של שכ"מ. תשובה יראה דחולקין הבית שוה בשוה כמו שאבא' ונרא' דהאי שתוקי דין גר ממש יש לו ולא מיבעיא היכא דבדקי לאימי' ולא ידעינן ממאן נתעברה דודאי אינו נוחל ומנחיל דלא ידע' אבוה מאן הוא אלא אפי' אמרה מפלוני נתעברתי מוכח בסוגיא פ"ק דכתובות דאע"ג דקי"ל כר' גמליאל וכאבא שאול פ' בתרא דקידושין דהיה קורא לשתוקי בדוקי והיכא דאמרה לכשר נבעלתי נאמנת על הולד אפילו ברוב פסולים היינו מטעם דאשה בודקת ומזנה כו' אבל לענין ירושה להאמינ' מפלוני נתעברתי וירש אותו פ' או ממשפחתו יורש אותו דהתם לא שייך טעמא דבודקת ומזנה ודאי לא מיהמנינן לה אא"כ מודה שממנו נתעברה דפריך התם אילימא דמשתקין אותו מנכסי אביו פשיטא מי ידעינן אבוה מנו כו' וכן מוכח בפ' אלמנ' לכ"ג באשר"י דמייתי הנך ג' גווני דפ' עשרה יוחסין דמפרש פלוגתא דרב ושמואל בארוס' שבא עלי' וגוונא מציעא דשתוקי דקאמ' שמואל היינו לענין ירושה ומשמע התם מדברי האשר"י דאפי' אי בדקינן לאש' ואמר' דמארוס' נתעבר' משתקין אותו מנכסיו כו' וא"כ אי אפשר שיהי' נוחל ומנחיל והרי הוא כגר גמור ובגר פליגי רבוותא אי מהני צוואת שכ"מ דידי' עכ"ל ע"ש ופסק הרמ"א כדבריו בח"מ סימן רנ"ו. ובקצה"ח שם סק"א תמהתי בדברי הת"ה דנהי דאינה נאמנת לומר מפ' נתעברתי לירש אותו ומשפחתו אבל בזה ודאי נאמנת לומר מכשר נבעלתי ומשום דחזקה בודקת ומזנה וכיון דנאמנ' לומר מישראל נתעבר' הרי הוא ישראל גמור ובישראל אע"ג דמשפחתו אינו ידוע לנו וכגון

שבא מארץ רחוקה ודאי אי' במתנת שכ"מ כיון דאיתי' בירושה ואין לך אדם בישראל שאין לו גואלים אע"ג שאינם ידועים. וע"ש: וכעת עוד אני תמה בדברי התה"ד במ"ש ראי' מדברי הרא"ש דהיכא דבדקינן לאשה ואמרה דמארוס נתעברה משתקין אותו מנכסיו כו' וז"ל הרא"ש אתמר הבא על ארוסתו רב אמר הולד ממזר ושמואל אמר הולד שתוקי הך פלוגתא מפרש לה בתלתא ענייני בפ' בתרא דקידושין בלישנ' קמא מפרש רב אמר הולד ממזר ומותר בממזרת דס"ל ספיקן בודאן מותר כו' ועוד שם לשון אחר דקאמר לעולם לא תיפוך וממזר דקאמר רב לאו דמותר בממזרת אלא דאסור בבת ישראל ושמואל אמר משתקין אותו מנכסיו ואע"ג דתפס ולעולם אסור בבת ישראל ומר אמר חדא ולא פליגי ובשלא בדקו את אמו מיירי שמואל דאי בדקו נאמנת לומר לכשר נבעלתי דשמואל פסק פ"ק דכתובות הלכה כר"ג דאמר נאמנת כו' ועוד שם לשון שלישי דמפרש מאי שתוקי בדוקי שבודקין את אמו כו' ע"ש. וא"כ הך לישנא מציעא מיירי בלא בדיק' ומש"ה אסור בבת ישראל ומה"ט נמי משתקין אותו מנכסיו כיון דלא נבדקה ורוב פסולין אצלה בארוס אבל היכא דנבדקה אימי' ואומר' מארוס אע"ג דליתי' לארוס קמן מותר הולד בבת ישראל ומשום דחזקה בודקת ומזנה ולארוס נבעלה וממילא נמי יורש אותו. וכן מבואר להדיא בנימוקי יוסף ס"פ אלמנה לכ"ג דבפנוי' אינ' נאמנת לומר מפ' הכשר נבעל' ליורשו כיון לומר מכשר אחר נבעלה אבל בארוס היכא דבדקו לאימי' ומהימנא דלארוס נבעלה משום חזקה דבודקת וכיון דליכא כשר אחר אלא הארוס נאמנת גם ליורשו וע"ש. וא"כ ה"ה בפנוי' נהי דאינה נאמנ' לומר מפלוני הכשר כיון דיש לומר מכשר אחר נבעל' עכ"פ בזה נאמנת שהיא לכשר נבעלה והוא ישראל כיון דליכא כשר אחר כי אם ישראל א"כ ממילא ישראל הוא ויש לו יורשין אלא דלא ידעינן מאן נינהו והרי הוא בתורת מתנת שכ"מ. ועוד דמדברי תה"ד משמע דאפי' בארוס מחלק בין דין ירושה לדין ממזר וס"ל דוקא לענין להכשיר הולד נאמנת ולא לענין ירושה וא"כ לענין ירושה אמרינן דלאו מארוס הוא ואע"ג דליכא כשר אחר אלא הארוס אפי' הכי לא סמכינן על חזקה דבודק' אלא להכשי' הולד ולא לירושה. ומש"ה גם בפנוי' אמרינן דלאו מישראל נתעברה אלא מכותי אע"ג דליכא כשר אלא ישראל וכמ"ש אפ"ה לענין ירושה לא מהני חזק' דבודקת. אבל הרמ"א דפסק כאן גבי ארוס כדברי הנימוקי יוסף דבארוס מהימנא ליורשו כיון דליכא כשר אחר וסמכינן על חזקה דבודקת אפי' לירושה א"כ ודאי לכשר נבעלה וליכא כשר אחר כי אם ישראל והרי יש לו יורשין וכמ"ש וצ"ע.

סעיף כח

ס"ק כא

שכשם שהפקירה עצמה לארוס. פ"ק דכתובות י"ג האי ארוס וארוסתו דאתו לקמי' דרב יוסף היא אמרה מיני' והוא אמר אין מנאי אמר רב יוסף למאי ניחוש לה חדא דהא קא מודה ועוד הא אמר רב יהודא אמר שמואל הלכה כר"ג ובשטה מקובצת ז"ל וכתב הרמב"ן ז"ל חדא הא קא מודה ועוד הלכה כר"ג לאו אי קא מכח' לה קאמרינן דאי מכח' לה ברי וברי הוא ושוי' אנפשי' חד"א אלא הכי קאמר אפי' אי ליתי' קמן נמי מהימנא ויש אומרים היכא דאמר בודאי שבאתי עלי' אבל איני יודע אם הפקירה עצמה לאחר כמו שהפקירה עצמ' לי כך פי' הר"ר יוסף הלוי בן מיג"ש ז"ל ואיני מכיר בלשון הזה דכי מודה מי ידע בה דלא הפקירה עצמה לאחר וכי נעל דלת בפני' והא דרב יוסף אתיא כלישנא בתרא פ' אלמנה כו' אבל ללשנא קמא דאמרינן אע"ג דלא דיימא מעלמא ומשום דכי היכא דאפקרה נפשה לגבי ארוס כו' הודאה דארוס לאו כלום אלא דהתם אבייי הוא דדחי לה ולא קיימא הכי א"נ לגבי ולד חיישינן אבל היא שריא לבעלה עכ"ל ובתו' ישינים כתבו הא דאמרינן חדא הא קא מודי דהיינו שמדה שבא עלי' ביאות הרבה דאז תלינן בארוס עכ"ל. ועמ"ש בזה בקונטרס ש"ש ש"ב פ"כ ושם הארכנו בזה:

ס"ק כב

אבל ארוסה שאמרה על בנה שהוא ממזר. כתב ב"ש ז"ל ובפלוגתא זו עיקר כי"א דארוס נאמן כמ"ש בנימוקי יוסף בשם הריטב"א ע"ש. ובנימוקי יוסף שם בשם הריטב"א כיון שהאב נאמן לפוסלו שהוא נגד חזקת כשרות מכ"ש שנאמן האב להכשירו וכתב שם בנ"י שהוא טעמא דמסתבר ע"ש:

והנה לפי דעת הרשב"ם ותוס' והרא"ש פ' י"נ [ב"ב קל"ד,ב] דאין האב נאמן לומר זה בני בכורי אלא היכא דהוחזק בבנו אז הוא דנאמן לומר שהוא בכור אבל אם אינו מוחזק בבנו אין האב נאמן לומר זה בני אפי' לירושה אלא בתורת מגו ולא בתורת יכיר ועיין סמ"ע סי' רע"ז וסי' רע"ט. ולפ"ז הכא דרוב פסולין אצלה ואינו מוחזק בבנו אין האב נאמן לומר(בני זה) [זה בני] והריטב"א נראה דס"ל כשטת הרמב"ם דס"ל דאפי' אין מוחזק בבנו, נאמן לומר זה בני בתורת יכיר ועיין קצה"ח סי' רע"ז סק"א. וא"כ ה"ה הארוס נאמן לומר זה בני ולפי"ז מידי ספיקא לא נפקא כיון דלדעת (הרשב"א) [הרשב"ם] ותוס' והרא"ש אין הארוס נאמן לומר זה בני:

ס"ק כג

או על אחד מבניו שאינו בנו. כתב הב"ש ז"ל והוא ממזר ודאי כ"כ הטור ש"מ דס"ל אם לא אמרה היא מכותי נתעברה לא אמרינן אנן שמא מכותי נתעברה. אבל הרמב"ם כתב

דהוא בחזקת ממזר והיינו ספק ממזר די"ל שמא מכותי נתעברה ע"ש, ובתוס' קידושין (דף ע"ד) ע"ש שכתבו בהא דס"ל לר' יהודה כשם שנאמן לומר זה בני בכור כך נאמן לומר בני זה בן גרושה דהיינו כיון דנאמן לומר בני זה בכור ובאומר על הקטן שהוא בכור ע"כ הגדול אינו בנו והרי הוא ממזר ע"ש. ולפי שטת הרמב"ם דאמרינן שמא מכותי נתעברה א"כ אינו פוסל אותו כלל, ואפי' לכהונה ס"ל להרמב"ם דגוי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר לכהונה. ואפשר כיון דכתיב יכיר משמע דלעולם נאמן על בנו הקטן אפי' בעיר שכולה ישראל דליכא למתלי בכותי וה"ל בנו הגדול לפי דבריו ממזר ודאי:

ס"ק כד

האב שאמר על בנו שהוא ממזר וחזר אח"כ ונתן אמתלא עמ"ש בזה בק' ש"ש ש"ו פ"ח ופ"ט:

ס"ק כה

מחזירין לו אבידתו. כתב ב"ש ז"ל ולענין נזקין אם נגח תורא דידן לתורא שלו כתבו בתו' ביומא דמשלם נזק שלם אע"ג דבממון אין הולכין אחר הרוב היינו כשבא לידו מדעת הבעלים ע"ש ועמ"ש בקונטרס ש"ש ש"ד פ"ו ופ"ז:

ס"ק כו

הספיקות. הנה מדינא דאורייתא כל הספיקות מותרין בודאן והן בספיקות כדאי' בש"ס ממזר ודאי ולא ממזר ספק קהל ודאי ולא קהל ספק, ועמ"ש בס"ק י"א בשם הרב ר' אלי' שדעתו דלא שריא מן התורה אלא ספק ממזר אבל אינך פסולי קהל אפי' ספיקות דידהו אסורין מן התורה, ובשעה"מ [פט"ו מאיסו"ב הכ"א] השיגו והעלה דכיון דכתב רחמנא תרי קהלי למשרי קהל ספק ולא ידעינן אהי מינייהו קאי דרשינן לי' אכולהו דהי מינייהו מפקת והיינו נמי משום דדרשינן כולהו קהלי דכתיבי באורייתא בקהל ודאי דומיא דאינך ע"ש:

וראוי להסתפק בפצוע דכא דלאו מחמשה קהלי הוא ע"ש פי' רש"י ותוס' פ' עשרה יוחסין (דף ע"ב), וא"כ אפשר לומר דספק פ"ד אסור. ולפי שטת הראב"ד הובא בריטב"א חשיב חמשה קהלי תרי בממזר ותרי בעמוני ומואבי וחד בפ"ד אבל דמצרי ואדומי לא חשיב דהאי בהתירא כתיב יבא להם בקהל ד' וזה יותר נכון בעיני עכ"ל. וכיון דלשטת הראב"ד מצרי ואדומי לאו מחמשה קהלי א"כ ספק מצרי ואדומי יש לומר דאסור:

והרמב"ם שכתב פט"ז מא"ב גבי פ"ד דלא גזרו בו על הספיקות אפשר דס"ל כשטת הראב"ד דחשיב פ"ד מחמשה קהלי וא"כ גבי פ"ד נמי ספק מותר ומשום דהי מינייהו מפקת אבל מצרי ואדומי לפי"ז ספיקן אסור:

ולכאורה קשה לפי שטת הראב"ד דמצרי ואדומי לאו מחמשה קהלי א"כ קהל גרים דאקרי קהל דיליף ר' יהודא מחמשה קהלי ע"ש פ' עשרה יוחסין, א"כ במצרי ואדומי מנלן דקהל גרים אקרי קהל. וביבמות (דף ע"ח) אי לאו דאמר ר' יהודא הכתוב תלאן בלידה לא מצא ידיו ורגליו בבה"מ כיון דאמר מר קהל גרים איקרי קהל, וכן לשטת רש"י ותוס' פ"ד אינו מחמשה קהלי ואפ"ה לר' יהודא אסור בקהל גרים כמבואר ביבמות (דף נ"ז), וכיון דלר"י קהל גרים דאקרי קהל אינו אלא משום דיליף לה מחמשה קהלי וא"כ מי שאינו מחמשה קהלי מנ"ל דקהל גרים אקרי קהל:

מיהו התם בפ' עשרה יוחסין לחד לישנא בש"ס שם לאו מחמש קהלי יליף ר"י דקהל גרים אקרי קהל אלא מדכתיב הקהל וכו' ולגר כו' [ולפי"ז] א"ש:

ובחידושי פני יהושע פ' עשרה יוחסין (דף ע"ג) שם הביא שטת הראב"ד דמצרי ואדומי אינו מחמשה קהלי ז"ל ואע"ג דלפי"ז איכא למידק א"כ במצרי ואדומי מנ"ל דאסירי בישראל דלמא לא אסרי רחמנא אלא בקהל כהונה, הא ליתי' דלענין איסורא ודאי דבר הלמד מענינו הוא וילפינן חדא מאינך עכ"ל:

וא"כ גם להך לישנא דיליף ר' יהודא קהל גרים אקרי קהל מהנך חמשה קהלי נמי אפי' הנך דלאו מחמשה קהלי לענין איסורא דבר הלמד מענינו הוא דקהל גרים אקרי קהל:

מיהו נראה דלאו דוקא לאיסורא הוי דבר הלמד מענינו אלא ה"ה לקולא נמי כל שהוא דבר הלמד מענינו, וא"כ כיון דגלי דקהל ספק לאו שמי' קהל א"כ ה"ה הנך דלאו מחמשה קהלי נמי יבא בקהל ספק. אבל ספק מצרי ואדומי אפשר דאסור כיון דספק ממזר דמותר אינו אלא מיתורא דקהל וא"כ הנך דלאו מחמשי קהלי יש לומר דאסור כמו כל הספיקות דאסור מן התורה לשטת הפוסקים דספק אסור מן התורה:

ובשער המלך כתב על דברי הרב ר' אלי' דלא שריא אלא ספק ממזר אבל ספק עמוני אסור וכתב עלה ז"ל ושוב ראיתי לתוס' פ' הערל (דף ע"ח) שמבואר מדבריהם כמ"ש וזה שכתבו בד"ה מצרי שני במאי יטהר וז"ל וא"ת ישא שתוקי דהא ר"י אית לי' בפ' עשרה יוחסין דבקהל ודאי הוא דלא יבא הא בקהל ספק יבא כו', הנה מבואר מדבריהם כמ"ש דקהל דכתיב גבי מצרי דרשינן נמי בקהל ודאי כו' דומיא דממזר וכנראה דאשתמיטתי' מהרב ז"ל עכ"ל:

ולפי מ"ש אינו ראיה דמאי דאקרי קהל בהנך חמשה קהלי הן לקהל גרים ולקהל ישראל כולהו נמי כה"ג בין לחומרא בין לקולא וכמ"ש וכיון דגלי בחדא דקהל ספק לא אקרי קהל ה"ה באינך אבל ספק ממזר דמותר אינו אלא מיתורא א"כ י"ל דס' עמוני אסור. אלא דעיקר דברי שעה"מ מ"ש דהי מינייהו מפקת נראה נכון ועמ"ש בס"ק י"א:

ואכתי יש לומר לשיטת הראב"ד דמצרי ואדומי אינו מחמשה קהלי דספק מצרי ואדומי אסור וכמ"ש אבל ספק קהל כיון דגלי קרא דקהל ספק לאו שמי' קהל וא"כ ה"ה במצרי ואדומי קהל ד' דכתיב בי' אינו מפיק ממשמעות אינך קהלי דס' קהל לאו שמי' קהל:

ובחדושי ריטב"א פ' עשרה יוחסין (דף ע"ג) ממזר ודאי הוא דלא יבא אבל ספק ממזר יבא ז"ל ראיתי מקשים דרבא אדרבא דבפ' החולץ [לז,ב, גבי] ספק בן תשעה לראשון אמרינן דפליגי אביי ורבא דאביי סבר הלכה כשמואל דאמר הלכה כמתניתין דשרי ודאן בספיקן ורבא אמר הלכה כרב דפסק הלכה כר' אליעזר דאמר ודאן בספיקן אסור. ונ"ל דלאו קשיא דהאי פלוגתא היא לאסור שתוקי בממזרת ורבא סבר דאסור דכיון דהוא ספק כישראל חשביני' ליה, אבל להתיר שתוקי בישראל ס"ל דשרי דכישראל חשבינן ליה, והך דרשא דס' ממזר יבא אית ליה לרבא אבל שיבא ממזר בקהל ספק לית ליה וכישראל גמור עביד ליה לכל מילי עכ"ל:

וקשה דהא בתוס' ישנים שם (דף ע"ג) ד"ה וחד למשרי שתוקי בישראל ז"ל תימה היכי מדרש שתוקי בישראל מיתורא דקהל וי"ל דמקיש ממזר לקהל מה גבי קהל ממעט קהל ספק ה"נ גבי ממזר ממעטינן ממזר ספק עכ"ל. וא"כ אי נימא דקהל ספק לית ליה א"כ היכי ממעט ממזר ספק וצ"ע. ועיין שם בש"ס (דף ע"ג) חמשה קהלי כתיבי חד לכהנים וחד ללוים וחד לישראלים וחד למשרי ממזר בשתוקי וחד למשרי שתוקי בישראל קהל גרים לא אקרי קהל, ור' יהודה כהנים ולוים מחד קרא נפקא אייתר לי' לקהל גרים. ופי' רש"י מחד קהל נפקא דשבט א' הם ואין לקרות קהל חצי שבט ואבע"א הני נמי תרי קהלי נינהו וכו':

ולפי שיטת רש"י ותוס' דמצרי ואדומי מחמשה קהלי א"כ למה צריך קרא לקהל לוים דהא ביבמות (דף ע"ז) בנים ולא בנות דברי ר"ש אמר ר' יהודה הרי הוא אומר בנים אשר יולדו כו' הכתוב תלאן בלידה ופירש רש"י אשר יולדו כל הנולדים להם אפילו נקיבות במשמע ע"ש, וא"כ דור שלישי יבא להם ע"כ לא מיירי מקהל כהנים דהא ר' יהודא ס"ל בת גרים פסול לכהונה וא"כ היכא משכחת דור שלישי בנקיבות לקהל כהונה וע"כ לקהל לוים או ישראלים וא"כ היכי אמרו ואבע"א הני נמי תרי קהל וצריך ישוב:

ס"ק כז

הולד שתוקי או אסופי. כתב ב"ש ז"ל ונתין אסור בשפחה כ"כ תוס' בגיטין (דף מ"א), מיהו כתבו שם אליבי' דר"ת דס"ל ממזר מותר בשפחה משום דהוא קדש י"ל נתין אסור אבל לדעת הרמב"ם שהבאתי לעיל י"ל דמותר אלא קושיית תוס' שם שהקשו וישא נתינה צ"ע עכ"ל. ועמ"ש סקט"ו:

סימן ה

סעיף א

ס"ק א
או אחד מהספיקות מותרת לו. כתב ב"ש ז"ל לכאורה תימה למה מותר בספיקות הא קי"ל ממזר ודאי אסור בספיקות ולמה ספק ממזרת מותרת בפ"ד אע"ג דאי' בפ' עשרה יוחסין קהל ודאי לא יבא ובקהל ספק יבא היינו מדאורייתא ומכל מקום קי"ל ספיקות בודאן אסורין עכ"ל. ועמ"ש בש"ש ש"א [פ"ו]:

ס"ק ב
לא גזרו על הנתינים. כתב ב"ש ז"ל ופ"ד לישא שפחה י"ל לרמב"ם מותר דהא איסור שפחה רק מדרבנן עכ"ל: ואינו מוכרח דכיון דאפי' לממזר לא התירו בשפחה לדעת הרמב"ם אלא משום תקנת הולד וכיון דפ"ד אינו מוליד ולית בי' משום תקנת הולד א"כ אסור מדרבנן:

ס"ק ג
לעכו"ם אחר. ז"ל הב"ש דאז הוי לפני דלפני ומותר ואפי' אם נתן לשלוחו אין שליחות לעכו"ם שם בת"ה, ש"מ אפי' עכו"ם לעכו"ם אין שליחות ולא כמ"ב סי' צ"ו דפסק בפשיטות עכו"ם לעכו"ם יש שליחות עכ"ל:
וז"ל תה"ד בסי' רצ"ט כותי הלוקח תרנגולים לסרסן שרי לישראל למכור כו' תשובה כו' להתיר אם הכותי הקונה אינו מסרסו בעצמו אלא מוסרו לעבדו כו' ונדון דידן לפני דלפני כו' אעפ"י שמסרו לשליח לסרסם אין שליח לדבר עבירה ואפשר ג"כ לגבי כותי מכותי ונוכל לומר דכל שכן הוא דהא קי"ל בעלמא דאין שליחות לכותי עכ"ל:
ומבואר דלא אתי עלה אלא משום דאין שלד"ע ולא מטעם דאין שליחות לכותי ומשמע מזה להיפך דאי משום דאין שליחות לכותי בזה דהוי מכותי לכותי יש שליחות וכדברי מ"ב אלא משום דאין שליחות לד"ע ודלא נימא דוקא בישראל לישראל אבל כותי לכותי יש שליחות לד"ע לזה אמר דכ"ש הוא דהא קי"ל בעלמא דאין שליחות לכותי והיינו מישראל. וכיון דלא אתי עלה אלא משום דאין שלד"ע א"כ אדרבה מוכח דס"ל דכותי לכותי יש שליחות. מיהו גם זה אינו מוכרח דאפשר דכותי לכותי נמי אין שליחות אלא כיון דלחומרא אפי' כותי לישראל יש שליחות וכדאיתא פ' איזהו נשך (דף ע"א) להכי לא אתי עלה אלא משום דאין שליח לדבר עבירה. אך קשה לפי מה שמבואר בתה"ד בעיקר הטעם משום דאין שלד"ע, וא"כ לפי מ"ש הרמ"א בח"מ סי' שפ"ח סעיף ט"ו דאם השליח הוחזק לעבור יש שלד"ע ע"ש ומשום דלא שייך בי' קסבר שלא ישמעני כיון

דהוחזק לכך א"כ בכותי דהוחזק בכך לעבור בסירוס תו לא שייך טעמא דאין שלד"ע. ואפי' לדעת הש"ך שחולק שם ועמ"ש בקצה"ח סי' שפ"ח ס"ק י"ב. מ"מ קשה לפי דעת תוס' במרובה (עט,א ד"ה נתנו) והמרדכי שם דהיכא דהשליח לא ידע מעבירה לא שייך אי בעי עביד ויש שלד"ע א"כ הכותים דלא ידעו כלל מעבירה זו איתי' בתורת שליחות וצ"ע. ועמ"ש בקצה"ח סי' שמ"ח סק"ה:

סימן ו

סעיף ה

ס"ק א

ונתגרשה חוששין לקול לאוסרה לכהן. עמ"ש בסימן מ"ו ס"ק ה':

ס"ק ב

איזהו זונה. דברי הש"ע המה דברי הרמב"ם פי"ח מאיסורי ביאה [ה"א] ע"ש, והראב"ד כתב עלה ז"ל ליתנהו להני כללי שאין זונה אלא מחייבי כריתות או מעכו"ם ועבד שאין בהם קידושין מיהו כל הפסולים לבא בקהל אם באו עלי' (פסולה) [פסלוה] מן הכהונה ומן התרומה ואפילו חלל משום דכתיב ולא יחלל זרעו מה הוא מחלל אף זרעו מחלל אבל ללקות עליה משום זונה לא עכ"ל. וכתב שם הרב המגיד דדברי הרמב"ם המה מן הברייתא מפורשת פ' אלמנה (דף ס"ח) כו' אבל הר"א ז"ל כתב בהשגות שהחלל פוסל אותה לתרומה משום דכתיב לא יחלל זרעו מקיש זרעו לו מה הוא מחלל אף זרעו מחלל אבל ללקות עלי' משום זונה לא עכ"ל:

ועיין משנה למלך פלפול בקושיית מוהר"א ששון שהקשה מהא דאמרו פ' האומר (דף ס"ד) והרי בידו להשיאה לחלל ע"ש. ולי תימא דהא בהדיא אמרו פרק עשרה יוחסין (עה,א) כל שאתה נושא בתו אתה נושא אלמנתו. שוב ראיתי בשעה"מ הביא קושיא זו בשם מחנה אפרים ועוד הקשה דבהדיא תנן פ' יש מותרות [יבמות פד,א] ואלו מותרות לבעליהן ואסורות ליבמיהן חלל שנשא כשירה ויש לו אח כשר ע"ש:

עוד אני מוסיף לתמוה מהא דתנן בעדיות [פ"ח מ"ג] משנה ערוכה העיד ר' יהושע וריב"ב על אלמנת עיסה שהיא כשרה לכהונה אמר להם ר"ג קבלנו עדותכם אבל מה נעשה שהרי גזר ר"י בן זכאי שלא להושיב ב"ד על כך שהכהנים שומעים לכם לרחק אבל לא לקרב ע"ש, ואלמנת עיסה כל שנטמע בה ספק חלל עיין כתובות (דף י"ד) ומבואר דחלל פוסל את אשתו מן הכהונה:

והנלע"ד בכוונת הרב המגיד לפי מ"ש הב"ש [ס"ק ט"ז] בכוונת הראב"ד ותוס' והרא"ש דס"ל דלא נעשית זונה אלא מחייבי כריתות אלא דאפ"ה פסולה לכהונה ולתרומה מקרא דכי תהי' לאיש זר וכדאי' בפ' אלמנה ונ"מ למלקות אם (כן) [כהן] בא עלי' דאינו חייב מלקות, וע"ש שכתב ליישב הסוגיא דמבואר שם דלוקין כו' דשם בסוגיא זו למד איסור כהונה מתרומה מק"ו והקשה וכי מזהירין מן הדין ותירץ גילוי מלתא בעלמא היא ולוקין ובדבר זה פליגי אביי ורבא בפ"ד מיתות [נד,א] ובפ' הנשרפין [עו,א] לאביי לוקין על גילוי מלתא ולרבא אין לוקין והלכתא כרבא כו' והסוגיא יבמות שם ע"ב אליבי' דאביי כו' ולכאורה תימה על הרמב"ם דס"ל דלוקין עכ"ל וע"ש:

ולפ"ז לתרומה לוקין מכי תהי' לאיש זר היא בתרומת הקדשים לא תאכל אלא לכהונה כיון דלא נפקא ליה אלא מק"ו מגרושה שמותר בתרומה ואסורה לכהן וכדאיתא שם ביבמות ס"ל להראב"ד דאין לוקין על גילוי מילתא. ומדכתב הראב"ד ואפי' חלל כו' דאין לוקין לזה כתב הרב המגיד בתחלה בכוונת הראב"ד דס"ל דהחלל פוסל מתרומה מהאי דמקיש זרעו לו אבל לכהונה לא מקיש אלא דאין לוקין כיון דאינו אלא בק"ו אין לוקין אבל לפסול ודאי פוסל מהאי ק"ו דגרושה כן הבין הרב המגיד בתחלה כדי שיהי' החלל וביאת פסולין שוין דפוסלין לכהונה אלא דלא לקו (וא"כ) [ואח"כ] מסיק הרב המגיד דאליבי' דהראב"ד בחלל לוקין גם לכהונה משום לאו דחללה לא יקח אלא שאינו מכלל זונה ודו"ק:

ומ"ש הראב"ד שאין זונה אלא מחייבי כריתות או מעכו"ם ועבד מבואר דס"ל דבעכו"ם ועבד כיון דאין קידושין תופסין הוי בכלל זונה ולקמן יבואר זה:

ס"ק ג

שהיא אסורה לינשא לו. כבר כתבנו בשם הב"ש דהנ"מ בין דעת תוס' והרא"ש אינו אלא למלקות ומשום דלא לקי על ק"ו אע"ג דאינו אלא גילוי מלתא וכדרבא דאין לוקין על גילוי מלתא ע"ש וזהו שיטת הראב"ד:

ולענ"ד נראה דגם לדעת תוס' לוקין לכהונה על ביאת פסולים כשנשאת אח"כ לכהן. דבתוס' פ' החולץ (דף מ"ד) ד"ה ה"נ כיון דבא עלי' עשאה זונה ז"ל ואין להקשות למה לי דכתב רחמנא זונה לא יקחו כיון דזונה אסורה בתרומה ק"ו דאסורה לכהונה מגרושה דשריא בתרומה ואסורה לכהונה דמהאי ק"ו נפקא לן לקמן (דף ס"ח) דגר עמוני ומואבי פסלו לכהונה, אע"ג דאין מזהירין מן הדין קאמר התם דגילוי מלתא בעלמא דאיצטריך לאו דזונה דלקי תרתי עכ"ל ומדסתמו ולא כתבו קושייתם אליבי' דאביי משמע דס"ל דלוקין גם לרבא דהלכתא כוותי' וכמו שיבואר לפנינו בטעם הדבר. ובתוס' פ"ד אחין

(דף ל"ה) ד"ה אעפ"י שמותרת לבעל פסולה לכהונה ז"ל פי' בקו' טעמא דשמעתין משום בת כהן כי תהי' לאיש זר ולר"י נראה דמבת איש כהן לא שמעינן אשת איש וכל חייבי כריתות הנאסרים על ידי קידושין משום דלא הוי זר אצלה מעיקרא והכי משמע בהבא על יבמתו (דף נ"ו) דקאמר רבא אשת כהן שנאנסה ובא עלי' לוקה משום זונה ומשום טומאה ואי מבת כהן כי תהי' לאיש זר שמעינן נמי אשת איש א"כ יהי' לוקה נמי מהאי קרא דלכהונה נמי אסורה מק"ו דלקמן פ' אלמנה (דף ס"ח) לא חשיב לי' התם אלא גילוי מילתא בעלמא ע"ש והתם אליבי' דרבא הוא דקא קשיא להו לתוס' שיהי' לוקה נמי משום בת כהן כו' דאינו אלא גילוי מלתא בעלמא מיהו התם גרסי' רבה עיין בעה"מ (דף נ"ו) שכתב דגרסינן רבה ע"ש, אלא דאכתי מוכח דס"ל גם לדידן דלוקין דאל"כ מאי קושיא לרבה דלמה רבה נמי סובר כהלכתא דאין לוקין על גילוי מלתא:

לכן נראה דהאי גילוי מלתא דבפ' אלמנה (דף ס"ח) עדיף משאר גילוי מלתא בעלמא וז"ל רש"י שם גילוי מלתא בעלמא ולאו מיליף מיניה ילפינן לאו לכהונה דתרומה היינו קדושת כהונה עכ"ל. הרי דלאו מילף הוא כלל אלא דתרומה היינו קדושת כהונה וכל שנפסלה מתרומה ממילא נפסלה נמי לכהונה. והתם בפ"ד מיתות דפליגי אביי ורבא אם לוקין על גילוי מילתא היינו מיליף אבל הכא לאו מיליף הוא כלל אלא דממילא כיון דאיפסלה לתרומה איפסלה לכהונה דתרומה היינו קדושת כהונה וכמו שכתב רש"י שם ע"ש, והתם בפ"ד מיתות (דף נ"ד) ובפ' אלו הנשרפין (דף ע"ד) [עו,א] דיליף אביי בתו בק"ו מבת בתו ועונשין מן הדין דהוי גילוי מלתא דבת בתו מכח קורבת בתו באה ורבא ס"ל דאין עונשין מן הדין ומשום דבתו אינו בת בתו אבל הכא אינו אלא קדושת כהונה וכל שנפסלה מתרומה ממילא נפסלה נמי לכהונה דתרומה היינו קדושת כהונה וא"כ לאו מיליף מלתא ממלתא אלא היא היא:

ולפי"ז גם לדעת החולקין על הרמב"ם ה"ה הראב"ד ותוס' והרא"ש דס"ל דלא לקו היינו דאין לוקין משום זונה ולהרמב"ם לוקין משום זונה אבל כ"ע מודו דלוקין מיהת משום בת כהן כי תהיה לאיש זר היא בתרומת הקדשים לא תאכל ולכהונה מק"ו ולא פליגי אלא מאיזה שם שלוקין אי משום זונה לדעת הרמב"ם ולהחולקין לאו מן השם הוא זה אלא מלאו דבת כהן כו' וכמ"ש. והראב"ד דכייל אהדדי ביאת פסולים וביאת חלל דשוין הן למלקות וגם לכהונה וכמ"ש:

ובעיקר קושיית תוס' [יבמות לה,א] ד"ה אעפ"י שמותרת לבעלה שהקשו על פי' רש"י שכתב משום כי תהי' לאיש זר מהא דאמר רבא אשת כהן שנאנסה לוקה משום זונה ומשום טומאה ואי מבת כהן כו' יהא נמי לוקה מהאי קרא כו':

הנה ז"ל רש"י שם נפסלו מן תרומה דבי נשא כו' ויליף טעמא מובת כהן כי תהי' לאיש זר כו' ואע"ג דמותבינן ואימא נבעלה לפסול חייבי כריתות ומשנינן כי תהי' כתיב הנך דאית בי' הוי' אלמ' זנות דחייבי כריתות לא פסול מאכיל' תרומ' הא הדר מייתינן התם קרא אחריני כי תהי' אלמנה וגרושה למעוטי כותי ועבד דאין לו אלמנות וגירושין ומהאי קרא נמי נפקא לן חייבי כריתות דהא אין לו אלמנות וגירושין בה עכ"ל וא"כ אשת איש וכל חייבי כריתות לא נפקא מאיש זר כיון דהנך לאו בני הוי' נינהו ולא נפקא אלא מהך קרא דנפקא עבד ועכו"ם והוא מכי תהי' אלמנה וגרושה ומהאי ודאי לא לקי וכמבואר בתו' דף מ"ד ד"ה ה"נ כיון דבא עלי' עשאה זונה כו' ועוד איצטריך לזונה מכותי ועבד לרבנן דר' עקיב' דליכ' בה לאו דתרומה מלאיש זר אלא מאלמנה וגרושה נפק' עכ"ל ומבואר דדוקא מלאיש זר הוא דאי' לאו דכתיב היא בתרומת הקד' לא תאכל ולכהונה נפק' מק"ו דלקי ג"כ וכמ"ש אבל הך דממעט עבד ועכו"ם מאלמנה וגרושה דיצאו אלו שאין בני הו' ליכ' מלקות ולשטת רש"י ה"ה חייבי כריתות דלאו בני הוי' לא נפקא מכי תהי' לאיש זר אלא מאלמנה וגרושה וליכא מלקות ומש"ה אשת כהן שנאנסה אינו לוקה אלא משום זונה וטומאה ומכי תהי' אלמנה וגרושה ליכא מלקות ולתרומה נמי ליכא מלקות ולכהונה דאינו אלא מק"ו דתרומה כיון דלתרומה גופי' ליכא מלקות ודאי לכהונה פשיטא דליכא מלקות. ולשטת תו' כל היכ' דלא תפס' קידושין אית בי' משום זונה ובעכו"ם ועב' נמי אית בי' משו' זונ' א"כ הא דאיצטריך קרא לעבד ועכו"ם אלמנה וגרושה אינו אלא לתרומה אבל לכהונה אית בי' לאו משום זונה וא"כ לתרומה לא לקי בעבד ועכו"ם כיון דאינו אלא משום אלמנה וגרושה דבזה לית בי' משום לאו וכמ"ש. עוד כתבו תו' שם ד"ה ה"נ כיון דבא עליה עשאה זונה ז"ל ולעיל ספ"ד אחין דף ל"ה הביא ר"י דכל הנך דע"י קידושין כיון דלא הוי זר אצלו מעיקרא לא הוי בכלל לאיש זר וזונה דפסולה לתרומה משום דכללי' קרא בהדי חללה להכי פסולה כחללה ע"ש א"כ למה צריך קרא אלמנה וגרושה לעכו"ם ועבד תיפוק לי' דכל שאין לו קידושין בה זונה היא וממילא תיפסיל נמי לתרומה כיון דכללי' קרא בהדי חללה וצ"ע כעת: והנה לפי מ"ש בשטת רש"י א"כ חייבי לאוין חמירא, מחייבי כריתות דאם בא עלי' מחייבי כריתות ומיתות ב"ד ליכ' לאו לתרומה דחייבי כריתות לא נפק' מלאיש זר אלא מאלמנ' וגרושה ובזה ליכ' מלקות ואלו ביאת חייבי לאוין נפקא לן מבת כהן כי תהיה לאיש זר דאי' לאו אם תאכל בתרומ' ולכהונה ודאי לקי על חייבי כריתות ומיתות ב"ד משום זונה לא יקחו מיהו לתרומה חמיר' חייבי לאוין מחייבי כריתות וכמ"ש

ס"ק ד

לאחד מאיסורי לאוין השוין בכל. כתב הרב המגיד פי"ח מאיסורי ביאה ז"ל ודע שרבינו כשהזכיר נבעלה לאדם שהיא אסורה לא הוצרך להביא מחזיר גרושתו דהא ודאי לא פסיל לה משום דלאו זר אצלה מעיקרא הוא לפי שלא אמרו כן אלא לתרומה אבל לכהונה כבר נפסלה מחמת שנתגרשה ומכל מקום בדין היה לו לבאר עכ"ל ואיכא למידק בדברי הרמב"ם פי"ט מא"ב שכתב ז"ל לפיכך כהן שבא על זקוקה ליבם ונתעברה מביאה ראשונה הולד כשר לפי שאינה מאיסורי כהונה ונעשית זונה חזר ובא עלי' ביאה שני' ונתעברה היא חללה וולדה חלל לפי שהיא מאיסורי כהונה עכ"ל וכיון דמחזיר גרושתו לאו זר אצלה מעיקר' כיון דאינו אלא ע"י קידושין וביבמות דף ט"ו מבואר להדי' בפי' רש"י ד"ה היא עצמה מתחללת כו' דאין נפסלת בחייבי לאוין אלא בזר אצלה מעיקר' לאפוקי מחזיר גרושתו ויבמה לשוק דלאו זר מעיקר' הוא עכ"ל וכן בתו' שם ד"ה מה לאלמנה שכן היא עצמה מתחללת כו' ולאפוקי מחזיר גרושתו ויבמה לשוק דלאו זר אצלה מעיקר' הוא וכ"כ תו' יבמות דף ע"ז ד"ה כ"ג באלמנה ע"ש דיבמה לשוק ומחזיר גרושתו לא פסלי ע"ש. ועוד קשה לי טוב' דהא בש"ס משמע להדי' כן דיבמה לשוק לא נפסלה וכמו מחזיר גרושתו הוא ע"ש פ"ק דיבמו' דף ט"ו שאלו את ר' יושוע צרת הבת מהו כו' קבעי מיני' צרו' וקפשיט לי' בני צרות תרתי קא בעי מיני' צרות מאי ואת"ל צרות כבית הלל בני צרות דב"ה לב"ש מאי למאי נפק' מיני' למיפשט ולד מחזיר גרושתו לב"ה מי קאמרינן ק"ו ומה אלמנה לכ"ג שאין איסורה שוה בכל בנה פגום זו שאסורה שוה בכל אינו דין שבנה פגום או דלמ' איכ' למיפרך מה לאלמנה שהיא עצמה מתחללת ע"ש ופי' רש"י תאמר במחזיר גרושתו ויבמה לשוק דלאו זר מעיקר' הוא וע"ש ואמר להם צרות מתיירא אני כו' בני צרות אני מעיד לכם ע"ש ואי נימא דיבמה לשוק נפסלה משום זונה וכדברי הרמב"ם היכי מעיד בבני צרות. ובטור פסק דמחייבי לאוין לא נעשית זונה לבד מיבמה לשוק דנפסלה בביאתה וכתב הב"י בטעמו משום דיבמה לשוק לא תפסי קידושין ע"ש ומבואר מדברי רש"י ותו' הנ"ל שכתבו בפשיטות דיבמה לשוק לא נפסלה לכהונה. ועוד דהיכי קאמר למיפשט ולד מחזיר גרושתו לב"ה מי קאמרי' ק"ו כו' והיכי בעי למיפשט דהא אם יאמר ביבמה לשוקדבנה פגום אכתי איכ' לספוקי גבי מחזיר גרושתו ומשו' דיבמ' לשוק היא עצמה מתחללת ומשום דאין קידושין תופסין בחייבי לאוין משא"כ במחזיר גרושתו לא אמרינן ק"ו ומשום דמה לאלמנה שכן היא עצמה מתחללת וגבי מחזיר גרושתו קידושין תופסין. ולכן נראה מדברי רש"י ותו' דס"ל דגם ביבמה לשוק לא מיפסלה לכהונ' דאע"ג דאין קידושין תופסין בה אפ"ה לא חשיבא

זונה דדוקא עבד ועכו"ם ניפסלו משום דכתיב אלמנ' וגרושה יצאו אלו שאין בהן אלמנו' וגירושין שאין קידושין בהם אבל יבמה לשוק כיון שעומדת לחליצה חשיבא באלמנות וגירושין. וכיוצא בזה כתבו תו' פרק החולץ דף מ"ט ד"ה הכל מודים בבא על הנדה ז"ל ואפי' למ"ד דהוי ממזר מנכרי ועבד מכל מקום אין ממזר מיבמה לשוק דכיון דיבמה עומדת לחלוץ כמו ליבם חשיבא בת תפיסת קידושין עכ"ל. ועוד נראה דוקא לעכו"ם ועבד דמעולם לא הי' להם אלמנות וגירושין אבל יבמה לשוק כיון דקודם שנתקדשה לבעלה היתה בת קידושין חשיבא נמי בת אלמנות וגירושין. וכן נראה מדברי תו' יבמות דף ל"ה ד"ה אעפ"י שמותרת לבעלה שכתבו שם דכל הנך שע"י שאר אפי' חייבי כריתות לא נפסלו לתרומה משום קרא דובת כי תהי' לאיש זר ומשום דכל ע"י אישות לא הוי זר מעיקר' ע"ש. ומשמע דלא מיפסלי לתרומה משום כי תהי' אלמנה וגרושה וכמ"ש לעיל בשטת רש"י ע"כ דסברי דוקא עכו"ם ועבד לית בהו אלמנות וגירושין אבל הנך דע"י שאר חשיבא בת אלמנות וגירושין קודם שנאסרו ע"י שאר מיהו בשטת רש"י דחשיב הנך שע"י שאר בחייבי כריתות דאין להם אלמנו' וגירושין ואפ"ה סובר רש"י דיבמה לשוק לא נתחללה ואע"ג דאין קידושין תופסין בה אפשר דאזיל אליבי' דמ"ד קידושין תופסין ביבמה ועוד דיבמה לשוק עדיף מהנך שע"י שאר ומשום דיבמה עומדת לחלוץ חשיב' בת קידושין משא"כ הנך שע"י שאר אינה עומדת להיתרא. ומכל הלין מבואר דיבמה לשוק לא נפסלה ומשום דלא חשיב זר מעיקרא. וא"כ דברי הרמב"ם פי"ט מא"ב שכתב לפיכך כהן שבא על זקוקה ליבם כו' ונעשית זונה קשה כיון דמחזיר גרושתו לא נעשית זונה ומשום דלא הי' זר מעיקרא וכמ"ש הרב המגי' א"כ יבמה לשוק נמי לא הוי זר מעיקר' ואין לומר בשיטת הרמב"ם משום אלמנה וגרושה וסובר הרמב"ם דגם יבמה לשוק חשובה אין לה אלמנות וגירושין ולכהונה בק"ו מתרומה דהא קידושין תפסי ביבמה ומידי ספיקא לא נפקא ואיך חשיב לה הרמב"ם לודאי זונה ומוהרש"ל וב"ח כתבו בדברי הטור וב"י דאע"ג דקי"ל דיבמה לשוק צריכה גט היינו לחומרא בעלמא אבל מדינא אין צריכה גט ע"ש. אמנם מדברי הרמב"ם נראה מבואר דספק גמור הוא ע"ש פ"ד מאישות ז"ל חוץ מיבמה שנתקדשה לזר היא מקודשת מספק נסתפק לחכמי' אם הקידושין תופסין ביבמה כשאר חייבי לאוין או אין קידושין תופסין בה כערוה עכ"ל: ומזה נראה דמדינא לא נפקא מספיקא והנראה לענ"ד בשטת הרמב"ם דס"ל דמחייבי לאוין נמי הוי זונה ובדף ס"ח דקאמרי מנא הני מילי דאמר רב יהודה אמר רב אמר קרא ובת כהן כי תהי' לאיש זר כיון שנבעלה לפסול פסולה דהיינו לתרומה דלא כתיב זונה אלא לכהונה דכתיב זונה לא יקחו להכי צריך קרא לתרומה ובש"ס שם דאמרו אשכחן

לתרומה לכהונה מנ"ל היינו כמ"ש הרשב"א בחידושיו שם שהקשה בהא דיליף מכי תהי' לאיש זר ותיפוק לי' משום זונה ותירץ דאין זונה אלא מחייבי כריתות ואח"כ כתב דאיצטריך כי תהי' לאיש זר להיכא דנאנסה דליכא משום זונה וכדאמרו פ' הבא על יבמתו דף נ"ו באשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עלי' משום טומאה משום זונה לא ועלה כתב שכן עיקר ע"ש וא"כ הרמב"ם לטעמי' שכתב פי"ח מא"ב דנאנסה לוקה משום טומאה ואף משום זונה וע"ש וא"כ לכהונה לא צריך למילף משום איש זר אלא משום דהוי זונה ואפי' באונס ועיקר קרא דלאיש זר אינו אלא לתרומה דזונה לא כתיב אלא לכהונה וכדכתיב לא יקחו ובש"ס דאמר אשכחן לתרומה לכהונה מנלן היינו באונס והסוגיא אזלא להך לישנא ביבמו' דף נ"ו דנאנסה אין בו משום זונה והרמב"ם פסק כאידך לשנא דגם באונס אית בי' משום זונה א"כ לכהונה לא צריך קרא דלאיש זר וא"כ דלא נפקא לכהונה מלאיש זר אלא משום זונה לא יקחו א"כ יבמה לשוק נמי מיפסל' לכהונה אבל לתרומה דצריך למילף מלאיש זר דזונה לא כתיב אלא לכהונה צריך זר מעיקרא. ובש"ס דקאמר אי הכי מחזיר
משום זונה היא. ולשטת רש"י חייבי כריתות ומיתות ב"ד דפסלי היינו משום כי תהי' אלמנה וגרושה יצאו אלו שאין להם קידושין וכמבואר לעיל:

סעיף יא

ס"ק ה
אשת ישראל שנאנסה כתובות דף נ"א ואפי' תחלתו באונס וסופה ברצון וע"ש ועמ"ש בש"ש ש"א פט"ו:

סעיף יג

ס"ק ו
שהרי הודית שהי' זונה כתב הב"ש ז"ל נראה אם ניסת לכהן בני' כשרי' דאינה נאמנת לפסול בני' ודוק' לאב נתנה התורה נאמנות ולא לאם ואם האב אמר דמאמין לדברי' יכול לעשות לבניו חללים כמו שנאמן לומר בן גרושה היא עכ"ל והיינו מדכתיב יכיר יכירנו לאחרים מש"ה אע"ג דאב בעצמו אינו יודע אלא שמאמין לאחר וסומך דעתו עליו ודומה לו שהוא כן ה"ל בכלל יכיר וכמו שיוכל לאסור על עצמו ע"י מה שמאמין לאחר ה"נ האב לבנים ה"ל כמו בעל דבר וכשסומך דעתו בזה ה"ל בכלל יכיר יכירנו לאחרים ועמ"ש בש"ש ש"ב פ"כ:

סעיף יז

ס"ק ז

פנוי' שראוה שנבעלה עיין בקונטריס ש"ש ש"ד פי"ז עד פכ"ד שם מבואר באורך בשטו' שיש לראשוני' בזה:

סעיף יח

ס"ק ח

אפי' לא הי' שוכן שם אלא כותי א'. כתב בנימוקי יוסף ס"פ אלמנ' לכ"ג דהיכ' דאיכ' אבי' או אחי' בעיר דה"ל לדידה חייבי כריתות והולד ממזר חיישינן למיעוט' ע"ש ועמ"ש בזה בש"ס ש"ד פ' כ"ב:

ס"ק ט

היתה אלמת או חרשת ומשום דאפי' היכא דאיכ' רוב כשרי' כל שאינ' טוענת ברי אפי' אם נשאת תצא עד דאיכא תרי רובי. בתשובת צמח צדק סימן פ"ב כתב באלמנה שניסת לכהן ח"י אייר ואח"כ בתשרי ט"ו בו ילדה ולד נגמר שערו וצפורנו והודית שזינת' עם בעל אחותה וע"ש שהעלה דאפי' הולד חי שלשים יום דודאי זינתה קודם שנשאת לבעלה זה מכל מקום מספקינן דלמא לא זינתה עם מי שאסור לה כמו שאמרה היא שזינתה עם בעל אחותה כדי לאוסרה עצמה על בעלה ואח"כ העלה להחמיר משום דהי' הוכחה טובא דקושטא קאמרה שהרי לא הודית מעצמה אלא אחר חקירה ודרישה יע"ש. ובס' בית מאיר השיגו דתיפוק לי' דאפי' להכשיר צריכה טענת ברי דלכשר נבעלה וכיון דהיא אומרת לפסול נבעלה נהי דאינו נאמנת בזה ומשום דעיני' נותנה באחר לא עדיף משותקת דכל שלא אמרה ברי לכשר נבעלה תצא וע"ש. אמנם כבר כתב כן בתשובת צ"צ סימן צ' והיא תשובה על מ"ש בסימן פ"ב ע"ש באשת כהן שזינתה כשהיתה פנוי' ונשאת לכהן וילדה תוך ה' חדשים ואמרה בפני נשים ובפני השמש שזינתה עם בעל אחותה וז"ל הנה כתבתי כבר הנראה לענ"ד שאסורה לבעלה כהן והבאתי ראיות לזה והכל הוא בידך כו' והעלה דאפי' אם לא אמרה תחלה שנבעלה לפסול לה כיון דהשתא אינה אומרת בהדיא שנבעלה לכשר לה אלא אומרת שלא נבעלה לבעל אחותה ונבעלה לאחר הרי היא כאלו אינה בדוקה כלל כיון שלא רצת' להגיד ודינה כאלמת שכתב הטור אה"ע סימן ו' שאפי' אם ניסת תצא וכן פסק בש"ע עכ"ל והיא היא על התשובה שבסימן פ"ב. ולענ"ד נראה כדברי הצ"צ שבסימן פ"ב דמ"ש בסימן צ' דזה הוי כאינה בדוק' ולדעתי הקלושה כיון דניסת לכהן אחר הזנות ה"ל כאמרה לכשר נבעלתי דאם היתה נבעלת לפסול לא היתה ניסת לכהן וכהאי דרמ"א בי"ד סימן קפ"ה באשה שאמר' טמאה אני לך שאינה צריכה להוציא האמתלא מפי' אלא כל ששוכבת אצל בעלה ע"ש

בשם מוהרי"ו ובדרכי משה סימן ז' ז"ל והרד"ך בית ח' האריך בדין שבוי' וכתב דאם נשאת בפומבי ובפרהסיא בפני קהל ועדה שכל הקהל הם במקום ב"ד שבעירם אין לך באה בפני ב"ד שבעיר ואומרת להם טהורה אני והתירוה ב"ד לינשא ונשאוה גדולה מזו דנישואין שנשאת בפניהם הרי היא כאומרת להם שטהורה היא והם התירוה לינשא ע"ש ומבואר דכל שנשאת בפני קהל ועדה הרי היא כאומרת טהורה אני וה"נ כאלו אומרת לכשר נבעלתי וכשחוזרת ואומרת לפסול נבעלה ה"ל חוזר ומגיד ושוב אינה נאמנת משום דעיני' נותנה באחר ובפ"ק דכתובות דף י"ד רמי לי' אביי לרבא ומי אמר ר' יהושוע אינה נאמנת ורמינהו העיד ר"י ור"י ב"ב על אלמנת עיסה שהיא כשירה לכהונה א"ל הכי השתא התם אשה נשאת בודקת וניסת הכא אשה ומזנה בודקת ומזנה ופי' רש"י אלמנת עיסה כו' כגון שזרק לה בעל אמו גט ספק קרוב לו וכו' בודקת וניסת וי"ל שבדקה אחר אותה גירושין והוגד לה שקרוב לו הי' ולא נתגרשה כלל ואלמנ' היתה וכשירה לכהן ובתר הכי אמר רבא דר"י אדר"י קשיא דר"ג אדר"ג לא קשיא כו' אלא אמר רבא דר"ג אדר"ג לא קשיא התם ברי הכא שמא דר"י אדר"י נמי לא קשיא התם חד ספקא הכא תרי ספיקי וכתבו תו' ד"ה דר"י אדר"י לא קשיא ז"ל והשתא לא מצי לשנויי דבודקת ונשאת כדמשני לעיל כיון דהשתא אוקמינא באומרת שמא עכ"ל ומבואר דהיכא דאומרת ברי אמרינן בודקת וניסת ולא גרע מבודקת ומזנה והכא שהיא יודעת בברי אם לכשר אם לפסול אמרינן מדניסת לכהן יודעת שלא נבעלה לפסול לה וא"כ שוב לא מהימנא לומר אח"כ לפסול נבעלה ואמרינן עיני' נתנה באחר זה הנרא' לענ"ד. והא דכתב הרמב"ם וש"ע היתה אלמת כו' אם נשאת תצא ולא אמרינן דנישואין שלה לכהן הוי כאומרת ברי לי דכבר כתב בתשובת נ"ב חלק אה"ע סימן ז' דאלמת אפי' מרמזת לכשר נבעלתי כיון דאין רגילה כ"כ עם בני אדם אינה מבחנת בין כשר לפסול ע"ש. וא"כ ברי שלה נמי לא מהני כיון דאינה מבחנת בין כשר לפסול. ולפי מ"ש בקונטריס ש"ש ש"ד פ' כ"ב בטעמא דאלמות תצא ולא מהני מרמזת משום דתני זו עדות שהאשה כשירה לה ע"ש בכתובת דף י"ג ומשמע דהוי כמו עדות ואלם פסול אפי' כע"א במיתה לדעת כמה פוסקים ועיין ב"ש סימן י"ז ס"ק כ"ז וגם באומר בפ"נ ובפ"נ אלם פסול להעיד מפי כתבו וכמבוא' פ"ק דגיטין דף ה' בתו' שם ד"ה חרש ע"ש אבל פקח דאפי' מפי כתבו כשר כיון שראוי להעיד וראוי לבילה ונשאת לכהן לא גרע ממרמזת אע"ג דלא אמרה בפי' ומשום דבודקת וניסת עדיף מבודקת ומזנה היכא דאיכ' ברי. ובתו' פ"ק דכתובות דף ט' ד"ה לא צריכא באשת כהן ז"ל וא"ת ונוקמה אחזקת כשרות שהיא כשירה לכהונה ונימא דלאו תחתיו זינתה ע"ש והקשה בחידושי פני יושע דאפי' צאי תחתיו נימא שנבעלה

לפסול ליה ומתרץ דמיירי ברוב כשרין ע"ש ואכתי תיקשי לפי מ"ש הפוסקים אפי' ברוב כשרים בעינן טענת ברי ואם אינה טוענת ברי אפי' נשאת תצא וגבי פ"פ ליכא טענת ברי כיון דמיירי בשותקת או במכחשתו ואומרת בתולה הייתי וכמבואר באשר"י פ"ק דכתובת וא"כ ליכא טענת ברי וצריך לומר דמיירי בתרי רובי ויותר נכון לפי מ"ש דכל שנשאת לכהן הוי כטענת ברי וכהאי דרד"ך בשבוי' שנשאת לכהן בפני קהל ועדה. וכן בהאי דרמ"א בי"ד סימן קפ"ק כל ששוכב' אצל בעלה אין צריך להוציא האמתלא מפי' ע"ש ואע"ג דהתם צריך שידע הבעל האמתלא דהיינו הקטטה שהי' ביניהם היינו משום דהתם כבר אמר' טמאה ואח"כ כשחוזרת ואומרת טהורה צריכה אמתלא וכל שידע האמתלא סגי במה ששוכבת אצלו במקום אמירה וא"כ ה"ה בזה כל שנשאת לכהן בפוס בי' היינו אמירה דידה שכשירה לכהונה ודוק:

ס"ק י

אפי' נתעברה בעיר. ספ"ק דכתובת דף ט"ו הולכין אחר רוב העיר כו' ואין הולכין אחר רוב העיר גרידתא ולא אחר רוב סיעה גרידא מ"ט גזירה רוב סיעה אטו רוב העיר ורוב העיר נמי אי קאזלי אינהו לגבה כל דפריש מרובא פריש לא צריכא דקא אזלא איהי לגבייהו דה"ל קבוע וא"ר זירא כל קבוע כמחצה על מחצה דמי ומי בעינן תרי רובי והתניא תשע חניו' כו' ובנמצא הלך אחר הרוב וכ"ת כשאין דלתות המדינה נעולות דקא אתי לי' רובא מעלמא הא אמר ר' זירא אעפ"י שדלתות מדינה נעולות מעלה עשו ביוחסין: ובשטת הרמב"ם כתב ב"י דס"ל דלעולם לא מהני תרי רובי אא"כ הי' הביאה בפרשת דרכים דאי' תרי רובו רוב העיר וגם רוב העוברים שם כשרים וגריס כגי' רש"י איכא דקא אזלא איהי לגבייהו ע"ש ובשטת הטור כתב דגרס לא צריכא דקא אזלא איהי לגבייהו ע"ש. והך גירסא אינו מובן דאי נימא דלעולם אזלינן בתר רוב העיר ולא פסלי אלא בידו' דאזלא איהי לגבייהו א"כ מאי פריך מתשע חניות כיון דהת' ידוע שפירש ממקום הקביעות אלא ודאי דעיקר הגזירה הי' אפי' בפירש משום קבוע ולהכי פריך אמאי לא גזור בתשע חניות פי' משום קבוע ומשני דמשום מעלת יוחסין גזרו טפי אטו קבוע. וכבר הארכנו בקו' ש"ש ש"ד פ' כ"ג

סימן ז

סעיף א

ס"ק א

אסורה לכהן כתב ב"ש ז"ל ואפשר אם שבוי' נשאת לישראל ונמצא דהית' בתולה מותרת אחר מיתתו לכהן וצ"ע ובט"ז אוסר וכתב דיש לחוש שמא הערה בה השבאי עכ"ל. ומצאתי בשו"ת רשב"ץ שכתב בזה להתיר ע"ש ח"ג סימן קע"ח ז"ל קטנה בת ישששכר נשבית ביד עכו"ם והביאוה לטונס וקנאה יהודי אחד והעידו שהעליל בה ומצאה בתולה ואח"כ בא אדם א' שמו בליפא ונשאה בבונא כו' ז"ל שמטעם שבוי' לא היתה נאסרת עליו שהיא נאמנת לומר נשבתי וטהורה אני ואפי' יש עדי' שנשבית נאמנת לומר יש לי עדים שלא נטמאתי וכ"ש שהרי העידו שלא נבעלה

אלא לאחר שנפדית ובעלה ישראל והשיר בתולי' וזאת ראי' ששמרה בתולי' ביד שבאי ולשלא כדרכה לא חיישינן שאין דרך שבאי להניח בעילת בתולה כדרכה ולבעול שלא כדרכה וכ"ש דבשבוי' הקילו וא"כ אם הוא כהן מטעם שבוי' אינה אסורה עליו עכ"ל: ומ"ש בתשובה הנז' ואפי' יש עדים שנשבית נאמנת לומר יש לי עדים שלא נטמא' וכ"ש שהרי העידו שלא נבעל' כו' ובעל' ישראל והשיר בתולי' כו' ולכאורה משמע דתרי טעמי נקט חדא שנאמנת לומר יש לי עדים שלא נטמא' ועוד שהרי בעלה ישראל והשיר בתולי' וזה ודאי דהיכא דיש עדים שנשבית אינה נאמנת לומר יש לי עדים שלא נטמאתי עד שתבי' עדים בפני ב"ד אלא דעיקר טעמי' דהיינו עידי' אתה במה ששמרה בתולי'. ומבואר דהרשב"ץ מיקל בזה וראוי לסמוך עליו:

סעיף ו

ס"ק ב

או שנשאת לפני ב"ד ולא מיחו בה. כתב הרד"ך בית ח' אעפ"י שבעלה ידע שהיתה שבוי' קודם שנשאה מאחר שלא הי' הדבר ידוע לב"ד בעדי' מותרת לי דמכל מקום יש לה מגו שהיתה נשאת לאחר עכ"ל. ונדעתי תליא במחלוקת בעלי תו' רשב"א ור"י בפ' חזקת דף ל' ז"ל ובעובדא דידן אי הוי מייתי מחזיק סהדי דדר בי' חד יומא נראה להרשב"א דהוי לאוקמי ארעא בידי' אע"ג דליכא מגו מכל מקום טענינן ללוק' שהי' המוכ' נאמן לומ' זבינתי' מינך במגו דאי בעי אמר לא הי' שלך מעול' וכה"ג מצינו בסוף המוכר גבי מפקיד אצל חבירו בשטר וכו' ואור"י דלא דמי דהכא אם הי' המוכר רוצה לזכות בטענה זו דלא הי' שלך מעולם לא הי' הלוקח מעכבו שהרי יודע הוא שהיתה שלו עכ"ל. וא"כ ה"ה הכא בנ"ד לדע' ר"י אין זה שיוד' שהית' שבוי' מותר בה ואם היא נאמנת לכהן אחר אבל

לזה שיודע שהיתה שבוי' אינה נאמנת במגו ולדעת הרשב"א כיון דאית לי' להמוכר מגו ויכול למוכרו לאחר רשאי גם לוקח זה שיודע שהית' שלו ללוקחו ומשום דלא איכפת לן אם זה אם לאחר א"כ כיון דליכ' עדי שבוי' ואית לה מגו ליש' לכהן אחר רשאי גם זה לישאנ' ועמ"ש בס' קצה"ח סימן קמ"ו ס"ק י"א. ואין להקשות דא"כ אפי' ביש עדים שנשבית יש לה מגו שהית' נשאת לישראל דכה"ג אמרו בפ' י"נ דף קל"ה באומר יש לי בנים דנאמן לפוטרה במגו דגרשתי ודעת רשב"ם דלכהן מיהת אסורה דלכהן ליכא מגו דגרשתי ודעת תו' שם דגם לכהן מותרת ע"ש והרי אמרינן מגו דאי בעי נשאת לישראל שריא גם לכהן. דהתם שאני כיון דאנו מאמינים שאינה זקוקה ליבם ע"י מגו דגרשתי ע"י שהית' ניסת לישראל ומשום דלא איכפת לבעל אם נשאת לישראל או לכהן וכיון שנאמן להוציא' מידי זיקת יבם א"כ גם לכהן שריא וכמ"ש הרמב"ן שם דנאמן לגמרי ומשום דלא איכפת לי' לבעל אם אינ' נשא' לכהן והי' לו לגרש' כדי שלא תזקק ליב' ותנש' לישראל וע"כ אנו מאמינים שאינה זקוקה ליבם וכיון שהותרה הותרה שאם אינה זקוקה ליבם מפני טענ' זו שטען מותרת אף לכהן ע"ש אבל הכא עיקר איסור אינו אלא לכהן ולא לישראל ולא שייך כיון דהותרה הותרה: ומיהו נראה דאם התירוה ב"ד לינשא א"כ אע"ג דזה יודע שהיתה שבוי' אפ"ה ב"ד יכולין להתיר' כיון שלא הי' שני עדים שנשבית ונגד ע"א בשבוי' היא נאמנת לומר נשבתי וטהורה וכיון שהב"ד כדין התירו א"כ רשאי לישא גם לזה דהא אפי' באו אח"כ שני עדים לא תצא מהיתרה הראשון ואם לא התיר' הב"ד אלא שבעצמה נשאת לזה שיודע בזה תליא במחלוקת שבין הרשב"א והר"י וכמ"ש כיון שלא הי' היתר מב"ד לאיסור שבוי' ודוק:

סעיף ח

ס"ק ג

האב שאמר נשבת בתי ופדיתי' בין שהיא גדולה פרק האמר דף ס"ד תנן קדשתי את בתי קדשתי' וגרשתי' כשהיא קטנה והרי היא קטנה נאמן כו' נשבית ופדיתי' בין שהיא קטנה בין שהיא גדולה אינו נאמן ובגמ' מ"ש ריש' ומ"ש סיפ' רישא בידו סיפ' לאו בידי' כו' והרי בידו להשיאה לממזר כר"ע דאמר אין קידושין תופסין בחייבי לאוין וראיתי בשעה"מ פי"ח מא"ב ז"ל ובמה שתירץ בגמ' כר' עקיבא דאמר אין קידושין תופסין בחייבי לאוין ראיתי למוהרי"ן לב בשטה כת"י ז"ל וכן בידו למוסרה לזנות כדי שתפסול משום דקא עבר בלאו דלא תחלל את בתך להזנות' הלכך לאו בידו הוא והא דקאמר בידו להשיא' לממזר ופי' רש"י ביד האב להשיאה לו בעבירה שנרא' שאעפ"י שהוא עובר בלאו שיכול להשיאה לו לא שהאב עובר כלל שהרי לא הוזהרו כשרות לינשא

לפסולים אלא הממזר שהשיאה עובר בלאו עכ"ל. והן דברים תמוהין דהא דאמרינן לא הוזהרו כשרות היינו דוקא לפסולי כהונ' אבל שאר פסולי' שהאנשים הוזהרו מלישא אותן כגון ממזר וכיוצא אף נשים הוזהרו עליהם דהשוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה כו' והוא מבואר ביבמות פ' יש מותרות עכ"ל. ונראה דהא דהוזהרו נשים היינו אם הנשים בעצמן נישאו לפסולי קהל אבל הכא האב הוא שמקדשה ואין האב מוזהר בזה ואין האב עובר כלל במה שמקדש בתו לממזר ובתו ג"כ אינה באזהרה כיון דאביה הוא המקדשה לזה ולא הי' ומ"ש מוהרי"ן לב שלא הוזהרו כשרות לינשא לפסולי' בזה ודאי דברי שעה"מ נכונים דהיא ג"כ מוזהרת מיהו היינו היכא שהיא מתקדשת לממזר אבל הכא האב שמקדשה לממזר אין האב עובר בזה כלל. וזה ברור ובמשנה למלך עיינתי שכתב ז"ל דע"כ מאי דפריך בגמרא בידו להשיא' לממזר ממזר דאורייתא קאמר דאי לממזר דרבנן קאמ' והוי פסולה כמו שבוי' דהוי מדרבנן לדעת רבינו ז"ל א"כ מאי משני כר' עקיבא דאמר אין קידושין תופסין בחייבי לאוין הא אפי' לר' עקיבא לא אמר אלא בחייבי לאוין דאורייתא אבל ממזר דרבנן פשיטא ודאי דקידושין תופסין וע"ש שהקשה מזה להרמב"ם דס"ל שבוי' דרבנן. ובשעה"מ שם ז"ל אך זו היא שקשה בעיני לדעת רבינו דא"כ כי משני כר"ע דאמר כו' אמאי לא פריך תלמודא דאכתי בידו להשיאה לממזר דרבנן דקידושין תופסין ופסולה לכהונה ולתרומה ובשלמא לדעת הסוברים דשבוי' היא מדאורייתא כמו שנראה מדברי רש"י פ' הגוזל בהאי דנחיל של דבורים יש לומר דמש"ה לא פריך בידו להשיאה לממזר דרבנן דהא לא חשיב מגו דאיכ' למימר דהאב רוצה יותר לפוסלה מן התורה אכן לדעת רבינו קשה כו' ע"ש שהאריך: ונראה דאין כח ביד האב למסור בתו לביאת פסולים ואע"ג דהאב זוכה בבתו בקידושי' בכסף ובשטר ובביא' היינו ביאת כשרים ולא ביאת פסולים דלפי מ"ש הראב"ד פי"ט מא"ב כל הנבעלת לביאת פסולים הרי היא זונה ע"ש. וה"ל בכלל לא תחלל את בתך להזנותה אלא דביד האב להשיאה לפסולים בקידושין וחופה דה"ל נשואה וכל שנשאת לפסולים אפילו לא נבעלה ונתארמלו או נתגרשו נפסלו מן הכהונה ומן התרומה וכדתנן ביבמות דף נ"ו אלמנה לכ"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט כו' נתארמלו או נתגרשו פסולות ע"ש וזה אינו אלא מדרבנן וכמ"ש בתשובת מוהר"א ששון סימן קע"ג דחופה לפסולות ולאא נבעלה אינו אלא מדרבנן ע"ש וז"ל והחמירו חכמים יותר לפי שקרובה לביאה ע"ש ועמ"ש בס"ק ח': ויתיישב בזה מה שהקשה במשנה נמלך כיון דשבוי' אינו אלא מדרבנן מאי פריך בידו להשיא' לממזר דלמ' אינו רוצה לפוסלו אלא מדרבנן ושאם תאכל לא תלקה כו' דלפי מ"ש א"כ גם כשישיאנ' לממזר נמי אינו אלא פסול דרבנן

דחופה לפסולות אינו אלא מדרבנן: וניחא ליישב גם קושיות שעה"מ כי משני כר' עקיב' אמאי לא פריך דבידו להשיאה לממזר דרבנן דלפי מ"ש למוסרה לביאת פסולים אינו יכול האב דה"ל לא תחלל את בתך להזנותה ואפי' לפסולי דרבנן אינו יכול למוסרה כיון דזנות הוא מדרבנן אלא דבידו להשיאה בחופה וקידושין וכיון דאפי' בחופ' אינ' נפסלת אלא מדרבנן וכמ"ש מוהר"א ששון ומשום דקרובה יותר לביאת פסולים וביבמות שם דף נ"ח הני מילי משתמרת לביאת פסולי דאוריית' אבל דרבנן לא אכלה וכן פסק הרמב"ם פ"ז מתרומו' וא"כ בממזר דרבנן לא נפסלו בחופה וקידושין ודו"ק. ולשטת תו' דס"ל דבחייבי לאוין לא נעשית זונה ועמ"ש סימן ו' סק"ג נמי אינו רשאי למסר' לביאת פסולי' כיון דאסור להאכיל לקטן אפי' איסו' דרבנן וכמ"ש בש"ע א"ח סימן שמ"ג ע"ש והאב מצווה יותר אלא בחופה וקידושין יכול למוסרה דבזה אין הבת עושה איסור כיון דהיא אינה מתקדשת עצמה אלא האב הוא המקדשה לפסולין והאב נמי אינו עושה איסור וכמ"ש ומש"ה לא פריך אלא דבידו להשיאה לממזר ותפסול לתרומה ולכהונה ע"י חופה לפסולות וזה אינו אלא מדרבנן וכשישיאנה לממזר דרבנן לא מיפסלא ע"י חופה לפסולות וכמ"ש:

סעיף יא

ס"ק ד

וי"א דע"י נפשות אסורה אפי' לבעלה ישראל שטת רש"י פ"ב דכתובות דף כ"ו משום שמא נתרצית באחת וכן פי' רש"י בע"ז ר"פ אין מעידין משום דמופקרת לזנות חיישינן שמא נתרצית באחת מהן ע"ש: והרשב"א בחידושיו הקשה משבוי' דמותרת לישראל ולא חיישינן שמא נתרצית באחת מן הביאות וכן אסתר לאחשורוש: ושטת תוס' דע"י נפשו' אסור' לישראל דחיישינן שמא נתרצית כדי למצוא חן שלא יהרגנה ע"ש וגם בזה הקשה הרשב"א דכיון דהוא ריצוי מחמת פחד מותרת לישראל ע"ש. ומשמע מדבריו דכל שאינה עושה איסור לשמי' אע"ג דמכוונ' למעול מעל באשה מותרת היא לבעלה וזה שלא

כדברי מוהרי"ק סימן קס"ז באשה שזינתה תחת בעלה ברצון והיא לא ידעה אם יש איסור בדבר אם יחשב שוגג והעלה שם דכיון שהיא מתכוונת למעול מעל באשה דהא לא כתיב למעול מעל בד' כו' אלא ומעלה בו מעל כתיב וע"ש שהביא ראי' מהאי דמגילה כאשר אבדתי אבדתי דעד השתא באונס והשתא ברצון כו' ולא עשתה שום איסור ולא הי' בדבר אפי' נדנוד עבירה אלא מצוה רבה עשתה שהצילה את ישראל כו' ובפרט דקרקע עולם היתה וע"ש שהאריך וא"כ ה"נ היכא דנתרצית כדי למצא חן שלא יהרגנה אפי' לא

עשתה איסור אפי"ה על בעלה נאסרת. ואולי דברי מוהרי"ק לפי שטת תוס' דנאסרת על בעלה היכא שמתרצית שלא יהרגנה ולא עשתה איסור ואפ"ה נאסרה על בעלה. אלא דמדברי תו' בע"ז דף כ"ג ד"ה תדע דע"י נפשות מחמת פחד נתרצית לו ותובעתו ע"ש וכה"ג שהיא תובעתו איסור יש בדבר שהרי בזה שמביאה אותו עלי' תיהרג ולא תעבור: ובשטה מקובצ' דף ג' גבי ולדרוש להו דאונ' שרי ע"ש כתב בשם המאירי דבאשה אפי' מביאתו עלי' נמי תעבור ולא תיהרג ע"ש בלשון אחר. ושטת הפוסקים אינו כן אלא דבאשה נמי ע"י מעשה עצמה תיהרג וכיון דמביאתו עלי' ודאי אסורה לבעל וצ"ע:

ס"ק ה

ולהתירן אף לבעלים כהנים כתב בד"מ ז"ל אבל אם היתה יכולה לברוח ולא ברחה נראה דאפי' לבעלה ישראל אסורה אמנם בגזירת אוסטרייך הותרו עפ"י גדולים ג"כ לבעליהם אפי' לכהנים ואפשר נתנו הני נשי אמתלאות לדבריה' וע"ש בת"ה שהאריך ול"נ דאפשר שהגדולי' שהתירו לאו מדינא אלא משום צורך שעה שראו שיש ח"ו לחוש לעתיד לנשים שאם ידעו שלא יחזרו לבעל נעוריהן שלא יקלקלו ולכן הקילו ואין לומר כן דיש להקל בחשש איסור דאורייתא ונ"ל דסמכו אהא דאמרינן כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ויש ביד ב"ד לאפקועי קידושין מינייהו והוי כפנויות ואף אם זינתו מותרת לבעליהן כנ"ל עכ"ל: ודברי ד"מ לא הבנתי דהא נבעלה לפסול אפי' פנוי' נמי נפסלה לכהונה וא"כ מה בכך דהפקיעו לקידושין לעשותן כפנויות ועיין ר"ן סוף נדרים במשנה האומרת טמאה אני לך ע"ש משו' דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני' והקשה באשת כהן ובפסול לה דאפי' פנוי' נאסרת מאי איכא למימר ע"ש וצ"ע:

ס"ק ו

אבל אם נתייחדה עם כותים כתב בה"ג בה"ל מיאון ז"ל זה ששנינו בכתובות פ"ק היתה מדברת עם א' ואמר לה מה טיבו של איש זה כו' ר"ג ור"א אומרי' נאמנ' מה מדברת זעירי אמר נסתרה הני מילי נסתרה עם ישראל אבל נסתרה עם העכו"ם הרי היא כשבוי' ופסולה לכהונה עכ"ל ומוהרי"ק סימן ק"ס הביא דברי בה"ג וכתב עלה ז"ל ומשמע לכאורה דפליג אכל הני רבוותא דלעיל כו' מכל מקום היה קצת נראה לומר דלא פליג ולהעמיד האי דבה"ג דוקא לאוסרה להנשא לכהן אבל אם כבר נשאת אינה נאסרת על בעלה עכ"ל: ובס' בית מאיר הקשה בהא דאמר רבינא ר"פ אין מעמידין הא לכתחלה והא דיעבד ומנא תימרא מהא דתנן לא תתייחד אשה עמהם מפני שחשודין על העריות והתנן אשה שנחבשה ע"י ממון מותרת לבעל' כו' ובהמה לקרבן הרי הוא לכתחלה כמו אשה שנתייחדה עם העכו"ם להנשא לכהונה וע"י ממון מותרת לבעלה משום דבדיעבד אינה נאסרת על בעלה ע"ש: ונראה דגם לדעת בה"ג הא דנאסרת לכהונה ע"י יחוד אינו

אלא משום מעלת יוחסין וכדאי' שם פ"ק דכתובות בהא דאמר זעירי נסתרה ופריך והא אין אוסרין על היחוד לימא דלא כר' יושוע ומסיק מעלה עשו ביוחסין וכתו' שם דאין אוסרין על היחוד ע"כ מיירי בפנוי' דאי באשת איש היכי קאמר מלקין על היחוד דהא באשת איש אין מלקין על היחוד אלא מיירי אפנוי' לענין מפותת אביו ע"ש ומבואר דאפי' בפנוי' אין אוסרין על היחוד אפי' לכתחלה אלא לכהונה ומשום מעלת יוחסין ושבוי' נמי לא אסרו אלא לכהונה והוא נמי משום מעלת יוחסין אבל היכא דליכא משום מעלת יוחסין מותרת אפי' לכתחלה:

ס"ק ז

מיהו אם נתייחדה לשום זנות יש להחמיר במוהרי"ק שורש ק"ס שם כתב ליישב דברי בה"ג דלא נימא דפליג על כל רבוותא במה שכתב לאסור בנתייחדה עם העכו"ם וכתב בתחלה דבה"ג מיירי לאוסרה לכתחלה לכהן עוד כתב דבה"ג מיירי בנתייחדה לשום זנות דהיינו שמדברת עמו דברי תפלות וזנות ע"ש ומזה השיג בחלקת מחוקק על הרמ"א דמוהרי"ק לא מיירי אלא לכתחלה ואפי' במדברת דברי זנות אינו אלא לכתחלה ע"ש וב"ש בס"ק ל"ד כתב דמוהרי"ק בתי' השני בנתייחדה לשום זנות אוסר אפי' בדיעבד לכהן ע"ש: ובמוהרי"ק שם מפרש הא דאמר זעירי מאי מדברת נסתרה הא דלא תני נסתרה דהוא לישנא מעליא אלא משום דאין אוסרין על היחוד אפי' לר' יושוע אלא כשמודברת עמו דברי זנות ותפלות וכתב עלה ז"ל וכ"ת א"כ יקשה מאי פריך לזעירי דאמר מדברת נסתרה אדרב דאמר מלקין על היחוד נימא הא דאמר ר' יושוע אוסרין על היחוד היינו בראוה מדברת ואחר כך נסתרה ורב דאמר אין אוסרין על היחוד היינו דוקא ביחוד בעלמא יש לומר דדייק לישנא דרב דאמר מלקין על היחוד ואין אוסרין על היחוד דתרי זימני על היחוד למה לי הכי הוי לי' למימר מלקין על היחוד ואין אוסרין או אבל לא אוסרין אלא הכי פירושו מלקין על היחוד ואפי' ביחוד כל דהו דליכא רגלים לדבר שנתייחדו אדעתא דזנות ואין אוסרין על היחוד ואפי' ביחוד אדעתא דזנות ואת"ל דביחוד כלדהולא הי' מלקין כי אם בדאיכ' רגלים לדבר דאדעתא דזנות נתייחדו כ"ש דא"ש טפי דאז נוכל לומר דלאו מלישנא דיתורא פריך כו' ומכל מקום האי דיוקא דדייקינן יתורא דלישנא דהדר ואמר אין אוסרין על היחוד דיוקא מעליא הוא שהרי כיוצא בו דקדק רבינו מאיר לפסק הלכה בענין אותיות הדבוקות בתפילין ומזוזות להתיר לתקנם אפי' אחר שכתב התיבה או הפסוק שלאחר כן כמ"ש ברשב"ץ בשם רבינו מאיר ז"ל מדגרסינן בירושלמי דמגילה תולין בספרים ואין חולין בתפילין ומזוזות משמע דוקא חולין הוא דלא כו' והרי לך בהדיא שדקדק כיוצא בזה הדקדוק ממש שדקדקתי עכ"ל: וכיון דדייק

מהא דאין אוסרין על היחוד דמיירי לשום זנות וכמ"ש מהרי"ק ועלה משני מעלה עשו ביוחסין ואינו אלא לכתחלה בפנוי' אבל בדיעבד אין אוסרין דהא אמר אין אוסרין על היחוד אפי' בנתייחדו לשום זנות וע"כ הא דאין אוסרין על היחוד מיירי באשת איש ומוכח דבדיעבד מותר. ואפשר דמפרש להך דאין אוסרין על היחוד לאו לכהן מיירי אלא אין אוסרין על היחוד בפנוי' ולענין מפותת אביו ע"ש בתו' ד"ה מעלה עשו ביוחסין בשם הר"ר יוסף. אבל לכהן ובנתייחדה לשום זנות אפי' בדיעבד אסורה ואפי' לפי' תו' שם דמיירי באשת איש אפשר דלא מיירי לכהן אלא לישראל וכ"ת אם לישראל א"כ ליכא חשש כלל כיון דביחוד ליכא חשש רצון וכמ"ש תו' ר"פ אין מעמידין דף כ"ו דלפי' מוהרי"ק מיירי בנתיחדה לשום זנות א"כ באשת ישראל איכ' חשש רצון ובזה הוא דאין אוסרין אבל לכהן יש לומר דאסורה לכהן אפי' בדיעבד כשנתייחדה לשום זנות ודוק: והנה הך דיוקא של מוהרי"ק מיתורא דלישנא ודאי שפיר דק וכמו שהביא ראי' דכה"ג דקדק רבינו מאיר גבי תפילין אלא שהביא ממרחק לחמו דהכא בהאי מימרא גופי' דייק יתורא דלישנא ועיין בתשובת מיימוני לה"ל אישות סימן כ"ה ע"ש דדייק מדאמר רב אין אוסרין על היחוד משמע דוקא איחוד אבל על עדי כיעור אוסרין וליכא למימר ה"ה בעדי כיעור אין אוסרין והא דנקט התם יחוד משום רישא דמלתא דמלקין על היחוד רבותא דאיחוד לחודי' מלקין הא ודאי אי אמר רב במלתי' מלקין על היחוד אבל לא אוסרין הוי מצי לדחויי הכי אבל מכיון דהדר ונקט במלתי' על היחוד דאין אוסרין אלמא דאיחוד קאמר עכ"ל והיא תשובת מור"מ ע"ש: מיהו נראה דלפי המסקנא דמסיק מעלה עשו ביוחסין ואינו אלא בפנוי' אבל באשת איש אין אוסרין וכתבו תו' דלפי"ז רישא דמלתא דקאמר מלקין על היחוד ע"כ בפנוי' מיירי דבאשת איש אין מלקין שלא להוציא לעז על הבנים כדאיתא בקידושין דף פ"א אלא דמילי מילי קאמר מלקין על היחוד בפנוי' ואין אוסרין על היחוד באש' איש ע"ש בתו' וא"כ כיון דמילי מילי תני תו לא קשיא הא דהדר ותני אבל אין אוסרין על היחוד כיון דזה קאי על אשת איש ומלקין על היחוד מיירי בפנוי' לא מצי תני מלקין על היחוד אבל לא אוסרין דהא במקום דמלקין דהיינו בפנוי' שם אוסרין וע"כ צריך לחזו' ולאמר אבל אין אוסרין על היחוד במלתא אחריתי היינו באשת איש. ולפי"ז מצינו לומר דרב מיירי ביחוד שלא לשום זנות וזעירי מיירי במדברת לשום זנות כיון דלא קשה יתורא דלישנא וכמ"ש אלא דבס"ד דהך דרב מיירי בחד גווני ובפנוי' ומלקין על היחוד ואין אוסרין על היחוד וקשה יתורא דלישנא ע"כ מיירי אין אוסרין על היחוד אפי' בנתייחדו לשום זנות וכמ"ש מוהרי"ק ולבתר דמסיק מעלה עשו ביוחסין בפנוי' לכהן ואין אוסרין על היחוד באשת איש וליכא יתורא דלישנא וא"כ מצי

מיירי שלא לשום זנות ולפי"ז בפנוי' אסור' לכתחלה לכהן אפי' בלא נתייחדה לשום זנות והא דאמר זעירי מדברת ולא קאמר נסתרה משום דמיירי במדברת לשום זנות דוקא והיינו משום דהתם לא נודע בבירור שהוא פסול לה ואיכ' ספק ספיקא עד דהי' מדברת לשום זנות דה"ל כמו ראוה שנבעלה אבל נתייחדה עם פסול לה אפי' ביחוד בעלמא לכתחלה לא תנשא לכהונה:

ס"ק ח

על הזונה או על הגרושה. פ' עשרה יוחסין דף ע"ז אמר רבא האי תנא איסור חל על איסור לית לי' באיסור מוסיף אית לי' אלמנה אסורה לכ"ג ושריא לכהן הדיוט ה"ל גרושה מגו דאתוסף לה איסורא לגבי כהן הדיוט אתוסף לה איסורא לגבי כ"ג כו' אלא זונה מאי איסור מוסיף אית בה אמר רב חנא בר רב קטינא הואיל ושם זנות פוסל בישראל ופי' רש"י כגון אם זינתה תחתיו נאסרה על בעלה אע"ג דהאי זנות לאו תחת בעלה מיהו שם זנות אשכחן בי' מוסיף בעלמא ע"ש: ונראה דלשטת הרמב"ם דס"ל מכל חייבי לאוין ה"ל זונה א"כ ה"ל נמי איסור מוסיף אבל לשטת תו' והרא"ש והטור דזונה אינו אלא מחייבי כריתות ומיתות ב"ד אבל משאר חייבי לאוין לא הוי זונה ואינ' פסול לכהונה אלא מדכתיב ובת כהן כי תהי' לאיש זר ולכהונה יליף בק"ו מגרוש' דמותרת בתרומה ואסורה לכהונה והארכנו בזה בסימן ו' סק"ב ע"ש וא"כ האי לאו איסור מוסיף הוא ואינו חל על איסור חללה דדוקא זונה הוא דה"ל מוסיף משום דשם זנות פוסל בישראל וכמו שפי' רש"י: ובזה אפשר ליישב קושיות תו' ביבמות דף מ"ד ד"ה ה"נ כיון דבא עליה עשאה זונה ע"ש למה לי דכתב רחמנא זונה לא יקחו כיון דזונה אסורה בתרומה ק"ו דאסורה לכהונה מגרושה דשריא בתרומה ואסורה לכהונה כו' אע"ג דאין מזהירין מן הדין קאמר התם דגילוי מלתא בעלמא הוא ע"ש. ולפי מ"ש נ"מ דליהוי לקי משום זונה אע"ג דאסורא בלאו הכי משום חללה דאיסור זונה ה"ל מוסיף הואיל ושם זנות פוסל בישראל אבל איסור דנפקא מכי תהי' לאיש זר לאו מוסיף הוא ואינו חל על חללה:

ס"ק ט

וכהן גדול שבא עליהן או על האלמנה או שנשא בעולה ובא עליה כתב בחייבי לאוין בא עלי' וגבי בעולה דחייבי עשה כתב או שנשא בעולה משום דאם בא על בעולה שלא בדרך נישואין דהיינו בלא קידושין לא חיללה וכמ"ש הרמב"ם פ' י"ח מא"ב דאם בעל בעולה בלא נישואין לא חיללה ע"ש והרב המגיד כתב שם ז"ל פשוט הוא דאע"ג דקי"ל יש חלל מנושא את הבעול' כנז' למעלה דוקא בנושא לפי שעבר על עשה דהוא אשה בבתולי' יקח והוא עשה דכהונה אבל אם בא על הבעולה שלא כדרך נישואין אינו מוזהר בה יותר מאדם אחר עכ"ל: ובשטה מקובצת נראה חולק בזה ע"ש ר"פ אלו נערות דף ל' בהא

דאמרו שם איכא בינייהו בעולה לכ"ג ופי' רש"י שאין בה לאו דאלמנות וגירושין אלא עשה דבתולה יקח ולא בעולה וא"ת יש כאן לאו דזונה לא אשכחן תנא דאמר פנוי הבא על הפנוי' עשאה זונה אלא ר' אליעזר ולית הלכתא כוותי' ואין זונה אלא הנבעלת לפסול ובבעולה שלא כדרכה דאי כדרכה תו ליכא קנס כו' ואי קשיא לפי' רש"י דבעולה כבר הרי זו בביאה שבא עלי' כ"ג נעשית חללה ותו אין לו בה הוי' י"ל כיון דבשעה שבא עלי' הי' לו בה הוי' אע"ג דלאחר גמר ביאה אין לה בה הוי' חייב בקנס עכ"ל. ומבואר דס"ל דבעולה לכ"ג אם בא עלי' נעשית חללה אפילו בא עלי' שלא כדרך נישואין ומ"ש הרב המגיד ופשוט הוא דאע"ג דיש חלל מחייבי עשה דוקא בנושא לפי שעבר בעשה קשה לי דהא בקידושין דף ע"ח ומוד' רבא בכ"ג באלמנה שאם בעל ולא קידוש שלוקה ולא יחלל זרעו בעמיו אמר רחמנא והרי חילל וע"ש וגבי אלמנה נמי כתיב אלמנה לא יקח א"כ נימא נמי דבעי דרך קידושין וכמו בבעולה דכתיב בבתוליה יקח דהיינו קידושין ובפרק הבע"י דף ס' דס"ל לראב"י יש חלל מחייבי עשה מ"ט דראב"י דכתיב אלמנה וגרושה וחללה וזונה לא יקח כי אם בתולה מעמיו וכתיב לא יחלל זרעו בעמיו א"כ מ"ש דבחייבי לאוין עובר בלא יחלל גם בביא' גרידא וא"כ ה"ה דבחייבי עשה יעבור בלא יחלל בביאה: ובמשנה למלך פי"ז מא"ב ז"ל שוב האיר ד' את עיני וראיתי סוגיא אחת פ' הבע"י דף ס"א וזה פרי' תניא ר"א אומ' כהן לא ישא את הקטנה כו' אמר רב אדא בר אהבה הכא בכ"ג עסקינן לאימת קני לה לכי גדלה בעולה היא כו' ודע דמלישנא דרב אדא דקאמר לאימת קני לה לכי גדלה בעולה היא משמע דליכא קפידא אלא ממה שיקיים אותה משגדל היינו שקונה אותה מדין תורה ונמצא כונס את הבעולה אבל ממה שיקיים אותה בעודה קטנה ליכא קפידא דאף דנימא דנישואין אלו לא חשיבא מכל מקום לא עבר בעשה דבעול' כיון דלא חשיב נישואין וס"ל דלא מוזהר כהן על בעיל' הבעולה שלא ע"י נישואין יותר משאר וכסברת רבינו דלסברת החולקים דס"ל דאסור לכ"ג לבעול בעולה אפי' שלא ע"י נישואין מאי ארי' לכי גדלה תיפוק לי דבקטנותה נמי איכא איסורא דלא אהני תקנתא דרבנן להפקיע איסור תורה כי היכא דלא אהני גדלותה וזו היא ראי' נכונה לסברת רבינו והנה ראי' זו נכונה עד מאד עכ"ל: ועיין בשטה מקובצת פ' אלו נערות בהא דאי' שם בעולה לכ"ג ע"ש כתב בשם הרמב"ן שהביא דברי הר"ח שפי' דמיירי בבתולה שבא עליה כ"ג ומכאן ואילך בעולה היא וקיימא עלה באיסור עשה והא דתניא התם ביבמות אנוסת עצמו ומפותת עצמו לא ישא ואם נשא נשוי הא אוקמינא התם בגמ' ומוציאה בגט והא דתני אם נשא נשוי לומר שאינו משלם קנס במפותה והא דתניא אידך אנוסת חבירו ומפותת חבירו ואם נשא ראב"י אומר הולד חלל ומפרש טעמי' משום

דיש חלל מחייבי עשה ולא קתני באנוסת עצמו שהולד חלל לאו משום דליכא איסור עשה אלא משום דסופה להיות בעולה תחתיו אין הולד חלל והיא עצמה אינה מתחללת שאינה דומה לאלמנה לכ"ג עכ"ל וכ"כ הרמב"ן בחידושיו ליבמות דף נ"ט ע"ש: ולפי"ז יתיישב דעת החולקין דס"ל דעובר בעשה לבעולה אפי' שלא ע"י נישואין דלפי מ"ש טעמא דחולקין היינו משום דכתיב לא יחלל זרעו דאכולהו קאי וכמ"ש רש"י ביבמות דף ס' לא יחלל זרעו בעמיו אכולהו קאי ופי' רש"י אכולהו ואפי' אבתולה ולא בעולה דעשה הוא וע"ש. וא"כ גבי אלמנה וגרושה דכתיב נמי לא יקח ואפי' הכי בעל ולא קידש לוקה ומשום דכתיב לא יחלל וה"נ בעשה דבחולה נמי כתיב ולא יחלל: ומש"ה בכ"ג שנשא את הקטנה בעודה קטנה ליכא איסור כלל דה"ל בעולת עצמו ולית בי' משום לא יחלל דאין הולד חלל והיא עצמה אינה מתחללת אלא לכי גדל' נהי דלא יחלל ליכא אבל עובר בעשה משום דכתיב אשה בבתולי' יקח דהוא קידושין ובעודה קטנה דקיחא ליכא ומשום חילל נמי ליכא דה"ל בעולת עצמו אבל בעולת אחרים דהולד חלל והיא עצמה מתחללת א"כ אפילו בלא קידושין דליכא משום אשה בבתולי' יקח אית בי' משום חילל וחללה מחייבי עשה הוא ומ"ש במש"ל ראי' לסתור דעת החולקין לפי מ"ש אין בו ראיה לסתור ודוק:

ס"ק י

אבל מן הנישואין אעפ"י שלא נבעלה נתחללה. ואפי' עדים מעידים שלא נבעלה ודעת הט"ז בזה דאינו אלא לחומרא וב"ש כתב לשטת תו' דנתחללה בחופה בלא ביאה לרב דאית ליה יש חופה לפסולות ביבמות דף נ"ז ונתחללה מחמת החופה ובני' חללים בודאי ומותרים לטמא ע"ש: ובשעה"מ הביא דברי מוהר"א ששון שכתב בסימן קע"ג דחופה לפסולות ולא נבעלה אינו אלא מדרבנן והחמירו חכמים יותר לפי שקרובה לביאה והשיגו דהא בנתארמלו או נתגרשו תו לא שייך טעמא דמשתמרת לביאה פסולה כיון דכבר מתו אע"כ דנישואין משוי לי' כבעולה ומדינא פסלי ע"ש ואינו מוכרח דיש לומר חופה דקרובה ממש לביא' פסולה החמירו בה חכמים לפוסלה לעולם אפי' מתו או נתגרשו ואע"ג דבקידושין גרידא למ"ד משתמרת לביאה פסולה ס"ל במתו או נתגרשו כשירה איכא למימר חופה דקרובה יותר לביאה פסולה לא מהני מתו או נתגרשו ואין להם היתר לעולם ועמ"ש בפ"ק ג':

סעיף יד

ס"ק יא

או על יבמה לשוק עמ"ש בסימן ו' סק"ג:

סעיף טז

ס"ק יב

כלם חללים עד סוף כל הדורות רפ"ק דמכות בהא דתנן מעידין אנו באיש פ' שהוא בן גרושה ובתו' שם ז"ל תימא כיון דאם הוזמו אין נעשין בן גרושה א"כ איך יעשה על פיהם בן גרוש' והא ה"ל עדות שאי אתה יכול להזימה ותירצו כיון שלוקין הוי שפיר כאשר זמם ועי"ל דגבי עדות בן גרושה לא איכפת לן בעדות שאי אתה יכול להזימה ע"ש: וראיתי בשטה בקובצת פ' מרובה דף ע"ד ז"ל ה"ל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד כו' דעדים זוממין שלוקין משום כאשר זמם כגון שמעידים על פ' שחייב מלקות והוזמו והוא ניהו דנחשב קנס לר' עקיבא התם וגם לא בעי התראה כדמפרש פ' אלו נערות דבעי למיקטל בלא התראה אבל בן גרושה ובן חלוצה דלקי על עון עדו' שקר האי לאו קנסא הוא וכן בעי התראה כשאר חייבי מלקות תוספת שאנץ עכ"ל: והוא תמוה דהא ש"ס ערוך שם כתובות דף ל"ב דגם בעדות בן גרושה לקי בלא התראה ע"ש בגמ' מי איכא מידי דאינהו בעי קטלי בלא התראה ואינהו בעי התראה והא בעינן כאשר זמם לעשות לאחיו וליכא מתקיף לה רב סמא ברי' דרב ירמי' אלא מעתה בן גרושה ובן חלוצה דלא מכאשר זמם קא מתרבי ליבעי התראה אמר קרא משפט אחד יהי' משפט השוה לכלכם ופי' רש"י משפט השוה כיון דרוב זוממין לאו בני התראה נינהו הני נמי לא בעי התראה עכ"ל ע"ש ומבואר להדיא דגם בעדות בן גרושה לקי בלא התראה,

סעיף יז

ס"ק יג

כותי ועבד הבא על בת ישראל נסתפקתי במומר שבא על ישראלית אם פוסלה לכהונה לפי מ"ש במרדכי פ' החולץ בשם ר' אברהם מרעגנשפורק דיבמה שנפלה לפני מומר דתימה הוא אי בעי אפי' חליצה דבמקום ערוה קיימא משום דהנבעלת לגוי קנאין פוגעין בו וכיון דהוי כערוה פוסל נמי לכהונה. ולפי מה שאמרו ביבמות (דף ס"ט) בטעמא דגוי ועבד הבא על בת ישראל דפסלה מכהונה דכתיב ובת כהן כי תהי' אלמנה וגרושה מי שיש לו אלמנות וגירושין יצאו נכרי ועבד שאין להם אלמנות וגירושין ע"ש ומומר יש לו גירושין וכמ"ש בתה"ד סי' רכ"ג דמומר שקידש לכ"ע קידושיו קידושין ע"ש, אלא דאכתי יש לומר דפסלה לכהונה מהאי דנפקא כל הפסולין מדכתיב כי תהי' לאיש זר ויליף בק"ו מתרומה ע"ש דאמרו בש"ס נכרי ועבד דלאו בני הוי' נינהו לא אתי מכי תהי' יצאו נכרי ועבד דלאו בני גירושין ואלמנות אבל מומר דבר קידושין שפיר מצינן למילף

מכי תהי' לאיש זר אלא דבזה בעי זר מעיקרא ולאפוקי מחזיר גרושתו וע"ש ומומר נמי לא הוי זר מעיקרו:
ואיברא לפי מ"ש הרשב"א בחידושיו פ' הערל [ע,א] בהא דפ"ד פוסל מכהונה ואינו זר מעיקרו וכתב שם משום דבפסולי קהל לא בעי זר מעיקרו ועמ"ש בסי' ו' סק"ג, וא"כ אי נימא כדברי המרדכי דאית לי' דין עכו"ם וקנאין פוגעין א"כ ה"ל מפסולי קהל ולא בעי זר מעיקרו:
ובתה"ד סי' רכ"ג כתב שם בשם גדול א' ז"ל ועל דברי ר' אברהם השיב דכל ימיו תמה על דבריו דמשוה לביאת גוי כמו ערוה דתוס' פ"ק דיבמות [טז,ב, ד"ה קסבר] כתבו בחד שינוייא דמדאורייתא אינו ממזר אלא מדרבנן כיון דבצנעא ביאת היתר הוא וע"ש:
לפי מה שמבואר אצלינו בסי' ט"ז ס"ק ד' דדוקא בנכרית ביאה בצנעא ה"ל ביאת היתר מן התורה אבל ביאת נכרי אפי' בצנעא אסור מן התורה ע"ש, לא קשה מידי דמשוה לי' ביאת מומר לביאת עכו"ם, עוד שם כתבנו דבפרהסיא קנאין פוגעין בו ובצנעא עונשו כרת בידי שמים ע"ש, וא"כ בצנעא נמי ביאת איסור מן התורה היא וא"ש דברי ר' אברהם מרעגנשפורק:
אמנם בפ' החולץ שם (דף מ"ה) מיתיבי כותי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר ר' שמעון בן יהודא אומר אין ממזר אלא ממי שאיסורן איסור ערוה וענוש כרת ע"ש ומזה מבואר דביאת כותי לאו איסור ערוה היא:
אלא דאפי' לדעת התה"ד דגוי ומומר אין איסורן איסור ערוה כיון דבצנעא מותר, מודה דעל כל פנים אסור מדרבנן וא"כ אפשר דפוסל נמי לכהונה כמו בביאת שאר פסולי דרבנן דהא לדעת הרמב"ם עבד ושפחה מותר מן התורה ע"ש פי"ב מא"ב (הי"א) וכמו כן כתב שאם נבעלה לנתין עשאה זונה והרמב"ם ס"ל דנתין אינו אלא מדרבנן וא"כ אפשר דביאת מומר נמי פוסל לכהונה מדרבנן כמו ביאת גוי ועבד ונתין וצ"ע:

סימן ח

סעיף ג

ס"ק א
הרי הבן ישראלי. והוא שטת הרמב"ם [פט"ו איסו"ב ה"ט] דגר שנשא ישראלית הולד ישראל ואסור בממזרת, ודעת הר"ן כיון דיש קידושין ואין עבירה הולד הולך אחר הזכר וגר הוא ומותר בממזרת ע"ש ס"פ האומר [ל,ב, מדפי הרי"ף] ועמ"ש בסי' ד' ס"ק ט"ז:

ס"ק ב
כל הנשאת באיסור הולד הולך אחר הפגום. עמ"ש בסי' ד' סק"ח:

סימן ט

סעיף א

ס"ק א

אבל משני יש לה כתובה. בתוס' פרק הבע"י (דף ס"ה) ז"ל ומיהו תימא דהשתא לענין איסורא לא סמכינן ארוב נשים דחזיין לבנים משום דאיתרע רובא ע"י דאתחזיק בתרי זימני ולענין ממונא סמכינן אהאי רובא אע"ג דאיתרע בתרי זימני, ובעלמא אמרינן איפכא דאזלינן בתר רובא באיסורא ולענין ממון לא אזלינן ע"ש:

ועיין ב"ש שכתב בשם הב"ח דהיא מוחזקת כיון דהכתובה בידה אמרינן שטר העומד לגבות כגבוי דמי וכתב עלה שהוא תמוה דהא ב"ש ס"ל כן ולית הלכתא כוותי' שוב ראיתי קושיא זו בתשובת שער אפרים ע"ש:

ובמרדכי פ' אלמנה ניזונית [בהגהות סי' ש"ח] ז"ל ועוד ראי' דגבי כתובה אזלינן בתר רובא פ' הבע"י לשלישי לא תנשא ואם נשאת למי שאין לו בנים תצא שלא בכתובה אבל משני אית לה כתובה אלמא אע"ג דגבי איסורא מחזקינן בתרי זימני והויא חזק' עקרה, לגבי ממון לא הויא מוחזקת עד תלתא זימני וטעמא כדפי' ר"י ז"ל התם דאזלינן בתר רובא ורוב נשים שאינן עקרות יולד' בתרי זימני וכתובה היינו טעמא דאלים מעשה ב"ד דכתובה וכמוחזקת היא עכ"ל ובארנו הדברים בקו' ש"ש ש"א פכ"ד דאע"ג דבפלוגתא דב"ש וב"ה גבי כתובה לענין סוטה שאינה שותה דאינה נוטלת כתובה אפ"ה אשכחן לכמה דברים דאית לן כגבוי וכמ"ש גבי מגו להוציא דהיכא דאיכא שטרא אמרינן מגו להוציא וכבר הקשה מוהרי"ן לב בזה דהא אנן קי"ל כבית הלל דלאו כגבוי וא"כ היכי אמרינן מגו להוציא בשטר כיון דקי"ל דלאו כגבוי והשיגו בתקפו כהן והביא ראי' מתשובת הרמב"ן סי' ז' ז"ל ולא מרענא לשטרא בחשש כזה לפי שהשטר מוחזק הוא ביד המלוה וכאלו הממון הכתוב בו מוחזק בידו כו' וטעמא דמלתא משום דשטרא מוחזק הוא כו' ולא כמו שגבתה ממש קאמר דליכא למימר דשבק ב"ה ועבד כב"ש אלא כדאמרן עכ"ל הרמב"ן וכי היכי דחשיב מוחזק לענין מגו להוציא ומשום דכל היכא דאיכא ספיקא ממש לא מהני שטר להיות כגבוי אבל היכא דאיכא מגו מהני שטרא דליהוי מוחזק ה"ה לענין רובא היכא דאיכא ספיקא ממש לא מהני שטר להיות כגבוי אבל היכא דאיכא מגו מהני שטרא דליהוי מוחזק ה"ה לענין רובא מהני שטרא להיות מוחזק וע"ש שהארכנו:

סימן י

סעיף ג

ס"ק א

המוציא את אשתו משום שם רע פרק השולח (דף מ"ה) אמר ר' יוסף בר מניומי אמר רב נחמן (והא) [והוא] שאמר לה משום שם רע אני מוציאך משום נדר אני מוציאך קסבר טעמא מאי משום קלקול' ואי אמר לה הכי מצי מקלקל לה אי לא לא מצי מקלקל לה: וכתבו תוס' שם [מו,א ד"ה אי] דחששא זו אינו אלא לעז בעלמא ולא שיהי' הגט בטל ובני' ממזרים דהא לא אמר על מנת, וע"ש שכתבו דאע"ג דבכמה דוכתי מהני גילוי דעת כמו שטר מברחת הכא ליכא למימר הכי מדבעי לה לר' מאיר תנאי כפול לכך נראה דאינו אלא לעז בעלמא, ורש"י פי' דאפי' יאמר אלו הייתי יודע אינו נאמן כיון דידע שאסור להחזירה ולא חש להמתין ולבדוק אחר הדברים גילה בדעתו שלא היתה חביבה עליו ולר' מאיר דבעי תנאי כפול כי לא כפלי' למלתי' אפי' לעז ליכא כו' והא דקאמר ר' מאיר כל נדר שצריך חקירת חכם לא יחזיר היינו דכפלי' למלתי' ולא כפלי' לתנאי דאי כפלי' לתנאי אינו מועיל מה שלא יחזיר דלעולם איכא קלקולא ע"ש ובתוס' פ' המדיר (דף ע"ה) ד"ה משום שם רע כתבו ג"כ הכין ע"ש: אמנם מלשון רש"י גבי איילונית שם נראה דלר' מאיר דבעי תנאי כפול היינו דכפלי' לתנאי' ממש ע"ש דאם לא תהי' איילונית לא יהי' גט ע"ש:

ולפ"ז יתעורר קושיית תוס' מה מהני שלא יחזיר ועוד דהא [משמע] מדברי רש"י גבי מוציא משום שם רע ומשום נדר דלא יחזיר היינו דמדינא הוי קלקולא וכמ"ש המפרשים בשטת רש"י ותיקשי ממ"נ אם הי' תנאי כפול ממש מה מהני דלא יחזיר ואם לא הי' תנאי כפול אמאי הוי קלקולא מדינא ואי משום דהוי גילוי דעת א"כ למה לי כפלי' למלתא: ונראה לפי מ"ש הר"ן בחידושיו פרק השולח בסוגיא שם והוא שאמר לה משום שם רע וז"ל וכי תימא כפלי' בכה"ג לר' מאיר מאי הוי והא איהו מתנאי ב"ג וב"ר גמיר וכיון שכן נבעי תנאי גמור כי התם כי היכא דבעינן כפילא י"ל דכי בעינן תנאי גמור הני מילי בדבר שאפשר לקיימו או לבטלו כתנאי ב"ג וב"ר אבל מגרש על דעת מה שעבר בגילוי דעתא בלחוד מיפסל אלא כיון דלית לי' לר' מאיר מכלל לאו אתה שומע הן בעי' כפילא עכ"ל: ובמשנה למלך (פ"י) [פ"ו ה"א] מהל' אישות ז"ל נסתפקתי בהא דאמרינן דכל תנאי שאינו כתנאי ב"ג וב"ר אינו תנאי אי הוי דוקא בתנאי דלהבא כו' אבל בתנאי דלעבר לא בעינן משפטי תנאים ויש טעם לחלק דבשלמא כשהתנאי הוא להבא אמרינן דלא אתי ביטול התנאי שיבא אחר המעשה ויבטל המעשה אא"כ נעשה כתנאי ב"ג וב"ר אבל

כשהתנאי הוא בלעבר כגון אם עשית דבר זה שמאותה שעה נתברר הדבר אם נתקיים המעשה או לא מה צורך בזה כפילת התנאי והסברא היתה נכונה בעיני אלא שראיתי בפרק האומר [סב,א] דפריך לר' מאיר דבעי תנאי כפול מקרא דסוטה דהתם ליכא כפילת התנאי ומשני דהתם נמי איכא כפילת התנאי והתוס' הקשו שם דאכתי הוי לאו קודם להן ונדחקו בתירוץ קושי' זו מכל הני מוכח דאף בתנאי דלעבר בעינן משפטי התנאים דהא תנאי סוטה תנאי דלעבר הוא וסיים ז"ל עדיין לא נתקררה דעתי ע"ש. ולפנינו מבואר דעת הר"ן דבתנאי דלעבר לא בעי משפטי תנאים אלא דלר' מאיר כפילא מיהא צריך להכי פריך מסוטה אע"ג דהוא לעבר כיון דגם בלעבר בעי כפילא עד דמשני דבסוטה נמי איכא כפילא כיון דלית לי' מכלל לאו אתה שומע הן. אבל הן קודם ללאו לא צריך כיון דהוא לעבר ולא בעי רק כפילא:

וזה נראה לענ"ד בשטת רש"י דגבי שם רע ונדר לא בעי משפטי תנאים רק כפלי' למלתי' כיון דהוא תנאי דלעבר דגם כשהותר הנדר ועקר הנדר מעיקרו א"כ מעולם לא חל המעשה והוא הגט ומש"ה כי כפלי' למלתי' הוה לי' קלקולא מדינא דבתנאי דלעבר סגי בכפליה למלתא לחודי' אלא דכי אמרינן הוי יודע שלא תחזור אליך ש"מ דאינה חביבה עליו ומגרשה גם כשיהי' נמצא הנדר או השם רע בטל וכמ"ש רש"י ע"ש:

ובהך דאיילונית כתב רש"י דקלקולא הוא שיאמר אלו ידעתי שלא תשובי אלי לא גרשתיך וע"ש. ומשום דגבי איילונית מצינו לומר השתא הוא דברית וכמ"ש הרי"ף בסוגי' דמש"ה יחזיר משום דא"ל השתא הוא דברית ע"ש. ומש"ה כתב רש"י דקלקולא הוא שיאמר אלו ידעתי שלא חשובי אלי לא גרשתיך ומשום דבתנאה שאמר אם לא תהי' איילנות לא יהי' גט כוונתו שאם אח"כ לא תהי' איילנות לא יהי' גט אם לא תשוב אליו ועיין בתשובת מוהר"ם לובלין סימן קכ"ב וכיון דזה חשוב מתנאי דלהבא לזה כתב רש"י דכפלי' לתנאי' והיינו דאמר אם לא תהי' איילנות לא יהי' גט וגבי נדר ושם רע לא כתב רש"י כפלות התנאי ומשום דנדר ושם רע ה"ל לעבר לא בעינן כפלות התנאי אלא כפלי' למלתי' ולכן לא כתב רש"י גבי נדר ושם רע בהא דכפלי' למלתא אם לא יהי' נדר ושם רע לא יהי' גט משום דבלעבר לא בעי משפטי תנאי' רק כפלי' למלתא וגבי איילנות דה"ל להבא וכמ"ש להכי כתב רש"י דהי' כפלות התנאי ממש וכמ"ש: והמעיין בלשון רש"י בסוגי' גבי נדר ושם רע דאמרו לא יחזיר פי' רש"י טעמו משום דגלי דעתי' דלא חביבה עלי' ומש"ה גירשה. וגבי איילנות דלא יחזיר כתב רש"י דקלקולא באומרו אלו ידעתי שלא תשובי אלי כו' ע"ש ולא סיים טעמו כיון דאמרו לא יחזור גלי דעתו דלא חביבה עליה ומשום דבנדר וש"ר לא הי' כפלות התנאי ממש אם לא יהי' נדר וש"ר לא

יהי' גט דהוי לעבר ולא בעי משפטי תנאים אלא כפלי' למלתי' ומש"ה כד גלי דעתי' דלא חביבה עלי' אמרינן דגמר ומגרשה גם אם לא יהי' נדר וש"ר וגבי איילנות דע"כ הי' תנאי גמור דאם לא יהי' איילנות לא יהי' גט תו לא מהנו הך טעמא דלא חביבה עלי' כיון דאתני בכפילא אם לא יהי' איילנות לא יהי גט אלא כיון דבאיילנות ליכא קלקול בגוף התנאי דהא אמרינן השת' הוא דברית אלא שיאמר אלו ידעתי שלא תשובי אלי אחר שתתרפא לא היה נותן גט וא"כ ממילא כשאמרו לו הוי יודע שלא תחזור תו ליכא שום קלקול ודו"ק.

ס"ק ב

וי"א דוקא בדאמר לה מפני כך אני מוציאך. כתב בתשובת נודע ביהודא חלק אה"ע שאלה באשת איש שיצא עלי' שם רע שזינתה וע"י זה בא תיגר' בבית כו' והרבה פצעי' במנצות אכזריות הוי ושאלה עצה משכנתה איך ומה תעשה ונתנה לה עצה שתאמר בפני בעלה שאמת שזינתה כדי שיגרש' ותציל נפשה מלהיו' בסכנה תמיד כו' וכן עשתה האשה העלובה בה והאשה השכינה ג"כ קיימה דברי' ובאה ודיברה לבעל שיגרש את אשתו והלך הבעל אצל המורה ואמר שרוצה לגרש את אשתו וכו' וקרא לבעל ושאל אותו אם הוא מאמין לדברי' והשיב הן שמאמין לדברי' ופסק המור' שיגרשנה וכן עשה וגירש' בלא כתוב' והלכה לבית אבי' ועתה נודע לבעלה שטהורה היא וגם נודע מהדברים שדיברה האשה עם שכנתה וכי היא הנותנת לה עצה הנ"ל כו' וגם השכינה מעידה כן ועתה צועק הבעל על אשת נעוריו ושני בנים קטני' ורוצ' להחזיר כו' והאריך שם בענין אמתלא ז"ל שוב ראיתי בט"ז י"ד סימן קפ"ה בהך שלבשה בגדי נדות וגילתה קודם לכן לבעלה שגם הט"ז מדמה זו למוסר מודעא ואח"כ מוכר שדיהו או נותן גט ע"ש ואף דהוא מיירי בגלתה לבעלה ה"ה בגלתה לעדים ועיקר מודעא היא בעדים כו' ולפ"ז שני עדים מהני גם עד אחד או אשה נאמנת וע"כ לא בעינן שני עדי' אלא בדבר שבממון ולא יקום ע"א באיש ועפ"י שנים עדים יקום דבר אבל במלתא דאסורא להתיר אפי' דבר שבערוה ולא תחזיק איסורא גם ע"א נאמן מן התורה בודאי וק"ו להחזיר סוטתו שאין כאן אלא איסור לאו ולא מיקרי דבר שבערוה ואף דטומאה כתיב בה כעריות מכל מקום אינ' ערוה ממש ואפי' להמרדכי שכ' בפ' מצות חליצה דיבמה לשוק מיקרי דבר שבערוה ואין ע"א נאמן הנה כבר כתבתי במקום אחר שדברי המרדכי תמוהין אבל אין לנו צורך בסתירת דברי המרדכי שאפי' נודה להמרדכי הרי ביאר שם טעמו משום דאין קידושין תופסין ביבמ' והולד ספק ממזר וכאן בסוטה הא ודאי שהולד כשר וגם קידושין תופסין בה שאם גירשה בעלה וחזר וקידשה מקודש' והדבר צריך תלמוד כיון שלענין

יבום אמרו טומא' כתיב בה כעריות אולי מקרי דבר שבערוה וגם בדבר שבערוה ולא אתחזיק איסור' נסתפקתי בתשוב' אחרת אם ע"א מהימן אמנם בהצטרף יחד שכאן אינו ממש דבר שבערו' וגם לא אתחזיק יש לסמוך על ע"א להתיר וק"ו לדעת הראב"ד פ"ו מיבום שס"ל שצריכה חליצה כו' והיכא דע"א נאמן באיסורין אין חילוק בין איש לאשה וא"כ הרי השכינ' מעידה שבעצתה נעשי' הודאה בשביל האמתלא כנ"ל כו' אמנם מטעם אחר אסורה אשה זו לחזור לבעלה הראשון אשר שלח' שהרי גרש' משו' שם רע כו' דע"כ לא בעינן שיאמר משום שם רע אני מוציאך אלא בשם רע בעלמא שלא נאסרה לו עפ"י ב"ד כו' אבל בנדון דידן שהיא הודי' לפני הגירושין שזינת' כו' שהרי חזינן דע"פ הוראת הרב שהורה לו שמחויב לגרש' עמד וגירש' ולא עוד אלא אפי' לדיעה הראשונה דבעינן כפלי' למלתי' כו' אפשר דכאן שהרב הורה לגרש' ועפ"י הורא' הרב שהאשה נאסרה עליו גירשה עדיף מכפלי' למלתי' כו' ויש דברים שאפי' גילוי דעת אין צריך שאנן אומדין דעתו כו' ע"ש בתו' ואין לך אנן סהדי יותר מזה כו' ועפ"י הוראה זו גירשה א"כ ודאי מחמת זה גירשה וע"ש שהאריך: ונפלאתי בחקירה שחקר אם איסור סוטה חשיב דבר שבערוה והכריע דאינו דבר שבערוה ואיך נעלם דבר מעיני הגאון הנזכר דעיקר דבר שבערוה דבעי שנים אינו אלא משום דיליף דבר דבר מממון כתיב כי מצא בה ערות דבר וכתיב עפ"י שנים עדים יקום דבר ומבוא' דדבר בסוט' הוא דכתיב עוד גמ' ערוכה פ' האומר דף ס"ו אשתו זינת' בע"א רבא אמר לא מהימן משום דאין דבר שבערוה פחות משנים ומבואר דסוטה לבעלה ה"ל דבר שבערוה. ומה שנסתפק הגאון הנזכר בדבר שבערוה ולא אתחזיק איסורא אם ע"א מהימן מבואר בקו' ש"ש ש"ו פ"ג ע"ש: ולדינא במה שהעלה הנ"ל דהכא ודאי אסורה לחזור לכ"ע אפי' לדיעה הראשונה דבעי כפלי' למלתא ומשום דכאן אנן סהדי מה שגירשה הי' עפ"י הוראת הרב שהורה לו שאסורה היא לו במה שמאמין לדברי' ע"ש דבריו נראין נכונים: וראיתי בס' בית מאיר כתב עלה ז"ל וצ"ע כי לא נראה הכי סתימת הפוסקים ועיין סימן קי"ז בב"י וח"מ קושיות הר"ן ותירוצו בדין מגרש שאין לה וסת משמע להיפך ע"ל: והיינו דהר"ן הקשה במגרש אשה שאין לה וסת אמאי חיישינן לקלקולא דהא לא מצי אמר אלו ידעתו שתחזור לוסת לא הייתי מגרשך דהא הוא מוכרח לגרש ותי' דנהי דאסורה לו אכתי מצי אמר אלו ידעתי שכן לא הייתי מגרשך דאינו מוכרח ליתן לה גט ע"ש ומזה הביא ראי' דהיכ' דמחויב מן הדין לגרשה איקלשא הקלקולא יותר מהיכא שאינו מחויב מן הדין לגרשה ואינו השגה דהתם שאין לה וסת בשע' גירושין ומש"ה קשי' לי' לר"ן דהיכי מצי אמר אלו ידע שתחזור לוסת לא הי' מגרשה דהא מחויב לגרשה ואסור לו לישב עמה כל שאין לה וסת

אע"ג שתחזור לוסת כל שבשעת גירושין אין לה וסת מחויב הי' לגרשה לזה תי' הר"ן אלו ידע שתחזור לה וסת לא הי' נותן לה גט דאם אסור לו לדור לשעתה שאין לה וסת אבל גט אינו מחויב ליתן אבל בנדון זה דאגלאי מלתא למפרע שלא הי' איסור כלל והוא היה נותן גט מחמת שהי' סבור שהיא אסורה ודאי אינו גט כלל דה"ל גט בטעות ודוקא בוסת דאח"כ הוא דחזרה לוסת וא"כ דברי נ"ב נכונים דבזה אפי' לא כפלי' לתנאי' הוי גילוי דעת שנתן הגט עפ"י המורה שהורה שאסורה לו והוא טעות דבשעת גירורין מותרת היא לו וכן גבי אשה שאין לה וסת כתב הרב המגיד בשם הרמב"ן והרשב"א דאפי' לא אמר מפני כך אני מגרש' סתמו כפירושו כיון דלאו בת תשמיש היא כלל הובא בב"ש סק"ה ובנ"ד נמי כפי שהורה המורה שאסורה לו לאו בת תשמיש היא כלל: אך מ"ש שם עוד בתשובה הנזכר ז"ל ואף שמכל מקום אין לבטל עכשיו הגט מחמת זה כיון שאמר בשעה שגירשה בפירוש שמגרש בלי תנאי וביטל כל התנאים כנהוג בינינו בשעת סידור הגט מכל מקום לא גרע מכפלי' דג"כ מיירי דלא כפלי לתנאי' אלא כפלי' למלתי' עכ"ל ע"ש: ואינו נראה לענ"ד דכפלי' למלתי' אע"ג דלא כפלי' לתנאי' אית בי' משום לעז וכמ"ש תו' והיינו משום דהעולם סוברים דהוי כמו תנאי כיון דכפלי' למלתי' אבל היכא שאומר בפירוש בלי שום תנאי נראה דאפי' משום לעז ליכא וגילוי דעת נמי ליכא כיון שאומר בפירוש בלי שום תנאי. ואע"ג דבגט שכ"מ כשעמד והיא אינו רוצה לחזור אליו דעת מוהר"מ לובלין דהוי גט בטעות אע"ג דביטל כל התנאי' כבר חלקו עליו כל חכמי הדור וכמ"ש ב"ש סימן קמ"ה ע"ש ועוד דלדעת מוהר"ם לובלין דס"ל דהוי גט בטעות א"כ פשיטא שמותרת לחזור אליו כיון דלא הוי גט כלל: ולשיטת הרמב"ם משום פריצות נראה דהיינו היכא דמוציאה משום ש"ר אבל זה שאינו נותן הגט משום השם רע אלא לבתר שאמרה טמאה אני לך ומחמת שהי' סבור שאסורה היא לו א"כ אע"ג דהי' עליה שם רע כיון דהגט לא הי' משום שם רע אלא משום הודאתה ונתברר שהודאה דיד' הי' לפנים הוי גט בטעו' ואכתי צ"ע אבל למ"ד משום קלקולא נראה כיון דהאידנא מבטלין כל התנאים לית בי' משום קלקולא:

סעיף ד

ס"ק ג

המוציא את אשתו מפני שרואה דם ספ"ק דנדה דף י"ג דזמנין דאזלא ומנסבה ומתקנה ואמר אלו הייתי יודע שכך הי' אפי' הייתם נותנין לי מאה מנה לא הייתי מגרשה ונמצא גט בטל ובני ממזרי' והקשה הר"ן היכא מצי למימר אלו הייתי יודע

לא הייתי מגרש' דהא מחויב לגרשה דהא תנן יוציא ותי' דנהי דאסורה לו אבל אינה מחויב לגרשה ומצי אמר לא הייתי מגרשך ע"ש: ובתו' יבמות דף ס"ה ד"ה אי איהי שתקה ז"ל וא"ת דבפ"ק דנדה אמר גבי אשה שאין לה וסת לא יחזיר אפי' הדר ואיתקן משום קלקולא והשתא הא אינו יכול לקלקלה דאמר השתא הוא דברית כדאמרינן הכא ואור"י דלא דמי דקלקיל דבנים אין רפואה מועלת כל כך ולכך בשעה שגירשה לא היתה בת בנים דלא שכיח שתתרפא לגמרי ומגרש לה אבל קלקול דוסת שכיח להתרפאות ולא גמר ומגרש דיאמר אלו הייתי יודע שסם מועיל לא הייתי מגרשה והר"ר שלמה מדריוש תירץ דהתם יש לחוש שתקב' וסת כמו שהתחילה לקבוע סמוך לגירושין דליכא למימר השתא דברית דהא איגלאי מלתא למפרע דבעוד שהיתה תחתיו איברית עכ"ל. ולפי מ"ש הר"ש מדריוש לא תיקשי קושיו' הר"ן כיון דאיברית קוד' גירושין וקושיות הר"ן אינו אלא לפי' תי' ר"י דקודם גירושין עדיין לא איברי' א"כ מחויב הי' לגרשה. ובתו' בסוגיא גבי איילנות הקשו מהא דאמרינן גבי עקרה השתא הוא דברית וא"כ באיילנות אמאי חוששין לקלקולא ותי' דמיירי בס' איילנו' ולא שייך השתא הוא דברית ע"ש. וזה לפי שטתם שם דודאי איילנות אין לה רפואה עולמית אבל משטת רש"י נראה דמיירי מאיילנות גמורה ע"ש פי' רש"י במשנה וס"ל דאיילנות ודאי נמי אית לה רפואה וא"כ לשטת רש"י תיקשי קושיות תוספת דהיכי הוי קלקולא כיון דהשתא הוא דברית. ולפי מ"ש לעיל סק"א בשטת רש"י קלקולא דאיילנות משום דאומר אלו ידעתי שלא תשובי אלי עוד לא הייתי מגרשך א"כ אפי' נימא השתא הוא דברית נמי יכול לקלקלה וכמ"ש סק"א. והא דבעקרה שאין לה בנים אינו יכול לקלקלה מה"ט דהשתא הוא דברית ולא מצי אמר אלו ידעתי שלא תשובי אלי לא הייתי מגרשך משום דהתם בעקרה מיירי שאין לו בנים וכופין אותו להוציא וא"כ בשעת גירושין מחויב הי' לגרשה וכל היכא שכופין לגרש לא מצי מגרש בתנאי וא"כ תו לא מצי לקלקל וכקושיות הר"ן גבי אשה שאין לה וסת ובאשה שאין לה וסת שפיר מתרץ הר"ן נהי דאסורה היא לו אבל אינו מחויב לגרשה ומשום דלאו בת תשמיש היא וכמ"ש בחלק' מחוקק סימן קי"ז סק"ז דבעקר' כיון דבת תשמיש היא חיישינן שמא לא ישא אחרת לכן צריך לגרש מיד וע"ש ולכן שם בעקרה כל שאינו נושא אחרת מיד צריך לגרש מיד וכופין אותו לגרש וליכא קלקולא כיון שמחויב ליתן גט:

סעיף ד

ס"ק ד

אם עבר והחזיר קודם שנתקדשה לאחר. ובטור השמי' דין זה וכבר תמה בב"ח על הטו' כיון דהרא"ש פ' השולח כתבו והו' מדברי הרי"ף ז"ל הא דאמ' רבנן לא יחזיר אם החזיר אינו מוציא דגרסינן ביבמות דף כ"ה ילמדנו רבינו כנס מהו שיוציא א"ל תנתוה הנטען על אשת איש והוציאה מתחת ידו אעפ"י שכנס יוציא ואסיקנ' ולא היא התם אלומי אלמי לקלא הכי אמרינן קם לי' בקלא וליתי' ועיין בח"מ מ"ש בזה ונראה דהטור לטעמי' שפסק בסימן קמ"א בשם תשובת הרא"ש דכל היכא שהתרו בו וכנס לא מיקרי דיעבד ומוציאין אותו מידו ע"ש והוא עפ"י הירושלמי ע"ש בב"י ובהרב המגיד פ"י מגירושין וא"כ הכא במוציא משו' ש"ר או משום נדר שצריך לומר לו הוי יודע שאין אתה מחזירה לעולם וכמבואר בסעיף ו' ע"ש שכתבו דצריך לומר לו בשעת הגט דוקא דבזה הוא דמתקנינן שלא יהי' קלקול' וכמ"ש רש"י כיון שידע דאסור' לו ולא חש לבדו' שפיר גילה דעתו דלא היתה חביבה עליו וא"כ הרי זה התראה שלא יחזור ותו לא מיקרי דיעבד וזה נכון ודו"ק. והרי"ף שמביאו אפשר דס"ל דאפי' התרו בו נמי אם כנס יחזיר וכדעת הרמב"ן בגירסת הירושלמי וס"ל דאפי כנס אחר התראה נמי לא יוציא וכן הרמב"ם שהביאו נמי ס"ל דאפי' התרו בו לא יוציא וכדעת הרמב"ן אבל לפי דעת הטור לא מהני דיעבד כיון שהי' התרא' במה שאמרו לו בשעת הגט הוי יודע שלא תחזירנה והש"ע שהביאו אע"ג דס"ל לש"ע דכל היכא שהתרו אם כנס מוציא וכמבואר בסימן י"א סעיף ה' נראה לפמ"ש לקמן דלשטת תוספות דקלקולא אינו אלא משום לעז שיוצי' הבעל שבדעתו להחזירה וכיון דאמרו לא יחזיר תו לא יוציא הבעל לעז בחנם ע"ש בתוס' ולפ"ז אין צריך לומר בשעת גירושין דוקא הוי יודע שאין אתה מחזירה אלא גם אח"כ ע"ש סק"ו וא"כ אפשר דש"ע סובר כשטת תוס' וא"כ אין אומרים הוי יודע כו' דוקא בשעת הגט ומשכחת לה שפיר כשכנס עדיין לא אמרו לו הוי יודע כו' אבל לפי פירש"י דצריך לומר דוקא בשעת הגט הוי יודע דאם לא יאמרו בשעת גירושין עדיין איכא קלקולא כיון שיכול לומר שסבור להחזירה ומש"ה לא חש להמתין ולבדוק וכשאומרין לו הוי יודע בשעת הגט הרי זה כמו התרו בו וכמ"ש, וביבמות דף כ"ה דבעי לה כנס מהו שיוציא נראה דהתם ס"ל כהך לישנא דטעמא משום פרוצו' דלהך לישנא דפרוצות איכא למימר דאין צריך להודיעו בשעת גירושין וכמ"ש בסק"ו והטור ס"ל כשטת רש"י והרמב"ם דאין תיקון לקלקולא אלא במה שיאמרו לו בשעת גירושין הוי יודע שאין אתה מחזירה וא"כ זה הוי התראה ובודאי כל שהתרו אם כנס מוציא:

סעיף ה

ס"ק ה

אם הי' לו בנים משהחזירה מותר להחזירה והיינו כדי שלא להוציא לעז על הבנים. וכתב הרב המגיד בשם הירושלמי ז"ל גירש מהו שיחזיר אם אומר כן לא נמצא לעז על בני' פי' אם אתה אוסר להחזירה נמצאת מוציא לעז על בני' וכ"כ הרמב"ן ז"ל. ואיכא למידק דהא לפי הך לישנא דטעמא דלא יחזיר הוי משום קלקולא ובדכפלי' למלתא ואמר אלו ידעתי שהדברים בדאים לא הייתי מגרשך ולא עדיף מתנאי גמור ואח"כ חזר וקדשה ואח"כ גירשה ולא נתקיים תנאי של גט הראשון וה"ל גט ראשון כמאן דליתי' ולא חלו קידושי שניים כיון דאשתו היא מחזיר וגירשה סתם בלי תנאי דמהני גט השני שהי' בלא תנאי ועיין ש"ע סימן קמ"ג סעיף ט"ז בשם תשובת הרא"ש וא"כ אפי' אין לו בנים ממנה יחזירנה. ואין לומר דגם גט השני הי' בכפלי' למלתי' דאין זה במשמע ועוד דאם גם גט השני הי' בכפלי' למלתי' והי' גט השני ג"כ משום ש"ר ומשום נדר א"כ מה מהני בנים הא בפעם ראשון אסור להחזיר אפי' יש לו בנים ומה עדיפותא של גט השני אלא ודאי סתמו כמשמעו דגט השני הי' בלא ש"ר ובלא נדר וכיון דגט השני הי בסתם א"כ נהי דגט הראשון הי' ע"י כפלי' למלתא דהוי כמו תנאי הא כשקידש אח"כ סתם וגירש סתם מהני גט השני וכמבואר בש"ע סימן קמ"ג וצ"ע:

ס"ק ו

אם הי' לו בנים משהחזירה מותר להחזירה כבר כתבנו שהוא מדברי הירושלמי והרב המגיד פ"י מגירושין הביאו וכתב עלה ז"ל ונראה דוקא שהי' לה בנים מכניסה ראשונה לפי הירושלמי הזה עכ"ל ולא הבנתי דהא בבנים משהחזירה מיירי ולא מכניסה ראשונה ואולי הי' לו לכתוב שהי' לה בנים מכניסה שני וצ"ע:

סעיף ו

ס"ק ז

אומרים לו הוי יודע שאין אתה מחזירה לעולם ונראה דלשטת רש"י בטעמא שאומרים לו הוי יודע דאז אינו יכול לומר אלו הייתי יודע שהדברים בדאים לא הייתי מגרשה כיון שיידע שאסורה לו לחזור ולא חש להמתין ולבדוק גילה דעתו דלא היתה חביבה עליו ע"ש א"כ ודאי בעינן שיאמרו לו דבר זה בשעת הגט דאם לא יאמרו זה בשעת הגט הרי לא יצאנו מידי קלקול הבעל ויאמר שהיתה חביבה עליו. ולשטת תו' דהקלקול אינו מדינא אלא משום לעז שיוציא הבעל כדי להחזירה וכשיודע שאסור לחזור לא יוציא לעז בחנם ע"ש א"כ אין צריך הודעה זו בשעת הגט אלא ה"ה אחר הגט קודם שיוציא הלעז מודיעין אותו שידע שלא תחזור אליו ומדברי הרמב"ם נראה דס"ל כפי' רש"י שכתב פ"י

מגירושין ז"ל לפיכך אומרים לו גמור בלבך לגרשה שלא תחזור לך עולמי' ע"ש ומזה משמע כפי' רש"י דבזה שמודיעין אותו שלא תחזור ולא המתין בזה ודאי גמר בלבו לגרשה. ולהך לישנא דפרוצות נראה נמי דאין צריך הודעה זו דוקא בשעת גירושין דאינו אלא קנסא דקנסו שלא תחזור אליו. וכיון דלפי שטת רש"י והרמב"ם נראה דצריך לומר דוקא בשעת הגט א"כ מהראוי ליזהר בזה לומר הודעה זו בשעת הגט דוקא:

סעיף ז

ס"ק ח

משום נדר שנדר להוציאה יכול להחזירה משנה שם המוציא את אשתו משום ש"ר משום נדר לא יחזור כו' אמר ר' יוסי בר"י מעשה בצידן בא' שאמר לאשתו קונם אם איני מגרשך וגירשה והתירו לו חכמים שיחזירנה מפני תיקון העולם ובגמ' מאן תנא דתנא קונם חסורי מחסרא והכי קתני בד"א שנדרה היא אבל נדר הוא יחזיר ואמר ר"י בר"י מעשה נמי בצידון בא' שאמר לאשתו קונם אם איני מגרשך גירשה והתירו לו חכמים שיחזירנה מפני תיקון העולם כו' מאי קונם אמר רב הונא באומ' יאסרו פירות העולם עלי אם איני מגרשך כו' פשיטא למאי ניחוש לה מהו דתימא משום דר' נתן דתני ר' נתן אומר הנודר כאלו בנה במה ע"ש. והרשב"א בחידושיו הקשה ללישנא קמא דחייש לקלקולא אמאי לא גזרינן בהא נמי שמא ימצא פתח לנדרו ויאמר אלו הייתי יודע שיש היתי' לנדרי לא הייתי מגרשך. ובדרישה תירץ דמש"ה אינו יכול לקלקלה דהא לא נדר אלא לגרשה והי' יכול להחזירה מיד אחר הגט ולא החזירה ע"ש. וכתב הב"ש לפי"ז אם נדר לגרשה

לעולם ומגרשה בשביל הנדר שייך הקלקול אם נמצא אחר זה היתר לנדרו ע"ש. והך לפי"ז סיים בפרישה ז"ל ולפי"ז אם נדר שתהא אסורה עליו לעולם ובשעת גירושין ג"כ אמר דמשום נדר זה מגרשה ג"כ אסור להחזירה משום דיכול לקלקלה ע"ש. והרמב"ם בפי' המשניות כתב להדיא שנדר שלא תהי' בינו לבינה נישואין לעולם ואם ירצה להתיר הנדר ויחזירנה מותר להחזירה ע"ש וא"כ תו ליכא למימר כדברי הפרישה ובט"ז תירץ דכאן מיירי שלא אמר לה משום נדר אני מוציאך ע"ש וקשה דהא בש"ס אמרו חסורי מחסרא והכי קתני בד"א שנדרה היא אבל נדר הוא יחזיר ולפי מ"ש הט"ז אין חילוק בין נדרה היא לנדר הוא דאם אמר משום נדר אני מוציאך גם בנדר הוא לא יחזיר ואם לא אמר משום נדר אני מוציאך גם בנדרה היא יחזיר להך לישנא דקלקולא. ומחוורתא כתי' הרמב"ן בחידושיו דבנדר הוא לא שייך קלקולא לומר אלו הייתי יודע שיש היתר לנדרי לא הייתי מגרשך כיון דלא נדר אלא שיגרשה וכבר גירשה וכבר הותר נדר וכיון דשוב לא

יתיר הנדר ליכא קלקולא ע"ש אלא דלפי' שטת הרמב"ם בפי' המשניות שנדר שלא יהי' נישואין בינו ובינה לעולם א"כ גם אחר גירושין מצי מתיר את הנדר כדי שיהי' נישואין בינו לבינה וכיון דיתיר את הנדר חזר הדבר לקלקולא שיאמר אלו הייתי יודע שהנדר יש לו מתירין לא הייתי מגרשך. ונראה כיון דקי"ל דאין מתירין את הנדר עד שיחול הנדר וכמבואר בש"ע י"ד סימן רכ"ח סעיף י"ז הרי שנדר שלא יאכל בשר מר"ח אייר ונחם אינו נשאל עד שיכנס אייר ע"ש וזה שנדר מפירות עולם אם יהי' נישואין בינו לבינה לעולם וגירש' אין מתירין לו על פירות עולם עד שיחזור וישאנ' דקודם שישאנה עדיין אין הנדר חל ואם יגרשנה ותנשא לאחר אין מתירין לו על הפירות כיון דאין לו נישואין עמה ואם ימות האחר או יגרשנה נמי אינו רשאי בנישואין עמה דה"ל מחזיר גרושתו ולא משכח היתר על נדר הפירו' אלא היכא דעדיין לא נשאת לאחר ויחזור וישאנה ואז יחול הנדר ויוכל להיו' לו מתירין. וכיון דעיקר קלקולא אינו אלא לבתר שתנשא לאחר ויאמר אלו היינו יודע שיש מתירין לא הי' מגרשה ויהי' בני' משני ממזרים והכא כיון דאין לו מתירין בתר שתנשא לאחר כיון דאינו רשא' לישאנה ליכא קלקולא אבל בנדרה היא שפיר משכחת שתתיר את נדרה אחר שתנשא לאחר ויאמר הבעל אלו ידעתי שיש מתירין לא הייתי מגרשה אבל כאן שוב אין מתיר כשתנשא לאחר וקודם שתנשא לאחר ליכא קלקול לבנים והרמב"ם שכתב אם ירצה להתיר הנדר ויחזירנה היינו שיחזירנה ואח"כ יתיר הנדר וכל זמן שלא תנש' לו אין כאן מתירין דאין נשאלין על הנדר עד שיחול הנדר ודוק:

סימן יא

סעיף א

ס"ק א

הרי היא אסורה כתב ב"ש ז"ל ומבוא' ברמב"ם אפי' אם העיכוב הוא ממנו דהוא לא הי' רוצה להשקותה מכל מקום אסורה היא לו והטעם משום דאחר קינוי וסתירה היא אסורה לבעל ולבועל ואין תקנה אלא ע"י בדיקת המים וכו' א"כ ממילא היא אסורה כיון דאינ' יכול' להתבר' אם היא טהור' ואפשר הב"ד יכולין לכופו שישקה אותה כדי לברר הספק מכל מקום אם לא השקה אותה אסורה לו ולנחשד עכ"ל ע"ש. ובמשנה למלך פ"ב מסוטה כתב ז"ל ומהאי דפ' האשה רבה שכתבתי לעיל יתבאר לך ביטול דברי ב"ש ומשם יתבאר לך דאפי' אם הוא רוצה לחזור ולהשקותה אינו יכול להשקותה עוד ודוק בתוספות שם עכ"ל. והוא בפ' האשה רבה דף צ"ה אלא אמר ר' יוחנן סוטה ומקשה

סוטה למאן אלימא לבעל בא עלי' בעל אסרה עלי' לבועל מאי ארי' בא עליה אפי' נתן לה גט ואפי' אמר אין אני משקה אותה ובתו' ד"ה אילימא בסוטה לבעל פי' כשבא עלי' בעל אסורה לבועל לעולם ששוב אין מים בודקין אותה מאי ארי' בא עלי' כו' או אמר אין אני משקה אותה שוב אינו יכול להשקותה ואסור' לבועל לעולם ותימא לרבינו יצחק דמנלן כשאומר איני רוצ' להשקות' דשוב איני יכול להשקות' ואומר ר"י שיש להוכיח קצת דמכי אמר איני משק' קתני במתני' בסוטה דף כ"ג בהדי הנהו דמנחותיהן נשרפות שאין ראויין עוד לשתות עכ"ל. ומבואר דאפי' חוזר ורוצה להשקותה אינו יכול וא"כ איך שייך כפי' לכופו שישקה אותו כיון דאינו יכול שוב להשקותה ולא מהני השתי' אמנם בעיקר ראיית התוס' מהאי דתני בהדי הנך דמנחותיהן נשרפות קשה לי דהתם ודאי המנחו' נשרפו אפי' נימ' דיכול לחזו' ולהשקות' ומשום דס"ל דיחוי וכדאמר ר' יוחנן בסנהדרין דף מ"ז ובהוריות דף י"א זבחים דף י"ב אכל חלב והפריש קרבן ועבד ע"א וחזר בו הואיל ונדחה ידחה ע"ש ואע"ג דהתם נמי בידו לחזור אפ"ה ה"ל דיחוי וא"כ בזה נמי שאמר אינו משקה ה"ל דיחוי אע"ג דחזל בו אח"כ ורוצה להשקות' ואם חזר בו קודם שהפריש' המנחה נימא דיכול לחזור ולהשקותה אע"ג דאנן לא ס"ל הך דר' יוחנן באכל חלב ועבד ע"א והיינו משום דס"ל בעלי חיים אין נדחין ע"ש ביומא דף ס"ד אבל מנחות איתנהו בדיחוי ובתוס' סוכה דף ל"ג ד"ה נקטם מערב י"ט דהך דזבחים דף ל"ד דתנן גבי קיבל הכשר נתן לפסול יחזיר לכשר ופריך בגמ' ליהוי דיחוי ומשני רב אשי כל שבידו לא הוי דיחוי ובזבחים דף נ"ט דהואיל ונדחה ידחה אעפ"י שבידו לתקן וצריך לחלק בדברים ע"ש וא"כ אפשר דהך דאומר איני משק' דמי להך דר"א דכל שבידו לאו דיחוי וא"כ שפיר ראי' מהך דמנחותיהן נשרפות ובתוס' זבחים דף ל"ד ד"ה כל שבידו לא הוי דיחוי ע"ש ז"ל וגבי כיסוי הדם דקרי לי' דיחוי כשכסהו הרוח ונתגלה כיון דאין מצוה לבטל הדיחוי לא חשיב בידו ולא דמי להכא דמצוה לאוספו והפריש קרבן והמיר דלעיל דף י"ב אין זה קרוי בידו כיון דאין דעתו לחזו' עכ"ל. וא"כ הך דאינו משקה כיון דמצוה להשקותה ולבטל הדיחוי חשיב בידו כהאי דזבחים דף ל"ד: אולם כיון דעיקר המנחת סוטה של האשה היא והאשה היא הבעלים וכמ"ש רש"י בסוטה דף י"ט ע"ש. ואע"ג דמשל בעל באה מנחת סוטה אבל המנחת סוטה קרבן אשה היא והבעל הוא המביא משלו וכיון דקרבן אשה היא נראה דהוי דיחוי מכי אמר איני רוצה להשקותה ואע"ג דבידו לחזור ולהשקותה כיון דקרבן דידה היא והאשה אין בידה שיחזור הבעל וחשיב לאו בידה וה"ל דיחוי ומש"ה המנחה נשרפת וצ"ע:

ס"ק ב

וה"ה אם נאסרה לבעלה בשבילו אסור' לו כתב הרב המגיה במשנה למלך ז"ל עיין בתשובת מוהר"א ששון סימן קצ"ז שנסתפק בבועל שני אם נאסרה לו כיון שכבר היתה אסורה ועומדת ועיין מה שהשיגו עליו בס' שבות יעקב ח"א סימן צ"ד ובס' שער אפרים בקו' אחרון ועיין בפ' ארוסה דף כ"ה דאלמנה לכ"ג כו' מקני להו לאוסרן לבעל כבועל אלמא אפי' היכא דאסורה וקיימא עליו אסורה לבועל עכ"ל: ולענ"ד נראה דהתם באלמנה לכ"ג ושם נמי תני ממזרת ונתינה לישראל דאמרו בש"ס דמקנין לאוסרה לבועל ע"ש התם כיון דאיסור סוטה חייל לבועל חייל נמי לבעל אע"ג דאסור' וקיימא משום אלמנה לכ"ג או משום ממזרת ונתינה חייל ע"י כולל מגו דחייל איסור סוטה לבועל חייל נמי לבעל וא"כ שפיר חשיב ונטמאה ונטמא' א' לבעל וא' לבועל דע"י קינוי תאסר לבועל וממילא תיאסר משום איסור סוטהלבעלע"י כולל דבועל אבל בבועל שני לא שייך כולל כיון דהאי איסור סוטה כבר הי' על הבעל ע"י בועל ראשון וכיון דלא מצי חייל על הבעל אינו חל נמי על הבועל. ובסוטה דף כ"ו ע"י כל עריות מקנין פשיטא מהו דתימא נטמאה נטמאה שני פעמים א' לבעל וא' לבועל היכא דקא מיתסרא בהאי זנות אבל הא הואיל ואסורה וקיימא אימא לא קמ"ל ובתוס' שם ז"ל תימא הא שמעינן לה מאלמנה לכ"ג דאסורה וקיימא לבעל ואפ"ה איצטרך קרא דכי תשטה אשתו למעוטי הא לאו הכי הוי שותה עכ"ל, ונראה דבפ' גיד הנשה דף ק"א מאן האי תנא דאיסור כולל באיסור חמור ובתוס' פד"א דף ל"ג ד"ה אמר ר' יוסי הבער' ללאו יצא' ושם מבואר מדבריה' דהיכא דתרווייהו לאוי חייל שפיר בכולל וע"ש שהקשו האיך חייל איסור אחות אשה באיסור כולל אאיסור אשת איש דחמירא מיני' ותירצו דאיסור אשת איש קיל דיש לה היתר בחיי אוסרה ע"ש וניחא דתנן ע"י כל העריות מקנין דכל העריות בכללן נמי אותן עריות שאין להם היתר בחיי אוסרין וסד"א א' לבעל וא' לבועל ובזה לא חייל לבועל ע"י כולל דבעל דאיסור קל לא חייל על איסור חמור ע"י כולל אבל באלמנה לכ"ג שפיר צריך קרא דכי תשטה אשתו הא לאו הכי היתה שותה דחייל לבעל ע"י כולל דבועל וכמ"ש דתרווייהו לאוי נינהו ועיין במ"ש הרב המגיד פי"א מגירושין בשם הרשב"א דאפי' סוטה קאי עלי' בלאו דאמרינן בסוטה בא עלי' בדרך לוקה ומשום דספק עשה הכתוב כודאי וע"ש וכ"כ תוס' ביבמות דף פ"ה ד"ה ולר' מתיא בן חרש ז"ל ועוד דלא מרגלא לי' דהשתא איכא תרי לאוי ע"ש ומבואר דספק סוטה נמי חשיב לאו וא"כ שפיר חייל לבעל לאו דסוטה ע"י כולל דבועל אבל בעריות ס"ד דלא חייל כיון דליכא איסורא לבועל וע"י כולל דבעל לא חייל לבועל משום דאיסור סוטה דבלאו הוי קל על חמור והוה עריות שאין להם

היתר בחיי אוסרן: עוד שם בסוטה דף הנ"ל נכרי מקנין על ידו פשיטא מהו דתימא ונטמאה ונטמאה א' לבעל וא' לבועל היכא דקא מתסרא בהאי זנות אבל הא הואיל ואסורה וקיימא אימא לא קמ"ל והקשו בתוס' ז"ל תימא מאי קמ"ל רב הונא והא מתני' היא ע"י כל עריות מקנין ע"ש: ולפי מ"ש יש ליישב דבכל העריות נהי דאין איסור חל על הבועל אפילו ע"י כולל דבעל ומשום דהוי קל על חמור ולא מהני בזה כולל אבל איסור מיהא רכוב דכל מקום דאין איסור חל על איסור אמנם איסור רכיב עלי' ולא הותר לו אלא שאין עונשין על השני כיון דאין אחע"א וכדאיתא ביבמות דף ל"ב נ"מ לקוברו בין רשעים גמורים א"כ מיחסר לבעל כיון דגם לבועל אי' איסור סוטה דהא איסור רכיב עלי' אבל גבי נכרי דליכא שום איסור על הנכרי וקמ"ל אע"ג דליכא שום איסור על הבועל חייל על הבעל משום דהא דלא קאי הבועל באיסור אינו מעכב איסור על הבעל וחייל על הבעל אפי' הבועל נכרי אבל בבועל שני דליכא שום איסור עכשיו על הבעל מן בעילת השני דהא בלא"ה קאי באיסור סוטה מבועל ראשון מעכב איסורא נמי לבועל שני וכדברי מוהר"א ששון ולא שייך בזה נ"מ לקוברו בין רשעים גמורים כיון דאינו איסור חדש אלא איסור סוטה וכבר אסורה וקיימא משום איסור סוטה מבועל ראשון ודו"ק:

ס"ק ג

דבר מכוער בתשובת מוהר"מ לובלין סימן פ' העלה בשטת הרמב"ם דס"ל דהך ברייתא דרבי דתני הואיל ומכוער הדבר תצא דמבעל נמי קאמר כו' וכדי שלא יקשה עליו כל הקושיות שהקשו המפרשים על פירש"י והשאילתות דאין אשה נאסרת על בעלה אלא בקינוי וסתירה וגם אמרינן דלקלא דלבתר נישואין לא חיישינן לזה חילק הרמב"ם דהיינו להוציא אותה מבעלה בב"ד אבל מכל מקום בעדי כיעור אם רצה להוציא כמו בעוברת על דת משה ויהודית ע"ש שכתב כן בשם הסמ"ג ובשם הגהת מיימוני עוד כתב ז"ל נראה דלענין קושטא דדינא אין לנו לפסוק כדברי השאלתות כלל שהרי כל המפרשים וזולתו פירשו כל שטות ההלכה אבועל דוקא אבל מבעל לא מפקינן בשום ענין אלא בעדי טומאה ממש ואפי' רש"י ז"ל אע"ג דכתב ז"ל ואבע"א רבי היא דמפיק אשה מבעלה בקול כל דהו ובשביל כך כתבו המפרשי' בשם רש"י שהוא מפרש תצא מבעל מכל מקו' אינו מוכרח כל כך דיש לדחוק ולומר דרש"י בועל בעל קרי לה דאח' שיצא' מבעל' הראשון ונשאת לבועל הבועל קרוי בעלה עכ"ל וע"ש: ולשון רש"י אינו סובל כפירושו ע"ש ז"ל רוכל יוצא ומצא זה אשתו שהיא חוגרת בסינר וכמו כן ברוק למעלה מצא בעל רוק ע"ש ומדכתב רש"י הבעל ראה ומצא משמע להדיא שהדברי' נוגעים לבעל ועיקר

כדברי המפרשי' בשטת רש"י ונרא' דרש"י מפרש כפי' ר"ת בפי' השאילתות דהבעל ראה הדבר מכוער ומש"ה פי' רש"י הבעל ראה ומצא דבר מכוער דאם הי' עדים בדבר מכוער ה"ל כראוה שזינתה ותצא גם לרבנן מיהו לדינא עיקר כדברי מוהר"מ לובלין כיון דכן דעת הסמ"ג והגהת מיימוני ע"ש וכן מצאתי בעיטור בדיני מרד ז"ל ודוקא בעל מפיק בעדי דבר מכוער אבל בי דינא לא מפקא אלא בעדי טומאה ע"ש וא"כ אינו אלא לבעל דאם רצה להוציא מוציא אבל ב"ד לא מפקי אלא בעדי טומאה:

ס"ק ד

או שפסק הקול בסוגי' שם יבמו' דף כ"ד הלכתא כוותי' דרב והלכת' כוותי' דרבי קשי' הלכת' אהלכתא לא קשי' הא בקלא דפסק הא בקלא דלא פסק. קלא דלא פסק וליכ' עדים כרבי קלא דפסק ואיכא עדים כרב וראיתי בעיטור בדיני מרד ז"ל ירושלמי פ' המדיר ר' אליעזר בשם ר"ח ראוה חוגרת בסינר ורוכל יוצא מתוך ביתה כעורה הדבר ותצא רוק ע"ג מטתה כו' שניהן יוצאין ממקום אפל כעור הדבר ותצא וכולן אם הביאה ראי' לדבריה נאמנת מעשה בא לפני רבי ואמר מה בכך בעון קומי אפי' ראוה פיו על פי' אמר רבי בזה כעור הדבר ותצא הא דאמרינן בגמרא דילן רוכל יוצא ואשה חוגרת בסינר אמר רבי הואיל ומכוער הדבר תצא לא תיקשי לך דרבי אדרבי אוקמינה האי בקלא דלא פסק והאי דירושלמי דאמר רבי מה בכך בקלא דפס' הוא ע"כ. ומדבריו נרא' דרבי נמי מוד' בקלא דלא פסק ובש"ס דילן דאמרו הלכתא כוותי' דרב בקלא דפסק משמ' דרב גופיה ס"ל דאפי' בקלא דלא פסק לא חיישי' וכמו כן אליבי' דרבי ס"ל אפי' בקלא דפסק אלא דהלכתא כוותי' דרבי בקלא דלא פסק: ובתוס' שם ד"ה הא בקלא דפסק ז"ל מיהו רב גופי' ס"ל ל"ש קלא דפסק ול"ש קלא דלא פסק עכ"ל ומשמע דה"ה לרבי אין חילוק בין קלא דפסימן ללא פסיק ולעולם חייש לקלא: ואפשר דוקא אליבי' דרב הוא דכתבו כן ומשום דרב אוקי למתני' בעדים דוקא א"כ מוכח דקלא לעול' לא מהני אפי' קלא דלא פסק מדלא אוקי בלא עדים ובקלא דלא פסיק אבל אליבי' דרבי שפיר מצינו למימר דהיינו דוקא בקלא דלא פסיק והא דאמר הלכת' כרב בקלא דפסיק אע"ג דגם רבי מודה בזה משום דלא מצינו בהדי' לרבי דס"ל כן לחלק בכך. ולפ"ז מ"ש בחלקת מחוקק סק"ה ז"ל ובריית' דמחלק בין יש לו בנים לאין לו בנים. אפשר דאיירי בקלא דפסק רק דלית הלכת' כוותיה דרבי בזה ע"ש ולפי מ"ש גם רבי מודה בקלא דפסיק ואע"ג דלר"א בשם ר"ח משמע דחייש אפי' בקל' דפסיק מדפליג רבי עלי' בקל' דפסיק וא"כ אפשר דכר"א משמי' דר"ח אתי כיון דבש"ס דילן לא הובא הך דר"א בשם ר"ח משמע דכרבי הוא

דאוקמ' וכדאמר רב הני מתנייתא רבי הוא וקושטא דמלתא דגם רבי מודה בקלא דפסיק וכמ"ש בשם העיטור:

סעיף ד

ס"ק ה

שאם באו עדים שזינתה צריכין דרישה וחקירה כתב ב"ש בסימן י"ז ס"ק ס"ג ז"ל אין בודקים עדי נשים כו' ועיין סימן י"א דקי"ל לאוסרה על בעלה צריכים דרישה וחקירה וכאן אין צריך דרישה וחקירה משו' דהיא נוטלת הכתובה הוי כדיני ממונת כו' אבל לענין לאוסרה על בעלה ליכ' דיני ממונת כלל דהא אם היא אסור' אין לה כתובה ואם היא מותר' מכל מקום אינה נוטלת הכתובה מש"ה הוי דיני נפשות עכ"ל: ובתשובת ר' בצלאל אשכנזי סימן ה' ז"ל וממה דלא נחקרו עדותן ולא אמרו כלל באי זו יום ובאיזה חודש איברא דפליגי בה רבוותא דאיכא מ"ד שלא אמרו א"צ דרישה אלא בעדים הבאין להשיאה שמעידין שמת בעלה והיורשין חייבין ליתן לה כתובה אבל העדים הבאין לאוסרה אפילו לרבנן בעי דו"ח שהרי אינו מחייב אותה בכתובה כו' וסיום דבריו הרב המאור דחה סברא זו ובר מן דין בנדון דידן הא מלתא תליא בדיני ממונת דמוציאין מתחת ידה מה שתפסה וכעדים הבאים להשיאה דמי עכ"ל והיינו דשם תפסה למזונות וא"כ ע"י עדות שזינתה צריכה להחזיר מה שתפסה וה"ל כדיני ממונות: אמנם מדברי הש"ע שסתם ולא חילק בין תפס' למזונות דאז אין צריך דו"ח וכן האחרוני' לא חילקו בכך לכן נרא' דאפי' היכא דתפסה למזונות נמי צריך דו"ח ודוקא היכא דאי' כתובה למשקל הוא דהוי כדיני ממונות אבל לא היכא דאי' הפסד כתובה: ועיין בתשובת רמ"א סימן י"ב ושם הביא סוגיות הש"ס שלהי יבמות אין בודקין עדי נשים בדרישה וחקירה דברי ר"ט ר"ע אומ' בודקין וקמפלגי בדר' חנינ' כו' ומ"ט אמרו ד"מ אין צריך דו"ח כדי שלא תנעול דלת כו' מ"ס כיון דאיכ' כתובה למשקל כדיני ממונת ומ"ס כיון דקא שרינן אשת איש לעלמ' כדיני נפשות דמיא ומדנקט למשקל כתובה משמע דוקא במקום דאיכא למשקל כתובה דאית כה"ג טעמא דחינא כדאי' בכתובות אבל להפסידה כתובתה דלית בה טעמא להקל לכ"ע בעינן דרישה וחקירה עכ"ל והך טעמ' דחינא מבוא' בחידושי הרמב"ן סוף יבמו' ז"ל כיון דאי' כתובה למשקל כדיני ממונ' וקשי' לי' וכי מאח' דאי' דיני נפשו' שאין הדין נותן שיהי' נאמן למה האמינוה משום דיני ממונת שבו וכי מקילין על דיני נפשות משום דיני ממונת כו' א"נ הכי קאמר מן התורה כל הדינין בדריש' וחקירה שכולן בכלל והשת' דתיקון רבנן שלא לדרוש בדיני ממונת כו' עדי נשים דומה לדיני ממונות שאין בהם דיני נפשות ואע"ג דגבי כתובה ליכא משום נעילת דלת שיותר משהאיש רוצה לישא

אשה רוצה להנשא לא פלוג רבנן בדיני ממונ' כו' ועוד דהא חששו משום חינא ע"ש וא"כ דוקא למשקל כתוב' דאית בה משום חינא עשאוהו כדיני ממונות אבל היכא דאית בי' משום הפסד כתובה לא עקרוה לדו"ח: ובתשובת נ"ב חלק אה"ע סימן ע"ב כתב על דברי ב"ש סימן י"ז במה שמחל' בין עדי זנות דבעי דו"ח ועדי גיטין דלא בעי דו"ח משו' דבזנו' אם היא אסורה אין לה כתובה וכתב עלה ז"ל ולא נהיר' כלל דהרי עכ"פ אם לא זינתה אף בלא גירושין יכולה למכור הכתובה בטובת הנאה משא"כ כשזינתה מפסדת הכתובה לגמרי ע"ש: ולפי מ"ש היינו דוקא משום למשקל כתובה עקרוה לדו"ח משום חינא דאית בי' משא"כ היכא דאי' הפסד כתובה. עוד שם בתשובת נ"ב הובא תשובת ר"ב אשכנזי הנז' וכתב עלה ז"ל הרי לך בהדיא דאף אם באין לאוסרה ושייך בענין ההוא ממון כהאי דהתם שתפסה למזונות שוב לכ"ע הוי כדיני ממונות וא"צ דו"ח ואותה אנו מבקשי' בנ"ד דהרי ז"ל בש"ע אה"ע סימן קט"ו סעיף ה' דאף דאבדה כתובתה אעפ"י כן נוטלת מה שהכניסה ועדיין היא בעין ואשה זו הכניסה נדן גדול וישנו בעין וגם בגדי' הם בעין גם הי' לה מעות בעד בגדים שמכרה והן מרויחין המעות ההוא כאש' כבר נתגלה הריב והמדון עבור זה בפני ב"ד בשעה שהי' סבורים להתגר' עבור זנותה ויצא פסק שמחויב להחזיר הכל א"כ הרי יותר שייך כאן דיני ממונת ואין צריך דו"ח לכולי עלמ' והרא"ש מירי היכא שלא הכניס' או שכבר כלה ואינו בעין וז"ב וז"ל רבינו בצלאל אשכנזי שם בשם הרשב"א ז"ל הרי קמן דמשום צד

ממון עקרינן מדין תורה עדות נשים ומדמין לה לדיני ממונת ושרינן אשת איש לעלמא בלא דו"ח עכ"ל ועתה הבט וראה אם להקל ולהתיר אשת איש עקרינן דו"ח בשביל צד ממון מכ"ש היכא דאיכא צד ממון ויש בדבר להחמיר שלא נצטרך דו"ס בשביל צד ממון והוא דבר פשוט בעיני ומכ"ש לדעת ב"ש שהבעל חייב לתת לאשתו שזינתה אפי' אותו תוספת שליש שמוסיפין בזמנינו שזה הוא ג"כ כמו נדוניא שהכניסה ואין לך צד ממון גדול מזה עכ"ל: ולפי מ"ש דהא דעקרינן דו"ח משום צד ממון היינו משום חינא וכמ"ש בשם הרמב"ן וכ"כ בתשובת רמ"א וכמ"ש וחינא לא שייך אלא בכתובה אבל לא בנדוניא וכמ"ש הרמ"א ק"ג סעיף א' ועמ"ש שם: ועוד דלא שייך האי סברא דאי' למשקל כתובה אלא בעדי גיטין דע"י הגט היא גובית הכתובה וכמו כן היכא דזינתה ותפסה למזונת דעל ידי זנותה צריכה להחזיר מה שתפסה ה"ל נמי כמו דיני ממונו' לפי דעת רבינו בצלאל וכמבואר אבל נדוניא ובגדים שנוטלת לאו מחמת זנותה הוא שנוטלת אלא שאינה מפסדת הבגדים והנדוניא ע"י זנותה וכמ"ש בטעמא בגמ' אם היא זינתה כלי' מי זינו ומש"ה לא אבדה הבגדים ומה שהכניסה ע"י זנותה וה"ל כאלו יש לה שט"ח על

בעלה דלא אבדה בשביל זנותה ואם לא זינתה נמי יש לה הבגדי' והנדוניא וא"כ אינו נוגע זה לזנותה כלל ואע"ג דאם לא זינתה לא הי' עדיין זמן פרעון לנדוניא ועכשיו ה"ל הגיע זמן פרעון לא בזנות הגיע זמן הגוביינא אלא לאחר שתתגרש הוא דמגיע לה שיחזיר לה הכל ולא ע"י זנותה ואין כופין אותו לגרש היכא דזינתה וכמבואר ברמ"א סימן קי"ז סעיף א' וע"ש שכתב ב"ש דאפילו בלא עדים מותרת דלא חיישינן שיבא עלי' דמאוסה בעיניו. ואפי' נימא דמחויב להחזיר הנדוניא והבגדים כל שזינתה ואסורה היא לו אפי' אינו רוצה ליתן לה גט עכ"פ מחויב להחזי' לה הנדוניא והבגדים היינו כשהיא מודה שזינתה אבל היכא דאשה מכחשת ואומרת שלא זינתה הרי אינה רוצה עכשיו בנדוניא וא"כ מה צד ממון יש בזה הזנות שהעדים מעידין לכן נראה דע"י הנדוניא והבגדים לא הוי בזה צד ממון דאין הזנות גורם לזה דקודם הזנות נמי אית לה נדוניא ובגדי' ודוקא עדי הגט א"צ דו"ח דע"י הגט היא גובית הכתובה מן הבעל ובזנות עדיין ליכא גבי' והיא אינה רוצה כלל הגבי' שהרי היא אומרת שלא זינתה ולכן לענ"ד לא נהירין דברי נ"ב מ"ש בזה: וגם בהך דתפסה למזונות כבר כתבנו דעתינו דעיקר הטע' דעקרינן דו"ח מדיני נפשות משום צד ממון אינו אלא משום חינא וא"כ בהך דתפסה למזונות להפסידה מזונות בזה לא שייך טעמ' דחינ' וא"כ משום צד ממון שבה לא עקרינן דינא דדו"ח מדיני נפשות:

ס"ק ו

ואין לקבל העדות אלא בפני' כתב בתשובת רמ"א סימן י"ב בעדיות שהוגבו בב"ד הדיוטת ממש שלא בפניו ושני עדים העידו שכל א' ראה ששכב הנחשד עלי' כדרך המנאפים כו' נראה פשוט דאלו העידו העדים כשרים בפני ב"ד כש' בפני בע"ד עדות כזה פשוט הוא דהי' מוציאין אותה מבעלה כ"ש שהפסיד' כתובת' כו' ואעפ"י שפי' שכ' רש"י ז"ל משיראו כדרך המנאפים משינהגו ענין ניאוף ששוכבת בקירוב בשר ונוהגין כדרך תשמיש וכאן לא העידו רק ששכבו זה על זה ואפשר שבבגדיהם קאמרי ולא מיקרי בכך דרך המנאפים ועיין בתשובת מוהר"ם בא' שהי' כהן ושמ' אחר הכותל נשימה כדרך המנאפי' מכל מקום לא גרע מדבר מכוער פ"א דיבמו' דאמרינן דתצא ובזה תצא מבעל לדע' רש"י ור"ת ושאילתות כו' דראוי להיו' כבתראי כו' מכל מקום ענין דידן עדים אלו אין בהם ממש מכמה טעמים. טעם הראשון שהוגבה שלא כדין שלא בפניו ע"ש שהאריך בזה עוד כתב שם ז"ל הטעם השני שאין בעדות זו כלום דהא אתא לקדמנא שני עדים כשרים והעידו על עדות הראשונים שפסולי עדות הם כו' ועפ"י דברים אלו נראה לנו שפסולים הם לעדו' זה ופשיט' דאלו אחרים נאמנין על הראשוני' אעפ"י שהוא שלא בפני הראשונים דהא אמרינן פ"ב דכתובת שנים חתומים על השטר ובאו שנים

אחרים ואמרו פסולי עדות היו הרי אלו נאמנים ואם הי' כת"י יוצא ממקום אחר אין אלו נאמנים ומסיק דלאו למיגבי בשטרא קאמר דאין נאמנין דנהי דהזמה לא הוי בפניהם הכחשה מיהא הוי אלא אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מארי' ה"נ אעפ"י דלא נפסלו בהעדאת עדים אלו שלא בפניהם מכל מקום לזה העדות אין מועילים כלום דאוקי תרי להדי תרי ואשה זו בחזקת היתר לבעלה עכ"ל: ובשו"ת נ"ב סימן הנז' הביא דברי הרמ"א הנ"ל וכתב עלה ז"ל ונפלאתי על הרמ"א כו' ומה אעשה בוש אני לומר שנעלם ממאור עיננו הרמ"א דברי התו' בכמה מקומות וגם דין מפורש בש"ע הנה התו' במסכת קידושין דף ס"ו ז"ל וי"ל דלא אמר תרי ותרי אלא בתרומה דרבנן כו' שוב מצאתי בתו' כתובת דף כ"ג ז"ל אע"ג דאית לן לאוקמי' בחזקת פנוי' כדמוכח פ' ד"א הוי לן למימר תצא מדרבנן וכן פסק בש"ע סימן י"ז כו' הרי לך שכל זה נעלם מרבן של כל בני הגולה רמ"א ז"ל שכתב דתרי ותרי מוקי בחזקת היתר עכ"ל: ונראה בישוב דברי רמ"א דקאי שם שראו אותם שוכבים דלא מיקרי בכך דרך מנאפים דאפשר בבגדיהם קאמרי אלא דלא גרע מדבר מכוער ובזה תצא מבעל לדעת רש"י ור"ת ושאילתות כו' וכיון דלא הוי רק עדי כיעו' ובדבר מכוער תצא ודאי אינו אלא מדרבנן דהא בעדי כיעור כשיש לו בנים אין מוציא וכמבואר בדברי רמ"א סעיף א' שכתב אם אין לה בנים ע"ש ואי הוי דאורייתא אין חילוק בין בנים לאין לה בנים ע"כ פשוט דאינו אלא מדרבנן ומש"ה בתרי ותרי מוקמינן לאשה בחזקת היתר וכמ"ש תו' בכתובת דף כ"ג דבתרומה דרבנן מוקי על חזקתי' בתרי ותרי ע"ש והא דתרי ותרי ספיקא הוי אינו אלא בדאורייתא ולא בדרבנן ודבר מכוער אינו אלא מדרבנן וכמ"ש והא דכתב הרא"ש דכיעור דומה לפ"פ וע"א אחר קינוי וסתירה ע"ש היינו מדרבנן החמירו כמו בפ"פ וע"א אחר קינוי וסתירה דהא ביש לה בנים לא תצא ובדאורייתא אין חילוק וכמו בעדי טומאה דתצא גם בבני' וזה ברור: אמנם בעיקר דברי הרמ"א שכתב לדמות זה לתרי ותרי ומשום דהכחשה מיהא הוי במה שפסלו אותם שלא בפניהם קשה לי לפי מ"ש תו' כתובות דף י"ט בהא דאמרו בגמ' ומגבינן בי' ואמאי תרי ותרי נינהו וכתבו שם תו' ז"ל וא"ת ואמאי לא מגבינן בי' הא שני כתי עדי' המכחישים זא"ז כל אחת באה בפני עצמה ומעידה אע"ג דלפי עדותן כל א' חברתה פסל' ה"נ כיון דאין מכחישין לומר שלא לוה אלא אומרים אינכם נאמנין דפסולין היית' וי"ל דהתם באה בפני עצמה ומעידה משום חזקת כשרות אבל הכא שאומרי' קטנים היו או קרובים משנולדו עד עתה שנתרחקו ליכא למימר אוקי אחזקתו דפסלי אותן משנולדו עכ"ל ובנדון דידן שני' אחרי' שפוסלין אותם שלא בפניהם דאין האחרונים נאמנין יותר מראשונים א"כ לא הוי אלא כהכחשה ואינו הכחשה בגוף העדות

אלא שאומרים שפסולים היו א"כ זו באה בפני עצמה ומעידה ומוקי לה בחזקת כשרות ובש"ס דאמרו גבי הזמה שלא בפניהם נהי דהזמה לא הוי הכחשה מיהא הוי התם כיון דאמרו עמנו היו הרי הכחשה בגוף העדות אבל בזה שמעידי' איך שפסולים המה אינו הכחש' בגוף הדבר שהעידו וא"כ זו באה בפני עצמה ומעידה. ולדעת הריב"ש בסימן רס"ו דעדי' אחרונים נאמנין יותר ואפי' שלא בפניהם אלא דאין נענשין שלא בפניהם א"כ עדות הראשונים נפסלו לגמרי אלא דכבר חלקו על הריב"ש וכמ"ש ב"י באה"ע סימן מ"ב וכנה"ג בח"מ סימן ל"ח כתב דכל המפרשי' חלקו על הריב"ש ושגם הריב"ש לא סמך על טעם זה לבד רק לסניף בעלמא ע"ש גם מתשובת הרמ"א מוכח דלא ס"ל כריב"ש דהא כתב דאוקי תרי להדי תרי ואוקי אשה בחזקת היתר ולדברי הריב"ש הרי האחרונים נאמנין יותר ואין כאן תרי ותרי וכיון דאינו אלא תרי ותרי א"כ נראה דהראשוני' שהעידו בעדי כיעור נאמנין דבאה בפני עצמה ומעידה זה הנראה לענ"ד:

סעיף ח

ס"ק ז

כל היכא שהתרו בו וכנס לא מיקרי דיעבד עמ"ש בסימן י' סק"ד:

סימן יב

סעיף א

ס"ק א

המביא גט צריך לומר בפני נכתב יבמו' דף כ"ה טעמא דממד"ה דעלי' קא סמכינן אבל מארץ ישראל דלאו עלי' קא סמכינין ישא את אשתו והא מת דלאו עלי' קא סמכינין דאמר מר אשה דייקא ומנסבא וקתני לא ישא את אשתו התם ליכא כתבא הכא איכא כתבא דתנן מה בין גט למיתה שהכתב מוכיח. והרשב"א בחידושיו ז"ל כתב מוכיח קשיא לי א"כ אפי' במביא ממד"ה ליהמני' דהאי נמי במביאו ממד"ה היא שנוי וי"ל דהכא לאו בדוקא נקט אלא לומר דאשכחן בעלמא דכתב עדיף ממיתה וא"ת מ"ש מהאי י"ל דהכא דיצרו תוקפו חיישינן אפי' בדאיכא כתבא כל היכ' דסמכינן עלי' אבל התם דמשום איבה בלחוד כולי האי לא עבדי ולא חיישינן עכ"ל ולענ"ד נראה דודאי בחמש נשים דלא חיישינן אלא משום איבה ולקלקול' מכוונת כי היכא דתצא מזה ומזה ובדאי' כתבא ואומרת בפ"נ דתו אין הבעל יכול לערער וליכא קלקולא ומש"ה מיהמנא וכ"כ בטור סימן קמ"ב ז"ל ומטעם זה אפי' חמש נשים שאין נאמנות להביא גט בארץ ישראל

כדפרישית לעיל נאמנת להביא בח"ל ולומר בפ"נ דליכא למיחש שמא מכוונ' לקלקלה כיון שאין הבעל יכול לערער עכ"ל אבל הכא דחשדינן שמא מעיד כדי לישא אותה לכן לא ישא. עוד שם כתב הרשב"א ז"ל ועוד קשיא לי הכא מה"ט דאשה דייק' ומנסבה הא אפי' ת"ל דטעמא דע"א משום דלא משקר הוא מכל מקום הכא ה"ל כמביא מארץ ישראל דטעמא מאי מהימנת לי' בארץ ישראל משום דאי אתי בעל ומערער צריך לקיימו ומרתת דלמא אתי בעל וכ"ש הכא דמיתה אינו יכול להכחיש ע"ש. ובתו' רפ"ק כתבו טעמא דארץ ישראל דמהימן משום דמן התורה אין צריך קיום אלא דרבנן הוא דאצריך קיום ומשום עגונה הקילו כל זמן דליכא ערעור ע"ש וא"כ אין הטעם כלל משום דמרתת:

ס"ק ב

ואם כנס לא יוציא יבמות שם איבעי' להו כנס מהו שיוציא רב כהנא אמר כנס מוציא רב אשי אמר כנס אינו מוציא כו' אמר להו מתניתא היא הנטען מן השפחה ונשתחררה מנכריות ונתגיירה הרי זה לא יכנוס ואם כנס אינו מוציא אלמא ברננה לא מפקינן ה"נ ברננה לא מפקינן ובתו' שם ז"ל וללנטען על אשת איש לא דמי דהתם בדין שיוציא אם הוא אמת אסירא לי' אבל הכא שאסר את האשה בנדר אפי' אסרה שלא כדין כיון שגירשה בעלה שריא לחכם מדאורייתא ע"ש ולפי"ז במביא גט וגבי מת הרגתיו אם כנס מוציא דאם שקר מעיד הרי זו אסורה מדאוריית' ובאשר"י כתב ז"ל איבעי' להו חכם שאסר האשה וגרשה בעלה ומשמע דבאינך כנס מוציא וזה כדברי תו' והרשב"א בחידושיו כתב ז"ל הא דבעי כנס מהו שיוציא פי' רש"י דקאי אמביא גט ומת הרגתיו וחכם שאסר בנדר ואסיקנא אם כנס לא יוציא אבל מדברי התוספתא הי' נראה לכאורה שלא אמרו כן אלא בחכם שאסר את האשה בנדר דתניא הפודה את השבו' מותר לישא אותה המעיד על השבוי' הרי זה לא יכנוס ואם כנס לא יוציא הרגתיו הרגנוהו לא ישא את אשתו ר"י כו' הנטען מאשת איש ונתגרשה ע"י אחר הרי זה לא יכנוס ואם כנס לא יוציא החכם שאסר את האשה בנדר על בעל' הרי זה לא ישאנה ואם נשא לא יוציא אלמא מדקתני בכולהו אם כנס לא יוציא ושייר למת הרגנוהו ולא תני בהו מידי משמע דהתם אפי' כנס מוציא והכי נמי משמע מדאמר רב אשי ברננה לא מפקינן דמשמע דהא בדלא אפשר למיתי אלא לרננה בעלמא ולא לידי איסור דאורייתא עכ"ל אמנם בדברי רש"י לפנינו לא הוזכר כלל מת הרגתיו הרגנוהו וז"ל כנס מהו שיוציא אחכם ואמביא גט קאי ע"ש ושייר למת הרגתיו. ולכן נראה דרש"י נמי ס"ל במת הרגתיו הרגנוהו כיון דאפשר לבא לידי איסור דאוריית' מפקינן וכדמוכח מדאמר רב אשי ברננה לא מפקינן ומשמע

דוקא ברננה הא היכא דאי' חשש דאורייתא מפקינן וכמ"ש הרשב"א ואע"ג דבמביא גט ממד"ה אם שלא כדת הוא מעיד לאו רננה הוא אלא איסור גמור היינו משום דבשליח שמביא גט ממד"ה גם אם לא יאמר בפ"נ נמי אם נשאת לא תצא וכמ"ש הב"י לדעת הרמב"ם ע"ש ב"י סימן קמ"ב לדעת הרמב"ם דאם לא אמר בפ"נ אם נשאת לא תצא ע"ש וא"כ י"ל דרש"י נמי הכי ס"ל להכי אינו אלא רננה שיאמרו דמעיד כדי לכונסה ומש"ה במבי' גט ממד"ה ובחכם שאסר בשניה' אינו אלא משום רננה דאחר שכנס לא בעינן עדותו כלל דאפי' לא אמר בפ"נ נמי אם נשאת לא תצא אבל במת הרגתיו נראה דמודה רש"י דאם כנס מוציא כיון דבזה אי' חשש איסור וכמ"ש ושטת תו' והרא"ש דאם לא אמר בפ"נ ונשא' תצא וכמ"ש ב"י בסימן קמ"ב ע"ש לזה כתבו תו' והרא"ש כנס אינו מוציא רק בחכם שאסר ודוק

ס"ק ג

אבל המביא גט שאינו צ"ל בפ"נ. כתב הב"ש ז"ל משמע אפילו בארץ ישראל דמהני אם אמר בפ"נ דתו אינו יכול הבעל לערער מכל מקום אינו בכלל עד המעיד עכ"ל. ולא הי' לפני ב"ש דברי חידושי הרשב"א שכ' ז"ל ומסתברא לי' דבארץ ישראל נמי היכא דאמר בפני נכתב ובפ"נ לא ישא את אשתו ומשום דהתם נמי עלי' דידי' קסמכינן ואפי' אתי בעל וערער ערעורו בטל וכדאמרינן בגיטין פ"ק אמר לי' לא צריכת ואי עבדית מהנית עכ"ל

סימן יג

סעיף א

ס"ק א

עד שתמתין צ' יום. פ' החולץ דף מ"ב וכן שאר כל הנשים בשלמא יבמה כדאמרן אלא שאר כל הנשים אמאי אמר רב נחמן אמר שמואל משום דאמר קרא להיות לך לאלקים ולזרעך אחריך להבחין בין זרעו של ראשון לזרעו של שני מתיב רבא לפיכך גר וגיורת צריכות להמתין ג' חדשים הכא מאי להבחין איכא ה"נ להבחין בין זרע שנזרע בקדושה לזרע שנזרע שלא בקדושה רבא אמר גזירה שמא ישא את אחותו מאביו כו' והקשו תיפוק לי' דצריך המתנה שלשה חדשים דשמא מעוברת היא ולא ישא מעוברת חבירו ומינקת חבירו וכתב הרמב"ן בחידושיו ליבמות דהוי מצי למימר כן אלא דחששא רחיקתא היא וכולי האי לא גזרו בספק מעוברת ונקט טעמא דעדיף מיני' ע"ש. וראיתי בתשובת נ"ב כתב עלה ז"ל ואני אומר כמה כרכורי' כרכרו בגמ' להחזיק טעמו של שמואל ושל רבא

וכמה דוחקים סבלי לומר שאין בודקין אחר הנשואות ולומר אשה מחפה עצמה שירש בנה מנכסי בעלה ועדיפה מיני' לומר שטעם האיסור משום מעוברת ומינקת חבירו ע"ש שבדוחק פלפולו שם הוכיח מזה כשטת ר"ש הזקן ואח"כ כתב ז"ל. אמנם אחר העיו' קושי' מעיקר' ליתי' עד שאני תמה מאו' על שני מאורי אור עיני העדה הרמב"ן והרשב"א שהקשו קשי' זו דהרי מביא כאן בתחלת הסוגי' בריית' דגר וגיורת שצריכה להמתין שלשה חדשים ואיך אפשר לפרש דמשום הנקה ואיזו טעם יהי' שייך לאסור גר באשתו ג' חדשים לכן צריך לטעם הבחנה ושייך גם בגר בין זרע שנזרע ביהודי' כו' וכן טעמא דרבא שמא יפטור אשת אחיו וכפירש"י התם עכ"ל וכד דייקת תראה דשפיר קא קשיא להו ואחרי נשיקות עפרות זהב לו להגאון הנז' המבחין בין הבחנה להבחנה יראה דהבחנה שבין זרע שנזרע בקדושה כו' חמיר' טפי וכמ"ש תו' פ' אלו נערות דף ל"ז ד"ה צריכין להמתין ג' חדשים ע"ש ועיין בתו' פ' החולץ דף מ"ב ד"ה לזרעך אחריך שכתבו ז"ל לקמן פ' נושאין דרש מהאי קרא דאזהר לי' רחמנא לאברהם לא תנסוב נכריות ושפחה דלא יתייחס זרעך בתרה ע"ש וא"כ למה ליה לחדש הבחנה זו בין ראשון דלא מוכח שפיר מזרעך אחריך תיפק לי' ממעוברת חבירו שלא ישא וגבי גר וגיורת נימ' באמת טעמ' משום זרע שנזר' בקדוש' ובתשובת נ"ב שם ז"ל אלא דאכתי קשה במה דהקשה ונבדקה בהילוכה ואמר אשה מחפה שירש בנה וזה דוחק דלפעמי' הבעל הראשון עשיר יותר כו' וה"ל למימר אשה מחפה כדי שלא תצטרך להתגרש מהשני או לפרש טעם גוף האיסור משום מעוברת חבירו ומינקת חבירו ע"ש ובזה שפיר מצינו לומר דצריך להך טעמא דאשה מחפה שירש בנה בנכסי בעלה משום גר וגיורת דתיקשי ונבדקי' בהילוכה ולזה משני אשה מחפה כדי שירש בנכסי בעלה דהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה אינו יורש את אביו הגר ובשאר נשים אע"ג דלפעמים הראשון יותר עשיר משום דהתם בלא"ה מחפה שלא תתקדש מחמת מעוברת חבירו ומנקת חבירו. אלא דמלשון רש"י שכתב אשה מחפה שירש בנה בנכסי בעלה וכתב רש"י בנכסי בעלה השני ע"ש משמע דבשאר נשים נמי קאמר האי טעמא ולמה לא נימא בשאר נשים מחפה שלא תהי' צריכה גט משום מעוברת חבירו ותהא צריכה הפרשה שתי שנים או גט: ולכן נראה לענ"ד כיון דבתחלה לא אסרו חכמים משום ספק מעוברת וכמ"ש הרמב"ן דכולי האי לא גזרו משו' ספק מעובר' וא"כ בהיתר גמור הוא ולכן אפי' המצ' ימצא דמעובר' היא נמי לא תצא מהיתר' הראשון דלא אסרו חז"ל מעוברת חבירו ומנקת חבירו אלא היכא שנשאה באיסור שהיתה מעוברת או מנקת חבירו אבל אם בשעה שנשאה הי' בהיתר אע"פ דנמצאת מעוברת לית לן בה כיון דבהיתר נשאה ולא בעי הפרשה בזה ולמסקנא

דצריכה להמתין שלשה חדשים משום הבחנה א"כ כל שנשאת תוך שלשה חדשים ה"ל נישואין באיסור צריכה הפרשה משום עיבור ויניקה:

ס"ק ב
אבל מותרת לעשות שידוכין. וכתב ב"י שישבע המשודך שלא יכנוס בבית המשודכת עד סוף הזמן כדי שלא תבא לידי תקל' ועמ"ש בסק"ז:

סעיף ד

ס"ק ג
מחזיר גרושתו אינה צריכה להמתין בתשובת הריב"ש סימן תס"ב ז"ל עוד שאלת המחזיר גרושתו אם צריכ' להמתין ג"ח כמו שצריכין להמתין אם נשאת לא' תשוב' דבר ברור הוא שאינ' צריכה להמתין משו' הבחנ' ודוקא לא' כו' ואפי' היכ' דליכ' משו' הבחנ' כגון בארוס' או בקטנה וזקינה ועקרה וכולהו אינך דגזר בהו ר' מאיר דקי"ל כוותי' אבל בבעל עצמו לא שייך הבחנה כו' והיינו דבפרק החולץ מתיב רבא לטעמא דהבחנה מדתני' לפיכך גר וגיורת צריכה להמתין ג' חדשי' והכא מאי להבחין איכ' ומשנינן ה"נ להבחין בין זרע שנזרע בקדוש' ובודאי כי מקשי מגר וגיור' משמע דפשיטא לי' דגיורת שהיתה נשואה בגויתה שצריכה להמתין להנשא לישראל אחר דהא שייך בי' טעמא דהבחנה בלאו טעמא דהבחנת זרע שנזרע בקדושה ואפ"ה מקשי דלגר עצמו שנשא בגיותו אמאי צריכה להמתין דלא שייך כלל הבחנה גם לא שייך למיגזר בי' כלל דאי שייך למיגזר בי' לימא משום דגזרינן בעלה אטו אחר ור' מאיר הוא דגזר אלא ודאי בבעל עצמו לא שייך הבחנה כלל ע"ש ועיין תו' יבמות דף ל"ה ד"ה חוץ לגיורת ז"ל והא דתניא בהחולץ לפיכך גר וגיורת צריכה להמתין ג' חדשים כר' יהודא אתי' דחייש שמא לא נהפכה יפה כו' ועוד אור"י שיש לחלק דלא
מינטרא נפשה כלל כשמתגיירת עם בעלה כיון שכל הזרע מאותו האיש ואין חוששת להבחין בין זרע שנזרע מבעלה זה בקדושה לשלא נזרע בקדושה עכ"ל. וכיון דס"ל לשמואל שם יבמות דף ל"ה חוץ מגיורת ושפחה משוחרר' א"כ שפיר מותיב רבא לשמואל התם מאי הבחנה איכא לבעלה דליכא למיגזר משום אחר כיון דלאחר לא בעי המתנה כלל לשמואל. מיהו לשטת הרמב"ם גיורת ומשוחררת דרך נישואין בעי המתנה גם לאחר וכ"ה שטת הרא"ש ס"פ ד"א דגיור' ומשוחררת דקא' שמואל דלא בעי המתנה היינו דרך זנות אבל דרך נישואין לא מתהפכת אע"ג דדעתה לגייר ע"ש וא"כ ראיית הריב"ש נכונה דכיון דלאחר בעי המתנה א"כ מאי מותיב מגר וגיורת נימא ר' מאיר היא כו' אע"כ כל לגבי בעלה לא בעי המתנה. אמנם לשטת תו' דס"ל דגר וגיורת אפי' דרך

נישואין מתהפכת כל שדעתן לגייר וכן הוא שטת הרשב"א דחוץ מגיורת ומשוחררת דקאמ' שמוא' היינו בנישואין כיון דדעתה לגייר אפי' בנישואין מתהפכת וא"כ לשטת תו' והרשב"א מצינו לומר במחזיר גרושתו דצריך המתנה ומשום דגזרינן בעל אטו אחר. והא דאמרו ביבמות דף ל"ה וכתובות דף ל"ז בטעמא דר' יהודא במפותה ואנוסה משום דאימר לא נתהפכה יפה ולא קאמר משום דגזר בזנות אטו נישואין משום דר"י לא גזר כלל דס"ל פרק החולץ דף מ"א הארוסות ינשאו אלמא לא גזר מש"ה צריך לומר בטעמ' דר' יהודא אימר לא נתהפכ' יפה אבל לדידן דקי"ל כר' מאיר דגזר שאינן ראויות לילד אטו ראוו' ה"נ גזרינן זנות אטו נישואין

סעיף ה

ס"ק ד

ואפי' גר ואשתו שנתגיירו בפ' החולץ מתיב רבא גר וגיורת צריכ' להמתין הכא מאי להבחין איכא ומשני להבחין בין זרע שנזרע בקדושה. ואיכא למידק דהא קי"ל בגר קטן שמטבילין אותו על דעת ב"ד הגדילו יכולין למחות ע"ש בכתובו' דף י"א ואם הורתו שלא בקדוש' אינו אלא גר קטן שמטבילין ע"ד ב"ד ואם הגדיל יכול למחו' ואם הורתו בקדוש' אינו יכול למחות דה"ל ישראל גמור ובזה ודאי צריך הבחנ' להבחין ולהבדיל בין ישראל לעמים ואע"ג דרבא מותיב שם על הא דאמר רב יוסף הגדילו יכולין למחות כבר כתבו דקי"ל כרב יוסף ואע"ג דאותיבו עליה אביי ורבא לאו לאפלוגי עלי' אלא לברורי מתני' דלא תיקשי ע"ש שטה מקובצת. ונראה דביבמות דף ע"ח אלא הא דאמר רבא נכרית מעוברת שנתגיירה בנה אין צריך טבילה וכ"ת משום דר' יצחק דאמר ר"י דבר תורה רוב' ומקפיד עליו חוצץ כו' שאני עובר דהיינו רביתי' וע"ש ומבואר דאי נימא עובר לאו ירך אמו א"כ הא דעלתה לו טבילה דאימי' היינו משום דלאו חליצ' היא דהיינו רביתי' וא"כ כשהגדיל יכול למחות כיון דאינו גר רק עפ"י טבילת עצמו שטבלוהו ב"ד אבל אי נימא עובר ירך אימי' א"כ העובר אין צריך טבילה כלל וליכא תורת גירות בעובר רק באימי' ובתו' שם ד"ה אלא הא דאמר רבא וא"ת מאי פריך מרבא הא בהדי' אית' דעובר ירך אימי' בפ' כל האסורין דף ל' ובשיר שנגח את הפרה דף מ"ז כו' ואומר ר"י שרוצה ליישב דברי רבא דהכא אפי' לר' יוחנן ע"ש וכיון דסובר רבא עובר ירך אימי' אינו יכול למחות משהגדיל וק"ל ועמ"ש בסימן ד' סק"ג:

סעיף י

ס"ק ה

המקדש. תוך תשעים יום מנדין אותו ז"ל הראב"ד פי"א מגירושין ונראה לי שמפרישין אותו לאחר תשעים כימים שעמד בתוך תשעים דאל"כ מאי הפסיד כשבעל באיסור ומתני' בבא על יבמתו בתוך ג' חדשים אם אין הולד של קיימא יקיים ולא קתני יוציא התם מפני שהיא יבמה ואם יתן לה גט נאסרה עליו עכ"ל. והיינו משום דאם קנאה בביאה הרי היא כאשתו לכל דבר ומגרשה וחוזר וכונסה אבל אם עדיין לא יבמה ונותן לה גט נפסלה עליו וע"ש בכסף משנה. ובמשנה למלך שם הקשה דאי משום הא שתיאסר עליו עולמית לא מהני דהא מסקינן פ' החולץ דף ל"ז דאפי' כהן יוציא, ונראה ביאור דברי הראב"ד דבפ' החולץ דף ל"ו אין הולד של קיימא יקיים תנא משום ר' אליעזר אמרו יוציא אמר רבא ר' מאי' ור"א אמרו דבר אחד ר"א הא דאמרן ר' מאיר דתניא לא ישא אדם מעובר' חבירו ומניקת חבירו ואם נשא יוציא ולא יחזיר עולמית דברי ר' מאיר וחכ"א יוציא ולכשיגיע זמנו לכנוס יכנוס ע"ש ומשום דר' מאיר ס"ל קנס שיוציא ולא יחזיר עולמית ה"נ קניס אם אין הולד של קיימא שיוציא ולא יכנוס עולמית ורבנן דסברי יוציא ולכשיגיע זמנו יכנוס ולית להו קנסא אלא דצריך גט שמא יבא עלי' ואם ברח ונשתהה עד אחר כ"ד חודש תו אין צריך גט וכמו כן בהבחנה תוך תשעים צריך גט שמא יבא עלי' ואחר תשעים יכול לכנוס דלא בעי גט אלא תוך זמנו שלא יבא עלי' והראב"ד דס"ל דאפי' לרבנן דלא קנסי עכ"פ אסרו עליו כימים שעברו באיסור. ולזה קשיא ליה משנתינו דתנן יקיים ולא בעי גיטא לימים כמנין שעברו באיסור דאי נימא דתיכף אחר זמן איסורו ליכא שום קנס ניחא דביבמה אחר שהפילה דתו ליכא איסור יכול לקיים אבל כיון שצריך פריש' כימים שעברו א"כ היכי תני יקיים והא בעי גט על ימים כימים שעברו. לזה מיישב הראב"ד כיון דמדינ' אין צריך גט אחר שהפילה דכבר חלף הלך איסורו אלא משום קנס כימים שעברו וביבמה כיון דע"י הגט תיאסר עולמית ואין לנו לקונסן אלא כימים שעברו וע"י הגט תיאס' עולמית מש"ה אי אפשר בגט דע"י הגט יהי' הקנס יותר מימים שעברו ודוקא במינקת חבירו דבעי גט תוך זמנו מדינא שלא יבא עלי' ומש"ה צריך גט אע"ג דע"י הגט תיאסר עולמית כגון באשת כהן אבל משום קנס כימים שעברו לא מצינו למיקנסימן יותר מימים שעברו ועל ידי הגט תיאסר עולמית ולפי"ז ה"ה באשת כהן תוך תשעים וכלו תשעים של הבחנה אין צריך גט כימים שעברו לשטת הראב"ד כיון דע"י הגט תיאסר עולמית והוא נכון. והרשב"א פ' החולץ כתב על דברי הראב"ד ז"ל ואם איתי' דקנסינן אפי' בשילדה כולהו אמרו דבר אחד דאפי' לרבנן

דר' מאיר מודו בה דמוציא ואעפ"י שתיאסר עליו ממילא כמעוברת שנשאת לכהן דמאי שנא עכ"ל ולפי מ"ש ניחא דבמעוברת לכהן הגט מדינא שלא יבא עלי' ומש"ה אע"ג דתאסר עליו עולמית לא איכפת לן אבל משום קנס כימים שעברו לא בעי למיקנסימן קנסא שיעלה יותר מימים שעברו. ונראה הא דבא על יבמתו תוך ג' חדשים אם אין הולד של קיימא יקיים מיירי שהפילה אחר תשעים מיום המיתה דאי תוך תשעים אכתי לא שלמו ימי הבחנה דאפי' במפלת תוך תשעים צריכה המתנה וא"כ גיטא בעי מדינא ותו לא איכפת לן במה שתיאסר עולמית אלא מיירי שהפילה אחר תשעים מיום המיתה וחלף והלך האיסור אלא שהיבם כנסה תוך תשעים ומשום קנס ימים שעברו לא בעינן למיקנסימן יותר ומש"ה לא בעי גיטא דע"י הגט תיאסר עולמית וזה יותר מימים שעברו ולפי מ"ש בנימוקי יוסף פרק החולץ דאע"ג דבקטנה נמי צריך המתנה ג' חדשים אבל אם כנס אינו מוציא כיון דליתי' גבה משום הבחנה ע"ש וא"כ במפלת נמי אע"ג דצריכה המתנה כיון דלית בה משום הבחנה ואינו אלא משום גזירה אי כנס אינו מוציא ואפילו עדיין לא שלמו לה תשעים יום מיום המיתה וכמו בקטנה

ס"ק ו

גרשה אסורה לדור עמו במבוי. הריב"ש בסימן ש"ס ז"ל וא"כ בנדון זה אם כנס כופין אותו להוציא בגט ולא יכנוס עד שיעברו ימי הנקת הול' כ"ד חודש כו' ונראה שהיא אסורה כל זמן זה לדור עמו במבוי דומיא דכהן שגירש אבל אין לאוסרו לדור עמ' בשכונתו דומיא דישראל שגירש ונשאת לאחר משום דהתם דאיכא איסורא דאשת איש אבל הכא דליכא אלא איסור דרבנן די לנו שנחמיר עלי' כמו באשת כהן שלא נשאת לאחר ואין לומר דשאני אשת כהן דאיכ' איסור דאוריית' אבל הכא דליכ' אלא איסור דרבנן תדור במבוי ואפי' בחצרו כל שיחד לה בית שתה' נכנסת בסוף בני' ויוצאה בראש בניה כלומר שיהי' שם שומר שלא יתייחד עמה כמו שהתירו באשת כהן שנשבית כדעבד לה ר' זכרי' בן הקצב לדביתהו כדאי' פ' האשה שנתארמלה דשאני התם דבשבוי' הקילו עכ"ל ע"ש. עוד תשובה לריב"ש בסימן רצ"ו ז"ל שאלת זה שאמרו חז"ל האשה שנתארמלה או נתגרשה צריכה להמתין תשעים יום שלא תתארס ולא תנשא ונתנו טעם כדי להפריש בין זרעו מראשון לזרע אחרון אם צריכ' כמו כן להמתין ולהשמר מזנות עד תשלום תשעים יום או לא אלא דוקא אירוסין ונישואין גזרו אבל אם תזנה היא לא גזרו בה כו'. תשוב'. כבר ידעת מה שנחלקו בגמ' יבמות בשלהי פ' ד"א ר' יהודה ור' יוסי באנוסה ומפותה דר' יוסי מתיר ליארס ולינשא מיד דאשה מזנה מתהפכת כדי שלא תתעבר ור' יהודה אוסר דאימר לא נהפכה ונחלקו הראשונים בפסק הלכה כי הרב אלפסי והרמב"ם פסקו

כר' יוסי כו' והרבה מן הגאונים ז"ל ומן האחרונים והרא"ש ז"ל מכללם פסקו באנוסה ומפותה כר' יודא דאסר כו' ולענין שאלתך ששאלת לפי פסק הרמב"ם הדבר ברור שכיון שאפי' ידענו בבירור שזינתה אנו מתירין אותו לכתחלה מטע' דאשה מזנה מתהפכת שלא תתעבר כל שכן גרושה שזינתה תוך ג' חדשים שאין עונשין אותה על העבר מפני שלא המתינה שהרי יש לסמוך דאשה מזנה מתהפכה ואפילו לדעת הפוסקים באנוסה ומפותה לאסור יש לומר שבנדון זה אין עונשין שהרי ע"כ קיי"ל כר' יוסי בטעמא דאשה מזנה מתהפכת דהא שמואל קאי כוותיה בהא אלא שהם אומרים דשמואל ס"ל דכיון שאסרו חכמים בכל הנשים ליארס ולישא תוך ג' חדשי' אפי' באיילו' וקטנה ואותן שאין בהם חשש טיבו' דגזרינן בהו אטו אידך ה"ה דגזרינן בזנות וכיון שכן אפש' לומר דכל שידענו שזינתה הוא שנאסור לה משום גזירה ליארס ולישא שהוא דבר הנעשה בפרסום אבל בגרושה לא אסרו עלי' הזנות משום גזירה דכיון שאין הזנות נעשה בפרסום לא גזרו בי' ועוד דאיך יגזרו חכמים ליאסר משום גזירת הבחנה בדבר שהוא כבר אסור מדבריהם מצד עצמו שהרי אפי' יחוד דפנוי' ב"ד של דוד גזרו וכ"ש שביאתה אסורה ואין צריך לומר לדעת הרמב"ם ז"ל שנראה דעתו בפ"א מהל' אישות שכל ביאת פנוי' דרך זנות אסור' מן התור' בלאו דלא תהי' קדשה ולכן נראה לי ברור שלא גזרו חכמים על הזנות משום הבחנה ואם באתם להענישה העניש אותה משום הזנו' עצמה עכ"ל: וצריך להתבונן בתשובות הללו כי נראין סותרות דמ"ש בהבחנה שלא גזרו על הזנות ומטעמים שכתב בריב"ש. ובמניקת. גזרו שלא ידור עמה במבוי דנמי אינו אלא זנות. ונראה דבזנות עצמו הוא דפסק הריב"ש שאין בו משום המתנה כיון דמדינ' אין בזנות עיבור דמתהפכת אלא משום דגזרינן זנות אטו נישואין ואינו אלא היכא שהזנות ידוע גזרו בה שלא תינשא ומשום דגזרינן זנות אטו נישואין אבל שנאסור הזנות שאינו בפרסום משום הבחנ' לא גזרינן וטעם השני בריב"ש כיון דהזנות בעצמו אסור לא שייך למיגזר בי' משום הבחנה. אבל במינקת כיון דבנישואין הדין להרחיק ממבוי א"כ אפי' בפנוי' צריכה הרחקת מבוי דבזה ליכא איסור בעצם כיון דאפי' בשומר לית ביה משום יחוד וכיון דבזה אסרו הרחקת מבוי והרחקה זו שייך גם בפנוי' כיון שאין במדורת מבוי איסור בפנוי' א"כ גזרינן מדור' מבוי בפנוי' אטו נישואין וכן מטעמא שכתב הריב"ש דלא גזרו זנות אטו נישואין אלא היכא דהוא בפרסום ע"ש וזה נמי שידורו במבוי ה"ל פרסום וגזרינן אטו נישואין אמנם כל זה לשטת הרא"ש דגזר זנות דפנוי' אטו נישואין גזרינן נמי מדורת מבוי בפנוי' אטו נישואין אע"ג דהוא עצמו אינו אלא משום זנות גזרו אטו נישואין אבל לשטת הרמב"ם דלא גזרינן זנות דפנוי' אטו נישואין א"כ בגרושה ומניקת

נמי אין צריך הרחקת מבוי כיון דאינו אלא משו' זנות וכיון דלא תתעבר ע"י זנות ולדעת הרמב"ם לא מיחלף זנות בנישואין ודאי אין צריך הרחקת מבוי. אלא דהריב"ש נראה לו לחוש לדעת הרא"ש ודעימי' הרבה מן הגאונים והאחרונים דפסקו באנוסה ומפותה כר' יהודא מש"ה פסק בסימן ש"ס דצריך להרחיק ממבוי: וזה נראה לי בדעת הב"י דהשמיט הך דריב"ש סימן ש"ס דמצריך הרחקה ובב"י סימן קי"ט הביא דברי הריב"ש בסימן ש"ס ומשום דבש"ע פסק כרמב"ם דלא גזרינן בזנות אטו נישואין א"כ אין צריך להרחיק כיון לזנות לא חששו להמתנה כלל: מיהו בעיקר תשובת הריב"ש סימן ש"ס שכתב דלפי דעת הרמב"ם הדבר ברור כו' כל שכן גרושה שזינתה תוך ג' חדשים שאין עונשין אותה על העבר מפני שלא המתינה שהרי יש לסמוך דאשה מזנה מתהפכת שלא תתעבר כו': וקשה לי בגוה דהא דעת הרמב"ם במעוברת חבירו שלא ישא הוא משום דחסא וכמ"ש בפי"א מגירושין א"כ אפי' בזנות נמי דשמא מעוברת היא ומשום דחסא: ונראה כיון דלא אמרו טעמא דהמתנה שלשה חדשים אלא משום הבחנה ולא אמרו משום ספק מעוברת ולא ישא אדם מעוברת חבירו וכ' הרמב"ן והרשב"א דכולי האי לא גזרו בס' מעוברת והובא דבריה' בסק"א ע"ש. ומש"ה אע"ג דבמעוברת חיישינן לדחסא אבל ספק מעוברת לא חשו כל כך וא"כ אינו אלא משום הבחנה ובזנות לדעת הרמב"ם ליכא משום הבחנה כיון דלא תתעבר ע"י זנות דמתהפכת: ולפי מ"ש נראין דברי הח"מ שכתב בסעיף א' בשידוכין במינקת שישבעו שלא יכנס לבית המשודכת וכמו בהבחנה ומשום דאע"ג דכ' הריב"ש בסימן רנ"ג דבזנו' לא גזרו הכא דהוי פרסום בדירה ובכניסתו לבית' גזרינן אטו נישואין וכמ"ש בביאור דברי הריב"ש, ובתשובת נ"ב סימן י"ט השיג על הח"מ מהאי דריב"ש סימן רצ"ז דבזנות לא גזרו ע"ש. ולפנינו תשובת הריב"ש סימן ש"ס להיפך וע"כ צריך לחלק כמ"ש וא"כ במשודכת נמי צריך להרחיק.

ס"ק ז

אסורה לדור עמו במבוי. בס' בית מאיר כתב ז"ל צ"ע הא בריב"ש לא נאמר אלא בכנס מעוברת ומדמה לכהן שגירש כו' ועיין סימן קי"ט דאפי' בכהן שגיר' מן האירוסין מותר' לדור עמו במבוי אם לא בדגייסי אהדדי וא"כ מנ"ל להחמיר הכא בסת' מגרש מן האירוסין ואולי מפני שמיהר לקדש באיסור חשיב לי' כודאי גם בה עכ"ל. וז"ל הריב"ש בסימן ש"ס ואעפ"י שזה לא כנס אלא ארס לבד ואמרינן התם בפ' האש' שנתארמלה גבי כהן שגירש אמר רב נחמן תנא באבל רבתי במד"א בנתגרשה מן הנשואין אבל נתגרשה מן האירוסין נפרע' ע"י עצמ' שאין לבו גס בה הכא בנדון זה נראה שאע"פ שאין כאן אלא אירוסין שייכי אהדדי ולבו גס בה עכ"ל: ומבואר דריב"ש מיירי מן האירוסין ולא בכנס

אלא דשם כתב בנדון זה נראה שאעפ"י שאין כאן אלא אירוסין שייכי אהדדי ולבו גס בה ומשמע דשם הי' המעשה ידוע שהי' לבו גס בה וא"כ תיקשי על הרמ"א שפסק כן באירוסין סתמא: ולכן נראה דוקא היכא דהי' גירושין ביניהם מן האירוסין מצדם תו לית להו שייכות אהדדי ואין לבו גס בה אבל הכא דהגירושין לא הי' מצדם אלא דהב"ד כפו אותן בגירושין והוא הי' רוצה לישא אותה אמרינן לבו גס בה ודוקא היכא דהגירושין הי' מעצמם ולא מיתדר להו הוא דאין לבו גס בה אבל מה שהי' ע"י כפי' והמה רוצין היו בנישואין א"כ מסתמא נמי לבו גס דשייכי אהדדי:

סעיף יא

ס"ק ח

עד שיהי' לולד כ"ד חדשים. כתב בשטה מקובצת במדרש מסמיך לה אהאי קרא לא תבשל גדי בחלב אמו תבשל בגי' הכי הוי ושנים יתירים על כ"ד חודש כדאמרינן חוץ מיום שנתארס' וחוץ מיום שנולד ותו דאמרינן פ"ק דתענית דנ"ב שנה היו שנותיו של שמואל הרמתי וכתיב וישב שם עד עולם ומפרש בתלמוד ירושלמי עד עולמו של לוי דכתיב ומבן חמשים שנה ישוב אלמא הא דכתיב הנער כ"ד חודש הוי רש"י ז"ל במהדורא קמא עכ"ל

ס"ק ט

אפי' נתנה בנה למניקה פ' אע"פ דף ס' ת"ר נתנה בנה למניקה או גמלתו או מת מותרת לינשא מיד רב פפא ורב הונא ברי דרב יהושוע סבור למיעבד עובדא כי הא מתניתא אמר' להו האי סבתא בדידי הוי עובד' ואסר לי רב נחמן איני והא רב נחמן שרי להו לבי ר"ג שאני בי ר"ג דלא הדרי בהו א"ל רב פפי ואתון לא תסברוה מהא דתני' הרי שהי' רדופה לילך לבית אבי' או שהי' לה כעס בבית בעלה או שהי' בעלה חבוש בבית האסורין או שהלך בעלה למד"ה או שהי' בעלה זקן או חולה או שהיתה עקרה וזקנה איילנות וקטנה והמפלת אחר מיתת בעלה ושאינ' ראוי' לילד כולהון צריכו' להמתין שלשה חדשים דברי ר"מ ר"י מתיר ליארס ולינשא מיד ואמר רב נחמן אמר שמואל הלכה כר"מ בגזרותיו אמרי לי' לאו אדעתי' והלכתא מת. מותר. גמלתו. אסור: ובתו' ד"ה אמר רב נחמן ז"ל אין לפרש דגזרינן מת אטו לא מת ונתנה בנה להניק אטו לא נתנה גומלתו. אטו לא גומלתו. דא"כ היכי שרי רב נחמן לבי ר"ג אלא י"ל דגזרינן במת שמא תהרגנו ונתנ' בנה להניק שמא תחזיר בה גומלתו אטו שמא תגמלנו ועדיין הוא צריך להניק עכ"ל ע"ש: ומהרש"א הקשה דלמה לא כתבו תו' דגזרינן הא אטו הא וכמו בהבחנה דגזרינן שאינן ראויות לילד אטו ראויות ע"ש: וכבר כתב הרא"ש בזה ז"ל ואפי'

נתנה בנה למניקה או גומלתו אסורה לינשא דחיישינן שמא תמהר לגומלה כדי שתנשא ויסתכן הולד וכן נתנה בנה למניקה חיישינן שמא תחזיר בה המניק' והא דשרי רב נחמן לנשי דבי ר"ג אלמים וחזקי' היו ולא היו רשאו לחזור ודבר ידוע ולא אתי למשרי באשה אחרת אבל שאר נשים אפי' נשבעה המניקת או הדירה ע"ד רבים שלא תחזיר בה אסור דאתי למיחלף באשה אחרת היכא דלא נשבעה כו' והיכא שגומלתו בחיי בעלה נראה שמותרת לינשא דליכא למיגזר מידי ולא גזרינן אטו לא גומלתו בחייו דכי ה"ג לא גזרינן דא"כ היכי שרי לדבי ר"ג לגזור אטו לא נתנ' למניק' אלא לא גזרינן אלא שמא תחזור בה המינקת או שתמהר לגומלו דודאי מינכר בין נתנה למניקה ובין לא נתנה למניקה ובין גומלתו ללא גומלתו וכן משמע הלשון מינקת שמת בעלה שהית' מניקתו כשמת בעלה עכ"ל הרי דלא גזרינן הא אטו הא ומשו' דמינכר נתנה למניק' אלא דגזרינן שמא תחזור והיכא דהדירה ע"ד רבים שפיר גזרינן אטו לא הדירה דכה"ג לא מינכר בין הדירה ללא הדירה:

ס"ק י

אפי' נשבעה המניקה או הדירה ע"ד רבים. ובהגהת מרדכי כתב להקל בדיעבד בנשבעה ע"ד רבים ע"ש ובתשובת מיימוני להלכות אישות סימן כ"ד כתב דהר"ר יעקב התיר בהדירה ע"ד רבים כיון דלא הדרא בי' ה"ל כהאי דר"ג ע"ש גם בשטה מקובצת כתב דנשבעה על דעת רבים לא מיחלף בלא נשבעה דנשבעת אית לי' קלא ע"ש בשם בעלי תוספות ובתשובת מיימוני כתב שם במניקת שהי' לה בעל והבעל יכול להפר נדרה דעינוי נפש הם כו' שמא יפר לה בעל בלחש ע"ש. והא דקרי לה עינוי נפש נראה לפי מ"ש הרמב"ם פכ"א מאישות ז"ל היא אומרת אני את בני והוא אינו רוצה שתניק אשתו כדי שלא תתנוול כו' וכיון דה"ל נוול ה"ל מדברים שיש בהן עינוי נפש. ולכן נראה בפנוי' יש לסמוך בשעת הדחק על המתירין בנשבעה

על דעת רבים: אלא דאכתי תיקשי נהי דאשה הנשבע' ע"ד רבים ודאי לא תחזור ניחוש שמא אם הילד תחזור בה משכירת המניקת: ובשטה מקובצת שם בסוגי' ז"ל שאני דבי ר"ג דלא הדרי בי' שאין המניקה חוזר' בה לאחר שקיבלתו להניק משום אימתם וגם הם אין חוזרין בהם מתוך חשיבתן וליכא למיחש למיתת הבן עכ"ל. וא"כ אי לאו דמשום חשיבתן לא הדרי הוי חיישינן שמא תחזור אם הילד: ולכן נראה דגם אם הילד תשבע שלא תחזור והשבועה יהי' ג"כ על דעת רבים: ואם האשה אם הילד תסלק למינקת כל דמי השכירות או שתתן לה משכון באופן המועיל אפשר דלא מהני דדוקא שבועה אית לי' קלא אבל נתינת המעות אפשר דלית לי' קלא ומחליף באינך לכן נראה שתשבע אם

הילד ג"כ ע"ד רבים וכה"ג אפשר לסמוך בשעת הדחק על הפוסקים המתירין בשבועה ע"ד רבים:

ס"ק יא

ושכרו לו מינקת בחיי בעלה. כתב ב"ש ז"ל כן הוא באשר"י וכתב הב"י אדלעיל קאי שצמקו דדי' או פסק חלבה ושכרו מינקת וכ"כ מוהרש"ל וכן יש קצת גירסות בטור ועיין פרישה. וב"ח מסכים עם הגירס' או שכרו מינקת ולכאורה נראה דלא מהני שכרו מינקת לבד דהא בתשובת הרא"ש הביא דעת הסמ"ג דמתיר אם נתנה למניקה ג' חדשים בחיי בעלה ולא הניקה כלל תוך ג' חדשים והרא"ש מפקפק בהיתר ואיך פסק דמהני שכרו מינקת ולא קבע שום זמן עכ"ל: והמעיין באשר"י בפסקיו נראה דלא כתב שיעור כלל אלא כל שנתנה בנה למניקה בחיי בעלה סגי ע"ש שכתב ז"ל וכן משמע הלשון מינק' שמת בעלה שהיתה מניקתו כשמת בעלה ע"ש ומזה משמע דאפי' יום אחד בחיי בעלה סגי. אלא שכתב אח"כ באשר"י שם ז"ל ומטעם זה נרא' להתי' אשה שדדי' צמקו ואינה רגילה להניק לעולם או שפסק חלבה בחיי בעלה ושכרו לו מינקת בחיי בעלה ומזה נרא' דוקא שפסק חלבה אבל כל שלא פסק חלבה ה"ל בכלל מינקת חבירו כיון דיכולה עדיין להניק. ולכן נראה דבגומלתו מדינא ראוי להתיר אפי' גומלתו אחר מות בעלה אלא דחיישינן שמא תגמלנו בכדי שתהי' רשאה לינשא ויבא הולד לסכנה ע"י מה שתמהר לגמול אבל כיון דגומלתו בחיי בעלה ומוכח דלא לשום כוונת נישואין גומלתו סגי אפי' יום אחד בחיי בעלה אבל כל שלא גומלתו אלא ששכרה מינק' בחיי בעלה כל שלא פסק חלבה וראוי' להניק וגם הולד עדיין צריך הנקה אסור' לינשא עד שיהא פסק חלבה בחיי בעלה כן נראה:

ס"ק יב

או שנתנה בנה למניקה ג' חדשים קודם מיתת בעלה. כתב בח"מ ז"ל משמע אפי' לא פסק חלבה דאל"כ היינו בבא דרישא אבל מדברי הרא"ש משמע שבשלשה חדשים צמקו דדי' וצריך לומר דהכי קאמר כל שפס' חלבה עפ"י סיבה אפי' יום או יומים קודם מיתת בעלה או אפילו שהיא גרמה שפסק דהיינו שלא רצתה להניק משך שלשה חדשים וממילא צמקו דדי' עכ"ל: ומשמע מזה דאם נתנה בנה למינקת בחיי בעלה ג' חדשים ולא צמקו דדי' וכגון שהניקה ולד אחר לתענוג או לכאב הדדים באופן שלא צמקו דדי' עדיין אסורה לינשא אמנם מתשובת הריב"ש אינו נראה כן ז"ל סימן תס"ג ואף הגאונים ז"ל לא התירו אלא בנתנה בנה למניקה בחיי בעלה ולאחר שלשה חדשים מת בעלה דהשת' אינה נקראת מינקת חבירו כיון שיש שלשה חדשים שלא הניקתו ובשלשה חדשים כבר מכיר המינקת האחרת ותפסו להם הגאונים ז"ל ג' חדשים לחומרא שהיא השיעור הגדול

הנאמר בגמ' בהכרת המניקת אבל בפחות מיכן לא התירו עכ"ל ולפי"ז אפי' לא צמקו דדי' וכגון שהניקה ולד אחר מחמת כאב הדדי' או לתענוג כל שלא הניקה בנה שלשה חדשים בחיי בעלה ונתנו למינקת מותרת לינשא. ובתשובת הרא"ש כלל נ"ג סימן ג' ז"ל אמנם חדשת דבר בכתבך כו' שכתבת שלפעמים היתה מניקה לתענוג לבתה באותן שלשה חדשים כו' ומאחר שלא מצינו התרה בגמ' אלא א"כ מת הולד שבאנו לסמוך על הר"מ ז"ל בשם הגאונים צריכין אנו לדקדק בלשונו שכתב אם פירשה מלהניק דמשמע פירשה לגמרי ופסק חלבה ואינה מניקה כלל עכ"ל ולפי מה שכתב הריב"ש דתליא שלשה חדשים בהכרה א"כ דוקא לולדה בעינן שיהי' פירש' לגמרי מלהניק דאם מניקה ולדה לפעמים לא הוי בכלל הכרה כיון דגם היא מניקתה לפעמים אבל אם פירשה להניק ולדה לגמרי שלשה חדשים אלא שמניק' הולד אחר לפעמים לתענוג אפי' לא צמקו דדי' נמי מותרת לינשא ולפי מ"ש הרא"ש בעינן שתהי' פרושה לגמרי מלהניח אפי' לולד אחר בכדי שיהי' צימוק דדים אז היא דמותרת לינשא והיכא דיש צד להקל רשאין לסמוך כה"ג על דברי ריב"ש דאם פירשה להניק ולדה בחיי בעלה שלשה חדשים אפי' היתה מניקה ולד אחר לתענוג ולא צמקו דדי' דמותרת לינש' משו' דכבר מכיר הולד המניקת האחרת וכמ"ש הריב"ש:

סעיף יב

ס"ק יג

ויכתוב לה כתובה אחרת כתב בח"מ ז"ל עיין ב"י מ"ש דכתובה הראשונ' נמחל שעבודה יא פלא פרע לה הכתובה ואין דבריו ברורין עיין בגוף התשובה של הרא"ש דמשמ' דאם תרצ' להחזיק כתוב' הראשונ' בידה עכ"ל: וב"ש כ' ז"ל כתב הב"י אפי' לא פרע לה הכתובה מכל מקום צריך ליתן לה כתובה אחרת משום דהוי שטר שנמחל שעבודה והיינו מסתמ' אמרינן כשהיא לא תבעה הכתובה בעת הגירושין דאז הי' זמן הגבי' מסתמא מחלה הכתובה אבל אם אמרה דרצונה להחזיק הכתובה עד שיחזיר אותה אין צריכה כתובה אחרת וכ"כ בח"מ עכ"ל: ולענ"ד נראה דלא הפסידה הכתובה במה שלא תבעה הכתובה בעת הגירושין וז"ל תשובת הרא"ש ואם תרצה תתבע כתובתה כשאר כל הנשים המתגרשות ואם תרצה לחזור אליו יכולה לומר לא אחזור אא"כ תכתו' לי כתוב' אחר' עכ"ל. ומשמ' דה"ל כמו בשא' נשי' דאפי' אינן תובעין כתובתן בשעת גירושין אחר כמה שנים ובשתיקה לא הוי מוחלת. ונראה דאפי' לא קיבלה כתובתה לאחר גירושין כשנשאה אח"כ צריך לכתו' כתובה אחרת דאסור לשהות עם אשתו בלא כתובה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה וממ"נ אם לא תמחול כתובה הראשונה הרי יושבת עם הבעל

בנשואי שניים בלא כתובה דהא הכתובה הראשונה כבר הוא חוב עליו עבור נישואין הראשונים וכאלו חייב לה בשט"ח ואם תרצה למחול הכתובה בעד נישואי הראשונים ותחזיק הכתובה על נישואין שניים לא מהני מידי דהא כבר נמחל שעבודה ואפי' בתורת תנאי שאם תתאלמן או תתגרש יהי' מחויב הבעל לפרוע כתובה הראשונה דתו אינה קלה בעיניו להוציאה דאם יגרשנה יהי' מחויב לפרוע כתובה הראשונה זה נמי לא מהני כיון שאין לה תורת כתובה בנישואין שניים וכמ"ש תו' כה"ג פ' החובל דף פ"ט ד"ה כל לגבי בעלה ודאי מחלה ז"ל וא"ת נכתוב שטרא בשמי' דאז לא מצי מחלה כו' ותי' ר"י דכיון שאין הכתובה בשם האשה הרי הוא כאלו משהה בלא כתובה ואעפ"י שאינה קלה בעיניו להוציאה ע"ש וה"נ אעפ"י שאינה קלה להוציאה דנימא דמוחלת כתובה ראשונה כשלא תתגרש אבל אם תתגרש או תתאלמן יהי' צריך לפרוע כתובה הראשונה א"כ היא בלא כתובה מנישואין שניים וא"כ אין לך תקנה אחרת רק שיחזור ויכתוב לה כתובה בנישואי שניי' וכדברי הב"י וזה ברור: והרא"ש שכתב ואם תרצה לחזור אליו יכולה לומר לא אחזור עד שתכתוב לי כתובה אחרת נראה דלאו דוקא דלאו ברצונה תליא ואפי' אינ' אומרת לא אחזור עד שתכתוב לי כתובה אחרת נמי צריך לכתוב כתובה אחרת וכמ"ש:

סעיף יד

ס"ק יד

זה שאמרו בגרושה. כתב הרא"ש פ' החולץ ז"ל והיכא דקים לן דמעוברת היא תנשא אלמא תנן לא ישא אדם מעוברת חבירו ומניקת חבירו ומסיק משום דסתם מעוברת למניקה קיימא ודלמא מעברא ומיעכר חלבה וקטלא לי' ומתוך זה הי' אומר ר' שמשון גרוש' מניקת וגרושה מעוברת מותרת להנשא דלא משעבדא להניק עכ"ל ועיין בהגהת אשר"י פ' אעפ"י דס"ל ואעפ"י שאם מכירה כופה ב"ד להניקו מכל מקום אין שעבוד עלי' כל זמן שלא כפו אותה בב"ד ומותרת לינשא ולא דמי לאלמנה מינקה שחייבת להניק את בנה עכ"ל ומזה למדו קצתן דה"ה בצמקו דדי' בחיי בעלה דגם אלמנ' מעוברת מותר לישא כיון דלאו למניקה קיימא וכמו דמתיר ר"ש גרושה מעוברת משום דלאו למניקה קיימא: מיהו נראה דעכ"פ צריכה להמתין שלשה חדשים דהבחנה ואע"ג דהוכר עוברה כיון דאפי' הפילה צריכה להמתין ימי הבחנה ובתשובת הרא"ש כלל נ"ג ראובן בא על נערה ונתעבר' והודו שניהם שממנו נתעבר' ואח"כ נתקדשה לשמעון ונראה לב"ד שתנשא לראובן כיון שהיתה מעוברת ממנו והם מסופקים אם צריכה להמתין ג' חדשים כיון שנתן לה שמעון גט או דלמא כיון שידוע שהיתה מעוברת מראובן כו' תשובה כו'

וכשמגרשה שמעון צריכה להמתין שלשה חדשים קודם שתנשא לראובן אעפ"י שהיתה מעוברת מראובן לא פלוג חכמים בענין הבחנה אפי' קטנה זקינה ואיילנות ואפי' שלח לה בעלה גט ממד"ה כולן צריכות להמתין שלשה חדשים עכ"ל:

ס"ק טו

דהא אי בעי' לא תניק לי' כלל ובתשובת נ"ב ז"ל הנה זה לי שנים רבו' הקשיתי על שטת ר"ש הזקן שחולה הטעם בשעבוד ומתוך כך מתיר גרושה והרי לב"ש שום אשה אינה משועבדת להניק כלל וכדאי' כתוב' דף נ"ט והרי בדף ס על מה דפליגי ר' מאיר ור' יוסי במניקה שמת בעלה הרי זו לא תתארס ולא תנשא עד כ"ד חודש ור"י אומר שמנה עשר חודש א"ר נתן בר יוסף הן הן דברי ב"ש הן הן דברי ב"ה שב"ש אומרים כ"ד חודש וב"ה אומרים שמנה עשר חודש ודוחק לומר דב"ש אומרים כ"ד חודש היינו לענין זמן היניקה כו' שהרי על שניקה שמת בעלה קאמר הן הן דברי ב"ש ועוד דא"כ ה"ל לר"נ בר יוסף לומר הן הן דברי ב"ש על משנה דגיטין דף ע"ה כמה היא מניקתו ב' שנים ר"י אומר ח"י חודש ה"ל למימר התם הן הן דברי ב"ש אלא ודאי דגם ב"ש וב"ה במניקה שמת בעלה פליגי וא"כ קשה לב"ש למה אסורה לינש' והא לא משעבדא לי' כלל כו' ומתוך קושיא זו הוכחתי דע"כ לא התיר ר"ש הזקן אלא בגרושה דאיכא אב אבל באלמנה דליכא אב מודה ר"ש הזקן שאין חילוק בין משעבדא ללא משעבדא עכ"ל: ועיין שטה מקובצת שם בדף ס' ז"ל ואפשר דר' נתן ורשב"ג בפירושא דב"ש וב"ש וב"ה פליגי דודאי ר"מ ור"י פליגי לענין נישואין דר' מאיר קאמר בהדיא לא תיארס ולא תנשא עד כ"ד חודש ור"י סובר עד י"ח חודש ומיהו בדברי ב"ש וב"ה איכ' לפרושי דהכי קאמרי ב"ש כ"ד חודש פי' שיעור היניקה כ"ד חודש ומיהו אין צריך להמתין מהלנשא כי אם כ"א חודש וב"ה סברי שיעור היניק' י"ח חוד' מיהו אינה צריכ' להמתין מלהנש' אלא עד ט"ו חודש אי נמי איכ' לפרושי דב"ש וב"ה בשיעור הנישואין נמי פליגי ר' נתן סבר כי היכ' דפליגי ר"מ ור"י בשיעור הנישואין וכדתני להדי' הרי זו לא תנש' כו' ה"נ פליגי ב"ש וב"ה דהן הן דברי ב"ש הן הן דברי ב"ה ורשב"ג סובר דב"ש וב"ה בשיעור היניקה פליגי ולדברי האומר כ"ד חודש מותרת לינשא בכ"א חודש ולדברי האומר י"ח חודש מותרת לינשא בט"ו חודש מהא דא"ל אביי לאריסימן דבעי ליארס בט"ו חודש מדר' מאיר ור"י הלכה כר"י היינו לומר דשיעור היניקה אינו אלא י"ח חודש ועיק' סמיכותי' מדמר עוקב' דאמ' לי התיר ר' חנינא ליש' לאחר ט"ו חודש עכ"ל. ומבואר דלרשב"ג ודאי עיקר פלוגתי' דב"ש וב"ה אינו אלא בשיעור יניקה וסבר דלנישואין בצרי לה שלשה חדשים לכל חד כדאית לי' ור' נתן נמי מודה דעיקר פלוגת' דב"ש וב"ה בשיעור יניקה אלא דר' נתן לא

סביר' לי' הך פחת דג' חדשי' וס"ל דכי היכ' דפליגי בשיעו' יניקה ה"נ לענין נישואין ולדברי ב"ש כ"ד חודש והיינו לדידן דאלמנה משעבדא ולב"ה י"ח חודש. והא דאמר אביי לאריס' דבעי ליארס מהאי דר' מאיר ור' יהודה דהלכ' כר"י ומנלן דסובר ר' יהודא שיעור יניקה י"ח חודש ודלמא הוא לבתר שיעורא דעכירת חלבה וה"ל שיעור יניקה כ"א חודש כיון דר"י לענין נישואין קאמר משום דבהדיא מצינו לר' יהודה שיעור יניקה י"ח חודש בפ' מי שאחזו דף ע"ה דר' מאיר ס"ל ע"מ שתניקי את בני היינו שתי שנים ור"י ס"ל י"ח חודש ע"ש

ס"ק טז

לא תניק לי' כלל ואפי' בשכר כתב ב"ש ז"ל הנה באלמנה נמי משכח' לה דאינה חייבת להניק היינו כשהיא עשירה או היכ' דאין לה מזונת ולפי"ז י"ל גם אלמנה מותרת להנשא כו' וכן פסק בתשובת אמונת שמואל ויסוד בנין שלו שסמך על הר"ש הזקן דס"ל גרושה מותרת להנש' משום דאין חייבת להניק אבל אין נ"ל להקל דהא לא כתבו הפוסקים היתר זה אלא בגרושה ולא באלמנה וע"כ הטעם משום דגרושה לעול' היא פטורה להניק א"כ אינה בכלל מניקה אבל אלמנה דלפעמים חייבת אז היא בכלל מניקה כו' ולכאורה יש להביא ראי' מש"ס אפי' אלמנה עשירה אסורה דהא בי ר"ג התירו חז"ל משום דהם מפורסמי' ובודאי בי ר"ג עשירים היו ומכל מקום מחמת עושרם אסורין וא"ל דמיירי אלמנה מאחר ובאה לינשא לר"ג מש"ה צריך שם הטעם בי ר"ג מפורסמי' דהא רש"י פי' שם כשהי' שם בר"ג אלמנ' מניקה משמע שהי' נשי ר"ג עכ"ל. והנה לכאורה כיון דמש"ס לאו ראי' דאי' למימר אלמנ' מאחר וכמ"ש ב"ש ונשאת לר"ג ומדברי רש"י נמי לאו ראי' דאפשר דרש"י אינו סובר כשטת ר"ש הזקן אבל לשטת ר"ש הזקן אי' למימר דכשם שגרושה מותרת משום דלא משעבדא ה"נ אלמנה עשירה לא משעבדא והש"ס מיירי מאלמנ' מאחר ונשאת לר"ג מיהו נראה דברי רש"י מוכרחין והוא דכתב הרא"ש בתשובה כלל נ"ג ז"ל ומה שהתי' ר"נ לדבי ר"ג היינו אם אחת מדבי ר"ג שכרה מינקת כו' אבל אם איש א' מדבי ר"ג נתן עיניו במניקת דעלמא לישאנה ושכר מינקת לבנה בזה לא התיר ר"נ וטעם נכון יש לחלק כי כשהאשה היא מדבי ר"ג אם ימות הוא מדבי ר"ג לא הדרא בה המניקת אבל אם א' נשא מינקת דעלמא לא תירא כל כך המינקת כיון שהילד אינו מדבי ר"ג ואולי תחזור בה דאי לא תימ' הכי הפקעת תקנת חכמים כל אשה מינקת תבק' לא' מדבי ר"ג שישכיר לה מינקת אלא ודאי רב נחמן לא התיר אלא לנשים מניקות של ר"ג עכ"ל ולזה הוכרח רש"י לפרש כשהי' בהם בדבי ר"ג אלמנה מינקת וא"כ ראיית הב"ש נכונה. ובעיקר דברי אמונת שמואל שהעלה דבעשירה דלא משתעבדא ה"ל דין גרושה

דמותרת לדעת ר"ש הזקן ולענ"ד דביניקה אין חילוק בין עשירה לעניה ומשום דכל זמן שהבעל חי והכניסה לו כדי לקנות שפחה או לשכור שפחה וכמבואר בש"ע סימן פ' סעיף ט' היא אומרת ראוי הוא לקנו' או לשכור שפחה ע"ש. וכיון דפטורה ממלאכות וה"ה מיניקה לא משעבדא לי' אבל כשמת בעל ומחויבין היורשין להחזיר לאלמנה כל נכסי' ונדוני' שלה ואפי' אם עדיין לא גבתה אינו אלא חוב ביד היורשין וא"כ כל זמן שניזונת ודאי מחייבה במעשה ידי' ליורשי' והנקה בכלל מעשה ידיה. ובר"פ אלמנה ניזונת בהא דתנן אלמנה ניזונת מנכסי יתומים מעשה ידי' שלהן איבעי' להו ניזונת תנן או הניזונת תנן ניזונת תנן וכאנשי גליל ולא סגי דלא יהבי לה או דלמא הניזונת תנן וכאנשי יהודא ואי בעו לא יהבי לה ומסקי' ניזונת תנן וכתבו תו' דהכי פירושא ניזונת תנן וכאנשי גליל שהיא ניזונת על כרחין של יתומים והלכך מעשה ידי' שלהן אבל לאנשי יהוד' שמדעתם ניזונת ויכולין לסלקה אין מעשה ידי' שלהן או הניזונת תנן וכאנשי יהודה דאפי' לאנשי יהודה דאי בעו לא יהבי לה אפ"ה מעשה ידי' שלהן ע"ש וכיון דמסקי' ניזונת תנן ממילא מבואר דלאנשי יהודא כיון דיכולין לסלקה אין מעשה ידי' ליורשין וא"כ תיקשי לרב דס"ל כאנשי יהודה בפרק נערה דף נ"ד ולדידי' אלמנה לא משעבדא ליורשין להנקה ורב ושמואל דאמרו תרווייהו צריכה להמתין כ"ד חודש פ' אע"פ דף ס'. ונראה דרב ס"ל דהניזונית תנן וכ"כ בחידושי מוהרי"ט ע"ש לשטת רש"י ז"ל דלהכי מבעי' לי' אי ניזונית תנן קשיא לרב ע"ש גם בחידושי פני יושע כתב ר"פ אלמנה ניזונית ע"ש בשטת רש"י דבהא גופה פליגי רב ושמואל אי ניזונית תנן או הניזונות תנן ע"ש והא דפשיט שם מדשמואל דהניזונת תנן וכאנשי יהודא ושמואל גופי' ס"ל הלכה כאנשי גליל כבר כתב בשטה מקובצת שם דהוי ס"ד דשמואל חזר בו עד דדחי לי' ע"ש וכיון דרב ס"ל דהניזונית תנן א"כ ממילא משעבד' אפילו לאנשי יהודא. אלא דלפי"ז לדידן דקי"ל כשמואל וכאנשי גליל ונזונית תנן וא"כ לאנשי יהודא אין מעשה ידי' ליורשין ועכשיו דנהיגין כאנשי יהודא ומשום דיכולין לתקן כל ב"ד במקומן שהיתומים יכולין לסלקה בכל עת שירצו וכמבואר בסימן צ"ב סעיף ג' ע"ש וא"כ עכשיו אין מעשה ידי' ליורשין וכבר כתב הב"ח בסימן צ"ה דהיכא דיש תקנה לעשות כאנשי יהודא אין מעשה ידי' שלהן וכן כתב הב"ש בסימן צ"ה ע"ש וא"כ האידנ' דלא משעבד' להנקה אפי' עניה ולא משכחת עכשיו איסור מינקת לדברי שו"ת אמונת שמואל ע"ש בתשובה הנ"ל תשובת הגאון מוהר"ש לוצאטו שכתב ליישב מה שהקשה ר"ת על ר"ש הזקן ז"ל ועוד דאלמנה לא משתעבד' מכי תבעה כתובה או להנשא וע"ש שכתב דשאני אלמנה דבדידה תלי' הפקעת השעבוד ומשום שלא תניק תובעת כתובתה וכן מ"ש הרא"ש טענה אחרת נגד

השר שתאמר איני ניזונית ואינה עושה גם זה בדידה תלי' מלת' משא"כ במגורשת עכ"ל ע"ש ולפי מ"ש א"כ האידנ' כל האלמנות דינה כמגורשת דעכשיו אין מעשה ידי' ליורשין. ואין לומר כיון דמדינ' קי"ל כאנשי גליל ומעשה ידי' ליורשין ומשעבד' להנקה ומה"ט מניקה אסורה לינשא מש"ה אפי' עכשיו מינקת אסירה דכל דבר שנאסר במנין צריך מנין אחר להתירו אע"ג דהטעם בטל האיסור במקומו דכיון דגם כשהי' הדבר באיסור היו העשירות מותר' לינש' לדברי שו"ת הנ"ל משום דלא משעבדא ועכשיו כולן דין עשירות להם לא שייך בזה משום דבר שנאסר במנין. מיהו לפי מה שמבואר לפנינו בסימן צ"ה סק"א דגם האידנא מעשה ידי' ליורשין ודלא כב"ש ע"ש א"כ א"ש דגם האידנא עניות אסורות לינשא. שוב ראיתי בס' הפלאה להרב הגאון בעה"מ שם בחידושיו הקשה לדעת הר"ש הזקן דהיכא דלא משעבדא לית בה דין מינקת דא"כ לרב דס"ל כאנשי יהודא דלעולם לא משעבדא להנקה לפי מ"ש תו' ר"פ אלמנה ניזונת והיכי קאמר רב צריכ' להמתין כ"ד חודש ובחידושי הגאון הנ"ל לש"ע סימן צ"ג כתב ליישב לפי מ"ש הב"ח סימן צ"ג דכל היכ' דאסורה לינש' מחמתו יש לה מזונת בע"כ ולכן אסורה לינשא כדי שיוכרחו היורשין ליתן לה מזונת ומעשה ידי' שלהן דהיינו הנקה ע"ש. ואינו נראה דכיון דדעת הר"ש הזקן הסיבה דאסרו מינקת היינו משום דמשעבדא לי' להנקה ומש"ה התי' בגרושה ואיך יהי' מן המסובב סיבה דכיון דלאנשי יהודא לא משעבדא להנקה למה יאסרו אותה לינשא. אלא דקושיא מעיקר'

ליתי דלרב דס"ל כאנשי יהוד' ס"ל דגרסי במשנתינו הניזונית וכמ"ש. גם ראיתי שם בס' הפלאה בחידושיו פ' מציאת האשה מעין הדברים שכתבנו בהני דר"ג דאע"ג דעשירים היו משום דגבי יורשין לא מהני הנדוניא כיון דחייבין להחזיר תיכף אחר מות אביהם וכיון דאסורה לינשא תתבע את הנדוניא מיורשין וע"ש. ואינו צריך לזה שתתבע את הנדוניא דגם אם לא תתבע הנדוניא כיון דאחר מות בעלה הגיע זמן פרעון הנדוניא ה"ל כמו שאר חוב שיש לה ביד היורשין וא"כ מעשה ידי' ליורשין ודברי המחבר הנ"ל אינו מוכרח דמ"ש כיון דאסרוה לינשא תתבע את הנדוניא מיורשין ומעשה ידי' ליורשין ע"ש דאדרבה אי תיאסר אות' לינשא לא תתבע את היורשין בכדי שלא יהי' מעשה ידי' ליורשין ואז תהיה מותרת לינשא ואחר הנישואין תתבע את היורשין הנדוניא אלא דלאו בתביעה תליא מלתא ומשום דדוקא לגבי בעל כשהוא חי לא משעבדא ליה ליניקה כיון דבעל אוכל פירות מדינא בנכסי אשתו ויש לה נדוניא גדולה מש"ה פטורה מהנקה אבל כשמת בעלה דיורשין מחויבין להחזיר אין לה דין עשירה לגבי יורשין כיון דהמה מחויבין מדינא להחזיר לה גם כשתניח את הנדוניא ביד היורשין לא מהני לה מידי כיון

דאינו אלא כמו חוב ביד היורשין שהגיע זמנו לפרוע וזה פשוט וברור עוד שם כתב בס' הנ"ל בכוונת ב"ש שהקשה מהנך דר"ג דעשירים וכתב לפרש שבעליהן עשירים היו ועולה עמו ואינה יורדת אפילו לאחר מיתה ע"ש. ולענ"ד נראה דלא אמרו עולה עמו ואינה יורדת אלא במה שבינה לבין בעלה כמו קבורה דעל הבעל לקובר' צריך לקוברה לפי כבודו דעולה עמו אפי' לאחר מיתה וכן במזונת אלמנה כיון דהוא חוב על הבעל ובתנאי כתובה נשתעבד מחיים אלא דזמן פרעון לאחר מותו וכמ"ש הרב המגיד בפי"ח מהל' אישות ע"ש ומש"ה גם לאחר מותו כיון דחוב מזונות על הבעל צריכין ליתן לה מזונו' לפי כבוד הבעל וכמ"ש בש"ע סימן צ"ד דאם כבוד בעלה גדול נותנין לה מזונ' וכסות לפי כבודו אבל מעש' ידי' דליורשין תקנו לא שייך לומר גבי יורשין בעלייתו של בעל ובמה שאביהם עשיר ואע"ג דיורשין למזונות במקום בעל ועמ"ש בסימן צ"ה סק"א היינו לענין מזונת שמחויבים אבל אם הבעל עני אע"ג דיורשין עשירין הוי אינם צריכין ליתן מזונות לפי כבוד עשרם דבזה לאו בעל נינהו וה"נ לענין מעשה ידי' דיורשין לא מפסדי במה שבעל עשיר הי' אלא דכל שניזונית מיורשין תקנת חכמים שמעשה ידי' ליורשין ואע"ג דב"ש כתב בסימן צ"ה סק"ב ז"ל מעשה ידי' שלהן עיין סימן פ' בענין מלאכות שלה תליא הכל בעושרו וכן אם היא פטור' לעשות מלאכה לבעלה פטורה לעשות ליורשין ע"ש ואינו מוכרת די"ל דגבי בעלה אמרי' בעלייתו של בעל וכן אפי' לאחר מות בעל מה שמגי' מן הבעל ונג' הבעל דהיינו מזונת שחייב בעלה ואמרינן דנותנין לה מזונת לפי כבוד עושרו בחייו אבל מה שתיקנו חכמים ליורשין שיהי' מעשה ידי' שלהן עבור מזונת לית בהו משום עלייתו של בעל ועשירות שלה אינו מועיל לגבי יורשין כיון דאחר מות בעלה מחויבין לסלק לה הכל ואינו אלא כמו חוב וכמ"ש זה הנראה לענ"ד ודו"ק:

ס"ק יז

ומשמע מדבריו דה"ה לגרושה כתב בסמ"ג עשין נ' ז"ל הרב ר"ש מפאלאיזא הי' אומר דגרושה מניקה מותרת לינשא בתוך זמן הזה מפני שאנו אומרים בפ' אעפ"י נתגרשה אינו כופה להניק ולא הודה לו ר"ת לחלק בדבר מפני שבמקום שמכירה כופה להניק וגם בשאלתות פוסק דל"ש גרושה ול"ש אלמנה עכ"ל. ולכאורה משמע דלא פליג ר"ת אלא במכירה וכן הבין מוהר"י מינץ ע"ש אבל מדברי תו' והרא"ש מבואר דר"ת ס"ל דאין חילוק כלל בין אלמנה לגרושה וכמ"ש תו' בשם ר"ת דאלמנה נמי אינה משועבד' כשאומרת איני ניזנת ואיני עושה או כשרוצית לינשא ע"ש ובאלמנה ודאי אפי' אינה מכירה דהא אפי' מעוברת אסורה מה"ט דלמניקה קיימא ואע"ג דאינה מכירה לעולם

וא"כ ה"ה גרושה אפי' אינה מכירה וגם בסיום דברי הסמ"ג שכתב וגם בשאלתות פוסק דל"ש גרושה ל"ש אלמנה מבואר דגרושה ואלמנה שוין ובאלמנה ודאי אפי' אינה מכירה לא תנשא עד כ"ד חודש ולפי מ"ש מוהרש"א בטעמא דר"ת דאוסר בגרושה אע"ג דלא משעבדא דגזר אטו מכירה ע"ש אפשר לפרש בכוונת ר"ת שהובא בסמ"ג דלא הודה לו לחלק בדבר מפני שבמקום שמכירה כופין אותה להניק גזרינן אינה מכירה אטו מכירה והר"ר שמשון נראה דסובר דבגרושה אפי' מכיר' אע"ג דכופין אותה להניק משום סכנת הולד כיון דלאו בתורת שעבוד הוא מותרת לינשא וכמ"ש בהגהת אשר"י ע"ש א"כ לא שייך למיגזר אטו מכירה כיון דמכירה נמי לא מיתסרה. אך קשה דאי נימא דגזרינן אטו מכירה א"כ היכי לא שרי רב נחמן להני דבי ר"ג כיון דבי ר"ג נמי כל שמכירה אסור וכמ"ש הרב המגיד פרק י"א מגירושין ז"ל וכתב הרשב"א בתשוב' דאפי' לר"ג כל זמן שהניקתו האם עד שמכירה לא תנשא אלא כופין אותו ומניקתו מפני סכנת הולד עכ"ל. ואין לומר דשאני דבי ר"ג דלא גזרינן בהו הא אטו הא משום דענינם נודע ומפורסם וכמו שיבואר לפנינו בשם הריב"ש דהתם היינו שענינם נודע ומפורסם בנתנתו למינקת אבל זה שיתפרסם אם הולד מכיר' או לא דבזה צריך בדיקה אם מכירה ולא יתכן בזה פרסום וא"כ אפי' נתנתו למינקת נגזור אטו מכירה. ונראה לפי מ"ש בשטה מקובצת ז"ל ואם הי' מכירה פי' המורה שאינו רוצה לינק מאשה אחרת ע"ש. ולפי"ז כיון דהא דנתנתו למינקת בהני דבי ר"ג עיקר ההיתר הוא משום דידוע ומפורסם ענינם וכמ"ש הריב"ש בסימן תס"ב ז"ל ואף אם נאמר דאי' לדרב נחמן דשרי לבני ר"ג היינו משום דהני דבי ר"ג היו מפורסמים באלמות והי' ענינם נודע לכל ישראל ואין לגזור בהו אטו אחריני' וה"ל כמת עכ"ל וכיון דנודע ומפורסם ענינם שנתנו למניקה אחרת תו לא הוי מכירה כיון דקיבל הולד מינקת אחרת ובאשה דעלמא אפי' נתנו למניק' אחרת וה"ל אינה מכירה כיון דאין הענין נודע שנתנתה למניקה אחרת וגזרינן הא אטו הא. מיהו מדברי הרא"ש משמע דלא מיחלף נתנתו למינקת אטו אינה נותנה למינקת משום דמינכר בין נתנה למניקה ע"ש שכתב דבנתנה למניקה הטעם דאסור משום דחיישינן דלמא הדרא בה ובגומלתו נמי מינכ' אלא משום דגזרינן שמא תמהר לגומלו קודם הזמ' אבל לא גזרינן הא אטו הא ע"ש. ודברינו נכונים למ"ש הריב"ש דשפיר גזרינן הא אטו הא ובדבי ר"ג משום דענינם מפורסם א"כ ניחא דלא גזרינן אטו מכירה אע"ג דמכירה אין בו משום פרסום כיון דצריך בדיקה מיהו כיון דנודע שנתנו למניקה ה"ל ידוע שאינה מכירה וכמ"ש. אמנם בשטה מקובצת כתב על פי' המורה ז"ל ואינו נ"ל דא"כ אמאי בעי עד כמה ופליגי אמוראי בשיעורא כל שנראה שאינה רוצה לינק מאש' אחרת אזי נכוף אותה ועוד

האי דאותבי' בדרא דנשי מה צורך בבדיקה נרא' אם יונק מאשה אחרת מש"ה נראה לי שאעפ"י שהוא יונק אם הוא מכיר את אמו כופין אותה שכיון שהוא מכירה אם תניחנ' תיקש' לו פריש' אמו ומסתכן כו' ואלו כפי' המורה כיון שלא הי' יונק מאשה אחרת מה לו לומר הוי קא מסוי לאפה אלא ודאי יונק הי' מהם ואפ"ה מפני שהי' מכיר את אמו כפו אותה והלשון מוכיח דקאמר אם הי' מכירה ולא קאמר אם לא הי' יונק אלא ממנה ר' ישעי' מטראני ז"ל עכ"ל. ולפי"ז הדרא קושיין לדוכת' דגם בדבי ר"ג ונתנתו למניקה נגזור אטו מכירה:

ס"ק יח

דדוקא שהניקתו קודם שנתגרשה עד שהכירה. והוא דעת הרשב"א להתיר בגרוש' כיון דלא משעבדא ואין איסור בגרושה אלא בהניקתו קודם שנתגרשה עד שהכירה. ומשמע מדברי הרשב"א דאם הניקתו אחר שנתגרשה עד שהכירה כיון דבתחלה לא משעבדא כלל ה"ל כאשה דעלמא שהניקה עד שהכירה דאין כופין אותה ודוקא שהניקתו קודם שנתגרשה דאז הי' משעבד' לי' להניק והניק' מתוך שעבוד' עד שהכיר' ומש"ה אפי' נתגרש' אחר שהכירה כיון דכבר משעבדא והכירה הי' מתוך שעבודה הוא דכופין אותו אבל אם הניקתו אחר שנתגרשה עד שהכירה כיון דמעולם לא משעבד' אינה נכנסת בשעבוד במה שמכירה. וניחא בזה הא דכ' הרמ"א סימן פ"ב ז"ל וי"א דאפי' אשה אחרת שהניקה ולד עד שמכירה כופין אותה ומניקתו בשכר מפני סכנת הולד ע"ש ולכאורה ליכא מאן דפליג בהדיא בזה. ולפי מ"ש מוכח מדברי הרשב"א דבאשה דעלמא אין כופין אלא דוקא במכירה מתוך שעבודה:

סימן טו

סעיף א

ס"ק א

ואותן שהן מדרבנן קידושין תופסין. כתב בח"מ ז"ל הרב רמ"א נסתפק בד"מ בערוה דרבנן אם קידש אחד את הערוה לו מדרבנן ואח"כ קידשה עוד אח' אם צריכה גט משני וספק זה יש להסתפק ג"כ בחייבי לאוין דקי"ל קידושין תופסין אם קידשה השני אם צריכה מדרבנן גט ע"ש. וב"ש כתב עלה ז"ל ולא ראיתי שם ספק בדבריו אלא משמע דס"ל בפשיטות דתופסין קידושין של שניהם גם כתב בח"מ דוקא כשהיא על השני לאו ערוה כלל אבל אם היתה ערוה לשני כמו לראשון לא תפסי קידושין של השני מיהו בסימן מ"ב הבי' הב"י בשם מ"כ אם קידש א' לפני פסולי עדות דרבנן ובא א' וקידש ג"כ

לפני פסולי עדות דרבנן קידושי שניהם תופסין בה וכן פסק שם הב"י חזה נשמע ה"ה אם קידושי שניים ערוה דרבנן תופסין קידושי שניהם כל
שלא גמרו קידושי הראשון אפי' מדרבנן תופסין קידושי שניה' והט"ז הביא ראיה ממ"ש בסימן מ"ד אם קידש חייבי לאוין הרי הם קידושין גמורים משמע דאין תופסין עוד בה קידושין של אחר מיהו ע"כ תופסין קידושי של אחר דאל"כ סותר למ"ש בספרו ב"י בסימן מ"ב הנ"ל עכ"ל. ולפנינו בד"מ כמ"ש בח"מ ז"ל ול"נ דרבינו דקדק בלשונו לומר שאין בני קידושין ר"ל שאין קידושין תופסין בהם כמו באחרים ואף בדבר שהוא מדרבנן אם בא אחר וקידשה צריכ' ממנו גט הרי לך שאינן בני קידושין כמו נשים אחרות כנ"ל ליישב דברי רבינו אבל צ"ע על עיקר הדין אם אמת הוא דאם קידש איסור דרבנן ובא אחר וקידשה אם צריכ' גט מן השני מאחר דאין קידושין דאורייתא אפשר דלא החמירו בו רבנן וצ"ע דהא אפי' בחייבי לאוין קידושין תופסין ולא מצינו דאם קידשה אחר דצריכה הגט משני כ"ש באיסורי דרבנן ולכן הדבר צ"ע עכ"ל. ומדברי ב"ש נראה שלא הי' לפניו בד"מ מ"ש אבל צ"ע. ובעיקר הדין נראה דודאי גם בחייבי לאוין אין קידושין שני כלום כיון דכבר תפסי קידושין ראשון וכ"ש קידושי שניו' מד"ס דתפסי קידושי ראשון ותו אין תופסין קידושי שני ומ"ש ב"ש דע"כ תפסי קידושי אחר דאל"כ סותר למ"ש בספרו ב"י בסימן מ"ב הנ"ל. נראה דוקא בקידש לפני פסולי עדו' דרבנן דהרי מדרבנן קידושי הראשון פסולי' ולהכי מדרבנן תפסי קידושי שני אבל באיסורי דרבנן כמו שניות מדברי סופרים קידושיו תופסין אפי' מדרבנן דהא לא עשאו חכמים את השניות כמו עריות ודוקא חייבי כריתות ב"ד הוא דלא תפסי אבל כל שאינו מחייבי כריתות קידושי תפסי וא"כ שניות מד"ס אפי' מדרבנן קידושיו קידושין אבל פסולי עדות מדבריהם הרי מדרבנן ה"ל כמקדש בלא עדים מש"ה תפסי קידושי שני ודעת הרי"ף הובא בב"י סימן מ"ב במקדש לפני פסולי עדות דרבנן דלא הוי קידושין כלל ומשום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ע"ש. ואלו בקידש ערוה דרבנן לא פליג הרי"ף ומשום דבזה לא שייך כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש דגם לדעת חכמים הוי קידושין דלא גרע מחייבי לאוין וכיון דאינו מחייבי כריתו' וחייבי מיתו' ב"ד קידושין תופסין אלא במקדש לפני פסולי עדות דרבנן בזה הוא דלא הוי קידושין מדרבנן שפסלו עדותן וה"ל כמקדש בלא עדים. ולפ"ז נראה דוקא בקידש לפני פסולי עדות דרבנן ואח"כ קידש בפני עדי' כשרי' בזה הוא דאי' למימר דתפסי קידושי שני כיון דמדרבנן קידושי ראשון הוי כמקדש בלא עדים אבל אם קידש השני ג"כ לפני פסולי עדות דרבנן נרא' דממ"נ לא הוי קידושי שני כלום דאי אזלת בתר דאורייתא א"כ קידושי ראשון תפסי ולא תפסי קידושין של שני ואי אזלת

בתר דבריהם א"כ קידושי שני נמי מדבריהם לאו קידושין. אלא דב"י בסימן מ"ב כתב בשם מ"כ על מעשה שהי' באשה שנתקדשה לראובן בפני עדים שהם קרובים ואח"כ הלכה ונתקדשה לשמעון בפני עדי קרובים ופסקו החכמי' שאלו ואלו אינם קידושין והתירוה לעלמא והלכה ונשאת לאחר ואח"כ עמד א' וערער על הוראת החכמים לפי שהקרובי' היו ע"י אישו' והם פסולי עדו' דרבנן וצריכה גט והקידושין שניהם שניים חלים אעפ"י שהעדים היו קרובים כיון שהקידושין הראשונים לא היו בעדים כשרים והחכמים דחו דבריו והסכים הר' יהודה בן הרא"ש על ידם מפני שרבים חולקין עליו וסוברים שקורבת אישות הוא מן התורה ועוד שהרי"ף כתב בתשובה שהמקדש בפסולי עדות דרבנן אין חוששין לקידושיו עכ"ל ול"נ לסמוך על זה היכא דכבר נשאת אבל אם לא נשאת עדיין הדין עם החולק להצריכה גט משניהם כדברי הרמב"ם ז"ל עכ"ל. וטעמא לא ידענא דהא כיון דקידושי שניים ג"כ היו בפני קרובי דרבנן א"כ ממ"נ לא תפסי קידושי שניים וכמ"ש וצ"ע:

סימן טז

סעיף א

ס"ק א

שבעל כותית דרך אישות והוא דעת הרמב"ם וס"ל כלישנא קמא דרבא דלא תתחתן בגיותן וגם פסק כר' שמעון דכל האומות בכלל: וכתב הב"י ז"ל הרמב"ם פסק בהא כר' שמעון דאמרינן ס"פ האומר דף ס"ח נכרית דולדה כמוה מנ"ל א"ר יוחנן משום רשב"י דאמר קרא כי יסיר את בנך מאחרי כו' ההוא בשבעה אומות כתיב שאר אומות מנ"ל אמר קרא כי יסיר לרבות כל המסירים הניחא לר"ש דדריש טעמא דקרא אלא לרבנן מ"ט כו' ומדחזינן דסתמא דתלמודא כר"ש אלמא הלכת' כוותיה וכיון דדרשינן טעמא דקרא אית לן למימר דלא אסרה תורה להתחתן משום כי יסיר אלא בגיותן דבני הסרה נינהו אבל בגירותן דלאו בני הסרה נינהו לא והא דאמרינן בפ' הערל דף ע' בגיותן לית להו חתנות נתגיירו אי' להו חתנות אליבי' דרבנן קאמר אבל לר"ש הוי איפכא דלא תתחתן אלא בגיותן דוקא ואפי' תימא דאליבי' דכ"ע אמר הכי לא קי"ל כמסקנא דרבא אלא כדהוה ס"ד מעיקרא דלא נאמר לא תתחתן אלא בגיותן דוקא משום דסוגיין דתלמודא סבר הכי דבקידושין ס"פ האומר קאמר נכרית דולדה כמוה מנ"ל אמר קרא לא תתחתן ע"ש. וכבר כתבו בתו' שם ד"ה אמר קרא לא תתחתן דמסיפה דקרא דריש דכתיב בתך לא תתן לבנו ע"ש: ונראה כיון דהרמב"ם פסק כר' שמעון דס"ל כי יסיר לרבות כל המסירין

ואי נימא דלא תתחתן קאי בגירותן תו לא מצינו למימר לרבות כל המסירין דא"כ לא משכחת גר שראוי לבא בישראל. ולשטת תו' צריך לומר דלא תתחתן לא קאי אלא על שבע' אומו' ובגירותן וסיפ' דקר' בתך לא תתן לבנו דזה מיירי בגיותן ובזה הוא דרבי לר"ש כל המסירין והרמב"ם ס"ל דכולהו קראי מיירי בחד גווני ולא תתחתן ובתך לא תתן לבנו מיירי בגיותן ושפיר מתרבי כל המסירין: ובשער המלך ז"ל פ' האומר דף ס"ח דאמרינן התם הניחא לר"ש דדריש טעמא דקרא ופי' רש"י ז"ל וה"נ דריש טעמא דחיתון משום כי יסיר ולא איצטרך קרא לפרושי טעמא ואייתר לן כי יסיר לרבות כל המסירין והר"ן ז"ל פי' בפי' ההלכות הסוגיא באופן אחר וכ' ז"ל דדריש טעמא דקרא כו' וה"נ דריש טעמא דקרא דכיון דטעמא דלא תתחתן משום כי יסיר הוא גמור מיני' כל המסירין מאחרי המקום עכ"ל ומוהר"ש יפה פ' בראשית הקשה על רש"י ז"ל אמאי לא פי' כפי' הר"ן דמשמ' הכי ריהט' דסוגיא טפי וע"ש בזה פלפול ארוך: ונראה דהתם בסוגיא פ' האומ' ולדה כמותה מנלן כו' דאמר קרא כי יסימן את בנך מאחרי בנך הבא מישראלית קרוי בנך ואין בנך הבא מן הנכרית קרוי בנך אלא בנה ע"ש. ופי' רש"י ואין בנך הבא מכותית קרוי בנך מרלא כתיב נמי כי תסיר את בנך וע"ש דמפרש להאי בנך דהיינו בן בתך וכיון דפירושא דקרא כי יסיר את בנך היינו בן בתך ומשו' דבתר אימי' שדינן לי' וה"ל ישראל גמו' והוא יסור אותי ולא קאי על בתו לא תקח לבנך דבזה ליכא טעמא דהסרה וא"כ מנ"ל נכרית בשאר אומות לזה הוכרח רש"י לפרש דמיתורא קא דריש לרבות שאר המסירים ובזה אתרבי נמי נכרית דאיכא הסרה בשעה ראשונה וכמ"ש הר"ן ס"פ האומר ז"ל מדלא כתיב כי תסיר את בנך דמשמע נמי דקפיד נמי בבתו לא תקח לבנך משום כי תסיר את הבן הנולד לה מבנך אלמא בן הכותי אינו קרוי בנך אלא בנה והלכך בנה ליכא משום הסרה וכל האיסור בשעה ראשונה נעשה שהוא מוציא זרעו מכנפי שכינה אבל אחר שנולד אין הסרתו כלום שכותי גמו' הוא עכ"ל וע"ש. וזאת ההסרה אינו נכתב בקרא וגבי נכרית ליכא טעמא דקרא כיון דלא כתיב בתורה רק כי יסיר את בנך ומש"ה הוכרח לפרש מיתורא דקרא לרבות כל המסירון ובזה אתרבי נמי נכרית אע"ג דאין בזה משום הסרת בנו דהולד כמותה אית בי' משום הסרה דהיינו הסרת זרעו משעה ראשונה וכמ"ש הר"ן דזה לא נכתב בקרא: ובשער המלך שם כתב שהכריחו לרש"י לפרש כן מכח ההיא דאמרו פרק המקבל דף קט"ו דהיכא דמפרש טעמא דקרא אפי' ר"י מודה דדריש טעמא דקרא וא"כ מאי פריך הכא בגמרא הניחא לר"ש אלא לרבנן כו' הא אפי' רבנן מודי הכא דדרשינן טעמ' דקרא ואדרבה על הר"ן יש לתמוה מה יענה לקושיא זו ע"ש ולפי מ"ש בשטת רש"י ניחא נמי דפריך הניחא לר"ש ומשום דאע"ג

דמפרש טעמא בקרא אינו אלא בבתך לא תתן לבנו אבל בבתו לא תקח לבנך ליכא טעמא בקרא ומשום דבנכרית ליכא משום הסרה דבבנו ובתו גופיי' ליכא משום הסרה וכמ"ש בחידושי ריטב"א דבנו ובתו שגדלו בתורה ובמצות קשים הם לפרוש ואינן ניסתין וליכא למיח' אלא לקטנים ע"ש וא"כ שפיר מקשי נכרית מנלן הניחא לר"ש דס"ל היכא דאית יתורא ילפינן לרבות כל המסירין ואתרבי נמי נכרית בשאר אומות ומשום הסתת זרעו בשעת מעשה אבל לרבנן מאי אי' למימר: ובזה ניחא ליישב קושיות תו' ביבמות דף ט"ז ד"ה קסבר כותי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר ז"ל וא"ת בשלמא מעבד הוי ממזר דבעבד איכא לאו אלא מכותי אמאי הוי ממזר ב"ד של שם גזרו ומדאוריית' ביאת היתר הוא ע"ש ולפי מ"ש דבנכרי ועבד הבא על בת ישראל גם לרבנן דלא דרשו טעמא דקרא מודו רבנן היכא דמפורש טעמא ומש"ה בבתך לא תתן לבנו דמפורש טעמא בקרא משום כי יסיר את בנך והוא בן בתך דהוי כבנך א"כ ה"ה שאר אומות המסירין אבל נכרית דלא מפורש טעמא בקרא דהא אינו מפורש רק כי יסיר את בנך ובנכרית לא שייך כי יסיר את בנך כיון דה"ל כותי גמור ומש"ה בנכרית אינו

אלא מגזירת ב"ד של שם: והר"ן בחידושיו פ' בן סורר ומורה דף ע"ד גבי אסתר פרהסיא הוי ז"ל ואע"ג דישראל הבא על הכותית איכא כרת כו' מכל מקום בכותי הבא על בת ישראל לא שמענו שיהי' בה כרת ודין הוא דישראלית הנבעלת לכותי בנה נמשך אחרי' ויהי' ישראל אבל ישראל הבא על הכותית הולד נמשך אחרי' ויהי' כותי וקורא אני בו ובעל בת אל נכר ע"ש: ולפי מ"ש נרא' דאדרב' נבעל' לכותי דאוריית' משום כי יסיר את בנך דהוא בן בתו דהוי כבנו והוא אפי' בשאר אומות כיון דמפרש טעמא בקרא ואפי' לרבנן נמי וכמ"ש: ובפ"ב דע"ז דף ל"ו ועל בנותיהן משום דבר אחר בנותיהן דאורייתא היא דכתיב לא תתחתן בם דאורייתא שבעה אומות אבל שאר אומות לא ואתי אינהו וגזור אפי' בשאר אומות ולרשב"י דאמר כי יסיר את בנך מאחרי לרבות כל המסירות מאי אי' למימר אלא דאורייתא אישות בדרך חתנות ואתו אינהו גזור אפי' דרך זנות נמי בב"ד של שם גזרו דכתיב ויאמר יהודה הוציאוה ותשרף אלא דאורייתא עכו"ם הבא על בת ישראל דמשכה בתרי' אבל ישראל הבא על נכרית לא ואתו אינהו וגזור אפי' ישראל הבא על הנכרית ישראל הבא על הנכרית הלכה למשה מסיני דאמר מר קנאין פוגעין בו א"ל דאורייתא בפרהסיא וכמעשה שהי' ואתו אינהו וגזור אפי' בצנעא ע"ש בסוגיא ומבואר דנכרי הבא על בת ישראל דאורייתא ואפי' בצנעא דאלו בפרהסיא א"כ הבא על הנכרית נמי והיא גופה קשיא בהא דאמרו אלא דאורייתא עכו"ם הבא על בת ישראל דמשכה בתרה דכיון דקראי דכתיבי לא תתחתן בתך לא תתן לבנו ובתו לא תקח

לבנך לרבנן לא מיירי אלא בשבעה אומות ושאר אומות מנ"ל: ולפי מ"ש ניחא דהיכא דמפרש טעמא גם לרבנן דרשי טעמא דקרא וכיון דגבי בתך לא תתן לבנו כתיב כי יסור את בנך והיינו בן בתך א"כ ה"ה בשאר אומות דה"ל נמי בכלל כי יסור אבל גבי בתו לא תקח לבנך דלא מפרש טעמא דקרא אלא הטעם הוא מבחוץ שיסיר זרעו בשעה ראשונה וכמ"ש הר"ן והיכא דלא מפרש טעמא בקרא אין דורשין טעמא דקרא לרבנן: ובש"ס דקאמר אלא דאורייתא עכו"ם הבא על בת ישראל דמשכה בתרי'. ולפי מ"ש בריטב"א כי יסיר אינו אלא בקטנים ומשום דבנו ובתו שגדלו בתורה ומצות קשים לפרוש א"כ צריך לומר דהך דמשכה בתרי' קאי על זרעה וכדמפורש בקרא כי יסיר את בנך דקאי על בן בתו. וזה אינו מפור' אלא בבתך לא תקח לבנו אבל בבתו לא תקח לבנך אינו מפורש טעמא בקרא לכן אין לרבות שאר אומות המסירין לרבנן דלא דרשי טעמא דקרא היכא דאינו מפורש טעמא: ובתוס' קידושין דף ע"ה ד"ה ור' ישמעאל סבר לה כר"ע ז"ל וא"ת היכא אשכחן דקסבר ר"ע נכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר כו' בשלמ' עבד אית בי' לאו דלא יהי' קדש אלא נכרי היכן מצינו לאו בביאתו ב"ד של שם גזרו עליו וכדכתיב הוציאוה ותשרף ואין סברא לומר דעש' מיה' אית ביה מהאי קרא דהוציאוה ותשרף וכדר' ישבב דאמר מן הכל הי' עושה ר"ע ממזר ואפי' חייבי עשה אין סברא לומר כן דכר' ישבב קאמר מאחר שאינו מפורש ואי משום דכתיב בתך לא תתן לבנו ובתו לא תקח לבנך היינו אזהרה לתפיסת קידושין אבל אזהרה לביאתו לא שמעינן עכ"ל: ואיני מבין דבריהם בענ"ד דמ"ש דעשה מיהא אית בי' מהאי קרא דהוציאוה ותשרף דהא אדרבה עונש שמענו דבני נח אין נענשין אלא על חייבי לאוין ואם הי' עונשה בשריפה ע"כ מחייבי לאוין הוא גם מ"ש ואי משום דכתיב בתך לא תתן לבנו ההיא אזהרה לתפיסת קידושין דנראה דהתם אזהרה לביאה וכמ"ש תוס' שם בע"ז ד"ה לא תתחתן בם ז"ל אסיפא דקרא קסמיך דכתיב ובתו לא תקח לבנך דאלו לאו דלא תתחתן מיירי בגיורת ע"ש הרי דהוא אזהרה לביאה וצ"ע: ובתוס' קידושין דף ס"ח ד"ה אמר קרא לא תתחתן בם ע"ש שכתבו לא תתחתן ולא תקח הוי כמו תרי קראי חד לכתחלה וחד לדיעבד ע"ש סוף דבריהם ואע"ג דלא תתחתן מיירי בגירות הני מילי בתר דידעינ' מסקנא דילפינן דלא תפסי קידושין מקרא אחריני ע"ש ומבואר דלמסקנא דילפינן דלא תפסי קידושין מקרא אחריני א"כ לא תקח אזהרה לביאה וטפי ה"ל לתוס' לומר דאי משום דכתיב בתך לא תקח לבנו ההיא בשבעה אומות ומנ"ל בשאר אומות וצ"ע: ובפרק אלמנה לכ"ג דף ס"ט במשנה העבד פוסל משום ביאה ואינו פוסל משום זרע כיצד בת ישראל לכהן כו' והלך הבן ונכבש על השפחה וילדה הימנו בן הרי זה עבד כו' ממזר

פוסל ומאכיל כיצד בת ישראל לכהן כו' והלכה הבת ונשאת לעבד או לכותי וילדה הימנו בן הרי זה ממזר ובתוספת ד"ה ונשאת לעבד ז"ל תימא דלא קתני ונכבשה עם העבד כדקתני ונכבשה עם השפחה דנישואין לא שייכי בה עכ"ל ע"ש: ונראה לפי מ"ש תו' ביבמות דף ט"ז ד"ה קסבר כותי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר ז"ל וא"ת בשלמא מעבד הוי ממזר דבעבד איכא לאו אלא מכותי אמאי הוה ממזר ב"ד של שם גזרו ומדאוריית' ביאת היתר הוא כו' א"נ מכותי לא הוי ממזר אלא מדרבנן ובכל מקום מזכיר כותי אגב עבד כמו שמזכיר חלוצה אגב גרושה בכל מקום ע"ש ובמשנתינו דרוצה להשמיענו ממזר דאורייתא דפוסל ומאכיל להכי תני ונשאת דכה"ג בכותי הוי חייבי לאוין וכדעת הרמב"ם דדרך חיתון דוקא הוא דאסור מן התורה ואפי' בשבעה אומות ונקט נמי גבי עבד לשון נשאת אגב כותי דבזה הוי ממז' דאורייתא דהא לדעת הרמב"ם ביאת עבד אינו אסור מן התורה וכמו כן שפחה מדרבנן ולשטתו צריך לומר הא דקאמר כותי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר הכל הוא מדרבנן דביאת עבד מדרבנן וביאת נכרי כל שאינו דרך חיתון נמי אינו אלא מדרבנן ובמשנתינו דרוצה לומר רבותא בממזר דאורייתא נקט ונשאת לעבד או לכותי דלכותי הוי דאורייתא דרך נישואין ועבד אינו אלא אגב כותי וכמו דנקטו כותי אגב עבד כן לשטת הרמב"ם הוא להיפך נקט עבד אגב כותי דבכותי הוא דאורייתא וכיון דלא נקט עבד רק אגב כותי צריך לומר ונשאת דגבי כותי ליכא איסור תור' רק דרך חיתון: ובפ"ק דקידושין דף כ"א איבעי' להו כהן מהו ביפת תואר חידוש הוא ל"ש כהן ל"ש ישראל או דלמא שאני כהנים הואיל וריבה בהן הכתוב מצו' יתירות רב אומר מותר ושמואל אומר אסור בביאה ראשונה דכ"ע ל"פ דשרי דלא דיברה תורה אלא כנגד יצה"ר כי פליגי בביאה שני' רב אמר מותר הואיל ואשתרי אשתרי ושמואל אמר אסור דה"ל גיורת ולכהן לא חזיא: ולפי מ"ש תו' דנכרית בצנעא מותר מן התורה מאי חידושי' דיפ"ת ובריטב"א כתב משום דמדינא כותית שהיא כיוצא בזו שהיא במלחמה מקום פרהסיא אסור' לישראל מן התור' ע"ש: ולפי מ"ש הרמב"ם בה"ל מלכים שלא ילחצנה במלחמה שלא יבא עלי' בתוך המחנה משום והי' מחניך קדוש אלא יכניסה למקום פנוי ואח"כ יבעול ע"ש א"כ אינו פרהסיא ובחידושי פני יושוע הרגיש בזה וכתב דאי' חידוש אפי' בביאה שני' כיון שנשאה דרך אישות ועי"ל דהחידוש הוא דאפי' אשת איש הותרה אע"ג דאי' עשה דודבק באשתו ולא באשת חבירו ע"ש וליתי' לפי מ"ש הרמב"ם פ"ח מה"ל מלכים ז"ל אין אשת יפת תואר מותר' אלא בשעת שבי' בין בתולה בין אשת איש שאין אישות לגוי ע"ש: ומשמע מדברי הרמב"ם דאין אישות לגוי כלל והך עשה דודבק באשתו אינו אלא לבני נח ולא בישראל וכ"כ

הרשב"א בחידושיו שם דאין אישות לגוי כלל ואפי' איסור עשה ליכא לישראל ע"ש, ולכן נראה עיקר כמ"ש הפני יושע בתי' קמא דהחידוש הוא כיון שנשאה דרך אישות וא"כ מוכרחין דברי הרמב"ם דכל שהוא דרך חיתון אפי' בשאר אומות אסור וס"ל כר' שמעון לרבות כל המסירין: מיהו נראה לפי מ"ש רש"י פ' כי תצא ושבית שביו לרבות הכנעני' שבתוכו ע"ש והוא משבעה אומות דזה ודאי אסור מן התורה דכתיב לא תתחתן בם והוא החידוש דשרי יפ"ת אפי' מכנענים שהוא משבעה אומות: וניחא בזה ליישב קושיות תו' על מ"ש רש"י בקידושין דלא הותר יפ"ת אפי' ביאה ראשונה עד אחר כל המעשים דא"כ אמאי קרי לה בשר תמותות כיון שנתגיירה ע"ש: ולפי מ"ש דהותר יפ"ת אפי' משבעה אומות דגם לאחר גירות אסורין לפי דעת הפוסקים כלישנא בתרא דרבא דלא תתחתן לאחר גירות הוא שפיר קרי לה בשר תמותות ודוק: וראיתי בס' יראים סימן ש"ב ז"ל צוה הקב"ה שבוי' שאינה משבעה אומות שיעשה לה דין הכתוב בפרשה ולקחת שלא ישתמש בה מעשה שפחות ע"ש: ונפלאתי דהא גם בשבעה אומות שייך דין יפ"ת כל שהיא תוך שאר אומות ואינו בדין לא תחי' כל נשמה והוא בספרי ושבית שביו לרבות הכנענים שבתוכו וכמ"ש רש"י בחומש ועמ"ש בסימן ד' ס"ק י"ג:

ס"ק ב

ויש חולקין בזה כתב הב"ש ז"ל פלוגתא זו תליא בפלוגתא שכתבתי ריש סימן ד' להרמב"ם קי"ל כדאמר רבא מעיקר' בגיותן אית להו חתנות כו' גם לרמב"ם משמע דלא לקי אלא בבעל דרך אשות ולא בחיתון לבד ולא בביאה לבד ולשאר פוסקים חייב בשבעה אומות בביאה בלא חיתון משום לא תקח ובגירותן חייב משום לא תתחתן מיד בשעת הקידושין אפילו לא בעל ע"ש וריטב"א בחידושיו לקידושין דף ע"ח ז"ל וגבי ישראל בנתינה דכתיב לא תתחתן בם ודרשינן לי' בגירותן דאית להו חתנות ותפסי בהו קידושין אף הוא אינו אזהר' שלא

לקדש ואם קידש ולא בעל אינו לוקה ובעל ולא קידש לוקה שאין אזהרת הכתוב אלא שלא לבעול אותה אפי' אחר שנתגיירה דתפסי בה קידושין ואית בהו חתנות דהוי ס"ד דתיהוי כגיורת דכשירה בישראל תדע דהא קרא בין בגירותן בין בגיותן כתיב ואלו בגיותן דלא תפסי בהו קידושין פשיטא מלתא שאם קידש ולא בעל אינו לוקה כשם שאין לוקה בעריות דלא תפסי קידושין וכיון דכן ה"ה בגירותן שאינו לוקה משום קידושין דאזהרה דלא תתחתן שוה היא בגיותן ובגירותן והיינו דתנן בכל דוכתי' ממזרת ונתינה לישראל בכל הלוקין ולא שנינין בהו הנושא כמו ששנינו המחזיר גרושתו ולא שנינו הבא על גרושתו משו' דבהא בעינן קידושין והחזרה בביאה ובהני סגי בביאה לחוד

כדאמרן וכו' והרי זה מבואר יפה וזו שטתו של רבינו הגדול הרמב"ן ז"ל: ובע"ז דף ל"ז בנותיהן דאוריית' דכתי' לא תתחתן בם דאוריית' שבעה אומו' ואתו אינהו וגזור אפי' שאר אומו' ולרשב"י דאמר כי יסיר כו' לרבו' כל המסירות מא"ל אלא דאורייתא אישות דרך חתנות ואתו אינהו וגזור אפי' דרך זנות ומשמע דבעל אינו לוקה אלא דרך חתנות נראה דהיינו לרשב"י דמרבה כל המסירות ולדידי' לא קאי לא תתחתן בגירותן דא"כ היו כל הגרים אסורים ולרשב"י ע"כ לא תתחתן אינו אלא בגיותן ועמ"ש סק"א וא"כ בעל אינו לוקה אלא דרך אישות וחתנו' אבל לחכמים דלא מרבי שאר אומות וקאי לא תתחתן בגירותן א"כ פירושא דקרא שלא לבעול אותה אפי' היכא דאית בהו חתנות דהיינו אחר גירותן וכמ"ש הריטב"א: ובחידושי פני יושוע ר"פ אלו נערות כתב בפשיטות דבגירותן לא שייך לאו דלא תתחתן אלא כשבא עלי' דרך אישות וע"ש ז"ל משום דבע"ז מסיק הש"ס דאפי' בגיותן לא שייך לאו דלא תתחתן אלא כשבא עלי' דרך אישות משא"כ כשבא עלי' דרך זנות לא שייך לאו דלא תתחתן וא"כ מכ"ש דבגירותן שייך לחלק בכך ע"ש: ולפנינו שטת הריטב"א דלא תתחתן אינה אזהרה אלא שלא לבעול אותה אפי' אחר שנתגיירה דתפסי בה קידושין ואית בה חתנות אלא דאי נימא דלא תתחתן מיירי בגיותן א"כ ע"כ לא תתחתן היינו דרך אישות אבל אי נימא דמיירי בגירותן פירוש' דקר' שלא לבעול אותה אפי' אחר שנתגיירה שהיא בת חתנות וכמ"ש: מיהו כבר כתב הריטב"א בחידושיו לקידושין דף ס"ח ז"ל אמר קרא כי יסיר לרבות כל המסירין אין להקשות א"כ יהא אסור להתחתן בשאר אומות אפי' בגירותן דהא קרא דלעיל לא תתחתן בגירותן הוא ואיכא למימר דלא תתחתן כלל הוא בין בגיות בין בגירות דבשבעה אומות אסר רחמנא חתנות אפי' בגירותן אבל קרא דכי יסיר דאתי לרבות שאר אומות לא מיירי אלא בגיותן דאלו בגירותן שרי וכ"ת מאי פסקא דאגיותן בלחוד קאי הא לא קשיא דכיון דנתגיירו פשיטא מלתא דשוב אין מסירין ובגיותן משמע כי יסיר עכ"ל ע"ש: ולפ"ז שוב ליכ' לתרוצי כמ"ש דלרשב"י הוא דבעי דרך חתנות כיון דמיירי בגיותן ע"כ לרשב"י דאל"כ היכי שרי כל הגרי' משא"כ לרבנן וכמ"ש לעיל דהא גם לרשב"י קרא דכי יסיר אינו אלא בגיותן וא"כ היכי קאמר אלא דאורייתא אישות דרך חתנות כיון דכי יסיר לא מיירי כלל דרך חתנות: ולכן נראה מזה כדעת הרמב"ם דלא תתחתן בגיותן וא"כ לא תתחתן וכי יסיר מיירי הכל בגיותן ושפיר קאמר מדאורייתא דרך חתנות וכיון דסתמא דש"ס אמרו מדאורייתא דרך חתנות לכן פסק הרמב"ם כלישנא קמא דרבא דמיירי הכל בגיותן וזה ראי' ברורה לדברי הרמב"ם ודו"ק: והדרישה והב"ח וב"ש שכתבו בפשיטות דלא לקי בגירותן כי אם דרך קידושין וגם דלוקה על קידושין גרידא לא הי' לפניהם דברי הריטב"א

בשם הרמב"ן הנ"ל: אמנם מצאתי כדבריהם בס' יראים סימן ר"א ז"ל כי מתגיירי אית להו חתנות דמשעת קידושין קאי בלאו על ז' אומות שנתגיירו דמשעת קידושין קרינן בי' לא תתחתן אבל בגיותן לא עבר עליי' עד שיבעול דהא לאו בני קידושין נינהו עכ"ל והרי זה כדבריהם:

ס"ק ג

חייב עלי' מדרבנן כתב הב"ש ז"ל ואם יש לה בעל איכא איסורא דאורייתא היינו עשה ודבק באשתו תו' קידושין דף כ"א עכ"ל. ובתו' סנהדרין דף נ"ב ד"ה פרט לאשת אחרים ז"ל והיינו עכו"ם וקמ"ל דאין אישות לעכו"ם אע"ג דאין מיתה ואזהרה איסורא מיהא איכא מדאיצטריך למשרי יפ"ת דדרשינן ספ"ק דקידושין אשת אפי' אשת איש עכ"ל: והרמב"ם פ"ח מה"ל מלכים ז"ל אין אשת יפ"ת מותרת אלא בשעת שביה בין בתולה בין אשת איש שאין אישו' לגוי ע"ש ומשמע דס"ל דאין אישות לגוי כלל וכ"כ הרשב"א בחידושיו דף כ"א דאין אישות לגוי כלל ואפי' איסור עשה ליכא ולדעת הרמב"ם והרשב"א הך עשה דודבק באשתו אינו אלא לבני נח אבל לישראל ליתי' להאי עשה ואימע' מדכתיב איש אשר ינאף את אשת רעהו פרט לאשת אחרים וכמ"ש רש"י בסנהדרין דף נ"ג ז"ל לאשת אחרים אשמעינן דאין קידושין לעכו"ם ומהכא תיפוק לי' בכל דוכתי: וראיתי בס' שער המלך הקש' לדע' הרמב"ם דליכ' עשה דודבק באשתו גבי ישראל רק בבני נח מהא דמקשה בסנהדרין דף נ"ט בהא דאמרו ליכא מידי דלישראל שרי ולבני נח אסור ופריך והרי יפ"ת דלישראל מותר כו' ומשני התם משום דלאו בני כיבוש נינהו והשתא אם אית' דלישראל בגוי מות' אפי' באש' איש אכתי תיקשי הרי אשת איש גוי' דלבני נח אסור' ולישרא' שרי וליכא למימר כיון דלישראל נמי אסור באשת איש ישראל לא חשיבא כי האי מי איכא מידי כו' כיון דלישראל במינן אסורין דא"כ מאי פריך מיפ"ת הא יפ"ת נמי ישראל בישראל אסור ע"ש. וכבר הקשה קושיא זו בחידושי הר"ן ע"ש. ונראה ליישב לפי מ"ש בחידושי הר"ן שם דאעפ"י שהישראל אינו חייב באשת איש גוי' שגזירת הכתוב לפטור את הישראל משום דכתיב אשת רעהו אבל בבן נח לא נאמר רעהו אבל היא חייבת כמו אם נבעלה לבן נח ע"ש וכיון דהיא חייבת אסור נמי לישראל הביאה משום לפני עור לא תתן מכשול וכהאי דאמרו מנין שלא יושיט אבר מן החי לבן נח משום דכתיב לפני עור לא תתן מכשול וא"כ נהי דאיסור עשה דודבק באשתו ליכא בישראל אבל כיון דאיהי מוזהרת עובר הבא עלי' משום לפני עור דהוא איסור דאורייתא ותו לא הוי מי איכא מידי כיון דלישראל נמי אסור משום לפני עור ומשום איסורא דספי לה לגוי'. ובזה ניחא הא דאמרו בגמ' גבי יפ"ת אשת אפי'

אשת איש. ומה נ"מ באש' איש כיון דלישראל ליכא הך עשה דודבק באשתו ולפי מ"ש כיון דלדידי' הוי איסור לדידי' נמי אסור משום לפני עור ומש"ה מרבי אפילו אשת איש ועמ"ש סק"א

סעיף ב

ס"ק ד

הרי עונשו מפורש בדברי הקב' כתב בח"מ ז"ל משמ' דעונש דקרא לא קאי רק על דבר שהוא אסור מן התורה כגון דרך אישות או פרהסיא אבל לא בצנעא ולשון כי חלל יהודה משמע ג"כ פרהסיא. וב"ש כתב בשם דרישה וב"ח אפי' בעל בצנעא מכל מקום כיון דלא קיבל דינו אז עונשו מפורש בקבלה ע"ש. ובחידושי הר"ן פרק הנשרפין דף פ"ב ז"ל ב"ד של חשמונאי גזרו הבא על הכותית משום נשג"א וא"ת והרי אמרו קנאין פוגעין בו והיא הלכה למשה מסיני וכיון שכן למאי איצטריך ב"ד של חשמונאי ובפרק אין מעמידין אמרינן שאין קנאין פוגעין אלא בפרהסיא ואתו אינהו וגזור אפילו בצנעא ומעתה אף הכרת האמור בקבלה כמו כן אינו אלא בפרהסיא שאם הי' הכרת אף בצנעא למה הוצרכו ב"ד של חשמונאי לגזור על הכותית הרי יש בו כרת אלא שמכל מקום יש לתמוה מה ענין לחלק הכרת בין צנעא לפרהסיא ואפשר שהכרת מפני חילול השם וחילול ליתי' אלא בפרהסיא או אפשר לומר שכמו כן יש כרת בצנעא כמו בפרהסיא אלא שמפני שבדיני אדם אין עונשין לו כלום מאחר שהקנאין אין פוגעין בו אלא בפרהסיא גזרו ב"ד של חשמונאי שיהי' מלקין אותו ד' מלקיו' משום נשג"א כדי להרחיק את אדם מן העבירה שיש בני אדם רשעים שאין עומדין בעצמם בשביל כרת המסור לשמים ובשביל המלקות יתרחק מן האיסור ומעתה אפי' בפרהסיא הועילה גזירתם כשלא פגעו בו קנאין ומאי דאמרינן בע"ז שלא היתה גזירתם אלא בצנעא כו' דאלו בפרהסיא לא ימסור אדם לעבירה זו שאם יבא קנאי אחד שיהרגנו אלא עיקר גזירתם היתה בצנעא וה"ה בפרהסיא היכא דלא הוי בי' קנאי עכ"ל. ולפי"ז איסור כותית מן התורה אפי' בצנעא כיון דהיא הלכה למשה מסיני שיהא קנאין פוגעין ואין חילוק בין צנעא לפרהסיא וכמו כן עונש כרת האמור' בקבלה ג"כ אפי' בצנעא וב"ד של חשמונאי למלקות הוא דגזור וכמ"ש הר"ן ועמ"ש בסימן ז' ס"ק י"א:

סעיף ג

ס"ק ה

שפחה שהוטבלה לשום עבדות אסורה לבן חורין ושטת הרמב"ם דאינו אלא מדרבנן ומכין אותו מכות מרדות וס"ל דאזהרה דלא יהי' קדשה קאי על הבא על הפנוי' ומש"ה

ס"ל הבא על קדשה בת ישראל לוקין כ"כ הרב המגיד ותרגום אונקלוס מפרש לאו דלא תהי' קדשה קאי על שפחה. וכתב ב"ש ז"ל מיהו יש להביא ראי' לדעת התרגום מש"ס פ' החולץ דאמר שם נכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר אפי' למ"ד אין ממזר בחייבי לאוין נכרי ועבד שאני ש"מ למ"ד יש ממזר בחייבי לאוין שפיר דהולד ממזר ולא מצינו שום לאו רק לא יהי' קדש ולא תהי' קדשה עכ"ל. ובתו' יבמות דף ט"ז ד"ה קסבר כותי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר ז"ל וא"ת בשלמא מעבד הוי ממזר דבעבד איכא לאו אלא מכותי

אמאי הוי ממזר ב"ד של שם גזרו ומדאורייתא ביאת היתר הוא וי"ל אע"ג דביאתה היתר הוא מדאורייתא בצנעא מכל מקום כיון דלא תפסי בה קידושין הוי ממזר כמו בעבד ע"ש. ולפי דבריהם תיקשי דהיכי אמרו פ' החולץ נכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר אפי' למ"ד אין ממזר מחייבי לאוין נכרי ועבד שאני כיון דלא תפסי בהו קידושין ע"ש הא אפי' למ"ד יש ממזר מחייבי לאוין נמי אינו אלא משום דלא תפסי בה קידושין כיון דבנכרי ליכא לאו. ולפי מ"ש בסק"א דנכרי הבא על בת ישראל איתי' בלאו דבתך לא תקח לבנו ומשום כי יסיר דאפי' בשאר אומות נמי דאפי' לרבנן דלא דרשי טעמא דקרא היכא דמפורש טעמא בקרא ודאי דרשינן ע"ש ניחא שפיר דאיכא לאו בנכרי הבא על בת ישראל. עוד תירצו בתו' יבמות דף ט"ז ד"ה קסבר כותי ועבד ז"ל אי נמי כותי לא הוי ממזר אלא מדרבנן ובכל מקום מזכיר כותי אגב עבד כמו שמזכיר חלוצה אגב גרושה בכל דוכתי והראשון עיקר עכ"ל. ולפי שטת הרמב"ם דס"ל עבד מדרבנן וגם בכותי ס"ל כל שאינו דרך אישות ליכא איסור תורה א"כ תרווייהו דרבנן ועמ"ש בסק"א. ובשער המלך ראיתי בזה פלפול עצו' וע"ש שהקשה מהא דתנן פ' המגרש דף פ"ה הרי את מותרת לכל אדם אלא לאבא ולאביך כו' לעבד ולנכרי הרי זה גט כשר משום דלאו שיורא הוא דבלא"ה אסירי ולא תפסי בהו קידושין והשתא אם איתי' דלעבד מותרת לינשא מן התורה הא מדאורייתא גט בטל הוא כיון דאי לא הוי משייר היתה מותרת לינשא לו והאי משום איסור אישות שבה אסורה לינשא והרי חייבי לאוין דמדאורייתא אסורי לינשא להם ואפ"ה חשיב שיורא משום טעמא דכיון דחייבי לאוין תפסי קידושין ולהא לא תפסי מחמת איסור אישות שבה כ"ש בעבד דחשיב שיורא כיון דישראל לעבד מותרת להנשא ולהאי אסורה משום איסור אישות שבה וכ"ת הרי קתני לנכרי ולעבד ונכרי נמי אין איסורו אלא מד"ס דב"ד של שם גזרו עליו הא ודאי לא קשיא דדרך אישות מיהא אסורה מן התורה מקרא דלא תתחתן ונראה לומר דאע"ג דמן התורה ישראלית לעבד שרי אפ"ה כיון דחכמים אסרו לא חשיב שיורא ונמצא גט כשר מן התורה דכיון

דמה שהקפידה התורה הוא שיהא דבר הכורת בינו לבינה והשתא מיהא מכח גזירת רז"ל הרי הוא דבר הכורת בינו לבינה שפי' דמי וזה נראה מוכרח ממאי דבעי התם חוץ מזנותיך מהו בנישואין הא לא שייר או דלמא שייר בביאה א"ל תניתוה לאבא ולאביך במאי אילימ' בנישואין אבא ואביך בני נישואין נינהו אלא לאו בזנות כו' והשתא קשה למאי דס"ד השתא דאלא לאבא ולאביך דקאמר שלא תבעלי בזנות הוא דקאמר א"כ כי קתני נמי לעבד ולנכרי בזנות הוא קאמ' דאי בנישואין עבד ונכרי בני נישואין נינהו כדפריך אאבא ואביך וכיון שכן קשה דהיכי קתני דהגט כשר הא מדאוריית' ישראל לגוי' דרך זנות משרי שרי וא"כ ה"ל שיור בגט אלא משמע ודאי כיון דמדרבנן אסירא א"כ השתא מיהא לית בי' שיורא והגט כשר דבר תורה כנ"ל נכון ועיין בס' מחנה אפרים הל' קנין משיכה ותמצא מעין האמורין עכ"ל. וכמו כן כתב בשעה"מ פ"ו מגירושין ע"ש שהעלה דכל היכא דמדרבנן אסירא מחמת תנאי כל ימי' תו לא חשיב דבר הכורת בינו לבינה ע"ש ז"ל ויש לי ראי' ברורה לזה מאותה ששנינו פ' המגרש דף פ"ה הרי את מותרת לכל אדם אלא לאבא ולאביך כו' לעבד ולנכרי הרי זה גט כשר והשת' קשה לדעת רבינו ז"ל דס"ל דישראלית לעבד אינו אלא מדרבנן וכמ"ש הרדב"ז בתשובה סימן קפ"ח תיקשי לן דהיכי קתני מתני' הרי זה גט הא מדאורייתא גט בטל הוא דשיורא הוי כיון דאי לא הוי משייר לעבד היתה מותרת לינשא להם דרך אישות והאי משום איסור אישות שבה אסורה להנשא לו מדאורייתא והרי בחייבי לאוין דמדאורייתא אסורה להנשא להם שלא מחמת תנאי ואפ"ה חשיב שיורא כיון דחייבי לאוי תפסי קידושין ולהאי לא תפסי קידושין מחמת אישות שבה קל וחומר הדברים בעבד דחשיב שיורא כיון דישראלית לעבד מותרת להנשא לו דבר תורה ולהאי אסורא מחמת אישות שבה אע"כ לומר דמן התורה ישראלי' לעבד שרי ואפ"ה כיון דחכמי' אסרו לא חשיב שיורא ונמצא גט כשר מן התורה דמה שהקפידה התור' הוא דבכל עת וזמן נתינת הגט שיהי' דבר כורת בינו לבינה והשתא מיהא לעת כזאת כורת בינו לבינה הוא מכח גזירת חז"ל ע"ש. והנה מ"ש דשיורא הוי כיון דאי לא משייר לעבד היתה מותרת להנשא להם דרך אישות כו' ונפלאתי בדבריו דודאי אפי' לדעת הרמב"ם דישראלי' לעב' אינו אסו' אלא מדרבנן אבל קידושי לא תפסי וכמבוא' בש"ס בהרבה מקומות דנכרי ועבד לאו בני קידושין נינהו וא"כ דרך אישות בעבד לישראלי' ליכא אלא ביאת זנות הוא דמותר מן התור' בעבד לדע' הרמב"ם גם מ"ש ליישב כיון דחכמי' אסרו תו לא חשיב שיורא קשה וכי עדיפא דרבנן מאיסור תורה דהא באלמנה וגרושה חשיב שיורא אע"ג דאסור מן התורה אלא כיון דתפסי קידושין בחייבי לאוין וע"י שיור' דשייר לא תפסי בה קידושי אלמנה וגרושה הוי

שיורא ועיקר תליא בתפיסת קידושין וגבי עבד ונכרי ליכא תורת קידושין. ובתוס' דף פ"ה ד"ה חוץ מתרומתיך ז"ל פי' בקו' שאם תנשאי לכהן לא תאכל בתרומה ואין נראה לר"י דבלא"ה לא אכלה בתרומה דגרושה מתחללת בביאת כהן ואפי' קדשה ונשאה ולא בא עלי' דמשתמרת לביאה פסולה היא אע"ג דמהני מה ששייר שתהא אסורה לאכול מן התורה מכל מקום נראה דוחק לפרש כן עכ"ל ומבואר דאי לאו דוחק לפרש כן הוי לי' שיור מה ששייר שתהא אסורה לאכול מן התורה ומבואר דאזלינן בתר דאורייתא ולכן נראה לענ"ד דעיקר שיורא דגט אינו אלא כששייר מעניני אישות דוקא ובכל הנך בעיין שם חוץ מהפרת נדריך מהו בנישואין הא לא שייר או דלמא אישה יקימנו ואישה יפירנה ע"ש וה"ל מעניני אישות ובהא דבעי לה חוץ מזנותיך פירש"י או דלמא הא שייר בביאה ז"ל הא שייר בביאה בעלמא וצד אישות קרינא בה עכ"ל ומבואר דאי לא הוי בביאה צד אישות ודאי לא הוי שיורא ולכן לאבא ולאביך דלאו בני קידושין נינהו גם זנות דידהו לית בי' משום צד אישות כיון דלאו בני אישות נינהו וכמו כן לעבד ולנכרי כיון דלאו בני קידושין נינהו נמי זנו' דידהו אין בהם משו' צד אישו' וקידושין כלל ובאלמנה וגרושה דבני קידושין נינהו גם ביאה דידהו הוי בי' משום צד אישות. ורש"י שכתב גבי לאבא ולאביך דבלא"ה אסורה וקיימא היינו נמי מה"ט כיון דאסורה וקיימא לאישות ה"ל ביאה דידהו זנות גרידא ולית בי' משום צד אישות וכן מוכח לשון המשנה פ' המגרש הרי את מותרת לכל אדם אלא לאבא ולאביך לעבד ולעכו"ם ולכל מי שאין עליו קידושין כשר הרי את מותרת לכל אדם אלא אלמנה לכ"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט כו' ולכל מי שיש עליו קידושין אפי' בעבירה פסול הרי דעיקר תליא בתפיסת קידושין ולאו משום דאסורה וקיימא אלא עיקרא תליא בשיורא דאישות ולכל מי שאין עליו קידושין ליכא שיורא דאישות ואפי' זנות דידהו נמי לא חשיב צד אישות וגבי מי שיש עליו קידושין חשיב שיורא דאישות ואפי' זנות גרידא חשיב שיורא דאישות דביאה חשיב צד אישות וכמ"ש:

סימן יז

דיני עגונה מבוארים אצלינו בקו' ש"ש ש"ז מפ' א' עד פכ"ג ע"ש:

סימן יח

סעיף א

ס"ק א

קידושין תופסין בחייבי לאוין בפ"ק דיבמות דף ט' והרי איסור מצוה ואיסור קדושה דפליגי ר"ע ורבנן וקתני בפרקין. ובתוס' שם. ז"ל בכל דוכתי פשיטא ליה להש"ס דחייבי לאוין לר"ע דאמר אין קידושי תופסין בחייבי לאוין לאו בני חליצה ויבום נינהו כמו חייבי כריתות הכא ובהערל דף ע"ט גבי פ"ד ובפ"ד מיתות דף נ"ג ותימא לר"י דאמאי לא אמרינן נמי לר"ע דליתי עשה ולידחי ל"ת עכ"ל, ונראה לפי מ"ש רש"י ביבמות דף מ"ט בהא דאמר אביי הכל מודים בבא על הנדה ועל הסוטה שאין הולד ממזר נדה דהא תפסי בה קידושין שנאמר ותהי נדתה עליו סוטה נמי דהא תפסי בה קידושין ופירש"י דהא תפסי בה קידושין לאישה דאף לאחר שזינתה לא פקעי מינה קידושין הראשונים ע"ש והיינו כיון דסוטה בעי גט מן התורה וכדכתיב כי מצא בה ערות דבר וכתב לה ספר כריתות מוכח דלא פקעי קידושין הראשונים ואי נימא דאין קידושין תופסין בסוטה הי' ראוי להיות פקעי קידושין מכי נעשי' סוטה וכ"כ בנימוקי יוסף שם כפירש"י מדלא פקעי קידושין הראשונים ועיין ריטב"א בחידושיו דף ס"ח, ומבואר מדברי רש"י דהיכ' דאין קידושין תופסין אפי' הי' תחלת קידושין בהיתר ואח"כ נעשה חייבי לאוין פקעי קידושין ראשונים כיון דנעשה חייבי לאוין. והנה אי נימא דאתי עשה ודחי ל"ת לא דחי אלא ביאה ראשונה דהוא עשה וכדאמרינן ביבמו' דף כ' גזירה ביאה ראשונ' אטו ביאה שני' וע"ש בתו' ד"ה אטו ביא' וכתבו שם דהיכא דביאה ראשונה לא הותרה אלא משום דאתי עשה ודחי ל"ת ביאה דמצוה דחיא ביאה דלאו מצוה לא דחי ע"ש וא"כ לר"ע דס"ל אין קידושין תופסין בחייבי לאוין נהי דביאה ראשונה הותר' משום דאתי עשה ודחי ל"ת אבל ביאה שני' לא הותרה וקאי בחייבי לאוין וכשנעש' חייבי לאוין פקעי קידושי יבום ותו לא מצי חייל קידושי יבום בביאה רק לשעתו דזה לא מהני ביאה דהוי כאומר היום את אשתי ולמחר אי את אשתי דלא הוי קידושין כלל וכמ"ש הר"ן שם בנדרי' דף כ"ט בטעמא דהאי ומשום דאי לא הוי אשתו לעולם לא קני בה קנין הגוף וקנין דמים באשה לא אשכחן אי אפשר שתהי' אשתו לזמן ידוע בלבד שכל כיוצא בזה אינו קנין הגוף ע"ש. וא"כ בחייבי לאוין כיון דלא מצי קני ליבמה רק בביאה ראשונה לשעתו ואח"כ פקעי קידושין מחמת חייבי לאוין לר"ע דאין קידושין תופסין בחייבי לאוין ואי אפשר לקנות לאשה לשעה ומש"ה לר"ע ליתי' ליבום בחייבי לאוין ובתו' פ"ק דיבמות דף ח' ד"ה מלמד שמגרשה בגט ומחזירה ז"ל בפרק החולץ דף ל"ט אמרינן דאיצטריך דס"ד

מצוה דרמא רחמנא עליה עבד השתא תיקום עלי' באיסור אשת אח ותימא דמשמע דלביאה שני' לא צריך קרא להתיר ואמאי הא מצוה דרמא רחמנא עלי' מביאה ראשונה דהא בביאה שני' לא דחיא חייבי לאוין כדאי' בפ' שני דף כ' עכ"ל. ולפי מ"ש יתיישב דכיון דהיכ' דלא תפסי קידושין נמי פקעי קידושין וגבי חייבי כריתות ודאי לא תפסי קידושין ואי נימא דבביאה שני' באיסור אשת אח קאי א"כ פקעי קידושי יבום ולא קני לה ליבמ' אלא לשעתו והוי קנין לשעה ואין אשה נקנית לזמן אע"כ דמותרת לו עולמית ומש"ה אין צריך קרא אלא להחזירה אחר גירושין ודו"ק:

סימן יט

סעיף ב

ס"ק א

אם הוחזקו בעיר שלשים יום שהיא אשתו עמ"ש בש"ש ש"ו פ"י:

(נאום המביא לבית הדפוס. יען כי הענינים אשר בהלכות קדושין יעברו ויחלופו מלא רוחב ים התלמוד ומורי זקני הגאון ז"ל הפליא בהם עצה הגדיל תושיה. הביא עצות מרחוק. והעמיק הרחיב באורו בחכמה ודעת. ולזאת יצטרך המעיין בכל מקום לדעת הציר אשר עליו יסובו דבריו והמצב הנכון אשר ממנו תוצאותיו ובלעדו יהיה כנבוך בדרך. מבלי מצוא המסלה הסלולה. וכבר גלו את אזני בדבר זה ג"כ רבים וכן שלמים ולמלאות רצון הנכבדים ההם. אף לקדם פני כל מעיין. ראיתי להציג מזה והלאה הש"ע אה"ע בפנים החבור ועליו יקיפו פירושי הגאון המחבר ז"ל. שים עינך נא על דברי שניהם. קורא אהוב. ואז תמצא מרגוע לנפשך. וגם את נפשי תברך. כי הכינותי לך כל המטעמים האלה. ואתה שלום)

הלכות קידושין

סימן כז

סעיף א

ס"ק א

בכסף כיצד. הנה מדברי הרי"ף והרמב"ם בפי' המשניות נראה דמשקל חצי שעורה כסף הוא פרוט' לקידושין וכמ"ש הרמב"ם בפי' משניות דהוא שמינית שבאיסר וכ"כ הרי"ף ומשמע בין הוזל הכסף בין הוקר לעולם הוי שיעור קידושי כסף משקל חצי שעורה וכן נראה מדברי הטור סימן ל"א שכ' בשם הרמ"ה בקידש' בכסף פחות מש"פ דאין חוששין

וע"ש בדק הבית שכ' דכל כסף פחות מחצי שעורה אפי' שוה טוב' מדברים אחרים אין כאן שיעור כסף שהצריכה תורה לקידושין ע"ש: ואיכא למידק דהא כסף האמור בתורה היינו כסף היוצ' בהוצא' וכמ"ש הרשב"א בחידושיו פ"ק דקידושין דף י"א דלא אמרה תורה כסף שאינו יוצא ע"ש וכיון דפרוט' בימי משה לא הי' וכסף היוצ' לא הי' אלא מעה או דינר וכמ"ש תו' בקידושין דף י"א ע"ש וא"כ ע"כ כסף דקרא אינו כסף ממש אלא ממון ופרוטה חשוב ממון ואם אינו אלא ממון א"כ מנא לן שיעור קידושי כסף במשקל כסף חצי שעורה כיון דכסף שבתורה אינו כסף ממש אלא ממון והריטב"א בחידושיו דף י"א שם ז"ל מתני' בכסף ב"ש אומרים בדינר ובשוה דינר וב"ה אומרי' בפרוטה ובש"פ וז"ל ובדין הוא דלא הוי להו לב"ה למתני בפרוטה דהא בקרא כתיב כסף וס"ל לב"ה דלאו כסף ממש הוא אלא ממון דהיינו שוה פרוטה וכיון דכן פרוטה עצמה שהיא של נחושת היינו שוה פרוטה עצמה ולאו כסף הוא אלא איידי דקתני ב"ש בשוה דינר דלא סגי בלא"ה כיון דתני כסף תני נמי לב"ה בפרוטה ובש"פ אבל התם פ' הזהב דתני חמש פרוטות הן לא קתני אלא האשה מתקדשת בש"פ עכ"ל ומשמע דכסף דקרא אינו מתכת כסף אלא שם ממון וכל מידי דחשיב היינו ממון וליכא פרוטה כלל אלא שוה פרוטה וא"כ אין לשאר כלל במשקל החצי שעורה אלא במידי דחשיב ממון ואם פחות מחצי שעורה הוא שוה טובא מדברים אחרים נמי ראוי להיות קידושין: ומדברי הרי"ף והרמב"ם שכתבו דשיעור קידושין הוא במשקל חצי שעורה משמע דכסף דקרא הוא מתכת כסף וכן משמע מדברי הרמ"ה וכמ"ש ואלו לדברי הריטב"א אין ענין כסף לשיעור אלא שיעור דממון הוא לקידושין וש"פ הוא ממון: אך קשיא לי בדברי הריטב"א דס"ל דכסף דקרא היינו ממון וליכא פרוטה אלא ש"פ א"כ כסף ישיב לבעליו דמרב' שוה כסף וכן בעבד עברי דכתיב ישיב לרבות שוה כסף כיון דפרוטה נמי חשיב ממון ואינו אלא של נחשת וא"כ כל כסף האמור בתורה אינו אלא שוה כסף וא"כ למה צריך קרא לרבות שוה כסף: ולכן נראה לענ"ד כדברי הרי"ף והרמב"ם והטור בסימן ל"א דשיעור קידושין הוא משקל חצי שעורה כסף ומשמע בין הוזל בין הוקר וכסף דקרא אינו כסף היוצא כיון דליכא פרוטה מכסף אלא מנחשת הוא דאיכ' פרוט' וכסף הוא כסף ממש ומשו' דס"ל לב"ה דכסף משקל חצי שעור' היינו כסף חשוב מש"ה ס"ל בפרוטה והוא חלק שמינית שבאיסר וכמ"ש הרמב"ם בפי' המשניות ופרוטה של נחשת נמי אינו אלא שוה כסף ופרוטה דקאמרי ב"ה היינו משקל חצי שעורה וש"פ היינו כל דבר ששוה משקל חצי שעורה כסף וכסף פחות ממשקל חצי שעורה אע"ג דשוה טובא מדברים אחרים לאו שיעורא הוא וכן מבואר מדברי הרמ"ה הובא בנימוקי יוסף רפ"ק דב"ק שכתב ז"ל

דהא דמצי יהיב לי' אפי' סובין הני מילי היכא דלית לי' למחזיק זוזי אבל אית לי' זוזי צריך למיתב זוזי ושם כתב דהלכה כרב הונא ורב פפא דאפי' אית לי' כסף יכול לסלק בסובין ע"ש ובע"כ צריך לומר דכסף דקרא אינו זוזי אלא כסף מתכת וא"כ כסף או מיטב אינו אלא בדלית לי' זוזי וכן כתב בש"ך ח"מ סימן תי"ט סק"ג ביאור דברי הרמ"ה ע"ש והגם דהש"ך שם דחה דברי הרמ"ה והוכיח דכסף היינו זוזי כמו אם כסף תלוה ע"ש אמנם מדברי הרי"ף והטור סימן ל"א נראה דכסף לאו היינו זוזי וכמ"ש: ואפשר דגם הרשב"א שכתב בחידושיו פ"ק דקידושין דף י"א דכסף דקרא אינו כסף היוצא הוא לפי הס"ד בש"ס שם דף י"א דכסף האמור בתורה היינו כסף צורי וא"כ ודאי הוא כסף היוצא אבל לבתר דמסיק דהיינו דוקא כסף קצוב אבל כסף סתם אינו כסף צורי אפשר דלא הוי נמי כסף היוצא אלא כסף ממש ושיעורו במשקל חצי שעורה דהוא כסף חשוב וכל השוה כסף סובב הולך על משקל חצי שעורה: ובטור כתב ז"ל בכסף כיצד נותן לה בפני שנים פרוטה או שוה פרוטה בין כסף והוא משקל חצי שעורה בין כל דבר עכ"ל, ונראה ביאורו דבתחלה כתב פרוטה או שוה פרוטה והדר מפרש לה דהיינו בין כסף והוא פרוטה עצמה שמשקלו חצי שעורה בין כל דבר והוא ש"פ שיכול לקנות בה כסף משקלו חצי שעורה והפרישה כתב ז"ל בין כסף ר"ל שהשוה פרוטה הוא חתיכת כסף שאינו נטבע עכ"ל ולדבריו כסף הוא ש"פ ובין כל דבר הוא נמי ש"פ וא"כ מ"ש כסף דנקט דודאי לא גרע משאר דבר ששוה פרוטה ולפי מ"ש ניחא דהא במשנתינו נמי נקט ב"ה בפרוט' ובש"פ ואתי לאשמעינן בש"פ דה"א כסף דוקא וכמ"ש תו' רפ"ק דקידושין והפרוטה דקאמר ב"ה היינו משקל חצי שעור' שהו' שמינ' שבאיסר לזה כתב נמי הטור בין כסף היינו כסף ממש משקל חצי שעורה דהוא כסף דקרא ובין כל דבר השוה כסף וכן משמע מלשון הרמב"ם פ"ג מאשות ז"ל אם בכסף הוא מקדש אין פחות מפרוטה כסף או שוה פרוטה עכ"ל ומבואר דפרוטה היינו כסף ממש ומשקלו מבואר ברמב"ם פ"ה מטוען ע"ש וסמך על מ"ש פ"ה מטוען: ולפי"ז כסף דקרא היינו כסף ממש ולעולם בעינן משקל חצי שעורה או שוה משקל חצי שעורה ובין הוקר בין הוזל אזלינן בתר שוה משקל חצי שעורה: ולדברי הריטב"א הנ"ל לא אזלינן בתר שיעורה דמשקל חצי שעורה כי כסף הכתוב היינו ממון וא"כ פחות ממשקל חצי שעורה כל שהוק' ושוה דברים אחרים שיעור ממון דהיינו פרוטה הוי קידושין וכן נראה מלשון רש"י במשנה שכתב בפרוטה ובש"פ בפרוטה של נחושת ע"ש ומשמע כדברי הריטב"א וצ"ע ועמ"ש ס"ק ג':

ס"ק ב
נותן לה בפני שנים פרוטה כתב ב"ש ז"ל לקמן כתבתי דאין מקדשין לכתחלה במטבע ע"כ ועיין ב"ש סימן ל"א סק"ה ז"ל וכתב במרדכי דאין מקדשין במטבע והיינו מדרבנן אין מקדשין עכ"ל: ובש"ס משמע דמקדשין במטבע ע"ש בהאי דאמר כנסי סלע זה שאני חייב וכן באשה שחטפה מעות סימן כ"ח סעיף ה' ובש"ס גבי האי דחטף זוזי מחברי' ואמר לאשה מקדשת לי ולא אשתמיט בש"ס לומר דמדרבנן אין מקדשין במטבע: ומ"ש ב"ש בשם המרדכי המעיין במרדכי אינו נמצא שם אך בהגהה כתי' שם במרדכי פ"ק דקידושין ז"ל גרסינן בהזהב דעתא אצורת' וצורתא עבידי דבטלה עיין שם היאך מקדשין במטבע עכ"ל ואינו אלא עיון דהיאך מקדשין במטבע דנימא נמי דעתא אצורתא ועביד דבטלה וכבר כתבו לחלק בין תורת כסף לתורת חליפין: ולפי מ"ש רש"י דעתא אצורתא וה"ל כדבר שאינו מסוים והוא ממועט מדכתיב נעל ע"ש פ' הזהב וא"כ בתורת כסף שפיר מהני ובנימוקי יוסף שם פ' הזהב כתב דבתורות חליפין רוצה בקיומו של דבר מש"ה כל דעביד דבטלה לא מהני אבל בקידושין אינו רוצה בקיומו של דבר ומש"ה מהני בתורת כסף בקידושין ובקרקע אפי' במטבע ע"ש אלא שקדושת ישראל לקדש בטבעת: ובס' המקנה בחידושיו לאה"ע סימן נון המציא טעם למ"ש ב"ש דאין מקדשין במטבע ע"ש. אמנם מדברי ב"ש נראה דכיון להך שכתב במרדכי גבי דעתא אצורתא וכמ"ש. ולפי מ"ש גם המרדכי סובר דמקדשין במטבע:

ס"ק ג
או שוה פרוטה. בתו' ריש קידושין ז"ל וא"ת מנ"ל דשוה כסף ככסף דהא לקמן מבעי לן קרא גבי עבד ישיב לרבות שוה כסף כו' מיהו בהקדשות נמי אפשר דדרשינן כלל ופרט וכלל דהא אין הקדש מתחלל בקרקע כדאמרינן בהזהב הרי אמרו דאין הקדש מתחלל ע"ג קרקע דרחמנ' אמר ונתן הכסף וקם לו אבל גבי קידושין וערכין מנלן דשוה כסף ככסף וי"ל דילפינן מעבד עברי וא"ת כו' וא"כ הוי נזקין וע"ע שני כתובין ואין מלמדין כו' וי"ל אי כתב בע"ע הוי אמינא דדין הוא שנקל עליו כדי שלא יטמע בין הנכרים וגבי ע"ע דלא מצי יליף מנזקין דהוי אמינא דומיא דנזקין ואם מקני בקרקע ליבעי מיטב ע"ש: והקשה בעצמות יוסף דא"כ בקידושין מנלן שוה כסף דאי מע"ע דין הוא שנקל שלא יטמע מן הנכרים ואי נימא נזקין יוכיח א"כ נימא דיו גבי קידושין דלבעי מיטב ע"ש: והנה לפי מ"ש הר"ן דאי' דס"ל דאין מקדשין בקרקע ע"ש א"כ במטלטלין ליכא דין מיטב דגבי מטלטלין כל מילי מיטב כדאי' פ"ק דב"ק: ומיהו נראה דאפי' לדידן דס"ל מקדשין בקרקע נמי לא קשה מידי דכיון דגבי נזקין נמי דכתיב בהו מיטב אי בעי ניזק ליטול בינונית או זיבורית צריך למיתב לי וכדאי' פ"ק דב"ק דף ד' שאמרו א"כ הורעת

כחו בנזקין ע"ש וכיון דהאשה מדעתה לקבל זיבורית הוי כמו מיטב ודוקא בשוה כסף ס"ל לתו' דאי לאו דשוה כסף ככסף לא מהני ריצוי דידה כיון דלאו כסף הוא ה"ל כמו פחות מש"פ דלא מהני מחילה וריצוי

דידה אבל בנזקין לאו משום ריצוי ניזק דמוחל ומקבל זיבורית דהא אפי' בע"כ מחויב המזיק למיתב זיבורית כשרוצה הניזיק אלמא דדיני' דניזיק נמי בזיבורית אלא כשרוצה ניזיק בעידית מחויב מזיק ליתן עידית דאינו אלא ליפות כחו של ניזיק בעידיות ובקידושין אם היא מקבלת ברצונה זיבורית ודאי מהני ואפילו לדעת הרא"ש פ"ק דב"ק דלא מצי ניזק כייף לי' למזיק בזיבורית אלא היכי דמזיק גלי אדעתי' מעיקרא ליתן זיבורית אלא שרוצה מזיק כיוקרא דלקמי' ע"ש הא כאן נמי האשה גלי אדעתה ומתרצה גם עכשיו בזיבורית דכה"ג גם בנזקין מדינא בזיבורית וכמ"ש: ובזה ניחא נמי דלא תיקשי לדעת ר"ת פ"ק דב"ק כרב הונא דאמר או כסף או מיטב היכא דאית לי' כסף צריך ליתן כסף ע"ש וא"כ מנלן שוה כסף בקידושין מנזקין היכא דאית לי' כסף שיוכל לקדש בקרקע ולפי מ"ש ניחא דהתם בנזקין הא דצריך ליתן כסף היכא דאית לי' כסף נמי אינו אלא ליפות כחו של ניזק דכסף חשיב עידיות לגבי קרקע אבל אם הניזק רוצה בזיבורית צריך ליתן זיבורית וכמ"ש וא"כ בקידושין כיון שנתרצית האש' לקבל זיבורית אפי' במקום דאית לי' כסף מהני וכמ"ש: מיהו בחידושי הרשב"א כתב נמי לענין ש"כ דהיכא דמתרצה האשה בש"כ היינו כסף ע"ש ז"ל יש מקשים כו' א"כ נימא כסף דוקא כו' י"ל כל מקו' שנאמ' כסף גבי קנין ש"כ בכלל כסף כיון דהא ניח' להו הכא וגבי גרעון כסף דבע"כ מגרע ויוצא כסף דוקא קמ"ל וגבי נזקין נמי הואיל ומשל' ממיטב דכתיב מיטב שדהו ישלם כסף דכתיב גבי כסף דוקא קמ"ל אפילו סובין עכ"ל והיינו דאע"ג דבפחות מש"פ לא מהני ריצוי דידה היינו משו' דלא מיקרי ממון אבל ש"כ כל שמרוצה בכך ה"ל ככסף ממש אלא היכא דמסלק בע"כ בש"כ אז הוא דבעי קרא לרבות ש"כ: ועיין בר"ן ובריטב"א שכתבו נמי כדברי הרשב"א ויש לדקדק בדברי הרשב"א שכתב דגבי עבד עברי צריך לרבות ש"כ לפי שהוא בע"כ של האדון וגבי נזקין משום דכתיב מיטב שדהו כסף דכתיב גבי' כסף דוקא ותיפוק לי' דגבי נזקין נמי דאע"ג דהניזק אינו מרוצה בש"כ ורוצה כסף דוקא יהיב לי' ש"כ ודוקא בקידושין הואיל ודעתה מקבלת ש"כ אבל בנזקין הא ניזק רוצה דוקא כסף ומזיק יהיב לי' בע"כ ש"כ ומש"ה צריך קרא ישיב לרבות ש"כ: והריטב"א בחידושיו פ"ק דקידושין כתב ז"ל ויש שתירץ כיון דדרשינן כסף קידושין מדכתיב ויצאה חנם אין כסף וגבי ע"ע וה"ה אמה העברי ש"כ, ככסף ואנן נמי גבי קידושין דרשינן הכי אין כסף וש"כ לאדון זה אבל יש כסף

וש"כ לאדון אחר ביציאה דכוותה ממעטינן לגמרי עכ"ל: וקשה דבפ"ק דקידושין דף ד' בש"ס שם ואיצטריך למכתב ויצאה חנם ואיצטריך למכתב כי יקח דאי כתב רחמנא כי יקח הוי אמינא קידושין דיהב לה בעל דידה הוי כתב רחמנא ויצאה חנם. ותיפוק לי' דאיצטריך למכתב ויצאה חנם דהא לא ידעינן שוה כסף ככסף מוכי יקח אלא מויצאה חנם לפי מ"ש הריטב"א: ולכן נראה כדברי הרשב"א והר"ן והריטב"א דלא צריך קרא לרבות ש"כ כל היכא דהוא מדעת מקבל ממילא הוי לי' כסף ממש: ויתיישב בזה קושיות תו' פ"ק דקידושין דף ג' ד"ה ואימא לדידה ז"ל וא"ת הא ע"כ לא איצטרך קרא אלא לומר שהן של אב דהא דמקדשה בכסף גמר קיחה קיחה משדה עפרון עכ"ל: ולפי מ"ש ניחא דלפי מה דס"ד דכסף קידושין לדידה וא"כ האב מקדשה והכסף לדידה א"כ איצטרך ויצאה חנם ללמד שוה כסף דמסברא לא ידעינן שוה כסף דכיון דהכסף לדידה והאב מקדש לבתו בע"כ דבתו א"כ ריצוי דאב לא מהני כיון דהכסף לדידה והיא אינה מרוצה והיכא דהוי בע"כ צריך ריבוי לשוה כסף ומויצאה חנם שפיר ילפינן שוה כסף דגבי אמה העברי' שוה כסף ככסף וכמ"ש הריטב"א אבל במסקנא דמסיק דמאן דמקדש איהו שקל כספא תו לא איצטריך לימוד לש"כ דהא מסברא ידעינן כל היכ' דמקבל מדע' את הש"כ ה"ל ככסף מש"ה אמרו בש"ס ואיצטריך ויצא' חנם דה"א קידושין דיהב לה בעל דידה הוי: ובחידושי הרשב"א שם ז"ל ואי קשיא לך הא דאמרינן לקמן דף ח' מכסף מקנתו בכסף הוא נקנה ואינו נקנה בתורת תבואה וכלים ופריך עלה האי תבואה וכלים היכי דמי אילימא דלא מקני בהו כלל ישיב אמר רחמנא לרבות שוה כסף ככסף דאלמא אף לקנין צריך לרבויי ש"כ למהוי ככסף י"ל דהתם לרווחא דמלתא קאמר לי' ודעדיפא קא מקשי דאי מסבר' הוי דחי ואמר לי' ומנא לך מש"ה קא מקשה מדכתיב ישיב עכ"ל: ויש להקשות דא"כ ישיב דכתיב בעבד עברי גבי גרעון כסף למה ליה תיפוק לי' כיון דגבי גאולה לא כתיב כסף כלל אלא משום דכתיב ישיב מכסף מקנתו ופי' רש"י וכיון דמפרק בי' אקנויי נמי מקני מדכתיב גאולתו מכסף מקנתו ע"ש וכיון דנקנה בשוה כסף מסבר' דהא עבד נתרצ' להקנות עצמו בשוה כסף וא"כ ממילא גאולתו מכסף מקנתו ונפדה בשוה כסף: ואפשר כיון דהא דנקנה בשוה כסף היינו משום דכל מדעתו ה"ל כמו כסף ממש אבל השת' שיוצא בע"כ דאדון בגרעון כסף אין השוה כסף שנותן עתה לאדון מכסף מקנתו דהקנין הי' בכסף ממש דכל שנתרצה ה"ל כמו כסף ממש והשתא שהוא בע"כ אינו כמו כסף להכי צריך לרבות בגרעון שיהי' ש"כ ככסף ובדף ח' בהא דאמר רב יוסף שוה כסף הרי הוא ככסף מה כסף דקיימ ז"ל רש"י גבי קידושין כתיב כסף ושוה כסף אתרבי ככסף כדאמרינן לקמן ישיב לרבות שוה כסף הילכך כי כסף בעינן

דקיץ עכ"ל ומשמע דס"ל דלא ידעינן מסברא ש"כ אלא מריבוי ויליף לה מע"ע. ולדברי הרשב"א והר"ן והריטב"א דכל שנתרצה ממילא הוי ש"כ ככסף צריך לומר דהא דס"ל מה כסף דקיץ היינו אע"ג דנתרצי' לשוה כסף כל שאינו כמו כסף דקיץ לא מהני ריצוי דידה דה"ל כמו פחות מש"פ כיון דאינו כסף כלל:

ס"ק ד

שוה פרוטה. כתב מוהרי"ט בחידושיו ז"ל ומקשו הכא מנ"ל גבי קידושין דשוה כסף ככסף דהא גבי ע"ע לקמן איצטריך ריבוי דישיב לרבות ש"כ כו' ותי' דגבי עבד ונזקין כו' עבד משום שיוצא בע"כ של אדון ונזקין דאחמיר בהו רחמנא לשלם ממיטב אבל לענין מקנה ששניהם מתרצי' מסברא פשיטא לן דש"כ ככסף ומספקא לן בהא דאמרו ס"פ מי שאחזו מתקנתו של הלל נלמד נתינה בע"כ שמה נתינה כגון הרי את מקודש' ע"מ שאתן ק"ק זוז אם נתן לה ש"כ והיא אינ' רוצ' מהו כיון דבע"כ יהיב לה מסתבר' דכסף דוקא כו' א"נ דא"ל כל זמן שתרצה הבא מעות וטול את שלך דמהיכ' ילפינן דש"כ בע"כ שמי' נתינה אי מעבד עברי לא מצי למילף דאקיל רחמנ' גבי' שלא יטמע בין העכו"ם ובנמכר לישראל כו' מכל מקום ריבה לו הכתו' יציאות ביובל ושנים וגבי גט מסתברא דדלמא לצעורי קא מכוין דלא מהני כדאמרינן גבי איצטלית כו' דאע"ג דבעלמא חזרת דמים הוי חזר' שאני גט דלצעורי קא מכוין אבל גבי קידושין וגבי קרקע דבתי ערי חומה נהי דנתינה בע"כ שמי' נתינה מכל מקום בכסף ממש יכול להפקיע ובשוה כסף לא עכ"ל: והוא כדברי הרשב"א והריטב"א דמש"ה בקידושין שוה כסף ככסף משום דנתרצית: ובב"ש הובא ספיקא דמוהרי"ט וכתב עלה ז"ל וקשה הא כתב הרשב"א בתשובה והב"י הביאו ר"ס קמ"ג אפי' למ"ד נתינה בע"כ שמיה נתינה היינו הנותן יוצא ידי נתינה אבל להמקבל לא הוי נתינה כי אינו יכול לחייבו בע"כ כגון אם אומרת תן לי מנה ואקדש אני לך ונתן בע"כ לא הוי קידושין לפי"ז אפי' נתן כסף לא הוי קידושין כיון דלא נתרצית ואפשר שם איירי כשהי' מתנ' התנאי תן לי מנה אז אמרינן נתינ' בע"כ לא הוי נתינ' אבל כשהו' מתנ' ע"מ שאתן לך אפי' בע"כ הוה נתינ' דהא התנאי התנ' הוא עכ"ל: ואין נראה לחלק בזה בין מתנה הוא או היא וראי' מהא דאמרו פרק מי שאחזו דף ע"ה איכא דאמרי אמר רבא מתקנתו של הלל נשמע הרי זה גיטך על מנת שתתח לי כו' בין מדעתו בין בע"כ הוי נתינה וכי איצטריך הלל לתקוני שלא בפניו כו' ואי נימא דבתנאי נמי לא אמרינן נתינה בע"כ הוי נתינה אלא כשהוא מתנה ע"מ שאתן א"כ היכי יליף על מנת שתתני דנתינה בע"כ מהני הא גבי בתי ערי חומה לא הי' שם תנאי אלא התורה אמרה להחזיר אבל היכא שהתנה על מנת שתתני לא מהני בע"כ ומוכח דע"מ שתתני לא מגרע

לענין נתינה בע"כ וא"כ בקידושין נמי אי נימ' נתינ' בע"כ מהני א"כ אפי' התנה האשה על מנת שתתן נמי מהני בע"כ: ומה שהקשה מדברי הרשב"א אינו קושיא דהרשב"א לא מיירי מתנאי וז"ל הב"י סימן קמ"ג כתב הרשב"א נראה לי דאפי' למ"ד נתינה בע"כ שמי' נתינה היינו דוקא שהנותן נפטר בנתינתו וזכה במה שבידו בקיו' התנאי והיינו טעמא דגט והיינו טעמא דבית בבתי ערי חומה זכתה האשה בגט שבידה וזכה הלה בבית בקיום התנאי וה"ה לנשבע ליתן לחבירו נותן לו בע"כ ונפטר אבל שתהא נתינה לגבי מי שנותן להם בע"כ לא שאי אפשר לזכות לאדם בע"כ וה"ה והוא הטעם לאומרת תן לי מנה ואתקדש אני לך ונשבע הלה ליתן לה ונתן לה בע"כ יצא הלה ידי שבועה והיא אינה מקודש' עכ"ל. ומשום דאותו מנה

לא הי' דרך תנאי ובזה הוא דכתב הרשב"א דיוצ' ידי שבועה אפי' בנתינה ע"כ והיא אינה מקודשת כיון שאינה רוצה לקבל כסף קידושי' שהוא המנה אבל במקדש אשה ונתן לה כסף קידושי' והתנה ע"מ שיתן לה מנה כיון דכבר נתקדשה התנאי מתקיים בנתינה בע"כ וזה פשוט אח"כ מצאתי בס' הפלאה שכתב כן: ובחידושי הרשב"א פרק מי שאחזו ז"ל ולענין הלכה לא נתברר אם נתינה בע"כ הוי נתינה או לא הלכך לענין גט דאיסורא אינה מגורש' וגט פסול הוא דס' איסורא לחומרא ולענין קידושין כגון שאמר לה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך מאתים זוז ונתן לה בע"כ שאף הוא בא עכשיו לגמור קניינו בנתינה זו בע"כ הוי ספק מקודשת עכ"ל. ובש"ס שם גבי גט בנתינה בע"כ אמרו הרי זה גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז והרשב"א כתב עלה ולענין קידושין באומר ע"מ שאתן לך מבואר דאין חילוק בין תנאי שאתן או שתתני ומה שנסתפק מוהרי"ט בנתינה בע"כ בשוה כסף גבי בית בבתי ערי חומה הנה אחר העיון לענ"ד נראה דבבתי ערי חומה ודאי מהני נתינה בע"כ בשוה כסף דלא אמרו ש"כ אינו ככסף אלא היכא דכתיב כסף אבל בבתי ערי חומה לא כתיב כסף וא"כ מה לי כסף או ש"כ וז"ב: ומה שנסתפק מוהרי"ט בתנאי ע"מ שתתני מאתים זוז או שאתן מאתים ונותן ש"כ בע"כ אי הוה כמו כסף. בזה נראה דאין זה דומה להך שכתבו דהיכא דמרוצה אז הוי ש"כ ככס' ולא בע"כ ואין זה אלא בכסף דקרא היכא דאיכ' ריבוי לרבות ש"כ או מדעתו דאין צריך ריבוי לש"כ. אבל לשון בני אדם אם הוא כסף דוקא וכשמתני' ע"מ שתתני מאתים זוז ה"ל בלשון בני אד' רק זוזי ממש א"כ אינו מועי' ש"כ ואם בלשון בני אדם כשמתנה ע"מ שתתני מאתי' זוז ה"ל בכלל ש"כ א"כ ודאי מהני קיום התנאי בש"כ אבל אין זה מענין כסף תורה דמרבי תורה ש"כ ככס' ולשון תורה לחוד ול' בני אדם לחוד ולכן צריך חקירה בלשון בני אדם בזה: והנה בר"ן פרק שבועת הדיינים בהא דאמרו שם בתובעו דינר דשוה קאמר והקשה דהא

פ"ק דגיטין בהא דאמר רב בנותן מתנה דחיישינן למנה קבור משמע דמנה סתם דוקא קאמר ולא שוה דאל"כ ליכא חשש דמנ' קבור וכתב דגבי נותן מנה דוקא קאמר אבל בתובע שוה קאמר כדי שיתחייב הנתבע שבועת התורה ע"ש ועיין ב"י ח"מ סימן רנ"ג ובסימן פ"ח שם: ולפי"ז בתנאי שתתן מאתים זוז דוקא קאמר דלא אמרינן שוה קאמר אלא בתובע וכדי שיתחייב שבוע' וכיון דדוק' קאמר לא מהני ש"כ לקיום התנאי: והא דגבי איצטלא דודאי דוקא קאמר ואפ"ה יוצא ידי התנאי בשוה והיינו בדמי איצטלא אי לאו משו' דלצעורי קא מכוין נרא' דלאו בתורת שוה הוא דלא אמרינן אלא גבי כסף דש"כ ככסף היכא דרבי קרא אבל שוה חפץ דהוי כחפץ לא שמענו. מיהו ברא"ש פ"ק דב"ק משמע דאפי' שוה כלי נמי אמרינן ע"ש גבי אין שמין לגנב ולגזלן כו' משום דכתיב חיים שנים ישלם ודמים מהני משום דמה לי הן מה לי דמיהן ע"ש: אלא דהיא גופא קשיא דהא היכא דלא גלי לרבות ש"כ אינו ככסף וא"כ התם דכתיב חיים שנים ישלם דיליף התם דצריך לשלם כעין הכלי שגזל וא"כ מנ"ל לרבות שוה כלי והיינו שוה חיים: ועיין בתשובת הרא"ש כלל ו' סימן כ"ד ז"ל תדע לך דאמרינן התם הרי זה גיטך על מנת שתתן איצטלית ואבדה איצטלית דוקא קאמר אע"ג דבכולה תלמוד' קי"ל ש"כ ככסף שאני התם דלצעורי קא מכוין ע"ש ומשמע נמי דשוה כלי ככלי. ואמאי הא אפי' ש"כ אינו ככסף אלא היכא דגלי קרא לרבות ומכ"ש בשוה כלי דלא נימא שוה כלי ככלי: ומוהרלנ"ח סימן קל"ד הביא בשם מוהר"י בי רב שכתב בתשובה דלרבנן דקי"ל כוותי' באיצטלית בעל מנת שתתני לי מאחים זוז מודו דלאו דוקא זוזים בעי למיתב לי' אלא אפי' נתנה לו חפצים או אפי' סובין כדי שוין הויא מגורש' והוא ז"ל נחלק דהדין שיש באיצטלית ישנו בזוזין דאפי' נתנה לי כל חפצים שבעולם אינה מגורשת וע"ש: ולכן נראה דגבי איצטלא לאו מתורת שוה אתינן עלה דהא היכא דאיתי' בעינא לא מהני נתינת דמים וכדאי' פ' מי שאחזו ע"כ לא קאמר רשב"ג אלא היכא דליתי' בעינא אבל היכא דאי' בעינא לא קאמר וטעמא מבואר בתה"ד סימן שי"א שכתב דודאי בעלמ' כשהוא מתנה על החפץ והחפץ בעין אין אומרים שיתן את דמיו שהרי לא על החפץ התנה ולא על דמיו ואם הי' רוצה בדמיו הי' אומר תן לי שוה כך וכך אע"כ דדוקא החפץ חביב עליו ואפ"ה היכא דנאבד וליתי' בעין אמדינן דעתי' דאין רצונו שבשביל כך יתבטל תנאו אלא יטול את דמיו עכ"ל וא"כ אינו בתורת שוה אלא משום דאמדינן דעתי' דאין רצונו שבשביל כך יתבטל תנאו מש"ה סגי בדמיו: ולפ"ז בתנאי שתתן לי מאתים זוז כיון דדוקא קאמר א"כ היכא דאית ליה זוזי ודאי צריך למיתב זוזי דגבי איצטלא נמי היכא דאיתי' צריך למיתב איצטלא דוקא ואינו יוצא תנאו בשוה אלא אפי' לית לי' זוזי נמי נראה דצריך

לטרוח וליתן זוזי כיון דאיתנהו לזוזי בעול' ומצי מיטרח בתר זוזי צריך לקיים תנאו דגבי איצטלא נמי דוקא כשנאבד וליתי' בעולם דאז אמדינן דעתו שאינו רוצה שיתבטל בשביל זה כיון דאי אפשר, באיצטלא ודעתו הי' שלא לבטל בשביל זו ולכן נותן שוה אבל היכא דאיתי' לאיצטלא אלא שצריך טרחא להביא ודאי דוקא קאמר וא"כ בזוזי נמי כיון דמצי למזבן ולמיתב זוזי צריך לקיים תנאו כמו שהתנה ועיין בש"ע ח"מ סימן ק"א סעיף ו' בבע"ח שהתנה במזומני' דצריך לסלק בזוזי ע"ש כיון דאדעתא דזוזי מכר צריך לטרוח ע"ש וה"נ ודאי כיון דאפשר לקיים תנאו בזוזי דוקא כמו שהתנה צריך לטרוח ולקיים תנאו זה נ"ל ברור: ולפי מ"ש בקידושין נמי כל שהתנה ע"מ שאתן מאתים זוז ורוצה ליתן חפצים דדעת מוהרלנ"ח בשם מוהרי"ב דמהני חפצי' אפי' בגירושין ולענ"ד נראה דאפי' בקידושין לא מהני ולא מיבעי' היכא דאית לי' זוזי דה"ל כמו באיצטלא דאי' בעינא אלא אפי' לית לי' זוזי צריך לטרוח בתר זוזי וכמ"ש: ובקידושין שהתנ' ע"מ שאתן איצטלא דהיכ' דליתי' בעינא דמקיים תנאו בדמי' והיכא דרוצה ליתן בעד האיצטלא חפצים שוה איצטלא נראה דלא מהני וקצת ראי' לזה נראה ממ"ש הרא"ש פ"ק דב"ק גבי אין שמין לא לגנב ולא לגזלן ז"ל דבגנב כתיב חיים שני' ישלם ובגזלן כתיב והשיב את הגזילה אשר גזל כעין שגזל ומיהו מעות יכול ליתן לו דמה לי הן ומה לי דמיהן כיון שיכול לקנו' בהן כעין שגזל אבל לא דבר שיצטרך לטרוח ולמוכרן ולקנות בדמים כעין שגזל עכ"ל ע"ש. וא"כ ה"ה באיצטלית כשנאבד יוצא בדמים ומשום דמה לי הן מה לי דמיהן ויכול לקנות בדמים איצטלא. אבל כשנותן חפצים דצריך למכור ולקנות איצטלא לא מהני: ועיין ב"ש שכתב ז"ל ועיין סימן קמ"ג שם מבואר נתינה בע"כ ס"ל להרא"ש דהוי ספ' גט והרמב"ם ס"ל דפסול מדרבנן הוא ומסתמ' גם בקידושין שייך פלוגתא זו עכ"ל ומשמע מדבריו דלהרמב"ם כי היכא דבגיטין פסול מדרבנן ה"ה בקידושין פסול מדרבנן. והמעיין בר"ן יראה מבואר דבקידושין ליכא פסול אפי' מדרבנן ע"ש ר"פ מי שאחזו ז"ל ומעתה אלו הי' הרב ז"ל סובר שהדבר ספק הי' כותב מגורשת ואינה מגורשת אלא ודאי נראה שהוא פוסק כלישנא בתרא דרבא אלא שרצה להחמיר לכתחלה מפני חומר ערוה ולא רצה להתירה לינשא לכתחלה ונמצאת למד שהאומר לאשה הרי את מקודשת ע"מ שאתן לך מאתים זוז ונתנם לה בע"כ מקודשת וכן לענין דיני ממונות כו' עכ"ל וע"ש ומשמע דבגיטין אינו אלא לכתחלה מחמת חומר ערוה אבל בקידושין ה"ל מקודשת ודאי ולא תפסי קידושי שני אפי' מדרבנן. מיהו בר"ן שם כתב ואחרי' אומרים שהדבר ספק בהני לישני הלכתא כמאן ולפיכך בגיטין וקידושין הרי היא ספק כו' ובקרקעות הרי הן בחזקת בעלים ראשונים ע"ש וזה כדעת הרא"ש דה"ל ספק אבל לפי דעת הרמב"ם דהוא מדרבנן

א"כ בקידושין ליכא שום פסול אפי' מדרבנן: עוד שם בב"ש ז"ל ויש עוד להביא ראי' דנתינה בע"כ ושוה כסף הוי נתינה מע"ע אלא שם בחידושי הנ"ל דוחה ראי' זו וכתב שאני ע"ע דריבה התורה ולכאורה דבריו תמוהין דא"כ מנ"ל להש"ס ריש קידושין למילף מע"ע ש"כ ככסף עכ"ל. ואינו בש"ס רק תו' כתבו דיליף מע"ע ודברי מוהרי"ט אינם על שטת ר"ש אלא הם עפ"י שטת הרשב"א והר"ן והריטב"א דלא ילפינן ש"כ ככסף בקידושי אשה אלא מסברא כיון דנתרצית האשה ועפ"י ריצוי ש"כ ככסף וא"כ לא ילפינן כלל מעבד עברי וכמ"ש מוהרי"ט דמע"ע לא ילפינן דריבה התורה יציאות הרבה ביובל ושנים ע"ש: אך קשה דאי נימא דמע"ע לא ילפינן ומשום דשאני ע"ע דריבה התורה יציאות הרבה. וא"כ תינח קידושי אשה דהוא מסברא כיון שנתרצית אבל ערכין מנ"ל דבתו' שם רפ"ק דקידושין הקשו קידושין וערכין מנ"ל. וכתבו דילפינן מע"ע וע"ש ואי נימא דלא ילפינן מע"ע תיקשי ערכין: ואפשר דלאו דוקא
נתרצית אלא אפי' היכא דליכא ריצוי נמי סברא דש"כ ככסף אלא כשמיחה ואומר איני רוצה בש"כ בזה הוא דצריך ריבוי ובע"ע משו' דהוא בע"כ של אדון שיוצא בגרעון כסף ואינו רוצה בש"כ אבל היכא דליכא מחאה וגם ריצוי ליכא ממילא ש"כ ככסף וא"כ ערכין נמי ניחא כיון דליכא מחאה אמרינן מסברא ש"כ ככסף וניחא בזה דלא תיקשי קושי' פני יושו' על דברי הרשב"א שכתב בקידושין ש"כ ככסף משו' דהוא עפ"י ריצוי א"כ קידשה בלילה או ע"י שליח היכא מהני ש"כ ע"ש ולפי מ"ש אע"ג דליכא ריצוי כל דליכא מחאה בפירוש נמי ממילא ש"כ ככסף: אלא דבלא"ה לא קשה קושיות פ"י מקירשה ע"י שליח או בלילה משום כיון דדרך נשים להתקדש בש"כ ולא קפדי א"כ מסתמא נתרצו נמי על ש"כ וכמ"ש תו' כה"ג בקידושין י"א ד"ה שכן אשה מקפדת ע"ש: מיהו מערכין אינו קושיא לפמ"ש תו' בבכורות דף נ"א ד"ה ולא הקדשות בהא דאמרו אין הקדש מתחלל ע"ג קרקע ופירש"י שם דבת"כ דריש לה בכלל ופרט דכתיב וכל ערכך יהי' בשקל הקודש וכלל בפרשת ערכין וכן בתו' שם וא"כ כלל ופרט היינו מדכתיב בערכין וכל ערכך יהיה בשקל הקודש ע"ש. וכאן דהוי בכלל ופרט א"כ ממילא אתרבי ש"כ. ובתו' רפ"ק דקידושין שכתבו דבהקדש ניחא דש"כ ככסף כיון דיליף לה מכלל ופרט אבל בערכין קשיא ובתוס' בבכורות שם מבואר דמערכין הוא דיליף לה דהאי קרא וכל ערכך יהי' בשקל הקודש קאי נמי על ערכין וא"כ ממילא ניחא ערכין ודו"ק. ועיין תו' בבא מציעא דף נ"ד ד"ה ונתן הכסף ועיין תו' שבת דף קכ"ח ד"ה ונתן הכסף וקם לו שם מבואר הכלל ופרט מוכל ערכך ע"ש:

ס"ק ה
ובלבד שהיא תבין ומשמע מזה דאפי' בלשונת הברורים בש"ס דהוי לשון קידושין מכל מקום כל שאינה מבינה אין כאן קידושין ובאשר"י כתב דבהני לישני דבריר' לן דהוי קידושין לאו כל כמינ' לומר לא הוי ידענ' ע"ש. ופירושו דבריר לן דיודעת ומכרת בלשון הזה דהוי לשון קידושין דלאו כ"ע גמירי בלשון הקודש. וב"ש דפריך על הלשונו' דמבעי' לי' באומר צלעתי סגורתי כו' מנא ידע' ומשמע דבשאר לשונות דברור בש"ס דהוי לשון קידושין אמרינן דודאי ידעה היינו לדידהו ידעי הש"ס דגם להני נשי בקיאין ומכירין בהן אבל עכשיו דלא גמירי א"כ אפי' בלשון הברו' אפשר דלא ידע'. וכ"כ הריטב"א בחידושיו דף ו' ז"ל במאי עסקינן אילימ' כשאין מדבר על עסקי קידושין מנא ידעה ז"ל עיקר הפירוש בזה דלא קיימינן אלא אהני לישנא דתניא בברייתא בהדיא דהיו מקודשת לא קא מבעי' להו דלדידהו לישני דמוכחי דמוכחי לקידושין אינון כו' מיהו היינו לדידהו אבל השתא לדידן דלא בקיאי נשי בלישנ' דהני ואינם יודעת לספר בלשון הקודש כל היכא שאין מדבר עמה על עסקי קידושין ואמר לה אפי' מהני לישני דתניא בהו מקודשת לא חיישינן לה דאיהי לא ידעה מאי קאמר עכ"ל ע"ש: וניחא בזה דלא תיקשי מה שהקשה ב"ש סקי"א לדברי הר"ן דכ' גם בלשונות הברורים צריך שתבין א"כ מאי פריך על לשונות דקא מבעי' כיון דגם בהני לישני דמבעי' מהני כל שמבינה אפי' אינ' מדבר עמה על עסקי קידושין ע"ש ולפמ"ש הריטב"א ניחא דלדידהו פסיקא דנשים היו מבינו' בהני לישני דבריר אבל עכשיו אין הכל יודעין שפיר כ' הר"ן דצריך שתבין: ובחידושי הרשב"א מפרש דהא דפריך מנא ידעה לאו על הנך דמיבעי' פריך מנא ידע' אלא על כולהו לישנ' דבריר' בבריית' דמקודש' פריך מנא ידעת ע"ש וא"כ לא קשה מידי:

ס"ק ו
ואם הבינה דבריו ומשמע דאפי' אין העדים יודעין אם הבינה כל שהיא אומרת שהבינה הוי קידושי ודאי וקשה דהא הוי כמקדש בלא עדים: ואפשר כיון דעיקר הקידושין מצד המקדש כמ"ש הר"ן בנדרים דף ל' ע"ש ז"ל כיון שהתורה אמרה כי יקח איש אשה ולא אמר כי תלקח אשה לאיש לא כל הימנה שתכניס עצמה לרשות הבעל ומש"ה אמרינן פ"ק דקידושין דאי אמרה הריני מאורסת לך אין בדבריה, ממש אלא מכיון שהיא מסכמת לקידושי האיש היא מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותה הלכך אין אנו דנין בקידושין מצד האשה אלא מצד הבעל עכ"ל וכיון דעיקר הקידושין מצד הבעל א"כ עיקר דבר שבערוה מצד הבעל הוא ולכן לא בעינן תרי סהדי אלא לגוף הקידושין ששמעו מן המקדש אבל רצון האשה לא בעי עדים וסגי בהודאתה: וכן נראה מוכח בש"ס פ' האיש מקדש דף נ' ודברים שבלב אינן דברים מנ"ל

לרבא האי כו' אלא אמר אביי מהכא בכולם אעפ"י שאמר' בלבי הי' להתקדש אעפ"כ אינה מקודשת ואמאי הא קאמרה בלבי ודחי דלמא שאני התם דאתנאי לאו כל כמיני' דעקרה ע"ש ותיפוק לי' דקידושין בעי סהדי ואם הי' בלבה להתקדש מאי הוי כיון דליכא עדים בזה. ולדעת הרמב"ם פ"ז מאישות דבביטול ומחילת התנאי אין צריך עדים ניחא דהתם הוי בביטול התנאי ולא בעי סהדי אבל לדעת הראב"ד ודעימי' דסברי דמחילת התנאי נמי בעי סהדי א"כ מאי קאמ' הא קאמר' בלבי הי' להתקד' דהא ליכא סהדי בזה שבלבי ומוכח דרצון האשה לא בעי סהדי: ואפי' לדעת הפוסקים דשליח קבלה צריך עדים היינו משום דכל דליכא עדות שהוא שליחה לא הוי מעשה המקדש כלום אבל כל שהמקדש גומר קידושין בפני האשה אע"ג דליכא סהדי על מה שבלבה מהני הודאת בזה ואכתי צ"ע: בזה:

ס"ק ז

הרי את חרופתי. דף ו' איבעי' להו חרופתי מהו ת"ש דתניא האומר חרופתי מקודשת שכן ביהודה קורין לארוסה חרופה כו' אלא הכי קאמר האומר חרופה ביהודה מקודשת שכן ביהודה כו' אבל מקרא ליכא למילף דההיא יחוד בעלמא שהרי בשפחה כנענית הכתוב מדבר שאין קידושין תופסין בה ומעיקרא הוי ס"ד כמ"ד בחצי' שפחה וחצי' בת חורין הכתוב מדבר דשייכי בה צד קידושין עכ"ל: והרשב"א בחידושיו כתב עלה ז"ל ונראה מדבריו דלדידן דקי"ל כר"ע דבחצי' שפחה הכתוב מדבר האומר חרופתי בכל מקו' מקודשת וקשה דהא פלוגתא דאמוראי בחצי שפחה וחצי ב"ח אי תפסי בה קידושין כלל או לא ומשמע נמי התם אפי' למ"ד דתפסי בה קידושין לא קידושי ודאי קאמר אלא ספק מקודשת היא דהוי ואי נשתחררה וקיבלה קידושין מאחר מקודשת לשני מספק וצריכה גט משניהם אלמא ספיקא הוי אי נחרפת מאורס' קאמר או מיוחד' קאמר א"כ אפי' לדידן דקי"ל בחצי' שפחה הכתוב מדבר האומר חרופתי אמאי מקודשת גמורה כו' אבל השתא הדרי למימר כמ"ד התם דאין קידושין תופסין בה כלל א"נ כמ"ד ספיקא הוי והכא בקידושי ודאי קאמר לומר דביהודא מקודשת ודאי אבל בעלמא ספיקא הוי כנ"ל עכ"ל: ותמיה לן דבפרק השולח דף מ"ג משמע להדיא דמ"ד בחצי' שפחה וחצי' ב"ח קידושי תפסי בה וה"ל קידושי ודאי אלא דבנשתחרר' הוא דפליגי שם ע"ש חצי שפחה וחצי ב"ח שנתקדשה לראובן ונשתחרר' וחזרה ונתקדשה לשמעון רב יוסף בר חמא אמר רב נחמן פקעי קידושי ראשון ר' זירא אמר רב נחמן גמרו קידושי ראשון ופי' רש"י פקעי ז"ל אפי' למ"ד מקודשת בא השחרור והפקיעה ומקודשת לשני שהרי נשתנה גופה וה"ל כקטן שנולד ומ"ד גמרו קידושי ראשון דעד עכשיו הבא עליה באשם ודאי

ומלקות ומכאן ואילך הבא עליה במיתה ע"ש, ולא פליגי אלא בנשתחררה ומשום דס"ל דבא השחרור והפקיעה אבל קודם שנשתחררה לכ"ע תפסי בה קידושי ודאי אלא שהבא עליה אינו במיתה אלא מלקות ואשם אבל קידושי ודאי תפסי בה וצ"ע ועמ"ש בסי' מ"ד (ס"ו) [סק"ד]

ס"ק ח

אין חוששין למלות אלו. ומדכתב למלות אלו נראה לכאורה דאם כתב בשטר קידושין הני לשונות הרי את צלעתי או סגורתי דה"ל ספק קידושין כיון דנותן לה השטר ובשעה שמוסר השטר אומר לה בלשון שמבינה דה"ל ספק קידושין אע"ג דאינה מבינה לשון השטר כיון דאומר לה הרי את מקודשת בשטר זה:

ולפ"ז קשה דא"כ מאי פריך [בדף ו,א] אי בשאין מדבר עמה על עסקי קידושין מנא ידעה נימא דנ"מ בכותב לה בשטר קידושין הנך לשונות דהא לקמן שם (ו,ב) באומר לה הרי את ב"ח פי' רש"י בכותב ע"ש הרי דקרי לאומר כותב:

ולכן נראה דהנך לישני סגורתי צלעתי אע"ג דשייך לצד אישות, בקידושין לא מהני אלא לשון קידושין וצריך שיקח אותה לעצמו כמו הרי את לקוחתי או זקוקתי דקונה אותה לעצמו אבל סגורתי ותחתי וצלעתי אין זה לשון קידושין שיקנה אותה בזה לעצמו, ועיין חידושי הרשב"א ז"ל ותדע לך דהא אנן כי בעיין צלעתי סגורתי לאו משום שיקח אחת מצלעותיו ויסגור בשר תחתנה משמע לן דהוי לשון קידושין ממש אלא משום דנאמר בענין אישות והיינו דכתב רש"י דשייכי צד קידושין ולא קאמר דשייכי בה קידושין עכ"ל, וכיון דאין בהנך לשון קידושין אלא צד קידושין וא"כ לא מהני לקידושין אלא משום דה"ל כמדבר על עסקי קידושין ואמרינן דהי' הכוונה לקידושין ואפי' אינו מדבר עמה על עסקי קידושין קודם הנתינה אלא בשעת נתינה נמי מהני וכמ"ש בשלטי גבורים [ה,א, מדפי הרי"ף או"ג] ז"ל ולי נראה שאף בקידושי כסף אם אמר הרי זה לקדושיך מקודשת שהרי גילה דעתו שלשם קידושין הוא נותן לה וכבר בארנו שאם הי' מדבר עמה על עסקי קידושין אעפ"י שנתן סתם מקודשת עכ"ל ומבואר דאע"ג דהרי זה לקידושיך אינו לשון קידושין ה"ל כמדבר על עסקי קידושין בשעת נתינה ואמרינן דהכוונה לקדש ממש ולא הוי דברים שבלב כיון דידעה הכוונה שבלב וכמו כן הרי את צלעתי לא גרע מהרי זה לקידושיך ומש"ה בכותב בשטר הנך לשונות כיון דעיקר הקידושין ע"י השטר לא מהני בזה כוונה לקדש כיון דבשטר ליכא לשון קידושין ודו"ק:

מיהו הרמב"ם פ"ג מהל' אישות (ה"ז) כתב ז"ל אמר לה או כתב לה הרי את מיוחדת לי כו' הרי את עזרתי כו' הרי את תפוסתי הרי זו מקודשת בספק והוא שהיה מדבר

עמה תחלה על עסקי קידושין עכ"ל ומשמע דגם בשטר ה"ל ספק קידושין. ואפשר דכיון דאפי' בשטר פסול שמין את הנייר וכמ"ש בש"ע סי' (ל"ג) [ל"ב ס"ב] ע"ש וא"כ אפי' בכותב לה לא נפקא מידי ספיקא מחמת שווי הנייר דה"ל כמו קידושי כסף:

ס"ק ט

צריך לחזור ולטול הכסף. הקשה ב"ש מהא דלקמן (סעי' ל') [סי' ל"א] היכא דלא שמו הקידושין בשם הרשב"א דצריך לחזור ולקדשה ואינו צריך לחזור ולטול הכסף ע"ש וכן הקשה בט"ז:

מיהו טעמא דהך מלתא מבואר דהיכא דנתן לה בסתם אמרינן סתמא לשום מתנה ואע"ג דבלבו היה לקידושין ה"ל דברים שבלב וא"כ דידה הוי הכסף וכבר זכתה מש"ה ס"ל להרשב"א דצריך לחזור ולטול ממנה הכסף:

שוב ראיתי בתשובת מוהרי"ט חלק אה"ע סימן מ"ג ז"ל ונראה שדעתו כיון דנתן לה כסף סתם ולא היו מדברים בעסקי קידושין כלל מסתמא בתורת מתנה יהיב ניהלה ואם טענה היא בכך מהימנא כדאמרינן פ' שבועות העדות (לד,ב) מנה נתתי לך בפני פ' ופ' והעדים רואין אותו מבחוץ כו' ואי דקאמר במתנה נתן לי כי עדים רואין אותו מאי הוי משמע דכל דלא ידעי העדים אי לשום מתנה יהבי אי לשום פקדון סתמא לשום מתנה הלכך כיון שיכולה לומר במתנה נתנם לי כי רצתה בהם אח"כ לשום קידושין לאו כלום הוא כיון דה"ל כנתקדשה בממון שלה שאינה מקודשת וכו' ולא מבעי' אם לאחר כדי דיבור אמר לה לקידושין דלאו כל כמיניה אלא אפי' תכ"ד אמר לה ושתקה ליכא למיחש דדוקא גבי פקדון הוא דאיכא טעמא דאם איתא דלא ניחא לה בקידושין אמאי לא תשדינהו (יג,א) אבל הכא דלא שדיתינהו משום דבמתנה יהיב לה א"נ בחוב שהיה לה אצלו נתנם ולא חיישינן למה שאמר לה בתר הכי לקידושין, לפיכך נראה שאפי' הרי"ף והרא"ש יודו בזה כו' וע"ש מה שהביא בשם הרב מוהר"ש יפה דמקהה אקהייתא בתשו' הרשב"א זו, ודעת מוהר"ש יפה להוכיח דכל בסתמא לאו מתנה הוא אלא פקדון מהא דקי"ל בהכיר בה שאינו שלו כרב דאמר מעות פקדון ודוקא במקדש אחותו קי"ל דמעות מתנה דמקרבה דעתיה לגבי אחותו כו' ומפרש להאי דתשובת הרשב"א דצריך לחזור ולטול ממנה הכסף במשודכת דהוי נמי מקרבה דעתיה וסתמו לשום מתנה ע"ש:

אמנם בר"ן מבואר להדיא דכל בסתם הוי מתנה ע"ש רפ"ק דקידושין (ג,א מדפי הרי"ף ד"ה תן) בנתן הוא ז"ל דהא ודאי נתן הוא ואמרה היא דספיקא הוי משום תלקח אשה לאיש היינו שאמרה כן בשעת נתינה אבל לאחר נתינה כו' כ"ש הכא דאי מעיקרא יהיב לה סתמא ומדינא הרי הם שלה במתנה כדמוכח בפ' שבועת העדות דאמרינן התם אי

דאמר אין שקלי ודידי שקלי כי עדים רואין אותו מבחוץ מאי הוי דליכא ספיקא דאמירה דידה ושתיקה דידיה לאחר מתן מעות לאו כלום הוא אלא ודאי בנותן הוא ואמרה היא בשעת נתינה הוא דמספקא לן עכ"ל. וכן כתב הרשב"א פ"ק דקידושין (ו,א) ז"ל ומיהו נ"ל דהכא אפי' לרבי דאמר אין צריך לטול הימנה הכא צריך הואיל וקנאתו לגמרי דהא אי בעי למיהדר ביה לא מצי הדר דמימר אמרה ליה את בסתמא יהבת ואנא למתנה אכוין וכיון שכן אינה מקודשת כו' ודמיא למאי דאמרינן בגיטין פ' המגרש כיצד יעשה יטלנה הימנה כו' אפי' תימא רבי שאני הכא הואיל וקנאתו לפסול בו והכא דכוותה היא ועדיפא מיניה דקנאתו לגמרי עכ"ל. וא"כ קושית ב"ש לק"מ ומשום דהתם בלא שמו דצריך לחזור ולקדשה ואין צריך לטול הימנה הכסף דהתם בפירוש יהביה לשום קידושין וא"כ לא קנאתו משא"כ הכא בסתמא יהביה ובסתם מתנה הוי:

ובעיקר דברי הרשב"א והר"ן כבר כתבנו מה דקשיא לן בדבריהם בקצה"ח סי' שס"ג סק"ט ע"ש:

ומוהרי"ט שכתב הלכך כיון שיכולה לומר במתנה נתנם לי וכ"כ בתחלת דבריו ז"ל ואם טענה איהי בכך מהימנא ע"ש ומשמע דאפילו נימא דבסתם לאו מתנה היא יכולה היא לטעון במתנה נתנם לי:

ואין זה נראה לע"ד דמה בכך שיכולה לטעון שקר כיון דהאמת הוא שנתן לה בסתמא. ועוד דאי נימא דכל בסתמא לאו מתנה הוא אפי' תטעון היא שקר ותאמר שנתנם לה במתנה אינה נאמנת כיון שראו העדים שנתן בסתמא ולא הי' שום דיבור בפניהם אינה נאמנת לומר שנתנם לה במתנה:

וגם לשון הרשב"א שכתב את בסתמא יהבת ואנא למתנה אכוין איני מבין דמה מהני כוונה דידה למתנה אם הוא לא נתן למתנה:

ולדינא נראה לע"ד דאפי' נימא דכל בסתמא לאו לשום מתנה וכמ"ש בקצה"ח סי' שס"ג (סק"ט) בשם הר"ן והרשב"א ר"פ שני דייני [כתובות סג,ב, מדפי הרי"ף] ע"ש וכן בר"ן ר"פ אין בין המודר (לג,ב) ושם נמי מבואר דס"ל דכל בסתמא לא הוי לשום מתנה, מכל מקום פקדון נמי לא הוי אלא כל בסתמא הוי הלואה ורשאי להוציאן דאדעתא דהכי נתן בסתמא, וכן בהכיר בה שאינו שלו דקי"ל כרב דאמר מעות פקדון נמי יכול להוציא המעות וכמ"ש הריטב"א פ' האיש מקדש (נו,ב) גבי מכרן וקידש בדמיהן ז"ל ומשמע דמתני' דהכא כשהכיר בהן הלוקח וגמר ונתן לשום מתנה לשמואל או על מנת שיוציאנה לרב עכ"ל:

ומבואר דאפי' לרב דקי"ל כוותי' דאמר מעות פקדון אינו אלא לאפוקי מתנה אבל פקדון נמי לא הוי אלא מעות הלואה דניתן להוצאה וכיון דניתן להוצאה אינה מקודשת עד שיחזור ויטול ממנה הכסף דה"ל מקדש במלוה דאינה מקודשת דלהוצאה ניתנה:

ואולי גם הרשב"א שכתב דאי בעי למיהדר לא מצי דמימר אמרה את בסתמא יהבית ואנא למתנה אכוין היינו כיון דאיהי כוונה למתנה נהי דלא יהביה לשום מתנה ה"ל הלואה עכ"פ דאם לא כוונה לזכות בהם לא הוי הלואה ועדיין דברי הרשב"א צ"ע:

ומ"ש מוהרי"ט ז"ל לא מבעיא לאחר כדי דיבור כו' אלא אפי' תכ"ד אבל הכא דלא שדיתנהו משום דבמתנה יהיב ניהלה דהכי אמר לה מעיקרא א"נ בחוב שיש לה אצלו ולא חיישינן למה שאמר בתר הכי לקידושין ע"ש:

וכבר כתבנו דמהכחשה לא מיירי וגם אינה נאמנת להכחיש כל שעדים רואין דיהיב בסתמא:

אלא דאפי' דכל בסתם הוי מתנה מכל מקום כל שחוזר תכ"ד מהני חזרה וכמבואר בטור וש"ע ח"מ סי' קצ"ה [ס"ז] ע"ש, וא"כ כיון שחוזר תכ"ד ואומר לשום קידושין תו לא הוי מתנה ואפי' הלואה נמי תו לא הוי כיון שחוזר תכ"ד וא"כ ה"ל למשדינהו דתו אינה חייבת באחריות כיון שחוזר ואומר לה לקידושין הרי חוזר תכ"ד ממה שנתן בתחלה למתנה או להלואה וכבר כתב מוהר"מ פאדווי' דאפי' בפקדון שאינה חייבת באחריות ה"ל למשדינהו הובא בב"ש סימן כ"ח סקי"ד גם אפי' למה שנראה מדברי מוהרי"ט דמפרש לה בהכחשה ואומרת בפירוש נתן לי מעיקרא לשום מתנה כיון דמשהגיע לידה חוזר תכ"ד לקידושין מהני חזרה וא"כ ה"ל למשדינהו: וראיתי בס' הפלאה שכתב וז"ל ונראה דאם נתן לה סתם ומיד תכ"ד אמר לה הרי את מקודשת לא אמרינן בזה תכ"ד דאם נתן לה לשום מתנה אינו יכול לחזור בו דלא מצינו בשום מקום במוכר או נותן לחבירו וקנה במשיכה או בקנין שיוכל לחזור בו תכ"ד ואדרבה מצינו גבי הקדש דאינו יכול לחזור בו תכ"ד כדאי' בתמורה משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי משמע להדיא דלאחר מסיר' להדיוט אינו יכול לחזור אפי' תכ"ד ונראה לי הטעם בזה משום דלא אתי דיבור ומבטל מעשה כדאי' ר"פ האומר דלכ"ע אין דיבור מבטל מעשה ע"ש:

והנה מ"ש הגאון דלא מצינו בשום מקום במוכר או נותן לחבירו וקנה במשיכה או בקנין שיוכל לחזור תכ"ד אשתמטתי' דברי הש"ע בח"מ סימן קצ"ה סעיף ז' ז"ל בשאר דרכי הקני' אין שום א' מהם יכול לחזור בו אחר כדי דיבו' ע"ש ומבוא' דתכ"ד ודאי יכול לחזו' בו וע"ש בסמ"ע ובקנין סודר אפי' אחר כ"ד כל זמן שעסוקין באותו ענין יכולין לחזור ועיין שם ב"י ז"ל וכתב עוד דבשארי קנינים תוך כדי דיבור מיהא יכול לחזור

בו כו' ויש לבעל דין לחלוק ולומר דמשיכה במטלטלין וחזקה בקרקעות אפי' תכ"ד אינו יכול לחזור בו ומקדש ומגרש איצטריך לי' דאע"ג דבהקנאת ממון כיוצא בו כגון בשטר ובכסף יכול לחזור בו תכ"ד עכ"ל ולענין הלכה דברי בעל דין החולק בטלים לגבי כל הנך רבוותא שכתבתי בסמוך דבשאר קנינים יכול לחזור בו תכ"ד עכ"ל הב"י. ומבואר דאפי' במשיכה יכול לחזור תכ"ד והא דגבי הקדש אינו יכול לחזור תכ"ד משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט היינו משום דהתם בהקדש הדיבור גופי' אלים טובא דה"ל כמסירה לכן תו אינו בחזרה אפי' תכ"ד אבל במשיכה או הגבהה דאין הזוכה זוכה במשיכה או בהגבהה עד שיתרצה הנותן למוכרו או ליתן במתנ' וכשחוזר מדיבורו שנתרצה ליתנו לו א"כ המשיכה לחודי' אינו קונה לו כל שלא נתרצה הנותן וכיון דחזר מכוונה או מן הדיבור שנתרצה תכ"ד יכול לחזור בו משא"כ בהקדש האמירה גופי' הוא מעשה לכן אינו בחזרה אפי' תכ"ד וכמבואר בקצה"ח סימן רנ"ה ס"ק ב' ע"ש: עוד ראיתי שם בס' הפלאה כתב ז"ל אלא דלכאורה קשה מהא דאמרינן בב"ב תכ"ד כדיבור חוץ מקדש ומגרש והרי מקדש ומגרש איכא מעש' ומאי אריא מקד' ומגר' אפי' מכיר' ומתנ' נמי ונרא' דלא קש' מידי כיון דמקד' ומגר' קי"ל דבעי' דיבו' עם המעש' אבל אם נתן לה גיטא וקידוש' סתם אף שהי' כוונתו לקידושין אפי' באמרה היא לא מהני משום דבעינן דוקא דיבורו עם המעשה א"כ כיון דבתכ"ד מבטל דיבור הראשון ה"א דממילא הקידושין והגירושין בטלין כו' קמ"ל חוץ מקדש ומגרש אבל במכר ומתנה דאין צריך אמירה פשיטא דאינו יכול לחזור אחר המשיכה אפי' תכ"ד עכ"ל: והנה מ"ש במתנה ומכר אין צריך אמירה אינו נראה דודאי אינו יוצא מרשות לרשות עד שיתרצה הנותן או באמירה או בדברים שבלב כל אדם וכגון מדבר על עסקי מכירה ונתינה דה"ל נמי כמו דיבור בשעת מעשה או נותן בסתם אי נימא כל בסתמא הוי מתנה ה"ל כמו דברים שבלב כל אדם ובגטין נמי מהני עסוקין באותו ענין: אלא עיקר הקנין הוא בשעת מעשה ע"י הכוונה לגרש או לקדש או למכור וליתן וכשחוזר תכ"ד הרי חוזר מריצוי שלו והכוונה לא עדיף מן הדיבור וכמ"ש משא"כ באמירה לגבוה דאמירה גופי' מעשה הוא ומאי דקשיא לי' מהא דאמרו חוץ מקדש ומגרש כבר נתיישב מתוך דברי ב"י דאפי' מאן דס"ל דאינו יכול לחזו' תכ"ד היינו דוקא במשיכה וחזק' דהוא בגוף הנקנה אבל בשטר וכסף לכ"ע יכול לחזור תכ"ד וא"כ מקדש ומגרש אינו אלא כמו כסף ושטר ואנן קי"ל דאפי' במשיכה יכול לחזור תכ"ד וכמ"ש ב"י ודוק.

ס"ק י
ולא אמר לי. משום דה"ל ידים שאינן מוכיחות כתב מוהרי"ט בחידושיו ז"ל ויש לברר כשהי' שידוכין ביניהם אי חשיב כידים מוכיחות שהרב מוהרי"ן לב ז"ל בח"א מתשובותיו כתב דחשיב ידים מוכיחות והביא ראי' מהא דכתב ר"ת על מעשה בא' שאמר לחבירו בתך מקודשת לי סתמא ולא פירש פלונית בתך דמסתמא על המשודכת קאמר וכתב וכבר נשאתי ונתתי בזה עם א' מגדולי הדור והי' סבור לומר דאין כאן קידושין כלל דלא דמי האי דר"ת לנדון דידן דהתם ודאי הקידושין חלין על אחת מהבנות הלכך כולהו בעיין גיטא מספיקא וכיון דליכא אלא ספיקא או הא או הא יש לומר שלא קידש אלא אותה ששידך מעיקרא דגילוי מלתא היא דשארית ישראל לא יעשו עולה אבל במקדש ולא אמר לי כיון דידים שאין מוכיחות לא הוו ידים ה"ל דברי' שבלב ואינו דברים עכ"ל וכתב עליו הרב הנ"ל והאמת ד"פ ח"ח מכל מקום אני לא אסמוך בעניותי על חילוקים לפוטרה בלא גט כו' ולאחר שקילס הרב ז"ל סברת גדול הדור ההוא וכרכ' בי' רישא יש לי לומר דלא סגי לן דלא נחלק החולק ההוא שהוא ברור ומוכרח דהא כי פרכינן עלי' דרבא דאמר קידושין שאין מסורין לביאה לא הוי קידושין ממתני' דתנן המקדש את בתו סתם אין הבוגרת בכלל ומפרקינן לה בשאין שם אלא קטונה וגדולה וקמ"ל דאע"ג דשויתי' גדולה שליח לקבל קידושין אמרינן לא שביק מלתא דאית לי' הנאה מיני' כלומר דכסף קידושין שלו ועביד מידי דלית לי' הנאה מיני' ואפי' אמרה גדולה שיהי' הקידושין של אבי' אמרינן לא שביק אינש מצוה דרמיא עלי' ועביד מצוה דלא רמי' עליו ובהך סברא אמרינן דאין הבוגרת בכלל ולא חשו לה חכמים אעפ"י שידוע שעשאו שליח ואלו בקידושין שאמר הרי את מקודשת ולא אמר לי אמרינן דליכא ידים מוכיחות שקדשה לעצמו ולא הוו ידים כלל ולא מהני האי סברא דלא שביק אינש מצוה דנפשי' ורמיא עלי' ואית לי' הנאה מיני' ועביד לאחריני אעפ"י שלא ידענו שנעשה שליח לשום אדם והיינו לפי שאינו בעיקר הקידושין עכ"ל ומבואר דדוקא היכא דלפנינו קידושין ברורים אלא שלא נודע מי המתקדשת או מי המקדש אזלינן בתר אומדנא אבל היכא דהקידושין בעצמם אינן כלום לא עבדינן קידושין ע"י אומדנא: אך קשה בהא דאמרינן פרק האיש מקדש ד' נ"ב בהא דאמר רבא קידושין שאין מסורין לביאה לא הוי קידושין ת"ש המקדש את בתו אין הבוגרת בכלל הא קטנות בכלל ואמאי קידושין שאין מסורין לביאה נינהו אמר לך רבא הבמ"ע שאין שם אלא גדולה וקטנה אי הכי מאי למימרא הבמ"ע דשוי' שליח כו' קמ"ל דלא שביק אינש כו' ולפי מה דס"ד דלא שויא שליח מאי פריך מאי למימרא טפי ה"ל למיפרך דלא ליהוי קידושין כלל כיון דיש

לו קטנה וגדולה ואומר סתם בתך מקודשת לי ושמא הבוגרת ואין כאן קידושיו כלל ולא מהני אומדנא במקו' דלא הוי קידושין כלל וא"כ אפי' נימא אומדנ' דקטנה מקדש ולא הבוגרת דהא היכא דלא הוי קידושין כלל לא מהני אומדנא ואם הבוגרת בכלל לא הוי קידושין כלל כיון דס"ד דלא שוי' שליח: ונראה דבמתקדשת כיון שרצונה לקבל קידושין לא בעי מוכיח וכן אב שאומר בתי מקודשת לך נמי ודאי על הקטנה אומר וכאומר קרק' אני מוכר לך או בית אני מוכר לך דאם יש לו בית או קרקע לא מצי אמר קרקע או בית של אחר מכרתי ועיין ב"י ח"מ סימן רנ"ג שם הביא תשובת הרשב"א באומר ביתי מכור לך ולא סיים במצריו אין היורשין יכולין לומר שמא בית אחר הי' לו צא ובקש אלא חזקה הידוע לו נתן ואין המצרי' מעכבי' במכירה ובמתנה דאסיקנא בספ"ק דגיטין למנה קבור לא חיישינן עכ"ל. וא"כ ה"ה הכא דיש לו גדולה וקטנה ונתרצה לקדש את בתו ודאי דאיתא ברשותי' מקדשה. ולפי"ז נראה דוקא במקדש בעינן ידים מוכיחות אבל במתקדשת אמרינן את עצמה שהיא ברשותה מקדשה. אלא דמתוך תשובת האחרונים אינו משמע כן וכן מתשובת מוהרי"ט סימן הנ"ל משמע דבעינן יד מוכיח למתקדשת: ובריב"ש סימן רס"ו תשובה אם באנו לבטל הקידושין כל שכן בזה שלא אמר אפי' הרי את מקודשת אלא הריני נותנו לך בתורת קידושין ואינו מוכיח מתוך לשונו מי המתקדשת ומי המקדש ואעפ"י שאמר לה הריני ניתנו לך גם באומר לה הרי את מקודשת ולא אמר לי ואנו רואין בעינינו שהוא נותנו לה ואעפ"י כן הוו ידים שאינן מוכיחות כיון שאפשר שנותנו לה כדי שתתקדש לאחר וגם בזה אעפ"י שהוא אומר שהוא נותנו לה אפשר שנותנו לה כדי שתתקדש לאחר דהא קי"ל הולך מנה והתקדשי לפ' מקודשת מדין עבד כנעני וכן אפשר שהיא מקבלת אותו בעד אחרת שעשאתה שליח וא"כ הוו ידים שאינו מוכיחות כל זה אינו נראה דלא מיקרי ידים שאינן מוכיחות אלא במי שמתחיל הדיבור ואינו גומר אותו ואין מוכיח מהתחלת הדיבור

מה הי' כוונתו דהיינו לישנא דידים שהוא לשון בית יד אחיזת הדבר כמו שפי' רש"י ז"ל דומיא דמי שאמר הרי את מקודשת ולא אמר לי וכן נמי במודרני ממך דלא מפרש ממאי כו' אבל במי שאמר הריני נותנו לך בתורת קידושין אין כאן ידים אלא דיבור שלם שכיון שהזכיר שהוא הנותן לה בתורת קידושין כבר נראה מלשונו שהוא המקדש והיא המתקדשת דלא שביק אינש מצוה דנפשי' ודרמי' עלי' ואפי' אם ידענו שהוא נעשה שליח לאחר והיא נעשית שליח לאחרת אפ"ה אמרינן דלא שביק אינש מידי דרמי עלי' כדתנן פרק האומר המקדש את בתו סתם כו' אלמא אע"ג דקידש את בתו סתם ולא פי' איזו אפ"ה לא אמרינן דהוי ידים שאינו מוכיחות אעפ"י שגם הגדולה מינתה

אותו שליח אלא אמרינן דעתו אקטנה דהוי מצוה דרמיא עלי' והכי נמי הכא ואפי' היו הקטנו' הרב' שאינו מוכיח מי מהם המתקדש' אפ"ה חיילי קידושין על אחת מהם כו' וצריכה חמשה גיטין ולא קרי להו ידים שאין מוכיחו' אעפ"י שאינו מוכיח מדיבורו מי מהן המקודשת ולמי מן האחים אלא כיון שהדיבור שלם בלשון קידושין שהוא מקדש אחת לאחד חיילי קידושין וכל אחת בספק לכל א' וה"נ כיון שהדיבור שלם לא מיקרי יד שכבר נראה ממנו שהוא נותנו לה לשם קידושין ואזלינן בתר אומדנא דלא שביק אינש מידי דרמי עלי' וכן לא שביק אינש מידי דאית לי' הנאה מיניה ואמרינן שהוא המקדש והיא המתקדשת עכ"ל: ומדברי הריב"ש נרא' דאפי' היכא דליכא קידושין נמי מהני אומדנא ודלא כדברי מוהרי"ט אלא דמחלק באומר הרי את מקודשת אינו מוכי' מדיבורו כלל שהוא המקדש ואעפ"י דמעשיו מוכיחין שהוא הנותן כל שדיבורו אינו מורה שהוא המקדש וה"ל כאומר הרי את מקודשת ולא ע"י מעשיו דבזה לא מהני כלל אומדנא דלא שביק אינש כו' כיון שאינו אומר שהוא המקדש אבל כל שאומר בפירוש שהוא המקדש ה"ל כאומר לי דכל המקדש ודאי לדידי' הוא מקדש דלא שביק אינש מצוה דרמי עלי' וא"כ מוכח מדברי הריב"ש דאפי' היכא דליכא קידושין כלל מהני לי' אומדנא: מיהו לענין דינא נמי במשודכת כל שלא אמר לי כיון שאינו מוכיח מדיבורו שהוא המקדש אינו דיבור שלם לקידושין כלל עד שיאמר לי או שיאמר הריני נותן דה"ל כאומר בפירוש שהוא המקדש וכל שהוא התקד' ה"ל כאומ' לי מחמת אומדנא דלא שביק אינש מצוה דרמי עלי': ומדברי מוהרשד"ם סימן ג' משמע נמי דס"ל באומר הריני נותן ש"ד אלא מטע' אחר אתי עלה והוא משו' יתור לשון כיון דחזינן שהוא הנותן ע"כ רוצה לומר שהוא מקדש לעצמו ע"ש:

ס"ק יא

ואם קידש תחלה אשה אחת. והוא בטור מדברי הרמ"ה דמדמה לה לנזיר עובר לפניו ע"ש ואפ"ה אינו אלא ספק קידושין. וכתב הב"י די"ל מדקידש כבר אחת לעצמו קידש את זו לחבירו ע"ש וב"ש כתב ז"ל גם י"ל הספק עפ"י הגירסא כמ"ש בתו' שם עכ"ל. והיינו מ"ש תו' דף ו' ד"ה הכא במ"ע דאמר לי ז"ל יש ספרים דגרסי האומר אהא הרי זה נזיר אמר שמואל והוא שהי' נזיר עובר לפניו כו' ואית ספרים דגרסי לימא קסבר שמואל ידים שאינו מוכיחות לא הוי ידים ומשני עובר לפניו הוי ידים שאין מוכיחות לכל הפחות אבל אין עובר לפניו אפי' שאינן מוכיחות לא הוי עכ"ל וא"כ נזיר עובר לפניו גופי' לא הוי אלא ידים שאינן מוכיחות וכיון דקידש אשה תחלה אינו אלא כמו נזיר עובר לפניו וא"כ לדידן לא מהני ידים שאינן מוכיחות ומש"ה הוי ספק קידושין

כיון דתליא בגרסאות שבנזיר: ולכאורה בלא"ה מידי ספיקא לא נפקא כיון דאיבעי' להו בנדרים דף ו' יש יד לקידושין ועלתה בתיקו וא"כ נהי דהוי לה יד אכתי אינו אלא ספק כיון דמספקא לן אם יש יד לקידושין ובחלקת מחוקק נראה שרומז לזה מיהו נראה דאי מהך בעי' לאו ספיקא הוא דכתב שם הר"ן ז"ל וא"ת מאי קא מספקא לן בקידושין מ"ש מגיטין דלכ"כ יש יד כדמוכח סוגיא ולא פליגי אלא ביד שאינו מוכיח י"ל דשאני גט כיון דאיכא מעשה דהיינו נתינת הגט לידה הוי טפי מיד ועיקר מוכיח מקרי משא"כ בבעין דלחדא הוא דיהיב שתי פרוטות אבל לחברתה לא יהיב מידי עכ"ל. וא"כ הכא דנותן לידה פרוטה ואיכא מעשה ה"ל עיקר מוכיח ובזה מהני יד בקידושין כמו בגיטין ובעי' אינו אלא משום דלחברתה לא יהיב מידי וכמ"ש הר"ן ואפי' לפי מ"ש בש"ע סימן ל"ו דיהיב שתי פרוטות לשליח האשה ואמר לה ואת ע"ש נמי לאו מעשה גמור הוא כמו בגט כיון דעיקר הנתינה בשביל משלחה ועמ"ש בסימן ל"ו סק"ט: ובדברי הר"ן שכתב דאיבעי' יש יד לקידושין הוא משום דלא יהיב מידי לחברתה ואינו דומה לגיטין דאיכא מעשה קשה דבסוגיא שם בהא דבעי רב פפא יש יד לקידושין פריך ומי מבעי' לי' לרב פפא והא מדאמ' לי' רב פפא לאביי מי סבר שמואל ידים שאינו מוכיחות הוי ידים מכלל דס"ל לרב פפא יש יד לקידושין ומשני חדא מגו מאי דס"ל לשמואל אמר ליה לאביי ע"ש והתם במה דאמר רב פפא לאביי היינו במה דאמר שמואל הרי את מקודשת והתם יהיב לה פרוטה וראוי להיות בה יד כמו בגיטין דהא לפי מ"ש הר"ן גם בהאי דואת אי הוי יהיב לה לחברתה הוי בה דין יד כמו בגיטין וצ"ע: ובקושיות הר"ן שהקשה דמאי מספקא לי' אם יש יד לקידושין מ"ש מגיטין דלכ"ע יש יד וכן הקשו בתו' שם. ונראה לפי מ"ש הר"ן שם בהא דבעי יש יד לקידושין ז"ל אפי' ביד מוכיח קא מבעי' לי' מי אמרינן נהי דלא אתרבו ידות בהדיא גמרינן במה מצינו מנדרים או אין יד ואפילו מוכיח דשאני נדרים דחמירי דאפי' בדיבורא בעלמא חיילי משא"כ בקידושין שהן צריכין איזו מעשה כסף או שטר או ביאה ע"ש. וביאור הדברים נראה דבנדרים כיון דדיבורו כמעשה ומשו"ה מהני ביה ידים דהיינו אפי' אוחז מקצת הדיבור כיון דדיבורו כמעשה ואלים טובא ומש"ה אפי' אוחז מקצת הדיבו' חשוב הוא אבל בקידושין שדיבורו אינו כמעש' אלא צריך מעשה לקידושין כסף או שטר וביאה ואין דיבורו כמעשה מש"ה בעי לה אם מהני בי' יד אפי' מוכיח דהיינו אוחז מקצת הדיבור דאפשר כיון דאין דיבורו כמעשה בעינן כולי' דיבורו ולא מקצתו. וא"כ בגיטין דמהני יד היינו בכתיבת הגט שכותב ודן דיהוי ליכי מנאי ואינו כותב תיבת ודן או תיבת מנאי דמהני בתורת יד כיון דהתם כתיב' הגט היא מעשה ובמעשה סגי בקצתו ככולו כמו בנדרים אע"ג דצריך אח"כ נתינה ליד

האשה ולומר הרי את מגורשת עכ"פ כתיבת הגט שהוא מעשה סגי בקצתו ככולו כיון דהוא מעשה ועדיף מנדרים דגבי נדרים אע"ג דדיבורו כמעשה מכל מקום אינו אלא דיבור ומש"ה צריך ריבוי לידות אבל כתיבת הגט דהיא גופי' מעשה אינו צריך ריבוי כלל ועמ"ש פוסקי' דאינו יכול לבטל כתיבת הגט ורשאי לגרש בו דאין דיבור מבטל מעש' ומבואר דכתיבת הגט ה"ל מעשה וכל שהוא מעשה סגי בקצתו ומש"ה אמרי' בגיטין דין ידות אצל הכתיבה ואין ה"נ גבי קידושין אם כותב הרי את מקודשת ולא כתב לי דסגי בכתיבת מקצתו ודוקא באמירתו הרי את בעינן כולו דדיבור שהוא קצוש ממעשה בעינן כולו וזה נראה נכון ודו"ק:

ס"ק יב

הריני נותנו לך והוא מתשובת הריב"ש סימן רס"ו ועמ"ש בס"ק י' טעמא דריב"ש דכל שאומר הרי את מקודשת ולא אמר לי לא מחזי מדיבורו כלל שהוא המקדש ואינו לשון קידושין כלל אלא כאומר הרי את מקודשת לאחר שלא ע"י עשייתו כלל אע"ג דחזינן שהוא הנותן אבל כשאומ' הריני נותן דזה הוי לשון קידושין וכל שהוא המקדש ה"ל כאומר לי דלא שביק אינש מצוה דרמיא עליו. מיהו מלשון הרא"ש שכתב שמא קידש לחבירו וגם מלשון תשובת האחרוני' שכתבו שמא נעשה שליח לאחר א"כ משמע דהוא המקדש אלא שקיד' לאחר א"כ משמע דאפי' אומר שהוא המקדש אכתי חיישינן שמא קידשה לאחר וצ"ע:

ס"ק יג

בתורת קידושין ואם אמר אני נותן לך לקידושין עיין חידושי מוהרי"ט ז"ל באומר אני ניתן לך זה לקידושין נהי שהוא הנותן והיא המקבלת אבל כל שלא אמר שתהא מקודשת לאו כלום הוא דלקידושין לצורך קידושין משמע וראי' מפ' כיצד מערימין אמר על בהמ' טמא' ועל בעלת מום הרי אלו עולה לא אמר כלום הרי אלו לעולה ימכרו ויביא בדמיהן עולה אלמא שני לן בין אמר הרי זו עולה לאומר לעולה ונדון של הריב"ש ז"ל כיון שאומר הריני נותן לך בתורת קידושין הרי גילה שנתינה זו תורת קידושין עלי' שבנתינתה היא מקודשת שכן מצינו בגמ' פ' הזורק אמר לו בע"ח זרוק לי חובי בתורת גיטין שפירושו שיזכה לן ארבע אמות בזריקה כו' אף כאן באומר בתורת קידושין היינו כדינה שתהא מקודשת בנתינה זו עכ"ל ובתשובותיו ביאר יותר וז"ל בסימן קל"ח אבל הלשון שכתבו אותם הרבנים הריני נותן לך זה לקידושין כו' שאין בלשונות הללו לשון קידושין שהיא מתקדשת לו עכשיו בנתינה זו דקידושין דומיא דהקדש הוא שצריך לחול על גוף האשה וו

שאינו מקדשה ממש ואומר לה הרי את לא הוי קידושין כמו במקדיש בהמה ואומר הרי זו עולה או תרומה אומר הרי זו תרומה שם הקדש חל על גוף החפץ אבל אומר הריני בורר זה לעולה או לתרומה לא חלה קדושה על החפץ דומיא דתנן בתמורה ס"פ כיצד מערימין אמר על בהמה טמאה ועל בעלת מום הרי אלו עולה לא אמר כלום הרי אלו לעולה ימכרו ויביאו בדמיהן עולה אלמא שני לן בין אומר עולה לאומר לעולה עכ"ל: ולענ"ד נראה דגם גבי עולה אם אמר הרי זו לעולה חלה קדושה על גוף החפץ וה"ל עולה ממש וכן באומר הרי זה לחטאתי וכן מבואר מדברי הרמב"ם פ"ב משחיטה ז"ל הי' מחויב חטאת ושחט ואמר לחטאתי שחיטתו פסולה וכ"כ בטור וש"ע י"ד סימן ה' ז"ל דאם נודע שעבר עבירה שחייב עלי' חטאת או אשם ואמר זו לחטאתי או לאשמי פסולה ע"ש מיהו מוהרש"ל בחידושיו ס"פ השוחט כתב לחטאתי לא מהני עד שיאמר לשום חטאתי אלא דכבר השיגו בט"ז שם סימן ה' וע"ש בט"ז דוקא בחטאתי צריך שיאמר לחטאתי ביוד אבל באומר לעולה שחיטתו פסולה אע"ג שלא אמר לעולתי משום דעולה אף שאינו מחויב יכול לנדור בעולה וא"כ באומר לעולה נמי הוי לי' עולה והאי דבעלת מום שאני כיון דבעלת מום לא מיתפס בעולה א"כ כשאומר הרי זו עולה לא אמר כלום ובאומר לעולה כוונתו לדמי עולה אבל במתפיס בהמה תמימה אפי' אמר לעולה נמי כוונתו על גוף השור שיהי' עולה. מיהו בנדון זה שאמר על החפץ הרי זו לקידושין נראה דאין זה לשון קידושין דהאשה היא הנתפסת בלשון ולא החפץ. אולם בש"ג כתב דה"ל קידושין מטעם אחר וז"ל ולי נראה שאף בקידושין כסף אם אמר הרי זה לקידושיך מקודשת שהרי גילה דעתו שלשם קידושין הוא נותן וכבר בארנו שאם הי' מדבר עמה על עסקי קידושין אעפ"י שנתן סתם מקודשת עכ"ל ועיין בהגהת מרדכי ז"ל מאורע א' שאירע שבחור א' הי' מדבר עם יהודית אחת להלוות לו מעות על קרס של כסף והראה לה הקרס אח"כ אמר לה תרצי להתקדש' בו אם אתנהו לך התחי' לשחק וחזר ואמר לה הרי הוא לך לשם קידושין ממש בזה הלשון אמר לה ולא אמר לה הרי את מקודשת לי בזה הקרס ע"ש באורך ומשמע דלא מהני לי' קידושין רק בתורת יד אתא עלה כו' רבא אמר הוי ידים ע"ש עוד משום דהוי כמדבר עמה על עסקי קידושין כו' וה"נ הי' מדבר עמה ששאל לה כדלעיל ע"ש והיינו משום ששאל לה תרצי להתקדש בו אבל אם לא דיברו בתחלה מעסקי קידושין זה שאמר הרי זה לקידושיך לא הוי כמדבר על עסקי קידושין ועמ"ש בס"ק ח'. והנה לדברי הש"ג דה"ל כמדבר עמה על עסקי קידושין במה שאומר הרי זה לקידושיך. לכאורה תיקשי דא"כ באומר הרי את מקודשת דקרי לה ידים שאין מוכיחות ומשמע דהכוונה יותר שקידש לעצמו אלא שאינו מוכיח מדיבורו כל

כך וא"כ תיפוק לי' דלהוי כמדבר עמה על עסקי קידושין. ונראה דהתם באומר הרי את מקודשת ולא אמר לי אי נימא לא הוו ידים א"כ מגרע באמירה זו דהרי את מקודשת סתם אינו משמע לעצמו אלא לאחר וכיוצא בזה כתב הרשב"א בחידושיו לקידושין דף נ"א ז"ל מכאן דקדק ר"ת למי ששידך א' מבנותיו וא"ל בתך סתם מסתמא המשודכת קאמ' כו' ומיהו י"ל שאינו דומה לנדון שלפנינו דהתם בשקידש כל א' שלו ועכשיו נסתפקו ולפיכך אומר כיון שעסוקין בגדולה לגדול כו' אבל כאן שאמר סתם בתך מקודשת לי דלמא לאחרת נתכוונו ואפי' תאמר לזו נתכוונו שמא אין הולכין אחר כוונתם אלא אחר לשונם עכ"ל ומוכח דכל שהלשון הוא נגד הכוונה אין הולכין אחר הכוונה וה"נ הרי את מקודשת ולא אמר לי משמע לאחר ומש"ה אין הולכין אחר הכוונה אי נימא דהוי יד שאינו מוכיח אבל זה לקידושיך דהלשון אינו סותר הכוונה מש"ה מהני מצד הכוונה ודו"ק:

ס"ק יד

הוי כאומר לי. כתב מוהרי"ט בחידושיו ז"ל ויש להביא ראי' שכל שהלשון אינו מוכיח אעפ"י שיש הוכחה מדבר אחר לא מיקרי ידים מוכיחות מדמאמרין פ"ק דנדרים כנדרי רשעי' נדר בנזיר ובקרבן ובשבועה ומפרש רש"י ז"ל דכולהו בהדי הדדי הוי כיון דאמר על הככר הריני עלי הימנו פו' הריני נזיר עלי קרבן הימנו שבועה ופריך בגמרא הימנו דלמא דאכלי' קאמר ומאי פריך הא ליכא לספוקי בהכי דמדאמר הריני נזיר ועלי קרבן מוכח דלא בעי למיכלי' שהרי אסרו עליו אלא כיון שזה הלשון דהימנו לא מוכח בעצמו לא הוי יד אעפ"י שדבר אחר מוכיח עליו ולא דמי לנזיר עובר לפניו דאהא לשון קצר כו' והר"ן ז"ל בראש הפרק כתב כיוצא בזה אהא דאמר ודין כו' ע"ש וכ"כ בתשובותיו שם סימן קל"ח באומר הרי את מקודשת ולא אמר לי והיא משודכת לו דלא מהני במה שהיא משודכת כיון שהלשון אינו מוכיח אעפ"י שיש הוכחה מדבר אחר ע"ש. והנה המעיין שם ברש"י יראה דאין ראי' כלל לדבריו דפי' רש"י שם קאמר על הככר הריני נזיר אם אוכל הככר ועלי קרבן נמי הוא כה"ג שנדר להביא קרבן אם יאכל הככר והימנו הוא שבוע' על הככר ע"ש וכיון דלא נדר הככר בקרבן שפיר פריך דלמא הימנו דאכלי' קאמ' וכן משמע מלשון רש"י שם דף ט' כנדרי כשרים לא אמר כלום כנדבותם נדר בנזיר ובקרבן וכתב רש"י ז"ל אבל אמר כנדבותם של כשרים ואכלו חייב בנזיר ובקרבן אבל בשבועה אין נשבעין ע"ש ומבואר דלא נדר על הככר בקרבן דכשרים אין נודרים ונשבעין על הככר גופה אלא שנדר בנזיר ובקרבן אם יאכל הככר יביא קרבן וזה פשוט. ועוד דאי נימא דנדר בקרבן על הככר גופי' א"כ תו לא מצי חיילא שבועה על הככר דאין

שבועות חלין על נדרים וכדאי' בירוש' הובא בנדרים בר"ן דף י"ח א"ר יודן והוא שהזכיר נדר ואח"כ הזכיר שבועה אבל אם הזכיר שבועה ואח"כ הזכיר נדר הנדרים חלין על האיסורין וע"ש ומבואר דשבועה לא חייל על נדר אלא ודאי הנדר בקרבן לא על הככר קאמר אלא שיביא קרבן אם יאכל וכמ"ש. מיהו התם שהזכיר נדר ואח"כ שבועה היינו אחר כדי דיבור אבל בבת אחת שפיר חייל נדר ושבועה. אלא דקושטא דמילתא רש"י מפרש נדר בקרבן אם יאכל יביא קרבן וכמ"ש וכן הוא בפי' הרב ברטנורה במשנ' נדרים שם. ומ"ש מוהרי"ט ראי' מהר"ן בראש הפרק דכתב כיוצא בזה. הנה בר"ן כתב דף ו' שם ע"כ לא קאמרי רבנן דלא בעינן ידים מוכיחות אלא גבי גט דאין אדם מגרש אשת חבירו וכתב עלה הר"ן ז"ל הרשב"א שבש לשון זה ואמר דלא דייק דרבא לא קאמר דלא לבעו רבנן ידי' מוכיחות אלא דקסברי דהנך ידים בגט מוכיחות נינהו משום דאין אדם מגרש אשת חבירו ולי אתי שפיר דודאי הידים בעצמן אינו מוכיחות שיהא הוא מגרשה אלא שהענין מוכיח מצד עצמו שהוא מגרשה משום שאין אדם מגרש אשת חבירו עכ"ל וא"כ משמע להיפך דאפי' היכא שאין הלשון מוכי' אלא שהענין מוכיח מצד עצמו משום דאין אדם מגרש את חבירו נמי מהני ואם כן במשודכת נמי אם הענין מוכיח מצד עצמו לפי שהיא משודכת ראוי לומר דמהני. ואם כי יש לחלק דגבי גירושין הענין מוכיח מצד עצמו דאין אדם מגרש את אשת חבירו ובמשודכת אין זה מוכיח מצד עצמו דלאו כולי עלמא ידעי שהיא משודכת אכתי תיקשי גבי הימנו דלמא דאכילנא קאמ' דהת' אומר בבת אחת קרבן ושבועה ומוכיח מצד עצמו דידעי שאסר בקרבן ותו לא קאמר דאכלינ' ולכן נרא' כמו שכתבתי דקרבן היינו שיביא קרבן ובמשודכת עמ"ש סק"י:

ס"ק טו

כאומר לי כתב בח"מ מפשט לשון זה משמע דהוי קידושין גמורין אבל המעיין בריב"ש סימן רס"ו יראה דלא הוי רק ספק קידושין עכ"ל וכ"כ ב"ש וכבר כתב מוהרשד"ם סימן ג' דדעת הריב"ש הוא דהוי קידושין גמורין ומ"ש בסוף דבריו דאפי' תימא דהוי יד מכל מקום הוי יד מוכיח וצריכה גט מספק אינו אלא למי שירצה לחלוק אבל לדידי' הוי דיבור שלם ע"ש וכ"כ בסימן ל"ז ע"ש:

ס"ק טז

אבל אמר הן קידושין כתב בח"מ ז"ל בב"י מביא גוף התשובה וכו' מכל מקום מאחר דאמרינן בגמ' דלשון קידושין דאסר לה אכ"ע כהקדש וא"כ כשם דבהקדש אין חילוק בין אם אמר ככר זה הקדש כדאי' בגמ' והובא בתו' ורא"ש או יהי' הקדש כך בקידושין אין חילוק בין אם אמר תכשיטין אלו קידושין יהי' לך או קידושין הן לך ממני ע"ש וכ"כ

ב"ש: ואיני מבין הדמיון דבככר זה הקדש חייל קדוש' על גוף הככר אבל חפצים שמקדש בהן האשה אין בחפצים שום קדושה ואין ההקדש דאסר לה אכ"ע אלא על האשה:

ס"ק יז

נתנה היא לו כסף. וכתב ב"ש אפי' מדברים

מעסקי קידושין דה"ל נתנה היא ואמר הוא ואדם חשוב הוי כנתן הוא מיהו בתו' בסוגיא זו לא משמע כן גם בפרישה כתב דאינה מקודשת עכ"ל. וז"ל הפרישה נתנה לו היא ואמרה היא אפי' אי הוי אדם חשוב אינה מקודש' שהכתוב משמע שהוא יקדש אותה ולא היא את עצמ' עכ"ל. וטעמא דמלתא אינו מבואר כיון דאד' חשוב ה"ל כנתן הוא א"כ ליהוי ספק קידושין כמו בנתן הוא ואמרה היא. ובס' עצמות יוסף ראיתי שכתב ז"ל ויש לחקור היכא דנתנה היא ואמרה היא באדם חשוב מאי הוי והשכל מחייב שנתינתה לאדם חשוב חשיבא כנתן הוא כו' דפסקינן דספיקא ולפי"ז אינו מתקיים דינא דסיפא דהך ברייתא אלא באדם שאינו חשוב בדוקא ואם דין זה אמת דברי התו' תמוהים דהא מלתא דסיפא נמי איירי במלתא דלא פסיקא כו' ונראה לי כו' אלא דוקא כשדיבר הוא לה וקיים דברי' דהשתא יקרה היא בעיניו אבל בקבלתו לחוד בני אמירתו לה אינו נחשב כנתן הוא כלל ולפי"ז דינא דסיפא הוא מלתא פסיקא ואפי' באדם חשוב וכן נראה לי עכ"ל. ואולי היינו נמי טעמא דפרישה דלא מהני אדם חשוב. וזה הוא כוונת ב"ש במ"ש בתוס' בסוגיא לא משמע כן והיינו מדכתבו תו' דף ה' ד"ה נתן הוא ואמרה היא מה שלא הזכיר כלל נתנה היא ואמר הוא דלא פסיקא לי' דלפעמים מקודשת באדם חשוב עכ"ל ומשמע דבסיפא בנתנה היא ואמרה היא אפי' אדם חשוב לא מהני וכמ"ש עצמות יוסף. מיהו הרשב"א בחידושיו כתב ז"ל וא"ת ונידוק מיני' נמי נתנה היא ואמר הוא ותי' הראב"ד דהאי לא פסיקא לי' דאי' אדם חשוב דהוי מקודשת גמורה כדאי' לקמן וכן בתו' רבינו הצרפתים עכ"ל. ונראה מדבריו דמש"ה לא פסיקא לי' דאי' אדם חשוב דהוי מקודשת גמורה והיינו קידושי ודאי אבל נתנה היא ואמרה היא דמקודשת גמורה ודאי לא הוי אע"ג דספיקא דרבנן אית בה שפיר פסיקא לי' למתני באדם שאינו חשוב דאינה מקודשת כלל ומשום דאי' אדם חשוב דהוי ספק מקודשת מדרבנן כיון דאינה מקודשת גמורה גם באדם חשוב שפיר פסיקא לי' הך דינא שאינה מקודשת כלל באדם שאינו חשוב: אלא דלכאורה תיקשי הא דמשמע מכל הפוסקים בנתנה היא ואמרה היא אפי' באדם חשוב דמקודש' גמורה ודאי לא הוי ואמאי כיון דהוא מקבל כסף הקידושין אדעתא דקידושין הרי נתרצה למאמרה וה"ל כאמר הוא ונתן הוא מיהו לפמ"ש הר"ן פ"ק דקידושין ניחא ע"ש גבי תן מנה לפלוני בדברי הרמב"ם שהצריך לומר התקדשי

לי במנה שנתתי על פיך ואע"ג דאמרה תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך והוא נתן על פי' אפ"ה צריך לחזור ולומר התקדשי במנה שנתתי על פיך ומשום דשתיקתו אעפ"י שנראה כהסכמה לדברי' לא איכפת לי' כיון דיכול לישא אחרת אבל שתיקת האשה הוא דהוי הסכמה כיון דנאסרת לעלמא לא היתה שותקת ע"ש א"כ בנתנה היא ואמרה היא לא מהני קבלתו בשתיקה כמדבר עמה בקידושין ומשום דלא איכפת לי' כיון דיכול לישא אחרת וז"ל הרשב"א בחידושיו והא דאמרינן לקמן תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב דוקא בחזר הוא ואמר לה בשעת נתינ' הרי את מקודשת לי במנה זה שאני נותן הא נתן ולא פי' אינה מקודשת ואעפ"י שהדברים מראין דלדעת מה שאמרה לו נתן הוא וכמו שפירש דמי מכל מקום העדאת עדים בעי דהמקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין כו' אבל כשהיו עסוקין באותו ענין כיון שהוא בעצמו נתרצה בהם מעיקרא הרי זה כאלו פירש עכשיו בשעת נתינה דאדיבורי' דנפשי' קא סמך ויהיב עכ"ל. ומזה הטעם נמי בנתנה היא ואמרה היא אפילו באדם חשוב ליכא העדאת עדים: מיהו נראה דכל שאינו ידוע באדם חשוב אע"ג דאנן מחמירין בזה וכמ"ש בש"ע וצריך חקירת חכם מי נקרא אדם שאינו חשוב מכל מקום בנתנה היא ואמרה היא דאפי' באדם חשוב אינו אלא מספיקא דנתן הוא ואמרה היא דאינו אלא ספיקא דרבנן א"כ כל שאינו ידוע בודאי באדם חשוב תו לא מחמירינן בזה: אמנם לפי מ"ש הר"ן הא דלא הוי ודאי קידושין כיון דקיבל בשתיקה אדעתא דקידושין דליהוי כנתן הוא ואמר הוא באדם חשוב משום דשתיקתו אינו כדיבור דלא איכפת לי' שיכול לישא אחרת וא"כ האידנא דאינו יכול לישא שתי נשים א"כ איש ואשה שוין דמהני השתיקה כדיבור וכן בתן מנה לפלוני ואתקדש אני לך ונתן מנה לפלוני דמהני מה שנתן לפלוני בדיבור דע"י קידושין נאסר באשה אחרת כמו האשה שנאסרה לעלמא ע"י קידושין וחר"ג שלא לישא שתי נשים אפי' בארוסה לדעת כמה אחרונים בתשובותיה'

ס"ק יח

הוי ספק קידושין כתב הרי"ף ז"ל נתן הוא ואמרה היא ספיק' הוי וחיישינן מדרבנן עכ"ל: וכתב עלה הר"ן ז"ל והאי לישנא מספקא לי טובא כיון דספיקא הוא ה"ל ספיקא דאורייתא והיכי קאמר חיישינן מדרבנן כו' והרמב"ם כתב נתן הוא ואמרה היא הרי זו ספק מקודשת ולא הזכיר מדרבנן ולפיכך אני מסתפק בכל ספק קידושין אם צריכה גט מדאורייתא או לא דאפשר דמדאורייתא שרי משום דאיכא למימר העמד אשה על חזקתה דמ"ש מכל תיקו דממונא דאמרינן בה העמד ממון על חזקתו כו' אלא שמפני חומר ערוה אסרוה מדרבנן ומש"ה אמרינן ספיקא הוי וחיישינן מדרבנן אבל הרי"ף

כתב לקמן בפרקין דבעי רב אשי בכלב רץ אחריה דסלקא בתיקו וה"ל ספיקא דאורייתא ולחומרא וצ"ע עכ"ל: ובחידושי מוהרי"ט כתב עלה ז"ל ונראה לי דכי אמרינן העמד דבר על חזקתו היינו אחזקה דגופה דלא אתרעי עד השתא אבל חזקה דפנוי' הא אתרעי שהרי פשטה ידה וקיבלה הקידושין אלא שאנו מסופקין במעשה הקידושין ומאותה שעה שפשטה ידה יצאה מכלל פנוי' שהיתה מקודם לכן ושוב אין להעמידה על חזקתה שתהא מותרת מן התורה דהא בפ"ב דכתובות דתני גבי שנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה הרי זו לא תנשא ואם נשאת לא תצא ומפרש לה אביי בעד אחד והקשו שם בתו' אמאי לא תנשא לכתחלה ה"ל לאוקמי אחזקתה וי"ל כיון שאנו יודעין שזרק לה קידושין ומספקא לן אי קרוב לה אי קרוב לו והני תרי סהדי חד אמר קרוב לו וחד אמר קרוב לה כיון דודאי זרק לה קידושין לית לן למימר אוקמה אחזקתה להתירה לכתחלה ואעפ"י שתפסו בלשונם להתירה לכתחלה לא בעי למימר דחומרא דרבנן הוא אלא הכי קאמרי לית לן למימר מדאורייתא להתירה לכתחלה אלא שאם נשאת לא תצא שאין בכך להוציאה מתחת בעלה אם לא היכא דאתחזק איסורא כגון בתרי ותרי דהב' עלי' באשם תלוי אבל הכא נהי דאתרעי חזקתה דהתירא אכתי לא אתחזיק איסור אעפ"י דאמרי' שחזק' קמייתא אתרעי שהרי אין חזקה זו כשאר חזקות שלא הורעו דילפינן בפ"ק דחולין מנא הא מלתא דאמור רבנן זיל בתר חזקה מדכתיב ושב הכהן ודלמא אדנפיק ואתי בציר לי' שיעורא וכ"ת התם נמי אורעה שהרי חסר לפניך התם איכא למימר השתא הוא דחסר אבל קודם לכן בחזקתו קיים וע"ש שהאריך בזה: וכל דבריו בזה תמוהין דמעולם לא נשמע בספק איסור שיהי' חילוק מן התורה בין לכתחלה ובין דיעבד וכל לכתחלה ודיעבד אינו אלא בדבריהם גם מ"ש דנגעים לא יורע חזקתו מבואר להיפך בתו' חולין שם דף י' ד"ה ודלמא אדנפיק ואתי בצר לי' שיעורא ז"ל אבל קשה תינח היכא דליכא ריעותא אבל היכא דאי' ריעותא כגון סכין שנמצאת פגומה וכן א' משנים שנטמא ודאי ברה"ר דמטהרין שניהם מטעם חזקה מנלן דאזלינן בתר חזקה וי"ל דה"נ יש ריעותא גדולה דאע"ג דאשכח חסר לאחר שבעה עכ"ל. ומבואר דחזקה דנגע איתרע מיקרי וכבר כתבנו בקו' ש"ש ש"ו פ' י"ח ע"ש בזה: ובדברי הרי"ף שכתב בנתן הוא ואמרה היא חיישינן מדרבנן וגבי כלב רץ אחריה כתב דה"ל ספיקא דאורייתא נראה משום דחזקה לא אמרינן אלא בספיקא דגיף, המעשה אבל בספיקא דדינא לא מהני ומשום דבשביל חזקה לא ישתנה הדין ועיין תבואת שור בסימן כ"ט ובמשנה למלך פ"ז משכירות וגבי כלב רץ אחריה ה"ל ספיקא דדינא ממש אם יש בזה תורת כסף או משום דמחייב לאצולי לא הוי כסף ובזה דהוי ספיקא דדינא לא שייך חזקה דבשביל חזקה

לא ישתנ' הדין אבל בנתן הוא ואמרה היא דהספק הוא שמא נתרצה למאמרה וכאומר הן או שמא לא נתרצה ה"ל ספיקא דגוף המעשה ובזה שפיר מהני החזק' חזקת פנוי' לכן לא חיישינן אלא מדרבנן: והר"ן שהקשה בדברי הרי"ף דכתב חיישינן מדרבנן. לא נדע מאי קשיא לי' בדברי הרי"ף הא כן אמרו בש"ס להדיא שם נתן הוא ואמר' היא ספיקא היא וחיישינן מדרבנן. והריטב"א כתב ז"ל ספיקא הוא וחיישינן מדרבנן וכו' ולא משום דאמרה היא מדינא ליהוי קידושין דהא ודאי אמירה דידי' בעי כו' אלא טעמא דספיקא דחיישינן כו' שמא הי' דעתו בנתינתו על סתם שלה וכאלו אמר לה הילך כמו שאמרת שתהא מקודשת לי ואעפ"י שלא פירש כן משום חומרא דאשת איש חיישינן להא מדרבנן לשויה ספק מקודשת להצריכה גט אבל אינו ספק גמור שהדין יותר להתיר ומש"ה לא תני לה בהדיא בספק מקודשת עכ"ל. וא"כ דברי הרי"ף נכונים במ"ש כאן דאינו אלא מדרבנן וגבי כלב רץ אחרי' ספיקא דאורייתא:

ס"ק יט

בהנאה זו שקבלתי ממך מתנה. כתב הטור ז"ל ואם נתנה היא ואמר הוא הרי את מקודשת לי במה שקבלתי ממך אם הוא אדם חשוב מקודשת שהיא נהנית במה שמקבל מתנה (ממנו) [ממנה] כו' והרמב"ם ז"ל כתב נתנה היא ואמר הוא אינה מקודשת, וכתב עלה הב"י ז"ל וכיון שראה רבינו שסתם דבריו בנתנה היא ואמר הוא אינה מקודשת עלה על דעתו דלא שאני ליה להרמב"ם בין אדם חשוב לשאינו חשוב ואין ספק שנעלם מעיני רבינו מ"ש בפ"ה כו' שאלו ראה אותו ודאי ה"ל להבין דמ"ש בפ"ג היינו דוקא באדם שאינו חשוב ויש לתמוה על רבינו כיון שלא ראה דברי הרמב"ם בפ"ה דמקודשת באדם חשוב וכו' למה לא הקשה עליו דאי אפשר לומר כן דהא בגמ' אמרינן בהדיא דבאדם חשוב מקודשת עכ"ל:

אמנם נראה דלא נעלם מעיני רבינו הטור ודבריו בצדק לפי מ"ש הרשב"א בחידושיו (ה,ב) ז"ל הא נתן הוא ואמרה היא וא"ת ולידוק מינה נמי נתנה היא ואמר הוא ותי' הראב"ד דהאי לא פסיקא לי' דאיכא אדם חשוב דהוי מקודשת כדאיתא לקמן וכן בתוס' רבותינו הצרפתים, אבל רבינו אלפסי והרמב"ם כתבו דנתנה היא ואמר הוא אין כאן בית מיחוש ונראין דבריהם דהא דאמרינן לקמן דבאדם חשוב מקודשת היינו דוקא כשחזר הוא ואמר לה התקדשי לי בהנאה זו שאני מקבל ממך מתנה זו וכן פי' שם ז"ל וא"כ ה"ל כנתן הוא ואמר הוא אבל נתנה היא ממש ואמר הוא אינה מקודשת, והדין נותן שאם נתנה היא במה קנאה אדרבה דמי לכי תקח אשה לאיש והלכך נתנה היא אעפ"י שאמר הוא אמירה דידיה בלא נתינה לית ביה ממשא ואינה מקודשת עכ"ל. הרי דלא מהני

לדעת הרמב"ם שיאמר במה שקבלתי ממך עד שיאמר בהנאה זו שקבלתי ממך וכמ"ש הרמב"ם פ"ה (הכ"ב) ז"ל אמרה לו הילך דינר זה כו' 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 עכ"ל דזה הוי כנתן הוא וא"כ לדעת התוס' באומר לה הרי את מקודשת במה שקבלתי ממך אם הוא אדם חשוב מהני ולשטת הרמב"ם לא מהני עד שיאמר לה בהנאה זו שקבלתי ממך מתנה וזה ברור בכוונת הטור. אלא שכתב הטור והסברא הראשונה היא סברת רב אלפס וכ"כ א"א הרא"ש ז"ל עכ"ל, ומדברי הרשב"א בחידושיו הנז' נראה מבואר דרב אלפס והרמב"ם בחדא שטה קיימי דצריך שיאמר בהנאה זו שקבלתי ממך מתנה:

ס"ק כ

ויש מחמירין. כתב הב"ש ז"ל רוב הפוסקים ס"ל כן כו' בנתנה היא ואמר הוא הוי קידושין אפי' לא אמרה ואתקדש אני לך כו' וכן נראה מתוס' ע"ש. והיינו מדכתבו תוס' שם (דף ה') במה דלא תני נתנה היא ואמר הוא משום דלא פסיקא ליה דאיכא אדם חשוב דמקודשת ע"ש ואי נימא דבאדם חשוב אינה מקודשת עד שתאמר ואתקדש אני לך א"כ אכתי הוי מצי למתני נתנה היא ואמר הוא ואפי' באדם חשוב אלא שלא אמרה ואתקדש אני לך:

ס"ק כא

שיעור הכסף. בסמ"ע סי' (פ"ב) [פ"ח סק"ב] כתב דצ"ע למעשה בזמן שלנו שהפירות ביוקר אם חשוב שוה פרוטה לקדש בו אשה ע"ש:

ולפי מ"ש בסק"א דעיקר כסף דקרא היינו כסף מתכת במשקלו ושיערו חכמים דמשקל חצי שעורה חשוב כסף ושוה כסף סובב הולך על המשקל חצי שעורה שיהי' שוה לקנות בו חצי שעורה כסף ע"ש א"כ תו לא אזלינן בתר יוקר וזול התבואה אלא שיוכל לקנות בו חצי שעורה כסף. ובהגהת אשר"י [קידושין פ"א סי' כ' כתב] ז"ל ושוה פרוטה עם שיעור התבואה של עכשיו כמו שהיה בימי חכמים אין הפרוטה שוה ביצת התרנגולת לפי חשבון עכ"ל. והיינו ביצת התרנגולת תבואה וכמבואר בתשובת מיימוני להל' אישות סי' י"ט ז"ל ואם שיערו דליכא ש"פ עכשיו דלמא בהאי שעתה הוי בה ש"פ ודבר מועט הוא מאד דלא קי"ל כרב יוסף דאמר בפ"ק דקידושין (יב,א) כדחשבי להו אינשי דאיהו גופי' הדר ביה ומסקינן כמה פרוטה בב' סלעים קרוב לאלפים ואם שיעור התבואה של עכשיו כמו שהיתה בימי חכמים אין הפרוטה שוה ביצת התרנגולת לפי חשבון ארבע סאין בסלע דהיינו סאה בדינר קב במעה שהקב כ"ד ביצים והמעה ל"ב פרוטות עכ"ל ע"ש:

ומבואר דביצת תרנגולת שוה יותר מפרוטה, ומזה מוכח דלא אזלינן בתר יוקרא וזולא דאי נימא דכשהתבואה ביוקר יותר משהיה בימי חכמים צריך יותר מפרוטה א"כ לעולם יהי' ביצת תרנגולת יותר משיעור פרוטה דאם יתייקר התבואה יהי' הפרוטה גדולה יותר לפי חשבון התבואה. מיהו בהא דאמרינן פ"ק דקידושין (ח,א) מה כסף דקיץ משמע דכסף דקרא הוא מטבע:

ואפשר כיון דפרוטה של נחשת בימי משה עדיין לא היה וגמירי להו לחכמים דפרוטה חשוב ממון היינו משקל חצי שעורה כסף ואולי הי' הלכה למשה מסיני כמו כל השיעורין כזית וככותבת דהוא הלכה למשה מסיני:

סימן כח

סעיף א

ס"ק א

ונודע שקנה אותו ביאוש. עיין ח"מ (סק"א) שכתב דבעינן ונודע דאם בשעת קידושין לא נודע ה"ל יאוש שלא מדעת, ואין לזה ביאור וע"ש במה שמחלק בין גנב וגזלן ישראל ועמ"ש בקצה"ח סי' שס"ח סק"א:

ס"ק ב

הרי זו מקודשת. עיין ב"ש (סק"ג) שהאריך בזה וכתב דלדעת הש"ע סי' שנ"ו והרמב"ם דיאוש ושינוי רשות אינו קנוי ללוקח אלא גוף החפץ אבל הדמים צריך להחזיר אלא דבגנב שאינו מפורסם ליכא דמים כיון שהבעלים צריכין ליתן ללוקח הדמים מתקנת השוק וא"כ צריך לומר דמירי בגנב שאינו מפורסם וא"כ אכתי אינה מקודשת מדאורייתא כיון דאינו אלא מתקנת השוק, ולדעת הב"י דבמעמד שלשתן מקודשת מן התורה ה"נ ניחא דהוי קידושי תורה אבל לדעת הרמ"א דס"ל במעמ"ש אינה מקודשת אלא מדרבנן א"כ לא הוי קידושי תורה ע"ש, עוד הקשה ממ"נ אם גילה לה שהוא גנוב ליתיה לתקנת השוק ואם לא גילה לה שהוא גנוב יכולה לומר אין רצוני להתקדש בגניבה כדאיתא בקידושין (דף נ"ג) וי"ל דאמר לה שהוא גנוב ומכל מקום אין צריך להחזיר החפץ כמ"ש בסמוך (א"נ) [א"כ] מקדש הוא אותה בהנאת שימוש הכלי דגוף הכלי שלה ויש לה הנאה דגוף הכלי שלה כו', ותו קשה למ"ש רמ"א בח"מ סי' שנ"ו בזמן הזה מחזירין גניבה אפי' אחר יאוש ושינוי רשות מחמת דינא דמלכותא א"כ במה מקדש אותה דהא צריכה להחזיר ודומה לכלי שאול דאינו יכול לקדש אם לא הודיע שהוא שאול ואי דאמר לה שגנוב הוא א"כ צריכה להחזיר בלא דמים, ואפשר לומר אע"ג דאינו

מודיע לה שהוא גנוב לא דמי לכלי שאול דאינו שלו כלל אבל כאן מקדש אותה בדבר שיש בו יאוש ושינוי רשות וכעין זה כתב בית הלל, מיהו אכתי קשה אם לא גילה לה יכולה לומר אין רצוני להתקדש בדבר גנוב ועיין בחשן משפט אם קנה מן הגנב ולא היה יאוש צריך להחזיר החפץ והבעלים מחזירים [לו] הדמים ואם ידע שהוא גנוב לא עשו תקנת השוק וכשיש יאוש ושינוי רשות וידע שהוא גנוב לא נתפרש דינו, וב"ח כתב בסי' זה דקונה וכ"כ בש"ך שם ונראה לדעת הרמב"ם צריך להחזיר הדמים אלא מפני תק"ה אין צריך להחזיר וכשידע שהוא גנוב לא שייך תק"ה א"כ בזמן הזה מחמת דינא דמלכותא אם ידע שהוא גנוב צריך להחזיר הכלי בחנם וכן הדין בלקח מגנב מפורסם ומזה נשמע הדין לענין קידושי אשה בגנב מפורסם או בידעה שהוא גנוב ומקדש אותה בחפץ לא הוי קידושין לדעת הרמב"ם דצריך להחזיר הדמים ואם הודיע אותה שהוא גזול ומקדש אותה בטובת הנאה שהכלי שלה הוי קידושין, ואם אין טובת הנאה בכלי דשכיח כלים כאלו לא הוי קידושין ואם מקדש אותה בסתם עם הכלי ולא הודיע לה שהוא גנוב והוא גנב שאינו מפורסם דאז אין צריך להחזיר לא הכלי ולא הדמים מקודשת אעפ"י דמן הדין צריכה להחזיר הדמים מכל מקום משום תק"ה א"צ להחזיר ומקודשת מן התורה לדעת הב"י כמ"ש במעמ"ש עכ"ל הב"ש:

והנה הב"ש בפלפולו הזך העיר בזה כמה וכמה הערות והעלה פרטי דינים בענין זה: והנראה לענ"ד בדברי ב"ש לאחר העיון והוא במ"ש הב"ש דבגנב שאינו מפורסם ולא הודיע אותה שהוא גנוב דמקודשת לפי שאין צריכה להחזיר ולא הדמים משום תק"ה. הנה משום תק"ה אין צריך להחזיר רק הדמים שנתן והלוקח צריך להחזיר מותר הדמים דאין מנכין מתק"ה רק דמים שנתן ומה שהחפץ שוה יותר צריך הלוקח להחזיר לבעלי' וכמ"ש הב"י בח"מ סימן שנ"ו וכן שם בסמ"ע ע"ש וא"כ בקידושין נמי אין מנכין לאשה עבור הקידושין רק שוה פרוטה דזה הוי דמים שנתן ומה ששוה החפץ יותר מפרוטה צריכה להחזיר לבעלים וכיון דדעת האשה להתקדש בכולה והיא אין לה אלא פרוטה ה"ל קידושי טעות. ומנא תימרא מהא דכתב הרא"ש ספ"ק דמציעא בהא דהוכיח שם דמוכר שט"ח וחזרו ומחלו דמשלם מדינ' דגרמי דאין צריך לשלם אלא דמים שנתן לוקח דאמרינן בהתקדשי לי בשט"ח דאחרים דאינה מקודשת דלא סמכה דעתה דחזר ומחל ואי נימא דמשלם כל הדמים ששוה השט"ח אמאי לא סמכה דעתה אע"כ דאינו משלם אלא דמים שנתן ואינו מחזיר לה אלא פרוטה דקידושי אשה אינו אלא פרוטה כו' והיא לא סמכה דעתה אלא להתקדש בכולה עכ"ל: ולמדנו מדבריו דבקידושי אשה מיקרי דמים שנתן פרוטה וכיון דדעתה להתקדם בכילה והיא צריכה להחזיר המותר

ה"ל קידושי טעו': ולפי"ז לא משכחת לה אלא אם הגניבה לא היתי' שוה אלא פרוטה דאז בגנב שאינו מפורסם אינה צריכה להחזיר כלום או באומר בפירוש תתקדש בכל דהו: ומה שהקשה ב"ש דאכתי אינה מקודשת מן התורה כיון דאינו אלא מתק"ה ולדעת הב"י דס"ל במעמ"ש מקודשת מן התורה ניחא אבל לדעת הרמ"א דס"ל במעמ"ש אינו אלא מדרבנן ה"נ לא ליהוי קידושי תורה: הנה ברמ"א לא הזכיר דין זה דמעמ"ש הוא מדרבנן אלא בדרכי משה הביא דברי ריי"ו בסתם דבמעמ"ש אינה מקודשת אלא מדרבנן אמנם נראה לחלק דהתם במעמ"ש גוף המעמ"ש אינו אלא מדרבנן ולא זכתה בחוב אלא מדרבנן ואינו כסף אלא מדבריהם וכמו כן ביאו' דקונה מדרבנן ה"ל כסף מדבריהם אבל ביאוש ושינוי רשות דגוף החפץ קונה מן התורה אלא דמן התורה חייב להחזיר דמי החפץ לבעלי' ומדבריה' אין צריך להחזיר הדמים מחמת תק"ה וכיון דכבר פטרו חכמים אותו מן החוב ולית לי' לנגזל שום טענה על הלוקח א"כ מה לי מן התורה או מדבריהם כיון דאין טענה לנגזל על האשה אודת הדמים ה"ל כאלו כבר נתנה את הדמים לנגזל ומקודשת מן התורה לכ"ע וזה נכון ודוק: ומ"ש הב"ש דאם לא גילה לה שהוא גנוב יכולה לומר אין רצוני להתקדש בגניבה כדאי' בקידושין דף נ"ג והיינו מהא דאי' שם בהקדש בשוגג אינה מקודשת דיכולה לומר אין רצונ' שתתחלל הקדש על ידה ע"ש ואינו מוכרח דהתם הקדש מעילתו במיתה ולא ניחא לה דלתעבד איסור חמור כזה על ידו אבל בגניבה אחר יאוש דבהיתרא אתי לידה דמה"ט מהני יאוש ואח"כ שינוי רשות דבאבידה מהני יאוש לחודי' ובגזילה כיון דבאיסורא אתי לידי' לא קני יאוש ובשינוי רשות בהיתרא אתי לידי' דלוקח וכמ"ש תוס' ר"פ לולב הגזול וע"ש וה"ל כמוציא אבידה לאחר יאוש דלא קפדי בזה לומר דלא ניחא לי. ועוד דהתם בהקדש נמי קי"ל קידש בהקדש בשוגג דמקודש' וכמ"ש הרמב"ם פ"ה מאישות: לכן נראה דהיכא דלא גילה לה שהוא גנוב מקודשת ביאוש ושינוי רשות והדמים אינה צריכה להחזיר משום תק"ה אלא דאם הי' שוה יותר מפרוטה כיון דדעתה אכולה אינה מקודשת ומשום תק"ה אין מגיע לה רק פרוטה וכמ"ש מיהו לדעת הש"ך בסימן שנ"ו בדעת הרמב"ם דמחלק בין גנב מפורסם לגנב שאינו מפורסם דלאו משום תק"ה אלא משום דבגנב שאינו מפורסם לא חשיב באיסורא אתי לידי' ובגנב מפורסם הוא דה"ל באיסורא אתי לידי' כיון דידע שהוא גנב א"כ הכא בגנב שאינו מפורסם אפי' שוה יותר מפרוטה נמי הוי קידושין ודו"ק: עוד כתב הב"ש ז"ל ובזמן הזה מחמת דינא דמלכותא צריכה להחזיר מכל מקום מדאורייתא קנתה החפץ ודמי החפץ צריך הנגזל ליתן להן והוי קידושי דאורייתא עכ"ל וע"ש: וזה נראה סותר למ"ש הב"ש בתחלת דבריו דהיכא דאין צריך להחזיר הדמים מפני תק"ה לדעת

הב"י דס"ל במעמ"ש מקודשת מן התורה ה"ה בזה אבל לדעת הרמ"א דבמעמ"ש לא הוי קידושי תורה ה"ה הכא מפני תק"ה דאינו אלא מדרבנן לא הוי קידושי תורה וא"כ כיון דדינא דמלכותא דצריך להחזיר החפץ ממ"נ לא הוי קידושי תורה דאי לדעת הב"י דס"ל כיון דמדרבנן הוא שלו הוי קידושי תורה ומשום דהפקר ב"ד הפקר א"כ הכא להיפך כיון דאינו שלו מדרבנן אע"ג דמדאורייתא הוי שלו הא אמרת הפקר ב"ד הפקר וה"ל כתורה ואם לדעת הרמ"א דלא מהני דרבנן לקידושי תורה א"כ כיון דמדאורייתא חייבת בדמים מיהת ותק"ה אינו אלא מדרבנן אינה מקודשת מן התורה וכמ"ש הב"ש בתחלת דבריו אלא דבעיקר דברי הב"ש שכתב ובזה"ז מחמת דינא דמלכותא צריכה להחזיר מכל מקום מדאורייתא קנתה החפץ הוא תמוה דנראה דהא דאמרו דינא דמלכותא דינא לאו מדבריהם הוא אלא מן התורה דינא דמלכותא דינא ודוקא בתקנת חכמים הוא דכתבו קצת פוסקים דלא מהני לדאורייתא אבל דד"ד מן התורה הוי דינא וצ"ע: ונראה משום שכתב הרמ"א בסימן רנ"ט סעיף ז' חייב להחזיר מכח דינא דמלכותא או הפקר ב"ד הפקר ע"ש ומשום הפקר ב"ד אינו אלא מדרבנן לדעת הרמ"א במעמ"ש דהוי קידושין. אבל משום טעמא דד"ד נראה דהיכא דאמרינן דד"ד ה"ל מן התורה: אמנם נראה דהתם לאו משום דינא דמלכותא אתינן עלה דלא אמרו דד"ד אלא בקרק' וכמ"ש בש"ך שם אלא דודאי מדינ' יאוש באבידה או יאוש ושינוי רשות בגזילה קנה לוקח אלא משום שאמרו בגמ' דלפנים משורת הדין מחזירין אחר יאוש וראו ב"ד לכופו על הישר והטוב לפנים משורת הדין וכן כתב במרדכי פ' אלו מציאות ז"ל אמר לי' לפנים משורת הדין ואשכחנא נמי בפ' הגוזל בתרא חייב בבא לצי"ש וכיון דחזינן דהוי כייפי להו להני כדאי' פ' האומנין גם אנן כייפינן למיעבד לפני' משורת הדין אם היכולת בידו לעשות דתני רב יוסף והודעת להם את הדרך כו' וכן פסק ראב"ן וראבי"ה דכפינן להו לעשות לפנים משורת הדין עכ"ל והיינו דאע"ג דבעלמא לא כפינן למיעבד משורת הדין הכא ראו ב"ד לתקן תקנה דכפי' כיון דבלא"ה איכא דינא דמלכותא בזה. ובש"ך סימן רנ"ט כתב ז"ל ואע"ג דמנהג גרוע שהוא נגד תורה לא אזלינן בתרי' יש לומר דהאי מנהג שנתקן כך דפשיטא שיש כח ביד הדור לתקן תקנה ועוד דגם בדינא דמלכות' כך הוא עכ"ל, ולפי מ"ש אינו מנהג גרוע כיון דלפנים משורת הדין הכי דינא וראו ב"ד לכופו בזה כיון דגם בדינא דמלכותא כך הוא וראי' דלאו משום דינא דמלכותא לחודי' אתינן עלה דהא כתב הרמ"א שם סעיף ה' דאם הוא עני ובעל אבידה עשיר אין צריך להחזיר ע"ש ומשום דינא דמלכותא אין חילוק בין דל לעשיר אלא ודאי עיקרא דמלתא משום עשיית הישר לפנים משורת הדין למי שהיכולת בידו והך דד"ד אינו אלא לסניף שראו לכופו בזה ועני שאין

היכולת בידו אין צריך להחזיר וע"ש: ומש"ה בקידושין כיון דאי נימא שיעשה לפנים משורת הדין יתבטלו הקידושין ודאי אין כופין האשה שתעש' לפנים משורת הדין ועיין תו' פ"ק דחולין דף ד' בשם רש"י דחליפי אסורי הנאה אסורין למחליף ואפ"ה מכרן וקידש בדמיהן מקודשת ולא אסרו על האשה כו' משום דקידושי אשה מצוה ע"ש וה"ה הכא וכיוצא בזה כתב רשב"ץ ח"ג סימן פ"ה שאלה שמעון קידש אשה בחוב שחייב לו ראובן במעמ"ש ואח"כ בא בע"ח של שמעון לגבות מה שחייב לו ראובן לשמעון אם יהיו נפקעין הקידושין או לא תשובה כו' וכבר כתבו הראשונים דאע"ג דמן הדין יכול לטרוף אי כתב לי' מטלטלי אג"ק כו' כבר נהגו בתי דינין שלא לעשות מעשה בזה משום תקנת השוק וכ"ש שאין לעשות בזה מפני תקנת הזיוג עכ"ל וה"ה הכא כיון דיאוש ושינוי רשות קנין גמור אלא שראו עכשיו לכופו לעשות לפנים משורת הדין במקו' דליכא פסידא דבעלים מחזירין ללוקח הדמי' ומש"ה ראו לכופו לעשות לפנים משורת הדין אבל הכא שיתבטלו הקידושין ע"י זה אין כופין וקידושו אשה מצוה לכן אפי' עשיר בזה אין כופין וזה ברור ונכון

ס"ק ג

או גניבת כותי ז"ל מוהר"יו סימן קל"ח על עסק משכון שמכר ר' יצחק לר' מרדכי וקידש בו ר' מרדכי אשה ומדמה מר לגזל כותי ודעתי' דמר כיון דהוי גזל מדרבנן דלא ליהוי קידושין מידי דהוי אחמץ בשעה ששית קצת לבי מהסס מתרי ותלת טעמי' חדא דלא הוי גזל אלא כגון ויגזול את החנית אבל האי דמי להפקעת הלואתו דשרי אע"ג דבמקום דאי' חילול השם אסור דלמא איסור הוי אבל גזל לא הוי וטובא אשכחן בכה"ג דאסרו חכמים לכתחלה ואי עבד כגון באבק ריבית דאין מוציאין בדינים דאטו אם קידש אשה באבק ריבי' דלא ליהוי קידושין וכו' ואפי' לפי דבריך דמדמי' לחמץ איכא לפלוגי דהתם אסור בהנאה ולית בי' ש"פ אבל הכא אית בי' ש"פ כו' ונראה לפענ"ד דהוי קידושין גמורין כיון דמכר ר' יצחק לר' מרדכי דעתי' הוי דלהוי מכירה גמור' וכו' וכיון דאפשר להשמט כו' בכה"ג שיאמר

שנאבד המשכון וכו' ואפשר דאין כאן אחי' חילול השם ומאי דקא מדמות בפסח בחדא מחתא מחתינהו כולהו דהא חטי קורדניית' בשעה ששית משמע בפ' כל שעה דחוששין לקידושין עכ"ל: ונראה דסובב כל התשוב' אליבי' דפוסקי' דגזל עכו"ם אינו אלא מדרבנן ובזה מחלק מוהרי"ו דשאני בזה מחמץ בפסח דאסור בהנאה אבל בזה דמותר בהנאה אע"ג דאינו שלו מדרבנן אפ"ה מקודשת וממילא דלפוסקים דגזילו מדאורייתא ודאי אינה מקודשת אלא דהב"ש כתב כיון דלגבי לוקח בהיתר' אתי לידי' ליכא איסו' דאוריית'

דהא עושק מעכו"ם אינו אלא מדרבנן כמ"ש בב"מ ריש פ"ג והטעם הואיל שבא לידו בהיתר: אמנם לפי מ"ש מוהרש"ל ביש"ש פ' הגוזל בתרא דהרמב"ם ס"ל דגם הפקעת הלואתו אסור מן התורה ע"ש א"כ ה"ה גבי לוקח אע"ג דבהיתרא אתי לידי' אסור מן התורה. והנה בפ' הגוזל בתרא דף קי"ג בהא דתנן אין פורטין לא מתיבת המוכסין כו' והא אמר שמואל דד"ד אמר ר"ח בר כהנא אמר שמואל במוכס שאין לו קצבה דבי ר' ינאי אומר במוכס העומד מאליו איכ' דמתני לה אהא לא ילבש אדם כלאים כו' אלא להבריח את המכס מי שרי כו' ואיכא דמתני לה אהא נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין שהיא של תרומה כו' ולמוכסין והא אמר שמואל דד"ד אמר ר' חנינא במוכס שאין לו קצבה כו' רב אשי אמר במוכס נכרי ופריך מהא דר"ע כו' אמר רבא לא קשיא כאן בגזילו כאן בהפקעת הלואתו וע"ש ביש"ש דכתב דהרמב"ם לא ס"ל הך דהפקעת הלואתו שרי ולא הביא בשום מקו' לומר דמותר ע"כ ס"ל דאסור וע"ש. והרמב"ם פ"ה דגזילה שם כתב הך דמוכס נכרי שאין פורטין מתיבתו וכתב הרב המגיד משום דמוכס נכרי סתמו נוטל יותר מקצבתו וע"ש וכדי שיהי' תי' דרב אשי יכול להיות אכולהו דמייתי שם כמו אינך תירוצים שם ואין כן פי' שאר מפרשים עכ"ל וע"ש בב"י בח"מ סימן שס"ט. ובמשנה למלך שם כתב על דברי הרב המגיד דא"כ מאי פריך עלי' מדר' עקיבא וכו' וע"ש שכתב דהיינו תירוצא דרבא כאן בגזילו כאן בהפקעת הלואתו היינו דמפקיע הלואתו משום שנוטל יותר וע"ש. ואכתי תיקשי שם בסוגיא דפריך עלה אביי והא עבד עברי הפקעת הלואתו ומשני רבא לטעמי' דע"ע גופו קנוי ומבואר דהפקעת הלואתו הוא דשרי אפי' היכא דאינו נוטל מקצבתו. אמנם נראה דודאי לרב אשי הפקעת הלואה מותר אלא דאפ"ה צריך לומר במוכס נכרי ומשום דנוטל יותר מקצבתו דהב"י כתב בח"מ סימן שס"ט דאסור להבריח ממוכס שיש לו קצב' ואפי' נוטל יותר מקצבתו אין לו להעלי' דבשביל שזה גוזלו אינו רשאי לגזול המגיע ממנו ובתר גנבא גנובי טעם וע"ש וכ"כ הרמ"א בסימן שס"ט. ומש"ה מוכח דרב אשי ס"ל דהפקעתו מותר דאי נימא דאסור כמו גזילו א"כ אפי' נוטל יותר מקצבתו אין לו להעלים כמו בגזילה דאסור לגזול מה שמגיע לו אעפ"י שנוטל יותר אע"כ דס"ל לרב אשי דהפקעתו מותר ומש"ה פריך לה מדר"ע ומע"ע. וגם צריך לומר כדברי הרב המגיד במוכס נכרי ונוטל יותר מקצבתו דאם אינו נוטל יותר אע"ג דהפקעתו מותר מכל מקום אינו רשאי לישבע למוכסין כיון דבדין שקל מיני' ולאו אונס הוא דאע"ג דמותר בהפקעתו אבל אינו רשאי לישבע שהן של תרומה כיון דחייב הוא לו באמת ולהפקיע הלואתו אינו רשאי לישבע אלא משום דנוטל יותר מקצבתו רשאי לישבע ולית בי' משום בתר גנבא גנובי טעים כיון דהפקעתו מותר

וזה נכון. מיהו קשה במ"ש הב"י והרמ"א דאפי' נוטל יותר מקצבתו אין לו להעלים וביי"ד סימן רל"ב כתב בש"ע גבי נודרין למוכסין דבמוכח שאין לו קצבה או שנוטל יותר מקצבתו מותר לו לישבע וברא"ש בנדרי' דף כ"ח כתב ז"ל במוכס שאין לו קצבה דהאי לאו דינא הוא דדוקא בדבר השוה לכל בני המדינה כולו רשות כו' אי ני כיון שאין לו קצבה מרבה ליקח יותר ממה שהמלך חפץ הלכך כולו גזל עכ"ל וע"ש ועמ"ש בס' קצה"ח סימן שס"ט סק"א. הדרן לדקמן דלדע' הרמב"ם אפי' הפקעתו אסור וא"ש בנדון דמוהרי"ו אינה מקודשת אלא אפי' נימא דהפקעתו מותר וזה דאתי לידה דאשה ה"ל בהיתרא מכל מקום המקדש לא יהיב מידי וליכא נותן ועמ"ש בזה ס"ק ד' ונ"ה ועו' דאפי' נימ' דגזילו מות' נמי לאו דידי' הוא וכמ"ש במגן אברהם סימן תרל"ז גבי אתרוג דאפי' למ"ד גזילו מותר לכם לא הוי ע"ש בשם יראים והיינו כיון דלא נתן לו העכו"ם אינו זוכה בו ועדיין הוא של עכו"ם אלא דגזילו מותר וא"כ במה מקדשה כיון דלאו דידי' ולאו דידה ואפי' נימא דאזלי בתר מקבל כיון דלא קנתה גוף החפץ ואם בא אחר וחטף ממנה נראה דמותר כיון דלא זכתה בי' אלא דגזילו מותר מיהו מ"ש מג"א גבי אתרוג דלא נפיק בגזל עכו"ם אפי' למ"ד גזילו מותר משום דלא חשיב לכם. נלענ"ד דשפיר נפיק בי' לפי מ"ש הרמב"ם פ"ח מלולב דיוצא באתרוג של מעשר שני וכן בחלה פ"ו מבכורים וכן במצה פ"ו שם ע"ש ואע"ג דפוסק מעשר שני ממון גבוה וכתב מוהר"י קורקוס משום דס"ל כמ"ד בסוכה דף ל"ה דלא בעי דין ממון אלא היתר אכילה וה"נ היתר אכילה אית בי' והובא בכסף משנ' שם וא"כ באתרוג למ"ד גזילו מותר דיש לו בו היתר אכילה נראה דלא גרע ממעשר שני כיון דבזה נמי אית לי' סותר אכילה והנאה. ובתו' פ' לולב הגזול דף ל"א ד"ה באשירה דמשה הקשו ע"א דכותי נמי מכי אגבי קני' וכו' וי"ל שהגביהו ע"מ שלא לקנותו כו' וקשיא להו לולב בעי לכם וכתבו דמיירי בי"ט שני וע"ש ולפי מ"ש אפשר דמיירי דרך גזילה וא"כ אכתי דכותי הוי ויש לו ביטול דאע"ג דגזילו מותר אכתי דבעלי' נינהו ויוצא בה כיון דיש לו בה היתר אכילה והיתר הנאה אבל גבי קידושין אם אינו שלו לא מצי יהיב לה לאשה אלא שמעצמה זוכה בה האשה בתורת גזילה ואם אחר חטף ממנה יוכל האחר לזכות בו בתור' גזילה ולאוכל' ומש"ה אינה מקודשת בזה ודו"ק:

ס"ק ד

קידשה בגזל אחר יאוש לבד קונה מדרבנן והוא מדברי הרא"ש פרק מרובה ז"ל וביאוש בגזילה פליגי בה רבה ורב יוסף רבה ס"ל דיאוש קונה אלא דמספקא לי' אי מדאורייתא אי מדרבנן ור' יוחנן ס"ל דאפילו מדרבנן אינו קונה וקי"ל כרבה וקני יאוש לחומרא ואם קידש אשה בגזילה אחר יאוש צריכה גט דרבה ס"ל דכל הפחות קונה מדרבנן אבל

מדאורייתא קי"ל דיאוש לא קני עכ"ל. ודברים אלו מרפסן איגרי כאשר ראו כן תמהו מוהרש"ל ומג"ש ודרישה דהא אפי' אי יאוש לא קני הא בקידושין איכא יאוש ושינוי רשות. ובדרישה ובב"ח ובח"מ פירשו דברי הרא"ש בקידשה בגזל דידה אחר יאוש ולא קדמו שידוכין ביניהם ולא אמרה הן ובזה מקודשת מדרבנן דליכא שינוי רשות דאינו אלא משום ספיקא דיאוש לחודי' קונה מדרבנן. ובט"ז כתב ז"ל ואין לומר דמיירי בגזל דידה דקשה ממ"נ אי בשדיך מקודש' מן הדין ואי בדלא שדיך לא הוי קידושין אפי' מדרבנן דתוכל לומר אין שקלי ודידי שקל ע"ש וכ"כ ב"ש ע"ש ולכאורה נראין דברי הב"ח וח"מ דודאי אם יאוש לחודי' קנה ואין לה עליו אלא דמים ה"ל כבע"ח ולא מצי אמרה דידי שקלי ועיין ב"ש סק"ז שכתב דהיכא שקנה בשינוי מעשה לא מצי אמרה דידי שקלי דלא הוי אלא כבע"ח ע"ש ויאוש נמי למ"ד קונה הרי הוא כבע"ח על הדמים. ואפש' כיון דהרא"ש לא קאמ' דמקודש' אלא משום חומר' דרבה דס"ל יאוש קונ' לחודי' אבל לדינא קי"ל דיאוש לחודי' לא קני לענין ממונא רק להצריכה גט וכיון דהרא"ש ס"ל דלא מהני תפיסה מספק נגד חזקת בעלי' הראשונים וא"כ ביאוש לחודי' צריך להחזיר לבעלים ומש"ה שפיר מצי אמרה דידי שקלי כיון דממון שבו שלה היא. אלא דמדברי ב"ש משמע דאפי' נימא יאוש קונה נמי מצי אמרה דידי שקלי ומ"ש משינוי מעשה. מיהו לפי מ"ש בקצה"ח סימן שנ"ג סק"ד דשינוי מעשה קונה קנין גמור והדמים שצריך הגזלן ליתן לבעלים אינו אלא על שעת גניבה וגזילה דנתחייב בדמים אבל יאוש לחוד קונה אינו משום החיוב שנתחייב בשעת גזילה דאפי' באבידה דאתי לידי' מקמי דמייאש מרא מיני' נמי צריך ליתן הדמים לבעלים דהתם ליכא תורת חיוב עלה משעת הגנבה דשומרין אינו מתחייב אלא משעת פשיעה ואין החיוב בדמים אלא משום דיאוש ה"ל שיור בקנינו דאינו קונה ביאוש אלא את גוף החפץ ולא לדמי החפץ וה"ל כעין משכון לבעלים ואם בא בע"ח ליטלו הבעלים קודמין דה"ל כעין משכון ובמשכון דידה מצי אמרה דידי שקלי וכהאי דהרשב"א שהביא הרמ"א בסעיף ג' משא"כ שינוי מעשה דקונה קנין גמור אפי' לדמי החפץ רק הדמי' שנתחייב הוא עבור שעת הגניב' והגזילה דנתחייב מדין אחריות בדמי החפץ ואינו משכון מש"ה לא מצי אמרה דידי שקלי. ומה שנראה לענ"ד בזה והוא דשפיר מיירי מגזל דאחרים והוא דהרב המגיד כתב ז"ל והטעם שבנתייאשו הבעלים הוי מקודשת ואע"ג דבעלמא יאוש כדי לא קנה הכא שהוא ביד האשה הרי יש כאן יאוש ושינוי רשות כשהוא בידה וכיון דקנאתו היא אף הוא קונה אותה עכ"ל. ולכאורה משמע מזה דבקידושי כסף אזלינן בתר דידה דהא יאוש לחודי' לא קנה ולאו דידי' הוא ואפ"ה מקודשת משום דהיא קונה. אמנם מדברי הריטב"א נראה דאזלינן בתר דידי' וע"ש

ס"פ האיש מקדש גבי מקדש בערלה ז"ל ואע"ג דבחולה שאין בה סכנה מותר באיסורין שלא כדרך הנאתן מכל מקום אסור הוא למוכרם לחולה זו וליטול דמי' תמנה וכו' וכיון שכן לא חשיב ממונא כלל ואפי' היא חולה שראוי להנות בהם אינה מקודשת דלאו ממונא יהיב לה וכו' אך כבר הקשה בזה במשנה למלך פ"ה מה"ל אישו' ז"ל וא"ת איך יתכן דהריטב"א יאמר דאזלינן בתר דידי' כו' והרי המקדש בגזל אחר יאוש מקודשת משום דהוי שינוי רשות אצל האשה הרי אע"ג דאיהו לא נתן כלום כיון שקנאתו היא מחמתו הרי זו מקודשת וע"ש מה שמחלק בזה ואין דבריו נראין כמו שיבואר לקמן ס"ק נ"ה. ולכן נראה דודאי ס"ל להריטב"א דבעינן ממונא דנותן ואפי' לפי מ"ש תוס' דף ז' דלא אזלינן בתר נותן היינו אע"ג דלא יהיב הנותן ש"פ כל ששוה במקבל ש"פ מקודשת והיינו משום דמכל מקום איכא נותן וממונא דיר הוא דנתרבה אצל המקבל אבל היכא דאצל הנותן לאו ממון היא כלל אע"ג דשוה ביד האשה ש"פ כיון דליכא נותן כלל ודאי אינ' מקודשת ולשטת תוס' רי"ד שם דף ז' בעינן ממונא דנותן לגמרי שיהי' ש"פ אצל הנותן ועמ"ש בסימן ל"א ס"ק כ"ד הא דהרב המגיד כתב הואיל וקנאתו כו' נראה דטעמא דידי' על כוו' אחר' והוא דהרשב"א כתב בחידושיו לב"ק פ' מרובה בהא דאמרו שם דף ס"ו הגנב והגזלן הקדישן הקדש משום יאוש ושינוי השם דמעיקרא חולין והשתא הקדש והקשה דהיכי חייל הקדישו כיון דיאוש לחודי' לא קנה ואין אדם מקדיש דבר שאינו שלו וכתב משום דע"י הקדש הוי שינוי השם והקדשו וקנייתו באין כא' עכ"ל וביאורו דקוד' יאוש לא הוי שינוי השם כלל כיון דהבעלים מרדפין לא הוי שינוי השם כלל וכמ"ש הרמב"ן במלחמו' פ' מרובה ע"ש אבל אחר יאוש דתו אין הבעלים מרדפין ומצא השם מקום לחול וקני' בשינוי השם וה"ל הקדישו וקנייתו באין כאחד ומה"ט נמי ביאוש ושינוי רשות ביד האשה בשעה שנותנ' ה"ל קידושין וקנייתו באין כאחד וא"כ ה"ל נותן כיון דע"י היאוש ושינוי רשות קונה גם הגזלן גם הנותן דהא בהקד' נמי אי לאו דאתי מכח מקדיש לא הוי הקדש אלא דגם הגזלן קונ' ע"י היאו' ושינוי השם וה"ל באין כאחד ואיכא מקדיש וה"נ מדידי' באו הקידושין דבקנין שינוי רשות זוכה גם הגזלן ובאין כאחת. משא"כ באיסורי הנאה דגם אחר שבא ליד האשה לא זכה הנותן. והר"ן כתב פ' האיש מקדש ז"ל מכרן וקידש בדמיהן מקודשת וכתב רש"י בפ"ק דחולין דמיהן מותרין הני מילי לאחרים אבל למוכר עצמו אסורין דא"כ מצינו דמים לחמץ בפסח כו' ולדבריו היינו טעמא דמקודשת אעפ"י שהיו הדמים אסורין למקדש משום דכיון שהיא מותרת ליהנות בהם וקנאתן מחמתו מקודשת דומיא דמקדש בגזל דאחרים למאן דאית ליה סתם גזילה יאוש בעלים היא דאע"ג דיאוש כדי לא קני וכל זמן

שהוא בידו אינו קנוי לו אפ"ה כיון שקנאתו היא בנתינתו מקודשת וה"נ הנאה הבאה לו מחמתו הוא עכ"ל, ולפי מ"ש גבי גזל היינו טעמא משום דקנייתו וקידושיו באין כאחת משא"כ באיסור הנאה דלנותן גם אח"כ אין בו קנין ומצאתי בחידושי ריטב"א מבואר להדיא כדברינו ע"ש בהאיש מקדש דף נ"ב ז"ל אתא האי גברא חטף זוזי מחברי' שדא לה כו' לית דחש להא דר' שמעון דאמר סתם גזילה יאוש בעלים וכי תימא כיון דקי"ל יאוש כדי לא קני כי איכא יאוש בעלים מאי הוי הא לא קשיא כיון דאיכא יאוש ברשות גזלן ושינוי רשות ברשותא דידה קני' ביאוש ושינוי רשות דכיון דאיהי קניתה אף הוא קונה אותו אעפ"י שהוא לא קנה דינר זה עד שיהא ברשות' וכיוצא בו בהקדש כגון שגזל ונתייאשו הבעלים והקדיש קדוש וקני' הקדש ביאוש ושינוי רשות והוא מתכשר לקרבן דילי' אי לאו משום מצוה הבאה בעבירה עכ"ל והיינו מדכשר לקרבן דילי' ע"כ משום דדידי' הוא ע"י קנין ההקדש ומשום דבאין כאחד וכמ"ש. מיהו כל זה לשטת הרמב"ם דיאוש ושינוי רשות הוי קנין אע"ג דבא באיסורא לידי' דהא ס"ל להרמב"ם דגם שינוי רשות ואח"כ יאוש נמי קני וע"כ משום דשינוי רשות חשוב נמי שינוי כמו שינוי מעשה אלא דבעי בהדי' יאוש ובהצטרפות יאוש קונה ע"י שינוי רשות א"כ שפיר מצינו למימר דקידושין וקנין באין כאחד וכמו בהקדש אבל דעת הרא"ש דשינוי רשות ואח"כ יאוש לא קנה ומשום דבאיסורא אתי לידי' ודוקא יאוש ואח"כ שינוי רשות הוא דקונה ומשום דאתי ללוקח בהיתרא וכמו באבידה וכ"כ תו' ר"פ לולב הגזול ע"ש דטעמא דיאוש ואח"כ שינוי רשות משום דאז בהיתרא אתי לידי' ע"ש. וא"כ הגזלן לא קני לה בשום אופן כיון דבאיסורא אתי לידי' ותו ל"ל דע"י שינוי רשות שביד האשה קונה גם הגזלן ובאין כא' כיון דגזלן לא מצי קני לה בשינוי רשות דידה כיון דלדידי' באיסורא אתי לידי' ולא מהני לדידי' קנין שינוי רשות וה"ל כמקדש באיסורי הנאה והיא חולה דמותרת ליהנות בהן דלא הוי קידושין כיון דלמקדש אין לו דמים ומש"ה להרא"ש אינה מקודשת ע"י יאוש ושינוי רשות דידה ודו"ק והוא נכון ועמ"ש בזה בס' קצה"ח סימן שנ"ג סק"ג. וראיתי למגיני שלמה שכ' יש"ש ליישב דברי הרא"ש והוא תמה עליו שם וז"ל ומה שיישב הוא ז"ל דנ"מ מדברי הרא"ש אם גזל ונתן לה בפקדון ואח"כ קידשה בו דליכא יאוש ושינוי רשות כי אם שינוי רשות ואח"כ יאוש כך הבנתי דבריו והוא תימה גדולה דפקדון יהא נקרא שינוי רשות והא פקדון ברשותא דמרי' קאי וא"כ כי קדשה אח"כ מעשה שלה הוי שינוי רשות גמור עכ"ל. ולענ"ד דברי היש"ש נכונים וז"ל פ' מרובה סימן ז' ומכל מקום איכא נפקותא בהא פיסקא דהרא"ש כגון שגזל חפץ ונתן בפקדון ליד האשה ואח"כ נתייאשו הבעלים ובא הגזלן ואמר התקדשי לי בפקדון שיש לי אצלך דמקודשת אעפ"י

שאין כאן יאוש ואח"כ שינוי רשות מכל מקום קונה הגזילה מתקנתא דרבנן ביאוש לבד ומקודשת עכ"ל, והיינו דכיון דבעינן יאוש ואח"כ שינוי רשות לדעת הרא"ש כי היכא דליהוי בהיתרא אתי לידיה דה"ל כמו אבידה דקונה ביאוש אבל אם הי' פקדון אצל האשה דכבר נתחייבה בהסבה ליד הגזלן משו' שעבודא דר' נתן דשייכי גם גבי פקדון וכמ"ש בישׁ"ש פ' שור שנגח סימן י"ט ע"ש וכיון דכבר נתחייב' בהשבה ה"ל באיסורא אתי לידי' ולא קנה ביאוש וזה ברור בדברי יש"ש ודבריו נכונים בלשון שכתב אע"פ שאין כאן יאוש ואח"כ שינוי רשות ולא כתב דה"ל שינוי רשות ואח"כ יאוש ומשום דשינוי רשות לא הוי כיון שהיה בפקדון אלא דלא הוי יאוש ואח"כ שינוי רשות ומשום דכה"ג לא הוי בהיתרא אתי לידי' כיון דכבר נתחייב בהשבה ודו"ק. עוד שם בישׁ"ש ז"ל ואף התוספות מסופקי' לקמן בשמעתין דהצנועין למי שסובר יאוש קונה מדאורייתא אם קונה אפי' מונחת ברה"ר או צריכה להיות הגזילה בידו בשעת יאוש מכ"מ בנדון זה שמסר לידה בתורת פקדון והיא סברה שהוא שלו הוי כמאן דמנח ברשותו דמי ועוד דאפשר התוספות מסופקים דוקא למי שסובר יאוש קונה מדאורייתא אבל בנדון דידן שקנה היאוש מדרבנן משום תקנת השבים א"כ בכל ענין קונה משום האי תקנתא וליכא חילוק בין בתשובתו כו' וא"כ האשה מקודשת מדאורייתא בכה"ג לפי דברי הרא"ש מאחר שיאוש לחודי' קונה מדרבנן והוי כממונו עכ"ל ובס' הפלאה סימן כ"ח ראיתי שהביא דברי הישׁ"ש במה שכתב ומכל מקום איכא נפקותא בהא פיסקא דהרא"ש כו' וכתב עלה ז"ל אבל באמת אין דבריהם מובנים כלל דכיון דאין החפץ ביד המקדש אלא ביד האשה בשעת יאוש במה זכה המקדש להיות החפץ שלו כיון שאין בידו כו' אבל ביאוש ביד הנפקד אין שום סברא לומר שקנה הגנב מטעם דהנפקד הוי שלוחו לזכות בו דהא קי"ל דאין שלד"ע כו' וצ"ע עכ"ל ע"ש. ולפנינו דברי הישׁ"ש דאתי עלה משום תקנת השבים דקונה אפי' ברה"ר ודברי הישׁ"ש נכונים. ואכתי צריך להתבונן בדברי ישׁ"ש במ"ש דתו' אינו מסופק אלא למ"ד יאוש קונה מדאורייתא דאז אפשר דאינו קונה כשהוא ברה"ר אבל למ"ד יאוש קונה מדרבנן משום תקנת השבים א"כ בכל ענין קונה ואפילו ברה"ר דאכתי י"ל דנהי דנימא דקונה אפי' ברה"ר ומשום תקנת השבים אבל כשהוא ברשות אחר למה לא יקנה מאחר ע"י יאוש כיון דבהיתרא אתי לידי' ומשו' דכבר כתבנו דהנפקד כיון דבאיסורא אתי לידי' דנתחייב בהשבה כיון דבא לידו בתורת פקדון א"כ אינו קונה מדאורייתא ומשו' תקנת השבים לא תיקנו אלא רק לגזלן ולא לנפקד ודו"ק. ועמ"ש בס' קצה"ח סימן פ"ו סק"ד דבפקדון ליכא משום שעבודא דר' נתן ע"ש א"כ בפקדון לית בי' משו' באיסורא בא לידו כיון דלא נתחייב בהשבה לנגזל ודו"ק.

ס"ק ה
מקודשת מדרבנן והוא מדברי רבי' ירוחם וביש"ש כתב בפרק מרובה דאם יאוש קונה מדרבנן הוי קידושי תורה דקונה מחמת הפקר ב"ד ואין קידושי אחר תופסין בה אלא הואיל דלכמה פוסקים יאוש אינו קונה אפי' מדרבנן לכן הוי קידושי ספק ע"ש. וב"ש כתב עלה ז"ל אבל הב"י לא ס"ל כמוהרש"ל ביאוש משום דלא דמי גזל אחר יאוש למעמ"ש דגזל אחר יאוש אע"ג דקונה מדרבנן מכל מקום
מדאורייתא צריך להחזיר א"כ מקדש. אותה בדבר שאינו שלו משא"כ במעמ"ש עכ"ל ועמ"ש בזה באורך בס"ק ל"ג:

ס"ק ו
אינה מקודשת ומשום דיכלה למימר אין שקלי ודידי שקלי ואפי' בגזל מעות שייך לומר אין שקלי ודידי שקלי כל זמן שלא קנה בשינוי וכדאי' בש"ס בחטף סלע מידה ועמ"ש בקצה"ח סיצ"א. ואם קנה בשינוי מעשה אפי' בחפץ כיון דקנה החפץ ואין עליו אלא חוב בדמי הגזילה ה"ל כשאר בע"ח כ"כ ב"ש:

ס"ק ז
כנסי סלע זו שאני חייב. כתב הר"ן ז"ל מדאמרינן דאינה מקודשת אלא בדשידך א"נ דאמרה אין היינו דוקא בדאמר לה מעיקרא כנסי סלע זו שאני חייב ליכי אבל אמר כנסי סלע זו סתמא וחזר ואמר התקדשי לי בו אעפ"י שהוא חייב לה סלע מקודשת ולא אמרינן דלפרעון קבלתי' אבל כל שהזכיר לה פרעון החוב אעפ"י שחזרה ואמרה לא לשום פרעון אני נותן לך אלא לשום קידושין אמרינן דמסתמא לשום פרעון שקלתי' והיינו דקתני וחזר ואמר לה התקדשי לי בו כלומ' חזר בו מדיבורו הראשון ואמר שלא יהי' לשום פרעון אלא לשום קידושין אבל מדברי הרמב"ם
פ"ה מאישות נראה שאינו חזרה ממש אלא שבתחלה אמר כנסי סלע זו שאני חייב ליכי והוסיף ואמר התקדשי לי בו ואפ"ה בדשדיך
א"נ אמר' אין מקודש' וכן נראה מדברי בעל הלכות ולפי זה אפשר דהיכא שחזר בו ואמר לא לשום פרעון אני נותנו לך אלא לשום קידושין דמקודשת אע"ג דלא שידך עכ"ל.
והרב המגיד פ"ה מאישות כתב דלדברי הרמב"ם ובעל הלכות אפשר שאם חזר ואמר לא לשום פרעון אני נותנו לך אלא לשום קידושין וקבלה ושתקה מקודשת וצריך תלמוד ומכל מקום בשלא הזכיר מתחל' פרעון אלא שהוא חייב לה מנה והגיע זמנו ואמר הרי את מקודשת במנה זו ונטלה ושתקה מקודשת אעפ"י שלא שידך ואעפ"י שאמרה לא נתכוונתי לקדש אלא כדי להפרע מחוב קבלתיו אינה נאמנת עכ"ל:

ס"ק ה
עד שתאמר הן. כתב הרשב"א בחידושיו לגיטין פ"ב דף כ' בכת' לה גט על טס של זהב ואמר לה התקבלי גיטך והתקבלי כתובתיך דנתקבלה גיטה ונתקבלה כתובתה וז"ל וכענין שאמרו פ"ק דקידושין כנסי סלע זו שאני חייב לך וחזר ואמר התקדשי לי בו מקודשת ולפמ"ש שם דמוחלה חובה ואינ' חוזרת וגוב' ממנו עכ"ל. ובמשנה למלך פ"ה מאישות ז"ל בגזל דידה כיון דקבלתיה אחילתי' וכת' מרן הב"י סימן כ"ח ז"ל כתב הר"ן כו' אבל בירושלמי אמרו רוצה היא מקודש' ויהא חייב לה סלע ומור"ם ז"ל בהגהה פסק כדברי הירו' וכתב דצריך לשל' לה גזלותי' ואין ספק דכ"ש הוא באומר כנסי סלע זה שאני חייב דצריך לשלם לה וכל זה היפך הירושלמי ועוד נרא' דרש"י ז"ל שכתב גבי גזל אחילתי' אפשר דמודה גבי חוב דחוזרת וגובה החוב עכ"ל. ולענ"ד נראה דלשטת הר"ן דמתחלה אמר כנסי סלע זה שאני חייב ליכי וחזר ואמר לא לשום פרעון אלא לשום קידושין ובלא שידך מצי אמר' לפרעון קבלתיו כדיבורא קמא ובשדיך או אמר' הן נתרצית על דיבורא בתרא שאמר לא לשום פרעון אלא לשום קידושין בזה ודאי נרא' דצריך לשלם חובו דהא ליכא כאן מחילה כלל אלא שסמכה בדיבור הקידושין ונתרצית בקידושין וא"כ הרי חזר הבעל בפירוש לא לשום פרעון אלא לשום קידושין וא"כ ליכא כאן מחילת החוב כלל והחוב בתוקפו ואפי' לדעת רש"י דבגזל אחילתי' היינו משום דכיון דסלע דידה והיא נתרצית להתקדש לו בגזל דידה וע"כ אחילתי' וכיון דנתנה לו סלע דידה תו ליכא חיוב דמים כלל אבל בזה שחז' ואמ' לא לשום פרעון אלא לשום קידושין והריצוי דקידושין מחזק ומאלם כח החוב שיהי' לשום קידושין ולא לשום פרעון וליכא כאן לא פרעון ולא מחילה. אמנם לשטת בעל הלכות והרמב"ם דאומר לה כנסי סלע זו שאני חייב והרי את מקודש' לי בו א"כ תרווייהו בהדי הדדי אתו לשום פרעון ולשום קידושין וכיון דנתרצית בדיבורו כגון בדשדיך או באמרה הן ממילא תו ליכא חוב כלל כיון דיהיב לה לשום פרעון ובע"כ מחלה החוב. ובגזל דידה דאמר לה סתם כנסי סלע זו ותהי' מקודשת בו ולא אמר בפרעון הגזילה י"ל נהי דנתרצית בקידושין ומחלה לגוף הגזילה בכדי שתהי' לה במה להתקדש אבל דמי הגזילה שנתחייב משעת הגזילה לא מחלה אבל באומר בפירוש כנסי סלע זו שאני חייב ליכי והתקדשי לי בו דכיון דנתרצית בזה לדיבורו ונותן לשום פרעון וגם לשום קידושין תו ליכא חוב כלל כיון דנותן לה בפירוש לשום פרעון. ומזה נראה שדברי הרשב"א פ"ב דגיטין הוא עפ"י שטת בעל הלכות והרמב"ם שזה הוא שדומה להתקבלי גיטך והתקבלי כתובתך דשניהם בדיבור אחד נאמרו ודו"ק:

ס"ק ט

והגיע זמן הפרעון. כתב ב"ח ז"ל הרשב"א בתשובה סימן קל"ז כתב אם לא הגיע זמן הפרעון אפי' קבלתו בשתיקה ולא שדיך מקודשת עכ"ל ובט"ז כתב להשיג על הב"ח מתשובת הרשב"א סימן אל"ף רכ"ז ז"ל וכיון דמעיקרא אמר שנתנו לפרעון אפי' חזר ואמר לא לפרעון אלא לקידושין אפשר לה לומר אני לא לקידושין קבלתי אלא דעתי בזה לפרעון כמו שאומר תחלה לפי שאפי' לא אמר לה לפרעון ומסרו לה סלע בפקדון או להוליכו לאיש אחר וקבלתו בשתיק' אפ"ה יכולה לומר לא לדעתך חבלתיו אלא לדעת פרעוני והוא שהגיע זמנו של מלוה עכ"ל. הרי דלא כתב האי מלת' דהגיע זמן פרעון אלא בפקדון שהיא יכולה לתפוס הכסף לפרעון שלה ולא אזלינן בתר דידי' אלא בתר דידה והיינו בהגיע זמן הפרעון דוקא אבל באומר בפירוש שנותן לשום פרעון ודאי אזלינן בתרי' אפי' בלא הגיע הזמן ואינ' מקודש' כלל ובנותן לה סתם אפי' הגיע הזמן מקודש' ע"כ אין להשגיח בדברים הנזכרים בדברי הרשב"א שהביא מו"ח ז"ל בלשון שזכר שם עכ"ל ט"ז וב"ש כתב דע"כ כשאומר כנסי חוב שלך איירי ולהכי משיג על הב"ח בשם הט"ז ע"ש. ולענ"ד נראין דברי הב"ח ובהדיא כתב הרשב"א בחידושיו כן וז"ל יש לפרש שחזר ואמר לא לפרעון אלא לקידושין ולפי פי' זה דוקא כי אמר לה כנסי סלע זה שאני חייב לכי דאע"ג דהדר ואמר התקדשי לי בו יכולה היא שתאמר לשום פרעון קבלתיו כמו שאמר תחלה והוא שהגיע זמנו עכ"ל וכן נראה עיקר דכיון שחזר ואמר לא לפרעון אלא לקידושין תו אינה יכולה לומר לשום פרעון כמו שאמר תחלה כיון שלא הגיע זמנה לא מצי תפס' על דיבורו קמא כיון דכבר חזר בו ויכול הוא לחזור כל שלא הגיע זמן פרעון והרי זה כמו שאומר לאשה הריני נותן לך במתנה חפץ זה וחזר ואמ' לא לשום מתנ' אלא לשום קידושין וקבלה סתם דלא מצי אמרה לשום מתנה קבלתי כמו שאמר תחלה כיון שכבר חזר בו ממתנה ויכול הי' לחזור אלא דוקא אם הגיע זמן פרעון מצי אמר' לפרעון קבלתי כמ"ש תחלה ולא הי' יכול לחזור כיון שכבר הגיע ז"פ מחויב לפרוע ואע"ג דכתב הב"י בסימן כ"ט גבי התקדשי לי במנה זה ונמצא חסר דינר וחזר ואמר התקדשי לי בו דהוי ספק קדושין לדעת הרמ"ה דאפשר אדיבורא קמא סמיך ע"ש בזה לא שייך דיבור' קמא כיון דחזר בפירו' ואמ' לא לשום פרעון אלא לשו' קידושין

דאין בו משום דיבורא כלום כל שלא הגיע זמנו וכמ"ש וזה ברור: אמנם נראה מדברי הרשב"א דלא כתבו אלא לפי' דדוק' כי אמר לה כנסי סלע שאני חייב לכי וחזר ואמר לשום קידושין הוא דבעינן שהגיע זמנו דכיון דכבר חזר מפרעון והיא אינה יכולה לתבוע תוך זמנו אבל לפי שטת בעל הלכות והרמב"ם דאינו חוזר אלא אומר כנסי סלע שאני

חייב לכי והתקדשי לי בו א"כ בזה אין לחלק בין תוך זמנו לאחר זמנו דכיון דנותנו לה לפרעון ואינו חוזר בזה מצי אמרה לשום חובי קבלתי כאשר אמרת ולקידושין לא בתרציתי אבל להך דהרשב"א בתשובה סימן אל"ף רכ"ז דאפי' גבי קידושין בעי הגיע זמנו ולזה כיון הב"ח שכתב דתוך זמנו לא ומשום דהרשב"א בתשובה אלף רכ"ז מיירי כשאומר בתחלה לשום פרעון ואח"כ חזר ויכול הוא לחזור תוך זמנו וכמ"ש מש"ה כתב והוא שהגיע זמנו אבל לשטת בעל הלכות והרמב"ם נראה דאין חילוק בין תוך זמנו לאחר זמנו זה הנראה לענ"ד בזה ועמ"ש בסק"ז ועיין בדברי הרשב"א סימן אל"ף רכ"ז ושם תראה מבואר דהך דבעי הגיע זמנו היינו להך פי' דמיירי בחזר בו אח"כ ואמר לשום קידושין ע"ש ודו"ק:

ס"ק י

שתלוה לו מעות על משכון וביאורו שאמר לה כנסי והתקדשי לי בו וכהאי דכנסי סלע שאני חייב והתקדשי לי בו וז"ל הרשב"א בתשוב' סימן אל"ף רכ"ז שאלת ראובן אמר לאשה הלויני דינר על משכון זה ונתנה לו הדינר ובשעה שנתן לה המשכון אמר לה התקדשי לי בזה וקבלתו בשתיקה נאמר שאינה מקודשת ויכולה היא לומר אין שקלי ודידי שקלי כיון שיחדו לה למשכון ודמי לכנסי סלע זה שאני חייב ליכי או לא כו' תשובה מסתברא שיש הפרש בין זה לכנסי סלע זה שאני חייב ליכי דהתם הוא שחייב לה הסלע ולפיכך יכולה היא שתאמר אין שקלי ודידי שקלי אבל כאן אעפ"י שאמר לה מעיקרא שתלוה על משכון זה אין לה עדיין שום דבר על המשכון ואינו קנוי לה כלל ואפי' לר' יצחק דאמר בע"ח קונה משכון לפי שלא משכתו עדיין ובשעת משיכה לא למשכון ניתן אלא לקידושין ואף אם תמצא לומר שלמשכון נמי נתן מכל מקום אם ש"פ יותר למשכון ולקידושין נותן ורשאי דשלו הוא ואין למשכון בזה כלום כו' ועוד תדע כי מדברי בעל ה"ג ורש"י והרמב"ם ז"ל משמע שאפי' בכנסי סלע זה שאני חייב ליכי דאמר רב נחמן שהיא יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי דוק' בשאמ' לה כנסי סלע בחוב ובקידושין שתקבל פרעונה וקידושי' הא חזר ואמר לא לפרעון אלא לקידושין מקודשת כו' וא"כ בשחזר ואמר לה לא לפרעון אלא לקידושין אפי' קבלתו בשתיקה אפשר לומר דמקודשת כמשכון זה דכוותה היא ומכלל דברים אלו מסתברא לי שהיא מקודשת אלא שראוי בזה להחמיר ואם קבלה קידושין מאחר אחד מגרש וא' נושא ולמי שתנשא צריכה ממנו קידושין אחרים עכ"ל וע"ש ומשמע מזה דשאל' הרשב"א הוא בענין שבשע' שנתן לה לקידושין לא הזכיר למשכון רק לקידושין ומש"ה אתי עלה הרשב"א מדברי בה"ג והרמב"ם דכה"ג אפי' בחוב מקודש' כל שלא אמר בשעת מעשה כנסי סלע

בחוב ובקידושין ולכן קשיא לי על הרמ"א שכתב הך דינא דרשב"א כיון דמהרשב"א נראה דכבר סתם כדברי בה"ג והרמב"ם וא"כ ליכא ספיקא במשכון דודאי לא עדיף מכנסי סלע שאני חייב דצריך לומר לה כנסי סלע שאני חייב והתקדשי לי בו. ואפשר דהרמ"א נמי מיירי הכין דכאשר נותן לה המשכון אמר לה התקדשי לי בו והיינו שנתן לה למשכון ולקידושין כמו בכנסי סלע שאני חייב ליכי וכן משמע לשון הרמ"א שכת' וכאשר נותן לה המשכון אמר לה התקדשי לי בו והיינו בבת אחת והספק הוא כיון דאין לאשה בגוף המשכון רק שעבוד מש"ה הוי ספק קידושין ויתיישב בזה מה שהקשו בח"מ וב"ש במה שלא כתב הרמב"ם משכון זה ע"ש ולפי מ"ש כיון דע"כ מיירי הרמ"א דכאשר נותן לה המשכון אמר לה התקדשי לי בו והרי כיון שאמר לה בשעת מעשה קבלה למשכון ולקידושין הרי הוא כמו משכון זה ודו"ק: ובדברי הרשב"א שכתב דאפי' בע"ח קונה משכון לפי שלא משכתו עדיין. קשה לי דהא מבואר להדיא בש"ס דמעות קונות למשכון וכדאיתא פ' הזהב דף מ"ח שיחד לו כלי להלואתו ובתוספות ר"פ נערה כתבו להדיא יחד כלי למשכון וא"כ אפי' לא משכתו עדיין כיון דכבר הלוה לו וקנה לה המשכון ע"יי המעות. ועמ"ש בקצה"ח סימן ע"ב: ונראה דס"ל להרשב"א בתשובה דכיון דכבר תיקנו חכמים משיכה ואמרו דמעות אינו קונה א"כ ה"ה בזה אינו קונה במעות והתם ביחד כלי להלואתו מיירי מדין תורה ע"ש פ' הזהב. אמנם לפי מ"ש בש"ע ח"מ סימן קצ"ח דבשכירות מטלטלין מעות קונות ומשום דלא שייך בזה שמא יאמר נשרפו חיטך בעלי' כיון דגוף החפץ שלו טרח ומציל וע"ש וא"כ ה"נ כיון דגוף המשכון שלו טרח ומציל ואפי' אין המשכון שוה יותר מכדי מעותיו נמי טרח ומציל משום יוקרא דהוא ברשותי' וכדאמרינן לר' שמעון פ' הזהב דף מ"ז דמוכר יכול לחזור בו ולא לוקח וכתב שם רש"י דטרח ומציל משום יוקרא דהוא ברשותי' ע"ש: והרשב"א נראה דס"ל דבשכירות נמי מעות אינו קונה ומשום דלא פלוג חכמים בתקנתן וכן הוא דעת הרמב"ם דאפי' עליה מושכרת דליכא חשש דשמ' יאמ' נשרפו חיטך בעלי' אפ"ה לא פלוג חכמי' וע"ש בש"ך סימן קצ"ח ולפי מ"ש לדידן דקי"ל דשכירות מטלטלין נקנה במעות א"כ ה"ה משכון נקנה במעות כיון דהגוף שלו וא"כ ביחד לו משכון ליכא ספיקא משום דלא משכתו כיון דמעות קונות וא"כ הספק קידושין אינו אלא משום טעם הראשון שכתב הרשב"א משום דאין לה על המשכון כלום ואכתי גוף החפץ שלו ומש"ה אינה יכולה לומר דידי שקלי והך ספיקא נמי בנותן לה למשכון וגם לקידושין אם חלין הקידושין כיון דאין הגוף שלה ומש"ה לא כתב הרמ"א תיבת זה כיון דנותן לה למשכון הרי הוא זה וכמ"ש ודוק:

ס"ק יא
התקדשי לי בחפץ הא דהוי ספק מקודשת משום דאמרינן אי לא ניח' לה תשדינהו אבל ספיקא דגוף החפץ דשמא ש"פ במדי לא חיישינן: וכתב הרא"ש דהא חזר ממה שרצה בתחלה לקדש בפחות מש"פ והיינו בחפץ ע"ש וקשה דהא בקידושין אינו יכול לחזור אפי' תכ"ד ואפשר כיון דמדינא ליכא קידושין בפחות מש"פ אפי' ש"פ במדי דאין לך אלא מקומו ושעתו ואינו אלא משום חומרא דרבנן ולא אחמור כולי האי בחזר תכ"ד: והר"ן כתב ז"ל לציפתא ליכא למיחש שהרי הוא מתחלה הי' דעתו לקדשה בזוזי דאית בי' כלומר בה ובמה שבתוכו אלא שהם חשבו שלא הי' שם כי אם הציפתא לבד ואמרו לו והא לית בי' ש"פ ואמר להו אנא תקדוש בארבע' זוזי דאית בה אמרי הלכך לציפתא ליכא למיחי' שהו' לא נתכוין לקדש' בציפתא בלבד דלא ניחא לי' בקידושי ספק עכ"ל ולשטת הרמב"ם ה"ל ספק קידושין משום החפץ גופי' שמא ש"פ במדי:

ס"ק יב
וה"ה אם לא חזר ואמר התקדשי לי מדברי ב"ש נראה דלפי' הרא"ש הוא דלא מהני דהא חוזר ומקדש במעות קידושין חדשים אבל לפי הר"ן דבתחלה היה דעתו לכך אין צריך לחזו' ולומ' התקדשי לי ע"ש ובט"ז כתב דאפי' לפי' הר"ן נמי צריך לומר התקדשי לי וע"ש שהשיג על הרמ"א: ובתו' רי"ד ז"ל אמר להו תקדוש בארבע זוזי דוקא אי הדר ואמר תקדוש לי אבל אי אמר ארבע זוזי אית בי' בלחוד אינו מועיל כלום שהדיבו' הראשון אין בו ממש כיון שהאשה סברה שאינו נותן אלא האי ציפתא ואין בה ש"פ הלכך צריך שיאמר עוד תקדש בארבע זוזי עכ"ל ומדכתב שהאשה סברה שאינו נותן אלא האי ציפתא נראה דס"ל כשטת הר"ן ולא משום חזרה דמקדש ואפ"ה בעי שיחזור ויאמר התקדשי לי וזה כדברי הט"ז ורי"ו ח"א נכ"ב כתב ז"ל ויש מפרשים דהא דאמרינן דהוי ספק מקודשת דוקא כשחזר ואמר לה תהי' מקודשת לי במעות שיש לי בתוכו אבל אם לא חזר ואמר לה כלום אינה מקודשת עכ"ל:

ס"ק יג
אשה שחטפה מעות כתב ב"ש לכאורה נראה אפי' אם אמרה הן לא מהני כיון שאין בידו אינו יכול לקדשה בו כשם שאין יכול להקדיש דבר שאין בידו וכן משמע בתשובת שארית יוסף מיהו מדכתב בהג"ה ושתקה ש"מ דס"ל אם אמרה הן נעשה מיד פקדון אצלה ומקודשת ונעשה פקדון וקידושין כאחד לפי"ז מ"ש ר' יוחנן גזל ולא נתייאשו בעלים שניהן אין יכולין להקדישו היינו כל אחד אינו יכול להקדיש אבל בריצוי שניהם נעשה הקדש עכ"ל: ובתו' קידושין דף נ"ו ד"ה מתקיף לה ז"ל והר"ר מאיר מפרש שאני הכא שהלוקח יכול לחלל המעשר ביד מוכר משום דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו

דהא זכי' מטעם שליחות והוי כמו שליח כו' אבל בהאי דצנועין ליכא למימר הכי שהרי הגזלנים עצמן אין יכולין לתקן כלום מה שבידם שהרי אינו שלהם והוי גזל ולא נתייאשו הבעלים וכיון דאינהו לא מצו עבדו שלוחייהו נמי לא מצו עבדו עכ"ל:

ומזה נראה דאפי' דנתרצו שניהם שהנגזל רוצה והגזלן נמי ניחא לי כיון דזכות הוא לו ואפ"ה אינו חילול: מיהו נראה דבהקדש שאני כל ששניה' רוצים בהקדש ה"ל גבי הקדש כדין פקדון כיון שרוצה הגזלן ליתנו להקדש ופקדון כל היכא דאיתי' יכול להקדישו משא"כ בחילול נהי דרוצ' הגזלן בחילול ואינו רוצה להחזי' כלל אכתי אינו ברשותו מש"ה לא הוי חילול אבל בשניהם רוצין בהקדש והגזלן רוצה להחזיר הגזילה ליד הקדש נעשה פקדון והקדש כאחת וכן נראה מדברי תו' פ"ק דמציעא דף ו' ד"ה הקדישה בלא תקפה כו' כיון ששתק אודיי אודי לי' ולא' דמי לגזל ולא נתייאשו בעלים דשניהם אין יכולין להקדישו כו' כיון דאודי לי' הוי לי' כפקדון שיש לו ביד אחרים דיכול להקדישו ע"ש ומבואר דכל שהקדישו הבעלים בריצוי הגנב ה"ל כמו פקדון ואע"ג דלא נתרצ' הגנב אלא בשעת ההקדש ה"ל פקדון והקדש באין כאחת: אמנם מדברי' הרמב"ן נראה דאפי' הגזלן רוצה להחזיר הגזילה ליד הנגזל נמי אין הנגזל יכול להקדישו וע"ש במלחמות פ' שור שנגח ז"ל ולא זו בלבד אלא שאף ההפרש שפירש בגזל ולא נתיאשו הבעלים אינו כלום שאעפ"י שהלה רוצ' ליתן לו אינו קדוש כיון שבתור' גזל הוא אצלו עכ"ל וא"כ מכ"ש אם אין הגזלן רוצה להחזיר הגזל לנגזל דאע"ג דרוצה בהקדש ורוצה ליתנו להקד' דלא הוי הקדש דבתורת גזל אתי לידי' מש"ה אינו יכול להקדיש ועמ"ש בקצה"ח סימן שנ"ד ס"ק ד': מיהו לגזלן עצמו נראה דודאי מצי יהיב לי' דאע"ג דה"ל דבר שאינו ברשותו ואינו יכול ליתנו לאחר אבל לגזלן עצמו מצי יהיב דלא גרע ממלוה דה"ל דבר שאינו ברשותו ואינו יכול להקנותו לאחר אלא במעמ"ש אבל להקדישו אינו יכול כמ"ש הרמב"ן במלחמות ואפ"ה ללוה עצמו מצי מחל ואין חילוק בין מתנה למחילה אלא דבמלוה שייך לשון מחילה ובחפץ לשון מתנה ומש"ה אמרה הן מהני דהא לגזלן עצמו מהני נתינה ואע"ג דמקדש במלוה אינה מקודשת היינו משום דלא נתן לה הנאה מחודשת שכבר הן ברשותה להוציאן אבל גזל אע"ג דרוצית לגזול מכל מקום הנאה אית לה כשנותן לה הגזילה: ובתשובת שארית יוסף סימן כ"ח העלה באשה שחטפה דרייער ולא רצת' לחזור לו וקידשה בו ע"ש שהעלה כיון דאמר ר' יוחנן שניהם אין יכולין להקדישו ומשמע אפי' מדרבנן אינו קדוש כו' וא"כ בנדון דידן נמי אע"ג דאי' עדים שהדרייער שלו ויוכל להוציאו בדיינים מכל מקום אינו יכול להקדישו הואיל והיא לא רצתה לחזור לו וא"כ ג"כ לא הי' יכול לקדשה בו עכ"ל וע"ש: ודבריו תמוהין

לענ"ד דהא בש"ס מבואר להדיא בקידש בגזל דידה ואמר' הן או בשידך דאחילתי' גבי' ומוכח דיכולה ליתן לגזלן עצמו וא"כ ה"ה הכא דמתקדשה בי' ואפי' במלוה גופי' אי לאו דלית לה הנאה מחודשת אע"ג דה"ל דבר שאינו ברשותו הי' יכול לקדשה וכמבואר ברש"י ותו' פ' האיש מקדש דף מ"ז והכא בגזל דודאי הנאה מחודשת אצלה במאי דיהיב לה הגזילה נראה דמקדשה בו: ובתשובת מוהרי"ל סימן ע"ח ז"ל ועוד נראה דאין כאן לכל העדיות כיון דהיא לקחה המעות בידה ואין בידו להקדיש לפי שאינו ברשותו והיא חייבת באונסין בעידנא דאגבי' וגרע ממלוה דאפי' בעיני' אינה מקודשת דקי"ל כת"ק דלהוצאה ניתנה ולא מידי יהיב לה ולאו דמי לפקדון דבידו להקדיש אע"ג דאינו ברשותו דבכל מקום שהוא ברשותא דמרי' וכו' וכן לר' מאיר דאית לי' מלוה לחזרה ניתנה מקודשת אם הוא בעין אע"ג דחייב באונסין הוי נמי כפקדון כדאי' התם בהדיא דאין הלוה כופר ולא מחוסר גוביינא אבל גזל דידה שבידה לאו ברשותי' כר' יוחנן והא ליכא למימ' נימא הואיל ואי הי' בעי לאקדושי בדעתה להשיב לו אם יתבע ממנה והדר ה"ל פקדון כדפי' הרא"ש טעמא דמקדשה בגזל דידה מקודשת בשדיך חדא הא הכא לא שדיך כו' ועוד תקשה לך למ"ד מלוה לאו לחזרה ניתנה נימא נמי הכי שבדעתה להחזיר לו כדי שתתקדש אלא ודאי דמחשבה כי האי לא מהני כיון שבא לידה אינה יכולה לשנות באמירה כדמסיק סוף החובל הא דאתא לידי' בתורת שמירה דאין המעשה נשתנה באמירה וקדשה בגזל דיד' הוי קדושין משום דמחלה לי' וממילא הוי דידי' וכ"ש שאין שייך לומר אדידי' מכח שחפץ לקדשה מחיל על הגזל ומשוי לי' פקדון בידה דמכל מקום אין כבידו להקדיש דאינ' ברשות' דהא תופסתו בתור' גזל ולא בדידי' תליא הלכך לא מצינו למימר אין אדם מוציא דבריו לבטלה עכ"ל וזה כדברי שארית יוסף וזה היא לפי שטת הרמב"ן דבגזל אפי' הגזלן רוצה להחזיר נמי דין גזל אי' לי' כיון דבידו היו בתורת גזל וכמ"ש אבל לפי שטת תו' כל שרוצה הגזלן להחזירו ה"ל דין פקדון וה"נ כיון שרוצית להתקדש ורוצית להחזיר ה"ל דין פקדון וכמ"ש מדברי תו' לענין הקדש היכא דאודיי אודי לי' ומ"ש מוהרי"ל למ"ד מלוה לאו לחזרה נימא נמי הכי שבדעתם להחזירו שותא דמרן לא ידענא דגבי גזל שלו הוא אלא שהוא דבר שאינו ברשותו וכל שרוצה הגזלן להחזיר ממילא דין פקדון יש לו אבל גבי מלוה למ"ד לאו לחזרה ניתנה ודיד' הוי אפי' בדעתה להחזירו לא קנה המלוה עד שיבא לרשותו ובדברים לא נקנה מעות דידה. גם מ"ש מוהרי"ל ז"ל אלא ודאי דמחשבה כי האי לא מהני כיון שבא לידה אינה יכולה לשנות באמיר' כדמסיק ס"פ החובל כו' ע"ש. לענ"ד לאו ראי' דהתם לא אמרו אלא לענין פטור אחריות דכל דאתי לידי' בתורת שמירה אע"ג שנראה מדבריו שפוטרו

אעפ"י כן אינו פוטרו באמת ואע"ג שאומר קרע כסותי רצונו הי' קרע ותשלם. אבל כאן אין אנו פוטרין אותו מחיוב אחריות דודאי כל זמן שאינו משיב הגזילה לנגזל הרי הוא באחריותו אפי' לאונסין אלא כיון שרוצה להחזיר נפיק מתורת אינו ברשותו וחשיב כמו ברשותו וה"ל כמו פקדון. וכן דעת בעל המאור פ' שור שנגח זולת דעת הרמב"ן דס"ל דלא מהני להקדישו אפי' רוצה להחזיר וג"כ לאו משום דהאי דס"פ החובל אלא משום דס"ל דכיון דכל זמן שאינו מחזיר הרי הוא באחריותו ותורת גזל אית עליה מיקרי דבר שאינו ברשותו למכירה ולהקדש. ולדעת מוהרי"ל דס"ל בגזל דידי' אינה מקודשת אע"ג דנגזל מצי יהיב הגזילה לגזלן עצמו וכמ"ש אבל לקידושין לא מהני דלאו כסף דידי' הוא משום דה"ל דבר שאינו ברשותו ואנן בעינן ממונא דנותן ועמ"ש סק"ד וס"ק ל"א בשם הרמב"ן במלחמות בטעמא דמקדש במלוה אינה מקודשת דהוא משום דהוי כדבר שלא בא לעולם דאינו ברשותו ע"ש ומבוא' דאע"ג דמלוה יכול למחול הלואתו ללוה אפי' הכי אינו יכול לקדש בו משום דה"ל כדבר שלבל"ע וה"נ לענין גזל דאע"ג דיכול למחול לאשה הגזל אינו יכול לקדש בו:

ס"ק יד

ושתקה והחזירה המעות. בתשובת מוהר"מ פאדווי סימן כ"ד כתב דשתיקה לאחר מתן מעות לאו כלום ואפי' להרי"ף שכתב כמ"ד חושו לה וה"ל ספק וצריכה גט היינו כיון דשידכו תחלה דהיינו שאמר תחל' לשון קידושין משא"כ כאן שלא הי' לשום קידושין לכתחלה קודם שחטפה וע"ש שהביא ראי' מדברי הטור שכתב בד"א שבא לידה בתורת פקדון אבל אם בא לידה בתורת קידושין כו' דקשה דה"ל לקצר ולכתוב אבל אם בא לידה שלא בתורת פקדון שאינה חייבת בשמירה וא"ל התקדשי ושתקה הוי ספק מקודשת אלא ודאי דקמ"ל אם לא שידך תחלה לא הוי קידושין כלל וקידושין הראשונים הוי כמו שידך עכ"ל ע"ש. ובט"ז הביא דבריו וכ' עלה ז"ל ותמי' לי מאד דבריו דאם תחשוב קידושין הראשונים לשידך אמאי הוי קידושי ספק הא קי"ל בשידך תחלה אפי' לא אמר אח"כ כלום מקודשת ודאי כו' ודברי הרב בזה תמוהים מאד בעיני עכ"ל. ותמהני דהא כן מבואר ברשב"א ובר"ן דציפתא הוי כמו שידך והוכיחו מזה דגבי שתיקה לאחר מתן מעות לא מהני שידך דאי שדיך מהני א"כ גבי ציפתא דהוי קידושין בתחלה לא גרע משידך ע"ש והוב' בב"י ובשו"ת מוהרש"ך ח"ב סימן קל"ד כתב ג"כ דהא דצריכה גט היינו דוקא בשידך או דהיכא שהי' קידושין בתחלה אבל אם לא שדיך לית ביה ספיק' ע"ש ועיין ב"ש סימן מ"ב:

ס"ק טו

ודוקא שאינה יודעת סכום הפקדון. וכתב הב"ח דבשאלה אע"ג דידעה סכומו כיון דחייבת באחריות ונעשה כמלוה ופרוטה ומקודש' ע"ש. וב"ש כתב עלה ז"ל צריך לומר דרש"י והרא"ש פליגי דרש"י פי' להמסקנ' דמיירי בפקדון דחייבת באחריות והרא"ש כתב דמיירי בפקדון דאינ' יודעת הסכום ואי ס"ל להרא"ש פי' רש"י דמיירי בפקדון באחריות א"כ אפי' ידעת סכומה מיקדשה מיהו דבריהם אינו מוכרח די"ל דאין רצונה להתקדש במה שהיא חייבת לשלם

עכ"ל. וקשה דא"כ מאי פריך שם בקידושין דף מ"ז אי דקיבל כולי' אחריות היינו מלוה והיינו לפי מאי דס"ד דסובר ת"ק במלוה מקודשת ומאי קושיא נימא דאין רצונה להתקדש במה שהיא חייבת: ולכן נראה דטעמא דהרא"ש משום דכל שסבורה שהפקדון כולה בעינא א"כ דעתה להתקדש בכולהו ואם נאבד הפקדון אע"ג דחייבת לשלם והוי מלוה כיון דטעמא דמלוה ופרוטה מקודשת משום דדעתה אפרוטה לחודי' ולא אמלוה דליתי' בעין דאם הי' דעתה אתרווייהו אמלוה ופרוט' לא הי' מקודשת וכמו שיבואר ס"ק ל"ח והיכא דסבורה דכולה בעין אם נמצא אח"כ מלוה לא מיקדשה אע"ג דנשאר פרוטה דבמלוה ופרוטה נמי אם דעתה אתרוויהו אינה מקודשת וכמו שיבואר בס"ק הנזכר ומש"ה צריך לומר דלא ידעה סכום הפקדון. אך קשה הא דתניא בברייתא ר' מאיר אומר מלוה הרי כפקדון ואם נשתייר ש"פ מקודשת ע"ש ובמלוה שיודעת סכומה א"כ נימא דעת' אכולה ולר' מאיר אינה מקודשת אלא במלו' בעין וצריך לומר דבמלו' מיירי שאומר במה שיש לי בידך דאז הכוונה במה שהוא וכמ"ש הריטב"א הובא בב"י ומשום דהרא"ש נמי אינו חולק על סברת הריטב"א וכמו שכ' בעצמו' יוסף ע"ש אלא דהרא"ש משכח בפקדון גווני היכא דלא ידעה ואחר כתבי מצאתי בט"ז כמ"ש דהיכא דסברה שהוא בעין דעתה אתרוויהו וכמ"ש:

ס"ק טז

הי' לו מלוה אצלה. בפ' האיש מקדש דף מ"ז אמר רב המקדש במלוה אינה מקודשת מלוה להוצאה ניתנה נימא כתנאי המקדש במלוה אינה מקודשת וי"א מקודשת כו' ותסברא אימא סיפא ושוין במכר שזה קנה ואי אמרת מלוה להוצאה ניתנה במה קנה והרמב"ם פ"ה מאישו' כתב דהמקדש במלוה אינה מקודשת ובפ"ה ממכירה כתב בקרקע דקונה במלוה ובמטלטלין למי שפרע. והרב המגיד שם כתב ליישב דבריו במה שהוא נגד סוגיא הנז' דמכר שוה לקידושין ומשום דסמך לו על הסוגיא דפ' הזהב דמבואר שם גבי דמי שור בפרה דאוקמה אדאורייתא דאמר ר' יוחנן דבר תורה מעות קונות והתם מלוה הוי וע"ש, ואכתי צריך טעמא דמ"ש קידושין ממכר דממ"נ אי נימא דמלוה חשוב

כסף א"כ בקידושין נמי אמאי לא מהני מלוה ואי לא מיקרי כסף ומשום דלא יהיב מידי דכבר הן ברשות' דידה א"כ מ"ש מכר דמהני. ונראה דהרמב"ם לטעמי' שכתב בפ"ה מאישות במתנה ע"מ להחזיר דאינה מקודשת משום דאם לא תחזיר אינה שלה ואם תחזיר הרי לא נהנית ע"ש. והוא מפרש דהא דאמרינן פ"ק דקידושין דף ו' בכולהו קני לבר מאשה לפי שאין אשה נקנית בחליפין. דאינו משום גזירה דחליפין וע"ש בתו' אלא משום דהוי ממש כמו חליפין לקידושי אשה כיון דלא ניהנית וכיון דאמרינן בכולהו קני דהיינו במכר ובאינך שם א"כ מוכח דאע"ג דה"ל כסף אפי' במתנה ע"מ להחזיר אלא בקידושי אשה דבעינן ניהנית וכשאינה ניהנית בש"פ גנאי הוא לה לקדש נפשה בחנם. וז"ל הרמב"ם פ"ה מאישות שם המקדש במלוה אינה מקודשת מלוה להוצאה ניתנה ואין כאן שום דבר קיים ליהנות בו מעתה שכבר הוציאה אותו דינר ועבר הנאתו עכ"ל ומש"ה בקידושין דבעינן הנאה דוקא ומלוה לא הוי הנאה אצלו שכבר עבר הנאתו אבל במכר דלא בעינן הנאה דהא במתנה ע"מ להחזיר מהני בתורת כסף ה"ה מלוה נמי קונה בתורת כסף אע"ג דליכא הנאה דכבר עברה הנאתו. ולענ"ד נראה להביא ראי' לדברי הרמב"ם דבעלמא מהני מלוה בתורת כסף מהא דתנן בשקלים פ"ד המקדיש נכסיו והיו בהם דברים הראוים למזבח יתננו לאומנין בשכרן דברי ר' עקיבא ע"ש ומשום דס"ל הקדש מתחלל על המלאכה ע"ש ובהקדש כסף כתיב דכתיב ונתן הכסף וקם לו והרי"ף כתב בפ' הזהב בהא דאמר ר' יוחנן דבר תורה מעות קונות דיליף הדיוט מהקדש דכתיב ונתן הכסף וקם לו ע"ש וכיון דהחילול על המלאכה הוא אחר שכבר נגמר המלאכה וכמבואר במעילה דף ט"ו וה"ל מלוה אליבי' דכ"ע אפי' למ"ד אין לשכירות אלא לבסוף וכיון דה"ל כסף לגבי הקדש מכ"ש דמהני במכר ואע"ג דר' עקיבא דריש לה מקרא דכתיב ועשו לי מקדש שיהי' המלאכה מן הקדש. מכל מקום כיון דמוכח מקרא דמתחלל על המלאכה ממילא מוכח דמהני מלוה במקום כסף. ואפי' לבן עזאי שם דס"ל אין הקדש מתחלל על המלאכה נראה דהיינו דוקא בהקד' דחמירא וצריך כסף בעינא ומדר' עקיב' נשמע לדידן בעלמ' דמיקרי מלוה כסף לקנין ואא"ז בתי"ט כתב שם בשקלים דלדעת תו' הלכה כר"ע. עוד נראה בטעמא דרמב"ם דמחלק בין קידושין למכר לפי מ"ש רש"י בפ"ק דקידושין דף ו' בהא דאמר אביי המקדש במלוה אינה מקודשת ז"ל אינה מקודשת דקיחה משדה עפרון גמרינן דיהיב מידי בשעת קידושין ומלוה להוצאה ניתנה וכבר הן שלה ומעות אחרים היא חייבת לו עכ"ל ומשמע דאי לאו דיליף לה משדה עפרון הוי מלוה נמי חשוב כסף אלא משו' דיליף משד' עפרון והתם בשד' עפרון כן הי' דיהיב אברה' כסף בשעת מכר דכתיב וישקול אברהם ולענין זה גמרי' משדה עפרון דיהיב מידי

בשע' קידושין וא"כ קרקע דנקנה בכסף דלאו משדה עפרון יליף וכדאמרינן בקידושין דף כ"ו בכסף מנ"ל אמר חזקי' אמר קרא שדות בכסף יקנו וכתבו שם תו' הא דלא אייתי מקרא דכתיב בשדה עפרון משום דהני מילי נכרי דכל קניינו בכסף ע"ש וכיון דלאו משדה עפרון יליף לה מש"ה נמי נקנ' מלוה ומשום דמלוה נמי חשוב כסף והנה בקידושין דף ג' מנלן דמקניא בכסף אמר רב יהודא אמר רב ויצאה חנם אין כסף אין כסף לאדון זה אבל יש כסף לאדון אחר וע"ש ומשמע דלא ס"ל הך גזירה שוה דקיחה קיחה משדה עפרון וכמ"ש שם בס' קיקיון דיונה ובחידושי פני יושוע שם. וא"כ אליבי' דרב תו לא מצינן לחלק בין קידושין למכר כיון דגם כסף קידושין לאו משדה עפרון יל' וא"כ מכר וקידושין שוין ומש"ה מקש' בש"ס שפיר מהך דשוין במכר שזה קנאי ואי אמרת מלו' להוצא' ניתנ' במה קנאו דלרב ע"כ שוין הן קידושין ומכר. אבל לדידן שפיר מחלקין בין קידושין למכר דקידושי כסף משדה עפרון יל' והתם הי' כסף בעין משא"כ שדה דמקניא בכסף משדות בכסף יקנו. ומלוה נמי חשיב כסף ודוק: אמנם קשה מ"ש פדיון הבן דלא מהני מלוה וכדמוכח פ' יש בכור דף מ"ט דפליגי רב ושמואל באומר לאחר שלשים ונתאכלו המעות דרב סבר בנו פדוי מידי דהוי אקידושי אשה כיון דיהיב לשום קידושין כו' ושמואל סבר התם בידו לקדשה כו' ומבואר דבמלוה שהי' כבר ביד כהן אליבי' דכ"ע אין בנו פדוי ומ"ש ממכר דחשיב מלוה כסף ואפשר משום דפדיון הבן שאני דאפי' בשט"ח של אחרים אין פודין ומשום דאין גופן ממון וה"ה מלוה דידיה לא מהני מה"ט דאין גופה ממון. אלא דאכתי תיקשי א"כ מ"ש בהקדש דמתחלל על המלאכה דהוי נמי מלוה וכמ"ש ובהקדש נמי לא מהני שט"ח דאחרים. וע"כ צריך לומר דאע"ג דשטרות אין גופן ממון אבל מלוה דידי' חשוב ממון ומשום דשט"ח דאחרים עיקרו אינו אלא לראי' אבל מלוה דידי' חשיב ממון וכמ"ש בקצה"ח סימן קכ"ו סק"ט ובסימן ק"ל סק"ו וצ"ע:

ס"ק יז

אפי' היא בשטר כו' נראה מדכתב ואמר לה הרי את מקודשת לי במלוה שיש לי אצלך משמע דאם לא אמר במלוה שיש לי אצלך אלא סתם התקדשי לי בשט"ח לא קנתה המלוה עצמה עד שיכתוב וימסור וכמבואר בש"ע ח"מ סימן רמ"ח סעיף י"ג במתנת בריא שנתן שטרי חובות לאחד והי' בהם שט"ח של המקבל דלא קנה המקבל בלא כתיבה ומסירה כיון דלא מחל גוף החוב אלא השט"ח לא קנה ומש"ה כתב ואמר לה הרי את מקודשת לי במלו' שיש לי אצלך ובש"ס שם דף מ"ח נימא כתנאי התקדשי לי בשטר ר' מאיר אומר אינה מקודשת ור' אליעזר אומר מקודשת וחכ"א שמין את הנייר

האי שטר ה"ד אילימא שט"ח דאחרים קשיא דר' מאיר אדר' מאיר אלא בשט"ח דידה ובמקדש במלוה קא מפלגי ע"ש צריך לומר דהזכיר לה החוב דאם לא הזכיר החוב ולא אמר לה רק התקדשי בשט"ח אע"ג דנתן לה השט"ח לא קנה עד שיכתוב וימסור כמו בשט"ח דאחרים כיון דלא מחל גוף החוב אלא מסר לה השטר צריך כתיבה ומסירה. ובעצמות יוסף שם הקשה ז"ל נימא דר' מאיר דאמר לעיל דמקודשת הוי מטעם דאמר לה התקדשי בשט"ח דכיון דהזכיר לה חוב סמכה דעתה להתקדש באותו חוב ומטעם זה הוי מקודשת אבל הכא איירי דאמר לה התקדשי לי בשטר ולא הזכיר חוב כלל ובהא קמפלגי דר' מאיר סבר דאינ' מקודשת משום דדעת' של אשה אינ' להתקדש עצמה בנייר וגם לא בחוב שהרי לא הזכיר לה חוב כלל ור' אליעזר סבר מקודשת דודאי סומכת אחוב של שטר וחכ"א דכיון דלא הזכיר אלא השטר דעתה אנייר אם יש בו ש"פ מקודשת עכ"ל והניח בקושיא ע"ש. ולענ"ד אינו קושיא דבשט"ח דאחרים ודאי בעי כתיבה ומסירה ולר' אליעזר דאמר מקודשת ע"כ הי' בכתיבה ומסירה וכיון דכותב לה קני לך איהו וכל שעבודי' הרי הזכיר החוב וא"כ קשיא דר"מ אדר"מ ואפי' לרבי דס"ל אותיות נקנין במסירה נמי צריך לומר בעל פה קני לך איהו וכל שעבודי' וא"כ הרי הזכיר החוב וזה פשוט: ובסוגיא שם דף מ"ז כתנאי התקדשי לי בשט"ח או שהי' לו מלוה ביד אחרים והרשה

עליהן ר' מאיר אומר מקודשת וחכ"א אינה מקודשת האי שטר היכי דמי אילמא שט"ח דאחרי' כו' אלא לאו שט"ח דידי' ובמקדש במלוה קא מפלגי ע"ש: והרשב"א בחידושיו הקשה דהיכי דמי אי בששלח בה יד קשיא דר' מאיר אדר' מאיר דהא אמרינן לעיל דלכ"ע בשלח בה יד ברשות לוה קיימא ואינה מקודשת ואי בשלא שלח בה יד הא לא שייכא בדרב כלל דהא מוקמינן שמעתתי' דרב בששלח בה יד דוקא כי היכי דלא לימא שמעתיה כתנאי עכ"ל: ולפי מ"ש דאם נותן שט"ח ללוה לא קנה הלוה עד שיכתוב וימסור כיון דלא מחל גוף החוב וכיון דאמר התקדשי לי בשט"ח ע"כ לא מחל גוף החוב אלא בגוף השט"ח קידשה דאם אמר לה התקדשי במלוה שיש לי אצלך א"כ למה הזכיר לה בשט"ח כיון דלא מיירי בהך ברייתא משומת הנייר ע"כ מדאמר התקדשי בשט"ח קידשה בגוף השט"ח וכיון דלא מחל לה גוף החוב ע"כ מסר לה שט"ח דידה בכתיבה ומסירה או במסירה גרידא וכרבי ואמר לה בע"פ קני לך איהו וכל שעבודי' וא"כ תו ליכא למימ' דפליגי במלוה ברשות בעלים לחזרה דאי נימא דס"ל לר' מאיר מלוה ברשו' בעלים לחזרה וה"ל כפקדון א"כ היכי קנתה השט"ח דהא שטר פקדון אינו נקנה בכתיבה ומסירה וכמ"ש במוהרי"ט חלק י"ד סימן כ"א ומשום דפקדון כל היכא דאי' ברשותא

דמארי' הוי והשטר פקדון אינו אלא לראי' וצריך להקנות גוף הפקדון ולא ע"י השטר במסירה ומוכרח לומר דמוד' ר' מאי' דמלו' אינו כמו פקדון ואינו יכול לחזו' ומש"ה מקדשה בשט"ח דידה ע"י אותיות נקנין בכתיבה ומסיר' ומשום דמלוה לאו להוצאה ניתנה אלא לעיסקא וא"כ רב דאמ' להוצא' ניתנה כתנאי הוא ודוק ועמ"ש בקצה"ח סימן ס"ו ס"ק ל"ה:

ס"ק יח

אפי' עדיין המעות בידה. ובעיסקא דהוא פלגא מלוה ופלגא פקדון ומקדש בחלק המלוה כתב בתשובת מיימוני לס' משפטים סימן י"ב דחשיב מלוה לענין מקדש במלוה דאינה מקודשת וכן במכר לא קנה ע"ש באורך ובס' קצה"ח סימן ס"ז סק"א שם העלתי מדברי רש"י דעיסקא מהני לקידושין ולמכר גם בחלק מלוה מדכתב רש"י בפ"ב דקידושין דף מ"ח גבי מקדש במלוה דאינה מקודשת מלוה להוצאה ניתנה וז"ל להוצאה ניתנה הלוה רשאי להוציאה בהוצאה ואינו חייב להעמידה בעיסקא שתהי' מצוי' בכל עת שיתבענו ע"ש ומשמע דאם היה מחויב להעמידה בעיסקא תמיד הוי מקודשת ודינה כפקדון וא"כ עיסקא דאסור למשתי בי' שיכרא ה"ל דין פקדון וכן נראה מדברי הרמב"ם פ"ה מאישות ז"ל מפני שהמלוה להוצאה ניתנה ואין כאן שום דבר קיים ניהנות בו מעתה שכבר הוציאה אותה דינר ועברה הנאתן עכ"ל והיינו דאע"ג דעדיין בעין כבר עברה הנאתה וגבי עיסקא דאסור למשתי בי' שיכרא ומחויב להעמידה תמיד בעיסקא הרי בא לה הנאה מחודשת ע"י קידושין שתוציא אותן לכל מה שתרצה ע"ש ועמ"ש בקצה"ח סימן ס"ו ס"ק ל"ז:

ס"ק יט

ויש מחמירים בזה. בב"ש הקשה דמנ"ל דין זה כיון דבגמרא מיירי שהזכיר השט"ח גם בסעיף ה' מבואר דאין דעתו על החפץ עכ"ל וכוונתו לשטת הר"ן בציפתא דאסא שבסעיף ה' שכתב דאין החשש משום ציפתא דשמא ש"פ במדי משום דלא הי' דעתו מתחלה על החפץ אלא על המעות ואינו מוכרח דהר"ן לא כתב אלא שבתחלה נמי לא הי' דעתו לקדשה בחפץ לחודי' אלא בחפץ ובמה שבתוכו ע"ש וא"כ ה"נ הי' דעתו לקדשה בנייר ובמה שכתוב בו דהיינו בחוב וממילא מיקדשה דמלוה ופרוטה דעתה אפרוט' ואע"ג דטעמא דר"ן שם דלא ניחא לי' בקידושי ספק ומש"ה לא הי' דעתו לקדש בחפץ שאין בו ש"פ ע"ש וה"נ אם הנייר אינו ש"פ אמאי מקודשת מספק ונימא נמי שלא הי' דעתו לקדשה קידושי ספק משום דהתם בארבע זוזי שבתוכו מקודשת ודאי אמרינן מסתמא לא הי' דעתו לקדשה בחפץ לחודי' קידושי ספק אלא הי' דעתו לארבעה זוזי בכדי שיהי' קידושי ודאי אבל כאן גבי שט"ח דמה שבתוכו מלוה ובמלוה אינה מקודשת

א"כ הי' דעתו לקדשה בשטר ובמה שבתוכו וה"ל מלוה ופרוטה והיא מקודשת קידושי ספק בנייר כדין מלוה ופרוטה דעתה על הפרוטה או על הפחות מש"פ שיהי' לפחות קידושי ספק

ס"ק כ

אמר לה התקדשי בשט"ח כתב ב"ש ז"ל אע"ג דהלוה משלם שכר הסופר א"כ הנייר שלה היא מכל מקום לא גרע ממשכון ע"ש. ולפי מ"ש בקצה"ח סימן ס"ו ס"ק כ"ג דהלוה נותן שכר הסופר אלא דצריך הלוה להקנות הנייר למלוה דאל"כ אותיות פורחות באויר וא"כ ה"ל של המלוה לגמרי וטפי עדיף ממשכון ע"ש:

ס"ק כא

הלוה לה עתה ר' זוז. פ"ק דקידושין דף ו' אמר אביי המקדש במלוה אינם מקודשת בהנא' מלוה מקודש' ואסור לעשות כן משום הערמת ריבית האי הנאת מלוה היכי דמי אילמא דאזקפה דא"ל ד' בה' הא ריבית מעלייתא הוא ועוד היינו מלוה לא צריכא דארווח לה זימנא ופי' רש"י דאזקפה מעיקרא ד' בה' והשתא אמר לה התקדשי לי בזוזי חמישי ריבית מעלייתא היא ואמאי קרי לה הערמת ריבית לא צריכא דארווח לה זימנא וא"ל התקדשי בהנאה זו שאת היית נותנת פרוטה לאדם שיפייסני על כך כו' והערמת ריבית הוא דהוי ולא ריבית גמורה דלא קץ לה ולא מידי שקל מינה ע"ש: ועיין בט"ז שכתב ז"ל שהוא כריבית בטור כתב בזה וכיון דלא קץ לאו ריבי' הוא אלא אבק ריבי' עד דאמר לה ד' בה' עכ"ל וצ"ע דבח"מ סימן ע"ג משמע דהמתנת מעות לזמן ה"ל כתביעת ממון ממש לענין שאם אומר המלוה שהזמן עד עשרה ימים וע"א אומר היום סוף הזמן צריך לישבע ש"ד כשאר טענות של ממון וכ"ש דקשה על מ"ש הטור בשם בעל העיטור שאם אומר במה שאני מרויח לך הזמן במה שאת חייבת לי כבר שאין בזה איסור והיינו הי"א שמביא בסעיף שאח"ז שאינה מקודשת דקשה ממ"ש בח"מ שזכרנו עכ"ל והניח בקושיא ולענ"ד לא קשה מידי דודאי גם לרש"י זה הוי הנאה דאי לאו דהמתנת מעות מיקרי הנאה לא הוי מיקדשה בי' אלא דס"ל לרש"י דמה שמקדשה לא הוי כאלו לוקח ממנה ריבית גמור כיון דקידושין אשה שום פרוטה אלא כיון דלא יהיב מידי ולא שקל מינה אלא שמקדשה עצמה בזה לא הוי כאלו לקח ממנה חפץ או דמים ובחידושי הרשב"א ז"ל ואיכא למידק מ"ש ד' בה' דקא יהיב לה האי טופינ' בקידושין ומ"ש כי ארווח לה זימנא בקידושין הכא והכא אתת' ה"ל כריבי' מעליית' אטו מאן דארווח זימנא ושקל דינר מי שרי וי"ל כיון דגופה ממש לא קני לא הוי ריבית אלא שאסור משום הערמת ריבית אבל כי קצץ ד' בה' ובדמי האי דינר של ריבית קא שקיל לה הוי ריבית מעליא דה"ל כמאן דשקל פחות מש"פ בדמי האי דינר וריבית מעליא הוא דהא אחשבי' איהו בדינר כהתירץ הראב"ד

עכ"ל והיינו משום דכל זמן דלא אזקפי' לא הוי ריבית קצוצה כיון דאין גופה קנוי לי' אבל מקדשה בדינר החמישי ה"ל ריבית קצוצה כיון דמקדשה עצמה בדינר החמישי וכהאי עובדא דפ' איזהו נשך באחד ששכר חצר מן הלוה בי"ב דינר ריביתא ולא הי' שוה אלא עשרה דמפקינן מיני' י"ב דינרין דא"ל הא סברת וקבלית בי"ב. גם מאי דקשי' לי' לט"ז בדברי בעל העיטור טעמא דידי' דאינה מקודשת משום דס"ל מקדש במלוה אינה מקודשת ואפי' בהנאת מחילת מלוה וכן הוא שטת הרמב"ם ומש"ה אינה מקודשת אלא בהלוה לה עתה מאתים זוז וזה פשוט:

ס"ק כב

ואסור לעשות כן מפני שהוא כריבית. כתב ב"ש ז"ל היינו הערמת ריבית כן הוא בש"ס ורש"י פי' על המקשן דהקשה הא ריבית מעליא הוא דהקושי' אמאי קרי לה הערמ' ריבית משמ' דלא הקשה על הדין למה היא מקודשת אלא הקשה למה קרי לו' הערמ' ריבית מזה ראי' דרש"י ס"ל המקדש בריבית קצוצה מקודשת וכ"כ ב"ח בשם הריטב"א שכתב אם נתנה לו ריבית קצוצה והוא מקדש אותה בריבית מקודשת מיהו י"ל דוקא כשלקח כבר מעות ריבית ממנה ומקדש בו בזה ס"ל לריטב"א דמקודשת אע"ג דריבית קצוצה יוצאה בדיינים מכל מקום יכול לקדש בו לא יהא שהוא חייב לה ולא אמר כנסי סלע שאני חייב לך דהיא מקודשת וכן י"ל אם גזל ממנה מעות ומקדש בה ולא אמר לה שהוא מחזיר גזל שלה דהיא מקודשת אבל אם לקח ממנה איזו חפץ בריבית ומקדש בו י"ל דאינה מקודשת די"ל דידי שקלתי וכן מצאתי ברי"ו דף קפ"א שכתב אם מקדש אותה בריבית קצוצה אינה מקודשת אלא שם משמע אפי' מקדש

במעות של ריבית קצוצה לא הוי קידושין עכ"ל. אמנם בחידושי ריטב"א מבואר להדיא דאפי' נתנה לו חפץ בריבית קצוצה מקודשת וז"ל אבל ודאי אפי' בריבית גמורה אם כבר פרעתו לו וחזר וקידשה בו מקודשת דמעות דריבתא שפרע לוה למלוה קנינהו לגמרי וממון גמור הם לו אלא שיש עליו חוב להחזירו וב"ד מוציאין ממנו ואם מת אין בניו חייבין להחזיר אלא מפני כבוד אביהם בדבר מסויים עכ"ל ומבואר להדיא דגם בחפץ הדין כן ומשום דריבית קנה המלוה לגמרי אלא שחייב להחזירו משום וחי אחיך עמך ואין צריך להחזיר גוף החפץ דקנינהו לגמרי אלא דמי החפץ חייב להחזיר משום וחי אחיך עמך. ולזה מביא ראי' מהא דאם מת אין בניו חייבין להחזיר דאם לא קנה כלל הריבית ודאי הי' מחייבין להחזיר אע"כ דקנה לגמרי הריבית אלא דחוב עליו להחזיר ולדידי' אזהר לברי' לא אזהר. נראה דאפי' לא קצץ דמי' בריבית אלא קצץ לו כלי בריבית ונתן לו הכלי נמי קנה הכלי ואין צריך להחזיר משום וחי אחיך עמך אלא דמי הכלי וכן

מוכח מהא דאמר רבא בפ' א"נ דף ס"ה גלימא מפקינן דלא לימרי אינשי מכסי גלימא דריבתא ע"ש ומבואר דשאר חפצים אין צריך להחזיר דקנינהו וקי"ל כרבא כמבואר בטור וש"ע י"ד סימן סק"ג ע"ש בלקח חיטים בריבית קצוצה ורוצה להחזיר דמיהן רשאי שהמקח קיים אפי' נעשה באיסור ע"ש ולפי"ז אם קידש אשה בחפץ שלקח בריבית הרי זו מקודשת כיון דהחפץ שלו אלא דמים הוא חייב משו' וחי אחיך עמך וזה פשוט אלא שראיתי במשנה למלך פ"ח ממלוה שכתב ז"ל מי שהי' נושה בחבירו ד' דינרין של ריבית ונתן לו בהם חפץ כו' נרא' שצריך להחזי' החפץ ואינו יכול המלו' ליתן דמי' דדוק' כשקצץ עמו בדמי' ואח"כ נתן לו החפץ בשביל הדמי' אז הוא דאמרינן המקח קיים ויחזיר דמים אבל בשלא קצץ צריך להחזיר החפץ בעצמו שהרי הלוקח לא קנאו והמוכר לא מכרו עכ"ל. ולענ"ד נרא' כמ"ש וראי' מהא דתנן הניח להם אביהן מעות של ריבית אעפ"י שהן של ריבית אין חייבין להחזיר הניח להם אביהן פרה וטלית וכל דבר המסויים חייבין להחזיר ע"ש בפ' א"נ ואי נימא דחפץ של ריבית לא קנה הלוקח והמוכר לא מכרו א"כ מעולם לא הי' של אביהם וא"כ אפי' אינו דבר מסויים יהי' חייבים להחזיר ואפי' בדבר מסויים כמו פרה וטלית אין חייבין להחזיר אלא מפני כבוד אביהם אלא ודאי קנאן המלוה קנין גמור ואינו אלא חוב להחזיר דמים משום וחי אחיך. וכן מוכח מהא דשמעתין בקידש אשה בשכר המתנת מעות דלדעת ר"ת ה"ל ריבית קצוצה במה שמקדש אותה ומשמע דקידושין מיהא הוי ולא נחלק ר"ת אלא במה דהוי ריבית קצוצה ואי נימא דהיכא דנותן לו הלוה חפץ לא קנאו והמוכר לא מכר א"כ לא הוי קידושין כלל דהקידושין הוי כמו החפץ אלא ע"כ דקנה החפץ ומש"ה בקידושי אשה דקנאה בעד ריבית הרי זה קנה אותה ואין ה"נ דצריך להחזיר לה דמי קידושין שהוא שוה פרוטה והוא שיוי הקידושין וכמ"ש בסק"א ע"ש. ולדעת רש"י דה"ל אבק ריבית אין צריך להחזיר לה דמי הקידושין. ובש"ס שם דהקשה האי הנאת מלוה היכי דמי אי דא"ל ד' בה' האי ריבית מעליא ופרש"י ואמאי קרי לה הערמת ריבית ומשמע דלא פריך אלא אמאי קרי לה הערמת ריבית ותיפוק לי' דלא הוי מלוה כלל דנהי דנימא דמקדש במלוה מקודשת היינו משום דחייב הלוה אבל בזה דהוי ריבית קצוצה ואין האשה חייבת כלל בדינר החמישי כיון דהוי ריבית קצוצה ותו מאי האי דקאמר ועוד היינו מלוה הא ליכא חוב ומלוה כלל. והא דאמרי' פ' א"נ דף ס"ב בגלימא דלא מפקי' מיני' התם ע"כ כשמשך בגלימא או בחטין דהא מעות אינו קונות עכ"פ מדרבנן וכיון דמשך קונה במשיכה ואע"ג דנעשה באיסור קונה אבל הכא בקידושי אשה דאתינן עלה בתורת כסף ובמה מקדשה כיון דאינו חייב לו כלום. ונראה לפי מ"ש במשנה למלך פ"ח

ממלוה בהאי דינא דגלימא ז"ל ויש להסתפק בעלמא מי שתובע מחבירו דינר והודה לו ונתן חפץ בשביל הדינר ושוב טען ואומר שטעה בחשבונו במה שהודה שחייב לו וברר הדבר בעדים ותובע החפץ והלוקח טוען שאף שטעה בחשבונו מכל מקום המקח קיים ויתן לו דינר ולכאורה נראה דהדין עם הלוקח וראי' מסוגיין דאע"ג דהמוכר לא הי' חייב ללוקח אפ"ה המקח קיים וה"ה הכא ומיהו נראה דלא דמי לסוגיין דשאני מוכר חפץ בשביל ריבית שזה הריבית ח"ב הוא שנתחייב הלוה וחייב לשלם אלא שהתורה גזרה שאף שנתחייב שלא יקח ולפ"ז אם מכר בדמי הריבית המכר קיים דהא ליכא איסורא גבי מכר אבל בעלמא שכנתברר שטעה בחשבונו הודה למפרע שלא הי' חייב לו וזה לא מכר אלא בשביל החוב וכיון שנתבטלה הסיבה נתבטל המסובב ואין כאן מקח כלל שהרי הכל בטעות עכ"ל ובזה ניחא דחוב של ריבית מהני למכר ולקידושין למ"ד מקדש במלוה מקודשת כיון דחוב יש כאן והלוה חייב הוא אלא שהתורה גזרה שלא יקח המלוה ומש"ה פריך ועוד היינו מלוה אע"ג שאין המלוה יכול לתבוע אותו בדין וכה"ג כתבו תו' פ' הגוזל דף צ"ח גבי עשה לי שירים דלא מהני אפי' למ"ד מלוה קונה ע"ש ז"ל אע"ג דלר' מאיר מקדש במלוה מקודשת או' ר"י דסברא היא שאינה מקודשת במה שמוחל לה שכרה כיון שאין יכול לתובעה בדין בעד שכרו עד שמחזיר לה החפץ ע"ש התם שאני משום דכל זמן שאינו מחזיר החפץ לא הוי מלוה כלל אבל היכא שהוא חייב אלא שעדיין לא הגיע זמנו לפרוע דאינו יכול לתובעו בדין מקודשת למ"ד מקדש במלוה מקודשת וכמ"ש הב"ש בס"ק ל"ח ע"ש וה"נ חייב הוא אלא שאינו יכול לתובעו בדין אפי' יורשיו אין יכולין לתובעו דכתיב לא תקח מאתו נשך וזה אפי' לבנו אזהר משא"כ אם כבר גבה לא אזהר לברי'. ולפי מ"ש דחוב של ריבית ה"ל מלוה ולמ"ד מקדש במלוה מקודשת ה"ה בחוב של ריבית מקודשת. וראוי לספק לפי"ז לדידן נמי דק"ל מקדש במלוה אינה מקודש' הא בהנאת מחילת מלוה מקודשת אם בחוב של ריבית נמי מהני בהנאת מחילת מלוה. אלא דהנאה מיהא לא הוי כיון דהמלוה מחויב למחול החוב ושלא יקח וה"ל כהאי דאמרו פ"ק דקידושין דף ט' גבי כלב רץ אחרי' דאמרה לי' חיובי מחייבת מן התורה להצילה ומכ"ש דלא חשיב גבה הנאה כיון דממילא אינו יכול ליקח וא"כ דוקא למ"ד מקדש במלוה מקודשת אמרינן דריבית נמי חוב הוא וכמ"ש אבל למ"ד במלוה אינה מקודשת אלא בהנאת מחילת מלוה והנאה לא מיקרי וכמ"ש. ומ"ש ב"ש לחלק בין גזל מעות ומקדש בה ולא אמר לה שהוא מחזיר גזל שלה דהיא מקודשת ע"ש אינו נראה דודאי גם בגזל מעות אם אותו מעות שגזל בעין יכולה לומר דידי שקלי וכמ"ש ב"ש בעצמו בסק"ז מהאי דחטיף סלע ע"ש. ומ"ש ב"ש שמצא ברי"ו

דף קפ"א שכתב אם מקדש אותה בריבית קצוצה אינו מקודשת ושם משמע אפי' מקדש אותה במעות של ריבית קצוצ' אינה מקודשת. וז"ל רי"ו נתיב כ"ב ח"א והוא בדף ר"ג ובהנאת מלוה כתב רי"ף כיון דארווח לה זימנא מקודשת ואסור לעשות כן מפני הערמת ריבית ובריבית קצוצה כגון שהלוה לה ד' בה' וקידשה באותו חמישי אינה מקודשת כך מוכח ופשוט פירקא קמא דקידושין עכ"ל ומזה הבין ב"ש דרי"ו מיירי מריבית שכבר גבה. אמנם מדכתב כן פשוט ומוכח פ"ק דקידושין ושם בסוגיא לא מיירי מריבי' שכבר גבה אלא מדינר החמישי החייב וא"כ היכא דכבר גבה יש לומר דמודה רי"ו דמקודשת וכמ"ש דכבר קנה החפץ אלא שמחויב להחזיר דמיו משום וחי אחיך וכמ"ש. אך קשה דא"כ מאי קמ"ל דהא תיפוק לי' אפי' בחוב שאינה של ריבית נמי אינה מקודשת לדידן דקי"ל מקדש במלוה אינה מקודשת. ולפי מ"ש נ"מ דאפי' בהנאת מחילת מלוה דבעלמא מהני משא"כ בחוב של ריבית וכמ"ש. ובחוב של אבק ריבית ומקדש' בהנאת מחילת מלוה אפשר לדעת רי"ו דס"ל במעמ"ש דאינו קידושי תורה ואזלינן בתר דאורייתא א"כ באבק ריבית דמן התורה חוב גמור הוא ה"ל קידושין מדאורייתא. מיהו לפי מ"ש בס"ק ל"ד דע"כ לא אזלינן בתר דאורייתא אלא היכא דמקדשה בתורת כסף ממש אבל היכא דמקדשה בהנאה דאית בה ודאי אזלינן בתר דרבנן כיון דעכ"פ הנאה מיהת אית לה ולא גרע משחוק לפני ע"ש וא"כ ה"נ כיון דבחוב לא מקדשה ואינו אלא בהנאת מחילת מלוה וכיון דאבק ריבית נמי לא ניתן ליתב' מדרבנן לאו הנאה מיקרי כיון דבלא"ה אינה צריכה לפרוע הריבית אפי' אבק ריבית ודו"ק:

ס"ק כג

הרי את מקודשת לי במה שאני מרויח לך הזמן. כתב הטור בח"מ סימן ר"ד דאם הגיע זמן לפרוע והרויח לו הזמן ואמר לו יקנה לי שדה שלך בהאי הנאה שהרוחתי לך קנה עכ"ל. והיינו דקונה גוף השדה דה"ל כסף בהאי הנאה אבל ריבית קצוצה הוי אליבי' דכ"ע דאפי' לדעת רש"י דס"ל בקידושי אשה לא הוי ריבת קצוצה היינו משום דלא שקל מידי וכמ"ש הרשב"א משום דאין גופה קנוי לו הובא בס"ק כ"א אבל התם בקנה קרקע ודאי ה"ל ריבית קצוצה

ומחויב להחזיר הדמים ובמטלטלין דכסף אינו קונה מהני הקנין למי שפרע וכמ"ש הרמ"א בח"מ סימן ר"ד עיין שם: ואם לוקח חוזר מן המקח נראה דאינו יכול לומר להמוכר תן לי המעות תיכף דהרווחת הזמן הוא המעות מכל מקום אינו יכול לחזור מהרווח' הזמן אע"ג דחוזר מן המקח ורוצה לקבל מי שפרע דכבר כתבו תו' פרק המפקיד דף מ"ג דלר' יוחנן דקי"ל כוותי' דאמר דבר תורה מעות קונות לא הפקיעו חכמים כח

שיש למוכר במעות ויכול להשתמש בהם וה"ל לוה עליהן ע"ש. וא"כ הכא בארווח לי' זימנא וא"ל יקנה מטלטלין שלך אע"ג דחוזר בו אינו יכול לתבוע מעותיו עד הזמן שקבע כיון דכבר קנה המוכר מעות דמי המכירה אלא שאם חזר בו לוקח צריך המוכר ליתן דמים אחרים וזה דארווח לי' זימנא הוה מעות מכר וכבר קנה המוכר מעות מכר ומה ששוה הרווחת הזמן אין לו דמים בכדי שיחזור לו דמי הרווחת הזמן כיון דה"ל ריבית קצוצה ואין צריך ליתן דמים בעד הרווחת הזמן ודו"ק. ומיהו לכאורה קשה בזה דהרווחת הזמן ליתי' בחזר' א"כ נימ' דבזה מעו' קונות כיון דלא שייך בזה נשרפו חיטך בעלי' כיון דלעולם ליתי' בחזרה ללוקח את מעותיו: אלא נראה דאע"ג דליתי' למעות בחזרה ואפ"ה מעות אינו קונה וכמ"ש כה"ג בסימן של"ג סק"ד דאפ"ה שייך בי' תקנתא דנשרפו חיטך ומשום דכל היכא דהמוכר יכול לחזור טרח ומציל משום שמא יתייקר וע"ש וה"נ דכוותה ודו"ק ועמ"ש בקצה"ח סימן ר"ד סק"ה:

ס"ק כד

ובא אחד ונתן פרוטה למלוה. והוא שטת תו' שהקשו לפי' רש"י שפי' דריבית קצוצה לא הוי כיון דלא קץ ולא מידי יהיב לה דהא קדושין עצמן הוי פרוטה לזה פירשו דבא א' ונתן פרוטה כו' והריטב"א בחידושיו כתב ז"ל יש מפרשים שהיתה חייבת לאחרים ובא זה ופייס עלי' במעות או בדברים והרויח לה זמן דשויא לה האי הרווחה פרוטה ואמר לה הרי את מקודשת בהנאה שעשיתי לך שנשתדלתי עם פ' שהרויח לך זמן עכ"ל ע"ש: ולענ"ד נראה כה"ג שמשתדל בדברים ה"ל כהאי דע"מ שאדבר עליך לשלטון דקי"ל ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף דאינה מקודשת עד שיתן לה פרוטה כדאי' פ' האומר דף ס"ג ובטור וש"ע סימן ל"ח י"ג ע"ש ואם באומר המלוה בעצמו תהא מקודשת לפלוני בהאי הנאה שאני מרויח לך הזמן א"כ ה"ל ריבית קצוצה לדעת תו' דמה לי באומר תן לי פרוטה בעד הרווחת הזמן דהוא שיווי הקידושין או תן לפלוני ולכן נראה דמה"ט כתב הרמ"א שנתן פרוטה וכדברי תו' ודברי הריטב"א שכתב שפייס בדברים צ"ע דלא עדיף מעל מנת שאדבר עליך לשלטון והך פרוטה כשנתן אמר לה לאשה בשעת מתן מעות התקדשי לי בפרוטה זו כ"כ הר"ן וכ"כ הב"י ע"ש ומשום דאם אמר לה אחר מתן מעות לא מקדשה דהנאה זו כבר עברה ודו"ק

ס"ק כה

הי' לו אצלה מלוה על משכון. כתב רי"ו נתיב כ"ב ח"א ז"ל הי' המשכון של אחרים מקודשת כו' ויש מהגדולים שכתבו כי זה מיירי אפי' במשכנו בשעת הלואתו מקודש' ויש מפרשים שכתבו דוק' שמשכנו שלא בשעת הלואתו אבל משכנו בשע' הלואתו לא קנאו לקדש בו אשה וכ"כ התו' ובמשכון שלה שהלו' לה עליו מעו' פשו' בפירק'

קמא דקידושין דהוי מקודשת דכ"ע מודי דאפי' משכנו בשעת הלואתו אם החזיר לה המשכון מקודשת ויש מפרשי' דאפי' לא החזי' לה את המשכון עדיין אלא שקידשה במלוה שהיתה חייבת לו עליו מקודשת עכ"ל: וטעמא דמלתא דבמשכון דאחרים לא מקדש' כשהי' בשע' הלוא' ובמשכון דידה אפי' בשע' הלואה מקודשת משו' דבמשכון דאחרים דלא מהני אלא משו' דר' יצחק ומש"ה בעי דוקא שלא בשע' הלואה אבל משכון דידה עיק' קידושין במלוה עצמה אלא דמלוה עצמה אינ' מקודשת לפי שאין לה הנאה מחודשת דלהוצאה ניתנה אבל כשיש עלי' משכון הרי נהנית מעתה הנאה גמורה שתוכל להשתמש במשכון ויוחזר לה המשכון ואע"ג דלא קני לי' למשכון מכל מקום אצל האשה הוי הנאה כיון שעד עתה לא הי' יכולה ליקח משכונה מיד המלוה ועכשיו תהא רשאה ושלטנית במשכון דידה: שוב ראיתי כתב כן בתוס' רי"ד ע"ש דף י"ט ז"ל המקדש במלוה שיש עלי' משכון כו' ולא היא שאין דינם שוה שאם קידשה במשכון דאחרי' בשעת הלואה אינה מקודשת דלא יהיב לה מידי משום דלא קני אבל כשקידשה במשכון דידה אע"ג דמלוה אינה בעין יש כאן נתינת המשכון שהי' ממושכן בידו והשתא יהיב לה ניהל' עכ"ל: ובאשר"י פ"ק דקידושין כתב להוכיח דמשכון בשע' הלוא' במשכון דאחרי' אינה מקודשת וז"ל וכן משמע לקמן בפ"ב דף מ"ח גבי עשה לי שירים ונזמים ואקדש אני לך דקאמר למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי דאינ' מקודשת עד שיגיע ממון לידה ומ"ש ממשכון דאחרים בשעת הלואה דהאי נמי ממושכן לו בשכרו דתפיס לי' אאגרי' הלכך לא איירי הכא אלא במשכון שלא בשעת הלואתו אבל אם הי' לו משכון ממנה אפי' משכנה לו בשעת הלואה והחזיר לה המשכון וקידש בו מקודשת דחזר' הך משכון הוי כמחילת מלוה וכן הלכתא ועוד מוכח לקמן דאפי' אם קידשה במלוה שיש עלי' משכון בלא חזרת משכון מקודשת עכ"ל: אמנם קשה לי טובא בדברי הרא"ש כיון דס"ל דגבי אומן נמי הוי תורת משכון אלא משום דמשכון בשעת הלואה לא קנה והא גבי עשה לי שירים ה"ל משכון דידה ובמשכון דידה ס"ל להרא"ש דמקודשת וא"כ אכתי תיקשי אמאי אינ' מקודשת מעשה לי שירים כיון דהוא משכון דידה ולהרא"ש גבי אומן תורת משכון על הכלי כיון דתפיס לי' אאגרי' וצ"ע: ובתוס' פ' הגוזל דף צ"ח כתבו דאפילו למ"ד ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף היינו כשמחזיר הכלי לבסוף נעשה מלוה למפרע אבל כל זמן שאינו מחזיר הכלי לא הוי מלוה כלל ע"ש ובזה אפשר ליישב דברי הרא"ש דהוכיח דלא מהני משכון בשעת הלואה לקידושין דאי נימא דקונה משכון א"כ כשמחזיר הכלי ונעשה מלוה למפרע והוי הכלי משכון למפרע ואמאי אינה מקודשת אבל אי נימא דלא קני משכון אלא דבמשכון דידה מקודשת ואינו אלא משום הנאת

חזרת המשכון וכמ"ש ובאומן לא הוי זה הנאה במה שמחזיר לה המשכון כיון דעל כרחו מהדר דכל זמן שאינו מחזיר ליכא מלוה כלל ואכתי צ"ע:

ס"ק כו

וי"א שאפי' לא החזיר לה המשכון. כתב ב"ש ז"ל עיין בח"מ סימן רמ"א בהג"ה הביא פלוגתא המוחל חוב ויש בידו משכון אם יכול לחזור וכאן מוכ' דאינו יכול לחזו' דהא במעמ"ש מבואר בסמוך די"א דאינ' מקודשת משום דלא סמכה דעתה שמא יחזור א"כ אם הי' יכול לחזור אחר שמחל לא הי' סמכה דעתה ודוחק לומר דהכא עדיף טפי משום דהוי כאלו קיבל מעותיו כיון שמקדש אותה במעותיו עכ"ל: ופשוט דזה גרע ממעמ"ש דאפי' למ"ד סמכה דעתה דלא שביק דידי ומחיל לאחריני הכא אי נימא דמוחל חוב ויש בידו משכון לא מהני מחילה משום דתפס משכון א"כ לא זכתה האשה עדיין בכסף קידושין והרי הוא כאומר לאשה התקדשי בטבעת שיש לי בביתי והך דלא סמכה דעתה הוא היכא דזכתה כדין בכסף קידושי' אלא דלא סמכה דעתה שמא יפסיד ע"י מחילתו אבל למ"ד מחילה ותפס משכון לא מהני א"כ לא זכתה כלל במחילה שהוא כסף קידושי' גם מ"ש ודוחק לומר דחשיב כאלו קיבל מעותיו כיון שמקדש אותה במעותיו אינו מובן דודאי אם כסף אין כאן ומשו' דתפס משכון קידושין אין כאן והוא פשוט:

ס"ק כז

לא החזיר המשכון. כתב ב"ש ז"ל מיהו לדעת תו' אפי' כשיש בידו משכון צריך לומר בהנאת מחילת מלוה אלא דה"א הואיל המשכון בידו גרע טפי קמ"ל אבל באמת צריך לומר דוקא בהנאת מחילת מלוה עכ"ל. והיינו ממ"ש תו' דף י"ט ד"ה מלוה שיש עליו משכון מקודשת מדר' יוסי בר' יהודא ז"ל אין לפרש דמיירי במשכון שלא בשעת הלואה דקני לה מדר' יצחק דא"כ הי' לו להביא כאן דר' יצחק כו' אלא אפי' במשכון בשעת הלואה ואפי' אינו מחזיר לה המשכון אלא שמוחל לה את המלוה ואעפ"י שהמשכון בידה כו' וא"ת כיון דמקדש בהנאת מחילת מלוה אפי' בלא משכון אמרי' לעיל דמקודשת ולמה אנו צריכין ללמוד מדר"י בר"י וי"ל דהיכא דאי' משכון גריע טפי דס"ד דלא סמכה דעתה כיון שאין מחזיר לה משכון קמ"ל מדר"י בר"י עכ"ל. ומשמע דעיקר קידושין בהנאת מחילת מלוה דאי נימא דמיירי במלוה גרידא א"כ מאי קשיא להו כיון דמקדש בהנאת מלוה הא לא מיירי בהנאת מלוה ע"כ סברי דהיכא דלא החזיר לה המשכון לא מקדשה במלוה גרידא אלא בהנאת מחילת מלוה ואיכא למידק לפי מ"ש תו' קידושין דף ה' ד"ה שכן ישנה בע"כ ע"ש דהא דאמר לקמן דף י"ט אשר לא יעדה שצריך ליעדה לא שצריך לעשו' מרצונה אלא שצריך להודיעה שלשם קדושין מיעדה ע"ש. וכיון דיעוד בע"כ היכי שייך בהנאת מחילת מלוה דהנאה לא הוי בע"כ. ולפי דעת רש"י דף י"ט

דצריך ליעדה היינו מדעתה ומרצונה ע"ש וכן דעת הרמב"ם פ"ד מעבדי' א"ש. אבל לשטת תו' דיעוד בע"כ וכן כתב הרשב"א שם היכא שייך הנאת מחילה כיון דלא ניחא לה הנאה זו וצ"ע. וכתב הטור בשם הרמ"ה דוקא כשהוא בידו בתורת משכון אבל כשאין בידו למשכון אע"ג שיכול לתפוס אינה מקודשת כל כמה דלא גלי דעתי' דנקטי לי' בתורת משכון עכ"ל ע"ש. ועמ"ש בזה בקצה"ח סימן ס"ו ס"ק כ"ד.

ס"ק כח

לפי שבע"ח יש לו קנין. כתב הרשב"א בחידושיו דף ח' ז"ל התם במשכון דאחרים וכדר' יצחק ומדקתני התם בקידשה במשכון משמ' דאפי' משכון בשעת הלואה מקדש בו ואע"ג דגופו אינו קנוי לו ממש ואי אקדיש מלוה או זבין מלוה לא עביד כלים מכל מקו' לענין קידושין כיון שיש לו בו מקצת קנין מעכשיו לענין שביעית ולענין שאין נעשה מטלטלין אצל בניו ה"ל כדידי' לענין קידושין ומתקדשת בו ולא גרע ממקדש במלוה שיש לו על אחרים דמדין מקודשת אלא משום דלא סמכה דעתה דלמא מחיל לי' כדשמואל בפ"ב דכל שיש לו שעבוד על הלוה והוציאו מידו ונתנו לה הרי זו מקודשת כאלו הוציא ממון ממש מידו ונתנו לה והלכך מלוה שיש עלי' משכון כיון דאית לי' בגיי' קצת קנין ואינו יכול למחול אחר שנתנה לידה וסמכה דעתה מקודשת עכ"ל. ולדברי הרשב"א לא ירדנו דנראה תמוה במ"ש ואע"ג דגופו אינו קנוי ואי אקדיש מלוה או זבין מלוה לא עביד כלום מכל מקום לענין קידושין כו' ואם אינו יכול למוכרו היכא נותן המשכון לאשה ובמה זכתה ומקדש במלוה אם בשטר נקנה לידה ע"י כתיבה ומסירה ואם בע"פ ע"י מעמ"ש אבל במשכון אם ליתי' במכיר' ונתינה היכי קונה האשה את המשכון אם ליתי' במכירה ונתינה. ועוד דבש"ע ח"מ סימן ס"ו סעיף ח' שם מבואר דמשכון נקנה במסירת משכון גרידא ואין חולק שם ע"ש. ולכן נראה דמ"ש הרשב"א אע"ג דגופו אינו קנוי לי ממש ואי אקדיש מלוה או זבין מלוה לא עביד כלום היינו אם מוכר או מקדיש המשכון לחלוטין היא דלא עביד כלים אבל בקידושין אינו נותנו לחלוטין רק בתורת משכון מהני אלא דלפי"ז אין חילוק בין מכירה לקידושין דבתרוויהו לחלוטין לא מהני ולמשכון מהני גם בזביני ובהקדש ע"י מסירת המשכון לגזבר או לקונה או אפילו בלא מסירה אי אקדיש משכון נקנה בדיבור דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט ובמטלטלין נקנה למשכון במסירה וכמבואר בש"ע הנז' והא דאמרו בפ' כל שעה אקדיש מלוה או זבין לא מהני היינו בקרקעות המשועבדים אבל במטלטלין הממושכן מהני וצ"ע. והריטב"א כתב ז"ל התם במשכון דאחרים וכדר' יצחק פי' לענין שאינו נעשה מטלטלין אצל בניו ואין שביעית משמטתו וה"ה דלא סגי ללוה במחילת

החוב עד שיחזיר לו משכנו כדאיתא לקמן בפירקין וכיון דאית לי' למלוה קנין וזכות במשכון זה מקדש בו את האשה ולא מיבעי' לאחר שהחליטוהו לו ב"ד בפרעון חובו או שהרהינו אצלו ולא פדאו דהא פשיטא דדידי' הוא אלא אפי' קודם לכן דאע"ג דקי"ל בפ' כ"ש כרב דאמר בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ואי אקדיש מלוה או זבין מלוה לא עביד כלום ואפילו החליטוהו לו בזמנו שאני הכא במשכון דאית ליה קנין בגוי' מדר' יצחק ובדידי' אי זבין מלוה או אקדיש דבריו קיימין למפר' כשיחליטוהו לו ב"ד הלכך באשה מקודש' לו מעתה ואפי' פדאו לוה בזמנו דשאני קידושין מזביני והקדש דכל היכא דבשעת קידושין איכא הנאה מהני אלא דפליגי במלוה דאחרים אם יש לה הקנאה במלוה ע"פ אי נמי אי סמכה דעתה אי חיישת למחילה וכיון שכן הכא במלוה שיש לה הקנאה ואין המלוה יכול למחול ללוה אחר שמכרו או נתנו לכ"ע סמכה דעתה ומקדשה בי' עכ"ל. וגם בזה שכתב הריטב"א דשאני קידושין מזביני והקדש איני מבין דאם ליתי' בזביני והקדש היכי מצי ליתנו לאשה בהקנאה. ומ"ש הריטב"א דגבי משכון אמרינן למפרע הוא גובה כשהחליטוהו לבסוף. כבר כתב כן בעל המאור פ' כ"ש גבי הרהינו אצלו ז"ל ואע"ג דאוקמא להאי דר' יצחק שלא בשעת הלואה שאני הכא כיון שסופו לגבות קנה למפרע הואיל ואיכ' שום צד דקני לה מדר' יצחק כו' ואע"ג דלא אמר לו מעכשיו עכ"ל:

ס"ק כט

יש לו קנין בגופו של משכון והנה שטת כמה מרבוותא דהא דאמרו אימר דאמר ר' יצחק שלא בשעת הלוא' אינו אלא דיחוי ולקושט' אמר ר' יצחק אפי' בשעת הלואה וכן כתב הרשב"א והריטב"א: ושטת תו' דר' יצחק לא אמר אלא שלא בשעת הלואה ואפ"ה בקידושין מהני משכון בשעת הלואה וז"ל תו' דף ח' ד"ה במשכון דאחרים וכדר' יצחק ואע"ג דר"י אינו אלא שלא בשעת הלואה מצינו למימר כיון דבע"ח קונה משכון שלא בשעת הלואה קנין גמור עד שיפדה בשע' הלואתו נמי אלים שעבודי' למיחשב ממון לקדש בו את האשה ולקנות בו עבדים וקרקעות כו' וכן יש לפרש בפ' כ"ש בהאי דישראל שהלוה את הנכרי על חמצו עכ"ל ע"ש: מיהו נראה דכיון דבשעת הלואה אינו קונה משכון קנין גמור ואינו אלא משום דאלים שעבודי' איתי' במכירה וזכי' א"כ אינו אלא בשעבוד המשכון ואכ"ג דזבין מלוה נכסי לוה לא מהני אבל בזה דאלים שעבודי' יכול למכור את השעבוד שעל המשכון ואינו אלא בתורת כסף אבל בתורת חליפין לא מהני כיון דחליפין בעי כלי וזה לאו כלי היא לחליפין כיון דאין לו בו אלא שעבוד וכמו בכלי שאול דלא מהני לקנין חליפין כמבואר בח"מ סימן קצ"ה ע"ש: ובזה יתיישב דלא

תיקשי לפי שטת תו' הנז' דמהני לקידושין משכון בשעת הלואה ממה שהוכיחו בתו' להיפך ע"ש תוספות כ' האומנין דף פ' דע"כ כיון דלא בשעת הלואה הוי ש"ש ואינו אלא בהאי הנאה דיכול לקדש בו האשה ואי נימא דבשעת הלואה נמי יכול לקדש בו אשה א"כ אמאי לא הוי ש"ש בשעת הלואה ע"ש. ולפי מ"ש דאינו אלא בתורת כסף ומשום דאלים שעבודי' וה"ל כמוכר אבל לחליפין דבעי כלי וכל שאין לו זכות בגוף הכלי לא מהני לחליפין ניחא דלא הוי בהאי הנאה דיכול לקדש בו האשה דבתו' דף פ' הקשו אמאי הוי ש"ש משום הנאה דיכול לקדש בו את האשה הא בכספו נמי מצי לקדש בו האשה ותירצו משום דמטב' אינו נעשה חליפין ובמשכון מצי קני מטלטלין בתורת חליפין ע"ש. וכיון דבשעת הלואה לא עבדי חליפין א"כ ליכא הנאה בהאי הנאה דיכול לקדש בו האשה הא בכספו נמי מצי לקדש בו אשה וחליפין לא עבדי אבל שלא בשעת הלואה דקני בגוף המשכון קנין גמור מצי עבדי חליפין ודו"ק:

ס"ק ל

וכל זה במשכון שיש לו מישראל והקשו בזה בט"ז ובח"מ וב"ש אמאי גרע משכון מגזל ממש ע"ש: ולענ"ד נראה כיון דלא קני משכון ה"ל כמשכנות קרקע דאם נתנו לאחר לא קני אלא אם נותן שטר המשכונא בכתיבה ומסירה כמבוא' בח"מ סימן ס"ו סעיף ח' ודוקא משכון דקונה מדר' יצחק ניקנה במסירת המשכון או אפי' בשעת הלואה כיון דשלא בשעת הלואה קונה קנין גמור אלים שעבודי' גם בשעת הלואה אבל במשכון עכו"ם דלא קני כלל אפי' שלא בשעת הלואה ה"ל כמשכונת קרקע דאינו ניקנה במשיכה וה"ל כזבין מלוה קרקעות של לוה דלא מהני וה"ל עדיין של הנותן דשעבודי' עליו והמלוה אינו מכוין לגזלו ולא הוי גזל כלל וגם האשה אינה יכול' לגזול כיון דאכתי שעבוד המלוה עלי' ומש"ה אינה מקודשת אבל במכרו לאחר ונסתלק המלוה, הישראל שפיר מהני לקידושין אם דעתו לגזול ודו"ק:

ס"ק לא

הי' לו חוב ביד אחרים. כתבו תו' דף מ"ז ד"ה לעולם שט"ח דאחרים ז"ל אבל שט"ח דידה אינה מקודשת וא"ת ומ"ש והא אידי ואידי מלוה היא וי"ל דודאי מלוה דידה שקנאתו כבר ואינו נותן לה שום דבר חדש שהרי אותם מעות היו שלה קודם הקידושין דין הוא דאינה מקודשת אבל כשנותן לה המלוה דאחרים נותן לה דבר חדש שלא הי' בידה קודם אמר דמקודשת דנהי דאין המלוה בעין מכל מקום זכות הוא לה כאלו הוא בעין עכ"ל: והר"ן כתב בזה ז"ל המקדש במלוה אינה מקודשת כו' כיון דלהוצאה ניתנ' ה"ל כדידה ולא יהיב לה מידי ואיהי אין דעתה על הנאת מחיל' מלוה אלא אזוזי ולא יהיב לה מידי כו' ובמלוה ע"פ פליגי כלומר דבמלוה דאחרים ליכא למימר דדעתה אזוזי דלא

אמרינן הכי אלא במלוה דידה שכבר היתה מחויבת לו אבל כשהוא בא לקדשה במלוה דאחרים אין דעתה להתקדש בזוזי אלא בהנאה דאית בה עכ"ל ע"ש: ולשטת הרמב"ם דס"ל במלוה דידה אינה מקודשת דגם בהנאת מחילת מלוה אינה מקודשת ועמ"ש ס"ק כ"ב תו ליכא למימר כתי' הר"ן

דלהרמב"ם אין חילוק בין מלוה להנאת מלוה אלא דהר"ן ס"ל דבהנאת מחילת מלוה מקודשת ומש"ה מחלק בין מלוה להנאת מלוה ובמלוה דידה דעתה אזוזי ומש"ה אינה מקודשת ומשום דמלוה לאו כסף הוא ולא שוה כסף וכה"ג כתב הר"ן ס"פ בתרא דכתוב' בשם הרשב"א דשטרו' לאו בני גוביינא נינהו דמילי דמזבני בדינרי הוי ע"ש מש"ה לאו כסף הוא לענין קידושין אלא דבמלוה דאחרים אע"ג דלאו כסף הוא כיון דדעתה אהנאה דאית בי' מקודשת: והרמב"ן בס' המלחמות פ' שור שנגח ד' וה' שם הוכיח נגד דברי בעה"מ במאי דס"ל דמלוה יכול להקדיש ומשום דה"ל דבר שברשותו ואינו דומה לגזילה דהגזלן אינו רוצה להחזיר. והרמב"ן הוכיח נגד זה מהא דקי"ל דמלוה ע"פ אינו נקנה אלא במעמ"ש ולא באגב ע"ש עוד שם ז"ל ועוד אמרו המקדש במלוה אינה מקודשת וכן במקח וממכר אלמא כדב' שלא בא לעולם דמיא לענין הקדש נמי דשלבל"ע הוי עכ"ל: ומדבריו למדנו בטעמא דמקדש במלוה אינה מקודשת דאינו משום טעמא דרש"י ותו' שכתבו משום שכבר הי' שלה והוא נמי שטת הרמב"ם פ"ה מאישות. אלא טעמא אחרינא והוא משום דה"ל דשלבל"ע והיינו אע"ג דיכול למחול ללוה עצמו אבל להקנותו אינו יכול ומשום דה"ל לידי' דשלבל"ע ואינו כספו ואנן בעינו כסף קידושין משל הנותן. ואפי' לפי מ"ש תו' דף ז' דאזלינן בתר מקבל ע"ש מכל מקו' בעינן שיהי' הכסף מן המקד' ואע"ג דאינו שוה פרוטה לנותן אזלינן בתר מקבל אבל מלוה דהוא דבר שלא בא לעולם דאינו עתה של הנותן כלל אינו קונה בקידושין ובמכר ועמ"ש בקצות החשן סימן קכ"ג ושם הובא דברי הרשב"א בחידושיו לשבועות דכתב ג"כ בטעמא דמקדש במלוה דאינו מקודשת משום דה"ל דשלבל"ע: ולפי"ז ניחא דבשט"ח דאחרים דמקודשת כיון דמקנה לה השט"ח בכתיב' ומסירה ושט"ח גופי' מיקרי דבר שבא לעולם ואיתי' במכירה ובהקדש דהמקדיש שט"ח קדוש הוא כמ"ש הריטב"א פ"ק דקידושין בהא דאמרו אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ע"ש. וכן במעמ"ש כיון דחכמים תיקנו שיוכל להקנו' במעמ"ש הרי הוא ברשותו כיון דתיקנו שיוכל להקנותו יכול הוא נמי לקדש' בזה וא"כ דוק' היכ' שאינו מקנה במעמ"ש אלא מוחל לה החוב אמרינן כיון דהחוב אינו ברשותי וה"ל כדשלבל"ע וה"ה בשט"ח דידה אם אינו מקנה לה השט"ח בכתיבה ומסירה אלא החוב והחוב ה"ל דשלבל"ע אבל בשט"ח דאחרים ומקנה לה בכתיבה ומסירה וה"ה בע"פ ע"י

מעמ"ש הרי הוא נקנה ע"י הקנאתו וה"ל ברשותו לענין זה מש"ה יכול נמי לקדשה בזה. ולפי"ז ה"ה בשט"ח דידה ומקנה לה גוף השט"ח בכתיבה ומסירה מהני כמו בשט"ח של אחרים ודוק ועמ"ש בס"ק י"ז.

ס"ק לב

בחוב שיש לי ביד זה כתב רשב"ץ ח"ג סימן פ"ה ז"ל שאלת שמעון קידש את האשה בחוב שחייב לו ראובן במעמ"ש ואח"כ בא בע"ח של שמעון לגבות מה שחייב לו ראובן לשמעון אם יהיו נפקעין הקידושין או לא. תשובה שאלה זו הוא לדעת הרמב"ם שסובר שהוא מקודשת אבל נראה שהרי"ף ז"ל אין דעתו כן ותלוי במחלקותן שאם יכול למחול המלוה ללוה אחרי מעמ"ש כו' אבל השאלה היא אם יש לה מקום אפי' נתן לה הכסף בקידושי' ויש לו עליו מלוה בשטר בקנאי ודעתיד למיקני ומטלטלי אג"ק שמן הדין יכול בע"ח לטרוף אותו ממון שנתן בקידושי' קודם שנתנו אם יכול לטרוף אותו אחר שקידשה ויתבטלו הקידושין אם לא שמה שנראה בזה הוא שאם המלוה בעיר כשקידשה ולא מיחה בקידושין כבר מחל זכותו שאפילו במקדש בטבעת שאולה אם השאילה לו ע"מ לקדש בו את האשה הרי היא מקודשת מטעם זה כמו שהאריך בזה הרא"ש ז"ל בפסקיו כ"ש בזה שאין לו בכסף אלא שעבוד דודאי מחלי' כיון שלא מיחה וגם אם אינו בעיר ואינו ידוע שזה הכסף שנתן לה בקידושי' אם הי' ביד הלוה וחל שעבודו עליו אנו טוענין שאחר נתן לו זה הכסף לקדש את האשה ע"מ שלא יחול עליו שעבוד המלוה דקי"ל טוענין ללוקח כדאי' פ' לא יחפור ובפ' חזקת והחשש אינו אלא אם קידשה שלא בפני המלוה בממון הידוע לו ללוה בשעת הלואה דודאי חל שעבודו עלי' אם יכול לטרוף אותו ויתבטלו הקידושין לגמרי וכבר כתבו הראשונים ז"ל דאע"ג דמן הדין יכול לטרוף אם כתב לו מטלטלי אג"ק בדקנ' ובדאקני כדאי' פ' חזקת כבר נהגו בתי דינין שלא לעשות מעשה בזה משום תקנת השוק וכ"ש שאין לעשות מעשה בזה משום תקנת הזיווג וא"כ נפלו כל אלו השאלות עכ"ל: ולענ"ד נראה במ"ש הרשב"ץ דאם המלוה בעיר כבר מחל זכותו דגבי בע"ח לא אמרינן מחל כיון דאין לו עליו אלא שעבוד דאפילו חתם המלוה בעד על המכירה יכול לטרוף אח"כ וכמבואר בטור וש"ע סימן קי"א סעיף י"ז ומכ"ש היכא דהמלוה בעיר וראה שמכר הלוה מנכסיו דודאי טריף לה: גם מ"ש דאם אינו ידוע שזה הכסף הי' ביד הלוה טענינן ללוקח שניתן לו במתנה ע"מ שלא יהא לבע"ח רשות בו. ומדברי הפוסקים אינו נרא' כן דודאי כל ששעבד מטלטלי אג"ק ודאקני גובה מלוקח ומקבל מתנה מדינא דגמר' וכמבואר בטור וש"ע סימן ס'. ולא טענינן ללוקח שניתן למוכר ע"מ שאין לבע"ח רשות בו ומשום חזקה דכל מה שיש ת"י אדם הרי הוא שלו

והוא שלו לגמרי לא על דרך תנאי וכן באשה שנמצא תחת ידה לא אמרינן שניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות אלא היכ' דאית לה מגו וכמבואר בטו' וש"ע סימן פ"ו סעיף י"ב והוא מדברי הרמב"ם וא"כ כל שאין עדי' שניתן על מנת לא מהימן לומר על תנאי כך וכך ניתן: ומ"ש הרשב"ץ דכבר נהגו בתי דינין בזה שלא לעשות מעשה משום תקנ' השוק זה אינו אלא במטלטלין ששעבד אג"ק אבל בשטרי חובות שמכר לית בי' משום תקנת השוק ומשום דמכירת שט"ח לא שכיחי לא עשו בו תקנת השוק וכמבואר בטור וש"ע ח"מ סימן ס' בשם תשובת הרא"ש ע"ש ואע"ג דלפי מ"ש הר"ש בתשובה שם עוד טעם לזה דגובין משט"ח שמכר ומשום דעדיין לא פקע כח למוכר שהרי בידו למחול ע"ש וא"כ אפשר דבמעמ"ש שפקע כח המוכר דבמעמ"ש אינו יכול למחול וא"כ אית בי' משום תקנת השוק כמו במטלטלין מכל מקום עיקר הטעם משום דמכירת חובות לא שכיחי וע"ש בטור וא"כ אפי' בחוב מעמ"ש לית בי' משום תקנת השוק: ובעיקר הדין שקידש בחוב במעמ"ש ובא בע"ח וטרף נראה לענ"ד דאפי' קידשה בקרקע בתורת כסף דמהני וכמ"ש הר"ן רפ"ק דקידושין ובא בע"ח וטרף דלא נתבטלו הקידושין כיון דקי"ל בע"ח מכאן ולהבא גוב' וא"כ הכסף קידושין שלו ואין כאן מקח טעות אלא דבשעת גבי' אתי בע"ח וטרף מדין אחריות דאחריות טעות סופר אפי' במוכר שט"ח וכמבואר בטו' וש"ע ח"מ סימן ס"ו סעיף ל"ד וא"כ בקידושי אשה דהוי כמו מכר דאתי בע"ח וטריף והאשה חוזרת וגובה מן המקדש ואם אין לו למקדש מש"ה לא נתבטלו הקידושין למפרע כיון דאין כאן מקח טעות דבע"ח מיכן ולהבא הוא גובה ובשעת קידושין כסף דידי' הוי וזה נראה לענ"ד ברור:

ס"ק לג

במעמד שלשתן כתב הב"י ז"ל וכתב רבינו ירוחם דלמ"ד מקודשת היינו מדרבנן כיון דמעמ"ש תקנתא דרבנן הוא עכ"ל ואינו מוכרח דהא איכא למימר דכיון דתקינו רבנן נקנו לה המעות וכיון שנקנו לה הוי לי' כאלו נתן לה כסף והוי מקודשת מדאורייתא עכ"ל: ובישש"ש פ' מרובה סימן ז' כתב הרא"ש דיאוש לחודי' קונה מדרבנן אז הוי קידושי דאורייתא דהוא קונה מחמת הפקר ב"ד הפקר והובא בב"ש סק"ו וכתב עלה ז"ל אבל הב"י לא ס"ל כמוהרש"ל ביאוש משום דלא דמי גזל לאחר יאוש למעמ"ש דגזל אחר יאוש אע"ג דזוכ' מדרבנן מכל מקום מדאורייתא צריך להחזיר א"כ מקדש אותו בדבר שאינו שלו משא"כ במעמד שלשתן וכן מוכח לקמן דהב"י השיג על הרי"ו דכתב במעמ"ש הוי קידושין דרבנן ובגזל לא השיג אע"כ צריך לומר חילוק זה עכ"ל: ולא ירדנו לחילוק זה דממ"נ אי נימא הפקר ב"ד הפקר וה"ל כמו קנין תורה א"כ ביאוש נמי נימא והפקר ב"ד

הפקר ואי נימא דלא מהני הפקר ב"ד שיהי' קנין תורה א"כ במעמ"ש נמי מן התורה: ובעיקר הדין אם מהני קנין דרבנן לקידושי תורה נראה מדברי רש"י דלא מהני ע"ש רש"י פ' הזהב דן מ"ח ד"ה קאי באבל ז"ל אבל מעות מדאורייתא לא קני ונפקא מיני' לענין איסורא כגון אם קידש בו את האשה לר' יוחנן הוי קידושין כיון דמדאורייתא קנוי' ודידי' הוא ולריש לקיש לא הוי קידושין עכ"ל וכ"כ בטור ח"מ סימן קצ"ח ז"ל דבר תורה כו' לפיכך משקיבל המוכר המעות הן שלו מן התורה ואם קידש בהם את האשה מקודשת עכ"ל ומזה מבואר דבקידושי תורה אזלינן בתר קנין תורה: ולפי מ"ש הב"ש לחלק בין יאוש מעמ"ש ומשום דגבי יאוש דמקדש בדבר שאינו שלו מן התורה מודה הב"י ניחא דהתם נמי לריש לקיש אינו שלו מן התורה ומש"ה אינו יכול לקדש בו לר"ל אלא דכבר כתבנו דדברי ב"ש בזה אינו מובן: ובמשנה למלך פ"ה מאישות ז"ל ונסתפקתי במי שקנה חפץ מחבירו ונתן המעות ולא משך דקי"ל דמן התור' קנה ומדרבנן לא קנה עד שימשוך אם קידש המוכר בחפץ זה היכי לידייני' דינא מי נימא דהוי מקודשת גמורה ואם בא אחר וקדשה

לא תפסי קידושין כיון דמדרבנן לא יצא החפץ מרשותו או דלמא ראוי לחוש לקידושי שני כיון דמן התורה קידשה הראשון בגזל וצד זה נראה בעיני עכ"ל ואיבעי' זו הי' יכול למיפשט מדברי רש"י והטור דאזלינן בתר דין תורה בקידושי תורה: אמנם בגוונו דרש"י והטור נראה דאפי' נימא דבקידושי תורה אזלינן בתר קנין דרבנן ומשום דהפקר ב"ד הפקר נראה דלפי מ"ש התו' פרק המפקיד דף מ"ג דלר' יוחנן דאמר דבר תורה מעות קונת זוכה המוכר במעות ויכול ליתן אחרים תחתיהם ומשום דחכמים לא הפקיעו כח המוכר שיש לו במעות וע"ש וא"כ מדרבנן נמי יש לו למוכר קנין במעות: ורש"י שכתב לר' יוחנן הוי קידושין כיון דמדאורייתא קני הנה לפי מ"ש תוס' גם מדרבנן קונה המוכר המעות ויכול ליתן מעות אחרים ללוקח. ומזה נראה דרש"י לא ס"ל כתוס' בזה אלא דכשם שמדרבנן אין הלוקח זוכה במקח כך אין המוכר זוכה במעות עד שיגמור המקח במשיכה מש"ה אתי עלה רש"י מחמת קנין תורה וא"כ ממילא נלמד דה"ה בגוונו דכתב במשנה למלך נמי אזלינן בתר קנין תורה. והרמב"ן פ' מי שמת הביא דעת הסוברין בטעמא דמוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול משום דמכירת שטרות דרבנן ולא אלים להפקיע כח הראשון שלא יוכל למחול והוכיח נגד דבריהם מסוגיא דפ' האיש מקדש דפליגי במקדש בשט"ח דאחרים דלישנא דמקודשת משמע מן התורה ע"ש ומזה משמע דקנין דרבנן לא מהני לקידושי תורה. אלא דדבריו מרפסן איגרי דהא שם בברייתא תני נמי או שהי' לו מלוה ביד אחרים והרשה עליהם ר"מ אומר מקודשת וחכמים אומרים אינה

מקודשת ומוקים לה בש"ס דפליגי בשט"ח דאחרים בסמכה דעתה דלא שביק דידה ומחיל לאחריני ובמצוה ע"פ פליגי במעמ"ש מ"ס ל"ש מלוה ל"ש פקדון ומ"ס דוק' פקדון וע"ש ומעמ"ש ודאי דרבנן ואפ"ה תני מקודשת וכבר הקשה זה בחידושי פני יושוע ע"ש. והנראה לענ"ד בדברי הרמב"ן דס"ל נמי דקנין דרבנן מהני לקידושי תורה ומשום דהפקר ב"ד הפקר וכמ"ש ב"י ומוהרש"ל ביש"ש פר' מרובה ומש"ה במעמ"ש דאינו אלא דרבנן נמי מקודשת מן התורה. ומה שהוכיח מקידשה בשט"ח נראה לפי מ"ש תו' פ' האשה רבה דף פ"ט שם בהא דשקלי וטרי בש"ס אם יש כח ביד ב"ד לעקור דבר מן התורה ומייתי שם בגמרא מהא דתנן אין תורמין מן הטהור על הטמא ואם תרם בשוגג תרומתו תרומ' ואם במזיד אין תרומתו תרומה והדרי לטיבלא. וכתבו שם תו' בד"ה שהפקר ב"ד הפקר ז"ל אבל מן הטהור על הטמא ליכא למימר דאפקוהו מרשותי' בשעת הפרשה כיון דבתר הכי נמי שלו הוא ועליו לתקנו עכ"ל. וא"כ במכירת שטרות אי נימא דמש"ה יכול למחול משום דקנין שטרות דרבנן ולא אלים לאפקועי כח הראשון שלא יוכל למחול א"כ תו ליכא למימר טעמא דמקודשת מן התורה במכירת שטרות דרבנן משום דהפקר ב"ד הפקר כיון דבתר הכי נמי שלו הוא דהא יכול למחול מה"ט לפי שמן התורה שלו הוא אבל במעמ"ש דאינו יכול למחול שפיר מצינו לומר דהוי מקודשת מן התורה משום דהפקר ב"ד הפקר ואפקוהו לגמרי מרשותו ואוקמה ברשות מקבל ודו"ק והוא נכון היטב. ועיין בפ' השולח דף ל"ו אמר ר' יצחק מנין שהפקר ב"ד הפקר שנאמר וכל אשר לא יבא לג' ימים בעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה ר"א אמר מהכא אלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושוע בן נון וראשי האבו' וכי מה ענין ראשי' אצל אבו' לומר לך מה אבות מנחילין את בניהם כל מה שירצו אף ראשים מנחילין העם כל מה שירצו ע"ש ולפי טעמא דר"א א"כ במעמ"ש אע"ג דעדיין לא זכה המקבל מהפקר דהא מן התורה לא אתי לידי' עדיין מכל מקום אמרינן מה אבות מנחילין ובירושה אין צריך זכי' אלא ע"י מאמר פיו נתחלקו דקי"ל כר' יוחנן בב"ב דרשות לאב להנחיל לכל א' מה שירצה אף ראשים מנחילין א"כ ה"ל מן התורה מה דתיקון רבנן מזה לזה ודו"ק. ועמ"ש בקצה"ח סימן קצ"ד סק"ג דלשטת תו' ב"ק דף י"א דקנין אגב אינו אלא מדבריהם ע"ש ומהני קנין אגב לפדות בהם הפירות מדאורייתא כדאי' פ' הזהב דף מ"ו ולקנינהו ניהלי' אגב קרקע מוכח דמהני קנין דרבנן לדאורייתא ע"ש באורך. עוד שם בקצה"ח סימן רל"ה סק"ד ג"כ באורך מענין זה אם קנין דרבנן מועיל לדאוריית' והבאתי ראי' מהא דתנן שקלי' פ"א אעפ"י שאמרו אין ממשכנין נשים ועבדי' וקטנים אם שקלו מקבלי' מידם וכתב ברטנורה ובתנאי שימסרו

לצבור לגמרי כי היכי דלא ליהוי קרבן צבור קרב משל יחיד ע"ש והיכי מצי קטנים מסרו לצבור הא פעוטות מקחן מקח ומתנתן מתנה במטלטלין אינו אלא מדרבנן והיכי מצי מסרו לצבור יפה ומוכ' דקנין דרבנן מהני לדאורייתא ומשום הפקר ב"ד. ולפי מ"ש ברטנורה שם דקטנים דתנן היינו פחותים מעשרים ע"ש ובזה מתנתן מתנה מן התורה אלא דהרמב"ם בפירושו ובחיבורו מפרש לה בקטנים פחותים משלש עשרה שנה ואא"ז בתי"ט תמה על הברטנורה דבירושלמי בהדיא מפרש לה בפחותים מי"ג שנה ע"ש ומזה הוכחנו שם כדברי ב"י ומוהרש"ל דאזלינן בתר דרבנן דהפקר ב"ד הפקר ע"ש. וכעת הנה ראיתי בס' שער המלך ה"ל שקלים שהקשה בהא דמקבלין שקלים מן הקטנים ובלבד שיהי' מוסרן לצבור דהא מדאורייתא לאו בר הקנאה נמצא דבר תורה קרב משל יחיד ובהדיא כתב רבינו פ"ח מה"ל לולב דאין נותנין אותו לקטן שהקטן קונה ואינו מקנה לאחרים דבר תורה ונמצא שאם החזירו אינו מוחזר ע"ש. וכתב ליישב דמן התורה אפי' בלא מסירה לצבור מהני ואין כאן חשש דנמצא קרבן צבור קרב משל יחיד משום דכיון דרובן מבני חיובא נינהו בטלים ברוב אלא משום דמטבע חשיב ולא בטל הוא דבעינן שימסר' לצבור כו' והוא מדרבנן ואתי תקנתא דרבנן ומפיק איסור דרבנן משא"כ בהאי דלולב דלא אתי דרבנן מפיק דאורייתא עכ"ל ע"ש. ואכתי יש להשיב דכיון דאין הקנאת קטן כלום מדאורייתא וגם הקדשו אינו כלום מן התורה דאפי' הגיע לעונת נדרים והוא מופלא סמוך לאיש נמי אינו אלא מדרבנן וכמ"ש הראב"ד בה"ל נזירות ע"ש וא"כ עדיין ממון קטנים נינהו ובעלים לא בטלי וכדאמרינן בפ' משילין דף ל"ח הרי שנתערב לו קב חיטין בעשר' קבין חטין של חבירו יאכל הלה וחדי ע"ש והתם במנחו' גבי כהנים שדרשו לעצמן מנחת כהן כליל ולא היו מביאין שקלים שפיר הקשו תו' דליבטל ברוב ומשום דהקדשן הקדש ואינו אלא איסורא הבא מחמת ממונא בזה שפיר בטל וכדאמר בפ' משילין שם איסורא בטל ממונא לא בטיל ואע"ג דאיסור תחומין מדעת הבעלים מכל מקום האיסור בטל ע"ש בסוגיא אבל בקטנים אי אזלת בתר דין דאורייתא אין כאן הקדש ואינו רק ממון קטנים ממש ולא בטל ואם עדיין לא הגיעו לעונת נדרים כגון בן ט' ובן י"א ודאי אין הקדשן כלום אלא אפי' הגיעו לעונת נדרים נמי אינו ד"ת לדעת הראב"ד וא"כ שקליהם חולין ממש וממונא דקטנים נינהו וממונא לא בטל ואינו אלא משום שמוסרן לצבור יפה ומהני משום תקנה בפעוטות מקחן מקח ומתנתן מתנה. מיהו אם הקדישן אינו הקדש דבר תורה ואכתי ממונא דקטנים א"כ הקרבנות שקנו הצבור בממון הקטנים ה"ל קרבנות צבור דגזל אינו תופס דמיו והצבור אינו אלא בעלי חוב לקטנים מן התורה אבל מדרבנן מיהת פטורי והקרבנות מיהא שפיר דצבור נינהו דגזל

אינו תופס דמיו ואם קנו קרבנות בעד ממונא דקטני' אין דמיהן תופס את הקרבנות ואין כאן משל יחיד ודוקא בשל כהנים לפי מה שדרשו מקרא לעצמן הרי הם קונין בשקלי כהנים בשביל כהנים אבל הכא בקטנים מן התורה שאין כאן הקדש מצד הקטנים הרי הוא של צבור דגזל אינו תופס דמיו ואינן אלא בעלי חוב וכמ"ש והשתא פקע חובם לפי מה שהתקינו פעוטת מקחן מקח ומתנתן מתנה ודו"ק. עוד ראיתי שם בשער המלך ה"ל לולב שהביא ראי' דהיכי דהוי קנין דרבנן מהני זכי' בדאורייתא לצאת י"ח מהאי סבתא דפ' לולב הגזול דצווח' קמי' דרב נחמן דר"ג וכולהו רבנן יתבי בסוכה גזולה ואמר רב נחמן דפעית' היא דא ואין לה אלא דמי עצים בלבד הרי דאע"ג דמדאורייתא לא מפקה מידי סוכה גזולה בכך עד דסותר את ביתו אפ"ה מכי תיקון רבנ' דאין לו אלא דמי עצים מפקה מידי סוכה גזולה דהפקר ב"ד הפקר ואדרבה לדעת רבינו שכתב בדין שלפנינו אפי' בהגיע לעונת הפעוטות נמי לא ליקני ומשום דאינו מקנה לאחרים מן התורה כו' ע"ש. אמנם לענ"ד נראה דאפי' נימא דקנין דרבנן אינו מהני לדין תורה היינו כיון דמן התורה אינו שלו אינו חשוב ממון שלו לקידושין ולצאת ידי חובת מצוה היכא דבעינן ממון שלו אבל בסוכה דלא בעינן לכם אלא דגזול פסול בסוכה ואפי' בקרקע הגזולה כיון דאין קרקע נגזלת נפיק בי' בסוכה וקנין דרבנן ודאי מתורת גזל מפיק אלא דלא חשיב שלו דאלת"ה א"כ כל קניני דרבנן תימא דגזל נינהו מן התורה ועברי מן התורה בלא תגזול אלא ודאי פשוט דעכ"פ מידי גזל מיהו מפקי והיינו הפקר ב"ד כי עדיין הוא של בעלים וחכמי' אפקרי שיהי' זה רשאי לאכול של חבירו אבל אין כח ביד ב"ד לעשות שיהי' שלו ממש כיון דמן התורה אינו שלו ומש"ה בסוכה נפיק בה כיון דאינו גזל וגבי לולב דכתב הרמב"ם לפי שהקטן קונה ואינו מקנה לאחרים מן התורה משום דבלולב בעינן לכם ומן התורה

אינו ממון שלו ודו"ק עמ"ש לעיל. אלא דאכתי תיקשי מהא דאמרו בסוכה דף ל"א אבל גזל עצים וסיכך בהם ד"ה אין לו אלא דמי עצים והתם נמי משום תקנת מריש ע"ש פי' רש"י ולפי מה שיבואר לקמן ס"ק נ' מדקאמר ד"ה משמע אפי' למאן דבעי בסוכה שלו ממש ושאולה לא מהני אפ"ה נפיק בי' ובעיקר הדין בקנין דרבנן אם מהני לדאורייתא מצאתי ברמב"ם פ"ט מתרומת ז"ל יראה לי שאם מכר הכהן פרתו לישראל ולקח הדמים אעפ"י שעדיין לא משך הלוקח הרי זה אסור להאכילה תרומה שדין תורה מעות קונת כמו שיתבאר בה"ל מקח וממכר ואם מכר ישראל לכהן אעפ"י שנתן הדמים לא תאכל בתרומה עד שימשוך עכ"ל ומבואר להדיא דלא מהני קנין דרבנן לאיסור תורה ומש"ה במכר הכהן פרתו לישראל בדמים אעפ"י דעדיין לא משך מדרבנן עיקר הקנין משיכה

אפ"ה אסור להאכילה תרומה כיון דמדאורייתא מעות קונת ולא מהני הפקר ב"ד לאיסור תורה וזה כדברי רי"ו וזה ראי' ברורה ואחר כתבי מצאתי ראי' זו בס' מחנה אפרים ות"ל כוונתי לדעת הגדול ועמ"ש בסימן ל' סק"ה. ולכן נראה לענ"ד דגם הב"י שמשיג על הרי"ו אינו מטעם הפקר ב"ד דהא מוכח מדברי הרמב"ם דלא מהני קנין דרבנן לאיסור תורה וכוונת ב"י נראה דהוא מטעם אחר וז"ל הב"י וכתב רי"ו דלמ"ד מקודשת היינו מדרבנן כיון דמעמ"ש תקנתא דרבנן היא עכ"ל ואינו מוכרח דהא איכא למימר דכיון דתקינו רבנן נקנו לה המעות וכיון שנקנו לה ה"ל כאלו נתן לה כסף והוי מקודשת דאורייתא וכתב עוד הר"ן אהא במלוה ע"פ פליגי במלוה דאחרים ליכא למימר דדעתה אזוזי דלא אמרינן הכי אלא במלוה דידה שכבר היתה מחויבת לו אבל כשהוא בא לקדשה במלוה דאחרי' אין דעתה להתקדש בזוזי אלא בהנאה דאית בה עכ"ל. והוא ליישב קושיות תו' שם בסוגיא דף מ"ח דמ"ש מלוה דאחרים ממלוה דידה ולזה מיישב הר"ן דבמלוה דידה דעתה אזוזי ובמלוה דאחרים דעתה על הנאה דאית בה, וכיון דאינו מקודשת במעמ"ש אלא משום דדעתה על הנאה דאית בי' א"כ תו אין חילוק בין שהוא קנין תורה או קנין דרבנן דנראה דאם מקדשה בתורת כסף אז הוא דאמרינן כיון דמן התורה אין הכסף שלו או שהאשה אינו זוכית בכסף קידושין מן התורה אמרינן דאזלינן בתר דאוריית' ואין כאן קידושי תור' וכמ"ש הרמב"ם לענין תרומה אבל היכא דמקדשה בהנאה דאית בי' והנאה ודאי אית לה כיון דשלה הוא עכ"פ מדרבנן לא גרע משחוק לפני רקוד לפני והנאת פרוטה אית לה בגוה וכיוצא בזה כתב הריטב"א פ' האיש מקדש גבי מקדש באיסורי הנאה דאינו מקודשת ע"ש ז"ל ואע"ג דחולה שאין בו סכנה מותר בו שלא כדרך הנאתן מכל מקום אסור הוא למוכרה לחולה זה וכו' וכיון דכן לא חשיב ממונא כלל ואפי' היא חולה שראוי ליהנות בו אינה מקודשת דלאו ממונא יהיב לה אא"כ אומר לה הרי את מקודשת לי באותה הנאה שיש ליך שנתתי ליך דבר שתתרפאי בו ויש באותו הנאה ש"פ עכ"ל ומבואר דאפי' היכא דלאו ממונא הוא כלל אפ"ה כל שמקדשה בהנאה דאית בה ויש באותו הנאה ש"פ מקודשת ובקנין דרבנן הרי אית באותו הנאה ש"פ ומקודשת מן התורה וזה ברור ונכון. ולפי"ז ידוקדק דברי הב"י על נכון שכתב על רי"ו ואינו מוכרח דהא אי' למימר כיון דתקינו רבנן כו' וכתב עוד הר"ן כו' אבל במלוה דאחרי' אין דעתה להתקדש בזוזי אלא בהנאה דאית בה עכ"ל הב"י והיינו סמיכות דידי' מדברי הר"ן וטעמא דב"י אינו משום הפקר ב"ד הפקר מהני מן התורה וכמ"ש מוהרש"ל וב"ש דא"כ עיקר חסר מן הספר והב"י לא הזכיר כלום מהפקר ב"ד. אלא נרא' טעמ' דב"י משום דמעמ"ש אינו אלא מצד הנאה וכל שהוא מצד הנאה אין לחלק בין תורה לקנין

דרבנן דלא גרע משחוק לפני וכמ"ש. ובזה יתיישב מה שהקשה ב"ש דאמאי לא השיג ב"י על רי"ו גבי יאוש ע"ש ולפי מ"ש ניחא דגבי יאוש מקדשה בתורת כסף ומודה הב"י דלא מהני לאיסור אלא מעמ"ש דע"כ אינו קידושין אלא מצד הנאה וכמ"ש והנאה הא אית לה בשוה פרוטה כיון דזוכית היא מדרבנן. ולפי"ז נראה דה"ה היכא שקנה לוקח חפץ במשיכה ולא נתן מעות ומקדש בו אשה אם מקדשה בתורת כסף אינה מקודשת מן התורה כיון דמן התורה לא זכה בו לוקח ואינו כסף דידי' מן התורה אבל אם מקדשה בהנא' שנתן לה הרי זו מקודשת מן התורה כיון דהנאה זו שוה פרוטה. ורי"ו נמי נראה דמודה היכא דמקדשה במעמ"ש בתורת הנאה דמקודשת מן התורה ומטעמא שכתבנו אלא דרי"ו ס"ל דבחוב דאחרים נמי מקדשה בתורת כסף וכשטת תו' בסוגיא משום דנותן לה דבר חדש ועמ"ש בס"ק ל"א. והב"י ס"ל כשטת הר"ן דבחוב דאחרים מקודשת אינו אלא משום דדעתה אהנאה ובהנאה ודאי מקודשת מן התורה ודו"ק. ולפי מ"ש הרמב"ם פ"ט מתרומת אזלינן בתר קנין תורה לאכילת תרומה קשה מהא דאי' פ' אלמנה דף ס"ז בהא דר' ישמעאל אומר משום אביו הבת מאכיל הבן אינו מאכיל מ"ש בן דלא מאכיל משום חלקי של עוב' בת נמי לא תאכיל מפני חלקו של עובר אמר אביי הכא בנכסים מועטים עסקינן וכגון דאיכא בן בהדי בת מה נפשך אי האי דמעברא בן הוא לא עדיף מהאי דקאי אי בת הוא אמאי אכלה בתקנתא דרבנן כמה דלא נפיק לאויר העול' לא תקינו רבנן ומוכח דקנין דרבנן מהני להאכיל בתרומ' דהא הבת אין לה אלא בתקנתא דרבנן. ונראה ליישב לפי דעת הרמב"ם דס"ל בספיקות מותר מן התורה וכל הספיקו' אינו אלא מדבריה' ועמ"ש בש"ש ש"א פ"א וא"כ הכא דאיכ' בן בהדה העבדים מותרין לאכול בתרומה מן התורה ע"י בן דאיכא ואי משום חלקו של עובר דאינו מאכיל כיון דעובר ספק בן ספק בת והספיקו' מותרין מן התורה ומדרבנן הוא דאסור משום ספק דשמא העובר בת. ומדרבנן הוא של הבת דקאי בנכסים מועטין דכל כמה דלא נפיק לאייר עולם לית לה בתקנתא דרבנן ומש"ה הבת מאכיל ודו"ק ולדעת הרשב"א ודעימי' החולקין על הרמב"ם וס"ל דכל הספיקות מן התורה אסור ועיין ר"ן ספ"ק דקידושין תיקשי היכי הבת מאכיל בתרומה כיון דאינו אלא מדרבנן והבן אינו מאכיל דשמא עובר בן ואינו ילוד אינו מאכיל ומידי ספיקא לא נפקא וא"כ צ"ל לדעת הרשב"א דקנין דרבנן מהני לאיסורי תורה ודו"ק ועמ"ש בסימן לי' סק"ה:

ס"ק לד

וי"א שאינה מקודשת ומשום דלא סמכה שמא ימחול וס"ל דאפי' במעמ"ש יכול למחול ודעת החולקין ס"ל דבמעמ"ש ליתי' במחילה ומבואר בב"י בח"מ סימן ס"ו וכן העלה

בש"ע שם וע"ש בש"ך באורך. וצריך ביאור בהאי דמעמ"ש אינו יכול למחול דנראה דלפי מ"ש ר"ת בטעמא דמוכר שט"ח וחזרו ומחלו מחול משום דשני שעבודים על הלוה שעבוד הגוף ושעבוד נכסי ושעבוד הגוף ליתי' במכירה אלא דלא פקע וכל שמוחל שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד נכסי דאינון ערבין בי' וא"כ במעמ"ש דגם שעבוד הגוף איתי' במעמ"ש מתקנת חכמים מש"ה אינו יכול למחול. אמנם לשטת הרמב"ם דטעמא דמוכר שט"ח יכול למחול משום דמכירת שטרות דרבנן וכמ"ש בפ"ו מהל' מכירה ולא אתי מכירה דרבנן ומפיק כח הראשון שלא יוכל למחול א"כ במעמ"ש דודאי אינו אלא דרבנן אמאי אינו יכי' למחו' ומדברי הרמב"ם שכתב דבמעמ"ש מקודשת מוכח דס"ל דמעמ"ש ליתי' במחילה דאם יכול למחול לא סמכה דעתה ועמ"ש בקצה"ח סימן קכ"ו סק"ג. ונראה לפי מ"ש הריטב"א בסוגיא שם ז"ל מיהו בעיקר הדין אמת דמעמ"ש שעבוד הלוה הוא ולא מהני לי' מחילה דמלוה עכ"ל. ולפי"ז ניחא דבמוכר שט"ח דלוקח בא מכח המוכר וכיון דמכירתו דרבנן לא אלים לאפקועי כוחו שלא יוכל למחול אבל מעמ"ש דשעבוד הלוה הוא ותקנת חכמים הי' שישתעבד הלוה ואינו בא מכח המלוה מש"ה אין המלוה יכול למחול. אך קשה דלפי"ז אמאי מקודשת במעמ"ש הא אפי' מקדש נותן שט"ח לאשה שחייב דינר לא מקדשה משום דאגיד גבי' ולא יצא כסף מרשותו וזה הוא שטת הרמב"ן והרשב"א וגם שטת הריטב"א ע"ש בחידושי ריטב"א גבי מנה אין כאן משכון אין כאן ומבואר ברמ"א סימן כ"ט ולשטתם גם אם אחר נותן שט"ח לאשה שתהא מקודשת לפ' מדין עבד כנעני דלא מהני כיון דלא יצא הכסף מרשות הנותן ואגיד גבי' ולא עדיף מאלו המקדש עצמו נותן שט"ח וא"כ ה"נ במעמ"ש אם איני בא מכח המלוה רק מכח הלוה לאו כסף הוא כיון דאגיד גבי' וצ"ע. מיהו לפי מ"ש הר"ן בטעמא דמקדש במלוה דאחרים דמקודשת ובמלוה דידה אינה מקודשת משום דבמלוה דאחרים אין דעתה אזוזי רק על הנאה דאית בי' וכמ"ש בס"ק ל"ג ע"ש וא"כ הנאה שפיר בא לה מן המלוה כיון דהוא הממחה ולא גרע ממקדש באיסורי הנאה והיא חולה שראוי' ליהנות אם מקדשה בהנאה דאית בה אע"ג דלאו ממונא דנותן מקדשה וכמ"ש הריטב"א בר"פ האיש מקדש
ע"ש ועמ"ש בס"ק ל"ג:

ס"ק לה

אינה מקודשת אלא מספק וכתב בח"מ דלא סמכה דעתה שמא ימחול והספק אינו אלא משום הנייר ע"ש. ועיין ר"ן פ' האיש מקדש דבשט"ח דאחרים אין שמין את הנייר ואפי' הנייר ש"פ משום דנייר של לוה הוא דצוה נותן שכר הסופר ודוקא בשט"ח דידה שמין

את הנייר ע"ש וכן העלה בש"ך בסימן ס"ו דאם קידשה בשט"ח דידה ה"ל קידושי ודאי אם יש בנייר ש"פ אבל בשט"ח דאחרים ה"ל ספיקא דדינא אם צריך הלוקח להחזיר הנייר ללוה אחר שמחלו. ועיין בקצה"ח סימן ס"ו ס"ק כ"ז ושם הקשיתי דאם בשט"ח דאחרים אין שמין ומשום דנייר של לוה הוא וא"כ צריך לומר דלית בי' משום תורת משכון בנייר דאי הוי על הנייר תורת משכון ליתי' במחילה דקי"ל קידשה במשכון דאחרים מקודשת מדר' יצחק וע"כ צ"ל דלית בי' משום תורת משכון או משום דהשט"ח והוא הנייר ה"ל משכון בשעת הלואה או כיון דלא נקטי' לתורת משכון אלא לראי' על החוב לית בי' משום דר' יצחק וא"כ שט"ח דידיה מאי אולמה כיון דנייר דידה הוא ותורת משכון לית בי' ע"ש. וכעת מצאתי בעצמות יוסף ע"ש שהניח בקושיא. ונראה דס"ל לר"ן דנייר לית בי' משום תורת משכון או משום דה"ל כמשכון בשעת הלואה ועוד דלא נקטי' למשכון אלא לראי' על החוב ומש"ה בשט"ח דאחרים היכא דמחלו צריך המקבל להחזיר הנייר ללוה אבל בשט"ח דידה אע"ג דלא נקטי' למשכון כיון דעכ"פ לראי' נקטי' וכל זמן שאין נפרע מן החוב נקטי' לשט"ח לראי' א"כ בא לה הנאה מחודשת במה שמוחל לה החוב דגוף החוב כבר עברה הנאתו וכמ"ש בס"ק ל"א בשם תו' והרמב"ם אבל כאן ע"י מחילת החוב באה לה הנאה מחודשת במה שמחזיר לה הנייר וכמו שמקודשת במשכון דידה ואפי' בשעת הלואתו במה שמחזיר לה המשכון אע"ג דלא קני לה וכמ"ש בס"ק כ"ו ע"ש וה"ה הכא אע"ג דלא נקטי' אלא לראי' עכ"פ הנאה יש לה במה שמחזיר לה הנייר דכל זמן שאין נפרע מהחוב נקטי' לנייר לראי' שבו ודו"ק. והא דכתב הטור בשם הרמ"ה דוקא כשהוא בידו בתורת משכון אבל אם אין בידו למשכון אע"ג שיכול לתפוס אינה מקודשת כל כמה דלא גלי אדעתי' דנקטי' לי' בתורת משכון ע"ש והתם מיירי במשכון דידה היינו משום דכל כמה דלא גלי אדעתי' דתפסימן לי' למשכון לא הוי הנאה כלל במה שמחזיר לה משכונה דאפשר גם בלא קידושין נמי הוי מהדר לה אבל בשט"ח דידה נהי דלא תפיס לי' לנייר למשכון אבל לראי' מיהא תפיס לי' וכל כמה דלא פרעה אינו מחזיר והשתא מחזיר ע"י מחילת החוב וה"ל בזה הנאה מחודשת במה שמחזיר לה הנייר ודו"ק. אך קשה תו' קידושין דף י"ט דבמשכון דידה אינה מקודשת בחזרת המשכון אלא דוקא בהנאת מחילת מלוה ועמ"ש סק"ח ואע"ג דאיכא הנאה מחודשת והוא חזרת המשכון אפ"ה כיון דאינו קונה משכון אינה מקודשת אלא בהנאת מחילת מלוה א"כ הא דמשמע בש"ס בשט"ח דידה דשמין את הנייר ממ"נ אם באומר בהנאת מחילת מלוה א"כ אפי' בגוף החוב מקודשת בהנאת מחילת מלוה שאם אינו בהנאת מחילת מלוה א"כ מאי מהני הנייר דש"פ כיון דמשכון בשעת הלואה לא מהני אע"ג דאית לה הנאה בחזרת

המשכון כיון דלא קני לה: ומיהו לפי מ"ש בקצה"ח סימן ס"ו ס"ק כ"ז דנייר של מלוה הוא לגמרי ואע"ג דלוה נותן שכר הסופר הלוה צריך להקנותו למלוה דכתיב ואקח את ספר המקנה ובאומר על מנת שהנייר שלי לא מהני דה"ל אותיות פורחת באויר וכמבואר בגמ' גיטין דף כ' ע"ש וה"ה בשטר מקנה ושט"ח דהוא לקנין ע"ש ומיהו בתר פרעון או מחילה צריך המלוה להחזירו ללוה ומשום דהוי כמו תנאי ע"מ להחזיר בתר פרעון אבל עד פרעון ה"ל של המלוה לגמרי קנין גמור ומש"ה בשט"ח דידה מקודש' כיון דקודם פרעון ה"ל של המלוה אבל בשט"ח דאחרים כיון דה"ל כמתנה ע"מ להחזיר בתר פרעון והיכא דמחצו צריך הלוקח להחזיר הנייר ומש"ה אינה מקודשת וע"ש שהארכנו בזה: ושם כתבנו ליישב בזה קושיות הט"ז שהקשה לשנות הסוברים דלוקח אין צריך להחזיר הנייר אחר שמחלו ללוה וע"כ משום דהנייר חשוב כמו משכון א"כ היכי משמט' מלוה בשטר לשטת הרא"ש דס"ל אפי' משכון מחט אינו משמט ומשום דכנגד כולו הוא קונה ע"ש שכתבנו דהנייר אינו בתורת משכון אלא קנין גמור וס"ל מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו והוא של הלוקח עד שיפרענו ע"ש וכעת מצאתי קושיות הט"ז הנזכר בשטה מקובצת פ' הכותב:

ס"ק לו

אלא מספק כתב הב"ש ז"ל בטור כתב אם הניר שו"פ מקודשת בודאי משום דס"ל דדעתה ג"כ על הניר וכו' וס"ל אף אם ימחול אין צריך להחזיר הנייר כו' מיהו י"ח על זה כמ"ש בח"מ ויש בקידושין אלו כמה ספיקות א' אם צריכה להחזיר הנייר ואז אם מקדש בשט"ח לא הוי קידושין אף למ"ש דהשט"ח הוי כמשכון בידו מכל מקום כיון דצריכ' להחזי' הנייר לא הוי קידושין ב' אם דעתו על הנייר כו' מיהו לדעת המחבר משמע דלא חש לספיקות אלו דאל"כ למה לי לכתוב שהקנה לה השטר בכתיבה ומסירה הלא הנייר הוא קונה במסירה לבד אע"כ הספק הוא שמא לא סמכה דעתה לכן אפי' הנייר אינו שו"פ יש ספק שמא סמכה דעתה כמ"ש בש"ס לתירץ קמא עכ"ל: והנה מ"ש ואף למ"ש דשט"ח הוי כמשכון בידו מכל מקום כיון דצריכה להחזיר הנייר לא הוי קידושין: ולענ"ד ודאי למאן דס"ל דהשט"ח הוי כמשכון בידו אין צריך להחזיר הנייר דמכר או נתן משכון ליתי' במחילה ומאן דס"ל דלוקח צריך להחזיר הנייר ס"ל דאין עלה תורת משכון או משום דלא נקטי' למשכון אלא לראי' או משום דה"ל כמו משכון בשעת הלואה. ומה שהכריח ב"ש בדעת המחבר דלא חש לספיקא דנייר דא"כ אפילו במסירה לבד קונה הנייר כבר כתבנו בקצה"ח סימן ס"ו ס"ק כ"ו לחלק בין היכא דנקנה בכתיבה ומסירה להיכא דלא נקנה בכתיבה ומסירה ע"ש: ובתוס' פ' מי שמת דף קמ"ו ובאשר"י ספ"ק

דמציעא כתבו להוכיח דאפי' לדידן דדיינן דינא דגרמי ומוחל שט"ח צריך לשלם ללוקח דאין צריך לשלם אלא דמים שנתן ולא דמי שוי' דאם הי' חייב לשלם כל דמי השט"ח א"כ אשה אמאי לא סמכה דעתה הא כשימחול יצטרך לשלם הזיקו אע"כ דאין צריך לשלם אלא דמים שנתן ואינו אלא פרוטה דמי הקידושין והיא לא נתרצית אלא בדמי כולה ע"ש: וקשה הא דתני שמין את הנייר אם יש בה ש"פ מקודשת מה מהני שומת הנייר בש"פ הא בפרוטה לעולם סמכה דעתה דאם ימחול יצטרך לשלם מדיני דגרמי ואי משום דלא נתרצית אלא בדמי כולה א"כ אפי' הנייר ש"פ מה מהני כיון דלא נתרצית אלא בדמי כולה ואי בדגלי דעתה להתקדש בכל דהו א"כ אפי' אין בנייר ש"פ מקודשת מחמת דיני דגרמי וצ"ע: ואפשר דחכמים שאמרו שמין את הנייר בברייתא לית להו דינא דגרמי ותו' שם לא קשיא להו אלא בדר' מאיר דאית לי' דינא דגרמי וז"ל תו' שם ועוד ראי' מדאמר בפ"ב דקידושין התקדשי לי בשט"ח או שהי' לו מלוה ביד אחרים והרשה עליהם ר' מאיר אומר מקודשת וחכמים אומרי' אינה מקודשת ומסקנא דמלתא דפליגי בדשמואל דאמר שמואל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול מאן דאמר אינה מקודשת אית לי' דשמואל דלא סמכה דעתה כי שמא ימחול ואם צריך להחזיר כל הדמים למה ימחול ושפי' סמכה דעתה ועוד דקאמר בתר הכי דסמכה דעתה דלא שביק נפשה ויהיב לאחריני הוה לה למימר שיתחייב לשלם הכל אם ימחול עכ"ל. ועיקר קושיא אינו אלא במאי דאמר בתר הכי דסמכה דעתה דלא שביק נפשה ומחיל לאחרים דזה הוא טעמא דר' מאיר דאמר מקודשת ולר' מאיר בלא"ה לא מחיל שיצטרך לשלם דאיהו אית לי' דיני דגרמי וכן בתחלה שאמרו מאן דאמר אינה מקודשת ומר לית לי' דשמואל דהיינו ר' מאיר ולר' מאיר אפילו אית לי' דשמואל לא מצי מחיל שיצטרך לשלם הכל אבל אליבי' דחכמים שפיר מצינו למימר דלית לי' דינא דגרמי וסברי דעתה לקדש בכל דהו ע"ש ור' מאיר הוא דס"ל דעתה לקדש בכולהו ודו"ק: והטור שכתב אבל אם אמר התקדשי לי בשט"ח זו ונתנו לה שמין את הנייר אם יש בו שו"פ מקודשת. ולדידן דקי"ל דינא דגרמי א"כ תיקשי אם דעתה להתקדש בכל דהו א"כ תיפוק לי' דסמכה דעתה על שיוי קידושין שהוא פרוטה דיצטרך לשלם משום דינא דגרמי ואפשר הטור ס"ל כמו שכתבו דאשה בושה לתבוע בב"ד:

ס"ק לז

במלוה ופרוטה הרי זו מקודשת. קידושין מ"ו אמר רבא ש"מ מדר' אמי תלת כו' וש"מ המקדש במלוה ופרוטה דעתה אפרוטה והיינו דעתה אפרוטה רק אפרוטה לפי שהוא בעין דאי נימא דעתה אפרוטה היינו נמי אפרוטה א"כ תיקשי מ"ט דמ"ד מלוה ופרוטה

אינה מקודשת וכי ס"ד דדעתה אמלוה לחוד ולא אפרוטה ואם קידשה במלוה פרוטה ובפרוטה בעין נימא דדעתה רק אמלוה ולא אפרוטה אלא ודאי מ"ד אינה מקודשת משום דדעתה אתרוויהו ומ"ד מקודשת ס"ל דעתה רק אפרוטה שהיא בעין וכן מבואר בתשובת הרשב"א סימן אלף רל"ג ע"ש ז"ל ששאלתם המקדש את האשה בקרקע אם היא מקודשת אם לאו והשבתי דמסתברא לי דמקודש' ואעפ"י שיש מגדולי הראשונים שאמרו אינה מקודשת כו' ואני אמרתי דמקודשת והבאתי ראי' ממה ששנו בתוספתא קידושין המקדש בעיר הנדחת וביושבי' באשירה ובפירותי' וכל דבר שחל עליו איסור ע"ז אעפ"י שמכרן וקידש בדמיהן אינה מקודשת דאלמא המקדש בקרקע או במחובר לקרקע בעלמא מקודשת ודחית ואמרת זה לשונך דעיר הנדחת הוי תלוש ולבסוף חבר ומשום חומרא דע"ז אסרינן לי' כו' הא נמי ליתי' דאם איתי' דמקד' בקרקע עולם אינה מקודשת גם בנתן לה עיר בקידושי' אינה מקודשת דהא איכא קרקע עולם בכלל הקידושין שאין מקדשין בו והוא לא בתלוש בלבד קידשה אלא בזה ובזה ומ"ש עיר הנדחת ותדע לך שהרי המקדש במלו' ופרוטה למ"ד דעתה אמלוה כלומר אף אמלוה אינה מקודשת לפי שדעתה אף על מה שאין אשה מתקדשת בו וממנו נשמע דכל מקדש בדבר הראוי לקידושין ובשאינו ראוי דע"כ לא פליגי במלוה ופרוטה וקי"ל כמ"ד מקודש' אלא משום דאמרינן דעתה אפרוטה לבד שהוא בעין ולא על המלוה שאינה בעין אלא שמקבלת הפרוט' לקידושין ועל מנת שתהא מחולה המלוה וכענין שאמרו האומר התקדשי לי במנה ונתן לה דינר אבל כאן שכל העיר לפני' ובכולה הוא מקדשה אינה נותנת דעתה על הבתים לבד אלא על הבתים ועל הקרקע ובורות ושיחין שבה ולפיכך אינה מקודשת עפ"ל וע"ש: ומבואר דהיכא שמקדש בראוי ושאינו ראוי לא הוי קידושין והא דמקדש במלוה ופרוטה דמקודשת אינו אלא משום דדעתה רק אפרוטה ומ"ד אינה מקודשת היינו משום דדעתה אתרוויהו ומקדש בראוי ואינו ראוי אינה מקודשת: וטעמא דהאי נראה מהא דאמרינן פ' מי שמת דף קמ"ג בפלוגתא דקני את וחמור דסבר רב קנה מחצה ורב ששת אמר קנה הכל אמר רב ששת מנא אמינא לה דתניא ר' יוסי אומר אין לך מר בקישות אלא פנימי שבו לפיכך כשהוא תורם מוסיף על החיצון שבו ותורם ואמאי את וחמו' ופי' רשב"ם כיון דמר לא חייל בה תרומה ולא מבטל שם טבל מן המ"ט ה"נ במתוק לא יחול עליו שם תרומה אלא מאי אית לך למימר המתוק קנה הכל ונעיל נמי את וחמור אע"ג דחמור לא קנה הוא קנה הכל כי היכא דהכא דמר לא קנה במתוק קנה הכל וע"ש ומשני רב נחמן מדאורייתא תורם מן הרעה על היפה תרומת תרומה וע"ש בתו'. והיינו נמי טעמא דמקדש בראוי ואינו ראוי

אם דעתה אתרווייהו לקידושין ה"נ קני את וחמור ולא קנ' הפרוטה אלא מחצה כמו במר ומתוק וה"ל מקדש חצי אשה דאינה מקודשת כדאיתא פ"ק דקידושין דף ז' ע"ש: ובתוספות קידושין דף ד' שם ד"ה חציך בפרוטה וחצייך בפרוטה ז"ל וא"ת ואמאי לא יועיל והא לא אמר לעיל דלא פשטה קידושי בכולה אלא משום דאיכא דעת אחרת ואינה מתרצית אלא למה ששומעת אבל אם היינו יודעים שמתרצה בכולה פשטו קידושין בכונה והכא גלי אדעתה שמתרצה בכונה וי"ל דאי הוי מיירי דאמר לה בלשון קידושין אין ה"נ דהוי פשטו קידושי בכולה אבל הכא מיירי דאמר לה הרי את מאורסת לי או בחד לישנא דלעיל עכ"ל וא"כ באומר התקדשי לי במלוה ופרוטה נהי דדעתה אתרויהו כיון דקי"ל קנה מחצה וכיון דתפסה פרוטה קצת קידושין הרי פשטה קידושי בכולה כיון דהיא מתרצית נכונה. ובסנהדרין דף י"ז בקידושי מירב נדוד במלוה ופרוטה דסבר שאול דעת' אמלוה ודוד סבר דעתה אפרוטה התם מצינו למימר דוד לא אמר למירב הרי את מקודשת לי אלא הרי את מאורסת וכמו שאמר דוד אשר ארסתי לי ומש"ה סבר שחול דאינה מקודשת כיון דדעתה נמי אמלוה וע"י הפרוטה לא תפסי קידושין בכולה כיון דלא אמר בלשון קידושין ודוד סבר דעתה אפרוטה לבד ומש"ה אמר תנה לי כו' אשר ארסתי והיינו אע"ג דבלשון אירוסין נח' הוי קידושין: אך קשה לפי"ז בהא דאמר רבא דף מ"ו ש"מ מדר' אמי תלת ש"מ מלוה ופרוטה מקודשת דהא התם תנן במשנתינו התקדשי ל' בזה ובזה דה"ל לשון קידושין וגבי לשון קידושין לפי מ"ש אע"ג דדעתה אתרויהו נמי פשטה קידושי בכו' ע"י הפרוטה דתפסי חלק מן האשה וכאומר רגלה של זו עולה דכולה עולה כיון דהיא מרוצה להתקדש כולה ועמ"ש בסימן נ"א ס"ק כ"ב: ואפשר דרבא סובר קני את וחמור לא קנה כלום וכדרב המנונא שם בב"ב דף קמ"ו וא"כ אפי' בלשון קידושין אי לאו דדעתה רק אפרוטה לא הוי קידושין כלל דה"ל קני את וחמור ולא קנה כלום: ובפרק האיש מקדש דף מ"ח שם דמוקי לה בקידשה בשטר ר' מאיר אומר אינה מקודשת וחכמים אומרים שמין את הנייר דמיירי בשטר אירוסין ופי' רש"י דר' מאיר סבר אין דעת' על הנייר וחכמים סברי דעת' נמי אנייר ע"ש והתם לא אמרינן דעתה רק אנייר דדוקא במלוה ופרוטה אמרינן רק אפרוטה שהיא בעין אבל כאן דאיכא כסף ושטר למה יהי' דעתה רק על הנייר לזה פי' רש"י דחכמים סברי דעתה נמי אנייר. והרי הוא כמקדש בראוי ואינו ראוי וליהוי קני את וחמור: ולפי מאי דקי"ל כרב נחמן דקנה מחצה א"כ בקידש בראוי ואינו ראוי פשטה קידושין בכולה ע"י הראוי והתם תני התקדשי לי בשטר: ועוד נראה דע"כ לא אמרינן בקידשה בראוי ואינו ראוי לא מהני אלא היכא דהכל הוא בתורת כסף אלא דמקצת כסף ראוי ומקצת כסף אינו ראוי

אבל זה שמקדש בכסף ובשטר אמרינן דעתו להיות ארכבי' אתרי ריכשי ואם קנין שטר לא מהני יהי' לה בתורת קידושי כסף ודוק:

ס"ק לח

התקדשי לי בשכר מלאכה פ' הגוזל דף צ"ט כתנאי עשה לי שירים ונזמים ואקדש אני לך כיון שעשאן מקודשת דברי ר' מאיר וחכמים אומרים אינה מקודשת כו' ואבע"א דכ"ע ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף והכא במקדש במלוה קמפלגי דר"מ סבר המקדש במלוה כו' והקשו תו' שם ז"ל תימא בפ"ב דקידושין דף מ"ז אר"ש ב"א משו' ר' מאיר מלוה הרי הוא כפקדון ואם לא נשתייר הימנו כלום אינה מקודשת משום דאינו בעין כו' והיינו דהתם בברייתא תני האומר לאשה התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך והלכה ומצאה שנגנב או שאבד אם נשתייר הימנו שו"פ מקודשת ואם לאו אינה מקודשת ובמלוה אעפ"י שנשתייר הימנו שו"פ אינה מקודשת רשב"א אומר משום ר' מאיר מצוה הרי הוא כפקדון וקאי אירישא במצא' שנגנב או שאבד אם לא נשתייר שו"פ אינה מקודשת ואמאי הא במלוה נמי מקודשת: ועמ"ש בקצה"ח סימן ע"ב ס"ק ל"ד בהא דאמרו בקידושין דף מ"ז אמר רבה אשכחתינהו לרבנן דבי רב דיתבי וקאמרי במלוה ברשות בעלים לחזרה וה"ה לאונסין קמפלגי דמ"ס מלוה ברשות לוה קיימא וה"ה לאונסין כו' ואמינא להו אנא לאונסין דכ"ע לא פליגי דברשות לוה קיימא מ"ט לא גרע משאלה דהדרא בעינא חייב באונסין מלוה לא כ"ש אלא הכא מלוה ברשות בעלים לחזרה אי' בינייהו ושם מבואר בטעמא דרבנן דבי רב לפי מ"ש הר"ן בתשובה סימן י"ט בשואל ספר דאינו חייב באונסין משום דמשאיל ספר מצוה קעביד ונהנה בפרוטה דרב יוסף ותו לא הוי שואל דשואל כל הנאה שלו והובא בש"ך סימן ע"ב וכיון דמלוה על המשכון אית בי' משום מצוה דהלואת כסף וכמ"ש הפוסקים א"כ בלוה מעות היכא דאין לו דין לוה אלא דין שואל והיינו שהלואה בעינא תו לית בי' דין שאלה דהא המלוה מצוה קעביד דשאר לוה לאו בתורת שאלה הוא אלא משום דלהוצאה ניתנה וחייב במעות אחרים אבל במלוה בעין לר' מאיר דלית בי' דין לוה א"כ גם דין שואל לית בי' כיון דהמלוה מצוה קעביד וכמו בשואל ספר אלא דרבה הוא דלית לי' פרוטה דרב יוסף ולכך רבה הוא דקאמר ואמינא להו אנא לאונסין כ"ע לא פליגי דלא גרע משאלה אבל רבנן דבי רב ס"ל כרב יוסף ולכך במלוה ברשות בעלי' לחזר' וה"ה לאונסין קמפלגי ומשום דמלוה מצוה קעבד ואית לי' הנאה פרוטה דרב יוסף וא"כ אית לי' ללוה דין שוכר ובפ' הכונס דף נ"ז אמרינן שוכר כש"ח לר' מאיר ע"ש וא"כ אפי' בגניבה ואבידה נמי פטור ומש"ה אמר ר' מאיר מלוה הרי הוא כפקדון והיינו אם נשתייר הימנו שו"פ

מקודשת ואם לאו אינה מקודשת והיינו בנגנב או נאבד דתני ברישא בזה אינה מקודשת ומשום כיון דלר' מאיר הלואה כל זמן שלא הוציאה הלואה הוא ברשות בעלים לחזרה וה"ה לאונסין ואי נימא דר' מאיר ס"ל שוכר כש"ח אפי' בגניבה ואבידה פטור ומש"ה אע"ג דבמלוה מקודשת היינו היכא דאי' חוב אבל בזה כשנגנב או נאבד ליכא חוב כלל כיון דמחמת פרוטה דר' יוסף ה"ל כאלו קיבל מלוה פרוטה וה"ל דין שוכר דאינו אלא כש"ח וק"ל:

ס"ק לט

שאעשה עמך ב"פ האיש מקדש ובפ' הגוזל דף צ"ט כתנאי עשה לי שירים ונזמים ואקדש אני לך ר' מאיר אומר מקודשת וחכמים אומרי' אינה מקודשת עד שיגיע ממון לידה ופריך אילמא אותו ממון מכלל דר' מאיר סובר אותו ממון נמי לא אלא במה מקדשה כו' ומוקי לה בפלוגתא דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף דר' מאיר סובר אין לשכירות אלא לבסוף

וחכמי' סברי ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף וכתבו שם תו' ד"ה מכלל דר' מאיר סובר אותו ממון נמי לא כו' ואור"י דסברא הוא שאינה מקודשת במה שמוחל לה שכרו כיון שאינו יכול לתובע' בדין בעד דשכרו עד שמחזי' לה החפץ ואינו חשוב כנותן לה כלום במחיל' עד שתבא שעה שיכול לתבעה בדין עכ"ל: ובחידושי הרשב"א פ' האיש מקדש ז"ל אילמא אותו ממון מכלל דת"ק סבר אפי' אותו ממון נמי לא אלא במה מקדשה ונרא' דלאו למימר' שלא חלו הקידושין כלל עד שעת נתינת הנזמים לידו דמשעת גמר הכלי מקודש' למ"ד מקדש במלו' מקודש' שהרי אין זה מקדשה בגוף הכלי אלא בשכר עשייתי' כו' אלא מסתברא דהכי פי' אילמא אותו ממון כלומר גמר הכלי דהיינו ממונו מכלל דת"ק סבר אפי' אותו ממון נמי לא כלומר ואעפ"י שלא נגמר הכלי ואלא במה מקדשה כנ"ל וכן נראה מדברי הראב"ד כו' ומיהו קשה לי דאם איתי' כי אקשי מכלל דת"ק סבר אפי' אותו ממון נמי לא אלא במה מקדשה ה"ל לאקשויי והא איהו נמי כיון שעשאן מקודשת קאמר כלומר דוקא לאחר שעשאן וי"ל דאלימי אלמי' לקושייתו כלומר דאפי' אמר הכי בהדיא במה מקדשה ועוד י"ל דודאי עם גמר מלאכה מקודשת למ"ד אין לשכירות אלא לבסוף אלא שאין הקידושין נגמרין עד שיחזיר לה הכלי שאין מגיע לידה שום ממון ושום הנאה אלא משהחזיר לה הכלי ולא נתכוונה זו אלא שיחזיר לה הכלי לאחר גמרו ומכל מקום אינה מקודשת בכלי אלא בשכר פעולתו שבא במכוש אחרון בסוף מלאכתו כו' וכמו שפי' רש"י כו' ואפשר לפי פי' זה שאם בא אחר וקדשה בין גמרו של כלי לחזרתו מקודשת לשני ולא לראשון שלא חלו קידושי ראשון עד שעת

החזרת הכלי ואפי' למ"ד אין לשכירו' אלא לבסוף ויש לי לומר עוד דמשעת גמרו חלו קידושי ראשון ובלבד שיחזירם לה שאינה מתקדשת לו בעשייתן לבד וה"ל כאלו אמרה לו עשה לי שירים ואתקדש לך משעת גמרו לכשתחזירם לי ומש"ה קא מקשה האי ממון ה"ד אילמא אותו ממון כלומר עד שיחזיר' לה מכלל דת"ק סבר מקודשת משעת גמרו ואעפ"י שלא החזירם לה לעולם במה מקדשה ולעולם בשהחזירן לה למ"ד אין לשכירות אלא לבסוף אם בא אחר וקידשה משעת גמרו עד שעת חזירתו מקודשת לשני עד שיחזיר לה ולאחר שיחזירם לה פקעי קידושי שני ונגמרו קידושי ראשון כו' כנ"ל עכ"ל וע"ש: והנה לפי מ"ש הרשב"א בשטה קמא וסמכו לפי' רש"י דאם בא אחר וקדשה בין גמרו של כלי לחזרתו מקודשת לשני ולא לראשון דלא חלו קידושי ראשון עד שעת החזרת הכלי ומכל מקום אינה מקודשת בכלי אלא בשכר פעולתו שבא במכוש אחרון א"כ למ"ד אין לשכירות אלא לבסוף היכא מקדש' בשכר פעולתו שבא במכוש אחרון כיון דכבר נעשית מלוה והקידושין לא נגמרו עד שעת החזרת הכלי והנה לשטה בתרא שכתב רשב"א לנפשי' דלאחר שיחזירם לה גמרו קידושי ראשון ניחא כיון דהוא לשום קידושין א"כ במכוש אחרון לא נעש' מלוה אלא לשום קידושין למפרע אבל לפי שטה קמא דאין הקידושין נגמרו כלל עד שיחזירם לה ואפ"ה לא מקדשה אלא בשכר פעולתו שבא במכוש אחרון ולא בכלי ולא הוי קידושין כלל עד שעת חזרה א"כ כבר נעשה מלוה משעת גמרו עד שעת חזרה: ונראה לפי מ"ש הרשב"א בחידושיו שם בסוגי' ז"ל מר סבר ישנה לשכירו' מתחלה ועד סוף כלומר וכל פורתא ופורתא הוי מלוה עלי' וכי מצטרף לפרוטה מלוה היא והמקדש במלוה אינה מקודשת וקשיא לי ומ"ש מהתקדשי לי באלו והיתה אוכלת ראשונה ראשונה שאעפ"י שאין באחת מהן ש"פ מקודשת דכי מתאכלי ברשותה קא מתאכלי דה"נ שכירות זה לא ניתן לחזרה ופורתא פורתא כי אתי זכי' איהו בתורת קידושין וכי מלאי לפרוטה אי נמי לכשנגמר הכלי מקודשת דהאי שכירות לא למלוה דמי כדאמרן וי"ל דהתקדשי לי באלו שאני הואיל ואתנהו קמן מונה והולך הוא אבל שכירות דבשעה דאיתי' להאי פורתא ליתי' להאי ולא אתי להאי עד דאזיל לי' אינך לא חזו לאצטרופי כלל והלכך אינה מקודשת אבל אי ס"ל דאינה לשכירות אלא לבסוף כולה אגרא בבת אחת אתו והלכך מקודשת עכ"ל: ולפי"ז ניחא דלמ"ד אין לשכירות אלא לבסוף אע"ג דמלוה נעשה משעת גמרו והקידושין לא נגמרו עד שעת החזרה כיון דבבת אחת אתו לא למלוה דמי שהרי לשום קידושין הוא ולא ניתן לחזרה אבל למ"ד ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף דבשעה דאיתי' להאי לא חזי לאצטרופי: ונראה מזה דהיכא דיש במכוש אחרון שוה פרוטה דאפי' למ"ד ישנה לשכירות מתחלה

ועד סוף מקודשת במכוש אחרון דלא למלוה דמי ואע"ג דהראשונת לא חזי לקידושין היינו משו' דלא חזי לאצטרופי אבל מכוש אחרון אם יש בו ש"פ מקודשת דמכוש אחרון לאו למלוה דמי ואינו צריך לצירוף כיון דיש בו במכוש אחרון ש"פ ואע"ג דמקדשה בכולהו גם בראשונ' ה"ל דין מלוה ופרוטה דמקודשת: וכן נראה מדברי הפרישה ז"ל דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף כו' פי' רש"י כל פרוטה שנגמרה כו' ור"ל לאפוקי אי אמרינן אין לשכירות אלא לבסוף כו' אז במכוש האחרון בא החיוב שהיא חייבת לו ואף אם אינו נותן לה באותו הפעם הכלי מכל מקום מקודשת דאדעתא דהכי הסכימו תחלה אבל השתא שכבר חייבת לו כל פרוטה ופרוטה אפי' אם הוא נותן לה מיד בגמר המלאכה מכל מקום במכה אחרונה לית בה ש"פ דאל"כ להוי כמלוה ופרוטה דמקודשת עד כאן לשונו וראיתי בט"ז שכתב על דברי הפריש' ז"ל ותמהתי מאד על גברא רבא זה שיצאו דברים אלו מפיו דלפי דבריו כו' ותו דלקמן סימן ל"א יש ג"כ האי מלתא גבי אדבר עליך לשלטון ואמרי' גם שם אם ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף ושם לא שייך לומר שאין בדיבור אחרון ש"פ ותו דהוא נותן מעלה להכאה אחרונה יותר וכי נאמר בזה דהיא מתקדשת דמכ"מ שם מלוה יש כאן א"כ מה לי פרוטה אחת או הרבה פרוטות זה אחר זה ותו דהא רש"י כופל ומשלש דבחזרה תליא מלתא ובעל הפרישה אינו משגיח בנתינה כל עיקר אלא בהכאה אחרונה ובאמת הנתינה הוא דוקא הקידושין אלא דהחילוק הוא למ"ד אין לשכירות אלא לבסוף מתחיל שם המלוה משעת נתינה ואילך ולמ"ד ישנה מתחלה ועד סוף הנתינה גורמת שתהיה מלוה למפרע כל פרוטה ופרוטה עכ"ל ולפי מ"ש דברי הפרישה נכונים והוא שטת רש"י כפי מה שכתב הרשב"א ומ"ש רש"י ואין כאן מלוה כשמחזירין לה היינו משום דדעתה בכדי שיגיע הממון לידה ואפ"ה עיקר הקידושין בחוב השכירות וכמ"ש. וב"ש כתב ז"ל ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף ונעשה כל פרוטה מלוה גם פרוטה אחרונה נעשה מלוה קודם שנתן לידה החפץ כו' כן הוא כפי' רש"י והר"ן ודלא כפרישה עכ"ל. וכוונתו להשיג על הפרישה מפי' רש"י וכיון דהרשב"א כתב שהיא שטת רש"י ע"כ דברי רש"י אינו סותר לזה ומשום דהקידושין הוא דאין נגמרין עד חזרה אבל עיקר הקידושין בשכר המלאכה. אמנם בעיקר הדין שכתב בפרישה דאם יש במכוש אחרון שוה פרוטה מקודשת דה"ל מלוה ופרוטה. לפי מ"ש בס"ק ל"ז בשם הרשב"א בתשובה דמקדש בראוי ובאינו ראוי אינה מקודשת אלא במלוה ופרוטה דמקודש' היינו משו' דדעתה אפרוט' שהיא בעינא ע"ש וא"כ הכא בשכירות כיון דפרוטות הראשונות אין ראוי לקידושין דה"ל מלוה א"כ אע"ג דהכאה אחרונה ראוי לקידושין כיון דלאו למלוה דמי אבל בעין אינה דליהוי עין האשה יותר

בהכאה אחרונה ה"ל מקדש בראוי ואינו ראוי דאינו קידושין ודו"ק. שוב ראיתי בדרישה שכתב ז"ל עמ"ש בפרישה כו' אבל דוחק לומר דהכא אף אם היה במכוש האחרון ש"פ מכל מקום כיון דדעתה להתקדש בשכירות כל המלאכה ואינו נותן לה פרוטה דנימא מלוה ופרוטה דעתה אפרוטה מש"ה אינה מקודשת דהיא לאו דינא גמירי וכל השכירות שוה אצלה עכ"ל. ונראה מדבריו דאי הוי דינא גמירי הי' דעתה רק על מכוש אחרון ולשטתו הא דאמרו מלוה ופרוטה דעתה אפרוטה נמי מחמת דינא גמירי דמקדש במלוה אינה מקודשת ולענ"ד נראה דודאי לאו דינא גמירי דהא פ' המדיר דף ע"ד ס"ל לר' אמי דמקדש במלוה ובעל אינה צריכה הימנו גט משום דבהנך טעי ע"ש פי' רש"י ואפי' מ"ד מקדש ובעל צריכה הימנו גט ע"ש היינו משו' דאין אדם עושה בב"ז אבל היכא דלא בעל ושלח סבלונת אח"כ לא אמרינן דעתם על קידושין וכמבואר בטור וש"ע סימן ל"א סעיף ט' לענין פחות מש"פ ושלח סבלונת ומכ"ש מלוה וסבלונת וא"כ למה במלוה ופרוטה דעתה אפרוטה אלא ודאי עיקר הטעם הוא משום דפרוטה בעין ודעת האשה רק על מה שהוא בעין. וא"כ בשכירות אע"ג דמכוש אחרון ראוי לקידושין כיון דהכאות ראשונת אינו ראוי וה"ל מקדש בראוי ואינו ראוי ואינה מקודשת וכמ"ש בס"ק ל"ז. ובתוס' רי"ד כתב ז"ל ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף וה"ל מלוה אי קשיא התינח פרוטות הראשונו' הויין מלוה תתקדש מיהא בפרוט' אחרונ' דאתיא עם גמר הכלי דליכא למימר דחצי הראשון שבפרוטה אחרונ' הוי מלוה ולא נאמר פרוטה עם גמר הכלי דכל פחות מפרוטה לא חשיב לאקרויי מלוה ולעולם בפרוטה אחרונה תתקדש תשובה גם פרוטה אחרונ' הוי מלוה גבה עד שיגיע כלי לידה דאע"ג דלא יהיב לה כלי מכי גמרה אתחייב', בהאי פרוטה כי היכא דאתחייבה בפרוטו' הראשונו' אע"ג שהכלי בידה

עכ"ל. וכוונתו לא ירדנו דאמאי לא יחשב חצי פרוטה למלוה ותדע דהא אדבר עליך לשלטון התם ליכא חזרת כלי ונגמר חיובו אחר גמר דיבורו לשלטון וא"כ תתקדש בפרוטה אחרונה כיון דבחצי פרוטה ליכא מלוה אלא ודאי גם בחצי פרוטה שייך מלוה ואינו ראוי לקידושין. ולפי מ"ש אפי' נימא דפרוטה אחרונה ראוי לקידושין נמי אינה מקודשת כיון דאינה בעין ודעת האשה בכולה ואפי' כל שכרו אינו אלא פרוט' ואפי' באדבר עליך לשלטון נמי הוי מלוה בחצי פרוטה הראשונה וכמ"ש:

ס"ק מ

אינה מקודשת דס"ל אין אומן קונה בשבח כלי וישנה לשכירו' מתחלה ועד סוף כתב ב"ש ז"ל וכתבו תו' פ' הגוזל דף צ"ט בסוגיא שם אם אמר תתקדש בשכר שאעשה עמך אינ' מקודשת עד שיגיע ממון לידה ופריך מאי ממון אילמא אותו ממון היינו החפץ במאי

מקדש' כו' ואור"י דסבר' הוא שאינה מקודשת במה שמחל לה שכרו כיון שאינו יכול לתובעה בדין בעד שכרו עד שמחזיר לה החפץ ואינו חשוב כנותן לה כלום במחילתו עד שתבא שעה שיכול לתובעה בדין ע"כ ומוכח מזה דאיירי שאומר לה בהנאת מחילת מלוה דהא כתבו זאת למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי ופשיטא לא מהני מחילת מלוה אע"כ דמיירי בהנאת מחילת מלוה ומכל מקום לא הוי קידושין כשהכלי בידו עכ"ל והמעיין בתוס' שם יראה דלא מיירי כלל מהנאת מחילת מלוה אלא דבש"ס שם אמרו והכא במקדש במלוה קמפלגי דר"מ סובר המקדש במלוה מקודשת כו' וכי היכי דלא תיקשי כיון דמוקי לר"מ דסובר המקדש במלוה מקודשת א"כ תתקדש אפי' לא הגיע אותו ממון לידה ע"י מחילת מלוה לזה אור"י דסברא הוא שאינה מקודשת במה שמוחל לה שכרו כיון שאינו יכול לתובעה בדין וגרע אפי' ממלוה תוך זמנו כיון דלאו שמי' מלוה עד שיחזיר לה הכלי ואז הוא דנעשה מלוה למפרע אבל קודם שמחזיר הכלי לאו שמי' מלוה וא"כ אינו מוכח מזה הנאת מחילת מלוה דיש לומר דהנא' מיהו הוי במה שמוחל לה. עוד כתב הב"ש ז"ל אע"ג דכתב הריטב"א אם נאנס הכלי מן האומן צריך בעה"ב לשלם לאומן את שכרו אע"ג דאינו מחזיר לו החפץ שאני הכא דהחפץ בידו אין שם מלוה כלל עד שיחזיר החפץ לידה עכ"ל. ודבריו נכונים דאם נאנס הכלי כיון דאומן פטור מאונסין ה"ל אונסין חזרה דידי' וכאלו החזיר ונתחייב למפרע אבל כל זמן שהחפץ בידו ולא החזיר לא הוי עלה תורת מלוה כלל ועמ"ש בקצה"ח סימן קכ"ו סקי"ד:

ס"ק מא

וי"א שהוא מקודשת כתב בתו' רי"ד פ' האיש מקדש דף מ"ח ז"ל בשכר שאעשה עמך מקודשת פי' אין אלה דברי הבעל דמה מועיל אם אמר לה הרי את מקודשת לי בכסף שאתן לך ולא נתן לה עכשיו כלום אפי' אם יתן לה לאחר מיכן אז היא מקודשת ואז בשעת מתן מעות צריך לומר לה הרי את מקודשת לי דדיבורו הראשון אינו כלום כי היכא דלגבי גט אם אמר אדם לאשתו הרי את מגורשת ממני בגט שאני עתיד ליתן לך שאין זה הדיבור כלום עד שיאמר לה בעת נתינת הגט אלא דברי התנא הם ובשעה שנותן הכלי צריך לומר לה הרי את מקודשת לו בשכר כלי זה עכ"ל וכ"כ בתוס' רי"ד שם דף ס"ב גבי ע"מ שאדבר עליך לשלטון ותנא דידן סבר ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף וז"ל קשיא לי וכו' אמאי אינה מקודשת והא כל פרוטה ופרוטה דעביד קני' לשום קידושין כו' מש"ה נראה לי לפרש דהאי דתנא שאדבר ושאעשה שידוכין הן אלה אבל צריך לומר לה לאחר שדיבר ולאחר שעשה הרי את מקודשת לי בשכר שדברתי כו' והכי פירשתי בפרקין דלעיל כו' ואם תאמר כיון שמאחר שעשה עמה צריך לומר לה

בשכר שעשיתי א"כ ה"ל בשכר שהרכבתיך על החמור שאינ' מקודשת תשובה התם שלא שידכה ולא הודיעה מתחלה שעל דעת קידושין מרכיבה ה"ל שכר רכיבתה מלוה אבל הכא ששידך ואמר שעתיד לקדשה אינו כמלוה כו' אבל מיהו אי אמרינן ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף כיון שלא קידש' אלא לבסוף מלוה נינהו ואעפ"י שהודיעה כי בשכר זה רוצה לקדשה כדאמר בפ' דלעיל התקדשי לי בזו ובזו והיתה אוכלת ראשונה ראשונה שאינה מקודשת אלא אם יש באחרונה ש"פ עכ"ל. וראיתי בט"ז שחולק בזה על תו' רי"ד וז"ל ותמהתי דאי' בגמ' בשכר שעשיתי עמך אינה מקודשת בשכר שאעשה עמך מקודשת ואי אמרת דבשעת נתינה צריך שיאמר מחדש כו' ממילא צריך שיאמר אז בשכר שעשיתי עמך ממילא היינו רישא ולמה מקודשת כו' על כן נראה דאין צריך אמירה חדשה דהא אי' בפ"ק הי' מדבר עמה על עסקי קידושין ונתן לה ולא פירש ואמרי' שם עסוקין באותו ענין סגי וזהו לפי שהדיבור הקודם מורה על הנתינה בסתם שהוא על קידושין כ"ש כאן שאמר בפירוש תחלה שבשכר פעולה תתקדש ומש"ה בשעת נתינת הכלי אין צריך לומר כלום דבודאי על אמירה ראשונה סמך אף שיש הפסק ביניהם כיון שיש אמירה בפירוש והיינו למ"ד מקודשת עכ"ל. והנה מ"ש הט"ז ואי אמרת דצריך אמירה חדשה כו' היינו רישא ולמה מקודשת נראה שלא הי' לפניו תו' רי"ד דכבר הקשה לנפשי' קושיא זו בדף ס"ב. ומ"ש שהדיבור הקודם מורה על הנתינה בסתם שהוא על קידושין. נראה לפי מ"ש הרשב"א פ"ק דקידושין דף ה' גבי נתן הוא ואמר' היא ז"ל והא דאמרינן לקמן תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב דוקא בשחזר הוא ואמר לה בשעת נתינה הרי את מקודשת לי במנה זה שאני נותן ולא פירש אינה מקודשת ואעפ"י שהדברים מראין דלדעת מה שאמרה לו נתן הוא וכמו שפירש דמי מכל מקום העדאת עדים בעינן דהמקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין א"כ כיון שלא פירש כאן ואפשר שלשם מתנה נתן ולא לשום קידושין אעפ"י שהוא מודה דלשום קידושין נתן כמו שאמר אפ"ה אין כאן עדות שמיעה ולא ראיה לשום עדות אלא שהם דנין כוונת הלב ואין כאן עדו' אבל עסוקין באותו ענין כיון שהו' בעצמו נתרצה בהם מעיקרא הרי זה כאלו פירש עכשיו בשעת נתינה דאדיבורא דנפשי' קא סמיך ויהיב עכ"ל וכן פסק בש"ע סימן כ"ט סעיף ב' גבי תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דצריך שיאמר הבעל בשעת נתינ' ע"ש דאל"כ ה"ל נתן הוא ואמר' היא ואע"ג דנראה שניתן על פי דיבורה שהוא לשם קידושין והכא בברייתא דתני עשה לי שירים ונזמים ואקדש אני לך אע"ג שעושה השירים אכתי אינו מוכיח דלשום קידושין הוא עושה ונותן אך בהאי ברייתא דלקמן דף מ"ח ע"ב ושם תני בשכר שאעשה עמך דהתם המקדש הוא שאומר בזה נראה דלא גרע מעסוקין

באותו ענין וכמ"ש הט"ז. אמנם גם בזה דמדמה הט"ז לעסוקין באותו ענין התם גבי עסוקין באותו ענין דהדיבור מורה על הנתינה בסתם נמי לא מהני אלא כשמדבר המקדש מעסקי הקידושין אבל אחרים מדברים או אפי' היא מדברת כל שלא דיבר המקדש לא מהני אפי' עסוקין באותו ענין וכ"כ הט"ז בסימן כ"ז ס"ק ב' והרי דאפי' דיבר המקדש בעינן עסוקין באותו ענין הא יותר מיכן צריך אמירה חדשה ולא מהני דיבורו הקדום על הנתינה בסתם. ובעיקר קושיא שהקשה בתו' רי"ד דאמאי אינה מקודשת למ"ד ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף הא כל פרוטה ופרוטה דעביד קניי' לשום קידושין והיא ג"כ קושיות הרשב"א הובא בס"ק ל"ט. נראה לפי מ"ש הר"ן ר"פ האומר שם במקדש לאחר שלשים ונתאכלו המעות דמקודשת משום דלאו למלוה דמי וכתב עלה הר"ן דהטעם הוא משום דהכסף הוא שלה מיד דאי נימא דגם הכסף ברשות המקדש עד שלשים א"כ ברשותי' קא מתאכלי וה"ל מלוה ממש אלא ודאי אם הוא חוזר מקידושין הכסף שלה ואם היא חוזרת צריכה להחזיר הכסף וע"ש ובדבר שלא בא לעולם לא מהני מחילה וכמ"ש הרמ"א בח"מ סימן ר"ט סעיף ד' כשם שאין אדם יכול להקנות דשלבל"ע כך אינו יכול למחול דשלבל"ע וא"כ אע"ג שאמר בשכר שאעשה עמך תהי' מקודשת יכול הוא לחזור בו דהא אין אדם מוחל דשלבל"ע וכל שיכול לחזור מכסף קידושין ה"ל הלואה ודו"ק. ואע"ג דשם בסימן ר"ט מבואר דאם טרח המוכר וקנה הדבר שמכר צריך לקיים מקחו כי אדעתא דהכי טרח וקנה כדי דליקום בהימנותא ע"ש וא"כ ה"נ הא טרח בעשיית השירים לשום קידושין ולא יוכל לחזור דכבר כתב הרב המגיד פ"ט מגזילה דאם הלוקח הכיר שגזולה היא אע"ג שקנאה המוכר אח"כ לא שייך בי' דליקום בהימנותא וכן פסק הרמ"א בח"מ סימן שע"ד ע"ש וה"נ הרי הכירה האשה שלא בא לעולם ועיין משנה למלך. אך קשה לפי"ז בהא דאמרו טעמא דר' מאיר משום דס"ל מקדש במלוה מקודשת ותיפוק לי' דר' מאיר ס"ל אדם מקנה דשלבל"ע וא"כ לאו למלוה דמי דברשותא דידה הוי ולשום קידושין קניי'. אמנם כיון דתני בברייתא דר' מאיר וחכמים עשה לי שירים ואקדש אני לך דבזה ודאי צריך אמירה חדשה אחר עשיית שירים דה"ל נתן הוא ואמרה היא ואחר עשיית השירים כבר נעשה מלוה וכמ"ש בתו' רי"ד אלא דבשכר שאעשה עמך דתני בפלוגתא דת"ק ור' נתן דשם משמע דאמר הוא ובזה נראה דטעמא דלא מהני דיבורו לשום קידושין דלאו ברשותה נעשה לשום קידושין כמו גבי נתאכלו המעות משום דמצי הדר בי' כיון דהוי דשלבל"ע משא"כ גבי נתאכלו המעו' דהמקדש לא מצי לחזור וכמ"ש ומש"ה לאו למלוה דמי דברשותה

דידה קא מתאכלי. ומה שתמה הט"ז על תו' רי"ד מהא דתנן בשכר שאעשה עמך מקודשת בשכר שעשיתי עמך אינה מקודשת דאי אמרת דצריך אמירה מחדש וצריך שיאמר אז בשכר שעשיתי עמך וא"כ היינו רישא וכבר כתבנו דתו' רי"ד מותיב לה והיא מפרק לה בדף ס"ב ע"ש. אלא דלענ"ד אינו קושיא דהא אמירה מחדש שצריך כתוב בתו' רי"ד דף מ"ח דהיינו בשעת נתינת הכלי ע"ש וכיון דס"ל אין לשכירות אלא לבסוף ואין החוב עד שעת חזרת הכלי וכמ"ש בט"ז והב"ש דאין החוב חל עד שעת חזרה וכיון דאמר לה בשעת חזרת הכלי הרי את מקודשת בשכר שעשיתי לא הוי מלוה כיון דהשתא בשעת חלות החוב ליכא מלוה דיהיב לה לשום קידושין ובשכר שעשיתי עמך דתני בסיפא היינו שכבר עשה לי וכבר החזיר לה הכלי וכמו שפי' רש"י בשכר שעשיתי עמך וכבר החזיר לה השירי' ע"ש וא"כ כבר נעשה מלוה וזה הנכון ודו"ק

ס"ק מב

דאומן קונה בשבח כלי וכבר הארכנו בזה בקצה"ח סימן ש"ו ס"ק ב' ע"ש.

ס"ק מג

ואם הכלי עדיין אצלו וקידשה בשכרו ז"ל רי"ו מורי ר"א כתב כי נראה לו לכ"ע אם עשה לה כבר שירים ונזמים ואח"כ קידשה בשכרו מקודשת דכיון שתופס אותו בשכרו, הוי כמקדש במלוה שיש עלי' משכון ולא דמי לעשה לי שירים דאינה מקודשת דהתם לא תפיס להו אאגרי' וכן אמרו בשכר שעשיתי עמך אינ' מקודש' ופי' רש"י וכבר החזיר לה השירים עכ"ל ובד"מ הביא דבריו וכתב ז"ל אע"ג שכתבנו לעיל דבעינן דמט' לידי' בתור' משכון נרא' כאן כ"ע מודי שכל אומן שמחזיק הכלי בידו הוא כמשכון על שכרו עכ"ל. וכ' הב"ש ז"ל וכוונתו מ"ש אע"ג שכתבו לעיל כו' היינו שם מ"ש הטור בשם הרמ"ה במשכון שלה דוקא דמטא לידי' בתורת משכון ולכאורה דברי הד"מ תמוהים דהא כתב הטור שם ואי לא מטי לידה בתורת משכון אינה מקודשת כל כמה דלא גלי אדעתי' דנקט לי' בתורת משכון ורי"ו איירי כשתופס על אגרי' א"כ מה קשה לו מדברי הטור על דברי רי"ו ובהג"ה זו נמי משמע אפי' לא תפיס אאגרי' הוי כמשכון וזה דלא כדברי הטור ולא כדברי רי"ו גם קשה ליישב הסוגיא דאוקמי שם דפליגי אם שכירות מתחלה ועד סוף לפי הבנה שלו קשה ממ"נ אי איירי דעדיין הכלי בידו א"כ למה אינה מקודשת הא הוי כמשכון בידו ואי איירי דכבר החזיר החפץ א"כ אפי' למ"ד אין לשכירות אלא לבסוף מכל מקום כיון שכבר החזי' החפץ מיד נעשה מלוה כו' ע"ש ובחלקת מחוקק כתב לדעת רי"ו מה דאמרו בגמ' אומן קונה בשבח כלי או אינה קונה היינו בשכבר החזיר השירים ע"ש. והוא תמוה דאי שכבר החזיר לה א"כ אפי' למ"ד אין לשכירות

אלא בסוף נמי ה"ל מלוה וכמ"ש ב"ש. ובביאור דברי רי"ו לנכון כבר הארכנו בקצה"ח סימן ע"ב ס"ק כ"ג ע"ש:

ס"ק מד

נתן משלו פרוטה פ' הגוזל בקידושין דף מ"ח כגון שהוסיף לה נופך משלו ונראה דהיינו דוקא נופך דהוא דבר בעין אבל אם נתנה לאומן צבע לצבע והוסיף האומן צבע וסימנין דידי' כיון דאין אומן קונה בשבח כלי גם הסימנין ה"ל מלוה וכן נראה מתשובת הרא"ש כלל מ"ב סימן ו' ז"ל וששאלת הנותן טבלא לאומן לצייר בה ציורין כו' ואסרה על בעלה אחר שציירה קודם שפרע לו שכרו כו' תשובה כיון דקמ"ל אין אומן קונה בשבח כלי הרי אין לו בגוף כלום כו' ואפי' אם הי' אומן קונה בשבח כלי היינו היכ' שיש ממשות בשבח כגון שנתן לו עצים ותיקן כלי אבל הכא לא עשה אומן אלא ציירה בסימנין ואין בזה ממש דאיבעי' לן בפ' הגוזל קמא דף ק"א אם יש שבח סימנין ע"ג צמר או לא כגון אם צבע קוף צמרו של ראובן בסימנין של שמעון אם חייב ראובן לשלם השבח שהשביח הצמר ולא איפשטא האיבעי' עכ"ל וע"ש וה"נ אין יכול לקדש בו אשה אע"ג דסימנין דידי' כיון דאין שבח סימנין ע"ג צמר לא הוי אלא מלוה אלא דמידי ספיקא לא נפקא כיון דאיבעי' דלא איפשטא הוא בפ' הגוזל קמא אם יש שבח סימנין ע"ג צמר ועמ"ש בקצה"ח סימן ש"ו ס"ק ב':

ס"ק מה

משלו פרוטה כתב ב"ש ז"ל לכאורה נראה דוקא אם נתן שום דבר מסוים אייר אבל אם נותן מעות נעשה ג"כ מלוה כמו השכירות ולא הוי קידושין עכ"ל: ודברי ב"ש בלי ביאור דנראה אם לקח במעותיו נופך הרי הוא שלו ממש ואם קבעו אח"כ תוך השירים ונתן לה מקודשת:

ס"ק מו

ה"ל כמלוה ביד אחרים כתב בח"מ ז"ל כלומר ותלוי בדין שנתבאר לעיל סעיף י"ג אם מהני מעמ"ש במלוה דאחרים ובלא מעמ"ש פשיטא דלא מהני עכ"ל: והנה בש"ע ח"מ סימן קכ"ו סעיף י"ח ראובן השכיר חפץ לשמעון בסך ידוע לזמן שיצטרך לו וראובן הי' חייב ללוי מאה זהו' והמחהו אצל שמעון במעמ"ש כו' אינו חייב ללוי כלום אפי' דמי השכר שנשתמש באותו חפץ עד אותו היום דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף עכ"ל ובש"ך שם כתב ותמוה דמה בכך שאינה משתלמת אלא לבסוף מכל מקום חייב הוא לו אלא דהוי לי' כמלוה תוך זמנו וע"ש שהניח בצ"ע: ובקצה"ח שם ס"ק מ"ג מבואר דשכירות כל זמן שאינו מחזיר החפץ לא הוי עלה שם מלוה כלל וגרע מתוך זמנו אלא כשמחזיר החפץ הוא דנעשה מלוה למפרע ומש"ה אין בו תורת מעמ"ש כיון דעדיין לא

היה מבורר החוב לא הוי מנה לי בידך ומה"ט כתבו תו' פ' הגוזל דבעינן שיגיע אותו ממון לידה אפי' לר"מ דס"ל מקדש במלוה מקודשת ומשום דלא הוי מלוה אלא אח"כ דהיינו לאחר חזרה נעשה מלוה למפרע וגרע ממלוה תוך זמנו וא"כ מ"ש בח"מ כאן ותלוי בדין שנתבאר לעיל סעיף י"ג אם מהני מעמ"ש במלוה דאחרים וע"ש ולפי מה שנתבאר בש"ע ח"מ סימן קכ"ו סעיף י"ח נראה דלא מהני בזה דין מעמ"ש: אמנם כעת ראיתי בקו' הספיקות לאחי הרב המופלג מוהר"י כהנא כלל ז' שכתב דנראה דפלוגתא דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף או אינו אלא לבסוף לא שייכא אלא בשכירו' פועל כהאי דקידושין בשכר שאעש' עמך וכעין שכר כיפ' בפ"ק דע"ז אבל שכירו' קרקעו' או שכירות מטלטלין מיד שנגמר השכירות וקנאה השוכר לדבר ההוא נתחייב בכל השכירות דשכירות ליומא ממכר הוא ומה לי שקנאו לחלוטין או קנאו לשנה עכ"ל וע"ש שהאריך: ולפי שדברי אחי הנז' סותר למ"ש בקצה"ח סימן קכ"ו לכן עיינתי כעת בזה וראיתי בתשובת הרא"ש משמ' כדברינו ע"ש כלל ס"ט סימן י"א ז"ל וששאלת ראובן שהשכיר חפץ לשמעון בסך ידוע לזמן שיצטרך לו והי' חייב ראובן ללוי מאה זוז והמחהו אצל שמעון כו' תשובה כו' אבל אם לוי מודה שעל שכר החפץ הבטיחו לתת לו ולא הי' לשמעון ממעות ראובן אלא שכר אותו החפץ אינו חייב ללוי כלום אפי' דמי השכר שנשתמש בחפץ עד אותו היום דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף והיינו כשמחזיר החפץ כדמוכח בהאי דעשה לי שירים ונזמים ואקדש אני לך הלכך אין כאן לא מלו' ולא פקדון עכ"ל וע"ש ומבואר דמדמ' שכירות חפץ לשכירות פועל. ואלו לפי מ"ש אחי הנ"ל א"כ לא שייך בזה אין לשכירות אלא לבסוף כיון דמיירי שם בתשובת הרא"ש בשכירות חפץ. ובתו' קידושין דף מ"ח ד"ה דכ"ע ישנה לשכירות ז"ל ואף על גב דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף מכל מקום אינה משתלמת אלא לבסוף כדאמרינן בפ' א"נ כשכיר שנה בשנה שכירות של שנה זו אינה משתלמ' אלא בשנה אחרת עכ"ל ומשמע מדברי תו' דלמ"ד אין לשכירות אלא לבסוף ניחא דאין משתלמת אלא לסוף ולפי דברי אחי הנ"ל דבשכר חפץ דמחויב לשלם תיכף השכירות ליומא ממכר וא"כ למ"ד אין לשכירות אלא לבסוף נמי צריכין אנו לטעמא דשכיר שנה בשנה: אלא דמה שסיים הרא"ש בתשובה הנז' ז"ל דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף והיינו כשמחזיר החפץ לכאורה חזרת הכלי לא בעינן אלא בפועל העושה כלי דשל בעה"ב ברשותו אבל בשכירות חפץ לימים ונשלמו ימי השכירות למה לא יתחייב לשלם וכי בשביל דשל המשכיר ביד השוכר לא יתחייב לשלם: ולכן נראה לענ"ד דהתם בנדון תשובת הרא"ש השכיר החפץ לזמן שיצטרך לו א"כ לעולם הוא שכור אצלו עד שעת חזרה דאפשר עדיין

יצטרך לו וישתמש בו ולא נשלמו ימי השכירות אלא עד חזרת הכלי אבל שכרו לימים וכלו ימי האמירות ודאי
ה"ל מלוה אע"ג דעדיין לא החזיר החפץ ובש"ע ח"מ סימן קכ"ו שם י"ח ג"כ כתב ראובן השכיר חפץ לשמעון בסך ידוע לזמן שיצטרך לו ע"ש ובזה הוא מהני מעמ"ש דעדיין לא כלו ימי השכירות וכמ"ש ואכתי צ"ע:

ס"ק מז

כדי שלא להתבייש קידושין דף נ"ב האי גברא דקידש בפרזומה דשיכר' אתא מארי שיכרא אשכחי' ואמר לי' אמאי לא תיתב לה מהאי חירפא אתא לקמי' דרבא אמר להו לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה. וכתב הריטב"א ז"ל הקשו בתו' ואפי' נימא בעלמא כלך אצל יפות דומיא דתרומה היכי מקדשה דהא אפי' גבי תרומה לא אמרו כלך אצל יפות אלא היכא דשויא שליח כדאוקמינא פ' אלו מציאות ואיכא למימר דמכל מקום כיון דשויא שליח. התם לא שוי' שליח אלא לבינונית ולגבי יפות דתרם ליתי' לשליחותי' ומשום גילוי דעת דבעלים הוי תרומתו תרומ' אלא דבגילוי דעת דהשתא לא סגי דגזירת הכתוב הוא דבעינן שליחות בתרומה כו' הלכך הכא גבי קידושין דלא בעינן שליחות ובזיכוי סגי לה אלו הוי אמרינן דכלך אצל יפות הוי גילוי דעתא דניחא לי' בהכי סגי כיון דהשתא איתנהו לקידושין ביד האשה בעין שלא נתאכלו זכה אידך בהו השת' ומקדש' בהו ואע"ג דמכאן ולהבא הוא זוכה עכ"ל. ויש לעיין בזה בפ"ק דמציעא בחזר ולקחה מבעלים הראשונים במתנה אי הוו כמכר ופליגי בה רב אחא ורבינא ובש"ע ח"מ סימן שע"ג פסק דהוי ספק וא"כ ה"נ כיון שקידשה בגזל אע"ג דהשתא ניחא לי' ליתן לזה במתנה היכי זוכה בו האשה כיון דמתנה לאו כמכר וה"ל של הגזלן ואפשר דהכא כיון דבעלים רוצים ליתן לשום קידושין אמרינן דיהיבי לה לאשה לשום קידושין מקודשת מדין עבד כנעני ומוחל לה לשום קידושין שיהי' הקידושין קיימים דבלא"ה ליכא למימר דיהבי בעלים למקד' דבמה זוכה כיון שאין החפץ תחת ידו אלא ת"י האשה ולכן נראה דבעלים יהבי לאשה לשום קידושין ומדין עבד כנעני:

ס"ק מח

קידשה בדבר שאין בעה"ב מקפיד. כתב הב"ש ז"ל מקודשת מספק דשמא מכל מקום מקפיד וכ"כ ב"ח וט"ז ולא כפרישה שכ' הספק הוא שמא שוה פרוטה במקום אחר עכ"ל: ובשו"ת רשב"ץ ח"א סימן כ"ג כתב ז"ל ועוד שהר"ב ז"ל לא אמר אלא בתמרה ואגוז שאין בו שו"פ ואין בו דין גזלן כיוצא בזה אין החבירי' מקפידים זה על זה ואעפ"י שאין בו שו"פ מקודשת היא מספק שמא ש"פ במדי אבל בדבר שיש בו שוה פרוטה יש בו דין גזל ואינה מקודשת כלל עכ"ל ומזה מבואר כדברי הפרישה דהספ' שמא שו"פ

במדי אך מ"ש בפרישׁ' דיש בו שו"פ ודאי מקודשת ע"ש מבואר להיפך דיש בו שו"פ ודאי גזל הוא:

ס"ק מט

שאין בעה"ב מקפיד. כתב בשו"ת נודע ביהודא חלק אה"ע סימן ל"ח ז"ל ואמנם זאת אמונ' בטח שעכ"פ לא אמר הרמב"ם אלא בדב' שאין בעה"ב מקפיד נגד שום אדם בעולם אבל אם מקפיד עליו נגד שום אדם כמו שונאו וכיוצא אין שום אדם יכול לזכות בו שלא בפניו דזה ודאי סברה ברורה דלא עדיף סתמא דאינו מקפיד מדבר שהפקיר בפירו' והרי בדבר שהפקירו בפירוש אם לא הפקירו לכל אדם אינו הפקר כלל ואין שום אדם יכול לזכות בו שזהו מחלוקת ב"ש וב"ה כו' ואפי' בהפקירא לכל אדם חוץ מאדם אחד יש בו משום גזל לכל אדם וכמבואר במסכת ב"מ דף כ' בעובדא דר"י בר' יוסי דאמר לכ"ע אפקירינהו ולך לא אפקרינהו ופריך מי הוי הפקר כה"ג והתנן ב"ש אומרים כו' וכל עצמו שהפקיר ר' ישמעאל הי' כדי שלא יכשלו בגזל וכמבואר בתו' שם ד"ה אפקרה והרי מוכח שאם הפקיר לכל העולם חוץ מאדם א' א' פרטי שוב יש בו משום גזל לכל העולם ואם זה הוא בהפקר ממש ק"ו דבר שאינו מפקירו בפירוש אלא שהדבר הוא מעצמו הפק' שאינו מקפיד עליו שאם מקפיד עליו נגד שום אדם פרטי שוב הוי גזל לכל העולם כו' ומעתה בנ"ד הא ודאי בעל החפץ נגד אינו יהודי ודאי יקפיד אם יקחו את שלו שלא מדעתו וא"כ לגבי ישראל הוי גזל גמור ואינה מקודשת כלל עכ"ל וע"ש שהאריך בזה: ולבבי לא כן ידמה והוא דדבר שאינו מקפיד עליו לאו מתורת הפקר אתינן עלה דהפקר ליתי' בחזרה וכמ"ש הרמב"ם פ"ב מנדרים דאסור לחזור מהפקר והחוזר בו עובר משום בל יחל דברו וכמ"ש הב"ח בטור ח"מ סימן ער"ג אא"כ יזכה בו מתורת הפקר וע"ש וא"כ אי נימא דבר שאינו מקפיד הוי הפקר א"כ יצטרך לחזור ולזכות בו וזה דבר זר: ולכן נראה דדבר שאינו מקפיד מתורת מתנה הוא דאינו מקפיד וחונן ונותן דבר מועט למי שיטול שלא מדעתו וכה"ג דהוי מתורת מתנה לא בעינן לכל אדם וכדתנן פ' לולב וערבה ומלמדים אותם שיאמרו כל מי שיגיע לולבי בידו הרי הוא לו במתנה כו' למחרת משכימין כו' ע"ש והתם ודאי נגד אינו יהודי מקפיד על לולבו ואינו נותן לו במתנה אלא כיון דהוא בתורת מתנה אינו צריך לכל אדם ודוקא בהפקר דתיכף יוצא מרשותו אינו אלא כשמיטה שהוא הפקר לכל אבל מתנה אינו יוצא מרשות נותן עד דמטי לרשות מקבל וכשם שיוכל ליתן לאדם אחד כן יכול ליתן לכמה בני אדם ומי שיזכה בו הוא שלו וז"ב: ובגמרא דפריך בעובדא דר"י בר"י ומי הוי הפקר כה"ג והתנן ב"ש אומרים כו' היינו משום דר"י בר"י אמרו בלשון הפקר דאמר לכ"ע אפקירנהו ולך

לא אפקרינהו והפקר ודאי צריך שיפקיר לכל. ור"י בר"י דאמר בלשון הפקר ולא אמר בלשון מתנה דהיינו הנני נותן לכל מי שיזכה בו ולך אינו נותן דבמתנה צריך שיזכה בו הנותן ושמא ידרסו בני אדם עלי' בלא כוונה לזכות ולא יגבי' כלל ואז יהי' נכשל בגזל אבל אם מפקיר אותו יצא מרשותו וא"כ אפי' אין מכוין לזכות ולא יגבי' רק ידרוס עלי' נמי אינו גזל כיון דהוא הפקר ועיקר כוונת ר"י בר"י שלא יכשלו בני אדם בו בגזל ועוד כיון דמסיק בגמ' דר"י בר"י לכ"ע אפקירנהו ומלתא בעלמא הוא דאמר א"כ טפי עדיף אבל ודאי בלשון מתנ' לא בעינן לכל אדם וכהאי דכל מי שיגיע לולבי בידו ודבר שאינו מקפי' הוי כנותן לכל אדם ואם הוא מקפיד נגד איזה אדם שונא וכיוצא מכל מקום נגד זה שאינו מקפיד ה"ל מתנה כשיזכה בו וזה ברירא דמלתא

ס"ק נ

השואל חפץ מחבירו באשר"י פ"ק דקידושין כתב בזה דמקודשת אם הוא בארבעה תנאים א' ששואל על זמן ידוע דאל"כ יכול לתובעה מיד וליכא הנאת שו"פ ב' שיתן לו רשות להשאיל לאחר דאל"כ אין לו רשות ליתנו לאחר בשאלה דאין השואל רשאי להשאיל ג' דצריך להודיע לה ששאל הכלי עד זמן פ' דאל"כ סבורה היא שנותן לה לטבועין ד' שצריך שיהי' שוה הנאת קישוט שו"פ וע"ש שהאריך: ובזה אפי' לא הודיע את המשאיל שרוצה לקדש בו אשה נמי מקודשת כל שהי' בו ארבעה תנאים הללו. אלא שבתה"ד סימן ר"י כתב דנהי דנראה מתחלת דבריו דכל כה"ג שיש בו תנאי' הללו מקודש' אפי' לא הודיע ששואל לקדש בו אשה מכל מקום בסוף דבריו כת' דאם לא הודיע ששואל לקד' בו אשה אינה מקודשת ולא כתב שיהי' קידושין עפ"י תנאים האמורי' מכלל דלא פסיקא לי' מלתא ומש"ה הוי ליה ספק קידושין ע"ש: וב"ש כתב דודאי לא סתרי דברי הרא"ש זה את זה אלא ע"כ צריך לומר דמיירי שם אם ליכא אופני' ארבעה וע"ש עוד שכתב ואין לדייק מדברי עיטור שהבי' הטור שכתב ומספיק' לא עבדינן עובד' די"ל העיטור איירי בשואל בסתם לכן הוי ספק משום דס"ל דיכול לתובעה מיד כמ"ש בפרישה ובב"ח אבל אם שאל לזמן מוגבל מודה עכ"ל: וע"ש בתה"ד שכתב דאפי' לא נתן רשות להשאיל בדיעבד לא הוי גזל דהא דאין השואל רשאי להשאיל אינו אלא לכתחלה: ולענ"ד נראה דהיכא דלא השאיל לזמן מוגבל אלא שאלה סתם דאפי' להפוסקים דשאלה סתם נמי שלשים יום מכל מקום כה"ג אין לו רשות להשאיל ואפי' בדיעבד הוי גזל דבשטה מקובצת כתובות פ' אלו נערות כתב דאפי' אמרינן סתם שאלה שלשים יום הני מילי לגבי דידי' אבל לא לגבי יורשין ע"ש והובא בקצה"ח סימן שמ"א סק"א וא"כ מכ"ש דאין לו רשות להשאיל לאחר דלא אמרינן סתם שאלה ל' יום אלא

לגבי דידי': מיהו בשאל לזמן מוגבל ודאי בדיעבד לא הוי גזל אלא דלכתחלה אינו רשאי להשאיל ובש"ע א"ח סימן ש"ז סעיף י"א השואל דבר מחבירו לא יאמר לו הלויני דמשמע לזמן מרובה ואיכא למיחש שמא יכתוב אלא יאמר לו השאילני ובלשון לע"ז שאין חילוק בין הלויני להשאילני צריך שיאמר תן לי וע"ש. ומזה ראיתי בשו"ת מחכם א' בקידושין כשאומר בלשון לע"ז א"כ הוא לזמן שלשים יום. וליתי' דודאי בשאלה דקי"ל דהדרא לאלתר היינו משום דלא תיקנו זמן שלשים אלא בהלואה דלהוצאה ניתנה אבל מידי דהדרא בעינא לא תקינו זמן כלל א"כ האידנא נמי שמדברין בלשון לע"ז נמי כל ששואל חפץ כיון דלאו להוצאה שאל זמנו לאלתר דהדרא בעינא אלא דהתם בשואל כדי יין מחבירו דלא הדרא בעינא א"כ אפי' בלשון שאלה כיון דשאל להוצאה זמנו שלשי' יום והי' לנו לאסור בשבת דשמא יכתוב ולזה כתב הר"ן שם ר"פ השואל אדם כדי יין [שבת סג,א, מדפי הרי"ף] דכשאומר לשון השאילני כוונתו שלא יהי' בו דין הלואה בהמתנת זמן אלא דין שאלה דזמנו לאלתר אע"ג דלא הדרא בעינא כיון דאומר לשון שאלה ולזה כתב הר"ן דבלשון לע"ז דאין הבדל בין שאלה להלואה אסור כיון דשואל כדי יין להוצאה א"כ היינו הלואה ממש אלא דהלשון שאלה מתיר ובלע"ז דאין הבדל בין שאלה להלואה הרי הוא באיסורו דשמא יכתוב אבל היכא דשואל מידי דהדרא בעינא ודאי דה"ה בלע"ז זמנו לאלתר דלא תיקנו זמן אלא במידי דלהוצאה:

ומש"ה בח"מ סי' שמ"א כתב בש"ע (ס"א) ז"ל השואל כלי מחבירו או בהמה סתם המשאיל תובעו בכל עת שירצה ע"ש. וברמ"א שם לא הגיה דבלע"ז זמנו ל' אלא משום דכלי או בהמה דהדרא בעינא לא בעי זמן ובשבת נמי האידנא בלשון לע"ז מותר לומר לחבירו שילוה לו כלי ליתן בו משקין כיון דהדרא בעינא גם בלשון לע"ז זמנו לאלתר וזה פשוט:

ס"ק נא

והודיעו שרוצה לקדש בו. עיין ב"ש שכתב בזה ד' אופנים וכתב שם דצריך לומר דמיירי דלא אמר בהנאת קישוט דאל"כ אין צריך להודיע לה שהוא שאול וע"ש:

וקשה דהא כשהוא מודיע לה שהוא שאול נמי אינו מקדש אלא בהנאת קישוט וכשהוא מקדש בהנאת קישוט אין צריך להודיע שהוא שאול לפי דברי ב"ש:

ולכן נראה לפי מה שמבואר אצלינו בסי' כ"ט סק"ד דאם מקדשה בהנאת קישוט לא מהני כיון דאינו יכול לקדשה בהנאת קישוט בלא הכלי דה"ל כהאי דמשכיר בית דאם אומר ידור פלוני בביתי לא אמר כלום עד שיאמר בית לדירה וצריך לקדשה בכלי לקישוט וזכתה תיכף בהנאת קישוט שוה פרוטה ולא שייך בזה ישנה לשכירות מתחלה

ועד סוף כיון דמקדשה בכלי לקישוט וכיון דגוף הכלי הדרא למקדש אחר זמן הקישוט ה"ל כעין סודר דהדרא למרי' דאית בי' גזירה דחליפין דאע"ג דהקישוט לא הדרא למרי' כיון דאינה מקדשה בהנאת הקישוט אלא בכלי להנאת קישוט והכלי הדרא למרי' ומש"ה לא מהני בהנאת קישוט אלא בשאול דוקא דכיון דהכלי אינו שלו אלא בתורת שאלה ויהיב לה כל מה דאית לי' בגוי' ואין הסוף להחזיר למקדש אלא לבעלים אבל המקדש יהיב לה כל מה דאית לי' ובזה שפיר מקודשת וע"ש ומש"ה צריך להודיע לה שהוא שאול דאם אינה יודעת שהוא שאול וסבורה שהוא שלו וכל שהכלי שלו אינה מקודשת בהנאת קישוט דה"ל כעין חליפין דהדרא למרי' ודו"ק:

ס"ק נב

וה"ה לשוכר כלי. בתה"ד סי' ר"י נסתפק בשכירות כלי כשמקדשה בגוף הכלי אי נימא שכירות ליומא ממכר או אינו אלא באונאה ומשום דכתיב ממכר יתירא ע"ש ועיין ב"ש: ולענ"ד נראה אפי' לפוסקים דשכירות אינו כממכר נמי יכול ליתן זכותו לאחר דהא דתניא [ב"מ כט,ב] אין השוכר רשאי להשכיר אינו אלא לכתחלה ובדיעבד מהני ובשכירות קרקע אפילו לכתחלה כמבואר בח"מ סימן (שי"ב) [שט"ז ס"א] ואע"ג דמקדשה בגוף הכלי כיון דאומר לשכירות ולקישוט ובשכירות דעלמא נמי צריך לומר הכי כדאיתא פ' מי שמת (דף קמ"ח) ידור פלוני בביתי לא אמר כלום עד שיאמר תנו בית לדירה, והא דאמרו שכירות ליומא [אינו]ממכר היינו לענין פרה שכורה ביד כהן לתרומה וכיוצא היכא דבעי קנין בגוף הדבר אבל כאן גבי קידושין כיון דאומר לה בפירוש שהוא שכורה ויש לו זכות לקישוט והנאת הקישוט ש"פ אע"ג דשכירות אינה כממכר למה לא תהי' מקודשת בהנאה דאית לה וצ"ע:

ס"ק נג

מתנה ע"מ להחזירו. כתב הרא"ש פ' לולב הגזול [סי' ל' גבי אתרוג במתנה על מנת להחזיר ז"ל וצריך שיתנהו לו במתנה גמורה ע"מ שיחזיר ואחר שיצא בו צריך לחזור וליתנו לו במתנה בשעת חזרה אבל אם אמר לו יהא במתנה עד שתצא בו ואח"כ יהי' שלי כבתחלה לא יצא בו דהוי כמו שאול ותדע מדאמר לקמן [מו,ב] לא ליקני אינש לולבא לינוקא ביומא טבא דינוקא מיקני קני אקנויי לא מקני ואם אינו צריך לחזור במתנה נהי דקטן לאו בר אקנויי הוא ליקני לי' עד שיצא בו ולחזור לו ממילא אלא ודאי צריך לחזור וליתנו במתנה וקטן לאו בר אקנויי הוא עכ"ל. וכ"כ הריטב"א בחידושיו פ"ק דקידושין [ו,ב] ז"ל ומיהו מתנה ע"מ להחזיר הקנאה גמורה [היא וממון שלו וכשמחזירה לו הקנאה גמורה] בעי כשאר הקנאות דעלמא ומסתברא שאם שעבדם לבע"ח הרי הוא משועבד וחוזר וגובה ממנו לאחר חזרה עכ"ל:

ואיכא למידק בהא דאמרו פ' יש נוחלין (דף קל"ז) שור זה נתון לך במתנה ע"מ להחזירו והקדישו הרי זה קדוש ומוחזר אא"כ אמר שתחזירהו לי דחזי לי קאמר, והיכי אמרו קדוש ומוחזר כיון דע"מ להחזיר היינו במתנה וכיון שהוא קדוש היכא נותן במתנה אחר שהוא קדוש ועמ"ש בזה בקצה"ח סי' רמ"א סק"ד באורך, ושם העליתי לולי דברי הרא"ש והריטב"א דמתנה ע"מ להחזיר הוא כמשמעו ואין בו תנאי דהקנאה אלא שנותן במתנה האתרוג עד שיצא בו והוא מתנה גמורה לזמן, ומ"ש הרא"ש דזה הוי כשאול שם בקצה"ח מבואר דשאול אינו מתנה לזמן רק שאול לפירות אבל קנין הגוף עד הזמן מיקרי קנין הגוף לצאת בו וכמו באתרוג זה נתון לך במתנה ואחריך לפ' אם מכר או נתן הראשון אין לאחריך כלום כמו כן במתנה לזמן עד שתצא בו כיון שהוא מתנה גמורה לזמן אם נתנו או מכרו לאחר תוך זמנו שוב לא הי' לבעלים כלום לזה מתנה תנאי ע"מ להחזיר ואם לא יחזיר לבעלים אין כאן מתנה דלא נתקיים התנאי ומתנה לשעה נמי קנין הגוף הוי לענין לכם דאתרוג:

וע"ש סיוע לזה מכהנא רבא בתשובת הרב ר' אביגדור כהן צדק והוא בתשובת הרא"ש כלל ל"ה סי' ב' ז"ל ואותה ששנינו אין אדם יוצא ידי חובתו בי"ט ראשון בלולבו של חבירו אע"ג דיהיב לי' בפירוש הנאת שימושו דהיינו נטילתו לצאת בו לא נפיק בי' עד דמקני לי' קניית הגוף לשעה לכל הפחות התם היינו טעמא דכתיב לכם משלכם דקנין הגוף משמע ולא סגי בהנאת שימוש לחוד, וא"ת והלא מתנה ע"מ להחזיר קנין פירות בעלמא קרי לי' בפ' י"נ ונפיק בי', יש לומר דלהכי קרי לי' קנין פירות שאינו יכול לאוכלו אבל מיהו קנין הגוף לשעה מיקרי ובהכי סגי דולקחתם לכם משלכם משעת לקיחה קפיד רחמנא שיהי' משלו והא איכא והכי מסיק התם בהדיא דאפי' מאן דפליג במכירה ואכילה למיפק כ"ע לא פליגי דנפיק עכ"ל ומבואר דסגי בקנין הגוף לשעה גבי אתרוג וע"ש בקצה"ח שהארכנו בזה ולא איכפיל תו בזה:

ומדברי תוס' נראה דס"ל מתנה ע"מ להחזיר היינו ע"מ להקנות וכמ"ש הרא"ש והריטב"א עיין בדברי תוס' קידושין (דף ו') ד"ה ואם לאו לא יצא ז"ל והא דאמר בסוכה (דף מ"א) אתרוג הי' לו לר"ג נטלו ר' יהושע ויצא בו ונתנו לר"ע ויצא בו ר"ע והחזיר לר"ג דדייקינן מיני' מתנה על מנת להחזיר שמי' מתנה אעפ"י שר' יהושע לא החזירו לר"ג דעתו של ר"ג היה (לכם) [לכך] שלא הי' חושש אלא שיחזור לידו אחר שיצאו כולם עכ"ל:

ואי נימא מתנה ע"מ להחזיר אינו ע"מ להקנות אלא מתנה לשעה וע"מ שיחזור לאחר זמן א"כ מה לי שהחזירו ר' יהושע בעצמו או ע"י אחר ושלוחו כמותו ועוד דכגון זה אין

צריך שליחות כלל כיון דממילא לאחר שעה הוא של ר"ג והתנאי לא הי' אלא שלא יתנה או ימכור תוך שעה שהוא שלו וכמ"ש וא"כ מאי קושיא אלא נראה דס"ל לתוס' דע"מ להחזיר היינו ע"מ להקנות וכיון שהתנה עם ר' יהושע שהוא יחזיר ויקנה לו וכיון דר' יהושע הקנה לגמרי לר"ע ע"מ להקנות ור"ע הקנה אותו לר"ג א"כ לא בא מתנת האתרוג לר"ג אלא מר"ע ולא מר' יהושע ובזה ליכא משום שליחות כיון דר"ע מדידי' מקנה לר"ג לזה כתבו תוס' שבתחלה דעתו של ר"ג לכך היתה שיחזיר ויקנה לו האתרוג או מיד ר"י או משאר מקבלי מתנה דאתי בתר ר"י ודו"ק:

אמנם מדברי תשובת מוהר"ם בר' ברוך נראה דמתנה ע"מ להחזיר אינו אלא להחזיר כפשוטו ואינה אלא מתנה לשעה וכדברי תשובת הר"ר אביגדור, ע"ש סי' תתקפ"א ז"ל תשובה מורי הר"ר משה ותורתו אמת כו' ולא דמי להאומר לחבירו אתרוג זה נתון לך במתנה ע"מ להחזיר שמי' מתנה דשאני התם דיהיב לי' לפי שעה לצאת בו וכיון דיהבי' למקצת הוי מתנה ואף אם הקדיש מקודשת לענין שהנהנה ממנו קודם שהגיע זמן חזרתו חייב קרבן קרבן מעילה אבל בדין זה כו' ע"ש ומזה משמע דאינו אלא לשעה. אך קשה לי בדברי מוהר"מ בר' ברוך בהא דאמרו במתנה ע"מ להחזיר הקדיש קדוש ומוחזר ואם אמר לי דחזי לי קאמר ולדבריו דאינו קדו' אלא לשעה והנהנה ממנו קודם זמן חזירתו חייב קרבן מעילה וא"כ כשיגיע זמן חזרה אזי פקע הקדשו וחזי לי'. ואפשר דס"ל קדושת דמים נמי לא פקע בכדי וכדברי בר פדא בנדרי' דף כ"ט אלא דא"כ למה לא מחיי' קרבן מעיל' גם אחר זמן חזר'. לכן נראה דהכי פירושא בש"ס ע"מ שתחזירהו קדוש ומוחזר והיינו גם אחר חזרה כיון דהוא בעין ולא חסרי' וכיון דקנין הגוף הוא לשעה יכול ליתנו אם לא מחמת התנאי ע"מ שתחזירהו וכמ"ש ולכן אם נתנו לאח' לא נתקיים התנאי ונתבטל המתנה אבל בהקדש דהוי חזרה ולא הוי היזק ניכר כל כך כי אם בנתנו לאחר דזה הוי היזק ניכר וכמ"ש הרשב"א בחידושיו לגיטין דף מ' גבי היזק שאינו ניכר דמוכר שט"ח וחזר ומחלו דה"ל היזק ניכר במה שמוציאו לרשות אחר וע"ש אבל הקדש דאמרו קדוש ומוחזר דנתקיים התנאי מש"ה יכול להקדישו לעולם כיון שהקדישו בשעה שהי' לו קנין הגוף אבל בעל מנת שתחזירהו לי דחזי לי קאמר מש"ה אין הקדשו חל אלא לשעתו והנהנה ממנו קודם זמן חזרה חייב קרבן מעילה אבל כשהגיע זמן החזרה פקע הקדשו מחמת התנאי דתחזירהו לי קאמר דחזי לי קאמר אבל לשעתו מיהא קדוש וא"כ תשוב' מוהר"מ בר ברוך מיירי בע"מ שתחזירהו לי דבע"מ שתחזירהו סתמ' קדוש לעולם ומוכח מזה דס"ל למוהר"מ בר"ב דע"מ שתחזירהו אינו אלא קנין הגוף לשעה ודו"ק. וכן נרא' דאין ראי' דמהני קנין הגוף לשע' לענין לכם מהא דאמרי' פ' לולב הגזול דף

ל"א אבל גזל עצים וסיכך בהם ד"ה אין לו אלא דמי עצים ע"ש והוא משום תקנת מריש ומסיק שם בגמ' הני מילי בגו שבעה אבל לבתר שבעה הדר בעיני' ע"ש. ומשום דמצוה משוי לי' כל שבעת ימי החג כבנין קבע וכמו שפי' רש"י שם ע"ש. ומבואר דאע"ג דלא הוי קנין הגוף רק לשבעה ימים נמי מהני ואין לומר משום דגבי סוכה נפיק נמי בשאלה דהא אמרו שם אבל גזל עצים וסיכך בהם ד"ה אין לו אלא דמי עצים והיינו אפי' לר"א דס"ל שם בתוקף חבירו מסוכתו דאינו יוצא בסוכה שאולה ע"ש ומבואר שם דאפי' לר"א יוצא ידי סוכה בגוזל עצי' ומשום תקנת מריש דאינו אלא לגו שבעה ומוכח דאפי' לר' אליעזר דבעי לכם בסוכה כמו בלולב סגי בקנין הגוף לשעה דהא אחר החג הדרא לבעלים ולשטת הרא"ש והריטב"א דס"ל דלא מהני קנין הגוף לשעה תיקשי מהך דגזל עצים וסיכך בהם וצ"ע והא דמייתי הרא"ש דלא מהני קנין הגוף לשעה מהא דלא ליקני אינש לולבא לינוקא ביומא טבא כו'. נראה לפי מ"ש בס' המכריע לבעל תוספת רי"ד דף מ"ג שם שהעלה דקטן לית לי' זכי' מן התורה אפי' בדעת אחרת מקנה אותו והוא מותיב לה מהא דאמרינן פ' לולב הגזול לא ליקני אינש לינוקא דינוקא מקני קני אקנויי לא מקני ואם אינו קנה אלא מדרבנן א"כ אקנויי נמי מדרבנן מהני לי' משו' פעוטות דמקחן מקח מדרבנן במטלטלין. והוא מפרק לה דהתם מיירי כהאי עובדא דר' גמליאל שהיו שם כמה בני אדם ויוצא בו ונתנו לחבירו וחבירו לחבירו וכולן במתנה ע"מ להחזיר ולינוקא כה"ג לא ליקני דקטן לאו בר אקנויי הוא ולא יזכה בו הנוטלו מינוקא ע"ש. והיינו דאע"ג דמדרבנן פעוטת מתנתן מתנה אבל מן התורה לא מצי להקנות ואינו יוצא הנוטלו שהוא גדול בקנין דרבנן ועמ"ש בס"ק. ולפי"ז לא קשה דליקני לי' עד שיצא בו ולחזור לו ממילא כיון דקטן לאו בר אקנויי הוא איך יזכה בו חבירו מן הקטן כיון דקטן הוא אחר שעה ובהאי עובדא דר"ג צריך להקנותו לחבירו במתנה ע"מ להחזיר ועד שעת חזר' מקנה חבירו לחבירו עד שיוחזר לר"ג ודו"ק. וכבר הארכנו בזה בקצה"ח שם ע"ש. אמנם לפי מ"ש דמתנה ע"מ להחזיר אינו אלא קנין הגוף לשעה ואחר שעה יוחזר ממילא לבעלים נראה סתירה לזה ממ"ש הר"ן בחידושיו לגיטין פ' המגר' דף פ"ג בהא דבעי לה היום אי את אשתי ולמחר את אשתי בתר דבעי הדר פשטי' כיון דפסקה פסקה וכתב שם הר"ן ז"ל וכתב הרא"ה ז"ל דמהא שמעינן שהנותן קרקע לחבירו גוף ופירות יום א' שזכה מקבל בקרקע לעולם דהא אסיקנא כיון דפסקה פסקה עכ"ל. ולפי"ז לא משכחת כלל מתנה לזמן בגוף ופירות לשעה כיון דפסק' פסק'. אמנם נראה דהאי סברא משמי' דהרא"ה הוא דכתבו אבל הר"ן לא סבר לה דבנדרי' דף כ"ט בהא דתנן נטיעות אלו קרבן עד שיקצצו עולא אמר כיון שיקצצו שוב אין פודין וע"ש בר"ן שכתב ז"ל ואפ"ה דוקא

בהקדש הוא דאמר הכי משום דקדושה לא פקעה בכדי אבל דיני ממונות כיון דודאי זכי' דממונא פקע בכדי וכדאמרינן נכסי לך ואחריך לפ' 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 דס"ל שם דקדושה לא פקעה בכדי אבל דיני ממונת פקעה בכדי. ותמהני במ"ש הרא"ה כיון דפסקה פסקה דא"כ הא דפליגי בנדרים שם עולא ובר פדא דעולא ס"ל קדושת דמים פקעה בכדי ובאומר עד שיקצצו לאחר שיקצצו שוב אינו פודה הא כיון דפסקה פסקה אפי' בדיני ממונת ואפי' בר פדא דס"ל לאחר שיקצצו נמי פודה אינו אלא משום דס"ל קדושה לא פקעה בכדי ומשמע דדיני ממונת ופקעה בכדי ונראה בטעמא דהרא"ה דס"ל דכשם באומר היום אי את אשתי ולמחר את אשתי כיון דפסקה פסקה היינו כיון דכבר נפקה מרשות הבעל שוב אינה נכנסת לרשותו וה"נ בנותן קרקע לחבירו גוף ופירות יום אחד זוכה מקבל בקרקע לעולם דכיון שיצאה הקרקע מרשות הבעל ליום אחד שוב אינו נכנס לרשות הבעלים וא"כ ממילא זוכה מקבל המתנה בתורת הפקר כיון דלית לי' בעלי' אבל בהקדש אע"ג דיצאה מרשות הבעלי' להקדש לשעה אינו נעשה הקדש דמאן זוכה אותו אח"כ להקדש וכיון דלא הקדישו אלא לזמן נהי דיצאה מרשות בעלים אבל דהקדש תו אינו אלא לבר פדא דס"ל קדושה לא פקעה בכדי א"כ ה"ל הקדש ע"י תחלת ההקדש ועמ"ש בקצה"ח סימן ר' ס"ק א' דאין חצר להקדש ודו"ק היטב. והאי דנכסי לך ואחריך לפ' דאם שייר ראשון זוכה שני דמינה מביא הר"ן ראי' בנדרים דפקע זכותי' דראשון בכדי התם משום דכי יהיב לראשון יהיב נמי לשני אם יהי' שיור מראשון אבל לנפשי' לא מצי משייר כיון דכבר פסקה רשותא דנותן ואכתי צ"ע. והא דמהני הפקר לזמן ליום א' לשבת אחת לחודש לשנה כדאי' בנדרים דף מ"ד ולא אמרינן כיון דפסקה פסקה. דהתם כיון דכל זמן שלא זכה בה אחר יכול לחזור בו כדאי' שם בנדרים ובטור וש"ע ח"מ סימן ער"ג א"כ עדיין לא יצאה מרשות מפקיר כיון דיכול לחזור בו ודו"ק. אלא דלפי"ז אם יפקיר לזמן הפקר גמור שלא יוכל לחזור וכגון לאיסור שבת דמפקיר לזמן ועיין ט"ז א"ח סימן רמ"ה א"כ כיון דפסק' פסק' ויוכל אחר לזכות בו לדעת הרא"ה אם לא קדמו הבעלים לזכות בו ודו"ק:

ס"ק נד

באיסורי הנאה דרבנן לגמרי. והוא דעת הרא"ש פ"ב דקידושין והביא ראי' מהא דאמרינן ספ"ב דקידושין גבי חולין שנשחטו בעזר' דמשמע דאי הוי דרבנן מקודשת ולכן העלה דאיסור הנאה דרבנן שאין לו עיקר בדאורייתא מקודשת ומה"ט נמי בתרי דרבנן מקודשת

והר"ן דחה ראי' זו מחולין שנשחטו בעזר' ע"ש ועיין ב"ש שכתב ז"ל ולכאור' נראה דאינה מקודש' בכל איסור דרבנן ואפי' אין לו עיקר בתורה כו' מה לי אם מדאוריית' מותר בהנאה מכל מקום מחמת גזירות חז"ל אסור בהנאה ואינו נותן לה כלום וכן איתי' בתשובת הרי"ף אם מקדש אותה לפני עדים פסולים מדרבנן אינה מקודשת כיון דהעדים פסולים מדרבנן גם כתבתי לעיל אם מקדש אותה בדבר שאין לו בו קנין מדאורייתא רק קנין דרבנן מכל מקום קונה אותה מדאורייתא כגון מעמ"ש משום ע"י תיקון חז"ל נעשה שלו מדאורייתא כן יש לומר הכא להיפך מחמת גזירת חז"ל אינו שלו ואינו קונה אותו כלל וצ"ע עכ"ל. והנה מה שהקשה ב"ש דמה בכך דמותר מן התורה כיון דאסור בהנאה מדרבנן אפי' אין לו עיקר מן התורה אינו נותן לה כלום נראה דלא גרע ממתנה ע"מ להחזיר מיד דלית בי' הנאת שו"פ בקישוט ואפ"ה מקודש' מן התורה ואע"ג דלא נהנית כלום אלא משום גזירה דחליפין אינה מקודשת כדאי' פ"ק דקידושין דף ו' ומוכח דכל שנותן לה כסף אע"ג דלית לה הנאה מקודשת וה"ה הכא באיסורי הנאה דרבנן שאין לו עיקר מן התורה חשוב כסף ומקודש' אעפ"י שאין לה הנאה כלום. ומה שהקשה ממעמ"ש נראה דהתם משום דהוי קנין דרבנן והפקר ב"ד הפקר והוי שלו מן התורה לשטת הפוסקים דבמעמ"ש הוי קידושי תורה אבל באיסור הנאה דרבנן שאין לו עיקר מן התורה לא שייך הפקר ב"ד דאפי' איסור הנאה דאורייתא נמי לא הוי הפקר וכבר כתב הריב"ש דאפי' באיסור הנאה דאורייתא אית לי' זכי והובא בקצה"ח סימן ת"ו ע"ש.

ודעת הרמב"ם נראה דאפי' באיסור

הנאה דרבנן שאין לו עיקר בדאורייתא נמי אינה מקודשת וכמ"ש הב"ש ע"ש ומשום דהרמב"ם לשטתו דס"ל בפ"ה מה"ל אישות במקדש במנה ע"מ להחזי' דאינה מקודש' משום דאם לא תחזיר אינה שלה ואם תחזיר הרי לא נהנית ע"ש וכתב הר"ן דהרמב"ם מפרש דהא דאמרו בש"ס משום חליפין אינה משום גזירה דחליפין אלא משום דכל דלא נהני' ה"ל דין חליפין ממש וכשם שאינ' מקודשת בחליפין משום דלא נהנית כמו כן בכסף ע"מ להחזיר ע"ש ועמ"ש בסימן כ"ט ס"ק ב' וא"כ ה"נ אפי' באיסור דרבנן שאין לו עיקר בדאורייתא אינה מקודשת כיון דלא נהנית ומשום דלהרמב"ם לא מהני כסף עד דאיכא הנאה מיני' אך קשה לפי"ז הא דאמרו בפ"ק דפסחים דף ו' ונבטלי' בשית ומשני כדרב גידל אמר רב המקדש משש שעות ולמעלה אינה מקודשת ע"ש ומאי ראי' אינה מקודשת כיון דהתם טעמא משום דלית לה הנאה אבל כסף מיהא הוי ושפיר יכול לבטל אע"ג דאסור מדרבנן ולפי מ"ש בס"ק ט"ז דרב לית לי' האי סברא דקידושי אשה בעי

הנאה ע"ש א"כ ניחא דע"כ טעמא דרב אינו אלא משום דלאו ממון הוא ולאו ברשותו הוא ומה"ט נמי לא מצי לבטלו בשית ודו"ק:

ס"ק נה

ואם באיסורי דאורייתא. כתב הריטב"א ס"פ האיש מקדש ס"ל ואע"ג דחולה שאין בו סכנה מותר בו שלא כדרך הנאתו מכל מקום אסור הוא למוכרו לחולה זה וליטול ממנו דמים תדע דהא כדרך הנאתן מותר לחולה שיש בו סכנה ואפ"ה אסור לו למוכרו בדמים דא"כ נמצא נהנה באיסורי הנאה של תורה אלא ודאי אסור למוכרן וכיון דכן לא חשיב ממונא כלל ואפי' היא חולה שראוי ליהנות בו אינה מקודשת דלאו ממונא יהיב לה אא"כ אומר לה הרי את מקודשת לי באותה הנאה שיש לך שנתתי ליך דבר שתתרפאי בו ויש באותו הנאה שו"פ עכ"ל. ובמשנה למלך פ"ה מאשות האריך בזה והעלה דלשטת רש"י כה"ג מקודשת כל שהיא ראוי ליהנות בו אע"ג דאסור למקדש מדכתב רש"י פ"ד דע"ז דף נ"ד מכרן וקידש בדמיהן מקודשת ז"ל דלא מיתפסא באיסורי ואע"ג דאיהו אסו' לאתהנויי בי' מיהו האי הנא' מטיא לי' ע"י ערלה אבל איהי לאו מערלה קא מטיא לה כו' וא"כ יש להוכיח מדברי רש"י הללו דכל היכא דלדידה שו"פ אף דלגבי' דידי' נמצא שלא נתן לה כלים ואפ"ה מקודשת משום דאיהי מותרת בחליפין וכ"כ הר"ן ספ"ב דקידושין דלרש"י היינו טעמא דמקודשת אע"ג דאסור למקדש כיון דאיהי מותרת ליהנות בהם דומיא דמקדש בגזל לאחר יאוש דאע"ג דיאוש כדי לא קני וכל זמן שהוא בידו אינו קנוי לו אפ"ה כיון שקנאתו הוא בנתינתו מקודשת וה"נ הנאה הבאה לו מחמתו היא עכ"ל ע"ש עוד שהתפלא בדברי הריטב"א וכתב עלה ז"ל איך יתכן דהריטב"א ז"ל יאמר דאזלינן בתר דידי' ואע"ג דלדידה שוה לא יועיל והרי המקדש בגזל לאחר יאוש מקודשת ואע"ג דיאוש כדי לא קני ומשום דהוי שינוי רשות ביד האשה הרי אע"ג דאיהו לא נתן לה כלום כיון שקנאתו היא מחמתו מקודשת כמו שהביא הר"ן ז"ל ראי' זו לסברת רש"י וי"ל דאי מהך דגזל לא קשיא כלל שהרי כתב הרב המגיד בפרקין עלה דהך דינא דהמקדש בגזל ז"ל והרי יש כאן יאוש ושינוי רשות כשהוא בידה וכיון דקנאתן היא אף הוא קונה אותו עכ"ל הרי לך הדבר מבואר שכפי דברי הה"מ יש חילוק בין האי דגזל להאי דרש"י וריטב"א דהך דרש"י וריטב"א הסיבה אשר תמנע שתתקדש היא לפי שהדמים או האסורים הם אסורין בהנאה למקדש אף לאחר שבאו ליד האשה עדיין אותה סיבה במקומה עומדת שהרי לעולם אסורים בהנאה אותם דברים למקדש אך בהאי דגזל שהסיבה אשר תמנע שתתקדש הוא לפי שאינו שלו משום דיאוש כדי לא קני וכיון שקנאתו היא בשינוי רשות אף הוא קונה אותה כו' ודע דבפ"ק דקידושין דף ז'

בעי רבא שתי בנותיך לשני בני בפרוטה מהו בתר נותן ומקבל אזלינן והא איכא ממונא או דלמא בתר דידהו אזלינן ונתבאר שם בתו' דבתר נותן דקאמר לאו דוקא כו' ומדברים אלו יש סמך לסברת רש"י כו' אך מדברי תו' רי"ד שם בסוגיא נראה שמקיים גירסת הגמ' שם בתר נותן ומקבל וע"ש שהאריך. והנה מ"ש בדברי הריטב"א מגזל לאחר יאוש וישובו שכתב ליישב דברי הריטב"א כבר כתבנו בזה בס"ק ד' ע"ש כי במה שמחלק במשנה למלך אינו נראה דמה מועיל אחר הקידושין ומה דהוה הוי ועיקר כמ"ש בס"ק ד' ע"ש. עוד שם במשנה למלך ז"ל וראיתי לרדב"ז שנשאל במי שזרק קידושין ללאה ולא הי' שוה פרוטה ולא הספיקו להגיע לידה עד שנתייקרו ועמדו על פרוטה מהו בתר נותן אזלינן וליכא פרוטה הלכך לא קני או דלמא בתר מקבל אזלינן והא איכא פרוטה והשיב הדבר ברור דבתר דידה אזלינן כו' ואע"ג דכשנתנו לה לא הי' שו"פ ולא מחסר מידי מכל מקום קני מדין עבד כנעני דאע"ג דלא חסר מידי קני נפשי' האי גברא נמי אע"ג דלא חסר מידי קני להאי אתתא כו' שוב מצאתי תשובה להרדב"ז והוא ממש הנדון שלנו ז"ל שאלת ממני אודיעך דעתי על אשה חולה וצריכה סימנין לרפואה והביא ראובן סימנין שאסורין בהנאה ואמר לה הרי את היא מקודשת אם לאו תשובה אע"ג דקי"ל דאיסורי הנאה שלא כדרך הנאתן מותרין לחולה כו' מכל מקום אסור למוכרן לחולה ולטול דמים מהם כו' וכיון שכן לא חשיב ממונא לקדש בו את האשה ואפי' היא חולה שראוי' ליהנות בהם אינה מקודשת דלאו מידי יהיב לה ואין הפר' בזה בין שיהי' חולה שיש בו סכנה אעפ"י שמותרים לה ושוין אצלה ממון מכל מקום איהו לאו מידי יהיב לה ואינה מקודשת כלל ואע"ג דקי"ל המקדש בפסולי עדות דרבנן מקודשת מן התורה לא דמי דהתם איכא עדות מעליא מן התורה ולא מיפקעי קידושי דאורייתא אבל הכא כיון דאמר רחמנא דליתיב לה ממונא ומאי דיהיב לה לא שוי' ממונא דהא איסורא דרבנן רביע עלה לא מיקדשה כלל כדאמרינן בפסחי' המקדש משש שעו' ולמעל' כו' הלכך בנ"ד נמי אינה מקודש' כלל ואם אמר לה הרי את מקודשת לי באותה הנאה כו' ויש באותו הנאה שו"פ מקודשת עכ"ד ועיין היטב בתשובה זו עם תשובה אחרת שהעתקתי למעלה דלכאורה נראה דסותר' זו לזו והדבר צריך אצלי תלמוד עכ"ל משנה למלך. והנה דברי רדב"ז הנז' המה ממש כדברי הריטב"א דאפי' היא חולה שראוי ליהנות בו נמי אינה מקודשת ובמשנה למלך נראה טעמא דריטב"א דאזלינן בתר נותן וכשטת תו' רי"ד דמקיים הגירסא בתר נותן ומקבל אזלינן וא"כ יהי' סותר למ"ש רש"י במקדש בדמיהן מקודשת ואע"ג דאסור למחליף כיון דמותר לאשה ע"ש במ"ל. ולפי מ"ש שם במ"ל לחלק בין גזל לאחר יאוש מהאי דריטב"א ומשום דהסיבה אשר תמנע באיסורי הנאה לעולם

אסורין למקדש והובא דבריו לעיל א"כ מה"ט יוכל ליישב דברי הריטב"א שלא יהי' סותר לדברי רש"י דהתם דהדמי' אסורין למחליף משום דבאה לו הנאה ע"י ערל' וכלאי הכרם ולאחר מותר וה"ה כיון דאפסקי' אחר גם למחליף אח"כ מותר הדמים כיון דכבר הותר האיסור ע"י האחר כן נראה. וא"כ התם בקידש בדמיהן יהי' דומה לגזל ולאחר יאוש כיון דאח"כ מותרין הדמים למחליף. אלא דכבר כתבנו שאין כדאי בזה לחלק דאחר הקידושין מאי דהוי הוי ולכן נראה לענ"ד דבהאי דמקדש באיסורי הנאה אינה מקודשת ואפי' היא חולה שראוי' ליהנות ואע"ג דאזלינן בתר דידה וכמ"ש הרדב"ז בתשובה במי שזרק קידושין ולא הי' שו"פ ולא הספיקו להגיע לידה עד שנתייקרו ועמדו על פרוטה דאזלינן בתר דידה מכל מקום באיסורי הנאה אפילו לאשה אין בו דין ממון ואע"ג דחולה שיש בו סכנה וראוי' ליהנות לא עדיף ממעשר שני דלמ"ד ממון גבוה אינה מקודשת והרי היא אוכלת ונהנית בהם אלא דאפ"ה אינו ממון שלה ומשלחן גבוה קא זכי וה"נ איסור הנאה לאו תורת ממון הוא והא דאוכלת מהם היינו דהתורה נתנה רשות משום וחי בהם אבל אין לחולה בהם דין ממון דתורת ממון ליתי' באיסור הנאה. וניחא בזה בהאי דמקדש בדמיהן מקודשת אע"ג דאסורין הדמים למחלי' כיון דמותר לאשה ואית לה דין ממון בדמיהן אזלינן בתר דידה וזה נכון וברור ודו"ק. ועמ"ש תוס' דף נ"ב ד"ה המקדש בחלקו ובתוספת ישינים שם. אמנם מ"ש הריטב"א והרד"בז במקדש באיסורי הנאה והיא ראוי' ליהנות בהם ואמר לה הרי את, מקודשת באותה הנאה שנתתי לך דבר שתתרפאי ויש באותו הנאה שו"פ מקודשת. לענ"ד נראה כה"ג אינו קידושי ודאי דבפ"ק דקידושין דף ח' בעי לה הי' כלב רץ אחרי' כו' או דלמא אמרה לי' מדאורייתא מחייבת לאצולי ועלה בתיקו וה"נ מדאורייתא מחייב לאצולי כל שיש בחולה סכנה. וע"ש בריטב"א דף ח' ז"ל כלב רץ אחרי' מהו פי' ואמרה ליתן לכלב מי אמרינן הרי הוא ככלב שלה ונחתה לקידושין ולא לתשלומין או דלמא דאמרה לי' מדאורייתא מחייבת לאצולי פי' על דעת להשתלם לאו לאבד ממונו בחנם כו' ע"ש והכא כיון דאיסורי הנאה הוא לא בעי שלומי. מיהו אפשר דגבי כלב רץ אחרי' נמי לא בעי לה אלא בסתמא דאמרה תן לכלב שרץ אחרי והוא אמר הרי את מקודשת ושתקה אבל היכ' דאמר הרי את מקודשת והיא אמרה אין אע"ג דמחייב לאצולי מדאורייתא כל שמסכמת בפירוש לשום קידושין מקודשת ודו"ק. ומ"ש ב"ש ז"ל וכל שאר איסורי הנאה

דקי"ל שלא כדרך הנאתן מותר יכול לקדש בהם אשה כו' אע"ג דהיא אינה חולה ואינ' יכולה ליהנות בו ואפי' שלא כדרך הנאתן מכל מקום יכולה למכור לחולה כו' ע"ש. כבר מבואר מדברי הריטב"א דאיסור הנאה אפי' מדבריהם אסור למכור לחולה וזה פשוט

ס"ק נו
בחמץ דאורייתא ושעות דאורייתא. בפ' האיש מקדש דף נ"ו בתוס' ד"ה המקדש בערלה ז"ל וא"ת ואמאי אינה מקודשת הא שרי ליהנות מהם שלא כדרך הנאתן כו' אי נמי י"ל דמיירי שפיר דאיכא שו"פ אף שלא כדרך הנאתן מכל מקום כיון שהאשה סבורה שיש לה ליהנות כדרך הנאתן ואינו כן לא סמכה דעתה והוי מקח טעות עכ"ל. ובתו' פ' כל שעה דף כ"ט הקש' דהא כל הנשרפין אפרן מותר ותירצו שאין בו שו"פ באפרן ע"ש וכתבו בח"מ וב"ש דהיכא דאינה יודעת שאסור בהנאה אפי' יש באפר שו"פ אינה מקודשת כיון שסבורה ששוה יותר ע"ש. ולענ"ד נראה דמ"ש תו' בקידושין כיון שהאשה סבורה שיש לה ליהנות כדרך הנאתן והוי קידושי טעו' לאו משום יוקרא וזולא היא ששוה יותר כדרך הנאתן דא"כ מאי ארי' מקדש באיסורי הנאה אינה מקודשת בדלא ידעה אפי' באיסורי אכילה נמי אינה מקודש' היכא דלא ידע' וסבור' שמותר באכילה דודאי שוה יותר היתר אכילה מאיסור אכילה אלא דסתם קידושין אינה מקפדת על השיוי וכל דאית בה שו"פ מקודשת וכמו שאמרו במקדש בשט"ח אם יש בנייר שו"פ מקודש' ובדיני קידושין לא מיירי במקפד' על השיווי וסתמא דמלתא קאמר המקדש באיסורי הנאה אינה מקודשת ואפי' ע"י שליח או בלילה ומש"ה במקדש באיסורי אכילה אע"ג דלא ידעה כל שהוא שו"פ מקודשת אלא דבשלא כדרך הנאתי הוא דמקפדת דטעמא דשלא כדרך הנאתו מותר באיסורי הנאה הוא משום דלא מיקרי הנאה כל שהוא שלא כדרך הנאתו ומה"ט נמי האשה מקפדת שלא תהי' הנאתה מקדושין אלא שלא כדרך הנאתו ולפי"ז באפרן אם הי' שו"פ אע"ג דלא ידעה כיון דהנאה שלה כדרך הנאתן תו אינה מקפדת ומש"ה כתבו תוס' דאין באפר שו"פ ודו"ק. וניחא בזה ליישב מה שהובא קושיא בס' שער המלך בהא דכתבו תוספות בקידושין דמיירי בדלא ידעה והוי מקח טעות מהא דאי' בבכורות דף י"א איכא דמתני להא דרב נחמן אהא המקדש בפטר חמור אינ' מקודש' לימא מתני' דלא כר' יודא ולא ר' שמעון אי ר"ש תיקדש בכולה אי ר' יודא תיקדש במה דביני וביני ומשני כו' לעולם ר' יודא וכגון שאינו שוה אלא שקל כו' ואי כדברי תו' מאי פריך תיקדש במה דביני וביני הא הוי מקח טעות דסברה ליהנות בחמור זה בלתי פדיון שהרי אינה יודעת דפטר חמור הוא זה וע"ש שכתב עלה שהיא קושיא חזקה וע"ש ולפי מ"ש דלאו משום יוקרא וזולא דא"כ באיסורי אכילה נמי הוי מקח טעות דאפי' מדמע תרומה בחולין יש בו משום יוקרא וזולא לפי שאינה ראוי' אלא לכהנים ומכ"ש איסורי אכילה שאינו ראוי אלא לנכרים אלא דכל שהוא שו"פ אינו מקפדת ועיקר קפידא אינו אלא שתהי' נהנית כדרך הנאתו וכדרך הנהנין ומש"ה הוי

קידושי טעות ושפיר מקשה אי ר"י תיקדש במה דביני וביני וזה נראה ברור ובתו' שם פרק האיש מקדש ד"ה המקדש בערלה ז"ל וא"ת אמאי לא חשיב בהך מתני' פגול ונותר וטמא כו' תו' הקשו אמאי לא חשיב חמץ בפסח ע"ש. ולפי מ"ש תו' דמיירי בדלא ידעה שהוא מאיסורי הנאה ניחא דלא תני חמץ משום דחמץ בפסח אפי' נימא דמותר בהנאה וכר' יוסי הגלילי כיון דקנה חמץ בפסח עובר בבל יראה וא"כ איסורא לא ניחא דליקני וכמ"ש בש"ע א"ח סימן תמ"ח בנכרי שהביא חמץ דורון לישראל בפסח אינו עובר בבל יראה דאיסורא לא ניחא דליקני ע"ש וה"נ בקידושי אשה כיון דקנה חמץ בפסח עובר בבל יראה וכמ"ש הרמב"ם פ"ג מה"ל חמץ ומצה א"כ ודאי איסורא לא ניחא לה דליקני כיון דלא ידעה שהוא חמץ ובמתני' לא חשיב אלא במה שמקדשה באיסורי הנאה והיא לא ידעה שהוא מאיסורי הנאה ומקפדת שתהי' נהנית כדרך הנהנין. ומה"ט ניחא נמי דלא תני פגול ונותר וטמא כיון דקונה הקדש מעל ואמרינן בנדרים דף ל"ה באומר ככרי עליך למעול מקבל איסור' לא ניחא לי' דליקני ע"ש בר"ן שכתב דאע"ג דמעילה בשוגג הכא כיון דלא עשה כלום רק במה שמקבל א"כ איסורא לא ניחא לי' דליקני ובפגול ונותר וטמא כיון דאית בהו מעילה א"כ איסורא לא ניחא לה דליקני ואע"ג דכבר מעל המקדש במה שנתנו לקידושין ליד האשה גבי קדושת הגוף כמו פגול ונותר יש מועל אחר מועל ודו"ק ובריטב"א ס"פ האיש מקדש ז"ל ומורי נרו תירץ דאפי' יש באפרן שו"פ כיון דהשתא לית בהו דין ממון אינה מקודשת דכי שריף להו לבערינהו לאו דידי' נינהו וכל הקודם זכה באפרן עכ"ל. ומשמע מדברי הריטב"א דאיסור הנאה לית לי' בעלים כלל ומש"ה כל הקודם זכה באפרן אבל מדברי הרמב"ם משמע דאיסור הנאה אית לי' בעלים שכתב בפ"ג מה"ל חמץ ומצה קנה חמץ בפסח לוקה משום בל יראה ע"ש ומזה נראה דאיסורי הנאה אית לי' בעלים ואע"ג דאמרו שלשה דברים אינו ברשותו ועשאן הכתוב כאלו הן ברשותו וחד מנהון חמץ בפסח ע"ש היינו היכא דכבר הי' שלו ולא בטלו קודם פסח עשאן הכתוב כאלו הוא ברשותו אבל זה שקנה חמץ בפסח אי לאו דאיכא זכי' באיסורי הנאה ואית לי' בעלים א"כ מה קנה וכ"כ הריב"ש בסימן ת"א דמהני זכי' באיסורי הנאה והביא ראי' מהא דאמרו בע"ז של נכרי מכי אגבי' ישראל ה"ל ע"ז דישראל ולית לי' ביטול. והא דאמרו פ"ק דפסחי' ונבטלי' בשית ומשני כדרב גידל אמר רב המקדש בחמץ משש שעות ולמעלה אין חוששין לקידושין ע"ש ומשמע דאינו ברשותו לבטלו ומשום דאיסור הנאה לית לי' בעלים כבר כתבנו בזה בקצה"ח סימן ח"ה ס"ק ב' דאיסו' הנאה יש להן בעלי' ואית לי' זכי' בי' אלא כיון דארי' הוא דרבי' עלי' מחמ' איסו' הנאה דעלה ה"ל דבר שאינו ברשותו וכל דבר שאינו ברשותו אע"ג דיש לו בעלי'

הוא אינו יכול להקדישו וכמו גזל ולא נתייאשו בעלים וכמו כן אינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו וכמ"ש בקצה"ח סימן רי"א ע"ש וכן משמע מלשון רש"י ב"ק דף מ"ה שם בהא דתני שיר הנסקל משנגמר דינו מכרו אינו מכור הקדישו אינו מוקדש וכתב רש"י שם הקדישו אינו מוקדש דלאו ברשותי' דמרי' קאי לאקדושי. אמנם כיון דאיסורי הנאה מיקרי דבר שאינו ברשותו ומכרו אינו מכור א"כ לא מצי להקנותו לאשה כל זמן שהוא בעין דדבר שאינו ברשותו הוא ואח"כ כשנעשה אפר לא זכתה האשה וה"ל של המקדש אלא דמלשון הריטב"א שכתב כל הקודם זכה באפרן משמע דלית לי' בעלי' כלל וכן משמע מדברי הרשב"א סימן תר"ב דאיסורי הנאה לית לי' בעלי' ע"ש ובתו' בע"ז ר"פ השוכר ז"ל בדמיהן מקודשת משמע הא בגוף הערלה אסור לקדש וטעמא משום דלית בי' שו"פ וקשה בגופה נמי איכ' שו"פ שלא כדרך הנאתן או באפר כדתנן כל הנשרפין אפרן מותר וי"ל כיון שכל זמן שהוא בעין אסור למוכרו כמו כן אסור לקדש בו אשה דהוי כמו מכירה חשובה ויש בו הנאה כשמקדש את האשה דגמרינן קיחה קיחה משדה עפרון שראוי לקנות בו חפץ או שאר הנאות עכ"ל ודברי התוס' תמוהין דמה בכך דאסור למוכרן ודאי לכתחלה אסור מן התורה אבל בדיעבד למה לא יהי' קידושין וכל מה דאמר רחמנא לא תעבוד סובר אבייי אי עביד מהני ועוד דתוס' לא הזכירו בדבריהם לומר דטעמא משום אי עביד לא מהני היכא דאמר רחמנא לא תעבוד וכבר כתב במשנה למלך פ"ה מאישות ז"ל ועיין במ"ש תוס' ר"פ השוכר דף ס"ב ד"ה בדמיהן מקודשת שכל דבריהם מתחלתם ועד סופם נעלמו ממני ולא ידעתי כוונתם עכ"ל. והנראה לענ"ד בכוונת דברי תוס' לפי מ"ש הר"ן ר"פ השוכר בפירוש הירושלמי ס"פ האיש מקדש מכרן וקידש בדמיהן מקודשת ר' חגי בשם ר' זעירא בשאין דמיהן אמר ר' חנינא זאת אומרת שמקדשין בגזילה דהכוונה היא דלפיכך מקודשת לפי שאין דמים זה של ערלה וכלאי הכרם שאלו הי' כך אף דמים הללו היו אסורין למוכר דמכל מקו' מינייהו מתהני שמכרן בדמים ומה לי הן מה לי דמיהן אלא מש"ה מקודשת לפי שאין דמים זה דמיהן של ערלה וכלאי הכרם דכיון שהן אסורין בהנאה אינו שוה ממון ומעות הללו מתנ' הם בידן ולפיכך מותרין דדוקא בע"ז הוא שחידש הכתוב שאעפ"י שאין להם דמים שיהי' חליפין נתפסין באיסור אבל בשאר איסורי הנאה לא ולפיכך מקודשת עכ"ל ועיין רפ"ק דחולין בר"ן כתב נמי דברים אלו בקיצור ע"ש ובמשנה למלך פ"ה מאישות כתב עלה דהר"ן דאפי' מכרן לנכרי דרשאי הנכרי ליהנות בהם אפ"ה חליפי איסורי הנאה נינהו הדמים כיון שהתורה אמרה ולא יחליפם ואסרה כל הנאות נמצא שדבר זה אין לו דמים ואם לקח בעדו דמים אינו אלא גזל או מתנה בידו וכן מתבאר מדברי הר"ן רפ"ק דחולין

שכתב שכיון שלא הי' לו רשות להחליפן ואיסורי הנא' הן דמיהן וחליפיהן אינו אלא בגזל ביד המוכר עכ"ל: וכיון דנתבאר דחליפי איסורי הנאה אינו דמיהן כלל ואפי' מכרן לעכו"ם אינו דמיהן כיון שהתורה אמרה שלא ימכור ושלא יהנה בהם א"כ ניחא דמה"ט אינה מקודשת במקדש באיסורי הנאה כיון דחליפין שביד המוכר אינו אלא גזל או מתנה וא"כ במה מקדשה ואין איסורי הנאה תופסין האשה כמו שאין תופסין דמיהן. ולפי מ"ש הסמ"ע בסימן ק"צ דכסף דקונה היינו דוקא משיוי המקח ואם נותן כסף לקנין לא מהני דבשדה עפרון נמי הכסף משיוי השדה הוא ע"ש ועמ"ש בסימן כ"ט ס"ק ב' דגבי קידושי אשה נמי כסף קידושין הוא דמי שיוי הקידושין ע"ש וכיון דחליפי איסורי הנאה אינו ביד מוכר אלא כמו גזל או מתנה והיינו ע"י משיכת המוכר אבל האשה דקנינה ע"י כסף ואיסורי הנאה אינו תופס דמיו וכמו כן אינו תופס לקידושי האשה וא"כ אע"ג דיכולה ליהנות מאפרן או שלא כדרך הנאתן לא עדיף מחליפין עם הנכרי דרשאי ליהנות בהם אפ"ה כיון שאין רשות למוכרן אינו דמיהן וכל זמן שהוא בעין אין לו רשות למוכרן ומש"ה אפי' נימא כל מה דאמר רחמנא לא תעבוד אי עביד מהני אין זה ענין לכאן דכאן כיון שאין לו רשות למוכרן אינו דמיהן וא"כ אינו יכול לקנות בעד איסורי הנאה שדה כיון שאין זה דמיהן ואין השדה נקנה למוכר בעד איסורי הנאה אא"כ החזיק בשדה דאז יזכה בתורת מתנה או בתורת גזל אבל בתורת כסף אינו נקנה כיון שאינו דמיהן אלא שלא תאמר דאע"ג דאין לו רשות למוכרן ומש"ה אם מכרן אינו דמיהן אפשר דקידושי אשה כיון דמצו' נינהו ולאו ליהנות ניתנו א"כ רשאי לקדש וכיון דרשאי לקד' ה"ל דמיהן ותפסי קידושין או כיון דבקידושי אשה לא שקיל מידי וכמ"ש בחידושי הרשב"א כה"ג פ"ק דקידושין דף ו' דאמרו שם דה"ל הערמת ריבית וכתב שם בטעמא דלא הוי ריבית קצוצה דלא שקיל מידי שהאשה אין גופי' קנוי' לבעל ע"ש וא"כ נימא דאע"ג דאין לו רשות למוכרן דשקיל מידי אבל לקדש בו את האשה דלא שקיל מידי רשאי לזה כתב תוס' דהוי כמו מכיר' חשוב' כו' דגמרי' קיחה קיחה משד' עפרון וכיון שאינו רשאי לקנו' בו חפץ ואם קנה שדה אינו נקנ' בתור' כסף לפי שאין דמיהן וכל שאינו ראוי לקנין שדה אינו ראוי לקידושי אשה דגמרי' קיח' קיח' משד' עפרון ודוק: אלא שתחלת דברי תו' נראין תמוהין במה שהקשו על קידש בדמיהן מקודשת ומשמע הא בגוף הערלה כו' דהא בהדיא תנן המקדש בערלה כו' אינה מקודשת ולמה זה הקשו מדיוקא: ואפשר דאלו מגופה דמתני' דהמקדש בערלה לא תיקשי דהא מותר ליהנות שלא כדרך הנאתן דאפשר דמיירי בדלא ידעה וכמ"ש תו' ס"פ ב' דקידושין והוי קידושי טעות אלא דקידש בדמיהן מקודשת ע"כ מיירי בדידעה דאל"כ מצית למימר האשה לא ניחא דלתעבד איסורא על

ידי כיון הדמים אסורין למחליף אלא דבקידושי אשה לא אסרו בדיעבד להשהות עמה בלי קידושין אחרים לשטת רש"י ואפשר דתו' אזלי נמי לשטת רש"י וא"כ מצית למימר לא ניחא לי' דלתעבד איסורא על ידי וכעין זה כתב ב"ש בס"ק ג' ואע"ג דלדינא קי"ל דלא כר' מאיר ובהקדש בשוגג מקודשת מכל מקום תיקשי משנתינו דמקדש בערלה דמוקי פ' האיש מקדש דף נ"ז כר' מאיר ע"ש ולר' מאיר ס"ל דלא ניחא לה דלתעבד איסורא על ידה וא"כ ע"כ קידש בדמיהן מיירי בדידעה וא"כ משמע דהא בגוף הערלה אפי' בדידעה אינה מקודשת ומש"ה הקשו דאמאי הא מותר ליהנות שלא כדרך הנאתו וכו': ולפי מ"ש בביאור דברי תו' פ' השוכר א"כ ממילא יתבאר הדין בחולה שראוי להנות נמי אינה מקודשת כיון דאין לו רשות למוכרן אין זה כסף קידושין דיתפוס קידושי האשה לפי שאין דמיהן דהא אפי' מכרן לנכרי שרשאי להנות הנכרי בהם נמי אין דמיהן ומש"ה סתם בש"ע דבאיסורי הנאה אינה מקודשת ומשמע אפי' ידעה ואפי' יש באפרן שו"פ ואפי' היא חולה שראוי' ליהנות וטעמא דכולהו משום שאין דמיהן וכמ"ש ודו"ק היטב:

ס"ק נז

אינה מקודשת כתב רי"ו נתיב כ"ב ח"ב ז"ל יש מן הגדולים שכתבו דהמקדש בערלה ובכלאי הכרם אפי' בחוץ לארץ מדרבנן אינה מקודש' ויש שכתבו דמקודשת וכן בכל איסור הנאה דרבנן וכן עיקר עכ"ל: ותימה במ"ש ערלה וכלאי הכרם בחוץ לארץ מדרבנן דהא קי"ל ערלה הלכה למשה מסיני בחוץ לארץ א"כ ה"ל דאורייתא ממש ואפשר דס"ל כשמואל פ"ק דקידושין דף ל"ח דערלה בח"ל מהלכות מדינה אלא דהרי"ף והרא"ש פסקו כר' יוחנן דה"ל הלכה למשה מסיני וצ"ע, אמנם היכא דלא ידעה דלפי מ"ש תו' ס"פ האיש מקדש מיירי בדלא ידעה יש להסתפק דכיון דלדידה דלא ידעה הוי היתר גמור וכמ"ש הר"ן ס"פ האיש מקדש בהא דאמרו ערלה בח"ל הלכה ודאן אסור וספיקן מותר וכתב עלה ז"ל ויש מי שהוכיחו מזה דכל הספיקות מן התורה אסור דאל"כ למה לי הלכה דספיקן מותר ואינו הוכחה דבכולהו ספקא אע"ג דמן התורה מותר אבל מי שיודע האיסור אסור ליתן לחבירו שאינו יודע דעובר בלפני עור ובערלה בח"ל הל"מ דספיקו מותר ומותר לספיקו אהדדי וע"ש וכיון דמותר לספוקי לכתחלה לא הוי קידושיו טעות ואפש' דאפי' נודע לה אח"כ לא הוי קידושי טעות דבשלמא גבי ספק טריפה כיון דבשעת ספיקו נמי איסור הוא ה"ל מקח טעות אבל ערלה דבעידן ספיקא כשלא נודע לה הוי לדידה היתר גמור אח"כ כשנתודע לה ה"ל כנאבד או נשרף אח"כ וצ"ע. מיהו בלא נודע ואכלה מקודשת כיון דלדידה הוי היתר גמור אלא דלפי מ"ש בס"ק נ"ו בשם

הרדב"ז דאזלינן בתר נותן א"כ אפי' בדלא ידעה ואכלה נמי אינה מקודש' וצ"ע ועמ"ש בקונטרי' ש"ש ש"א פ"ב:

ס"ק נח

והפקירו ממונו. ונרשם מוצא הדין מוהרי"ק שורש פ"ד. והמעיין במוהרי"ק יראה דלא מיירי מזה ע"ש דמיירי מתקנה שהתנו שלא לקדש בפחות מעשרה ובחרם ר"ג שלא ישא שתי נשים אם עבר וקידש מקודשת ולא חמירא מחייבי לאוין דקידושין תופסין ע"ש אבל מתקנה להפקיר ממונא מיירי שם אלא דלדינא כבר כתב הריב"ש סימן שצ"ט להוכיח בראיות שיש כח ביד הקהל לתקן ולהפקיע הקידושין ואעפ"י כן סיים לדינא ז"ל אבל למעשה הייתי חוכך להחמיר ולא הייתי סומך על דעתי זה לחומר הענין אם לא בהסכמת כל חכמי הגלילות כי היכי דנמטי' שיבא מכשורא עכ"ל. ובשו"ת רשב"ץ ח"ב סימן ה' כתב דלחומר הערות יש לחוש שמא בעינן בי דינא דאלימי כרב אמי ורב אסי בהפקר ב"ד ע"ש ומוהרי"ט חלק אה"ע סימן ל"ט ז"ל ולא זו בלבד אלא אפי' בהפקעה מפורשת שתקנו הציבור וגדולי הדור להפקיע כל קידושין שנעשו שלא בעשרה אעפ"י שיש כח בידם לעשות כן וכמ"ש הרשב"א ז"ל וכמ"ש הרב מוהר"י בי רב ז"ל בשם הרב מוהר"ר דוראן אעפ"כ הרב ר' שלמה בחיבורו כתב בתקנת הפקעת קידושין לא נעשה בה מעשה לעולם וכבר נשאל לראשונים ולא סמכו לעשות בה מעשה וכ"כ אא"ז ז"ל בתשובה הרי שאפילו בהפקע' גמור' ובהפק' ב"ד לא סמכו לעשו' על אחת כמה וכמ' בחר' סתם שלא לקד' עכ"ל וא"כ דברי הרמ"א נכונים דיש להחמיר למעשה והוא מדברי הריב"ש הנזכר ובתקנה בחרם על העדים שיהיו אצל הקידושין אם נפסלו העדי' ויהי' כמקדש בלא עדים מבואר בקצה"ח בזה בסימן נ"ב סק"א ע"ש:

ס"ק נט

אבל אם קידש' בשטר כתב בח"מ ז"ל המעיין ברשב"א בגוף התשוב' סימן תר"ג יראה דבתחלת דבריו כתב דמקודשת דמדמה לה לגט מכל מקום בסוף דבריו אסיק עפ"י הירושל' דאף בגט יש לחלק בין איסור הנאה מדברי תורה לאיסור הנאה דרבנן ואף דאפשר דגמרא דידן פליגא אירושלמי בגט מכל מקום בקידושין לא אשכחן דפליג וכו' ודבר הנאסר על ידי קונם כדבר האסור בהנאה דבר תורה ע"ש: ולולי דברי הרשב"א נראה לענ"ד דאפי' לשטת ירושלמי דמחלק בין איסור הנאה דבר תורה ופסול בגט היינו דבר האסור בהנאה גם למגרש ומשום דבעינן וכתב ונתן שיהי' הנתינה מדידי' ואיסור הנאה לאו דידי' וכמ"ש הרשב"א סימן תר"ב אבל איסור הנאה שאינו אלא לאשה כיון דקבלת הגט אין בו משום זכי' דהא מגרשה בע"כ ואינה רוצה לזכות בגט ואין צריך אלא נתינה לידה וא"כ מה בכך שאסור בהנאה לאשה מחמת הקונם ועמ"ש בקצה"ח סימן

ר' סק"א. ולפ"ז ה"ה בקידושי אשה דאתקש לגירושין משום דכתוב ויצאה והיתה א"כ גם בשטר קידושין אין צריך זכי' רק נתינה לידה ועמ"ש בסימן ל"ז ס"ק:

ס"ק ס

וקידש בדמיהן מקודשת ודעת רש"י פ"ד דע"ז דהדמים אסורין למחליף ע"ש ובמשנה למלך פ"ה מאישות כתב דלשטת רש"י ודאי לכתחלה אסור לקדש בדמיהן וכדאי' בנדרים פ' השותפין הני מילי לכתחלה אבל בדיעבד שפיר דמי אלא היכא דעבר וקידש דהי' ראוי לומר שיחזור ויקדשנה כי היכא דלא להתהני' מקידושין ע"י הדמים דאסורין למחליף בזה הוא דמחלק רש"י בין קידושי אשה לשאר הנאות וכמ"ש תוס' ספ"ב דקידושין או משום דלא אסרו ליקח בעד הדמים אלא פירות וכלים שהוא הנאה הניכרת אבל הנאת אשה אינו ניכר או משום מצות פ"ו ע"ש. וראיתי שכתב עלה הרב המגיה ז"ל מכאן מוכח דס"ל להרב המחבר דהא דאמרינן מצות לאו ליהנו' נתנו היינו דוקא בדיעבד אבל לכתחלה מיהא אסור וכן דעת מוהר"מ די בוטין בתשובה אבל הרב כנה"ג בי"ד סימן כ"ח חולק בזה ואי קשי' לך על מה שצידד הרב המחבר לעיל דאפשר דטעמ' דאינה מקודשת לפי שאסור ליהנות כו' דהא מצוה קא עביד ולאו ליהנות ניתנו ועיין תשובת הר"ן סימן כ"ד דקידושי אשה צד מצוה יש בהם אע"ג דאיהי לא מפקדה אפ"ו כו' ותו קשה דבפ' המביא תניין דף כ' אמרינן כתבו על איסורי הנאה כשר ואם כדברי הרב המחבר כי היכא דמקדש באיסורי הנאה אינה מקודשת לפי שאסור ליהנות ה"נ ה"ל למימר דאם כתב הגט על איסורי הנא' דאינה מגורשת שכן נהנ' גם התו' כתבו שם ד"ה בכתיבת קעקע ז"ל ואפי' הוי הכא איסור דאורייתא מכל מקום הוי גט כדאמרינן לעיל כתבו על איסורי הנאה כשר אע"ג דאסור לכתוב דמתהני באיסורי הנאה עכ"ל כו' גם בתו' ע"ז דף ס"ב ד"ה בדמיהן מבואר דטעמא דמקדש באיסורי הנאה אינה מקודשת לאו משום דאסור מן התורה ליהנות בהם עכ"ל והנה מ"ש בתשובת הר"ן דקידושי אשה חשיב צד מצוה שם מבואר דודאי מצד הבעל הוא מצוה ממש אלא דאשה כיון דלא מפקדא אפרי' ורבי' אפ"ה צד מצוה איכא במה שמקיים הבעל על ידה פ"ו לכן העלה שם הר"ן באשה שנדרה ע"ד רבים שלא לקבל קידושין דיש לה היתר משום צד מצוה אבל להמקדש ודאי מצוה רבה היא. אלא דאפי' נימא דקידושי אשה מצו' אפ"ה אסור לכתחלה לקדש באיסורי הנאה דכל דמתהני גופו בהדי מצותו אסור וכמ"ש הר"ן בנדרים דף ט"ו ז"ל וא"ת וכי אמר הנאת תשמישך עלי אמאי מתסר הא מצות לאו ליהנות נתנו י"ל דכי אמרינן מצות לאו ליהנות נתנו הני מילי שאין קיום המצוה חשיב הנאה אבל מכל מקום כי מתהני גופי' בהדי דקי' מצותו הנאה מיקרי ומש"ה אמרינן בפ' ראוהו ב"ד

דף כ"ח הנודר מן המעיין טובל בו בימות הגשמים אבל לא בימות החמה עכ"ל וה"נ קידושי אשה הוי הנאת גופו בהדי מצותו אמנם בחידושי הרשב"א פ"ק דסוכה דף ל"א בהא דאמר רבא מצות לאו ליהנו' נתנו ז"ל ואע"ג דמתהני בעשיית המצו' שמקבל שכר בעה"ז ובעה"ב לא חשיב איסור באיסורי הנאה אלא כשנהנה בגופו של איסור אבל כל שאינו נהנה מגופו אלא שגורם לו הנאה וריוח ממקום אחר אינו הנאה מן האיסור וכדרך שאמרו במודר הנאה ממעיין שטובל בו בימות הגשמי' שאינו נהנה בגוף המים ואעפ"י שגורמת לו טבילה זה לעלות מטומא' לטהרה ומכשירתו לכמה דברי' לית לן בה וכן הא דאמר רבא חלצה בסנדל של ע"א דאם חלצה חליצתה כשיר' דמצות לאו ליהנות נתנו ואע"ג דמרווחא טובא בהאי חליצה לא חשיבא הנאה באיסור עכ"ל. וא"כ קידושי אשה לא גרע מחליצה דאע"ג דמרווח טובא בקידושי אשה אין זה חשיב הנא' באיסור וכמו כן פ"ג דעירובין דף ל"א גבי עירוב בבי' הקברות כו' דכ"ע מצות לאו ליהנות נתנו והכא בהא קמפלגי מ"ס אין מערבין אלא לדבר מצוה וע"ש דמערבין לדבר מצוה היינו ללכת אל בית המשתה וא"כ אית לי' הנאת גופו ואפ"ה לאו ליהנות נתנו דהריוח בא לו אח"כ. אך קשה בהא דאמרו שם מערבין אפי' לדבר הרשות ואסור להניח בבית הקברו' ואמאי דהא אכתי גוף העירוב מצו' היא וכמו נודר מן המעיין דטובל בימות הגשמי' ואעפ"י שטבילתו מכשירתו לכמה דברים וגם טבילה בזמנ' אינו מצוה ואפ"ה כיון שאינו נהנה מגופו של איסור הנאה מותר וא"כ מ"ש בעירוב דאסו' באיסורי הנאה למ"ד מערבין לדבר הרשו' וכן בשוחט בסכין של עכו"ם דאסור הבהמה במסוכנת וכמבואר פ"ק דחולין דף ח' ומ"ש מטבילה באיסורי הנאה דג"כ באה לו הנאה אח"כ וכמ"ש הרשב"א ואע"ג שטבילה בזמנה מצוה וצ"ע, ומדברי הרשב"א בחידושיו בנדרים מבואר דס"ל דמצו' לאו ליהנות נתנו דאפי' היכא דמתהני גופו בהדי מצוה נמי שרי ע"ש דף ט"ו גבי הנאת תשמישך עלי שהקשה דהא מצות לאו ליהנות נתנו ותירץ משום דזה המצוה אינו אלא משום דידה דמשעבדא לה ע"ש ומבואר דמצוה דידי' אפי' כי מתהני נמי גופו בהדי מצוה מותר דהא גבי הנאת תשמישך עלי איכא הנאת גופו בהדי מצוה וכמ"ש הר"ן. אולם מ"ש הרב המגיה דבתוס' ר"פ השוכר ד"ה בדמיהן מבואר לאו משום דלית בי' שו"פ אלא משום דאסור מן התורה ליהנות ע"ש. כבר כתבנו בס"ק נ"ו דמשום דאסור מן התורה לא פקעי קידושין דנהי דעבד איסורא אבל בדיעבד ודאי מהני וביאור דברי תו' שם מבואר באורך ושם יבואר. דאע"ג דקידושי אשה מצוה ולאו ליהנות נתנו כיון דיליף קיחה קיחה משדה עפרון כל כסף שאינו ראוי לקנות שדה אינו ראוי לקנין קידושי אשה ומכ"ש שם בכוונת תוס'. וראוי להתבונן בדברי הרשב"א בחידושיו לסוכה שכתב

בהא דאמר רבא מצות לאו ליהנו' ז"ל ואע"ג דמתהני בעשיי' מצוה שמקבל שכר בעה"ז ובעה"ב כו' כל שאינו נהנה מגופו אלא שגורם לו הנאה וריוח ממקום אחר אינו הנאה מן האיסור כו' ואע"ג דמרווחא טובא בהאי חליצה לא חשיבא הנאה באיסור ונראה סותר למ"ש הרשב"א בחידושיו לנדרים גבי הנאת תשמישך עלי דמשמע דאפי' איכא הנאת גופו בהדי מצותו נמי מותר וראיתי בשער המלך שהקשה לדעת הרשב"א דס"ל דאפי' הנאת גופו בהדי מצוה שרי א"כ נודר מן המעיין בימות החמה דאסור אמאי אסור כיון דמותר ליהנות בהדי מצוה וע"ש שכתב בשם ס' הרוקח שכתב בשם המאירי ז"ל ומיהו יש פי' אחר במצו' לאו ליהנות נתנו שאעפ"י שבשעת קיום המצוה איכא הנאת הגוף אין בכך כלום ובלבד שלא יהנה אחר עשיית המצוה כגון הנודר מן המעיין דאסור לטבול בו בימות החמה מפני שאחר שנטהר נהנה אחר עשיית המצו' ולפ"ז מותר לסכך באיסורי הנא' מחודשים עכ"ל ע"ש. ולפ"ז ניחא דהוצרך הרשב"א ליישב דלא תיקשי במה שיש לו שכר בעה"ז ובעה"ב דנהי דמותר הנאת גופו בהדי מצוה אבל אח"כ אין לו ליהנות וכמו בנודר מן המעיין בימות החמה. אלא דאי נימא דס"ל להרשב"א כדברי המאירי א"כ אכתי תיקשי נודר מן המעיין בימות החמה אמאי אסור דהא מותר ליהנות בהדי מצוה והנאה דאח"כ אינו אלא גורם וכמו בחליצה. ואפשר דגבי נודר מן המעיין דאיכא הנא' גופו בהדי מצוה ונמשך זו הנא' גם אח"כ אין זה גורם אבל גבי חליצה דבשעת מצוה ליכא הנאה כלל אלא שגורם לו המצוה הנאה אח"כ אינו אלא גורם ואכתי צ"ע. והנה ז"ל הרשב"א בחידושיו לנדרים דף ט"ו וז"ל ומיהו אכתי קשיא לי אפי' לאוקמתא דאקמינא באומר הנאת תשמישך עלי דהא מצווה הוא במצות עונה ומצות לאו ליהנות נתנו כו' וי"ל דמצוה אינו אלא מחמתה ולא מחמתו ומשום דאשתעבד לה וכיון דאמר הנאת תשמישך עלי ומחמת נדרו פקע שעבודה מיני' אין כאן מצוה המחייבתו ועדיין קשיא לי הא איכא מצות פריה ורבי' דרמי' עלי' וי"ל דאינו מחויב להקים זרע חזו דהא אפשר באשה אחריתי עכ"ל, ובשער המלך פ"א משופר הקשה מהא דאמרינן דמודר הנאה מחבירו מותר לתקוע לו תקיעה של מצוה אע"ג דאפשר לו לשמוע מאיש אחר ואפ"ה שרינן מטעמא דמצות לאו ליהנות ניתנו וכתב דטעמא משו' דאין דעת הנודר לדבר מצוה ולאו משו' דמצוה לאו ליהנו' ניתנו ע"ש. וקשה דהא בכמה דוכתי בש"ס משמע דאמרו טעמא דמצות לאו ליהנו' ניתנו ואע"ג דאפשר באח' בהא דאמרו מכסין בעפר עיר הנדחת משום דמצות לאו ליהנות ניתנו או בלולב של איסור הנאה או בהא דאמרו מערבין בבית הקברות משום דמצות לאו ליהנות ניתנו אע"ג דאפשר שלא ע"י איסור הנאה או בחליצת סנדל של ע"א וכיוצא טובא דאפשר באחר. ולכן נראה לענ"ד

דודאי היכא דליכא הנאת גופו בהדי מצוה ודאי נפיק בי' מצותו אע"ג דאפשר ע"י אחר כיון דמצות לאו ליהנות ניתנו וא"כ כיון שאין בו משום איסור הנאה ודאי מותר ואפי' לכתחלה כיון שאין לו שום הנאה רק הנאת מצוה ומצות לאו ליהנות ניתנו אלא היכא דאיכא הנאת גופו בהדי כמו בהאי דתשמישי עליך ואגב מצותו אנו מתירין הנאת גופו ובזה כיון דאפשר לעשות המצוה באחר ודאי אסור הנאת גופו ומש"ה משום מצות פ"ו אינו מותר בהנאת גופו אגב מצותו כיון דאפשר לעשות מצוה באחרת. ובר"פ כל שעה ולא יסיק בו תנור וכירים פשיט' סד"א הואיל ואין ביעור חמץ אלא שריפה סד"א ליתהני בהדי מצוה קמ"ל דלא והיינו משו' דאפשר לקיים מצותו ושלא יהנה בו להכי אסור וכמו כן היכא דאפשר שלא יהנה הנאת גופו ולעשות מצותו באחר אסור לו ליהנות הנאת גופו אבל כל הני דבש"ס דאין לו הנאת גופו רק מה שמקיים מצותו וזה אינו הנאה כלל דמצות לאו ליהנות ניתנו א"כ אפי' דאפשר באחר נמי שרי כיון דמצוה לאו הנאה הוא וזה נכון. ויתיישב בזה מה שהקשה בשער המלך לדעת הרשב"א הא דאמרו בר"ה דף כ"ח במודר הנאה מחבירו דמזה עליו בימות הגשמים אבל לא בימו' החמה ונודר מן המעיין טובל בימות הגשמי' אבל לא בימות החמה וכיון דשרי הנאת גופו בהדי מצותו אמאי אסור בימות החמה. ולפי מ"ש ניחא דמודר הנאה אינו מזה בימות החמה דאפשר הזאה ע"י אחר ובימות הגשמים

דליכא הנאת גופו רק הנאת מצות הזאה ומצות לאו ליהנות ניתנו וכן בנודר מן המעיין כיון דאפשר במי מערה מש"ה אסור הנאת גופו בימות החמה ודו"ק ולפי"ז בהאי דמאורי במסכך באיסורי הנאה נראה דאסור אפי' לדעת הרשב"א דמתיר הנאת גופו בהדי מצוה כיון דאפשר בסכך היתר. ובפ' אלו הן הלוקין דף ט"ז אלא אונס בטלו ולא בטלו היכא משכחת לה כו' כגון שהדירה ברבים וכתבו תו' שם ד"ה כגון שהדירה ז"ל פי' קו' שמצא לה עון שאסורה לו והדירה ולא נראה דא"כ אינו מצוה לקיימה אלא נראה שהדירה בלא שום עון ושפיר חל עליו כגון דאמר קונם תשמישך עלי כדאי' בנדרים עכ"ל. ולפי מ"ש הרשב"א דבקונם תשמישך הי' מותר הנאת גופו ומשום דלאו ליהנות ניתנו אלא משום דאינו מצוה מחמתו אלא מחמתה ומשום דאשתעבד לה וגבי אונס דכתיב ולו תהי' לאשה משמע דהוא מצוה דילי' ממש וכדפריך בפ' אלו נערות באשה שאינה ראוי' לקיימה וליתי' עשה ולו תהי' לאשה ולדחי ל"ת ע"ש ומשמע דהוא מצות עשה דילי' ולאו משום שעבודה. ואפשר דמשום שעבודא דידה ה"ל נמי מצוה דידי' לפרוע שעבודה אלא באומר קונם תשמישך עלי דפקע שעבודה א"כ אין צריך לפרוע שעבודה אבל בפרק אלו נערות דעדיין שעבודה עליו א"כ מחמתה יש לו מצוה ולו תהי' לאשה, אלא שלבי מהסס

בזה לומר מצות ולו תהי' לאשה יהי' מחמת שעבודה כיון דעדיין לא כנסה נראה דאינו אלא משום מצוה דידי' ולו תהי' לאשה וצ"ע. ובדבריו צריך להתבונן במ"ש כגון דאמר תשמישך עלי דלכאורה נראה אפי' באומר קונם תשמישי עליך נמי חייל כיון דנדר חייל בדבר מצוה ואפי' נימא דולו תהי' לאשה הוא מחמ' שעבודא הא קונם מפקיע מידי שעבוד אלא דאלמוהו רבנן לשעבודא דבעל ולשעבודא דאשה אבל זה שעדיין לא כנסה לא שייך אלמוה רבנן לשעבודא דאשה דאפי' לשעבודא דבע"ח לא אלמוה רק לשעבודא דאש' ואולי דס"ל לתו' דלאו לשעבוד' דאשה אלא ה"ה לשעבודא דבע"ח וכמ"ש תו' פ' אעפ"י דף נ"ט ד"ה קונמת קאמרת ע"ש אמנם כבר כתבנו דלבי מגמגם בזה לומר דולו תהי' לאשה אינו אלא לשעבודא דנראה דהוא משום מצוה דידי' וצ"ע ועמ"ש בסימן ע"ב:

ס"ק סא

בדמיהן מקודשת ובשו"ת משאת בנימין סימן צ"ו שם ז"ל ואפי' לפי מה שעלה על דעת מכ"ת שהמקח טעות והוי חמצו של ישראל שעבר עליו הפסח אפ"ה המעות שנתן הנכרי בעד הי"ש מותרין בהנאה משום שהחפץ אינו תופס דמיו תוך הפסח וק"ו אחר הפסח וראי' מפ' הגוזל קמא דאמרינן גזל חמץ ועבר עליו הפסח ובא אחר ושרפו אחר הפסח חייב לשלם שאם הי' בעין הי' מחזירו גזלן לבעלים עכשיו שאינו בעין מחזיר דמים לבעלים משמע דחמץ אינו תופס את דמיו דאם הי' תופסין למה חייבין לשלם מאחר שהוא תופס את דמיו ומה מועיל לו התשלומין עכ"ל. ובשו"ת חות יאיר סימן מ"ח שם הובא תשובה מהגאון בעל עבודת הגרשוני הביא דברי מ"ב וכתב עלה ז"ל. אמנם תמה אני על ראי' שהביא מהא דאמר רבה גזל חמץ שהרי לא אמר רבה שחייב לשלם אלא אליבי' דר' שמעון דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי אבל לרבנן אינו משל' כלום ולר' שמעון הדמי' שמשלם לגזלן לאו משום חליפי חמץ הוא רק חליפי הדמים שגרם לו לשלם לנגזל הוא משלם לו עכ"ל. ולדעתי הקלושה דברי מ"ב נכונים לפי מה שמבואר בחידושי הרמב"ן בדיני דגרמי ע"ש שכתב דר' שמעון לית לי' דינא דגרמי דר' שמעון פליג שם על ר' מאיר במחיצת הכרם כו' ואע"ג דר' שמעון ס"ל דבר הגורם לממון כממון אפ"ה פוטר בהיזק גרמא דלא מחייב אלא בשור הנסקל ובשורף חמץ כיון דדבר הגורם לממון כממון הוי ככיס מלא מעות אבל בהיזק הנעשה ע"י גרמא מודה ר' שמעון דפטור וע"ש ועמ"ש בקצות החושן סימן ש"פו ס"ק א' דגם רבה דאמר בשורף חמץ באנו למחלוקת ר' שמעון ורבנן לית לי' דינא דגרמי ואינו חייב אלא לר' שמעון דס"ל דבר הגורם לממון כממון וה"ל ככיס מלא מעות ע"ש וא"כ במה שגרם לו לשלם לנגזל לא

מחייב כיון דר"ש לית לי' דינא דגרמי ואינו חייב אלא משום דגוף החמץ ה"ל ככיס מלא מעות וא"כ ה"ל חליפי חמץ ממש ומוכח דאינו תופס דמיו וראיית מ"ב נכונה ודו"ק:

ס"ק סב

ולא ידע הלוקח והוא מדברי הרא"ש דאם ידע הלוקח הוי המעות מתנה וכתב הב"ש ז"ל צ"ע מ"ש מהכיר בה שאינו שלו דקי"ל המעו' פקדון כמבואר בש"ס ובחשן משפט ולא מתנה אלא במקדש אחותו הוי מעות מתנה אבל אם נותן לאחר אין המעות מתנה ולמה ס"ל לרא"ש כאן דנתן במתנה עכ"ל. ולא קשה מידי דכבר כתב הריטב"א בחידושיו ז"ל ומשמע לן דמתני' דהכא כשהכיר בהן הלוקח וגמר ונתן לשום מתנה או על מנת שיוציא' לרב עכ"ל ומבואר דאפי' לרב דאינו לשום מתנה אבל פקדון נמי אינו אלא שחייב להחזיר ולשום הלואה נתנו שיוציאם וכיון דניתן להוצאה ולהלואה יכול לקדש בו את האשה. ומ"ש הרא"ש דאם ידע הלוקח הוי מתנה משום דלא נחית למחלוקת דרב ושמואל ועכ"פ אותן הדמים מתנה גם לרב אלא שהוא על מנת שיחזי' דמים אחרי' וא"כ לקידושין ודאי מהני אליבי' דכ"ע וכן מבואר להדי' באשר"י פ"ק דמציעא גבי הכיר בה שאינו שלו ע"ש שכתב דהוי פקדון ואם נאנס הדמים ביד המוכר חייב לשלם ומשום דיש לו רשות להוציאם והלואה הוא גבי' עכ"ל ע"ש וכיון דאותן הדמים דידי' הוא והלואה היא ודאי מקודש' באותן הדמים וז"ב:

ס"ק סג

ספק מקודשת ז"ל הב"ש עיין רא"ש ור"ן שכתבו אפי' לא ידע י"ל דהוי כהלוא' בידו כיון דדרך מקח וממכר בא לידו וכתב בב"ה דדברי טעם הם עכ"ל. ודבר זה כבר במחלוקת שנוי' בתו' ר"פ המוכר פירות גבי מקח טעות מה הוא אותן הדמים ביד המוכר אם דין פקדון וא"כ אי ליתנהו להני זוזי ביד המוכר אין צריך ליתן מעות אפי' איתו זוזי אלא כדין מזיק ודינו במיטב או דין בע"ח יש לו וצריך ליתן מעות היכא דאית לי' ע"ש והיינו נמי ספיקא דרא"ש ור"ן אם דינו כהלואה ולדינא כבר כתב הרמ"א להלכה בח"מ סימן רל"ב בפשיטות דכל היכא דהוי מקח טעות ה"ל בע"ח ע"ש וא"כ ה"נ אם לא ידע הלוקח ה"ל מעות הלואה:

ס"ק סד

בכור בזמן הזה והוא מדברי הרא"ש דמספקא לי' בקדשים קלים אם הוי ממון בעלים או ממון גבוה ועמ"ש בקצה"ח סימן ת"ו ס"ק א' באורך:

סימן כט

סעיף א

ס"ק א

על מנת שתחזירהו לי. פ"ק דקידושין דף ו' אמר רבא הילך מנה ע"מ שתחזירהו לי במכר לא קנה בקידושין אינה מקודשת כו' והא אמר רבא הילך אתרוג ע"מ שתחזירהו לי והחזירו יצא לא החזירו לא יצא כו' אלא בכולהו קני לבר מאשה דאינה מקודשת משום דדמיא לחליפין. וכתב ב"ח דאיירי בכפל התנאי דאל"כ התנאי בטל והמעשה קיים ועיין ב"ש שכתב ז"ל דבתו' שם בסוגיא אם נותן אתרוג ע"מ שתחזירהו אם לא החזיר לא יצא אפי' לא כפל התנאי ומשום דהוא אומדנא דמוכח ובס' ב"ה השיג על הב"ח והקשה עליו מתו' אלו ואין לומר דהתו' לא כתבו זאת אלא באתרוג משום דבאתרוג אומדנא דמוכח הוא דנתן לו על מנת להחזיר כי הוא נמי צריך האתרוג דהא לסברת התו' דלא איירי בכפל התנאי א"כ כל הסוגיא ע"כ איירי דלא כפל התנאי אפי' בקידושין ואפ"ה התנאי קיים עכ"ל וז"ל התו' שם ד"ה לא יצא וא"ת ואמאי לא יצא הא לא הוי תנאי כפול וי"ל דאיכא תנאי דלא בעי כפול כגון הכא שהי' דעתו לברך על האתרוג שלו עכ"ל ונראה כוונת תו' דבעלמא בנותן מתנה על מנת להחזי' כיון דרוצה ליתן מתנה כל שלא כפל התנאי אמרינן דנתן לו לגמרי כיון דלא כפל התנאי אבל גבי אתרוג שאין דעתו ליתן רק כדי שיברך על האתרוג שלו וסגי לה בע"מ להחזי' מש"ה הוי גילוי דעתו שאינו נותן מתנה חלוטה: ולפי"ז גם באינך באומר הילך מנה ע"מ שתחזירהו במכר ובאשה שייך נמי אומדנא זו כיון דאין דעתו ליתן המנה רק לקנות האשה או השדה וסגי לה בע"מ להחזיר אינו נותן יותר וא"כ לפי המסקנא דבאשה לא קנה במתנה ע"מ להחזיר תו ליכא אומדנא שלא נתן אלא לקידושין בע"מ להחזיר כיון דבקידושין לא מהני ע"מ להחזיר ויתיישבו דברי הב"ח. אך קשה לפי"ז בס"ד דבמתנה ע"מ להחזיר במכר לא קנה ובאשה אינה מקודשת ומקשה עלה למימרא דסבר רבא מתנה ע"מ להחזיר לא שמי' מתנה כו' והא אמר רבא כו' ותיקשי לפי ס"ד דבמכר לא קנה א"כ אמאי לא קנה הא לא כפל לתנאי דתו לא הוי אומדנא דלא רצה כלל ליתן משלו אלא בכדי לקנות הקרקע וסגי להי במתנה ע"מ להחזיר כיון

דבס"ד לא מהני מתנה ע"מ להחזיר במכר. ועיין ב"ש שכתב דלדעת הרא"ש דמפרש באתרוג דמיירי בתנאי כפול א"כ פשיטא דבקידושין נמי מיירי בתנאי כפול ושפיר כתב ב"ח כו' מיהו יש לומר אפי' לדעת הרא"ש לא אמרינן אם לא כפל התנאי המעש' קיים היינו הקידושין משום דהיא לא סמכה דעתה והיא סבורה דמחוייבת להחזיר לו ודמי

למעמ"ש או לקידש בחוב של אחר דאמרינן דלא סמכה דעתה כן ה"נ וכו' ע"ש. ואינו נרא' לומ' בזה לא סמכ' דעת' דהתם בחוב של אחר דדינא הוא דיכול למחול בזה הוא דלא סמכה דעתה כסבורה שבק דידי ומחיל לאחריני אבל היכא דמדינא שלה ולומר לא סמכה דעתה דלאו דינא גמירי ובמקום שקנתה סבורה שלא קנתה ודאי לא אמרינן ובפ' האיש מקדש דף מ"ח דמוקי פלוגתא דר' מאיר וחכמים בקידשה בשט"ח כגון דקידשה בשט"ח ולא אמר קני לך איהו ועל שעבודי' כו' מר אית לי' דרב פפא וכו' אבע"א מר אית לי' כרבי כו' ע"ש ונימא דלא סמכה דעתה ולאו דינא גמירי אי כרבי אלא ודאי כל שקנתה מדינא לא אמרינן לא סמכה דעתה וסבורה שלא קנתה וה"ה הכא כיון דלא כפל התנאי ומדינא שלה ודאי סמכה דעתה וזה פשוט. אמנם בעיקרא דהך מלתא כבר העליתי בזה דבר נכון בקצה"ח סימן רמ"א ס"ק ט' והוא דהיכ' דהתנה בדיני תנאי בני גד וב"ר הברירה בידו שלא יקיים התנאי ויתבטל המעשה והיכא דלא התנה בדיני התנאי וכגון דלא כפלי' מחייבין אותו לקיים תנאו דכיון דהמעשה קיים ולא יתבטל לעולם גם הוא מחויב בתנאי כמו שהתנה עבור המעשה וכיון דמתנה ע"מ להחזיר היינו מתנה חלוטה ע"מ להחזיר לו דהיינו שיחזור ויקנה אותו לו במתנה ובזה אפי' לא כפל לתנאו כיון דהמעשה קיים וזה שנותן אתרוג על מנת שיחזור ויתן לו אתרוג זה או אתרוג אחר מכי משך באתרוג מחויב הוא בפסיק' שפסק לו בעדו וכמ"ש בנימוקי יוסף פ' הזהב מי שמשך חפץ מחבירו והתנה ליתן לו כור חטים חדשים חייב ליתן לו כמה שפסק וע"ש וכן במנה ע"מ להחזיר ודאי מחויב להחזיר כמו שפסק בשעת משיכה ומש"ה לא קשיא להו תו' בריש המימרא דהילך מנה ע"מ שתחזירהו דהא לא כפל התנאי דלפי מ"ש אפי' לא כפל התנאי מחויב להחזיר כמו שפסק אלא בהא דאמר רבא לא החזירו לא יצא בזה הוא דקשיא להו דנהי דמחויב להחזיר מחמת תנאו שהתנה בשעת משיכה ה"ל גזל מכאן ולהבא אם אינו מחזיר ולא למפרע ומחמת התנאי הוא דהוי גזל למפרע ומש"ה קשיא להו לתו' דהא לא כפל ושם ראי' לדברינו אלה ביבמות דף ק"ט בת חמוהי דרב פפא נפלה לפני יבם שאינו הגון לה אתא לקמי' דאביי א"ל חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז לבתר דחלץ א"ל אביי זיל הב לי' וא"ל רב פפא ולימא לי' משטה אני בך מי לא תניא הרי שהי' בורח מבית האסורין וע"ש דמסיק אין תנאי בחליצה וכתב שם הרשב"א בחידושיו בתר דחליץ לה א"ל זיל הב לי' וז"ל ואיכא למידק היכי הוי מחייב לה אביי למיתן לי' ורב פפא למאי איצטריך לאתויי ראי' מבורח מבית האסורין והא הכא כיון דאתני לי' בלשון על מנת לא מחייב ולא מידי משום דכל האומר על מנת אין מחייבין אותו לקיים התנאי אלא אם רוצה לקיים יקיים ואם ירצה לא יקיים לפי שכבר

נתפרשה כפייתו אם יקיים התנאי יקיים המעשה ואם לא יתקיים התנאי לא יתקיים המעשה וכיון שכן ה"נ לימא לי' לא בעינא בחליצה ולא יהבינא והרי החליצה ממיל' קיימת והיא פטורה מליתן וי"ל כיון שאי אפשר לחליצה להתבטל הרי זה כשכירות ולפיכך אי הגון לה מחייבין אות' ליתן לי' מדין שכירות והיינו דאמרו בירושלמי אמר רב מנא אם אמר על מנת נותנת אלא מכיון דלא הגון לה ומצוה עליו מן התורה בחליצה ורמי עלי' למיחלץ האי כעין אנוסה היא ואיהו נמי לא פסיד מידי דהא לא חזי לה מינה מידי עכ"ל וכבר קדמו הרמב"ן בחידושיו בזה וכ"כ הרא"ש שם ע"ש ומבואר לנו מזה דהיכא דאינו כדיני תנאי כמו התם בחליצה משום שאינו ע"י שליח אבל מחויב הוא על כל פני' לקיי' תנאו כמו שהתנ' וע"ש שהארכנו בזה והוא ברור ודו"ק וע"ש ס"ק י"ד:

ס"ק ב

אינה מקודשת קידושין דף ו' בכולהו קני לבר מאשה משום דדמיא לחליפין וכתבו תו' והרא"ש דמדינא מקודשת דהא קי"ל מתנה ע"מ להחזיר שמי' מתנה אלא משום דדמיא לחליפין עקרוה רבנן לקידושין מיניה ומשמע משום דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש. וכתב הר"ן ז"ל בכולהו קני לבר מאשה לפי שאין אשה נקנית בחליפין כך היא הגירסא בה"ל רב אלפס אבל רבינו האי גאון ז"ל בס' המקח גרי' גזירה שמא יאמרו אשה נקנ' בחליפין והכי פי' דמתנ' ע"מ להחזיר לאו חליפין ממש הוא אלא דלפי שאין אשה נקנית בחליפין גזרו בה רבנן משום דאיכא חליפין דדמי למתנה ע"מ להחזיר דהיינו חליפי סודר דהדר כו' אבל מדברי הרמב"ם פ"ה מאישות שהוא מפרש דכל מתנה כה"ג לגבי אשה כחליפין הוא שאין אשה מקנה עצמה בהם ובמתנה ע"מ להחזיר לא מקניא נפשה שהרי אם אינה מחזרת לו לא קנתה כלל ואם מחזרת אותו הרי אינה ניהנית בהם ואפי' ניהנת בשו"פ קודם שהחזירתו איהו לאו בהאי הנאה קאמר לה ומשום דממתני' משמע דאין האשה נקנית בחליפין כמ"ש למעלה מש"ה תלינן מתנה על מנת להחזיר דלא תני בחליפין דתניא עכ"ל. והנה לפי שטת הרמב"ם דתלי מתנה ע"מ להחזיר בדין חליפין א"כ צ"ל דבחליפי סודר דאין האשה מקודשת מן התורה נמי אינו אלא בתורת חליפי סודר והוא בסתם הדרא למרי' דקי"ל בסודר אי תפיס מפקי' כדאי' ס"פ השותפין אבל אי נימא טעמא דחליפין משום דאפי' נותן את הסודר לגמרי וניהנת בה אינה מקודשת ומשום דאמר לה בתורת חליפין ומשדה עפרון לא ילפינן אלא תורת כסף ולא תורת חליפין וכמ"ש תוס' והרא"ש א"כ היכי מדמה לה מתנה ע"מ להחזיר לדין חליפין כיון דבחליפין אפילו ניהנת אינה מקודשת. אלא נראה דס"ל לרמב"ם דגבי חליפין דלא מקדשה אינו אלא בתורת חליפין סתם שהוא קנין סודר דהדרא למרי' ומשום דאינה

ניהנת אלא מדרבנן גזרו אפי' בחליפין שנהני' אטו חליפי סודר שאינה ניהנ' וגזרו טפי בחליפין משום דסתם חליפין והוא קנין סודר עומד להחזיר וכעין זה כתב תו' רי"ד בקידושין דף ו' שמא יאמרו אשה נקנית בחליפין ז"ל פי' ודלמא אתי למיעבד בפחות משו"פ דאי בשו"פ אפי' בתורת חליפין נמי הית' מקודשת כיון דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה וכל חשש חליפין אינה אלא על פחות משו"פ ופחות משו"פ הוא דמיעט התנא אבל בשו"פ היינו קיחה ממש ואפי' ע"מ להחזיר אלא שחכמים אסרו כל תורת חליפין ואעפ"י שאינו מחזיר משום גזירת פחות משו"פ עכ"ל ולשטת הרמב"ם נמי הוי משו' גזירת חליפי סודר דהוא סתמו להחזיר דבזה מדינא אינה מקודשת משום דלא ניהנית וגזרו בחליפין אפי' נותן לה לגמרי וכמ"ש. ובשטת תו' רי"ד רפ"ק דקידושין ז"ל למעוטי חליפין קשיא לי טובא ואם נתן אדם סודר לאשה שיש בו שו"פ אעפ"י שנתנו לה בתורת חליפין אמאי אינה מקודשת והרי יש כאן שו"פ וכיון דנקיטא בי' ג' על ג' והיא רשאית לעושקו אמאי אינ' מקודש' כו' ונראה לי לומר שאם בזה הסודר לבד נתרצי' לו לקדשה אעפ"י שהזכיר לה שם חליפין מקודשת היא והבמ"ע כגון שהתנה עמה לקדשה במנה ולא הי' נותנ' לה עכשיו אלא התפיסה את הסודר שתתקדש לו ולא תוכל לחזור בה והוא יתחייב ליתן לה המנה לאחר זמן בכי ה"ג ודאי אינה מקודשת כיון שאינה נתרצית לקדש אלא במנה ומנה אין כאן ואעפ"י שבשדה קונה הסודר שאם מכר לו השדה במנה ולא נתן לו המנה שיקנהו בכסף ונתן לו הסודר שלא יוכל לחזור בו קנה השדה והוא חייב ליתן לו את המנה לאחר זמן ואלו הן חליפין שקונין בכל מקום ומקיימין את המכירה כדכתיב על הגאולה ואמרינן בפ' הזהב גאולה זו מכירה אעפ"י שאין כאן לא כסף ולא שטר ולא חזקה בסודר קנאו משא"כ באשה וטעמא דמלתא כדמפרש דכיון דחליפין איתנהו בפחות משו"פ לא מקניא נפשה להתקדש לו שלא תוכל לחזור בפחות משו"פ וכיון דבפחות משו"פ ליתנהו בשו"פ נמי ליתנהי שאין גזירה שוה למחצה עד שיתן לה את המנה עכ"ל ובדף ו' שם אחר שכתב טעמא משום גזירת פחות משו"פ ע"ש כתב עלה ז"ל כך עלה בדעתי במהדור' קמא ובמהדורא בתר' חזרתי והתבוננתי שכל איסור החליפין אינו אלא כמ"ש לעיל שהתנה ליתן לה מנה ומקנה הסודר שלא יוכלו לחזור בהם כדרך שעושין במכירת שדה כו' ע"ש. ודברי תו' רי"ד אין להם ביאור כלל וכבר עמד בזה מוהרי"ט בחידושיו ז"ל ועם כל מה שהרחיב לנו ביאור עדיין לא נתבאר מה בין זה לזה מה ארי' נתרצית להתקדש לו בזה הסודר שאעפ"י שהזכיר לה שם חליפין מקודשת כדי שויו ואם לא נתרצית אלא שיתן לה מנה והתפיסה את הסודר שתתקדש על ידה שלא תוכל לחזור בה דה"ל כהתקדשי לי במנה ונתן לה דינר דאמרינן לקמן

דמקודשת וישלים דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ואינה יכולה לחזור בה ונמצא שעיקר הקידושין בדינר שנתן לה ה"נ תתקדש בסודר ואי לא מהני בתורת חליפין מהני בתורת דמי' כי היכא דמהני כשנתרצית לקדש בסודר לבדו וכ"ת הכא דעתה אמנה וה"ל מלוה גבי' א"כ מטעם מלוה אינה מקודשת ולאו משום גרעון דחליפין כו' אע"כ בדפריש שתתקדש לו בסודר חליפין והמנה יהי' עליו מלוה והוא יתן ובזה ודאי מקודשת כו' וכדומה שטעמו של הרב ז"ל דקנין חליפין מהני לקיים המכר שהמוכר לא יוכל לחזור בו כל זמן שלא קיבל הדמים והקונה לא יוכל להפטר מחיוב הדמים דהכי משמע לי' מקרא דעל הגאולה ועל התמורה ואמרינן גאולה זו מכר תמורה זו חליפין ואם כדי לקיים המקח בידו שלא יוכל מוכר לחזור בו הא ילפינן מתמורה שנתן תמורתן כיצד החליף שור בפרה משזכה זה נתחייב זה בחליפין מאי קמ"ל במכר שנתחייב זה בדמים משא"כ באשה דכי אמר לה התקדשי לי ע"מ שאתן לך מאתים זוז רצה נותן ומקיים הקידושין לא רצה מבטל הקידושין שכל תנאו אינו חיוב אלא לבטל המעשה וזה רוצ' לקדשה בתורת קנין חליפין שיתחייב הוא בדמים ולא יוכל לחזור בו מחיוב הדמים וכיון דזה אי אפשר שיתחייב אלא מתורת חליפין אתעקר להו מתורת קידושי כסף וקמו בתורת חליפין אבל היכא דיהיב לה סודר דחליפין דידה מהני לה מדין כסף היא מתקדשת בחליפי הסודר ומה שהזכיר לשון חליפין אינו מזיק דודאי דמי חליפתה ותמורתה הם משא"כ כשרוצ' לקיים הדבר שלא יוכל לחזור שום אחד מהם כדין המקח ויהי' חייב שאין דבר נוהג בקידושי כסף אפי' בעל מנת איגלאי מלתא דמשום לתא דקנין חליפין אתי ולא משום לתא דכסף כך נראין דבריו ואעפ"כ אני מהסס בהם דמה שבמכר מתחייב לתת הדמים ואינו יכול לחזור בו לא הקנין סודר גורם דאפי' קנאו לקרקע בכסף ושטר וחזקה וקצבו את הדמי' תחלה משקנה הקרקע נתחייב בדמים דהא קי"ל האומר תן דבר זה לפלוני ואתחייב אני כך בדמיו חייב מדין ערב לעצמו לא כ"ש וכן נ"ל שאם אמר לאשה תתקדשי לי ואתחייב לך כך וכך משנתקדשה לו נתחייב בנדר שנדר ואינו יכול לחזור והן הן הדברים הנקנים באמירה והא דאמרינן והוא יתן היינו משו' דאמר על מנת ושמא הוא סבור דהיכא דפירשו דמים וא"ל מוכר ללוקח לך חזק וקני והחזיק לא מהני אלא שלא יוכל המוכר לחזור בו אבל לוקח יכול לחזור בו ואלו בקנין סודר כיון שקנה ממנו בחליפין עשאן לדמים חליפין ומשזכה זה נתחייב זה בחליפין ונלמד הדבר מדכתיב על הגאולה גאולה דומיא דתמורה שנתקיים המקח משני הצדדין ודבר זה צריך בדיקה עכ"ל. והנה עם כל הפלפול העצום לא העלה דבר ברור בזה: ונראה בביאור שטת רי"ד והוא לפי מ"ש בסמ"ע סימן ק"ל סק"א דהא דשדה נקנ' בשו"פ היינו

כשנותן בעד שיוי המקח ונותן בעד תחלת הפרעון והשאר זוקף במלוה או היכא שכל שיוי המקח אינו אלא פרוטה אבל אם אינו נותן בעד שיוי המקח אלא שנותן לקנין לא מהני שהרי שדה עפרון הי' בעד שיוי המקח ע"ש. ובט"ז השיג מהא דאשה נקנית בשו"פ ואינו אלא לקנין דשיוי המקח לא שייך באשה ע"ש. ולענ"ד אינו השגה דודאי גם באשה שייך שיוי וכמבואר מדברי הרא"ש ספ"ק דמציעא ושם כתב להוכיח דמוחל שטר אינו צריך לשלם כל שיוי השטר אלא דמים שנתן מהא דאמרו פ' האיש מקדש דף מ"ח במקדש בשט"ח דאחרים דאשה לא סמכה דעתה וסבר' שביק דידי ומחיל לאחריני והא יצטרך לשלם אע"כ שאינו משלם אלא דמים שנתן וקידושי אשה אינו אלא פרוטה וע"ש ומבואר דקידושי אשה נמי שיוי הוא ומש"ה קידושי כסף נמי בתורת שיוי הוא ואם מקדשה בפרוטה הוי כל דמי שיוי הקידושין ואם מקדשה במנה ונתן לה דינר או פרוטה נמי צריך שיהי' הדינר או הפרוטה בתורת תחילת פרעון שיוי הקידושין ונותן לה אח"כ מנה חסר דינר או חסר פרוטה וכמו בשדה והכל בתורת תחלת פרעון ובתורת שיוי ולא לשום קנין. ולפי"ז יתבאר דברי תו' רי"ד דהיכא דמקדשה בחליפין שו"פ והוי האשה תמורת החליפין ה"ל חליפין משום לתא דכסף שבו ונקנית בתורת שיוי אבל חליפין שהוא לקנין שמוכר לו שדה במנה ואינו נותן המנה רק שנותן הסודר לקנין דבזה אין הסודר בתורת שיוי דהא המכר הי' בעד מנה ואינו מנכה מן המנה מה ששוה הסודר ואין הסודר אלא לקנין וא"כ אין בו משום לתא דכסף דהא כסף אינו קונה אלא כשנותנו לפרעון או לתחלת פרעון וכמו שאמרו גבי התקדשי לי במנה ונתן לה דינר דמקודשת וישלים כדאי' פ"ק דקידושין דף ק' דהוי הדינר לתחלת פרעון אבל בסודר שנותן לקנין והמנה שקצב מתחייב ליתן ואינו מנכה הסודר א"כ אינו אלא לקנין וכל שהוא לקנין אין בו תורת כסף דהא כסף לא מהני אלא לפרעון או לתחל' פרעון וזה הוא ההבדל שבין כסף לחליפין דכסף אינו לקנין וחליפין הוא לקנין ובכסף כשהוא לתחלת פרעון הוא נכנס בכלל שיווי המק' וסודר אינו בכלל שיווי המקח אלא דמי המקח הוא בשלימות כאשר קצוב ביניהם והחליפין הוא לקנין ומש"ה כשמקדשה בסודר שו"פ אע"ג שאומר בתורת חליפין יש בו נמי משום לתא דכסף כיון דאינו נותן רק הסודר בעד שיווי הקידושין ה"ל כסף ולשיווי הקידושין וכן אם מקדשה במנה ונתן לה סודר שו"פ לתחלת פרעון משלים המנ' חסר שו"פ אז מהני ג"כ משום לתא דכסף אבל אם מקדשה במנה ונותן לה סודר ושיתחייב המנה בשלימות תו אינו אלא חליפין ולא מהני בתורת כסף כיון דאינו לתחלת פרעון ה"ל לקנין וכסף לא מהני לקנין אלא משום תורת חליפין ובכלי ותורת חליפין לא מהני אלא בשדה ולא בקידושי אשה כיון דבפחות משו"פ ליתי' ה"ה בשו"פ ותור' כסף

לא מהני לקנין וזה נכון היטב בביאור תו' רי"ד ודוק היטב: ובעיקר דברי הסמ"ע שכתב דכסף דקונה בקרקע היינו דוקא מדמי השדה ולא לקנין. השיגו הב"ח וט"ז והשגת הט"ז כבר נתיישב לעיל והשגת הב"ח דאינו כסף שיווי אלא כסף קנין וכדכתיב שדות בכסף יקנו ע"ש סימן ק"צ. ולענ"ד נראין דברי הסמ"ע דכסף היינו מדמי שיווי המקח דרש"י בפ' הלוקח דף י"ג בהא דאמר ר' יוחנן דבר תורה מעות קונות דיליף מדכתיב ונתן הכסף וקם לו ויליף הדיוט מהקדש והתם במעשר שני כסף חילול הוא משיוי המעשר וכן לפי מ"ש בשטה מקובצת פ' הזהב טעמא דר' יוחנן משום דרוב קנינים בכסף כדכתיב אוכל בכסף תשבירני ע"ש והוא כסף שיווי א"כ ה"ה כסף דקרקע דהוא כסף שיווי וכן בעבד עברי דנקנה בכסף בקידושין דף ט"ו ויליף שם מאמה העברי' דנקנית בכסף מדכתיב והפדה מלמד שמגרעת פדיונה ופי' ר"ת וכשם שקונה עצמה בכסף כך נקנית בכסף ע"ש וע"ש ריטב"א בחידושיו דף ט"ו. וכיון דכסף שקונ' עצמה ודאי כסף שיווי דהוא גרעון כסף לפי השנים ה"נ כסף שנקנה נמי כסף שיווי וכן לפי מה שפי' רש"י בדילפינן מוהפדה כיון דקונה עצמה בגרעון כסף א"כ נקנית היתה בכסף ע"ש וכיון דגרעון כסף שיווי כסף שנקנית נמי כסף שיווי. וכן נראה פ' השולח דף ל"ט גבי נתייאשתי מפ' עבדי כו' או בכסף או בשטר והאי פקע לי' כספי' ע"ש. ולפי דעת הב"ח וט"ז דאשה דנקנית אינו מכסף שיוי אלא מכסף קנין א"כ בנתייאשתי מפ' עבדי נהי דפקע לי' כספי' ליקני בכסף כמו באשה ומשמע מזה דכסף לא מהני אלא כסף שיוי ומשום דבאשה נמי שייך כסף שיוי וכמ"ש מדברי הרא"ש ולכן נראה עיקר כדברי הסמ"ע דכסף שקונה היינו היכא דנותן לפרעון או לתחלת פרעון בזה הוא דקונה ובזה נראה לפרש סוגיות הש"ס קידושין דף ה' ע"ש ואקיש נמי יציאה להוי' מה הוי' בכסף אמר אביי כו' סניגור יעשה קטיגור אי הכי שטר נמי כו' קטיגו' יעש' סניגו' ומשני מילי דהאי שטר' לחוד כו' והאי כספא לחוד כו' ומשני טבע' מיהא חד הוא ופי' רש"י האי כסף' לחוד כשהוא ניתנו מפרש על מה הוא נותנו ולכאורה ידוקדק דמאי ס"ד דמקשה ה"נ האי כספא לחוד כיון דודאי שני ושני דגבי שטרא שהוא עצם הקנין נוסח שטר קידושין שם לשון כניסה ונוסח ספר כריתות שם לשון גירושין וא"כ עצם הקנין שני ושני אבל בכסף עצם הקנין חדא הוא אלא בקידושין אומר בלשון סניגור ובגט אימר לשון קטיגור דבסניגור נמי אומר לשון אחר ובקטיגור אימר לשון אחר וכיון דהוא חד ודאי אין סניגור נעשה קטיגור אלא דלפי מ"ש בקידושין כסף שקונה היינו כסף שיוי הקידושין ושיוי קידושין בסתם אשה מקניא נפשה בפרוטה או כשמקפדת ורוצית יותר ונותן פרוטה לתחלת פרעון הקידושין אבל בגירושין דהוא בע"כ לא שייך שיוי וע"כ לפי מה דס"ד דאין הקש למחצה ואמרינן

ויצאה והיתה מה הוי' בכסף אף יציאה בכסף ויהי' היציאה בכסף קנין כיון דלא שייך בגירושין כסף שיוי לזה מקשה ה"נ האי כספא לחוד והאי כספא לחוד דבקידושין הכסף הוא כסף שיוי ולא כסף לקנין וגבי גירושין הוי כסף קנין ולא כסף שיוי א"כ תו לא שייך אין סניגור נעשה קטיגור כיון דהאי כספא לחוד והאי כספא לחוד ומשני טבעא מיהא חד ודו"ק ועמ"ש בס"ק י"ב.

ס"ק ג

על מנת להחזיר לה לאחר שלשים כתב הט"ז וז"ל להחזיר אחר שלשים כדי לקדשה בה תוך שלשי' הך כדי לקדשה ליתי' בתשובת הרא"ש שם אלא וקדשה תוך שלשים וכן העתיק בד"מ ולא ידענא למה

כתב כאן הך מלתא כו' ותו קשיא על מרי' דהאי פיסקא למה הוצרך לומר שהמתנה שלה היתה עד שלשים הא אפי' אם נתנה לו סתם על מנת להחזיר יכול לקדש בו כל הנשים שבעולם כמ"ש הרא"ש הביאו הש"ע סימן כ"ח ובאמת מרי' דהאי פיסקא הוא דברי מוהר"ר אביגדור כ"ץ בתשובת הרא"ש שם ואיהו לא ס"ל האי דינא דהמקבל מתנה ע"מ להחזיר יכול לקדש ולהרא"ש אין ה"נ כאן דאפי' בלא אמירה עד שלשים מצי לקדש ואלו נחית רמ"א לדקדוק זה לא הי' מעתיק האי פיסקא באופן זה שאומר עד שלשים דלפי מה שנפסק לעיל כהרא"ש אין צורך כאן לזה עכ"ל ועיין ב"ש שנמשך ג"כ אחרי דברי הט"ז. ולענ"ד דברי הרמ"א נכונים וכמ"ש הרא"ש להדיא בתשובה ע"מ להחזי' עד שלשים ומ"ש הט"ז דמרי' דהאי פיסקא הוא תשובת מוהר"ר אביגדור כ"ץ ולית לי' האי דינא דהמקבל מתנה מחבירו על מנת להחזיר יכול לקדש. הנה לפנינו תשובת מוהר"ר אביגדור שם ל"ה ז"ל ובענין מתנה ע"מ להחזיר קבלתי ממורי מאשפרא דדוקא קידושין דמטא ליד האשה ע"מ להחזיר לא הוי קידושין דדמי לחליפין אבל אם המקדש השאיל טבעת ע"מ להחזיר והלך וקידש בו אשה סתם מקודשת דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי והוי מתנה וכי יהיב איהו לאו ע"מ להחזיר יהיב לה ולא דמי לחליפין אע"ג דצריכה להחזיר כדי לקיים תנאו יחזיר ויקנה ממנה ויחזור ויקיים תנאו ועוד הי' אומר מורי ז"ל דאם נותנת האשה חפץ לאיש ע"מ להחזיר עד שלשים יום וקדשה בחפץ זה תוך שלשים הרי זה מקודשת ומוחזר ואפי' לא אמרה ע"מ שתחזירהו מידי דחזי לי' הוא ועל דרך זה מצאנו שהאשה מתקדשת לפעמים בפרה דידה עכ"ל ומבואר דמוהר"ר אביגדור ס"ל הך דינא דמתנה ע"מ להחזיר ומי ששנה זו שנה זו. ולכן נראה לענ"ד כיון דכל זמן שהוא בעינא צריך להחזיר המתנה בעינא ואינו מועיל נתינת דמים וכמ"ש בתה"ד סימן שי"א מהא דאמרינן פרק מי שאחזו אומר דאמר רשב"ג היכא דליתא בעינא אבל איתא בעינא

לא וע"ש בתה"ד שכתב טעמא דהך מלתא דכיון דהתנה על החפץ ולא אמר ע"מ שתתן לי דמי' א"כ אינו מבקש אלא החפץ בעינא ואפי' היכא דנאבד וליתי' בעינא אמדינין דעתי' שאין רצונו שיתבטל בשביל כך ומחזיר דמים והא דמקדש את האשה במתנה שניתן לו על מנת להחזיר ויוצא בנתינת דמים וכמ"ש הרא"ש בתשובה היינו דכיון דכבר מכרו או נתנו לאחר ה"ל כליתי' בעינא ואמדינן דעתי' שאין רצונו שבשביל כך יתבטל המתנה וסגי לי' בדמים והוא מבואר בקצה"ח סימן רמ"א ס"ק ז' ע"ש והכא שמקדש האשה בחפץ שלה שנתנה לו במתנה ע"מ להחזיר יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי כיון דכל זמן שהוא בעינא מחויב הוא להחזיר גוף החפץ וה"ל כמו גזל דידה דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי לכן הצריך לומר שנתנה החפץ במתנה ע"מ להחזיר אחר שלשים וקדשה תוך שלשים דתו לא מצי למימר דידי שקלי כיון דהוא של המקדש עד שלשים ועדיין לא הגיע זמן החזרה אבל במתנה ע"מ להחזיר שאינו מן האשה אפי' הגיע זמן החזרה יכול לקדש בו את האשה כיון דיהיב לאשה ה"ל כליתי' בעינא ויוצא בנתינת דמים וזה נכון אלא דמ"ש הרמ"א כדי לקדש' המה תיבות יתרות דזה לא הוזכר בתשוב' הרא"ש וכמ"ש ב"ש וגם בדרכי משה לא הוזכר הנך תיבות כדי לקדשה אבל מ"ש הרמ"א בנתן מתנה ע"מ להחזיר אחר שלשים וקידשה תוך שלשים הוא במכוון וכמ"ש להדיא כן בתשובת הרא"ש מטעמא שכתבנו ואם נתנה לו כדי לקדשה אפשר דלא גרע משידך דאפי' בגזל דידה מקודשת ולכן מ"ש כדי לקדשה הוא שפת יתר:

ס"ק ד

ואמר לה בהנאה זו שאת נהנת תוך הזמן כתב ב"ש ז"ל דהא הנאה זו אינה מחזיר לו וכן משמע מהר"ן מה שמדייק מהרמב"ם אפילו נהנית במתנה זו שו"פ קודם שהחזירה מכל מקום איהו לאו בהאי הנאה קאמר להתקדש משמע אם אמר בהאי הנאה הוי קידושין כדעת רי"ו ומשמע נמי ממ"ש הלוה לה על זמן כו' כמ"ש בסימן כ"ח סעיף ט' כרי"ו וכ"כ בסימן הנ"ל וח"מ כתב העיטור שמביא הטור בסימן כ"ח חולק על זה ואינו נ"ל אלא שם איירי בהשאיל כלי לקדש בו והוא מקדש בגוף הכלי אז מדמה למתנה ע"מ להחזיר ולא ס"ל כהרא"ש דיכול ליתן דמים בעד הכלי אבל אם אמר בהנאה זו אני מקדש והנאה לא מהדר יש לומר דמודה עכ"ל וז"ל הר"ן רפ"ק דקידושין בהא דאמרו בכולהו קנו לבר מאשה לפי שאין אשה נקנית בחליפין כך הוא הגירסא בהל' הרי"ף אבל רבינו האי גאון ז"ל גורם בס' המקח גזירה שמא יאמרו אשה ניקנית בחליפין והכא פי' דמתנה ע"מ להחזיר לאו חליפין ממש הוא אלא דלפי שאין האשה נקנית בחליפין גזרו בה משום דאיכא חליפין דדמי למתנה ע"מ להחזיר דהיינו חליפי סודר ואף גירסת

הרי"ף כך אפשר לפרשה כו' אבל מדברי הרמב"ם פ"ה מאישות נראה שהוא מפרש דכל מתנה ע"מ להחזיר כה"ג לגבי אשה כחליפין הוא שאין האש' קונ' עצמ' בהם ובמתנ' ע"מ להחזיר לא מקניא נפשה שהרי אם אינה מחזרת אותו לא קנתה כלל ואם מחזרת אותו הרי אינה ניהנית בה ואפי' מהנית בה בשו"פ קודם שהחזירתו איהו לאו בהאי הנאה קאמר לה עכ"ל ומזה מדייק הב"ש דאם אמר לה בהאי הנאה שפיר. אמנם לענ"ד נראה דהר"ן לא כתבו אלא לשטת הרמב"ם דטעמא דאינ' מקודשת במתנה ע"מ להחזיר משום דאינה נהנית וממילא נשמע היכא דמקדשה בהנאת קישוט מקודשת שהרי נהני' אבל לשטת תו' והרא"ש והוא שטת רבינו האי גאון דאינה אלא משום גזירה דחליפין א"כ אפילו אית בי' הנאת קישוט בשו"פ נמי לא מהני ומשום דמקדש בהנאת קישוט ה"ל כשחוק לפני רקוד לפני דאינה מקודשת דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף וה"ל מלוה דלא קנה לקשוט אם אמר הנני נותן לך הנאת קישוט וכדאמרינן בפרק מי שמת דף קמ"ז ידור פ' בבית זה לא אמר כלום עד שיאמ' תנו בית לפ' וידור בו ע"ש וא"כ לא קנתה הקשוט עד שיאמר הרי לך כלי זה להנאת קשוט. וזכתה תיכף בכלי להנאת קישוט ועיין בטור וש"ע ח"מ סימן ריי"ג וכיון דצריך להקנות לה הכלי לקישוט והכלי עתיד לחזור למקדש אכתי אית בי' גזירה דחליפין כיון דמקדש אותה בחפץ לקישוט והחפץ מוחזר לו אח"כ אינה מקודשת דה"ל דומיא דחליפין כיון דעיקר הקידושין הי' בכלי ועתיד לחזור. ולפי"ז לדעת רב האי גאון ותו' והרא"ש בהנאת קשוט כה"ג נמי אינה מקודשת דאם נותן הכלי לקישוט עתיד לחזור הכלי ואם מקדשה בקישוט בלא הכלי ה"ל כשחוק לפני כיון דלא קנה הקשוט עד אחר שתתקשט ה"ל מלוה כמו שחוק לפני ודו"ק. וכן דברי ריי"ו נראה שכתב אליבי' דרמב"ם וז"ל ריי"ו נתיב כ"ב מפרשים דאי נתן לה מתנה לזמן ידועה ואמר לה הרי את מקודשת בהאי הנאה שאת נהנית באותו זמן דהוי מקודשת ולא דמי לחליפין דהאי הנאה לא הדרא ויש מפרשים דאינה מקודשת וראשון נראה עיקר פי' דמתנה ע"מ להחזיר בקידושין לא יועיל דלא נהנית שום דבר עכ"ל ומבואר דמאי דמסכים לראשון אינו אלא משום דמפרש דמתנה ע"מ להחזיר דלא מהני בקידושין היינו משום דלא נהנית שום דבר וזה הוא כפי' הרמב"ם ואינו משום גזירה דחליפין אבל לפי שטת תו' והרא"ש דהוי גזיר' ולא משום דאינה נהנית א"כ אפי' נהנית נמי כיון דצריך לקדשה בגוף הכלי לקשוט וכמ"ש והכלי עתיד לחזור אית בי' משום גזירה דחליפין. ומ"ש הב"ש ראי' מסימן כ"ח בהלוה לזמן כו' גם בסימן כ"ח ס"ק י"ח כתב ראיה זו ע"ש והתם בהלואה כיון דלהוצאה ניתנה ומחזיר דמים אחרים אין זה דומה למתנה ע"מ להחזיר דגוף החפץ מחזיר היכא דאיכא בעינא וכמ"ש בס"ק ג'

בשם תה"ד זה דומה לחליפין ואית ביה משום גזירה דחליפין אבל בהלואה אפי' איתנהו לזוזי דהלואה בעינא אין צריך להחזיר אותן דמים דוקא וסגי לה בדמים אחרים ומש"ה אינו דומה לחליפין. ובתשובת הרא"ש כלל ל"ה שם תשובת מוהר"ר אביגדור כ"ץ ז"ל והאי דתוספתא דתני המקדש בפקדון מקודשת מיירי בפקדון שהרשהו בעליו לשמש בו וקדשה בהנאת שימוש או במעות מותרין המופקדין אצלו דמשעה שהפקידו כמי שהלוהו דמי דמקדש בטבעת ובפרה שאולה בהנאת שימוש עדיף ממקדש בתרומות ומעשרות דאיכא למ"ד טובת הנאה אינה ממון עכ"ל. והוא תשובת מוהר"ר אביגדור ע"ש אפשר דכתבו אליבי' דרמב"ם אבל לשטת תו' והרא"ש נראה דלא מהני בהנאת שימוש או משום דכשהילוהו בעליו לשמש בו או במעות מותרין וכשמשתמש בו אין צריך להחזיר אותן מעות אלא דמים אחרים וה"ל כמו הלואה וכמ"ש והאי דמקדש בטבעת שאולה ובפרה שאולה כיון דהמקדש נתון כל זכותו לאשה ואינו עתיד לחזור למקדש אלא לבעליו הראשונים בזה ודאי מהני כיון דאינו עתיד לחזור למקדש והמקדש נתן כל זכותו לית בי' משום דחליפין וכמ"ש בסימן כ"ח ס"ק נ"א בהאי דתשובת הרא"ש כלל ל"ה דמקודשת בשאל חפץ ע"י ד' אופנים המוזכרים שם ע"ש אבל בכלי שעתיד לחזור למקדש לא מהני בהנאת קשוט וכמ"ש ודו"ק. והיינו נמי טעמא דבעל העיטור גבי שואל חפץ דאינו יכול לקדש בו את האש' אפי' יש בו הנאת

קישוט ומשו' גזיר' דחליפין וס"ל אפי' נתן כל זכותו נמי אית בי' משום גזירה דחליפין כיון דעתיד לחזור אפי' לבעליו הראשונים כעין חליפין לדעת בעל העיטור ולדעת הרא"ש כל כה"ג שאינו עתיד לחזור למקדש. ומ"ש ב"ש דטעמא דבעל העיטור דס"ל במתנה ע"מ להחזיר לא מהני חזרת דמים ודלא כהרא"ש דמהני חזרת דמים ע"ש ואשתמיטתי' לשון הרא"ש פ' לולב הגזול ז"ל כתב בעל העיטור אם נגנב או נאבד ממנו ולא החזירו אע"ג דחזרת דמים הוי חזרה כדאמרינן גבי איצטלא דאמר תתן לו דמי' היינו דוקא באיצטלית' אמרינן מה לי הן מה לי דמים אבל אתרוג דכי אמר החזר לי אתרוג דוקא קאמר לצאת בו ידי חובה ואם לא החזירו לא יצא עכ"ל ומבואר להדיא דס"ל לבעל העיטור במתנה ע"מ להחזיר מהני חזרת דמים. ואפשר דדוקא בנגנב או נאבד הוא דס"ל לבעל העיטור דמהני חזרת דמים אבל איתי' בעינא אע"ג דמכרו או נתנו לאחר ותו ליתי' בידו כיון דסוף סוף איתי' בעולם אין יוצא בחזרת דמים ולא ס"ל דחשיב כליתי' בעינא ולהרא"ש גם כה"ג שנתנו לאחר חשיב כלית' בעינא וכמ"ש בקצ"הח סימן רמ"א ס"ק ז' ע"ש. ויותר נראה דהעיטור מדמה שאלה למתנה ע"מ להחזיר דוקא גוף החפץ ומשום דשאלה כיון

דהדרא בעינא ה"ל כמתנה ע"מ להחזיר גוף החפץ אבל סתם מתנה ע"מ להחזיר אפי' נתנו לאחר ה"ל כליתי' בעינא:

ס"ק ה

ונתן לו ואמר לה אבל אם לא אמר לה הוי כנתן הוא ואמרה היא ובט"ז הוכיח מזה דטעמא דאמר' היא אבל אמר הוא בעת שאמרה היא מקודשת ומשום דהנתינה נגרר אחר האמירה ומזה ראי' דאם אמר לה התקדשי בשכר שאעשה לך איזה כלי דאין צריך לקדש אותה בפירוש אחר העשיי' ודלא כתו' רי"ד ע"ש. ולפי מ"ש בסימן כ"ח ס"ק מ' דהתם בשכר שאעשה עמך משום דה"ל דשלב"לע אבל היכא דהוא דבר שבא לעולם שפיר מהני אמירתו ונגרר אחר הנתינה:

ס"ק ו

בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך פ"ק דקידושין מקודשת מדין ערב לאו אע"ג, דלא מטא הנאה משתעבד וכתב הריטב"א ז"ל לאו למימרא דלא מטא שום הנאה לי' דא"כ במה משתעבד אלא לומר אע"ג דלא מטא לי' הנאת ממון שהוציא המלוה ולא הגיע לידו של ערב לא כסף ולא שוה כסף אפ"ה משתעבד בהנא' דמטי לידי' במה שהלוהו לזה על אמונתו דהאי בכל דוכתי חשיב ככסף ה"נ אע"ג דלא מטא לידה הנאת ממון עצמו מקנא נפשה בהאי הנאה דשויא פרוטה דיהבי' מנה לפ' בדיבור' עכ"ל. והר"ן כתב ז"ל דלעול' לא מחייב מדין ערב אלא במוציא ממון מרשותו לרשות אחר בן דעת לפי שבזכותו של זה נתחייב זה מדין ערב אבל במוציא ממון לאיבוד לא עכ"ל. וכ"כ הרשב"א בחידושי' דף ח' פ"ק דקידושין ז"ל אבל אמרה לו תנה לכלב שאינו שלה ואתקדש אני לך כו' א"נ השלך מנה לים אינה מקודשת כו' ולא מדין ערבות דאין דין ערבות אלא במי שנותן לבר זכות על דבור' לפי שהערב אינו מתחייב אלא מפני זכות הלוה דמשאמר' תן מנה לפ' ואתקדש אני לך אעפ"י שהמקבל אינו מתחייב עליו בכלום דהא מתנ' הוא דקא שקיל מכל מקום היא מתקדשת כו' באותו הנא' הבא לאותו בן זכות בדיבורו אבל כשהמקבל אינו בר זכות אין כאן דין ערבות עכ"ל. ואיכא למידק בהא דכתב הרב המגיד פ' כ"ה מה' מלוה בשם הרמב"ן דשנים שקבלו פקדון ביחד ה"ל ערבים וכן פסק בש"ע ח"מ סימן רצ"ט וכ"כ הרמ"א בח"מ סימן ע"ז סעיף א' דהא ערב לא מתחייב אלא מפני זכיית והנאת בן דעת ומאי זו הנא' לש"ח שיתחייב עליו הערב ואין לומר דש"ח היי לי' נמי הנא' וכדאי' פ' הפועלים דף צ"ג במתנה ש"ח להיות כשואל במאי בדברים בהאי הנא' דנפק עליו קלא דאינש מיהמנא גמר ומשעבד נפשי' ע"ש דזה ודאי לא חשיב הנא' דאם הי' הנא' ליהוי ש"ש כמו שאמרו באפטרופס שמנהו ב"ד דהוי בהאי הנא' דנפק עליו קלא דאינש מיהמנא אלא ע"כ דלא חשיב הנא' אלא היכא דמחייב עצמו בפירוש כשואל

אבל סתם ש"ח לא הוי הנא' ובתו' פ' הזהב דף נ"ח ד"ה אמר ר' יוחנן כו' א"נ התם כיון שמתחייב כשואל סבורים העולם שהשאיל לו ובהאי הנא' משעבד נפשי' עכ"ל ומבואר דש"ח דעלמא לא חשיב הנא' וא"כ למה משתעבד הערב כיון דלא מטא הנא' לבן דעת והנה עיקר הדין בהרב המגיד הוא בשם הרמב"ן והרמב"ן לשטתו דס"ל בזרוק מנה לים נמי משתעבד והובא בר"ן ע"ש והרמ"א בח"מ סימן ש"פ הביא שני הדיעות בזרוק מנה לים אם מתחייב ולא הכריע וא"כ היכא סתם בפשיטות סימן ע"ז בשנים שקבלו פקדון יחד דה"ל ערב דהא למאן דס"ל בזרוק מנה לים דלא משתעבד בעי דלימטי הנא' לבן דעת ובש"ח ליכא הנא' וכמ"ש. ולדעת הרא"ש וטור סימן ע"ז בשנים שלוו דה"ל ערבים קבלנים ויכול לתבוע איזה מהם שירצה בכולו דה"ל כל א' לוה בכולו נמי ניחא בשנים שקבלו פקדון דה"ל כל אחד שומר בכולו ולא מדין ערב אבל לפי מה דק"ל דגבי שני לוים דלא הוו ערבים קבלנים אלא ערב סתם א"כ לפי דעת הרשב"א דבעי בערב שיבא הנא' לבן דעת ובזרוק מנה לים לא הכריע הרמ"א א"כ בשנים שקבלו פקדון ביחד נרא' דלית בי' דין ערב כיון דבש"ח לא מטא הנא' לשומרו וצ"ע. ולכן נראה כדברי רמ"א בתשובותיו סימן כ"ז ושם הוכיח דלא מיירי בקבלו הפקדון בסתם אלא שהתנה בהדיא וע"ש ברמ"א שכתב אע"ג דקי"ל שניים שלוו הם ע"ק הלואה שאני דיש להם בהלואה הנאה נכנסו בערבות אבל בפקדון מה הנאה איכא להו דנימא דנכנסו בערבות ומה שכתבו הפוסקים שקבלו פקדון ביחד דהם ערבים או קבלנים מיירי שהתנה בהדיא כי האי דמתנה ש"ח להיות כשואל ע"ש. וא"כ מיירי שהתנ' להיות כשואל ובמתנה ש"ח להיות כשואל דבזה איכא הנאה ומה"ט מתנה ש"ח להיות כשואל בלא קנין בהאי הנאה וכמ"ש תו' שם דכשמתנה להיות כשואל סבורין העולם שהמשאיל לו בהאי הנאה משעבד נפשי' וע"ש וא"כ ה"ל מטא הנאה לבן דעת אבל בש"ח סתמא ליכא הנאה א"כ אפי' התנו בהדיא שיהי' ערבים לא מהני כיון דלא מטא הנאה לבן דעת אלא דמסתימת רמ"א בסימן ע"ז דסתם בשנים שקבלו פקדון ביחד דהוי ערבי' וע"ש ומשמע אפי' לא התנו להיות כשואל ולכן צ"ע:

ס"ק ז

אבל אם הרויח זמן מלוה על פי' והוא מתשובת הרשב"א סימן א' רכ"ה ז"ל שהרי אין הערב מתחייב בדין זה שהרי שנינו בפ' גט פשוט הרי שהי' חונק חבירו בשוק כו' שלא על אמונתו הלוהו ע"ש: ובח"מ כתב ז"ל והנה באמת אף שאין משיבין את הארי מכל מקום תורה היא כי אין ראי' דומה לנדון דידן דבגמ' מיירי אם ערב בעד כל הקרן שלא בשעת מתן מעות אז אמרינן שלא על אמונתו הלוהו אבל אם אמר הרווח זמן לפ' ואני

אתן לך הריבית ועל פיו הרחיב לפ' למה לא יתחייב הערב במה שנעשה על פיו כו' ועוד מה בכך שאין הערב מתחייב סוף סוף היא נהנית שנעשה צווי' שפ' נהנה על ידה שו"פ ומה לי תן פרוט' לפ' או הרוח זמן לפ' והנה אם היא אומרת הלוה לי מנה ואתן לך פרוטה אגר נטר אינה מתחייבת בפרוטה דהוי ריבית קצוצה ואפ"ה מתקדשת הואיל ונהנית א"כ ה"נ נהנית שהרחיב זמן לפ' על פי' ואולי הרשב"א בתשובה מיירי שערב גם בעד הקרן עכ"ל וכן הקשו בט"ז וב"ש ונראה דברי הרשב"א נכונים דמ"ש בח"מ מסברא דנפשי' דהא דערב בשעת מתן מעות אינו משתעבד היינו בעד הקרן אבל בעד הרחב' הזמן למה לא יתחייב הערב כו' הנה מבואר להדיא במרדכי דאפי' בעד הריבית כה"ג לא מחייב ע"ש פ' איזהו נשך בשם הראב"ן בענין המלצר דהיכא דישראל נעשה ערב בעד עכו"ם על הקרן ועל הריבית משתעבד בקרן בלא קנין דהוי בשעת מתן מעות אבל בריבית אינו משתעבד עד שקנו מידו דה"ל ערב שלא בשעת מתן מעות וע"ש והובא בב"י ודרכי משה בי"ד סימן ק"ע ומבואר דבריבית אין הערב משתעבד אעפ"י שהרחיב הזמן על פיו והתם תחלת הלואה הי' עפ"י הערב ואינו משתעבד אלא בקרן אבל לא בריבית כיון דאינו מחסר ממון על פיו וז"ב וכיון דערב לא משתעבד כה"ג בריבית א"כ צ"ל דלא משתעבד הערב אלא בהנאה שמוציא זה ממון על פיו אבל במה שמרחיב זמן על פיו לא הוי הנאה לערב א"כ קידושין דלא למדנו אלא מדין ערב והיכא דערב לא מהני בקידושין נמי לא מהני ודברי הרשב"א נכונים. ומיהו בהלוה על פי' אע"ג דקרן יוחזר לו מכל מקום

מיקרי הנאה במה שזה מוציא ממון על פי' לזמן ואע"ג דבריבית לא מחייב הערב אפי' ערב בשעת הלואה היינו משום דבריבית הוא על המתנת הזמן יום יום ואין הערב משתעבד לשלם הריבית כיון שאינו מחסר ממון רק המתנת הזמן אבל הכא מקודשת במה שזה מוציא ממונו להלואה על פי' ודו"ק. ומ"ש בח"מ ואולי הרשב"א בתשובה מיירי שערב גם בעד הקרן ע"ש והמעיין ברשב"א יראה דלא מיירי שערב בעד הקרן ועיקר כמו שכתבתי

ס"ק ח

בהנאת מתנה זו שקבלתי ברצונך. כתב הרמב"ם פ"ה מאישות כשקידש' אותו פ' ואמר לה הרי את מקודשת בהנאת מתנה זו שקבלתי ברצונך וכתב עלה הרב המגיד ז"ל יש מי שפירש כשאותו פ' מינה שליח את זה לקדש לו אשה כו' והרשב"א תמה על רבינו למה הוצרך לפרשה כשאמ' מי שנתקדש' לו הרי את מקודשת בהנאת מתנה שקבלתי ברצונך עוד כתב ואדרבה לכאור' משמע דכל כה"ג קרוב הוא להיות כהילך מנה ואתקדש אני לך

דאינה מקודש' אלא באדם חשוב דוקא וצ"ע עכ"ל ודברי תימה הן דהא ע"כ אם נפרשה שמינהו שליח ודאי הוי אמר התקדשי בהנאת מתנה זו שנתת ברצונך שאם לא אמר השליח כלום היאך יפה כחו יותר ממשלחו וכבר נתבאר בפ"ג שנתן הוא ואמרה היא שאינ' אלא קידושי ספק כ"ש כה"ג אלא ודאי כשא"ל השליח כן א"כ יפה פי' רבינו שאין כאן צורך שליח כו' והקושיא שהקשה הוא ז"ל דלכאורה משמע דכה"ג אם אינו אדם חשוב אינה מקודשת אני אומר לדבריו א"כ יפה כח שליח ממשלחו שכששליח מקדשה בכה"ג מקודשת וכשהמשלח אומר כן לא תתקדש וזהו תימה אלא ודאי יש חילוק בין האי דבעי אדם חשוב גבי הילך מנה והיא חסרה ממון ולפיכך בעי אדם חשוב דוקא ושלא בחשוב במה תתקדש אבל כאן אינה חסירה ממון כלל והיא נהנית שמתקיימת מצותה בממון של אחרים כן נ"ל עכ"ל. ונראה דהרשב"א ס"ל דזה לא הוי הנאה כלל במה שמקבל אינו חשוב מתנה מרצונו אלא עיקר במה שמחסר ממון על פי' וכמו ערב ומה"ט ס"ל לקצת פוסקים דאפי' זרוק מנה לים כיון שמחסר ממון על פי' ה"ל ערב ואפי' להפוסקים דבעינן דוקא לבן דעת היינו משום דכל שאינו נותן לבן דעת אע"ג דמחסר ממון על פיו לא משתעבד אבל כל שנותן לבן דעת נמי עיקר חיוב הערב במה שהוציא ממון על פיו לבן דעת ועמ"ש בסק"ו ומש"ה באומרת תן מנה לפ' ואקדש אני לו מקודשת מדין שניהם ערב ועבד כנעני אבל באומר הבעל תתקדש בהנאת מתנה שקבלתי ברצונך לאו הנאה מיקרי באינו חשוב וזה הוא מה שבין הרמב"ם והרשב"א דהרמב"ם ס"ל שיאמר בהנאה שקבלתי ברצונך ולהרשב"א הקבל' אינו הנאה וצריך שיאמר בהנאה זו שנתתי ברצונך והיינו במה שהוציא ממון על פי' לבן דעת וחיסר השליח על פי' וניחא לי' להרשב"א לפרש בעשאו שליח ומקדשה השליח במנה זו שחיסר על פי' לבן דעת ואין ה"נ בלא עשאו שליח ואומר המקדש בהנאה זו שנתן פ' לידי על פיך וא"כ לא עדיף כח שליח מכח המשלח וזה נראה לענ"ד בכוונת הרשב"א ומ"ש הרב המגיד דהיכא דאינה חסירה ממון גם קבלת אדם אינו חשוב הוי הנאה קשה לי בהא דאמרו בגמ' מקודשת מדין שניהם מדין ערב ומדין עבד כנעני ולמה לי דין עבד כנעני כיון דזה גופה הוי הנאה מן המקדש במה שמקבל כרצונה וצ"ע ואפשר דבאדם שאינו חשוב אע"ג דהוי הנאה במה שמקבל כרצונה מכל מקום המקדש לא חסר ומשום דבאדם חשוב כיון שאין דרכו לקבל מתנות ועושה רק להנאתה ה"ל כמו חסר אבל אדם שאינו חשוב שמקבל בכל עת בלי קפידא מיקרי לא חסר לזה יליף מעבד כנעני דאע"ג דאיהו לא חסר קבלת רבו גרמה וה"ה בזה אע"ג דלא חסר כיון דהאשה נהנית מקודשת ואכתי צ"ע. ובש"ע י"ד סימן ק"ס סעיף ט"ו ז"ל יש אומרים שאסור לומר לו אמור לפ' שיתן לך ד' דינרים ואלוה

לך מעות וכתב הב"ח שהוא ט"ס ובט"ז כתב ז"ל והנראה לענ"ד שאין כאן ט"ס והוא דבפ"ק דקידושין אשה שאמרה הילך מנה ואקדש אני לך מקודשת באדם חשוב ופי' רש"י בהאי הנא' שתרצה לתת פרוטה לאדם שיפייסנו לזה לקבל המתנה עכ"ל ונראה בעיני דע"כ לא בעי התם שיהי' אדם חשוב אלא דוקא כשהוא מקבל המתנה דאי לאו דאדם חשוב הוא אעפ"י שהוא נהנה במה שמקבל ממנה דהא ניחא לה בכך מכל מקום אין ההנא' שוה כלום דדוקא בכסף מתקדשת ולא בהנא' שאינו שוה כסף כו' ולפי"ז אם אמר' אמור לפ' שיתן לך מתנה ואתקדש אני אפי' אם הוא אינו חשוב הרי זו מקודשת כיון שבשליחות' הוא אמר והיא ניחא לה בכך אי לאו שהוא יאמר כן היתי' נותן לאחר פרוט' שיאמר לו כן נמצא נהנית באותו שליחות ושייך בו ממון דאין אדם מטריח באמיר' בחנם לכן נרא' לי דבזה מקודשת אעפ"י שאינו אדם חשוב ולענין הלכה למעש' נראה עכ"פ נהי דאינה מקודשת לקולא כגון אם יקדש אותה אחר כו' מ"מ לחומרא מקודשת והשתא גם לענין ריבית הוי ממש כן דאם אומר מלוה ללוה אלוה לך מעות על מנת שתקבל ממני מתנ' אם הוא אדם חשוב יש איסור ריבית ואם לאו אדם חשוב אין איסור אבל אם אמר לו אמור לפ' שיתן לך מתנ' ממילא ניחא לי' האי אמיר' ולולי זאת הי' נותן פרוט' לאחר שיאמר אמיר' זאת והוי ריבית גמור עכ"ל. והנה לכאורה בנדון הט"ז דלפי מ"ש הרב המגיד דכל שאינו מחוסר ממון באדם שאינו חשוב נמי הוי הנא' א"כ לענין ריבית נמי הוי הנאה בקבלתו אפי' באינו חשוב. מיהו אפי' דברי הרב המגיד היינו דוקא אם הנתינ' הי' במצות האשה ונהנית במה שמקבל זה ע"י מצותה אבל באומרת אמור לפ' שיתן לך מתנה אפי' באדם חשוב כה"ג אינה מקודשת כיון שאין המתנ' במצות האשה וכן משמע לשון הרב המגיד שכתב ז"ל והיא נהנית שמתקיימת מצותה בממון של אחרים ע"ש והיינו מצותה שציותה ליתן למקדש אבל היכא שנותן אותו פ' מעצמו אינה מקודשת כיון שאין זו הקבל' באה על ידה. ולזה בא עליו הט"ז מטעם אחר והוא משום דשו"פ השליחות ההוא שיאמר לפ' אלא דלענ"ד אין זה חשוב כסף לא לקידושין ולא לריבית כיון שאין הקבל' במצותו והיכא שאומרת אמור לפ' שיתן לך מנה עבורי א"כ לקידושין כה"ג מקודשת לפי מ"ש הרב המגיד היכא שנעש' עפ"י מצותה בממון אחרים וא"כ אפשר ה"ה לאיסור ריבית כה"ג אסור ולדעת הרשב"א באדם שאינו חשוב לא הוי הנאה כלל אלא במה שמחסר זה על ידי מצותה ואינו אלא מדין ערב ועבד כנעני וא"כ אין בזה איסור ריבית. וכן אם אותו פ' אינו ידוע לו כלל ענין הקידושין והיא אומרת למקדש אמור לפ' ויתן לך מנה עבורי. ולשטת הרב המגיד כה"ג מקודשת מדין הנאת קבלה שקיבל הנא' במצותה והיא אינה חסיר' ממון וה"ל הנא' אפי' באדם שאינו חשוב

אבל להרשב"א כה"ג באדם חשוב מקודשת משום הנאת קבל' כיון שקיבל במצותה אבל באדם שאינו חשוב כיון דאותו פ' אינו יודע מענין הקידושין ולא נתן כספו לקידושין אינ' מקודשת ולית בי' משום דין ערב ועבד כנעני. ויותר נראה לענ"ד דגם הרמב"ם שכתב בהנאת מתנ' שקבלתי ברצונך לאו מתורת הנאה קבלה לחוד אתי עלה כיון שהוא אינו חשוב אלא משום הוצאת ממון שהוציא על פיו והוא מדין ערב וכיון דהוצאת ממון על פיו לחודי' לא מהני דהא בזרוק מנה לים לדעת הרשב"א לא הוי ערב אלא כשנהנ' בן דעת מש"ה כתב בהנא' מתנ' שקבלתי ברצונך דכשמקבל בן דעת ה"ל הנא' במה שחיסר זה ממון על פי' ואולי גם כוונת הרב המגיד כן אלא מדברי האחרוני' בח"מ וב"ש דכתבו דברים ככתבן דהוי הנאת מקבל אפי' באינו חשוב כל שאינו מחסר ממון ע"ש משמע דלא אתי כלל מדין ערב וקשה לפרש הסוגיא מדין ערב ומדין עבד כנעני תיפוק לי' מדין עבד כנעני לחוד ואין לומר דדין ערב נמי מה"ט שהוא נהנה במה שמקבל הלו' ואפי' אינו חשוב כיון שאינו חסר דבכל דוכתי משמע דערב אינו אלא משום שהוציא ממון על פיו ואפי' למ"ש לעיל ליישב הא דהוצרכו מדין עבד כנעני אבל דין ערב למה כיון דנהנה מקבל' ולכן מחוורתא כשיטת הרשב"א ולפי מ"ש אפשר דגם כוונת הרמב"ם עיקרו מדין ערב שהוציא ממון על פיו אלא דלא סגי הוצאת ממון זולת כשנהנה בן דעת לזה כתב בהנאת מתנה שקבלתי ברצונך.

ס"ק ט

ואותו פ' עשאו שליח עמ"ש בזה בקצה"ח סימן ק"צ סק"ב:

ס"ק י

ונתן לה משכון פ"ק דקדושין דף ח' התקדשי לי במנה והניח לה משכון עלי' אינה מקודשת מנה אין כאן משכון אין כאן. ושטת הרמב"ן והרשב"א דכיון שהמנה שמקדש בהן אינה בעין אלא אגיד גבי' וברשותו הוא לא מהני במקום כסף לקנות בו קרקע או אשה וכדמוכח שם בש"ס גבי אמתא דאותבי נסכא עלי' ומבואר דגם לקנין קרקע לא הוי כסף הראוי לקנין כיון דאגיד ביה ושטת הר"ר יהוסף הלוי הובא בנמוקי יוסף רפ"ק דמציעא ז"ל ולענין מודה

במקצת ורצה ליתן משכון למלוה באותו מקצת אם מיקרי הילך או לא וכתב הר"ר יוסף הלוי ז"ל דלא מיקרי הילך והביא ראי' מדאמר בפ"ק דקידושין התקדשי לי במנ' והניח לה משכון עלי' אינה מקודשת מנה אין כאן משכון אין כאן והרנב"ר ז"ל ביאר הדברים כנגד החולקים ופי' כיון דק"ל מלוה אינה קונ' כלל החולקים כו' נמצא שהמשכון הזה אינה נקנה באותו מלוה דכי אמרינן בע"ח קונה משכון הני מילי במשכון בשעת הלוא' משום דקנ' לי' מעותיו כדמוכח מהא דאמרינן פ' השולח בשלמא משכון בשעת הלואתו

דקני לי מדר' יצחק וטעמא דמלתא מפני שמעותיו קונה לו משכון ואי נמי במשכנו שלא בשעת הלואתו קני לה משום דבגוביינא דבי דינא אתי לידי' וגזירת הכתוב הוא דקני לה כדר' יצחק דהרי הוא כאלו הגביהו ב"ד כו' אלא כשנותן לוה למלו' משכון שלא בשעת הלוא' כיון דמלו' אינו קונה במה קנאו מלוה שמא תאמר אעפ"י שמלוה אינו קונ' לו קנא' במשיכ' שכשם שכשהקנהו לגמרי נקנה ובמשיכ' כן כשהקנהו לו בתורת משכון קונה לו. זו היא שטת הר"ר יוסף הלוי מהאי דפ"ק דקידושין שאין המטלטלין נקנין במשיכ' למשכון בעלמא כיון שאין כח במעות הראשונות לקנות הלכך משכון לאו הילך הוא עכ"ל והובא שטת הר"ר יוסף הלוי ג"כ בר"ן פ' שבועת הדיינים ע"ש ועמ"ש בזה בסימן ע"ב סק"ב ובסימן נ"ז ס"ק י"א בקצה"ח. ושטת הרא"ש מנה אין כאן משכון אין כאן משום דאין אדם יכול לשעבד נכסיו אא"כ נתחייב גופו תחלה וכיון דזה לא נתחייב כלום אלא שעבוד משכון שנתן לו ולא מהני שעבוד למשכון בלא חיוב גופו ע"ש ביאור הדברים דנכסייהו דבר אינש אינון ערבין וכל היכא דליכא לוה ליכא ערב. ולשטת הרמב"ן והרשב"א דמפרשי משום דאגיד גבי' אבל במתנה מהני אם נותן לחבירו מנה ונותן לו משכון עליה' זוכה במשכון לשעבוד מנה אע"ג דלא נתחייב גופו על המנה. ואיכא למידק איך יהי' מהני למתנ' כיון דאמרו בש"ס פ' יש בכור דנכסוהי דבר אינש אינון ערבין וכל היכא דלוה פטור ערב נמי פטור ע"ש בבכורו' דף מ"ח. ואין לומר דמשכון שאני משום דבע"ח קונה משכון ועדיף שעבוד המשכון משאר שעבוד ומש"ה משתעבד המשכון אפי' היכא דליכא לוה דודאי בע"ח דקונה משכון נמי ליתי' בלא לוה. שוב ראיתי שדעת הרשב"א בתשובה סימן אלף נ' דנתחייב הערב אע"ג דליכא לוה ע"ש במי ששאל חפץ מחבירו ואמר לו אם לא אחזירנו לך לזמן פלוני אתן לך דמים כך וכך והעמיד לו ערב בעד הדמים אע"ג שלגבי השואל הוי אסמכתא ופטור הערב חייב לשלם וכתב שם וז"ל ואעפ"י שאמרו אין נפרעין מן הערב תחלה דאלמא דאין הערב משתעבד בדאי' לוה לא הי' דכל דהלוה מתחייב אין נפרעין מן הערב תחלה אבל זה הרי חייב עצמו במה שלא הי' השואל חייב עכ"ל ומש"ה ס"ל נמי להרשב"א דבמתנה משתעבד למשכון אע"ג דליכא לוה. ובח"מ סימן קכ"ט הקשה הב"ח על הרשב"א דהיכא נתחייב הערב במקום דהלוה פטור ע"ש וגם בש"ך שם כתב דמוכח כן מש"ס פ' יש בכור דף מ"ח ע"ש גם בט"ז שם הקשה מפרק יש בכור ע"ש. והרי לפנינו דעת הרמב"ן והרשב"א בשעבוד משכון דמהני אע"ג דליכא לוה. ומה שהקשו מבכורות דף מ"ח נראה דהתם נמי בשני יב"ש נמי בשע' הלוא' הוברר הלוה ואז נכסוהי דבר אינש אינון ערבין בי' ובשעת גבי' דנפטר הלוה מחמת ספיקא דשני יב"ש גם הערב פטור כיון דלא נתערב כי אם

במקום הלוה אבל היכא דנעשה ערב היכא דלא הי' לוה חייב הערב כיון דבתחלה נעשה ערב במקום שלא הי' לוה ודו"ק. ובסמ"ע סימן ס"ו סעיף כ"ו גבי משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך ע"ש שכתב דאפי' לדעת הרא"ש דס"ל בשטר שכתוב בו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דיכול למחול אפ"ה מודה דאין צריך כתיבה ונקנה במסירה לחודי' ע"ש ויש מקום עיון בזה כיון דטעמא דרא"ש דיכול למחול מבואר שם פ"ק דגיטין ז"ל ואפי' לדברי המפרשים דבמעמ"ש אינו יכול למחול יש לחלק דשאני התם דשלשתן עומדין במעמד א' וכו' אבל במוכר שט"ח כיון שאין קנין המלוה מועיל שיהי' שעבוד גופו קנוי ללוקח מכח קנין המלוה אלא מחמת שכותב לו הלוה למלוה משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך אנן סהדי דאין הלוה רוצה שיהי' גופו משועבד לשניהם למלוה לפי שלא הואיל הקנין להיות גוף הלוה משועבד ללוקח מכח קנין המלוה ונמצא שנשאר עדיין שעבוד גוף הלוה אצל המלוה וגם ללוקח לפי שכתב משתעבדנא לכל מאן דאתי מחמתך אלא ודאי על שעבוד נכסים כותב עכ"ל וע"ש. וכיון דאינו לדאתי מחמתו אלא שעבוד נכסים א"כ מה מהני שעבוד נכסי בלא שעבוד גופו דהא היכא דהגוף לא נתחייב גם נכסים לא משתעבדי לדעת הרא"ש כמו שאינו יכול לשעבד המשכון בלי שעבוד הגוף ובשלמא מוכר שט"ח דאע"ג דאין ללוקח אלא שעבוד נכסים היינו משום דלוקח מן המוכר והוא המלוה קא קני לי' ולמלוה אית לי' שעבוד הגוף ולא פקע ומוכר זכותו בשעבוד נכסים ללוקח אבל גבי משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דאינו קונה מן המלוה דהמלוה אינו יכול למכור שעבוד נכסי אלא ע"י כתיבה ומסירה וזה שאינו בכתיבה ע"כ הוא בא מצד עצמו במה שמשעבד עצמו לכל מאן דאתי מחמתו והיכי מצי משעבד נכסי למאן דאתי מחמתו בלי שעבוד הגוף. ומיהו נראה דשעבוד נכסי למאן דאתי מחמתו נמי ע"י שעבוד גופו למלוה ראשון משעבוד נכסי דאינון ערבין בעד שעבוד גופו הוא משעבד נכסי למלוה ולמאן דאתי מחמתו וא"כ שעבוד נכסי למאן דאתי מחמתו הכל הוא ע"י שעבוד גופו למלוה ראשון ומש"ה כשמוחל המלוה ראשון ממילא פקע שעבוד נכסי למאן דאתי מחמתו. והרשב"א דס"ל שם גבי משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דאינו יכול למחול משו' דס"ל להרשב"א גבי משכון דיכול לשעבד נכסי אפי' היכא דליכא שעבוד הגוף ומשום דס"ל גבי ערב דנתחייב היכא דלוה לא נתחייב וכמ"ש וא"כ יכול לשעבד עצמו לכל מאן דאתי מחמתו בלא שעבו' גופו של המלוה ומשעבד נכסי למאן דאתי מחמתו שלא ע"י שעבוד גופו של המלוה ומשום דהיכא דלא נתחייב הלוה כלל מתחלה נתחייב הערב ולמאן דאתי מחמתו לא נתחייב גופו וס"ל להרשב"א דאע"ג דאין דעתו של לוה לשעבד גופו לשניהם למלו' וללוקח משתעבד נכסי

ללוקח שלא בשעבוד גופו והיכא שבתחלה לא הי' לוה נשתעבד נכסי וכמו במשכון למנה ומש"ה אינו יכול למחול ובמוכר שט"ח דיכול למחול דבזה נשתעבד לוה והוא שעבוד הגוף והיכא דנפטר הלוה אח"כ גם הערב שהוא שעבוד נכסי פקע ודו"ק:

ס"ק יא

אינה מקודשת כתב הר"ן פ"ק דקידושין מנה אין כאן ז"ל כתב הרמב"ן ז"ל דאפי' היכ' דאמר לה קני משכון בשעבו' מנה והתקדשי לי בו ומשכתו אינה מקודשת דנהי דקניא לי' משכון להאי שעבודא אינה מקודשת בכך דמנה אין כאן כלומר דעיקר שעבודא דמנה גבי ליה הוא ולא גבי אשה וכו' אבל הראב"ד ז"ל פי' דה"ק מנה אין כאן שהרי לא נתחייב לה בו דמילי בעלמא נינהו וכיון דמנה אין כאן משכון נמי אין כאן דלא קניא למשכון במידי דמאי יהבי' לי' דקניא לה משכון ודכוותה נמי הא דאמרינן בסמוך פריטי אין כאן נסכא אין כאן כלומר דכיון דלא נתחייב בפריטי אין השעבוד נתפס על הנסכא שהוא משכון אבל היכא שנתן לה משכון ואמר לה קני במשכון זה שעבוד מנה והתקדשי לי בו מקודשת עכ"ל. ומוהרי"ט בחידושיו מפרש דברי הראב"ד דס"ל דהיכא דהקנה לה במשכון שעבוד מנה מקודשת והכא משום דלא הקנה לה במשכון במידי אלא דאמר לה התקדשי לי במנ' ונתן משכון עליהם וכיון דבמנה לא נשתעבד אף במשכון לא נשתעבד וע"ש שהקשה דמאי מותיב לרב נחמן מקידשה במשכון מקודשת ומוקי לה במשכון דאחרי' דאפי' למאי דס"ד דמיירי במשכון דידי' מתוקמא שפיר ששעבד לה משכון על המנה ואמר קנה משכון זה בשעבוד מנה כו' והרא"ש ס"ל שאין מקום שיחול שעבוד על נכסיו כל זמן שאין עליו חיוב ואינו כדברי הרמב"ן ולא כדברי הראב"ד ז"ל עכ"ל גם מדברי ח"מ מבואר דדעת הראב"ד הוא דעת שלישית. אמנם לפי דבריהם אין ביאור לדברי הראב"ד דאם מהני כשאומר קני במשכון שעבוד מנ' א"כ בהתקדשי לי במנה ונתן לה משכון נמי היינו לשעבוד מנה: והעליתי בזה באורך בקצה"ח סימן ק"ץ סק"ו דהראב"ד ס"ל לגמרי כשטת הרא"ש וכמבואר בריטב"א בחידושיו ז"ל ועיקר הפי' כפי' הראב"ד ז"ל שאין משכון חל ומשתעבד אלא בשקדם לו חיוב ממון שלוה ממנו או שנתחייב לו בקנין כראוי דהשתא מקנה משכון לשעבוד אותו חיוב אבל הכא שלא נתחייב לה במנה ובאמירה בעלמא וכו' משכון דיהיב לה על האי מנה לאו כלום הוא וכן הדין במכר ובכל דבר כגון שאומר לחבירו אתן לך מאתים זוז והרי לך משכון עליהם לא זכה כלל ונוטל ממנו משכונו כו' הא אלו אמר לה זכי במשכון זה שיעור מנה והתקדשי לי בו ומשכתו זכתה בו לשיעור מנה אלא שיכול לסלקה וכיון שזכתה בו הרי היא מתקדשת בו עכ"ל. ומבואר לפנינו שטת הראב"ד שהוא כשטת הרא"ש ומשום דאין

משכון משתעבד אלא כשקדם חיוב הגוף דאז נכסוהי ערבין בי' אלא דוקא כשאומר לו זכי במשכון שיעור מנה דה"ל זכי בגוף המשכון דבזה, גם להרא"ש מהני כיון דקונה בגוף המשכון שיעור מנה והא דיכול לסלקו אינו אלא כעין תנאי
שיוכל לסלקו בדמים. וא"כ הא דכתב הר"ן בשם הראב"ד אבל היכא שנתן לה משכון ואמר לה קני במשכון זה שעבוד מנה והתקדשי לי בו מקודשת. יש להגיה במקום שעבוד מנה דהיינו שיעור מנה ולא שעבוד מנה והוא ממש כדברי הראב"ד שהובא בריטב"א והיכא שאומר שיעור מנה דזה הוי זכה בגוף המשכון מהני גם להרא"ש וכמבואר בראב"ש בערבונת דשידוכין והוא בטור וש"ע סימן ר"ז. ותו לא קשה מה שהקשה מוהרי"ט לדברי הראב"ד דמה פריך מקודשת' במשכון נימא דמיירי באומר קני בשעבוד מנ' דלפי מ"ש לא מהני שעבוד מנ' אלא שיעור מנ' וזה לא הוי משכון אלא קנין בגוף החפץ ומה שמסלקו בדמים אינו אלא משום דה"ל כמו תנאי שיוכל לסלקו בדמים וכל זה ברור. דגם לשטת הרמב"ן והרשב"א מהני זכי במשכון שיעור מנה ולא מיקרי אגוד גבי' אלא שעבוד משום דאכתי הכסף לא יצא מרשותו אבל קני בגוף החפץ כבר יצא מרשותו לגמרי ונכנס לרשות האשה וזה פשוט אלא שראיתי לב"ש שכ' דלדעת הרמב"ם והרשב"א גם בזכי בגוף המשכון אינה מקודשת ע"ש ולענ"ד נראה כמ"ש דכה"ג לאו אגוד גבי' מיקרי כיון דכבר יצא מרשותו לרשותה. והיכא שאומר אל תחזיר עד שאתן לך המנה כתבו בתו' קידושין דמהני ע"ש דף ח'. וכתב הב"ח באל תחזיר דמהני גם לקידושין ומדברי ב"ש נראה דאל תחזיר לא מהני אלא במתנה אבל לא בקידושין ע"ש. ואינו מובן דמ"ש במתנה דמהני ובקידושין לא מהני: ונראה דאל תחזי' אינו קנין בגוף החפץ ואינו אלא משכון ולא מהני למשכון כיון שלא קדם חיוב הגוף לית בי' תורת ערב אלא דאע"ג דלא קני למשכון וצריך להחזיר אך שהיא מוחל את תביעתו ואומר אל תחזיר עד שאתן את הדמים ומש"ה במתנה מהני שלא ליצטרך להחזיר אבל בקידושין דבעי כסף וכיון דלא קנת' למשכון אע"ג דאינה צריכה להחזיר עד שיתן את הדמים לא מהני לקידושין כיון דלא קנתה הכסף שהוא המשכון ודו"ק. אמנם באשרי לא הביא כלל הך דינא דאל תחזיר ומשמע דלא ס"ל כלל ואפי' במתנה לא מהני וצריך להחזיר בלא דמים

ס"ק יב

וכ"ש אם נתן לה שטר. ובח"מ כתב דאינו מוסכם דאינו אלא לדעת הרמב"ן והרשב"א דס"ל משום אגיד גבי' אבל לדעת הרא"ש שהוא משום דלא נשתעבד במשכון בלא חיוב הגוף והכא הרי נתחייב בשט"ח ולא גרע משט"ח דאחרים וכ"כ ב"ש ע"ש וז"ל וכבר הרגיש בזה בח"מ וכ"כ הש"ג פ"ק דקידושין דהוי קידושין והא דס"ל אם מקנה לה טבעת

ע"י ק"ס לא הוי קידושין כמ"ש בסמוך לאו משום דאגיד גבי' אלא משום דנעשה ע"י סודר ודומה לקנין חליפין ולא הוי קידושין ומ"ש בתשובת רש"ך אם מקנה לה ע"י סודר טבעת הוי קידושין אתיא כשטת הראב"ד דוקא אבל לשנות הרשב"א לא הוי קידושין כיון דאגיד גבי' עכ"ל והנה מ"ש בשם ש"ג אם מקנה לה הטבעת ע"י ק"ס ט"ס וכתב שם מקנ' לה מנה ע"י ק"ס וכן העתיקו ב"ש סק"ב ע"ש. ומנה נמי ע"י חיוב דאי דרך הקנאה לא מהני כיון דמטבע אינו נקנה בחליפין אך מ"ש ב"ש בטעמו משום דנעש' ע"י ק"ס ה"ל כחליפין לא נהירא דכיון דאינו מקדשה בחליפין אלא בכסף והכסף הוא דמקנה לה ע"י חליפין ואינו ענין לחליפי חליפין. וז"ל הש"ג פ"ג דקידושין ומזה אומר שאם דעת האשה הוא להתקדש בתפיסת הקנין לבד שהוא כנף בגדו שיש בו שו"פ הרי זו מקודשת שהרשות בידה לפסוק כנף בגדו ולעכבו בידה אם תרצה ולא אמר שאין האש' נקנית בחליפין אלא כשדעת' להתקדש במנה ונתן לה קנין כדי לקיים הקידושין והוא יתחייב לה במנה כמו שביאר מז"ה עכ"ל ומבואר דעת הש"ג דאשה נקנית בחליפין ממש היכ' שדעת האש' להתקדש בתפיסת הקנין לבד וא"כ איך יתכן לומר כשמקדשה במנה שנתחייב לה ע"י חליפי סודר דלא הוי קידושין ולכן נראה דשטת שלטי הגבורים הוא שטת תו' רי"ד רפ"ק דקידושין ז"ל מניינא למעוטי חליפין קשיא לי טובא ואם אדם נותן סודר לאשה שיש בו שו"פ אעפ"י שנותן לה בתורת חליפין אמאי אינה מקודשת כו' ונרא' לי לומר שאם בזה הסודר לבד נתרצית לו לקדשה אעפ"י שהזכיר לה חליפין מקודשת היא והבמ"ע כגון שהתנ' עמה לקדשה במנה ולא הי' נותנו לה עכשיו. אלא התפיס' את הסודר שתתקדש לו ולא תוכל לחזור בו והוא יתחייב ליתן לה המנ' לאחר זמן בכי ה"ג ודאי אינה מקודשת כיון שלא נתרצית לקדש אלא במנה ומנה אין כאן ואעפ"י שבשדה קונה הסודר כו' וטעמא דמלתא כיון דחליפין איתנהו בפחות משו"פ וכיון דבפחות שו"פ ליתנהי בשו"פ נמי ליתנהי שאין גזיר' שוה למחצ' עד שיתן לה המנה עכ"ל. וביאור שטה זו כבר ביארנו באורך ס"ק ב' ע"ש וזהו נמי שטת הש"ג והכוו' אם נותן לה הסודר לגמרי מקודשת בתורת כסף אפי' הזכיר לשון חליפין לא נפיק מכלל כסף אלא דכסף גופה דקונ' אינו אלא בתורת שיוי אבל אם נותן כסף בתורת קנין לא מהני וכמ"ש בסמ"ע סימן ק"ל דילפינן משדה עפרון שהי' הכסף מדמי השדה ע"ש ותורת חליפין דאיתי' בפחות שו"פ ואינו בתורת שיוי אלא בתורת קנין. ומש"ה כשנותן הסודר לגמרי לאשה אפי' הזכיר לשון חליפין לא נפיק מכלל כסף והוא נמי שיוי הקידושין אבל אם אמר התקדשי לי במנ' ולא נתן עכשיו אלא שיתחייב לה והסודר נתן לשום קידושין ושיתחייב לה המנ' בשלימות ולא ינוכה כלום מן המנה לערך שוה הסודר דאז

אין הסודר מכלל שיוי הקידושין רק בעד קנין ולא מהני חליפין לקנין אלא גבי שדה אבל תורת חליפין לקנין לא מהני גבי קידושין דכיון דחליפין איתנהי בפחות משו"פ וקידושין ליתי' בפחות שו"פ דלא מקנא נפשה בפחות משו"פ ומש"ה לא מהני הק"ס וקיום הקידושין וממילא לא נתחייב במנה כיון דלא נתקיים הקידושין אבל אם הק"ס הי' שיתחייב במנה ומקדש' בחוב דידי' שפיר מקודשת דה"ל כשט"ח דידי' דמהני לדעת הש"ג וזה נכון וברור ועיין היטב בסק"ב. ומ"ש ב"ש דתשובת רש"ך הוא כשטת הראב"ד אבל לשטת הרשב"א לא הוי קדושין דאגיד גבי' אינו נרא' דלא מיקרי אגוד גבי' אלא במשכון דאכתי הכסף לא נפיק מרשותו ואין לה לאשה או למוכר אלא שעבוד מש"ה אינו כסף לקנין באשה ובמכר אבל הכא דנקנ' גוף טבעת לאשה כבר יצא הכסף מרשותו ואינו אלא פקדון בידו דהא אגוד גבי' דלא מהני בקדושין לאו מתורת אגוד גבי' דגבי גט דהתם בגט טעמא משום דבעינן כריתות וליכא כדאי' פ"ק דמציעא דף ו' אבל בקידושין לא שייך האי טעמא ועוד דהא גם גבי אמתא נמי אינו קונ' במשכון וע"כ האי אגוד גבי' אינו אלא משום דאינו כסף הראוי לקנין כיון דאינו מוציא הכסף מרשותו וגבי שעבוד עדיין הכסף ברשותו אבל היכא דנקנ' גוף הטבעת לאשה אלא שעדיין הוא ברשות המקנ' כבר יצא הכסף מרשותו ואינו אלא פקדון בידו וזה פשוט וברור:

ס"ק יג

דלא הוי קידושין ונסתפקתי בפדיון הבן אם נתן לכהן משכון בחמש סלעי' אם בנו פדוי. והנה בנתן שט"ח לכהן ודאי אינו פדוי וכמבואר להדיא ר"פ הנושא דבר תורה בנו פדוי לכשיתן ומדרבנן אינו פדוי משום גזירה דפודין בשטרות ועמ"ש בקצה"ח סימן ק"ל סק"ח ע"ש אך במשכון לא נתבאר בפוסקי' אם בנו פדוי. והנה נרא' דשטת הרמב"ן והרשב"א דכסף שלא יצא מרשותו לא חשיב כסף לקידושין ולמכר וא"כ נרא' דה"ה בפדיון לאו שמי' כסף אבל לדעת הרא"ש דטעמא דמשכון לא מהני משום דגופו לא נתחייב ונכסוהי ערבין וכל היכא דליכא לוה ליכא ערב א"כ בפדיון נרא' דמהני משום דנתחייב גופו לכהן ליתן לו חמש סלעים א"כ נכסוהי ערבין ויכול לשעבד משכון לזה החוב. וראי' מר"פ הנושא בהא דאיפלגי ר' יוחנן ור"ל בחייב אני לך מנ' בשטר דר' יוחנן אמר חייב ור"ל סובר דפטור ופריך לריש לקיש מהא דתנן כתב לכהן שאני חייב לך חמש סלעים חייב ליתן לו חמש סלעים ובנו אינו פדוי ומשני שאני התם דמשעבדא לי' מדאורייתא וע"ש ומוכח דאע"ג דאכתי לא נתברר מי הוא הכהן ואפ"ה לכל כהן שנותן שט"ח מתחייב כיון דמשועבד לכהן וא"כ ה"נ מהני לי' משכון כיון דנתחייב לכהן. ואפשר דאפי' לדעת הרמב"ן והרשב"א דלא מהני שעבוד במשכון לקידושי אשה

ולקנין קרקעות היינו משום דכסף ואגיד גבי' ואינו יוצא מרשותו אינו ראוי לקנין אבל גבי פדיון הבן דאין הבן קנוי לכהן שיצטרך לקנותו מכהן אלא חוב הוא שמוטל עליו ליתן לכהן חמש סלעים וכל שנותן לו משכון ומקבלו לפרעון ולדעת הרמב"ן והרשב"א דמהני משכון למתנ' ויש זכיה למקבל במשכון וא"כ זכה בו הכהן ונפטר מחובו וזה נרא' ועמ"ש בקצות החושן סימן ס"ו ס"ק א' ואכתי צ"ע:

ס"ק יד

והוא ישלים לה השאר. כתב בח"מ וז"ל כלומר ואם לא ישלים אינה מקודשת כמי שאמר על מנת מיהו לקמן סימן ל"ח כתב דיש חולקין דגם בע"מ צריך תנאי כפול עכ"ל. וב"ש כתב ע"מ שאתן ואם לא נתן לה השאר בטילין הקידושין אע"ג דלא הזכיר שום תנאי ה"ל כאלו התנה וכפל כ"כ הרא"ש ואישתמיטתי' לח"מ עכ"ל אמנם לטעמא דהרא"ש לא ירדנו דאמאי הוי כאלו התנ' תנאי כפול יותר משאר תנאים דבעי כפילא. ובחדושי הרשב"א קידושין דף י"ח ז"ל ואמ' רב הונא אמר רב כל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי יש מדקדקין מכאן דבע"מ אין צריך תנאי כפול והן קודם ללאו דהא הוא סתמא יהיב לה אלא דאנן הוא דקאמרינן דכמאן דאמר לה על מנת דמי וכן דעת רבינו אלפסי וכבר הארכתי בזה בפ' מי שאחזו בס"ד עכ"ל וז"ל ס"פ מי שאחזו יש מביאין ראי' מהא דאמר ר' אליעזר האומר לאשה התקדשי לי במנה ונתן לה דינר כו' כמאן דאמר על מנת דמי והתם ודאי לא כפלי' לתנאי ואפי' על מנת ממש לא אמר לה אלא שאנו רואין מעשיו כאלו אמר ע"מ ושמא נדחה בזה דטפי עדיף כי לא אדכר תנאי מפור' אלא שמעשיו מוכיחין עליו ממי שיזכיר תנאי שלא כדרך תנאי שבכתוב כמו שאנו עתידין לכתוב בשם רבותינו בעלי התו' עכ"ל. וזה נרא' טעמא דהרא"ש דס"ל לחלק בין גילוי דעת ובין היכא דהזכיר תנאי ולא כפל וכ"כ באש"רי פ' מי שאחזו ע"ש. אלא דדעת כמה פוסקים שלא לחלק בכך וכמבואר ברמ"בן בחידושיו פ' מי שאחזו ע"ש גם הר"ן בפרק מי שאחזו גבי אתקין שמואל בגיטא כתב שם דאין לומר דטפי עדיף לר' מאיר אומדנא וגילוי דעת מתנאי שלא נכפל וע"ש וגם להרשב"א לא ברירא לי' הך מלתא לחלק בכך וכתבו בלשון שמא נדחה כו' ולכן נרא' לענ"ד במה דקשיא להו בהך דאמר ר"א התקדשי לי במנה ונתן לה דינר מקודשת וישלי' כו' כיון דלא כפלי' אמאי ישלים. והיא דע"כ לא בעינא דיני תנאי ב"ג וב"ר אלא שיבוטל המעש' ע"י תנאי דאז אם אין התנאי כדיני תנאי אע"ג דלא נתקיים התנאי המעש' קיים אבל שיתחייב בתנאו לא בעינן דיני תנאי וכמו קנה שדה במנה ונתן דינר שקנה לו השדה צריך להשלים דמי השד' ונתחייב בדמי השדה אחר שקנה השדה אלא דאם לא נתן דמי השדה לא נתבטל הקנין

וכמו כן הכא כיון דקנ' האשה ע"י הדינר נתחייב בדמים שהבטיח לה ובש"ס ובש"ע לא הוזכר שיתבטלו הקידושין אם לא יתן המנה אלא אמרו צריך להשלים המנ' וחייב הוא בכך וביבמות דף ק"ו בהא דחליץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז בתר דחלץ לה אמר זיל הב לי' א"ל ר"פ יכול' לומר משט' אני בך וכ' שם הרשב"א בחידושיו ז"ל ואיכ' למיד' היכי הוי מחיי' אבייי למית' לי' ור"פ למאי איצטרך לאתויי ראי' מן הבורח מבית האסורין והא הכא כיון דאתני לי' בלשון ע"מ לא מחייב לי' משום דכל האומר ע"מ אין מחייבין אותו לקיים התנאי אלא אם רוצ' יקיים ואם ירצה לא יקיים לפי שכבר נתפרשה כפייתו אם יקיים תנאו יקיים המעש' ואם לא יתקיים התנאי לא יתקיים המעשה וכיון שכן ה"נ לימא לי' לא בעינא בחליצה ולא יהבינא והרי החליצ' ממילא קיימת והיא פטור' וי"ל דכיון שאי אפשר לה לחליצ' להתבטל הרי זה כשכירות ולפיכך אי הגון לה מחייבין ליתן לה מדין שכירות והיינו דאמרינן בירושלמי אם אמרה ע"מ נותנת אלא מכיון דלאו הגון לה ומצוה עליו מן התור' בחליצ' ורמי' עליו למיחלץ האי כעין אנוסה היא ואיהו נמי לא פסיד מידי דהא לא חזא לי' מינה מידי עכ"ל וכ"כ הרמב"ן בחדושיו שם ע"ש וא"כ הכא שנתקדש' לו ע"י הדינר ונתקיים המעש' שהוא הקידושין נתחייב גם הוא דמי הקידושין ולא גרע מקנה שדה בחזקה שנתחייב בדמי הפסיקה של השד' וא"ש הא דקאמר ר' אליעזר מקודשת וישלים ודו"ק. והא דאמרינן פ' מי שאחזו דף ע"ה בהא דתנו רבנן הרי זה גיטך והנייר שלי אינה מגורשת ע"מ שתחזיר לי את הנייר מגורשת ופריך מ"ש רישא ומ"ש סיפא כו' אמר אביי הא מני ר' מאיר הוא דאמר בעינן תנאי כפול והכא הא לא כפלי' לתנאי. ולפי מ"ש דהיכא דלא כפלי' נמי מחויב בקיום התנאי וכופין לקיים כיון דהמעש' נעש' אדעתא דהכי א"כ בע"מ שתחזיר לי הנייר אפי' לא כפלי' צריכ' להחזיר הנייר כמו שהתנה. ונראה דהתם גבי גט כיון דהוא מגרשה בע"כ לא שייך בזה תנאי קיים עבור המעשה כיון דהמעשה נעשה בע"כ דאשה וא"כ אינו אלא מחמת התנאי שהתנה שיתבטל המעשה אם לא יתקיים התנאי מש"ה בעי כפילא. מיהו כל זה באומר מעכשיו דהמעשה תיכף נתקיים ולכן בקידושין או בשד' אם התנו מחויב לקיים תנאי וכופין אותו עבור המעשה אבל היכא דלא אמר מעכשיו אלא לכשאתן המנה א"כ עדיין המעשה לא נתקיי' ואינו חייב בדמי' עבור המעשה לזה אמרו בש"ס מקודשת וישלים מ"ט דר' אליעזר דאמר כל האומר על מנת כאומר מעכשיו וכיון דמעכשיו נתקיים המעשה וכל שנתקיים המעשה מחויב להשלים לה כתנאי שהותנו ביניהם בפסיקה עבור הקידושין ועמ"ש בס"ק א'. ועיין בר"ן פ' האומר ע"ש שכתב בכל התנאים שהוא חייב וכנס תוך הזמן דאמרינן אף שלא נתקיים בזמן הוי קידושין דכיון

דכנס אחולי אחיל לתנאו אבל מכל מקום המעות שנתחייב בתנאי נעשה עליו מלוה וצריך לקיים וע"ש. ומבואר דאע"ג דנמחלו התנאים מ"מ החוב לא נמחל וא"כ ה"ה היכא שבתחלתו לא נעשה בדיני תנאי צריך להשלים החוב. ובזה יתיישב מה שהקשה אחי הרב המופלג מוהר"ר חיים כהן נרו' בהא דמקש' בגמ' פ"ק דקידושין אהא דאמ' ר"א מקודש' וישלים מהא דתני' התקדשי לי במנה והי' מונה והולך ורצה א' מהם לחזור אפי' בדינר אחרון הרשות בידו ומאי קושיא דהא המקדש יכול לחזור משום דאין כופין בקיום התנאי אלא המעשה בטל אם לא נתקיים התנאי והאשה נמי יכולה לחזור לפי מה דאמרינן פ' מי שאחזו דף ע"ד נתינה בע"כ לא שמי' נתינה וא"כ יכולה לומר איני רוצה בקבלת השאר ונימא ר' אליעזר ס"ל נתינה בע"כ לא שמי' נתינה עכ"ד. ולפי מ"ש דאין בזה משום תנאי כיון דלא כפלי' אלא מחויב הוא בדמי הקידושין עבור המעשה וכיון דאינו אלא חוב שניהם אין יכולין לחזור דהמקדש לא מצי חוזר כיון דלא כפלי' לתנאי והיא נמי לא מצית לחזור דבחוב ודאי פרעון בע"כ שמי' פרעון ודוקא בתנאי היא דפליגי אם נתינה בע"כ מהני ע"ש פ' מי שאחזו ודו"ק:

ס"ק טו

וה"ה אם חסר דינר אחד כתב ב"ש ז"ל עיין פ"ב דקידושין שם ברש"י ור"ן משמע דוקא אם קיבל עליו המקדש במלוה ואם לא קיבל לא הוי קידושין ולרמב"ן ושאר פוסקים אפי' לא קיבל מקודשת וכן משמע מרמב"ם וכן מדייק המגיד מדבריו ורשב"א ס"ל אפי' אם אמר תהא עלי במלוה לא הוי קידושין משום דכסיפא לה למתבעי' כיון שחסר רק דינר אחד עכ"ל. ובחידושי מוהרי"ט נראה להיפך והוא דאם קיבל עליו במלוה לא סמכ' דעתה ודרך תנאי סמכה דעתה טפי וע"ש שכתב על דברי הרמב"ן במה שהביא ראי' דאפי' בחסר דינר מקודשת וסמכה דעתה והא דתניא התקדשי לי במנה זה ונמצא חסר דינר אינה מקודש' אלמ' במנה סתם מקודשת ולא אמרינן כסיפא לי' מלתא למתבעי' וכתב עלה מוהרי"ט ומיהו על ראייתו של הרמב"ן קשיא לי מאי מייתי מהאי דהתקדשי לי במנה ונתן לה דינר הרי זו מקודשת וישלים כלומר ע"מ שישלים קאמר ואין הקידושין נגמרין אא"כ ישלים ובהא ודאי לא אמרינן דכסיפא לה מלתא דבלא תביעת' איהו מזהר זהיר כדי שיתקיימו קידושיו וסמכה דעתה שפיר כמו האומר הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך ק"ק זוז דמקודשת והוא יתן אבל הכא שעשאו מלוה הדינר הנשאר ורוצה שיהי' הקידושין נגמרין מעכשיו והדינר נעשה עליו כמלוה בהא ודאי אמרינן דכסיפא מלתא למתבעי' ולא סמכה דעתה מאחר שכבר היא מקודשת ישחק בה עכ"ל. ולענ"ד אינו נראה לא כדברי זה ולא כדברי זה דבקידושין דף מ"ז בהא דתניא המקדש במלוה

אינה מקודשת וי"א מקודשת ומוקי לה באומר לה התקדשי לי במנה ונמצא מנה חסר דינר מר סבר כסיפא לה למתבעי' ומ"ס לא כסיפא לה מלתא למתבעי' ואלא הא דאמר ר' אליעזר התקדשי לי ונתן לה דינר הרי זו מקודש' וישלי' לימא כתנאי אמר' לשמעתי' אמרי מנה חסר דינר כסיפא לה מלתא למתבעי' מנה חסר תשעים ותשע לא כסיפא למתבעי'. ולפי מ"ש מוהרי"ט דבתנאי לא אמרינן כסיפא למתבעי' דאיהו מזהר זהיר א"כ מאי ענין דר' אליעזר הכא דהא ר' אליעזר דרך תנאי קאמר לפי מ"ש הרא"ש והובא בס"ק י"ד ובריית בעשאו מלוה. וכן לפי מ"ש ב"ש דבעשאו מלוה הוא דסמכה דעתה אבל דרך תנאי לא סמכה דעתה אליבי' דכ"ע וא"כ היכא קאמר לימא ר"א כתנאי אמרה לשמעתי' דהא ר"א אפי' כתנאי לא אמרה דהא ת"ק דאמר מקודשת דרך מלוה דוקא קאמר. ולכן נראה דדרך תנאי ודרך מלוה שוין הן ולמ"ד לא סמכה אדעתה בשניה' אינה מקודשת ולמ"ד סמכה דעתה בשניהם מקודשת והא דפי' רש"י והר"ן וז"ל רש"י שם במילי אוחרי בדבר אחר דהך לאו במלוה שיש לו עלי' קאמר אלא שאמר התקדשי לי במנ' ונמצא מנה חסר דינר ואמר לה

הרי עלי מלוה עכ"ל והיינו מדתניא המקדש במלוה ומיירי בנמצא מנה חסר דינר ולשנא דמקדש במלוה ע"כ משום שאמר הרי הוא עלי מלוה דאל"כ מאי לשון מקדש במלו' ולדינ' ה"ה דרך תנאי ורש"י ור"ן לפרושי לישנא בריית' דתני המקד' במלוה אך היא גופה תיקשי דאמאי נקט ברייתא בדינא דמלוה שאמר על הדינר החסר הרי עלי מלוה כיון שהוא נמי דרך תנאי ולהרמב"ן ושאר פוסקים דס"ל דאפי' לא קיבל עליו במלוה נמי וכמ"ש ב"ש א"כ אמאי נקטי' ברייתא בלשון מלוה. ולפי מ"ש בסקי"ד דמקדש במנה ונתן דינר דמקודשת וישלים לאו משום דיני תנאי כיון דלא הי' תנאי כפול אלא שמחייב הוא בכך כיון דנתקיימו הקידושין נתחייב הוא בדמיו ניח' דנק' לי' מלו' דאינו אלא חוב ודו"ק:

ס"ק טז

בק' דינרים אלו והתחיל למנות פ"ק דקידושין דף ח' אמר ר"א התקדשי לי במנה ונתן לה דינר מקודשת וישלים מתיבי התקדשי לי במנה והיה מונה והולך ורצה א' מהם לחזור אפילו בדינר אחרון הרשות בידו הבמ"ע דאמר במנה זו דדעתי' אכולה ופריך מדסיפא במנה זו דקתני התקדשי לי במנה זו ונמצא מנה חסר דינר אינה מקודשת מכלל דרישא במנה סתם ומשני רישא וסיפא במנה זו ופרושי קא מפר' רצה א' מהם לחזור אפי' בדינר אחרון הרשות בידו כיצד דאמר לה במנה זו רב אשי אמר לעולם רישא במנה סתם ומונה והולך שאני ודעת הרי"ף והרמב"ם דדוקא במנה זו אבל מנה סתם אע"ג

דמונ' והול' אין יכולין לחזור ומקודשת ודלא כרב אשי. ולכאורה קשה לפי אוקמתא זו דרישא מיירי במנה זו ופירושי קא מפרש א"כ הא דתני ורצה אחד מהם לחזור למה לי חזרה דבמנה זו ונמצא חסר דינר ממילא נתבטלו הקידושין אפי' בלא חזרה. ובחידושי הרשב"א ראיתי שכתב ז"ל פירושי קא מפרש כיצד כגון דאמר לה מנה זו ומנה שלם בידו והי' מונה והולך ונמצא כולו מנה בידו חסר דינר שעדיין לא הספיק למנות וליתן לה רצה א' מהם לחזור הרשות בידו אבל אם הי' מנה שבידו חסר אינה מקודשת כלל וע"ש שכתב שכן נראה מפי' ר"ח דלא כולה סיפא פי' דרישא אלא מנה זו בלבד פירש דרישא וא"כ השמיענו דין אחר דהיינו שנמצא דינר רע וע"ש. ובזה ניחא דלא תיקשי ללישנא קמא דרישא במנה זה א"כ למה נקט והי' מונה והולך ובח"מ כתב דאורחא דמלתא נקט ע"ש ולפי מ"ש הרשב"א ניחא טפי דכיון דרצה להשמיענו דין חזרה ולא משכחת לה אלא במונה והולך והמנה שלם בידו ומונה והולך לתוך ידה ששניהם יכולין לחזו' עד שיבא דינר האחרון לידה דאם אינו מונה והולך ונמצא חסר דינר לא בעי חזרה אלא ממילא נתבטלו הקידושין. והיינו נמי טעמיהו דהרי"ף והרמב"ם שכתבו והתחיל למנו' משום דמיירי בדין חזרה וכמ"ש. וא"כ לרי"ף ורמב"ם ברייתא דתני מנה זה ומונה והולך תרתי בעינן דבמנ' זה לחוד ונמצא חסר דינר לא בעי חזרה ובמו' והולך לחודי' לא מהני חזר' וא"כ תרתי בעינן ולזה כתב הרמ"א וי"א דבחדא מנייהו סגי דמשמע דלדיע' ראשונה בעי תרוויהו וכמ"ש ונתיישב בזה מה שהקשו ח"מ וב"ש בדברי הרמ"א שכתב וי"א דבחדא מיניהו סגי. ועיין בס' עצמות יוסף שהקש' בהא דפריך אדר' אליעזר מהא דתניא והי' מונה והולך ורצה א' מהם לחזור אפי' בדינר אחרון הרשות בידו אמאי לא אוקי הך ברייתא בהכי דמטעם דנמצא חסר דינר הוא דיכול לחזור ומשום דמנה חסר דינר כסיפא למתבעי' ונרא' דלשון אפי' בדינר אחרון נרא' דלא מבעי' בדינר הראשון או השני עכ"ל וע"ש. ואינו קושיא דודאי כשנותן לה צ"ט דינר בבת אחת הוא דאינה מקודשת דכסיפא למתבעי דינר אחד שחסר ממאה אבל אם נתן לה דינר דמקודשת ומשום דסמכ' דעת' דלא כסיפא למתבעי' צ"ט דינר וכיון דכבר נתקדש' בעד הדינר הראשון בעת שהי' חסר צ"ט ליתי' בחזרה אפי' כי נתן לה אח"כ צ"ח וחסר דינר האחרון כיון דכבר מקודשת בדינר הראשון זה נרא' לי ודו"ק:

ס"ק יז

אא"כ אמר לה דינר החסר ז"ל הב"ש אא"כ אמר לה דינר החסר ז"ל הרמב"ם ש"מ מ"ש אפי' בדינר האחרון מיירי כשחסר ומכל מקום כתב שניהם יכולין לחזור ש"מ דס"ל כשטת רש"י דוקא אם חזרו הקידושין בטילים עכ"ל. ולפי מ"ש בס"ק ט"ז דמיירי שהמנה

שלם בידו ומונה והולך ונמצא בידה חסר דינר בזה שייך חזרה כיון דבידו להשלים וא"כ מה שאמר לה החסר יהי' מלוה היינו דינר החסר בידה אבל ביד המקדש איתנהו לכולה בידו:

ס"ק יח

דינר החסר יהי' עלי במלוה ונתרצית כתב בח"מ ז"ל אבל אם היא שתקה כשאמר דינר החסר יהי' עליו במלוה בזה אפשר לומר דהיא לא נתרצית דכסיפא למתבעי' וחזר הדין למה שנתבאר למעלה בסעיף שלפני זה דיש חולקין באומר התקדשי לי במנה ונתן לה צ"ט ובטור לא כתב ונתרצית אפשר משום דס"ל כהרא"ש דפסק כמ"ד לא כסיפא למתבעי' כו'. ולענ"ד נראה דכל שהוא משום לא סמכה דעתה אפי' נתרצית בפירוש נמי לא מהני דהא במנה חסר דינר היינו משום דלא סמכה דכסיפא למתבעי' ובזה לא מהני, ריצוי וכמו במקדש בשט"ח דאחרים דאינה מקודשת משו' דלא סמכה דעתה דשבק דידה ומחיל לאחרי' כדאי' בקידושין דף מ"ח דודאי אפי' נתרצית בפירוש אינה מקודשת. וב"ש כ' הא דבעי ריצוי דאם לא היה ריצוי בפירוש אלא שתק' י"ל על דיבורו הראשון היא סמכה שאמר מנה זו עוד כתב ז"ל וכל זה דוקא כשאמר במנה זה אבל אם אמר מנה סתם וחסר דינר אפי' לשטת הפוסקים דס"ל אם חסר דינר אינה מקודשת מכל מקום אם אמר הדינר החסר יהי' עלי מלוה מהני אפי' אם שתקה כי במנה סתם לא שייך לומר על דיבורו הראשון סמכה דהא אפי' לדיבורו הראשון אמר מנה סתם ויכול להשלים בזמן אחר עכ"ל. והנה מ"ש אם אמר הדינר החסר יהי' עלי מלוה לפי מ"ש ב"ש בדעת הרמב"ם וש"ע אפי' אם לא זקפו במלוה אלא יהי' דינר החסר דרך תנאי נמי מקודשת ודרך תנאי לא כסיפא למתבעי' ואולי כתבו לדעת רש"י והר"ן דלדידהו בעי דוקא קיבל עליו במלוה וכמ"ש ב"ש סקי"ג וכבר כתבנו בסקט"ו דאין לחלק בין דרך תנאי לדרך מלוה גם לדעת רש"י והר"ן ע"ש. שוב ראיתי בס' הפלאה שכתב בזה וז"ל אף דבקידשה בשט"ח דאחרים בסימן כ"ח דטעמא דאינה מקודשת משום דלא סמכ' דעתה ולא חלקו בזה משמע דאפי' אם נתרצה ואמרה הן לא מהני מכל מקום הכא שאני דאינו אלא משום כיסופא עכ"ל. ועיין בתוס' פ' מי שמת דף קמ"ז ד"ה המוכר שט"ח לחבירו שהביאו ראי' מהתקדשי לי בשט"ח כו' מאן דאמר אינה מקודשת אית ליה דשמואל דלא סמכה דעתה כי שמא ימחול ואם צריך להחזיר כל הדמי' למה ימחול ושפיר סמכה דעתה כו' ומיהו יש לדחות כי שמא הי' לה בושת לבא לב"ד ולתבוע מבעלה מה שמחל ולכך לא סמכה דעתה בכך עכ"ל ע"ש. וא"כ התם בקידשה בשט"ח דאחרים דלא סמכה דעתה נמי אינו אלא משום דכסיפא למתבעי' לבעלה ואפ"ה לא אשכחן דמהני ריצוי

דידה ועוד אדתני שם דף מ"ח התקדשי לי בשט"ח או שהי' לה מלוה ביד אחרים ומוקי לה בשט"ח דאחרים ופליגי באשה סמכה דעתה כו' ומלוה ביד אחרים היינו מלוה ע"פ ובמעמ"ש ע"ש וע"י מעמ"ש ודאי צריכה לומר הן דאם לא היה ריצוי בפירוש אלא שתיקה לא מהני מידי כיון דלא קיבלה בידה כלום אין השתיקה כלום ואפי' שתיקה דלאחר מתן מעות לא מהני מכ"ש בזה שלא נתן בידה כלום וע"כ ע"י מעמ"ש כשאמרה הן ומדתני בשט"ח או מלוה ביד אחרים מוכח דגם בשט"ח שע"י כתיבה ומסירה נמי אפי' אמרה הן וסברי רבנן דלא סמכה דעתה ולר"מ דסמכ' דעתה לא שביק דידי ומחיל לאחריני ולא קאמר משום דיצטרך לשלם מדיני דגרמי ואינו אלא משום דכסיפא לה למיתבעי' ומוכח דאפי' היכא דלא סמכה דעתה משום כיסופא נמי אינה מקודשת אפי' אמרה הן ואע"ג דרש"י כתב מלוה ביד אחרים והרשה עליהן שכתב לה הרשאה נראה דרש"י לא כתב אלא להס"ד דמיירי בשט"ח דידה וא"כ מלוה ביד אחרים נמי בשטר והרשה עליהן היינו הרשאה אבל למסקנ' דמוקי מלוה ביד אחרים במלוה ע"פ ודאי לא מהני הרשאה מדינא דגמרא וכמבואר בטור וש"ע ח"מ סימן קכ"ג דלא מהני הרשאה במלוה ע"פ וצריך לומר והרשה עליהן היינו שהשליט' טליהן ע"י מעמ"ש וא"כ לא מטא לידה כלום וצריכה לומר הן ולשטת הסוברין דמוחל שט"ח צריך לשלם מדיני גרמי כל הדמים שכתוב בשטר וכן פסק בש"ע ח"מ סימן ס"ו סעיף ל"ב. וא"כ צ"ל הא דלא סמכה דעתה אינו אלא משום דכסיפא למיתבעי' ולא חילקו בקידושין אם אמרה הן דמקודשת מוכח דאפי' אמרה הן לא מהני במקום דלא סמכה דעתה ואפי' משום כיסופא לא מהני הן ודו"ק:

ס"ק יט

ולא הכירה בו כתב ב"ש ז"ל אבל אם הכירה בו סברה וקיבלה וכן אם אמר תתקדש לי במנה זו

וניכר שאינו מנה סברה וקיבלה כ"כ הר"ן עכ"ל. וב"ש כתבו בפשיטות ולדעתי מידי מחלוקת לא נפקא דבטור ח"מ סימן רצ"ב כתב וז"ל כתב הראב"ד ז"ל פעמים שהמקח בטל וחוזר בו כל זמן שלא השלים לו כיצד הי' תופס שק מלא אגוזים ואמר לו הילך שק זה בדינר ויש בו סאה של אגוזים והלך ומדדו ולא הי' בו סאה הרי זה חוזר אעפ"י שזה רוצה להשלים לו הסאה אבל אם הי' לפניו שק של אגוזים וזה יודע שאין בו שיעור מדה וזה אומר הנה לך סאה אגוזים בדינר ונטלו ומדדו ולא מצא בה מדה הרי זה קנה וישלים שהרי זה הי' מכיר שלא הי' בו סאה ועל דעת שישלים לו נטלו עכ"ל ומבואר מזה דהיכא דאפשר להשלים לא אמרינן סבר וקיבל ואדעתא דהשלמה נתרצו וא"כ ה"ה קידושין

ולדעת הראב"ד הא דפריך בש"ס דף ח' האי דינר של נחושת היכא דמי אי דידעה בי' הא סברה וקבלה. נראה דוקא היכא דחסר לגמרי נתרצו אדעתא דהשלמה אבל אם המנה איתי' לכולי' בעינא אלא שדינר א' של נחושת אמרינן סברה וקבלה לקבל הדינר נחושת במקום כסף דאי דעתה רק על השלמה בדינר כסף דוקא למה קיבלה הדינר נחושת ויותר נראה דהתם בברייתא תני התקדשי לי במנה זו ונמצא מנה חסר דינר או דינר של נחוש' אינ' מקודשת הי' בו דינר רע יחליף ומש"ה פריך אי דידעה הא סברה וקיבלה ואית בי' דינא דיחליף והיינו השלמה בדינר כסף לזה משני דיהבי' ניהלה בלילה ולא ידעה ומש"ה אינה מקודש' אע"ג דרוצ' להחלי' ולהשלים ואפשר דגם הר"ן שכ' בניכר שאינו מנה סברה וקיבלה היינו דסברה וקיבלה שלא יתבטלו הקידושין בזה אבל השלמה צריך דאדעתא דהשלמה נתרצו ואפי' נימא דהר"ן ס"ל דסברה וקיבלה ואין צריך השלמ' מידי ספיקא לא נפקא כיון דהראב"ד ס"ל דצריך להשלים:

ס"ק כ

עד שיאמר לה אח"כ התקדשי לי בזה ושתקה והקשה בח"מ שתיקה זו למה מהני דהא הוי שתיקה דלאחר מתן מעות ע"ש וב"ש כתב דהרמ"ה ס"ל דמהני קידושין כל זמן שלא חזרו ולזה כתב שדברי הרמ"א תמוהין כיון דכתב דקידושין נתבטלו ממילא ולא צריך חזרה א"כ לא מהני שתיקה דה"ל לאחר מתן מעות וע"ש. והנה לפי מ"ש הרמ"ה דשתקה ה"ל קידושי ספק והובא בטור ולפי מ"ש הב"ש גם הרמ"א שכתב ושתקה נמי אינו אלא דהוי קידושי ספק ע"ש וא"כ תו לא קשה דה"ל שתיקה לאחר מתן מעו' דהא גבי ציפתא דאסא פ"ק דקידושין דף י"א נמי אמרינן זיל חוש לה ומשום דה"ל למישדנהו כיון דנתן לשום קידושין אינה חייבת באחריות ע"ש וכן פסקו תו' והרא"ש וכ"כ הרמ"א בסימן כ"ח סעיף ה' וה"נ כיון דלשום קידושין נתנו ואינה חייבת באחריות ה"ל למשדינהו ומש"ה ה"ל ספק קידושין, וב"י כתב בטעמא דהרמ"ה דהוי ספק קידושין משום די"ל דאדיבורא קמא קא סמיך ע"ש. וקשה דא"כ גבי ציפתא דאסא שם דאמר התקדשי לי בזה ואמרו לי' הא לית בי' שו"פ אמר תתקדש בד' זוזי דאית בי' ע"ש דפליגי בשתיקה דלאחר מתן מעות ותיפוק לי' די"ל דאדיבורא קמא קא סמיך שהי' בחפץ לחודי'. ולפי מ"ש הר"ן שם דגם בתחלה הי' דעת המקדש לקדשה בארבע זוזי דאית בי' עיין שם ואם כן מכי אמר תקדוש בארבעה זוזי גלי אדעתי' דמתחלה הי' הכוונה לזה ותו לא אמרי' אדיבורא קמא סמיך אבל לשטת הרא"ש שם דמעיקרא לא הי' דעתו לקדשה אלא בציפתא ואח"כ חזר בו ואמר תתקדש בארבע זוזי וא"כ תיפוק לי' משום די"ל דאדיבורא קמא סמיך ולמה לי טעמא דשתיקה דלאחר מתן מעות. לכן נראה טעמא דהרמ"ה דה"ל ספיקא דגמ' דאמר

זיל חוש לה גבי שתיקה דלאחר מתן מעות וכמ"ש דה"ל למישדנהו. ועוד נראה בעיקר קושיא שהקשו בפ"מ וב"ש דה"ל שתיקה לאחר מתן מעות והוא דכבר כתב הרשב"א גבי שיראי דצריכה שומא דאם לא שמו אותן דאין צריך ליקח ממנה הקידושין ולקדש' אלא אם שמו אח"כ ואמר לה אח"כ התקדשי לי בזה מהני ולא אמרינן דה"ל שתיק' דלאחר מתן מעות דה"ל כמו שדיך והובא בב"ש סימן ל"א סק"א וצריך לומר דעדיפא משדיך דהא גבי שדיך נמי שתיקה דלאחר מתן מעות לא מהני אלא צריך לומר כיון דנתן לשום קידושין זה החפץ עדיפא משדיך וכ"כ ב"ש שם סימן צ"א ע"ש וא"כ ה"נ הרי קיבלה לשום קידושין והוא עדיף משדיך ומהני בי' שתיקה לאחר מתן מעות והאי דציפתא דאסא משום דהתם כשאמר בארבעה זוזי דאית בי' לא קיבלה היא בתחלה הנך ארבעה זוזי לשום קידושין כיון שלא ידעה בתחלה מזה וא"כ לא עדיף משדיך דלא מהני בי' שתיקה דלאחר מתן מעות אבל גבי שיראי דצריכה שומא ידעה מהשיראי אלא מסכום השיוי לא ידעה להכי אם שמו אח"כ מהני בי' שתיקה דלאחר מתן מעות וה"נ כבר קיבלה זה לשום קידושין אלא שלא ידעה סכום המנה וסבורה הי' שיש בה מנה שלם אבל מה שקיבלה לשום קידושין קיבלה ואע"ג דבתחלה סבורה שיש בה מנה שלם התם נמי גבי שיראי סבורה ששוה יותר אלא מה שקיבלה בידה הי' לשום קידושין וה"נ מה שבידה לשום קידושין קיבלה משא"כ גבי ציפתא דאסא אותן ארבעה זוזי לא קיבלה מתחלה לקידושין כיון דלא ידעה ביה וזה נכון ודו"ק:

ס"ק כא

והיא אומרת ע"מ שתשלים לי ר' כתב הב"ש ז"ל אבל אם הי' קציצה ביניהם ליתן לה ק' או ר' ואח"כ חזר אחד מהם ואח"כ תבע הצד השני וקידשה אמרינן מסתמא על דרך קציצה הראשונ' אומר ולא למלאות רצון השני עכ"ל. ועיין בס' קצה"ח סימן רכ"א ס"ק א' ושם הארכנו בזה דדין זה לא שייך בקדושין ע"ש:

ס"ק כב

אם אמרה הן בב"י הקשה על הרמב"ם שכתב אם אמר' הן דהא אפי' שתיקה נמי מהני וכן נרא' ממ"ש הטור בשם הרא"ש וע"ש ובד"מ כתב דהאי דרא"ש שהוב' בטור דאם אמר לה בשעה שנותן לה הרי את מקודשת לי אבל אם לא חזר ואמר בשע' שנותן לה הרי את מקודשת רק כששאל' אם אתן לך מקדשה לי ושתק' אינ' מקודש' ולכך הצריכו לומר הן דוקא וע"ש ומבוא' דעת הד"מ דלא מהני שתיק' אלא כשאומר לה בשעת נתינה בלשון מוחלט ולא בלשון שאל' ואפי' בלשון מוחלט נמי דוקא כששתק' דהוי כהנא' אבל אם השיבה בלשונות הגרועים כגון הב או הבה מיהבה אינה מקודשת ולזה כתב הרמ"א אח"כ ואם לא קיבלה בשתיק' רק חזרה ואמר' תן לי כו' ובספרים שלפנינו כתוב

ואם קיבלה בשתיק' וכבר הגי' בט"ז ואם לא קיבלה בשתיק' ע"ש ובתשובת מוהרי"ט חלק אה"ע סימן ל"ח כתב שיש להקשות על סברא זו דלא מהני שתיקה באומר בלשון שאל' מהא דאמרינן פ"ק דקידושין האי אתתא דהוי מזבני וורשכי אתא האי גברא וחטף מינה א"ל הבה ניהלי' אמר לה אי יהבינא לך מקדש' לי שקלה ואשתק' דהתם אי לאו מטעם דהוי גזל דמצי אמר' דידי שקלי הוי מקודשת אע"ג דהיא אמרה מעיקרא הבי לי והוא כי אמר לה בלשון שאל' קאמר לה אלמא כל כה"ג שתיק' כהודא' וע"ש שכת' שכבר הי' לו משא ומתן בזה עם גדולי חכמי הדור ומה שרצו לישב וע"ש וכבר קדמוהו בזה בתשובת רבינו בצלאל שהביא בשם חדושי הרשב"א שלמד מסוגיא זו דאם שתקה מקודשת ע"ש וב"ש כתב דלדברי ד"מ צ"ל הש"ס מקצר ובאמת איירי דבעת הנתינ' אמר התקדשי לי ע"ש. והרשב"א בחידושיו פ"ק דקידושין דף ט' ז"ל ואחרים אומרים דאם חזר הוא בשעת נתינ' ואמר לה התקדשי לי כו' הרי זו מקודשת ומסתברא דטעמא משום דכיון דאיהו בלשון שאל' קאמר לה אי יהבינא לך מקדשא לי ואיהי לא אמרה אין אלא הבה מיהבה גלי אדעתא דלא בעי בקידושין דאל"כ לימא לי' אין אלא מתנ' היא דקא בעי מיני' והיינו דאמר כל הבה מיהבה לאו כלום דאלמא עיקר משום הב דקאמר' השתא ולא משו' הב לי דקאמרה מעיקרא לא משום דלא אמר לה התקדשי לי בו בשעת נתינה דהא דקאמר לה אי יהיבנא לך מקודשת לי לאו למימרא דלבסוף נתן לה סתם אלא בשעת נתינ' אמר לה הרי את מקודשת לי בזה דסתמא דמלתא הכין ואע"ג

דלא אמר הכי בגמ' בהדיא וכו' ועוד דמן הסתם הכין הוא וכדאמרינן לקמן האי אתתא דהוי מזבני וורשכי אתא האי גברא וחטף מנה אמרה לי' אי יהבינא לך מקדשת לי ואשתיקה והתם ודאי כדאמר לה התקדשי לי בשעת נתינ' דאי לאו הכי פשיטא דאינה מקודשת דלמא דידה הוא דקא מהדר אלא דתלמודא הוא דמקצר בלישני' ומסרן לחכמים וכן פי' ר"ח אמרה לי' אהדרינ' א"ל הילך ומקודשת לי בו ע"כ וכן מצאתי בירושלמי פ' האיש מקדש דגרסינן התם חטף סלע מידה ובשעת נתינ' אמר לה הרי את מקודשת לי הרי זו מקודשת עכ"ל ומבואר להדיא דהך עובדא דוורשכי ודאי מיירי דאמר לה בשעת נתינ' בלשון מוחלט הרי את מקודשת לי וכמו שכתב הרשב"א בשם פי' ר"ח ע"ש. וע"ש בחידושי הרשב"א שכתב אח"ז וז"ל ואי אמר לה אי יהבינא לך מיקדשת לי ושקלתי' ואשתקה מקודשת דהשתא לא גליא אדעתא דלא נסיב לקידושין וחזקה אתרצוי' מתרצי לקידושין וראי' לדבר מדאמרינן לקמן גבי מעש' חרש כי יכלה לומר אין שקלי ודידי שקלי הא לאו הכי מקודשת דעדיף שותקת מהבה או אשקי דשותקת כמודה והבה או אשקי אחר שאלה כאומרת איני רוצה בקידושין אלא במתנ' עכ"ל.

ומ"ש גבי מעש' חרש ט"ס הוא וצ"ל מעש' דוורשכי. וקשה כיון דהך עובדא דוורשכי ודאי מיירי באומר לה בלשון מוחלט וא"כ מאי ראי' מהך דוורשכי וצ"ע. מיהו מלשון הרשב"א שם נרא' דקאי אהא דכתב שם בשם אחרים דאם חזר ואמר לה בשעת נתינ' הרי את מקודשת לי מהני והיינו אפילו אמר' בלשונות הגרועין כמו הבה מיהבה ולזה הוכיח שם הרשב"א דע"כ כאן נמי מיירי כן באומר לה בשעת נתינה הרי את מקודשת ואע"ג דלא אמר הכי בהדיא וכדמוכח בעובדא דוורשכי עכ"ל וע"ש עוד שכתב ז"ל ועוד דהכא אע"ג דלא אמר לה התקדשי לי בו אנן סהדי דלקידושין אינון וה"ל כמדבר עמה על עסקי קידושין ואין צריך לפרש ואי במפרש מקודשת בסתם נמי מקודשת ע"ש וכיון דסובר הרשב"א דבסתם ה"ל כמפרש כיון דה"ל כמו עסוקין באותו ענין דאין צריך לפרש וא"כ הוכיח שפיר ממעש' דוורשכי דשתיקה מהני דאע"ג דהתם ודאי מיירי דאמר לה בשעת נתינה התקדשי לי כו' דאל"כ איכא למימר דידה הוא דמהדר מכל מקום כיון דמפרש מהני סתם נמי מהני דהוי כמפר' כיון דעסוקין באותו ענין ואכתי צ"ע. אמנם מלשון הרא"ש שכתב דאם חזר ואמר בשעת נתינ' הרי את מקודשת לי וקבלה הרי זו מקודשת וכן מצאתי בשם הראב"ד עכ"ל. משמע דמיירי דקיבלה בשתיק' ולא השיבה בלשונו' הגרועין ואפ"ה דוקא בחזר ואמר בשעת נתינ' בלשון מוחלט אבל בלשון שאל' לא מהני שתיק'. וצריך לומר דס"ל להראב"ד ולהרא"ש דשאלה לא הוי כמו עסוקין באותו ענין כיון שלא אמר ברצון מוחלט לקדש' אלא בלשון שאל' ומעובדא דוורשכי לאו ראי' כיון דהתם ודאי דאמר לה התקדשי וכמ"ש הרשב"א בשם הירושלמי ובשם פי' ר"ח דאל"כ פשיטא דיכול' לומ' דיד' הוא דמהדר וא"כ מאי שהביאו האחרוני' מעובדא דוורשכי וגם במשנה למלך הביא ראי' זו לאו ראי' הוא כיון דהתם ודאי מיירי באומר לה בשעת נתינ' התקדשי אלא דהרשב"א ס"ל כל היכא דמפרש מהני סתם נמי מהני דה"ל כמפרש דה"ל עסוקין באותו ענין אבל לשט' הראב"ד והרא"ש דלשון שאלה לא הוי כעסוקין באותו ענין ליכא ראי' מעובדא דוורשכי כיון דעובדא הנ"ל ודאי מיירי במפרש בשעת נתינ' הרי את מקודשת:

סימן ל

סעיף א

ס"ק א

אין צריך שיתן הקידושין לתוך ידה כתב ב"ש ז"ל ואם אמר לה טלי קידושי מע"ג קרקע כתב בתשובת רש"ך סימן קנ"ב דהוי ספק קידושין ולא דמי לפקדון שהי' כבר בידה

ועכשיו מקדש אותה בו דהוי קידושין אע"ג דעכשיו לא נתן לה כלום דשם בתחל' נתן לה ובנתינ' בא לידה עכ"ל. ועיין פ' האיש מקדש דף מ"ז אמר רב המקדש במלוה אינה מקודשת מ"ט מלוה להוצאה ניתנה לימא כתנאי כו' אימא סיפא ושוין במכר שזה קנאו ואי אמרת מלוה להוצא' ניתנה במה קנה ונימא טעמא דרב דמקדש במלוה אינה מקודשת משו' דה"ל טלי קידושיך מע"ג קרקע כיון דעכשיו לא נתן לה כלום ומה שנתן בתחל' לא הוי נתינ' דפקדון שאני דהוי בתחלה נתינה מיד הבעל אבל מלוה דלהוצא' ניתנה לאו דבעל הוא אלא דידה ומה שמוחל לה ה"ל כמו טלי קידושיך מע"ג קרקע ומלוה הוי כסף ומש"ה במכר מהני ובקידושין לא מהני משום דליכא נתינ' ובמכר מהני טלי כספך מע"ג קרקע. ונראה דאי נימא דמחילת מלוה מהני במקום כסף א"כ לא שייך בזה טלי קידושיך מע"ג קרקע דבפקדון צריכ' זכיה ואם אינו רוצה לזכות לא זכה בע"כ דנותן וכיון דצריכה זכיה או במשיכ' או ע"י חצר ה"ל טלי קידושיך מע"ג קרקע כיון שלא הי' נתינה מיד המקדש אבל מחילת מלוה אין הלוה צריך שום זכיה אלא מכי וחל מלוה אפי' בע"כ דלוה שעומד וצווח שאינו רוצה במחילת החוב נמחל החוב בע"כ דלוה וא"כ ה"ל המחילה נתינ' מיד המקדש וה"ל ונתן אע"כ דטעמא דרב משום דמלוה לאו כסף. הוא ולכך פריך מושוין במכר שזה קנאו ואי מלוה לאו כסף הוא לקידושין מ"ש במכר שקונ' ודו"ק ובתשובת מוהרי"ל סימן ע"ח ז"ל ועוד יש להתיר מטעם אחר אפי' אי הוי תרי סהדי כיון דלא קיבלה הקדושין לא ממנו ולא משלוחו אלא מעצמה נטלה המעות והוי כמו טלי גיטך מע"ג קרקע דלאו כלום הוא דבעינן ונתן בידה הוא או שלוחו ואפי' נטלתו מידו אינה מגורשת האי חצר דידי' לא עדיף מידו וה"ה לקידושין ומנא אמינא לה אבע"א קרא אבע"א גמרא אבע"א סברא קרא דבעי' ויצאה והיתה ואבע"א גמרא דגרסימן בפ"ב ההוא דשתי תותי ציפי ואמר רבינא אפי' למ"ד שמא נתרצ' האב שמא נתרצה הבן לא אמרינן ונתרצ' האב אמרינן בפ"ב דהמעות עדיין בעין בשעת ריצוי כדמפרש רבינו אליקום וראב"ן דמקודשת בשעת ריצוי ה"נ אמרינן דמיירי שמא נתרצ' הבן והמעות עדיין בעין ואפי' נתרצ' הבן אח"כ לא הוי קידושין כדפי' הרא"ש משום דלא שויא שליח מעיקרא וליכא למימר משום דהיאך המעו' הוא שלו דא"כ אפי' נתרצ' נמי אלא צריך לומ' בממון שלו או בזיכ' לו וזכין לאדם שלא בפניו כדאי' בא"ז וכן מוכח באותו תשוב' שכתב אם ידוע בראובן שחפץ וכו' והשתא בלא ידע נמי לחיילי מהשתא אם הוא בעין משמע דאם לא נודע לכתחלה אין כאן קידושין ואי קשיא כי מקדש לה בפקדון הא לא אתי לידה בתורת קידושין אי משום הא לא אריא דבעינן שיבא מיד הבעל או מיד שלוחי אע"ג דמעיקרא לאו בתורת קידושין יהיב לה ה"נ מגורשת כי אמר כנסי שט"ח זה והדר

אמר לה הרי זה גיטך דמעיקרא בתורת פקדון אתי לידה וכמו שביאר הר"מ ובנתנה היא ואמר הוא יהיב לה האי שמקבל מתנה ממנ' באדם חשוב וכן כשמדבר עליה לשלטון ומחילת מלוה וכיוצא בזה כי דייקת בהו בכולהו קא יהיב איהו ולא שתטול היא בעצמ' ונהי דאפשר דבגט מיפסל מכהונה היינו משום ריח הגט דבכל דהו אבל קידושין אין כאן דהאי שמא נתרצה הבן לא מהני כלל אפי' למחייבי גט מדרבנן כדמוכח הסוגיא ואפ"ה קאמר הרא"ש אפי' נתרצ' אח"כ כדלעיל ואבע"א סברא דאם לא כן מי שיש לו מעות במקום אחר והאשה שם אין צריך שליח אלא יאמר או יכתוב לה שתקח אותן המעות ותתקדש בהם עכ"ל. ואם כי איני כדאי להרהר אחר דברות קדשו של מוהרי"ל אמנם לפי שמוכח מדברי מוהר"מ פאדווי ודברי הרמ"א באשה שחטפה מעות וביקש ממנה שתחזירם לו ולא רצתה ואמר לה הרי את מקודשת ושתקה להחזיק' בהם לא הוי קידושין דהוי שתיקה לאחר מתן מעות והיא מתשובת מוהר"מ פדאווי ומשמע דאם אמר' הן מקודשת ואף גם דלא הי' שום נתינה מיד המקדש. לכן נרא' דבכסף קידושין מהני טלי מע"ג קרקע ולישב הראיות שכתב מוהרי"ל דלא תיקשי למהר"מ פאדווי והרמ"א דהנה מ"ש מוהרי"ל אבע"א קרא דכתיב ויצאה והיתה זה אינו היקש אלא לקידושי שטר אבל כסף לא איתקש ליציאה וכמ"ש הר"ן רפ"ק דקידושין דמקדשה במחובר לקרקע בתורת כסף ע"ש ואע"ג דגט לא מהני במחובר לקרקע וגם כל מחובר סתמא ה"ל טלי ולא נתינה מיד המקד'

אלא שאומר לה לך חזק וקני. ומ"ש ואבע"א גמרא מהאי דנתרצה הבן לא מהני כל שלא נודע לכתחל' ולא אמרינן שתהא מקודשת מעכשיו נראה דהתם משום שלא אמר הבן אח"כ לאשה הרי את מקודשת לי ואם יש לאחד כסף אצל האשה אע"ג שרוצה לקדשה צריך שיאמר בפני עדים הרי את מקודשת לי ומה. שבלבו ובלבה אינו דברים ולא מהני ריצוי אלא לשליחות דאז אמרינן כיון דנתרצה לזה להיות שלוחו א"כ כל מה שעושה שלוחו מהני לי' בתורת זכי' והשליח מקדשה בפני עדים אבל כיון דלא חיישינן לנתרצה הבן א"כ מעשה האב לאו כלום הוא וכשהבן רוצה צריך לחזור ולקדשה ולומר הרי את מקודשת ובפני עדים וכמ"ש ואם הבן חוזר ואומר בפני עדים הרי את מקודשת אין ה"נ דמקודשת. ומ"ש מוהרי"ל שם דכשמדבר עלי' לשלטון או מחילת מלוה ה"ל יהיב איהו ומשום דאין הלוה צריך לזכות במידי וכמ"ש הריטב"א פ"ק דקידושין דף י"ח ז"ל דהתם בדר' יוסי בר יהודא אין שם זכיית ממון אלא מחילה שמוחל לה שעבוד שעני' ואע"ג דאין מזכין לקטן על ידי הא ודאי מוחלין לו דלא יהבינן לי מידי דבעינן דלהוי לי' יד לזכות בו עכ"ל. הנה לפי מ"ש הריטב"א שם בהא דאמרי המקדש במלוה שיש עלי' משכון

מקודשת מדר"י בר"י ע"ש שכתב דמחילה לא מהני במלוה שיש עלי' משכון כיון דקני לי' מדרבי יצחק וצריך הלוה לזכות בגוף המשכון ומה דמהני בקטנה היינו משום דדעת אחרת מקנה אותו ע"ש ולפ"ז ה"ל טלי קידושיך מע"ג קרקע דהא צריכה זכי' בגופה ואע"ג דקטן לית לי' זכי' ע"י דעת אחרת מקנה אותו אית לזה זכי' ומוכח דמהני טלי קידושיך מע"ג קרקע. מיהו לפי מ"ש בקצה"ח סימן ער"ה ס"ק ד' דהיכא דאי' דעת אחרת מקנה אינו צריך דעת זוכה ואפי' לא נתכוין לזכות זוכה ע"י דעת אחרת מקנה א"כ לא הוי טלי קידושיך מע"ג קרקע כיון דהיא אינה צריכה זכיה והכל מיד המקדש ודו"ק. ומ"ש מוהרי"ל אבע"א סברא דאל"כ מי שיש לו מעות במקום אחר והאשה שם אין צריך שניח אלא יאמר או יכתוב שתקח המעות ותתקדש בהם. איני מבין ראי' זו דודאי צריך הוא לומר הרי את מקודשת לי ובפני שני עדים ואם יכתוב לה הרי את מקודשת בכסף שתקבל מפ' הנה לדעת הפוסקים דכתיבה ה"ל כדיבור אין ה"נ דמהני ולדעת הפוסקי' דלא הוי כדיבור ה"ה לא מהני כתיבת הרי את מקודשת בכסף ועיין בשו"ת שבות יעקב ושב יעקב. ואם יאמר שלא בפני' הריני מקדש האשה הזאת במקום פ' א"כ מנא ידעה וגבי גט נמי בעינן שישמעו קולו. וביבמות ר"פ חרש דסובר ר' אליעזר דקידושי חרש מהני מן התורה ומשום דדעתא נינותא אית ביה וא"כ ע"כ קידושין הוי ע"י הרכנה או מפי כתב כיון דאינו יכול לדבר ומוכח דע"י כתיבה נמי מהני ויכול לכתוב הרי את מקודשת ואכתי לאו ראי' היא לכתיבה דאפשר התם מיירי ע"י הרכנה דעדיפא מכתיבה ומבואר בב"י סימן קכ"א ע"ש. ובפ' האיש מקדש דף מ"ח פליגי ר' מאיר וחכמי' במלו' ע"פ ובמעמ"ש דר' מאיר סבר נ"ש מלו' ול"ש פקדון ומקודשת ומעמ"ש אינו אלא כמו זכיה שזוכה הלוה בחוב למקבל ומש"ה בעי מדעת ולא בע"כ ומה"ט כתבו תו' בגיטין דף י"ב דבלוה נכרי ליכא דין מעמ"ש כיון דאינו יכול לזכות ע"ש ואי נימא דלא מהני טלי קידושיך א"כ ודאי ה"ה אם יהיה הכסף על גבי קרקע ויאמר זכי בכסף לאשה ותתקדש נמי לא מהני כיון דהבעל לא נתן וא"כ היכא מהני מעמ"ש לקידושי אשה כיון דליכא נתינה מיד המקדש אלא אומר לאחר זכי לאשה ובהלוא' ליכא נתינה מיד המקדש כיון דמלוה להונא' ניתנה וכמ"ש לעיל אלא מוכח דבקידושי כסף מהני טלי מע"ג קרקע ולא אתקש הוי' ליציאה אלא לשטר ולא לקידושי כסף וכמ"ש: ובתשובת מוהרש"דם דף ס' סימן כ' כתב דמהני טלי קידושיך מע"ג קרקע ע"ש ומיהו בקידושי שטר נרא' דכי היכא דאתקש ליציאה לענין מחובר ולשמה ה"נ בעינן בקידושי שטר נתינה מיד המקדש ולא מהני טלי שטר קידושיך מע"ג קרקע. ולפי מ"ש בסימן קל"ו דשטת תו' והרא"ש גבי גט היכא דנתן לה לשום פקדון ואח"כ מגרשה בו לא מהני ומשום דבעינן תחלת הנתינה

לשום גירושין וכיון דתני בהדיא פ"ב דקידושין דף מ"ז התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך מקודשת א"כ צריך לומר דבקידושי כסף מהני טלי מע"ג קרקע ועמ"ש בסימן ל"ז ס"ק ג':

ס"ק ב

לתוך חצירה ובטור כתב לתוך חצירה המשתמרת לדעתה הקשה ב"י כיון דבמתנה פסק בטור ח"מ סימן ר' דבדעת אחרת מקנה אותו כל שהוא משומר לדעת הנותן סגי וכרב פפא פ"ק דמציעא דף י"ב א"כ אמאי הצרי' בקידושין דוקא חצר המשתמרת לדעתה ע"ש. ובט"ז כתב דבקידושין צריך משתמר לדעתה משום דבעינן שתהא דעתה סומכת שכסף קדושין היה בבירור בידה וכן אם נתן הקידושין ביד העבד ניעור אינה מקודשת משום דאינה סומכת דעתה וסברה שמא יאבד העבד הקידושין עכ"ל. וקשה דהא במכר נמי בעינן סמכה דעתו וכמבואר מדברי רש"י בקידושין דף מ"ח גבי פלוגתא דפליגי ר"מ וחכמים קידשה בשט"ח דאחרים דכ"ע אית לי' דשמואל דאמר המוכר שט"ח לחבירו יחזר ומחלי מחיל מ"ס אשה סמכה דעת' לא שביק דידי ומחיל לאחריני וכתב רש"י ז"ל ודאי אם קנה קרקע בשט"ח לכ"ע לא קנה דלא סמכה דעתי ע"ש ואפ"ה במכר כתב הטור דמהני משתמר לדעת המוכר. ונראה דהכסף שקונה על ידו האשה או השדה צריך שיבא ליד המקבל בבירור בסמיכת דעת ואם לא סמכה דעתו כסף אינו מקנה על ידו הקרקע או האשה אבל התם גבי מכר דהמטלמלין שקונה היא אע"ג דלא סמכה דעתו במה שקונה דבזה לא בעינן שיסמוך דעתו ודו"ק. ולי נראה בדברי הטור שכתב בקידושין משתמר לדעתה ולא סגי לה במשתמר לדעת המקדש כמו במכר משום דגבי גיטין וקידושין כבר עשו חז"ל תורת חנר למי שיוכל לשומרו וכל שיכול לשומרי אפי' רחוק הרבה מקודשת ואם שניהן יכולין לשומרו ה"ל כמו חצר של שניהם וא"כ ה"ה נתן בחצירה כל שהוא יכול לשומרו והאשה אינה יכול' נשמור ה"ל חצר של שניהם למקדש מצד השמיר' שיכול לשומרי ולאשה הוא חצירה ואע"ג דבארבע אמות מבואר דאפי' שניהם יכולין לשמור או שניהם, אין יכולין אזלינן בתר ארבע אמות התם ארבע אמות הוא חצירה ממש כיון דגם היא יכולה נשמור אבל חצר שאינו משתמר דלא מיקרי חצר אלא מצד הנותן שיכול לשמור וכיון שיכול לשמור היה נמי תורת חצר ה"ל חצר דמקדש משא"כ במכר דלית בי' תורת חצר במה שיכול לשמור מש"ה ה"ל חצר דלוקח וסגי לי' בשמירת המוכר דלא הוי חצר דמוכר מצד שמירתו ודו"ק:

ס"ק ג

ברשות שהוא של שניהם פ"ק דקידושין דף ט' ואם הוא סלע שלה מקודשת ובעי לה הי' סלע של שניהם מהו ופי' רש"י סלע שלה מקודשת מדין חצר והקשו תו' דמאי קא מיבעי' בסלע של שניהם הא חצר של שותפין אין קונין זה מזה ע"ש דפי' פי' אחר ויבוא'

לפנינו בסק"ד והר"ן כתב שם דהכי קא מבעי' לי' מי אמרינן כיון דיש לה חלק בחצר כי אמר' לי' תנה על סלע דעתה להתקדש ואיהו נמי כיון דניחא לי' לקדשה אקנויי אקני לה מקום באותו הסלע וקניא לה או דלמא כיון דסלע זו אינה שלה לגמרי דיחוי בעלמא הוא עכ"ל. והרב המגיד כתב פ"ד מאשות דהרמב"ם שכתב בחצר של שניהם ספק מקודשת הוא נלמד מהא דבעי לה בסלע של שניהם וע"ש ובח"מ וב"ש כתבו דלשטת תו' והרא"ש דמפרשי לה פי' אחר וכמבואר ברמ"א סעיף ט' א"כ בחצר של שניהם אינה מקודשת כלל. ולענ"ד נראה דלכ"ע בחצר של שניהם הוי ספק מקודשת והוא משנה ערוכה פ' הזורק דף ע"ח קרוב לה מגורש' קרוב לו אינ' מגורשת מחצה על מחצה מגורשת ואינה מגורשת וכן לענין קידושין ומפרש לה בגמ' ארב' אמות שלה קרוב לה כו' ותני עלה מחצה על מחצ' דהיינו דאתי בהדי אהדדי כדמפרש לה בגמרא ור' יוחנן מכר' יכול' לשמור קרוב לה כו' מחצ' על מחצ' שניה' יכולין לשומרו ע"ש וכיון דד' אמות או יכול לשמור ה"ל תורת חצר ותני עלה וכן לענין קדושין ומבואר דחצר של שניהם ה"ל מקודשת ואינה מקודשת והיינו דינא דספק מקודשת. והתו' והרא"ש שהקשו על פי' רש"י בסלע של שניהם שהוא מתורת חצר והקשו דהא חצר של שניהם אין קונין זה מזה נמי ס"ל דספק קידושין מיהא הוי דהא בהדיא תנן בחצר של שניהם ה"ל מקודשת ואינה מקודשת. אלא דלפי פי' רש"י דה"ל בתורת חצר א"כ הא דבעי בסלע של שניהם ע"כ דאיבעי' הוא דיהי' ודאי קידושין דספק מבואר במשנה דהוי מדתנן בחצר של שניהם דהיינו ל"ד קרוב לה ד' אמות ה"ל מחצה על מחצה דאתי בהדי הדדי דזה הוי חצר של שניהם וע"כ מבעי' לי' בסלע של שניהם דליהוי קידושי ודאי ואפשר דעדיף חצר של שניהם מארבע אמות של שניהן או משניהם יכולין לשומרו לזה הקשו דהא חצר של שניהם אין קונין זה מזה. וא"כ לדינא ס"ל נמי תו' והרא"ש דספק מיהא הוי דלא גרע חצר של שניהם מד' אמות של שניהן וממקום שמיר' של שניהן. ויותר נרא' לפי מ"ש הר"ן ליישב פי' רש"י הא דבעי לה בסלע של שניהם ואע"ג דחצר השותפין אין קונין זה מזה אבל הקידושין אפשר כיון דניחא לי' לקדשה אקנויי אקני לה מקום בחצירו ע"ש והתם בשותפין בארבע אמות או במקום השמיר' היינו משום דארבע אמות שתיקנו חכמים דקני לי' אינו אלא מדרבנן דלא ליתי לאנצויי אמרו חכמים שיקנה לו אבל לא אמרו חכמים שהארבע האמות יהיה שלו וכן במה שאמרו חכמי' שיקנה מקום שיכול לשומרו נמי אינו אלא לקנות על ידו בגיטין וקידושין אבל מקום השמירה אינו שלו ולא שייך בי' אקנויי אקני לה במקום שמירה או בד' אמות כיון שאינו שלו היכא יכול להקנות לאשה ומה שעשו חכמים תורת חצר לשמירה ולד' אמות אינו אלא שיקנה

החפץ המונח אבל גוף מקום שמירה וגוף ד"א אינו שלו. והא דכתב הר"ן בנדרים דף ל"ד גבי היתה לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זה הקדש דמיירי שהיתה בתוך ד' אמותיו שקונו' לו בכל מקום ואמר יזכה ארבע אמות שלי להקדש וכ"כ הרא"ש שם ע"ש היינו דכיון דד' אמותיו קונות לו יכול לומר יזכה ד' אמות לפלוני או להקדש אבל זה אינו אלא בהפקר ולא כן במתנ' או במקח דלא מהני יזכה חצירי ללוקח וכמבואר בטור וש"ע ח"מ סימן ר' ע"ש וגבי קידושין דלא מהני יזכה חצירי לאשה כיון שהוא שלו וצריך הקנאת מקו' וכמו שאמרו עד שישכור את מקומו ובד' אמות או במקום שמירה אינו שלו שיוכל להקנותו ואינו אלא לזכות במה שבתוכו ומדרבנן ומש"ה גבי ד' אמות ומקו' שמיר' לא הוי ודאי קידושין וגבי חצר של שניה' בעי לה אם יהי' קידושי ודאי אבל מידי קידושי ספק לא נפק' דלא גרע מד' אמות של שניהם וגם אפשר דאפי' קידושי ספק לא הוי ומשום דדחי' דכיון דהסלע אינה שלה לגמרי דיחוי בעלמא הוא וכמ"ש הר"ן והתם במשנתינו וכן לענין קידושין לא אמרה האשה תן מקום זה אלא נתרצית סתם לקידושין וגם בידה היתה מקבלת אם הי' נותנה לידה אלא שהוא נותנה על מקום של שניהם ולפי' תי' שמפרשו דנותנה אח"כ תוך חיקה דאיבעי' היא כיון שאומרה תן על גבי סלע של שניהם אם הוי דיחוי נמי מיבעי' לי' דאפשר אפי' ספק קידושין לא הוי כיון דאינו אלא דיחוי משא"כ התם גבי וכן גבי קידושין היא לא אמרה מידי וכמ"ש ומזה יבואר דמ"ש ח"מ וב"ש דבחצר של שניהם אינה מקודשת כלל דמידי ספיקא לא נפקא דהא בחצר של שניהם לא גרע מד"א של שניה' ואי משו' דזה גרע דאינו אלא דיחוי דהא זה נמי ספק אם הוי דיחוי בחצר של שניהם אי לא הוי דיחוי וכיון דלא הוי דיחוי א"כ אפי' לא נתן אח"כ תוך חיקה מקודשת מספק משו' דלא גרע מד' אמו' של שניה' וכמ"ש וזה ברור ודו"ק. ומ"ש הר"ן כיון דדעתו לקדש אקנויי אקני לה מקום באותו הסלע אע"ג דכל הקנאה צריך קנין או כסף או חזקה וגבי סלע של שניהם לא הי' קנין כבר מצינו כיוצא בזה הקנא' בלא קנין. בפ' הלוקח עובר פרתו דף י"ח ע"ש ר' טרפון סבר אקנויי קא מקני לי' בחצירו וניחא לי' דליתעבד מצוה בממונו וכתבו שם תו' ואפי' בלא קנין קא קני דגמר ומשעבד נפשי' ע"ש וה"נ כיון דניחא לי' לקדשה דהוא מצו' גמר ומשעבד משא"כ במקח וממכר לא גמר ומשעבד נפשי' כולי האי ועמ"ש בסק"ד:

ס"ק ד

היתה עומדת בסימטא ומשמע דס"ל דברה"ר לא תיקנו ארבע אמות ודעת הגהת מיימוני והגהת מרדכי דהיכא שדעת אחרת מקנה אותו תיקנו גם ברה"ר ד' אמות וגם בחידושי הרשב"א כתב דאפי' ברה"ר תיקנו ד' אמות בגט וממילא דה"ה בקידושין וכמ"ש ב"ש

דגם דעת הרמב"ם כן. והנה הא דבעי בש"ס היתה סלע של שניהם מהו ופי' רש"י מתורת חצר והקשו בתוס' דהא חצר השותפין אינו קונה וכתב הר"ן ליישב פי' רש"י דמבעי' לי' כיון דאית לה חלק בחצר דעתה להתקדש ואיהו נמי כיון דניחא לי' לקדשה אקנויי אקני לה מקום באותו סלע וקניא לה ע"ש. וכיון דסימטא ה"ל חצר של שניהם ממש ומה"ט משיכה קונ' בסימטא וכמ"ש תו' בקידושין דף כ"ה ד"ה בהמה נקנית במסירה ע"ש דסימטא רשות היחיד הוא וכל הקודם זכה בו וא"כ ה"ל חצר של שניהם ואי נימא דחצר של שניה' בקידושין מהני תיפשוט דחצר של שניהם לא אמרינן אקנויי אקני' לה בקידושין דאי נימא דאקנויי אקני לה בקידושין תיקשי הא דתנן בפר' הזורק דף ע"ח קרוב לה מגורשת כו' מחצה על מחצה מגורשת ואינה מגורשת וכן לענין קידושין ומפרש לה בגמ' קרוב לה תוך ד' אמות מחצה על מחצה דאתי' בהדדי ע"ש ואי נימא דבחצר של שניהם אקנוי אקני א"כ אפילו אתו בהדי הדדי נימא דאקנויי אקני לה חצירו ואי נימא דמהני ד' אמות אפילו ברה"ר שפיר משכחת לה ברה"ר וכי אתו בהדי הדדי דאינו אלא מכח ד' אמות דבזה לא מהני אקנויי אקני לה כמ"ש בס"ק ג' דארבע אמות אינו שלו שיוכל להקנות לחבירו ולא מהני ד' אמות אלא שיזכה בחפץ המונח תוך ד' אמותיו וע"ש ודו"ק ועיין בתו' פ' הזורק שם ד"ה ר' יוחנן אמר קרוב לה אפי' מאה אמה וע"ש בר"ן:

ס"ק ה

וזרקם לתוך ד' אמותי' כתב ח"מ ז"ל קנין ד' אמות הם תקנת חכמים כדאי' בגמרא וא"כ לא הוי אלא קידושי דרבנן לפי דעת רי"ו שהביא ב"י בסימן כ"ח גבי מעמד שלשתן אבל דעת הר"ן פ' הזורק דהוי קידושי תורה דהפקר ב"ד הפקר וכמו שתיקנו גבי היא יכולה לשומרו אפילו ק' אמה הרי זו מגורשת עכ"ל וז"ל הר"ן פ' הזורק ואע"ג דד' אמות לכ"ע אינו קונה דבר תורה כיון דרבנן תקינהו ואמרו שיהיו קונות הרי הקנום לו ועשאוהו כחצירו והפקר ב"ד הפקר עכ"ל. והרמב"ן בחידושיו שם פרק הזורק ז"ל ארבע אמות שלה זהו קרוב לה כו' וטעמא דמתני' בין לרב בין לר' יוחנן משום מאן דמקדש אדעתא דרבנן מקדש דהא ארבע אמות גופייהו בכל מקום דבר תורה אינו קונה ואין צריך לומר כל שיכולה לשמור דאינו קונה לה אלא מדבריהם ותקנת עגונות התיר להם וכדאמרינן לגיטין אמרו ולא לדבר אחר אלמא תקנתא דרבנן היא בגיטין ומשום לתא דידהו תיקון בקידושין משום ויצאה והיתה עכ"ל ומבואר מדברי הרמב"ן דבגיטין אינו אלא מדבריהם והא דמהני גיטא דרבנן למשרי אשת איש היינו משום דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש וכמו שאמרו כיוצא בזה רפ"ק דכתובות ור"פ השולח. ואיכא למידק לפי דברי הרמב"ן

תינח בגיטין דכיון דכל המקדש אדעת' דרבנן מקדש מהני בגיטין למשרי אשת איש ומשום דאפקיענהו רבנן לקידושי מינה מהני לה גיטא דרבנן אבל בקידושין אם אינו אלא מדרבנן היאך יתכן דליהוי מזה קידושי תורה דאע"ג דמקדש אדעתא דרבנן לא מהני מזה לקידושי תורה דגבי גיטה דרבנן מהני לי' הא דמקדש אדעתא דרבנן בכדי שיהיו יכולין להפקיע מתי שירצו אבל להיפך לעשות מקידושי דרבנן קידושי תורה אי אפשר ולא מצי משוי מקידושי דרבנן קידושי תורה וליכא למימר דקרוב לה מקודשת אינו אלא מדרבנן ולהצריכה גט א"כ הא דתנן קרוב לה מקודשת מחצה על מחצה מקודשת ואינה מקודשת דהא תנן וכן בקידושין ומחצה על מחצה דמגורשת ואינה מגורשת וכמו כן בקידושין לאו משום ספיקא הוא אלא דדינא כן וכמ"ש תו' פר' הזורק דף ע"ח ד"ה מחצה על מחצה א"כ מה בין קרוב לה למחצה על מחצה כיון דשניה' צריכה גט מדבריהם וליכא למימר דבקרוב לה ה"ל ודאי קידושין מדרבנן ואם יקדשנה אחר לא תפסי קידושי שני ומשום דאפקעינהו רבנן לקידושי שני דלא אשכחן בקידושי דרבנן דלא תפסי קידושי שני וכל קידושי דרבנן אינו אלא להצריכה גט מדרבנן ובמחצה על מחצה נמי צריכה גט מדבריהם. ונראה דגם הרמב"ן ס"ל דכיון דתיקון רבנן דליהוי קנין מהני מדאוריית' ומשום דהפקר ב"ד הפקר אלא דגוף ד' אמות או מקום השמיר' לא הפקירו ב"ד מעולם את הד' אמות שיהי' שלה כיון דבתר הכי כי אתי אחר הרי הם שלה ועיין תוספות ר"פ האשה רבה דף פ"ט בהא דפריך מן הטמא על הטהור במזיד אין תרומתו תרומ' והדר' לטבלי' וכיון דמדאוריית' הוי תרומה היכי אהדרי' רבנן לטבלי' ושם בתו' ד"ה שהפקר ב"ד הפקר ז"ל אבל מן הטהור על הטמא ליכא למימר דאפקוהו מרשותו בשעת הפרשה כיון דבתר הכי נמי שלו הוא ועליו לתקנו עכ"ל. וה"ה לית לן למימר דמקום שמירה וד' אמות אפקעוה חכמים מרשות העולם ואוקמה ברשות האשה כיון דלבתר הכי נמי דכ"ע הוא ולשעה נמי לא אוקמהו חכמים את מקום שמירה וד' אמות ברשות האשה והגע עצמך אם זרק גט לאשתו ושטר קידושין לאחרת ושטר מכירה לאחד כרוכין זה קנה השטר מכירה וזו שטר קידושין וזו הגט והוא מן הנמנע שיהי' ברגע אחד לשלשתן אלא דלא הקנוהו חכמים בד' אמות או במקו' השמירה כלום אלא שהקנוהו חכמים למי שמונח

בד' אמותיו את החפץ וכמו כן בקידושין הקנ' לה חכמים כאלו היה מונח תוך חצירה והפקר ב"ד הפקר על החפץ ועל כסף הקידושין המונח שם וכיון שנקנה לה מדרבנן את כסף הקידושין הוי קידושי תורה כמו במעמד שלשתן דהוי דרבנן והוי קידושי תורה אבל בגט נהי שקנתה הגט מדרבנן אם קנין חצר ליכא דד' אמות לא הפקירו לאשה

לדעת הרמב"ן אלא החפץ המונח תו ליכא למימ' דאפקעוהו לגיטא מרשות הבעל לרשות האשה ומשום הפקר ב"ד דהא אפי' הקנ' הבעל את הגט לאשה אגב קרקע דנקנה לה הגט ודעת רש"י ר"פ הזורק דמהני לדעת הרמב"ן לא מהני דבגט בעינן ונתן בידה או בחצר' דה"ל כידה וכיון דתורת חצר ליכא בד' אמות וכמו כן במקום שמירה דלדעת הרמב"ן לא הפקירו מקום ד' אמות והפקר ב"ד אינו אלא על כסף קידושין המונח תוך ד' אמות או במקום שמירה ובגט לא מהני שום קנין אלא ידה או חצירה דהוי כידה ומש"ה בגט אינו אלא מדרבנן ואפקיעוהו רבנן לקידושין מינה ובכסף קידושין כיון דנקנה לה הכסף ממילא הוי מזה קידושי תורה וכמו במעמ"ש ודו"ק. ולפי זה בקדושי שטר שזרק לה תוך ד' אמות או במקום שמירה לדעת הר"ן שכתב דהוי חצירה ומשום דחז"ל עשאם לחצר וכיון דהוי חצירה מדרבנן הוי נמי קידושי תורה וכמו במעמ"ש אבל לפי מ"ש לדעת הרמב"ן דאינו הפק' אלא החפץ המונח אפקרינוהו בזה הוא דהפק' ב"ד הפקר וקידושי שטר דאיתקש ליציאה דבעי ידה או חצירה א"כ לא מהני מן התור' ואינו אלא מדרבנן דלרמב"ן לא מצינו לומר דס"ל נמי דאפקירנהו לד' אמות והוי חצירה וכמ"ש הר"ן דא"כ לא הי' צריך לומר כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש אלא הי' הגט מהני מן התורה ע"י חצר דרבנן וכיון דבגט לא אתי עלה אלא משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש וזה יתכן בגט דכיון דמקדש אדעתא דרבנן מהני גיטא דרבנן וכמו שאמרו בש"ס דאפקעינהו לקדושי אבל מקידושי דרבנן אי אפשר להיות קידושי תורה וכמ"ש וא"כ קידושי שטר לדעת הרמב"ן אינו אלא מדרבנן ואם קידשה אחר צריכה גט משני כמו במקדש בעד א' ובשאר קידושי דרבנן דצריכ' גט משני ולא אפקיעונהו רבנן לקידושי שני וכמ"ש ודו"ק. ומכל הלין מוכח דקנין דרבנן מהני לקידושי תורה דלדעת הר"ן ד' אמות ומקום שמירה הוי חצר דרבנן ומהני לקידושי תורה וכן לדעת הרמב"ן הדבר הנקנה שם הוא מדרבנן ואפ"ה הוי קידושי תור' ובסימן כ"ח ס"ק ל"ג הארכנו בפרט זה ושם מבוא' דעת הרמב"ם דקנין דרבנן לא מהני לדין תורה ומש"ה פרה מישראל הנקנה לכהן בקנין דרבנן אינה אוכלת בתרומה וא"כ צ"ל הא דתנן פ' הזורק קרוב לה כו' וכן לענין קידושין דהיינו דהוי קידושי דרבנן ובגט שפיר מהני מן התורה דגיטא דרבנן מהני לאיסורי אשת איש דאפקעינהו לקידושין וכמ"ש ולפי"ז קשה במ"ש הרמב"ם פ"ד מה"ל אישות דינא דמתני' פ' הזורק וז"ל היו עומדים ברה"ר או ברשות שאינו של שניהם וזרק לה קידושין קרוב לו אינה מקודשת קרוב לה מקודשת מחצה על מחצה כו' הרי זו ספק מקודשת כיצד הוא קרוב לו וקרוב לה כל שהוא יכול לשמור כו' שניהן יכולין לשמור כו' זה הוא מחצה על מחצה ע"ש ואי נימא דבקרוב לה דהיינו שיכולה לשמור נמי אינו

אלא מדרבנן וקידושי אחר תופסין בה א"כ מה בין קרוב לה למחצה על מחצה דבשניהן צריכה גט מדרבנן ובשניהן קידושי אחר תופסין וצ"ע כעת. ולפי מ"ש בסימן כ"ח ס"ק ל"ג דאפי' לשטת הרמב"ם דקנין דרבנן לא מהני לדין תורה ע"כ נמי מהני לי' על כל פנים קנין דרבנן שיהי' רשאי לאוכלו ולהשתמש בו כחפצו כיון דהפקר ב"ד הפקר אלא דלא אתי דרבנן לעשות אותו כמו שלו ממש כיון דמן התורה אינו שלו ומש"ה לא מהני לדיני תורה והפקר ב"ד אינו אלא כמו האי הפקירא דעשאו תורה לנכסי עובדי כוכבי' דכתיב ואכלת את כל העמים ואפ"ה אינו שלו וכמ"ש בספר יראים דבגזלו לא נפיק ידי לולב כיון דאינו שלו ועמ"ש בסימן כ"ח ס"ק ג' וכה"ג נמי הפקר ב"ד דרשאי לאוכלו ולהשתמש ואפ"ה אינו שלו מדין תורה אלא דלאוכלו ולהשתמש מהני נמי מדין תורה ע"י הפקר ב"ד וא"כ יתיישב דברי הרמב"ם דס"ל כדברי הר"ן שכתבנו דחכמים תיקנו שיהי' ד' אמות ומקום שמירה כחציר' ע"י הפקר ב"ד ואע"ג דמן התורה אינו חצירה כיון דחצר אינו אלא רשות ועמ"ש בקצה"ח סימן שי"ג ס"ק א' דחצר דמרבי לאו דוקא חצירה אלא עיקר תליא ברשות מי שיש לו רשות בו זה הוא חצירה ע"ש וא"כ כיון דע"י הפקר ב"ד הוי רשותה משום הכי קונה מן התורה נמי לגיטין וקידושין:

ס"ק ו

כיון שקדם הוא לתוכם כתב בח"מ וב"ש ואם שניהן באין כא' הוי כחצר של שניהם והוי קידושי ספק ע"ש. כן הוא בש"ס ר"פ הזורק דרצו לומר מחצה על מחצה דאתו בהדי הדדי ופריך עלה והא אי אפשר לצמצם וע"ש וכיון דאי אפשר לצמצם הוי קידושין ספק וע"ש בתו'. עוד שם בגמ' מפרשי מחצה על מחצה בשמנה אמות מצומצמות וגט מונח בין שניהם ופריך עלה והא אניד גבי' ע"ש וע"ש בתו'. וצריך להתבונן בקידושי כסף היכא דמונח בשמנה אמות מצומצמות דנרא' דוקא גבי גט פסול אגוד גבי' ומשום דלא הוי כריתות וכדאי' פ"ק דמציע' דף ח' גבי גט ביד' ומשיח' בידו וגבי כסף קידושין לא קפדינן באגוד גבי' דאפי' לדעת הרמב"ן והרשב"א דמפרשי גבי משכון מנה אין כאן משכון אין כאן משום דאגוד גבי' היינו משום דהכסף לא יצא מרשותו שהרי גוף משכון הוא של המקדש ואין לה לאשה אלא שעבוד אבל בזה שהכסף נקנה לאשה אלא שמונח גם בד' אמות של המקדש ה"ל מקודשת ואינה מקודשת כיון דמונח גם ברשות האשה. והנה במקח ומתנה כה"ג בשמנה אמות מצומצמות והחפץ הנקנה מחצה תוך ד' אמות של זה ומחצ' תוך ד' אמות של זה נראה לכאורה לפי מה דאמרו בשבת פ' המצניע דף צ"א ושם פליגי אביי ורבא לענין שבת אגד כלי אי שמי' אגד או לא שמי' אגד ומקשי מהא דתנן הגונב כיס בשבת כו' שהרי איסור שבת ואיסור גניבה באין כאחד ואי ס"ד

אגד כלי שמי' אגד קדים לי' איסור גניבה לאיסור שבת ופי' רש"י דכיון שהוציא מקצתו קנה כל המעות שבחוץ שיכול להוציא דרך פי' כו' ומשני דאפקי' דרך שוליו והא איכא מקום תלמא בנסכא וכיון דאיכא שנצין כו' ומסיק דליכא שנבין ע"ש וא"כ ממילא יבואר במתנה בשמנה אמות מצומצמו' ובכיס מלא מעות ומונח בין שניהם אם דרך פיו מונח על צד הד' אמות של המקבל מתנה קנה מה שמונח על ד' אמותיו כיון שיוכל להוציא דרך פיו ואם שוליו מונח על חלק ד' אמותיו לא קנה כלום המקבל מתנה וכמו כן בנסכא לא קנה כלום וממילא ה"ה לכסף קידושין כה"ג. מיהו לפי מה שמבואר בקצה"ח סימן שנ"א ס"ק א'. דאפי' בנסכא כל שהוא תוך ידו כמאן דפסיק וכדאי' פ"ק דמציעא דף ח' ודוקא למשיכה בעינן שימשוך כילו אבל ביד כל מה שבידו אפי' מקצת קנה אותו מקצת דה"ל כמאן דפסיק וא"כ ה"ה בחצר אם מונח קצתו בחצר של זה וקצתו בחצר של זה כל מה שיש תחת חצר של מקבל מתנה אותו קצתו קונה וא"כ ה"ה בקידושין וצ"ע:

ס"ק ז

זכה בהם והם שלו בסמ"ע סימן ר' כתב בשם תלמידי רשב"א והר"ן דדוקא כשקדם הוא לכלי אבל אם קדם הכלי לאדם לא אבל רי"ו לא חילקו וע"ש ובש"ך כתב עלה דאפי' לדעת ת"ר והר"ן היינו דוקא במתנה אבל במציאה אין חילוק כדמוכח בש"ס פ"ק דמציע' עכ"ל והיינו מדפריך שם בהא דד' אמות קונות מהא דתנן נפל על הפיאה מעבירין אותו הימנו ע"ש והתם קדם הפיאה והוא בא אח"כ ונפל עלי' אלמא דבמציאה אפי' קדם הכלי נמי קונה לו ד' אמות ועמ"ש בזה בקצה"ח סימן ר' ס"ק ד' ושם מבואר בגיטין וקדושין מהני בר"ה אפי' קדם הכסף ובגט לא מהני דה"ל טלי גיטך מע"ג קרקע ובקידושין שפיר מהני ברה"ר אפי' קדם כסף הקידושין ע"ש:

ס"ק ח

והם שלו כתב בתשובת הריב"ש סימן ר"ה ז"ל ועוד נסתפקת על מי שזרק גט לאשתו בבית הכנסת תוך ד' אמותי' אם אמרינן ד' אמות של אדם קונה כו' תשובה כו' ואם הוא תוך ארבע אמותי' וכן לא צריך לראות מי קדם דבה"כ הרי הוא כרה"ר שהרי אין לו כח יותר ממנה להניח שם כלים או כחצר שאינו של שניהם וכו' ואף אם נאמר שאין ד' אמות קונות ברה"ר אלא בסימטא או בצדי רה"ר כמאן דאית לי' הכי בפ"ק דמציעא מכל מקום בה"כ הרי הוא כסימטא לענין גיטין שרגילין הוא שעינים כאלו נעשו שם והוא לגבי גיטין כסימטא לגבי הנחת כלים ע"ש. ובית הילל כתב שנעלם מהריב"ש גמ' דנדרים דף מ"ו שם שהרי בה"כ דכמי שאין בו דין חלוקה דמי ותנן שניהן אסורין בדבר של אותו העיר והרי מבואר דכחצר שותפין דמי וא"כ היא מקודשת מספק כיון שבה"כ הוא כחצר של שניהם עכ"ל. וב"ש כת' עלה דב"ה ז"ל ובודאי לא נעלם זאת מריב"ש

אלא גיטין וקידושין שאנו מרגילין לעשות בבה"כ כמ"ש שם מש"ה ס"ל דהוי כסימטא עכ"ל ולא הי' לפני ב"ש דברי ב"ה בי"ד סימן רכ"ד ז"ל והנה נעלם מעיני הריב"ש גמ' זו וכו' א"כ משמע שהוא מדמה בה"כ לרה"ר או לחצר שאינו של שניהם ומה שכתב לבסוף שבה"כ הוא כסימטא וא"כ הוא כחצר של שניה' היינו דכתב דוקא לענין גיטין הוא כסימטא לפי שרגילין אבל לענין
הנח' כלים אינו כסימטא וכאן בגמ' הנז' משמע שבה"כ הוא כחצר של שניהם עכ"ל, ונראה כיון דקדושת בה"כ עלה אינו כסימטא לענין הנחת כלים ועיין בא"ח סימן קנ"א ובנדרים דפריך והרי בה"כ דכמי שאין בו דין חלוקה ותנן שניהם אסורין בדבר של אותה העיר היינו לענין לכנוס לבה"כ להתפלל ולשאר דברי' שמותרין בבה"כ אבל להנחת כלים ה"ל כחצר שאינו של שניהם מחמת קדושת בה"כ ומש"ה נראה דלמקח וממכר אין לו ד' אמות ודוקא לענין גיטין וקידושין דרגילין בבה"כ ומשום דה"ל מצוה ה"ל דין סימטא ורשות בכך ויש לו ד' אמות אבל לענין מקח וממכר דאין רגילין בבה"כ לא:

ס"ק ט

ספק קרוב לו כת' ב"ש ז"ל היינו שתי כתי עדים המחולקים אם הי' קרוב לו או קרוב לה אבל אם הי' לעדים ספק אם הי' קרוב לה אין חוששין לקידושין דה"ל כאלו קידש בלא עדים הגהת אשרי סוף גיטין ובפ"ד אחין משמע שם דהוי ספק קידושין אפי' בכת אחת לפי פי' רש"י שם ע"ש וצריך לומר דהיכא שראו העדים המקום ונסתפקו אם קרוב לה נעשה המעשה מקודשת על פיהם ספק קידושין אבל אם העדים לא ראו כלל מקו' הנפילה רק ראו זריקת הקדושין ואין יודעין להיכן הגיעו אם קרוב לה בזה לא הוי אפי' ספק קידושין ועוד נרא' לפי מ"ש הרא"ש פ' האיש מקדש דשליחות אין צריך עדים ואפי' בשליח קבלה דידה אין צריך עדים ועיין בסימן ל"ה ברמ"א שם וכיון דחצר וארבע אמות מדין שליחות הוא דגם ד' אמות הוא מדין חצר לפי מ"ש הר"ן הובא בס"ק ד' ע"ש וא"כ אם הס' אם הגיע לחצר' שהוא ד' אמות שלה ה"ל ספק קידושין ולא הוי כמקדש בלא עדי' כיון דאין הספק אלא בשליחות אם המקו' הוא שליחה או לא בזה אין צריך עדים דבשליחו' אין צריך עדים. ולפ"ז גבי גט כה"ג בספק קרוב לה לא הוי גט כיון דגבי גט לכ"ע בעינן עדים על השליחות לקבלה וכמ"ש ברא"ש לחלק בזה דבקידושין אין צריך עדים על השליחות ובגירושין צריך עדים וכיון דהעדים לא ידעו המקום אם הוא שלה ה"ל כשליחות בלא עדים דהא המקום הוא בתורת שליחות ומכ"ש בגיטין דחצר נמי משום יד וליכא עדים אם הגיע לידה ה"ל גירושין בלא עדים. ויתיישב בזה קושית תו' פ' הזורק דף ע"ח בהא דאי' שם וליחזי הי מינייהו קדים כו' ופריך והא אי אפשר לצמצם

והקשו תו' דנימא כיון דלא ידעי הי מינייהו קדים ה"ל מגורשת ואינה מגורשת ע"ש ולפי מ"ש דבגט כה"ג ה"ל כאלו אין כאן עדים על השליחות ולהכי משני בגמ' בשמנה אמו' מצומצמו' דזה אינו מחמת ספק או כדמוקי לה בשני כתי עדים דהשתא איכ' עדים על הגירושין שהי' קרוב לה ודו"ק:

ס"ק י

אם אמרה שיקבלם לי כתב בתו' רי"ד ז"ל ע"מ שיקבלם לי פי' לא מטעם שעשאום שליח קבלה אלא מפי האשה ולא שתאמר לאחר אמור לפלוני ויקבל קדושי כדפרישי' בגיטין דשליחות לקבלה מילי הוא ומיל' לא מימסרי לשליח וכי היכא דלא מצי למימר גבי גט אמרו לסופר ויכתוב ולפלוני ופלוני ויחתומו עד שישמעו מפי הבעל ה"ה ה"נ בשליחות לקבלה דאשה דכל שליחות לקבלה מילי נינהו אלא היינו טעמא כיון דאמרה תנם לאבא ולאביך כאלו נתנתם בידה עכ"ל: והתו' רי"ד לשטתו שם דס"ל דכל שאמרה תנהו לפלוני או שים אותו ע"ג קרקע מהני אפי' גבי גט כאלו נתן בידה ע"ש ז"ל כלל אומר איזהו יקרא שליח לקבלה כשלא אמרה לבעל תנהו לפלוני אלא מינתו שליח לקבל מיד הבעל ההוא ודאי בעינן שתמנהו שליח פה אל פה ולא ע"י שליח אבל כשאומרת היא לבעל תנהו לפלוני ואתקדש לך כאלו נתן בידה דמי ואעפ"י שלא מינתה אותו פלוני שליח לקבלה הוי מקודשת וכן לגבי גט עד כאן לשונו ע"ש אמנם לא הוזכר שטה זו לא בפוסקים ראשונים ולא באחרונים ונראה דהוא דעת יחיד ואינו מובן שטה זו. ולפ"ז תיקשי האי דע"מ שיקבלם לי דה"ל מילי ולא מימסרו לשליח כה"ג בגט ועיין ש"ע ח"מ סימן רמ"ד שני דיעות באומר אמרו ועיין סימן קמ"א. ונראה דהתם באומר אמרו סתם אבל באומר אמרו לפלוני ה"ל שליח שלא בפניו ומהני ואפי' תימא דגם בכה"ג פסול היינו דוקא בגט ומשו' דבעי לשמ' ועוד נרא' לפי מ"ש בקצה"ח סימן רמ"ד סק"ד דבמתנה מהני שליח עושה שליח לקבלה ומשו' דזכין לאדם שלא בפניו וזכי' עדיפא משליחו' ע"ש וא"כ ה"נ כיון דבעיקר הקידושין נתרצית האשה בעצמה אלא שהכסף ניתן לה ע"י שליחה וזכין לה הכסף ע"י שליח שלוחה ואכתי צ"ע:

ס"ק יא

הניחהו על הסלע לשטת רש"י סלע שלה הוא דמקודשת מתורת חצר ובסלע של שניה' בעי לה ומשום דאע"ג דבעלמא חצר השותפין אין קונין זה מזה גבי קידושין אפשר דאקנויי אקני לה מקום וכמ"ש הר"ן ע"ש ולשטת תוס' והרא"ש לא מיירי מתורת חצר אלא שנתן אח"כ תוך חיקה ואם הסלע אינה שלה אע"ג דנתן אח"כ תוך חיקה אינה מקודשת דכיון דאמר' לו תנהו ע"ג סלע שאינ' שלה גלי אדעתה שאינ' רוצה בקידושין ואינו אלא דחי מדחי לי' ובסלע של שניהם מבעי' היכא דזרק אח"כ תוך חיקה אם הוי

דיחוי אי לא ע"ש. ובח"מ כתב דהיכא דהסלע שלה מקודשת אפי' לא נתן אח"כ תוך חיקה משום חצר ע"ש. אמנם נראה דלשטת תוס' ע"כ לא מיירי משום חצר דאי נימא משו' חצר א"כ מנ"ל לש"ס דמיירי בנתן אח"כ תוך חיק' בכדי למיבעי בסלע של שניהם בזרק לתוך חיקה אח"כ כיון דמצינו לומר דברייתא לא מיירי מזרק לתוך חיקה אח"כ. לכן נראה דברייתא לא מיירי מתוך חצר לשטת תו', ומשום דסתם סלע אינה משתמר ואפי' עומד בצדו לא מהני לפי מ"ש הרב המגיד פי"ז מגזילה דעומד בצדו לא מהני אלא בתוכה ע"ש וכ"כ הרמ"א בח"מ סימן ר' ואינו במשמע שהאשה עומדת על הסלע וע"כ אינו אלא בזרק לתוך חיקה ואפ"ה אם הסלע אינו שלה דחי קא מדחי לי' לכן בעי לה בסלע של שניהם ועיין בח"מ שכתב הרמב"ם דלא כדברי התו' וס"ל דחצר של שניהם אף דלא קנה לענין מקח מ"מ גבי קידושין הוי ספק ויליף לה מהאי דסלע של שניהם ע"ש ועמ"ש בסק"ג:

ס"ק יב

או תן דינר על הסלע והיינו מדין ערב ומשו' דס"ל לשטה זו דאפי' באומר זרוק מנ' לים נמי חייב מדין ערב כיון שהוציא ממונו על פיה וז"ל הטור י"א אם אומר תן ככר לכלב או תן מנ' על גבי הסלע ואקדש אני לך שהיא מקודשת ונ"ל דאינה מקודשת וראוי להחמיר עכ"ל ומשמע דבתן על הסלע נמי אית בי' דין ערב למאן דס"ל תן ככר לכלב אית בי' דין ערב והרמב"ן כתב דמאי דאמרינן תנהו לכלב אינה מקודשת לאו בחד גווני נינהו דבתנהו על הסלע אפי' אמר' ואקדש אני לך לאו כלום הוא דלאו מידי עביד אפומה אבל בתנהו לכלב אלו אמרה ואקדש אני לך

מקודשת כיון שהוציא ממון על פיה מקודשת מדין ערב ע"ש הובא בר"ן. ונראה דהטור איירי מסלע שאינו משומר והוא מקום האבוד וה"ל כזרוק מנה לים דהוציא ממון על פיה והרמב"ן מיירי מסלע שאינו מקום האבוד וא"כ לא הוציא ממון אפומה. ובריטב"א ז"ל ואב לכולן ערב וה"ה והוא הטעם באומר לחבירו זרוק מנה לים או לדבר האבוד ואתחייב אני לך שהוא חייב דמידי הוא טעמא אלא מפני שהוציא ממונו מרשותו על פיו ונשתעבדו לו באותה הנאה ומה לי נתנו לאחרים על פי' במתנה גמורה או זרקו לים ומקום האיבוד כו' והוא שלא חזר ונטלו משם דאם חזר ונטלו משם הא לא עבד כלום על פיו ובמה נשתעבד לו ומיהו אם נתנו שם והלך לו והניחו לאיבוד במקום שאינו משתמר ואח"כ חזר ונטלו משם איכא למימר דחבירו חייב לו דמאי דהדר השתא ושקלינהו כמציאה הוא אצלו ומן שמיא הוא דאקנינהו ניהלי' והוא תליא בפלוגתא דרשב"א ורבנן פ' אלו מציאות המוציא מציאה בסרטיא ופלטיא ובכל מקום שהרבים מצויין שם דרבנן

אמרי חייב להחזיר ורשב"א אמר איני חייב להחזיר וקי"ל כוותי' ברוב גוים מיהת הלכך כל שנתנו לאיבוד במקום שהרבים מצויין שם שאלו מצא שם מציאה אינו חייב להחזיר והניחו שם ולאחר זמן חזר ונטלו הרי הוא אצלו כממון אחר וחבירו חייב לו במנה זו וכיוצא באשה מקודשת אבל מקום שכיוצא בו אם מצא שם מציאה חייב להחזיר לבעלים אף כאן נמי כשחזר ונטלו הרי נטל שלו והוה פטור ובאשה אינה מקודשת כן אם אחר שהניחתם במקום האבוד בא חבירו ונטלם ואמר לו טול אותו אם לא רצה לטלו הרשות בידו וזה חייב לו בהם שכבר נתחייב לו בהם כשנתנו לאבוד על פיו עכ"ל. ומה דתלי הריטב"א בפלוגתא דרשב"א ורבנן אם הוי יאוש או לא ולכאורה נהי דלא הוי יאוש לפי שיש איזה תוחלת לבעלים ומש"ה צריך המוציא להחזירו לבעלים אבל כיון דמקום איבוד הוא אליבי' דכ"ע וזה הוציא למקום האיבוד למה לא איחיי' הערב. ונראה משום דאין הערב מתחייב אלא אם לא יבא החפץ ליד הבעלים וכמו בערב ללוה דאם הלוה משלם אין הערב משלם ומש"ה בנתנו למקום האיבוד נמי אם בא החפץ אח"כ ליד הבעלים תו אין הער' משלם אלא כשנתנו על פיו למקום הראוי ליאש דאז כבר יצא החפץ מרשות בעלים וכי הדר ושקלי' לאו ממונו הוא דשקל אלא מהפקירא זוכה ולפי"ז נראה דכה"ג נמי בערב ללוה ונתייאש המלוה מחוב במקום הראוי ליאוש דמהני יאוש בחוב וכמ"ש הרמ"א בח"מ סימן קס"ג ועמ"ש בקצה"ח שם סק"א והדר פרעי' הלוה אם הלוה כותי מהפקירא קא זכי והערב חייב לשלם למלוה כיון דמדינ' זה לאו ממונא דמלוה הוא ובטור ח"מ סימן רס"א כתב דאבידה מדעת הוי הפקר וכל הקודם זכה ע"ש וכ"כ הרמ"א שם ואפי' אינו מקום הראוי ליאוש ע"ש וא"כ ה"נ בנתנו למקום האיבוד אפי' אינו מקום הראוי ליאוש כגון בנתנו לרשות הרבים וע"ש ברמ"א סימן רס"א נמי נעש' הפקר ומקודשת והריטב"א דבעי דוקא מקום הראוי ליאוש נראה דס"ל כדעת הרמב"ם שם דאבידה מדעת לא הוי הפקר ומש"ה כשחזר ונטל משם במקום שאינו ראוי ליאוש אינה מקודשת לפי שלא הוי הפקר וא"כ במקום שאינו ראוי ליאוש וחזר ונטלו מידי ספיקא לא נפקא כיון דלדעת הטור הפקר מדעת אפי' במקום שאינו ראוי ליאוש נמי סתמא הוי הפקר וזוכה מהפקר ומקודשת וראוי להחמיר:

ס"ק יג

ויש להחמיר בדבר כתב הב"ש ז"ל כלומר דרך חומרא הוא ולא ע"פ הדין כי תן מנה לפ' אתי מדין ערב ובכה"ג אין הערב משתעבד כיון שלא בא ליד שום אדם עכ"ל. מיהו ברמ"א בח"מ סימן ש"פ הביא שני הדיעות בזרוק מנה לים אם חייב לשלם מדין ערב ולא הכריע ע"ש וא"כ הוי ספיקא דדינא וע"ש בסימן כ"ג סק"ו:

סימן לא

סעיף א

ס"ק א

בחפץ זה ששוה נ' פ"ק דקידושין דף ח' האי גברא דקדיש בשיראי רבה אמר לא צריכין שומא ור"י אמר צריכי שומא אי דאמר לה בכל דהו כ"ע לא פליגי דלא צריכי שומא כי פליגי דאמר לה בחמשין ושוה חמשין דרבה אמר לא צריכי שומא דהא שוי חמשין רב יוסף אמר צריכין שומא כיון דהשתא לא בקיאה בשומא לא סמכה דעתה וכתב רש"י ז"ל דאמר לה בחמשין דאמר לה התקדשי בחמשים זוז והרי לך אלו בדמיהן וכ"כ הר"ן ע"ש. ודברי רש"י נראה תמוה במה דלא פי' כפשוטו דאמר לה התקדשי בחפץ זה ששוה חמשין ואפשר דאם אמר לה המקדש בחפץ זה ששוה חמשין ואם נמצא אח"כ ששוה פחות דינר ה"ל בכלל אונאה ופחות משתות ה"ל מחילה ואפי' במטבע שנינו פ' הזהב כמה תהיה הסלע חסירה ויהיה בו אונאה עד שתות וא"כ היכא דיהיב לה סלע לקידושין וחסר עד שתות נמי ה"ל קידושין ולזה כתב רש"י דאמר לה התקדשי בחמשים זוז והרי לך אלו בדמיהן בזה ליכא מחילה וצריך להיות השיראין שוה חמשין בלי גרעון ואכתי צ"ע, עוד שם בש"ס איכא דאמרי בכל דהו נמי פליגי רב יוסף אמר שוה כסף ככסף מה כסף דקיץ ואיכא למידק בהא דתניא בקידושין דף מ"ז התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך כו' אם נשתייר הימנה שו"פ מקודשת ע"ש וכיון דהתם ע"כ לא שמו מתחלה דאם אמר לה סכום ידוע א"כ אפי' נשתייר שו"פ אינה מקודשת וכמ"ש הרא"ש שם וכיון דלא הי' סכום ידוע ותיקשי לרב יוסף דאמר בכל דהו נמי צריך שומא

ס"ק ב

באבן זו ששוה נ' כתב ב"ש ז"ל מבואר ברש"י ותו' אם לא הי' נישום בעת הקידושין אם שמו אח"כ לא מהני ואינה מקודשת ואפי' מעת השומא וכו' ואם לא שמו צריך לקדשה מחדש וכתב הרשב"א דאין צריך ליקח ממנה הקידושין ולקדשה מחדש אלא אומר לה הרי את מקודשת וכו' ולא אמרינן דהוי שתיק' אחר מתן מעות משום דדומה לשדיך וכו' ואפשר דהכא עדיף טפי כיון שקבלה לשום קידושין ומיהו קשה למה כתב בסימן כ"ז דצריך לטול ממנה הקידושין גם משמע מרש"י ותו' בסוגיא זו דפליגי על הריטב"א שהבאתי בסימן כ"ח דס"ל אם מקדשה בגזל ואח"כ קנה מהנגזל חלין הקידושין מאותה השעה מכאן משמע דלא תלין הקידושין אפי' אחר השומא עכ"ל. והנה מה שהקשה מסימן כ"ז כתבנו שם בזה ס"ק ט' ע"ש. ומ"ש הב"ש דפליגי על הריטב"א נראה דהתם גבי גזל כיון דנתרצית לקדשה בסך זה אלא שהיא גזל ומש"ה כל שקנה אח"כ מהנגזל

חלין הקידושין מעת שקנה אבל הכא בקידשה בדבר שצריכי שומא דאפי' אמר בכל דהו צריכי שומא וכמ"ש הר"ן בשם ר"ת דלהכי אין מקדשין בטבעת שיש בה אבן דפעמים סבורה בדעתה שהוא שוה הרבה ואינו כן ומש"ה אפי' אמר בכל דהו צריכי שומא ואפי' לרבה ע"ש וכ"כ הב"י ע"ש וכיון דכל שלא שמו היא סבורה שהוא שוה הרבה ודעתה לסך גדול ואם אחר שומא אינו כן אלא סך קטן צריך לקדשה מחדש כיון דבתחלה לא הי' דעתה להתקדש בסך מועט כזה. ולפי זה לפי' הרא"ש דאפי' באבן נמי כל שאומר בכל דהו אינו צריך שומא אלא דוקא בחמשין דלא סמכה דעתה דסבורה שאינו שוה א"כ כיון דבתחלה נמי הי' דעתה להתקדש בחמשין ואחר שומא נמי שוה חמשין ה"ל כמו האי דריטב"א במקדש בגזל וקנה אח"כ מנגזל דאין צריך לקדש' מחדש ואין ראי' מרש"י ותו' דאפשר דס"ל כפי' הר"ן וא"כ ודאי צריך קידושין אחרים כיון דסבורה ששוה יותר ולא הי' דעתה בתחלה להתקדש בתחלה בסך מועט ועתה אחר השומא נתרצית בסך מועט צריכה קידושין מחדש. מיהו אחר העיון שפיר הוכיח ב"ש מרש"י ותו' דלא ס"ל כריטב"א מדכתבו גבי שיראי דצריך לקדשה מחדש וגבי שיראי ודאי מהני בכל דהו כדאי' בש"ס להדיא בכל דהו כ"ע לא פליגי אלא בחמשין ומשום דלא סמכ' דעתה דשוה חמשין וא"כ ודאי פליגי על הריטב"א כיון דבשיראי אינה עולה בדעת יותר מחמשין וכיון דאחר השומא שוה חמשין אמאי צריכה קידושין מחדש וע"כ מוכח דלא ס"ל לרש"י ותו' כדברי ריטב"א. אמנם לדינא נראה בקידשה באבן דאפי' לדברי ריטב"א צריכה קידושין אחרים אחר השומא כיון דבאבן לא סמכה דעת' וסבורה ששו' יותר ולא הי' דעתה לסך קטן א"כ אחר השומא שאינו שוה כמו שעלה בדעתה מתחלה צריכ' קידושין אחרים וכמ"ש:

ס"ק ג

דלא סמכה דעתה בתו' דף ט' כתבו דמה"ט נהגו לקדש בטבעת שאין בה אבן ע"ש. וצריך עיון במה שנהגו ליתן לכהן בפדיון הבן אבנים טובות ומרגליות דהא מבואר בש"ס להדיא דגם בכהן בעינן סמכה דעתי' ע"ש דף ח' אמר רב יוסף מנא אמינא לה דתניא עגל זה לפדיון בני וכו' וכתבו תו' שם ז"ל ללישנא קמא מייתי ראי' עכ"ל וללישנא קמא יוסף משום

דלא סמכה דעת' ע"ש ומוכח דגם בכהן בעינן סמכה דעתי' אלא דלא נדע כוונת תו' דלכאורה נראה דבכהן אינו מקנה לישראל שום דבר ואינו אלא בע"ח ויוכל הישראל לפרוע לו בע"כ וראיתי בס' עצמות יוסף שכתב ז"ל אם נתן לכהן חמש סלעים מה לנו בידיעת הכהן כיון שכבר נתן לו ה' סלעים ונראה דכיון שהכהן הוא אדון הבכור זה

אם אין לו ידיע' בשיוי הדמים אין בנו פדוי וצריך דעת כמו שצריכ' האשה לידע שיעור הקידושין ע"ש. ואכתי לא אתברר לי דמ"ש מפרעון בע"כ דשמי' פרעון אפי' בפדיון הבן וכמ"ש פרי חדש בספרו מים חיים בכהן א' שדר בכפר ולא רצה לקבל פדיונו וע"ש דיכול ליתנו הפדיון בע"כ דפרעון בע"כ שמי' פרעון ע"ש וא"כ למה לי סמיכת דעתו. שוב ראיתי בדרישה בי"ד סימן ס"א שעמד בזה במה שנותנין לכהן בפדיון הבן אבנים טובות ומרגליות מדברים דצריכי שומא וכתב משום דבכהן אינו צריך סמיכ' דעתו ע"ש והוא נגד דברי תו' שזכרנו דלעיל קמא מייתי ראי' וא"כ מוכח דגם בכהן בעינן סמכה דעתו וצ"ע ועמ"ש בקצה"ח סימן רמ"ג ס"ק ד'. ואפשר דהאי דינא דנותנין לכהן אבנים טובות ומרגליו' אינו אלא במתנה ע"מ להחזיר דאינו מקפיד על שיוי הדמים ואכתי צ"ע:

ס"ק ד

גם נהגו לכסות פני הכלות הצנועות. כתב בחידושי מוהרי"ט ז"ל וזכורני שראיתי בילדותי בתשובת אבא מארי ז"ל בא' שקיד' אשה אחת והי' פני' מכוסות ולא ראו העדים אותה אלא אח"כ כשהלכה לה החזירוה ואמרו לה שתגלה פני' כדי שיוכלו להעיד ואז ראו אותה והאריך לצדד שלא לחוש לקידושין הואיל ובאותה שעה שנתקדשה לא ראו אות' ה"ל מקדש בלא עדים ואעפ"י שראוה לאחר מיכן אין חשש ובתשובת הרשב"א סימן תש"פ השיב בשנים שהיו עומדי' אחורי הגדר ושמעו שאמר ראובן ללאה התקדשי לי באתרוג אבל לא ראו נתינ' ממש אפי' ראו האתרוג יוצא מתחת ידה אין כאן חשש של כלום ואפי' הוא מודה שלקחתו לשום קידושין דעדות דידיע' וראי' ממש בעינן ע"כ ומסתמ' התם מיירי שידעה האשה בעדים שאחורי הגדר דאל"כ אפי' הי' כאן נתינ' כו' ואפ"ה כתב הואיל ולא ראו הנתינה באותה שעה אע"ג שראו האתרוג יוצא מתח' ידה לאו כלום הוא וכו' ומיהו שמא יש לחלק בין היכא שמעש' הקידושין לא ידעי העדי' להיכ' דידעי מעשה הקידושין אלא שלא הכירו את האשה דבהאי אמרינן שיהיה אסור בכל הנשים דומיא דמקדש את בתו סתם דלא מוקי לה בהכירו אלא למ"ד קידושין שאין מסורין לביאה לא הוי קידושין וגם לא שייך לומר רצתה לשחק בו שיודעת שיכולין להחזיק בה ולראותה וצ"ע עכ"ל. והנה מ"ש מוהרי"ט לחלק להיכא דידעי מעשה הקידושין אלא שלא הכירו את האשה דבהאי אמרינן שיהי' אסור בכל הנשים. לענ"ד נראה דכה"ג אינו אסור בכל הנשים דמן התורה ודאי מותר דאזלינן בתר רובא ועיין תו' נזיר דף י"ב דלא אסרו הקרובות אלא למקדש משום קנס אבל לעלמא כל הנשים מותרות ע"ש. אך לענ"ד נראה דכה"ג הוי קידושין בעדים דהא דבעינן עדים על גיטין וקידושין אינו אלא בכדי שיתודע לעלמא ולא יוכל א' מהם להכחיש ועפ"י שנים עדים יקום

דבר וכיון דיכולין להחזיק בה ולראותה ה"ל כאלו מקדש אותה בפני עדים וראי' ממ"ש הר"ן פ' המגרש בהא דפסק הרי"ף כר' אליעזר דס"ל עדי מסירה כרתי ע"ש שהאריך וסיומא דמלתא ז"ל אבל מה שנראה לי בזה דר' אליעזר סובר עדי מסיר' בלחוד כרתי ולא עדי חתימה כו' ומיהו מה דמודה ר' אליעזר בעדי חתימה היינו משום דס"ל שהמסירה כורתת כל שיש בשעתה עדים בדבר דה"ל עדי חתימה כעדי מסירה שהרי הגט יוצא מתחת ידה בעדים הללו ובידוע שהבעל מסרה ונמצא כאלו הן עצמן מעידין על המסירה עכ"ל. ואם נמסר לה הגט בינו לבינה בעדי חתימה ונשרף הגט או נאבד קודם שמראה האשה הגט לפני ב"ד ושניהם מודים בגט ה"ל כאלו מגרשה בשני עדים והלכו למד"ה דכל שהגט הי' בידה בעדי חתימה ויכולה להראות הגט לעדי' ויכול להתוד' ה"ל כעדים וכבר כתבנו בזה בקצה"ח סימן מ"ב סק"א מדברי הר"ן הנזכר דמהני בקידושין וגיטין עדות בידיעה בלא ראי' דהא הגט נתן לה בלא עדים אלא מחמת אנן סהדי שהבעל נתן לה הגט ה"ל עדות בידיעה ע"ש וה"נ כל שיכולין להחזיק בה ולראותה ה"ל עדות בידיעה אע"ג דלא ראו בשעת מעשה. ובתו' פ"ב דגיטין דף י"ט ז"ל והי' רגיל ר"י לקרות הגט קודם הנתינה ואחר הנתינ' ומיהו פשיטא דאם לא קראוהו קודם הנתינ' וקראו לאחר מיכן דמגורשת וכ"כ הרא"ש שם והר"ן שם וכ"כ רבינו ירוחם הובא בב"י סימן קל"ה ז"ל ואם לא קראוהו כלל ונשרף או נאבד צריכה גט אחר כי היא ספק מגורשת ומכל מקום אם גיטה יוצא מתחת ידה הרי זו מגורש' אעפ"י שלא קראוהו בשעת נתינה ע"ש עוד כתב הב"י שם ז"ל ועל מה שכתב ר"י שאם לא קראוהו תחלה וקראוהו לבסוף דפשיטא שהיא מגורשת כתב המרדכי דלא נהירא להר"מ משום דבעינן דבשעת נתינה ידעי סהדי דהוא גט ודעת הרא"ש והר"ן והסמ"ג כדעת ר"י וכן דעת וכן דעת הרמב"ם ז"ל פ"א מגירושין עכ"ל הב"י ומבואר דאע"ג דלא ידעי עדים בשעת נתינה כל שהוא באופן שיוכל להתברר אח"כ בעדים לקרותו אחר הנתינ' תיכף הרי זה גט ומטעמא שכתבנו וא"כ ה"ה הכא בכלה שמכוס' פני' בשעת קידושין והכירוה תיכף אחר הקידושין דמהני. ואם אמנם מלשון התו' גיטין דף י"ט ד"ה טעמא דאיכא כתב משמ' דהא דנאמן הבעל באומרו זה גיטך הוא משום דבידו לגרשה וכמו בעל שאמר גרשתי את אשתי ע"ש היינו משום דתו' שם סברי דאפי' לא קראוהו לגיטא כלל לא קודם הנתינ' ולא לאחר הנתינ' נמי מהני ומשום דהבעל נאמן אבל לשטת הרמב"ם והסמ"ג והרשב"א והר"ן הובא בב"י דאם לא קראוהו כלל הוי ספק גט ואם קראוהו אחר הנתינ' אע"ג דלא קראוהו קודם הנתינ' מהני הגט ע"כ לאו משום נאמנות הבעל הוא אלא משום שקראוהו אחר הנתינה ומוכח דאע"ג דבשעת מעשה לא ידעו עדים מהני במה שידעו תיכף אחר הנתינה וא"כ

ה"ה בקידושין כה"ג שהכירוהו אחר הקידושין הוי קידושין ולפי"ז אפילו לא גילו פני' אח"כ כל שמודים שניהם ה"ל כאומר קדשתי בפני עדים והלכו למד"ה כמ"ש לעיל. מיהו במנהג שנהגו עכשיו לכסות פני הכלות הצנועות ליכא חשש אפילו לדעת המבי"ט כיון דהוחזק' שהיא המתקדש' וסוקלין על החזקו' וכמו בהוחזק' נדה בשכנותי' ובנדון המבי"ט שם לא הוחזקה מעולם. אך קשה דבדברי הרשב"א סימן תש"פ הנזכר משמע דבעי' ראי' דוקא ולא מהני עדות בידיעה מדכתב שם דעדות דידיע' וראי' ממש בעינן ואלו מדברי הרשב"א שזכרנו במה דס"ל גבי גט דאפי' קראוהו אחר הנתינ' כשר הגט משמע דמהני עדות בידיעה בלא ראי' וצ"ע כעת. ועוד דעיקר עדות דבעינן בגיטין וקידושין אינו אלא משום דילפינן דבר דבר מממון ולא מהני שניהם מודים ומשום דיליף דבר דבר מממון במקו' הכחשה דבעי שני עדים וגבי ממון גופי' נמי מהני עדות בידיע' בלא ראי'

ס"ק ה

ואין מקפידות במה מקדש אותן. כתב הב"ש וז"ל וכתב המרדכי דאין מקדשין במטבע והיינו מדרבנן אין מקדשין עכ"ל. וכבר כתבנו מזה בסימן כ"ז ס"ק ב' דלא נמצא דבר זה במרדכי וז"ל המרדכי בהג"ה שם גרסינן בהזהב דעתא אצורתא וצורתא עבידי דבטלי עיין שם היאך מקדשין במטבע שיש עלי' צורה עכ"ל ובמקו' תיבת היאך כתב דאין ולכך כתב ב"ש מזה דאין מקדשין במטבע ולפי שלא מצא לו מקום מן התורה כתב שהוא מדרבנן אמנם מדרבנן נמי מקדשין במטבע ובהג"ה לא כתב אלא ע"ש היאך מקדשין במטבע והיינו טעמא דהיאך מקדשין במטבע כיון שיש עליו צורה וכבר כתבנו טעמא דמקדשין במטבע ומשום דבתורת חליפין הוא דאמרינן צורתא עבידא דבטלה אבל מטבע במקום כסף ודאי מהני וכמו דמהני מטבע לקנות, קרקע ה"נ לקנות אשה וע"ש בסימן כ"ז וזה פשוט:

ס"ק ו

באוכל או בכלי. הרשב"א בחידושיו פ' כל הנשבעין נסתפק בקידושי אשה בכלי פחות משו"פ אם היא מקודשת כיון דכלי חשוב ממון אפי' בפחות משו"פ לדין שבועה ולהוציאו בדייניו א"כ ה"ה לקדושי אשה ובס' קצה"ח סימן פ"ח ס"ק ג' שם הוכחנו דלא מהני פחות משו"פ אפילו בכלי מהא דאמרינן רפ"ק מניינא למעוטי חליפין ואימא ה"נ חליפין איתנהו בפחות משו"פ ואשה בפחות משו"פ לא מקנה נפשה וכיון דחליפין אינו אלא בכלי דפירי לא עביד חליפין וא"כ

מוכח דאפי' בכלי פחות משו"פ לא מהני לקידושין וע"ש. והנה לפי מ"ש בסימן כ"ט ס"ק ב' בשטת הרמב"ם דכתב במתנ' ע"מ להחזי' דאינה מקודשת משום דלא נהנית אם תחזיר ומשום דאשה לא מקנה נפשה אלא בהנאת שו"פ וכל שאינה נהנית אע"ג דמתנה

ע"מ להחזיר שמי' מתנה והילך מנה ע"מ שתחזיריהו במכר קנה אבל בקידושי אשה לא קנה ומשום דקידושי אשה בעי הנאה והא דאמרו בדף ו' בהילך מנה על מנת שתחזירהו בכלהו קני לבר מאשה לפי שאין אשה נקנית בחליפין והיינו דה"ל כמו חליפין דלית ביה הנא' וטעמא דחליפין לא מהני נמי לפי שאינה נהנית והא דלא מהני בתורת חליפין כשנתן לה הסודר לגמרי משו' דרגילו' דחליפין ע"מ להחזיר ואינה נהנית ומש"ה לא מהני אפי' נותן לה לגמרי וא"כ מה שאמרו חליפין איתנהו בפחות משו"פ היינו כיון דמהני אפי' ע"מ להחזיר הרי אין לה הנאת שו"פ ואשה בפחות משו"פ לא מקנא נפשה וע"ש וא"כ אפי' בכלי דה"ל ממון אפי' בפחות משו"פ היינו כשנותן לה לגמרי את הכלי אבל חליפין ע"מ להחזיר נמי לית בי' הנאה כלום כיון דאינו נותן את הכלי לחלוטין ודו"ק. ולדינא נרא' כדברי הש"ע שכתב בפשיטו' דשוה כלי לאוכל וכמו שהוכחנו עוד שם בקצה"ח מפ"ק דף י"ג א"ר אסי א"ר תני כשם שאין האשה נקנית בפחות משו"פ כך אין הקרקע ניקנית בפחות משו"פ והא תניא אע"פי שאין האשה נקנית בפחות משו"פ הקרקע נקנית בפחות משו"פ א"ל כי תניא האי לענין חליפין דתנן קונין בכלי אע"פ שאין בו שו"פ ע"ש ומבואר דאפי' בכלי לא מהני פחות משו"פ אם הוא בתורת כסף אם לא בתורת חליפין ובקרקע דוקא וע"ש וכן נרא' מוכח מהאי דקדושין דף י"ב בהאי גברא דקדיש בציפתא דאסא אמרו לי' והא לית בי' שו"פ א"ל תיקדיש בד' זוזי דאית ביה ע"ש וציפתא דאסא מיקרי כלי:

ס"ק ז

שמא דבר זה שו"פ במקום אחר כתב הב"ש ז"ל מיהו הרא"ש כתב דהרמב"ם ס"ל כשידוע שהוא שו"פ במקום אחר היא מקודשת מדאוריית' וכן ס"ל להר"ן דהיא מקודשת מדאורייתא ונרא' דאיירי בשעדים יודעים ששו"פ במקום אחר אז י"ל דהיא מקודשת מדאורייתא אבל אם אינו ידוע להעדים אז הוי כאלו קידשה בלא עדים וליכא אלא חשש קידושין משום דהעדים מסופקים שמא שו"פ במקום אחר עכ"ל. ונראה דאפי' לדעת הגהת אשר"י סוף גיטין דהיכא דנסתפקו העדים אם קרוב לו או לה לא הוי קידושין כלל וה"ל כמקדש בלא עדים והובא בב"ש סימן ל' סק"ט הכא כיון דאם הי' שני עדים ממדי דהוא שו"פ שם ה"ל קידושי ודאי והכא הספק לפנינו שמא עדי הקדושין הם במדי וה"ל כמקדש בפני עדים והלכו למד"ה ודוקא בספק קרוב לה דליכא עדים אבל כשהוא שו"פ במדי עדיו במדי וכשנסתפקנו בזה ה"ל ספק קידושין דשמא נתקדשה בעדים. עוד כתב הב"ש וז"ל ונראה אף שידו' לעדים צריך לומר הטעם דה"ל כאלו אמרה לדידי שו"פ כיון ששו"פ במקום אחר אע"ג דבעלמא מסופק הר"ן אם מהני מה שאומרת לדידי שו"פ היינו

היכא דאינו ידוע ששו"פ במקום אחר אבל אם ידוע ששו"פ במקום אחר מהני עכ"ל וז"ל הר"ן לפיכך נראה לי דאי שו"פ במדי קידושי תורה הן דכיון שהיא נתרצית בהן ושו"פ באיזה מקום אלו ידעו העדים שדרכה לתת פרוטה באותו דבר ה"ל כאלו אמרה לדידי שוה וכדאמרינן לגבי חמש סלעים של פדיון הבן עכ"ל ומדברי ב"ש נראה דאפי' אין דרכה לתת פרוט' באותו דבר נמי מצי אמרה לדידי שוה כל שהוא שו"פ במקום אחר ונראה משום דהר"ן לשטתו דס"ל אפי' בממון גמור כמו בפדיון הבן נמי לא מצי אמר הכהן לדידי שוה חמש סלעים אלא היכי שידוע שדרכו להתיקר וא"כ הכא בקידושי אשה נמי לא מצי אמר' לדידי שוה אלא בידוע שדרכה להתיק' ומשום דהר"ן תמה על הרמב"ם במ"ש פי"א מה"ל בכורים ע"ש. אבל לשיטת הרמב"ם דס"ל שם פי"א מה"ל בכורים אפי' בכהן סתם שאין דרכו להתיקר מצי אמר לדידי עכ"ל א"כ ה"נ בקידושי אשה כל שהוא שו"פ באיז' מקום מצי אמרה לדידי שוה ומש"ה השמיט הב"ש דברי הר"ן שכתב אלו ידעו העדים שדרכה לתת פרוטה ומשום דב"ש כתבו אליבי' דהרמב"ם דאינו מחלק בין דרכו להתיקר אלא דאכתי יש להקשות דכיון דאין ידוע שדרכה לתת פרוטה באותו דבר א"כ מנא ידעינן דכוונתה לומר לדידי שוה פרוטה דלפי מ"ש הר"ן מיירי בידוע שדרכה להתיקר ולתת פרוטה בזה א"כ מסתמא נמי ה"ל כאלו אמרה לדידי שוה כיון דבאמת שוה לדידה אבל כל שאין דרכה לתת פרוטה בזה מנלן דכוונתה לדידי שו"פ וצ"ל כיון דהכל יודעין שאין מקדשין בפחות משו"פ וגם אשה לא מקניא נפשה בפחות משו"פ וכיון דחזינן דקבלתה לשום קידושין ע"כ כוונתה לדידי שוה וא"כ היכא דאינו שו"פ בשום מקום לא מצי אמרה לדידי שוה ולעשות מדבר שאינו ממון כלל לממון אבל כל שהוא באיזו מקום ממון מצי אמרה הכא לדידי שוה והנה פ"ק דקידושין דף י"א אמר שמואל קדשה בתמר' חוששין שמא שו"פ במדי ופריך עלה ממתני' דתנן בפרוטה ובשו"פ בדינר ובשוה דינר ומשני הא לקידושי ודאי הא לקידושי ספק. ולפי מ"ש הר"ן הא דשמואל היינו משום דנתרצית בהם ודרכה להתיקר וכיון דשו"פ במקום אחר ה"ל כאלו אמרה לדידי שוה וכיון דפריך עלה ממתני' ע"כ צ"ל דס"ל כיון דמתני' בפרוטה ובשו"פ סתמא קתני משמע אפי' ידוע שדרכה להתיקר ומש"ה פריך דלהוי קידושי משום דשמא שו"פ במדי ועלה הוא דמשני הא לקידושי ודאי הא לקידושי ספק. וקשה תינח בשו"פ דלא הוי קידושי ודאי בפחות משו"פ כל שאינו ידוע ששוה פרוטה במקום אחר דאע"ג דקבלינהו לקידושי ואמרה לדידי שוה לא מהני לעשותו ממון אם אינו ממון ואינו אלא קידושי ספק דשמא שו"פ במקום אחר אבל בשוה דינר מאי איכא למימר דהא ממון הקל לממון החמור מצי אמרה לדידי שוה כמו בפדיון הבן אע"ג דאינו

שוה אותו ממון בשום מקום וא"כ אפי' בפחות משוה דינר ליהוי קידושי ודאי ואי נימא דמתני' מיירי שאין דרכה להתיקר א"כ אפי' קידושי ספק לא הוי וצ"ע:

ס"ק ח

בתבשיל או בירק והוא דעת הרמב"ם אבל דעת הרא"ש דאפי' שו"פ במדי נמי אינו קידושי תורה אלא משום גזירה שיבא א' ממדי לכאן ומש"ה אפי' בתבשיל וירק נמי הוי מקודשת מדרבנן: ונראה דאפי' לפי מ"ש הר"ן בטעמא דשו"פ במדי אליבי' דהרמב"ם דה"ל קידושי תורה ומשום דה"ל כאמרה לדידי שו"פ וכיון דשו"פ בשום מקום מצי למשוי ממון אפי' כאן והובא לעיל סק"ז וכ"כ הב"ש אליב' דהרמב"ם ואפ"ה ס"ל להרמב"ם דבתבשיל וירק לא מהני שו"פ במדי ומשום דע"כ לא מצי משוי ממון אלא היכא שזה הדבר בעצמו יכול להגיע שם לכלל ממון אבל בדבר שאינו מתקיים להתם א"כ אינו ממון כלל לא הכא ולא התם ולא מצי משוי ממון לדבר שאינו ממון

ס"ק ט

צריכה קידושין אחרים ונרא' דצריך ליתן לה בקידושי שניים שו"פ בשלימות ואם נותן לה חצי פרוטה אע"ג דקידושי קמא נמי אית בה חצי פרוט' ואתנהו לקידושי קמאי בעין ביד האשה לא מצטרפי דכיון דקידושי קמאי לטבועין נתנו ולא לחזר' דכל היכ' דקידושי קמאי אפי' מדרבנן תו לאו לחזרה נתנו אלא לטבועין דלא לימרי קידושין תופסין באחותה כמבואר פ' מי שמת ובטור וש"ע סימן נ' ע"ש וכיון דלא הדרא קידושי קמאי ולטבועין נתנו ולא לחזרה א"כ כבר זכתה בה בתמרה ולא מצטרפי עד שיחזור ויקח ממנה התמרה שתתן לו במל' ויחזור ויקדש צירוף אותה תמרה והיינו לדע' הרא"ש דקדושי תמרה קדושי דרבנן המה ולא משו' ספיק' אלא דקרי לה ספיק' אבל קדושי ודאי המה דרבנן וכיון דחלו קידושין אפי' מדרבנן תו לא הדרא וכמ"ש בסימן נ' אבל לדע' הרמב"ם דהוי משו' ספיק' דשמ' שו"פ במדי ובקדושי ספק פסק בש"ע סימן נ' דקדושין הדרא וע"ש וא"כ כיון שחייבת להחזיר מהני לצירוף. מיהו היכא דליתנהו בעינא ונתאכלו לא מצטריף אפי' נימא דגבי קידושי ספק הדרא קידושי דכיון דכבר נתאכלו ה"ל מלוה ואע"ג דיהיב לה לשום קידושין כיון דלא גמר הדיבור והנתינה לשום קידושין בפרוטה שלימה וה"ל קמאי מלוה וכמו שמבואר בסעיף ה':

ס"ק י

ואם קדשה אחר קידושין גמורים ז"ל הב"ש ואם השני קידש ג"כ באותו דבר פחות משו"פ מותרת לראשון ואין צריך גט משני ממ"נ אם שו"פ באיזו מקום הרי היא מקודשת לראשון ואם קידש בדבר אחר שאין שו"פ יש לומר שהראשון אינו שו"פ ושל השני שו"פ באיזו מקום עכ"ל. ונראה דדברי ב"ש הוא בין לשטת הרמב"ם בין לשטת הרא"ש דלדברי

הרמב"ם דה"ל משום ספיקא א"כ אין צריך גט משני ממ"נ וכמ"ש ב"ש וכן נמי לשטת הרא"ש דהוא מדרבנן שמא יבא א' מאנשי מדי ויאמר שהיא אשת איש נמי ממ"נ אם הוא שו"פ במדי יאמרו שאין קידושי

שני תופסין משום דתפסי קידושי ראשון. אמנם נראה דהיינו היכא שקידשה השני באותו שעה שקידשה ראשון דאי ליומא אוחרא אכתי איכא למיחש לדעת הרמב"ם דה"ל ספיקא דאורייתא שמא בקידושי קמאי עדיין לא הי' שו"פ בשום מקום ובעת קידושי שני נתייקרה בשום מקום בשו"פ וא"כ קידושי שני הוי קידושין ולא קידושי ראשון. אלא דמסתימת הב"ש לא משמע הכי ולכן נראה דהב"ש לשטתו דס"ל דהיכא דנסתפק אם היו הקידושין שו"פ או לא אזלינן בתר השתא והובא בב"ש ס"ק י"א בשם הרמ"ה ע"ש וא"כ דאזלינן בתר השתא א"ש דאפי' קידשה השני ביומא אוחרא לא חיישינן שמא בשעת קידושי ראשון לא הי' שו"פ בשום מקום ובשעת קידושי שני נתיקרה דהא אזלינן בתר השתא וכמו שהוא שוה עתה כן הי' שוה מקודם ולפי מ"ש ס"ק י"ג דלא אזלינן בתר השתא ומידי ספיקא לא נפקא א"כ היכא שקידשה השני ליומא אוחרא אפי' באותו דבר שקידשה הראשון מידי ספיקא לא נפקא דחיישינן שמא שו"פ באיזו מקום בשעה שקידשה השני וכמ"ש:

ס"ק יא

אבל לא יגרש שני וישא ראשון כתב בח"מ ואם גם האחר קידשה בפחות משו"פ אז א' מגרש וא' נושא בין ראשון ובין שני כמבואר לקמן סימן מ"ו עכ"ל ונראה דלשטת הרמב"ם דשמא שו"פ במדי ה"ל ספיקא דאורייתא א"כ אינו דומה להאי דסימן מ"ו ואיכא חששא דמחזיר גרושתו כיון דאית בי' ספק קדושי תורה ואפשר דגם לשטת הרא"ש דהוי מדרבנן כיון דהיא מטעם גזירה שמא יבוא א' מאנשי מדי לכאן א"כ לחשש דמחזיר גרושתו נמי איכא למיחש לאנשי מדי כשיביאו לכאן. מיהו כיון דהוא גופי' אינו אלא גזירה דרבנן מצינו לומר דלא גזרו כה"ג אבל לשטת הרמב"ם דה"ל ספק קידושי תורה איכא חששא הנ"ל מיהו גם לשט' הרמב"ם אינו אלא דרבנן כיון דס"ל הרמב"ם דכל הספיקו' אינו אלא מדבריהם ועמ"ש בסימן כ"ז ס"ק י"ח:

ס"ק יב

וכשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל במהרי"ק שורש פ"ד ע"ש שכתב דאפי' נשאת עפ"י הוראת חכם אסורה לבעל ולבועל ע"ש אבל הרמ"א כבר כתב בסימן י"ז דהורו לה ב"ד בטעות שמותרת לראשון והוא מדברי הרשב"א בתשובה אלף קפ"ט ז"ל על אשה שנתן לה המשודך טבעת וחשבה שלא הי' קידושין והלכה ונשאת אשה זו מקודשת גמורה היא לראשון ותצא מזה ומזה וכל הדרכים האלו בה וא"ת אנוסה היא זו שלא

ידעה שתהא אסורה לינשא הא ליתי' דה"ל למידק וא"ת א"כ מיכל היאך הותרה לדוד התם אנוסה גמורה היתה או שאנסה שאול והשיא' לפלטי והיא ע"כ נבעלה א"נ התם טעות גמור' של הוראה היא שהורו לה ב"ד של שאול במלוה ופרוטה דעתה אמלוה ועל הורא' זו נסמכ' וטעות כזה כאונס הוא עכ"ל ועיין בש"ש ש"ז שם ישבתי השגת הט"ז עלה. אלא דבנ"ד יש להקל יותר דהא בפ' האשה רבה דף צ"ד בהא דתנן מי שהלכה אשתו למד"ה ובאו ואמרו לו מתה אשתך ונשא אחותה ואח"כ באתה אשתו מותרת לו ופריך ותאסר בשכיבה דאחותו מידי דהוי אשה שהלך בעלה למד"ה ומסיק לא דמי אשתו דבמזיד אסור' מדאורייתא בשוגג גזרו בה רבנן אחות אשתו דבמזיד לא אסירא מדאורייתא לא גזרו בה רבנן וע"ש פי' רש"י הלכך בשוגג כגון ע"פ ב"ד גזרו בה רבנן וע"ש ומבואר דמדינא ודאי אנוסה היא כל שנשאת ע"פ ב"ד אלא דרבנן גזרו בה ולא גזרו אלא היכא דבמזיד מתסרא מדאורייתא וכהאי דאשה שהלך בעלה למד"ה דהיא אשת איש גמורה אבל כאן שנתקדשה בפחות משו"פ דלא מתסרא מדאורייתא כיון דלדעת תו' והרא"ש פחות משו"פ אינו אלא מדרבנן וכיון דבש"ס אמרו אשתו דבמזיד מיתסרא מדאורייתא א"כ מנלן להוסיף גזירה במידי דלא מיתסר מדאורייתא ואפי' לדעת הרמב"ם דס"ל דהוי קדושי ספק נמי אינו אלא מדרבנן וכמ"ש בס"ק י"א דכל הספיקות אינו אלא מדבריהם לדעת הרמב"ם ועוד דהא ס"ל למוהרי"ק שורש קל"א דבספק קידושין אם נשאת לא תצא והוב' בב"ש סק"י וא"כ אם נשאת לשני פשיטא דלא תצא ולכן לולי דברי מוהרי"ק נרא' לענ"ד להקל בזה דאינו אלא מדרבנן כיון דלדעת הרשב"א אפי' באיסור תורה ה"ל אנוסה כשהורו לה ב"ד אלא דהכא שהוא מדרבנן ודאי נראה להקל. ובתוס' פ"ק דקידושין דף י"ב ד"ה רב חסדא לא ס"ל דשמואל ז"ל הכא לא מצי לשנויי הא בקדושי ספק כדלעיל דמיירי שקידשה אחיו אח"כ בפרוטה והי' בא רב חסדא להפקיע קידושין דראשון משום דהוי גרוש' אחיו עכ"ל ודבריהם נראין תמוהים דהא בקידשה אחר שאינו אחיו נמי מוכח דלית לי' דשמואל מדקאמר לאו כל כמינך דאסרת לה אבתרא ואם ס"ל דשמואל הרי צריכה גט הראשון ואם יתן לה הראשון גט אפי' שו"פ נמי מותרת לשני. ונראה דאי לאו דקידשה אחיו איכא למימר דנשאת לאחר בשוגג דסברי שאין קידושי ראשון תפסי בה וא"כ מצינו לומר דשפיר אית לי' דשמואל ורב חסדא משער דאית בי' שו"פ הוי קידושי ודאי ואסורה לשני דכשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל דכיון דאית בי' שו"פ הוי לה במזיד איסור דאורייתא וקנסוה נמי בשוגג ואם לית בי' שו"פ דלית בי' במזיד איסור דאורייתא א"כ בשוגג לא קנסוה ומותרת לשני כשיגרש ראשון ומש"ה כדאמרה אימי' והא האי יומא דקדשה הוי בה שו"פ אמר לה לאו כל כמינך דאסרת לה

אבתרא דבקידושי תורה דמתסרא במזיד מדאורייתא אסורה אפי' בשוגג לבועל ואי לית בי' שו"פ לא מתסרא בשוגג ומגרש ראשון ומותר' לשני וכמ"ש דבש"ס פ' האשה רבה לא גזרינן בשוגג אלא היכא דבמזיד אסור' מן התורה ולזה כתבו תו' דקידשה אחיו וא"כ אפי' לית בי' שו"פ כיון דמגרש ראשון ה"ל גרושת אחיו ומוכח דלית לי' דשמואל ולפי מ"ש יתבאר מדברי תו' דאפי' בלא הוראת ב"ד אלא בשגגת עצמה נמי תהי' מותרת לשני כל שקידושי הראשון הוי בפחות משו"פ וכמ"ש ודו"ק:

ס"ק יג

הולד כשר כתב הטור בשם הרמ"ה ז"ל אי קדיש במידי דלא ידעינן אי הוי שו"פ בשעת קידושין או לא אזלינן בתר השתא ואי אית בי' שו"פ השתא הוי קידושי ודאי ולא חיישינן שמא באותו פעם הי' פחות משו"פ כדי לחוש לקידושי שני והובא בח"מ וכתב עלה והוא גמ' ערוכה שם ולא ידעתי למה נשמט כאן וכן הדין להיפך אם עתה אינו שו"פ מסתמא גם בפעם הראשון לא הי' בו שו"פ ואינו אלא קידושי ספק דלעולם אין אנו לחוש שמא עכשיו נשתנה ממה שהי' בשעת קידושין עכ"ל. וגם הב"ש הביא דברי הרמ"ה ז"ל אם הי' שו"פ בעת הקידושין אזלינן בתר השתא כו' וכן להיפך עכ"ל. ולענ"ד נראה דלא אזלינן כה"ג בתר השתא וראי' ממ"ש המרדכי ס"פ המדיר ז"ל אשר חכו ממתקים כו' מ"ש על דבר המעיל שקנה ר' ברוך בשליחות קהלינו ויטעון שם עם ר' יוסי הכהן כי הקהל אומרים שיש בו אונאה והקהל אומרים שישלח אותו עדיין לשוק אם יש בו אונאה מה ראי' צריך הא קמן יש בו אונאה כו' ועוד קי"ל כר' נתן דאם בריא הוא עליו להביא ראי' ששכיב מרע הי' אלמא אזלינן בתר השתא כו' זאת אשר השיב כו' מ"ש ושער שבשוק עשוי להשתנו' מבקר לערב הכל לפי הלקוחו' והמזומנין לצורך השעה שצריכים לחפצים ונמכרים בשוק וההיא דר' נתן דאזיל בתר השתא ומשום דמעיקרא ברי' הי' ואוקמה אחזקה דרוב בני אדם בריאים הן עכ"ל ומבואר דלא אזלינן בתר השתא בשערים העשוין להשתנות וכן פסק הרמ"א בח"מ סימן רכ"ז ז"ל אמר המאנה שנשתנה השער ומתאנה אומר שלא נשתנה על המתאנה להביא ראי' דדרך השערים להשתנות תמיד עכ"ל ע"ש. ולכן הוטב בעיני דברי הב"י בבדק הבית דנראה שהרגיש בזה שכתבנו, ע"ש עלה דהרמ"ה ז"ל ועדיין יש להקשות דכי לית בי' השתא שו"פ מאי הוי ליחוש דלמא בשעת הקידושין הוי בי' שו"פ וי"ל דלא מחזקינן איסורא כיון דלית בי' השתא שו"פ מסתמא גם בשעת הקידושין לא הוי בה שו"פ והעמד אשה על חזקתה שהיא פנוי' עכ"ל ומבואר דלא אתי עלה אלא משום חזקת פנוי' אבל משום חזקה דהשתא לא מהני ונראה דהוא מה"ט שכתבנו דבשערים העשויים להשתנות לא אזלינן בתר השתא. אלא

דלפי"ז תיקשי להיפך היכא דאית בי' השתא שו"פ היכא משוי לי' הרמ"ה קידושי ודאי כיון דלא אזלינן בתר השתא בשערים העשוי' להשתנות וליחוש דלמא בענין קידושין לא הוי בה שו"פ. אמנם בבדק הבית שם כתב דהא דהרמ"ה דהוי קידושי ודאי אינו לענין שאם יקדשנה אחר לא תה' צריכה גט ממנו אלא לחומרא לחוש לקידושי ראשון ואח"כ כתב שם להגיה בדברי הרמ"ה שהוא ט"ס וז"ל והכי פירושו דכשיש בו השתא שו"פ ואיתרע חזקתה הוי קידושין דחיישינן שמא גם בשעת קידושין שו"פ הי' ולא ודאי קידושין אלא דחיישינן והיכא דהשתא ליכא שו"פ ליכא חשש קידושין כלל על הראשון כיון דהשתא לית ביה שו"פ לא מחזקינן ריעותא כיון דאי' חזקת פנוי' וע"ש ולפי"ז הא דאמרו פ"ק דקידושין דף י"ב בהאי גברא דקדיש באבנא דכוחלא ויתיב רב חסדא קא משער בי' אם אית בי' שו"פ אין אי לא לא היינו דאם לא יהיה בו השתא שו"פ לא יחוש לקידושי ראשון ומשום חזקת פנוי' לא מחזקינין ריעותא שמא מעיקרא הי' שו"פ ואם יהיה השתא שו"פ יהיה קידושי ספק כיון דאיתרע וחיישינן דלמא בשעת קידושין נמי היה שו"פ. וניחא בזה ליישב קושיות הריטב"א בהא דפריך שם בדרב חסדא והא אמר שמואל קידשה בתמרה כו' שמא שו"פ במדי ומסיק רב חסדא לית לי' דשמואל וכתב עלה ז"ל תמיהא מלתא אמאי מוקמינן פלוגתא בינייהו בכדי נימא כאן לקידושי ודאי כאן לקידושי ספק עכ"ל וגם בתו' הרגישו בזה ע"ש. ולפי מ"ש דאפי' אית בי' השתא שו"פ לא נפיק מידי ספיקא דלא אזלינן בתר השתא בשערים העשויים להשתנות וא"כ הא דמשער רב חסדא ע"כ אינו לקידושי ודאי אלא לקידושי ספק דאי לית בי' השתא שו"פ לא ליהוי קידושי כלל וא"כ לית לי' לרב חסדא הא דשמואל דאי אית לי' דשמואל א"כ אפי' לית בי' השתא שו"פ ה"ל ספק קידושין ע"כ לית לי' דשמואל ודו"ק. ולפי"ז מה דכתב בח"מ עלה דהרמ"ה דהוא גמ' ערוכה לפי מ"ש ליכא ראי' כלל דרב חסדא לקידושי ספק הוא דמשער לא לקדושי ודאי. וא"כ כיון דהך דינא דהרמ"ה דהיכא דאית בי' השתא שו"פ הוי קידושין אינו אלא לספק קידושין וכמ"ש בדק הבית א"כ לדידן לא נפקא מיני' מידי בהך דינא דהרמ"ה כיון דאית לן דשמואל א"כ אפי' לית בי' שו"פ נמי הוי ספק קידושין דשמואל שמא שו"פ במדי וכמ"ש והטור שהביאו בשם הרמ"ה נראה משום דהטור ס"ל כדעת אביו הרא"ש דקידשה בפחות משו"פ אינו קידושי ספק אלא קידושי דרבנן משום שמא יבוא א' ממדי וא"כ אכתי נ"מ דאית בי' השתא שו"פ חיישינן שמא גם בעת הקידושין שו"פ וה"ל קידושי ספק וחמיר' ספיקא דאורייתא מאיסורא דרבנן והש"ע דס"ל כדעת הרמב"ם דפחות משו"פ נמי מקודשת מספק וה"ל ספיקא דאורייתא א"כ ליכא נ"מ בין אית בי' השתא שו"פ דלא אזלינן בתר השתא בשערים וכי

לית בי' השתא שו"פ נמי אית בי' ספיקא דשמואל דשמא שו"פ במדי מש"ה השמיט בש"ע הך דינא דהרמ"ה ודו"ק:

ס"ק יד

התקדשי לי בתמרה כתב ב"ש ז"ל בש"ס אוקמה סוגיא זו כר' שמעון דאמר בשבועות דלא הוי פרטה אא"כ שאמר שבועה לכל א' ובכ"מ תמה על הרמב"ם דפוסק בפ"ו משבועות ומפ"ד דנדרים דלא כר' שמעון ובש"ג פוסק ג"כ אפי' לא אמר התקדשי בכל אחד הוי פרטא וצ"ע לדינא עכ"ל. ולייישב דברי הרמב"ם נראה שסמך על הירושלמי פ"ב דקידושין גבי התקדשי לי בתמרה דקאמר מאן תנא ווין ר' יודא דאמר גבי שבועה ולא לך וע"ש דאמר ר' יוחנן דלדברי ר' יודא נכללין בקרבן אחד ונפרטין בשלשה קרבנות היך עבידא פרוטה שליש חטין פרוטה שליש שעורין פרוטה שליש כוסמין נכללין בקרבן אחד נפרטין בשלשה קרבנות פרוטה חטין פרוטה שעורין פרוטה כוסמין ע"ש בירושלמי דאית דגרסי הכין וע"ש בפירוש הירושלמי וכלומר דאע"ג דלר' יודא הוי פרטא והוי כאומ' שבועה לכל א' וא"כ בכל שבועה לית בי' כפירת ממון ולא הי' ראוי לחייב קרבן היכא דאיכא פרוטה בין כולן וקמ"ל דלר' יודא נכללין ונפרטין והיינו דה"ל כלל וגם פרט ומהני כללא להיות מצטרפין לפרוטה שבין כולן ונמי נפרטין דהיכא דאי' פרוטה לכל אחת דחייב על כל א' ואחד ומשום דשבועה שאין לך בידי חטין ושעורין וכוסמין הוי שבועה קמא כללא לכל הנך שמזכי' וגם פרט לכל אחת ואחת וא"כ ה"נ היכא שאמר התקדשי בזו ובזו הוי נמי נכללין ומצטרפין לשו"פ ונראה דזה הגירסא נכונה בירושלמי וכמ"ש ונהי דבש"ס דלן מוקי לה כר' שמעון ודלא כר' יודא ס"ל להרמב"ם להלכה כסוגיות הירושלמי וכר' יוחנן שם דס"ל נכללין ונפרטין וכן הוא בש"ס דילן פ"ג דשבועות דף כ"ג אמר ר' יוחנן פרוטה מכולן מצטרפין ופליגי בה רב אחא ורבינא חד אמר אפרטא מחייב אכללי לא מחייב וחד אמר אכללי נמי מחייב ע"ש. וכן נראה מהא דאמרו פ"ק דקידושין דף ז' בעי רבא חצייך בחצי פרוטה וחצייך בחצי פרוטה מהו כיון דאמר לה חצי פרוטה פסקה או דלמא מונה והולך הוא חצייך בפרוטה וחציך בפרוטה מהו כיון דאמר בפרוטה פסקה למילתי' או דלמא מונה והולך הוא וע"ש בר"ן שכ' חצייך בחצי פרוטה כו' או דלמא מונה והולך הוא ורישא דמלתא אמסקנא נמי נמי קאי דהא חצי פרוטה לאו בר תפיסה היא את"ל מונה והולך הוא חצייך בפרוטה שלא הי' תחלת דבריו אלא לחציו וטעה לומר שמקדשין לחצאין או דלמא כל ביומי' מונה והולך הוא הואיל ודעתו לגומרה היום ע"ש ומבואר דע"כ לא מיבעי' לי' לרבא אלא חצייך בחצי פרוטה וחצייך בחצי פרוטה אבל כולך בחצי פרוטה ובחצי פרוטה מקודשת

ומוכח דהוי כללא ואפי' בחצייך בחצי פרוטה וחצייך בחצי פרוטה פסק הרמב"ם פ"ג מאישות דמקודשת ודאי ומשום דפוסק בכל מקום כאם תמצא לומר וא"כ השתא חצייך בחצי פרוטה וחצייך בחצי פרוטה הוי כללא מכ"ש כולך בחצי פרוטה ובחצי פרוטה דמקודשת וא"כ מוכח דרבא נמי ס"ל כר' יוחנן בירושלמי דנכללין ונפרטין ולפי"ז ניחא דברי הרמב"ם דפוסק בהתקדשי לי בזו ובזו דאם יש בכולן שו"פ מקודשת כיון דבכללן אית בהו שו"פ. ובסוגיא שם דף מ"ז בהא דאמרו שם הא מני רבי הוא ופי' רש"י דס"ל בין כזית וכזית בין כזית כזית פרטא הוי לר' יודא לענין פגול וה"ל שתי מחשבות ותפוס לשון ראשון וע"ש פרק שבועת הפקדון דף ל"ח פי' רש"י שם. ובחידושי הריטב"א הקשה אמאי אוקמה כרבי לוקמה כר' יודא דאמר שבועה לא לך לא לך חייב על כל אחת ואחת ופרישנא התם דלא שנא לא לך לא לך ל"ש לא לך ולא לך פרטא הוי וע"ש ולפי מ"ש יש לומר דאי מדר' יודא לאו ראי' דס"ל דהוי פרטא לחודי' דנהי דס"ל דחייב קרבן על כל שבועה היכא דאמר לא לך לא לך היינו משום דנפרטין נמי אבל יש לומר דס"ל נמי נכללין וכדאמר ר' יוחנן בירושלמי אבל לרבי דס"ל דחייב משום פיגול ע"כ ס"ל דלא הוי אלא פרטא דאי הוי נמי נכללין א"כ אכתי עירוב מחשבות הוי במחשבות חוץ לזמנו כיון דנכלל נמי עמו מחשבת חוץ למקומו אע"כ דס"ל לרבי דאינו אלא פרטא אך קשה בהא דפסק הרמב"ם בזו ובזו ואכלתן ראשונה ראשונה עד שיהא באחרונה שו"פ והא כיון דנכללין ונפרטין וא"כ הוי נמי פרטא וא"כ תתקדש בראשונה אם אית בי' שו"פ וכמו בהתקדשי התקדשי. ואפשר כיון דהוי כללא נמי ה"ל כאומר התקדשי בכללא וגם בפרטא א"כ אכתי לא נגמרו הקידושין עד אחרונה כיון דמקדשה נמי בפרטי וגבי מלוה ופרוטה דמקודשת משום דדעתה אפרוטה אינו אלא משום דאין דעתה אלא אפרוטה שהיא בעין אבל אי הוי דעתה אתרווייהו על המלוה וגם על הפרוטה אינה מקודשת וכמ"ש בסימן כ"ח ס"ק ל"ח ע"ש. וא"כ כיון דה"ל כמקדש בכללא וגם בפרטא לא נגמרו הקידושין עד בתרייתא ומש"ה כשיש באחרונה שו"פ הוא דמקודשת משום דאז דעתה אפרוטה שהיא בעין ולא אמלוה שאינה בעין ודו"ק. ובפ' שבועת הפקדון דף ל"ח שם תן לי חטין ושעורין אר' יוחנן פרוטה מכולן מצטרפין פליגי בה רב אחא ורבינא חד אמר אפרטי מחייב אכללי לא מחייב וחד אמר אכללי נמי מחייב ופי' רש"י אכללי לא מחייב לומ' שבועה שאין לך בידו חדא שבועה באנפי נפשה היא שכלל בה אין לך בידי כלום וחזר ופרט לא חטין ולא כיסמין אלא פרטא דשבועה שאין לך בידי היא וכי אמר ר' יוחנן דפרוטה מכולם מצטרפת לאו אסיפא קאי אלא ארישא קאי שבועה שאין לך בידי אינו חייב אלא אחת פרוט' מכולן מצטרפין וע"ש, ולכאורה תיקשי דאי ארישא קאי א"כ מאי

קמ"ל פשיטא. ולפי מ"ש יש לומר אפי' מאן דסובר אפרטא מחייב אכללא לא מחייב אפ"ה פרוטה מכולן מצטרפין ומשום דאין לך בידי חטין ושעורין וכוסמין הוי כללא ופרטא וכמ"ש ומש"ה מצטרפין לשו"פ, וע"ש בבעל המאור שכתב נמי הכין דאפי' מאן דלא מחייב אכללא סובר דפרוטה מכולן מצטרפין אלא שהיא על אופן אחר וע"ש ועיין בדברי הרמב"ם פ"י משבועות. ובזבחים פ"ב דף ל' דבעי כזית כזית תנן או כזית וכזית תנן אבל כזית כזית דברי הכל עירוב מחשבות וכתבו שם תו' מכאן הגי' ר"ת הספרים דגרסי בשבועות דלא לך לא לך אינו חייב אלא אחת דכללא הוי ואלו לא לך ולא לך חייב על כל אחת ואחת דהוי פרטא והכ' משמע איפכא דטפי הוי עירוב מחשבות כזית וכזית מכזית כזית וע"ש. ולפי מ"ש אפשר לקיים הגירסא דהא דטפי הוי פרטא בווין היינו משום דבלא ויו לא משמע לשון שבועה אלא אקמייתא ולא אבתרא וכן משמע לשון רש"י בשבועות בדף ל"ח ד"ה הכל מודים וע"ש אבל לענין פרטא ודאי טפי מסתבר לומ' פרט' בלא ויו מהיכא דאמר בווו אלא היכא דאומר בלא ויו לומר דלא קאי השבועה אלא אקמא ולא אבתרא וכמ"ש ומש"ה לענין פיגול כזית וכזית נהי דהוי נמי פרטא לר' יודא מכל מקום אפשר לומר דהוי נמי כללא וה"ל כללא ופרטא והוי עירוב מחשבות אבל בלא ויו אי הוי פרטא אינו אלא פרטא אבל כללא תו לא הוי דבויו הוא דהוי נמי כללא דויו מוסיף על ענין ראשון אבל בלא ויו למ"ד פרטא וקאי השבועה על כולן תו לא הוי אלא פרטא ולא כללא ודו"ק:

ס"ק טו

שאותם תמרים שאכלה. כתב בד"מ ז"ל ריי"ו ח"א נתיב כ"ב וכתב הרמ"ה הא דכי אכלה ראשונה אינה מקודשת הני מילי דלא איפסק בין חדא לחברתה שיעור דאיכא למיחש לאמלוכי דמוכחא מילתא דמעיקרא נמי דעתי' אבתרייתא אבל היכא דאיפסק בין חדא לחברתה שיעור דאיכא למיחש לאמלוכי לא מיבעי' כדי דיבור דאיכא למיחש דמעיקרא הי' בדעתו לקדשה בראשונה לבד ואח"כ נמלך אלא אפי' לא מפסיק כדי דיבור הפסקה הוא דקיי"ל בקידושין דתכ"ד לאו כדיבור דמי הלכך אם יש באחד שו"פ מקודשת ל"ש קמייתא ל"ש בתרייתא עכ"ל:

ונראה דהיינו דוקא לחזרה הוא דלא מהני בקידושין תכ"ד ובגירושין דמשום חומרא דקידושין לא מהני חזרה לבטל הקידושין אבל להיפך דהיינו לקיום הקידושין וכגון היכא דלא הי' שו"פ באחת מהם ואמר לה התקדשי לי בזו ובזו דמצטרפין לשו"פ היכא דאיתנהו בעינא אע"ג דאפסיק כדי לאימלוכי מכל מקום כיון דתכ"ד אמר בזו ובזו הוי תכ"ד כדיבור כמו בכל דוכתי ומשום דלבטל הקידושין לא מהני חזרה דמעשה קידושין

וגירושין אלים טובא ולא ניתן לחזרה אבל להיפך היכא דע"י תכ"ד יתקיימו הקידושין וכמ"ש מהני שפיר תכ"ד, וכן משמע מתשובת הריב"ש סי' רס"ו ע"ש שכתב דהא דאמרינן תכ"ד לא כדיבור דמי בקידושין היינו דוקא כשמקדש ועביד מעשה אז אינו יכול לחזור אבל (העדי) [העדים] שאומרים פלוני קידש יכולין לחזור ע"ש וא"כ מוכח דתכ"ד דלא מהני חזרה בקידושין אינו אלא משום דמעשה קידושין אלים טובא אבל להיפך וכמ"ש מהני שפיר תכ"ד. אלא שראיתי שכתב ב"ש ז"ל וכתב רי"ו היכא דמפסיק בין דיבור בזו ובזו אפי' תכ"ד חיישינן שמא חזר וצריך שיהי' כל אחת שו"פ ואז מקודשת בודאי עכ"ל והרי לפנינו לשון הרי"ו כאשר כתבו בד"מ ואינו אלא לביטול הקידושין הוא דלא מהני חזרה תכ"ד אבל שיתקיימו הקידושין שפיר מהני תכ"ד וז"ב ועמ"ש בסי' ל"ו ס"ק כ"א:

ס"ק טז

התקדשי לי באלו ואכלה. בקידושין (דף מ"ז) [מו,א] מתניתין בזו ובזו אם יש בכולן שו"פ ואמרו בגמ' אהייא אילימא ארישא וכו' אלא אסיפא ואפי' בקמייתא והא מלוה היא וכו' רב ושמואל דאמרו תרווייהו לעולם ארישא כו' רב אמי אמר לעולם אסיפא ומאי עד שיהי' באחת מהן שו"פ עד שיהי' באחרונה שו"פ אמר רבא ש"מ מדר' אמי תלת כו' וש"מ מעות בעלמא חוזרין ופירש רש"י דאי אמרת בעלמא מעות מתנה ואי לא גמר קידושין בעי לאהדרינהו השתא דגמר לאו מקדש במלוה הוא ומתנה נמי לא הוי דהא על דעת קידושין נתנו עכ"ל ובתוס' שם ד"ה ואפי' בקמייתא ז"ל וא"ת כיון דבתורת קידושין אתי לידה היכא הוי מלוה הא אמרינן לקמן פ' האומר כו' אפי' נתאכלו המעות כו' אלמא לאו מלוה נינהו היכא דבתורת קידושין אתי לידה וי"ל דיש לחלק דהתם הרי הדיבור נגמר מיד קודם שנתאכלו אבל הכא דלא נגמרו הקידושין עד אחר מסירה האחרונה ובתוך כך אכלה ראשונה ושני' איכא למימר דמלוה הן אצלה עכ"ל:

ונראה לפרש לפי מ"ש הר"ן פ' האומר [כד,א מדפי הרי"ף] שם במקדש לאחר שלשים דאפי' נתאכלו המעות לאו למלוה דמי וברשותה דידה קא מיתאכלי וע"ש שכתב משום דהמקדש אינו יכול לחזור מכסף קידושין אם היא עומדת בדיבורה לקבל הקידושין דאדעתא דהכי יהיב לה אבל אם הי' המקדש יכול לחזור וליקח הכסף מידה תוך שלשים א"כ ודאי למלוה דמי וע"ש בר"ן וא"כ כל שלא נגמר הדיבור הי' יכול המקדש לחזור בו לגמרי דעדיין לא זכתה בתמרות שהגיע לידה וכיון דיכול לחזור ה"ל מלוה אצלה אבל היכא דנגמר הדיבור דתו ליתא בחזרה והכסף קידושין דידה אם היא רוצה בקידושין

והוא אינו רוצה אינו יכול לחזור אלא מקידושין אבל הכסף דידה דאדעתא דהכי יהיב לה ומשו"ה לאו למלוה דמי:

ושיטת הרמ"ה דעיקר תלוי בגמר הדיבור אבל לשיטת תוס' תלוי בגמר המסירה ומשום דקודם גמר המסירה יכול המקדש לחזור לגמרי ומשום דאשה עדיין לא זכתה בהם וכמו בכור בשלושים דיכולין שניהם לחזור עד סאה אחרונה וא"כ לא זכתה בכסף עד גמר כל הנתינה:

ובהא דפריך בש"ס ואפי' בקמייתא והא מלוה היא הקשה מוהרש"ל דמשמע דאי הוי מקדש במלוה מקודשת ניחא ותיקשי אמאי בעינן שו"פ בקמייתא כיון דכלל הוא א"כ אפי' בפחות משו"פ ליצטרפי כולהו וע"ש שכתב משום דאי הוי פחות משו"פ לא מצטרפי כיון שאכלה קודם שגמר דבריו ואין שייך לצרף אם לא שיהיו יחד בעין וע"ש: ומוהרש"א כתב עלה דברים דחוקים המה ע"ש מיהו בתוס' רי"ד כתב כדברי מוהרש"ל דכשאכלתן ראשונה ראשונה תו ליכא צירוף דהאכילה מפרדת אותן עכ"ל:

ואפשר ליישב קושיות מוהרש"ל לפי מה דאמרו בפ' יש בכור (דף מ"ט) רב ושמואל איפלגי בפודה בנו תוך שלשים דרב אמר בנו פדוי אפילו נתאכלו המעות מידי דהוי אקידושי אשה התם לאו אע"ג דנתאכלו המעות הוי קידושי ה"נ ל"ש ושמואל אמר לך התם בידו לקדשה מעכשיו הכא אין בידו לפדותו מעכשיו ע"ש ומבואר דלשמואל לא מהני נתאכלו בקידושין אלא משום בידו לקדשה מעכשיו, ולכן נראה דוקא בפרוטה הוא דמהני נתאכלו משום דבידו לקדשה באותו פרוטה מעכשיו אבל בפחות משו"פ לא מהני נתאכלו כיון דאין בידו לקדשה מעכשיו באותו פחות משו"פ וקודם שהגיע לצירוף נתאכלו וה"ל מלוה ומש"ה פריך אפי' בקמייתא והא ה"ל מלוה דבאמת אע"ג דבפרוטה מהני נתאכלו הכא ה"ל מלוה לגמרי כיון דלא גמר לשון קידושין או גמר הנתינה ומש"ה אפי' איכא שו"פ בקמייתא נמי ה"ל מלוה:

ויותר ניחא לפי גירסת תוס' רי"ד בנוסחא בש"ס בהא דפריך ואפי' בקמייתא והא מלוה היא כיון דלא גמרי קידושין ה"ל מלוה וע"ש. א"כ היינו דקשיא (לי) [ליה] בעיקר סברא דאפי' איכא שו"פ כיון דלא גמרו קידושין היינו הדיבור ה"ל מלוה אבל במתני' גופה לא קשיא דאפשר לחלק בין פחות משו"פ לשו"פ ומטעמא שכתבנו דבפחות משו"פ אין בידו לקדשה עכשיו אלא דפריך הא גופי' אפי' אית בה שו"פ ה"ל מלוה כיון דלא גמרי קידושין אינו דומה לנתאכלו וכמ"ש תוס':

וניחא בזה שיטת רש"י שכתב (דף מ"ז) שם דמש"ה לא מוקי רב ושמואל אסיפא כדר' אמי דקשה להו באחת משמע אפי' בקמייתא ע"ש ולא פי' כפי' תוס' שם דמש"ה לא

מוקי רב ושמואל כר' אמי משום דס"ל בעלמא מעות מתנה וא"כ אפי' אוכלת מצטרף משום דיהב לשום קידושין ע"ש משום דא"כ תיקשי שמואל מ"ט לא אמר כר' אמי כיון דשמואל ס"ל בבכורות דהיכא דאין בידו עכשיו לקדשה ה"ל מלוה וגבי פחות משו"פ כשאוכלת קודם שנעשה שו"פ ה"ל כפודה תוך שלשים וכמ"ש אע"כ דס"ל אפי' קמייתא דהוי שו"פ ה"ל מלוה ומעות חוזרין:

ובתוס' רי"ד שם הביא גירסא בהא דאמר רבא ל"ש אלא דאמר בזו ובזו אבל אמר באלו אפי' אוכלת נמי וכתוב שם בגירסא אבל אם אמר לה באלו אפי' מקמייתא נמי מקודשת וקאי אדברי ר' אמי דאמר בעינן ש"פ באחרונה ל"ש אלא דאמר בזו ובזו אבל אם אמר באלו אפי' מקמייתא נמי וע"ש:

וקשה ממ"נ אי נימא דאומר באלו כיון דגמר לשון קידושין ה"ל ראשונה לשום קידושין וכמו מקדש לאחר שלשים א"כ אפי' ליכא בקמייתא שו"פ אלא ע"י צירוף נמי לצטרפי ואי נימא דבאלו נמי לא מצטרפי ומשום דאכתי לא נגמר הנתינה לידה ה"ל מלוה א"כ אפי' אית בי' בקמייתא שו"פ נמי ה"ל מלוה כמו בזו ובזו:

ולפי מ"ש נראה ליישב גירסא זו והוא דודאי בזו ובזו שלא גמר דיבורו לשום קידושין א"כ ודאי ה"ל מלוה אבל אם אמר באלו דגמר כל דבריו לשום קידושין א"כ נהי דקידושין לא נגמרו עד אחר כל התמרות מ"מ כיון דיהבי' לשום קידושין לאו למלוה דמי וכמו במקדש לאחר שלשים ונתאכלו המעות דהוי קידושין אלא דבפחות משו"פ כיון דאין בידו לקדשה עכשיו בתמרה זו ה"ל כפודה תוך שלשים שיחול הפדיון לאחר שלשים דלא מהני נתאכלו אבל היכא דאיכא בקמייתא שו"פ כיון דיהבי' לשום קידושין וגמר דבריו ובידו לקדשה עכשיו בתמרה זו הרי היא מקודשת:

וא"כ לפי זה נ"מ מכל הלין דלשיטת הפוסקים בי"ד סי' ש"ה [סי"ג] דפודה תוך שלשים לא מהני בנתאכלו כיון שאין בידו לפדות עכשיו א"כ אפילו באלו נמי לא מהני צירוף של פחות פחות משו"פ בנתאכלו כיון דאין בידו לקדשה עכשיו בפחות משו"פ ואע"ג דיכול הוא לקדשה בשו"פ אנן בתר הכסף קידושין אזלינן ואם בידו לקדשה עכשיו בכסף זה הרי היא מקודשת אפי' נתאכלו כיון דיהבי' לשום קידושין ואם עכשיו אין בידו לקדשה בכסף זה אע"ג דיהבה לשום קידושין לא מהני ודו"ק:

ובשלטי גבורים כתב דאם אמר באלו אפי' יש בקמא או בשני' שו"פ לא מהני עד דגמר כל הנתינה לידה ע"ש וקשה לי הא דאמר רבא ל"ש אלא דאמר בזו ובזו אבל אמר באלו אפי' אוכלת מצטרפות וממ"נ אם כבר גמר כל הנתינה לידה ואח"כ אוכלת ודאי אפי' אומר בזו ובזו דלאו למלוה דמי כיון דיהבה לשום קידושין ואם לא גמר כל הנתינות

א"כ אפילו באלו לא מהני והוי מלוה עד שיהי' באחרונה שו"פ וצ"ע. ואפשר דרבא לאו אמתני' קאי אלא מלתא באפי נפשה קאמר ל"ש אלא בזו ובזו ולא מצטרף אפי' איתנהי בעיני' ומשום דאנן לא ס"ל כר' שמעון דאמר לא לך לא לך כללא הוי וכמ"ש בשלטי גבורים דמתני' איתא כר"ש ואנן ס"ל דלא לך לא לך פרטא הוי וא"כ התקדשי לי בזו ובזו אפילו מנחת לא מצטרפי אבל אומר באלו מצטרפי ואפי' אוכלת כיון דגמר כל הנתינות לידה ובש"ס שם דפריך לרב ושמואל דמוקי ארישא הא הכא כללא קתני פרטי לא קתני. אית ספרים דגרסי ולר' אמי מי ניחא הכא כללי קא חשיב פרטי לא חשיב אלא אמר רבא הא מני רבי הוא והובא גירסא זו בתו' רי"ד ע"ש אלא דאין לו ביאור כלל וכבר עמד עלי' בתו' רי"ד שם. ואפשר ליישב גירסא זו לפי מ"ש בשלטי גבורים דבאוכלת ליכא חילוק בין בזו ובזו לאומר באלו דאם גמר כל הנתינות לידה בזו ובזו נמי מהני כשאכלה אח"כ ואם עדיין לא גמר כל הנתינות לידה אפי' באלו נמי הוי מלוה וא"כ אין הפרש בין אומר באלו לאומר בזו ובזו אלא דאומר באלו ה"ל כללא ואומר בזו ובזו ה"ל פרטא וכיון דברייתא הכא כללי תני פרטי לא תני א"כ תו ליכא חילוק בין אומר באלו לאומר בזו ובזו אלא אמר רבא הא מני רבי הוא וא"כ בזו ובזו הוי פרטא ובאלו ה"ל כללא וזה נרא' לענ"ד ליישב שטת שלטי גבורים דלא ליהוי דבריו תמוהים אמנם לפי גירסא שלפנינו דמשמע דרבא קאי אמתני' א"כ מוכח דאומר באלו מהני אוכלת ואפי' עדיין לא גמר כל הנתינות לידה:

ס"ק יז

בתורת קידושין בא לידה ומדידה קאכלה ואיכא למידק בהא דאמרינן פ' האיש מקדש גבי עשה לי שירים ונזמים ואקדש אני לך דפליגי ר' מאיר וחכמים אמרו שם בטעמא דחכמים דאינה מקודשת משום דס"ל ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף וכל פרוטה ופרוטה הו"ל מלוה ע"ש והא כיון דנותן לשום קידושין לאו למלוה דמי. והנה לפי שטת ש"ג דס"ל אפי' אומר באלו אם אכלה קודם גמר כל הנתינה לידה הו"ל מלוה הובא דבריו בס"ק ט"ז ע"ש א"כ ניחא דהתם נמי עדיין לא גמר כל הנתינה לידה עד אחר שגמר השירים וכבר נעשה מלוה. אבל לשטת הפוסקים דאומר באלו כיון דגמר כל דבריו אע"ג דלא גמר כל הנתינה לידה תו לא הוי מלוה א"כ התם נמי הרי גמר כל דבריו התקדשי לי בשירים שאעשה לך אלא שלא גמר כל הנתינה לידה וא"כ אמאי אינה מקודשת. והנה מצאתי קושיא זו כבר הקשה הרשב"א בפ' האיש מקדש ע"ש דכתב עלה ז"ל וי"ל דהתקדש לי באלו שאני הואיל ואיתנהי כולהו קמן מונה והולך הוא אבל שכירות דבשעה דאי' להאי פורתא ליתי' להאי ולא אתי להאי עד דאזיל לי' אידך לא חזי

לאצטרופי כלל והלכך אינה מקודשת עכ"ל וגם בתו' רי"ד דף ס"ב נראה שהוא כתבה ג"כ על דרך הרשב"א. וכבר כתבנו ישוב לזה בסימן כ"ח ס"ק מ"א ועוד נראה לענ"ד לפי מ"ש הריטב"א פ"ק דקידושין גבי מקדש במלוה אינה מקודשת וז"ל איכא דקשיא להו מ"ש מקדש במלוה דאינה מקודשת מאמר לאחר שלשים כו' ואעפ"י שנתאכלו המעות ואיכא למימר דשאני התם כיון דלתורת קידושין יהבינהו ניהלי' הרי הוא כאלו פי' שתתקדש לו בהם בהנאה שהלוה אותן לה ונפטרת ממנו דודאי להכי אקדימנהו ניהלי' ויהיב לה רשות לאפקינהו שתיהנה בהם ותתקדש בהנאתה אבל הכא דבתורת מלוה הגיע לידה ושלה הם לגמרי והוא בא לקדשה בממון שלה אינה מקודשת עכ"ל וא"כ דוקא הכא דיהיב לה כסף בעין דאית לה הנאה במאי דיהיב לה רשות להוציאן ונפטרת מהם אבל בשכירות כיון דאין השכירות משתלם אלא לבסוף ואפי' למ"ד ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף אבל זמן הפרעון ודאי אינו אלא לבסוף וכמ"ש תו' פ' הגוזל ובפ' האיש מקדש שם ומה"ט אמרו מרבין על השכר ואין מרבין על המכר שם בפ' איזה נשך דף ס"ה א"כ לא יהיב לה השתא מידי ולית לה שום הנאה ואח"כ כשנותן לידה החפץ כבר נעשה מלוה ועמ"ש סימן ח' ס"ק א':

ס"ק יח

חצייך בחצי פרוטה פ"ק דף ז' אמר רבא התקדשי לי לחצי' מקודשת חצייך מקודשת לי אינה מקודשת א"ל מר זוטרא ברי' דרב מרי לרביי' ונפשטו קדושי בכולהו מי לא תנן האומר רגלה של זו עולה תהא כלה עולה כו' ומסיק התם בהמה הכא דעת אחרת הא לא דמיא אלא להא דא"ר יוחנן בהמה של שני שותפין הקדיש חצי' כו ופי' רש"י אין דבר זה דומה אלא לבהמה של שני שותפין דאיכא דעת אחרת המעכבת בה והתם לא אמרינן דתקדש כולה ע"ש והנה אכתי צריך ביאור דנהי דאיהי לא נתרצי' אלא לחצי' מכל מקום לחצי' הרי נתרצית וא"כ נימא דתפשוט בכולה דהא גבי הקדיש חצי' נמי לא נתרצה אלא לחצי' וממילא פשטו הקדש בכולה כיון דליכא מעכב דבהמה שלו הוא וה"נ מי מעכב על ידיהן כיון דשניהם המקדש והמתקדשת נתרצו לחצי' נימא דתיפשוט קידושי בכולה ובתו' רי"ד הרגיש בזה וכתב ז"ל הכא דעת אחרת פי' ואעפ"י שהאשה נתרצית לקדש חצי גופה ונימא דתיפשוט קידושי בכל גופה מ"מ בלא דעת האיש אינה יכול' להתקדש וכיון שהדבר תלוי בשני דיעות לא פשטו קידושי אלא במה שפירשו אבל בהמה שאין דעת אחרת שם פשטו קידושי בכולה עכ"ל. אמנם מדברי תו' נראה דלא ס"ל לחלק בכך דהקשו תו' שם ע"ב ד"ה חצייך בפרוטה ז"ל וא"ת ואמאי לא אמר לעיל דלא פשטו קידושין בכולה אלא משום דאיכא דעת אחרת ואינה מתרצה אלא למה ששומעת אבל

אם היינו יודעים שמתרצה בכולה פשטו קידושין בכולה והכא גלי אדעתה שמתרצה בכולה וי"ל דאי הוי מיירי דאמר לה בלשון קידושין אין ה"נ דהוי פשטו קידושין בכולה אבל הכא איירי דאמר לה הרי את מאורסת לי או בחד מהנך לישנא דלעיל עכ"ל ואי נימא דהיכא דאי' שני דעות לא אמרינן כלל פשטו קידושין בכולה א"כ לא הוי מקשי מידי אע"כ דלא סברי כדברי תו' רי"ד וא"כ הדרא קושי'. לדוכתי' דנהי דאיכא דעת אחרת הא נתרצית עכ"פ לחצי' וא"כ מי מעכב על ידיהם שתפשוט קידושין בכולה וכמ"ש. והנראה בזה הוא לפי מ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט ז"ל וניחא לי דאי מצי אשה לקדש עצמה לאיש ה"נ דהויא דומיא דמקדיש נטיעות ממש אלא כיון שהתורה אמרה כי יקח איש אשה ולא אמר כי תלקח אשה לאיש לא כל הימנה שתכניס עצמה לרשות הבעל ומש"ה אמרינן בפ"ק דקידושין דאי אמרה היא הריני מאורסת לך אין בדברי' ממש אלא מכיון שהיא מסכמת לקידושי האיש מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו הלכך אין אנו דנין בקידושין מצד האשה אלא מצד הבעל עכ"ל וכיון דאין אשה מתקדשת עצמה כלל אלא משוי רצונה כדבר הפקר לגבי בעל והבעל מקדש אותה אבל מצד האשה ליכא תורת קידושין אלא רצון בלבד שאין האשה ניקנית בע"כ וכיון דמצד האשה ליכא אלא רצון א"כ לא שייך פשטו קידושי בכולה כיון דרצונה לא הי' אלא לחצי' וברצון לא שייך פשטו בכולה דע"כ לא אמרו פשטו קידושי בכולה אלא משום דקידושי אשה לשון הקדש הוא לפי' רש"י ותו' ואפי' לדע' הרמב"ם דאינו מחלק בכך וכמו שיתבאר לפנינו מ"מ קידושי אשה ה"ל קדושת הגוף וכדאי' בנדרים דף כ"ט דמדמה קידושי אשה לקדושת הגוף אבל רצון דאשה דאין בזו משום קידושי לא אמרינן בזו פשטה בכולה ומש"ה היא המעכבת דאין רצונה אלא לחצי' וזה נכון היטיב וא"כ לפי מ"ש תוספת בסוגיין לא סברי כתו' רי"ד ומש"ה קשיא להו בהא דבעי חצייך בפרוטה וחצייך בפרוטה דכיון דנתרצה לכולה א"כ פשטו קידושי בכולה ממילא כיון דליכא מעכב ומחלקין בין לשון הרי את מקודשת כו' וא"כ באומ' הרי את מקודש' לחצאין לא מבעי' דודאי פשטו קידושי בכולהו כיון דנתרצית וא"כ קשה על הרמב"ם דהוא כתב באומר לשון התקדשי ועיין ב"י מ"ש בזה ונראה דס"ל כתו' רי"ד דהיכא דאי' שני דעות לא אמרינן כלל פשטו בכולה אע"ג דריצוי הי' משניהם ומוהרי"ט כתב בחידושיו לישב ז"ל דכיון דעל פי דיבורו לא מתפשטין הקידושין אלא מחמתה והוי קידושין מחמתה ולא מחמתו ולפי זה אפי' אמרה דרצונה להתקדש לא הוי קידושין עכ"ל והובא בב"י ולא אתברר דבריו דהא כל הקידושין נמי מחמת' היא דאם אין רצונה להתקדש אינו יכול לקדש בע"כ אלא מכי נתרצית להתקדש ומשוי נפשה כדבר של

הפקר לגבי בעל שיהי' הוא מקדש אותה וכמ"ש בשם הר"ן וא"כ ה"נ כיון דהיא נתרצית לכולה מכי אמר הבעל חצייך מקודשת ה"ל כאומר כולך מקודשת כיון דפשטה בכולה היכא דליכא דעת אחרת המעכב ולכן נראה כמ"ש. ועוד נראה בישוב דברי הרמב"ם לפי מ"ש תו' שם בהא דפריך ונפשטו קידושי בכולה מיי לא תניא ז"ל
ותימה דבריש תמורה יליף רגלה של זו עולה ובדבר שהנשמה תלוי בו מקרא דכתיב כל אשר יתן ממנו לד' וגבי אשה לא כתיב קרא כו' ונראה שלכך דקדק רש"י ופי' דהא מקודשת בלשון הקדש קאמר לה דאסר לה אכ"ע כהקדש כו' לפיכך יש להיות דינה כהקדש עכ"ל. וקשה נהי דה"ל כמו הקדש הא בתמורה שם דף י"ח בעי רבא בעוף מהו מי אמרינן בהמה אמר רחמנא או דלמא קרבן אמר רחמנא ול"ש תיקו ע"ש וכיון דאפי' בעוף דודאי קדושת הגוף היא ואפ"ה מספקא בהקדיש רגלה ומשום דקרא בבהמה מיירי וגלי בבהמה אבל בעוף לא ומכ"ש בקידושין דאינו ראוי לומר פשטה קידושי בכולה. ונראה דהכי פריך בהא דאמר רבא חצייך מקודשת דלא הוי קידושין ותיפשוט קידושי בכולה מי לא תניא האומר רגלה של זו עולה כו' דאין לומר דדוקא בבהמה כיון דרבא גופה מספקא לי' בעוף ולומר ל"ש א"כ היכא קאמר בפשיטות דאינו מקודשת דהא לפי מה דמספקא לי' דה"ה בעוף וא"כ בהמה לאו דוקא אלא כל היכא דאיכא קדושת הגוף פשט' בכול' דהא דאמר רבא קרבן אמר רחמנא לאו דוקא קרבן דלא קאמר קרבן אלא קדושת הגוף אמר רחמנא וכל קרבן קדושת הגוף הוא וא"כ באשה נמי דקדושת הגוף תיפשוט בכולה ולזה משני הכא דעת אחרת. ולפי"ז תו לא קשה בהא דבעי רבא גבי חצייך בפרוטה דנימא תיפשוט בכולה כיון דהיא רוצה בכולה וכקושיות תו' דכיון דרבא מספקא לי' בעוף ומי אמרינן בהמה אמר רחמנא א"כ מכ"ש באשה דלא שייך תיפשוט בכולה: ויתיישב דברי הרמב"ם שכתוב באומר התקדשי חצייך בפרוטה דהוי ספק קידושין ולא אמרינן תיפשוט בכולה כיון דעלתה בתיקו גבי עוף ומשום דבהמה אמר רחמנא א"כ מכ"ש באשה דלא שייך פשט' קידושין בכול' וזה נכון. אמנם לפי פי' רש"י שם בתמורה בהא דבעי רבא בעוף מהו ושם כתב רש"י דהיינו לר' יוסי ור' יהודא דס"ל בדבר שאין הנשמה תלוי פשטו קידושי בכולה ע"ש ומשמע מדברי רש"י דאם הקדי' דבר שהנשמ' תלוי לא מספקא בעוף דודאי קדוש ומשום דלר"י ור' יהודא דסברי רגלה של זו עולה דכולה עול' משום דכתיב ואשר יתן ממנו לד' אפי' אבר א' וא"כ מספקא לי' בעוף כיון דהאי קרא בבהמה כתיב אפשר בהמה אמר רחמנא אבל מאן דפליג וס"ל בדבר שאין הנשמה תלוי לא פשטה הקדש בכול' וקרא דכתיב אשר יתן ממנו לד' היינו רק דאותו אבר קדוש ע"ש וא"כ בדבר שהנשמה תלוי בה דמודו לאו

מקרא יליף אלא מסברא כיון דאקדיש דבר שהנשמה תלוי בו ממילא פשטו בכולה א"כ ממילא ודאי ה"ה בעוף דלא שייך לומר בהמה אמר רחמנא כיון דאבר שהנשמה תלוי בו לא נפקא מקרא אלא מסברא. ונראה דזה הוא נמי שטת תו' ומש"ה הקשו שפיר דמאי בעי רבא באומר חצייך בפרוטה תיפיק לי' כיון דנתרצית פשטו קידושי' בכולהו דאע"ג דמספקא לי' לרבא בעוף אינו אלא בדבר שאין הנשמה תלוי בה אבל בדבר שהנשמה תלוי' בו לא מספקא לי' דודאי פשטה הקדש בכולה וכשטת רש"י ומדברי הרמב"ם פט"ז מהל' מעשה קרבנות נראה מבואר דמפרש בעי' דרבא בעוף באבר שהנשמה תלוי' בו ע"ש שכתב ז"ל הקדי' לבה או ראשה פשטה בכולה ובעוף ספק עכ"ל. וכמ"ש בלחם משנ' שם דאע"ג דלמ"ד בדבר שהנשמה תלוי' בה לא מיירי קרא מזה אפ"ה צריך לומר דיליף לה מקרא ומש"ה בעי בעוף מהו וע"ש. וא"כ כיון דס"ל להרמב"ם דאפי' באבר שהנשמה תלוי' בה מספקא לי' בעוף א"כ ממילא בקדושי אשה אפילו באומר לשון הרי את מקודשת חצייך בפרוטה הוי ספק קידושין דמידי ספיק' לא נפקא דאע"ג דנתרצית לא פשטה בכולה ומשום דבעי רבא בהמה אמר רחמנא ואפי' באבר שהנשמה תלוי' בה נמי אינו אלא מקרא. ומלשון תו' שזכרנו משמע דגם באבר שהנשמה תלוי בה נמי מקרא יליף וכדברי הרמב"ם שכתבו ז"ל תימא דבריש תמורה יליף רגלה של זו עולה ובדבר שהנשמה תלוי מקרא דכתיב כל אשר יתן ממנו לד' וגבי אשה לא כתיב קרא עכ"ל וא"כ משמע מדבריהם דגם באבר שהנשמה תלוי בה מקרא יליף לה. אך מ"ש תו' מקרא דכתיב כל אשר יתן ממנו לד' קשיא לי בגוה דהא אדרבה בריש תמורה דף י"א למ"ד הקדיש רגלה אינו קדושה כולה יליף לה מקרא דכתיב ואשר יתן ממנו לד' דאינו קדוש אלא אותו אבר ולהרמב"ם דס"ל דיליף לה מקרא וכמ"ש אולי הוא מאיזה דרשא שם אבל לא מקרא דאשר יתן ממנו לד' דהאי אתי לאוריי שאינו קדוש אלא אותו אבר וכדאיתא בגמרא ולכן דברי תו' צ"ע אמנם מ"ש בדברי הרמב"ם נכון היא מאד ודוק אח"כ מצאתי מקצת מזה בס' שער המלך ואל אלקים יודע שכוונתי ת"ל לדעת הגדול:

ס"ק יט

וחצייך בפרוטה למחר כתב הב"ש דכל הני בעיות איירי שנתן מיד שתי הפרוטות כמ"ש ב"ח בשם הריטב"א וכתב הר"ן שאמר כן תכ"ד משמע אפי' מפסימן מעט מהני אם היא תכ"ד ולכאורה משמע מדברי רי"ו שהבאתי בסמוך אפי' תכ"ד לא מהני וראי' מש"ס דהלכתא בקידושין תכ"ד לאו כדיבור וע"ש. וכבר כתבנו בס"ק ט"ו דגם רי"ו לא כתבו אלא היכא דבא לבטל מעשה ע"י תכ"ד לא מהני לי' בזה דכבר עבד מעשה הקידושין דאלים טובא ותו ליתי' בחזרה אבל היכא דנתקיימו הקידושין ע"י תכ"ד ודאי כדיבור

דמי ומהני וע"ש וכאן נמי הרי נתקיימו הקידושין ע"י תכ"ד ובזה שפיר מהני לי' תכ"ד ומ"ש הב"ש דהא כאן הוי כמו חזרה די"ל דהפסיק כדי שיתבטל דבריו ואח"כ חוזר עכ"ל אינו נראה דכיון דחצייך לאו כלום דהמקדש חצי אשה אינה מקודשת א"כ כי חזר תכ"ד ומקדש חצי שני' ואומר וחצייך בפרוטה ומונה והולך כיון דהוא תכ"ד והוי לי' קידושין שפיר וז"ב:

ס"ק כ

שתי בנותיך לשני בני דף ז' בעי רבא שתי בנותיך לשני בני בפרוטה מהו בתר נותן ומקבל אזלינן והא איכא ממונא או דלמא בתר דידהו אזלינן והא ליכא תיקו וכתבו תו' אור"י דמיירי בבנות קטנות דאי בגדולות ואם מקבל קידושין בתורת שליחות פשיטא דבעי פרוטה לכל א' דלא עדיף שליח ממשלחו דבתר נותן קאמר לאו דוקא שהרי הנותן ע"כ בתורת שליחו' בניו הוא בא ואי בתר נותן אזלינן הוי בעי שתי פרוטות כאלו הבני' בעצמם מקדשים וע"ש. ובשטת תו' רי"ד כתב דכיון דהשליח נותן הכסף מדידי' ה"ל בתר נותן ואבעי' דרבא אי אזלינן בתר נותן ומקבל כיון דליכא אלא נותן א' ומקבל א' סגי לה בפרוטה או בתר דידהו אזלינן וע"ש ועמ"ש בסימן כ"ח ס"ק נ"ה. ומוהרי"ט בחידושיו כתב דקשה הדבר לומר דבתר נותן דקאמר הגמרא והא איכא לאו דוקא דאדרב' אי בתר נותני' אזלינן הא ליכא וע"ש דמפרש לה שהאב הוא הנותן המעות בשביל שתי בניו דמהני מדין עבד כנעני אע"ג דעיקר הקידושין לצורך שני' מכל מקו' בתר מקבל אזלינן שהוא מקבל שו"פ וכי אתי פרוטה לידי' לאו חצאין הוא דממונא דחד הוא דאתי לידי' שאין הנותנים גופי' מחולקים עד שיהא הממון מוחלק כמ"ש ולמדנו עכשיו ששני בני אדם שנתנו לאב פרוטה בעד ב' בנותיו אין לחוש לקידושי שניהם כיון דכל חד וחד לאו שו"פ יהיב וכ"כ ר' ישעי' ז"ל עכ"ל. ולפי זה נראה דה"ה בבנות נמי מצינו לומר שגדולות המה אלא דאינהו אמרי להנותן שהוא אב של הבנים שיתן הקידושין לאביהם דמהני מדין ערב ויהי' האב של הבנים הנותן והאב של הבנות הוא המקבל ומדין שניהם דין ערב ודין עבד כנעני דהבנות כשאומרים תן לאבינו והרי אנו מקודשת לך מהני מדין ערב וא"כ ה"ל נותן חד ומקבל חד. מיהו נראה דכל כה"ג פשיטא דמהני קידושין אפי' נימא דאזלינן בתר דידהו דהיינו הבנות דכיון דאתינן עלה מדין ערב ה"ל כאלו קבלה כל אחת פרוטה שלימה לפי מ"ש הרמב"ם פ' כ"ה ממלוה בשנים שעירבו לאחד כשיבא המלוה ליפרע מן הערב יפרע מאיזה מהם שירצה וכתב הרב המגיד שם בשם הרשב"א דערבין כיון דהם לא נתחייבו מצד עצמ' והערבו' לבטחון ולמשכון ואין השעבוד חל לחצאין אלא כל א' נכנס בשעבוד הלוה בכולו אבל שנים שלוו י"ל שכל א' נעשה לוה

בחצי מעות וערב בחצי השני עבור חבירו וע"ש וכ"כ מוהרי"ק בשורש קפ"ג ועיין ש"ע ח"מ סימן ע"ז וסימן קל"ב וכיון דשני ערבים כל א' נתחייב בכולו צריך לומר דה"ל כאלו הוציא מעותיו כולו ע"פ זה וכולו עפ"י זה וא"כ קידושין דלמדנו מדין ערב א"כ כל כה"ג דנעשה כל א' ערב בכולו וכאלו הוציא המקדש את הפרוטה כולו ע"פ זה וכולו ע"פ זה וא"כ אפי' נימא בתר דידהו אזלינן נמי מהני לי' כיון דהמקדש הוציא הפרוטה ע"י כל אחת ואחת משניה' מקודשת בפרוטה אחת מדין ערב זה נראה ואכתי צ"ע:

ס"ק כא

האומר לאשה התקדשי לחציי דף ז' אמר רבא התקדשי לי לחציי מקודשת חצייך מקודשת לי אינה מקודש' א"ל אביי לרבא מ"ש חצייך מקודשת לי דאינה מקודשת אשה אמר רחמנא ולא חצי אשה ה"נ איש אמר רחמנא ולא חצי איש א"ל הכי השתא התם אתתא לבי' תרי לא חזיא אלא גבר' מי לא חזי לבי תרי והכי קאמר לה

דאי בעינא למנסב אחרינא נסיבנא. וכתב הרשב"א בחידושיו צ"ל אבל התקדשי לי לחציי משייר בקניינו הוא והכי קאמר לה אי בעינא למנסב אחריני נסיבנא והיכי דמי חצי איש כגון דמפרש לה לחציו ממש ולא לכולו עכ"ל. ואיכא למידק דמ"ש ממתנה דאיש אחד נותן מתנה לחבירו ואמר לו הנני נותן לך זה המתנ' לחצייך ולא לכולו דפשטה המתנה בכולה וכמ"ש הריטב"א בחידושיו כ"ג בהא דאמרו בנותן לעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו וז"ל והרי זה כנותן מתנה לחצי עבדו דזכה כלומר דפשטה מתנה בכולה ולא סגי שלא יזכה כולו ה"נ אי אפשר שיזכה הוא בלא רבו ורבנן סברי דאלו הוי מקני לגמרי לעבד לעשות בו חפצו ה"נ דקני רבו כמוהו דכגוף אחד הם כמ"ש עכ"ל וע"ש. וא"כ ה"נ כיון דקנה לי' לאשה לחצי' פשטה קנינו בכולה וליכא למימר דבקידושין גזירת הכתוב כי יקח איש ולא חצי איש דהא באשה נמי פריך בש"ס ותפשוט קידושי בכולה ואע"ג דכתיב אשה ולא חצי אשה אלא כיון דפשטה קידושי בכולה ה"ל אשה כולה וא"כ ה"נ כיון דקני לי' לחציו פשטה קנינו בכולו וה"ל כאלו מקדשה לכולו דהכא לא מצינו לתרץ כדמתרצינן באשה משום דאיכא דעת אחרת המעכבו דהא במתנה כשנותן לחבירו לחציו ולא נתרצה הנותן אלא לחציו ואפ"ה פשטה קנינו בכולו וא"כ במפרש לחציו ממש ולא לכולו נמי תהי' מקודשת. ונראה לחלק לפי מ"ש הרשב"א דף ו' גבי ארווח לה זימנא דלא הוי ריבית קצוצה משי' דלא יהבי' לה מידי דאין גופה קנוי ע"ש והוב' בסימן כ"ח ס"ק כ"א וכיון דאשה לאו קניינו הוא לא אמרינן פשטה קנינו זכייתו בכולו משא"כ מתנה פשט' קניינו בכולו ודו"ק. והנה לפמ"ש הרשב"א א"כ באומר בפי' התקדשי לחציי ולא לכולו דאינה מקודשת דה"ל חצי איש ותימה שלא

הובא ברמב"ם ובטור וש"ע ומסתימת דבריהם משמע דהתקדשי לחציי לעולם מקודשת. ונראה דס"ל כשטת הראב"ד הובא ברשב"א שם דלחצי איש לעולם מקודש' כיון דקרא דכתיב כי יקח איש ע"כ לאו דוקא איש למדרש ולא חצי איש כיון דמסתמא דהתקדשי לחציי משמע דמקדשה כולה ואי בעינא נסיבנא אחרינא וכיון דחצי איש לא ממעט א"כ ממילא מקודשת אפי' באומר לחציי ממש ולא לכולו ע"ש מיהו ברשב"א שם השיג עליו וע"ש:

ס"ק כב

אבל אם אמר חצייך מקודשת לי שם דף ז' ופריך עלה ותפשוט קידושי בכולה מי לא תניא האומר רגלה של זו עולה כו' ומשני התם בהמה הכא דעת אחרת פי' הכא דעת אחרת המעכבו שלא נתרצית אלא לחצי' ולא לכולה. וקשה לי טובא מאומר היום את אשתי ולמחר אי את אשתי דלא נפקא בלא גט וכדאי' בנדרים דף כ"ט דפריך למ"ד קדושת הגוף פקעה בכדי אלי אומר היום את אשתי ולמחר אי את אשתי מי נפקא בלא גט והיינו משום דקידושי אשה ה"ל קדושת הגוף ע"ש בר"ן וא"כ מ"ש מקדש לזמן דאע"ג דהיא לא נתרצית אלא לזמן ואפ"ה אמרינן כיון דנתרצית עכ"פ לזמן תו לא פקעה א"כ בנתרצית לחצי' נמי נימא כיון דנתרצית עכ"פ לחציה פשטה קידושי בכולה כמו התם דפשטה קידושי לעולם ואע"ג דאיכא דעת אחרת המעכבו ולפי מ"ש בס"ק י"ח דרצון האש' לא הוי קידושין אלא הפקר דמשוי לגבי בעל ומש"ה לא פשטה רצונה בכולה ע"ש. א"כ התם נמי נימא הכין דרצון האשה אינו קידושין ודעת אחרת המעכבו שלא תחול קידושין לעולם אלא לזמן שנתרצי' וחזרתי על כל הצדדין ולא מצאתי ישוב נכון לזה. ולכן נראה לענ"ד לפי מ"ש הר"ן פ' המגרש דף פ"ג בהא דבעי לה היום אי את אשתי ולמחר את אשתי בתר דבעי הדר פשטה כיון דפסקה פסקה וז"ל שם וכתב הרא"ה ז"ל דמהא שמעינן שהנותן קרקע לחבירו גוף ופירות ליום א' שזכ' מקבל בקרקע לעולם דהא אסיקנא כיון דפסקה פסק' עכ"ל. והובא בסימן כ"ח ס"ק נ"א וע"ש ושם כתבנו דהא דאיפלגי בקדוש' הגוף אם פקעה בכדי ותיפוק לי' אפילו בקדושת דמים לא גרע כח הקדש מכח הדיוט דאמרינן כיון דפסקה פסקה: וכתבנו שם דבהדיוט דאמרינן כיון דפסקה פסקה ותו אין לבעלים שום זכות בהם וכיון דלית לי' בעלים ממילא זוכה המקבל בתורת הפקר אבל בהקדש אי לאו דקדושה לא פקעה בכדי נהי דלית להו בעלים דכיון דפסקה פסקה אבל גם הקדש אין בו דמי זוכה להקדש אבל כיון דקדושת הגוף לא פקעה בכדי נמשך כח ההקדש לעולם וע"ש ומש"ה גבי קידושי אשה דכיון דנתרצית ומשוי נפשה כהפקר לגבי מקדש אע"ג דלא נתרצית אלא לזמן אמרינן כיון דפסקה פסקה אלא

דמצד הקידושין לא הי' נמשך אלא ליומא וכיון דאמרינן קדושת הגוף לא פקעה בכדי נמשך ממילא הקידושין לעולם אבל בנתרצית לחצי' דלא שייך בי' כיון דפסקה פסקה מש"ה דעת אחרת שלה מעכבו דלא תיפשוט קידושי בכולה ובפ' השולח דף מ"ג חצי' שפחה וחציה בת חורין שנתקדשה לראובן ונשתחררה וחזרה ונתקדשה לשמעון רב יוסף בר חמא אמר רב נחמן פקעי קידושי ראשון ר' זירא אמר. ורב נחמן גמרו קידושי ראשון ופי' רש"י פקעי קידושי ראשון בא השחרור והפקיעה שהרי נשתנה גופה וה"ל כקטן שנולד ע"ש וטעמא דמ"ד גמרו קידושי ראשון לא אתברר דהיכ' גמרו קידושי בחצי' השני והוא צד שפחה כיון דמעיקרא לא נתרצית אלא לחצי'. ולפי מ"ש נראה טעמא דמלתא כיון דחצי' שפחה וחצי' ב"ח תפסי קידושי בחצי' ב"ח כיון דלא שייר בקניינו וכדאי' שם פרק השולח וכיון דכבר תפסי קידושין למחציתה לכן כדאשכח מקום לחול בה קידושין במחצית השני' ממילא חייל בכולה דקידושי פשטו בכולה בע"כ ודוקא בקידשה לחצי' כיון דאי' דעת אחרת המעכב א"כ לא התחיל קידושין לחצי' כיון דשייר בקניינו אבל בחצי' שפחה וחצי' ב"ח דכבר חייל במקצתו דלא שייר בקניינו וכיון דחייל במקצתו ממילא פשטו קידושי בכול' כיון דאשכח מקום לחול הקידושין ובתו' שם ד"ה גמרו קידושי ראשון ע"ש בהא דאמרינן בהמה של שני שותפין הקדיש חצי' וחזר ולקחה והקדיש חצי' ומשמע הא לא הקדישה לא גמרה ע"ש תו' בזה. ולפי מ"ש טעמא דגמרו קידושי בכולה כיון דכבר תפסי קידושין בקצתה ואי' מקום להתפשט בכולה ממילא פשטו קידושי בכולה אבל התם בבהמה של שני שותפין והקדיש חצי' דקודם שלקחה משותף לא הי' עלה קדושת הגוף רק קדושת דמים וכשחזר ולקחה לא מתפשט בכולה דקדושת דמי' לא מתפשט ועיין פ"ק דקידושין דף ז' ושם מבואר דכשהקדיש חצי' לא הוי עלה רק קדושת דמים אבל בקידושי אשה כיון דכבר חייל קדושת הגוף במחצית ב"ח אח"כ כשנשתחרר' ממילא פשט' קדושת הגוף בכול' ועיין ס"ק י"ח דלדע' רש"י לא מבעי' בעוף בתמורה דף י"ח אלא בדבר שאין הנשמה תלוי' ועמ"ש בס"ק י"ח ודו"ק:

ס"ק כג

הרי את מקודשת לי ולזה. והוא מדברי הרמב"ם פ"ג מאישות וכתב שם הרב המגיד דנלמד מהא דאמרו אתתא לבי' תרי לא חזיא וע"ש ואיני מבין ראי' זו דהא בפ' האומר דף ס"ז מקשה בגמ' אשכחן אחות אשה כו' תאמר באשת איש שיש לה היתר בחיי' אוסרה ומסיק מהקיש' דר' יונה דהוקשו כל עריות לאחות אשה ע"ש: ומבואר דאי לאו הקישא הוי אמרינן דקידושי תופסין באשת איש ולא אמרינן אתתא לבי' תרי לא חזיא. וכיון דאין קידושין תופסין באשת איש אלא משום דהוקש לאחות אשה והכא שהוא בבת

אחת לזה ולזה מנלן דלא תפסי קידושין. ובש"ס דאמרו אתתא לבי תרי לא חזיא אינו אלא כלפי מאי דאמרו שם באומר התקדשי לחצי' דמקודשת אע"ג דכתיב איש ולא חצי איש ואמרו דהכי קאמר אי בעינא נסיבנא אחרינא והיינו דמקדשה לכולו והא דאמר לחצי' היינו דאי בעינא נסיבנא אחרינא אבל גבי אשה שאומר חצייך מקודשת לי אין הכוונה שהוא מקדשה כולה אלא דאי בעית תנסוב עוד אחר כיון דאשה לבי תרי לא חזיא דהא בתר דמקדשה הוי אשת איש ושוב אין קידושין תופסין בה וא"כ ה"ל בזה אחר זה אבל היכא שבבת אחת מקדשה לזה ולזה מנלן דלא מהני כיון דלאו אשת איש היא ונראה דהא דלא מהני לזה ולזה היינו מדרבה דכל שאינו בזה אחר זה אפי' בבת אחת ליתי' וכדאי' פ' האיש מקדש דף נ' ע"ש ומה"ט שם במקדש שתי אחיות וכן אשה ובתה כאחת דלא תפסי קידושין נמי מדרב' הוא וע"ש אך קשה דהא כתב הרמב"ם פ"י מאישות ז"ל האומר לאשה הרי את מקודשת לי חוץ מפ' כלומר שלא תיאסר עליו אלא תהי' אשת איש על כל העולם ולפ' כפנוי' הרי זו מקודשת מספק עכ"ל. ואי נימא דחוץ מפ' אשת איש על כל העולם ולפ' כפנוי' א"כ היכא שאומר לזה ולזה הוי בזה אחר זה דהא משכחת לה שאומר חוץ מפ' וקידושי פ' תפסי בה וכל דמשכחת לה בזה אחר זה בשום אופן תו לא שייך הא דרבה כדאמרינן בקידושין דף נ"א בהא דקורא לתשיעי עשירי ע"ש. ולכן נראה לפי מ"ש הרשב"א בחידושיו דף נ"א דאביי לית לי' דרבה כלל והא דמקד' אשה ובתה או שתי אחיות כאחת דאין מקודשת היינו משום דה"ל קידושין שאין מסורין לביאה ודוקא בקידש אחת משתי אחיות אדינו אלא מספיקא הוא דמהני לאביי אבל היכא דע"י הקידושין ודאי אין מסורין לביאה מודה דלא מהני וע"ש. וא"כ ה"ה באומר לזה ולזה הו"ל קידושין שאין מסורין לביאה בודאי. ובאומר חוץ מפ' אע"ג דאין מסורין לביאה שהיא מקודשת גמורה לכ"ע ואית בה איסור אשת איש אפ"ה תפסי בה קידושי פ' כיון דאיסור הביאה לאו מחמת הקידושין אלא משום דמעיקרא דין אשת איש אית לה וכמ"ש תו' דף נ"א ד"ה קידושין שאין מסורין לביאה דבחייבי לאוין קידושין תופסין ע"ש. אבל באומר הרי את מקודשת לזה ולזה ודאי אין הקידושין נמסרו לביאה דהא לזה ולזה אסורה מחמת צד אשת איש שבה לעלמא. והרמב"ם שכתב חוץ מפ' כלומר שלא תיאסר עלי' אלא תהי' אשת איש על כל העולם ולפ' כפנו' משמע דמותרת לגמרי לפ' וא"כ באומרת לזה ולזה ראוי ג"כ לומר שמותרת לזה ולזה מחמת שיור שמשייר לזה ולזה שתהיה מותרת לזה ולזה ולא גרע מאומר חוץ מפ'. אמנם בגמרא ר"פ המגרש דף פ"ב בהא דבעי לה באומר חוץ מפ' משמע דלא בעי לה דלשתרי לפ' אלא אם תפסי בה נמי קידושי פ' ומשום דמשייר בקניינו אבל שתהי' מותר' לפ' נראה

דודאי אסורה מחמת צד אשת איש שבה לעלמא וז"ל הרשב"א בחידושיו ר"פ המגרש בהא דאמר אביי את"ל איתא לדר' אבא בא ראובן וקידשה חוץ משמעון ובא שמעון וקידשה חוץ מראובן ומתו שניהם מתייבמות ללוי ואין אני קורא בה אשת שני מתים מ"ט קידושי דראובן אהני קידושי דשמעון לא מהני לאו למימרא דלא אהני כלל דהא ודאי אהני למיסרה בביאה אראובן דכיון דתפסי קידושי שמעון לגבי עלמא שאם מת ראובן ויש לו בנים עדיין היא אסורה לעלמא מחמת קידושי שמעון א"כ אפי' ראובן אסור לבוא עלי' משום דמשמש בצד מקודש שבה לשמעון והלכך אסורה היא לשניהם אלא הכי קאמר לא אהני דיבורי' למיסרי' אראובן שהוא לא אסרה אראובן דחוץ מראובן, קאמר, והא דאסירא לראובן משום אריה דאסורא דרביע עלה דאי אפשר להשתמש בה לאחד מהם אא"כ משתמש בצד אישות שבה לשני אבל כי אמר לה סתם אהני קידושיו למיסר' בפירוש אראובן עכ"ל וא"כ ה"ה באומר חוץ מפ' פשיטא דאסורה לפ' מחמת צד מקודש שבה לעלמא ע"י הראשון ומ"ש הרמב"ם חוץ מפ' כלומר שלא תיאסר עליו כו' וכ"כ רש"י שם בסוגיא ר"פ המגרש שם ע"ש. היינו דהמקדש אומר כך שלא תיאסר עליו מצדו אבל באמת אסורה היא ממילא לפ' מחמת צד מקודש שבה לעלמא וכמ"ש. וא"כ באומר התקדשי לי ולזה ה"ל קידושין שאין מסורין לביאה כיון דאסורה היא לזה ולזה בודאי מחמת הקידושין אך קשה לפי זה הא דאומר התקדשי לחצי' דפריך עלה מ"ש חצי אשה כו' ומ"ש חצי איש ותיפוק לי' דה"ל קידושין שאין מסורין לביאה דהא אסורה היא לחציו השני מחמת צד אשת איש דאתי צד פנוי שבו ומשתמש בצד אשת איש וכיוצא בזה אמרינן בפ' החולץ דף מ"ה ע"ש. מיהו אינו קושיא דטפי עדיפא להקשות מחצי איש אלא דלפי מ"ש הראב"ד דלמסקנ' נמי מהני באומר התקדשי לחצייך ואפי' אומר לחצייך ולא לכולה נמי מקודשת דכי יקח איש לא ממעט חצי איש והובאו דבריו בס"ק כ"א ולפי מ"ש אפי' נימא דכי יקח איש לא ממעט חצי איש לא מהני קידושיו דה"ל קידושין שאין מסורין לביאה דצד פנוי שבו משתמש בצד אשת איש והרשב"א בחידושיו דף ז' ז"ל וקשיא לי אשמעתין היכי קאמר אתתא לבי תרי לא חזיא והא ר' יוחנן פ' האומר ס"ל דאפי' קידושי מאה תופסין בה וה"נ הכי קאמר לה אי בעית לאקדיש לאחריני מקודשת וצל"ע עכ"ל. והנה לפי מ"ש הרשב"א בחידושיו ר"פ המגרש ובפ' האומר דף ס' דטעמא דר' יוחנן אינו משום דר' אבא דליהוי מהני שיור בקידושין דחוץ מאיש פ' דהוי שיור גמור מודי דלא מהני אלא משו' דשיורא ליתא אלא עד שלשים הלכך מעכשיו חלין וגומרין לאחר שלשים ע"ש וא"כ באומר חצייך מקודשת לי דאי נימא דהכוונה אי בעית לאקדושי לאחריני א"כ הרי גומ' הקידושין מעכשיו ובשיור גמור

מודה ר' יוחנן דלא מהני. אלא לפי מ"ש הרמב"ם דאפי' בשיור גמור מהני והיינו חוץ מפ' נמי הוי ספק קידושין וא"כ הדרא קושיא לדוכתי' דהיכי כתב בפשיטות באומר חצייך מקודשת דאינה מקודשת כיון דיש לומר הכוונה אי בעית לאקדושי לאחריני ונראה דכל כה"ג באומר אי בעית לאנסובי לאחריני תנסוב א"כ הרי לא אסורה לשום אדם ולא מהני קידושין כלל כיון דלא אסרה לשום אדם בעולם דאע"ג דממילא אסורה מצד מקודשת שבה לזה שקידשה כיון דהוא לא אסרה לשום אדם דהא אמרת דחצייך מקודשת היינו אי בעית תנסוב אחריני וכיון דהוא לא אסרה אע"ג דממילא אסורה לא הוי קידושין כלל וכדאמר בגמ' קידושי דשמעון לא אהני וכמ"ש הרשב"א בטעמא כיון דהוא לא אסרה. ולפי מ"ש הרשב"א בשם הראב"ד שם פ' האומר טעמא דר' יוחנן דסבר לה כר' אבא דאע"ג דיש בו שיור בקידושין מהני ומשום דקידושין בקנין כל דהו סגיא ואע"ג דאמרינן בפ"ק אשה ולא חצי אשה הכא לאו חצי אשה היא דכולה מיקדשה לי' אלא חצי קנין הוא וע"ש. קשה דא"כ לא אסרה לשום אדם וגבי ר' אבא דאומר חוץ מפ' אסרה אכ"ע חוץ מפ' אבל בהאי דר' יוחנן אי סבר לה כר' אבא א"כ לא אסרה כלל. ואין לומר כיון דר' יוחנן מיירי באומר מעכשיו ולאחר שלשים ה"ל קידושין משום דאוסרה לעלמא מיהת לאחר שלשים דהרשב"א שם פ' האומר כתב דלר' יוחנן אפילו אומר לה הרי את מקודשת מעכשיו ולאחר מיתה הרי זו מקודשת ומשום דרווחא שביק לכל מאן דמקדש לה עד לאחר מיתה וע"ש א"כ לא אסרה בחייו כלל ואינו אלא כמו שקידשה לעצמו אבל לכ"ע תשתרי וא"כ לא מהני כיון דהוא לא אסרה וכדאמרינן פ' המגרש קידושי דשמעון לא אהני וצ"ע:

ס"ק כד

קדשה בכסף פחות משו"פ. כתב הרדב"ז במי שזרק קידושין ללאה ולא היו שווין פרוטה ולא הספיקו להגיע לידה עד שנתייקר' ועמדו על פרוטה מהו בתר נותן אזלינן וליכא פרוטה או דלמא בתר מקבל אזלינן והא איכא פרוטה כו' והעלה הדבר ברור דאזלינן בתר מקבל שהרי אינה מתקדש' אלא משעה שהגיע על ידה וכשהגי' הי' שו"פ ואע"ג דכשנתנו הוא לא הי' שו"פ ולא מחסר ולא מידי מכל מקום קני מדין עבד כנעני וכו' וכן משמע ממה דבעי רבא פ"ק דקידושין שתי בנותיך לשני בני בפרוטה כו' וכ"כ ר"י דמיירי בבנות קטנות וכו' אבל האי בעי' הוא אי אזלינן בתר מקבל לגמרי דאין לחוש אלא שיקבל המקבל שו"פ וכמ"ש ס"ק כ' ושטת תו' רי"ד נראה דאזלינן בתר נותן והובא בס"ק כ' אמנם נראה לענ"ד להביא ראי' לדברי מוהרדב"ז דאזלינן בתר מקבל מהא דאי' בעירובין דף ס"ב א"ר יוחנן שוכרין מן הנכרי בפחות משו"פ והיינו משום דלגבי

בן נח פחות משו"פ הוי ממון ומוכח מזה דאזלינן בתר מקבל דהא לגבי נותן אין זה ממון וישראל מישראל כה"ג לא מהני וכמ"ש בט"ז א"ח סימן שפ"ב ע"ש. ומזה נמי נראה ראי' דמהני מדין עבד כנעני אפי' גבי קנין קרקע ובב"י ח"מ סימן ק"ל כתב אליבי' דהרמב"ם דלא מהני מדין עבד כנעני אלא גבי אשה וכ"כ בר"ן פ"ק דקידושין ע"ש ולפי מה שהוכחנו מהא דשוכרין מן הנכרי בפחות משו"פ דאזלינן בתר מקבל אינו אלא מדין עבד כנעני דקבל' רבו גרמה לו ומוכח דדין עבד כנעני אפי' בקנין שדה. ואפשר ליישב אליבי' דהרמב"ם דס"ל דדין עבד כנעני אינו בקנין שדה היינו היכא דהלוקח אינו נותן כלל אלא אחר הוא הנותן בשביל הלוקח הוא דלא מהני אבל בהאי דשוכר מן הנכרי בפחות משו"פ דהזוכה הוא הנותן אלא דלדידי' לאו ממונא ופחות משו"פ הוא לגבי' ולגבי מקבל ה"ל שו"פ ועכ"פ הם דינא דהרדב"ז שפיר מוכח דהיכא דלגבי נותן אינו שו"פ ולמקבל שו"פ דמהני. ובקידושין דף ח' מכסף מקנתו בכסף הוא נקנה ואינו נקנה בתבואה וכלים כו' אלא לעולם דלית בי' שו"פ ולא מבעי' קאמר לא מבעי' כסף דאי אית בי' שו"פ אין אי לא אבל תבואה וכלים דמקרבי הניתן גמר ומקני נפשה קמ"ל דל"ש. וקשיא לן בגוי' דבשום מקום לא צריך למעט פחות משו"פ ומשום דלאו כסף חשוב וגבי עבד עברי למה הוצרך למעט פחות משו"פ. ולפי מ"ש ניחא דהתם בעבד עברי הנמכר לנכרי משתעי קרא וכתיב ישיב גאולתו מכסף מקנתו וס"ד דגרעון כסף שפוד' עצמו מן הנכרי סגי לה בפחות משו"פ כיון דשוכרין מן הנכרי בפחות משו"פ ולגבי נכרי ממון הוא קמ"ל ישיב גאולתו מכסף מקנתו וכסף מקנתו אינו אלא בשו"פ כיון דישראל הנקנה הוא העבד עברי פחות משו"פ לאו ממונא הוא וחדית לה תורה דגרעון יהי' מכסף מקנתו ואינו בפחות משו"פ אע"ג דלגבי כותי ממון הוא הגרעון אפ"ה לא מהני משום דבעינן מכסף מקנתו ואע"ג דתן מנה לפלוני מהני מדין ערב ולפי שהוצי' ממון על פיו וא"כ בכס' מקנתו נמי נימא הכי דכיון שהוציא הנכרי ממון על פיו דהא לגבי' הוי ממון משו' דלא מבעי' זרוק מנה לים ואקדש אני לך לא מהני מדין ערב ולפי שלא באה הנאה לבן דעת והובא בר"ן פ"ק דקידושין וה"נ מטא הנא' ליד בן דעת כיון דלישראל לאו ממונא הוא אלא אפי' לדעת הפוסקים דזרוק מנה לים נמי מהני מדין ערב ומשום דהוציא ממונו על פיו מכל מקום הכא גלי קרא מכסף מקנתו דלבעי דוקא שו"פ אע"ג דגבי נכרי בעלמא פחות משו"פ נמי ממון הוא וניחא טפי דצריך קרא מכסף מקנתו אפי' לקנינו ולדע' הפוסקים דזרוק מנה לים לא הוי דין ערב צריך קרא על הגרעון דלבעי פרוטה ושיהי' הגרעון מקנתו וכמ"ש ודו"ק:

ס"ק כה
פחות משו"פ כתב הב"ש ז"ל אין חשש שמא שו"פ במקום אחר כי בכסף לא חיישינן לזה כמ"ש בבדק הבית שיעור הקידושין הוא כסף חצי שעורה וכל כסף פחות משיעור אפי' שוה טובא דברים אחרים אין כאן שיעור כסף שצריכה התורה לקידושין עכ"ל ועמ"ש בסימן כ"ז סק"א:

סימן לב

סעיף א

ס"ק א
או על החרס והוא דבר שיכול להזדייף וכתב הר"ן דוקא כשאין חותמין עליו עדים אבל אם היו חתומים עליו עדי' חיישינן שמא יבא לסמוך על ע"ח והעתיקו הב"ש ע"ש. ותמהני בזה דנראה מוכח להדיא בש"ס דבקידושין כשר אפי' במזוייף מתוכו כל שיש עדי מסירה. והא פ"ק דגיטין דף י' שם אלא כי קתני מלתא דליתא בקידושין מלתא דאיתא בקידושין לא תני וע"ש ברש"י ד"ה ה"ג ז"ל אלא כי קתני מלתא דליתי' בקידושין כמ"ש וערכאות נמי ליתא בקידושין היכא דאיכא עדי מסירה ישראל דבגט ושחרור הוא דגזרי דלמא אתי למסמך עלי' ומצרכינן לי' גיטא אחרינא אבל בקידושין כיון דמדאורייתא מקודשת משו' עדי מסירה אי אמרת אינה מקודשת שריית אשת איש לעלמא ע"ש וכ"כ תוס' שם ד"ה כי קתני מלתא דליתא בקידושין וכו' וכן ערכאות כיון דאיכא עדי מסירה ישראל כשר בקידושין אעפ"י שחותמין כותי' דליכא למיחש דלמא אתי למסמך עלי' דלא אתי לידה תקלה במה שסבורה להיות מקודשת דהא לא שכיח דתקבל קידושין מאחר כיון שסבורה להיות מקודשת והרי מבואר דגבי קידושין אפי' במזויף מתוכו דהיינו ערכאו' אפ"ה כל שיש עדי מסירה ישראל כשר וא"כ ודאי ה"ה בשאר מזויף מתוכו כשר ע"י עדי מסירה. והרמב"ן בחידושיו שם ז"ל וערכאות ליכא בקידושין היכא דאיכא עדי מסירה ישראל כו' אבל בקידושין כיון דמדאורייתא מקודשת משום עדי מסירה אי אמרת אינה מקודשת שרינן אשת איש לעלמא וא"ת ונימא כי היכ' דהכא גט פסול הוא וקידושי אחר תופסין בה אף ה"נ קידושין פסולים הם ואם בא אחר וקידשה חוששין לקידושי שניהם להחמיר ולאו מלתא כיון דהכא מן הדין כשר אלא שחוששין משום מזויף מתוכו א"נ דגזרינן מובהקים אטו שאין מובהקים לא גזור אלא בגיטי נשים משום דלא סמכו עלה בלא עדי מסירה ואתי למשרי אשת איש לעלמא אבל הכא דאי אתי למסמך עלה באינו מובהקים גופי' או בלא עדי מסירה אין אתה

מתיר האיסור אלא אוסר את המותר אע"ג דאיכא למיגזר אטו שאינו מובהקים דלמא סמכי עלה בלא עדי מסירה ואם בא אחר וקידשה יאמרו שאינה מקודשת אין חוששין לכל זה וזה פי' לפי' רש"י ועוד שאין גוזרין בקידושין גזירות האלו שהרי אין גוזרין בו שעדי הקידושין אין חותמין אלא זה בפני זה גזירה משום כלכם כו' וטעמא משום דלא שכיח כל הני מילי בקידושין אלא בגיטי נשים שפעמים שהוא כותב גיטי בערכאות משום קטטה או לקלקלה או שחששו שלא תהא כל א' וא' הולכת ותולה עצמה ביד כותי ומפקעת עצמה מיד בעלה אבל בקידושין אין אדם כותב קידושין בערכאות ועוד דקידושין כיון דאיכא קידושי כסף וביאה קידושי שטר לא שכיח כולי האי ולא גזר רבנן בה עכ"ל. וא"כ לפי טעמא שכתב הרמב"ן דערכאות בקידושין לא שכיחי ומש"ה לא גזרינן בקידושין א"כ איכא למימר דבחרס שהוא דבר שיכול להזדייף גזרינן בקידושין נמי אפי' איכא עדי מסירה. אמנם מפי' רש"י ותוס' מבואר להדיא דלעולם לא חיישינן במזויף מתוכו לקידושין וכל דאיכא עדי מסירה כשר בקידושין לגמרי וגם לפי טעמא בתרא דהרמב"ן דבקידושי שטר לא שכיחי ולא גזרינן בי' א"כ ה"ה במזויף מתוכו מחמת שיכול להזדייף ודברי הר"ן צ"ע ועוד אני תמה בדברי הר"ן דהא כתב הר"ן בפ"ב דגיטין דבדבר שיכול להזדייף חיישינן דלמא אתי למיסמך עלה ע"ש וכ"כ במרדכי ובהגהת אשר"י שם. וא"כ אמאי פסלי בקידושין בדבר שיכול להזדייף ע"י עדי מסירה וצ"ע:

ס"ק ב

לשם האשה המתקדשת כתב הריטב"א ז"ל ולענין שמו ושמה איכא מ"ד כיון דהוי' ליציאה אתקיש בעינן שמו ושמה דשמו ושמה בגט לאו מתקנת ר"ג היא אלא מדאורייתא דבעינן ספר כריתות שיהי' מוכח מתוכו שהוא עושה כריתות וכיון שכן אף בקידושין כן ומדלא מדכרינן בשום דוכתי' כו'. משמע טפי כסברא דמקצת רבוותא ז"ל דלא בעי בשטר קידושין שמו ושמה מוכיח מתוכו דבגט גופי' מדרבנן הוא מתקנת ר"ג דומיא דשם עירו ושם עירה ואפי' יהא בגט מדאורייתא התם דכתיב ספר כריתות אבל בשטר קידושין כיון שמוכיח לנו למי מקדש ומי הוא המקדש בהכי סגי ולא בעי מוכח מתוכו והיינו דלא אדכר בהא דהכא ולא בשום דוכתי בתך פלוני מקודשת לפ' עכ"ל. ונראה דאפי' נימא דשמו ושמה מעכב בשטר קידושין כמו בגט ובעינן מוכח מתוכו היינו דוקא במיחד בפירוש ואומר בתך פלוני מקודש' לי ובזה בעינן שיהי' מוכיח מתוך השטר וצריך לכתוב נמי בשטר בתך פלוני כי היכא דלהוי מוכח מתוכו שמקדש לפלוני' אבל אם עיקר הקידושין אינו אלא בתך סתם דכולן בכלל ואחת מהן מקודשת דלא בעינן קידושין המסורין לביאה וכהאי דקידושין דף נ"ג א"כ ה"ה כשכותב כן בשטר בתך מקודשת לי

הוי קידושין וכולן צריכין גט ולזה ה"ל מוכח דאחת מהן מקודשת וכמו בקידושי' כסף כשאומר סתם בתך מקודשת:

ס"ק ג

כמו בגט בריטב"א פ"ק דקידושין דף ה' ז"ל וכל היכא שאינו כתוב בגט ודין אעפ"י שאמר כן בשעת נתינת הגט לא מהני דמילי דצריכה לגיטא צריך שיהיה כתובין דאי לא בדבורא בעלמא מגרש לה ולא הוי גיטא וכן הדין במקדש בשטר דבעינן לשון בעל ולכתוב ודין ולי ואי לא אע"ג דאמ' לי' בדיבורא בעלמא לא מהני שכל זמן שאינו כתוב בו אין בו תורת שטר עכ"ל. ועיין בפ' האיש מקדש דף מ"ח גבי התקדשי לי בשטר ר' מאיר אומר אינה מקודשת כו' וחכ"א שמין את הנייר ומוקי פלוגתי' בשטר שאין עליו עדים ר"מ סבר עדי חתימה כרתי וחכמים סברי שמין את הנייר ע"ש והיינו דר"מ סובר דלאו דעת' להתקדש בפרוטו' הנייר אלא במאי דכתיבה בה וחכ"א שמין את הנייר דדעתה נמי אנייר ע"ש פי' רש"י ולכאורה קשה כיון דצריך ליכתוב בשטר קידושין ודין וטעמא דבעי ודין היינו דלא נימא בדיבורא בעלמא מקדשה ושטרא לראי' ועיין בגיטין דף פ"ה ובנדרים דף ה' וא"כ ע"כ אינו מקדשה בתורת כסף דאי בתורת כסף א"כ שטרא לראי' והוא כותב ודין דלא להוי לראי' אלא שמקדש אותה בשטר זה. מיהו נראה דהא דכותב ודין היינו דלהוי האי שטרא שטר הקנאה דלא נימא שהוא לראי' ובדיבורא בעלמא מקדשה להכי כותב ודין שבשטר זה הוא מקדשה והוא שטר הקנא' אבל אכתי יכול להיות שמקדש' בתרווייהו בתורת שטר ובתורת כסף ושניהם להקנאה ואכתי איכא למידק דכל כה"ג היכא דמקדש' בתרווייהו ושניה' להקנאה אם קנין אחד פסול הוי לי' כמקדש במלוה ופרוטה דאם דעתה אתרווייהו אינה מקודשת ומקדש במלוה ופרוטה דמקודשת אינו אלא משום דדעתה אינו אלא אפרוטה שהוא בעין ולא אמלוה שאינה בעין וכמ"ש בסימן כ"ח ס"ק ל"ח ע"ש והכא דדעתה נמי אנייר אבל דעתה נמי אשטר וכיון דשטר פסול ומקדשה בשניה' לא הוי קידושין כלל וע"ש בסימן כ"ח ס"ק ל"ח שכתבנו דהוא דומה לקני את וחמור:

ס"ק ד

ואינו כותבו אלא לדעתה פ"ק דקידושין ט' כתבו לשמה ושלא לדעתה רבא ורבינא אמרי מקודשת רב פפא ורב שרביא אמר אינה מקודשת ע"ש. וקשיא לי לפי שטת רש"י ובעל המאור דהא דמהני שטר ולא הוי מפי כתבם דהיינו משום דנעשה מדעת המתחייב וה"ל מפי כתבו ולא מפי כתבם והובא בס' קצה"ח סימן כ"ח סק"ו ע"ש. וא"כ תיפוק לי' דפסול כל שנכתב שלא מדעת האשה דה"ל מפי כתבם כיון שנכתב שלא מדעת המתחייב.

ואפשר דמיירי שהכתיבה לבד הי' שלא לדעת האשה אבל החתימה הי' לדעת ולפי"ז בנחתם שלא לדעת האשה
לא הוי ספק קידושין אלא ודאי אינה מקודשת ומשום דה"ל מפי כתבם אלא דבקידושין דף מ"ח דמוקי פלוגתי' דר"מ וחכמים בנכתב לשמה ושלא לדעתה ובפלוגתא דרב פפא ורב שרביא והתם ע"כ מיירי מנחתם שלא לדעתה דהא בכתיבה סובר ר' מאיר דאפי' מצאו באשפה כשר כדאי' רפ"ק דגיטין וכיון דמיירי בחתימה מוכח דפלוגתא דרב פפא ורבינא אפי' בחתימה מיירי וקשה דתיפוק לי' כל שנחתם שלא לדעת אשה ה"ל מפי כתבם וצ"ע:

ס"ק ה

שמין את הנייר ז"ל ב"ש כ' הב"י בלשון אפשר אפי' אם קידש בתורת שטר והשטר פסול מכל מקום מקודשת אם הנייר שוה פרוטה ובאמת מבוא' כן בש"ס דף מ"ח שוב ראיתי בבד"ה שכתב בעצמו כן עכ"ל. מקור הדין שם דף מ"ח התקדשי לי בשטר זה ר' מאיר אומר אינה מקודשת ור"א אומר מקודשת וחכ"א שמין את הנייר אם יש בו שו"פ מקודשת ואם לאו אינה מקודשת כו' אמר רב נחמן בר יצחק הב"ע כגון שקידשה בשטר שאין עליו עדים ור' מאיר לטעמי' דאמר עדי חתימה כרתי ור"א לטעמי' דאמר עדי מסירה כרתי ורבנן מספקא לי' אי כר' מאיר או כר"א הלכך שמין את הנייר אם יש בו שו"פ מקודשת ואם לאו אינה מקודשת אבע"א כגון שכתבו שלא לשמה כו' ואבע"א דכ"ע אית להו דריש לקיש והכא במ"ע שכתבו לשמה ושלא לדעתה ובפלוגתא דרבא ורבינא כו' ולכולהו אוקמתי' מקדש אותה בשטר פסול ואפ"ה שמין את הנייר ומבואר דאפי' קדשה בתורת שטר ונמצא השטר פסול אפ"ה אם הנייר שו"פ אמרינן דעתי' נמי אנייר שהוא בתורת כסף. אמנם נראה לפי מ"ש בשטת תו' רי"ד לפרש בהא דאמר כגון שקידשה בשטר ושאין עליו עדים ז"ל ראיתי למפר' א' שפי' בשט"ח שיש לו על אחרים ואין עליו עדים אלא שהלוה מסרו למלוה בפני עדי מסירה עכ"ל וא"כ כיון דמיירי שקידשה בשט"ח שיש על אחרים ומקדשה בתורת כסף בזה הוא דאמרי חכמים שמין את הנייר ומשום דהיכא דמקדשה בתור' כסף ודאי שמין את הנייר אבל היכא דמקדשה בתורת שטר ארוסין ונמצא פסול איכא למימר דאין שמין את הנייר כיון שאינה מקדשה כלל בתורת כסף וא"כ להך אוקמתי' דרב נחמן בר יצחק אינו מוכח כלל לומר אם מקדש' בשטר פסול דדעתי' אנייר. אלא שראיתי בתו' רי"ד שהשיג על המפרש הנ"ז ולענ"ד דברי המפרש נכונים וכמו שיבואר וז"ל ולא יתכן זה הפי' כלל שאם יש לו למלוה עדי מסירה שמסר לו הלוה השטר בפניהן והודה לו שהוא חייב לו מה צריך

ר' מאיר לעדי חתימה הרי פיו כמאה עדים ולא אמר ר' מאיר עדי חתימה כרתי אלא בגט ובשטר אירוסין דלא מהני עדות פיו ולא בשט"ח אלא ודאי בשטר אירוסין מיירי כדפי' המורה עכ"ל. ודברי המפרש נכונים דודאי כי היכי דפליגי בגט ובשטר אירוסין ה"נ פליגי בשטרי חוב וכמבואר בש"ס פ' המגרש דף פ"ו אמר ר' יהוד' אמר רב הלכה כר' אליעזר בגיטין כי אמרי תו קמי' דשמואל אמר אף בשטרות ופריך ורב סבר בשטרות לא הא קתני וגובה מנכסים משועבדים ר' אליעזר תרתי אמר כו' וכן בבבא בתרא דף קס"ט ואע"ג דהיכא דמודה שהוא חייב ומסרו לו בפני עדים נראה שהוא חייב לשלם דכיון דמסרו לו בפני עדים לא שייך משטה אני בך ועיין ש"ך ח"מ סימן מ' מכל מקום אינו שטר ולא הוי אלא מלוה ע"פ כיון דעידי חתימה כרתי ואינו גובה ממשעבדי וכיון דאינו אלא מלוה ע"פ לא מקניא אלא במעמ"ש אבל בכתיבה ומסירה אינו נקנה ואינה קונה האשה שט"ח זה כלל אלא דוקא לר"א דאמר עדי מסירה כרתי דה"ל שטר ממש וגובה ממשעבדי ונקנה לאשה בכתיב' ומסיר'. ועוד דלא מיירי כלל שהודה החייב אלא שמחייב עצמו אעפ"י שאינו חייב בשט"ח וכמבואר בטור וש"ע ח"מ סימן מ' ומש"ה לר"מ דאמר עדי חתימה כרתי אינו מתחייב בשטר שאין עליו עדים וא"ש דברי המפרש ועלה כהוגן דהיינו שמקדשה בשט"ח שיש לו על אחרים ובכתיבה ומסיר' וכברייתא דלעיל וכיון דאין עליו עדים לא הוי שטר ולא נקנה בכתיבה ומסירה ולר' אליעזר דאמר עדי מסירה כרתי נתחייב הלוה בשטר ונקנה השטר בכתיב' ומסירה ועמ"ש בקצה"ח סימן ס"ו סק"ז. אך קשה לפי"ז היכא שמין את הנייר דהא הנייר של לוה הוא וכמ"ש הר"ן פ' האיש מקדש ואין שמין את הנייר אלא משום שהוא ביד המלוה בתורת משכון וכמבואר בפוסקים ועמ"ש בסימן כ"ח סק"ב וא"כ לחכמים דסברי דבגוף השט"ח לא מקדשה ומשום דס"ל עדי חתימה כרתי וכיון דלוה לא נתחייב כלל ליכא תורת משכון דמנה אין כאן משכון אין כאן וכמבואר באשר"י פ"ק דקידושין דלא מהני משכון לחיוב אם גופו לא נתחיי' ולפי מ"ש דמיירי בחיוב חדש א"כ לא נתחייב כלל וכיון דמנה אין כאן משכון אין כאן ואיך שמין את הנייר כיון דנייר של לוה הוא ומשכון אין כאן כיון דמנה אין כאן. ונראה דהא דאמרו חכמי' שמין את הנייר אם יש בו שו"פ מקודשת היינו מקודשת מספק דכיון דחכמים מספקא להו אי כר' מאיר אי כרבי אליעזר הלכך אם יש בושו"פ מקודשת מספק ואם לאו אינה מקודשת דבשט"ח גמור נמי אינה מקודשת משום דחכמים ס"ל דלא סמכה דעתה שמא ימחול וכדברי חכמים דר' מאיר לעיל בקידשה בשטר חוב דשמין את הנייר. ובזה ניחא הא דאמרו בש"ס ורבנן מספקא לי' דהא שפיר מצינו למימר דחכמים סברי כר' מאיר דעדי חתימה כרתי ומש"ה אינה מקודשת אלא

בנייר אם יש בו שו"פ ור' מאיר סובר אין דעת האשה על הנייר וכדסבר לעיל בברייתא ור' אליעזר ס"ל דאפי' אין בנייר שו"פ מקודשת דעדי מסירה כרתי ועמ"ש תו' בזה בסוגיין. ולפי מ"ש ניחא דאי נימא דס"ל לחכמים לפשיטות כר' מאיר דעדי חתימ' כרתי א"כ אמאי שמין את הנייר דהא הנייר של לוה ותור' משכון לית בי' דהיכא דלא נתחייב א"כ מנה אין כאן משכון אין כאן אע"כ טעמא דשמין את הנייר משום דמספקא להו דשמא עדי חתימ' כרתי וא"כ מקודשת מספק דשמא עדי מסירה כרתי ויש עליו תורת משכון אך קשה לפי דברי המפרש נימא איפכא דחכמים ס"ל לפשיטות כר' אליעזר דאמר עדי מסירה כרתי וטעמא דחכמים דשמין את הנייר כדלעיל דלא סמכה דעתה שמא ימחול ור' אליעזר ס"ל אפי' אין בנייר שו"פ מקודשת משום דס"ל סמכה דעתה דלא שביק דידי ומחיל לאחריני וכדלעיל אליבי' דר' מאיר. ולכן נראה דרב נחמן בר יצחק ס"ל דהא דפליגי לעיל ר' מאיר וחכמים כאוקמיתא דלעיל בדרבי ורבנן אותיות נקנה במסירה או כדרב פפא ע"ש בסוגיא וכ"ע ס"ל דסמכה דעתה דלא שביק דידי וכו' וא"נ הכא טעמא דחכמים דאמרי שמין את הנייר היינו משום דספיקי מספקא להו אי כר' אליעזר דאמר עדי מסירה כרתי וא"כ שפיר נתחייב וקונה השט"ח בתורת משכון כדר' יצחק ויכול לקדש בו אשה וכיון דהנייר ברשות בא לידו מן הלוה ודאי מהני תפיסה ואם לאו אינה מקודשת דאע"ג דספיקא אי כר' אליעזר כיון דתפיסה שלא ברשות לא מהני ואם תפס מפקינן מיני' לשטת תו' והרא"ש בתפיסה שלא ברשות ולא הוי ממונו כלל אלא ממון לוה וכדמוכח בסוגיא דתקפו כהן פ"ק דמציעא דף ז' מהא דספיקות נכנסין לדיר להתעש' ואי אמרת תקפו כהן אין מוציאין מידו נמצא פוטר ממונו בממון של כהן ע"ש ומוכח דכיון דלא מהני תפיסה ה"ל ממון בעלים ממש לכל דבר אבל היכא דאיכא בנייר שו"פ הוי תפס ברשות וה"ל ממונו גמור ומש"ה מקודשת ודו"ק ועמ"ש אחי הרב המובהק בקו' הספיקות כלל א' סימן ח' אלא דהיא גופ' תיקשי דלמה צריך רב נחמן ב"י לאוקמה בשטר שאין עליו עדים ובשט"ח ומש"ה צ"ל אליב' דחכמים דספוקי מספקא להו אי כר"א אי כר' מאיר טפי ה"ל לאוקמה בשטר אירוסין ואין עליו עדים דר' מאיר לטעמי' ותו לא צריך לומר אליבי' דחכמים דספוקי מספקא להו אי כר' מאיר אי כר' אליעזר אלא דס"ל לגמרי כר' מאיר דע"ח כרתי ומש"ה שמין את הנייר. ולכן נראה דרב נחמן בר יצחק ס"ל דהיכא שמקדשה בשטר אירוסין ונמצא פסול לא מהני שומת הנייר בזה כיון דאינו מקדשה כלל בתורת כסף רק בתורת שטר ומש"ה צריך לאוקמה בתורת כסף ובשט"ח דה"ל תורת כסף ומש"ה צריך לומר אליבי' דחכמים ספוקי מספקא וכמ"ש ובתר הכי דמפרש פלוגתייהו בשטר אירוסין וסבר דמהני שומת הנייר אפי' היכא

דמקדשה בתורת שטר תו לא מסיק טעמי' דחכמים משום ספוקי מספקא אלא דמצינו לומר דחכמים פשיטא להו דפסול השטר ואפ"ה מהני שומת הנייר ודו"ק וכיון דלרב נחמן מוכח דס"ל דאין שמין הנייר היכא שמקדשה בתורת שטר ונמצא פסול אלא דוקא היכא שמקדשה בתורת כסף והייינו בשט"ח א"כ בקידשה בשטר אירוסין ונמצא פסול מידי ספיקא לא נפקא כיון דלר' נחמן בר יצחק אין שמין בזה הנייר ודו"ק:

ס"ק ו
או על איסורי הנאה עמ"ש בזה בסימן כ"ח ס"ק ס':

ס"ק ז
כתב בכתב ידו בנימוקי יוסף פד"א הביא בזה
מחלוקת מי אמרינן דכשם דכתב בכת"י כשר בגט ה"ה בקידושין או דוקא בגט גלי קרא וכתב לה אבל בקידושין יש לומר אין דבר שבערוה פחות משנים ע"ש ולא אתברר דהא בקידושין יליף שטר אירוסין מגט דאתקש הוי' ליציאה ואפשר דדוקא בגירושין סגי בכ"י משו' דבבעל לחודא סגי ונותן אפי' בע"כ ומש"ה כשכותב בכת"י ה"ל כשני' אבל בקידושין דלאו בדידי' לחוד תליא אלא בעינן נמי דעת האשה לא סגי בכת"י:

ס"ק ח
ע"מ שהנייר שלי אינ' מקודש' הנה דין זה צל"ע דהא בפ' הזרוע דף קל"ג תניא כהן שמכר פרה לישראל ואמר חוץ מן המתנות שלו ופריך עלה והתניא כהן שמכר לישראל ואמר על מנת שהמתנות שלי כו' ומשני על מנת שאני ע"ש ומבואר דעל מנת שהמתנו' שלי לאו שיורא אלא דרך תנאי ומש"ה לא מהני דה"ל מתנה עמ"ש בתורה דרשות ליתן לכל כהן שירצה וכמ"ש הרא"ש שם וע"ש וא"כ ה"נ באומר על מנת שהנייר שלי לאו שיורא הוא אלא דרך תנאי. וע"ש ברא"ש שכתב דע"מ שהמתנו' שלי הוי תנאי ולא שיור ולא ס"ל כסוגיא דפ' המוכר את הבית דשם משמע דע"מ שהמתנות שלי הוי שיור ע"ש פ' הזרוע וכן פסק בטור וש"ע י"ד במתנות דס"ל תנאי ולא שיור ע"ש וא"כ קשה כיון דה"ל תנאי וכל תנאי ומעש' בדבר א' המעש' קיים והתנאי בטל וכמו בגט שאומר ע"מ שתחזיר לי הנייר אם אומ' מעכשיו התנאי קיים אבל אם אינו אומר מעכשיו התנאי בטל והמעשה קיים אפילו לא החזירה הנייר וה"נ באומר ע"מ שהנייר שלי דלא הוי כמו ע"מ שתחזי' הנייר דהוה מעכשיו והחזרה הוא אח"כ אבל ע"מ שהנייר שלי הרי הוא מעכשיו הנייר שלו וה"ל תנאי ומעשה בדבר אחד וא"כ המעש' קיים והתנאי בטל ומקודשת ולמה כתב הרמ"א בע"מ שהנייר שלי דאינה מקודשת אלא דמידי ספיקא לא נפקא לפי מ"ש הרמב"ן לחלק בין אומר על מנת שתתן דתנאי הוי לאומר על מנת שהיא שלי דהוי שיור והובא בב"י בח"מ סימן ר"ט ע"ש שכתב שכן הסכים רב האי גאון ע"ש

וא"כ הכא באומ' ע"מ שהנייר שלי ה"ל שיורא ואינה מקודשת דאותיות פורחות באויר וכמו באומר חוץ אבל דעת הרמב"ם ובעל המאור בפ' הזרוע ורא"ש וטור וש"ע כולם הסכימו דתנאי הוי אפי' באומר ע"מ שהוא שלי וא"כ כל דרך תנאי כה"ג תנאי בטל דה"ל תנאי ומעשה בדבר א' כיון דאומר שיהי' שלי מעכשיו ואינו אלא כאומר הנני נותן לך ע"מ שלא יהי' שלך דה"ל תנאי ומעשה בדבר אחד וכמ"ש הרא"ש פ"ק דקידושין גבי ע"מ שלא יהי' לרבך רשות בו דאין קנין לעבד בלא רבו וע"ש שכתב ז"ל ומשום דיד עבד כיד רבו והוי כמו נותן מתנה לחבירו ואומר על מנת שלא יהי' שלך דקנה דכל תנאי שסותר המעש' לא הוי תנאי ע"ש. ובד"מ כתב הר"ן פ"ק דקידושין דאינה מקודשת עכ"ל ובדקנו בדברי הר"ן ולא מצאנו מזה וזה אשר כתב הר"ן פ"ק דקידושין גבי שטר מנלן ז"ל דהא ודאי צריך שיתן לה השטר דהא דכוותה בגט הרי זה גיטך והנייר שלי אינה מגורשת כדאי' פ' המביא תניין דף כ' עכ"ל והרי לא כתבה באומר על מנת אלא באומר והנייי' שלי דזה ודאי שיורא וה"ל אותיות פורחות באויר אבל דרך תנאי היכא שסותר המעשה ודאי תנאי בטל וצ"ע ולכן נראה לענ"ד באומר ע"מ שהנייי' שלי מידי ספיקא לא נפקא וה"ל ספק מקודשת דלדעת רב האי גאון ה"ל שיורא ואינה מקודשת ולדעת הנך פוסקים שזכרנו הוי תנאי והמעשה קיים והתנאי בטל כיון שהם בדבר אחד:

סימן לג

סעיף א

ס"ק א

דחזקה אין אדם עושה בב"ז כתב משנה למלך פ"ו מגירושין ז"ל ראיתי בתשובת רדב"ז כ"י שאם פירסה נדה ונתייחד עמה בפני עדים לא חיישינן לה דמסתמא לא עברי על איסור כרת ואפי' ראינו שנבעלה אין חוששין שמא לשום קידושין בעל דהא לא שייך אין אדם עושה בב"ז דמאן דעבר על איסור כרת לא חש לבעילת זנות ע"כ ודבריו נכוני' הם ונראה לפרש דבריו דאפי' לא ידעינן אם יודע שהיתה נידה אין חוששין לה אפי' ראינו שנבעלה דמסתמא הודיע' לו ולא חשש ועוד דחזקה זו דאין אדם עושה בב"ז על שניהם נאמרו ואין האשה מתקדשת אלא לרצונה וכיון שהיא לא חששה על אסור כרת לא חששה נמי על בעילת זנות עכ"ל. ומצאתי שהרשב"א אינו סובר כן ע"ש בתשובה סימן קפ"א ז"ל שאלת רחל באה ואמרה פנוי' אני ונתקדשה לשום פלגש בלא כתובה ושהתה עמו כמה ימים ונתייחדה עמו ואח"כ נודע בעדים שכבר נתקדשה לראובן זה שנים ואחר כל זה נודע שהביא לה אחי' מראובן בעלה הראשון גט לאחר זמן קידושי שני מה יהי'

הדין תשובה אשה זו צריכה גט בין מראשון בין משני כו' דאשה זו כיון שנתייחדה עמו אחר הקידושין הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה וכו' זו שמתחלתה לא נתקדשה וכו' כיון שידע זה השני שיש עדים שנתקדשה כבר לראובן וראה הגט ביד האשה שגירשה ראובן יודע הוא שאין קידושין תופסין באשת איש וגמר ובעל אחר גירושי ראשון לשום קידושין כדאמרינן בקטנה היכא דבעל אחר שגדלה ועמדה ונתקדשה לשני אינה צריכה גט משני כו' ואעפ"י שאסורה לו מונטמאה נטמאה מכל מקום קידושין תופסין בה מן התורה ומה שטעון זה המקדש שלא נתייחד עמה לשום נשואין ולפיכך רשאי הוא לכנוס אין ממש בטענותיו כמו שאמרנו שהיחו' הרי הוא כביאה יע"ש והובא בב"י סימן י"ז ומבואר דאפי' לא ראינו שנבעל' אפ"ה אמרינן הן הן עדי יחוד כו' ואע"ג דאסור לו מן התורה דכשם שאסור' לבעל אסורה לבועל אפ"ה כיון דקידושין תופסין בה אין אדם עושה בב"ז וגמר לשום קידושין וא"כ בנדה נמי דקידושין תופסין בה אמרינן אין אדם עושה כו' וגמר לשום קידושין ואפי' לא ראינו אלא היחוד אמרינן הן הן עדי יחוד כו' ולא כהרדב"ז ובש"ג פ' מי שאחזו ז"ל וכן נראה בעיני בגרושה מן הנשואין שאם נשאת לאחר ונתארמלה ואח"כ נתייחדה עם בעלה ראשון אינה צריכה גט ממנו שאף אם בא עלי' באותו יחוד אין בעילתו לשום אישות אלא לשום זנות שאם יבעל לשום אישות הרי הוא לוקה שיאמר לא יוכל בעלה הראשון לשוב לקחתה עכ"ל. ונראה מזה לכאורה כדברי רדב"ז. אלא נראה בדכה"ג דרדב"ז ס"ל לש"ג נמי דגמר ובעל לשו' קידושין דאע"ג דאיסורא עבד מכל מקום כיון דאיסורא דעבד עבד ואכתי בחזקתו קאי דאין אדם עושה כו' וגמר לשום קידושין אבל במחזיר גרושתו דקי"ל קידש לוקה בעל אינו לוקה א"כ אמרינן ודאי לא גמר לשום קידושין דבקידושין לוקה ואמרינן דלא גמר לשום קידושין אלא לשום זנות דמסתמא לא עביד איסורא רבה אבל בנדה דבין לשום זנות בין לשום קידושין איסורו שוה וכיון דאיסורא דעבד עבד אמרינן דלענין זה דאין אדם עושה בב"ז בחזקתו קאי דחשוד לדבר א' אינו חשוד לדבר אחר ודוקא בפרוצים לזנות הוא דליכא חזקה זו אבל במחזיר גרושתו דע"י קידושין חמיר יותר דבעל ולא קידש אינו לוקה וקידש ובעל לוקה אמרינן דלא קידש וכמ"ש ודו"ק וזה מדוקדק בלשון ש"ג שכתב שאם יבעול לשום אישות הוא לוקה וכו' ולא כתב טעמא משום דחזינן דעבר על ביאת איסור אזיל חזקתו אע"כ דאפי' היכא דעבד איסור לא הורע חזקה דאין אדם עושה בב"ז ולא שביק היתרא דיכול לעשות ע"י קידושין דאע"ג דה"ל כמו חשו' לאותו דבר אפ"ה חמירא לאינשי יותר כיון דיכול לעשות בזה ע"י קידושין אלא משום דאם יבעול לשום קידושין לוקה ויותר חמירא ע"י קידושין לכן אמרינן דמסתמא לא כיון לשום קידושין ודו"ק.

ולפי"ז הא דכתב הרשב"א ואעפ"י שאסורה לו מונטמאה נטמאה כו' צריך לומר דס"ל דוקא במחזיר גרושתו הוא דאינו לוקה אלא בקיד' אבל מחזיר סוטתו דאינו אלא בעשה אין חילוק בין קידש או לא קידש ועוב' בעשה בביאתו גרידא דאל"כ אדרבה יותר ראוי לומר שלא קידש וכמ"ש בביאור דברי הש"ג ואכתי צ"ע ועיין ב"ש סימן קמ"ט. ובפ' הזורק דף ע"ט דפליגי ב"ש וב"ה וסברי ב"ש פוטר אדם את אשתו בגט ישן וב"ה אסרי ואמרינן שם דב"ש לא סברי הך גזירה דשמא יאמרו גיטה קודם לבנה וב"ה סברי גזירה וכו' וכתבו תו' שם ז"ל

בירושלמי מפרש דאזלי לטעמייהו דב"ש אית להו לא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה ערות דבר הלכך מזוהמת היא בעיניו ואינו בא עלי' וב"ה סברי אפי' הקדיחתו תבשילו ויאמרו כי בא עלי' וכי ה"ג פליגי לקמן במגרש ולנה עמה בפונדקי למאן דמוקי לה בלא ראוה שנבעלה עכ"ל. ומשמע מדבריהם דוקא למאן דלא מוקי לה בראוה שנבעלה אלא בעידי יחוד ומשום דהן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה ובזה הוא דאמרינן כיון דלב"ש ע"כ מצא בה ערות דבר ומזוהמת היא בעיניו ובודאי לא בעל אבל למאן דמוקי לה בראיה שנבעלה הרי אינה מזוהמת בעיניו ומוכח מזה דס"ל לתו' נמי כדברי הרשב"א דאפי' היכא דעביד איסורא נמי אמרינן חזקה זו דאין אדם עושה כו' דאל"כ א"כ גם למאן דמוקי לה בראוה שנבעלה נמי מצי למימר דב"ש לטעמי' דס"ל אין אדם מגרש אא"כ מצא בה ערות דבר וא"כ אסורה היא לו ולית בי' חזקה דאין אדם עושה כו' אע"כ דאפי' היכא דאסירא היא עליו נמי מוקמינן אותם בחזקתם דאין אדם עושה וכדברי הרשב"א. ומיהו בזה נראה הסברתם דלא כרשב"א דהא להרשב"א אמרינן הן הן עדי יחוד אפי' היכא דאסורה לו ולתו' לא אמרינן. ואפשר לחלק דוקא היכא דגירשה משום שמצא בה ערות דבר הוא דלא אמרינן הן הן עדי יחוד ומשום דמזוהמת בעיניו כיון דגירשה עבור הזנות אבל בנדון דהרשב"א דמיירי מבועל ולדידי' אינה מזוהמת שהרי כבר נבעלה לו בעידן איסורא דאשת איש. אמנם לפי מה דמוכח בש"ס פ"ק דיבמות דף ח' דלא יוכל בעלה הראשון לשוב לקחתה בין במחזיר גרושתו בין במחזיר סוטתו א"כ אכתי מצי תו' לפרש אפי' למאן דמפרש בראוה שנבעלה ומשום דלב"ש דסוטתו היא א"כ ודאי לא בעל לשום קידושין אלא לשום זנות כי היכא דלא לעבור בלאו דלא יוכל בעלה הראשון לשוב לקחתה דהוא דוקא בקידש. והרשב"א דמיירי בבועל דאינו אלא איסור עשה איכא למימר דבעל נמי עובר בעשה אבל מחזיר סוטתו דהוא בלאו דלא יוכל בעלה לשוב לקחתה והוא ע"י קידושין וא"כ ודאי לא עביד איסור מוסיף על האיסור והוא לאו דלא ישיב לקחתה אלא בעל לשום זנות וכהאי דש"ג וא"כ מוכח מזה

דס"ל לתו' דאפי' היכא דעביד איסור בקידושין אפ"ה אלימא חזקה זו דאין אדם עושה בב"ז טפי דגמר לשום קידושין. אמנם ברמב"ם פ"א מאיסורי ביאה משמע דאינו לוקה במחזיר סוטתו ועמ"ש הרב המגיד וא"כ אפש' לומר דעובר בעשה אפילו לא קידש ולא עביד איסורא טפי במה שקידש ודו"ק. והנה במ"ש במשנה למלך דחזקה זו דאין אדם עושה בב"ז על שניהם נאמרו וכתב שם הרב המגיה ז"ל גם מהר"ח אלפאנדרי נר"ו בס' בני חיי' ל"ח וכן לקט הקמח דף צ' תפסו בפשיטו' כסברת הרב המחבר דחזקה זו שייכא גם באשה והשיגו על הרב פ"מ ח"א סימן ס"ב וע"ש אך בס' לקט הקמח דף קפ"ט חזר בו והוכיח מדברי הרדב"ז דדוק' באיש שייך חזק' זו ולא באשה הנבעלת וע"ש עכ"ל. ובפ' המדיר דף ע"ג לא תימא טעמא דרב משום דאחולי אחיל לתנאי' אלא משום דאין אדם עושה בב"ז ופי' רש"י אבל לכתובה בתנאי' קאי ובשטה מקובצת ז"ל ומיהו תמי' לי כיון שאין לה כתובה מה הועיל זה בתקנתו אם יש עלי' נדרים ויודעת היא שתצא שלא בכתובה נעשה בב"ז וכל שבעילתה זנות אף בעילתו זנות וכדאמרינן ר"פ אעפ"י כל הפוחת אפי' בתנאה אלמא קסבר תנאי בטל ואית לה וכיון דאמר לית לך אלא מנה לא סמכה דעתה וה"ל בב"ז אלמא משום דלא סמכה דעתה ה"ל בב"ז אעפ"י שאין בלבו לגרש' וכו' וי"ל דשאני התם שהוא יודע בה שהיא אין דעתה סומכת ואינה נמסרת לו אלא כזונה וכיון שכן אף הוא בשעת ביאה יודע שעושה בעילה פגומה אבל כאן אדרבה כשהתנה וקבלה על עצמה מחשב קא חשיב שאין עלי' נדרים ודעתה לביאת מצוה והלכך אף הוא מתכוין לביאת מצוה אלא שמחמיר על עצמו יותר וחושש לעצמו שלא תהא ביאתו ביאה פנוי' אם נמצאו עליו נדרים נ"ל עכ"ל. ואי נימא חזקה זו דאין אדם עושה בב"ז על שניה' נאמרו א"כ כיון דלדידה ודאי הוי בעילת זנות דהיא יודעת שיש עלי' נדרים ומומין א"כ היכי הוי קידושין ע"י חזקה דבעל לחודי'. מיהו לפי מה שפי' הר"ן דאין אדם עושה בב"ז ומוחל הוא התנאי דלא להוי בב"ז ע"ש ד"ה לא תימא טעמא דרב ע"ש א"כ כיון דאחולי אחיל לתנאה דלא להוי בב"ז וה"ל קידושי כסף למפרע א"כ אין צריך תו לחזקה דידה דאין אנו צריכין לדעתה לשום קידושין רק בדידי' סגי ודו"ק:

ס"ק ב

המקדש בביאה דעתו על גמר ביאה פ"ק דקידושין דף ו' איבעי' להו תחלת ביאה קונה או סוף ביאה קונה למאי נ"מ כגון שהערה בה ופשטה ידה וקבלה קידושין לאחר א"נ לכ"ג דקא קני בתולה בביאה כו' אמר אמימר כל הבועל דעתו על גמר ביאה, וכתב הריטב"א בחידושיו שם ז"ל מיהו דוקא באשה דעלמא דתלי קניינה בדעתו אבל ביבמה לא הלכו אחר דעתו כדי שנאמר דעתו על גמר ביאה שבפירוש רבתה תור' שוגג כמזיד כו' ומדינא

קני בהעראה ואפי' עומד וצווח שדעתו עד גמר ביאה והיינו הא דאמרינן התם גבי הא דאמרינן כהן גדול לא חולץ ולא מייבם קא פסיק ותני ל"ש מן האירוסין ול"ש מן הנשואין בשלמא מן הנשואין לא אתי עשה דיבום ודחי עשה ול"ת דכ"ג באלמנה בעולה עשה ול"ת אלא מן האירוסין שהיא בתולה ליתי עשה דיבום ודחי ל"ת דאלמנה ואי ס"ד דיבום נמי כי גמר ביאתו בסוף ביאה הוא קונה הרי בגמר ביאה בעולת עצמו היא ואסורה לו בעשה והיכי אמרינן דליכא אלא ל"ת אלא ודאי דיבם לעולם הוא קונה בתחלת ביאה עכ"ל. וכ"כ הר"ן דיבמה קונה בהעראה אפי' גמר ביאתו ומשום דיבמה ניקנית אפי' בביאת שוגג ואונס והכריח דבר זה ג"כ מהאי דיבמות פ' כיצד גבי כ"ג אלא מן האירוסין ליתי עשה ולדחי ל"ת ואי אמרת דגם ביבמ' אינו קונה אלא בגמר ביא' מן האירוסין נמי עשה ול"ת היא דבעידנא דקני לה דהיינו בגמר ביאה כבר נעשית בעולה וע"ש. ואיכא למידק מהא דאי' ביבמות פ' הבע"י דף נ"ו א' המערה וא' הגומ' קנה מאי קנה רב אמר קנה לכל ושמואל אמר לא קנה אלא לדברים האמורי' בפרשה לירש בנכסי אחיו ולפוטרה מן היבום מן הנשואין לד"ה אכלה דהא הות קא אכלי מעיקרא כי פליגי מן האירוסין רב אמר אוכלת דהא רבי רחמנא לאוקמי במקום בעל לאלומי מבעל לא. ופי' רש"י וכן פי' תו' כיון דביאת שוגג לא קני בעלמא סברא הוא דלא רביי' אלא לדברים האמורים בפרשה בהדיא כגון לירש בנכסי אחיו דכתיב יקום על שם אחיו לנחלה ולפטור אשת אחיו מן היבום כו' דהנהו דברים לאוקמי במקום בעל אבל בתרומה לא אכלה ע"י ביאה גרועה ולא יורשה ולא מיטמא לה ולא מיפר נדריה דהיינו לאלומי מבעל אבל מן הנשואין זכאי בכולה דלא הוי אלא לאוקמי במקום בעל וע"ש בתו': וכיון דבכ"ג אזלינן בתר נישואין וכדאמרינן ביבמות פ' הבע"י כ"ג שקידש את הקטנה ובגרה תחתיו ואסיקנא דאזלינן בתר נישואין וקשיא להו נהי דתחלת ביאה קונה אינו אלא אירוסין וא"כ היכי מקדשה כ"ג בביאה וכתבו תו' שם דלהך איבעי' דביאה נישואין עושה קא מבעי' לה ע"ש בתו'. והריטב"א כתב דמיירי כשנכנסה לחופה בלא קידושין וקידשה בביאה דה"ל נשואה גמורה ע"ש. וכ"כ הר"ן שם ע"ש. וא"כ באלמנה לכ"ג אפי' מן האירוסין נמי איכא עשה ול"ת דנהי דיבמה קונה אפי' בביאת שוגג אבל אינו עושה נשואין באלמנה מן האירוסין דכי רביי' קרא לביאת שוגג אינו אלא לאוקמי במקום בעל ולא הוי' אלא ארוסה ובגמר ביאה דקונה אפי' לנשואין כיון דדעתו על גמר ביא' ה"ל בעולת עצמו דאשה בבתוליה יקח אזלינן בתר נשואין וא"כ אע"ג דאיכא עשה נמי בגמר ביאה וכמ"ש הריטב"א ומשום דבעינן ראוי להקים שם באחיו אלא דהוי עשה ולא תעשה בגמר ביאה וא"כ הדרא קושיא לדוכתי' דמאי פריך וליתי עשה ולדחי ל"ת דהא באלמנה מן האירוסין נמי איכא עשה

ול"ת בגמר ביאה דאנן קי"ל כהך לישנא בתרא דיבמות דף נ"ו שם באלמנה מן האירוסין דכ"ע לא אכל' כי פליגי מן הנשואין דרב אומר אוכלת דהא הות' אכל' מעיקרא וקי"ל דמן האירוסין לא אכלה וכמ"ש הרמב"ם פ"ח מתרומ' וכ"כ הטור בסימן קס"ו דביאת שוגג דקנה ביבמה דהיינו דוקא כשנפלה מן הנישואין אבל נפלה לו מן האירוסין אינו קונה בביאת שוגג. וע"ש. ונראה דודאי קושיות הש"ס דבאלמנה מן האירוסין ליתי עשה ולדחי ל"ת אפשר לפרש דפריך דאמאי אינו מייבם מן האירוסין וליתי' עשה כו' ויפרש דדעתו על תחלת ביאה דכה"ג ודאי נשואין עושה אלא דקושיות הריטב"א והר"ן לפי מ"ש במשנה למלך פ' י"ז מאיסורי ביאה דא"כ למאי איצטרכו בגמ' התם לומר גזירה שמא לא יפרש דעתו ויגמור ביאתו שהיא חששה היותר קרובה ובריטב"א כתב דדוחק הוא לו' דליכא אלא ל"ת מיירי כשפירש או שגילה דעתו לקנות בתחלת ביאה דא"כ לא הי' לו למקשה לסתום דבריו כ"כ והי' לו לפרש דהא סתמא ביאה גמור' משמע וע"ש: ולזה מהכרח לומר דביבמה קונה אפי' בתחילת ביאה ומטעמ' שכתבו כיון דקונה אפי' בשוגג וא"כ יש לומר המקשין דסתם בקושיא משום דס"ל כהך לישנא בש"ס דאמרו ביבמות דף נ"ו מן הנישואין ד"ה אכלה כי פליגי מן האירוסין דרב אמר אוכלת וקי"ל כרב באיסורי וא"כ בסתמא נמי קונה בתחלת ביאה לגמרי כנשואה ולבסוף דמסיק נמי בתירוצא גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שניה ליישב נמי להך לישנא מן האירוסין נמי קונה וכ"ת כיון דקי"ל מן האירוסין לא אכלה ואינו קונה בביאת שוגג לנישואין א"כ סתמא דגמ' בקושיא ובפרוקא אזלא דלא כהלכתא כיון דבאמת אפי' למ"ד מן הנישואין הוא דקונה בביאת שוגג אבל לא מן האירוסין נמי תקשי קושיו' ש"ס דלתי עשה ויפרש דעתו שיקנה בתחלת ביאה אלא הא דסתם בקושיא וכן בתי' דרבא שם גזירה ביאה ראשונה כו' ולא קאמר חששא הקרובה שמא לא יפרש משום דרוצה ליישב גם להך לישנא דמן האירוסין נמי קונה לנישואין בביאת שוגג. וכן הא דאי' שם פ' כיצד דף ך' בהא דפריך אלמנה מן האירוסין וליתי עשה כו' אמר רב גידל אמר רב אמר קרא ועלתה יבמתו השערה כו' אע"ג דלרב דמן האירוסין מודה דלא אכלה למסקנא מכל מקום צריך קרא דלא תיקשי דיפרש דעתו דיקנה בתחלת ביאה וכמ"ש ודו"ק. אמנם כל זה ניחא לשיטת רש"י ותוס' ביבמות דף נ"ו דהא דפליגי רב ושמואל היינו בביאת שוגג דהא ביאה גרועה בכל דוכתי אבל במערה ד"ה קונה לגמרי אבל לשטת הרמב"ם פ"ח מתרומות דקאי נמי אמערה וכמו שמבואר בירושלמי דפליגי נמי בהעראה ע"ש. וא"כ אפילו יפרש דעתו שרוצ' לקנות בתחלת ביאה אפ"ה אינו קונה אותה לכל הדברים אלא לדברים האמורים בפרשה ולאוקמי במקום בעל ואינה אלא ארוסה ובסוף ביאה

הרי היא נשואה וה"ל בעולת עצמו דבכ"ג אזלינן בתר נשואין וכמ"ש ותו אין לומר דהמקשה פריך להך לישנא שם ביבמות דמן האירוסין נמי אכלה דא"כ כל הסוגיא קושיא ופרוקא אזלא דלא כהלכתא כיון דאליבי' דהלכתא לעולם אינו קונה בנשואה באלמנה מן האירוסין בהעראה גרידא לשטת הרמב"ם וצ"ע. והנה בריטב"א כתב פ"ק דקידושין דף י' בהא דאיבעי' להו תחלת ביאה קונה ז"ל וקשיא להו לרבנן ז"ל ואפי' תימא תחלת ביאה קונה היכי שריא ליה דהא אפי' תימא דביא' נישואין עושה היינו ביאה גמורה אבל תחלת ביאה אינו עושה אלא אירוסין וכיון דכן בתחלת ביאה הוי כארוסה וכי הוי סוף ביאה דהוי נשואין ה"ל בעולה וכ"ש אי כולה ביאה אירוסין עושה דכי הוי נשואה בכניסה לחופה ה"ל בעולה וקי"ל דבתר נישואין אזלינן וכדקי"ל ביבמות פ' הבע"י כ"ג שקידש את הקטנה ובגרה תחתיו כו' ואסיקנא דאזלינן בתר נישואין ואיכא למימר דמיירי כשכנסה לחופה בלא קידושין וקדשה בביאה דכיון שקנאה בביאה נעשית כאשתו לכל דבר והיא נשואה גמורה בתחלת ביאה שהיא בתולה עכ"ל. ובמשנה למלך כתב עלה ז"ל ולא ידעתי זו מניין לו להרב ז"ל דאת"ל דביאה נישואין עושה דניבעי גמר ביאה עכ"ל. ולפי מ"ש נראין דברי הריטב"א דהשתא ביבמה דזקוקה ועומדת ואפ"ה באלמנה מן האירוסין אינו קונה בהעראה אלא לדברים האמורים בפרשה אבל אינה כנשואה ליורשה ולטמא לה ואינו אלא לאוקמי במקום בעל לשטת הירושלמי דפליגי במערה והרמב"ם דפוסק כירושלמי אשה דעלמא דאינה זקוקה לו מעיקרא כלל ועכשיו שמקדשה בביאה פשיטא דאינו קונה בתחלת ביאה לנישואין דאי איתי' דתחלת ביאה קונה לנישואין א"כ מערה ביבמה מן האירוסין אמאי אינו קונה לנישואין אע"כ דתחלת ביאה ודאי אינו קונה לנשואין ואפי' מאן דסובר ביבמות דמערה נמי קונה לכל דבר ליורש' ולטמא לה היינו דוקא ביבמה דזקוקה לו אבל כשמקדשה בביאה ודאי אינו קונה לנישואין בתחלת ביאה ועיין ברי"ף שמחלק נמי בזה דתחלת ביאה אינו קונה ומשום דדעתו על גמר ביאה ואלו ביבמות יליף דאשה נקנית בהערא' וכתב משום דמיירי שם בארוסה שהיא זקוקה וכמו ביבמה וע"ש. ולפי מ"ש לשטת הירושלמי והרמב"ם דס"ל כוותיה דקאי נמי אמערה וא"כ ביבמה גופה אינו קונה במערה לנשואין וא"כ היכי מצינו למילף מיניה דאשה נקנית בהעראה לנישואין כיון דאפי' יבמה מן האירוסין אינו קונה לנישואין בהעראה וכמ"ש. וראיתי שם בריטב"א במאי דקשיא להו לרבנן ז"ל כו' וקי"ל דבתר נישואין אזלינן. וכתב עלה ז"ל אי נמי דכי אמרינן שאזלינן בתר נישואין הני מילי התם דאשתני גופא ע"י בגרות בין אירוסין לנשואין אבל הכא דלא אשתני גופא כדקיימא קיימא ובתר אירוסין דקני' אזלינן דה"ל ככהן הדיוט שקידש אלמנה ונתמנה להיות כ"ג

ושריא ליה עכ"ל. וביבמות פ' הבע"י דף נ"ח כתבו תו' שם סוגיא דפ"ק מוכח דלא חשיב בעולה אשתני גופא דאמרינן אי תחלת ביאה קונה יכול כ"ג לקדש בביאה ואי חשיב אשתני גופא היאך יכנוס והלא בעולה היא בשעת נישואין אם תאמר דביאה אירוסין עושה ואח"כ כתבו דבפ' אלו נערות חשוב. בעולה שינוי הגוף ע"ש. ובמשנה למלך כתב עלה דריטב"א הנזכר ז"ל מה יענה הרב ז"ל להאי דפ' אלו נערות דף ל"ח שהביאו התו' דמהתם מוכח דבעולה חשיב אשתני גופא עכ"ל. ולענ"ד נראה דהתם בפ' אלו נערות איתי' שם מסתברא אשר לא אורש' לגזירה שוה כו' אדרבה בתולה לגזירה שוה כו' מסתברא הא אשתני גופא הא לא אשתני גופה ומזה הוא דהוכיחו תו' דבעולה חשיב אשתני גופה וכיון דבקנס אם הערו בה עשר' בני אדם כולם חייבים בקנס וכמ"ש בשטה מקובצת דף ל' ע"ש בהא דאמרו בש"ס בעולה לכ"ג דפרש"י בעולה שלא כדרכה דעדיין בתולה היא ושייך בה קנס וע"ש בשטה דמוקי לה כגון שהערה בה אחר ואתיא כמ"ד בפ' הבע"י הערה זו הכנסת עטרה וקנס נמי משלם דאמרינן בירושלמי הערו בה עשר' בני אדם דעדיין היא בתולה כולן משלמין קנס עכ"ל ומשמע מזה דהערה לא מקרי אשתני גופה כיון דאמרי בגמ' מסתברא הא אשתני גופה ומש"ה מיפטר בעולה מקנס וממילא משמע דבהערה לא מקרי אשתני גופה כיון דאפי' עשרה משלמין את הקנס אלא משמע דבעולה דמיקרי אשתני גופה היינו בגמר ביאה ומש"ה בתחלת ביאה אע"ג דאסורה לכ"ג אבל מכל מקום לא מיקרי אשתני גופה בתחלת ביאה וא"כ שפיר כתב הריטב"א דהכא לא אשתני גופה דהיינו בתחילת ביאה. וניחא ליישב בזה מה שהקשה בשטה מקובצת לסנהדרין פ' כ"ג ז"ל אלא מן האירוסין ליתי עשה כו' מכאן קשה לפי' ר"ת שפי' פ"ק דקידושין דתחלת ביאה היינו תחלת הערה ולמ"ד הערה זו הכנסת עטרה איירי דשייך שפיר תחלה וסוף והא דקאמר נמי כגון שהער' היינו שהתחיל להערות בה ופשיטא דצריך לגמור הערתו לקנותה אלא דמבעי' ליה אם מתחיל הקנין מתחלת הערה כשנגמרה לבסוף או אינו קונה כלל עד לבסוף דאי קונה מתחלה כשנגמרה לבסוף יכול כ"ג לקדש בביאה ואי אינו קונה כלל איני יכול לקדשה. וקשה דא"כ מן האירוסין נמי עשה ול"ת הוא והובא בס' שער המלך ה"ל אישות. ולפי מ"ש הריטב"א דזה לא חשיב אשתני גופא ודוקא בבגרות אשתני גופה א"כ מן האירוסין ליכא עשה ול"ת דע"י הערה לא חשיב אשתני גופה וכמ"ש. עוד ראיתי שם בס' שער המלך ז"ל וראיתי להרב מש"ל פ' י"ז מה"ל איסורי ביאה שהקשה לשטת תו' בשם רבינו ניסים גאון דהא דאשה ניקנית בהערה אחר קידושין מיירי דע"י אותה הערה הוי כנשואה וכ"כ הרי"ף דא"כ בהא דאמרי בקידושין כעורה זו ששנה רבי ובעלה מלמד שנקנית בביאה אי מהתם

הוי אמינא עד דמקדש והדר בעל ופרכינן א"כ נערה המאורסה דבסקילה היכא משכחת לה ואמאי לא הקשה א"כ קרא דוהוא אשה בבתוליה יקח היכי משכחת לה דאי לעולם בעינן ביאה וביאה אינו קונה עד גמר ביאה הרי היא בעולה אלא ודאי דכסף קונה והי' מרויח בקושיא זו תי' דבא עליה שלא כדרכה דלמ"ד בעולה שלא כדרכה לא שריא לכ"ג מאי איכא למימר ע"ש. ולדעתי נראה דלא קשה מידי דלמאי דהוי ס"ד דבעינן תרווייהו כסף וביאה פשיטא ודאי דלא בעינן גמר ביאה כדי לקנותה שהרי ביבמה פשיטא לן דבהעראה קונה מטעמא דזקוקה ועומדת כמ"ש הרי"ף וא"כ אף זו נמי זקוקה ועומדת ע"י קידושי כסף עכ"ל ואינו נראה דלפי ס"ד דכסף לחודיה אינו קונה כלל עד דמקדש והדר בעל א"כ לכסף גרידא עדיין לא היה זקוקה כלל דביבמה זקוקה ועומדת מחמת קידושי ראשון ואסורה לעלמא וזקוקה ליבמה דיכול לייבמה בע"כ דזקוקתו היא אבל בכסף גרידא אם תרצה קודם ביאה לחזור בו חוזרת א"כ אינה זקוקה ועומדת כלל וק"ל:

סימן לד

סעיף ג

ס"ק א

דחוזר ומקדש אותה תחת החופה. ז"ל הב"ש עיין סימן ל"ו שם פסק המשלח לא יקדש אותה אחר שכבר קידש אותה השליח שלא יאמרו דקידושין דשליח לאו קידושין הם וכאן כתב דחוזר ומקדש ואינו חושש כו' ואפשר דקידושין ע"י שליח חיישינן טפי שיאמרו קידושין ע"י שליח לאו קידושין הם עכ"ל. וכ"כ רשב"ץ להדיא (הובא במהרי"ק שורש ק"ע) ז"ל ואדם שקידש ארוסתו ע"י שליח אין לו לקדש אותה פעם אחרת בשעת חופה כדי שלא להוציא לעז על קידושין הראשונים ושרו אשת איש לעלמא שהעולם יסברו דקידושין ע"י שליח אינן קידושין עכ"ל וכתב עלה המגיה מוהר"פ ז"ל ומיהו היכא דקידושין הראשונים היו בלא מנין יכול לקדש פעם אחרת בשע' נישואין כדי לברך ברכת אירוסין בעשרה עכ"ל והנה מדברי הרשב"ץ מבואר להדי' הטעם שלא יאמרו קדושי' ע"י שליח לאו קידושין ומשמע הא בקידושי דעלמא שמקדש בעצמו לא חיישינן כלל ורשאי לחזור ולקדש אלא דמדברי המגיה הנזכ' נראה דקאי על קידושי שליח וס"ל דאפי' בקידש ע"י שליח כל שהי' בלא מנין וצורך בכך לחזור ולקדש משום הברכה אין חוששין כלל וחוזר ומקדש ודוקא היכא דאין צורך כלל הוא דאינו חוזר ומקדש מיהו נראה דדוקא היכא דאיכא עדים בקידושי שליח אז הוא דאינו חוזר ומקדש' כדי שלא יאמרו דקידושי שליח לא מהני אבל אם אין עדים בקידושי

שליח אלא השליח והאשה אומרים שנתקדשה בעדים שצריכה גט מספק והבעל צריך לחזור ולקדשה והוא בריב"ש סימן פ"ב וכתבו הרמ"א בסימן ל"ה סעיף ג' כל כה"ג אין חשש מהרואים שלא יאמרו קידושי שליח לאו כלום הוא כיון דלא נודע שקידשה שליח ובדרכי משה סימן ל"ה כתב דהריב"ש חולק על האי דרשב"ץ ע"ש ולפי מ"ש אינו חולק בזה דכל היכא דליכ' עדים בקידושי שליח ולא נתבררו קידושי שליח לא יאמרו דקידושי שליח לאו כלום הוא כיון דלא נודע מהקידושין שקידשה שליח ותו ליכא חשש:

סימן לה

סעיף ב

ס"ק א

השליח נעשה עד. בפ"ב דקידושין דף מ"ג דבי ר' שילא אמרי אין שליח נעשה עד כיון דאמרי שליח של אדם כמותו ה"ל כגופא ע"ש. ואיכא למידק כי ה"ל כגופי' מאי הוי הא בע"ד גופי' היכא דנסתלק מגרמת ממון יכול להעיד כדאמרינן השותפין מעידין זה לזה וכן אמרו נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי ואפי' אין מקחו בידו ה"ל עד לחייבו שבועה וכמבואר רפ"ק דמציעא גבי ולחזי זוזי ממאן נקט בתו' שם וא"כ ה"נ נהי דה"ל כגופי' כיון דאין בו נגיעת ממון למה לא יוכל להעיד ומ"ש ממוכר דנמי בשעת מעשה המכירה ה"ל בעל דבר וכן בשותפין וכל שנסתלקו מנגיעת ממון מעיד וצ"ע. שוב ראיתי בתשובת הריב"ש סימן פ"ג שכתב וז"ל ואם השליח אומר קדשתיה למשלח והיא אומר' לא נתקדשתי הנה המשלח אסור בקרובותי' מפני דברי השליח שהוא כמותו כו' ואע"פ שאין השליח כבעל דבר לגמרי דהא איפסקא הלכתא בפ' האיש מקדש שהשליח נעשה עד והאומר לשנים צאו וקדשו לי אשה הן הן שלוחיו הן הן עדיו היינו משום דאינו נוגע בדבר ואין לו הנאה בעדות זו אבל מכל מקום הרי הוא כמותו בכל ענייני השליחות ולזה היה דעת מי שסובר שאין השליח נעשה עד לומר שהוא כבעל דבר לגמרי אע"פ שאין נוגע בדבר ובזה לא נפסקה הלכה כמותו אמנם כל מה שהשליח אומר בענין השליחות הרי הוא כאלו אמרו המשלח עכ"ל. ומבואר דהיינו באמת טעמא דאין הלכה כמותו דר' שילא ומשום דאף ע"ג דכגופיה הוא כיון שאינו נוגע בדבר הרי הוא עד ור' שילא סובר דכיון דכגופיה הוא אע"פ שאינו נוגע אינו עד וא"כ הך דבעל המקח נאמן וכן הך בשותפין מעידין אע"ג דה"ל בע"ד אלא משום דאינו נוגע הוא לפי הלכתא דקי"ל שליח נעשה עד

ס"ק ב
נעשה עד. כתב הכלבו סימן ע"ה בה"ל אישות ז"ל כתב ה"ר יצחק האומר לשנים צאו וקדשו לי אשה פ' הן הן שלוחיו הן הן עדיו והרי"ף ז"ל כתב וצ"ע אם נאמר כן גבי שלוחי האשה לקבל גיטה וקידושי' עכ"ל

ס"ק ג
והיא מודה שקבלתו כו' אלא לשום פקדון. והוא דעת הר"ר יונתן הובא באשר"י דבזה ליכא כפירת ממון וה"ל עדי' ובחידושי מוהרי"ט כתב עלה ז"ל וכתב הר"ן לא מבעיא כשהיא מכחישתו אלא אפי' כשהיא מודה שקיבלתן אינה מקודשת דה"ל כמקדש בלא עדים. וקשה דכיון שהיא מודה שקיבלה הכסף הרי עשו עדים שליחותן שהרי הכסף ביד האשה בפקדון ועכשיו שאין נוגעין בעדותן מי לא מצי מסהדי שבתורת קידושין קיבלה וכ"כ הרא"ש בשם הר"ר יונתן הכהן ונ"ל שהר"ן מיירי דוקא כשהאשה מוד' שקיבלתן בתורת קידושין ואינה מחזרת הכסף נמצא שמוכרחין להעיד שקדשוה בה דאל"כ פושעים הם שנתנו לה הכסף שלא בתורת קידושין אבל כשאומרת בתורת פקדון נתן לי ברשותי' דמארי' איתי' ולאו נוגעין בעדותן הן בדברי הר"ר יונתן עכ"ל ומדברי חלקת מחוקק נראה שדברי הר"ן חלוקים המה על דברי הר"ר יונתן וע"ש: וכן נראה דהא כיון דאם היא מודה שקבלתו לשום קידושין ס"ל למוהרי"ט דה"ל נוגעין בעדותן לפי דעת הר"ן א"כ בשעה שקדשוה בפרוטה לפי דברי העדים אז עדיין לא כפרה האשה בקידושין ואם היתה עומדת בהודאתה לא היה עדים כלל דה"ל נוגעין בעדותן וה"ל מקדש בלא עדים א"כ אפי' עכשיו שאין האשה מודה בקידושין כבר נתקדשה בלא עדים ותו לא מהני עדים כיון דבשעת קידושין מודה האשה א"כ גוף הקודש הי' בלא עדים ודו"ק: וטעמא דהר"ר יונתן וש"פ דמהני הודאתה לאו משום דאומרת לשום פקדון וכמו שהבין מוהרי"ט אלא אפי' מודה האשה לגמרי דלשום קידושין קיבלה נמי ה"ל קידושין וכמ"ש הרשב"א בחידושיו וז"ל ובאינה מכחישתו איכא למימר דאפ"ה אינה מקודשת כו' דעדות אין כאן וה"ל כשניהם מודי' וזה עיקר ויש לומר דמקודשת דהשתא לאו נוגעין בעדותן ואעפ"י שבהכחש' אינו נאמנים הא אין פיסולן אלא משום נגיעתן ונסתלק הגורם וחזרו להכשירן עכ"ל. וזה נמי טעמא דהר"ר יונתן דכיון שאין פסולים אלא משום נגיעה כל שמודה האשה ונסתלק הנגיעה ה"ל עדים ממש ועמ"ש בס' קצ"ה סימן נ"ח ס"ק ד':

ס"ק ד
או שטר שיש בו שו"פ. והוא מדברי הרב המגיד ע"ש ומשמע הא פחו' משו"פ ה"ל קידושי ודאי ומשום דכל פחות משו"פ לא הוי נוגעין. ולדעת תו' והרא"ש דחיישינן שמא שו"פ במדי ומפני הרואין דשמא יבא א' ממדי לכאן ולא חיישינן שמא יבא א' ממדי לכאן

ויראה דהוי קידושי ודאי ויאמר דאין קידושין תופסין בפרוטה דהא אדרבה אנן לקידושי ודאי אמרינן בי' ומשום קידושי שטר ומה דלדידהו ה"ל נוגעין בזה וה"ל לדידהו קידושי ספק כולי האי לא חיישינן ועיין ט"ז ולדעת הרמב"ם דשמא שו"פ במדי ה"ל ספיקא דאורייתא נמי אינו אלא משום דה"ל כאלו אמרה לדידי שוה פרוטה כיון דקבליתנהו לשום קידושין וכמ"ש בסימן ל"א ס"ק ז' אבל נוגעין לא הוי כיון דכאן אין בו שו"פ אין בו שבועת היסת ועמ"ש בקצה"ח סימן פ"ח ס"ק ה':

ס"ק ה

הרי זו ספק מקודשת בירושלמי וכן בקידושין אמר' ר' אבין הדא דתימ' בשטר אבל בכסף לא ר' יוסי אמר מכיון שהאמינתו התורה אפי' בכס' נמי. וכתבו תו' אבל בכסף לא דמיירי אחר שנתקנה שבועת היסת דה"ל נוגעין דאי קודם שנתקנה שבועת היסת לא הי' נוגעין ע"ש. ובמרדכי כתב בשם ראבי' דהא

דאמר ר' יוסי מכיון שהאמינתו תורה אפי' בכסף נמי מיירי קודם שנתקנה שבועת היסת דאי לאחר שנתקנה היסת ה"ל נוגעין ע"ש. ודברי הירושלמי צריך ביאור בין לפי' תו' בין לפי' הראבי' דלפי' תו' דמיירי אחר שנתקנה היסת א"כ תינח דברי ר' אבין אבל דר' יוסי מאי איכא למימר ומה זה דאמר מכיון שהאמינה תורה כיון דהוא נוגע ולפי' הראבי' תינח דברי ר' יוסי אבל האי דר' אבין מאי איכא למימר כיון דקודם שנתקנה היסת אינו נוגע וא"כ אמאי בכסף לא. וליישב דברי הראבי' נראה לפי מ"ש הרמב"ם בה"ל שלוחין דכל שליח צריך לישבע בנק"ח שביעת המשנה וכן פסק בש"ע ח"מ סימן צ"ג דהוי כמו שבוע' השותפין דמורי היתר' ע"ש והרשב"א בתשובותיו סימן תתק"ב כתב ז"ל ועדיין במקומי אני עומד שלא אמרו אלא בבן הבית וכו' וכן מסתבר שאם כדברי הרמב"ם כו' ועוד דא"כ הא דאמרינן בפ' האיש מקדש הן הן שלוחיו הן הן עדיו והשתא דתיקון רבנן שבועת היסת משתבע ואי שליח נשבע הא אפי' קודם שתיקן רב נחמן היסת כבר קדמה שבועת בן הבית ע"ש והובא בב"י ח"מ סימן צ"ג. מיהו נראה לפי מ"ש הריטב"א פ"ב דקידושין דף מ"ב שם בהא דאמרו קודם שנתקנו היסת אית להו מגו דאהדרינהו ללוה וכתב עלה ז"ל ואע"ג דאמרינן בעלמא שכל עד שאינו נאמן מתוך עדותו אינו נאמן במגו התם הוא כשאינו נאמן מתוך פיסול עדות אחר אבל הכא כשר לעדות הוא אלא שאתה אומר שנוגע בעדותו ובהא אמרינן דלאו נוגע בעדות הוא דהא אי בעי אמרי אהדרינהו ללוה עכ"ל. ולפי"ז ניחא דקודם שתקנו היסת כיון דאי בעי אמרי אהדרינהו למשלח תו לא הוי נוגע אע"ג דשליח שאומר שעשה שליחתו צריך שבועה בנק"ח כמו בן הבית אע"ג דאית לי' מגו דאהדרינהו למשלח היינו משום דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה והוא

שטת הרמב"ם בשומרין ובשותפין דלא מהימני במגו משום דלא אמרו מגו לאפטורי משבועה אבל הכא דלאו מחמת מגו אתינן עלה דהא עדים לא מהימנו במגו אלא משום דכל היכא דמצי לאפטורי נפשייהו תו לא הוי נוגעין וכיון דלאו נוגעין ממילא אית להו נאמנות כדין עדים. וגם שבועה תו לא צריכי כיון דאית להו דין עדים היכא דלאו נוגעין נינהו ודו"ק. וא"כ דברי ר' אבין אבל בכסף לא מיירי קודם שנתקנה היסת אלא דצריך שבועה הקודמת מדין בן הבית וכדברי הרמב"ם וה"ל עד הצריך שבועה ועל זה אמר ר"י מכיון שהאמינתו התורה אפי' בכסף נמי והיינו כיון דאי בעי אמרי אהדרינהו למשלח תו לא הוי נוגע ונסתלק הנגיעה וכיון דלאו נוגעין המה ה"ל דין עדים והאמינתו תורה ותו לא בעי אשתבועי שבועת השלוחין כיון דאיכא עלייהו תורת עדים אבל אחר שנתקנה שבועת היסת דלא נסתלק הנגיעה דאפי' יאמרו אהדרינהו ללוה בעי שבועת היסת וכל עד הצריך שבועה לא הוי עד ודו"ק היטב:

ס"ק ו

ספק מקודשת כתב בח"מ דאם מתחלה פטר העדים משבועה לא הוי נוגעין וא"כ הוי קידושי ודאי ע"ש. ובב"ש כתב אם נתן פטורים להשליח בשעת השליחות לא מהני דהא בח"מ סימן קכ"א הביא רק בשם יש מי שאומר דמהני ואם הוא הלך עם השלוחים מתבאר ג"כ שם בהג"ה דאין נאמנין להוציא ממון א"כ כאן הוי קידושי ספק עכ"ל. ובמרדכי פ' האיש מקדש ז"ל והשתא דתיקון רבנן שבועת היסת כו' וא"ת ויפטור הלוה העדים ויהיו נאמנין מהשתא כדאמרינן בחזקת הבתים וליסלקי בי תרי מינייהו ולדייני גבי בני העיר שנגנב להם ס"ת וי"ל הכא למה יפטרם הלא גם הם חייבים לו ועוד תימא דאפי' הי' פוטרם הלוה היו נוגעין בעדותן דכיון דעד שלא פוטרם הוזקקו לומר פרענו השתא נמי אתי לאחזוקי שקרייהו תו' עכ"ל ומשמע מדברי המרדכי לתי' קמא דמהני פטור אפי' אח"כ וכן לפי תי' שני דאתי לאחזוקי שקרייהו אינו אלא היכא דכבר אמרו דפרעי למלוה אבל אם עדיין לא אמרו כלום בב"ד מהני פטור דלא שייך בזה אתי לאחזוקי אמנם בריטב"א הקשה ג"כ קושיא זו דליפטרם ללוה ותו לא נגעי בעדותן וכתב עלה וז"ל והנכון דבעינן תחלתו וסופו בכשרות הלכך התם גבי בני העיר שנגנב ס"ת שלהם דמהני בדסלקי בי תרי מינייהו דהתם כל כמה דלא סליקי נפשייהו הרי הם כבני העיר ובעלי דבר נינהו ולא עדים כלל וכדאמרינן התם במכות רובע יציל נרבע יציל במקיימי דבר הכתוב מדבר ומכי סלקי נפשייהו והוי עדים הי' תחלתן וסופן בכשרות אבל הכא מקמי דליפטרינהו לוה אינם בעלי דבר לגבי מלוה אלא עדים והוי נוגעין בעדותן ופסלי להו וכי פטרינהו לוה השתא דאתכשרו ה"ל תחלתן בפסלות וסופן

בכשרות וכן תי' הרב ר' אשר בר' משלם עוד י"ל דקושיא מעיקרא ליתי' דהתם כי מסלקי נפשייהו לאסהודי לאחרינא לא מרווחי מידי אבל הכא הרי העדים מרויחים שפוטר אותן כדי שיעידו ודומה כאלו משכירם שיעידו עכ"ל. ונראה מזה דאפי' פטרן קודם שהגידו שום דבר בב"ד נמי לא מהני או מטעמא שכתב הרב ר' אשר דה"ל תחלתו בפסול או משום טעמא דריטב"א דה"ל כאלו משכירם שיעידו. מיהו נראה דטעמא דה"ל כאלו שוכרן הרי הם כשרים מן התורה דאפי' נוטל שכר להעיד אינו פסול מן התורה כל שאין מעיד לעצמו וכמבואר אצלינו בס' קצה"ח סימן ל"ד ס"ק ד' ובסימן ל"ז ס"ק ה' ומכ"ש כה"ג דאינו שכר ממש אלא דומה לשכר וא"כ גבי קידושין כה"ג מקודשת לדעת פוסקי' דמקדש בפני פסולי עדות דרבנן הו"ל קידושין מן התורה ואע"ג דהיסת גופה אינו אלא דרבנן ואפ"ה אינה מקודשת כלל היינו משום דנוגע מיהא הוי ופסול מן התורה וכן משום עד הצריך שבועה אפי' שבועת היסת תו לא הוי עד אפי' מן התורה כיון דלא הוי עד אלא היכא דנאמן בדיבורו לבד וכיון דאינו נאמן עכשיו בדיבורו לבד תו לא הוי עד כלל אבל היכא דלאו נוגע הוא ואינו צריך שום שבועה אלא דה"ל כנוטל שכר וכיון דניטל שכר להעיד גופי' אינו אלא מדרבנן א"כ מן התורה עד הוא. ומיהו אפי' בשבועת היסת שצריך העד נמי אפשר דכיון דאינו צריך שבועה אלא מדרבנן אבל מן התורה נאמן בדיבורו לבד א"כ ה"ל עד ממש מן התורה וכ"כ ב"ש אבל בח"מ כתב דכיון דצריך שבועת היסת אפי' מן התורה לא הוי עד. וכל זה אינו אלא שהוא מחייב שבועה ואפילו היסת אבל היכא שפטרו אע"ג דה"ל כנוטל שכר להעיד מן התורה הוי עד וכמ"ש. ומ"ש הריטב"א לחלק בין ס"ת שניגנב לבני העיר לסילק דהכא משום דהתם ה"ל בעל דבר והכא אינו בע"ד אלא נוגע כו' לא אתברר לנא דודאי כל שיש צד נגיעה בדבר הרי הוא בע"ד ומה לי בע"ד בכולו או בקצתו ואפי' נוגע בדרך רחוקה ונפלא' ה"ל בע"ד ממש ומש"ה סתם בש"ע ח"מ סימן נ"ג סעיף ט"ו וכתב דכל פסול ממון לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות משום דהוא כבע"ד ע"ש ונראה לישב לפי מה שהקשו תוספות בסוגיא שם אמאי הוי נוגעין במה דאמר פרעונהו למלוה משום שבועת היסת כו' לישתבע נמי השתא דפרעינהו למלוה ותו ליכא צד נגיעה ותירצו דא"כ ה"ל עד צריך שבועה והתורה אמרה עפ"י שנים עדים יקום דבר בעדותן לבד ע"ש וכ"כ הריטב"א שם. וא"כ אפי' קודם שפטרן משבועה נמי לאו נוגע הוא כיון דמחויבין לישבע היסת וגם אם יאמרו אהדרינהו למלוה ישבעו היסת וא"כ מתחלתן לא נפסלו משום צד נגיעה אלא משום דה"ל עד הצריך שבועה והתורה פסלה לעד הצריך שבועה וא"כ השתא שיפטור אותן משבועה ה"ל תחלתו בפסול וכמו דקרוב ונתרחק כיון דלאו מחמת נגיעה המה פסולי עדות וזה

נכון אלא דמלשון הריטב"א אינו משמ' כן ובעה"ת שער כ"ט כתב דלא מהני סילוק אלא כמו האי דס"ת שנגנב דמסלקי בי תרי משום דהמחילה תלוי בידו א"כ מעולם לא הוי תחלתו בפסול כיון שבידו לסלק אבל הכא דהמחילה תלוי ביד אחרים שפוטר לשלוחין משבועה כדי שיעידו ה"ל תחלתו בפסול ע"ש והובא בב"י ח"מ סימן קכ"א ע"ש. אמנם נראה לענ"ד דהכא לענין קידושין ודאי לא מהני פטור שיפטור אותן משבועה אפילו לדעת הפוסקים דמהני תחלתו בפסול גבי פסול ממון. והוא לפי מ"ש בס' משפט צדק ח"מ סימן כ"ב דהא דמהני סילק היינו דוקא בעדי ראי' אבל בעדי הודאה לא מהני סילוק מפני שיכול לומר שמפני שראה שם שלא הי' מי שהי' יכול להעיד כנגדו הודה מה שאינו והובא בקצה"ח סימן ל"ג ס"ק ג' וע"ש וא"כ כיון דבקידושין בעי עדים ובעינן נמי שיהיו יודעים מן העדים המקדש והמתקדשת ואם הי' עדים אחורי הגדר לא הוי קידושין וכמבואר סימן מ"ב ע"ש וא"כ הכא כיון שבשעת קידושין פסולין היו ה"ל כמו עדים אחורי הגדר אע"ג דאח"כ חזרו להכשירן כיון דלא היו עדים כשרים בשעת גוף הקידושין. ואם הוא הלך עם השלוחין. נראה דאפי' לדעת הסוברים בסימן קכ"א דאם הלך עם השלוחין ה"ל עדים הכא לא הוי עדים כיון דאפילו אשה מודה שקיבלה לשום קידושין ה"ל מקדש בלא עדים לדעת הר"ן א"כ ה"נ בהלך עם השלוחין כיון דאין נאמנים העדים אלא משום דהמקדש בעצמו מודה שראה שנתנו לה הקידושין א"כ ה"ל מקדש בלא עדים, והיכא דאיכא עד המסייע משמע מדברי מוהרי"ק דתו לא הוי עד הצריך שבועה ובב"ש כ' דעד הצריך שבועה אף עם עד המסייע נמי לא הוי עד כיון שאינו נאמן בדיבורו לבד וע"ש ולפי מ"ש

הרמ"א בח"מ סימן פ"ז דהא דעד המסייע פוטר היינו דוקא שטוען הנתבע טענ' שאפשר להאמינו בלא מיגו אבל אם אין מאמינין אותו אלא מכח מיגו דטוען טענה אחרת צריך לישבע כאלו טען טענה אחרת ע"ש. וא"כ אכתי ה"ל נוגעין בעדותן דהא צריכין לומר דנתנו לאשה דכשיאמרו אהדרינהו למשלח יצטרכו שבועה דבזה הטענה לא יהיה להם עד המסייע וכיון שהיו צריכין שבועה כשיאמרו אהדרינהו למשלח והשתא לא יהי' צריכין שבועה ה"ל נוגעין וכשישמעו גם עתה ה"ל עד הצריך שבועה ודו"ק:

ס"ק ז

אין צריך עדים במינוי האיש שליח כתב הר"ן ר"פ האומר ז"ל כתב הרמב"ם פ"ג מאישות כל העושה שליח לקבל הקידושין צריך לעשותו בפני שני עדים אבל האיש שעשה שליח לקדש לו אשה אינו צריך לעשותו בעדים שאין מקום לעדים בשליחות אלא להודיע אמיתת הדבר לפיכך אם הודו כו'. ודברים אלו תמוהין בעיני הרבה מה בין שליח קבלה

לשליח הולכה ומ"ש כמו שליח הגט אינו יודע לו ענין דהתם כיון דנפק גיטא מתחתי' מתותי ידי' בדין הוא שיהי' נאמן דהא המני' בעל כדאי' פ' התקבל אבל בשליחות קידושין אין הוכחה עכ"ל ובשו"ת מוהרי"ט חלק אה"ע סימן מ"ג הביא הך דר"ן וכתב עלה ז"ל ואני תמי' ואי לאו דנפיק גופי' מתותי ידי' מי מהימנין לשליח כו' אבל השליח עצמו מודה שמסרו לו שלא בעדים ואי חשבינן לי' דבר שבערוה הא קי"ל המקדש בלא עדי' אין חוששין לקידושין לכך הביא הרב ז"ל ראיה דבמידי דשליחו' לא מקרי דבר שבערו' להצריך שנים בגוף המעשה אלא בשליח קבלה כדתנן שנים שיאמרו בפנינו אמרה ולא סגיא בשנים שיאמרו בפנינו הודית ומעתה הר"ן עצמו צריך להודיענו מה בין שליח קבלה שלה לשליח הולכה שלו לענין הגט דאין הוכחה מהכתב אלא שבא לידו ואפשר שנתנו לו שלא בעדים וצריך לחלק כמו שחלקו לדעת הרמב"ם עכ"ל. ונראה דברי הר"ן נכונים בטעמא שכתב בפ' המגרש שם בענין עדי מסיר' כרתי כר"א וכדעת הרי"ף דגם עדי חתימה כרתי דאם מסרו לה בינו לבינה גט ואחר שהאריך שם להוכיח דלר"א לא מהני עדי חתימה כלל אלא עדי מסירה העלה בדעת הרי"ף ז"ל אבל מה שנראה לי בזה דלר"א ס"ל עדי מסירה כרתי בלחוד ולא ע"ח והיינו דאמרינן בכל דוכתי דר"א ס"ל עדי מסירה כרתי ולא אמרינן אף ע"ח ומיהו מאי דמוד' ר"א דעדי חתימה מהני היינו משום דס"ל שהמסירה כורתת כל שיש בשעתה עדים בדבר בין שהם מעידים על המסירה עצמה או על גוף הדבר ומעתה מה שמודה ר"א דגט החתום בעדים כורת אעפ"י שלא נתן בעדי מסירה כמו שמוכיחות כל אותן הראיו' שכתבתי למעלה לאו משום דס"ל עדי חתימה כרתי אלא שהמסירה כורתת מכיון שיש עדי' על עיקר הדבר דה"ל ע"ח כעדי מסירה שהרי הגט יוצא מתחת ידה בעדי' הללו ובידוע שהבעל מסר לה ונמצאו כאלו הן עצמן מעידין על המסירה עכ"ל וע"ש. וא"כ מה שתמה מוהרי"ט דאין הוכחה מהכתב אלא שבא לידו ואפשר שנתנו לו בלא עדים אינו קושיא דכיון שיש הוכחה שבא לידו מן הבעל היינו עדיו וכל שבידוע שהבעל מסר לו הגט החתום שביד שליח ה"ל כעדי מסירה ואע"ג דלא ידעי אם לפקדון או לגירושין הא הימני' וה"ל סהדי אבל שליחות קבלה נהי שהגט יוצא מתחת ידו ובידוע שהבעל מסרו לו אבל אינו מוכח שמינתה אותי שליח לקבל' ומש"ה בשליחות קבלה בעינן עדים ומעתה דברי הר"ן נכונים וזה ברור

ס"ק ח

והלך השדכן וקידשה לו והוא שטח הרא"ש ומשום דכיון דכבר גילה דעתו זכות הוא לו ובתו' רי"ד כתב דזה לא הוי זכות משום דאוסרו בקרובותי' ומפרש כפי' הרמ"ה שבסעיף שאח"ז ועמ"ש בזה סימן ל"ז ס"ק י"א ובקצה"ח סימן שפ"ב סק"ב:

ס"ק ט

והעבד לפי שאינו בתורת קידושין כתב ב"ש ז"ל ואיני יודע למה פסק כאן דעבד פסול ובסימן קמ"ה הביא דעת הפוסקים כשהוא שליח הולכה הוי ספק גט ע"ש ונרא' דהא דהוי ספק גט בשליח הולכה הוא ע"פ דעת הר"ר יוסף הלוי דהוא סובר דהא דאמרינן דאין העבד נעשה שליח לקבל גט לאשה משום דלאו בני כריתות נינהו היינו דוקא שליח קבלה אבל שליח הולכה מצי מיהוי ובר"ן פ"ב דגיטין כתב בטעמו דשליח קבלה אינו יכול להיות דאין לו יד לקבל גט כיון דהוא לאו בר כריתו' אבל שליח הולכה מצי להיות כיון דשליח הוי לכל מילי וע"ש ואכתי אינו מובן דודאי שליח הולכה דגט נמי צריך להיות בר כריתות ומ"ש מקבלה ועיין ב"י סימן קמ"ה. ולענ"ד נראה בטעמו של הר"ר יוסף הלוי משום דהא דהמגרש צריך שיאמר הרי זה גיטך אינו אלא מדרבנן אבל מן התורה אינו צריך לומר כלום אלא הגט הוא המגרש ובו כתוב לשון בעל איך הוא מגרש אותה וכמ"ש הרמב"ם פ"א מגירושין ז"ל המגרש צריך שיאמר כשיתן לה הגט הרי זה גיטך ואם נתן בידה ולא אמר לה כלום הרי זה גט פסול וע"ש בכסף משנה דאינו מעכב מן התורה ואע"ג דכתב באותו פרק שאחד מעשר' דברים שהם עיקר הגירושין מן התורה הוא שיתננו לה בתורת גירושין היינו שלא יאמר דברים שאינם ענין גירושין כגון כנסי שט"ח זה וכיוצא אבל כל שנותן סתם אינו יוצא מתור' גירושין ולפיכך אינו מעכב מן התורה ע"ש. והטעם כמ"ש ומשום דעיקר גירושין כתוב בגט אלא כשאומר לשון המקלקל היינו כנסי שט"ח זה אז נראה כמבטל אבל כשר מן התורה אפי' אינו אומר כלום. ולפ"ז ניחא דעבד יכול להיות שליח להולכ' כיון דלשון הגירושין כתוב בגוף הגט ואינו צריך שיאמר הרי זה גיטך מן התורה וא"כ אינו צריך להיות שלוחו אלא לגוף הנתינה דהא בעינן ונתן בידה ואלו אמר טלי גיטך מעל גבי קרקע לא הוי גט ועושה שליח על גוף הנתינ' ובזה עבד נמי נעשה שליח על גוף הנתינה דכל שבא ליד האשה מיד הבעל בתורת נתינה אפי' שלא בתורת גירושין נמי הוי נתינה וכמ"ש הר"ן בפ' הזורק דכל שבא לידה מכח הבעל אפי' בתורת הפקדון ואומר אח"כ הרי זה גיטך ה"ל נתינה ע"ש וכיון דאין הנתינה צריך לשום גירושין אלא שיהי' נתינה מיד הבעל והא איכ' דעבד נעשה שליח בכל מקום ואע"ג דאינו בר כריתות כיון דאינו עושה מעשה גירושין אלא שליחות לנתינה והאמירה שאומר הרי זה גיטך אינו מעכב מן התורה ומשום דכתב הגט הוא המגרש אבל נכרי דליתי' בשליחות כלל בשום מקום א"כ אפי' לנתינ' אינו שליח ואנן בעינן נתינה מן הבעל ושליחות לקבלה דהשליח עושה מעשה גירושין מש"ה ליתי' בעבד דאינו בר כריתות ובקידושין דודאי צריך שיאמר הרי זה קידושיך אפי' בשטר

אירוסין וכמ"ש ב"ש סימן קל"ו סק"א לחלק בין גט לקידושין משום דלשון הגט הוא לשון הבעל אבל בקידושין אפי' מקדש בשטר וה"ל כאלו הוא מדבר מכל מקום אינו ניכר אם דעתה גם כן לקידושין ע"ש וכיון דבקידושין האמירה מעכב וצריך שיאמר הרי את מקודשת ועבד דאינו בר קידושין אינו נעשה שליח לאמירה זו ודו"ק היטב:

ס"ק י

אם מוסר לו הקידושין במרדכי ס"פ התקבל דיעות חלוקות אם המקדש יכול למנות שליח כשיש ביד השליח כסף או שטר ע"ש וע"ש ר"פ האי' מקדש בשם הקדוש מדריו"ש דאינו יכול למנו' שליח כיון דלא נגמ' הדבר עדיין כיון דאם לא תאבה האשה אינו יכול לקדשה בע"כ ע"ש. ובתו' ריי"ד מחלק בין קידושי שטר לקידושי כסף דגבי שטר כיון דאינו יכול לקדשה אלא בשטר זה יכול לעשות שליח כמו בגט ולא הוי מילי אבל בכסף כיון שיכול לקדשה בכסף שלו ואין

קפידא לקדשה דוקא בכסף זה ה"ל מילי וכ"כ בש"ג ועמ"ש בזה בקצה"ח סימן קפ"ב ס"ק ב' ובסימן רמ"ד ס"ק ב':

ס"ק יא

אם לא קדשה במעות המשלח. כתב בט"ז ז"ל דאי במעות המשלח ה"ל גזל וכ"כ במרדכי. והקשה בדרישה דבלאו טעמא דגזל הוא כן דהא בח"מ סימן קפ"ג כתב בשם הרמב"ם דאם שולח לקנות סחורה וקנ' השליח במעות המשלח ואמר זקפתי המעו' במלוה ולדידי קניתי דאין בדבריו כלום וצריך ליתן הסחורה לבעל המעות והתם לא שייך טעמא משום גזל עכ"ל ונ"ל דלק"מ דשם נמי משום גזל הוא דלא חשדינן לי' בגזלן שנוטל מעות חבירו בלי ידיעתו דרך הלואה עכ"ל הט"ז. מיהו בסימן קפ"ג שם דעת כמה פוסקי' דאפי' יש עדי' לדבריו שקנה לעצמו נמי צריך ליתן המקח לבעל המעות ע"ש. אלא נראה דקושיא מעיקרא ליתי' דגבי סחורה אמרינן כיון שקנ' במעו' המשלח אעפ"י שקנה במשיכה וכיוצא אפ"ה אין דעת המוכר אלא לבעל המעות אבל בקידושין כיון דאשה לא נתרצית אלא לזה ודאי לא הי' דעת האשה לבעל הפרוטה דאולי בעל הפרוטה אינו הגון לה ולכך צריך לומר הטעם משום גזל וא"כ קידושה בדבר שאינו שלו וזה פשוט ועיין ב"ש שכתב במעות המשלח לאו דוקא דאין מקדשין במטבע. וכבר כתבנו בסימן כ"ז סק"א דשפיר מקדשין במטבע

ס"ק יב

אין כאן בית מיחוש. בח"מ וב"ש מפרשי דאין כאן בית מיחוש ומקודשת לראשון ע"ש וקשה לי נהי דמה שאמר לי הי' בטעות ואינה מקודשת לשליח אכתי היכי מתקדשת לראשון כיון דלא אמר הרי את מקודש' למשלח אלא לי ומ"ש בח"מ דתיבת לי בלא

כוונה משמע לעשות שליחותי ע"ש ואינו מוכרח דתו' לא כתבו אלא בהא דתנן והלך השליח וקדשה לעצמו מקודשת לו והקשו דמאי קמ"ל וכתבו דה"א לי כוונתו למשלחו ולעשות שליחותי ע"ש. ונהי דזה הי' ה"א אבל בתר דקמ"ל במשנה דתיבת לי אינו במשמ' לעשות שליחותי א"כ בלא כוונה נמי אינו במשמע ותדע דהא בתשובת מוהר"מ האריך בזה אם נאמן השליח לומר טעיתי ואי נימא דבמשמע לעשות שליחותי א"כ ליהוי נאמן לומר השליח דמה שאמרתי לי היינו לעשות שליחותי ומשום דבתר דקמ"ל מתני' דמקודשת לשליח ושאין במשמע לעשות שליחותי א"כ תו אין לפרש לי לעשות שליחותי ומש"ה הוכר' מוהר"מ לבא מצד טעיתי וכיון דאינו אלא טועה היכא תתקדש למשלחו אם לא אמר למשלחו. ואפשר דמיירי בעסוקין באותו ענין שאמר לה לקדשה למשלחו ואח"כ כשאומר לי כיון דהוא טועה ה"ל כנתן בשתיקה וממילא מקודשת לראשון כאלו נתן בשתיקה ואע"ג דבפ"ק דקידושין גבי מייעדת מיוחדת בעי לה אפי' בעסוקין באותו ענין משום דהתם הנך לישני דלמלאכה קאמר מגרע כחו דעסוקין באותו ענין דהתם לאו טועה הוא אבל הכא דהוא טועה לא מגרע וה"ל כשתיקה דמהני גבי עסוקין באותו ענין. אבל היכא דאין עסוקין באותו ענין אינו מקודשת לא לראשון ולא לשני וכמ"ש. אמנם לא ידענו מי הכריחו לזה לפרש בעסוקין באותו ענין דיותר נראה דמ"ש אין כאן בית מיחוש היינו דאינו מקודשת לא לראשון ולא לשני לשני לא כיון דטועה ולראשון לא קידושה וכן משמע להדיא בתשובת מוהר"מ סימן ג' ז"ל נראה לי דאינה צריכה גט מן השליח דקי"ל הקדש טעות אינו הקדש והמתכוין לומר תרומה ואמר מעשר מעשר אומר תרומה עולה ואמר שלמים שלמים ואמר עולה לא אמר כלום והוי חולין גמורים ומהימן לומר שכן הי' בדעתו להוציא בפי' וטעה ואפי' אינש אחריני סמיך עלי' ומצי שחיט הבהמה בחוץ ולהאכיל תרומה לזרים וע"א נאמן באיסורין היכא דלא אתחזיק איסורא ע"ש וא"כ כיון דמדמי לה לתרומה ואמר מעשר דלא אמר כלום ה"נ בקידושין לא אמר כלום אלא דהתם בעובדא דמוהר"מ חזר השליח ואמר הרי את מקודשת למשלח ע"ש אבל אם לא חזר ואמר למשלח הרי את מקודשת נראה דה"ל פנוי' לגמרי. וכן מוכח מהא דכתב שם מוהר"מ דע"א נאמן במקום דלא אתחזיק איסורא וע"ש ואי נימא דמקודש' לראשון ה"ל מתחזיק איסורא דהא בין כך ובין כך מקודשת היא אם לראשון אם לשני והיכא נאמן ע"א בזה לומר לראשון ולא לשני אלא ודאי כשאומר טעיתי אינו אלא פנוי' לגמרי וחשיב לא אתחזיק ומש"ה עד אחד נאמן בזה למשוי פנוי'. ולפי מ"ש הר"ן פ' האומר גבי אב שאומר קדשתי את בתי סתם ואח"כ אומר לזה נאמן ומשום דאינו אלא מברר ואינו מפקיע עצמה מאיסור אשת איש ע"ש וא"כ ה"נ נאמן השליח

לומר שמקודשת לראשון ולא לשני מיהו אין זה במשמעות לשון תשובת מיימוני דהא כתב דלא אתחזיק איסורא א"כ משמע דליכא איסור כלל ולא כתב משום דמברר את דבריו ע"ש עוד בתשובת מיימוני שכתב עוד צד להתיר במה שפשטה ידה אח"כ וקיבלה קידושין שתהי' מקודשת למשלח דנאמנת כמו אשה שאמרה לבעלה גרשתני ע"ש ומשמע דצריכה קידושין אחרים למשלח וז"ב. שוב מצאתי להדיא כדברינו בתשובת מוהר"י ן' לב ח"ד סימן ח' ז"ל וא"ת היכי אפשר דהוי מקודשת גמורה למשלח או ספק אם אין כאן אלא דברים שבלב ודברים שבלב אינו דברים הא ודאי לאו קושיא היא דמיירי כשהי' מדברים עמה או לפני' על עסקי קידושין כו' הכלל עולה ממה דכתבינן הוא דלמאן דס"ל אינה מקודשת כלל גם למשלח אינה מקודשת אם לא שהיו מדברים עמה או לפני' על עסקי קידושין למשלחו עכ"ל ומבואר דהיכא דאין עסוקין באותו ענין אינה מקודשת כלל ומ"ש דבעסוקין באותו ענין מקודשת למשלח אינו מוכרח דיותר נראה כיון דאמר לי אע"ג שהי' בטעות ה"ל לשון גרוע וכמיוחדת לי דלא מהני עסוקין באותו ענין ולכן לולי דברי מוהרי"ן לב נראה דאפילו עסוקין באותו ענין אינה מקודשת לראשון דהא קידושין בעי עדים והרי העדים סוברין דזה חזרה הוא במה שאומר לי ואינה מקודשת לא לראשון ולא לשני כיון שנאמן לומר שטעה:

ס"ק יג

אלא אשה שיכול הוא לקדשה בשעת השליחות פ"ק דנזיר דף י"ב לא משוי אינש שליח אלא במלתא דמצי עביד השתא במלתא דלא עביד השתא לא משוי שליח וס"ל להרמב"ם דהיינו אפי' עושה בפירוש שליח שיעש' שליחותו כיון שיכול הוא לקדשה לא מהני דה"ל דשלבל"ע. ובתו' שם ז"ל וא"ת דהא מעשים בכל יום שהאשה אומר' לחברת' לושי לי קמח והפרישי חלה בעבורי וגם תלמידי של בית רבן אומרים כן ואיך נעשה שליח בדבר הזה הא בשעה שעושה אותה שליחות לא היתה יכולה בעצמה להפריש חלה מקמח זה שאינו בר חיובא שאין מפרישין חלה מקמח ואומר ר"ת דיש בידה להביא עיסה מגולגלת ולומר עיסה זו תהא חלה על קמח לכשיהי' נלוש ודברים שבידה קיימים דאין זה דשלבל"ע כיון שבידה ללוש ולגלגל העיסה קרוי שפיר בא לעולם כיון שבידה לעשו' כדאמ' פ' האומר פירות ערוגה זו תלושה יהא תרומה על פירות ערוגה מחוברת כשיתלשו ונתלשו דבריו קיימין דכל שבידו לעשות לאו כמחוסר מעשה דמי ובידו לתולשם ומכל מקום בהאי טעמא לחוד לא סגי לן למימר דמצי למיעב' שליח כאן כיון שבידו ללוש ולגלגל מדאמר פר"ג דף נ"ב האומר לחבירו כתוב גט לארוסתי לכשאכניסנה אגרשנה הרי זה גט מפני שבידו לגרשה ובעי התם ליבמתו מהו מאי קא

מבעי' לי' והא בידו לבא עלי' ולגרשה אלא ודאי כיון דהשתא לא מצי לגרשה לא מצי משוי שליח כיון דמחוסר מעשה לבא עלי' ה"נ כיון דהשתא לא מצי להפריש אינו קרוי בידו מה שבידו ללוש ולגלגל לענין זה שיכול לעשות שליח כיון דמחוסר לישה וגלגול עכ"ל. ודברי תוס' צריכין ביאור רחב דקשה טובא בדבריהם. חדא במ"ש להוכיח דלא מצי משוי שליח בדשלבל"ע אפי' היכא דבידו ואמאי דהא משמע דשליחות בדשלבל"ע עדיף טפי מהיכא שהוא בעצמו מקנה או מקדיש דשלבל"ע דהא בשליח דעת רש"י דמהני בדשלבל"ע היכא דאתני בפירוש אלא דבסתמא אין דעתו על דשלבל"ע ואלו היכא שהוא בעצמו מקנה או מקדיש דשלבל"ע ודאי לא מהני' וכיון דבידו מהני לדשלבל"ע להקנות או להקדיש ולמה לא יהי' מהני לשליחות כל שהוא בידו ועוד קשה בראי' שכתבו מהא דכתוב גט לארוסתי כו' ליבמתו מהו כו' דהתם כתב הגט קודם שכנסה וכמו שפי' רש"י שם ז"ל ליבמתו מהו כתבו קודם שכנסה וכשכנסה נתנו לה מהו שתתגרש בו עכ"ל וכיון שכתבו קודם שיבמה ומספקא לי' מי אמרינן כיון דאגידא בי' כארוסתו דמיא או דלמא כיון דלא עבד ביה מאמר לא תיקו והתם ראוי שלא יועיל מה שבידו דגבי תרומה אומר שיהי' תרומה על פירות מחוברין כשיתלשו ומש"ה מהני מה שבידו אבל באומר שיהי' תרומה על פירות מחוברין עכשיו קודם שיתלשי ה"נ דלא מהני והתם כתיבת הגט קודם שיבמה מש"ה לא מהני בידו כיון דהכתיבה לא הי' מועיל לשעתו כלל מש"ה לא מהני מה שבידו ונראה בזה דס"ל דכי היכא דלר"מ דס"ל אדם מקנה דשלבל"ע מהני אפי' באומר מעכשיו וכדאי' בקידושין דף ס"ג בלוקח עבד ע"מ לשחררו כו' כגון דכתב לי' לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך מעכשיו וע"ש בתו' ד"ה כגון דכתב לי' ע"ש וכ"כ הרשב"א בחידושיו שם דהא דצריך מעכשיו משו' דקמ"ל דאפי' נקרע השטר וכן אינו יכול לחזור בו היכא דאמר מעכשיו דקנין לר"מ בדשלבל"ע כמו קנין לרבנן בדבר שבא לעולם ולא קאמר ר"מ דיכול לחזור בדבר שלא בא לעולם אלא היכא דלא אמר מעכשיו דגם לרבנן בדבר שבא לעולם יכול לחזור כל שאינו אומר מעכשיו אלא לאחר שלשי' אבל כל שאומר מעכשיו הרי הוא לר"מ כמו דבר שבא לעולם לרבנן ותו אינו יכול לחזור ע"ש ועמ"ש בקצה"ח סימן ר"ט סק"ה. וא"כ ה"ה בדבר שבידו לרבנן כל שאומר מעכשיו מהני ותו אינו יכול לחזור ואפי' נקרע השטר קוד' שבא לעולם ומש"ה הוי מהני הגט שנכתב ליבמתו קוד' שיבמה כיון דבידו ואפי' נקרע הגט קודם שיבמ' כמו דמהני לר"מ במעכשיו בדבר שלא בא לעולם ועיין תו' יבמות דף צ"ג. ומש"ה הוכיחו תו' כיון דלא מהני הגט ליבמתו קודם שיבמה אע"ג דבידו מוכח דלא מהני בידו לשליחות בדבר שלא בא לעולם והתם גבי כתבו גט ליבמתו נמי אינו אלא שליחות דהסופר הוא שליח הבעל ודוקא

היכא דהוא בעצמו עשאו וכמו בהאי דתרומה שאומר פירות ערוגה זו יהי' תרומה על פירות לכשיתלשו דבידו מהני משום דהוא בעצמו הוא המפריש אבל שליחות לא מהני בדבר שלא בא לעולם אע"ג דבידו וכדמוכח מהאי דכתוב ליבמתו דאע"ג דבידו לא מהני שליחות הסופר ודו"ק. ומאי דקשיא לן דאמאי שליחות גרע בדבר שלא בא לעולם דלא מהני אפי' בידו נראה לפי מה דאיתא פ' האומר דף ס"ב בהא דאמר ר' יוחנן כל שבידו לאו כמחוסר מעשה אלא הא דאמר ר' אושיעא הנותן פרוטה לאשתו ואמר לה הרי את מקודשת לי לאחר שאגרשך אינה מקודשת ה"נ לר' יוחנן דהוי קידושין ומשני נהי דבידו לגרשה בידו לקדשה ופי' רש"י וכי בידו לקדשה אם יגרשנה שמא לא תתרצה בקידושין וע"ש וכתב שם הרשב"א בחידושיו ז"ל בידו לקדשה תמיהא לן מלתא דכיון דשניהם נתרצו עכשיו בקידושין דלאחר גירושין ודבר שלא בא לעולם לא הוי דבידו לגרשה אמאי לא מהני כמו במקדש לאחר שלשים ע"ש ובתשובת הרשב"א סימן אלף רי"ב גבי נותן שתי פרוטות א' היום וא' לאחר שאגרשך דשם מביא ראיה דמהני מהא דאומר לחבירו שדה זו שאני מוכר לך אקחנ' ממך תיקדש ומשו' דבידו. בפ' אעפ"י וכתב עלה דיש לדחות דאכתי לא איפשטא בעיין מדר' אילא דהאי דר' אילא שאני דבידו להקדיש עכשיו לעולם אין צריך דעת אחרים אבל גבי קידושין לאו בידו לגמרי דהרי צריך שהיא בדעת האשה להתקדש לו ואעפ"י שהאשה עכשיו מתרצה בכך ודעת שניהם שוה מכל מקום כיון שאין ביד אחד לגמור הקנין מעכשיו בלא דעת חבירו כמחוסר מעשה חשבינן לי' עכ"ל ע"ש וכ"כ הריטב"א בחידושיו ז"ל בידו לקדשה פי' שהרי אין בידו לקדשה עכשיו עד שיגרש והיא מחוסרת מעשה גמור משא"כ בפירות מחוברין דהשתא מצי למיתלשנהו ולאפרושינהו ובתלישה גופה עכ"ל וזה נראה כדברי הרשב"א בתשובה אלא שדברי הרשב"א בתשובה בביאור יותר דאע"ג דהשתא שניהם מתרצים כיון שאין ביד אחד לגמור בלא דעת חבירו כמחוסר מעשה חשבינן לי'. ולפ"ז ניחא דשליחות בדבר שלא בא לעולם לא מהני אפי' בידו כיון דצריך דעת השליח ה"ל כמו התם בדעת האשה ומש"ה הוא עצמו יכול לגמור הקנין בדבר שלא בא לעולם כל שבידו אבל ע"י השליח לא מהני בדבר שלא בא לעולם כמו התם גבי אשה שצריך דעת וה"נ צריך דעת השליח ומש"ה קשיא לי' לתוס' גבי חלה דהיכי מצי משוי שליח בדשלבל"ע אע"ג דבידו דהא התם גבי כתוב ליבמתו מוכח דלא מהני בידו ומשום דצריך דעת הסופר ואין ה"נ אם כתב בעצמו הגט ליבמתו מהני אפי' קוד' שיבמה ומשום בידו וכמו בתרומה גבי מחוברין דהוא רק דעת עצמו אבל היכא דצריך דעת השליח כמו בסופר או גבי חלה ע"י שליח לא מהני בידו כיון דצריך דעת אחר. ועיין חידושי הרשב"א גבי בידו לקדשה מיישב ג"כ

בזה כמ"ש בתשובה דכיון שאין ביד א' מהם מחוסר מעשה הוא שאף אם תרצה היא להתקדש לו לאחר שתתגרש אין בידה בע"כ ע"ש וזה כדברי הרשב"א בתשובה והיינו שאינו ביד אחד מהם לגמור וא"כ ה"ה מה"ט ע"י שליח לא מהני בידו בדשלבל"ע כיון דצריך דעת השליח כשעושה ע"י שליח ודו"ק כל זה נראה לענ"ד בביאור דברי תוס'. ולפ"ז הא דמבעי' באומר כתבו ליבמתי אע"ג דהוא בידו ליבמה היינו משום דשליחות לא מהני בדשלבל"ע אע"ג דבידו ומשום שאינו ביד א' לגמור דכיון שעשאו ע"י שליח ומחוסר דעת השליח וכמו באומר לאשתו הרי את מקודשת לי לאחר שאגרשך אע"ג דכל שבידו מהני הקנין מעכשיו וכמו לר"מ בדשלבל"ע והיא עכשיו נתרצית אלא כיון דאינו בידו לגמרי אלא ע"י ריצוי אשה לא מהני בידו ה"נ בשליח אע"ג דבידו לא מהני כיון דאין בידו לגמור כשעשאו ע"י שליח אלא ע"י ריצוי השליח ואם כי הי' יכול לכתוב בעצמו הגט מכל מקום כשעשאו ע"י שליח וצריך דעת השליח תו לא מהני בידו ומש"ה בחלה נמי לא מהני שליח אע"ג דבידו כל זה נראה לענ"ד מדברי תו' לפי מ"ש בביאור דבריהם. אמנם לפי"ז גבי יבמתו אם כותב בעצמו הגט קודם שיבמה שפיר מהני דהא בידו הוא ליבמה. אולם מדברי הרמב"ם נראה דאפי' כתב בעצמו הגט נמי ספיקא הוי ע"ש פ"ב מגירושין ז"ל אמר לסופר כתוב גט לפלונית ויהי' עמי לכשאשאנה אגרשנה אינו גט מפני שלא היתה בת גירושין כשנכתב גט זה וימצא שנכתב שלא לשום גירושין אבל אם אמר להם כתבו לארוסתי כו' וגירש בו כשר כתבו ליבמתו ואחר שיבמה גירש בו הרי זה ספק גירושין עכ"ל. ומדקאמר כתבו ליבמתו משמע דבעצמו כתבו ואפ"ה לא מהני. ונראה דהוא מטעמי' שכתב דלא הוי לשמה ואפשר דס"ל להרמב"ם דשליח נמי מצי משוי כל שבידו ומש"ה העלה טעם הדבר משום דה"ל שלא לשמה דלכאורה לא הי' צריך לומר הרמב"ם דה"ל שלא לשמה ותיפוק לי' דה"ל דשלבל"ע אלא משום דס"ל דכל שבידו לא הוי דשלבל"ע ושליח נמי מצי משוי וא"כ מאי קא מבעי' ביבמתו כיון דבידו ליבמה לזה העלה טעם הדבר משום דה"ל שלא לשמה ומש"ה אפי' למ"ד אדם מקנה דשלבל"ע לא מהני כיון דה"ל שלא לשמה וגם בידו לא מהני ודו"ק. ובטור סו' קל"ב ז"ל צוה לכתוב גט לגרש בו אשה בעלמא לכשיכניסנה כתב הרמב"ם אינו גט וליבמתו הוי ספק וא"א הרא"ש ז"ל כתב דאפי' לאשה דעלמא הוי גט למ"ד אדם מקנ' דשלבל"ע עכ"ל וז"ל הרא"ש פ' ר"ג דהיינו דוקא למ"ד אין אדם מקנה דשלבל"ע אבל למ"ד אדם מקנה הוי גט כי היכא דמהני לענין שחרור בלוקח עבד ע"מ לשחררו וכתב לו הרי גופך קנוי לך מעכשיו כדמוכח בהאשה רבה ובקידושין פ' האומר וגט אשה וגט שחרור שוין דילפינן לה לה מאשה עכ"ל. ובב"י הקשה, על הטור במ"ש בשם הרא"ש

דאפי' לאשה דעלמא כו' כיון דאנן הא קי"ל דאין אדם מקנה דשלבל"ע ע"ש שהניח בצ"ע. ולפי מ"ש ניחא דאלו מטעמא דדבר שלא בא לעולם הי' מהני ביבמתו כשכתב בעצמו הגט ואיבעי' דכתוב ליבמתו אינו אלא ע"י שליח וכמ"ש בביאור דברי תו' אבל אם כותב בעצמו מהני משום בידו ולטעמא דרמב"ם משום דה"ל שלא לשמה וא"כ אפי' למ"ד אדם מקנה דשלבל"ע וא"כ אפי' בידו לא מהני א"כ אפי' כותב בעצמו הגט ליבמתו הוי ספק גירושין. ובט"ז סימן קל"ב כתב ליישב דברי הטור במה שהביא בשם הרא"ש משום דפסקו הרא"ש וטור בח"מ סימן ר"י דבאומר לכשתלד קנה אפילו במזכה לעובר וה"ה בכל דשלבל"ע אם אומר לכשיהי' לאחר זמן דמהני כו' ולפי"ז שפיר מביא דברי הרא"ש דלאשה דעלמא דהטעם משום דשלבל"ע א"כ באומר לכשאכנסנה אגרשנה מהני לכ"ע דהוי כמו לכשתלד וע"ש ולא נהירא לענ"ד דהא כיון דנכתב הגט קודם הכניסה וכמבואר שם מדברי רש"י ותו' והרא"ש א"כ באומר לכשאכנסנ' דהוי כמו לכשתלד מאי מהני הכתיבה דעכשיו כיון דאינו חל אלא לכשיכנסנה וע"כ צ"ל דהוא מגרשה מהני וכמ"ש אבל אח"כ כבר אסתלק מעשה הגט ולדידן דס"ל אין אדם מקנה דשלבל"ע ודאי לא מהני הכתיבה שקודם הכניסה. ועוד דהרא"ש וטור לא פסקו דמהני לכשתלד אלא במזכה לעובר ומשום דעובר חשיב קצת בא לעולם אבל בשאר דבר שלא בא לעולם ודאי לא מהני לכשיהיה וכמבואר אצלינו בקצה"ח סימן ר"י סק"ב ע"ש. איברא דקשה טובא לדעת הרמב"ם דס"ל הטעם משום דה"ל כמו שלא לשמ' ומש"ה לא מהני אפי' למ"ד אדם מקנ' דשלבל"ע א"כ תיקשי הא דאמר רבי לא תסגיר עבד אל אדוניו בלוקח עבד ע"מ לשחררו וכתב לו לכשאקחך הרי את קנוי לך מעכשיו ומשום דרבי ס"ל אדם מקנה דשלבל"ע ומה מהני דהא בשחרור נמי בעי לשמה כמו בגט ומזה הוכיח הרא"ש דבריו דאינו אלא למ"ד אין אדם מקנה דשלבל"ע ונראה דהתם בכותב לכשאקחך הרי את קנוי לך מעכשיו לאו להתירו בבת חורין קאמר אלא להקנאת גופו דבזה אין צריך לשמה דמה לי מכרו לאחר או מכרו לו לעצמו והא דצריך לשמה אינו אלא להתירו בבת חורין דילפינן לה לה מאשה אבל למיקני גופי' לא גרע משאר שטרי קנין וכיון דקנה לעצמו קרינן בי' לא תסגיר עבד אל אדוניו. מיהו קשה דא"כ לשמואל דס"ל המפקיר עבדו יצא לחרות בפ' השולח דף ל"ח ומשום דכתיב עבד איש א"כ הא דתנן בשלשה דרכים שוה גיטי נשים לשחרורי עבדים וע"ש דחשיב שלא לשמה ולשמואל גם להתירו בבת חורין לא בעי לשמה כיון דלמקני גופי' לא בעי לשמה א"כ ממילא מותר בבת חורין דאינו עבד איש וכמו במפקיר עבדו דמותר בבת חורין לשמואל. ובס' קצה"ח סימן ר' סק"ה כתבנו ליישב זה והוא לפי מה שאמרו ר"פ הזורק טעמא דעבד משתחרר ע"י עצמו

משום דגטו וידו באין כא' וכתבנו שם דלא אמרינן גטו וידו באין כאחד אלא היכא דלא בעינן דעת המקבל וכוונתו יהי' לזכות בגטו דהא עבד משתחרר בע"כ דודאי ליכא זכי' בע"כ אלא משום דלא צריך גבי שחרור רק נתינה וכמו כן בגט אשה דמהני אפי' בע"כ א"כ ודאי ליתי' בכוונת זכי' בגטה כמו בשטר מתנה דצריך המקבל לכוין לזכות בשטר המתנה אבל גט אשה דהוא בע"כ ודאי אינו משום כוונת זכי' בגיטה אלא סגי בנתינה כדכתיב ונתן בידה ומה"ט אמרי' גטו וידו באין כאחד וכמו שפי' רש"י בפ' הזורק גיטה וידו באין כאחד ע"י הגט באה ידה לה ע"י נתינתו עכ"ל ע"ש וזה לא מהני אלא כשנכתב לשמה דהוא אפי' בע"כ ומשום לה לה מאשה מהני נמי גיטה וידה כאחת שע"י הנתינה באין לה כאחת אבל שלא לשמה דאינו אלא למקני גופי' דבזה צריך כוונת המקבל לזכות בו ולא בע"כ כיון דאינו שחרור אלא שטר קנין וכה"ג לא אמרינן גיטו וידו באין כאחת דה"ל כראובן שכותב לשמעון שטר מתנה על חצירו ונתן השטר מתנה תוך חצירו דודאי לא קנה שמעון כיון דשטר מתנה הוא תוך חצירו של הנותן ולא בא ליד המקבל לא השטר ולא החצר וכה"ג לא שייך גיטו וידו באין כאחת וגבי עבד נמי כיון דיד עבד כיד רבו דלא אמרינן כה"ג גטו וידו באין כאחת אלא היכא שאין צריך זכי' בשטר אלא נתינה גרידא כמו בגט ושחרור בזה הוא דאמרינן דעם נתינתו באין כאחת ומש"ה כל שנכתב שלא לשמה בזה לא אמרינן גטו וידו באין כאחת ומבואר היטב דבר זה בקצה"ח שם. וכעת מצאתי הדבר מפורש יותר בחידושי הרמב"ן ליבמות דף מ"ה שכת' ז"ל אבל עכו"ם גופי' כיון דקני לי' קנין הגוף בלא טבילה צריך גט שחרור ומספקא לי מלתא כיון דעכו"ם ליתי' כלל בתורת גיטין היכא אית לי' יד בשלמ' עבד שטבל הא איתי' במצו' וגמרי לה לה מאשה וגיטו וידו באין כאחד לשחרור אלא עכו"ם היכי מקבלי לי' כו' ואיכא למימר כאן דקרוי הוא קנין הגוף כעבד דמי שצריך שטר וקונה עצמו בשטר ע"י אחרי' דקי"ל זכות הוא לעבד שיוצא מת"י רבו כו' אי נמי בכסף ע"י אחרי' שקבל' רבו גרמה עכ"ל ומדבריו למדנו דלא אמרינן בכל דוכתי גטו וידו באין כא' אלא משום דגמרי לה לה מאשה וכי היכא דאשה מתגרש' ע"י ידה וכדכתי' ונתן בידה ה"נ בשחרור אע"ג דלית לי' יד אפ"ה משוחרר ע"י עצמו וכמו בגט אשה דיליף לה לה ובעכו"ם דליתי' בדין לה לה אינו יכול לקבל הגט שחרו' בעצמו דלא אמרינן בעלמ' גיטו וידו כא' וא"כ ה"ה שלא לשמה דליתי' בדין לה לה אלא בתורת קנין וה"ל כעכו"ם דלא אמרינן בשאר קניינים גיטו וידו וזה ברור: ולפי"ז יתיישב קושיות תוס' שהקשו ביבמו' דף צ"ג ובקידושין ס"ג דלמה נקט רבי בכותב לכשאקחך הרי את קנוי' מעכשיו כיון דס"ל כר' מאיר דאמר אדם מקנה דשלבל"ע ור' לא נקט גבי לאחר שאתגייר כשיאמר מעכשיו. ולפי מ"ש ניחא כיון

דשחרור נמי בעי לשמה א"כ בתור' שחרור להתירו בבת חורין אי אפשר כיון דדב' שלא בא לעולם פסול משום שלא לשמ' וכמ"ש לשטת הרמב"ם ואינו אלא למיקני גופי' וכיון דלמיקני גופי' לא מהני גטו וידו כאחד וכמ"ש להכי נקט הרי את קנוי לך מעכשיו ואז קודם שקנה אותו אין ידו כיד רבו ודו"ק היטב והוא נכון:

ס"ק יד

לקדשה בשעת השליחות. כתב המ"ל פ"ט מאישות באשה שהיתה ספק מקודשת כגון שהקידושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה ובא אחר ועשה שליח שיקדש לו אשה זו לאחר שיגרשנ' הראשון מהו מי אמרינן דחשי' שליח שהרי איהו אם הי' מקדשה הי' תופסין בה קידושין וא"כ חשוב מילתא דמצי עביד ומצי משוי שליח. או דילמ' זיל לאידך גיסא כיון דהוא לא יכול לקדשה קידושין גמורין הוי מילתא דלא מצי עביד ולא מצי משוי שליח ולכאור' נראה דשליחות זה הוי ספק ואם קידש השליח לאחר שגירש הראשון הוי ספק מקודשת כו'. וראיתי לרבינו ז"ל בפ"ו מהל' אלו ז"ל האומר ליבמה הרי את מקודש' לי בזה לאחר שיחלוץ לך יבמך ה"ז מקודשת הואיל ואלו קדשה עתה ה"ז קידושין תופסין בה מספק ע"כ וכתב שם הרה"מ דלדעת רבינו הוי ספק מקודשת משו' דאפשר אין קידושין תופסין ביבמה כו'. אך מרן ז"ל בכ"מ כתב דלדעת רבינו הוי מקודשת ודאי משום דכיון דעכשיו נמי תפסי בה קידושין מספק לא הוי דשבל"ע כו' הן אמת שדברי מרן הללו מעולם תמהתי עליהם ע"ש וכו' ודע דבפי"א דיבמות תנן גבי כהנת שנתערב ולד' בולד שפחתה ואין מוציאין שלהם מידיהן ופירש"י דהיינו לענין עבודתה ועורה כו' והקשה לפי' זה דהיכא דלא מצי עביד לא מצי משוי שליח וכדאי' בהגוזל

והתו' כתבו דאינו קושי' דשאני הכא דאם יבא אליו ויאמר שהוא כהן הי' ראוי לעבוד עבודה כמו חולה זקן שנותן לאיזה משמר שירצה הואיל וע"י הדחק הוא ראוי לעבודה ושוב כתבו שהדבר מפורש בירושלמי דהספיקות משוי שליח יעו"ש והנה ע"פ הדברים הללו נראה דבספק שנסתפקנו הוא מחלוקת רש"י ותוס' דלרש"י מלתא דלא מצי עביד אף שהו' מחמת ספק לא מצי משוי שליח ולדעת התוס' כיון דמאי דלא מצי עביד אינו אלא משום ספק משוי שליח עכ"ל וע"ש. ולדעתי הקלושה אינו ענין להאי מחלוקת דרש"י ותו' דהתם כי משוי שליח אם הוא כמותו נעשה שליח מספק וא"כ כיון דשלוחו הוא מספק ואומר כהן הוא אין מוציאין מידו עבודתה ועורה ואע"ג דאיהו גופי' לא מצי עביד עבודה מספק אבל שלוחו מצי עביד דה"ל כמו חולה וזקן וכמ"ש התוס' אבל שיהי' שליח ודאי אי אפשר כיון דספק הוא אם הוא כהן וא"כ הכא נמי אין השליח ודאי יותר מהוא עצמו ואם קידש הוא בעצמו לאחר שיגרשנה ה"ל ספק וע"י שליח נמי אינו

אלא ספק ואם הוא יכול לקדש קידושי ודאי לאחר שיגרשנה וכדעת הכ"מ א"כ שלוחו נמי מקדש קידושי ודאי אבל שיהי' הוא ספק והשליח קידושי ודאי זה אינו נשמע כלל מדברי התוס' ולרש"י נמי דס"ל התם דאינו יכול לעשות שליח כלל משום דאיהו לא מצי עביד עבודה אבל הכא דאיהו גופי' מצי מקדש לאחר שיגרשנה אם קידושי ספ' אם קידושי ודאי שלוחו כמותו וזה פשוט. מיהו בש"ע סימן מ' סתם הב"י לאחר שיחליץ לך יבמך אינו אלא קידושי ספק ע"ש:

סימן לו

סעיף א

ס"ק א

ואפי' שתק אם הי' עסוקין באותו ענין ז"ל הב"ש כתב ב"ח דנמשך עם אם הי' עסוקין באותו ענין אבל השליח צריך להשיב, עכ"פ הן וכן משמע בחידושי מוהרש"ל וכו' מיהו צ"ע דמנ"ל לרמב"ם דין זה דהשליח צריך להשיב דוקא ובח"מ כתב ואפילו שתק כלומר השליח שתק ולא השיב הן כמו גבי אשה מהני אם שתקה בשעת מתן מעו' ומ"ש אם הי' עסוקין באותו ענין מלתא באנפי נפשי' היא והיינו אפילו שתקו שניהם המקדש והשליח וברמב"ם גריס ואם בויו ע"ש וכ"כ בדרישה ובט"ז ע"ש. ולענ"ד נראה כדברי רש"ל והב"ח דלא מהני שתיקה בשליח. וטעמא דמלתא נראה לפי מ"ש הר"ן בפ"ק דקידושין גבי תן מנה לפלוני ואקדש אני לך ע"ש שכתב ז"ל דהא דבעי לה בנתן הוא ואמרה היא לאו משו' דמספק' לי' אם שתיקתו כהסכמ' לדבריה וה"ל כי יקח איש אשה או שמא תאמר לא כי אלא שתיקתה בשעת מתן מעו' הוא דמורה הסכמתה שמתוך שהיא נאסרת אם איתא דלא ניחא לה היה לה למחות אבל האיש כיון דאי בעי נסיב אחריתי נסיב לא איכפת לי' אם נראה שהוא מסכי' לפיכך אף שאינו מסכים שותק עכ"ל. ומוכח שם דגם באדם חשוב בנתנה היא ואמרה היא נמי ספיקא הוי וכמו שמוכח מתו' שם דף ה' ד"ה הא נתן הוא ע"ש ועיין מ"ש בסימן כ"ז סקי"ז וא"כ מוכח דאפי' הוא מקבל המעות והיא נתנה לשום קידושין אפ"ה ספיקא הוי אם מסכים לדבריה ומשום דלא איכפת לי' אם נרא' שהוא מסכים כיון דאי בעי נסיב אחריתי ודוקא באשה שנאסר' אם אית' דלא ניחא לה הי' לה למחות. וא"כ מה"ט נמי לא מהני שתיקה גבי שליח דלא איכפת לי' דמאי איכפת לי' אם האשה תהי' נאסרת כמו דלא איכפת לי' למקדש אם תהי' האשה נאסרת ולכן צריך השליח שיאמר הן:

ס"ק ב
אמרה להשליח כתב הב"ש סק"א לכאורה נראה אם גלתה דעתה דניחא לה להתקדש לזה יכול לזכות לה שום אדם ולקבל בשבילה קידושין דע"כ לא מבעי' בש"ס בגט אם יכול לזכותו משום דבגט י"ל אפי' בקטנה או במקום יבום לא ניחא לה הגט משום אתתא בכל דהו ניחא לה אבל בקידושין לא שייך סברא זו ויכול לזכות לה עכ"ל. והנה בסימן ל"ה סעיף ד' כתב בש"ע בשם יש מי שאומר שאפי' לא מנהו שליח בהדיא אלא שגילה דעתו שחפץ באשה פלוני' ואמר לי' לשדכו לו והלך השדכן וקידשה לו בלא מינה שליחו' הרי זו מקודש' ע"ש והוא מדברי הרא"ש בפ' האיש מקדש וא"כ נראה לכאורה דה"ה הכא באשה שגלתה דעתה להתקדש לזה. אמנם נראה לפמ"ש רשב"א בחידושיו לנדרים פ"ד דף ל"ו בהא דבעי לה התורם משלו על של חבירו אם צריך דעת בעלים מי אמרינן כיון דזכות הוא לו כו' קשיא לי דהא שליחות לאו משום דין דניחא לי' או לא ניחא לי' אלא גזירת הכתוב מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם ותדע לך שהרי האומר לחבירו צא ותרום לי והלך ומצאו תרום למ"ד אין חזקה שליח עושה שליחותו אמרינן בפ"ק דחולין דילמא שמע אינש אחרינא ותרם ורחמנא אמר אתם גם אתם מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם דאע"ג דהתם ניחא לי' שתיקן כריווי"ל דתורם משלו על של חבירו שאני דלא בעינן שלוחו לדעתו אלא בתורם משל בעל הכרי על בעל הכרי אבל בתורם משלו על של חבירו כיון שאינו של בעל הכרי לא בעינן שליחתו ממש ואין הדבר תלוי אלא אי זכו' לו וזכין לאדם שלא בפניו או לאו זכו' דמצוה דנפשי' עדיף עכ"ל וכן כתבו תו' בנדרים שם וכן הרא"ש ע"ש וא"כ נרא' דשליחות ודאי בעינן לדעתו ואע"ג דידעינן דניחא לי' גזיר' הכתוב הוא מה אתם לדעתיכם כו' אלא דהתם גבי גילה דעתו שרוצה לקדש' חשוב זכות במה שמזכין לו אשה חדשה זה הוי זכות גמור וזכין לאדם שלא בפניו ואפי' בקטן כה"ג כתב בתשו' מוהרי"ק שורש ל"ג בשם רבינו יצחק בר' יהודא בבן א' שקידש לו אביו שצריכה גט שמצינו בכל מקום שזכין לאדם שלא בפניו ע"ש. אלא שחלקו הבאים אחריו משום דלאו זכות הוא דגברא בדיק ונסיב כמ"ש מוהרי"ט חאה"ע סימן מ"א ע"ש אבל הכא שגיל דעתו שחפץ בה הוי לי' זכות גמור ומיהו אינו נקרא זכו' אלא במה שמזכין לו משל אחרים במידי דזכות אבל האשה שגילתה דעתה להתקדש לזה וכיון דאשה הוא הניקנית למקדש ואנו צריכין דעתה לקידושין וא"כ לא הוי אלא משו' שליחות דזכות לא שייך אלא במקדש שהוא הקונה את האשה אבל באשה הנקנ' לית בה אלא משו' שליחו' וכיון דגבי שליחות אינו דבר תלוי בניחותי' אלא בעינן דוק' דעתו ומש"ה באשה לא מהני גילה דעתו. וכן מוכח

ר"פ אלו מציאות דאפילו לרבא דס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש אפ"ה בשליחות בעינן לדעתיכם דוקא ע"ש וכן בגט דמהני משום זכות היינו דהתם נמי לאו משום שליחות אתינן עלה אלא משום זכות דמזכין לה הגט כאלו בא לידה הגט כיון דהגט זכות היא לה אבל בקידושין אע"ג דכסף קידושין יכולין לזכות לה אבל ריצוי דידה לא מהני בה אלא משום שליחות דלא שייך בי' משום זכות דאינו אלא בקונה דבר חדש דהא בתרומה נמי ניחא לי' בתיקון הכרי ואפ"ה לא חשיב זכות משל בעל הכרי על בעל הכרי ודו"ק ועיין מ"ש בס' קצה"ח סימן רמ"ג ס"ק ח' ובסימן שפ"ב סק"ב ועיין לקמן סימן ל"ז ס"ק י"ב:

ס"ק ג
דמילי נינהו ועמ"ש בס' קצה"ח סימן קפ"ב ס"ק ב' ובסימן רמ"ד סק"ג:

ס"ק ד
מי

שקידש על ידי שליח ועיין מה שכתב בסימן ל"ד ס"ק א':

ס"ק ה
וקיבלה סתם כתב בח"מ ז"ל מכאן משמע דאין שליח לקבלה צריך שיאמר הן ואפי' קיבל בשתיקה סגי כמ"ש למעלה והב"ש כתב בס"ק ב' ז"ל ולמ"ש ב"ח צריך לומר מ"ש בסעיף ח' ושתקה וקיבלה סתם היינו שלא אמרה שהיא שליחה אבל מ"מ השיבה הן עכ"ל. ואין נראה כן מלשון הרא"ש שכתב שם בדף נ"ב בהא דאמרו ש"מ דאשה נעשה שליחה לחברתה אף במקום שנעשית צרה ז"ל ורבינו יצחק פי' דאיצטריך לאשמעינן כו' אלא הכי פירושא כשקבלה סתם אמרה לה קבלי בשביל כולנו. והיא לא אמרה כן אקבל גם בשבילכם אלא שתקה וקבלה סתם וקמ"ל דכיון שקיבלה בסתם ולא אמרה בפירוש איני רוצה לעשות שלוחתכם מסתמא בשביל כולם קיבלה ואעפ"י שנעשית צרתה עכ"ל, ואי נימא שאמרה הן ה"ל כאילו קיבל' בפירו' בשביל כולם ומדכתב ולא אמרה בפירוש איני רוצה ודאי משמע שהי' שתקה לגמרי ולכן נראה דהתם כיון שאשה גופי' נתרצית להתקדש לזה אלא שאמרה לזו שתקבל את הכסף בשבילה ושליח שפיר נעשה בשתיקה וכדמוכח בפ"ק דמציעא דף ח' גבי ראה את המציא' כו' ואמר תנה לי ע"ש משו' דלא אמר זכה לי ומשמע הא אמר זכה לי נעשה בשתיקתו שליחו כיון דלא אמר איני רוצה לעשות שליחותיך אבל באומר לשליח קבלה הרי זה לקידושין למי ששלחך כיון דאינו אומר שיעשה שליחותו דהא שליח קבלה שליח דאשה הוא אינו צריך למחות וכמו בנתן הוא ואמרה היא כמ"ש בס"ק א':

ס"ק ו

וכשנתן הקידושין אמר לה ואת. בטור כתב ואחר שנתן לה הקידושין אמר לה ואת. והקשה בבדק הבית אחר נתינת הקידושין מאי מהני אמירתו ותי' דאמר תכ"ד ואע"ג דהקידושין לא מהני תכ"ד היינו לענין חזרה לא מהני וע"ש ועמ"ש בסימן ל"א ס"ק ט"ז וקשיא לי כיון דלענין חזרה לא מהני תכ"ד א"כ מכי מסר לה הכסף לשום חברתה לקידושין כבר זכתה חברתה בכל הכסף ואפי' נתן לה אלף דנרין לשום קידושין לא מהני חזרה תכ"ד מקידושין ממילא גם מכסף קידושין אינו יכול לחזור וכיון דכבר זכתה חברתה א"כ במאי מקדשה כיון דאין הכסף שלה אלא של חברתה וצ"ע. ולכן נראה דמיירי שנתכוין מתחלה לשום כך ולא נמלך כלל דבכה"ג מהני אף בקידושין וכמ"ש הטור בשם הרמ"ה בסימן ל"א גבי התקדשי לי בזו ובזו דהני מילי היכי דאיפסיק שיעור דאיכא למיחש לאימלוכי ע"ש וה"נ מיירי כה"ג שלא איפסיק שיעור דאיכ' למיחש לאימלוכי אבל היכי דאיכא שיעור דאימלוך נראה דלא מהני ואת נמי דכבר זכתה חברתה בכל הכסף ואינ' מקודשת בכסף שביד חברתה:

ס"ק ז

שאין האב נעש' שליח כתב בתשו' מוהר"מ מינ"ץ סימן ב' באחד שעשה שידוך עם בתו קטנה וטעו עדים וחתמו שטר שהי' כתוב בו הנני מארס בתי לכמר יואב. וע"ש שהעל' שלשון מארס אינו נופל אלא על האיש המקדש או שלוחו ולא על אבי הקטנה ואלו תאמר לפרש אלו המלות דרך רחוק ונאמר אולי המשדך עשה לאבי המשודכת שליח וא"כ הרי היה שליח החתן ולבתו אחרי שהיא קטנה ואז שייך הנני מארס גם זה כו' ע"ש וראיתי בס' בית מאיר שכתב עלה ז"ל נשמע מיני' אלו הכי הוי שאדם עשה שליח לאב שיקדש לו בתו הקטנה מקודשת ואני תמה איך אפשר הא קי"ל בח"מ סימן קפ"ה סעיף ב' אין שליח יכול לקנו' לעצמו אפילו באותן דמים שהורשה למוכרו והטעם דאין מקנה לעצמו דאין המכר אלא הוצאה מרשות לרשות וה"נ איך יהיה שליח שיהי' במקום המקדש שיקנה לו בתו הקטנה הרי אין כסף קידושין יצאין מרשותו שהוא במקום המשלח אתמהה כו' ע"ש שהניח בצ"ע ויש ליישב לפי מה שמבואר לקמן סימן ל"ז דאומר אדם לבתו הקטנה צאי וקבלי קידושיך ושט' הרשב"א דמהני לי' כל שנותן האב כחו וזכותו שתה' בתו יכולה לקבל בעצמ' קידושין ושתתקדש למי שתרצה וע"ש וזהו נמי שיטת תו' ע"ש לקמן בסימן ל"ז סק"ג וא"כ כל שהמקדש עושה שליח להאב לקדש לו בתו קטנה ונותן האב כסף קידושין לבתו הרי נותן לה רשות לבתו שתקדש עצמה ואז הכסף קידושין וגוף הקידושין מצד הבת והאב יכול להיות שליח המקדש וא"כ הי' לנו לחוש לדעת התו' והרשב"א מש"ה הוכרח מוהר"מ מינ"ץ לומר שאינו בלשון מארס

ע"ש. אבל לשטת שאר פוסקים בטעמא דאומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך לא מהני שליחות האב למקדש ועמ"ש בסימן ל"ז סק"ו שם בביאור שטת הפוסקים בזה ודו"ק:

ס"ק ח

אין האשה עושה שליח לקבל קידושין מיד שליח בעלה ר"פ התקבל אמר רב אין האשה עושה שליח לקבל גיטה מיד שליח בעלה ור' חנינא אמר אשה עושה שליח לקבל גיטה מיד שליח בעלה מ"ט אבע"א משום חצירה הבאה לאחר מכאן מאי בינייהו א"ב דקדמה איהי ושוי' שליח מעיקרא וכתב בחידושי רשב"א דלמ"ד משום בזיון דבעל הוי גט בטל מדאורייתא דבקפידה תלי' מלתא כו' אבל משום חצירה הבא לאחר מיכן דבר תורה כשר והוי גט פסול מדבריהם ע"ש וע"ש בתוס' וא"כ הכא בקידושין נמי למ"ד משום בזיון בטלו מן התורה ולמ"ד משום חצירה הבא לאחר מיכן ה"ל קידושין מן התורה ואפילו משום בזיון דבעל לא פסיקא לי' לרשב"א דהוי בטל מדאורייתא ע"ש שכתב בלשון אפשר. והיכי דשמע הבעל ולא קפיד כתבו תוס' דלמ"ד משום בזיון ליכא דהא שמע ולא הקפיד ולמ"ד משום חצירה הבא לאחר מיכן איכא ע"ש וכן כתב הרשב"א. וא"כ שמע הבעל ולא קפיד הוי מקודשת מן התורה דליכא בזיון כיון דשמע ולא קפיד ומשום חצירה הבא לאחר מיכן אינו אלא מדרבנן. ויתיישב בזה מה שהקשה בעל המגיה במ"ל בפ"ד מאישות ז"ל ותמי' לי דבסוגיא דיבמות דף ל"ד משני דשווי' שליח ושווי' אינהו שליח ופגע שליח בשליח וע"ש שכתב דלשיטת רש"י היכי דקדמה איהי ושווי' שליח משום בזיון איכא ומשום חציר' הבא לאחר מיכן ליכא ולשיטת סמ"ג הוא להיפך משום חצירה הבא לאחר מיכן איכא ומשום בזיון ליכא ועם פי' הסמ"ג יש ליישב הקושי' ע"ש ולפמ"ש לא קשה מידי דמשכחת לה בשמע בעל ולא קפיד דמשום בזיון ליכא ומשום חצירה הבא לאחר מיכן אינו אלא מדבריהם והתם ביבמות מיירי בקידושי תורה. ועוד נלפע"ד דמשום חצירה הבא לאחר מיכן לא שייך אלא בגט דבעינן ונתן בידה או בחצירה והיכי דבא לה חצר לאחר מיכן לא הוי הנתינ' מיד הבעל וה"ל טלי גיטך מעל גבי קרקע. אבל בקידושין דלא בעינן נתינ' מיד הבעל וסגי לה אפי' בטלי קידושי' מעל גבי קרקע כמ"ש בסימן ל' ס"ק א' א"כ בחצירה הבא לאחר מיכן נמי מהני כיון שחצר' זוכה לה בקדושין אע"ג דליכא נתינה מיד המקדש וא"כ בקידושין דאין האשה עוש' שליח לקבל קידושין מיד שליח בעלה אינו אלא משום טעמא דבזיון דבעל וא"כ היכי דשמע ולא קפיד ה"ל קידושין אפילו מדבריהם. מיהו היינו דוקא בקידושי כסף דלא בעי' נתינה מיד המקדש. אבל קידושי שטר דיליף מגט דכתיב ויצאה והיתה ובעינן לשמה מהאי

טעמא א"כ ה"ה טלי קדושי שטר מעל גבי קרקע ואית בי' נמי גזירה משום חצירה הבא לאחר מיכן וניחא נמי הך דיבמות דף ל"ד בשמע הבעל ולא קפיד ובקדושי כסף דכה"ג ליכא לא משום בזיון ולא משום חצירה הבא לאחר מיכן וכמ"ש ודו"ק

סימן לז

סעיף א

ס"ק א

וכן הוא זכאי במציאתה. עיין בח"מ ובב"ש שנסתפקו אם האב זוכה במתנתה כמו שזוכה בכסף קידושין. ובספרי קצה"ח סימן ע"ר כתבנו להביא ראי' דאב זוכה במתנת בתו הנערה מהא דכ' בש"ע או"ח סימן שס"ו סעיף ט' שאין מזכה עירוב ע"י בנו ובתו הסמוכים על שולחנו אפי' הן גדולים ולא ע"י בתו אפי' אינה סמוכה על שולחנו כל זמן שלא בגרה ע"ש. והוא בב"י שם ואי נימא דאינו זוכה במתנת בתו הנערה א"כ אמאי אינו מזכה ע"י בתו הנערה כשאינו סמוכה על שולחנו כיון דלענין מתנה הרי היא כאחרת ואין ידה כיד האב לענין מתנה וע"ש. ובסימן קע"ו שם כתבנו בשם הרשב"א דאין האב זוכה במתנת בתו ז"ל בתשובותיו חלק ג' סימן קמ"ג עוד שהשותפין הותנו ביניהם כו' ומ"מ אין המציאה בכלל שאין המציאה כמתנה כו' שהרי הבת שמעש' ידי' לאבי' ומעש' ידי אשתו לבעלה אינו מציאתם להם מן הדין אלא מן התקנה בת משום איבה ואשה כדי שלא תבריח משל בעלה ותאמר מציאה מצאתי ומחנ' שנתנו לה אחרים הרי היא לעצמה ולא לאב ולא לבעל כדאיתא בגמרא בהדיא אלא בעל אוכל פירות בנכסי מלוג עכ"ל ומבואר להדיא דמתנה שנתנה לה אחרים אינו לאב ע"ש. וכעת מצאתי מבואר כן מדברי המרדכי בפ"ק דקידושין ז"ל אין קנין לעבד בלא רבו ואין קנין לאשה בלא בעלה כו' ועוד אומר ר"י דאין שווין ממש עבד ואשה שהרי אם נתנו אחרים לעבד סתם מתנה זכה בהם הרב בין בגוף בין בפירות ואם יתנו אחרים לאשה אין לבעל כי אם הפירות והגוף לאשה כו' וכן משמע בפירקן לעיל דקאמר נשאת יתר עליו הבעל שהוא אוכל פירות בחיי' ולא קאמר שאם יתנו לה במתנה שיהי' הגוף שלו אלמא משמע דאין הגוף שלו כו' והרב ר' יעקב מקורביל הי' מסופק בדבר אם יתנו לאשה מתנה שמא יזכה הבעל בין בגוף בין בפירות והאי דיתר עליו הבעל יש לדחותה דלא איירי במתנה עכ"ל. ואי נימא דאב זוכה במתנתה א"כ היכי מצי תני נשאת יתר עליו הבעל שזוכה במתנתה דהא התם במתניתין דנשאת יתר עליו הבעל בפ"ק דקידושין דף ד' קאי על זכותו דאב דתנן האב זוכה בבתו בקידושיה בכסף כו' נשאת יתר עליו הבעל וכיון דאב נמי זוכה

במתנתה א"כ אין הבעל יתר גבי מתנה ומאי ראי' מייתי המרדכי דלא שווין עבד ואשה אלא ע"כ דאב אינו זוכה במתנת בתו ודו"ק:

ס"ק ב

דאין קידושין תופסין בנפל ח"מ כתב דהוי ספק קידושין ע"ש ועיין מ"ש ב"י בזה והרמב"ן בחידושיו לנדה כתב בפשיטות דאין קידושין תופסין בנפל ע"ש דף כ"ג בהא דבעי בהמ' במעי אשה וקבל' אבי' קידושין מהו ונ"מ לאתסורי באחותו ואמרו שם ע"כ הביא ר' ירמי' לר' זירא לידי גיחוך מי קא חיי ע"ש שכתב ז"ל פירוש רש"י דהא אחותו לא מיתסרה אלא בחיי' ותמהני א"כ יפה שאל ר' ירמי' ונ"מ לענין אתסורי באמה ואם אמו דאסור אפילו לאחר מיתה מותר מן התורה. ועוד נ"מ לאתסורי באחותו ב' וג' ימי' אלא כך פירושה למימרא דחיי שאם אי אפשר לו לחיות כלל אין קידושין תופסין בנפל גמור כגון בת שמונה והוא לכל דבר כאבן אלא ודאי דסבר ר' ירמי' דחיי עכ"ל. ומבואר בפשיטת דאין קידושין תופסין בנפל. ומ"ש הח"מ ראי' מעובר דתפסי קידושין ע"ש עובר שאני דהוא בן קיימ' וכן הוא לענין ירושה דעובר ירית ונפל לא ירית כמבואר בסוגי' בפרק מי שמת דף קמ"ב ועי' ש"ך סימן ר"י ובס' קצה"ח סימן ער"ו ס"ק א':

ס"ק ג

שיאמר לה צאי וקבלי קדושיך בקדושין דף י"ט אמר רבא אמר רב נחמן אומר אדם לבתו הקטנה צאי וקבלי קדושיך מדר"י בר' יהודא לא אמר ר"י בר' יהודא מעות הראשונות לאו לקדושין ניתנו וכי משייר בה ש"פ הוי קדושי ה"נ לא שנא וכתבו תוס' ז"ל תימא מאי אתי לאשמועינן פשיטא למה לא תתקדש אפילו הי' אומר תן מנה לפ' ותתקדש בתי לך היתה מקודשת מדין ערב וכ"ת דהכא לא שייך דין ערבות דהא לא דיבר למקדש א"כ לר"י בר"י דאמר דמקודשת בפרוטה אחרונה אטו נילף מיני' דאם לא אמר כלום לא לבת ולא למקדש תהא מקודשת אע"כ המכירה חשובה כאלו אמר אבי' לבת התקדשי ביעו' א"כ המכיר' נמי תחשב כאלו אמר אבי' למקדש. וי"ל דלא הוי לא כאומר לו ולא כאומ' לה אלא הכי מוכיח ע"כ קטנה יש לה יד לקבל קדושין מדאשכחן גבי יעוד דאמר רחמנא שתייעד על ידי עצמה שאם לא הי' מועיל בעלמא כשנותן לה רשות להתקדש מדעת ע"י עצמה לא הי' אומר הכתוב שיהי' מועיל לענין יעוד עכ"ל. ודברי תוס' צריכין ביאור דכיון דאינו אלא גזירת הכתוב א"כ היכי מוכח כלל הך דינא דאומר אדם לבתו כו' כיון דגבי יעוד ליכא אמירה ונראה דודאי גופה של יעוד אינו אלא גזירת הכתוב וכדמוכח מדברי הרשב"א שכתב ז"ל כשאומר לה צאי וקבלי קדושיך ה"ל כאלו נותן לה זכותו שנתן וזכה לו התורה עלי' שיקבל בה קידושין והיא תתקדש לדעתה לכל מי שתרצה וזה דומה לדר"י בר"י שהמכירה אנו חושבין כאלו אמר זכות שיש לי בך אני

נותן לך שתתקדש עצמך לאדון זה ואעפ"י שאינו דומה לגמרי דבהא דר' יוסי אלו רצה האב לחזור בו אינו יכול אא"כ קדשה ממש לאחר ובאומר לבתו צאי וקבלי קדושיך אם רצה לחזור בו הדעת נותן שחוזר עכ"ל וזה הוא נמי שיטת התוס' דאומר אדם לבתו הוי כח והרשאה שנותן לה כח וזכות שיש לו בה אלא כיון דיעוד הוא בע"כ דאב א"כ תו ליכא למימר מדין ערב דהא דין ערב אינו אלא משום האי הנאה שזה הוציא ממונו על פיו בהאי הנאה קא מקדשא ומשעבדא נפשיה והכא כיון דאב צווח ואמר שאינו רוצה שיתן לבתו כלום א"כ מאי הנאה אית לי' בגווה במה דמשייר לה שוה פרוטה כיון דאינו רוצה בזה ונהי דה"ל כאומר בשעת מכיר' שנותן לו בתו ליעוד ושיתן לה שוה פרוטה מעבדות ליעוד אם חוזר ואומר שאינו רוצה א"כ מאי הנאה אית לי' ואינו מקבל האב כלום דכה"ג באומר אדם תן לפ' וערב אני לך וחוזר ואומר אל תתן ליתי' לדין ערב. אע"כ דיעוד אינו בתורת קדושי אבי' כלל אלא דה"ל כאומר שהוא נותן לבתו כמו וזכותו וכיון שנותן לה כחו וזכותו הדר האדון ומקדשה לה בשיור שוה פרוטה בקידושי דנפשה זה הנראה לענ"ד לולי דברי התו' ורש"י כתב ז"ל וכי כשייר בה ש"פ הוי קדושין אלמא הואיל ומכרה ויודע שהאדון יכול ליעדה לאחר זמן מדעתי' הוי וה"ל כאומר לה קבלי קידושיך עכ"ל. יש להקשות בהא דתנן המוכר את בתו והתנה שלא ליעדה נתקיים התנאי דברי ר' מאיר ורב אמר אם רצה לייעד מייעד מפני שהתנה על מה שכתוב בתורה וכל המתנ' על מה שכתב בתור' תנאו בטל והלכ' כחכמי' וא"כ היכי הוי כאומר לה קבלי קידושיך כיון דהתנה בפירוש שלא לייעד. ונראה דזה דהוי כאומר לה קבלי קדושיך לאו מצד אמירת האב הוא אלא דהתורה הוא שאמרה דכל המוכר בתו שיהי' בה דין יעוד ושיהי' ניתן זכות האב שיש לו בבתו לבת ומש"ה אפי' התנ' בפירו' ע"מ שלא לייעד ה"ל מתנ' ע"מ ש"ב וילפי' מיניה דאומר אדם לבתו כו' דאי לא מצי יהיב לה כלל זכותו שתקדש נפשה א"כ במכירתו לאדון ליכא למימר שהתורה אמרה שבמכירתו יהי' כאלו נותן לה כחו וזכותו כיון דלא מהני אלא ודאי דמהני והשתא ניחא דהאב אינו יכול לחזור אע"ג דבאומר אדם צאי וקבלי קדושיך האב יכול לחזור וכמ"ש הרשב"א משום דכיון דבדין מכירה אית בה דין יעוד אפילו פסק ע"מ שלא לייעדה א"כ ה"ל מעשה ממש ותו לא אתי דיבור ומבטל מעשה כיון דהמכירה הוא המעשה אית בה דין יעוד ואינו חוזר אא"כ מקדשה דה"ל פנוי' וקידושין תופסין בה ודו"ק:

והנה לדעת רש"י דיעוד אינו אלא מדעתה וכמבואר שם ברש"י (דף י"ט) א"כ לפמ"ש אין צריך לומר ביעוד דגזירת הכתוב הוא אלא כיון דהתורה אמרה במכירה שיהי' בה דין יעוד ושיאמר האב צאי וקבלי קידושיך ואם אינו אומר כן ה"ל מתנה עמ"ש בתורה וכיון

דיהיב לה זכותו הרי היא מקדשה מדעתה אבל לשיטת תוס' (ה,א ד"ה שכן) דהוא בע"כ של הבת אלא שצריך להודיעה שמייעדה וכן דעת הרשב"א בחידושיו ע"ש (דף ה') וא"כ כיון דאינו אלא גזירת הכתוב קשה דהיכי שמעת מיני' דאומר אדם לבתו כו'. ואפשר דהיכי דיהיב לה כחו וזכותו הרי יש לה כח לקבל קידושין אז הוא דאמרינן דיעוד הוי בע"כ ואפילו אינה רוצה אבל אי לאו דמצי יהיב לה כחו וזכותו א"כ לא שייך בע"כ כיון דהיא לאו בת קידושין כלל ואכתי צ"ע:

ושיטת הראב"ד והרמב"ן דכיון דאומר לה קבלי קידושיך ה"ל כאומר מי שיתן לך מעלה אני עליו כאלו נתן לי ומדין ערב וכן הוא שיטת הריטב"א בפ"ק דקדושין (דף ט') ע"ש, ולפ"ז אינו אלא בקדושי כסף דבזה שייך דין ערב אבל בקדושי שטר לא מהני אומר אדם לבתו כו'. מיהו בר"ן בפ"ק דקידושין (ה,א מעמודי הרי"ף) בהא דאמר רבא אמר רב נחמן כתבו על הנייר כו' בתך מקודשת לי בתך מאורסת לי בין על ידי אביה בין ע"י עצמה מקודשת והוא שלא בגרה, ושם הביא דברי הרמב"ן מהא דעל ידי עצמה ומשמע שם מדבריו דקאי נמי על קידושי שטר, וקשה לי כיון דשיטת רמב"ן שם מדין ערב א"כ איך מהני אדם לבתו כו' בקדושי שטר:

אמנם בשיטת תוס' רי"ד מבואר דאפי' בגט כל שהיא מצווה לבעלה שיתן על מקום פ' הוי כאילו הגיע לידה ע"ש פ"ק דף ח' ז"ל ונראה לי דה"ה לגבי גט אם היה בעלה נותן לה גיטה ואמרה לו שים אותו על גבי סלע או ע"ג קרקע ואתגרש מגורשת היא וכאלו בא לידה דמי ולא דמי לטלי גיטך מעל גבי קרקע דהתם אין שם נתינת בעל דשלא מדעת האשה נתנו ע"ג קרקע אבל היכי דאמרה לו תנהו ע"ג קרקע כאלו נתן בידה דמי וכן כשאמרה תנהו לפ' ואתגרש בו אע"פ שאין אותו פ' שם מגורשת ולא מטעם שליח קבלה דהא לא שמע השליח מפי' אלא כיון שנתינת הבעל לפ' הוא בציווי האשה וברצונה כאלו נתן בידה דמי אבל שליח קבלה אינה יודעת היא כשהבעל נותנו לו גם היא לא אמרה לבעלה שיתן לפ' אלא יד שלוחה הוי כידה ומש"ה בעינן שתמנהו שליח פה אל פה כו', כלל אומר איזה יקרא שליח לקבלה כשלא אמרה לבעל תנהו לפ' אלא מינתו שליח לקבלה מיד בעלה ההוא ודאי בעינן שתמנו שליח פא"פ ולא ע"י שליח אבל כשאומרת היא לבעל תנהו לפ' ואתקדש לך כאלו נתן בידה דמי ואע"פ שלא מינתה אותו פ' שליח לקבלה הוי מקודשת וכן לגבי גט עכ"ל. ולפ"ז ה"ה בקידושי שטר היכי דאב מצווה למקדש שיתן השטר לבתו דה"ל כאלו נותנו לאב ואכתי צ"ע:

ובשיטת תוס' רי"ד קשיא לי דא"כ הא דאמרינן בקידושין (דף ז') תן מנה לפ' מקודשת מדין ערב ע"ש ותיפוק ליה דהוי כאלו נתן בידה כיון דאומרת תן לפ' ולא גרע מתן

ע"ג סלע, ונראה דגבי כסף שאני דבעינן הנאת מקבל דאפי' באומר הילך מנה ע"מ שתחזירהו לי באשה אינה מקודשת ודעת הרמב"ם פ"ה מאישות (הכ"ד) דאינה מקודשת מדאורייתא ומשום דאינה נהנית ע"ש והובא בסי' כ"ט ס"ק ד' ומש"ה בקדושי כסף בעינן דמטא לידה ממש או ליד שלוחה אבל באומרת תן ע"ג סלע שאינה שלה דלא אתי לידה הנאה אינה מקודשת וכמו באיסורי הנאה ומש"ה בעינן דוקא מדין ערב דה"ל הנאה לגבי' במה שהוציא הנותן ע"פ. ולפ"ז במקח וממכר נמי כל שאומר המקבל מתנה או הלוקח שים אותו ע"ג סלע אפי' אינו שלו ה"ל כאלו מטי לידי' ממש:

אמנם מסתימת דברי הפוסקים רובן דלא מהני כה"ג גבי גט היכא דאומרת תן ע"ג קרקע. ובלא"ה אינו עולה דברי הר"ן לפי שיטה זו דבתוס' רי"ד נמי לא קאמר אלא באומרת למקדש בפניו והוא נותן ע"ג סלע לפניה אבל היכא דאינה יודעת בעינן שליח קבלה וא"כ באומר צאי וקבלי קידושיך אין האב יודע מתי נותן המקדש לבתו הקטנה. והריטב"א בחידושיו לקידושין (דף י"ט) כתב בשם הרמב"ן באומר צאי וקבלי קידושיך דהוי מדין ערב ודוקא בקידושי כסף אבל לא בשטר ע"ש. וא"כ צריך לומר דהר"ן שם בשם הרמב"ן לא קאי אלא אקידושי כסף ולא אקדושי שטר:

ושיטת הרא"ש (סי' כ"ה) באומר צאי וקבלי קידושיך דהוא מדין שליחות ואע"ג דאין שליחות לקטן כה"ג שהוא לזכותה ולטובתה נעשית שליח ע"ש. וראוי להתבונן תינח קידושי כסף או שטר דהוי בתורת שליחות ומה שמקבלת הבת ה"ל כאלו מקבל האב כיון דאמרינן כה"ג שליחות לקטן היכי דהוי לטובתו ולזכותו, אבל בקידושי יעוד דאין האדון נותן כלום לבת אלא שמוחל לה שעבודה בשוה פרוטה וא"כ לא אתי האי כסף ליד האב כלום. ואפי' נימא דצריכה להחזיר פרוטה שמוחל לה האדון לאב ומשום דכסף קידושין לאב וכן משמע מדברי הר"ן פ"ק דקידושין (ה,א מדפי הרי"ף) ע"ש, מכל מקום כיון דהאב אינו מקבל כלום וליתיה לתורת שליחות, ונראה לפמ"ש הרא"ש דמאי קמ"ל באומר צאי וקבלי קידושיך פשיטא דמהני מדין ערב כו' וכתב הכא לא שייך ערבות לפי שלא דיבר למקדש אלא לבתו ע"ש וכיון דמהני שליחות בקטנה כה"ג שהיא לטובתה ולזכותה ה"ל כאומרת הבת בשליחות האב תן מנה ומקודשת מדין ערב דמדין שליחות ה"ל כאלו דיבר האב למקדש תן מנה לבתי דמהני מדין ערב, וכן מוכח בפרק האיש מקדש (דף נ"א) שם בגמ' הבמ"ע דשויתי' שליח ופריך ומי לא עסקינן דאמרה ליה קדושי לדידך ע"ש וא"כ במה מקדשה כיון דערבות לא שייך היכא שלא דיבר למקדש אלא כיון דשויתי' שליח הו"ל כאלו דיבר הוא למקדש דשלוחו כמותו ובקידושי שטר וכסף ה"ל כאלו אתי ליד האב ממש מדין שליחות, ובפ"ק דמציעא (דף ח') בהא דאמרו שם

חרש ופקח שהגביהו מציאה תרווייהו לא קני דמגו דחרש לא קני פקח נמי לא קני ע"ש ולפמ"ש הרא"ש דקטן נעשה שליח כל שהוא לטובתו א"כ חרש נמי דלא גרע מקטן אמאי לא הוי כשני פקחין שהגביהו דאמרינן דה"ל כל א' כאלו הגביה החצי לחבירו ובחרש נמי נימא הכי דה"ל שלוחו של הפקח דה"ל לזכותו ולטובתו דיקנה המחצה דאם פקח לא קנה החרש נמי לא קנה ע"ש בש"ס וצ"ע. ושיטת הרמב"ם נראה כשיטת הרא"ש מדין שליחות שכתב בפ"ג מאישות (הי"ד) ז"ל וכן האב עושה שליח לקבל קידושי בתו כשהיא ברשותו ואומר האב לבתו הקטנה צאי וקבלי קדושיך ע"ש ומדכתב וכן האב עושה שליח כו' ואומר האב לבתו כו' משמע דמחד טעמא הוא ומדין שליחות. ואכתי תיקשי לפמ"ש הראש מדין שליחות א"כ בקידושי שטר היכא מהני אומר אדם לבתו כו' כיון דבשטר בעינן דעת המתקדשת שיכתוב לשמה ושליחות לא מהני כה"ג דה"ל מילי ולא מימסרי לשליח וכמ"ש הרמב"ן הובא בר"ן בפ"ק דקידושין (ה,א מדפי הרי"ף) דאם אמרה לשלוחה אמור לפ' שיכתוב שטר לדעתי לא מהני וצ"ע:

ס"ק ד

וצ"ל כן בפני עדים. והנה לשיטת הרשב"א דצאי וקבלי קידושיך לאו מדין שליחות הוא אלא דכל מדעת האב יש יד לקטנה דמהני כאלו נתן לה כחו וזכותו א"כ על נתינת כח זה אין צריך עדים וכן משמע מדברי ב"ש ע"ש וכן לשיטת הרא"ש דה"ל בתורת שליחות א"כ בלא עדים נמי יש להחמיר לפי דעת הרא"ש דבקידושין אין צריך לעדים בשליחות לקבלה ועיין רמ"א סי' ל"ה סעיף ג', אבל לשיטת המפרשים דאתי עלה בתורת ערב והובא בס"ק ג' בזה ודאי צריך עדים כיון דעיקר נתינת הקידושין לאב לא ידוע אם לא ע"פ עדים שאמר לבתו צאי וקבלי קידושיך:

ס"ק ה

אבל י"ח ואומרים דאין בת קטנה יכולה לקבל קידושיה אלא האב. והוא במרדכי ע"ש (ספ"ק) [פ"ב סי' תקי"ז] דקידושין שכתב דהא דאמר רבא אמר רב נחמן אומר אדם לבתו צאי וקבלי קדושיך מדר"י בר"י היינו לר"י בר"י אבל אנן קי"ל כרבנן דאמרו מעות הראשונות לקידושין ניתנו ומדין ערב לא מהני דהא דאמרינן תן מנה לפ' ואתקדש אני לך דמקודשת מדין ערב מיירי שאותו פ' מוטל עלי' ונהנית בכך עכ"ל. ותמהני בזה דאי נימא דבקידושין דהוי מדין ערב היינו דוקא שאותו פ' מוטל עלי' ונהנית א"כ בערב גופא דחייב נמי היינו דוקא שאותו פלוני מוטל עליו ולא אשכחן בשום פוסק לחשוש בכך בדין ערב ואדרבה ערב דמשתעבד ודאי משמע אפי' אין אותו פ' מוטל עליו ואם חשש הרמ"א כאן בקידושין להך דמרדכי א"כ היה לו להזכיר הך דיעה בח"מ סימן קל"ב בדין ערב דהיינו דוקא שאותו פ' מוטל עליו ואם התם בדין ערב אין חילוק א"כ

קידושין דנלמד מדין ערב למה בעינן דוקא שאותו פ' יהא מוטל עליו. לכן נראה דהרמ"א שכתב הי"א לאו מטעמא דמרדכי אלא משום דדין ערב ליתי' אלא כשדיבר עם המקדש וכמ"ש הרא"ש ולפי"ז אם אומר האב למקדש תן לבתי ודאי מהני מדין ערב ואפילו לדעת הפוסקים דזרוק מנה לים לא מהני אלא דוקא כשאומר ליתן לבן דעת ודאי קטנה לא גרע בזה וה"ל מטא הנאה לבן דעת כיון דנהנה הקטן. אמנם מ"ש המרדכי דהא דאמר ר' נחמן אומר אדם לבתו כו' היינו לר"י בר"י ממילא נשמ' לרבנן כיון דלא פליגי בזה אלא בדין מעו' הראשוני' לקדושין ניתנו מיהו בחידושי ריטב"א כתב בשם החכם ר' יצחק הלוי דאיכא למידחי כדרב נחמן בר' יצחק דס"ל דגם לר"י בר"י מעות הראשוני' לקדושין נתנו והא דבעי שיור ש"פ היינו משו' דכתיב ויעדה והפדה שיהי' בכדי שיעו' פדיה ע"כ ע"ש. וא"כ אפי' מדר"י בר"י לא נשמע ומש"ה ליתי' להך דרב נחמן דאמר אומר אדם לבתו כו'. ויתיישב בזה קושית הב"ש שהקשה לרא"ם דס"ל דאין הקטנה יכולה לקבל קידושין מדעת האב הא אמר רבא אמר רב נחמן בתך מקודשת לי כו' בין ע"י עצמה בין ע"י אביה והוא שלא בגרה ואע"ג דמה שאמר רבא אמר רב נחמן דף י"ט מדר"י בר"י נלמד ס"ל דהיינו דוקא לר"י בר"י קאמר ולא לרבנן מכל מקום האיך דוחה מימרא דרבא אמר ר' נחמן שאמר בדף ט' וע"ש. ולפמ"ש ניחא דודאי אם נשמע מדר"י בר"י ממילא נשמע לרבנן כיון דלא פליגי בזה וכמ"ש. אלא משום דרא"מ ס"ל כדרב נחמן בר"י וא"כ מדר"י בר"י נמי לא נלמד ולרב נחמן דס"ל דנלמד מדר"י בר"י ומשו' דס"ל אליבי' דר"י בר"י דמעות הראשונים לאו לקידושין נתנו א"כ ס"ל ודאי להלכה כן דאומר אדם לבתו דממילא נשמע לרבנן ומש"ה אין ראי' מהך דאמר רבא אמר ר' נחמן בדף ט' ומשום דאנן לא ס"ל כרבא אמר ר' נחמן אלא כרב נחמן בר' יצחק ועיין ב"ש שכתב ז"ל ואפשר דס"ל דסוגי' איירי בנערה והא דאמר שם והוא שלא בגרה ולא אמר והוא שלא היתה קטנה אפשר איידי דסיפא נקט ודחוק עכ"ל. ואין זה קושי' דודאי אפי' לדע' הפוסקי' דאומר אדם לבתו קטנ' ס"ל נמי אינו אלא בקידושי כסף דוקא ולא בקידושי' שטר וכמ"ש בסק"ג אליבי' דר"ן וריטב"א א"כ התם דף ט' דמיירי בקידושי שטר צריך לומר הא דקאמר בין ע"י עצמ' בין ע"י אבי' בנערה וכ"כ בריטב"א שם ז"ל אלא ודאי דהא דאמרינן והוא שלא בגרה היינו למימר' דהוי נער' ואת' לאשמעי' כר' יוחנן דאמר שאין נערה מתקדשת מטעמ' אלא אבי' ולא הי' הא בקטנ' אינ' מקבל' שטר קידושין כלל וכן עיק' עכ"ל. והנה לפמ"ש הרמ"א די"ח דאין הקטנה יכולה לקבל קידושין וחושש לדעת הרא"מ והמרדכי ומשום דלא ס"ל כר"י בר"י או משום דאפי' ר"י בר"י נמי ס"ל דמעות הראשונים לקידושין נתנו א"כ הא דאמר רבא אמר רב נחמן המקדש במלוה שיש עלי' משכון מקודשת מדר'

יוסי בר' יודא כו' והיא גופה משכון וכיון דלא ס"ל כרבא אמר רב נחמן באומר לבתו כו' א"כ הך דינא דמלוה שיש עליה משכון נמי אינו מוכח ובסימן כ"ח סעיף י"א שם כתב בש"ע הך דינא דמלוה שיש עלי' משכון ולא חלק עליו הרמ"א ומשמע דכ"ע סברי הך דינא ואמאי כיון דשניהם לא למדנו אלא מדר"י בר"י וצ"ע:

ס"ק ו

אלא האב בעצמו צריך לקבל כתב הטור שיאמר לה צאי וקבלי קידושיך בין בכסף בין בשטר כתב הב"י ז"ל כלומר דבביאה לא שייך למימר צאי וקבלי קידושיך אלא אומר לה התקדשי לפ' בביאה ומסרה לו שתתייחד עמה עכ"ל. ונרא' דאפי' אינו אומר סתם צאי והתקדשי עצמך בביאה למי שתרצה נמי מהני: והוא לפי מ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט דמש"ה בעינן בקידושין דוקא אמר הוא ולא אמרה היא משום דכתיב כי יקח איש אשה ועיקר הקידושין מן הבעל אלא שדעת האשה בעינן שתהא מבטלת דעתה ורצונה כדבר של הפקר והבעל קונה אותה עכ"ל וא"כ בקידושי כסף או שטר דבעינן מטי ליד האב הוא דלא מהני לדעת החולקין צאי וקבלי קידושיך משום דין ערב לית בי' כיון דאינו אומר לקדש כמ"ש בס"ק ה' ושליחו' לא סבירא להו הקטן אף דהוא לטובת וזכות הקטן אבל בקידושי ביאה שפיר מהני כיון דאין צריך דעת האב אלא שיבטל רצונו והבעל קונה אותה ובזה שאומר צאי וקבלי קידושיך הרי עושה אותה כדבר של הפקר והבעל קונה אותה ומשו' דבע"כ דאב הוא דאינה מקודשת הא כל שהאב נתרצה שתקדש עצמה לכל הבא לקדשה שפיר מהני זה נראה. ונראה לפרש בזה לשון רש"י בפ' האיש מקדש דף מ"ו גבי נתקדשה שלא מדעת ונשאת שלא מדע' ואבי' כאן דרב הונא אמר אוכל' בתרומ' הואיל ונעשה בה מעשה יתות' בחיי אב וכתב רש"י ז"ל בחייו קדשה והשיאה עצמה שלא מדעתו כאילו היא יתומה והוא ראה ושתק או הפקיר זכותו או שתיקתו הודאה עכ"ל והנה שתיקתו כהודאה יש לפרש דהוי כאומר צאי וקבלי קידושיך דמהני לשיטת הפוסקים אבל הפקיר זכותו למאי מהני דהפקר אין בו לא משום ערב ולא משום שליחות וכן לפי טעמא דרשב"א באומר צאי וקבלי קידושיך דקטנה מקבלת קידושין דהוי כמרשה כחו לה נמי אינו שייך בהפקיר זכותו ולפמ"ש ניחא דרב הונא סבירא לי' חופה קונה ומהני כמו בקידושי ביאה דאין צריך רק שיפקר זכותו ורצונו לקדשה לכל מי שתרצה. ואע"ג דלרב הונא דאמר חופה קונה אינו אלא ארוסה ולא נשואה וארוסה אינו אוכלת בתרומה בחופה שאני דכיון דטעמא דארוסה אינו אוכלת בתרומה שמא ימזגו לה כוס בבית אביה ובחופה מייחד לה דוכתי':

ס"ק ז
וכדי' להוציא נפשי' מפלוגתא כתב הב"ש ז"ל נראה אם אמר מקדש תן לבתי קידושי כסף ותתקדש לך אז לכ"ע יכולה לקבל הקידושין אף אם אביה אינו שם דהוי כאומרת תן לפלוני עכ"ל והמעיין במרדכי יראה דס"ל דאפילו אומר תן לבתי נמי לא מהני והובא בס"ק ה' ע"ש אלא דכבר כתבנו שם דאנן לא ס"ל כמרדכי בזה ע"ש:

ס"ק ח
יחזיק האב יד הקטנה ז"ל ת"ה סימן מ"ג יראה דשפיר דמי שהקטנה בעצמה מקבלת קידושיה והאב יעמוד אצלה ויחזיק בידה לקבל הקידושין במצותו ובמאמרו וכן כתבו תוס' וסמ"ג ואשר"י ומרדכי בשם ר"י וכן הרמב"ן דקי"ל בהא כרבא אמר רב נחמן אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך כו' ואע"ג דבמרדכי כתב בשם רא"ם דלא קי"ל הכי כו' עוד נראה דכל הני דברי הגאונים דלעיל לא מיירי אלא בנותן האב רשות לבתו להתקדש ולקבל קידושיה שלא בפניו לפי דעתה ורצונה הכי משמע לשון הגמרא ועלה פסקו הגאונים דאומר לבתו צאי וקבלי קידושיך אבל כשעומד על גבה ותופס בידה לקבל הקידושין הוי כאילו הוא בעצמו קיבל ואע"ג דאין המקד' אומר בתך מקודש' אלא הרי את מקודשת אין קפידה דרוצה לומר הרי את מקודשת מכח אביך עכ"ל. והנה אכתי צריך טעמא דהא כיון דחושש לדעת המרדכי דלא קי"ל כרבא אמר רב נחמן א"כ מאי בכך כשאב עומד על גבה סוף סוף הא לא מטו הכסף קידושין ליד האב וליכא למימר דכל שהאב עומד על גבה ה"ל כאילו דיבר להמקדש ומהני מדין ערב וכמ"ש בסק"ז מ"מ תיקשי לפמ"ש הרמ"א בסימן כ"ט סעיף ב' דלא מהני מדין ערב באומרת תן מנה לפלוני אלא בהתחילה היא ע"ש. ובקידושי קטנה אע"ג דהאב
עומד על גבה אינו נראה כהתחיל האב אלא כאילו התחיל המקדש. ועוד דא"כ אינו אלא בקידושי כסף אבל בקידושי שטר דלא שייך בי' דין ערב לא מהני עומד על גבה, ומדברי רמ"א שסתם משמע שאפילו בשטר מהני כל שעומד על גבה. לכן נראה דכיון דכתב בת"ה דהאב יעמיד אצלה ויחזיק בידה לקבל הקידושין וכשתופס בידה ה"ל כמאן דנקט לי' איהו בידי' כדאמרינן בשבת ר"פ נוטל אדם את בנו. אמר רבא הוציא תינוק חי וכיס תלוי בצווארו חייב משום כיס ע"ש א"כ ה"נ כיון דתופס את ידה ה"ל כמאן דנקט ליה האב ומהני לי' בין בקידושי כסף בין בקידושי שטר. אלא דהרמ"א כתב לא שיעמיד האב אצלה והרי לפנינו שהת"ה דקדק בלשונו וכ' יחזיק בידה דוקא וצ"ע מיהו לפמ"ש הרמ"א שיעמיד אצלה נראה דבקידושי שטר ודאי לא מהני עומד אצלה ודוקא בקידושי כסף איכא למימר דס"ל מדין ערב ואע"ג דבתן מנה לפלוני אם התחיל המקדש לא מהני כמבואר בסימן כ"ט ע"ש. י"ל דבקידושי קטנה כשאב עומד אצלה והכל יודעין

שרוצה לקדש וליתן הכסף לבתו הקטנה ה"ל כאילו התחיל האב. אבל בקידושי שטר עמידת האב אינו מעלה כלל ותופס ביד' אפשר דמהני אפי' בשטר ומטעמא שכתבנו דה"ל כנקט לי' אביה וכמו האי דשבת וכמ"ש ואכתי צ"ע:

ס"ק ט

אי שווי' שליח אחרינא כתב הב"ח דין זה שייך נמי בבעל ואשה דשווי' שליח אחרינא וכתב עוד דאם של בתרא קדמו א"צ גט אלא מבתרא ממ"נ אי של בתרא בטלו לקמי' הרי קידושי קמא לאו קידושין ואי לא בטלו לקמא אלא לא סמיך דעתו קסבור דקמא לא משכח אבל אי משכח לא בטלי הרי כיון דשל בתרא קדמו קידושיו קדושין ושל קמא לא הוי קידושין דקמא לא משכח יעו"ש. ובט"ז כתב ז"ל ולא נהירא לי דמי הגיד לנו דבאותו צד דלא בטלו לקמא הוי דעתי' דאי לא משכח קמא דילמא נימא דדעתי' הוי דשליח קמא ניחא למשלח טפי דהוא ודאי יעשה השליחות יותר מן השני אלא דאם לא יקבל הראשון שום קידושין כלל אזי עכ"פ יקבל לו השני ונמצא אם יקבלו שניהם ניחא לי' בהאי קמא ע"כ בכל גווני צריכה גט משניהם עכ"ל גם בח"מ מפקפק על דברי הב"ח. ונראין דברי הב"ח דכיון דשליח בתרא ודאי הוי שלוחו ושלוחו כמותו ה"ל כאלו הוא בעצמו קידש ותו לא מצי שליח קמא מקדש בתר מעשה הקידושין של שלוחו שהוא כמותו. ומשום אומדנא ליכא בהאי מלתא כלל דנימא דניחא לי' דאם יקדש הראשון שום אשה אחר משך שנה או שנתי' והי' שליח בתרא בטל אלא שליח קמא הוי שלוחו וכן שליח שני אלא מי שקדם ועשה שליחתו דהוי כמותו תו אין במעשה שני הן קמא הן בתרא כלום:

ס"ק י

או נשאת כתב הב"ש ז"ל היינו קידושין ונשואין הי' הכל בלא דעת אבי' בש"ס פליגי בזה רב הונא ור' ירמי' ולרב הונא אוכלת בתרומה ש"מ דהוי קידושי ודאי וכ"כ הריב"ש סימן קצ"ג. ובשו"ת הרשב"א סימן אלף ריי"ט כתב בשם הרמב"ן בקידש ונשאת לכ"ע צריכה גט ומיאון דבזה לא נדחה דברי רבו שמואל ותימא על המחבר שפוסק בפשיט' דלא הוי קידושין עכ"ל. ונראה דהתם בגמ' ובתשו' הרשב"א מיירי שאביה כאן ואמרינן דנתרצה כיון דנעש' לה מעשה יתומ' בחיי אב ושתק ש"מ דנתרצה אבל כאן בש"ע מיירי שנתקדשה ונשאת שלא לדעת אביה ואין אביה כאן. ועוד נראה דאף אם אביה כאן לא הוי קידושין דהא טעמא דרב הונא הואיל ונעשה לה מעשה יתומה בחיי אב כולי האי לא הוי שתיק אבל בקידושין גרידא אפי' אבי' כאן אמרי' מרתח רתח ע"ש. ולדע' הר"ן והרמב"ם אפילו נתרצה האב בפי' אחר הקידושין לא מהני כל שנתקדשה שלא לדעת אביה וכמו שיבואר בס"ק י"ד וא"כ אפילו אח"כ נשאת ונעשה לה מעשה יתומה דהוי

ראי' מדשתק כל כך נתרצה תו לא מהני ריצוי של האב אחר הקידושין ורב הונא לטעמי' דס"ל חופה קונה א"כ כיון דנשאת ושתק כל כך ש"מ דאודי ונתרצה וקונה החופה ועמש"ל סק"ו. אבל לדידן דקי"ל חופה אינו קונה א"כ לא מהני נשאת דנהי דנשאת חשיב כשתיק' וכהודא' שנתרצה כיון דבשעת קידושין אינו מוכח שנתרצה תו לא מהני הריצוי אח"כ ובמה מקדשה. ובעת הנשואין נמי חופה אינו קונה ודו"ק:

ס"ק יא

ואפילו שדכה אביה תחלה עיין ב"ח שהקשה כיון דשדכה וגילה דעתו שהי' חפץ לקדשה ומבואר בסעיף י"ב דכה"ג הוי קידושין ע"ש שהגי' ואפי' שדכה באביה ובח"מ כתב דאין צורך לזה דאף דנתרצה בשידוכין לא נתרצה בקידושין של עכשיו דאולי לא נתרצה עד שיתן כסף הקידושין לידו דוקא כאשר התורה זכתה לו ואין רצונו שתקבל היא הקדושין בלא דעתו עד שיגלה דעתו דניחא לי' בקבלתה עכ"ל וכ"כ הב"ש בשם הריב"ש ולפי"ז צריך לומר דהך דינא שכתב הש"ע בסעיף י"ב מיירי שגילה האב דעתו דניחא לי' בקבלתה דאם לא גילה דעתו אלא לקידושין אמדינן דעתו שיקבל בעצמו. והמעיין ירה דהך דסעיף י"ב הוא בטור בשם הרמ"ה והוא מסוגיא דקידושין מ"ה מהאי עובדא ההוא אמר לקריבא והיא אומרת לקריבה אדאכלו ושתו אתי קריבי' באיגרא וקידשה אמר אביי כתיב שארי' ישראל לא יעשו עולה רבא אמר חזק' אין אדם טורח בסעודה ומפסידה ומזה למד הרמ"ה הך דינא והתם בהאי עובדא לא הי' שום גילוי דעת אלא במה שרצה לקדשה לקריבי' ונימא דלא נתרצה אלא שהוא בעצמו יקבל הכסף קידושין כאשר זכתה לו התורה ואפילו לפי מה שמפרש שם הרי"ף האי עובדא דכיון דגילה האב דעתו לקדשה לקריביה אמרינן שמא שדר בחשאי לקדשה ע"ש א"כ הכא נמי בשידכה דהוי נמי גילוי דעת ניחוש שמא שדר בחשאי לקדשה. ולכן נראה דשידוך לא הוי גילוי דעת כלל שהוא רוצה לקדשה וכן מוכח שם בקידושין דף מ"ה גבי הנהו בי תרי דהוי קאי שתו חמרא כו' אמר מקדשה לי ברתך לברי אמר רבינא אפילו למ"ד אמרינן שמא נתרצה האב שמא נתרצה הבן לא אמרינן כו' ודילמא ארצויי ארצי קמי' כו' והתם משמע דמיירי משידוך דהא אפי' מ"ד חיישינן שמא נתרצה האב אינו אלא בשידוך כדאי' דף מ"ד וכ"כ הר"ן שם דמיירי בשידוך ע"ש וכן משמע מפי' רש"י שם ע"ש. והדר פריך ודילמא ארצויי ארצי קמי' והיינו גילה דעתו שחפץ בה ומשמע דגילה דעת שחפץ בה לקדש' עדיף משידוך והיינו משום דשידוך גרידא לא הוי גילוי דעת כל כך שרוצה לקדשה דהא גבי בן שידוך לא מהני וכדאמר רבינא אפי' למ"ד חיישינן שמא נתרצה האב והוא בשידך אבל נתרצ' הבן לא אמרינן ואלו בגילוי דעת שחפץ

לקדשה שפיר מהני כדפריך וניחוש שמא ארצויי קמ"ל אלא דאמרינן לא חפץ איניש למשווי' אבוה שליח ומשום דלא נכנס האב בדיבור זה אפי' אומ' בפירוש כל הרוצה להיות שליח וכמ"ש הר"ן שם וא"כ ע"כ דשידוך לא הוי קרוב הדעת כל כך לקידושין כמו גילה דעת לקידושין וא"כ הך דינא דסעיף י"ב איירי בגילה דעת לקדשה וכהאי עובדא בדף מ"ה וכמ"ש מהאי דאמר לקרובאי. והך דהכא דאיירי בשידך דלא הוי גילוי דעת לקדשה. ובט"ז ראיתי שכתב בקושי' הב"ח ז"ל וצ"ל דהך שדכה אין פירושו שיאמר בפירוש שרוצה להתחתן עמו אלא סיפור דברי' היו בין הבעל והאב וביניהם לא הי' שום הסכמה עכ"ל. ולפמ"ש שידכה דהכא ככל שידוכין דעלמא אלא דלא הוי גמר ריצוי וגילוי דעת שע"י שידוכין יקדשה אלא היכא דגילה דעת שרוצה לקדשה וכמו שהוכחנו מהאי דנתרצה הבן לא אמרינן דמיירי בשידוך ואפ"ה פריך שמא ארצויי קמי' והארכנו בפשיטות לפי שמדברי אחרוני' לא משמע כן ולענ"ד כמ"ש.

ס"ק יב

ואפילו נתרצו בפירוש אחר הקידושין. בפ' האיש מקדש דף מ"ד אתמר קטנה שנתקדשה שלא לדעת אבי' אמר שמואל צריכה גט ומיאון אמר קרנא דברי' בגו אם גט למה מיאון ואם מיאון למה גט כו' אפכוהו ושדרוהו לקמי' דרב אמר להו האלקים צריכה גט ומיאון וחס לי' לזרעא דאבא בר אבא דנימא הכי וטעמא מאי אמר רב אחא בר"י דרב איקא צריכה גט שמא נתרצה האב בקידושין צריכה מיאון שמא לא נתרצה האב ויאמרו אין קידושין תופסין באחותה. והנה שטת רש"י ותוס' והרא"ש דכי נתרצה האב כששמע הוי קידושין למפרע ע"ש. וטעמא דלמפרע כתב הר"ן לפי שכל אדם רוצה להשיא אם בתו ומצוה דרמי' עליה הוא וזכין לאדם שלא בפניו. וטעמא דנתרצה כששמע הא לא נתרצה לא הוי קידושין לפי שאינו זכות גמור שהרי היא יוצאה מרשותו לכמה דברים אבל כל שנתרצה גלי דעתו דזכות הוא לו ומהני משעה ראשונה עכ"ל וראוי לדקד' מל' הר"ן שכתב הא לא נתרצה כו' לפי שאינו זכות גמור כו' ותיפוק לי' אפילו בזכו' כל שמיחה כששמע אין בזכי' כלום ולא מהני הזכי' שזכו לו שלא בפניו ואם זכו לאדם מתנה שלא בפניו וכששמע אמר אינו רוצה אין במתנה זו כלום. כמבואר בכריתות וב"ב בפלוגתא דרשב"ג בשתק ולבסוף צווח ומשמע דאם צווח מתחלה ודאי אין מזכין לו בע"כ וכן בגר קטן דיכול למחות. ונראה משום דמשמע לשון הש"ס חיישינן שמא נתרצה האב כששמע ומשמע הא לא שמע אוזן האב מעולם לא הוי קידושין לזה כתב הר"ן לפי שאינו זכות גמור דודאי בזכות גמור כל שלא שמע כלל ממילא קם לי' בזכותו שזכו לו אבל בתו שיצאה מרשותו לכמה דברים דלא זכות

גמור הוא אלא כשנתרצה כששמע אז הוא דאמרינן מסתמא ניחא לי' בזכותו שזכו לו אבל אם האב שמע ומוחה אעפ"י שנתרצה אח"כ תו לא מהני קידושין כן מבואר בר"ן: ושטת הרשב"א דנתרצה האב ה"ל קידושין ואפי' מיחה האב כששמע אם נתרצה אח"כ הוי קידושין ע"ש. ז"ל משום דכל מאן דמקדש את הקטנ' שלא לדע' אבי' יודע שאין קדושיו קידושין אא"כ נתרצ' האב בקידושיו ועל דעת כן שיתפייס האב הוא מקדש וה"ל כמקדש על מנת שירצה אביך ובמתנה בפירוש כך אעפ"י שצווח ולבסוף נתרצה מקודשת שהרי נתפייס דהא לא שירצה בשמיעה ראשונה קאמר אלא שירצה בקידושין ויתפייס לבסוף ויאמר אין קאמר ואעפ"י שמת האב אמרינן שמא נתרצה שעה אחת קודם מותו דהכי אי' בתוספתא במכילתי' פ"ג ע"מ שירצה פלוני אעפ"י שאמר אינו רוצה מקודשת שמא יתרצה למחר שעה אחרת והא דאמר רב לקמן בין היא בין אבי' יכולין לעכב לומר דלא הוי קידושי ודאי אבל קידושי ספק הוי כו' ודאמרינן בירושלמי נתקדשה שלא לדעת כו' ובא אביה ועקר הקידושין התם משום דנתקדשה ונשאת שלא לדעת אביה ודאי מיקפד קפיד ולא יתרצה לעולם הואיל ונעשה מעשה יתומה בחיי אב עכ"ל הרשב"א, מיהו לשטת הרשב"א לא חיילי הקידושין למפרע אלא לכשנתרצה האב הוא דחיילי הקידושין וכמ"ש הרשב"א דה"ל כאומר ע"מ שירצה אביך שמקודשת לכשישמע ולא ימחה. ואעפ"י שלא חלו בשעת נתינה כו' והכא אעפ"י שנתאכלו המעות קוד' ששמע האב נמי חוששין לה דה"ל כהרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום דאעפ"י שנתאכלו המעות מקודשת וכן הוא שטת הרמ"ה הוב' בטור והוא דעת הי"א שלפנינו דכל שנתרצ' כששמע הוי קידושין אחר הריצוי ואף שנתאכלו המעות כמו במקדש אחר שלשים. אבל למפרע לא חיילי ע"ש ועיין מוהרי"ק שורש ל"ב ואיכא למידק דהא בפ' יש בכור דף מ"ט איפלגי רב ושמואל בפודה תוך ל' ונתאכלו המעות רב סובר בנו פדוי מידי דהוי אקדושי אשה. ושמואל סובר התם בידו לקדשה עכשיו הכא אין בידו לפדותו תוך שלשים ובת"ה סימן רס"ד פסק כשמואל וכן פסק הרמ"א ביו"ד סימן ש"ה וא"כ במקדש את הקטנה לכשיתרצה האב אין בידו לקדשה עכשיו וכשנתאכלו הוי לי' מלוה כמו בפודה תוך שלשים כיון שאין בידו לפדותו עכשיו, ועוד דאפי' לדעת הפוסקי' שם כרב נמי תיקשי דבאומר הרי את מקודש' לכשיתרצה אביך ה"ל דשלבל"ע ולא מהני דמי איכא מידי דהשתא לא חייל ולבתר זמן חיילי כדאמרינן שם בפ' אעפ"י דף נ"ט וא"כ אפילו המעות קיימין איך חייל הקידושין כיון דהשתא לא חייל והאומר לקטנה הרי את מקודש' לכשיר' אביך ה"ל כאומר לאשה אחר שימות בעלך דה"ל דשלבל"ע ואינה מקודשת אפי' המעות קיימין והתם בפודה תוך שלשים לא הוי דבר שלא בא

לעולם כמ"ש במ"ל בפ"ד מאישות דמחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה ע"ש. אבל לכשירצה אביך זה לאו בזמן דממילא תליא אלא בריצוי אב. וכיון דהשתא לא מצי חייל היאך חייל לאחר זמן. ונראה לפמ"ש הריטב"א בטעמא דגמרו הקידושין כשנתרצה האב דהוא מדין תן מנה לפלוני ותתקדש בתי לך כיון דנתן ע"פ מקודשת בהאי הנאה שעשה דברו דשוי פרוטה וה"נ כשנתרצה האב הרי הוא כאומר הניח הכסף שנתת לבתי שיהי' שלה ואל תטלנה ממנה ותתקדש לך כו' ואפשר שהמקדש נתכוין לכך שהרי כל אדם רוצה שיגמרו נשואין כדאיתא בפרק המדיר ע"ש. ויבואר לפנינו וא"כ כיון דהמקד' נתן אדעת' דהכי את הכסף ליד הקטנ' על דעת קידושין של האב וכשאב נתרצה ה"ל כאומר הנח לה המעות ולא תטלנה א"כ ה"ל כמדבר עם האב דתחלת נתינה ליד הקטנה היה על צד ערבות דאב ואעפ"י שתחלת הנתינה לא היה ידוע לאב דהכי אשכחן כה"ג בב"י ח"מ סימן קכ"ט בשם חזה התנופה ראובן שמכר לשמעון מלבוש על תנאי שיעמוד לו ערב ונתן לשמעון הלבוש והלבישהו ולאחר זמן העמיד לו ערב בשע' מתן מעות דתחל' הנתינ' הי' ע"פ ערבו' ה"ל כאלו לא ניגמר הדבר עד שעה שהעמיד לו ערב וע"ש וא"כ ה"נ כיון דתחלת נתינה הי' ע"מ שיתרצה אב ה"ל דין ערב בעת הריצוי דתחלת נתינה הי' לכך דאם לא יתרצה תחזיר לו הכסף ואפי' נתאכלו שביק לה חובה וכמו במקדש לאחר שלשים כיון דעיקר הקידושין מכח האב קאתי ולגבי אב לא הוי דבר שלבל"ע דהא ביד האב לקדשה עכשיו וה"ל כמקדש לאחר שלשים ודו"ק היטב. ובזה ניחא מה דקשי' לן בהא דמועיל ריצוי אב אפי' נתאכלו המעות הוי לה קידושין ואלו במקדש את הקטנה וגדלה ונתרצית לא הוי קידושין ואפי' הכסף בעין דלא קי"ל כהך מ"ד ביבמות פ' בית שמאי דגדלה קידושי' בהדה אלא דקדושי קטנ' לאו כלום היא אפי' גדלה ונתרצית לא הוי קידושין מן התורה כדמוכח בפ' יוצא דופן דף מ"ז ע"ש ומ"ש ריצוי דידה מריצוי דאב ועיין מוהרי"ק שורש ל"ב שכתב ז"ל ומ"מ אף כי נלמד ריצוי דידה לאחר גדלות מריצוי דאב כמו שאמרו החברים ע"ש הרי שעלה על דעת החברים להשוות זא"ז כמ"ש ולפמ"ש ההבדל מבואר דבריצוי דידה לאחר גדלות ה"ל דבר שלבל"ע דאפי' במחוסר זמן דממילא קאתי נמי ה"ל דבשבל"ע כמ"ש סימן מ"ג ס"ק א' ע"ש וכיון דהקידושין בינו לבין קטנה ה"ל דבר שלבל"ע ולא מהני אף אם הכס' בעין וכמו שלא מהני בלאחר שאתגיי' ואח' שתתגיירי אבל ריצוי דאב כיון דתחלת הקידושין לא הי' בינו ובין הקטנה אלא בינו ובין האב והנתינה הי' ע"מ שיתרצה האב וביד האב הוא לקדש עכשיו לא הוי דבר שלא בא לעולם וזה ברור ונכון. ושטת הריטב"א ג"כ דגמרו הקידושין כשיתרצה אב ולא למפרע ז"ל דגמרו הקידושין מדין תן מנה לפלוני ותתקדש בתו לך דכיון שנתן

על פיו מקודשת כו' דמקדשה בהאי הנאה שעשה דברו דשוי פרוטה כו' ה"נ כשיתרצה האב בקידושין הרי הוא כאומר הניח הכסף שנתתי לבתי שיהי' שלה ולא תטלנה ממנה ותתקדשה לך מיהו בעינן שיהי' הכסף בעין בשעה שנתרצה האב דאי לא במה מקדשה שהרי לא נתן ולא הניח לה כלום על פיו ומה שנתן תחלה מאיליו נתן לה על דעת קידושין שלו אבל השתא כשהוא בעין איכא נתינה על פיו שהרי אלו לא נתרצה האב בקידושין הדר איהו ושקיל כספי' מינה ועכשיו מניחן בשביל אבי' ואעפ"י שאין דעת המקדש לכך בהאי הנאה דמטי לאב שזה מניח המעות לבתו גמר ומקנה לה ואפשר שהמקדש נתכוין לכך שהרי כל אדם רוצה שיגמרו נשואין כדאי' בפ' המדיר ובבתו נערה לא בעינן שיהי' הכסף בעין בשעת ריצוי דנערה נהי דלית לה יד לקבל קידושי' מכל מקום בת זכי' היא וכי מקבלת להו הרי היא כזוכה בכסף לאבי' וכי שמע האב ונתרצה זכתה לו למפרע דזכין לאדם שלא בפניו וכן באומר לראובן זכה בכסף לאחותך ותתקדשי לי בו ושמעה ונתרצית הרי היא מקודשת למפרע משעה שזכה לה עכ"ל.
וביאור שטה זו דס"ל נמי דקידושי בתו ה"ל זכות דאביה וכמ"ש הר"ן הובא לעיל אלא דבקטנה ס"ל להריטב"א דאע"ג דה"ל זכותא דאב לא מצי' הקטנה זכי לגדול ולא מהני בקטנה אלא מדין ערב ומש"ה אינ' מקודשת אלא מכאן ולהבא אחר הריצוי דאב ובהנאה דאית לי' לאביה שמניח הכסף על פיו אבל קידושי נערה דמהני באומר צאי וקבלי קידושיך אפילו בשטר ומתורת שליחות ומש"ה מהני נמי למפרע ומתורת זכי' אלא דבהא נחלק הריטב"א משטת הרמ"ה דלהריטב"א אינה מקודשת אלא היכא דהמעות בעין אבל נתאכלו לא ולשטת הרמ"ה מהני אפי' נתאכלו המעות ונראה דטעמא דריטב"א דמקדש לאחר שלשים כיון דיהיב לאשה המתקדש' הוא דמהני אעפ"י שנתאכלו המעות וכמ"ש הריטב"א בטעמא ר"פ האומר ע"ש ז"ל מקודשת ואעפ"י שנתאכלו המעות פי' וכיון דברשותה אכליתנהו ויהיב לה רשותא לא נפקינן לא נעשו מלוה ומתקדשת באותה הנאה עכ"ל וע"ש והכא דהכסף שמקבל הוא האב
והיינו הנאה שמניח על פיו הכסף ביד הבת וכיון דכבר נתאכלו לאו הנאה הוא לגבי האב דהא מחול חובך לפלוני ואתקדש אני לך נמי לא מהני דמלוה לא מהני אפי' במוחל לאשה גופה ומכ"ש שמוחל לאחר על פי' דלא מהני ועוד נראה לומר דס"ל לריטב"א כדעת הר"ר יונה הובא בראש פרק שני דייני גזירות דקטן שלוה אין צריך לשלם אפי' הגדיל אח"כ ע"ש וא"כ לאו מידי שביק לה כיון דכבר נתאכלו וקטן פטור מלשלם היכא דליתי' בעיני' והרמ"ה סובר דקטן שלוה צריך לשלם וכדעת הרא"ש שם וכן פסק בש"ע חשן משפט סימן צ"ו א"כ אפי' נתאכלו ה"ל הנאה במה דשביק לה

חובה: והיכא דמקדשה בביא' הנה לדע' רש"י ותו' והרא"ש דכשנתרצה האב מקודשת למפרע א"כ קידושי ביאה נמי מהני כיון דאמרינן דמעיקרא ניחא לי' בכך ומקודשת בביאה אבל לשטת הרמ"ה והרשב"א והריטב"א דכשנתרצ' אינה מקודשת אלא אחר ריצוי וא"כ בכסף אי הכסף אכתי בעין לדעת הריטב"א ולדעת הרמ"ה אפי' נתאכלו וכמ"ש בהאי הנאה דשביק לה חובה אבל בביאה דמעיקרא לא מצי מקדשה עכשיו נמי אינה מקודשת דמשוך פרה זו ולא תיקנה אלא לאחר שלשים לא קנה מיהו נראה כיון דבנערה ס"ל להריטב"א דאפי' נתאכלו המעות מקודשת למפרע ומשום דה"ל זכותא דאביה אלא דבקטנה דלא מצות זכי בכסף קידושין לאבי' בתורת שליחות הוא דלא מהני למפרע וא"כ בקידושי ביאה נמי מקודשת בנערה כיון דבנערה קידושי למפרע חייל וא"כ ה"ה בקטנה דבקידושי ביאה אין חילוק דכיון דאמרינן דניחא לי' לאבוה בזכו' בתו א"כ כל דניחא לי' לאבוה הרי מתקדש' בביא' דבקידושי ביא' אין צריך שליחות אלא כיון דניחא לי' לאבי' קונה אותה המקדש בביאה דבקידושי כסף או שטר הוא דצריך שיבוא הכסף והשטר ליד האב אבל בביאה מעצמה מתקדשת כל דניחא לי' לאבוה וכן משמע מהא דפריך שם בסוגיא לרב אסי דאמר אבי' ולא היא מהא דתניא אם מאן ימאן כו' וקס"ד שפיתה לשום אישות ע"ש ומשמע דמקודשת למפרע בקידושי ביאה מיהו התם בנערה מיירי ע"ש אלא דלענין קידושי ביאה נראה דאין לחלק בין קטנה לנערה וכמ"ש אמנם במ"ש הריטב"א דבנערה מקודשת למפרע ומשום דזכות הוא לאב וזכין לאדם שלא בפניו ולשטת רש"י ותו' והרא"ש אפי' בקטנה מה"ט מקודשת למפרע אם נתרצה כששמע ומשום דניח' לי' בזכות בתו וכמ"ש לעיל בשם הר"ן. וקשה לי מהא דאי' בנדרים דף ל"ו התורם משלו על של חבירו צריך דעת בעלים או לא מי אמרינן כיון דזכות הוא לו זכין לאדם שלא בפניו או דלמא מצוה דלי' היא וניחא לי' למעבדי' וכתב שם הרשב"א בחידושי' ז"ל הא דאיבעי' לן התורם משלו על של חבירו מי אמרינן כיון דזכות הוא לו אין צריך דעת בעלים קשיא לי' הא שליחות לאו מדין דניחא לי' או לא ניח' לי' אלא גזירת הכתוב הוא דמה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם ותדע לך שהרי האומר לחבירו צא ותרום לי והלך ומצא תרום למ"ד אין חזקה שליח עושה שליחתו אמרינן בפ"ק דחולין דלמא שמע אינש אחריני ותרם ורחמנא אמר אתם גם אתם מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם ואע"ג דסתם ניחא לי' שתיקן כריו וי"ל דתורם משלו על של חבירו שאני דלא בעינן שלוחו לדעתו אלא בתורם משל בעל הכרי על בעל הכרי אבל בתורם משלו על של חבירו כיון שאינו של בעל הכרי לא בעינן שליחותו ממש ואין הדבר תלוי אלא אי זכות לו וזכין לאדם שלא בפניו אי לאו זכות דמצוה דנפשי'

עדיף עכ"ל וא"כ לפ"ז תיקשי לדעת הרא"ש דצאי וקבלי קדושיך הוי מטעם שליחות ומשום דקטן נמי נעשה שליח לטובתו וזכותו והובא בס"ק ג' דכיון דבשליחות בעינן לדעתיכם א"כ היכא מקדשה למפרע משום ניחות' דאב הא בשליחות בעינן דעת משלח ואע"ג דניחא לי' והא דאמרינן בסוגי' ודלמא ארצויי קמי' ופי' רש"י והרא"ש דכיון דארצי הבן קמי' אבוה דניחא לי' באשה זו נעשה האב שלוחו משום דזכין לאדם שלא בפניו ע"ש התם בתורת זכי' אתינן עלה דהו"ל כמו זוכה חפץ לחבירו וה"ה זוכה לו אשה אבל גבי קטנה אין כאן דבר שזוכין לאב אלא דניחותא בלבד הוא דאי' ומשו' מצוה הוא דרמיא עלי' וא"כ אכתי אינו אלא בתורת שליחות ושליחות בעינן לדעת אע"ג דניחא לי' וכמו שהוכיח הרשב"א מהאי דחולין דשמע אחר ותרם דניחא לי' שתיקן כריו וכן במ"ש הריטב"א בנערה דחיילי קידושין למפר' ומשום דזכות הוא לו נמי קשיא נהי דזה הוי זכות במה שזוכית הכסף קידושין לאבי' אבל בריצוי דאב לקידושין ליכא זכי' ואין בו אלא משום ניחות' דאב ושליחות בעינן לדעת אפי' היכא דניחא לי' וצ"ע ועיין בתו' נדרים שם שכתבו ג"כ כדברי הרשב"א הנז' ז"ל והא דאמרינן מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם לדעתיכם וי"ל דהיינו כשתורם משל בעל הכרי אבל בתורם משלו אז אין צריך דעת עכ"ל והיינו כדברי הרשב"א דמשל בעל הכרי ה"ל בתור' זכי' וזכין לאדם שלא בפניו וצ"ע ועיין מה שכתב' בספר קצות החושן סימן רמ"ג סק"ט:

ס"ק יג

בפירוש אחר הקידושין והוא דעת הרי"ף ז"ל הני בי תרי דשתי חמרא כו' אפי' למ"ד חיישינן שמא נתרצה האב שמא נתרצה הבן לא אמרינן א"ל רבנן ודלמא שליח שוי' לא חציף אינש כו' ודלמא ארצויי ארצי קמי' א"ל רבא בפירוש אמר מר לא ס"ל להא דרב ושמואל וכו' וכולהו רבוותא הכי פסקו הלכתא כרבינא ודחו לדרב ושמואל בין קטנה ובין נערה דהיכא דקידש קטנה או נערה נפשה בלא דעתה דאבה דלא הוי קידושין בין נתרצ' האב בין לא נתרצה האב עכ"ל. וכתב הר"ן ז"ל והוא ז"ל מפרש כן משום דאם איתי' בנתרצה בשעת מעשה הוי קידושין הי' לנו לחוש שמא נתרצה שהדבר קרוב כו' וא"כ אפי' נתרצה בפירוש אח"כ לפיכך אין אנו חוששין דלמא ארצויי ארצי קמי' כיון דאפי' ארצי' קמי' לא מהני כיון דאפי' נתרצה בפירוש לא מהני כל שהי' שלא ע"י שליחות מתחלה וע"ש. וכיון דמשני אהא דפריך ודלמא ארצויי ארצי קמי' דליתי' לדרב ושמואל דאפי' נתרצה בפירוש לא מהני א"כ מוכרח לומר דאפי' ידעינן דארצי קמי' נמי לא מהני דהא לשטת הרי"ף הא דמשני ליתי' לדרב ושמואל לאו משום דלא חיישינן לספיקא אלא משום דאפי' ידוע בודאי שנתרצה לא מהני א"כ מוכח דאפילו ארצי בפירוש לא

מהני. וא"כ קשה לפי"ז הא דפסק בש"ע סימן ל"ה סעיף ד' דהיכא שגילה דעתו שחפץ באשה פ' והלך השדכן וקדשה לו בלא מינוי שליחות דמקודשת ע"ש והא לשטת הרי"ף לפנינו ודעימי' והוא גאון רב אחא משבחא ובעל ה"ג ורבינו האי בתשובותיו דס"ל דאפי' נתרצה האב בפירוש לא מהני וא"כ אידחי' לה לגמרי ואמרינן דאפי' ידו' בפירו' שארצויי קמי' לא מהני דאי נימא דלא חיישינן לארצי קמי' א"כ היכי קאמרי עלי' ליתי' לדרב ושמואל דהוא אפי' בידוע וא"כ ארצי קמי' נמי אפי' בידוע לא מהני. ולכן נראה לענ"ד דלהנך רבוותא דמפרשי ליתי' לדרב ושמואל דהוא אפי' בידוע שנתרצה א"כ ארצי קמי' נמי לא מהני אפי' בידו' והך דסימן ל"ה סעיף ד' בשם יש מי שאומר הוא דכתב והוא לדעת הרא"ש ודעמיה דמפרשי ליתי' לדרב ושמואל דהיינו דלא חיישינן לספיקא ומש"ה נמי לא חיישינן לספיקא דארצי קמי' הא בידו' דארצי קמי' מהני ולפי"ז הך דסימן ל"ה סעיף ד' תליא באשלי רברבי ומידי ספיקא דרבוותא לא נפקא אמנם הך דינא דסעיף י"ב בקטנה שקידשה עצמה למי שגילה האב דעתו שהי' חפץ לקדשה דחיישינן שמא נתרצה והוא בטור בשם הרמ"ה נראה דלא יחלוק בזה הרי"ף דהא גמרא ערוכה היא והובא להלכה ברי"ף וז"ל ואיכא מאן דחש להא דרב ושמואל משום דאשכח לאביי ורבא דשקלו וטרו אליבי' דרב ושמואל דאמרינן איהו אמר לקרובאי ואיהי אמרה לקריב' אדאכלו ושתו אתו קריבי' באיגרא וקידשה אמר אביי שארית ישראל לא יעשו עולה רבא אמר חזקה אין אדם טורח בסעודה כו' מאי בינייהו איכא בינייהו דלא טרח ואנן מסתברא דלא שייכי הא דאביי ורבא אליבי' דרב ושמואל אלא הכי קאמרי לא חיישינן שמא נתקדשה לדעת האב וקא משדר לי' לקדשה בחשאי לאביי כדאית לי' ולרבא כדאית לי' ע"ש. וכיון דחיישינן בגילה דעת שמא לקדשה בחשאי שדר לי' וכמ"ש שם הר"ן דאע"ג דבשדיך לא חיישינן לכך אבל בגילה דעתו שחפץ לקדשה חיישינן שמא שדר לקדשה בחשאי ע"ש. וזה כמ"ש לעיל ס"ק י"א דשידוך גרע מגילוי דעת שחפץ לקדשה ע"ש. והא דלא חיישינן גבי

בן שמא שליח שוי' דלא חציף אינש וכן בהך דסעיף ל"ה סעיף ד' לא חיישינן שמא המקדש שליח שוי' לזה האחר דאין אנו חוששין שמא שליח שוי' אלא דוקא האב לגבי בן דסתמ' מפקח הוא בעסקי בנו אבל לא באחר. ומש"ה הך דינא דסעיף ל"ה לאו דכל"ע היא אלא בשם יש מי שאומר והך דסעיף י"ב אליבי' דכ"ע הוא ומשום דגם הרי"ף מודה להך דסעיף י"ב ומטעמא דשדר לקדשה בחשאי ובזה נתיישב מה דקשיא ליה לב"ש בס"ק כ"ז:

ס"ק יד

אבל אם מיחתה היא או אבי'. שם בסוגיא אמר רב בין היא בין אבי' יכולין לעכב ורב אסי אמר אבי' ולא היא. והקשו תו' מה יועיל עיכובתה דידה אחר שנתרצה האב כיון דיכול לקדשה בע"כ וי"ל היינו דוק' בתחלת הקידושין אבל הכא דנתקדשה שלא לדעת אבי' ואח"כ נתרצה האב ועתה י"ל דמקודשת מטעם דזכות הוא לו אמרינן כיון דבתו מעכבת דחוב הוא ולא הי' מתרצה אם הי' יודע דמעכבת ולפי' הקונט' לא קשיא מידי דפי' הואיל ובשעת הקידושין לא נתרצה האב אם באתה לחזור קודם שיתרצה האב חוזרת ולא מהני תו ריצוי האב עכ"ל. והנה אכתי צריך טעמא גם לדעת רש"י דמפרש שחוזרת קודם שנתרצה האב נמי תיקשי מאי מהני חזרתה ומחאתה כיון דסוף סוף הרי נתרצה. ונראה דלשטת הרמ"ה והריטב"א דלא הוי קידושין למפרע אלא מכאן ולהבא דהיינו אחר שנתרצה ולדידהו טעמא דמקודשת אחר שנתרצה האב היינו משום דין ערב ובהאי הנאה שמניח לה הכסף עפ"י האב והובא בס"ק י"ב ע"ש וא"כ תן מנה לפ' ואקדש אני לך אינו אלא כשרוצה פ' לקבל המנה אבל אם אינו רוצה לקבל לא שייך בי' דין ערב דהא עיקר דין ערב אינו אלא כשבא הנאה לבן דעת על פיו והכא שמיחת' הקטנ' ואינו רוצה בכסף א"כ ממילא ליכא דין ערב. אלא דלשטת רש"י דמקודשת למפרע כשנתרצה בסוף. תיקשי כיון דנתרצה לבסוף ומקודשת למפר' א"כ אמאי מהני עיכובא דידה ונראה דלשטת רש"י נמי דמקודשת למפרע כשנתרצה לבסוף אינו אלא משום דאמרינן דכיון דנתרצה לבסוף מסתמא ניחא לי' בזכות בתו אבל כל זמן שלא נתרצה ולא שמע אינו מוכח דניחא לי' בזכות בתו כיון דיוצאה היא לכמה דברים מרשותו וכמ"ש הר"ן הובא לעיל. וכיון דמיחתה הבת א"כ מוכח דריצוי שנתרצה האב אח"כ לאו משום דניחא לי' בזכות בתו כיון דאיהי גופה לא ניחא לה וא"כ כיון דלאו משום זכות בתו וניחותא דידה הוא דנתרצה א"כ אינו מוכח שנתרצ' מעיקר' לניחותא דידה ולרצונה ודו"ק:

ס"ק טו

או אבי' והנה הרמב"ם הביא בהלכותיו הך דינא דבין היא בין אבי' יכולין לעכב. והקשו עליו כיון דלשטתו אפי' נתרצה בפירוש לא מהני א"כ מאי נ"מ במחאתה ובכסף משנה כתב דנ"מ דאפי' הי' ריצוי בשעת קידושין יכולה לעכב אח"כ וכמ"ש תו' דאלו ידע שתמחה בתו לא הי' מתרצ' ע"ש. ומוהרי"ט בחידושיו הקשה עלה דא"כ לעולם תהי' קידושין תלויין דשמא תמחה אח"כ וכוונת תו' אינו אלא כשמיחתה קודם ריצוי דאב או אחר ריצוי דאב והיא לא שמעה ריצוי דאב ואמרינן דאדעתא דהכי לא נתרצה אבל אם נתרצית הבת בתר דשמעה רצוי דאבוה ודאי תו לא מהני מחאת' וא"כ זה שנתרצה בשעת קידושין ושניהם בבת אחת נתרצו האב והבת ודאי תו לא מהני מחאת הבת ועיין

שם. ובני הב"ח כמר זאב וואלף ש"ן אמר דלפי שטת הרא"ש הא דמהני צאי וקבלי קדושיך דהוא בתורת שליחות ואע"ג דאין קטן נעשה שליח לטובתו ולזכותו נעשה שליח וזה היא נמי שטת הרמב"ם וכמ"ש בס"ק ג' ע"ש. ואמרינן פ"ק דכתובות דף י"ג גר קטן מטבילין אותו ע"ד בית דין דזכין לאדם שלא בפניו כו' הגדילו יכולין למחות. וכתב שם הר"ן מדאמרינן הגדילו יכולין למחות משמע דמחאה דקטנות לאו כלום הוא ואי אפשר לצמצם שתמחה מיד כשתגדיל אלא דנהי דמחאה דקטנות לאו מחאה היא לענין שאם נתרצית אח"כ אין מחאתה כלום אפ"ה מהני לה מחאה דקטנות לענין עמדה במחאה דקטנות גם אחר שתגדיל וע"ש. וא"כ ה"נ כיון דאין שליחות לקטן אלא משום דזכותו ולטובתו נעשה שליח ומהני בזה מחאה וכמו בשאר זכי' דקטן דמהני לי' מחאה ואע"ג דמחאה דקטנות לאו כלום הוא מהני לי' לענין שאם עמדה במחאתה זו גם אחר שתגדיל דתו לאו זכות היא ואינה נעשית שליח למפרע דבתר מחאה דידה ה"ל חוב עכ"ד. והנה בעיקר הדין דבין היא ובין אבי' כו' הוא מימרא דרב שם. ולא אתברר לפי"ז הא דאמר רב והאלקים צריכה גט וצריכה מיאון צריכה גט שמא נתרצה האב צריכה מיאון שמא לא נתרצה האב ויאמרו אין קידושין תופסין באחות' וכיון דהיא יכול' לעכב א"כ למה לי גט תסגי במיאון גרידא דאפי' נתרצה האב מהני מחאתה והוא מיאון דידה וכבר נתקש' בזה בשו"ת מוהרש"ך ח"א סימן ו' ע"ש. ובס' עצמות יוסף ראיתי שכתב בזה ליישב וז"ל ולי נראה דהתם מיירי שבאת היא לקיים הקידושין וכאן השמיענו דאפשר לה לעכב עכ"ל. ושותא דמרן לא ידענא דהא התם דצריכה גט ומיאון וכיון דצריכה מיאון היכא בא לקיים הקידושין וכיון דמיאנה בקידושין היינו מחאה דידה וקושיות מוהרש"ך קושיא גדולה. ונראה בשטת תו' דהא דאמרינן בגמ' עלה דרב דאמר צריכה גט וצריכה מיאון והוא ששידכו דמשמע הא לא שידכו לא אין הטעם משום ספיקא שמא נתרצה האב אינו אלא בשידכו אלא דחששא דשמא נתרצה היא אפי' בלא שידכו אלא הא דבעינן שידכו הוא מחמת קושיא זו כיון דצריכה מיאון א"כ היינו מחאה דידה ורב דס"ל בין היא כו' יכולין לעכב א"כ גט למה ולזה קאמרי והוא ששידכו ומשום דע"כ לא אמרינן דהבת יכולה לעכב אלא היכא דלא הי' שום גילוי דעת מן האב שרוצה לקדש' אלא שהיא בעצמ' הלכה ונתקדשה ובזה הוא דאמרינן דאע"ג דנתרצה האב כששמע אינו ריצוי אלא למעשה הבת ואלו ידע האב שתמחה אח"כ אינו מסכים ג"כ כיון דאינו אלא כמסכים למעשי' אבל היכא דשדיך ואבי' עצמו גילה דעתו שחפץ לקדשה לזה א"כ הא דנתרצה כששמע אינו משום מעשה הבת אלא מסכים לכוונתו הראשונ' בשעה ששידך שחפץ בזה וכה"ג תו אין הבת יכולה לעכב כלום וא"כ מימרא דרב דאמר בין היא בין

אבי' אינו אלא בדלא שדיך. ובזה ניחא דברי תו' שם ד"ה בין היא בין אבי' יכולין לעכב ז"ל ואע"ג דאמר רב לעיל חיישינן שמא נתרצה האב היינו בסתמא ששמע ושתק אבל היכא דמיחי' גיל' בדעתו עכ"ל ומאי קושיא תיפוק לי' דהתם אינו אלא בששידכו והך מימרא דבין היא כו' משמע בדלא שידך דמייתי עלה בגמ' הא דתניא אם מאן ימאן ע"ש בפיתוי לשום אישות וזה משמע בלא שידך וע"ש בחידושי מהרש"א ולפי מ"ש יתיישב דאפי' בלא שידך נמי חיישינן שמא נתרצה האב אלא הא דבעי שידכו היינו משום דאי לא שידך סגי במיאון לחודי' כיון דיכולה לעכב אפי' נתרצה האב. וניחא נמי הא דכתבו תו' ד"ה אלא דקידשה נפש' ע"ש דמשמע מדבריהם דגבי שידוך צריכה גט ומיאון ובדלא שידך צריכה מיאון ואינה צריכה גט ע"ש ובחידושי מהרש"א. ולפי' מ"ש דגם בדלא שידך חיישינן שמא נתרצה ומש"ה צריכה מיאון דמהני לי' במקום מחאת הבת כיון דבלא שידך אינו אלא כמו נתרצה למעשי' ואמרינן אלו ידע שתחזור בה לא הי' מתרצה אבל בשידך צריכה גט ומיאון ומשום דלא מהני בזה מחאת הבת דבשידכו אמרינן דריצוי דאביה אינו אלא כמסכים לדעתו הראשונה דרצה לקדשה לפ' אבל לא למעש' הבת ודו"ק:

ס"ק טו

ונתגדלה הבת ושתקה. במוהרי"ק סימן ל"ב שם האריך בזה בנתקדשה שלא לדעת אבי' וגדלה אם גדלה קידושי בהדה. ורצה להביא ראי' מהא דאמרינן בקטנה יתומה דקדשה נפשה ע"י אחי' ואמה דאמרינן כי גדלה גדלי קידושין בהדה והוי קידושי תורה אפי' בלא בעל וה"ה בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אבי' וגדלה דגדלי קידושי בהדה ואפי' לא בעל ואח"כ כתב עלה וז"ל ואם כי נחלק רבינו יצחק על דברי ה"ג ואמ' דלא תקינו לה רבנן קידושין לענין חלות הקידושין בגדלות לא נחלקו עליהם כמו שאמרו החבירי' המקשיבי' לדבר אמת כדכת' מר ותדע דכן הוא דהא מדאורייתא קאמר דגדלי קידושי בהדה ולענין חלוק דאורייתא אין לחלק בין אם תיקנו לה רבנן נישואין וקידושין ובין לא תיקנו כדכתבתי לעיל עכ"ל. אמנם לפי ענ"ד דיש לחלק גם בדאורייתא בין תקינו לה רבנן נישואין או לא והוא דהא דאמרינן ביבמות דף ק"ט שם דגדלי קידושי בהדה כתב עלה הרשב"א ז"ל וטעמ' דמלתא משום שנשאר עלי' שעבוד הדינר שנתן לה בקידושי' ואעפ"י שקטנה היתה באותה שעה ואינה משתעבד' דבר תורה מכי יתן איש אל רעהו פרט לקטן אפ"ה כיון דתיקינו לה רבנן נישואין הרי הוא משתעבדת בכסף קידושי' ולפיכך כשגדלה גדלי קידושי' בהדה דבר תורה והוא שקידשה בכסף כדהתם ואעפ"י שלא בעל עכ"ל. וא"כ לפי"ז לדעת רבינו יצחק שנחלק על בה"ג וס"ל דלא תקינו רבנן

נישואין בקטנה שיש לה אב אינה משתעבדת בכסף קידושי' כיון דאינה משתעבדת אלא משום דתקינו לה רבנן נישואין ונהי היכא דהכסף בעין אין לחלק בכך אבל כשנתאכלו מיה' יש לנו לחלק דלדעת רבי' יצחק לא גדלה קידושין בהדה ומסתמא אחר שהגדילה בין כך ובין כך ליתי' לכסף בעין. וגם בנימוקי יוסף כתב כדברי הרשב"א ע"ש פ' ב"ש עלה דגדלה קידושי בהדה ז"ל ותלמודא מפרש לה בתרי גווני או לומר קידושיה תלויין עד שתהא גדולה ואז גמרי הקידושין דה"ל בשעה שנותן לה כסף קידושין כאלו התנה עמה הרי את מקודשת לי לאחר שתגדיל וכאותה ששנינו הרי את מקודשת לאחר שלשי' שאם לא חזרה בה תוך שלשי' הוי מקודשת מדאוריתא לאחר שלשים אעפ"י שנתאכלו המעות משום שנשאר עליה שעבוד הדינר וה"ל כיון דתקינו רבנן נישואין הרי היא משתעבדת בכסף קידושי' ולפיכך כשגדלה גדלי קידושי בהדה דבר תור' והוא נמי ע"ד הרשב"א הנזכר. מיהו נראה דהרשב"א והנ"י דאתו עלה מכח נישואין דרבנן היינו משום דס"ל דקטן אינו משתעבד ומשום דכתיב כי יתן איש אל רעהו וזה כדעת הר"ר יונה הובא בראש פ' שני דייני גזירות דקטן שלוה פטור מלשלם ע"ש אבל לפי דעת הרא"ש שם דקטן שלוה חייב לשלם ודוקא קטן שהזיק פטור מלשלם וכן פסק בטור וש"ע ח"מ סימן צ"ו דקטן שלוה חייב לשלם כיון שיש לו הנאה וע"ש וא"כ אפי' לא תקינו רבנן נישואין נמי משתעבדת בכסף קידושי' ואפי' נתאכלו ושפיר קאמר מוהרי"ק דאין לחלק ודו"ק.

ס"ק יז

למי שגילה האב דעתו עמ"ש בזה ב"ש ומ"ש ליישב בס"ק י"ג ובגמ' בהא דאמר מקדשה ברתך לברי אפי' למ"ד חיישינן שמא נתרצה האב שמא נתרצה הבן לא אמרינן ופי' רש"י דגברא דייק ונסיב ע"ש ובאשר"י כתב ז"ל דגבי בת אם נתרצה האב חיילי קידושין למפרע והוי כאומר אדם לבתו צאי וקבלי קידושיך כדאמר לקמן גבי נתקדשה לדעת והלך אבי' למד"ה ועמדה ונשאת אמר רב אוכלת בתרומה עד שיבוא אבי' וימחה ואם נתרצה הוי חופה למפרע וכן בקידושין כשנתרצה הוי קידושין למפרע אבל בבן אפי' נתרצה הבן אח"כ אינו מועיל דצריך שיעשה האב שליח עכ"ל ולא נדע לחלק דהא לפי שטת הרא"ש גם באומר צאי וקבלי קידושייך אינו אלא מטעם שליחות והוא מבואר בס"ק ג' ע"ש וא"כ מ"ש דהבת נעשית שליח למפרע והאב אינו נעשה שליח למפרע וצ"ע:

ס"ק יח

ואמר בתך סתם מקודשת ני בטור כת' בשם השאלתות ראובן הי' לו ד' בנות ונתן לו שמעון קידושין סתם על אחת מבנותיו ולא פי' למי נוטל כו' נאמן לומר לזו נתכוונתי על' קבלתי קידושין ואם אינו יודע ששכח כולן צריכין גט עכ"ל והקשה הב"י אמאי יהי' נאמן לומר לזה נתכוונתי ע"ש ובט"ז כתב ז"ל ולענ"ד נראה שהלכה ברורה היא דהא

יש לדקדק במ"ש ולא פי' למי הי' נוטל ולמה לא אמר למי הי' נותן כו' אלא דמיירי כאן שהמקדש נתן הברירה לאב שאיזו שנתכיוין הוא בשעת קידושין יתן לה נמצא דהוי כאלו פי' בתך פ' והשאר שלא נתכוון עליהם אותו פעם אינם בכלל כלל בזה דהברירה שנתן לו היינו בשעת קידושין לא אח"כ שוב ראיתי בד"מ שכתב ג"כ דכאן מיירי שתולה בדעת האב ולא זכר שם דהיינו מה שבדעתו דוקא בשעת קידושין דאז הוי דוקא נמסר לביאה וכ"נ עיקר עכ"ל ונראה ליישב דברי ד"מ והוא דס"ל לשאלתות בדאורייתא נמי אמרינן ברירה כיון דעת רבינו יצחק הובא בר"ן ר"פ השותפין ע"ש וא"כ כיון שתלה בדעת האב אפי' אחר הקידושין הוברר הדבר למפרע שלזו נתרצה האב ובתו' רי"ד בסוגיא דקידושין שאין מסורין לביאה ז"ל הכל מודים היכא דאמר מיקדשי ארבעים מתוך שמונים כו' וגם בחמש נשים אין לסמוך על הברירה ולומר זו אני רוצה והוברר הדבר שזו קידש כיון שבשעת הקידושין הי' ספק מה ברירי' יש לומר שלא ידע איזו קידש בודאי אם הי' אומר איזה שארצה היום או מחר בזה הי' יכול לסמוך על הברירה כיון שתלה ברצונו אבל זה שקידש מתחלה בספק שלא בירר איזו קידש אין לומר שם ברירה עכ"ל וא"כ ה"ה תולה ברצון האב אפי' היום או למחר נמי מהני משום ברירה ועמ"ש בסימן מ"א ס"ק ב'. ומיהו לדידן דקי"ל בדאורייתא אין ברירה לא מהני מה שתולה ברצון האב והאי דע"מ שירצה אבא דמהני כבר כתבו בראשוני' לחלק בזה והוא דמילי דתנאי לית בי' משום ברירי' והדברים עתיקין ועמ"ש בקצה"ח סימן ס"א ס"ק ב' ולדידן לא מהני מה שתולה ברצון האב בשעת קידושין וכמ"ש בט"ז והא דנאמן האב יותר מן המקדש נראה דגבי מקדש נמי נאמן לומר לזו נתכוונתי אלא כיון דדברים שבלב אינו דברים והוא קידש בסתם ולכן כולן בכלל אבל זה שאומר בפירוש לזו שנתרצו בשעת קידושין ולא הוי דברי' שבלב כיון

שתלה הדבר בפירוש ברצון האב

ס"ק יט

וכולן ברשות שלו לקידושין ולאפוקי בוגרת דאינה בכלל הספק ואפי' שויתי' שליח ועיין בח"מ שכתב ומיהו אם עשתה שליח לקבל קידושין מפ' נתבאר לעיל דגם היא בכלל וא"כ אם היא הגדולה שבגדולות מקודש' כמו אם היו כולם בוגרת ונתנו לו רשות עכ"ל ולענ"ד נראה דמידי ספיקא לא נפקא דע"כ לא אמרינן בכולם בוגרת ונתנו לו רשות דהגדולה שבגדולו' קאמר משום דלא מעייל אינש לספיקא ואמרינן מסתמא לישנא דגדולה קא מכוין על גדולה שבגדולות אבל שויתי' שליח לקבל קידושין מפ' הוא ספיקא אחריני מי אמרינן כיון דשויתי' שליח לקבל קידושין מפ' מסתמא שליח עושה שליחתו

דכה"ג גבי מקח וממכר היכא דשויא שליח לקנות קרקע פ' אמרינן דודאי לשליחות קא מכוין ולא מהימן לומר לדידי קניתי או דלמא כיון דלא שביק אינש מצוה דרמיא עליו מסתמא מצותו קא עביד וכיון דזה הספק אינו מחמת לשונו לומר בזה לא מעייל אינש לספיק' דאם כוונתו למצו' דרמיא עלי' ודאי אין הבוגרת בכלל וא"כ מידי ספיקא לא נפקא וה"ל ספק קידושין אפי' היא גדולה שבגדולות ודו"ק:

ס"ק כ

באו שנים וכל אחד אומר אני קדשתי' בפרק האומר דף ס"ה שנים שבאו ממד"ה ואשה עמה' וחבילי' עמהם זה אומר זו אשתי וזה עבדי וזה חבילתי זה אומר זו אשתי וזה עבדי וזה חבילתי ואשה אומרת אלו שני עבדי וחבילה שלי צריכ' שני גיטין וגובה כתובה מן החבילה כו' והכא הכי קאמר צריכה שני גיטין כדי לגבו' כתובתה מן החבילה ור' מאיר היא דאמר מטלטלי משתעבדי לכתובה ע"ש. בס' קצה"ח סימן פ"ח ס"ק ו' שם הקשיתי לפי מ"ש הר"ן דאם תוב' דוקא וזה מודה שוה לא הוי ממין הטענה ופטור גם מן השוה מהך סוגיא דהא היא טוענת דוקא גוף החבילה שלי וזה מודה שוה דהא חוב הכתובה אינו אלא שוה וא"כ למה גובית הכתובה מן החבילה בתורת ממ"נ ושם הבאתי דברי הריטב"א שכתב דודאוי כל היכא דאתיא למיגבי בתורת כתובה לית לה כלל דכל כה"ג בתר הודאה דידה אזלינן כו' ולא עוד אלא כיון דהודית השתא שאחד מהן בעלה דקא תבעה כתובה הרי היא כאלו הודית שאין לה בחבילה זכות אחר אלא מדין כתובה ונמצאת קרחת מכאן ומכאן אלא הבמ"ע דקא אתי' עלייהו ממ"נ ע"ש ואכתי תיקשי מה מהני ממ"נ כיון דהוי טעון חיטין והודה בשעורין דכבר נפטר משעורין וגבי חטין ושעורין נמי אומר ממ"נ לדברי חטין ולדבריך תן לי חטין שיעור שעורין אלא דכבר נפטר משעורין מטעם הודאה ומחילה וע"ש שהנחנו בצ"ע וכעת מצאתי בתומים סימן קל"ה שהקשה ג"כ קושיא זו וע"ש מ"ש בזה אמנם כעת נראה לישב לפי מ"ש בשטה מקובצת פ' השואל דף צ"ח ז"ל אבל הרשב"א כתב דשאלה ושכירות הרי הן כמלוה ופקדון וכל שתבעו א' מהן והודה לו בחבירו פטור כטענו חטין והודה לו בשעורין וכ"ת א"כ היכא אמרינן גבי ז"א שאולה וז"א שכורה אשתבע לי מיהת דכדרכה מתה והא לא מחייב בה כלל כטענו חטין והודה לו בשעורין תירץ הוא ז"ל דהכא בטענו על פרה מסוימת עסקינן שהמשאיל אומר פרה זו שמתה שאולה היתה בידך ואתה חייב באונסימן והלה אומר לא כי אלא שכורה זו דבכה"ג כיון שהן טוענין על פרה זו מסוימת הרי הודה במה שתבעו ובכה"ג ליכא מאן דפליג ואפי' במלוה ופקדון כגון שטענו מנה זו הלויתיך והלה אומר אין מנה שלך ולא הלוית לי אלא פקדון הוא שהפקדת בידיך דבכה"ג ודאי הודאה

גמורה היא עכ"ל וא"כ ה"ה הכא כיון דבדבר מסוים שהיא החבילה זו אומרת החבילה שלי וזה אומר החבילה בתורת הלואה דהוי כמו הלואה ופקדון מסויים דהוא נמי שוה ודוקא אלא כיון דהוא על מנה מסויים לית בי' משום טענו חטין והודה בשעורין ודו"ק:

ס"ק כא

אינו נאמן לאוסרה עליו כתב בח"מ אבל אם הביא שני עדי' שהוא קידשה ואעפ"י שהאב מכחיש את העדים אין נאמנו' של אב מועיל נגד עדים ואסורה לבעל ולבועל כך כתב רי"ו ופשוט הוא עכ"ל. ולפי מ"ש הרמ"א ס"ס י"ז דאם הורו לה ב"ד בטעות ונשאת על פיהם הוי כאנוסה ע"ש והוא מתשובת הרשב"א וא"כ ה"נ הרי התירוה ב"ד ואנוסה היא ואפילו לפי מ"ש בסימן ל"א ס"ק י"ב בשם מוהרי"ק שורש פ"ד דאפי' נשאת ע"פ הוראת חכם אסורה לזה ולזה מ"מ הכא דקטנה היא ופיתוי קטנה אונס היא אפי' זנתה ברצון וכיון דמיירי בקטנה והיא גם עכשיו קטנ' מדכתב ואפי' האב מכחישו ואי בגדולה מאי ענין אב לגדולה א"כ אפילו זינתה ברצון נמי אינה נאסרת והא דמשמע בגמ' ר"פ האשה רבה ובפ' המגרש דאם בא בעלה הראשון דתצא מזה ומזה ואמרו שם משום גזירה דיאמרו גירש ראשון ונשא שני ולכאורה הך גזירה גם בקטנה איתי' כיון דמחזיר גרושתו משנשאת שייך גם בקטנה מכל מקום עיקר הגזירה גופה אינה אלא משו' דעבדה איסורא דהא בנתקדש' מותרת לחזור לראשון ואע"ג דשייך בנתקדש' נמי הך גזיר' אלא ע"כ לא גזרינן אלא היכא דעבדה איסורא וכדאי' ביבמות דף צ"ד בהא דתנן מי שהלכה אשתו למד"ה ובאו ואמרו לו מתה אשתך ונשא אחותו ואח"כ באתה אשתו מותר' לו ופריך ותיאס' בשכיבה דאחותה מידי דהוי אאשה שהלך בעלה למד"ה ומסיק לא דמי אשתו דבמזיד מיתסר' מדאוריית' בשוגג גזרו בה רבנן ע"ש. והיינו דאע"ג דבשוגג לא מתסרא כיון דבמזיד מתסרא בשוגג נמי קנסוה וכ"כ תו' פ' הזורק דף פ' ע"ש ד"ה נשאו אין זינו לא וכן בפ' המגרש פ"ט נשאת דעבדא איסורא קנסוה רבנן וע"ש ברש"י דמדינא אנוסה היא ע"ש וכיון דגבי קטנה אפי' במזיד לאו רצון היא זולת דעת הרמב"ם דפיתוי קטנה אסור' ואין כן דעת רוב הפוסקי' וכיון דלא מיתסרא במזיד נרא' דבקטנ' לא שייך כלל גזירה זו דלמא גירש ראשון ועוד נראה דאפי' לדעת הרמב"ם דס"ל דקטנה נאסרת ברצון הכא כיון דמדינא אפילו גדולה לאו ומזיד היא כיון דאנוסה היא מה שעשתה עפ"י ב"ד ואינו אלא משום קנסא דהי' לה להמתין כדאמרינן ביבמות ר"פ האישה רבה ע"ש דהי' לה לחקור ואפי' בשני עדים וכן בצרות שנמצאו איילינות הי' לה להמתין ע"ש היינו דוקא בגדולה אבל קטנה דלא ידעה במילי דאבו' ומנא ידעה שאבי' קיבל קידושי' מזה ומזה וכיון שהוא מותרת מדינא אפי' בגדולה דאנוסה היא א"כ בקטנה לא גזרינן

מידי דלאו בת קנסא היא ומטעמא שכתבנו ובפרט לפי מאי דקי"ל פיתוי קטנה אונס הוא נראה לענ"ד דכה"ג מותרת היא והנרא' לענ"ד כתבתי:

ס"ק כב

בתוך כדי דיבור ובט"ז הקשה דהא קי"ל דגבי קידושין לא מהני חזרה תכ"ד וכמ"ש הרמ"א סעיף ט"ז באומר בתך סתם מקודשת

לי דאפילו חזר תכ"ד ופירש בתך פלונית אינו מועיל וע"ש מה שכתב בזה. ואיני רואה קושיא בזה דכבר כתב הריב"ש בסימן רס"ו דהא דאמרינן גבי קידושין תכ"ד לאו כדיבור היינו דוקא כשמקדש ועבד מעשה אבל העדים שהעידו פלוני קידש יכולין לחזור תכ"ד ע"ש וא"כ התם בסעיף ט"ז שמקדש בתך סתם דכולן בכלל וכבר נתקדשה אחת מהם תו לא מצי חוזר בתך פ' כיון דבמעשה קידושיו כולן בכלל אבל הכא דליכא מעשה קידושין אלא שאומר האב או האשה ולא עדיף מעדים שאמרו דיכולין לחזור תכ"ד וא"כ הוי מגו שפיר וזה פשוט וברור:

ס"ק כג

ואמר קידושי ראשון הי' בפסולי עדות ומשמע דבזה אפי' אחר כדי דיבור יכול לומר כן והא דבעינן גבי גרשתי' דוקא תכ"ד כתב בט"ז לחלק משום דכל האומר קידושי ראשון הי' בטעות ה"ל אמתלאה לדבריו ויכול לחזור ע"י אמתלא אבל בגרשתי' דאינו אמתלאה להודאת הקידושין מש"ה בעינן דוקא תכ"ד ודבריו נכונים ועמ"ש בקונטרס שב שמעתתא:

סימן לח

סעיף א

ס"ק א

המקדש על תנאי. כתב ב"ש ז"ל כתב הר"ן פ' האומר אם לא נתקיים התנאי מחמת אונס הקידושין בטילין דקידושין הם מרצון שניהם ומי שמתנה טיבתו אינו מרוצה אא"כ נתקיים התנאי ומה איכפת לי' באונס כו' והר"ן ס"פ כל הגט והמגיד פ"ט מה"ג כתבו בשם העיטור אם לא נתקיים התנאי בקידושין מחמת אונס הוי ספק קידושין עכ"ל אמנם נראה לענ"ד דהך דבעל העיטור אינו סותר למ"ש הר"ן פ' האומ' והוא דהך דר"ן פ' האומר היינו דלא נתקיים התנאי מחמת האונס וכיון דהאשה היא שהתנה לטובתה ולא נתרצית בקידושין אלא על תנאי כך וכך שיתקיים התנאי א"כ מה לה באונסו של זה דאונס רחמנא פטרי' אמרינן אבל אונס רחמנא חייבי' לא אמרינן אבל הך דבעל העיטור שהובא בר"ן שם פ' כל הגט היינו כהך דרפ"ק דכתובות שהתנה בקידושין ואמר הרי

זה קידושיך אם לא אבוא תוך שנים עשר חודש וכיוצא ואירעו אונס שלא הי' יכול לבא תוך י"ב חודש כגון שגדלו המים או שחלה דבגיטין כה"ג אין אונ' בגיטין משום צנועות ופרוצות ומספקא לי' לבעל העיטור אם דומ' קידושין לגיטין לענין זה ע"ש בר"ן ס"פ כל הגט ובהה"מ פ"ט מגירושין ובהאי דרפ"ק דכתובות לא שייך אונס רחמנא חייבי' דהא אדרבה התנאי נתקיים שלא בא תוך י"ב חודש אלא שהי' בהכרח ובאונס מחמת שחלה או שגדלו המים וכה"ג בקידושין נסתפק אי נימא דין אונס בקידושין והך דר"ן פרק האומר הוא להיפך דהיינו שלא נתקיים התנאי מחמת אונס ובזה הוא דכתב הר"ן אונס רחמנא חייבי' לא אמרינן כיון שהיא לא נתרצית אלא בתנאי כך וכך וכ"כ בשט' מקובצ' רפ"ק דכתובו' אבל הרא"ש ז"ל ותלמידו דון קורקוס ז"ל כתבו דאע"ג דלגבי שאר דברים גיטין וקידושין שוין הן לגבי' הא מלתא אינן שוין ובגיטין שייכא האי תקנתא אבל לא בקידושין דבקידושין כה"ג מן הדין היא מקודשת כגון שאמר לה הרי את מקודשת לי אם לא באתי מכאן ועד יום פ' דלית לן למיחש לאונס דאלו אניס ודאי לא היו קידושין כיון דאמרת יש אונס אלא דלא חיישינן להכי ומקדשה מדינא וכיון דמדינא מקודשת תו ליכא משום צנועות ופרוצות דלא צנועות איכא דהא מדינא מעגנה שלא כדין והלכך אם נתברר שנאנס אינה מקודשת דטוענין טענת אונס ומשום פרוצות נמי ליכא דהא מדינא מקודשת היא ואסורה לעלמא הלכך בקידושין לא משכחת לה האי חששא ואלו קאמר נמי אם באתי תהא מקודשת ונאנס ולא בא בזו דברי הכל אין אונס ואפי' בגיטין לכ"ע בין לקיים הגט בין לבטל הגט ואע"ג דבביטול הגט לא שייך טעמא דצנועות ופרוצות אפ"ה בהא דאמר אם באתי ונאנס ולא בא לדברי הכל אין אונס שכיון שנתבטל אעפ"י שנתבטל מתוך אונס ליכא למימר דחשבינן לי' כאלו לא נתבטל דמ"מ הרי לא נתקיים וראי' לדבר איצטלא דפ' מי שאחזו מעשה בצידי בא' שאמר לאשתו הרי זה גיטך על מנת שתתן לי אצטליתי ואבדה איצטלית ואמרו חכמים דאינה נותנת דמי' ואמאי תיפוק לי' דאנוסה היא ולמ"ד דטוענין טענת אונס בגיטין הוי לן למימר התם דהרי הוא כאלו נתקיים התנאי עכ"ל. וע"ש שהאריך הרי בביאור דהך דיש אונס בקידושין או אין אונס כמו בגיטין היינו דוקא היכא שאומר אם לא באתי דהרי נתקיים התנאי אלא שהי' ע"י אונס והכרח אבל הך דר"פ האומר אדרבה לא נתקיים התנאי אלא שהי' מחמת אונס וכה"ג לכ"ע אין אונס וכמו שהוכיח הרא"ה. וב"ש העתיק בשם הר"ן ס"פ כל הגט ובשם הרב המגיד שכתבו בשם העיטור אם לא נתקיים התנאי בקידושין מחמת אונס הוי ספק קידושין ע"ש והמעיין בדברי הר"ן ובדברי הרב המגיד יראה דלא כתבו הך לישנא דלא נתקיים התנאי אלא דקאי שם אהך דאין אונס בגיטין ושם אדרבה התנאי נתקיים אלא

שהי' ע"י אונס כגון שחלה או שגדלו המים ועיין בהרב המגיד פ"ט מגירושין ז"ל התנה עלי' שיהי' גט אם לא בא עד שלשים יום למדינה כו' בעיטור כתב איתשיל קמי ריש כלה יש אונ' בקידושין או לא ולא איפשט עכ"ל. וגם בר"ן ס"פ כל הגט שם קאי אהך דאם לא באתי מיכן ועד שלושים כו' כתב בעל העיטור דאיתשיל אם יש אונס בקידושין או לא ע"ש. וא"כ כל זה מיירי שהתנאי נתקיים אלא שהי' ע"י אונס אבל אם לא נתקיי' מחמ' אונס בזה ודאי אין אונס וכל זה ברור והארכנו בזה יען ראיתי שהב"ש עירבן אהדדי הך דר"ן ר"פ האומר עם הך דר"פ כל הגט וכתבו בשינוי לשון וכמו שכתב אם לא נתקיים התנאי מחמת אונס ואינהו לא מיירי מזה וכמו שביארנו ובזה לא סתרי דברי הר"ן אהדדי מהך דס"פ כל הגט אהך דר"פ האומר. והנה ראיתי בס' בית מאיר דגם הוא עירבן אהדדי ומוכרח אני להעתיקו וז"ל. אונס בקידושין הוי ספק קידושין והספק יש לפרש בב' אופנים כי יש לומר דלא ס"ל כהר"ן פ' האומר דהלכה כר' יוחנן אלא כיון שר' יוחנן עצמו פקיד לברתי' לחוש לדר"ל ס"ל דהלכה כוותי' ומסופק להכי הלכה כמאן כו' ולא ס"ל פי' הר"ן דר"י לא חש כי אם לב"ד אחר וי"ל נמי דבמוחל פוסק כריש לקיש דמדינא יש טענת אונס ומסופק מחמת דא"כ יש חשש צנועות דזמנין דלא איתנס והקידושין בטלין וסברה דאניס ומעגנה ומשום פרוצות כו' ע"ש ולפי שלא הי' לפני הגאון המחבר ס' העיטור נסתפק בפירושו וז"ל העיטור אות שין ההוא דאמר לה אי לא מפייסינא עד תלתין יומין ליהוי גיטא אזל פייסימן ולא איפייסה אמר רב יוסף מי יהיב לה תרי קבא דדינרי ולא אפייסה אלמא קסבר רב יוסף אין אונס בגיטין וכן הלכתא וטעמא בכתובות משום צנועות ומשום פרוצות ואיתשל קמי ריש גלותא יש אונס בקידושין או לא ולא איפשטא וגרסינן בירושלמי סדר סמפון כך היא אנן פ' בר פלן מקדש לך כו' אירע לו אונס ר' יוחנן אמר אונסא כמאן דלא עביד רשב"ל אמר אונסא כמאן דעביד אליבי' דרשב"ל איך בעי למיכתב אי אתי יום פלן ולא הוית כניסה לי לא יהוי לך עלי כלום ר' יוחנן כד דמך פקד לבנתי' הוי עבדין כרשב"ל שמא יעמוד ב"ד אחר ויסבור דכוותיה ונמצא בניו באין לידי ממזרות עכ"ל הרי מבואר דספיקא דקידושין אינו אלא משום צנועות ופרוצות אם דין קידושין שוה לדין גירושין דהא אח"כ הוא דמביא מחלוקת דר"י ור"ל ועוד דבהדיא כתב דהא דחש ר' יוחנן אינו אלא משום ב"ד אחר וכמ"ש הר"ן. והנה מ"ש בשטה מקובצת וראי' לדבר איצטלא דפ' מי שאחזו מעשה בצידן כו' ואבדה איצטליתא ואמרו חכמים דאינה נותנת דמי' דאיצטלית דוקא קאמר ואמאי תיפוק לי' דאנוסה היא ולמ"ד דטוענין טענת אונס בגיטין ה"ל למימר התם דה"ל כאלו נתקיים התנאי ע"ש. ולכאורה לר"ל דס"ל דע"י אונס ה"ל כנתקיים התנאי א"כ היכי

מפרש לדחכמים דאינה נותנת דמי' הא אונס' כמאן דעביד אלא דר"ל אפשר דס"ל אין טענת אונס ודלא כספיקו דריש גלות'. ועוד אפש' כיון דס"ל לריש לקיש היכא דאשה מתנה תנאה אם אתי יום פלן ולא הוית כניסה לי ודאי אונסא כמאן דלא נתקיים דמי ודוקא היכא דהמקדש מתנה בזה הוא דס"ל לר"ל דאונסא כמאן דעביד' ומקודשת היא וא"כ התם דמגרש הוא דמתנה ודאי אונסא כמאן דלא נתקיים תנאי דמי. אלא דבירושלמי שם בפלוגתא דר"י ור"ל תלי שם בפלוגתא דרשב"ג ורבנן וס"ל לר"ל כרשב"ג ור"י כחכמים ע"ש וא"כ מאיצטלא נמי לא תיקשי דר"ל ס"ל כרשב"ג דס"ל נותנת דמי'. אלא הא קשיא לפי מה דמשמע דמודה ר"ל היכא דאשה מתנה וכדאמר בירושלמי אליבי' דרשב"ל איך בעי למיכתב אי אתי יום פלן ולא הוית כניסה לי' לא יהי' ליך עלי' כלום והתם המגרש הוא דמתנה ובדידי' דמגרש הי' תנאו א"כ גם לר"ל הוי כמאן דלא עביד וא"כ היכי מפרש טעמא דרשב"ג משום אונס וצ"ע. ובספיקא דריש גלותא הא דאמר ר' יוחנן אונסא כמאן דלא עביד ור"ל אונסא כמאן דעביד ותיפוק לי' אפי' חשוב נתקיים התנאי ע"י אונס הא אין אונס בקידושין וא"כ משמע דיש טענת אונס בקידושין ואפשר דמיירי באונסא דלא שכיח כלל דכה"ג אפי' בגיטין טענת אונס ופליגי אי חשיב אונסא כמאן דעביד ודו"ק: ובס' העיטור חלק שני משטרי תנאי' ז"ל ארבעה עשר שלא יהא בו אונס שכל תנאי שאירע בו אונס התנאי בטל לבד מגיטין וקידושין עכ"ל ומשמע דפשיטא לי' אין אונס בקידושין והוא אינו אלא ספק ולא איפשטא ועיין בעיטור אות ק' וז"ל וגברא דקדיש על תנאי אי לא אתינא עד זמן פ' ליבטלי קידושין ולא אתי בעי מן קמי' רב שמואל ריש כלה אי יש אונס בקידושין עכ"ל ולפי דעת הר"ן כל שלא נתקיים ודאי לא הוי קידושין והר"ן הביא ספיקא דריש כלה רק בנתקיים נמצא על דברי הר"ן ר"פ האומר ודר"פ כל הגט כהוגן ולא כדברי הבית מאיר שהאריך לחלוק על דברי הש"ך סימן כ"א ולפי דברינו דברי הש"ך ברורין להלכה כדברי הר"ן פ' האומר ועמ"ש בס' קצה"ח סימן כ"א ס"ק א':

ס"ק ב

ושיהי' התנאי קודם למעשה כתב הרמב"ם אם אמר לה הרי את מקודשת לי בזה ונתן בידה והשלים ואמר אם תתן לי מנה הרי את מקודשת לי ואם לא תתני לי לא תהי' מקודשת הרי בטל התנאי מפני שהקדי' המעשה אעפ"י שיהי' הכל תכ"ד עכ"ל והקשה עליו הטור דהוא מלתא דפשיטא דאם נתן ואח"כ התנה דאין אחר המעשה כלום והב"י כתב עלה דקמ"ל דאע"ג דגמר דברי הקידושין הוא התנאי שהרי הוא אומר הרי את מקודשת לי על תנאי כך וכך אעפ"י שנתן לה הקידושין קודם זכירת התנאי מכל מקום

כיון דדברים אחדים הם בלי ספק ראש דבריו אסיפא סמיך וה"א דלא תלו הקידושין אלא על אותו תנאי אי לאו דגמרינן מתנאי ב"ג כו' שיהי' התנאי קודם למעשה ע"ש וראיתי בט"ז שכתב ז"ל ממ"ש הטור דמלתא דפשיטא היא אם נתן בידה בלא תנאי שהיא מקודשת בלי תנאי משמע מזה הנותן מתנה לחבירו ואומר הנני נותן לך מתנה זו ונתנה לו אח"כ אומר לו על תנאי כך וכך לא מהני אפי' אם הוא תכ"ד אין בתנאי זה כלום שקודם לזה זכה בסתם ונראה לי ראי' לדברי הטור מהא דאמרינן בפ"ק דמציעא דף י' המגבי' מציאה לחבירו וכו' וזה ראי' שאין עליו תשובה לענ"ד עכ"ל וע"ש והוא תימא דבהדיא כתב הטור בח"מ סימן קצ"ה בשאר דרכי הקני' אין שום א' מהן יכול לחזור בו אחר כדי דיבור ע"ש וכן פסק הב"י שם בש"ע בלי שום חולק ומשמע להדיא דתכ"ד יכול לחזור בו וכן מבואר באשר"י פ' יש נוחלין ז"ל קנין מאימתי חוזר כל זמן שעסוקין באותו ענין ודוקא בקנין הוא שנתנו חכמים זמן לחזרה כו' אבל בשאר קנינים הגבהה משיכה מסירה כסף ושטר וחזקה אין בהם חזרה אחר כדי דיבור עכ"ל ומבואר להדיא דבמשיכה נמי חוזר תכ"ד ומה שהביא הט"ז ראי' דליתי' בחזרה תכ"ד מהך דפ"ק דמציעא כבר כתוב אצלינו בס' קצה"ח סימן קצ"ה ס"ק י' ושם כתבנו דאינו ראי' ע"ש. והא דהקשה הטור דהוא מלתא דפשיטא כו' נראה טעמו משום דבקידושין קי"ל תכ"ד אינו כדיבור וליתי' בחזרה ועיין ב"י סימן קמ"ד שהביא בשם הר"ן בתשובה דבמקדש וחוזר תכ"ד דהרי זו מקודשת גמורה וא"צ קידושין אחרים כלל וע"ש שכתב דכן דעת הרמב"ם ומש"ה מקשי הטור דהוא מלתא דפשיטא אבל גבי ממון אפי' מסר לו החפץ יכול לחזור תכ"ד וכמ"ש מיהו הב"י שפיר מישב דעת הרמב"ם דאי לאו דילפינן מתנאי ב"ג הי' יכול להטיל בו תנאי תכ"ד כיון דעל דעת כן מסר לה הקידושין והיינו דאע"ג דתכ"ד לא מהני בקידושין היינו בנמלך אבל אם לא נמלך אלא בתחלה על דעת התנאי מסר לה אין זה חזרה וכמ"ש תו' במרובה דף ע"א דאמרי שם לר' יוסי תכ"ד לאו כדיבור ואינו יכול לחזור דהיינו בנמלך אבל אם לא נמלך אלא בתחלה הי' דעתו לכך לא שייך חזרה ע"ש. אמנם הא קשיא לי בדברי הרמב"ם דכתב דתנאי קודם למעשה היינו קודם עשיית המעשה דהא תנאי קודם למעשה מתנאי ב"ג הוא דילפינן דאמר משה אם יעברו ונתתם ולא אמר ונתתם אם יעברו ולשטתו דקודם עשיית המעשה יכול לומר המעש' קודם לתנאי וא"כ התם בנחל' בני גד שעדיין לא זכו בנחלה עד אחר יעבורו דהא הרמב"ם סובר במעכשיו אין צריך כפילת התנאי וא"כ צריך לומר דנחלת ב"ג לא הי' במעכשיו וא"כ ליכא עדיין מעשה כלל ולמה לא אמר ונתתם אם יעברו ונראה דבפ' המדיר דף ע"ד אמרינן תנאה דאפשר לקיומי' ע"י שליח כו' ופירש רש"י ז"ל כי התם שהרי משה

צוה ליהושוע לתת להם את הארץ שהי' שלוחו של משה ע"ש ומש"ה ניחא דאמר משה אם יעברו ונתתם דהוא שליחות דידי' דאם יאמר ונתתם אם יעברו א"כ תיכף השליחות נגמר דונתתם היינו גמר המעשה לשליחות ועיקר התנאי לא הי' אלא בשליחות אבל הכא בקידושין המעשה הוא הקידושין ומש"ה קודם מעשה הקידושין יכול להזכיר המעשה קודם התנאי כיון דעדיין לא עשה המעשה אלא הזכיר את המעשה. והר"ן פ' מי שאחזו הקשה בהא דתנן תנו אם לא באתי מכאן ועד שנים עשר חודש דליכא התם דיני תנאי וכתב דגבי שליחות לא בעינן דיני תנאי ומשום דאינו נעשה שליח אלא על אופן שמצווהו ע"ש וכ"כ הרמב"ן בחידושיו פ' מי שאחזו דבהדי דשליח לא בעינן כפול ולא חד מדיני תנאי דאהכי משוי לי' שליח ולא אהכי ע"ש וא"כ כל דיני תנאי דילפינן מתנאי ב"ג כיון דמשה בהדי שליח הוא דאתני והוא יהושוע ואין לו לעשות אלא כאשר ציוה משה וכבר מבואר מדברי רש"י דיהושוע הי' שליח משה וכן מבואר בתו' נזיר דף י"א ע"ש ובשטה מקובלת פ' המדיר דף ע"ד ז"ל תנאה דאפשר לקיומי' ע"י שליח כי התם שנעשה אותו תנאי דב"ג וב"ר ע"י שליח שהרי משה צוה ליושוע ולנשיאי העדה אם יעברו ב"ג וב"ר אתכם ונתתם אלמא אותו תנאי ע"י שליח נעשה וה"נ בעי כולהו תנאי דעלמא דליהוי הכי דאפשר למעבד ע"י שליח כו' ומשמע לי דרש"י אזיל לשטתו דהכא מש"ה גמרינן תנאי דאפשר לקיומי' ע"י שליח משום דאי לאקשוי' בקרא דמשה הי' מדבר עם ב"ג וב"ר לכך הוי לי' לסיומא עמהם תנאי ולומר להם אם תעברו יתנו לכם ואם לא תעברו ותאחזו כו' ושוב הי' לו לצוות אל ראשי בני ישראל שיעשו כן אמאי איפסיק וצוה את יהושוע ולא גמר הענין עמהם וכדכתיב ויצו להם משה וגומר ויאמר משה אליהם אם יעברו ונתתם להם וזה שכת' רש"י ע"י שלי' כי התם שהרי משה ציוה ליושו' לתת להם את הארץ שהי' שלוחו של משה כו' והלכ' דמי' האי להך דתנאי כפול דמייתי לה מיתור' דקר' ה"נ מייתי האי דאפש' לקיומי' ע"י שליח ע"ש וא"כ לדע' הר"ן דע"י שליח לא בעי כפילא א"כ למה הי' צריך משה ליכפול עם שלוחו דהיינו אלעזר ויושוע ולכן נראה דהר"ן יסבור כדברי השאלתות שכתב בפ' מטות להיפך וז"ל הצריך לענינינו ואע"ג דתנא' דב"ג וב"ר בהדי אלעזר ובהדי יושוע קא מתני ומשה הוא דהוי להון כשליח כיון דהקשו ראשי' לאבות כמאן דמתני בהדייהו דידהו דמי עכ"ל ונראה דעתו דאלעזר ויהושוע אינהו בע"ד המה שהיו העיקר בחלוקת הארץ אלא כיון דהקשו ראשי לאבות ה"ל משה נמי בע"ד כמו אלעזר ויושוע ולא הי' שם ע"י שליח ודו"ק. ועיקר נראה לתרץ דברי הר"ן לפי מה שמבואר בחידושי הרשב"א ז"ל פ' מי שאחזו גבי אתקין שמואל בגיטא כו' ואכתי קשיא לי דהא תנן כתבו ותנו לאשתי אם לא באתי מיכן ועד

י"ב קדש כו' והאי ודאי דוקא קתני שהקדים מעשה לתנאי כדאי' במתני' ואפ"ה הוי תנאי ואפשר למימר דתנא' דהוי ע"י שליח לא מצי לשני' שליח ואי שני בתנאה לא עבד ולא כלום אע"ג דמעשה קודם לתנאי עכ"ל ע"ש ודברי הר"ן נמי מהאי טעמא דהשליח אין לו לשנות מדברי המשלח ממה שגילה בדבריו וה"ל מעביר

על דבריו והיינו דכיון דנראה מתוך דבריו שרוצה שלא יתנו עד אחר י"ב חודש א"כ אפי' לא התנה בדיני תנאי אין השליח רשאי לשנות ואם עבר על דבריו השליחות בטל אבל אם יעברו ונתתם אם הי' משה מצוה שלא ליתן לב"ג עד אחר יעברו א"כ אלעזר ויהושוע לא היו רשאין לשנות מדברי המשלח ואפי' לא התנה בדיני תנאי אבל אם יעברו ונתתם הכונה הי' שיתנו תיכף ואם לא יעברו יוציאו מידם א"כ ודאי צריך דיני תנאי דהא מה שנתנו אינו שינה בשליחות כיון שמשה ציוה להם שיתנו תיכף וכל שהשליחות כדין נעשה אינו בטל עד שיהי' בדיני תנאי אבל כל המתנה עם השליח שלא יתן אלא כתנאו א"כ השליח אינו רשאי לשנות ולעבור על דברי המשלח ממה שנראה מתוך דבריו אפי' לא התנה בדיני תנאי: וכן מבואר מירושלמי הובא בר"ן פרק מי שאחזו דתניא האומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שירדו גשמים ירדו גשמים מקודשת ואם לאו אינה מקודשת ר' מאיר אומר בין ירדו בין לא ירדו מקודשת עד שיכפול תנאו הכל מודים בלאחר שירדו גשמים ירדו מקודשת לא ירדו אינה מקודשת כלומר משום דלאחר לאו תנאי הוא ר' חנאי בעי קומי ר' יוסי והן אם לאו כלאחר הוא כלומר אם יעברו ואם לא יעברו דכתיב גבי ב"ג וב"ר לאו כלאחר הוא דהא משמע דלא הי' נותנן להם הארץ מיד אלא לאחר שיעברו אמר לי' שאני האי שהיתה הארץ לפניהם והוא מבקש להוציאה מידם כלומר מפני שמיד הי' ניתן להם הארץ וע"ש בר"ן וכיון דמשה צוה להם שיתנו מיד א"כ אין בשליחות שינוי ומש"ה צריך דיני תנאי וזה נכון. והנה לשטת הפוסקים דצריך תנאי גם בשליחות לכאורה תיקשי היכי מצי מתני בשליחות ולומר אם יעברו ונתת' ואם לאו לא יהי' בשליחו' כלום כיון דאין שליח עושה שליח גבי מילי וכדתנן פ' התקבל דף ס"ו הרי אלו יכתבו ויתנו ע"ש ומשום דמילי לא מימסרי לשליח ועמ"ש בס' קצה"ח סימן רמ"ד ס"ק ג' ע"ש וא"כ היכי מצי מתני אם יעברו ונתתם כיון דלא נתן לשלוחו שום חפץ במסירה ה"ל מילי ולא מצי ממסר לשליח וכמו כן גבי כתבו ותנו אם לא באתי מכן ועד שנים עשר חודש אי נימא שהי' בדרך תנאי וכמ"ש הרשב"א בחידושיו דמצינו למימר דתנא בקצרה ולעולם הי' בדיני תנאי והיכי מצי להתנות בשליחות של כתבו ותנו כיון דהרי אלו יכתבו ויתנו ולא מצי עבדי שליחות ומלתא דלא מצי להיות בשליח אין בו משום תנאי וכמו בחליצה ואי נימא אומר אמרו כשר ניחא ועיין מה

שכתב בקצה"ח סימן הס' ס"ק א'. ולכן נראה דהתנאי אינו בשליחות אלא בגוף הגט דאם לא יתקיי' התנאי לא יהי' ממש בגט וכמו כן גבי אם יעברו ונתתם אין התנאי בשליחות לומר אם לא יעברו לא יהי' בשליחו' אלא שלא יהי' בנתינת הארץ וא"כ אע"ג דשליח הוי כיון דאיהו גופי' כשנותן מצי למיעבד תנאי' בגוף הנתינה ולפי זה הא דכתב מוהרי"ט בתשובה ח"א סימן ס"ה במי שהולך למד"ה ואומר לשלוחיו כתבו ותנו אם לא באתי כו'. דכיון דאינו רשאי להתנות קודם הכתיבה שום תנאי בגט וכמ"ש הרמב"ם לזה כתב תקנה וז"ל שהגט עצמו יצוה עליו לכותבו בלי שום תנאי לא בכתיבה ולא בנתינה אבל במינוי השליח יכול להתנות ולומר הרי צויתי גט לכתוב לאשתי שינתן לה בלי שום תנאי ואתה פלוני אני ממנה אותך שליח על תנאי אם לא באתי מכן ועד י"ב חדש שתהא שלוחי מעכשיו ואם באתי כו' אי אתה שלוחי וכשהשליח יתן הגט לאשה יתן לה גט כריתות בלי שום תנאי אבל לכשיבא תוך הזמן בטל השליחות למפרע ואגלאי מלתא למפרע שלא קיבלה הגט מיד שלוחו של בעל וע"ש. ולפי מ"ש בכה"ג אינו מועיל תנאי כיון שלא מסר הגט לשלוחו כיון דעדיין לא נכתוב א"כ ה"ל מילי ולא מהני שליח עושה שליח אלא במוסר הגט ליד השליח וא"כ כיון דלא מימסר לשליח וכל היכא דלא מצי למהוי ע"י שליח לא מצי למשדי בי' תנאה וכמ"ש וכל היכא דהשליח נותן אח"כ הגט להאשה צריך דיני תנאי כיון דליכא שינוי בשליחות ודו"ק:

ס"ק ג

כל האומר מעכשיו והוא שטת הרמב"ם וטעמו כיון דמעכשיו חל המעשה בתנאי לכן אין צריך לכפול התנאי ולשאר דיני תנאי אבל תנאי באם כיון שהתנאי בא לבטל המעשה שלא יחול מעכשיו לכן צריך דיקדוקי תנאי. ובשטה זו יתיישב על נכון מה שהקשה הרשב"א פ' מי שאחזו מהא דמתנות שכ"מ דקי"ל אם עמד חוזר ואעפ"י שכתב בה קנין דאומדן דעת שלא ציוה אלא על דעת שימות הרי אין כאן תנאי כפול והן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה וכן במברחת וזבין ולא אצטרכא לי' זוזי דבכולהו אזלינן בתר אומדנא וע"ש שכתב דטפי עדיף גלוי דעת לבד מתנאי שאינו כהלכתו דכיון שהתנה ולא התנה כהלכתו הרי גילה בדעתו שאינו חושש בקיומו ואינו רוצה בביטול המעשה אעפ"י שמתבטל תנאו עוד י"ל בהנהו דלא כר' מאיר ולפי שטת הרמב"ם דבמעכשיו אין צריך דיני תנאי ניחא כל הנך. אמנם לענ"ד נראה ליישב דגם לשטת הפוסקים דגם במעכשיו בעינן דיני תנאי ב"ג וב"ר והוא דכל תנאי שאינו כתנאי ב"ג אינו מבטל המעשה וכיון דחל המעשה אם יתקיים התנאי א"כ שוב לא פקע גם בביטל התנאי אבל במתנת שכ"מ דקי"ל אם עמד חוזר דנתבטל המעשה אפי' אם ימות דהא יכול שכ"מ

לחזור וליתן לאחר ואפי' הי' בקנין ואפי' מת אח"כ א"כ מוכח דשכ"מ אינו נותן כלל דהא אפי' בקיום התנאי והוא כשימות נמי המתנה בטילה דהא יכול לחזור בו לגמרי והא דחייל כשימות אם אינו חוזר לאו מצד קנין מתנה אלא בתור' שכ"מ דדבריו ככתובין ומסורין וחייל לאחר מיתה וכמו שמבואר אצלינו בס' קצה"ח סימן ר"ן סק"א ע"ש ואפי' לשטת הפוסקים דחייל למפר' אינו מצד קנין דהא אפילו בלא קנין נמי מתנת שכ"מ קונה מדרבנן וא"כ כיון דהקנין בטל מחמת אומדנא אפי' כשיתקיים התנאי דהיינו אם ימות אין צריך כפילת התנאי אבל היכא דהמעשה חייל כשיתקיים התנאי אזי אפי' אם לא נתקיים התנאי אין המעשה בטל ודו"ק. וכן במברחת לשטת רש"י פ' האשה שנפלו דאינו קונה לוקח כלל ולא הי' המתנה רק להבריח מבעלה ואפי' אם תמות האשה בחיי בעלה אין הלוקח זוכה כלל וכל המתנה לא היה כלל רק להברחה ע"ש דף ע"ט וא"כ לא הי' המתנה כלל אפי' ע"ד תנאי. ואפי' לדעת הרא"ש פ' האשה שנפלו דאם מתה האשה בחיי בעלה זוכה הלוקח ומשום דעל דעת כן נתנה האשה ללוקח ע"ש מכל מקום גם לדעת הרא"ש אם האשה רוצית לחזור בעודה בחי' וליתנו לאחר או להחזיקה לעצמה יכולה היא ואינו תלוי אלא בדעתה וכל שתלוי בדעתה לא בעי תנאי כפול ודוקא אם התנאי אינו תלוי בדעתו ומתנה אז הוא דבעי דיני תנאי וכמ"ש הרשב"א פ' האיש מקדש גבי זבין אדעתא למיסק לארעא דישראל ע"ש שכתב דהיכא דתולה תנאי בדעת אחרים וכיון שאינו בידו רוצה בקיום המעשה כשיתקיים התנאי אז המעשה קיים אפי' לא נתקיי' התנאי אבל היכ' שבידו לקיים התנאי סמך על קיום חנאו ונתבטל המעשה כשלא נתקיים תנאו ע"ש. ובשמע שמת בנו וכתב כל נכסיו דאזלינן בתר אומדנא התם נמי כיון דכבר נתבטל אם לא מת בנו א"כ אין בו שום קיום מעשה וכבר כתבנו בסימן י' סק"א ולקמן סק"ה דבתנאי דלעבר לא בעינן כלל דיני תנאים ע"ש. וגבי זבין אדעתא למיסק לארעא דישראל כבר כתב הר"ן פ' האיש מקדש דהי' עפ"י דיני תנאי. ולשטת הרמב"ם פכ"ב מאישות גבי מברחת דלוקח קני אם תמות בחיי בעל ואוכל פירות ואם נתגרשה או נתאלמנה תבטל המתנה ע"ש והוא תנאי ממש ואינו תלוי בדעת עצמה והרי לא התנה אלא גילוי דעת הוא דהוי היינו משום דלהרמב"ם במעכשיו לא בעי דיני תנאי כלל ומש"ה סגי בגילוי דעת וקשיא לי בהא דאמרינן פ"ה דיבמות דף נ"ג רבינא אמר דכ"ע יש תנאי בחליצ' והכא בתנאי כפול קמפלגי מר סבר בעינן תנאי כפול ומר סבר לא בעינן תנאי כפול ע"ש וכיון דחליצ' ודאי במעכשיו דלא משכחת חליצה שיאמר שלא תחול החליצה אלא לאחר הזמן דאפי' משוך פרה זו ולא תקנ' אלא לאחר ל' יום לא מהני דכב' כלת' משיכ' וה"ה חליצה כה"ג לא מהני דכבר כלתה החליצה וכיון דע"כ מעכשיו

קאמר או בע"מ דה"ל כמעכשיו א"כ למה לי בזה דיני תנאי מיהו לפי מה דמשמע מדברי הרא"ש פרק מי שאחזו בשטת הרמב"ם דמעכשיו לא בעי תנאי כפול וכתב עלה ז"ל ואע"ג דר"מ בעי תנאי כפול בע"מ שתשמשי אבא רצוני לומר דאין הלכה כר' מאיר בהא עכ"ל וא"כ איכא למימר מאן דבעי תנאי כפול גבי חליצה סובר כר"מ אפילו במעכשיו:

ס"ק ד

רק אמר סתם שמתנ' כתנאי בני גד וכ' בח"מ ז"ל ועכ"פ צריך לות' תנאי קודם למעשה דאם אמר הרי את מקודשת אם (תתן) [תתני] לי מאתים זוז כתנאי ב"ג וב"ר לא מהני דהא חזינן שלא התנה כתנאי ב"ג שהם הקדימו תנאי למעשה וע"ש, ונראה דהיינו דוקא בהקדים מעשה לתנאי בזה לא מהני כתנאי ב"ג דמאי מהני לי' כיון דכבר הקדים המעשה לתנאי א"כ כבר נתקיים המעשה בלא תנאי דילפינן מתנאי ב"ג דכל שהקדים המעשה אין התנאי מבטל את המעשה אבל בהקדים לאו להן ואומר כתנאי ב"ג שפיר מהני לי' כיון דאפי' הקדים לאו להן אם חזר והזכיר הן ואח"כ הלאו מהני לי' תנאו כיון שסיים בלאו וכמ"ש הר"ן [ניטין לו,ב מדפי הרי"ף] וכתבו הרמ"א סעי' ב' וא"כ ה"נ שהקדים הלאו להן ואומר כתנאי ב"ג ה"ל כמסיים בלאו ולא מגרע בזה שהזכיר הלאו קודם כיון דמסיים אח"כ בלאו וכתנאי ב"ג ה"ל כאלו התנה בפירוש כך, וב"ש כתב ז"ל ואם הקדים הלאו לא מהני מה שאומר כתנאי ב"ג עכ"ל ח"מ, והרי לפנינו לשון הח"מ ולא כתב אלא בהקדים המעשה ומטעמא שכתבנו אבל בהקדים הלאו שפיר מהני מה שאומר כתנאי ב"ג וזה ברור:

ובמשנה למלך (פ"י) [פ"ו] מהל' אישות [הל' א' ד"ה ושיהיה] נסתפק בהקדים מעשה לתנאי ואח"כ אמר שני החלוקות כדינם וכגון שאמר הרי את מקודשת לי אם תתני מנה וחזר ואמר אם תתני מנה הרי את מקודשת ואם לא תתני לא יהי' קידושין וכתב להביא ראי' מהך דלאו והן וחזר והזכיר הלאו אח"כ דהוי תנאי כאלו הזכיר הן קודם ללאו וא"כ יש ללמוד דחשיב תנאי אעפ"י שבתחלה הקדים מעשה לתנאי וע"ש ונראה עיקר כדברי הנז' דבתנאי קודם למעשה כל שהזכיר המעשה קודם כבר נתקיים המעשה ותו לא מהני תנאה שהתנה אח"כ אפי' אמר בדיני תנאי דהיינו שחזר והזכיר התנאי קודם למעשה כבר נתקיים המעשה דכל שהמעשה קודם לתנאי המעשה קיים וכיון דכבר נתקיים המעשה תו לא מהני אמירתו כלום אפי' אומר בדיני תנאי אבל באומר לאו קודם להן כמו בגט שכ"מ [ניטין עה,ב] דאתקין שמואל אם לא מתי לא יהא גט ואם מתי יהא גט אם כן בהך אמירה שאומר אם לא מתי לא יהי' גט לא שייך לומר דהמעשה כבר נתקיים דהא בהך דאם לא מתי לא יהי' גט ליכא מעשה כלל דהא אדרבה אומר לא יהא גט

ומש"ה כל שסיים בלאו מהני אבל במעשה קודם לתנאי כבר נתקיים המעשה וכמ"ש וע"ש במ"ל גם הוא דוחה ראי' זו שהביא מדברי הר"ן בהן קודם ללאו אלא דגם לפי מ"ש יש בו כדי לחלק בין תנאי קודם למעשה ללאו והן ודו"ק:

ס"ק ה

י"א דלא בעינן שיהי' בתנאי ארבעה דברים. כתב ב"ש ז"ל טעמא משום דס"ל דלא קי"ל כר' מאיר דאמר דצריך תנאי כפול אלא בגיטין וקידושין חיישינן לחומרא אבל הלכתא כחכמים מיהו מ"ש דאין צריך כל ד' דברים לא מצינו כן כי מרמב"ם פ"ג נשמע דא"צ תנאי כפול כו' אבל תנאי קודם למעשה ואפשר לקיים ע"י שליח צריך וכ"כ המגיד רפ"ו וכו' והטעם הוא משום אפי' אם לא גמרינן מתנאי ב"ג מכל מקום מה שהוא סברא ילפינן וכו' והטור והמחבר והש"ג פ' מי שאחזו כתבו דאין צריך כל ד' דברים א"י מנ"ל:

אמנם בחידושי ריטב"א מבואר דאין צריך כל הארבע דברים ע"ש פרק האיש מקדש (דף נ') ז"ל מיהו אע"ג דלית הלכתא כר' מאיר בדקדוקי תנאים איכא חדא דמודי לי' רבנן דהוי הלכתא דתנאי שאי אפשר לקיים המעשה ע"י שליח כדאמרינן שאין תנאי מועיל בחליצה ואע"ג שלא נתקיים התנאי החליצה קיימת מכיון שאי אפשר החליצה ע"י שליח כדאיפסק הלכתא ביבמות ומודי רבנן בהא משום שדינא שמעשה כל כך חזק ואלים שאינו נעשה ע"י שליח שלא יבטלנו תנאי והוי כמפליג בדברי' הא בשאר דקדוקי תנאים לא מודי רבנן ואפי' בתנאי קודם למעשה כדכתיבנא פ' השוכר ושם הארכתי בביאור הדברים האלו וגם במס' גיטין בס"ד מפי מורי נר' עכ"ל, ולזה חושש דעת הש"ע לומר דלא בעי רבנן כלום בדקדוקי תנאים ואע"ג דדעת הרב המגיד פ"ו מהל' אישות דרבנן מודי בתנאי קודם למעשה חושש הוא לדעת הנך פוסקים דלא בעי רבנן מידי וכמ"ש בשם הריטב"א:

ובפרק האומר [ס"א,א] כתב הריטב"א גבי דקדוקי תנאים חמשה דהיינו תנאי כפול והן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה ותנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר ותנאי שאפשר לקיים המעשה ע"י שליח וכבר כתבנו לעיל דבכולהו פליגי רבנן עלי' בין בממון בין בגיטין וקידושין בר מתנאי שאי אפשר לקיים המעשה ע"י שליח שאינו תנאי כו' מיהו לאו הכרחה היא דאפשר דלא פליגי עלי' אלא בתנאי כפול ובהן קודם ללאו דקסבר מכלל הן אתה שומע לאו אבל בשאר דקדוקי תנאים מודי כו' ע"ש. וזה נראה כדברי הרב המגיד אעפ"י כן חושש בש"ע לדעת המחמירין וכמ"ש הריטב"א פ' האיש מקדש. והנה במשנה למלך [פ"ו אישות ה"א ד"ה ואם חסר] כתב ז"ל נסתפקתי בהא דאמרינן דכל תנאי שאינו כתנאי ב"ג דאינו תנאי אי הוי דוקא בתנאי דלהבא כגון אם אעשה

כך או אם תעשה כך וכך אבל בתנאי דלשעבר לא בעי משפטי תנאים ויש טעם לחלק דבשלמא כשתנאי להבא אמרינן דלא אתי ביטול התנאי שיבא אחר המעשה ויבטל המעשה אא"כ נעשה כתנאי ב"ג אבל כשהתנאי הוא בשל עבר כגון אם עשיתי דבר זה או אם עשית שמאותה שעה הוא מתברר הדבר אם נתקיים המעשה או לא מה צורך בזה למשפטי התנאים והסברא היתה נכונה בעיני אלא שראיתי פ' האומר [סב,א] דפריך לר' מאיר דבעי תנאי כפול מקראי דסוטה דליכא התם כפילת התנאי ומשני דהתם נמי איכא כפילת התנאי כו' ע"ש סוף דבריו ז"ל ועדיין לא נתקרר' דעתי בזה:

והנה מצאתי הדבר מפורש בחידושי הר"ן לגיטין פ' השולח (מו,ב) ע"ש בסוגיא והוא שאמר לה משום שם רע ז"ל וכי תימא מכי כפלי' בכה"ג לר' מאיר מאי הוי והא איהו מתנאי ב"ג וב"ר גמיר וכיון שכן בעי תנאי גמור כי התם כי היכא דבעינן כפילא י"ל דכי בעינן תנאי גמור הני מילי בדבר שאפשר לקיימו או לבטלו כתנאי ב"ג וב"ר אבל מגרש על דעת מה שעבר בגילוי דעתא בלחוד מיפסל אלא כיון דלית לי' לר' מאיר מכלל לאו אתה שומע הן בעי כפילא עכ"ל. הרי מבואר דבתנאי דלעבר אין בו משפטי תנאים, ובש"ס שפיר פריך לר' מאיר דכפילא ודאי בעי אפילו בתנאי דלעבר כיון דלית לי' מכלל לאו אתה שומע הן:

ויתיישב בזה קושיית תוס' שהקשו שם פ' האומר [קידושין סב,א, ד"ה בשלמא] מהנך קראי דסוטה דאכתי ה"ל לאו קודם להן, ולפי מ"ש בשם הר"ן יתיישב דכפילא הוא דבעי אבל משפטי תנאים אינו צריך ודוק היטב:

והנה בתנאי שאפשר לקיים המעשה ע"י שליח כ"ע מודי דצריך וכמ"ש הריטב"א פ' האיש מקדש [נ,א, ד"ה ואגב] ומשום דמעשה כל כך חזק שאינו יכול לעשותו ע"י שליח ולא יבטלנו תנאי וה"ל כמפליג בדברים וכמו שכתבנו לעיל. וברבינו ירוחם נתיב כ"ה ח"ב כתב ז"ל חליצה מוטעת כשירה כגון שאמר לו חלוץ לה על מנת שיתנו לך מאתים זוז וחלץ חליצתו כשירה ואע"ג דלא תתן לו המאתים זוז פי' ואפי' התנה בתנאי כפול ואם אמרו אח"כ משטים היינו בך לא יתנו לו שום דבר כך פשוט בפ' מצות חליצה, ובמשרים כתבתי כי כל מי שמתנה יותר מן הראוי בשכירות אינו שום דבר אבל אם התנה בדבר הראוי ליתן או שחייבתו לו כגון יבמה שיש בידה ממון מהיבם וא"ל חלוץ לה על מנת שיחזירו לך את שלך אם יחזירו הרי החליצה חליצה ואם לאו אינה חליצה וכ"כ הרמ"ה עכ"ל, ומשמע מדבריו דאפי' היכא דליתא ע"י שליח נמי דוקא בהתנה בדבר שאינה מחויבת אבל אם התנה בדבר שהיא מחויבת מהני תנאי לבטל החליצה וצ"ע. והנה בס' שער המלך בהל' אישות [פ"ו בסופו] שם כתב ז"ל ועיין בהרב בעל המפה חי"ד סי' ש"ה

שפסק דפדיון הבן אינו נעשה ע"י שליח כו' ומלבד מה שתמהו עליו הראשונים קשיא לי דא"כ לא מצא ידיו ורגליו מהא דאמרינן פ"ק דקידושין הילך מנה על מנת שתחזירהו לי באשה אינו מקודשת בפדיון הבן אין בנו פדוי ומסיק דבכולהו קני משום דמתנה ע"מ להחזיר שמי' מתנה ואם איתי' תיפוק לי' משום דבעינן תנאי שאפשר לקיים ע"י שליח ורבא נמי היכי הוי בעי למימר מעיקר' דאין בנו פדוי וצ"ע עכ"ל:

ואינו קושיא לענ"ד דנהי דבפדיון הבן אינו ע"י שליח היינו פדיון עצמו אבל נתינת המעות לכהן יכול להיות ע"י שליח ואם נותן המעות ע"י שליח לכהן ואומר לכהן עבור המעות שאני נותן לך ע"י שלוחי יהי' בני פדוי ודאי מהני אליבי' דכ"ע כיון דגוף הפדיון ע"י עצמו וא"כ שפיר מהני בפדיון באומר לכהן הילך מנה ע"מ שתחזירהו לי ואם אינו מקיים התנאי אינו קונה המעות כיון שבנתינת המעות מהני ע"י שליח ודו"ק:

ס"ק ו

אבל אם הכל בדבר אחד ז"ל הטור או שלא התנה בדבר אחר אלא אמר עם הדינר שאני מקדשך בו שלי תהי' מקודשת ואם לאו לא תהי' מקודש' עכ"ל. וכתב הב"ש ז"ל הנה התו' בקידושין דף ו' ופ' מי שאחזו דף ע"ה ובר"ן שם ס"פ יש נוחלין כתבו דלא הוי תנאי ומעשה אלא כשתנאי סותר למעשה כגון שהתנה בגט אם תחזיר לי הנייר א"כ אימת חל הגט כשתחזיר הנייר ואז לא הוי גט. אבל בהרא"ש ס"פ י"נ מוכח דלא ס"ל כן דהא הקשה על תנאי ע"מ שיחזיר האתרוג דהוי תנאי ומעשה בדבר אחד ובתנאי ע"מ אינו סותר למעשה כו' גם בפ' מי שאחזו כתב בתנאי ע"מ צריך שאל יהי' התנאי ומעשה בד"א. וכן רי"ו נכדו פסק כהרא"ש בתנאי ע"מ שתחזי' הנייר הוי תנאי ומעשה בד"א לפי"ז מ"ש הטור בסימן זה בתנאי קידושין כשמקדש אותה ע"מ שהדינר שלי הוי תנאי ומעשה בד"א והיא מקודש' אפי' לא נתקיים התנאי אע"ג שאינו סותר למעשה מ"מ כיון שהכל בד"א אין צריך לקיום התנאי אלא קשה למה פסק בסימן קמ"ג כשמתנה ע"מ שתחזיר הנייר של הגט הוי תנאי ותתקיים התנאי הא הוי תנאי ומעשה בדבר אחד. גם קשה בא"ח סימן תרנ"ח פסק בהתנה ע"מ שתחזיר האתרוג דהוי תנאי וכ"כ הרא"ש הא הוי הכל בד"א גם קשה אף בכה"ג הוי תנאי ומעשה בד"א למה אמרו בהתנה שתחזיר לו קידושין דדמיא לחליפין כמ"ש ר"ס כ"ט למה דמיא לחליפין דהא אין צריך להחזיר כיון שהכל בדבר א' כו'. וכללא הוא אם מקדש בשטר ואמר ע"מ שתחזיר לי הנייר אז התנאי אין סותר למעשה כמ"ש בתו' ולשטת הרא"ש אין צריך לקיום התנאי ואם אמר אם תחזיר לי הנייר אז התנאי סותר למעשה והוי התנאי ומעשה בד"א ואם מקדש אותה בכסף ואמר ע"מ שתחזיר הכסף אז אין התנאי סותר למעשה לא הוי תנאי ומעשה בד"א לשטת תו'

צריכה לקיים התנאי והוי מתנה ע"מ להחזיר וקידושין בטלין ולהרא"ש הוי תנאי ומעשה בד"א ואין צריך לקיום התנאי והקידושין קיימין ואם אמר הרי את מקודשת אם תחזיר הכסף קידושין ולהתו' הרא"ש התנאי ומעשה הכל בד"א ותנאי בטל והקידושין קיימים ולהרמב"ם התנאי קיים והוי מתנה ע"מ להחזיר והקידושין בטלים ויש לחוש לחומרא בכל הני פלוגתא עכ"ל. והנה אחר העיון נראה דאי אפשר בשום אופן לייחס סברא זו אליביה דהרא"ש דס"ל להלכה במתנה ע"מ להחזיר דה"ל תנאי ומעשה בד"א והתנאי בטל מהנך קושיות שהקשה ב"ש דהא הרא"ש בעצמו כתב להלכה הך דאתרוג בע"מ להחזירו החזיר יצא לא החזירו לא יצא וכן בהך דקדושין דף ח' כתב הרא"ש להלכה דמתנה ע"מ להחזיר בקידושין לא מהני דדמיא לחליפין. והנה לפמ"ש בסימן כ"ט ס"ק י"ד דאפילו היכא דאין התנאי מבטל המעשה אבל התנאי בע"כ מתקיים וצריך לקיים התנאי אלא אם לא קיים התנאי אינו מבטל המעשה וע"ש וא"כ יש ליישב הך דקידושין דף ו' דאע"ג דתנאי ומעשה בד"א ואינו דומה לתנאי ב"ג וב"ר היינו שאינו מבטל המעשה אם לא נתקיים התנאי ומשום דהמעשה הוא דבר בפני עצמו וראוי להתקיים אפילו לא נתקיים התנאי ומתנאי ב"ג הוא דילפינן הך חידו' שיתבטל המעש' אם לא נתקיי' התנאי ומש"ה בעינן דומיא דב"ג וכמ"ש הרא"ש כלל פ"א סימן א' אבל בחיוב התנאי אין אנו צריכין למילף מתנאי ב"ג אלא כל תנאי שבממון קיים כיון דהמעשה על תנאי זה וע"ש שהארכנו בזה מיהו הך הלכה מרווחת בישראל באתרוג דהחזירו יצא לא החזירו לא יצא אין בו שום חולק וע"כ אחת משתי פנים או דס"ל להלכה דלא בעינן תנאי ומעשה בד"א וכמ"ש הרא"ש דרבא לית לי' תנאי ומעשה בד"א עיין ברא"ש ס"פ י"נ או דזה שהתנה ע"מ להחזיר אינו תנאי ומעש' בד"א וכמ"ש תוס' פ' מי שאחזו ומ"ש הב"ש להכריח מהך דכתב הרא"ש פ' יש נוחלין להקשות בהך דאתרוג מהך דתנאי ומעשה בד"א שפיר הוי תנאי ע"ש ומשמע דס"ל דאפי' בע"מ דהוי מעכשיו דאפ"ה הוי תנאי ומעשה בד"א ואינו מוכרח דגם בתוס' קידושין דף ו' ד"ה לא החזירו לא יצא הקשו קושיא זו אמאי לא יצא והא הוי תנאי ומעשה בד"א והתנאי בטל כדאמרינן גיטין דף ע"ה כו' וי"ל התם לא הו' מסקנא הכי ואתי שינויי אחריני א"נ י"ל הא דלא מהני תנאי ומעשה בד"א היינו כששניהם סותרים זא"ז כי האי דע"מ שתחזי' לי הנייר דפ' מי שאחזו דהתם ס"ד דכל האומר ע"מ לאו כאומר מעכשיו ונמצא שאינה מגורשת עד שתחזיר הנייר ואז אינה שלה אבל הכא סבר דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו עכ"ל ובפ' מי שאחזו דף ע"ה ד"ה דתנאי ומעשה בדבר אחד כתבו בפשיטות דהיינו דוקא שהתנאי סותר המעשה כו' ע"ש ואפ"ה כתבו ג"כ הך תירוצא בקידושין דלא הוי מסקנא הכי ואיכא שינויי אחריני

וא"כ אין תימא על הרא"ש שכתב ג"כ בפרק י"נ הך תי' דכתבו תוס' בקידושין בתי' קמא והוא דרבא לא ס"ל הך דרב אדא ולעולם מצינו לומר דגם הרא"ש מחלק בין ע"מ כו' וכמ"ש תוס' בתירוץ שני בקידושין ועוד נראה לענ"ד דהיכא דהתנאי סותר את המעשה לגמרי באופן שלא יוכל חייל המעש' בקיום התנאי וכגוונ' שכתבו תוס' היינו בע"מ שתחזיר לי הנייר דלא הוי כמעכשיו אלא אומר הרי זה גיטך ויחול הגט ע"מ שתחזיר היינו בשעת חזרה אז יהי' גיטך דזה הוי תנאי שאי אפשר לקיימו בסופו דאליבי' דכ"ע תנאו בטל דאינו אלא כמפליג בדברים בעלמא ולאו דוקא ע"מ שתעלי לרקיע אלא כל תנאי שאי אפשר לקיימו וכמ"ש הר"ן בפ' לולב הגזול בהא דאמרו לא ליקני אינש לולבא ליניקא דינוק' מיקני קני אקנויי לא מקני והקשה דהא התנה עם הינוקא ע"מ שתחזיר ואם אינו מחזיר לא זכה במתנ' ותי' משו' דה"ל תנאי שאי אפשר לקיי' בסופו ותנאו בטל ע"ש וכן כת' האשר"י בפ"ק דקידושין דף כ"ג בהא דאמרו דאקני לי' אחר ואמר לי' ע"מ שאין לרבך רשות בו ר' מאיר סובר כדאמר לי' קני קני עבד וקני רבו וכי אמר לי' ע"מ לאו כלום קאמר וכתב עלה הרא"ש ז"ל משום דיד עבד כיד רבו והוי כמו נותן מתנה לחבירו ואמר לו ע"מ שלא יהי' שלך יה' לך דקנה דכל תנאי שסותר המעשה לא הוי תנאי עכ"ל והיינו משום דתנאי שסותר המעשה שאומר לו ע"מ שלא יהי' שלך יהי' שלך א"כ לענין מה נותן ע"כ אין זה תנאי אלא כמפליג בדברים וה"ל כמתנה ע"מ שתעלי לרקיע וה"נ באומר הרי זה גיטך ע"מ שתחזיר לי הנייר אי לאו כאומר מעכשיו הרי זה כאומר ע"מ שלא יהי' שלך יהי' לך דהא בעת החזרה אינה שלה וכמ"ש ר"ח ובה"ג לא הוי צריך רב אדא לומר מכדי כל תנאי מהיכא גמרינן מתנאי ב"ג וב"ר מה התם תנאי בד"א ומעשה בדבר אחר אף כל לאפוקי הכא דתנאי ומעשה בדבר אחד ותיפוק לי' דה"ל תנאי דאי אפשר לקיימו בסופו דהוי לי' כאומר ע"מ שלא יהי' שלך וכמ"ש דהוי כמפליג בדברים אע"כ רב אדא רוצה לומר דאפי' באומר מעכשיו לא מהני משום דה"ל תנאי ומעשה בדבר אחד ואינו דומה לתנאי ב"ג שהוא בדבר אחר לגמרי וסובר רב אדא באתרוג אפי' אומר מעכשיו לא מהני תנאי ומש"ה הקשה הרא"ש בפרק י"נ אהך דאתרוג מהך דרב אדא ותי' דרבא לית לי' דרב אדא ובאמת לפי שטת הפוסקים דאפי' באומר מעכשיו בעינן דיני תנאי א"כ כל הסוגי' דפ' מי שאחזו דף ע"ה איירי במעכשיו ורב אשי דאמר הא מני רבי היא דאמר כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו היינו דמוקי כרבנן דלא בעינן דיני תנאי ועיין בחידושי הרשב"א ור"ן פרק מי שאחזו וא"כ סובר רב אדא אפי' במעכשיו נמי ה"ל תנאי ומעשה בדבר אחד והיינו דקשי' לי' להרא"ש מהך דאתרוג ותי' דרבא לית לי' לדרב אדא וא"כ מוכח דלית לי' לרא"ש הך דרב אדא במעכשיו כיון

דכתב להלכה הך דאתרוג לא החזירו לא יצא: אמנם היכא שהוא בדבר א' לגמרי וסותר את המעש' לגמרי וכהך דהטור שאומר אם הדינר שאני מקדשך שלי כו' בזה כ"ע מודי דזה ה"ל תנאי שאי אפש' לקיימו בסופו וכהאי דאומ' ע"מ שלא יהי' שלך יהי' שלך דזה הוי כמפליג בדברי' ובזה אפי' הרמב"ם מודה דאע"ג דאינו כותב בהלכותיו בדיני תנאי שיהי' התנאי ומעשה בדבר אחד כיון שכותב להלכה בדיני תנאי שאם התנה בדבר שאי אפשר לקיים התנאי ה"ל כמפליג בדברים ואפילו במעכשיו דאין צריך דיקדוקי תנאים כ' הרמב"ם פ"ו מאישות דבעינן תנאי שאפשר לקיימו בסופו דאל"כ ה"ל מפליג בדברים ע"ש ואין לך מפליג בדברים יותר מזה דאומר התנאי לסתור המעשה לגמרי ולענין מאי עשה המעשה א"כ ע"כ אינו אלא מפליג בדברים. ומ"ש הב"י עלה דהטור שכתב או שלא התנה בדבר אחר ז"ל והרמב"ם לא ס"ל כן שהרי כתב הרי זה גיטך ע"מ שתחזיר לי הנייר מגורשת ותחזיר ע"ש ואיני יודע ראי' זה שהרי הטור נמי ס"ל הכי בסימן קמ"ג ע"ש אע"כ דמעכשיו אינו סותר לגמרי וה"ל תנאי שאפשר לקיימו בסופו אבל הכא כ"ע מודי ומטעמא שכתבנו. ומה שהכריח הב"ש מדברי הרא"ש שהביא תנאי ומעשה בדבר אחר גבי מעכשיו דמשמע דס"ל דאפי' במעכשיו

נמי בעינן תנאי ומעשה בדבר אחר. הנה ז"ל הרא"ש והרב אלפסי כ' בתשובה דאומר ע"מ כאומר מעכשיו כו' אע"ג דבעינן בגיטין תנאי כפול הני מילי באם כו' ורבינו חננאל כתב על האי דאתקין שמואל בגיטא כו' סוגיא דשמעתין בעינן תנאי כפול ותנאי קודם למעשה ותנאי בדבר א' ומעשה בדבר אחר ותנאי שאפש' לקיימו ע"י שליח וסוגי' דשמעתין איירי בע"מ ובמהיום אם מתי גם הביא ראיה לדבריו מחליצה מוטעת דאיירי בע"מ אלמא דס"ל דבכל התנאי' בעינן עד שיהי' בהם כל דיני תנאים וכן עמא דבר עכ"ל והיינו דבעי להוכיח דגם באומר מעכשיו בעינן כל דיני תנאים וחושבם אחת לאחת ולזאת פרט גם תנאי ומעשה בדבר אחר והיינו למאן דאית לי' אבל לדידן לית לן הך תנאי ומעשה בדבר אחר וכדמוכח מאתרוג וכמ"ש אלא שהוכיח כיון דסוגי' איירי בע"מ ואפ"ה בעינן דיני תנאים וכבר כתבנו דלרב אדא באמת אפי' באומר מעכשיו הכי ס"ל אבל אנן לא ס"ל כרב אדא אלא היכי שסותר המעשה לגמרי והוא מטעם אחר ולאו משום תנאי ב"ג אלא דה"ל כמפליג בדברים וכמ"ש דהא לרמב"ם במעכשיו לא בעי דקדוקי תנאי דב"ג ואפ"ה בעי אפשר לקיימו בסופו דאל"כ ה"ל מפליג בדברים והיינו הך דהטור ואליבא דכ"ע ולפ"ז מה שחושש הב"ש להחמיר במעכשיו דיני תנאי ומעשה בדבר א' מהך דהרא"ש כבר נתברר מתוך מ"ש דאין לחוש לזה כלל דהא הך דאתרוג הוא הלכה מרווחת בישראל וכמ"ש. ואכתי צריך להתבונן דלפמ"ש דרב אדא סובר דאפי' במעכשיו

בעינן תנאי ומעשה בדבר אחד א"כ הך מעשה דר"ג וזקני' שנתנו זה לזה והחזירו כו' בפ' לולב הגזול דף מ"ו ע"ש ואמרו בגמרא ש"מ מתנה ע"מ להחזיר שמיה מתנה ע"ש ולרב אדא אינו תנאי כלל. ולפמ"ש ניחא דאפי' היכא דאינו בדקדוקי תנאים אפ"ה צריך לקיים התנאי ומשום דכל תנאי שבממון קיים וכמ"ש וא"כ צריך להחזיר כמו שהתנה ומוכח שפיר דע"מ להחזיר שמי' מתנה ומיהו בהא דס"ל לרבא לא החזירו לא יצא זה לית לי' לרב אדא אלא אפילו לא החזירו יצא. עוד זאת קשי' לן בהא דקי"ל בהילך מנה ע"מ שתחזירהו לי בכולהו קני לבר מאשה לפי שאין אשה ניקנת בחליפין וא"כ כיון דזה התנאי סותר המעשה לגמרי ליהוי כמפליג בדברים ואפשר כיון דאין זה תנאי בגוף הקידושין אלא בכסף שנותן לה הוא המתנה ע"מ שתחזירהו לי ובגוף המנ' שפיר יכול להתנות ע"מ שתחזירהו לי ודו"ק:

ס"ק ז

אינו תנאי וכתב בח"מ ז"ל בטור כתב אם הדינר שאני מקדשך בו שלי הוא כו' ומיהו בקדושי שטר משמע בסוף סימן ל"ב דאם אמר ע"מ שתחזיר לי הנייר דהוי מקודשת כו' וגם צריך לדקדק דבגט אם אמר הרי זה גיטך והנייר שלי אינו גט כלל א"כ ה"ה אם אמר בגט ובקידושי שטר אם תחזיר לי הנייר תהי' מקודשת או מגורשת דלאו מידי יהיב לה ולמה פסק כאן דלחומר' מיקרי תנאי וכי עדיף לשון תנאי מאלו אמר סתם בלא שום תנאי שלא מהני כלל עכ"ל. ואינו יודע מה קשי' לי' דודאי שני ושני דאומר הרי זה גיטך והנייר שלי דשייר לנפשי' הנייר וה"ל אותיות פורחת באויר אבל באומר הרי זה גיטך אם תחזיר לי הנייר כיון דאין זה כתנאי ב"ג משום שהוא אחד א"כ המעשה קיים והתנאי בטל וה"ל כאומר הרי זה גיטך ואינו אומר כלל אם תחזיר דהך תנאי שאינו כתנאי ב"ג אינו תנאי כלל לבטל המעשה. וביותר תמוה מאי קא קשיא לי' על הרמ"א שכתב לחוש לחומרא דהא הוא גמרא ערוכ' פ' מי שאחזו דף ע"ה דתני הרי זה גיטך והנייר שלי אינה מגורשת ע"מ שתחזיר לו הנייר מגורשת ומסיק עלה רב אדא משום דה"ל תנאי ומעשה בדבר א' ולפמ"ש התוס' היינו משום דה"ל כאומר אם תחזיר וזה פשוט ועמ"ש בסימן ל"ב סק"ח:

ס"ק ח

ויש לחוש לחומרא כתב במשנה למלך פ"ו מאישות ז"ל נסתפקתי בהא דקי"ל דהתנאי יהי' קודם למעשה וצריך שיאמר אם תתני לי מאתים זוז תהי' מקודשת אם כשחזר וכפל התנאי אם גם בכפל צריך שיקדים תנאי למעשה שיאמר ואם לא תתני לי לא תהי' מקודשת אבל אם אמר ולא תהי' מקודשת אם לא תתני לא מהני ע"ש. גם בס' כפות תמרים דף מ"ב נסתפק אמנם מלשון הפוסקים נראה דגם בכפילת התנאי צריך

שיקדם התנאי וכמ"ש הטור ז"ל אם תתני לי מנה הרי את מקודשת לי ואם לא תתני לי לא תהי' מקודש' ע"ש וכן מלשון הש"ס פ' מי שאחזו דף ע"ב אתקין שמואל בגיטא דשכ"מ אם לא מתי לא יהא גט ואם מתי יהא גט ולימא אם מתי יהא גט ואם לא מתי לא יהא גט לא מקדים אינש פורעניות ולימא לא יהי' גט אם לא מתי בעינן תנאי קודם למעשה ע"ש ומבואר דגם בלא יהא גט אם מתי דהוא הכפילא צריך שיקדים התנאי והוא אם לא מת לא יהא גט ואע"ג דכבר הי' כל זה לפני משנה למלך ודחאם אנו אין לנו אלא כסתימת דברי ש"ס ופוסקים. ובזה נראה ליישב קושיות הר"ן על הרמב"ם ע"ש פ' האומר בזה דכתב הרמב"ם בתנאי קודם למעשה דהיינו קודם הנתינה והקשה עליו מהא דאמרו בש"ס גבי אתקין שמואל בגיטא דשכ"מ כו' ולימא לא יהא גט אם לא מתי בעינן תנאי קודם למעשה ומבואר דאפי' קודם הנתינה לא מהני מעש' קוד' לתנאי והניח בקושיא ע"ש. אמנם נראה דבחלוקה ראשונה היינו אם תתני לי מנה תהי' מקודשת סובר הרמב"ם דגם באומר הרי את מקודש' אם תתני לי מנה נמי מהני ומשום דזה לא הוי תנאי קודם למעשה כיון דעדיין מחוס' מעש' היינו הנתינ' של הקידושין לידה אבל חילוקה השנית שהוא אם לא תתני מנה לא תהי' מקודש' בזה ודאי צריך להקדים התנאי משום דאם יקדי' ויאמר לא תהיה מקודשת אם לא תתני ה"ל מעשה קוד' לתנאי דחלוקה השני' והיא לא תהי' מקודשת אינו מחוסר מעשה דבשלמא בחלוקה הראשונ' והיא תהי' מקודשת עדיין מחוסר מעשה הנתינה דהא לא מצית תהיה מקודשת אם עדיין לא נתן הקידושין אבל בחלוקה לא תהי' מקודש' אינו מחוסר מעשה ומש"ה בחלוקה השנית ודאי צריך להקדים התנאי וניחא דמבואר לא יהא גט אם לא מתי לא מהני משו' דה"ל תנאי קוד' למעש' ודו"ק היטב. אלא דאכתי יש להסתפק דהא דבעינן תנאי קודם למעשה גם בחלוקה השנית דאם הקדים המעשה לתנאי דהיינו שאמר לא תהי' מקודשת אם לא תתני מי נימא דהמעשה קיים והוא הקידושין דכל היכא דאינו כדין תנאי ב"ג וב"ר המעשה קיי' והתנאי בטל. או נימא כיון דבעינן כפילת התנאי וא"כ בחלוקה השנית שאמר לא תהיה מקודשת אם לא תתני המעשה קיים והיינו לא תהי' מקודשת אפילו נתקיים התנאי וצ"ע:

ס"ק ט

שלא יהא לה שאר כסות. עמ"ש בזה בס' קצה"ח סי' ר"ט ס"ק י"א וסי' רכ"ז סק"ז:

ס"ק י

נתן לה פרוטה ואמר לה התקדשי לי בזה ע"מ שאתן לך מנה. בירושל' פ' האומר [קידושין פ"ג ה"ב](תן) [תמן] תנינן הרי זה גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז הרי זו מגורשת ותתן לא הספיקה ליתן עד שמת תני רשב"ג אומר נותנין לאביו ולאחיו והיא פטורה מן החליצה

ומן היבום אף בקידושין כן האומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך מאתים זוז כרשב"ג אביו ואחיו נותנין לה והיא זקוקה ליבום וחליצה ע"ש. מזה נשמע דהא דאמרו בגיטין (עד,א) בטעמא דרבנן לי ולא ליורשי לאו דוקא לי דאפי' אינו אומר לי אלא סתמא ע"מ שתתני נמי לא מהני ליורשיו כמו דלא מהני אתן שיהי' בניו נותנין לרבנן:

אמנם בבעה"ת שער ב' [ח"ב ס"ב] נראה דלא ס"ל הכי ע"ש שכתב במתנה על מנת להחזיר דאם אמר ע"מ שתחזירהו ולא אמר לי והקדישה או נתנה זה המקבל והחזירה אח"כ לנותן נתונה ומוחזרת דהא לא אמר לי כדאיתא פ' יש נוחלין (קלז,ב) כו' כי אמר לי מידי דחזי לי קאמר לי' ולא עוד [אלא] אם מת נותן מקבל מחזירה ליורשיו ונמצאת מתנתו קיימת ומה שאכל אכל היכא דלא אמר ליה לשון לי אבל היכא דאמר לי' לשון לי ולא ליורשי משמע כדאי' פ' מי שאחזו ולא קיים התנאי עכ"ל ובחידושי הרשב"א פ' מי שאחזו (עד,א) הביא הירושלמי הנ"ל, וא"כ מוכח דס"ל דלא בעי (לי') [לי] ואפי' באומר סתם שתתני מאתים נמי לא מהני נתינה ליורשיו, ונראה בטעמא דהך מילתא דירושה לא מהני אלא בדבר שזכה בו מורישו אז זוכין בו יורשיו אבל באומר ע"מ שתתני כיון דאין חוב על האשה (שתתני) [שתתן] דאין כאן מעשה אם לא תקיים התנאי וכמ"ש הרשב"א בחידושיו ליבמות פ' מצות חליצה (קו,א) דכל האומר ע"מ לא מחייבין אותו לקיים התנאי אלא אם רוצה יקיים ואם אינו רוצה לא יקיים לפי שכבר נתפרשה כפייתו אם יקיים תנאו יתקיים המעשה ואם לא יקיים התנאי לא יתקיים המעשה ע"ש וא"כ כיון דלא זכה עדיין באותן המאתים זוז ואין קנין למת ואינו זוכה בהם אחר מיתה א"כ אין להם ירושה וה"ל יורשין כמו אחר, אלא דרשב"ג סבר דמסתמא דעתו על יורשיו ג"כ וה"ל כאלו התנה בפירוש שיתן ליורשיו, אבל רבנן ס"ל דלא הוי דעתי' על יורשיו והוי להו היורשים כמו אחרים כיון שאין לזה מידי דבר ירושה וה"ה באומר ע"מ שאתן לרשב"ג ה"ל כאלו התנה בפי' שגם יורשיו יכולין ליתן ולרבנן לאו בכלל תנאי וה"ל כמו אחרים וזה ברור:

ולפ"ז נראה בהך מלתא דאסתפק למוהריב"ל במי שנתן גט לאשתו ע"מ (שתפטרנה) [שתפטרנו] מכתובה ולא הספיקה לעשות לבעלה פטורין עד שמת הבעל וע"ז נפל מחלוקת בין החכמים שיש מי שרצה לדמותו לע"מ שתתן לו מאתים זוז דכי היכא דהתם קי"ל כת"ק לי ולא ליורשי ה"נ ע"מ שתפטרני אותי ולא ליורשי ויש מי שחלק בזה דהתם דין הוא שנאמר לי ולא ליורשי לפי שלא גמר לגרשה אלא ע"מ להנות מן המאתים זוז והרי מת ולא נהנה ברם הכא טעמא מאי אתני זה ע"מ שתפטרני לאו משום שלא יהיה

ניזוק בנכסיו הרי לא ניזוק לא בחיים ולא במותו והעולה שיש פנים לכאן ולכאן ומסיק שלא תנשא בלא חליצה גם שלא תתייבם ע"ש (דף ע"ד):
ולפמ"ש נראה דהתם כיון דהיורשין במקומן לפרוע חובת מורישם א"כ הפטור ליורשים נמי מהני, ועוד נראה דכיון דיכולה למחול ולפטור את בעלה גם אחר מיתתו וכדאיתא פ' הכותב (דף פ"ו) אמר להו רב נחמן ליכא דליתב לה עצה דתיזל ותמחול לכתובה דאמה לגבי אבוה ע"ש, וא"כ מהני גם למת עצמו בפטור שפטרה וא"כ גם אחר מותו מהני פטורין:
והנה במתנה על מנת להחזיר אם מחזיר המקבל ליורשי נותן לפי דעת הרא"ש פ' לולב הגזול [סי' ל'] דמתנה ע"מ להחזיר הכוונה ע"מ להקנות א"כ כל זמן שלא קנה הנותן דהא מת ואין קנין למת וא"כ ליכא תורת ירושה בזה ולא מהני נתינה ליורשין וכמ"ש בטעמא דרבנן דלא מהני נתינתו ליורשים:
אמנם לפי מה שהעליתי בענין מתנה ע"מ להחזיר דאינו אלא קנין לשעה ואפ"ה נפיק בי' לאתרוג וכמ"ש באורך בס' קצה"ח סימן רמ"א סק"ד ולעיל (סימן כ"ט סק"א) [סי' כ"ח ס"ק נ"ג] וא"כ כי מת נותן והדרא לי' כיון דדידיה הוא לאחר שעה ה"ל דיורשין ואית בי' תורת ירושה וא"כ אמרינן בי' נמי תחזיר אפי' ליורשין:
וכן נראה לענ"ד דבעה"ת נמי ס"ל דמתנה ע"מ להחזיר אינו ע"מ להקנות מדכתב הקדישה או נתנה המקבל והחזירה אח"כ לנותן נתונה ומוחזרת דהא לא אמר לי ואם היה ע"מ להקנות א"כ כיון דכבר נתנה לאחר היכי יוכל לחזור ולהקנות לנותן אלא ע"כ דלא ה"ל ע"מ להקנות אלא ע"מ להחזיר ממש וא"כ אינו נתינה למקבל אלא לפי שעה ובאותו שעה יש לו קנין הגוף ממש ואם נתנה או הקדישה מהני מתנתו והקדישו רק שיחזיר אותו בעינא לנותן. וא"כ כל זמן שלא נתנה או הקדישה אחר שעה ממילא הדרא לנותן ויורשיו יורשין אותו ומש"ה מהני החזרה ליורשיו אלא באומר לי אמרינן דקפיד לי ולא ליורשי:
ובמשנה למלך פ"ג מהל' זכי' ומתנה [ה"י כתב] על דברי בעה"ת ז"ל ויש לגמגם בדינו דשאני התם דמלת לי מיותרת שהיה לו לומר ע"מ שתתני אבל הכא דאיצטריך לי דראוי לי קאמר מנ"ל לטפויי לי ולא ליורשי ע"ש ונראה דאי אמרינן לי מידי דחזי לי' א"כ כיון דהיורשים מכחו באין והחזרה אחר מותו דתו לא חזי ליה לא מהני חזרתו ועיין בדברי הרב המגיד פ"ג מזכי' [ה"י] שם בע"מ שתחזירהו ולא אמר לי והמיתו והחזירו אם חייב לשלם ע"ש ומשמע דבאומר לי ודאי כשהומת לא חזי ליה וה"ה כשמת נותן תו לא חזי

לי' ואע"ג דחזי ליורשיו כיון דיורשים לא זכו אלא מכח מורישם ואם לא חזי למורישו לא הוי חזרה. ועיין ב"י סימן רמ"א שכתב בשם הרשב"א ג"כ כדברי בעה"ת ע"ש ודו"ק:

ס"ק יא

מאחר שעדיין לא חלקו בח"מ כתב צשון הר"ן אינו כן וז"ל כיון שלא הגי' זמן העסק ורווח' לקרנ' משתעבד לא חשיב כשלו משמע שאם הגיע זמן החלוקה אף שעדיין לא חלקו כיון שבידו לחלוק ע"ש. וב"ש כתב ז"ל ועיין בח"מ סימן קע"ו דהמקבל עיסק' מחבירו יוכל המקבל לחלוק אימת שירצה ושנים שקבלו מאחר עיסקא אינו יכול לחלוק אימת שירצה בתוך הזמן צ"ל ה"נ איירי כשקיבל עם אחר דאין יכול לחלוק תוך הזמן עכ"ל. וסתימת לשון הר"ן אינו משמע שקיבל מאחר. וכתבתי בזה בס' קצה"ח סימן קע"ו סק"ח לפמ"ש בשט' מקובצ' פ' המקבל דף ק"ה ז"ל טרח ומלייא ולא אודיעי' לא מצי אמר לי' וא"ת ואפי' אנדעי' כל כמיני' דלימ' לי' נפלוג רווחא ופסידא כל חד באופי נפשי' והא דאמרי' בסמוך רווח' לקרנ' משתעבד כלומר דאי איכא פסידא בתר הכי ממלינין מיני' י"ל דשאני הכא דאכתי ליתי' לרווח' ומש"ה מצי א"ל לא בעינן לאיעסוקי בי' אלא א"כ פלגינן כל חד וחד כדינו דאפי' אתני מעיקרא וקבעו זמן לא גרע מפועל דיכול לחזור בחצי יום אבל האי דבסמוך דאי' לרווחא אשתעבד לי' לקרנא דנהי דמצי מיהדר בי' דלא למיעסוקו' בי' אפ"ה לאו כל כמיני' למיפלגי' לרווחא מקמי זימנא דלקרנא משתעבד הר"ן עכ"ל. וא"כ תו לא קשה קושיות הב"ש דנהי דיכול לחזור בו מלאיעסוקי בי' אבל ברווחא מיהת אית לי' שעבוד לקרנא ולא מצי לאפלוגי עד עת הזמן זהו ברירא ועיקרא דהאי מלתא ודו"ק:

ס"ק יב

של יין ונמצא של דבש בתוספת' פ"ג דקידושין בדינ' זה של כסף ונמצא של זהב אינ' מקודשת כיצד יעש' יטלנה הימנה ויחזור ויתנ' לה ויאמר הרי את מקודשת לי עכ"ל. וקשה לי למה צריך לחזור וליטלו הימנ' ולא סגי לה במה שיחזי' ויאמ' הרי את מקודש' לי וגם שיהי' עדיין בידה ואפשר לפמ"ש תוס' פ' המוכר את פירות דהיכא דהוי מקח טעות הוי מעות הלואה ולא פקדון וכ"כ בנ"י שם וכ"פ הרמ"א בח"מ ס"ס רל"ב דבכל מקום דהוי מקח טעו' הוי כבע"ח ע"ש וא"כ בקידושי טעות ה"ל הלואה והמקדש במלוה אינ' מקודשת. ואע"ג דהמקד' לאחר ל' אפי' נתאכלו המעות מקודש' התם משום דלשום קידושין יהבי' ניהלי אבל הכא דהוי קידושי טעות ונתבטלו הקידושין מכל וכל ואינה אכלה כי אם מלוה שלא לשום קידושין יהבי' ניהלי' אמנם נראה דע"כ לא אמרינן דהיכי דהוי מקח טעות הוי מעות הלואה אלא בזוזי אבל בחפץ או כלי כיון דהוי מקח טעות הדרא בעינ' ולכך בהך דתוספתא צ"ע ועיין מ"ש בסימן כ"ז

ס"ק יג

אעפ"י שבטלו בינו לבינה דעת הרשב"א דלא מהני מחילת התנאי אלא דוק' בדבר שבממון דה"ל כאומר התקבלתי אבל בתנאים שאינן של ממון לא מהני מחילת התנאי ונתבטלו הקידושין. ודעת הרמב"ם דבכולהו תנאים מהני ביטול התנאי כמ"ש הר"ן דלא התנה על מנת שאין עלי' נדרים או שאין בה מומין אלא א"כ יקפיד אח"כ על התנאי אבל אם לא יקפיד לא יתבטלו הקידושין והנה בכתובות דף ע"ג בקידשה על תנאי וכנסה סתם אמר רב צריכה גט אמר אביי לא תימא טעמא דרב משום דכנסה סתם אחולי אחלי' לתנאה אלא משום דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. והקשו התו' שם במה מקדש' כי אחיל לתנאי כיון דקי"ל חופה אינו קונ' ומזה הוליד הרמב"ם דמהני מחילת התנאי אפילו אינו של ממון. ולהרשב"א דסובר דלא מהני מחילת תנאי בדבר שאינו של ממון. נראה לפרש הא דאמר אביי לא תימא טעמא דרב משום אחליה לתנאיה דמיירי בבעל וכנס ולא תימא משום אחליה לתנאו ומקדשה בביאה ויש לה נמי כתובה אלא טעמא דרב משום אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וא"כ לכתובה בתנאו קאי וע"ש פי' רש"י אלא דהר"ן שם הכריח דמיירי בלא בעל מהא דאמר עולא לקמן בסוגי' קדשה ע"ת ובעל ד"ה צריכה גט וא"כ ע"כ פלוגתא דרב ושמואל בלא בעל ע"ש וכיון דמיירי בלא בעל א"כ במאי מקדשה כיון דחופה אינה קונה מוכח דמהני מחילת תנאי אפילו אינו של ממון ואכתי איכא למימר דמיירי בבעל לפי הגירסא דגרסי בדעולא המקדש על תנאי ובעל ד"ה אינה צריכה גט והוא שטת בעל המאור שם דמפרש בהא דאמר רבה מחלוקת בטעות אשה אחת כעין שתי נשים דהיינו כנסה סתם ובעל סתם דזה הוי כמו טעות שתי נשים כיון דלא אתני לא בשעת כניסה ולא בשעת בעילה בודאי אחולי אחלי' אבל טעות אשה אחת גרידתא היינו כניסה גרידא או בעילה גרידה דבזה סמיך אתנאו קמא ואינה צריכה גט והיינו דאמר עולא המקדש ע"ת ובעל אינה צריכה גט היינו בעל גרידא ע"ש. וא"כ מחלוקת דרב ושמואל בקידשה ע"ת וכנסה סתם היינו כל הכניסה בסתם החופה ובעילה וא"כ שפיר קאמר אביי לא תימא טעמא דרב משום אחולי' לתנאו ומקדשה בביאה וכתובה נמי אית לה אלא משום דאין אדם עושה בב"ז וכמ"ש. ובתו' שם ד"ה לא תימא טעמא דרב כיון דכנס' סתם אחלי' לתנאי ופי' רש"י ויהא לה כתובה וקשה דהא תנן בהדיא במתניתן כנסה

סתם תצא שלא בכתובה ונראה דלאו פירכא היא דמצי לאוקמי מתניתן כשלא בעל והכא בבעל קאמר דאחולי אחיל לתנאי' ורבינו יצחק פי' לא תימא טעמא דרב כיון דכנסה אע"ג דלא בעל אחלי' לתנאי' ותהא צריכה גט ומיהו כתובה ודאי לית לי' כדרבנן

במתניתן אלא טעמא דרב משום דאין אדם עושה בב"ז ופליג אדעולא אמר ר' אליעזר לקמן דבבעל כ"ע מודי דצריכה גט ולא פליגי רב ושמואל אלא כשלא בעל עכ"ל ולכאור' תיקשי בלשון התוס' במ"ש לפי' רבינו יצחק כו' פליג אדעולא דהא בהדיא קאמר אלא משום דאין אדם עושה בב"ז וא"כ ע"כ מיירי בבעל וא"ש פליג אדעולא ומה זו סמיכה לפי ר"י ועיין מפרשי' ולפמ"ש אפשר ליישב לשון תוס' והוא דלפי איכא דגרסי בדעולא דבעל ד"ה אינה צריכה גט א"כ י"ל דלא פליג אדעולא והיינו דרב ושמואל מיירי מטעות שתי נשים והוא תרי סתמי' כניסה ובעילה אבל בעל גרידא אינה צריכה גט וכשטת בעל המאו' אבל לפי' רבינו יצחק לא מצינו למימר דאית לי' דעולא ומשום דבעל לחודי' לא מהני עד דאיכא תרי סתמי כיון דלפי' רבינו יצחק לא בא אביי לאפוקי אלא דלא תימא דרב משום דאחלי' לתנאי' ומהני כניסה גרידא אלא משום דאין אדם עושה בב"ז וא"כ בעינן בעל א"כ מוכרח לומר דס"ל דעכ"פ בעל לחודי' נמי מהני דאי נימא דבעי תרי סתמי כניסה ובעילה א"כ איך בא אביי לאפוקי כניסה גרידא ולא מפיק נמי בעל כיון דמהאי טעמ' דאין אדם עושה בב"ז אינו מפיק אלא כניסה גרידא אבל בעל גרידא לא מפיק כיון דבעל לחודי' נמי אית בי' טעמ' דאין אדם עוש' בב"ז א"כ ממ"נ פליג אדעולא בין להך גירסא שלפנינו ובין להך גירסא דגרסי אינה צריכה גט משא"כ לפי מ"ש תוס' בתי' ראשון דלא בא אביי לאפוקי דינא דצריכה גט אלא דלא תימא דרב משום דאחולי אחלי' לתנאי' וכתובה נמי אית לה וא"כ לא בא אביי לאפוקי אלא כתובה ומשום דעיקר טעמא דרב דאין אדם עושה בב"ז ולכתוב' בתנאי קאי וא"כ אכתי איכא למימר דרב תרתי בעי כניסה סתם ובעילה סתם אז הוא דאחלי' לתנאי' וכדי שלא יהי' בב"ז אבל בעילה גרידא בתנאו קאי וה"ל כמפר' בשעת ביאה דלא אמרינן בי' אין אדם עושה בב"ז לדעת קצת פוסקי' א"כ מצ"ל דלא פליגי אדעולא להך גירסא דגרסי בדעולא ד"ה אינה צריכה גט אמנם לפמ"ש בשטת הרשב"א דבחופ' לא אמרינן דמקדשה ומיירי הסוגיא בבעל ומש"ה מהני אחלי' לתנאי א"כ תיקשי מהא דאמרינן ר"פ בית שמאי אין תנאי בחופה ומשום דאחולי אחיל וכמו שפי' רש"י שם והת' במאי מקדשה כיון דחופה אינה קונה. מיהו לפמ"ש תוס' שם בסוגיא הא דאין תנאי בחופה דמסתמא בדיק לה מעיקרא ע"ש ניחא ובמוהרי"ק שורש ל"ב האריך בענין קטנה שנתקדשה שלא לדעת אבי' ואח"כ נתרצה האב דמקודשת אחרי ריצוי האב אפי' נתאכלו המעו' כיון דלש' קידושין יהבי והביא ראי' מהא דאמרינן בקידש ע"ת וכנסה סתם דאמר אביי לא תימא טעמא דרב משום דאחולי אחיל וכתבו תוס' הר' פרץ דחיילי קידושי כסף אלמא דאפי' בקידשה על תנאי חיילי קידושי כסף ואפי' נתאכלו המעות משום דלקדושין יהבי' ניהלי והוי

כמקדש לאחר שלושים וא"כ ה"ה בנתרצ' ע"ש. ונראה מדברי הר"פ שהביא דחיילי קידושי כסף אפי' נתאכלו היינו דחיילי קידושי כסף אחר שמוחל התנאי ולא למפרע אמנם לא היבנותי במה שמדמה אותו לנתאכלו המעות במקדש לאחר שלשים התם משום דלקידושין יהבי' ניהלי' לאו למלוה דמי דמדידה קא אכלה אבל הכא דהוי קדושי טעו' א"כ ודאי צריכה להחזיר המעות וא"כ כי אכלה מדידי' דמקדש קא אכלה וצ"ע ואפילו היכא דהמעות בעין נמי נראה דלדעת התוס' ר"פ המוכר פירות דהיכא דהוי מקח טעות ה"ל מעו' הלואה וכן פסק רמ"א בח"מ ס"ס רל"ב דה"ל כבע"ח ואפי' איתניהו לזוזי בעיני' אין צריך להחזיר המעות שקיבל אלא מעות אחרים ומשום דה"ל כבע"ח א"כ היכי מקדש לה בהני זוזי כיון דה"ל מלוה ומקדש במלוה אינה מקודשת ולאו לקידושין יהבי' ניהלי' כיון דקדושי טעות נתבטלו הקידושין לגמרי ומכ"ש היכא דאין המעות בעין ונתאכלו דודאי למלוה ממש דומה וכמ"ש וצ"ע:

ס"ק יד

שלא בפני עדים כתב הר"ן פ' המדיר ז"ל וא"ת והא תנן בפ' המקדש ע"מ שאני כהן ונמצא לוי ובכולן אפי' אמרה בלבי הי' להתקדש לו אעפ"כ אינה מקודשת ואם איתי דיכולה למחול בתנאי שאינו של ממון אמאי אינה מקודשת כו' ולפיכך נ"ל דזו מפני שאמרה בלבי הי' להתקדש הורע כוחה ואינ' יכול' למחול ולומ' הרי את לי כאלו היית עשיר שהקידושין הי' תלויין משעה ראשונה עד שתראה אם תקפיד או לא אבל אם משעה ראשונה לא היתי' מקפדת ואעפי"כ התנתה כיון דדברים שבלב אינן דברים נתבטלו הקידושין לאלתר שלא להנאתה התנתה אלא תנאי גרידא הי' ובטלו הקידושין מיד אבל במתנה להנאתו יכול הוא שיאמר הרי את עלי כאלו אין עליך נדרים ע"ש. ומבואר מדבריו דאם בלבו לא הי' קפידה ולא להנאתו התנה לא מהני בטולו לתנאו והוא בח"מ ובב"ש. אמנם נראה דזה הוא לשטת הר"ן בטעמא דביטול תנאי' אבל להרא"ש בתשוב' טע' אחר בביטול תנאי' ע"ש כלל ל"ה סימן ח' דהבי' דיכול למחו' תנאו מהא דאמר אביי לא תימא טעמיה דרב משום דאחלי לתנאי' וז"ל ואע"ג דעיקר מעשה על תנאי וכפל לתנאי' שאם לא יתקיים התנאי שיהי' המעשה בטל אפ"ה יכול לבטל התנאי וישאר המעשה במקומו משום דמתנאי ב"ג וב"ר ילפי' שיש כח בתנאי לבטל המעש' כו' ולהכי בעינן שיהי' התנאי כב"ג וב"ר דחידו' הוא ואין לך בו אלא חדושו וכיון שכן הוא שהמעשה הוא בפני עצמו וראוי להתקיים בלא קיום תנאי אלא דילפינן מתנאי ב"ג וב"ר א"כ יכול הוא לבטל התנאי שהו' מעש' בפ"ע ואין קיום המעשה תלוי בו דדבור בעלמא הוא ואתי דיבור דביטול התנאי ומבטל דיבור של תנאי ונשאר מעשה קיים כדחזינן בפ'

האומר גבי מקדש לאחר שלשים וחזר בתוך שלשים דאמר ר' יוחנן אתי דיבור ומבטל דיבור עכ"ל. ולפ"ז נראה דאפי' תנאי שאינו להנאתו נמי יכול לבטל תנאו כיון דאתי דיבור ומבטל, דיבור התנאי ונשאר המעשה קיים שהוא מעשה קיים בפני עצמו. איברא דיתעורר לפ"ז קושיית הר"ן מהך דבלבי הי' להתקדש, ואפשר דהתם לא קאמרה אלא בלבי הי' להתקדש אבל עכשיו רוצית היא בקיום התנאי ואינה מבטלת התנאי וכיון דדברים שבלב לא הוי דברים לא אתו דברים שבלב ומבטל דיבור של התנאי ודו"ק:

והיכא דנודע לבעל דסובר הר"ן דתו אין יכול למחול תנאו אחר שנודע לו וכבר הקפיד ונתבטלו כבר הקידושין נראה דהרא"ש ג"כ מודה בזה ומשום דאחר שכבר הקפיד נתבטלו הקידו' על ידי התנאי ותו ליכא מעשה כלל ושוב לא מצי לבטל לתנאו:

ס"ק טו

בטל התנאי. כתב הב"ש (ס"ק נ"ז) ז"ל ואם הקפיד כששמע תו לא מהני אם ימחול אח"כ מיהו בתנאי ממון י"ל אפי' הקפיד כששמע מהני מה שמוחל אח"כ דהוי כאלו נתקיים התנאי עכ"ל. ואינו מוכרח דאפשר אפי' בתנאי ממון אם כבר הקפיד כששמע תו לא מהני מחילת תנאו ודומה לזה בח"מ סי' רכ"ז (ס"ד) אם נתאנה במקח וכבר נודע לו שנתאנה תו לא מצי נתאנה לומר שרוצה במקחו כיון דכבר הי' יכול לחזור כבר נתבטל המקח ויכול המאנה לחזור במקח, וא"כ ה"ה ה"נ כיון שכבר הקפיד כששמע ויכול המקדש לחזור בו כבר נתבטלו הקידושין ויכולה גם האשה לחזור אע"ג שרוצה המקדש בקידושין ועמ"ש בקצה"ח סי' רמ"ג ס"ק ב':

ס"ק טז

שמא בטל התנאי כשבעל. ומשמע דאינו אלא ספק קידושין ואע"ג דבקטן וקטנה הוי קידושי ודאי ומשום דאין אדם עושה בב"ז הכא בתנאי יש לומר דאתנאי קא סמיך וסובר שנתקיים, וכתב הב"ש (ס"ק נ"ט) ז"ל ואם קודם הביאה ידע דלא נתקיים התנאי ובעל סתם אז לכ"ע הוי קידושין גמורין דקי"ל חזקה אין אדם עושה בב"ז וע"ש, והנה לפי מה דקי"ל דיכול למחול ולבטל תנאו אפי' שאינו של ממון לא נפקא מיני' מידי דממ"נ אם כשנודע לו שלא נתקיים תנאי לא הקפיד ומחל א"כ אפי' לא בעל נמי כיון דשמע ולא הקפיד כמ"ש הר"ן דהתנאי הי' לטובתו והיינו כשיקפיד ואם כשנודע לו שמע והקפיד א"כ כבר נתבטלו הקידושין ותו לא מהני מחל אף כשבעל:

אלא כיון דכבר שמע והקפיד ובעל יש לומר דבעל לשום קידושין ומשום דאין אדם עושה בב"ז ומקדש אותה בביאה וכמו בקטן וקטנה שהגדילו דמקדש אותה בביאה. אמנם מ"ש הב"ש ז"ל ואם ידע דלא נתקיים התנאי וכנס אח"כ י"ל דמחל התנאי לגמרי ואפי' כתובה יש לה לפי' רש"י ע"ש ולפמ"ש כניסה זו לאו כלום הוא דאם שמע ומחל א"כ

כבר נתקיימו הקידושין ע"י מחילת התנאי ואם שמע והקפיד כבר נתבטלו הקידושין ותו לא מהני הכניסה דהא קי"ל חופה אינו קונה ובמה מקדש אותה:
אלא דגם בבעל נראה לי דאם כבר שמע והקפיד דתו לא סגי לי' בעידי יחוד ולומר הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה, היינו דוקא במחזיר גרושתו משנשאת אבל נתגרשה מן האירוסין לא אמרי' הן הן עידי יחוד, וכן נתייחד עם משודכתו אע"ג דלבו גס בה נמי לא אמרי' הן הן עידי יחוד וכמ"ש הרמ"א בסי' קמ"ט סעי' ב' והוא מתשו' הרמב"ן ע"ש. וא"כ ה"נ אחר ששמע והקפיד ונתבטלו הקידושין תו לא הוי אלא (כשנתייחד) [כנתייחד] עם הפנוי' והיא משודכתו, ואפשר דאפי' עידי ביאה ממש לא מהני אלא בקטן וקטנה ובקידושי פחות משוה פרוטה ובקידושי תנאי ובמחזיר גרושתו דבכל הני מוכח דעתו שרוצה לישא אותה ואמרינן דגמר ובעל לשום קידושין ואפי' הן עידי יחוד, אבל בפנויה דעלמא אפי' עידי ביאה ממש לא מהני וזה נמי כיון שכבר נתבטלו הקידושין כפנוי' דעלמא דיינין לה ואפי' נימא דלמחזיר גרושתו מדמי' לה כיון שדעתו הי' לקדשה אם יתקיים התנאי אבל עדי יחוד לא מהני בזה כן נראה לע"ד:

ס"ק יז
או כשכנס. כתב הב"ש (ס"ק נ"ט) ז"ל ולפי שיטה זו דמוחל התנאי א"כ בבעל אינו צריך עידי יחוד ומ"ש הרא"ש דצריך עדי יחוד ס"ל דלא חלו הקידושין למפרע מש"ה בעינן עדים עכשיו כי היכי דליהוי קידושין לפני עדים ודברי הטור תמוה שכתב בסי' זה דברי הרמב"ם ובסי' ל"ט דברי הרא"ש. והנה מ"ש שהרא"ש ס"ל שהקידושין לא חלו למפרע ליתי' כיון דהרא"ש ס"ל דמהני מחילת התנאי אפי' בדבר שאינו של ממון וכמ"ש בתשובותיו כלל ל"ה ומשום דאתי דיבור ומבטל דיבור והובא דברי הרא"ש לעיל וכיון דמוחל התנאי ודאי חיילי למפרע:
ונראה לפמ"ש בסי' נ"ה דנשואין צריך עדי' וכשם שהמקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין משום דילפינן דבר דבר מממון ה"נ נשואין ה"ל דבר שבערוה דכל עניני אישות צריך עדים ולכמה דברים נשואה שאני מארוסה דארוסה בסקילה ונשואה בחנק וע"ש וכיון דנישואין צריך עדים ומש"ה צריך עדי יחוד בבעל דאם הי' הביאה בינו לבינה אינו לשום נשואין אלא כמו ביאת זנות ולא אמרינן בבעל אחלי' לתנאו אלא היכא דהי' דרך נשואין וכל דליכא עדים אינו דרך נשואין אלא כבא עלי' בבית אבי' שלא לשום נשואין דכה"ג שלא דרך נשואין לא אמרינן אחלי' לתנא' וכביאת זנות הוא ודו"ק:

ס"ק יח
בחיי המקדש. כתב הב"ש ז"ל בחיי המקדש כ"כ הטור וריי"ו (דף קפ"ח) ובד"מ כתב בשם ריי"ו אפי' אחר מיתה מהני מחילה ונמצא שהיא מקודשת למפרע עכ"ל, ונראה

דלשיטת הרשב"א דלא מהני מחילה אלא בתנאי של ממון ומשום דה"ל כאומר הריני כאלו התקבלתי אבל לשיטת הר"ן דמהני מחילה בכל התנאים ומשום דאין דעתו אלא כשיקפיד אחר שיוודע לו א"כ ה"ה כשנודע לה אחר מיתת המקדש ואינה מקפדת כששמעה ה"ל קידושין למפרע מיהו היכא דכבר נודע לו והקפיד דתו לא מהני אח"כ מחילת התנאי אלא בדבר של ממון ומשום דה"ל כאומר התקבלתי וכמ"ש הב"ש ס"ק (נ"ד) [נ"ז] א"כ הכא דכבר עבר התנאי וכמ"ש ב"ש ס"ק ס"ג שעבר כבר י"ב חודש ולא נתן לה ע"ש א"כ כיון דכבר עבר וכבר הקפידה א"כ תו לא מהני רק התקבלתי וזה ודאי לא מהני לאחר מיתת המקדש כיון דלא קיבלה מן המקדש. ובזה אפשר ליישב דלא תיקשי בהא דכתב רי"ו (בדף קפ"ח) בחיי המקדש ומשום דבד"מ אפשר דמיירי בלא נודע. אמנם מ"ש הב"ש בשם ד"מ שכתב בשם רי"ו אפילו לאחר מיתת המקדש לא מצאנוה שם בד"מ וכן לפי טעמא דרא"ש דאתי דיבור ומבטל דיבור נמי נראה דכל שמת המקדש תו לא מצי לבטל:

ס"ק יט

גמרו הקידושין מיד. בטור כתב בשם הר"מ נרבוני בעל מנת שאתן לך מאתים זוז דאם מחלה בחיי המקדש וכן אם כנסה מקודשת מיד דמסתמא בשעת כניסה לחופה מחלה לתנאה וחייב ליתן לה כתובה ממ"נ אם מחלה הרי היא כנשואה ואם לא מחלה עדיין היא יכולה למחול וכשתמחול איגלאי מילתא למפרע דנישואין גמורין הוי וכתובה יש לה עכ"ל, ולכאורה משמע דאפילו שלא מדעת המקדש מהני מחילה כיון דהי' התנאי לטובתה והיא אומרת הריני כאלו התקבלתי. אלא דאחר העיון נראה דלא מהני מחילה שלא מדעת המקדש דבפ"ק דקידושין (כז,א) ובפ' הספינה (עז,א) אמרו שני שטרות הן זכו בשדה לפלוני ותכתבו לו את השטר חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה זכו בשדה ע"מ שתכתבו את השטר חוזר בין בשטר בין בשדה [וכ' הרמב"ן] [שם] ומהא שמעינן שאעפ"י שהתנאי לתועלת המקבל הוי תנאה ואע"ג דבעלמא גמרינן מתנאי ב"ג וב"ר והתם תנאה לטובת הנותן אפ"ה תנאה דהוי להנאת המקבל כי הכא מהני, ואין הלה יכול לומר הריני כאלו התקבלתי שהמוכר ג"כ תלה הדבר בתנאי כדי שיוכל לחזור בו בכל שעה קודם שיתקיים התנאי ע"ש, וכ"כ הרה"מ פ"ו ממכירה [הט"ו] ע"ש. וא"כ ה"ה בזה אם הי' התנאי מצד עצמו האשה שאמרה הריני מקבלת הקידושין ע"מ שתתן לי מאתים זוז יכולה למחול התנאי אף שלא לדעת המקדש אבל כיון דמיירי בע"מ שאתן לך מאתים דהי' התנאי מצד המקדש דכה"ג חוזר בקידושין ובמאתים ואינה יכולה לומר כאלו התקבלתי:

ס"ק כ
בשעת כניסה לחופה מחלה לתנאי וכתב הר"ן פ' האומר כל התנאי' שהוא חייב וכנס תוך הזמן אז אמרינן אף שלא נתקיים בזמן הוי קידושין מכל מקום המעות שנתחייב הוא בתנאי נעשה עליו מלוה וצריך לקיים ואם טוען פרעתי נאמן ועמ"ש בסימן כ"ט:

ס"ק כא
נתרצו שניהם להאריך הזמן. בט"ז הקשה מהא דאי' ביו"ד סימן רכ"ח סעיף ל"ט הנשבע לפרוע לזמן פ' יכול להתירו שיאמר כאלו התקבלתי אבל להאריכו ושיעמוד בחיובו לא כל כמיני' אא"כ התנו שיוכל להאריכו כו' וא"כ ה"נ קשה ממ"נ אם תאמר בהרחבת הזמן לחוד בלא הריני כו' לא נתבטל הקיושר לגמרי והוא עדיין חייב לקיימו יש לנו לומר שמה שאינו מקיים התנאי לזמן פ' המוגבל כו' הקידושין בטלים ומה יועיל שמקיימו לזמן שני וא"ת כאן דבאומר' הריני כו' א"כ בטלי הקידושין הראשוני' לגמרי וצריך קידושין אחרי' כמו שצריך שבועה אחרת ע"ש ונראה דתנאי שאני דודאי בשבועה אין לו היתר רק במה שיאמ' הריני כאלו התקבלתי ואם הוא כאלו כבר קיבל שוב אין כאן שבוע' אבל הכא בתנאי כבר כתב הרא"ש בתשובה בטעמ' דמהני מחילת התנאי משום דהמעשה הוא ענין בפני עצמו וראוי להתקיים המעשה אף שלא נתקיים התנאי וכיון דהתנאי אינו אלא דיבור אתי דיבור ומבטל דיבור ע"ש והובא לעיל בס"ק י"ב וא"כ אינו בדין התקבלתי אלא משום שמוחל עכשיו מקצת התנאי ויכול הוא בכך משום דאתי דיבור ומבטל דיבור ומש"ה מרחיב הזמן דיכול הוא לבטל מקצת דיבור ולקיים מקצתו וכן במקדש לאחר שלשים דיכול לחזור תוך שלשים ומשום דאתי דיבו' ומבטל דיבור ה"ה שיכול להרחיב על ששים יום וכמ"ש הרמב"ם פ"ח מאישות ע"ש וה"ה הכא יכול להרחיב משום דכיון דאינו אלא בתורת ביטול דיבור למה שמבטלו מבטל והשאר שאינו מבטל בדיבורו קאי וז"ב: מיהו נרא' דהך דינא הוא מתשוב' הרא"ש כלל ל"ה והוב' בב"י בשם הרא"ש ולטעמי' דאתא דיבור ומבטל דיבור ניחא שיכול להרחיב הזמן אבל לשטת הר"ן דטעמא דמחילת התנאי בדבר שאינו של ממון אינו אלא משום דלא הי' דעתו אלא אם יקפיד עי' בס"ק הנ"ל א"כ לא מצי להרחיב הזמן דאם קפיד קפיד ותו לא מצי להרחיב הזמן אלא עד שימחול אותו לגמרי ומכ"ש לשטת הרשב"א דאינו יכול למחול תנאי אלא בדבר של ממון ומשום דהוי כאומר התקבלתי א"כ נמי איני יכול, להרחיב הזמן כמו שאינו יכול להרחיב הזמן בשבועה דאם הוא כנתקבל תו אין כאן שבועה וה"ה כאן לענין תנאים וא"כ הך דינא דיכול להוסיף או לגרוע אינו אלא לשטת הרא"ש וכמ"ש אבל לשטת הר"ן דהוי משום קפידא נמי אינו יכול להרחיב ולגרוע מקצת ולקיי' מקצת ובתו' כתובות דף נ"ג בהא דהקשו דבכנסה מה מהני מחילת התנאי כיון דחופה

אינו קונה וחי' דבשעת קידושין הי' דעתי לכך שאם יכניסנה לבסוף יהא מחול התנאי עכ"ל. וזה נראה כדברי הר"ן דאינו אלא משום קפידא. וקשה דלפמ"ש דלשטת הר"ן אינו יכול לגרוע מקצת התנאי ולקיים מקצתו דאם קפיד כל התנאי בתוקפו ואם אינו מקפיד כל התנאי נתבטל וא"כ איך כתבו תוס' שם ד"ה לא תימא דלכתובה בתנאו קאי וכן פי' רש"י שם וכן כתב, שם הר"ן דלכתובה בתנאו קאי ודוקא לקידושין נמחל התנאי ומשום דאין אדם עושה בב"ז אבל לכתובה בתנאו קאי ומשמע דיכול למחול מקצתו ולקיים מקצתו. ואפשר דבתרי עניני דהיינו שני תנאים יכול לבטל תנאי א' ולקיים אחד ותנאה דע"מ שאין עלי' נדרים הוי כעין שני תנאים דאם ימצאו עלי' נדרים לא יהי' עליו קידושין וממילא דאין לה כתובה וא"כ כשמוחל תנאה דקידושין אבל לכתובה בתנאו קאי ומשום דלקידושין לא קפיד ולכתוב' קפיד יותר אבל להרחיב הזמן דהוא בתנאי ובענין אחד בזה נראה דלהר"ן אינו יכול להרחיב עד שימחול לגמרי אבל להרא"ש משום דאתי דיבו' ומבט' דיבור יכול בענין אחד לגרוע מקצתו ולקיים מקצתו:

ס"ק כב

בקידושין תנאי שהוא לטובתו. כתב הרשב"א בחידושיו דף כ"ג זה לשונו הא דאמרינן הכא במאי עסקינן כגון דאקני' לי' אחר מנה ואמר לי' על מנת שאין לרבך רשות בו כו' וכי אמר לי' ע"מ לאו כלום קאמר תימא והיאך אפשר לומר כן שאם התנה עליו שלא יקנה רבו שיקנה בעל כרחו של נותן והרי הוא כפל תנאו כו' וא"כ היאך קנה רבו ולמה אין בטלה מתנתו והראב"ד פי' דטעמא דמילתא משום דיד עבד כיד רבו לזכות לו לאדון אמרינן אבל לא לחוב לו הילכך ס"ל לר' מאיר כיון דא"ל קני קני עבד וקני רבו דכשנתנו לעבד כאלו נתניו לרבו ממש וכשהתנה עם העבד כאלו התנה עם אחר ואין זה כשאר תנאים דעלמא דמתנה עם מקבל המתנה בעצמו. ורבנן סברי דמעיקרא קני עבד אלא דלכי זכי העבד זכי אדון מכח זכיית העבד הלכך כשהתנה עם העבד ה"ל כשאר תנאין דעלמא דמתנה עם מקבל המתנה בעצמו וכיון שכן תנאו קיים דאי אמרת מכל מקום ליזכי אדון מיד עבד כבר קדמו תנאי נותן שלא יהא לרבו רשות בו עכ"ל ונסתפקתי לפי שטה זו היכא דנותן זיכה במתנ' לאחר ע"י אדם אחד והתנה עמו תנאי אי מהני כיון דהזוכה אינו מקבל אלא לזכות א"כ ה"ל כאלו התנה עם אחר ובפסחים דף פ"ח גבי אומר לעבדו שחוט עלי פסח ושכח מאי אמר לי' רבו כו' ופריך מה שקנה עבד קנה רבו ומשני דהולך אצל רוע' שרגיל רבו אצלו ומקנ' לו ע"מ שאין לרבו רשו' בו ע"ש. והרמב"ם פ"ג מהל' קרבן פסח כתבו והקשו עליו בזה דלא מסיי' ע"מ שתצא בו ידי פסח דהא לרמב"ם באומר ע"מ שאין לרבך רשות בו לא מהני וכמ"ש הרמב"ם פ"ג

מזכי' עד שהתנ' הנותן בגופה של מתנה שתהי' לכך ולכך ע"ש. ועמ"ש אא"ז בתי"ט פ' האשה. ולפמ"ש הרשב"א בשם הראב"ד בטעמא דלא מהני ע"מ שאין לרבך רשות בו היינו משום דיד עבד כיד רבו לזכות לו אמרינן ולא לחוב לו כו' והתם בשכח מה אמר לו רבו תנאי זה שאין לרבו רשות בו זכותו הוא וכדאמרינן שם בגמ' הולך אצל רועה הרגיל ופי' רש"י שרגיל רבו אצלו דניחא לי' בתקנתא דרבו ע"ש. וכיון דתנאי זה תקנתא דרבו הוא א"כ ודאי ניחא לי' בתנאי זה שהתנה ע"מ שאין לרבו רשות בו ובפ' לולב הגזול לא ליקני אינש לולבא לינוקא בי"ט משום דינוקא מקני קני אקנויי לא מקני והקשה שם הר"ן דהא התנה עם הקטן ע"מ להחזיר וכיון דלא מצי לאקנויי א"כ המתנה בטלה. וע"ש בר"ן דכתב דה"ל כתנאי שאי אפשר לקיימו בסופו. ואפשר כיון דקטן אין לו דעת והא דזוכה כשדעת אחרת מקנה אותו אינו אלא משום דזכין לאדם שלא בפניו. וכמבואר אצלינו בספר קצה"ח סימן רל"ה ס"ק ד'. וכדהוכחנו שם מדברי הרמב"ם פכ"ט ממכירה והרה"מ שם ומדברי הרשב"א בחידושיו ע"ש וא"כ כיון דאינו אלא משום זכין לאדם שלא בפניו א"כ לחוב לא אמרינן ומה שהתנה עם הקטן אינו אלא כהתנה עם אחר דקטן כמאן דליתי' ובפניו כשלא בפניו דמי:

ס"ק כג
חוץ מפלוני עיין מה שכתבתי בסימן ל"א ס"ק כ"ג:

ס"ק כד
ע"מ שתהי' מותרת לפלוני בפ' המגרש דף פ"ד הקשה הרשב"א בחידושיו וז"ל וא"ת דלמא בשנתקדשה על תנאי שיגרשנה לזמן ידוע דהשתא קיימא בדידיה ע"ש:
ובס' בית מאיר ראיתי שכתב עלה ז"ל ולענ"ד אלו הייתי כדאי להרהר אחרי הוראתו הי' נראה לי אחרי דקי"ל שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו הרי הוא כתנאי ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה דהתנאי בטל והמעשה קיים משום דחשיב ודאי עוקר וע"ש. ואין כאן במה להרהר דודאי אינו מוציא אלא לרצונו אלא שהתנאי הי' שיגרשנה לרצונו ואם לא ירצה לגרש לא יהי' בקידושין, וכה"ג במקח שהתנה המוכר ע"מ שתחזור ותמכור לי דמהני אם לא משום (רבית) [ריבית] כדאי' פ' איזהו נשך [ב"מ סה,ב] ובמקח נמי אין אדם מוכר בשלו אלא לרצונו וכן במתנה ע"מ להחזיר דהכוונה ע"מ שתחזור ותקנהו לי במתנה וכמ"ש הרא"ש בפ' לולב הגזול ואין אדם נותן אלא ברצונו:

ס"ק כה
מפני שהתנה בדבר שאי אפשר לקיימו. ונראה לי דבכל התנאים שבסי' זה וכגון ע"מ שאני כהן וכיוצא אם היא יודעת שאינו כהן אינו תנאי כלל ומעשה קיים דכל תנאי שאי אפשר לקיימו אינו אלא כמפליג בדברי' וכיון שיודעת שאינו כהן הרי א"א לקיימו וסברה

וקבלה, וכיוצא בזה כתב הרשב"א הובא בב"י באומר לה הרי את מקודשת לי בכוס זה והכלי היה טבעת הרי זו מקודשת ומשום דסברה וקבלה וע"ש. וה"נ כיון דיודעת שאינו כהן הרי סברה וקבלה אף שהוא התנה ע"מ שאני כהן אינו אלא כמפליג בדברים:

ובתוס' פ' המדיר (דף ע"ה) בהא דתנן במד"א במומין שבסתר אבל במומין שבגלוי כו', וכתבו תימא לרב דמוקי כולה מתניתין כנסה ונמצאו עלי' נדרים בקידשה על תנאי וכנסה על תנאי מה שייך לחלק בין מומין שבסתר למומין שבגלוי הואיל והתנה בתנאי ע"מ שאין בה מומין ע"ש. ולפמ"ש דהיכי דרואה ומכיר שאינו כתנאי ה"ל מפליג בדברים ומשום דאי אפשר לקיימו א"כ במומין שבגלוי דראה וסבר וקבל וה"ל כמקדש בטבעת והתנה שהוא כוס דהמעשה קיים וזה נראה נכון:

ס"ק כו

דכל תנאי שהוא בקום ועשה. בגיטין ס"פ מי שאחזו שם [עו,ב] בגמרא איכא דמתני לה אמתניתין מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש ומת בתוך י"ב חודש הרי זה גט וליחוש שמא בא אמר רבה באומר נאמנת עלי שלא באתי ע"ש:

ולפמ"ש דכל תנאי שהוא בקום ועשה עליו להביא ראי' שקיים תנאו א"כ מאי פריך וניחוש שמא בא הא עליו להביא ראיה:

וכבר הקשה דבר זה בב"ש סי' קמ"ד ס"ק י"ד וכתב עלה ז"ל י"ל לאו קום ועשה הוא כי לפעמים בא לשם מפני איזה עסק עכ"ל. ואיני מבין דבריו דסוף כל סוף קום ועשה הוא דהא אם התנה ע"מ (שלא אשתה) [שאשתה] ביום פלוני נמי קום ועשה הוא אע"ג דאוכל ושותה כדרכו ואין צריך כוונה לקום ועשה:

ונראה ליישב לפמ"ש מוהרי"ט בתשובה ח"א סי' קנ"ב ז"ל נסתפקנו בטעמו של דבר זה בין תנאי שהוא בקום ועשה לשב ואל תעשה לענין זה בשלמא לענין גיטין דלאחר לא תנשא עד שתקיים ומסתברא לחלק דבמידי שהוא מעשה חיישינן שמא תארענה אונס ולא תעשה אבל במידי שהוא בשב ואל תעשה איהי מזדהרא נפשה שלא תאסר נפשה לשניהם, אבל לענין נאמנות דקיום התנאי מה בין זה לזה אם תאמר שכל שהוא בקום ועשה טריחא לי' מלתא לקיים זימנין דמלתא שאין בו מעשה טריחא טפי כגון ע"מ שלא ישתה יין שאינו יכול לחיות אלא ביין וזה ודאי יקשה עליו טפי משאם היה מתנה שישחוק לפני' או ירקוד לפני' רקידה אחת למה יהי' נאמן שקיים תנאו בזה יותר מבזה, אבל הי' אפשר לומר טעם דבנותן דבר בתנאי שהוא בשב ואל תעשה מסתמא לא הטילו הראי' אלא על הנותן ולא על המקבל שהמקבל איך יביא ראי' שלא אכל ושלא שתה וכיוצא אטו עדים בכיפי תלי שיעידו עליו כן, אלא מי שטען שביטל תנאו יביא

ראי' שביטל אבל בתנאי שהוא בקיום המעשה הראי' על המקבל שיוכל להביא ראי' בקיום התנאי וע"ש שכתב דהיכא דמית מקבל יש להסתפק כיון דמי שהוא יכול לברר מית ונפלו נכסי קמי יתמי והם אין יכולין לברר וחזר הדין לתנאו שהוא בשב ואל תעשה, וראי' מהאי דאחד מן האחין שנושא ונותן תוך הבית וע"ש, ואי נימא דהיכא דמית זה שעליו הראי' חזר הדין לתנאי שהוא בשב ואל תעשה יתיישב קושי' הב"ש ושפיר פריך וניחוש שמא בא דהא במתני' שם שמת תוך י"ב חודש וחזר הדין לשב ואל תעשה ופריך וניחוש שמא בא:

ובזה ניחא ליישב מה דקשיא לן בס' קצה"ח סי' ע"א סק"ט בהא דכתוב בש"ע שם דנאמנות אינו מועיל אלא בפניו אבל שלא בפניו לא, וכתב בסמ"ע הטעם דלא האמינו אלא מפני שיודע בו שלא יעיז פניו כנגדו, ובפ' מי שאחזו שם בהא דפריך אמתני' וניחוש שמא בא ומשני באומר נאמנת עלי שלא באתי והיכי מועיל נאמנות סתם והא התם במת תוך י"ב חודש מיירי ונימא שלא נתן לה נאמנות אלא משום שידע בה שלא תעיז פניו נגדו אבל שלא בפניו לא:

ולפמ"ש דעיקר קו' הש"ס וניחוש שמא בא אינו אלא משום דמתניתין איירי במת וחזר הדין לשב ואל תעשה אבל בפניו אין צורך לנאמנות כיון דבקום ועשה עליו להביא ראי' וא"כ באומר נאמנת עלי שלא באתי ע"כ עיקר הנאמנות אינו אלא לענין שלא בפניו דכל בפניו אין צריך לנאמנות וכמ"ש וכיוצא בזה כתב הסמ"ע בסי' ע"א דהיכא דא"צ לנאמנות ע"כ לטפויי קא אתי וע"ש:

ובעיקר הקושי' של הב"ש על הא דאמרינן וניחוש שמא בא דהא הוי בקום ועשה, נראה (ל)[ד]הרמב"ם כתב בפ"ט מגירושין (הי"א) הרי זה גיטך אם לא באתי מכאן ועד שנים עשר חודש אין חוששין שמא בא בסתר ע"ש והרא"ש כתב שדעת ר"ח וריף לפסוק כלישנא בתרא דאיכא דמתני לי' אמתניתי' וכו' וניחוש שמא בא באומר נאמנת עלי כו' ותמה על הרמב"ם במה שפסק לקולא באיסור תורה ע"ש, אמנם כבר כתב הרב המגיד שם וז"ל ורבינו פוסק לקולא אודיעך טעמי' שהוא ז"ל סובר שאין חששות הללו שמא פייס ושמא בא מדאורייתא מפני שבדין תורה העמד דבר על חזקתו וכיון שנתגרשה תו אין חוששין שאין אנו רואין אותו ואין ספק מוציא מידי ודאי אלא שחכמי' חששו בערוה החמורה כו' וכיון שכן כו' הלך אחר המיקל עכ"ל וע"ש, וכבר כתבנו בקצה"ח סי' רמ"א ס"ק ח' בטעמא דקום ועשה עליו להביא ראיה והוא משום דמוקמינן אחזקה שהי' קודם עשי' ואמרינן שלא עשה עד שיברר בעדים וע"ש וא"כ הא דפריך וניחוש שמא בא באמת אינו חשש מדאורייתא ומשום דמוקמינן אחזקתי' ולא בא כיון שהוא בקום ועשה

אלא שחוששין בערוה החמורה ואפי' היכא דאיכא חזקה וכמה זמנין אשכחן דהחמירו בערוה החמורה לכתחלה ושלא להקל אף במקום דאיכא חזקה והרמב"ם שכתב אין חוששין שמא בא בסתר שאין דרך בני אדם לבוא בסתר היינו דאי לאו האי טעמא הי' לנו להחמיר שלא תנשא לכתחלה בערוה החמורה אבל הכא בקידושין ובדיני ממונות כל שהוא בקום ועשה מוקמי אחזקתי' שלא עשה עד שיברר בעדים ובגיטין כל שהוא בקום ועשה חוששין להחמיר שלא תנשא לכתחלה והיינו פסול מדבריהם וכמ"ש הרב המגיד (פ"ח) [פ"ט הי"א] מגירושין דהך חששא שמא בא אינו אלא פסול וע"ש וזה נראה נכון, והר"ן שכתב בס"פ מי שאחזו בטעמא דהרמב"ם דפסק לקולא משום דסובר דחשש שמא בא מדרבנן בעלמא הוא ע"ש, והיינו נמי מטעמא דהרה"מ שאין חוששין מדאורייתא ומשום שבדין תורה העמד הדבר על חזקתו כו' והיינו נמי טעמא דקום ועשה וכמ"ש והר"ן סובר בפ' האומר [קידושין כה,ב, בדפי הרי"ף] דקום ועשה עליו להביא ראי' שעשה, והרא"ש דסובר דהוי חשש דאורייתא נראה דס"ל כדעת הרמב"ן [קידושין ס,ב] דאפי' בקום ועשה (עליו) [עליה] להביא ראי' וא"כ הוי חשש תורה ודו"ק:

סימן לט

סעיף א

ס"ק א

ע"מ שאין עלי' נדרים. פ' המדיר דף ע"ג אמר אביי לא תימא טעמ' דרב משו' דאחולי אחלי' לתנאי' ופי' רש"י ואית לה כתובה והקשו תוס' דהא תנן בהדיא במתניתן כנסה סתם תצא שלא בכתוב' וביאורו דקשה ממ"נ אי נימא דקאי אירישא דהיינו קדש' ע"ת וכנסה סתם הרי אמרת דאית לי' כתובה והיאך תני תצא שלא בכתובה ואי נימא דסיפא מיירי דקדשה סתם וכנסה סתם כ"ש קשה דהשתא קידשה על תנאי וכנסה סתם אמרת אחולי אחיל לתנאי' ואית לה כתובה קדשה סתם וכנסה סתם כ"ש דמחיל על מומין ונדרים: והר"ן כתב די"ל קדשה ע"ת וכנסה סתם הוא דאית לה כתובה כיון דהזכיר התנאי בשעת קידושין ולא הזכיר בשעת כניסה ש"מ דמחיל אבל קדשה סתם וכנסה סתם גרע ע"ש ולענ"ד נראה לפמ"ש מוהרי"ק שורש ל"ב בשם תו' הר' פרץ בהא דאמרינן אחולי אחיל לתנאו ובמה מקדש' כיון דחופה אינו קונה ומשום דחיילי קידושי כסף שנתן לה ואפי' נתאכלו המעות כיון דיהיב לה לשום קידושין וכמו במקדש לאחר שלשים דאפי' נתאכלו מקודש' ע"ש ועמ"ש בזה בסימן ל"ח ס"ק י"ב ובש"ע סימן נ' ז"ל המקדש אשה בין שחזרה היא בין שחזר הוא כו' אין הקדושין חוזרין לעולם אפילו קדשה

באלף דינר הרי הם מתנה גמורה שאין לה חזרה ואם היו קדושי טעות חוזרים המעות כו' וכן אם היו קדושי ספק ובח"מ ובב"ש העלו דבקדושי ספק נמי לטיבועין ניתנו כיון דטעמא דלא הדרי קדושין כסף היינו שלא יאמרו דמותר באחותה וכיון דבקדושי ספק נמי מיתסר באחותה לא גרע מקדושי קטנה דצריכה גט מדרבנן דאין הכסף חוזר וע"ש: ולפי"ז ניחא דבקידשה על תנאי וכנסה סתם אמרינן בשעת כניסה דלא הזכיר התנאי אחולי אחיל לתנאי' מחמת חיבת חופה ומקודשת בכסף שנתן לה ואפי' נתאכלו המעות כיון דהיתה צריכה להחזיר המעות דהא בקידושי טעות כיון דמותר באחותה הכסף חוזר ומקדשה בכסף דאית לי' גבה אבל בקידשה סתם וכנסה סתם כיון דקידשה סתם הוי ספק קדושין אם חפץ באשה נדרנית או לאו וצריכה גט מספק או מדרבנן כדאי' שם בסוגי' וכמ"ש תוס' במתני' ע"ש. וכיון דהוי ספק תו לא הדרא הכסף קידושין להמקדש דכל היכי דצריכה גט מספק או מדבריהם כמו בקטנה אין הכסף חוזר למקדש ולטבועין הן אצל אשה א"כ כי הדר כנסה סתם אע"ג דאחולי אחיל גבי המומין והנדרים מחמת חבת חופה אין כאן קדושין ובמה מקדשה חופה אינו קונה וכסף קידושין לטבועין ניתנו וליה לי' גבה כלום וא"כ אין בה אלא קדושי ספק מחמת שקדשה סתם ומש"ה תצא שלא בכתובה דממונא לקולא והכניסה אינו מועיל כלל להיות קדושי ודאי כיון דכבר לטבועין ניתן הכסף קידושין אע"ג דאינו חפץ באשה נדרנית מכל מקום כיון דצריכה גט מספק תו לית לי' כסף גבה וא"כ במה הדר ומקדש' להיות קדושי ודאי ואינו אלא ספק קידושין ודו"ק: והנה הרמב"ם כתב בפ"ד מאישות גבי מאמנת ז"ל ולמה יוצאה בלא גט מפני שאין קידושי' קידושין גמורין מן התורה אלא מד"ס והן תלויין שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה גמרו קידושיו ונעשית אשת איש גמורה ואין צריך לחזור ולקדשה וע"ש וכתב שם הרה"מ דמה שכתב אם ישבה תחת בעלה היינו שבעל ושיהי' הבעילה לשום קידושין וע"ש. ומוהרי"ק שורש ל' ביאר דברי הרמב"ם דכל שבעל אחר שגדלה דכיון דמוכח דניתרצית גמרו קידושי כסף וחיילו אפי' נתאכלו כמו במקדש לאחר שלשים ומש"ה אין צריך עידי יחוד כיון דחיילי קידושין כסף וע"ש וכן שם הוא שטת מוהרד"ך בביאו' דברי הרמב"ם והובא בכסף משנ' ע"ש והיינו דבש"ס יבמות דף ק"ט בעא מיני' ר' אליעזר מרב מ"ט דרבן גמליאל משום דקסבר קדושי קטנה מיתלי תלי וקאי וכי גדל' גדלי קדושי בהדה ואע"ג דלא בעל כו' וסבר רב אי בעל אין אי לא בעל לא והא אתמר קטנה שלא מיאנה והגדילה ועמדה וניסת רב אמר אינה צריכה גט משום מאי לאו דלא בעל לא דבעל ע"ש הרי דס"ד דש"ס לומר דאפילו לא בעל גדלי הקידושין בהדה וכ"ת במה מקדשה כיון דקדושי קטנה לאו כלום כבר כתבו הרשב"א

והנ"י דדומה למקדש על אחר שלשים יום דמקודש' לאחר שלשים וע"ש וא"כ אפי' לפי דמסקינן דמיירי דבעל נמי מחמת קידושי כסף הוא דחיילי ולא צריך עידי יחוד אלא דבעל דבעינן היינו משום דכל דלא בעל אינו מוכח כל כך שנתרצית אלא עד דבעל מוכח שנתרצית וה"ל כגר קטן שמטבילין אותו ע"ד ב"ד והגדילו יכולין למחות וכי נהגו דת יהודים בגדלי' מוכח שנתרצו וכן כה"ג בעניני אישות אינו מוכח הרצוי אלא מכי בעל זה הנראה בשטת מוהרי"ק ומוהרד"ך ולפמ"ש דהיכא דקדושין לטבועין ניתנו לא מצי לקדשה בקדושי כסף כיון דתו לית לי' גבה ולא מידי וא"כ בקדושי קטנה שהגדילה קודם שבעל דתו אינה ממאנת מדרבנן וצריכה גט מדבריהם והוי הכסף לטבועין משעה שהגדילה וכמ"ש ב"ש ובח"מ שם ובסימן נ"ט וא"כ נהי שבעל אח"כ היכי חיילי קידושי כסף כיון דתו לית לי' גבה ולא מידי ודידה נינהו ואפשר ליישב לפמ"ש הרמ"א בסימן נ' דמן הנשואין הקידושין חוזרין והוא מתשוב' מוהרי"ל והטעם כמ"ש ב"ש שם דמדינא ראוי להיות קידושי הדרא לבעל אלא משום שלא יאמרו קידושי טעות נינהו ומותר באחותה ומן הנשואין דליכא למימר הכי כיון דאין תנאי בנשואין מש"ה אחר הנשואין קידושי הדרא וע"ש וא"כ בקטנה שהגדילה דמיירי בבעל ואחר נשואין קידושי הדרא ומש"ה בבעל מקדשה בכסף דאית לה גבה: ובזה נראה ליישב מה שהקשה בלחם משנה לשטת מהרד"ך ומוהרי"ק דבבעל בהא דפריך בגמ' שם ביבמות דף ק"ט אי דבעל מ"ט דשמואל קסבר כל הבועל על דעת קידושין ראשונים הוא בועל. והא לרב נמי ע"ד קידושין ראשונים הוא בועל אלא דחיילי קידושי כסף וע"ש. ולפמ"ש אפשר דשמואל נמי ס"ל דכי בעל ומוכח הריצוי וראוי שתתקדש בכסף דאית ליה גבה ואפי' נתאכלו וכמ"ש מוהרי"ק דדומה למקדש לאחר שלשים אלא דשמואל לטעמי' דס"ל בקידשה ע"ת אפי' בעל אינה צריכה גט ומשום דכל הבועל ע"ד קידושין ראשונים בועל ומש"ה ס"ל דלא חיילי קידושי כסף אפי' נתרצית בבעל דכיון שהגדילה צריכה גט מדבריהם וכיון דצריכה גט כסף קידושין לטבועין ניתני ודידה הוי שלא יאמרו אין קידושין תוספין באחותה ואפי' נשאת כיון דשמואל ס"ל אפי' בנשואין לא נמחל התנאי' ואפילו בעל א"כ אפי' אחר נישואין קידושי לא הדרא וא"כ קידושי דידה נינהו ואין לו במאי לקדשה. ורב לטעמי' דס"ל קידשה ע"ת וכנסה סתם דאחולי אחיל לתנאי וכן בבעל דאין אדם עושה בב"ז וא"כ לאחר נשואין תו ליכא למימ' קידושי טעות היו וכיון דליכא למימר קידושי טעות תו ליכא למימר קידושין תופסין באחותה וא"כ לאחר נשואין קידושי הדרא כמ"ש הרמ"א וא"כ מקדשה בכסף דאית לי' גבה דאע"ג דלאחר שהגדילה צריכה גט אפ"ה קידושי הדרא. ומש"ה פריך אי דבעל מ"ט דשמואל דס"ד דבעל מודה שמואל דאין תנאי

וא"כ קידושי הדרא וראוי להיות מקודשת בכסף דאית לי' גבה ומשני קסבר שמואל כל הבועל ע"ד קידושין ראשונים בועל וא"כ בבעל נמי יש תנאי וקידושי לא הדרא שלא יאמרו דקידושי טעות הי' ומות' באחות' וכמ"ש: עוד קשי' לן בדברי מוהרי"ק ומוהרד"ך דבקטנה שהגדילה ובעל דצריכה גט משום דמקדשה בכסף א"כ הא דפריך בשמעתין וכן ס"פ ב"ש שם והא אפלגי בה חדא זימנא קטנה שהגדילה כו' ומה ענין זה לזה כיון דהתם בקטנה שהגדילה מקדשה בכסף וגבי מומין ונדרים מקדשה בביאה כשבעל ועיין תוס' בסוגיין ולפמ"ש יש ליישב כיון דטעמא דקטנה שהגדילה דאיפלגי רב ושמואל אינו אלא משו' דסבר רב דבבעל כשמוכח הריצוי מקדשה בכסף וקידושי לא הדרא אחר שהגדילה משום דנשאת ובנישואין אין תנאי ולשמואל אפי' בבעל אינה מקודשת בכסף משום דסבר שמואל בקידשה ע"ת וכנסה סתם דאפילו בבעל ע"ד קידושין הראשונים הוא בועל וא"כ קידושי לא הדרא וא"כ היינו פלוגתי' דקידשה על תנאי ובעל ויתיישב בזה קושיית תו' בשמעתין דמאי פריך והא איפלגי בה חדא זימנא דהא מהא דאמר רב בקידשה ע"ת וכנסה סתם צריכה גט לא שמעינן אלא דצריכה גט ויש לומר מספק אבל גבי קטנה אשמעינן דהוי קידושי ודאי וע"ש ולפמ"ש ניחא דכיון דסבר רב בקידשה ע"ת וכנסה סתם צריכה גט נהי דנימא דצריכה גט מספק מ"מ כיון דעכ"פ צריכה גט תו ליכא למימר בנשואין בקידושי טעות הי' ומותר באחותה דהא כל שנשאת סוף סוף צריכה גט ואסור באחותה וכיון דתו ליכא גזירה דיאמרו דמותר באחותה א"כ לאחר נשואין קדושי הדרא וכל דהדרא הקידושין אחר הנשואין ממילא מקדשה בקידושי כסף קידושי ודאי ולשמואל נמי דס"ל בקטנה שהגדילה צריכה גט משניהם וס"ל דלא חיילי קידושי כסף קידושי ודאי ע"כ משום דקידושי לא הדרא אפילו אחר נשואין וס"ל אחר נשואין נמי איכא גזירה דיאמרו קידושי תנאי הי' ומותר באחותה וא"כ מוכח דס"ל דקידשה ע"ת וכנסה סתם אינה צריכה גט דאי נימא דס"ל צריכה גט מספק א"כ תו ליכא גזירה דמותר באחותה מחמת קידושי טעות דצריכה גט מספק וא"כ אסור באחותה וכיון שכן שפיר מוכח מדרב דס"ל בקידשה ע"ת וכנסה סתם דצריכה גט וכן לשמואל דאין צריכה גט וכמ"ש ומשני בגמ' דאי אתמר בקטנה כו' התם משום דליכא תנאה אבל הכא דאי' תנאה כו' ופי' רש"י התם אין אדם עושה בב"ז אבל כאן בתנאי קא סמיך ע"ש ולכאורה תיקשי מה זה דקאמר בש"ס התם דליכא תנאה ודאי בקטנה לא מיירי בתנאה הכי ה"ל למימר התם אין אדם עושה בב"ז הכא אתנאה קא סמוך ונראה לפמ"ש תוס' בשמעתין בהא דאמרו פ' ב"ש אין תנאי בנשואין אין תנאי בחופה והא אליבי' דאביי יש תנאי בחופה ואליבי' דשמואל אפילו בנשואין ומפרשי אין תנאי בחופה היינו דאין

רגילות להיות תנאי בחופה דמסתמא קודם החופה מבדק בדיק לה אבל היכי דאיחרמי דכנסה לחופה בלא בדיקה יש תנאי בחופה ולא מחיל ע"ש: וא"כ הכי קאמר אי אתמר בקטנה התם משום דליכא תנאה והיינו הא דס"ל לרב דמקדשה בכסף אחר שבעל והדרא כסף קידושין אחר נשואין לאו משום תנאי בנשואין אלא משום דליכא תנאה היינו דאין רגילת להיות תנאי בנשואין ומש"ה כסף קידושין הדרא אחר הנשואין דתו דתו ליכא למגזר שמא יאמרו קדושי טעות ומותר באחותה כיון דליכא תנאה היינו דאין רגילות להיות תנאי בנשואין דמסתמא בדיק לה ומש"ה אחר הנשואין ליכא גזירה דקידושי טעות אבל הכא דאי' תנאה היינו דלא בדיק לה אימא לא וכן לשמואל: כתבתיו על דרך פלפול:

ס"ק ב

נמצא עלי' נדר חוץ מאלו. כתב הב"ש בס"ק א' ז"ל אחד מג' נדרים אע"ג בנדרה תחתיו יכול להפר כל שקצת עינוי נפש הוא לפי שאין בדין שתהא נודרת תחתיו אבל בנדרה קודם שתבא לרשותו אינו מקפיד אלא בדברים שהיא מתענה בהן הרבה ומתגנה עליו ר"ן עכ"ל והמעיין בר"ן יראה דלא קשי' לי' כלל מהפרה ולפי שההפרה גזירת הכתוב הוא ואינו ענין לקפיד' אלא כתבו לענין כתובה והוא בנדרה תחתיו משמע בש"ס דאפי' בנדרה על אכילת חרובין שאומר אי אפשר באשה נדרנית ותצא בלא כתובה וכאן בנדרים חוץ מאלו השלשה יש לה כתובה ולזה הוא דמחלק הר"ן דנדר' תחתיו מקפיד יותר וע"ש.

ס"ק ג

שחוששין שמא תלך אצל חכם כתב ב"ש בירושלמי אי' פלוגתי' בזה ופסקו הרשב"א והר"ן דמותרת להנשא ואין חוששין שמא תלך להתיר לה דאין מקלקלה על נפשה ולעשות בניו ממזרים ורי"ו פסק לחומרא דחיישינן שמא תלך להתיר כו' מיהו קשה ע"כ חשש זה קודם שידע הבעל כו' וא"כ למה לי הטעם שתלך אצל חכם תיפוק לי' שמא ימחול הבעל ולא יקפיד ואז הקידושין חלין למפרע כמ"ש בסימן הקדום דיכול למחול אפלו תנאי שאינו של ממון. ואפשר מה"ט דייק הר"ן דירושלמי חולק על התוס' וס"ל לירושלמי אפי' אחר ידיעת הבעל מהני התרת חכם כו' מיהו ברי"ו משמע להדיא דס"ל דלא פליג הירושלמי על תוס' וירושלמי מיירי דלא ידע הבעל ומכל מקום לא חיישינן שמא לא יקפיד דמסתמא דרך להקפיד בהתנ' בפירוש גם לא חיישינן שמא ימחול בכיון לקלקל אותה עכ"ל: אמנם לענ"ד נראה לדעת הר"ן דס"ל בטעמא דביטל תנאי' משום דאין דעתו שיתבטלו הקידושין מיד וז"ל בפ' המדיר. כיון דלהנאתו התנה אין דעתו שיתבטלו הקידושין מיד אלא הדבר תלוי עד שידע בנדרים או במומין וכל

שלא הקפיד בהן מקודשת עכ"ל. א"כ קודם שנודע לבעל אסורה להנשא לאחר כיון דאין דעתו שיתבטלו הקידושין מיד אלא הדבר תלוי עד שידע בנדרים. ומ"ש ב"ש דמסתמא דרך להקפיד בהתנ' בפירוש אינו מוכרח ועוד דאפילו נימא דודאי יקפיד לא גרע מאומ' הרי זה גיטך אם לא אבא מכאן ועד י"ב חודש ומת תוך י"ב חודש דאסורה להנשא תוך י"ב חודש וכמ"ש בטור וש"ע סימן קמ"ד והוא בעי' דלא איפשטא ס"פ מי שאחזו ואע"ג דודאי לא לא יבא כיון שמת אפ"ה כיון דהגביל הזמן עד י"ב חודש צריכה להמתין עד י"ב חודש ושטת הרמב"ם הוא דכל שלא נתבטל התנאי בפועל אסורה ומה"ט כתב בפ' ח' מגירושין באומר ע"מ שתתני לי מאתים זוז מכאן ועד שלשים יום ומת תוך שלשים אינה יכולה לקיים התנאי שאם תתן ליורשים אינו כלום. וכיון שכן אחר ששלמו השלשי' יום בטלה הגירושין וחולצת או מתייבמת ואם אמר לה ע"מ שתתן לי לי ר' זוז ולא קבע לה זמן ומת קודם שתתן לו כו' לא תנשא לזר עד שתחלוץ וע"ש ומבואר דכל שלא נתבטל התנאי בפועל אע"ג דממילא נתבטל דכיון שמת אי אפשר לקיים התנאי אפ"ה הוי ספק. וה"ה באומר ע"מ שאין עליך נדרים ונמצאו עלי' נדרים אע"ג דודאי יקפיד כיון דלא הי' דעתו שיתבטלו הקידושין מיד אלא:. שיהי הדבר תלוי עד שידע בנדרים וה"ל כהתנה בפי' באופן שיקפיד וא"כ כ"ז שלא נוד' אע"ג דודאי יקפיד לא הוי ביטול התנאי בפועל: מיהו להר"ן שם ס"פ מי שאחזו שטה אחרת בהא דאיבעי' באם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש ומת תוך י"ב חודש והוא דלא רצה לגרש עד אחר י"ב חודש ע"ש. מ"מ כיון דהתם במעכשיו מיירי ואפ"ה אמרינן כיון דתלה הדבר בתוך י"ב חודש דעתו הי' שיהי' הדבר תלוי עד י"ב חודש א"כ שפיר אפשר דה"ה הכא כיון דה"ל כאלו התנה בפירוש בידיעתו א"כ אע"ג לכשיוודע לו ודאי יקפיד מכל מקום צריכה להמתין עד שיוודע לו. ובפרט דהוא גופיה אינו מוכרח לומר דודאי יקפיד וכמ"ש: ולכן נראה דהר"ן מיירי אחר שנודע לבעל והקפיד דאז אינו במחיל' תנאי ומש"ה כתב דירושלמי פליג ומשום דמוקי להירושלמי בנודע וכמ"ש. אך לדעת הרא"ש דכתב בתשובה כלל ל"ה בטעמא דביטול תנאי' הוא משו' דאתי דיבור ומבטל דיבור ומשום דהמעשה הוא ענין בפני עצמו והוב' לעיל בסימן ל"ח ס"ק י"א ע"ש א"כ כל זמן שלא ביטל הרי התנאי מבטל המעשה ולא חיישינן לזה שיבטל אח"כ דלא אתי לקלקלה וכמ"ש ב"ש אבל לדעת הר"ן ממילא בטל התנאי אם לא יקפיד ואפילו לא ירצה לקלקלה ומה יעשה אם לא יקפיד בלבו והוא דבר המסור ללב ומש"ה מפרש הר"ן דברי הירושלמי בנודע ורי"ו דמפרש הירושלמי בלא נוד' אזיל בשי' הרא"ש דהוי משום דאתי דיבור ומבטל דיבור ולא חיישינן לזה שלא יעש' זאת לקלקל' וכמ"ש: עוד נראה דלדעת הרא"ש דטעמא דביטול תנאי משום דאתי דיבו' כו'

א"כ כל שנשאת מחמת ביטול התנאי שוב לא מצי מבטל תנאיה דלא אתי דיבור ומבטל מעשה הקידושין ודו"ק: ולפמ"ש לדברי הר"ן אפשר דמקדש ע"מ שאין עלי' נדרים ומת קודם שנודע דג"כ אסורה לזר עד שתחלוץ כיון דכתב הר"ן דהדבר תלוי עד שידע בנדרים או במומין וכאן לא נודע וכבר כתבנו דלפמ"ש הרמב"ם דצריך ביטול התנאי בפועל א"כ אפי' הי' מקפיד בודאי אסורה לזר עד שתחלוץ כיון שמת קודם שנודע וצ"ע: ובתוס' רפ"ק דיבמות ד"ה או שנמצאת איילנות הביאו תוספתא נמצאו איילנות בין בחיי בעל בין לאחר מיתה צרותיהן מותרות ע"ש ואפשר לחלק דאיילנות שאני דאינו מחמת תנאי אלא הוא בסתמא מקח טעות מש"ה נתבטלו תיכף הקידושין אפילו קודם שנודע אבל אלו שהוא מחמת תנאי דעתו הי' שלא יתבטלו הקידושין מיד אלא שיהי' הדבר תלוי עד שיודע לו בנדרים ובמומין:

ס"ק ד

אצל חכם ויתיר לה. כבר כתבנו בס"ק ג' דפלוגתא בירושלמי היא ופסקו הרשב"א והר"ן כמ"ד אין חוששין דלא תקלקל עצמה ודעת רי"ו להחמיר וחוששין שמא התיר הנדר והקשה בח"מ ובב"ש מהא דפסק בפשיטות בסימן קמ"ב בתנאי דשב ואל תעשה דאין חוששין שמא תעבור על תנאה דלא תקלקל עצמה ע"ש: ונראה דלפי דעת הרשב"א והר"ן בנדרים פ' המדיר דאין החכם יכול להתיר אלא, מדעת הנודר ושיעמוד בפני החכם וע"ש בר"ן שהעל' כן מירושלמי א"כ אין לחוש שמא תלך אצל חכם שלא תקלקל עצמה אבל לפי דעת הרא"ש שם דאם יודע החכם שהנודר מתחרט יכול להתיר אפי' בלא ידיעת הנודר ע"ש וכן דעת ר' שמשון וע"ש בר"ן א"כ ראוי לחוש שמא תתחרט בנדר בביתה והחכם שלא ידע מעניני קידושין יתיר לה שלא בפני' ונמצא נעקר הנדר למפרע ורי"ו ע"כ אזיל בשטת הרא"ש:

ס"ק ה

אשה חשובה. עיין פי' רש"י דף ע"ד משום דאומר אי אפשי באשה נדרנית וגט לא בעינא למיתב דלא ליתסר בקרובותי' ע"ש וקשי' לי מ"ש אשה שאינה חשובה דאם הלכה אצל חכם והתירה דמקודשת ודאי וצרי' למיתב לה כתובה ולא מצי אמר אי אפשי באשה נדרנית משום דכיון שהותר הנדר הרי היא אשתו ודאית ומ"ש אשה חשובה דמצי אמר אי אפשי

באשה נדרנית וגט לא בעינא למיתב דלא ליתסר בקרובותי' כיון דאשתו ודאית היא וכאלו לא הי' שם נדרים ואי משום דלא בעי למיתב לה גט משום קרובותי' הא שאינה חשובה נמי מפסיד ע"י הגט דבעי למיתב לה כחובה אע"כ כיון דהותר הנדר הרי אין כאן עליה נדרי' ממש ובע"כ צריך למיתב לה כתוב' אם מגרשה ה"נ באשה חשובה נימא

דבע"כ מיתסר בקרובותיה. מראה דרבא דמשני הכא באשה חשובה ס"ל כמאן דאמר בירושלמי דכל המקדש ע"מ שאין עלי' נדרים אסורה לינשא בלא גט שמא תלך אצל חכם להתיר הנדר ומה"ט נמי אסור בקרובותי' אף קודם שהותר הנדר מטעם שמא תלך לחכם ולהכי באשה חשובה ודאי דעתי' שאם ימצא עלי' נדרים שלא יועיל התרת חכם כי היכי דלא ליתסר בקרובותי' קודם התרה ומש"ה לא מהני התרת חכם באש' חשוב':

ס"ק ו

הוי ספק מקודשת כתב הב"ש ז"ל ועיין בש"ג דף תק"ד כתב דאפי' באש' שאינה חשובה ספק קידושין היא דהלכה מסופקת היא ואיני יודע מה הספק באשה שאינה חשובה עכ"ל ונראה דספק הוא לפמ"ש הרא"ש בפ"ק דקידושין גבי נתנה היא ואמר הוא דבאדם חשוב מקודשת ז"ל וצריך חקירת חכם מי נקרא אדם חשוב ומי אינו חשוב להתירה בלא גט ע"ש והובא בש"ג פ"ק דקידושין א"כ ה"נ אשה שאינה חשובה הלכה מסופקת היא כיון דלא נודע מי הוא החשוב ומי אינו חשוב ועיין בש"ג שם שכתוב בין אשה חשובה וממשפחה גדולה בין אשה שאינה חשובה והיינו דאפי' אינה ממשפחה גדולה אפשר דזה מיקרי חשובה:

ס"ק ז

ובעל סתם ז"ל הב"ש כבר כתבתי בסימן הקודם דיני' הללו ואי' בזה שני טעמים א' לפי שמקדש אותה בביאה לפי"ז צריך עדי יחוד וטעם הב' שמוחל התנאי וחלין קידושין הראשונים וא"צ קידושין אחרים ואין צריך עידי יחוד והרמב"ם ס"ל טעם השני וטור ס"ל טעם הראשון וצריך עידי יחוד עכ"ל וכבר כתבנו לעיל סימן ל"ח ס"ק י"ז דאפי' לטעם שמוחל התנאי וחלין הקידושין הראשונים נמי צריך עידי יחוד וע"ש: עוד כתב הב"ש ז"ל ואם שהה עמה יש לה כתוב' ואין להקשות מאחר דהכתוב' הראשונה בטילה איך יכולה לגבות בכתובה זו וי"ל דעתו הי' אם לא יקפוד אא"כ יתקיי' הכתובה כמ"ש בסימן הקודם וע"ש והנה הא דכתב הרמב"ם בעל ושהה דעת הכ"מ דבעל לחודי' נמי ושהה נקט לרבות' ע"ש ולדידי' ניחא דאמרינן כיון דבעל מסתמ' בדקה ומחיל לתנאי לגמרי אבל לדעת הרה"מ שם דתרוייהו בעינן בעל ושהה א"כ תיקשי כיון דבעל נודע לו דמסתמא בדקה ואי נימא דלא מחל אא"כ שהה א"כ תו לא מהני מחילתו אחר שכבר נודע וכיון דדעת הרמב"ם משום דמהני מחילתו בתנאי' אפי' בדבר שאינה של ממון וכאן דכבר נודע לו בשעת ביאה מה מהני מחילה אח"כ וכן לדע' הטור שכתב דבעל ושהה מהני הא לדברי הטור בעינן עידי יחוד וכיון דבשעת ביאה לא מחל אלא עד ששהה ואח"כ תו ליכא עידי יחוד ומ"ש הרא"ש דאם דר עמה הוי כעידי יחוד כבר כתב הריב"ש בסימן קצ"ב דחולקין עליו כל הבאים אחריו ולפמ"ש בסימן ל"ח ס"ק י"ו בטעמא דבעי עידי

יחוד ניחא ע"ש אלא דברי הרמב"ם קשי' וכמ"ש ואפשר דבעל גרידא נמי אי' חזקה דאין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו וידע ומחל תיכף אלא דאיכא נמי חזקה להיפך והי' אין אדם מתפי' במומין ומש"ה כל ששהה וחזינן דנתפייס זה במומין הדרא חזקה הראשונה לדוכתי' דנתפייס בשעת ביאה ומחל:

ס"ק ח

הרי ראה ונתפייס עיין בטור שכתב בסימן זה דינים היוצאים מסוגיא דהי' בה מומין אם נמצאו המומין אחר אירוסין ואינו ידוע אימת נולדו כמ"ש לקמן סימן קט"ו וע"ש: והב"י כתב בבדק הבית דאין דינים אלו שייכים לסימן זה דכאן לענין קידושין אם נמצא בה מומין אחר אירוסין והיא טוענת שנולדו בה אחר אירוסין לא אמרינן כאן נמצאו כאן היו לבטל הקידושין אלא צריכה ממנו גט רק לענין כתובה יש לחלק חלוקים אלו ולכן השמיט בסימן זה כאן בש"ע דינים אלו גם החילוק שבין מומין שבגלוי למומין שבסתר אינו אלא לענין כתובה דוקא אבל לקידושין אין חילוק בין מומין שבסתר למומין שבגלוי ע"ש: והב"ח כתב דגם דברי הטור אינו לקידושין אלא לכתובה וע"ש בב"ש שהאריך בזה ז"ל ואין נ"ל דהא מוכח לדעת הטור דמבטלין קידושין דהא כתב דצריכה להחזיר הקידושין והיינו עפ"י הסוגיא וכמ"ש בסימן נ' ושם מבואר היכא דצריכה גט אין מחזירין הקידושין שלא תאמר דא"צ גט ש"מ לדעת הטור א"צ ממנו גט מש"ה כתב דצריכה להחזיר לו הקידושין ולכאורה יש להביא ראי' לדברי הטור דהא קי"ל דמוציאין ממון עפ"י סברה זו כאן נמצא כאן היו. וכמ"ש בפ' המדיר ובח"מ סימן רל"ב א"כ ה"נ אינה צריכה גט עכ"ל. והנה יסודו מדברי הטור שכתב דאם נמצאו המומין בבית אבי' צריכה להחזיר הקידושין אלמא דא"צ ממנו גט וכמו שביאר: אמנם דברי הטור צריכין ביאור דנראין דברי הטור מסוגיו' הם הש"ס פרק המדיר דף ע"ז אמר רב נחמן בר יצחק כלה בבית אבי' ולקידושין וקשי' לי בגוה דשם בסוגיא אמר רב יהודא המחליף פרה בחמור משך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור על בעל החמור להביא ראי' שהי' חמורו קיים בשעת משיכ' הפרה. ותנא תונא כלה הי כלה אלימא כלה בבית אבי' מי דמי התם מייתי אב ראי' ומפיק הכא בעל החמור תייתי ומוקים כו' אמר רב נחמן בר יצחק כלה בבית אבי' ולקידושין ולא תימא למ"ד קידושין לאו לטבועין ניתנו אלא אפי' למ"ד קידושין לטבועין נתנו הני מילי קידושי ודאי אבל קידושי טעות אי מייתי ראי' אין אי לא כו' אלא כי אתי רמי בר יחזקאל אמר לא תצייתינהו להני כללי דכייל יהודא אחי משמי' דשמואל הכי אמר שמואל כל הנולד הספק ברשותו עליו הראי' ותנא תונא כלה כו' וע"ש בהרא"ש שהעלה לעיל לפי

המסקנה אפי' מת החמור ברשות בעל החמור ג"כ בעל הפרה צריך להביא ראי' וחזקה זו מהני אפי' להוציא וע"ש בטור ח"מ ובש"ע ורמ"א סימן רל"ב: ולפי"ז קשה טובא למה צריך להחזי' הקידושין כשנולד הספק ברשו' האב ודאי לפי ס"ד דרב יהודא דכל שנולד הס' ברשותו עליו הראי' ומשום חזקה דכשעת מציאתן כמ"ש התוס' בטעמא דרב יהודא א"כ חזקה ודאית היא להוציא הממון מש"ה כל זמן שהאב אינו מביא ראי' צריך להחזי' הקידושין דאמרינן כשעת מציאתן אבל לפי המסקנא דלא אמרינן חזקה כשעת מציאתן אלא אדרבא אמרינן כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראי' ומשום דאין מחזיקין מרשו' לרשות והשתא הוא דאיתרע ברשות שנול' הספ' וא"כ אפי' נולד הס' ברשות האב ראוי לומר דהבעל יביא ראי' כיון דכבר קנאה ונכנסה לרשותו בכל מקום שהיא אלא דהרא"ש כתב שם משום דארוסה היא ברשות אב עדיין לכמה דברים וע"ש וכיון דליכא חזק' להיפך לומר דודאי הי' המומין קודם ולמסקנא לא סבירא לן חזקה דכשעת מציאתן להוציא ממון וא"כ אמאי צריך האב להביא ראי' לכסף קידושין שהוא מוחזק בהן נהי דצריך ראי' לכתובה ומשום דלא הוי נולד הספק ברשות הבעל כיון דאכתי לא יצאה מרשות האב לכמה דברים אבל חזקה להיפך נמי ליתי' דלית לן הך כללא דרב יהודא כשעת מציאתן. והנה לשטת האלפסי והרמב"ם דאם מת החמור ברשות בעל החמור אמרינן חזקה דרב יהודא ועיין בב"י סימן רל"ב לשטת רי"ף ורמב"ם א"כ ניחא דברשות האב צריך ראי' לכסף קידושין. אמנם לדעת הטור שנמשך אחר דעת אביו הרא"ש שם בסימן רכ"ד דלא אמרינן כלל חזקה כשעת מציאתן קשה: לכן נראה דהא דמייתי האב ראי' לקידושין לאו משום חזקה

דודאי היה כאן המומין מקודם דהא לדעת הרא"ש וטור לא אמרינן הך כללא דשעת מציאתן ולית להו אלא חזקה דרמי בר יחזקאל וכלה בבית חמי' הוי לי' ודאי ברשות הבעל אבל כלה בבית אבי' דעדיין לא יצאתה לגמרי מרשו' האב ה"ל ספיקא וצריך ראי' לכתובה. והא דצריך להחזיר הקידושין היינו משו' דספק קידושין לאו לטבועין נתנו וכמ"ש בש"ע סימן נ'. ואע"ג דהח"מ וב"ש שם השיגו על הש"ע כבר כתבנו שם מלתא בטעמא דש"ע: ומה שהביא הב"ש ראי' מהאי דח"מ סימן רל"ב ע"ש התם הוא להיפך דאמרינן חזקה דהשתא הוא דנולד ברשות הקונה וגבי קידושין רוצה הב"ש להחזיק למפרע ואי קשי' לדעת הב"י דס"ל לענין קידושין הוי ספק כיון דלדעת הב"י בח"מ סימן רכ"ד ס"ל כשטת הרי"ף והרמב"ם דאמרינן חזקה דרב יהודא דכשמת החמור ברשות בעל החמור צריך בעל החמור להביא ראי' ע"ש א"כ ה"נ כשנולד המומין ברשות אב נימא דודאי נעשה המומין למפרע וה"ל קידושי טעות ודאי וה"ל פנוי' ואפשר דכי היכי

דלא מהני חזקת פנוי' בספק קידושין להתירה לכתחלה וכמ"ש תוס' פרק שני דכתובות דף כ"ג דכיון דודאי זרק לה קידושין לכתחלה לא תנשא דאתרע חזקתה ה"נ לא מהני חזקה דרב יהודא להתירא לכתחלה: עוד כתב הב"ש ז"ל אבל אין להביא ראי' דצריכה גט מטעם כיון דהיא אומרת דנולדו אחר אירוסין א"כ הוי כאומרת קדשתני וצריכה גט די"ל הכא גרע טפי משום דאמרינן כאן נמצא כאן הי' ומוכח דהיא משקר' עכ"ל. וליתי' דודאי כל היכי דשוי' אנפשה חד"א אפילו איכא כנגדה אלפי חזקות איהו מהימנא לשויה אנפש' חתיכה דאיסור' וגדולה מזו כתב מוהרי"ן לב ח"ב סימן פ"ה באומרת קדשתני בפני פלוני ופלוני ובאו פלוני ופלוני שלא נתקדשה בפניהם דהיא נאמנת נגד עדי' דשוי' חד"א וע"ש וכ"ש הכא נגד חזקה ואולי לא קאמר הב"ש אלא לענין כופין אותו ליתן גט דכיון דחזקה דמשקרת אין כופין אותו ליתן גט ועיין סימן קס"ו ובב"ש ואכתי צ"ע:

ס"ק ט

המקדש אשה סתם ואם נמצאת איילנות ודאי אינה מקודשת וכמ"ש הרא"ש בפ' המדיר ז"ל דשאני מום דאיילנות דעיקר דעתו של אדם הנושא אשה בשביל בנים הלכך הוי קידושי טעות עכ"ל. מזה נראה דכ"ש בנושא אשה סתם ונמצא עלי' נדר שנדרה נטולה אני מיהודים דכה"ג אסורה לו לגמרי ואין אשה אלא לבני' ולא גרע מאיילנות וה"ל קידושי טעו' ודאי וניחא בזה הא דאמרו בפ' המדיר דף ע"ב אמר ר' יוחנן משום ר' שמעון בן יהוצדק באלו נדרים אמרו שלא תאכל בשר כו' ולמה לא נקט דברים שבינו לבינה והר"ן כתב דה"ה לנדרים שבינו לבינה ע"ש ולפמ"ש בדרכי משה דנדרים שבינו לבינה לא הוי קפידא אלא בנדרה נטולה אני מיהודים וכה"ג לא עדיף מאיילנות ולא בעי גיטא כלל אפי' בקידשה סתם ומש"ה מפרש ר' יוחנן בהני שלשה נדרים של עינוי נפש:

ס"ק י

והלך אצל רופא וריפא בתוס' דף ע"ד כתבו הטעם משום קפידא ובדידה הוא דהוי קפידא כשזוכר שהי' בה מומין אבל בדידי' ליכא קפידא ע"ש וקשה תינח לדעת הר"ן דס"ל דמהני מחילת התנאי בדבר שאינו של ממון ומשום דלא התנה אלא להנאתו וכשיקפיד וא"כ ה"נ כיון דליכא קפידא אצל האשה שהי' בו מומין כיון דנתרפא אבל לדעת הרשב"א דלא מהני מחיל' התנאי בדב' שאינו של ממון א"כ כיון דהי' תנאי שאין בו מומין וכבר הי' לו מומין בשעת קודושין ונתבטלו הקידושין מאי מהני לה הריפוי של הבעל ונרא' עיקר כדע' הח"מ דבהלך אצל רופא וריפא מהני אף אחר שנודע ומשו' שאינה מקפדת על הבעל אלא על מומין שאין לו רפואה ע"ש וא"כ תחלת התנאי לא הי' אלא על מומין שאין לו רפואה אבל לדעת ב"ש דלא מהני רפואה אחר שנודע א"כ תיקשי להרשב"א מהלך אצל רופא דלרשב"א קודם ידיעה כמו אחר ידיעה בדבר

שאינו של ממון: ומה שהק' ב"ש על מ"ש ח"מ דמהני אפי' אחר שנודע דא"כ הא דפריך והתניא הלך אצל חכם והתירה אצל רופא וריפא מקודשת ומאי קושי' הא גבי בעל מהני אפי' אחר שנודע וע"ש מ"ש בזה: ונראה דלפי מ"ש ב"ש דאם היא מתנה ע"מ שאין בו נדרים ונודע לה לא מהני היתר כיון דנדרים לאו במיאוס תלי' וע"ש א"כ תו לא מצינו למימר דהלכה אצל חכם והתירה מיירי אחר שנודע דתיקשי מסיפא דתניא הלך הוא אצל חכם והתיר מקודשת הא בנדרים ודאי לא מהני היתר כיון דנדרים לאו במיאוס תליא. ובתוספתא פ"ב דקידושין זה תוארה ע"מ שאני עני והי' עני והעשיר ע"מ שאני עשיר והי' עשיר והעני כו' הרי זו מקודשת שאיני אלא עשי' והי' עני והעשי' שאיני אלא עני והי' עשי' והעני שאין לי בנים והי' לו בנים ואח"כ מתו שיש לי בנים ולא הי' לו ואח"כ נולדו אינ' מקודשת זה הכלל כל שמתקיים בשעת קידושין אעפ"י שבטל לאחר מיכן הרי זה מקודשת וכל שאינו מתקיי' בשעת קידושין אעפ"י שבטל לאחר מכן אינה מקודשת ע"כ. ואיני יודע לפרשה כהוגן האי כללא דאינו מתקיים בשעת קידושין דאינה מקודשת דמ"ש הלך אצל רופא וריפא דמקודש' אעפ"י שאינו מתקיים בשעת קידושין. ואפי' בהלכה היא אצל רופא דאינ' מקודש' לדעת תוס' אלא משום קפידא דבעל שיזכיר שהי' לה מומין. אבל היכא דליכא קפידא במה שזוכר כגון האי דתוספתא דודאי אין קפידא דזוכר מבנים וכיוצא מה ששנו שם. וביותר קשה לפי שטת הרא"ש והר"ן דמהני מחילת התנאי אפי' בדבר שאינו של ממון ומשום דלא התנה אלא להנאתו כשיקפיד כשיודע לו והכא כיון שמתקיים התנאי בשעה שנודע אמאי אינה מקודשת. ולדעת הרא"ש דטעמא דידי' משום דאתי דיבור ומבטל דיבור התנאי ניחא דבתוספתא מיירי דאינו מבטל התנאי והלך אצל רופא וריפא נמי ניחא לפמ"ש בח"מ דאינה מקפדת על הבעל אלא במומין שאין להם רפואה אבל בהנך תנאים דמקפדת ואינה מתקיים בשעת קידושין לא הוי קידושין. אבל לדעת הר"ן דמחילת התנאי משום דאינו אלא להנאתו כשיקפי' כשיוד' לו והנך דתוספתא מאי קפידא אית בהו כשנודע כיון דבשעה שנודע מתקיים התנאי. וצ"ע:

סימן מ

סעיף א

ס"ק א

אעפ"י שנתאכלו המעות. ר"פ האומר והני זוזי לא למלוה דמי ולא לפקדון דמי למלוה לא דמי דלהוצא' ניתנה ולפקדון לא דמי דהא זוזו ברשותה דידה קא מתאכלי'. וכתב הר"ן

ומיהו משמע שאם הוא חוזר בו אינה חייבת להחזיר דאל"כ במאי מקדשי הרי אינם קנוים לו עד לסוף שלשים יום והרי נתאכלו בנתיים וע"ש. ובחידושי מוהרי"ט העלה דגם הכסף הוא ברשות המקדש עד שלשים ואם הוא חוזר תוך שלשים צריכה להחזיר הכסף וע"ש. ובריטב"א קידושין דף ו' גבי המקדש במלוה ז"ל איכא דקשי' לי' מ"ש מקדש במלוה שאינה מקודשת מאומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שלשים בכסף זה שאם לא חזרה בתוך שלשים מקודשת לאחר ל' בכסף זה ואעפ"י שנתאכלו המעות והא התם הנך מעות עד שלשים בתורת מלוה המה ברשותה ואע"ג דליתנהו בעת חלות הקידושין מיקדשי בי'. ואיכא למימר דשאני התם דכיון שלתור' קידושין יהבי' ניהלי' הרי הוא כאלו פי' בפירוש שתתקדש לו בהם בהנאה שלוה לה ונפטרת מהם דודאי להכי אקדמינהו ניהלי' ויהיב לה רשות לאפקונין שתהנה מהם ותתקדש בהנאה זו אבל הכא שבתורת מלוה הגיע לידה ושלה הם לגמרי והוא בא לקדשה בממון שלה אינה מקודשת עכ"ל, וכ"כ בפ' האומר ז"ל רב ושמואל דאמרי תרוויהו אעפ"י שנתאכלו המעות ומ"ט גבי גט בעינן שיהי' בעין וגבי קידושין לא בעינן שיהי' בעין. דמידי דאית לה לאשה הנאה בגוויהו מכי יהבינהו כבר נהנית מהם שהיא רשאה לעשות מהם רצונה אבל גבי גט דלאו מידי דהנאה אלא גט הפוטר ואם אינו בעין בעת שהיא מתגרשת אינו כלום עכ"ל: ונראה מדברי הריטב"א דטעמא דמהני נתאכלו המעות משום דמקדשה בהאי הנאה שניהנית מהם שרשאה לעשות בהם כרצונה ויהיב לה רשות להוציאן וקשה לי נהי דבשעת נתינה אית לה הנאה מכל מקום בשעת קידושין כבר כלתה הנאה זו והאומר משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום לא קנה ומשו' דכבר כלת' משיכה וה"נ כבר כלתה הנאה שהי' לה בשעת קידושין ואפשר לפי מ"ש הר"ן בפ' הכותב גבי משוך פרה ולא תקנה אלא לאחר שלשים ע"ש שהעל' דהיכא שעומד הפרה בסמטא לאחר שלשים מהני לי' משיכת הפרה משעת אמירתו שאמר פרה זו תהי' קנוי' לך אע"ג דהקנין אינו אלא לאחר שלשים ומיהו כי עומדת הפרה לאחר שלשים ברשות הרבים לא מהני ומשיכת הפרה דקודם ל' כלה כיון דאפי' ממונו יוצא מרשותו כשמונח בר"ה אבל בסימטא דאינו יוצא מרשותו מהני לי' משיכה דמעיקרא כיון דעדיין הוא ברשותו עכ"ל, וא"כ ה"נ מיקדשה בהאי הנאה דיהיב לה רשות לעשות כרצונה ואע"ג דלאחר שלשים כבר כלתה הנאה זו כיון דנשאר אצלה הנאה זו ונפטרת מלשלם לו לאחר שלשים לא גרע מסימטא כיון דלא יצאה מרשותה וה"נ עדיין הנאה זו ברשותה במה שנפטרת מלשלם לו ואע"ג דבהאי לחודי' לא מקדשה דהא מקדש במלוה אינה מקודשת דהתם נמי כי עומדת בסימטא

ולא משך אינה קונה ומהני לי' משיכה דמעיקרא כיון שאינו יוצא מרשותו ה"נ מהני הנאה דמעיקרא כיון דעדיין נשאר במה שנפטרת ממנו:

והרשב"א בחידושיו ר"פ האומר ז"ל ואעפ"י שנתאכלו המעות וטעמא דמילתא כיון דלשום קידושין נתנו בתחלתן אעפ"י שבשעה שראויין לחול אינו בעולם מכ"מ כיון שאם לא נגמר הקנין יש עליה להחזירם רואין אנו אותם כאלו הם בעין ובאותה הנאה היא מתקדשת וכענין שהיא מתקדשת בהנאת מחילת מלוה, ומשא"כ במלוה דעלמא הואיל ובשעת מתן מעות לא נתנו לקידושין אלא להלואה עכ"ל. ומדבריו נראה דלאחר שלשים מקודשת בהאי הנאה שנפטרת ממנו ואע"ג דבמלוה אינה מקודשת כה"ג עד שיאמר לה בהנאת מחילת מלוה הכא דלשום קידושין נתנו מתחלתן כיון דאם לא הי' מתרצה בתחלתה לא הי' נותן לה הכסף כלל ולא הי' מלוה לה כלל משא"כ בשאר מלוה שכבר באו לידה לשום מלוה:

ומחוורתא כשטת הר"ן דהוא נתן לה הכסף לשום קידושין מיד ואינו רשאי לחזור תוך ל' אבל יהיב לה לגמרי אדעתא דקידושין ואם היא חוזרת תוך ל' צריכה להחזיר לו הכסף א"כ לאחר ל' יום לא הוי מלוה כלל וה"ל כהאי דאמרו בפ' האיש מקדש (דף מ"ח) דלמ"ד אין לשכירות אלא לבסוף לא הוי מלוה כלל אלא מקדשה בהאי הנאה שלא יהי' עלי' חוב כלל וה"נ לאחר ל' כיון דאם היא חוזרת יהי' עלי' מלוה אבל בנתרצית לקידושין אין עלי' חוב כלל כיון דמעיקרא יהיב לה לגמרי הכסף ומעולם לא הי' פקדון וחוב אצלה כלל:

ומ"ש מוהרי"ט עלה דהר"ן ז"ל ולבי מהסס בה דכיון דאשה לא קנה ממון למה מחזיר כו' ע"ש נראה עיקר כדברי הר"ן וכן משמע מהא דתנן פ' יש בכור (דף מ"ט) מת הבן תוך שלשים יום אעפ"י שנתן לכהן יחזיר ע"ש ומשמע דאם הוא חי אין הבעלים יכולים לחזור וליטול הכסף מיד הכהן ולאחר שלשים יפדו אצל כהן אחר אלא משמע דכל דיהיב אדעתא דהכי ליתי' בחזרה:

ס"ק ב

שנתאכלו המעות. ונראה דוקא נתאכלו ומשום דמקדשה בהאי הנאה שנפטרת ממנו וכמ"ש בס"ק א' בשם הר"ן אבל אם כבר החזירה הכסף למקדש אע"ג שלא חזרה מגוף הקידושין אינו כלום וכמ"ש [נדרים מח,ב] בקנין סודר דלאחר שלשים יום לא מהני ומשום דהדרא סודרא למארי' לאחר שלשים וה"נ כבר הדר הכסף למקדש וראיתי בתרומת הדשן בפסקיו סימן רל"ד וז"ל ואם אירע כך שנתן המעות בערב שבת והחזיר הכהן אם יש לחוש לדברי אור זרוע נראה דודאי אין לנו לחוש לדברי היחיד נגד רבים אך

שהתוס' פרק מרובה בשמעתין דהרשאה פסקו כשמואל שאין פדוי אם נתאכלו המעות וא"כ ה"ה אם החזירן ואפשר דכ"ש הוא אם החזירן ודברי התוס' עיקר הם בכל מקום כו' ולכך היכא דאפשר לפדות פעם שנית כדי לקיים דברי התוספות שפיר דמי טפי עד כאן לשונו ועיין שם וכן פסק רמ"א ביו"ד סימן ש"ה (סי"ג). ולפמ"ש דבהחזיר הכסף ודאי לא מקדשה וא"כ כיון דטעמא דרב בבכורות דבנתאכלו המעות בנו פדוי מידי דהוי אקידושין דנתאכלו המעות מקודשת ושמואל סבר דלא דמי לקידושין משום דהתם בידו לקדשה תיכף משא"כ בבכור דאין בידו לפדאו תוך שלשים ע"ש וא"כ אפי' להפוסקים כרב דמידי דהוי אקידושין וכיון דבקידושין גופי' אינו אלא בנתאכלו ומשום דמקדשה לאחר שלשים יום בהאי הנאה דנפטרת ממנו אבל אם כבר החזירה הכסף תו אין לה במאי לקדשה וא"כ פדיון הבן לא עדיף, ואפילו בענין שאין לה להחזיר הכסף כגון שנאבד ממנה באונס לא מהני לאחר שלשים וכמ"ש הט"ז בח"מ סימן קכ"א ע"ש וכ"ש כשהחזיר הכסף ואפילו לפמ"ש בספר קצות החושן סי' קצ"א ס"ק ב' דנאבד באונסין נמי מהני לקנין ולקידושין היינו משום דמחייב באונסין ואית בי' הנאה דנפטר ממנו כטעמו של הר"ן הנ"ל, אבל כשהחזיר הכסף ודאי הדרא למארי' ולכ"ע לא מהני בפדיון הבן וצריך לחזור ולפדותו בברכה שלימה לאחר שלשים, והרמ"א ביו"ד סי' ש"ה דכייל בהדדי וכתב נתאכלו או החזיר הכסף צריך לחזור ולפדותו משמע מספיקא וממילא פדיון השני בלא ברכה וכמ"ש שם בט"ז, ולפמ"ש דוקא נתאכלו הוי ספיקא אם כרב אם כשמואל אבל בהחזיר הכסף תוך שלשים לכ"ע (אינו) [אין] בנו פדוי וצריך לחזור ולפדותו אחר שלשים ודברי הת"ה ורמ"א סי' ש"ה לדעתי צ"ע:

ואפשר כיון דלא הדר הכהן מפדיונו אמרינן מה שהחזיר המעות אינו אלא כמו מתנה דהא כבר נקנה לו המעות לגמרי אם אינו חוזר מפדיון וכמ"ש בסק"א בשם הר"ן גבי קידושין ע"ש, א"כ החזירן אינו אלא כמו מתנה והמעות שקיבל (עלה) [על] הפדיון צריך להחזיר אם רוצה (להחזיר) [לחזור] מהפדיון והוי כנתאכלו דמקודשת בהאי הנאה שאינו צריך להחזיר המעות כיון דמסתמא ניתן לו המעות ולא התנה על מנת להחזיר אלא שהכהן מדעתו ומרצונו נתנם לו א"כ מעות הראשונים עדיין לפדיון קיים ואם נתאכלו צריך להחזירן אם חוזר מפדיון:

ומעשה בא לידי באחד שפדה בנו ביום כ"ח ללידתו ונתן לכהן תכשיטין על מנת להחזיר והכהן החזיר בו ביום והוריתי שיהי' הפדיון ביום שלשים וא' ובברכה ואע"ג דבנתאכלו המעות תוך שלשים יהי' הפדיון אח"כ בלא ברכה וכמ"ש בט"ז סי' ש"ה ומשום דס' ברכות להקל, היינו בנתאכלו ומשום דכמה פוסקים פסקו כרב אבל בזה אפילו לרב

צריך פדיון בברכה ומשום דטעמא דרב אינו אלא משום דדמיא לקידושין וגבי קידושין דמהני נתאכלו משום דמקדשה בהאי (עניניא) [הנאה] שלא תצטרך להחזיר המעות ואפי' החזירה המעות נמי כיון דכבר ניתן לה המעות לגמרי אינו אלא מתנה אבל מעות הראשונות לשום קידושין גם עתה כיון שאינה חוזרת מגוף הקידושין וכמו כן גבי פדיון וכמ"ש. אבל במתנה ע"מ להחזיר כיון דלא הי' רק ע"מ להחזיר וכבר החזיר תוך שלשים א"כ כיון דהדרא הכסף למארי' ליכא כאן שום כסף בשעת פדיון לפי דכבר החזיר וא"כ לכ"ע צריך לפדותו וה"ל פדיון ודאי וצריך ברכה. אלא דבברכת שהחיינו דמברך אבי הבן נסתפקתי כיון דכבר בירך בפדיון הראשון ולא גרע ממברך בשעת המילה דס"ל להרמ"א ביו"ד סי' רס"ה דהמברך בשעת המילה אינו מברך בשעת הפדיון וה"נ כבר בירך שהחיינו תוך שלשים וברכת שהחיינו כבר הי' כדין אם לא הי' מחזירו, ולכן טוב שיטול אבי הבן פרי חדש לברכת שהחיינו אבל על הפדיון ודאי צריך ברכה אליבא דכ"ע:

ולפ"ז בקידושין אפי' כבר החזירה הכסף להמקדש כל שלא חזרה מקידושין עדיין מעות הראשונות לקידושין ומה שהחזירה אינו אלא מתנה בעלמא כן נראה מוכרח מדברי ת"ה ודו"ק:

ס"ק ג

ואם חזר בו. כתב הריטב"א פ' האומר [קידושין נט,ב] דבעינן חזרה בפני שנים דוקא אבל בינו (לבינה) [לבין עצמה] אפי' שמענוה מאחורי הגדר שחזרה בה מחשבתא גרידתא חשיבא ע"ש וצ"ע:

ס"ק ד

נקרע או נאבד תוך שלשים. כתב הר"ן בפ' האומר בשם הרשב"א [כד,א, מדפי הרי"ף] דאם השטר שוה פרוטה מתקדשת בתורת כסף ואעפ"י שנאבד תוך שלשים משום דדעתו נמי אניירא וכדאמרינן בפ' האיש מקדש (מח,א) בשטר שנכתב שלא לשמה דמתקדשת בנייר כשהיא שוה פרוטה. וקשה לי דהא לפי מ"ש הר"ן הא דמהני בקידושי כסף שנתאכלו אינו אלא משום דהכסף יהיב לה תיכף ואינו ברשותו לחזור מכסף ומש"ה כי נתאכלו ברשותה דידה קא מתאכלו וכמ"ש הר"ן בפ' האומר דאם הי' יכול לחזור מן הכסף קודם שלשים א"כ אינו אלא פקדון ביד האשה וכי נתאכלו ה"ל מלוה וע"ש ר"פ האומר, וא"כ בקידשה בשטר נהי דדעת' נמי אנייר אבל מיהת אשטרא נמי דעתה דהא מקדשה בשטר וא"כ תיקשי ממ"נ אי נימא דיהיב לה תיכף את הנייר א"כ אחר שלשים תו ליכא תורת שטר כלל דהא בעינן שיהי' הנייר משל הבעל וכדאי' בפ"ב דגיטין (דף כ'), ואם הנייר כבר שלה א"כ לאחר שלשים אינו בתורת שטר כלל דהא בעינן ספר

המקנה וליכא כיון דהנייר שלה כבר, ואם אינו נותן לה הנייר עד בתר שלשים יום דאז ה"ל תורת שטר תו ליכא תורת כסף כיון דנתאכלו דהא אם אינו נותן לה עכשיו הנייר ה"ל תורת פקדון גבה עד שלשים וכה"ג אפי' בתורת כסף לא מהני לדעת הר"ן וצ"ע:
והרשב"א לטעמי' דלפמ"ש בסק"א ששיטת הרשב"א אינו כדרך הר"ן בזה וע"ש, וא"כ שפיר משכחת תורת כסף ותורת שטר ולא יהיב לה עד בתר שלשים ולדעת הר"ן תיקשי: ואם אין הנייר ש"פ ודאי לא מקדשה וכמ"ש הר"ן. ומוהרי"ט בחידושיו לקידושין הקשה דאפי' אין שו"פ בנייר אמאי לא חיישינן שמא ש"פ במדי ע"ש:
ונראה דלפמ"ש (הרשב"ם) [הרמב"ם] בטעמא דשו"פ במדי דמקודשת ודאי אם ידוע ששו"פ במדי ומשום דהוי עלה תורת כסף כל שהוא שו"פ באיזה מקום וכמ"ש הר"ן ברפ"ק דקידושין דהוי כאומרת לדידי שוה לי פרוטה ועמ"ש בסי' ל"א ס"ק (י"ג) [ז'] וא"כ לענין תשלומין ודאי אין משלמין גנב וגזלן וכל השומרין אלא כפי מקומן ושעתן ואם נאבד לא תתחייב לשלם כיון שהוא פחות משו"פ והיא לא מקדשה אלא במה שנפטרת מחיובו ופחות משו"פ ליכא חוב. ומיהו לשיטת תוס' והרא"ש טעמא דשו"פ במדי היינו משום דחיישינן שמא יבא אחד ממדי לכאן ועמ"ש בסי' ל"א ס"ק י"ג, א"כ אין לחלק בכך ומקדשה אפילו אין בנייר שוה פרוטה דשמא יבוא אחד ממדי לכאן:

ס"ק ה

המקדש אשה לשלשים יום מקודשת לעולם. כתב בח"מ דין זה כתב הר"ן [קידושין כג,ב, מדפי הרי"ף] בשם הירושלמי ומשם נאמר דבקידושי שטר אינה מקודשת דקידושי שטר מגירושין יליף לה עיין לקמן סי' קל"ז פסק גבי גט ספק מגורשת וה"ה הכא גבי קידושי שטר הוי ספק קידושין עכ"ל. ובמשנה למלך פ"ז מאישות [ה"י] ז"ל ועיין (פ"ב) [פ"ג] בנדרים (דף כ"ט) פריך בגמרא בפשיטות אילו אמר לאשה היום את אשתי ולמחר אי את אשתי מי נפקא בלא גט כו', וראיתי להרא"ש שם כתב דמאי דפשיטא לי' לתלמודא דאינה יוצאה בלא גט משום דגבי גט קי"ל כיון דפסקה פסק' ה"ה לענין קידושין דמקשינן הוי' ליציאה ולפי טעם זה אני מהסס בדין זה חדא דבהאי דפ' המגרש דבעי ר' אבא בקידושין הדר פשטה ויצאה והיתה פסק רבינו ז"ל דהוי ספק מקודשת א"כ ס"ל דלאו לכל מילי איתקוש הוי' ליציאה ועוד דבהאי דגט דקאמר כיון דפסקה פסקה מגדולי המורים חולקים בזה ורבינו פ"ח מגירושין פסק דאינה מגורשת כלל וכן הוא דעת הרי"ף וכמ"ש הר"ן בפ' המגרש. וא"כ אי מקשינן הוי' ליציאה אינה מקודשת כלל ולפי סברת הר"ן גבי גט הוי ספק מגורשת ה"ה גבי קידושין ועיין בר"ן ר"פ האומר שכתב לדעת

רבינו ז"ל אינה מקודשת כלל ועיין עוד מ"ש בשם הירושלמי לחלק בין קידושי כסף לקידושי שטר עכ"ל:

ונראה בזה דשם בנדרים (דף כ"ט) איפלגי בקדושת הגוף אי פקעה בכדי כגון באומר שלשים יום עולה ופריך למ"ד קדושת הגוף פקעה בכדי אילו אומר היום את אשתי ולמחר אי את אשתי מי נפקא בלא גט והוכרח הרא"ש לפרש בהא דפריך בפשיטות מי נפקא בלא גט היינו משום דגבי גט קי"ל כיון דפסקה פסקה ואיתקוש הוי' ליציאה ע"ש, אבל למסקנא דקי"ל קדושת הגוף לא פקעה בכדי ואומר שלשים יום עולה לא פקעה בכדי א"כ ממילא בקידושי אשה אין אנו צריכין להך הקישא דויצאה והיתה אלא דאפי' נימא דלא איתקוש כלל הוי' ליציאה אפ"ה באומר היום את אשתי ולמחר אי את אשתי לא נפקא בלא גט דקדושת הגוף לא פקעה בכדי. ואפי' נימא דבגט כה"ג אינה מגורשת משום דה"ל שיור אבל בקידושין כיון דקדושת הגוף לא פקעה בכדי לא הוי שיור כלל כיון דממילא פשטה קידושין לעולם וקדושת הגוף לא פקעה בכדי. ובר"ן פ' האומר [כג,ב, מדפי הרי"ף] ז"ל גרסינן בירושלמי ר' אבהו בשם ר' יוחנן הרי זה עולה שלשים יום לאחר שלשים יום יוצאה לחולין מאליו כלומר דס"ל אפי' קדושת הגוף פקעה בכדי דלא כמסקנא דגמרא (בפ"ד נדרים) (דף כ"ט), הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום הרי היא מקודשת כלומר לעולם מה בין הקדש מה בין אשה מצינו הקדש יוצא בלא פדיון ולא מצינו אשה יוצאה בלא גט, הרי זה גיטך שלשים יום אינו גט דאין זה כריתות א"ר יצחק בר' אליעזר הדא דתימר דמקודשת דקידשה בכסף אבל אם קידשה בשטר הואיל ולא למדו כתב קידושין אלא מגירושין מה בגירושין אינה מגורשת אף בקידושין אינה מקודשת ע"כ. וכבר כתבתי בפ' המגרש בבעי' דבעי מיני' רבא מרב נחמן היום אי את אשתי ולמחר את אשתי מהו דפשיט בה כיון דפסקה פסקה דמסתבר דהכי קי"ל. ולפ"ז אפי' בקדושי שטר מקודשת לעולם ובירושלמי סובר דאינה מגורשת דלא כפשטן. אבל לדברי הרמב"ם ז"ל שכתב (בפ"ל) [בפ"ח] מגירושין דאינה מגורשת אף בקידושין אינה מקודשת כלל עכ"ל. והנה משיטת הירושלמי נראה דס"ל דקדושת הגוף נמי פקעה בכדי דהא ס"ל בעולה לשלשים דלבתר ל' פקעה בכדי ואפ"ה ס"ל באשה דמקודשת לעולם וע"כ אינו מטעם דאיתקוש לגט וכמ"ש הרא"ש דהא סוגיית הירושלמי בגירושין אינה מגורשת אלא ע"כ דקידושין עדיפא מקדושת הגוף וכמ"ש הר"ן בנדרים (דף כ"ט) דבקדושת הגוף דעולה כיון דאשכחן קדושת דמים לזמן קדושת הגוף נמי חייל לזמן אבל קידושי אשה אינו אלא קנין הגוף לעולם דכל שאינו אלא לזמן אינו אלא קנין פירות וע"ש. אלא דהירושלמי מדמה להיפך כיון דבגירושין אינה מגורשת בשטר נמי לא מהני.

אמנם מה דמחלק הירושלמי בהיקשא דויצאה והיתה בין קידושי כסף לקדושי שטר נראה דש"ס דילן אינו מחלק בכך דבר"פ המגרש דאמרו דחוץ לא מהני בקידושין ומשום היקשא דויצאה והיתה ע"ש ומשמע בין בקידושי כסף בין בקידושי שטר. וכן משמע פ' השולח (דף מ"א) בהא דתניא המשחרר חצי עבדו רבי אומר קנה וחכ"א לא קנה אמר רבה מחלוקת בשטר דר' סבר והפדה לא נפדתה או חופשה לא ניתן לה מקיש שטר לכסף מה כסף בין כולו בין חציו אף שטר נמי בין כולו בין חציו ורבנן יליף לה לה מאשה מה אשה חצי' לא כו' אבל בכסף ד"ה קנה פדוי' ואינה פדוי' ורב יוסף אמר מחלוקת בכסף דר' סבר והפדה לא נפדתה פדוי' ואינה פדוי' ורבנן סברי דברה תורה כלשון בני אדם וע"ש:

ומשמע דאי לאו קרא דפדוי' ואינה פדוי' אמרינן אפי' בכסף חצי' לא ואע"ג דלה לה מאשה לא גמרינן אלא שטר אע"כ דאי לאו קרא דפדוי' ואינה פדוי' הוי ילפינן כסף משטר ומש"ה רב יוסף אליבי' דרבנן דלית ליה פדוי' ואינה פדוי' ומשום דקרא לא מיירי מזה ממילא כל חירות שבה אינו בחציו. וא"כ ה"ה בקידושי אשה כיון דבשטר חצי' לא ה"ה בקידושי כסף והא דלא מהני מחובר בשטר וגבי כסף מהני מחובר כבר כתב הר"ן רפ"ק דקידושין [א,ב, מדפי הרי"ף] משום דקידושי כסף אינו אלא משום הנאה ע"ש. אבל דינים שנמסרו לגוף הגט או לקדושי שטר איתקשו כולהו הויו' אהדדי וכדאמרינן בפ' המדיר (דף ע"ז) [עד,א] והרי קידושי ביאה דליתי' ע"י שליח ומשני דכולהו הויו' איתקוש אהדדי וא"כ צריך לומר הא דפשיטא להו בגמ' בנדרים היום את אשתי ולמחר אי [את] אשתי דלא נפקא בלא גט ואע"ג דגבי גט מספקא לי' לש"ס בפ' המגרש ואיתקש הוי' ליציאה, היינו משום דגבי גט דלא מהני מהיום אי את אשתי ולמחר את אשתי אינו אלא משום דהוי שיור וליומא שפיר מגורשת אי לאו שיורא אבל בקדושת הגוף דלא פקעה בכדי והוי הקדש לעולם וה"ה קידושין הוי לעולם ולא איתקש הוי' ליציאה אלא דמה דהוי שיור בזה הוי שיור נמי בזה אבל בקידושין ליכא שיור כלל כיון דלא שייר מידי דהא נמשך קידושי לעולם ממילא וכאומר הרי את מקודשת לי לעולם ודו"ק ועיין לעיל סי' ל"א ס"ק (י"ג) [כ"ב]:

ס"ק ו

אבל אם מת השני. בירושלמי [פ"ג ה"א] אי' שאם מת השני והניח אח מאחר שזקוקה ליבם לא חלו קידושין של ראשון. וכתב הרמב"ן [קידושין נח,ב] דהירושלמי סובר דאין קידושין תופסין ביבמה, אבל לדידן דקי"ל דיבמה שנתקדשה צריכה גט אף כאן אין הזיקה מונעת לחול קידושי ראשון והובא בר"ן פרק האומר [כג,ב, מדפי הרי"ף] ע"ש:

ונסתפקתי אם זקוקה היא ליבום וחליצה כיון דקידושי ראשון תופסין בה והרי היא איסור ערוה ליבם באיסור אשת איש ונפקא בלא חליצה מיהו הא דיבמה שנתקדשה צריכה גט אינו אלא מחמת ספק אם קידושין תופסין בה או לא וא"כ ודאי לא נפקא בלא חליצה דספק קידושין אין תופסין ביבמה וא"כ עדיין זקוקה ליבום וחליצה ואפי' למ"ד קידושין תופסין ביבמה בודאי, נמי לא נפקא בלא חליצה כיון דקידושי ראשון לא חיילי אלא לאחר שלשים והיא כבר זקוקה ליבם קודם גמר קידושי ראשון:

אמנם נראה דלמ"ד קידושין תופסין ביבמה בודאי, דאינה זקוקה ליבום וחליצה מהא דאמרינן בפ' ב"ש [יבמות קט,ב] בהא דאמר ר' גמליאל בשני אחין נשואין לשתי אחיות אחת קטנה ואחת גדולה ומת בעלה של גדולה תמתין עד שתגדיל ותצא הלזו משום אחות אשה בעא מיני' רבי אליעזר מרב מ"ט דר"ג משום דקסבר קידושי קטנה מתלי תלי וכי גדלה גדלו בהדה ואפי' דלא בעל או דלמא משום דקסבר המקדש אחות יבמה נפטרה יבמה והלכה לה ושם בתוס' ד"ה וכי גדלה ז"ל ואפי' סבירא לן מקדש אחות יבמה לא נפטרה יבמה מ"מ היכא שהקידושין היו באין ממילא נפטרה יבמה מעצמה עכ"ל. וה"נ כיון דלאחר שלשים הקידושין באין ממילא ונעשית אשת איש נפטרה מחליצה ויבום כמו היכא דנעשית אחות אשה ממילא אך קשה דלפ"ז הא תנן חמש עשרה נשים פוטרות [צרותהן] והא משכחת ט"ז היינו אשת איש שנעשית לאחר מיכן:

ס"ק ז

מעכשיו ולאחר שלשים. ר"פ האומר [נט,ב] בגמ' שם לרב דמספקא לי' אי תנאה אי חזרה ופירש"י אי תנאה אם לא אחזור תוך שלשים וע"ש והרמב"ן פי' אי תנאה הוי אי יחי' שלשים ועיין ב"ש כתב בשם הרשב"א בתשובה סי' תש"ז שפי' ג"כ תנאה אם יחי' שלשים ע"ש והרשב"א בחידושיו כתב להיפך ע"ש שכתב על דברי הרמב"ן ולא ירדתי לסוף דעתו כו' דאדרבה יותר בכלל הלשון הוא החזרה:

וברש"י שם (דף נ"ט ע"ב) ד"ה ושמואל אמר אינה בספיקא אלא עד שלשים יום שמא ימות הראשון ולא יגמרו הקידושין ונמצאו קידושי שני חיילי למפרע עכ"ל נראה מזה כפי' הרמב"ן דאל"כ הי' לו לפרש בספיקא עד שלשים שמא יחזור בו ושם ברש"י ד"ה לשמואל פשיטא לי' דתנאה הוי ז"ל הלכך כל שלשים יום הוי קידושין שמא יחזור בו משלשים יום ואילך גמרו עכ"ל עד שנראה מזה עוד טעמא דחזרה ומ"ט לא מפרש רש"י בתחלה משום חזרה:

והנה נראה נ"מ בין פי' רש"י דתנאה אם לא יחזור ובין פי' הרמב"ן דתנאה אם יחי' שלשים דלרמב"ן אם ימות תוך שלשים לא הוי קידושין ולפרש"י תנאה בחזרה והא לא

חזר בו וכדאמרינן בפ' האומר (דף ס"ג) בע"מ שלא ימחה אבא תוך שלשים ומת האב תוך ל' דמקודשת כיון דלא מיחה ומה לי מחאת האב או מחאת עצמו ואין לומר דלפי' רש"י תנאה דחזרה היינו אם ירצה תוך שלשים דהא לא הזכיר רש"י כלל ריצוי רק חזרה: ולכן נראה מדחזינן דרש"י פי' פעם בתנאה דשלשים משום חזרה ופעם כתב אם ימות דרש"י נמי ס"ל לדינא דאם מת תוך שלשים לא הוי קידושין ואין הטעם משום דתנאה דשלשים שניהם בכלל חזרה ומיתה, דהא הרשב"א כתב בחידושיו שאין בלשון התנאי כלל אם יחי', אלא הא דאם מת תוך ל' דלא הוי קידושין אפי' לפי פרש"י דתנאה הי' אם לא יחזור היינו לפי מ"ש הרשב"א בחידושיו ז"ל דכי קאמר מעכשיו ולאחר שלשים כאומר מעכשיו תהא מקודשת ובלבד שכל שלשים יהיה ברשותי לבטלן כענין האומר הרי את מקודשת לאחר שלשים יום שרוצה להמלך כל שלשים אם יבטלם עכ"ל. וכיון דהי' התנאי שיהיה ברשותו כענין האומר לאחר ל' וא"כ כי היכי דאומר לאחר שלשים יכול לחזור בו ה"ה נמי אם מת תוך שלשים נתבטלו הקידושין כיון שהתנה שיהי' מקודשת מעכשיו באופן שיהיה בדין קידושין לאחר שלשים וא"כ לפ"ז גם לפי' רש"י נמי אם מת תוך שלשים לא הוי קידושין:

ס"ק ח

קידושי כולם תופסים בה. בפ' האומר [קידושין ס,א] ר' יוחנן אמר קידושי כולם תופסין בה דרווחא שביק. והר"ן [נד,ב מדפי הרי"ף] כתב שם דלדברי הפוסקים כר' יוחנן דשיורא הוי, המקדש בשטר מעכשיו ולאחר שלשים יום צריך שיהיה השטר קיים לאחר שלשים שאע"פ שמעכשיו מתחילין הקידושין לחול אינן קונין קנין גמור עד אחר שלשים וכדאמרינן בירושלמי דכל שלשים קונה ואין קונה לאחר שלשים קונה קנין גמור, הלכך בעינן שיהי' השטר קיים וברשותה בשעה שגומר קניינו אבל בכסף לא צריך דהא קיי"ל האומר לאשה הרי את מקודשת לאחר ל' יום מקודשת אע"פ שנתאכלו המעות עכ"ל וכ"כ התוס' בפ' (הכותב) [האשה שנפלו פב,א, ד"ה הא] דלר' יוחנן במשוך פרה מעכשיו ולאחר שלשים צריך שיהיה הפרה עומדת באגם ואם עומדת בר"ה לסוף שלשים לא קנה ע"ש:

והר"ן שכתב שצריך שיהי' השטר קיים ברשותה לא אתי לאפוקי אלא רשות הרבים אבל סימטא מהני כמו דמהני במשוך פרה. ואיכא למידק כיון דבר"ה לא קנה וכן בגיטין וקדושין אם השטר ברה"ר לא קנה וא"כ סוף הקנין אינו נגמר אלא לאחר שלשים והיכן מצינו קנין בע"כ כיון שחוזר בו וכן בקידושין אם האשה צווחת לא בעינא איך נעשה הקנין בע"כ ואע"ג דהכסף ברשותה כיון דחוזרת בה ומה לי תחלת קנין ומה לי סוף

קנין הדין נותן שיהי' רצונה מתחלה ועד סוף כיון דבעינן רשותה לקנין והיא אינה רוצה שתקנה לה רשותה, ואין לומר דכן הוא ומצי' חוזרת א"כ היכי משכחת להא דר' יוחנן דקידושי כולם תופסין בה כיון דקבלה קידושין מאחר הרי חוזרת מראשון, ונראה דכה"ג באומר מעכשיו ולאחר שלשים דכבר התחיל בקניינו הוי לי' מעשה ושוב לא אתי דיבור ומבטל מעשה דהא לאחר שלשים גרידא פליגי ר' יוחנן וריש לקיש וסובר ר"ל דלא מהני חזרה דלא אתי דיבור ומבטל מעשה וטעמא דר' יוחנן דדיבור ודיבור היא כדאי' פרק האומר [נט,ב] וכל כה"ג דהתחיל בקנינו ה"ל מעשה ממש ומודה ר' יוחנן דלא אתי דיבור ומבטל מעשה:

אך קשה הא תינח חזר בדיבור אבל כל שנתקדשה לאחר דה"ל נמי מעשה דהא אפילו לריש לקיש דס"ל במקדש לאחר שלשים דלא מהני חזרה ומשום דלא אתי דיבור ומבטל מעשה מודה בנתקדשה לאחר ומשום דה"ל מעשה ומוציא מידי מעשה א"כ ה"נ דנתקדשה לאחר נימא דמוציא מידי מעשה:

אמנם בחידושי הרשב"א [קידושין ס,א] ראיתי שכתב להקשות בזה שאמרו דאין נגמר אלא לאחר שלשים דא"כ אם מת בתוך שלשים לא תהא זקוקה ליבם, ואם נקרע שטר קידושין קודם שלשים לא תהא מקודשת כו' ועוד דגמרא לא נסיב טעמא משום מתחיל וגומר אלא כל חד וחד רווחא שביק לחברי' כלומר שייר בה זמן שיחולו גם קידושי אחרים ע"ש:

ולפי שיטתו לר' יוחנן במעכשיו גומרין הקידושין תיכף אלא דשייר רווחא שיחולו גם קידושין אחרים. וע"ש שכתב הרשב"א כדברי הראב"ד דר"י ס"ל דלא כר' אבא דאמר בקידושין לא מהני שיור בפ' המגרש ור' יוחנן ס"ל דמהני שיור בקידושין:

ולכן נראה דהירושלמי דס"ל קונה ואינו קונה כל שלשים ממילא נמי בעינן שיהי' עומד ג"כ ברשותה סוף שלשים ויכולה נמי לחזור בה אלא הא דקדושי כולם תופסים בה ולא הוי חזרה משום דס"ל להירושלמי דקידושין שקבלה מאחר לא הוי חזרה וכי מת שני תוך שלשים מקודשת לראשון וכן דעת הרמב"ם והר"ן. אבל הרשב"א לשיטתו דכתב דגמרא דידן לא ס"ל הכי אלא ס"ל כיון דנתקדשה תוך שלשים הוי חזרה א"כ ממילא צריך גמרא דידן לומר הא דקדושי כולם תופסין בה משום דרווחא שביק לפי שאי אפשר לומר דקונה ואינו קונה דא"כ אמאי קידושי כולם תופסין בה הא הוי חזרה ודו"ק:

ס"ק ט

כולם תופסין בה. ולרב נמי איכא למיחש דלמא קמא לחזרה איכוין והשני לתנאה. ועיין ב"ש שכתב נ"מ דיכול לגרש מיד דהא הקידושין חלין מיד לר' יוחנן ולהנך פוסקים

דפסקו כרב דאמר ספק הוי אם תנאה אם חזרה אינו יכול לגרש מיד שמא תנאה הוי ועדיין לא חלו הקידושין כ"כ הרשב"א בתשובה סי' תש"ז כו' מיהו נראה הרא"ש לא ס"ל כן כו' ע"ש. ונראה טעמא דרשב"א דלא מהני גט אע"ג דאיגלאי מילתא למפרע שנתקיים התנאי לפמ"ש תוס' בפ' החולץ [לה,ב, ד"ה תיגלי] גבי חליצת מעוברת דקי"ל דלא שמי חליצה ולא אמרינן איגלאי מילתא למפרע דכיון דספק זה אינו ראוי להתברר עכשיו שאי אפשר לידע עתידות אבל בספק דלעבר שפיר מהני כיון דאפשר לידע עכשיו וע"ש. וא"כ ה"נ לא מהני הגט בקידושין על תנאי ואע"ג דבתר שנתקיים התנאי איגלאי מילתא למפרע דהגט הי' בהכשר מ"מ כיון דבשעת נתינה אין יודעין עתידות לא מהני דחליצה וגט שוים הם:

שוב ראיתי במ"ל בפ"ו מגירושין [ה"ג] הביא ג"כ ראיה מחליצה לגט לענין זה. ובש"ע סי' ל"ח סעי' ל"ו באומר התקדשי לי ע"מ שאתן לך מנה ואח"כ אומר שאינו רוצה לקיים תנאו לעולם קידושין בטלים מיד ואינה צריכה גט ומכל מקום בעל נפש לא ישאנה בלא גט שמא אח"כ ירצה לקיים תנאו לקלקלה על השני והובא בטור שם בשם הרמ"ה. ומזה משמע דמהני גט היכא דתנאי בקידושין אע"ג דעדיין לא נתקיים התנאי בשעת נתינת הגט. וכן בטור סי' ל"ח בשם הרמ"ה בקידש ע"מ שירצה אבא כו' ואם אמר ע"מ שיאמר הן כתב הרמ"ה מתי שיאמר הן מקודשת אפי' אמר תחלה לא הלכך לעולם הוי ספק עד שימות האב. ואם מת הבן אפי' אמר האב אינו רוצה או חולצת או מתיבמת אבל לא מיפטרה בלא חליצה דילמא הדר אמר אין ומקיים תנאה ע"ש ומזה נמי נראה דה"ה לחליצה [דמהני] קודם קיום תנאי דקדושין:

ובמשנה למלך שם הקשה על דברי הרמ"ה גבי חליצה מהא דאמרינן בפ' החולץ גבי חליצה מעוברת איגלאי מילתא למפרע לא אמרינן וא"כ גבי תנאי נמי אפי' נתקיים התנאי לא אמרינן איגלאי מילתא למפרע וע"ש. והנה לכאורה נראה לפמ"ש המ"ל טעמא דרשב"א גבי גט דלא מהני קודם קיום התנאי דקידושין משום דלא אמרינן איגלאי מילתא למפרע. א"כ כה"ג בקידושין שאחר תנאי בגט ועדיין לא נתקיים התנאי דלא מהני הקידושין כיון דבשעת הקידושין עדיין לא נתברר הגט:

אמנם זה שמעינן ממתניתין דכה"ג מהני בקידושין ע"ש פ' מי שאחזו (דף ע"ג) לא תתיחד עמו אלא בפני שנים ופירש"י זה שנתן גט ואמר מהיום אם מתי לא תתיחד עמו דילמא יבא עליה לשם קידושין וצריכה גט שני וכן כתבו תוס' וע"כ מגורשת למפרע משום דגמ' תלי בחשש קידושין ולא משום גט ישן אלמא דהגט משעת נתינה וא"כ מבואר להדיא

דמהני קידושין בתר גט על תנאי אע"ג דעדיין לא נתקיים התנאי דהתם מיירי בגט תנאי שאמר היום אם מתי מחולי זה ע"ש:

ולכן נראה בטעמא דרשב"א דלא מהני גט בקידושי תנאי דאינו משום איגלאי מילתא למפרע לא אמרינן וכדעת המ"ל. דבחידושי רשב"א ר"פ החולץ יש לו שיטה אחרת בהאי דחליצת מעוברת ז"ל הא דפריך ר"ל אמאי יקיים יחזור ויקיים כו' וא"ת והא משמע יקיים ופטורין מקרבן ואם איתא דביאת מעוברת לא שמיה ביאה ה"ל אשת אח שלא במקום מצוה וי"ל דאע"ג דלא שמה ביאה לפוטרה היינו משום דכתיב ובן אין לו עיין עליו בעיונא בעלמא מ"מ כיון שהפילה ואיגלאי מלתא דזקוקה לו משעה ראשונה לא הוי עליו כאשת אח שלא במקום מצוה שאם אין אתה אומר כן לריש לקיש יבמה שהפילה איך מתיבמת והלא בשעת נפילה אין אתה קורא יבמה יבא עלי' והרי היא כאשת אח שיש לה בנים אלא דטעמא כדאמרן שלא נאסרה עליו לגמרי אלא שצריכה להמתין עד שנדע אם הוזקקה לו אם לאו וכשהפילה נודע שהוזקקה עכ"ל. הרי מבואר דטעמא דלא מהני חליצת מעוברת משום דכתיב ובן אין לו עיין עליו, ומהאי טעמא ניחא הך דהרמ"ה גבי חליצה דמהני בקידושי תנאי אע"ג דלא נתקיים התנאי בשעת חליצה דעיין עליו לא כתיב אלא בבנים ובן אין לו עיין עליו ולא בשאר מילי:

ובגט דלא מהני קודם שנתקיים התנאי מהקידושין נראה לפי מה שכתב הרמב"ם בפ"ח מגירושין [ה"ד] דאין כותבין תנאי בגט ואפי' בע"פ אינו רשאי להזכיר תנאי קודם הכתיבה וע"ש מ"ש הרה"מ בטעמא דהוי משום ברירה ולא כרות גיטא הוי ע"ש, וא"כ ה"ה הכא שהי' תנאי בקידושין א"כ גוף כתיבת הגט תלוי בתנאי דאם לא יתקיים תנאי הקידושין אין זה גט כלל ומש"ה אף דנתקיים התנאי לבסוף הוי הכתיבה בפסול דאין ברירה בכתיבת הגט וא"כ בקידושין כה"ג שנתן קידושין לאשה שנתגרשה על תנאי ועדיין לא נתקיים התנאי מהני הקידושין וכמו שהוכחנו מהך מתניתין דלא תתייחד עמו ומשום דבקידושין מהני תנאי ועמ"ש בסי' ל"א ס"ק (י"ג) [כ"ג]:

ס"ק י

וצריכה גט מכל א' וא'. בב"י שם הביא סוגיית הגמ' דרב ס"ל באומר מעכשיו ולאחר שלשים הוי ספיקא ור' יוחנן ס"ל אפי' הן מאה קידושין תופסין בכולן וע"ש שכתב לענין הדין שניהן שווין דצריכה גט מכולן ואין נפקותא לדינא רק בטעמא ע"ש. ובט"ז כתב ז"ל ומו"ח ז"ל כתב דיש נ"מ לדינא דלריו"ח בכולם קידושי דאורייתא ואי מיית חד מינייהו והיא ערוה לאחים פוטרת צרתה מחליצה ויבום אבל לרי"ף [דפסק כרב] דקדושי ספק הן אין פוטרת צרתה מחליצה ויבום וכתב על הב"י דכתב דאין נ"מ לדינא דתקפה עליו

משנתו בזה. ואני אומר דמ"ש הוא דיש נ"מ לענין פטור מחליצה ויבום תקפה עליו משנתו דודאי אינה פוטרת מחליצה זו האשה דהא אסורה לו לאחיו שקידשה להיות לו לאשה כיון שהיא תפוסה לאנשים אחרים ג"כ בקדושיהן ממילא לענין פטור הצרות הוי כאלו זו לא היתה אשתו של אחיו המת כמפורש לקמן סי' קע"ג סעיף ד' דאם היתה היבמה באיסור על הבעל אינה אשתו ואינה פוטר' הצרה שלה מחליצה וע"ש עכ"ל:
ושותא דמרן הט"ז לא ידענא דהתם בסי' קע"ג שהיתה היבמה באיסור ערוה לבעל כגון אמו או בתו דאין קידושין תופסין בה ואינה אשתו כלל אבל הקידושין דהכא תפסי בה לר' יוחנן וה"ל אשת אחיו, ודאי פוטרת צרתה וכן אמרו [תוס' יבמות י,א, ד"ה לעולם] בפשיטות דלר"י משכחת לה אשת שני מתים וזה פשוט:
עוד כתב הט"ז שם ז"ל אבל באמת תקפה על הרב רבינו ב"י משנתו דלא דק דהא יש נ"מ רבתא בין ר"ח שפסק כר' יוחנן ובין הרי"ף שפסק כרב דהיינו אם אומר בפירוש אני מקדש מעכשיו ובתנאי שתמתין לי שלשים יום דלרב פשיטא שהיא מקודשת לראשון ולא לאחרונים כלום עלי' דהא אין כאן חזרה אבל לר' יוחנן אפי' בזה דהוי תנאי קידושי כולם תופסין בה דהא כל אחד שבק רווחא לחברי' ותמהני על הגאונים איך נעלם מהם דבר מפורש כזה עכ"ל. גם בזה דברי הט"ז שגבו ממני דודאי גם לר' יוחנן היכא דמפרש לה בתורת תנאי להדיא אינו אלא תנאי ואין לאחרונים כלום דר"י לא אמר אלא באומר מעכשיו ולאחר שלשי' דהוי שיורא אבל באומר מעכשיו ובתנאי שתמתין שלשים אינו אלא כשאר תנאים ואינה מקודשת אלא לראשון גם זה פשוט ועיין בס' קצה"ח סי' רנ"ח סק"א:

ס"ק יא

[הנותן שתי פרוטות לאשה. בפ' האומר (דף ס"ב) אמר ר' יוחנן כל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי ופריך ואלא הא דאמר ר' אושעיא הנותן פרוטה לאשה ואמר לה הרי את מקודשת לי לאחר שאגרשך אינה מקודשת ה"נ לר' יוחנן הוי קידושין נהי דבידו לגרשה בידו לקדשה תיפשוט הא דבעי ר' אושעיא הנותן שתי פרוטות לאשה באחת אמר לה התקדשי היום ובאחת אמר לה התקדשי לאחר שאגרשיך תפשוט מיני' דלא הוי קידושין ופי' רש"י משום דלאו בידו לקדשה לאחר שיגרשנה ומשני דלמא כי היכי דתפסי קידושי השתא תפסי נמי לאחר כן. ופי' רש"י אבל המקדש אשתו לא חזיא השתא למתפס קידושין שהרי מקודשת ועומדת היא ולא איפשטא, והרמב"ם כתב ספ"ז מאישות (הי"ד) דמקודשת. וכתב הר"ן פ' האומר [כו,א, מדפי הרי"ף] בשם הרשב"א [ד]איפשטא מדוכתי' אחרית' והיינו מפ' אעפ"י (דף נ"ט) דאמרינן באומר לחבירו שדה

זו שאני מוכר לך לכשאקחנה ממך תקדש דקדשה אלמא כל שבידו עכשיו להקדישה אעפ"י שיבא בנתיים שלא יכול להקדישה, ואף כאן כל ששניהם רוצין עכשיו ובידם להתקדש לעולם אעפ"י כשנותן לה גט לא תהא ברשותו להתקדש לו כיון שעכשיו ביד שניהם שתתקדש לעולם אפי' קידושין דלאחר גירושין מהני כו', ואני חוכך להחמיר ולומר דלא איפשטא בעיא דרב אושעיא מהאי דפ' אע"פ דהתם היינו טעמא כיון שבידו להקדישו עכשיו יכול הוא ג"כ להקדישו אחר זמן לפי שאותו הקדש עצמו שהוא מקדיש לאחר זמן אף מעכשיו יכול הוא להקדישו משא"כ בקידושי' שאותם קידושי שניים אי אפשר להם שתחול עכשיו שהרי היא מתקדשת קידושי ראשונה דבבת אחת הוא נותן שתי פרוטות הללו ואומר כן ואיכא למימר דקידושי שניי' שלאחר גירושין לא חיילי עכ"ל, וכ"כ הר"ן בנדרים (דף כ"ט) ונראה מזה דאם לא נתן לה אלא פרוטה אחת ואמר לה התקדשי לי לאחר שתתקדש לאחר ותתגרש דמקודשת דבזה גם הר"ן מודה דהרי זה דומה לאומר שדה זו שאני מוכר לך לכשאקחנה ממך תקדש כיון דהשתא פנוי' היא ויכול לקדשה היום ואע"ג שיבא בנתיים זמן שלא תוכל להתקדש וממילא דה"ה כשתתקדש אח"כ לדידי' עצמו כבר חיילי קידושין הראשונים לאחר שתתגרש. וכן נראה מבעי' דרב אושעיא דבעי לה בנותן שתי פרוטות אבל בחד פרוטה לאחר שתתקדש ותתגרש מהני וכמ"ש אלא דוקא בשתי פרוטות הוא דבעי לה ומשום דכיון דבבת אחת מקדשה א"כ קידושי ראשונה מונעין מלחול קידושי שני' וכמ"ש הר"ן:

ס"ק יב

והוכר העובר הבת מקודשת. והוא דעת הרמב"ם פ"ז מאישות [הט"ז] וע"ש בלחם משנה שהקשה מהא דכתב הרמב"ם המזכה לעובר לא קנה ע"ש שהניח בקושי' וכבר כתבנו בישוב דברי הרמב"ם בספר קצה"ח סי' ר"ט סק"א ובסי' ר"י סק"ב שם כתבנו לחלק בין קדושת הגוף דחייל גם בדשלבל"ע. וכעת עוד יש להוסיף ראי' מהא דאי' בספרי זוטא פרה שלא יקחו עגלה ויגדילו ואמרו שם מעשה שלקחו פרה עוברה אדומה מבין הכותים והי' משמרים אותה עד שהי' יולדת אם הי' ולד נקיבה כשירה ובזה מפרש לה ר' יצחק מסיפונט בהא דפליגי' ר' אליעזר ורבנן רפ"ב דפרה ר' אליעזר אומר פרת חטאת המעוברת כשירה וחכמים פוסלין דהא דפליגי גבי פרה מעוברת לאו באם מיירי אלא בעובר אם כשר לפר' משום דכתיב ויקחו אליך פרה דבעינן פרה בשעת לקיח' לאפוקי האי דעובר היא והובא בתוס' פ"ב דבבא מציעא דף ל' ד"ה אף עובר דניחא לי' ע"ש ומבואר להדיא דמהני קדושת עובר לפרה אדומה ופרה אינו אלא קדושת בדק הבי' ואפי' רבנן דפסלי אינו אלא משו' דבעי' פרה בשע' לקיח' ואפי' אח' שיולד ל"מ משו'

דבעי פרה בשע' לקיח' הא ל"ה הי' מועיל אפי' בעובר ועיין בפר' פרה מתני' ו' דקי"ל פרה קדושת בדק הבית ומוכח דאפי' היכא דליכא קדושת הגוף חייל בעובר ובקצה"ח הוכחנו מכמ' משני' דעוב' קדו' ע"ש:

ס"ק יג

הבת מקודשת בפר' האומר דף ס"ב בהא דתנן אם ילדה אשתך נקיבה תהא מקודשת לי לא אמר כלום אמר ר' חנינא ל"ש אלא שאין אשתו מעוברת כו' ומייתי נמי הא דתניא יתר על כן אמר ר"א בן יעקוב הי' לו פירות מחוברים ואמר פירות אלו יהי' תרומה על אלו לכשיבאו שליש כו' אמר רבא ל"ש אלא בשחת אבל באגם לא ורב יוסף אמר אפילו באגם כמאן אזלא הא דתניא אם ילדה אשתך נקיבה כו' אי כרבה כשהוכר עוברה אי כרב יוסף אעפ"י שלא הוכר עוברה ולכן דעת הרמב"ם דהוכר עוברה מקודשת: אבל הר"ן חולק בזה ומשום דקי"ל כרבנן דסברי אפי' הוכר עוברה אינה מקודשת וכן דעת הראב"ד וע"ש. והנה הרמ"א בח"מ סימן ר"ט סעיף א' פסק אם חנטו הפירות מיקרי בא לעולם ע"ש. ובספר בני יעקב תמה על דברי הרמ"א הא כיון דבהוכר עוברה דעת הראב"ד דאינה מקודש' וכן דעת הר"ן ואף הרב בעל המפה באע"ה סימן ט' כתב מחלוקת בזה יש סוברים דאינה מקודשת ואיך כתב כאן לדבר פשוט דאם חנטו הפירות הוי דבר שבא לעולם כו'. וכיון שכן יש להפליא הפלא ופלא על הרב בעל המפה כו' ומה שמחלק הסמ"ע בין הוכר עובר לחנטו הפירות ומשום דעובר מכסיא והוי לי' דשבל"ע אבל חנטו הפירות מגליין ה"ל בא לעולם ע"ש הרי בש"ס מדמה אהדדי דהא אמרו כמאן אזלא הא דתניא אם ילדה אשתך נקיבה כו' אי כרבה כשהוכר עוברה אי כרב יוסף אעפ"י שלא הוכר והרי מדמה עובר לפירות לא אמרינן עובר מכסיא פירות מגליין ע"ש שהאריך. והנה מ"ש בני יעקב ואף הרב בעל המפה באה"ע סימן מ' כתב מחלוקת בזה דיש סוברים דאינה מקודשת דבר זה לא הוזכר ברמ"א ובטור בשם הרמ"ה הוא שכתב דאפי' הוכר עוברה אינה מקודשת: ובעיקר הקושי' כתבנו בקצה"ח סימן ר"ט סק"ב והוא דמ"ש הסמ"ע לחלק בין עובר דמכסיא לפירות דמגליין הוא מוכרח דהא חזינן בעובר לדעת הפוסקים דמוכר עובר פרתו לא קנה ואפי' הוכר עוברה מוכח דאפי' אותו המיעוט שכבר נתהוו אינו נקנה מדכתבו תוס' והרא"ש רפ"ק דבכורות גבי מכירת עובר לאפקועי מבכורה דצריך למכור פרה לעוברה דאל"כ הוי לי' דשלבל"ע. ואי נימא דיכול למכור את העובר במה שבא לעולם קצתו א"כ ה"ל שותפות נכרי ופוטר וע"כ צ"ל דעובר ליתא כלל במכירה ואפי' במה שבא כבר לעולם ואלו בחנטו פירות ודאי מה שחנט איתא במכירה מה שגדל דיהי' מה שיהי' מה דאי' בעולם איתא במכירה אלא דנוכל לומר דבחנטו

הפירות אינו במכירה מה שיגדל אח"כ. כיון דאינו אומר דקל לפירות הוי לי' המותר מה דאתי ורבו אח"כ מהאילן דגופו של מוכר וכהאי דאמרינן בפ' י"נ דף קל"ט גבי מת האב והניח פירות מחוברין ע"ש ובטור וש"ע ח"מ סימן רנ"ז וה"נ יתן המוכר ללוקח את הדמי' כפי מה שהי' שוין הפירות בשעת חנטה ועכ"פ מה שגדל כבר לפנינו מוכרחין אנו לחלק בין עובר לפירות והוא דבמה שכבר גדל בעובר לא מהני ובפירו' חונטין מהני ומה דהוי הוי לא יהא אלא עלין בעלמ' אותנהו במכיר' וא"כ ממילא מוכרח לחלק בין עובר לפירות דעובר מכסיא והני מגליין. וא"כ מה"ט נמי הוא דמחלקין גם במה דאתי ורבי אחר כך והוא דכיון דחנטו הפירות עכ"פ מה דאיתנהי בעולם איתא במכירה וחשיב בא לעולם מהני ליה לגמרי גם למאי דאתי ויגדיל אחר כך ותו לא הוי דבר שלא בא לעולם. אבל עובר כיון דאפילו למה שכבר בא לעולם לא מהני ומשום דמכסיא מכ"ש דלא מהני למה שיגדיל אחר כך ולפי"ז ניחא הא דבש"ס מדמה עובר לחנטו הפירות דהתם בתרומה כיון דכל זמן שלא הביא שליש ליתי' כלל בדין תרומה אפילו מה דבא לעולם ואפ"ה ס"ל לר' אליעזר בן יעקב דמהני לכשיבא שליש וע"כ משום דס"ל כיון דמינכר קצת תו לא הוי דשבל"ע אע"ג דהשתא לא חזי מידי לתרומה אפי' מה דאי' בעולם וכיון דאינו אלא משום דמינכר א"כ מה"ט עובר נמי חשיב בא לעולם כל דמינכר העובר אבל לדידן טעמא דחנטו הפירות הוי משום דאיתנהו עכשיו במכיר' עכ"פ במה שגדל ומש"ה. חשיב לי' כדבר שבא לעולם ומהני אף למה שיגדל אח"כ אבל בעובר כיון דמכסימן וליתא במכירה אף במה דכבר בא לעולם א"כ ה"ל השתא לא בא לעולם כלל וליתנהו במכירה אע"ג דמינכר דלדידן לית לן כראב"י דס"ל מינכר מהני דהא גבי תרומה קודם שהביא שליש לאו כלום הוא אפי' מה דכבר גדל וכיון דס"ל דמינכר מהני לדבר שלבל"ע א"כ ה"ה בעובר כיון דמינכר מקודשת אבל אנן לא ס"ל כראב"י וכמ"ש הר"ן וא"כ מינכר לא מהני ובתרומה נמי לא מהני קודם שהביאו שליש אלא במכיר' שפיר מהני חנטו ומשום דכיון דמהני מכירה למה שכבר גדל כיון דישנו בעולם מהני מכירה לגמרי אפי' למה שיגדל אח"כ ובעובר לא מהני מכירה אפי' למה שגדל משום דמכסיא וכמ"ש הסמ"ע ועיין בס' קצה"ח בזה באורך. אמנם בעיקר הדין שכתב הרמ"א בח"מ סימן ר"ט דאם חנטו הפירות הוי בא לעולם והוא מפי' רש"י בפ' איזהו נשך דף ס"ו שכתב בפלוגתא דרב הונא ורב נחמן במוכר פירות דקל דהיינו קודם שחנטו ומשמע דאחר שחנטו הוי בא לעולם וכעת מצאתי דעדיין מידי ספיקא לא נפקא דאינו נראה כן מדברי הריטב"א בחידושיו פרק האיש מקדש דף נ"ז שם הבמ"ע דיהי' לי' כשהו' סמדר ולא כר"י דאמ' סמדר אסו' בערל' מפני שהו' פרי וכ' עלה הריטב"א ז"ל וכ"ת ולוקמי'

אפי' כר"י ובדיהי' לה מקמי דליהוי סמדר איכא למימר דבעינן לאוקמי כרבנן דהלכתא כוותיהו א"נ מקמי סמדר לא חשיבי מידי וכפירות שלא בא לעולם חשיב ולא מצי קני להו לרבנן ואע"ג דהא ר' מאיר היא לא בא לאוקמי שהאי פלוגתי' דלית הלכתי' כר"מ כן נראה לי עכ"ל ומבואר דמקמי סמדר אעפ"י שחנטו ה"ל דשלבל"ע וכ"כ בתוס' רי"ד ז"ל כגון דיהיב לה כשהי' סמדר ולא כר' יוסי פי' ואין לומר דיהיב לה קודם סמדר שעדיין לא בא לעולם ואין לומר דיהיב הגפנים גופייהו דא"כ היינו בין שהוא משלו עכ"ל, ובחידושי הרשב"א שם ז"ל הבמ"ע בדיהיב לה כשהוא סמדר ודלא כר"י ופי' רש"י בלשון ראשון דמש"ה לא אמר בדיהב לה מקמי דלהוי סמדר דבא לאשמועינן אגב אורח' דליתי' לדר' יוסי ובלשון שני פי' רש"י ומקמי דלהוי סמדר אי אפשר לאוקמי דאפי' ר"מ דאמר אדם מקנה דשבל"ע לא אמר אלא היכא דודאי אתי אבל הכא מי יימר דאתי ותמיהא לי דהא מוכר פירות דקל ואפי' קודם חנטה לר"מ קנה וקרי לי' עבידי דאתו דממילא קא אתי וכ"ש הכא דלאחר חנטה קודם שהגיע לסמדר דעבידי דאתו ולר"מ קנה כו' ומסתברא דלשון ראשון עיקר עכ"ל ומדכ' דלאחר חנטה קוד' שהגי' לסמדר דעבידי דאתו דלר' מאיר קנה ומשמע אבל לרבנן לא קנה קודם סמדר וכיון דלהרשב"א והריטב"א ותו' רי"ד אחר חנטה לא מהני מאן ספין ומאן רקע להוציא מן המוכר מחזקת ממון דידי' ולכן דברי רמ"א בח"מ צ"ע:

סימן מא

סעיף ב

ס"ק א

או שתי אחיות כאחת. פ' האיש מקדש דף נ' אמרו טעמא דשני אחיות כאחת לא הוי קידושין משום דרבה דכל שאינו בזה אחר זה גם בבת אחת אינו והובא בח"מ ע"ש. ובחידושי הרשב"א הקשה לאביי דלית לי' לרבה דהא אותיב עלה שם בש"ס א"כ מ"ט דשני אחיות דאינן מקודשת וכתב דלבתר קיבלה עוד כתב ואפשר דאביי מודה באין מסורין לביאה באשה ובתה כאחת שהאחת אוסרת ביאה השני' אלו חלו הקידושין שאינן קידושין עכ"ל והיינו דאחת משתי אחיות אין האחת אוסרת

השני' אלא מחמת ספיקא הוא דאסורה אבל גבי אשה ובתה או שתי אחיות כאחת דאוסרת אחת את שני' בודאי ה"ל קידושין שאין מסורין לביאה אפילו לאביי ובעינן כי יקח אשה ובעלה ואיכא למידק בהא דאיבעי' בפרק השולח דף מ"ג מי שחציו עבד וחציו בן חורין שקידש בת חורין מהו כו' והאי לא שייר בקניינו ותיפק לי' דהוי קידושין שאין

מסורין לביאה דחציו עבד וחציו בן חורין אסור בבת חורין דאתי צד עבדות ומשתמש באשת איש וכדאי' בפרק החולץ דף מ"ה ע"ש ואפשר כיון דהתם בחצי עבד אפי' בלא קידושין אסור בבת חורין לא הוי קידושין שאין מסורין לביאה וכמ"ש בתוס' דבחייבי לאוין קידושין תופסין אף על גב דאין מסורין לביאה כיון דלאו מחמת קידושין נאסרה ע"ש: אמנם נראה דדוקא בחייבי לאוין גרידא הוא דתפסי קידושין כיון דלא נתוסוף איסור מחמת הקידושין אבל מקדש אחת משתי אחיו' והמה חייבי לאוין לאביי לא הוי קידושין אף ע"ג דנאסרו קודם הקידושין כיון דנתוסף איסור דאחות אשה מחמת קידושין ה"ל קידושין שאין מסורין לביאה וא"כ בחצי עבד שקידש כיון דנתוסף איסור אשת איש ה"ל קידושין שאין מסורין לביאה מיהו שם בפ' החולץ לא קאי הכי ע"ש והרמב"ם בפי' המשניות כתב במקדש אשה ובת' וכן שתי אחיות שאינן מקודשת משום דרשה דלצרור ע"ש:

ס"ק ב

ואסור לבוא על שום אחת מהן כתב הריטב"א בחידושיו ז"ל צ"ע גדול דהא אי אמרינן ברירה קידושין המסורין מתחלתן הוא עכ"ל ובתוס' רי"ד ז"ל ודאי אם הי' אומר איזה שארצה היום או מחר בזה הי' לסמוך על ברירה כיון שתלה ברצונו אבל זה שקידש מתחלה מספק שלא בירר איזה קידש אין לומר שם ברירי' עכ"ל. ולא אתברר דבריו בזה דודאי למאן דאית לי' ברירה אפי' היכא דלא תלה ברצונו נמי אמרי' ברירה וכדאמרי' ביומ' דף נ"ה גבי לקחו קיניהן בשותפות ומתה אחת מהן ונישקול ארבעה זוזי ונשדינהו ואידך לישתרו משום ברירה ובתוס' תמורה דף ל' ד"ה ואידך לישתרי שהקשו דא"כ איסור שנפל בהיתר נישדינהו לחדא ואידך נשתרי כו' ואומר מורי הרמ"ר כלל גדול בדין זה דודאי כל דבר שהוברר האיסור מתחלה ואח"כ נתערב בהית' לא נסמוך כיון שהתערובת באיסור אבל הני תערובת בהיתר כי האיסור לא הי' מבורר קודם התערובת ולאחר התערובת נולד האיסור סמכינן אברירה עכ"ל. וא"כ ה"נ בקידש אחת משתי אחיות דלא הי' האיסור בתחלה נודע אלא ע"י תערובות וא"כ נימא ברירה: ונראה לענ"ד בזה כיון דאינו אומר איזה שארצה היום או מחר וקידש בתחלה בספק א"כ בשעת קידושין לא הי' קידושין כיון דאין מסורין לביאה וכיון דלא חייל בשעת קידושין א"כ אע"ג דאח"כ מברר א' מהו תו לא אמרי' היינו הך שקיד' כיון דלא הי' קידושין בשעתו אלא אם אומ' לאיזה שארצ' יהי' הקידושין א"כ בשעת קידושין תלה הדבר באיזה שירצה ה"ל קידושין וכיוצא בזה כתבנו בקצה"ח סימן ס"א ס"ק ג' גבי שני לוגין שאני עתיד להפריש דה"ל שירים נכרין בשעת הפרשה כיון דתלה התרומ' במה שעתיד להפריש

ומה שהי' עתיד להפריש יהי' שירים נכרין אבל אומר שני לוגין בתוכו תרומה אע"ג דרשאי לשתות על סמך ברירה כיון דלא הוכר האיסור וכמ"ש בתרומה דף ל' דכה"ג אמרינן ברירה עכ"פ בשעת הפרשה כיון שאינו אומר שאני עתיד להפריש לא חייל כיון דבשעת הפרשה לא הי' השירים נכרין ושוב לא מהני אח"כ ברירה וה"נ כיון דלא חיילי בשעת קידושין דלא הי' מסורין לביאה ושוב לא מהני אח"כ הברירה ולפי"ז לדידן דקי"ל קידושין שאין מסורין לביאה הוי קידושין אלא דאסור לבוא על אחת מהן משום ספק אחות אשה א"כ לאיסור שפיר מהני ברירה וכמ"ש בתמורה דהיכ' דלא הוכר האיסור מהני ברירה אלא דאנן קי"ל בדאוריית' אין ברירה ודוק:

ס"ק ג

נכריות מקודשות והוא מחלוקת בין הראשוני' אם זה דומה לקני את וחמור דקי"ל דקנה מחצה וי"א ס"ל דכאן גרע כיון שכללם בלשון אחד עיין בדבריהם ולפי"ז כלכם ואחיות נכריות מקודשות והר"ן כתב בענין אחר והו' דכיון שדרך ליקח מקח רע עם מקח טוב ביחד אם לא קנה א' לא קנה כלום ע"ש ועיין ב"ש שכתב ז"ל ואם אמר כלכם ואחת מאחיות לא הוי כקני את וחמור דהא אם היו יודעין איזה מהן קידש הוי קידושין גמורין אע"ג דעכשיו אינו ידוע מי קידש מכל מקום הוי קידושין לחומרא לכן הנכריות מקודשות בודאי עכ"ל ודבריו המה מדברי רש"י דף נ"א ד"ה הרי כלכם ואחיות ז"ל דהשתא לאו את וחמור הוא דהא דאין אחיות מקודשת משום ספיקא הוא דלא ידוע הי קידש הא אם ידע בת זכי' היא הלכך נכריות מקודשות ע"ש:

אמנם רש"י הוא דמפרש לה שם בסוגי' לרבא שם דס"ל דאחת משתי אחיו' לא הוי קידושין כלל דאין מסורין לביאה וא"כ כלכם ואחת מאחיות נמי ה"ל קני את וחמור ולזה כתב רש"י כיון דאינו אלא משום ספיקא כו' אבל לדידן דקי"ל כאביי דהוי קידושין לא הוי קני את וחמור כיון דהנכריות ואחת מאחיות בכולהו תפסי קידושין וזה פשוט אולם דברי רש"י צריך ביאור במ"ש דהא דאין אחיות מקודשות משו' ספיק' היא כו' דהא לרבא לא הוי קידושין כלל ומשו' דאין מסורין לביאה וא"כ קידושי אחת משתי אחיות ודאי לאו קידושין הן: ונראה לפמ"ש במרדכי פ' מי שמת באחד שהקנה לחבירו קרקע ומטלטלין ומעו' בב"א ר"א דדמי לאת וחמור כו' ור' שמחה כתב אע"ג דמעו' לא קני קרקעות ומטלטלין קנה כו' וליכא למימר דקני את וחמור היא. דחמור לאו בר קנין היא אבל מטבע נקנה במשיכה ובהגבהה ובחצר עכ"ל וא"כ נראה מהאי טעמא נמי אחת משתי אחיות לאו חמור מיקרי דהא דלא תפסי קידושין לרבא אינו אלא משום שלא פי' איזו אבל היא באמת בת זכי' היא אם יפרש אותה לאיזו קידש ה"ל בת זכי' ולאו

חמור מיקרי ולפמ"ש הרה"מ לפר' הא דפריך והא קני את וחמור אינו אלא משום שאמר בלשון כלכם וכללם יחד לא קנה ע"ש וא"כ היכי דאמר כלכם ואחת ואחיות כיון דאמר בשני דבורים קנה מחצה:

סימן מב

סעיף א

ס"ק א

אבל האיש שאנסוהו. כתב בח"מ דכ"ע סברי דקידושין מהני בין באונס האשה בין באונס המקדש מדינא דתלוה חבין זביני' זביני אלא דפליגי בתקנה דאפקינהו רבנן לקידושי מיני' לדעת הרמב"ם לא אפקינהו אלא באונס האשה אבל באונס המקדש כיון דיכול לגרש בע"כ אוקמה אדינה והיש אומרים ס"ל דגם באונס המקדש אפקינהו רבנן לקידושי מיני' ומזה הקשה על הרמ"א בסימן ר"ה שכתב אנסוהו ליקנות לא מהני ומכאן משמע דמהני אנסוהו לכ"ע ע"ש: וב"ש כתב דטעמא די"א הוי מטעם שכתב הרמ"א בח"מ סימן ר"ה בשם בעל העיטור דאנסוהו ליקנות מדינא לא מהני ע"ש. ויפה כיון הב"ש וכן מפורש בחידושי הרשב"א ז"ל והאיש שאנסוהו לקדש כתב הרמב"ם קידושיו קידושין והרב בעל העיטור כתב דאין קידושיו קידושין. דתלוהו וזבין אמרו אבל תלוהו ליקנות לא אמרו ונראין דברי הרמב"ם דאי אגב אונסא גמר וזבין כ"ש גמר וקני עכ"ל הרי מפורש דעת החולקין לאו משו' הפקעת קידושין אלא משו' דמדינא לא מהני אונסא גבי קני. והרמ"א פסק כבעל העיטור שם בסימן ר"ה: ואיכא למידק לדעת הי"א דאנסוהו לקדש לא מהני ומשום דה"ל תלוהו וקני א"כ היכי משכחת לה הא דאמרו אונס שותה בעציצו וכופין אותו לכנוס וכמ"ש הרמב"ם פ"ה מה' נערה ז"ל אבל האנוסה כו' רצה היא ואבי' כו' ולא רצה הוא כופין אותו וכונס ע"ש. וכיון דאנסוהו לקדש לא מהני היכא כופין אותו לכנוס. דהא בפ' חזקת הבתי' דף מ"ח מבואר דהא דכופין על המצוה אינו אלא משום תלוי וזבין ע"ש דמייתי ראי' תלוה וזבין דזביני' זביני מהא דתניא יקריב אותו מלמד שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני ופי' תוס' הא דה"ל תלו' וזבין ולא תלו' ויהיב דכיון שהוא מחויב לעשות הוי כמו מכר וה"ל כמקבל זוזי ע"ש. וא"כ הכא מה שכופין אותו לכנוס אינו אלא משו' תלוה וזבין ואי נימא דאנסוהו לקדש הוי תלוהו וקני ולא מהני היאך כופין אותו ליכנוס. וא"ל דהרמב"ם לטעמי' דאנסוהו לקדש מהני. אבל לדעת הי"א דלא מהני אמת דאין כופין את האונס והא דשותה בעציצו היינו מצותו בכך לכנוס: דהא דברי הרמב"ם דכופין את האונס נובעין מתוספתא כתובות פ"ג א' האונס וא' המוציא שם רע שגירשו

כופין אותו לחזור א' האונס ואחד המפותה בין היא בין אבי' יכולין לעכב שנאמר ואם מאן ימאן אבי' ונאמר ולו תהי' לאשה לו אתה כופה ואי אתה כופה ליבם ע"ש. הרי מבואר דין כפי' לכנוס ועוד מבואר בדברי הרמ"א בסימן קע"ז שעל חשד אין כופין א"כ ממילא נשמ' היכי דידוע כופין לכנוס וכמ"ש הב"ש. וגם הדבר מפורסם בכל התשובות דאונס כופין אותו לכנוס והלכה מרווחת היא בלי שום חולק: ואפשר לומר לפי מה שרצו בש"ס בפ' חזקת הבתים להוכיח תלוה וזבין מהא דתנן וכן אתה אומר בגיטי נשי' כופין אותו עד שיאמר רוצה אני ודחי לה דילמא שאני דמצוה לשמוע דברי חכמים ע"ש וא"כ אפי' נימא תלוה וקני לא מהני אפ"ה כל שמצוה לשמוע דברי חכמים אמרינן דגמר וקני אלא דמשמע מדברי הפוסקים דהך דמצוה לשמוע דברי חכמים אינו אלא דיחוי בעלמא דלא תידק מיני' תלוה וזבין אבל לפי מה דקי"ל תלוה וזבין מהני טעמא דכופין בגט משום תלוה וזבין כיון דמחויב לעשות ה"ל כמו מכר וא"כ בדין אונס דכופין לכנוס אע"ג שמחויב הוא לעשות והוי כמו מכר וה"ל תלוה וקני ולדעת הי"א דאנסוהו לקדש לא מהני א"כ לא מהני כופין לכנוס וצ"ע: מיהו לולי דברי הרשב"א נראה לענ"ד דאפי' נימא תלוה וקני לא קנה היינו משום דלקנית בעי רצון טפי וכל שבע"כ לא קנה אבל קידושי אשה אינו קנין לגבי בעל דנימא דלא קנה וכמ"ש הרשב"א פ"ק דקידושין דף ו' גבי המקדש בהנאת מלוה דה"ל הערמת רבית וכתב שם הא דלא הוי רבית קצוצה בזה דקונ' אשה בהמתנת מעות משום דאין גופה קנוי לבעל ולאו מידי שקיל ע"ש. וכיון דאין גופה קנוי לבעל ואין בקידושין כי אם שנחסר' ע"י לכל העולם. וכל כה"ג אפי' ע"י אונס מהני כיון דמחויב בדברו הוי לי' כעין מכר ומשום תלוי וקני לית בי' כיון דאין אשה בתורת קנין לגבי בעל דאין גופה קנוי לו ואין לו זכי' בגוף האשה וא"כ טעמא די"א דלא מהני באנסוהו לקדש משום אפקינהו רבנן לקידושי מיני' וכמ"ש בח"מ:

ס"ק ב

והיא לא זרקה הקידושין. עיין בח"מ שכתב דהרמ"ה חולק על הגהת מרדכי שכתב דאם זרק לה הקידושין לא הוי קידושין ומשמע דאפי' לא נערה הקידושין וא"כ קשה על הרמ"א שהעתיק בפי' כ"ט סעיף ד' דברי הרמ"ה וכאן דברי הגה"מ ע"ש. וב"ש כתב בזה דלשדינהו לא אמרינן אלא אם בתחלה הי' רצונה להתקדש אמרינן מדלא שדינהו רצונה לקבל הקידושין באשר הי' רצונה בתחלה וכאן מיירי נמי שבתחלה רצונה הי' להתקדש ע"ש: ובשו"ת מוהרי"ט חלק אה"ע סימן מ"ג הביא סברא זו בשם מוהרש"ך ח"ב סימן קל"ד שחלק ואמר דגבי ציפתא דאסא דוקא חשו הרי"ף והרא"ש לפי שכבר נתרצית להתקדש לו בהאי ציפתא וידעינן דניחא לה בקידושין ואי איתא דהדרא בה ה"ל

למשדינהו אבל כשלא הי' שם שום גילוי דעת דמעיקרא מאן לימא לן דניחא לה ולכך שתקה ומוהרי"ט נחלק עליו וכתב עלה ודא נתחוורו לי דבריו דא"כ מאי מייתי רבא ראי' מהאי דכנסי סלע זה לפקדון דבשתיקה לא מקדשה שאני התם דלא גליא דעתה דניחא לה בקידושין דאף רב הונא ברי' דרב יהושע לא מפליג בכך אלא מטעם דסברה אי שדינהו מחייבה בהו עכ"ל ע"ש: ובתשובת מוהר"מ פדאוי' סימן כ"ד מבואר להדיא דליכא ספיקא אלא בשידך או היכא דהי' קידושין ראשונ' כמו גבי ציפתא והעתקנו דבריו לעיל סימן כ"ח ס"ק י"ד ע"ש:

ס"ק ג

ואפילו שניהם מודים. פ' האומר דף ס"ה ילפינן דבר דבר מממון. וקשה לי טובא בזה דהא בממון כל ששניהם מודים מתקיים המעשה בלא עדים ולא איברי סהדי אלא לשיקרא א"כ גיטין וקידושין דילפינן דבר מממון מנא לן דעדיפא מממון ולומר דבעינן עדים על גוף המעשה: והרבה נתקשתי בזה ומצאתי בחידושי רשב"א שכתב עלה ז"ל וי"ל דגבי ממון אי לאו דכתב רחמנא אשר יאמר כי הוא זה דמינה גמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים ה"א דלעולם לא מקיימא מלתא אלא בסהדי משום דכתב ע"פ שנים עדים או שלשה עדים יקום דבר וכדאיסתפקא מלתא למר זוטרא ורב אחא דבסמוך אלא דאתא כי הוא זה וגלי לן דיקום דבר במקום דאיכא חובה לאחריני כתיב והלכך עדות דכתב בהו דבר על כרחין לצד ממון שיש בו חובה הוקשו ולא לצד ממון שאין בו חובה ולומר דלא מקיימא מלתא אלא במקיימי דבר ומשום דאית בהו כעין חוב לאחריני אקשינהו לצד ממון דאית בהו חובה ולא שתהא חובתו של זה כזה דזה חב ממש וזה אינו חב ממש כדאמרן ותדע לך דהא חב ממש אע"ג דאמר בפני עדים היו והלכו למד"ה אינו נאמן ואלו הכא אלו אמרה נתקדשתי בפני שנים והלכו למד"ה או שמתו נאמנת דאנן לא קפדינן אלא שתתקדש באפי' סהדי וכיון דאמרה דהכי הוי נאמנת דהא לא מחייבה ממש לאחריני ומיהו עיקר מלתא לא מקיימא אלא במקיימי דבר והודאתה כמי שאינו אע"פ שהי' נאמנת שנתקדשה לו כנ"ל ומסתברא לי דהא דתנן ג' גיטין פסולין ואם נשאת הולד כשר וחד מינייהו כתב בכתב ידו ואין עליו עדים התם היינו טעמא משום דרחמנא רביי' בגיטין כממון מדכתיב וכתב לה דמשמע כל שכתב לה הוא בכתב ידו מגורשת ושטר גמור הוא כשטר שבממון ודכוותה רבי רחמנא עד אחד בטומאה ולאחר קינוי וסתירה מועד אין בה ולמאי דרבי רבי ולא גמרינן מינה דא"כ גזירה שוה למאי אתי ואין לך בהן אלא מקומן ואלו בקידושין כתב בכתב ידו ואין עליו עדים אינה מקודשת עכ"ל. ועמ"ש בספר קצה"ח סימן קפ"ט ס"ק א' ע"ש:

ס"ק ד
אבל אם אחד מכחיש העד אין לחוש. וכתב הב"ח דאם אחד מכחיש ואמר להד"ם אז שני שמודה לדברי העד אסור בקרובותיה אבל אם אחד מכחיש ואומר שהי' קידושין אלא כוונתו הי' לשחוק אז אף השני אין צריך לחוש ע"ש וכתב הב"ש ואין נ"ל דהא דומ' לאומר חטפתי ודידי חטפתי דאינו נאמן במגו דהי' יכול להכחישו כמ"ש תו' בפ' חז"ה בשם ריב"א ובח"מ סימן ע"ה עכ"ל ודבריו תמוהין דגבי נסכ' דר"א הטעם מפורש משום דין משוי"מ אבל היכא דליכא דין שבוע' מיהמן במגו וכמ"ש תוס' בפ' חז"ה דף ג' גבי עד קרקע וגבי קידושין ליכ' תורת שבועה. שוב ראיתי שכבר השיגו בזה שו"ת ח"צ ע"ש ובני המופלג מוה' זאב וואלף הכהן אמר ליישב דברי הב"ש והוא דבפ' חז"ה דף ל"ז הקשו תו' בנסכא דר' אבא דליהמני' במגו דאומר לא חטיף ותי' ר"י דכיון דמחייב שבועה אינו חצוף להעיז ולישבע בדבר שהעד מכחישו וריב"ם תי' דמגו הוי ואפ"ה חייב דכן הוא הדין או לישבע או לשלם וכן הרמב"ן בחידושיו ז"ל ויש שפירשו טעם הדבר מפני שהתורה האמינו לעד אחד כשנים ממש אך אם נשבע להכחישו אז אין בו ממש וכ"ז שלא נשבע הרי הוא כשנים והוא תי' ריב"א. וה"נ במודה שקידש בפני ע"א אלא שטוען שכוונתו הי' לשחוק לתי' ר"י שפיר יש לו מגו דאין בו דין שבועה אבל לתירץ ריב"א דמגו הוי אלא כיון שהתורה האמינו לע"א כל זמן שלא נשבע לא מהני מגו דידי' א"כ ה"ה בזה כיון שמקדש בפני ע"א הרי הוא כשנים לקידושין כ"ז שאינו מכחישו וזה שאין מכחיש העד הרי העד כשנים ונאמן ולא מהני מגו. ואע"ג דבקרקע אפי' אינו מכחישו נמי נאמן

הנתבע היינו משום דבקרקע ע"א לאו כלום ולא האמינו תורה כלל לע"א בקרקע אלא כשמודה חייב בהודאתו גרידא משא"כ בקידושין דבינו לבינה לא הוי קידושין כלל ומקדש בע"א הוי קידושין וא"כ האמינו חכמי' ע"א בקידושין תו לא מהני מגו כל שאינו מכחישו ולכן דיקדק הב"ש וכתב לתי' ריב"א היינו דלדידי' לא מהני מגו אבל לתי' ר"י הי' מהני מגו ע"כ. ויפה כיון: ובתוס' פ' חז"ה דף ל' ד"ה לאו קא מודית לי ז"ל ובעובדא דידן אי הוי מייתי המחזיק עדים דדר ביה חד יומא נראה לרשב"א לאוקמא ארעא בידי' אע"ג דליכא מגו מ"מ טענינן ללוקח מאחר שהי' המוכר יכול לטעון זבינתא ממך במגו דאי בעי אמר לא הי' שלך מעולם ואע"ג דהאי לוקח ידע שהי' שלו והוי כחד סהד' מ"מ הוי מגו כדמשמע לקמן גבי נסכא דר' אבא אי לא הי' מחויב שבועה היה נאמן לומר דידי חטפתי במגו כו' הכא לאו מחויב שבועה ולכך נאמן במגו כו' ור"י אומר דלא דמי להאי דהמוכר את הבית דהכא אם הי' רוצה המוכר לזכות בטענה זו דלא הי' שלך מעולם לא

הי' מעכבה שהרי הוא יודע שהוא שלו עכ"ל. וא"כ ה"ה בזה נראה דתלי' בדעת הרשב"א והר"י דלדעת הרשב"א שפיר הוי' מגו ואף אין השני צריך לחוש אבל לדעת ר"י כיון דאם הי' טוען להד"ם אז השני שמודה לדברי העד הי' אסור בקרובים א"כ בטענת המגו לא מהני יותר לזה שמודה לדברי העד וא"כ ראוי להחמיר עכ"פ לזה שמודה ודו"ק:

ס"ק ה

והוא לבד ראה. כתב בת"ה סימן ריי"ב היכא דלא היו רק שנים וא' אומר קרוב לו וא' קרוב לה דכיון דאין ראובן יכול לקיים עדותו אלא בסהדותי' דשמעון וראי' דידי' לחודי' לאו כלום הוא וא"כ הואיל ושמעון מכחיש לא מהני ודמי' להא דכתב הרא"ש פ' הנזקין ומרדכי בפ' האש' רבה בביאורי י"ד חלוקים בנאמנות דע"א דאם אמר ע"א טבל מתוקן כי אמרתי לפ' לתקנו והלכו ושאלו לאותו פ' ואמר לא תקנתיו הרי זה בחזק' טבל כיון שזה מוד' שלא תקנ' הוא אלא אמר לזה לתקנו והוא אומר לא תקנתיו ה"ז טבל גמור כו' אמנ' באשר"י פ' המדי' גבי אזל ואשכח שיקר' דכל הני אשכ' שיקרא אייריי בעדים דוק' שהכחישוהו אבל החכם או הכהן אינו נאמן נגד' להכחש' וכתב האשר"י דהכי מסתברא דאין להפקיע' ממון כתובתה בע"א אלמא אעפ"י שהית' תול' תיקונה בחכם וכהן לא מהימני' כנגד' כדי לאפוקי ממון מחזקתי' ומ"מ שפיר דייקי רבנן לענין טבל בי"ד חלוקים דהת' אדרבה העמיד טבל על חזקתו והרי הוא עדין טבל גמור הואיל והיא מודה שלא תיקנה אלא שאמר לחבירו לתקנה וא"כ בענין דידן נמי איכא למימר נחמיר משום חומרא דאשת איש להאמין לע"א שהוא וחברו ראו ושמעו בקידושין ולא ניחוש בהאי אי חברו שהוא תולה בו מכחיש כיון דלאו סברא ברורה היא כדמוכח מן הירושלמי ע"ש: והנה לפי מ"ש הב"י בי"ד סימן קפ"ז להקשות דברי הרא"ש אהדדי דבפ' המדיר הביא דברי הירושלמי דאשתכח שיקרא בעדים דוקא ובפ' הנזקין הביא דברי הרמב"ן דהראשון נאמן יותר וכתב לחלק בין ממון לאיסור והאי דפ' הנזקין דהוא לכתובה אין נאמן יותר אבל לאיסור הראשון נאמן יותר ע"ש וא"כ לפי"ז בעד א' קרוב לו וע"א קרוב לה דאמרו בגמ' דלא תינשא פ"ב דכתובות דף כ"ג מיירי דוקא בהיו שם עדים הרבה ואינו אומר בשם חבירו דווקא דאל"כ הראשון נאמן יותר: אלא דבגוף הדמיון דמדמה בת"ה להאי דראשון נאמן יותר לבי מהסס דהרמב"ן לא קאמר אלא היכא שאומר השני משם הראשון זה ששמע משמו או אפי' ראה בעיניו שתיקן לו הכרי וזה שאומר משמו הוא מכחשו נאמן יותר כיון שהוא העושה או האומ' ומש"ה נאמן יותר אבל הכא דהוא מודי דממילא שמעי' שהי' הקידושין בפני פ' קרוב לה ואיך ששמעון ראה זה שהי'

בפניו בזה אינו מעיד בששמעון כיון דהו' מודי דממיל' נרא' דהרמב"ן לא קא' בכגון זה והרי זה כאומר פלוני הי' עמי דהוא מודי דממילא דאינו אומר משם הראשון כלל וצ"ע:

ס"ק ו

והאחד מהם קרוב. וכתב הב"ש ז"ל והא דלא נפסל בצירופו כמבואר בח"מ סימן ל"ו דס"ל דלא נתכוין לשום עדות מ"מ מה שמעידין היום מהני אע"ג דלא נתכוונו לשום עדות ע"ש: ולפי מ"ש הש"ך בסימן ל"ו דהא דמהני לא נתכוונו לשום עדות היינו היכ' דהכשרים כיונו לעשות הא אם גם הכשרים לא כיונו להעיד ה"ל עדותן בטילה אף דגם הפסולים לא כיונו להעיד ע"ש. א"כ צריך לומר דה"נ מיירי שהכשר כיון להעיד והפסול לא כיון להעיד:

עוד כתב הב"ש דלשטת הרא"ש אע"ג דנתכוין הפסול להעיד היינו דאין הב"ד יכולין לפסוק הדין על פיהם אבל כאן בעת הקידושין היו הקידושין כשרים א"כ אע"ג דאין הב"ד יכולין לפסוק הדין על פיהם מ"מ המקדש קידש לפני עדים כשרים ע"ש. והיינו משום דשטת הרא"ש דבעינן תרתי ראי' והגד' וכיון דבעת הקידושין לא הי' הגד' הרי מהני עדות הכשרים:

וכן הוא בתו' והרא"ש פ"ק דמכות שהקשו מקידושין הנעשים בפומבי ויש שם קרובים ופסולים והעלו דתרתי בעינן ראי' והגדה: אלא דלשטת התו' הרא"ש כיון דבצירוף ראי' לחודי' לא מהני אלא בצירוף הגד' לב"ד ומשום דבגמ' מכות דף ו' פריך הרוג יציל ומשני במקיימי הדבר הכתוב מדבר ופי' תוס' במקיימי הדבר היינו דבעינן הגד' שמקיימת הגדתן לב"ד וע"ש. ומש"ה כשרים ופסולין שראו קידושין לא מיפסלי הקידושין כיון שלא הי' הגדה וא"כ היינו דוקא כשלא הי' הכחשה ביניהם אבל אם הי' הכחשה ביניהם ובאו כשרים ופסולים והעידו על הקידושין אין כאן עדות דהא כיון שיצטרפו ראי' והגדה עדותן בטילה אבל אם שניהם מודים אע"ג דהגידו שניהם לב"ד ג"כ נתקיימו הקידושין ולא הוי כמקדש בלא עדים כיון דבשעת ראי' לא נפסלו אלא בעת הגדת' ה"ל כאומר קדשתי בפני עדים והלכו למד"ה וב"ש כתב בשם בית הלל היכא דשניה' מודים מהני עדותן של הכשרים וליתא דהא ילפינן מקרא דעד קרוב מבטל עדות והוי כאלו מקדש לפני עדים פסולים ולא מהני הודאה שלהם עכ"ל. ולפמ"ש נכונים הם דברי ב"ה כיון דקי"ל דתרתי בעינן כדעת תוס' והרא"ש א"כ אם באו הכשר והפסול והגידו יחד בב"ד אם הי' הכחשה ביניהם אין כאן עדות והקרובים מבטלים את הכשרים וה"ל כאלו אין כאן עדות אבל בשניהם עדים כיון דבשעת ראי' כשרי' הי' ה"ל כאומר קדשתי בעדי' והלכו למד"ה ומה שנתבטל עדותן ע"י הגדתן ה"ל כאלו הלכו למד"ה שאין כאן הגדה

וזה ברור ובעיקר הקושי' שהקשו הראשונים על גיטין וקידושין שנעשו בפומבי ונמצאו שקרובים ופסולים. ונראה לענ"ד ליישב לולי דבריהם והוא דהרא"ש כתב בפ"ק דמכות דף ז' ז"ל ונראה שאם הזמין המלוה עדי' כשרים ועמדו שם קרובים ופסולים אפי' אם כוונו להעיד ובאו והעידו בב"ד לא נתבטלה עדות הכשרים דכיון שייחד את עדיו לאו כל כמיניהו להפסיד לזה ממונו דהא דקאמר הש"ס דשיילינן להו אי למיחזי אתיתו אי לאסהודי אתי היינו דבר הנעשה ברוב עם בלא הזמנת עדים ובאו כולם להעיד אבל המזמין את עידיו והוציא את האחרים מכלל העדים לא וכל כמיניהו לבטל העדות וכן כשאדם צריך לעדות ומצוה לאחרים להחרים כל מי שיודע לו עדות שיבא ויעיד ובאו בערבוביא והעידו כשרים ופסולים ראיתי רבותי דנין שלא נתבטלה עדות הכשרים שלא היו כוונתו בראייתן להעיד ע"ש וכן פסק בטור וח"מ סימן ל"ו וע"ש בד"מ שכתב דאפי' בשעת מעשה כשאומר כל מי שיודע לעדות יצטרך לבא ולהעיד ע"ש, ולפי"ז כיון דבגיטין וקידושין צריך עדים לגוף הדבר וצריך לכוין לעדות וכמו שיבוא לפנינו לקמן א"כ כי היכי דאם הי' מייחד עדים בפי' לכשרים כוונתו ומהני וה"נ אפי' בסתמ' כל שמכוין לעדי' אמרינן ודאי כוונתו הי' לעדים כשרים הראויין להעיד ולא אמרינן נמצא א' קרוב או פסול עדותן בטילה אלא בד"נ דליכ' יחוד לעדי' או בד"מ דלא איברי סהדי אלא לשיקרי ולא מכוין המלוה לעדים כלל אבל כל היכי דבעי כוונה לעדים כמו בגיטין וקידושין דהאיש והאשה צריכין שניה' כוונה שיהי' הקידושין בעדי' והמקדש בלא עדים לא הוי קידושין כלל וכל שמכוין לעדים דעתו על הכשרים ותו לא מיפסיל ע"י קרובים או פסולים. וזה ברור אמנם בס' קצה"ח סימן ל"ו סק"א שם כתבנו דראוי ונכון לכל מסדרי קידושין לייחד עדים כשרים בשעת קידושין שלא יהא ח"ו שום גמגו' בשורש קדושת ישראל ע"ש

ס"ק ז

שוב אינה נאמנת בח"מ העלה דאפי' הם מוכחשים

מעדים כל שלא ראו העדי' אנן סהדי דלא קיבלה לשום קידושין ע"ש. והב"ש כתב ובחידושי מוהרי"ט כ' אפי' הי' כוות' לשום קידושין לא מהני וכמ"ש בסמוך ואם הקידושין לפני עדי' פסולים והם לא ידעו דעדים פסולים ועדים אחרי' ראו מרחוק הקידושין והם לא ראו העדים הללו י"ל דתלי בשני טעמים הללו לטעם שכתב הח"מ הוי קידושין דהא כוונתם היו לשום קידושין כיון דלא ידעו דהמה פסולים. אבל לטעם מוהרי"ט אף בכה"ג לא הוי קידושין עכ"ל. וז"ל מוהרי"ט יש להסתפק אם קיבלה קידושין בפני שנים ונמצאו פסולים והי' שם עדי' קידושין כשרים אחורי הגדר שאינה

יכולה לומר רצתה לשחק בו שהרי לא ידעו בפסוליהן של העדים כגון שהי' פסולן נסתר וכגון דאתזם בתר הכי וקי"ל עד זומם למפרע הוא נפסל מי אמרינן כיון דלקידושין לא נתכוונה תתקדש עפ"י אותן עדי' שאחורי הגדר ותו כי אמרה נתכוונתי להתקדש באמת מהו ומסתברה דאינה מקודשת עד שתכוין לעדים דנהי דאתם עדי לא בעי מכל מקום בעינן שידעו עדים שהיא רואה אותן דהואיל ואין יכולי' להעיד על מה שבלב' הרי היא כמקדש בלא עדים תדע אם באנו לחוש בנתרצית לשום קידושין אף יש לנו לחוש באומרת רצונה לשחק בו' כו' אלא אפי' אמרה בלבי הי' להתקדש לו באמת אינה מקודשת דכל שאין עדים יכולין להעיד ה"ל דברים שבלב ואינן דברים ואפשר דאפי' הי' שם עדים אחרים ונמצאו פסולים הואיל ולא ידעה בכשרים ה"ל כיחדה עדים והם פסולים וצ"ע עכ"ל ומה דמספקא לי' למוהרי"ט בנמצאו פסולים והמה לא ידעו בפסולן והי' עדים כשרים אחורי הגדר. ועוד מספקא לי' באומרת נתכוונו לשום קידושין ולא ראו עדים כלל ובזה דלא ראו עדים כלל מיפשט פשיטא ליה דה"ל מקדש בלא עדים ואפי' באומרת לשום קידושין נתכוונה ה"ל דברים שבלב אבל אם ראו עדים הפסולים ולא ידעו בפסולן והיה עדים כשרים אחורי הגדר דבזה ודאי כוונתם הי' לשום קידושין כיון דלא ידעו מפסולי עדות אתי עלה מדין נמצא א' קרוב או פסול. ואכתי מידי ספיקא לא נפקא כיון דלדעת התוס' הרא"ש בעינן ראי' והגדה בב"ד. וא"כ ה"ל בשעת ראי' קידושין מעליא וכמ"ש לעיל. ואם שניהם מודים אסורים בקרובים ע"ש בסק"ו: ועוד לדעת הרי"ף כל שלא ידעו בפסולים לא נתבטל עדות הכשר ע"י צירוף הפסול כמבואר בטור ח"מ סימן ל"ו ע"ש. ואפשר דהכא כיון שלא ראו הכשרים ה"ל כמייחד עדים פסולים בזה נתבטל עדות הכשרים אף לדעת הרי"ף ואפי' לדעת התוס' והרא"ש וצ"ע: אמנם לענ"ד נראה דכה"ג לא קידושין הוא ולא מטעם מוהרי"ט אלא משום דגיטין וקידושין בעינן עדים לגוף המעשה ובעינן כוונתן לקידושין גם לעדי' צריך שיכוונו המקדש והמתקדשת וכן מצאתי בריטב"א פ"ב דקידושין דף מ"ב ז"ל ואע"ג דלא בעינן בקידושין אתם עדי צריך שיהי' העדים שם ולא מהני הטמין עדי' אחורי הגדר חדא דהא לא חשיבי עדות בדבר בגוף הדבר צריך לעדות אלא בדבר שצריך עדות משום שיקרי ועוד דהוי מצי למימר לא שתקתי אלא בשביל שלא ראו עדים וכסבורה שלא הועיל קידושיו והו' ליה כמקדש בלי עדים דאין חוששין לקידושין עד כאן לשונו וא"כ בזה שהי' הכשרים אחורי הגדר לא הוי קידושין מטעמא שכתב הריטב"א דלא מהני עידי הטמנה כלל בדבר שצריך גוף הדבר לעדים והיינו משום דנהי דקידושין לא בעי אתם עדים אבל כוונה לעדים מיהו בעי דהיינו ששניהם יכוונו לקדש בפני עדים וא"כ הכא שהעדי' נמצאו פסולים תו לא

מהני כלל מה שהי' עדים כשרים אחורי הגדר דעדי הטמנה לא מהני כלל כיון שלא הי' כוונת' להעדים הטמונים וכמו שכתב הריטב"א בטעם הראשון דהכא שגוף הדבר צריך עדים לא מהני עדי הטמנה וא"כ בנ"ד לא קידושין. ודו"ק ועמ"ש בסק"ו:

ס"ק ח

עד שיראו הנתינה ממש. ובמרדכי פרק האומר כתב אפילו לא ראו הנתינה ממש אין לבטל הקידושין אם ראו דבר המוכיח יכול להעיד כאלו ראו גוף המעשה דהא אמרינן הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה אע"ג דלא ראו הביאה ע"ש. אבל הרשב"א כתב לחלק דדוקא בביאה אמרינן הכי משום דאי אפשר לראות כמכחול כו' גם ה"ל אש בנעור' ואינה שורפה אבל בקידושין צריך לראות גוף המעשה עכ"ל. וב"ש כתב עיי' בח"מ סימן צ' בשם הרמ"ה דיני ממונות מתקיים בידיעה בלא ראי' לפי"ז י"ל דבקידושין ג"כ מהני בלי ראי' וס"ל כמרדכי דלענין דרישה וחקירה הוי קידושין כדיני ממונת וע"ש. ואינו מוכרח דנהי דנימא דמהני ידיעה בלא ראי' אף בקידושין אכתי י"ל כל שלא ראו הנתינה לא מהני ידיעה וכמ"ש הרשב"א דדוקא בביאה מהני ידיעה ע"י עידי יחוד משום דאש בנעורת ושם בח"מ בשם הרמ"ה הוי לי' ידיע' ממש כיון שלא הי' שם אחר וכן מוכ' מדברי הרשב"א דס"ל דמהני בקידושין ידיעה בלא ראי' דהא כתב דבעידי יחוד ה"ל אש בנעורת. ואי נימ' דידיע' ממש ג"כ לא מהני בקידושין אמאי מועיל עדי יחוד אף שאש בנעור' אכתי ראי' ליכא. אלא ע"כ דגם לרשב"א מהני ידיעה בלא ראי' אלא דס"ל דכל שלא ראו הנתינה אפילו ידיעה ליכא דיכול להיו' שלא הגיע לידה ועמ"ש בס' קצה"ח סימן צ' ס"ק ז'

ס"ק ט

נאמנת במגו. עיין חלק' מחוק' ואפי' לפמ"ש בס"ק ז' דעידי הטמנה לא מהני בקידושין ואפי' היא מודה ששמעה וקיבלה לשום קידושין נמי לאו כלום הוא כיון שלא ראתה העדים כבר כתב בח"מ דמיירי שהעדים ראו אותה לפני קידושין ובשע' קידושין שמעו קול שמיע' דהא עדי יחוד מהני כעידי ביאה ע"ש. והב"ח כתב דהיתה יודעת שיש עדים בצד אחר והעדים אע"ג דלא ראו אותה מכל מקום ראו שנתן הקידושין ליד שהיא פשוטה לחור ועכשיו נמצא שהקידושין אצלה אמרינן דהיא קיבלה וה"ל כעידי יחוד דמהני אף דלא ראו הביאה ולא דמי לדין שבסמוך דלא מהני דשם לא ראו הנתינה כלל אבל כאן שראו הנתינה והי' קידושין אלא כשאומרת שלא שמעה נאמנת במגו ע"ש. ומשמע מדבריהם דכל שהיא מודה ה"ל עדי ראי' כמו עדי יחוד אלא כשמכחשת ואומרת שלא היתה ידה רק יד אחרת מהני הכחשה אע"ג דראו אותה קודם הקידושין לדברי הח"מ ולדברי הב"ש ואע"ג שנמצאו' הקידושין בידה יכולה לומר שקיבלה מיד אחרת. וקשה

לי דהא בעידי יחוד כתבו הפוסקים דאפי' באומרת לא נבעלתי אינה נאמנת משום דכל שהכריעו חכמים שבודאי כן הוא לא מהימנא להכחיש. וא"כ ממ"נ כיון דמהני במודה ע"כ צ"ל שהכריעו חכמי' שכן הוא והוי כמי עדי יחוד דאל"כ ה"ל מקדש בלא עדים וכיון שהכריעו שכן הוא היאך מהני הכחשה. ולכן נראה דודאי מיירי שהיא ראת' העדים ע"י טביעת עינא דקלא וכיוצא באופן שראתה העדים אלא דלא ידעו העדי' מי היתה שם ומש"ה באומרת יד אחרת היתה שם נאמנת אבל כל שראו העדים גוף הקידושין אע"ג דאין יודעין ומכירין האשה הוי קידושין דהא נהגו לכסו' פני הכלו' הצנועות כמבואר בסימן ל"א סעיף ב' ועמ"ש. וא"כ ה"נ מה שפשטה ידה מן החור מהני ולא גרע מכסתה פניה והוי קידושין ע"פ הודאתן ומשום דעדים אין צריכין להכיר מי המקדש ומי המתקדשת אלא כל שראו גוף הקידושין מהני וזה ברור ואם שמעו עדים קלא דאתתא והכירה בטב"ע דקלא מבואר בש"ס פ' גיד הנשה דף צ"ז דמהני דאמרי שם מרישא הוי אמינא סימנין עדיפא כו' השתא דשמעינהו להני שמעתא אמינא ט"ע עדיפא דאל"כ היאך סומא מותר באשתו כו' אלא בט"ע דקלא ע"ש משמע דט"ע דקלא ודאי מהני ועמ"ש בס' קצה"ח סימן פ"א ס"ק י"ג:

ס"ק י

מצאו כתוב בשטר. כלומר שאין השטר מקוים אין לחוש לקידושין ואע"ג דמן התורה א"צ קיום כתבו בח"מ ובב"ש דכל שיש בה הכחשה צריך קיום מן התורה ע"ש. ובש"ך סימן מ"ו האריך להוכיח דאפי' בהכחשת בע"ד אין צריך קנין מן התור' וע"ש שכת' ולפי"ז דברי הרמ"א באה"ע סימן נ"ב בהגה"ה צ"ע שכתב מצאו כתוב כו' כ"ז שלא נתקיים אין לחוש לקידושין ליתי' דלפענ"ד

דאפי' באינו מקוים מקודשת מן התורה משום דדבר תורה א"צ קיום עכ"ל ע"ש ונראה דהרמ"א מיירי שמצאו כתוב משמו שאינו יוצא מתחת ידי בעל דבר אלא מצאו בשוק דכה"ג ודאי חיישינן לזיוף דבר תורה דהא טעמא דלא חיישינן לזיוף דבר תורה כתבו תוספ' בפ' מי שהי' נשוי דף צ"ד דלא חשידי אינשי בזיוף. ובזה דנמצא בשוק אמרינן אינש דלא מעלי שחשוד לזייף הוא זייף אותו. אבל ביוצא מתחת יד הבעל דבר מוקמינן האי גבר' בחזקתו דלא חציף אינש לזייף וכיוצ' בזה כ' הרא"ש פ' כל הנשבעין ספרא דאגדתא במכיר כליו וספריו ביד אחר ויצא לו שם גניבה בעיר ז"ל ואמאי בעי כולי האי וליהמני' במגו דאי בעי אמר שאולין הן בידי כו' ולא שייך אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינין שהרי אינו אומר שהוא גונבו אלא נגנבו ממני וכמה גנבי אי' בעלמא ע"ש הרי מבוא' דאע"ג דלא מחזקינן אינשי בגנבי היינו לומר שהו' גנבו לא מחזקינין אותו בגנב

אבל לומר נגנבו שפיר מהימן שהרי כמה גנבי איכ' ה"נ ביוצא השטר מיד הבע"ד בודאי לא חשוד לזייף וא"צ קיום מ"ה אבל במצא בשוק אמרינן כמה חשידי איכא דחשידי זייפא והוא אשר זייף. ולכן צריך קיום מן התורה בכה"ג. ועיין בס' קצה"ח סימן מ"ו ס"ק ח':

ס"ק יא

כל זמן שאין השטר מקוים. ומשמע דבמקוים או שיכול להתקיים מהני השטר אבל לדעת הרשב"א בתשובה סימן אלף ר"י כ' דכל שנעש' שלא מדעת המתקדשת הוי מפי כתבם והובא בח"מ: כתב בתשוב' מוהר"י אדרבי סימן רכ"ז ז"ל אע"ג שכתב הרשב"א כל שטר שנעשה שלא מרצון המתחייב אינו אלא כפנקס בעלמא כו' דמשמע דוקא שלא ברצון אבל ברצון חשוב שטר כו' דע"כ לא קאמר הרשב"א דברצון חשוב שטר אלא היכ' שאומרים העדי' בפניה שאמרה להם שיכתבו שטר ולכן כיון דמחמת העדים שהעידו בפיהם העלוהו למדרגת שטר אע"ג שבפיהם לא העידו על הקידושין אלא אחתימת ידייהו לבד סגי אבל בנדון דידן שלא העידו כלל בפיהם אלא אחתימת ידייהו כי היכי דלא חשיבי עדות לענין הקידושין דהוי מפי כתבם ג"כ לא הוי עדות למה שכתב בו שכך ציותה ליכתוב וכמו שלא חשיב עדות לענין מציאות הקידושין גם לא חשיב עדות לענין שכתוב בו שכך ציותה כיון שהכל בשטר אחד עכ"ל ע"ש: תמהני בזה דהא שט' זו דכל שנעש' שלא מדע' המתחייב ה"ל מפי כתב' הוא שט' בעהמ"א פ' ד"א. ומשום דכל שנעשה מדעת המתחייב לא הוי מפי כתבם אך מפי כתבו ע"ש ומבואר שם דכל שכתוב בו שנעשה מדעת המתחייב ה"ל שטר גמור ואפי' העדים ליתנהו קמן דאל"כ מה נעשה בכל השטרות ממקח ומהלואה שמתו העדי' או הלכו למד"ה. אלא ודאי שכל שכ' ומרצונו בו שנעש' מדעת המתחייב לא קרינן בי' מפי כתבם וחשיב עדות לענין מציאת המקח או הלואה וכן לענין מציאת הקידושין. ולשטת הרמב"ן כל שנעשה מדעת המתחייב ה"ל דין שטר ממש ונעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ולא מצינו בראשוני' לומר שצריכים העדי' לומר בע"פ שנעשה ברצון המתחייב דהא אפי' ליתנהו קמן העדים השטר כשר כל שכתוב בו מרצון המתחייב וז"ב. ועיין מ"ש בקצות החושן סימן כ"א סק"א:

ס"ק יב

אין לחוש לקידושין ואם נראה מתוך השטר שנכתב שלא לדעת' ודאי אין לחוש לקידושין לדעת הרשב"א דה"ל מפי כתבם ועי' ח"מ וב"ש., ובתשובת נודע ביהודה חלק אה"ע סימן נ"ח ז"ל ועכ"פ היכא שמוכח מהשטר שבודאי נכתב שלא מדעת בזה לא מיירי הרמ"א כלל ועלה בדעתי כיון שחתומי' בו שלשה ושלשתן היו אצל הקידושין נעשים

ב"ד ולא תהא שמיעה גדולה מראי' וב"ד יכולים לכתוב בלי שאלת הב"ד: ואמנם לפי המבואר בשטר גוף הקידושין שנעשה בלילה וממילא לא שייך שמיעה גדול' מראי' שכיון שהוא לילה ע"כ נעשים עדים ולא ב"ד כו' ואמנם לדברי הי"א שמביא רמ"א בסימן ה' בהגה"ה שבדיעבד גם בלילה דיניהם דין הי' מקום להחמיר בזה כו' וסיום פסקו ז"ל אבל כבר כתבתי שגם את השטר אין בידינו לדחותו כיון שהי' שלש' חיישינן לדעת הרשב"א שפוסק דגם בלילה בדיעבד דיניהם דין ולכן נראה לענ"ד שבתולה זו צריכה גט ובלא גט אסורה לעלמא עכ"ל וכבר כתבתי בזה בס' קצה"ח סימן רנ"ג סק"ג דאין כאן מקום להחמיר ע"ש:

ס"ק יג

דלא כיש מי שמחמיר בדבר. ואם הוציא קול שקידש אשה ואמר דיש לו עדים ויצאו מהעיר עוד לא הרחיקו מותרת ולא חיישינן לדבריו ואפי' אם אומר יבואו היום או מחר ב"ש והב"י כתב בשם הריב"ש על אשה שנאמר עלי' שנתקדש' והוציאו קול שיש עדים בדבר אלא יצאו מהעיר ולא הרחיקו יותר מהלך משני ימים ועתידי' הם לחזו' והיא מכחשת ואומרת לא נתקדשתי וכו' וכ"כ התשב"ץ בתשוב' דלא נתנו חכמי' דבריהם לשיעורין בין מקום קרוב לרחוק והיינו ממש האי דפ"ק דקדושין והא אית סהדי השתא מיהת ניתנהו קמן ואפי' אביי ורבא דחיישי דוקא התם שאינו עדות בקידושין אלא אי שוה פרוט' כו' ע"ש: וז"ל הריב"ש וכן מוכיח לשון הגמ' בפ"ק דקידושין גבי האי גברא דקיד' באבנא דכורלא ורב חסדא הי' מתירה מפני שראה שאין בו שו"פ ולא הי' חושש שמא בשעת קידושין הי' בו ש"פ ועתה הוזל ואמרי לי' רבנן לרב חיסדא והא אמרי דאי' סהדי באידית דידעי דהאי יומא הי' בו ש"פ ולכן כיון דמחמת העדים שהעידו בפניהם העלוהו למדריג' שטר אע"ג השתא מיהו ליתנהו הכא. לאו היינו דאמר ר' חנינא עדים בצד אסתן ותאסר נראה מלשון זה דכל שאין עדי' כאן הרי כאלו הם רחוקים הרבה ומדאמרינן והא אמרי משמע דהאי קלא לא אתחזק בבי דינא כו' ואע"ג דבעלמא לא חיישינן לי' הכא סברי רבנן דאי' למיחש כיון דידעי בודאי דהיא פשטה ידה ונתקדשה וליכא ספיקא אלא אי' בי' שו"פ בהאי שעת' ובכי הא חיישינן לקלא אף לקלא דלא איתחזק אבל לאחזוקי לכולא מלתא משום קלא דלא אתחזק הא ודאי לא והאי דשבויי' נמי דמיא להא דרב חסדא דהרי היא שבוי' לפנינו אלא דמספקא לן אי נבעלה או לא וס"ל לאביי ורבא דהתם נמי חיישינן לקלא אע"ג דלא אתחזק אי לאו דשבוי' מנוולא נפשה לגבי שבאי אבל באשת איש דליכא האי טעמא לא נקל כיון דאיכא קלא כל דהו אבל בלא קלא כלל לכ"ע לא חיישינן שמא שו"פ ואח"כ הוזל והיינו דאיצטרכו למימר והא

אמרי עכ"ל ומבואר מדברי הריב"ש דאפי' אי' קלא כיון דלא איתחזק בב"ד לא חיישינן לעדים בצד אסתן והא דחיישינן שם בהאי דקידש באבנא דכוחלא להאי דאמרי עדי' באידית היינו משום שהי' יודעין מהקידושין אלא דאין יודעין אם הי' שו"פ אבל לכולא מלתא לא חיישינן לקולא: וקשה לי בגוה מהא דאמרינן בפ' י"נ דף קל"ה האי' דהוי מוחזק לן דלית ליה אחי ואמר בשעת מיתה דלית ליה אחי א"ל אביי הא אמרת דאי' עדים במד"ה. חדא דמוחזק לן דלית לי' אחי ואמר בשעת מיתה דלית לי' אחי א"ל אביי הא אמרי דאי' עדי' במד"ה דידעי דאית לי' אחי השתא מיהת ליתנהו קמן כו' אמר אביי אם הקלנו בשבוי' נקל באשת איש א"ל רבא לרב נתן בר אמי חוש לה וכן פסק הרמב"ם פ"ג מה' יבום ובטור וש"ע אה"ע סימן קנ"ז. והתם ליכא שום ריעותא אלא לכולא מלתא היא דחיישינן ע"י קול שיש עדים וכבר כתב הרה"מ בפ"ג מיבום שם לדעת הרמב"ם אפי' לקלא דלא איתחזק בב"ד חיישינן לה במה שיש לו קול אפי' דלא אתחזק שיש עדים במד"ה שיש לו אחים וא"כ ה"ה בקידושין ניחוש לה לכולה מלתא כגון שיש קול אפי' לא איתחזק במה שיש עדים מזה וצ"ע:

ס"ק יד

ואם עמד א' וקידשה כתב הב"ש דאפי' אם הראשון והשני קידשו לפני פסולים דרבנן תופסין קידושין של שניהם כל שאין קידושין כשרים תופסין קידושין של אחר ע"ש שכתב שכן. הסכים הב"י ולא הבנתי דלמא צריך גט משני ממ"נ אי נימא דקידש לפני פסולים דרבנן אין קידושין תופסין ומשום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש א"כ ודאי אינה צריכה גט משני כיון דהשני קידש לפני פסולי דרבנן ואי נימא דמקדש לפני פסולי דרבנן קידושי תורה יש בהם וא"כ מן התור' אינה צריכה גט משני ואינו אלא מדרבנן א"כ ה"ל מקדש קידושי דרבנן לפני פסולים מדרבנן דכל כה"ג אינה צריכה גט וא"כ הא דצריכה גט משני צ"ע. מיהו בב"ש סימן ט"ו כתב דאפי' שניה' דרבנן כל שלא נגמרו קידושין הראשונים תפסי קידושי שניה' עיין שם ועיין מה שכתבתי בסימן ט"ו ס"ק א':

סימן מג

סעיף א

ס"ק א

קטן שקידש. במשנה למלך פ"ד מאישות ז"ל נסתפקתי בקטן שקידש ואמר הרי את מקודשת לי לאחר שאגדיל או גדול שאמר לקטנה הרי את מקודשת לי לאחר שתגדלי

מהו מי אמרינן כיון דבשעת קידושין הוי קטני' לא מהני ולא מידי או דלמא כיון דבשעת חלות הקידושין הם גדולים חלים הקידושין ומההיא דאמרינן באומר לאשה הרי את מקודש' לי לאחר שאתגייר כו' משום דהוי דשלבל"ע אין משם ראי' לנדון דידן דשאני התם דמחוסר מעשה היינו גירות או שחרור או שימות בעלה או אחותה ומש"ה לא מהני אבל הכא דאינו מחוסר מעשה כי אם זמן וזמן ממילא קא אתי אפשר דלא הוי דשלבל"ע שוב ראיתי שדין זה מחלוקת שנוי' בין רש"י ותוס' פ"ג דיבמות דף ל"ד אהאי דאמרינן התם אמר ר' עמרם אמר רב בשופעת מתוך י"ג לאחר י"ג לאחוייבי אינהו מתוך י"ב לאחר י"ב לאחוייבי אינהי והמתבאר מתוך דברי רש"י דבעודם קטני' הזכרים והנקיבות קידשו ואמרו שיחולו הקידושין כשיגדילו ותיכף שגדלו חלו הקידושין ואיסור נדה בב"א כו' אך התוס' הקשו על פי' רש"י וז"ל וקשה דלא היו בבת אחת דנדות חל עליו תחלה שאין לקדש ולא לעשות שליח עד שיגדיל דאין מעשה קטן כלום הרי שכתבו בפי' שאין יכול לקדש כשהוא קטן אף שאומר שלא יחולו הקידושין עד אחר שיגדיל וע"ש שמביא ראי' דמחוסר זמן לא הוי דשלבל"ע מהא דאמרינן בבכורות דף מ"א הפודה את בנו תוך שלשים רב אמר בנו פדוי ושמואל אמר אין בנו פדוי ואמרינן דפליגי בנתאכלו המעות דרב סובר מידי דהוי אקדושי אשה ושמואל סובר התם בידו לקדשה עכשיו הכא אין בידו לפדות בנו עכשיו ומוכח מזה כדברי רש"י דאם נתן הקידושין עד אחר שיגדיל דמהני משום דזמן ממילא קא אתי עוד שם הוכיח מפ' אעפ"י דף נ"ט האומר לחבירו שדה זו שמשכנתי לך לעשר שנה לכשאפדנה ממך תקדש דקדשה ושם אמרינן בטעמא משום דבידו לפדותה לאחר עשר שני' ונראה דהדברי' ק"ו לנ"ד ומה דמחוסר מעשה היינו הפדיון מ"מ כיון שבידו לפדותה מהני אף שעכשיו אין בידו לפדותה מ"מ כיון שהמניעה היא משום הזמן דממילא אתי לא חשיב כמחוס' מעש' כ"ש הכא דאינו מחוס' שום מעשה אלא זמן פשיטא דחלין הקידושין ע"ש עוד שכתב ולפמ"ש נראה לי עוד דעבד או שפחה שקיבל גט שחרו' לזמן דיכול לקבל הקידושין בתוך הזמן שיחולו לאחר זמן משום דאינו מחוסר אלא זמן וזמן ממילא קא אתי ולענין אי בעינן שיחולו הקידושין נרא' שדין זה תלוי באותה סוגי' דבכורת דלרב פשיטא אפי' בנתאכלי המעות חלו הקידושין ואליבא דשמואל אם נתאכלו המעות נתבטלו הקידושין זה תורף דבריו וע"ש שהאריך: והרב המגי' כתב עלה ז"ל אך ראיתי להנמוקי יוסף בפ' ב"ש עלה דהאי דהמקדש את הקטנה שקידושי' תלוין וז"ל ותלמודו מפרש לה בתרי גווני או לומר קידושי' תלוין עד שתהא גדולה ואז גמרו הקידושין דה"ל בשעה שנותן הכסף להתקדש כאלו התנה עמה הרי את מקודשת לאחר גדלות וכאותה ששנינו הרי את מקודשת לאחר

שלשים יעי"ש וכ"כ הרשב"א שם מוכח מכאן דס"ל כשטת רש"י שהביא הרב המחבר ומיהו משמע מתוך דבריהם דדוקא בקטנה אבל קטן שקידש לאחר שיגדיל אינו כלום עכ"ל והיינו לפי מ"ש הנ"י דה"ל בשע' שנתן לה הכסף קידושין כאלו התנ' עמה הרי את מקודשת לי לאחר שתגדיל שאם לא חזרה בתוך משך ההוא הוי מקודשת דאורייתא לאחר הגידול אפילו נתאכלו המעות משום שנשאר עלי' שיעבוד הדינר וה"נ כיון דתיקנו רבנן נישואין הרי היא משועבדת בכסף קידושין ולפיכך כשגדלה גדלה בהדה ד"ת עכ"ל ובזה משמע להרב המגי' דוקא בקידושי קטנה דתיקנו רבנן נשואין לקטנה הרי הוא משתעבדת בכסף קידושין אבל בקטן דלא תיקנו לי' רבנן נשואין לא שייך האי טעמא. ונראה דהא דמוכרח הנ"י לבא עליו מצד נשואין דרבנן היינו מדברי הרשב"א בחידושיו שם דכתב נמי גדלה קידושין בהדה וה"ל כקידשה לאחר שלשים יום וז"ל וטעמ' דמלתא משום שנשאר עליו שיעבוד הדינר שנתן לה בקידושין ואעפ"י שקטנ' הי' באותה שעה ואינה משתעבדת דבר תור' מכי יתן איש אל רעהו פרט לקטן אפ"ה כיון דתקינו לה רבנן נשואין הרי היא משתעבדת בכסף קידושין ולפיכך כשגדל' גדל' בהד' דבר תור' והוא שקדש' בכסף ואע"פ שלא בעל עכ"ל. ולא קשי' לי' לרשב"א אלא בקטנ' משו' דלא משתעבד' דבר תור' מדכתיב כי יתן פרט לקטן ומש"ה אתי עלה בטעמא דידי' כיון דתיקנו רבנן נישואין לקטנה אבל בקטן שקידש את הגדולה ודאי משתעבדת דבר תורה דקטן שהפקיד או הלוה לגדול ודאי צריך להחזיר דאפי' שבועת השומרין נשבעין לקטן לדעת הרמב"ם וש"ע ח"מ סימן צ"י ואפי' לדעת הרשב"א הובא בב"י סימן הנ"ל שם דאין חייבין בשמירה לקטן היינו מתורת פשיעה פטור אבל היכא דאי' בעינא ודאי צריך להחזיר וכן אם נתאכלו המעות להנאתו ודאי חייב הגדול לשלם לקטן וא"כ ממילא נשתעבדת הגדולה לקטן בכסף קידושיו אם נתאכלו המעות ומקודשת מן התורה אע"ג דלא תיקנו לי' נשואין. וזה ברור ועמ"ש בסימן ל"ז סעיף י"ב: אלא דלפי"ז בהך נידון דמשנה למלך בקטן שקידש את הקטנה תו לא מהני כיון דהיא קטנה ולא נשתעבד' ואי משום נישואי דרבנן ומשעבדה הא וקטן ליכא נישואין כלל ואפי' מדרבנן אבל קטן שקידש הגדול' ודאי אי' שיעבוד על הגדולה וכמ"ש: בעיקר הדין שהעלה המ"ל דמחוסר זמן לא הוי דבר שלבל"ע אחר העיון נראה דאין חוששין לקידושי קטן אפי' קידש בפירוש לאחר שיגדיל וכמו שיבואר: הנה בפ' האומר דף ס"ב בעא מיני' רב אסי מר' יוחנן אמר פירות ערוג' זו תלושין יהי' תרומ' על פירות ערוגה זו מחוברת כו' מהו א"ל כל שבידו לאו כמחוסר מעשה כו' מתקיף לה ר' אבא בר ממל אלא מעתה הנותן פרוט' לשפחתו ואמר הרי את מקודשת לי לאחר שאשתחררך ה"נ דהוי קידושין הכי השתא התם מעיקרא

בהמה והשתא דעת אחרת ופי' רש"י הלכך אין לך מחוסר מעשה גדולה מזה ע"כ: ותו פריך אלא הא דאמר ר' אושעיא הנותן פרוטה לאשתו ואמר לה הרי את מקודשת לי לאחר שאגרשך אינה מקודשת ה"נ לר' יוחנן הוי קידושין ומשני נהי דבידו לגרשה בידו לקדשה ופרש"י בידו לקדשה בתמי' וכי בידו לקדשה אם יגרשה שמא לא תתרצה בקידושין עכ"ל ואינו מובן דהא במקדש לאחר שלשים דמקודשת נמי נימא הכא שמא לא תתרצ' לאחר ל' אע"כ כיון ששניהם עכשיו נתרצו בקידושין ודבר שלבע"ל לא הוי דביד' לקידושין עכשיו א"כ בנותן פרוטה לאשתו ואמר לה הרי את מקודשת לי לאחר שאגרשך כיון דבידו לגרשה תו לא הוי דשלבל"ע ועכשיו נתרצו שניה' על הקידושין דלאחר גירושין וראיתי בחידושי ריטב"א ז"ל נהי דבידו לגרש' בידו לקדש' פי' שהרי אין בידו לקדש' עכשיו עד שיגרשה והיא מחוסרת מעשה גמור משא"כ בפירות מחוברין דמצי למיתלשינהו ובתלישה גופה ניגמר המעשה עכ"ל ולכאורה נראה שהוא מחלק בין מעשה רבה למעשה זוטא וקרי לגירושין מעשה רבה ולתליש' מעשה זוטא. ואינו מובן דשוי' המה במעש' ועוד דכל שבידו לא מחוסר מעשה הוא כלל: ולכן נראה דודאי המקדש לאחר שלשים דבידם לקידושין עכשיו ושניהם נתרצו עכשיו לקידושין מהני לי' שפיר אבל במקדש לאחר גירושין דהקידושין אי אפשר לחול עכשיו כיון דאשתו היא אלא דלא הוי דבר שלא בא לעולם כיון דבידו לגרשה ועכ"פ עכשיו אי אפשר להיות שום קידושין ומש"ה לא מהני ריצוי דעכשיו ואמרינן שמא לא תתרצה לאחר גירושין משא"כ בפירות מחוברין שאין צריך כי אם דעתו: ולפי"ז ממילא מבואר הדין שלפנינו בקטן שקידש לאחר שיגדיל דנהי דלא הוי דבר שלא בא לעולם ומשום דמחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה דמי מכל מקום לא עדיפא מדבר שבידו דאפ"ה לא הוי קידושין ומשום דשמא לא תתרצה האשה אח"כ וחשבינן לי' מחוסר מעשה וא"כ ה"נ בנ"ד מחוסר מעשה הריצוי שמא לא תתרצה לאחר שיגדיל ולא עדיף מאומר לאשתו הרי את מקודש' לאחר שאגרשך דודאי לא הוי דבר שלא בא לעולם דבידו לגרשה ואפ"ה חשבינן לי' מחוסר מעשה ה"נ לא הוי קידושין דשמא לא תתרצה אח"כ כשתגדיל וכן מ"ש במ"ל בעבד או שפחה שקיבלה שחרור

לזמן וקיבלו קידושין תוך זמן דהוי קידושין משום דמחוסר זמן לאו מחוסר מעשה. נראה דלפמ"ש בגמרא שם אלא מעתה האומר לשפחתו הרי את מקודשת לי דלאו מחוסר מעשה שבידו לשחררה ה"נ דהוי קידושין ואמרו עלה התם מעיקרא בהמה השתא דעת אחרת והיינו משום דאין לך מחוסר מעשה גדול ע"ש וא"כ ה"נ אע"ג דנימא דמחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה אעפ"כ אין לך מחוסר מעשה גדול דמעיקרא בהמה והשתא

דעת אחרת: אמנם לענ"ד לולי פי' רש"י והריטב"א במה שפי' בגמרא דאמרי דנהי דבידו לגרשה בידו לקדשה הי' נראה לפרש בענין אחר והוא דהמקדש לאחר שימות בעלך או שתמות אחותך ה"ל דבר שלא בא לעולם משני צדדים להמקדש דאינו יכול לקדש דבר שלבל"ע וכן מצד האשה שאינה יכולה להקנות עצמה כיון דהיא עצמה דשלבל"ע. וא"כ באומר לאשתו הרי את מקודשת לאחר שאגרשך מצדו מהני דבידו לגרשה אבל מצידה ה"ל דבר שלא בא לעולם והיינו דאשתו אינה יכולה להתקדש עצמה כיון דהיא גופה הוי דשלבל"ע ואין בידה לגרש עצמה בע"כ של הבעל וא"כ אם הי' ביד הבעל לגרש ולקדש הי' מועיל אבל נהי דבידו לגרש בידו לקדשה ומצד האשה אין בידה הגירושין וא"כ מצד האשה ה"ל דבר שלא בא לעולם ואינה יכולה להקנות עצמה כיון דהיא דשלבל"ע ודו"ק: שוב התבוננתי במה שנטו מזה רש"י וריטב"א הוא משום דאין אנו דנין מצד האשה בקידושין כלל וכמבואר בר"ן בנדרים דף כ"ט ז"ל דכיון דכתיב כי יקח איש אשה ולא כי תלקח אשה לאיש מש"ה בעינן נתן הוא ואמר הוא ולא כל הימנה שתכנס עצמה לרשות הבעל אלא כיון שהיא מסכמת לקידושי האיש ההוא היא מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקד והבעל מכניסה לרשותו הלכך אין אנו דנין בקידושין מצד האשה אלא מצד הבעל עכ"ל הר"ן ומש"ה כיון דבידו לגרשה ולא הוי דבשלבל"ע מצד הבעל תו לא איכפת לן מצד האשה אע"ג דהיא עצמה דבר שלבל"ע כיון דהיא אינה מקנת עצמה לבעל והבעל עושה הקנין והיא אינה אלא מבטלת דעתה ורצונה מהני אף בדשלבל"ע ואע"ג דבמפקיר לא מהני בדבר שלא בא לעולם כמו שמבואר אצלינו בקצה"ח סימן רי"א סק"ד היינו משום דמפקיר נמי ה"ל כמו הקנאה אבל בקידושין מצד האשה ליכא שום צד הקנאה אלא דעתה ורצונה מסכמת לגבי הבעל בכדי שלא יהי' הקידושין בע"כ מהני אפי' בדבר שלא בא לעולם מצד האשה ומש"ה הוכרחו רש"י וריטב"א לפרש משום דה"ל מחוסר מעשה שמא לא תתרצה וא"כ לפי"ז בקטן וקטנה שקידשה לאחר שיגדילו נמי ה"ל מחוסר מעשה דשמא לא תתרצה אח"כ וכמ"ש: ולפמ"ש דבקידושין בעינן רק מצד הבעל וא"כ כיון דהמקדש הוא העושה הקנין ולא איכפת לן מצד האשה אע"ג דהיא עצמה הוית דבר שלא בא לעולם נראה דיש ליישב בזה קושיות תוס' בפ' אעפ"י דף, נ"ח ד"ה לאחר שאתגייר ז"ל וא"ת דבספ"ק דגיטין אמר דאפי' לר"מ דאמר אדם מקנה דשלבל"ע ה"מ לדבר שבא לעולם אבל לדבר שלא בא לעול' ודאי לא מהני ולאחר שאתגייר הוי לדבר שלא בא לעולם ולפמ"ש דעיקר הקנין תלוי בהמקדש והוא קונ' דשלבל"ע אך שהיא מקני' עצמ' לדבר שלא בא לעול' והא מהני כיון דלא בעינן אצל' דין הקנא' ואפשר, כיון דהוא עושה קנין

האשה לדשלבל"ע לא מצי קני לאשה לעצמו כיון דהוה לדבר שלבל"ע: ובעיקר דברי המ"ל במה שהוכיח דמחוסר זמן לא הוי דבר שלבל"ע מהך דפודה בנו תוך שלשים אע"ג דאין בידו לפודאו עכשיו נראה דהתם במתנת כהונה כיון דאפי' בא ליד הכהן הפדיון בע"כ דאב נמי בנו פדוי דהא כהן גובה בע"כ מנכסים משועבדי' ומש"ה כל שפדיונו ביד הכהן לאחר שלשים ממילא הבן פדוי כיון שיש ביד הכהן מנכסי האב ומה שהביא ראי' מפ' אעפ"י באומר לחבירו שדה שמשכנתי לך על עשר שנים משום דבידו לפדותה אחר זמן ואע"ג דאין בידו עכשיו לפודאה בזה צריכין אנו להעתיק לשון הש"ס בנדרים דף פ"ז גבי קונם שאיני עושה לפיך דמוקי לה באומרת יקדשו ידי לעושיהן ופריך וכי אמרה הכי קדשה והא משעבדה ידי' לבעל דאמרה לכי מגרשה וממאי דכי אמרה הכי מהני אמר רב אילא ומה אילו אמר שדה זו שאני מוכר לך לכשאקחנה ממך תיקדש מי לא קדשה מתקיף לה ר' ירמי' מי דמי שדה זו שאני מוכר לך השתא הוא בידי' אשה בידה להקדיש מעשה ידי' הא לא דמיא אלא לאומר לחבירו שדה זו שמכרתי לך לכשאקחנה ממך תיקדש מי קדש' מתקיף לה רב פפא מי דמי גבי זבינא פסיק' מילתיהו גבי אשה מי פסיקא מלתייהו ומפרש לה הר"ן דגבי זבינא פסיקא מילתייהו שאין לה בה לא גוף ולא פירות גבי אשה מי פסיקא מילתייהו דהגוף היא שלה אלא שהיא משועבדת לבעל במעשה ידי' ע"ש. ואמרי עלה הא לא דמיא אלא לאומ' לחבירו שדה זו שמשכנתי לך לכשאפדנה ממך תקדש מי לא קדשה מתקיף לה רב שישא ברי' דרב אידי מי דמי שדה בידו לפדותה אשה בידה לגרש הא לא דמיא אלא לאומר לחבירו שדה זו שמשכנתי לעשר שנים לכשאפדנה ממך תיקדש מי לא קדשה מתקיף לה רב אשי מי דמי התם קיץ אשה מי אית לה קיצותא והמתבאר מתוך השקלא וטריא הוא דר"פ ס"ל כיון דאשה לא פסיקא למילתי' דהיינו דהגוף שלה אלא שמשועבדת לבעל במעשה ידי' שפיר קדשה ורצה לדמותו לשדה זו שמשכנתי כו' והיינו משום דלא פסיקא למלתי' משום דהגוף שלו אלא שמשועבד לבעלה במשכון ודחי לה רב שישא דהתם בידו לפדות' והדר מדמי לה לשדה זו שמשכנתי לעשר שני' דאין בידו לפדותה וע"כ משום דלא פסיק' מלתי' דהיינו כיון דהגוף שלו וה"ה גבי אשה כיון דהגוף שלה ואתקיף עלה רב אשי מי דמי התם אית לי' קיצותי' ומש"ה לא אלים שעבודי' וכדאמרינן כיון דהגוף שלו יכול הוא להקדישו כיון דבידו לפדותו לאחר עשר שנים לא אלים שעבודי' אבל באשה כיון דלית לי' קיצותא אלים שעבודי' דבעל ואע"ג דהגוף שלו כיון שמשועבדת לבעל במעשה ידי' במידי דלית לי' קיצותא מש"ה לא מהני הקדישה וא"כ טעמא דשדה זו שמשכנתי לך לעשר שנים תיקדש לאו משום דמחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה דא"כ לא הי' ההקדש

חל אלא לאחר עשר שנים והתם חיילי הקדשו עכשיו וכמבואר בר"ן שם שכתב ז"ל התם קיץ גבי שדה איכא קיצותא לפדותה היינו לאחר עשר שנים ומש"ה מצי מקדיש לה מעכשיו ע"ש ומדחייל הקדישו ע"כ לית בי' משום דבר שלא בא לעולם כיון דהשתא חייל אלא דחילוק יש בין שיעבוד דאית לי' קיצותא דאמרינן כיון דהגוף שלו חייל הקדשו מהשתא ובין אשה דשעבודה דידה לית לי' קיצותא ולעולם לא נפקא משעבודה דבעל מש"ה מעכב הקדישה אע"ג דהגוף שלו והיינו נמי טעמא דבידו לפדותה אחר עשר שנים בכתובת פ' אעפ"י היינו דאית לי' קיצותא וחייל מהשתא אבל מידי דלא חייל מעכשיו אע"ג דחייל לאחר זמן מיקרי דשלבל"ע ואמרינן מי איכא מידי דהשתא לא חייל ולאחר זמן יחול וכן מבואר מהא דאמר רב אשי התם קיץ אשה מי אית לה קיצותא ותיפק לי' דאחר עשר שני' ה"ל מחוס' זמן ולאו דשלבל"ע הוא אלא ודאי כמ"ש דרב אשי לא נחי' לכלל זה אלא דמחלק בין אית לי' קיצותא ולא אלים שעבודי' וחייל מהשתא ההקדש אבל אשה כיון דלית לי' קיצותא אלים השיעבוד של הבעל ואף על גב דהגוף שלה אין בידה להקדיש זהו ברירא דהא מילתא ומה שהביא ראי' מרש"י יבמות בשופעת כו' הנה באמת כבר הקשה התו' על רש"י בזה דהא הוי דשלבל"ע ובדברי רש"י אפש' לייש' כיון דהת' ר' ירמי' אמרה משמי' דרב ורב לטעמי' דס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע כדאית' ביבמות דף צ"ג: ובס"פ השולח דף מ"ח פלוגתי' דרבי יוחנן ור"ל בק"פ כקנין הגוף דמי או לא אמר רבא קרא ומתניתא מסייע לר' לקיש כו' מתנית' דתנן בכור נוטל פי שנים בשדה החוזרת לאביו ביובל ופירש"י דאי כקנין הגו' דמי ה"ל ראוי ואין הבכו' נוטל פי שני' בראוי כבמוחז' ע"ש ואי נימ' דמחוס' זמן לא הוי דשלבל"ע א"כ אפי' למ"ד ק"פ כקנין הגוף דמי כיון דביובל עתיד' לחזור לו וזמן ממילא קא אתי ויכול למוכרו וה"ה דבכור נוטל בה פי שנים דבכור מתנה קריא רחמנא ולאו ראוי הוא אע"כ דמחוסר זמן כמחוסר מעש' ומש"ה אע"ג דביובל עתיד' לחזור לו ה"ל ראוי קוד' היובל וא"כ מוכח מזה דמחוסר זמן אינו יכול להקנותו דהוי לי' דשלבל"ע ועיין בספר קצות החושן סימן רע"ח ס"ק י"ד ודו"ק:

ס"ק ב

דלא תיקנו רבנן נשואין לקטן. כתב ח"מ והרב ב"ח כתב לעיל בסימן א' דאב המשיא את בנו בן י"ב שנים הוי קידושין ולא ידעתי שום רמזו ראי' לדבר חדש כזה והרוצה לחדש דין כזה עליו להביא ראיה ברורה עכ"ל ואין זה דבר חדש דכבר כתבו בתשובת מוהרי"ק שורש ל"ב ז"ל מצאתי כתוב ר' נתן המכירי שאל מאת ר' יצחק בן ר' יהודא בן י"א שנה שקידש אביו בטבעת ועדים. אם ימאן אם צריכא גט או לא והשיב שצריכ' גט שמצינו

בכל מקום שזכין לאדם שלא בפניו כו'. ועוד מאחר שלא מיחה בקדושי אביו עד בן י"ג שנה וחצי מאן לימא לן דלא ארצויי ארצי קמי' אחר שגדל ושתק וסבר וקיבל ולאחר שכן חזר בו ואינה חזרה ואינה יוצאה בלא גט: ומוהרי"ט ח' אה"ע סימן י"א כתב שראה הרב המופלא מוהרא"ן חיים בסימן מ"א שהי' משתמש בסברא זו ומוהר"י מינ"ץ הסכים עמו אלא שמוהרי"ט שם האריך להוכיח ולסתור סברה זו והעלה דלעולם ליכא קידושי תורה לקטן אפי' ע"י אחרים ומשום דלאו זכות הוא דגברא דייק ונסיב וכדברי ר' יצחק בר' יהודא נמי אינו אלא מדרבנן ע"ש ועכ"פ אין תימא וחידוש בדברי הב"ח כיון דאיכא רבוותא דסברי הכי דהוי אף קידושי תורה בקידש לו אביו ואף בבן י"א שנה אלא דאיכא למידק בדברי מי שחושש לקידושי תורה ומשום דזכין לאדם שלא בפניו והיינו לקטן דא"כ קדושי קטן עצמו דהכל יודעין שאין קידושי קטן כלום ואמאי דהא קטן אית לי' זכי' מדאורייתא היכי שדעת אחרת מקנה אותו כשהגיע לצרור וזרקו וכמבואר בתוס' פ' התקבל דף ס"ד ע"ש ובטור וש"ע ח"מ סימן רמ"ג ודוק' מציאת קטן מפני דרכי שלום לפי שאין בו דעת אחרת אבל במתנה דאי' דעת אחרת מקנה זוכה מן התורה. וא"כ בקידושי קטן כיון דאי' דעת אחרת והיא האשה שמקנית עצמה לו או קטנ' ע"י אבי' דאב הוא דעת אחרת מקנה ואין לומר דקדושי קטן אף דאית דעת אחרת אינן קידושין משום דכתב כי יקח איש ולא קטן וגזירות הכתוב היא וכמו שפרש"י בפ' המדיר דף ע"ג קטן שקידש ז"ל דכתיב כי יקח איש ולא קטן שא"כ בקידש לו אביו נמי כיון דגזירות הכתוב הוא דלא מהני ע"י זכיית הגדול. וכבר כתבנו בזה בס' קצה"ח סימן רל"ה ס"ק ד' דהא דזכה הקטן בדעת אחרת מקנה אותו נמי אינו אלא מתורת זכי' ומשום דזכין לקטן ע"ש שכתבנו ע"פ דברי הרה"מ וע"ש. וא"כ מה לי שאב זוכ' בשבילו או אשה עצמה שהיא דעת אחרת מקנה: וכעת מצאתי בספר ראב"ן דף קמ"ט הובא תשובת רבינו יצחק ב"ר משה לר' נתן המכירי שצריכה גט משום דזכין לאדם שלא בפניו וזה גלוי הוא שזכות הוא לאדם שמקדשין לו אשה הוגנת כו' ועוד רובה זה שלא מיחה בקידושי אביו עד י"ג וחצי דלמא רצוי ארצי קמיה אחר שגדל ושתק וסבר וקיבל וא"ת נתרצ' האב אמרינן נתרצ' הבן לא אמרינן יש להשיב ההוא בגדול שקידש לו אביו ושלא מדעת מדפריך ואמר דלמא שליח שוי' ואי בקטן הא אין שליחות לקטן כו' אע"פ שאין משיבין כו' האי דקאמר הגאון משום דזכין לאדם שלא בפניו וזכות הוא לו וזכין לקטן שמשיא לו אשה הוגנת אי משום זכות ניהוי קידושין. א"כ הוא עצמו שקידש ליהוי קידושין דהא קטן זוכה לעצמו משנותנין לו צרור וזרקו כו' ואנן תנן דאין חוששין לקידושיו כו' וע"ש והנה הרה"מ פכ"ט ממכירה כתב על מ"ש הרמב"ם שלשה אין מקחן מקח ואין ממכרן

ממכר דבר תורה חש"ו. ז"ל הרה"מ ויש אומרים דקטן לעצמו זוכה דבר תורה כשיש דעת אחרת מקנה אותו וכו' וזה נראה דעת רבינו דבמתנה קונה דבר תורה אבל במקח כיון שאין נתינתו בדמים נתינה אף אין מעשיו כלום מן התורה אבל במתנה אם זכו לו קונה דבר תורה כיון שיש דעת אחרת עכ"ל. א"כ מהאי טעמא נמי בקטן שקידש כיון שאין נתינתו בדמים נתינה אף אין מעשיו כלים: אמנם תינח קידש בכספא או בשטר כיון שאין נתינתו בדמים נתינה וכן אין נתינתו בשטר כלום נתינה דאע"ג דקידושי שטר לא צריך שוה פרוטה אבל נתינה בעי ונתינת קטן לא שמי נתינה ולכן אין חוששין לקידושין אבל קידש בביאה מאי איכא למימר: ונראה לפמ"ש הר"ן בפ' התקבל דהא דדעת אחרת מקנה אותו מהני בקטן היינו דוקא בדבר שהוא תחת ידו כגון במשיכ' אבל בדבר שאינו ת"י וכגון בחליפין אין הקטן זוכה אפי' דעת אחרת מקנה ע"ש וא"כ ניחא דקדושי קטן לא מהני ע"י דעת אחרת מקנ' כיון דדעת אחרת מקנ' לא מהני אלא בדבר שהוא ת"י וגבי אשה לא שייך דבר שהוא תחת ידו דלא שייכא אלא במטלטלין ובמשיכה או בקרקע ובחזקה אבל באשה לא שייכה חזקה וכמ"ש תוס' ריש קידושין ומש"ה לא מהני מצד דעת אחרת מקנ' אותו. ועוד נראה דבקידושין ליכא כלל דעת אחרת והיא האשה: לפמ"ש הר"ן בנדרי' דף כ"ט גבי אומ' נטיעו' האלו קרבן וז"ל וניחא לי דאי מצי אשה לקדש עצמה לאיש ה"נ דהיא היא דומיא דמקדש לטעות ממש אלא כיון שהתור' אמרה כי יקח איש אש' ולא כי תלקח אשה לאיש לא כל הימנ' שתכנים עצמה לרשות בעל ומש"ה אמרינן בפ"ק דקידושין אם אמרה הריני מאורס' לך אין בדברי' כלום אלא כיון שהי' מסכמ' ומבטל' רצונ' לקידושי האיש הרי משוי' עצמ' לבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו הלכ' אין אנו דנין בקידושי' מצד האשה אלא מצד הבעל ולגבי בעל כפדאוהו אחרי' דמי עכ"ל. ומש"ה ניחא דלא הוי האשה דעת אחרת מקנה אותו כיון דהיא אינ' מכנסת עצמ' לרשות הבעל אלא מבטלת דעתה ורצונה נגד הבעל והבעל קונה אותה כדבר של הפקר. והפקר לא הוי דעת אחרת וקטן לא זכה שו' דבר הפקר אלא במתנ' דאית דעת אחרת: ובמשנה למלך פכ"ט ממכירה כתב בקטן אם זוכה בדבר של הפקר תליא במחלוקת רש"י ותוספות פ"ק דמציעא דף י"ב בהאי דבעי זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר ובעי למיפשטה מהא דתנן ראה אותן רצין אחר מציאה ואמר רב ירמי' והוא שרץ אחריהם ומגיען במתנה היאך קיבלה מיני' שרץ אחריהם ואין מגיען: ומפרש רש"י בהך בעיא דזרק ארנקי ואפקר' ותוס' כתבו דל"ג ואפקרי' דאי אפקרי' תו לא חשוב דעת אחרת מקנה: ובנימוקי יוסף כתב כגירסת רש"י ואפקרי'. הרי שלדעת רש"י ודעימי' הפקר מדעת חשיב דעת אחרת מקנה וזוכה הקטן ולדעת תוס' דהפקר לא

חשיב דעת אחרת אין הקטן זוכה מדבר של הפקר ע"ש: ובזה אפשר ליישב שטת רש"י הובא בשטה מקובצת פ' המדיר דף ע"ד בהא דאמר רבה שם אבל בטעות אשה גרידתא ד"ה אינה צריכה גט ולפי' רב אלפס טעות אשה אחת גרידתא היינו כגון שקידש ובעל לאלתר והקשו עליו מהא דפריך שם לרבה מהא דתנן ואם בעלו קנו ופי' הרי"ף דבעל לאלתר משמע והתם נמי תנן קידושי קטן ובקטן אי אפשר לומר שבעל לאלתר אלא לאחר שיגדיל וכתב שם בשם רש"י מהדורא קמא דמשכחת להו בקטן בן ט' שביאתו ביאה ודוקא קידושי כסף ושטר לא מהני בקטן אבל ביאה קונה גם בקטן עכ"ל והוא תמוה דמ"ש קידושי ביאה או כסף ושטר. ולפמ"ש החילוק מבואר דבקידושי כסף ושטר אף דהוי האשה כדבר של, הפקר מ"מ אין נתינתו כלו' וכמ"ש למעלה אבל בביאה יכול הקטן לזכות אות' דלדעת רש"י הוי דבר של הפקר דעת אחרת מקנ' אותו ולכן זוכה אותו דהוי דעת אחרת מקנה אותו והוא האשה: אמנם לשטת התו' דהפקר לא הוי דעת אחרת א"כ קידושי אשה לא הוי דעת אחרת כיון דהיא אינה אלא מבטלת רצונה ועושה עצמה כדבר של הפקר ולפי"ז נראה דאפי' קידש לו אביו לא מהני מן התור'. ואי משו' דזכין לקטן דאמרינן דזוכה הקטן נמי אינו אלא היכי דאיכא דעת אחרת וכגון במתנה אבל במציאה אין הגדול זוכה לקטן וכמ"ש בס' קצה"ח סימן רמ"ג ס"ק י"א ע"פ דברי הראב"ד שם. וא"כ אפי' נימא דזכו' הוא לו לא מהני לי' ומשום דלא אמרו זכין לקטן אלא במתנה אבל לא במציאה ואשה כמציאה דמי לפמ"ש הר"ן: ואע"ג דבסימן רמ"ג שם מבואר דהיינו דוקא חצר הוא דאינו זוכה לקטן במציאה אבל גדול שפיר זוכה לקטן וכדאמרינן בפ"ק דמציעא דף ח' במציאת חרש ופקח דקנה החרש דקא מגבה לי' בן דעת נרא' דאינו אלא מדרבנן והוא מוכרח לפמ"ש שם בסימן רמ"ג סק"ו דבחרש אין מזכין לו ומשום דלא אמרו זכין לקטן אלא משום דאתי לכלל דעת כדאי' פ' איזהו נשך אבל נכרי דלא אתי לכלל דעת לא וא"כ ה"ה בחרש ע"ש ע"פ דברי הרא"ש וא"כ הא דאמרו בפ"ק דמציע' חרש דקא מגב' לי' בן דע' אפש' דאינו אלא מדרבנן וא"כ בקידש אביו לקטן נמי הוי קידושי דרבנן עכ"פ אבל מן התורה לא הוי קדושין אע"ג דזכו' הוא לו ומשו' דלא אמרו זכין לאד' שלא בפניו אלא בדעת אחרת מקנה אותו. אלא דשם סימן רמ"ג ס"ק י"א הוכחנו דע"י גדול זכין לקטן אף היכא דליכא דעת אחרת. מהא דאמרינן מטבילין גר קטן וע"ש ואפשר דגירות שאני וכמ"ש תוס' ר"פ בן סורר דאפי' נימא דאין זכין לקטן מן התור' אית לן למימ' דגירות שאני משום דמכניסין אותו תחת כנפי השכינה ע"ש: שוב ראיתי בחידושי הרשב"א ליבמות ר"פ חרש ז"ל רצה יוציא רצה יקי'. ירוש' מתני'

בשקדש' בכסף אבל אם קידש' בביא' קידושיו מעשה וגירושין אינ' מעש' עכ"ל וא"כ נרא' דה"ה בקטן דחרש דין קטן אית לי' אלא דלפמ"ש נרא' דבחר' לא מהני זכי' ודו"ק

ס"ק ג

לא כתב לה כתוב'

כ"כ בש"ג וכתב הב"ש ז"ל וכן מוכח מתוס' ס"פ הכותב דהקשו מאי קמ"ל מתני' שע"מ כן קיימ' אפי' לא כתב לה כתוב' יש לה כתובה. ותירצו דקמ"ל היכא שנשאה בתולה אע"ג כשגדל או נתגיי' כבר היא בעול' אפ"ה יש לה כתוב' מאתים שע"מ כן קיימה שיהי' עכשיו כתחלת נשואין מוכח אם לא כתב לה אין לה כתובה דאל"כ אכתי קשה אפי' לא כתב לה יש לה כתובה עכ"ל ואינו מוכרח דודאי מצינו למימר דאפי' לא כתב לה כיון שע"מ כן קיימה שיהי' כתחלת נשואין ובתחלת נשואין בתולה יש לה מאתים אפי' לא כתב לה וכמ"ש בח"מ סק"ד. אלא דתוס' הקשו מאי קמ"ל שע"מ כן קיימה תיפוק לי'' דעכשיו יש לה כתובה אפי' לא כתב לה ובתור' תנאי ב"ד לזה תירצו דעכשיו היא בעולה ואפ"ה יש לה מאתים שע"מ כן קיימה שיהי' כתחלת נשואין ולעולם כיון דצריך להשמיענו שע"מ כן קיימה אז אפי' לא כתב לה נמי וכמ"ש בח"מ דמגיע לה בתנאי ב"ד אבל הא דיש לה מאתי' כשהיא עכשיו בעולה אינו אלא משום שע"מ כן קיימה ולעולם אפי' לא כתב לה נמי יש לה כתובה מאתים כתחלת נשואין וזה פשוט:

סימן מד

סעיף א

ס"ק א

וקידש אשת חרש הפקחת. כתב הב"ש ז"ל ולכאורה נראה דה"ה אם פקח קידש אשה חרשת ובא פקח אחר וקידש אותה תופסין קידושין של שני כמ"ש לעיל בשניהם שקידשו לפני קרובים מדרבנן עכ"ל. ונראה דבפי' לפמ"ש לעיל סימן מ"ב ס"ק י"ג בשניהם שקידשו לפני קרובים מדרבנן דאין לחוש לקידושי שני ע"ש היינו משו' דהתם מדאורייתא קידושי ראשון הוי קידושין ולא קידושי שני ולא הוי קידושי שני אלא מדרבנן וקידושי דרבנן לפני פסולים דרבנן לאו קידושין כלל וכמ"ש שם. משא"כ הכא אדרבה מן התורה אין קידושי הראשון כלום ולא מהני קידושי הראשון כלום אלא מדרבנן וחוששין לקדושי שני אע"ג דאינן אלא מדרבנן ודוקא באשת איש גמורה הוא דלא תפסי קידושי שני ומשום דה"ל חייבי כריתות ומיתות ב"ד דיליף מקרא דלא תפסי קידושין אבל

בקידושי דרבנן דאינו לא מחייבי מיתות ב"ד ולא חייבי כריתות שפיר תפסי קידושין שני אף ע"ג דקידושי שני עדיפא מקידושי ראשון ודו"ק:

ס"ק ב

או מאיסורי לאוין. ז"ל ח"מ פשט משמעות הלשון דאם אחר קידש איסור שני' או איסור לאו אין תופסין בה עוד קידושין וכבר כתבתי לעיל מה שנסתפק מוהרמ"א בדין זה עכ"ל. והיינו בדרכי משה כתב דאם א' קידש שני' או חייבי לאוין תופסין בה קידושי אחר וע"ש בט"ז שהביא ג"כ ראי' ממ"ש כאן דמשמע דמקודשת גמורה ואין תופסין בה קידושי אחר ע"ש: והב"ש כתב דע"כ תופסין בה קידושי אחר דאל"כ סותר למ"ש הב"י סימן מ"ב בשם מ"כ דאם קידש אחר לפני פסולי דרבנן ובא אחר וקידש ג"כ לפני פסולי דרבנן קידושי שניהם תופסין בה עכ"ל: מיהו נרא' לחלק דגבי קידושי' בפני פסולים דרבנן אע"ג דמדאורייתא קידושי ראשון הוי קידושי תור' כיון דאינן פסולי דאורייתא מכל מקום מדרבנן עכ"פ לא הוי קידושין וצריך לקדשה שנית לפני כשרים מש"ה תופסין בה קידושי שני כיון דרבנן משוי לה לחומרא כאלו אין כאן קידושין וכאלו קידש בלא עדים אבל בחייבי לאוין אפי' רבנן לא החמירו כלל בגוף הקידושין אלא דאסורא עביד וכיון דתפסי בה קידושי ראשון ע"כ קידושי שני לאו כלו' הוא ואפי' מדרבנן ומכ"ש בקידושי שני' אע"ג דרבנן אסרוה אבל בגוף הקידושין ליכא ריעותא כלל דחכמים נמי לא החמירו בה יותר מחייבי לאוין ואין בה לא חייבי מיתות ב"ד ולא חייבי כריתות וא"כ בודאי תפסי קידושי ראשון ואפי' מדרבנן ליכא שום ריעותא בגוף הקידושין אלא דאסורא רמי עלה ולא החמירו יותר מחייבי לאוין וזה פשוט: ואפילו לפמ"ש בסימן מ"ב דבקיד' לפני פסולי דרבנן ואח"כ קידש שני לפני פסולי דרבנן דאין קידושי שני תופסין הא אם קידש שני לפני כשרים תפסי בה קידושי שני אבל הכא אפי' אם הי' הראשון בחייבי לאוין או שני' ולשני היתה מותרת אפ"ה לא תפסי בה קידושי שני וכמ"ש ומשום דבחייבי לאוין או בשני' אין ריעותא בגוף הקידושין משא"כ בפסולי דרבנן ה"ל ריעותא בגוף הקידושין דחכמי' עשאוהו לחומרא כמו מקדש בלא עדים ותדע דהא דעת הרי"ף הובא בב"י סימן מ"ב במקד' לפני פסולי דרבנן דלא הוי קידושי כלל ומשום דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש וע"ש. ואי נימא גבי חייבי לאוין ה"ל דין מקדש לפני פסולי דרבנן א"כ בחייבי לאוין נימא דאין קידושין תופסין ומשום כל המקד' כו' והלא משנתינו הוא פ' האומ' דקידושין תופסין בחייבי לאוין. אלא ע"כ דאין זה ענין למקדש לפני פסולי דרבנן ומשום דהתם מדרבנן ה"ל כמקדש בלא עדים ומש"ה ס"ל לרי"ף דלאו קידושין הוא כלל ומשו'

דכל המקדש כו' ולדידן קידושי שני עכ"פ תופסין בה לחומרא אבל בחייבי לאוין אפי' מדרבנן נמי תפסי בה קידושין ולא עשו חכמים שום גריעות בקידושין ודו"ק:

ס"ק ג

מי שחציו עבד וחצי' בן חורין כתבו הרמב"ם פ"ה מאישות דחצי עבד וחצי בן חורין שקידש הוי קידושי ספק והר"ן פ"ק דקידושין הקשה מ"ש חצי עבד דהוי ספק קידושין ובשפחה חצי בת חורין הוי קידושי ודאי ומשום דלאו שייר בקנינו. וא"כ בחצי עבד וחציו ב"ח נמי הא לא שייר וכתב דאיכא למימר דבשפחה' גלי קרא דכתיב והיא שפחה נחרפת לאיש דמיירי בחציו שפחה וחציו ב"ח אלמא בת אתרוסי היא ע"ש. ומוהרי"ט בחידושיו כתב עלה ז"ל ולא פי' הטעם מ"ט לא ילפינן מינה עכ"ל ע"ש: ונראה לענ"ד דודאי גבי קידושין עיקר הקידושין מצד הבעל דכתיב כי יקח איש אשה וכמ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט ז"ל כיון דכתיב כי יקח איש אשה ולא כי תלקח אשה לאיש מש"ה בעינן נתן הוא ואמר הוא ולא כל הימנה שתכניס עצמה לרשות הבעל אלא מכיון שהיא מסכמת לקידושי האיש ההוא היא מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשי כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו הלכך אין דנין בקידושין מצד האשה אלא מצד הבעל עכ"ל וא"כ בחציו שפחה כו' כיון שהיא מסכמת לקידושי האיש ומבטלת

רצונה שיקנה את חצי בת חורין שלה ולא שייר בקנינו מש"ה ה"ל ודאי קידושין אבל בחצי עבד וחצי בן חורין כיון דצד עבדות ליתי' בתורת קידושין כלל לא אתי צד עבדות ומקדש לצד חירות וכדאמרינן בראש השנה דף כ"ט בחצי עבד וחצי ב"ח דאינו מוציא עצמו בתקיעת שופר דלא אתי צד עבדות ומפיק לצד חירות ע"ש וכן פסק הרמב"ם ובטור א"ח סימן תקפ"ט דאינו יוצא אלא כששומע מפי אחרים וכן במקרא מגילה אינו יוצא מפי עצמו כמבואר בטור א"ח סימן תרפ"ט א"כ חצי עבד וחצי ב"ח שקידש לא אתי צד עבדות ומקדש לצד חירות וע"י אחרים נמי אינו יכול לקדש דכל מידי דאיהו לא מצי עבוד לא משוי' שליח ודוקא תקיעת שופר ומקרא מגילה מהני מפי אחרים דהני לאו מדין שליחות וכמ"ש בס' כפות תמרים בר"ה שם ושליח מצי להוציאו משום דלאו מדין שליחות גמור אתינן עלה והוי כהאי דאמרינן בעלמא הני כהני שלוחי דרחמנא דאי שלוחי דידן מי אי' מידי דאיהו לא מצי עביד ושלוחי מצי עבידי עכ"ל וא"כ בקידושין דבעי שליחות גמור וממילא היכי דאיהו לא מצי עביד שלוחו ג"כ לא מצי למיעבד. משא"כ בשפחה כיון דמצד האשה ליכא תורת קידושין אלא שמבטלת דעתה ורצונ' והבעל הוא המקדש א"כ אפי' בצד שפחה שבה מהני הסכמה וביטלו רצונה לגבי בעל המקדש אותה והבעל באמת אינו קונה אלא צד חירות שבה דהא לא שייר בקנינו וזה

ברור ונכון: ובפרק השולח דף מ"ג איבעי' להו מי שחציו עבד וחציו ב"ח שקידש בת חורין מהו את"ל התקדשי לחציי מקודשת דחזי' לכולא הא לא חזי' לכולא את"ל המקדש חצי אשה אינה מקודשת דשייר בקנינו והאי עבד לא שייר בקניינו ומצינו לפרש הא דקאמ' התקדשי לחצי' מקודשת דחזיא לכולא היינו כיון דחזי' לכולי' מצי להתקדש לחצי' כיון דהיא כולה בת קידושין הא לא חזי לכולי' וכיון דלא חזי לכולי' תו לא מצי אידך פלגא לקדש להאי פלגא דהאי פלגא ליתי' בתורת קידושין וכמ"ש: ועוד אפשר לומר דס"ל לבני איבעי' כרב הונא בראש השנה דף כ"ט בחצי עבד וחציו ב"ח דמוציא לעצמו אבל לדידן דקי"ל כרב נחמן שם דלא אתי צד עבדות ומפיק לצד חירות דידי' ה"נ לא אתי צד חצי עבד ומקדש לצד ב"ח דידי' כיון דצד עבדות ליתי' כלל בתורת קידושין וכל מידי דאיהו לא מצי עביד לא מצי משוי' שליח. ומעתה הבדל והפרש גדול יש בין שפחה חצי ב"ח ובין עבד חצי ב"ח וכמ"ש: והרשב"א בחידושיו פ' השולח דף מ"ג בהך איבעי' במי שחצי' עבד ת"ש שור שהמית מי שחציו עבד וחציו ב"ח נותן חצי קנס לרבו וחצי כופר ליורשיו ואי אמרת קידושין לאו קידושין יורשים מנ"ל כו' אלא אמר רבא ראוי ליטול ואין לו. ז"ל ואיכא למידק דהא אמרינן ביבמות דף מ"ה מי שחצי' עבד שבא על אשת איש הולד אין לו תקנה וע"כ אית לן למימר דקידושיו קידושין דאי לא אף הוא אינו עושה ממזר למ"ד נכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר וקמפרש טעמא משום דממזר מאשת אב גמרינן וכאשת אב מה אשת אב אין לו בה קידושין אבל בעלמא יש לו קידושין יצא נכרי ועבד דאפי' בעלמא אין להם קידושין והלכך כשת"ל דחצי' עבד אין לו קידושין אפי' כשבא על אשת איש דעלמא אין הולד ממזר: וגרסא אחרת יש שם בשם רב האי גאון ז"ל כאשת אב מה אשת אב שזרעו מיוחס אחריו אפי' ללשון זה כשת"ל שאין קידושיו קידושין אין זרעו מיוחס אחריו וכדאמרינן הכא יורש מנ"ל אלא רבא דהכא דחוי קא מדחוי לי' וקושטא דמלתא דקידושיו קידושין ויורשיו יורשין ממש עכ"ל ע"ש: ולפמ"ש דכיון דבשפחה גלי קרא בחצי ב"ח דתפסי בה קידושין וכדכתיב והיא שפחה נחרפת לאיש אלמא בת אתרוסי היא ומוכח דהיכא דלא שייר בקנינו מהני קידושין וא"כ ה"ה בחצי עבד כיון דלא שייר בקנינו ראוי להיות קידושיו קידושין אלא הא דלא הוי קידושין אינו אלא משום דאין כאן מקדש ומשום דבעצמו לא מצי מקדש דלא אתי צד עבדות ומקדש לצד חירות. והיכי דאיהו לא מצי עביד שלוחו נמי לא מצי עביד וכיון דבר קידושין הוא דהא לא שייר בקנינו אלא שאין כאן מקדש וא"כ לא הוי אלא כמאן דאשתקל מלולי' ודעתי' דלאו בר קידושין הוא כמו חש"ו דאין להם דעת לקדש ועושין ממזרות ובני' יורשים אותן כיון דתפסימן בהו קידושין אלא שאין להם

דעת לקדש. וכמו כן חצי עבד נמי בר קידושין הוא אלא שאין כאן מי שיקדש ומשום דלא אתי צד עבדו' ומקדש לצד חירות וכמ"ש. ושם בפ' השולח אמר רבא כשם שהמקדש חצי אשה אינה מקודשת כך חצי שפחה וחצי' בת חורין שנתקדשה אינה מקודשת ע"ש: וכיון דס"ל לרבא אפי' בחצי' שפח' דאינ' מקודשת ושם לאו משום דאשתקל דעתה דגבי אשה אין אנו בעינן דעת האשה להתקדש דבקידושין מצד הבעל אתינן עלה והיא אינה אלא מסכמת ומבטלת דעתה ורצונה לגבי הבעל והי' כדבר הפקר וכמ"ש בשם הר"ן: ע"כ דחצי בת חורין מצד עצמה לאו בת קידושין כיון דהיא חצי אשה ואע"ג דלא שייר בקנינו. וא"כ בחצי עבד ממילא מצד עצמו לאו בר קידושין וא"כ ודאי תו לית לי' יורשין גם אינו עושה ממזרות ומש"ה אמר רבא ראוי ליטול ואין לו אבל אנן לדידן דס"ל דשפחה חצי' בת חורין דבת קידושין היא מדכתיב והיא שפחה נחרפת ומשום דלא שייר בקנינו. והא דלא מצי מקדש אלא משום דלעצמו אינו מקדש דלא אתי צד עבדות ומקדש לי לצד חירות ולא גרע מחש"ו דאשתקל דעתי' אית להו יורשין ועושין ממזרות: ולפמ"ש הא דכתב הרמב"ם בחצי עבדות וחצי ב"ח דהוי ספק מקודשת אפשר דאינו אלא מצד החומרא אבל מדינא אין כאן קידושין ומשום דלא אתי צד עבדות ומקדש לצד חירות שבו וכדאמרינן בתקיעת שופר לעצמו אינו מוציא וניחא בזה הא דפסק הרמב"ם בפ' ט"ו מהלכות איסורי ביאה דמי שחציו עבד וחצי ב"ח הבא על אשת איש הולד אין לו תקנה שצד עבדות וצד חירות מעורבין בו ע"ש. וכיון דכתב במי שחצי' עבד וחצי' ב"ח דה"ל ספק קידושין א"כ לענין ממזרות נמי ליהוי ספק ולא ממזר ודאי דממזרות בקידושין תלי' וכמ"ש בחידושי הרשב"א. ולפמ"ש ניחא כיון דבר קידושין הוא אלא שאין כאן דעת שלימה לקדש ושפיר אית לי' יורשין ועושה ממזרות כמו חש"ו ודו"ק היטב בזה.

ס"ק ד

המקדש מי שחצי' שפח'. והיינו שפחה חרופה האמורה בתור' והיא אשת איש להתחייב עלי' באשם תלוי ולא למית'. וכתב הב"ש ז"ל ואם קידש אחר קודם שחרור אין תופסין קידושי שני דע"כ לא מיבעיא בש"ס אלא אם בא עלי אחר שחרור אבל קודם שחרור דצד בת חורין תופסין לראשון ותו אין תופסין קידושי שני עכ"ל: ולענ"ד נראה דבזה תופסין קידושי שני דהא בפ' האומר דף ס"ז אמרו מנלן דאין קידושין תופסין בחייבי כריתות ומייתי עלה מאחות אשה ופריך בשלמא כולהו אתיין אלא אשת איש ואשת אח איכא למיפרך כו' א"א נמי אי' למיפרך מה להנך שכן אין להם היתר בחיי אוסרן תאמר באשת איש שיש לה היתר בחיי אוסרן אלא כו' אמר קרא כל אשר יעשה מתועבת האלה ונכרתו הוקשו כל העריות כולן לאחות אשה מה אחות אשה לא תפסי בה קידושין אף

כל העריות כולן לא תפסי בהו קידושין ע"ש וכיון דא"א גופא לא נפקא לן אלא מהיקשא ושם לא נפקא אלא חייבי כריתות דכתיב ונכרתו וכיון דבשפחה חרופה ליכא לא מיתה ולא כריתות א"כ מנלן דלא תפסי בה קידושין. וא"כ נראה דודאי תפסי בה קידושין דלדידן ליכא מידי דלא תפסי בה קידושין אלא חייבי מיתות וכריתות וגמרינן לה מאחות אשה. וכן ביבמה לשוק דמספקא לן אע"ג דהיא חייבי לאוין משום דכתיב לא תהי' אבל בעלמא לא: ובחידושי פני יהושע פ' השולח דף מ"ג הקשה דאכתי משכחת אשת שני מתים קודם שחרור וחזרה ונתקדשה לשמעון דקדושי שמעון נמי תפסי בה כיון שאין חייבין על קידושי ראובן רק אשם לא הוי אפי' כחייבי לאוין דעלמא דקידושין תופסין בה ומתרץ דהא דקי"ל בעלמא קידושי' תופסין בחייבי לאוין היינו חייבי לאוין דעלמא אבל ע"י קידושין בלא"ה לא משכחת קידושין אחר קידושין דכיון שתופסי קידושי ראובן הרי היא ברשותו ואין לה יד לקבל קידושין מאחר עכ"ל: ונעלם ממנו הסוגיא דפ' האומר הנ"ל דשקיל וטרי באשת איש מנלן דלא תפסי קידושין עד דגמר לה מהיקשא דאחות אשה אי נימא דאין קידושין אחר קידושין מאי פריך אשת איש מנלן. אלא ודאי דאפי' בא"א הוי תפסי קידושין אי לאו דהוא מחייבי מיתות ב"ד ונפקא ליה מהיקשא דהוקשו כל העריות. וא"כ שפחה חרופה שהיא אינה אלא באשם ולא הוקשו בכלל עריות קידושין תופסין בה. וזה ברור: ולפמ"ש דתופסין בה קידושי שני קודם שחזור א"כ אסורה לראשון משום א"א דהרי היא עכשיו אשת איש וכשם שאסורה לעלמא משום א"א כן היא אסורה לראשון. אמנם נראה דאע"ג דגלי קרא בשפחה חרופה דהבא עלי' לא יתחייב מיתה אלא באשם היינו לענין איסור אשת איש גלי קרא אבל לענין איסור קרובים כמו באשת אח לא גלי קרא וכיון דתפסי קידושי' הוה לי' אשת אח וממילא הוא בכרת דבר"פ נושאין על האנוסה אמרי מנא הני מילי דתנו רבנן בכולן נאמר בהן שכיבה וכאן נאמר קיחה לומר לך דרך ליקוחין אסרה תורה ע"ש. וכיון דשייך בי' לקיחה ממילא יש

בה איסור אשת אח וחייבי עלה כרת וכיון דאית בה כרת משום אשת אח למאי דגלי גלי ולמאי דלא גלי לא גלי ודוק' באיסו' אשת איש הוא דגלי וכמ"ש כיון דה"ל לאחיו מחייבי כריתות אין קידושין תופסין בה לאחיו ותו לא קשה דמשכחת אשת שני מתים דנהי לעלמא תפסי בה קידושין כיון דאינה מחייבי מיתות אבל לאחיו אין תופסין קידושין משום איסור אשת אח דהא בכרת כיון דהוי דרך לקיח' לאחיו וא"כ לא משכח' אשת שני מתי' קוד' שחרור: ולפמ"ש בחצי' שפחה דעלמא תפסי בה קידושין ומשום דגלי קרא דאיסו' אשת איש שבה אינו במיתה מיבעיא לי היכי דנתקדשה לראובן וחזרה

ונתקדשה לאחר ואח"כ נשתחררה למ"ד בפ' השולח דף מ"ג דגמרו קידושי ראשון למי גמרו לראשון או לשני כיון דכבר נתקדשה לשני. ונראה דלשני גמרי מידי דהוי אקטנה שנתקדשה דאמרינן ב"פ ב"ש דף ק"ט דקידושי קטנה מיתלו תלי וקאי וכי גדלה גדלי קידושי בהדה ובזה ודאי אם קודם שגדלה קיבל' קידושי משני כי גדלה גמרי קידושין שני ולא דראשון. מיהו לפמ"ש בש"ע סימן מ' סעיף ב' בנתקדש' אחר שלשים ובא אחר וקידשה תוך שלשים דאם מת שני או גירשה חזרו קידושי דראשון ע"ש. וס"ל דלא הוי חזרה במה שנתקדשה לשני וא"כ ה"ה הכא כיון דגמרו קידושין אחר שחרור גמרי לראשון. והנה בקצת ספרי הרמב"ם הביא הרה"מ בפרק ד' מאישות שכתב הרמב"ם דאם נשתחררה אין צריך קידושין אחרים דה"ל כקטנה שגדלה וע"ש ואח"כ כ' הרמב"ם דאם קידשה אחר קוד' שנשתחרר' הוי ספק וע"ש ונראה דהספק הוא לפי שקדשה אחר קודם שחרור אפשר לא גמרי לראשון אלא לשני: וא"כ מדכתב הרמב"ם או קדשה אחר קודם שנשתחררה מוכח דקידושין תופסין בקידושי חצי' שפחה דאי נימא דבחצי' שפחה אין קידושין תופסין לשני א"כ היכי משכחת שקידשה אחר קודם שנשתחררה ואפי' הרה"מ שם אינו חולק בזה וע"ש שכתב דיש בקצת ספרי הרמב"ם בא אחר וקדשה ואח"כ נשתחררה. אבל ממה שכתב רבינו בספ"ו מה"ל יבום נרא' שהראשונ' הוא העיק' עכ"ל. והיינו דשם ספ"ו מהל' יבום כתב הרמב"ם בנתקדשה ונשתחררה וחזר' ונתקדשה לשמעון דמתייבמת ללוי דאו קידושי ראובן או קידושי שמעון משמע דהס' הוא אפי' בנשתחררה קודם קידושי לוי אבל בזה אינו חולק דיכול להיות קידושי שני חלין קודם שנשתחררה ודוק. וב"פ השולח דף מ"ג אמר רב חסד' חצי שפחה וחצי' בת חורין שנתקדשה לראובן ונשתחררה וחזרה ונתקדשה לשמעון ומתו שניהם מתייבמת ללוי ואין אני קורא בה אשת שני מתים ממ"נ אי קידושי דראובן קידושין קידושי שמעון לאו קידושין ואי קידושי דשמעון קידושין קידושי דראובן לאו קידושין ופי' רש"י דהס' הוא בפלוגתי' דאמוראי לעיל והיינו בחצי' שפחה וחצי' ב"ח אי תפסי קידושין או לאו והתוס' פירשו דהס' הוא אי גמרו אי פקעי כדלקמן ע"ש: ולפמ"ש דקודם שנשתחררה נהי דתפסי בה קידושין לעלמא אבל לאחיו לא תפסי קידושין דה"ל חייבי כריתות א"כ לפי פי' רש"י דהספ' הוא בחצי שפחה אי תפסי קידושין לא הוי צריך לומר בגמ' חצי' שפחה כו' ונשתחררה וחזרה ונתקדשה דהא אפי' קודם שחרור נמי אי קידושי דראובן הוי קידושין קידושי שמעון לאו קידושין דה"ל אשת אחיו. ואי משום דחצי שפחה לאו בת יבום היא ומשום צד שפחה שבה ולהכי נקט נשתחררה דרצה לומר מתייבמות ללוי. דאכתי הוי מצי למימר בחצי' שפחה שנתקדשה לראובן וחזרה ונתקדשה לשמעון ואח"כ נשתחררה

מתייבמות ללוי. ונראה דכל שלא נשתחררה פשיטא לי' דודאי ליכא משום אשת שני מתים דממ"נ אם חצי' שפחה לאו בת קידושין היא עדיין היא פנוי' אינה צריכה יבום כלל ואם חצי' שפחה בת קידושין ה"ל אשת אחיו ולא תפסי בה קידושי אחיו דה"ל ערוה לאחיו כל דאית בי' ליקוחין וא"כ קידושי שני ודאי לאו קידושין ואין הס' אלא בראשון ולזה נקט לה בנשתחרר' דהשתא הוי ספק אי דקמא הוי קידושין או דשני דשמא חצי שפחה לאו בת קידושין ותפסי בה קידושי אחיו והוי ס' אי קידושי ראובן אי קידושי שמעון אבל קודם שחרור ודאי לאו קידושי שמעון דאי תפסי בה קידושי ה"ל אשת אחיו וכמ"ש: והא דפי' רש"י הספק בפלוגתא דלעיל ולא פי' בפלוגתא דלקמן אי גמרי אי פקעי כפי' תוס' נראה דרש"י ס"ל דאפי למ"ד פקעי בנשתחרר' היינו דוקא לאיסור אשת איש דבתר דפקע ה"ל כפנוי' וכגרוש' ושריא לאחר אבל לאיסור אשת אח כיון דאפי' אחר גירושי אחיו או אחר מיתת אחיו אסור' לאחיו וכדאי' בפ' הבע"י דף נ"ה דדריש דאשת אח לאחר מיתה דכתיב ערו' אחיו גיל' וא"כ ה"ה בזה דפקעי לא עדיף מגירושין גמורין וכיון דכבר הי' בה ליקוחין שעה א' אסורה עליו עולמית ואע"ג דכתב רש"י פקעי קידושין דבא השיחרור והפקיע הקידושין ומקודשת לשני שהרי נשתנ' גופה וה"ל כקטן שנולד ע"ש. מכל מקום אינו מועיל אלא לאיסור אשת איש דיש היתר לאיסורו במיתת הבעל או בגירושין פקע נמי ע"י שחרו' אבל איסור אשת אחיו כיון דאין היתר לאיסורו ע"י מיתת הבעל או ע"י גירושין לא פקע נמי ע"י שיחרור וכל שהיתה שעה אחת אשת אחיו תו ליתי בהתיר' ולא מהני הך סברא דהוי כקטן שנולד אלא לומר מה"ט פקעי קידושין אבל באשת אחיו אע"ג דפקע קידושין כיון דאינו אלא מכאן ולהבא אסורה עליו עולמית משום אשת אח. וכן משמע לשון רש"י לקמן בפלוגתא דפקעי או גמרו רב יוסף אמר פקעי קידושי ראשון ז"ל רש"י וחזרה ונתקדשה לשמעון לאו משו' אחיו נקט לה עכ"ל והיינו משום דפקעי קידושין ולא מהני לאיסור אשת אחיו לזה פי' רש"י דשמעון לאו אחיו דראובן הוא ודו"ק ועמ"ש בסימן כ"ז ס"ק ג':

ס"ק ה

צריכה גט כתב בח"מ ז"ל ונראה אפי' למאן דס"ל מקודשת אם מת זה שקידש חצי שפחה ולו גם שאר נשים אין אחיו של זה מייבם את זו לפטור שאר נשים דשאר נשים חייבים עלי' מיתה וזו אינה רק באשם ואיך תיפטור היא צרותי' עכ"ל והנה לייבם בלא"ה אי אפשר כיון דחצי' שפחה אסורה לבן חורין מצד שפחה שבה מיהו בחליצה אפשר דמהני לה כיון שהיא עכ"פ אשת אחיו ואע"ג דאינה אלא באשם אינה אלא מצד גזירת הכתוב אבל קידושין גמורין תופסין בה וה"ל חליצה מעליא לפטור צרותיהן: ומיהו

לפמ"ש בחלקת מחוקק דאינה פוטרת צרותיהן יתיישב בזה מה שהקשה בחידושי פ"י פ' השולח דף מ"ג דאכתי משכחת אשת שני מתים בשלא נשתחררה וחזרה ונתקדשה לשמעון דקידושי שמעון תופסין בה כיון שאין חייבין על קידושי ראובן רק אשם ע"ש והובא לעיל סק"ג ע"ש. ולדברי הח"מ דאפי' בחליצה אינה פוטרת צרותיהן כיון דשאר נשים חייבין עליהם מיתה וזו אינה רק באשם א"כ מתורת שני מתים נמי לא משכחת לה דליתני פוטרת צרותיהן כיון דהיא גופה אינה אלא באשם אע"ג דה"ל ערוה אינה פוטרת צרותיהן דשאר נשים חייבין עליהם מיתה ולא עדיפא ערוה מיבו' וחליצה גופה דאינ' פוטרת צרותיהן: ובש"ס דנסיב לה אשת שני מתים הוא דלא תיקשי דליתני במתני' ט"ז נשים פוטרו' צרותיהן אבל כיון דזאת אינה פוטרת צרותיהן וכמ"ש דלא עדיפא מיבום וחליצה דהא עיקר טעמא דערוה פוטרות צרותיהן משום אשר לא יבנה בית אחיו ובא בקבלה בית שהיא בונה כולו בונה מקצתו ומי שאינו בונה כולו אינה בונה מקצתו כדאית' ביבמות פ"ק וכיון דזו האשה שהבא עלי' באשם אינה בונה מקצתו דהא אינה פוטרת צרותיהן בחליצה ויבום דיד' א"כ משו' ערוה נמי אינה פוטרת צרותיהן אלא ערוה הפוטרת היינו היכא שאם לא היתה ערוה היתה פוטרת צרותיהן בבניינה ודו"ק: ובירושלמי פ' האומר בהא דס"ל לר' יוחנן במקדש מהיום ולאחר שלשים דקידושי כולם תופסין בה ואפי' הן ק' דשיורי שייר בקידושין כו' היו שני אחין וקדשוה שניהם ומת אחד מהן השני מהו שיהי' מותר בה ממ"נ מה שקנה קנה והשאר נופלת לו מחמת אחיו ר' יהודא בן פזי אומר אסור בה א"ר יוסי טעמא דר"י בן פזי כל יבמה שאין כולה לפנים צד הקנוי שבה נדון לשום ערוה וערוה פוטרת צרתה הובא בר"ן פ' הנ"ל וא"כ ה"ה בחצי שפחה ה"ל יבמה שאין כולה לפנים דהא צד שפחה אינ' נופלת לפני יבם וכיון שאין כולה קנוי נדון משום ערוה. ואפשר שצד שפחה שבה כיון שאין בה תורת קידושין אינה נדונה בתורת ערוה: והיכי שנשתחררה בחיי בעלה למ"ד גמרו הרי זו כאשת איש גמורה וחייבין עלי' מיתה ובזו כשיבמה או נחלצה ודאי פוטרת צרותיהן דקי"ל מיתה מפלת ובשעת מיתה הרי היא אשת איש גמורה כמו צרותיהן: אבל אם נשתחררה אחר שמת המקדש בזה לא שייך גמרו הקידושין כיון דכבר מת אבל למ"ד פקעי קידושין נראה דגם לאחר מיתה שייך פקעי כיון דטעמא משום דה"ל כקטן שנולד ותו אין זקוקה ליבם דה"ל גוף אחר. מיהו לפמ"ש לעיל סק"ג בשטת רש"י דלא אמרינן פקעי אלא לאיסור אשת איש ולא לאיסור אשת אח ע"ש אפשר דבזה נמי לא אמרינן פקע וזקוקה ליבם ומשום דמכח נישואי אחיו הקנה לו מן השמים. ויותר נראה דכיון דזקוקה ליב' אית לה

היתר לאיסור' בחליצ' או ביבו' א"כ כל שנשתחרר' פקע ע"י השחרור וכקטן שנולד דמי ופטורה מחליצה ולפי"ז היכא דלא נשתחררה אינה פוטרת צרותיהן מטעמא דח"מ אא שאינה אלא באשם ושאר נשים במיתה ובנשתחררה נמי פוטרת צרותיהן כיון דמספקא לן אי פקע או גמרו וכמ"ש הרמב"ם בפ"ו מהל' יבום א"כ למ"ד פקעי לא מצי פוטרת צרותיהן כיון דכבר פקעי ואי משום דקודם שנשתחררה עדיין לא פקע ואין אנו קורא בה בשעת נפילה יבמה יבוא עלי' דהא אדרב' קודם שחרור נמי לא פטרה צרותיהן וכמ"ש בתו' שהיא אינה אלא באשם ואינך במיתה וא"כ צריכה השפחה חליצה וגם שאר נשים צריכה חליצה זה הנראה לע"ד בזה ודו"ק:

ס"ק ו

ואם עד שלא נתן לה כתב הרמב"ם פ"ד מאישות המקדש חצי שפחה וחצי בת חורין אינה מקודשת קידושין גמורין עד שתשתחרר וכיון שנשתחרר גמרו קידושין כקידושי קטנה שגדלה וא"צ לקדשה קידושין אחרים בא אחר וקידשה אחר שנשתחררה הרי זה ספק קידושין לשניהם עכ"ל ונתקשו בזה הר"ן והרב המגיד דכיון שכתב דגמרי קידושיו כקידושי קטנה שגדלה היכי כתב דאם בא אחר וקידשה הוי ספק קידושין וכתב הרב המגיד דגמרי קידושין כקידושי קטנה היינו לענין שאין צריך לקדש קידושין אחרים לכי בעל דה"ל מקדש בביאה כקטנה שגדלה דמהני בעל וע"ש: ובכסף משנה כתב בשם מוהרד"ך דאפי' לא בעל לשום קידושין ולא הי' עדי יחוד כלל נמי גמרי קידושין דאפי' למ"ד דקידושי קטנה שגדלו לא גמרי קידושין עד דבעל אבל כי בעל גמרי קידושי כסף כיון שנתרצית לביאה חיילי קידושי כסף וע"ש. ועמ"ש בסימן ל"ט ס"ק א' בשטת מוהרד"ך והב"י כתב לפרש דברי הרמב"ם דאין צריך לקדשה קידושין אחרים היינו דשריא לדידי' בקידושין הראשונים וע"ש וכ"כ הב"ש דאפי' ביאה לשום קידושין א"כ כיון דקידושין הראשוני' תופסין מדאורייתא א"ל קידושין אחרים ע"ש וכ"כ בט"ז: ולפי"ז קידושי קטנה שגדלה נמי א"ל ביאה לשום קידושין ושריא לדידי' מחמת גמר קידושין הראשונים מדכתב הרמב"ם גמרו קידושיו כקידושי קטנה שגדלה משמע דקטנה שגדלה נמי הכי שריא לדידי' בגמר קידושין הראשונים ומיהו לא מהני גמרו אלא לדידי' אבל אם נתקדשה לאחר תפסי קידושי שני עד דבעל לשום קידושין וע"ש בב"י: וקשה לי לפי"ז כיון דלדידי' שריא אפי' לא בעל לשום קידושין א"כ הא דאמרי ביבמות פ' ב"ש ובפ' המדיר בקטנה שגדלה ובעל דלא תפסי קידושי שני ומשום דאין אדם עושה בב"ז ובעל לשום קידושין ע"ש והא אמרינן דלדידי' א"צ בעל לשום קידושין וב"ש כתב בסימן נ"ז ס"ק כ"ג ז"ל וכתב בתשובת הרשב"א דאין איסור מה שהיא אצלו ותהי' אצלו עד

שתתגדל ואז יקדש בביאה ואף אם בעל סתם מסתמא מקדש בביאה אע"ג דכאן אין ביאת זנות מכל מקום אחר שתתגדל ואפשר לו לקדש אותה מסתמא הוא מקדש בביאה כדי שלא יתפס בה קידושין של אחר עכ"ל והתם אפשר לומר כדעת הרשב"א דקטנה תקינו לה רבנן נשואין שלא ינהגו בה הפקר היינו קודם שתגדיל אבל אחר שתגדיל כיון שהיא בעצמה ראוי' לנישואין ולקידושין תו לא תיקנו רבנן קידושין בה וה"ל בעילת זנות וא"כ ע"כ בעל לשם קידושין אבל לפמ"ש לדעת הרמב"ם דגדלי קידושין בהדה לדידי' דלא ניהוי בעילת זנות א"כ היכי מוכח מדבעל דהוי לשם קידושין כיון דאין בזה ביאת זנות. ומ"ש הב"ש עוד דמסתמא הוא מקדש בביאה כדי שלא יתפוס קידושי אחרים נמי קשה מהא דאמרינן בקידושין פ"ב דף נ' בקטן שקידש ושלח סבלונות דמחמ' קידושין ראשונים שלח ופריך מינה למ"ד חוששין לסבלונו' ומשני מתני' כדקאמר טעמא שעל דעת קידושין ראשונים שלח וכתב שם הר"ן אע"ג אם בעל אחר שהגדיל אמרינן אדם יודע שאין קידושי קטנה כלום ולא בעל על דעת קידושין הראשונים וכתב דספק הוא לו ולביאת איסור לא מחית לספיקא אבל לסבלנות אינו חושש וע"ש. ואי נימא טעמא דמקדש בביאה כדי שלא יתפוס קידושי אחר אע"ג דאין ביאתו ביאת זנות א"כ בסבלונות נמי נימא הכי דמסתמא שלח לשם קידושין כדי שלא יתפיס בה קידושי אחר: ומ"ש הב"ש ועוד דמסתמא הוא מקדשה בביאה שלא יתפסו בה קידושי של אחר. אתמהה דבש"ס נסיב לה בכל דוכתי בבעל משום דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות והיכי ניקום ונסמוך אטעמא אחריתי דרוצה שלא יתפסו קידושי אחר דא"כ למה נקט הש"ס אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וצ"ע:

ס"ק ז

או מגרש ראשון ונושא שני באשר"י ובטור כתבו אחד מגרש וא' נושא וכתב ח"מ בשטתם ז"ל ולא חיישינן שמא יאמרו שהראשון מחזיר גרושתו שיאמרו דגמרי קידושין של הראשון וקידושי של השני לא חלו ועוד דאף אם ראשון אפשר דאין בו האיסור תורם להחזירה לאחר שנשאת מאחר דלא היתה אשת איש גמורה אצל הראשון דהא אין חייבין עלי' רק אשם עכ"ל: והנה מ"ש דלא חיישינן שיאמרו הראשון מחזו' גרושתו שיאמרו דגמרי קידושי ראשון וקידושי שני לא חלו ובש"ס אמרו בהך גזירה דמגרש ראשון ונושא שני הוא. שלא יאמרו דקידושי ראשון מהני וגירש ראשון ונשא שני ונמצא זה מחזיר גרושתו. ולפי דברי הח"מ א"כ בכל דוכתא נמי נימא הכי שיאמרו קידושי הראשון חלו והשני לא חלו: גם מ"ש דאף אם גירש ראשון אפשר דאין בו איסור תורה מאחר דלא היתה אשת איש גמורה קשה תינח קודם שנשתחררה אבל אחר

שנשתחררה דספיקא אי גמרי קידושי תורה. והכא בנשתחררה מיירי וא"כ חייבין עלי' מיתה. ודין מחזיר גרושתו נמי אית בה כיון דנעשית אשת איש גמורה ואפי' בגירש קודם שנשתחררה ונשא אחר נראה דאסו' להחזירה כיון דקידושין תפסי בה אלא דהתורה חידשה בה לפוטר' ממיתה ולא משום קידושין קלישא דאית בה אלא קידושין מעליא הוי ומשום דלא שייר בקניינו אלא דהתורה חידשה לפוטרה ממיתה ולחיובה באשם גרידא: ואפשר בטעמא דטור ורא"ש דס"ל א' מגרש וא' נושא ולא גזרינן שמא יאמרו הראשון מחזיר גרושתו דכיון דבנשתחררה ספיקא הוא בש"ס אי גמרי אי פקעי ולא החמירו בזה גזירה דרבנן דה"ל כמו ספיקא דרבנן ושמא פקעי ואמרינן לקולא ואע"ג דבכל דוכתי כיון דעיקר בדאורייתא לא אמרינן ספיקא דרבנן לקולא הכא כיון דכבר נתגרשה תו לא הוי אלא ספיקא דרבנן ולקולא ודו"ק:

סימן מה

סעיף א

ס"ק א

מקום שנהגו לשלח סבלונות. ולשטת רש"י חוששין דקידש' בסבלונות הללו ומש"ה בעינן עדים בשעת שלוח הסבלונות ולשטת תוס' חוששין דכבר נתקדשה ואפי' אין עדים בשעת השליח חוששין. ע"ש מיהו בעדים עכ"פ בעינן משלוח הסבלונות. ונ"מ בעידי הכמנה דלקידושין ממש לא מהני עדי הכמנה: והר"ן כתב דנ"מ דלפי' רש"י שהוא חושש לסבלונות עצמן לקידושין דוק' בשנותן לה בפני עדים שהמקדש בעד אחד אין חוששין לקידושין ואפי' שניהם מודים ולפי' הרי"ף כל ששלח סבלונות בודאי אפי' בלא עדים חוששין לקידושין שקדמו ע"ש. ומדכתב ששלח בודאי משמע ע"פ עדים והיינו עידי הכמנה וכמ"ש אבל לקידושין לא מהני עדות בידיעה אחורי הגדר. ובח"מ כתב במ"ש הרמ"א אע"פ שלא שלח סבלונות בעדים דהיינו ע"פ הודאתם ומגו לא מהני משום דהוי מגו נגד המנהג ע"ש: עוד שם בר"ן ז"ל ולדברי האומר דקטנה שנתקדש' שלא לדעת אבי' אם נתרצה אביה בפירוש חיישינן וכמ"ש למעל' אפי' בקטנה נמי חיישינן לסבלונות אם נתרצה בהם אבי' ולא עוד אלא אפי' בקטנה שאין לה אב כל ששדכה בחיי האב אע"פ שלא שלח סבלונות עד לאחר מיתת האב לפי' הרי"ף חוששין שמא קיבל אבי' קידושין אבל לדעת רש"י שאינו חושש אלא שמא הסבלונת בעצמן קידושין הכא כיון שאין לה אב במיאן סגי לה עכ"ל: ונראה הא דחיישינן ביש לה אב אפי' לפרש"י דוקא אם נתרצה בשעת שלוח הסבלונת וכגון שהי' במעמד האב ועי' ב"ש ס"ק י"ז אבל אם

לא הי' האב בשע' שילוח הסבלונ' אפי' נתרצה האב אח"כ תו לא חיישינן לסבלונת כיון דעיקר חשש סבלונת באתרא דמקדשי והדר מסבלי בקפידא תליא מילתא משום דחוששין שמא הדרא בה ולכן מקדשי והדר מסבלי וכמ"ש הרשב"א והר"ן ומוהרי"ק שורש קע"א ע"ש דמקדשי והדר מסבלי שלא בהקפדה אין חוששין ע"ש. ובקטנה ע"כ שלא בהקפד' היא כיון דכל זמן שלא נתרצה האב אין כאן קידושין ויכולה הדרא בה דלא חיילי קידושין אלא משעת ריצוי ואילך לדעת הרמב"ם והמרדכי וראבי' וראב"ן וכן פסק רמ"א סימן ל"ז סעיף י"א ואפי' לדעת הש"ע דכי נתרצה האב ה"ל קידושין למפרע ועיין ב"ש סימן ל"ז ס"ק י"ח מכל מקום קודם שנתרצה בין היא בין אבי' יכולין לעכב וכמ"ש בש"ע בסימן ל"ז סעיף י"א וא"כ כל זמן שלא נתרצה הרי מצית הדרא בי' וא"כ ע"כ שלא

בהקפדה שלח וכל שלא בהקפדה אין חוששין לקידושין. וא"כ נראה דלשטת רש"י בקטנה אפי' יש לה אב אין חוששין לסבלונ' אא"כ הי' שלוח הסבלונת במעמד האב. אבל לפי' הרי"ף חוששין בקטנה שיש לה אב אפי' לא היה האב בשעת שלוח הסבלונת כיון דמקדשי והדר מסבלי בהקפד' א"כ חוששין שמא כבר קיבל האב קידושין בעד בתו הקט' דאע"ג דבעלמא בקטנה שנתקדש' שלא לדעת אבי' אין חוששין שמא כבר נתרצה האב הכא כיון דמקפדי בשילוח הסבלונות שמא הדרא בה א"כ ע"כ כבר נתקדשה ומש"ה חוששין שמא כבר קיבל האב קידושין ודו"ק: ועיין ב"ש שכתב הדינים שבין פי' רש"י ובין פי' תו' ז"ל ואם היו סבלונות שאולים לרש"י לא חיישינן ולתוס' חיישינן שמא קידש כבר ע"ש ולפמ"ש בש"ע סימן כ"ח בשואל חפץ מחבירו והודיעו שרוצה לקדש בו אשה מקודשת ואם לאו הרי זה ספק מקודשת והוא מדברי הרא"ש בפ"ק דקידושין דאמרינן דגמר בלבו למיתיב לי' באותו ענין יועיל לקידושין והיינו במתנה ע"מ להחזיר ע"ש וא"כ אפילו לפי' רש"י חוששין בשאולין ואפי' המשאיל אינו יודע וסבר דקידשה כבר מידי ספיקא לא נפקא דהא אם לא הודיעו נמי הוי עכ"פ ספק מקודש'. עוד שם בב"ש ואם שלח לקטנה אחר מות אבי' לדעת תוס' חוששין דכבר נתקדשה ע"י אבי' ולרש"י ליכא חשש אלא מיאון ע"ש: אמנם נראה דהא דחוששין בסבלונת ונאסרו היא והוא בקרובי' היינו בשותקת בשעת קבלת הסבלונת דאמרינן דהוא עכשיו לשום קידושין לפי' רש"י או כבר נתקדשה לפי' הרי"ף ותוס' אבל אם בשעת שלוח הסבלונ' לידה אמרה לא בעינא לשום קידושין לפי' רש"י או לפי' תוס' אמרה לא נתקדשתי מעולם ודאי לא נאסרה בקרוביו כיון שמיחתה בו גם אמרה לא נתקדשתי מעולם תו ליכא שום חשש בסבלונ' וכ"כ הריטב"א בסוגיא דסבלונת ז"ל ומיהו דכ"ע אם לא נתרצית

לקבל הסבלונת שוב אין חוששין לה כלל והוי כאומרת לא נתקדשתי אבל לאחר קיבלה אותן אעפ"י ששניהם מודים דליכא קידושין לא סמכינן עלי' כיון שיש רגלים לדבר לחוש וצריכה גט עכ"ל וזה ודאי אפי' קיבלה הסבלונת כל שאומרת בשעת מעשה לא נתקדשתי מעולם וגם עתה איני רוצה לקידושין דתו ליכא חשש ואין החשש בסבלונת אלא כשקיבלה בשתיקה: ולפי"ז נראה דהני מילי בגדולה אבל בקטנה דלא אמרינן שתיק' כהודא' דאפי' הודאתה לא מהני וכמ"ש מוהרי"ק בשורש פ"א דאפילו לדעת הרמב"ם דנאסרת בפיתוי קטנה אבל הודאתה לא מהני בי' דאין הודאת קטן כלום ולא מהני בי' הודאת בע"ד כמאה עדים כדפריך תלמוד' בכל דוכתי קטן מידי ממש' אית בי' ע"ש וא"כ לפי' תו' נמי דחייש' בסבלונו' לקידושין הקודמים היינו דוקא בגדולה כל שקיבלה בשתיקה ה"ל כמודה דכבר נתקדשה אבל בקטנה כיון דאפי' מודית שכבר נתקדשה ע"י אבי' לא מהני בה הודאה דקטן מידי ממשא אית בי' א"כ לא נאסרה בקרוביו על ידי קבלת הסבלוות ואין המשלח נאמן לחוב לקטנ' והא דכתב הר"ן בקטנה שאין לה אב חוששין לפי' הרי"ף אפשר דהיינו דוקא למשלח הסבלונות לפי שהיא כמודה דכבר נתקדש' אבל הקטנה לא נאסרה בזה ואכתי צ"ע: עוד בב"ש בשם מוהרי"ט דאם האשה שולחה לו סבלונת לפי' רש"י ליכא חשש ולתו' יש חשש ע"ש. ונראה לפי מ"ש בש"ע סימן כ"ז סעיף י"ט דצריך חקירת חכם מי נקרא אדם שאינו חשוב להתירה בלא גט וא"כ לכאורה לפי' רש"י נמי ניחוש לקידושין כל שלא נחקר אם הוא אדם חשוב דקידושין סתם נותן הוא וצ"ל לפי"ז לפי' רש"י אפי' באדם חשוב אין לחוש היכא דאשה שולחה אליו וגם בזה צ"ע: והריב"ש בסימן תע"ט כתב דאם אבי החתן שלח סבלונת לפי' רש"י אין חשש דאפילו אומר האב בפי' שהוא נותן לשום קידושין בנו אין חוששין למה דקי"ל כרבינא דלא חיישינן דילמא שליח שוין כו' אבל לדעת רי"ף ורמב"ם ז"ל שאין חשש סבלונת מחמת עצמן אלא שהם ראי' שקדמו להם קידושין אפש' אף אם לא נתנם החתן בעצמו לשליח הם ראי' שכבר קדמו להם קידושין עכ"ל. ולא ידעתי היאך נאמן האב על בנו דכבר קידשה ומה לו לבן בשלוח הסבלונת דאב כיון דהבן צווח לא קדשתי' מעולם ואין האב נאמן לומר קדשתי לבני אלא נאמן לומר קדשתי בתי ולא על בנו ואולי מטע' זה כ' הריב"ש בלשון אפשר אלמא דאפי' לרי"ף ורמב"ם לא פסיקא לי' לסבלונת בשילו' האב והב"ש כתב ואם אבי החתן שלח לתו' יש חשש שמא בנו כבר קידש אותה ולפי' רש"י ליכא חשש ריב"ש עכ"ל, והרי לפנינו לשון הריב"ש דלא כתב אלא בלשון אפשר. ויותר נראה דאפי' לרי"ף ורמב"ם ותוס' אין חשש כל שלא שלח החתן בעצמו ודוקא כשהחתן שלח והיא קיבלה סתם בזה אפי' שניהם מודי' שמעו' לא הי' קידושין

לא מהימנו אבל מה איכפת לי' להחתן מה שאחר שולח שבלונת עבורו וה"ה אביו אינו נאמן יותר מאחר וכמ"ש נראה דאין להחמיר בחשש סבלונת. עוד שם בב"ש ואם שלח בשבת לפי' רש"י ליכא חשש דאין, מקדשין בשבת כ"כ מוהרי"ק שורש קע"א ע"ש. ונראה דלדעת המרדכי הובא בב"י או"ח סימן תקכ"ו דגם מתנה אסור ליתן בשבת ע"ש וכ"כ הריטב"א בכתובת פ"ק גבי אתפסוה מטלטלין לכתובה דפירוש מבעוד יום דאלו בשבת אסור דהוי כקונה קטן בשבת ואסור אפי' לדבר מצו' אא"כ השעה דחזקה ע"ש וא"כ מה לי קידשה או נתנה במתנה איסורא דעביד עביד בין בקידושין בין במתנה וא"כ שפיר יש לחוש לקידושין לפי' רש"י אפי' בשבת. ובמיני מאכל ומשקה לצורך שבת ויו"ט דשרי ליתן עיין מגן אברהם סימן ש"ו כבר כתבו קצת פוסקים דאין חשש סבלונת במיני מאכל ומשקה וכמ"ש מוהרי"ט חלק אה"ע סימן כ"ח דיש מי שאמר בטעם קפידת הסבלונת דחייש עלה שמא תפסידם ובמיני מאכל ומשקה לא רגילי אינשי למיקפד עליהן לא חיישינן לה וע"ש. וכן משמע מדברי מוהרי"ק שורש קע"א. ואכתי נ"מ בבגדים שהם לצורך י"ט ושבת דשרי ליתנם בשבת וי"ט ולקידושין אסור:

ס"ק ב

אע"פ שרוב אנשי העיר אין משלחין בפ' האיש מקדש דף נ' אמר רב פפא באתרא דמקדשו והדר מסבלי חיישינן מסבלי והדר מקדשי לא חיישינן מקדשי והדר מסבלי פשיטא לא צריכא דרובא מקדשי והדר מסבלי מיעוטא מסבלי והדר מקדשי מהו דתימא ניחוש למיעוטא קמ"ל. והוא גרסת רש"י ור"ח גרס לא צריכא דרובא מסבלי והדר מקדשי ומיעוטא מקדשי והדר מסבלי מהו דתימא לא ניחוש למיעוטא קא משמע לן ע"ש בתו': וכתב הריטב"א ז"ל ואי קשיא לך והא קי"ל כרבנן דלא חיישינן למיעוטא אפי' לחומרא איכא למימר דהתם הוא ברובא דבחיוב וטבע שאינו תלוי ברצון כגון האי דקטן וקטנה שחולצין ומתיבמין ולא חיישינן לסריס ואיילנות דהוי מיעוטא וכהאי דאמרינן דרוב נשים מעוברת יולדת ומיעוט מפילות אבל ברוב התלוי במנהג שאינו חיוב וכל אדם שרוצה יכול לנהוג כמנהג המועט חוששין למיעוט לחומרא כיון שהדבר תלוי בדעת פעמים שאדם נוהג כמנהג המועט עכ"ל: וקשה דהא בהאי פלוגתא דפליגי רב ושמואל ר"פ המוכר פירות במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן ורובא לרדיא זבני וסבר רב דהולכין בממון אחר הרוב ושמואל אמר אין הולכין בממון אחר הרוב ע"ש ורובא לרדיא נמי אינו בחיוב וטבע אלא ברצון ואפ"ה אזלינן בתר רובא לרב ולשמואל נמי מהני לי' רובא אלא משום דאין הולכין בממון אחר הרוב: מיהו הרמב"ן כתב בס' המלחמות בזה ז"ל אבל הטעם לשאלה זו שאין רוב זה דומה לפלוגתא דר' מאיר וחכמים דהתם רוב חיוב

וטבע הוא ואי אפשר אלא כן אבל כאן אינו אלא מנהג ופעמים הדבר שאדם נוהג כמנהג המועט לפיכך במקום איסור אשת איש החמירו לחוש עכ"ל: ומדבריו נראה דאפי' רוב דתליא ברצון ולא בחיוב וטבע נמי רובא הוי אלא כיון דלא עדיפא כרובא דעלמא דהוי בחיוב וטבע מש"ה החמירו באשת איש: ובתוס' סנהדרין דף ג' ד"ה מה נפשות דחמירי כו'. וי"ל דרובא לרדיא לאו רוב חשוב הוא ומש"ה אמר שמואל דאין הולכין בו אחר הרוב עכ"ל ונראה שכיונו לזה דמש"ה לאו רוב גמור הוא משום דאינו בחיובא וטבע אלא תליא ברצון ומש"ה אית ליה לשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב אבל ברובא דעלמא דהוי בחיוב וטבע מודה שמואל דהולכין בממון אחר הרוב ועמ"ש בקו' שב שמעתא ש"ו פ"ו.

ס"ק ג

ששלח לה סתם. ז"ל ב"ש כתב בתשובת מוהרי"ק שורש ק"ע ובתשו' מוהר"ם לובלין סימן פ"ב דוקא כשאומר בלשון חובה אז חיישינן לקידושין

משמע אם שולח סתם ולא אמר כלום אין חוששין לפי"ז אם אמר לדורון או לסבלונות אין חוששין אפי' אם דיבר לשון חיבה עכ"ל. והמעיין בתשובת מוהרי"ק נראה מבואר להיפך וז"ל שם בסימן ק"ע ועוד נרא' לענ"ד דע"כ לא חיישינן לסבלונות לרש"י שהם עצמם קידושין אלא היכא שהוא נותן סתם או שאומר משום אהבה וחיבה וכיוצא בזה דמשמע קצת לשון קידושין אבל כשהוא נותן לה בלשון דורון בלבד בהא מודה רש"י שאין לחוש שיתן אותו לשום קידושין דבשלמא כשנותן סתם איכא למימר דאשידוכין קא סמיך שכבר פייסה שתתקדש לו ומש"ה לא פי' וכ"ש כשאומר בלשון אהבה וחיבה או כיוצא בו אבל כשהוא נותן בלשון דורון בעלמא גלי אדעתי' דלאו לקידושין ניתנו אלא לדורון בעלמא עכ"ל. ומבואר להדיא דנותן סתם נמי חוששין לסבלונת ולא אתי לאפוקי אלא היכא דאומר בלשון דורון בפירוש. וע"ש במוהרי"ק שכתב ז"ל ועוד נראה לענ"ד שלכאורה יש לדקדק כן מלשון רבינו מאיר שהרי כתב בתשובה ז"ל אם יש עדים ששידך ונתרצית כו' עד הי' מדבר עמה על עסקי ניטין וקידושין ולא פי' כו' ומיהו נראה הני מילי כשנותן לה בשתיקה ולא דיבור מאומה אבל היכא שדיבר שנתן לה מאהבה וחיבה יש בלשון הזה לשון סבלונת וקי"ל חוששין לסבלונת עכ"ל. ומדקאמר אבל היכא שדיבר שנותן לה מאהבה וחיבה שיש בלשון הזה לשון סבלונת ומשמע דוקא בלשון אהבה וחבה וכיוצא הוא דאי' למיחש לסבלונת הא בלשון דורון בעלמא לא דאי אמרת שכל הקולות כשרים בסבלונת מה לו לומר כיון שנותן לה לאהבה כו' ה"ל למימר כיון שדיבר ולא שתק יש לחוש לסבלונת ועוד מאי יש בלשון הזה לשון סבלונ' אם איתי' שהם

נאמרים בכל לשון אלא ודאי פשיט' לכל מבין דס"ל לרבינו מאיר דבעינן שיאמר לשון דמשמע איזה קורבה ואהבה ולא סגי בלשון דורון ומתנה בעלמא עכ"ל מהרי"ק וע"ש ואולי לזה כיון הב"ש בשם מוהרי"ק דס"ל דבעינן דוקא לשון אהבה אבל סתם לא מהני: אמנם כיון דמוהרי"ק בתחלה כתב להדיא דסתם מהני איך יסתור דבריו אח"כ ובתחלה כתב דסתמא מהני אלא דוקא בלשון דורון הוא דלא מהני דה"ל כמגלה דעתו שאינו חפץ לקדשה וכמו שהביא ראיה לזה מהא דאמרינן רפ"ק דקדושין דף ו' גבי מיועדת לי מהו דאפי' עסוקין באותו ענין דמהני שתיקה אבל האי למלאכה קאמר ע"ש. ומבואר דסת' מהני לחשש קידושין בסבלונת ולא חזר מוהרי"ק מדבריו ואדרבה רוצה להוכיח דבריו מדברי רבינו מאיר אלא דעיקרא דמלתא סתמא לשם אהבה וחיבה אבל אם שולח פרוטה או שאר דברים שאינן דרך סבלונת בזה סתמן לאו לקידושין ניתנו אלא סבלונת שדרך החתן לשלוח לכלה לשום אהבה וחבה בזה יש בו חשש קידושין ושאר דברים שאין סתמן לשום אהבה וחבה אין בזה חשש קידושין אלא כשאומר בפירוש לאהבה וחיבה אז אפי' בשאר דברים חזרו להיות דין סבלונת וכן להיפך בסבלונת שסתמו לשום אהבה וחבה אם אומר בפירוש לשון דורון יצאו מסתם סבלונת ותו אין בו חשש קידושין דעיקר חשש קידושין אינו אלא באותן סבלונת שסתמן לשום אהבה וחיבה וה"ל כמו קידושין ובשאר דברים שאין סתמן לשום אהבה וחיבה אין חוששין לקידושין וכן בשאר דברים אם אומר בפירוש לשום אהבה וחיבה חוששין לקידושין ואפי' בסבלונת שסתמן לשום אהבה אם אומר בפירוש לדורון מגלה דעתו שאינו לשום קידושין דלעול' אין חוששין בסבלונת לקידושין אלא באומר לשום אהבה וחבה או בסבלונת שסתמן לשום אהבה וחיבה וכמו שנתבאר וזה ברור: ומ"ש הב"ש בשם מוהר"ם לובלין. המעיין שם נראה דשם כתבו ע"ד אשר שלח אחר השידוכין תרנגולת לכפרה עי"כ וכתב על זה דשילוח תרנגולת לכפרה אין בו לשון סבלונת ולא לשון חיבה והיכא דלא אמר לשון חיבה ודאי אין חוששין וכמ"ש מוהרי"ק שורש ק"ע וכמו שהוכיח מדברי מוהר"ם עכ"ל והתם ודאי כיון דתרנגולת לכפרה אין דרך לשלוח לשום סבלונת ובשאר דברים כל שאומר בלשון חיבה ואהבה ה"ל סבלונת אבל לא אמר בלשון חיבה בשאר דברים ודאי אין בו משום סבלונח וכמ"ש. ובמשנה למלך פ"ט מאישות הביא תשובת מוהרי"ק שכתב דע"כ לא פליג אשאר גאוני' דאמרי דאין לחוש שיהיו הסבלונת עצמן קידושין אלא היכא שהוא נותן סתם או שאמר משום אהבה וחבה אבל כשהוא נותן בלשון דורון בלבד מודה רש"י שאין לחוש שיתן אותן לשום קידושין וכתב דיש לדקדק כן מלשון מוהר"ם ע"ש ובדברי הרב הגדילו התערובות וכל מאי דאייתי מדברי מוהר"ם אינו ענין כלל לפי' רש"י

דמוהר"ם כשכתב דבלשון אהבה וחיבה דיש בזה בלשון סבלונת קאי לפי' הגאונים דחששא דסבלונת הוא משום קידושין שקדמו אבל לרש"י ז"ל לא שייך חששא דסבלונת כיון שפי' משום אהבה וחיבה ולפום מאי דקאמר הרב תחלה אין בלשון אהבה וחיב' לשון קידושין ולרש"י לא הוי כלום וא"כ מוהרי"ק דקאי לפי' רש"י מה לי שיהא לשון דורון שוה ללשון אהבה וחבה או לא ולרש"י בכל גווני לאו כלום הוא ואי אפי' לפי' הגאונים דחששא משו' קידושין שקדמו כל שלשון הסבלונת אינו מורה דרך אישות אלא דרך דורון בעלמא לא חיישינן אין כאן מקום דברים הללו אלא לעיל דמיישב נדון דידי' למ"ד דהחשש' הוא משו' קידושין שקדמו הי' לו להזכיר זה עכ"ל: אמנם דברי מוהרי"ק נכונים והוא דלשון אהבה וחיבה אפי' נימא דלא הוי קידושין ממש מכל מקום סבלונת מיהא הוי והיינו דעיקר סבלונת הוא מה שדרך החתן לשלוח לכלה לשום אהבה וחבה וכמו שיבואר לקמן אבל אם אין דרך לשלוח כזה חתן לכלה כמו שאר דברים אין בזה משום סבלונת אבל באומר לשום אהבה וחיבה הכא הוי דינא דסבלונת ואח"כ כתב מוהר"ם דלשון אהבה וחיב' היא גופה לשון קידושין כמו אהובתי. וא"כ לפי' רש"י הוא החילוק בין אומר לשום אהבה וחיבה והיינו בשאר דברים שאין דרך לשלוח חתן לכלה. ומה שעלה על דעת משנה למלך לומר דמוהרי"ק כתבו לפי שטת הגאוני' דחיישינן לקידושין שקדמו ודאי ליתי' דהא דמוהרי"ק כתב שם להיפך דהא דלא חיישינן בשולח לשום דורון בעלמא היינו לפי פרש"י אבל פי' הגאונים דחיישינן לקידושין שקדמו אפי' נותן לשום דורון:

ס"ק ד

וכ"ש אם אמר ששולח לשום דורון בעלמא. כבר נתבאר בסק"ג דפי' סבלונת מה שדרך לשלוח חתן לכלה אבל שאר דברים שאין מדרך לשלוח לכלה אין חוששין וכמ"ש רש"י במשנתינו שם ז"ל דורנו' שדרך החתן לשלוח לכלה ע"ש ומשמע הא שאר דברים לא. ולפי' רש"י דהטעם דחוששין לסבלונת שהם עצמם קידושין לא חיישינן להו אלא בדברים שדרך החתן לשלוח לכלה שהוא סתמא לשום אהבה וחיבה בזה הוא דחוששין שמא נתן לקידושין. ולפי' תו' חוששין לקידושין שקדמו היינו נמי משום דמקדשי והדר מסבלי תליא בקפידא וכתב הרא"ם טעמא דקפידא דשמא תחזור בה ואתי לידי כיסופא ולהכי מקדשי והדר מסבלי ע"ש ולא שייך קפידא זו אלא בדורנות שדרך לשלוח חתן לכלה ובזה כי הדרא בה אתי לידי כיסופא אבל שאר דברים שאין דרך לשלוח חת' לכלה גם כי תחזור בה לא אתי לידי כיסופא והיכא שאומר בהדיא לשום אהבה וחבה אפי' בשאר דברים אתי לידי כיסופא כשהדרה בה ונעשה בזה דין סבלונת בין לפי'

רש"י ובין לפי' תוס' והגאונים ומש"ה כתב במרדכי דכי אמר לשום אהבה וחיבה ה"ל לשון סבלונת אע"ג דנראה שם מדברי מרדכי דס"ל כפי' תוס' אלא משום דגם לפי' תוס' תליא בלשון סבלונת כל שאומר לשום אהב' וחיבה דבזה אפי' בשאר דברים אתי לידי כיסופא כשהדרה בה ומש"ה חוששין לסבלונת בזה לקידושין שקדמו. מיהו היכא דשלח סבלונת שדרך לשלוח חתן לכלה ואומר בהדיא לשום דורון בעלמא בזה נ"מ בין פי' רש"י ובין פי' תוס' דלרש"י כיון דאומר בהדיא לשום דורון תו ליכא חששא דלקידושין ניתנו כיון דאומר לדורון אבל לפי' תו' דחוששין לקידושין שקדמו באתרא דמקדשי והדר מסבלי ומשום קפידא דלא ליתי לידי כיסופא ובזה נמי כיון ששולח מה שדרך לשולח לכלה והדרה בה אתי לידי כיסופא וחוששן לקידושין שקדמו:

ס"ק ה

אבל בלא שידוכין ליכא למיחש לכ"ע כ"כ הרשב"א והר"ן דאפילו לפי' חו' אין חוששין בלא שידוכין דאל"כ כל מי שיתן מתנה לפלו' ניחוש לקידושין ע"ש וב"ש כתב דמדברי תו' מוכח דאפי' לא שידך נמי וכן מדייק בתשובת מוהרי"ן לב ובתשובת מוהרשד"ם ע"ש. והיינו מדכתבו תו' דרש"י לשיטתו פי' שידך ומשמע דלשטתם לא בעינן שידך ע"ש וכן נראה מוכח להדיא מתשובת מוהר"ם רוטנבורק הובא במרדכי ספ"ב דקידושין בראובן שקידש את לאה כו' ע"ש דמיירי בלא שידך וכתב עלה דאם אמר לשום אהבה וחיבה דיש בלשון זה לשון סבלונת ע"ש ומאי ענין סבלונת כיון דלא שידך אלא משמע דלפי' תו' אפי' בלא שידך וע"ש. וכ"כ בתשובת מיימוני סימן ד' להל' אישות ז"ל בראובן שקידש את לאה ולא שידך ומסיק עלה דין סבלונת ע"ש ומ"ש שהרשב"א והר"ן דאל"כ אין לך מתן מתנה לפנוי' לפי מ"ש לעיל דאפי' לפי' תו' אין חוששין בסבלונת אלא במה שדרך לשלוח חתן לכלה אבל בשאר דברים לא ואין דרך ליתן מתנה לפנוי' מה שדרך לשלוח חתן לכלה ואם נותן לה מה שדרך לשלוח מחתן לכלם בזה הוי דין סבלונת ואפי' לא שידך

ס"ק ו

ששלח מיד אחר הקידושין יום או יומים. במוהרי"ק הטעם משו' דאם אי' דקידש אותה אחר השידוכין קלא אית למלתא דלא נשכח הדבר עדיין לפרש"י דהסבלונו' בעצמן קידושין ליכא חשש כיון דלא נתן בעצמו הסבלונות אלא ע"י שליח ואם איתא דלקדושין נתכוונה הי' מקדשו בעצמו דמצוה בו יותר מבשלוחו: וב"ש כתב ז"ל ולכאורה קשה איך מיישב הסוגיא דשלח ע"י שליח דחיישינן לפי' רש"י דקידשה בסבלונת ע"ש. והוא מבואר במוהרי"ק סימן קע"א שם שהאריך נגד הכותב ז"ל שהרי מנהגינו בסבלונת כמנהג מתני' דקתני אע"פ ששלח סבלונת כו' הרי לך אע"פ שאין באין לה כדרך

המתקדשת ואפי' הכי מקודשת מספק ע"כ ומה הועיל באריכות זה ומה עזר ללא כח ממתני' דשלח לה סבלונת דפשיטא ופשיטא כשאינו בעיר שדרך לקדש ע"י שליח ובהדיא שנינו האיש מקדש בו ובשלוחו והאומר לשלוחו צא וקדש לי אשה במקום פ' ומשניות אחרות שמה דודאי אם אינו רוצה לטרוח ללכת שם דרך הוא לשלוח שליח אבל כשהם במעמד אחד למה לא תקבלנו יתן לידה ולמה לא תקבלנו חידי מי הוא שיטעה לדמותם אהדדי עכ"ל ומבואר דלא אמר מוהרי"ק דאין חוששין ע"י שליח אלא כשהם במעמד אחד דודאי מצוה בו יותר מבשלוחו אבל אם אינם במעמד א' ואינו רוצה לטרוח ללכת עד מקומה ודאי שלוחו כמותו גם לענין סבלונת והיינו משנתינו דשלח סבלונת ומהתימה על הב"ש שירד לחלק בחילוקים אחרים זה שלא עלה ע"ד מוהרי"ק:

ס"ק ז

ואפי' שלח לה אח"כ ג"כ. דין זה כתוב בתשובת הרשב"א אבל מדברי מוהרי"ק משמע להיפך כמ"ש בח"מ ובב"ש וטעמא דהרשב"א משום דמה ששולח מיד אחר השידוכין אין חשש קידושין דאם איתי' דקידש אחר השידוכין הי' קול כיון דלא נתיישן א"כ איש זה מסבל בלא קידושין מש"ה אף מה ששולח אח"ז אין בו חשש ע"ש: והנה נראה לדברי מוהרי"ק דאע"ג דחזינן להאי גברא דמסבל פעם אחת קודם הקידושין לא נפיק מכלל רובא מהא דאמרינן ר"פ המוכ' פירות גבי מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן רב אמר הרי זה מקח טעו' ושמואל אמר יכול לומר לו לשחיטה מכרתיו לך ופריך וליחזי אי גברא דזבין לנכסת' לנכסתא לרדיא ומשני בגברא דזבין להכי ולהכי ע"ש ומבואר דאע"ג דהאי גברא זבין להכי ולהכי לא נפקא מכלל רובא דעלמא אלא א"כ ידוע דהאי גברא עובד אדמה ורובא דידי' לרדיא אי טבח ורובא דידי' לשחיטה אבל אם הוא גברא דזבין להכי ולהכי לא נפיק מכלל רובא דעלמא וא"כ בהאי גברא נמי דמסבל פעם אחת קודם קידושין עדיין לא נפיק מכלל רובא דעלמא דאתרא דנהגו מקדשין ואח"כ מסבלין ולא נפיק מכלל רובא דעלמא אא"כ מוחזק לן בהאי גברא דנפיק מכלל רובא דעלמא וכגון שהי' טפח קבוע אבל אם האי גברא שקול כגון שהי' עובד אדמה וגם טבח וזבין להכי ולהכי אזלינן בתר רובא דעלמא וה"נ בזה האיש דסיבל פעם אחת קודם קדושין עדיין לא נפיק מכלל רובא דעלמא ושם בפ' המוכר פירות דף צ"ג מר אזיל בתר רובי דאינשי ומר אזיל בתר רובא דזריעה ומבואר דאע"ג דלוקחין רובא לאכילה אפ"ה כל שהפשתן רובו נלקח לזריעה אזלינן בתר רוב הפשתן וע"ש וא"כ מכ"ש הכא דניזל בתר רובא דסבלונת שרובן אחר קידושין ואע"ג דהאי גברא פעם מסבל קודם קידושין אינו יוצא מכלל רובא אא"כ ידעינן ומוחזק בהאי גברא כמה פעמים דמסבל ואח"כ מקדש ואי לא

לא נפיק מכלל רובא: והרשב"א בתשובה שם ז"ל בראובן ששידך בתו לשמעון כו' ונתן המשדך סבלונות להכלה ואח"כ הי' שולח בכל יום סבלונת ואח"כ המיר דתו המשדך והיא נשאת לאיש אחר ועכשיו טען המשדך שבתורת קידושין נתן לה הסבלונת והשיב דעו' כו' כיון שמנהג המקום לשלוח סבלונת ואח"כ מקדשין כו' שהרי אין מנהג המקום ואפי' למיעוט האנשים להמתין ולשלוח הסבלונת אחר הקידושין ועוד אני אומר אפי' הי' מקומכם מקום שמקצת בני המקום מקדשין ואח"כ שולחין הסבלונת במעשה איש זה לא נחוש מפני שכבר אמרתי לכם שאין הסבלונת בעצמם קידושין וכן אין לחוש שמא זה שנתן סבלונת כבר קודש שהרי עכשיו שידך בפנינו ואם מפני סבלונת ששלח אח"כ אין זה ראי' שכבר קידש שהרי איש זה כבר ראינוהו שנתן מתחלה סבלונת קודם קידושין א"כ אין סבלונת לעולם ראי' על שכב' קידש ולפיכך אין חוששין לדבריו כלל וכ"ש לזו שכבר נשאת עכ"ל וע"ש. ונראה דהרשב"א לא קאמר אלא בעובדא דידי' דרובא מסבלי ואח"כ מקדשי וכמ"ש הרשב"א ואפי' הי' מקום שמקצת בני המקום מקדשין ואח"כ מסבלין וניחוש למיעוטא לזה קאמר הרשב"א במעשה איש זה אין לחוש כיון דחזינן להאי דמסבל ואח"כ מקדש וא"כ אין אנו חוששין בו למעוט' דהא מעשיו נמי מוכחין כרובא דמסבלי ואח"כ מקדשי אבל היכא דרובא מקדשי ואח"כ מסבלי דאזלינן בתר רובא וא"כ אפי' חזינן בהאי גברא פעם אחת דמסבל ואח"כ מקדש לא נפיק מכלל רובא עד דמוחזק לן בהאי גברא ע"י פעמים הרבה דמסבל והדר מקדש אז הוא דנפיק מכלל רובא אבל בפעם אחת לא נפיק מכלל רובא וכדמוכח מהאי דר"פ המוכר פירות וכמ"ש ודו"ק: והרמ"א שסתם משמע מדבריו דלעולם לא חיישינן לסבלונת כל ששלח פעם אחת קודם קידושין ולפי מ"ש הרשב"א בתשובה סימן אלף ק"ס לא קאמ' אלא היכ' דרוב' מסבלי ואח"כ מקדשי אלא דמיעוטא מקדשי והדר מסבלי ובזה ששלח פעם אחת קודם קידושין מוכח דהוא נמי כמו רובא דמסבלי והדר מקדשי אבל ברובא מקדשי והדר מסבלי לא מהני מה ששלח סבלונת פעם אחת קוד' קידושין וכמ"ש ודו"ק:

ס"ק ח

אם שלח בעדים. הטעם דבשעת חלות קידושין לא בעינן עדים וכדאמרינן הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה וה"נ אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו וה"ל כאלו ראינו הנתינה ממש אבל דעת הר"י והר"א ממיץ דאפי' ליכא עדים כלל לא בשילו' ולא בנתי' היכא דמנהג פשוט לשלוח אחר השידוכין טבעת ומנעלים דשוב הוי אנן סהדי דודאי שלח לה לשום קידושין והוי עדות כמו רקדו בפניה וע"ש בת"ה סימן ר"ז ונראה דשטה זו אזלא בשטת הרא"ה הובא בריב"ש סימן קצ"ג בקידש בפחות מש"פ ודר עמה כדרך איש

ואשתו ולא הי' עדי יחוד דה"ל כמו עדי יחוד ע"ש וה"נ אע"ג דבשעת קידושין ליכא עדים כלל כיון ששידך וידוע מנהג המקום לשלוח טבעת ומנעלים ה"ל עדים ממש וא"כ לפי מ"ש הריב"ש שם דחלקו על הרא"ה כל האחרונים א"כ ה"נ כל שלא הי' עדים בשעת שילוח סבלונות אין לחוש:

ס"ק ט

רק אחר מקבל להם אין חוששין והוא מדברי מוהרי"ק. ובת"ה סימן ר"ז כתב בשם א"ז דסבלונות יש לחוש אפי' קיבלה אשה אחרת דדלמא שליח שוי' כיון שכבר קיבל הקנין על הקנס וכ"ש אם קיבל אבי' דיש לחוש לפי' רש"י. וע"ש בת"ה שכתב דאפי' קטנה קיבלה סבלונות יש לחוש לפי' ר"ח שכבר נתקדשה ע"ש. וכבר כתבנו חזה בסק"א דבקטנ' אפי' לפי' ר"ח אין חוששין כיון דליכא הודאה מן האשה דהודאת קטנה לאו כלום הוא ואין המשודך נאמן בשליח סבלונות לשוי' אשת איש ואפי' בגדולה נמי מחמת הודאה ע"ש:

ס"ק י

שעש' איסור כתב הב"ש ז"ל ה"ה אם נשא אשה אח"כ מוכח דלא קידש את זו דאל"כ הי' עובר על חרם ר"ג' תשובת ש"י סימן כ"ח ע"ש. והתשובה שם העתק מכ"י הגאון מוהר"י מרפורק ז"ל שהיתה כתובה בסוף ס' א"ז שלו כו' ושם כתב רבו זקנו זצ"ל בשם רבינו שמחה זצ"ל דלפי' ר"ח כששניהם מודים כששלחו הסבלונות שלא הי' צד קידושין בדבר שאז אינה צריכה גט א"כ כפי אלו הדברים נ"ל היכא שנשא המשודך אחרת יש לנו לומר דעתו בודאי שלא קידש כי הי' עובר על

רגמ"ה ז"ל והי' רשע ואפשר אפי' הי' אומר בפירוש קדשתי' לא הי' נאמן דאין אדם משים עצמו רשע לכן נ"ל היכא שנשא המשודך אשה אחרת שעדיף משניהם מודים שלא קידשה כו' עד נראה בכל מקום שנשלחו הסבלונות ונשא המשודך אחרת דליכא בית מיחוש משום צד קידושין ולא בעי גיטא עכ"ל ע"ש: והיינו דוקא לפי' ר"ח הוא דנאמן לומר שלא קידש אבל לפי' רש"י אין המשודך נאמן לומר שלא קידשה וכמבואר בת"ה סימן ר"ז שכתב ז"ל הועתק מתשוב' א"ז גדול וכתב דלפי פי' ר"ח אם אומר שלא קידש כבר מהימן ולא חיישינן לסבלונות אבל לפי' רש"י אפי' אמר שלא שלחם לשום קידושין לא מהימן וע"ש. ומש"ה כתב דלפי' ר"ח דבאומרים שלא הי' צד קידושין דנאמנין וא"כ כשנשא אחרת כיון דלא עבר על חרם רגמ"ה הרי הוא כאומר לא קידש אבל לפי פי' רש"י כיון דאפי' אומר שלא שלחם לשום קידושין אינו נאמן א"כ ה"ה נשא אחר' אינו נאמן וכבר פוסק הרמ"א דאינו נאמן ואפי' נשבע שלא קידש אינו נאמן א"כ השתא שבועה דחמירא אינו נאמן מכ"ש ע"י חרם דאינו נאמן וכן אפי' נשאת תצא ברובא מקדשי והדר

מסבלי ולא אמרינן דלא עבר' באיסור אשת איש א"כ נשא אחרת נמי לא מהני ומשום דאינו נאמן לא הוא ולא היא לומר שלא קידשו ואפי' על שבועה או שאר איסורי דחמירא וז"ב. מיהו היכא דשידך ונשא אשה אחרת ואח"כ שלח למשודכת סבלונות בזה נראה אפי' לפי' רש"י אין לחוש ששלח לשום קידושין כיון דכבר נשא אחרת לא עבר בחר' רגמ"ה וכמ"ש מוהרי"ק בשלח בשבת דכיון דאין מקדשין בשבת ודאי לא עביד איסורא אבל אם בשעת שילוח הי' בהיתר תו לא מהימני אח"כ בשו' אופן אפי' נשבע או שאר איסו' לא מהימני ומשו' דכבר דנין אותו במקודשת אבל אם בשעת שילוח הסבלונות הי' איסו' ע"י קידושין אמרינן דלא עבד איסורא ולא קידשה ואע"ג דגם בשידך ונשא אחרת עבר על חרם קדמוני' במה שחזר משידוכין איסורא דעבד עבד אבל להוסיף באיסורו במה שיחזור ויקדש אשה על אשה ולעבור על חרם רגמ"ה לא אמרי' ואמרינן שלא שלח לשו' קידושין:

ס"ק יא

והחתן אינו אומר ששלח לשום קידושין. וכתב בת"ה דהאידנא שנהגו לקדש תחת החופ' ומברכין ברכת אירוסין לא חיישינן לסבלונת וע"ש ועיין ב"ש. ועוד נראה להקל האידנא בסבלונת לפי מה שנוהגין בתנאי' לכתוב הקנס לא יפטו' החרם וגם יש חרם הקהילות במי שחוזר ואין לא היתר אלא בהתרת הרב' אנשים או שיפטרו זה את זה ועיין בהגהת מרדכי דיבמות ועיין ב"ש סימן נ"א, וכיון דאם נשבעו זה לזה שישאו זה את זו אין חוששין לסבלונת דלא חיישי דלמא הדרא בה ולא מקפדה וסומכין על השבועה וכמ"ש ב"ש סק"א ה"נ סומכין על החרם דלא ליהדרא בה:

ס"ק יב

חוששין לכתובה ומשמע דאינו אלא חשש וכמו חוששין לסבלונ' ובריטב"א פי' האיש מקדש כתב שטת הרמב"ן דלכתובה לא חיישינן כלל וע"ש שכתב דכמה זימנין דכתבי כתובה עד דלא גמרי קידושין אלא אדלעיל קאי היכא דכולהו מסבלי והדר מקדשי דלא חיישינן לסבלונת ואמרינן השתא דהוחזק שטר כתובה חיישינן לסבלונת ע"ש: וקש' מהא דכתבו תו' פ"ק דמציעא דף ז' גבי מצא שטר כתובה בזמן שהבעל מודה יחזיר וכתבו שם ז"ל דלא חיישינן לקנוניא וליכא למיחש לשמא כתב בניסן ולא נשא עד תשרי דמנה ומאתים נשתעבדו מן האירוסין אף בלא כתובה דאירוסין קלא אית לי' ולקודם אירוסין ליכא למיחש דכתב לה עכ"ל ומבואר מדבריהם דלא חיישינן דלמא כתב לה קודם אירוסין אפי' במקום שנפל ואיתרע דחיישינן כל חשש דאיכא למיחש וכיון דלא חיישינן כלל לכתוב כתובה קודם אירוסין וא"כ אמאי לא חיישינן בכתובה לקידושין

ואפי' לדעת הש"ע דחוששין לכתובה אינו אלא חשש ולפי מ"ש תוס' פ"ק דמציעא דלא כתב קודם אירוסין א"כ ה"ל למימר בכתובה דה"ל קידושי ודאי וצ"ע:

סימן מו

סעיף א

ס"ק א

לפ' בעיר זו. פ' המגרש דף פ"ט ת"ר בעולה אין חוששין לה נשואה אין חוששין לה ארוסה אין חוששין לה. שלא לפ' אין חוששין לה בעיר אחרת אין חוששין לה ופרש"י שלא לפ' יצא עליה קול שמקודשת היום אבל לא הזכירו שמו לומר לפ' אלא נתקדשה סתם אין חוששין לה. בעיר אחרת יצא קול פ' מתקדשת היום במקום פ' וע"ש: וכתב הב"י ז"ל ואיני יודע למה הרמב"ם בפ"ט מאישו' השמיט זה ולא הצריך שיאמרו נתקדשה לפ' היום כאן ע"ש. ובריב"ש סימן ק"ע כ' דהגי' בהרמב"ם נתקדשה פ' לפ' אלא דאין צ"ל היכן היו הקידושין כי מכלל דבריהם נשמע שנתקדשה במקום שהנירות דולקות כ"כ בכסף משנה ע"ש: ואכתי תיקשי למה השמיט הדין שאמרו בברייתא בעיר אחרת היינו שאמר בפירוש שנתקדשה במקום פ' אין חוששין: ולכן נראה דלפי מה שפירשו בשיטות הא דבעינן לפ' וכן בעיר הזאת הכל הוא כדי להגביל את הקול שיהי' בדבר מפורש ולא בדבר סתום וע"ש: וקשיא לן בגוה בהא דאמרי בעולה אין חוששין ותיפוק לי' שלא הגבילו הקול שלא אמרו נבעל' לפ' בעיר הזאת ובעול' סתם משמע שלא הזכירו למי נבעלה ורש"י מפרש לה דלא חיישינן לה לכ"ג ותוס' פי' דבעולה סתם היא ביאת זנות ונפסלה לכהונה ע"ש וכיון שלא הזכירו למי נבעלה הוי קול שלא בהגבלה דאפי' בקידושין כה"ג אין חוששין: ולכן נראה דעיקר החשש דחושפין לקולא אינו אלא דלא תנשא לכתחלה עד שתקבל גט מן המקדש שעליו יצא הקול אבל בדיעבד לא אסרינן עלה אגבר' מחמ' קלא ומש"ה באמר מקודשת לפ' חיישינן לקלא ואמרינן שלא תנש' לאיש עד שתקבל גט מאותו פ' אבל אם הקול יצא שלא לפ' אלא מקודשת סתם דכה"ג לית' בתקנתא וה"ל כדעבד ולא אסרינן לכ"ע והיינו נמי טעמא בעיר אחרת אין חוששין לה והיינו שמזכירין שמו לומר מקודשת לראובן אלא שלא הזכירו שם העיר ואמרו מקודשת לראובן בעיר אחרת דכה"ג נמי ליתי' בתקנתי' ולא אסרינן לה במקום דליתי' בתקנה אבל אם אמרו מקודשת לראובן בעיר אחרת והזכירו שם העיר דהיינו שאמרו לראובן בעיר פ' כה"ג נמי חיישינן לה כיון דאפשר בתקנה ואע"ג דלא היו הקידושין בעיר שדרין בה. ומש"ה השמיט הרמב"ם הך דינא דבעיר אחרת דכיון שכתב דבעינן שיאמרו נתקדשה

פ' לפ' היינו ודאי שידעו זו הוא פ' ואם אמרו בעי' אחרת ולא הזכירו שם העיר מאי מהני שם פ' כיון דכמה ראובן איכא בעולם ואם יחדו שמו של פ' שהוא מעיר פ' כה"ג נמי חיישינן אלא בעיר אחרת דתני אין חוששין היינו שלא הזכירו שם העיר דהוי שלא לפ' כן נראה בשט' הרמב"ם: והא דתני שם נשואה חוששין לה ארוסה אין חוששין פרש"י נשוא' יצא על פנוי' קול שהיא נשואה זה ימים וכו' ארוסה יצא עלי' קול שהיא ארוסה זה ימים כו' ע"ש: והרשב"א בחידושיו כתב בשם רש"י נשואה שיצא עלי' קול שנשואה זה ימים כו' ארוסה כלומר אפי' אמרו עכשיו נתקדשה אלא שאמרו סתם ולא אמרו לפ' אין חוששין לה עד שיאמרו עכשיו נתקדשה ונראה שדחקו לפרש כן משום דכבר תני נשואה אין חוששין שוב לא הי' צריך לומר ארוסה אין חוששין וקשיא לי דא"כ כל הני אמוראי דבסמוך דאמרי לא שישמעו קול הברה אלא כדי שיהי' נרות דולקות ואומרי' פ' נתקדשה היום הוי להו לסיומי נתקדשה היום לפ' דהא עיקרא דקלא באומרים לפ' אלא ודאי משמע דלא קפדינן בין היכא דאמרי סתם להיכא דאמרי לפ' ועוד דהא קתני בהדיא בברייתא של פ' אין חוששין לה כלומר אפי' אמרי ארוסה של פ' אין חוששין לה ואפי' לספרים דגרסי שלא לפ' כלומר אם אמרו נתקדשה סתם ולא אמרו לפ' אין חוששין לה מכל מקום ארוסה שאמרו אי אפשר כפרש"י דאכתי תרתי למה לי היינו ארוסה היינו שלא לפ' אלא שהגירסא זו אינה מחוורת מן הטענה שכתבתי א"כ ה"ל לאמוראי לסיומי ואומרים פ' נתקדשה היום לפ' והפי' הנכון דנשואה וארוסה אין חוששין מפני שאין שם אלא קול הברה בעלמא ואין חוששין עד שיהיו נרות דולקות כו' וארוסה לרבותא נקטה כלומר אין צריך לומר דנשואה אין חוששין לה שקול גדול יש לנשואה ורבים מרגישי' בדבר וכדאמרינן בעלמא כל הנשואות יש לה קול וזו הואיל ולא ראינו נרות דולקת חזקה קלא דשיקרא אבל ארוסה שאין קול כל כך לארוסה הוי אמינא דחוששין לה קמ"ל דלא עכ"ל: ובפי' רש"י שלפנינו מבואר דמפרש לה נמי ארוס' על דרך שפי' בנשוא': ומבואר מדברי הרשב"א דס"ל דאפי' שלא לפלוני נמי חוששין לה וקשיא לן בגוה דא"כ אסרינן לה אגברא דהא יצא קול נתקדשה סתם ולית לי' תקנתא כלל וצ"ע: ולולי פי' רש"י והרשב"א נראה לפרש הא דארוסה אין חוששין לה לפמ"ש הרא"ש בתשובה כלל ל"ה סימן י"ב על ראובן ששידך רבק' ושלח לה סבלונות ושאלו בני העיר למוליכי סבלונו' למי אתם מוליכי' אלו הסבלונו' אמרו לרבק' מאורסת ראובן. ויצא עלי' קול בעיר שהיא ארוסתו יראה דאין כאן קול להצריכה גט כו' ואי משום קול של מוליכי הסבלונת לאו קול הוא להצריכה גט שכן דרך העולם לקרות למשודכ' ארוסה וע"ש וא"כ הא דתני

ארוסה אין חוששין נראה לפרש היינו שיצא עלי' קול שהיא ארוסה ובזה אין חוששין כמ"ש הרא"ש עד שיצא קול נתקדשה:

ס"ק ב

כגון שבאו עדים שתלו בהן. בטור ז"ל וכתב הרמ"ה דוקא שנתברר בודאי ששקר הי' כגון אותן שתלה בהן הקידושין שנתקדש בפניהם אמרו להד"ם אבל אם לא נתברר ששקר היה אלא באמתלא וצד ספק אעפ"י שנתברר שהי' אמתלא מעיקרא אינה מבטלת הקול כיון שלא יצא עם הקול ממש עכ"ל. ובריב"ש סימן ק"ע ז"ל והרמ"ה ז"ל כתב דאפי' למ"ד לא מבטלינן קלא ה"מ היכא דלא אשתכח ריעותא דמבטלא לי' לקלא לגמרי אלא כגון אמתלא וכיוצא בה דצד ספק הוא ומספיקא לא מבטלינן קלא דחיישינן ללעז אבל היכא דאתברר דשקרא הוא מפומא דהנך דאזלי למד"ה דתלי בהו עיקר קלא דאתו ואמרו להד"מ א"נ בפחות בש"פ קדיש א"נ על תנאי קדיש ואנן ידעינן דלא אקיים תנאה דכ"ע מבטלין קלא דלא תהא אלא עדות גמורה כי אתברר דשקרא הוא מי לא מבטלין לה לגמרי דיקא נמי דתני והלכו למד"ה טעמא דהלכו הא לא הלכו סמכינן עלה ודוקא דאמרי דבר ברור דמבטלי לגמרי ע"כ ובנדון זה הרי העידו עדים בדבר ברור עכ"ל: ונראה מדברי הריב"ש בשם הרמ"ה דהיכא דנתברר ששקר הי' לכ"ע מבטלין קלא וא"כ הא דפליגי בש"ס אי מבטלין קלא א"כ למ"ד מבטלין קלא אפי' נתברר אח"כ באמתלא נמי מבטלין קלא ולפי"ז גם הטו' מ"ש בשם הרמ"ה דוקא שנתברר בודאי ששקר הי' ס"ל דלא מבטלין קלא ומדברי הב"י משמע דהטור ס"ל כמ"ד מבטלין קלא ומשום דכן ס"ל להרא"ש בתשובה דמבטלין קלא ע"ש בב"י וא"כ משמע להיפך דלמ"ד לא מבטלין קלא בשום אופן לא מבטלי לקלא אפי' נתברר בודאי ששקר הי' אלא דמ"ד מבטלי קלא בנתברר בודאי ששקר הי' אבל ע"י אמתלא וצד ספק אפי' למ"ד מבטלין קלא כה"ג אין מבטלין. וכן נראה מדברי תוס' דף פ"ט פר' המגרש ד"ה מבטלין קלא או לא מבטל נראה כפי' שני שבקונטריס כגון שחזרו פלוני ופ' ממד"ה ואמרו להד"מ כו' ומבואר דעיקר פלוגתא דמבטלין קלא היינו בנתברר ששקר הי' וכן מוכרח לענ"ד מהא דאמרו שם שלחו ליה מבי רב ושמואל ילמדינו רבינו יצא עלי' קול מראשון ובא אחר וקידש' קידושי תורה מהו שלח להו תצא והעמידו הדבר על בוריו. מאי והעמידו דבר על בוריו אילימ' דאי מגליא מלת' דקידושי קמא לאו קידושי מעליא היא ומבטלין קלא והא נהרדעא אתרי דשמואל ולא מבטלי קלא ע"ש ומאי קושיא נימא העמידו על בוריו דאי אשתכח בבירור דקידושי קמא לאו קידושי ובהנך גוונא שכתב הריב"ש כגון דאמרי להד"מ או בפחות מש"פ או על תנאי ולא נתקיי' אלא משמע דמ"ד לא מבטלין קלא בשום אופן

לא מבטלין ואפי' אתברר דשיקרא לא מבטלין והטור שכתב בשם הרמ"ה דמבטלין כשנתברר דשיקרא ס"ל כמ"ד מבטלין קלא ודברי הריב"ש צ"ע: והרמ"א שכתב וי"א דבזמן הזה אין מבטלין קלא משמע דאפי' באו עדים ואמרו להד"מ נמי לא מבטלין קלא דהא קאי אדסמיך כגון שבאו עדים כו' ואמרו להד"מ:

ס"ק ג

וי"א דבזמן הזה אין מבטלין קלא והיינו משו' דבגמ' אמרינן דאתרוותא נינהו בסורא מבטלין קלא בנהרדעא לא מבטלין קלא וחוששין למקומות דלא מבטלין קלא: וברא"ש כתב ז"ל וראיתי בפי' רבינו חננאל שכתב אתרוותא נינהו בסורא מיקרי ואמרי הלכך מבטלין קלא בנהרדעא לא מיקרי ואמרי הלכך לא מבטלי קלא משמע שאינה מחלוקת של אמוראי אלא בחילוק המקומות הדבר תלוי יש מקום שבקל מוציאין קול ושם מבטלין ובמקום שאין מוציאין קול בקל מסתמא אם יצא קול יש בו ממש ואין מבטלין אותו עכ"ל ע"ש. מיהו מדברי תוס' משמע דפליגי ע"ש ד"ה ובנהרדעא ז"ל ואע"ג דהני בי רב דשלחו לשמואל הם תלמידי דרב ובסורא מבטלי קלא מכל מקום לא הוי מורה להו דלא כנפשי' עכ"ל ולפי מ"ש הרא"ש בשם ר"ח דלא פליגי ובסורא גם לשמואל מבטלי קלא כיון דבקל מוציאין קול ומשמע דס"ל לתוס' דפליגי ומש"ה חוששין למקומות דשמא גם אנו מאותן מקומו' דס"ל לא מבטלין קלא:

ס"ק ד

מקדש ראשון

שקידשה בקול בפ' המגר' דף פ"ט לא מצאו דבר על בוריו מהו א"ר הונ' מגרש ראשון ונו' שני אבל מגר' שני ונוש' ראשון לא מ"ט אתי למימ' מחזיר גרושתו מן האירוסין וכתב הרשב"א בחידושיו ז"ל וא"ת ולרב הונא מאי אריא כי לא מצאו דבר על בוריו מגרש ראשון ונושא שני אבל מגרש שני ונושא ראשון לא דהא ס"ל לרב הונ' אשת איש שפשט' ידה וקיבל' קידושי מאחר שלא בפני בעל' מקודש' לשני וא"כ לגרש שני ונושא ראשון א"א דדלמא חלו קידושי שני ונמצא ראשון מחזיר גרושתו מן האירוסין י"ל דלא מצאו דבר על בוריו איצטרכ' לי' סד"א כיון דלא מצאו דבר על בוריו מותרת לשניהם כרב שישא ברי' דרב אידי דאיכא למימר קידושי קמא קידושי טעות הוי ואין זה מחזיר גרושתו ועוד דס"ס היא דשמא לא קידשה ראשון ואין זה מחזיר גרושתו ואת"ל קידשה ראשון שמא לא גירשה ולא חלו קידושי שני כלל ומש"ה תהא מותרת אף לראשון קמ"ל אבל מצאו דבר על בוריו לא צריכה למימר דודאי מגרש ראשון ונושא שני אבל איפכא לא עכ"ל: וביאור הדברים דכיון דרב הונא ס"ל אשת איש שפשטה ידה וקיבלה קידושין מאחר אפי' שלא בפניו נמי מקודשת ומש"ה קשיא לי' דלמא צריך רב הונא לטעמא

דאתי למימ' מחזיר גרושתו מן האירוסין הא פשיטא דה"ל מחזיר גרושתו ודאי דהא אם קדשה ראשון ודאי גירשה דהא פשטה ידה וקיבלה קידושין משני וכי מגרשה שני ה"ל ראשון מחזיר גרושתו ודאי לזה תירץ דה"ל ספק ספיקא דשמא לא קידשה ראשון ואת"ל קידשה שמא לא גירש וקמ"ל רב הונא דאפ"ה אסורה משום גזירה דיאמרו מחזיר גרושתו אע"ג דמדינא לא הוי מחזיר גרושתו בודאי וכיון דמשום גזירה דרבנן לא שייך בזה ספק ספיקא: וראיתי בב"ש שכתב עפ"י דברי הרשב"א דאפשר לומר אם כנס ראשון דאין צריך לגרש כיון דספק ספיקא הוא ע"ש והרשב"א לא כתבו להך דס"ס אלא אם לא יאמר רב הונא טעמא דיאמרו מחזיר גרושתו אבל בתר דאמר רב הונא משו' גזירה דיאמרו מחזיר גרושתו תו לא שייך ספק ספיקא דאפי' אם באמת לא גירשה ראשון אפ"ה אסורה משום גזירה דיאמרו העולם מחזיר גרושתו הוא ותדע דהא לדידן דס"ל דלא כרב הונא ואם פשטה ידה וקיבל בקידושין שלא בפניו אסורה לשני ולא חיישינן לגירש ראשון אלא היכא דפשטה וקיבלה קידושין בפניו דחזקה אין אשה מעיז' בפני בעלה דוקא וכן פסק בטור וש"ע סימן י"ז סעיף ב' ע"ש וא"כ תו ליכא חשש כלל לומר שמא גירש ראשון ואפ"ה כל שמגרש שני ונושא ראשון גזרו רבנן דאתי למימר מחזיר גרושתו מן האירוסין וא"כ תו לא מהני תורת ספק ספיקא וזה פשוט: אלא דבעיקר דברי הרשב"א קשיא לן במ"ש דהוי ספק ספיקא דהא לא אמרינן ספק ספיקא אלא היכא דשני הספיקות שקולין ואפי' ספק א' שקול וס' אחד אינו שקול תו לא הוי ספק ספיקא וכמבואר מדברי תוספות בסוגיא דפתח פתוח גבי ספק ספיקא דאונס ורצון דלא הוי שקולין ומשום דרובא ברצון וע"ש וא"כ ה"נ ספק דשמא לא גיר' אינו ספק שקול כיון דס"ל לרב הונא אפי' שלא בפניו חזקה אינה מעיזה ובודאי גירשה בעלה וא"כ היכא מצטרף לס"ס וצ"ע ועמ"ש בק' ש"ש ש"ב פ"ד

ס"ק ה

ואסורה לכהן משום קול הגירושין פ' המגרש דף פ"ח במתני' יצא שמה בעיר מקודשת הרי זו מקודשת מגורשת הרי זו מגורשת ע"ש והיינו קול מגורשת דאסורה לכהן ע"ש: ואיכא למידק לפי מ"ש הרמב"ם פט"ז מהל' סנהדרין ז"ל אין צריך שני עדים אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בעד א' יוחזק כיצד אמר עד א' חלב כליות הוא זה כלאי הכרם הפירות אלו גרושה או זונה אשה זו ואכל או בעל בעדים אחר שהתרה בו הרי זה לוקה אעפ"י שעיקר האיסור בעד אחד עכ"ל כיון דע"א נאמן לומר גרושה או זונה אשה זו אלמא ס"ל דגרושה או זונה הוי לי' דין איסורין וע"א נאמן בו וא"כ ודאי דה"ה עד מפי עד נאמן בו דבכל איסורין דע"א נאמן עד מפי עד נאמן וא"כ הא דתנן קול מגורשת הרי זו מגורשת

דהא קלא לא הוי עד שישמעו עדים מפי עדים כשרים ובזה מדינא תהא אסורה לכהן כיון דבכל מקום דע"א נאמן באיסורין ה"ה בעד מפי עד ואפי' קרוב או פסול נאמן באיסורין ואפי' חוץ לב"ד נאמן ע"א באיסורין כמבואר אצלינו בש"ש ש"ז פי"א ע"ש. והנה לפי מ"ש בתו' ברי"ד קידושין פ' האומר דף ס"ו גבי אשתו זינת' בע"א רבא אמר אין דבר שבערו' פחות משנים וז"ל ובמעיד על אשה שנשבית או שהיא חללה לפוסלה לכהונה הוי דבר שבערוה וכדמוכח בשמעתין עכ"ל א"כ ניחא דכיון דלפוסל' לכהונ' ה"ל דבר שבערו' א"כ עד מפי עד בדבר שבערוה לאו כלום הוא אבל לפי דעת הרמב"ם דלפוסל' לכהונ' חשיב איסור ולא דבר שבערוה א"כ עד מפי עד נמי מהימן באיסורין א"כ היכא תני לה במשנ' משום קלא תיפוק לי' משום דע"א נאמן באיסורין ועמ"ש בש"ש שמעתא ז' פי"ג: ואפשר דאפי' לדעת הרמב"ם אין עד אחד נאמן לומר זו אשה גרושה או זונה אלא קודם שנשאת לכהן ובא להעיד דאסורה לכהן אבל כל שנשאת כבר לכהן ובא ע"א להעיד גרושה או זונה להוציאה מבעלה בזה ה"ל דבר שבערוה להוציאה מבעלה וכמ"ש בקו' ש"ש ש"א פ"י ע"ש: ובזה ניחא הא דפריך בגמ' שם ואסרינן לה אגברא והא אמר רב אשי כל קלא דבתר נישואין לא חיישינן לה ופי' רש"י קס"ד דהכי קאמר אשת כהן שיצא עלי' קול פ' נתגרשה היום הרי זו מגורשת ואסורה לישב עוד תחתיו ע"ש ומסיק דהכי קאמר יצא שמה בעיר מקודשת הרי זו מקודשת מקודשת ומגורשת הרי זו מגורשת מ"ט קול ושוברו עמו ע"ש: וכתב הרשב"א ז"ל איכא דקשיא להו ודלמא הכי קאמר שאם היתה בחזקת אלמנה ומותרת לכהן ויצא עלי' קול שהיא גרושה ואוסרין אותה לינשא עכ"ל. ולפי מ"ש ניחא דע"כ מיירי בתר נישואין דאי קודם נישואין מאי אריא משום קלא תיפוק לי' כיון דקלא לא הוי אלא עדים מפי עדי' אסורה לכהן מדינא כדין איסורין דעד מפי עד מהני בי' וע"כ בתר נשואין דתו לא מפקינן לה משום ע"א נאמן באיסורין וכן בעד מפי עד דה"ל כדבר שבערוה וכמ"ש וא"כ פריך שפיר והא אמר רב אשי כל קלא דבתר נשואין לא חיישינן לה ולזה מוקי לה דהכי קאמר יצא קול מקודשת ומגורשת הרי זו מגורשת דה"ל קול ושוברו עמו ובזה אפי' לכהן אינה אסורה אלא משום קלא וצא מדינא ולית בזה משום ע"א נאמן באיסורין כיון דליכא קלא אלא שנתגרשה מפלוני ולא ידוע אם נתקדשה לפ' אלא ע"י, קלא ואינה אסורה לכך אלא משום קלא ודו"ק:

ס"ק ו

או אפי' אחר אירוסין בפ' המגרש דפריך ואסרינן לה אגברא והא אמר רב אשי כל קלא דבתר נישואין לא חיישינן והקשו בתו' ולוקמה בתר אירוסין דחיישינן לרב אשי שם דף פ"ט ע"ש וכן הקשה הרשב"א בחידושיו: ונראה דלפי מ"ש רש"י שם בטעמא דרב אשי

דס"ל הא בתר אירוסין חיישינן דס"ל דבתר אירוסין חיישינן ומגרש ראשון ונושא שני אבל דבתר נישואין אם אתה מצריכה גט נמצאת אוסרה על זה דמחזקת לקלא ונמצא זה בועל אשת איש וכשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל כו' ע"ש והלכתא לא חיישינן אפי' בתר אירוסין שלא תתגנה על בעלה ע"ש פי' רש"י וא"כ התם דקס"ד מגורשת היינו קול מגורשת למיסרא אכהן פריך שפיר והא אמר רב אשי קלא דבתר נישואין כו' ולא מצי לשנויי בתר אירוסין דטעמא בתר אירוסין דחיישינן לרב אשי היינו משום דמגרש ראשון ונושא שני ולכהן הרי אסורה היא לו ולית לי' תקנתא א"כ אירוסין ונשואין שוין ולא אסרינן אגברא וק"ל: **(פה כליתי להדפיס הש"ע אה"ע בפנים. יען נחסר הבאור על איזה סימנים. ולא נשלם על כל החלק ראשון מש"ע כאשר היה עם לבב אא"ז מו"ר הגאון ז"ל. כי לקח אותו אלקים טרם הגמרו. ולזאת הנמצא עוד לפני העליתי על הדפוס כאשר הוא. למען לא יחסר דבר מדברי אא"ז מו"ר ז"ל בחלק זה:)**

סימן נ

סעיף א

ס"ק א

וכן אם היו, קידושי ספק והוא מדברי המרדכי ס"פ האומר בהג"ה ז"ל אדם שגירש אשה מן האירוסין קודם שהכניסה לחופה ותובע ממנה הכסף או הטבעת שנתן לה בתורת קידושין מסקנת התלמוד פ' מי שמת בין שהרגיל הוא הקטטה בין שהרגילה היא אין מחזירין לו הקידושין גזירה שמא יאמרו אין הקידושין קידושין ויבואו להתירו באחותה בחיי' אבל הדין לא נתברר דהא אפליגי תנאה אי קידושין לטבועין נתנו ולא איפסקא הלכתא כמאן כו' אבל בקידושין על תנאה ולא נתקיים או בקידושי ספק מוכח בפ' המדיר בסופו דלכ"ע לאו לטבועין ניתנו ע"כ מצאתי ע"ש: והיינו דבס' קידושין לכ"ע לאו לטבועין דאפי' למ"ד לטבועין ניתנו היינו בקידושין אבל לא בקידושי ספק: ובח"מ האריך בזה והעלה דכיון דהטעם משום שמה יאמרו קידושין תופסין באחותה בחיי' א"כ בקידושי ספק נימא נמי האי טעמא דהא אסור לישא אחותה ולא גרע מקידושי קטנה היוצאת בגט דאינו אלא מדרבנן ואפי' הכי אין הקידושין חוזרין שלא ישא אחותה וע"ש ועיין ב"ש בזה וע"ש בח"מ שכתב דבקידושי ספק אין חוזרין וז"ל ואע"ג דאמרו בגמ' פ' המדיר דף ע"ו ע"ב גבי נמצאו בה מומין כו' ומכאן מייתי ראי' בהגהת מרדכי יש לדחות הראי' דהתם לא במסקנא תי' זה דהא רמי בר יחזקאל מסיק שם לא תציתו כו' ורב נחמן בר יצחק אפשר דלא ס"ל כאמימר כו' אבל למאי דקי"ל כאמימר א"כ קידושי

ספק יש לחוש לשמא יאמרו כו': ובסוגיא שם ס"פ המדיר אמר רב יהוד' אמר שמואל המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת הפרה ותנא תונא כלה הי כלה אילימא כלה בבית אבי' מי דמי התם מייתי אב ראי' ומפיק הכא מייתי בעל החמור ראי' ומקיים כו' אמר רב נחמן בר יצחק כלה בבית אביה ולקידושין ולא תימא אליבי' דמ"ד קידושין לאו לטבועין נתנו אלא אפי' למ"ד קידושין לטבועין נתנו ה"מ קידושי ודאי אבל קידושי טעות אי מייתי ראי' אין אי לא לא. וא"כ קשה אדרב' מוכח מזה להיפך והוא דקידושי ספק נמי אינ' צריכה להחזיר ומש"ה מייתי ראי' לדרב יהודא אמר שמואל דבעל החמור צריך להביא ראי' ומשום דאזלינן בתר השתא וכשעת מציאתן וכמ"ש תו' שם בטעמא דרבי יהודא ומש"ה אי מייתי ראי' אין אי לא צריך האב להחזיר הקידושין ואע"ג דמוחזק וכדרב יהודא ומשום דמוקי לה כשעת מציאתן והתם נמי בעל החמור צריך להביא ראי' אבל אי נימא דבספק קידושין צריכין להחזיר הקידושין א"כ היכא מוכח דבעל החמור מייתי ראי' דהא האב דמייתי ראי' לקידושין היינו משום דמספק צריך להחזיר הקידושין עד דמייתי ראי' שהי' קידושי ודאי אבל התם בדרב יהודא מספיקא אין צריך בעל החמור ראי' כיון שהוא מוחזק ומנלן הך חזקה דכשעת מציאתן דאמר רב יהודא אפי' להוציא מבעל החמור ועוד דהא האב דמייתי ראיה לקידושין לפי מה דס"ד דינא דרב יהודא דבעל החמור צריך להביא ראיה ואע"ג שהוא מוחזק ומשום דאזלינן בתר חזקה דהשתא אפי' להוציא ממון וא"כ ודאי צריך האב לאתויי ראי' וכל זמן שאינו מביא ראיה מחזיר הקידושין דאמרינן כשעת מציאתן ומומין הללו ודאי נולדו בה קודם אירוסין וא"כ דברי המרדכי נראין כמביא ראיה לסתור. וגם בח"מ שכתב הראיה מס"פ אין זה ראיה כלל וכמו שמבואר לפנינו: ולכן נראה לענ"ד בדברי המרדכי ודאי לפי טעמא דרב יהודא ניחא דצריך האב ראי' לקידושין ומשו' דאזלינן בתר השתא וכשעת מציאתן אפי' להוציא ממון. מיהו למסקנא שם כי אתי רמי בר יחזקאל אמר לא תציתינהו להני כלל דכייל יהודא אחי משמי' דשמואל הכי אמר שמואל כל שנולד הספק ברשותו עליו הראי' ותנא תונא כלה בבית חמי' ושטת הרי"ף שם דלא פליג בזה אכללא דכייל רב יהודא דהיכא דמת החמור ברשות בעל החמור צריך בעל החמור להביא ראי' אלא דמוסיף רמי בר יחזקאל היכא דמת באגם דאז אמרינן על בעל הפרה להביא ראי' ושטת האשר"י הוא דלעולם על בעל הפרה להביא ראיה דכיון דכבר יצא מרשותו ע"י הקנין הרי הוא כאלו הי' ברשות הקונה ולא אמרינן כללא דכייל רב יהודא וע"ש ברא"ש ס"פ המדיר ובטור וש"ע ח"מ

סימן רכ"ד. וא"כ לשטת הרא"ש דלא אמרינן כלל הך כללא דרבי יהודא א"כ תינח כלה בבית חמי' אבל כלה בביה דאב מייתי ראיה אע"ג דאשה כבר נקנית לבעל ע"י קידושין אפ"ה לא הוי ברשו' הבעל לגמרי וכמ"ש האשר"י בטעמא משום דעדיין הבת ברשות אביה ג"כ לכמה דברים לנדרים וירושה וכיוצא ע"ש, וכיון דבבית אבי' אינו אלא, ספק א"כ אמאי צריך האב להביא ראי' לקידושין כיון דהוא מוחזק וליכא למימר דהא דאב מייתי ראי' היינו לכתובה ולא לקידושין דהא מעיקרא אמרו דהא דאב מייתי ראי' לקידושין ע"כ צריך לומר דלכל מילי צריך האב ראי' אלא ודאי מוכח דלמסקנא דלא אמרינן כללא דרב יהודא א"כ הא דצריך האב להביא ראי' לקידושין היינו משום דקידושי ספק צריכין להחזיר ומש"ה כל כמה דלא מייתי ראי' שמשנתארס' נולדו בה המומין צריך האב להחזיר הקידושין וא"כ ראיית המרדכי הוא לפי המסקנא ולא כמ"ש בח"מ דראיית המרדכי לפי הס"ד דאדרבה לפי הס"ד דאמרינן כללא דרב יהודא אינו מוכח כלל דמספק קידושין צריך להחזיר וכמ"ש: ומה שהקשו בח"מ ובב"ש דלא גרע מקידושי קטנה דהיכא דצריכה גט מדבריהם אין מחזירין קידושין שלא יאמרו מותר באחותה נראה דשאני ספק קידושין לפמ"ש מוהרי"ק בשורש קע"א בספק קידושין אם נשא' לא תצא אלא דלכתחלה הוא דלא תנשא אבל בנשאת לא תצא דמוקי לה בחזקת פנוי' ע"ש והובא בכסף משנה פ"י מה' אישות א"כ קידושי קטנה דצריכה גט מדבריהם חמירא מספק קידושין דהיכא דצריכה גט מדבריהם אם נשאת בלא גט ודאי תצא ובס' קידושין לכתחלה הוא דלא תנשא ובנשא' לא תצא וכה"ג לא גזרינן שמא נשא את אחותה כיון דאפי' נשא לא תצא דמוקמינן לזו בחזקת פנוי' והיכא דבדיעבד מותר לא גזרינן וכיוצא בזה כתבו הפוסקים בי"ד סימן א' גבי רוב מצוין אצל שחיטה מומחין ע"ש: וניחא בזה הא דאמרי בש"ס פ"ק המדיר שם כלה בבית אבי' ולקידושין ולא תימא אליבי' דמ"ד קידושין לאו לטבועין ניתנו אלא אפי' למ"ד קידושין לטבועין נתנו ולכאורה תיקשי מאי דאמרו לא תימא למ"ד קידושין לאו לטבועין נתנו דהיכי מצי לאתויי מכלה בבית אבי' לקידושין למ"ד לאו לטבועין וא"כ ודאי למ"ד קידושין לטבועין הוא דתנא תונא כלה בבית אביה ולקידושין. ועמ"ש רש"י בזה שם: ולפמ"ש נראה לפרש דהכי קאמרי לא תימא למ"ד קידושין לאו לטבועין ניתנו מדינא אלא דאפ"ה אין מחזירין הקידושין משום גזיר' דאמימר שמא נשא אחותה דמהאי טעמא א"כ בס' קידושין דלא שייך הך גזיר' כיון דבדיעבד אם נשאת לא תצא דמוקמינן לה בחזקת פנוי' ומותר באחותה וא"כ תו ליכא ראי' מכלה בבית אביו לקידושין דאינו מוכח דאזלינן בתר השתא להוציא ממון והא דאב צריך להביא ראי' משום דכל זמן שאינו מביא ראי' ה"ל ס' ובס' קידושין צריכין להחזיר

הקידושין אלא אפי' למ"ד קידושין לטבועין נתנו מדינא דבזה ליכא לחלק בין ס' קידושין לודאי קידושין וא"כ מספק קידושין נמי אין מחזירין הקידושין ואפ"ה האב מייתי ראי' לקידושין א"כ מוכח הך כללא דרב יהודא דאזלינן בתר השתא להוצי' מחזקת ממון: ולמסקנא דלא אמרינן הך כללא דרב יהודא א"כ הא דאב מייתי ראי' לקידושין היינו משום דקי"ל כאמימר ואינו אלא משום גזירה ובס' קידושין לא גזרינן מה"ט שכתבנו ומש"ה האב מייתי ראי' לקידושין ודו"ק ועמ"ש בסימן ל"ט ס"ק ח': ובנימוקי יוסף פ' מי שמת גבי סבלונות דאם אכל בבית חמיו בדינר דאין חוזרין לו הסבלונות ומשום דמחיל וכתב שם דהיינו דוקא מן האירוסין אבל קודם אירוסין לאחר שדוכין חוזר הכל והובא ברמ"א סעיף ג' ומשמע אפי' במקום שחוששין לסבלונות ולפי' רש"י סבלונות עצמן הן הקידושין וא"כ אמאי חוזרין ניחוש שמא ישא את אחותו ומוכח מזה דבס' קידושין לאו לטבועין נתנו דאינו אלא משום גזירה ובס' קידושין לא גזרו וכמו שכתבתי:

ס"ק ב

אבל מן הנשואין הקידושין חוזרין ועיין בתשובת מוהר"מ מלובלין סימן י"ט שכתב דאמימר פליג וס"ל קידושין לאו לטבועין נתנו והי' ראוי אפי' במת הוא שתחזיר לו הקידושין ומכ"ש אם חזרה היא אלא היינו טעמא שלא תחזור משום שמא יאמרו קידושי טעות הי' ואחר נשואין תו אין תנאי ע"ש ועיין בתשובת מוהרי"ל סימן ס"ד שכתב דאחר נישואין קידושי הדרי ע"ש: ובח"מ העלה דלא כתב מוהרי"ל אלא במתה היא והבעל יורש את אשתו מדינא אלא מחמת תקנה שמתה בשנה ראשונה ובזה כתב ודאי מוהר הדרי ואפי' קידושי הדרי כלומר דה"א דאיסור יש בחזרת קידושין משום שמא יאמרו ע"כ כתב דקידושי ומוהר בנשואה שוין הן והדר הכל וע"ש שתמ' על דעת מוהר"ם לובלין דלמה יהי' טבעת קידושין גרוע מכל המתנות ודוקא במתנות שנתן החתן לכלה לא קנתה אותן משום דכוונת רוב החתנים לאו למתנה אלא להתנאו' וכמ"ש הריב"ש אבל טבע' קידושין שהוא קונה אותה בטבעת זה איך יעלה על הדעת לא יהי' שלה לגמרי וע"ש. וב"ש כתב בשם מוהר"ם מינץ סימן צ"ו שראה הלכה

למעשה מרבותיו דחוזרין הקידושין אחר הנשואין והטע' לדבר דמה ששוה הקידושין יותר מפרוטה הוי כאלו נתן לה למתנה והוי מתנה דבר העשוי להתנאות ששמין לה כמ"ש בסימן צ"ט חכ"ל: ובדברי מוהר"ם לובלין שכתב דאמימר פליג וס"ל קידושין לאו לטבועין והי' ראוי אפי' במת הוא שתחזיר לו הקידושין כו' קשיא לי תינ' במתה היא אבל במת הוא יכולה לומר תן לי בעלי וכדאי' פ' מי שמת דף קמ"ה למ"ד בשושבינות דאם מת השושבין דאין צריך לשלם משום דיכול לומר תן לי שושבני ואשמח עמו דגבי

קידושין נמי הכי הוא דאם מת הוא דאין מחזירין דיכולה לומר תנו בעלי ואשמח עמו ע"ש בש"ס וכיון דפסק הרי"ף והרמב"ם פ"ז מזכי' דיכול לומר תנו לי שושבני וכן פסק הרא"ש פ' מי שמת וכן פסק בטור סימן ס' א"כ אפי' היכא דלא שייך טעמא דשמא יאמרו ראוי לומר עכ"פ במת הוי קידושי לא הדרי כיון שאין עיכוב ממנה ובש"ס שם מדמה אהדדי בקידושין במת הוא לשושבין שמת ע"ש וא"כ דינ' דקידושין דינא דשושבין: ומ"ש הב"ש בשם מוהר"ם מינץ כו' והטעם דכל מה ששוה יותר מפרוט' כו' זה נראה טעם אחר ואין זה טעמא דמוהר"ם לובלין דלפי טעמא דמוהר"ם לובלין אפי' קידושי פרוטה חוזרין כיון דמדינא קידושין לאו לטבועין ואפי' הי' הקידושין בדברים שאין עשויין להתנאו'. אמנ' בתשוב' מוהר"ם מינץ לא מצינו דבר זה ז"ל שם גם אדבר בקיצור בטבע' קידושין וסבלונת אי' במרדכי סוף פ' נערה ז"ל א' המקדיש וא' המעריך כו' אבל בגדי שבת ומועד בע"ח גובה מהן ואצ"ל שאם הי' טבעת קידושין וכלי כסף וזהב שהכל לבע"ח עכ"ל הנה סתמא כתב כסף וזהב ולא הוציא' טבעת קידושין או סבלונת מן הכלל שבע"ח גובה אתהן וכן לפרעון כתובה שמין לה אע"ג דאי' פ' מי שמת הלכתא קידושין לא הדרא גזירה שמא יאמרו קידושין תופסין באחותה בין הדרא כו' בין שמת כו' וכן בסבלונת מחלק שם בין עשוי לבלות בין אין עשוי לבלות וכן במתני' תנן שלח סבלונת מרובים כדי שיביאה עמה לבית בעלה כו' ופי' רשב"ם ז"ל וה"ה אם מועטים אם שלח לכך אלא אורחא דמלתא נקט מרובים כו' עכ"ל כל אות' סוגי' מיירי באירוסין אבל בנישואין שצדדים לכאן ולכאן וזה לא בעי לפרושי כי פשוט הוא דשמין בכתובתה כן ראיתי הלכה למעשה כמה זימנין מרבותי ע"כ: והנה מ"ש בשם המרדכי ואצ"ל שאם הי' בהם טבעת קידושין טעות נפל בדפוס כי לא הוזכר שם במרדכי טבעת קידושין והוא לשון הרמב"ם בפכ"ג ממלוה ולוה ולא דייק אלא מדכתב סתמא ולא הוציא טבעת קידושין או סבלונת: אמנם טעם הדבר שכתב לחלק בין אירוסין לנשואין סתם לנו הדבר דטעמא דכתב מוהרי"ל ומוהר"ם לובלין לחלק בין אירוסין לנשואין משום דבנשואין לא שייך לומר קידושי טעות אינו אלא לחלק בין קידושין שמחזירין אחר נישואין ולא מן האירוסין אבל בסבלונת דאינו משום שמא יאמרו ישא את אחותה דהא בסבלונת ליכא חשש קידושין אלא באתר' דנהגו מקדשי והדר מסבלי ועוד דאי משום קידושין מאי איכא בין מרובים למועטים ובע"כ סבלונת לאו משום קידושין ואפ"ה מחלק בין אירוסין לנשואין וא"כ ע"כ אינו מטעמא דמוהרי"ל. וגם לפי מ"ש ב"ש בטעמא דכל מה ששוה יותר מפרוטה אינו אלא להתנאות א"כ מן האירוסין נמי נימא דלאו למתנה נתכוין ואכתי תיקשי מאי חילוק בין אירוסין לנשואין בסבלונות וצ"ע בכל זה:

סעיף ו

ס"ק ג

אבל אם קבלו קנין ע"מ לכתוב שטרות. עמ"ש בזה בס' קצה"ח סימן רמ"ג סק"ב:

ס"ק ד

דהפוסק פטור מן הקנס דזה מיקרי אונס. וכתב הב"ש ז"ל דכל היכא דהאב פטור מקנס גם הערבים פטורים מן הקנס ואם הוא אונס מחמת ממון פטור הוא מהקנס אבל אם מתחייב בשבועה חייב מחמ' השבועה כי משבועה אינו יכול ליפטר מחמת אונס מיהו ערבות פטורין דהא מממון הוא פטור וערב לא הי' אלא על הממון כו' ואם כתב קנס ואח"כ נכתב בחרם ובשבועה אזי השבועה קאי על הקנס ע"ש והוא בתשובת שארית יוסף: וז"ל התשובה שם סימן ע"א והנה אף אי יהבינא לי' כל טעותי' שבאונס אין לעבור על השבועה כמ"ש הריב"ש מכל מקום טעות גדול טעה המורה לחייב הערב דאף אם הבחור לא היה לו לעבור על השבוע' מכל מקום קנס אינו חייב דלענין ממון יש אונס וא"כ הערב אינו נעשה ערב על השבועה אלא על הקנס ובמקום שהבחור אינו חייב קנס גם הערב פטור ואין לומר שהשבועה הוא ליתן קנס אם יעבור וא"כ חייב לקיים שבועתו ליתן וא"כ גם הערב חייב לשלם בעדו זה אינו שאין משמעות ליתן קנס כמ"ש הריב"ש סימן שפ"ו ז"ל אם כוונתך בזה שתהי' חייב לפרוע הקנס מכח השבועה אם הוא מפורש בשטר שנשבע לפרוע ברור הוא שחייב לקיים שבועתו אמנם אם לשון השטר כנהוג בשאר שטרו' שיש בהם שבועה מקנס שאומר נשבע פ' לקיים התנאים הנזכרים בקנס כך וכך אין במשמע שנשבע לפרוע הקנס עכ"ל כ"ש בתנאים שלנו שאין משמעות השבועה על הקנס שהרי כתוב בח"מ ובש"ד ובקנס שהשבועה בפני עצמו על התנאים ובקנס שאם כתב קנס מקודם ואח"כ בח"ח ובש"ד היינו יכולין לומר שהשבועה על הקנס עכ"ל: ומבואר מדבריו דהיכא דהקנס נכתב אחר השבועה נהי דהבחור חייב לקיים שבועתי ואונס ממון אינו פוטרו מחיוב שבועתו אבל מממון פטור והערבות לא נעשו אלא על הממון וממילא פטורים הערבים אבל אם השבועה קאי על הקנס וחייב הבחור ליתן הקנס בחיוב שבועתו א"כ גם הערב חייב לשלם בעדו זה המתבאר מתוך תשובת ש"י ומתוך ב"ש: אמנם נראה דהיכא דליכא חיוב ממון ומשו' דאונ' ממון פוטרו ואינו מחויב הבחור בקנס אלא מחמת שנשבע ונכתב השבועה על הקנס אין בזה חיוב על הערבי' דמי שנשבע ליתן לחבירו והעמיד ערב אין הערב מתחייב דליכא תורת ערבות אלא שהלוה חייב ממש אבל היכא שאין הלוה חייב כלום אלא שנתחייב לקיי' השבועה ושבוע' אקרקפתא דגברי מונח ולא על הערבים ותדע דהא בנשבע ליתן לפלוני מנה אין הב"ד יורדין לנכסיו אלא כופין אותו לקיים שבועתו דאין שבועה עושה חיוב וקנין אלא

מצוה הוא דרמי עלה לקיים שבועתו ומשום בל יחל דברו ואע"ג דנכסוהי דבר אינש אינון ערבין בי' א"כ ה"ה ערבים לא נשתעבדו הלואה וזה נראה לענ"ד ברור: מיהו לולי דמסתפינא הייתי אומר דאפי' היכא דהשבועה לא קאי על הקנס אלא לקיים התנאים מכל מקום כיון דמחויב לקיים התנאים מצד השבועה ממילא נתחייב בחיובו חיוב ממון כאשר נתחייב ואין האונס פוטרו דע"כ לא אמרו דאונס פטור אלא משום דכתיב ולנערה לא תעשה דבר וכדאמרינן בנדרים דף כ"ז א"ל רבא אנוס הוא ואנוס רחמנא פטרי' משום דכתיב ולנערה לא תעשה דבר וכ"ת קטלא שאני כו' וכיון דהיכא דנשבע התורה לא פטרו ואדרבה חייבו תורה לקיים שבועתו מחמת אונס ממון א"כ ממילא הוא בחיובו חיוב ממון כמו שנתחייב ועוד לפי מ"ש פוסקים בטעמא דאנוס פטור משום דאדעתא דהכי לא אתני וכל שנשבע אדרבה בדעתו הי' אפי' שיהי' אונס ממון להתחייב א"כ אדעתא דהכי נתחייב אפי' שיהי' אונס ממון וקצת ראי' לזה מהא דאמרו שם בנדרים ולרבא מ"ש מהא דתנן הרי זה גיטך מעכשיו אם לא באתי מכאן עד שנים עשר חודש ומת תוך י"ב חודש הרי זה גט ואמאי מינס איתנוסי אמרי דלמא שאני התם דאי הוי ידע דמית מן לאלתר הוי גמיר ויהיב גיטא ע"ש וה"נ כיון שנשבע מן לאלתר גמר ויהיב דאונס ממון אינו פוטר משבועתו. וכיוצא כתב בתשובת מוהרי"ן ל"ב. גבי שדה באתרא דקני בשטרא דאינו קונ' בכספא עד דפריש אי בעינא בשטרא אי בעינא בכספא דאם נשבע ה"ל כמפרש דכיון דחייב לקיים שבועתו ה"ל כמפרש שיקנה בכסף וקונה בכסף ע"ש וה"נ כיון שנשבע ה"ל כמפרש שלא יהי' אונס ממון פוטרו וקם בחיובו חיוב ממון אלא שדברי הפוסקים לא משמע הכי: ובפרק ר' ישמעאל דף נ"ד תנא נעבד שלו אסור ושל חבירו מותר כו' ורמינהו איזהו נעבד כו' אמר רמי בר חמא כגון שאנסוהו נכרים והשתחוה לבהמתו דידי' מתקיף לה ר' זירא אונס רחמי' פטרי' דכתיב ולנערה לא תעשה דבר אלא אמר רבא הכל הי' בכלל לא תעבדם וכשפרט לך הכתוב וחי בהם ולא שימות בהם יצא אונס והדר כתב רחמנא ולא תחללו את שם קדשי דאפי' באונס הא כיצד הא בצנעא הא בפרהסיא. וקשיא לן נהי דבפרהסיא חייב העובד מיתה ומשום דיהרוג ואל יעבור אבל הבהמה אמאי אסורה כיון דמה שהשתחוה לה הי' ע"י אונס ואשכח' נמי דעובד חייב מיתה והבהמה מותרת בהשתחוה לבהמת חבירו דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו וה"נ נימא דעובד חייב מיתה אבל הבהמה למה אסורה כיון דכל באונס לאו כלום הוא. ולפי מ"ש דהיכא דלא ה"ל למעבד אפי' באונסו ה"ל דין רצון ממש ולית בי' דין אונס כלל ומש"ה הבהמה נמי אסורה דה"ל כעובד לבהמתו ברצון ודו"ק:

ס"ק ה
אע"ג דלא התנה. וכתב הב"ש ז"ל דהפוסק פטור מהקנס דזה אונס הוא ואז גם ערבים פטורים כו' וא"ת הי' לו להתנות שאם תסרב יהי' פטור כי אונס דלא שכיח הוא דכל הבנות מתרצים למי שירצה האב ואפי' שכיח ולא שכיח לית לי' לאתנויי עכ"ל: ומדברי הרשב"א הובא ברמ"א דאפי' פסק על בתו או על בת בתו או קרובתו נמי ע"ש א"כ לא שייך טעמא דמתרצים למי שירצה הפוסק
וצריך לומר בכלהו שייך האי טעמא דהוי שכיח ולא שכיח:

ס"ק ו
ובלבד שלא יהי' ערמה בדבר. כתב בח"מ לכאורה נראה כאן שהחיוב הי' ליתן להחתן הנדן והכלה ואם לא יקיים יתן הקנס אז הוא פטור ליתן הקנס כיון שהוא אנוס אבל אם מחייב את עצמו באיזו סך בלי תנאי והחתן נותן כתב אם יתן לו הכלה והנדן אז נמחל החוב בזה לא שייך טענת אונס מיהו י"ל אומדנא דמוכח הוא שלא התחייב א"ע אלא כשבתו לא תסרב עכ"ל. ובמשנה למלך פי"א ממכירה כתב בשם מוהרש"א בהא דכתב הרמב"ם בשם חכמי הספרד בהבטחות לשידוכין שעושים שטר שחייב לזה מנה ואחר שחייב עצמו מתנה עם אבי הכלה שאם יקיים השידוכין הרי החוב מחול וכל זמן שלא קיים השידוכין אפי' באונס ממילא השטר חוב בתוקפו ע"ש. ומבואר בפשיטות דכה"ג לא מהני שום טענת אונס דלא אמרינן אונסא כמאן דעבד ועמ"ש בסימן ל"ח ס"ק א': וב"ש כתב על דברי הח"מ ז"ל ובסימן ע"ז כתבתי בשם הג"מ כשבתו טוען מאיס עלי' א"צ לשלם השט"ח שנתן לחתנו על הנדן ומדמ' למשי' בתו דאין מוציאין ממנו הנדן אפי' נתן שט"ח כמ"ש בסימן נ"ה כי מסתמא דעתו הי' דוקא כשתהנה בתו ממעות הנדן לכן כאן אפי' נתן שט"ח ובתו מסרב פטור מקנס ושם כתבתי אפי' לא אמרה בתו מאיס עלי רק אמרה שאר טענות פטור ליתן הנדן כי אומדנא דמוכח הוא דכוונתו הוא ליתן הנדן באופן שתהנה בתו ואע"ג שם הי' כבר הנישואין מכל מקום פטור ליתן הנדן כשלא תהנה בתו מכ"ש הכא קודם נישואין והיא מסרב דהוא פטור עכ"ל: ודבריו תמוהין דשם נתחייב להזוג ואמרינן דעתו הי' כשתהנה בתו אבל הכא נתחייב בשט"ח לזה אלא שחזר זה ונתן לו כתב אם יתן לו הכלה והנדן מוחל החוב וכל זמן שאינו מקיים כפי תנאו השט"ח בתוקפו: ואפשר כוונתו דמה שנתן כתב אם יתן לו הנדן מוחל החוב דעת החתן נמי הי' שיתן הנדן באופן שתהנה בתו של המתחייב ומשום דידו' שכל הנותן נדן דעתו שתהנה בתו וא"כ נמחל השט"ח אלא דזה גופא נמי הי' בתנאי שיתן לו הכלה וכיון דאינו נותן לו הכלה אפי' ע"י אונס הרי השט"ח בתוקפו וכמ"ש:

ס"ק ז
וכן בשאר אונסין ואונס ממון נמי מהני אלא דאם נשבע צריך לקיים שבועתו ולא מהני אונס ממון וכמ"ש הריב"ש סימן שפ"ז: ואם כתב אם לא אקיים התנאי אתן קנס ואח"כ כתב דנשבע על כל זה דעת מוהר"מ מינץ סימן ס"ד דפטור משבועה כשנותן הקנס ומשום דהשבועה לא קאי אלא על הא דאם לא יקיים יתן הקנס ולא על חיוב שלו וע"ש וכ"כ הב"ח בח"מ סימן ר"ז אם כתב לקיים שום דבר בת"כ ובקנס אם נותן הקנס פטור הוא מת"כ ע"ש: ולפי"ז נראה דאם הי' אונס ממון פטור נמי מן הקנס אע"ג דנשבע על הקנס לפי מ"ש הריב"ש בסימן שפ"ז שם בהא דהי' מדירו לאכול אצלו וחלה בנו דהא בקל יכול ע"י ממון להניח משרת אצל בנו וע"ש שכתב משום דהתם בשעת חלות הנדר דכבר הי' אונס הוא פטור משום דבעינן האדם בשבועה פרט לאנו' וע"ש וא"כ ה"נ כיון דאין השבועה אלא על הקנס אם לא יקיים והוא הי' סבור שיכול לקיים החיוב וכיון דאירעו אונס אפי' אונס ממון לא הוי האדם בשבועה בשעת חלות השבועה והרי הוא כמו האי דהי' מדירו לאכול אצלו וחלה בנו דאפי' ע"י אונס ממון לא חל הנדר והריב"ש מירי שהשבועה הי' לקיים גוף החוב וכיון דהשבועה כבר חייל לא מיפטר מיני' ע"י אונס ממון דאינו יכול לעבו' לאו שבתורה ע"י אונס ממון ודו"ק: וראיתי בספר בית היילל לי"ד סימן קנ"ז ז"ל אבל במצות לא תעשה את כל הון ביתו יתן קודם שיעבור עלי' בשם הרשב"א ומביאו רמ"א בהגה בא"ח סימן תרל"ז וגם בריב"ש סימן שפ"ז העתיק לשון הנ"ל בשם הראב"ד בלשון הזה ממש והביא ראי' על מי שנשבע על דבר ואירעו אונס ויכול לסלקו בממון הרבה אפי' כל אשר לו מחויב ליתן כל אשר לו כו' אבל קשה על הרב מוהר"ם איסרליש בהגה בי"ד סימן רל"ב כתב ז"ל נדרי אונסין כיצד הדירו חבירו שיאכל אצלו וחלה או שחלה בנו או שעכבו נהר הרי אלו נדרי אונסין וכתב מור"ם בהג"ה אם אירע לו אונס והי' אפשר לו לסלקו ע"י ממון הרבה שיתן מקרי אונס ונרשם ריב"ש סימן שפ"ז וכן אם צוה סליו השר שלא לקיים שבועתו ונדרו אפי' לא הוי הקנס רק ממון מיקרי אונס מכל מקום אם יכול להשתדל לא מיקרי אונס שם תשובת הרשב"א עכ"ל זהו דלא כתשובת הריב"ש הנ"ל וכבר השיג עליו הב"ח בי"ד בסימן רל"ב והאמת אתו עכ"ל. ועיין ט"ז וש"ך שם והרי לפנינו דברי הריב"ש והוא מחלק בין אונס שבשעת חלות הנדר זה לא מיקרי האדם בשבוע' ומזה הוא דמירי הרמ"א בהג"ה סימן רל"ב דומיא דחלה בנו דאינו אלא אונס ממון לפי מ"ש הריב"ש שם שיכול לשכור משמשין אבל אח"כ לא מהני אונס ממון וזה ברור:

ס"ק ח

אין היורשין צריכין לקיים. ז"ל הב"ש ובנ"ש הניח בצ"ע על הרב שהביא בסימן קי"ג דעת הראב"ד דאומדים דעת האב ליתן יותר מעישור אפי' אין כאן אלא מה שנותן להראשונה נותנין הכל לשני מכ"ש הכא שהוא בעצמו פסק לזה סך זה למה אין היורשין חייבין ליתן לה סך שפסק לק"מ דאיירי כאן דידר מנכסיו אחר הפסיקה ושם מסיים וכתב וראוי לאומדו לפי ממון שהניח בשעת מותו א"כ אף אם הוא במעמד אחד חייב ליתן מה שפסק אבל אם ירד מנכסיו אחר הפסקה אז מחמת האומדנא לא זכו אותו סך אלא מחמת שפסק לה סך זה ודברים אלו לא נקנה לה כלל ולא הי' שום קנין אלא קנס ואביו הוא אונס לכן היורשים פטורים וע"ש: ונראה דכל זה מיירי בפוסק לבתו אבל אם פוסק לבנו ומת אפי' הי' במעמד אחד לא זכה מכח האומדנא דע"כ לא קאמר הראב"ד אלא בבת דתיקנו חכמים פרנסה לבת ומש"ה אומדן דעת האב בפרנסת בתו ומשום דפרנסת בתו מצוה היא וכדאדסמכוהו אקרא תנו בנותיכם לאנשים אבל בבן לא אשכחן פרנסה ולית בי' תורת אומדנ' אלא בתורת פסיקה וכל שמת בטל הפסיקה דהאב הוא אונס:

סעיף ז

ס"ק ט

צריך שיאמר אם אחזור בי תזכה בכך וכך עמ"ש בזה בס' קצה"ח סימן ר"ז ס"ק ח':

סימן נא

סעיף א

ס"ק א

איש ואשה שהי' ביניהם שידוכין. כ"כ הרמב"ם פכ"ג מאישות וכתב שם הרב המגיד בפ' הנושא אמר רב גידל כו' וכתב רבינו שה"ה איש ואשה שהי' ביניהם שידוכין וכ"ש הוא מדין האב ע"ש. וראיתי בספר שער המלך כתב עלה ז"ל והוא הימ' שהרי בירושלמי אמרו כשם שהבעל פוסק כך האב פוסק אלא שהבעל מזכה בכתב והאב בדברים: ואפי' נימא דתלמודא דידן פליג אירושלמי מ"מ לא הי' לו לומר דכ"ש הוא מדין האב כו' ומן האמור אתה תחזה מ"ש הגאונים והר"ן ר"פ אעפ"י דבירושלמי קאמר דאפי' אחר נשואין קונ' באמיר' לאו דוקא אלא לאפוקי דלא בעי קנין שלדעת הירושלמי אפי' בשעת קידושין ונשואין כתב דוקא קנין בעינן עכ"ל וע"ש: ודברי הרה"מ נכונים דודאי בעל כ"ש מן האב שפוסק לבנו. וכן משמע מלשון הירושלמי תני כשם שהבעל פוסק כך האב פוסק אלא שהבעל מזכה בכתב והאב בדברים והיינו דשטת הרי"ף ודעימי' לא ניתנו

ליכתוב פסיקתא האמור בפ' הנושא היינו דאין כתיבתן עושה שטר לגבות מממשעבדי שלא עלה על דעתם להשתעבד באמירה שלהם משום הנאת חיתון אלא אצל בני חורין ולא אצל משועבדים ומש"ה אפי' כתבו שטר אינו גובה ממשועבדים וס"ל להירושלמי דהבעל מזכה יותר משום הנאת חיתון והיינו שיהי' ניתן ליכתוב למשועבדים וזה הוא דקאמר כשם שהבעל פוסק כך האב פוסק אלא שהבעל מזכה בכתב היינו שניתן ליכתוב והאב אינו מזכה אלא בדברים ולא בכתב ומשום דשם בירושלמי מקשה דתנן אעפ"י שאמרו בתולה גובה מאתים אם רצה להוסיף אפי' מאה מנה במה הוא מתחייב לה לא כן ר' יוחנן ורשב"ל תרוויהון אמרו הכותב שט"ח לחבירו בחזקת שהוא חייב לו ונמצא שאינו חייב ומוקי לה בפסיקה ע"ש ומשום דס"ל להירושלמי דבין לר' יוחנן ובין לר"ל אינו יכול לחייב עצמו בשטר ואינו אלא משו' פסיקה. וא"כ מוכח דפסיק' הבעל מהני לגבות ממשועבדי' לזה קאמר אלא שהבעל מזכה בכתב וניתן ליכתוב לגבות ממשעבדי והאב אינו מזכה אלא בדברים ולא ניתן ליכתוב וכמ"ש. אחר כתבי זאת מצאתי בס' הזכות לרמב"ן דמפרש ג"כ הבעל מזכה בכתב לגבות ממשעבדי כדין שטר והאב אינו מזכה אל בדברים לא ממשעבדי עיי' פר' הנושא. ויעלוז לבי שכוונתי לדרך האמת:

ואין חילוק בזה בין נשואין ראשונים לשניים כן כתב הריב"ש סימן שמ"ה ע"ש דכן נראה מדברי הרמב"ם ע"ש שכתב דבירושלמי לא קאמר דוקא בנשואין ראשונים אלא באב הפוסק וכן הוא בירושלמי פ' אעפ"י ע"ש: אמנם בס' נתיבת משפט תמה על זה דהא עוד הוזכר זה בירושלמי פרק הנושא הפקחין היו כותבין ע"מ שאזון את בתך כל זמן שאת עמי ותני עלה ובלבד מן הנשואין הראשונים, ואתי' כיי דמר ר' חנינא המשיא את בנו בבית זכה בבית ובלבד מן הנשואין הראשונים ע"ש: ולענ"ד נראה דאי אפשר לומר כן בשטת הירושלמי דהא כתבו הראשונים בשם הירושלמי ר"פ אעפ"י דאפיי הוסיף לה אחר נשואין קנתה שרוצה הוא ליתן כמה ולא תחזיר בה ויכולה היא כו' א"ר אבין מעיקרא הוא

לי' הוא משבק לה ע"ש שכתבו דה"ל כדברים הנקנים באמירה ע"ש וכיון דאפי' אחר הנשואין חשיב לה הירושלמי כדברים הנקנין באמיר'. א"כ איך אפשר לומר דבנשואין שניים לא יהי' בו משום דברים הנקנים באמירה ואין לומר דבנשואין הראשונים יהי' בו משום דברים הנקנים באמירה אפי' אחר הנשואין וגבי נשואין שניים אפי' בתחלתן לית בי' משום דברים הנקנין באמירה דזה ודאי ליתי' לומר דברים הנקנין באמירה אחר הנשואין ולא קודם נשואין וזה ראיה ברורה דירושלמי ודאי אינו מחלק בפסיקה שבין איש לאשתו בין נשואין ראשונים לשניים ובדברי הירושלמי ר"פ הנושא נראה דהתם

קאמר בירושלמי מתה אינה עמו נתגרשה אינה עמו החזירה מאן דאמר לכתובה אבל לא לתנאי ה"נ מאן דאמר בין לכתובה בין לתנאין מה תני הפקחין היו כותבין על מנת שאני זן את בתך כל זמן שאת עמי ותני עלה ובלבד מן הנשואין הראשונים ואתי' כי' דמר חנינא המשיא את בנו כו' והובא בר"ן ר"פ הנושא ז"ל וכתב הרשב"א ז"ל דמסתברא שאם גרשה והחזיר' כבר נתבטל תנאי ואעפ"י שהחזירה כו' ומפורש מצאתי כן בירושלמי דגרסינן התם כל זמן שאת עמי מתה אינה עמו נתגרשה והחזירה מ"ד לכתובה אבל לא לתנאין הכי נמי מ"ד בין לכתובה בין לתנאין הכי נמי. כלומר לרב הונא דאמר בשלהי הכותב גבי מתניתין דקטן שהשיאו אביו וקיימה על מנת כתובה ראשונה קיימה לא שנא אלא מנה ומאתים אבל תוספות אין לה הוא הדין לגירשה והחזירה ע"מ כתובה הראשונה החזירה אבל לא לתוספות ולא לתנאין ולרב יהודא דאמר התם אפי' תוספות יש לה הכא נמי גרשה והחזירה יש לה תוספות ותנאין שעל דעת כולם החזירה ע"ש: ולענ"ד נראה דהכי פירושא דהירושלמי מ"ד לכתובה אבל לא לתנאין ה"נ מ"ד בין לכתובה בין לתנאין מה והיינו למ"ד בין לכתובה בין לתנאין מספקא לי' אם ה"נ, וכן לפי דגרס הרשב"א ה"נ הוא בלשון שאלה הכי נמי או לא. תני הפקחין היו כותבין על מנת שאזון את בתך ה' שנים כל זמן שאת עמי ותני עלה ובלבד מן הנשואין הראשונים אבל גירשה והחזירה אין לה לבת ומשום דאע"ג דכל המחזיר על דעת התנאים הראשונים הוא מחזיר כל שאינו דומה שניים לראשונים לא אמרינן על דעת הראשונים הוא מחזיר. וכיון דאשכחן דנישואין ראשונים חביבא לי' יותר וכהאי דמר ר"ח דחזינן דחבת ראשונים חביב יותר א"כ לא שייך בזה על דעת נשואין ראשוני' הוא מחזיר וכמו בנושא בתולה ואית לה מאתן וגירשה והחזירה דאין לה אלא מנה וכמ"ש ב"ש סימן ס"ו סק"י במוחלת דכותב לה אחרת על מנה ומשום דלא שייך על דעת תנאין הראשונים קיימה כיון דבראשונה בתולה היתה ואם היו בראשונ' בעולה נמי לא הי' כותב מאתן. וה"נ בנשואין שניי' לא אמרינן על דעת נשואין ראשונים הוא פוסק כיון דחביב יותר נשואין ראשונים מש"ה פסק לה ובשניים אינו רוצה בפסיקה זאת. ודוקא בקטן שהשיאו אביו דאכתי נישואין ראשונים עלי' ואית לה מאתן וא"כ דוקא לזה הוא דמחלק בין נשואין ראשוני' לשניים היכא דלא הי' פסיקא בנשואין שניים אלא דנימא על דעת הראשונים הוא פוסק ובזה קאמר כיון דאשכחן חילוק בין ראשונים לשניים גבי באב הפוסק א"כ בדידי' נמי אין דומה נשואין ראשונים זו לשניים ולא מקשי שניים לראשונים. אבל היכא דהיה פסיקא בפירוש מבעל גם בנשואין שניים אמרינן הא דרב גידל והן הן הדברים הנקנין באמירה ובזה ניחא בהך דפקחין היו כותבין כו'

כ"ז שאת עמי ותני עלה ובלב' מן הנשואין הראשוני' ואי קאי על גוף הפסיק' לחל' הי' לו להשמיענו בריש' הנוש' אשה ופסק לזון את בת אשתו ובלבד מן הנשואין הראשוני' ולפמ"ש ניחא דלענין סתמא על תנאים ראשונים בהוא דקאמר דמסתמא לא מהני דאינו דומה שניים לראשונים וכמ"ש ודו"ק:

ס"ק ב

אבל אם פוסק על בנו שיעשה איזה דבר. כתב הב"ש ז"ל אפי' בקטן לא מהני כיון דאינו בידו וע"י תשובת שארית יוסף סימן ד' אפי' אם מחייב גופו ועצמו לא מהני בדבר שאינו בידו ולא יבא לידו עכ"ל ועמ"ש בקצה"ח סימן ט' סעיף י'.

אמרתי להציג פה את הנמצא באמתחת א"ז הגאון ז"ל זהשנים מדברי דודו הרב הגדול מוהר"ר יוסף דובבעריש ני'

ס"ק ג

וי"א דבעינן דעמדו וקדשו מיד ולא הפסיקו כו' וכן אם קדשו ואח"כ פסקו לא מהני. יש לדקדק דכפי הנראה מדברי רמ"א שני הדינים האלה תלוים זה בזה ואינם אליבא דכ"ע. ובאמת הדין האחרון היא מוסכם ואין חולק עליו והי' לו להר"ב ז"ל להפך הסדר ולהביא מקודם דין השני שהוא אליבא דכ"ע כדרכו תמיד. ואח"כ הי' לכתוב וי"א דבעינן עמדו ולא הפסיקו וכו' שהוא רק אליבא דרשב"ם וכמ"ש הב"י על הטור ע"ש. ונראה דלפי מאי דפסקינן לקמן סימן ס"ו סעיף ח' דה"ה אם פסקו ונשאו קנו מאמירה ע"ש. א"כ אי נימא דלא בעינן עמדו וקדשו מיד ה"ה וה"נ דלא בעינן עמדו ונשאו מיד. וראיה לזה עוד מדברי התוס' כתובות דף מ"ז ד"ה כתב לה ע"ש שכתבו בפשיטות דארוסין לא מקרי חתון ומה דאמרינן בכתובות דף ק"ב דעמדו וקדשו בההיא הנאה דמתחתני גמרו ומקנו פירושו בההיא הנאה שיבואו לבסוף לידי חתון נשואין גמרי ומקני דבשע' ארוסין ע"ש א"כ ה"נ למאן דס"ל אף לא בעינן בשעת קידושין דוקא ה"ה, דלא בעינן שעת נשואין דוקא ואמרינן בההיא הנאה שיבואו לידי נשואין גמרי ומקני. דהא אפילו קודם ארוסין גמרי ומקני בההיא הנאה שיבואו לידי חתון נשואין ומכ"ש קודם נשואין. ולפי"ז יבואו דברי רמ"א בדקדוק גדול דבאמת הך דינו דקדשו ואח"כ פסקו לא מהני הוא מדברי התוספות כתובות דף נ"ג ד"ה השתא ושם א"ש דמיירי דלא הי' עוד נשואין ע"ש ולכן היה יכול אבא סוראה לחזור בו במה שפסק אחר הקדושין אבל עכ"פ אינו ראוי לכתוב לפסק הלכה דלא מהני הפסיקה של אחר קדושין דהא מהניא עכ"פ על אחר נשואין למאן דס"ל דלא בעינן מיד וכמ"ש מהי דמטעם שמחת ארוסין לא קנו קנו מטעם שמחת נשואין ומהני שלא יוכלו לחזור אחר נשואין וע"כ כתב רמ"א בתחלה דבעינן קדשו מיד ולפי"ז לא משכחת ג"כ שיקנה אחר ארוסין אם לא בשעת נשואין ובזה סמוך הרב ז"ל

על הא דלקמן סימן ס"ו סעיף ח' ע"ש ולכן כתב ג"כ שפיר אח"כ בסתם דקדשו ואח"כ פסקו לא מהני וזה ברור: ולולא יראתי לתת מקום לבעל דין לחלוק הייתי אומר דהא דמהני פסקו ונשאו היינו דוקא לבעל בעצמו דלדידי' אין חלוק בין שמחה ראשונ' לשני' וכמו שהביא בהג"ה לעיל בשם הריב"ש אבל באב דצריך דוקא שמחה ראשונה וכמ"ש הב"י בשם הירושלמי לא מהני נשואין לקנות באמירה דהוי כמו שמחה שני' אחר שכבר הי' שמחת ארוסין והרוחנו בזה ליישב דברי המרדכי שעמד עליהם בעל שעה"מ בפכ"ג מהל' אישות דסתרי אהדדי לכאורה דבפ' הנושא מבואר מדבריו דנשואין לא מהני לענין שטרי פסקתא ובפ' נערה גבי ההיא דכתב לה פירות כתב וז"ל ה"ה אם לא כתב דהן הן הדברים הנקנים באמירה וע"ש. ושם בשעת נשואין הוא. ולמ"ש ניחא דבפ' הנושא שם מיירי באב ע"ש ולגבי דידי' ל"מ נשואין מטע' שכתבנו ובפ' נערה מיירי בכתב לה בעל ע"ש ולכן פירש שפיר דה"ה אם לא כתב. ובסברא זו יתישבו עוד קושיות הרבה. וכתבנו רק לעורר המעיין בזה ובר"פ הכותב אמרינן וכי כתב לה מאי הוי והתניא האומר לחבירו דו"ד אין לי על שדה זו לא אמר כלום אמרי דבי ר' ינאי בכותב לה ועודה ארוסה כדרב כהנא דאמר נחלה הבאה לאדם ממקום אחר מתנה עלי' שלא יירשנה וכדרבא דאמר האומר א"א בתקנת חכמים שומעין לו וכדר"ה דאמר יכולה אשה שתאמר איני ניזונת ואיני עושה ובתו' שם ד"ה כדרב כהנא וא"ת היכי מייתי ראי' דמהני לשון דו"ד שהוא לשון גרוע דילמא הנהו דמייתי מיירי בלשון טוב כו' ולר"י נראה דאלשון דו"ד א"צ להבי' ראי' דמסתברא דמהני היכא דלא באה לידו כמו בעלמא לשנא מעליא אלא מייתי ראי' דלא תיקשי היכי מצי מתני לה והא קי"ל דאין אדם מקנה דשלב"ל ואע"ג דר' ינאי סבר בהאשה רבה דאדם מקנה מ"מ מייתי ראי' לדידן מדרב כהנא כו' עכ"ל. ויש להקשות במ"ש תו' ואע"ג דר"י סבר דאדם מקנה דהא כתבו התו' בב"מ דף ס"ו דגם למ"ד אדם מקנה דשלב"ל מ"מ יכול לחזור בו ע"ש א"כ אכתי אצטריך הא דרב כהנא לענין חזרה דמתורת סלוק א"י לחזור וכמ"ש הרשב"א והר"ן שם ע"ש. אמנם לפמ"ש דלמאן דס"ל דבעמדו וקדשו לא בעינן מיד קנה בפסיקה שאחר ארוסין ג"כ מטעם שמחת נשואין א"ש שהרי כבר כתב הש"ך בסימן קי"ב ס"ק ב' הטעם דבשעבוד דאקני א"י לחזור משום דכיון דאינו חוזר מגוף הלואה אשר בעבורה נעשה השעבוד דאקני אינו חוזר גם מהשעבוד דאקני ע"ש א"כ ה"נ כאן דמיירי שנשאו כבר וא"כ גם אם פסק הבעל בעודה ארוסה ליתן לה את שלו נמי מהני אחר נשואין שלא יכול לחזור בו דהא נקנה באמירה. ומשום דשלב"ל לא איכפת לן כיון דאינו חוזר מהחיתון אשר בעבורו פסק שהרי נשאו כבר אינו

חוזר מהפסיק' ג"כ וכסברת הש"ך ומכ"ש בסלוק דמהני לענין שא"י לחזור ולכן הוצרכו התוס' לומר
דמייתי ראי' רק לדידן דקי"ל אין אדם מקנה דשלב"ל ולא התחיל חיוב הפסיקה לחול עליו כלל ודו"ק היטב:
ויתיישב בזה ג"כ קושית הפ"י שם שהקשה בדברי תוס' הללו ג"כ דהא אצטריך לדרב כהנא לענין קנין שהרי אפי' למ"ד אדם מקנה דבשלב"ל קנין מיהא בעי ומייתי ראי' מדר"כ דלא בעי קנין ע"ש, ולדברינו לק"מ דבדברים הנקנים באמירה לא בעי קנין, וע"ש בכתובות דף ק"ב ומתוך מה שכתבנו יש להביא ראי' לשיטת הסוברים דבשטרי פסיקתא לא קנו בדשלב"ל דלא כבעל עטור המוב' בב"י בסי' זה. דאם איתא דקני אכתי קשה אמאי צריך לדרב כהנא וי"ל דבעל עטור ס"ל כשיטת רשב"ם דבעינן קדש מיד וה"ה בנשואין. והנה ברא"ש פ' נערה (סי' י') כתב דבאומרת איני נזונת יכולה לחזור וכ"מ מדברי התוס' בהכותב שם ולכאורה קשה הא משמע בשמעתין שם דמתורת סלוק א"י לחזור דהא מביא ראי' מהא דאיני נזונית להך דכותב לה ועודה ארוסה ושם בכותב לה ל"מ חזרה א"כ במזונות נמי נהי דדשלב"ל הוא וכמ"ש התוס' שם עכ"פ מתורת סלוק לא תיהני חזרה. ולפמ"ש י"ל דבאמת גם בסלוק מדשלב"ל מהני חזרה קודם שב"ל אלא דגבי כותב לה ועודה ארוסה שאני דהוא מדברים הנקנים באמירה אגב הנאת חתון וכמ"ש לעיל. והראי' דמייתי בש"ס מדר"ה הוא רק לתת טעם על מה דיכול להקנות בדשלב"ל וכמ"ש התוס' שם, וכיון דיכול להקנות שוב לא מהני בי' חזרה דנקנה באמירה אגב חתון שאינו חוזר וכמ"ש. שוב ראיתי שהביא א"א הגאון ז"ל בשם מהרי"ט ג"כ דבסלוק מדשלב"ל יכול לחזור והוא בקצוה"ח סי' ר"ט ס"ק י"ב אלא שמהרי"ט שם נדחק ליתן טעם למה בכותב לה ועודה ארוסה א"י לחזור ע"ש ומדברינו מבואר הטעם באר היטב (עד כאן מדברי דודי הרב נ"י):

סימן נב (נג)

סעיף ה (ג)

ס"ק א

וכנסה ואח"כ מתה הבת ועדיין לא נתן, בפ' נערה שנתפתתה דף מ"ז תנו רבנן כתב לה פירות כסות וכלים שיבואו עמה מבית אבי' לבית בעלה מתה לא זכה הבעל בדברים הללו משום ר' נתן אמרו זכה הבעל בדברים הללו לימא בפלוגתא דר' אלעזר ב"ע ורבנן קמפלגי דתנן נתארמלה או נתגרש' בין מן הנשואין בין מן הארוסין גובה את הכל

ראב"ע אומר מן הנשואין גובה את הכל מן הארוסין בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה מ"ד לא זכה כראב"ע ומ"ד זכה כרבנן כו' ע"ש. ושיטת רש"י דמיירי בארוסין וכן הוא שיטת הרמב"ם (פכ"ח) [פכ"ב ה"א] מאישות וכן שיטת הרשב"א והרמב"ן, ושיטת תוס' [מז,א, ד"ה כתב] דמיירי בנישואין ואפ"ה ס"ל לת"ק דלא זכה משום אומדנא ע"ש. והקשה הרשב"א דהא קי"ל אשתו ארוסה אם מתה אינה יורשה ע"ש וכן בשיטה מקובצת שם ז"ל וא"ת והא קי"ל אשתו ארוסה אם מתה אינה יורשה א"כ קשי' אפילו לת"ק דאמר לא זכה הבעל משום שלא כתב אלא ע"מ לכונסה והא מדינא נמי לא זכה הבעל בירושת' וכ"ש דקשי' לר' נתן דאמר זכה הבעל בדברים הללו ע"ש. ותירצו ברשב"א ובשטה שם ז"ל דהתם בנכסי מלוג שלא כתבן הבעל עליו אבל נכסי צאן ברזל שקבלן הבעל בכתוב' ושמאן וקבלן על עצמו הרי זכה הבעל בהן משעת כתיבה ואם מתה יורשה לדעת ר' נתן ולרבנן לא, משום אומדנ' דלא כתב לה כו' וע"ש. ואכתי אינו מובן דמה בכך שקבלן ושמאן בכתובתה אם אינו יורש לארוסה למה לא יתחייב להחזיר מה שקיבל בכתובתה, והנראה לענ"ד בזה והוא לפי מה שמבואר מתוך הסוגיא פ' האשה שנפלו דף פ"א דנכסי צאן ברזל ג"כ לא ניתנה לגבות מחיים לפי פי' התוס' שם דמיירי נמי בנכסי צאן ברזל ע"ש ובחידושי הרשב"א שם ז"ל הא דאמר אבייי אח אני יורש אשתו איני קובר ה"ק כי תיקנו רבנן קבורה הני מילי לבעל דמינה קא ירית דשוי' רבנן כיורש דיד' אבל אחי אין אני יורש מכתובת' כלום כשם שאין יורש מלוג שלה ומה שאני איני פורע לה כתובה משום דלא ניתנה לגבות מחיים לא היא ולא נכסי צאן ברזל שבה דתנאי כתובה ככתובה דמי ואע"ג דארוסה אית לה מפני שלא זכה בהן הבעל בדברים הללו אבל משזכה לא ניתנו לגבות אף הם מחיים עכ"ל. וכ"כ בש"מ שם ז"ל הא דאמר אבייי אח אני יורש כו' ומה שאני איני פורע לה כתובה משום דלא ניתנה לגבות מחיים לא היא ולא נכסי צ"ב שבה דתנאי כתובה ככתובה דמי ואע"ג דארוס' אית לה מפני שלא זכה הבעל בדברים הללו וע"ש והן הן דברי הרשב"א הנ"ל. עוד שם בשיט' מקובצת אמר לי' רבא כו' הכי קאמינא אח אני יורש לזכות בנכסיו אשתו איני קובר שלא זכתה מעולם בכתובתי שלא ניתנה כתובה לגבות מחיים של יבם דבעינן לכשתנשאי תטלי מה שכתוב בה ליכי ולבעלה הוא דתיקון רבנן קבור' אע"ג דלא ירית מינה ולא נתנ' כתובה לגבות בחייו אבל לדידי' לא תיקון כיון שזכותו בא לי מחמת אחי קודם שיבא חיוב קבורת' ולא ירתינה מינ' מידי עכ"ל. ומבואר דנכסי צ"ב לא ניתן לגבות מחיים ובעינן לכשתנשאי לאחר דתנאי כתובה ככתוב'. וכ"כ הרשב"א הובא במשרים נכ"ג ח"י שנשאל הרשב"א כו' השיב דמה שגבתה בדיני א"ה שלא כדין גבת' כבע"ח

שגבה למי שקודם ממנו מה שגבה לא גבה וכ"ש בכתובה שמא לא תבא לידי גוביינא לעולם או תמות היא בחיי בעלה, ומ"ש בעל העיטור דנדוניא ניתנה לגבות מחיים אין דעתי נוטה כך שכולן מכניסות לבעל שלא תפרע ממנו אלא באלמנות או בגירושין, ועוד מספר כתובה נלמוד שכוללין נדוניא ותוספות יחד ואין מחלק בזה בזמן פרעון:

ומש"ה קשי' ליה להרשב"א הא דארוסה אית לה והיינו דארוסה שמת' אין הבעל יורשה וצריך להחזיר ליורשי' וכיון דבעינן בצאן ברזל נמי לכשתנשאי לאחר ואם היא מתה בחיי בעל הרי עדיין לא הגיע זמן פרעון ולא יבא, מש"ה מתרץ לה הרשב"א התם מפני שלא זכה בעל בדברים הללו אבל משזכה לא ניתנו לגבות אף הם מחיים:

ובזה ניחא דת"ק אית לי' מתה לא זכה הבעל בדברים הללו ומשום אומדנא דלא הכניס' לו צ"ב אלא על דעת לכונסה ור' נתן ס"ל זכה הבעל בדברים הללו ולי' לי' אומדנא זו וכמו שאמרו בגמ' מדיד' לדידי' וכיון דזכה הבעל בדברים הללו א"כ כשמתה אינו מחזיר ליורשיה כלום ולאו משום ירושת הבעל דארוסה אינו יורש אלא כיון דזכה הבעל בדברים הללו ממילא אין צריך להחזיר דבעינן כשתנשא לאחר וזו שמתה בחייו אינו חל עליו זמן פרעון ומצד ירושה לא בעי אלא בנכסי מלוג אבל בנכסי צאן ברזל כיון שזכה בהן תו לא ניתנו לגבות וזה ברור:

ובזה יתיישב מה שהקשה פ"י דהיאך יורש הבעל נכסי צאן ברזל דה"ל מלוה שעמו ופלגי ועמ"ש בסי' צ' [סק"ד] באורך, ולפמ"ש ניחא דבנכסי צ"ב אינו בא כלל מצד ירושה אלא משום דלא הגיע זמן פרעון כל שמתה בחייו דלא קרינן בי' לכשתנשאי לאחר, ועמ"ש בסי' צ"א [סק"ו]:

שאלה בעסק עגונה

תמו דברי מורי א"ז הגאון ז"ל בחלק הראשון, והנה בעת שקדי על מלאכת הקודש הזאת, אנה ה' לידי שאלה ותשובה מהרב הגאון אב"ד ק"ק טארניפאל נ"י הנשלחה אל א"ז הגאון ז"ל בענין עגונה, ותשובתו על דבריו, ובעבור כי לא נמצא כתוב ממנו דבר על סי' י"ז ושם יתן מראה מקום להקורא על ספרו שב שמעתתא, וראיתי כי ענין התשובות האלה איננו נוגע כלל אל הענינים המדברים בספר ההוא, לזאת הצגתי אותן הנה, למען ישתו החכמים בצמא את דבריהם הנעימים. נאום המל"ה:

ב"ה יום א' טוב אלול תקס"ו לפ"ק פ"ק טארניפאל:

לדזיו לי' כבר בתי' שלום ה"ה כבוד אהובי או"נ ידיד ד' וידיד נפשי הרב הגאון וכו' מוהר"ר ארי' ליב הכהן בעל המחבר ספר קצות החושן וש"ש נ"י עד עמוד הכהן לאורים ולתומים:

מרוב אהבתו אלי אשר ידעתי בקרב נפשי, ערבה לבי לגשת אל הקודש להטריחו בדבר מצוה לקבל דברי תשובתי לשים עינו הבדולח עליו ולהשיבני דעתו הרחבה בזה, ובו שמתי בטחוני שישיבני ולזאת גליתי דברי לאזני דמר ובין הצדיקים בספר החיים יכתב והמצוה הזאת תהיה לו לזכרון בספר החיים, וזה החלי בעזרת צורי וגואלי:

בס"ד בעסק עגונה אשר הלך בעלה למרחקים ובאה ג"ע מבעלה שמת בקראשניק אך בזה הלשון הגיד לשואליו דבר ששמו שמואל מלבוב ואח"ז נתבלבל בחליו ולא דיבר עוד עד יום מותו ויהי בחפשם בני החבורה באמתחתו נמצא אתו אדוסטאט ששמו שמואל מטרניפאל ונכתב שם גובהו וקומתו ותוארו ותמונת שערותיו כדרך אדושטאט במדינתינו גם נמצא אתו הקוויטליך מפאכט מתשלומי נרות גם כל הכתבים שהיה לו מעסק ביתו מטרניפאל גם כתבי גוים מהמאגיסטראט דק"ק הנ"ל הנצמחו מתביעות שהי' לו עם אנשי קהלתינו גם כל הבגדים אשר נשארו היינו קאפטין ואופינצי' ופלאשטש ועוד איזה בגדים ותפילין שיש להאלמנה ובניו בהם סימנים וטביעות עין גדול שהם של ר' שמואל הנ"ל גם התפילין ושארי דברים הכלל כל אשר נשאר הכירו כי הם שלו גם הי' לו השבר כן הגיד בנו שהגידו לו בקראשניק ושהי' ידוע לו ג"כ זאת ויתר הדברים מבואר בהג"ע:

עכשיו האשה שואלת מה תהא עלי' צועקת להתירה מכבלי העיגון וכאן הבן שואל לומר קדיש, ושמו פניהם עלי ואף כי בער אנכי מאיש ולא אדע עכ"ז שוקדים על דלתותי רוגשים בהרמת קול יען אשר אנכי עובד להם עבודת הקודש וכי ימצא חלל באדמ' בגבולי עלי מוטל להתחיל בדבר זה אם לאיסור או להיתר לכן לא מנעתי ולא אחשה מלדבר ולא אבוש לעמוד בפני הגדולי' חקרי לב ואתפלל אל ד' יחנינו לאסוקי שמעתא אליבא דהלכתא ולא יצא מתחת ידי מכשול ח"ו: ובאמת כל איברי דא לדא נקשון להכניס א"ע למצוא היתר אשר איננו מבואר בראשונ' ובפרט בחומר א"א ותולדותיהן כיוצא בהן איסורו דאיסור לא יבא ממזר לעולם אך לאשר ראיתי בדברי מהרא"י בפסקיו בסימן קל"ח הביאו ג"כ האחרונים ח"מ וב"ש דבמקום אומדנות והוכחות אף שאין שום עדות מספקת כמבואר שם מ"מ אם ניסת לא תצא והיינו ע"כ דמחמת אומדנות גופא מותרת מדאוריית' ואסור' רק מדרבנן ובהוראת חכם ל"ת וכמדומ' לי להבי' ראי' מכתובות דף כ"ג מרש"י שכתב באומרת ברי לי ופרש"י שאלו הי' קיים הי' בא. והר"ן השיג על רש"י כמבואר שם ולפענ"ד כוונת רש"י מחמת שמבואר בתק"ע בסימן י"ז סעיף ל"ז דאש' בעצמ' וע"א הוי כשנים אם שני פסולי עדי' מכחישים אותם וקי"ל דבפסול עדי' הולכין אחר רוב דעות ועל' על דעת רש"י כיון דקתני בבריית' סתם ב' אומרים מת

וב' אומרי' כו' מיירי אף בעדות פסולין כיון דלא קתני' בהדי' דמיירי דווק' בעדי' כשרים. וכיון שכן היאך נוכל לומר שהאש' אומרת ברי לי שמת הי' לנו לילך אחר רוב דעת אליב' דכ"ע לכן כתב רש"י שאינ' אומרת שמת אלא מאומדנ' שאלו הי' קיים הי' בא. ואומדנא אע"ג דמדאוריית' מהני מ"מ לרוב דעות לא מצטרפי לעדו' שתה' חשובה כעד: כן נראה לי לכאור' להליץ בעד רש"י ואולי גם הר"ן מוד' לרש"י ולא השיג על רש"י רק בהאי או בפירו' דברייתא דמשמע דאף בשהי' ישראל שרויין על אדמתן והי' מספר בני ישראל כחול הים כו' מיירי הבריית' דאז לא היו ידועים ואז אין זה אומדנ' כנרא' ממהרא"י אבל באומדנות רבות כמ"ש מהרא"י או בזמן הזה מוד' ג"כ הר"ן לדין דרש"י לו מהראי' שהו' אומדנא גדול' כמבואר שם במהרא"י להדי' וע"ש ולזאת נשקד עול פשעי בידי מאשר יגורתי אמרתי אשמע לקול בוכים הללו ואאזור כגבור חלצי אף שאין בי כח להרות בדבר א"א החמור' רק אשר ישים ד' בפי אותו אדבר ואשר יחונני דעת אציע לפני גאוני הזמן ואשמע מה יענו גם הם: ומעכשיו קודם כל אנו צריכין להקדים מעסקי שאלה זו אשר יש בו קוץ גדול מה שאמר שהו' שמואל מלבוב ולזה אינו מועיל שום סימן אף אם יהיו אלף סימני' בגופו ובאמת בבא הג"ע לידי אמרתי אין לזו תקנ' ויהי כשמע' את דברי הרימ' קול גדול לצעוק כך הי' דרכו מאז מעולם בנסעו שמה הגיד תיכף שאינו מטרניפאל רק ממקום אחר ידע אינש בנפשי' מעשיו אשר עשה פה שהוא שנוא בעיני כל רואיו ושומעיו כי כולם קמים עליו לרעה כי דבריו ומעשיו מפורסמים לכמה פרסאות לכן שינ' שם עירו כי ירא פן נשמע גם בשארי מקומו' ממשלת קיר"ה מעשיו וירחיקוהו כולם. וכבר הי' זה האיש נתפס בקרימונאל בסטאנימלאב כמה שנים בבי' כלא יושבי חשך ומה לי לספר בגנותו גלוי הוא לכל סביבותינו זאת אמרתי אולי יש תיקנו אחרי שהעידו כמה אנשים על דברים הללו שכך דרכו לעולם וא"כ אמיר' דהאי גבר' ליתי בי' משש' ועכ"ז איני סומך א"ע עלי בפרוטרוט רק שיענו כולם כאחד שהשינוי מקום הזה אין לגרוע ואמיר' דהאי גבר' מידי משש' אית בי' וכמאן דליתי ואף אחד מהרואים יכול לעכב כי אין בזה מגמרא סמוכ' שיש בה די ואם יסכימו כולם גם אנכי לא אחשוך מלהיות כאחד מהם לשאת במשא זו. ונמטי שיבא מכשורא עמהם ג"כ ובפרט שמצאתי בתשובת הר"ן סימן ל"ג דהיכי דאמר קודם שיניח אשתו עגונ' דאינו מעיד שינוי השם דהוי סימנים עשויין להשתנות ואף בתשובת גאונו בתראי מחלק בסימן ק"ז מ"מ הארכתי במקום אחר בנ"ד שאמר ג"כ קודם נסיעתו שיראה שתהי' אשתו עגונ' ולא שינ' שמו רק שם עירו לבד דלית לן בה: ובאמת האומדנות בכאן רבות אשר נמצאו בגדיו וכל כתביו וקוויטלך מנרות אשר אין שייך בהם שאל' למה ישאל חברו

כדבר הזה הבעה"ב אשר בעיר או ישמרם להראות לפאלטיר או יזרקם לאשפ' והמביאם מעיר לעיר עמו אינו רק להראות כי הוא מעיר הזאת ולזאת ישאם עמו להיות לו לעד וא"כ איך ימסרם לאחר אף לפקדון ממ"נ אם מהצורך להביאם עמו בכדי שיכירו אותו בעברו ממקום למקום איך יפקדם לאח' ועד עתה נושאי' אפי' בקרוב למען תהי' לו לעד ובהרחיק העיר' יפקידם ביד אחר אין לנו אומדנות גדול' מזו. ובפרט אומדנות תמונת פניו וצורתו ושערו וקומתו כמבואר באדוסטאט גם חולי השבר ואף שהגאון נ"ב בספרו מפקפק ע"ז אולי גם זה סימן אמצעי מיקרי ועכ"פ אומדנא היא זו לדעתי. ובזה ניחא לי דברי מהרא"י שכתב באמצע דהפונדקית היתה מראה פנים לדברי' וכו' שהרי הוציאה להם מקלו ותרמילו ואלו הי' חי והלך לדרכו לא הי' מניח החפצים האלו ולכאורה קשה מה זו סמיכה הא חיישינן לשאלה וכמ"ש מהרא"י בעצמו בסימן קס"א ובוודאי מאן דחייש לשאלה חייש לפקדון כדמוכח ביבמות דף קט"ו אי לפקדון כו' הרי דחיישינן לפקדון ואם תירצה לומר דמהרא"י ס"ל דמקלו ותרמילו הוי ככיס וארנקי וטבעת וכן נראה באמת מדברי רש"י בדף קכ"ב ע"א ד"ה כ"א וכו' שהרי פונדקית הוציאה להם ועל הסימנים סמכו עכ"ל וקשה איך סמכו ע"ז הא חיישינן לשאלה ופקדון וע"כ דסבר ר"ע דאינו משאיל ומפקיד אלו ובפרט כי ס"ת לא יתן להפקיד ביד נכרית א"כ הרי להדי' דכלי' הללו דאין דרכן להפקידן אין אנו חוששין וקשה באמת איך הביאו חכמים ראי' מהתם ממ"נ או שהיתה מסל"ת כקושיית התוס' שם ד"ה פונדקית או שהיתה מראה להם מקלו ותרמילו דהוי סימן מובהק ולא שייך תירוצם וע"כ דרבנן סברי או שלא הי' להם בהכלי' סימני' או דחיישינן לשאלה בכלים הללו וא"כ מאי קאמר מהרא"י שם ולפמ"ש ל"ק מידי דעכ"פ אומדנא גדולה הוי ומדברי רש"י אליבא דר"ע דהתירו ע"י סימני' יש ראי' גדולה דאי סימנין דרבנן לא חיישינן בכיס וארנקי לשאלה דלא כהב"י אליבא דריטב"א שמביא הב"ש בס"ק עיי"ן רק כהכרעת הב"ש דאל"ה למה התירו לר' עקיב' בסימנים גבי פונדקית ולקמן נבאר עוד בעזה"י מזה: ולדעתי דאומדנא שלנו דומה לאומדנא של מהרא"י אף שאין הנידון דומה לראי' דהתם קול גדול ולא יסף הוי עכ"פ שמת משא"כ אם נימא שאחר הוא אין כאן משום קול שזה מת מ"מ לדעתי הוי זה בעצמו שאמר ששמו שמואל ומת ולא נפקד שמואל אחר שנתכסה מן העין עיין בח"מ סימן ל"ח שמביא בשם מהרא"י דכל שלא נתכסה אחר מן העין מתירין בשמו ושם אביו לחוד והוא במהראי' סימן רכ"ד א"כ נידון דידן נמי אומדנא גדולה היא ועוד דהא לכמה פוסקים מותרת בסימני בגדים לחוד דסברי דלא חיישינן לשאלה כמ"ש הש"ך בסימן ס"ה והפנים מאירות בסימן ל"ב א"כ בוודאי בדעבד ל"ת אך אנו נבאר לקמן דעת הרמב"ם דחיישינן

לשאלה ועכשיו נראה במה שיש להתיר אשה זו לכל הפוסקים. ואדברה וירווח לי אף אולי לא יצאתי י"ח כזה כי אין צריכין למצוא קולית לתק"ע ולא חומרות מ"מ אציע לפני גאוני זמנינו מה שעלה על דעתי ובתחילה נדבר מסימני כליו לחוד אם יש להתיר: וזה יצא ראשונה אם יש להתיר מטעם סימני' מובהקים וט"ע בכליו לפענ"ד אין להתיר שכבר כתבו האחרונים וביחוד הבעל פנים מחירות בחלק ב' סימן ל"ב שאין להתיר נגד דעת הב"י והגאון ח"צ בתשובותיו סימן קל"ד החמיר שאין לסמוך אף אם נמצא הרוג בכל כליו מכף רגל עד ראש ע"ש. אמת שהפ"מ מראה פנים לסמוך על הפוסקים שפסקי דלא חיישינן לשאלה וכתב שלא מצא דבר זה בהרמב"ם דסובר דלא חיישינן לשאלה רק ברא"ש מבואר כן להדי' בספ"ק דמציעא הלכה ג' ובתשובה שמביא הטור להדי' בסימן קי"ח מביא בשם הרא"ש דחיישינן לשאלה. ובאמ' ברא"ש ספ"ק דמציעא אין ראי' דאפשר לומר דהרא"ש מפרש המשנה אף להאי תירוצא דחיישינן לשאלה אבל לא לפסק הלכה אך מתשובה שהבאתי מוכח כן להדי' דחיישינן לשאלה: ברם מה שכתב שבהרמב"ם אין הכרע לענ"ד דבר זה מוכרע לכאורה בפ"ג מהלכת גירושין הלכה ט' וז"ל המביא גט ואבד ממנו וכו' או שמצא כלי שהניחו בו ויש לו טביעות עין באורכו ורוחבו של גט וכו' ה"ז בחזקתו ותתגרש בו עכ"ד ותמה הר"ן עליו כיון שיש לו סימן בחפיסה למה צריך שיכיר הגט והביאו שם הכ"מ וא"כ ע"כ הרמב"ם שמצריך שיכיר הגט ע"כ דסובר כסברת התוס' בגיטין כ"ח דאף במצאו בעצמו חיישינן לשאלה רק דווקא בדקים לי' שלא השאילו וכתירוץ הראשון שם בתוס' ד"ה מצאו בחפיסה אבל בא"י מוכרח להיות לו ט"ע בגט דווקא ומצאו בחפיסה דנקיט היינו לרבותא דאף דמצאו בחפיסה והי' לחוש לשאלה אפילו הכי סומכין על ט"ע שבגט או אפשר דע"י החפיסה יש לו ט"ע בגט וכמ"ש התוס' ביבמות דף ק"ך בט"ע ע"י סימני הגוף וא"כ מוכח דלהרמב"ם חיישינן לשאלה ועיין בפני יהושוע: עוד ראי' ממה שכתב הרמב"ם בפ"ד מנחלות הלכה ג' וז"ל וכן אם באו עדים שנפל לגוב אריות וכו' או שנדקר במלחמה ומת או שנהרג ולא הכירו פניו אבל הי' לו סימני' מובהקים בגופו והכירו אותם בכל אלו הדברים וכיוצא בהם אם אבד זכרם יורדים אח"כ לנחלה שאני אומר שלא החמירו בדברי' אלו אלא מפני איסור כרת וכו' עכ"ל הרי להדי' דהרמב"ם סובר סימנים דאורייתא ואפ"ה החמירו חז"ל בא"א בזה מתוך איסור כרת ומאי דנקיט כרת ולא נקיט חומר א"א דהוא מיתת ב"ד ואפשר כיון דאינו בעדים והתראה או לאשמעינן דבכל מקום יש להחמיר מחמת חומר איסור כרת אף בלא חומר מיתת ב"ד וע"כ צריך לומר דהני סימנים דקאמר הרמב"ם היינו סימנין אמצעים דמהני אם סימנין דאורייתא רק מפני חומר כרת וא"כ

קשה מדוע לא נקיט ג"כ סימני בגדיו דמהני בהו באמצעי' ג"כ מדאורייתא וכלשון המשנה ביבמו' דקתני אע"פ שיש סימנין בגופו ובכליו והי' נשמע מזה ב' דברים א' דאף בסימני בגדיו שיש חשש לשאלה יורדין לנכסיו והשני דמדאורייתא אף לענין איסור תורה סגי במקום דליכא איסור כרת בסימני בגדיו או במקום איסור כרת כיון דמדאורייתא מותרת והיא אינה אסורה רק מדרבנן ונ"מ דאם נשאת לא תצא דהא מדמי זה למשאל"ס או נ"מ בספק ג' ימים או אף לאחר ג' ימים דסומכים על סימני בגדיו כיון דמדאורייתא בסימנים לחוד משתרי' ומדהשמיט הרמב"ם כאן דין סימני' בכליו ע"כ דסובר כיון דעיקר סימני דאורייתא ע"כ דחיישינן לשאלה ואינו מותרת מדאורייתא כלל בסימן בגדי' הרי נרא' דהרמב"ם חייש לשאלה ועיין לקמן שקשה לי בדברי הרמב"ם הללו. ולכאורה נראה לדקדק מגמרא גופא דאי סימנין דאורייתא חיישינן לשאלה דבאמת יש לדקדק במאי דקאמר גופו דאריך וגוץ כליו דחיישינן לשאלה דלמה שינו בתירוצו מגופו לכליו והכי ה"ל למימר גופו דאריך גוץ כליו בחוורי וסומקי וא"כ כליו ובגדיו בחד גוונא מיירי בחיוור וסומק ואריך וגוץ לא הוי סימן כלל ואח"כ ואב"ע כליו דחיישינן לשאלה ומדאפיך משמע דודאי זהו סברה פשוטה דבכל כליו אף שיש לו סימן גמור חיישינן לשאלה ולהכי סתם כלים דרכן להשאילן לא מהני שום סימן. ואח"כ אמר ואב"ע כליו בחוורי וסומקי באדם שאין דרכו להשאילן ואף בכלי שאין דרכן להשאיל כגון כיס וארנקי וכדומה לו ואפ"ה לא הוי סימן בחוורי וסומקי וא"כ הני תירוצים לא פליגי כלל אהדדי ולכן לא רציתי לסמוך על סימני כליו לחוד ועוד שהפוסקים גדולים ואחרונים הב"י ושארי אחרונים הסכימו דאין לסמוך על סימן כליו ולסמוך על כל כליו לא רציתי אחד כי כמה כלים נאבדו שם קודם ביאת בנו והשנית שהח"צ סימן קל"ד כתב שאין לסמוך על סימן כל כליו ודחה ראיות הסומכין ע"ז ע"ש. ולכן נעיין אם יש לסמוך על סימן כליו בצירוף סימני ואומדנות גופו אף אי נימא כהשתפך הנ"ב בסימן ל"ב דחולי השבר הוי סימן אמצעי ולענ"ד נראה דאין לסמוך עליו דאף דהסכימו הפוסקים דב' סימנין מצורפים היינו אם שניהם בגוף אבל אחד בגוף וא' בכליו לא מהני ובאמת לישנא דמתני' הכי משמע דקתני דאין מעידין אלא פרצוף כלים עם החוטם אעפ"י שיש סימן בגופו ובכליו הרי לשון סימן בגופו משמע דמיירי באיש אחד ולא מאנשים דעלמא ואפ"ה קתני אעפ"י שיש סימן בגופו ובכליו משמע מלשון סימני' לשון רבים ולשון בגופו ובכליו משמע ג"כ דאף שיש סימנים בגופו עם סימני כליו דלא מהני דאל"ה הוי לי' למתני בגופו או בכליו לישנא ברירא אף דלפעמים מצינו ו' במקום או היינו דווקא היכי דליכא למיטעי אבל לא במקום דאיכא למטעי ועוד דלשון סימנים משמע לשון

רבים: ועוד דאם נרצה לדחוק דלשון ובכליו כמו או בכליו אבל סימני כליו וסימני הגוף מצטרפים א"כ קשה מאי פריך ביבמות דף ק"ב אלמא סימן לאו דאורייתא מהאי דמצאו קשור בכיס וכו'. דהא בגט יש סימן בגט ויב"ש הוי ג"כ סימן דהא לא שכיח הרבה למאן דס"ל דמיירי בלא הוחזקו א"כ הוי סימן מובהק ולהכי מצטרפי משא"כ במשנ' דמיירי בחד סימן אין מעידין עליו דסימן ל"ד וכה"ג הקשה מהרא"י בפסקיו סימן קמ"ח על החכם מוהר"א דרוצה לצרף סימני כליו לאומדנא מהאי דמקשו לקמן שם ע"ב ממצאו קשור בכיס ניחוש לשאלה דילמא שאני גט דמצטרפי סימני גוף ליב"ש ע"ש וכמבואר שם: ואף שבאמת פקפקתי על ראיית מהר"י משום דקושיית הגמרא אזלא אליבא דרבא ורבא סובר באמת דמאי דלא יחזיר לזמן מרובה היינו דוקא בשיירות מצויות והוחזקו וע"כ האי דמצאו קשור מיירי בשיירות מצויות והוחזקו דאל"ה אף בלא סימנין מהדרינן וכמבואר ברא"ש בגיטין דף כ"ח וכיון דמיירי בשיירות מצויות והוחזקו אזיל לי' אומדנא דיב"ש דהא הוחזק נמי אחד ומקשי שפיר מ"מ קושית אלמא סימן ל"ד משמע דפריך לכ"ע ולא לרבא לחוד דאל"ה הל"ל הניחא כדרך הגמרא בכל מקום ואף שגם בזאת י"ל דרבא בעצמו מקשי מפני שרבא מתרץ עלה הלא נראה דגם אביי מקשי זאת ולא ס"ל כרבא וא"כ מאי מקשי דילמא שאני התם בגט דאיכא תרתי אלא ע"כ דכאן אף ב' סימנין היינו סימן בגוף וסימן בכליו לא מהני. ועוד היאך נימא דמתני' או או קתני למה לי' ליתני דסימני כליו לא מהני הלא אם סימן בגוף לא מהני מכ"ש דסימן בכלי לא מהני הן למסקנא דסימנין דרבנן וסימן אמצעי לא מהני והמשנה מיירי דל"ח לשאלה כמ"ש התוס' דלמסקנא לא חיישינן לשאלה והן למאי דמוקי מתני' בכליו נמי בסומקי וחוורי דאז לא חיישינן לשאלה לא צריך למתני דסימני כלי' ל"מ הלא ק"ו הוא מסימני הגוף. אלא ע"כ דמתני' דסימן כליו בצירוף סימן הגוף לא מהני דאל"כ הדרא קושיא לדוכתא: שוב ראיתי לפ"י למס' ב"מ דף כ"ז שכתב ג"כ דב' סימנין לא מצטרפי דמשמע ג"כ מהאי מתני' שהבאתי למעלה ולא ביאר ראיותיו ואולי ג"כ מחמת ראיות אלו גם המ"ל בפי"ג מגירושין מביא בשם מהריב"ל דסימן בגוף לסימני כליו לא מצטרפי גם ממהרי"ל שהביא הב"ש שכתב להתיר בסימן הגוף ובסימוני כליו מחמת מם"נ והוצרך דלמסקנא לא חיישינן לשאלה ולמה לי' כולי האי תיפוק לי' דנעשה ע"י שניהם סימן מובהק אף אי חיישינן לשאלה מ"מ סימן מובהק מיקרי כיון דסימן א' הוא בגוף והשני בכליו גם מהב"י אף דסובר דב' סימנים בגוף מצטרפי מ"מ ע"כ דכה"ג בגוף ובגדיו לא מצטרפי דאל"כ למה חלק על מהרי"ל בדינא במאי דכיון דחיישינן לשאלה לא הוי סימן מובהק מאי הוי הלא בהצטרפו עם סימן הגוף עכ"פ סימן מובהק היא ודוחק לומר

דפליג עליו רק בסברא לחוד דלכאורה קשה למצוא נ"מ ביניהם כ"א בדרך רחוק וראיתי בתשובת כ"ג שכתב דהב"ש מודה בסימן בגוף וסימן בבגדיו והנלפע"ד כתבתי: איברא דהח"צ בתשובותיו סימן קל"ד חידש דסימן אמצעי בגוף וסימן אמצעי בכליו הוי שאלה דיחיד וכבר קדמו ג"כ הב"ח בתשובותיו סימן פ"א והסכים לזה וסמך ט"ז להתיר והגאון בעהמ"ח נ"ב השיג על הח"צ והנראה שלא ראה תשובת הב"ח בזה ואף שיש לפקפק בהשגותיו ראשונה במאי דמשיג דאי נימא דסובר רבא דיש חילוק בין שאלה דיחיד לשאלה דרבים א"כ איך מביא רבא בב"ב ראיות להתיר ממתני' דממך דאיתא בידים משמע מהאי דקתני ממתני' דשני יב"ש מוציאין שט"ח על אחרים ולא חיישינן לנפילה דילמא הכא הוי נפילה דיחיד לפענ"ד כבר נשמר הב"ח בתשובותיו שכתב טעמא דרבא דילמא מסר לי' וכמ"ש התוס' וא"כ יש לומר דשפיר מוכיח דא"כ ניחוש גבי ב' יב"ש דלמא מסר לי' דהא רבא סבר דאין אותיות נקנין במסירה שייך לחוש דווקא מיב"ש ליב"ש אחר מפני ששמו כשמו וכדמוכח ביבמות גופי' דמהאי טעמא גופא אמר אביי מאי אמרת דילמא מסר אותיות נקנין במסירה וע"כ אנו צריכין לומר אף דסובר אביי דלנפילה דחד ל"ח מ"מ ה"ל למיחש דילמא מסר לו ואיך חיישינן הא הוי מסירה דיחיד אע"כ דגבי מסירה שייך חשש אפי' ביחיד. ולענ"ד דכיון דשמי' כשמי' רגיל לקנו' אצלו ואחר מתירא שמא ימחול המוכר משא"כ זה ששמו כשמו יאמר הלוקח דמעיקרא הוא שלו ואינו מתירא ממחילת המוכר וא"כ ראיות רבא שפיר דאי נימא דבסתם שטר שכתוב בו ממך חיישינן לנפילה ולא מחזקינן לי' שהוא של מוציאו א"כ בשטר של שני יב"ש נמי לא יגבה דניהי דנפילה הוא חשש דיחיד ניחוש שמא מכר ואותיות אין נקנין במסירה ודו"ק. והשנית שהקשה הגאון בעהמ"ח נ"ב ע"ז דא"כ מאי מקשה ביבמות ובב"מ דף כ"ז אלא הא דתני מצאו קשור בכיס ניחוש לשאלה הרי בגט הוא שאלה דיחיד ולשאלה דיחיד ל"ח יש ג"כ לפקפק חדא די"ל דמשמע לגמרא דאין תנא דפליג על הברייתא זו וא"כ האי תנא דברייתא דסובר בב"ב דף קע"ב דאף לנפיני' דיחיד חיישינן א"כ קשה לדידי' מצאו קשור בכיס ועוד נלפע"ד דהא באמת בבריית' דמצאו קשור בכיס אפילו לזמן מרוב' מיירי לרבא אפי' בשיירות מצויות דהוחזקו וכמבואר בראש בגיטין דף כ"ז להדי' דתנא סובר כרבה דתרתי בעי וא"כ האי בריית' מיירי בהוחזקו ושכיחי שיירות דאל"ה אף בלא סימן דכליו מחזירין כדמוכח שם וביבמות כתבו התו' דאיסור ממון נחית חד דרג' כמבואר בתו' שם דף קט"ו דרב' דמתיר ביצחק ר"ג מיירי בלא הוחזקו ורב' מביא ראי' מממונ' דהוחזקו לאיסור' דלא הוחזקו ע"ש בתו' וא"כ ע"כ צ"ל בהוחזקו גם רבא מוד' דחיישינן אף דלא חיישינן בממון א"כ שפיר מקשה דהאי דמצאו קשור בכיס

דניחוש אפילו לנפיל' דיחיד וגבי ממון יש לנו לומר דאין לחוש באיסור בלא הוחזקו ולפי עניות דעתי דברים ברורים המה: וא"כ מכל הלין אין ראי' לדחות דברי הפוסקים והי' נראה לומר ddחוי כזה חוזר ונראה. אך בנידון דידן קשה לסמוך גם ע"ז דלפענ"ד דסימני' הגוף הנאמרים בג"ע שאנו עסוקין בו גם חולי השבר שהגיד בנו מאן יימר דנקראו סימני' אמצעיים ואולי הם רק כאריך וגוץ וחיור וסימ' דלא מהני ואפילו לאצטרופי לסימני כליו בזה לומר דהוי שאלה דיחיד אבל באמת בער אנכי ולא אדע. ולא זכיתי להבין דברי הב"ח והח"צ שהבאתי דלפע"ד מצידה תברה. דמדברי אביי גופא מוכח דלשאל' דיחיד חיישינן ולנפילה דיחיד לא חיישינן ומטעם שיתבאר בעהי"ת דהא וודאי פקדון ושאלה שוין דאי נימא דלא חיישינן לשאלה דיחיד אין שייך ג"כ לחוש לפקדון ליחיד לפ"ז קשה מאי קאמר אביי ביבמות דף קט"ו דלמאי ניחוש אי לנפילה כו' אי לפקדון כיון דשמי' כשמי' כו' ולמה לי' טעם דאי לפקדון כיון דשמי' כשמי' בלא"ה לא ניחוש דהוי פקדון דיחיד דהא ע"כ מאי דקאמר אי לנפיל' מזהר זהיר ע"כ מטעם דל"ח לנפילה דיחיד כמ"ש תוס' במקומו דאביי חייש לנפילה ומה דקאמר אי לנפילה מזהר זהיר היינו מטע' נפילה א"כ בהאי טעמא סגי נמי דלא נוכל לומר ג"כ לפקדון דהוי פקדון דיחיד ודוחק לומר דמוסיף טעמא לרבא חדא דהא הפוסקים האלו סוברי' דרבא ג"כ לא חייש לשאלה דיחיד ועוד מאי קאמר לרבא אי לפקדון כיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' למה לא מפקיד גבי' הא רבא סבר דאין אותיות ניקנין במסירה והאיך יכול לומר שהוא שלו ואם נרצה לחוש לקנוני' עם הלוקח באחר שאינו יב"ש נמי יחוש ולא יפקיד ואטו אנן ניקו למצוא דחייש דילמא מיית ויאמרו יורשי' שהוא של אביהם ואינו שלו א"כ באחר נמי יאמרו שאינו יודע מה טובו ולא יחזירו: ועוד קשה לי דא"כ למה קאמר אביי אי לנפילה מזהר זהיר בי' והם דברים סותרים דהא באמת אביי חייש לנפילה וע"כ אנו צריכין לומר דכאן הוי נפילה דיחיד אבל בעלמא חיישינן לנפילה ולא אמרינן מזהר זהיר א"כ מאי ענין מזהר זהיר לכאן דהא בכל שטרותיו אדם זהיר ואעפ"כ חיישינן לנפילה וא"כ הזהירות אינו מועיל לנפילה ומה מועיל בכהן הזהירו' לנפילה אטו זה יותר זהיר בשטרותיו מאיש אחר הלא ע"כ עיקר הטעם דהוי נפיל' דיחיד ול"ח. ואם כן מאי קאמר טעם מזהר זהיר דלא שייך כלל ושביק עיקר הטעם דנלפילה דחד לא חיישינן והכי הוי לי' למימר אי לנפילה לנפילה דחד לא חיישינן כמ"ש בב"ב: אלא ע"כ הנכון והברור כמ"ש. דבאמת גבי פקדון ושאלה אנו חוששין אף לדיחיד ודוקא לנפילה דיחיד לא חיישינן והטעם מפני שבלא"ה לא שכיח שיפול דבר מאדם דמזהיר זהיר שלא יאבד. ולא שכיח אבידה ולזאת ל"ח שאבד זה ויחיד כמותו ימצא והוי תרי

לא שכיח ל"ח. ולהכי קאמר אביי אי לנפילה מזהיר זהיר ירצה לומר דאדרבה לא שכיח וכיון דלא שכיח ל"ח לאבידה ומציאה דיחיד אבל לפקדון דשכיח שיתן איש אל רעהו לשמור וא"כ יש לחוש אף לפקדון דיחיד לזה אמר כיון דשמי' כשמי' לא מקפיד גברא ול"ח בפקדון דשט"ח לפקדון דיחיד הרי להדיא מוכח מכאן דלשאלה ופקדון חיישינן דלא כהני גאונים וזהו ברור לענ"ד: וכמ"ש יש לישב קושית הנ"ל על הח"מ שכ' שם דה"ה דלגניבה חיישינן. והקשה הנ"ב בתשובותיו דא"כ מאי מתרץ במצאו קשור בכיס וארנקי מנחשי ולא מושלי אינשי תינח שאלה גניבה מאי איכא למימר דאטו הגנב יחוס מלגנוב מזלו של זה יע"ש. והביא דעת הח"מ לדעת הב"י והרשב"א דהוא כתב למסקנא דסימן דרבנן ואז חיישינן לגניבה וזהו דוחק. אבל לפמ"ש מיושב שפיר דהגמרא מקשי משאלה דיחיד וחיישינן לשאלה דיחיד ע"ז מתרץ לא מושלי אינשי אבל לגניבה התם בלא"ה לא חיישינן דהא גניבה נמי לא שכיח ולא חיישינן לגניבה דיחיד משא"כ הח"מ במצאו מת מיירי דיש לחוש לגניבה דרבים שפיר חיישינן כן כלע"ד לתרץ. וא"כ סוב' כהב"ש דלמסקנא ל"ח לשאלה בכוס וארנקי: אך באמת קשה דהא לפמ"ש דרבא לא חייש לנפילה כלל אפי' לנפילה דרבים ורק לשאלה חייש אפילו לדיחיד א"כ למה ניחוש לגניבה כלל ועוד דיצטרך ג"כ לומר שזה המת הנמצא גנב הוא. ואחזוקי אינשי בנגבי לא מחזקינן כמ"ש הפוסקים בח"מ בזה וביחוד בסימן קל"ג דדוקא לסתם גניבה חיישינן דכמה גנבי איכא בשוקא. אבל באומר שזה גנב אינו נאמן. כדמוכח שם בסימן צ' ובסימן קל"ג ובש"ך שם ובזה מבוארים דברי הב"ש באה"ע סימן י"ז ס"ק פ"ד על קושית מהר"י מינץ דלוקמי' בחזקת חי וז"ל וי"ל כאן איירי ראובן הלך מכאן וא"י היכן הוא אז אוקמי' לראובן בחזקת חי ומת זה אע"פ שנראה שהוא ראובן אמרינן שמת קודם ג' ימים ונשתנה והוא אחר עכ"ל וכוונתו בזה דאם תרצה לומר שהוא זה הרי אתה אומר שראובן מת ואתה מוציאו מחזקתו זה לא אמרינן והוא דומה לאומר שזה גנב דלא מחזקינין בגנבי משא"כ אם נימא שאין זה ראובן ואין אנו מייחדון מי הוא לא שייך לאוקמי אחזק' דכמה בני אדם מתים בכל יום וכמה וכמ' עברו מן העולם והם ממש דברי התו' בשבועות שהביא הש"ך בסימן ל"ג והגאון נ"ב שם נתקש' בזה ולפענ"ד דברי הב"ש הם דברי התו' הללו בלי פקפוק ואם תרצה לומר שאחר גנב ומכר לזה. הוא חשש דחוק מאוד. דאחר גנב ומכר לאיש שהוא כמו הנגנב ושהקונ' לא ידע שהוא גנב דהא בכיס וארנקי אף שגנב יש לומר דמנחשי ולא מוכרים ועוד דמתירא דיאמר מי מוכר כיסו וארנקי וטבעתו ישאלו ממי לוקחו הלא אין אדם מוכר טבעתו מעל ידו וע"כ נצטרך לומר שזה בעצמו גנבו ואחזוקי אנשי בגנבי לא מחזקינן ודו"ק: ולכן אחרי שראיתי שאין בעגונה זו להתיר

גם מטעם צירוף סימנין אמרתי בעז"ה לסמוך על אדוסטאט גופא לאשר אמרו בגמר' כיס וארנקי לא מושלי אינשי וסמכינן בסימנים אף אם סימנים דרבנן כאשר תפס הב"ש במושלם דל"ח בכיס וארנקי ולפמ"ש גם הח"מ יוכל לסבור כמותו. ובהדיא מוכח מתו' סוף יבמות דכתב בד"ה מקלו ותרמילו שהי' רק עי"ס מוכח דלא חיישינן לשאלה באין דרך להשאיל כמ"ש למעלה יע"ש. וא"כ נראה בעליל. אף דאין איסור למכור ואדרב' מאי דמנחשי בי' אפשר דאין זה נכון דהא לא תנחשו כתיב אפ"ה כיון דדרך העולם לנחש בכה"ג תו לא חיישינן. וא"כ מכ"ש באדוסטאט שקבל המבקשין ומחפשין אחרי אדוסטאטין יכולין לברר שזה שקר והאיך ניחוש לשאלה בזה לאיש אחר והלא בתפסם על זה כאשר ימצא עונשו מרובה של השואל והמשאיל בעינש לא יוכל שאת ובפרט איש אשר כבר ישב בבית הכלא מרוע מעשיו הלא עונשו כפליים מאיש אחר. ועוד דמצינו גבי מירתת דמתירין אף באיסור דאוריית' כמו גבי שחיט' בסימן א' דאי לאו דמומר לא מירתת לא היינו בודקין סכינו אחריו וכמבואר עוד בסימן קי"ח וקי"ט ביו"ד שם. והרי אין מירתת גדול מזה אמת שראיתי ברמב"ם בפ"י מנחלות הבאתיו למעלה דבסימנים גופו החמירו חז"ל והיינו משום דמדאוריית' מותר דסימנים דאוריית' ואעפ"כ החמירו באיסור כרת ואנכי תמה אקרא. הלא אמרינן בהדי' בב"מ דף ק"ז דאי סימנים דאוריית' מהדרינין גט אשה בסימנים. ואם בגט אשה דאפשר באחר לא החמירו מכ"ש באיסור עגונה דלא החמירו. וכן הוא להדיא ביבמות דאי נימא סימנים דאוריית' ע"כ סימני גופו דמתניתין היינו ארוך וגוץ. אבל אי אית בי' סימנים אמצעים מעידין עליו דאל"כ לא שייך להוציא המשנ' מפשטי' ומקשי שם מגט מק"ו וא"כ צע"ג ליישב דברי הרמב"ם ז"ל ונושאי כליו לא דברו בזה כלל. ועוד אמאי מקשי ביבמות בלשון אלמא סימנין לאו דאוריית' דהא לא מוכח ממתניתין דיש לומר סימנין דאוריית' ומדרבנן החמירו והכי הוי ליה להקשות אלמא לא סמכינן אסימנים ורציתי לומר דכוונת הרמב"ם הוא על מאי דלא סמכינן לפרצוף פניו בלא חוטם. ובתירוץ הראשון בבכורות דף ט"ו שם אבל לישנא דהרמב"ם אינו סובלתו ע"ש: ועוד שידוע בקהלתינו כי לא ניתן אדוסטאט בזמן הזה לשום אדם ע"ז רק לר' שמואל הנ"ל. ולא רצה לנסוע בלתי זה לדרך. ובאמת שאי אפשר עכשיו לנסוע. ובפרט לאיש כזה מקיר העיר וחוצה בלתי אדוסטאט. וא"כ היאך נימא שהפקידו לאחר להוליך לו. והיאך הלך בלא אדוסטאט ואם נימא שלקח אחר לעצמו ועזב את שלו היעש' כזאת שוטה שבשוטים לשבוק היתרא ולאכול איסורא. ובפרט שישנו גם אומדנות וראיות לזה ובגדיו וסימניו וכזה כתב התה"ד בפסקיו סימן קל"ד כנגד מקלו ותרמילו מכ"ש כאן דכיון דאזיל מכאן עם אדוסטאט היאך שבקו באם הדרך.

והפקידו ביד אחר ואזיל בלא אדוסטאט. ולנפילה ואחר מצאו לא חיישינן חדא דהא אנן קי"ל כרבא ורבא סובר בהדי' דאף לנפיל' דרבים לא חיישינן ומכ"ש כאן דעכ"פ הוי כעין נפילה דיחיד מפני הכרת פניו וחולי השבר ובגדי' שלו ואף אם נימ' דלא הוי נפילה דיחיד. ומ"מ לנפילה דרבים דמיירי בי' אבייי ג"כ לא דמי ועוד גבי בגדיו הללו לא שייך לחוש. כיון דמחוברים הם והי' דרכו לשאת אותם כל היום כולו. והיאך נפלו. ואם תרצה לומר שנפלו ממנו בדרך ע"כ נצטרך לומר שאבד כל בגדיו ועמהם נאבד גם האדושטאט זהו חששא רחוק' ואם תרצה לומר דכליו שאל לאחר ושכח בהם הכתבים שעמו לזה ע"כ לא חיישינן דאל"כ מאי משני בכיס וארנקי לא מושלי אינשי דלמא שאל לו כסותו ושכח בהם כיס וארנקי. אלא ע"כ כיון דאין דרך להשאיל כיס וכו' מדכר דכיר ליה ולא ישכחם בבגדו ואם תרצה לומר דכליו שאל לו ואדושטאט נפל ממנו ומצאו זה הרי אין צד נפילה דיחיד יותר מזה דנימא האיש

בעצמו ששאל בגדיו הוא מצא האדושטאט. ובאמת כ"ז אינו מן הצורך. דכיון דקי"ל כרבא דלא חיישינן לנפילה אף דרבי' כלל: וכיון שכבר הכריע הב"ש דבכיס וארנקי לא חיישינן לנפילה וגם דעת הב"י כן וכבר הוכחנו בבירור שדעת רש"י ביבמות דף קכ"ב ד"ה כ"א לכשתהא הפונדקית כו' דעל הסימנים סמכו וע"י דמקלו ותרמילו וס"ת אין דרכו לשאול וע"ז סמכו הרי להדיא דאי נימא סימנין דרבנן לא חיישינן לשאלה דאל"כ תפשוט מדר"ע דסימנין דאוריית' ולולא דמסתפינ' הייתי אומר דממקומו מוכרע דלא חיישינן לשאל' בדבר שאין דרכו להשאיל אף אם נימא סימנים דרבנן. דהא עיקר טעמו של הב"ש הוא כיון דסימני' דרבנן ובעינן ס"מ ובחשש שאלה לא הוי סימן מובהק ולפענ"ד לפקפק ע"ז דהא באמת עיקר מאי דמיבעי אי סימן דאוריית' או דרבנן משום דדלמ' שכיחי סימנים כאלו וכמ"ש הפ"י בב"מ להדי' וא"כ למאי דבעי לומר דסימנין דאוריית' וע"כ צריכין אנו לומר דסימני' לא שכיח ומוקי מתניתין בחוורי וסומקי ולהאי תירוצ' דמוקי בחיורי וסומקי לא חיישינן לשאלה וא"כ קשה דהא עכ"פ איכא חשש שאלה תו אזיל לי' סימני' ותהוי כשכיח ונימא דלא התיר' תורה בסימני' רק היכא דליכ' חשש שאלה משא"כ היכא דאיכ' חשש שאל' הוי כשכיח ולא מהני וע"כ צ"ל דלהאי תירוצ' דחיוורי וסומקי תו לא חיישינן לשאל' ואין חשש שאלה פוגם כלל לעשות כשכיח. ולפי' נהי דמסקינן סימנים דרבנן והיינו דלא סמכינן אשארי סימן דלמא שכיחי משא"כ בסימן מובהק שרינין אף אי סימן דרבנן משום דסימן מובהק בוודאי לא שכיח א"כ בוודאי אין חשש שאלה פוגמו לעשותו שכיח ואדרבא ק"ו הוא דמה אם בדאורייתא סומכין אסימנים אמצעים אף דשכיח קצת אעפ"כ אנו אומרין דאין חשש שאלה פוגמיו

מכ"ש בסימן מובהק דלא שכיח כלל דאין שאלה פוגמו אך הרחקתי סברא זאת לומר אותה מדעתי מחמת שכתבתי דאולי אף לתירוצא דחיוור וסומק יש חשש והני תירוצי לא פליגי ותירץ הראשון מתרץ בכליו ביש בהם סימנים מובהקים ואין סומכים משום חשש שאלה ובתירוצא דחיוור וסומק אף באיש דאין דרכו להשאיל או בכלים שאין דרכם להשאילם דלא מהני בחיוורי וסומקי: אבל עכ"פ מדברים דלא חיישינן לשאלה כמו כיס וארנקי סומכין עליו. ולא חיישינן לשאלה כמ"ש הב"ש ומה שאמר שעכ"פ ע"כ כוונתו הוא שהוא מגליל לבוב ואומר עוד סברא אחת בזה שוודאי מה שהוא אומר שהוא מלבוב. ע"כ הי' לו תירץ בקל להשיב וליישב דבריו דכוונתו שהוא מגליל לבוב דהא ע"כ הוא מרתת פן ישאלו על אדוסטאט. ויצטרך להראותו לפני המאגיסטראט. והנראה מהאדוסטאט שכבר הוצרך במקומות רבים להראותו. ונכתב עליו במקומות רבים שראו אותו כנהוג עפ"י פקידת הקיר"ה וא"כ בודאי הי' מתירא בכל מקום. פן יאמרו לו רוזני הקהל ולהבדיל הערכאו' להראותו ויתפס כגנב הנמצא במחתר' על שנותן טעמו וע"כ יצטרך ליישב דבריו כי אי אפשר ליישב דברי הדוסטאט. לאשר שם מבואר הנומר בהפאמעליט שלו ושהוא תושב בטרניפאל ומשפטיו ומעשהו וע"כ יצטרך להודות שהו' מטרניפאל ולתרץ דבריו במה שאמר שהוא מלבוב וא"כ כמו שהוא יישב דבריו כן גם אנו ניישב דבריו ועוד ראי' אביא דבדבר שיכול להתברר תיכף לא שכיח לשקר וע"כ היה לו טעם ליישב דבריו בטוב מהא שכת' הש"ך בי"ד סימן צ"ח דסומכין על טעימ' קפילא ומקשי הש"ך שם הא אין נכרי נאמן אפי' במס"לת באיסור דאורייתא ומסיק שם כיון דיש לברר במקומו לטעום אחריו ויתברר שקרו במקומו סומכין עליו הרי בכאן אם יבקשו ממנו אדוסטאט ויבקשו וימצא אצלו ויראו שדבריו יסתרו כתבו: ע"כ יצטרך לתרץ דבורו ולא כתבו וא"כ בע"כ יצטרך למצוא טעם מקובל מדוע הגיד שהו' מלבוב או שיאמר מעכשיו באתי מלבוב או שהוא מגליל לבוב וכיון שיש לו לתרץ דבורו גם אנו נתרץ דבורו כנ"ל ויש לסמוך על אדוסטאט ועל קוויטלך מנרות ועל סימני הגוף עם חולי השבר ועל סימני בגדים אשר לפי רוב הפוסקי' לא חיישינן לשאלה ובהצטרפם אחד אל אחד יש בהם די לסמוך והרי ראינו שבעהמ"ח ס' צ"צ בסימן ק"ו סמך עצמו על הסידור שהי' בידו בשאלה ואין השואל רשאי להשאיל אף שאינו דומה כ"כ לנידון דידן וכמ"ש הוא בעצמו דאפשר דלא ידע דאסור להשאיל, גם מ"ש דאין כל הסידורים שוים. גם זה אינו מוכרח הלא לא סידור א' נדפס רק כמה אלפים ויש למצוא כמו זה ועכ"פ סמך ע"ז והבעל פנים מאירות בחלק ב' סימן ל"ב על כתב קיבוץ והאיך לא נסמוך אנן על האדוסטאט שיש, בו סמיכה יותר מאלו. בצירוף כל שאר ענינים הללו כי ע"כ

לא סמכי רק בצירוף וטעמים אחרים דכמה פוסקים דלא חיישינן לשאלה אך לאשר אני מתירא להרים ראשי בדבר זה מה שאמר שהו' מלבוב. ובודאי בכ"מ סומכין על אמירתו ואין בודקין אחריו כמו דאמרינן שמע קול שאמר אני פלוני בן פלוני ממקום פלוני מת והלכו ומצאו מת ולא הכירוהו משיאין את אשתו. גם הני מעשיות דסוף יבמות גבי ב' ארי' וכו' מבואר להדיא אי מיקרי ואמר ואנן לא ידעינן דמשיאין את אשתו. ולא אמרינן דלמא אינו ממקום זה רק מסמוך לו או מגליל זה והאיך אנן ניקו ונסמוך ע"ז אך אחר שראיתי בתשובו' פנים מאירות חלק ב' סימן קי"ד מתיר בשינוי שמו מכ"ש לכאורה בשינוי מקום. וגם אחר שראיתי ושמעתי שהאחרונים סמכו ע"ז ואולי דעתם דבודאי במקום שאין אומדנות והוכחות נגד זה לא מתרצינן דבריו ובודאי סומכין על דבריו כאשר אמר משא"כ במקום שיש אומדנות והוכחו' נגד דבריו שמשקר מיישבין אנו דבריו שיסכימו לאומדנו' וכדקי"ל גבי עדות בהלכות עדות וגבי שליש שמיישבין דברי' לזאת סמכו האחרונים להתיר ואולי אפשר ג"כ לצרף לזה דכיון דאיכא אומדנות הוי שינוי מקום כשינה בדבר שא"צ דקי"ל גבי גט בסימן קכ"ח דשינוי כי האי כשר ואפשר לחלק ביניהם: ושוב ראיתי בתשובת הר"ן סימן ל"ג שהתיר להדי' בא' שאמר שישנה שמו בכדי להניח אשתו עגונה: מטעם סימנים עשוין להשתנות כמבואר שם ואף דכאן לא אמר שישנה שמו מ"מ יש לצדד להקל ואין פנאי להאריך והנה אחר כותבי זאת מצאתי ראיתי בשו"ת הב"ח סימן פ"ו דמתירוצא דמתרץ גופו דאריך וגוץ. וכליו דחיישינן לשאלה מוכח דחיישינן לשאלה כאשר הארכתי למעלה מדלא אמר ג"כ כליו בחוורי וסומקי ונהניתי שכוונתי ת"ל י"ת לדעתו הגדולה וסיים שם ג"כ דבכלים דלא מושלי לא חיישינן לשאלה כהכרעת הב"ש ובסימן פ"ח התיר במציאת מפתח מטעם דאינו משאיל דלמא ילך לביתו ויקח כל אשר לו מידו ובזה אין דבריו מוכרחי' שאיכא למימר דידע שזה הוא חסיד ונאמן ולא ישלח ידו בשל אחרים וכמה פעמים מפקידין ביד נאמן מעות ומטלטלין אבל בנ"ד לפענ"ד עדיף מכיס וארנקי וגם הי' מקום מחמת תפילין שהכירו ולא הכנסתי עצמו בזה מחמת שאמרו תפילין בי בר חבי משכח שכיחי: תמו דברי הכותב להלכה ולא למעשה רק אם יסכים כבודו דמר בדעתו הרחבה וכבר הסכים עמי הגאון אב"ד דק"ק בוטשאטש יצ"ו אני גם אנכי אהי' כסניף עמהם, דברי המתאבק בעפר רגלם של ת"ח הדורש ומבקש מהש"י שלא יכשל בתורתו ושלא לומר ח"ו על איסור היתר ולדבר הזה יסלח לי אדוני על אשר לא הארכתי בדברי חיבה. ולהללו ולשבחו כראוי לו אמרתי דומי' תהילתו והקיצור בשבחי' תפארתו והאהבה העזה אשר מים רבים לא יוכלו לכבותה הנה הוא תקוע בלב לעולם לא תמוט וענותנותו תרבני. ותרשני לומר

דבר לפניו וישיבוני דברי באהבה דברי אובהו המצפה לדבריו ולתורתו ובוטח באהבתו שיתן מקו' לשאלותיו: ה"ק יהושוע העשיל אב"ד דק"ד טארנאפיל והגליל יע"א: ב"ה יום ואו י"ד תשרי תקסו לפ"ק פה ק"ק סטרי

שלום לכבוד אהובי ידיד ד' וידיד נפשי ה"ה הרב הגאון הגדול המפורסם החריף ובקי בן של קדושים אראלים ותרשישים ג"י ע"ה פ"ה מפיק מרגליות ק"ש מוה' יהושע העשליש יצ"ו הנה האיר אל עבר פני מכתב הדרת מעכ"ת הרמה והנשאה, אמנם בהגיע לידי ימי רצון ותפלה ותחנונים. ואין עומדין להתפלל אלא מתוך הלכה פסוקה לא יכולתי לעיין בהם והנה נתתי לבי לעיין בדברי קדשו ואם גם לעת הזאת אין הפנאי מסכים כי ימי מצוה ועשי' המה. אולם להיות הלכה למעשה הוא, הוכרחתי ליקח לעצמי זמן מה. והנה ראיתי בדברי קדשו ות"ל ידיו רב לו לאסוקי שמעתתא אליב' דהלכתא בפלפול עצום ומעכ"ת אינו צריך לגמרא דידי ולא לסברא דידי. אך למלאות רצון אהובינו. באתי לטייל קצת באמרי פניניו. והנה על דבר השאל' ששינה שם עירו. ואמרו שהוא שמואל מלבוב. וע"י סימני גופו וע"י סימני שבכליו. וע"י כתבים שאתו הי' מבואר שהוא שמואל מטארניפאל ופלפל רו"מ כ"ת הנשאה בדברי רש"י שכתב גבי פונדקית על הסימן סמכו. וקשיא לי' לרו"מ מכ"ת ניחוש לשאלה ולזה הבי' ראי' דכלים דלא מושלי אינשי לא חיישינן לשאלה. אמנם נראה דבש"ס מבואר שם להדי'. דטעמא דר' עקיבא משום דהית' מסיחה לפי תומה. ע"ש בש"ס מאי גריעות' דפונדקית כו' מסיח' לפי תומה היתה ואי נימא טעמא

דר"ע משום סימנים א"כ ה"ל לגמר' למימר גריעותא דפונדקית משום סימנים. ונראה דהך על סימנים סמכו אינו מלשון רש"י והוא בש"ס ס"א. ועיקר טעמא דר"ע משום מסל"ת. וכבר פירשו מחלוקת דר"ע ורבנן בזה בקו' שש"ז פ"ח. ומ"ש מעכ"ת הרמה. מדברי הרמב"ם פ"ג מגירושין במביא גט ואבד כו' ומצאו בכלי ובמה שתמה הר"ן גם אנכי ישבתי בש"ש שם ש"ז פכ"ג יע"ש: מ"ש הדרת כ"ת בדברי מהרא"י דקושית הגמרא אזלא לרבא. ולדידי' מיירי בשיירות מצויות והוחזקו. ואזיל לי' אומדנא דיב"ש. דהא הוחזק נמי אחר הוטב דבר זה בעיני. אלא דלפי מ"ש רש"י פ"ק דמציעא בהא לא חיישינן לשני יב"ש בדלא הוחזקו. היינו שהי' מוחזק וידוע שאין באותו שוירי אלא יב"ש א' ע"ש והרמב"ן בחידושיו פ' כל הגט דף כ"ז ז"ל. ורש"י פי' ולא הוחזקו שני יב"ש באותו העיר ולא בירר דבריו ובמציעא פ"ק מפרש שהי' מוחזק וידוע שאין באותו שוירי אלא יב"ש א' חיישינן גם לרבא ליב"ש אחר וא"כ דברי מוהרא"י נכונים. דמאי פריך ומצאו קשור בכיס. דלמא שאני גט דמצטרפי סימן הגוף ליב"ש ומה שפלפל הוד מעכ"ת הנשא' בענין

נפילה ושאל' דיחיד מה נעמו דבריו. ובעיקר דינא העלה להתירא ע"י האדוסטאט. וזה בכלל כלים דלא מושלי אינשי. אך אכתי עומד לנגדינו דברי הב"י בתשובה דחיישינן לשאלה אפי' בכלים דלא מושלי אינשי: וב"ש החזיק בשיטתו. והעלה דהא דאמרינן בגמרא בטבעת וארנקי דלא מושלי אינשי היינו דווק' לאוקמת' דסימן דאורייתא אז אינו צריך סימן מובה' ביותר ואז לא חיישינן לשאלה בכלים אלו: אבל לאוקמתא דסימן דרבנן חיישינן לשאלה אפי' בכלים אלו יע"ש. אמנם נלע"ד דוודאי כיון דלדעת כמה פוסקים שני סימן אמצעים הו"ל סימן מובהק דע"י צירוף סימן ה"ל מובהק וא"כ בסימן אמצעי בגוף וסימן מובהק או ט"ע בכלים לא הוי כמו סימן מובהק. דכיון דחיישינן לשאלה א"כ ע"י הכלי אפי' כמו סימן אמצעי לא הוי דכיון דחיישינן לשאלה לא הוי סימן כלל דהא אי אמרינן סימן דאורייתא אפי' בסימן אמצעי אפ"ה בכלים לא מהני אפי' בטביעת עין ומשום דחיישינן לשאל' לא הוי סימן כלל. וא"כ גם למ"ד סימן דרבנן דבעי מובהק חיישינן לשאלה ואפי' כמו סימן אמצעי לא הוי וא"כ לא מצטרף לסימן הגוף כלל להיות שני סימני' כיון דהכלי לא מהני כלל ומש"ה חולק ב"ש על דברי מוהרי"ל מפראג אבל כלים מושלי אינשי דחזינן בש"ס דלמ"ד סימן דאורייתי' ה"ל כלים דלא מושלי אינשי כסימן אמצעי אלא למ"ד סימן דרבנן דלא מהני סימן אמצעי רק מובהק ביותר וכלים דלא מושלי לא הוי מובהק ביותר וא"כ עכ"פ כמו סימן אמצעי ה"ל הנך כלים מושלי אינשי א"כ שפיר מצטרף סימן אמצעי ע"י כלי' דלא מושלי אינשי. וסימן אמצעי שבגוף שהוא במה שנמצא שבו' וע"י שני סימן אמצעי ה"ל סימן מובה' ביות'. ובדברי ב"י שחוש' לכלים דלא מושלי היינו היכא דלא נמצא סימן אצמעי בגוף אבל בסימן אמצעי בגוף וט"ע בכלי' דלא מושלי אינשי דע"כ ה"ל כמו סימן אמצעי וכמ"ש א"כ ממיל' ה"ל שני סימן אמצעים ומהני שני סימן בינונים בגוף לחודי' או בהצטרפות גופו וכליו. ובזה יתיישב דלא תיקשי מה שהקשה מהרי"ל מפראג בהא דתנן. ואעפ"י שיש סימן בגופו ובכליו אפי' ט"ע לא מהני דחיישינן לשאלה. וכתבו ליישב דמיירי בכלים דלא מושלי אינשי. וא"כ תיקשי לדעת ב"י דגם בכלים דלא מושני חיישינן לשאלה א"כ אמאי נקט ב"י בגופו ובכליו הא בכלים לא מהני לעולם אף ט"ע: ולפי מ"ש אפשר ליישב משום דט"ע בכלים דלא מושני אינשי דה"ל כמו סימן אמצעי א"כ סימן שבגופו וט"ע שבכלים דלא מושלי ה"ל שני סימן אמצעים דה"ל כמו סימן מובהק ביותר אבל סימן בגופו ובכליו והמה סימן אמצעים לא הוי כמו סימן מובהק כיון דאפילו ע"י ט"ע בכלים דלא מושלי לא הוי אלא כמו סימן אמצעי א"כ סימן אמצעי שבכלים כיון דלפעמים מושלי גם הנך כלים ה"ל אמצעי והסימן בעצמותו ג"כ אינו אלא אמצעי א"כ לא הוי בטלים תו כמו סימן

אמצעי כיון דהחשש שאלה מגרע כח הסימן תו לא הוי כמו אמצעי ומש"ה אפי' סימן בגופו ובכליו לא מהני כנ"ל שיטת ב"י: ומה שתמה הדר' כ"ת הרמה בדברי הרמב"ם פ"ט מנחלות כבר עמדתי בדברי הרמב"ם הנ"ל בסימן קצה"ח סימן רנ"ט ושם הארכנו בענין סימן דאורייתא: ומה ששינה שם עירו ואמר שהוא מלבוב. וסמך עצמו מעכ"ת הרמה על דברי תשובת הר"ן שהוא סימן עשוי להשתנות. ולענ"ד נראה דכיון דמתברר מתוך הסימן שהוא שמואל מטרניפאל א"כ לא משגיחינן תו במה ששינה עצמו בשם עיר אחרת ואע"ג דסומכין על דבריו באומר פלוני בן פלוני מת ומשיאין את אשתו התם משום דע"א נאמן במיתה והא דאפי' בגט סומכין על דבריו ואין חוששין לנרה ומשום דבמקום סכנה כותבין אפילו במקום שאין מכירין ולא חיישינן למשקר וסומכין על דבריו. נראה לפי מה שסיפר על האיש ההוא שנתפס בקרימנאל ואם מפני רוע מעשיו הוא פסול דאורייתא א"כ פסול הוא לעדות אשה ואין סומכין על דבריו כלל. וא"כ כיון שנתברר ע"י אדוסטאט ושאר כתבים ובגדים שהוא שמואל מטרניפאל והוא ג"כ חשוד להחליף מפני רוע מעשיו ופסול לעדות אשה א"כ דבריו לא מגרע כלל. לזאת גם אנכי מסכים להתירא

דברי ה"ק אריה ליב הכהן בעהמ"ח קצות החושן וש"ש תם ונשלם חלק א אבני מילואים חלק ב

סימן סט

סעיף ד

ס"ק א

ואינה יכולה לחזור בה כו' ויש חולקין בפ' שני דייני גזירות דף ק"ז מי שהלך למד"הי רב אמר פוסקין מזונות לא"א ושמואל אמר אין פוסקין מ"ט רב פפא אמר חיישינן שמא אמר צאי מע"י במזונותיך. והקשה בספר נתיבות משפט דף קמ"ד לפי דעת הפוסקי' שיכולה לחזור א"כ מה בכך דאמר צאי מע"י כו' נהי דקבלה עלי' יכולה היא עכשיו לחזור בה וע"ש שכתב דחיישי' שמא פטרה אותו בפירוש באופן המועיל ולישנא דגמ' לא משמ' הכי דהא לא אמרו חיישי' שמא פטר' אותו אלא שמא אמר כו'. ועוד דלפי מה שמבואר שם בסוגיא מדברי התוס' הא דחיישי' שמא אמ' לה צאי כו' אינו אלא משום דאיכא הוכחה מדהלך ולא הניח לה כלום במזונותיה מוכח דאמר לה צאי כו' וקבלה עליה ע"ש וא"כ מה"ט ניחוש לשמא פטרה אותו בפירוש כיון דסגי ליה כשאמר לה צאי כו' והיא קבלה עליה ובזה הלך לו למדה"י ועכשיו הרי היא יכולה לחזור ולומר איני רוצה אלא

דוקא במזונות והנלע"ד בזה דכיון דבעינן דוקא שתאמר איני ניזונו' ואיני עושה אבל באומרת אינה עושה לחוד לא מהני דהא אי אמרה קונם שאני עושה לפיך הרי אומרת איני עושה ואפ"ה תנן שאין צריך להפר אלמא דלא מיבטלא תקנה לעולם עד דאמרה בהדיא איני ניזונת ע"ש פ' אע"פ וכיון דצריכה לומר איני ניזונ' נראה דצריכה ג"כ דוק' לומר לישנא דאיני ניזונ' דה"ל כאומר א"א בתק"ח כגון זו שומעין לה כדאי' ריש הכותב אבל אם אמרה הריני מוחל לך מזונו' ואיני עושה לא מהני דהא צריכה לומר אי אפשי בתק"ח ודוקא כשאומר' איני ניזוני' הוי כאומרת אי אפשי בתק"ח אבל האומר' הריני מוחלת עדיין היא רוצה בתק"ח שהרי גם אם יש לה מזונות יכולה היא למחול כמ"ש תוס' פ' אע"פ דף נ"ו ד"ה ה"ז מקודש' ותנאו בטל כו' דדוקא באומר ע"מ שאין לך עלי דין שאר וכסו' אבל בע"מ שתמחלי שאר וכסו' יכולין הם ע"ש וא"כ הכא דצריכה לומר א"א בתק"ח צריכה למאן בתק"ח ובדין מזונו' ואם אומר' הריני מוח' הרי יש לה מזונו' וכאלו קבלתן וצריכה ליתן מע"י לבעלה וממילא כיון דצריכה דוקא לישנו דאיני ניזונו' ר"ל שאינה רוצה בדין המזונות מה"ט יכולה לחזור בה וכמ"ש הריטב"א פ' אע"פ משום דכל יומא ויומא חוב באנפי נפשי' ע"ש ומש"ה יכולה עכשיו לומר שרוצה בתק"ח כיון דלא מחלה המזונו' אלא אמרה א"א בדין המזונו' אבל בעל האומר צאי מע"י במזונותיך והאשה נתרצה לו הרי כאן מחילה גמורה על המזונו' ושוב אינה יכולה לחזור בה כדין כל מוחל חובו דדוקא באומרת איני ניזונת דלאו מדין מחילה היא אלא מדין הפקעת תק"ח לכך יכולה לחזור ולומר רוצה אני בתק"ח משא"כ כשהבעל אומר לה צאי מע"י כו' והיא מתרצה הרי מחלו זה לזה ומחילה א"צ קנין ואינם יכולין לחזור ודו"ק עוד נלענ"ד לפמ"ש הריטב"א פ' הכותב דף פ"ה גבי נפרעת שלא בפניו רבא א"ר נחמן אפי' בע"ח שלא יהא כל א' וא' נוטל מעותיו של חבירו והולך ויושב לו במדה"י ואתה נועל דלת בפני לווין וכתב הריטב"א שם וז"ל ומיהו לפי טעמו של רב נחמן לא תקנו כן אלא כשלוה ממנו כאן והלך לו אבל הלוה לו במקום אחר והוא בא לכאן לגבות מנכסיו שיש לו כאן אין מגבין אותו שלא בפניו אלא ילך למקום שהוא נכון עמו כו' דבהא ליכא טעמ' דנוטל מעותיו של חבירו והולך לו וכן אני דן עכ"ל וא"כ כיון שאמר לה קודם שהלך למדה"י צאי מע"י כו' וקבלה עלי' הרי נפטר ממנה אלא כיון דבכל יומא ויומא חוב באנפי' נפשי' כמ"ש הריטב"א פ' אע"פ לכך יכולה לחזור בה ע"ש דאע"פ דחוב המזונו' באה בשעת הנשואין מ"מ כל יומא ויומא חיוב' באנפי נפשי' וא"כ כיון שכבר נפטר קודם שהלך למדה"י אלא שעכשיו היא חוזרת בה וחיוב זה בא עתה כשהוא במדה"י והיכא שנתחייב כשהוא במדה"י אין מגבין מנכסיו שלא בפניו וק"ל:

ס"ק ב
אבל הבעל כו' וקשה מ"ש דלרב הונא דס"ל תקנו מע"י תחת מזונותי' יכולה היא לומר איני ניזונת וא"ע דה"ל א"א בתק"ח ולריש לקיש דס"ל תיקנו מזונות תחת מע"י אמאי לא יוכל הבעל לומר צאי מע"י במזונותיך אפי' לא ספקה כיון דאומר א"א בתק"ח כגון זו דלטובתו ניתקן שומעין לו ועיין מ"ש תוס' בזה פ' אע"פ דף מ"ו ע"ב ד"ה תקנו מזונו' תחת מע"י ע"ש ואפשר לומר לפי מ"ש בתשוב' מיימוני לס' קנין סימן י"ד דלא אמרי' מהדרנ' שטרא למאר' אלא לאחזוקי ממונא כגון האי דפ"ק דב"ק ובספ"ב דכתובו' בפלוגת' דאדמון ורבנן דהשת' ומה בתקנת אי אפשי בתק"ח אע"ג דליכ' מאן דפליג ולאו מחוסר מעשה ואפ"ה כתב ריב"א דלא אמרי' אלא להחזיק ולא היכא דבא להוציי' מטעם זה. כ"ש בנדון זה. ע"ש בשם מהר"ם ב"ר ברוך וכיון דלא מהני אי אפשי בתק"ח אלא להחזיק ולא להוציא ואנן קי"ל נכסי בחזק' אלמנה קיימי למזוני כמבואר פ' אלמנה ניזונ' דף צ"ו וכתבו שם תוס' משום דיכולה למכור למזונו' בלא ב"ד ה"ל מוחזק' ומה"ט פסק הרמב"ם פי"ח מהל' אישות ביתומי' שאמרו נתננו והיא אומר' לא נטלתי נשבעת היסת וכתב שם הרה"מ דא"צ נק"ח כיון דהיא מוחזקת ה"ל כאילו היורשין באין להוציא ע"ש ולפמ"ש הרמב"ם פי"ב מהל' אישות גבי הלך בעלה למדה"י שיכולה ג"כ למכור בלא ב"ד למזונו'. וע"ש בהרה"מ דשוה דין א"א לאלמנה ואפי' בחיי בעלה ה"ל מוחזקת בנכסים למזונו' ומוכרת שלא בב"ד וכיון שהיא מוחזקת אין הבעל יכול לומר אי אפשי בתק"ח כדי להוציא וק"ל:

סימן ע

סעיף א

ס"ק א
אינה אוכלת עמו. ר"פ המדיר פריך והיכי מצי מדיר לה והא משעבדא לה ומשני באומר לה צאי מעשי ידיך במזונותיך א"ה פרנס למה כו' אמר רב אשי במספק' לדברי' גדולי' ואינ' מספק' לדברי' קטני' כו' אי ברגיל' בהו הא רגילה ואי לא רגילה פרנס למה לא צריכא דרגיל' בי נשא וקא מיגלגל' בהדי' דאמרה לי' עד האידנא דלא אדרתן כו' השתא דאדרתן לא מצינא לאגלגולי בהדך וכתבו תוס' ד"ה והשתא דאדרתן כו' ואדעתא דהכי לא מחלה שידירנה הלכך משועבד לה ומ"מ חל הנדר דבשעת הנדר אכתי לא הי' משועבד לה אי נמי בלא טעם מחילה הנדר חל שכל זמן שהיא עמו יש לה לגלגל עמו דאע"ג דאינה יורד' עמו אין זה חשוב ירידה דמיירי שאין בני משפחתה העשירי' כמו בעלה

רגילי בכך אלא אבי' מתוך עשרו הי' מוותר הלכך יש לה לגלגל עמו וכשאינה עמו יש לו להנהיגה כמו שהיתה רגילה בבית אבי' עכ"ל:

לפ"ז מבואר דאם כל בני משפחתה רגילין בכך ואיהי מגלגל בהדי' ואוכלת עמו תו אינה יכולה לחזור בה ולומר מתחלה גלגילנא בהדך והשתא אני רוצה כדיני דאיני יורדת כיון דכבר מחלה תו ליתא בחזרה אלא דוק' כשאינה אוכלת עמו אז יכולה היא שתאמר אדעתא דהכי לא מחילנא לך ובשטה מקובצת שם כתב ז"ל ואי קשי' אכתי כיון דרגילא בי נשי' קי"ל דעולה עמו ואינה יורדת והא משועבד לה והדר' קושי' לדוכתא י"ל כיון דמיגלגלה בהדי' הנה מוחלת את כבודה ואינה רוצה לתובעו בהם וכיון שבתור' מחילה היא קא מגלגל בהדי' ובשעה שנדר לשלום היתה עומד' וחייל נדר' אע"פ שעכשיו שהוא מורד בה יכולה לתבעו הנדר חל כבר וכיון שחל רגע אחד שוב אינו בטל הלכך אינו יכול ליתן לה אותן הדברים שהיתה רגילה בהם אלא ע"י פרנס ר"י מטראני ז"ל עכ"ל מזה נראה דאפי' אוכלת עמו יכולה לתבעו כיון דלא מחלה לו בפירוש אלא שלא היתה תובעתו ומיגלגלא בהדי' והנד' חל כיון דבשלום היתה עמו ולא היתה עומדת לתביעה אבל אם תרצה לתבעו יכולה לתבעו אפי' כשעדיין אוכלת עמו. ומשמע לדברי השטה דאין לחלק בין כל בני משפחתה רגילין בכך או שאבי' בלבד נוהג כן. ועמ"ש בסימן ע"ד סק"א. (וע"ש בהגהה אות א'):

סעיף ה

ס"ק ב

מי שהלך למדה"י ובאתה אשתו לתבוע מזונו' בפ' ב' דייני גזרות דף ק"ז אתמר רב אמר פוסקין מזונות לאשת איש ושמואל אמר אין פוסקין כו' כששמעו בו שמת כ"ע לא פליגי דפוסקין כי פליגי בלא שמעו בו שמת רב אמר פוסקין דהא משועבד לה ושמואל אמר אין פוסקין מ"ט רב זביד אמר אימר צררי אתפסה ורב פפא אמר חיישינן שמא אמר לה צאי מעשי ידיך במזונותי' כו' ופי' רש"י בששמעו בו שמת כ"ע לא פליגי דפוסקין דלמאי נחוש לה אי לצררי הרי סופה לגבו' כתובתה ותשמע שלא עיכבה משלהם כלום כו' והקשו בתוס' דהשת' משמע דפליגי בלא שבועה דאי בשבועה אמאי לא תטול וזה אינו דבסמוך פריך עד כאן ל"פ אלא לשבועה אבל למזוני יהבינן לה אלמא אפי' בשבועה אין לה ע"ש:

ואפשר ליישב לפי מ"ש תוס' ת' המפקיד דף ל"ד בהא דאמרו מי נשבע מי שהפקדון אצלו שמא ישבע זה ויוצי' הלה את הפקדון ע"ש שפי' בשם ר' חננאל דהוי כמו שבועה לבטלה וגנאי הוא לישבע היכא שהדבר עומד להתברר אח"כ שהמלוה יוציא הפקדון

ועיין ש"ך ח"מ סימן ע"ב ס"ק ס"ג וסימן פ"ז ס"ק ע"ט. וכיון דלשיט' רש"י בסוגיין אם בא הבעל ואמר פסקתי לה מזונות נאמן בשבועה ומחזרת לו מה שפסקו הב"ד א"כ ה"ל שבועה לבטלה אם תשבע היא תחלה ומש"ה סבר שמואל דאין פוסקין לה כלל כיון דצריכה שבועה ואנן לא יהבינן לה שבועה דלמא אתי בעל ואכחשה ומהימן להוצי' מידה וה"ל שבועה לבטלה ולכך לא יפסקו כלל. משא"כ בשמעו בו שמת לחנן תשבע בסוף תשבע בסוף ולבני כה"ג תשבע גם בתחלה דאנן לא חיישינן שמא יבא הבעל כיון ששמעו בו שמת, ואע"ג דרש"י מפרש התם בהמפקיד שמא יוציא הלה את הפקדון ויפסלנו לשבועה ע"ש אפשר דמודה לפי' ר"ח דשבועה לבטלה לא יהבינן אלא דנקט הך טעמא טפי דיפסלנו לשבועה ועמ"ש בס' קצוה"ח סי' ע"ב ס"ק ט"ז:

[הגהה מחתן המחבר - ועוד נראה דדוקא התם נד רש"י משיטת ר"ח דלשיטתו ופירושו התם לא ישתנה הדין אח"כ אלא שתהי' השבועה בחנם אחר שיתברר אח"כ ע"י הפקדון בעצמו כדבריו ע"ש בתוס' דמבואר דלא חיישינן שמשקר בשבועה דתקנתא לרמאי לא עבדינן, אלא כיון שעומד להתברר גנאי להשביע בחנם אף באמת, בהא פליג רש"י וס"ל דלא חיישי' להא אלא חיישינן שמא ישקר בשבועתו וישתנה הדין אח"כ, וא"כ ה"ה הכא חיישינן שמא תשקר וישבע בעל כנגדה וישתנה הדין. ואפשר עוד דלר"ח לא שייך הכא האי טעמא כיון דלשקרא חיישי' לדידי' כמבואר שם בתוס' וא"כ בודאי לא ישבע הבעל כנגדה, ודוקא לדעת רש"י שייך הכא הך סברא ומר"ן ז"ל הסמיך דבריו על שיטת ר"ח כיון שמצינו לו בפירוש סברא זו. ועיין בשטה מקובצת ד"ה אמר שמואל מידה כו' שפי' מעצמו טעם רש"י שהרי אם יכחישנה בעלה יהא נאמן להוציא מידה ע"ש, וזכינו שכוון רבנו לדעתו ז"ל אלא שעשה לו סמוכין. ע"כ):

ושיטת הריטב"א והר"ן בששמעו בו שמת כ"ע ל"פ דפוסקין דנכסי בחזקת אלמנה קיימי למזונות וע"ש, (וכ"כ בש"מ בשם הרמב"ן ע"ש), ואיכא למידק לפמ"ש הרמב"ם פי"ב מהל' אישות (הט"ז) דבהלך למדה"י מוכרת לעצמה בלא ב"ד (וכ"כ בש"ע כאן), ובתוס' פ' אלמנה ניזונת (צו, ב) ד"ה נכסי בחזקת אלמנה כתבו דלכך אמרי' נכסי בחזקת אלמנה למזונות משום שיכולה למכור בלא ב"ד ע"ש, א"כ גם בהלך למדה"י נמי הנכסים בחזקתה ואמאי אין פוסקין:

ונראה לפמ"ש הרב המגיד בטעמא דהרמב"ם שם דבהלך למדה"י מוכרת שלא בב"ד משום דלא שמעו בו שמת לרב הוי כמו שמעו בו שמת לשמואל וכי היכ' דשמעו בו שמת מוכרת שלא בב"ד אליבא דכ"ע ה"ה בלא שמעו בו שמת אליבא דרב ע"ש, וא"כ דוקא לרב דס"ל פוסקין מהאי טעמא גופיה דס"ל דגם בא"א הנכסים בחזקתה ולכך מוכרת

לעצמה ואנן פסקי' כרב ומש"ה פסק הרמב"ם לדידן דס"ל כרב דגם מוכרת לעצמה, משא"כ לשמואל ס"ל לחלק בין אלמנה לא"א ולכך לדידי' בשמעו בו שמת פוסקין ומוכרת לעצמה דנכסי בחזקתה אבל בא"א אינה מוכרת אלא בב"ד ולא הוי מוחזקת בנכסי ולכך בהלך למדה"י אין פוסקין כלל:

ס"ק ג

ואין מחשבין עמה על מעשי ידי'. כ"כ הרמב"ם פי"ב מהל' אישות [הט"ז], וכתב הר"ן [כתובות סב, ב מדפי הרי"ף] לדעת הרמב"ם אם בא הבעל ולא מצא שום דבר ממע"י הפסיד ע"ש וכ"כ הרמב"ן:

וראיתי בס' כתובה להגאון מהר"פ [כתובות קז, ב בגמ' לוותה] ז"ל שהתפלא בזה מהא דקי"ל שבת אף שלא במקום נזק כגון דאהדקי' באנדרוני', וא"כ ה"נ אם לא עשתה אמאי יפסיד הבעל הא מי שחבל בא"א משלם שבת לבעלה ע"ש, ונראה דקושי' מעיקרא ליתא לפמ"ש בש"ע ח"מ סי' ת"כ סעי' י"א וז"ל הכניסו בחדר וסגר הדלת עליו ובטלו ממלאכתו אינו נותן אלא שבת בלבד, אבל אם הי' כבר בחדר וסגר עליו מלצאת הוי גרמא בנזקין ופטור בדיני אדם ע"ש והוא מדברי הטור בשם הרא"ש, וא"כ הכא דלא עשתה מלאכה לא שייך דין שבת כיון דלא עבדה מעשה ולא דמי לחובל בא"א דעשה החובל מעשה וכן אהדקי' באנדרוני' דהוי מעשה חייב לשלם שבת, אבל היא שלא עשתה מלאכה הו"ל כאילו היתה כבר בחדר וסגרה הדלת כיון דטמנה ידה בצלחת לא הוי מעשה ולית בה דין שבת ודו"ק כי זה ברור:

ובעיקר דברי הרמב"ם תמה עליו הר"ן (שם) וכן הרא"ש [פי"ג סי' ה'] חולק סובר דב"ד מחשבין עמה על מעשי ידי' ע"ש, ולענ"ד נראה טעמא דהרמב"ם לפמ"ש תוס' פ' נערה (מז, א) ד"ה משום איבה דלא הוי פירושו איבה דמזונות שלא ישנא אותה ולא יזון אותה, דהא על כרחי' מתזנא, אלא אפי' היכא דע"כ מיתזנא שלא יטריחוהו כל שעה לב"ד במזונות, כדמוכח לקמן פ' אלמנה ניזונת (צה, ב) דאלמנה מע"י ליתומים אע"ג דבע"כ מיתזנא ומע"י אינן של בעל אלא משום איבה כדאמר פ' אע"פ מזוני עיקר ומעשי ידי' משום איבה כו' ע"ש, וכיון דאיבה דמזונות לא הוי משום דלא זיין לה דהא בע"כ מיתזנא אלא שלא יטריחוהו כל שעה לב"ד וא"כ לא תיקנו מעשי ידי' לבעל אלא היכא דזיין לה מנפשי' ולא אטרחה לב"ד אבל היכא דאטרחה לב"ד תו ליכא למיחש לאיבה ולית ליה לבעל מעשי ידיה ומש"ה פסק הרמב"ם כשב"ד פוסקין אין מחשבין על מע"י וזה נכון, והא דכתב הרמב"ם פי"ח מאישות [הכ"ב] דאם היו היורשים קטנים מחשבין על מע"י

כתב הרה"מ משום דב"ד אביהן של יתומים ע"ש, וא"כ הו"ל כלא אטרחוה לב"ד דיד ב"ד כיד הקטנים והו"ל כאילו מתזנא בעצמה מהיורשים:

וז"ל הרמב"ם פי"ח מהל' אישות [הכ"ב] אלמנה שפסקו לה ב"ד מזונות אין מחשבין על מעשי ידי' כו' ואני אומר שאם היו היורשין קטנים ב"ד מחשבין עמה ופוסקים מעשי ידי' כדרך שפוסקים מזונות עכ"ל, וכתב עלה הרב המגיד ז"ל ומ"ש רבינו שאם היורשים קטנים שב"ד מחשבין עמה סברא נכונה היא וראוי' אליו שב"ד אביהן של קטנים עכ"ל: ואחר העיון מצאתי ת"ל ראי' ברורה לדברי הרמב"ם והוא מהא דאמרו בערכין פ' שום היתומים [כב, א], אמר רב אסי אין נזקקין לנכסי יתומים אלא א"כ רבית אוכל' בהן ור' יוחנן אמר לשטר שיש בו רבית או לכתובת אשה משום מזוני, ור"א מ"ט לא אמר לכתובת אשה דהא תקינו להו רבנן מעשי ידי' ואידך זמנין דלא ספקה ע"ש. ואי אמרת דאין מחשבין על מע"י ואם לא עשתה אין ליורשין עלי' כלום א"כ ודאי איכא פסיד' דמזונות דהיא לא תעשה והב"ד יפסקו לה מזונות, אלא ע"כ דבקטני' ב"ד מחשבין עמה על מע"י וזכינו שדברי הרמב"ם ז"ל מפורשים בש"ס:

ובזה ניחא מאי דהוי קשיא לן בדברי רב אסי דלא ס"ל משום מזוני דהא תקינו להו מע"י, מהא דאמרי' בכתובות [צז, א] מתני' אלמנה בין מן האירוסין בין מן הנשואין מוכרת שלא בב"ד ר' שמעון אומר מן הנשואין מוכרת שלא בב"ד מן האירוסין לא תמכור אלא בב"ד מפני שאין לה מזונות וכל שאין לה מזונות לא תמכור אלא בב"ד ובגמ' בשלמא מן הנשואין משום מזוני ע"ש, וכתב הריטב"א בשם רש"י משום מזוני דקאמר היינו שמוכרת לכתובתה כדי שתפסיד מזוני וע"ש שכתב כן בשם רש"י שלפנינו, ואם שברש"י שלפנינו כתב משום מזוני שמוכרת למזונות שמא תתענה ברעב הנה בש"מ כתב שם דמ"ש ברש"י שלפנינו שלא תתענה כך פירש"י במהדורא קמאי אבל במהדורא בתרא פירש"י כמ"ש הריטב"א דמוכרת לכתוב' כדי שתפסיד מזוני, גם בר"ן הביא פירוש זה דמוכרת לכתובה כדי שתפסיד מזוני, ולפ"ז תקשי לן לר"א דלא חייש למזוני משום דתקינו לי' מע"י א"כ אמאי ניחא לי' לש"ס בנשואין טפי מבאירוסין כיון דטעמא דמזוני לא קיימא, ולר' שמעון קשה גם למסקנא כיון דמן האירוסין אינה מוכרת שלא בב"ד ולא ס"ל טעמייהו דרבנן משום חינא או שאין אדם רוצה שתתבזה כו' א"כ גם בנשואין לא תמכור אלא בב"ד דנגד המזונות יש להם מע"י, ולפמ"ש ניחא דהא דכתובות ע"כ מיירי ביורשים גדולים דבקטני' אין נזקקי' לכתובת אשה לרב אסי ובגדולי' פוסקי' מזונות ואין מחשבים על מע"י לכך מוכרת שלא בב"ד כדי שתפסיד מזוני משא"כ התם בקטני' שפיר

ס"ל לרב אסי דאין נזקקין שהרי מחשבין על מע"י דיד ב"ד כידן דמי וכנ"ל ודו"ק היטב כי נכון הוא:

ס"ק ד

מכרה לעצמה למזונות מכרה קיים, כתב הרה"מ ז"ל (פי"ב אישות הט"ז) דעת רבינו שמזונות אלו שוים למזונות האלמנה וכשם שהאלמנה מוכרת למזונות שלא בב"ד ואפי' בלא טענת חינא כדאיתא פ' אלמנה ניזונת (דף צ"ח) כך זו מוכרת שלא בב"ד כו' ולא ראיתי מי שחולק בזה עכ"ל שם, והנה מ"ש דאלמנה מוכרת למזונות אפי' בלא טענת חינא היינו משום דתנן התם אלמנה מוכרת שלא בב"ד בין מן האירוסין בין מן הנשואין ר' שמעון אומר מן הנשואין אבל לא מן האירוסין ואמר עלה בגמ' בשלמא מן הנשואין משום מזוני אלא מן האירוסין מ"ט ומסיק משום חינא ופירש"י משום מזוני דאי אפשר לה להתענות עד שיזדקקו לה ב"ד ע"ש, וכיון דאפי' לר' שמעון דלית לי' טעמא דחינא וס"ל דאין מוכרת אלא מן הנשואין ומשום מזוני, מבואר דלמזונות מוכרת אפילו בלא טעמא דחינא וזהו לשיטת רש"י ז"ל:

אמנם לפ"מ דמפרשי הריטב"א והר"ן מן הנשואין מוכרת לכתובתה שלא בב"ד משום מזוני פי' כדי שירויחו היתומים מזונות שלא יצטרכו ליתן אחר שתגבה כתובתה וע"ש, וא"כ לא איירי כלל במוכרת למזונות אלא במתני' דבתר הכי תנן ומוכרת למזונות שלא בב"ד, והתם איכא למימר משום חינא א"נ שלא תתבזה אשתו בב"ד:

וכן נראה מדברי תלמידי ר"י הובא בש"מ (צח, א) שם בהא דתנן ומוכרת למזונות שלא בב"ד וז"ל והא קמ"ל דלא תימא דוקא לכתובה מוכרת שלא בב"ד מפני שהוא תועלת היתומים כדי שיפטרו ממזונות אלא אפילו למזונות מוכרת שהטעם אינו אלא מפני שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד וכיון דלכתובה דלמשקל ולמיפק הוא אינו רוצה שתתבזה כ"ש כשמוכרת למזונות עכ"ל, מבואר לשיטתם דגם למזונות טעמא בעי או משום חינא או שלא תתבזה אשתו בב"ד, ותלמידי ר"י נקטי טעמא דשלא תתבזה עיקר, ובגמרא [צז, ב] פליגי אמוראי בהא חד אמר משום חינא וחד אמר משום שלא תתבזה כו', ותר"י נקטי טעמא דשלא תתבזה עיקר וכן דעת הרמב"ם והרא"ש ז"ל. אבל הרשב"א פסק הטעם משום חינא ועיין ב"ש סימן ק"ג סק"א. ומדברי הרה"מ הנ"ל משמע דאי אמרי' טעמא משום חינא א"כ בהלך בעלה למדה"י אינה מוכרת אלא בב"ד מיהו נראה כיון דהרמב"ם והרא"ש ס"ל טעמא דשלא תתבזה עיקר ה"ה בהלך למד"הי שאינו רוצה שתתבזה אשתו בב"ד ולכך שפיר פסק הרמב"ם דמוכרת שלא בב"ד אמנם נראה דאפי' לטעמא דחינא לפי שטת רש"י ז"ל שפירש כדי שימצאו האנשים חן בעיני הנשים ולא

ימנעו הנשים מלהנשא להם כשלא יצטרכו לטרוח לב"ד ע"ש ה"ה בהלך בעלה למדה"י שייך האי טעמא אבל לשטת רבינו חננאל דמפרש טעמא דחינא כדי שתמצא האשה חן בעיני האנשים כשתגבה כתובתה במהרה שלא בטורח ב"ד ויקפצו עליה בעלי' הובא בשטה מקובצת שם דף צ"ח ד"ה אלמנה מן האירוסין ע"ש ובזה נראה דלא שייך בהלך למדה"י לגבי מזונות שהרי בעלה קיים ודו"ק:

ס"ק ה

ער שיבא בעלה ויטעון והוא פי' הרמב"ם בהא דאמר חנן תשבע בסוף ולא תשבע בתחלה היינו כשיבא בעלה ויטעון והא דאמרי בני כה"ג תשבע בתחלה ובסוף ולכאור' קשה כיון דנשבעת בתחלה למה לה לישבע גם בסוף כיון שכבר נשבעה שלא הספיק לה מזונות ונראה לפי מה דאי' בירושלמי טעמא דשמואל דאין פוסקין מזונות לאשה שהלך בעלה למדה"י היינו משום דשמא שלח לה ממדה"י צרכי' ע"ש. א"כ אף שנשבעה תחלה שלא התפיס לה צררי עדיין צריכה לישבע בסוף כשיבא ויטעון ששלח לה ממדה"י מזונות אחר השבועה ואין אומרי' תשבע בתחלה גם על העתיד משו' דאין ב"ד נותנין שבועה על להבא אלא לשעבר ועיין כנה"ג ח"מ סימן נ"ג דעת גדולי האחרונים שאין נותנין שבועה להבא ועיין בש"ע ח"מ סימן פ"ז סעיף ל"ד בנותן ת"כ שלא יטעון שקר שלא נפטר משבועתו משו' דשבועה לעבר חמירא מדלהבא ועיין מ"ש שם בקצה"ח ס"ק כ"ט:

סעיף ו

ס"ק ו

פוסקין לאשתו תכשיט עמ"ש סימן ע"א ס"ק ה':

סעיף ז

ס"ק ז

מוציאין מיד הנפקד למזונות אשתו עמ"ש בקצה"ח סימן פ"ו סק"ד.

סעיף ח

ס"ק ח

הלך בעלה ולותה ואכלה כ' הרה"מ פמ"ב מה"ל אישות בשם הרשב"א הא דאמרי' הניח מעותי' על קרן צבי מסתברא לי דוקא בפורע שמפרש מחמת מזונות שחייב לה בעלה הוא נותן לה דבכה"ג הוא דאינו חייב לשלם שלא אמר לו שיפרע בשבילו והיא נמי אינה חייבת שהרי לא לותה ממנו ולא אכלה ממנו אלא בתורת פרעון חוב בעלה אבל כשמפרנס סתם חוזר וגובה ממנו שכל שמפרנס סתם אינו מפרנס בתורת מתנה אלא בתורת הלואה ע"ש ועיין בריב"ש סימן תפ"א שכתב שמצא תשו' הרשב"א במפרנס סתם

אף שהי' חייב מעות לאשה שלא תקבל בחשבון חובה מה שהוציא על מזונותי' ומשום דהאשה אינה חייבת לו כלום ע"ש ובמשנה למלך כתב עלה וז"ל וכפי זה קשי' לי בדברי הרשב"א דלמה במפרנס ופירש בעד חוב שחייב לה בעלה במזונותי' הניח מעותיו על קרן הצבי ומה בין המפרנס סתם שגובה מן הבעל הא בשניהם אין האשה חייבת כלום לדעת הרב וא"כ בין בסתם בין במפרש ה"ל פרוע חובו של חבירו וצ"ע אחכ"ז ראיתי בתשו' הרשב"א המיוחסת סימן ד' וכנראה היא התשובה שרמז עלי' הריב"ש וכתב ז"ל מיהו במפרנס סתם לא הניח מעותיו על קרן הצבי אלא הבעל חייב לשלם דומה ליורד לשדה חבירו שלא ברשו' ונטעה כו' ומיהו עדיין לא יצאנו ידי שאלה שהקשינו מה בין סתם למפרש כיון שאין עלי' שום חיוב ונשאר חילוק הרב ז"ל דק כחוט השערה כו'. עוד כתב הרמב"ן שם ז"ל ומ"מ לענין תשלומי האשה פשוט הוא שאינה חייבת לו כלום כו' ודבר גדול דיבר הרב כאן דאפי' שיש בידו נכסי האשה ופרנסה סתם אין מנכין לה משלה כלום דלאו אדעתא שתשלם היא פרנסה דהא פירות שביד הזקן ה"ל לתפוס בהם בעד מזונות והוא פלא עכ"ל:

ונראה לפמ"ש הרשב"א בחידושיו לנדרי' דף מ"ז וז"ל וכשעמד אחד ופרנס את אשתו סתם אין זה כנותן מתנה אלא כיורד לתוך שדה חבירו ונטעה שחוזר ומשתלם מן הבעלים והלכך גם זה כשפרנס בתורת הלואה פרנס והיא גם היא כשנתפרנסה על ידו בתורת הלואה נתפרנסה ולא מתורת מתנה והלכך לכ"ע לא אבד את מעותיו ומיהו כיון שלא הלוה את האשה בפירוש והיא לא נשתעבד' לו בפירוש אינו יכול לחזור עליה אלא על הבעל כאילו לותה היא בתנאי שיהא הבעל חייב לו ושלא יגבה ממנה והיינו ברייתא דהאומר לאשתו קונם שאיני נהנית לי דשמעתין ע"ש:

מבואר כונת הרשב"א דכל שפרנסה בסתם אע"ג דלשם הלואה ולא לשם מתנה נתן לה מ"מ כיון שלא הלותה בפירוש ולא נשתעבדה בפירוש אינו יכול לתבוע האשה וכאלו לותה בתנאי שיהי' הבעל חייב לו וכיצד הבעל הוא מתחייב בקבלתה לכך אמר כאילו לותה היא וא"כ כיון שלקחה בתורת הלואה הרי היא חייבת והבעל מתחייב מכח שעבודא דר"נ והתנאי הי' שלא יהי' נפרע ממנה רק מבעל לכך הבעל חייב לשלם שהרי היא חייבת והבעל משתעבד מדר"נ והיינו דדייק הרשב"א וכתב בתנאי שלא יגבה ממנה ולא כתב שלא תהא היא חייבת דא"כ גם הבעל לא הי' מתחייב אלא אדרבה היא מתחייבת ג"כ וכיון שחל עלי' חיוב חל על הבעל שעבודא דר"נ אלא שהי' תנאי בענין הגבייי' שלא יגבה רק מהבעל משא"כ כשהלותה בפירוש אין כאן תנאי וצריכה היא לשלם היכא דאית לה נכסי למאן דס"ל באית לי' נכסי לית בי' משום שעבודא דר"נ

כמבוא' בח"מ סימן פ"ו ע"ש אבל כשמפרנס סתם כיון דה"ל תנאי שלא יגבה ממנה רק מהבעל א"כ אפי' אית לה נכסי גובה מהבעל משעבודא דר"נ כיון דלא מצי גבי מינה ה"ל כמאן דלית לה נכסי ודומה כמי שאין לו נכסים כאן ויש לו במדה"י כיון דלא מצי גבי מינייהו גובה משעדר"נ ומ"מ אף דלא מצי גבי מינה כיון דמ"מ היא חייבת רק התנאי מעכב שלא יגבה מנכסים שייך בי' שעדר"נ ושפיר גובה מהבעל וזה ברור בדעת הרשב"א ומש"ה אפי' יש בידו מנכסי האשה אינו מנכה לה כיון דפרנס סתם ה"ל כתנאי שלא יגבה מהאשה רק מבעלה ודו"ק היטב:

ובזה נתיישב מה שהק' הר"ן על הרשב"א והוא דאע"ג דמפרנ' סתם אין דעתו על מתנה מ"מ מסתמ' אדעתא דבעל יהיב וה"ל פורע חובו של חבירו ע"ש, והשת' ניחא דאע"ג דאדעת' דבעל יהבי' מ"מ דרך הלואה נתן היינו שהאשה מתחייבת בשעבוד הגוף ונכסי הבעל משתעבד מדר"נ והתנאי הי' שלא יגבה מנכסי' כלל וכאילו עשאה אפותיקי לשעבוד' דבעל. ודו"ק:

אמנם לענ"ד נראה כדעת הרא"ה הובא בר"ן במתני' דמי שהלך למדה"י ועמד א' כו' דס"ל דאשה שלותה ואכלה אפי' יש לה לשלם אין המלוה יכול לגבות ממנה כלום שאין אחריותו עלי' כלל כי היכא דאמרי' ארמלתא דזבין אחריות איתמי ה"ה באשה שלותה עשאוה חז"ל כשליח הבעל והחוב הוא על הבעל אלא אם אין לו לבעל גובה מן האשה ובר"ן כתב עלה כיון דאם אין לו לבעל צריכה לשלם תו אינו דומה לאלמנה שמוכרת ואחריו' איתמי ואפי' אין ליתומים אינו גובה מן האלמנה ע"ש (ואמנם דעת הרא"ה ז"ל לחלק דהתם אין הלוקח מלוה כלל אלא שהיא מקבלת אחריות מצד המכירה והקרקע היא של היתומי' מש"ה נגרר האחריו' על היתומים ע"י מכירה זו כיון שיש לה רשות למכור ואין על האלמנה כלום אבל הכא היא בעצמה היא הלוה דאל"כ יהי' פורע חובו של חבירו שלא מדעתו אלא שעשאוה חז"ל כשליח לאחריות לגבות מן הבעל מ"מ גם היא יש לה דין לוה וכל שאין לבעל צריכה לשלם משא"כ באלמנה אין לה דין לוה אלא דין מוכר והאחריו' נמשך בפ"ע למי שהקרקע שלו כן נלענ"ד לדעת הרא"ה ז"ל). ובנדרים פ' השותפין דף מ"ז. בעי רמי ב"ח קונם פירו' כו' מהו בחליפין כו' ת"ש האומר לאשתו קונם שאני נהנה לך לוה ובע"ח באין ונפרעי' ממנו מ"ט בע"ח באין ונפרעין ממנו לאו משו' דחליפין לאו כגידילון דמי אמר רבא דלמא לכתחלה הוא דלא הא דיעבד עבד וכתב שם הר"ן מ"ט בע"ח באין ונפרעין כו' קס"ד כיון דבשעה שהיא לוה משתעבדי נכסי הבעל והרי היא כמחלפת נכסי הבעל בנכסים אחרים כו' ונראה דלהכי פשיט מהא ברייתי' ולא פשיט ממתני' דאומר לבנו קונם שאני נהנה לך כו' לוה ובע"ח באין ונפרעין

משום דאיהו לאו כמחליף דהא מצי קני נכסי אבל אשה שאין לה קנין בלא בעלה סליק אדעתי דהוי כמחלפת נכסי הבעל ממש עכ"ל ע"ש:
ואכתי קשי' דמי לא משכחת לה גם באשה שיבואו לה נכסים דרך ירושה דמצי בע"ח להפרע מהן ע"י מכירה בטובת הנאה או שיבואו לה דרך מתנה ע"מ שאין לבעלה רשות בהן והרשב"א שם בחידושיו כתב ליישב הסוגי' כשיטתו שם ע"ש ולפמ"ש בשם הרא"ה דאפי' יש לה נכסים לאשה אינה חייבת לשלם שהבעל נשתעבד בחוב האשה א"כ ה"ל כמחלפת ממש משא"כ במדיר לבנו שאם יש לבנו נכסים אחרי' מחויב לשלם לא הוי כמחליף ממש:
ובאשר"י פ' ב' דייני גזירות בהא דאמרו הממאנת אין לה מזונות בלותה ואכלה כתב וז"ל וכתב הרמ"ה ממה שחייב הבעל לשלם מה שלותה, אשתו קטנה שמעינין דקטן שלוה בקטנותו משיגדיל חייב לשלם דאי ס"ד דקטן שלוה פטור אמאי משלם דכל היכא דאיהי פטורה בעל נמי לא מיחייב עכ"ל משמע דס"ל דלותה ואכלה דגובה מהבעל אינו אלא משעבודא דר"נ וכדעת הרשב"א או כדעת הר"ן ומש"ה כל שהיא פטורה לא מיחייב הבעל מדר"נ:
אמנם לפמ"ש לדעת הרא"ה ז"ל דהבעל משתעבד בחוב האשה כמו באר מלתא דזבין נכסי ואחריות איתמי א"כ לומר דהיא פטורה ואעפ"כ הבעל חייב לשלם דהא איהו שליח דידי' הוי ואע"ג דאין שליחות לקטן היינו היכא דעשאו שליח אבל אשתו שלוחו ממילא היא בכח ב"ד שתוכל לשעבד נכסי הבעל לחיוב מזונות וכיון שנתנו לה ב"ד כח ללות למזונות ה"ל כאילו שיעבדו הב"ד נכסי הבעל למזונותיו לבע"ח ועוד לפמ"ש הרא"ש פ"ק דקידושין גבי אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קדושיך דקטן וקטנה נעשי' שלוחי' לטובתן ע"ש וא"כ ה"נ ה"ל קטנה שליחא דבעל לטובתה ונשתעבד הבעל בהלואה שלה ודו"ק.

ס"ק ט

מיחו אם מחלה. עיין ח"מ שהקשה דהא קי"ל בשעבודא דר"נ לא מהני מחילה כו' ואין לחלק בין חוב דעלמא למזונות האשה שהיא מדרבנן כו' ועוד איך כתב בפשיטות מחילה מהני הי' לו לחלק ולומר אע"ג דבעלמא מחילה לא מהני הכא שאני אלא ודאי כמו שפרשתי דברי המרדכי עיקר עכ"ל וע"ש:
ועיין בהגה"ת אשר"י פ' שור שנגח ד"וה דשעבודא דר"נ שייך נמי בנפקד ומסור דמפקינין מנפקד של המוסר ויהבינין לנמסר ורבינו שמחה חולק במוסר וע"ש. וביש"ש כתב טעמא דרבינו שמחה משום דמוסר חייב מדיני דגרמי מדרבנן וע"ש. מבואר מדבריו

דבחוב דרבנן לא שייך שיעבודא דר"נ והמרדכי שאינו מחלק בכך אפשר דס"ל כדעת א"ז דבחוב דרבנן נמי שייך שעבודא דר"נ:

(ולענ"ד יש לחלק דהגא"ש מיירי שהחוב הראשון הוא מדרבנן לכך ס"ל לרבינו שמחה דלא אמרי' בחוב דרבנן שיגבה מבע"ח של המוסר מדר"נ דלא מחמרינן בדרבנן כולי האי ויש קצת סמך לדבריו מהא דאמרי' פ' האשה שנפלה דף פ"ב לא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרי בכתובה אלא אי כר"מ אי כר"נ וע"ש בתו' ד"ה לא אשכחן שכתבו דהא דינתנו לכושל שבהן לית בי' משום דר"נ אלא משום גובייא וע"ש בשטה מקובצת מ"ש בשם תוס' דבכורו' דאפי' דר"נ לחודיה לא מוכח מהא דינתנו לכושל שבהן וע"ש וזה כדעת ר"ש דכתובה דרבנן משא"כ בנ"ד שהחוב הראשון הוא דאוריית' שהיא לותה מעות והחוב השני שיש לה אצל הבעל הוא דרבנן בהא מודה ר"ש דשייך בי' שעדר"נ ודוק) ובנדרים פ' השותפין דף מ"ז האומר לאשתו קונם את נהנית לי לוה ובע"ח באין ונפרעין ממנו משמע משום שעבוד דר"נ אע"ג דמזונות דרבנן ואפשר לומר דהתם כיון שיש לה אצל הבעל גובה ממנו הבע"ח בתורת גובייא כיון דשיעבודא דידה לא פקע אלא שנאסר עלי' מחמ' הנדר וכמו במדיר את בתו בחייו ובמותו דלוה ובע"ח באין ונפרעין אבל אם מחלה לבעלה תו לא מצי גבי אלא משום שעבוד דר"נ א"כ מצינו למימר דבחוב דרבנן לא שייך שעבוד דר"נ וכדעת רבינו שמחה:

איברא לפמ"ש בדעת הרא"ה דס"ל בלותה נשתעבד הבעל כמו בארמלתא דזבין נכסי ואחריות איתמי וכמ"ש בסק"ח א"כ אפי' לשיטת הפוסקים סימן פ"ו דהיכא דאית לי' נכסי לא הוי שעדר"נ הכא כיון שהבעל נשתעבד לבדו לא מהני מחילה דידה ולכן לדינא נלענ"ד כדברי הח"מ דלא מהני מחילה

ס"ק י

אין הבעל חייב לשלם וה"ז איבד מעותיו. כתב ב"ש ז"ל ועיין תוס' גיטין דף ס"ו והבאתי בסימן קמ"א ולכאור' דין זה תלי' בשני תירוצי' של תוס' לתי' א' שם אשר הר"ן מסכים נעש' שלוחו וחייב לשלם אלא לענין מדיר לא הוי שלוחו וכתב בעה"ת שער ס"ה האומר כל הזן אינו מפסיד ועמד אחד ופירנס אותה אבד מעותיו ומשום דהוא אינו שלוחו כדאי' פ' המדיר כשמדיר אותה יעמיד פרנס והיינו שיאמר כל הזן אינו מפסיד וע"כ לאו שלוחו הוא כן אם אמר לחנוני הרגיל אצלו פ' נדר הנאה ממני וא"י מה אעשה לו ונתן לו החנוני א"צ לשלם לו וביו"ד סימן רכ"א וסימן רל"ה אשתמיט להאחרונים דברי בעה"ת עכ"ל:

ומ"ש ב"ש ולכאורה דין זה תלוי כו' היינו הך דינא דבעה"ת שהביא אח"כ וטעות נפל בדפוס כי בתחלה הביא דברי הבעה"ת ואח"כ כתב עלה דלכאורה דין זה תלי' בשני תירוצי' של תו' כו' ובסימן קמ"א ס"ק כ"ז כתב וז"ל כל השומע קולי אז מיחד למי ששומע קולו הוא נעשה שלוחו. ואם אמר כל הרוצה לכתוב יכתוב כתבו תוס' כמ"ש דף ס"ו בתירוץ א' דלא מהני וכ"כ המרדכי והר"ן בשם הרמב"ן ובחד תירוצא כתבו תוס' דמהני אע"ג דאם מודר הנאה מחבירו מותר לומר כל הרוצה לתרום ולא חשיב שלוחו לענין הנאה שאני ולא חשיב כמהנה כיון דלא ציוה לו לעשות וכן הסכים הר"ן כו' ועל חילוק של תוס' הנ"ל קשה דהא ר"פ המדיר הקשה מהא דכל השומע קולי יכתוב גט דנעשה שלוחו ולמה במדיר יכול לומר כל הזן אינו מפסיד ולפי חילוק הנ"ל לא ק"מ דהא אע"פ שנעשה שלוחו לא הוי הנאה כיון שלא אמרו לו שיהי' שלוחו ונ"מ בין ב' התירוצ' עמ"ש בסימן ע' בשם בעה"ת עכ"ל. והנה מ"ש להקשות מהא דר"פ המדיר אינו קושי' כלל דהתם בתורם משל חבירו אינו מהנה משלו כלום אלא במה דעביד שליחותו הוא גופי' מקרי הנאה לזה כתבו תוס' דבאומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום אע"ג דהוי שלוחו ותרומתו תרומה מ"מ הנאה לא מקרי מה דעביד שליחותי' כיון שלא ציוה לו בפירוש אבל התם ר"פ המדיר דמפרנס את אשתו שמודרת ממנו הנאה ואי עביד שליחותו ה"ל כאילו פירנס המדיר בעצמו את אשתו שהרי שלוחו של אדם כמותו וזה ודאי איסור גמור הוא ושפיר מקשי בש"ס וז"ב. ומ"ש ב"ש ונ"מ בין ב' התירוצ' עמ"ש בסימן ע' בשם בעה"ת הנה לפי מ"ש אינו ענין כלל לדברי תוס' דהיכא דהוא נותן למודר הנאה של המשלח. א"כ כל מקום שנעשה שלוחו אע"ג דמאי דעביד שליחותו לא מקרי הנאה כיון שלא ציוה לו בפי' והיינו שאין להמשלח הנאה מן השליח בעשיית השליחות כיון שלא אמר לו בפירוש. והתם אין השליח מודר הנאה מן המשלח ולא אכפת לו כלל בהנאה דידהו אבל האשה היא המודרת הנאה מהבעל א"כ ודאי דאסורה ליהנות מבעלה ע"י שלוחו ומש"ה אי אפשר לה להתפרנס אלא בענין שלא יהי' שלוחו כלל אבל בהא דתורם דשליח הוא מודר הנאה מהמדיר והוא תורם משל חבירו ואינו מהנהו אלא במה שנעש' שליחותו בזה שפיר אמרי' אע"ג דעביד לי' שליחותו לא מקרי הנאה כיון שלא ציוה לו בפירוש:

ועתה נפרש כונת הב"ש במ"ש דתלי' בשני תירוצי' שבתוס' גיטין דף ס"ו והיינו דלתי' הראשון דאע"ג דהוי שליח אפ"ה מותר במדיר הנאה א"כ מצינו למימר באומר כל הזן אינו מפסיד נמי הוי שלוחו וחייב לשלם ואפ"ה מותר במדיר הנאה אבל לפי תי' השני של תו' לא הוי שליחות אלא השומע קולי משום דיחודי מיחד למי ששומע קולו ובאומר

כל הרוצה לתרום לא הוי שלוחו אסור גם במדיר הנאה א"כ לפי"ז גם באומר כל הזן אינו מפסיד לא הוי שלוחו כלל דאל"כ גם במדיר הי' אסור לומר כן וכיון דלא הוי שלוחו ממילא פטור מלשלם וכבר נחלקו בזה בפרישה ובט"ז ודעת הפריש' באומר כל הזן אינו מפסיד דחייב לשלם ואפ"ה מותר במדיר הנאה ודעת הט"ז דפטור ולפי מ"ש אינו ענין כלל לדברי התוס' פ' התקבל ומשום דאם הי' כל הזן אינו מפסיד בכלל שליחות ודאי הי' אסור במדיר הנא' כיון דנהנה המודר מן המדיר ע"י שלוחו שהוא כמותו אלא ודאי כל הזן אינו מפסיד אינו שלוחו כלל ובדעת הפרישה והט"ז כבר כתבנו מזה בסקצ"הח סימן קכ"ט ס"ק א' ע"ש (ועיין בלבוש וט"ז ביו"ד שם השיגו בטוב טעם על הפרישה דכל היכא דחייב לשלם ע"כ הוי שלוחי' והכריחו כן מן הש"ס וכל דבריהם חזקים וברורים וכן דעת כל הראשונים שכן כתב ב"ש בשם בעה"ת וכ"כ הרא"ש והר"ן בנדרי' דף מ"ג דאי הוי מדיר מיחייב לשלם משום שהוציא ממון על פיו הוי שלוחי' ואסור ליתן וכ"כ בש"מ כתובו' בשם הריטב"א שם פ' המדיר וז"ל ושמעינן מהכא דהנכנ' ערב לחבירו או המתחייב בשבילו בשום דבר שלא במאמרו אינו חייב לשלם לו כלום כו' וכ"כ הראב"ד ז"ל וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל עכ"ל וכ"כ עוד שם בשם הרא"ה וז"ל וכי אמר הכי לאו שליחותי' קא עביד לומר שיהא כאלו ממנה אותו בפירוש ויהא חייב לשל' לו והתנן מי שהי' מושלך כו' ומפרקינן דלא דמיין דהכא לא קאמר אלא כל הזן וכיון דכן אינו חייב לשלם לו מן הדין ואינו יכול להוציא ממנו מן הדין הרא"ה ז"ל עכ"ל מבואר מדברי כל הראשונים דעיקר היתר דכל הזן אינו אלא משום דלא נתחייב מן הדין גם ראייתו של הט"ז מן הש"ס מכרחת דמוכח התם דכל הזן פשיטא לי' לש"ס דמותר יותר מן האומר לחנוני פ' מדר הימנו הנאה וא"י מה אעשה לו ע"ש והתם פשיטא דא"צ לשלם לו מן הדין וכ"ע מודו בהא וא"כ מוכח דגם באומר כל הזן א"צ לשלם מן הדין ולכן נלע"ד עיקר כדעת הט"ז דהאומר כל הזן אינו מפסיד פטור מלשלם מדינא וכמ"ש כל הראשוני' אמנם בהא צדקו דברי הפרישה גבי מדיר את אשתו מליהנות לו ואמר כל הזן כו' דצריך לשלם אבל לא מטעמי' לומר שנתחייב מחמת דיבורו שהוציא זה ממון על פיו דא"כ הי' אסור לומר כן וכמ"ש בשם הראשונים אלא דהכא חייב לשלם מכח שעבודא דר"נ כיון שהבעל משועבד לה והיא חייבת לזה ולא מבעי' לדעת הרשב"א דס"ל דאפי' בפרנס סתם לאו משום פרעון אלא לשם הלוואה נותן לה וכמבואר בב"י לעיל פשיטא דיכול הפרנס לתבעו אלא אפי' לדעת החולקים דס"ל דפרנס סתם אבד מעותיו מודו הכא כיון שאמר כל הזן אינו מפסיד וזה עמד ופרנסה ודאי אדעתא שלא להפסיד מעותיו פרנסה וכמו שאמר הבעל בעצמו ובודאי לשם הלואה נתן לה וחוזר וגובה ממנו מדר"נ וכן לדעת

הרא"ה שהביא מר"ן לעיל פשיטא דלא גרע האי מפרנס שגילה הבעל דעתו שאינו רוצה בהפסדו משאר מלוה שחוזר וגובה ממנו כדאמרי' בנדרי' לוה בע"ח באין ונפרעין ע"ש אמנם זה שייך דוקא במדיר את אשתו שחייב לה מזונות בלא"ה ואם תלוה מעצמה חייב לשלם ולא אמרו יעמד פרנס אלא להקל עלי' שמא לא תמצא מי שילוה לה וע"ש בסוגי' דפ' המדיר אבל במדיר הנאה מחבירו שאינו חייב לו כלום נראה ברור שגם עתה אינו חייב לשלם מן הדין לזה שפירנסו שאם אתה אומר שנתחייב מכח דיבורו שאומר כל הזן אשתכח דשליחותי' קא עביד ואסור נמצא לפ"ז בסימן רכ"א הדין עם הט"ז ובסימן רל"ה הדין כדעת הפרישה והש"ך אבל לא מטעמייהו וכמ"ש וז"ב:

ועיין בש"ס ר"פ המדיר דפריך ופרנס לאו שליחותי' קא עביד ומשני רב הונא באומר כל הזן כו' ואיכא למידק מאי פריך בפשיטות הא קיי"ל דאין שליח לד"ע ולא הוה שלוחי' כלל ואין לומר דקי"ל כרבינא פ"ק דב"מ דהיכא דהשליח לאו בר חיובא הוי שליח והכא השליח לא אסר הנאתו עלי' ולא הוי ב"ח חדא דזה מקרי בר חיובא כיון ששייך לאותו איסור ולא דמי לכהן דאמר לישראל צא וקדש לי גרושה וכן איש דאמר לאשה אקפי לי קטן דאינהו לא שייכא בהאי איסורא כלל אבל הכא השליח שייך באיסור נדרי' אם הי' הוא המדיר:

ועוד דאכתי ק' היאך פריך בפשיטות כולי האי ועיין בש"מ שם שכתב דהמקשה מקשה בכח ע"ש דלמא אתי' כרב סמא דס"ל התם דכל היכא דא"ב עביד וא"ב לא עביד אין שליח לד"ע ויותר תמי' מתני' דנדרי' דף מ"ג המדיר הנאה מחבירו ואין לו מה יאכל כו' היו מהלכין בדרך נותן לאחר במתנה כו' וא"כ תקשי לרב סמא למה לי' כולי האי לימא לי' לחברי' דליתיב להאי ולא הוי שלוחי' דאין שלד"ע והנה הא פשיטא דאסור למדיר ליתן משלו לחבירו שיתן למודר דהא ממונא דידי' יהיב לי' ומהנהו ממש ואפי' לא יהא אותו אחר שליח אלא עושה מעשה קוף או אצטבא פשיטא דאסור אבל בכה"ג דידן שיאמר לו שיתן משלו והוא ישלם דאמרי' דאסור משום שליחות קשי' דהא אין שלד"ע:

וראיתי להגאון בט"ז יו"ד סימן ק"ס ס"ק י"א שעמד בזה והקשה כן על הא דמודר הנאה מחבירו וע"ש שהעלה דהא דאין שלד"ע היינו לענין עונש אבל איסורא מיהו איכא ומכח ראי' זו השיג שם על רמ"א שפסק כתשו' רש"י דמותר להלוות ברבית ע"י שליח וע"ש שהעלה לאיסור מהאי טעמא ולכאורה דבריו נכונים וכן מבואר להדי' בש"ס קידושין דף מ"ג דבדיני שמים חייב המשלח אפי' למ"ד אין שלד"ע ע"ש אמנם כל זה איננו שוה לי חדא דפשט לשון הש"ס משמע דשליחות גמורה הוא וחייב משום בל יחל ממש ועוד דפריך הכא מהא דכל השומע קולי יכתוב גט משמע דבעי למימר שיהי' שליח גמור:

ועוד נלע"ד דהא דמודר הנאה וכן בהא דרבית אי אמרי' אין שלד"ע אפי' בידי שמים לא יחייב ולא דמי כלל להא דקידושין דהתם בין שיהי' שלוחו או לא יהי' העבירה נעשית על ידו שנהרג הנפש או שנתבשל בשבת ע"י ישראל וכדומה בהא שפיר אמרי' דחייב בידי שמים כיון שעל פיו נשחטו קדשי' בחוץ או נהרג הנפש משא"כ הכא אי אמרי' אין שלד"ע לא יהי' שום איסור בדבר שהרי השליח לא אסר הנאתו על זה ואין כאן שום צד איסור ואדרבה הא חזינן דמהדרינין אהתירא שיוכל ליתן לו ולא יהנהו מידו לידו וכן בריבית כיון שאין זה שלוחו והוא לא הי' הלוה ונותן למלוה של איש אחר משל עצמו אין כאן צד איסור כלל ואפי' בידי שמים לא מיחייבי והחילוק זה נכון לענ"ד. אמנם לדעת החלושה והקלושה נראה דבודאי כל שאמר המדיר לשלוחו צא ותן לי למודר ואני אפרע לך עובר בבל יחל ולאו משום שליחות לחוד דהא אין שליח לד"ע אלא משום שהוציא זה ממון על פיו נתחייב מדין ערב לשלם לו הדמים שהוציא וכיון שנתחייב ע"י מעשה השליח בממון זה שנותן להמודר ה"ל כאלו הוא בעצמו עשה כן ועדיף משליחות לחוד דאנן לא ילפינן דאין שלד"ע אלא דומי' דשחוטי חוץ שאין השליח מוציא ממון על פיו ולא שייך בי' דין ערב משא"כ כשמוציא ממון על פיו דנכנס בדין ערב אז אפי' בדבר עבירה ה"ל שלוחו וכאלו עושה בעצמו:

וראיה לדברינו מהאי דכתבו תוס' ד"ה ופרנס וז"ל ול"ד להא דמסקינין ר"פ בתרא דע"ז ד' ס"ג אומר אדם לחנוני הרגיל אצלו חן פירות לחמרי ולפועלי ואינו חושש לא משום שביעית ולא משום יי"נ דהתם לא קאמר דליתב לי' איסורא כו' ע"ש מוכח דאי אמר לי' דליתב להו אסורא הי' חושש משום יי"נ והא התם מיירי בחנוני ופועלים נכרים ואין שליחות לנכרי אלא ע"כ לאו מטעם שליחות אתינן עלה אלא מדין ערב כדמסיק התם בש"ס דמדין ערב נגעו בה ע"ש א"כ ה"ה הכא כיון שאומר לזה פרנסה ואני אפרע לך וכמ"ש תוס' א"כ נתחייב לשלם מדין ערב א"כ ע"כ שלוחו הוא וכאילו הוא בעצמו נותן לה וכן בנודר הנאה מחבירו לא התירו אלא שיאמר לו א"י מה אעשה לו אבל לא שיאמר תן ואני אפרע לך דאז הי' חייב מדין ערב וה"ל כאלו עושה בעצמו אמנם בהלואה דריבית ע"י שליח אין השליח מוציא ממון בשעת הלואה ע"פ דבורו של הלוה שפיר אמרי' אין שלד"ע אך מ"ש בט"ז דמ"מ בשעת פרעון ה"ל רבית מאוחרת נראין דבריו נכוני' אם הלוה אומר לו תן ואני אפרע לך כיון שהוציא ממון על פיו וכ"ש אם נותן לו ממון דידי' ואומר לו שימסור להמלוה דודאי הוי רבית מאוחרת וכמ"ש לעיל וצ"ע כעת ומזה ג"כ ראי' לדברי הט"ז סימן רכ"א דבאומר כל הזן כו' א"צ לשלם מדינא דלא כפרישה דעיקר

איסור בשליחותו הוא משום דחייב לשלם דאל"כ אין שלד"ע וא"כ ע"כ דבאומר כל הזן א"צ לשלם מדינא ומש"ה מותר)

ס"ק יא

ואם אבי' עמד ופרנס בתו עם חתנו. בח"מ הביא מקור הדין מתה"ד וז"ל ולפ"ז בנ"ד אף אם נתחייב החתן לפרוע דמי מזונת שלו לא יתחייב לשלם מזונת אשתו ואפשר יש לסלק לסברת ר"ח ור"ת דמוקמי הא דפורע חובו דוקא במזונת אשתו כדאי' בהרא"ש פ' ב' דייני גזירות ע"ש עכ"ל התה"ד וע"ש בח"מ שמפרש דברי תה"ד במ"ש ואפשר לחלק דר"ל דפשיטא לדעת שאר הפוסקי' דס"ל דבכל פורע חוב איירי ה"ה הכא דפטור ממזונות אשתו אבל לדעת ר"ת דס"ל דבשאר חובות חייב לשלם רק במזונ' אשתו פטור שאם לא הי' מפרנסה היתה מצמצמת עצמה סברא זו שייכא דוק' היכא שמפרנס אותה לבדה אבל כשמפרנ' שניהם יחד והבעל לא אמר שתתפרנ' ממעשי ידי' ודאי רצונו הי' שתהי' כמוהו וכיון שמשלם בעד מזונותיו צריך לשלם גם בעד מזונותי' ולפי פי' זה ק' על מהר"פ כהן שפסק בח"מ בסימן קכ"ח כדעת ר"ת וממילא לפי פי' זה בתה"ד חייב לשלם גם עבור מזונות אשתו ובס"ס רמ"ו העתיק רמ"א ג"כ דין זה של תה"ד דאינו חייב לשלם מזונו' אשתו ולא הגי' עליו מוהר"פ כ"ק כלום עכ"ל הח"מ וע"ש:

אמנם לענ"ד נראין דברי הסמ"ע והוא דאע"ג דנימא דהיכא דמפרנס בתו עם חתנו דומה לשאר חוב ובשאר חוב דעת ר"ת דחייב לשלם מ"מ הכא לכ"ע פטור דבטור יו"ד סימן רכ"א הביא בשם ר"ת גבי מודר הנאה מחבירו וז"ל ויכול לזון אשתו ובניו כו' ופי' ר"ת דוקא כשזן אותם לפניו והוא במדינה דכיון שזן אותם בפניו ואינו אומר כלום דרך מתנה הוא ואינו חייב לפרוע כו' ע"ש והיינו משום דר"ת מפרש למתני' דזן את אשתו אפי' לרבנן דפליגי אחנן וכמבואר שם בטור וב"י ע"ש וכיון דאפי' לרבנן דס"ל דמזונות אשתו דומה לשאר חוב וחייב לפרוע ואפ"ה מודו כשזן אותם לפניו דפטור א"כ ה"ה לדידן דקי"ל כחנן במזונת אשתו אע"ג דבשאר חוב חייב לפרוע לדעת ר"ת והיכא דזן בתו וחתנו הוי כמו שאר חוב לסברת התה"ד מ"מ פטור כיון שזן אותה לפניו ולא אמר לו כלום דהא לרבנן כל מזונות אשתו דומה לשאר חוב וחייב לשלם ואפ"ה ס"ל לר"ת דכשזן אותה לפניו ואינו אומר לו כלום ודאי דרך מתנה נתן ופטור אפי' לרבנן וא"כ ה"ה הכא דנהי דהוי כמו שאר חוב לחנן מ"מ לא גרע לחנן מלרבנן כיון שזן אותה לפניו ואין לחלק ולומר דהכא כיון שמפרנס גם חתנו ואיהו חייב לשלם חייב במזונות אשתו דהא חזינן דלפוסקים בשאר חוב פטור גם בזן בתו עם חתנו פטור כמ"ש תה"ד בעצמו אלא לדעת ר"ת הוא דכתב תה"ד שיש לחלק לפי שמפרנסה עם חתנו כיון שאין הבעל אומר לה

שתתפרנס ממע"י אז הוא אפשר דומה לשאר חוב וכיון דלרבנן דס"ל דכל מזונות אשתו דומה לשאר חוב וחייב לשלם ולא אמרי' שהיתה יכולה לצמצם מע"י ואפ"ה מודו רבנן כשזן אותה לפניו אמרי' דרך מתנה נתן לה אע"ג דמזונות אשתו דומה לשאר חוב כ"ש לדידן דקי"ל כחנן דמזונות אשתו גרוע משאר חוב ואף אם נאמר כשזן בתו עם חתנו עדיף ודמי לשאר חוב מ"מ לא עדיף מלרבנן וא"כ לדינא נראין דברי הסמ"ע עיקר דאפי' במפרנס בתו עם חתנו פטור ממזונות' ואף שכתב בתה"ד שאפשר לחלק הנה לפמ"ש בטור סימן רכ"א בשם ר"ת מוכח דאין לחלק ופטור גם לדעת ר"ת ודו"ק ועיין בקצה"ח סימן רמ"ו סק"ה וסק"ו:

ס"ק יב

רק מזונות שלו כתב ב"ש והא דצריך לשלם מזונות שלו אע"ג דזן אותו בסתם כו' ועיין בח"מ סימן שס"ג שם פסק האומר דור עמי פטור מלשלם ובסימן רמ"ו פסק האומר אכול עמי חייב לשלם סותר לדין מ"ש בסימן שס"ג דפטור מלשלם וכ"כ הב"ח שם דהוי ספיקא דדינא ואין מוציאין מיד המוחזק עכ"ל ועמ"ש בספרי קצה"ח בסימן רמ"ו סק"ה וסימן שס"ג בק"ח:

סעיף ט

ס"ק יג

הבעל שאמר לאשתו בשעה שהלך טלי מעשה ידיך למזונותיך ושתקה בח"מ כתב דאם מחתה ואמרה איני רוצה ובאין מספיקין מע"י למזונותי' רשאה למחות עכ"ל ולכאורה משמע דשתקה מהני משום דמחלה למזונות ובאמת יש לדקדק בזה דזה הסעיף הוא לשון הרמב"ם ז"ל ודעת הרמב"ם דבדבר שאין לו קצבה לא מהני מחילה כמ"ש הטור בח"מ סימן רל"ב בשמו גבי אונאה כשם שאינו מחייב עצמו בדבר שאין לו קצבה כך לא מצי מחיל דבר שאין לו קצבה וע"ש וא"כ שתיקה זו מאי מהני ונראה דכיון דיכולה אשה שתאמר איני ניזונת וא"ע ואינה יכולה לחזור בה לדעת הרמ"ה הובא בר"ן פ' אע"פ וכרמ"א לעיל סימן ס"ט בהגהה א"כ ה"נ כששתקה ה"ל כאומרת איני ניזונת וא"ע ונתרצית בכך שתוצא מע"י במזונותי' וא"כ לאו משום מחילה אתינן עלה אלא משום אי אפשי בתקנת חכמים דיכולה אשה שתאמר אינו ניזונות וא"ע וכל ששתקה ונתרצית בכך שוב אינה יכולה לחזור:

סעיף י

ס"ק יד

ובא הבעל ואמר הנחתי לך מזונות בסוגיא שם ואם בא הבעל ואמר פסקתי לך מזונות נאמן פירש"י הבעל בשבועה ומחזרת מה שפסקו לה הב"ד ובתוס' כתבו דנאמן היינו להצריכה שבועה ובשבועה תגבה מה שלותה ואכלה דאל"ה לא תמצא מי שילוה לה שיראים להפסיד אבל עכשיו שהיא נשבעת אין יראים כלום שסומכים עלי' שתשבע ע"ש:

ובחידושי פני יושוע תמה על זה דמאי סברא היא זו דאם הם סוברים שהיא אומרת אמת מהיכי תיתי יחושו שהבעל ישבע לשקר ואם יראים שהבעל אומר אמת א"כ עכשיו יש להם לחוש יותר שאם יבא הבעל לא תרצה האשה לישבע לשקר עכ"ל ע"ש ואינו קושי' לענ"ד כיון דהיא נאמנת בשבועה א"כ גם אם לא תרצה לישבע אין המלוה מפסיד וגובה מבעל משום שיעבודא דר"נ דבשעבדר"נ אע"ג דאין הלוה הראשון רוצה לישבע ללוה שני גובה המלוה הראשון משום שעדר"נ וכמו שהעלה בש"ך ח"מ סימן מ"ז סק"ד דדוקא במוכר שט"ח כשאין המלוה רוצה לישבע מפסיד הלוקח דכל שאינו רוצה לישבע הוי כמודה דפרוע ונאמן במגו דאי בעי מחול אבל בשעדר"נ דליתי' במחילה א"כ אפי' מודה לא מהני א"כ כ"ש כשאינו רוצה לישבע ע"ש וה"נ כיון דדינא דאשה שיש לה מזונות בשבועה ה"ל כמו שטר וכשאינו רוצה לישבע יגבה המלוה מן הבעל בלא שבועה משא"כ לדעת רש"י דנאמן הבעל בשבועה ודאי יראים מלהפסיד עפ"י שבועת הבעל ומ"ש התו' אבל עכשיו שהיא נשבעת אין יראי' שסומכין שתשבע לאו דוקא שתשבע אלא כיון דנאמנת בשבועה אפי' תאמר בפי' כדברי הבעל אין חוששין לדברי' ודו"ק:

ובטור כתב ז"ל ורש"י פי' שנאמן בשבועתו אפי' להוציא מידה מה שפסקו לה כ"ש שלא יפרע מה שלותה והרמב"ם חלק בדבר וכתב אם פסקו לה ב"ד ומכרו ונתנו לה או שמכרה היא בעצמה נאמן להשביעה בנק"ח ואם לותה נאמן הוא בשבועת היסת ונשאר החוב עלי' כו' וא"א הסכים לדעת רש"י דכיון שהוא מוחזק וטוען ברי לי אין מוציאין מידו וכן נראה דעת רב אלפס בתשו' ששאלוהו באשה שהלך בעלה למדה"י ושיגר לה בעלה מזונות כו' ואם האשה אינה מודה בחשבון ששגר לה בעלה ישבע שבועת היסת ויפטר עכ"ל ולפענ"ד מדברי האלפסי אינו מוכיח אלא שחולק על שיטת התוס' דלשיטתם אפי' בלותה נאמנת בשבועה ומדברי רב אלפס מוכח דהבעל נאמן בשבועת היסת לפטור אבל לשיטת הרמב"ם אין מזה סתירה דהא גם לדעת הרמב"ם בלותה נאמן הוא בהיסת ונפטר ולכן לא יכולתי לעמוד על דברי הטור במ"ש וא"א הסכים לדעת

רש"י כו' וכן יראה דעת רב אלפס. ולפנינו לא מוכח מדברי רב אלפס אלא לאפוקי מדעת התוס' ושפיר מצי סבר כדעת הרמב"ם דמודה בלותה שנאמן בהיסת:

והנה ז"ל הרא"ש פ' שני דייני גזירות ואם בא בעלה ואמר פסקתי לה מזונות נאמן פירש"י נאמן אף להוציא מידה מה שנתנו לה ב"ד ובשבועה כו' ולא נהירא דא"כ לא תמצא לעולם מי שילוה לה הלכך נראה לפרש דנאמן להצריכה שבועה וקאי אחנן כו' ולא נהירא האי פירושא דמלתא דפשיטא היא מאחר שהוא מוחזק וטוען ברי שתהא צריכה שבועה ומאי קמ"ל ועוד לישנא דנאמן לא משמע הכי ועוד מאחר שהוא מוחזק וטוען ברי למה מוציאין ממנו ממון וכי משום תקנתא דידה שתמצא שילוה לה נוצי' ממון מחזקתו הלכך נראה כפירש"י וכן פי' רב אלפס ז"ל נאמן ובשבועה עכ"ל ולענ"ד נראה דהרא"ש לא השיג אלא על פי' תוס' דפירשו לישנא דנאמן להצריכה שבועה וקאי אחנן והשיג דלישנא דנאמן לא משמע הכי ועוד כיון דהוא מוחזק דהיינו בלותה ובא מלוה לגבות למה נוציא ממנו משום תקנתא דידה לזה כתב הלכך נראה כפירש"י והיינו דנאמן קאי על הבעל ולא קאי אחנן לחוד אלא גם לבני כה"ג ומשום שהוא מוחזק ולזה כתב וכן פי' רב אלפס נאמן ובשבועה והיינו כשהוא מוחזק וכגון בלותה שבא מלוה לגבות אז הבעל נאמן אבל אם מכרה או הב"ד הגבו' בזה אין הבעל נאמן להוציא מידה כיון שאין לנו שום הוכחה מדברי רב אלפס שיהי' הבעל נאמן להוציא מידה וכמ"ש וכן נראה מדברי הרה"מ דהרי"ף סובר כהרמב"ם ע"ש פ"ב מאישות וז"ל וכתב רבינו שהיא נשבעת בנק"ח כשמכרה קרקע ונראה שהוא מפרש למה שאמרו במשנה תשבע בסוף ולא תשבע בתחלה כלומר תשבע בסוף כשיבא הבעל ויטעון דבר כנגדה כמו שנתבאר למעלה והברייתא שאמרה ואם אמר הבעל פסקתי לה מזונות נאמן הוא בשלותה ולא מכרו לה ולא מכרה היא אלא שלותה וה"ל כתובעת ולכך הוא נאמן ובשבועה וכנזכר בהלכות ופי' שבועות היסת כדין כופר הכל עכ"ל. הרי דמפרש דברי רב אלפס נאמן בשבועה היינו בלותה וא"כ אין כאן מחלוקת בין הרי"ף והרמב"ם ולכן נראה דגם הרא"ש לא אמר אלא בלותה דהוא מוחזק ומשום תקנתא דידה לא מפקינין ממונא אלא דבפסקי הרא"ש כתב הטור בפי' דמחזרת מה שמכרו לה ע"ש וקשה לי טובא כיון דלא מוכח מדברי הרי"ף אלא בלותה כמו שמפרש הרמב"ם וביותר תמי' מ"ש הטור וכן יראה דעת רב אלפס בתשו' כו' והא בתשו' מיירי בלותה ובהא גם הרמב"ם מודה ומאין לנו לומר שהרי"ף חולק על הרמב"ם ויותר מסתבר להשוותן כמ"ש הרה"מ וצ"ע:

ס"ק טו

והיא אומרת לא הנחת אלא לוותי מזה ונתפרנסתי נשבע שבועות היסת שהניח לה ונפטר והוא לשון הרמב"ם פי"ב מה' אשות. וקשה טובא בהא דאמרו בסוגיא שם ת"ש כיצד אמרו הממאנת אין לה מזונות כו' אלא כגון שהלך בעלה למדה"י ולותה ואכלה ועמדה ומיאנה טעמא דמיאנה הא לא מיאנה יהבינון לה ע"ש ולדברי הרמב"ם גם לרב נאמן הבעל לומר הנחתי לה מזונות בלותה ואכלה א"כ ממ"נ אם אין הבעל מודה גם לרב תקשה ואם הבעל מודה שלא הניח לה מזונות לשמואל נמי יהבינן לה:

והנראה לע"ד בזה לפמ"ש לעיל בישוב קושית הרמ"ה לדעת הסוברים דקטן שלוה פטור מלשלם כשיגדיל א"כ אמאי חייב הבעל בקטנה כיון דאיהי לא מחייבא ליכא שעדר"נ וכתבנו משום דאשה שליחא דבעלה היא וכמו ארמלתא דזבין נכסי ואחריות איתמי וכמ"ש הר"ן בשם הרא"ה במשנתינו מי שהלך למהד"י ועמד א' ופרנס כו' וז"ל וכתב הרא"ה דעיקר חיובו של המלוה הבעל הוא שכך תיקנו חכמים שתהא האשה כשליח הבעל ללות עליו דומי' דאלמנה שיפה כחה שתהא מוכרת שלא בב"ד ויהא אחריות על היתומים אף באשת איש תיקנו שתוכל ללות על הבעל ע"ש וכבר כתבנו מזה באריכות לעיל סק"ח ועיין מ"ש לעיל סק"ב בשם הר"ן והריטב"א בהא דמודה שמואל בשמעו בו שמת משום דנכסי בחזקת אלמנה קיימי למזונות וקשי' לן בגוה כיון דעיקר טעמא דנכסי בחזקת אלמנה הוא משום דמוכרת שלא בב"ד וכיון דפסק הרמב"ם דגם בחיי בעלה מוכרת שלא בב"ד א"כ גם בחיי בעלה נכסי בחזקתה קיימי וניחא לן דהיינו דוקא למאי דקיי"ל כרב דפוסקין מזונת לא"א כמו בשמעו בו שמת ומה"ט הוא דאמרי' דהיא מוחזקת בנכסים ולכך מוכרת שלא בב"ד אבל שמואל דס"ל אין פוסקין מזונות אלא בשמעו בו שמת ע"כ ס"ל דבחיי הבעל אין הנכסים בחזקתה ועיין לעיל וא"כ לשמואל אינה יכולה למכור שלא בב"ד בחיי בעלה דהא בהא תלי' אם יכול למכור שלא בב"ד היו הנכסים בחזקתה למזונות וכמ"ש סק"ב ע"ש וא"כ לרב דס"ל פוסקין מזונות לא"א משום דנכסי בחזקתה למזונות אפי' בחיי הבעל וס"ל נמי דיכולה למכור שלא בב"ד וה"ה דיכולה לשעבד נכסי בעלה בעצמה שלא בב"ד ובתר הכין כי אחי בעל וטעין הנחתי לה מזונות ישבע ויפטר אבל לשמואל דס"ל אין פוסקין מזונות משום צררי וס"ל דוקא שמעו בו שמת פוסקין דהוה נכסים בחזקת' ויכולה למכור שלא בב"ד אבל בחיי בעל' אין לה רשות למכור שלא בב"ד וממילא לא הויא מוחזקת בנכסי וכל שאינה יכולה למכור שלא בב"ד ה"ה דאין כח בידה לשעבד נכסי בעלה שלא בב"ד וא"כ ע"כ הך דממאנת לשמואל מיירי בלותה עפ"י ב"ד וכיון דס"ל לשמואל אין פוסקים א"כ שפיר

פריך האיך פסקו לה הב"ד בהך דממאנת כיון דס"ל דאין פוסקין מזונות לא"א. אבל לרב שפיר משכחת לה שבעצמה בלא ב"ד לותה ואכלה כיון דלדידי' יכולה למכור בלא רשות ב"ד ה"ה דיכולה לשעבד נכסי בעל בלא רשות ב"ד אפי' בחיי בעלה ולכך כשלא מיאנה צריך לשלם כשמודה שלא הניח לה מזונות אבל לשמואל קשי' אפי' כשמודה שלא הניח לה במאי משתעבד דשעדר"נ לא שייך בקטנה וכמ"ש דאיהו לא מיחייבא וכדעת רבינו יונה שם ברא"ש ואין לומר דנעשית שלוחו דזה לא שייך אלא כשלוה ברשות ב"ד עשאו' חז"ל כשליח הבעל אבל בלא רשות ב"ד אין לה כח לשעבד נכסי הבעל כמ"ש לשמואל דס"ל נכסים לאו בחזקתה בחיי הבעל א"כ אפי' מודה שלא הניח לה לא מחייב בקטנה ומשני לשמואל דקטנה לאו בת צררי ולא ספקה ולכך יש רשות לב"ד לפסוק לה מזונות וע"פ ב"ד לותה ויש לה כח לשעבד נכסי הבעל ולכך משלם כשמודה שלא הניח לה כשלא מיאנה ודוק:

ובמרדכי פ' שני דייני גזירות כתב ז"ל וכתב בס' המצות נוהגין להצריך שתלוה בפני ב"ד אבל במיימוני פי"ב מה' אישות לא משמע הכי עכ"ל ונראה טעם של ס' המצות דס"ל כדעת הר"ן דס"ל דבחיי הבעל אינה יכולה למכור שלא בב"ד ע"ש:

וס"ל נמי כשיטת הרא"ה שהבעל נשתעבד בהלואה שלה שעשאוה חז"ל כשליח הבעל וכל שאינה יכולה למכור בלא ב"ד כך אינה יכולה לשעבד נכסי הבעל בלא רשות ב"ד ולכך הצריך שתהא ההלואה בב"ד והרמב"ם לשיטתו אזיל דס"ל דמוכרח שלא בב"ד אפילו בחיי בעלה ולכך יכולה לשעבד נכסים ג"כ בלא ב"ד ודוק:

ס"ק טז

טען ואמר הי' לה להוציא מעשה ידיה במזונותיה. בח"מ כתב ז"ל זה הוא דעת הרא"ש כו' אבל המ"מ כתב שנראה מדברי הרמב"ם שאפילו בלותה בלא ב"ד אין מחשבין על מעשי ידיה אלא פורע הקפות כו' ומהתימא על הרב מהרמ"א שכאן העתיק דברי הרא"ש כאלו אין חולק עליו והנך רואה שאין דבריו מוסכמים עכ"ל ועי"ש ועיין ב"ש סקט"ז והנראה לענ"ד דיפה כיון מהרמ"א. וזה דגם לדעת הרמב"ם הא דאין מחשבין על מע"י ואם לא מצא הבעל הפסיד היינו דוקא במכרה מנכסיו או שמכרו הב"ד או שלותה ואכלה אבל אם מכרה מנכסי מלוג שלה ותובעת מה שהוציאה למזונותי' גם לדעת הרמב"ם מחשבין על מעשי ידי' וכמבואר בר"ן בסוגי' וז"ל אבל מדברי הרמב"ם ז"ל בפ' הנזכר נראה שאפי' לותה ואכלה אין הבעל מחשב על מע"י אלא אם עשתה יטול ואם לא עשתה הפסיד ולפי' זה הך ברייתא דמי שהלך למדה"י ואשתו תובעת מזונות ואמר לה צאי מע"י במזונותיך רשאי ואי קדמו ב"ד ופסקו לה מה שפסקו פסקו לאו בלותה

עסקינן אלא באשה שתובעת מזונות שהוציאה מנכסים שמכרה ואמר איני משלם כלים אלא מה שעשית יהא למזונותיך רשאי שכיון שנתפרנסה בלא הלואה אין לה עליו כלום עכ"ל וע"ש ועיין בחי' הרשב"א הרי דלא הפסיד הבעל מעשה ידי' שלא עשתה כל שהיא תובעות ממנו והטעם הוא משום דכשמכרה מנכסי הבעל כבר זכה הלוקח בנכסים ומאי אכפת לי' אם היא לא עשתה מע"י וכן אם לותה ס"ל להרמב"ם דהפסיד הבעל ומשום דכבר זכה המלוה בשעבוד נכסים של הבעל שנשתעבד ע"י אשתו דהוי' כשלוחו וכמ"ש בסק"ח וט"ו אמנם הרמ"א ס"ל דאין כח ביד האשה לשעבד נכסי הבעל אלא ס"ל טעמא דלותה גובה מן הבעל משום שעבודא דר"נ וכדעת רש"י והר"ן ומה"ט פסק סעיף ח' שאם מחלה לבעלה אינו גובה ממנה ע"ש וכיון דאין בידה לשעבד נכסי בעלה למלוה אלא דמלוה גבי משעדר"נ ומשום דהאשה חייבת לו והבעל חייב לאשה משום מזונות א"כ כיון דכשמוכרת נ"מ שלה אינה יכולה לגבות מן הבעל שמחשבין לה מע"י ה"ה בלותה כשבאה האשה מצד חוב שלה מחשב עמה על מע"י אבל הרמב"ם דס"ל שהאשה משעבדת נכסי הבעל כמו ארמלתא דזבין נכסי ואחריות איתמי וכמו שביארנו לעיל א"כ כבר זכה המלוה בשיעבוד נכסי הבעל ותו לא מחשב מע"י ואם לא עשתה הפסיד דהוי כמוכרת מנכסיו ואתי שפיר דברי' הרמ"א דלעיל בסעיף ה' מיירי במכרו למזונותי' מש"ה הפסיד מע"י כיון דכבר זכה לוקח בנכסי ולכך סתם כדעת הרמב"ם אבל כאן דאיירי בלותה והרמ"א ס"ל דלותה אינו אלא משעדר"נ והאשה באה לתבוע מבעלה במה שלותה דה"ל כמכרה מנכסי עצמה בזה מודה הרמב"ם דמחשבין על מע"י וכמ"ש והרמב"ם דס"ל דגם בלותה אין מחשבין על מע"י משום דס"ל גבי לותה לאו משום שעדר"נ אתינון עלה אלא משום דהוי' כשלוחו וכשיטת הרא"ה שכתבנו לעיל סק"ח וכבר זכה המלוה בשעבוד נכסי הבעל ואין לו דבר עם האשה והוי כמוכרת מנכסיו דאין מחשבין על מע"י ואם לא עשתה הפסיד הבעל וזה נכון ודוק היטב. (ולענ"ד נראה בטעם הדבר לפמ"ש מאר"ן ז"ל לעיל סק"ג ליישב קושית ס' כתובה במה שלא נתחייבה שבת לבעלה כמו חובו בא"א וזה לפי שלא עשתה מעשה בידים וכמו שפסקו טוש"ע ח"מ סימן ת"ך סעיף א' שאם הי' בחדר וסגר עליו הדלת פטור מדיני אדם ע"ש ומבואר דמ"מ חייבת לצאת י"ש דה"ל גרמא בנזקין לזה מבואר דלדעת הרמב"ם דלותה נעשית שלוחו א"כ אין לו משלם כלום וחייב לשלם למלוה כמ"ש מאר"ן משא"כ מכרה נ"מ שלה אמרי' מסתמא רוצה לצי"ש לכך אינה יכולה שוב לתבוע ממנו לפ"ז לדעת מהרמ"א דלותה הוי שעבודא דר"נ וה"ל כאילו הלותה היא לבעלה אמרי' שדעתה הי' לצי"ש שהרי היא לותה לעצמה ולא נתחייב הבעל כלל ודוק:)

סימן עא

סעיף א

ס"ק א

חייב אדם לזון בניו ובנותיו עד שיהיו בני שש. בפ' נערה דף מ"ט אמר ר' אלעא א"ר שמעון בן לקיש משום ר' יודא בר חנינא באושא התקינו שיהא אדם זן בניו ובנותי' כשהן קטנים איבעי' להו הלכתא כותי' או אין הלכתא כותי' ת"ש כי הוי אתי לקמי' דרב יהודא אמר להו יארוד ילדה כו' ולא אמרן אלא דלא אמיד אבל אי אמיד כייפינן וע"ש והא דלית הלכתא כותי' היינו בקטנים משש שנים עד שיבואו ב' שערות אבל בקטני קטנים עד שש שנים חייב אונן כדאיתא פ' אעפ"י דף ס"ה דרש ר' עולא רבא אפיתחא דבי נשיאה אע"פ שאמרו אין אדם זן בניו ובנותיו הקטנים אבל זן אותם קטני קטנים וכמה עד בני שש דאמר רב אסי קטן בן שש יוצא בעירוב אמו ממאי מדקתני היתה מינקת פוחתין לה ממעשי ידי' ומוסיפין על מזונותי' ע"כ וע"ש וכתב הר"ן ס"פ אע"פ ז"ל יפה לחלב אלמא משום בן חייב לטפויי לה מזונות ומתוך לשונות הללו נראה לי דכי אמרינן דזן אותם קטני קטנים דוקא כשאמן קיימת ומדין מזונות אמן נגעו בה שכיון שהן נגררין אחרי' אי אפשר לה להעמיד עצמה שלא חזון אותם אבל כשאין אמן קיימת אינו חייב במזונותיהן כו' אבל לא ראיתי לראשונים ז"ל שאמרו כן עכ"ל:

ובמשנה למלך פי"ב מאישות כתב עלה ז"ל ומדברי הרא"ש והרמב"ם שהביא מר"ן הב"י ס"ס ע"א בדין הבא על הפנוי' שאם מודה שהוא בנו שהוא חייב לזונו מוכח דפליגי עלי' דהר"ן וס"ל דמזונות בניו לאו מדין אמם נגעו בה כו' והרה"מ שם כתב ז"ל ומדברי רבינו שכתב כשם שאדם חייב במזונות אשתו כך הוא חייב במזונות בניו ובנותיו הקטנים עד שיהיו בני שש שנים משמע דס"ל כהר"ן דמזונות בניו מדין מזונות אמן נגעו בה דאל"כ למאי הלכתא אקשינהו לימא חייב אדם לזון את בניו עכ"ל:

אמנם לענ"ד נראה מדברי הרי"ף והרמב"ם דלא ס"ל כהר"ן דס"פ נערה כתב הרי"ף וז"ל בת יבמה ובת שני' ובת ארוסה ובת אנוסה כולן עלו בתיקו הלכך לית להו דכל תיקו דממונא חומרא לתובע וקולא לנתבע והני מילי לאחר מיתה אבל בחיי אביהן חייב לזונן עד שש שנים כדכתבינן לעיל עכ"ל ומבואר דאפי' בת שניה ובת אנוסה דלית לה לאמה מזונות אפ"ה חייב לזון הבן עד שש שנים ואפי' את"ל בבת ארוסה שהגיע זמן ולא נשאה בת שניה מאי איכא למימר כיון דשני' אין לה מזונות א"כ ע"כ מוכח דלאו מדין מזונות אמן נגעו בה וכן כתב הרמב"ם פי"ט מאישות וז"ל בת היבמה ובת השני' ובת הארוסה ובת האנוסה אין להם מזונות אחר מיתת אביהן בתנאי זה אבל בחיי אביהן

הוא חייב במזונותיהן כדין שאר הבנים והבנות בחיי אביהן עכ"ל והרי מבואר דאפי' בת שני' דאין לאמן מזונות אפ"ה בחיי אביהן חייב לזון אותם וזו ראי' ברורה דהרי"ף והרמב"ם ס"ל דלאו מדין אמן נגעו בה ולכן נראה היקשא דהרמב"ם שכתב כשם שחייב במזונות אשתו היינו דלא נימא דמדין צדקה חייב לזון בניו ובנותיו הקטנים ואי אית להו נכסי לדידהו לא יהי' חייב לזון אותם קמ"ל כשם שחייב במזונות אשתו ואפי' אית להו נכסי לדידהו וכמ"ש הרא"ש פ' נערה ז"ל ואפילו יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי אמם פסק רבינו מאיר דחייב לזונה כיון דתקנת חכמים היא זכו במזונותיהם אפי' יש להם להתפרנס משלהם דומי' דמזונות האשה דקתני ומוסיפין לה על מזונותיה בשביל הקטן אלמא דין אחד להם עכ"ל והיינו היקשא דהרמב"ם ובש"ע דלא כתב הך היקשא דהרמב"ם משום דכתב האי דינא להדיא אפי' יש להם נכסים שנפלו להם תו לא צריך הך היקשא:

ס"ק ב

ער שיהיו בני שש. עיין בטוש"ע א"ח סימן תי"ד לענין קטן שיוצא בעירוב אמו ובסימן תר"מ כתב בש"ע קטן שאינו צריך לאמו שהוא כבן חמש כבן שש חייב בסוכה מדברי סופרים ע"ש והיינו כל חד לפום חורפי' וכ"כ במג"א סימן תי"ד דאם הוא חריף ואינו צריך לאמו אפי' בן חמש אינו יוצא בעירוב אמו ע"ש. ונראה לענ"ד לפ"ז ה"ה למזונות אם הוא חריף ואינו צריך לאמו אינו חייב במזונותיו אפי' בן חמש ולא מיבעי' לדעת הר"ן דמדין מזונות אמו נגעו בה א"כ כל שהוא חריף וא"צ לאמו תו לא מיחייב במזונותיו אלא אפי' לפמ"ש בס"ק א' דלאו משום מזונות אמו נגעו בה ואפי' מתה אמו חייב לזונו מ"מ כיון דבש"ס ס"פ אע"פ אמרו עד כמה עד בן שש דאמר רב אסי קטן בן שש יוצא בעירוב אמו א"כ מבואר דעיקר מה שנקראו קטני קטנים הוא משום דיוצא בעירוב וכל שאינו יוצא בעירוב אמו לא מקרי קטני קטנים ואינו חייב במזונותיו כן נלענ"ד ודוק ועיין בא"ח סימן תר"מ ובט"ז שם:

ס"ק ג

אפילו יש להם נכסים. כתב בתשו' מהר"ם לובלין סימן ע"ט דהיינו דוקא בחיי האב אבל לאחר מותו לא וע"ש שתמה בדברי הטור סימן קי"ב שכתב אבל בחייו חייב לזון מתקנת אושא דבפ' נערה משמע דתקנת אושא היא ביתר משש דקאמר אמר ר' אלעא באושא התקינו שיהא אדם זן בניו ובנותיו ועלה בעי התם הלכתא כותי' או אין הלכתא כותי' אבל עד שש שנים חייב לזונן לכולי עלמא והיינו ההוא דסוף פרק אע"פ כו' אם לא נאמר דהטור ס"ל דתקנת עד שש היא ג"כ תקנת אושא ותרי תקנות הוו באושא מתחלה תקנו עד שש ולאח"כ תקנו ג"כ לאחר שש ועל אחר שש איבעי' לי' בגמ' אי הלכתא

כותי' אבל עד שש לכ"ע הוי הלכתא וכמדומה לי שבהגהת מיימון אי' כלשון הטור עכ"ל ע"ש ובאמת דברי הגהת מיימוני תמוהים ביותר ע"ש פי"ב על מ"ש הרמב"ם חייב במזונות בניו ובנותיו הקטנים עד שיהיו בני שש שני' כתב עלה בהגה"מ ז"ל באושא התקינו שיהא אדם זן בניו ובנותיו הקטנים ע"ש ופירש"י עד שיביאו שתי שערות עכ"ל. ולא ידענא למאי הביא הך תקנת אושא עד שיביא ב' שערות כיון דמסקינן בגמרא דלית הלכתא כותי' ע"ש פ' נערה:

ובהרמ"ג מצאתי שכתב כלשון הטור ע"ש פי"ט מאישות ז"ל אבל בת היבמה ובת השני' כו' וה"מ לאחר מיתה אבל בחיי אביהן חייב לזונן בתקנת אישא עדי ששה שנים עכ"ל: ונראה לפמ"ש בשיטה מקובצת פ' נערה בהא דבעי הלכתא כותי' וז"ל כלומר יש לסמוך על דברי ר' אלעא שכך התקינו. רש"י ז"ל במהודרא קמא עכ"ל. והיינו דהא דבעי הלכתא כותי' לאו אתקנת אושא בעי לה דודאי הלכתא כתקנת אושא אלא איבעי' אי הלכתא כר' אלעא שכן התקינו באושא ואסקי' דלית הלכתא כר' אלעא ולא התקינו באושא אלא בקטני קטנים עד בני שש:

ס"ק ד

מוציאין ממנו בע"כ משום צדקה. בפ' נערה דף מ"ט אבל אי אמיד כייפינן לי' בע"כ כי הא דרבא כפי' לרב נתן בר אמי ואפיק מיני' ד' מאות זוזי לצדקה ובתוס' הקשו היאך כפה אותו בשביל צדקה והכתיב מתן שכרם בצדה דכתיב למען יברכך ואמרי' פ' כל הבשר דף ק"י כל מצות עשה שמתן שכרה בצדה אין ב"ד של מטה מוזהרין עלי' ותירצו דכפיי' בדברים אי נמי קצבו ביניהן בני העיר לתת כך וכך לחדש הלכך אכפי לי' כדאמרי' פ"ק דב"ב רשאין בני העיר להסיע על קיצותן ועוד בצדקה איכא ב' לאוין לא תאמץ ולא תקפוץ עכ"ל וע"ש. ושני תירוצים הראשונים אינם עולים לפי סוגית הש"ס דאי בדברים אפילו לא אמיד נמי כייפינן לי' בדברים וכדאיתא שם כפו לי' אסותא עורבא בעי כו' גם מ"ש דמיירי בקצבו ביניהן אם כן היאך כופין לבניו וע"ש בר"ן:

ובמרדכי פ"ק דב"ב כתב דאע"ג דאין ב"ד נענשין אם לא יכופו היכא שמתן שכרה בצדה מ"מ אם ירצו לכוף הרשות בידם ע"ש וגם בזה קשה לי דנהי דרבא דכפייא לר' נתן משום שהי' רוצה לכופו הי' רשות בידו אבל בגמ' דינא קתני אי אמיד כייפינן לי' כי הא דרבא כו' ומשמע דדינא קאמר ואם אין חיוב על הב"ד לכוף היאך קאמר כופין אותו ונראה כיון דאפי' לא אמיד נמי כופין אותו בדברים כדאמרי' עורבא בעי בני כו' ואע"ג דאין בו משום מצות צדקה כיון דאינו אמיד א"כ באמיד מעלין מעלה אחת וכופין אותו ומצוה על הב"ד לכוף אותו ולאו משום מצות צדקה לחוד דכיון שמתן שכרם בצדה הרשות ביד

הב"ד שלא לכוף אלא דהכא לגבי בניו דחמירא דבלא אמיד נמי כייפינן בדברים באמיד כופין אותו ממש דהרי בלא"ה הרשות ביד הבית דין לכוף והכא דינא ועצה טובה קמ"ל שיכופו אותו משום דעורבא בעי בני ודוק:

ובזה יתישבו דברי הש"ע שכתב מוציאין ממנו בע"כ משום צדקה וזנין אותם עד שיגדלו והקשה בדרישה הא אפי' אחר שיגדלו חייב לזון אותם בתורת צדקה ועיין ב"ש סק"ג ולפמ"ש ניחא דאחר שיגדלו הרשות ביד הב"ד שלא לכוף כיון שמתן שכרה בצדה אבל עד שיגדלו מצוה על הב"ד לכוף אע"ג דמתן שכרה בצדה משום דעורבי בעי בני כי היכי דכייפינן בדברים למאן דלא אמיד שהרי הרשות ביד ב"ד לכוף על צדקה דעלמא וגבי קטנים מצוה על הב"ד שיכופו ומוציאין ממנו בע"כ וכמ"ש ודוק:

ומוהרי"ק שורש קמ"ח כתב בשם רבינו אלי' דלא מקרי מתן שכרה בצדה כיון דלא כתיב בי' אריכות ימים וע"ש:

ולענ"ד נראה לפמ"ש בעקרים דלמען יברכך לא קאי על הגוף הנתינה רק על הא דלא ירע לבבך בתתך לו שהוא נותן בשמחה ובטוב לבב ולא קאי על נתן תתן ע"ש וא"כ א"ש דכופין על הצדקה ומשום דכיון דאינו נותן ברצון א"כ אין כאן טוב לבב והכפיי' היא על הנתינה לבדה ובנתינה לחודה ליכא מתן שכרם בצדה ועמ"ש בס' קצה"ח סימן ר"ץ סק"ג ליישב קושי' התוס' בהא דכופין על הצדקה ועמ"ש בקצה"ח סימן צ"ז סק"ט:

סעיף ב

ס"ק ה

מי שהלך למדה"י בפ' נערה דף מ"ח אמר רב חסדא אמר מר עוקבא מי שנשתטה בית דין יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין את אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר א"ל רבינא לרב אשי מ"ש מהא דתני' מי שהלך למדה"י ואשתו תובעת מזונות ב"ד יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין את אשתו אבל לא בניו ובנותיו ולא דבר אחר א"ל ולא שאני לך בין יוצא לדעת ויוצא שלא לדעת מאי דבר אחר רב חסדא אמר תכשיט רב יוסף אמר צדקה מ"ד תכשיט כ"ש צדקה ומ"ד צדקה אבל תכשיט יהבינן לה כי היכי דלא תינוול ע"ש:

והנה דעת הרמב"ם בהלך למדה"י דאין זנין בניו ובנותיו ביותר משש אפי' אמיד ומשום דס"ל דאין יורדין לנכסיו שלא בפניו לצדקה ובנשתטה כתב בסוף ה"ל נחלות דזנין בניו ובנותיו כשהוא אמיד וצדקה נמי יהבינין מנכסים משום דאמרי' מסתמא ניחא לי' למיהב צדקה מנכסים ומבואר מדברי הרמב"ם דבפניו נחתינן לנכסים אצדקה ושלא בפניו לא נחתינן ולכאורה תקשי ממ"נ אי שייך שיעבוד נכסי גבי צדקה כדעת הר"ן פ' נערה א"כ ה"ה שלא בפניו כמו בשאר חוב שהוא דאורייתא ואי נימא דצדקה אינו אלא

מצוה בעלמא א"כ בפניו נמי אמאי נחתינן לנכסי' ועיין בס' קצה"ח סימן ר"ץ סק"ג שם הארכנו בזה ובסוגיא דהכא ע"ש:

וראיתי בס' לחם משנה פ' י"ב מאישות שהקשה לשטת הרמב"ם בהנן למדה"י דאין זנין בניו ובנותיו אפי' באמיד א"כ קשה למ"ד ולא דבר אחר היינו צדקה דכיון דאמר דאין זנין בניו ובנותיו אפי' באמד כ"ש צדקה דאטו גריעי בניו ובנותיו מאינש דעלמא ותו קשה מאי דאמרו שם מ"ד תכשיט כ"ש צדקה דלא. דמה כ"ש שייך הכא דהא דבר האמור שם בפירוש הוא דהא תני ולא בניו ובנותיו וא"כ אין לומר כ"ש בדבר האמור שם בפירוש וע"ש:

ולע"ד נראה לפמ"ש רש"י בכתובות דף ק"ז ז"ל צדקה אין ב"ד פוסקין צדקה לעניים מנכסיו בזמן ששאר בני העיר פוסקין עליהן צדקה עכ"ל והיכא דקצבו בני העיר ודאי כופין וכמ"ש תוס' דף מ"ט ד"ה אכפיי' רבא משום דרשאין בני העיר להסיע על קיציתן ע"ש. וא"כ מהא דקתני ולא בני ווובנותיו אכתי אינו מוכח צדקה דלא. משום דאיכא למימר בניו ובנותיו אע"פ שהוא אמיד אין יורדין לנכסיו דאין כופין על הצדקה אבל צדקה בזמן ששאר בני העיר פוסקין עליהן כיון דרשאין להסיע על קיצותן וכופין עלי' כמ"ש תוס' הא דפוסקין גם על מי שהלך למדה"י לכך הוצרך להשמיענו ולא לדבר אחר היינו צדקה ומש"ה נמי שייך למימר למ"ד תכשיט כ"ש צדקה היינו בזמן ששאר בני העיר פוסקין עליהן דזה אינו מוכח מהא דולא בניו ובנותיו וכמ"ש וזה נכון ושטת הר"ן דבאמיד זנין בניו ובנותיו אפי' הלך למדה"י ובריייתא דתני' מי שהלך למדה"י אין זנין בניו ובנותיו מיירי בלא אמיד ואפ"ה בנשתטה זנין משום דאמרינן מסתמא ניחא לי' כיון דרוב בני אדם זנין בניהם אפי' לא אמידי ע"ש:

וקשי' לי נהי דאילו ידע הוי ניחא לי כיון דסוף סוף השתא מיהו לא ידע כיון דנשתטה ולית לי' דעת ה"ל יאוש שלא מדעת דקי"ל דלא הוי יאוש ע"ש פ' אלו מציאות דף כ"ב ובתוס' שם ובהגהת אשרי והגהת מרדכי כתבו דאם אדם נותן לאכול לחבירו משל חבירו אע"פ שיודע שחבירו יתרצה אסור לאכלו דקי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא קני ע"ש וא"כ היכי זנין בניו ובנותיו משום דמסתמא ניחא לי' כיון דהשתא מיהו לא ידע וצ"ע:

ואפשר דבניו ובנותיו כיון דמצוה היא וגבי ניחותא דמצוה שפיר מהני אע"ג דהשתא לא ידע וכמ"ש הב"י ביו"ד סי' של"א ע"ש וכן העלה שם בט"ז ע"ש:

אמנם למ"ד דבר אחר היינו תכשיט קשי' כיון דאינו אלא משום ניחותא דידי' הא עכשיו מיהו לא ידע והוי יאוש שלא מדעת, וע"ש פ' אלו מציאות (כב, ב) גבי באגי דיתמי דהוי יאוש שלא מדעת כיון דהשתא קטנים נינהו ואם כן ה"ה נשתטה או נתחרש:

ואפשר לפמ"ש תוס' (מח, א) ד"ה תכשיט וז"ל והא דאמר פ' המדיר (ד' ע"א) פוסקין קישוטין לאשה היינו כל זמן שהוא עמה שלא תתגנה עליו עכ"ל, ובנשתטה נמי כתב בשטמ"ק דאין לו דעת להתאות לה לכך אין האשה מתקשטת משלו עכ"ל, אם כן מ"ד דבר אחר היינו תכשיט ע"כ ס"ל כיון דהיא אשתו אינו רוצה שתינוול אפי' בנשתטה וכיון דשייך תכשיט בנשתטה א"כ מגיע לה תכשיט מדינא וכמו בשאר נשים דפוסקין קשוטין:

סימן עב

סעיף א

ס"ק א

המדיר את אשתו מלהנות לו, ר"פ המדיר (ע,א) ופירש"י המדיר את אשתו מליהנות לו אין הנאת תשמישו נאסר עלי' דהא משועבד לה הילכך בשביל תשמיש אין לנו לכופו להוציאה וליתן כתובתה, ובתוס' ד"ה המדיר כו' כתבו ז"ל ופי' בקונט' כו' וקשה כו' ועוד כי מוקי לה בגמרא כשהדירה והיא ארוסה דאכתי לא משתעבד לה א"כ מתשמיש נמי חל הנדר ולתני במתני' יוציא ויתן כתובה בשבת א' לב"ה או בשתי שבתות לב"ש, ומפרש ר"ת דליהנות לו לא משמע אלא הנאת מזונות עכ"ל, ובחי' מגיני שלמה כתב דלא ידע לפרש כונתן דאי אשנוייא קמא דלקמן כתבו כן הא לא משועבד לה לתשמיש בעודה ארוסה ואפי' הגיע זמן ולא נשאו ואמאי יוציא, ואי אשנוייא בתרא דאירי בנשאת הא בלא"ה מקשי שפיר טפי דסברה וקבלה ע"ש:

ובחדושי פני יהושע הביא דבריו וכתב עליו ז"ל ולענ"ד נראה ברור דכונתם אשנוייא קמא שהדירה כשהגיע זמנה וסברי דבהגיע זמנה משועבד לה מדאורייתא וכדפרישית לעיל (דף מ"ז) דלאו דשארה כסותה ועונתה לא יגרע למ"ד מדאורייתא היינו דמשהגיע זמן עובר, וסברי תוס' דמהאי שעתא ה"ל כמודר מתשמיש דכופין אותו להוציא מיד כמ"ש הטור וש"ע, וכ"כ התוס' להדיא (דס"ג) ד"ה והאמר רב דאע"ג שמוסיפין על כתובתה היינו בעוד שכופין אותו דודאי כופין אותו דאטו תתעגן כל ימי' וא"כ מהאי טעמא משמע דאפי' בהגיע זמן נמי כופין אותו דאטו תתעגן כל ימי' עכ"ל:

וכדברי מגיני שלמה כן מצאתי בחידושי הרשב"א שכתב גם כן ליישב דברי רש"י דלשנוייא קמא שהדירה כשהיא ארוסה ועדיין ארוסה היא לא משתעבד לה לתשמיש ואפי' הגיע זמן ולשנויא בתרא דהדירה כשהיא ארוסה ונשאת עדיפא להקשות הא סברה וקבלה ע"ש:

ומה שהעלה בחי' פנ"י דבהגיע זמן ולא נשאו משועבד לה מדאורייתא אינו נראה כן מדברי כל הפוסקים דהאי שארה כסותה ועונתה לא קאי אלא אחר הנשואין וכן מוכח להדיא בש"ס (סד, א) דאי' שם דאין כותבין אגרת מרד לארוסה ומשום דאמרי' לה זיל לא מיפקדת אפרי' ורבי', וכתבו שם הרשב"א והריטב"א דהא דבנשואה כותבין היינו משום דבנשואה כבר נשתעבד לה בעונה ע"ש, ואי נימא דבהגיע זמנה נמי משועבד לעונה א"כ אמאי [אין] כותבין אגרת מרד לארוסה להוסיף על כתובתה כיון דבהגיע זמן שוה לנשואה, וביותר אני תמה שראיתי בחי' פני יהושע שם שכתב ג"כ לחלק מהאי טעמא בין ארוסה לנשואה דבנשואה כבר נשתעבד לה משא"כ בארוסה וזה סותר דבריו שבכאן:

ואמנם דברי תוס' נראה ליישב לפי מ"ש תוס' (סד, א) ד"ה תבע שהקשו מהא דתניא יבמה שנדרה הנאה מיבמה בחיי בעלה כופין אותו לחלוץ נימא לה זיל לא מיפקדת ותירצו דהך טעמא דלא מיפקדת לא מהני אלא דלא נימא מוסיפין על כתובתה כדין מורד בנשואה אבל כופין אותו להוציא שלא תתעגן כל ימי' ע"ש, וא"כ בארוסה נמי כופין אותו שלא תתעגן כל ימי', וע"ש בתוספות שתרצו עוד דהך דיבמה מיירי בבאה מחמת טענה ע"ש, ובשיטה זו אזלי נמי הרשב"א ומגיני שלמה שכתבו דבארוסה אין כופין מחמת תשמיש דאמרי' לה זיל לה מיפקדת ומיירי מתני' דשמעתין כשאינה באה מחמת טענה, ודו"ק:

ואכתי איכא למידק כיון דבארוסה חל הנדר אף אתשמיש א"כ להך לישנא דמוקי לה כשהדירה כשהיא ארוסה והגיע זמן ולא נשאו אמאי אית לה מזונות, הא קי"ל (כתובות ב, א) פירסה נדה בסוף שנים עשר חדש אין לה מזונות כיון דאנוס הוא, וכבר כתב הר"ן רפ"ק דכתובות [א,א מדפי הרי"ף] דאע"ג דלא בעי' חופה הראוי' לביאה אפ"ה כל דלא חזי' לתשמיש אין כופין אותו לכנוס ע"ש, א"כ זה שהדירה מתשמיש לא חזי' לביאה וה"ל כמו פירסה נדה ואמאי אית לה מזוני בהגיע זמן ולא נשאו:

ונראה דמש"ה מפרש רש"י שם בשהדירה כשהיא ארוסה היינו לאחר שהגיע זמן וכיון דכבר נתחייב לה במזונות אע"ג דפירסה נדה אח"כ מ"מ אית לה מזוני ה"ה כשנאסרה אחר כך בתשמיש מחמת הנדר נמי אית לה מזוני:

ולשיטת התוס' ד"ה שהגיע זמן שהקשו על פירש"י דהא בנשואה נמי מזונות דרבנן ואפילו הכי לא חייל הנדר ולכך פירשו דמיירי כשהדירה כשהיא ארוסה קודם שהגיע זמן ואחר כך הגיע זמן ע"ש, א"כ אי נימא דמתשמיש חל הנדר מזוני נמי לית לה כיון דלא

חזיא לביאה ה"ל כפירסה נדה דאין כופין אותו לכנוס, אלא דתוספות מפרשי דבכלל ליהנות אינו משמע תשמיש ודו"ק:
ובעיקר דברי פני יהושע שהעלה בכוונת התוספות דסברי דבהגיע זמן נמי משועבד מן התורה, הנה מדברי רש"י שם בסוגיא מבואר להדיא דאינו אלא מדרבנן שהרי כתב שם דבנשואה דמשתעבד מן התורה לא חייל נדרא ובהגיע זמן דאינו אלא מדרבנן חל הנדר, וגם בתוס' שם ד"ה שהגיע זמן וגו' שהקשו על רש"י דהא בנשואה נמי אינו אלא מדרבנן ולא הקשו דהא הגיע זמן נמי מדאורייתא מבואר דתוספות נמי ס"ל דהגיע זמן אינו אלא מדרבנן אפילו אי נימא דנשואה הוי דאורייתא, ולכן נראה עיקר דתוספות אזלי לשיטתם בתירוצם (דף ס"ד) דאפילו אינה באה מחמת טענה נמי כופין אותו להוציא כדי שלא תתעגן אבל לא משתעבד לה כלל לעונה וז"ב:

ס"ק ב

המדיר את אשתו מליהנות לו, ר"פ המדיר [ע, א] פריך והא כיון דמשועבד לה מי מצי מדיר לה והתנן קונם שאני עושה לפיך אין צריך להפר כו' ומשני באומר לה צאי מעשי ידיך במזונותיך ובדספקה לדברים גדולים ואינה מספקת לדברים קטנים ורגילה בהו בי נשא כו' ע"ש:
והרמב"ם [פי"ב אישות הכ"ג] כתב ז"ל המדיר את אשתו מליהנות לו בין שפירש עד זמן פלוני ובין שלא פירש אלא סתם ממתינין לו שלשים יום אם יתמו ימי נדרו או שלא תמו והתיר את נדרו הרי זה מוטב ואם לאו יוציא ויתן כתובה ובאותן שלשים יום תהיה היא עושה ואוכלת ויהיה אחד מפרנס אותה דברים הצריכים לה יתר על מעשי ידיה אם אין מע"י מספיקין לכל עכ"ל:
וכתב הר"ן ר"פ המדיר [לא, ב מדפי הרי"ף] וז"ל ודבריו תמוהין בעיני דהא בגמרא אמרי' בהדיא דלא מצי מדיר לה אלא באומר לה צאי מע"י במזונותיך אבל סתמא לא אמרי' נעשה כו', וע"ש שהעלה דס"ל להרמב"ם כיון דמדינא קונם מפקיע מידי שיעבוד, אלא שאמרו בקונם שאני עושה לפיך אלמו' רבנן לשיעבודא דבעל אבל לא לשעבודה דאשה ומשום דסגי לה ביוציא ויתן כתובה כיון דבעל אי בעי מצי מפיק לה בע"כ דידה אם כן לא מפסדא מידי כיון דבעי למיתב כתובה, אבל לשיעבודיה דבעל הוצרכו לאלומי כיון דבעל אינו מוציא אלא לרצונו, וע"ש שכתב דסוגיא אזלא כת"ק דריב"ן דקונמות אינו מפקיעין מידי שעבוד ולכך פריך שפיר דאין חילוק בין שיעבוד דידיה לשיעבוד דאשה כיון דמדינא קונם אינו מפקיע אבל אנן קי"ל כריב"ן דקונמו' מפקיעין מידי שעבוד ולא קשיא לן מידי דאלמו' רבנן לשיעבודא דבעל ולא לשעבודא דאשה ע"ש היטב:

ובלח"מ פי"ב מה' אישות (הכ"ג) הק' א"כ היאך כתב רבינו פי"ד (ה"ו) אם אמר לה תשמישי אסור עליך או שנשבע כו' אינו חל מפני שהוא משועבד הא קונמות מפקיע מידי שיעבוד ואע"פ שאינו אומר הדבר בלשון קונם דזיל בתר טעמא משום דאין להם פדיון וכדכתב רש"י פ' אע"פ כו', ונראה דדוקא גבי ממון אמרי' מפקיע מידי שיעבוד כיון שהוא דבר הניתן למחילה דהא אם התנה על מנת שאין לך עלי שאר וכסות תנאו קיים אבל בעונה דאין התנאי קיים דאין ניתן למחילה אין הקונם מועיל להפקיע עכ"ל ע"ש:

ובזה נראה ליישב קושיית תוס' [ע, א ד"ה המדיר] שהק' על רש"י שפירש דאין הנאת תשמישו נאסר עלי' דמשועבד לה א"כ הא דפריך בגמ' מדתנן קונם שאני עושה לפיך כו' מגופה דמתני' ה"ל למפרך מדאינו מוציא לב"ש בשתי שבתות ולב"ה בשבת א' מוכח דלא מצי אסר לה בתשמיש כיון דמשועבד לה וא"כ ה"ה מזונות ע"ש, ולפמ"ש ניחא דמתשמיש לא מצי למפרך, דאיכא למימר קונמות מפקיע מידי שעבוד מזונות דניתן למחילה אבל מתשמיש לא מצי מדיר לה כיון דלא ניתן למחילה כמ"ש בלח"מ, ולהכי מקשה מקונם שאני עושה לפיך דס"ל לת"ק שאינו צריך להפר כלל וע"כ ס"ל דקונם אינו מפקיע מיד שיעבוד כלל וא"כ אין חילוק בין מזונות למע"י ותשמיש, כנ"ל:

[הגהה מחתן המחבר - ובזה יתישב מה דלא פריך מכתובה מדקתני יוציא ויתן כתובה אלמא קונמות אינו מפקיע מידי שיעבוד כמו שהק' בס' הפלאה ע"ש דאיכא למימר דשאני כתובה שלא נתנה למחילה כמ"ש הרמב"ם פי"ב מאשות ע"ש משא"כ מזונות דשייך בהו מחילה). ולענ"ד נראה לפמ"ש הרשב"א בחי' לנדרים פ"ב גבי קונם שאני משמשך דהיינו דוקא שאמר קונם גופך לתשמיש אבל באומר הנאת תשמישך עלך לא מתסר דהנאה הוי דבר שאין בו ממש ובקונם לא מתסר אלא איסור חפצא ויש אומרים דהנאת תשמישך כפשוטו ואכתי איכא בל יחל דרבנן אפי' בדבר שאין בו ממש וכדאיתא בנדרי' ע"ש ושטת הרמב"ם נראה שאינו אלא מדרבנן כמ"ש אא"ז בתי"ט פ"ב דנדרי' גבי קונם שאני משמשך מדכתב הרמב"ם פ"ג מה' נדרים הנאת תשמיש בתוך איסורי דרבנן ולא כן דעת הטור סימן רי"ג ע"ש:

הא דקונמות מפקיע מידי שיעבוד היינו משום דהקונם חל על גופו של חפץ ומפיק לי' לשיעבודא ואפי' במשכי' בית לחבירו מצי משכיר אסור לי' בקונם לדעת הר"ן ודעימי' כיון דהקונם חל על גוף הבית שהוא שלו וא"כ היינו דוקא בקונם על גופו של דבר שהוא שלו אתי קונם ומפקיע מידי שיעבוד אבל אם אמר המשכיר קונם הנאת בית זה על השוכר נראה פשוט דלא מפקיע מידי שעבוד השוכר כיון דהנאת הדירה היא של השוכר ממש ואין אדם אוסר דבר שאינו של חבירו על חבירו וה"ה בקונם הנאת גופי

לתשמיש מפקיע מידי שיעבוד דהגוף הוא שלו אבל באומר קונם הנאת תשמישי עליך כיון דהנאה זו דידה דמשועבד לה דכתי' ועונתה לא יגרע ודאי דלא מצי מדיר לה דאין אוסר דבר שאינו שלו והנאת תשמישך עלי אע"ג דאין בו ממש ולא מתסר אלא מדרבנן מ"מ כיון דחייל ונאסר עכ"פ מדרבנן אין מאכילין לאדם דבר האסור לו וכמ"ש הר"ן שם אבל במדירה מנכסיו דחייל הנדר על גוף הנכסים שהם שלו ממש ואין לאשה בהם אלא שיעבוד אתי קונם ומפקיע לשעבודה ומשום דלא אלמו' רבנן לשעבודא דאשה וכמ"ש הר"ן ודו"ק עוד נראה לענ"ד דאפי' למ"ש הרשב"א דמיירי באומר הנאת גופי לתשמיש נמי לא חייל קונם היכא דמשעבדא לה והוא משום דהא דנדרי' חלי' על דבר מצוה הוא משום דנדר הוא איסור חפצא והמצוה איננה על החפץ רק גוף האדם מצווה על קיומה ומש"ה שבועה לא חלה על המצוה שהיא ג"כ על האדם וז"ל הרמב"ם פ"ג מנדרים ומפני מה נדרי' חלי' על דבר מצוה ושבועות אינן חלות על דבר מצוה שהנשבע אוסר עצמו על הדבר שנשבע עליו והנודר אוסר דבר הנדור על עצמו נמצא הנשבע לבטל את המצוה אוסר עצמו וכבר עצמו מושבע מהר סיני ואין שבועה חלה על שבועה והאוסר דבר זה בנדר דבר זה הוא שנאסר לאותו הדבר אינו מושבע מהר סיני עכ"ל וא"כ בקונם גופי לתשמישך הו"ל כנשבע לבטל את המצוה כיון שגופו משועבד מהר סיני ולא חייל איסורא עלי' שהרי גופו הוא החפץ המוזהר מהר סיני והוא בעצמו חפץ הנדור ואין שבועה חלה על שבועה ודו"ק וזה נלענ"ד בכונת הירושלמי דפריך אמתני' דהמדיר את אשתו מליהנות לו וכי אדם נודר שלא לפרוע חובו ומשני תפתר כמ"ד אין מזונות לאשה ד"ת ע"כ ונראה דהירושלמי מקשה קושי' אחריתי שלא על דרך הש"ס דילן דפריך דלא חייל נדרא משום דמשועבד לה ולא כן כונת הירושלמי והיא דהא דהמדיר את אשתו מליהנות לו ע"כ מיירי במדירה מגופו שלא ליהנות ממנו הנאת נכסי' דאי במדיר' מנכסיו א"כ אינו יכול להדירה אלא מנכסים הנמצאי' בידו בשעת הנדר אבל הנכסים שיבואו לידו אחר הנדר מותרין לה דאין אדם אוסר דבר שלבל"ע על חבירו וגם בנכסים שהי' לו בשעת הנדר יש לו תקנה ע"י חליפין וכבר איבעי' לי' בש"ס נדרי' דף מ"ז באומר קונם פירות אלו מהו בחילופיהן ע"ש דעת הר"ן להקל בחליפין וא"כ הרי אפשר לבעל' לזונה ואמאי יוציא ויתן כתובה אלא ע"כ איירי במדירה מגופו הנאת נכסי' ואילו הי' מדירה מגופו סתם גם תשמיש הי' בכלל להכי מוקי לה בירושלמי במדירה מנכסיו כדאי' בירושלמי תמן תנינן המדיר את אשתו מתשמיש המטה כו' והכא תנינן הכי תמן במדירה מגופו ברם הכא במדירה מנכסיו עכ"ל אבל אין כונתו שהדירה מנכסיו ממש דא"כ הי' לו תקנה בחליפין כמ"ש אלא כונתו שמדירה מגופו הנאת נכסי' ולהכי

מקשה בירוש' וכי אדם נודר שלא לפרוע חובו ר"ל כיון דפריעת בע"ח מצוה כי היכי דנשבע שלא לפרוע חובו דלא חיילא וכמ"ש בש"ע ח"מ סימן ע"ג ע"ש ה"ה נודר שלא לפרוע חובו ואע"ג דנדרי' חלין על דבר מצוה כדבר הרשות היינו דוקא כשנודר על החפץ והחפץ ההוא אינו מצוה וא"כ במדיר מנכסיו דהנכסים אילו מצווים אז חל הנדר אבל משנתנו ע"כ במדירה מגופו הנאת נכסי' מיירי כדפרישנא וגופו הוא עצמו החפץ המצווה לפרוע חובו ולא חייל ומשני תפתר כמ"ד אין מזונו' לאשה ד"ת ושבועה חיילא על דבר מצוה דרבנן שלא לקיימו ועיין במשנה למלך פ"ד מה"ל מלוה ה"ב. ובזה ניחא ליישב מה שהקשו על הירושלמי מהא דקונם שאני עושה לפיך אינו צריך להפר ומעשי' ידי' אינו אלא מדרבנן ולפמ"ש ניחא דגבי מע"י אמרה קונם ידי לעושיהן ולא חייל אפי' על שיעבודא דרבנן משום דאלמו' רבנן לשיעבודא דבעל משא"כ הכא במזונ' לא אלמו' רבנן לשיעבודא דאשה וכמ"ש הר"ן לדעת הרמב"ם והירושלמי לא בא להקשות מכח השיעבוד דקונם מפקיע מידי שיעבוד אלא משום דה"ל נשבע לבטל את המצוה וכמ"ש ואהא משני שפיר כיון דמזונות דרבנן חייל נדרא לבטל מצוה דרבנן וכמ"ש. (עיין בחי' פ"י ר"פ המדיר ד"ה וכיון דמשועבד כו' שכתב דא"א לפרש כונת הירושלמי דה"ל כנודר ונשבע לבטל את המצוה דהא ודאי חייל בכולל דברים המותרים וה"נ דכותי' ע"כ וכפי הנראה הו' פשוט בעיני הגאון ז"ל לפרש הירושלמי משום נודר לבטל את המצוה או לאו דהוי כולל והוא תמי' דהא נדר חלין על דבר מצוה ואם נתכוין למ"ש מארן ז"ל ה"ל לפרש ולחדש ואמנם גם מעיני מארן ז"ל נעלמו דברי פ"י הנ"ל דלדעתו לא שייך הכא נשבע לבטל המצוה דהא חייל בכולל ולקמן איישב דברי מארן בעזה"י וראיתי בס' אבן פינה סימן ע"ד שהקשה עצמו לדעת ולהבין דברי הפ"י מה כולל דברים המותרים שייך כאן וא"ל שכולל יותר על המזונות הקצובים לה פ' אע"פ דז"א דהא אי' ביו"ד סימן רל"ו ובא"ח סימן תפ"ה דנשבע שלא לאכול מצה בליל פסח לוקה ואוכל אע"ג דכולל יותר על כזית וע"ש שנדחק ליישב הפ"י בדרך זר ומ"ש בנשבע שלא לאכול מצה בליל פסח דכולל יותר מכזית לענ"ד התם לא שייך כולל כלל שהרי אי אפשר לו לאכול יותר מכזית עד שיאכל כזית ועל כזית כבר הוא מושבע ועומד וא"כ אין כאן דברי המותרים כלל והיינו הא דעיפה פ' שבועות שתים בתרא דף כ"ח וכ"כ בנשבע על ט' ואח"כ על עשר דלא חייל וע"ש בתוס' ד"ה שבועה שהעלו דכל שלא אמר אילו אין כאן דברים המותרים דכל ככר בכלל ט' הוא וכ' פ' בטוש"ע יו"ד סימן רל"ח סעיף י"ב וע"ש בש"ך מ"ש בשם הפרישה כ"ש הכא שלא אכל עדיין כלום והוא מצוה על כל כזית לאכלו ואין כאן דברים המותרים וזה ברור למבין ולכאורה הי' אפשר לומר הכא במזונות איכא כולל

שאם תמחול לו אין כאן מצוה וחייל א"כ גם כשעדיין לא מחלה חייל וכן ראיתי בט"ז יו"ד סימן רל"ו סק"ו וז"ל ואם אמר שבועה שלא אשא שום אשה זולת פלונית ואח"כ לא רצתה לישאנו לכאורה מותר לישא אשה אחרת כו' ונשבע לבטל את המצוה לא חיילה אבל מדברי הר"ן שהבאתי סימן רל"ח סעיף ו' למדתי שצריך התרה דחיילא השבועה משום כולל דכל כמה שהיא תרצה להנשא אליו חל עליו איסור אחרת מש"ה גם עכשיו שהיא אינה רוצה מ"מ השבועה חלה וצריך התרה כן נ"ל עכ"ל וא"כ ה"ה הכא כיון שאם תתרצה האשה שלא לתבעו לא יהי' ביטול מצוה גם אם לא רצתה חייל משום כולל והיה די בזה ליישב גם תשו' הרא"ש הובא בטוש"ע ח"מ סימן ע"ג בנשבע שלא למכור לפרוע לבע"ח וע"ש בקצה"ח סק"ד איברא לפענ"ד דברי ט"ז אלו צריכין לפנים דלענ"ד אין דנין דין כולל דברים המותרים במה שהוא דאפשרי רק במה שהוא באמת כגון נבלות ושחוטות ותאנים וענבים שיש לפנינו דבר המותר משא"כ הכא שאם היתה מתרצה לא היה איסור לא חשיב לדבר המותר כיון דבאמת לא נתרצה ומדברי הר"ן שהביא בט"ז אין ראי' כלל דהתם מיירי שנשבע לישא אשה פ' כשיבקש ממנו פ' עד הפסח ואח"כ נשבע שלא ישאנה כלל וכתב הר"ן דמגו דחיילא שבועה שני' כל זמן שלא ביקש ממנו אותו פ' חיילא נמי אחר שבקש ממנו וכ"כ שם בש"ך סק"ח ע"ש והתם שפיר אית בפנינו דברי' המותרים היינו אותו הזמן שלא ביקש אותו פ' משא"כ בנדר אין ההיתר באמת אלא היה באפשרי זה לא מקרי כולל ואמנם דברי הפ"י הם פשוטי' דהמדיר אשתו מליהנות לו כולל שאר הנאות שאינן בכלל מזונות כלל כגון מתנות ומגדנות ושאר הנאות שהם לתענוג ואין בכלל מזונות גם בבע"ח שייך כולל שיש בכלל הנאות שאר הנאות חוץ מפריעת חובו ושפיר חייל כמו שבועה שלא אוכל סתם דחייל אנבלות ושחוטות כמ"ש ביו"ד סימן רל"ח ובש"ס שבועות כ"ג ע"ש. אמנם דעת מארן המחבר ז"ל נ"ל דלשטתי אזיל שכתב בספרו קצה"ח סימן ע"ג סק"ג בשם הראב"ד בס' תמים דעים ובשם הר"ר חסדא בהר"ר שלמה כדעת הרב ש"ך ז"ל שם דאם נשבע שלא לאכול מצה סתם לא הוי כולל אלא כשנשבע קודם פסח דכיון דמשכח רווחא קודם פסח וחייל גם בפסח לא תסור ממנו שבועתו אבל העומד בפסח אע"ג דכולל ג"כ מצה עשירה וכיוצא שאין בו מצוה לא אמרי' בי' כולל כיון שלא הי' השבועה על ההיתר בפ"ע ותיכף פגע באיסור ואדרבה הוא שבועת שקר כו' כמו בנשבע שלא לאכול ז' ימים וע"ש היטב וכן הסכימה שם דעתו ז"ל וא"כ ה"ה הכא כיון דלא הוי רווחא שיחול הנדר על דבר המותר שהרי בשעה שנדר כבר הי' מחויב לבע"ח ולמזונות האשה מש"ה לא חייל אפי' בכולל):

ושטת רש"י ז"ל לחלק גם גבי שיעבוד בין שיעבוד תורה ובין שעבוד דרבנן שכתב בסוגיין במזונות ארוסה דחייל נדרא ד"ת ולא אתי שיעבוד דרבנן ומפקיע לנדרא דאורייתא ובתו' הקשו עליו מקונם שאני עושה לפיך דהא מעשה ידיה לכ"ע דרבנן ואפ"ה אין צריך להפר. ולענ"ד נראה דהתם בקונם שאני עושה לפיך הנדר נמי אינו אלא מדרבנן למאי דמסיק פ' אע"פ דף נ"ט באומרת יקדשו ידי לעושיהן והיינו קונם ידי לעושיהן ובזה לא נאסר מעש"י מן התורה אלא מדרבנן לפמ"ש הר"ן פ' כל הצלמים בהא דתנן נטל כרכר של ע"ז וארג בו בגד דאומר ר' אלעזר יפלו דמיו לים המלח ושם מבוא' דפדיון לא מהני אלא באיסור דרבנן וכתב שם הר"ן דהבגד נמי לא נאסר אלא מדרבנן ואע"ג דלכתחלה ודאי אסור לארוג בכרכר של ע"ז מן התורה מ"מ הבגד שנארג לא נאסר אלא מדרבנן וע"ש וא"כ ה"ה המלאכה שהאשה עושה בידים של הקדש לא נאסר אלא מדרבנן ובהא עדיף הכא דאילו התם אסור לארוג לכתחלה בכרכר של ע"ז והכא מותר לה לכתחלה שהיא לא אסרה הידים אלא על בעלה וא"כ מותר לה לעשות לעצמה בהיתר גמור ואחר שעשתה לעצמה או לאחרים מותרין המע"י אף לבעלה מן התורה וכיון שלא נאסרו מע"י אלא מדרבנן לא חייל נדר דרבנן לאפקועי שיעבודא דרבנן משא"כ במדירה ממזונות בארוסה דהנדר חל מן התורה לא אתי שיעבוד דרבנן ומפקיע נדר דאורייתא. אמנם כיון דעכ"פ לכתחלה אסור ליהנות לבעלה מידי' ד"ת א"כ שפיר הקשו בתוס' בקונם שאני עושה לפיך אמאי אינו צריך להפר כיון דאי אפשר שלא יאמר לה לטחון ולאפות וזהו איסור תורה כיון דידים אסורין דבר תורה ולכתחלה אסור לבעלה ליהנות מידי' ולומר לה שתעשה מלאכה אך לפמ"ש בסימן פ"א בשטת הרמב"ם בקונם שאני עושה לפיך דלא קאי על הידים אלא על גוף מעשי ידי' א"כ אין כאן שום איסור תורה אלא מדרבנן וע"ש. איברא כל מה שכתבנו דבאומר קונם גופי להנאת תשמיש או קונם גופי למזונות דלא מהני משום נשבע לבטל את המצוה ומשום דגופו חייב במצות והוא בעצמו חפץ הנאסר נראה דהא מלתא תלי' בפלוגתא דרבוותא הרמב"ם והר"ן ז"ל דלדעת הרמב"ם ז"ל פ"י מנדרים שכתב באומר שאין את נהנית לי עד החג אם תלכי לבית אביך עד הפסח שאם הלכה לפני הפסח ונמצא מהנה אותה הרי זה לוקה עכ"ל וכ"כ עוד פ"ה מנדרים וז"ל ראובן שאמר לשמעון הריני עליך חרם או הרי אתה אסור בהנאתי נאסר על שמעון שיהנה מראובן ואם עבר ונהנה אינו לוקה שהרי לא אמר שמעון כלום עכ"ל וס"ל להרמב"ם דהמדיר הוא שעובר בבל יחל ולא המודר ולדעתו האומר קונם גופי לתשמישך או למזונותיך לא חל הנדר וליכא משום בל יחל כיון שהמדיר בעצמו מושבע ועומד לקיום הדבר ההוא והוא בעצמו החפץ של הנדר וה"ל כנשבע לבטל את המצוה

אבל דעת הר"ן פ' אין בין המודר דף ל"ה כדעת הירושלמי דהמדיר אינו עובר בבל יחל אלא המודר שנהנה מן המדיר ע"ש שהשיג על הרמב"ם ז"ל וא"כ לדעת הר"ן כיון שאין האשה חייבת לקבל ממנו הנאת מזונות או תשמיש אלא הבעל הוא המצווה שארה כסותה ועונתה לא יגרע ממנה וכיון דטעמא דאין נשבעין לבטל את המצוה אינו אלא משום דכתיב לא יחל דברו ולא חפצי שמים ולגבי דידה ה"ל רשות א"כ הנדר חל עלי' שתעבור בבל יחל, אכן דברינו הם רק לדעת הרמב"ם דהמדיר הוא שעובר בבל יחל כשמאנה אותם ולגבי דידי' ה"ל חפצי שמים שהרי הוא החפץ הנאסר והוא בעצמו המצוה כמ"ש ודו"ק היטב:

(אמנם מדברי הרשב"א בחידושיו לנדרי' דף ט"ו ע"ב ד"ה ואמר רב כהנא מבואר דס"ל ג"כ דבאוסר נפשי' אחפצא אפי' בנדר לא חייל על דבר מצוה שכתב שם וז"ל ואלא מיהו התם נמי דוקא שאוסר על נפשו ישיבת סוכה כו' ודכותה הכא באומר הנאת תשמישך עלי אסור דגבי מצוה נמי כשאסר נפשי' אחפצא מותר כי היכי דשרי באומר הנאת תשמישי עליך כו' אלא הא עדיפא בחד צד מההוא דנדרים ושבועות בדבר מצוה דאלו התם בכולל דברים המותרים חייל על דבר מצוה כו' בין באוסר נפשי' אחפצא ובין באוסר חפצא אנפשי' ואלו הכא באוסר נפשי' אחפצא כלומר באומר הנאת תשמישי עליך ועל כל הנשים שבעולם כו' לא חייל נדרא על מי שנשתעבד לו כו' ע"ש ומבואר מדבריו באומר תשמישי עליך הוי אוס' נפשיה אחפצא ובדבר מצוה לא חייל גם כן אלא על דבר מצוה היה מועיל כולל ובשיעבוד אפילו על ידי כולל לא מהני ואע"ג דסבירא ליה להרשב"א דמוד' עוב' בבל יחל וכמ"ש הר"ן בשמו וכמ"ש בחידושיו ד"ה רבינא אמר ע"ש מ"מ ס"ל דאין הדבר תלוי בבל יחל אלא באיסורא אמאן רביע וכיון דאיסורא עליה דידיה רביע והוא מושבע ועומד לא מצי חייל וכן הדעת מכרעת דהרי בקונם ישיבת סוכה עלי בל יחל עלי' דידיה רמי' ואפ"ה חייל נדרא כיון דעיקר איסורא אחפצא רביע ובל יחל ממילא אתי וכן מוכח מדברי הר"ן דנדרים דף י"ח ד"ה הלכך נקטינן ע"ש שהביאו בשם הירושלמי שאין השבועות חלין על הנדרים דבנדרים איכא איסור חפצא וגם איסור גברא דלאו דבל יחל דקאתי ממילא הוי לי איסור גברא ולכך אין השבועה חלין עליהם והנדרים חלין על השבועות משום דעיקר הנדר הוא איסור חפצא וחייל אשבועה ובל יחל דנדרים ממילא חייל ג"כ וע"ש היטב וא"כ ה"ה הכא באומר תשמישי עליך כיון דאיסור חפצא עלי' דידי' רביע והוא מושבע ועומד מהר סיני לא חל איסורא ואע"ג דבל יחל עלה דידה רמי' דאנן לאו אבל יחל קפדינן אלא אאיסורא מבואר מזה דלסברת מארן המחבר ז"ל דכל שעבוד יש בו מצוה. עלו דברי הירושלמי גם לדעת

הרשב"א והר"ן ז"ל דמודר עובר בבל יחל איסור חפצא על גופו הוא ולא חייל דמושבע ועומד הוא וכמ"ש. אח"ז מצאתי להר"ב שער המלך פי"ז מה"ל איסור ביאה ה"מ שעמד ג"כ על זה וע"ש שהביא בשם תוס' פ' בתרא דנדרים אמתני' דנטולה אני מן היהודי' יפר חלקו ותהא נטולה מן היהודי' שהקשו וז"ל ואין לתמו' איך חל נדרה על היהודים בעודה א"א הא אין איסור חל על איסור וי"ל דהוי איסור כולל מגו דחל אתשמיש דבעל דהוי היתר חל נמי על אחרים עכ"ל ע"ש וכתב הוא ז"ל דגם רש"י והר"ן דס"ל דנדר חייל אפילו לקיים דבר מצוה מודו הכא דלא חייל דעיקר טעמא דנדרים חייל על דבר מצוה הוא משום דנדר חייל אחפצא והחפץ אינו מוזהר והכא ע"כ מיירי שאמרה תשמיש כל העולם עלי להכי אינו חל שהרי העולם מוזהרים עליהם משום איסור א"א והם עצמם נאסרים גם עתה ולא חייל. אלה הם ת"ד:

והן הן הדברים שכתב מארן ז"ל אלא שלא ירד לחלק ולומר דלדעת הרשב"א והר"ן דס"ל מודר עובר בבל יחל לא הוי איסור חע"א וכמ"ש מארן ונרא' דעתו כמ"ש דאנן לאו על בל יחל קפדינן רק על חלות איסור החפץ שבו תלוי איסור בל יחל וכמו שהוכחתי מדברי הרשב"א והר"ן הנ"ל ולכאורה איכא למידק והא דכתב הרשב"א בחי' שם וז"ל ומיהו אכתי קשי' לי אפי' לאוקימתא דאוקימנא באומר הנאת תשמישך עלי דהא מצווה הוא במצות עונה ומצות לאו ליהנות ניתנו ומ"ש ממודר הנאה משופר כו' ויש לומר דמצוה זו אינה אלא מחמתה ולא מחמתו ומשום דאשתעבד לה וכגון דאמר הנאת תשמישך עלי ומחמת נדרו פקע שעבודא מיני' אין כאן מצוה המחייבתו עכ"ל, פירוש לדבריו דלעיל מיני' כתב דהיכי דאיכ' שיעבודא לא שייך לומר מצות לאו ליהנות נתנו שהרי נהנה במה שפורע שעבודו ע"ש וכאן הקשה למסקנא דבאומר הנאת תשמישך עלי אין מאכילין לאדם דבר האסור לו ופקע שעבודא וא"כ לא נשאר אלא המצוה בלחודה ולהכ' קשי' לי' מצות לאו ליהנות ניתנו ומתרץ שפיר דעיקר המצוה מחמת השיעבוד וכיון דפקע שיעבודא ליכא מצות עונה ולפ"ז קשה במ"ש מארן ז"ל בטעם הרמב"ם דס"ל דלא אלמו' לשיעבודא דאשה ואפ"ה תשמישי עליך לא חייל דהוי נשבע לבטל המצוה דהא כיון דקונם מפקיע השיעבוד תו ליכא מצוה דאפי' מצות עונה כתב הרשב"א דהיכא דפקע השיעבוד אין כאן מצוה כ"ש מצות פריעת החוב דפשיטא, דאינה אלא מחמת השיעבוד וכיון דקונם אפקע לשיעבודא ליכא מצוה וכן בפי' הירושלמי ק' כיון דס"ל דקונם אפקע לשיעבודא תו ליכא מצות פריעת ב"ח ומאי פריך וכי אדם נודר כו' ונראה לחלק דדוקא התם באומר תשמישך עליך דע"כ חל הנדר שאין מאכילין לאדם דבר האסור לו וכיון שחל הנדר עכ"פ פקע השיעבוד רק דקשי' לי' להרשב"א אף דהנדר חייל מ"מ מותר

לו לשמש ואיננו עובר בזה על נדרו שהרי לא נהנה דמצוה לא להנות נתנו וע"ז קאמר כיון דעכ"פ אינו משועבד אין כאן מצוה משא"כ באומר תשמישי עליך דבשעה שנודר הוא משועבד לה ומצוה נמי עלי' רמי' לא אמרי' שיחול הנדר ויפקיע השעבו' והמצוה אדרבה אמרי' שאין הנדר חל ונשאר עליו השיעבוד והמצוה ועדיין צ"ע קצת):

והנה לפי מה שהעלה הר"ן בשיטת הרמב"ם דס"ל דלא אלומי' אלא לשעבודא דבעל ולא לשעבודא דאשה ובש"ס דפריך מקונם שאני עושה לפיך היינו אליבא דת"ק דריב"ן דס"ל קונמות אינו מפקיע מידי שעבוד ועי"ש וזה נראה סותר למ"ש שם הר"ן בסוגיא דמסיק במספקת לדברי' גדולים ואינה מספקת לדברי' קטנים ורגילה בי נשא וז"ל ומש"ה אפי' לבתר דלא יכלה לאגלגולי בהדי' חייל נדרי' דה"ל כהדירה כשהיא ארוסה ונשאת דאמרי' בגמ' דחייל ואע"ג דלא דמי לגמרי דהכא מכי אדרה משתעבד לה ונדרה ושיעבודה באים כאחד והיינו טעמא משום דמדינא מפקע אלא מדרבנן אלמי' לשיעבודא בכה"ג לא אלמי' ואוקמי אדינא עכ"ל ולמ"ש לעיל קושית הש"ס הוא מת"ק דס"ל אין צריך להפר ולדידי' קונמות אינו מפקיע מידי שיעבוד ומדינא לא מפקע וצ"ל דהר"ן לדידי' לא ס"ל הכי רק ליישב שיטת הרמב"ם הוא דכתב הכי אבל לדידי' ס"ל דקושי' הש"ס אפי' לדידן דכי היכא דאלמו' לשעבודא דבעל ה"נ אלמו' לשעבודא דאשה ומש"ה היכא דבא בבת אחת הנדר והשיעבוד כיון דמדינא הנדר מפקיע מידי שיעבוד אלא דרבנן הוא דאלמי' היכא דבא בבת אחת לא אלמי'. ולענ"ד נרא' בשט' הרמב"ם שהו' נגד שיט' הש"ס דצריך דוק' שתהי' מספקת לדברי' גדולי' כו' ורגיל' בי נשא והרמב"ם לא הביא כל זה ונראה דהרמב"ם לטעמי' אזיל שכתב פי"ג מנדרי' וז"ל אמרה יקדשו ידי לעושיהן או שנדרה שלא יהני ממעשי ידי' אינו נאסר במעשי ידי' מפני שידי' משועבדי' לו שאע"פ שאמרו השחרור וההמץ וההקדש מפקיעין מידי שיעבוד חכמי' עשו חיזוק לשיעבוד הבעל שאינה יכולה להפקיע מפני שהוא מדבריהם עכ"ל. ומבואר מלשון הרמב"ם שכתב מפני שהוא מדבריהם ומשמע דאם הי' שיעבוד תורה לא היו עושי' חיזוק ומשום דחכמי' עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה וכן משמע בשטה מקובצת בסוגין ע"ש במה שהקשו על רש"י ז"ל במ' שכ' לענין מזונות ארוסה דקונמת מפקיע מידי שעבוד דרבנן וכתב בשם הרשב"א וז"ל אלא דקשי' לי לפירושו דמשמע דעיקר מה שאינו יכול להפקיע שעבוד מזונות של אשה נשואה היינו משום דהוא דבר תורה ואינו דהא הקדש מוציא שיעבוד ואע"ג דשיעבודא דאורייתא אלא דהכא משום דאלמו' רבנן לשעבודא אינו יכול להפקיע וכיון שכן אדרבה בשל דבריהם הי' ראוי לעשות חיזוק יותר עכ"ל הרי דיותר אלמו' לשיעבוד דדבריהם ומש"ה ניחא בקונם שאני עושה לפיך דאינו צריך להפר משום

דמעשי ידי' דרבנן וחכמי' עשו חיזוק לדבריהם אבל במדירה ממזונות דס"ל לרמב"ם דמזונות האשה דאורייתא ע"ש פי"ב מה"ל אישות ובשיעבוד תור' לא עשו חיזוק ומש"ה הנדר מפקיע מידי שיעבוד וסוגית הש"ס דמקשה מקונם שאני עושה לפיך היינו למ"ד מזונות דרבנן אבל למ"ד מזונות דאורייתא לא אלמו' רבנן לשיעבודה ומשום דחכמי' עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה זה נ"ל נכון ודו"ק:

והא דתשמישי עליך דלא חייל נדרי' אע"ג דהוא שיעבוד תורה כבר נתיישב בדברינו לעיל משום דהוי בנשבע לבטל את המצוה כיון שהוא עצמו החפץ המושבע מהר סיני לקיום מצותו וכמ"ש לעיל ומדיר את אשתו מליהנות לו היינו שמדירה מנכסין וחייל נדרא על הנכסים דבנכסים לא שייך נשבע לבטל את המצוה דהנכסים הם שנאסרו והנכסים אינן מושבעים מהר סיני והא דלא אמרי' תקנתא בחליפין כיון שהנדר הי' על הנכסים היינו משום דהרמב"ם פסק פ"ה מנדרים דגדוליהן וחלופיהן ספק ע"ש ודוק (צריך עיון בר"ן נדרים פ' השותפין מבואר שם דלא איבעי' לן בהדיר את חבירו מהו בחלופיהן אלא כשהחליפן המודר בעצמו והספק הוא בטעמא דמתני' דתנן קונם פירות אלו עלי אסור בחלופיהן אם הטעם הוא משום כונת המודר שנתכוין לחלופין וא"כ במדיר את חבירו לא מהני דאין אדם אוסר שלא בא לעולם על חבירו או דלמא טעמא דמתני' משום חומר איסור הנאה ולא שנא הוא לא שנא חבירו כיון דלגביה הוא איסור הנאה ואסור לו להחליפו לכתחלה אליבא דכ"ע לכך אם עבר והחליפן אסור וכל זה לא שייך אלא כשהחליפן מי שנאסרו עליו אבל החליפן אחר פשיטא דמותרים במדיר את חבירו דמה"ת נאסרם אי משום כונת הנודר אין אדם אוסר דשלב"ל על חבירו ואי משום חומר האיסור לא שייך כשהחליפן אחר כדאמרי' חמצן של עוברי עבירה לאחר הפסח מותרין מפני שהן מחליפין וכ"כ שם תוס' והרא"ש ע"ש אלא שהם הקילו יותר וס"ל דאפילו באוסר על עצמו לא מחסר אלא בהחליפן הוא אבל החליפן אחר שרי והר"ן ס"ל דאוסר על עצמו אפילו החליפן אחר אסור אבל במדיר את חבירו ליכא מאן דפליג בהחליפן אחר דשרי וא"כ עדיין איכא תקנתא שיחליפם הבעל בעצמו דלדידי' היתר גמור הוא וצ"ע כעת). ובפ' אלמנה לכ"ג דף ס"ו ההיא אתתא דעיילא לי' גברא אצטלא דמלתא בכתובה שכיב שקלו' יתמי ופרסו' אמיתנא אמר רבא קני' מיתנא כו' רבא לטעמי' דאמר רבא הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שיעבוד ע"ש וכתבו התוספות פ' אע"פ הא דלא אלמו' לשעבודה היינו משום שנאסר לכל העולם ליכא למיחש משום אפקועי חובא והקשו מהא דאמרי' פ' החובל דף צ' בעבדי מלוג דאלמו' רבנן לשיעבודא

דבעל ע"ש ושם בהקובל כתבו דיש מקומות שצריך לאלם כח הבעל וכח האשה יותר ממקום אחר ע"ש:

ולפי מ"ש בשטת הרמב"ם דלא אלמו' רבנן אלא בשעבוד דדבריהם ניחא דבמעשי ידי' דמדבריהם אלמו' רבנן לשעבודי' דבעל וכן בסוגיין דפריך מי מצי מדיר אזלא למאן דס"ל מזונות דרבנן ובהחובל דף צ' נמי פירות נ"מ לבעל מדרבנן לכך אלמו' רבנן לשיעבודי דבעל ומשום דחכמי' עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה אבל באצטלא דפרסו' אמיתנא דהוא שיעבוד של תורה דהתם מיירי בנכסי צאן ברזל דזה הוי חוב דאורייתא כיון דכתב לה בנדוניא ואע"ג דכתובה דרבנן מ"מ צאן ברזל ה"ל חוב דאורייתא ובדאורייתא לא אלמו' רבנן לשעבודיה ודו"ק:

(ע"ש בש"ס פ' אלמנה לכה"ג גבי אצטלא דפרסימן אמתנא פירש"י שרוצים היורשים לסלקה בזוזי והיא רוצה דוקא באצטליתם משום שבח בית אבי' ע"ש וא"כ כיון שרוצים ליתן לה מעותי' אין כאן שיעבוד תורה ושבח בית אביה הוא מדרבנן וא"כ אית לן למימר אלמו' לשיעבוד דדבריהם וצריך לומר דכיון שאין לה הפסד ממון רק שתפסיד שבח בית אביה לא חשו רבנן לאלומי לשעבודה משא"כ בעבד מלוג שיש להבעל הפסד ממון אלמו' לשעבודי' וכן הדעת מכרעת) אלא דלפ"ז תקשי כל בע"ח יוכל להפקיע שיעבודו ע"י קונם ובתוס' כתבו כשם שאלמו רבנן לשיעבודא דבעל כך אלמי' לשעבודי' דבע"ח ולפמ"ש דבשיעבוד תורה לא אלמו' א"כ כל בע"ח יפקיע שיעבודו דבדידי' לא אלמי' לשעבודי' דמדאורייתא הוא:

ובשטה מקובצת פ' אע"פ כתב ז"ל והרא"ה ז"ל כתב דשמעינן מינה דיכול אדם להפקיע משכונו שמשכן לחבירו ע"י קונם וכן יכול לאסור עליו כל מה שיש לו ונפקע שעבודא מנכסיו אבל נראין הדברים שב"ד יורדין לנכסין ומוכרין לאחרים ונותנין לזה ואם אסר כל נכסיו לכל העולם ב"ד כופין אותו להפקיר נכסיו על תנאי שלא יוכל זה לזכות בהם אלא בחובו ומיד שהפקיר נכסיו חל השיעבוד של זה עליהן למפרע ואם הם שני לווי' הראשון מוקדם כדינו ואם אמר נכסים אלו דהשתא לא סגי לי' במכר או בהפקר נראה בודאי שב"ד מנדין אותו עד שימצא פתח לנדרו עכ"ל עוד שם בשם הריטב"א ז"ל אלמו' רבנן כו' פי' רש"י דשוי' כלוקח גמור ולא כמלוה ונראה מדבריו שיוכי הלוה להפקיע נכסיו בקונם משיעבוד דבע"ח ותימה א"כ נעלת דלת בפני לוין וי"ל דכי עביד הכי משמתינן ליה עד דמתשיל אקונם דידיה דאפילו ע"ד רבים יש לו הפרה משום פריעת בע"ח מצוה וזהו כשאסר נכסיו על כל העולם שאם לא אסרן אלא על הבע"ח הרי אנו יורדין לנכסיו ומוכרים לאחרים ומגבי' לבע"ח עכ"ל הרי מבואר דס"ל דכל בע"ח יכול

להפקיע שיעבודו ותקנתא איכא ע"י ב"ד שיורדין לנכסיו ומוכרין לאחרים או שמנדין אותו עד שימצא פתח לנדרו. מיהו נראה דלדעת הרמב"ם דנדר אסור בחילופין א"כ אפילו לא אסרן אלא לבע"ח ואפי' לא אמר נכסים אלו ליכא תקנתא שיהיו ב"ד יורדין לנכסנו ומוכרין כיון דהדמים נמי אסורין למלוה שהם חליפי קונם והרא"ה והריטב"א שכתבו תקנתא דמכיר ע"י ב"ד היינו משום דס"ל דחליפי קונם מותר וכן הר"ן פ' השותפין דחליפי קונם מותרים ע"ש. (עיין לעיל אות ד' דהכא לכ"ע חליפין מותרין כיון שנחלפו בהיתר ומשום כונת הנודר לא נאסרו דאין אדם אוסר דשלב"ל על חבירו וא"כ גם להרמב"ם איכא תקנתא דחליפין אלא אם יאסר על כל העולם צרכינין לתקנתא של הרא"ה והריטב"א דמשמתינין ליה עד שישאל על נדרו). והא דמדיר את אשתו דיוציא ויתן כתובה ולא עש' תקנה זו למכור ע"י ב"ד ולתת לה דמיהן משום דה"ל כאומר איני זן ואיני מפרנס דסבר רב דכופין אותו להוציא וליתן כתובה ואפילו לשמואל דסבירא ליה דאין כופין על הגט אלא על המזונות היינו משום דאחר הכפיי' מסתמא יתן לה המזונות בכל עת. אבל במדיר שצריך מכירת נכסים יהיה צריך הב"ד למכור על כל סעודה ובכי הא לא מתדר להן. (עיין לקמן סימן צ"ג סעיף ל"א ול"ב דב"ד מוכרין לצורך ו' חדשים ונותנין לידה על צרכי שלשים יום כדי שלא תצטרך להתבזות בב"ד בכל יום ואפשר דאפ"ה טריחא לה מלתא להתנהג כן תמיד ועוד דעדיפא מינה מקשה מארן ז"ל:) אלא דאכתי תקשי דהא המדיר את אשתו מליהנות לו הבעל בעצמו רוצה אחר כך ליתן לה מזונות אלא שאינו יכול מפני נדרו ואם כן ימכור הוא עצמו נכסיו ליתן לה דמיהן ובנכסים אלו נמי יחליף הנכסים וכי תימא שאמר קונם כל נכסי שיהיו לי לעתיד דהא אין אדם אוסר דבר שלב"ל על חבירו וכמ"ש לעיל ולכן נראה לשיטת הפוסקי' דחליפין מותרין מתניתין מיירי שאמר קונם גופי להנאת נכסים עלי' וכמ"ש לעיל ולכן יוציא ויתן כתובה דשוב ליכא תקנתא למכרן ולתת לה דמיהן כיון שאוסר עצמו מלהנותה הנאת נכסים ואיהו בעולם ומש"ה אסורה אפי' באותן נכסים שבאו לו לאחר מיכן ואכתי איכא למידק לפי מ"ש בש"מ פ' שני דייני גזירות דף ק"ח ז"ל ומחזיר לו אבידתו נמי מצוה כו' ואי משום דטרח אבתרי' מצוה דנפשי' קא עביד ולא חשיבא הנאה למודר והרי זה כאלו פייסו חבירו ושכרו שיחזיר אבדתו של זה שמותר אבל אסור ליתן לו ממון של צדקה כדמוכח בההוא דהיו באין בדרך ולא אמרי' מצוה דנפשי' קא עביד כיון דממונא דידי' יהיב לי' הריטב"א וז"ל תלמידי הר"ר יונה ומחזיר לו אבידתו נמי מצוה קא עביד כלומר על המחזיר מוטל' המצוה וחובה עליו לקיימה ולא נחוש להנאת האחר דכי קא מתהני אידך ממצוה קא מתהני ודוקא להחזיר לו אבידה הוא דמותר מפני שאין המחזיר

יכול לקיים מצוה זו אא"כ יחזירנה אליו אבל לתת לו צדקה אסור דאם ירצה יוכל לתת לאחרי' ויקיים המצוה עמהם עכ"ל ומשמע מדברי תר"י דאפי' אי יהיב ממונא דידי' היכא דאינו יכול לקיים המצוה באחרי' מותר לו לקיים מצותו במודר ואידך ממצוה קא מתהני וא"כ בע"ח שאמר למלוה קונם גופי להנותך רשאי לפרוע לו חובו כיון דאינו יכול לקיים מצות פריעת בע"ח באחרי' כשחייב לזה וכיון שאינו אוסר נכסיו רק מגופו מדירו איהו מצוה דנפשי' קא עביד ואידך ממצוה קא מתהני ולא מדידי' וא"כ מדיר את אשתו מליהנות לו אמאי יוציא ויתן כתובה ליתיב לה מזונות כיון דמצוה דנפשי' קא עביד ואינו יכול לקיימה באחרי' שהרי לזו נתחייב ולכן נראה לענ"ד דהמדיר את חבירו מליהנות לו רשאי לפרוע חובו אפי' נדרו קודם לחובו כיון דאין כאן איסור הנאה מנכסיו אלא הוא עצמו נעשה קונם וכשפורע חובו דמצוה דנפשי' קא עביד כמו במחזיר אבדתו ואע"ג דממונא דידי' יהיב לי' כיון דשוה בשוה רשאי ליקח ולמכור כדאי' בנדרי' דף ל"א ע"ש ולא גרע שעבוד מנתינת דמי' וכמ"ש הרשב"א בחי' פ' השולח דף מ' דהא דהקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שיעבוד דוקא בקדה"ג אבל לא קדושת דמי' ומשום דשיעבוד לא גרע מנתינת דמי' וכיון דבקדושת דמי' מהני פדיון לא גרע שיעבוד מדמי' ע"ש וא"כ גם אנו נאמר כיון דבמדיר הנאתו מותר שוה בשוה ושיעבוד ה"ל כנתינת דמי' מותר לפרוע חובו ודוקא במדירו מנכסיו אסור אפי' שוה בשוה כמ"ש הר"ן שם בנדרי' ע"ש אלא דהיינו דוקא באומר הנאה סתם הוא דרשאי לפרוע חובו אבל במדירו בפירוש שלא לההנותו בפרעון חובו ואוסרו אפי' שוה בשוה חייל נדרא כיון דמפרש ואפי' במידי דאיכא הנאה חייל נדרא כמ"ש הר"ן בנדרי' דף ט"ז דבאומר קונם זריקת צרור זה לים שאין לו בו הנאה נמי חייל ואפי' בנגיעה יכול לאסור ע"ש א"כ משנתינו המדיר את אשתו מליהנות לו מיירי שמדירה בפירוש מהנאת מזונות וכל שהוא מפרש חייל נדרי':
(אמנם לשטת רש"י ז"ל ע"כ מתני' במדיר סתם איירי דהא אפי' תשמיש הוי בכלל אי לאו דמשתעבד לה כמ"ש רש"י במתני' א"כ ע"כ לא ס"ל לרש"י ז"ל הא דתר"י אלא היכא דממונא דידי' יהיב לא אמרי' מצוה דנפשי' קא עביד ונראה לי דס"ל לרש"י ז"ל כמ"ש הרשב"א בחי' לנדרי' דף ל"ד דמתני' אבדה אין לבעל אבדה הנאה מהמחזיר אלא בשעת חזרה ואז מצוה דנפשי' עביד מחזיר ואחר החזרה מדידיה קא מתהני דחפצא דידיה הוא משא"כ בצדקה דאחר שקיבל הצדקה עדיין מתהני בכל עת מאותו ממון של מדיר והמצוה לא היתה אלא בשעה שנתן לו ע"ש היטב. ולכך במדיר את אשתו מליהנות לו אסורה במזונות דהא קי"ל מותר מזונות לבעל אפי' צמצמה והותירה כמבואר פ' אע"פ דף ס"ה ע"ב ולעיל סימן ע' סעיף ג' ע"ש וזה מפני שלא אמרו שיתחייב הבעל להקנות

לאשה דמי מזונותיה שיהיו שלה אלא אמרו ז"ל היא ניזונות מנכסיו ואף כשהיא אוכלת בהן עדיין של הבעל הן אלא שהוא חייב לזונה משלו נמצא במזונות כל זמן שהיא נהנית במזונות משל בעלה היא נהנית והוא כבר אסר עלי' נכסיו. ואין לומר שתגבה הנכסים ויהיו קנוים לה ונמצא אח"כ מדידה קא מתהני שהרי לא נתחייב להקנות לה ממון רק לזונה נמצא כשהוא מקנה לה הוא מהנה אותה מיד ואם לא מקנה היא נהנית מנכסיו משא"כ בשאר בע"ח דבשעת פרעון אין לו הנאה דהוי כמו לוקח שוה בשוה וכמ"ש מר"ן ז"ל ואחר הפרעון מדנפשי' קא מתהני שכבר זכה בנכסים לפרעון חובו ואפי' אם הדירו בפירוש מפרעון חובו לא מהני דאין אדם אוסר פירות חבירו על חבירו ולא דמי זריקת צרור דמהני דהיינו לאסור על נפשו הצרור לזריקה וכן צרור שלו יכול לאסור על חבירו לזריקה וצריך שיהיה החפץ שלו ויחול עליו הנדר לאסרו על חבירו או שיאסור על עצמי חפץ של אחרים ומ"מ צריך שיהיה הנדר חל על החפץ לזריקה וכשאוסר הנאת גופו לפרעון חובו ה"ל כאוסר צרור של חבירו על חבירו לזריקה כיון דכבר נתחייב לו בפרעון ואין לומר שאוסר על עצמו מעשה הפרעון דיגבו לו הב"ד מנכסיו וכ"כ בחי' פ"י כתובות דף נ"ט ודף ע' ע"ש ויתורץ בזה מה שהקשה בס' הפלאה בריש פרקין לפירש"י אמאי לא פריך הש"ס מגופה דמתני' דתנן יוציא ויתן כתובה אלמא דקונמות לא מפקיע מידי שיעבוד ולפמ"ש לא ק"מ דהא מתני' במדירה מליהנות מירי כדעת רש"י נמצא בכתובה דדמיא לשאר בע"ח בשעה שגובה ה"ל שוה בשוה שאינה נהנית כלל ואחר הפרעון מדידה קא מתהני משא"כ במזונות דכל שעה שניזונת נהנית ממנו ולכך פריך מקונם שאני עושה לפיך אין צריך להפר דמוכח דקונם לא חייל לאפקועי שיעבודא וניחא לן בזה במ"ש תוס' שם בסוגיין בד"ה טפי לא עביד שליח שלחותיה והקשו שם יתקנו שיתן לאחר במתנה והוא יתן לה עוד ה"ק שיפקיר נכסיו וע"ש שתירצו שמתירא ליתן לאחרים במתנה וגם ע"י הפקר לא התירו אלא בשעת הדחק ולכאורה חמי' דאכתי איכא תקנתא שיתן הוא לאחרים בהלואה והוא תגבה מהם בשעבודא דר"נ כמו שאמרו בנדרים לוה ובע"ח באין ונפרעין וע"ש בר"ן וא"ל שנאסרו גם נכסי הלוה מחמת נדרו של בעל ז"א דהא קי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה ולא מצי מלוה מקדיש ליה וה"ה שאין נדרו חל עליהם וכ"ש לפמ"ש מר"ן ז"ל בקצה"ח סימן פ"ו ס"ק א' דלוה שני חייב בחומש למלוה ראשון דאיהו בע"ד דידי' וא"כ האשה היא בע"ד דלוה ותוכל לגבות ממנו בהיתר והכא לא שייכי תירוצי' שכתבו תוס' אכן לפמ"ש ניחא דבעד מזונות אף אם תוציא מבע"ח לא יהיו קנויים לה אלא יהיו של הבעל והוא תהיה ניזונת מהן שהרי היא ניזונת משלו נמצא דלעולם לא תמלט מליהנות ממנו משא"כ בשאר בע"ח דשייך בי' גוביינא

איתא להא תקנתא שאם הדיר הלוה את המלוה מנכסיו יגבה מבע"ח דידים משעדר"נ וגובה לעצמו ולא מתהני מיני' דמודר כלל וזה ברור ודו"ק):
אבל בסתמא כל שמדירו מהנאתו יכול לפרוע חובו וכמ"ש ראי' לזה מדברי תר"י דאפי' צדקה לעני מותר אי לאו משום דיכול לקיים מצות צדקה בעניים אחרי' ודו"ק ובירושלמי דאמר כאן שמדירה מגופו כאן שמדירה מנכסיו היינו שאמר בפירוש שמדירה ממנו הנאת נכסים ומש"ה לא מהני חליפין כיון שמדירה ממנו אלא שא"כ הי' גם תשמיש בכלל לזה מפרש בירוש' כאן במדירה מנכסיו ומשום דליהנות לו משמע מנכסיו אבל גופו אינו במשמע כמ"ש הרשב"א בחידושיו אבל לעולם אין הנדר מנכסיו אלא שמדירה ממנו וכל שמדירה כפירוש שלא ליהנות לו הרי הדירה בפירוש שלא תיזון ממנו כיון דאשתו היא וכל שמדיר בפירוש שלא לפרוע חובו חייל נדרי' וכמ"ש לעיל אבל בסתם כל שמדיר הלוה למלוה שלא ליהנות לו הנאת נכסים מותר לפרוע חובו כיון דמצוה קא עביד אין זה בכלל נדרו כיון דשוה בשוה מותר ושיעבוד ה"ל כנתינת דמי' וכמ"ש ועיין בשו"ת מהרי"ט ח"א סיי' ה' שכתב ז"ל וחוץ מזה אפי' לא הי' מקום כאן לומר אלמו' רבנן לשיעבודי' הנדר מעיקר' אין בו ממש ולא חייל כלל דהא דכתבו תוס' דאלמו' רבנן לשיעבודא זהו באוסר כל נכסיו על בע"ח דאי לאו דאלמו' הוי חל הנדר שפיר דאכתי מחוסר גובייא ואלו רצה להקדישם יכול:
ועוד אי בתר הכי נפלו לי' זוזי' יכול לסלקו בהם מש"ה חייל נדרי' דאדם אוסר פירותיו על חבירו וכן הא דקונם שאני עושה על פיך יכולה היא לאסור מעשי ידי' עליו בקונם שאם הי' לה מעות, ממקום אחר שאין לבעלה רשות בהם היתה יכולה ליתן לו דמי משקל ה' סלעי' ביהודא כו' ולהכי אי לאו דאלמו' רבנן לשיעבודי' דבעל הוי חל הנדר אבל אם הדיר לבע"ח קונם הנאתי עליך מי חייל עלי' קונם דהא וודאי משועבד לו ואין בידו לאסור הנאתו דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו ואינו בידו דהא ודאי בדין יהנה ממנו דמשתעבד לי' ויש לי ראי' מהא דאמרי' פ' המדיר הנאת תשמישי עליך כופה ומשמשתו ואי אמרת דהא דהנאת תשמישי כופה ומשמשתו הוא משום דאלמו' לשיעבודי' א"כ בהא נמי ה"ל למימר יפר שמא יגרשנה ותהא אסורה לחזור לו כדאמר ר' יוחנן ב"נ לענין מעשי ידי' ופסק שמואל כותי' אלא ע"כ משמע דכשאמרה הנאת תשמישי עליך הנדר מעיקרא לא חייל ואפי' יגרשנה יכולה לחזור לו כיון דבשעת הנדר לא הי' בו ממש ואין כאן נדר מעיקרו:
וע"ש שהאריך בזה וסברתו בזה דלא אמרי' קונמת מפקיע מידי שיעבוד אלא כגון היכא דמצי לסלוקי' בזוזי כגון מעשי ידי' דיכולה ליתן לו דמי משקל ה' סלעי' אבל גבי תשמיש

דלא מצי אפקועי מיני' בשום ענין אינו מפקיע מידי שיעבוד מדינא ולהכי אפי' נתגרשה אין הנדר חל וכ"כ בט"ז ביו"ד סימן רל"ד סק"ג ע"ש ובהכי ניחא מה שהקשה בלח"מ על הר"ן אליבי' דהרמב"ם דס"ל דלא אלמו' אלא לשיעבודי' דבעל ולא לשיעבוד דאשה דסגי לה בשיוציא ויתן כתובה שהק' בלח"מ דא"כ קונם תשמישי עליך אמאי לא חייל נדרי' כיון דקונם מפקיע מידי שיעבוד והבאתיו לעיל ולפמ"ש מהרי"ט וט"ז א"כ בקונם תשמיש דלא מצי סלוקי בזוזי לא חייל כלל ואין צריך לאלומי אלא דכבר הוכחנו בס' קצה"ח סימן קי"ז ס"ק ה' דלא כמהרי"ט וט"ז ואפי' היכא דלא מצי לסלוקי בזוזי כל שאינו אלא שיעבוד אתי קונם ומפקיע והבאתי שם ראי' משותפין שנדרו הנאה זה מזה שאסורין לכנוס לחצר ומוקי לה בש"ס בחצר שאין בו דין חלוקה וחל הקונם משום דאתי קונם וחייל על גוף החצר ומפקיע מידי שיעבודו של שותפו שיש לו על חלקו והתם אינו יכול לסלקו לשותפו אפי' באלף זוז וע"ש עוד ראיות לזה אלא דאיכא למידק מהא דאמרי' בנדרי' דף מ"ב ובשביעית אינו יורד לתוך שדהו ופריך בגמ' מ"ש דאוכל מן הנוטות דפירי דהפקירא אינון ארעא נמי רחמנא אפקרי' ופי' הר"ן כלומר לקיטת הפירות ולמה לא ירד לתוכה ללקוט הפירות ע"ש ומאי קושי' וכי עדיף הזוכה משוכר דמשכיר יכול לאסור על השוכר בקונם ומשום דגוף הבית שלו ומפקיע מידי שיעבוד וא"כ נהי דרחמנא אפקרי' לדריסת הרגל ללקיטת הפירות הא קונמת מפקיע מידי שיעבוד וצ"ע (ולענ"ד יש לחלק דהתם כתיב כי לי הארץ ורחמנא אפקרי' גוף הקרקע ללקיטת הפירות ועדיף משכירות שהגוף של המשכיר ואין לשוכר אלא שיעבוד משא"כ בשביעית נתנה התורה גוף הקרקע לצורך לקיטת הפירות ואין לבעלים בהם בשעה זאת כלום) ולפמ"ש כאן בשם תלמידי ר"י נראה בדינא דמהרי"ט דשפיר קאמ' דיכול לפרוע חובי ולאו מטעמי' דמהרי"ט וכמ"ש אלא משום דכל שאומר קונם הנאתי יכול לפרוע לו חובו משום דמצוה דידי' קא עביד אלא דוקא בנודר בפירוש שלא לפרוע חובו בזה הוא דאתי קונם ומפקיע מידי שיעבוד ודו"ק ובמה שהקשו בתוס' והרא"ה והריטב"א דא"כ כל בע"ח יפקיע שיעבודו ע"י קונם הנה לפמ"ש באומר קונם הנאתי סתם יכול לפרוע חובו דמצוה קא עביד וכמ"ש לא תקשי לן אלא שיאמ' בפירו' קונם הנאתי לפרוע חובו וכבר כתבנו מ"ש הרא"ה בזה דאם אסר כל נכסיו לעולם ב"ד כופין אותו להפקיר נכסיו על תנאי שלא יוכל לזכות אלא זה בחובו ומיד שהפקיר נכסיו שיעבודו של זה חל עליהן ע"ש א"כ ה"ה באומר קונם הנאתי לפרעון כופין אותו להפקיר נכסיו על תנאי שלא יוכל לזכות בהן אלא זה בחובו:

אמנם לפמ"ש נ"י פ' יש נוחלין הובא בד"מ ק"מ סימן רמ"ה דאף אם הוא הפקר וכל הקודם בו זכה מ"מ אם קדם בע"ח וזכה בו נפטר המפקיר מחובו ולא מצי האי למימר מהפקירא קא זכינא וחובי במקומו עומד ע"ש וא"כ לגבי המלוה לא הי' צריך לתנאי זה ואם זכה בו המלוה יפטור מחובו ולא יוכל לומר מהפקירא קא זכינא ואי משום שלא יבואו אחרי' לזכות בהם קודם שיבוא הבע"ח הא מבואר בח"מ סימן רמ"ה דבע"ח שהפקיר נכסיו וזכה בהם אחר המלוה חוזר וגובה מן הזוכה ואפי' במלוה ע"פ חוזר וגובה כמ"ש בט"ז שם ועמ"ש בס' קצה"ח שם סק"ז:

לכן נראה מזה ראי' למ"ש בקצה"ח סימן רמ"ה סק"ה דאם הפקי' נכסיו ובא בע"ח וזכה בהם לא נפטר זה מחובו ע"ש א"כ דברי הרא"ה מוכרחים דצריך תנאי שלא יוכל לזכות אלא להפרע מחובו ואע"ג דאין הפקר עד שיפקיר לכל בין לעניים בין לעשירים וכאן מתנה שלא יוכל לזכות בהם אלא זה בחובו כיון דהוא דרך תנאי לא הוי שיור בהפקר אכן אם אמר נכסים אלו לא מהני הפקר ומכירה וכמ"ש הרא"ה הובא בדברינו למעלה אמנם לענ"ד נראה בישוב קושי' זו שהקשו תוס' והרא"ה והריטב"א דכל בע"ח יפקיע שיעבודו ע"י קונם דהנה בקונם הנאתי או קונם נכסי כבר כתבו ז"ל דאיכא תקנתא ע"י כפי' למכור או להפקיר אלא באומ' נכסים אלו ליתא להא תקנתא א"כ אכתי יפקיע כל בע"ח שעבודי' בקונם נכסים אלו על כל העולם ונראה לפמ"ש תוס' פ' השולח דף מ"ה ד"ה הקדש חמץ ז"ל פי' בקונטרס דוקא קדושת הגוף מפקיע מידי שיעבוד וקשה לר"ת דאי חשיב ברשותו של לוה כל זמן שלא הגיע הזמן פרעון אפי' קדושת דמים נמי מפקיע מידי שיעבוד ואי לא חשיב ברשותו אפי' קדושת הגוף נמי לא דכי יקדיש את ביתו אמר רחמנא כו' ואומר ר"י דרבא לטעמי' דאמר בפ' כל שעה בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה וחשיב ברשותו ודוקא קדושת הגוף שאין לו פדיון מפקיע מידי שעבוד כגון שור תם למזבח או קונמת דפ' אע"פ או אצטלא דפרסו' אמיתנא ביבמות פ' אלמנה דכיון שחל שעה אחת תו לא פקע דלא עדיף שיעבוד מנתינת דמים וכן חמץ וכן שחרור ומפרש טעמא בירושלמי משום דלא מצינו עבד משתחרר וחוזר ומשתעבד והיינו כדפרישית דקדושת הגוף כיון דחיילא תו לא פקע אבל קדושת דמים לא אלים כח הקדש מכח מקדיש כיון דיש לו פדיון וראוי לפקוע כדאשכחן בשדה מקנה כו' עכ"ל תוס' ע"ש:

ובר"ן נדרים דף כ"ט וז"ל וכי קדושה שבהן להיכן הלכה וא"ת תינח למאי דפרשי' במתני' דבהקדש ממש עסקי' איכא למפרך הכי אבל לאידך פירושא דפרישנא דבקונמ' עסקינין היכא ס"ד דקונמת לא פקע בכדי והתנן בפ' הנודר מן הירק שאת נהנית לי עד הפסח אם תלכי לבית אביך עד החג הלכה לפני פסח אסורה בהנאתו עד הפסח אלמא דלאחר

הפסח פקע איסורא ממילא כך הקשה הר"ר יונה ז"ל ותירץ דה"מ בקונם פרטי כי התם שאינו חל אלא על אשתו משום הכי קליש איסורי' ופקע בכדי אבל קונם כללי כי האי דמתני' נטיעות הללו אסרן אכ"ע כי היכי דאלים דתפיס פדיוני' כהקדש כדאמר ר' מאיר לקמן בריש פ' אין בין המודר ה"נ דס"ל דחמיר ולא פקע בכדי עכ"ל. ולכאורה תקשי לפ"ז בהא דאמרו פ' אע"פ בקונם שאני עושה לפיך משום דקונמת מפקיע שיעבוד וכיון דטעמא דקדושת הגוף מפקיע מידי שיעבוד הוא משום דכיון דחייל שעה אחת תו לא פקע בכדי וא"כ בקונם פרטי דפקע בכדי אמאי אינו חוזר ונעשה חולין ע"י שיעבודא דבעל:

ולזאת אנו צריכין לדברינו שכתבנו בקצה"ח סימן קי"ז סק"ו דלתוס' משמע דאפילו לדידן דקיימא לן בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה אינו אלא משום דמצי לסלוקי בזוזי ולזה הקשו בתוספות פ' השולח ז"ל ואם תאמר אצטלא דפרסו' אמיתנא אמאי קנייי' מיתנא הא אינם יכולים לסלקה בזוזי דהדין עמה א"כ מודה רבא התם דלמפרע הוא גובה ע"ש מ"ש בזה וא"כ בקונם שאני עושה לפיך דמיירי נמי בשבע מלאכות כגון טחינה וכיוצא דלאו כל הימנה לאפקועי נפשה בשום אופן ואינה מועלת בדמי' ואפי' אומרת איני ניזונת ואיני עושה חייבת בשבע מלאכות כמ"ש הר"ן פ' אעפ"י שם וטעמא דמכאן ולהבא גובה אינו אלא משום דמצי לסלוקי בזוזי והנך ז' מלאכות כיון דאי אפשר לאשה לפטור עצמה א"כ היכא אמרי' קונמת מפקיע מידי שיעבוד כיון דלא מצי סלוקי בזוזי:

(מ"ש מורי ז"ל דהנך ז' מלאכות לאו כל כמינה לאפקועי נפשה בשום אופן וכ"כ שם בקצה"ח ע"ש. לענ"ד צ"ע דהא אמרי' פ' אע"פ הכניסה לו ד' שפחות יושבת בקתדרא וכ"פ בטוש"ע סימן פ' ואפי' לר"א דכופין אותה שלא תבטל מ"מ ס"ל לכמה פוסקים דמע"י לעצמה ואפי' להרשב"א והר"ן דס"ל דמע"י לבעלה מ"מ אם אמרה איני ניזונת וא"ע של עצמה היא כמ"ש ב"ש סק"ד ע"ש א"כ אף באותן ז' מלאכות ג"כ מצי לסלוקי בזוזי כמ"ש ט"ז ביו"ד סימן רל"ד דאם הכניסה לו ממון לקנות ד' שפחות נמי פטורה כדאמרי' פ' אע"פ וכמ"ש לקמן סימן פ' ע"ש וצריך לומר דכונת מארן על אותן ג' מלאכות הצעת המטה ומזיגת הכוס והרחצת פניו דבהני אין בידה להפקיע עצמה על ידי שפחות כמבואר בש"ע סעיף ה' ע"ש אלא דכל זה הוא דוקא לדעת תוספות ומר' והג"א אבל לדעת רש"י ז"ל אינה חייבת באותן ג' מלאכות עיין פ' אע"פ דף ס"א וברש"י שם שכתב דאינה אלא עצה טובה שהשיאו חז"ל כדי שתתחבב על בעלה ולשיטתיה אין בכל מעשי ידי אשה מה שלא תוכל להסתלק ע"י מעות ובעיקר דעת רש"י ז"ל נפלאת היא בעיני

שהוא נגד ש"ס ערוך בנדרים דף פ"א ע"ב ברייתא מפורשת אם אמרה קונם שאיני מצעת המטה ורוחצת כו' אין צריך להפר דמשעבדא לי' וצע"ג):
וכתבנו שם בישובו דעד כאן לא אמרי' למפרע גובה במידי דאי אפשר לסלוקי בזוזי אלא היכא דגבאו לבסוף אבל כשאינו גובה לבסוף לא שייך לומר למפרע גובה כמ"ש תוס' פ' המניח דף ל"ג ע"ש:
ומ"ש תוס' פ' השולח דלאביי ס"ל ולמפרע הוא גובה לא ס"ל הקדש מפקיע מידי שיעבוד היינו כשגבאו לבסוף דאשתכח דלמפרע הי' שלו ולא הי' הלוה יכול להקדישו כלל ע"ש אבל במידי דלא שייך בי' גביי' לבסוף גם אביי מודה דהקדש מפקיע מידי שיעבוד ומש"ה בקונם שאני עושה לפיך דהקדישה ידיה לעושיהן ובידים לא שייך גביי' וכיון דחייל קונמת מפקיע מידי שיעבוד דהא אין לו להבעל על הידים רק שיעבוד ולעולם לא יבא לידי גביי' על הידים והקדש או קונם מפקיע מידי שיעבוד וכן במשכיר יכול לאסור קונם על השוכר לדעת הר"ן כיון דחייל קונם על גוף הבית ואין להשוכר אלא שיעבוד אתי קונם ומפקיע לשיעבודי' משום דלא שייך בי' גביי' לעולם ובהני אפי' אביי מודה דהא לא שייך למפרע גובה כיון שלא בא לידי גוביינא כ"ש לרבא ואע"ג דלא מצי לסלוקי בזוזי לא אכפת לן בהא דמ"מ לא שייך לומר למפרע גובה כיון שלא בא לידי גביי' אבל בלוה שהקדיש שור תם למזבח לאביי דס"ל למפרע גובה אי נמי לדידן היכא דלא מצי לסלוקי בזוזי כיון שבא לידי גביי' אמרי' למפרע גובה ונמצא שהקדיש שאינו שלו דהא אתי מלוה לבסוף וגבי לי' לגוף הדבר משא"כ בקונם שאני עושה לפיך שהקדישה ידי' ובידים לא שייך גביי' לעולם וכן במשכיר בית לחבירו לעולם לא יגבה השוכר גוף הבית ולא שייך בי' למפרע היא גובה גם לאביי הקדש או קונם מפקיע מידי שיעבוד.
ולהכי לא קשי' לאביי מתני' דהשותפין שנדרו הנאה זה מזה דאסורין לכנוס לחצר משום דקונמת מפקיע מידי שיעבוד כמ"ש הר"ן שם משום דגבי חצר השותפין לא שייך גביי' אלא שעבוד הוא דאית לי' לשותף בחלקו של חבירו וקונמת מפקיע מידי שיעבוד ולא הוצרכו תוס' להאי טעמא דמכאן ולהבא גובה אלא היכי דאתי לבסוף לידי גביי' גוף הדבר שהקדיש כגון בעבד שעשאו אפותקי ושחררו א"נ עשה שיורו אפותקי והקדישו למזבח או עשה חמצו אפותקי ועבר עליו הפסח דכל הני אתי מלוה וגבי לבסוף גוף הדבר שהקדיש או ששחרר או שנאסר בהא פליג אביי וס"ל למפרע גובה ולא היה של לוה בעת שנאסר אבל במידי דלא אתי לידי גביית גוף הדבר גם לאביי קונמת מפקיע מידי שיעבוד וכו' ולהכי בקונם שאני עושה לפיך אע"ג דלא מצי לסלוקי בזוזי מ"מ כיון שחל על הידים וידים ליתנהו בתורת גוביינא ואין לו עליהם לעולם אלא שיעבוד אתי

קונם ומפקיע ואפי' קונם פרטי מפקיע מידי שיעבוד כמו בשותפין שנדרו שהוא קונם פרטי כל זה נלענ"ד ברור וכמ"ש שם בקצה"ח וע"ש היטב:

עוד שם בקצה"ח סק"ה במ"ש רמ"א ז"ל ואפי' בקדושת הגוף לא יוכל לאסרן על המלוה בלחוד לומר יהיו נכסי קונם עליו אא"כ אסרן על כל העולם והוא מדברי תוס' פ' אע"פ דף נ"ט ד"ה קונמות קאמרת וז"ל וא"ת כל אחד יפקיע חובו ע"י קונם וי"ל דלאו דוקא שיעבודי' דבעל אלמו' רבנן אלא ה"נ דאלמו' רבנן לשיעבודא דבע"ח כו' וא"ת בפ' אלמנה לכ"ג גבי איצטלא דפרסו' אמיתנא אמאי קאמר רבא קני' מיתנא הא אלמו' רבנן לשיעבודה וי"ל דוקא בקונמות אלמו' שלא יפקיע חובו אבל ההיא דאלמנה דנאסר לכל העולם ליכא למיחש ומפקיע מידי שיעבוד' כהקדש עכ"ל ומזה העלה רמ"א דבקונם כללי שנאסר לכל העולם לא אלמו' רבנן לשעבודי' ומפקיע מידי שיעבוד ואני בענ"ד העליתי שם דכיון דקי"ל קונם כללי יש לו פדיון בנדרים דף ל"ה קונם ככר זה הקדש ואכלה בין הוא בין חבירו מעל לפיכך יש לו פדיון ככר זה עלי הקדש ואכלה בין הוא בין חבירו לא מעל לפיכך אין לו פדיון דברי ר' מאיר וחכמים אומרים בין כך ובין כך לא מעל לפי שאין מעילה בקונמת וכתב שם הר"ן יש לו פדיון כיון שאסרו על כל העולם כהקדש תפיס פדיונ' כו' ולענין הלכה קי"ל כר' מאיר הלכך קי"ל דיש מעילה בקונמות וקי"ל נמי בקונם כללי יש לו פדיון וכן פסק הרמב"ם פ"ד דמעילה ע"ש וכ"כ תוס' פ' האשה רבה ע"ש וכיון דקונם כללי יש לו פדיון תו לא הוי אלא קדושת דמים וקדושת דמים אינו מפקיע מיד שיעבוד ומשום דלא גרע שיעבוד מנתינת דמים והא דאמרי' פ' אע"פ קונמות קאמרת דקדושת הגוף נינהו משום דהתם מיירי בקונם פרטי דאמרה קונם שאני עושה לפיך ואינו אסור אלא על הבעל ואע"ג דאמרה יקדשו ידי לעושיהן אינו אלא נגד הבעל וקונם פרטי אין לו פדיון מש"ה ה"ל כמו קדושת הגוף כיון דאין לו פדיון ולא עדיף שיעבוד מנתינת דמים אבל קונם כללי שיש לו פדיון לא הוי קדה"ג אלא קדושת דמים וא"כ אינו מפקיע מידי שיעבוד כלל ותוס' לא כתבו אלא איצטלא דפרסו' אמיתנא דזה הוא איסור לכל העולם ואין לו פדיון אבל קונם כללי שיש לו פדיון אינו מפקיע ע"ש בדברינו שנכונים היטב בזה. ולפ"ז ניחא דאין בע"ח יכול לאסור נכסיו ולהפקיע שיעבודו ממלוה שלו דממ"נ אם בקונם פרטי על המלוה לחודיה (ואפילו אסרן על כל העולם חוץ מלעצמו עדיין הוי פרטי כיון שלא אסרן על העולם כולו) א"כ פקע בכדי ויכול המלוה לגבותן בזמן הפרעון ואם בקונם כללי (היינו שאסרן על כל העולם ועל עצמו ג"כ) א"כ יש לו פדיון ואינו קדושת הגוף אלא קדושת דמים ואינו מפקיע מידי שיעבוד אלא המלוה מוסיף עוד דינר ופודהו ואפשר דאפי' דינר לא צריך דלא החמירו

בפ' שום היתומים לומר מוסיף עוד דינר אלא בהקדש וכדר' אבהו כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון והך טעמא לא שייך אלא בהקדש גמור אבל בקונם לא אשכחן הכי ואפי' את"ל דצריך ליתן דינר אין בזה הפקעת חוב כיון דסגי בכל דהו וכ"ז נלענ"ד ברור ונכון:

ונראה דה"ה אפילו לא אמר לשון קונם אלא אמר הריני אוסר הנכסים על כל העולם נמי דין קונם אית לי' דלשון איסור בלא התפסה אינו אלא יד לנדר דעיקר לשון נדר האמור בתורה בהתפסה הוא וכמ"ש הר"ן ר"פ שבועות שתים ז"ל דעיקר נדר האמור בתורה היינו שתלאו בדבר הנדור כו' שעיקר הנדר בהתפסה ואע"פ שאם לא התפיסו חייל ההוא משום יד הוא דמהני שכשהוא אומר הרי זה אסור עלי אנו גומרין את הדברים כקרבן ומ"מ עיקר הנדר מתפיס הוא עכ"ל וכ"כ תוס' ריש נדרים ע"ש וכ"כ הרא"ש שם וכן נראה דעת הריטב"א בחדושיו לקדושין דף נ"ד דאיסור משום יד הוא ע"ש וכיון דהוי יד לנדר ואנו גומרין את הדבר לומר כקרבן הרי אית בי' מעילה ופדיון וה"ל קונם ממש ועיין בלח"מ פי"ב מה' אישות אלא דר"ן רפ"ק דנדרים כתב דנדרי איסור אפי' בלא התפסה ה"ל גוף הנדר ע"ש וזה סותר לדברי עצמו מ"ש ר"פ שבועות שתים וכמ"ש וצ"ע:

ועיין בקצה"ח סימן קע"ט שהנחתי בצ"ע הא דבר פדא דאי בקונם כללי א"כ אית לי' פדיון וקדושת דמים הוא ושם מודה בר פדא דקדושת דמים פקע בכדי ע"ש ושוב עיינתי דליתי' דהא פלוגתא דבר פדא שם דף כ"ט רק בקדושת דמים וע"ש וא"כ ניחא דבקונם כללי הוי קדושת דמים ואינו מפקיע מידי שיעבוד מדינא ובקונם פרטי יכול המלוה לגבותו דקונם פרטי פקע בכדי וגובה מכאן ולהבא משא"כ בקונם שאני עושה לפיך דהקונם חל על גוף הידים והידים אינן בתורת גוביינא מש"ה אפי' קונם פרטי מפקיע מידי שעבוד כיון שחל הקונם על הידים ואין הידים ניתנין לגבות וכיון שחל על הידים שוב נאסר במעשי ידי' אחר שעשאתן כיון דכבר חל על ידי' ודו"ק היטב וכמו כן במשכיר יכול לאסור גוף הבית על השוכר ומשום דגוף הבית של המשכיר ולעולם לא יבא ליד גביי' ואין לשוכר לעולם אלא שיעבוד לדור בו וגוף הבית לעולם של המשכיר לכך מפקיע הקונם מידי שיעבוד משא"כ בבע"ח דגובה מכאן ולהבא גוף הבית א"כ נעשה עתה חולין ולא עדיף כח הקדש מכח מקדיש ולא אמרי' כיון דחל שעה אחת תו לא פקע דקונם פרטי פקע בכדי ודוק היטב בכל זה כי ברור הוא. והנה שטת התוס' דכמו דאלמו' רבנן לשיעבודא דבעל כך אלמו' רבנן לשיעבודא דשאר בע"ח אלא דלא אלמו' רק בקונם פרטי היינו שלא אסרו על עצמו אבל כגון אצטלא דפרסו' אמיתנא שנאסר לכל העולם לא אלמו':

ובש"ס פ' החובל דף צ' גבי שן ועין דעבדי מלוג פליגי תנאי חד אמר לאשה ולא לאיש וחד אמר לא לאיש ולא לאשה ואמרי' דכ"ע אית להו תקנת אושא ומ"ד לאשה ולא לאיש כדרבא דאמר הקדש חמץ ושחרור מפקיע מידי שיעבוד לימא דרבא תנאי הוא לא דכ"ע אית להו דרבא והכא אלמו' רבנן לשיעבודא דבעל הרי דאלמו' לשיעבודי' דבעל אפי' בשחרור שאוסרו על כל העולם ואלו גבי שאר בע"ח אמר רבא דשחרור מפקיע מידי שיעבוד וכ"ע אית להו דרבא והיינו בעבד שעשאו רבו אפותקי וע"כ צ"ל דדוקא גבי בעל אלמו' רבנן לשיעבודי' אפי' גבי קונם כללי כי האי דשחרור אבל בשאר בע"ח לא אלמו' בקונם כללי דכ"ע אית להו דרבא דשחרור מפקיע מידי שיעבוד ולא אלמו' לשיעבודי' וא"כ בזה עדיף שיעבוד הבעל משאר שיעבודין דאפי' בקונם כללי אלמו' רבנן לשיעבודי' משא"כ בשאר בע"ח דדוקא בקונם פרטי אלמו' רבנן ולא בכלל וכמ"ש ועמ"ש בספרי קצה"ח סימן קי"ז ס"ה דהא דיקדשו ידי לעושיהן היינו על הבעל לחודי' אמנם לפי האמור כאן אפי' היכא שאסרה על כל העולם אלמו' לשיעבודי' דבעל כי האי דשחרור:

ובתוס' שם ד"ה אלמו' רבנן לשיעבודא דבעל ז"ל הכא הוי פלוגתא בהכי ובפ' אע"פ קאמר דאין קונמת מפקיע מידי שיעבוד דבעל דאלמוהו וכן בריש המדיר אלמו' רבנן לשיעבודא דאשה ואין יכול להדירה דפריך וכיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר לה כו' וביבמות פ' אלמנה גבי איצטלא דפרסומא אמיתנא לא אמרי' אלמו' רבנן לשיעבודא דאשה אלא אמרי דנאסר כי פרסו' אמיתנא וצריך לומר שיש מקומות שצריך לאלם כח הבעל וכח האשה יותר ממקום אחר עכ"ל:

ולפמ"ש הכל ניחא דהא דפליגי באלמו' רבנן היינו בשחרור דהוי איסור כללי ומש"ה ס"ל לחד תנא דלא אלמו' אבל באוסר על המלוה לחודי' דכ"ע מודו דאלמו' רבנן לשיעבודא ואפי' בשאר בע"ח ומש"ה גבי איצטלא דאינו אלא שאר חוב לא אלמו' כיון דהוא איסור כללי ותמה אני מאי קשי' להו לתוס' מהא דאיצטלא דפרסו' אמיתנא דהא אמרו להדיא דכ"ע אית להו דרבא ורבא הא אמר דשחרור מפקיע מידי שעבוד וע"כ צריכין אנו לחלק ולומר דלא אלמו' בכללי אלא לשיעבודי' דבעל אבל בשאר בע"ח לא אלמו' אלא באוסר על המלוה לחודי' ואיצטלא דפרסו' אמיתנא ה"ל שאר בע"ח ואפי' נימא דאלמו' לשיעבודא דאשה כמו לשיעבודא דבעל הייני במה דאית לה מתקנת חכמים כגון מעשי ידי' לבעל וכמו כן במזונות אלמו' לשיעבודא דידה דהוא תחת מע"י אבל נכסי צאן ברזל דאינו מתקנת חכמים אלא חוב הוא על הבעל הוי האשה כמו שאבע"ח

דבפירוש אמר רבא שחרור מפקיע מידי שיעבוד ולא עדיף פרסו' אמיתנא דהא הוי נמי איסור כללי וצ"ע:

(עיין לעיל בהגה"ה דההיא דאיצטלא מיירי שהיורשים רוצים לסלקה בממון אלא משום שבח בי' אבי' הוא תובעת גוף החפצים ובזה לא הוי כשאר חוב אלא מתקנת חכמי' ולכך הי' סברת התוס' לומר אלמו' כמו בשעבודא דבעל וק"ל:

ונשטת הפוסקים דלא אמרו אלמו' אלא לשיעבוד הבעל במה שתקנו לו מעשי ידיה שלא תוכל לאסרו עליו בקונם וכמו כן במה שתקנו לה כנגדה מזונות תחת מעשה ידיה גם כן לא יוכל הבעל לאסרה עליה בקונם ואלמו' רבנן ג"כ לשיעבודא דאשה שכנגד שיעבודא דבעל ומש"ה פריך ריש המדיר וכיון דמשועבד לה מי מצי מדיר לה אבל חוב בעלמא קונם מפקיע מידי שיעבוד א"כ א"ש לפי דאנן קי"ל כהך ברייתא דס"ל אלמו' רבנן לשיעבודיה דבעל וכמו שיתבאר בסימן צ' אבל שחרור דמפקיע מידי שיעבוד היינו בשאר חוב ובאיצטלא דפרסו' אמיתנא דה"ל שאר חוב לא אלמו' כלל ואין חילוק בין קונם כללי לקונם פרטי אלא לעולם בשיעבודא דבעל אלמו' אפילו בקונם כללי וכמו בשן ועין דחכמים הוא דתקנו פירי לבעל ואלמוהו לשיעבודא אבל בשאר חוב אפי' בקונם פרטי לא אלמו' ודוק היטב ועיין במגיני שלמה מ"ש ר"פ המדיר דאלמו' רבנן לשיעבודא דמזונות שהוא נגד מעשה ידיה של הבעל כמו דאלמו' לבעל וזה כמ"ש:

ובתוס' פ' אע"פ דף נ"ט שהקשו דא"כ כל בע"ח יפקיע שיעבוד וכתבו דאלמו' ג"כ לשיעבודא דבע"ח ואיצטלא דפרסו' אמיתנא דמפקיע מידי שיעבוד משום שנאסר על כל העולם והא דאמרי' פ' החובל דף פ"ט גבי שן ועין לא לאיש ולא לאשה דאלמו' רבנן לשיעבודא דבעל ורבא ס"ב דשחרור מפקיע מידי שיעבוד משום דרבא סבר כמ"ד לאשה ולא לאיש ע"ש והוא תמו' דהא אמרי' התם בהדיא לימא דרבא תנאי היא ומשני לא דכ"ע אית להו דרבא וא"כ היאך כתבו התוס' דהא דרבא תנאי הוא וצ"ע כעת:

(ולענ"ד דברי תוס' נכונים וז"ל שם בפ' אע"פ וא"ת בפ' אלמנה ביבמות גבי איצטלא קאמר רבא קני' מיתנא הא אלמו' רבנן לשיעבוד אשה וי"ל דדוקא בקונם כו' אבל ההיא דפ' אלמנה דנאסר לכל העולם ליכא למיחש להכי ומפקיע מידי שיעבוד כמו הקדש והא דאמר בהחובל דעבדי מלוג אין יוצאין כו' דאלמו' רבנן לשיעבודי' דבעל אע"ג דשחרור דמי להקדש ס"ל לרבא פ' אלמנה כמ"ד לאשה ולא לאיש עכ"ל מבואר כוונת התוס' דאין חילוק בין שעבוד הבעל בנ"מ ובין שעבוד האשה בנכסי צ"ב אלא בתרווייהו אלמו' גבי קונם וכן בשאר ב"ח אלמו' נגד קונם אבל כשאוסר על כל העולם לא אלמו' לבע"ח ולכך הקדש חמץ ושחרור מפקיע מידי שיעבוד שאר בע"ח אליבא דכ"ע וליכא מאן דפליג

בהא ארבא אמנם בבעל ובאשה דתקנתא דרבנן היא אפשר לומר דאלמו' אפי' באיסור כללי כהקדש ושחרור ולא יקשה מזה אהך דרבא דאמר הקדש חמץ כו' דרבא מיירי בשאר בע"ח איברא מהא דאיצטלא מוכח דאף באשה לא אלמו' באיסור כללי וא"כ ה"ה בבעל לא אלמו' אלא בקונם ולא באיסור כללי מזה מוכח דרבא ר"פ אלמנה ס"ל כמ"ד לאשה ולא לאיש לזה דקדקו תוס' בדבריהם דרבא דפ' אלמנה ר"ל במאי דאמר גבי איצטלא קני' מיתנא מוכח דס"ל כמ"ד לאשה כו' אבל מהא דרבא דהקדש חמץ כו' אין הכרע דהתם קאי בשאר בע"ח לכך שפיר קאמר בהחובל דכ"ע אית להו דרבא היינו הא דהקדש חמץ כו' ובדין דבעל פליגי אי אלמו' ובאמת רבא בעצמו סבר כמ"ד לאשה וזה מוכח ממעשה דאיצטלא וזה נכון) אמנם לפמ"ש ניחא דבקונם כללי בשעבודי' דבעל לחודי' הוא דאלמו' אבל בשאר בע"ח לא אלמו' אלא בקונם פרטי:

ולשטת הרמב"ם דלא אלמו' רק בשיעבוד דרבנן אבל לא בשעבוד דאורייתא וכמ"ש לעיל הכא ניחא ומשום דגבי צאן ברזל שהוא שיעבודא דאורייתא כמו שאר בע"ח לא אלמו' וכמ"ש לעיל ובמשנה למלך פ"ה מהלכ' עבדים בהא דפסק הרמב"ם לעבדי מלוג אין יוצאין בשן ועין לא לאיש ולא לאשה כתב וז"ל ולפ"ז אני תמי' על מארן בפרקין שהביא כל הסוגיא הלזו וכתב והשתא אי לאוקימת' קמיית' דמ"ד לא לאיש ולא לאשה בתר תקנת אושא קאמר ליכא מאן דפליג עליה ע"ש דמה יענה הרב לאידך אוקימתא דקאמר דמ"ד לאשה ולא לאיש משום דרבא דלפ"ז פשיטא דקי"ל לאשה ולא לאיש דהא קי"ל כרבא וכן לאידך אוקימתא דכ"ע אית להו דרבא והכא אלמו' רבנן לשיעבודא דבעל עדיין הדבר שקול כמאן קי"ל דאפשר דקי"ל כמ"ד לאשה ולא לאיש משום דרבא ולא אלמו' רבנן לשיעבודיה דבעל עכ"ל ולפי מ"ש בשטת הרמב"ם אין חילוק בין כללי לפרטי אלא בכל שיעבוד הבעל והאשה שהוא מדבריהם אלמו' לשיעבודא והא דשחרור מפקיע מידי שיעבוד משום דבשאר בע"ח לא אלמו' כלל וא"כ ודאי קי"ל כמ"ד לא לאיש ולא לאשה ומשום דהא אלמו' רבנן לשיעבודא דבעל היא הלכה מרווחת בפ' אע"פ דף ט' ופירי נכסי מלוג הוא מדבריהם ולשטת תוס' דס"ל פ' אע"פ דרבא ס"ל כמ"ד לאשה ולא לאיש א"כ ודאי קי"ל כרבא (או אפשר לומר דרבא ס"ל ידו עדיפא מידה וכמו שכתבו התוס' בתירוץ ב' ע"ש) אלא הב"י לא כתב אלא לשטת הרמב"ם וא"כ רק לשיעבודא דבעל אלמו' ורבא נמי מודה בהא ודו"ק:

ס"ק ג

מליהנות לו ר"פ המדיר פירש"י ז"ל המדיר את אשתו מליהנות לו אין הנאת תשמישו נאסר עליה דהא משתעבד לה הלכך משום תשמיש אין לנו לכופו להוציא וליתן כתובה

ובתוס' שם ד"ה המדיר ז"ל פי' בקונט' כו' וקשה דפריך בגמ' כו' ועוד כי מוקי לה בגמ' כשהדירה כשהוא ארוסה דאכתי לא משתעבד א"כ מתשמיש נמי חל הנדר וא"כ לתני במתני' יוציא ויתן כתובה בשבת אחת לב"ה או בשתי שבתות לב"ש ומפרש ר"ת דליהנות לו לא משמע אלא מזונות עכ"ל ובחידושי הרשב"א כתב ליישב פירש"י משום דלישנוייא קמא מוקי לה כשהדירה כשהוא ארוסה ועדיין ארוסה היא ולא משתעבד לתשמיש כלל ואפי' הגיע זמנה לשינוייא בתרא דהדירה כשהיא ארוסה ונשאת עדיפא מינה מקשי הא סברא וקיבלה ע"ש:

ואיכא למידק כיון דבארוסה בתשמיש נמי חל הנדר א"כ להך שינוי' דמוקי לה כשהוא ארוסה והגיע זמנה ולא נשאת אמאי אית לה מזונות בהגעת הזמן דהא קי"ל פרסה נדה סוף י"ב חדש אין לה מזונות כיון דלא חזי' לביאה וזו נמי שנאסרה על בעלה לא חזי' לביאה וא"כ אמאי אית לה מזוני בהגעת זמן ואע"ג דע"י פשיעתו בא האיסור מ"מ כבר נעשה האיסור קודם ומה לו לעשות בהגעת הזמן ועיין בר"ן ריש פ"ק דכתובות גבי פרסה נדה דאע"ג דלא בעי' חופה דחזי' לביאה אפ"ה כל דלא חזי' לתשמיש לא כפינן ליה לכנוס ולית לה מזוני ע"ש ונלענ"ד דמש"ה פירש"י בסוגיין דהדירה כשהיא ארוסה ולאחר שהגיע זמן ואפ"ה חייל כיון דאינו אלא מדרבנן ע"ש ולא פירש כפי' התוס' כשהדירה קודם שהגיע זמן ואח"כ הגיע זמן ע"ש משום דאם היה הנדר קודם שהגיע הזמן א"כ מזוני נמי לית לה כיון דאין כופין אותו לכנוס דהא לא חזי' לביאה דהאי חייל נדריה אף אתשמיש דרש"י לשטתיה אזיל דס"ל במתני' דתשמיש בכלל הוא אלא דלא חייל משום דמשתעבד לה והכא עדיין לא אשתעבד ושפיר חייל מש"ה פירש"י שהדירה אחר שהגיע הזמן בזה שפי' אית לה מזוני כיון דהיתה ראויה לכנוס בשעה שהגיע זמן אע"ג דאח"כ לא חזי' לביאה דגם אם פרסה נדה או חלתה אחר שהגיע זמן נמי אית לה מזוני כיון דכבר חייל עליה חיוב מזוני ותוס' שפירשו שהדירה קודם שהגיע זמן לשיטתייהו אזלו דפירשו במתני' דאין תשמיש בכלל נדר מליהנות לו ע"ש ודו"ק ובירושלמי פריך תמן תנינן המדיר את אשתו מתשמיש המטה והכא אמר הכין תמן במדירה מגופו ברם הכא במדירו מנכסי' ע"ש והוא תמוה דמאי קשי' לי' ממתני' דמדיר את אשתו מתשמיש המטה דהתם ע"כ מיירי שאמר הנאת תשמישך עלי דאילו אמר תשמישי עליך כופין אותו ומשמשה כדאיתא בש"ם דילן וכן בירושלמי פ' ואלו נדרים ע"ש וא"כ אפילו מדירה מתשמיש נמי לא חייל כיון דמשתעבד לה ונלענ"ד ליישב לפי מ"ש בסמ"ג לאוין פ"א דלר' אליעזר בן יעקב פ' נערה דס"ל דשארה כסותה ועונתה כולי' לכסות הוא דאתא ולדידיה מזונות ועונה דרבנן. ובמזרחי פרשת משפטים

כתב דברייתא דמכילתא דקתני לראב"י מזונות ק"ו מכסות עונה מנין ק"ו מכסות אינו אלא דרך אסמכתא ע"ש וכיון דלמ"ד מזונות דרבנן ע"כ כר"א בן יעקב ס"ל דכולי' קרא לכסות הוא דאתי וא"כ עונה נמי מדרבנן ולזה שפיר מקשה בירושלמי ממדיר את אשתו מתשמיש דיוציא בשבת אחת ואי משום דמשתעבד לה מזונות נמי משתעבד לה וכבר אוקי לה בירושלמי כמ"ד מזונות דרבנן וחייל נדרא אשיעבודא דרבנן ולמ"ד מזונות דרבנן תשמיש נמי דרבנן וכי היכי דחייל אמזונות חייל נמי אתשמיש דתרווייהו דרבנן נינהו להכי משני כאן במדירה מגופו כאן במדירה מנכסיו והא דאיתא בירושלמי פ' ואלו נדרים באומר תשמישי עליך כופין אותו ומשמשה היינו למ"ד מזונות דאורייתא וס"ל כמ"ד דדריש שארה אילו מזונות ועונה כמשמעו ותשמיש נמי דאורייתא אבל משנתינו דמוקי לה בירושלמי כמ"ד מזונות דרבנן ה"ה תשמיש הוי דרבנן ודוק ועמ"ש לעיל שוב מצאתי בספר יראים לר"א ממיץ סימן קצ"א כתב ג"כ דלר' א"בן יעקב עונה ומזונות אינו אלא מדרבנן ע"ש:

והרב המגיד פ"ב מהל' אישות כתב ז"ל המדי' את אשתו מליהנות לו כו' ודע שדין משנתינו בשלא הדירה אלא מנכסיו אבל אם הדירה אף מתשמיש יותר משבת אחת יוציא ויתן כתובה כמו שיתבאר פי"ד וכ"כ הרשב"א ז"ל וכ"כ הרמב"ן ז"ל עכ"ל ולא זכיתי להבין כוונתו דודאי גם במדירה מתשמיש כל שאומר הנאת תשמישי עליך כגוונא דמדיר את אשתו מליהנות לו דהוא הנאתי עליך ובכה"ג בתשמיש לא חייל כלל דהא משתעבד לה וצ"ע:

ס"ק ד

או שלא תטעום אחד מכל המינין. בתוס' פ' המדיר דף ע"א ד"ה שלא תטעום א' מכל הפירות כתוב וז"ל לאו בכל פירות מדיר לה דא"כ לא הוי חייל דאי אפשר לה לקיים כדאמרי' פ"ב דנדרים דף מ"ד דכי אמר קונם עיני בשינה לא חייל נדרא למיסר שינה אלא שלא תטעום במין אחד מכל הפירות כו' אבל למאי דס"ד דאדרה איהי ותלוהו בתשמיש חייל אפי' הדירה מכל הפירות כיון דאפשר לה לאכול ולאסור בתשמיש כו' ע"ש:

(ועיין נדרים דף כ"ד ע"ב ובר"ן שם שפירש דשני מיני הבאי נינהו ואם לא ראיתי נחש כקורת בית הבד דאוקמי' בטריף ולא שייך ביה גוזמא אפינו הכי מותר דודאי להבאי נתכוין דאי לנדר אתכוין לא ה"ל לתלות בדבר שאי אפשר כלל רק היה לו לאסור במוחלט שאין בין אוסר במוחלט לתולה בכזה כלום א"ו להבאי בעלמא אתכוין ע"ש באורך לפי זה הכא לא חייל נדרי' אתשמיש כיון שתלאו בדבר שאי אפשר ודאי להבאי נתכוין ולא דמי להא דשלהי נדרים דהתם תלאו בדבר שאפשר לקיימו אלא גוף הנדר אי אפשר

לקיימו להכי אמרינן כיון שתלאו בדבר שאפשר לקיים חייל וכמ"ש הרא"ש שם משא"כ הכא הוי איפכא שתלה לנדרו בדבר שאי אפשר לקיים אמרינן להבאי נתכוין דאם לא כן ה"ל לאסור במוחלט וכמו שכתב הר"ן. ונראה דתוספ' לשטתייהו אזלי דס"ל התם פרק ד' דנדרים דטעמא דנחש כקורת בית הבד ג"כ משום גוזמא ולא סבירא דמדתלאו בדבר שא"א לקיימו להבאי אתכוין אלא אמרינן דעתו לאסור. ומ"מ זכינו שדין זה במחלוקת שנוי' ודעת הר"ן דתולה בדבר שאי אפשר לקיימו גרע טפי מנודר בדבר שאי אפשר לקיימו ותלאו בדבר שאפשר כי ההיא דשלהי נדרים דהתם כונתו לזרז א"ע על התנאי ולהכי נמי חייל משא"כ בתולה בדבר שאי אפשר לקיימו הרי הוא כאוסר במוחלט ומה לו לתלות א"ו להבאי נתכוין ולדידיה מתני' ע"כ במין אחד מיירי ודו"ק:) ושם בתוס' ד"ה בשלמא לרב כאן בסתם כו' כתבו וז"ל וסלקא דעתין בשתלה בתשמיש דאמר יאסר הנאת תשמישך עלי אם תטעום מאותו המין עכ"ל ודברי תוס' אלו נראין כסותרין זא"ז דהא כבר כתבו לעיל בתולה בתשמיש חייל נדרי' אפי' באוסר כל פירות עולם ועיין בשטה מקובצת בזה:

ונראה לי ביאור דבריהם ז"ל דבאמת לדינא קושטא הוא כמ"ש תוס' דאפילו אמר הנאת תשמישך עלי אם תטעום מכל מינין שבעולם חייל נדרא דיכולה לאכול וליאסר בתשמיש כמו שהביאו ראיה מההיא דשלהי נדרים דאסר הנייתא דעלמא עליה אי נסיבנא ולא תנינא דחייל נדרי' ע"ש איברא בפירושא דמתני' דתנן המדיר את אשתו שלא תטעום אחד מכל הפירות משמע להו שפיר דלא איירי אלא במין אחד וזה דלישנא דהמדיר שלא תטעום משמע דעיקר כוונת הנודר הוא שלא תטעום ולמאי דס"ד דמיירי בתלאו בתשמיש והיינו שאמר הנאת תשמישך עלי אם תטעום וכונתו שאוסרה בתשמיש בכדי שלא תטעום וע"י הנדר מתשמיש הוא בא לאוסרה שלא תטעום כי בלא זה אין בידו לאסור עליה ועיין בתוס' ריש פרקין ד"ה ה"נ כיון דמשועבד לה שכתבו בשם תוספת הר"ר יוסף דלשון שלא תתקשט משמע שמדירה מתשמיש מפני שלא תתקשט ועיקר כונתו על איסור הקישוט ע"ש וא"כ ה"ה שלא תטעום דנקט במתני' עיקר כונתו על הטעימה לאוסרה וא"כ ע"כ מוכח דאיירי במין אחד דאי מיירי בכל המינ' ע"כ כונתו על איסור תשמיש דהא אי אפשר לה לקיים תנאו ושלא לטעום כל המינים והיכי נקט לישנא המדיר כו' שלא תטעום דהא לא חייל נדרא אלא מטעמא דאפשר לה שתטעום ותאסר בתשמיש ובודאי כן תעשה שהרי א"א לה לקיים התנאי וא"כ ה"ל למימר המדי' את אשתו מתשמיש ומדנקט לישנא המדיר שלא תטעום ע"כ כונתו שמדירה מתשמיש בכדי שלא תטעום ועיקר כונת הנודר הוא איסור הטעימה לכך שפיר מפרשי תוס'

דאיירי במין אחד דאפשר לה לקיים תנאי' ושייך לישנא דשלא תטעום דעיקר כונת נדרו הוא שלא תטעום רק שתלה בתשמיש דלאו בידו לאוסרה בלא"ה אבל קושטא דמלתא דגם אם אמר הנאת תשמישך עלי אם תטעום מכל המינין חייל נדרי' שהרי' יכולה היא לאכול וליאסר בתשמיש וכדברי התוספ' ד"ה שלא תטעום אלא לישנא דמתני' דחקתן דמתני' ליכא לאוקמי בכה"ג דמשמע דתכלית כונתו הוא שלא תטעום וזה לא שייך אלא במין אחד דיכולה לעמוד בתנאו משא"כ בכל המינין אדרבה מש"ה חייל נדרי' משום שיכולה לעבור על תנאו וליאסר בתשמיש וא"כ תכלית הנדר הוא איסור תשמיש ולא הוי שייך לישנא דשלא תטעום אבל לדינא שפיר חייל נדרי' גם בכל הפירות שבעולם וכמ"ש ודו"ק:

(ועיי' בהרא"ש ר"פ המדיר שהביא בשם ר"ת דאם אדם אומר קונם כל פירות עולם עלי אפילו אם תלאו אם אעשה לדבר פלוני הוי נדר שוא והוא תמו' מאוד וסותר ש"ס ערוך ודברי הרא"ש עצמו דבשלהי נדרים דף פ"ט אי' גבי ההוא גברא דאסר עליה הנייתא דעלמא חי נסיבנא ולא תנינא מבואר להדיא דחייל נדריה כיון שתלאו בדבר שאפשר לקיימן וכ"כ שם הרא"ש ז"ל ואע"ג דא"א לו להיות בלא הנאת העולם לא הוי נדר שוא דאפשר שלא ישא אשה ולא יאסר עכ"ל וזה סותר מה שהביא כאן בשם ר"ת ומסכים עמו וכן פסק הטור בקיצור פסקיו ר"פ המדיר וכ"כ בטור יו"ד סימן רל"ב ע"ש ועוד מבואר יותר במס' גיטין פ' השולח דף מ"ו אהא דתנן התם אמר ר' יוסי בר"י מעשה בצידון כו' ופריך מאי קונם אמר רב הונא באומר יאסרו כל פירות שבעולם עלי אם איני מגרשך וכן הביאו שם הרי"ף והרא"ש הרי לפניך דנודר בדבר שאי אפשר ותולה בדבר שאפשר לקיימו חל הנדר ואפשר לומר דר"ת לא אמר אלא באוסר פירות עולם מיד אם יעשה דבר פ' בזה אמרי' דלא נתכוין אלא לנדר שוא כיון דקי"ל כרב יהודא משמי' דרב בנדרים דף י"ד גבי קונם עיני בשינה היום אם אישן למחר דאסור היום דבתנאי' לא מזדהר וכן מבואר בטוש"ע יור"ד סימן רי"ג ע"ש וא"כ כיון שאמר ע"ע אם יעשה דבר פ' יהי' אסור בכל הפירות מיד אם נאמר דחייל נדרו אף אנו נאסרהו מיד והרי אינו יכול לקיימו והוי נדר שוא ולא שייך סברת תוס' והרא"ש שהרי יכול לקיים התנאי ולא יאסר דהכא התנאי היה בקום ועשה ואע"ג שעדיין לא יעבור על תנאו נאסרהו שמא יעבור אח"כ ויהיה אסור למפרע דבתנאי' לא מזדהר נמצא שעכ"פ יהיה אסור בדבר שאי אפשר לקיימו ולכך הוי נדר שוא ולא חייל וכן מדוקדק בלשון ר"ת שכ' אם אעשה דבר פ' כו' אע"ג דאפשר לו שלא לעשות כו' ע"ש. וכן משמע במרדכי פ"ג דשבועות שהביא שם ז"ל פר"ת דאדם הנודר בכל פירות שבעולם אם נדר בנדר שעבר כו' אם לא ראיתי כו' אין זה נדר כלל

כו' אבל אם אמר כל פירות שבעולם עליו ותלה בלהבא מסופקין אנו אם יחול הנדר עכ"ל מוכח דמיירי באוסר מיד רק שתלה בענין דלהבא ולכך י"ל דלשוא נתכוין וכמ"ש אבל אם אינו אוסר מיד אלא לכשיעשה יתחיל האיסור מודה ר"ת דחייל נדרי' שהרי כל זמן שלא יעשה אין כאן איסור ואפי' אם יעשה אח"כ לא יהיה אסור למפרע שהרי לא נדר אלא לכשיעשה בזה שפיר אמרי' בידו שלא לעשות ולא יאסר וכמ"ש תוס' והרא"ש ובהכי ניחא ההיא דשלהי נדרים דהתם לא אסר עלי' הנאת עולם אלא לכשישא אשה ולא מעכשיו וכן מוכח שם מהא שהי' צריך ר' אחא לשבושי' ולהשיאו אשה כדי שיחול הנדר ע"ש ודו"ק לכך שפיר חל הנדר שבידו הי' שלא לישא ולא היה נאסר שלא אסר למפרע ולא שייך בתנאי ולא מזדהר משא"כ בהך דר"ת שאוסר עצמו מעכשיו כשיעשה דבר פ' דעל כל פנים יהיה נאסר מיד משום דבתנאי לא מזדהר א"כ ודאי לשוא נתכוין וכל זה שייך דוקא כשתלה לתנאים בקום ועשה ולא יוכל התנאי להתבטל אלא במה שלא יעשה ובזה לא ימלט מליאסר מיד על איזה זמן אם קבע זמן לתנאי' או לעולם אי לא קבע זמן אבל אם תלה לתנאי' בשלא יעשה כגון שאמר קונם פירות עולם עלי אם לא אעשה דבר פ' מודה ר"ת דחייל נדרי' שהרי יכול לעשות מיד ויתבטל התנאי תיכף ולא יחול האיסור כלל מש"ה חל הנדר אם לא יעשה לפ"ז גם מההיא דפ' השולח לק"מ דהתם קאמר קונם פירות עולם עלי אם איני מגרשך דתלי' לתנאי' בשלא יעש' והרי בידו לגרשה מיד ולא יאסר כלל כיון דבידו שלא ליאסר כלל לא הוי נדר שוא כמ"ש התו' בכתובות והרא"ש בנדרים כמ"ש משא"כ הך דר"ת דתלי' לתנאי' בקום ועשה אינו בידו שלא ליאסר ואף שאינו עושה מ"מ אסור הוא שמא יעשה דבתנאין לא מזדהר וכנ"ז וכיון דאינו נמלט מליאסר בדבר שא"א לקיימו ה"ל נדר שוא והבאי כן נלענ"ד לישב דברי רבותינו ועדיין לא זכיתי לראות מי שעמד בזה:)

סימן עג

סעיף א

ס"ק א

מטה מוצעת כתב ב"ש ז"ל מטה מוצעת אע"ג דלענין סדור בע"ח אין נותנין לה מטה מ"מ כאן נותנין לה משום דאשה ניתן לו לחיים ולא לצער עכ"ל ולא ידענא מאי קשי' ליה על מטה מוצעת דהא גם מזונות וכסות אין לה בסדור בע"ח וכמבואר בח"מ סימן צ"ז סעיף כ"ג ע"ש שאין נותנין כלום באלו לאשתו ובגמ' יליף לה מדכתיב ואם מך הוא

מערכך ע"פ אשר תשיג יד הנודר ומזה ילפינן סידור בע"ח ומדכתיב הוא דרשינן החייהו מערכך לו ולא לאשתו ובניו ע"ש:

סימן עד

סעיף א

ס"ק א

הדירה שלא תתקשט ותלאו בתשמי' פ' המדיר דף ע"א אמר רב לא שנו אלא במפרש אבל בסתם יוציא לאלתר ויתן כתובה ושמואל אמר אפי' בסתם לא יוציא שמא ימצא פתח לנדרו כו' תנן המדיר את אשתו שלא תטעום אחד מכל הפירות יוציא ויתן כתובה בשלמא לרב כאן בסתם כאן במפרש אלא לשמואל קשי' ומפרש הר"ן הא דהדירה שלא תטעום היינו שתלאו בהנאת מזונות ומיירי שאמר לה צאי מעשי ידיך במזונותיך ורגילה בבית אבי' בדברי' קטני' ולא ספקה לדברי' קטני' וכדמוקי לה לעיל ע"ש וכן מפרש בירושלמי בתולה בהנאת מזונות ע"ש אמנם בתו' כתבו וז"ל בשלמא לרב כו' וסלקא דעתין בתלה בתשמיש דאמר יאסר הנאת תשמישך עלי אם תטעום מאותו מין עכ"ל והנה הא דנדו תוס' מלאוקמי בתלאו במזונות כמ"ש בירושלמי ובר"ן והכי מסתב' טפי דהוי דומי' דרישא דמדירה ממזונות נלענ"ד לפמ"ש סימן ע' ס"ק א' בשם שטה מקובצת במספקת לדברי' גדולי' ולא לדברי' קטני' ומגלגלה בהדי' דלאו משום מחילה אתינן עלה דלא מחלה כלל אלא כיון שהיתה אתו בשלום ולא היתה עומדת לתבען חל הנדר ע"ש וא"כ כל זמן שתרצה תוכל לתבען הדברי' קטני' ולא חייל נדרי' כלל וכיון שעדיין לא טעמה מאותו מין עדיין לא חל הנדר א"כ תוכל להקדים ולתבעו ולא יחול הנדר כלל (צ"ע ודקדק בדברי הש"מ כי נראה דעתו ממש דעת התוס' אלא בשינוי לשון קצת וכן מוכח מהמשך דבריו שם:) ואפי' לפי מה שנראה מדברי תוס' ר"פ דה"ל מחילה כל זמן שהוא עמה או שאינו מחויב לה כל זמן שהיא עמו מ"מ כיון דאינו יכול לומר בע"כ צאי מעשה ידיך במזונותיך אלא צריך ריצו דידה והא דאוקמי' למתני' דהמדיר באומר לה צאי כו' אייר בשתקה ונתרצה וכמ"ש ב"ש סימן ס"ט ס"ק ד' וסימן ע' ס"ק ל' ע"ש א"כ הכא במדירה שלא תטעום ותלה בהנאת מזונות אם תטעום קשה למה יוציא ויתן כתובה טפי ה"ל למימר תקנתא שתחזור ממה שנתרצה לגלגל עמו בדברים קטנים או שתחזור במה שנתרצה להסתפק במעשי ידי' וא"כ לא יחול הנדר על המזונות כלל שהרי עדיין לא טעמה ולא היה הנדר חל עד שתטעום והיא תחזור בה קודם שתטעום וקדי' לי' שיעבודה ושוב לא יחול הנדר כלל לזה הוצרכו בתוס' לפרש דתלאו בהנאת

תשמיש ואין להקשות דעדיין נימא דתולה במזונות דומי' דרישא ואיירי באומר לה צאי כו' ובמספקות מדברי' גדולים ולא לדברים קטנים ובמדירה מהנאת מזונות מעכשיו אם תטעום דהשתא חייל הנדר למפרע אם תטעום אח"כ ותו לא מהני אם תחזור בה קודם שתטעום שהרי לאחר שטעמה אגלאי מלתא למפרע שהי' הנדר חל שעה אחת ותו לא פקע כדאמרי' ברישא דמתני' דזה אינו משום דמדיר שלא תטעום משמע דכונת המדיר שלא תטעום ותלה בדבר אחר כדי שלא תטעום וכמ"ש תוס' בשם הר"ר יוסף הבאתים לעיל סימן ע"ב סק"ג ע"ש ואם מדירה מהנאת מזונות מעכשיו אם תטעום א"כ אסורה מיד במזונות אפי' אם לא תטעום דבתנאה לא מזדהר אינש כדאמרי' בנדרים דף י"ד וא"כ לא שייך לישנא דשלא תטעום אלא ע"כ לומר שתלה הנאת מזונות לכשתטעום א"כ ק' למה יוציא ויתן כתובה הא קודם שיחול הנדר ר"ל קודם שתטעום תחזור לתבוע הבעל דברים קטנים או תחזור בה ממה שנתרצית להסתפק במעשי ידי' דהשתא משתעבד לה במע"י ותו לא חייל נדריה להכי פירשו תוס' בדתלאו בהנאת תשמיש אמנם בירושלמי דמפרש בתלאו בהנאת מזונות לשיטתי' אזיל דס"ל דנדר חל על מזונות אפי' לא אמר לה צאי מע"י כו' ומשום דמוקי לה כמ"ד מזונות דרבנן וכן הרמב"ם ז"ל פי"ב מאישות שכתב דין זה בתלאו במזונות ג"כ ע"פ דרכו כתב משום דס"ל דלא אלמו' רבנן לשיעבודא דאשה וכמ"ש הר"ן לדעתו וחייל נדרא אמזונות אפי' לא אמר לה צאי כו' וכמ"ש באריכות לעיל סימן ע"ב סק"א ע"ש אבל שיטת התוספות דבעינן דוקא שיאמר לה צאי מע"י כו' ובמספקת לדברי' גדולים ואינה מספקת לדברי' קטנים א"כ טפי ה"ל למימר שתחזור ותתבענו מזונות ודברים קטנים וכמ"ש להכי מפרשי דאיירי בתלאו בהנאת תשמיש.

ס"ק ב

יתר מכן יתיר נדרו כתב בח"מ ז"ל והא דלא אמרי' לאחר שנה תתקשט ותיאסר בתשמיש להבא ויקיים ז' ימים אפשר לומר דלא ס"ל לב"ה דמי שמדיר את אשתו מתשמיש המטה תמתין ז' ימים אלא כדי שלא להוציא מיד דאולי ימצא פתח לנדרו תוך ז' ימים אבל זה שלא מצא פתח תוך שנה אין נותנין לו זמן יותר ועיין תוס' ר"פ המדיר ד"ה ה"נ כיון דמשועבד לה לא כתבו כן דכתבו שם לשמואל דאמר אפי' בסתם ימתין שמא ימצא פתח לנדרו לא ה"ל למימר יתר מכן יוציא ויתן כתובה אלא לאחר שלשים תהנה ותיאסר לב"ה ז' ימים ע"כ ועיין בדברי הרמב"ם כו' עכ"ל ח"מ. וב"ש כתב דבח"מ לא שת לבו דהטור והמחבר לא פסקו כתוס' בזה ע"ש סק"ג וסק"י. ולי נראה דאין בזה שום מחלוקת אלא הטעם בנדרה מקישוט דלא אמרי' ימתין שנה אחת ולאחר שנה תתקשט וימתין ז' ימים הוא כמ"ש בשטה מקובצת שם ז"ל וכמה קצבה א"ר יהודא א"ר שמואל י"ב חדש וא"ת

כשלא נתן קצבה למה יוציא מיד תמתין ולא תתקשט עד שיעור הקצבה וי"ל דכל שלא נתן קצבה מעתה היא מצטערת ואמרה דמסני הוא דסני לה הריטב"א עכ"ל ומש"ה ניחא דא"צ להמתין רק ז' שהרי היא צריכה להתקשט מיד כיון שלא נתן לה קצבה ודוקא במדירה שנה אחת שנתן קצבה לדבריו לית לה צער דיכולה להיות שנה אחת בלא קישוט אבל אם הדירה יותר מי"ב חדש לית לה פת בסלה וצריכה קישוט מיד ותמתין ז' ימים כמו במדיר מתשמיש לחוד וכן בנדרה שלא תלך לבית אביה יותר מחדש אחד אית לה צערא מיד כיון שאסרה גם אחר החדש ומש"ה אין להמתין אלא שיעורא דתשמיש משא"כ במדירה מהנאת מזונות ותלאו בתשמיש כיון דבמזונות צריכה להמתין שלשים יום ע"י פרנס אע"ג דהדירה לעולם דבזה לא אמרי' דאית לה צערא אלא משום מזוני דצריכי לה ועד שלשים יום לא זילא בה מלתא וא"כ ה"ה בתלאו בתשמיש נמי צריכה להמתין שלשים דפרנסה וז' דתשמיש ומ"ש תוס' ד"ה בעניית שלא נתן קצבה דלשמואל ע"כ בנדרה איהי וקיים לה איהו דאל"כ לשמואל ימתין ע"ש היינו דימתין עכ"פ ז' ימים דתשמיש ובחנם נתחבטו ונתלבשו בזה האחרונים ז"ל כי הדברים פשוטים וברורים לענ"ד ודו"ק:

סעיף ב

ס"ק ג

נדרה היא שלא אמקאי בסוגיא שם תנן המדיר את אשתו שלא תטעום אחד מכל הפירות יוציא ויתן כתובה בשלמא לרב כאן בסתם כאן במפרש אלא לשמואל קשי' הבמ"ע כגון שנדרה היא וקיים לה הוא וקסבר ר' מאיר הוא נותן אצבע בין שיני' וכתב רש"י ומה יש לה עוד להמתין אי ניחא לה לדידה למישקל כתובה ולמיפק לא תבקש פתח לנדרה אבל היכא דאנדרה איהו כגון מליהנות לו ימתין שמא ימצא פתח לנדרו עכ"ל ובתוס' כתבו ז"ל ותימה לפירושו דמאי פריך לקמן ותתקשט ותיאסר אי לב"ש כו' הואיל וכבר תירצו דבנדרה היא לא שייך המתנה עכ"ל:

ובשטה מקובצת כתב בשם הראב"ד ז"ל דכיון דנדרה היא וקיים לה הוא סברה דמסני סני לה כדלקמן וה"ה דהוי לי' למבעי הכי אלא מדאשכח פירכא מדתנן האשה שנדרה בנזיר וסבר למדחי האי פירוקא לא בעי למשאל טעמא עכ"ל וע"ש ואכתי לא אתברר לן כיון דקושיות הש"ס הוא לשמואל אמאי יוציא לאלתר ימתין שבת א' לב"ה ומשני דאיירי בנדרה היא ואי ס"ד דבנדרה היא נמי שייך המתנה א"כ למה לי' לש"ס לאקשויי קושי' אחריתי כיון שעדיין קושי' ראשונה במקומה עומדת דבנדרה היא גופה עדיין תקשי ימתין:

ולענ"ד נראה לפ"מ שכתבו תוס' שם ע"ב בהא דמסיק הש"ס מסני סני לה והקשו אכתי תמתין שמא ימצא פת' להקמתו ותירצו דאין נשאלין על ההיקם אלא ביום שמעו ואפי' אם ת"ל דנשאלין גם אחר יום שמעו כיון דמסני סני לה תו אינה צריכה להמתין דסברה שלא ימצא פתח לנדרו ע"ש והנה דעת הר"ן בסוגיין דאין נשאלין על ההיקם אלא ביום שמעו ע"ש ודעת הטור ביו"ד סימן רל"ד דנשאלין על ההיקם אפי' אחר יום שמעו וע"ש שכתב ולא אמרינין דהוי כשתיקה כיון שאינו יכול להפר הוי כמי שאינו יודע שבידו להפר דאין שתיקתו כלום ומפר אפי' אחר כמה ימים ומ"מ צריך להפר ביום שאלה שהוא לו כיום שמועה וע"ש. ובנדרי' דף פ"ו תנן יודע אני שיש מפירין אבל איני יודע שזה נדר ר' מאיר אומר לא יפר וחכמי' אומרי' יפר וקי"ל כחכמי' כמ"ש בטוש"ע יו"ד סימן רל"ד סעיף כ"א ומש"ה מהני הפרה אחר שנשאל על ההיקם ולא חשיב כשתיקה ביום שמעו כיון שלא הי' יודע שנדר זה יכול להפר דעדיין לא הי' לו שאלה על ההיקם וא"כ לר' מאי' דס"ל ביודע אני שיש מפירין ואיני יודע שזה נדר שאוכל להפר אינו יכול להפר אח"כ כיון דס"ל לר' מאיר מקצת ידיעה ככל ידיעה כדאי' שם בנדרי' וכיון דאחר שנשאל על ההיקם ונעקר ההיק' מעיקרא הי' מהני הפרה וכמש' בש"ע סימן רל"ד סעיף כ"ב נשאל על ההיקם הפרתו שהפר הפרה ואין צריך לחזור ולהפר וא"כ כיון דהוי מהני לי' הפרה למפרע אלא שלא נודע לו עדיין מהשאלה א"כ ה"ל יודע אני שיש מפירין אבל אינו יודע שנדר זה יש לו הפרה דלר' מאיר אינו יכול תו להפר ולכך ס"ל לר' מאיר דאין נשאלין על ההיקם אלא ביום שמעו וכמ"ש ומש"ה בתחלת הסוגי' דמוקי מתני' כר' מאיר לא הוי מצי לאקשויי דימתין כיון דהיא לא תבקש פתח לנדרה כמ"ש רש"י ז"ל וכ"ת ימתין שמא ימצא פתח להקמתו הא לא מהני לר' מאיר שאלה על ההיקם אלא ביום שמעו לפמ"ש אבל בתר דמסיק בש"ם דמתני' דלא כר' מאיר שפיר פריך ותתקשט ותיאסר ותמתין שמא ימצא פתח להקמתו משום דלדידן דקי"ל מקצת ידיעה לאו ככל ידיעה שפיר מהני שאלה אפי' אחר כמה ימים ויכול להפר ביום שאלה ומשני משום דמסני סני לה וא"כ אינה צריכה להמתין כלל דסברה שלא ימצא פתח לנדרו וכמ"ש בתירוץ שני ודו"ק:

(ואין להקשות אכתי היכי הוי ניחא לר' מאיר נהי דס"ל דאין נשאלין על ההיקם אחר יום שמעו היינו כשלא הפר ביום שמעו אחר שהקים אבל אם הפר אחר הקמתו מיד מהני שאלה אפי' אחר כמה ימים כיון דמקצת ידיעה ככל ידיעה תהיה הפרה למפרע א"כ אכתי אמאי יוציא מיד יפר מיד וימתין ז' ימים שמא ימצא פתח להקמתו ותועיל הפרתו למפרע דיש לומר שבאו לפנינו ביום שני להקמתו דאי אפשר בתקנ' זו ואין

לומר מדקתני ר' יהודא אומר בישראל יום אחד יקיים מכלל דר"מ ביום א' נמי קאמר יוציא והדרא קושיא לדוכתה יפר וימתין ז"א דיום א' לר"י היינו חוץ מיום שהקים רק יום שלאחריו ודע שמ"ש מארן ז"ל כאן דלר"מ מהני הפרה למפרע כשנשאל אח"כ על ההיקם ומביא ראיה מש"ע יו"ד סימן רל"ד סכ"ב אין כונתו לומר דפסק בש"ע כר"מ דאנן קי"ל כר' יהודא ובש"ע שם לא איירי במקצת ידיעה אלא התם קאי במי שהקים וכסבור שאין זה לשון הקמה ופסק דהוי כל ידיעה וע"ש בט"ז ס"ק כ"ה ולהכי מהני התם הפרה קודם שנשאל על ההיקם והוא שהפר ביום שמעו ואם לא הפר ביום שמעו אף שנשאל אח"כ על הקמתו תו לא מהני לי' הפרתו אחר השאלה שהרי עדיין נשארה שתיקתו ביום שמעו וליכא למימר דשתיקתו היה מפני שלא היה יודע שיש בידו להפר כמ"ש שם סעיף מ"א דהא אמרי' דה"ל כל ידיעה שהרי היה סבור שאין הקמתו כלום וא"כ אמאי לא הפר בו ביום לכך מהני שתיקתו ולא מצי תו מפר לה אחר שנשאל ומזה נלמד לר' מאיר במקצת ידיע' דהיינו שהקים לה וידע שהקמתו הקמה שלא היה עדיין נשאל עלי' יכול להפר בו ביום ולכשישאל תחול הפרתו למפרע ואם לא הפר בו ביום לא יפר אח"כ דכבר אהני לי' שתיקתו בשעה שהיה יכול להפר ומורי ז"ל הביא הא דש"ע סעיף כ"ב להוכיח כי היכי דלדידן בכל ידיעה מהני הפרה בו ביום למפרע כשישאל אח"כ היה לר"מ במקצת ידיעה אבל לדידן במקצת ידיעה כי הכא שהקים וידע שהקמתו הקמה אזי דינו להפך שקודם שאלה אינו יכול להפר דמקצת ידיעה לאו ככל ידיעה ואחר השאלה מהני מה"ט הפרה אפילו אחר כמה ימים הארכתי לבאר זה אף כי פשוט הוא יען קצרו דברי מארן ז"ל בזה גם האחרונים שם בש"ע לא בארו דבר זה היטב שם בש"ע כי לבם רחב לא כן אנחנו קצרי השכל ואמנם עוד יש להתעורר בישובו של מארן ז"ל דלשיטתו לא הוי שייך האי שינוי' אלא אליבא דר"מ דס"ל מקצת ידיעה ככל ידיעה וא"כ היכי מסיק בסוגיין דר' יהודא אית לי' נמי הוא נותן אצבע כו' ומתני' ר' יהודא היא וא"כ הדרא קושיא לדוכתה ימתין ז' ימים דהא ר' יהודא אית ליה התם בנדרים מקצת ידיעה לאו ככל ידיעה ואם כן יכול להפר אחר השאלה אפילו לאחר כמה ימי' וצ"ע):

ובעיקר קושיא דקשי' להו לרש"י ותוס' במה דמשני בנדרה היא וקיים לה הוא אמאי אין צריך להמתין נראה לענ"ד לפמ"ש במרדכי פ' השולח והגהת מרדכי בשם ר' יונתן בפרק בתרא דשבת דאין החכם יכול להתיר לאשה אחר שקיים לה הבעל וע"ש וכ"כ מהרי"ו סימן ט"ו וכ"כ רמ"א ביו"ד סימן רל"ד סעיף כ"ג ע"ש:

ולדבריהם תקשי מאי פריך בש"ס ותתקשט ותיאסר כיון דטעמא דשמואל אינו אלא שמא ימצא פתח לנדרו ובזה אין מקום להתרה דהא החכם אינו יכול להתיר אחר שקיים לה הבעל ולשטת התוס' והר"ן אינו מועיל שאלה בהיקם אחר יום שמעו:

אמנם בתשוב' מהר"ם מינ"ץ סימן י"ח כתב הא דחכם אינו יכול להתיר אחר הקמתו של בעל היינו דווקא בנדרים שיש בהן עינוי נפש אבל בנדרים שבינו לבינה מהני התרת חכם אחר הקמה של בעל וע"ש שכתב וז"ל אכן כי דייקת שפיר לא תמצא שום דיעה שיוכל החכם להתיר לאשה נדרה כי אם דוקא בעלה מפר לה אחר התרת קיומו אך איתא בסמ"ג במצות לא תשקרו ז"ל והבעל נעשה שליח לחרטת אשתו פי' אם נדרה נדר שאין הבעל יכול להפר כגון שאין בהם עינוי נפש אי נמי מדברי' שיש בהם עינוי נפש ואתרמי שלא הפר לה ביום שמעו ואשתו מתחרטה בנדרה הבעל נעשה לה שליח לב"ד ע"כ:

א"כ ש"מ והאי א"נ שהחכם יכול להתיר לאשה אחר הקמת הבעל כו' אכן יש ליישב כדי לקרב הדיעות כו' ואמינא הא דקאמר מדברים שיש בהם עינוי נפש דהוא פי' דברים שבינו לבינה והוא העברת שער או תשמיש דהוא קצת עינוי נפש ואתרמו שלא הפר ביום שמעו חלקו ולכן אם מתחרטת האשה אז יכול לילך לחכם להתיר כל הנדר במיגו דמיפר חלק אחרי' דלא היה כח לבעל לעולם להפר לכך מפר נמי חלק הבעל עכ"ל וע"ש שהאריך בזה ונראה דאפילו היה הנדר רק על הבעל ולא לאחרי' מ"מ כיון דאין כח הבעל בדברים שבינו לבינה אלא על חלקו ושיירה התורה לחכם להפר לאחרי' א"כ בזו שנדרה רק לבעל לא גרע כח החכם ויכול נמי להתיר נדרה גם אחר הקמת הבעל כיון שאם היה הנדר גם על אחרים היה כח ביד החכם להתיר נמצא דעדיין יד החכם בדברים שבינו לבינה לכך בזה נמי מתיר אבל בדברים שיש בהם עינוי נפש הכל לבעל ואין לחכם יד בהם אינו יכול להתיר אחר הקמת הבעל:

לפ"ז ניחא דפריך שפיר ותתקשט ותיאסר כיון דמוקי לה בתולה בתשמיש שהוא מדברי' שבינו לבינה וא"כ ימתין שמא תמצא פתח לנדרה אבל בנדרה שלא תטעום וקיים לה שהוא נדר של עינוי נפש ואין יד החכם כלל בנדרים אלו למה לה להמתין וגם הבעל אינו יכול שוב להפר שאין נשאלין על ההיקם אלא ביום שמעו כמ"ש תוס' והר"ן וכנ"ל:

ולענין דינא נלענ"ד דאפי' לדעת הפוסקים דאין החכם מתיר אחר הקמת הבעל מ"מ אחר שנשאל על הקמתו יכול החכם להתיר ואע"ג דס"ל לתוס' והר"ן דלא מהני שאלה להיקם אלא ביום שמעו היינו שלא יוכל הבעל להפר אחר השאלה אחר יום שמעו דנהי דהקמה אזלה לה מחמת השאלה נשארה עדיין השתיקה ביום שמעו ושוב לא מצי מפר

לה אבל החכם יכול להתיר אחר שנשאל הבעל על ההיקם כיון דקי"ל דדוקא אחר הקמה לא מהני התרת החכם אבל אחר שתיקת הבעל מהני שפיר התרת החכם כמ"ש מהר"ן בתשו' וכן פסק רמ"א סימן רל"ד סק"ג בהגה"ה ע"ש א"כ אחר שנשאל על ההיקם ולא נשתיירה אלא שתיקה לחודה מהני לי' התרת החכם ועיין שם ברמ"א שכתב ז"ל ואם אינו ביום שמעו יתיר ג"כ חכם או ג' הדיוטות וכתב הרב ש"ך שם ז"ל מיהו אף אחר יום שמעו ישאל הבעל תחלה ויתיר לה ג"כ די"ל דהבעל יכול לישאל על ההיקם אף אחר יום שמעו ושמא אין החכם יכול להתיר אחר ההקמה הלכך לכתחלה להוציא נפשו מפלוגתא יש לעשות כל מה דאפשר כו' וכל היכא דאין הבעל לפנינו יש להתיר לה ע"י ג' הדיוטות ועיין בתשו' מהר"ם מינץ סימן י"ח וסימן קמ"א שהאריך בזה הרבה ולבסוף מסיק ג"כ הלכה למעשה ראיתי ביו"ד שיש להתיר לבעל הקמתו אפי' אחר יום שמעו ואח"כ מפר הבעל לאשתו ואחר שהפר הבעל יתיר החכם ג"כ לאשה וע"ש עכ"ל הש"ך: ולפי מ"ש אין צריך הפרת הבעל אחר שנשאל על ההיקם וסגי בהתרת החכם לחודי' דאפילו לשיטת הפוסקים דאין הבעל מפר אחר שנשאל על ההיקם אחר יום שמעו וגם אפילו להפוסקים דאין החכם מתיר אחר הקמתו של בעל מ"מ אחר שנשאל על ההיקם אינו אלא כשתיקה וכבר פסק רמ"א דחכם יכול להתיר אחר שתיקה ומדברי רמ"א משמע דבעי תרתי וכן משמע מלשונו סעיף מ"ט ע"ש ולענ"ד נראה כמ"ש ובתשו' מהר"ם מינץ שם נראה מדבריו דלהפוסקים דלא מהני שאלה אחר יום שמעו אז גם החכם אינו יכול להתיר אחר הקמת הבעל ע"ש היינו משום דמהר"ם מינץ לטעמיה אזיל דס"ל שם בתשובה דאחר שתיקת הבעל נמי אין החכם יכול להתיר דה"ל כהקמה ע"ש אבל לדעת רמ"א דאחר שתיקת הבעל יכול החכם להתיר א"כ אחרי שנשאל על ההיקם ולא אשתייר אלא שתיקה נמי החכם מתיר ואפילו לא הפר הבעל וע"ש בתשו' מהר"ם מינץ שסיים שם ז"ל אכן דע הלכה למעשה ראיתי ביו"ד להתיר לבעל הקמה אפילו אחר יום שמעו ואח"כ מפר הבעל לאשתו נדרה עכ"ל וא"כ מ"ש בש"ך בשם תשו' הנז' ואחר שהפר הבעל יתיר החכם ג"כ לאשה זה אינו מוזכר שם בתשובה הנ"ל אלא שסיים הלכה למעשה דסגי לי' בהפרת הבעל לחודיה אחר השאלה וכדעת הטור יו"ד סימן רל"ד ע"ש:

שוב עיינתי בתשו' מהרי"ק סימן נ' וז"ל שם ומ"מ מאחר שכבר פשט המנהג שהחכם מתיר אחר שהחריש הבעל שמא יש לחלק בין החריש לקיים נלענ"ד נכון וישר שישאל הבעל על הקיום ונמצא כאלו לא קיים ואח"כ תשאל היא על נדרה אשר שם שוו רוב הפוסקים בלי ספק שהחכם יכול להתיר עכ"ל וזה מבואר כדברינו דכיון שהחכם מתיר

אחר השתיקה א"כ אחר שנשאל על ההיקם סגי לה בהתרת החכם לחוד ואין צריך להפרת הבעל וכו'.

ס"ק ד

קונם תשמישך עלי אם אתקשט. בסוגיא שם פריך וסבר ר' יוסי בעניות שלא נתן קצבה אלמא בעל מצי מפר ורמינהו אלו דברים שהבעל מיפר אם אתקשט ואם לא אתקשט אמר ר' יוסי אין אלו נדרי עינוי נפש כו' ומסיק הב"ע כיון דתלינהו לקישוטי בתשמיש המטה דאמרה יאסר הנאת תשמישך עלי אם אתקשט כו' ומקשי' ותתקשט ותיאסר כו' ומשני הני מילי היכא דאדרה איהו כו':

ועיין בש"ך יו"ד סימן רל"ד ס"ק מ"ה שהביא בשם הר"ן דכי אמרי רבנן בעל מיפר אע"פ שלא חל הנדר ה"מ היכי שאי אפשר לה להינצל אפי' כי מזדהרא בתנאה מעינוי נפש או מדברים שבינו לבינה כגון נטולה אני מן היהודים אם משמשתו שאינה יכולה להנצל מדברים שבינו לבינה אי נמי כגון שתלתה לתנאה בדבר שהיא עשוי' לעבור עליו כגון שאני נהנה לך אם אני עושה עפ"י אבא ואביך דטריחא לה מלתא להיזהר מלעשות על פיהם אבל היכא שתלתה נדרה בדבר שאינו לא מעינוי נפש ולא מדברים שבינו לבינה והוא דבר שאפשר לה לעמוד בו אינו מיפר עכ"ל. וכתב עליו הש"ך ז"ל מיהו מה שהוסיף הר"ן להקל דאפי' באינו עינו נפש או דברים שבינו לבינה ותלתה תנאה בדבר שהוא עשוי' לעבור עליו נראה כדבריו אע"ג דמדברי ריי"ו נראה שאינו מחלק בכך מ"מ אין להחמיר ואע"ג דהר"ן כתב כן משום הך דשאני נהנית לך אם אני עושה ע"פ אבא ואביך וי"ל דהתם נמי דברים שבינו לבינה הוא וכמ"ש הטור מ"מ כיון דבלא"ה נראה מדברי הרמב"ם ושאר פוסקים דבכל ענין יכול להפר אין להחמיר עכ"ל:

ולענ"ד נראה הדבר מוכרח כדברי הר"ן מסוגיין דאפילו תלתה בדבר שאין בו עינוי נפש ולא דברים שבינו לבינה נמי הבעל מיפר אף שלא חל עדיין הנדר דהא בתלתה תשמיש בקישוט דלר' יוסי קישוט לא הוי מעינוי נפש ולא מדברים שבינו לבינה ואפ"ה בעל מצי מיפר מדקאמר מסני סני לי במה שלא הפר אלא ע"כ כיון דתלתה לתנאה בדבר שהיא עשוי' לעבור עליו מצי הבעל למפר אף שלא חל עדיין וקישוט נמי דבר שהיא עשוי' לעבור עליו הוא משום דקרו לה מנוולת וכדקאמר בש"ס ולהכי מצי מיפר לה מיד:

ס"ק ה

ושמע ולא הפר לה כתב בח"מ סק"ט ז"ל ומ"ש שמע וקיים לאו דוקא קיים לה הה"ד לא הפר לה דהא דאמרי' קיים היינו לפרושי מה שאמרו המדיר דמשמע שהיא הדירה ע"כ פירושו קיים לה והוי כאלו הדירה הוא אבל לדינא אם שתק ולא הפר הוי כאלו קיים לה וכן הוא בגמ' וברמב"ם פי"ב וכן הוא בסעיף ד' וה' עכ"ל, מיהו בשטה מקובצת כתב

וז"ל הבמ"ע כגון שנדרה היא וקיים לה הוא מסתברא כגון שקיים לה בפירוש שאמר לה קיים ליכי אבל אם שתק ולא הפר לא שייך למקרי מדיר והא דתנן האשה שנדרה בחור ושמע בעלה ולא הפר כו' לאו דוקא שלא הפר אלא שקיים לה כו' הרשב"א וכ"כ הריטב"א עכ"ל עוד שם וכן יש לדייק מלשון רש"י ז"ל וקסבר הוא נותן אצבע בין שני כו' ע"ש הרי דדעתם דדוקא במקיים בפירוש הדברים אמורים ולא בשתק מיהו מלשון רש"י פ' נערה דף נ"ב ד"ה הבמ"ע כו' שכתב וז"ל והכא כגון שנדרה איהי וקיים לה איהו שאומר לה יתקיים או החריש ולא הפר ביום שמעו כו' ע"ש משמע כדעת הח"מ:

ס"ק ו

יוציא ויתן כתובה דעת הרמב"ם פי"ב מאישות באשה שנדרה בנזיר ושמע בעלה ולא הפר לה הברירה בידו אם רוצה שתשב תחתיו כו' ואם לאו יגרשנה ויתן כתובה וכתב ב"ש לפ"ז מאי דתני יוציא ויתן כתובה היינו אם רצונו לגרש וקשה מאי קמ"ל ובח"מ תירץ דקמ"ל דחייב ליתן כתובה כיון דלא הפר לה ותימא היאך מתרץ פלוגתא דר' יודא ורבנן שאמר בישראל יום אחד יקיים כו' אטו אם רצונו לגרש מיד אינו יכול לגרשה עכ"ל וע"ש ומשמע מדברי הח"מ וב"ש דלהרמב"ם לא אמרי' כלל דין דיוצי' ולכך הוקש' להו וכנ"ז אכן בש"מ כת' וז"ל ולפיכך אם דרצה הבעל להפ' מיפר ואם אמר אי אפשי נדרני' יוציא ויתן כתובה ומהא שמעינין דכל כי הא אפי' למ"ד הוא נותן אצבע בין שיני' אין כופין אותו להוצי' אלא שאם בא להוציא כופין אותו על הכתוב' וכי קתני יוצי' ויתן כתוב' היינו שמבקשין על הגט ואח"כ כופין אותו על הכתובה עכ"ל וא"כ כיון דדינא הוא דמבקשין ממנו על הגט מש"ה קתני יוציא היינו שמבקשין ממנו על זה ואח"כ כופין אותו על הכתובה ויתכן פלוגתא דר' יודא דבישראל יום אחד יקיים ואין מבקשין ממנו גט ושנים יוציא היינו שמבקשין ממנו גט ומיהו אע"ג שמבקשין ממנו על הגט מ"מ הברירה בידו ואם רוצה תשב תחתיו דהרמב"ם ס"ל בשאר יוציא כופין אותו להוציא ובהא קאמר דהברירה בידו אבל הדין הוא באמת שמבקשין הימנו שיגרש ולשיטת הפוסקי' בטור וש"ע סימן קנ"ד דהיכא דקתני יוציא ויתן כתובה אין כופין אותו בשוט אלא במילי ע"ש בהא נחתינן דרגא ואפי' במילי לא כייפינן לי' אלא דרך ריצוי מבקשין ממנו ושפיר שייך דינא דיוציא ויתן כתובה ופלוגתא דר' יהודא בישראל יום א' יקיים וכמ"ש ודוק:

ס"ק ז

הדירה ואמר לה קונם תשמישך עלי אם תלכי לבית המרחץ בתוס' פ' המדיר ד"ה ה"נ כיון דמשועבד לה כתבו ז"ל וא"ת וליקו כגון דתלינהו למזונותי' בתשמיש המטה דאמר יאסר תשמישך עלי אם אזונך עכ"ל:

ונראה לפענ"ד ליישב לפמ"ש בתשובת הרשב"א המיוחסת להרמב"ן סימן רנ"ה דלא בעי חרטה דמעיקר' אלא בנדר שעיקרו מחמת עצמו כנודר מן היין כו' וכן בכל שאר נדרים שנודר מחמת הדבר עצמו שנדר הימנו שכל נדריה אלו חזקים הם ולולא שמתחרט מעיקרו אין זה חרטה גמורה לבטל הנדר אבל כל דבר שאסר על עצמו שלא מחמת עצמו אלא מחמת דבר אחר כמו קנס בעלמא קיל משאר נדרים לפי שאין תכלית כוונת הנודר מחמת עצמו של דבר הנדור ואפי' בחרטה דהשתא סגי וע"ש שהביא מאלמנ' דפריך בגמ' למ"ד אין צריך לפרוט הנדר וניחוש דלמא אזלא לגבי חכם ושרי לה ולא משכח פירוקא אלא דמדרינין לה על דעת רבים כו' ומאי אית לה חרטא דמעיקרא דאי לא אסרה פירות אנפשה לא מגבי לה כתובה אלא שמכלל נדרים נראה לי שבכל נדרים שאינן מחמת עצמן אלא מחמת קנס אינן נדרים חזקים ואפילו בחרטה דהשתא סגי להו ולומר שמעכשיו מתחרט על מה שאסר על עצמו עכ"ל ע"ש וכ"כ הרשב"א בתשו' סימן תנ"ה והנה הר"ן ז"ל כתב הטעם הא דמורד מוסיפין על כתובתה ומדיר את אשתו מתשמיש אין מוסיפין לה אלא יוציא ויתן כתובה משום דבמורד יכול לחזור ממרדו וכל שעה ושעה הוא מורד ומש"ה מוסיפין כי היכי דליהדר בי' אבל במדיר מאי אית ליה למיעבד כיון שכבר הדירה אם לא ימצא פתח לנדרו והנה זה יתכן בנדר שצריך חרטה דמעיקרא וזה כל זמן שלא מצא פתח לנדרו להתחרט מעיקרו מאי אית ליה למיעבד אבל בנדר דמהני ביה חרטה דהשתא ודאי אית ליה דינא דמורד להוסיף על כתובתה כיון שיכול לחזור בו כל שעה ובמורד ממזונות נמי אית ליה דין מורד להוסיף על כתובתה כמ"ש הרא"ש פ' אע"פ ע"ש ועיין ב"ש סימן ע"ז סק"א וכיון דתנן המדיר את אשתו מליהנות לו עד שלשים יום יעמיד פרנס יתר על כן יוציא ויתן כתובה ולא תני דינא דמורד שיוסיף על כתובתה מוכרח לומר דאיירי בנדר מחמת עצמו של דבר הנדור ולא מהני ביה חרטה דהשתא דאי ס"ד דמיירי באומר הנאת תשמישך עלי אם אזונך א"כ סגי ליה בחרטה דהשתא דהא לא הוי נדר מחמת עצמו של דבר הנדור ויכול בכל עת לחזור בו הוי ליה למתני דיוסיף על כתובתה כדין מורד כיון דבכל שעה ושעה מורד הוא משא"כ בתולה קישוט או מרחץ בתשמיש לית ליה דין מורד כיון דמניעת הנאת קישוט או מרחץ אין לו דין מורד אבל במדירה מתשמיש אם אזונך ה"ל דין מורד כיון דמונע אותה מתשמיש או ממזונות אית ליה דין מורד ודוק היטב בזה (כונת מארן ז"ל בזה כי היכי דלא תקשי לדבריו דתולה נדרו בדבר אחר א"צ פתח לחרטתו ויש לו דין מורד א"כ בתולה קישוט או מרחץ בתשמיש נמי נימא דיש לו דין מורד ואמאי קתני יוציא ויתן כתובה לזה מחלק בתולה מזונות בתשמיש דתרווייהו אית להו דין מורד משא"כ בתולה קישוט או מרחץ

דלית בהו דין מודר ובזה מתורץ דינא דש"ע מיהו אכתי איכא למידק בהא דפריך בש"ס ותתקשט ותיאסר לב"ש ב' שבתות כו' וא"כ ע"כ ס"ל לש"ס דחכם יכול להתיר אחר קיום הבעל וכמ"ש מרן סק"ב ע"ש והכא שאמרה הנאת תשמישך עלי אם אתקשט לא הוי נדר מחמת עצמו של דבר הנדור וא"צ פתח אלא חרטה דהשתא א"כ אחר שתתקשט תלך אצל חכם ויתיר לה מיד ואם לא תלך יהיה לה דין מורד' ואין כאן מקום שתמתין ואח"כ יוציא ויתן כתובה כיון שבידה הוא להתיר לעצמה תיכף. גם גוף החילוק לא זכיתי להבין דתולה מזונות בתשמיש הוא רוצה עתה לזונה וכמ"ש בש"מ אלא שאינו יכול מפני נדרו והנה קודם שנהנית מנכסיו אינו יכול להתיר נדרו שהרי עדיין לא חל וא"כ לא נקרא מורד וע"כ צריכין אנו לומר שאנו אומרין להם שתזון מנכסיו ויהיה נדר התשמיש קל עליו ויכיל להתיר עצמו בחרטה דהשתא ואם לא יתיר יהי' לו דין מורד מתשמיש לפ"ז ה"ה בתולה קישוט מתשמיש דפסק כאן בש"ע שתתקשט ותיאסר שבת אחת הא אחר שנתקשטה וחל עליו נדר תשמיש יכול להתיר בחרטה דהשתא וכל זמן שאינו מתיר יש לו דין מורד מתשמיש. וכן קשה בש"ם דפריך תנן המדיר את אשתו שלא תטעום כו' בשלמא לרב כאן בסתם כו' וכתבו תוס' דס"ד בתלה בתשמיש א"כ קשה אמאי יוציא תטעום ויחול הנדר ויתיר לעצמו בחרטה דהשתא ואם לא ירצה יוסיף על כתובתה כשאר מורד מתשמיש ונלענ"ד ליישב דברי מארן ז"ל בדרך אחר דהמעיין בתשו' הרשב"א יראה שכתב שם ז"ל ועוד שקרוב אני לומר כו' אבל כל דבר שאסר ע"ע שלא מחמת עצמו של דבר הנדור אלא קנס בעלמא קיל משאר נדרים כו' וכן בסוף דבריו כתב ז"ל אלא שמכלל נדרים אלו נ"ל שבכל נדרים שאינן מחמת עצמן אלא מחמת קנס אינם נדרים חזקי' ואפילו בחרטה דהשתא סגי להו כו' ע"ש ושים עיניך וראה שם תמצא שכל ראיותיו מנדר משה במדין ומצדקיהו שנדר לנבוכדנצר ומנדר אלמנה דכל הני לא הוו להו חרטה דמעיקרא דודאי לא נתחרט משה על שנשא צפורה וגם צדקיהו לא נתחרט מעיקרו שהרי נבוכדנצר היה חותך ראשו וכן אלמנה לא היו מגבין אותה כתובתה אם לא היתה נודרת מכל הלין מוכח דבנדרים כאילו שאינו אלא קנס ע"ע א"צ חרטה דמעיקרא והנה כל זה שייך כשתולה בדבר שבידו כגון הא דתשו' הרשב"א שם שאמר אם אעבור עבירה פלונית אהיה אסור בבשר ויין דומה למשה וצדקיהו שאסרו ע"ע אם יעשו דבר פ' וכן באלמנה אוסרת ע"ע פירות אם היא גובה עתה שלא כדין בכל הני שייך למימר שקונס עצמו ואין הנדר חזק וסגי בחרטה דהשתא משא"כ אם אומר קונם עלי דבר זה אם יעשה פלוני כך וכך לא שייך למימר שאינו אלא קנס על עצמו שהרי הוא לא קבל ע"ע שום דבר ומה לו לקנוס את עצמו בעד מה שיעשה חבירו בהא

מודה הרשב"א דהוי נדר חזק וצריך פתח לפ"ז שפיר פסק כאן בש"ע במדיר ותלה קישוט בתשמיש דתתקשט ותיאסר שבת אחת וכן למאי דס"ד בש"ס בהא דמדיר שלא תטעום דאיירי בתולה בתשמיש לא ק"מ דכיון שתלה בדבר שאינו בידו שהרי אמר אם תתקשט או תטעום היא לא שייך למימר שקנס א"ע אלא אמרינן נדר חזק הוא ובעי פתח וחרטה דמעיקרא אבל במדיר את אשתו ממזונות שהקשו בתוס' דלוקי בתלאו בתשמיש הרי תלה נדרו בדבר שבידו שאמר הנאת תשמיש עלי אם אזונך שפיר כתב מארן ז"ל דלא הוי אלא קנס שהוא קבל ע"ע שלא לזונה ואם יזון אותה קונם א"ע באיסור תשמיש וא"כ אין צריך פתח ולא שייך דינא דעד ל' יום יעמיד פרנס יתר ע"כ יוציא דאין אנו צריכין לכל זה רק יזון אותה מיד ויתיר נדרו מיד בחרטה דהשתא ואם לא ירצה יהיה לו דין מורד וכנ"ל:

איברא במאי דפריך בש"ס ותתקשט ותיאסר אי לב"ש כו' ליכא לתרוצי הכי דהתם מיירי בשנדרה היא ואמרה הנאת תשמישך עלי אם אתקשט ותלתה בדבר שבידה ובהא סגי לה בחרטה דהשתא והדר' קושי' לדוכתה אמאי תמתין אפי' שבת אחת תתיר לעצמה בחרטה דהשתא. ונלענ"ד ליישב לפמ"ש מורי ז"ל בשם מהרי"ק והסכים עמו לחלק דלאחר קיום הבעל אין החכם יכול להתיר נדרי אשה אבל אחר שתיקתו יכול להתיר ולכך כשנשאל הבעל על הקמתו יכול החכם להתיר וא"כ ניחא שפיר דלא תוכל להתיר לעצמה בחרטה דהשתא כיון שהקים לה בעלה אין החכם יכול להתיר וע"כ צריכה להמתין עד שיתיר הוא הקמתו והוא ודאי צריך פתח לכך תמתין שבת אחת שמא ימצא הוא פתח להקמתו ואז תתיר היא לעצמה בחרטה דהשתא שלא יהיה כאן רק שתיקת הבעל ובכי הא מיפר חכם ופתח אין צריך שאצלה לא היה נדר חזק רק קנס וכו' ובזה אתי שפיר מה שהקשו תוס' על רש"י ז"ל שפי' דהיכא דנדרה לא שייך שתמתין כיון דניחא לה למשקל ומיפק לא תבקש פתח לנדרה והק' עליו דא"כ מאי פריך ותתקשט ותיאסר ועיין לעיל בדברי מארן סק"ב ולפמ"ש לק"מ דהתם מיירי שלא תלתה בשום דבר והוי נדר חזק וצריכא היא ג"כ פתח ושפיר כתב רש"י שהיא לא תמצא פתח משא"כ בקישוט מיירי שתלתה בתשמיש והוי נדר קנס א"צ פתח לנדר רק תמתין לו שימצא הוא פתח להקמתו ולכך צריכה להמתין וזה נכון ודוק היטב)

סימן עז

סעיף א

ס"ק א

המורד על אשתו הרמב"ם ז"ל פסק דמורד ממלאכה היינו ממזונות אין מוסיפין על כתובתה כמו שהיא לא הוי מורדת ממלאכה ודעת הרא"ש דהיא לא הוי מורדת ממלאכה משום דיכולה לומר איני ניזונת וא"ע אבל בעל ה"ל מורד ממזונות כיון שאינו יכול לומר צאי מעשי ידיך במזונותיך ע"ש וכתב הב"ח דהרא"ש ה"ל יחיד בדין זה נגד שאר הפוסקים והנה שטת הפוסקים היא דדוקא ממלאכת צמר יכולה להפקיע עצמה ע"י טענת איני ניזונת וא"ע אבל בשאר מלאכות כגון טוחנת ואופה ומבשלת ואינך אינה יכולה להפקיע עצמה בשום ענין וכן דעת הרשב"א והר"ן וא"כ כיון דאיהי לא הוי' מורדת אפילו בשאר מלאכות שאינה יכולה להפקיע עצמה מהן בטענת א"נ וא"ע ה"ה דבעל לא הוי מורד ממזונות אף שאינו יכול להפקיע את עצמו שאין עיקר דין מורד ומורדת אלא בתשמיש:

ובספר שער המלך פי"ב מהל' נדרים הקשה על רבינו ירוחם שכתב בנתיב ס"ג ח"ה כדעת הר"ן והריטב"א דבשאר מלאכות אינה יכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה הפך דעת רבו הרא"ש ז"ל ובנתיב כ"ז ק"ח פסק דלא הוי מורדת אלא מתשמיש אבל לא ממלאכה ובאומר איני זן ואיני מפרנס נקרא מורד ומוסיפין על כתובתה והוא דבר תמוה דהרא"ש לא כתב כן אלא משום דס"ל דאפילו בשאר מלאכות אינה חייבת כשאומרת א"נ וא"ע אבל לדעת הסוברי' דחייבת ע"כ טעמא דרב הונא משים דלא הוי דין מורדת אלא מתשמיש שהוא עיקר אישות ומינה דבאומר איני זן אין לו דין מורד וע"ש שהניח בצ"ע:

אמנם הרשב"א ז"ל בחידושיו כתב וז"ל מורדת מחמת מלאכה פי' שאומרת איני מכבסת ואיני מבשלת כו' אבל איני עושה בצמר אין זה מרד כלל שיכול הוא לזונה והיא יכולה לומר א"נ וא"ע ותמה אני היכי קי"ל דלא הוי מורדת מ"ש מיני' דידי' באומר איני זן ואיני מפרנס יוציא ויתן כתובה ובכמה מורדת פחות מזה אמרו וי"ל מפני שמרדו של איש קשה משל אשה לפי שיש סיפוק בידו לעשות וכדאמרי' עד שכופין אותו להוציא יכפוהו לזון ומפרקינין אין אדם דר עם נחש בכפיפה כלומר אי אכשר לה להתענות עד שתבא לב"ד ויהיו חיי' תלואים לה מנגד אבל כאן אפשר לכופה בשוטי' לעשות מלאכה ואם נתבטלה עד שיכופה לא הפסיד כל כך וגם אפשר לו למנוע ממנה תשמיש ומזונות עד שתחזור בה עכ"ל. ומשמע מדברי הרשב"א דבאומר איני זן דיינין ליה כדין מורד ממש ומוסיפין על כתובתה כמו במורד מתשמיש מדכתב מ"ש מיני' דידי' ובכמה מורדת

פחותה מזה אמרו משמע דבמורד ממזונות כדין מורד מתשמיש דיינינן ליה ומשום דגבי דידה אע"ג דאינה יכולה להפקיע עצמה ממנו משאר מלאכות מ"מ ל"ל פסידא כולי האי ומורד דידיה חמירא טפי וכמ"ש הרשב"א וא"כ זכינו שהרא"ש ז"ל אינו יחיד בדין דמורד ממזונות כיון שמצאנו לו חבר טוב הוא הרשב"א ז"ל דס"ל ג"כ דאיהו אית ליה דין מורד גמו' ומעתה סרה גם תלונת הרב שער המלך מרי"ו שהרי דעתו שוה לדעת הרשב"א דאע"ג דהיא ג"כ אינה יכולה להפקיע עצמה משאר מלאכות מ"מ לא הוי מורדת דלית ליה פסידא כ"כ ובקל יכול לכופה כמ"ש הרשב"א ובדידי' הו"ל מורד ממש דידי' חמירא טפי וכנ"ל:

ס"ק ב

כופין אותו מיד להוציא, וכתבו תוס' [סג,ב, ד"ה אינו] דאין נותנין לו זמן כמו במדיר משום דמדיר חשיב טפי פת בסלו שמא ימצא פתח לנדרו, ועיין בר"ן [כו,ב, מדפי הרי"ף ד"ה אינו] שכתב טעם אחר בזה ועיין לעיל סי' ע"ד סק"ו:

ס"ק ג

מיד להוציא, כתב ב"ש ז"ל וכאן לכ"ע כופין אותו לגרש כמ"ש תוס' והרא"ש כו', מיהו הרא"ש כתב בסוגי' זו דין ל"ה דאף במונע מתשמיש אין כופין אותו לגרש כדאי' בירושלמי דאין כופין אלא לפסולות ומכ"ש כשהיא מונעת לעצמה, אלא דשם דין ל"ב ובפ' המדיר כתב דכופין אותו באומר איני זן ואיני מפרנס, וצ"ל מ"ש בדין ל"ה כונתו דבירושלמי איתא דאין כופין אותו אף דלא קי"ל הכי אלא כש"ס דילן מ"מ נשמע דכשהיא מונעת לעצמה דאין כופין אותו ובאמת ס"ל להרא"ש דכופין אותו עכ"ל:

ביאור דבריו דהרא"ש לדינא ס"ל דכופין אותו ולא מייתי דין הירושלמי בדין ל"ה אלא לחלוק על הרמב"ם דס"ל באומרת מאיס עלי כופין אותו להוציא, לזה מייתי דברי הירושלמי דס"ל דבכל דוכתא אין כופין אלא לפסולות וא"כ לדידן נמי מיהא היכא דהיא מונעת עצמה כמו באומרת מאיס עלי הדין נותן דלא כפינן ליה לגרש:

ובתוס' ר"פ המדיר ד"ה יוציא ויתן כתובה כתבו ז"ל נראה לר"י דבכל הנך דקתני במתני' יוציא היינו שכופין אותו כו' חדא דבדברים לא יוסר עבד ועוד מדפריך לעיל (דף ס"ג) למ"ד מורדת ממלאכה והאמר רב האומר איני זן ואיני מפרנס יוציא ויתן כתובה ומאי קשי' דלמא מתני' קתני שמוסיפין על כתובתה כשלא רצה להוציא אבל אם כופין בשוטי' א"ש כו', ורבינו חננאל הביא ירושלמי דכל הנך יוציא דמתני' אין כופין ואיתא הכי התם אמר שמואל אין מעשין אלא לפסולות כו' ופסק ר"ח משום דאין כופין אלא היכא דמפרש בהדיא כופין אבל היכא דאמור רבנן יוציא אמרינן ליה כבר חייבוך חכמים להוציא ואם לא תוציא מותר לקרותך עבריין, ולקמן גבי איני זן ואיני מפרנס לר"ח גרס בהדיא כופין

אותו ויוציא ויתן כתובה, ובהחולץ דחוזרין אצל גדול למכפיי' לכנוס או לפטור היינו משום שמונע ממנה כל עניני אישות בין תשמיש בין מזונות אבל משום תשמיש לחודיה או משום מזונות לא עכ"ל, והיינו משום דר"ח פסק כשמואל דעד שכופין להוציא יכפוהו לזון ומש"ה קאמר דאין כופין אלא כשמונע ממנה כל עניני אישות כההיא דהחולץ דחוזרין אצל גדול למכפיי' משום דמונע ממנה כל עניני אישות בין תשמיש בין מזונות [הגהה מחתן המחבר - אכן לפמ"ש הרה"מ פי"ב מאישות בשם הרשב"א דאם אין לב"ד כח לכופו לזון כגון שאין לו במה לפרנס מודה ר"ח דכופין אותו להוציא וכ"כ ב"י בשמו לעיל סי' ע' ע"ש, מבואר מה דס"ל לשמואל דכופין לזון היינו משום דאפשר בהכי לכך אין כופין להוציא הלכך היכא דאי אפשר לכוף לזון מודה לרב דכופין להוציא, וא"כ הדרה קושי' לדוכתה הא קאמר דאין כופין אלא כשמונע ממנה כל עניני אישות וכנז', ועיין מהרש"א בחידושיו שכתב דמודה ר"ח היכא שמונע ממנה מחמת מרד דכופין אותו אמזונות לחוד וה"ה בתשמיש לחוד, אלא בשלא מחמת מרד פסק כירושלמי דאין מעשין אלא לפסולות ולכך לא קשי להו לתוס' מהא דאיני זן דהתם מורד הוא, אבל מההיא דהחולץ קשי' להו ובהא מתרצו שמונע ממנה כל עניני אישות וע"ש):

ועיין בשטה מקובצת פ' המדיר [עז, א בשם הרמב"ן] שכתב לפרש דהא דקאמר שמואל עד שכופין אותו להוציא יכפוהו לזון לאו כופין ממש קאמר אלא הכי קאמר אותה כפיי' עצמה שעושין לו כדי שיוציא שכופין ליתן לה כתובה והוא כפוי בכך להוציא יכפוהו בה לזון ע"ש, (וכ"כ [הרא"ש] בפסקיו פ' הבא על יבמתו דין י"א לדעת הר"ח וע"ש), ולפ"ז תתעורר קושית התוס' דאם גם לרב אין כופין בשוטים א"כ מאי פריך למ"ד מורדת ממלאכה והאמר רב איני זן כו' יוציא ויתן כתובה דלמא מתני' מיירי כשעומד בנדויו מוסיפין על כתובתה ע"ש:

ונלענ"ד דבש"ס דידן אמרו טעמא דקנסינן למורדת טפי ממורד דאיהו בשלשה דינרין ואיהי בשבעה משום דצערא דידי' נפיש מדידה, איברא למ"ד מורדת ממלאכה לא שייך האי טעמא, והנה בירושלמי אמרו דמורד בשלש קנסי' ליה נגד שלש דברים שחייבתו תורה שארה כסותה ועונתה ואיהי בשבע נגד ז' מלאכות שהאשה חייבת לבעלה (ובתוס' ד"ה פוחתין לה כו' הביאו אותו ירושלמי ע"ש), וע"ש שהביאו כן בשם ר"י בר' חנינא וכתב בשטה מקובצת בטעמא דירושלמי דר' יוסי ב"ח ס"ל דקנס' דרבנן מעיקר' הוי מהאי טעמ' איידי דחיובא דידה נפיש מדידיה קנסו יותר במורדת לגמרי מבמורד לגמרי וכיון דתיקון רבנן לא פלוג בין מורדת בכולהו חיובי ואפילו במורד או מורדת באחד מהן קנסוהו כשיעור הזה, הרא"ה ז"ל עכ"ל וע"ש, וא"כ עיקר תקנת חכמים שיוסיף שלש

היתה כשמורד משלש' ואם מורד מכל שלש' הרי הוא מונע ממנה כל עניני אישות ובזו ודאי כופין אותו להוציא כי הא דהחולץ דחוזרין אצל גדול למכפיי' כמ"ש בתוס', לפ"ז שפיר פריך הש"ס והאמר רב איני זן כו' יוציא ויתן כתובה וא"כ אי אפשר להתחלת התקנה שיוסיף שלש כשמורד על שלש דהא כופין אותו מיד להוציא כיון שמונע ממנה כל עניני אישות, משא"כ לשמואל ניחא דלדידיה שפיר משכחת לה מורד בכל שלש ואפ"ה אין כופין אותו להוציא מיד דהא כופין אותו לזון וא"כ יש לה מזונות ולא אשתייר לה אלא תשמיש ואתשמיש לחודיה לא כפינן לדעת ר"ח, ולא דמי להההיא דהחולץ שאי אפשר לכופו על מזונות שעדיין לא כנס ואיתנהו לכלהו עניני אישות אבל הכא כייפינן ליה לזונה ואין כאן אלא תשמיש ומשום תשמיש לחודיה לא כייפינן ליה להוציא, ומיהו כיון דמ"מ מורד הוא בשלשתן לכך תקנו מעיקרא שיוסיף לה שלש ובתר הכי אמרינן לא פלוג בתקנתן, אבל לרב דס"ל דאין כופין לזון א"כ לא משכחת במורד בתחלת התקנה שיוסיף שלש כי אם שלש אלה לא יעשה לה הרי מונע ממנה כל עניני אישות ודינו לכוף אותו בשוטי' שיוציא מיד, וא"כ כיון שלא היתה מעולם עיקר התקנה על מורד משלש מאין בא להם שיוסיף שלש ולומר לא פלוג, לזה משני ולאו לאמלוכי בי' בעי וא"כ שפיר משכחת עיקר תקנתא במורד משלש מוסיף כנגדן שלש ואם באחת מורד שוב לא פלוג רבנן בתקנתן:

ותתיישב בזה קושית התוס' שהקשו דלשמואל נמי תקשי למ"ד מורדת מתשמיש דהא במורד מתשמיש לכ"ע כופין אותו להוציא דעד מתי תתעגן ותיתב ע"ש ד"ה והאמר רב [סג, א] ולפמ"ש ניחא דלמ"ד מורדת מתשמיש טעמא דשלש ושבע משום צערא דידיה נפיש מדידה כדמסיק בש"ס דילן, וא"כ מצינו למימר דתחלת תקנתא היא במורד מתשמיש לחוד כיון דאינו מונע ממנה כל עניני אישות אין כופין בשוטי' להוציא ומוסיפין לה על כתובתה כל זמן שאינו רוצה להוציאה, אבל למ"ד מורדת ממלאכה לא שייך האי טעמא דצערא דידיה נפיש ומוכח לומר שתקנו שלש נגד שלש וכשיטת הירושלמי ומשום לא פלוג כמ"ש הרא"ה ז"ל, א"כ ע"כ עיקר התקנה היתה במורד מכל שלשתן והרי הוא מונע ממנה כל עניני אישות ובכה"ג ודאי דכייפינן ליה בשוטי' להכי פריך שפיר ודו"ק:

ועוד נראה לע"ד ליישב קושית התוס' במה שהקשו דאי נימא דאין כופין בשוטים א"כ מאי פריך והא אמר רב כו' דלמא מוסיפין כשלא רצה להוציא, דבירושלמי שם אהא דקאמר שמואל אין מעשין אלא לפסולות פריך ממתני' דקתני המדיר את אשתו יוציא ויתן כתובה, ומשני שמענו שמוציא שמענו שכופין פי' בתמי', וכתב הר"ן ס"פ המדיר

[לו, א מדפי הרי"ף] וז"ל כלומר התם לא תנינן אלא שמוציא והיינו שכופין ליתן כתובה ומבקשין על הגט אבל אין כופין על הגט, ומהא שמעינן דכל מקום שאמרו יוציא ויתן כתובה לא משמע כפיי' בגט אלא בכתובה עכ"ל וע"ש, וכיון דבכתובה ודאי כופין א"כ שפיר פריך היאך מוסיפין על כתובתה כיון דדינא הוא דכופין אותו ליתן לה כל כתובתה וכשמסלק כל כתובתה תו אין בה דין דמוסיפין וכה"ג אמרי' נמי בדידה כשהיא מורדת שפוחתין כל כתובתה ונכסי מלוג, ויבואר לפנינו בשם הר"ן והריב"ש דהיכא דאפסדה לכתובתה בבת אחת דהוא עיקר אישות שביניהם תו לא פסדה מנכסי מלוג כלום, א"כ גם אנו נאמר דהיכא דצריך הוא למיהב לה כתובתה וכייפינן לי' בהכי שיתן לה כל כתובתה בבת אחת א"כ נעקר כל עיקר ענין אישות שביניהם ותו לית בה דינא דמוסיפין על כתובתה, לזה משני ולאו לאמלוכי בי' בעי וכל זמן שאינו נותן לה כתובתה עם הגט מוסיפין לה על כתובתה, ודו"ק:

ס"ק ד

דאם רוצה לגרש מיד וליתן כתובה אין מוסיפין, ובתשו' הרא"ש כלל מ"ב ובתשו' מהרי"ק שורש כ"ז מבואר דעכשיו בתר תקנת ר"ג שאינו יכול לגרשה בע"כ מחויב בשאר וכסות ע"ש, וכן נראה דאונס ומוציא ש"ר דאינו יכול לגרש בע"כ ואינו יכול למנוע ממנה אחת משלש אלה שאר כסות ועונה ולא אמרי' דהוא אנוס בגזירת התורה שלא יגרש בע"כ, וה"ה באונס דחרם דר"ג מ"ה לא נפטר משאר וכסות, אמנם יש לחלק דהתם גזירת הכתוב שיהיה שותה בעציצו אפילו חגרת או סומא וחייב בעונתה, אבל בתקנת ר"ג דאינו חייב בעונה וכמ"ש ב"ש דאפילו לדעת הרא"ש ומהרי"ק אינו חייב אלא בשאר כסות אבל לא בעונה ואין כופין אותו לתשמיש ע"ש, א"כ ה"ה לענין שאר כסות איכא למימר דאנוס הוא ופטור:

מיהו לפמ"ש ב"ש דאפי' לדעת הרא"ש ומהרי"ק אינו חייב אלא בשאר כסות אבל מתשמיש פטור, א"כ כיון דבש"ע פסקו ב"י ורמ"א דלא הוי מורד אלא מתשמיש אבל ממזונות לא הוי מורד וכן דעת הב"ח א"כ כשמורד מתשמיש ורוצה לגרשה אין לו דין מורד להוסיף על כתובתה כיון דאינו חייב בתשמיש כשרוצה לגרשה אפי' לדעת הרא"ש ומהרי"ק וכנ"ל אלא שאם אינה רוצה לקבל הגט נהי דאין מוסיפין על כתובתה מ"מ כופין אותו על המזון והכסות שיתן לה ודוק:

ס"ק ה

לגרש מיד. כתב ב"ש עיין בריב"ף ורא"ש ושאר פוסקים כתבו דכל הנך דכופין הן ע"פ הדין הן ע"פ התקנה אם מתה קודם שגירשה יורש אותה דלא פקעה ירושת הבעל אלא בגירושין גמורים ולכאורה משמע מזה דגם אם הוא מורד יורש אותה וכן פסק מוהרא"מ

שם ובש"ג כתב היכא שהוא מורד או מדיר אותה אינו יורש אותה וכ"כ בד"מ ובש"ע לקמן סימן צ' ע"ש עכ"ל:
ולענ"ד נראה דדבר זה תלוי במחלוקת הפוסקים בענין ירושת הבעל אי הוי דאורייתא או דרבנן דלהני רבוותא דס"ל דהוי דאורייתא ונפקא לן משארו וירש אותה וכיון דעדיין לא נתגרשה שארו קרינן בה והרי הוא יורשה בתורת קרוב ולהנך פוסקים דס"ל דהוי דרבנן א"כ אינו אלא משום עניני אישות וכל שהיא מורד או מדיר באופן שמבטל עניני אישות אפשר דלא תקינו ליה רבנן ואינו יורשה:

סעיף ב

ס"ק ו

שמבקשת גט בלא כתובה. בתשו' הר"ן סימן י"ג כתב ז"ל ודע עוד שהאומרת מאיס עלי שדנין אותה ע"פ המשפטים האלה דוקא באומרת מאיס עלי ואיני רוצה בו ולא בכתובתו אבל באומרת מאיס עלי ורוצה אני להתגרש וליטול כתובתי חוששין שמא עיני' נתנה באחר וחזר דינה לדין המורדת וכן פירש"י שם כו' ואם רוצה להתגרש וליטול כתובה תנו לה דין מורדת עכ"ל והן הן דברי רמ"א בהגה"ה):

ס"ק ז

אם ירצה הבעל לגרשה. דעת הרמב"ם דכופין אותו לגרשה והרשב"א בחידושיו כתב וז"ל ואיכא מאן דסבר דאי אמרה מאיס עלי כופין אותו להוציא שאינה כשבוי' להבעל למאוס לה ואיכא למירמי עלי' כו ותו תנן נמי ביבמות פ' ב"ש הנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה ומת בעלה כופין אותו לחלוץ לה ואם מתחלה נתכונה לכך מבקשין הימנו והא הכא דודאי מאיס עלה כי נדרה ממנו משום דלא בעי' לי' ואפ"ה אין כופין משמע מינה דכל היכא דבעי' לאפוקי נפשה מגברא אין כופין וכ"ת מבקשין לחלוץ וליתן כתובה הלא לדברי האומר אין כותבין אגרת מרד על שומרת יבם כתובה יש לה מכל מקום וכופין ומבקשין על החליצה עצמה שנינו עכ"ל ונראה ליישב לדעת הרמב"ם דס"ל דכופין לגרש דהיינו משום דמפסדת כתובתה לא חיישינין שמא עיני' נתנה באחר וכמ"ש תוס' סברא זו בסוגיין ד"ה אבל אם אמרה מאיס עלי וכיון דלדברי האומר אין כותבין אגרת מרד על שומרת יבם הרי אית לה כתובה א"כ התם שפיר חיישינין שמא נתנה עיני' באחר אלא דהרשב"א שם אין דעתו לחלק בין הפסידה כתובתה או לא מש"ה השיגו מהא דמבקשין הימנו לחלוץ:
ובעיקר הקושי' שהקשו ר"ת והרשב"א באומרת מאיס עלי היאך כופין וניחוש שמא עיני' נתנה באחר ונראה לענ"ד לפמ"ש הר"ן שלהי נדרים בהא דתנן משנה ראשונה האומרת

טמאה אני לך יוצאת ונוטלת כתובה חזרו לומר שמא עיני' נתנה באחר תביא ראי' לדברי' והקשה כיון דמדינא איהי מהימנא א"כ משום שמא עיני' נתנה באחר היכי משתרי' כיון דשוי' אנפשה חתיכא דאיסורא ותיכף כיון דמשתעבדא לי' לא מצי לשוי' אנפשה חתיכא דאיסורא ומדינא מותרת היא אלא כיון דמזלזלא נפשה כולי האי ראו חכמים במשנה ראשונה להאמינה וחזרו לומר שמא עיני' נתנה באחר ואוקמי' אדינא דלא מצי שוי' אנפשי' חד"א ע"ש שמעינין מהא דכל שנאמנת מן הדין לא חיישי' שמא עיני' נתנה באחר אלא התם מדינה אינה נאמנת שהרי היא משועבדת לו רק משום דמזלזלא נפשה כולי האי היינו מאמינין לה לכך מהני חששא דשמא עיני' נתנה באחר לאוקמי אדינא מש"ה באומרת מאיס עלי דמדינא מהימנא בהכי דאינה כשבוית חרב להבעל למאוס לה והואיל וצווחת דמאיס עצי ראוי להיות נאמנת לאחזוקי נפשה בטענת דמאיס עלה והך חששא דשמא עיני' נתנה באחר לא מהני לאפוקי לה מדינא וכופין אותו להוציא:

ועיין בתוס' בסוגיין ד"ה אבל אמרה מאיס עלי שהקשו מנדרים דף צ"א מההוא נואף כו' וכתבו ז"ל נראה דבאומרת טמאה אני לך מיירי כו' וכיון דבאומרת טמאה אני לך מיירי א"כ רוצה להפסיד כתובתה דמסתמא ברצון הי' כו' ואמאי תהא נאמנת במגו דאי בעי' אמרה מאיס עני ע"ש ולכאורה ה"ל לתוס' להקשות באומרת טמאה אני לך גופי' כיון דברצון מיירי דמפסדת כתובתה תהא נאמנת דלפמ"ש לעיל לא חיישי' שמא עיני' נתנה באחר היכא דמפסדה לכתובה וא"כ למה להו לאקשויי מכח מגו דמאיס עלי (וכן הקשה בס' שעה"מ פ"ט מה' אישות ה"צ ט"ו) אמנם לפמ"ש ניחא דבטמאה אני לך כיון דמדינא משתעבדא ליה ולא מהימנא אלא משום דמלזלא נפשה אכתי איכא למיחש שמא עיני' נתנה באחר ואוקמי' אדינא דלא מהימנא דבקל נדחא הך טעמא דמזלזלא נפשה להכי מקשי דליהמנא במגו דאי בעי' אמרה מאיס עלי דהוי מהימנא מדינא ולא מהני טעמא דעיני' נתנה באחר להוציאה מדינה כיון דמפסדה כתובתה וכנ"ל מיהו י"ל דלא הוי מיגו דאינה טוענת ברצון מאיס עלי כמ"ש תוס' גבי יהודית דביתהו דר' חייא ע"ש ומש"ה לא חשיב מיגו דלא ניחא לה למטען הכי:

והנה ע"כ צריכין אנו לומר לשיטת הרמב"ם ז"ל דטוענת מאים עלי מדינא נאמנת אי לאו דחשו שמא עיני' נתנה באחר דהא גבי מאיס עלי לא שייך האי טעמא דמשנה ראשונה שהאמינה בטמא' אני לך משום דמזלזלה נפשה דהכא לא מזלזל' נפשה כ"א את בעלה א"כ עכצ"ל דמדינא נאמנת הלכך לא מהני תו חששא דשמא נתנה עיני' באחר לאורועי הימנותא דידה דדוקא גבי טמאה אני לך דמדינא אינה נאמנת לשוי' נפשה חד"א כיון דמשתעבדא לי' אלא משום דמזלזלא נפשה ראו חז"ל במשנה ראשונה להאמינה לבתר

דחזו דאיכא מאן דנתנה עיני' באחר לא סמכו אהאי טעמא דלא מזלזלא נפשה ואוקמוה אדינא דלא מהימנא ובקל נדחה הך סברא משא"כ היכא דמדינא מהימנא לא חיישי' שמא עיני' נתנה באחר לאורועי הימנותא דידה דהוי מדינא:

(ועיין בשעה"מ פ"ט מה' אישות הל' ט"ו שהניח דברי רמב"ם בקושי' דבפ' כ"ד פסק בהדיא דאפי' אם אמרה שזינתה ברצון ומפסדה כתובתה אינה נאמנת דשמא עיני' נתנה באחר ובפ' י"ד פסק באומרת מאיס עלי דכופין אותו להוציא וזה אינו עולה לפי תירוצם של תוס' שמחלקין בין מפסדת כתובתה ובין נוטלות דחיישי' שמא עיני' כו' דבזינתה ברצון מפסדה כתובתה ואפ"ה חיישי' וע"ש ולפי מ"ש מארן ז"ל א"ש דהתם בזינתה ברצון אע"ג שאינה רוצה כתובתה מ"מ דינא היא דאינה נאמנת להפקיע ממנו משום דמשתעבדא לי' וכיון דכבר אמרו במשנה אחרונה דחוששין שמא עיני' כו' תו לא פליג ואוקמו' אדינה אפילו אם רוצה להפסיד כתובתה משא"כ באומרת מאיס עלי דמדינא מהימנא תו לא חיישינין לשמא עיני' ולא נחית הרמב"ם ז"ל לאפלוגי אי מפסדה כתובתה או לא וע"ש ולכאורה איכא למידק כיון דעיקר טעמא דאינה נאמנת באומרת טמאה אני לך לפי תירוץ האחרון של הר"ן היינו כיון דמשתעבדא לי' תו לא מצי שוי' אנפשה חד"א לאפקועי זכותי' א"כ השתא דפסק הרמב"ם דבאומרת מאיס עלי כופין אותו להוציא וא"כ הרי יכולה היא להפקיע עצמה מבעלה בטענת מ"ע ולפ"ז יש בידה למשוי' אנפשה חד"א באומרת טמאה אני לך ואין לומר דכונת הר"ן דכל כמה דלא אמרה הכי ולא מגרש לה משתעבדא לי' בדין אישות ולהכי לאו כל הימנה לאפקועי תשמישה ממנו בדיבורי' דא"כ ח' גם הבעל לא יהא נאמן למשוי אנפשי' חד"א כשאומר אשתו זינתה דכל כמה דלא מגרש לה משתעבד לעונתה אלא ע"כ כיון דבידו להפקיע ע"י גט מצי למשוי אנפשי' חד"א א"כ גבי דידה כיון דבידה לכופו להוציאה ע"י טענת מ"ע שוי' אנפשה חד"א ועל כרחנו אנו צריכין לדברי התוס' דלא מצי למיטען מ"ע אלא כשיש רגלים לדבר או לומר כדברי מר"ן ז"ל שאינה טוענת ברצון מ"ע וכמ"ש תוס' גבי דביתהו דר' חייא ע"ש)

ס"ק ח

ויש אומרים דאף מנכסי צאן ברזל אינה נוטלת אלא מה שתפסה כתב בד"מ בשם תשו' הר"ן סימן כ"ב דמעות נדוני' לא מהני תפיסה דאינו מועיל רק בבלאות שהם שבח בית אבי' עכ"ל:

ובמ"ש הרמ"א ויש אומרים דאף נ"מ אינה נוטלת אלא מה שתפסה תמהו בזה הח"מ וב"ש דהרשב"א סובר בהדיא דנ"מ דידה לא הפסידה שכן כתבו המ"מ והב"י שכן העלה הרשב"א דיני' אלו וכן אח"ז במורדת ממש כתב ג"כ אף שבנכסי צ"ב לא מהני תפיסה

אבל בנ"מ לא הפסידה כלום אלא אפילו מה שיש ביד הבעל מוציאין אותו מידו וא"כ לא ידעתי מי הם הי"א שכתב הרב דגם נ"מ אינה נוטלת בלא תפיסה עכ"ל הח"מ וגם ב"ש כתב ז"ל כבר תמה על זה בח"מ דלא מצינו דיעה זו כמ"ש כל השיטות ולכ"ע הא דבעי תפיסה דוקא בנכסי צ"ב אבל נ"מ אינה צריכה תפיסה עכ"ל:

אמנם מצאתי להרשב"א בחידושיו לכתובות בסוגיין שהביא שם שיטת רבינו חננאל בעובדא דכלתי' דרב זביד דדוקא בבלאות של מלוג הוא שנסתפק להם בגמרא אבל נכסי צ"ב הפסידה לגמרי ע"ש אלא דהרשב"א אינו סובר כשיטה זו אולם במורדת לגמרי דאמרה בעינא לי' ומצערנא לי' ס"ל להרשב"א שם דאפי' נ"מ הפסידה ע"ש שכתב ז"ל ואני מוסיף שאפי' מרדה ובעודה קיימת במרדה שפוחתין לה ז' דינרין בשבת נפלה לה ירושה שפוחתין ממנה מכאן ולהבא ור' יוסי לא חדית בה אלא אפי' כלתה כתובתה מחשבין ופוחתין ואם תפול לה ירושה יגבה כל מה שפוחתין אבל משנפלה לה ירושה פוחתין ממנה אפי' לרבנן עכ"ל הנה מה שכתבו בשם הרשב"א דאפילו במורדת לגמרי לא הפסידה נ"מ שלה הרי בחידושיו כתב להיפך. (וכן כתב הר"ן בפי' ההלכות במשנה בסוגיין בשמו ומ"ש זהו דעת הרמב"ם הוא טעות הדפוס וצ"ל הרשב"א וכן מוכרח לכל מעיין שם והעיקר כדעת הפוסקים דבמאיס עלי לא הפסיד' כלום מנכסי מלוג ואפילו לא תפסה וכמ"ש הרשב"א שם מלתא בטעמא ז"ל ומיהו הכא דאמרה מאיס עלי לא הפסידה נ"מ דבשלמא במקום שמשהין ופוחתין כנגד מה שהיא מצערת אותו נותנין לו משלה דמי צערו ומחזי כשכר וכדאי' בגמ' אבל בזו שעוקרת לתנאי אישות לשעת' מה שהוא שלה לגמרי כגון נ"מ הקיימין אינה מפסדת כו' ומש"ה אסתפק להו בגמ' אפילו בנכסי צ"ב הקיימין דה"ל כזינתה שלא הפסידתן לפי שהיא עוקרת הנשואין ויוצאת לאלתר ומן הסוגי' שבירושלמי נמי משמע דאפילו באומרת בעינא לי' ומצערנא לי' ויוצאת בארבע שבתות של הכרזה אינה מפסדת נ"מ הקיימין ע"ש וכ"כ הר"ן וכ"כ הריב"ש סימן קס"ב: מיהו נראה דגם מורדת לגמרי ויוצאות בארבע שבתות בעי' מיהא תפסה לנכסי צ"ב ואי לא תפסה לא מפקינין מיניה דלאו עדיפא מאומרת מאיס עלי דבעי' אשה תפיסה בנכסי צ"ב אע"ג דיוצאה לאלתר:

דהא היכא דמפסדה לכתובתה בבת אחת הוא דאסתפק להו בש"ס בנכסי צ"ב ודוק:

וזה נראה נמי בשטת הרמב"ם דמפרש הא דכלתו דר' זביד במורדת דבעינא לי' נסתפק בנכסי צ"ב והיינו לפי מאי דקי"ל כרבותינו דיוצאה בד' שבתות ומש"ה אסתפק בש"ס בנכסי צ"ב אבל לדינא דמתניתין דפוחתין כנגד מה שהיא מצערת אותו ודאי מפסדת נכסי צ"ב ולא מהני תפיסה דהא במתני' משמע דלא פליגי רבנן אלא בירושה שנפלו לה

אח"כ אבל מה שיש לה כבר הפסידה לכ"ע ואפי' נ"מ קמשמע מדברי הירושלמי ואפילו לדברי הפוסקים שמפרשים פרא פורנין היינו נכסי צ"ב ולא נ"מ וכמ"ש בר"ן שם עכ"פ מוכח דנכסי צ"ב הפסידה בודאי אלא דהרמב"ם ז"ל פוסק כרבותינו דמפסדה לכתובתה בבת אחת לכך פסק במורדת דמהני תפיסה דידה לנכסי צ"ב משום דהיכא דעוקרת לאישות מספקא לן בש"ס לענין נכסי צ"ב וס"ל להרמב"ם דדוקא מורדת אבל אמרה מאיס עלי כיון דכופין אותו לגרש ודאי דלא הפסידה נכסי צ"ב אפילו לא תפסה ובשטה מקובצת במשנתנו דפוחתין שבעה דינרין כתב ז"ל ודעת גדולי המפרשים שמתחילין לקנוס ממה ששוה יותר שאם יש לה נכסי מלוג מגבין לו מהן שבעה דינרין ואם לאו פוחתין מנדוניא ואח"כ מעיקר כתובה ותוספות דבתחלה מנדוניא בעי' דליקנסה טפי כי היכי דתיהדר בה ויש חולקין בדבר ולא נפקא לן מידי דכרבותינו קי"ל עכ"ל והיינו דלרבותינו הפסידה בארבע שבתות בבת אחת. ולפי מ"ש נראה דעת גדולי המפרשי' יפה במשנתנו שמתחילין לקונסה בתחלה מנכסי מלוג דאם יפחתו תחלה מעיקר כתובה א"כ כשתכלה לה כתובתה הרי נעקר תנאי אישות לשעתה ותו לית לן למיקנסה בדידה מש"ה קנסינין לה מתחלה בנכסי מלוג ועדיין כתובה קיימת ואח"כ פוחתין נכסי צ"ב ועדיין תנאי אישות שביניהם קיים ולבסוף הוא דפוחתין כתובה ותוספת ואפי' לר"י דס"ל אפי' נפלה לה ירושה ממקום אחר כו' היינו נמי על זה הדרך ר"ל שפוחתין תחלה כל מה שיש לה ואח"כ פוחתין לשבוע ז' דינרין ועושין אותם לחוב עלי' עד שיפול לה ירושה ממקום אחר דאז חוזר וגובה אותה אבל אין מפסידין אותה בתחלה מעיקר הכתובה שאם היתה מפסדת כתובתה לא היינו יכולי' לפחות יותר כיון דנעקר תנאי אישות שביניהם וכמ"ש ודו"ק.

ס"ק ט

דאפי' נ"מ אינה נוטלת אלא מה שתפסה עיין ב"ש שהקשה על הרמ"א שהביא כאן דעת הפוסקים לענין תפיס' נכסי צ"ב ונ"מ ולא הביא דעת הרא"ש והרמב"ן והרשב"א דמשהינין אגיטא י"ב חדש ובתוך י"ב חודש צריך ליתן לה הכתובה אם מגרשה והמחבר פוסק בפשיטות אם רוצה לגרש אין צריך ליתן כתובה עכ"ל. והנה לקמן גבי מורדת הביא רמ"א דתוך יב"ח יש לה כתובה כשמגרשה ויכולה לחזור בה ולענ"ד דבמאיס עלי בכיון לא הביא רמ"א דין זה והוא דבמאיס עלי אם נתנה אמתלא לדברי' לא משהינן לה אגיטא כלל וכמ"ש הרא"ש בסוגין דלפי שתולות עצמן בעכו"ם אין משהין את גיטין ע"ש וכאן אף ע"ג דמיירי באינה נותנת אמתלא ולא מהימנא למימר דמאיס עלי' ומש"ה אית לה דינא דגמרא ולא דינא דמתיבתא ובעי' תפיסה לנכסי צ"ב וכמ"ש הרמ"א דכל זה

באינה נותנת אמתלא לדברי' וכמ"ש סעיף ג' מ"מ לענין כתובה אם רוצה לגרשה תוך י"ב חדש אין לה כתובה שהרי הודאת בע"ד כמאה עדים ולדברי' שאומרת שמאיס עלי' הרי אין לה כתובה אפי' תוך י"ב חדש כשרוצה לגרשה כדינא דמתיבתא דלחובתה מקבלין דברי' שאומרת מאיס עלי וכל שמאים עלי' כבר תיקנו במתיבתא שלא להשהותה יב"ח רק להוציאה מיד בלא כתובה ולכך לא הביא מהרמ"א כאן דעת הרמב"ן והרשב"א דתוך יב"ח אית לה כתובה דהא יש כאן הודאתה שאומרת בעצמה מאיס עלי ולדברי' אין לה כתובה אפי' תוך יב"ח דשייך בי' דינא דמתיבתא שלא להשהותה אלא מחמת שלא נתנה אמתלא אין אנו מאמינ' לחובת הבעל לכופו שיוציאה אבל אם נתן לה מעצמו גט מקבלין דברי' לחובתה:

אמנם אם יש לה נכסי צ"ב ולא תפסה ואומרת מאיס עלי בלא אמתלא והוא מגרשה תוך י"ב חדש אית לה נכסי צ"ב ממ"נ דאי מהימנא לי' בטענת מאיס עלי א"כ אית לה נכסי צ"ב דידה כדינא דמתיבתא ואי לא מהימנא לי' בטענת מאיס עלי כיון שאין לה אמתלא ודינה כמורדת והי' לו להשהות גיטה י"ב חדש וכיון שגירשה תוך י"ב חדש יש לה נכסי צ"ב ואפי' כתובה הוי בעי למיתב לה וכמ"ש רמ"א לקמן במורדת אלא לענין כתובה מאמינה על מאיס עלי כדי להפסידה אבל נכסי צ"ב חוזר להחזיר לה ממ"נ:

והרמ"א שלא הביא דין זה הוא לפי שבש"ע לא כתב מנכסי צ"ב ולא מיירי אלא מכתובה לכך לא כתב עליו הרמ"א דבכתובה מפסדת אפי' כשמגרשה תוך יב"ח דלחובתה מקבלין דברי' דמאיס עלה וכבר פסקו במתיבתא שלא להשהות גיטה ולהפסידה כתובתה מיהו אי אית לה נכסי צ"ב הדין כמ"ש ודוק.

ס"ק י

וחייב בפדיונה וקבורתה. כתב ב"ש ז"ל אחר י"ב חדש פטור מקבור' משו' דקבור' תקנו חז"ל תחת צ"ב ולא תחת נ"מ וכאן ספק הוא אם זכתה נצ"ב די"ל דאין לה נצ"ב מש"ה פטור מקבורה מיהו נראה אם כבר זכתה בנצ"ב ע"י תפיסה אז אחר מותה הוא יורש אותה וחייב בקבורה ולא כמשמעות ב"ח עכ"ל. ולי נראה כיון דאם חזר הבעל ותפס לא מפקינין מיני' דבספיקא דדינא מהני תפיסה בתר תפיסה וכיון שהוא יורש ודאי בנכסי צ"ב וצריכין היורשין להחזיר לו הנכסים עכ"פ בתורת ירושה וכיון שבאו לידו בתורת ירושה ה"ל מוחזק תו לא מיחייב בקבורה דאימר כבר הפסידה נצ"ב והרי הם שלו מכבר ועיין כיוצא בזה בספרי קצה"ח סימן ס"ט סק"א וסימן ק"ד סקי"ב. אלא דבעיקר הדין לבי מהסס דאפי' אחר יב"ח דמפסידה לגמרי נצ"ב מ"מ נראה לענ"ד דחייב בקבורה אע"ג דלית לה נכסי צ"ב תקנו בכל הנשים שיהי' הוא חייב בקבורתה משום ירושה של

אותה שיש לה נכסי צ"ב ואם מעולם לא הי' לה נצ"ב אפ"ה חייב בקבורתה וכן אם נתנה כל נצ"ב לבעלה באופן המועיל דאז אינו יורש נצ"ב כיון שכבר זכה בהן בתורת מתנה ואפ"ה איהו חייב בקבורתה משום דלא פלוג חכמים בתקנתן וכמו שתקנו פדיון לכל הנשים אף שאין לה נ"מ א"כ זו שמפסדת נצ"ב לגבי בעלה ה"ל כמאן דלית לה נצ"ב וכיון דלא פלוג חכמים ותקנו בכל הנשים גם לזו חייב בקבורה וצ"ע:

ס"ק יא

נותן לה צ"ב שלה וכתובה אבל לא מה שכתב לה וכתב ב"ש ז"ל אבל לא מ"ש לה עיין בטור סימן פ"ה לא משמע כן אלא דוקא כשאין לה כתובה אז אין לה מתנות עכ"ל ובבאר היטב כתב וז"ל ולא ידעתי הא לפנינו כתוב וכל מה שכתב לה וכ"כ הב"י ע"ש עכ"ל ומדברי הב"י נראה כן שכתב ז"ל וכתב הרה"מ שהרבה מן המפרשים כו' ובתוך י"ב חדש אם חזרה בה מוטב ולא הפסידה כלום ואם לאחר י"ב חדש הפסידה כל עיקר כתובה ותוס' וכל מה שנתן לה הבעל ונדונ' אלא שאם היה שם בלאו' הקיימין ותפסה אותן אין מוציאין מידה כך העלה הדינין האלו הרשב"א ז"ל וכן דעת מפרשי' ומשמע דתוך יב"ח לא הפסידה מה שנתן לה במתנה עכ"ל אמנם נראה דהרשב"א לשיטתו בחדושיו בסוגיין וז"ל וכתב עוד הר"י הלוי ז"ל דהיכא דיהיב לה מתנה בין קרקע ידוע בין ששעבד לה לתת מעות או מדעם אפי' כתב לה בתר נשואין מתנה גמורה לחוד ואצ"ל כתובה אי מרדה הפסידה הכל דאקנה לה אדעתא למיקם קמי' וכדאמרי' אלמנה שמין מה שעלי' והיינו לאחר נשואין ואפ"ה שמין וכן נראה מדברי רבינו הגדול ז"ל שכתב אבל מה דכתב לה מדילי' בין תוס' בין מתנה לא יהיב לה מידי כו' וקשי' לי הא דאמרי' לעיל תוספת כתובה ככתובה דמי' נ"מ למורדת והא אפילו מתנה לחודה ובתר נשואין אמרת מפסדת ואפילו באומרת מאיס עלי והא דדייקי לה מהאי דאמרי' אקני לה אדעתי' למיקם קמי' הני מילי בהנאת סתם בדבר שהוא חייב לעשות אבל זה שרצה ונתן לה מי הכריחו בכך היה לו לפרש ואנן מימר אמרי בכולהו מתנות דעלמא אי לאו דעביד לי' נייח נפשי' לא הוי יהיב לי' מתנה עכ"ל הרי דס"ל להרשב"א דמתנה לא מפסדה אבל דעת רוב הפוסקים הראשונים דבמתנה אמרי' דלא יהיב אלא אדעתא למיקם קמי' והוא דעת הרי"ף והרמב"ם ובעל המאור ומה שהקשה הרשב"א מהא דאמרי' לעיל תוספות כתובה ככתובה לענין מורדת כיון דאפילו מתנה מפסדה כבר הקשה הרמב"ן ז"ל ותירץ לה כמו שהובא בר"ן ריש פ' אעפ"י ע"ש. אלא דלפי מה דמשמע מדברי הרשב"א נראה דאפי' היכא דהפסידה כתובתה במורדת מ"מ לא הפסידה המתנה ואלו בדברי הרה"מ מפורש דאחר יב"ח מפסדה הכתובה וגם המתנה וצ"ע:

שוב ראיתי בחידושי הרשב"א שם וז"ל ומצאתי בחיבור א' שבתשובת רב האי ורב אלפס הכי דייני דאפילו במתנה לחוד דבתר נשואין מפסדי ואיכא לדחוקי דקמ"ל התם תוס' וכ"ש מתנה דאומדן דעת הוא דמפסדי אא"כ כתב לה שקיבל על עצמו שאפילו תמרוד תטול כמו שאמר הרב בן מיג"ש ז"ל דהתם תנאי ממון הוא וקיים ואין זה צריך לפנים עכ"ל הרי שהודה הרשב"א וקיבל דבריהם אם כן אפילו במגרש תוך יב"ח דכתובה לא מפסדה אבל מתנה מפסדה משום דלא יהיב לה אלא אדעתא למיקם קמיה:

ס"ק יב

ואין חילוק בין התחילה למרוד קודם חלי' בירושלמי מבואר דוקא כשמרדה קודם נדתה וקודם חלי' אבל תוך ימי נדתה לא הוי מרד דהתורה המרידתו עליו ודעת הרשב"א והר"ן כשיטת הירושלמי ודעת מוהר"ם בתשו' דאפילו בימי חלי' הוי מורדת וכתב בח"מ ז"ל והמעיין שם יראה דמיירי דיכולה לטבול בחליה דאז ודאי הוי מורדת ומ"מ משמע דלא היה מפרש כמו הירושלמי שמרדה קודם נדתה וקודם חני' עכ"ל ע"ש:

ובשטה מקובצת בהא דפריך בסוגי' בשלמא למ"ד מתשמיש שפיר אלא למ"ד ממלאכה חולה בת מלאכה היא פי' למ"ד מתשמיש ניחא נדה וחולה ואפילו שאין עתה בת תשמיש מ"מ איכא צערא שאינו דומה מי שיש לו פת בסלו למי שאין לו וכדאמרי' בסמוך אבל למ"ד ממלאכה חולה לאו בת מלאכה ובמלאכה לא שייך למימר אינו דומה כו' ונדה דהוי מורדת מתשמיש דוקא כשמרדה בלא עת נדתה דבהא איכא למימר אינו דומה מי שיש לו פת כו' אבל התחילה למרוד בעת נדתה לא דהתורה האמינתה ושמא רצתה לשחק בו עד שתטבול עכ"ל ע"ש. ולכאורה קשה כיון דבמלאכה לא שייך האי טעמא דאינו דומה למי שיש לו פת כו' ומש"ה אפילו התחילה למרוד קודם חלי' אין ימי החולי עולין בחשבון ימי המרידה א"כ לדידיה אמאי פוחתין מכתובתה ז' דינרין לשבת והוא נגד ז' ימי השבת ושבת בכלל וכי שבת בת מלאכה היא ובסוגין מבואר דכל יומא באנפי' נפשי' חשבינן לי' דשמא יתפייס היום או מחר ע"ש בתוספות. ואין לומר דמורדת ממלאכה היינו מהנקה והצעת המטה דשייכי בשבת ג"כ דודאי מורדת ממלאכה משמע נמי מטחינה ובישול ואפי' ובהנך אמאי פוחתין שבעה הא לאו זמן מלאכה היא אלא משום דמ"ד מורדת ממלאכה נא ס"ל טעמא דשבעה דינרין נגד ז' ימים אלא נגד ז' מלאכות שהאשה עושה לבעלה ושלש דידי נגד חיובי דידי' שארה כסותה ועונתה ובמרדכי כתב בשם ראבי' דאשה המורדת על בעלה ושוב חלתה אע"פ שמתוך אונס החולי אינה יכולה לשוב לבעלה אפ"ה איבדה מזוניתי' וראי' מירושלמי דפ"ק דקידושין דפסק גבי עבד עברי ברח ואח"כ חלה משלים ומדמה התם למורדת ע"ש וכן

הוא מבואר שם בירושלמי ברח וחלה אח"כ. נשמעוני' מן הדא כו' אפי' נדה ואפי' חולה אי בימי נדותה התורה המרידתו עליו אלא במרדה קודם כו' מ"ט א"צ אלו הוית גבן לא הויתא באשתי' ע"כ (וכן הוא בהג"ה אשר"י) וקשה לפ"ז מאי פריך בש"ס דילן אלא למ"ד ממלאכה חולה בת מלאכה היא כיון דמיירי דמרדה קודם א"כ אפי' חלתה אח"כ הכל נחשב כמרד אע"ג דלא שייך במלאכה הך סברא דאינו דומה מי שיש לו פת בסלו למי שאין לו מ"מ אזלינין בתר תחלת המרד שהרי לשיטת הירושלמי גבי עבד שברח ואח"כ חלה אזלינין בתר תחלת המרד וא"כ ע"כ צ"ל דהירושלמי פליג אש"ס דילן:

ונראה מהירושלמי אפי' אם חוזרת בה תוך ימי חלי' ואמרה לשוב אליו אחר שתבריא מ"מ הכל נחשב לימי מרד דמדמה לי' לעבד שברח וחלה אח"כ דאפי' רוצה לחזור והחולי מעכבו צריך להשלים ומדמה לי' התם למורדת ש"מ דבמורדת נמי פוחתין לה אפילו תוך ימי חליה כשהתחילה למרוד קודם ואפילו אמרה לשוב אליו אחר כך מכל מקום פוחתין לה עד שתשוב לבריאותה ותחזור אליו וכן נראה מדברי הראב"י דאפי' רצתה לשוב אליו תוך ימי חלי' רק מתוך אונס חולי' אינה יכולה אפ"ה ה"ל מרד וכדאי' בירושלמי אך קשה דזה נגד ש"ס דילן דפריך חולה בת מלאכה היא וכמ"ש לעיל ואיך פסק ראב"י כירושלמי כיון שבש"ס דילן מבואר ההפך. (עיין במשנה למלך פ"ב מה' עבדי' שהקשה על הרמב"ם והסמ"ג שהשמיטו הירושלמי בדין עבד שברח ואח"כ חלה ע"ש ולפמ"ש מארן ז"ל ניחא דכיון דש"ס דילן פליג אירושלמי לא פסקו כירושלמי וכ"כ בס' קרבן עדה שם בקידושין ע"ש אמנם הרשב"א בסוגיין והר"ן בהלכות הביאו דברי הירושלמי דמחלק בין מרדה קודם נדתה למרדה אח"כ וקיימו דבריו אפילו אליבא דש"ס דילן דמפרש טעמא משום פת בסלו וכתבו דאם לא מרדה עד זמן נדתה אמרי' דרצתה לשחק בו ע"ש ולפי דבריהם צ"ע מאי ראי' מייתי הירושלמי להא דעבד שברח ואח"כ חלה דמשלם דהתם לא שייך טעמא דפת בסלו ונראה דס"ל להרשב"א והר"ן דתרתי בעינן שתהיה התחלת המרידה בזמן שיעבוד גמור וגם אח"כ יהיה לו איזה הפסד ומשום פת בסלו בלחוד אינה נעשית מורדת דבקל תוכל להתנצל וכמ"ש משחקת הייתי אבל היכא שהתחילה למרוד בשעת שיעבוד גמור אף שאח"כ הלך לו השיעבוד מ"מ בטענה קלה יכול הוא להפסידה מפני שכבר חל עלי' שם מורדת ולהכי מייתי בירושלמי ראי' ממורדת ואח"כ פירסה נדה דאע"ג דהשתא אינה יכולה למרוד מרד גמור שהרי התורה מרידתו עליו מ"מ מאחר שכבר נעשית מורדת ויצאה מתנאי אישות יכול להפסידה בטענה כל דהו ר"ל משום פת בסלו וה"ה בעבד שברח מפסידו בטענה דאילו הוית גבאי לא אבאשת וע"ש ועיין בירושלמי פ' המדיר שם דבעי לר"א בגמל וספן אמאי

פוחתין לכל שבת ומייתי נמי ראיה מנדה והיינו ג"כ משום פת בסלו וכמ"ש בק"ע וע"כ כדברי הרשב"א והר"ן ע"ש אמנם כל זה בעומדת במרדה בימי נדותה אבל אם חוזרת בה אין פוחתין לה דמאי אית לה למיעבד השתא ואין לו לבעל אפילו טענה כל דהו של פת בסלו נגדה מיהו מזוני לית לה כל זמן שלא שבה לבעלה ואע"ג דאונס הוא מ"מ אונס רחמנא חייבי' לא אמרי' וכיון שמרדה קודם יצאה מתנאי אישות ופטור הבעל ממזונות עד שתשוב אליו ואף שמחמת אונס אינה יכולה לשוב אליו לא מחייבינן לי' כן נ"ל דעת ראב"י וזה שדקדק ראבי' בלשונו לומר איבדה מזונותיה ולא קאמר הפסידה כתובתה דאונס רחמנא פטרי' אלא ממזונות פטור הבעל דאונס רחמנא חייבי' לא אמרי' ועיקר ראייתו מעבד שברח דבשעת מרד פקע חיובייהו ובזה יש ליישב הרבה דקדוקים בירושלמי ובראב"י ואין כאן מקומו ודוק):

סעיף ג

ס"ק יג

אם תפסה אין מוציאין מידה. בסוגיין שם כלתי' דרב זביד אימרדה והוי תפסה חד שיראי כו' הא אמר רב כהנא מבעי' בעי לי' רבא ולא פשיט השתא דלא אתמר לא הכי ולא הכי תפסה לא מפקינין. ואיכא למידק לשיטת הפוסקי' דתפיסה מספק בספק' דדינא לא מהני והוא דעת התוס' והרמב"ן והרשב"א והרא"ש זולת דעת הרמב"ם ודעימי' דס"ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא אפי' אינו טוען ברי וא"כ להנך פוסקי' דלא מהני תפיסה מספק קשי' הך דהכא דמהני תפיסה מספק ועיין בקונטרס הספיקות כלל ב' ונראה ליישב לפמ"ש בשטה בסוגיין ז"ל איכא דאמרי יתבי וקאמרי מרדה לא הפסידה בלאותי' קיימין כו' והא דאמר רב כהנא מבעי' בעי לה רבא כו' ומאי האי דאמרי' והשתא דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר משמע דאתינין למפסק דלא כחד מהנך אמוראי אלא דעבדינן הכרעה שלישית לכך יש לפרש דרב גמדא לפום האי לישנא בתרא סבר כיון דבעי לה רבא ולא פשיט נכסי בחזקת בעל קיימי כיון שקיבלם עליו בנכסי צ"ב ואפילו מה דתפסה מפקינן מינה אבל אמימר וחביריו היו סבורים דאדרבה נכסי צ"ב בחזקת אשה קיימי משום שבח בית אבי' שאם אמרה שלי אני נוטלת שומעין לה הלכך אפי' מאי דתפיס בעל מפקינין מיני' ויהבינן לה ותלמודא פסק כיון דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר ולא אתברר נכסי בחזקת מי היכי דקיימי נכסי ליקו ומאי דלא תפסה לא מפקינן מיניה ומה דתפסה ואפילו בעדים לא מפקינן מינה וכן הלכתא עכ"ל וא"כ ניחא דמהני תפיסה דהא דלא מהני תפיס' מספק היינו משום דמוקי לה בחזקת מרא

קמא והכא דמספקא לן בנכסי צ"ב בחזקת מי הן אם בחזקת הבעל או בחזקת האשה מהני תפיסה.

ס"ק יד

קרקעית של צאן ברזל היא נוטלת והוא מדברי הרא"ש דבקרקע ה"ל כאילו תפסה האשה ע"ש אמנם בריב"ש סימן שס"ב כתב וז"ל והלכך אם היו שם קרקעות של נכסי צ"ב דהיינו שהבעל קיבל עליו את השום ולא שייך בהו תפיסה מקרי הבעל מוחזק לעולם ואע"ג דפ' מי שמת מוכח דבחזקת שניהם הוי נכסי צ"ב דמה"ט מסקינן התם גבי מתניתין דנפל הבית עליו ועל אשתו ואין ידוע איזה מת ראשון דאמרו נכסים בחזקתן ומפרש בר קפרא דנכסים בחזקתן דקאמר לענין נכסי צ"ב היינו בחזקת שניהם דאמרי' הואיל והללו באין לירש והללו באין לירש יחלוקו היינו התם שמתו שניהם ויורשין של זה ושל זה באין לירש דכיון שמת הבעל בטלה חזקתו שהרי גם לאשה הי' בהם קצת חזקה שהרי יכולה היא אומר כל אני נוטלת משום שבח בית אביה ואם מכרן הבעל אינן מכורין אבל בחיי הבעל כיון שהוא קיבל עליו את השום ואם פיחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו אין נקרא מוחזק אלא הבעל עכ"ל מבואר דעת הריב"ש דבקרקעות היכא דליכא תפיסה ה"ל הבעל מוחזק ובשטה מקובצת כתב בשם הריטב"א דבקרקעות דלאו בני תפיסה נינהו חולקין ע"ש הרי לפנינו שלש דעות בקרקעות של נכסי צ"ב לדעת הרא"ש האשה מוחזקת בהן ולדעת הריב"ש הבעל מוחזק ולדעת הריטב"א חולקין. והנראה לענ"ד בטעמי' דהרא"ש דבקרקע כולי' לאשה משום דלאשה ודאי חזקה שיכולה לומר כלי אני נוטלת משום שבח בית אבי' ואע"ג דהבעל קיבל עלי' את השום ואם פחתו פיחתו לו כו' כיון דעכשיו היא מורדת והפסידה כל תנאי כתובה בבת אחת ואין לה על הבעל עכשיו שום שיעבוד אלא מה שהוא עדיין בעין ביד הבעל אבל אם נשתף ביד הבעל אין לה על הבעל כלום נמצא שנסתלק הבעל מכל אחריות כיון שהיא מורדת נמחל לו כל אחריות משום הכי אין לבעל שום חזקה בהם אבל בנפל הבית עליו ועל אשתו דהללו באין לירש והללו באין לירש דמתו שניהן ועכשיו ליכא חזקה לשום אחד מהן יותר ובחייהם הבעל והאשה שניהם מוחזקים בהן האשה משום דיכולה לומר כלי אני נוטלת משום שבח בית אבי' והבעל משום אחריות לכך יחלוקו משא"כ במורדת דלאשה הוא דאיכא חזקה משום שבח בית אבי' ולבעל ליכא חזקה כלל שכבר נסתלק מכל אחריות מעכשיו שהיא מורדת וע"ש בריב"ש סימן שס"ד שכתב ז"ל ומ"ש הרמב"ם ז"ל אם תפסה אין מוציאין מידה ואם תפס הבעל אין מוציאין מידו לא דק ואגב שטפי' נקטי' שאין הבעל צריך תפיסה עכ"ל (והביאו הב"י) ולפמ"ש שפיר דק הרמב"ם דהבעל צריך תפיסה ומשום

דנכסים בחזקתה ולא בחזקת הבעל כיון שהוא נסתלק מחיוב אחריות כשנעשה מורדת ודו"ק (צ"ע קצת דהא בשעה שנעשה מורדת נסתפקנו אם הפסידה נצ"ב או לא וע"כ אנו צריכין להעמיד בחזקת קמא היינו בחזקת מי שהיו קודם שמרדה וקודם שמרדה היו בחזק' הבעל כמ"ש הריב"ש שאחריותן עליו ומה בכך שעתה אינו חייב באחריות הא על עכשיו אנו מסופקין שמא הפסידה לגמרי ודו"ק.) אלא דלפי מ"ש תו לא מצינו למימר כמ"ש בשטה מקובצת דספיק' הוא מי הוא המוחזק בנכסי צ"ב וכמ"ש בס"ק הקודם כיון דלפי מ"ש הבעל ודאי לא הוי מוחזק מחמת אחריות דכבר נסתלק מאחריות וע"כ הספק הוא אם מגיע לה נכסי צ"ב אם לאו וא"כ הדר' קושי' לדוכת' היכא מהני תפיסה מספק דכבר כתבנו שדעת הרא"ש דלא מהני תפיסה בספק. וצריך לומר דמיירי שתפס הבעל קודם שנעשית מורדת דלא היו אז תפיסתו נגד חזקת מרא קמא דכיון שקודם שמרדה היו הנכסים בחזקת הבעל שהיה אחריותן עליו ולכך מהני התפיסה אף ע"ג שהיא מספק משא"כ אם היה הבעל תופס אחר שמרדה תו לא היה מהני תפיסתו שכבר היתה היא מוחזקת מאחר שנסתלק האחריות ממנו וכנ"ל וצ"ע,

ס"ק טו

וכל זה בנכסי צאן ברזל כתב בח"מ ז"ל תימא על הרב רמ"א שלא הזכיר כאן החלוקה השניה בדעת הרשב"א במורדת דבעינא ליה דלא מהני תפיסה בנכסי צאן ברזל כמו שהזכיר החלוקה הראשונה בדעת הרשב"א דלעיל סעיף ב' בהגהה בדאמרה מאסתיהו דמהני תפיסה בנכסי צאן ברזל עכ"ל. ודברי הרמ"א נכונים דהרשב"א דקאמר דמורדת דבעינא ליה לא מהני לה תפיסה היינו לדינא דמתני' דמשהין לה ופוחתין מכתובתה בכל שבוע לכך פשיטא ליה לרשב"א דפוחתין מנכסי צ"ב ולא מהני לה תפיסה כלל ולא נסתפק בש"ס אלא במאיס עלי שמפסדת כתובתה בבת אחת ועוקרת לתנאי אישות לשעתה ואינה מפסדת נכסי מלוג שלה ולהכי מספקא ליה לש"ס על נכסי צ"ב לכך מהני לה תפיסה וע"ש שכתב דה"ה במורדת דבעינא ליה אליבא דרבותינו אינה מפסדת בלאותיה הקיימין כיון דאין פוחתין בכל שבוע ע"ש א"כ לדידן דקי"ל כרבותינו דאין פוחתין בכל שבוע רק שמפסדת בבת אחת אחר ד' שבועות ואינה מפסדת נכסי מלוג אפילו בלא תפיסה כלל א"כ בנכסי צ"ב ה"ל הך ספיקא כמו במאיס עלי כיון דמפסדת כתובתה בבת אחת דא ודא אחת היא ולהכי לדידן מהני תפיסה בכל גווני לדעת הרשב"א כיון דפסקינן במורדת דבעינא ליה כרבותינו דאין פוחתין בכל שבוע אע"ג דמשהין את גיטה י"ב חודש מ"מ כתובתה היא נפסדת בבת אחת אחר י"ב חדש ועוקרת לתנאי'

אישות לשעתה ולכך מנכסי מלוג לא מפסדא כלום אפילו בלא תפיסה ובנכסי צ"ב ה"ל ספיקא ודמי ליה לגמרי להא דמאיס עלי וז"ב.

ס"ק טז

אבל נכסי מלוג שלה ברשותה הם והיא נוטלתן וקשה דהא לעיל סעיף ב' גבי מאיס עלי כתב די"א דאפי' נכסי מלוג אינה נוטלת אלא מה שתפסה וכאן גבי מורדת דבעינא ליה דחמירא טפי כתב בפשיטות דנוטלת בלא תפיסה וצ"ע ועיין מ"ש לעיל סק"ח.

ס"ק יז

ונקרא דינא דמתיבתא שהבעל צריך להחזיר לה כל מה שהכניסה ומבואר דמדינא דמתיבתא נוטלת אפילו מעות נדוניא שהכניסה אף דלא שייך בהו שבח בית אביה אע"ג דמדינא דש"ס היכא דמהני תפיסה לא מהני אלא בכלים דשייך בהו שבח בית אביה אבל במעות דלא שייך בהו שבח בית אביה לא מהני תפיסה וכמ"ש בתשו' הר"ן סימן כ"ב זהו דוקא בדינא דש"ס דמדין ספיקא ומצד מוחזק אתינן עלה ולכך בעינן שיהיה שייך שבח בית אביה כי היכי דתהוי היא מוחזקת מאיזה צד משא"כ לדינא דמתיבתא תקנתא היא שתטול כל מה שהכניסה ואפי' מעות וכ"כ ח"מ וב"ש. והב"ח כתב דדינא דמתיבתא לא מיירי לענין מעות נדוניא ולא זכתה בהם אא"כ תפסה ע"ש ונראין דברי הח"מ וב"ש דהא לדינא דמתיבת' בנכסי צ"ב אם אינן ראויין למלאכתן הראשונה או שנגנבו ונאבדו צריך הבעל לשלם הכל וא"כ כיון דנגנבו או נאבדו לית בהו שבח בית אביה אלא חוב בעלמא על הבעל ולדינא דש"ס פשיטא דלא מהני בי' תפיסה אפ"ה בדינא דמתיבתא מחייבינן לשלומי כ"ש במעות נדוניא דחייב להחזיר כיון דלא אתינן עלה מטעם שבח בית אביה וז"ב:

ס"ק יח

אם הם בעין וראויין למלאכתן הראשונה כתוב בתשו' הרא"ש כלל מ"ג סימן ח' ז"ל לשון הרי"ף ז"ל שכתב בדינא דמתיבתא דנכסי צ"ב אפי' בלו הרבה לא משלם בעל הפחת כל זמן שראויין להשתמש בהן מלאכתן הראשונה ואע"ג דדינא דגמרא אינו כן כמו שהוכיח הרי"ף ז"ל ביבמות פ' אלמנה דף ס"ו בשמעתין דמכנסת שום לבעלה דבנכסי צ"ב מיחייב בעל בכחש וביתרת דמים מ"מ כתב דבתר מנהגא אזלינין ולא נהגו כן אלא כל זמן שראויין למלאכתן לא משלם פחת דמיהן עכ"ל וע"ש.

ס"ק יט

ונכסי מלוג שלה אם הם בעין כתב בתשוב' הרא"ש שם סימן א' וז"ל ומה שהיא אומרת שהכסף והשבח היו בשעת נשואין עשרה זקוקי' אם הכסף נתן ביד חמי' קודם הנשואין שישא ויתן בו לצורך בנו וכלתו וחשבו יחד הקרן והשבח בשע' הנשואין וסך הכל יהיה

סכום נדוניא אז קרוי נכסי צ"ב הקרן והריוח שהיו בשעת נשואין ואם פסקו סכום נדוניא בשעת פסיקתא ואותו הסכום הקדים אבי הכלה לתתו לפני הנשואין לא מקרי צ"ב אלא סכום הפסיקתא ואותו הסכום יחזיר לה ותתעגן ותשב עד שתתרצה להיות עמו עכ"ל.

ס"ק כ

או דבר הבא מכחו נוטלתן כתב בתשו' מהרי"ק סימן פ"א וז"ל וכן ריצב"א נסתפק בטוענת ישען על ביתו כו' דשמא אין לה תוספת נלענ"ד דלאו היינו בתוספת שליש הנהוגה בינינו דהאי תוספת הנזכר בתלמוד ופוסקי' היינו שמוסיף לה מדעתו וחבתו עמה כו' אבל בתוספת שליש הנהוגה בינינו פשיטא שאין לומר כן שהרי אינה באה מחמת חבה כלל וצאו מתנה דבעל היא אלא דין גמור הוא ע"פ התלמוד ומשנה שלימה היא פ' מציאת האשה דף ס"ו פסקה להכניס לו אלף זוז כו' פשיטא שאין זה כעין תוספת שנז' ריש פרק אע"פ אשר ממנה דיבר הריצב"א שהרי אינה לא משום חיבת ביאה ולא משו' חיבת חופה כמו שהוכחתי לעיל ויש לה כל דין נכסי צ"ב עכ"ל וכן העלה הב"ש בסימן קט"ו ס"ק כ"א ז"ל ותוספת שליש כו' הוי כנדוניא מהרי"ק שורש פ"א ובד"מ סימן זה הביא דברי מהרי"ק משמע אף כאן הדין כן אע"ג דאין לה כאן אלא מה שהוא בעין צריך לומר דבר הבא מנדוניא ה"ל כאלו הוא בעין מנדוניא ומזה נשמע אפי' כשהיא גרמה הגט חייב ליתן לה הוספת שליש ולא כדריש' סימן קי"ח עכ"ל. ולא היה צריך מדברי ד"מ ממה שהביאו בסימן קט"ו שהרי במהרי"ק סימן הנ"ל כתב דין זה לענין זינתה ע"ש שכל הסימן ההוא מיירי בזינתה מיהו נראה דכאן במורדת ואומרת מאיס עלי אע"ג דמדינא דמתיבתא מחזירין לה הנדוניא אבל תוספת שליש אין לה דלא תקנו במתיבתא אלא להחזיר לה מה שהכניסה הקרן בלבד ולא השבח וגם גוף הקרן שמחזיר לה אינו אלא שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה ואין להוסיף. אמנם בזינתה אע"ג דהיא גרמה מ"מ עכשיו אחר שזינתה אין בידה לתקן ותו לא הוי אח"כ המניעה ממנה אבל אומרת מאיס עלי בידה לשוב אליו כל שעה והוי השתא מניעה ממנה ואע"ג דתוספת שליש הוא בעד מה שהבעל משתכר במעות נדוניא מ"מ אדעתא דהכי דוקא התחייב הבעל שיהיה הנדוניא אצלו עד שעת מיתה או גירושין אבל שתמרוד עליו בלילה הראשונה ויתחייב ליתן לה שליש הוספה זו לא שמענו ובמיתה או בגירושין הוא דנתחייב לה תוספת שליש אפילו ביום הראשון לחופתו משום דאין המניעה ממנה אבל שתמרוד הוא ביום הראשון ודאי לא נתחייב בכך ומש"ה אפילו מורדת כמה שנים אחר הנשואין אין לה תוספת שליש דלא יהבו רבנן שיעורא לזה. ומדברי ב"ש שהביא הך דמהרי"ק בסימן קט"ו ובכמה מקומות דתוספת שליש דינה כנדוניא עצמה וכאן גבי

מורדת לא הביא מזה כלום משמע ג"כ דגבי מורדת ואומרת מאיס עלי דמדינא דש"ס אין לה אפילו גוף הנדוניא אלא מתקנתא דמתיבתא הוא דאית לה שלא יצאו לתרבות רעה אין לה אלא גוף נדוניא ולא תוספת וזה נראה

ס"ק כא

אם אביה תפס מנדוני' ז"ל הגהת מרדכי וששאלתם אם הנדוני' עדיין ביד אביה והתפיסה לבתו אי חשיב כתופ' לבע"ח במקום שחב לאחרים לא דמי דהא אפילו בא ליד בעל יש לינתן לה כ"ש היכא דלא אתי לידי' ועוד פסק ר"ת בנדונית חתנים שלא גבה ומתה דאפילו נשאת אין מוציאין מן האב דאזלינן בתר אומדן דעת' דלא נתן אלא ע"מ שתהנה בתו ה"נ כיון דאמרה מאי' עלי ואינו מקובל לה להא דמיא עכ"ל מהר"ם. ומדברי הרמ"א משמע דאפילו אם כבר בא הנדוני' ליד הבעל מהני תפיסת האב ולא הוי כתופ' לבע"ח בתפיסה זו משום דיד אביה כידה דמי' ובח"מ השיגו דתפיסה לא מהני אלא דוק' אם הנדוני' מעולם לא בא ליד הבעל אבל אח"כ הוי לי' תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וכיון שנשאת יד אביה כיד אחר ע"ש וכן הסכים הב"ש. ובהגהת מיימוני פי"ג מהל' אישות צ"ל מתשובת מורי רבינו זצ"ל וכ"ש אם אביה עדיין מוחזק בנדוניא שיכול ליתן לה ולא הוי כתופ' לבע"ח במקום שחב לאחרים ועוד לפי' ר"ת שפסק בנדונית חתנים שלא גבו דאזלינן בתר אומדן דעתא דאב כדלקמן פ' כ"א הוא הנדון עכ"ל ומשמע מזה דתפיסת האב לא הוי כתופ' לבע"ח במקום שחב לאחרים מיהו בכל זה לא נפקא לן מינה אלא בטוענת מאיס עלי ואינה נותנת אמתלא לדברי ר"ל שאינה נותנת אמתלא מבוררת דבמאיס עלי ואין לה אמתלא כלל לא מהני לה אפי' תפסה בעצמה וכן מדינא דש"ס לא מהני תפיסה אלא בכלים דשייך בהו שבח בית אביה. ובנותנת אמתלא מבוררת אפי' לא תפסה צריך הבעל להחזיר לה כל מה שהכניסה ולא נפקא לן מינה אלא באומרת מאיס עלי ואין לה אמתל' מבוררת דבזה מהני תפיסה שתפסה בעצמה אבל תפיסת האב לא מהני לדעת הח"מ והב"ש כנ"ל. ונראה דס"ל לרמ"א דלא שייך כאן חופם לבע"ח במקום שח"ל כיון דאפשר דהדין עמה ולא אמרו תופס לבע"ח במקו' שח"ל לא קנה אלא היכא דליכא ספיקא במלתא וכגון תופ' לבעל חוב דאי לאו תפיסה דהאי היו חולקין כמטלטלין להכי לא מצי תפי' לב"ח במקום שחב לאחרים אבל בזה דהוי ספיקא בגופה דמלת' ואם האמת כדבריו דמאיס עלה הרי מגיע לה הנדוני' בתקנת המתיבת' לכך אין מוצאין מיד האב מספק דשמא האמת אתה והדין עמה שמגיע לה הנדוניא ואינו חב לאחרים כלל ואכתי צ"ע וב"ש סימן ק"ח כתב וז"ל ונראה דאע"ג דשם בהגהת מיימוני כתב דין זה במורדת מאיס עלי מ"מ לפי הטעם שלא הבטיח האב ליתן הנדוני' אלא

כשתהנה בתו לפ"ז אפ"ז אפי' מורדת דבעינ' ליה אין צריך ליתן הנדוני' כשתצא ממנו עכ"ל ע"ש ואינו מוכרח דאפשר כיון דמוהר"ם איירי במאיס עלי יש לומר דוק' במאיס עלה ואינו מקובל עליה הוי כאונ' אבל בעינ' ליה ומצערנ' ליה כיון דיכולה בתו להנות אם תרצה הקנה גם לחתנו וצ"ע. ובעיקר תשובת מהר"ם דהיכ' דעדיין לא יצא מתחת יד האב דמי' לנדונית חתני' לפסק ר"ת הנה לפמ"ש רמ"א בסימן קי"ח סעיף ט' בנהרגו או נשתמדו דלא שייך ביה דין נדונית חתני' ואפי' עדיין ביד האב חייב ליתן ע"ש והוא מפסקי מהרא"י סימן רס"ז ומשום דלא תקנו אלא במידי דשכיח ע"ש שהביא ראי' מתשו' הרא"ש בראובן שנהרגה אשתו בשעת הגזירה אע"פ שלא שהתה עמו שנה כו' ולא דמי לנדונית חתנים דהכא ליכא אומדנא דדעת שלא עלה על דעתו גזירות הללו הא קמן דבמיתה דלא שכיחא לא דיינינן הא אומדנ' וע"ש. וא"כ נראה דה"ה טענת מאיס עלי לא שכיח' וכן משמע מדברי התוס' דמאיס' עלי לא שכיחא ע"ש בד"ה אבל אמרה מאיס עלי שכתבו שכיון שאינו ברוב נשים לא תקנו כתובה מינה וכיון שאינו ברוב נשים נראה דמיקרי לא שכיח ולא שייך ביה דין נדונית חתנים וצ"ע. ומיהו בשנה ראשונה דהוי משום תקנה ולא משום אומדנ' ואפי' היכא דלא שכיח אין צריך האב ליתן וכמו שמבואר שם בפסקי מהרא"י וברמ"א שם א"כ במאי' עלי פשיט' דא"צ האב ליתן בשנה ראשונה ודו"ק.

סימן עח

סעיף א

ס"ק א

נשבית חייב לפדותה כתב בש"מ פ"ק דמציע' דף י"ב גבי מגורשת ואינה מגורשת בשם הרמ"ך וז"ל וקרוב לומר שאם נשבית אינו חייב לפדותה כיון שהיא ספק מגורשת ואין אני קורא בה ואהדרינך לי לאינתו וה"ה שאינו אוכל פירותיה כיון שנתן לה גט ואפשר לומר כיון שאינה מגורשת ודאי עדיין אשתו היא לכל דבר חוץ ממציאתה עכ"ל. והנה מדברי תוס' נראה דס"ל דכל שאינה מגורשת ודאי עדיין אשתו היא לכל דבר והוא אוכל פירות עיין בתוס' פ"ק דגיטין דף ג' ד"ה כתב בכ"י ואין עליו עדים ז"ל טעמ' דפסול משום שיכול לכתוב הזמן כמו שירצה והוי כאין בו זמן וא"ת בשלמ' למ"ד תקנו זמן בגיטין שלא יחפה על בת אחותו כו' אבל למ"ד משום פירי קשה לר"י מה חשש יש בכתב ידו ואם יש לחוש שמא יקדים הזמן לטובת האשה כו' א"כ לא נסמוך עליו לטרוף לקוחות מזמן הכתוב בו ויש לומר דודאי אינו נאמן ולכך פסלוהו דלפעמים תפסיד האשה שלא

כדין כשיכתוב יום שעומד בו ולא יקדים הזמן ואז היה לה לטרוף לקוחות מזמן הכתוב בו והיא לא תוכל לטרוף לפי שאנו חוששין אותו שהקדים הזמן ולכך פסלוהו דהשת' בדין לא תטרוף האשה מזמן הכתו' בו דדוק' בגט כשר גובה מיום הכתיבה עכ"ל. וכיון דכתב בכ"י לא גרע ממגורשת ואינה מגורשת ואדרבה עדיפ' טפי דהא בהני ג' גיטין אם נשאת לא תצא ואלו בספק מגורשת אם נשאת תצא וכיון דאפי' היכא דאם ניסת לאחר לא תצא אפ"ה כל זמן שלא ניסת כיון דלכתחלה לא תנשא יש לבעל פירות א"כ כ"ש בספק מגורשת דיש לבעל פירות כיון דאפי' ניסת תצא והרי היא אשתו לכל דבר. אמנם לפי מה שמבואר שם בסוגיא דנכתב ביום דף י"ז בשטת התוס' שם ד"ה עד שעת נתינה ע"ש שכתבו דלמ"ד יש לבעל פירות עד שעת נתינה לא הוצרכו לתקן זמן משום פירי דגם אם אין בו זמן תביא גיטה לב"ד או לעדים ויכתבו לה שמאותו יום נתגרש' ע"ש. וא"כ למ"ד תקנו זמן משום פירי ע"כ אין החשש אלא משום פירי דמשעת חתימה עד שעת נתינה וכמבואר שם בסוגי' ע"ש. לפ"ז יש לומר דאפילו את"ל דמגורשת ואינה מגורשת אין לבעל פירות היינו משעת נתינה אבל משעת חתימה לא דדוק' בגט כשר דראוי' לינשא בו לכתחלה אז הוא דמפסיד משעת חתימה וכמ"ש תוס' שם ד"ה ריש לקיש אמר משום פירי ע"ש אבל בהנך ג' גיטין דפסולין עכ"פ מדרבנן ואינן ראוין לגרש בו לכתחלה ודאי דאינו מפסיד פירי משעת חתימה א"כ שפיר כתבו התוס' דבדין לא תטרוף האשה משעת חתימ' וזהו מדוקדק בלשון התוס' שכתבו דדוק' בגט כשר גובה משעת כתיב' אבל לא בגט פסול אפילו אינו פסול אלא מדרבנן ולאחר נתינה י"ל דאפילו בהנך ג' גיטין אין לבעל פירות כיון דמן התורה גט כשר הוא ואם ניסת לא תצא ועדיף ממגורשת ואינה מגורשת דאמרינן דאין לבעל פירות. אמנם אחר העיון נראה דליתי' דהא מבואר שם בסוגי' ד"ה ריש לקיש אמר כו' טעמא למ"ד אין לבעל פירי משעת חתימה ולא מפסיד משעת כתיבה היינו משום דאע"ג דראוי לגרש בו מיד אחר הכתיבה ע"י עידי מסירה והיה ראוי להפסיד פירי משעת כתיבה מ"מ סבר רבנן דבעי נמי קול וקול לא הוי עד שעת חתימה ע"ש וא"כ בכתב ידו דאין לו קול דין הוא דיש לבעל פירי עד שעת נתינה א"כ מה שכתבו תוס' שחשו חכמים שלא תפסיד פירות ע"כ צ"ל פירי דמשעת נתינה הוא דחשו חז"ל שלא תפסיד האשה ואע"ג דאחר נתינה תוכל להביא גיטה לב"ד ע"כ צריכין אנו לומר דדוק' בגט שאין בו זמן הוא דאמרינן שתביא גיטה לב"ד בכדי להודיע הגירושין אבל בכת"י שיש בו זמן לא תיסק האשה אדעתה להביא גיטה לב"ד דסמכה דעתה אזמן שכתוב בו וסבורה שיאמינו לה כפי הכ"י שבידה א"כ מוכח מזה דאף אחר הנתינה כל שאינה מגורשת ודאי יש לבעל פירות וא"כ ה"ה בספק מגורשת דאגיד' גבי'

יותר דאפי' אם ניסת תצא כ"ש שיש לו פירות וכיון דיש לבעל פירות עד שתתגרש בגט כשר שתנשא בו לכתחלה א"כ ה"ה דחייב בפרקונה, ודוק ועיין מ"ש בסימן קל"ט:

ס"ק ב

ואפילו יאמר איני פודך ואיני אוכל פירות בפ' נערה דף מ"ז ע"ב כתבו התו' ד"ה זמנין דלא מלו ופריק לה מדידיה וז"ל ואע"ג דעיקר התקנה בשביל דידה כדמשמע הכא כו' מ"מ אינה יכולה לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות כו' ויש ליתן טעם אע"ג דלרב הונ' יכולה אשה שתאמר איני ניזונת ואיני עושה התם משום דאינה מפקעת לגמרי התקנה כו' אבל אם אמרה איני נפדית ואיני נותנת פירות הרי מפקעת לגמרי תקנת פירות דהא פירות של כל ימי' הם תחת פרקונה כו' ואכתי י"ל דלא מצי אמרה איני נפדית שלא תטמא בין הנכרים אי נמי שאני פירות דידו כידה וזוכה בגוף הקרקע אבל מעשי ידיה אינן בעין דלא שייך לומר שיזכה בגוף הידים עכ"ל. ולפי הטעם האחרון משום דזוכה בגוף הקרקע א"כ כשהיא ארוסה תוכל לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות שהרי עדיין לא זכה בגוף הקרקע אבל לשני הטעמים הראשונים שלא תפקיע התקנה לגמרי ושלא תטמא בין הנכרים שייכי אפילו כשהיא עדיין ארוסה ואפי' באירוסין לא מצי למימר הכי. אמנם הר"ן כתב עוד טעם אחר וז"ל ומיהו אע"ג דפרקונה עיקר לא יכלה למימר איני נפדית ואיני נותנת פירות דנהי דלתקנת' דידה איתקן אפ"ה תקנה לדידיה נמי איכא בהכי כדי שתהא לו שפחה לשמשו ולא דמי למזונות דיכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה דהתם ליכ' פסיד' לבעל שהרי עומדת לפניו ומשמשתו אבל בפרקונה ליכא למימר הכי הלכך אין שומעין לה כו' ובקבורה שתחת כתובתה נמי אין אחד מהם יכול לומר איני רוצה בתקנת חכמים אלא קובר ויורש עכ"ל. ואפשר לומר הא דתו' לא נקטו טעמי' דהר"ן משו' דלטעמייהו אזלו דס"ל דכשאומרת איני ניזונת וא"ע פטורה מכל שבע מלאכות וכמו שהעלו בסוגי' דמורדת ד"ה רב הונא אמר מתשמיש ע"ש וא"כ באיני ניזונת וא"ע נמי אינה עומדת לפניו לשמשו ואפ"ה מהני א"כ ה"ה גבי פרקונה ולכך הוצרכו לטעמי' אחרים והר"ן לטעמי' אזיל דס"ל שם דבאומרת איני ניזונת וא"ע אינה פטור' אלא ממשקל ה' סלעים דצמר ובשאר מלאכות חייבת וא"כ שפיר מיתרץ ליה בהאי טעמא דבאיני ניזונת לא מפסיד בעל מידי שהרי עומדת לפניו ומשמשתו בכל שאר מלאכות משא"כ בפרקונה:

ולכאורה תקשי לפי מ"ש הר"ן דטעמ' הוא כדי שתהא משמשת לפניו א"כ אשת כהן תהא רשאה לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות כיון דלית ליה פסידי לבעל דבלא"ה אסורה לחזור אליו וצריך הוא לגרשה מיהו נראה דגם באשת כהן משכחת לה שתהא

מותרת לחזור לו כגון דאיכ' עד אחד ואפי' עבד או שפחה שמעיד שטהורה היא וכיון דמשכחת לה תקנת' דבעל נמי באשת כהן מש"ה אינה יכולה לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות כיון דאיכ' תקנת' דידיה אפילו באשת כהן:

ולשון הש"ע שכתב ואפי' אם יאמר איני פודך ואיני אוכל פירות אין שומעין לו אינו מובן לענ"ד דמאי רבותי' דהא לתקנת' דידה איתקן כדמשמע בש"ס פ' נערה שם ואיפכ' ה"ל למימר דאפי' היא אומרת איני נפדית ואיני נותנת פירות אין שומעין לה וכמ"ש תוס' והר"ן מיהו לעיל סימן ס"ט סעיף ס' כתב כבר דאם היא אומרת כו' אין שומעין לה. והנה לטעם האחרון שכתבו התוס' משום שזכה בגוף הקרקע באירוסין יכולה לומר איני נפדית כו' משא"כ לטעמי' הראשונים וכן לטעמי' דהר"ן דתקנת' דידי' נמי איכ' אפילו באירוסין נמי אינה יכולה לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות וזהו החילוק לדינ' בין הטעמים האלה ובח"מ כתב דאפי' אם בתחלת הנשואין אמרה כן ואפי' שניהם מסכימים בדבר הב"ד מוחין בהם כדי שלא תתערב בין הגוים ע"ש משמע דנקט עיקר טעמ' כדי שלא תטמא בין הגוים

סעיף ג

ס"ק ג

ונשבית פעם שנית ורצה לגרשה. וכתב בח"מ דדעת הרמב"ם דאף שאין כופין אותו לפדותה פעם שנית מכל מקום תוכל לומר או תפדני או תגרשני ותתן לי כתובתי ואפדה את עצמי ואחת משתי אלה צריך לקיים לה ע"ש:

וטעמא דהך מלת' דבפעם ראשון אינו יכול לומר הרי גיטה וכתובתה ותפדה א"ע ובפעם שני יכול לומר כן נלענ"ד לפי מה שכתבו תוס' דף נ"ב ד"ה אמר הרי גיטך וכתובתך תרפ' את עצמה רשאי וז"ל לפי שרפואה בכלל מזונות והרי קיבלה כנגד מעשי ידיה שעד עכשיו אבל אינו רשאי לומר תקבל את גיטה ותפדה את עצמה לפי שלא קיבלה תשלום הפירות שאכל עד עכשיו וע"ש ומש"ה בפעם ראשון הוא דאינו יכול לומר הרי גיטה כו' לפי שעדיין לא קיבלה תשלום פירות שאכל עד היום אבל בפעם שנית דכבר קיבלה תשלום פירות שאכל בפדיון ראשון מש"ה שפיר רשאי הבעל לומר הרי גיטה וכתובתה כמו ברפואה אבל כשאינו רוצה לגרשה חייב לפדותה אפי' פעם שנית דכך הוא דעת הרמב"ם דחיוב הפדיון אפי' כמה פעמים אמנם לשטת ר"ח שבתוס' בפעם שנית פודה אותה כדי דמי' ולא יותר מכדי כתובתה ע"ש:

ונסתפקתי באשת כהן שנשבית ופדאה ולא הספיק לגרשה עד שנשבית שנית אם חייב לפדותה כיון דנאסר' עליו ואע"ג דבכהנת התנאי כתובה הוא ואהדרינך למדינתך הני

מילי הכי דאיסור שבי' זו גרם לה אבל הכא שכבר נאסרה עליו וחייב לגרשה שוב אין לבעל פירות וגם אין לה פדיון ממנו:
ולכאורה מוכח ממה שהקשו שם בתוס' לרש"י ז"ל דס"ל דפעם שנית אינו פודה כלל אפי' כדי דמיה וז"ל וקשה דלעיל מסקינן תקנו מצוי למצוי משמע דפרקונה מצויין יותר מכתובתה וקבורה לפי שאילו אינם אלא פעם אחד כל ימי חיי' אבל פירות ופרקון אפשר להיות כמה פעמים עכ"ל וע"ש:
וא"כ ע"כ צ"ל דגם באשת כהן אפשר להיות כמה פעמים דהא חדא תקנה היא פירות ופרקון מצוי למצוי ואי ס"ד דאשת כהן אינה חייב לפדותה שנית א"כ ה"ל באשת כהן אינו מצוי והיאך תקנו פירות תחת פרקונה באשת כהן אע"כ חייב לפדותה שנית וה"ל ג"כ מצוי מיהו זה אינו דשפיר משכחת לה גם באשת כהן פרקון כמה פעמים היכ' דאיכ' עד א' דטהורה היא וכמ"ש סק"ב אבל היכא דאסורה מחמת שבייתה הראשונה ועומדת להתגרש נהי דבפעם הראשון פודה אותה מ"מ כיון דלגירושין עומדת אינו חייב בפדיון שני וצ"ע:

סעיף ה

ס"ק ד

המדיר את אשתו נדר. בפרק נערה דף נ"ב אמר אביי אלמנה לכ"ג חייב לפדותה שאני קורא בה ובכהנת אהדרינך למדינתך כו' רבא אמר כל שאיסור שבוי' גורם לה חייב לפדותה איסור דבר אחר גורם לה אינו חייב לפדותה לימא כתנאי המדיר את אשתו ונשבית ר' אליעזר אומר פודה ונותן לה כתובתה ר' יושוע אומר נותן לה כתובתה ואינו פודה אמר רבי נתן שאלתי את סומכוס כשאמר ר' יושוע נותן לה כתובתה ואינו פודה כשהדירה ולבסוף נשבית או בנשבית ולבסוף הדירה ואמר לי לא שמעתי. ונראין הדברים בהדירה ולבסוף נשבית דאי נשבית ולבסוף הדירה אתי לאערומי מאי לאו במדיר אשת כהן קא מיפלגי ואביי דאמר כר' אליעזר ורבא דאמר כר' יושוע לא הכא במאי עסקינן כגון שנדרה היא וקיים לה איהו ר"א סבר הוא נותן אצבע בין שיניה ור' יושוע סבר היא נתנה אצבע בין שיניו כו' אלא לעולם דאדרה איהו כו' ר"א סבר אזלינן בתר מעיקרא ור' יושוע אזל בתר בסוף ע"ש והסוגיא תמוה מאוד וכבר עמדו בה מהראנ"ח ומהרש"א בחדושיהם דבתחלת הסוגי' רצו לפרש במדיר הוא וזה ודאי אליבא דכ"ע הוא הגורם ואפ"ה הוי סביר' ליה לש"ס דלכ"ע אינו פודה ולא קמיפלגי אלא באשת כהן ומשום דס"ל לר"א כאביי ולבסוף מסיק דמיירי בנדרה היא וקיים לה הוא וסבר ר"א הוא נותן אצבע בין שיניה וקשה דמה בכך שהוא נותן אצבע בין שיני'

וכי גרע ממדיר הוא וכן נמי מסיק במסקנ' דפליגי במדיר הוא ומוכח נמי דאע"ג דהבעל הוא הגורם אפ"ה אינו פודה וטעמ' דר"א דאמר פודה אינו אלא משום דס"ל דאזלינן בתר מעיקר' ומוהראנ"ח ומוהרש"א כתבו דזה נכלל בדברי התוס' ע"ש. ועדיין לא נתיישב סוגית הש"ס:

והנלענ"ד בזה לפמ"ש הרמב"ם פי"ד מאישות ז"ל המדיר את אשתו נדר שהוא חייב בגללו לגרשה וליתן כתובתה ונשבית אחר שהדירה אינו חייב לפדותה שמשעה שהדירה נתחייב לגרשה וליתן לה כתובתה ע"ש. ודברי הש"ע הם ג"כ לשון הרמב"ם ומש"ה כשהדירה הוא נדר שהוא חייב בגללו לגרשה וליתן כתובתה אע"ג שהוא הגורם אינו חייב לפדותה שהרי אם היה מגרשה ונותן כתובתה תו לא חייב בפדיונה. וה"נ כשמדירה נדר שחייב לגרשה ה"ל כאילו גרשה והרי בידו לגרש' ולגרו' לה דבר שהוא כאילו מגרשה ותו לא מיחייב בפדיונה אבל בנדרה היא וקיים לה הוא דהוי נותן אצבע בין שיני' שיטת הרמב"ם דאינו חייב לגרשה אלא דאם מגרשה חייב ליתן לה כתובה משא"כ למ"ד היא נתנה אצבע בין שיניה דאינו נותן לה כתובה כשמגרשה כמבואר ברמב"ם פ"ב מהל' אישות שכתב שם האשה שנדרה בחיר ושמע בעלה ולא הפר לה הברירה בידו אה רצה שתשב תחתיו כו' ואם לאו יוציא ויתן כתובה ע"ש וא"כ בנדרה היא וקיים לה הוא דאינו חייב בגללו לגרשה מש"ה ס"ל לר"א דחייב לפדותה דס"ל הוא נותן אצבע בין שיניה והוא הגורם ולגרשה אינו חייב ולא ה"ל כאילו גירשה ומ"שה פודה ור' יושוע סבר היא נתנה אצבע בין וינישׁ ותצא שלא בכתובה לכך אבדה גם תנאי כתובה דפרקונה אבל במדיר הוא נדר שחייב בגללו לגרשה ה"ל כאילו גירשה ואע"ג דהוא גורם אין בכך כלום שהרי בידו לגרשה ורשאי להיות גורם בדבר זה קודם שנשבית וכיון דאילו הוי מגרשה קודם שנשבית לא היה חייב לפדותה ה"ה כשהדירה נדר שחייב לגרשה ה"ל כאילו גרשה ותו לא מיחייב בפדיון אם נשבית אח"כ ודו"ק היטב. והר"ן כתב בטעמי דהרי"ף שהשמיט ולא הביא פלוגת' דר"א ור"י במדיר את אשתו ונשבית משום דאמרינן בנדרה היא וקיים לה הוא דס"ל לר"א הוא נותן אצבע בין שיניה וקי"ל דהוא נותן אצבע בין שיני' וא"כ קי"ל כר"א ולא מטעמי' למאי דמסיק דס"ל לר"א דאזלינין בתר תחלה אלא משום דקי"ל הוא נותן כו' וע"ש ומשמע דס"ל להר"ן דכ"ש במדיר הוא דהבעל הוא הגורם דחייב לפדותה ומשום הכי השמיט הרי"ף ולא הביא גם במדיר הוא ומשום דשיטת הר"ן גבי הוא נותן אצבע בין שיניה דחייב לגרשה וליתן כתובתה ע"ש פרק המדיר שהשיג על הרמב"ם וס"ל דמגרשה בע"כ וא"כ לדידיה אין חילוק בין מדיר הוא או נדרה היא וקיים לה הוא דבשניהם חייב לגרשה אבל הרמב"ם לטעמיה אזיל

דסבירא ליה דנותן אצבע בין שיני' אינו חייב לגרשה אם כן שפיר הביא הך דמדיר הוא שחייב לגרשה בגללו ומשום הכי אינו פודה ממילא מוכח דבנדר שאינו חייב לגרשה פודה והיינו בנדרה היא וקיים הוא כיון דלשיטתו אינו חייב לגרשה חייב לפדו' וזה נכון היטב בשיטת הרמב"ם ובסוגית הש"ס.

סעיף ו

ס"ק ה

כהן שנשבית אשתו כתב בח"מ ז"ל אשת כהן שזינתה ברצון אחר שנשבית מאחר שכבר נאסרה עליו בשעת שבי' ויכול לקיי' בה תנאי כתיבה ואהדרינך למדינתך חייב לפדותה ע"ש וב"ש השיגו מסוגי' שם דר' נתן מבעי' לי' התם במדיר אותה אחר שנשבית אי הוי לר' יושוע כאיסור דבר אחר ואינו חייב לפדותה וסומכוס השיבו כו' ומשום דחיישי' להערמה ומעיקרא ס"ד דפליגי באשת כהן דיכול לקיי' התנאי ואהדרינך למדינתך ומ"מ אי לאו דחיישי' להערמה הוי איסור דבר אחר כשמדירה אחר השבי' עכ"ל ואפשר ליישב דברי הח"מ דהתם פלוגתא דר"א ור"י מיירי בשבוי' שיש לה עד המעיד שלא נאסרה עדיין על בעלה וכמבואר בסימן זו ולכך אי לאו משום הערמה לא הי' פודה ומשום שעדיין לא נתחייב זה לפדותה אלא כדי להחזירה אליו וכיון שנאסרה עליו ע"י דבר אחר לא מיחייב בפרקונה ואביי פליג וס"ל דאפי' היכא דלא נאסרה משום שבי' וכגון שיש לה עד המעיד והיא אלמנה לכה"ג אפ"ה חייב לפדותה כיון דתנאי דכהן הוא ואהדרינך למדינתך אין חילוק אם האיסור בא מחמת שבי' או מחמת דבר אחר אבל רבא ס"ל דדוקא כשנאסרה מחמת שבי' פודה אבל אם עדיין מותרת מחמת שבי' ונאסרה מחמת דבר אחר אינו פודה ולכך בנשבית ולבסוף הדירה כיון שיש לה עד המעיד לא היו חייב לפדו' אח' שנאסרה מחמת ד"א אי לאו משום הערמה אבל בשבוי' דליכא עד המעיד דנאסרה לבעלה כהן ועומדת להתגרש ולקבל כתובתה ותו ליכא גבה תנאי פרקונה שהרי אם נשבית פעם שנית תו אינו פודה אפי' לשיטת אותן הפוסקי' דחייב לפדות שנית מ"מ היכא דנאסרה וחייב לגרשה תו ליכא תורת פרקונה כמ"ש לעיל סק"ג וא"כ תו לא אכפת לן כלום אחר שעומדת להתגרש לא מפסדא מה שנתחייב לה כבר בפדיונה וה"ה זינתה ברצון אח"כ לא הפסידה פדיונה וכאילו גרשה אחר שבי' שהרי כבר נאסרה ועומדת לגירושין וכבר זכתה מקודם בפדיונה בשעת שבי' והא דס"ל לרבא דכל שאיסור דבר אחר גורם אינו חייב בפדיונה הייני שעדיין לא נתחייב בפדיונה בתנאי שיגרשנה כגון באלמנה לכה"ג שעדיין לא נתחייב כלל ובשעה שאתה רוצה לחייבו כבר אסורה עליו משום ד"א וכן בנשבית ולבסוף הדירה עדיין לא נתחייב לפדותה ע"מ לגרשה שהרי הי' לה עד המעיד

וכנ"ל ועתה אחר שהדירה אתה רוצה לחייבו בפדיון ע"מ לגרשה בהא שפיר אמרי' היכא דאיסור ד"א גורם לה לא מיחייב אבל היכא שכבר נאסרה ע"י שבי' ונתחייב בפדיון ע"מ לגרשה כבר זכתה בפדיונה ואף אם אח"כ נאסרה מחמת דבר אחר תו לא אכפת לן דהא בלא"ה משעה שנאסרה לית לה תו תנאי פרקונה שהרי אם נשבית שנית קודם שגרשה אינו חייב לפדות' כנ"ל ואפ"ה חייב בפדיון הראשון שכבר זכתה משעת שבי' ואפילו גירשה אח"כ לא פקע חיובי' א"כ ה"ה זינתה ברצון. וכן נראה דהא דפליגי ר"א ור"י אליבא דמסקנא דר"א ס"ל דאזלינן בתר מעיקרא היינו בתר תחלת נשואין ור' יושוע אזיל בתר בסוף היינו בתר שעת שבי' וא"כ דוקא בנאסרה קודם שנשבית א"נ נשבית ועדיין יש לה עד המעיד שאינה עומדת להתגרש ונאסרה מחמת דבר אחר אינה חייב לפדותה אבל בעומדת להתגרש כבר זכתה בפדיונה והרי היא כאלו גרשה אחר שנשבית.

סעיף ח

ס"ק ו

זקוקה ליבם בפ' החולץ תנן שומרת יבם שנפלו לה נכסים מודים ב"ש וב"ה שמוכרת ונותנת וקיים מתה מה יעשו בכתובתה כו' ובגמ' מ"ש רישא דלא פליגי ומ"ש סיפא דפליגי אמר עולא רישא דנפלו כשהיא ארוסה סיפא שנפלו כשהיא נשואה וקסבר עולא זיקת ארוסה עושה ספק ארוסה זיקת נשואה עושה ספק נשואה כו' דאי ס"ד ודאי נשואה ב"ש אמרי יחלוקו כו' והא תנן נפלו לה נכסים משנשאת אלו ואלו מודים שאם מכרה ונתנה שהבעל מוציא מיד הלקוחות כו' א"ל רבה אדמיפלגי בגופה ולאחר מיתה ליפלגי בפירי בחיי' כו' אביי אמר רישא שנפלו לה כשהיא שומרת יבם סיפא דנפלו לה כשהיא תחתיו דבעל וקסבר אביי ידו כידה א"ל רבא אי דנפלו לה כשהיא תחתיו דבעל דכ"ע לא פליגי דידו עדיפא מידה אלא אידי ואידי דנפלו לה כשהיא שומרת יבם כו' אמר רב פפא דוקא דמתני' כאביי ואע"ג דקשיא מתה דיוקא דמתניתין כותיה דאביי דקתני נכסים הנכנסים עמה כו' ואע"ג דקשי' מתה אדמיפלגי בגופה ולאחר מיתה ליפלגי בחיי' ולפירות ע"כ ומזה תמהו על הרמב"ם שכתב שאין ליבם פירות וכמ"ש הריב"ש סימן ק"ד אע"פ שהרמב"ם כתב שאין ליבם פירות כבר דחו דבריו ע"ש עוד שם בתשו' סימן ז"ל אין בכל הפוסקים שראיתי דבריהם דעתם שיהיה שאין לו פירות כלל זולתי הרמב"ם ונדחו דבריו מהאי דפ' החולץ אדמיפלגי בגופה ולאחר מיתה ליפלגי בחיי' ולפירות ואף הרב המ"מ המהפך בזכותו של הרמב"ם בכל מה שאפשר לא מצא לו זכות בנצ"ב כי אם בנ"מ ואמר כי הי' דעת הרמב"ם בנ"מ מפני שפרקונה תחת פירות

נ"מ וכיון שאין היבם חייב לפדותה אין לו פירות כו' ע"ש והובא בב"י סימן ק"ס ע"ש. וראיתי ביש"ש פ' החולץ שכתב ליישב דברי הרמב"ם דלא תקשי עלי' מהא דפ' החולץ וז"ל ותימה גדולה מאחר שרבה סתר דברי עולא משום הא קושי' א"כ ליפלגי בחיי' ולפירות והוכרח רבה לפרש בענין אחר וא"כ אביי תלמידו דאקשי לרבה ובא לפרש המשנה בענין אחר לא ישמור עצמו מזאת הקושיא א"כ ליפלגי בחיי' ולפירות גם תימה שהרמב"ם יכתוב אין ליבם פירות לא בנכסי מלוג ולא בנכסי צ"ב ובתלמוד משמע להדיא דאית לי' זכיי' בפירות מחיים כמו בגוף לאחר מיתה לכן נראה לפרש דודאי אין ליבם פירות בנכסי מלוג דהא לא תקני פירות אלא משום פרקונה וא"כ מאחר שאין היבם חייב לפדותה פשיטא דלית ליה פירי כו' והא דפריך רבה לעולא ליפלגי בחיי' ולפירות היינו שהוא היה מפרש שזיקת יבם עושה ספק נשואין ולכך יחלוקו ומש"ה איכא נמי ספק פדיון וחייב בחצי דמי פדיון דשמא נשואין עושה אבל אביי סבר דאין זיקת יבם עושה נשואין והא דקאמרי ב"ש יחלוקו בגוף הקרקע לאו משום ספק נשואין אלא משום דאיירי מתני' בנשיאה א"כ כבר יצאו הנכסים מידה ונכנסו לרשות הבעל דידו עדיפא מידה והשתא גבי יבם ידו כידה ויחלוקו אבל פרות התלוין בכח תקנת נשואין כדפרישית לא שייכא ביבם כלל אם לא שתהא כנשואה לו ומש"ה עלו דברי הרמב"ם יפה עכ"ל וע"ש. והדברים תמוהין דרוצה ליישב במה דאביי לא ישמור עצמו מזו הקושי' דא"כ ליפלגי בפירות משום דלאביי לא שייכי פירי גבי יבם כיון דתלויין בנשואין ולדידי' זיקא לא עבדא נשואין ולכך לא קשיא לאביי כלל הך קושי' דליפלגי בפירות ולפנינו בש"ס אמר רב פפא בהדי' דיוקא דמתני' כותי' דאביי אע"ג דקשיא מתה אדמיפלגי בגוף ולאח"מ ליפלגי בחיי' ולפירות הרי להדיא דגם לאביי קשי' קושיא זו והרמב"ן בס' המלחמות פ' החולץ כתב שם ז"ל מיהו ממאי דגרסי נוסחי דייקאני בש"ס כתובות אין היבמין חייבין לפדותה וגירסא דתוספתא נמי הכי הוא ומהא שמעינן דלא אכיל להו יבם לפירי כדקא מפרש התם רבינו הגדול ז"ל דכל דלא מיחייב בפרקונה לא תקינו לי' פירי אלא הא דאקשינן הכא ליפלגי בחיי' ולפירות הכי קאמר ליפלוג ולתנו בדידי' דומי' דרישא נפלו לה נכסים כשהיא תחתיו דבעל ב"ש אומרים יחלוקו מחצה שלה מוכרת ונותנת לכתחלה יקיים מחצה שלו לא תמכור כלום אלא ילקח בפירות קרקע והוא יאכל פירות לכשיכנוס ואם תמות יירשנה כדפרשינן וב"ה אומרים הכל בחזקת האשה הלכך לרבא אליבא דב"ה נפלו לה כשהיא תחתיו דבעל אין היבם אוכל פירות ולא היא רשאה למכור דהא ידו כיד הבעל ובעל אע"ג דלא פריק כגון דאתנו אהדדי אינה מוכרת ונותנת דלא גרע לדידי' פירי מקרנא דנפלו אלא ילקח בהם קרקע והוא יורש אף כאן ילקח בפירות

אלו קרקע ולכשיכנוס יאכל פירות ואם תמות יירשנה עכ"ל וביאור הדברים ליפלגו בחיי' ולפירות היינו למכירת הפירות דלב"ש דחולקין הפירות א"כ המחצה שלה מוכרת ונותנת לכתחלה ומחצה שלו לא תמכור כלום אלא ילקח בהם קרקע והוא יאכל הפירות לכשיכנוס ומשום דלא גרע פירות מקרנא ולב"ה דאמרי הכל בחזקת האשה רשאה למכור כל הפירות לכתחלה. אמנם צריך להתבונן דא"כ למה אמרו בגמ' ליפלגי בפירות היינו למכור לב"ה כל הפירות ולב"ש לא תמכור אלא מחצה דהא כה"ג מצי לאפלוגי בגוף הקרקע בחיי' דלב"ש אינה מוכרת אלא חצי הקרקע ומחצה שלו לא תמכור כדי שיאכל פירות לכשיכנוס ולב"ה מוכרת הכל דבחזקת האשה הכל ואי נימא דגם לב"ה אינה מוכרת גוף הקרקע ומשום דלא גרע מארוסה שנפלו לה נכסים דלא תמכור לב"ה ר"פ האשה שנפלו בכדי שיהיה לבעל פירות לאחר נשואין וה"נ מש"ה לא, תמכור גוף הקרקע בכדי שיהיה לו הקרקע שיאכל פירות לכשיכנוס א"כ בפירות נמי אמאי מוכרה הכל הא היבם יצטרך לאכול פירות לכשיכנוס וכיון דעיקר טעמא הוא שיהא לו לאכול לכשיכנוס אין חילוק בין קרנא לפירי ונראה דהנה בעל המאור כתב שם ז"ל וכיון דקי"ל כרבא דבתרא הוא כו' והני מילי בגופה של קרקע ולאחר מיתה אבל בחיי' ולפירות נעשו הפירות כמי שנפלו לה כשהיא שומרת יבם ואין ליבם זכות בהם הואיל ולא זכה בהם הבעל בחייו שלא מצינו אכיל' פירות ליבם לעולם ע"ש והרמב"ן שם במלחמותיו כת' וז"ל נפלו לה נכסים כשהיא תחתיו דבעל לפי הסברא שכתבנו דידו עדיפא וקמו כלהו בחזקת יורשי הבעל בין בגופה של קרקע בין בפירות הלכך צאן ברזל לוקח ואוכל דמלוג כיון שאפילו אחיו מכחה הוא אוכל זה אינו אוכלן שלא תקנו חכמים ליבם פירות ואף הוא אינו פוד' אלא הרי הפירות כגוף הנכסים ולא תמכור ואם מכרה בטל ואם מתה יירשנה ולכשיכנוס יאכל פירות ואע"פ שהפירות הללו לא זכה בהם הבעל וכמי שנפלו עכשיו כשהיא שומרת יבם הוא כיון שזכה בגופה של קרקע זכה בפירות שהרי שדה שיש לו בה זכות עשתה פירות ולא כדברי בעל המאור שאמר נעשו הפירות כמי שנפלו לו כשהיא שומרת יבם ואין ליבם זכות בהם שהרי הקשינו בגמ' לאביי ליפלגו בחיי' ולפירות כו' וא"ת שהם כמי שנפלו לה כשהיא שומרת יבם הלא לדברי הכל אין לו בהם שום זכות בעולם אלא היא מוכרת ונותנת וקיים עכ"ל וע"ש. ומש"ה לב"ש דס"ל דיד היבם כידה הוי הפירות כמו גוף הקרקע שהרי שדה שיש לו זכות בה עשתה פירות הללו ומש"ה מחצית הפירות שלו לא תמכור דיאכל מהפירי פירו' והפירי הם כקרקע לאכול מהן פירות לכשיכנוס אבל לב"ה דידה עדיפא מיד יבם ולא זכה בשדה ה"ל הפירות כמי שנפלו לה כשהיא שומרת יבם ורשאה למכור דהכי קי"ל בנפלו לה כשהיא שומרת

יבם דמוכרת ונותנת וקיים אבל גופה של קרקע גם לב"ה לא תמכור כיון דנפלו בעודה תחתיו של בעל אינם רשאה למכור כדי שיאכל ממנה פירות כשיכנוס רק הפירות יכולה למכור דה"ל כמי שנפלו עתה כשהיא שומרת יבם שהרי לא היה לו זכות בגוף הקרקע שנאמר קרקע שלו עשתה הפירות דמה שאינם רשאה למכור היינו כדי שיאכל פירות אבל מ"מ אין לו זכי' בגוף הקרקע משא"כ לב"ש דס"ל ידו עדיפא מידה ויד יבם כידה יש לו זכי' וכמ"ש ודו"ק היטב. אמנם לפי אוקימתא דעולא סיפא דנפלו כשהיא נשואה ס"ל דאין חילוק בין נפלו כשהיא שומרת יבם או תחתיו דבעל רק בין נפלו מן האירוסין או מן הנשואין וא"כ תו ליכא למימר דהא דמקשה רבה ליפלגי בחיי' ולפירות היינו למכירת מחצית שלו דהא לעולא אין חילוק בין נפלו תחתיו דבעל או כשהיא שומרת יבם וא"כ אפילו לב"ה דס"ל פירות כמי שנפלו כשהיא שומרת יבם הא דין אחד לפירות כמו בגופה של קרקע וא"כ ע"כ צ"ל דקושי' דרבה היא בפשיטות דליפלגי בחיי' לפירות שיה' חולקין בפירות לב"ש וכדי שלא תקשה הא יבם לית לי' פירי כלל יתכן כדברי יש"ש דכיון דלדידי' ספק נשואין הוא מיחיי' בחצי פרקונה משא"כ לאוקימתא דאביי דלאו משום ספיקא הוא צריכין אנו לפרש הקושי' דליפלגי בפירות כמו שפירש הרמב"ן ר"ל לענין מכירת הפירות נמצא דשפיר נשמר אביי מקושי' דרבה לעולא דהיינו ליפלגי בפירות ר"ל בחלוקת גוף הפירות שהוא משום ספק נשואה ולזה מוקי לה אביי בנפלו תחתיו דבעל ולאו משום ס' נשואה ותו לא קשה קושית רבה אלא דהדר מקשה ר"פ קושי' אחריתי דלפלגי בפירות לענין מכירת הפירות על דרך שמפרש הרמב"ן ודו"ק ולפי מ"ש בדברי הרמב"ן מבואר דבגופה של קרקע אפילו לב"ה אינה מוכרת לכתחלה דאי נימא דלב"ה גופה של קרקע נמי מוכרת לכתחלה א"כ כי מקשה ליפלגי בחיי' ולפירות דהיינו לב"ש מוכרת רק מחצה שלה ולב"ה מוכרת כולם לימא דליפלגי בגופא של קרקע דלב"ה מוכרת הכל ולב"ש אינה מוכרת אלא החצי אלא ע"כ דבגופה של קרקע אע"ג דלא זכה בה יבם אפ"ה לא תמכור ומשום דה"ל כארוסה דלכתחלה לא תמכור שעומדת לנשואין וה"ה הכא עומדת להתייבם ויאכל פירות כשיכנוס ויירשנה אם תמות. והר"ן פ' האשה שנפלו כתב וז"ל וכתב הרשב"א ז"ל דבנכסי מלוג שנפלו לה תחתיו דבעל דאמרי' בהו יחלוקו אם רצתה למכור מחציתן מוכרת ונותנת דהא אין ליבם במחצית כלום והרי זו במחציתן כמי שנפלו לה לאחר שנעשית שומרת יבם ע"ש וכן פסק בטור סימן ק"ס ע"ש ולפי מה שכתבנו דעת הרמב"ן שלא תמכור גופה של קרקע לכתחלה אפילו לב"ה כיון דנפלו כשהיא תחתיו דבעל ולאו בזכותה נפלו לא תמכור כדי שיהיה לו פירות לכשיכנוס וכמ"ש וצ"ע. ובעיקר הקושיא שהקשו על הרמב"ם ז"ל דס"ל דאין

ליבם פירות מהא דמקשה ר"פ לאביי ליפלגי בחיי' ולפירות נראה לענ"ד לפמ"ש הרמב"ן בחידושיו וז"ל והרב ר' משה בר מיימון ז"ל כתב בחבורו שומרת יבם שמתה אפילו עשה בה אחד מן האחין מאמר משפח' בית אביה יורשין נכסי מלוג שלה וחצי נכסי צ"ב כו' ונראה שהוא מפרש דהויא דאביי ורבא לפרוקי לב"ש קאתי והכי פירושא לעולם דנפלה לה כשהוא נשואה וזיקה עושה ספק נשואה ספק פנוי' לענין נכסים כדאמרי' לעיל הלכך רישא דנפלו לה נכסים כשהיא שומרת יבם והוחזקו נכסים בחזקת בני משפחתה עליו להביא ראיה שיש לו בהם זכות של כלום לפיכך מוכרת ונותנת וקיים סיפא דנפלו לה כשהיא תחתיו דבעל והוא וידו כידה זו באה לירש והללו באין לירש הלכך יחלוקו וב"ה פשיטא להו דזיקה לאו נשואין עושה הלכך נכסי מלוג בחזקת יורשי האב אבל בנכסי צ"ב מספקא להו אי ניתנו לגבות מחיים והואיל ושניהם באין לירש יחלוקו כבר קפרא פ' מי שמת ורבא אמר אי דנפלו לה תחתיו דבעל דכ"ע ידו עדיפא מידה דודאי סבירא לן בכל מקום דאיהו מוחזק טפי מדידה הלכך לב"ש דמספקא להו אי זיקה נשואין עושה נכסים בחזקת ירשי הבעל הן ומיהו לב"ה פשיטא להו דאפילו אירוסין ודאי אינו עושה הלכך ל"ש נפלו כשהיא שומרת יבם ל"ש כשהיא תחתיו דבעל לעולם נכסים בחזקת יורשי האב ואפילו לכתחלה תמכור וזה הפירוש נאה ומתקבל דכולי שמעתא מתחלה ועד סוף דב"ש קשי' ודב"ש מתרצי' ודב"ה לא קשי' מידי וכדאמרי' מ"ש רישא דלא פליגי ומ"ש סיפא דפליגי לא קשי' להו אלא פלוגתא הא מתניתי' לב"ה אתי' שפיר עכ"ל הרמב"ן וכ"כ בס' המלחמות ע"ש ומבואר דאפילו לאביי נמי משום ספק זיקה נשואין עושה הוא דאמרי ב"ש יחלוקו וכן נראה מדברי הר"ן שם פ' האשה שנפלו ע"ש דגם לאביי משום זיקה ספק נשואה הוא ע"ש. וזה שלא כדברי מהרש"ל ביש"ש שכתב דלאביי לאו משום זיקה ספק נשואה היא. ולפ"ז יתיישב היטב דברי הרמב"ם דלדידן דקי"ל כב"ה דזיקה אינו עושה ספק נשואין ומש"ה אין ליבם פירות אלא לב"ש דלית להו זיקה עושה ס' נשואה אית לי' חצי פירות משום ספק נשואה דזיקה וכיון דספק נשואה היא שייך בה נמי ואותבינך לי לאנתו ומש"ה פריך שפיר וליפלגי בחיי' ולפירות דהיינו לב"ש יחלוקו בפירות ולב"ה אין לו פירות כלל כיון דלב"ה אין בזיקה שום ספק נשואין ואינו חייב בפדיונה כלל דלא קרינן ואותבינך לי לאנתו כיון דלאו אשתו היא כלל והא דס"ל לב"ה יחלוקו בנכסי צ"ב הוא משום טעם אחר מספק ניתנה לגבות מחיים וכמ"ש הרמב"ן. אמנם קשי' לי בהא דאמרו פ' החולץ בתחלת הסוגי' וקסבר עולא זיקת ארוסה עושה ספק ארוסה דאי ס"ד ודאי ארוסה מודו ב"ה שמוכרת ונותנת וקיים והתנן נפלו לה נכסים משנתארסה ב"ש אומרים תמכור וב"ה אומרים לא תמכור אלא ש"מ זיקת

ארוסה עושה ספק ארוסה ואי נימא כדברי הרמב"ן דב"ש קשי' וב"ש מתרצי ודב"ה לא קשי' ולא מידי א"כ היכא מוכח דזיקה ספק ארוסה היא מדב"ה דהא לב"ה זיק' אינה עושה ספק כלל וא"כ יש לומר לעולם לב"ש זיקה ודאי ארוסה עושה דהא לב"ש אפילו ודאי ארוסה מוכרת לכתחלה ולב"ה זיקה אינה עושה כלום וצ"ע:

סימן עט

סעיף א

ס"ק א

לקתה חייב לרפואתה כתב בשטה מקובצת ז"ל פי' רבינו דלהכי קתני לקתה ולא קתני חלתה לאשמעינין דאם חלתה בפשיעתה אינו חייב לרפאותה הריטב"א ז"ל עכ"ל:

ס"ק ב

בין רפואה שיש לה קצבה ודעת בעל העיטור בשם הירושלמי דגם הבעל פטור ברפואה שיש לה קצבה ודעת הרא"ש אינו כן אלא דלפי סוגית הש"ס דילן דוקא יתומים פטורי מרפואה שיש לה קצבה אבל גבי בעל אין חילוק ובשטה כתב ז"ל עוד אמרו בשם רבינו הגדול דאפילו ברפואה שיש לה קצבה חייב לרפאותה שלא חילקו בין רפואה שיש לה קצבה אלא באלמנה גבי יורשין שאין חיוב רפואתה עליהם אלא מטעם מזונות אבל בעלה חייב הוא לרפאותה מתקנתא דרבנן ולא מדין מזונות ע"ש. ולפ"ז נראה דאפילו באשה שאמרה איני ניזונות ואיני עושה ואפילו לדעת הר"ן דס"ל דנתבטלה גבה התקנה ושוב אינה יכולה לחזור בה הביאו ב"י ורמ"א לעיל סימן ס"ט ע"ש אפ"ה חייב ברפואתה ומשום דרפואה לאו מדין מזונות חייב בעל אלא תקנתא דרבנן היא ואינה כנגד מעשי ידי'. ובהכי ניחא לי מ"ש הר"ן פ' נערה דהא דאינה יכולה לומר איני נפדית ונותנת פירות אע"ג דעיקר תקנתא דידה היא משום דפרקונה תקנתא דידי' נמי היא כדי שתהא לו שפחה לשמשו ולא דמי למזונות דמצי למימר איני ניזונת ואיני עושה דהתם ליכא פסידא כלל לבעל שהרי עומדת לפניו ומשמשתו ע"ש וכ"כ גם הרשב"א בחידושיו ע"ש ולכאורה קשה דאי נימא דרפואה משום מזונות נגעו בה וא"כ כשאומרת איני ניזונת וא"ע גם רפואה אין לה א"כ במזונות איכא תקנת' דידיה נמי שירפ' אותה כשתחלה בכדי שתהא משמשת לפניו וא"כ אמאי תוכל לומר איני ניזונת וא"ע הא דמי' לפרקונה ע"כ לומר דס"ל לרשב"א והר"ן כדעת רבינו הגדול דרפואה תקנת' דרבנן ולא משום מזונות היא ולכך אפילו באומרת איני ניזונת וא"ע חייב ברפואתה ותו לית לי' פסידא כלל ואכתי צ"ע קצת:

ס"ק ג
רפואה שיש לה קצבה הב"ש כתב ז"ל פירש"י שאינה חולה תדיר וה"ה אם היא חולנית תדיר והרופא רוצה דבר קצוב ורוצה לרפא אותה כל שעה כל זמן שתצטרך מקרי ג"כ רפואה שיש לה קצבה כתב הרא"ש דרפואה שאין לה קצבה בכלל מזונות ורפואה שיש לה קצבה בכלל פרקונה היא שבא ג"כ בבת אחת ולכך יתומים פטורים מרפואה שיש לה קצבה כמו שפטורים מפרקונה ולפ"ז נראה לכאורה שאין הבעל יכול לומר הרי גיטך וכתובתך ורפאי את עצמך ברפואה שיש לה קצבה דהא כתבו התוס' הטעם דרשאי לומר רפאי את עצמך משום דרפואה בכלל מזונות שהיא נגד מעשי ידי' וכבר קבלה בעד מעשי ידי' המזונות עד היום אבל הפדיון הוא נגד הפירות שאכל ועדיין לא קבלה כלום בעד הפירות שאכל מש"ה אי"ל לה פדי את עצמך א"כ רפואה שיש לה קצבה נמי נגד הפירות שאכל ועדיין לא קיבלה כלום ולכך אי"ל רפאי לעצמך לפ"ז יש ליישב דברי הטור מ"ש אם ראה הבעל שחולי' ארוך כו' עכ"ל הב"ש ודבריו שגבו ממנו דלא מצינו בשום פוסק דרפואה שיש לה קצבה נגד פירות היא ובפ' נערה שם דאמרו תקנו מזונות תחת מעשי ידי' ופירות תחת פרקונה ופריך ואיפוך אנא אמר אביי תקנו מצוי למצוי ושאינו מצוי לשאינו מצוי וכתב רש"י מזונות ומעשי ידי' מצויין שבוי' ואשה שיש לה נכסי מלוג לא שכיח ע"ש וכיון דרפואה שאין לה קצבה תחת מעשי ידי' ובכלל מזונות ע"כ צריך לומר דרפואה שכיח וא"כ מה לי יש לה קצבה או אין לה קצבה תרווייהו שכיחי וא"כ תקנו מצוי למצוי ושניהם תחת מעשי ידי' דאין סברא לומ' דרפואה שאין לה קצבה שכיחא טפי משיש לה קצבה דאי אפשר לומר דחולי ארוך שכיח טפי מחולי שאינו ארוך שהרי החוש מכחישו ולפנינו לשון הרא"ש וז"ל א"ר יוחנן עשו הקזת דם בארץ ישראל כרפואה שאין לה קצבה לפי שבא"י היו רגילין להקיז דם תדיר ואין לו קצבה והוי כמו מזונות אבל רפואה שוש לה קצבה דמי' לפרקונה דאתי בבת אחת וכי היכי דאין היורשין חייבין בפרקונה ה"נ לא מיחייבי בה עכ"ל ולא כתב דרפואה שיש לה קצבה בכלל פרקונה אלא דדמי' לפרקונה וכונתו נראה לפמ"ש בפסקיו ר"פ הנושא גבי פסק לזון את בת אשתו ז"ל ואם חלתה אינו חייב לרפאותה ואע"ג דאמרינן במזון האשה דרפואה שאין לה קצבה הרי היא כמזונות הני מילי באוכלת בתנאי ב"ד שהוא מחויב להספיק כל צרכי' אבל המקבל עליו לפרנס אין הרפואה בכלל עכ"ל ע"ש וכיון דרפואה שאין לה קצבה נמי אינו בכלל מזונות אלא משו' דמתנאי ב"ד מחויב הוא, להספיק כל צרכי' א"כ ה"ה רפואה שיש לה קצבה נמי בכלל צרכי' היא לכך הוצרך לטעם דדמי' לפרקונה דאת' בבת אחת דאין לה על היורשין לכך לא תקנו ביורשין רפואה שיש לה קצבה דאתי

בבת אחת אבל אי לאו האי טעמא לא הי' חילוק בין יש לה קצבה לאין לה דגם באין לה קצבה לאו בכלל מזונות היא דהא לא מיחייב גבי בת אשתו אלא בכלל תנאי ב"ד להספיק צרכי' וא"כ יש לה קצבה נמי בכלל צרכי' היא לזה כתב הרא"ש משום דדמי' לפרקונה לא תקנו רבנן גבי יורשין כיון דאתי בבת אחת אבל אינו בכלל פרקונה שהוא נגד פירות כמ"ש וזה פשוט וברור (ועיין בח"מ סימן קע"ז בש"ך שם גבי שותפין שחלה אחד מהם מתרפא מן האמצע אפי' יש לה קצבה כשחלה באונס וכ"כ נ"י וריי"ו וב"י ע"ש וצ"ל לדעת הרא"ש דשלשה חלוקים בדבר דהיכא דלא מיחייב מתקנתא דרבנן אלא שמחייב עצמו במזונות שלא היה חייב אין הרפואה בכלל המזונות ואפי' אין לה קצבה והיכא דמחייב מתקנת חכמים גם ביש לה קצבה מיחייב דבכלל צרכי' היא אלא גבי אלמנה נגד היורשים וכן שותף שחלה בפשיעה לא מחייבי רק ברפואה שאין לה קצבה וזה מפני שלא תקנו גבי יורשים או בשותפי' כשזה פושע אלא בהוצאה שאינה ידועה אבל בהוצאה ידועה לא תקנו כלל ומוכח עכ"פ דאין הרפואה שי"ל קצבה בכלל פרקונה מדמחייבי שותפי' בחלה באונס אפילו י"ל קצבה דהתם ליכא תקנה דפרקונה ומ"ש הרא"ש דדמי' לפרקונה ר"ל כמו דבפרקונה לא תקנו שיאכלו היורשים פירות ויפדו' משום דלהוצאה קצובה לא ירדו לתקן ה"נ לא תקנו ברפואה שי"ל קצבה גבי יורשין וכמ"ש מארן ז"ל) ובשטה כתב וז"ל כתב הרמ"ה ז"ל ומה הפרש יש בין פרקונה פואה שהשבוי' משעה שנשבית נתחייב לה הבעל בכדי פרקונה ומידי דחייל עלי' חיובא בבת אחת היא שאילו שלח פדיון שמבקשין ממנו מיד היתה נפדית לפיכך אינו יכול לפטור את עצמו מדבר שנתחייב כבר בו אבל רפואה לאו מידי דחייל עלי' חיובא מעיקרא היא שאילו נתן לרופא כפלים מרפואתה לא הי' יכול לרפאותה מיד נמצא שאינו מתחייב בכל רפואתה בבת אחת אלא בכל יו' ויום הוא מתחייב בה דבר יום ביומו ורפואת אותו יום כבר נתן ורפואת מחר עדיין לא נתחייב בה נמצא שאינו פוטר עצמו מדבר שכבר נתחייב בו הא למה זה דומה למזונותי' וכו' שהוא יכול לפטור עצמו ממזונות דראויות למחר בגט שהוא נותן לה היו' כך הוא יכול להפטר מרפואתה עכ"ל. ולפי האי טעמא אפשר לומר דברפואה שיש לה קצבה אינו יכול לומר הרי גיטה וכתובתה ותרפא את עצמה כיון שאין שכר הרפואה דבר יום ביומו וכבר נתחייב ברפואתה בפעם אחת ואינו יכול להפטר מדבר שכבר נתחייב בו אבל נראה דזה אינו דלא תלי' מלתא בשכר הרפואה אלא ברפואה עצמה כמו בפדיון שאם הי' נותן דמי הפדיון מיד כשנשבית היתה נפדית מיד משא"כ גבי רפואה אף שיש קצבה לשכר הרפואה מ"מ הרפואה לא נעשית מיד אלא דבר יום ביומו א"כ גם הוא לא נתחייב אלא דבר יום ביומו (ועדיין הדבר דומה

למזונות שהרי גם במזונות יש קצבה לכל שבוע ובבגדי' הקצבה לכל השנה כמבואר במשנה דהמשרה אשתו ע"י שליש ואפ"ה אם מגרשה פוטר עצמו מיד משום דהחיוב אינו בא אלא דבר יום ביומו ה"נ גבי רפואה אף שיש לה קצבה היינו לשכר הרופא מ"מ החיוב אינו בא אלא דבר יום ביומו לכך כשמגרשה תו לא מיחייב ולא הוי פוטר עצמו מדבר שכבר נתחייב בו שאין החיוב בא בבת אחת כיון שלא תוכל להרפא בפע' אחת וכמ"ש) ומ"ש הטור ואם ראה הבעל שחולי' ארוך כו' יתבאר לפנינו בס"ק שאח"ז:

סעיף ג

ס"ק ד

אם ראה הבעל שהחולי ארוך ז"ל הב"ש כתב מהרש"ל אפי' חולי ארוך אפי' אינה מוטלת על ערש דוי אינו יכול לגרשה בע"כ מיהו יש לדייק ממתני' ומהפוסקי' דכתבו סתם דרשאי לומר הרי גיטך וכתובתך ורפאי את עצמך אפי' בזיווג ראשון דאסור לגרשה אפ"ה אם היא חולה יכול לגרשה לפי"ז ה"ה בזמן הזה דאיכא חדר"ג י"ל דיכול לגרשה עכ"ל. ובשטה מקובצת כתב וז"ל מיהו בחיי הבעל מפני שאינה ראוי' לו כשהיא חולה נתנו רשות בידו אם רצה לגרש ותרפא היא עצמה הרא"ה ז"ל עכ"ל ולכאורה נראה שבא ליישב הא דבנשבית אינו י"ל הרי גיטך וכתובתך וברפואה יכול לומר כן משום דכשהיא חולה אינה ראוי' לכך נתנו הרשות בידו משא"כ בנשבית דעדיין ראיו' היא לו אלא דא"כ באשת כהן דאינה ראוי' לו הי' לו לומר הרי גיטך כו' והי' נראה דכונתו לומר דאף בזיווג ראשון דלא הי' ראוי לגרש אפ"ה נתנו לו רשות כיון שאינה ראוי' לו אלא לישנא לא משמע הכי דמלשונו משמע שבא ליישב הא דרשות בידו לגרשה ולפטור מרפואתה וכמ"ש בתחלה ובאשת כהן התנאי הוא בפירוש ואהדרינך למדינתך. (וצ"ע דהקושיא היא על עיקר תקנת חכמים אמאי תקנו באשת כהן שלא יוכל לומר הרי גיטך וברפואה לא תקנו כן:) והנה הטור שכתב אם ראה הבעל שהחולי ארוך כו' וכן בש"ע נקט האי לישנא כדי לסתום דאפילו בזיווג ראשון וכן אפי' אחר חדר"ג דאינה מגרשה בע"כ מ"מ בחולי ארוך מותר לגרשה אבל בחולי שאינו ארוך אין מן הראוי לגרשה שהרי אחר יום או יומים תעמוד מחלי' וזה פשוט

סימן פ

סעיף א

ס"ק א

מעשי ידי לבעלה כתב בתשו' מהרי"ט ז"ל וכן ההיא דקונם שאני עושה לפיך יכולה היא לאסור עליו מעשי ידי' בקונם שאם היה לה מעות ממקום אחר שאין לבעל רשות בהם היתה יכולה ליתן לו דמי משקל חמש סלעים ביהודא ולהכי אי לאו דאלמו' רבנן לשיעבודיה דבעל הי' חל הנדר עכ"ל וע"ש וכ"כ בט"ז ביו"ד סימן רל"ד ס"ק ס"ג וז"ל וה"נ במעשי ידיה שאין קנוי לו אלא לגוביינא בעלמא דזה ודאי שהאשה יכולה ליתן לבעל' מעות שיש לה בעד המלאכה שחייבת לו לעשות ולא תעשה מלאכה עכ"ל. ונראה לענ"ד דהיכא דכבר עשתה זוכה הבעל בגוף מעשי ידי' ולא מצי תו לסלוקי בזוזי דלא גרע ממציאה והעדפה דודאי זוכה הבעל בגוף המציאה ולא מצי' אשה למימר הרי לך מעות במקומם וה"נ אחר שכבר עשתה הרי הוא של הבעל כמו העדפה וכיון שהבעל רוצה בגוף המעשי ידי' שעשתה לא מצי' אשה סלוקי לי' בזוזי דמצי בעל למימר לדידי שוה אלפא זוזי וההעדפה ג"כ שלו וכה"ג אי' בש"ע ח"מ סימן קט"ו גבי בע"ח דמצי למימר לדידי שוה יותר ע"ש ואם נותן לה מזונות ואינו מעלה לה מעה כסף דאז לא זכה במותר ואין לבעל אלא חמש סלעים בצמצום בזה נראה דאע"ג שכבר נעשית המלאכה מצי לסלוקי בזוזי כיון דאין לו חוב על האשה אלא משקל ה' סלעים לא מצי טעין לדידי שוה יותר כיון דאין ההעדפה שלו ואדרבה היא תוכל לומר לדידי שוה יותר שהרי ההעדפה שלה וכל זה נראה ברור. ועמ"ש בסימן פ"א:

עוד שם במוהרי"ט ז"ל וכן משמע נמי מדברי התוס' פ' אע"פ גבי נדרה שלא להניק את בנה שכתבו התוספות שאין לפרש דאסרה הנאת יניקה עליה כיון דמשעבדא ליה אין הנדר חל ואם איתא הא דאין הנדר חל על השיעבוד היינו משום דאלמו' רבנן כי הא דמעשי ידיה דאלמו' רבנן לשיעבודי' דבעל אבל מיחל הוי חייל כו' א"כ יכולין אנו לפרש ההיא ברייתא דנדרה שלא להניק את בנה באסרה הנאת יניקה עליו דב"ש סברי כיון דהוא נתן אצבע בין שיני' שקיים לה לא עבדי רבנן תקנתא וב"ה סברי היא נתנה כו' ואלמו' רבנן לשיעבודי' אלא משמע דכל כה"ג לא חייל כלל ואפילו קיים לה אין קיומו קיום והנאת יניקה לא מצי לסלוקי בזוזי בשום צד אי לאו דלאו אורחיה דידיה או דידה אבל היכא דאורחא דידיה ודידה ע"כ צריכה להניק ואפילו אם תרצה להשכיר מינקת לאו כל כמינה וכיון שכן חין בידה לאסור הנאת יניקתה עליו ואפילו קיים לה אין הנדר כלום עכ"ל וע"ש:

והנה מ"ש דבמניקה מחויבת בעצמה להניק ואינה יכולה לשכור מינקת אינו מוכרח לענ"ד דכיון דמכנסת שתי שפחות אינה מניקה נראה דלאו משום אורחא דידה ודידי' הוא מדבעי לה פ' אע"פ דף ס"א הוא אומר להניק והיא אומרת שלא להניק מהו כל היכא דלאו אורחה שומעין לה היא אורחה והוא לאו אורחיה עולה עמו ע"ש ואמאי לא פשיט לי' ממתני' דהכניסה לו ב' שפחות אינה מניקה את בנה אלא ודאי התם לאו משום אורחא דידי' או דידה הוא אלא משום דנותנת שפחה במקומה להניק וכן כתב הרמב"ם פ' כ"א מה' אישות היו לה שתי שפחות כו' אינה מניקה את בנה אלא נותנת אותו לשפחה להניק ע"ש א"כ מה לי נותנת לשפחה או שוכרת לו מינקת להניק בנה:

ובקצה"ח סימן קי"ז סק"ד הקשיתי על דברי מוהרי"ט משבע מלאכות שאינה יכולה לסלק בדמים ע"ש לדברי מהרי"ט הוא דקשי' לן דהוא מחלק בין מלאכת הצמר לשאר מלאכות אבל לענ"ד נראה דאפי' בשאר מלאכות יכולה לסלק בדמי' וכמ"ש. שוב מצאתי בשטה מקובצת פ' אע"פ דף ס"ג שכתב שם במשקל חמש סלעים דאינו אלא חוב ורצתה נותנת לו דמיהן ואינה עושה בצמר ובשאר מלאכות אינה יכולה ליתן לו דמי שכר שפחה שתעשה אותן ותפטור אלא עלי' לעשותן ואם רצתה תצא היא ותטרח אחר שפחה לשכור אותה ולעשות אבל אינה יכולה ליפטר בדמים עכ"ל וע"ש:

וגם בזה דלא משמע כן פ' אע"פ דף ס"א. דאיתא שם לא הכניסה לו ממש אלא כיון שראוי' להכניס אע"פ שלא הכניסה ופירש"י שראוי' להכניס שהכניסה נדוניא רבה שיש כדי למביאה נדוניא זו לקנות ממקצתן שפחות להכניס ולשמשה ע"ש ומזה משמע דאין הטרחא מוטל על האשה לשכור לו שפחה דאם היא טורחת לשכור שפחה הרי הכניסה לו ממש ואפשר דבשטה מפרש כפי' שהביא הר"ן ראוי' להכניס שדרך בנות משפחתה בכך ע"ש אמנם מדברי רש"י נראה דסגי בדמי שפחה וכמ"ש:

והראי' שהביא מוהרי"ט מדברי תוס' פ' אע"פ דף נ"ט גבי נדרה שלא להניק את בנה שכתבו דאין לפרש דאסרה הנאת יניקה עלי' דהא משעבדא לי' כו' א"כ יכולין אנו לפרשן כן אלא דב"ש סבר הוא נותן אצבע בין שיני' שקיים לה ולא עבדי' ליה רבנן תקנתא לאלומי לשעבודיה לפענ"ד יש לדחות דכיון דאלמו' רבנן לשיעבודיה דבעל אע"ג דבכל מקום בידו להפר ואפ"ה אלמו' שיעבודיה משום דפעמים שוכח להפר א"כ אפילו קיים לה לא גרע כחו בזה דהא טעמא דהוא נותן אצבע בין שיני' הוא משום דהיה יכול להפר ולא הפר וכיון דהיכא דמשתעבדא לי' אינו צריך להפר א"כ מה עושה הבעל בקיומו שקיים לה וכעת ראיתי גם בחידושי פני יושע שעמד על דברי התוס' שם וז"ל ולענ"ד בלא"ה לא ידענא למה הוצרכו לכך דלמאי דמסקינין לעיל דקונם מפקיע מידי שיעבוד

אלא דאלמו' רבנן לשיעבודי' דבעל וכדפרישית לעיל דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתן דאע"ג דמצי להפר זמנין דמיטרד משא"כ בקיים לה הוא שפיר מצינו למימר דלא אלמו' כיון דסברי ב"ש הוא נותן אצבע בין שיניה ע"כ וע"ש:

ולענ"ד נראה פשוט כמ"ש דכיון צריך להפר ולא סמכו על ההפרה משום דזמנין מיטרד ולכך אלמו' רבנן לשיעבודי' שלא יהיה הנדר חל א"כ מה הוא נותן אצבע בין שיניה בקיומו כיון דבקיומו אינו נותן אצבע בין שיני' אלא משום שהיה לו להפר והיכא דמישעבד' ליה הא אינו צריך להפר. ובש"ע יו"ד סימן רל"ד סעיף ס"ז כתב בעל שנדר שלא לקרב אל אשתו עד זמן פלוני אם עשה ברצון אשתו חל הנדר וכן כתב שם באשה שבקשה מבעלה שלא לשמש עמה ובעל כעס ונשבע שלא לשמש עמה דחיילא שבועה ע"ש וא"כ לכאורה ה"נ כיון דהא דאין הנדר חל בהנקה היינו משום דאלמו' רבנן לשיעבודי' וכיון דקיים לה הרי רוצה בקיומו וחל הנדר:

איברא התם שאני דהאשה מחלה בתחלה לשיעבוד' דידה מש"ה חייל הנדר ושבועת הבעל אבל הכא בשעה שנדרה עדיין לא מחל הבעל שיעבודי' ואין הנדר חל כיון דאלמו' לשיעבודי' דבעל ואע"ג דאח"כ הבעל רוצה בנדרה כיון דלשעתי' לא חייל תו לא חל לאחר זמן אלא דוקא באמרה בפירוש לכי מיגרש' בזה הוא דאמרינן דחייל בתר הכי ולא הוי דשלבל"ע משום דהא דלא חייל השתא משום אלמו' הוא אבל בנדרה סתם מהיום לא חייל אפי' לכי מיגרשא וא"כ ה"נ אע"ג דאח"כ רוצה הבעל בנדרה כיון דלשעתו לא חייל בתר הכי נמי לא חייל וכיון דנדרא לא חייל אין הקיום מועיל דכל היכ' דנדר ליכא אין בקיומו ממש ודו"ק:

סעיף יד

ס"ק ב

אפילו בנה מאיש אחר יכול הוא לעכב ואיכא למידק בהא דאמרו פ' אע"פ דף ס' אמר רשב"ג אני אכריע לדברי האומר בשמנה עשרה חדש מותרת להנשא בט"ו חדש לפי שאין החלב נעכר אלא אחר ג' חדשים ע"ש ותיפוק לי' נהי דאין החלב נעכר מ"מ הרי הבעל יכול לעכב עלי' שלא תניק בנה מאיש אחר ולפי מ"ש ב"ש דהיכא דאין לו בן אין הבעל יכול לעכב ניחא אכן לפי מ"ש בח"מ דאפילו אין לה בן עמו יכול הבעל לעכב קשה:

ואפשר דכיון דאחר ט"ו חזקה שהולד מכירה וכיון שהולד מכירה בזה ודאי אין הבעל יכול לעכב כל זמן שהולד צריך להנקה וק"ל:

סימן פא

סעיף א

ס"ק א

אמר לה יקדשו ידיך לעושיה פ' אע"פ דף נ"ח אמר רב הונא אמר רב יכולה אשה שתאמר לבעל איני ניזונת ואיני עושה כו' ופליגא דריש לקיש דאמר ריש לקיש לא תימא טעמא דר' מאיר משום דקסבר אדם מקדיש דבר שלבל"ע אלא טעמא דר' מאיר מתוך שיכול לכופה למעשי ידי' נעשה כאומר לה יקדשו ידיך לעושיהן:

ובשטה מקובצת כתב בשם הרשב"א וז"ל ולעיקר מאי דאמר בשמעתין יקדשו ידיך לעושיהן דלכ"ע מעשי ידי' קדושי' כדין מקדיש דקל לפירותיו תמי' לי' דבשלמא אילן תפיס הקדש בגוף האילן להיות הפירות כפירות דקל של הקדש אבל בידי האשה אין ההקדש חל בהם חדא דאינן שלו להקדי' וכמקדיש דבר שאינו שלו ולא קרינן בי' כי יקדיש ביתו ומי עדיפא אשתו מעבדו ושפחתו העברים וכדתני' מאדם אילו עבדיו ושפחותיו הכנעניים אבל לא עבדיו ושפחותיו העברים ועוד שאין ההקדש חל בבן חורין דגופיה לא קדיש כלל ואפילו לר' מאיר דאמר אין אדם מוציא דבריו לבטלה לא קדיש אלא לדמי כלומר שנותן דמים כאלו אמר דמי פלוני עלי או דמי עלי ואין מעשה ידיו הקדש אלא עושה ואוכל וכו' ועוד קשיא לי דהא לא דמו ידים לדקל לפירותיו דבדקל לפירותיו דינא הוא דבקניית דקל יקנה הפירות דעבידי דאתי מיני' דמגופו של דקל הן אבל מעשי ידי' דלאו מגופן של ידים קאתו אלא מעלמא קאתו בהקדש הידים היאך יקדשו מעשיהן. הא למה הדבר דומה למקדיש מצודתו למה שתעלה דלכאורה לא קנה הקדש ותדע לך דמה שתעלה מצודתי היום מכור לך דקנה הוצרכו לתקן משום כדי חיי יום ואם איתא דמצודתי למה שתעלה קנה כדין מוכר דקל לפירותיו אפילו מה שתעלה מצודתי היום לא לקני כו' הואיל ואפשר להקנות כדין שיאמר מצודתי למה שתעלה מכור לך וה"נ משמע לכאורה בפרק השולח במה דאיבעי' לן עבד שמכרו רבו לקנס מכור או אינו מכור תיבעי לר' מאיר תיבעי לרבנן. ואי מאי דאתי ממילא ולא מגופו של דבר קנוי כדין מוכר דקל לפירותיו מאי קא מיבעי' לי' הא לכ"ע מכור ובהא לא אפליגי ר' מאיר ורבנן וכן יש להוכיח ר"פ המפקיד דאמרינן נעשה כאומר לכשתגנב ותרצה ותשלימני הרי פרתי קנוי' לך מעכשיו ודחקינין ומוקמינן נעשה כאומר חוץ מגיזותי' וולדותי' ולא אוקמונין באוקימת' רויחא דנעשה כאומר כשתגנב פרתי ותרצה ותשלימני הרי פרתי קנוי' לך לכפילא מעכשיו דאלמא דכל דאמר הכי לא קנה הואיל ומעלמ' אתו ולא מגופו כפירות מן הדקל ומיהו בירושלמי הוי משמע דקני דגרסינין פ' חזקת הבתים

המוכר עובר פרתו לחבירו לא עשה ולא כלום כו' המוכר אויר חצירו לא עשה ולא כלום אבל מוכר הוא פרה ומשייר עוברה כו' מוכר הוא חורבה ומשייר אוירה דלומר דמשייר בעין יפה משייר כו' ועל דרך שאמרו פרק מי שמת בנותן דקל לאחר ומשייר פירות לעצמו כו' וכמו שמשייר דקל לפירות. אלמא משייר חצר לאוירה מהני וה"ה מוכר חצרו לאוירה דקנה האויר אף על פי שאין האויר יוצא מגוף הקרקע:

ואולי נאמר בזה דלקנות לשעה כדי לקנות בו דבר אחר כגון דקל לפירותיו וחצר לאוירה וידים למעשיהן דמ"מ אין הכונה ועיקר ההקנאה לגוף הדבר שהוא בעולם אלא לקנות על ידיהן דבר שאינו בעולם בקנין כל דהן סגי. ואע"פ שאינו יוצא מגופו לגמרי אלא כל שבאין ממנו קצת כגון המלאכה שהיא באה מן הידים בטורחן ותנועתן וכן האויר שנראה כאלו הוא בא מן החצר אבל מה שתעלה מצודתי אין הצידה בטורח המצודה אלא שהדגים נכנסים בתוכה וכן קנס ע"י נזקין אחרים שהזיקו את העבד או שגנבו את הפרה שאין מגופן כלל כו' אבל עדיין תבעי לי המקדיש ידי עצמו אי נמי מקדיש ידי אשתו למה מעשיהן קדושי' שהרי המקדיש עצמו שנינו הרי זה עושה ואוכל וכמ"ש וצ"ע עכ"ל ואחר העיון בקושיות הרשב"א נלענ"ד במה שהקשה דהיכי מצי מקדיש ידי אשתו דמי עדיפ' אשתו מעבדו ושפחתו העברים כו' נראה לפי מ"ש בכסף משנה פ"ב מהל' עבדים בשם הרלב"ג דאין אדם יכול למכור עבדו העברי לאחר כו' כיון דאינו עובד את היורשין אלא דוקא לבן ע"ש והיינו כיון דגלי קרא ועבדך שאינו עובד לאח ולאחות אלא דוקא לבן ומש"ה אינו יכול למוכרו לאחר דלא עדיף לוקח מיורשין דגלי קרא דאינו יכול להוריש זכותו רק לבן וא"כ ודאי דאינו יכול להחרים עבד עברי כיון שאינו יכול למכרו לאחר ה"ה דאינו יכול להחרים ולהקדיש אבל מעשי ידיה שתקנו נגד המזונות ה"ה דיכול למכרן ולהקדישן והא דאינו יכול להוריש מעשי ידי' ליורשין היינו היכ' דאין נותנין לה מזונות דבכה"ג גם הבעל אינו נוטל מעשי ידי' ובניזונת מן היורשין גם מעשי ידיה ליורשין משא"כ ע"ע שאינו ברשותו כלל למכירה וא"כ ה"ה להחרים ולהקדיש דבדידיה גלי לן קרא דאינו עובד ליורשין רק לבן וכמ"ש וזה נכון ומה שהקשה הרשב"א ועוד שאין הקדש חל בבן חורין דגופי' לא קדיש וכו' דהתם בגיטין שהקדיש את עצמו או הקדיש את עבדו שפיר אמרינן גופי' לא קדיש וכונתו לדמי עלי ע"ש. אבל הכא במתני' תנן המקדיש מעשי ידי אשתו ובפירוש הקדיש מעשי ידי' אלא משום דה"ל דבר שלבל"ע אמרינן נעשה כאומר יקדשו ידיך לעושיהן אע"ג דהוא בהדי' קאמר מעשי ידי' אמרינן הואיל ואין אדם מוציא דבריו לבטלה כונתו לומר ידים לעושיהן והוא לא קאמר בלישני' אלא מעשי ידי אשתי בזה ודאי ההקדש חל על מעשי ידי' ולא שייך הכא לומר

לדמי קאמר כיון דלא אמר יקדשו ידיך רק אמר בפי' מעשה ידי אשתי אלא כדי שיועיל ההקדש ולא להוי דבר שלב"ל אמרינן כונתו ידים לעושיהן דה"ל כמו דקל לפירותיו והרי הוא כאומר בפירוש יקדשו ידיך למעשיהן דהא ודאי מעשי ידי' הוא דקדיש כמו שאר קדושת דמים וזה ברור:

(ועדיין צ"ע בהא דתנן קונם שאני עושה לפיך ומוקי לה רב הונא ברי' דר"י באומרת בפירוש יקדשו ידי לעושיהן דהתם לאו ר' מאיר קאמר לה דס"ל אין אדם מוציא דבריו לבטלה אלא באומרת בהדי' וכ"פ הרמב"ם אפי' בהקדיש הוא מהני כשאמר בפירוש יקדשו ידיך והדרה קושית הרשב"א לדוכתה ואפשר דכונת מארן ז"ל דגם כשאומרת יקדשו ידי לעושיהן מוכח' מלתא דכונתה למעשי ידיה ולא לדמי ודו"ק):

ומה שהקשה הרשב"א דלא דמי ידים לדקל לפירותיו כיון דלאו מגופן של הידים נפקו והביא ראי' ממה שתעלה מצודתי דלא מהני מצודה למה שתעלה ומפ' השולח גבי מוכר עבדו לקנס ומפ' המפקיד דלא מהני פרה לכפילא הנה בתוס' פ' השולח דף מ"ג בעבד שמכרו רבו לקנס מכור או אינו מכור כתבו שם דאיבעי' הוא לפי שמכר לקנס וה"ל כמו דקל לפירות או כיון דה"ל מי יימר טובא דהיינו מי יאמר דמנגח ואת"ל דמנגח אפשר דמודה ומפטר ומשו"ה לא מהני אע"ג דמכרו לקנס ע"ש וכ"כ תוס' ר"פ המפקיד במוכר פרה לכפילא דלא מהני מהאי טעמא אף על גב דמוכר דקל לפירות מהני ומשום דהכא איכא מי יימר טוב' ע"ש וא"כ לא ק"מ דהכא במעשי ידי' ה"ל שפיר כמו דקל לפירות כיון דליכ' בהו הנך מי יימר דאיכ' בקנס:

ובחידושי הרשב"א פ' השולח שם כתב בשם הרמב"ן דבעי' דמוכר עבדו לקנס משום דלא דמי לדקל לפירות משום דהכ' לאו פירות דגופ' קא מזכין וכן בר"פ המפקיד לא מצי למימר דמוכר פרה לכפל משום דלאו פירות דמגופה נינהו ולא דמי לפירות דקל דמגופו נינהו ע"ש והשיגו הרשב"א מהא דתני בירושלמי פ' חזקת המוכר אויר חורבתו לא עשה ולא כלום אלא מוכר חורבה ומשייר אוירה וטעמ' דלעצמו בעין יפה משייר חורבה לאוירה ואע"ג דאוירה לאו מגופה דחורבה הוא וע"ש שהעלה כפי' התוס' דלא מיבעי' לי' בקנס' אלא משום דאיכ' מי יימר טובא הרי דעת הרשב"א כדברי התוס':

ועיין בספרי קצה"ח סימן ר"ט סק"ד דגם במצודה למה שתעלה מהני כמו בשובך לפירותיו דמהני כמ"ש בטור וש"ע ח"מ סימן רי"ג וכ"פ הרמב"ם ע"ש וקושית הרשב"א דהכא נראה שנמשך אחר פי' הרמב"ן אמנם לפי דברי התוס' והרשב"א בפרק השולח ניחא זה הנלענ"ד בקושיות הנ"ל ודו"ק

ס"ק ב
יקדשו ידיך לעושיהן. שם בסוגי' א"ר הונא א"ר יכולה אשה שתאמר לבעל' א"נ וא"ע כו' ופליג דר"ל דאמר ר"ל ל"ת טעמ' דר"מ משום דאדם מקדיש דבר שלבל"ע אלא טעמ' דר"מ מתוך שיכול לכופה למעשי ידי' נעשה כאומר לה יקדשו ידיך לעושיהן וכתב בחידושי הריטב"א ז"ל שהוא מקדיש אותן בדין חכמים ובדין תורה הוי כאלו אמר בפירוש יקדשו ידיך לעושיהן וכמו המוכר פירות דקל לחבירו שזכה בתיקון חכמים ז"ל הא ודאי זכה כאילו אמר גוף לפירות עכ"ל וכבר הארכנו בזה בס"ק הקודם בישוב קושית הרשב"א ז"ל ע"ש ואכתי איכא למידק לפי מ"ש תוס' פ' נערה דף מ"ז ד"ה זמנין דלא מלו ע"ש שהקשו מ"ש שיכולה לומר איני ניזונת וא"ע ואינה יכולה לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות וי"ל דשאני פירות דידו כידה וזוכה בגוף הקרקע אבל מעשי ידיה אינן בעין דלא שייך לומר שיזכה בגוף הידים עכ"ל וכ"כ הרא"ש שם ז"ל א"נ שאני פירות שהבעל זוכה בתקנת חכמים בגוף השדה לפירות אבל במעשי ידיה לא שייך לומר שיזכה בגוף הידים עכ"ל וע"ש וכיון דמוכח דלא זכה הבעל בגוף הידים למעשי ידי' דאי הוי זכי בגוף הידים לא היתה יכולה לומר איני ניזונת וא"ע כיון דכבר זכה בגוף הידים למעשי' כמו בגוף הקרקע לפירות וא"כ קשה היכי מצי מקדיש ידים למעשי ידי' כיון שאין לבעל שום זכות בגוף הידים רק במעשה ידי':
ונראה לי דלרב הונא דס"ל דיכולה אשה שתאמר איני ניזונת וא"ע הוא דס"ל דאין לבעל שום זכי' בגוף הידים ומש"ה יכולה לומר איני ניזונת כיון שלא זכה עדיין בכלום שלא תקנו לו קנין בגוף הידים אבל ריש לקיש ס"ל דזוכה הבעל בגוף הידים ומש"ה ס"ל דנעשה כאומר יקדשו ידיך לעושיהן כיון שזוכה בגוף הידים הוי כמו דקל לפירותיו לכך אמרינן ופליגא דריש לקיש דכיון דס"ל לר"ל דבעל מצי מקדיש לידי' א"כ ס"ל דזוכה בגוף הידים למעשי ידיה א"כ תו לא מצי איהי למימר איני ניזונת כמו שאינה יכולה לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות מאחר שכבר זכה הבעל בגוף השדה לפירות ודו"ק:
ובטור כתב ז"ל המקדיש מעשי ידי אשתו אין ההקדש חל לא מיבעי' על עיקר מעשה ידי' שאינו חל שהרי אינו ברשותו שאם תרצה לא תעשה ולא תיזן אלא אפי' על המותר שהוא שלו דעל כרחך כדפרישית אינו חל שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם ואם היא אסרה מעשי ידי' עליו כגון שאמרה קונם מה שאני עושה על פיך וכגון שאמרה יקדשו ידי לעושיהן עכ"ל. וזה נמי דעת הר"ן דלדידן דיכולה לומר איני ניזונת וא"ע לא מהני אפילו אומר יקדשו ידיך לעושיהן וע"ש שכתב בטעמ' דריש לקיש ז"ל משום דלדידן דאינו יכול לכופה כיון שיכולה היא להפקיע שתאמר איני ניזונת לא מהני הקדש ואף

על גב דתנן קונם שאני עושה על פיך אין צריך להפר ואע"ג דמצי היא למימר איני ניזונת היינו טעמ' כיון שניזונת משל בעל משעבד' ליה כל זמן שלא אמרה בפירוש איני ניזונת ואפ"ה מעשי ידי' הוי דבר שלבל"ע ולא מצי אמר יקדשו ידיך לעושיהן כיון שיכולה להפקיע עכ"ל ואכתי לא נתברר דאמאי לא יוכל הבעל נמי להקדיש ידים לעושיהן כל זמן שניזונת ולא אמרה בפירוש איני ניזונת כיון דכל זמן שלא אמרה בפירוש משעבד' לי' דמהאי טעמ' אין האשה יכולה לאוסרן על בעלה כל זמן שלא אמרה איני ניזונת ומשעבדא ליה ולפי מ"ש ניחא דודאי כל זמן שלא אמרה איני ניזונת מישעבד' ליה לבעל אלא כיון דס"ל לרב הונא דיכולה למימר א"נ ע"כ מוכח דאין לבעל בגוף הידים כלום ומשום הכי לא מצי למימר יקדשו ידיך לעושיהן וכמ"ש. וריש לקיש נמי ס"ל דמזונות לטובתה נתקנו אלא דס"ל דבעל זוכה בגוף הידים כמו שזוכה בגוף השדה לפירות ומשום הכי לא מצי אמרה איני ניזונת כמו שאינה יכולה לומר איני נותנת פירות וזה שאומר ר"ל מתוך שיכול לכופה למעשי' ידי' ולא מצי אמרה א"נ וע"כ משום דזוכה בגוף הידים וכיון שכן נעשה כאומר לה יקדשו ידיך לעושיהן ובתוס' פ' נערה שם ד"ה תקנו מזונות תחת מעשי ידי' כתבו ז"ל והשתא ריש לקיש דפליג עלי' התם ואמר מעשי ידי' עיקר אינו מגי' הברייתא דהכא אלא שונה תקנו מזונות תחת מעשי ידי' ולכאורה לדידי' יכול הבעל לומר לאשתו צאי מעשי ידיך במזונותיך ואע"ג דלא ספקה אבל אי אפשר לומר כן כו' וע"ש. ולפמ"ש גם ריש לקיש סובר דעיקר התקנה הי' מזונות ואפ"ה ס"ל דאינה יכולה לומר א"נ ומשום דחכמי' תקנו לו זכי' בגוף הידים כמו שתקנו זכי' בשדה לפירות ומש"ה אינו מגי' הברייתא ושונה תקנו מזונות תחת מע"י כדי לאשמעינן שאינה יכולה לומר איני ניזונית אע"ג דלטובתה תקנו וכמ"ש תוס' שם ד"ה זמנין דלא מלו ז"ל ואע"ג דעיקר תקנה בשביל דידה כדמשמע הכא כו' מ"מ אינה יכולה לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות דהא תני בברייתא ופרקונה תחת פירותי' משמע דאינה יכולה לומר כי היכי דדייק לקמן דאין האשה יכולה לומר איני ניזונית מברייתא דלעיל דתני תקנו מזונות תחת מע"י אלמא דאינה יכולה והוצרך להגי' הברייתא בשביל כך ע"ש ומבואר דאע"ג דעיקר התקנה לטובתה אפ"ה כל היכא דלא מצי למימ' אי אפשי תני התקנה להיפך ומש"ה לריש לקיש נמי כיון דאינה יכולה לומר איני ניזונת כו' תקנו מזונות תחת מעשי ידי' שונה כמו ששונה תקנו פרקונה תחת פירותי' אע"ג דתקנה לטובתה. ויש בזה ליישב דברי הטור שכתב אפי' על המותר שהוא שלו על כרחה אינו חל שאין אדם מקדיש דבר שלבל"ע וקשי' לן מ"ש לריש לקיש דס"ל כיון דיכול לכופה מהני באומר יקדשו ידיך לעושיהן גם למותר ואע"ג דאין הבעל יכול לכופה לעשות המותר מכל

מקום כיון דנעשה המות' דבעל הוא ומשעבד' לי' ידי' למותר וחשיב יכול לכופה וכמ"ש בשטה מקובצת ולשיטת הטור דמותר הוא שלו על כרחה אמאי לא מהני בי' יקדשו ידיך. ולפמ"ש ניחא ומשום דלדידן דלא ס"ל כריש לקיש אלא כרב הונא א"כ לא תקנו חז"ל קנין בגוף הידים למע"י וא"כ במותר נמי אע"ג דאינה יכולה לומר איני נוטלת מעה כסף ואיני נותנת המותר מ"מ בידים אין לבעל קנין אלא שכך תירצו שלא תפקיע המותר וכיון דלית לי' זכי' בגוף הידים ה"ל דשלבל"ע ודו"ק. אמנם אכתי לא נתבררו לענ"ד דברי הריטב"א במ"ש דיקדשו ידיך לעושיהן וכאלו מוכר פירות דקל באומר גוף לפירות כי עם מה שהארכנו בס"ק הקודם ליישב מה שהקשה הרשב"א ז"ל אהא דגוף הידי' למעשי ידי' עדיין קשי' לי אחריתי וזה דכיון דאפי' בעבד עברי משמע דאין לו קנין הגוף אלא שעבוד בעלמא למעשי ידיו מדפריך פ"ק דקידושין גבי עבד עברי שחרור למה לימא לי' באפי תרי זיל ומשני רבא קסבר עבד עברי גופו קנוי ע"ש ולא אמרו עבד עברי גופו קנוי אלא בזמן שהיובל נוהג דנהוג דין ע"ע ומותר בשפח' ואית לי' בי' קנין הגוף אבל בזמן הזה דאין דין ע"ע נהוג אין לו בו אלא שיעבוד למעשי ידיו ומשום דאין קנין הגוף גבי בן חורין וסגי לי' במחילה בעלמא ועמ"ש בס' קצה"ח סימן של"ג סק"ו וא"כ מכ"ש באשה דלא שייך לומר שיש קנין הגוף בידים למעשי ידי' אלא שיעבוד בעלמא הוא דאית לי' ומש"ה כתבו תוס' פ' נערה אבל מעשי ידי' אינו בעין דלא שייך למימר שיזכה בגוף הידים והיינו משום דאין קנין הגוף שייך בבן חורין ליכא אלא שעבוד' בעלמא. ולכן נראה לפענ"ד דידים אינן אלא בתורת שיעבוד לבעל וכדמשמע לישנא דש"ס והא משעבדא ידי' לבעל ויקדשו ידיך היינו השיעבוד שעליהן ואע"ג דאקדיש מלוה או זבין מלוה לא מהני דקי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה היינו שדה המשועבד אינו יכול למכור ולהקדיש אבל משכון שפיר איתי' בהקדש ובמכירה וה"ל ידים בתורת משכון לבעל וכדאמרי' בקדושין דף י"ט המקדש במלוה שיש עלי' משכון מקודשת מדר' יוסי ב"ר יהוד' לאו מי אמר ר"י ב"ר יהודה מעות הראשונות לאו לקידושין נתנו האי הלואה הוא והיא גופה משכון וה"נ ה"ל הידים כדין משכון וכן בשור תם שהזיק אמרו בפ' המניח דף ל"ג עד שלא עמד בדין מכרו אינו מכור הקדישו אינו מוקדש משעמ' בדין מכרו מכור הקדישו מוקדש וע"ש דמוקי לה כר' ישמעאל דמצי לסלוקי בזוזי דלר' עקיבא דאמר שותפי נינהו אפיל קודם שעמד בדין מכרו מכור וע"ש בתוס' ולר' ישמעאל דאחר העמדה בדין נמי מצי לסלוקי בזוזי ואפ"ה אחר העמד' הקדשו מוקדש ומכרו מכור אלא כיון שהוא אפותקי מפורש דאין לה פרעון אלא מזה ה"ל תורת משכון ואיתי' במכירה ובהקדש דמשכון נקנה במסירה וכמבואר בח"מ סימן ע"ב והקדש כמסירה להדיוט והרמב"ם פ"ו מערכין

כתב וז"ל וכן המקדיש מעשי יד אשתו הרי זו עושה ואוכלת והמותר חולין אמר לה יקדשו ידיך לעושיהן הואיל והן משועבדין לו הרי כל מעשי ידי' קדוש הא למה זה דומה לאומר אילן זה קודש שכל הפירות שנעשה להבא קדוש וכן כל כיוצא בזה עכ"ל. ומדבריו נראה דאינו מפרש יקדשו ידיך בתורת ידים למעשי ידי' כמו אילן לפירות דהא כתב הואיל והן משועבדין לו אלמא דאינו אלא שיעבוד גם מדכתב הא למה זה דומה כו' שכל הפירות שנעשה להבא ואי באומר ידים לפירות דהיינו למעשי ידי' הרי אומר בפירוש ידים לפירות ופשיטא דפירות קדשי אלא דמפרש על דרך שכתבנו דידים אינן אלא שיעבוד ואפ"ה יכול להקדיש דה"ל כמו משכון כמו שאמרו באמה העברי' והבעל לא הקדיש אלא הידים המשועבדי' לו וכל פירות שנעשו להבא קודש כיון דהידי' קדיש ובאפותקי מפרש דעת התוס' והרא"ש פ"ק דמציעא אפי' בקרקע דשבח היוצא גובה המלו' ומשו' דאומ' ארעאי הוא דאשבח וכן הוא דעת הטור בח"מ סימן קט"ו ע"ש וכ"ש משכון דה"ל קנין בגוה ומצי מקדיש וממילא כל היוצא מהקדש הרי הוא הקדש אבל זכי' בגוף הידים לקנין הגוף לא אמרינן וכמ"ש דאפי' בע"ע אין לו עכשיו בזמן הזה קנין הגוף כלל ודו"ק ועיין פירש"י בסוגיין בהא דאמרו מאי לאו בניזונת ודחי לא בשאינה ניזונת וכתב רש"י ז"ל שהוא עני ואין לו במה לזונה ע"ש ולכאורה גם בעשיר משכחת לה שאינו רוצה לזונה ויש לו ואינו רוצה דאין לו במעשי ידי' ונראה דלמ"ד דהיא אינה יכולה לומר א"נ וא"ע וס"ל דמזונות תקנו תחת מעשי ידי' וכמ"ש תוס' פ' נערה ע"ש א"כ אפי' אינו נותן לה מזונות מעשי ידי' לבעלה אלא שמעשי ידי' כמו אפותקי לאשה בעד מזונותי' וע"כ אינו אלא כאפותקי סתם דבאפותקי מפורש שאומר לא יהא לך פרעון אלא מזו וכמבואר בטוש"ע ח"מ סימן קי"ז היכא דשטפה נהר אינו גובה משאר נכסים וגבי אשה אם חלתה או שאינה בת מלאכה נמי חייב לזונה אלא ע"כ דמעשי ידי' לא הוי למזונותי' אלא כסתם אפותקי ומבואר בטוש"ע ח"מ דבאפותקי סתם אם יש לו בני חורין אינו טורף מאפותקי סתם כשמכרה לאחר וא"כ כשהקדיש הבעל הידי' ויש לו נכסים אחרים לזונה לא מצי איהי למיגבי מעשי ידי' דמה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים דין משעבדי יש להן ואינה גובה כשנמצא בני חורין לכך פירש"י שאין לה במה לזונה וכל שאין כאן בני חורין טורף מן ההקדש ומן הלקוחות ובשטה מקובצת ראיתי שכתב ג"כ דלמ"ד אינה יכולה לומר איני ניזונת דמעשי ידי' לבעל אפי' כשאינו נותן לה מזונות אלא שמעשי ידי' הוי כמו אפותקי מפורש ומש"ה טרפה מן ההקדש אפילו יש לו נכסים בני חורין ע"ש ומסתבר כפירש"י דמיירי באין לו במה לזונה דע"כ אינו כאפותקי מפורש דהא במפורש אם שטפה נהר אינו גובה מנכסים אחרי' במזונות אם

אין לה מעשי ידי' צריך הבעל להספיקה משלו אלא ע"כ דאינו אלא אפותקי סתם וא"כ צריכין אנו לפרש שאין לו במה אינה ודו"ק. ואין להקשות דא"כ דמשום טירפא קאתה דטורפת האשה מהקדש כמו דטריף בע"ח מהקדש דמים א"כ ליתני פודה ואוכלת כמו ששנינו בערכין פודה את הנכסים ע"ש דכבר כתב בשט' מקובצת משום דהכא אגופייהו דידים לא שייכא פדיון ועל מעשי ידי' נמי לא משום שאינן מסוימין ותו לית בי' משום מראית עין ע"ש. ולענ"ד נראה לפ"מ דאמרו שם בגמ' פ' שום היתומי' מתני' דלא כרשב"ג דתניא רשב"ג אומר אם הי' חובו כנגד הקדישו פודה ואם לאו אינו פודה ורבנן עד פלגא ע"ש וכתבו שם טעמא דעד פלגא משו' דפדיון שאמרו אינו אלא משו' גזירה שיאמרו שהקרקע שוה יותר מחובו ולכך צריך פדיון אבל כל שהחוב כפל מהקרקע שהקדיש כולי האי לא יטעו לומר שהקרקע שוה יותר מכפולו ע"ש וכיון דכל היכא שאינו רוצה לזונה רשאה ליקח המעשי ידי' לעצמה ואפי' במה ששוה יותר מחוב מזונותי' וכמ"ש בשטה בשם הר"ר יהונתן דלא הוי מותר עד לאחר מותה אבל מחיים לא שמא תכלה שנה או חדש ולא תוכל לעשות מלאכה ולא יהי' בידה ממה שתתפרנס לכך לא קרוי מותר עד שתמות ע"ש א"כ ה"ל כאילו מזונותי' שוה כפלים במעשי ידי' ויותר כיון שהוא דבר שאין לו קצבה מאחר שתופסת על מזונות דלהבא וכל ששוה יותר מכפלים אין צריך פדיון ודו"ק. אמנם יש מקום עיון לפי פירש"י דמיירי באין לו במה לזונה א"כ לדעת הרמב"ם פי"ב מה"ל אישות כופין אותו להוציא וכן פסק בש"ע לעיל סימן ע' דכל שהוא עני ואין לו במה לזונה כופין אותו להוציא ולפי מ"ש בהגהת מרדכי פ' אע"פ דמורד או מדיר שכופין אותו להוציא אם מתה לא יירשנה ע"ש א"כ מותר דקדיש לאחר מיתה היכי משכחת לה כיון דאינו יורשה, מיהו לפמ"ש בד"מ לקמן סימן צ' דסבר' הגה"מר אינו אלא לדע' רשב"ם דס"ל כיון שנתן עיניו לגרשה איני יורשה אבל לדעת החולקי' לא וכן דעת הרי"ף והראשוני' דירושה לא מפקעה אלא בגט ממש א"כ לדידן דלא ס"ל כדעת רשב"ם אפי' במורד ומדיר הבעל יורש אותה וכ"ש הכא עוד כתב שם בד"מ דגם דעת הגהמ"ר אינו אלא במורד ומדיר שאינו נוהג עמה מנהג אישות אבל כל שנוהג עמה מנהג אישות שפיר יורש אותה ע"ש. א"כ הכא שפיר יירשנה לכשתמות אע"ג שהוא עני וכופין אותו להוציא מ"מ מנהג אישות הוא נוהג. ועוד נראה לפי שיטת הרא"ה הא דמותר לאחר מיתה קדוש אינו מתורת ירושה אלא דמדינא גם מחיים קדוש מעכשיו ואפי' אינו רוצה לזונה ואין לה במעשי ידי' אלא שיעבוד ואפותק לפרעון מזונותי' ומש"ה עושה ואוכלת דטורפת מהקדש דמים וכיון דקי"ל בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה לא נפקי לחולין מה שטורפת מההקדש אלא להבא ומה שנותר לאחר מיתה ממילא נשאר

קדיש כיון דבע"ח מכאן ולהבא גובה ולאחר מיתה דליכא טורף נשאר בהקדשו שהקדיש הידים מעכשיו ע"ש לפי"ז אפי' אי נימא דכל שכופין אותו להוציא אינו יורש אותה מותר לאחר מיתה קדוש דלאו מתורת ירושה אתינן עלה אלא דממילא קדיש כיון שלא טרפה וכמ"ש. ויתיישב לנו בזה קושית התוס' שהקשו דהיכי קדיש לאחר מיתה הא אין אדם מקדיש דשלבל"ע אלא היכא דעבידי דאתו והא לא עבידי דאתו ועוד הקשו הא לא אמר לאחר מיתה ולשיטת הרא"ה הכל ניחא דממילא קדיש לאחר מיתה כיון דליכא טירפא ואיהו אקדיש ידי' מעכשיו אמנם כל זה לריש לקיש דס"ל מזונות תחת מעשי ידי' ויכול לכופה ואינה יכולה לומר א"נ וא"ע ואפי' אינו רוצה לזונה מעשי ידי' דידי' הוי ואינה גובה מהם אלא בתורת טירפא כמו באפותקי וכמ"ש ושפיר הוי הקדש מחיים דבע"ח מכאן להבא גובה ולאחר מיתה דליכא טריפת בע"ח ממילא נשאר בהקדשו וכמ"ש אבל לרב הונא דס"ל יכולה שתאמר איני ניזונת כו' ואינו יכול לכופה ותקנו מעשי ידי' תחת מזונות א"כ ודאי כל שאינה ניזונת מעשי ידי' דידה הוי ואינו קדוש כלל באינה ניזונת וגם לאחר מיתה אינו קדוש דלא עבידי דאתו ועוד דהא לא אמר לאחר מיתה וכמו שהקש' בתוס' ומש"ה ריש לקיש הוצרך לומר דמותר מחיים קדיש מתוך שיכול לכופה משום דבמתני' תני הרי זו עושה ואוכלת ע"כ מיירי לדידי' באינה ניזונת וא"כ מחיים לא קדיש ולאחר מיתה לא אמר ועוד דלא עבידי דאתו מש"ה קאמר מתוך שיכול לכופה א"כ הוי מזונות תחת מעשי ידי' וה"ל מע"י לבעל אפי' היכא דאינה ניזונת אלא דמחיים עושה ואוכלת מטעם גוביינא ולאחר מיתה דליכא גוביינא ממילא קדוש דבע"ח מכאן ולהבא גובה אבל למ"ד מעשי ידי' תחת מזונות א"כ כל שאינה ניזונת אין לבעל במעשי ידי' כלום וא"כ לאחר מיתה נמי לא קדש דהא לא אמר לאחר מיתה גם לאו עבידי דאתו הוא לכך אמר ריש לקיש מתוך שיכול לכופה וכמ"ש. ובהכי ניחא לן ליישב דברי הרמב"ם פ"ו מהל' ערכין במ"ש דאם אמר יקדשו ידיך לעושיהן מהני והקשה עליו הר"ן פ' אע"פ מהא דאמר ריש לקיש מתוך שיכול לכופה מוכח דלדידן דאינו יכול לכופה אינו קדוש ואנן קי"ל כרב הונא ע"ש. ולפמ"ש ניחא דריש לקיש מפרש למשנתנו באינה ניזונת משו' דס"ל מעשי ידי' עיקר ואם היתה ניזונת לא היתה עושה ואוכלת וע"כ מיירי באינה ניזונת לכך הוצרך לומר מתוך שיכול לכופה לכך המותר קדוש לאחר מיתה דאל"כ לא הי' יכול להקדיש מחיים כיון שאינה ניזונת ולאחר מיתה נמי לא הוי קדיש דהא לא אמר לאחר מיתה ולא עבידי דאתו לכך הוצרך לומר מתוך שיכול לכופה וא"כ אפי' אינו מעלה לה מזונות מע"י דידי' הוי ויכול להקדישן מחיים אלא שהיא עושה ואוכלת מדין גוביינא ולאחר מיתה שאין שם גוביינא המותר בקדושתו אבל הרמב"ם ס"ל דיכולה

לומר א"נ וא"ע אלא כל זמן שלא אמרה כן יש לו שיעבוד בידי' וכמ"ש לעיל וא"כ איירי בניזונת דאי אינה ניזונת אין לבעל כלום לדידן דקי"ל מזוני עיקר וכיון דמיירי בניזונת מש"ה יכול להקדיש ידי' דמשעבדי לי' וכמ"ש לעיל ואע"ג דיכולה להפקיע מ"מ כל זמן שלא אמרה א"נ ולא הפקיעה משעבדי לי' ידי' ושפיר אקדיש משא"כ ריש לקיש דמוקי לה באינה ניזונת מש"ה צריך לטעמא דיכול לכופה וזה נכון ודו"ק:

ס"ק ג

ויש אומרים דאינו קדושי' כתב הב"ש ז"ל כן הוא דעת הר"ן אפי' אם אמר יקדשו ידיך לא מהני ומפרש הסוגי' מאי לאו בניזונת ניזונת ממש ומ"מ אליבא דר' מאיר אינו קדו' אע"ג דס"ל אדם מקדיש דבשלבל"ע היינו ע"כ משום דכל שעה יכולה לומר א"נ וא"ע א"כ לדידן נמי אפי' אם נותן לה מזונות ואומר יקדשו ידיך נמי אינו קדוש עכ"ל. ואינו מדוקדק דודאי לר' מאיר כל זמן שלא אמרה איני ניזונת ודאי קדוש מה שנעשה וזכה בהם הבעל אע"ג דבשעת הקדש עדיין לא נעשה הא ס"ל לר"מ אדם מקדיש דשלבל"ע א"כ כל שהקדיש המעשי ידי' עצמן הרי הן קדושי' לאחר שבאו לידו כיון דס"ל אדם מקדיש דשלבל"ע אלא דאם לא הקדיש המע"י אלא הידים עצמן דאמר יקדשו ידיך בזה לא מהני אפי' לר' מאיר כיון דלדידן יכולה שתאמר א"נ וא"ע אינו יכול להקדיש גוף הידים כיון דיכולה היא להפקיע עצמה כל שעה ולומר א"נ וא"ע אין לו כח להקדיש גוף הידים אבל באומר יקדשו מעשי ידי אשתי ועשתה אח"כ כבר זכה בהן הקדש לר"מ. אבל לפי מה דקי"ל דאין אדם מקדיש דשלבל"ע אפי' הקדיש מעשי ידי אשתו לא זוכה הקדש אפי' לא אמרה איני ניזונת וא"ע כיון דאין אדם מקדיש דבר שלבל"ע וז"ל הר"ן המקדיש מעשי ידי אשתו הרי זו עושה ואוכלת מפרשינין לה בגמ' אליבא דרב הונא דאמר יכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניזונת וקי"ל כותי' דהמקדיש מעשי ידי אשתו אע"פ שהוא רוצה להעלות לה מזונות אם רצתה מפקעת הקדישו שתאמר לו איני ניזונת והרי זו עושה ואוכלת כו' וכ"ת אמאי נקט תנא פלוגתייהו במותר ולא נקטה במעשי ידי' עצמן כו' איכא למימר דתנא קמא הכי קאמר דמחיים לא מצי מקדיש מעשי ידי' אע"ג דשכיחי ואע"פ שהוא רוצה להעלות לה מזונות כל שהיא אינה רוצה לפי שיכולה היא שתאמר איני נזונת וא"ע אבל לאחר מיתה אפי' מותר אע"ג דלא עביד דאתו ואע"פ שאינו מעלה לה מה שהוא כנגדו קדוש דאדם מקדיש דשלבל"ע וכ"ש מזונות עצמן עכ"ל והיינו דוקא אם אינה רוצה אבל כל שהיא רוצה במזונות ודאי קדוש לר' מאיר כיון דס"ל אדם מקדיש דבר שלבל"ע וכשנעשה עכ"פ הוי קדוש וכן מוכח מהא דפריך אי במעלה לה מזונות ומעלה לה מעה כסף לצרכי' מ"ט דמ"ד לאחר מיתה קדוש ואי

נימא כיון דיכולה לומר א"נ אפי' מה שנעשה כבר לא הוי קדוש לא הוי מקשה מידי אלא ודאי לר' מאיר כל שלא אמרה א"נ וא"ע וכבר נעשה הוי קדוש כיון דס"ל אדם מקדיש דשלבל"ע ולדידן אפי' כבר נעשה ולא אמרה אינו קל משום דאין אדם מקדיש דשלבל"ע וידים לעושיהן לא מצי מקדיש לדידן דס"ל דיכולה לומר א"נ וא"ע ואינו יכול לכופה א"כ אין הידים ברשותו להקדישן:

סעיף ב

ס"ק ד

או שנדרה שלא יהנה ממעשי ידי' ז"ל הר"ן פ' אע"פ ופרכינן ויקדוש מהשתא כלומר מאי ארי' דקתני שמא יגרשנה מהשתא נמי תקדיש ומהדרינן דאלמו' רבנן לשיעבודא דבעל בעודה תחתיו דשויו' כלוקח גמור ולא כמלוה מש"ה לא חייל אלא לכי מיגרשא מיהו משמע דוקא באומרת יקדשו ידי לעושיהן הא לאו הכי אפי' לכי מיגרשה לא חייל דאין אדם אוסר דשלב"ל על חבירו לפיכך אני תמה על הרמב"ם שכתב פי"ב מהל' נדרים אמרה יקדשו ידי לעושיהם או שנדרה שלא יהנה במעשי ידי' אין צריך להפר מפני שידי' משועבדי' לו כו' אבל צריך הוא להפר שמא יגרשנה ותהא אסורה לחזור ע"כ דמשמע דבנדרה נמי שלא יהנה ממעשי ידי' צריך להפר ואמאי הא דשלבל"ע הוא עכ"ל ובכסף משנה פ' י"ב מנדרי' כתב וז"ל ואפשר הי' לומר דהא דכתב רבינו אבל צריך הוא להפר שמא יגרשנה לא קאי אלא לאומרת יקדשו ידי לעושיהן בלבד ויותר נכון לומר דאתרווייהו קאי וטעמא כיון דמסקינין דקונמת קדושת הגוף חייל נמי בדבר שלבל"ע ע"ש וכן כתב הב"י ביו"ד סימן יו"ד ע"ש ואא"ז בתי"ט בפ' בתר' דנדרים כתב ליישב דברי הרמב"ם ע"פ דברי הר"ן עצמו שכתב בספ"ק דנדרים דכל שהזכיר הידים הוי כאומר יקדשו ידי וא"כ ה"נ כיון שנדרה שלא יהנה ממעשי ידיה הרי הזכירה הידים וה"ל כאומרת יקדשו ידי לעושיהן וע"ש שתמה על הר"ן במה שהקשה על הרמב"ם דהא כיון שהזכירה מע"י הרי הזכירה הידים אלא שהקשה על הרמב"ם במ"ש פ"ז מערכין במקדי' מע"י אשתו דלא חייל אלא באומר יקדשו ידיך ואמאי הא כיון שהזכיר הידים ה"ל כאומר יקדשו ידיך וע"ש. ואפשר ליישב לפמ"ש הר"ן ספ"ק דנדרים ז"ל באומר יאסר פי לדיבורי כלומר נעשה כאומר דהא קונם פי מדבר עמך משמע דקונם קאי אדיבור ומשמע נמי דקאי אפה הלכך כיון דסתם נדרים להחמיר אמרינן דאפה קאי ופיו דבר שיש בו ממש הוא ודכותה בש"ס דאמרי' באומר ופירושו נעשה כאומר עכ"ל. וכיון דמשום ספק נדרים להחמיר אתי עלה וא"כ בנדרה שלא יהנה ממעשי ידיה ה"ל ספק נדרים להחמיר אבל בפ"ז מערכין דמיירי בהקדש שהקדיש מעשי ידי אשתו וספק

הקדש מוקמינין ממונא בחזקת מאריה ולהקל וכן כתב הרשב"א בתשו' סימן תרנ"ו דמי שהקדי' דבר בלשון שמסופקי' בו אזלינן לקולא משום דאוקי ממונא בחזקת מארי' וכן פסק הרמ"א סימן רנ"ט ע"ש לכך פסק הרמב"ם דצריך לומר יקדשו ידיך. אלא דבעיקר הדמיון שמדמה בתוי"ט בנדרה שלא יהנה ממעשי ידי' דה"ל כאלו הזכירה הידים. לבי מהסס דע"כ לא קאמר הר"ן אלא באומר קונם פי מדבר עמך או קונם ידי עושה עמך הוא דאיכא למימר דקונם קאי אפה או על ידים העושים אבל באומר קונם מעשי ידי אין זה במשמע כלל על הידים אלא על גוף המע"י ומש"ה שפיר קא מתמה הר"ן על הרמב"ם במ"ש בנדרה שלא יהנה ממעשי ידי' דה"ל דבר שלבל"ע ואין זה אלא כמקדי' פירות דקל או מוכר פירות דקל דליכא ספיקא כלל לומר שמא הקנה הדקל לפירותיו עד שיאמר בפירוש דקל לפירותיו. אמנם בר"ן נדרים דף ט"ז משמע דגם כה"ג שנדרה שלא יהנה במעשי ידי' ה"ל כאילו הזכיר החפץ ע"ש בהא דאמר רבא ישיבת סוכה עלי ז"ל וא"ת וכי אמר ישיבת סוכה עלי מאי הוי הא ה"ל דבר שאין בו ממש י"ל דהכא במאי עסקינין כגון דאמר סוכה לישיבתה עלי כו' אבל בתוס' אמרו דאפי' אמר קונם ישיבת סוכה עלי דלא מקרי דבר שאין בו ממש אלא בשאינו מזכיר שם החפץ שאסר עליו כגון שאני ישן שאני מדבר אבל כשמזכיר החפץ הנאסר דבר שיש בו ממש הוא ולפי זה מאי דאמרי' ריש אע"פ ובפרק בתרא דמכלתין גבי מקדיש מעשי ידי אשתו דמוקי באומר יקדשו ידי לעושיהן לאו דוקא באומר אלא נעשה כאומר עכ"ל וא"כ בנדרה שלא יהנה ממעשי ידי' דהזכירה החפץ נעשה כאומר, אולם נראה דהר"ן לא כתבו אלא בשם תוס' ולדידי' לא ס"ל הך סברא וכן מוכח מדבריו בפ' הנודר מן הירק דף נ"ז במתני' קונם פירות אלו כו' האומר לאשתי קונם מעשי ידיך עלי ע"ש שכתב ז"ל ולא תקשי לך מעשי ידי' דבר שאין בו ממש הוא דאיכא לאוקמי באומר קונם ידיך לעושיהן א"נ מעשי ידי אשתו לאחר שתעשה דבר שיש בו ממש הוא ע"ש וא"כ מוכח דלא ס"ל בהזכיר החפץ שיהיה כמו דבר שיש בו ממש ודוקא בקונם פי מדבר עמך הוא דס"ל להר"ן דה"ל כאילו אמר הקונם על הפה וכמ"ש. ובתוי"ט שם כתב בפשיטות דכל שהזכיר החפץ הוי נדר מן התורה וכתב שם שכן דעת הרא"ש ספ"ק דנדרים והטור סימן רי"ג והרמב"ם פ"ג מהל' נדרים ולזה תמה על הר"ן שהקשה על הרמב"ם בנדרה שלא יהנה במע"י ע"ש. והמעיין ברא"ש שם יראה דמיירי באומר קונם פי מדבר עמך ידי עושה עמך דמוקי לה בש"ס באומר קונם פי לדיבורי וידי למעשה ועיני לשינה ושם כתב הרא"ש דלאו דוקא באומר אלא נעשה כאומר וכן דעת הרמב"ם שם דהוא נדר מן התור' וכן הטור וש"ע יו"ד סימן רי"ג כתבו דהוי נדר אע"פ שלא הזכיר בפי' פי לדיבורי ע"ש וכבר כתבנו לחלק דקונם פי

מדבר עמך שאני די"ל דקונם קאי אפה וכמ"ש. וכן משמע מדברי הרמ"א ביו"ד סימן רי"ג ע"ש בש"ע שכתב ז"ל אבל אם אמר קונם פי מדבר עמך כו' הוי נדר מן התורה וכ"ש אמר יאסר פי לדיבורי כו' וכתב עלה הרמ"א ז"ל האומר קונם דיבור פי עליך או נטילת אבן עלי י"א דהוי נדר הואיל והזכיר הפה והאבן. תא"ו נתיב י"ד. וכן משמע בר"ן בשם התוס' עכ"ל ומה הוסיף הרמ"א על דברי הש"ע כיון דכבר כתב בקונם פי מדבר עמך דה"ל נדר גמור מן התורה אלא ודאי דקונם פי מדבר שאני וכמ"ש אבל קונם דיבור פי ונטילת אבן עלי זה לא כתב אלא בשם תא"ו ובשם הר"ן בשם התוס'. ולפ"ז בנדר שלא יהנה במע"י לא הוי קונם על הידים אלא לדעת הר"ן בשם התוס' ולדעת רי"ו אבל הר"ן לנפשיה לא ס"ל הכי וכמ"ש ואפילו באומר קונם פי מדבר עמך שכתב הב"י דדעת הרמב"ם כדעת הרא"ש ע"ש ביו"ד סימן רי"ג ובלחם משנה כתב שדעת הרמב"ם אינו כן מדכתב פ"ג מנדרים ז"ל לפיכך האומר לחבירו קונם פי מדבר עמך וידי מלעשות עמך ורגלי מלהלוך עמך הרי זה אסור ושינה לשון המשנה דיש הפרש בין אומר פי מדבר וידי עושה דאפשר מה שידי עושה לך יהיה קונם והוי דבר שאין בו ממש אבל כשאומר ידי מלעשות רגלי מלהלוך אין ספק דאידים ורגלים אמר כן ע"ש וכיון דאפשר דאפי' בקונם פי מדבר עמך לא ס"ל להרמב"ם דהוי נדר גמור כ"ש בנדרה שלא יהנה במעשי ידי' דלא מוכח מידי דס"ל להרמב"ם דהוי נדר וכמ"ש. ולכן צריך לומר בדברי הרמב"ם אחת משתי פנים או דנימא דהא דכתב הרמב"ם צריך להפר שמא יגרשנה לא קאי על נדרה שלא יהנה במע"י או נימא דס"ל להרמב"ם דקונם חייל בדבר שלבל"ע וכך היא שיטת התוס' בקדושין דף ס"ג שכתבו דגרסינין קונם שאני עושה בלא יו"ד דאל"כ הוי דבר שאין בו ממש ע"ש ומוכח דס"ל דקונם חייל בדבר שלבל"ע ובש"ע יו"ד סימן רל"ד ז"ל האומרת קונם שאני עושה לפיך יפר אע"פ שהיא משועבדת לו שמא יגרשנה כו' וכתב עלה הרמ"א ז"ל ודוקא שאמרה יקדשו ידי לעושיהן והקשה בש"ך דבאה"ע סימן כ"א שם העתיק המחבר דברי הרמב"ם דכתב בב"י דס"ל דאין צריך לומר יקדשו ידיך לעושיהן והרב לא הגיה שם דבר ע"ש. ונראה משום דכאן אין הכרע בדברי הש"ע דאיכא למימר דיפר לא קאי על נדרה שלא יהנה ממע"י וכמ"ש בכסף משנה ומש"ה לא הגי' הרמ"א כלום אבל ביו"ד דכתב דינא דיפר הגי' דדוקא באומרת יקדשו ידי לעושיהן. ועוד נראה כיון דהרמ"א כבר פסק ביו"ד סימן רי"ג כדברי הר"ן בשם תוס' ורי"ו דאפילו באומר קונם דיבור ונטילת אבן חייל נדרא כיון שהזכיר החפץ א"כ בהא דנדרה ממעשי ידיה כיון שהזכירה הידים ה"ל כאומרת קדשו ידיך לעושיהן אבל שם ביו"ד דכתב בש"ע קונם שאני עושה לפיך יפר דלא הזכירה כלל הידים א"כ ודאי לא חייל נדרא אליב' דכ"ע

לזה כתב רמ"א דדוקא באומרת יקדשו ידי לעושיהן וה"ה באומרת יקדשו מעשי ידי כיון דהזכירה החפץ ה"ל לדעת הרמ"א כאומרת יקדשו ידי. ודעת הש"ע שכתב קונם שאני עושה לפיך יפר היינו משום דס"ל דקונמת חייל אפילו בדבר שלבל"ע וחל הקונם על המעשה שתעשה והרמ"א נראה דס"ל דלא חייל קונם בדבר שלבל"ע ומש"ה ס"ל דצ"ל יקדשו ידי לעושיהן וכדעת הר"ן פ' אע"פ אבל בהך דהכא שנדרה שלא ליהנות ממעשי ידיה כיון שהזכירה הידים ה"ל כאילו אמר יקדשו ידי וזה נכון וברור והב"י שהוכיח מדברי הרמב"ם דקונם חייל בדבר שלבל"ע אע"ג דביו"ד סימן רל"ט בב"י הביא סברת הר"ן בשם התוס' נראה מדלא הביאו בש"ע לא ס"ל הכי אלא דוקא באומר קונם פי מדבר עמך אבל קונם דיבור פי לא וכמ"ש ועוד נ"ל לחלק דדוקא באומר נטילת אבן עלי או דיבור פי עליך דה"ל האבן והפה חפץ האיסור ה"ל כאלו הזכיר החפץ והוי כאילו קונם פי מלדבר אבל נדרה ממעשי ידי' דאין הידים חפץ הנאסר אלא המעשי ידי' והם נבדלים ומופרשים מן הידים ומש"ה אינם ענין להזכרת הידים וא"כ אפש' דאפי' לדע' רי"ו והר"ן בשם תוס' כה"ג ה"ל דשלבל"ע דאוסרת רק המעשי' ידי' שהוא נבדל מן הידים אלא דלא משמע הכי מדברי הר"ן שכתב ז"ל ולפ"ז הא דאמרי' בפ' אע"פ ובפ' בתרא דמכלתין גבי מקדיש מעשי ידי אשתו דמוקי באומר יקדשו ידיך לעושיהן לאו דוקא אלא נעשה כאומר קאמר וע"ש. ולפי מ"ש במקדיש מעש"י אשתו הוכרח לומר באומר יקדשו ידיך דמע"י נבדל מהידים ואינו ענין עמהם משא"כ נטילת אבן או דיבור פי דנמשך האיסור עם החפץ דהיינו הפה והאבן. ולולא דברי הר"ן נראה דתוס' מודו במעשה ידי' דלא הוי כמו הזכרת החפץ וכמ"ש דבש"ס מוכח להדיא דבאומר דוקא קאמר ולא נעשה כאומר לה יקדשו ידיך לעושיהן ופריך והא לא אמר לה הכי ומשני כיון דשמעינן לי' לר' מאיר דאמר אין אדם מוציא דבריו לבטלה נעשה כאומר לה יקדשו כו' וא"כ אי נימא דכל שהזכיר החפץ לעולם נעשה כאומר יקדשו ידיך א"כ מאי פריך והא לא אמר הכי דהא כיון שהזכיר החפץ לדידן נמי אף דס"ל דאדם מוציא דבריו לבטלה מ"מ הוי כאומר בגוף החפץ אלא ע"כ דלא אמרי' נעשה כאומר בגוף החפץ גבי מעשי ידי' וכמ"ש כיון שהמע"י נפרש ונבדל מן הידים ואין ענין זה לזה ולא שייכי בהו ודו"ק. והרמ"א שלא הגי' כאן היינו משום דנמשך אחר דברי הר"ן דס"ל בשיטת התוס' דגם במעשי ידי' כשמזכיר הידים ה"ל כהזכרת גוף החפץ וכו', ובש"ך יו"ד סימן רצ"ד ס"ק פ"ו כתב ז"ל קונם שאני עושה לפיך כתבו תוס' פ' אע"פ ריש דף נ"ט אפילו אי גרסינן שאיני לא הוי דבר שאין בו ממש דהא תנן קונם שלא אתן תבן לפני בקרך אינו יכול להפר וצ"ע דהא תנן בספ"ק דנדרים האומר לחבירו קונם פי מדבר עמך כו' ועוד דאפילו אמרה קונם

שאני עושה לפיך דהא התם קאמר קונם ידי עושה עמך ואפ"ה אי לאו דנעשה כאומר יאסר ידי לעושיהן כו' הוי דבר שאין בו ממש כו' אלא דיש לומר בזה כיון שאמרה שאני עושה קאי אדבר שתעשה ממש כו' ע"ש. הנה מ"ש דקונם שאני עושה הוי דבר שיש בו ממש כן הוא מבואר בר"ן להדיא פ' הנודר מן הירק דף נ"ו במתני' קונם פירות האלו כו' האומר לאשתו קונם מעשה ידיך עלי וכתב הר"ן שם ז"ל ולא תקשי לך מעשי ידי דבר שאין בו ממש הוא דאיכא לאוקמי באומר קונם ידיך למעשיהן אי נמי מעשה ידי אשתו לאחר שתעשה דבר שיש בו ממש הוא עכ"ל ועיין מ"ש בספרי קצה"ח סימן ש"ו דמבואר שם אצלינו דלפי מ"ש הרא"ש בתשו' כלל מ"ב סימן ו' ז"ל ששאלת הנותן טבלא לאומן לצייר עלי' ציורין ששוחקין עלי' באיסקונדרא ואסרה על בעלי' לאחר שציירה קודם שפרע לו שכרו אם יש כח בידו לאסרה. תשובה כיון דקי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי כו' אין לו כח לאסור הכלי וא"כ אפי' גרסינן שאני בלא יו"ד היכי חייל על מעשי ידי' לאחר שתעשה כיון דלאחר שנעשה לאו דידה היא דהא קי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי ולכתחלה רשאה לאפות ולבשל שהרי לא אסרה אלא מעשי ידי' לאחר שתעשה ואמנם בדברי הר"ן שכת' דמע"י הוי דבר שיש בו ממש דלאחר שתעשה יש בו ממש ניחא שפיר דהתם קאי בבעל שאוסר על עצמו מע"י אשתו והיא יכול לאסור עליו לאחר שתגמור מלאכתה אבל האשה היאך יכולה לאסור על הבעל מעשי ידי' דקודם שעשתה אין בו ממש ולאחר שעשתה אינו שלה אלא של הבעל דאין אומן קונה בשבח כלי לזה כתבנו שם דתוס' לשטתייהו דס"ל דאומן דאומן קונה בשבח כלי וכמ"ש הרא"ש פ"ב דקידושין בשם ר"ת והר"י ע"ש וא"כ ניחא קונם שאני בלא יו"ד דחייל על מע"י לאחר שתעשה דה"ל דבר שיש בו ממש ותוכל לאסורם ע"י לכשתעשה דאומן קונה בשבח כלי ע"ש לפ"ז תקשי בדברי הרמב"ם שכתב או שנדרה שלא יהנה ממעשי ידי' דנהי דס"ל דקונמות חייל בדשלבל"ע וכמ"ש הב"י מ"מ מאי מהני לי' כיון דאין אומן קונה בשבח כלי לדעת הרמב"ם וכן דעת הש"ע בח"מ סימן ש"ו וא"כ היכי מצי' אסרה מעש"י לאחר שתעשה כיון דאינה שלה לאחר שתעשה במלאכה לדעת הרמב"ם והש"ע דאין אומן קונה בשבח כלי. ולכן נראה דנדרה שלא יהנה ממע"י היינו שנדרה ואסרה עליו הנאת מעשה ידי' שלא יהנה ואע"ג דהנאה הוי דבר שאין בו ממש עכ"פ מדרבנן מתסר אפילו בדבר שאין בו ממש וא"כ אין האיסור על מעשי ידי' אחר שתעשה אלא האיסור הוא על ההנאה שלא יהנה הבעל והיינו שלא תעשה בשבילו ודו"ק. ובתו' דכתבו שאיני ביו"ד כו' משמע דשאני בלא יו"ד הוי נדר גמור מן התורה ומשום דחייל על המע"י לאחר שתעשה היינו משום דס"ל לתוס' דאומן קונה בשבח כלי וס"ל דקונמות חייל בדשלבל"ע דאי מדרבנן

א"כ שאיני ביו"ד נמי מדרבנן מתסר וכדעת הרמב"ם שנדרה שלא יהנה ממעשה ידי' היינו שאסרה הנאתו ממעשה ידי' וא"כ אינה רשאה לעשות מלאכה בשבילו ומדרבנן בלבד הוא דאסור משום דכה"ג הוי דבר שאין בו ממש ודו"ק:

ס"ק ה

אבל צריך הוא להפר בסוגי' ר' עקיבא אומר יפר שמא תעדיף עליו יתר מן הראוי וכתבו תוספות דקסבר העדפה ע"י הדחק הוי לאשה וא"ת והיאך יוכל להפר הא אין זה מדברים שבינו לבינה כו' אי נמי גם חלקה משועבד לו שילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות וא"ת א"כ איך יכולה להדירו כיון דמשעבדא לי' דאלמו' רבנן לשיעבודי' דבעל כדאמרי בסמוך וי"ל דדוקא בעיקר מעשי ידי' הוא דאלמו' שהם לבעל לגמרי אבל הכא דלאו דידיה נינהו אלא לפירות בעלמא לא אלמו' עכ"ל וקשה לפי מ"ש בתה"ד סימן ער"ב דבנכסי מלוג שהקדישה אלמו' רבנן לשיעבודא דבעל כיון שהוא אוכל פירות וידו עדיפא מידה אינה יכולה לאסור עליו ע"ש וכ"כ רמ"א סימן צ' סעיף יו"ד ע"ש א"כ הדרא קושי' תוס' לדוכתה היאך יכולה להדירו כיון שהבעל אוכל פירות ולדעת התה"ד גם בקנין פירות אלמו' רבנן לשיעבודי' שוב ראיתי בב"ש סימן צ' ס"ק מ' שהרגיש בזה והזכירו ברמיזה ע"ש שכתב ז"ל ועיין בתה"ד סימן ער"ב ובתוס' פ' אע"פ ד"ה ר' עקיבא ע"ש. ולולא דברי התוס' נראה לענ"ד דזה הוה כנכסים שאינן ידועים לבעל היינו שלא נודעו לבעל בין נפילה למכירה דאם מכרה אותן קודם שידע בהם מכרה קיים וכדאי' בש"ס פ' האשה שנפלו ד' ע"ח וכ"פ בש"ע סימן צ' סעיף י"א ע"ש וכאן שהקדישה את העדפה קודם שעשתה ה"ל כמוכרת קודם שנודעו לבעל דמכרה קיים דמה לי מכרה מה לי הקדישה ושוב אין לבעל פירות ודו"ק (וגם בדברי התוס' יש לפרש דלא תקשי על תה"ד דבתה"ד איירי שהקדישה קרקע נ"מ שלה דכבר זכה בהן בעל וידו עדיפא מידה אף שאין לו בהן אלא פירות מ"מ להא מלתא עשו ידו עדיפא מידה ואלמו' לעשותו כלוקח גמור ולא חייל נדרה משא"כ בתוס' דאיירה שהקדישה ידי כדאוקמי' בגמ' ובידים ע"כ אין לו קנין כמ"ש מרן ז"ל לעיל ובס"ק שאח"ז אלא דלגבי מע"י אלמו' רבנן לשיעבודיה אבל לגבי העדפה דאין לו בהם אלא פירות חייל נדרא אידים ומפקיע לשיעבוד' דקונם מפקיע מידי שיעבוד שאין לו על הידים אלא שיעבוד בלבד וכיון דקונם מפקיע תו לית לי' העדפה משא"כ בנ"מ שכבר עשאוהו כלוקח וידו עדיפא מידה פשיטא דלא חייל נדרה וה"ה בהעדפה שכבר עשתה זכה בהן בעל לפירות ולא חייל נדרה אלא בידים להעדפה לא אלמו כיון דאין לו בידים אלא שיעבוד להעדפה ובהעדפה גופה אין לו אלא פירות וקונם מפקיע וז"ב):

ס"ק ו
שמא יגרשנה ותהא אסורה לחזור לו. בנדרים דף פ"א תני נדרי' שיש בהם עינוי נפש יפר כו' שלא אכחל ושלא אשמש מטתי יפר משום דברים שבינו לבינה שלא אציע לך המטה ושלא אמזוג לך הכום ושלא ארחוץ פניך ידיך ורגליך אין צריך להפר כו' אמר מר ושלא אשמש מטתי יפר משום דברים שבינו לבינה הכי דמי אי דאמרה הנאת תשמישי עליך למה לה הפרה הא משעבדא לי' אלא באומרת הנאת תשמישך עלי כו' והקשה בפרישה ביו"ד סימן רל"ד בהא דפסק כן בטור שם באומרת הנאת תשמישי עליך אין צריך להפר משום דמשעבדא לי' ואמאי אינו מפר שמא יגרשנה ותהא אסורה לחזור לו וכן גבי שלא ארחץ ואציע מטתך דפסק ג"כ בטור דא"צ להפר ואמאי לא יפר שמא יגרשנה ועמ"ש בט"ז שם ליישב ועמ"ש בקצה"ח סימן קי"ז סק"ו על דברי הט"ז. ונלע"ד דודאי מה דאמר ר' יוחנן בן נורי יפר שמא יגרשנה צריך טעמא כיון דהשתא לא חייל דאלמו' רבנן לשיעבודיה היכי חייל לאחר זמן הא הוי דשלבל"ע ובשטה מקובצת כתב בשם הרמב"ן ז"ל אע"ג דאלמו' רבנן ולא חייל מכל מקום מתלא תלי וקאי וכי משכח דוכתא חייל ע"ש. והרשב"א בחידושיו כתב בשם ר"ת ז"ל וכיון דלא חיילא אלא בתר דנפקא משיעבודא דבעל לא חייל מהשתא אלא כמקדיש גוף הידים דמעשי ידי' אגידי בי' וחייל עלי' נדר ומפקע מידי שיעבוד כדרבא הלכך חייל נדרא אידים ומהשתא לא קדיש מעשי ידי' דאלמו' רבנן לשיעבודי' דבעל כל כך גבי מעשי ידי' ולא גבי ידים עצמן הלכך כיון דאיהי מיקדשה גוף הידים ודינא הוא דחייל עלי' הקדש כדרבא אע"ג דמהשתא לא קדשי דאלמו' רבנן לשיעבודא דבעל גבי מעשי ידי' גוף הידים מיהא קדיש כדינו כך מפרש ר"ת עכ"ל, גם בשטה הביא דברי ר"ת הנ"ל ומש"ה בקונם שאני עושה לפיך דאומרת יקדשו ידי לעושיהן סגי לן במאי דאלמו' רבנן לשיעבודי' דבעל גבי מעשה ידי' דלשתרי בהו אבל גבי ידים גופייהו אוקמו' אדינ' דחייל עלייהו נדרא דקונמת מפקיע מידי שיעבוד וכיון דידים מהשתא קדשי ולא אלמו' רבנן לשיעבודי' אלא גבי מעשה ידי' דנפקי מידי' א"כ לאחר שיגרשנה חייל גם על מע"י ולא הוי מקדיש דשלבל"ע כיון דאידים גופייהו אף מעיקרא חייל והוי כמו גוף מהיום ופירי לאחר זמן אבל באומרת קונם תשמישי עליך דכופה ומשמשתו משום דמשעבדא לי' ומיירי ג"כ באומרת קונם גופי לתשמישך דאל"כ לא הוי חייל דה"ל דבר שאין בו ממש וכמ"ש הרשב"א הביאו ב"י ביו"ד סימן רל"ד וכ"כ התוס' שם וכיון דאמרי' דאלמו' רבנן לשיעבודי' ע"כ אלמו' שלא יהי' חל על גופה כלל דאם הי' גופה נאסר ודאי אסור בתשמיש כיון שאין כאן דבר הפורש מן הגוף כמו במעשה ידי' שנוכל לומר דלא אלמו' אלא במה שיצא מגוף הנאסר

אלא ודאי אלמו' לשיעבודי' שלא יחול הנדר על הגוף כלל וכיון שכן אף לאחר גירושין תו לא חייל משום דמי איכא מידי דהשתא לא חייל ולבתר הכי חייל דה"ל דשלבל"ע משא"כ במעשה ידי' די לנו לאלומי לשיעבודי' גבי מעשה ידי' היוצאין מן הידים ולא בידים עצמן וכיון דחייל נדרא בידים עצמן בעודה תחתיו ממילא לאחר שנתגרשה חל גם על המע"י:

ומה"ט נמי גבי שלא אציע מטתך ולא אמזוג כוס ולא ארחוץ פניך דכל הני מילי לא שייכי אלא בגופה ממש וכי אמרי' אלמו' רבנן לשיעבודיה שלא יהיה נדרה מועיל ע"כ אלמו' לשיעבודא דגופה ממש שלא יהיה חל על הגוף א"כ אף לאחר שיגרשנ' תו לא חייל דה"ל דשלב"ע דדוקא במע"י נפרד שהוא דבר ויוצא מן הידים סגי לן לאלומי לשיעבודיה במע"י היוצאי' מן הידים ובידים עצמן אוקמינן אדינא אבל בהנך נדרים דכולהו אינן אלא בגופה בלבד ואין כאן דבר היוצא מן הגוף כי אלמו' לשיעבודי' שלא יחול הנדר ודאי דעל גופה לא חייל וכיון דהשתא לא חייל לאחר גירושין נמי לא חיילא דה"ל דשלבל"ע ודו"ק היטב:

סימן פב

סעיף א

ס"ק א

נדרה שלא להניק את בנה פ' אע"פ נ"ט בגמ' ומניקה את בנה לימא מתני' דלא כב"ש דתניא נדרה שלא להניק את בנה ב"ש אומרים שומטת דד מפיו וב"ה אומרים כופה ומניקתו כו' אפילו תימא ב"ש הכא במ"ע כגון שנדרה היא וקיים לה הוא וקסברי ב"ש הוא נותן אצבע בין שיני' וב"ה סברי היא נתנה אצבע בין שיני' ונפלגי בכתובה בעלמא אלא מחוורתא מתני' דלא כב"ש. וכתבו התוס' ד"ה כגון שנדרה היא וקיים לה הוא ז"ל שאסרה הנאת הנקה על עצמה שהיא נהנית בהנקה כו' אבל ליכא למימר דאסרה הנאת יניקה עליו כיון דמשעבדא לי' אין הנדר חל והשתא פליגי ב"ש סברי הוא נתן אצבע בין שיניה הלכך אין כופה להניק פי' להשכיר מינקת וב"ה סברי היא נתנה אצבע בין שיני' וכופה להניק שתשכיר לו מינקת או תצא בלא כתובה עכ"ל, ובתשו' מהרי"ט ח"א כתב וז"ל וכן ההוא דקונם שאני עושה לפיך יכולה היא לאסור עליו מע"י בקונם שאם היו לה מעות ממקום אחר היתה יכולה ליתן לו דמי משקל חמש סלעים ולהכי אי לאו דאלמו' רבנן לשיעבודי' דבעל הי' הנדר חל כו' וכן משמע נמי מדברי התוס' פ' אע"פ שכתבו דאין לפרש שאסרה הנאת יניקה עליו דכיון דמשעבדא לי' אין הנדר חל כו' א"כ

יכולין אנו לפרש ההיא ברייתא דנדרה שלא להניק את בנה בנדרה הנאת יניקה עליו דב"ש סברי כיון דהוא נתן אצבע בין שיני' שיקיים לה לא עבדי רבנן תקנתא וב"ה סברי היא נתנה כו' אלמו' רבנן לשיעבודיה אלא משמע דכל כה"ג לא חייל כלל אפילו קיים לה אין קיומו קיום והנאת יניקה לא מצי לסלוקי בזוזי בשום צד אי לאו דלאו אורחא דידי' או דידה ע"כ להניק ואפילו אם תרצה להשכיר מינקת לאו כל כמינה וכיון שכן אין בידה לאסור הנאת יניקה עליו ואפילו קיים לה אין הנדר כלום עכ"ל ועיין מ"ש בזה בסימן פ' סק"א:

והנה מדברי תוס' כאן משמע דיכולה לשכור מינקת דהא כתבו דהא דכופה ומניקתו היינו לשכור מינקת או תצא בלא כתובה ואי נימא דאינה יכולה לשכור מינקת היכי תני כופה ומניקתו ה"ל למימר תצא שלא בכתובה כיון דאסרה הנאת יניקתה על עצמה ה"ל כמורדת ממלאכה ותצא שלא בכתובה כיון דאי אפשר בכפיי' וכמו בנדרה שלא לארוג בגדים נאים לבנו דתצא שלא בכתובה ועיין בשטה מקובצת פ' אע"פ דף ס"ג למ"ד מורדת ממלאכה לא הוי מורדת משום דאפשר לכופה בשוטי' לעשות ואע"פ שאמרו שלא תארוג בגדים נאים לבניו תצא בלא כתובה שאני התם שנדרה ואי אפשר לכופה ע"ש וא"כ אי נימא דלא מהני לה שכירת מינקת כי נדרה שלא להניח תצא שלא בכתובה דהא הוי' מורדת שא"א לכופה אלא ודאי משמע דיכולה לשכור מינקת ובעיקר קושית מהרי"ט דה"ל לתוס' למימר דנדרה שלא להניק היינו דאסרה הנקתה עליו ואי משום דמשעבדא לי' לימא דבהא פליגי דב"ש סברי הוא נותן אצבע בין שיני' ולא אלמו' רבנן לשיעבודי' וב"ה סברי היא נתנה כו' ומש"ה אלמו' רבנן לשיעבודי' כבר כתבנו בזה בסימן פ' דכיון דמשעבדא לי' ואלמו' רבנן לשיעבודיה תו אינו צריך להפר ואין כאן נתינת אצבע כלל אמנם עתה ראיתי בשטה מקובצת בסוגי' שם וז"ל ורש"י ז"ל במהדורא קמא תירץ עיקר קושיין בדרך פשוט וברור כדרכו ז"ל שכתב וז"ל וקיים לה איהו שלא הפר לה כלום ביום שמעו וכסברי ב"ש הוא נתן אצבע בין שיני' כלומר דומה כאלו הוא הדירה מלהניק ואזיל לי' שיעבודי' לפיכך שומטת דד מפיו וב"ה סברי היא נתנה אצבע כו' ואין שומעין לה להפקיע שיעבוד בעלה עכ"ל ואפשר דהתוס' דחיקא להו לפרושי הכין דאי אין כאן נדר משום דמשעבדא לי' מה מהני שתיקתו פשיטא דכל שאין צריך להפר הוא שותק וכמש"ל:

ולענ"ד נראה לפמ"ש בתשו' מהר"ם בר ברוך סימן ע"ז ובתשו' הרשב"א סימן תתע"ג במלמד שאצל בעה"ב ואמר לו הבעה"ב לך מעמדי ונתרצה המלמד דיכול הבעה"ב לחזור בו ולעכבו ומשום דאינו יכול למחול שיעבודו של הנער ע"ש וא"כ ה"נ אף אי נימא

דהוא נתן אצבע בין שיני' ודומה כאלו הדירה הוא ונתרצה לזה דבזה שוב לא אלמו' רבנן לשיעבודי' מ"מ אינו יכול למחול שיעבודו של תינוק דמשעבדא להניק לתינוק ומש"ה הוכרחו התוס' לפרש שאוסרת הנאת יניקה על עצמה ודו"ק (ולכאורה איכא לאקשויי דהא לגבי תינוק לא אלמו' רבנן לשיעבודא דתינוק וקונם מפקיע ולא דמי להא דתשו' הרשב"א דהתם לא נדר רק שמחל האב לכך לא מהני משא"כ הכא שנדרה אלא דאלמו' לשיעבודי' דבעל והכא הרי נתרצה ונראה בכוונת מורי ז"ל שרצונו לומר כמו במלמד שלא חייב עצמו לתינוק כלל ואפ"ה אמרי' דזכה התינוק בזה שנתחייב להאב ותו לא מצי מחיל האב ה"נ כיון דתקנו רבנן הנקה ואלמו' לשיעבודי' דאב זכה הבן באותו זכות עצמו ובמאי דאלמו' רבנן לשיעבודי' וא"כ אף אם נאמר דהוא נתן אצבע בין שיני' ונתרצה לא אלמו' רבנן לשיעבודי' מ"מ הבן לא נתרצה וכבר זכה באותו שיעבוד עצמו עם היפוי כח ודוק:) וע"ש עוד בש"מ שכתב וז"ל לימא מתני' דלא כב"ש כו' דבנודרת ממש ואוסרת הנאת יניקתה על בעלה והא דתנן אבל זן את בניו התם בזן מחמת עצמו ומשום דאינו אלא מבריח ארי מנכסיו וגרמת הנאה בלחוד אבל הכא בדיני כפיי' אייריי כדתני' וב"ה אומרים כופה ומניקתו ובכי הא ודאי אסור כו' משום דשליחותיה קא עבדא וכ"ש הכא שהבעל כופה להניק ולהאי טעמא ה"נ אלי רצתה להניק מדעת עצמה מותר והא דקתני שומטתו דד מפיו אלו רצה הבעל לכופה קאמר ע"ש:

ולישנא דשומטת דד מפיו משמע דאפילו מחמת עצמה אסורה להניק דהא למסקנא סברי ב"ש דאשה אינה משועבד' להניק א"כ היכי קאמרי שומטת דד מפיו אם רצה הבעל לכופה הא אפי' בלא נדר אינו יכול לכופה אלא ודאי פי' שומטת דד ר"ל שאסורה אפי' בלא כפי':

לכן נראה לענ"ד דודאי במודר הנאה מחבירו אמרו דזן את בניו ובנותיו הקטנים ופורע חובו משום דה"ל מבריח ארי וגרמת הנאה בעלמא אבל במדיר בפירוש דלא יזון בניו ובנותיו ושלא יבריח ארי מנכסיו חייל נדרי' שפיר דהא אפילו זריקת צרור קונם עלי אסור אע"ג דאין הנאה בזריקה וכמבואר בר"ן פ"ב דנדרים דף ט"ז ע"ש כ"ש הכא שאסרה יניקתה על בעלה ה"ל כאלו אמרה הנאת הברחת ארי עליו קונם דנמי אסור ודו"ק:

ועוד נראה דבנדרה שלא להניק ואסרה דדי' להנאת חלבה אסורה לכל העולם וגם על התינוק נאסר החלב ואסור להאכיל לתינוק בידים דברים האסורין לו וכן משמע מדברי השטה שם בשם תלמידי רבינו יונה ע"ש והנה באו"ה שער מ"ח סימן ח' כתב ז"ל וכתב הרמב"ם פי"ז מה' מ"א קטן שאכל אחד מדברים אסורים אפילו מדאורייתא אין הב"ד מצווין להפרישו כו' ואע"פ שאין הב"ד מצווין להפרישו מצוה על אביו לגעור בו

ולהפרישו כדי לחנכו כו' והני מילי בבר הבנה אבל בתינוק מייתי בסמ"ג מהירושלמי דע"א דתינוק יונק והולך מהעכו"ם ומן הבהמה הטמאה ומביאין לו חלב מכל מקום ואינו חושש לא משום שקץ ולא משום טומאה עכ"ל ומדכתב מביאין לו חלב מכל מקום משמע לכאורה דאפילו בידים מאכילין אותו קטן שאינו בר הבנה אבל זה ודאי ליתי' דאפילו אינו בר הבנה אסור להאכילו בידים ואפשר הא דמביאין לו חלב מ"מ לאו בודאי חלב טמא קאמר דזה אסור מדאורייתא ואסור להאכיל בידים אפילו לקטן בן יומו אלא דחלב בעי שומר דליהוי ידוע שהוא טהור ולא נתערב בו טמא אבל לקטן מביאו ואינו חושש משום חלב טמא דאינו אלא איסור דרבנן דרוב חלב טהור הוא ועיין ש"ך יו"ד סימן קי"ט ובאיסור דרבנן דעת הרשב"א דמותר להאכילו בידים הובא בנימוקי יוסף פ' חרש ובר"ן ס"פ כל כתבי ע"ש:

ובמגן אברהם סימן שמ"ג כתב בשם הרוקח דאשת כהן מעוברת מותרת ליכנס באהל המת דס"ס הוא שמא זכר או נקבה ושמא נפל הוא וכתב עליו ז"ל וצ"ל דבלא"ה מותר דטהרה בלועה אינה מיטמא כדאי' משנה ה' פ"ז דאהלות ובחולין פ"ד וכן פסק הרמב"ם סוף הל' טומאת מת דלא כר' עקיבא וכן דעת הראב"ד וצ"ע עכ"ל ומזה ג"כ מוכח דלהאכילו בידים אפילו לתינוק בן יומו נמי אסור ומה שהקשה במג"א דהא טהרה בלועה היא ולא מיטמא נלענ"ד לפי מה דאמרי' ביבמות דף ע"ח אי נימא עובר לאו ירך אמו הוא אלא הא דאמר רבא נכרית שנתגיירה מעוברת בנה אין צריך טבילה ואמאי אין צריך טבילה וכ"ת משום דר' יצחק דאמר ר"י ד"ת רובו ומקפיד עליו חוצץ רובו ואינו מקפיד עליו אינו חוצץ והאמר רב כהנא לא שנו אלא רובו אבל כולו חוצץ שאני עובר דהיינו רביתי' ופירש"י ולאו חציצה היא ע"ש הרי לפנינו דכיון דהיינו רביתי' לא הוי חציצה ועלתה טבילת האם לעובר א"כ ה"ה בנכנסה לאהל המת נטמא גם העובר ולא הוי טהרה בלועה דכשם שאין האם חוצצת לטהרה ה"ה לטומאה והתם בפ' בהמה המקשה דף ע"א גבי בלע טבעת טהורה ה"ל שפיר טהרה בלועה דלאו היינו רביתי' וכן עובר במעי אשה טהורה כיון שמת ולדה בתוך מעי' ה"ל כמאן דמנח בדיקולא וכמ"ש תוס' פ' יוצא דופן דף מ"ד ד"ה איהו מיית ברישא ע"ש שכתבו דוקא היכא דאמו חי' לא מיחייב על העובר עד שיצא ראשו שתלוי קצת בחיי אמו אבל היכא דמתה חייב משום דכמונח בקופסא דמי ע"ש וא"כ ה"ה היכא שהעובר מת בחיי אמו דשוב אינו תלוי בחיי אמו תו לא הוי רביתי' וה"ל כמו טבעת דהוי טומאה בלועה אבל כששניהם קיים עובר במעי אמו היינו רביתי' ולא הוי חציצה לטהרה וה"ה לטומאה ונטמא העובר כשנכנס'

באהל המת דכיון דהיינו רביתי' לא הוי טהרה בלועה ואי הוי זכר ודאי היו מוזהרין עליו שלא לטמאו בידים וזה נכון:
ומכ"ש אי אמרי' עובר ירך אמו הוא דלא הוי טהרה בלועה ועיין בלח"מ פ"ד מפסולי המוקדשין אבל כשמת העובר לא שייך עובר ירך אמו משום דה"ל כאלו מונח בדיקולא מש"ה ה"ל טומאה בלועה ודו"ק היטב:
ובב"י בא"ח סימן שמ"ג הביא בשם הרשב"א והר"ן דבכל מידי דהוי רביתי' דתינוק כגון אכילה ושתיה מותר להאכילו בידים אבל מידי דלא צריך ליה לא דהא אסור לינק אחר כ"ד חדש ע"ש א"כ א"ש טפי דברי הירושלמי דמביאין נו חלב מ"מ ואינו חושש לא משום שקץ ולא משום טומאה דהיינו רביתיה ובאו"ה שער מ"ה משמע דרוב חלב טמא אלא משום דהינו רביתי' ולפ"ז בנדרה שלא להניק לא היה איסור על התינוק מחמת נדרה וכמ"ש בשם תלמידי רבינו יונה דהיינו רביתי' דתינוק אלא דאפשר דבזה אין הכרח לתינוק כיון דאפשר במינקת אחרת וא"כ ה"ל חלב טמא אסור להאכיל בידים לתינוק כיון דאפשר בחלב טהור:

ס"ק ב

כופין אותה ומניקתו. כתב בח"מ אם נדרה שאסרה הנאת יניקה על עצמה שהיא נהנית בהנקה כו' אז הנדר חל וצריכה לשכור לו מינקת ע"ש וב"ש כתב כיון שהוא לא היפר קי"ל הוא נותן אצבע בין שיני' והוא חייב שכר הנקה אע"ג דאוקמה שם אליבא דב"ה היא נתנה כו' לא קי"ל הכי לפי המסקנא ותימא על ח"מ שכתב אם לא הפר דהיא חייבת שכר הנקה וליתי' עכ"ל:
ונראה דזה תלי' במחלוקת הרמב"ם והר"ן בנדרה ולא הפר דקי"ל הוא נותן אצבע בין שיני' דלדעת הרמב"ם כל שנדרה היא אם אמר לא איכפת לי במה שנדרה תשב תחתיו ואם ירצה להוציאה יתן כתובה ולמ"ד היא נתנה אצבע תצא שלא בכתובה והר"ן נחלק עליו וס"ל דכל שהוא נותן אצבע כופין אותו להוציא וליתן כתובה וא"כ לדעת הרמב"ם למ"ד הוא נותן אצבע בין שיניה אין הבעל מפסיד משלו כלום אלא שאינו יכול להפסיד אותה ג"כ כלום דאילו למ"ד היא נתנה אצבע מפסידה כתובתה כדאמרי' תצא בלא כתובה אבל אי אמרי' הוא נתן כו' אינה מפסידה כלום אם ירצה להוציאה אבל הוא אינו מפסיד זכותו בשום אופן וא"כ כשנדרה ואסרה הנאת יניקה על עצמה שאינה יכולה להניק צריכה לשכור מינקת כיון דמישעבדא לי' לבעל להניק או לשכור מינקת דיכולה היא לסלק בשכירות מינקת וכמ"ש לעיל סימן פ' סק"א ע"ש וכיון דהו' אינה יכולה להניק משום נדרה כופין אותה לשכור מינקת תחתי' ולא מפסיד הבעל משיעבודיה

מידי שכך היא המדה אליבי' דהרמב"ם ז"ל דבמה שנתן אצבע בין שיני' לא מפסיד מידי אלא שאינו יכול לומר אי אפשי באשה נדרנית כלומר שתצא בלא כתובה זה אינו יכול אבל איהי מדידי' לא מפסיד ג"כ מידי והא דאוקי פלוגתא דב"ש וב"ה בהוא נותן אצבע כו' צריך לומר לדעת הרמב"ם דמיירי דאסרה הנאת יניקתה על בעלה דלמ"ד היא נתנה לא חייל נדרה דאלמו' רבנן לשיעבודיה דבעל ולמ"ד הוא נתן כו' לא אלמו' לשיעבודי' וכמו שפירש"י במהדורא קמא הובא לעיל סק"א וע"ש ולשיטת הר"ן דלמ"ד הוא נותן אצבע כופין אותו להוציא וליתן כתובה נמצא שהבעל מפסיד כל זכותו במה שלא הפר פשיטא דמפסיד הבעל הנקתה ג"כ כיון דהוא נתן אצבע בין שיני' ובח"מ נראה דס"ל כדעת הרמב"ם כמבואר בדבריו סימן ע"ד ס"ק י"ד ע"ש דמפרש דגם הב"י בש"ע ס"ל כדעת הרמב"ם דאין כופין אותו להוציא ומשום הכי אע"ג דקי"ל הוא נותן אצבע בין שיני' לא מפסיד הבעל מידי ועל האשה מוטל או להניק בעצמה או לשכור מינקת ואם אסרה על עצמה הנאת יניקה ואינה יכולה להניק בעצמה צריכה לשכור מינקת ודו"ק:

סימן פג

סעיף א

ס"ק א

השבת והרפוי לבעלה. ובטור משום דמעשה ידי' שלו והרי היא מתבטלת ממעשי ידי' ע"ש והוא באשר"י ר"פ מציאת האשה ז"ל הא דלא תני שבת דמלתא דפשיט' הוא דהוי דבעל שהיא מתבטלת ממעשי ידי' עכ"ל ע"ש וכ"כ הרשב"א ז"ל בושתה ופגמה שלה איכא דקשי' לי' פגמה מאי ניהו חבלה ליתני צער וריפוי ושבת ובושת וא"ל צער פשיטא דלא תקינו לי' רבנן כיון דאית לה צערא בגוה ולדידי' לית לי' צערא וריפוי ושבת לא מתני דריפוי דרופא בעי למיתן לי' כו' ושבת נמי ממעשה ידי' הוא ושלו הם והיכא דאמר לה צאי מעשי ידיך במזונותיך או שאמרה היא איני ניזונית ואיני עושה פשיטא דדידה הוי הלכך לא אצטריך למיתני אלא בושת ופגם פלוגתא דר' יודא ורבנן עכ"ל. אמנם דעת התוס' נראה דאין השבת לבעל ע"ש דף ס"ה ד"ה שלה ז"ל למ"ד בהחובל דף פ"ו בקוטע יד עבד עברי של חבירו ינתן הכל לעבד וילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות אתי שפיר דה"ל הכל לאשה וילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות אבל למ"ד ינתן שבת גדולה לעבד ושבת קטנה לרב צריך לחלק בין עבד לאשה עכ"ל ובשטה מקובצת כתב ז"ל צריך לחלק בין עבד לאשה דעבד הואיל וקנאו בדמים תקנו לרב שבת קטנה אבל גבי אשה דמה שמעשה ידי' שלו תקנה דרבנן היא לא תקנו לו שבת עכ"ל ומ"ש:

מיהו נראה דהתוס' כאן סברי כגירסת הש"ס פ' החובל במימרא דרבא ינתן הכל לעבד ובתוס' פ' החובל כתבו ד"ה רבא אמר ינתן הכל לרב גרסינן וכן גרסי ר"ח ובספרים הי' כתוב הכל לעבד וקשה שבת קטנה למה לא יהיה הכל לרב אלא הכל לרב גרסינן שבת קטנה הכל לעצמו ושבת גדולה ילקח קרקע והרב אוכל פירות שמפסיד הוא בקטיעת ידו דלא מצי למידלי דוולא ולמיזל בשליחותא אלא לשמור קישואין עכ"ל וכ"כ הרא"ש שם פ' החובל וז"ל אמר אביי נותן שבת גדולה לעבד כדי שיצא מביתו בדמי ידו משלם ושבת קטנה לרב אע"פ שמפסיד הרב דקודם שנקטעה ידו הוי חזי לכל מלאכה והשתא לא חזי אלא לשמור קישואין חשבינן לי' כאילו חלה כו' ואע"ג דאילו חלה ארבע שנים חייב להשלים שאני התם שאינו עושה שום מלאכה אבל הכא יכול הוא לשמור קישואין ורבא אמר הכל ינתן לעבד ויילקח בהם קרקע הכי גריס רב אלפס וקשה שבת קטנה למה לא תהי' הכל לרב הלכך נראה כגירסת ר"ח הכל ינתן לרב ושבת קטנה תהי' הכל לרב ושבת גדולה ילקח בהן קרקע והרב אוכל פירות כנגד מה שהפסיד בקטיעת ידו מה שיש בין שאר מלאכות לשמירת קישואין וכי נפיק לחירות נפקא ארעא בהדי' עכ"ל:

ועיין בחי' פני יושוע שכתב דלפי מה דגרסי תוס' פ' החובל גם לרבא צריך לחלק בין עבד לאשה ולי נראה דלפי מה דגריס ר"ח ותוס' פ' החובל בדברי רבא ינתן הכל לרב אין צריך לחלק בין עבד לאשה דלגירסתם הפירוש הוא שבת גדולה ילקח בהן קרקע והרב איכל פירות ושבת קטנה הכל לרב נמצא דהרב אינו מפסיד כלום ממעשה ידיו דמה שיש בין שאר מלאכות לשמירת קישואין הוא משתלם מאכילת פירות של שבת גדולה ומה שמתבטל משמירת קישואין עד שמתרפא הכל לרב א"כ לא קשי' במשנתנו כלל דאיכא למימר דהשבת פשיטא לי' דהוי להבעל ונא אצטריך למתני וכמ"ש הרשב"א והרא"ש דמלתא דפשיטא הוא כיון דמע"י דבעל צריכין ליתן לו השבת קטנה כולה ובעד שאר המלאכות הוא אוכל פירות מדמי פגמה כיון שהבעל אוכל פירות נכסי אשתו ולא מפסיד הבעל ממעשי ידי' כמו שאי הרב מפסיד ממע"י של העבד ולא קשיא להו לתו אלא למ"ד ינתן שבת גדולה לעבד ושבת קטנה לרב דלדידי' הרב מפסיד שבת גדולה לשאר מלאכו' וא"כ מוכח דשבת לא תלי' במע"י שהרי הרב יש לו מע"י ואפ"ה אין לו שבת גדולה אלא דשבת קטנה יש לו להרב ולהכי קשי' להו לתו' אמאי לא תני הכא נמי דשבת קטנה לבעליו אין לומר דמלתא דפשיטא הוא כיון דמע"י לבעל שהרי אצל הרב מציני שאינו כן דאע"ג דמע"י שלו מ"מ אין לו שבת וא"כ מדלא תני דיש נבעל שבת קטנה עכ"פ כמו, בעבד מוכח דיש לחלק בין עבד לאשה דהכא אין הבעל נוטל כלום משבת משום דאינו אלא תקנה אבל לרבא לגרסת ר"ח דהכל לרב ושבת קטנה הכל לרב

ובעד המלאכה הגדולה אוכל פירות א"כ נוטל הרב כל מע"י א"כ שפיר מצינו למימר דה"ג גבי אשה שבת קטנה הכל לבעל ובעד שבת גדולה לוקחין קרקע והוא אוכל פירות וכד נפקא אשה מבעלה בגט או במיתה נפקא ארעא בהדה ולא אצטרך למתני דמלתא דפשיטא היא רק לאביי הוא דקשי' להו דלדידיה ליכ' למימר דמלת' דפשיטא היא כיון דמע"י לבעלה פשיט' דשבת נמי דידי' הוא דשבת גדולה יוכיח דהרב מפסיד מלאכה גדולה ואינו נוטל כלום א"כ מוכח דלא תלי' זה בזה וא"כ כיון דלא קתני בהדי' שבת קטנה לבעל צריך לחלק בין עבד לאשה דבאשה באמת אין הבעל נוטל כלום כיון דאין לו אלא מתקנה. ולפ"ז אחר שהעלו בתו' פ' החובל כגרסת הר"ח דהכל לרב ושבת קטנה הכל לרב ושבת גדולה נמי יש לרב אכילת פירות א"כ באשה נמי הכי הוא דשבת קטנה כולו לבעל ובעד המלאכה הגדולה הרי הוא אוכל פירות ומילתא דפשיטא הוא ולא הוי צריך למתני וכמ"ש הרשב"א והרא"ש. אמנם עדיין צריך להתבונן במ"ש התוס' דלמ"ד הכל לעבד וילקח בהן קרקע והרב אוכל פירות ה"נ הכל לאשה וילקח בהן קרקע והבעל אוכל פירות דהתם בעבד אין לו לרב אכילת פירות מנכסיו ומה דאכיל פירי בתשלומי מעשי ידיו הוא דאכיל מה שמפסיד ממלאכה גדולה אבל באשה דהבעל אוכל פירות נכסים בלא"ה היכי משתלם מידו לידי' ושלו הוא אוכל וכבר הרגיש בזה בס' הפלאה ע"ש ונראה דלהכי סגי לי' באכילת פירות בעד שבת גדולה ולא אמרי' דפירי דידי' נינהו דעשאום כנכסים שאין ידועי' לבעל שאין הבעל אוכל פירות דכיון דמיד שחבל באשה זכתה בדמי ידה והוא זכה בפירי מדין שבת כמו קוטע יד עבד עברי דהרב אוכל פירות ובשעת החבלה עדיין לא נודעו הנכסים לבעל לומר שמגיעי' לו הפירות כדין בעל שאוכל פירות נכסי מלוג שכבר קדמה זכייתו מחמת החבלה דזכה אף כשאין ידועי' לו וכיון דזכה בפירי קודם שנודעו לו הנכסים הוא משתלם דמי הפסדו וסגי לי' בפירות שאוכל דאף שנודעו לו אח"כ ה"ל כאילו מכרתן קודם שנודעו כיון שזכה בהם בשכר מע"י שמפסיד בחבלתה קודם שנודעו לבעל ודו"ק:

סימן פד

סעיף א

ס"ק א

מציאת אשה לבעלה והיינו דוקא מציאה אבל מתנה אין לבעל אלא פירות כך העלו הפוסקי' מהירושלמי וכן הוא בש"ע סימן פ"ה סעיף ז' ע"ש לבד דעת רש"י ז"ל פ' בן סורר דף ע"א שכתב שם בהא דאמרו שם בש"ס דאקני לה אחר ע"מ שאין לבעל

רשות בהן וז"ל ואי לאו דאקני לה אחר כו' הוי לבעל דלא גרע ממציאה ע"ש ובספר דברי אמת תמה דאיך אשתמיט להו הא דאמרי' ס"פ מי שהי' נשוי מי שאמר לאשה נשואה נכסי לך ואחריך לפ' ומכר' ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות ואחריך מוציא מיד הבעל כו' ומבואר דהנותן מתנה לא זכה הבעל אלא בפירות כמו בנ"מ דאם נאמר דקנה הבעל גוף ופירות כדין מציאה א"כ אין במכירתה כלום והבעל מוציא אף קודם שתמות והיאך אמרו דאחריך מוציא מיד הבעל וע"ש שהניח בצ"ע. ובשער המלך הל' עבדי' כתב עלה ז"ל ובאמת שהדבר מתחי' ולפי חומר הנושא מקום יש בראש לומר דהא דאביי מיתפרשא בשנתנו לה נכסים ע"מ שאין לבעלה רשות בהן וס"ל דהלכ' כשמואל דע"מ שאין לבעל רשות גרידא מהני ומש"ה קאמר אביי דלכי מתה הבעל מוציא מיד הלקוחות כנ"ל עכ"ל. אמנם לפי מה שמבואר אצלינו סימן צ' בשם רש"י ז"ל דעיקר תקנת אושא דהבעל מוציא מיד הלקוחות אינו אלא משו' דאלמו' רבנן לשיעבודי' דבעל בפירות שיהי' כקנין הגוף ע"ש וא"כ אינו אלא היכא דאית לי' לבעל פירי ביה אלמו' לשיעבודי' דבעל בפיר' שיהי' קנין פירות שלו כקנין הגוף אע"ג דבעלמא קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי וכמו שכתב רש"י פ' החובל דף פ"ח ע"ש וא"כ אי נימא דנתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בהן א"כ לית לי' פירי וליתא לתקנת אושא גבי' וא"כ היאך הבעל מוציא מיד הלקוחות וכן מוכח מהא דתנן בנדרי' דף פ"ח המדיר הנאה מחתנו והוא רוצה לתת מעות לבתו אומר לה הרי המעות הללו נתוני' לך במתנה ע"מ שלא יהי' לבעלך רשות בהן אלא מה שאת נושאת ונותנת לפיך וקאמר עלה בגמ' אמר רב לא שנו אלא דאמר לה מה שאת נושאת ונותנת לפיך אבל אמר לה מה שתרצי תעשי קני יתהון בעל ושמואל אמר אפי' אמר לה מה שתרצי תעשי כמאן אזלא הא שמעתא דרב כר' מאיר וכתב הר"ן דשמואל ס"ל כרבנן והלכך אי אמר לה מה שתרצי תעשי אי נמי ע"מ שאין לבעלך רשות בהן בלחוד דכי הדדי נינהו דמהני עכ"ל ואי נימא דבאומר ע"מ שאין לבעלך רשות בהן אם מתה הבעל יורשה ומוציא מיד הלקוחות וא"כ ה"ל כלוקח ראשון ואם תמות היא בחייו ה"ל נהנה מדידה לדידי' ממדיר למודר אלא ע"כ אפי' להפוסקי' דס"ל דע"מ שאין לבעלך רשות בהן אם מתה הבעל יורשה ויתבאר לקמן אי"ה בסימן פ"ה זה אינו אלא לירושה אבל דין לקח בחיי' אין לו כיון שניתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בהן ומש"ה מותר ליורשה במדיר הנאה דאין לו ממדיר רק מאשתו וכיון דבאומר ע"מ שאין לבעלך רשות בהן אין לו כלום בחיי' ואינו מוציא מיד הלקוחות וכמ"ש שכן היא שיטת רש"י דתקנת אושא אינה אלא משום דאלמו' לשיעבודא דבעל בפירות שלו ועשאוהו כקנין הגוף א"כ ע"כ מדאמר אביי הבעל מוציא מיד הלקוחות מוכח דלא מיירי

בדאמר ע"מ שאין לבעלך רשות בהן וא"כ הדרא קושית בעל דברי אמת לדוכתה (ולענ"ד אין כאן קוש' דהא בגמ' שם פריך דאביי אדאביי דאמר לעיל מיני' דאין לאחריך במקום בעל כלום ומשני רב אשי דהתם בפנוי' והכא דקאמר לה כשהיא נשואה מאי קאמר לה אחריך ליקני בעל לא ליקני ע"ש וא"כ י"ל לעולם דסתם מתנה כולה לבעל והכא הרי גילה דעתו שאין רצונו שיזכה הבעל אפי' בתורת לוקח רק אחרים לקני אלא דמ"מ אית ליה לבעל קנין פירות (ומזה ראיה לדעת הרי"ף והרמב"ם גבי רחל לגיזתה דאף שאין לה אלא פירות לבד הן של הבעל וכמ"ש המחבר סעיף י"ג ע"ש) ואותו אחרים יש לו קנין הגוף נגד הבעל ומוציא מידו ואף על גב דגבי לוקח אמרינן אין לאחריך כלום אלא מה ששייר ראשון משום דקנין פירות דהכא כקנין הגוף דמי וכמו שכתב רשב"ם בבבא בתר' דף קל"ז ע"ש ומשום דאחריך שאני מכל מקום לגבי בעל יפה כח האחריך מצד כוונת הנותן אמנם נגד הלוקח יפה כח הבעל מתקנת חכמים שעשאוהו כלוקח ראשון נגדו ולכך חוזרינן חלילה ודו"ק היטיב כי ברור הוא). ולכן ראה דרש"י ס"ל כשיטת הרמ"ה דבאינה ניזונת אין המציאה לבעל וה"ה המתנה דדינה כמציאה ומיירי באומרת איני ניזונת ואיני עושה דכה"ג אין לבעל בגוף המתנה ואין לו אלא פירות כמו בנכסי מלוג ודו"ק ותמי' לי מה דנדי רש"י ז"ל פ' בן סורר לפרש הא דאקני לה אחר דאי לאו דאקני לה ע"מ שאין לבעלה רשות הוי לבעל דלא גרע ממציאתה ולא פירש כפירוש התוס' דקושית הש"ס מה שקנתה אשה קנה בעלה היינו משום פירי דאית לי' לבעל דהא התחלת קושית הש"ס בהא דתנן עד שיגנוב משל אמו מנ"ל מה שקנתה אשה קנה בעלה דהוי ס"ד דאיירי בנכס' מלוג מירושת' ואפ"ה אקשי מה שקנתה אשה כו' וע"כ משום פירי דאית לי' לבעל וא"כ גם בהא דמשני שנתנו לה ע"מ שאין לבעל רשות למה לא פירש"י משום פירי וצ"ע וע"ש בש"ס פ' בן סורר דמרא דשמעתא הוא ר' יוסי ב"ר חנינא וקשה לי דהא בפ' האשה שנפלו דף ע"ח בהא דתנן ר' שמעון חולק בין נכסים ידועין לאינו ידועין מפרש ר' יוסי בר"ח ידועין מקרקעי ושאין ידועין מטלטלי ובנכסים שאין ידועי' אין לבעל פירות וכדמוכח שם פ' האשה דף ע"ט וכן הוא בטור וש"ע סימן צ' דבנכסים שאין ידועי' אין לבעל פירות וא"כ לר' יוסי בר"ח אין לבעל פירות ממטלטלין והתם בגנב משל אמו ע"כ מטלטלי' הוא דקרקע אינה נגזלת וא"כ מאי פריך מה שקנתה אשה קנה בעלה דהא במטלטלי לית לי' לבעל כלום וצריך עיון כעת. ונראה דגם בנכסים שאין ידועים אית לי' לבעל פירי וכן הוא דעת הרמב"ן הובא בשטה מקובצת פ' האשה שנפלו דף ע"ט וז"ל כתב הרמב"ן הא דאמר אביי עשאום כנכסים שאין ידועים לבעל תמי' לי אטו נכסים שאין ידועים לבעל לר' שמעון אם לא מכרה ומתה מי לא ירית להו

בעל ומי לא אכל פירות בחיי' ואמאי לא קני להו בעל וניחא לי כיון דאיהי שתקא כל שעת' ושעתא מחלה ליה לגבי' לוקח וה"ל כמוכרת ונותנת עד שעה שתרצה דכל שעתא מחלה ליה לגבי לוקח ואם מתה דלוקח הוי דלאברוחי מבעל עבדא ולא בעיא דלקנינהו בעל וברשותה הוא עכ"ל ע"ש. הרי מבואר דס"ל דאפי' בנכסים שאין ידועים אית ליה לבעל פירות וכן מוכח מה דתנן התם דף ע"ט נפלו לה כספי' ילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות תלושים ילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות ע"ש וא"כ לר"י בר"ח דס"ל מטלטלין ה"ל נכסים שאין ידועים היכי תני דין פירות במטלטלין כיון דאנן קי"ל כר' שמעון בנכסים שאין ידועים והיכי תנן סתמא דלא כותי' וכן בנדרים שם דף פ"ט במדיר את חתנו ע"ש שצריך לומר לה מה שאת נושאת ונותנת לתוך פיך וע"מ שאין לבעלך בהן ומשמע דאיירי במטלטלין כדקתני מה שאת נותנת לתוך פיך ואפ"ה קתני דין פירות לכן נראה ודאי כדעת הרמב"ן דגם בנכסים שאין ידועים אית ליה לבעל פירי ולא מהני נכסים שאין ידועים אלא לענין שאם מכרה ונתנה קיים אבל כל זמן שלא מכרה ה"ל לגמרי כנכסים ידועים ולכך שפיר פריך מה שקנתה אשה כו' ודו"ק.

סימן פה

סעיף יא

ס"ק א

נתן לה אחד מתנה ע"מ שאין לבעלה רשות בה. בנדרים דף פ"ח המדיר הנאה מחתנו והוא רוצה לתת מעות לבתו אומר לה הרי המעות הללו נתונים לך במתנה ובלבד שלא לבעלך רשות בהן אלא מה שאת נושאת ונותנת לתוך פיך ובגמ' אמר רב ל"ש אלא דאמר לה מה שאת נושאת ונותנת לפיך אבל מה שתרצה תעשי קנה יתהון בעל ושמואל אמר אפילו אמר מה שתרצי תעשי לא קנה יתהון בעל מתקיף לה רב זירא כמאן אזלא הא שמעתא דרב כר"מ דאמר יד אשה כיד בעלה ע"ש וכתב ב"ש ס"ק כ"ג דבזה ג' שיטות הר"ש בשם רע"מ גאון כתב הלכה כשמואל ואפילו אמר סתם ע"מ שאין לבעל רשות בהן מהני וכן הוא דעת הרמב"ן וכן אם אמר מה שתרצי תעשי לבד ג"כ מהני וכ"כ הר"ן לשטה זו. ותוס' פ"ק דקדושין דף כ"ד בשם ר"ת פסקו הלכה כרב דצ"ל דוק' ע"מ שאין לבעל רשות בהן אלא מה שאת נושאת ונותנת לפיך או בכה"ג דמייחד שום דבר אבל אם אמר סתם ע"מ שאין לבעלך רשות ומה שתרצי תעשי לא מהני וכן הוא דעת הראב"ד והר"ש והמרדכי. והרמב"ם פ"ג מהל' זכי' פסק כשמואל וס"ל אף לשמואל צריך שיאמר ע"מ שאין לבעלך רשות ומה שתרצי תעשי ואז הוי כאילו אמר לא יהא שלך אלא לאותו

דבר שתרצי לעשות כו' ומבואר בבעה"ת שער ששי אם התנה ע"מ שתעשה מה שתרצה בלא רשות בעל אם מתה אין הבעל יורש אותה וקצת יש לדייק מרש"י והרא"ש דלא ס"ל כן דכתבו אהא דאם קיבל מן האשה יחזיר לאשה ואם מתה יחזיר לבעל ולא חיישינן שמא נתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות בה משום דאף אם נתנו לה כן מ"מ יורש אותה ולפמ"ש בעה"ת אכתי קשה שמא נתנו לה שאין לבעל רשות אלא מה שתרצה תעשה דאז אינו יורש אותה וכן ראיתי בהגהת ש"ך שם עכ"ל והיינו לשיטת הפוסקים דס"ל דבעינן דוק' שיאמר מה שאת נותנ' בפיך או מה שתרצי תעשי דהוי נמי כמו לדבר מיוחד דלא קנתה אלא לאותו דבר שתרצה לעשות בזה הוא דס"ל לבעה"ת דאינו יורש אותה כיון דאשה גופה לא קנתה אלא למה שתעשה וכיון שלא עשתה כלום עדיין לא קנתה אבל לשיטת הפוסקים דסגי באומר ע"מ שאין לבעלך רשות גרידא א"כ היא קנתה מיד אלא שהבעל אין לו בהן כלום א"כ אם מתה הוא יורש אותה. ובס' מחנה אפרים הל' נדרים כתב דלשיטת אותן הפוסקים כרב דבעי' מה שאת נושאת ונותנת לפיך אין הבעל יכול ליהנות מהן דגזל הוא בידו דהיא גופה לא קנתה אלא עד שתתן לתוך פיה ע"ש. אמנם בספר שער המלך הל' נדרים האריך בזה והוכיח מדברי רש"י דבעל רשאי ליהנות מהן וכמבואר ברש"י שם דף פ"ח מה שאת נותנת לפיך לא קנה בעל ויכול ליהנות מהן דמשל אשתו הוא נהנה ע"ש והבי' שם דברי ש"מ לנדרי' כ"י ז"ל אומר לה הרי המעות הללו כו' ואם נתנה האשה לבעלה מותר בהן וא"ת מאחר שאינה מקיימת התנאי נמצא שהמתנה אינה מתנ' והרי הן של חמיו ואמאי יהא מותר בהן וי"ל דמ"מ אין לחמיו עליו כלום כו' וא"ת וכיצד היא נותנת לבעלה והלא גזל הוי בידה וי"ל גם היא יודעת שאין אביה מקפיד אם היא תעשה בהן מה שתרצה רק שאמר מה שאת נושאת ונותנת לפיך כדי שלא יקנה אותן הבעל ויהיו הרשות בידה לעשות בהן כל חפצה הרא"ם ז"ל עכ"ל וכתב עלה בס' שער המלך וז"ל הנה מבואר מדבריו דאפי' באומר לה מה שאת נותנת לפיך יכולה לשנותה לכל מה שתרצה ואנן סהדי דלא אכפת לי' לנותן בהכי ולא התנה כן אלא כדי שלא יקנה אותן הבעל וכן נרא' שכן דעת המאירי ז"ל שכתב בפ' בן סורר הובאו דבריו בשטה מקובצת כ"י גבי האי דאינו חייב עד שיגנוב משל אביו ומשל אמו ופריך אמו מנ"ל מה שקנתה אשה כו' ואוקמה באומר ע"מ שאין לבעלך רשות כתב וז"ל וממה שכתבנו אתה רואה שמה שאומר כאן דאקני לה אחר על מנת שאין לבעלה רשות בהן לדעת גדולי הפוסקים דס"ל כרב ואתה צריך לפרשה שפרט ואמר מה שאת אוכלת בפיך וע"ש והשת' קשה טוב' דאיך אפשר לאוקמה בהכי הא אם פרט ואמר מה שאת נותנת לפיך כל שלא נתנה לפי' ובא הבן וגזלם נמצ' שלא, קנאתם היא למפרע ואנן

בעינן שיגנוב משל אביו ושל אמו ועיין בהריטב"א פ"ק דקידושין שכ"כ בהדי' דההי' דבן סורר ליכ' לאוקמ' בהכי מהטעם שכתבנו וכו' ואולם לדעת המאירי ע"כ דס"ל כדעת רש"י והרא"ם שכתבנו דיכולה לשנותה למה שתרצה הלכך שפיר קרינן בי' משל אמו דאפי' לא קיימה התנאי מדידה הוי דאנן סהדי דלא התנה כן אלא כדי שלא יקנה אותן הבעל עכ"ל וע"ש ולענ"ד נראה שאין הדבר מוכרח מדעת המאירי דאפשר לומר דמה שהתנה מה שאת נותנת לפיך אין זה מדרך תנאי אלא כוונת הקנאה היינו שאומר הנותן אני נותן לך מעתה ומעכשיו המעות הללו למה שאת נותנת לפיך וא"כ אינו נותן לה אלא לאכילה ולא לשאר דברים וכיון שקנתה לאכילה אפילו עדיין לא אכלה דידה הוי לאכילה וה"ל משל אמו ולא גרע מהא דמוקי לה שם בפ' בן סורר בדמים המיוחדים למזונות דהוי משל אמו ופירש"י שם כיון דחייב לה מזונות ויחדם לה למזונות ה"ל שלה ע"ש והתם אינו שלה רק לאכילה וחשיב דידה כיון דחייב לה מזונות כ"ש הכא דכבר הקנה אותן לה שיהיו שלה מעכשיו לאכילה וקנתה המעות לאכילתה וא"כ ה"ל דידה ממש ודו"ק:

ובשער המלך שם כתב לתרץ בזה שהניח בשם הרא"ם דהנותן אינו מקפיד עלה לשנותה לכל מה שתרצה רק כונת הנותן מה שאמר מה שאת נותנת לפיך כדי שלא יקנה אותו הבעל וליישב בזה הקושי' שהקשה בעל מחנה אפרים כיון דהרא"ש פסק כרב דלא מהני אלא כשאומר מה שאת נותנת לפיך בפ"ק דקידושין א"כ איך פסק פ' חזקת גבי לקח מן האשה דאם נתנו לה ע"מ שאין לבעל רשות בהן הבעל יורשה הא אי חיישינן לע"מ שאין לבעל רשות ע"כ היינו באומר מה שאת נותנת לפיך דאלו בלא זה ס"ל להרא"ש דקנה בעל וכיון שכן איך כתב דהבעל יורשה הרי כיון שמתה ולא נתנה לפיה הרי נתבטלה המתנה והניח בצ"ע ולפמ"ש אין כאן קושי' דיכולין אנו לומר דדעת הרא"ש כדעת רש"י והר"א ממיץ והמאירי וכמו שכתבנו וע"ש. אמנם נראה לענ"ד דאפי' לדעת הרא"מ דאין הנותן מקפיד אם היא תעשה מה שתרצה עכ"פ כונתו שתעשה דבר מה ובכל מה שתעשה אינו מקפיד ומש"ה רשאי ליתנן לבעלה אבל ירושה דממילא כיון שאין האשה נותנת כלום וא"כ היא לא עשתה מאומה ולא קנתה שהרי לא הקנה לה אלא על דעת שתעשה בהם דבר מה וכיון שהיא לא קנתה איך הוא יורש אותה. ועוד עיקר' דמלת' שכתב הרא"מ אינו מובן לי. דע"כ אנו צריכין לומר שלא נתן לה לכל דבר דאם היה נותן לה סתם לכל דבר היה הבעל זוכה בהן וזה אסור במודר הנאה. כן מבואר מפשט' דמתני' דאל"כ לא הוי צריך למתני כולה מתני' ואם אינו מקפיד לכל הרי כאילו נתן לה סתם לכל דבר ואמאי לא קנה יתהון בעל. ולכן נראה בשיטת רש"י והרא"ם דודאי

האב אינו מקפיד שתעשה היא בהם מה שתרצה ומקנה הוא לה לגמרי והא דלא קנה יתהון בעל היינו טעמ' משום דכיון דאומר בפירוש מה שאת נותנת לפיך ה"ל כנכסים שאין ידועים לבעל אע"ג דגמר בלבו להקנות לה לכל דבר מ"מ ה"ל כמו מברחת אע"ג דאין בלבה להקנות ללוקח מהני גבי בעל כיון שאינן ידועים לו ה"נ האב מבריח ממנו במה שהתנ' בפירוש מה שאתה נותנת לפיך ומש"ה אין לבעל פירות אבל מ"מ יורש אותה דאפילו בנכסים שאין ידועים הבעל יורשה כמבואר בר"ן פ' האשה שנפלו ודו"ק.

ס"ק ב

על מנת שאין לבעלה רשות בה פ"ק דקידושין דף כ"ד פליגי ר"מ ורבנן באומר לעבד ע"מ שאין לרבך רשות בה ע"ש וכתב הרשב"א בחידושיו ז"ל תימה היאך אפשר לומר שאם התנה עליו שלא יקנה רבו שיקנה ע"כ והרי כפל תנאו כו' ויש מפרשים הטעם מפני שהתנה על מה שכתוב בתור' שתנאו בטל שכל תנאי שעוקר המעשה כו' וכ"כ הר"ן שם שהוא כמפליג בדברים כיון שא"א לקנין עבד בלא רבו ע"ש, וראיתי בס' שער המלך ה"ל עבדים שכתב דברים אלו בשם הרשב"א והר"ן וכתב עליהם ז"ל ותמי' לי דהא קי"ל דבדבר שבממון תנאו קיים ובשלמ' לרבא אמר ר"ש דס"ל בע"מ שאין לבעלך רשות בו פליגי ר"מ ורבנן ניח' דר"מ ס"ל דבדבר שבממון נמי תנאו בטל גבי שאר כסות ועונה אלא לר"א דס"ל דבע"מ שאין לרבך רשות בו כ"ע ל"פ דקנה הרב קשה מאחר דקי"ל כר' יודא דבדבר שבממון תנאו קיים וכ"כ הרמב"ן ז"ל בתשו' הביאו בעה"ת שער ד' דהנותן מתנה לחבירו ע"מ שלא ישתעבדו לבע"ח תנאו קיים אע"ג דמתנה עמ"ש בתורה דבדבר שבממון תנאו קיים וצ"ע כעת עכ"ל. ולענ"ד נראה לפי מ"ש הרשב"א בחידושיו פ' האומר בטעמ' דר' יודא דס"ל בדבר שבממון תנאו קיים משום דס"ל דאומר ע"מ שאין לך שאר וכסות הכונה היא ע"מ שאין לך עצי דין שאר וכסות ולכך לא מהני אבל האומר בפירוש ע"מ שאין לך עלי דין שאר וכסות גם לר' יודא תנאו בטל ע"ש וכ"כ בשטה מקובצת פ' אע"פ שם ע"ש וא"כ אפילו בדבר שבממון כל שהתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו בטל אלא דבממון ס"ל לר"י דהכונה הוא שתמחול וזה ודאי מהני וא"כ בע"מ שלא ישתעבדו לבע"ח שפיר מצינו למימר דהכוונה שימחול הבע"ח שיעבודו ולכך מהני אבל בע"מ שאין לרבך רשות בה ממ"נ לא מהני תנאי' דאם כונתו שלא יהי' לרב דין מתנה כלל ה"ל מתנה עמ"ש בתורה ואם תהי' כונתו שימחול הרב להעבד המתנה זה אי אפשר שאין העבד יכול לזכות במתנה מיד רבו דאין יד לעבד בלא רבו ודו"ק. אמנם בספרי קצה"ח סימן ר"ט ס"ק י"א שם העליתי דיכול להתנות ע"מ שאין לך עלי דין שאר וכסות וכתבתי שם שכן משמע מדברי הרמב"ן בחידושיו פ' י"נ דף קכ"ו שכתב ז"ל ור' מאיר

סבר ע"מ שאין לך עלי לאו כלום הוא אא"כ ימחול לו ולאו כל כמיני' שלא יתחייב לו ור"י סבר דבידו לומר שלא יתחייב לו שהרי מוחל ובדבר של ממון יכול הוא למחול שלא אמרה תורה שיתחייב אלא ברצונו של זה אבל בדבר שאינו של ממון לא שהרי הן עיקר נשואין של תורה ואינו לתנאין עכ"ל וע"ש הרי מבואר דבממון מהני אפי' אומר ע"מ שאין לך עלי דין שאר וכסות ומשום שלא אמרה תורה שיתחייב אלא ברצונו של זה וא"כ תיקשי דה"נ ליהני ע"מ שאין לרבך רשות ואי משום דרצון רבו לזכות אמאי לא ליהני תנאי' ע"מ שלא ירצה לזכות ואם ירצה לזכות תהי' המתנה בטילה אמנם נראה דגבי עבד ורבו אפי' אם לא ירצה הרב לזכות ע"י העבד א"א שיזכה העבד בלא רבו ומשום דיד עבד כיד רבו ואע"ג דאפי' מציאה שבאה לידו מצי אמר לא בעינ' לזכות התם היד נמי לא זכתה אבל היכ' שהיד זכתה הוא זוכה ג"כ וזה לא מצי אמר היד תזכה והוא לא יזכה כי זה א"א וה"נ כיון שיד עבד כיד רבו לא מצי אמר הרב שיזכה העבד והוא לא יזכה שהרי ידו הוא ומה"ט ס"ל להרמב"ן שהובא בבעה"ת דהנותן מתנה לחבירו ע"מ שלא ישתעבד לבע"ח תנאו קיים אע"ג דהתנה עמ"ש בתורה דבדבר שבממון תנאו קיים דלא אמרה תורה שיקנה זה אלא ברצונו של זה וכיון דאם אין הבע"ח רוצה שישתעבדו לו נכסים אלו ודאי דלא משתעבדי לי' והרי מהני רצונו של המקבל לכך גם הנותן יכול להתנות ע"מ שלא ירצה הבע"ח לזכות בשעבודו ואם ירצה לזכות תהי' המתנ' בטיל' לכך מהני תנאי' משא"כ בעבד ורבו היינו טעמ' דיד עבד כיד רבו וכמ"ש. וכן באומר לאשה ע"מ שאין לבעלך רשות בה כיון דאחר הנשואין תו לא מהני סילוק וכבר זכה הבעל באשה ובנכסים אפי' מה שיפלו לה אח"כ א"כ אפי' אומר הבעל איני רוצה לזכות בנכסים לא מהני וכמו שיתבאר לקמן סימן צ"ב ע"ש ומש"ה לא מצי מתנ' ע"מ שאין לבעלך רשות בהן ושלא יהי' לבעל דין פירות בהן דהא על כרחך אית לי' משא"כ בבע"ח שיכול להסתלק קודם שקנה הלוה הנכסים וכמ"ש בספרי קצה"ח סימן ר"ט סקי"ג בשם תשו' מהר"ם במרדכי ע"ש א"כ ה"נ שפיר כתב הרמב"ן דיכול להתנות קודם המתנה שלא ישתעבד לב"ח כיון דמלוה מצי מסלק נפשי' קודם שקנה הנכסים לכך מתנה הנותן שיהיו נכסים אלו מסולקים משיעבוד הבע"ח ואם ירצה המלוה שיתחייב לו הלוה באלו הנכסים לא תחול המתנה ומש"ה תנאו קיים. ולפי"ז לשיטת הרשב"א דבדבר שבממון דתנאו קיים אינו אלא משום דה"ל כאומר ע"מ שתמחלי לי שאר וכסות א"כ בע"מ שאין לבעלך רשות בהן נמי נימא דה"ל כאומר ע"מ שיתן לך בעלך הפירות במתנה ובעל מצי יהיב לאשתו במתנה וקנתה ואינו אוכל פירות והא דבנדרי' גבי מדי' הנאה מחתנו והוא רוצה לתת לבתו מעות דס"ל לתוס' והרא"ש דלא מהני כשאומר ע"מ שאין לבעלך רשות

התם ניחא שפיר דהתם לא מצינו למימר ע"מ שיתן הבעל לאשה כיון דלפי"ז צ"ל דאשה זוכה מבעלה וא"כ הבעל זכה בתחלה מהנותן והרי הוא אסור ליהנות מחותנו אבל הכא כשאינו מודר הנאה נימא דכונתו בע"מ שאין לבעלך רשות בהן שיתן לה במתנה. מיהו נראה דאע"ג דלישנא דע"מ שאין לך עלי שאר וכסות אמרי' שהכונה ע"מ שתמחלי אבל ע"מ שאין לבעלך רשות בהן משמע שאין לו שום רשות לזכות בהן וא"כ ה"ל מתנה על דברי חכמי' דתנאו בטל דחכמי' עשו חיזוק לדבריהם ואין ה"נ אם אמר בפירוש ע"מ שיחזור הבעל ויתן לך הפירות במתנה דמהני דלא גרע ממתנה ע"מ להחזיר. אלא דבנדרי' גם זה לא מהני דהא אסור לו ליהנו' מחותנו שהרי הדירו בהנאה אבל באומר סתם ע"מ שאין לבעלך רשות לא משמע כלל שיחזור ויקנה בהקנאה גמורה אלא שלא יזכה וזה נגד תקנת חכמי' ומחילה לא שייכא הכא כיון דאמרו חכמי' שזכה בפירות הוי כאלו הם בידו ועל דבר שתחת ידו לא מהני מחילה משא"כ בשאר וכסות שאין לה עליו רק חיוב בזה מהני מחילה לכך אמרי' ע"מ שאין לך שאר וכסות כונתו שתמחול לו ואינה צריכה הקנאה ומה"ט נאמר דמודה הרשב"א בע"מ שלא ישתעבדו הנכסים לבע"ח דתנאו קיים כמ"ש הרמב"ן דהת' אפשר ע"י סילוק שמסלק המלוה משיעבודן של אותן נכסים שעדיין לא קנה הלוה (ולכאורה תקשי לך בשלמא אותו בע"ח שקדמה הלואתו למתנתו של זה שפיר מצי לסלוקי נפשי' דכבר אית לי' שייכות מפני חובו ועדיין לא קנה זה המתנה ויכול לסלק עצמו אבל אותו בע"ח שילוה לו אח"כ איך הוא מסתלק דקודם שהלוה אינו יכול להסתלק וכמ"ש סמ"ע בח"מ סימן ר"ט ס"ק כ"א ובקצה"ח שם ס"ק י"ג ע"ש ואחר שהלוה ה"ל מנכסים שקנה כבר דג"כ לא מהני סילוק אלא קנין וע"ש בסימן ר"ט ונ"ל דשעת הלואתו עדיף דבאותו שעה יכול ליחד השיעבוד על דבר אחר ולהסתלק מדבר אחר שלא יכנוס בשיעבודו מידי דהוי אאפותקי מפורש דלא גבי משאר נכסים כיון שלא הכניסו בשיעבודו ועלו דברי מארן ז"ל כהוגן) אבל בע"מ שאין לבעלך רשות בהן כיון דצריך בעל לחזור ולהקנותן לאשה בקנין גמור זה אינו בכלל הלשון שאין לבעלך רשות בהן אלא שלא יהי' לו זכי' בהן וזה נגד תקנת חז"ל. ובתשו' הרא"ש כלל ע"ד שם כתב דמהני ע"מ שאין לבע"ח רשות בהן ולא אתי עלה מטעם דדבר שבממון תנאו קיים אלא משום דאין יד בע"ח כיד בעל ורב לגבי עבד ואשה משום דבע"ח מכאן ולהבא גובה ואילו אית לי' זוזי ללוה מצי סלוקי בזוזי ע"ש והובא בספרי קצה"ח סימן פ"ו סק"ח מיהו גם טעמא דהרמב"ן יתכן והוא לפי מ"ש דהיכא דיכול הבע"ח לסלק עצמו א"כ גם הנותן יכול לסלקו ע"י תנאי שיתן ע"מ שלא יהא לבע"ח רשות בהן ולא אמרי' יד בע"ח כיד לוה כיון דיכול לסלק עצמו שלא יזכה בשעבודו אבל בעל בנכסי אשתו אינו

יכול לסלק עצמו מנכסי נשואה אפי' עדיין לא באו הנכסים לידה וידו כידה לכך גם הנותן אינו יכול לסלקו והא דבדבר שבממון תנאו קיים היינו דמצי לסלוקי נפשי' דהתם מצי' איהי לסלוקי נפשה שלא יהי' לה שאר וכסות ותלוי ברצונה וכמ"ש לעיל ודו"ק. והרשב"א בחידושיו פ"ק דקידושין דף כ"ג על קושייתו הנ"ל דאיך אפשר לומר שאם התנה עליו שלא יקנה רבו שאעפ"כ יקנה בע"כ של נותן והרי הוא כפל לתנאי' כו' כתב שם וז"ל והראב"ד פירש בטעמא דמלתא משום דיד עבד כיד רבו לזכות לו לאדון אמרינן אבל לא לחוב לו והלכך ס"ל לר' מאיר דכיון דא"ל קני קני עבד וקני רבו דכשנתנו לעבד כאילו נתנו לרבו ממש וכשהתנה עם העבד כאלו התנו עם אחר ואין זה כשאר תנאי דעלמא דמתנה עם המקבל מתנה בעצמו רבנן סברי דמעיקרא זכי העבד אלא דלכי זכי העבד זכי אדון מכח זכיית העבד והלכך כשהתנה עם העבד ה"ל כשאר תנאין דעלמא דמתנה עם המקבל מתנה בעצמו וכיון שכן תנאו קיים דאי אמרת מ"מ ליזכי אדון מיד העבד כבר קדמו תנאי' דנותן שלא יהי' לרבו רשות בו עכ"ל, ולפי שיטה זו של הראב"ד ז"ל לא אתינן עלה מכח מתנה ע"מ שכתוב בתורה אלא משום דאין התנאי עם המקבל מתנה אלא עם איש אחר דיד עבד כיד רבו לזכות ולא לחובה נמצא דלזכות במתנה נעשה ידו ולתנאי' שלא יזכה הוי כידו וכאיש אחר נחשב ותו לא תקשי קושי' שעהמ"ל דהא בדבר שבממון תנאו קיים דאנן לאו משום מתנה עמ"ש בתורה אתינן עלה אלא משום דיד אשה כיד בעלה לזכות ולא לחוב ותיכף שנתן לאשה זכה הבעל ולגבי התנאי היא נחשבת כאיש אחר וכמ"ש הראב"ד גבי עבד ורבו ועמ"ש סימן ל"ח ס"ק כ"ג אמנם לפ"מ דקי"ל דבנכסים שאין ידועי' אין לבעל פירות שפיר מהני התנאי ע"מ שאין לבעלך רשות בהן דתו לא שייך למימר דתיכף כשנותנו לאשה זכה הבעל והתנאי הוא עם איש אחר וכנ"ל דהא עדיין לא זכה הבעל דהא לא נודעו לו וא"כ קדמה זכיית האש' אלא שאח"כ כשנודע לבעל הוא זוכה מן האשה וכבר קדמו תנאי' דנותן שלא יהי' לבעל רשות ודומה ממש לעבד אליבא דרבנן דס"ל זכיית האדון מצד זכיית העבד וכבר קדמו תנאי' וכמ"ש למעלה. אלא דלר' מאיר דס"ל דמתנה ע"מ שכתוב בתורה אפי' בדבר שבממון תנאו בטל וה"ה בדבריהם דחכמי' עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה א"כ אפי' לגבי אשה גופה תנאי' בטל דמה שהתנה שלא יהי' לבעל פירות הוא מתנה לבטל תקנת חכמי' ולא מהני תנאי ובתר דידע הבעל בנכסים אית לי' פירי ובזה אפש' ליישב מה שמחלקין הפוסקי' הראשונ' בין אשה לעב' דבאש' מהני ע"מ שאין לבעלך רשות בהן ובעבד לא מהני ע"מ שאין לרבך רשות בהן וכתבו הטעם שיש חילוק בין עבד לאשה דבאשה אין לבע' אלא פירו' ע"ש ולפי דבריהם תמו' מאד הסוגי' דנדרים שם דאמרו כמאן אזלא

הא דרב כר' מאיר ע"ש דף פ"ח ולפי דבריהם לא מוכח מדר' מאיר מידי דר"מ איירי בעבד ורב אמר לשמעתי' גבי אשה דאין לבעל אלא פירות ואפשר דגם ר' מאיר מודה וכמו שפסקו באמת לחלק בין אשה לעבד. אמנם לפ"מ שכתבנו החילוק הוא מטע' אחר והוא משו' דבעבד זכה האדון מיד והתנאי הוי כאילו הוא התנה עם איש אחר דיד עבד כיד רבו לזכות ולא לחובה אבל באשה דכל זמן שלא נודען לבעל לא זכה עדיין וא"כ קדמה זכיית האשה וחייל תנאי' ותו לא מצי בעל למזכי מיד אשה וכנ"ל והיינו דוקא לפי מה דקי"ל כרבנן דר' מאיר דבדבר שבממון תנאו קיים ולכך התנאי עם האשה קיים קודם שנודעו לבעל ותו לא מצי זכי בעל אחר שנודעו לו דכבר קדמו תנאי' אבל לר' מאיר דס"ל דאפי' בדבר שבממון תנאו בטל א"כ בשום אופן לא מצי להתנות עם האשה שלא יהי' לבעל פירי דלאחר שנודעו לבעל מהנכסים זוכה בפירות לכך אמרינן שפיר כמאן אמר רב לשמעתי' כר' מאיר דלדידי' צריך לומר מה שאת נותנת לפיך ודו"ק (הנה לכאורה יש לעיין במ"ש מרן ז"ל דבאשה בע"מ שאין לבעלך רשות הוי מתנה לעקור דברי חכמים שתקנו פירות לבעל וחכמים עשו חיזוק לדבריהם דלמ"ש תוס' פ' הכותב דף פ"ג ע"ב ד"ה וקסבר ובדף פ"ד ע"א ד"ה ורב סבר דבפירות דלא שכיחי לא עבדי רבנן חיזוק ולהכי מהני סילוק לרב וע"ש וא"כ אי אפשר לומר לדבריהם טעמא דלא מהני ע"מ שאין לבעלך רשות משום מתנה לעקור ד"ח דהא בפירות לא עשו חיזוק ומהני תנאי' ואפשר לומר דמרן ז"ל אזיל בשיטת רש"י שם פ' הכותב דלא מפליג בין פירות לשאר דרבנן וס"ל לרב התם דחכמי' עשו חיזוק לדבריהם אפילו גבי פירות וע"ש אלא בעיקרא דמלתא קשה לי היכי אמרינן כמאן אזלא הא שמעתא דרב כר' מאיר דס"ל יד אשה כיד בעלה לימא דרב לטעמיה אמר לשמעתי' דס"ל התם בפ' הכותב דחכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה ולכך לא מהני תנאי גבי פירות כמו גבי ירושת הבעל לדידי' התם דס"ל ירושת הבעל דרבנן וע"ש בגמ' כיון דלשיטת רש"י ז"ל אין חילוק בין פירות לירושה וכמ"ש לכך נלענ"ד דאי הוי ס"ל לרב דלא אמרינן יד אשה כיד בעלה הי' מועיל התנאי ע"מ שאין לבעלך רשות ולא הי' עוקר ד"ח שהרי חכמים לא תקנו שיקנה הבעל פירות מהנותן אלא שיאכל הפירות מנכסי אשתו ועיקר הטעם מה שצריך האב להתנות עמה ע"מ שאין לבעלה כו' אע"ג דתנן לעיל המדיר הנאה מחבירו ונתן מתנה לאחר מותר המודר ליהנות ממנו וא"כ ה"נ נהי שחותנו מודר הנאה ממנו הרי הוא נתן לבתו והבעל נהנה מבתו אלא דהכא כיון דהבעל זוכה מיד בפירות מתנה זו ה"ל כאלו נותן לחתנו וכן כתב הרא"ש להדי' בפירושו במתני' ע"ש ולפ"ז כשמתנה ע"מ שאין לבעלך כו' ר"ל שלא יזכה הבעל מיד בפירות וזכתה בתו בכולהו מתנה ובזה מהני תנאים שהרי יש לה

יד זכות לעצמה בלא בעלה ואם תרצה אח"כ ליתן לו הפירות לא אכפת לן דגם גוף הקרן תוכל ליתן לו כיון דלאו משל חותנו קא מתהני אלא משל אשתו כמ"ש רש"י להדיא ואין בזה עקירת דברי חכמים שהרי לא תקנו שיזכה הבעל מיד הנותן ועוד נ"ל דאין זה בכלל עוקר דברי חכמים כיון שאין בידה ליתן לו הפירות שהרי תלוי בדעת הנותן דחכמים לא תקנו פירות ולא עשו חיזוק לדבריהם אלא היכא שאין הדבר תלוי אלא בדעתם אבל כבר יש בידה ליתן לו הפירות אבל היכא שאין בידה ליתן לו הפירות כגון הכא שהתנה הנותן שלא יהא לו רשות בהן כה"ג לא תקנו לו פירות אלא כיון דס"ל לרב דאין יד לאשה בלא בעלה ודמ' ממש לעבד ואף שבעבד הגוף והפירות לרב והכא הגוף שלה והפירות לבעל מ"מ עיקר היד דבעל הוא דידה כידו דמי וכמ"ש הרשב"א בחי' לקדושין שם וכ"כ הרא"ש בפסקיו שם ע"ש לכך ס"ל לרב דלא מהני כשאומר ע"מ שאין לבעלך רשות ר"ל שלא יזכה הבעל עמה דזה אי אפשר שהרי אין לה יד לעצמה לזכות מאיש אחר וא"כ אי אפשר לקיים המעשה והתנאי בשום צד ולכך התנאי בטל והמעשה קיים וכמו כל מתנה עמ"ש בתורה וכמ"ש הרשב"א ע"ש ואע"ג דבדבר שבממון תנאו קיים היינו בדבר שאפשר למחלו והי' באפשר לקיים המעשה והתנאי אבל כה"ג לקנות מי שאינו יכול לקנות זה אי אפשר וכיון שאין קיום, התנאי באפשר בטל התנאי והמעשה קיים ועיין בפסקי הרא"ש שם בקדושין שכתב דה"ל תנאי סותר המעשה ובזה אין חילוק בין דבר שבממון או דבר שבגוף ויש לכוין גם דברי הרשב"א לזה וע"ש וכן עלו דברי מארן ז"ל. אלא במ"ש מארן ז"ל בשיטת הראב"ד דלכך אמרי' דשמעתי' דרב כר"מ דס"ל דבדבר שבממון נמי התנאי בטל וה"ה בדרבנן דחכמים עשו חיזוק צע"ג חדא דאי משום תקנת פירות בלחוד ה"ל עוקר ד"ח א"כ לא מוכח מידי דס"ל יד אשה כיד בעלה והל"ל רב לטעמיה אזיל דס"ל חכמים עשו חיזוק וכמ"ש לעיל ובהדיא אמרו בש"ס שמעתא דרב כר"מ דאמר יד אשה כיד בעלה ועוד דהרי על כרחנו לא שייך הכא יד אשה כיד בעלה כיון דאיירי בנכסים שאינן ידועים כמ"ש מארן ז"ל וכבר קדמה זכיית האשה בלא בעלה והאיך אמרו בש"ם) דטעמיה משום יד אשה כיד בעלה ואולי יש כאן חסרון תיבותו בקוצר השגתי לא יכולתי לעמוד עליהם והש"י יעמידנו על דרך אמת:)

סעיף יג

ס"ק ג

נכסי מלוג הבעל אוכל פירות. עיין ב"ש לעיל ס"ק ט"ז שכתב וז"ל כתבו תוס' פ' החובל אם מכרה הכתובה בטובת הנאה אין לו הפירות מן הטובת הנאה וא"צ ליקח הקרקע מן הפירות וכן מוכ' שם דאל"כ מאי פרי' ותזבין לכתובתה בטובת הנאה ותתן לנחבל

אם יש לו חלק בפירות איך תתן לנחבל אלא ודאי דאין לו בהן שום זכות ומזה מוכח נמי דיכולה ליתן אותו מעות לאחר גם דאינו יורש אותו מעות דאל"כ איך ס"ד דתמכור ותתן לנחבל עכ"ל. ואין ראייתו מכרחת דהת' ה"ל כנכסים שאין ידועי' לבעל דמוכרת ונותנת וקיים ולי' בי' משו' תקנת אושא דכיון שהב"ד מוכרי' הכתובה עבור הנחבל אין לבעל כלום אבל כל שלא מכרה ונתנה לאח' ומתה יירשנה בעלה שוב ראיתי שקדמני בזה בספר בית מאיר ע"ש אמנם אף שאין הראי' מכרחת וכמ"ש מ"מ בעיקר הדין שכת' ב"ש דאין הבעל יורש אותן המעות שקיבלה בעד טובת הנאה נלענ"ד כוותי' ובס' בית מאיר שם השיג עליו וכתב ז"ל דודאי מסתבר דיורש אותם דלמ"ד ירושת הבעל ד"ת מה ענין פירי דפירי לא תקינו לי' רבנן לכאן ופשיטא דיורשה ה"ה למ"ד דרבנן וע"ש ולפענ"ד נראה דודאי למ"ד ירושת הבעל דרבנן ולא תקינו לי' אלא משום קבורתה והכא כיון שיורש גוף הנכסים לכשתמות והיא מכרה הצד לכשתאלמן או תתגרש דאז אין הבעל יורש אותה א"כ גם הדמים שבעד מכירתה לכשתתאלמן או תתגרש אין לבעל בהן ירושה ואפילו למ"ד ירושת הבעל דאורייתא נמי כיון דדמי' שקיבלה בעד מכירתה הוא בעד אותו צד שתתאלמן או תתגרש ואם תתאלמן או תתגרש אין הבעל יורש אותה אלא יורשי' יורשין אותה המכירה תופסת הדמים שיהיו הדמים שייכים ליורשים ולא גרע מנותן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בהן דאין הבעל יורש אותה לדעת רע"מ גאון והרמב"ן ז"ל דהלכה כשמואל דמהני ע"מ שאין לבעלך רשות בהן א"כ ה"נ כיון שמוכרת הצד שתתאלמן או תתגרש דאין לבעל רשות ה"ל קבלת דמי המכר נמי על תנאי זה שאין לבעל רשות בהן ואפילו לשיטת הפוסקים דלא מהני ע"מ שאין לבעל רשות היינו דוקא בנותן לה מתנה דהוי מתנה לעקור ד"ת או דברי חכמים דדינא הוא דהבעל יורש אותה ולא מצי לאתנויי שלא יירש הבעל אבל הכא דדמי' נתפסו בעד המכר וכיון דהמכר הוא לכשתתאלמן או תתגרש א"כ מה לי הן מה לי דמיהן וכשם שאין להבעל בנכסים כלום לכשתתאלמן או תתגרש כך אין לו לבעל בדמי אותו מכר כלום ואין לו רשות בהן זה הנלענ"ד ודו"ק:

(לכאורה הדברים אינם מובנים כיון דמ"מ המעות הם שלה והיא מתה בחיי הבעל אמאי לא יירשנה בעלה דמה בכך שהלוקח נתן הדמים בעד הצד שתתאלמן או תתגרש והפסיד באמת מעותיו מ"מ הרי עתה מתה היא למה לא ירש הבעל ונראה דכונת מרן ז"ל דמה שמוכרת בטובת הנאה הוא חלק יורשי' אלא שהם אין יכולים למכור דה"ל מה שאירש מאבא מכור לך דלא מהני ולכך הוא בעצמה מוכרת אבל מ"מ כיון שמוכרת

לכשתתאלמן או תתגרש ואז הי' של יורשי' הרי היא מוכרת חלקם לכך כשמתה הם יורשים אותן מעות שלקחה בעד חלקם כן נלענ"ד בפירוש דברי מארן ועדיין צ"ע קצת):

ס"ק ד

הבעל אוכל פירות ונראה דבנכסי מלוג מטלטלין וטוען הבעל החזרתי לאשה אע"ג דידוע שהכניסה לו נכסי מלוג נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו דאע"ג דתוך זמנו הוא נאמן במגו וכמבואר בש"ך סימן ק"ח סק"ז דתוך זמנו הוא נאמן בפקדון לומר החזרתי במגו דנאנסו ע"ש ובזה מתיישב מה שהקשה בס' בית מאיר סימן צ"ד בהא דכתבו תו' פרק החובל דף פ"ק ד"ה אמר רב אידי בר אבין כו' דממתני' דמכות לא מצי לאקשויי דאפשר דאירי במנה ומאתים משא"כ בברייתא יש לו לתנא לשנות ריבוי תשלומין לגבי עדים זוממין בדבר שהיא יכולה למכור לגמרי דהיינו נכסי צ"ב והקשה הוא ז"ל א"כ מה דחה אביי אם אמרו בנכסי מלוג יאמרו בנכסי צ"ב אכתי קשה אם כן ה"ל לשנות ריבוי תשלומין בנכסי מלוג מטלטלין שהעידו שכבר נתן לה והוזמו ע"ש ולפי ולפימ"ש לא ק"מ דבנ"מ אי אפשר להשמיענו ריבוי תשלומין במטלטלין שהעידו שנתן לה שהרי לא הפסידו העדים אותה כלום בעדותן שהרי הוא נאמן בעצמו לטעון החזרתי לה במגו דנאנסו ואי אפש' להשמיענו ריבוי תשלומין אלא בנכסי צ"ב דאינו נאמן לטעון החזרתי דהא לית לי' מגו דנאנסו כיון דאם פחתו פחתו לו וק"ל.

סימן צ

סעיף א

ס"ק א

קרקע מחיים ופירות לאחר מיתה כתב ח"מ ז"ל אע"פ שמתה בחיי מורישי' ולא זכתה בפירות מ"מ הבעל יורש הקרקע והפירות לאחר מיתת מורישי' דה"ל מוחזק מאחר שהי' גוף הקרקע שלה קודם מיתת מורישי' עכ"ל וב"ש כתב עלה ז"ל יורש אותה הקרקע משמע הפירות אינו יורש משום דהוי ראוי דהא המורי' יכול למכור אותם עכ"ל, והדברים סתומי' דפשיטא דפירות תלושין שבחיי מורישי' אין הבעל יורש אותן דהא בהני פירות לא זכתה אלא אחר מיתת מורישי' וגם הח"מ מודה בזה ואותן פירות שגדלו אחר מיתת מורישי' פשיט' דבעל יורש אותן כיון דכבר זכתה בגוף הקרקע והרי היא שלו א"כ הפירות שגדלו בגוף הקרקע שלו גדלו:

אמנם אם נמצאו פירות מחוברין בקרקע בשעת מיתת מורישי' דפסק בש"ע ח"מ סימן רנ"ז דדעתו של אדם קרובה לבנו ולבתו וגמר המקנה להקנות פירות המחוברין לבנו

ולבתו ע"ש ודעת הרי"ף ז"ל בזה דאם מכר האב הפירות לאחר אז הלוקח זוכה בפירות המחוברין משום דבשעת מיתה הוא שמקנה הפירות המחוברין לבנו וכיון שכבר מכרן או נתנן לאחר אז המקבל הוא האחר זוכה בפירות המחוברין ולפ"ז שפיר קאמר הב"ש דוקא הקרקע יורש אבל הפירות אינו יורש והיינו פירות המחוברין משום דנהי דהכא לא מכר האב כלום והקנה אותם לבתו מ"מ אם קדם ומכר היו מכורין ה"ל ראוי וכמו שאמרו גבי סבתא אם קדמה סבתא וזבנה זבינה זבינא ה"ל ראוי אלא דכל זה הוא לדעת הרי"ף והרמב"ם, אבל הרמ"א שם פסק דאפילו קדם האב ומכר הפירות אפ"ה פירות המחוברין לבנו ע"ש דפסק דלא כהרי"ף א"כ אי אפשר לפרש בכונת הרמ"א דוקא קרקע יורש אבל פירות אינו יורש בפירות המחוברין כיון דרמ"א ס"ל דלא כהרי"ף א"כ אם הי' מוכר לא הוי זביני' זביני תו לא הוי ראוי ויורש גם הפירות המחוברין:

(אמנם לפמ"ש שם רמ"א דאם מכר הבן כחו לאחר לא זכה אותו אחר בפירות המחוברין דדוקא לבנו מיקרבא דעתי' ולא לבא מכחו וכ"כ הטור ואפשר גם הרי"ף הודה בזה וע"ש וא"כ בלא"ה אין הבעל נוטל בפירות המחוברין לדעת רמ"א דלדידי' לא הקנה האב דה"ל כמי שמכרתן בתו לאחר וכל שמתה בתו הבעל ה"ל כאחר ולא שייך גבי' קירוב דעת ולא הקנה לו האב פירות המחוברין):

ס"ק ב

ואפילו אם היו משועבדים לכתובת אלמנה נקראים מוחזקים לבת והוא במרדכי פ' כל הנשבעין וז"ל שם נשאל רבינו מאיר על ראובן שמת והניח אלמנה ושתי בנות ואחת מן הבנות נשואה ומתה אחר אבי' ושוב מתה האלמנה קודם שנשבעה על כתובתה והבת הנשארת מוחזקת בכל הנכסים והבעל של הבת שמתה תובע כל חצי הנכסים לפי שכשמת אבי' ירשוהו אשתו ואחותה והוא יורש חלק אשתו והשיב לא ידענא מאי מספקא לך כו' ואין לומר כיון דבחיי אשתו הי' משועבד לכתובת אלמנה ולמזונותי' ה"ל ראוי ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק דהא ליתי' דכל כה"ג לא מקרי ראוי דא"כ בטלת ירושת בנו הבכור שאין לך אדם אחד מני אלף שאין עליו כתובת אשה ומזונות ושיעבוד בע"ח אלא ודאי כל כה"ג לא מקרי ראוי כיון דהוי מחוסר גוביינא כו' ובהדיא אמרי' ס"פ נערה שנתפתתה ובפ' י"נ מי שמת והניח אלמנה ובת אלמנתו ניזונת מנכסיו ניסת הבת אלמנתו ניזונת מנכסיו מתה הבת אלמנתו ניזונת מנכסיו כו' אלמא דנכסי בחזקותיהן קיימי אן לאחר מיתה של הבת אלא שצריך לזון את האלמנה ולא קיימי נכסי בחזקת יורשי הבעל וא"כ כי מתה האלמנה אח"כ פקע חיוב מזונותי' וקיימי נכסי בחזקת הבעל לגמרי עכ"ל ובמרדכי פ' נערה כתוב ז"ל פסק הר"מ ז"ל על אלמנה שמת

חמי' קודם בעלה דאין לה לגבות כתובתה מנכסי חמי' מחלק ירושת הבעל דכיון דחמי' הניח האלמנה וקיימא לן הלכה כאנשי גליל ה"ל כל נכסי חמי' ראוי' לגבי בעלה ואינה נוטלת בראוי ואפילו יש במוחזק יותר על כתובת חמותה עכ"ל:

ובתשו' מהרי"ל סימן ב' הקשה דברי מהר"מ אהדדי ע"ש. ובסימן ע"ד כתב ליישב והוא דשטרא משוי ראוי לשטרא ותקנתא לתקנתא אבל ירושת הבעל למ"ד דאוריית' ואפילו למ"ד דרבנן מ"מ ותקנת' אלימת' היא וירושה דממילא ולא מיתסרא גובייני' אלימ' מן הכתיבה עכ"ל ובדרכי משה סימן ק' כתב ליישב דבפ' כל הנשבעין מיירי במקום שנוהגין כאנשי יהודא שמסלקין האלמנה ולכן נקרא מוחזק עכ"ל וע"ש:

ולפי מ"ש בד"מ א"כ אין חילוק בין ירושת הבעל לכתובה אלא עיקרא דמלתא תלי' ביכולין לסלקה ולאנשי גליל דאין יכולין לסלקה א"כ ה"ל ראוי גם לירושת הבעל ואין הבעל יורש כל שהיה בו שיעבוד מזונות דכיון דכל נכסים משועבדין למזונות ה"ל ראוי אבל אנשי יהודא דאמרו דיכולין לסלקה א"כ גם לענין כתובה לא ה"ל ראוי ודוק' חוב מזונות הוא דה"ל ראוי לאנשי גליל משום דמזונת אין להם קצבה וכל הנכסים משועבדים לחוב מזונת לכך הוי ראוי גם כיון דנכסי בחזקת אלמנה קיימי לענין מזונות דיכולה למכור שלא בב"ד לכך משוי לי' ראוי אבל חוב דכתובה הוי כשאר חוב דאינו עושה ראוי אע"ג דגם לכתובה יכולה למכור שלא בב"ד מ"מ כיון דדמי כתובה קצובין הן אינן אלא כמו שאר חוב ועיין בסימן ק' מ"ש שם בב"ח:

ולפ"ז ה"ה גבי בכור אם הי' על האב שיעבוד מזונות אשתו ה"ל כל הנכסים ראויין לאנשי גליל ואין הבכור נוטל בהם פי שנים ואין להקשות דא"כ בטלת ירושת בנו הבכור דאין לך אדם שאין עליו שיעבוד מזונת אשתו משום דדוקא חוב מזונות אלמנה הוא דמשוי ראוי כיון דאיכא תרתי למעליותא שאין להן קצבה ויכולה למכור שלא בב"ד והוי נכסים בחזקתה אבל חוב מזונות אשתו כיון דבחייו אינה יכולה למכור בלא ב"ד וכמ"ש הר"ן פ' ב' דייני גזירות דה"מ דנכסים בחזקתה לאחר מותו אבל בחייו נכסים בחזקתו ע"ש א"כ בחייו שאינה יכולה למכור שלא בב"ד ה"ל מוזחק ולא ראוי אלא היכא דהוי לי' חוב אלמנה במזונו' בזה אין הבכור נוטל פי שנים ואע"ג דהרמב"ם ז"ל סובר דגם בחיי הבעל הנכסים בקזקתה ויכולה למכור בלא ב"ד וכמ"ש בסימן ע' שאר פוסקים לא ס"ל הכין אלא ס"ל דבחייו הנכסים בחזקתו ומש"ה נאמן לומר פרעתי וכן הוא דעת התוס' והרא"ש ומש"ה לא הוי ראוי ע"י חוב מזונות אשתו בחייו (ולכאורה תקשי דמ"מ תיכף כשמת האב נשתעבדו הנכסים למזונות אלמנתו וה"ל לי' לגבי בכור ראוי וא"כ לא משכחת ירושת בכור אלא כשמתה אשתו בחיי האב דזה אינו דעיקר הדבר תלוי אם הי' האב

מוחזק בשעת מיתה וכיון דבשעת מיתה הנכסים היו בחזקת האב אגלאי מלתא למפרע אחר שנסתלקה האלמנה דה"ל מוחזק ונוטל בהן הבכור פי שנים) והנה לפי דברי הד"מ בהא דמוהר"מ בפ' כל הנשבעין דפסק דלא הוי ראוי חוב דמזונות היינו לאנשי יהודא דיכולין לסלקה לאלמנה וא"כ ראייתו שהבי' מהא דמתה הבת אלמנתו ניזונת מנכסיו אלמא דנכסי בחזקתייהו קיימי אף לאחר שמתה בתו והבעל יורש אותם צריך לומר דמימרא דרבנן שם אליבא דאנשי יהודא דאילו לאנשי גליל כיון דאין יכולין לסלקה ה"ל ראוי וא"כ היכי קאמר מתה הבת אלמנתו ניזונת מנכסיו דמשמע דבעל מיהא יורש אותה וקשה דהא הרי"ף פסק ס"פ נערה כאנשי גליל והביא ראי' דהלכה כאנשי גליל מהא דס"פ י"נ דשלח רבין באגרתי' מי שמת והניח אלמנה ובת אלמנתו ניזונת מנכסיו מתה הבת א"ר יהודא בן אחותו של ר' יוסי בר"י על ידי הי' המעשה ואמרו אלמנתו ניזונת מנכסיו ושמעינן מהא דהלכה כאנשי גליל ע"כ ובעל המאור ז"ל כתב עלה דלא שייכ' הא דשלח רבין באגרתי' להא פלוגת' דרב ושמואל כל עיקר ע"ש וכ"כ הרא"ש ע"ש והרמב"ן במלחמותיו כתב לפרש דברי הרי"ף שאם אין האלמנה ניזונ' מנכסים אלא עד שירצו ליתן לה כתובתה היכי אמרי' התם בפ' י"נ אלמנתו ניזונ' מנכסים משום דשויו רבנן לבעל כיורש משום פסיד' דאלמנה שהרי אין זה פסידי גמורה אם אינה ניזונת שהרי היא גובה כתובתה ועכשיו אם הי' רוצה אותו הבעל ליתן לה כתובתה הי' פוטרה וכיון שכן לא הוי פסיד' גמורה כי היכי דלפקעי רבנן כחו דבעל למישוי' כיורש אלא לאו ש"מ דעל כרחן של היורשים היא ניזונת ואיכ' פסידא גמורה דאלמנה וע"ש ובר"ן שם א"כ לשיטת הרי"ף ז"ל אגרתי' דרבין אתי' כאנשי גליל דוקא ומוכח דאף לאנשי גליל בעל יורש אע"ג דמשועבד למזונות אלמנה:

ונראה דהרי"ף לשיטתי' אזיל דס"ל בפ' אלמנה ניזונת דלית לה לזבוני למזנות אלא עד כדי כתובתה וכו' והא דגרסימן בפ' שני דייני גזירות גרשני בעלי מתפרנסת והולכת עד כדי כתובתה כו' התם בדאפשר לה לאתזוני מפירי דקרקע ומעמלי דבתי אבל בדלא אפשר לה לאתזוני אלא מזביני דמקרקעי לא וע"ש ועיין בספר הזכות להרמב"ן שכתבן דהגאונים כולם ז"ל מפרשים שאינה יכולה למכור אלא עד כדי כתובתה וטעם דבריהם שלא העלו חכמים בתנאי כתובה יותר מן הכתובה עצמה וע"ש:

ולפ"ז דאינה יכולה למכור למזונות יותר מכדי כתובתה אפילו לאנשי גליל ואין לה מזונות אלא בדאפשר לה לאתזוני מפירי דקרקע ומעמלי דבתי א"כ ה"ל כהך דינא דמרדכי פ' יש נוחלין שאם כתבו לה מורישי' קרקע מהיום ופירות לאחר מיתה הבעל יורש אותה הקרקע והוא דינו של הרמ"א לעיל בהגה"ה ומשום דקנין פירות לאו כקנין

הגוף דמי והוי מוחזק בגוף הקרקע וא"כ כיון דלחוב דמזונות לא נשתעבד גוף הקרקע אלא כדי כתובתה לא הוי ראוי המותר מכדי כתובתה. (מ"ש מרן ז"ל דהמותר לא הוי ראוי לאו דוקא נקיט מותר דה"ה מה שכנגד כתובתה לא הוי ראוי דלא עדיף מכתובה עצמה דאע"ג דמוכרת שלא בב"ד מ"מ כיון שדמי' קצובים הוא כשאר בע"ק ולא הוי הנכסים ראוי ה"ה למזונות אליבא דהגאוני' כיון דקצובים נגד כתובתה לא הוי ראוי וכמ"ש מרן לעיל בדברי הד"מ ע"ש):

וא"כ הך דינא דמהר"ם שכתב בפ' נערה דכל שנשתעבד לחוב מזונות ה"ל ראוי לאנשי גליל דאינן יכולין לסלקה כל זה אינו אלא לשיטת הפוסקים החולקים על הרי"ף וס"ל דאפילו גוף הקרקע מוכרת למזונות אפילו יותר מכדי כתובתה וכן הוא באמת דעת הרא"ש ורוב הפוסקים ולדידהו מצינו לפרש הך דס"פ י"נ מתה הבת אלמנתו נזונת מנכסיו היינו אליבא דאנשי יהודא וכמ"ש הרא"ש פ' נערה דאין ראי' מהך דמתה הבת כו' דס"ל כאנשי גליל ע"ש אבל לשיטת הרי"ף דס"ל דמוכח מאגרתי' דרבין כאנשי גליל וכמ"ש לשטתו דאפילו לאנשי גליל אינו משועבד למזונות אלא עד כדי כתובתה מגוף הקרקע ואע"ג דפירות קרקע משועבדים למותר מכדי כתובתה לא הוי ראוי כיון דגוף הקרקע הוי מוחזק לא אכפת לן בפירי ודו"ק:

ואין להקשות לפי מ"ש הב"ש סימן צ"א סק"ט בהך בעיין דס"פ יש נוחלין או בעל יורש הוי או לוקח ולא אפשיט' וכתב שם דמהני תפיסה והיינו אם תפסה גוף הנכסי מלוג, אבל אי תפיס פירי לא מהני תפיסה כי הפירות שייכים לבעל תחת פרקונה ע"ש והיינו משום דלפירי ודאי לוקח הוי מבואר שם אצלינו דלפ"ז הא אגרתי' דרבין דאלמנתו ניזונת מנכסיו היינו מגוף הקרקע אבל לא מן הפירות דלפירי ודאי לוקח הוא ואפילו במקום פסיד' דאלמנה ליקח הוי ע"ש בביאור היטב א"כ נהי דאגרתי' דרבין אתיא כאנשי גליל וכמ"ש הרי"ף מ"מ כיון דאינה ניזונת אלא מגוף הקרקע והיינו שמוכרין גוף הקרקע מהיום ופירות לאחר מיתה ע"ש אבל מקיים הבעל אוכל הפירות ואין האלמנה ניזונת מפירי דארע' א"כ אכתי מאי פסיד' אית לה לאלמנ' דהא אם היתומים רוצים מסלקים לה בכדי כתובתה וכמ"ש הרמב"ן כיון דמגופה דארע' לית לה אלא כדי כתובת' ומפירי דארע' לית לה כלום דליתי' משום דאכתי פסידי לאלמנה לאנשי גליל שאינן יכולין לסלקה ותהיה ניזונת מגוף הקרקע עד כדי כתובת' ואח"כ תגבה כתובתה ויהיו בידה שתי כתובות ועיין ברמב"ן בס' הזכות שכתב כן לדעת הרי"ף דאפי' מגופה דארע' אית לה שתי כתובו' מזונות כדי כתובתה ואח"כ גובה עיקר הכתוב' ולאנשי יהוד' יכולין לסלק' ואין בידה אלא כתובה אחת ולפי מה שהעליתי בסימן צ"א דאלמנ' ניזונת מפירי

דארע' א"כ אלמנתו ניזונת אפילו ביתר מכדי כתובת' מפירי דארע' ושפיר איכ' פסיד' לאלמנה ודוק:

ס"ק ג

וכן אם היה לה מלוה ביד אחרים כשנשא'. כתב בח"מ ז"ל ועיין בחה"מ סימן רע"ח סעיף ז' ונראה דכל הדינים שייכים נמי הכ' דמלוה שיש עליו משכון יורש הבעל דכגבוי דמי אפי' משכון בשעת הלואתו ואם היתה לאשה חוב ביד בעלה קודם שנשאה ואח"כ נשאה ומתה נרא' דהוי מוחזק ממש ויורש החוב כו' אבל בתשו' הרשב"א שהביא הב"י פוסק דיורש מחצה כמו גבי בכור ועיין עוד שם מה שמחלק בין משכון נכרי למשכון מישראל ובין אתר' דמסלקי במשכון של קרקע לאתר' דלא מסלקי ועיין עוד אם גנבו נכסי מלוג של אשה ולא הוחזרו עד לאחר מיתה הוי ראוי ואם גזלו קרקע אינה נגזלת וכן אם גנבו ספרים עיין בחה"מ סימן הנ"ל עכ"ל ח"מ:

והנה מ"ש דאם נגנבו ספרים עיין בח"מ סימן הנ"ל כבר כתבנו שם בקצה"ח סימן הנ"ל דהא דפסק דאם נגנבו לו ספרים בכור נוטל פי שנים והוא מבואר בד"מ שם וז"ל כתב המרדכי פ' י"נ דאם גנבו גוים ספרים ואחר מותו הוחזר דמסתמ' לא נתייאשו הבעלים לא מקרי ראוי דכל היכ' דאיתי' ברשות בעלים איתי' וכן אי אית ליה קרקע מהיום ולאחר מיתה הוי מוחזק וכ"כ בנימוקי יוסף וכתב עוד שם דאם גזלו קרקע והוחזר לו הוי מוחזק דקרקע אינה נגזלת ונ"ל דה"ה ספרים כדברי המרדכי דלא מתייאשו מספרים כמו שנתבאר לעיל אבל שאר מטלטלין אע"ג דלא מתייאשו מיני' מקרי ראוי עכ"ל. ע"ש שהארכנו במה שמחלק דבספרים סתמן לא מייאש והוי מוחזק ובשאר מטלטלין אע"ג דלא מייאש הוי ראוי דק' מ"ש ספרים משאר מטלטלין וכתבנו שם ליישב ע"פ מ"ש תוס' פ' י"נ דף קכ"ו ד"ה לא עשה ולא כלום ז"ל דהא דאמרינן בכור מתנה קריי' רחמנ' היינו דוק' בדבר שאינו מצוי ע"ש וכ"כ הרי"ף שם ז"ל דלא אמרו יש לבכור קודם חלוקה אלא במאי דאתי לידי' דאבוהו ואיתי' השת' ברשותי' דממעטינין דבר שאינו מצוי מכל אשר ימצא כגון שבח אבל דיקלא ואלים ארע' ואסיק שרטון שפיר הוי ברשותי' ולא מקרי ראוי עכ"ל והיינו דבכור מתנ' קריי' רחמנ' ודבר שלא בא לעולם ליתי' במתנה ואפי' שבח דממיל' נמי הוי דבר שלבל"ע אלא דהתורה לא מיעטה מטעם מתנה רק דבר שאינו מצוי כדכתיב בכל אשר ימצא לו אבל דבר המצוי אע"ג דליתי' במתנה כגון דיקל' ואלים כיון שמצוי וברשותו הוא לא מיעטה מטעם מתנה וא"כ שאר מטלטלין כיון דסתמן עומד ליאוש אע"ג דזה לא מתייאש ועומד וצווח מקרי אינו מצוי דהא מה"ט סתמי' עומד ליאוש לפי שאינו מצוי שיוחזר אבל ספרים שסתמן אינו עומד ליאוש דשכיח שיוחזרו

לבעליהן דמן הסתם יביאו לידי ישראל ה"ל מצוי ולכך אע"ג דגם ספרים גנבים ליתנייהו במתנה דהוי דבר שאינו ברשותו אפ"ה כיון דמצוי הוא לא אמעוט מבכל אשר ימצא וכמו דיקל' ואלים וארע' ואסיק שרטון:

ועם כל זה הנחנו דברי רמ"א בצ"ע כיון דעיקר תלמודו מדברי המרדכי לומר דספרים הגנובים הוי מוחזק וז"ל המרדכי ר"פ י"נ ורבינו מאיר השיב על ספר שגנבו כותי ואחר מיתת הבעל הוחזר והבעלים מסתמ' לא נתייאשו דמחייב לאהדורי אין לומר דהוי ראוי ואין האשה נוטלת בראוי כבמוחזק דכל כה"ג אינו נקרא ראוי דכל היכ' דאיתי לספר ברשותי' דבעלים איתי' ובחזקתן דלא גרע ממלי' אע"ג דחשבינין ליה גבי בכור פ' י"נ ראוי גבי כתובת אשה לא משכינן ליה ראוי בין גבו קרקע בין גבו מעות כמו שפי' ר"י שם ואפי' ממלוה של כותים נמי גביא כמ"ש ר"י מפריש כו' והכי עמא דבר עכ"ל הרי דטעמ' אינו אלא משום דממלוה נמי גבי' כתובתה והוא משום שיעבוד' דר' נתן וגבי גניבה וגזילה נמי איתי' לשיעבוד' דר"נ כמבואר בש"ע ח"מ סימן פ"ו סעיף ד' אבל גבי בכור לא עדיפ' ממלוה וכי היכי דלא שקיל ממלוה פי שנים ה"נ אינו נוטל מספרים הגנובים ואדרב' מדברי המרדכי נראה להיפך דס"ל דספרים הגנובים נקרא ראוי דאם אינו ראוי כלל למה צריך למימר טעמי משום דגבי' ממלוה דאינו אלא מתורת שעבוד' דר"נ תיפוק ליה דאפי' בבכור מקרי מוחזק וע"ש מיהו בזה יש ליישב דגבי בכור שפיר מקרי מוחזק משום דאף על גב דאינו ברשותו ומקרי ראוי מ"מ גבי בכור לא אמעיט ראוי אלא כשאינו מצוי וכמ"ש א"כ בספרים גנובים מקרי מצוי ולא אמעוט גבי בכור אבל לכתובת אשה דאינה גובה אפילו מדיקל' ואלים וארע' ואסיק שרטון אע"ג דהוי דבר המצוי כיון שאינו ברשותו לכך אף בספרים הגנובים לא היתה גובה ולהכי אתי עלה הר"מ מדין שעבוד' דר' נתן. ולפ"ז ממיל' נשמע לדי' דירושת הבעל דבדידי' אין חילוק בין דבר המצוי לדבר שאינו מצוי דדוק' גבי בכור הוא דמפלגינין בהכי משום דכתיב בי' בכל אשר ימצא לו משא"כ גבי בעל א"כ אפילו מספרים הגנובים נמי לא ירית בעל ומקרי ראוי וזה ברור ועיין מ"ש בספרי קצה"ח סימן רע"ח ס"ק י"ד וסק"ז מיהו נראה דאם נגנבו הספרים או אפילו שאר מטלטלין אחר שנשאת הבעל יורש אותו ומטעם שיתבאר לפנינו

ס"ק ד

קודם שגבתה אותה אין יורש אותה והא דבעל יורש נכסי צ"ב כמבואר בכמה משניות בפרק החולץ ובפי מי שמת אע"ג דנכסי צ"ב מלוה היא אצל הבעל ובמלוה דידיה אינו יורש אלא המחצה כדין בכור וכמ"ש הרשב"א הביאו ח"מ לעיל סק"ח היינו משום דזכ'

בהן הבעל בשעה שהלותן לו משום תקנת אושא וכמ"ש הרא"ש דמדמה לה למכרה ומתה דהבעל מוציא מיד הלקוחות ע"ש וה"ל באין בבת אחת דין לוקח ודו"ק. ואין להקשות ליפשוט לסיועי לתקנת אוש' מהא דתנן הבעל יורש נכסי צ"ב ובפ' החובל דף פ"ט אייתי סייעת' לתקנת אוש' ולא פשיט לה מהא דבעל יורש נכסי צ"ב איכא למימר משום דכבר דחי כה"ג אם אמרו בנכסי מלוג יאמרו בנכסי צ"ב ע"ש פרק החובל דף פ"ט. ועוד נראה דבנכסי צ"ב כיון דמצי אמרה כלי אני נוטלת משום שבח בית אבי' וכמבואר לעיל סימן פ"ח סעיף ג' ה"ל כמו משכון ומלוה שיש עלי' משכון בכור נמי נוטל בה פי שנים ואע"ג דהוא תחת יד הבעל מ"מ משכון דידה הוי דמשכון שהחזיר המלוה ללוה אפ"ה בע"ח קונה משכון כמ"ש בח"מ סימן ע"ב סעיף ג' ע"ש ומש"ה אפי' נאבדו הנכסי צ"ב ונעשו מלוה ה"ל כהלואה שנעשית אחר הנשואין דבשעת נשואין כבר זכה בהן הבעל מדין לוקח ראשון ולא הוי ראוי כיון דכל זמן שהן בעין ה"ל כעין משכון ומלוה שיש עלי' משכון לא מקרי ראוי ואפי' הכניסה לו קרקעות בנכסי צ"ב דבהא לא שייך בע"ח קונה משכון דלא שייך אלא במטלטלין ולא בקרקע כמ"ש רש"י בפ' איזהו נשך דף ס"ז דלא שייך בע"ח קונה משכון אלא במטלטלין ומשום דר' יצחק ע"ש מ"מ אפי' במשכנתא דארעא באתרא דלא מסלקי בכור נוטל פי שנים וכמבואר בח"מ סימן רע"ח ה"נ ה"ל אתרא דלא מסלקי דהא אין הבעל יכול לסלקה מחיים והזמן הוא לטובתה ג"כ וכמ"ש בסימן פ"ה ע"ש ואע"ג דהתם בסימן רע"ח באתרא דלא מסלקי המלוה אוכל פירו' והכא הלוה והוא הבעל אוכ' הפירות מ"מ כל שאינו יכול לסלקה ה"ל כקנוי אצלה וא"כ תו לא הוי ראוי ואפי' שטפה נהר כיון דבשעת נשואין זוכה הבעל ה"ל כלוקח בשעת נשואין וה"ל כמו הלואה שאחר הנשואין ועמ"ש לקמן אלא הא קשי' לי האידנא דנהיגי שמכנסת נדן לבעלה בשעת שידוכין ומשלשין הנדן ביד שליש המרוצה והשליש נותן שט"ח וכשנשאת מכנסת לבעלה אותן השט"ח דבזה לא שייך שבח בית אבי' ואפ"ה בעל יורש אותן וברש"י ותוס' נחלקו בזה עיין בטור וש"ע סימן נ"ג דלדעת רש"י ז"ל הבעל יורש השט"ח ואפי' לדעת ר"ת ז"ל דס"ל דאין הבעל יורש שט"ח זה אינו אלא משום אומדנא ותיפוק לי' דה"ל ראוי. ובש"ס שם בכתובו' דף מ"ז בכתב לה פירות כסות וכלים שיבואו עמה מבית אבי' לבית בעלה ושם בסוגי' הוא מחלוקת רש"י ור"ת אפשר לומר דהתם בכסות וכלי' דשייך בי' שבח בית אבי' וה"ל כעין משכון וקנה בעל וכמ"ש בנכסי צ"ב מדינא דש"ס אבל רמ"א שכתב דין זה בסימן נ"ג האידנא בדין נדוניא שהוא ביד שליש קשה תיפוק לי' דהוי ראוי וגם בש"ס דקתני פירות בהדייהו גבי פירות נראה דלא שייך שבח בית אבי' ק' אמאי ירית בעל וצ"ע. ובחידושי פני יושע דף מ"ז

כתב ז"ל ת"ר כתב לה פירות כסות וכלים ולכאורה דוקא כה"ג בדברי' שהם בעין אבל פסק ליתן מעות נדוניא לבתו כ"ע מודו דלא זכה בהן הבעל כו' דאין הבעל יורש מלות אשתו דה"ל ראוי כדאי' בא"ע סימן צ' אלא דלפ"ז קשה על הש"ע אה"ע סימן נ"ב שכתב בשיטת רש"י וסייעתו אפי' בכתב מעות לנדונית בתו נמי זכה הבעל מן הנשואין אע"ג שהמעות עדיין ביד האב ואמאי הא אין הבעל יורש מלות אשתו ע"ש ובסוף הסוגיא כתב ז"ל וכבר כתבתי דקשי' לי הא קי"ל דאין הבעל יורש מלות אשתו לרוב הפוסקי' דה"ל ראוי וליכא למימר דפסיקת מעות נדוניא לאו מלות אשתו היא אלא מלו' חתנו עצמו היא הא ליתא כמ"ש דמפירש"י ותוס' משמע להדיא שהבעל נוטל מצד ירושת אשתו כו' והנלענ"ד דע"כ צריך לחלק בין ירושת שאר מלות אשתו לנדוני' כיון דאית לי' ג"כ זכיי' בגוה והפסיק' היתה נמי אדעתא דחתנ' עכ"ל. ומ"ש דמפירש"י ותוס' משמע להדי' דהבעל בא מכח ירושת אשתי ומוכח מזה דפסיקת מעות נדוני' מלות אשתו ולא מלות חתנו היא לענ"ד לא מוכח מידי דאפי' אם נאמר דמלות חתנו היא היינו כשנשאה וקיבל עליו הדברי' הללו בנכסי צ"ב והתחייב באחריותן וכאלו חזר הוא והלוה אותן לחמיו נמצא שהיא מלות חתנו ומ"מ צריך לבא מכח ירושת אשתו שהרי הוא חייב לשלם לה החוב שקיבל על עצמו אלא שהוא יורשה. אמנם בעיקר דבריו קא קשי' לי דנהי דהפירות הם בעין או כמ"ש לחלק בין ירושת נדוניא דאי' לי' זכי' בגוה והפסיקה הי' גם אדעתא דחתנו מ"מ כיון שהבעל נתחייב כדין צאן ברזל וה"ל מלות עצמו ולא הי' לו לירש כי אם החצי כדין בכור במלות עצמו ובשלמא היכא דהכניסה אצלו מעות בעין ואח"כ מקבל עליו במלוה א"כ כבר זכה בהן לירושה בעודן בעין אבל אם הכניסה לו מלוה ולא הי' בעין קוד' שנשאה נהי דאדעתא דחתנו נמי פסיק מ"מ אין לו לירש במלות עצמו אלא מחציתה וכבר כתבנו דאם הכניסה לו דברי' שיש בהם משום שבח בית אבי' אפי' הכניסה קודם שנשאת ה"ל כמו מלוה שיש עלי' משכון ואפי' נאבדו אח"כ וליתנהו בעין כבר זכה בהן לירושה אבל אם הכניסה לו דברי' שאין בהם משום שבח בית אבי' כגון פירות וכיוצא נעשה מלות עצמו בשעה שנשאה ובשו"ת חות יאיר סימן קכ"ב נשאל באשה שהכניסה לבעלה שט"ח שיש לה על אחרי' אם מתה אי מקרי מוחזק או ראוי וע"ש שהעלה דה"ל ראוי ואין הבעל יורש ואם הכניסה לו שט"ח בכתיבה ומסירה או מלוה ע"פ במעמד שלשתן ודאי דמתה תו לא קרינין בה לכשתנשאי משעה שהכניסה דידי' הוי עכ"ל ע"ש ולדעתי הקלושה גם בהקנאת החוב במעמ"ש או בכתיבה ומסירה מ"מ כיון שהוא נתחייב לה בחוב כדין נכסי צ"ב א"כ ה"ל מצות עצמו ולכן צ"ע בכל זה וביותר כשמסלקין הנדוני' ביד שליש והחתן מקבל ע"ע בנצ"ב דה"ל מלות עצמו

ולכן נראה עיקר כמ"ש בסימן נ"ב ס"ק א' דהא דבעל זוכה בנכסי צ"ב לאו מדין ירושה קאתי עלה אלא משום דתנאי כתובה ככתובה וכי היכי דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים משום דכתיב לכשתנשאי לאחר תטלי כו' ה"נ נכסי צ"ב תנאי כתובה היא וככתובה דמי כמ"ש הרשב"א וכיון לאחר ואין בידה לגבות חכה בהן הבעל כמי שזוכה בגוף הכתובה וזה ברור ונכון וע"ש מ"ש בסימן מ"ב ועמ"ש בסימן צ"ג ס"ק ב'. ולפ"ז מ"ש בש"ע דאינו יורש מלוה היינו בהכניסה לו נכסי מלוג אבל הכניסה לו נצ"ב דה"ל תנאי כתובה ולא ניתנו לגבות מחיים זוכה בהן הבעל כיון דלא נתחייב אלא כשתנשא לאחר וא"כ גם בהך דשו"ת חות יאיר אם הכניסה לבעלה שט"ח שיש לה על אחרי' אם הוא בצאן ברזל זוכה הבעל וכן עיקר

ס"ק ה

קודם שגבתה בזו יורש אותה בעלה. הרא"ש כתב דדומה לנ"מ שמכרה הבעל מוציא מיד הלקוחות ע"ש ונ"ל דלא אתי עלה מצד דאין לה רשות להלות כמו שאין לה רשות למוכרן דהא אפי' בהלוה אותן לבעלה נמי הבעל יורש אותן אע"ג דברשות בעלה הי' מ"מ יורש אותן הבעל אלא עיקרא דמלתא אם הי' שעה אחת בעין וראוי לירושה כבר זכה בהן הבעל שיהי' לוקח עלה מחיים כמו בתקנת אושא דאם מכרה הבעל מוציא מיד הלקוחות ולא פקעה הירושה הן ע"י מכירה הן ע"י ראוי שמעולם לא הי' ראוי לירושה כגון שהי' לה חוב מקודם שנשאת לא הוי לוקח אע"ג דהכניסה לו שט"ח בנכסי מלוג בכתיבה ומסירה לא אמרי' דכבר נעשה לוקח משום דעיקר תקנת אושא שיהא הבעל לוקח ראשון אינו אלא לירושה שלא תוכל להפקיע ירושתו בשום אופן וכמו שמבואר לקמן אצלינו ס"ק י"א ע"ש ואם מעולם הי' ראוי ולא יורש לא הוי לי' דין לוקח. ומהאי טעמא כתבתי לעיל דה"ה נגנבו נכסי מלוג אחר שנשאת כל שהי' בעין בפני בעלה והוחזר אחר מיתתה דה"ל בעל יורש ומשום דכבר נעשה לוקח בעודן בידה כיון דאין הדבר תלוי במלוה אם יש לה רשות להלות או לא אלא כל שהי' בעין שעה אחת והי' ראוי לירושה ה"ל בעל לוקח ולא פקע ירושתו בראוי ואם כתב לה דין ודברי' אין לי בנכסיך דאז אם מכרה אין הבעל מוציא מיד הלקוחות וליתא לתקנת אושא א"כ כשנעשה ראוי אח"כ אין הבעל יורשה כיון דבכה"ג לא נעשה לוקח מחיים ולא שייך גבי' תקנת אושא ודו"ק.

סעיף ז

ס"ק ו

האשה שכתבה כל נכסי' לאחד בין קרוב בין רחוק קודם שתנש'. וכתבו תוספ' והרא"ש דאף ע"ג דלא גלתה דעתה דכונתה להבריח כיון שעומדת לינש' או נשאת בסמוך אומדנ'

דמוכח הוא דכונתה להבריח ע"ש פ' האשה שנפלו דף ע"ט ובשטה מקובצת כתב בשם הריטב"א ז"ל ודין מברחת כל שנתנה אחר שידוכין אבל קודם לכן צריכה לפרש עכ"ל ע"ש ועיי' מ"ש בסימן ל"ח סק"ב.

ס"ק ז

אע"פ שאם תתאלמן או תתגרש תבטל המתנה הוא שטת הרמב"ם דס"ל דמברחת קונה המקבל קנין גמור והמקבל אוכל פירות ואם מתה בחיי בעל זכה הלוקח אלא שאם תתאלמן אי תתגרש תבטל המתנה ונראה דטעמי' כמ"ש בשטה בשם הר"ר ישעי' מטארני ז"ל קרעי' רב נחמן לשטרי' פי' שבטל ואמר לא קנה שלא נתכוו' אלא להבריח ולא להקנות קנין גמור ותחזיר הנכסים לאמה ונראה לי דוקא היכ' דאינסב' ואיגרשה הוי מתנתה בטילה והדרי לה נכסי' כדאמרינן לא שביק אינש נפשי' ויהיב לאחריני אבל היכ' דמתה בחיי בעלה נתקיימה מתנתה ובעודה תחת בעלה נמי הבת אוכלת פירות דהאי אומדנ' לא עבדינן לי' אלא היכ' דאיגרשה דלית לה מידי אבל היכ' דיתב' תחת בעלה באית לה מזוני ואית לה פרנסה מבעלה דהא במקצת נכסים מתנתה מיהא קיימת דכיון דשייר' לעצמה סמכה בהאי שיורא כ"ש היכי דקיימת תחת בעלה ע"כ ע"ש. ולפ"ז הא דפריך בש"ס שם ואי לא קנינהו לוקח לקנינהו בעל לאו אמברחת הוא דמקשה דהא מברחת בכולי' קני לוקח ואוכל הפירות ומשום דליכ' אומדנ' לבטל כל שיושבת תחת בעלה ואית לה מזוני אלא אמברחת במקצת וכותבת מהיום ולכשארצה וכמבואר בר"ן לשיטת הרמב"ם וע"ש. אכן מלשון רש"י ז"ל מבואר דמפרש ואי לא קנינהו לוקח לקנינהו בעל דלשמואל בכותבת בכולן דאמר לא קני כיון דלא קני מאי הברחה איכ' קנינהו בעל ויאכל פירות וייחשנה אם תמות תחתיו ע"ש משמע דס"ל דאין בו שום קנין למקבל. ולענ"ד בטעמ' דרש"י אע"ג דכל זמן שיושבת תחת בעלה ליכ' אומדנ' דלא שביק אינש נפשיה כיון דאית לה מזוני מבעלה וכמ"ש בשטה בשם הר"י טראני מ"מ כיון דחזינן דאפילו בנותנת מקצתן כל דגלי' אדעת' לאברוחי לא קנה וכמבואר פרק מי שמת דף ק"נ ע"ש בתוס' אלא דבכולן אע"ג דלא גלי' דעתה דלאנסובי הוא אמרינן מחמת אומדנ' דלהבריח מתכונ' אבל כל דגלי' דעת' דלאנסובי קא בעי' הוי גלוי דעת דהברח' ולא קנה אפי' במקצתן וא"כ אנן הכי קאמרינן בכותבת כולן דלא שבקה נפשה אם תתגרש וא"כ אינו אלא לאברוחי מבעלה וכיון דמוכח דאיכוונה לאברוחי א"כ אפילו במקצתן נמי אין כאן מתנה וא"כ מ"ש הר"י טראני בטעמו דהיכ' דיתבה תותי בעלה ואית לה מזוני הוי מקצת נכסי' דסמכה נפשה בהאי שיורא ה"נ סמכה נפשה אמזוני ופרנסה דאית לה מבעלה תו לא שייך הכין דאנן הכי קאמרינן כיון דע"כ להברחה קא

מכוונה שהרי לא שיירה מידי לכשתתגרש ולא שביק אינש נפשי' וא"כ ע"כ להברחה נתכונה וכל להברח' אע"ג שיש לה על מה לסמוך ואף שיש לה אלף זוז ויהבה למקבל עשרה זוז אמרינן כיון דגלי' דעתה דאברוחי היא לאו כלום הוא ומש"ה אפילו מתה בחיי בעלה אע"ג דלית כאן האי אומדנ' דלא שבקה נפשה אפ"ה אין המקבל זוכה משום דכל דאתברר לנא דעיקר כונתה להבריח אין המתנה כלום. ובזה יתיישב על נכון דברי רש"י שם וז"ל הא בכולה כי אמר שמואל לא קני בכותבת לו כל נכסי כיון דלא שיירה מידי לנפשה לכשתגרש אנן סהדי דלא גמרה ומקני עכ"ל ומדכתב אם תתגרש משמע שאם תמות בחיי בעלה לא שייך אומדנ' זו מתנתה קיימת וכן לפירות זוכה המקבל מדכתב דלא שיירה מידי לנפשה אם תגרש משמע דלפירות בעודה תחת בעלה זוכה המקבל ואילו אח"כ כתב רש"י ז"ל ואי לא קנינהו לוקח כו' לקנינהו בעל ויאכל פירות ויירשנה אם תמות בחייו מבואר מזה דאין המקבל זוכה בכלום. ולפי מ"ש ניח' דבאמת דהאי אומדנ' דלא שיירה מידי לנפשה לא שייך אלא לכשתגר' דבעודה תחת בעלה יש לה על מה לסמוך במזוני ופרנסה ואם תמות היא בחיי בעלה אינה צריכ' לכלום אלא עיקר הוכחת האומדנ' הוא ממאי דלא שיירה לנפשה לכשתגרש ומוכח' מילת' דלהברח' נתכונה וכיון דלהברחה נתכונ' אין המתנ' כלים אפילו בזמן שיש לה על מה לסמוך דלא גרע ממתנה במקצת היכ' דגלי' אדעתה דלהברח' מיכוונ' והכא הך אומדנ' הוי גילוי דעת אלא דבמתנה במקצת אי לא גלי' אדעתה אמרינן דלא נתכונה להברח' כלל אא"כ גלי' דעתה דלאנסובי קא בעי' ואז אפי' שיירה לנפשה אלף אלפי' דינרים ויש לה על מה לסמוך כל להברחי לאו כלום הוא ודו"ק.

ס"ק ח

אין הבעל אוכל פירותי' ודעת הרמב"ם ז"ל דמקבל אוכל פירות ומשום דס"ל דהמתנה מהני לגמרי רק לכשתתאלמן או תתגרש תבטל המתנה משום דאיכ' אומדנ' דלא שביק נפשה אבל כל זמן שיושבת תחת בעלה אית לה מזוני ופרנסה וליכ' אומדנ' הוי' מתנה וכמ"ש בס"ק שלפני זה. ודעת הרא"ש והטור ג"כ דהמקבל אוכל פירות כל זמן שיושבת תחת בעלה אלא שיש בידה לחזור ממתנתה כל זמן שתרצה לחזור וכל מברחת הכי דנין דכונתה להבריח מבעלה ולכשתרצי לחזור בה תוכל לחזור ויכולה היא להחזיק' לעצמה ולמכרן לאחרים או ליתן במתנה אלא דכל זמן שאינה חוזרת אוכל המקבל הפירות וכן אם מתה בחיי הבעל זוכה המקבל מתנה כ"ז שלא חזרה. ושטת רש"י ז"ל מבואר לעיל דאין המקבל זוכה כלל ואינו אוכל פירות אלא דאפ"ה גם הבעל אינו אוכל פירות משום דעשאוהו כנכסים שאין ידועים. וז"ל הרא"ה בחידושיו והכי לן המברחת כיון דלא קני

להו לוקח ולא זכי בהאי מתנתא לקנינהו בעל ולבתר דלידע בהו ליפוק להו מיד המקבל למיכל פירי מהשת' ואילך אבל פירי דאכיל עד השתא לא קשי' לן דאמרו לא מפיק מיני' דה"ל נכסים שאין ידועין ואלו אנן לא מהדרינן אלא עשאום כנכסים שאין ידועי' לומר אע"פ שהן ידועין עשאום כאלו הם אין ידועים והיינו כדפריש' דאנן לא מקשינן אלא מהשת' ואילך אמאי לא מפיק נכסי מיני' למיכל פירי ומהדרינין עשאום כנכסים שאין ידועים דכי היכי דחזינין לר' שמעון דבנכסים שאין ידועים דלא תקון רבנן בהו פירי ואלו זבנתנהו הרי הן מכורין ה"ה נמי להני כיון דגלי דעת' קודם שנשאת דלא בעי' דזכה בהו בעל לא זכה בהן אפי' אחר שידע בהן עכ"ל ע"ש וב"ש ס"ק ל"א כתב ז"ל ונראה דאם חזרה נעשה מיד נכסי מלוג ואם מכרה אח"כ כאילו מכרה נ"מ אלא א"כ חזרה ומכרה ולא ידע הבעל אז מכירתה קיימת עכ"ל הנה מדברי הרא"ה הנ"ל מבוא' ההפך דאפילו נודע אח"כ לבעל כיון דגל' דעתה קודם שנשאת דלא בעי' דזכי בהו בעל לא זכה בהן. ובפסקי הרא"ש פ' מי שמת ז"ל אמי' דמר זוטר' בר טובי' כתבתינהו לנכסי למר זוטר' דבעי' לאנסובי לרב זביד ואינסב' ואיגרש' אתאי לקמי' דרב ביבי בר אביי אמר משום אנסובי הוא והא אינסב' א"ל רב הונא ברי' דר"י כו' אפילו למ"ד מברחת קני ה"מ היכ' דלא גלי' דעת' הכא הא גלי' דעת' רשב"ם גרם אבל הכא גלי' דעתה משום אינסבי והא אינסובי ואיגרש' משמע הא לא איגרשה לא היה מחזירה לה ולפ"ז הא דאמר מברחת לא קנה היינו דוקא לאחר שתתאלמן או תתגרש אבל כל זמן שהיא תחת בעלה לא יחזירם לה אבל לפי הספרים דגרסי הכ' גלי' דעת' ותו לא לא נצטרך לומר כן וכן מוכח בכתובות דף ע"ט דלא קנינהו לוקח כלל ואפי' בעודה תחת בעלה דפריך ואי לא קנינהו לוקח לקנינהו בעל ואי קנינהו לוקח בעודה תחת בעלה א"כ דין הוא דלא קנינהו בעל עכ"ל. ובפסקיו פרק האשה שנפלו מבואר דלוקח אוכל פירות וצ"ל דהא דאוכל פירות לאו משום קנין דאית לי' בגווה אלא דהאשה שהבריחה נכסים ניחא לה בהכי שיאכל המקבל הפירות וכמ"ש הרא"ש שם כדי שיטרח המקבל בקרקע דלא טרח בחנם ע"ש. וכיון דאינו משום קנין מש"ה יכולה לחזור בו בכל עת שתרצה וליתנן לבעל או לאחר אלא דאחולי אחלתי' למקבל בכל שעה ושעה ומה שאכל אכל ומש"ה פריך כיון דלא קנינהו לוקח לקנינהו בעל אלא דאכתי צריך ביאור לפי שיטת הרא"ש פ' האשה שנפלו דאם מתה האשה בחיי הבעל קנה הלוקח וע"כ מתורת הקנאה זכה בו וכדי להבריח מבעלה רוצה היא שיזכה המקבל בירושתה וא"כ תקשי אם בירושתה זוכה המקבל בתורת קנין א"כ היכי יכולה לחזור וליתן לאחר דודאי כיון שנותנתן לאחר תו לא יזכה המקבל בירושתה כשתמות ואם נאמר דבתנאי אם לא תחזור הקנתה בתור'

קנין להמקבל מעכשיו לכשתמות ונמצ' אם לא חזרה ומתה קנה למפרע ומ"מ יכולה לחזור דהוי כאילו כתבה מהיום ולכשארצה א"כ בפירי נמי יזכה המקבל בתורת קנין מהיום ולכשארצה ואם תרצה תחזור בה אבל כל עוד שלא חזרה קנה לוקח וא"כ תו לא פריך מידי בש"ס אי לא קנינהו ליקח ליקנינהו בעל דהא שפיר קנה לוקח כל זמן שלא חזרה ואמאי נימא דירושתה זוכה המקבל בתורת קנין בתנאי דמהיום ולכשארצה או אם לא אחזור בי ולפירות לא יזכה כלל רק בתורת מחילה כל שעה וצ"ע:

ולכן נראה לענ"ד דכי היכי דזוכ' המקבל בירושתה וע"כ מתור' הקנאה מעכשיו ואפ"ה יכולה לחזור בה וליתנן לאחר ותו לא ירית המקבל משום דה"ל כאילו כתבה מהיום אם לא אחזור בי א"כ גם בפירות זוכה מתורת הקנאה ומשום דכל מברחת כונתה להבריח מבעלה ושיזכה המקבל לגמרי מעכשיו במתנתה ולכשתרצה ולכך יכולה לחזור והא דפריך בש"ס ואי לא קנינהו לוקח לקנינהו בעל היינו אחר שחזרה דאז לא זכה הלוקח לקנינהו בעל ומשני עשאום כנכסים שאין ידועי' והיינו אפי' אחר חזרה וכמ"ש הרא"ה כיון דקודם נשואין גלי דעתה דלא בעי' דלזכי בעל דאלו מה שהי' פירות בידי לוקח קודם חזרה זה הוי ממש נכסים שאין ידועי' כיון דעדיין לא חזרה אלא אפי' אחר חזרה עשאום כנכסים שאין ידועי' וא"כ ס"ל להרא"ש ג"כ כדעת הרא"ה דאפי' אחר חזר' אין לבעל פירות דעשאום כנכסים שאין ידועי' (ואל יקשה בעיניך מ"ש הרא"ש דלהכי פירות של לוקח דלא יטרח בחנם בקרקע דכוונתו לאחר שחזרה בה וא"כ המתנה בטלה למפרע והי' לו למקבל להחזיר הפירות שאכל עד היום לאשה, לכך כתב דנימא לה לדידה כי היכי דלטרח בארעא:) והא דלא גרים בפ' מי שמת והא אינסבא ואיגרשה אלא אינסבא בלחוד דאפי' עודה תחתיו יכולה לחזור בה דה"ל כאילו כתבה מהיום ולכשארצה ודוק.

ס"ק ט

מהיום ולכשארצה כתב הטור וז"ל וכיון שנתנה כל נכסי' או מקצתן וכתבה לו מהיום ולכשארצה כו' אע"פ שהמתנה תלוי' עד שתרצה ועדיין לא נגמרה אין הבעל אוכל הפירות אלא המקבל ואם תרצה ליתנם או למוכר' לאחר הרשות בידה אבל כל זמן שלא תמכור או תתנם לאחר אוכל המקבל הפירות ואם מתה בחיי הבעל תשאר למקבל מת הבעל בחיי' תחזור לידה ואפי' מתה אחר מות הבעל מיד קודם שחזרה בה כתב הרמ"ה שישאר למקבל וא"א הרא"ש ז"ל כתב שתחזיר ליורשי' עכ"ל וב"ש ס"ק ל"ג כתב ז"ל ונ"ל לדעת הרא"ש אם מת הבעל ומתה היא אח"כ ולא חזרה בפירוש יורש המקבל שהרי לא חזרה וע"כ לא כתב הרא"ש דהנכסים חוזרי' ליורשי' אלא בנותנת כל נכסים ואז אומדנא דמוכח הוא דכונתה לחזור אחר מיתתו אבל בכה"ג דנתנה מקצת נכסים דליכא אומדנא

דמוכח אלא התנאי הי' דתוכל לחזור אז אם לא חזרה למה לא יזכה המקב' ותימא בזה על הטור שכתב דהרא"ש חולק בזה על הרמ"ה וס"ל דאין יור' המקבל ואיני יודע מנ"ל עכ"ל ונראה דס"ל להטור דבמתנה במקצת אע"ג דכל דלא גלי' דעתה דלאנסובי קא בעי' לאו הברחה היא וזוכה המקבל מ"מ אם כותבת לו מהיום ולכשארצה חשיב כמו גלי' דעתה דלאנסובי ואית לה כל דין מברחת וכי היכי דמברחת כל נכסי' ומת הבעל בטל המתנה ה"ה בנותנת לו מהיום ולכשארצה אפי' במתנה במקצת דאומדנא היא דלאברוחי קא מיכונה הואיל ושינתה במתנתה וכתבה מהיום ולכשארצה וראי' לזה מדברי הר"ן פ' האשה שנפלו שהקשו בכותב' מהיו' ולכשארצה נהי דהוי כנכסים שאין ידועין שהוא סובר שתאמ' הן התינח לאכיל' פירות אבל לירוש' אמאי לא יירש אות' דאפי' בנכסים שאין ידועין הבע' יורש אותה והרמב"ם כתב שאע"פ שלא קנה המקבל עד שתרצה אין הבעל אוכל פירות ואם מתה אינו יורשה ואפשר שהביאו לומר כן דכיון דאמרי' הרוצה שתבריח נכסי' מבעלה כיצד היא עושה כותבת שטר פסים לאחר ובתר הכי אמר רצה מצחק בה עד שתכתוב לו מהיום ולכשארצה משמע דכי היכי דבשטר פסים נעקרה ירושתה ה"נ בכותב' מהיום ולכשארצה אבל הדבר תמה למה ואפשר דנהי דבנכסים שאין ידועין הבעל יורשם התם הוא דלא גלי' דעתה כלל להקנותן לאחר אבל זו גלי' דעתה הרי היא כמזכה יורשי' על יד מקבל מתנה זה שהרי כל עצמה אינה כותבת כן אלא בשבילן עכ"ל ומדכתב שכל עצמה אינה כותבת כן אלא בשביל היורשים מוכח דזה מקרי מברחת דאי תימא דכל שכותבת מקצתן מהיום ולכשארצה הוי כמו שאר מתנות א"כ היכי מוכח דמזכה אותן ליורשי' אע"כ דזה שהתנתה עליו מהיו' ולכשארצ' הוי אומדנא דמברחת ומש"ה שפיר כתב הטור דאם מת הבעל בחיי' תחזור ומהך הוכחה דהר"ן שמעינן לה ג"כ דכי היכי דבשטר פסים אית לה דינא דמברחת לרשב"ג ואם מת הבעל תחזור לידה ה"ה בכותבת מהיום ולכשארצה דה"ל דינא דמברחת. ובהכי ניחא נמי מ"ש הטור גבי מהיום ולכשתרצה שאם תמכו' או תתנם לאחר הרשות בידה והרא"ש לא כתב כן אלא גבי כותבת כולן ומברחת ע"ש בסוגיין אלא דלפי מ"ש במקצתן מהיום ולכשארצה חשיב כמו גלוי דעת דלאנסובי והוי לה מברחת ממש דאמרינן שאינה רוצה לסמוך על העדים בגלוי דעת בע"פ שמא ילכו למד"ה או ימותו העדים לכך כותבת כן בשטר ודוק

ס"ק י

ואם מתה אינו יורשה כבר כתבנו בס"ק הקודם בשם הר"ן אליבי' דהרמב"ם דס"ל דאם מתה אינו יורש' משום דה"ל כמזכה היורשי' על יד המקבל הזה ע"ש אמנם רש"י ז"ל כתב

בסוגיין ואי לא קנינהו לוקח לקנינהו בעל כו' ויאכל פירות ויירשנה אם תמות תחתיו עכ"ל ומשני על זה עשאום כנכסים שאין ידועי' לבעל והא תינח לפירות אבל לירושה עדיין קשה יירשנה בעלה דהא גם בנכסים שאין ידועין הבעל יורשה וא"ל דס"ל לרש"י כמ"ש הר"ן דה"ל כמזכה ליורשי' ע"י המקבל דא"כ לא הוי קשי' לקנינהו בעל לענין ירושה אלא לפירות בלחוד ורש"י לא כתב כן ואי תימא דלא ס"ל לרש"י דהוי כמזכה ליורשי' והוי קשה ולקנינהו בעל גם לירושה כמ"ש רש"י בהדיא מה הועיל בתירוצו עשאום כנכסים שאין ידועי' כיון דבעל ירית גם בנכסים שאין ידועי' ואפשר דס"ל לרש"י דגם ירושה אין לו לבעל בנכסים שאין ידועי' (הגה"ה וזה דוחק דרש"י ז"ל כתב בגמ' ד"ל ר' שמעון חולק יש נכסים שמכרה קיים ויש נכסים שמכרה בטל עכ"ל ואילו לירושה לא מחלק ומוכח דאפי' אין ידועי' הבעל יורשם). אמנם נראה לפי מה שמבואר בטור וש"ע ח"מ סימן רנ"ב דמצוה לקיים דברי המת והוא שהושלש לשום כך ע"ש ועיין בתוס' מי שמת דף קמ"ט וא"כ ה"נ במברחת כיון שנותנת למקבל לשום כך שיתן ליורשי' הרי מצוה לקיים דברי המת וצריך הבעל שהוא היורש לקיים דברי' וליתן ליורשי' כיון שהושלש לשם כך דמצוה לקדה"מ חיילא על היורשין וכיון דבעל יורש הוי עליו לקיים דברי המת אלא כיון דמכח תקנת אושא בעל לוקח הוי לא שייך גבי' מצוה לקיים דה"מ להכי פריך ולקנינהו בעל ויאכל פירות ויירשנה אם תמות תחתיו כיון דכבר לוקח הוא משעה שנשאת תו לא מיחייב לקיים דברי' ומשני עשאו' כנכסים שאין ידועי' ובנכסים שאין ידועי' אין הבעל אוכל פירות ואם מכרה או נתנה אין הבעל מוציא מיד הלקוחות והשתא ליתא לתקנת אושא כיון דלית לי' לבעל קנין פירות וכמו שיבואר בס"ק שאח"ז וכמ"ש לעיל סימן פ"ד סק"א וא"כ אינו אלא יורש בנכסים שאין ידועים וצריך לקיים דברי המת וזו האשה שנתנה להמקבל להברחה לשם יורשיה נתנה והוי לי' הושלש לשם כך ומצוה לקדה"מ ומש"ה אין הבעל יורשה וה"ה גבי מתנת במקצת מהיום ולכשארצה אין צריך לומר כמ"ש הר"ן לשיטת שזכה המקבל בשביל היורשי' דא"כ לא הוי פריך מידי לענין ירושה וכנ"ל אלא הטעם הוא כיון שכותבת מהיום ולכשארצה גלי' דעתה דלהברחה מיכונא ויש לה דין מברחת גמור וכמ"ש הר"ן דכל עצמה אינה כותבת כן אלא בשבי' יורשי' ולהכי הוי מקשה דליקנינהו בעל לפירי ולירושה וה"ל לוקח מתקנת אושא ולא שייך גבי' מצוה לקדה"מ ולכך משני עשאום כנכסים שאין ידועי' ותו לית לי' פירי וכיון שכן לא שייך גבי' תקנת אושא ולא הוי לוקח אלא יורש בעלמא ומצוה לקדה"מ כיון שהושלש לשם כך וה"ל כההוא דכתובות דף ס"ט תנו שקל לבני כו' ע"ש ודו"ק:

סעיף ט

ס"ק יא

האשה שמכרה בנכסי מלוג. פ' החובל דף פ"ח אריב"ח באושא התקינו האשה שמכרה בנ"מ בחיי בעלה הבעל מוציא מיד הלקוחות וכתב שם רש"י ז"ל אע"ג דבעלמא קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי בעל בנכסי אשתו אלמו' רבנן לשיעבודי' משום איבה ע"ש וכן בהא דאיתא שם לימא תקנת אושא תנאי היא דתני חדא עבדי מלוג יוצאין בשן ועין לאשה אבל לא לאיש ותניא אידך לא לאיש ולא לאשה סברוה דכ"ע קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי מאי לאו בהא קמפלגי מ"ד לאשה לית לי' תקנת אושא ומ"ד לא לאיש ולא לאשה אית לי' תקנת אושא ופירש"י ז"ל סברו' בעלמא קנין פירות לאו כקנין הגוף והכא ה"ט דמ"ד לא לאיש ולא לאשה דאית לי' תקנת אושא הלכך לאיש לא נפיק דלא קני לגופיה ממש ולאשה נמי לא נפיק דאלים שיעבודי' למהוי כקנין הגוף עכ"ל ובספרי קצה"ח סימן ק"ג סק"ט העליתי מזה דדוקא היכא דאית לי' לבעל פירי הוא דאיתא לתקנת אושא משום דאלמו' רבנן לקנין פירות דידיה למהוי כקנין הגוף אע"ג דבעלמא קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי אבל היכא דלית לי' לבעל פירי כגון שסילק עצמו בעודה ארוסה מפירות ופירי פירות כהאי דסימן צ"ב בזה אין הבעל מוציא מיד הלקוחות כיון דלית לי' קנין פירות ליתא לתקנת אושא ושם כתבנו דהתוס' חולקים בזה מדכתבו פ' נערה דף נ' ד"ה הבעל מוציא מיד הלקוחות ז"ל אליבא דר' יוחנן דס"ל קנין פירות כקנין הגוף לא צריכא לתקנת אושא אלא לריש לקיש כו' א"נ דכתב לה דין ודברים אין לי בפירות נכסייך ובפירי פירות ע"כ ע"ש ומבואר מדבריהם דאפילו אין לבעל פירות ולא פירי פירות אפ"ה איתא לתקנת אושא וע"ש בקצה"ח שהארכנו בזה והרב המגיד פכ"ב מה' אישות בהא דנותן מתנה לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירות כתב וז"ל כתב הרשב"א מיהו אם מתה הבעל יורשה הא למה הדבר דומה לאב שנתן לבנו מתנה שאין לאב בהן אכילת פירות ואם מת הבן האב יורשו ואפילו מכרה היא או נתנה לאחר ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות אלא אם פירש לה שאם תתן או תמכור לאחר שלא יהי' הוא מוציא מיד הלקוחות ואם לא כתב אלא שתוכל למכור וליתן לאחר אינו מוציא בחיי' אבל לאחר מיתה הוא מוציא מיד הלקוחות עד שיפרש וכן דעת הגאון ז"ל ואין דעתי נוחה בזה עכ"ל ועיין ב"י לעיל סימן פ"ה שהביאו ומסיים וז"ל וכתב הרשב"א בחי' פ' חזקת ומ"מ לענין הדין אמת שהנותן מתנה לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירות ואם מכרה או נתנה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות כדין נכסי מלוג וכן כתב הנגיד רב שמואל הלוי בשם תשו' רב שרירא ורב האי גאון ז"ל עכ"ל וכ"כ נ"י שם

עכ"ל מבואר מדבריהם דס"ל כדעת התוס' דאפילו לית לי' לבעל פירי איתא לתקנת אושא ובשטה מקובצת פ' האשה שנפלו ראיתי שכתב בטעמא דתקנת אושא וז"ל מן הדין כיון שהנכסים שלא תהיה מכירתה מכירת קיימת ולא יירש הבעל אלא מה שישאר בשעת פטירת' כדין כל שאר היורשין אבל חכמים תקנו שהבעל יוציא מיד הלקוחות שאם לא היה מפני זה כל אשה שבעולם לא היתה מנחת ירושתה לבעלה אלא היתה נותנת לבני' או לאחי' עכ"ל והיינו טעמא דכל הני פוסקים דס"ל דשייכא תק"א אפילו היכא דלית לי לבעל פירי דתו לא צריכינן למימר דאלמו' רבנן לקנין פירות דידי' דלהוי כקנין הגוף אלא תקנה בפני עצמה היא שלא תעקר ירושת הבעל שא"כ כל אשה תתן נכסים לקרובים וכמ"ש בש"מ וא"כ אין חילוק בין אית לי' פירי או לא ואפילו סילק עצמו בעודה ארוסה כיון דאית לי' ירושה שייכא תקנת אושא שלא תעקר ירושתו שלא תתן לקרובי':

אך קשה לפ"ז בהא דקי"ל נכסים שאין ידועים אין הבעל אוכל פירות ולכתחלה לא תמכור שלא תפקיע ירושתו אם מכרה או נתנה קיים כיון שמכרה עד שלא יודע לבעל וכדתנן ר"פ האשה שנפלו וכמבואר לקמן בטוש"ע סעיף י"א ומבואר בר"ן שם דהא דלכתחלה לא תמכור משום ירושה דאית לי' לבעל אפילו בנכסים שאין ידועים ע"ש ומ"מ בדיעבד מכירתה קיימת ואי אמרת דאפי' היכי דלית לי' לבעל פירי איתי' לתקנת אושא כיון דאית לי' ירושה אמאי מכרה קיים בנכסים שאין ידועים כיון דאית לי' ירושה והא דלית לי' לבעל פירי בנכסים שאין ידועים כבר כתב הרא"ש בשם הרמ"ה דפירי תחת פרקונה משום דממנע ולא פריק לה וכל שלא נודע לבעל פריק לה ע"ש אבל ירושה אית לי' א"כ אמאי מכרה קיים יוציא הבעל אחר מיחתה מן הלוקח מוכח מזה בבירור דהיכא דלית לי' לבעל פירי לית' לתקנת אושא וכדעת רש"י ז"ל דעיקר תקנת' הוא דלהוי קנין פירות דבעל כקנין הגוף כמו דס"ל לר' יוחנן בעלמא ואף דבעלמא לא קיים כוותי' הכא אלמו' לקנין דבעל וכמ"ש שם בקצה"ח סימן ק"ג ע"ש בבאר היטב:

ובהאי דינא דרשב"א בבעל שנתן מתנה לאשתו דמכרה בטל נראה דאע"ג דאין לו פירות מ"מ יש לו פירי פירות וכמבואר בטוש"ע סימן פ"ה ע"ש וא"כ אית לי' קנין פירות ואלמו' רבנן למהוי כקנין הגוף וכן נראה מדברי התוס' ב"ב דף קל"ו ד"ה ור' יוחנן אמר שכתבו לר' יוחנן דס"ל קנין פירות כו' למה לי תקנת אושא ותירצו דצריכא היכא שסילק הבעל עצמו מפירות ומפירי פירות ע"ש ומשמע דכל היכא דיש לו פירי פירות חשיב קנין פירות והוי כקנין הגוף למאן דאית לי' הכי וה"ה לתקנת אושא אבל היכא דלית לי' לבעל פירי כלל ליתא לתקנת אושא וכמ"ש ומה שהקשו בתוס' לר"י למה לי' תקנת אושא

אפשר דס"ל לרש"י כאותן תירוץ של תוספות פ' נערה דף נ' וביבמות דף ל"ו דעיקר תקנת אושא אינה אלא לריש לקיש דס"ל בעלמא קנין פירות לאו כקנין הגוף אבל לר"י באמת לא צריכא לתק"א ע"ש ודוק:

ובשטה מקובצת פ' החובל באושא התקינו וז"ל וא"ת ולר' יוחנן למה הוצרך לתקן כיון דכקנין הגוף דמי וי"ל דסבר ר' יוחנן דליתה לתקנת אושא והתוס' תירצו כו' וצל"ע בזה בנותן מתנה לאשתו דקי"ל שקנתה ואין הבעל אוכל פירות דאפשר לומר בשתי אלו שאם מכרה בחיי בעלה אין הבעל מוציא מיד הלקוחות ושאם בחיי' אינו מוציא לפי שאין לו בהם כלום והיא גם היא אין לה כלום בהם האיך יירש הוא אחרי שבתקנת אושא עשו את הבעל כלוקח ראשון ואם הוא שנעשה ליקח ראשון סילק עצמו מהן היאך אפשר שיחזור ויוציא מיד לוקח שני עכ"ל:

ובמ"ש והתו' תירצו כו' כונתו למה שתירצו כגון שסילק עצמו מפירות ולכך כתבו דצל"ע בזה ובנותן מתנה לאשתו כו' דאפשר לומר דבשתי אלו שאין לבעל פירות דגם תקנת אושא ליתא הכא ולא כדעת התוס' ועיין מ"ש בס"ק שאח"ז:

והרמב"ן ס"פ יש נוחלין הקשה ג"כ קושי' זו לר' יוחנן דס"ל קנין פירות כקנין הגוף דמי למה צריך לתקנת אושא ותי' דר' יוחנן לית לי' תקנת אושא עוד תי' דאצטריך לתקנת אושא היכא דכתב לה דו"ד אין לי בפירותיך וע"ש ושני תירוצים אלו הם בתוס' כנ"ל:

אמנם בירושלמי מבואר דר' יוחנן נמי אית לי' תקנת אושא דאיתא התם פ' הכותב ר' אמי בשם ר' יוחנן בדין היה שאם מכרה ונתנה יהא מכרה קיים שבסוף זכה בהן פי' יורש הוא ולא לוקח ראשון ולמה אמרו בטל שלא תהא אשה מברחת נכסי' משל בעלה ואומרת משלי הן ע"כ ולר' יוחנן דאמר קנין פירות כקנין הגוף דמי קשה היכי קאמר שבדין הי' שאם מכרה ונתנה שיהי' מכרה קיים שבסוף זכה בהן הא אע"ג דבסוף זכה בהן וה"ל יורש הא כיון דאית לי' קנין פירות לר"י כקנין הגוף דמי וצריך לומר דמיירי בכותב לה ועודה ארוסה דו"ד אין לי בפירותיך ובזה הדין הי' שיהי' מכרה קיים ומדברי הירושלמי נשמע טעמא דמלתא דבעל מוציא מיד הלקוחות ואפילו אין לו פירות כגון דסליק נפשי' ומשום שלא תהא אשה מברחת נכסים משל בעלה ותאמר שלי הן ומשום דנאמנת לומר שלי הן ואע"ג דלשיטת הרמב"ם אינה נאמנת להפקיע פירות מבעלה ולומר ניתן לי ע"מ שאין לבעלי רשות בהן ומשום דחזקתן בתורת נכסי מלוג לפירי וכמבואר בס' פ"ה בש"ע ע"ש אמנם היכא דלית לי' פירי כגון דסילק נפשי' בעודה ארוסה וכיון דאין לו פירות נאמנת לומר שלי הם א"כ תהא מברחת משל בעלה ותאמר שלי הם לכן תיקנו באושא שיהיה מכרה בטל וא"כ לעולם יהיו הנכסים בחזקת הבעל וא"כ תו אין אנו

צריכין לטעמא שכתב בשטה מקובצת שלא תהא אשה נותנת לאחי' ולבני' ולא תהא מנחת לעולם ירושה לבעלה ע"ש פ' האשה שנפלו אלא מהך טעמא דירושלמי שלא תהא מברחת משל בעלה ותאמר שלי הן וא"כ אפי' במקום דלית ני' פירי איתא לתקנת אושא. אמנם בש"ס דילן לא משמע הכין דבפ' החובל דף פ"ט בהא דפליגי אם יוצאין עבדי מלוג בשן ועין איש או לאשה ואמרו שם דפליגי בקנין פירות ואב"ע בתקנת' אושא קמפלגי ומשמע שם דתקנת אושא אינו אלא כשיש לבעל פירות ומשום דאלמו' רבנן לקנין פירות דבעל למהוי כקנין הגוף כמו בעלמא לר' יוחנן וכן הוא בתוס' פ' נערה ד"ה הבעל מוציא ע"ש דמאן דס"ל קנין פירות כקנין הגוף לא צריכא לתקנת אושא ע"ש ואפשר דאפילו היכא דלית לי' פירי איתא לתקנת אושא ומהאי טעמא דירושלמי שלא תהא מברחת כו' אלא כיון דתקנו חז"ל שיהי' מכרה בטל כדי שיהיו הנכסים ביד הבעל לאחר מותה מהאי טעמא נמי אין יוצאין בשן ועין לאשה וכשם שביטלו מכירתם כך ביטלו לשיחרור דידה ואכתי צ"ע בכל זה:

ס"ק יב

אבל לא גוף הקרקע זו היא שיטת הרמב"ם אבל שיטת הרא"ש היא דאפילו בחיי' מוציא גוף הקרקע מיד הלוקח ועיין בח"מ ובב"ש מאי דנפקי מיניה אי הוי הגוף ללוקח או לבעל כיון דפירי הוי דבעל וכתב בח"מ דנ"מ לעיין פרוזבול דאי נימא דאינו מוציא גוף הקרקע מיד הלוקח יכול הלוקח לכתוב עלי' פרוזבול ע"ש וב"ש כתב דנ"מ לענין המעות שלקחה מהלוקח דלהרמב"ם אינו יכול לתבוע ע"ש ועמ"ש בספרי קצה"ח סימן ק"ג סק"ט אפילו לשיטת הרא"ש דאין ללוקח אפילו בגוף הקרקע היינו משום תקנת אושא שהתקינו שיהיה קנין פירות דבעל כקנין הגוף כמו בעלמא לר' יוחנן ומעכב אותו קנין פירות של הבעל את הקנין הגוף של האשה שלא תמכור אבל מ"מ גם לבעל אין לו שום זכות בגוף הקרקע בחייה ע"ש ולשיטת הרמב"ם דס"ל דאית לי' ללוקח זכות בגוף הקרקע עד שתמות צריך לומר דתקנת אושא לאו משום קנין פירות כקנין הגוף דמי דא"כ הי' מבטל את קנין הגוף ולא היה ללוקח שום זכות בקרקע אלא נראה דלהרמב"ם הוי טעמא דתקנת אושא כמ"ש בשטה מקובצת שהבאתי בס"ק שלפני זה והוא כדי שלא תפקיע ירושתה ותתן לאחי' או לבני' ומש"ה אחר שמתה הוא שמוצי' מיד הלקוחות אבל בחיי' גוף הקרקע ללוקח ודו"ק.

ס"ק יג

נתאלמנה או נתגרשה מכרה קיים וכתב ב"ש ז"ל כן אי' בירושלמי וכ"כ הנ"י והטור אף לשיטתם דהבעל מוציא מיד הלקוחות וצל"ע למה באמת המקח קיים אחר מיתתו כיון דהשתא אין בידה למכור כמ"ש בסוגיא פ' אע"פ דף נ"ט אם אמרה יקדשו ידי לעושיהן

לא חל ההקדש מפני שעבוד הבעל ולאחר הגט ג"כ לא חייל משום מי איכא מידי דהשתא לא חייל ובתר הכי חייל וכו' וכן קי"ל דאין אדם מוכר דבר שאינו ברשותו והירושלמי דפסק דמכירתה קיימת י"ל דס"ל דבעל אינו מוציא הגוף מש"ה מדמה שם לאב שמכר כו' ע"ש. ולפמ"ש לעיל בשם רש"י פ' החובל דעיקר תקנת אושא היא דאלמו' לקנין פירות דבעל שיהיה כקנין הגוף וכמו דס"ל לר' יוחנן בעלמא וכנ"ל ע"ש ומש"ה ס"ל להרא"ש דהבעל מוציא הגוף מיד הלוקח דהקנין לא חל כלל על גוף הקרקע כיון דקנין פירות דבעל כקנין הגוף דמי אינו נתפס שום קנין על הגוף כל זמן שיש לזה קנין פירות וחזינין לר' יוחנן דס"ל בעלמא קנין פירות כקנין הגוף וס"ל במכר הבן ומת בחיי האב דאינו מכור משום דקנין פירות דאב כקנין הגוף דמי ע"ש פ' החובל דף פ"ח וב"ב דף קל"ו ואפ"ה, ס"ל לר' יוחנן דאם מת האב בחיי הבן ומטי לידי' דבן ה"ל למפרע מכירתו מכירה וזכה הלוקח וכבר הקשה הרמב"ן ז"ל שם פ' יש נוחלין במת האב ואח"כ מת הבן דמכירה מכירה אמאי הא ה"ל דבר שלבל"ע וז"ל הרמב"ן שם הקשה כאן הרב ר' יוסף הלוי לר' יוחנן דאמר קנין פירות כקנין הגוף דמי אמאי קני לוקח כי מאית אב בחיי בן והא אין אדם מקנה לחביר' דשלבצ"ע כלומר שלא בא לידו ותו קשיא ליה הא דאוקימנא לעיל גופא קני מהיום ופירי לאחר מיתה וב' קושיות אלו מתרצות זו את זו דאפילו מאן דאמר קנין פירות כקנין הגוף דמי ברא נמי אית לי' קנין הגוף אלא דמתלא תלי וקאי כי מאית האב בחיי הבן איגלאי מלתא דמההיא שעתא קנייי' ומה מכר ראשון לשני כל זכות שתביא לידו דהא אגידא בי' מעיקרא וכי לא בא לידו אותו זכות שמת הבן בחיי האב פקע קניני' לגבי לוקח דלאו יורש דידיה הוא עכ"ל א"כ ה"ה תקנת אושא דאינו אלא דאלמו' רבנן לקנין פירות דבעל שיהיה כקנין הגוף כמו לר' יוחנן בעלמא וא"כ כי היכי דלר' יוחנן כי אתי לידי' דבן הוי מכירה למפרע כיון שהי' לו קנין הגוף אלא דהוי מתלא תלי מחמת קנין הפירות של האב ועכשיו שבאה לידו איגלאי למפרע שהיה שלו והיה בידו למכור ה"ה בתקנת אושא אע"ג דקנין פירות דבעל כקנין הגוף דמי מ"מ אשה נמי אית לה קנין הגוף ומתלי תלי וקאי מיית בעל או שנתגרשה איגלאי למפרע דדידה הוי ומכירה קיימת כיון דמטי לידה עכשיו ודו"ק כי נכון הוא (הגה"ה ועיין בתוס' יבמות ד' ל"ו ע"ב ד"ה ורבי יוחנן מבואר ג"כ כדברי הרמב"ן הנ"ל ע"ש)

ס"ק יד

או הקדישה אותן. כתב בח"מ המעיין שם יראה דאף שהקדישה קדושת הגוף אפ"ה אלמו' לשיעבודיה דבעל משום דידו עדיפא מידה אמנם ודאי אם נתאלמנה חל ההקדש ע"ש וע"כל והנה לפי מ"ש לעיל בהא דנתארמלה או נתגרשה מכרה קיים דלא ה"ל

דבר שלבל"ע אפילו לשיטת הרא"ש דס"ל דמוציא הגוף בחיי וכתבנו שם טעמא כמ"ש הרמב"ן גבי מת האב בחיי הבן לר"י כיון דמטי לידי' דבן אגלאי מלתא למפרע דדידי' הוי ושפיר זבין וה"ה לתקנת אושא דאינו אלא משום דאלמו' לקנין פירות דבעל כקנין הגוף ואם נתאלמנה או נתגרשה ומטי לידה דאש' המכירה קיימת למפרע ה"ה אם הקדישה דחייל למפרע אם נתאלמנה או נתגרשה אח"כ. איברא קשי' לי לפי"ז הא דאמרי' פ' החובל דף פ"ט תני חדא עבדי מלוג יוצאין לאשה ולא לאיש ותניא אידך לא לאיש ולא לאשה ואמרו שם דבתקנת אושא קא מיפלגי מ"ד לאשה ולא לאיש לית לי תקנת אושא ומ"ד לא לאיש ולא לאשה אית לי' תקנת אושא ומש"ה לבעל לא נפיק משום קנין פירות דהוי כקנין הגוף כיון דלאשה שייך הגוף ולאשה לא נפקא משום קנין הגוף דידה משום דקנין פירות דבעל מעכב וע"ש בתוס' והיכי תני סתמא לא לאיש ולא לאשה הא אחר שנתארמלה או נתגרשה חייל שחרור דשן ועין למפרע כיון דקנין הגוף מתלי תלי וקאי וכמו בהקדישה וצ"ע. ואפשר כיון דבעינין בשן ועין שיתכוין לשחתו ה"ה דבעינין שיתכוין לעבדו ובחי' כיון דלא נתברר עדיין שהוא עבדה אע"ג דאחר מיתת הבעל והגירושין נתברר שהי' עבדה מ"מ לא נפיק בשן ועין. שוב ראיתי בתרומת הדשן סימן ער"ב שכתב וז"ל אמנם ודאי אם מת הוא תחלה חל ההקדש דמדינא הי' חל מיד אלא דאלמו' לשיעבודי' דבעל וכיון דמת פקע שיעבודיה והכי מוכח בתו' פ' אע"פ אך קשה א"כ בחיי הבעל נמי ליחול הקדש על טובת הנא' שלה שיכולה למכור אם תתאלמן או תתגרש כו' ושמא לענין נכסי מלוג הואיל וידו עדיפא מידה בחייו לא חל לגמרי עכ"ל. וא"כ למאי דמסיק דידו עדיפא מידה לא חייל לגמרי בחיי הבעל ניחא דאין יוצאין לא לאיש ולא לאשה ואפי' מת אח"כ הבעל בחיי אשתו והיינו משום דכיון דאלמו' רבנן לשיעבודי' דבעל בקנין פירות דילי' שלא תוכל להפקיע אפילו ע"י קדושת הגוף כמו שחרור א"כ תו ליכא למימר דמתלי תלי וקאי ולומר דכשמת הבעל בחיי האשה יחול למפרע דא"כ לא יוכל הבעל ליהנות מפירותיו משום דשמא ימות ויהיה חל למפרע קדושת הגוף ואסור לו ליהנות מפירות שיונקין מגוף הקרקע של ההקדש וע"כ צריך לומר דאלמו' שלא יחול ההקדש כצל מחיים דבעל ואפילו ימות לא יחול למפרע אבל במכירה דלא יזיק לו לקנין פירותיו כל ימי חייו שפיר חייל למפרע ומתלי תלי וקאי אבל קדושת הגוף ושחרור דאי נימא דאי מיית הוא ברישא חייל למפרע נמצא אתה מפסידו פירותיו כל ימי חייו דשמא ימות ונמצא שנהנה מן ההקדש ונשתעבד בבן חורין לכך אלמו' לקניי' דבעל שלא יחול כלל מחיים אפילו אם אח"כ ימות הוא בחיי' ומש"ה ניחא הא דאין יוצאין בש"ו לא לאיש ולא לאשה ומשמע דאפילו מת הוא בחיי האשה

לא חייל השחרור למפרע דאלמו' לשעבודי' ומשום דאם יחול למפרע לא יוכל הבעל לעבוד בו עבודת עבד דשמא ימות הוא קודם וה"ה בהקדישה קדושת הגוף נמי לא חייל ההקדש אפי' נתאלמנה או נתגרש' כדי שיוכל הבעל לאכול פירות בחיי':

(וכן מוכח מהא דתנן בנזיר דף כ"ד האשה שנדרה בנזיר והפרישה בהמתה ואח"כ הפר לה בעלה אם שלה היתה הבהמה החטאת תמות ועולה תקרב עולה כו' ובגמ' שם פריך היא מנ"ל מה שקנתה אשה כו' ולא אשכח גוונא לתרוצי למתני' אלא בקמצה מעיסתה א"נ שנתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות ע"ש ואי אמרת דלאחר מיתת הבעל או הגירושין חל קדושת הגוף למפרע לא הוי צריך לדחוקי נפשו לאוקמי בגוונא דחיקא אלא הל"ל דחיישי' שמא ימות הבעל ולכך החטאת תמות והעולה תקרב שהרי מיד אסור לו ליהנות בהן אע"כ דלא חייל הקדש למפרע וכדברי מארן ז"ל). ולהכי לא קשה תו דליחול בחיי הבעל ההקדש בטובת הנאה דידה דא"כ עדיין לא יוכל לאכול פירות שהרי נהנה מההקדש ואלמו' רבנן דלא ליחול כלל מחיים מיהו כל זה דוק' בהקדישה סתם והוא מעכשיו ובמכירה כה"ג הגוף חייל דמתלי תלי וקאי ואחר שנתאלמנה איגלאי למפרע דשפיר מכרה וכמ"ש הרמב"ן אבל בהקדש לא חייל כדי שלא יפסיד הבעל פירותיו אבל אם הקדישה בפירוש לאחר שתתגרש או תתאלמן שפיר חייל ולא הוי דבר שלבל"ע כיון דמדינ' חייל מהשת' דהקדש מפקיע מידי שיעבוד אלא דאלמו' לשיעבודי' שלא יחול כל ימי חייו ולאחר מותו חייל ולא הוי דשלבל"ע כדאי' בסוגי' ר"פ אע"פ ע"ש

ס"ק טו

צותה בעת חלי' לתת כך וכך ממלבושי' ונתרצה הבעל בט"ז כתב שצריך שיאמר הן אבל שתיקה לא מהני והנה יש כאן מקום עיון אמאי אין הבעל יכול לחזור בו נהי דנדר של האשה חייל ע"י ריצו' הבעל הא אפילו נודר דעלמ' ומת אין היורשי' חייבי' לקיים נדרו כמבואר בח"מ סימן רי"ב וסימן רנ"ב וכ"ת מצד הבעל שנתרצה ואמר הן מחויב הוא לקיים נדרו זה אינו דהא קי"ל דאין אדם מקדיש דשלבל"ע וכבר פסק רמ"א בח"מ סימן רי"ב סעיף ז' דבדבר שלבל"ע צריך הנוד' שיאמר כשתלד בהמתי וכשיוציא אילן הפירותיו אתננו להקדש ע"ש וא"כ הכא כיון שלא אמר הבעל כשיבא לידי אתננו להקדש או לעניים לא חייל נדריה בסתמ' דה"ל דשלבל"ע ואפי' לפמ"ש בסמ"ע שם סקי"ח דדוק' בתתנו לצדקה הוא דפליג רמ"א אבל באומר אתננו מודו כ"ע דחייב לקיים נדרו ע"ש היינו דוק' כשאומר כל מה שתלד בהמתי אתננו והרי הכא לא אמר כך רק נתרצה ואמר הן לדברי' ולא אמר כשיבוא לידי אתננו ועוד דהא נדרה היה לתת כך וכך ממלבושיה וה"ל כאומר תתנו לצדקה ועל זה נתרצה הוא ואמר הן וה"ל כאילו אמר

הוא ג"כ אותו הלשון היינו לתת כך וכך ממלבושיה נמצא שלא אמר אתננו אלא כלשון האשה לתת שהוא כאומר תתנו א"כ לא חייל נדרי' בזה דה"ל דשלבל"ע וצ"ע. (ואפשר לומר דשאני הכא דממה נפשך זכו העושים במלבושי' דאי הוי הבעל לוקח כתקנת אושא פשיטא דחייל נדרי' ומחויב לקיימו ואם נפשך לומר דבעל יורש הוי ומשום דטבא לי' עבדו לי' כדאמרי' בשלהי יש נוחלין גבי יובל ע"ש וה"ל לגבי דשלבל"ע א"כ הי' הגוף שלה והי' בידה להקדיש וה"ל כאמירה לגבו' וקנו הגוף מיד ולא דמי להא דכתב רמ"א שם בח"מ סימן רי"ב דאין היורש מחויב לקיימו לנדר המוריש דהתם הקדיש פירות דקל ושכר בתים דה"ל דשלבל"ע ולא שייך לומר שזכו בו הענים מיד אלא שנעשה נדר על הנודר ולכך שפיר פסק רמ"א דאין היורש צריך לקיימו משא"כ הכא גבי האשה הוא דבר שבא לעולם אי אמרת דבעל ירש הוי נמצא בידה להקדיש וזכו בהן העניים מיד ולא יירש הבעל כלום ואי אמרת בעל לוקח הוי זכו בו העניים מצד הבעל שנתרצה ודו"ק כי נכון הוא)

סעיף יא

ס"ק טז

שאם מכרה משנשאת הבעל מוציא מיד הלקוחות בפ' החובל דף פ"ח באושא התקינו האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות ומשמע דאי לאו תקנת אושא לא היה הבעל מוצי' מיד הלקוחות אלא היה נשאר ביד הלוקח כמו האב שמכר בנכסיו בחיי הבן ומת דאין הבן מוצי' מיד הלוקח כיון שקנה בחיי האב. ובשטה מקובצת פ' החובל כתב שם ז"ל התקינו באושא האשה שמכרה בנ"מ בחיי בעלה אע"פ שידוע שלא היה לבעלה בהן אלא קנין פירות וידוע דאינו כקנין הגוף דנמצא שהגוף שלה ומכרתה הן בלשון מעכשיו לגמרי הן מעכש ולאחר מיתת בעלה והיה ראוי לומר שיהיו הלוקחין במקומה עד שאם תמות היא בחיי בעלה לא יהיה הבעל יורש אלא יחזיק בהן כאילו היא חיי' עד שימות וכשימות יזכו הם במקום האשה כאילו היא חיי' שהרי במקומה הן מ"מ כח התקנה בדבר זה שלא יורש בלבד עשאוהו אלא אף לוקח ר"ל שמשעה שנשאה נעשה לוקח בנכסים מעכשיו ולאחר מיתה והרי הוא לוקח ראשון וכשמתה בחייו מוציא זכות הגוף שמכרה מיד הלוקח ונשאר הקרקע בידו לחלוטון עכ"ל. מבואר מדברי השטה דאי לאו תקנת אושא היה ראוי לומר שהלוקח עומד במקומה ואם תמות היא בחיי בעלה לא יירש הבעל רק יחזיק בפירות כאילו היא חיי' עד שימות גם הוא ואז יחזרו הנכסים ללוקח. ונפלאתי אמאי יחזיק בהן לפירות הא לאחר מיתת האשה אין לבעל פירות ואינו בא אלא מכח ירושה וכיון שמכרה אין

לו מה לירש ואי לאו תקנת אושא אין לו לא בגוף ולא בפירות ואין לומר דדוק' הגוף יכולה למכור דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי אבל הפירות אינה יכולה למכור דקנין פירות דידיה מעכב הא ליתא כיון דהגוף שלה ויכולה למכור הגוף ממילא הוי פירות נמי דלוקח כיון דאחר מיתתה אין לבעל פירות מכח התקנה אלא מכח ירושה הוא בא וכשהוא יורש גוף הקרקע ממיל' הפירות ג"כ שלו אבל כשמכרה בחייה ושוב אין לו לירש בגוף פשיטא דגם בפירות אין לו וצ"ע. ואפשר לומר דס"ל לש"מ דכי תקינו רבנן לבעל פירי תחת פרקונה תיקנו שיהיו הפירות כל ימי חיי הבעל לבעל אפי' אחר מיתתה תחת פרקונה שנתחייב בחיי'. אך קשה בהא דאמרו ר"פ האשה שנפלו דף ע"ח אלו ואלו מודים כו' לימא תנינא לתקנת אושא דא"ר יוסי בר' חנינא באוש' התקינו כו' ומשני מתני' בחיי' ולפירות תקנת אושא בגופה של קרקע ולאחר מיתה ע"ש הרי מבואר דאי לאו תקנת אושא לא היה הבעל מוצי' אלא לפירות ובחיי' דוקא. וצריך לומר דלדעת הש"מ יתפרש הש"ס אליבי' דהרמב"ם על התחלת הזכי' דבפירות מתחיל הזכיי' בחיי' משא"כ בגוף אף לאחר תקנת אושא אינו זוכה בגוף אלא לאחר מיתה ואינו יכול להוציי' הגוף מיד הלוקח בחיי' וכמ"ש המחבר סעיף ט' לדעת הרמב"ם והכי פירוש' דש"ס מתני' בחיי' ולפירות ר"ל מתני' מיירי לפירות ומתחיל הזכות בחייה ואין הכי נמי דאחר מיתתה נמי יש לו פירות עד שימות הוא תקנת אוש' בגופה של קרקע ולאחר מיתה פי' לאחר מיתה הוא שמוצי' גוף הקרקע משא"כ בחיי' אינו יכול להוציי' גוף הקרקע אבל לפירות מוציא בחיי' וה"ה לאחר מותה עדיין יש לו פירו' דהך תקנת' דפירות הכי הוי שיהי' לו פירות כל ימי חיי הבעל ודוק היטב:

ס"ק יז

בנכסים הידועי' לבעל בטור וש"ע משמע דאין חילוק בין נפלו לה קודם שנשאת לאחר שנשאת ואפילו נפלו לה משנשאת כיון שאין ידועין לבעל אם מכרה ונתנה קיים אבל דעת הרא"ה בחידושיו לכתובות דאסיפ' קאי דנפלו לה עד שצא נשאת ונשאת. אבל נפלו לה משנשאת כ"ע מודו דהבעל מוציא מיד הלקוחות ולא שני לן כלל בין נכסים ידועין לשאינן ידועין ור"ש דחולק בין נכסים לנכסים אסיפ' קאי ע"ש:

ס"ק יח

ולא ידע בהם הבעל לכתחלה לא תמכור וכתב הר"ן שם הטעם משום דבעל יורש גם בנכסים שאין ידועין ולכתחלה אינה רשאה להפסיד ירושתו ע"ש ואיכא למידק בהא דאמרו פ' החובל דף פ"ח אמר רב אידי בר אבין אף אנן נמי תנינא מעידין באיש פ' שגירש את אשתו ונתן לה כתובתה והרי היא תחתיו ומשמשתו ונמצא זוממין אין אומרים ישלמו כל כתובת' אלא טובת הנאת כתובה איזהו טוב' הנא' כתובתו שאם

נתארמלה או נתגרש' ואם מתה יירשנ' בעל' ואי ס"ד ליתא לתקנת אוש' אמאי יירשנה בעלה תזבין כתובתה לגמרי וכיון דאפי' בנכסים שאין ידועי' שאין לבעל פירות אפ"ה לא תמכור שלא להפסידו ירושתה וא"כ אפילו לית' לתקנת אוש' עכ"פ לכתחלה לא תמכור וכיון שאינה רשאה למכור להפסידו ירושתו ואמאי ישלמו העדים במה שרצו להפסידה שלא תמכור והא בלא"ה אסורה למכור שלא להפסיד לבעל ואע"ג דבדיעבד אם מכרה מכור מ"מ אמאי ישלמו העדים במאי שרצו להפסידה שלא, תמכור כיון דבאמת מן הדין אינה רשאה למכור ועיין בחולין דף ד' בהא דכתב רש"י דאסורי הנאה אסור למחלוף דא"כ מצינו דמי' לאסורי הנאה ותנן האוכל תרומת חמץ בפסח פטור מדמי עצים ע"ש ובתוס' כתבו דכיון דלכתחלה אסור למכרו אין לו דמים וא"כ ה"נ אין זה היזק ממון כיון דלכתחלה אסור לה למכור. ועיין במשנה למלך פ"ז מהל' מלוה הביא תשו' מיימוני לספר משפטים מעשה בראובן שהשכיר מלמד לבנו והתנה עם המלמד ליתן המעות עד זמן פ' ולא נתן ותבעו המלמד מה שהיה יכול להרויח במעותיו מאותו הזמן ודן הר' אלעזר מטו"ך דחייב ליתן הריוח ואין בו ריבית דתנן פ"ק דמכות מעיד אני באיש פ' שחייב לחבירו אלף זוז ע"מ ליתן לו מכאן ועד שלשים יום והוא אומר מכאן ועד עשר שנים ונמצאו זוממין אומדין כמה אדם רוצה ליתן ויהי' בידו אלף זוז כו' וע"כ מיירי שמעידים שחייב לו שכירות דאת"ל הלואה אז לא הי' נותן כלום משום ריבית כו' (עיין ב"י יו"ד סימן ק"ס הביא ג"כ תשו' זאת ויישב דמתני' דמכות לא נחית לאיסורא דרבית ואומדין דקתני ר"ל כמה היה נותן לגוי או באיסור עכ"פ הי' שוה כל כך וע"ש ולענ"ד נפשוט דאומדין דקתני היינו מה שהי' הלוה יכול ליקח מן המלוה שיפרענו לשלשים יום וזה היתר גמור ולכך משלמין העדים הפסדו שהיו רוצים להפסידו שהרי עתה שזמנו עשר שנים אם ירצה המלוה שיפרענו מיד לאחר ל' יום יתן לו מה ששוה בין ל' יום לעשר שנים ואין בזה איסור כלל וזה פשוט). וע"ש שהקשו על דברי הר"ר אלעזר ממתני' דתנן לא יאמר לו נכש עמי היום ואעדור עמך למחר וע"ש שכתב בשם ג"ת דלאו לאפקועי מאבק ריבית אמר כן אלא לענין הרחקה וה"ל כדין הערמת ריבית דאע"ג דראוי להתרחק מ"מ להרמב"ם גובה המלוה מן הלוה משום דאפילו רבית אינו ע"ש שהקשה במש"ל וז"ל ואכתי תקשי איך דן הר' אלעזר שחייב ליתן לו הריוח כו' ואי אמרת דבשכירות איכא איסור הרחקה אכתי תקשי אמאי משלמי עדים דאפשר שהלוה לא הי' מתנה ליתן לו ריוח כלל משום איסור הרחקה ע"ש. וא"כ ה"נ כיון דלכתחלה לא תמכור וגם על הלוקח יש איסור לכתחלה כמ"ש רש"י שאם בא לוקח לימלך ב"ד אומרים לו שלא יקנה א"כ אמאי משלמי עדים בזה ונראה לפי מ"ש תוס' שם ד"ה אמר רב אידי דמיירי בנכסי צ"ב

והוכיחו כן משום דיש לו לתנא למתנא רבוי תשלומין ע"ש וכיון דתנן ר"פ האשה שנפלו דנכסי שנפלו לה קודם שנתארסה מוכרת לכתחלה א"כ ה"ל למתני רבוי תשלומין וכגון שנפלו לה קודם שנתארסה ואע"ג דרש"י כתב שם דאפילו נפלו קודם שנתארסה ונשאת לא תמכור אפשר דהר"ן אינו סובר כן ומשום דדברי רש"י אינן מוכרחין וכמ"ש תוס' שם וצ"ע:

ס"ק יט

וכן ארוסה לכתחלה לא תמכור כתב הרב בעל משנה למלך פ"ו מה' שכי' ומתנה וז"ל דתנן ר"פ האשה שנפלו דבעודה ארוסה לכתחלה לא תמכור והנראה מדברי רש"י ז"ל שם בסוגי' דמאי דאמרי' לכתחלה לא תמכור שאם בא לוקח לב"ד לימלך אמרי' לי' לא תזבון. ולפ"ז נראה לי דדוקא גבי מכירה אמרי' לכתחלה לא תמכור אבל גבי מתנה לא שייך לומר לכתחלה לא תתן דדוקא גבי מכירה אומרי' לו ב"ד שלא יתן מעותיו כיון דאיכא קפידא דבעל אך גבי מתנה פשיטא שאין אומרים לו שלא יקבל מתנ' והכי דייק לישנא דמתני' דקתני' וב"ה אומרים לא תמכור ולא קתני ולא תתן דלגבי מתנה לכ"ע נותנת לכתחלה דלא שייך לומר שאם בא לימלך נותנין לו עצה שלא יקבל מתנה ומש"ה לא נקט אלא לא תמכור ובסיפא דמעשי' בטלים קתני נפלו לה משנשאת אלו ואלו מודים שאם מכרה ונתנה הבעל מוציא כו' ומאי דקתני מודים שאם מכרה ונתנה קיים מאי דנקט ונתנה אשגרת לישן הוא דגבי מתנה אפילו לכתחלה נמי נותנת עכ"ל:

אמנם בירושלמי מבואר דגם במתנה לכתחלה לא תתן וז"ל נפלו לה משנשאת אנן תנינן מוכרת ונותנת וקיים תני ר' חייא לא תמכור ולא תתן ואם מכרה ונתנה קיים אמר ר' חנינא בן עקביא לא כך השיבן רבן גמליאל אלא כך השיבן אם אמרתם בארוסה שאינו זכאי לא במציאתה כו' אמר להן כך אני מודה לכם שלא תמכור ולא תתן ואם מכרה ונתנה מכרה בטל ע"ש מבואר להדיא דלכתחל' לא. בין במכירה בין בנתינה:

איברא בטעמא דרש"י שכתב דלכתחלה לא תמכור היינו שאם בא לוקח לב"ד לימלך אומרים לו לא תזבין ולכאורה לשון לא תמכור משמע דעל האשה קאי וראיתי לאא"ז בתוי"ט ר"פ האשה שנפלו ז"ל וב"ה אומרים לא תמכור דאירוסין עושה ספק נשואה כו' והקשו בתוס' כיון שהיא מחוזקת הוי ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי כו' אכן גם על זה נ"ל ליישב מתוך פירש"י שבגמ' גבי ור' חנניא בן עקביא כב"ש דפירש"י בתמי' דהא ב"ה אפילו במוכרת באירוסין אמרי לכתחלה לא ואם בא לוקח לב"ד לימלך אומרים לו לא תזבין וכ"ש משנשאת עכ"ל ואמאי הוצרך לפרש ואם בא לוקח כו' אלא כדי ליישב דלא תקשי אמאי לא תמכור היא והרי היא ודאי כו' לכך פירש דהאי לא

תמכור לאו אדידה קאי דעלה אין אנו יכולין למחות אבל ללוקח הבא לימלך ודאי דמוחין אנו לו והוי לא תמכור כלומר אינה יכולה למכור שאין קונה שכשבא קונה לקנות ובא לימלך אמרי' לי' שלא יקנה שחזקה שלה אינה מועלת ללוקח דהוי ספק עכ"ל וא"כ לכתחלה לא תמכור דארוס' אינו אלא ללוקח אבל לא לאשה דאין ספק מוציא מידי ודאי ומש"ה לא שייך אלא גבי לוקח דאמרי' לי זיל זבין במקום אחר אבל במקבל מתנה לא שייך הכי ושפיר נותנת לכתחלה אבל לא תמכור דר' חנניא בן עקביא דמיירי בנשואה דאינו משום ספק ולא שייך בי' אין ספק מוציא מידי ודאי א"כ כי היכי דללוקח אסור לכתחלה לקנות ה"ה לאשה אסור לכתחלה למכור וליתן ואין חילוק בין מכירה לנתינה כיון שהאשה ג"כ אסורה דאין כאן ספק וודאי מש"ה ניחא הך דירושלמי דאיירי בנשואה לכך לא פליג בין מכירה לנתינה כיון שאסור גם לאשה ודו"ק היטב:

ועיין פ' האשה שנפלו דף פ"א בהא דאמר ר' יוסף כיון דאמור רבנן לא ליזבון אע"ג דזבון לא הוה זביני' זבינא א"ל אביי כו' והתנן ב"ש אומרים תמכור וב"ה אומרים לא תמכור אלו ואלו מודים שאם מכרה ונתנה קיים ובהא דב"ה מיירי בארוסה ולא אמרו על האשה שלא תמכור אלא על הלוקח כאמור אלא כיון דאמור רבנן על הלוקח שלא יקנה א"כ היה מן הראוי אליבא דר' יוסף שאם עבר וקנה לא יקנה בדיעבד ודו"ק:

וראיתי בס' בית מאיר שהקשה בהא דאמרו פ' החובל דף פ"ט תנינא לתקנת אושא העבד והאשה פגיעתן רעה ואי ס"ד ליתא לתקנת אושא תזבון נכסי מלוג ותיתב לי' הא אפילו קודם תקנת אושא תנן ר"פ האשה שנפלו לכתחלה לא תמכור ובש"ע ח"מ סימן רמ"ח באומר נכסי לך ואחריך לפ' דאם מכר ראשון אין לשני אלא מה ששייר ראשון אין בע"ח גובה מאותה מתנה וכתב הרה"מ שאין על הב"ד להגבות במה דעבדי איסורא כיון דאסור למכור לכתחלה ע"ש:

והנה לפמ"ש רש"י פי' לא תמכור היינו שאם בא לוקח לב"ד לימלך אומרים לו שלא יקנה א"כ שפיר פריך ותזבין נכסי מלוג ותיתב לי' לנחבל והיינו שהרי הנחבל גופיה יכול לקנות הנכסים ולא מצינו למימר לי' שלא יקנה כיון דאין לו ליפרע ממקום אחר והוי כמו מקבל מתנה וכיון דהנחבל רשאי לקנות ה"ה אחר דרשאי לקנות במקום הנחבל:

אלא דלפמ"ש דבנשואה האסור גם על האשה שלא תמכור לכתחלה א"כ הדרא קושיא לדוכתה ונראה דלא ק"מ דהתם באחריך שפיר אין ב"ד גובין שלא להפסיד האחריך שאין על האחריך שום חיוב שישלם חיובו של זה וכיון דלכתחלה אסור למכור שלא להפסידו אין אנו גובין שלא להפסיד האחריך אבל בנחבל או באלמנה הניזונת מנכסיו

אע"ג דלכתחלה לא תמכור היינו כדי שיהיה לבעל ירושה מ"מ בפרעון חובו מגבינין שהרי בע"ח גובה מן היורש:

וכיון דגובה מירושה לאחר מיתה דכבר מטי לידי' לבעל כ"ש דגב' מחיים ולא שייך לומר דמפסדינין לבעל שהרי אפילו ירית לה בעל מגבינין מיני' דהא נפרעין מן היורש וכי היכא דהיא חייבת לפרוע חובה ה"ה יורשה משא"כ באחריך שאין זה האחריך מחויב לפרוע חובו של המקבל מתנה הראשון דלאו יורש דידי' אלא מקבל מהנותן הוא לכך אין מפסידין האחריך כיון דלכתחלה אסור למכור וזה ברור ודו"ק ועיין בשלהי יש נוחלין דף קל"ט תוס' ד"ה התם אינהו דאפסדו אנפשייהו וז"ל עוד הקשו דאמר בהחובל דף צ' כי אתא רב פפא ורב הונא ברי' דר"י מבי רב אמרו תקנת אושא מתני' היא העבד והאשה פגיעתן רעה כו' ואי ס"ד ליתא לתקנת אושא תיזבן לנכסי מלוג ותיתב לי' לנחבל משמע הא איתא לתקנת אושא לא תיתב לי' ולא מידי אמאי הא לא תקינו רבנן דלהוי לוקח אלא היכא דליכא פסידא לאחריני אבל הכא איכא פסידא דנחבל עכ"ל וע"ש:

ולפ"ז יתיישב היטב דהא דב"ד יורדין לנכסי מלוג להגבות לבע"ח ולנחבל אע"ג דכל היכא דלכתחלה לא תמכור אין מגבין לבע"ח כמו באחריך וה"נ לכתחלה אסור למכור שלא להפסיד ירושת הבעל כדתנן ר"פ האשה שנפלו דאפילו בנכסים שאין ידועין לבעל שאין לו פירות אפ"ה לכתחלה לא תמכור וכתב שם הר"ן טעמא משום ירושת הבעל אלא דהכא בנחבל גם כשיירש הבעל יהיה מחויב לפרוע לכך לא חיישי' לפסידא לפ"ז בנכס' מלוג מטלטלי דאפילו יורש אין צריך לפרוע מן המטלטלין מדינא דש"ס א"כ איכא פסידא דבעל ואין מגבין מן המטלטלין אפילו ליתא לתקנת אושא אע"ג דמינה גובין אפילו מטלטלין מ"מ כיון דלכתחלה אסור למכור אין ב"ד יורדין לגבות שלא להפסיד לבעל כיון דיורש אינו צריך לשלם מטלטלין וע"כ הא דפריך ואי ליתא לתקנת אושא תיזבן נכסי מלוג ותיתב לנחבל היינו קרקע נכסי מלוג דבזה יורש צריך לפרוע וכנ"ז למעלה וכבר כתבנו בספרי קצה"ח סימן תכ"ד סק"ג דלגבי נחבל גופי' לא מהני הגבי' מידי דהא בלא"ה כשתמות צריך הבעל לפרוע כיון דיורש הוי והשתא הא לית לה אלא דמהני הגוביינא דהשתא במה דמגבין אותו לנחבל כפי ששוה עתה שהוא ת"י הבעל לפירות ואינו שוה אלא עשרה זוז ולבסוף כשתמות היא יהי' שוה מאה זוז ונמצא שהוא לוקח עתה עשר פעמים קרקע ממה שיטול אחר מותה וכיון דקי"ל דשומא הדרא לעולם ואפילו נתייקרה א"כ לא ירויח כלל דהא אחר שתמות הוא תהדר השומא ולא יטול אלא כפי חובו מה ששוה הקרקע בשעה זו דה"ל כאלו נתייקרה וא"כ לא ירויח הנחבל כלום ועדיין פגיעתן רעה שהרי כל זמן שלא מתה יאכל הבעל פירות וכשתמות תהדר השומא

ויגבה כשער היוקר וע"כ כי פריך תזבין נ"מ ותתיב לנחבל היינו שתמכור ללוקח אחר ודמי המקח תתן לנחבל ולהכי ניחא שפיר כי איתא לתקנת אושא דפגיעתן רעה דאם תתן לנחבל גופיה לא מהני ולא מידי דהא קי"ל שומא הדר לעולם ואם תמכור לאיש אחר הבעל מוציא מידו דאינהו דאפסדו אנפשייהו ובמטלטלין פשיטא ניחא דכיון דאין הבעל מחויב לשלם מכח ירושתו מן המטלטלין אין אנו מוכרין לגביית חוב כדי שלא להפסידו וכנ"ל ובהכי ניחא טפי דלפמ"ש בקצה"ח ליישב דבקרקע שומא הדרא עדיין הוי קשי' מנכסי מלוג מטלטלין דבזה לא הדרא שומא אכן לפמ"ש כאן לא קשה תו מידי דמטלטלין לא מזבנינן כיון דאיכא פסידא דבעל ואסור לכתחלה למכור ועיין בחי' הרמב"ן ס"פ יש נוחלין שם הקשה קושי' תוס' וע"ש:

(והנה במ"ש מארן ז"ל דכיון דקי"ל שומא הדרא לעולם לא מהני גוביינא לנחבל שהרי כשתמות תהדר השומא לכאורה צ"ע לפמ"ש בש"ך ח"מ סימן ק"ג סקי"ט והביא מרן ז"ל שם בקצה"ח סק"ח דלגבי בעל לא מהדרינן לי' אפילו אי יורש הוי משום דה"ל ראוי ואין הבעל יורש בראוי ועוד יש לדקדק דאכתי אהני לי' לנחבל הגוביינא שיוכל למוכרה לאחר או להורישה לבניו דזבנה או אורשה לא מיהדר דמה"ט ה"ל ראוי לגבי בעל כמ"ש מרן שם בקצה"ח סימן ק"ג ע"ש ונראה לחלק דדוקא התם דשמו מינה קודם שנשאת דלא הי' ביד בעלה כלום אלא שהיה בידה לפדות הקרקע אם הוי לה דמי' והרי הקרקע כבר יצאה מחזקתה והוא של מי ששמו שהרי אוכל פירות בלא נכייתא וכמ"ש תוס' פ' המפקיד דף ל"ה ד"ה זבנה ע"ש מש"ה ה"ל ראוי לגבי בעל משא"כ הכא דאחר שנשאת שמי' לנחבל ועדיין נשארת ביד בעלה והוא אוכל פירות לא הוי ראוי אדרבה הרי היא מוחזק בקרקע ובידו לסלק לבע"ח בזוזי ושפיר הוא יורש הקרקע עם אותו היפוי כח שהי' לה לסלק לבע"ח והוא הנחבל בזוזי' ולא דמי להא דסבתא בפ' י"נ דף קכ"ה דאמרי' כיון דאי זבנה הוה זביני מקרי ראוי לגב' בעל משום דהתם הי' הקרקע ביד הסבתא ואם היתה מוכרת לא היתה הבת זוכה מעולם ולאחר מיתת הבת מתה הסבתא שפיר מקרי ראוי לבעל משא"כ הכא שכבר הקרקע ביד הבעל אלא שיש בידו של הנחבל להוציאה לאחר מיתת האשה בעד חובו והרי בידה לסלקו במעות ואותו יפוי כח הוי מוחזק ולא ראוי ולכך הבעל יורש אותו ועוד דלא יהא אלא מלוה שיש עלי' משכון דלא הוי ראוי ועיין במ"ס מארן לעיל סימן זה סק"ד ועוד נלענ"ד דהכא אפילו זבנה או אורתה הדרא השומא דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו וכיון שבידה לחזור אצל הנחבל גם זה הלוקח לא עדיף ממאן דאתי מחמתי' ואין לומר דהני אדעתא דארעא נחות שהרי לא ירדו לקרקע דהא מעוכבת הוא ת"י הבעל פירות ואדרבה אמרי' כיון דכל זמן

ששנהם חיים ישארו הנכסים בידם וכשימות האחד מהם יהיה שיווי הקרקע כפליים ויותר מהשומא ובודא' ירצו אז לסלק בדמים וא"כ לא נחות אדעתא דארעא וא"כ אפילו זבנה נחבל הדרא ולפ"ז פשיטא דלא הוי תו ראוי לגבי בעל ועלו דברי רבינו כהוגן ועיין בתוס' ד"ה זבנה וברש"י שם ואין כאן מקום להאריך אלא בעיקרא דמלתא לבי מהסס דלשון תוס' שם שלהי י"נ מוכח דעיקר קושייתם אהא דמשמע דבתר תקנת אושא אין לנחבל כלום אם מתה היא בחיי בעלה ואפילו כפי מה ששוה עתה אין לו לכך הקשו כיון דאיכא פסידא לנחבל לא הוי בעל ליקח ועכ"פ יגבה הנחבל דמי חבלתו כפי מה ששוה עתה לאחר מותה וא"כ תו לא שייך לתרוצי דשומא הדר כיון דלא בעינן מינה אלא כשווי של עכשיו וצ"ע).

סעיף יג

ס"ק כ

וי"א דמ"מ כשתתאלמן או תתגרש מכרה קיים ז"ל ב"ש כאן כתב בשם י"א דין זה משום דגוף הקרקע של נכסי צ"ב בחזקת הבעל משא"כ בנ"מ לכ"ע מכירתה קיימת אחר מיתתו והיינו לדעת הרב רמ"א מיהו למ"ש בסמוך נראה בין בנ"מ ובין בנצ"ב המכר בטל כיון דאינה יכולה למכור מהיום והנ"י לא כתב דין זה אלא אם מכרה הקרקע של נכסי צ"ב בטובת הנאה דזאת בידה מש"ה מכירתה קיימת אבל אם מכרה מהיום דאינה יכולה למכור י"ל דבטל לגמרי ואף אחר מיתתו אינו חוזר וניער עכ"ל וע"ש:

והנה בנ"מ יתבאר לקמן דאחר מיתתו חוזר וניער ע"ש וכמו מכר הבן לר' יוחנן דס"ל קנין פירות כקנין הגוף דמי ואם מכר בהן ומטי לידי' דבן חוזר וניער המכירה וע"ש היטב. ואמנם בנכסי צ"ב אם מכרה אותו השטר שיש לה על בעלה בכתיבה ומסירה ללוקח פשיטא דמהני המכירה כמו בכל שט"ח ואם לא הי' כתיבה ומסירה נלענ"ד דאם הי' ביד הבעל נכסי צ"ב מטלטלין ואיתנהו בעינייהו יכולה למכור גוף המטלטלין אגב קרקע ואע"ג דנכסי צ"ב ברשות הבעל ומחוסר גובייא מ"מ שפיר מהני בהו קנין אגב דכיון דמיוחדין לאשה ואין הבעל יכול למכרן ה"ל כמו משכון וכמ"ש הנמ"י ר"פ הגוזל קמא בהא דרב פפא הוי מסיק תריסר אלפי זוזי בי חוזאי ואקנינהו נהלייהו לר' שמואל בר' אחא אגב אסיפא דביתי' כי אתא נפיק לאפי' עד תווך וז"ל הקשה הרא"ה ז"ל דהכא ודאי במלוה ע"פ איירי כו' וא"כ היכי מצי לאקנויי הא לית ליה הקנאה כדאמר בב"ב כו' ותירץ הוא ז"ל בשם רבו דמסיק דהכא לא בעי' למימר הלואה גמורה אלא לעסוק בהן למחצית שכר וכדאמר לקמן לעיסקא ולא למשתי בי' שכרא וכיון דלא ניתנו להוצאה דמי' לפקדון שיכול להקנותן עכ"ל, וכיון דנכסי צ"ב נמי אין הבעל יכול למוכרן אע"ג

דיכול לבלותן ע"י תשמיש מ"מ כל זמן שהם בעין לא גרעי מעיסקא דיכול להקנותן באגב, ועיין מ"ש [בקצוה"ח] בסי' ס"ז סק"ב דעיסקא חשוב כמו משכון כיון דאסור להוציאן ה"ל כמו יחד למשכון ע"ש, ובמשכון קי"ל דהמלו' יכול למכור את המשכון בלא כתיבה ומסירה ועיין ש"ע ח"מ סי' ס"ו סעי' ח', וע"ש בקצה"ח סי' ס"ו סקל"ז וסי' קע"ו סק"ג:

ועיין בסמ"ע סי' תכ"ד בהא דכתב הטור באשה שחבלה באחרים דאם יש לה נכסי מלוג תמכור בטובת הנאה, והקשו דהא כל לגבי בעלה ודאי מחלה, וכתב בסמ"ע דבנכסי צ"ב מיירי דאיתנהו בעינא ע"ש, ואכתי תקשי דמה בכך דאיתי' בעיני' דהא אינו אלא חוב על בעלה ויכולה למחול:

ולפי מ"ש י"ל דמיירי בנכסי צ"ב ומטלטלין בעין דה"ל כמו משכון וכמ"ש וכופין אותה שתמכור את המטלטלין של צ"ב ומשכון שנמכר אין המלוה יכול למחלו אח"כ כמ"ש [בשו"ע] סי' ס"ו סעי' ל', אבל בקרקע של צ"ב אע"ג דה"ל כמו משכון יכולה למחול דלא שייך קנין משכון בקרקע וכמבואר שם בש"ע ח"מ ע"ש אא"כ ירד הלוקח והחזיק בה, ועמ"ש בס' קצה"ח סי' ס"ו סקל"ה:

ס"ק כא

וכן בעל שמכר קרקע בנכסי אשתו בנצ"ב, פ' אלמנה לכה"ג (סו,ב) המכנסת שום לבעלה היא אומרת כלי אני נוטלת והוא אומר דמים אני נותן הדין עם מי, ר' אמי אמר הדין עמו ורב יהודא אמר הדין עמה, ר"י אמר הדין עמה משום שבח בית אבי' ור"א אמר הדין עמו כיון דאמר מר אם מתו מתו לו ואם הותירו הותירו לו הואיל וחייב באחריותן יאכלו כו', יתיב רבה ור' יוסף בשלהי פרקי' דרב נחמן ויתבי וקאמרי תניא כותי' דרב יהודא ותני' כותיה דר' אמי תניא כותי' דר' אמי עבדי צ"ב יוצאין בשן ועין לאיש אבל לא לאשה תניא כותי' דר' יהודא המכנסת שום לבעלה אם רצה הבעל למכור לא ימכור ולא עוד אלא אפילו הכניס לה שום משלו אם רצה הבעל למכור לא ימכור מכרו שניהם לפרנסה זה הי' מעשה לפני רשב"ג ואמר הבעל מוציא מיד הלקוחות אמר רבא אמר רב נחמן הלכה כרב יהודא א"ל רבא לרב נחמן והא תני' כותי' דרב אמי א"ל אע"ג דתניא כותי' דר"א מסתברא טעמא דרב יהודא משום שבח בית אביה, וכתבו בתוס' ד"ה עבדי צ"ב תימה לר"י מאי ראיה מייתי מהכא לר' אמי דהא ר' יהודא נמי מודה דיוצאין בשן ועין לאיש דחשיב כספו לענין תרומה דתנן עבדי צ"ב יאכלו בתרומה דתרומה ושן ועין ענין אחד הוא כדפי' במתני', ועוד הקשה הר' משה כהן דמי לא מודה רב יהודא דמחסרי גובייגא וא"כ ברשותי' קיימי ושחרור מפקיע מידי שיעבוד כדאמר לקמן גבי אצטלא דפרסוה אמיתנא דאפילו לרב יהודא מפקיע מידי שיעבוד דאפילו שחרור דשן ועין דממילא

אמרי' בהחובל (דף פ"ט) שם דמפקיע מידי שיעבוד, ואין לומר דרבה ור' יוסף דדייקי מהכא תניא כותיה דר"א לית להו דרבא דאמר שחרור מפקיע מידי שיעבוד וכו' דהא רבא אית ליה האי טעמא בסמוך ואפ"ה קאמר רבא לרב נחמן והא תניא כותיה דר' אמי עכ"ל:

ונראה ליישב דרבא לטעמיה שפיר מייתי תניא כותי' דר' אמי, דהנה הרמב"ם פרק ל' מכירה [הל' ה'] פסק דמטלטלין צ"ב לכתחלה לא ימכור ואם מכרן מכירתו מכירה, וחלקו עליו הבאים אחריו הרמב"ן והרשב"א, גם בראש פסק דגם במטלטלין מכירתו בטילה והוא ברמ"א סעי' י"ד, אמנם נראה דגם דעת התוס' כהרמב"ם דבפ' השולח (דף מ"א) [מ, ב] ד"ה הקדש חמץ ושחרור כתבו ז"ל וא"ת אצטלא דפרסו' אמיתנא אמאי קני' מיתנא הא אין יכולין לסלקו בזוזי דהדין עמה א"כ מודה רבא התם דלמפרע הוא גובה, דבפ' כ"ש (דף ל"א) מפרש טעמא דרבא כיון דאלו הוי לי' זוזי הוה מסלק בזוזי אשתכח דהשתא הוא דקא קני, וי"ל דמ"מ כיון דמשתמשין באצטלא לעשות בו כל חפצם ואם מכרוה לא טרפא מלקוחות ומסלקי לה בזוזי אחריני מכאן ולהבא הוא גובה עכ"ל, מבואר מדבריהם דס"ל כדעת הרמב"ם דמטלטלין צ"ב מכרן מכור, דאל"כ הדרא קושית התוס' לדוכתה כיון דטעמא דהקדש מפקיע מידי שיעבוד הוא משום דקי"ל מכאן ולהבא גובה וחל ההקדש לשעתו ותו לא פקע, וה"ה בשחרור דלא מצינו משוחרר חוזר ומשתעבד וכמ"ש תוס', וכיון דלא מצי סלוקי בזוזי א"כ למפרע גובה ולא חל ההקדש מעולם כיון דעיקר טעמא דרבא דמכאן ולהבא גובה הוא רק משום דמצי לסלוקי בזוזי וא"כ באיצטלא דפרסו' אמיתנא אי לא מצי לסלוקי בזוזי נימא למפרע הוא גובה ולא חל האיסור שעה אחת, וע"כ צ"ל כדברי תוס' וכדעת רמב"ם משום דמכרו מכור, והנה בקרקע כ"ע מודו דמכרו אינו מכור לבד הראב"ד [פכ"ב אישות הט"ו] דס"ל אפי' קרקע מכרו מכור, גם דעת התוספות נראה דאפילו בקרקע מכרו מכור, אלא דגם לדעתם היינו דאין המכר בטל מיד אלא כשתבא לגבות טרפא מלקוחות ולא מצי לסלוקה בזוזי, וא"כ ע"כ הא דכתבו תוס' הכא דאם מכרו (לו) [לא] טרפה מלקוחות היינו דוקא במטלטלין וכדעת הרמב"ם, ועיין בפסקי תוס' פ' השולח וז"ל שם המכנסת שום לבעל' ומכרוה יתומים טרפה מלקוחות עכ"ל, ובהגהה שם כתב אינו בתוס' שלפנינו ע"כ, ונראה דכונת בעל הפסקים על התוס' ד"ה הקדש חמץ כו' ומ"ש המכנסת שום כונתו מטלטלין כדאי' בש"ס הוא אומר דמים אני נותן והיא אומרת כלי אני נוטלת, וחסר תיבת לא וכצ"ל המכנסת שום לבעלה ומכרו' יתומים לא טרפה מלקוחות והיינו הא דאיצטלא דפרסו' וכדעת הרמב"ם:

והנה בפ"ק דב"ק (ד' י"ב) ס"ל לעולא (ור"ל) [ור"א] דגובין מן העבדים ור' נחמן ס"ל אין גובין מן העבדים וא"ל רבא לר"נ הא עולא הא ר"א מר כמאן ס"ל א"ל אנא מתניתא ידענא ע"ש, וטעמא דמ"ד גובין משום דעבדא כמקרקעי דמי, ור' נחמן אע"ג דלכל מילי עבדא כמקרקעי אפ"ה לענין גביי' כמטלטלי דמי, ובתוס' שם כתבו משום דהוי מילי דרבנן, ובנמוקי יוסף [לד, ב מדפי הרי"ף] כתב וכן הרשב"א [צז, א] כ' משום דלא סמכא דעתי' על העבדים כמו על המטלטלין שיכול להבריחן ע"ש, ועיין בתוס' פ' חזקת (דף מ"ד) ד"ה עשה עבדו אפותקי וז"ל אפילו אי סבר רבא עבדא כמקרקעי דמי נקט אפותקי לאשמעינן בין בשטר בין בע"פ עכ"ל, וכונתם לפ"מ דמשמע הכא בב"ק (דף י"ב) דלרבא עבדא כמקרקעי דא"ל לר"נ הא עולא והא ר"א מר כמאן ס"ל משמע דלדידי' ס"ל כעולא ור"א, וכיון דס"ל לרבא עבדא כמקרקעי נמצא כי היכי דבקרקע צ"ב מכרו אינו מכור ולא מצי לסלוקי לי' בזוזי ה"ה בעבדי צ"ב לא מצי לסלוקי בזוזי אפי' אם מכרן, לפ"ז שפיר קאמר רבא תניא כותי' דר' אמי מהא דעבדי צ"ב יוצאין בשן ועין לאיש, ואי ס"ד דלא מצי לסלוקה בזוזי כר' יהודא, א"כ בעבדים דטרפי ממשעבדי אמאי יוצאין בשו"ע לאיש, ואין לומר דשחרור מפקיע מידי שיעבוד כמו גבי איצטלא, דהתם במטלטלי דאם מכרו מכור ומסלק לה בזוזי וא"כ מכאן ולהבא גובה שפיר מפקיע מידי שיעבוד, אבל עבדי דכמקרקעי דמי וטרפה ממשעבדי אם אתה אומר דלא מצי לסלוקי בזוזי א"כ למפרע הוא גובה ולא שייך בי' שחרור מפקיע מידי שיעבוד כיון דקאתי לידי גובייא בסוף ולמפרע הוא גובה ולא חל השחרור מעולם וכמ"ש תוס' פ' השולח, וא"כ אמאי יוצאין בשו"ע לאיש, לכך שפיר הוכיח רבא דתניא כותי' דר' אמי, (הגה"ה והא דמהדר לי' רב נחמן אע"ג דתני' כותי' דר' אמי מסתבר טעמא דרב יהודא, לטעמי' דרבא הוא דקאמר הכי דלדידי' ליכא סייעתא לרב אמי דהא ס"ל לר"נ דלענין גובייא עבדא כמטלטלי ושייך בי' שחרור מפקיע מידי שיעבוד ודו"ק):

ואמנם הרמב"ם ז"ל דפסק (פי"א) [פי"ח] מה' מלוה [הל' ה'] דאין גובין מן העבדים משום דלענין גובייא אית להו דין מטלטלין כרב נחמן א"כ שפיר פסק דעבדי צ"ב יוצאין בשן ועין לאיש ואע"ג דפסק כרב יהודא דהדין עמה, ומשום דלא אמרי' בהו למפרע הוא גובה כיון דכמטלטלי דמי ואם מכרן מכור וה"ל כאיצטלא דפרסו' אמיתנא דמפקיע מידי שיעבוד, ואע"ג דהשוו צ"ב לאפותקי ובעשה עבדו אפותקי לכ"ע גובה, היינו לדין אפותקי השוו אבל לענין קלא לא אמרו אלא ביחדו לאפותקי בפירוש, ועוד דלענין מכנסת שום עבדא כמטלטלי כמו בשאר חובות ואם מכרן מצי בעל לסלוקי לה בזוזי

משום דלענין גובייא לא סמכה דעתי' דבע"ח גבי עבדי' כמו במטלטלין משום שיכול להבריח, ועמ"ש בש"ך ח"מ סי' שס"ג (סק"א) [סק"ב]:

אכן קשה לי במ"ש התוס' דמש"ה לא אמרינן למפרע הוא גובה כיון דאם מכרו היורשין מטלטלין מכרן מכור, א"כ הא דאמרו שם גבי איצטלא דאמר רבא קני' מיתני' א"ל ברי' דרב יוסף ברי' דרבא לרב כהנא והאמר רבא אמר רב נחמן הלכה כרב יהוד' א"ל מי לא מודה רב יהוד' דמחוסר גובייני' וכיון דמחוסר גובייני' ברשותי' קאי רבא לטעמי' דאמר רבא הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שיעבוד, וקשה תיפוק ליה כיון דבמטלטלין מכרן מכר מה לי מכרו לחי או מכרו למת וקני' מיתני' ולא היה צריך לומר רבא לטעמ' דהקדש כו' מפקיע מידי שיעבוד, ונראה לפי מ"ש בספרי קצה"ח סי' קי"ז סק"ג ובסי' רמ"ה סק"ב דאפילו במטלטלין גובה מהקדש דמים ומהפקר ואפי' מלוה ע"פ גובה מהקדש דמים והפקר ע"ש א"כ אי לאו דהקדש כו' מפקיע מידי שיעבוד והוא הקדש קדושת הגוף לא הוי קני' מיתני' דאע"ג דמכרן מכר אבל מהקדש גובה אי לאו דקדושת הגוף מפקיע מידי שיעבוד ומשום דמכר עדיף מהקדש דמים ומש"ה אמרו רבא לטעמיה ודו"ק. ובתוס' שם תירצו בשם הר"ר שמואל בר' חיים מוורדו"ש וז"ל דדייק מאבל לא לאשה ומחיים לא איצטריך דפשיט' אלא לאחר מיתה קאמר דאין יוצאין לאשה משום דהדין עמו עכ"ל ודברי התוס' אינם מובנים דהא איצטלי דפרסו' אמיתנא וקני' מיתני' אע"ג דלאחר מיתה הוא אלא ע"כ גם לאחר מיתה כל זמן שלא גבתה אותו לאו דידה נינהו אלא שיעבוד' הוא דאית לה עלייהו וכי משו' שיעבוד דאית לה יהיו יוצאין לה בשן ועין כיון דגוף העבדים הן של היורשין וצ"ע ועיין בחי' מהרש"א שם, ואפשר לומר בשיטת הר"ר שמואל ז"ל דלכך יוצאין לאשה למ"ד הדין עמה אע"ג דאכתי לא גבתה דאלים שיעבוד' וכהא דאמרינן בבהמת ארנונא דכל דלא מצי לסלוקי לנכרי בזוזי ואי בעי שקיל לה לבהמה ה"ל בהמה של נכרי וכיון דמתחלה היתה של הנכרי ועכשיו נמי אלים שיעבודי' דיכול ליטול הבהמה בע"כ של ישראל ה"ל של נכרי ועיין בתוס' פסחים דף ו' ד"ה התם דמצי לסלק וא"כ ה"נ כיון דמתחלה היה של האשה ועכשיו שהכניסה לבעל' אלים שיעבודה שיכולה ליטול גוף העבדים בע"כ ולא מצי לסלוקי בזוזי ה"ל כמו של האשה ועדיפא מהתם דהא בצ"ב לא מצי סלוקי בזוזי אלא דאיצטל' דפרסו' אמיתנ' כיון דקונמת מפקיע מידי שיעבוד פקע שיעבודה אע"ג דאלים שיעבודה דלא מצי סלוקי בזוזי מ"מ יפה כח קונמת דמפקיע אפי' מידי שיעבוד אלים ומש"ה ניחא הא דיוצאין לאיש אבל מהא דקתני ולא לאשה מוכח דאין הדין עמה דאל"כ היה השיעבוד אלים ומתחלה נמי שלה היו ועדיין לא פקע השיעבוד וחשיב שיעבודה דאלים כאילו

הגוף שלה וראוי לצאת בשן ועין לאשה ג"כ. אלא דאכתי תקש' ממתני' שם דתנן עבדי צ"ב לא יאכלו בתרומה מפני חלקו של עובר ולפמ"ש אפילו קודם שגבתה כל שיכולה לגבותן בע"כ ולא מצי לסלוקי בזוזי ה"ל כדידה וכיון שהיא אוכלת עבדי' נמי יאכלו וצ"ע. (ואפשר ליישב דהא דאלים שיעבוד' היכי דיכול למישקל לי' בע"כ ולא מצי סלוקי בזוזי לאו למימר' דהוי דהאי בלחוד ואין לבעליו הראשונים כלום בהם דלית' דהוי כאילו יש לזה ג"כ קנין בגופו כיון דאי בעי שקיל לי' בע"כ ומ"מ כ"ז שלא גבה הוא כשל שניהם ולהכי ניח' התם בבהמת ארנונ' כיון דיד גוי באמצע פטורה מן הבכורה דה"ל כשותפות עם הנכרי וכן בהא דיוצאין בשן ועין דייק שפיר מדקתני ולא לאשה מוכח דהדין עמו דאם לא כן הוי אלים שיעבודה למהוי כשותף והיו ראוי' לצאת לאשה ג"כ דע"כ הך מתנית' לית לה דר' אליעזר דבעי עבדו המיוחד לו ובעבד של ב' שותפים יוציא לכל אחד בשן ועין ועיין בהחובל דף צ' משא"כ לענין תרומה שפיר תנן דלא יאכלו מפני חלקו עובר ואע"ג דאלים שיעבודה מ"מ עדיין גם של היורשים הם ולא גרע משותפים דלא יאכלו מפני חלקו של זר. ונכון הוא לענ"ד.) ולפי מ"ש לעיל ליישב הא דאמר רבא תני' כותי' דרב אמי מהא דיוצאין לאיש ולא לאשה משום דאע"ג דס"ל לרבא באיצטלא דקני' מיתר' ומפקיע מידי שיעבוד היינו דוק' במטלטלי דמכרן מכר ומכאן ולהבא הוא גובה אבל עבדי דכמקרקעי דמי ולמפרע הוא גובה ולא פקע שיעבודי' וכנ"ז אין להקשות א"כ אמאי תנן באלמנה לכה"ג עבדי צ"ב יאכלו בתרומה ניחוש דלמ' מייתי איהו ברישׁ' ואתי' איהי לידי גוביינא וה"ל למפרע דידה וקאכלי זרים מתרומה י"ל דרבא לטעמי' דמפרש מתני' דעבדי נ"מ מדרבנן כדי שתאמר אני איני אוכלת עבדי אינם אוכלים זונה היא אצלו הלכך אתי לאפוקי ע"ש נמצא מדינא אפילו עבדי מלוג יאכלו בתרומה דה"ל קנין שקנה קנין אלא בעבדי מלוג גזרו שלא יאכלו כדי שתאמר עבד' אין אוכלין זונה היא אצלו אבל עבדי צ"ב דבחיי הבעל אינן קרויין עבדיה אלא עבדיו דאם מתו מתו לו לא שייך למיגזר כדי שתאמר עבדי אין אוכלין שהרי אינן עבדיה אלא עבדי הבעל וא"כ שפיר אכלי עבדי צ"ב בתרומה ולא חיישינן שמא תבא לידי גובייי' ונמצא דלמפרע היא גובה ואכלי זרים בתרומה דלית' דאפי' אי למפרע גובה ה"ל קנין שקנה קנין דאכלי מדאורייתא בתרומה וגזירה דרבנן לא שייכ' הכא כדפרישית אבל מהא דיוצאין בשן ועין לאיש שפיר מוכח דאי אמרת הדין עמה ולא מצי לסלוקי בזוזי ובעבדי דכמקרקעי דמי מכרן אינן מכר ונמצא דלמפרע גובה א"כ מעולם לא היה השחרור חל ולא שייך לומר שחרור מפקיע מידי שיעבוד דעיקר טעמא הוא משום דחל שעה אחת דבע"ח מכאן ולהבא גובה ותו לא פקע והכא כיון דלמפרע היא גובה לא פקע שיעבודי' ע"י שחרור

והקדש וכדפרישית לעיל ודו"ק. וראיתי בס' שער המלך שכתב ז"ל ולענין דינא נראה דלמאי דקי"ל כרב יהוד' דהדין עמה יוצאין בשן ועין לאשה לאחר מיתת בעלה וכמ"ש תוס' לפי תירוצם והפוסקים ז"ל לא ביארו זה כו' עכ"ל ומה שלא ביארו זה הפוסקים היינו משום דכל זה הוא רק לתירוצו של הר"ר שמואל וכבר כתבנו שלא ירדנו לעומק כונתו דהא איצטל' נמי לאחר מיתת הבעל הוי ואפ"ה אין לה אלא שיעבוד וכמ"ש ואחר מיתת הבעל אם באו לידה בגובייני' ליתי מאן דפליג דבתר גובייי' אפי' עבדי אחריני דידה הוו וקודם גובייני' לית לה אלא שיעבוד ואינן שלה (ולפמ"ש באות הקודם ניחא טפי דאנן קי"ל כר' אליעזר דעבד של ב' שותפי' אינו יוצא בשו"ע וא"כ אף לשיטת הר' שמואל לדינא אין יוצאין לאשה אפי' אחר מיתת הבעל כל שלא גבתה ועוד נ"ל דאף הר' שמואל לא כתב כן אלא לרבא שהרי כתבו התוס' לעיל דף ס"ו ע"א בד"ה גזירה שמא תאכיל לאחר מיתה ז"ל ובעבדי צ"ב לא שייך למיגזר אפילו למ"ד בסמוך הדין עמה דכל זמן שלא גבתה אותם בב"ד אוכלים מכחו ואחר שגבתה ושמו לה בב"ד הרי כאילו קנתה עבדים אחר מיתת בעלה עכ"ל. הרי מבואר דלרב אשי דהוא בתרא כל זמן שלא גבתה אין לה שום שייכות בגובייהו ואפי' עבדי' אינה פוסלת מתרומה כ"ש שאין יוצאין לה בשן ועין אפי' למ"ד הדין עמה וצ"ע:)

ס"ק כב

בין נכסי מלוג כתב ב"ש הנה בנכסי מלוג פשיטא בגוף הקרקע אין לו כלום ומכירתו בטלה כו' ואפי' מתה היא יכול הוא לבטל המכר אע"ג דאז הוא יורש הקרקע מ"מ בשעת המכירה לא היה שלו ולא דמי למכרה היא נ"מ או צ"ב דשם גוף הקרקע שלה תחזיר הקרקע ומעות שקיבל פשיטא דהוי כהלואה וצריך לשלם מכל מה שיש לו ורשב"ם פ' חזקת דף נ' שכתב הבעל יכול למכור קרקע של נ"מ אם תמות אשתו ויירשנה היינו אם אומר בפירוש שמוכר אם תמות אבל במוכר סתם מבואר בירושלמי שהביאו הר"ש והר"ן דאף אם מתה בטל המכירה ואם יאמר לכשתמות תלי' בפלוגתת הפוסקים בח"מ סימן רי"א אם מהני עכ"ל. והיינו דעת ר"ת דס"ל באומר שדה זו לכשאירשנה מכור לך קנה דס"ל דירושה כיון דממיל' אתי לא הוי כ"כ דבר שלב"ל לכך סגי באומר בפי' שדה זו. אמנם לענ"ד נראה דלא הוי כלל דבר שלבל"ע אחר שנתקנה תקנת אושא ועשאו לבעל כלוקח ראשון כשמתה אשתו וא"כ ה"ל למפרע לוקח ראשון ושלו מכר ולא היה דבר שלבל"ע וכן מבואר בדברי הרא"ש פ' חזקת וז"ל כי אתמר דאמימר כגון דזבין איהי ומתה דאתי איהו ומפיק בתקנת אושא דאמר ר"י ב"ח באושא התקינ' כו' ושויא רבנן כלוקח ראשון לכאורה משמע מדקאמר היכא דזבין איהו ומית אתי' איהי ומפקא אלמא

דהמקח קיים כל ימי הבעל אע"פ שהיא מעכבת על מכירת הפירות משום רווח ביתא כדאית' בכתובות דף פ' מ"מ אינה יכולה לבטל לגמרי מכירת הגוף ואם מתה איהי אגלאי מלת' שהמכר קיים מתחלתו דבעל לוקח ראשון הוי אבל כשמת הוא נתבטל מכירת הגוף ואתי איהי ומפקא ומיהו בירושלמי קאמר מכר הוא ומתה היא המכר בטל ופי' הר' יונה ז"ל הטע' דאע"ג דהבעל לוקח ראשון לכל דבר שהוא זכות לו אפ"ה משום שבח בית אביה בטלו המכר לאלתר שאין כבוד לאשה שיהיו נכסים מכורין מעכשיו ולא מכר גמור אלא מכר על תנאי אם תמות היא בחייו הלכך המכר בטל מעכשיו תדע שהרי בנכסי צ"ב אפי' מכרו שניהם לפרנסה מוציאין מן הלקוחות משום שבח בית אביה כ"ש בנכסו מלוג דאיכא טפי שבח בית אביה שתמיד הקרן שלה קיים דבטל המכר לאלתר עכ"ל ע"ש. ומבואר מדברי הרא"ש דאפי' לדברי הירושלמי לא הוי דבר שלבל"ע כיון שמתה אח"כ ה"ל איהו למפרע לוקח מתקנת אושא ויכול למכור ולא אתי עלה לבטל המכר אלא משום דאין כבוד לאשה שיהיו נכסים מכורין ואפילו אינו מכור גמור אלא על תנאי לכשתמות היא בחייו מ"מ אין כבודה שיהיו מכורין אפי' מכר קל כזה ולכך המכר בטל מעכשיו וא"כ אפילו לשיטת ר"ת דירושה דממיל' לא הוי דשלבל"ע אפ"ה בטל המכר מפני כבודה של האשה דהא הכא בל"ה לא הוי דבר שלבל"ע כיון דעשאוהו לוקח ראשון והרשב"ם דס"ל דיכול הבעל למכור לכשתמות אשתו לא ס"ל כירושלמי ולא ניחא לי' בסברת הר"ר יונה דחשו לכבוד האשה אלא כשמוכר מכירה גמורה לחלוטין אבל כשמוכר על תנאי כשתמות לא חשו לכבודה והא פשיט' ליה דלא הוי דשלבל"ע כיון דאם תמות ה"ל בעל לוקח למפרע ודידי' הוי מעיקר' ושיטת הרא"ש ורבינו יונה דאפילו במכירה על תנאי חשו לכבוד האשה וא"כ אין דבר זה תלוי בפלוגת' של הפוסקים בח"מ סימן רי"א דהכא לכ"ע לא הוי דשלבל"ע אלא בתקנת' פליגי וכדכתיבנ' זה נראה לענ"ד ודו"ק:

ס"ק כג

לא עשה כלום כתב ב"ש צ"ל ואים מכר קרקע נכסי צ"ב עם הפירות כל המכירה בטילה אפי' אם רוצה הלוקח להחזיק רק הפירות כיון דהמכירה בטילה בגוף הקרקע כן בטילה לענין הפירות עכ"ל וז"ל הרב המגיד פ' ל' מהל' מכירה וכתב הרשב"א שאם מכרו הבעל לפירות בלבד הרשות בידו דשלו הם לגמרי אבל במכ' גוף ופירות אפי' אמר לוקח הניחו לי ואוכל פירות אין שומעין לו שהבעל לא מכר אלא גוף ופירות ומקח אחד הוא וכיון שמקחו בטל בגוף ואין הפירות אלא מכח הקרקע הכל בטל ואפי' הפירות אינו אוכל עכ"ל. ונראה ביאור דבריו דלא מיירי שהיו פירו' גמורין בקרקע ומכר גוף ופירות דא"כ

אמאי כתב וכיון שמקחו בטל בגוף ואין הפירות אלא מכח הקרקע הכל בטל הא פירות גמורין אין באין מכח קרקע אלא מצד עצמם שמכר הגוף והפירות אלא מיירי שהפירו' עדיין לא באו לעולם אלא שמכר הגוף והפירות העתידין לבא לעולם ולזה כתב כיון שנתבטל בגוף ואין הפירות אלא מכח הקרקע ר"ל דהא אין אדם מוכר דבר שלבל"ע אלא משום דמכר הגוף הוו הפירו' ממיל' שלו וכאן כיון שבטל בגוף אין לו שום זכי' בפירות דהא פירות בלחודייהו לא מצי זכי דאין אדם מקנה דשלבל"ע. ובמשנה למלך פי"ב מהל' זכי' הביא דברי הרשב"א הנזכ' וכתב עלה ז"ל איבר' דדברי הרשב"א ז"ל נראין דסתרי אהדדי דמשמע מדבריו אלו דאפילו המוכר יכול לחזור במה שמכר אע"פ שהפירות היו בידו למכרן מאחר שכללן עם הגוף אינו נקנה לחצאין והר"ן פרק האיש מקדש גבי הא דאמרינן האחין שחלקו כו' ז"ל ולפ"ז למד הרשב"א שמי שמכר קרקע לחבירו ונמצאת מקצת גזולה המקח קיים בשאר ע"כ ולפ"ז קשה אמאי אין יכול לחזור בין מוכר ובין לוקח כיון שנעשה במקח אחד ובטל מקצתו בטל כולו וצ"ע עכ"ל אכן לפי מ"ש לא אתי הרשב"א עלה מטעם בטל מקצתו בטל כולו דא"כ לא ה"ל למימר וכיון דמקחו בטל בגוף ואין הפירות אלא מכח הקרקע הכל בטל הא אפילו היו הפירות באין מכח עצמו ולא מכח הקרקע נמי היה הכל בטל כיון שבטל קצתו בטל כולו וכמו בנמצאת מקצת קרקע גזולה דלא אתי קצתו מכח קצתו לסברת בעל מש"ל. אלא ע"כ טעמא דהרשב"א לאו מש"ה הוא דלא ס"ל רשב"א כלל בטל מקצתו בטל כולו ולא אתי עלה אלא משום דפירי ליתנהו בתורת מכירה מכח עצמם דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואינן באין אלא מכח הקרקע ר"ל כיון שהגוף מכור ממילא גם הפירות שיוצאין מן הגוף שלו הם ומה שאמר הבעל גוף ופירות לאו למימר' ששניהם הוא מוכר לו גוף ופירות דהפירות אינם נתפסים במכירה דה"ל דשלבל"ע אלא לטפויי מלתא קאמר הכי אבל עיקר הפירות אינן באין אלא מכח הקרקע ומש"ה כיון שבטל המכר בגוף הקרקע ממילא אין כאן פירות אע"ג דיכול היה למכור הגוף לפירות מ"מ הרי לא אמר הכי ולא מכר הגוף לפירות אלא מכר גוף ופירות ומש"ה הכל בטל. אבל בנמצאת מקצת קרקע גזולה כיון שאין כח קצתו יפה מקצתו והמכירה יכולה לחול על קצת שאינה גזולה מש"ה אותי מקצת קיים במקחו ודו"ק:

סעיף יד

ס"ק כד

אין האיש רשאי למכור מטלטלין של צ"ב. דעת הרמב"ם דבמטלטלין מכרו מכור. ודעת הרשב"א והרא"ש והריב"ש סימן פ"ב בשם כל האחרונים דמכרו בטל וכבר כתבתי לעיל ס"ק כ"א דדעת התוס' כהרמב"ם דמכרו מכור וע"ש:

סעיף טו

ס"ק כה

והוא הדין למטלטלין שקנה לה אפילו לא באו לידה. עיין מ"ש בספרי קצה"ח סימן צ"ז סקי"ג וסקי"ד מ"ש שם.

סעיף טז

ס"ק כו

מכרו שניהם בנכסי מלוג. בפ' החובל דף פ"ט כמאן אזלא הא דאמר אמימר איש ואשה שמכרו בנכסי מלוג לא עשו ולא כלום כמאן כר' אליעזר. וכתב ב"ש לכאורה תימה דפסק ביו"ד סימן רס"ז עבד של ב' שותפין אין יוצאין בשן ועין והיינו כר"א וכן פסק שם עבדי נ"מ אין יוצאין בשן ועין לא לאיש ולא לאשה ולפי תי' בתרא פרק חזקת לר' אליעזר המכר בטל וכן הקשה בס' ב"ה. אבל באמת לא ק"מ אע"ג דהלכה כר"א היינו לענין שן ועין דכתיב עבדו עבדו המיוחד לו וכן לענין יום או יומים דרשינן כספו המיוחד לו אבל לענין מכירה לא כתיב קרא אלא דבתי' אחד מדמה דין מכירה לדין שן ועין ולא קי"ל כהאי תי' אלא כשאר תי' פ' חז"ה שם עכ"ל:

(והכי מוכח' מלת' מיניה ובי' מדסתם בטוש"ע וכתבו עבד של ב' שותפין סתם אינו יוצא בשו"ע משמע דאפי' בשותפין דעלמ' שיש לכל א' חצי הגוף דינא הכי ואי הוי מדמה מכירה לשחרור בע"כ היה צריך לפרש דדוק' שותפין שיש לא' פירות ולאחד הגוף הדין כן אבל לא בשאר שותפין דאטו שותפין דעלמא לא יוכלו למכור וכמ"ש רש"י ז"ל פ' החובל דף צ' ד"ה לא עשו ובתו' שם ד"ה איש ואשה וא"כ לא היה להפוסקי' לסתום בעבד של ב' שותפין דאינו יוצא בשו"ע אלא היה להם לפרש דדוק' בכה"ג שיש לא' כל הגוף ולא' הפירות אבל בשאר שותפין יוצא בשו"ע כיון דאין חילוק בין מכירה לשחרור אלא ודאי דלא קי"ל כהאי תי' ולא מדמינין מכירה לשחרור דהתם בעינן עבדו המיוחד לו וה"ה ב' שותפין דעלמ' לא הוי מיוחד לענין שחרור ולכך סתמו ופסקו דעבד של ב' שותפין אינו יוצא בשו"ע וזה ברור) וכ"כ הרמב"ן שם פ' חז"ה דלא קי"ל כהאי תירוצא לדמות מכירה ליום או יומים ושן ועין אלא במכירה שפיר יכול למכור כל אחד זכותו

ע"ש. ובמשנה למלך פ"ה מהל' עבדים כתב ג"כ להוכיח דלא קי"ל במכירה הכין דהא תנן פרק יש נוחלין הכותב נכסיו לבנו ומכר האב מכורין עד שימות הבן ומוכח דלא בעינן במכירה מיוחד לו ע"ש:

והנה להאי תירוצ' דהוי מדמה מכירה לשן ועין ויום או יומים ואפי' מכרו שניהם לא הוי מכירה. קשי' לי בהא דכתיב בפרש' בחקותי ואם את שדה מקנתו אשר לא משדה אחוזתו יקדיש לה' וחישב לו הכהן את מכסת הערכך עד שנת היובל וגו' בשנת היובל ישוב השדה לאשר קנהו מאתו. והרי שדה מקנה בזמן היובל אינו אלא קנין פירות כדאי' ס"פ השולח לריש לקיש במוכר שדה בזמן שהיובל נוהג מביא ואינו קורא דאין לו אלא קנין פירות ע"ש וא"כ אין הלוקח יכול למכור שדה שקנה בזמן היובל שהרי אין לו אלא קנין פירות ולמוכר יש לו קנין הגוף ושניהם אינן יכולין למכרו וכל שאינו במכיר' אינו בהקדש וא"כ איך יכול להקדיש שדה מקנה בזמן שהיובל נוהג כיון דלית ליה לדידי' אלא קנין פירות ולמוכר קנין הגוף ושניהם אינן יכולין למכרו ולהקדישו להך תירוצא דמדמה מכירה לשן ועין וקשי' קראי וצ"ע כעת. (הגם שאיני כדאי לחוות דעי הנה לגודל הפליאה לא אחשוך נפשי מלהגיד מה שנראה לענ"ד לתרץ בזה והוא דאפי' להאי תירוצ' דבעי לדמויי מכירה לשחרור ואפי' מכרו שניהם יחד מכרן בטל היינו לעניין מכירת הגוף דמי' דשחרור שהוא על הגוף ור"ל שאם באו למכור הגוף אפי' מכרו שניהם איני מכור שהרי אינו מיוחד שלזה יש לו קנין הגוף בכולו ולזה ג"כ כל הגוף שייך לקנין פירות שלו וכיון דבעינן גם במכירה נכסים המיוחדי' לכך לא הוי מכירת גוף הנכסים מכירה אבל לענין זכות הפירות שפיר יכול למכור זכותו שאותו זכות הוא מיוחד לו לבדו דאל"כ לא מצינו מכירת שדה בא"י אלא ללוקח א' דאותו לוקח לא יוכל למכור ללוקח שני שהרי אין לו אלא קנין פירות וזה נגד השכל אלא ודאי דאותו זכות שיש לו לפירות יכול למכור ולכך יכול נמי להקדיש שדה מקנה שהרי אינו מקדיש אלא זכות שיש לו לפירות והא דבעינן נכסים המיוחדין היינו דומי' דשחרור שהוא לענין קנין הגוף אבל זכות של פירות יכול להקנות והמבחין יבחין) ועמ"ש בס' קצה"ח סימן רנ"ז סק"ג:

ס"ק כז

שלא נתנה ולא מכרה אלא משום שלום ביתה לשון הרמב"ם פ' כ"ב מהל' אישות ובהשגות הראב"ד ז"ל ולמה חוזרת ואם יכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי ותגבה ממנו ביטול מקח למה ואיזו נחת רוח יהי' לו כשתחזור ותבטל מקחו עכ"ל והיינו דס"ל להראב"ד דאינה יכולה לבטל מקחו אלא כשתתאלמן או תתגרש דאז כלו ימי שלום ביתה אבל כל זמן שהיא עמו אינה יכולה לחזור דא"כ איזה נ"ר עשתה לו. ולבאר שיטתו

נלענ"ד לפי מ"ש הרשב"ם פ' חז"ה דף מ"ט ע"ב תימא נחת רוח עשיתי לבעלי שמכרתי לו שלא יכעוס עלי אבל לא היה בדע' להקנותו לו ולא דמי לתלו' וזבין דזביני' זביני דאגב אונס' גמר ומקני אבל הכא דליכ' אונס' כ"כ לא גמרה ומקני' עכ"ל והקשה עליו הרמב"ן ז"ל דאם אינו אונס אמאי בטל המקח ואם הוא אונס הרי אגב אונס' גמר ומקני ולכך העלה דביהיב דמי המקח קיים ע"ש. ולענ"ד נראה דבאמת זה לא מקרי אונס והא דמקחו בטל הוא מטעם אחר כמ"ש דמהרי"ק סימן קפ"א כתב ז"ל גם מה שטען האיש הזה כי יסוד החתימה לאהבת השלום והשלום לא היה מתמיד גם בזה הבל יפצה פיו כו' ואפילו לא היה נזכר שם אלא לאהבת השלום הרי לא נכתב בלשון תנאי והרי שנינו בגיטין פ' השולח דף מ"ה המוצי' אשתו משום שם רע ואמרינן עלה בגמ' והוא שיאמר משום שם רע אני מוציאך כו' ועל זה כתבו התוס' פ' השולח ז"ל דאי אמר הכי מצי מקלקל לה נראה דחשש' זו אינו אלא לעז בעלמ' כו' הרי לך בהדי' דאע"ג דאמר לה משום שם רע אני מוציאך ונמצ' בטל אפ"ה אין הגט בטל כיון דלא אמר ע"מ כו' ועוד בר מן דין ובר מן דין ואפי' חשבינן לי' כמו תנאי הא לא כפלי' לתנאי וקי"ל כר' מאיר דבעי תנאי כפול עכ"ל. וכבר כתב הר"ן פרק האיש מקדש דהא דסגי בעלמ' באומדנ' אע"ג דלא הוי תנאי כפול משום דגלוי דעת עדיפא מתנאי כפול ומש"ה במתנת ש"מ או דזבין אדעת' למיסק לארע' דישראל אזלינן בתר גלוי דעת אבל היכ' דהתנה ולא התנה כהלכתו התנאי בטל וע"ש בר"ן וכן הוא דעת תוס' ולפ"ז נראה דמכירת האשה שמסכמת לדעת בעלה לא הוי אונס כלל אלא דאנן סהדי דאינה עושה כן אלא לאהבת השלום עם בעלה ומש"ה לאחר שכלו ימי שלום ביתה היינו לאחר גירושין או לכשתאלמן בטל המקח ומשום דגוף המכירה לא היה אלא לאהבת השלום ואחר שהשלום אינו מתמיד מתבטל המקח ואפי' לא אמרה בפי' לאהבת השלום יש כאן גלוי דעת ועדיף טפי דלא בעינן משפטי התנאי' ומש"ה בהאך דמהרי"ק דלא הוי גלוי דעת אלא במה שאמרה לאהבת השלום וכיון דלא כפלי' לתנאי' לא מהני משא"כ הכא דמשום גלוי דעת באנו לדון לא בעינן תנאי כפול לכך הא דנחת רוח אין בו משום אונס אלא דאנן סהדי דאע"ג דעתה היא מסכמת למכירת בעלה אינו אלא משום שלום ביתה ואח"כ כשתתאלמן או תתגרש דשוב ליכא שלום בית יתבטל המקח ולכך המקח קיים כל זמן שהיא תחתיו דאנן סהדי דעל זה הזמן נתרצה גם היא לגמרי משום שלום בית ולכן אינה חוזרת בכל עת שתרצה אלא לכשתגרש ואז בטל מחמת אומדנ' דאנן סהדי שלא נתרצה יותר ולכך אפי' מעות לא מהני שאין כאן אונס כלל וכמ"ש. ובהכי ניחא לי בהא דתנן בפ' מי שהי' נשוי דף צ"ה וכתבה ללוקח דין ודברי' אין לי עמך ופריך בש"ס וכי כתב' לי' הכי מאי הוי והתניא האומר לחבירו

דין ודברי' אין לי עמך כו' לא אמר כלום ומשני בשקנו מידה והדר פריך ותימא נחת רוח עשיתי לבעלי מי לא תנן לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה מקחו בטל ולכאורה קשה דבתחלה הי' ראוי להקשות ותימא לי נחת רוח דהיא קושי' אלימתא ממשנה מפורשת משא"כ הך דדין ודברי' אינו אלא ברייתא ולפי מ"ש ניחא דודאי כד ס"ד דמיירי בלשון סילוק גרידא שהיא סילקה זכותה א"כ כיון שהי' מועיל הסילוק בשעת מעשה וכל זמן שהיא תחתיו משום שלו' בית כדאמרן שוב אין לה שום זכות אף אחר שתתגר' שאין זכותה חוזר וניער כיון שסילקה כל זכותה מהיכא קא זכי' בי' תו כיון דכבר נסתלק כחה משדה זו דדוקא גבי מכירה שייך לומר שמכרה לזמן מוגבל כל ימי משך השלום משא"כ בסילוק כיון שנסתלקה שעה אחת תו לא הדר ומשתעבד אבל לבתר דמשני בשקנו מידה א"כ ה"ל כמו מכר לכך שפיר פריך ותימא לי' נחת רוח עשיתי לבעלי דכיון דקנו מידה ללוקח אין המכר נמשך אלא כל ימי משך שלום ביתה וכשתתאלמן או תתגרש יהא בטל משום אומדן דעתה דאנן סהדי דלכך נתכוונה וכדפרישית ודו"ק היטיב.

ס"ק כח

אבל אם מחלה לבעלה כל זכות כתב בח"מ ז"ל המעיין בתשו' הרא"ש כלל ל"ח סימן ז' משמעות לשונו שאינו מחלק בין מכירה למחילה רק עיקר החילוק שלו הוא כשהבעל מוכר קרקעותיו והיא מסכמת למעשיו תוכל לומר הוכרחתי לעשות לו נחת רוח מאחר שהוא דחוק למכירה אם לא הסכמתי הי' אומר לי עיניך נתת בגירושין כו' אבל מי מזקיקה למחול לו זכות שלה דאין כאן איבה אם לא תמחול לו וטעם זה שייך ג"כ גבי מתנה ומכירה דאין כאן איבה אם לא תמכור לו מה שכבר בידו עכ"ל הח"מ וכ"כ ב"ש ע"ש. ותמהני בדבריהם שהעתיקו לשון הרא"ש והמעיין שם בהרא"ש אינו כן כלל ועוד דבכלל ס"ג סימן ה' כתב הרא"ש בהדיא וז"ל שאלה רחל אשת יעקב נסתלקה ליעקב בעלה מקרקע ידוע כו' תשובה כו' ועתה אכתוב על הסילוק אם הוא סילוק או לא וע"ש שהעלה דלא מהני ומשום דמצי' למימר נחת רוח עשיתי לבעלי והתם לא הי' ע"י מכר רק מעצמה נסתלקה לבעלה בסילוק ואפ"ה מצי אמרה נחת רוח כו' ובכלל ל"ח כתב עוד ז"ל וששאלת על אשה שמחלה כתובתה ונדוניא וכל תנאי כתובה מחילה גמורה כו' ולא שייך לומר נחת רוח עשיתי לבעלי אלא כשהבעל מוכר קרקעותיו ושותקת מחמת נחת רוח שלא יאמר הבעל עיניך נתת בגירושין או במיתה אבל אין האשה מוחלת לבעלה זכות שיש לה עליו מחמת נחת רוח דאין כאן איבה אם לא תמחול לו ומחילה גמורה היא עכ"ל הרי שלא כתב האי טעמא דדחוק למעות אלא נראה כונת הרא"ש ז"ל דדוקא במוכר קרקעות שאין לאשה בהם רק שיעבוד ואם היא תעכב יקפיד הבעל כיון דגוף

הקרקע שלו ואין לה אלא שיעבוד יש קפידא אם תעכב לכך מצי' למימר נחת רוח כו' וה"ה סילקה עצמה לבעלה וכהאי דכלל ס"ג כיון שאין לה רק שיעבוד יכולה לומר נחת רוח כו' דכל שסילקה מהבעל כמי שסילקה עצמה מן הלוקח שקנה מהבעל וכמ"ש בבדק הבית בסימן זה ע"ש אבל המוחלת לבעלה כל זכות שיש לה כיון דהחוב הוא שלה ה"ל כנכסי מלוג דידה דלא שייך בי' נחת רות דאינה צריכה ליתן את שלה לבעלה והרי החוב הוא שלה ועיין ברשב"ם פ' חז"ה דף נ' שכתב דמקחו בטל כיון דמ"מ אינן שלה לגמרי כי אם של בעלה מצי' אמרה נ"ר עשיתי לבעלי ע"ש וא"כ זה שייך דוקא במוכר קרקעות המשועבדים לה כיון שאינן שלה אבל מוחלת גוף החוב כיון דגוף החוב שלה ה"ל כנכסי מלוג וא"כ דברי הרמ"א נכונים וחזקים כראי מוצק דדוקא מכירתה ונתינתה לא מהני ומשום דלא מחלה גוף החוב אלא קרקע של בעל ואין לה בו אלא שיעבוד ועל אותו השיעבוד יכולה לומר נ"ר עשיתי שהרי גוף החוב עדיין הי' נשאר אצלה רק שיעבוד אותו קרקע מחלה וע"ז הי' הבעל מקפיד אם לא היתה מסכמת כיון דלאו דידה הוא אבל במוחלת לבעלה כל זכות שיש לה הנה היא מוחלת גוף החוב שהוא שלה לגמרי ודמי לנכסי מלוג ולא מצי' למימר נ"ר עשיתי לבעלי וכדפרישת ודו"ק ובהכי ניחא הא דפריך פ' חז"ה דף מ"ט הא ראי' יש תימא נחת רוח עשיתי כו' ולפי מ"ש ח"מ וב"ש בדע' הרא"ש דדוקא היכא שהבעל נוטל מעות מלוקח ודחוק למכירה הוא דמצי אמרה נ"ר עשיתי אבל לא במוכרת לבעלה תקשי הא הכא מוכרת לבעלה היא ולפמ"ש ניחא דכיון דטעמא דהרא"ש הוא דדוקא בדבר שאינו שלה לגמרי ואין, לה אלא שיעבוד בזה הוא דמצי' אמרה נ"ר עשיתי אבל לא בדבר שהוא שלה לגמרי וזה דוקא לפי המסקנא דמסיק דאינו אלא בשלש שדות אבל בנכסי מלוג שהם שלה אינה יכולה לומר נ"ר וה"ה במוחלת גוף החוב לבעלה כיון דשלה הוא לגמרי אינה יכולה לומר נ"ר עשיתי אבל למאי דס"ד דש"ס דאפי' בנ"מ שהם שלה לגמרי נמי שייך לומר נ"ר ה"ה במוחלת גוף החוב לפי הס"ד היתה יכולה לומר נ"ר עשיתי ולכך שפיר הוי פריך ותימא נ"ר עשיתי שעדיין לא ירד לחלק בזה אבל הרא"ש פסק לדינא לפי המסקנא וכמ"ש.

ס"ק כט

וכן אם קיבלה עלי' אחריות בפירוש בתשו' הרא"ש כלל ס"ג סימן ה' ז"ל שאלה רחל אשת יעקב נסתלקה ליעקב בעלה מקרקע ידוע' כו' ועתה אכתוב על הסילוק אם הוא סילוק או לא כו' ואין לך דבר המבטל טענת נחת רוח אלא א"כ כתב' ללוקח אחריות כשיטרוף בע"ח של בעלה מן הלוקח של בעלה שהיא תשלם לו דכולי האי לא עבדא לעשות נ"ר לבעלה אם לא שגמרה להקנות ובסילוק זה אע"פ שקבלה עלי' אחריות אין

בקבלת אחריות זה כח וטעם לומר שיבטל טענת נחת רוח דמה היא מפסדת בקבלת אחריות זה דנאמר כולי האי לא עבדא בשביל נחת רוח דבשלמא כשמקבלת עלי' אחריות כשיטרפנה בע"ח של בעלה מן הלוקח שהיא תשלם לו דבר גדול הוא זה שהכניסה עצמה לדבר זה ובשביל נ"ר לא היתה עושה דבר גדול כזה אם לא שגמרה בדעתה להקנות אבל באחריות זו מה היא נפסדת בדבר זה אם תאמר דאחריות שקבלה עליה היינו שאם מכרה כתובתה לאחר ואם תתגרש או תתאלמן ויבא הלוקח שלקח כתובתה ויטרון מקרקע זו שנסתלקה הימנו שהיא חייב' לסלקו ותפרע לבעלה או ליורשיו מה שיגבה הלוקח מאותה קרקע באותו אחריות לא היתה מפסדת כלום כיון שמחלה שיעבוד אותה קרקע לבעלה לא יוכל הלוקח לגבות מאותה קרקע דה"ל כמוכר ש"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול שהרי היא מכרה כתובתה ללוקח וכתבה לי' קני לך איהו וכל שיעבודא דאית בי' ומחלה שיעבודו ושוב אינו יכול הלוקח לגבות מאותה קרקע עכ"ל והובא בטור סימן זה:

(הנה למ"ש ר"ת בטעם דמוכר ש"ח דיכול למחול משום דשני שיעבודים יש למלוה ואינו יכול למכור אלא שעבוד נכסים וכשהוא מוחל שיעבוד הגוף מפקיע שעבוד נכסים ממילא וכמ"ש הרא"ש בשמו פ' הכותב גבי קריבתי' דרב נחמן ע"ש א"כ בכה"ג שלא מחלה שעבוד הגוף אלא שיעבוד הקרקע בלחוד דאילו מחלה שיעבוד הגוף לא היתה יכולה לומר נ"ר עשיתי וכמ"ש מרן ז"ל בס"ק כ"ח ע"ש וכן מבואר להדיא בתשו' הרא"ש שהתנת בפירוש שיהיה חובה קיים רק מאותו שדה היא מסלקת שיעבודה לדעת ר"ת אם מכרה כתובתה קודם לכן הלוקח מוציא גם אותו השדה דהא שיעבוד הגוף לא מחלה ושיעבוד הקרקע של לוקח הוא שקנה ממנה ולא מהני מחילתה א"כ הדרא קושי' לדוכתה דמהני אחריות דידה שתצטרך לשלם לבעלה כשיטרף הלוקח ובדברי הרא"ש נראה דלשיטתיה אזיל דס"ל כדעת הרי"ף והגאונים דמכירת שטרות דרבנן וכמ"ש שם פ' הכותב ולכך יכול המוכר למחול אפי' שיעבוד נכסים לחודי' ושפיר כתב דאין הלוקח יכול לגבות מאותה קרקע. אמנם גם לדעת ר"ת נראה דמ"מ יכולה שתאמר נ"ר עשיתי כיון שלא הפסידה משלה אלא אותו השיעבוד ומה שנצמח מאותו השיעבוד כל זה היא עושה משום נ"ר דכיון דגוף הקרקע אינה שלה אלא שמשועבד לה ואם לא תרצה היא לקבל אחריות דידה יקפיד הבעל ויאמר עיניך נתת בגירושין וכבר מכרת כתובתך או שתרצי למכור הכתובה וכיון שאינה מפסדת בכל זה אלא שעבוד קרקע זו קפיד הבעל ויכולה לומר נ"ר עשיתי משא"כ כשמפסדת דבר שהיא שלה לגמרי וכמ"ש מארן להלן ומזה ראי' לדבריו) וראיתי בדרישה שהקשה כיון דקיבלה עלי' אחריות בעדה ובעד כל

הבאים מחמתה נאמר דלמא היא לותה מאחרים ונמצא כל הנכסים משועבדים להם מדר"נ ואחר שתתגרש ובאו המלוים לגבות מאותה קרקע ואז תהי' היא מחויבת לשלם לבעלה או ליורשיו כפי דמי קרקע זו שגם מהם כיון שקבלה עלי' אחריות וכאן אין שייך לומר שתמחיל לבעלה השיעבד דאינה יכולה למחול כי אם במכירת שט"ח ולא כשנתחייבו לאחרים אלא מוציא' מיד לוה שני מדר' נתן ונותנין אותו למי שיתחייב הוא לו וכמ"ש רבינו בח"מ סימן פ"ו וע"ש. ונראה לענ"ד כיון דהשיעבוד הוכרחה למחול משום נחת רוח וא"כ אם היא חייבת וצריכה לשלם ממקום אחר אין זה היזק מדידה כיון שהיא חייבת באמת אלא שאם לא היתה מוחלת השיעבוד לבעלה היתה פורעת החוב עם אותו שיעבוד שיש לה על בעלה ועכשיו שמחלה לבעלה אותו שיעבוד תצטרך לשלם ממקום אחר וכיון דבפרעון החוב היא חייב' בלא זה ולא הפסידה כי אם אותו השיעבוד ועל זה היתה מוכרחת משום נחת רוח משא"כ אם ע"י המחילה יהיה נצמח לה הפסד מנכסי דידה כגון שקיבלה אחריות על נכסים אם יטרוף ב"ח של בעלה שפיר אמרי' כולי האי לא עבדא משום נ"ר אבל במה שמוחלת השיעבוד נבעל ותצטרך לשלם לב"ח דידה ממקום אחר זה לא חשיב היזק כיון דבאמת היא חייבת תדע שהרי אפילו אם אינה חייבת כלום יש לה היזק במה שמוחלת שעבוד אותה קרקע דהא כשיגיע זמן גביית כתובתה ולא יהיה לבעל נכסים אחרים תפסיד ממונה אלא משום נ"ר היא מוכרחת למחול שיעבודה והיא חושבת כאלו לא היה לה שיעבוד זה כדי לעשות נ"ח לבעלה שלא יאמר עיניך נתת' בגירושין. וזה שייך נמי במה שלא תוכל לפרוע חובה בשיעבוד זה שהרי אינה מפסדת משלה יתר על אותו השיעבוד אבל כשמפסדת יותר ע"י קבלת אחריות וכמ"ש הרא"ש אז אמרי' כולי האי לא עבדה משום נחת רוח ועמ"ש בס' קצה"ח סימן ס"ו ס"ק נ"ז:

ס"ק ל

אחריות בפירוש כתב ב"ש ז"ל עכשיו נוהגין דכותבין אחריות וקונין מן האשה והדר בעלה ונא קודם הבעל מזה נראה דאחריות שכותבין בשטר לא קאי אלא על האיש ולא על האישה דאם האחריות קאי על שניהם היו יכולים לעשות הקנין אפי' מן האשה תחלה אלא הקנין שעשתה היא אינו אלא שהוא לא תוכל לערער ואחריות דנפשה סלקה ולא שהיא מקבלת אחריות אא"כ דמפורש בפירוש כן וכן פסק בט"ז עכ"ל. ולענ"ד נראה ליישב המנהג לפי מה שיבואר אצלנו לקמן סעיף י"ז דאם קנו מיד האשה תחלה היינו שסילקה שיעבודה מקרקע זו והוא סילוק מן הבעל אבל לסלק מן הלוקח לא הוי מהני כל זמן שלא קנה הלוקח דלא מצי מזבין שיעבודה ללוקח שיקנה אח"כ דה"ל לדבר

שלבל"ע דהיא עדיין לא זכתה בגוף הקרקע דבע"ח מכאן ולהבא גובה ולא מצי מזבנה שיעבודה אלא ללוקח שכבר קנה וע"ש בדברי הרמב"ם שהבאתי וא"כ כיון שקנו מיד האשה תחלה לא נסתלקה אלא לבעלה ולא מכרה כלום ללוקח אלא לבעלה נסתלקה א"כ האחריות לא מהני מידי דלוקח לא מכרה כלום ולא קיבלה אחריות נגדו ולגבי בעל לא מפסדה באחריות מידי וכמ"ש הרא"ש הבאתיו בס"ק הקודם דהא המוכר ש"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול וכו' וכ"ת א"כ יהיו קונין מן האיש תחלה ואח"כ מן האשה ויכתבו אחריות ויהיה האחריות נגד הלוקח זה אינו דאדרבה היא אינה רוצה לקבל אחריות ללוקח רק לבעל ומש"ה נמי לא מהני האי אחריות משום דלא מפסדה מידי אלא משום דחתמה היא תחלה לא מצי למימר נ"ר עשיתי לבעלי ולפ"ז אם אירע שקנו מן האיש ואח"כ מן האשה וכתבו אחריות שפיר מהני ג"כ דהא הכא מוכרת שיעבודה ללוקח שכבר קנה מן האיש וגם האחריות הוא נגד הלוקח תו לא מצי למימר נחת רוח כו' אבל כל שכתבו מאשה והדר בעלה לא הוי האחריות ללוקח שעדיין לא קנה רק לבעל ואחריות לבעל לא מהני וכו' ודו"ק.

סעיף יז

ס"ק לא

אבל אם קנו מיד האשה תחלה שאין לה שיעבוד על מקום זה והוא לשון הרמב"ם פי"ז מה' אישות ע"ש. ונראה מלשון הרמב"ם שכתב שאין לה שיעבוד על מקום זה ולא כתב שאין לה שיעבוד נגד לוקח זה כלשון המשנה וכתבה ללוקח דו"ד אין לי עמך משום דדוקא היכא דכבר קנה הלוקח מן הבעל וכבר זכה בשדה אז יכולה למכור לו השיעבוד אבל אם עדיין לא קנה הלוקח מן הבעל לא מצי' האשה למכור לו שיעבודה כיון דשיעבוד לא מצי מיזבין לאחר דקי"ל בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה וכמ"ש תוס' בב"ב פ' הספינה דף ע"ו ד"ה קני לך איהו וכל שיעבודי' ע"ש כמו כן אינה יכולה למכור השיעבוד ללוקח שיקנה אח"כ מן הבעל כיון שעדיין לא קנה ה"ל לדבר שלבל"ע לכך כתב הרמב"ם שאין לה שיעבוד על מקום זה וא"כ הוי הקנאת שיעבודה לבעלה שהקרקע שלו ואין ה"נ אם כבר קנה הלוקח נמי מהני לשון זה שאין לה שיעבוד במקום זה ואז הוי הקנאת השיעבוד ללוקח שכבר זכה בקרקע רק אם הוא בענין שלא תוכל לומר נחת רוח עשיתי וע"ש בלשון הרמב"ם שכתב ז"ל מי שהיו לו שתי נשים ומכר את שדהו וקנו מיד הראשונה שאין לה שיעבוד על מקום זה ואינה טורפת אותן מן הלוקח והי' קנין מועיל שאינה יכולה לטעון בו נחת רוח עשיתי לבעלי ואח"כ מת הבעל כו' והראשונ' מוציאה מיד השני' מפני שהיא קודמת ולא הסירה שיעבודה אלא מעל הלוקח ע"כ וע"ש דהתם כיון

שכבר קנה הלוקח א"כ לא מצי' אשה להקנות לבעל כיין דכבר זכה בו המקח ה"ל בעל כאחר ואינה יכולה להקנות שיעבודה לאחר וכמ"ש תו' הנ"ל כיון דבע"ח מכאן ולהבא גובה וע"כ מסלקה שיעבודה מן השדה ללוקח. ובהכי ניחא לן ליישב קושית התוס' פ' מי שהיה נשוי ד' צ"ה ד"ה תימא נחת רות עשיתי לבעלי וז"ל ליכ' לשנויי כשלקח מן האשה תחלה דאם הי' קיים כו' ולפמ"ש ניחא דלפי מה שדקדקנו מדברי הרמב"ם כל שלקח מן האשה תחלה אין זה אלא סילוק שעבודה נגד הבעל מאותו שדה וכמ"ש בדק הבית סימן צ' ע"ש והיינו משום דכל זמן שלא קנה הלוקח ה"ל כאחר ולא מצי מזבנה שיעבודה לאחר אע"ג דיקנה אח"כ ה"ל עתה כלדבר שלב"ל והתם במתני' דתנן חוזרות חלילה ולוקח מוציא מיד הראשונה ע"כ מיירי שהקנה שיעבודה ללוקח וע"כ מיירי שלקח מן האשה תחלה שזכה כבר בקרקע ואז יכולה היא למכור לו השיעבוד משא"כ אם היתה מסלקת שיעבודה לבעלה איך הי' חוזרות חלילה וכיון דע"כ מיירי שלקח מן האיש תחלה פריך שפיר תימא נ"ר עשיתי כו' ודוק. (והנה מ"ש מארן ז"ל דשיעבוד לא מצי מיזבין לאחר כיון דקי"ל ב"ק מכאן ולהבא גובה וכמ"ש תוספ' פרק הספינה אף שהתוס' לא כתבו שם אלא למ"ד מכירת שטרות דרבנן הא דעת הרמב"ם ג"כ דמכירת שטרות דרבנן ואף דרש"י ז"ל פ' כל שעה דף ל"א כתב דגוף החוב יכול להקדיש היינו דוקא כשמקדיש כל החוב שהוא דבר שברשותו משא"כ כשמקדיש או מוכר שיעבוד קרקע אחת ולא גוף החוב פשיט' דאינו יכול למכור לאחר כדאמרינן בפסחי' אקדיש מלוה לא הוי הקדש לרבא דס"ל מכאן ולהבא הוא גובה הלכך על כרחך אי אפשר שיקח מן האשה תחלה שיעבוד קרקע אחת אלא על ידי בעלה שהיא מסלקת עצמה לבעלה על מנת שימכור לפלוני ועיין לקמן:)

ס"ק לב

ויש אומרים דאם האשה קבלה מעות עמ"ש לעיל ס"ק כ"ז:

ס"ק לג

אשה שסלקה כחה מנכסי בעלה קודם שקנאן כתב בדק הבית ז"ל יש שלמד מתשובה זו שאם הבעל רוצה ללות מעו' על נכסיו והמלוה חושש שמא ימות הבעל ותגבה אשתו כתובתה מנכסיו ויפסיד חובו ולכן סילקה האשה שעבוד כתובת' מנכסי בעל' כו' דלא מהני אא"כ קבל' אחריות כו' וגם אני הייתי סבור כן מתחלה ואח"כ נתיישבתי בדבר ונראה לי שמועיל סילוק בענין זה שקנו מידה דע"כ לא אמר שמואל עד שתכתוב אחריות אלא בלקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה אבל אם לקח מן האשה תחלה אפילו לא קיבלה עלי' אחריות אינה יכולה לומר נ"ר עשיתי לבעלי ובנ"ד כיון שהי' מסלקת שיעבודה עד שיגבה זה חובו וקנו מידה הוי כלקח מן האשה תחלה וכשילוה

האיש אח"כ הוי אח"כ כלקח מן האיש שמקחו קיים ומ"ש הרא"ש בתשו' זו שאין סילוק מועיל בלא אחריות היינו מפני שהסי היה לו' לבעל ודמי ללוקח מן האי' וחז' ולקח מן האשה דכך לי סילוק מן הבעל כמו סילוק מן האיש שלקח כבר מן הבעל אבל במסלק' שיעבודה לאיש שרוצ' להלוות לבעל וקנו מיד' מוד' הרא"ש דמהני ולדברי הרמב"ם אף בנדון דתשו' הרא"ש שהסילוק לגבי בעלה מהני שהרי מבואר בדבריו בהא דתנן כו' לקח מן האש' וחזר ולקח מן האיש מקחו קיים האי לקח מן האשה לא מכרה לו היא אלא לסילוק שיעבוד' קרי לקח מן האש' שהרי כתב פי"ז מאישות ז"ל אבל אם קנו מיד האש' תחל' שאין לה שיעבוד על מקום זה ואח"כ מכר אותו הבעל אינה טורפת אותו עכ"ל וע"ש. ולפ"ז האי דינ' דרמ"א בשם המרדכי אינו אלא לדעת הרא"ש דסילוק לגבי בעל לא מהני ומש"ה כתב קודם שקנאן מהני הסילוק אבל לדעת הרמב"ם אפילו אחר שקנאן נמי מהני הסילוק לגבי בעל לפי מ"ש בבדק הבית. אמנם קשי' לי טובא במ"ש לדעת הרמב"ם מועיל סילוק לגבי בעלה דהא כתב הרמב"ם פכ"ב מה' אישות ז"ל כיצד האשה שמכרה או נתנה לבעלה מנכסי צ"ב מקרקע או מטלטלין או שדה שיחד לה בכתובתה או שדה שהכנ' לה משלו לא קנה בעלה ואע"פ שקנו מיד האשה ברצונה חוזרת בכל עת שתרצה שלא מכרה ולא נתנה אלא משום שלום ביתה לפיכך אין לבעל ראי' בנכסי אשתו כלל חוץ מנכסי מלוג עכ"ל ואי נימא דלגבי בעלה מהני סילוק א"כ אמאי אינו מועיל מכרה או נתנה לבעל בנכסי צ"ב. וכן מוכח מש"ס פ' חזקת דף מ"ט דפריך הא ראי' יש תימא נחת רוח עשיתי כו' מי לא תנן לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה מקחו בטל ומאי קושי' דהא דוקא בלקח מן האיש וחזר ולקח האשה הוא דיכולה לומר נחת רוח עשיתי אבל לגבי בעל ה"ל לקח מן האשה וצ"ע כעת:

(עיין לעיל ס"ק ל"א שהכריח מר"ן דקודם שקנה הלוקח מן האיש אי אפשר שתמכור לו השיעבוד וע"כ הא דלקח מן האשה תחלה היינו שסילקה לגבי בעלה ע"ש וא"כ קשיין דברי הרמב"ם להדדי וע"כ צריך לחלק דדוק' היכ' שמסלקת עצמה משיעבודה שיהי' לבעל לחוד בהא אמרינן דלנחת רוח עשתה לו אבל אם מסלקת לבעלה שימכור לאחר בהא לא אמרינן נ"ר עשתה כיון שעדיין לא מכר והיא לא סילקה עצמה שישאר ביד הבעל לכך התם פ' חזקת והרמב"ם פכ"ב מאישות שמסלקת עצמה שישאר ביד בעלה אמרי' נ"ר עשתה משא"כ הכא דלקח מן האשה קנו מידה שאין לה שיעבוד על מקום זה שימכור ללוקח ובזה יש ליישב גם דברי ב"ה ודו"ק):

סימן צא

סעיף א

ס"ק א

אשה שהכניסה שט"ח לבעלה בפרק הכותב דף פ"ה ומודה שמואל באשה המכנסת שט"ח לבעלה וחזרה ומחלתו שאינו מחול מפני שידו כידה ובתוס' שם ז"ל תימא לר"י דס"פ שנים אוחזין גבי מצא שובר בזמן שהאש' מודה יחזיר לבעל ופריך וניחוש שמא כתבה ליתן בניסן כו' ומשני ש"מ איתא לדשמואל דאמר המוכר שט"ח כו' והשתא אכתי ניחוש דלמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ואזלה והכניסה לבעלה שאינה יכולה למחול עכ"ל. ולכאורה יש לומר דהך ברייתא לית לה תקנת אושא וכדאי' פ' החובל דף פ"ה דאיפלגי תנאי בתקנת אושא ע"ש בהא דתני חדא לא לאיש ולא לאשה כו' אלא דאכתי תקשי דנהי דלית לי תקנת אושא היינו שיהי' לוקח ראשון לגוף אבל פירי מיהא אכיל בעל וא"כ לא מצית מחיל להפסיד פירי לבעל דמעות ה"ל כאילו איתא פירי בארעא וכמ"ש הרמ"א סימן פ"ה סעיף ד' וה"נ מוציאין מבע"ח לקנות קרקע לפירות אמנם לפ"מ דמבואר פ' האשה שנפלו דף ע"ח לדינא דמתני' בנכסים שנפלו לה קודם שנשאת דמוכרת ונותנת וקיים וע"ש ומתני' איירי בחיי' ולפירות ע"ש בתו' ד"ה לא כר' יהודא א"כ תו ליכא למיחש שמא הכניס' לבעל דהא ה"ל נכסים שנפלו לה קודם שנשאת וכיון דמוכרת וקיים ה"ה דמוחלת וקיים:

(ולפמ"ש מרן לקמן סק"ו והעלה כדעת מהרי"ק דבנכסי צ"ב בעל לוקח הוי אפי' בלא תקנת אושא ואפי' לדעת בעל נתיבות משפט ומהר"ם פדוא"ה דס"ל גם בנכסי צ"ב שייך תקנת אוש' היינו לאחר מיתה אבל בחיי' פשיט' דהוי לוקח א"כ אכתי קשה קושית התו' ניחו' שמא הכניסה לו הכתוב' בנדוני' וכן משמע לשון הכניסה וכמ"ש האחרונים דפשיט' דאיירי בנכסי צ"ב אלא דהרמב"ן הוסיף דאף בנ"מ שייך האי דינא אבל עיקר הדין מיירי בנצ"ב):

סעיף ב

ס"ק ב

בעל בנכסי אשתו הוי כלוקח לפיכך מי שאמר לאשה נכסי לך ואחריך לפ'. בפ' מי שהי' נשוי דף צ"ה ובתו' ס"פ יש נוחלין ד"ה אינהו דאפסדי אנפשייהו כתבו ז"ל וא"ת ומ"ש מהא דאמר לעיל נכסי לך ואחריך לפ' ועמד' ונשאת בעל לוקח לוקח הוי ואין לאחריך במקום בעל כלום אלמא אע"ג דאיכא פסידא לאחריך בעל לוקח הוי וי"ל דמתנה שאני דאין כל כך פסידא אם לא יקבל במתנה עכ"ל. ובר"ן כתב וז"ל והקשה הרשב"א ז"ל

ובמקום פסידא דאחריך למה לא עשאוהו כיורש כמו במקום פסידא דאלמנה וי"ל דכיון דאשה לאנסובי קאי והאי נותן מידע ידע דברוב המקומות עשאוהו רבנן כלוקח ואפ"ה לא פירש אחריך לקני בעל לא לקני ש"מ דאחריך שלא במקום בעל קאמר כו' והיינו בשנתן לה כשהיא פנוי' ונשאת אבל הכא מיירי בנשואה וה"ק אחריך לקני בעל לא לקני שאם לא נתכוין לכך מאי קאמר לה ואחריך כיון שהוא יודע שיש לה בעל מש"ה אמרי' הבעל מוצי' מיד הלקוחות כו' עכ"ל וע"ש ועיין לעיל סימן פ"ד ס"ק א' ומ"ש שם:

סעיף ג

ס"ק ג

גבו לאשה קרקע מבעל חובה עמ"ש בקצות החשן סימן ק"ג סק"ח וסימן קל"ב סק"א:

ס"ק ד

אין מחזירין לו השומא כתב ב"ש ז"ל משום דדינו כלוקח אבל אם הי' דינו כיורש היו מחזירין לו בין בחיי' בין במותה דקי"ל דמחזירין לבן הלוה ומשום דדינו כלוקח אין מחזירין לו אפי' בחיי' דהוי כאילו מכרה לו והא דלא אמרי' דינו כיורש משום פסידא דידי' כתבו התוס' פ' המפקיד משום דחיישינן לפסידא דמלוה אע"ג דכתבו ס"פ י"נ דלא הוי פסידא כל כך כמ"ש בסמוך היינו להוציא מבעל אבל להוציא מן המלו' חיישינן לפסידא וכ"כ הב"ח עכ"ל ובאמת החילוק פשוט דהא דלא מהדרינן לי' משום ועשית הישר והטוב זה לא מקרי פסידא כיון דמדינא לא הדרא שומא אבל מה שמתחייב להחזיר ודאי חשיב פסידא כיון דמדינא אין צריך להחזיר נמצא עתה השוו מדותיהם דלא מהדרינין לי' לבעל משום דחששו לפסיד' דמלוה ועשאוהו כלוקח ולא מהדר בעל דאז חששו לפסיד' דידי' והוי ג"כ לוקח ועיין בקצה"ח סימן ק"ג סק"ח וסק"ט:

סעיף ד

ס"ק ה

הי' עלי' מלוה ע"פ ואח"כ נשאת ס"פ י"נ דף קל"ט שלח לי' אבו' בר גניבא לרבא ילמדנו רבינו לותה ואכלה ועמדה ונשאת בעל לוקח הוי או יורש הוי לוקח הוי ומלוה ע"פ אינה גובה מן הלקוחות או דלמא יורש הוי ומלוה ע"פ גובה מן היורשין כו' א"ל ר' פפא לרבא לאו היינו דשלח רבין באגרתי' מי שמת והניח אלמנה ובת אלמנתו ניזונת מנכסיו נשאת הבת אלמנתו ניזונת מנכסיו מתה הבת א"ר יהודא בן אחותו של ר' יוסי בר"ח על ידי הי' מעשה ואמרו אלמנתו ניזונת מנכסיו א"א בשלמא יורש הוי מש"ה אלמנתו נזונת מנכסיו אלא א"א לוקח הוי אמאי אלמנתו ניזונת מנכסיו אמר אביי אי לאו דשלח רבין אנן לא ידעינן והא תנן אלו שאין חוזרין ביובל הבכורה והיורש את אשתו א"ל רבא והשתא

דשלח מי ידעינין והאמר ר"י בר"ח באושא התקינו האשה שמכרה בנ"מ בחיי בעלה ומתה הבעל מוצי' מיד הלקוחות אלא א"ר אשי בעל שוי' רבנן כיורש ושוי' כלוקח והיכ' דטבא לי' עבדי לי' גבי יובל שוי' רבנן כיורש משום פסיד' דידי' גבי דריב"ח שוי' רבנן כלוקח משום פסידא דידי' גבי דרבין משום פסיד' דאלמנה שוי' רבנן כיורש והא גבי דר"י בר"ח דאיכא פסיד' דלקוחות ושוי' רבנן כליקח התם אינהו דאפסדו אנפשייהו כיון דאיכ' בעל לא איבעי' להו למיזבן מאחת' דיתבא תותי בעלה ע"ש וכתב הרשב"ם ולענין שאילת' דשאילנא פי' ר"ח ורואה אני את דבריו לותה ואכלה ועמדה וניסת מסתבר' דכיורש הוי משום פסיד' דמלוה כסוגי' דשמעת' דכל היכ' דאיכא פסיד' כגון פסידא מבעל דאלמנה דליכ' למימר איהי דאפסימן אנפשי' שוי' רבנן כיורש ע"כ משמע דס"ל דודאי ייר' הוי ומלו' ע"פ גוב' אבל הרי"ף כת' וז"ל ולא אפשיט' בעיין הלכך מלוה ע"פ לא גבי מיני' דבעל ואיהו דאפסיד אנפשיה דלא איבעי' לי' למזפי בלא שטרא עכ"ל. וכתב נימוקי יוסף ז"ל אמר המחבר לפי מ"ש הרי"ף דאינו גובה נוכל ללמוד דכל נזקים והפסדות וחובות ומקח שנעשה בין קודם נשואין בין תחת הבעל אינה גובה מנכסי מלוג ואפי' מן הגוף וכ"ש מן הפירות שהרי זכה בהן הבעל משעת נשואין תחת פרקונה ובזה לא הוצרך לתקנת אושא ותקנה זו לא הוצרכו אלא לענין הגוף אבל פירות בלא"ה אינה יכולה למכור ומיהו אתי' שפיר גם לפירות היכ' דכתב לה הבעל דין ודברים אין לי בנכסייך ובפירותיהן ובפירי פירותיהן עכ"ל ולא הבינותי לשון הנמ"י במ"ש ומיהו אתי שפיר גם לפירות היכא דכתב לה דין ודברים כו' דאם אין לבעל פירות ודאי יכולה למכור בחיי' ולפירות וע"כ אינו אלא לענין הגוף וא"כ היכי אתי שפיר גם לפירות אי מיירי בענין שאין לבעל פירות וצ"ע. ולפי מ"ש הרי"ף דבעיין לא אפשיטא וכן דעת הרא"ם והטור א"כ מספיק' אינו גובה מן הבעל ולזה העלו האחרונים דאם תפס מצוה מבעל לא מפקינין מיני' וכמ"ש בש"ך סימן קי"ב וכ"כ ב"ש וז"ל ונראה כל זה איירי אי תפס נ"מ שלה אבל אם תפס הפירות מן הקרקע לא מהני תפיסה כי הפירות שייכים לבעל תחת פרקונה עכ"ל. ולכאורה נראה כיון דבעיין לא איפשט' ולפמ"ש רשב"ם ותוס' האיבעי' היא בעל לוקח או יורש בין בחיי' בין לאחר מיתה ע"ש וא"כ בחיי' נמי לא אפשיט' והוי יורש בחיי אשה לפירות ואמאי לא מהני תפיסה גם לפירות ואין להקשות לפי' רשב"ם ותו' דבעינן בין בחיי' בין לאח"מ הא בחיי' לפירות תקנה קדומה היא במתני' ר"פ האשה שנפלו דנכסים שנפלו לה משנשאת לא תמכור ואם מכרה ונתנה מכרה בטל משום דודאי בעל זוכה בגוף הנכסים לפירות תיכף משנשאת וכמ"ש תו' פ' נערה דף מ"ז ד"ה זמנין דלא מלו בהא דאין אשה יכולה לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות משום

דשאני פירות דזוכה בגוף הקרקע לפירות אבל מעשי ידי' אינם בעין ולא שייך לומר שיזכה בגוף הידים עכ"ל וכיון דזכה משנשאת בגוף הנכסים לפירות תו אינה יכולה למכור ומכרה בטל אלא דאיבעיין הוא בהאי זכותא דזיכו לו חכמים לבעל בשדה בחיי' לפירות אם דין יורש יהבו לי' היינו כדין יורש דגבי מיני' מלוה ע"פ או דין לוקח אית לי' ולא גבי מיני' מלוה ע"פ וכן לאחר מיתה איבעי' לן אע"ג דבעל יורש את אשתו אפשר דאלמו' רבנן לירושה דידי' דלהוי לי' דין לוקח ובחיי' איפכא מיבעי' לן אע"ג דלא שייך דין ירושה בחיי' אפשר דעשאו לבעל דין ירושה ושיגבה ממנו מלוה ע"פ אבל זכותא דבעל בנכסים לפירות ודאי הוא תיכף משנשאת דמיד זוכה בנכסים לפירות ומש"ה מכרה בטל כיון דכבר זכה בנכסים לפירות ונהי נמי דדין יורש יש לו מ"מ דידי' הוא ואין האשה יכולה למכור שלו אבל מ"מ מידי ספיקא אכתי לא נפקא מה הוא באותן הפירות אם דין יורש יש לו ומלוה ע"פ גובה ממנו או דין לוקח ואינו גובה וא"כ אמאי לא מהני תפיסה לפירות כיון דבחיי' נמי איבעי' לן ולא איפשטא. והנראה לענ"ד בזה הוא דודאי בעיין בין בחיי' ולפירות בין לאחר מיתה לגוף והנה לאח"מ מסברא אינו אלא יורש מ"מ מספקא לן דלמא דטבא לי' עבדו לי' ואלמו' לזכותיה לשוי' לוקח וה"ה בחיי' מסבר' לוקח הוא דאית לי' פירי תחת פרקונה וזוכה בנכסים לפירות ומספקא לן אפשר דאיכא איזה צד לעשותו כיורש ומסקינין בסוגיא דטבא לי' עבדו לי' מלבד היכא דאיכא פסידא לאחריני ולגבי לקוחות אע"ג דאית להו פסידא לא חיישינן להו משום דאינהו דאפסדו אנפשייהו ושוינהו כלוקח וליובל דטבא לי' עבדו לי' להיות כיורש והנה בתוס' פ' המפקיד כתבו טעם דלא מהדרינן לי' שומא משום דעשאו' כלוקח והקשו דהא דטבא לי' עבדו לי' ונשוי' כיורש למיהדר לי' שומא ותירצו משום פסידא דמלוה ובש"ך בח"מ סימן קי"ג השיג על דבריהם ודעתו דדוקא להעלות כחו לעשותו לוקח הוא דאמרי' היכא דאיכא פסידא לאחריני לא שוי' לוקח אבל הניחוהו על דין תורה להיות יורש אמנם לומר במקום פסידא דאחריני שיהי' לוקח ולא יורש לעקור ד"ת שהרי הבעל יורש את אשתו ד"ת זה לא יתכן כלל וראי' לזה דגבי יובל אמרי' משום פסידא דידי' הוי יורש ואינו מחזיר ירושת אשתו ביובל ואמאי והא איכא פסידא דבני משפחתה אלא ודאי משום פסידא דבני משפחתה לא עקרו דבר תורה דהוי יורש. אלה הם דברי הש"ך ז"ל ע"ש:

ובספרי קצה"ח סימן ק"ג סק"ז כתבתי דדברי התוס' נכונים היטב דודאי ביד החכמים קו המדה הן בחסר והן ביתיר ובידם להעדיף ולגרוע והיכא דאי' פסידא לבעל וליכא פסידא לאחריני העדיפו על המדה אע"ג דאינו אלא יורש מן התורה או מדרבנן מ"מ כיון דלדידי' אית פסידא וללקוחות ליכא דאינהו דאפסדו אנפשייהו עשאוהו כלוקח

וגבי יובל אמרו בש"ס משום פסידא דידיה הוי כיורש היינו אע"ג דאי' נמי פסידא דבני משפחתה כיון דאית נמי פסידא לבעל הניחוהו על דינו שיהי' כיורש הא אי לאו פסידא דידיה הוי אמרי' דהוי לוקח להחזיר ירושתו ביובל משום פסידא דבני משפחה והיינו עוקרים דינו דהוי יורש והיינו עושים אותו לוקח משום פסידא דאחריני אלא כיון דגם לדידי' אי' פסידא הניחוהו על דינו כללו של דבר משום פסידא דחד עקרוהו לדיניה הכי דליכא פסידא לאידך ומש"ה בדר"י בר"ח דהוי פסידא לבעל ולא ללקוחות דאינהו אפסדו אנפשייהו עשאוהו כלוקח ועקרו לדינא דיורש וה"ה לענין שומא דאיכא פסידא למלוה שהרי מדינא אין חייב להחזיר אלא משום ועשית הישר ולבעל ליכא פסידא מהאי טעמא גופיה וכמ"ש לעיל סק"ד מש"ה עקרו' לדינא דיורש ושוי' כלוקח כיון דלחד איכא פסידא ולא לאידך והיכא דאיכא פסידא לשני הצדדין אוקמו' אדיני' ומש"ה גבי יובל אע"ג דאי' פסידה לבני משפחה אפ"ה משום פסיד' דידיה הניחוהו על דינו להיות יורש באמת וע"ש בקצה"ח:

לפ"ז הא דאיבעי' לן לאחר מיתה הכי איבעי' לן אי חשבינין פסידא למלוה אע"ג דאי' נמי פסידא לבעל מ"מ כיון דלתרווייהו אי' פסיד' הניחוהו על דינו להיות יורש וגבי מני' מלוה ע"פ או דלמא לא חשבינין פסידא למלוה דאיהו דאפסיד אנפשיה דאוזפה בלא שטרא כמו דלא חשבינין פסידא דלקוחות בדר"י בר"ח מהאי טעמא גופיה וליכא אלא פסיד' דבעל ומש"ה העדיפו עליו ועשאוהו כלוקח ולא גבי מלוה ע"פ ודאיבעי' לן בחיי' היינו אף דמדין' לוקח הוא שזכה בפירות תחת פרקונה ולא גרע ממקבל מתנה מ"מ אפשר לגריעות' עשאוהו כיורש שיהי' לו רק דין יורש כך עלה בדעת בעל האיבעי' ולבתר דמסיק דהיכא דאיכא פסידא לחד העדיפו על דינו וביובל דאיכא פסיד' לתרווייהו הניחו על דינו נמצא דלאחר מיתה הספק במקומו עומד אי חשיב פסיד' למלוה נמצא דלתרווייהו אי' פסידא וקם דינו כיורש או לא חשיב פסיד' למלוה דאיהו דאפסיד אנפשיה ולבעל ודאי איכא פסידא ולכך העדיפו עליו לשוי' לוקח ומש"ה מספיק' לא מפקינין מיניה דבעל ואי תפיס מלוה לא מפקינין מיני' מיהו בחיי' ולפירות דלא אסתפק לן אלא שמא לגריעות' דבעל הורידוהו להיות כיורש אפשיט' לן מהא דיובל דנהי דגם למלוה אית לי' פסידא מ"מ לבעל ודאי איכא פסידא והיכא דתרווייהו אית להו פסידא אוקמוהו אדיני וכי היכי דהתם ביובל אוקמוה אדיני' שהוא יורש ה"נ הכא אוקמו' אדינ' שהוא לוקח שזכה בפירות תחת פרקונה ולכך לא מהני תפיסה דמלוה מחיים בפירות דאע"ג דנאמר דאיכא פסידא למלוה הא לבעל נמי אית לי' וקם אדינ' דהוא לוקח מדינא ואין מלוה ע"פ גובה ממנו ודוק היטב כי נכון הוא ולפי הא דאמרו באלמנה שויה רבנן

כיורש משום פסידא דאלמנה אינו אלא לאחר מיתה דאוקמוהו אדיי' אבל בחיי' לפירות אין לאלמנה כלום אע"ג דאית לה פסידא הא גם לדידיה איכא פסידא וכיון דבחיי' לוקח הוי מדינא והיכא דאית פסידא לתרווייהו הניחו על דינו ולא הוסיפו ולא גרעו והוי לוקח ומוכח מזה כשיטת התוס' ס"פ יש נוחלין ד"ה והיורש את אשתו דהא דקאמר נשאת הבת אלמנתו ניזונת מנכסיו היינו שתוכל למכור הגוף מחיים ופירי לאחר מיתה והא דקאמר מתה הבת א"ר יהודה כו' ואמרו אלמנתו ניזונת מנכסיו אע"ג דכבר אשמעינן דבעל יורש הוי לאח"מ שהרי מוכרת הגוף מחיים ופירות לאח"מ משום דהוי ס"ד דלעולם לאחר מיתה בעל לוקח הוי והא דמוכרת בחיי' גוף מהיום ופירי לאח"מ היינו משום שמוכרת קודם שנעשה הבעל לוקח וקדים זכיית הלוקחים ממנה ולא זכה בעל כלל בשעת מיתה משא"כ המזונות שלאחר מיתת הבת דכבר זכה בהן הבעל ה"א דהוי לוקח לאח"מ ולא תהא האלמנה ניזונת לאח"מ קמ"ל דאף לאח"מ דין יורש עליו ואלמנתו ניזונת מנכסיו אבל פירי דמחיים הניחוהו על דינו דהוי לוקח שזכה בהן תחת פרקונה ואין לאלמנה בהם כלום:

נמצא הא דמהני תפיסה למלוה ע"פ בנכסי מלוג היינו לאחר מיתה לגוף ופירי ומחיים למכור הגוף מהיום ולאחר מיתה אבל בפירי דמחיים לא מהני תפיסה דודאי לוקח הוא כיון דלדידי' נמי איכא פסידא וכמ"ש ודוק:

ס"ק ו

דמלוה ע"פ אינו גובה מן הלקוחות כבר כתבנו בס"ק הקודם דהוא בעיין דלא אפשיטא ומשום דבזה נמי אפשר איהו דאפסיד אנפשי' דלא איבעי' לי' לאוזפי לאתתא דקיימא לאנסובי לגברא בלא שטרא וכמ"ש הרי"ף ס"פ י"נ ובתשו' מהרי"ק סימן י"ח העלה דבנכסי צ"ב ודאי בעל לוקח הוי וראייתו מהא דאי' פ' החובל דף פ"ט דאם אמרו בנכסי מלוג אמרו בנכסי צ"ב אלמ' דבנכסי צ"ב פשיטא דהוי לוקח ע"ש וכ"כ בש"ך ח"מ סימן קי"ב ע"ש וכן נראה מדברי הסמ"ע ס"ס קי"ג שהקשה דברי רמ"א אהדדי דבסימן ק"ג כתב ומתה האשה משמע דבחיי' אינו לוקח ובסימן קי"ב כ' דבעל לוקח הוי ולא מחלק בין בחיי' לאחר מיתה ולזה כ' דבסימן קי"ב מיירי בנכסי צ"ב ע"ש וב"ש כתב ז"ל אע"ג דדין זה נובע מדברי בעה"ת ושם מיירי בנכסי מלוג היינו משום דהבע"ת ס"ל דאפשיטא האיבעי' דדינו כלוקח כמ"ש ואסיקנא דינו כלוקח אפי' בנ"מ אז לא פלוג בין מלוה למלוה ולעולם דינו כלוקח ולכך כתב דינו בנכסי מלוג אבל לדידן דלא אפשיטא האיבעי' וחיישינין לפסידא דמלוה לא שייך דינא דהת' אלא בנכסי צ"ב לכך כתב שם הדין של בעה"ת בנכסי צ"ב ועיין בש"ך שם עכ"ל הב"ש:

והיינו משום דלפי מ"ש הרי"ף דלא איבעי' לי' לאוזפי לאתתא דקיימא לאנסובא לגברא בלא אלא פלגא כמו בכור במלות עצמו משום דלאו מדין ירושה אתי בעל אלא משום דנדוניא לא ניתנה לגבות אלא לכשתנשא לאחר ע"ש ומש"ה שפיר אמר אביי אם אמרו בנ"מ יאמרו בנצ"ב כלומר בנכסי צ"ב כ"ע מודו דאינה יכולה למכור לגמרי דאם מתה הבעל זוכה כיון דלא קרינן בי' לכשתנשאי לאחר ודוקא בנ"מ הוא דצריך לתקנת אושא אבל בנכסי צ"ב ה"ל תנאי כתובה ככתובה ובעינין לכשתנשאי לאחר ולכך לא מצי' מזבין לגמרי וזה נכון וברור:

ס"ק ז

קהל שעשו ביניהם תקנות וקנסות כתב בח"מ ז"ל דין זה הועתק מתה"ד סימן רע"ב ושם מדמה הקנסות לקרבן כמו שהבעל מחוייב להביא קרבן אשתו כך מחויב ליתן הקנס בשבילה שגם הקנס מכפר קצת על העובר כו' והיה אפשר לפרש כונת הרב דאם האשה עברה על התקנה קודם שנשאת ואח"כ נשאת בעלה חייב לשלם משום דכל העוברת על התקנה קלא אית לי' וה"ל כמלוה בשטר והוא דבר הלמד מענינו רק שצריך לעיין מאין הוציא הרב דין זה לדמות חיוב קנס לחיוב מם וסבלונות דבסמוך עכ"ל:

ולכאורה דאין צריך לזה טעמא דקלא אית ליה דתיפוק ליה דגובה מבעל כמו מזונת האלמנה דמשום פסיד' דיד' עשאוהו כיורש ה"נ משום פסידא דקהל עשאוהו כיורש דהא דמלוה ע"פ אינו גובה מן הבעל הוא כמ"ש הרי"ף דאיהו דאפסיד אנפשיה דלא איבעי' ליה לאוזפי לאתתא דקיימ' לאנסובי בלא שטרא והכא בקהל לא שייך האי טעמ' א"כ ראוי להיות יורש משום פסידא דקהל:

ואפשר כיון דאינו אלא קנם וכבר מבואר בטור וש"ע ח"מ סימן שפ"ה גבי מטמא ומדמע ומנסך דלא קנסו בנו אחריו וא"כ אפי' תימא דבעל יורש הוי אין גובין ממנו קנס:

אלא דלפ"ז נראה דאפי' נימא מטעמא דכל העובר על התקנ' קלא אית לי' מאי מהני הקול כיון דלא נתחייבו הנכסים ודוקא עמד בדין מהני במטמא ומדמע ומנסך ומטעמא שכתב המרדכי פ' החובל ז"ל וכן שמעתי שפסק ריב"א במסור הני מילי מסור שמסר ולא הספיק הנמסר להעמידו בדין עד שמת המוסר אבל אם קם המוסר בדין ונתחייב נתחייבי הנכסים ותו לא ירתי לה הנכסים ושלו' ר' מאיר ב"ר ברוך עכ"ל וא"כ דוק' עמד בדין דנתחייבו הנכסים אבל כל שלא עמד בדין לא נתחייבו הנכסים ואינו אלא קנס ולא קנסו בנו אחריו וכ"ש לוקח ועוד דלפי מ"ש בש"ך ח"מ סימן ק"ח סק"ה דכשחייבוהו יותר על מה שהפסיד לא קנסו בנו אחריו אפי' העמידו בדין ע"ש וכ"כ בש"ך שם סימן

שפ"ה סק"ג וקנס הקהל הוא יותר על מה שהזיק או נתחייב שהרי אינו אלא קנס במה שעבר על תקנתם וא"כ פשיט' דלא מהני מה דאית לי' קלא:

ועיין לעיל סק"ה הבאתי דברי הנמוקי יוסף שכתב ז"ל אמר המחבר לפי מ"ש הרי"ף דאינו גובה נוכל ללמוד דכל נזקים והפסדות וחובות ומקח שנעשה בין קודם נשואין בין תחת בעלה אינו גובה מנכסי מלוג עכ"ל הרי מבואר מדבריו דאפי' נזקים והפסדות שנעשו קודם נשואין אינו גובה מהבעל. אמנם הדבר תמוה דהא טעמ' דהרי"ף אינו אלא משום דמלוה אפסיד אנפשיה דאוזיף לאתת' דקיימי לאנסובי בלא שטרא וזה לא שייך בנזקין והפסדות שנעשו קודם נשואין וכתוס' ד"ה התם אינהו דאפסדו אנפשייהו ז"ל עוד מקשי' דאמרינן בהחובל דף צ' כי אתי רב פפא ורב הונא ברי' דרב יושוע מבי רב אמרו תקנת אושא מתני' היא העבד והאשה פגיעתן רעה כו' ואי ס"ד ליתא לתקנת אושא תיזבן נכסי מלוג ותיתב ליה משמע הא איתא לתקנת אושא לא ליתיב ולא מידי ואמאי הא לא תקנו רבנן והוי לוקח אלא היכ' דליכ' פסיד' לאחריני אבל הכא הא איכ' פסיד' דנחבלים וי"ל דהוי מצי למיפרך ולטעמיך אלא דבלא"ה פריך שפיר ולרשב"א נראה דלא קשה מידי דהא כיון דתקינו רבנן דבעל מוציא מיד הלקוחו' לטובתו היא דליכ' פסיד' לאחריני לא פלוג ותקנו דבכל מקום שהאשה מוכרת הבעל מוציא אפילו במקום שחבלה באחרים דאיכ' פסיד' דאחריני כיון דלא שכיח' מלת' שיהיה פסיד' דאחריני לכך לא פלוג רבנן ובכל מקום מוצי' עכ"ל מבואר דלתירוץ ראשון שבתוס' אפילו חבלה דבתר נשואין נמי אינו אלא יורש ומשום פסיד' דנחבלים וא"כ מכ"ש קודם נשואין ואפי' למ"ש הרשב"א דלא פלוג נמי אינו אלא בתר נשואין וכמ"ש הרמב"ן ז"ל בחידושיו בפ' י"נ דאיכא למימר לפסיד' דרבנן חשו רבנן ותקנו הכי ולפסיד' דכל מאן דאתי בתר בעל לא חששו עכ"ל ומשמע דקודם נשואין ודאי חשו לפסיד' דאחריני דאלת"ה אלמנה הניזונת דאמרו משום פסיד' דאלמנה בעל יורש הוי תקשי אמאי אע"כ דוקא מאן דאתי בתר בעל הוא דלא חשו לפסיד' דידי' וא"כ לגבי נזקין והפסידות דקודם נשואין בעל יורש הוי ועוד היכי כתב הנמוקי יוסף לפי מ"ש הרי"ף דאינו גובה נוכל ללמוד דכל נזקין והפסידות כו' שנעשו בין קודם הנשואין כו' והא ברי"ף מבואר הטעם משום דמלוה אפסיד אנפשיה והיאך נלמוד חזה להיכ' דלא אפסיד אנפשיה ואדרב' דמי' טפי לאלמוה דמשום פסיד' דאלמנה שויה יורש וכבר הרגיש בכל זה בס' בית מאיר ע"ש והנראה לענ"ד בזה דס"ל להנמוקי יוסף דכשם שאמרו בנזקין שאחר הנשואין דאע"ג דאית ליה פסיד' לנחבל אפ"ה לא פלוג רבנן בתקנתן משום דהואיל ועשאוהו לוקח במקום לקוחות דעל הרוב אינהו דאפסדו אנפשייהו תו לא פלוג רבנן בתקנתן כמו כן אמרינן בנזקין

שקודם הנשואין כיון דעשאוהו לוקח נגד מלוה ע"פ שקודם הנשואין ומשום דאיהו דאפסיד אנפשי' דאוזיף לאתתא דקיימ' לאינסובי ועיין ברא"ש פ' י"נ תו לא פלוג ולעולם לוקח הוי שלא לגבות מבעל שום מלוה ע"פ אפילו מלוה ע"פ דלא אפסיד אנפשיה ומשום לא פלוג ומיהו היינו דווקא במלוה ע"פ שחייבת האשה ומשום דכל דקיימ' לאנסובי ה"ל כאילו נשאת ולא פלוג בתקנתן הואיל דבהלואה דאיתת' דקיימ' לאנסובי איהו דאפסיד אנפשיה לא פלוג והוי לוקח אפילו בחוב של האשה דקיימ' לאנסובי של חקין והפסדות דלא אפסדו אנפשייהו כמו לאחר נשואין דלא פלוג וכמ"ש אבל בחוב שמגיע מאבי האשה ומת והוריש לבת והלכה ונשאת לבעל בזה ודאי היכא דמלוה לא אפסיד אנפשיה בעל יורש הוי משום פסיד' דאחריני ולא אמרינן בזה לא פלוג כיון דאין החוב על האשה רק החוב הוא מאבי האשה וזהו טעמא דאלמנה ניזונת מבעל משום פסיד' דאלמנה כיון דמזונות מגיע החוב מאבי הבת ונשאת הבת לבעל בזה ודאי חששו לפסיד' דאלמנה ולא אמרינן בזה לא פלוג דלא אמרו לא פלוג אלא בחוב שמגיע מן האשה דקיימ' לאנסובי דה"ל כנשאת ולא פלוג בתקנתן אבל זה החוב שמגיע לאלמנה אינו מן הבת אלא מאביה בזה ה"ל בעל יורש משום פסיד' דאלמנה. וכל זה למדנו מדברי הרי"ף ס"פ י"נ ז"ל שלח לי' כו' ילמדנו רבינו לותה ואכלה ועמדה ונשאת בעל יורש הוי או לוקח הוי כו' א"ל תניתו' נשאו גדולות ישאו קטנות ותאני ר' חייא נשאו גדולו' לבעל ישאו קטנות מבעל אלמ' בעל יורש הוי ודחינין דלמ' שאני פרנסה דאית ליה קלא וכמלוה בשטר דמי' אבל בעל לוקח הוי ולא אפשיט' בעיין הלכך מלוה ע"פ לא גבי מיני' דבעל ואיהו אפסיד אנפשיה דלא איבעי' ליה לאוזופי בלא שטר' שלח רבי באגרתי' כו' אמר ר"י בן אחותו של ריב"ח ע"י היה מעשה ואמרו אלמנתו ניזונת מנכסיו דשוי' רבנן הכא כיורש משום פסיד' דאלמנתו ע"ש וכיון דבעיין אינו אלא משום דאיהו אפסיד אנפשיה שהלוה בלא שטר לאתת' דקיימ' לאנסובי וא"כ למה צריך הרי"ף להבי' הך שקל' וטרי' דבש"ס מהא דר' חיי' דישאו קטנות מבעל להוכיח דבעל יורש ולדחו' משום פרנסה דאית ליה קלא ותיפוק ליה אפי' מלוה ע"פ נמי גובה היכא דלא אפסיד אנפשיה והתם קטנות לא אפסדו אנפשייהו ולא גרע מנזקין והפסדות ובשלמ' בש"ס אכתי לא אסיק אדעתי' טעמ' דפסיד' דאלמנה לכך שפיר הוי מייתי ראיה מדר' חיי' וצריך לדחות דאית ליה קלא אבל הרי"ף דאיירי לפי המסקנ' דעיקר טעמ' דבעל לוקח היינו משום דהמלוה אפסיד אנפשי' א"כ שפיר אתי הא דישאו קטנות מבעל משום פסיד' דקטנות וכמו באלמנה ולמה הוצרך הרי"ף לטעמ' דפרנסה קלא אית לה אלא ע"כ כמ"ש דהרי"ף סבר דכל מלוה ע"פ שחייבת האשה דקיימ' לאנסובי לא פלוג והוי כנשאת ואתי בתר

בעל דלא פלוג ואפילו בנזקין ודחבלות וכמ"ש הרמב"ן ותוס' ס"פ י"נ ה"ה קודם נשואין ה"ל כנשאת ולעולם אין מלוה ע"פ גובה מן הבעל ובאלמנה שאני שאין זה חוב של האשה אלא חוב של אבי האשה דלא שייך ביה לא פלוג אבל פרנסת הבת קי"ל דבע"ח דאחין הוא דהוי כדאמרינן פרק מציאת האשה דף ס"ט ע"ש וכן הוא בטוש"ע אה"ע סימן קי"ג ומש"ה אי לאו משום דפרנסה קלא אית לה וה"ל כמלוה בשטר הוי אמרינן בעל לוקח הוא אע"ג דקטנות לא אפסדי אנפשייהו כיון דחוב של האשה הוא דקיימ' לאנסובי תו לא פלוג. לפ"ז שפיר קאמר נימוקי יוסף לפי מ"ש הרי"ף נוכל ללמוד דכל נזקין והפסדות וחובות ומקח שנעשה בין קודם נשואין כו' אינו גובה מנכסי מלוג וכמ"ש ודוק אלמנה הוא דגובה מבעל משום דאינו חוב על האשה אלא על אביה וכל זה נכון וברור ודו"ק שוב ראיתי בשו"ת תשב"ץ ח"ב סימן רצ"ה ז"ל מכל מקום אם היתה לו מלוה ע"פ על אותן נכסים שנפלו לה אחר שנשא' כגון שהמוריש לוה בחייו ומת ונפלו הנכסים ביד זאת היורשת הנשואה בזה נ"ל ברור שמלוה ע"פ גובה כדין מלוה ע"פ הנגבית מן היורשין המפורש בפ' שום היתומים וליכ' למימר בהני נכסי דבעל הוי לוקח ראשון לפי שקודם שנפלו בירושה לאשתו היו משועבדים לבע"ח ולא קנה אותן הבעל כלל דכיון דמכח ירושה קאתו ליכ' למימר דלוקח הוי בנכסי מוריש אשתו כך נ"ל וכן דנתי הלכה למעשה עכ"ל. מיהו בעיקר מה דמשני בש"ס שאני פרנסה דאית ליה קלא קשי' לי דהא אמרו פרק מציאת האשה דאין פרנסה אלא במקו' בן אבל בבנות כולן חולקות בשוה והכא כולן בנות הן ויורשת בשוה ובנמוקי יוסף ס"פ י"נ כתב דאיירי שאין הנכסים בעין עכשיו דאילו היו הנכסים בעין והגזילה קיימת כל היכ' דאית' הדר' לדברי הכל עכ"ל וא"כ אינו אלא גזילה שאינה קיימת וצ"ע ובתשובת מהרי"ט ח"א סימן כ"ט שם נראה דמפרש הא דר' חייא דאמרינן פרנסה קלא אית ליה מיירי במקום בן ור"ח לא קאי אמתניתין וע"ש ואכתי אינו נוח לי דפרנס' הוא חוב על הבן ולא על שאר הבנות כדאמרינן שהיא בעלת חוב דאחין ואם מכר הבן מוציאין לפרנסה מן הלקוחות דכמלוה בשטר דמי' אבל אין זה חוב על הבנות. ואפשר לפרש נשאו גדולות לבעל היינו שהבן נתן כל הנכסים גם חלק הקטנות לגדולות מש"ה ישאו קטנות מבעל אלא דא"כ היכי הוי ס"ד למפשט דבעל יורש הוו ולכך ישאו קטנות מבעל הא גדולות גופייהו לקוחות או מקבלי מתנה הן והיאך טרפי קטנות כיון דאכתי לא אסיק אדעתיה דפרנסה קלא אית ליה אלא דהוי כשאר מלוה ע"פ והיאך גבי מיורשי לקוחות או מקבלי מתנה ועוד בנמוקי יוסף כתב דמיירי שאין הנכסים בעין שאילו היו בעין לא היו יכולין להכניס חלק הקטנות דהוי גזילה בעין ע"ש מבואר דנשאו גדולות היינו שלא במקום בן דחולקות

בשוה וקאי ר"ח אמתני' ואם כן קשה מה ענין פרנסה לבן בין הבנות. ולכן נראה דמעיקר' כי בעי למיפשט מדר' חיי' דאמר נשאו גדולות לבעל ישאו קטנות מבעל אלמא בעל יורש הוי מפרש לה דר"ח קאי אמתני' דהניח בנות חולקות בשוה דאם היה בן ה"ל חוב על הבן וכי נתן בן לגדולות ה"ל גדולות לקוחות או מקבלי מתנה וא"כ אפילו תימ' בעל יורש הוי לא מצי גבי מיניה שהרי הוא בא מכח לקוחות והשת' אסיק אדעתיה דהוי כשאר מלוה ע"פ אלא ע"כ לפי הס"ד הוי סבר דר"ח קאי על המשנ' שלא היה בן רק בנות וחולקו' בשוה וכי נשאו גדולות לבעל והכניסו חלק הקטנות והבעל יורש מוציאין הקטנות מבעל משא"כ אי הוי אמרינן בעל לוקח לא היו מוציאין אלא דאם היה הגזילה בעין היו מוציאין לדברי הכל אפילו אי לוקח הוי דלא קני לה לכך כתב בנמוקי יוסף דמיירי שאין הגזילה קיימת ואינו אלא חוב שיש לקטנות על הגדולות וכיון דבעל יורש הוי מוציאין ממנו. ודחינן לה דלמ' שאני פרנסה דאית לה קלא ר"ל דלמ' מיירי במקום בן דאית' לדין פרנסה ולא קאי ר"ח אמתני' וחוב דבן הוא וכשהניח לגדולות נעשו גדולות עצמן לקוחות וכשנשאו גדולות והכניסו לבעל יש לומר ג"כ דבעל לוקח הוא אלא כיון דדין פרנסה איכא הכא ופרנסה קלא אית לה וגובה ממשעבדי ולכך מציאין גם מבעל זה הנלע"ד ודו"ק. וא"כ לפי מה דס"ד מעיקר' למיפשט מדר' חייא דבעל יורש הוי א"כ הוי סבור דר"ח קאי אמתני' ומיירי שלא הניח בן אלא בנות וה"ל חוב שיש לקטנות על הגדולות ומיירי נמי שאין הגזיל' קיימת ואין זה אלא חקין והפסדות שיש לקטנות על הגדולות ומוכח דלמאי דבעי למפשט בעל יורש הוי דאי ס"ד לוקח הוי ולא גבי' מיניה מלוה ע"פ אפילו בנזקין והפסדות נמי לא גבי' מיניה ומשום דלא פלוג ומזה הוכיח בנמ"י מדברי הרי"ף דבנזקין והפסדות נמי לא גבי מיני' דבעל לפי שהעלה הרי"ף דלגבי מלוה ע"פ בעל לוקח הוי ואע"ג ددחי לה בש"ס דמיירי בפרנסה דאית לה קלא והיינו דמיירי במקום בן דה"ל בעלת חוב דבן ולא דגדולות וגדולות גופייהו לקוחות או מקבלי מתנה נינהו אלא משום דפרנסה גובה ממשעבדי לכך מוציאין מן הבעל מ"מ מוכח דאי לא דפרנסה קלא אית לה והי' חוב של הגדולות לא היו מוציאין מן הבעל דמלוה ע"פ לא גבי' מבעל ואפילו בנזקין והפסדות וכמ"ש. ודו"ק:

(וכ"ת אכתי ק' למה לי טעמא דפרנסה קלא אית לה תיפוק לי' כיון דמוקמינן השתא במקום בן דה"ל קטנות בע"ח דבן ולא שייך בהו לא פלוג וכמ"ש מארן לעיל משום דלאו ב"ח דאשה הוא וכמ"ש הרשב"ץ לכך מוציאין מבעל משום פסידא דקטנות וכו' די"ל דהא דנקט פרנסה קלא אית לה היינו משום דגדולות גופייהו הוו לקוחות ובלא בעל לא היו קטנות מוציאות מגדולות עצמן אי לאו דפרנסה קלא אית לי' וטריף ממשעבדי

ודו"ק). ועוד נלענ"ד דס"ל להנמוקי יוסף דבכל דוכתי אמרי' בעל לוקח הוי ואפילו במקום פסידא דאחריני ומשום לא פלוג והא דאלמנה נזונת משום פסידא דאלמנה היינו רק באלמנה למזונותיה דאלים תקנתא דידה כדמוכח בש"ס פ' נערה דף מ"ט א"ר אלעא אר"ש ב"ל באושא התקינו הכותב כל נכסיו לבניו הוא ואשתו ניזונין מהם מתקיף ר' זירא ואי תימא ר' שמואל בר' נחמני גדולה מזו אמרו אלמנתו ניזונת מנכסיו הוא ואשתו מיבעי' דשלח רבין באגרתי' מי שמת והניח אלמנה ובת כו' נשאת הבת אלמנתו ניזונת מנכסיו הוא ואשתו מיבעי' מהו דתימא התם הוא דליכא דטרח אבל הכא נטרח לדידיה ולדידה ע"ש ואי נימא דכל היכא דאיכא פסידו לאחריני ואינהו לא אפסדו אנפשייהו דינא הכי דבעל יורש הוי ולא לוקח א"כ מאי זה ענין לכותב כל נכסיו לבניו דהוי מתנה גמורה מעכשיו אלא דתקנת אושא הוי דלגבי מזונות דידי' ודאשתו תתבטל המתנה אלא ע"כ מוכח מזה כיון דעשאו לבעל לוקח נגד לקוחות משום דעל הרוב אינהו דאפסדו אנפשייהו תו לא פלוג וכל הנשאת לבעל כאלו מוכרת לו כל נכסיה הוא ובכל מקום לוקח גמור אלא גבי מזונות דאלמנה ביטלו חז"ל לזכותי' דבעל ועשאוהו כיורש וכן משמע שם בתו' ד"ה אלמנתו ניזונת מנכסיו ז"ל אע"ג דלא דמי כו' מ"מ מייתי הכא הואיל ואלמו' רבנן לשיעבודה דידה שאף מן הבעל שאינו כיורש אלא כלוקח גובה אע"ג דלא היתה גובה מלוקח אחר ה"נ אית לן לתקוני בכותב לבניו שיהא הוא ואשתו ניזונין מהן עכ"ל ומשמע דוקא באלמנה הוא דתקינו הכי ומשום חומרא דמזונות דידה ואלמו' לשיעבודה אבל בשאר חוב לא אע"ג דלא אפסיד אנפשיה וע"ש בשטה מקובצת שכתב דמשום אומדנא דבעל הוא דאלמו' למזונות דודאי אין דעת הבעל שתתבזה אשתו אלא שתהא ניזונת משל בעל ואע"ג דמלוקח אחר לא גבי' ומש"ה בכותב נכסיו לבנו נמי איכא הך אומדנא דמזונות ע"ש וא"כ אינו אלא באלמנה שלא תתבזה ואפילו למה דדחי דהתם ליכא מאן דטרח מ"מ על כל פנים הטעם הוא באלמנה משום אומדנא או אלמו' משום מזונותיה משא"כ בשאר חוב אפילו במקום דליכא למימר איהו דאפסיד אנפשיה. אלא דבדעת הרי"ף אי אפשר לפרש כן דא"כ אמאי הוצרך לומר דמלוה אפסיד אנפשיה דאוזיף לאתת' דקיימ' לאנסובי כיון שאין אנו מחלקין בין אפסיד אנפשיה או לא אלא באלמנה הוא ואלמו' משום אומדנ' הלכך מחוורתא כדשנינן אליבא דהרי"ף דשאני לן בין חוב האשה דלא פלוג ובין חוב דאב וכמ"ש. אמנם יתכנו דברינו ליישב בהם שיטת הבעה"ת הביאו ב"ש לעיל וכתב דלדידיה לעולם בעל לוקח ואין חילוק בין איכ' פסיד' או לא וקשי' לן בגווה אלמנה אמאי ניזונת מנכסי הבעל וכמ"ש לעיל סק"ו אבל לפמ"ש ניח' דס"ל לבעה"ת דהא דאלמנה ניזונת מבעל הוא משום אומדנ' דבעל כמ"ש בש"מ או

משום אלמו' לשיעבוד מזונות כמ"ש תוס' משא"כ בשאר חובות לא פלוג ולא גבי מבעל ויתיישב בזה עוד מאי דקשי' לי' לב"ש סימן צ"ג אמאי לא הבי' בש"ע דאין האלמנה ניזונת מנכסי צ"ב דודאי לוקח הוי אליבא דכ"ע כמ"ש מהרי"ק סימן י"ח וע"ש ולדידן נמי קשי' לן אמאי לא הבי' בש"ע שם דאינה ניזונת מפירות נ"מ בחיי' דלפי מ"ש בס"ק ה' בפירות בחיי' ודאי לוקח הוי ע"ש ולפי מ"ש מזונות דאלמנה שאני או משום חומרא דמזונותיה או משום אומדנא א"כ אפילו בפירות בחיי' או בנכסי צ"ב דודאי לוקח הוי לפמ"ש מהרי"ק סימן י"ח אפ"ה אלמנה ניזונת מהן כמו בכותב נכסיו לבנו דודאי לוקח הוא ואפ"ה ניזונת ודוק:

ס"ק ח

אבל נזקין ומקח ודברים אחרים אין חייב לשלם ובח"מ סימן שפ"ח סעיף ז' כתב הרמ"א ז"ל ואשה שמסרה משמתינין לה ואם יש לה ממון שאין לבעלה רשות בו משלמת ואם יש לה נכסי מלוג הבעל אוכל פירות בחייה ואם מתה חייב לשלם לנמסר וכן לשאר ניזק ואין הבעל לענין זה אלא כיורש שחייב לשלם עכ"ל וזה נראה סותר לדבריו שבכאן דבנזקין נמי פטור מלשלם גם הש"ך בח"מ שם הקשה על הרמ"א במ"ש דהבעל אוכל פירות בחיי' ואם מתה הבעל חייב לשלם לנמסר ובסימן תכ"ד סעיף ט' כתב הרמ"א גבי עבד ואשה שחבלו באחרים פטורין אבל משלמין לאחר זמן וכתב עלה הרמ"א ז"ל יש לה נכסי מלוג או נכסי צאן ברזל מוכרת אותן לאחרים בטובת הנאה ומשלמת לנחבל וע"ש ובטובת הנאה כתב הטור שאם תתאלמן או תתגרש יקחם הלוקח ואם תמות היא יפסיד ודברי הרמ"א הם מדברי הטור והוא סותר למ"ש בסימן שפ"ח דאם מתה חייב לשלם לנמס' ואין הבעל לענין זה אלא כיורש ע"ש בש"ך שתרצו לפ"מ שהקשו בתוס' ס"פ י"נ דהא אפי' לאחר תקנת אושא היכא דאיכא פסידא לאחריני הוי בעל יורש א"כ תזבין נ"מ שלה ותיתב לי' לנחבל ותירצו בשם רשב"א דכיון דתקנו בעל לוקח הוא לא פלוג אפילו היכא דאיכא פסידא לאחריני כיון דלא שכיח שיהי' פסיד' לאחריני וכ"כ הרמב"ן ז"ל א"נ משום דחבלו' מלת' דלא שכיח' הוא לא פלוג רבנן בתקנתן לבעל עכ"ל י"ל דמסורות דשכיח דהא דיני דחבלות לא דיינינן בזה"ז משום דלא שכיחי ודיני מסורות דייניין כמו שנתבאר בח"מ בסימן א' כו' ושאר נזקין דכתב היינו דומי' דמסורות דשכיחי ע"ש ולפ"ז אפשר לומר דמ"ש הרמ"א אבל נזקין היינו נזקין דלא שכיחי:

אך קשה דהא במלתא דלא שכיחא לא דיינינן השתא בזמן הזה ולא מהני ביה אלא תפיסה וכמבואר בח"מ סימן א' וא"כ קשה אמאי כתב רמ"א כאן דבנזקין אין הבעל חייב לשלם דאפילו אם היה הבעל יורש הא אין דנין דיני נזקין דלא שכיחי בזה"ז ואי

משום דאי תפיס מהני השתא נמי מהני תפיסה דהא אפילו בהלואה דאיכא למימר איהו דאפסיד אנפשיה מהני תפיסה דבעיין לא איפשט וכמ"ש ב"ש והאי דינא דנזקין דכתב הרמ"א הוא מדברי הנימוקי יוסף הנ"ל שכתב בין קודם נשואין ובין אחר נשואין אינו גובה וכיון דאפילו בלותה קודם נשואין מהני תפיסה כיון דבעיין לא אפשיטא כ"ש בנזקין דמהני תפיסה וא"כ ליכא נפקות' בהאי דינא דנזקין:

ואפשר לומר לפמ"ש בטור וש"ע ח"מ סימן א' מתקנת שתי ישיבות דאע"ג דלא דיינין השתא מלתא דלא שכיחא מכל מקום מנדין אותו עד שישלם וע"ש וא"כ נ"מ אף בנזקין דלא שכיחי במה דאין הבעל חייב לשלם דלא מנדינין לי' אלא דהרמ"א כתב להדי' נזקין ומקח ודברים אחרים דכל הני שכיחי וכייל להו בהדי הדדי ואפ"ה כתב דאין הבעל חייב לשלם:

ולכן נראה מוכרח דמ"ש הרמ"א כאן דאין חייב לשלם היינו בחיי אשתו דאינו חייב לשלם מפירות דבעל אכיל פירות כל ימי חיי' וכמ"ש גם בח"מ סימן שפ"ח ע"ש ומזה ראי' למ"ש בסק"ה דבפירות ודאי בעל לוקח הוא ואע"ג דאיכא פסידא לאחריני אבל לאחר מיתה אין ה"נ דבעל חייב לשלם ואף דמלשון הנ"י שם משמע דבין מגוף בין מפירות אינו גובה ע"ש ע"כ נ"ל דהרמ"א לא מיירי אלא מפירות ולא מגוף לאח"מ כי היכי דלא תקשי דבריו אהדדי דבסימן שפ"ח בח"מ כתב דאחר מיתה מחויב הבעל לשלם והתם מיירי בניזקין שאחר נשואין ומכ"ש נזקין דקודם נשואין דחייב הבעל לשלם לאחר מותה:

אמנם ליישב דברי הרמ"א בח"מ סימן תכ"ד שכתב דאם יש לה נ"מ או נכסי צ"ב דמוכרין בטובת הנאה ואמאי אין מוכרין לגמרי כמ"ש הרמ"א בסימן שפ"ח כיון שאם מתה חייב הבעל לשלם וכמו שהק' בש"ך שם נראה לענ"ד דהא דכתבו תוס' ס"פ י"נ וז"ל ונראה לרשב"א דלא ק"מ להא כיון דתקינו רבנן דהבעל מוציא מיד הלקוחות לטובתו היכא דליכ' פסיד' לאחריני לא פלוג ותקנו שבכל מקום שהאשה מוכרת הבעל מוציא אפילו במקום שחבלה באחרים דאיכ' פסיד' דאחריני כיון דלא שכיחא מלת' שיה' פסידא לאחריני לכך לא פלוג רבנן ובכל מקום מוציא עכ"ל. והיינו דלענין מיד הלקוחות הוא דלא פלוג דבכל מקום מוציא הבעל מיד הלוקח ואפילו הנחבל בעצמו הוא לוקח דאית לי' פסיד' ולא אפסיד אנפשיה כיון דאית לי' שם לוקח לא פלוג רבנן והמכר בטל אבל כשלא מכרה לנחבל ומתה ובא לגבות חבלתו שפיר אמרי' דבעל יורש הוי וגבה חבלתו מבעל דהיכ' דאיכא פסיד' לאחריני ה"ל יורש ומש"ה בסימן שפ"ח כתב דאם מתה גובה הנמסר או הניזק דהתם לא מכרה ושפיר אמרי' היכ' דאיכא פסיד' לאחריני ולא אפסיד

אנפשיה בעל יורש הוי אבל בסימן תכ"ד גבי עבד ואשה שחבלו באחרים דפגיעתן רעה דלית להו לשלומי השתא שפיר כתב הרמ"א דאם יש להם נ"מ מוכרין בטובת הנאה היינו שאם ימות הבעל בחיי' יטול הלוקח ואותן דמי המקח יקח הנחבל בחבלתו ולא כתב שימכרו לגמרי משום דכשמוכרין הנכסים הבעל מוצי' מיד הלוקח משום תקנת אוש' ואפילו איכ' פסידא לאחריני ולא אפסיד אנפשיה משום דלא פלוג רבנן בתקנתן וכל שם לוקח הבעל מוצי' ממנו משא"כ אם לא מכרה ומתה ובא לגבות חבלתו גובה מן הבעל דהיכ' דאיכא פסיד' לאחריני וליכ' עלי' שם לוקח אמרינן דבעל יורש הוי ובהכי אייתי רמ"א בסימן שפ"ח משא"כ כשמוכרין הנכסים כיון דהוי לוקח תו לא פלוג וזה נכון ועיין בשטה מקובצת פ' נערה דף נ"ג גבי מוכרת כתובתה לאחרים מ"ש שם בשם פי' ישן על ההלכות:

(ע"ש בש"מ שכתב דמוכרת כתובתה לאחרים בנין דכרין משום דזוזי אנסוה פי' מש"ה מכרה בטל דאי לאו דזוז' אנסוה הוי אבוהון אמר אין לכם כתובת בנין דכרין שאין אני בא בתורת ירושה לכתובת אמכם אלא מתקנת אושא אני זוכה להיות לוקח ראשון וטורף מן הלקוחות שקנו ממנה הכתובה אבל מכירתה הוי מכירה וכבר אבדה כל זכותה ע"ש היטב ועיין לעיל בדברי מארן סק"ו דבכתובה ונצ"ב לא צריכ' לתקנת אוש' דלא ניתנו לגבות אלא כשתנש' לאחר ע"ש. מ"מ התם לענין כתובת ב"ד ניתנה לגבות לאחר מותו אע"פ שמתה הי' קודם שכן הו' תנאי ב"ד לכך הוצרך הש"מ לבא מטעם לוקח ראשון דהשת' דתקנו באוש' גבי נ"מ פשיטא דלא גרע כתובה ונצ"ב וע"ש עוד בשטה דמוכח לפ"ז דבנותנת כתובתה לאחרים דליכ' אונס' דזוזי אין להם כתובת בנ"ד דאמרי' אבוהון מכח לוקח ראשון קאתי ולא מדין יורש ולפ"ז לא היה חייב בקבורתה כיון שאין יורשה ואפשר דלגבי דידה יורש הוי דהוי כאילו אית לה פסידא ודו"ק וצ"ע):

והא דאלמנה ניזונת מבעל ע"י מכירה וכמ"ש תו' ס"פ י"נ ד"ה והיורש את אשתו ע"ש כבר כתבנו בסק"ו וזיי"ן דאלמנה שאני דאפי' בנצ"ב דה"ל לוקח אפ"ה אלמנה ניזונת מהן ומשום דאלמו' לשיעבודה או משום אומדנא ע"ש ודו"ק:

ס"ק ט

רק מטלטלין אפילו מלוה בשטר אינו גובה מבעלה כתב בדרכי משה ז"ל שם בתשו' הרא"ש כל מה שימצא מנכסים קרקע ומטלטלין ושטרות יתנו לבע"ח כו' ואפשר בכתבה לו אגב ולכן ניטל אף המטלטלין או אפשר לומר דלאחר מיתה שאין הבעל בא אלא משום ירושה אף מטלטלין נוטל עכ"ל וכתב ב"ש עלה ז"ל ולכאורה תמי' דהא לענין מלוה ע"פ כתבתי בסמוך דאחר מיתתה דינו כלוקח וכן לענין שומא הדרא ומנ"ל לומר

דלענין מטלטלין דינו כיורש אחר מיתתה וצל"ע עכ"ל. ונראה דס"ל להד"מ דבמטלטלין לא אמרי' אינהו דאפסדו אנפשייהו דדוקא במלוה ע"פ אמרינן הכי דלא ה"ל לאוזפי לאתתא דקיימא לאנסובי בלא שטרא אבל כשכותב שטר ולא כתב בו אגב בזה לא שייך לומר איהו דאפסיד אנפשיה וכמ"ש בש"ך סימן קי"ב דבלא שטר איכ' נמי חשש פרעון משא"כ בשטר ע"ש ועוד נראה דס"ל דכיון דגם עכשיו כשכותבין אגב קרקע אין גובין מן המטלטין שמכר א"כ לא מהני לי' אגב מש"ה לא מקרי אינהו דאפסדו אנפשייהו ואע"ג דלפי מ"ש רשד"ם הובא סמ"ע סימן ס' דלגבי בעל לא אמרי' תקנת השוק וגובין מהבעל באגב אע"ג דאין גובין עכשיו מלקוחות באגב אפשר דס"ל להד"מ דאי נימא בעל לוקח לא פלוג ואין גובין מן הבעל משום תקנת השוק כמו משאר לקוחות ולכך כתב דאין חילוק בין אגב או לא אלא דלעולם גובין מבעל ומשום דלא אפסיד אנפשיה במה שלא כתב אגב דאי דינו כלוקח לא מהני לי' אגב ואי דינו כיורש לא בעי אגב ולכך אמרי' דדינו כיורש ולענין מלוה ע"פ אחר מיתתה דינו כלוקח משום דהי' לו להלוות בשטר וכיון דאין גובה מן הקרקע דאיהו אפסיד אנפשיה דבשטר גובה קרקע אף מלקוחות וכיון דאפסיד אנפשיה בקרקע ועשאוהו כלוקח גם ממטלטלין אינו גובה ומ"ש ב"ש וכן לענין שומא הדרא. התם לא שייך פסידא דאחריני וכמ"ש תו' דבזה ליכ' פסידא מאי דלא מהדרינן לי' כיון דאינו אלא משום ועשית הישר והטוב וגם הא דלא מהדרינן לי' לבעל היינו משום פסידא דמלוה וכמ"ש לעיל סק"ג ומיהו מ"ש ד"מ דוקא לאחר מיתה היינו משום דבחיי' לפירות ודאי לוקח הוי אפילו איכא פסיד' לאחריני וכמ"ש בסק"ה ע"ש:

סימן צב

סעיף א

ס"ק א

הכותב או האומר לאשתו בעוד' ארוסה ר"פ הכותב לאשתו תני ר' חייא האומר לאשתו וכי כתב לה הכי מאי הוי והתניא האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו כו' לא אמר כלום אמרי דבי ר' ינאי בכותב לה ועודה ארוסה כדרב כהנא דאמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר אדם מתנה עלי' שלא יירשנה וכדרבא דאמר רבא האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו כו' דאמר רב הונא אמר רב יכולה אשה שתאמר לבעלה אינו ניזונת ואיני עושה וכתב הר"ן הא דמייתי הא דר' חייא דאי לאו דר' חייא הוי אפשר לפרושי מתני' בשקנו מידו אבל השתא דתני ר' חייא האומר שמעינין

מיני' דתו ליכא לפרושי בקנין וכל שלא קנו מידו לא שאני לן בין דברים שבע"פ בין דברים שבכתב ע"ש וכ"כ הרא"ה וכ"כ הריטב"א ע"ש:
ואכתי קשה מאי פריך על משנתינו דאיירי בכתב דודאי קרקע נקנה בשטר כשם שנקנה בקנין וכבר הרגיש בזה בחידושי פני יושע ע"ש:
ונראה ליישב דהא דמהני קנין באומר דין ודברים אין לי על שדה זו היינו משום דמגופה של קרקע קנו מידו וכדאמרינן בסוגיין וכתב בשטה בשם רבינו יונה ז"ל דוקא שאמר בתחלה דין ודברים אין לי על שדה זו ואח"כ קנו מידו סתם דאמרי' שבא לקיים דבריו של קנין מגופה של קרקע כדי שלא יהא לו עליו דין ודברים אבל אם קנו מידו שלא יהי' לו דין ודברים על שדה זו קנין דברים בעלמ' הוא ולא מהני ונראין דבריו עכ"ל השטה וכיון דתני ר' חיי' האומר מוכח דמתני' לא מיירי בקנו מידו וא"כ תו אין חילוק בין אמירה לכתיבה דתורת שטר אין בו דאפילו קנו מידו לא מהני על דין ודברים אלא דבקנין אמרינן מגופו של קרקע קנו מידו ולא על הלשון דין ודברים אבל שטר קנין תו לא הוי דהא בשטר אינו כתוב אלא לשון דין ודברים ובזה אפילו קנין לא מהני וא"כ תורת שטר הקנאה תו לא הוי בלשון דין ודברים ודו"ק:
ונראה דגם המקשה ודאי ידע דלשון דין ודברים אין בו לשון הקנאה אלא דלא תימ' דיש בו לשון הודאה ואודייתא גופה הוי קנין בדיבור בעלמ' להכי מקשה מהא דתני' האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו כו' מוכח דלא הוי לשון הודאה וכמ"ש הר"ן דמשמעותו בלשון חכמים לא יהא לי להב' משמע וכ"כ הרשב"א ע"ש וא"כ כיון דאינו לשון הודאה ובקנין לא מיירי דנימ' מגופ' של קרקע קנו מידו וא"כ תו אין לחלק בכתיבה דעל לשון דין ודברים לא חייל שום קנין וא"כ אינו שטר הקנאה ומש"ה פריך וכי כתב לה מאי הוי ודו"ק:

ס"ק ב

בעודה ארוסה ובהא דאמרו בגמ' כדרב כהנא וכדרבא כתבו התו' דוק' כדרבא לפי שהו' דרבנן לכך יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים אבל בדאוריית' לא מהני סילוק ודעת הר"ן דאפילו בדאוריית' כל שעדיין לא בא לידו מהני סילוק והא דמייתי הש"ס כדרבא היינו דלא נימ' איפכא דהא דא"ר כהנא נחלה כו' היינו משום דס"ל ירושת הבעל דאוריית' אבל בדרבנן לא מהני סילוק דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה להכי מייתי כדרבא דלא אכפת לן בהכי ואפילו בדרבנן נמי מהני סילוק והא דיורש לא מצי סלוקי נפשיה מנכסי אביו משום דכל שעה ראוי לירש ה"ל כאלו בא לידו וע"ש:

ומוהראנ"ח מסתפק בשיטת התו' אי מהני סילוק בדאורייתי' הביאו בס' משנה למלך פכ"ג מה' אישות ע"ש וכבר הארכנו בזה בס' קצה"ח סימן ר"ט סקי"א ושם העליתי בשיטת התו' כיון דקי"ל דמתנה עמ"ש בתורה בדבר שבממון תנאו קיים ה"ה סילוק דמהני אפילו בדאורייתא ומשום דסילוק הוי מתנה עמ"ש בתורה ואפילו שלא על דרך תנאי ה"ל מתנה עמ"ש בתורה וכמ"ש שם וכן מוכח מהא דפ' אע"פ דס"ל לר' יהודא דכתובה דרבנן תנאו בטל דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה ופריך הרי פירות דדבריהם ולא עבדו רבנן חיזוק דתנן ר' יודא אומר לעולם הוא אוכל פירות עד שיכתוב לה דו"ד אין לי כו' ובפירי פירות ע"ש והתם מיירי בכותב לה ועודה ארוסה ואינו על דרך תנאי כלל אלא כל שבא לסלק עצמו מחיובו המגיע לו ה"ל מתנה עמ"ש בתורה או עמ"ש חכמים:

ובתוס' ר"פ הזורק ד"ה כדרב כהנא כתבו ז"ל ומביא שפיר מדרב כהנא דאדם מתנה שלא יירשנה וכ"ת מ"ש מנחלת אבותיו לא דמי שהרי תקנת חכמים היא וכדרבא האומר אי אפשי בתקנת חכמים ואע"ג דלרב אית ליה בהכותב דף פ"ג דאפילו בדאורייתא יכול להתנות הש"ס דהכא לא ס"ל הכי ועוד דבמסקנא לא קאי הכי עכ"ל. מוכח מדבריהם דלא הוצרכו לכדרבא אלא אי סבירא לן דבדאורייתא לא מהני תנאי וסילק אפילו שלא על דרך תנאי ה"ל מתנה עמ"ש בתורה אבל לדידן דקי"ל דאפי' מתנה על מ"ש בתורה בדבר שבממון תנאו קיים ה"ה סילוק דמהני אפי' בדאורייתא וע"ש שהארכנו בזה וא"כ לדינא גם לשיטת התו' מהני סילוק אפילו בדאורייתא והש"ס דנקיט לה כדרבא לשיטת התו' היינו לפום מאי דהוי ס"ל לש"ס דמתנה עמ"ש בתורה אפילו בדבר שבממון תנאו בטל ודו"ק:

ס"ק ג

דין ודברים אין לי בנכסייך בתשו' מהרי"ט ח"א סימן מ"ה כתב באשה שהפקידה ארגז ומטלטלין של בעלה והתנתה עם הנפקד שאם יהיה לו איזה משא ומתן עם בעלה שלא יתפוס אותן בחובו ואח"כ היה לו הלואה אצל בעלה ורוצה לתפוס בחובו וז"ל עוד נראה דאפילו בסילוק יכול אח"כ לחזור משום דאתי דיבור ומבטל דיבור והא דמהני באומר לאשתו דין ודברים אין לי בנכסייך ואינו יכול לחזור בו התם היינו טעמ' דמאחר שסילוק עצמו בשעת נשואין זכתה היא מיד בכל זכות שיש בהם אבל בנ"ד כשמסלק עצמו לא זכתה היא ואין לה בהם שום שייכות דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים אלא נשארו ברשות הבעל וכשחוזר בו גובה אותו בחובו עכ"ל אמנם דבריו יתכנו במה שמסלק עצמו הבעל מפירות או שיהי' מכרה קיים בהא שפיר אמרי' דהיא זכתה מיד בנכסים

לפירות ולמכירה אבל בסילוק מירושה מאי איכא למימר דבזה לא שייך זכי' דהא הכל שלה אלא לאחר מיתה יורשי' יורשין אותה ובזה לא שייך זכיה. ואולי אפשר לפרש בזה דברי הירושלמי דגרסימן תמן ר' ירמי' בשם רב הלכה כרשב"ג ולא לענין דבריו שאמר מפני שהתנה עמ"ש בתורה וכל המתנה עמ"ש בתורה תנאו בטל בתנאי גוף והכא בתנאי ממון אנן קיימין ולמה אמרו תנאו בטל שבסוף זכה בהם וכן פסקו ר"ח והרז"ה ומפרשו משום דלאחר מיתה יורשה ואינו יכול לסלק עצמו ממה דלא אתי לידי' והרי הוא כמי שאמר לא אירש את אבא והשיגו עליהם הרמב"ן והרשב"א ז"ל דכיון דמוקי לה בסילוק ועודה ארוסה לא דמי לאומר לא אירש את אבא כיון דעדיין אינו ראוי ליורשה והרשב"א כתב ושמא ר' ירמי' בשם רב ס"ל דמתני' בכותב לה משנשאת ע"ש ולפמ"ש י"ל דכיון דיכול לחזור מסילוק ומשום דאתי דיבור ומבטל דיבור אלא דלמכירה ולפירות זכתה היא משעת נשואין בנכסים לפירות ולמכירה משא"כ לירושה דלא שייך זכי' דאין לאשה שום זכי' אלא ליורשי' לאחר מותה וא"כ שפיר יכול לחזור בו להכי קאמר ולמה אמרו תנאו בטל שלבסוף זוכה בהם דכיון דאיהי לא זכתה מצי איהו למזכי בירושתה ולחזור מן הסילוק ודו"ק:

אמנם כתב כתבנו בס' קצה"ח סימן ר"ט סקי"ב דאחר שסילק עצמו תו לא מהני חזרה ע"ש.

ס"ק ד

ואם כתב לה כן אחר הנשואין צריך לקנות מידו שם ר"פ הכותב אי הכי אפי' נשואה נמי אמר אביי נשואה ידו כידה רבא אמר ידו עדיפא מידה נפקא מינה לשומרת יבם פירש"י בהא דקתני מתה יעשו בכתובתה כו' ואפלגי ב"ש וב"ה ואוקי אביי פלוגתיהו כשנפלו לה כשהיא תחתיו דבעל כו' וראיתי בחידושי פני יהושע שם ז"ל אמנם לולא דסתפינא מרבנן קדמאי כו' הי' נראה בעיני לפרש סוגי' דהכא בפשיטות גמור דהא דקאמר נ"מ לשומרת יבם היינו בהאי ענינא גופי' דאיירי הכא אביי ורבא אמאי לא מהני לשון דו"ד דנשואה ומסיק תלמודא דנ"מ בפלוגתייהו לשומרת יבם, אם כתב לה היבם דו"ד אין לו בנכסייך דהיינו בנכסים שנפלו לה תחת הבעל בעוד' ושואה דלאביי דאמר ידו כידה א"כ בשומרת יבם ידו גרוע מידה ומהני כמו בכותב ועודה ארוסה ולרבא דאמר ידו דבעל עדיפא מיד' וא"כ בשומרת יבם ידו כידה וה"ל כשותף דלא מהני כן נ"ל אלא דלגודל פשיטות הדברי' פליאה דעת הקדמוני' נשגבה למה לא פי' כן עכ"ל פ"י ע"ש ונראה דלפי שיטת רש"י ז"ל בטעמא דרב כהנא בהא דנחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר היינו שאינה ירושת אבותיו אלא מעשיו גרמו לו כגון נחלת אשתו הבאה לו ע"י נשואין שלו

לכך מתנה עלי' שלא יירשנה ע"ש משמע דעיקר הסילוק לא מהני אלא משום דבאה לו ע"י מעשיו היינו ע"י נשואין שלו והוא בא למחול עלי' מוחל וא"כ ביבמה דנקנית בין שוגג ובין מזיד ואפי' שלא במתכוין קנאה לא שייך בזה לומר ע"י מעשיו באה לו דלאו בדידי' תלי' מלתא ואפי' נתכיון שלא יקנו לו מעשיו לא מהני כיון דאפי' שלא במתכוין קנאה ולא שייך בזה ע"י מעשיו כלל וא"כ אפי' לאביי דאמר ידו כידה ובשומרי יבם ידו גריעא מידה והוי כארוסה אפ"ה לא מצי סלוקי נפשי' כיון דאינו תלוי במעשיו וכמ"ש לזה הוכרח רש"י לפרש לענין מתה מה יעשו בכתובתה ודו"ק והא דכתב הר"ן פ' האשה שנפלו גבי יבם דמהני סילוק קודם היבום את חלקו עם אחיו היינו משום דהר"ן ס"ל דסילו' מהני אפי' היכא דלא בא ע"י מעשיו ועיין בהר"ן כאן ושם:

ולשיטת רש"י יש ליישב קושית הר"ן שם פ' האשה שנפלו לפי מ"ש בספרי קצה"ח סימן רע"ח דהתם גבי יבם בכור קרי' רחמנא ולכך יכול לסלק עצמו כמו בכור מחלק בכורתו ע"ש סקי"ג:

והא דנראה מפירש"י דאפי' כבר נעשה המעשה יכול לומר אי אפשי כיון דבא לו ע"י מעשיו וכדמוכח מהא דרב דיכולה אשה שתאמ' איני ניזונת ואיני עושה והטעם לשיטת רש"י ז"ל כיון דבא לו ע"י מעשיו ואע"ג דכבר נעשה המעשה וכן הוא מבואר במוהראנ"ח שם ע"ש דבמזונות כסות ועונה בכולהו מצי להסתלק כיון דמעשיו הם הגורמי' והם לטובתו ואי אפשי בתקנת חכמי' לאו דוקא וע"ש ומבואר דאע"ג דכבר נעשה המעשה כל שמעשיו הם הגורמים ואינה נחלת אבותיו או קרוב ממשפחתו שלא בא ע"י מעשיו יכול לומר אי אפשי ע"ש היינו משום דכל שבא ע"י מעשיו קיל לי' טובא ויכול הוא להסתלק אע"ג דכבר נעשה המעשה כמו במזונות דכבר נעשו הנשואין אבל יבם דאפי' שלא במתכוין קנאה לא שייך בזה לומר דמעשיו גרמו לו דשלא בכונה נמי קנאה מש"ה לא מצי סלוקי נפשי' אפי' קודם שייבם אותה וכמ"ש:

ובמשנה למלך פכ"ג מאישות שם כתב ז"ל מעשה בא לידי כו' ואף כפי שצידד מהראנ"ח דאפשר אליבא דהתוס' הדבר תלוי בזכות שמעשיו גרמו לו כגון אשתו דע"י נשואין זכה בירושתה ולאפוקי ירושת אביו דממילא זוכה ה"נ חשיב כמעשיו גרמו לו שהרי ע"י שזה נותן רשות ללוקח ליקח והלך ולקח זכה זה בדמי חזקתו דאין חילוק בין המעשה תלוי ביד המוחל או ביד הנמחל דלא מיעטו אלא ירושת אביו שאינה תלוי' בשום מעשה כלל עכ"ל ע"ש ואינו נראה לענ"ד דדוקא כשהמעשה ביד המוחל וע"י מעשיו נתכוין לזכות ומש"ה אפי' כבר נעשה המעשה כיון דעל ידו באה לו יכול הוא למחול אבל כל שאין

המעשה ביד המוחל אע"ג דביד הנמחל איזה מעשה כיון שאינו תלוי ביד המוחל לא מהני הסילוק דהסילוק אינו תלוי בנמחל רק במוחל וזה פשוט לענ"ד.

ס"ק ה

אבל קודם אירוסין לא מהני סילוק והנה עכשיו שנוהגין לעשות חופה וקידושין בבת אחת, לא מהני שום סילוק דקודם הקדושין לא מהני סילוק ואחר החופה ה"ל נשואה ותו לא מהני סילוק אפי' בקנין וכמ"ש בש"ע סעיף ח':

וכבר נתחבטו ונתלבטו בזה האחרונים ז"ל בתשו' חות יאיר סימן מ"ז העלה דסומכין על הקנין שתחת החופה אחר הקידושין ולא מקרי אחר נשואין עד אחר שאכלו החתן והכלה אחר החופה כדאי' בהגה"ה סימן נ"ה ועדיין מקרי אירוסין ע"ש ובעל עבודת הגרשוני שם בסימן נ' העלה דסומכין על דברי מהר"ם דס"ל דיכול אדם להסתלק מדבר שלא בא לעולם אף שאין לו שום זכות מדכתב שיכול להתנות עם אשתו בשעת קניית הקרקע שתסלק שיעבודה כו' ואחר מהר"ם במרדכי נגררו כי כן דרך האשכנזי' שנגררי' אחר מוהר"ם ולא נחתו לומר טעמו של מהר"ם כיון דכבר נשתעבד לה הבעל וכמ"ש בסמ"ע כי באמת סברא קלישא היא כו' ואנו שנגררי' אחר דברי רמ"א כו' כיון שכבר נהגו מקודם לסמוך אשטר סילוק שנעשו קודם האירוסין ע"פ המתקני' שהי' להם על מה לסמוך כנ"ל ע"כ אנן נמי סמכינן עלייהו מצד המנהג אע"פ שהוא שלא כדין ונראה לענ"ד דמשום הא דאי' לפקפק קצת בשטרי סילוק נהגו לכתוב בהם וליתר שאת קיבל עליו ר"פ בח"ח ובש"ד כו' אע"פ שאין שבועה וחרם מועיל אלא גבי דידי' ולא גבי יורשי' וכמ"ש הריב"ש סי' של"ה הובא בש"ע ח"מ סימן ר"ט בהג"ה יש לומר היינו דוקא לענין התחייבות אבל נא לענין סילוק ובפרט שנהגו לכתוב שקיבל עליו בח"ח כו' שלא לזכות בהם שום צד א"כ ממילא אין לבניו כלום אע"פ שהיא מתה תחלה ואח"כ מת הוא כו' ומ"ש מכ"ת שיש ליישב המנהג שסומכין על הקנין שתחת החופה וכמדומה לי שמנהג פשוט יותר של לקבל קנינ' תחת החופה וכו' לפי דברי מכ"ת נולד דין מחודש אם מתה הכלה קודם שאכלו יחד אין בעל' יורשה לפי מנהגנו ואני מסתפק בזה מאד וצריך לי תלמוד עכ"ל וע"ש עוד שכתב וז"ל חדא ועוד קאמינא כיון שכל דשטרי סילוק נכתבי' בלשון הודאה שהוא מודה שכבר סילק א"ע באופן המועיל מ"מ מהני הודאתו ואפי' אם איני יודעין שלא סילק עצמו באופן המועיל ע"ש בשם הגאון בעל עבודת הגרשוני. והנה מ"ש הגאון ז"ל לפי דברי מכ"ת נולד דין מחודש דאם מתה הכלה קודם שאכלו יחד אין בעלה יורשה כו' לפי מ"ש ב"ש סימן נ"ז סק"א דלדידן שהבעל הולך עמה מן החופה לבית נשואין קונה אותה מחמת מסירה לרשותו ע"ש א"כ ה"ה דזוכה בירושתה

במסירה לרשותו וע"ש סימן א' אלא דלפ"ז הי' צריך להיות הסילוק תחת החופה קודם שהולך החתן עם הכלה לבית הנשואין דכשהולך לבית הנשואין זכה מיד בירושתה ותו לא מהני סילוק ובאמת המנהג אינו כן לעשות שטרי סילוק אחר החופה מיד ומ"ש הגאון הנ"י מחמת שקיבל עליו בח"ח ובש"ד שלא לזכות בשום צד א"כ ממילא אין לבניו כלום לפענ"ד אינו נראה דהא אפי' באוסר נכסיו על בנו איסור הנאה בקונם אפ"ה זוכה בהם ובאין בע"ח ובניו וזוכין בהן ומשום דכבר זכה בהם ממילא אע"ג דאיסור הנאה הם לו וכמבואר בנדרי' פ' אין בין המודר דף מ"ב ובר"ן שם ע"ש דנכסי ודאי דידי' נינהו אלא שאסור ליהנות מהם ע"ש וה"נ נכסי דידי' הוי דהא יורש ממילא הוא אלא שאסור לו ליהנות מהן מצד האיסור שאסר על עצמו מ"מ זכה בהן מצד ירושה דממילא לאחר שמת הוא רשאין בניו ליהנות מהם ואפשר לקיים דברי הגאון הנז' דכיון דנשבע שלא לזכות בהן בשום צד א"כ אינו רשאי לזכות בהן בשעת נשואין דאז הוא זמן זכיית הבעל לירושה ולפירי וכיון שנשבע שלא לזכות הרי הוא כאומר בשעת נשואין ר"ל לאחר הקידושין וקודם החופה שאינו רוצה לזכות בנכסים וא"כ ה"ל סילוק דאחר קידושין דמהני ועיין מוהר"י ן' לב ח"א סוף כלל י"ג בהא דקי"ל במקום שכותבין את השטר לא קנה בכסף אא"כ מפרש שיקנה בכסף וכתב שם דהיכא דאיכ' שבועה ה"ל כמפרש וקנה בכסף ע"ש וא"כ ה"נ כיון שנשבע שלא לזכות בשום צד ה"ל כמפרש בשעת קידושין והחופה שלא לזכות באשה לירושה ולפירות:

(ועוד נראה לענ"ד דשאני אוסר נכסיו על בנו דאינו יכול לאסור הזכי' עליו דהוי דבר שאינו שלו על חבירו אלא גוף הנכסים הוא אוסר עליו דמאחר שהנכסים עתה שלו יכול הוא לאוסרם על חבירו לעולם אף כשיצאו מרשותו אבל זכיית הבן בירושתו אינו יכול לאסור לכך שפיר אמרי' אע"ג דאסור הבן ליהנות בהם מ"מ נכסי דידי' נינהו ובע"ח באין ונפרעין משא"כ הכא שאסר הבעל ע"ע הזכיי' דחייל איסורא על גוף הזכיי' מידי דהוי אצרור לזריקה דחייל איסורא ה"נ אסר ע"ע בח"ח ובשבועה שלא לזכות א"כ גוף הזכי' איסורא היא גבי' ואיסורא לא ניחא לי' דלקני ואין מקנין לאדם בע"כ דבר האסור לו אע"ג דממילא זכה בהם בשעת נשואין כיון דמדרבנן הוא לא תיקנו היכא דאיכא איסורא וראי' לזה מהא דאמרי' בקדושין דף י"ז ע"ב גר ונכרי שירשו אביהם נכרי גר יכול לומר לנכרי טול אתה ע"א ואני מעות טול אתה י"נ ואני פירות וכ"פ בטוש"ע יו"ד סימן קמ"ו סעיף ד' ע"ש והיינו משום דירושת גר את הנכרי מדרבנן והיכא דאיכא איסורא לא תקנו לי' רבנן וע"ש בתו' ד"ה אלא מדרבנן שכתבו להדיא כן וא"כ כן ה"נ כיון דזכיית הבעל בנכסי אשתו אינו אלא מדרבנן וכיון דאסר על עצמו הזכי' ואיכא איסורא לא תקנו לי'

רבנן ולפ"ז ביורש דאורייתא אפילו איכ' איסורא זכי בי' לכך אפילו אם היה האב יכול לאסור הזכיי' על הבן אי נמי כגון שהבן אסר ע"ע הזכיי' נכסי אביו שהרי על עצמו יכול הוא לאסור מ"מ זכה בירושתו ועיין ש"ך יו"ד שם סימן סק"ה משא"כ בזכות הבעל בנשואי אשתו לפירות וירושה דהוי מדרבנן והיכא דאיכא איסורא לא תקני רבנן ודו"ק. ומבואר מזה דהיכא דהוי יורש דאורייתא וזכה באיסורי הנאה ולכך אסור ליקח תמורתם דבר אחר דהוי חלופי אסורי הנאה משא"כ אי הוי אמרינן דאינו זוכה באיסורי הנאה היה מותר ליקח תמורתם דברים אחרים כמו בגר ונכרי והטעם דירושה דממילא הוא נכנס במקום מורישו בלי שום קנין וא"צ דעת כלל אלא נכנס תחת הבעלים ועיין בשי"ת נודע ביהודא ח' א"ח סימן ך' באחד שמת ע"פ אחר חצות והשאיר חמץ שלא ביטלו ולא ביערו ע"ש דפשיטא לי' להגאון ז"ל דלא מיחשב דמי' להורישו לבניו כיון דנקטינין כרוב הפוסקים דחמץ לפני זמנו אסור בהנאה מן התורה וכתב שם הגאון ז"ל דבר הזה אין צריך לפנים כלל ולענ"ד הקלושה דבר זה צריך לפני ולפנים שהרי מבואר ההפך והוא ש"ס ערוך בקדושין דאי הוי ירושה דאוריית' הוי אסור לו' לנכרי טול אתה ע"ז ואני מעות דהוי חליפי ע"ז וכ"כ בש"ך שם סק"ה דבן מומר אסור לומר לאחיו עכו"ם כן כיון דיורש דאורייתא וע"ש ואין לחלק בין ע"ז לחמץ דאדרב' חמץ עשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו לענין בל יראה משא"כ ע"ז וי"נ ואפ"ה אמרי' דשייך בהו ירושה וא"כ ה"ה סמך בפסח וכיון דירית לי' ממילא חייב לבערו דהא נכנ' תחת הבעלים ובמקומם ובודאי אשתמיט לי' להגאון הנ"ל סוגיא זו ומקום הניחו כו' ודו"ק):

ומ"ש הגאון הנז' חדא ועוד קאמינ' כיון שנכתבו שטרי סילוק בלשון הודאה שסילק עצמו באופן המועיל אף ע"פ שאנו יודעין שלא סילק עצמו באופן המועיל מהני מטעם הודאה ע"ש. הנה אע"ג דאוריית' הוי קנין וכמבואר אצלינו בס' קצה"ח סימן קצ"ד באורך מ"מ מבואר שם ג"כ דבדבר שאינו נתפס בקנין לא מהני אודיתא כמו מלוה ע"פ לדידן וע"ש וא"כ ה"ה סילוק קודם אירוסין דלא מהני ואינו נתפס בשום קנין ומשום דלא שייך ביה כלל הוי דבר שלבל"ע א"כ אודית' נמי לא מהני ביה, ובתשו' ב"ח החדשות סימן קכ"ד העלה דבהפקר כיון דאינו אלא הוצאה מרשותו בלבד יהיה הזוכה מי שיהיה יכול להוציאו מרשותו ע"פ דיבורו בין בדבר שלבל"ע בין בדבר שלא ברשותו והכל מדין נדר ונמצינו למדין שהמחילה שהאדם עושה לחבירו בדבר שלא נתחייב חבירו עדיין הוי מחילה שהרי מחילה אינו אלא סילוק ובטוב יוכל אדם להסתלק מדבר שלבל"ע וכן מבואר ר"פ הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסייך כו' בכותב לה ועודה ארוסה כו' ונ"ל ברור דלאו דוקא בכותב לה ועודה ארוסה אלא אפי' קודם לכן כו' אלא הר"ן ז"ל

כתב דוקא בכותב לה ועודה ארוסה דשייך בה קצת אבל קודם לכן כיון שאין לו שייכות בנכסים כלל סילוקי לא כלום עכ"ל כו' ואדרבה הסבר' נותנת טפי דכל מאי דלא זכה בו עדיין מצי יותר לאסתלק ע"כ דברי הב"ח וע"ש שהארכנו והעלה דלא אשתמיט שום מחבר או מפרש לומר דוקא עודה ארוסה אלא הר"ן בלבד. וכבר כתב ג"כ הרשב"א בתשוב' סימן תתק"ס הביאוהו הב"י וד"מ בסימן זה, גם בענין הפקר שהעלה בתשו' הנזכ' דאפילו בדבר שלבל"ע ואינו ברשותו נמי מהני וכמו בנדר כבר הוכחנו בספר קצה"ח סימן ריי"א דלא מהני בהפקר דבר שאינו ברשותו ודבר שלא בא לעולם ע"ש. ולפענ"ד נראה דהסילוק שפיר מהני לדידן קודם החופה והקידושין אע"ג דעדיין לא נתארסה וקודם אירוסין לא מהני סילוק והוא דכבר כתבנו בסימן נ"א בהא שהקשה הריב"ש על הרמב"ם שכתב פי"א מהל' מכירה ז"ל חייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון שאמר הריני חייב לזון אותך חמש שנים אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד שזה כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה וכן הורו רבותי ומפני מה הפוסק עם אשתו לזון את בתה חייב לזונה מפני שפסק בשעת נשואין והדברים דומין לדברים הנקנין באמירה עכ"ל הרי שסובר דאפילו דברים שאין קנין מועיל בהן אפ"ה נקנין באמירה בשעת נשואין ובפרק ששי מהלכ' זכיה ומתנה כתב ז"ל כבר ביארנו בנשואין ששנים שהיה ביניהם שידוכין כו' עמדו וקדשו קנו באמירה ואין קונין באמירה עד שעת נשואין שכל הפוסק דעתו לכנוס וצריכין שיהיו הדברים שפסקו מצויין ברשותו שאין אדם מקנה דבר שלבל"ע עכ"ל והריב"ש הקשה דברי הרמב"ם אלו אהדדי וכתבנו לעיל בסימן נ"א דודאי גם הרמב"ם סביר' ליה שהדברים נקנין באמירה יותר מבקנין ומש"ה מהני בדבר שאינו קצוב רק בדבר שלבל"ע כיון שאינו בידו כלל דאולי לא יבא לרשותו ה"ל כי הא דהובא במרדכי האב שפוסק על בנו שיעשה איזה דבר כגון לילך אחרי' למקום אחר אינו נקנה באמירה שאין זה תלוי באב רק בבן ע"ש במרדכי פ' הנושא וכ"פ הרמ"א סימן נ"א שם ודשלבל"ע נמי אינו תלוי בידו ואפש' לא יבא לרשותו כלל ומש"ה אע"ג דאח"כ בא לרשותו מ"מ בשעת אמירה לא הי' תלוי בדידי' לכך אינו נקנה באמירה אבל דבר שאינו קצוב אע"ג דאינו נקנה בקנין כיון דבדידי' תלי' ליתן המזונות נקנה באמירה ע"ש וא"כ הכא לענין סילוק אע"ג דאין אדם מסתלק מדבר שלבל"ע ואין לו בו שייכות כלל מ"מ הכא הוי דברי' הנקנין באמירה כיון שהתנו הסילוק קודם הקידושין ועמדו וקידשו על דעת תנאי הסילוק והרי בידו הוא להסתלק לכך אע"ג דקנין לא מהני בי' מ"מ הכא מהני מדין דברי' הנקנין באמירה דמועיל אפי' בדברי' שאין בהם קנין ולדעת הגאונים והעיטור דס"ל דדברי' הנקנין באמיר' מועיל אפי' בדבר שלבל"ע פשיטא דניחא

אלא אפי' לדעת הרמב"ם ניחא לפי מ"ש בטעמי' דהרמב"ם דכל שבידו אע"ג דאינו נקנה בקנין מ"מ מועיל משום דברי' הנקנין באמירה וה"ה סילוק כיון שבידו לסל' עצמו והתנו התנאי קודם שנתקדשה ועמדו וקידשו הן הן דברי' הנקנין באמירה וכמ"ש לעיל סימן נ"א אע"ג דגמר קנין דברי' הנקנין באמיר' הוא בשעת נשואין וכמ"ש הרמב"ם וכשנשאת אינו מועיל סילוק אפ"ה משום דברי' הנקנין באמירה אפי' דבר שאין קנין נתפס בו מהני ומש"ה מהני אפי' ודו"ק. ועוד דעיקר דברי' הנקנין באמירה בשעת קידושין נגמרו כשעמדו וקידשו על התנאי' שהתנו קודם הקידושין ובשעת קידושין כשנתרצו לקדש על דברי התנאי' דקודם א"כ הקידושין על דעת כך נעשו ובשעת קידושין והחופה מסלק עצמו שלא יזכה לירושה ולפירות ואע"ג דאחר נשואין לא מהני סילוק משום דידו כידה אבל בשעת נשואין דמקדש ונושא בב"א על דעת שלא יזכה בודאי מהני הסילוק וכיון שמתנין עמו קוד' הקדושין והחופה לסלק עצמו מזכותה ועמדו וקדשו על דעת הסילוק שפסקו עמו אדעתא דהכי עמדו וקדשו ונשאו שלא לזכות בה ודו"ק:

(ואני בעניי מצאתי דרך פשוט לפענ"ד שיועיל הסילוק שנוהגין עכשיו אף ע"ג שאנו עושין חופה וקדושין בבת אחת. והוא דבתו' שם ריש הכותב ד"ה כדרב כהנא כתבו וז"ל וא"ת בלא רב כהנא נמי למה לא יוכל להסתלק בעודה ארוסה מידי דהוי אשאר כסות ועונה דלר' יהודא בדבר שבממון תנאו קיים ור"מ נמי לא פליג אלא משום דקסבר מתנה עמ"ש בתורה תנאו בטל וי"ל דהכא מיירי באומר לה שלא על דרך תנאי אלא אומר לה דו"ד אין לי בנכסייך עוד דלאשה איבעי' לה לאתנויי ומתנה הבעל וה"ל פטומי מילי בעלמא והשתא מייתי מדרב כהנא דנהי דמכח תנאי לא מהני מכח סילוק בעלמא מועיל עכ"ל. וכ"כ בשטה מקובצת בשם הרא"ש ע"ש. ומבואר מדברי תו' דהיכא דהוי דרך תנאי מצד האשה בשעת קידושין פשיטא דמהני ולא גרע משאר וכסות דמהני תנאי הבעל ה"ה בפירות וירושה מהני תנאי האשה כיון דקי"ל כר' יהודא דבדבר שבממון תנאו קיים וא"כ לדידן דעושין חופה וקידושין בבת אחת מהני סילוקו מצד התנאי ולא מכח סילוק בעלמא אלא מדין תנאי גמור אלא דלפ"ז צריכין לכתוב בשטר סילוק שהיה תנאי גמור באופן המועיל קודם הנשואין שלא יהיה לבעל פירות וירושה ושקידש על דעת התנאי ובהכי סגי ואין אנו צריכין לכנוס בכל הדחיקום שנכנסו הגאונים הנ"ל ז"ל בזה כן נלענ"ד והמשכיל יבין ויבחון:)

סעיף ב

ס"ק ו

אם התנה בעודה ארוסה על נכסים שיפלו לה משנשאת ברא"ש ר"פ הכות' ירושלמי ר' ירמי' בעי קומי ר' זירא כתב לה דו"ד אין לי בנכסייך ונפלו לה לאחר מיכן מהו יש אדם מתנה על דבר שאינו ברשותו ולא דמי לכותב לה ועודה ארוסה דהתם הנכסים כבר ביד האשה וכתב שם הרא"ש דהירושלמי איירי שכתב לה אחר הנשואין דידו כידה אין הסילוק מועיל (ר"ל אפי' בקנין) לדבר שאינו ברשותו אבל בעודה ארוסה מהני סילוק אפי' לנכסים שנפלו לה משנשאת ע"ש ובטור כתב וז"ל בד"א שהנכסים נפל' בעודה ארוסה אבל אם נפלו לה משנשאת אע"ג שהתנ' בעודה ארוסה פר"י שאין התנאי מועיל והרמב"ן כתב שהתנאי שהתנ' בעודה ארוסה מועיל לנכסים שיפלו לה לאחר נשואין וכן הוא מסקנת א"א הרא"ש ז"ל עכ"ל. ובמשנה למלך פכ"ג מה' אישות כתב ז"ל משמע מדבריו דבנפלו לה מן האירוסין אפילו אחר הסילוק מועיל הסילוק אבל נפלו לה משנשאת איכא פלוגתא ולר"י לא מהני וצריך לעיין מה הפרש יש בין נפלו בעודה ארוסה לנפלו לה משנשאת כיון שהסילוק היה קודם הנפילה עכ"ל. והנראה לפענ"ד בזה היא דבאמת סילוק מהני לדבר שאינו ברשותו אלא שצריך שיהי' לו כבר איזו שייכו' בנכסים ולכך לא מהני סילוק קודם אירוסין דלית לי' שום שייכות בגווה ומה"ט נמי לא מהני סילוק לנכסים שיפלו לה אחר שנשאת דאימת יחול הסילוק דקודם שנפלו לה הנכסים ס"ל לר"י דאין להם שום שייכות כלל בנכסים מאחר שלא נפלו לה עדיין ולא חל הסילוק מאי אמרת שיחול הסילוק בשעת נפילה דכיון דאמרי' דסילוק מהני לדבר שאינו ברשותו ה"ל כקנין למ"ד אדם מקנה דבר שלבל"ע והוי כמו שדה זו לכשאקחנה דמהני ג"כ למ"ד הכין זה אינו דכיון דנפלו לה משנשאת כבר זכה בהן הבעל וידו כידה ולא שייך בי' סילוק להכי ס"ל לר"י דלא מהני סילוק לגבי נכסים שנפלו לה משנשאת אבל לגבי אותן נכסים שנפלו מן האירוסין אחר הסילוק אע"ג דהשת' לית להו שייכות בגווייהו בשעת הסילוק מ"מ כיון דסילוק מהני לדבר שאינו ברשותו ה"ל כמו קנין למ"ד אדם מקנה דשלבל"ע דחל הקנין כשיבא לעולם ה"נ כיון דלא חזר בו בנתים מהני הסילוק וחל בשעה שנפלו הנכסים שהרי עדיין ארוסה היא ואז יש להן שייכות בגווייהו ומועיל שפיר משא"כ נפלו לה משנשאת דקודם שנפלו אין להם שייכות כלל ואחר שנפלו מיד זכה בהם הבעל שהרי נשואה היא וידו כידה ואין מקום וזמן שיחול הסילוק ודו"ק כי נכון הוא עוד שם במשנה למלך ז"ל וכתב הרא"ש דהירושלמי מיירי אחר הנשואין כיון דידו כידה אין הסילוק מועיל אבל בעודה ארוסה מהני הסילוק אפילו

לנכסים שיפלו משנשאת ע"כ ולפי פי' זה פשיטא מאי דבעי ר' ירמי' הוא כיון שעדיין לא נפלו לה הנכסים אי מהני סילוק כי היכי דמהני בארוסה משום דלא באו ברשותו ולפ"ז לא ידעתי מה השיבו ויש אדם מתנה על דבר שאינו ברשותו אדרבה היא הנותנת דמשום דהוי דבר שאינו ברשותו מהני הסילוק דומיא דארוסה והרמב"ן ז"ל ביאר דברי הירושלמי הללו דכתב כיון שנשאת ידו כידה אף במה שעתיד ליפול ולא מהני בה לשון סילוק כו' אך בדברי הירושלמי הפירוש דחוק דעיקר חסר דהיינו ידו כידה ומה שהשיב ויש מתנה על דבר שאינו ברשותו הוא הפך הכונה דאדרבה מטעם זה הי' ראוי שיועיל הסילוק עכ"ל וכבר הקשה בזה בשטה מקובצת ר"פ האשה שנפלו ע"ש ונראה לענ"ד ביאור דברי הירושלמי והוא דודאי אין מן הראוי שיועיל הסילוק אפי' בעודה ארוסה לנכסים שיפלו לה משנשאת כיון דלית לי' שום שייכות בנכסים הללו שהרי עדיין לא באו לידה אלא הא דמועיל הסילוק לדעת הרא"ש אפי' לנכסים שנפלו משנשאת היינו משום דהסילוק אינו מגוף הנכסים אלא מגוף האשה שמסלק עצמו שלא יזכה באשה בשעת נשואין למכירת נכסים ולפירות ולירושה ובאשה גופה כבר יש לו שייכות בגווה שהרי ארוסה היא לו וזכה בה בתורת אירוסין לזה הא דבעי ר' ירמי' קומי דר' זירא כתב לה דו"ד כו' ונפלו לה לאחר מיכן פי' כתב לה אחר שנשאת דו"ד כו' אי מהני הסילוק כיון שעדיין לא זכה בנכסים ולא שייך בי' ידו כידה לזה השיבו ויש אדם מתנה על דבר שאינו ברשותו כלומר ממ"נ לא מהני הסילוק דאם באת לדון הסילוק מגוף הנכסים וכי אדם מתנה על דבר שאינו ברשותו שהרי אין לו שייכות בגווייהו שעדיין לא נפלו ואם תאמר שיחול הסילוק על גוף האשה הא פשיט' לי' דכבר זכה בנשואיה וגם לר' ירמי' הוי פשיטא לי' דנשואה ידו כידה ולכך לא איבעי' לי' אלא בנפלו לאחר מיכן ועיקר צד ספקו הוא משום דעדיין לא זכו בנכסים ולא הוי ידו כידה ולזה השיבו יפה אם באת מצד הנכסים ולכך לא הוי ידו כידה כיון שלא זכו עדיין בהן א"כ היאך אדם מתנה על דבר שאינו ברשותו אבל בעודה ארוסה מהני שפיר הסילוק אפילו לנכסים שיפלו לה משנשאת ומשום דמזכות האשה הוא מסלק נפשיה שלא יזכה בה לפירות ולמכירה ולירושה וכיון דכבר זכה באשה במקצת משנתארסה כדאי' ר"פ האשה שנפלו אם זכה באשה דהכל בא ע"י זכות האשה לזה הוא מסלק עצמו מזכות האשה דאית לי' שייכות בגווה שלא יזכה אח"כ בנשואין בדברים הללו משא"כ כתב לה משנשאת לא מהני סילוקו אפי' לנכסים שיפלו לה אח"כ דאם מצד האשה כבר ידע השואל דתו לא מהני סילוקו דכבר זכה באשה וידו כידה ולא נסתפק ר' ירמיה אלא מצד הנכסים כיון דעדיין לא זכתה בהן האשה ועלה על דעתו שיועיל הסילוק לזה השיבו ויש אדם מתנה על דבר

שאינו ברשותו כיון דמצד הנכסים אנו דנין לא מהני סילוק אבל באמת אנו דנין מצד האשה ולכך בארוסה שפיר מהני שהרי יש לו שייכות בגווה וכנ"ל ודו"ק. ולפ"ז נראה בדינא דמוהר"מ במרדכי לענין סילוק האשה מקרקע שיקנה בעלה דכתב שם דמהני הסילוק ולפמ"ש נראה דלא מהני כיון דעדיין לא קנה הקרקע ה"ל דבר שאינו ברשותו ולא מהני סילוק בזה מצד הקרקע ומצד השעבוד אי אפשר לסלק כיון דכבר זכתה בו וה"ל כמו נשואה בזה כמ"ש תו' דף צ"ה ע"ש בד"ה וכי כתבה לי' וא"כ לגבי קרקע שלא קנה עדיין לא מהני סילוק ממ"נ דלגבי גוף הקרקע אין אדם מתנה על דבר שאינו ברשותו ולגבי גוף השיעבוד כבר זכתה בו והוי כמו נשואה והא דמהני הסילוק באשה היינו משום דמסלק נפשיה מזכות האשה עצמה שלא יזכה באשה בנשואין משא"כ בבע"ח דלא שייך הכין ומש"ה לא מהני סילוק וא"כ צ"ל דמוהר"מ במרדכי ס"ל דלא כר"ן והרשב"א אלא ס"ל דמהני סילוק אפילו בדבר שאין לו שים שייכות בגוי' ובסמ"ע סימן ר"ט כתב דמהר"ם אינו חולק ומשום דבע"ח יש לו שייכות ע"ש ולענ"ד נראה דחולק וכמ"ש ודו"ק היטב

ס"ק ז

סילק עצמו מנכסים י"א שאין הנכסים הכתובים בכתובה בכלל והיינו דמסתמ' לשון דו"ד אין לי בנכסייך היינו בנכסי מלוג אבל נכסי צ"ב שהכניסה לו והוא קיבל על עצמו אחריותן אינן בכלל נכסייך ועיין במרדכי פ' הכותב ודעת רב האי גאון הובא בהגהת אשר"י דסילוק דו"ד בסתם שייך גם על נכסי נ"ב ע"ש אמנם נראה לפמ"ש תו' ד"ה כדרב כהנא דלהכי מייתי דרבא לומר דדוקא בתקנת חכמים מהני סילוק דאומר אי אפשי בתקנת חכמים אבל בדאורייתא לא מהני סילוק וכמ"ש בתשובת מוהראנ"ח לשיטת התו' הבאתיו לעיל סק"ב ע"ש א"כ נראה דבנכסי צ"ב אפילו פירש עליהם הסילוק לא מהני ולא כדמשמע מדברי הרמ"א דמפרש מהני שהרי כתב שאין נכסי צ"ב בכלל משמע הא אי מפרש מהני אבל לשיטת התו' נראה דלא מהני אפילו פירש משום דפירי של נכסי צ"ב לאו מתקנת חכמים אכיל להו אלא מדינא הם שלו שהרי קיבל עליו אחריותן ועיין בתשו' הריב"ש סימן ק"ן ששאל השואל מה יתרון יש לבעל בנצ"ב על נ"מ אחר שאין לו בהן אלא אכילת פירות וירושה וכך הוא בנ"מ וע"ש שהעלה בהכניסה כספים ומיני סחורה הרי יכול הבעל לישא וליתן בהם כרצונו משא"כ בנכסי מלוג וכן בהכניסה כלים אף אם אינו יכול למוכרן מ"מ אם מכרן מכורין לדעת הר"מ ז"ל ולדעת הראב"ד ז"ל גם בקרקעות מכורין עד שעת גובייתא משא"כ בנ"מ גם לפירות בקרקעות יש חילוק דבנ"מ אמרי' התם פירי תקינו לי' רבנן פירי דפירי לא תקינו לי' רבנן ובנכסי צ"ב הכל שלו וכן

אמרו בפ' אלמנה לכה"ג דלכ"ע בנכסי צ"ב כשבא' לגבותן צריכין גובייני' בב"ד משא"כ בנ"מ עכ"ל ע"ש ומבואר דפירי דאכיל בעל בנכסי צ"ב לאו משום תקנת פירות שתיקנו לבעל תחת פרקונה דהתם לא תקינו לי' אלא פירי ולא פירי דפירי ובנכסי צ"ב אכיל אפי' פירי דפירי מוכח דמדינ' אכיל דדידי' נינהו כיון שקיבל עליו אחריותן וכן לענין מכירה נמי מדינ' לית לה רשות למכור נכסי צ"ב כיון דברשות הבעל הן ואם מכרן הוא מכורין א"כ הרי הם שלו ופשיטא שאין האשה יכולה למכור אותן מן הדין ולא מתקנה משום דה"ל של הבעל (והיא אינה אלא בע"ח שהרי חייב לשלם לה דמי' ויכול לסלקה בזוזי לרב אמי ואפי' רב יהודה דס"ל הדין עמה היינו כדמפרש טעמיה משום שבח בית אבי' וה"ל כמו אפותקי מפורש אבל מ"מ אינה אלא בע"ח והיינו דקאמר רב כהנא התם דמחוסר גובייני ע"ש) וא"כ אי נימא דסילוק לא מהני אלא בדרבנן אבל לא בדאורייתא א"כ לא מהני סילוק בנכסי צ"ב למכירה ולפירי כיון דמדאורייתא דבעל נינהו ולכן נראה דרב האי ס"ל דמהני סילוק אפילו בדאורייתא וכדעת הר"ן וכבר כתבנו בסק"ב דסילוק מהני בדאורייתא לדידן ע"ש. עוד נ"ל דלא מהני סילוק בנכסי צ"ב אפילו במפרש אא"כ לא הכניסה הנכסים לבעל אלא לאחר הנשואין אבל אם הכניסה לו קודם אירוסין תו לא מהני סילוק שכבר זכה בהן ע"י אחריותן שקיבל על עצמו דדוקא נ"מ אין לבעל פירות אלא כנשאת אבל נכסי צ"ב כל אימת דמכנסה לי' אית לי' זכי' בהו ולפירש"י בפ' נערה דף מ"ז דפליגי ר' נתן ורבנן בנדוי' אם הארוס יורשה א"כ למ"ד דבאירוסין יורש הנדוני' לא משכחת לה סילוק מירושה גבי נכסי צ"ב אלא בשהכניסה לו קודם אירוסין והו' סילק עצמו ג"כ קודם אירוסין דאלו אחר אירוסין לא מהני סילוק מירושה בנדוני' שכבר זכה בירושתה והוי כמו נשואה בנ"מ ואם לא הכניסה לו קידם אירוסין נמי לא מהני הסילוק לדעת הרשב"א והר"ן שהרי אין לו שום שייכות בגווייהו אבל כשהכניסה לו קודם אירוסין יש לו שייכות בגווייהו שהרי קיבל אחריותן ועדיין לא זכה בירושתן לכך יכול להסתלק אבל לפירות ולמכירה אפילו הכניסה לו קודם אירוסין כבר זכה ואינו יכול להסתלק מהן ולא משכחת לה אלא שסילק עצמו בעודה ארוסה ועדיין לא הכניסה לו זה נראה לי ודוק. (ולפ"מש שהעלה מארן לעיל סק"ו נלענ"ד דבנצ"ב לא משכחת סילוק מפירות ומכירה כלל דבתר דאכנסה לי' כבר זכה בהן ולא מהני סילק וקודם שהכניסה אין אדם מתנה על דבר שאינו ברשותו כדאי' בירושלמי והכא אין לומר שמסתלק מגוף האשה כמ"ש מארן לעיל לדעת הרא"ש דהתם בנ"מ הזכות בא לו ע"י האשה כמו שאמרו אם זכה באשה יזכה בנכסים מאותו זכות יכול להסתלק דכבר יש לו שייכות באשה דארוסה היא לו משא"כ הכא לענין נכסי צ"ב דזכי' באה לו ע"י קבלת

אחריותן אין לזכי' זו שום התיחסות עם גוף האשה כמ"ש מארן ז"ל דמדינא זכה בהן מחמת אחריותו איך יכול להסתלק מאותה זכי' קודם שבא לידו ולא מהני סילוק בנצ"ב אלא לדעת מהר"מ במרדכי דלא ס"ל כהרשב"א והר"ן אלא דיכול להסתלק אפילו בדבר שאין לו שייכות כלום ולפ"ז מהני הסילוק אפילו בנצ"ב בכל ענין בין קודם אירוסין בין אחר אירוסין רק קודם שהכניסה ודוק:)

ס"ק ח

ואפילו נכסים שנפלו לה אח"כ אינן בכלל כתב ב"ש ז"ל לכאורה קשה דלא משמע כן מרמב"ן ורא"ש והר"ן דהא תירצו קושי' הנ"ל מאי מהני סילוק לדינ' דמתני' וכתבו דמהני לנכסים שנפלו אחר הנשואין ובמתני' מיירי בסילוק סתם ולא התנה בפירוש על הנכסים שיפלו אח"כ וכן מוכח מתשו' מהר"מ שהביאו המרדכי והג"א דס"ל פירות הוי כנכסים שיפלו אח"כ א"כ איך הקשה שם ואימא מפירי סילוק נפשיה איך ס"ד דסילוק סתם מהני לפירי ואפשר לתרץ לדעת הרמב"ן והרא"ש שכתבו לדינא דמתני' דמכירה קיים בלא סילוק ואז מוכח דהסילוק קאי על הנכסים שיפלו אח"כ והוי כפירש בהדי' משא"כ בעלמא מיהו מתשוב' מהר"מ קשה עכ"ל:

והנה בתשו' מהר"מ מייתי ראי' דמהני סילוק עכ"פ במפרש לנכסים שיפלו אח"כ מדפריך בש"ס ואימא מפירי דה"ל דבר שלבל"ע ע"ש ובש"ס שפיר פריך ואימ' מפירי דכיון דלדינ' דמתני' נכסים שנפלו לה בעודה ארוס' בלא סילוק יכולה למכור וא"כ מאי מהני הסילוק וכקושי' התוס' והרא"ש וע"כ צ"ל דמהני הסילוק לנכסים שיפלו לה משנשאת וכמ"ש הרמב"ן והרא"ש ומשום דה"ל כמפרש וכמ"ש ב"ש בעצמו וא"כ כיון דמפרש לסילוק על דבר שלבל"ע פריך שפיר ואימא מפירי ומוהר"מ דלא מייתי ראי' דמהני סילוק לנכסים שיפלו לה אח"כ מהך קושי' גופה דאל"כ למה ליה הסילוק הא בלא זה יכולה למכור מדינ' דמתני' וע"כ הסילוק הוי לנכסים שיפלו אח"כ דמצי לדחויי דמתני' דהכא אתי' כאמרו לו וכמ"ש התוס' פרק האשה שנפלו ע"ש אבל בש"ס דמקשה ואימא מפירי ע"כ ס"ל דאין סברי' לומר דמתני' אתי' כאמרו לו אלא דסילוק מועיל להו לאותן נכסים שיפלו לה לאחר נשואין דה"ל כמפרש ולכך פריך שפיר ואימא מפירי וזה פשוט (וכ"ת אכתי היאך פריך בפשיטות ואימא מפירי לישני לי' דמתני' אתי' כאמרו לו ומועיל הסילוק לנכסים שנפלו לה כבר חדא דלא ניחא לי' לש"ס לאוקמי מתני' דלא כהנך תנאי דס"ל מכרה קיים ועוד נלענ"ד דהמעיין במהרי"ק שורש י"ג שם יראה דאתי עלה מדין יד בעה"ש על התחתונה והיינו שהי' הבעל טוען שלא כלל בסילוקו אלא נכסים שהיו לה ולא נכסים שיבואו לה וע"ז כתב כיון שפירש לא מצי טעין הכין ומיני' דאם

לא פירש אמרי' יד בעה"ש על התחתונה ולא סילק נפשי' אלא מנכסים שהיו לה ולכך פריך שפיר ואימא מפירי וע"ש בפירש"י שכתב ואימא מפירי מסלק נפשיה כו' והוא פחות שבכולן כו' ע"ש הרי דש"ס ג"כ מדין יד בעה"ש קאתי עלה ובהא מודה מהרי"ק דהיכא דעדיף לי' לפרש הסילוק על אותן נכסים שלא באו לידה אמרי' יד בעה"ש על התחתונה ונסתלק מפירי דוקא אף שעדיין לא באו לידה כיון דהכי עדיף ליה לבעל משא"כ בהא דמהרי"ק דעל אותן נכסים שבאו לידה כבר בודאי מפרשינין הסילוק אלא שבאת להוסיף עליו דאף מנכסים שיבואו לה סילק נפשיה להכי פסק מוהרי"ק דאם לא פירש אמרי' דנכסים שיפלו אח"כ אינן בכלל דיד בעה"ש עה"ת ודוק. כי נכון הוא:)

סעיף ג

ס"ק ט

כשאמר לה בעודה ארוסה דו"ד אין לי בנכסייך אם קנו מידו שם ר"פ הכותב איבעי' להו קנו מידו מהו אמר רב יוסף מדין ודברים קנו מידו ורב נחמן אמר מגופה של קרקע קנו מידו ופירשו הרי"ף והרמב"ם דקאי אארוסה וס"ל לרב נחמן דכיון דקנו מידו במקום דא"צ קנין ע"כ לטפויי אתי לסלק עצמו מכל הדברים. ורש"י ז"ל מפרש דקאי אבריית' דהאומר לחבירו דו"ד אין לי על שדה זו ובתוס' הקשו על פירש"י דמה מועיל שם הקנין שהרי למי מקנה אותה הלא לכ"ע מפקר לה ונראה לר"י דאנשואה קאי דאמרינן ידו כידה אי מהני לה שום קנין עכ"ל התוס' ע"ש והא דלא מפרש רש"י ז"ל דקאי אנשואה נלענ"ד לפ"מ דאיתא בנדרים ס"פ השותפין דף מ"ח ההוא גברא דה"ל ברא דהוי שמיט כיפי דכיתנ' אסרינהו לנכסים עליה אמרו ליה ואי הוי בר ברך צורב' מרבנן מאי אמר להו ליקני הדין ואי הוי בר ברא צורב' מרבנן ליקני' אמרי פומבדיתאי קני ע"מ להקנות וכל קני ע"מ להקנות לא קנה ורב נחמן אמר קנה דהא סודר' קני ע"מ להקנות הוא אמר רב אשי ומאן לימא לן דסודר' אי תפיס לא מיתפס ועוד סודרא קני ע"מ להקנות וקני מן השת' הלין נכסי דהדין לאימת קני לכי הוי בר בריה צורב' מרבנן לכי הוי הדר סודר למרי' ע"ש. והנה הכותב לנשואה דין ודברים אין לי בנכסייך וקנה מידו לא הוי אלא קני ע"מ להקנות דהא לא סילק נפשיה אלא למכירה שאם תהא מוכרת וניתנת יהא קיים ודוקא בדיעבד אם תמכור אבל לא לכתחילה וכמ"ש בתוס' וכ"כ ב"ש סק"א ע"ש אבל לא מפירות וירושה ואפילו לשיטת הרי"ף והרמב"ם דס"ל דקנין לטפויי אתי היינו דוקא בארוסה דלא בעי' קנין אבל בנשואה דצריך קנין לאו לאטפויי קאתי ויד בעה"ש על התחתונה ולא סליק נפשיה אלא ממכירה בדיעבד וכ"כ ב"י בבדק הבית וא"כ בקנין דנשואה כשאומר דו"ד אין לי בנכסייך לא נתן לה כלום והיא ג"כ לא זכתה כלום בשום

דבר רק שאם תמכור תהיה בדיעבד מכירתה קיימת ואין זה אלא כאומר קני ע"מ להקנות היינו ללוקח דידה ולכשתימצי לומר דרב נחמן לשיטתי' אזיל דס"ל קני ע"מ להקנות קני לכך ה"נ מהני:

אבל דרב אשי תקשי לן דהתם ס"ל דקני ע"מ להקנות לא קני, ובשמעתין א"ל רב אשי לאמימר בעורר אי בעומד למאי נ"מ לכדרב יוסף א"ל לא שמיע לי ע"ש ונהי דיש לומר דרב אשי לא קיבלה לדאמימר מ"מ בעומד פשיטא ליה דמהני ואמאי הא ס"ל לרב אשי דקני ע"מ להקנות לא קני לכך פירש רש"י ז"ל דקאי אברייתא בשותף דהוי קנין גמור ודוק:

סעיף ד

ס"ק י

הוסיף להתנות גם על הפירות שאמר לה דין ודברים אין לי בנכסייך ובפירותיהן כתב ב"ש ז"ל אינו אוכל פירות בחייה ומכרה קיים דהא אמר דו"ד אין לי בנכסייך אלא כשאומר דו"ד אין לי בפירות נכסייך אז מכרה בטל כ"כ תוס' דף נ' פ' נערה ועיין ב"י וב"ח מיהו בתוס' ב"ק דף פ"ח איתא אף בכותב דו"ד אין לי בנכסייך ובפירותיהן מכרה בטל עכ"ל וע"ש במ"ש בסתירת דברי התוס' ולענ"ד נראה דהא דכתבו התוס' בב"ק ליישב קושייתם לרבי יוחנן דס"ל קנין פירות כקנין הגוף למה ליה לתקנת אושא ותירצו דצריכי' לתקנת אושא היכ' דכתב לה דו"ד אין לי בנכסייך ובפירותיהן ע"ש ובכתובות דף נ' כתבו דצריך תק"א היכא דכתב לה דו"ד אין לי בפירות נכסייך דאם כתב לה דין ודברים אין לי בנכסייך ובפירותיהן א"כ מכרה קיים עכ"ל ונראה דהא ודאי דינא הוא דכי כתב לה דו"ד אין לי בנכסייך הרי סילק עצמו מן המכירה שיהא מכירה קיים אלא דהתו' בב"ק ס"ל דאע"ג דמסלק נפשיה שיהיה מכרה קיים אפ"ה בתר תקנת אושא שתקנו האשה שמכרה בנ"מ בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות ושתהא ירושתו קיימת ולא תוכל האשה להפקיע ירושתו ע"י מכירה ושיהיה דינו כלוקח ראשון גם סילוק לא מהני ומשום דשיטת תוס' דקי"ל כרשב"ג דאמר אם מתה יירשנה וכמ"ש בטור בשם ר"ת והר"י ע"ש בסימן ס"ט ובסימן זה:

ונראה דטעמייהו משום דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה ולכך אע"ג דסילק נפשיה בעודה ארוסה ואמר דו"ד אין לי בנכסייך אפ"ה אם מתה יירשנה משום דירושה דרבנן וגם תקנת אושא דרבנן וחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה ובחידושי הרא"ה ז"ל הביא שטת ר"ח דקי"ל כרשב"ג וז"ל ואיכא מ"ד דהיינו טעמא דר"ח דקסבר ירושת הבעל דרבנן וחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה ואע"ג דבדאורייתא

תנאו קיים הכא תנאו בטל כדאמרי' לעיל אליב' דר' יהודה וליתי' דלעיל נמי אמרינן אפי' לר' יודא דלא אמרי' האי טעמא אלא בכתובה משום דלכל יש כתובה אבל לא לפירות וירושה ודאי כפירות דכל היכא דאיכא ירושה איכא פירות עכ"ל וע"ש וכ"כ הרמב"ן דירושה כפירות דלא שכיח אמנם בתוס' ב"ב פרק חזקת דף מ"ט ד"ה וכדרב כהנא הקשו בהא דרב ס"ל דמירושה אינו יכול לסלק ומ"ש מפירות וז"ל וי"ל דשאני ירושה דנפלה קמיה דבעל דיורשי האשה כנכרים הם באותה ירושה לגבי בעל אבל הכא מנכסי מלוג יכול להסתלק שישארו ביד מי שהן עכשיו דהיינו ביד האשה ועוד מצינו לומר דלא עשו חיזוק אלא בדבר שיש לו שורש מן התורה אבל בדבר דליכא כותיה בדאוריית' לא עביד רבנן חיזוק א"נ פירות דלא שכיחי לא עביד כדאמרי' ריש אע"פ לכל יש כתובה ולא לכל יש פירות דלא שכיחי כמו ירושה דאין לך אשה שאין לה נכסי צאן ברזל שיורש הבעל דאפילו במשיאים יתומה תנן לא יפחתו לה מחמשים זוז הלכך ירושת צאן ברזל שכיח ולא פלוג רבנן בירושת הבעל דכל ירושות אין יכול להתנות אבל פירות דלא שכיחי דאיכא טובא דלית להו נכסי מלוג לא עשו חיזוק ע"כ וע"ש:

ובספר נתיבות משפט דף קס"ט הסיג על מ"ש רבינו ישעיה ז"ל מה ששאל השואל בלותה ואכלה ועמדה ונשאת הבעל יורש או לוקח הוי דהיינו דוקא בנכסי מלוג נסתפק אבל בנכסי צאן ברזל פשיטא דלוקח הוי וזכה מיד בגופן דהא קיימו באחריותן וע"ש שהשיגו ומוהרי"ק סימן י"ח סבירא ליה ג"כ כדעת רבינו ישעי' עיין שם ובנתיבות משפט השיג גם עליו וגם בתשו' מהרי"ן לב סימן ע"ב ח"א מפקפק על דברי רבינו ישעי' ז"ל ובשו"ת מנחת יעקב סימן ב' ג"כ כ' שדעתו כדעת בעל נתיבות משפט וז"ל שם וכן נ"ל פשוט מדברי הטור ר"ס צ"ו וכן הרמב"ם ושאר פוסקים שכתבו וז"ל הבעל יורש את אשתו בין נכסי מלוג בין נכסי צ"ב הרי דגם בנכסי צ"ב מקרי יורש לפעמים עכ"ל א"כ לפ"ז תקנת אושא דהבעל יורש את אשתו אפי' במכרה ושיוציא מיד הלוקח אם מתה שייכא גם בנכסי צ"ב וא"כ כיון דירושה שכיחא דאין לך אשה שאין לה נכסי צ"ב והוא נמי בכלל תקנת אושא וחכמים עשו חיזוק דבריהם יותר משל תורה וה"ה נמי בנ"מ לא מהני סילוק דלא פלוג וכמ"ש תוס' לענין ירושה ולכך אע"ג דמתנה ואומר דו"ד אין לי בנכסייך אפ"ה אם מכרה ונתנה ומתה הבעל מוציא מיד הלוקח ומשום תקנת אושא וסילוקו לא מהני דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה וירושה שכיחא דכל הנשים יש להן נצ"ב משא"כ פירות דלא שכיחי ואע"ג דגם בנכסי צ"ב יש לו פירות וא"כ נימא דגם פירות שכיחי דאין לך אשה שאין לה נצ"ב כבר כתבנו לעיל סק"ז דפירי דאכיל בעל בנצ"ב לאו מתקנת חכמים תחת פרקונה אכיל להו דהא בנכסי צ"ב אכיל

אפי' פירי דפירי ואי הוי מן התקנה הא אמרי' פירי דפירי לא תקינו לי' רבנן אלא מדינא אכיל משום דאחריותו עליו אבל בירושה הוא בנצ"ב יורש כמו בנ"מ ובשניהם התקינו באושא שיהי' לו דין יורש ודין לוקח דטבא לי' עבדו לי' היכא דאינהו אפסדו אנפשייהו הוי לוקח וביובל הוא יורש לטובתו ושוין בזה נצ"ב כמו נ"מ ומש"ה לא פלוג ולא מהני תנאו לסלק עצמו ממכירה אפי' בנ"מ ואם מכרה ומתה הבעל מוציא מיד הלוקח אע"ג שסילק עצמו משום דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה זה הנלענ"ד בשיטת תוס' ב"ק דף פ"ח:

(וצ"ע דלפ"ז אמאי נקטו תו' דכתב לה דו"ד אין לי בנכסייך ובפירותיהן דבנכסייך לחוד סבי דאי לאו תקנת אושא היתה מוכרת וקיים כמתני' דריש הכותב ועכשיו לאחר תקנת אושא לא מהני סילוק דחכמים עשו חיזוק ועוד ק' לי אפילו בלא הך סברא דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה ה"ל לתו' לאוקמי תקנת אושא בכותב לה דו"ד אין לי בנכסייך לחוד כיון דקי"ל יד בעל השטר על התחתונה לכך יכול הבעל לומר לא נסתלקתי רק בחייך שתהי' המכירה קיימת בדיעבד ולא אוציא בחיי' ולפירות אבל מתקנת אושא לא נסתלקתי ואם מתה מוציא מיד הלקוחות וגם לדיד דקי"ל כתקנת אושא קשי' לי במאי דפסקו הפוסקים בכותב לה דו"ד אין לי בנכסייך אם מכרה או נתנה קיים ומשמע אפילו מתה אינו מוציא מיד הלוקח ואמאי נימא דלא סילק נפשיה אלא בחיי' ולפירות דיד בעה"ש על התחתונה ועיין בש"מ שכתב בשם רש"י והריטב"א ושאר קדמונים דרב אשי לא פליג אדאביי דהכא יד בעל השטר על התחתונה כיון דזכות הבעל ברור. אלא דרב אשי מפרש דמגופיה דלישנא נמי מוכח שפיר ע"ש באורך ולא עת האסף עתה יצ"ט. אח"ז ראיתי בס' בית מאיר שהרגיש בקושייתי האחרונה וע"ש שהביא בשם הגאון בעל פ"י דהכא הוי כמו שובר דיד בעל השובר על העליונה כיון דמוחזק ונעלמו מעיני הגאונים גם שניהם דברי השטה בשם רש"י והריטב"א דרב אשי לא פליג אדאביי והכא לא דמי לשובר כיון דהחוב ברור וליכא ריעותא בלשון השטר ע"ש באריכות. ועוד נלענ"ד דאפילו לרב אשי דדייק בלישנא נמי שייך לומר בנכסייך ולא לאחר מיתה וכיון דלא סיל' נפשיה לאחר מיתה הרי נשאר בתקפו ולא הפסיד מתקנת אושא ואפשר ליישב לפמ"ש מארן ז"ל לעיל סימן נ' סקי"א ובקצה"ח סימן ק"ג דעיקר תקנת אושא הי' לדעת רש"י שיהי' קנין פירות דבעל כקנין הגוף נמצא כיון שמכרה ואיני יכול להוציא בחיי' לפירות כיון שסילק עצמו גם כשמתה אינו יכול להוציי' מיד הלקוחות שכבר הפסיד קנין פירו' שלו אמנם בדברי התו' א"א ליישב כן שהרי דעתם דתקנת אושא איני תלוי בפירות מדתירצו דאיירי בכותב לה דו"ד אין לי בפירותיך וכמ"ש מארן ז"ל שם

אלא דנראה דתו' לא ס"ל כרש"י והריטב"א אלא דרב אשי פליג אדאביי וס"ל דהכא לא אמרי' יד בעה"ש עה"ת וס"ל דדמי' לשובר וכמ"ש בש"מ בשם יש מי שסובר כן ע"ש וא"כ לדידהו לק"מ.) ושיטת תוס' פ' נערה דף נ' דכתבו באומר דו"ד אין לי בנכסייך ובפירותיהן דמכרה קיים וכן הוא שיטת התוס' ביבמות דף ל"ו ד"ה דאי ע"ש נראה דהוא כתירוץ הראשון בתוס' ב"ב שם דשאני ירושה דנפלה קמי' דבעל דיורשי האשה כנכרי' הם באותה ירושה לגבי הבעל כו' וא"כ במכרה ונתנה דזוכה הלוקח ונשארו ביד מי שהן עכשיו דהיינו ביד האשה כמו שהן עכשיו ביד האשה למכירה ונתינה מש"ה מהני סילוק דו"ד א"ל בנכסייך לענין שאם מכרה ונתנה קיים ואפי' מתה אינה מוציא מיד הלוקח ולא עשו חיזוק אלא אם לא מכרה ומתה דנפלה ירושה קמי' דבעל דיורשי האשה כנכרי' חשיבי לאותה ירושה ודו"ק היטב.

ס"ק יא

אבל מוכרי' הפירות ולוקחי' בהן קרקע ואוכל פריתיו זה היא דעת הרמב"ם פכ"ג מאישות והרא"ש כת' מדקאמר בדשיירא משמע דהדבר תלוי בה ואם תרצה תשייר אבל אין הבעל יכול לכופה ליקח בהן קרקע ע"ש וכ"כ הר"ן ע"ש. וליישב דברי הרמב"ם מש"ס דילן דאמרי' בדשיירא נראה לענ"ד דהנה האומר דו"ד אין לי בנכסייך ובפירותיהן סילק עצמו בתיבת בפירותיהן שלא יאכל הוא הפירות אבל יהיו נשארי' ביד האשה והם שלה כשאר נכסים ובמה שאמר בנכסייך סילק עצמו שתהא היא יכולה למכור נכסים ולא יוציאם הוא מיד הלקוחות וכיון שסילק עצמו מפירותי' והרי הם שלה ובכלל נכסיה כבר סילק עצמו שתהא יכולה למכור בנכסים לפ"ז ראוי מן הדין שתמכור פירותי' בלי שום מוחה שהרי במה שאמר ובפירותיהן נעשו נכסי האשה ובמה שאמר בנכסייך כבר התיר לה המכיר' בכל נכסים ואולי דעת הרמב"ם דאפי' לכתחלה יכולה למכור וליתן וא"כ הי' מהראוי שתוכל למכור וליתן ולכלות הפירות אלא אחר שנתבאר לעיל סעיף ב' דבסילוק סתם מנכסים אין כונתו אלא לנכסים שבאה כבר לידה אבל לא לנכסים שיבואו לידה אא"כ פירש בהדיא וכמו שפסק רמ"א בשם מוהרי"ק א"כ הפירות שלא באו עדיין לעול' אינ' בכלל נכסייך ולא נסתל' מהן שתהי מוכרת' (ואע"ג שפיר' בהדי' ואמ' בפירותיך אין בזה סילו' למכירה רק סילוק מאכיל' שלא יאכל הוא ויהיו שלה כשאר נ"מ שלה דיד בעה"ש על התחתונה וכיון שהם כשאר נכסים ובכלל סילוק בנכסייך לא באו כיון שלא היו בעולם בשעת סילוק א"כ אינה רשאה למוכרם כמו אותן נכסים שנפלו לה משנשאת כמ"ש רמ"א לעיל סעיף ב' ע"ש) וצריכה היא לשמור הפירות וליקח בהן קרקע שיאכל הבעל פירות דלא גרע מאלו נפלו לה נכסים משנשאת מש"ה ס"ל להרמב"ם

דמוכרי' הפירות ולוקחי' בהם קרקע והבעל אוכל פירותי' אמנם במשנתנו דאכתי לא הוו דנין כרבותינו שנמנו ולא כתקנת אושא אלא היו דנין בנכסים שנפלו כשהיא ארוסה וניסת מכירתה קיימת אפי' בלא סילוק וכקושית התו' והרא"ש וע"כ צ"ל כפי' הרמב"ן והרא"ש דסילוק מועיל לנכסים שנפלו משנשאת דה"ה כאילו פירש כן וכמ"ש הב"ש סק"י ועמ"ש לעיל סק"ח וכיון דבמתני' נכללו בפי' נכסייך נכסים שיפלו משנשאת א"כ ה"ה פירותי' הוו בכלל סילוק נכסייך דהא ה"ל כאילו פירש בהדי' לנכסים שיבואו לידה וכמו שמוכר' נכסים שנפלו לה משנשאת כך היא רשאה למכור פירותי' וכולם בכלל סילוק בנכסייך הן ומש"ה שפיר קאמר הש"ס בדשיירא דבידה למכור שהרי הסילוק הוא לנכסים שיבואו משום דנכסים שהיו בידה בשעת אירוסין לא בעי' סילוק מדינא דמתני' כמ"ש אבל לדידן השתא דאפי' נכסים שנפלו לה קודם שניסת קי"ל דמכרה בטל א"כ אין סילוק מנכסייך כולל רק נכסים שהיו לה ולא מה שעתיד להיות לה וא"כ גם פירותי' אינם נכללי' בכלל נכסייך ונשארו כשאר נ"מ שלה לכך יפה פסק הרמב"ם שלא תמכור הפירות ותאכלם אלא מוכרין הפירות ולוקחין בהן קרקע והבעל אוכל פירות כדין נכסים שנפלו לה משניסת ודו"ק כי נכון הוא.

סעיף ז

ס"ק יב

התנה עמה שלא יירשנה הרי זה לא יירשנה ודעת ר"ח דלא מהני תנאי שלא יירשנה וכרשב"ג במתני' ואע"ג דקי"ל מתנה עמ"ש בתור' בדבר שבממון תנאו קיים כתב הרשב"א ז"ל בחידושיו דשאני הכא דלא בא לעולם והרי הוא כמו שאמר לא אירש את אבא דלא אמר כלום וסמך על הירושלמי דגרסימן תמן ר' ירמי' בשם רב הלכה כרשב"ג ולא לענין דבריו הלכה כרשב"ג שאמר אם מתה יירשנה ולא לענין דבריו שאמר מפני שהתנה עמ"ש בתורה וכל המתנה עמ"ש בתירה תנאו בטל בתנאי גוף והכא בתנאי של ממון אנן קיימין ולמה אמרו תנאו בטל שלבסוף זכה בהם ופי' הרב ז"ל לאחר מיתתה הוא יורשה ואינו יכול לסלק נפשי' ממאי דלא אתי לידי' והרי הוא כמי שאומר לא אירש את אבא כך פי' רבינו וכל אילו דברי' לסייע לר"ח ז"ל אבל עיקר הדברי' כדברי הרב הגדול רבינו יצחק ז"ל דכיון דאוקימנא למתני' בגמ' דילן בכותב לה ועודה ארוסה לא דמי לאומר לא אירש את אבא אלא נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר אדם מתנה עליה שלא יירשנה כיון שעדיין אינו ראוי ליורשה מצי לסלוקי נפשי' מינה כו' ושמא ר' ירמי' בשם רב ס"ל מתני' בכותב לה משנשאת ובהא מסתבר טעמיה דלא מני סלוקי נפשי' אפי' בקנין דראוי ליפול הוא ועדיין אין לו אבל כיון דמוקי מתני' בכותב לה ועודה ארוסה

ודאי דמצי מסלק נפשי' מירושה כי היכי דמצי מסלק מגופא ומפירי אע"ג שלא באו לידו ומ"ש נחלה אלא מפני שהוא מתנה עמ"ש בתורה ואנן קי"ל תנאו קיים ומגמ' דילן מוכח דטעמא דמתני' ליכא לפרושי בהכי מדאקשינין מאי הלכה כרשב"ג ולא מטעמי' ואוקמינין דירושת הבעל מדבריהם וחכמי' עשו חיזוק לדבריהם כו' ואי ס"ד איתי' להאי טעמא ה"ל למימר הכא משום דלבסוף זכה בהם וכו' והאיך נסמוך על גמ' דידהו דפליג בהדי' אדילן כו' וע"ש. והנה מ"ש הרשב"א דבכותב לה ועודה ארוסה כי היכי דמצי מסלק נפשי' מגופה ומפירי ומ"ש נחלה כו' כבר כתבנו לעיל בסק"ג דיש לחלק בין ירושה לפירות ע"ש ומה שתמה הרשב"א ז"ל על הר"ח דמגמ' דילן מוכח דטעמא דמתני' ליכא לפירושי בהכי מדאקשינן מאי הלכה כרשב"ג ולא מטעמי' כו' ואי ס"ד איתי' להאי טעמא ה"ל למימר דהכא משום דלבסוף זכה בהם והיאך נסמוך על גמ' דידהו דפלוג בהדיא אדילן, ונראה לפמ"ש הרמב"ן במלחמותיו בטעמא דר"ח לפי שהבעל אין לו בנכסי אשתו קנין כלל בחיי' לפיכך אם כתב לה הבעל וסילק ידו מנכסים לאו כלום הוא וזה כגון הבן שסילק ידו מנכסי אביו שאם מת אביו בנו יורשו עכ"ל והיינו אע"ג דלפירות ולמכירה מהני סילוק משום דחשיב קצת שייכות דאע"ג דעדיין ארוסה היא מ"מ עומדת היא לינשא וכשתנשא ה"ל דידי' לפירות מש"ה ה"ל קצת שייכות ועיין בפרק האשה שנפלו בתוס' ד"ה סיפא אימר בזכותו נפלו שכתבו ז"ל דהכא בודאי לינשא קיימא דכל המארס דעתו לינשא הלכך לכתחלה לא תמכור עכ"ל אבל לירושה אפי' לאחר נשואין אין לו שייכות בהן דאין לו זכי' אלא לאחר מיתה ואפי' ירושת הבן לא מיקרי שייכות בחיי אביו וסילוק לא מהני אלא בדבר שיש לו שייכות וקצת זכי' וכמ"ש הרשב"א והר"ן דלא מהני סילוק קודם אירוסין מהאי טעמא. זהו המבואר מדברי הרמב"ן בטעמא דר"ח ז"ל דלא מהני סילוק לירושה:

ולפ"ז דרך תנאי גמור קודם קידושין או קודם נשואין שהוא כונסה על תנאי זה וכמ"ש הראב"ד (פ"ג) [פכ"ג] מאישות [ה"ז], א"כ ודאי מהני דהא אדם מתנה גם על דבר שלבל"ע רק סילוק שלא על דרך תנאי הוא דלא מהני ומשום (הסילוק) [דסילוק] אינו מועיל בדבר שאין לו שום זכי' כלל:

והנה במשנתינו דתנן הכותב לאשתו דו"ד אין לי בנכסייך לא מיירי בדרך תנאי אלא מדין סילוק, (וכן מבואר שם בתוס' ד"ה וכדרב כהנא ע"ש), וקאמר ת"ק דאם כתב לה דו"ד אין לי בחייך ובמותך אם מתה לא יירשנה רשב"ג אומר אם מתה יירשנה מפני שמתנה עמ"ש בתורה וכל המתנה עמ"ש בתורה תנאו בטל, ומדנקט רשב"ג מתנה עמ"ש בתורה ודאי הוסיף דאפי' דרך תנאי גמור תנאו בטל, לזה קאמר בירושלמי הלכה

כרשב"ג דאמר אם מתה יירשנה והיינו במאי דאיירי ת"ק שכתב דרך סילוק ולא דרך תנאי גמור בהא הלכה כרשב"ג ולא לענין דבריו שהוסיף דאפי' בתנאי גמור תנאו בטל מפני שהתנה עמ"ש בתורה דזה דוקא בתנאי גוף והכא בתנאי של ממון אנן קיימין ולמה אמרו תנאי בטל, כלומר לסילוק גרידא קרי לי' תנאי בטל משום דלבסוף זכה בהם, אבל במה שאמר רשב"ג דמתנה עמ"ש בתורה תנאו בטל ומשמע דאפי' הי' תנאי גמור בקידושין או בנשואין הוא בטל, בזה אין הלכה כמותו רק במה דקאי על ת"ק היינו בסילוק גרידא דקרי לי' תנאי ולא תנאי גמור וכל שאינו בתנאי גמור סילוקו בטל שלבסוף זכה בהם וכמ"ש:

ובש"ס דילן דנקט רב הלכה כרשב"ג ולא מטעמיה משמע דהלכ' בכל דבריו ואפי' דרך תנאי גמור ולא מטעמיה לכך לא מצי למימר בש"ס דילן טעמא לפי שלבסוף זכה בהן דבדרך תנאי גמור לא שייך האי טעמא דיכול להתנות על דבר שלבל"ע בתנאי גמור ואיהו הא קאמר הלכה כרשב"ג ולא מטעמיה משמע דבכל דבריו הלכה כמותו רק לא מטעמיה להכי הוצרך בש"ס לפרש בענין אחר ודו"ק:

ומ"ש הרשב"א דר' ירמי' בשם רב מוקי למתני' בכותב לה משנשאת ובקנין לכאורה קשה דהא בש"ס דילן דמקשה וכי כתב לה הכי מאי הוי מקדים לי' תני ר' חייא האומר, ופי' הר"ן דהביא ראי' דלא נימא דמיירי בתוס' בקנין לכך הביא הא דר' חייא והבאתיו סק"א, וא"כ היכי מוקי לה בנשאת ובקנין כיון דתני ר' חייא האומר:

ולכן נראה דר' ירמי' דמוקי לה בנשאת לאו בקנין מוקי לה כיון דתני ר' חייא האומר אלא דטעמא הוא דמהני סילוק למכור ולפירות משום דהן הן הדברי' הנקנין באמירה וס"ל להירושלמי דאפי' אחר נשואין נקנין באמירה וכדאיתא שם בירושלמי ר"פ אע"פ ע"ש שמבואר הטעם לפי שרוצה הוא ליתן כמה שלא תחזור בה ואמרי' ויכולה היא אמרי כן מעיקא לי' ומשבק לה וע"ש, ומש"ה מוקי לה כשנשאת ובאמיר' בעלמא ואע"ג דנשואה ידו כידה נקנה היא באמירה ואפ"ה מירושה כיון דאינו נותן לה כלום אלא שמסלק עצמו מירושה וכיון דכבר זכה בה לירושה תו לא מהני סילוקו ובש"ס דילן מוקי לה בעודה ארוסה, ולא מצי לאוקמי בנשואה דידו כידה ובאמירה אינו נקנה לדידן אלא דוקא קודם קדושין (כ"ש) [כמו שאמרו] עמדו וקדשו עמדו ונשאו אבל לאחר נשואין לא נקנין באמירה ובקנין ליכא לאוקמי דהא תני ר' חייא האומר ודו"ק:

ס"ק יג

אבל אם התנה עמה אחר שנשאה תנאו בטל, ובמשנה למלך פכ"ג מאישות (ה"א) כתב לשיטת התוס' דמהני סילוק משום דהוי דרבנן א"כ הי' נראה לכאורה דאף בנשואה

מועיל סילוק הירושה כיון דהוי דרבנן וכ"ת כיון דהוי נשואה הוי ידו כידה, הא ליתא דבשלמא לפירות שעתיד לזכות בחיי' חשיב כאילו זכה בהם כיון דהוי ידו כידה ולא מהני סילוק, אבל ירושה שאינו זוכה אלא לאחר מיתה לא חשיב ידו כידה וכן נראה מדברי הר"ן שכתב וירושת אשתו לאחר שנשאת לירושת אביו דמי' כו', תיפוק לי' דבירושת אשתו איכא טעמא אחרינא דידו כידה, אלא ודאי דטעמא דידו כידה לא מהני אלא למה שזוכ' בחיי' כו'. אבל התוס' דלא ס"ל האי טעמא מדנתנו טעם לירושת אביו משום דהוי מן התורה משמע דאי לאו האי טעמא הוי מהני סילו' משום דלא חשיב כאלו זכה, א"כ ירושת אשתו דהוי דרבנן אפי' אחר שנשאה מהני וזה הי' סברת רב אלפס כפי מה שהבין רבינו ז"ל מדבריו וכמ"ש הרה"מ בפרקין אך סברא זו היא דחויה מכל הפוסקים וכולהו ס"ל דלאחר שנשאת לא מהני סילוק וחלקו על רבינו במה שהבין הוא מדברי הרי"ף ז"ל כו' אם לא שנאמר דטעמא דידו כידה מהני אפי' לירושה ולפ"ז הי' נראה דמהני קנין כו' ומיהו אפשר דקנין לא מהני לירושה כו' נהי דחשיב כאלו זכה לענין דלא מהני סילוק אבל לא חשיב כאלו זכה לגמרי לענין שמועיל קנין ע"ש:

ואפשר לומר דהשתא בתר דתיקון תקנת אושא ועשאו לבעל כלוקח משעה שנשאה א"כ גם לירושה הוי ידו כידה כיון דזכה למפרע בחיי' וכמו בפירות, וזה לדעת הרא"ש והטור דס"ל בסי' צ' דאף בחייה הבעל מוציא מיד הלקוחות גוף הקרקע בלא דמי' ע"ש, לכך אינו יכול לסלק עצמו בדברים. מיהו לדעת הרמב"ם דס"ל דדוקא אם מתה אז הבעל מוציא הגוף מיד הלוקח אבל בחיי' לא, א"כ לא חשיב ידו כידה לענין ירושה ולכך ס"ל להרמב"ם דיכול להסתלק, ועדיין הדבר צריך תלמוד:

ס"ק יד

ומכל מקום אם מחייב עצמו להחזיר ליורשי' מה שיורש ממנה צריך לקיים, והוא בר"ן פ' הכותב [מב, א מדפי הרי"ף] בשם הרמב"ן דהא דאיתמר בירושלמי אין מיתת בלא בני תיהדר לבי נשא תנאי ממון הוא וקיים משכחת לה בכותב לה ועודה ארוסה אבל לאחר שנשאת לא אא"כ מחייב עצמו להחזיר ליורשי' מה שיירש ממנה ע"ש:

ונראה דאיכא נפקותא בין מסלק בעודה ארוסה מירושתה ובין מחייב עצמו להחזיר ליורשיה, כגון שמכרה ומתה דאיכא תקנת אושא שהבעל מוציא מיד הלוקח, דבמסלק בעודה ארוסה דאין הבעל יורש כלל אלא יורשי האשה יורשין אותה והם אין מוציאין מיד הלוקח כמו מכר האב דאין הבן מוציא מיד הלוקח דתקנת אושא לא היתה אלא לבעל ולא לשאר יורשין, משא"כ במחייב עצמו לאחר שנשאת להחזיר ליורשים מה שיירש ממנה א"כ הבעל יורש כדינו שהרי לא סילק עצמו מירושה רק קיבל ע"ע חיוב

ליתן ירושתו ליורשי' א"כ הבעל מוציא מיד הלוקח כיון שהוא יורש את אשתו הרי הוא לוקח ראשון בתקנת אושא, רק הוא צריך ליתן אח"כ הכל ליורשי האשה מצד חיובו שנתחייב הוא להם:

ובתשו' מהרי"ט ח"א סי' ל"ח שם בענין שטר חזרה שהתחייב הבעל להחזיר ליורשי האשה, ובחיי' נתנה היא הכל לבעלה במתנה גמורה, והעלה שם דאין ליורשי' אלא מה ששיירה וזו לא שיירה שהרי נתנה הנכסים לבעלה במתנה דאף היא יכולה למכור וליתן במתנת בריא שאין להם ליורשים אלא מה שתשייר ע"ש:

ולפי מ"ש נראה כיון דמדין תקנת אושא אם מכרה לאחר הבעל מוציא מיד הלוקח כיון שהוא לוקח ראשון והוא חייב להחזיר ליורשי' מצד חיובו שנתחייב, א"כ ה"ה אם נתנה לבעלה במתנת בריא כיון דהבעל לוקח ראשון משעה שנשאת אין המתנה חל כלל דכבר הוא שלו ומחויב הוא להחזיר ליורשי' כמו שהתחייב בעצמו ודו"ק (ו):

[1] [הגהה מחתן המחבר - ולכאורה צ"ע לפ"מ שביאר מארן ז"ל לעיל סי' צ"א סק"ה דטבא לי' עבדו לי' והיכא דאיכא פסיד' לתרוויהו אוקמוהו אדיניה ולכך ביובל הוי יורש משום פסידא דידיה, וא"כ ה"נ נימא משום פסידא דידה הוי יורש וחיילא מתנתה ואין ליורשיה אלא מה ששיירה וכמ"ש מהרי"ט, וצ"ל דכיון שאם היתה נותנת או מוכרת לאחרים היה הבעל מוציא מדין לוקח ראשון לא פלוג רבנן ואפלו מוכרת לבעל עצמו אמרי' לוקח ראשון הוא וכמ"ש תוספות והרמב"ן ס"פ י"נ לגבי נחבל הביאם מארן ז"ל סי' צ"א סק"ה ע"ש, ואכתי צ"ע]:

עוד כתב מהרי"ט בתשו' הנ"ל והוכיח דמה שמתחייב הבעל להחזיר ליורשי' לא הוי חיוב כלל דא"כ הרי הקנה לנולדים כגון יורשיה שאין עכשיו בעולם מי לא מהני תנאה ולא יטלו חלק ירושתם דהא קי"ל דאין אדם מקנה דשלבל"ע ואפילו לר' מאיר דס"ל אדם מקנה דשלבל"ע, לדבר שלבל"ע ודאי לא כו'. עוד כתב שם לפי מ"ש הר"ן פ"ק [דגיטין ו, א מדפי הרי"ף] שטעמו של הרמב"ן דס"ל אפי' כתב משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דיכול למחול משום דלא מצי לאשתעבודי למי שאינו מבורר דבדאורייתא אין ברירה, והר"ן חילק לומר כיון שאין ברירה של א' פוסל את של חבירו ויכול הוא להשתעבד לכולם בחוב בזה אחר זה כגון שב"ח ימחהו אצל אחרים ואחרים לאחרים אבל זה שהוא משתעבד למי שראוי ליורשה מן הדין בשעת מיתתה זה אינו מבורר כי מי שהוא קרוב עכשיו שמא באותו שעה לא יהיה בעולם ותחזור ירושה לאחרים רחוקים ובהא בודאי ברירתו של האחד פוסלת האחר שאינו משתעבד אלא למי שיהיה קרוב באותו שעה ובכה"ג אין ברירה, כהא דתנן הריני שוחט את הפסח על מי שיעלה מכם

ראשון לירושלים כו', אלא ע"כ אין תנאי זה הקנאה של בעל אלא תנאו של אשה שהיא מתנה בשעה שמכנסת לו הנכסים על מנת זה כו' וע"ש:
והנה לפי דברי מהרי"ט אלו שטר חזרה לאחר שנשאת אינו כלום, חדא משום דמקנה לנולדים ואין מקנה לדבר שלבל"ע, ועוד דאין ברירה ולא מהני אלא תנאי בשעת נישואין דיכול אדם להתנות אפילו בדבר שלבל"ע ואם לא יקיים התנאי יהיו הנשואין בטלין, ואם כי נראין דברי מוהרי"ט וטענותיו בריאות וטובות, אמנם מה נעשה שהם נגד דברי הרמב"ן שכתב להדיא דאחר נשואין מהני כשמחייב עצמו להחזיר ליורשיה והובא בריב"ש סימן צ"ד וסימן ק"ב ע"ש ולפמ"ש מהרי"ט אינו כלום כיון דלא הוי תנאי בשעת נשואיולכן נראה דר' ירמי' דמוקי לה בנשאת לאו בקנין מוקי לה כיון דתני ר' חייא האומר אלא דטעמא הוא דמהני סילוק למכור ולפירות משום דהן הן הדברי' הנקנין באמירה וס"ל להירושלמי דאפי' אחר נשואין נקנין באמירה וכדאיתא שם בירושלמי ר"פ אע"פ ע"ש שמבואר הטעם לפי שרוצה הוא ליתן כמה שלא תחזור בה ואמרי' ויכולה היא אמרי כן מעיקא לי' ומשבק לה וע"ש, ומש"ה מוקי לה כשנשאת ובאמיר' בעלמא ואע"ג דנשואה ידו כידה נקנה היא באמירה ואפ"ה מירושה כיון דאינו נותן לה כלום אלא שמסלק עצמו מירושה וכיון דכבר זכה בה לירושה תו לא מהני סילוקו ובש"ס דילן מוקי לה בעודה ארוסה, ולא מצי לאוקמי בנשואה דידו כידה ובאמירה אינו נקנה לדידן אלא דוקא קודם קדושין (כ"ש) [כמו שאמרו] עמדו וקדשו עמדו ונשאו אבל לאחר נשואין לא נקנין באמירה ובקנין ליכא לאוקמי דהא תני ר' חייא האומר ודו"ק:ן וההקנאה מצד הבעל לא מהני מידי. ונראה לענ"ד ליישב דברי הרמב"ן דקאי אמאי דאתמר בירושלמי אין מיתת בלא בני' תיהדר לבני נשא כו' אא"כ מחייב עצמו להחזיר ליורשים מה שיירש ממנה דהכא לא הקנה לנולדים כלומר ליורשים שלא באו עדיין לעול' דלאותו יורש שהוא עכשיו קרוב קודם לירושה והוא בחיי' בשעת החיוב לו הוא מתחייב והוא זוכה באותו חיוב מעכשיו ולאחר מיתתה ואם מת זה ונולד יורש אחר הנה זה הוא שבא מכח היורש הראשון שהוא מורישו של זה ושהיה בחיים בשעת החיוב דסדר נחלות משמשות ויורש בקבר להנחיל ליורשיו נמצא דלעולם זה שהי' קרוב קודם לירושה והי' חי בשעת החיוב הוא שזכה מעכשיו באותו החיוב שחייב עצמו הבעל והנולד אח"כ הוא יורש את מורישו שהוא הזוכה הראשון שהי' חי בשעת התחייבות הבעל. ובזה סרה גם קושי' שני' של מהרי"ט מהא דאין ברירה דהכא כבר הוברר היורש בשעה שנתחייב הבעל ואף אחר שמת זה ונולד אחר אותו השני בא מכח הראשון כאמור אלא דלפ"ז היינו דוקא לפי הגי' דירושלמי דקאי עלי' הרמב"ן דאמר לה אין מיתת בלא

בנים תיהדר לבי נשא וא"כ היורש הקרוב קודם הוא מבורר עתה וכל מי שיבא אחריו על כרחך הוא בא מכח הראשון שהוא מורישו. אבל היכא דהתנה הבעל סתם להחזיר ליורשים משכחת לה שיהיו יוצאי חלצי' יורשין אותה וכגון שיש לבעל בני' מאשה אחרת ואיכא נפקותא בהכי ואותן הבני' אינן עכשיו בעולם ויולדו אח"כ ועתה יורשים המבוררים הם אבי' ואחי' ולכשתמות יירשו בני' והם אינם באים מכח אבי' רק מכחה דא"כ היתה הירושה חוזרת לאחי אמו וא"כ ה"ל שפיר הקנה לנולדים זהו הנראה לענ"ד בענין זה ודו"ק ועמ"ש בספרי קצה"ח סימן ר"ג סק"ג בשם תשו' מהרי"ט וצ"ע:

סעיף ח

ס"ק טו

התנה עמה אחר נשואין הרמב"ם ז"ל כתב בטעם דלא מהוי תנאי שאחר נשואין משום דכתיב לחוקת משפט והיינו דוקא אחר נשואין אבל עודה ארוסה יכול להסתלק משום דאז עדיין אינו יורש ולא שייכא גבי' לחוקת משפט וז"ל הרמב"ם פי"ב מאישות התנה עמה אחר שנשאה שלא יירשנה תנאו בטל ואע"פ שירושת הבעל מדברי סופרים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה וכל תנאי שבירושה בטל שנאמר בה לחוקת משפט ובשאר דברים תנאו קיים כגון שהתנה עמה ע"מ שאין לה עליו שאר כסות ועונה ע"מ שלא יאכל פירות נכסי' וכל כיוצא בזה תנאו קיים עכ"ל והראב"ד כתב וז"ל ומה צורך לחוקת משפט והיאך אדם יכול להתנות על דבר שלבל"ע ואיך יאמר לאביו או לא' ממורישיו דין ודברים אין לי בנכסייך אחר מיתתך ואין אדם מקנה מה שאין לו בו שום זכות עכ"ל ונראה דהרמב"ם נקט האי טעמא דחוקת משפט להשמיענו דאע"פ שקידשה על תנאי גמור או כנסה על תנאי גמור שלא יירשנה תנאו בטל דאי משום דשלבל"ע הא קי"ל דאדם מתנה על דשלבל"ע אלא דהכא תנאו בטל משום דכתי' לחוקת משפט ואפשר דאפילו קדשה על תנאי גמור שלא יירשנה תנאו בטל ואע"ג דבעודה ארוסה יכול להסתלק מירושה אפשר דדרך תנאי בשעת קידושין גרע טפי ולא מהני. אבל שטת הר"ן הוא דלא מהני סילוק מירושה אחר שנשאת משום דהוא ראוי לירש בכל שעה ומה"ט נמי אין הבעל יכול להסתלק מירושת אביו. ולפ"ז נראה לכאורה האידנא בתר תקנת שו"ם דשנה ראשונה אין הבעל יורש את אשתו עדיין יכול להסתלק בשנה ראשונה שהרי עדיין אינו ראוי לירש וה"ל כמסלק בעודה ארוסה אמנם אחר העיון נראה דגם בתר תקנת שו"ם הבעל יורש כדינו תיכף אחר שנשאת אך התקנה של חכמי שו"ם הי' שיחזיר הבעל חלק ירושתו וא"כ כיון דבאמת ה"ל יורש לא מצי מסלק נפשיה שלא יירש אא"כ מחייב עצמו להחזיר ליורשי' וה"ה אם עדיין לא בא הנדוניא ליד הבעל דאינו יורש לדעת ר"ת מ"מ לא

מהני סילוק לאחר שנשאת דה"ל כמו סילוק מנכסים שעדיין לא נפלו דלא מהני סילוק וכמבואר באשר"י ר"פ הכותב ועמ"ש לעיל סק"ו

ס"ק טז

סילק עצמו מנכסי אשתו ר"פ הכותב אמר רב הלכה כרשב"ג ולא מטעמי' מאי הלכה כרשב"ג ולא מטעמיה כו' ורב סבר תנאו קיים והא אתמר האומר לחבירו ע"מ שאין לך עלי אונאה רב אמר יש לו עליו אונאה וכתבו תו' ד"ה וסבר רב ז"ל ואע"ג דבפ' הזהב מוקי רב נפשיה אפילו כר' יהודא דע"כ לא קאמר ר' יודא התם אלא דידעה ומחלה הכא מי ידע דמחיל הכא ליכא לשנויי הכי דה"נ לא ידע דמחיל שהרי אינו ברור לו שהיא תמות בחייו שמא הוא ימות בחיי' עכ"ל. ויש לעיין לפמ"ש בס' קצה"ח סימן רכ"ז סק"ט גבי אונאה דלא ידע דמחיל היינו דוקא לענין אונאה שנתאנה לוקח יוכל לחזור לתבוע אונאתו אע"ג דמחיל ומשום דלא ידע דמחיל ולכן צריך המוכר להחזיר המקח או ליתן לו אונאתו אבל בשתות דקנה ומחזיר אונאה אין הלוקח יכול לתבוע האונאה ושיהי' המקח קיים דכיון דהי' תנאי יכול המוכר לחזור בו ממקחו כיון דלא מכר אלא על דעת שימחול לו האונאה וכשהלוקח חוזר ואומר דלא ידע דמחיל א"כ יחזור המקח כי לא התנה עמ"ש בתורה דהא התנאי הי' שימחול ואם אינו רוצה למחול חוזר המקח וע"ש וא"כ הכא בדרשב"ג דאמר כל המתנה על מ"ש בתורה תנאו בטל דמשמע דהיה דרך תנאי גמור בשעת קידושין או בשעת כניסה א"כ כיון שהכניסה הי' על תנאי שלא יירשנה היכי מצי ירית לה ואי משום דלא ידע דמחיל א"כ כיון דאין המחילה קיימת ולא נתקיים התנאי יהיה המעשה בטל דאנן ס"ל דבדבר שבממון תנאו קיים וטעמא דלא ידע דמחיל לא מהני אלא דיכול לחזור בו א"כ כיון שהמעשה היה על תנאי זה כי הדר בי' בתנאי' יבטל המעשה. ואפשר כיון דאין תנאי בחופה כדאי' פ' המדיר דף ע"ד דמקדש על תנאי וכנסה או בעל סתם אחולי אחיל לתנאי' וטעמא משום דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות והאי טעמא שייך נמי באשה א"כ אע"ג שיירשנה בעלה מחלה לתנאו ודו"ק. ומיהו לפמ"ש הרשב"א דסוגיא דהכא ס"ל בפלוגתא דרב ושמואל באונאה דמיירי במפרש ורב כר' מאיר כי היכי דליקו שמואל כר' יהודא ולא תיהוי ברייתא תיובתי' ע"ש א"כ ניחא בלא"ה שפיר ודו"ק.

ס"ק יז

על תנאי הראשון הוא מחזירה תשו' הרשב"א סימן תתקס"ב ע"ש ונראה דדוקא בסילוק ועודה ארוסה שהין הנשואין ע"מ שלא יירשנה מש"ה אמרי' גם בכניסה שני' על דעת תנאי הראשון החזירה אבל אם היה הסילוק אחר הנשואין והיינו ע"י חיוב שהתחייב בעצמו להחזיר ליורשי' מה שיירש ממנה ע"י נשואי ראשונים בזה נראה דלא שייך על

תנאי הראשון הוא מחזירה כיון דזה לא היה בשעת כניסה כי אם אח"כ מתנה הוא דיהיב להו ליורשי' (ועוד דלא שייך לומר על תנאי הראשון הוא מחזירה אלא בתנאים שבינו לבינה ולא מה שבינו לבין אנשים אחרים:) מיהו נראה דהא עדיפא היכא שהתחייב להחזיר מה שירש ממנה ומחוייב הוא להחזיר מכח התנאי הראשון ואין אנו צריכין לומר שהיו הנשואין על תנאי הראשון דדוקא גבי סילוק בעודה ארוסה דאינו אלא מסלק נפשיה שלא יירש אותה ושלא יזכה באותן נשואין בירושתה ועמ"ש לעיל סק"ו א"כ אי לאו דעל תנאי ראשון כנסה היה זוכה בכניסה זו בירושתה דלמאי דסליק נפשיה סליק והיינו בכניסה ראשון ולמאי דלא סליק לא סליק והיה זוכה בכניסה שניה ומש"ה הוצרכו לומר דכניסה שניה היתה ג"כ ע"ד תנאי הראשין שלא יזכה בירושה אבל במחייב עצמו להחזיר ליורשיה מה שיירש מאשתו אין לנו נפקותא אם הוא זוכה בנשואין הראשונים או באחרונים דבמה שגירשה לא נתבטל חיובו הראשון להחזיר מה שיירש ממנה אלא שלא היה יורש כלום אבל אחר שכנסה ואיכא ירושה מחייב להחזיר ליורשיה מחמת החוב שנתחייב כבר להחזיר ליורשיה מה שיירש ממנה והרי הוא יורש אותה ודו"ק:

ס"ק יח

היא מחזירה בתשו' גאוני בתראי סימן ט"ז כתב ז"ל אלמן נשא אלמנה וקודם חופה סילקה לו מה שהבטיחה לו אך השאירה לנפשה סך קצוב שיהיה לה לבדה ולא יהיה לו חלק בו וקנה קנין על זה ואחר הנשואין בא אבי האלמנה לב"ד שיתן לה כתוב וחתום שאין לו חלק בזה ואותו האיש הוא עם הארץ אינו בקי בדיני' וטען ואמר אף שהקניתי בק"ס לא אתן לך כתוב וחתים מה דינו של דבר זה תשובה אלמן זה שסילק נפשו קודם הנשואין ודאי לא הוי סילוק דהא דהבעל יכול לסלק א"ע מנכסי אשתו היינו כמ"ש הר"ן פ' הכותב והרשב"א בתשובה סימן תתק"ס דהיינו דוקא אחר אירוסין דשייך בהו ופשוט הוא דאף קנין לא מהני כו' ולענין סילוק פירות מצד אחר נראה דהדין עם האשה דיש לדמות דבר זה להא דהאשה שנפלו דף ע"ט במאי דמסיק בשטר מברחת דעשאום כנכסים שאין ידועים לבעל ואליבא דר' שמעון ופירש"י דסבר שהמתנה גמורה וה"נ כן הוא דהוא סובר שהסילוק טוב הוא ואפילו בעת בואו לפנינו וכבר פסקו התו' והרא"ש בשם ר"ת והטור הלכה כר' שמעון. ע"כ הדין עם האשה ומחויב ליתן לה כתוב וחתום כי סתם קנין לכתיבה עומד עכ"ל וחתי' על תשו' זו הגאון בעל ט"ז. ולענ"ד הדבר תמוה כיון דבנכסים שאין ידועים אם נודעו לו זכה מיד בפירות משעה שנודע לו וא"כ איך יכופו שיתן כתוב וחתום בשביל שאינו יודע והיום או מחר יתודע לו ע"פ בקיאים בדיני' שאין סילוקו דקודם החופה כלום ויהיו נכסים ידועים ולהשיא עצה לאשה שתמכור או

תתן הנכסים לאחר אסור גם בנכסים שאין ידועים ולא תמכור לכתחלה וכמבואר בגמ' ובטור וש"ע סימן צ' שלא יפסיד הירושה וכיון דאין לה למכור והיום או מחר יתודע לו ויהיו נכסים ידועים היאך יכופו לזה שיכתוב ויחתום לה שטר סילוק. ועוד אפילו בקנין אם מוחה מלכתוב אין כותבין בע"כ וכמבואר בח"מ סימן ל"ט סעיף ד' ע"ש ואפי' למ"ד התם דכופין אותו לכתוב היינו היכא דהוי קנין טוב המועיל אמרינין סתם קנין לכתיבה עומד אבל קנין דקודם אירוסין דאין בו ממש היכא נימ' בהא סתם קנין לכתיבה עומד וצ"ע ועיין סמ"ע סימן ל"ט סק"א. מיהו לפי מ"ש הרא"ה בפ' האשה שנפלו דף ע"ט גבי מברחת דאמרו בש"ס עשאום כנכסים שאין ידועים לבעל ואליב' דר"ש. ז"ל עשאום כנכסים שאין ידועין דכי היכי דחזינין לר' שמעון דקסבר בנכסים שאין ידועין דלא תקון רבנן לבעל בהני פירות ואילו זבינהו הרי הן מכורין ה"ה נמי להני כיון דגלי דעתיה קודם שנשאת דלא בעי דזכי בהו בעל לא זכה בהן אפילו אחר שידע בהן עכ"ל ע"ש. (הג"ה וכ"כ בשטה מקובצת שם בשם הרשב"א וז"ל ע"כ נראה לי דהכ' אע"פ שלא קנינהו לוקח אפ"ה לא קנינהו בעל דלא תקנו לו נכסים שלא ידע בהם בשעת כניסה כי היכי דלא תקינו ליה בנכסים שאין ידועים לו ואע"ג דנפלו לה תחתיו דבעל והיה בדין שיזכה בהן הבעל כמו שהוא זוכה בידועים דזו אשתו וזו אשתו אלא שהקילו בדבר דכל שלא ידע בהם לא תקינו ליה כו' ה"נ דכותיה הקילו בנכסים שהבריחה היא קודם שתכנס לו שלא יזכה בהן בעל כלל כו' ע"ש) וא"כ ה"נ כיון דשיירה לנפשה שיהיו לה לבדה ולא יהיו לבעל חלק בהן א"כ גלי' דעתייהו דלא בעי' דזכי בהו בעל ומש"ה אפילו אחר שידע הבעל דאין בסילוק זה כלום מ"מ ה"ל כמברחת דאפילו אחר שנודע לבעל לא זכה בהן ועמ"ש בסימן צ'. אמנם בזה שכתב בתשו' גאוני בתראי שהוא מחויב ליתן כתוב וחתום דסתם קנין לכתיבה עומד לענ"ד נראה דאין כופין אותו בזה כיון דאין הקנין מועיל אין אומרים בו סתם קנין לכתיבה עומד אלא הב"ד נותנין לה כתוב וחתום שאין לבעל בהם פירות אבל יירש אותה כדין נכסים שאין ידועי' בסימן צ' ודו"ק:

סימן צג

סעיף א

ס"ק א

וה"ה מה שקיבל בנדוני' ודעת בעל העיטור הובא במישרי' נכ"ג ק"י דנדוני' ניתנה לגבות מחיים אלא שכתב עליו במישרי' בשם הרשב"א וז"ל אין דעתי נוטה כך שכולן מכניסות לבעל שלא יפרעו ממנו אלא באלמנות או בגירושין ועוד מספר כתובה נלמוד

שכוללין נדוני' ותוספת יחד ואינו מחלק בזמן פרעון עכ"ל וע"ש. ולענ"ד נראה להביא ראיה לדברי הרשב"א דנדוני' נמי לא ניתנה לגבות מחיים מהא דאית' פרק החובל דף פ"ט אמר רב אידי בר אבין אף אנן נמי תנינא מעידין אנו באיש פלוני שגירש את אשתו ונתן כתובתה והרי היא תחתיו ומשמשתו ונמצאו זוממין אין אומרין ישלמו כל כתובתה אלא טובת הנאת כתובה ואיזוהי טובת הנאת כתובתה אומדין כמה אדם רוצה ליתן בכתובתה של זו דאם נתארמלה או נתגרשה ואם מתה יירשנה בעלה ואי ס"ד ליתא לתקנת אושא אמאי יירשנה בעלה תזבין כתובתה לגמרי אמר אביי אם אמרו בנכסי מלוג יאמרו בנכסי צ"ב ע"ש בסוגי' ואי נימא דנצ"ב ניתנו לגבות מחיים א"כ יכולה היא לגבות ממנו לאלתר ולעשותן נכסי מלוג ובנכסי מלוג תזבין לגמרי אע"כ מוכח דגם נדוניא אינה נגבית מחיים. אמנם ליישב גם דעת בעל העיטור דלא תקשי ליה מהכא דהא יכולה לגבות הנדוני' מחיים ונעשין נ"מ ותזבין לגמרי נראה לפמ"ש לעיל סימן צ' ס"ק י"ח בהא דקשי' לן היכי מוכח הכא דאית' לתקנת אושא דהא אפילו קודם תקנת אושא שלא היה הבעל מוציא ירושתו מיד הלקוחות מ"מ לכתחלה לא היתה רשאה למכור וכמבואר במשנה ר"פ האשה שנפלו ומבואר שם בר"ן בהא דר' שמעון מחלק בין נכסים ידועי' לנכסים שאין ידועין דבאין ידועין לכתחלה לא תמכור ובדיעבד מכירה קיים ובידועים מכרה בטל וכתב שם הר"ן דבשאין ידועין אע"ג דאין לבעל פירות כיון דיורשה אינה רשאה למכור לכתחלה להפסידו ירושתה וכיון דלכתחלה לא תמכור א"כ מאי פריך ותזבין כתובתה לגמרי דהא אינה רשאה למכור לכתחל' לגמרי וכיון שכן אינו בדין שישלמו העדים עבור זה אע"ג דבדיעבד מכרה קיים מ"מ כיון דמדינ' אינה רשאה למכור לכתחלה לא מפסדי לה עדים במה שלא תוכל למכרן כיון דדינ' הכין הוא שלא תמכור וע"ש שהבאתי ראיה לדבר זה דכל היכא דלכתחלה אין רשאי למוכרו לא מקרי מזיק אע"ג דבדיעבד מכרה מכר ע"ש ותירצנו שם לפמ"ש בתוס' שם ד"ה אמר רב אידי דעיקר קושי' היא דהוי ליה לתנא לאשמועינן ריבוי תשלומין ולדינא דמתני' בנכסים שנפלו לה קודם שנתארסה מוכרת לכתחלה ע"ש ר"פ האשה שנפלו וא"כ שפיר פריך אי ס"ד לית' לתקנת אושא לאשמעינן תנא ריבוי תשלומין כגון דנפלו לה קודם שנתארסה דמצי מזבין לגמרי ואפי' לכתחלה מוכרת ע"ש בסימן צ' סקי"ח לזה שפיר קאמר אביי אם אמרו בנכסי מלוג יאמרו צ"ב משום דבנכסי צ"ב אינה יכולה למכור לגמרי ואם תאמר תגבה אותן מחיים ויעשו נכסי מלוג ותוכל למכרן לגמרי זה אינו שאם תגבה אותו עכשיו ויהיו נעשין נ"מ הוי ליה נכסים שנפלו לה משנשאת דהא מעיקרא בתורת נכסי צ"ב הוו להו גביה דבעל ולא היו ברשותה למכור לגמרי ועכשיו כשגובה

אותן ונעשו נ"מ השתא הוא דנפלו לה נ"מ ואינה רשאה למכור לכתחלה וכל שאינה יכולה למכור לכתחלה אין זה היזק ואין העדי' משלמין לה ודו"ק:

ס"ק ב

מה שקיבל בנדוי' וכן מבואר בחי' הרשב"א פרק האשה שנפלו דף פ"א וז"ל הא דאמר אביי אח אני יורש אשתו אין אני קובר הכי קאמר כי תקינו רבנן קבורה ה"מ לבעל דמינה קא ירית דשוי' רבנן כיורש דידה אבל אחיו אומר אין אני יורש מכתובתה כלום כשם שאיני יורש נכסי מלוג שלה ומה שאני איני פורע לה כתובה ומשום דלא ניתנה לגבות מחיים לא היא ולא נכסי צ"ב שבה דתנאי הכתובה ככתובה דמי ע"ש וכן מוכרח לשיטת תוספות דמפרשי הסוגי' לענין נכסי צ"ב וכן נראה מדברי הרמב"ן במלחמות פ' החולץ ע"ש. וקשה בהא דכתב בנמוקי יוסף פ' האשה שלום בפלוגת' דב"ש וב"ה דסברי ב"ש תנשא ותטול כתובתה כו' והלא מספר כתובה נלמוד שכך כתב לה לכשתנשאי לאחר טלי כתובתך וז"ל שם כתב הריטב"א בשם רבו ז"ל שאין מדרש כתובה זה אלא לענין מנה ומאתים שהוא בכל הנשים מתקנת חכמים אבל לא לגבי תוספת וכ"ש לגבי נכסי צ"ב ואע"פ שאמרו בפרק אע"פ דף נ"ה תנאי כתובה ככתובה דמי' אין זה אלא לענין דברים הנפרטים שם מה דפרישׁ לה התם וכמו שפי' ר"י ז"ל עכ"ל ונראה ליישב לפי מ"ש בשטה מקובצת פ' נערה דף נ"ג גבי ארוסה דאין לה קבורה דאין אני קורא בה כשתנשאי לאחר וכתב שם ז"ל וז"ל הריטב"א שאין אני קורא בה כשתנשאי כו' ואיכ' דקשי' ליה דהא בית הלל לית להו מדרש כתובה זה כדאית' לקמן במכלתין כו' ויש מתרצין דב"ה לית להו מדרש כתובה ליפות כחה בכך כגון אשה שבא ע"א שמת בעלה שנשאת ואינה גובה כתובת' לב"ה אבל הכא שהוא להורע כחה שלא תגבה אפילו ב"ה מודו עכ"ל וא"כ ה"ה בתוס' כתובה ונצ"ב לא דרשינן מדרש כתובה ליפות כחה כמו לב"ה לענין כתובה עצמה אבל לגרוע כחה דרשינן ממשמעות לשון שלא תגבה אלא כשתנשא לאחר וכן נראה מדברי הב"ש לעיל סימן י"ז ס"ק קכ"ט דכתב המדרש כתובה לא דרשינן לתוספת כתובה ובמים שאין להם סוף דהיורשין יורדין לנחלה ואפ"ה אינה גובה כתובתה כמ"ש שם ס"ק ק"ז בשם הרמב"ם והראב"ד והיינו משום דלא קרינן בה לכשתנשאי לאחר ואינה גובה לא עיקר ולא תוספת כתובה ולא צ"ב אע"ג דמדרש כתובה לא קאי אלא על עיקר כתובה ע"ש. והיינו משום דלגרוע כחה לאו משום מדרש כתובה קא אתינן עלה אלא משמעות הלשון הכי משמע שהרי בית הלל לית להו מדרש כתובה ואפ"ה לגרוע כחה מהני ודו"ק:

ס"ק ג
ועיין לעיל סו' ס"ו סעיף י"א שם מבואר דיש דברים שהנדוני' כמו כתובה ויש דברים שאין דינו ככתוב' ועיין לקמן סימן ק' ובב"ש שם כתב בח"מ סק"א וז"ל ומעוברת ומיניקה ותוך ג' חדשים למיתת הבעל אע"כ שאסורה להנשא מ"מ נוטלת כתובה מיד דקרינן בה לכשתנשא לאחר כשיגיע זמן הקצוב עכ"ל ע"ש. ובשלטי גבורים פ' האשה שנפלו כתב וז"ל היבמה אין לה רשו' לגבות כתובתה מנכסי בעלה עד שלא תחלוץ מן היבם לפי שעדיין יש ליבם בה קצת אישות כל זמן שלא תחלוץ ממנו כו' ויש מן הגאוני' אומרי' שאף המניקה שמת בעלה אינה ראוי לגבות כתובתה כל ימי מניקת' שאינה ראוי' לינשא ואין אני קורא בה לכשתנשא' לאחר כו' ולפי דבריהם אפי' כל אשה שצריכה להמתין ג' חדשי' אינה יכולה לגבות כתובתה תוך ג' חדשי' ולי נראה דכל אשה ראויי לגבות כתובתה מיד כשתתאלמן או תתגרש אלא אם זקוקה עכ"ל. ונראה להביא ראי' דתוך ג' חדשי' גובה כתובתה מהא דתנן פ' מי שמת דף קנ"ה נפל הבית עליו ועל אשתו יורשי הבעל אומרים האשה מתה ראשון יורשי האשה אומרי' הבעל מת ראשון ב"ש אומרי' יחלוקו וב"ה אומרי' נכסים בחזקתן כתובה בחז' יורשי הבעל כו' והשתא קשי' למה לי' בכתובה לאוקמי אחזקה תפוק לי' דאפי' מת הבע' ראשון לא קרינין בי' לכשתנשאי לאחר דהא מתה תוך ג' חדשי'. ואין לומר דבית הלל לא דרשי לכשתנשאי לאחר ביבמות דף קי"ז ועיין תוס' פ' האשה שנפלו דף פ"א ד"ה מאן שמעת לי' ע"ש דהא ב"ש דאמרי יחלוקו קאי נמי אכתובה וכמ"ש תוס' שם דף קנ"ה ד"ה נכסים בחזקתן מדקתני יחלוקו סתמא ולא קתני יחלוקו עם יורשי האב ע"ש ואמאי יקחו יורשי האשה כלו' הא לא קרינין בי' לכשתנשאי לאחר כו' לכן נראה עיקר דתוך ג' חדשי' אי נמי מניקה ומעוברת גובה כתובתה אלא דבח"מ נראה דטעמו משום דראוי' להנשא לאחר זמן. ולענ"ד נראה דאפי' היכא דגם לאחר זמן לא תנשא נמי אית לה כתובה וכמ"ש הר"ן פ' נערה גבי קטלנית וז"ל וא"ת דהא אמרי' לקמן דכל היכא דכל קרינין גבה לכשתנשאי לאחר תטלי מה דכתוב ליכי לית לה כתובה והא נמי הא אסורה לינשא יש לומר דלא ממעטינן מהאי לישנא אלא כל היכא דאגיד' בי' משום לתא דידי' אי נמי אם מתה שאי אפשר לה לינשא כלל אבל כל היכא דלא מיעכב' מחמתי' כיון דתפסי בה קידושין ונשואין לכשתנשאי לאחר קרינין בה עכ"ל והיינו נמי טעמא דתוך ג' חדשי' ומניקה ומעוברת דלא אגידה גבי' כלל ולאו משום לתא דידי' אלא חכמי' גזרו עלי' או משום הבחנה או משום סכנת הולד וכל זה הוא עיכובא בלאו מבעל וכמו בקטלנית דקרינין בה לכשתנשאי כו':

סעיף ג

ס"ק ד

ויכולין הב"ד לתקן כתב ב"ש ז"ל חוץ מג' חדשי' הראשוני' אינן לסלק הכתובה שם בריב"ש סימן ק"ז והטעם משמע הואיל והיא אסורה להנשא מחמתו יש לה מזונות בע"כ לפי"ז ה"ה כל היכא דאסורה מחמתו א"י לתקן ולהפסיד לה מזונות עכ"ל נראה ביאור דבריו כיון דאנן קי"ל כאנשי גליל אלא דב"ד יכולין לתקן על דרך תקנת אנשי יהודא והיינו דוקא היכא דאינה אסורה מחמתו אבל היכא דאסורה מחמתו אין הב"ד יכולין לסלקה לגרוע זכותה אבל לאנשי יהודא ולהפוסק' דפסקו כוותייהו אפי' תוך ג' חדשים הראשוני' אף דאסורה מחמתו כל שמסלקין לה כתובתה אין לה מזונות ובפ' החולץ דף מ"א יבמה ג' חדשי' הראשוני' ניזונות משל בעל וכתב שם רש"י ז"ל ניזונת משל בעל שכן כתב לה את תהא יתבא בבי' ומיתזנא מנכסי כל ימי מיג' ארמלותך עכ"ל והרי מבואר דאפי' תוך ג' חדשי' הראשוני' נמי אינה ניזונת אלא משום דכן כתב לה כו' א"כ לאנשי יהודא דאין כותבין כל ימי מיגר ארמלותך אלא כל זמן שהיורשין ירצו לסלק אין חילוק ואין לה מזונות אפי' ג' חדשי' הראשוני' אלא כשמסלקין לה כתובה אין לה מזונות ודו"ק

סעיף ד

ס"ק ה

ואפי' אם תנשא הבת כתב ב"ש ז"ל כבר כתבתי בשם מוהרי"ק כל הסוגי' שם איירי בנכסי מלוג אבל בנכסי צ"ב הוא לוקח גמור כו' ואיני יודע למה לא פירשו האחרוני' דאיירי בנכסי מלוג עכ"ל ועמ"ש בסימן א"א סק"ז דאפי' בפירות בחיי' ובנב"ב אע"ג דודאי לוקח הוי אפ"ה אלמנתו נזונת מהן וע"ש מילתא בטעמא:

סעיף ט

ס"ק ו

אבל בחייו יש לה מזונות זו היא שטת רש"י ז"ל פ' נערה דף י"ג במימרא המוחלת כתובתה לבעלה אין לה מזונות ופירש"י לאחר מיתה משמע בחייו אית לה מזוני ועיין ב"ש שכתב וז"ל למ"ד מזוני דאורייתא יש לומר דלא הפסידה מה שזכתה מן התורה ולמ"ד דרבנן מ"מ לאו מתנאי כתובה היא בחייו וע"ש ועיין בר"ן שם שכתב ג"כ דבחייו לאו מתנאי כתובה היא אלא תחת מעשי ידי' ע"ש (וכ"כ הרא"ש בפסקיו שם וכ"כ בשטה מקובצת בשם הריטב"א ז"ל דדוקא מזוני דאחר מיתה הוי תנאי כתובה ומזוני דמחיים הוי כשאר חוב ע"ש אלא דהריטב"א מפרש מימרא דר' אלעזר לענין מזונות דבחייו ולכך

פסק כרב חסדא דיש לה מזונות ומה שהקשה מרן ז"ל מהא דיבמות דקאמר מזוני תנאי כתובה נינהו כו' אע"ג דבחייו נלענ"ד דיש בכלל מאתים מנה ר"ל מזונות דבחייו מלבד שהוא מחויב מצד האישות שביניהם מדאורייתא או מדרבנן הנה הי' תנאי ב"ד שכל זמן שהיא יושבת ואגידה גבי' אע"ג שיפסוק האישות שביניהם יהא חייב לזונה ובזה המין מהחיוב נכללה האלמנה כל זמן שיושבת לכבודו וכן בחייו כל זמן שאינה נשאת לאחר מחמתו חייב לזונה מאותו תנאי ב"ד ומה"ט ס' מגורשת ניזונת משל בעלה ואע"ג שנפסק האישות שביניהם כגון באשת כהן שאסורה לו להחזיר מ"מ כיון דמחמתו היא מעוכבת מלהנשא חייב במזונותי' מתנאי ב"ד וכמו שפירש"י ע"ש וכן הדין בכהנת שנשבית ופדאה ועדיין לא גירשה אע"ג דבטל האישות שביניהם עדיין חייב מתנאי ב"ד כיון דאגידה גבי' לפ"ז א"ש דמוחלת כתובתה לבעלה נהי דתנאי כתובה נמחל עם הכתובה עדיין חייב לזונה בחייו מדין אישות וכמ"ש הרא"ש והר"ן והתם באלמנה לכה"ג דקאי עלה בעמוד והוצא ואנן מבטלין האישות שביניהם אלא שמעוכבת אצלו מחמת שהוא במדה"י ולא גירשה עדיין לכך אמרי' מזוני תנאי כתובה היא. ובזה יובן היטב מאי דצריך לשנויי בהלך למדה"י ועיין בנימוקי יוסף שם ודו"ק) וביבמות דף פ"ה בעא מיני ר' אלעזר מר' יוחנן אלמנה לכה"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט יש להם מזונות או אין להם מזונות ה"ד אילימא ביתבא תותי' בעמוד והוצא קאי מזוני אית לה אלא לא צריכא שהלך הוא למדה"י ולותה ואכלה מאי מזוני תנאי כתובה נינהו מדאית לה כתובה אית לה מזוני או דלמא כתובה דלמשקל ולמיפק קאי אית לה מזוני לא דלמא תעכבא גבי' ע"ש מבוא' להדי' דגם בחייו קרי למזוני תנאי כתובה וצ"ע כעת.

ס"ק ז

וכן אם מחלה ליתומי' אבדה מזונותי' עיין בר"ן פ' נערה שמביא ירושלמי אמר שמואל המוחלת כתובתה ליורשין יש לה מזונות משום משיב רעה תחת טובה ומשמע דפליג אגמרא דידן וע"ש דמסימן דלא פליגא דההיא דפ' הנושא אתי' כאנשי יהודא שהרשו' ביד היורשי' להגבותה כתובתה ולהפסידה מזונותי' וכיון שכן כשמוחלת להם אבדה מזונותי' דאל"כ יכולה לכופם במזונותי' שתמחול להם כתובתה ע"ש (וכן הביא בש"מ בשם הריטב"א בשם י"א ע"ש) וראיתי בס' הפלאה שכתב עלה דאינו מובן דהיאך יכולה היא למחול בע"כ של יתומי' אם לא ירצו אמנם כבר כתבתי בס' קצה"ח סימן פ"ו סק"י דמוחל חובו עיקרו מצד המלוה ולא מצד הלוה כלים ע"ש וגם מכאן ראי' דודאי יכול המלוה למחול חובו אפי' בע"כ של הלוה ודוקא מתנה ליתי' בע"כ של המקבל דהא

צריך שיזכה המקבל את המתנה והוא אינו רוצה מכות אבל מחילה תכף משמחל נפקע החו' ואפי' בע"כ של הלוה וז"ב

סעיף יג

ס"ק ח

אין לה מזונות אלא עד כדי כתובתה זה דעת הרי"ף פ' אלמנה ועיין בס' הזכות פ' אלמנה שם הביא שכן דעת רוב הגאוני' ז"ל ע"ש ויש לעיין בהא דאמרי' פ' הנזקין דף נ' בטעמא דאין מוציאין למזון האשה מנכסים משועבדי' משום דאינו קצובי' ולפי שטה זו הרי יש להן קצבה למעלה שאין המזונות יותר מכדי כתובתה ולפי מ"ש תוס' פ' נערה דף נ' ד"ה ומאי עלי' גבי מזונות דאין גובין משעבדו האחין אע"ג דיש להם קצבה למעלה עד בגר כיון שאין קצובין למט' דאפש' שתנשא קוד' לא חשיבי קצובין ע"ש וא"כ ה"נ אע"פ דמזון האשה יש לה קצבה למעלה דאינן ביתר מכדי כתובה אבל אין להן קצבה למטה דאפשר שתנשא או תתבע כתובתה ודוק ועמ"ש סימן צ' סק"א

סעיף יד

ס"ק ט

ואם הי' בידה משכון עיין ב"ש סקכ"ה לפי מ"ש הפרישה דהנכסים בחזקת' יותר ממשכון קשה לפי"ז למה אמרי' אם שהתה שתי שנים הפסידה מזונות וכשיש בידה משכון לא הפסידה ע"ש. ונראה דאע"ג דנכסים בחזקתה מ"מ הי' לה לתבוע וכיון שלא תבעה משך שתים או שלש שנים מחלה וכשיש בידה משכון לאו משום דמוחזקת היא אינה תובעה דגם במוחזקת אמרי' הי' לה לתבוע אלא טעמא אחרינא איכא בגווה לפמ"ש תוס' פ' אלמנה דף צ"ו ד"ה ור"י סבר ז"ל וא"ת מאי יפוי כח הוא השתא דקאמרה הכל מכרתי למזונות ולא אבדה וכי אין זו אונאה דשקר הוא שגם לכתובה מכרה וי"ל מאי טעמא שהתה שתי שנים או שלש אבדה מזונותי' מדלא תבעה א"כ מחלת' והכא ליכא למימר הכי דאיכא למימר דלא חששה לתבוע משום שיכולה לומר הכל מכרתי למזונות עכ"ל וא"כ במשכון נמי במשך שתים ושל' שני' אי אפשר שלא הי' שעה חדא שלא ראו המשכון בידה והיתה יכולה לומר החזרתי מש"ה לא חששה לתבוע ואותה שעה חשי' כתביעה א"כ לא שהתה שתי שני' בלא תביעה

סעיף טז

ס"ק י

על היתומי' להביא ראי' או תשבע שבועת היסת והיינו משום דאלמנה מוחזקת בנכסים ועדיף ועיין ב"ש ואיכא למידק מ"ש בהלך למדה"י דפוסקין לה מזונות ולא חיישי' לצררי

וטעמא נמי משום דנכסים בחזקתה משום דשוה לשמואל הלך למדה"י לשמעו בו שמת ומוכרת שלא בב"ד כמ"ש לעיל סימן ע' וכמ"ש הרה"מ דכל שמוכרת שלא בב"ד ה"ל נכסים בחזקתה וכמבואר אצלינו לעיל סימן ע' ע"ש ואפ"ה כשבא הבעל ואמר פסקתי לה מזונות כלומר שטוען ברי הנחתי לך מזונות קודם שהלכתי נאמן בהיסת וכמבואר לעיל סימן ע' דאם לא לותה ולא מכרה והבעל אומר הנחתי לך מזונות והוא אומרת לא הנחתי נשבע שבועת היסת שהניח לה ונפטר ומ"ש גבי יורשין דטוענין ג"כ ברי שנתנו לה מזונות ואמאי אינן נאמנין בהיסת והלענ"ד בזה דגבי בעל כשבא ואמר הנחתי לה מזונות אמרי' דנכסוהי דבר אינש אינן ערבי' בי' וכל דלא מצי גבי מיני' דלוה לא גבי מערב וכיון דהבעל לפנינו שהוא עיקר הבע"ח וטוען ברי פרעתי הוא נאמן לגבי שיעבוד גופו ומש"ה גם בנכסים אין לה כלום כיון דשיעבוד הגוף שעל הבעל שהוא הלוה יפקע דהם מהימן לגבי שיעבוד גופו שהרי הוא מוחזק בשיעבוד גופו לכך גם הנכסים אע"ג דהוו בחזקתם מ"מ אינן אלא מדין ערב וכל שאינו יכול לגבות מן הלוה אינו גובה מן הערב לכך אינה גובה גם מנכסים משא"כ שלא בפני הבעל קודם שבא אמרי' נכסים בחזקתה כיון שאין הלוה כאן אבל ביורשין שהם אינם הלווים שהרי מזון אלמנה חוב הוא אצל הבעל וכיון דעל הנכסים הוא נקראת מוחזקת תו לא מהימני היורשין בברי כיון דגופם לא אשתעבד שהרי אינהו לאו לווים דידי' נינהו אלא דיורשין את הנכסים והרי האלמנה מוחזקת בנכסים ולא אמרו דהבעל נאמן כשטוען ברי אלא משום דאיהו גופי' אשתעביד דהוא הלוה וטוען ברי וכיון דמהימן לאפקועי שיעבוד גופיה ממילא אינה גובה מנכסים ואע"ג דבעלמא שנים אומרים לוה ושנים אומרים לא לוה דלא מפקינין מיניה ואי תפיס אידך מהני ולא אמרי' כיון דמלוה גופיה לא מצי גבי דהא הוא מוחזק בשיעבוד גופו מנכסים נמי לא גבי דהתם גבי תפיסה טוען המוחזק דלוה גופיה חייב לו אלא שכופר לכך מחזיק לו הנכסים שהוא תופס בהם ממש אבל באשה לאו תפיסה ממש הוא אלא שאמרו חז"ל שיהיה לה דין מוחזק בספיקות ולא אוקמו' אלא בנכסים ממש ולא על הלוה שהוא הבעל ומש"ה כשבא ואמר פרעתי בברי ונפטר הלוה שהרי לגבי דידי' לא החזיקו' ממילא אין לה בנכסים שאינן אלא מדין ערב אבל ביורשין אומרים נתננו שהם אינם הבע"ד דהא חוב דבעל הוא וא"כ אין כאן תביעה אלא על הנכסים וכבר אוקמו' החכמים לאלמנה למזונות בחזקת הנכסים לספיקות מש"ה לא מהני ברי דיורשין ודו"ק.

סעיף יח

ס"ק יא

אלמנה שאין שטר כתובה יוצאה מתחת ידה עיין ב"ש שהעלה בשיטת הרמב"ן והרשב"א והרא"ש דס"ל כיון דלמזוני נכסי בחז' אלמנה קיימי היא לא באה להוציא ואין עלי' שבועה אלא אגב שתשבע על הכתובה תשבע על המזונות ע"ש ובטעמא דהרמ"ם דס"ל דצריך שבועה על המזונות אע"ג דנכסים בחזקתה גבי אלמנה וגבי הלך למדה"י אינה צריכה שבועה כבר מבואר אצלינו לעיל סימן ע' ע"ש. ומבואר מדברי ב"ש דלכל הספיקות היא מוחזקת וכ"כ בס"ק כ"א ע"ש והנה מדברי תו' פ' אלמנה דף צ"ו ד"ה נכסי בחזקת אלמנה קיימי מבואר דעיקר טעמא דנכסים בחזקתה אינו אלא משום דמוכרת שלא בב"ד ובכתובה אע"ג דמוכרת נמי שלא בב"ד כיון דמיד שנפרעת נסתלקה לא מקרי מוחזקת אבל במזונות לעולם יש לה מזונות עד שתפרע או תתבע כתובתה הלכך הוי נכסים בחזקתה טפי למזונות עכ"ל וא"כ היכא דאי' ספק אם מגיע לה מזונות וא"כ אינה מוכרת וגם להבא אין לה מזונות שהרי ספק הוא אם מגיע לה תו לא הוי מוחזקת ולפי מ"ש ב"ש בשיטת הרמב"ן והרשב"א והרא"ש צ"ל דלכל הספיקות אפי' אם ספק לנו אם מגיע לה מזונות כלל נמי מוחזקת היא וא"כ ע"כ טעמא לא הוי כמ"ש תו' משום דמגיע לה עכ"פ להבא נמי אנו מסופקין אלא ע"כ דדינא הכא הוא דחז"ל עשו אותה מוחזקת שבכל הספיקות יהי' ידה על העליונה וכן צריכין אנו לומר לשיטת הרי"ף והגאונים דס"ל דאינה יכולה למכור למזונות יותר מכדי כתובתה הובא לעיל סעיף י"ג וא"כ תו ליכא למימר כסברת התו' לחלק בין מזונות לכתובה משום דגם המזונות קצובין הן כדי כתובתה ואחר שנפרעת נסתלקה שלא למכור עוד בנכסים ובע"כ צ"ל דדינא הכי הוא דלמזונות מוחזקות היא לכל מילי דספיקי. והא דאמרי' בספ' מגורשת דאין היורש' חייבין במזונותי' משום ספק דשמא גרושה היא ולא אמרי' דלמזונות היא מוחזקת לכל מילי דספיקי היינו משום דלא עשאו' מוחזקת אלא לאלמנה אבל זו שמא אינה אלמנה כלל ואפשר דדוקא היכא דהוי אלמנה ודאית ושייכא ודאי בתקנת מזונות אלא שהספק הוא ממקום אחר אם נפרעתאו אם הפסידה מחמת תביעה וכיוצא בזה הוי היא מוחזקת אבל באנוסה נהי דהיא אלמנה ודאית מ"מ היא גופה ספק אם שייכא לתקנת מזונות כלל ואפשר דלא תקנו לה מזונות כלל ולא שייך כלל לומר שהיא מוחזקת בנכסים ודו"ק.

סעיף כ

ס"ק (יט) [יב]

אבל אם נתן מתנת שכ"מ עיין מ"ש בקצה"ח סימן רנ"ג סק"א.

ס"ק (כ) [יג]
אם אין כאן בני חורין עיין מ"ש בס' קצה"ח סימן קי"א סק"א.

ס"ק (כא) [יד]
הקדיש נכסיו הוי כמתנת בריא כתב ב"ש וז"ל ואם הקדיש בחליו עיין בח"מ סימן ר"ן דאין הקדש עד אחר מיתתו לפ"ז נראה דניזונת מהם והיינו אם הקדיש כל נכסיו עכ"ל והתם טעמא משום דבש"ס עלה בתיקו הקדיש אם חזר או לא לכך אם חזר מן ההקדש לא מפקינין מן היורשין מספיקא וע"ש בסימן ר"ן וא"כ הכא לענין מזונות אין האלמנה יותר מוחזקת מן ההקדש ומספק אינה ניזונת מיהו לפמ"ש ב"ש לעיל ס"ק כ"א וס"ק כ"ט דאלמנה מקרי מוחזקת לכל הספיקות ע"ש א"כ ה"נ כמו אם חזר אין מוציאין מיד היורשין מספיקא ה"ה דאלמנה ניזונת מהן אפילו לא חזר כמו שניזונת ממתנת שכ"מ כיון דספק הוא והיא נקראת מוחזקת אמנם לדעת הרא"ש דס"ל התם בפ' מי שמת דהקדיש אינו חוזר משום דאומדנא אינו ברור וההקדש ודאי ואין ס' מוצי' מידי ודאי ע"ש א"כ ה"נ אין האלמנה ניזונת כיון דההקדש חל מחיים ואינו חוזר ואפילו הקדיש קדושת דמים אינה ניזונת אע"ג דכתובה ודאי נגבית מקדושת דמים דדוק' קדושת הגוף הוא דמפקיע מידי שיעבוד ולא קדושת דמים מ"מ הכא לענין מזונות דאינה גובה ממשעבדי ולא גרע הקדש מהדיוט וכי היכי דלא גבי' מלקוחות לא גבי' מקדושת דמי' וב"ש שכתב ז"ל ואפילו הקדיש קדושת דמי' אינה גובה הכתובה ע"ש ואינו נראה לענ"ד דכתובה שפיר גובה כמו שגובה מן הלקוחות אלא מזונות הוא דאינה גובה וכמ"ש (הגה"ה ואולי יש איזהי ט"ס בדברי ב"ש שהרי סיים וכתב כו' אבל אם הקדישה היא קדושת דמים אינו מפקיע מידי שיעבוד ע"כ הרי דס"ל ג"כ דקדושת דמים לא עדיף מלוקח וע"ש) ועמ"ש בס' קצה"ח סימן ר"ן סק"ו דאם הקדיש מחיים אף דאינו חוזר ואינו בתורת מתנת שכ"מ מ"מ אין היורשין צריכין לקיים נדרו וע"ש וא"כ אלמנתו ניזונת מהן כיון דההקדש אינו חל על הנכסים אלא על הנודר והקדשות שלנו אינו אלא לעניים וכמ"ש בש"ע ח"מ סימן צ"ה וא"כ אינו אלא נדר וכשמת אין היורשין חייבים לקיים נדרו ושפיר אלמנתו ניזונת מהן

ס"ק (כב) [טו]
מיהו אם נתן המטלטלין לאחרים אפילו במתנת שכ"מ י"א דאינה ניזונת מהן כתב בדרכי משה ז"ל ובמרדכי פ' נערה האריך בזה וכתב דמהר"ם ס"ל דניזונות אפילו ממתנת בריא ויש סוברים דאפילו ממתנת שכ"מ מטלטלין אינה ניזונת אפי' אחר תקנת הגאונים שתקנו שכתובה נגבית ממטלטלין וע"ש עכ"ל והמעיין שם במרדכי יראה שכתב שם ז"ל משם הבי' ר"ב ראיה דמתנה לאינש אחריני מפקעת מזונות האשה בחייו ומזונות

האלמנה כו' וכיון דמקבל מתנה אלים מירושה דאורייתא דתנן אין מוציאין למזון האשה והבנות כו' דמקבל מתנה הוא בכלל משועבדים הלכך דלמ' כי תקינו הגאונים לגבות כתובת אשה ממטלטלין הני מילי מירושה וכ"ש ממתנת שכ"מ דרבנן אבל לא ממקבל מתנת בריא וגם ר"ת פי' כפי' ר"ח בב"ב דמתנת בריא מפקעת שיעבוד גמור כמכר וגם ר"ח ורשב"ם שוין בדבר בפ' יש נוחלין ר"י בר שמואל וכן באביאסף וכן פסק הר"מ בתשובתו וכן נראה למורי בס' המיימוני ורבינו יצחק בר' בר' ברוך פסק דאפילו במתנת בריא לאינש אחריני לא מפקעה שיעבוד כתובה ודקדק מדר"ת דכתב דאהני מאי דכתיב בכתובה נכסין דאית להון אחריות כו' לגבות מטלטלין ואהני דלא כתב אגב שלא לטרוף מן הלקוחות ודוקא לוקח זכה שהוא כמו בע"ח מאוחר שגבה דקי"ל בערכין דכ"ע מה שגבה גבה במטלטלין אבל מקבל מתנת בריא אין מפקיע מידי שיעבוד של מטלטלין ורבינו שמואל פסק דמתנת שכ"מ לאינש אחריני מפקיע שיעבוד הכתובה ומזוני כמו מתנת בריא דמה שתיקנו רבנן סבוראי כתובת אשה נגבית ממטלטלין היינו דוקא כשהן בעין בשעת מותו אבל אם נתנם לאדם אחר או זיכה לו ע"י אחר אפילו מתנת שכ"מ מפקיע מידי שיעבוד האלמנה ולא תטרוף ממנו כו' ועוד ראיה מלשון האלפסי פ' יש נוחלין דמסיק דמזון האשה והבנות ומתנת שכ"מ תרווייהו תקנתא דרבנן נינהו ובהדי הדדי קאתו ולא מצי חדא דחי לחברי' ומדקאמר דלא מצי חדא דחי לחברתה א"כ מאי דתפס תפס עכ"ל וע"ש. ומבואר דעת מהר"ם דמתנת בריא מפקעת מידי שיעבוד זולת דעת רבינו יצחק בר"ב דמתנת בריא לא מפקעת מידי שיעבוד ואתי עלה מדר"ת דכתבינן נכסין דאית להון אחריות ודלית להון אחריות כו' ודוקא לוקח זכה שהוא כמו בע"ח מאוחר שקדם וגבה ממטלטלין ומשום דלא כתב אגב אבל אם כתב אגב דאז מטלטלי משתעבדי כמו מקרקעי וא"כ גם במטלטלין לא אמרי' בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה דהא דאמרי' בערכין דכ"ע במטלטלין מה שגב' גבה היינו היכא דלא שיעבוד לו מטלטלי אג"ק אבל אם שיעבד לו מטלטלין אג"ק הרי הוא כקרקע ומה שגבה לא גבה. אלא דאכתי לא ברירא לי כונתו מאי אהני לי' דלא כתב אגב דאם משתעבדי' המטלטין במה שכתב ודלית להון אחריות א"כ אמאי לא גבה מלוקח כיון דשיעבוד גמור הוא ובשיעבוד גמור לא אמרי' בע"ח מאוחר שקדם כו' ואם לא משתעבדי' המטלטלין שיעבוד גמור במ"ש ודלית להון אחריות ומשום דלא כתב אגב א"כ ממקבל מתנה נמי לא לגבי כיון דלא בעינן למיתי עלה מדין בע"ח מאוחר שקדם וגבה וצ"ע. ובכל דברי המרדכי הנ"ל לא מצינו דעת מי שסובר דאפילו מתנת שכ"מ מטלטלין אינה ניזונת מהן לאחר תקנת הגאוני' זולתי רבינו שמואל שפסק דמתנת שכ"מ לאינש אחריני

מפקיע מידי שיעבוד הכתובה ומזוני ומתוך דבריו מוכח דלא ס"ל דמתנת שכ"מ מפקיע השיעבוד לאחר תקנת הגאונים אלא ס"ל דלא תקנו הגאונים אלא כשהן בעין בשעת מותו אבל אם נתנם לאדם אחר או זיכה לו ע"י אחר אפי' מתנת שכ"מ מפקיע שיעבוד האלמנה ע"ש והיינו משום כשנתן צו או זיכה לו ע"י אחר אזי הוי כמתנת בריא ממש דאם לא עמד אינו חוזר וכמ"ש בטור ח"מ סימן קכ"ה בשם הרמ"ה דכיון שהוצי' המתנה מידו ליד המקבל או זיכה לו ע"י אחר אם עמד חוזר ואם לא עמד אינו חוזר דהמקבל מתנה זכה מיד במסירתו לכשימות וע"ש וכן הוא בש"ע שם סעיף ח' וא"כ אין זה מתנת שכ"מ דבמתנת שכ"מ יכול לחזור אפילו לא עמד ומשום דלא חייל אלא לאח"מ וכיורש משא"כ כשהוציא המתנה ליד המקבל זכה בה מיד ולכשימות וה"ל דין מתנת בריא ממש מהיום ולכשימות אבל מתנת שכ"מ שהיא עדיין ביד הנותן דה"ל כירושה אינה מפקעת מידי שיעבוד האלמנה ולא מצינו א"כ במרדכי דעת היש סוברין שכתב רמ"א אמנם בנמוקי יוסף פ' יש נוחלין כתב סברא זו דאפילו לאחר תקנת הגאונים שתקנו לגבות ממטלטלי דיתמי לא תקנו אלא מיורשין ולא ממתנת שכ"מ וכתב שם שכן דעת הרשב"א והריטב"א ז"ל וע"ש. איברא לענ"ד נראה להוכיח מדברי תו' דמתנת שכ"מ לענין מטלטלין גרע מירושה ולא מפקע שיעבוד בע"ח וכתובה אפי' לדינא דגמר' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי אבל מטלטלי מתנת שכ"מ משתעבדי ע"ש פ' נושאין על האנוסה דף צ"ט ד"ה כתב כל נכסיו לבנה וז"ל אבל מיתמי אפי' ר' מאיר מודה דלא משתעבדי וכן נראה לר"י דאי לר' מאיר מיתמי נמי אית לי' דמשתעבדי א"כ סברת ר' מאיר הפוכה מדרבנן דלרבנן כתובה גרועה מבע"ח דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה אפי' מיני' ובע"ח אפי' מגלימא דעל כתפי' ולר' מאיר כתובה עדיפ' דאפילו מטלטלי דיתמי נמי משתעבדי לה ולבע"ח לא משתעבדי אלא ודאי לכ"ע מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לכתובה וקשה דהכא משמע דמטלטלי דמתנה משתעבדי לר' מאיר ומתנה אלימא מיתמי דשטרא שאין בו אחריות לא גבי ממקבל מתנה כו' ואילו מיתמי אפילו מלוה ע"פ קי"ל דגבי ואור"י דהכא במתנת שכ"מ איירי דגרועה כגון ירושה אבל במתנת בריא לא גבי' עכ"ל ומוכח מדבריהם דלרבנן נמי בע"ח גובה ממטלטלי דמתנ' שכ"מ דאי ס"ד דבע"ח לא גבי ממטלטלי דמתנת שכ"מ אכתי ק' דהוו סברות הפוכות דלר' מאיר כתובה עדיפ' וגובה אפילו ממתנת שכ"מ ובע"ח לא גבי דלענין ב"ח לא פליגי ר' מאיר ורבנן ושוין הן גבי בע"ח ולרבנן בע"ח עדיף מכתובה דבכתובה אפילו מיני' לא גבי' ולכן מוכח לענ"ד מדברי תוס' אלו דבין לרבנן בין לר"מ בע"ח גובה ממטלטלי דמתנת שכ"מ דגריע מירושה ובכתובה בלבד הוא דפליגי דלרבנן כתובה גרועה דאפילו

מיני' לא גבי' ממטלטלי ולר' מאיר כתובה שוה לבע"ח אבל מ"מ לא עדיפא ובזה לא הוו סברות הפוכות. וטעמא דהך מלת' נראה לענ"ד לפ"מ ששנינו במשנה פ' הכותב דף פ"ד מי שמת והניח אשה ובע"ח ויורשין והיה לו פקדון או מלוה ביד אחרים ר' טרפון אומר ינתנו לכושל שבהן ר' עקיבא אומר ינתנו ליורשין שכולן צריכין שבועה ואין היורשין צריכין שבועה כו' וכל זמן שלא נשבעו אין להן רשות בהם ואין אנו יודעין אם יש להם עליו כלום הלכך משמת המת זכו בהם היורשין וברשותו הן ע"ש. ודעת תו' דלר"ע נמי אם פטר את הבע"ח מן השבועה אזי ינתנו לכושל שבהן עיין בדבריהם פ' מי שהי' דף צ"ב וכ"כ עוד תו' פ' יש בכור דף נ"א ע"ב ע"ש וכיון דעיקר תלי' בשבועה לכן גבי יורשין דוק' דכל זמן שלא נשבעו הבע"ח והאשה אין אנו יודעין אם יש להם כלום דחשוד דאפיק שטרא על היתומים אינו נוטל כלום ומשום דבשבועת היתומים החמירו ז"ל שלא ליטול עד שישבע וכמבואר בטוש"ע ח"מ סימן צ"ב ע"ש כי היכי דהחמירו בשבוע' היתומים לומר אין אדם מוריש שבועה לבניו משא"כ בשאר שבועות כגון הבא ליפרע מלקוחות או שלא בפניו לא אמרי' אין אדם מוריש שבועה וכמבואר בח"מ סימן ק"ח ע"ש בסמ"ע וה"נ חשוד דאפיק שטר' על הלקוחות אינו מפסיד בשביל השבועה דדוק' בשבוע' יתומים הוא דהחמירו ומש"ה בע"ח וכתובה נגד היורשים הוא דס"ל לר"ע כיון שאין להם שום זכות נגד היורשין עד שישבעו לכך קודם השבועה אין אנו יודעין אם יש להם כלום. אבל נגד מתנת שכ"מ דלא עדיף מלקוחות ומתנת ברי' דאין זה מפסיד בשביל השבועה מודה רע"ק דינתנו לבע"ח וכתובה וא"כ אפילו לדינ' דגמ' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח אבל מטלטלי דמתנת שכ"מ משתעבדי ודו"ק (הגה"ה וכל זה דוק' שאין המטלטלין ביד המקבל מתנה אלא ביד היורשין או ביד אחרים דהא ר"ט נמי לא אמר ינתנו לכושל אלא כשהמטלטלין ביד אחרים ולא כשהיורשים מוחזקים וה"נ אם המקבל מתנה מוחזק אין מוציאין מידו אלא כשהמטלטלין עדיין ביד היורשין אז גובין מהם) ועוד יבואר לפנינו בסימן כ"ב מטעם אחר דמטלטלי דמתנת שכ"מ משתעבדי גם מדינא דגמ' ע"ש.

סעיף כא

ס"ק (כג) [טז]

והיא ניזונת מדמי הקרקע שבידם ז"ל הב"ש עיין דינים אלו לקמן סימן קי"ב ובח"מ סימן ק"ד ק"ז ושם מבואר לרב האי בין קרקע בין מטלטלין גובין ממעות שבידם אחר תיקון הגאונים דגובין מן המטלטלין ולהרא"ש אין גובין כיון דלא הניח אביהן הני זוזי ולהטור חייבין מדינא דגרמי דהזיקו שיעבודו של חבירו ואינו חייב אלא א"כ מכרו קרקע אבל

אם מכרו מטלטלין פטורין כיון דע"פ דין הש"ס לא נשתעבד עכ"ל. וז"ל הרא"ש ריש פ' מי שמת יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטי' מה שמכרו מכרו ואין חייבין לזון הבנות מן הדמים ואין לתמוה מה לי דמים מה לי נכסים משום דמזון האשה והבנות דוק' ממקרקעי ולא ממטלטלי וכשמכרו הקרקעות נעשו הדמים מטלטלין כו' וכן משמע מתוך דברי רב האי גאון שכתב בתר דתקינו רבנן מזוני ממטלטלי חייבין ליתן הדמים משמע הא קודם לכן לא וגם דברי רב האי תמוהין דהני זוזי לא אשתעבדי לבנות אלא שעבודייהו אנכסי אבוהון וכיון שמכרו ואין יכולין לטרוף הפסידו למה הדבר דומה למלוה ע"פ שיצאה על היתומים ומכרו הנכסים שאין בע"ח גובה מן הדמים שבידו דלאו הני זוזי שביק אבוהון עכ"ל. ומדברי תוס' נראה שנמשכו אחר דברי רב האי ע"ש פ' אלמנה נזונת דף צ"ז ד"ה וסמך לה שתגבה כתובתה מן השאר וז"ל וא"ת מאי נפק' מיני כו' ועוד אם נשאת אחר שנאמר הלוקח כו' ולא תוכל לגבות מהן הכתובה דהא מטלטלין נינהו כו' ע"ש ומשמע דאי לאו משום מטלטלין היתה גובה מן הדמים א"כ ממילא האידנ' בתר תקנת הגאונים דגובין ממטלטלין גובי גם מן הדמים. מיהו נראה דאפילו לרב האי דס"ל דחליפי שיעבוד הרי הוא כמוהו ובתר תקנת הגאונים גובי מן הדמים שתחת הקרקע ונשתעבדו החליפין אע"ג דלא שביק אבוהון הני זוזי וקודם תקנה דלא גבי מאותן דמים אינו אלא משום דמטלטלי לא משתעבדי מ"מ לאו דוק' שלקחו מעות בעד הקרקע אלא ה"ה אם החליפו יתומים קרקע בקרקע אינה גובה מקרקע זו דהני חליפין ה"ל ראוי כיון דבחייו לא הי' לו אותה קרקע ולא משתעבדי משום דה"ל כמו מטלטלין אלא לבתר תקנת הגאונים דגובה ממטלטלין אע"ג דלא משתעבדי ה"ה דגובה מן הראוי וכמ"ש הרמב"ם בפי' המשניות פ' יש בכור והובא בכ"מ פט"ז מה' אישות דהשתא דגבי ממטלטלי גובות האשה והבנות משבח ששבחו נכסים אחר מיתת הבעל וגם נוטלות בראוי כבמוחזק ע"ש ומש"ה האידנא גובין אפילו ממטלטלי שנפלו לאחר מיתה אבל לדינ' דגמ' אפילו החליפו קרקע בקרקע אין גובין דקרקע שהניח מכרו ומה שבאו בחליפין ה"ל ראוי, ויתיישב בזה מה שהקשה בס' בית מאיר לשיטת רב האי מהא דאמרו פ' יש בכור דף מ"ח דפליגי בדרב אסי דר' מאיר סובר כרב אסי דמחצה לקוחות ומלוה ע"פ אינו גובה חמש ולא חצי חמש ותיפוק לי' דאפילו החצי שלקח יכול לטרוף דהא בעד החציה שמכר לקח תמורתו זאת הקרקע וכן מה שביד אחיו יכול לטרוף כולו מהאי טעמא ע"ש ולפמ"ש ניח' דמדינ' דגמ' אין בע"ח נוטל בראוי וכשהחליפו קרקע בקרקע ה"ל זו הקרקע ראוי ולפי מ"ש מוכ' דס"ל לרב האי ז"ל נמי כמ"ש הרמב"ם דהאידנ' גובין מן הראוי ודו"ק. ולדעת הרא"ש דאין החליפין משתעבדי'

ומשום דהני זוזי לא הניח אביהן אם חייבין היורשין מדינא דגרמי במה שהזיקו שעבודן של הבנות ע"י מכירה הנה דעת הטור בח"מ סימן ק"ד וק"ז דחייבים מדינ' דגרמי במלוה ע"פ שמכרו היתומים דה"ל מזיק שיעבודו של חבירו ודעת הרא"ש דזה לא חשיב מזיק כיון שלא חפרו בו בורות ע"ש בטור. ואיכא למידק לדעת הרא"ש מ"ש ממוחל ש"ח דחייב מדינא דגרמי ומשום דה"ל מזיק שיעבודו של חבירו ועיין מ"ש בס' קצה"ח סימן כ"ה סק"ב והרי במוכר שט"ח וחזר ומחלו נמי אינו חופר בשעבודו של חבירו ולא קלקל גוף הקרקע ואפ"ה חייב מדינא דגרמי ועיין בתשו' הרא"ש כלל ע"ט סימן י'. ונראה בטעמא דהרא"ש דבמלוה ע"פ נכסיו משועבדי' ולכך גובי' מן היורשי' והא דאין גובין מהלקוחות הוא משום דלית לי' קלא ואיכא פסידא דלקוחות חשו חז"ל לטובתם ומש"ה אע"ג דהנכסים משועבדי' שיעבודא דאורייתא אפ"ה אין טורפין מן הלקוחו' מש"ה פסק שפיר דפטורין היורשין ולא הוו מזיק שעבודו של חבירו דאותו השיעבוד שהי' חל על הנכסים ביד היורשין עדיין הוא חל ביד הלוקח אלא דחז"ל הפקיעו הטירפא דאע"ג דמשועבדין הנכסים צריכין טירפא ואין טורפין מלקוחות מלוה ע"פ וחז"ל לא הפקיעו השיעבוד אלא הטירפא וממילא רשאי הלוקח לחפור בה בורות אע"ג דעדיין השיעבוד חל עליהן כיון דהפקיעו חז"ל הטירפא ולא יבאו לידי גובינ' א"כ השיעבוד אינו מעכב כלום וכמו באחריך לכל שאין ב"ד מגבין לבע"ח כמבואר בח"מ סימן רמ"ח ואע"ג דהשיעבוד חל עליו וא"כ לא הזיקו שעבודו ע"י המכירה כיון דעדיין השיעבוד עליהן אלא כל זמן שהיו ביד היורשין היו יכולים לטרוף מהן ומלוקח ליכא טירפא וכיון שלא קלקלו השדה ועדיין השעבוד בשלימות לא הוי מזיק שיעבודו משא"כ במוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו הרי נמחל לגמרי שיעבוד נכסים שלו וה"ל כמו חופר בורות בגוף השעבוד ודו"ק ועיין מ"ש בס' קצה"ח סימן ק"ז סק"ו (הג"הה וראי' לזה מדהשוו הטו' דין זה למכרו לעכו' דהתם ודאי שיעבודי' עלי' אלא שהעכו"ם אלים ולא ציית דינא ה"נ במלוה ע"פ השיעבוד עדיין חל על הנכסים אלא שאין יכולין לטרוף מהלוקח משום פסידא דלקוחות ולא מקרי מזיק שיעבודו). ובס' בית מאיר ראיתי שכ' ז"ל אמנם לפענ"ד ראי' מבוארת לשיט' הרא"ש דלא שייך מזיק היכא דלא קלקל הגוף ממש ממה דאי' במתני' בב"ק נכסים המיוחדי' כו' פרט לנכסי הפקר אמר רבינא למעוטי נגח ואח"כ הפקיר וקשה תינח למ"ד מזיק שיעבודו פטור הא פסקינן חייב וכן פסק שם סימן ת"ז בשחטו מזיק ע"ש ולפי מ"ש בטעמ' דהרא"ש היכא שנמחל לגמרי השיעבוד ה"ל כחופר בורות דא"כ מ"ש מוחל ש"ח דחייב וא"כ התם בנגח והפקיר דפטור לגמרי ה"ל כחופר בורות ולחייב מדינא דגרמי דה"ל מזיק שיעבודו ולכן נראה דהתם טעמא משום דעדיין

לא נתחייב דקנס אינו מתחייב אלא לאחר העמדה בדין אלא דאם עמד בדין ונתחייב המזיק החוב חל למפרע וכמ"ש תוס' פ' המניח דף ל"ג ד"ה הקדישו מזיק ע"ש ומש"ה בשחטו תם כיון דהי' העמדה בדין אח"כ ונתחייב המזיק למפרע ה"ל מזיק שיעבודו דבלא העמדה בדין ודאי ליכא דין מזיק שיעבודו אבל בהפקיר דליכא העמדה בדין דהא טעמא דהפקיר פטור הוא משום דבעינין שיהי' לשור בעלי' מתחלה ועד סוף העמדה בדין וא"כ כשהפקיר הרי אין כאן חיוב כלל מתחלה וזה לא מקרי מזיק שיעבוד אלא כמו דשוי' טמון באש דפטור דכתב הרמב"ן ז"ל בדיני דגרמי וז"ל שויא טמון באש פטור דהא לא גרם נזק הוא שהנזק ע"י המדליק בא ואע"פ שהלה פוטר המדליק מלשלם כיון שעדיין לא נתחייב לו כלום ע"ש וה"נ ע"י הפקרו גורם שלא יהי' חיוב כלל דהא ליכא העמדה בדין ולית בי' משום מזיק שיעבודו אבל שחטו תם דאיכ' העמדה בדין אית ביה משום מזיק שעבודו וכמ"ש ודו"ק:

ס"ק (כד) [יז]

ויש מי שחולק ואומר שאינה ניזונת מאותן הדמים וב"ש כתב דכאן גבי מזונות דרבנן נ"ל כדעת רמ"א סימן קי"ב וכמ"ש בח"מ לענין מכירת מטלטלין משום דאינו אלא מתקנת הגאונים לא חשיב מזיק במכירה כן ה"נ במזונות דרבנן ע"ש. ולענ"ד נראה דאין לחלק בין שיעבוד דאורייתא לשיעבוד דרבנן ואפילו שיעבוד תקנת הגאונים נמי כל שהזיק ראוי להתחייב מדין מזיק שיעבודו של חבירו והא דמכירת מטלטלי פטור מדין מזיק נראה דתליא בטעמא שכתבו לתקנת הגאונים והוא מבואר בריב"ש סימן שצ"ב ז"ל ועוד נתנו טעם לדבריהם כו' מ"מ לכ"ע מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם אפילו מטלטלין כו' וא"כ הגאונים שתקנו לגבות ממטלטלי נראה שעשו כן אם מפני שראו מפני תיקון עולם שראוי לכופן על מצוה זו אפילו בגביית מטלטלין בב"ד ואף בשאר יורשים שאינן בנים לא פלוג כיון שרוב היורשי' הם בנים או מפני שראו שעת' נכסי רוב העולם אינן קרקעות אלא מטלטלי וסחור' והלוה סומך עליהן כמו בקרקע דומיא דמאי דאמרינן פ' מציאת האש' גמלים של ערביא וארנקי דמחוזא אשה גובה פורנא מהן עכ"ל וא"כ לטעם הראשון אין בו משום שיעבוד דמטלטלין ואפילו בתר תקנת הגאונים אלא דאתי עלי' משום כפי' לפרוע חוב אביו ומש"ה במכרו לא הוי מזיק שיעבוד כיון דלית בי' שיעבודא כלל אכן לטעם השני דמשום דעכשיו הלוה סמיך דעתיה עליהן וכו' וא"כ כיון דגם מדין הש"ס כל שיש בו סמיכת דעתו נשתעבדו המטלטלין וכמו ארנקי דמחוזא וא"כ להך טעמ' אית ביה שיעבוד תורה במקרקע וע"כ הא דאמרינן לענין מכירת מטלטלין דלא חשיב מזיק שיעבוד היינו מטעם הראשון דלית ביה משום שיעבוד כלל אבל במזונות

דרבנן דאית ביה שיעבוד דרבנן מיהת ה"ל מזיק שיעבודו של חבירו וחייב למאן דס"ל מכרו ה"ל מזיק שיעבודו

ס"ק (כה) [יח]
הקנוה לה בקנין על המזונות מוציא' למזונות ממשועבדי' ועכשיו נהגו לקנות בקנין על הכתובה ואפ"ה אין מוציאין למזונות ממשועבדים ואפילו בחיי הבעל בע"ח קודם וכמבואר בח"מ סימן צ"ז ונראה דקנין לא מהני אלא היכא דהקנה בפי' על המזונות אבל עכשיו נהגו לקבל קנין סתם מן החתן על הכתובה ואין הקנין אלא על דין הכתובה ודין תנאי כתובה הנאמר שם אנא אפלח ואוקיר ואוזין יתך ודעת החתן אינו אלא שיהי' לה דין כתובה שתקנו לה חז"ל ואינו רוצ' להתחייב בחיוב חדש מש"ה קאי בדין כתובה ותנאי כתובה דאינו גובה ממשעבדי למזונות כיון שלא רצה להתחייב ביות' ממה שחייבו אותו חז"ל והקנין לאו לאטפויי קאתי ובלא קנין נמי אית לה כתובה ותנאי כתובה והא דכתב הרשב"א דאם הקנה לה בקנין מהני לא איירי אלא היכא דקני באנפי נפשי' בפירוש על המזונות אבל מה שמקבל קנין על הכתובה כמו שנהגו עכשיו אינו אלא על דעת חז"ל בדיני כתובה

ס"ק (כו) [יט]
לא נתכוין על מזונות רק בחייו עיין פרישה שכתב דוקא אם מכרו היורשין קודם שהחזיק הב"ד הקרקע ביד האשה כמ"ש בסימן קי"ב בהגה"ה סעיף י"ד והובא בב"ש ס"ק ל"ט וכתב עלה ז"ל ויש לחלק עכ"ל ורצונו לומר דהתם בנכסים מועטים דמדינא מוציאין מיתומים ונוטלין לבנות אלא אם קדמו ימכרו זכו בהן ומש"ה כשהחזיקו הב"ד בהקרקע אין הזכרים יכולין למוכרן אבל הכא ליכא דין נכסים מועטים אלא שהן חייבין אונה מש"ה אפש' דלא מהני החזיקו ב"ד ועמ"ש בסימן קי"ב שם:

סעיף כב

ס"ק (כז) [כ]
הניח נשים רבות אע"פ שנשאן זו אחר זו ניזונת בשוה והוא מדברי הרמב"ם פי"ח מהל' אישות וע"ש בראב"ד שכתב ז"ל ואפילו ניזונת מן הקרקע לפי שאין חיוב המזונות אלא לאחר מותו וכבר הגיע שעת החיוב לכולן בבת אחת כו' והרב המגיד כתב שם ז"ל והטעם שכתב הר"א ז"ל בהשגות אינו נכון שאם מפני שאין חיוב המזונות חל אלא לאחר מותו הוא אפילו בכתובה לא יהיה לאלמנ' דין קדימה שהרי אינה נגבית אלא משעת מיתה והגע עצמך מי שלוה וקבע זמן הפרעון אחר מיתה והתנה אם ימות המלוה קודם לו שלא יגבה כלום וחזר ולוה וקבע ז"פ לאותו זמן וע"פ תנאי הנזכר מי לא יהיה בו דין הקדימה עכ"ל וע"ש אמנם לענ"ד נראה דחיוב מזונות שהוא תנאי ב"ד אינו חל

אלא אחר מותו ואינו דומה לכתובה שהחיוב תיכף משנשאה אלא שזמנו לפרוע אחר מותו או אחר גירושין אבל תנאי ב"ד דמזונות אינו חוב כלל אלא לאחר מותו וכן מבואר להדיא ברי"ף פ' מי שמת בהא דאלמנה ניזונת ממתנת שכ"מ ע"ש שכתב ז"ל משום דמתנת שכ"מ לא קני אלא לאחר מיתה לא דחיא תקנת' דרבנן דמזונות אלמנה ובהדי הדדי קא אתי' לאחר מיתה הלכך לא דחי חדא מינייהו לחברתה עכ"ל וע"ש הרי מבואר דס"ל לרי"ף ז"ל דחיוב מזונות דאלמנה לאחר מיתה הוא דקא אתי' גם הרמב"ם פי"ט מה' אישו' כת' וז"ל נתן כל נכסיו מתנה לאחרים הואיל ומתנת שכ"מ אינו קונ' אלא לאחר מיתה וכמו שיתבאר הרי המתנה וחיוב הנכסים בתנאים אלו באין כאחד ולפיכך אלמנתו ובנותיו ניזונת מנכסיו ובניו יורשין כתובת אמן שמתה בחיי בעלה עכ"ל הרי מבואר דגם דעת הרמב"ן שבאין כולן כאחד לאחר מותו ר"ל מזונות האלמנה ומזון הבנות וכתובת בנין דכרין כולן באין כאחד ועמ"ש בס' קצה"ח סימן רנ"ב סק"א. ולפ"ז הא דתנן אין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדי' מפני תיקון העולם היינו משעבדי דאחין ויורשין דאלו מה ששיעבד הוא בעצמו בחייו תיפוק ליה דבחייו לא התחיל חיובם אך קשה בהא דאמרו ר"פ אע"פ אתמר כתובת בנין דכרין פומבדיתאי אמרי לא טרפא ממשעבדי ירחון תנן בני מתא מחסיא אמרי יסבון תנן ונהי דיסבון תנן הא תנאי כתובה של בנותיו ואלמנתן ובנין דכרין כולן זמן חיובן בשעת מיתה והיכי טרפא ממשעבדי ששיעבוד קודם זמן חיובן ואין לומר דמיירי התם משעבדי ששיעבדו האחין דא"כ אפי' למ"ד ירתון תנן אמאי לא יציאו כתובת ב"ד ממה שמכרו האחין אחר מיתת אביהם דנכסי דידהו הויין והיאך האחין רשאין למכור דבר שאינו שלהם ואלו מכר יורש אחד חלק ירושת אחיו ודאי דלא הוי מכירה כלל דדבר שאינו שלו מכר ואפי' לפי מ"ש לקמן סימן קי"ב דכתובת בנין דכרין מצי סלקי בזוזי ע"ש משום דאינון ירתון כסף כתובתך תנן וכיון דמצי סלוקי לכתובה גופה בזוזי ה"ה דמצי לסלוקי לבנים מ"מ לא גרע כתובת בנין דכרין מפרנסה דאע"ג דמצי סלוקי בזוזי ואפ"ה מוציאין ממשעבדי ששיעבדו אחין כיון דקצובין הן וכתובת בנין דכרין נמי קצובין הן. ועוד דבריש פ' מי שהי' נשוי איתא וש"מ כתובת בנין דכרין לא טרפא ממשעבדי דאי ס"ד טרפ' ממשעבדי ליתו בני ראשונ' ולטרפינהו מבני שני' ע"ש ומוכח דמ"ד טרפא ממשעבדי היינו ממשעבדי דאב ואמאי הא כל תנאי כתובה דמזון האלמנה בנותיו וכתובת בנין דכרין כולן לאחר מותו הן באין וא"כ לקוחות קדמו לחיובן וצ"ע:

(וגדולה מזו קשה לפ"מ שהוכיח מרן ז"ל מדברי הרי"ף והרמב"ם דעיקר חיוב תנאי כתובה אינו חל אלא אחר מותו ומן הדין אינה גובה ממשועבדים של הבעל א"כ הא

דשלח לי' רב לרבי ותלה ביני שיטו שיעבדו האחין מהו ע"ש פ' מציאת האשה דף ס"ח תיפוק לי' דמתני' היא דתנן אין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם וע"כ מתני' בשיעבדו האחין דבשיעבד הבעל מדינא אין מוציאין דקדמו לקוחות לחייבן וכמ"ש מורי ז"ל. איברא המעיין בדברי הרי"ף שם פר' יש נוחלין שכתב וז"ל ואי קשי' לך ההיא דתנן אין מוציאין כו' ולמזון האשה והבנות מנכסים משועבדי' מפני תיקון העולם והכא קאמרינן אלמנתו ניזונת מנכסיו ההי' במשעבדי מחיים כגון מתנת בריא ומכירה אבל מתנת שכ"מ דלא קניא אלא לאח"מ כו' לא דחי' תקנת' דרבנן דמזונות אלמנ' ומתנת שכ"מ תרווייהו תקנתא דרבנן נינהו ובהדי הדדי קאתו לאחר גמר מיתה הלכך לא דחי' חדא מינייהו לחברת' ותרווייהו קנו עכ"ל הרי לפנינו דהרי"ף בעצמו מפרש למתני' דאין מוציאין כו' בשיעבדן הבעל ומ"מ טעמא דמפני תיקון העולם הא אי לא"ה היו מוציאין וע"כ מדינא היה החיוב חל מחיי הבעל אלא מפני תקון העולם הוא דאמרו רבנן שלא ישתעבדו הנכסים עד אח"מ נמצ' דבכתובת בנין דכרין שאין בהן משום תיקון העולם נשתעבדו הנכסים מחיי הבעל לבני מתא מחסימן דס"ל יסבון תנן וטרפא שפיר ממשעבדי דבעל משא"כ במזון האשה והבנות שמפני תיקון עולם אמרו דלא לטרוף ממשעבדי דבעל וממילא מתחיל שיעבוד לאח"מ והא דכתבו הרי"ף והרמב"ם דהני תנאי כתובה ומתנת שכ"מ בהדי הדדי קאתו והרי"ף סיים עוד וז"ל הלכך לא דחי' חדא מינייהו לחברתה ותרווייהו קנו ע"כ והא כיון דמדינ' מחיים חל החיוב אלא מפני תיקון העולם הוא דאמרו חז"ל דלא ליחול שיעבודא עד אחר מותו דחשו לפסידא דלקוחות וא"כ במתנת שכ"מ דלא חשו לפסידא דידיה נוקמוהו אדיני, וא"כ קדמו תנאי כתובה לדידי' דהא מדינ' מחיים התחיל השיעבוד זה אינו דכיון דקי"ל כרבי דשיעבדו האחין אין מוציאין למזונות וא"כ הא חזיון בירושה דאפילו לאח"מ לא חייל שיעבודא דתנאי כתובה לגמרי שהרי יכולין למכרן ע"כ עדיין גם הירושה חיילא עם תנאי כתובה ביחד דכל זמן שהנכסים ביד היורשין תנאי כתובה גובה מהן וכשמכרו אינן גובין ממשועבדי נמצא דיד שניהם שוה בנכסים ולכך גם במתנת ש"מ דאתי' מירושה עדיין גם יד המקבל מתנה שולטת בנכסים ואם מכרם אין תנאי כתובה גובה מהן וכמ"ש בנמ"י דכמו שיעבדו האחין אין מוציאין למזונות ה"נ אין מוציאין כששיעבד המקבל מתנה שכ"מ לכך שפיר כתב הרי"ף ובדקדוק גדול דתרווייהו בהדי הדדי קאתי ותרווייהו קנו ודו"ק כי נכון הוא:

סעיף כג

ס"ק (כח) [כא]

אבל ע"י שליח לא מהני תפיסתה ז"ל ב"ש אבל ע"י שליח לא מהני דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים היינו ליורשים אם חופס יותר משיעור ואפשר אפילו תופס כשיעור הוי חוב ליורשים דאלו לא תפסה הי' הכל ביד היורשים והיו יכולים להרויח בהם עכ"ל:

ובשטה מקובצת פ' הכותב כתב וז"ל ושמעינין מהכא דאלמנה שעשתה שליח בעדה בעדים לתפוס מטלטלין למזונותיה דמהני תפיסה זו ואפי' שלא תפסה בעצמה דלא מקרי חב לאחרים במה שמפסדין היורשים מלישא וליתן בשלהם דעכשיו ארי' דקא רבוע עלייהו דאלמנה ניזונת מהם דלא אמרו אלא במקום שיש בע"ח אחרים ודכותי' וכן כתב ריב"ש בתשובותיו סימן כ"ז וז"ל ועוד צריך בתפיסה זו שתתפוס היא בעצמה ולא ע"י אחר ואפילו עשתה שליח לתפוס בעדה משום דקי"ל התופס לבע"ח כו' וכאן יש חוב לבעלי המתנה בתפיסה זו כיון שהנכסים היו מספיקי' לכולן אם לא מחמת תפיסה כו' הא קמן דלא מקרי חב לאחרים אלא משום בעלי המתנה שמפסידין בתפיסה זו אבל הפסד היורשים לא מקרי חב לאחרים דמכל מקום הרי היורשין חייבין במזונות האלמנה כו' והארכתי בזה בתשובת שאלה לפי שקצת מחכמי עירנו נחלקו עלי בדין האלמנה והאמת יורה דרכו ומצאתי און מחכמי ארץ ישראל תוב"ב שכתבו גם הם כוותי והאריכו בתשובתם ישמרם צורם ויחיו לעד אמן עכ"ל ולפענ"ד נראה עיקר כדברי הרב מוהר"ב אשכנזי ה"צ:

סעיף כז

ס"ק (כט) [כב]

אם לקחה הקרקע לעצמה עיין לקמן סימן ק"ג ומ"ש שם:

סעיף כט

ס"ק (ל) [כג]

אלמנה שמכרה אחריות על היתומים עיין מ"ש בס' קצה"ח סימן רכ"ו סק"ב:

סימן צה

סעיף א

ס"ק א

מאחר שהיורשים חייבים במזונות האלמנה בר"פ אלמנה ניזונת איבעי' להו ניזונת תנן או הנזונת תנן ניזונת תנן וכאנשי גליל או הניזונת תנן וכאנשי יהוד' ופי' התוס' ז"ל הכי פירושו ניזונת תנן וכאנשי גליל שהיא ניזונת על כרחן של יתומים והלכך מעשי ידי' שלהן אבל לאנשי יהודא שמדעתם ניזונת ויכולין לסלקה אין מעש' ידי' שלהן או הניזונת תנן וכאנשי יהודא דאפילו לאנשי יהודה דאיבעי לא יהבי לה אפ"ה מעשי ידי' שלהן עכ"ל ומזה העלה הב"ח דהיכא דנהגו שיהי' הברירה ביד היורשין לסלק כתובתה ושלא לזונה לא זכו במעשי ידי' ובח"מ כתב דכיון דאיבעי' לא אפשיטא א"כ היאך תוצ' היא מן היורשין המזונות ולא תתן להם המעשי ידי' ובב"ש העלה כדברי הב"ח ע"כ:

ולענ"ד נראה דאין סברא כלל אפילו לאנשי יהודא לומר אף שתקנו מעשי ידי' תחת מזונות כיון שבידם להפקיע ע"י פרעון הכתובה אף בשעה שמעלים לה מזונות אין להן מעשי ידיה דמ"ש מבעל לריש לקיש דס"ל דיכול להפקיע מזונות ע"י שיאמר לה צאי מע"י במזונותיך ואפ"ה כל זמן שלא הפקיע צריכה ליתן לו מע"י אלא נראה כונת התוס' כמ"ש בשטה מקובצת בשם תלמידי הרשב"א וז"ל איבעי' להו ניזונת תנן וסתם לן כאנשי גליל לומר דוקא לדידהו הוא דמעשי ידיה שלהן משום דהוו כבעל משום דלא סגי דלא יהבו לה הא לאנשי יהודא מעשי ידיה שלה דלאו כבעל נינהו עכ"ל ע"ש וכונתם דעיקר הספק הוא דאפשר דלאנשי יהודא לא תיקנו כלל מעשי ידי' ליורשיה משום דלאו כבעל נינהו ותקנת מזונות היה תחת עיכוב פרעון הכתובה שהרי בידם לפרוע כתובה ולהפקיע המזונות משא"כ בבעל דאין שם פרעון הכתובה תקנו מע"י תחת מזונותיה וא"כ אנן דקי"ל כאנשי גליל וכמבואר בטוש"ע סימן צ"ג סעיף ג' אלא הכא דמנהג המקום שיכולין היורשין לסלקה, אזלינין בתר מנהג ויכולין הב"ד לתקן כן וכיון דקי"ל כאנשי גליל א"כ ודאי תקנו חז"ל מעשי ידי' ליורשין כמו בבעל וכיון דכבר תקנו שיהיה מעשי ידיה לבעל א"כ אפילו היכא דיכולין לסלקה מצד המנהג מ"מ לא זזה תקנה זו ממקומה וכל זמן שלא סילקו לה והיא ניזונת משלהן מעשי ידיה ליורשין דעיקר ספיקא דש"ס הוי דאפשר דלא תקנו חז"ל כלל מע"י ליורשין כיון דלאו כבעל נינהו ועיקר תקנת מזונות מיורשין הי' נגד עיכוב פרעון הכתובה דבידם הוא לפרוע לה בע"כ וכל זה אות' אליבא דאנשי יהודא אבל אנן דקי"ל כאנשי גליל א"כ ודאי ניתקן מעשי ידי' ליורשין דהוו ממש כבעל

א"כ דין זה אינו זז ממקומו ולא נדחה בשביל שנהגו שיכולין לסלקה דכל זמן שלא סלקו והיא ניזונת משלהן התקנה במקומה עומדת שיהיה מעשי ידיה שלהן ודו"ק:

סימן צו

סעיף א

ס"ק א

אלא בשבועה וכתבו תוס' פ' השולח דף ל"ד ובפ"ק דב"ב דף ה' הא דצריכה שבועה אע"ג דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו שאני אשה דאית לה כתובה מתקנת חז"ל חיישי' טפי לצררי כדאמרי' בהנושא דף ק"ב דחיישינן טפי לצררי בבנותיו מבת אשתו וע"ש. ולפ"ז נראה דלדעת ר"ת ודעימי' דס"ל כתובה דאורייתא א"כ אינה בתנאי ב"ד אלא דאי' עוד תירוץ אחר דחיישינן שמא סמוך למיתה התפיס לה צררי ועיין ב"ש שכתב דלפי מ"ש תוס' משום דבתנאי ב"ד חיישינן טפי לצררי א"כ נכסי מלוג ונכסי צ"ב דלא שייך בהו תקנת חז"ל ליכא למיחש לצררי ואין צריך שבועה לגבות אפילו שאינן בעין ע"ש ולענ"ד נראה דבנ"מ אם אינו בעין טענינן בעד הבעל החזרתי במגו דנאנסו וכמ"ש בש"ך ח"מ סימן ק"ח סק"ז דבפקדון טענינן ליתומים החזרתי במגו דנאנסו ונ"מ שאינו בעין ה"ל דין פקדון כיון שפטור בנאנסו ועמ"ש בזה סימן פ"ה סעיף ב':

ס"ק ב

שאין אדם מוריש לבניו ממון שאין יכול לגבותו אלא בשבועה וכתב בתשו' שארית יוסף כשיש בעלי חובות על אביהם יכולין לומר היורשים לא ניחא לן בשבועה של אמי כי השבועה תקנו חז"ל לטובת היורשין ויכולין לומר לא ניחא לן תקנת חז"ל ואז יורשים הכתובה ואין צריכין לשלם מעות הכתובה לבע"ח ע"ש והובא בב"ש וכתב עוד בתשו' הנ"ל סימן ס"ז על שטר ח"ז מאב ולא מאם שהבנים יכולין נמי לומר אי אפשי בתקנת חכמים כדי לדחות החתנים מכתובת אמם ע"ש:

וראיתי בספר בית מאיר שכתב ז"ל ובזה יש לעיין מאחר מה דכתובה קודם לשטר חצי זכר כתב בסמ"ע סימן רפ"א משום שאם הבנים מחזיקים הבנות לחצי זכר לירושה החוב מעיקרא ליתי' וא"כ יכולין הבנות לומר א"כ שאנו יורשין כחצי זכר בחצי שלנו אנו חפצים בתקנת חכמים ואינה מורשת בלא שבועה עכ"ל וע"ש וליתי' דלעולם אין לבנות דין יורשים בין הבנים אלא שהברירה ביד היורשים ליתן להן בעד חובם חלק ירושת זכר והיינו בנכסי אביהם ולעול' אין יורשין אלא הבנים וכיון דהם היורשים (ומ"ש הסמ"ע דיש לשח"ז דין ירושה אין כונתו שתהי' היא יורשת ממש דא"כ היו דבריו בטלין לגמרי

ואפילו אם היורשים מתרצים לא מהני שהרי אין לבנות ירושה במקום בן אלא כונתו לפרש מ"ש שם רמ"א בשם המרדכי דבע"ח קודם לשח"ז אע"ג דשטרה קודם ואם הי' לה דין בע"ח או מקבל מתנה היתה זוכה בנכסים ולא הי' למלוה ע"פ לגבות לכן כתב דאין לה כח אלא בירושה וכונתו דכח מתנתה מגרע גרע ולא ניתן לה אלא כח ירושה כמו מתנת שכ"מ ולכן בע"ח קודם אבל באמת אין הבת יורשת אלא מקבלת מתנה אלא שכח מתנתה קלישא משאר מתנות):

יכולין לומר לא ניחא לן בתקנת חכמים שתקנו שבועה לאמנו וא"כ מגיע לאמם כתובה והם יורשין ממנה ואין לבנות כלום אבל לא הי' התנאי שיהי' לבנות דין יורשים בחלק ח"ז רק שיתן להם מנכסי חלק ח"ז וזה פשוט וברור:

ס"ק ג

אבל אם תפסה יורשי' יורשין כתובת' כתב בח"מ ז"ל שלשה מיני תפיסות הן אם תפסה האשה בחיים כגון יחד לה מטלטלי בכתובת' שאז אינה צריכ' שבועה וא"כ לא שייך אין אדם מוריש שבועה דהא האשה לא היתה צריכה שבועה התפיס' השנית אם האלמנה תפסה מנכסי בעלה ואין היורשי' מוחזקים כנדון דח"ה סימן ש"ל התפיסה השלישית אם יורשי' תפסו לאחר מיתתה כו' ועוד מבואר שם בסימן ק"א שאם קדמו יורשי המלוה ותפסו אין מוציאין מידם וכן הוא בר"ן בשם רבותינו הצרפתים וכן הוא בס' התרומות וכן הסברא נותנת דהא דיינא דעבד כר' אלעזר עבד וא"כ אי עבדו דינא לנפשייהו מאן מפיק מידם כו' מיהו משמע שם בת"ה בשם מוהר"ם דלא מקרי יורשין מוחזקין אלא בדלא שוינהו ראה או דלא יכלי יורשי הבעל לברר שאותן נכסים היו של הבעל ואז הדין עם יורשי האשה להחזיק כל מה שבידם אבל היכא דשוינהו ראה וגם יש עדים שהיו של הבעל אין תפיסה כלום דכל היכא דאיתי' ברשות בעל איתי' ואין זה מקרי תפיסה מיהו מסתימת לשון הטו' שהבאתי לעיל אם קדמו ותפסו היורשין משמע אפילו תפיס' בעדים עכ"ל וכן מורי' דברי האחרוני' כיון דאתינן עלה משום עביד אינש דינא לנפשי' ודיינא דעביד כר' אלעזר עביד א"כ מאן מפיק מידם ואפילו בנודרת כיון דלאו משום מגו אתינן עלה אלא מדין תפיסה ודברי מוהר"ם צ"ע:

ומיהו בעיקר דברי מוהר"ם צריך לדעת דמיירי באופן שלא ראו העדים או שאינו ידוע אם הוא של בעל וע"ש בתשו' מהר"ם שבמרדכי פ' חז"ה המתחלת ראובן נשא לאה כו' ונשאת לשמעון והכניסה לו ממון וספרי' ופסק הוא דהואיל ושמעון מוחזק בנכסים זוכה ואפילו שבועה שלא פקדנו אינו צריך כיון דאילו הית' לאה קיימת היתה יכולה לעכב הספרים בכתובתה ובשבועה איהי מעכב בלא שבועה כו' אבל לא להחזיק מה

שבידם כו' ע"ש דלכאורה לא הי' צריך לבא מטעם דבמוחזק לא אמרי' אין אדם מוריש שבועה לבניו דהא תיפוק לי' דהיא היתה נאמנת במגו וטוענין ליורש וללוקח אלא כיון דגם במשכון דאית לי' מגו נמי שבועה בעי' והוא שבועת הגאוני' בטוען על המשכון כדי דמיו מש"ה כתב בטעמא כיון דלאה היתה מוחזקת ובמגו נאמנת וכה"ג במשכון נמי אין היורש צריך שבועה ואדם מוריש שבועה כה"ג לבניו כיון דמוחזק גמור הוא וכן דעת הרמב"ם דבכדי דמיו זוכה היורש:

ולפ"ז היכא דלא היתה מוחזקת אלא היורש תפס א"כ אפילו לשיטת פוסקים דלא מהני תפיסת היורש מ"מ היכא דאי' לי' מגו וטוען ברי שהאם נשבעה על כתובתה או שטוען ברי שיודע שמגיע לאמו הכתובה ודאי אליבא דכ"ע היורש נאמן במגו אמנם אם אין היורש יודע אפי' תפס שלא בעדים לא מהני מגו אם אינו טוען ברי ולפ"ז תפיסה שלישית שכתב ב"ש דאם תפס היורש ואיכ' עדים וראה דבזה פליגי הפוסקים דהראב"ד והר"ן ס"ל דמהני תפיסה דעביד אינש דינא לנפשיה ע"ש הנה לדעת מהר"ם לא נפקא מיניה בהאי תפיסה שלישית שהוא תפיסת היורש דהיכא דאיכא עדי' וראה אפי' תפיסת אמו לא מהני והיכא דאיכא מגו גם תפיסת היורש מהני אלא לאותן הפוסקי' דס"ל דתפיסת אמו מהני אפי' היכ' דאיכא עדי' וראה לדידהו איכא למימר בתפיסת היורש לא מהני כה"ג כמו שטר העומד לגבות ודו"ק:

סעיף ה

ס"ק ד

ויש אומרים דאף במטלטלין מכירתה ומתנתה בטילה אע"ג דנשבעת לבסוף והנה בס' בית מאיר כתב ז"ל ובזה לענ"ד תימה דהא ראיית מוהר"מ ממה דקי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה והא ניחא בקרקע אבל במטלטלין והרהינו אצלו הא מוכח בפ' כ"ש דאפילו לרבא למפרע הוא גובה ואי זבין מלוה שפיר זבין משום דקני לי' מדר' יצחק והכי מסקו שם בעל המאור והמלחמות ואפילו משכנו בשעת הלואה וכ"ש הכא דמקרי תפיסתה שלא בשעת הלואה וע"ש ועיין מ"ש בס' קצה"ח סימן ע"ב סק"ב:

ונראה לפמ"ש הרא"ש פ"ק דקידושין באומר התקדשי לי במנה והניח משכון אינה מקודשת דמנה אין כאן משכון אין כאן וכת' שם הרא"ש בטעמא דכל זמן שלא נתחייב גופו לא נשתעבדו נכסיו דאינון ערבין וכל דליכא לוה ליכא ערב ע"ש ובתו' קידושין שם: וא"כ היכא דמית לוה דתו ליכא חיוב גופו ממילא לא מצי תפיס בתורת משכון דאע"ג דנכסים נשתעבדו גם אחר מות הלוה היינו משום דנכסים כבר נעשו ערבין בשעת הלואה שהיה הלוה חי ואינון ערבין בי' וכמ"ש הר"ן פ' הכותב בשם ר"ת בהא דמוכר שט"ח

לחבירו וחזר ומחלו מחול משום דשיעבוד גופו אינו נמכר לפי שאין בו ממש ואינו נמכר אלא שיעבוד נכסים ומש"ה כל שמוחל השיעבוד שעל גופו ליכא ערב וכתב עלה הר"ן וז"ל ומיהו כשמת הלוה אע"פ ששיעבוד גופו פקע שיעבוד נכסים לא פקע לפי שעיקר ערבותן של נכסים בענין זה הוא שכל זמן שלא יצא הלוה ידי חובו שירד לנכסים ויפרע מהם אבל כל זמן שנפקע מחמת המלוה אף שעבודו של נכסים נפקע עכ"ל וע"ש וא"כ הא דיורדין לנכסים אחרי מות הלוה אינו אלא משום דכבר נעשו ערבין בעת שהי' הלוה חי ונשתעבדו נכסיו וכמו ערב שנשתעבד בעד הלוה וכשמת הלוה צריך הערב לשלם דכבר נעשה ערב בעת שהי' הלוה קיים אמנם שיתפוס משכון אחר מות הלוה זה אי אפשר דכיון שאין כאן לוה אין כאן משכון ורק אותו השיעבוד שחל מכבר על הנכסים הוא קיים אבל לא יותר ומשום דמשכון לא מהני אלא בחיי הלוה ואז כיון דיש שיעבוד הגוף נתפס על המשכון אפילו תפס מעצמו שלא מדעת הלוה תורת משכון עלה וכמ"ש סימן ע"ב סק"ב ולאחר מות הלוה לא מצי תפיס שום שיעבוד יותר רק מה שנעשה כבר בחיי הלוה וא"כ אינו אלא שיעבוד ולא משכון וערב כיון דגוף הערב נשתעבד בעד הלוה א"כ אפי' אחר מות הלוה איכ' שיעבוד הגוף על הערב לכך מצי תפיס לנכסי ערב בתורת משכון אבל בנכסים של הלוה לא נתפס שום שיעבוד יותר ממה שהי' עליהם בחיי הלוה א"כ אין בהם תורת משכון אלא שיעבוד ושפיר אמרינן בהו ב"ח מכאן ולהבא גובה ודו"ק ועמ"ש בקצה"ח סימן ס"ו ס"ק כ"ו:

ונראה עוד דאפי' תפסה מחיים דבעל נמי לא הוי עלי' תורת משכון וכדאמרי' פ' הכותב דף פ"ה אתו לקמי' דרב נחמן אמר לה אית לך סהדי דתבעינהו מינך מחיים ולא יהביתה ניהלי' אמרה לי' לא אמר לה א"כ הוי תפיסה דלאחר מיתה כו' ופירשי' ז"ל הוי תפיסה דלאחר מיתה שכל זמן שהי' חי הי' פקדון בידך והרי הן כמונחין ברשותו וכי אמרי' תפס מחיים היינו כגון שראו אותו קרוב למות ותפסה מטלטלין לשום חובה ולא הי' פקדון בידה עכ"ל ע"ש וכ"כ הר"ן וא"כ מה שהיו המטלטלין בידה מחיים דבעל אינו אלא כמו פקדון ומשכון לא הוי אלא כדנקט לה בתורת משכון ועמ"ש בקצה"ח סימן ע"ב ס"ק כ"ג וכ"כ במרדכי ס"פ חזקת דלא מהני תפיסה מחיים אלא א"כ תבעינהו ולא אהדרינהו ע"ש ובחידושי הריטב"א פ' הכותב שם הביא דברי רש"י הנ"ל והוסיף עליהם שהתפיסה מחיים צריך להיות דוקא מדעת הלוה וכי תבעה מיני' ולא אהדר לי' הוי כמדעתו עכ"ל וע"ש ובחי' פני יושוע כתב עלה ז"ל ולא ידעתי טעם דברי ריטב"א בזה דמה לי מדעת הלוה או שלא מדעתו כו' הא בכמה דוכתי פשיטא לן שאדם יכול לתפוס למשכון אף שלא מדעת הלוה כדאי' פ' חזקת בעיזי דאכלי חושלי עכ"ל וע"ש. ונראה דהריטב"א ס"ל

דמשכון לא מהני אלא בשעת הלואה דהוי מדעת הלוה וקונה במעות ובמשיכה או שלא בשעת הלואה ועפ"י ב"ד דבגוביינא דבי דינא קונה בתורת משכון וכמ"ש בנימוקי יוסף רפ"ק דמציעא בשם הר' יוסף הלוי דשלא בשעת הלואה לא מהני מדעת הלוה דלא קני משכון שלא בשעת הלואה אלא משום גובייני' דבי דינ' או בשעת הלואה ומשום מעות הוא דקני לה אבל שלא בשעת הלואה דליכא מעות דמלוה לא קני ומשיכה למשכון לא מהני והיינו דאמרו מנה אין כאן משכון אין כאן ע"ש אבל דעת הריטב"א דמהני משיכה למשכון והא דאמרו מנה אין כאן משכון אין כאין היינו משום דאגיד גבי' ואינו קונה בכסף דאגיד גבי' וכן הוא שיטת הרמב"ן והרשב"א והארכנו בזה בס' קצה"ח סימן ק"ץ סק"ו ומש"ה מדעת הלוה מהני דמקני לי' במשיכה אבל שלא מדעת הלוה ס"ל לריטב"א דלא קני משכון כיון שלא הי' ע"פ ב"ד ועמ"ש בקצה"ח סימן ע"ב סק"ב והאי דעיזי דאכלי חושלי מדין מגו אתינין עלה ואפי' לא קני משכון מהני לי' מגו אבל בתפיסה דהוא תורת משכון ס"ל להריטב"א דבעי' דעת הלוה ומקני לי' לתורת משכון במשיכה או ע"פ ב"ד דהוא בתורת גובייא אבל שלא ע"פ ב"ד ולא ע"פ לוה לית בי' תורת משכון זה הנראה לענ"ד בדברי הריטב"א ודו"ק. ולפי מ"ש דתורת משכון אינו אלא מחיים דלוה דכיון דאיכא חיוב הגוף ממילא חיילא עלה תורת משכון אבל לאחר מיתה דליכא חיוב הגוף אלא דיורדין לנכסיו מחמת ערבות שנתערבו הנכסים בעוד הלוה חי א"כ לאחר מיתה אין עליהם יותר משיעבוד נכסים אבל אין עליהם תורת משכון ויתיישב בזה שיטת ר"ת בפ' הכותב דף פ"ד ד"ה ולר' עקיבא תפיסה לא מהני כלל כו' אמר רבא אמר רב נחמן והוא שתפס מחיים פי' דמהני תפיסה מחיים דבעל אפילו לר' עקיבא דההיא שעתא לא שייכא שבועה ולא קרינין בי' הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה וכיון דאין צריכין שבועה זכו במה שבידם ע"ש וכתב עלה בחי' פני יושע שם דלפירוש הרא"ש בדברי הירושלמי זו תורה וזו אינה תורה משום דמחוסר גובייא ואפילו פטרה מן השבועה א"כ לא אתי שפיר להירושלמי דמה לי תפיסה מחיים או לאחר מיתה דאידי ואידי מחוסרי גובייא ע"ש. ולפי מ"ש ניחא דמחיים הוי עלה תורת משכון דלדידן בע"ח קונ' משכון אפילו שלא מדעת הלוה כמבואר בש"ע ח"מ סימן ל"ז וכיון דקונה משכון ה"ל כדידי' ואע"ג דאכתי מחוסר גובייא עכ"פ זכיי' אית לי' בגוי' לתורת משכון דהוי כמו קנין דהא בע"ח קונ' משכון אבל לאחר מית' דלית בי' תורת משכון ואינו תופסו אלא לשיעבוד א"כ אין לו בו שום קנין ומש"ה ה"ל בחזקת יורשין ולא מהני תפיסה לשעבוד לאחר מיתה אבל מחיים ה"ל קנין גמור דבע"ח קונה משכון ודו"ק:

ס"ק ה

מכירתה ומתנתה בטילה אע"ג דנשבעה לבסוף בתה"ד סימן ש"ל כתב וז"ל כדמוכח שפיר בתרתי תשו' דמוהר"ם דלעיל דכל היכא דהאשה מוחזקת וגם יורשי' או הבאים מכחה במידי דשייך בי' תפיסה לא אמרי' בי' אין אדם מורי' שבוע' לבניו וכדמשמ' נמי בהגהת מיימון דלעיל וכו' והא דכתב מהר"ם פ' הכותב דלעיל דאין נראה לו דברי רבינו ברוך ורש"מ ורא"מ ורבינו שמחה כתב שם מטעם דלהחזיק לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו משמע דמהר"ם לא ס"ל להך סברא הא ליתי' ע"כ דא"כ היו דבריו סותרים זא"ז אלא טעמא דמוהר"ם כדמסיק משום דבשעת המתנה לא הי' שלה ולא היתה יכולה ליתן במתנה דבר שאינו שלה דהא אפי' נשבעה אח"כ לא מהני וע"כ מהאי טעמא הוא אבל לעולם יורשיה זוכים מכחה מחמת ירושה אם מוחזקים הן הואיל והיא היתה יכולה להחזיק בשבועה ולא דמי ללקוחות או מקבלי מתנה שאין באין לזכות אלא מחמת המכירה או המתנה שעשתה קודם שנשבעה והא לאו כלו' הוא שלא היתה שלה באותו זמן עכ"ל. וביאור הדברים נראה דהא דאשה מוכרת שלא בב"ד לכתובת' אינו אלא משו' דעשאו' חז"ל כמוחזקת וכשותף לכתובתה וכמבואר לקמן סימן ק"ג ולא הוי' כמוחזקות אלא אחר השבועה אז הוא דנתנו חז"ל לה רשות למכור שלא בב"ד אבל כל זמן שלא נשבעה שבועה המוטלת עלי' אין לה רשות למכור וכיון דאין לה רשות למכור קודם השבועה מש"ה אפילו נשבעת אח"כ המכירה הקודמת בטילה היתה בשעתה דאפי' ב"ד היורדין לנכסי הלוה להגבות למלוה אין יורדין עד שישבע הטורף תחלה ואח"כ מורידין אותו לנכסי הלוה כמבואר בח"מ סימן צ"ח ע"ש וזה דוקא במכירת חפצים או קרקע דלא מהני כשמוכרת שלא בב"ד קודם שנשבעה אבל גוף החוב של הכתובה יכולה להוריש דיורשי' יורשים אפי' מלוה ע"פ וכיון דבמוחזק לא אמרי' אין אדם מוריש שבועה לבניו והיא מוחזקת שפיר מורשת גוף החוב ליורשי'. משא"כ במכירה אע"ג שהיא מוחזקת בנכסים מ"מ אינה יכולה למכור שלא בב"ד בלא שבועה וכמ"ש ומש"ה במכירה המכר בטל ובירושה קיים אם היא מוחזקת שיכולה להוריש היורשין והיורשין יכולין למכור שלא בב"ד אחר שישבע שלא פקדנו לפי הטעם שאמרו פ' אלמנה ניזונת דף צ"ז משום שלא תתבזה אשתו בב"ד כיון שאין היורשין צריכין שבועה אלא שלא פקדנו או דוקא נקבות לפי הטעם השני שאמרו שם משום חינא ע"ש אבל גוף החוב שפיר ירתי כיון דהם מוחזקים אדם מוריש שבועה זאת לבניו זהו הנראה בדברי תה"ד. (הגם שאיני כדאי להכניס ראשי בין ההרים הרמים בכל זאת לא הביישן למד ולא אחדל מלענות חלקי מה שנלענ"ד בהבנת דברי מוהר"ם ז"ל ואם שגיתי השם יסלח בעדי אחר אשר לפניו

נגלו תעלומות לבבי כי אחרי האמת והצדק אנכי דורש והאדם יראה לעינים כו' הנה המעיין בדברי מהר"ם בשתי אלה התשובות פ' חזקת יראה דעיקר החילוק הוא בין אם היו הנכסים ידועים שהן של בעל או לא דהיכ' דלא היו הנכסים ידועים שהן של הבעל אע"ג דהיא אינה נאמנת לומר שלי הם כגון שידוע שלא היה לה נכסים חוץ של בעל כיון שלא נודע לנו שנפלה לה איזו ירושה וכיוצא בזה שנוכל לומר משלה הם וא"כ יש לה דין גדול האחין דאע"ג דאונות ושטרות יוצאין על שמו אינו נאמן לומר שלי הם דבחזקת כולן הם וה"ה האשה לא היתה נאמנת בזה אפילו בשבועה אלא בראי' בעדי' מ"מ הבאין מכחה א"צ ראי' רק על היורשי' להביא ראי' שלא היו של האשה כיון דקי"ל כשמואל דאמר ומודה לי אבא דאם מת על האחין להבי' ראי' ואע"ג דהוא בעצמו לא היה נאמן בלא עדים אפ"ה כיון שמת אמרי' אלו הי' קיים הי' מברר דבריו בראי' ועדים וכיון שהבאים מכחו מוחזקים בנכסים על האחין הבאים להוציא להביא ראי' וע"ש בנמוקי יוסף ואפילו לדעת הרשב"ם דפסק דלא כשמואל גבי גדול האחין היינו התם דהוא עצמו אינו נאמן אפי' בשבועה להחזיק בנכסים לכך לא טענינן ליתמי מה דלא מצי אבוהון למיטען אבל הכא דאיהי היתה יכול' לעכב עכ"פ בשבועה טענינן ליתמי ולבאים מכחה להחזיק בידם בלא שבוע' כדין גדול האחין שמת דעל האחין להביא ראי' להוצי' מיורשיו אלא דהתם לשמואל אע"ג דאיהו לא הוי מצי לעכב אפי' בשבועה אלא בעדים מ"מ מחזיקין ביד ב"כ ולרבא דפליג עלי' בכה"ג מפקינין מינייהו כיון דאבוהון לא מצי זכי בהו כלל משא"כ הכא דהוי שום צד שהיתה יכולה לעכב בלא עדי' אלא בשבועה גם רבא מודה דמחזקינן לורשי' ואמרי' שהנכסים הוי של אמם ועל יורשי הבעל להביא ראי' שהן באין להוציא ואין זה ענין לאין אדם מוריש שבועה דהכא טענינן ליורשי' ולב"כ שהנכסים היו שלה ממקום אחר ולא בגרעון כתובתה אף שהיא לא היתה נאמנת לומר כן מ"מ כיון שהי' לה שום צד לזכות בהן ר"ל ע"י שבוע' לגביית כתובתה יש להן דין גדול האחין שמת ועדיף מיני' דאפי רבא מודה הכא ובהכא איירי בתשו' שניי' של מוהר"מ סימן תקמ"ז במרדכי המתחלת ראובן נשא לאה איברא היכא דידוע לכל שאותן נכסים היו של הבעל א"כ אין אנו יכולין לטעון ליורשי' ולב"כ שהיו שלה ממקום אחר שהרי אנו יודעין שהן של בעל בהא אפי' שמואל מודה דל"ד לגדול האחין שמת דהתם אפשר לומר דנכסי דידי' הוו ממקום אחר דהתם מיירי שלא היו הנכסים ידועי' שהם של אבי היתומים אלא דאיהו לא הוי מהימן אפי' בשבועה כיון שאנו מדמים באומד הדעת שהם של אביהם ולכך במת מחזיקינין ליורשיו וטענינן להו שמא שלו היו ממקום אחר כיון שיוצאין על שמו משא"כ הכא שידוע לנו שהיו של הבעל ולא שלה נסתלק לגמרי דין

גדול האחין שמת ואין לנו לדון אלא מצד גביית הכתובה לחוד וע"ז אמרי' אין אדם מוריש שבועה לבניו ואפי' תפיסה לא מהני דתפיסתן לאו כלום היא כיון דאמ תפסתן וה"ל כדברי' העשוין להשאיל ולהשכיר ואינן נקראין מוחזקין כלל ובהכי איירי תשו' מהר"ם שבמרדכי הראשונה סימן תקכ"ז המתחלת סרח בת אשר וע"ש היטב ותראה שכן הוא ונמצא עתה פסקן של דברים דהיכא דידוע דנכסים של הבעל היו וא"א להחזיק לב"כ לומר שלה היו ממקום אחר ואנו צריכין לדון על גביית כתובתה אמרי' אין אדם מוריש כו' ואפילו תפיסה לא מהני והיכא שלא היה ברור לנו שהנכסים היו של הבעל אע"ג שלא הי' ידוע לנו שיהי' לה נכסים של עצמה ובחיי' לא היתה נאמנת לומר שלי הן כדין גדול האחין שיצאו אונות על שמו מ"מ אחר שמתה היא טענינין לב"כ ומחזיקינין להו כמו בגדול האחין שמת ואמרי' שמא ממקום אחר היו לה הנכסים ועל יורשי הבעל להביא ראי' והא לך לשון המרדכי סימן תקכ"ו נשאל מהר"ם בסרח בת אשר בטענה כו' והשיב הר"ם ני' ועוד הוי' כמו אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית והיו אונתו כו' דעלי' להביא ראי' ואע"ג דאמר שמואל ומודה לי אבא שאם מת על האחין להבי' ראי' י"ל דל"ד דהתם דוקא שלא היה הדבר ברור שהיו הנכסים הכתובים בשמו של אבי היתומים אלא שאנו מדמי' מאומד הדעת לומר כן אבל הכא דידוע דהני קרקעות היו של יעקב אפי' לאחר מיתתה עליו להביא ראי' כו' אבל הספרים שיש עדים שהיו של זקנה ועכשיו רואים אותם בידו לא מהימן לעכבם בשבועתו מידי דהוי אאומן כו' ה"נ אמו שהיתה נו"נ נטלתן כו' כדפרי' לעיל דאשה הנו"נ עלי' להבי' ראי' ואפי' מתה על היתומים להביא ראי' וכי האי גוונא בדברים הידועים שהיו של עקב ולא מצי לישבע שבועת היורשים וליטלן בכתובת אמו דהא קי"ל כרב ושמואל כו' אין אדם מוריש שבועה לבניו וליכא למימר ה"מ היכא דלא תפוסי אבל הכא תפיס ומדב"ש כו' נשמע לב"ה היכא דתפיס הא ליתא דלב"ש כו' אבל הכא כיון דנכסי בחזק' יתומים קיימי כדפרי' ותפיסתן לאו כלום הוא כו' ומדמינין לה לאומן ולדברים העשוים להשאיל ולהשכיר ולהדומי' להן דאין בתפיסתן ממש עכ"ל והא לך לשון המרדכי סימן תקמ"ז נשאל ר' מאיר ראובן נשא לאה כו' והשיב נ"ל דאע"ג דקי"ל אין אדם מוריש שבועה לבניו ולא לבאים מכחו אפ"ה לא מפקיע משמעון מה שהכניסה לו ואע"ג דאמר בפ' חזקת אחד מן האחי' שהיו אונות כו' עליו להביא ראי' בעדים או בשטר א"כ זאת האשה בחיי' לא היתה נאמנת לומר שלי הם כיון דלא היתה חלוקה בעיסתה כו' ולא הי' ידוע לנו שהי' לה שום ממון בעולם משלה כו' ולא היתה נאמנת לומר נפלו לה בירושה מ"מ כיון דמתה על חנוך להביא ראיה אם רצה להוציא משמעון מה שתפוס דאמרי' התם ומודה לי אבא דאם מת על

האחין להביא ראי' כו' ואפי' לר"ש גאון ורשב"ם שפסקו דלית הלכתא נמי כשמואל בהא כו' הכא מודו דעל חנוך להביא ראיה כו' דהתם הו' טעמא משום דלא טענינן ליתמי מאי דלא מצי אבוהון למיטען דכיון דאבוהון לא הי' יכול לעכב הממון בשבועה בלא עדים ה"נ לא טענינן להו אבל בנדון זה כיון דאיהי היתה יכולה לעכב בשבועה ולגבות בכתובתה אנן נמי טענינן להו ליתמי שלה לכל הבאים מכחה כגון שמעון זה ואע"ג דאיהי בעי' שבועה לכל הפחות הבאין מכחה מעכבין מה שבידם בלא שבועה כו' ע"ש ומבואר דתשו' זו מיירי שלא היו הנכסים ידועים בבירור לבעל אלא מצד אומד הדעת היתה היא נאמנת לומר שלי הם בלא עדי' וראי' אלא שהיתה יכולה לעכבם בשבועה לפרעון כתובתה וכיון דעכ"פ היה בידה לעכבם בשבועה טענינן ליתמי שהם שלה ואפי' רשב"ם מודה וכנ"ל ומאת הקורא האהוב אבקש לדרוש מעל הספר במרדכי בשני המקומות וידיננו לכף זכות ואם שגיתי השם יכפר בעדי) ולפ"ז נראה באשה שהיתה מוחזקת בנכסי בעלה והכניסה הנכסים לבעלה שני נהי דאינה זוכה בגוף הנכסים לפי שלא היתה יכולה למכור קוד' שתשבע עכ"פ זוכה הבעל בגוף החוב משום דמכנסת אשה לבעלה אפילו מלוה ע"פ וידו כידה והנכסים ימכור ע"פ ב"ד אמנם בזה שהיא מוחזקת יש חילוק דאם היא מוחזקת ע"פ תפיסה דלאחר מיתת בעלה דבהא לא שייך בע"ח קונה משכון וכמ"ש בס"ק שלפני זה דלאח"מ לא אמרי' בע"ח קונה משכון א"כ כשמכרה לאחר אינו זוכה הלוקח דקודם שנשבעה אין לה רשות למכור שלא ע"פ ב"ד רק אחר שתשבע וכמ"ש שם אבל אם תפסה בחיי בעלה דבזה אמרי' בע"ח קונה משכון וא"כ ה"ל דין משכון ובמשכון מבואר בח"מ סימן ע"ג דיכול למכור שלא בב"ד ומצד אין אדם מוכר שבועה לית לן בה כיון דהיא מוחזקת ודוקא שתפסה לשם משכון בחיי בעלה וכמ"ש בס"ק הקודם וע"ש:

סעיף יא

ס"ק ו

ואם קדמה ותפסה מעות. והוא בר"ן פ' הכותב גבי אי פיקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאוריית' דהוי כמו גזל דרבנן וע"ש ובספרי קצה"ח סימן פ"ז סקי"ג הקשיתי במ"ש הר"ן בשם הרמב"ן לחלק בין תפס מעות לתפס מטלטלין ומשום דמטלטלין צריך שומא אבל תפס מעות אין צריך שומא דהא כתובה דינה בקרקע וא"כ היכא מצי תפסה מעות דהא גופייהו לא מיקניין לה דבשלמא בע"ח דינו בזוזי א"כ גופייהו מיקניין לי' אבל שם בפ' הכותב דאיירי בכתובה דדינה בקרקע וגוף המעות לא מיקניין לה וה"ל מעו' כמו מטלטלין דאינו אלא משכון ואמאי אין מוציאין מידה וע"ש שהנחנו הדבר בצ"ע, וכעת

נראה לענ"ד ליישב והוא דכיון דחזינין דאע"ג דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה אפילו מיני' אפ"ה בתפס מחיים מהני במטלטלין נמי ואפילו לכתובה מוכח מזה דבתר דתפסה מהני תפיסתה להכניס גם מטלטלין תחת השיעבוד וכל מה שנכנס תחת השיעבוד יכול אדם לגבותן לעצמו אלא דבמידי דצריך שומא לא מצי למיעבד דינא לנפשי' כיון דצריך ב"ד לשומא ולהורדת נכסים ומש"ה כמטלטלין דבעי' שומא אף שתפסה לא הועילה אלא לשיעבוד ולא לגוביינא לכן מוציאין מידה אבל תפסה מעות דאין צריך שומא כיון שהועילה בתפיסתה שנכנסו תחת השיעבוד וכל שמשועבד לה וא"צ שומא יכולה לגבותן לעצמה שיהיו נקנין לה גוף המעות וזה נכון. ועיין בר"ן פ' אלמנה ניזונת שכת' וז"ל וכ"ת אי תפיסה לאחר מיתה היא היכי מהני לכתובה נרא' לי דכי אמרי' לכתובה מפקינין מינה דוקא במטלטלין דמ"מ מיחסרא גוביינא אבל במעות לא שכבר נפרעה עכ"ל וע"ש מזה נמי מבואר דמעות לפי שהיא כבר נפרעה מהני לה תפיסתה ואע"ג דדינה בקרקע מ"מ אם תפסה מעות מהני לה לפרעון. ובס' בית מאיר הקשה על הש"ע וכתב דהרמב"ן והר"ן לא כתבו אלא לדינא דגמ' דאז מטלטלי לא משתעבדי לכתובה ומשום הכי לא מהני תפסה מטלטלין דה"ל כאילו תפס' מטלטלי דיתמי בזמן התלמוד דפשיטא דמפקינין מיני' ע"ש ואינו קושי' דתפיסה מחיים הוי מהני גם בזמן התלמוד דהא התם מיירי משבועת ע"א וכבר תנא לי' התם הבא ליפרע מנכסי יתומים וע"כ שבועת ע"א מיירי מחיים דבעל ומחיים מהני תפיסה למטלטלי אף לדינא דגמ' אלא ע"כ דס"ל להרמב"ן דתפיסת מטלטלין כיון דגופייהו לא מיקניין לה כופין אותה שתשבע ודו"ק

סעיף טו

ס"ק ז

או היורשים אומרי' לא כי אלא אלמנה. כת' ב"ש בשם הרא"ש ואע"ג דכשאומר' משארסתני נאנסתי נאמנ' ומוציאין ממנו שאני התם דהיא טוענת ברי והוא טוען שמא וכאן אפילו טענת היורשין הוי כטענת ברי דאנן טענינן ליורשין כל מה דאבוהון הוי מצי למיטען ע"כ וז"ל הרא"ש ואלמנה נמי חשבינן טענת היורשין ברי כיון דטענינן ליתמי כל מה דמצי אבוהון למיטען עכ"ל. ובשטה מקובצת ר"פ האשה שנתארמלה כתב וז"ל וכי היכי דבעל בעינין שיטען ברי לא כי אלא אלמנה נשאתיך ה"נ היורשין בעינין שיטענו בברי אלמנה נשאך אבינו ואין לך אלא מנה כו' ומיהו המפרשים ז"ל פירשו כו' דאפילו היכי דלא טענו אינהו טענינן להו ליתמי כל מה דמצי למיטען אבוהון כו' אבל לרש"י ז"ל אפשר דבעינן שיטענו כן בהדיא וכדקאמר תלמודא ע"כ לא קאמר ר"ג אלא

בברי ושמא אבל בברי וברי לא קאמר עכ"ל וע"ש. ועמ"ש בס' קצה"ח סימן פ"ב ס"ק י"ב בענין מגו להוציא בברי ושמא דמהני וכתבנו שם דיורשין ולקוחות אע"ג דאין יודעין ברי אנן טענינן להו והיא כמו טענת ברי והתוס' דס"ל במכיר כליו וספריו ביד אחר דנאמן לומר גנובי' הם במגו דהשאלתים לו היכ' דהוי דברי' העשוי' להשאיל ולהשכיר אע"ג דהוי מגו להוציא היינו משום דתוס' לשיטתייהו אזלו דס"ל דטעמא דיורשין פטורין בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא משום דלא ה"ל למידע ומטעם זה הוכיחו ר"פ הפרה דהיכא דלא ה"ל למידע איהו נמי פטור דאל"כ יורשי' אמאי פטורין ע"ש אלמא דס"ל לחו' דהא דעדיפא שמא דיורשין אינו אלא משום דאיהו גופיה היכא דלא ה"ל למידע עדיף שמא דידי' נמצא לפי שיטתם לא יפה כח יורשין מכחו גבי טענת שמא וכיון דחזינן גבי משארסתני נאנסתי לר"ג דאיהי נאמנת במגו להוצי' משו' ברי ושמא ואע"ג דלא ה"ל לבעל למידע אפ"ה איהי מהימנא בברי דידה א"כ ה"ה נגד יורשין נאמנת בברי דידה כיון דיורשין לא עדיפ' מיני' דידי' אלא במה דאינהו לא ה"ל למידע וכיון דהיא נאמנת נגד הבעל אף דאיהו נמי לא ה"ל למידע ה"ה לגבי יורשין וא"כ ע"כ צ"ל דהיורשין נמי טוענין ברי וכמ"ש בש"מ בשם רש"י ז"ל אמנם לדעת הרמב"ם דס"ל בבי דידי' אפי' לא ה"ל למידע אמרי' משוי"מ וטעמא דיורשין דפטירי ע"כ דשמא דידהו עדיף משמא דידי' ואפילו היכא דלא הוי לי' למידע ומשום דשמא דיורשין חשיב כברי דאנן טענינן להו טענת אבוהון א"כ הכא גבי יורשין אע"ג דלא טענו ברי עלי' להביא ראי' אע"ג דנגד שמא דבעל איהי מהימנא אף דלא ה"ל למידע אפ"ה דיורשין עדיפא טפי דאנן טענינן להו וה"ל:

כטענת ברי ודו"ק. ועמ"ש שם בקצה"ח ס"ק הנ"ל וסימן קל"ב סק"ו. ולפ"ז קשה לי בדברי הרא"ש דס"ל בפ' הפרה כשיטת התוס' דהיכא דלא ה"ל למידע לא אמרינן מתוך שאיל"מ והבי' ג"כ ראייתם מדיורשין פטורין ע"ש. וכיון דס"ל דשמא דיורשין לא עדיף משמ' דידי' היכא דלא ה"ל למידע א"כ ק' כיון דגבי משארסתני נאנסתי אלים ברי דידה נגד שמא דידי' דלא ה"ל למידע מ"ש הכא באלמנה דחשבינין לשמא דיורשין כטענת ברי הא לשיטתו לא עדיפי יורשין מיני' וצריך לימוד כעת.

ס"ק ח

יש מי שאומר שבועה דאורייתא וזה דעת הרמב"ם פ' ט"ו מה' אישות והראב"ד השיגו וכתב עליו ז"ל שבועת התורה אין כאן שהרי כפירת שיעבוד קרקעות הוא עכ"ל והרב המגיד כתב וז"ל ואני אומר שאין זו קושי' כיון שהגאונים תקנו שתגבה כתוב' המטלטלין חזרה כתובתה שאינ' כפירת שיעבוד קרקעות בלבד עכ"ל ובלחם משנה כתב וז"ל ומ"מ

אני תמה טובא על דברי הרה"מ כו' דהא בפ"ק דמציעא דף ז' גבי שטר שכתוב בו סלעי' מלו' אומר חמש ולוה אומר שלש אמרו בגמ' אי נמי משום דהוי שיעב' קרקעות ואין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות והתם בחוב איירי וחוב מדינא דגמ' גובה מן המטלטלין וא"כ לא הוי שיעבוד קרקעית לבד וקושי' גדולה היא זו עכ"ל. ונראה דודאי סברת הרב המגיד נכונה כיון דמטלטלי נמי משתעבדי ה"ל כהודה בכלי' וקרקעות דחייב שבועת התורה משום הודעת המטלטלין והא דפ"ק דמציעא אע"ג דמדינא דש"ס נמי מיני' דידי' עכ"פ מטלטלי משתעבדי לבע"ח נלענ"ד דכיון דהא דמטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי היינו משום דעיקר סמיכת המלוה אינו אלא על הקרקעות ולא על המטלטלין א"כ כי קא תבע לי דעתי' על הקרקעות ודמיא להא דאמרו פ' נערה דף מ"ג ורבנן סברי כי קא תבע בושת ופגם קא תבע במאי קמפלגי אמר ר"פ ר"ש סבר לא שבי' אינש מידי דקייץ ותבע מידי דלא קייץ ורבנן סברי דלא שביק אינש מידי דכי מודה לא מיפטר ותבע מידי דכי מודי בי' מיפטר ע"ש ומבוא' מזה דאע"ג דיש בתביעתו קנס ובושת ופגם אזלינין בתר עיקר תביעתו א"כ ה"נ בהודאת שיעבוד קרקעות אע"ג דאית בי' נמי מטלטלין מ"מ עיקר תביעתו הי' במאי דסמיך דעתי' דהיינו בקרקע הלין הוא דינא דש"ס דעיקר סמיכת המלוה הי' על הקרקעו' אבל האידנא בתר דתקנו הגאוני' שתגבה כתובה מן המטלטלין וכתבו הטעם דהוי השתא כהני ארנקי דמחוזא דהאידנא המלוה סומך עצמו על המטלטלין א"כ כי קא תבע תובע שניה' קרקע ומטלטלין כיון דעל שניהם סמך דעתו ומש"ה ה"ל כתובע כלים וקרקעות והודה בכלים וקרקעות דחייב שבועת התורה ודו"ק. ובשטה מקובצת רפ"ב דכתובות כתב ז"ל וי"א שאין בתביעת כתובה לעולם שבועת מודה במקצת וכו' משום דקי"ל אפילו מיני' לא גבי' אלא מקרקע וקי"ל אין נשבעין על שיעבוד קרקעו' וכו' דקאמרי פ' שבועת העדות ש"מ משביע עידי קרקע חייב ולא מצי לאוקמה אלא בדתפסה מטלטלין וכן הדין מחיים וזה עיקר. ויש להרב ר' משה הספרדי ז"ל מחלוקת בזו שהוא מחייב בכתובה שבועה של תורה ויש לדון משום שאם תפסה מטלטלין אין מוציאין מידה לדעת רבינו אלפסי עכ"ל. ומבואר מדבריו דכיון דמהני תפיסה אע"ג דאכתי לא תפס' תו לא הוי שיעבוד קרקעות בלבד כוון דמטלטלי נמי משתעבדי אי תפסה וקשה לי טובא דא"כ בהא דאמרו פ"ק דמציעא הא שתים פטור משום דה"ל שיעבוד קרקעות הא ה"ל נמי שיעבוד מטלטלין אם יתפוס דבבע"ח פשיטא דמהני תפיסה ובעיקר סברת הש"ס דכיון דאם תפסה מטלטלין אין מוציאין מידה אף שעדיין לא תפסה ה"ל כפירת ממון נראה כדברי' אלו בחידושי הרשב"א ר"פ שבועת העדות בהא דס"ל לרב פפא משביע משחקי בקוביא חייבין בקרבן משום דמדאוריית'

מחזי חזו ומתמה עלה מה בכך דחזי מדאורייתא כיון דרבנן פסלוהו לא יועיל כלום בעדותו וכתב עלה דמכאן מוכח דבכל הני פסולי עדות דרבנן אי תפס אפילו בעדים לא מפקינן מינ' ומש"ה מיחייב משחק בקוביא כיון דע"פ עדותו הוי מהני לי' תפיסה וחשיב לי' כפירת ממון ע"ש וכיון דבשבועת העדים דבעי' כפירת ממון חשיב לי' כפירת ממון משום דהוי מהני לי' תפיסה ה"ה במודה במקצת חשיב הודאת ממון כיון דע"פ הודאתו מהני לי' תפיסה במטלטלין ה"ל הודאת מטלטלין. ובזה יתישבו דברי תוס' ס"פ המניח שכתבו שם דאפי' לרבה בר נתן דס"ל טענו חטין והודה לו בשעורים פטור אף מן השעורין אפ"ה חייב שבועה לר"ג דלא בעי ממין הטענה ע"ש והוא תמו' דאם פטור מן השעורין מאי הודאה איכא הכא כיון דאינו הודאת ממון דהא פטור מדמי השעורין ולפמ"ש ניחא דהא בטענו חטין והודה לו בשעורין מהני תפיסה לדמי שעורי' וכמ"ש בטוש"ע ח"מ סימן פ"ח ואפי' תפס אח"כ מהני לפמ"ש בש"ך שם א"כ ה"ל שפיר הודאת ממון כיון דע"פ הודאתו תיהני לי' תפיסה אח"כ ועמ"ש בקצה"ח סימן פ"ח אמנם בספרי ש"ש ש"ז פ"ג הוכחנו דלא הוי כפירת ממון מה דמהני לי' אח"כ תפיסה וע"ש. ודברי הרשב"א שכתב גבי עדים משחקי בקוביא דה"ל כפירת ממון ע"י תפיסה שאח"כ פירשנו שם דהיינו דוקא התם דמדאורייתא מחזי חזי וה"ל עדים אלא דאינו מועיל לזה כתב הרשב"א דמהני ע"י תפיסה אבל היכא דאינו ממון כלל אפי' מדאורייתא אלא ע"י תפיסה מודה הרשב"א דלאו ממון הוא וע"ש. ומאי דקשי' לן התה מדברי הכסף משנה פכ"א מה' עדות על דברי הרמב"ם שכתב העידו עדים על פ' שהפיל שן עבדו ואח"כ סימא את עינו והוזמו משלמין דמי עבד ודמי עינו והראב"ד השיגו שהאדון אינו משלם אלא אם תפס העבד וא"כ העדים שהוזמו אמאי משלמין וכתב עלה בכ"מ דמש"ה משלמין לדעת הרמב"ם משום דבקל יוכל לתפוס ומשמע מזה דע"י תפיסה חשיב ממון ממש ע"ש שהנחנו בקושי'. וכעת נראה ליישב לפמ"ש במגדול עוז שם פ' כ"א מה' עדות וז"ל משום דתלה רחמנא דינם במחשבתן כדכתיב כאשר זמם והרי זממו עליו ואם יתפוס לא מפקינין מיניה עכ"ל א"כ עדים זוממין שאני. ועיין בפ' שבועת העדות דאמרו ש"מ משביע עדי קרקע חייב דלמא דתפסה מטלטלי והא אע"ג דלא תפסה עדיין ה"ל לחייב שבועת העדות משום תפיסה דלאח"כ לפי דעת הש"מ. אמנם כיון דתפיסה דלאחר מיתה לא מהני אלא בתפסה מחיים א"כ תו לא אהני לה תפיסה לאח"כ מש"ה משני דלמא דתפסה מחיים מטלטלי אלא דלפי מ"ש לקמן סימן ק' ע"א במיתה חשיב תפיסה מחיים הדרה קושי' לדוכתי' ליחייב משום תפיסה דלאח"כ ואפשר לומר דהא דקאמר דלמא דתפסה מטלטלין היינו דילמא תתפוס אח"כ ולכך ה"ל עדי מטלטלין וצ"ע בכל זה.

סימן ק

סעיף א

ס"ק א

אינם נגבי' אלא מן הקרקע בח"מ וב"ש כתבו אפי' מן הבעל עצמן כגון גרושה ע"ש ועיין בתו' פ' האשה שנפלו ד"ה ר' מאיר היא ע"ש דן פ"א ע"ב שכתבו ג"כ דמיני' דידי' פליגי. והריטב"א בחידושיו לקידושין דף ס"ה כתב וז"ל והיינו דאמרי' התם ש"מ משביע עדי קרקע חייב דסהדי כתובה עדי קרקע חשיבי כיון דלא גבי' ממטלטלי אפי' מחיים ע"ש וכ"כ בש"מ ר"פ האשה שנתארמלה ז"ל משום דקי"ל דכתובה לעולם לא גבי' ממטלטלין אלא מן הקרקעות בין מיני' דידי' בין מיתמי וכדאמרי' עלה בשבועות ש"מ משביע עדי קרקע חייב ולא מיתוקמא אלא בדתפסה מטלטלי והאי נמי דוקא מחיים וכיון דלא גביא לעולם אלא מן הקרקע הוי כטענת קרקע ואין נשבעין על הקרקעות עכ"ל והוא תמו' דמהתם לא מוכח מידי דמחיים לא גבי' ממטלטלי דהא התם במשביע עדי מיתה מיירי ע"ש דעלה קאמר התם ש"מ משביע עדי קרקע חייב ולאחר מיתה ודאי אינה גובה אלא קרקע דאפי' שאר בע"ח אינו גובה ממטלטלי לאחר מיתה (ע"ש בתוס' ד"ה שמע מיניה שכתבו דקאי נמי אהכל מודים בעד סוטה ולפ"ז שפיר מייתי ראי' דהתם בחיי הבעל הוא והוא המשביע אלא דהוא גופי' קשי' מנ"ל דקאי אסוטה דלמא כפירש"י דאדרב פפא דסמיך לי' דאיירי בעד מיתה קאי ואין כאן ראיה.) ונראה לענ"ד דכיון דבעד מיתה אין האחין יורדין לנחלה על פיו ש"מ דלענין ממון הרי הוא בחזקת חי והא דמהימן לעדות אשה חכמים המנוהו ומשום דבדבר שיש קצת טעם וסמך לא חשוב עוקר דבר מן התורה ע"ש בתוס' ר"פ האשה רבה ד"ה מתוך ורש"י ז"ל כתב במס' שבת דף קמ"ה דאקילו בה רבנן משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן קא מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושי מיני' ע"ש והא דגובה כתובתה אע"פ דלענין ממון עדיין בחזקת חי הוא משום תנאי כתובת' אתינן עלה שכן כתב לה לכשתנשאי לאח' תטלי מה דכתוב ליכי וכיון שמותרת לינשא נוטלת כתובה והרי היא כמו גרושה שנוטלת כתובתה שלא בפניו ואם הי' דין הגרושה לגבות ממטלטלי הי' ראוי גם בעד מיתה לגבות ממטלטלי דלא יהא אלא שאר בע"ח הבא לגבו' שלא בפניו אע"ג שיש עד אחד שמת אין אנו יכולין לדחו' הבע"ח שהמטלטלין כיון דע"א אינו קם לממון ובודאי מגבין אותו ממטלטלין וה"ה לאשה בכתובתה כיון דאינו אלא מתנאי כתובה וכמ"ש וע"כ מוכח דאפילו מחיים דבעל אינה גובה כתובתה מן המטלטלין ודו"ק. ובהכי ניחא ליישב שיטת ר"ש בפ' הכותב דף פ"ד בתוס' ד"ה והוא שתפס מחיים דבבע"ח אירי אבל בכתובת אשה לא מהני תפיסה כלל ומשום

דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים ע"ש וקשה לשיטתו מהא דאמרו שם בשבועות דלמא דתפסה מטלטלי ולשטת ר"ת לא מהני תפיסה בכתובה לא מחיים ולא לאח"מ וכבר הביא הרי"ף ז"ל ראי' מהך דשבועות דתפיסת מטלטלין מחיים מהני גם לכתובה ע"ש בפ' אלמנה ניזונת ולשיטת ר"ת תקשי הך סוגי'. ולפי מ"ש ניחא דעד א' במיתה לענין ממון בחזקת חי הוא אלא דלענין פרעון כתובת' אמרי' דמטא זמני' מכח תנאי כתוב' ואף אם עודנו בחיים וטעמא דר"ת דבכתובה לא מהני תפיסה אינו אלא משום דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים והכא דמטא זימנא לכתוב' לגבות מהני תפיסת המטלטלין כמו בגרושה לאחר גירושין דה"ל כמו שאר בע"ח ודו"ק. (לכאורה הדברים מתמיהי' דבשלמא לגבי אחין ושאר בע"ח מוקמינין לי' בחזקת חי ואין ע"א נאמן להוציאו מחזקתו אבל הכא גבי אשתו אמרי' לה שתיקותך יפה מדיבורך שאם רוצה לגבות ממטלטלי בחזקת שבעלה חי הרי אסורה לינשא ולית לה כתובה כלל שהרי בעלה קיים ולפום ריהטא משמע דרבינו המחבר ז"ל סמך דבריו על סברת רש"י ז"ל שמביא דאפקעינהו רבנן לקידושי' מיני' ואפילו הוא חי אית לה מתנאי כתובה דכשתנשאי לאחר כיון דאפקעי רבנן לקידושי' והתירו' לינשא אף שבעלה חי אמנם אחר העיון הא ליתא דא"א לפרש דברי רש"י ז"ל לומר דהא דע"א נאמן לעדות אשה אע"ג דמדאורייתא לא מהימן והרי בעלה בחזקת קיים אפ"ה אפקעינהו רבנן לקידושי' אף שבעלה חי דהא אם בא בעלה אמרי' בהאשה רבה דצריכה גט מזה ומזה והולד ממזר מזה ומזה ומפרש בגמ' דמראשון צריכה גט מה"ת דאשתו היא ומשני צריכה גט מדרבנן בעלמא דזנות בעלמא הוא והולד מן השני ממזר גמור ומן הראשון מדבריהם וכן פירש"י שם במתני' וא"א דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני' איפוך ה"ל לש"ס למימר דלשני אשתו גמורה היא וכ"כ מרן ז"ל בספרו ש"ש ש"ז פ"א ע"ש וכן הק' בתוי"ט ר"פ האשה רבה ע"ש (ונראה שנעלמו ממנו אז דברי רש"י בשבת) ובשו"ת פנים מאירות סימן פ"ט הניח דברי רש"י אלו בקושי' ע"ש ובשו"ת שבות יעקב ח"ב סימן קט"ז העלה דהיכ' דבעלה חי קנסו' רבנן כיון דלא דייקא ומנסבא ולא הפקיעו הקידושי' משום קנס ודקדק כן מדברי רש"י במתני' דהאשה רבה ע"ש ולענ"ד לא כיון יפה בדברי רש"י שם ד"ה תצא מזה ומזה כשאר א"א שזינתה דהך לאו אנוסה היא אע"ג דהמנוהו רבנן לע"א באשה משום עגונא טעמא מאי משום דהיא גופה דייק' עד דידעא בקושט' ומינסבא והא דלא דייקא קנסו לה ע"כ מבואר מדבריו דרק לענין שלא יהיה לה דין אנוסה כיון שנשאת ע"פ ב"ד כתב דקנסו לה כיון דלא דייק' והוצרך רש"י לזה כי היכי דלא תקשה לר' שמעון דפליג לקמן בהך מתני' וס"ל בשני עדי' מותרת לחזור לראשון דה"ל אנוסה מ"ש בע"א שהתירו ב"ד דמודה ר"ש לכך

כתב דבע"א קנסו' משום דלא דייקא אבל לענין הפקעת קידושין ולומר שתהא מותרת לשני לא שייך קנס. דאדרבה מדינא היא אשת הראשון וקושית השואל שם בתשו' ש"י מעיקרא ליתא שהקשה אמאי לא תקינו חז"ל להפקיע הקידושין בע"א במיתה כדי שלא להרבות ממזרים בישראל. ולק"מ דאנן תקנתא לרשיעי לא עבדינן כי היכי דבשני עדי' פשיט' וליכא מאן דפליג דאם נשאת הולד ממזר גמור מהשני ולא קשיא ליתקנו דלפקעו קידושין משום שאינו מצוי שישקרו ב' עדי' ומש"ה האמינתן התורה ואי אתרמי דהוו רשיעי ומשקרי דיינין לה כדינה ולא שייך לתקוני בכה"ג ה"ה והוא הטעם בע"א במיתה כיון דחזו רבנן טעמא להאמינו או משום דייקא ומנסבא או משום דמלתא דעבידא לגלויי לא משקר א"כ הרי הוא כשנים לדבר זה ואינו מצוי שימצא שקר דלכך נאמן ואי אתרמי דהוי רשע ומשקר לא תקינו גבי' מידי אלא אוקמו' אדינה אלא דלענין שתהא אסורה לחזור לראשון ויש לה דין זינתה ברצון אע"ג שע"פ ב"ד ניסת לזה כתב רש"י דקנסו' כיון דלא דייקא ובזה ניחא לן מה שהק' בתשו' פ"מ וש"י בהא דאיבעי' להו טעמא דע"א משום דייק' ומנסבא או דלמא משום מלת' דע"ל תיפוק לי' דמשום דייקא וכמ"ש רש"י בהדי ע"ש ולק"מ דע"כ לא הוצרך רש"י לכך אלא לר"ש דמחלק במתני' בין ב' עדים לע"א וס"ל בב' עדים יש לה דין אונס דמאי ה"ל למיעבד ע"כ בע"א הוי טעמא דדייקא כו' אבל לדידן דקי"ל כרבנן דאפי' בב' עדים יש עלי' כל חומר א"א שזינתה כדפסקי' בטוש"ע סימן י"ז סעיף נ"ו ע"ש משום דאפי' ע"פ ב' עדים וע"פ ב"ד ה"ל למידק שפיר ולא חשיב אונס ועיין בס' בית מאיר ס"ס י"ז א"כ תו לא מוכח מידי דבע"א הוי עיקר טעמא משום דייקא כו' ויכול להיות משום מלתא דעבידא לגלויי ומ"מ לא עדיף משני עדים ומ"ש תוס' ד"ה ע"א ביבמה דפשיטא לה דטעמא משום דייקא כדמוכח לעיל ע"ש כונתם אהא דאמר ר' זירא מתוך חומר כו' הקלתי עלי כו' דמבואר מזה דעיקר הטעם היא שתהא חוששת שלא תתקלקל וע"ש ועיין בתשו' ש"י שם אמנם מ"ש רש"י ז"ל במס' שבת דאפקעו רבנן לקידושין אין כוונתו לומר דאף אם שקר העיד והבעל חי מ"מ התירו' ז"ל ואפקעינהו לקידושי' דזה נגד הש"ס וכמו שהק' הגאונים הנ"ל וגם נגד הסברא וכמ"ש לעיל אבל כונת רש"י ז"ל למצוא טעם דאף אם נאמר דחז"ל מצאו טעם הגון להאמין ע"א באשה שדבריו כנים ואמיתים מ"מ איך עוקרים דבר מן התורה שאמרה אין דבר שבערוה פחות משנים ואפילו נאמר שהדבר בעצמו אמת אין אנו יכולין להתיר א"א בלתי ע"פ ב' עדים וכן הקשו בתוס' ובריטב"א בשם הרא"ה ז"ל ונחלקו הראשונים בסברתם הרא"ה ז"ל כתב דכיון דכך שיערו חז"ל ה"ל אנן סהדי וכשר מדאורייתא ובתוס' ד"ה מתוך חומר דחו סברא זאת בשם הר"י ז"ל ודעתם דלא מהימן מדאורייתא אלא מדרבנן דבמקום שיש

טעם וסמך לא חשיב עוקר דבר מה"ת וכמו שהביא מורי ז"ל ואמנם דעת רש"י בזה דחז"ל שיערו שהדבר בעצמו בודאי אמת אי משום דבעינא לאגלויי אי משום דדייקא ולא חשיב עוקר דבר מה"ת כיון דכל דמקדש כו' ואפקינהו לקידושי' נמצא לפ"ז דוקא היכא שהדבר אמת אפקעינהו רבנן לקידושי' כי היכי דלא תהוי עוקר דבר מה"ת כיון דליכא ב' עדים אבל היכא שהבעל חי לא עדיף ע"א מב' עדי' דלא תקנו כלל. כל זה ברור כשמש. ונראה דגם מרן ז"ל כך דעתו בפירש"י ומ"ש דאם הי' דין הגרושה לגבות ממטלטלי הי' ראוי גם בעד מיתה לגבות ממטלטלי אין כונתו לומר שתבא בטענת שמא עדיין חי דפשיטא דגרע טפי דא"כ לית לה כתוב' כלל ואסורה לינשא וכמ"ש למעלה אלא סברת מרן ז"ל הכין היא דהא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח אע"ג דמחיים חייל שיעבודא עלייהו דהא מיניה גבי מגלימא דעל כתפי' היינו משום דכיון דנכנסו לרשות אחרים יצאו משיעבודן משום דלא סמיך מלוה עלייהו שיוציאם מרשות אחרים שבקל יכולים להבריחם ולכך ס"ל לר"ע ימסרו ליורשין משום דיורשים זכו בהו תיכף בשעת מיתה וכל היכי דאיתנהו ברשותייהו קיימי ואינם צריכים גובייא. משא"כ בע"ח מחוסר גובייא וכבר נכנסו לרשות היורשין ולא גבי' מינייהו ועיין בש"מ פ' הכותב דף פ"ד ע"א ד"ה אין מרחמין בדין מה שהביא בשם הירושלמי ע"ש ולהכי פשיט' לי' דבעד אחד במיתה גובה בע"ח ממטלטלין ולא אמרי' שיתחייב שבועה כמו ע"א מעידו שהוא פרוע דאף לפי דברי העד עדיין לא זכו בהן יורשין דאינן נכנסין לנחלה ע"פ ע"א. וכיון דלא זכו עדיין היורשין מודה ר"ע דינתנו לכושל מאחר שלא נכנסו לרשות אחרים לא יצאו משיעבודן שהיה עליהם בחיי הלוה ולפ"ז אין בין כתובה לשאר בע"ח דאפילו בעלה מת כיון דלא זכו בהם יורשין עדיין שיעבודה עליהן ואמאי לא תגבה ממטלטלין בע"א במיתה אלא ע"כ מוכח דאפי' מחיים דבעל אינה גובה כתובה ממטלטלי ועלו דברי מרן כהוגן אלא דאכתי איכא למידק לפ"מ שהעלה מרן ז"ל בשיטת ר"ת דבע"א במיתה מהני תפיסה דעכשיו דניתנה כתובה לגבות וגם עדיין לא זכו בהן יורשין וכדכתיבנא ובאמת ברש"י שם מבואר דתפסה מחיים ע"ש פ' שבועת העדות וצ"ל לדעת רש"י ז"ל דכיון דבאמת מטלטלי' לא משתעבדי לכתובה אפילו מחיים והא דמהני תפיסה מחיים היינו ע"י התפיסה מכניסה אותן תחת השיעבוד וכמ"ש מורי ז"ל לעיל סימן צ"ו סק"ו ע"ש והכא כיון דע"כ צריכה להודות שמת בעלה אף דיורשי' לא נכנסו בנחלה מ"מ גם היא אינה יכולה להכניסן תחת שיעבודה. ודעת ר"ת כיון דיורשין לא זכו בהן עדיין הוי כמו בחיי הבעל ועדיף במאי דניתנה לגבות ודו"ק היטב:)

ס"ק ב
אלא מן הקרקע ואפילו מבעל עצמו וכמ"ש בח"מ וב"ש וכמ"ש בס"ק הקודם ומוהר"י ן' ל"ב ספר ב' כלל נ"ה כתב ז"ל דאפילו נימא דכתובה נמי גובה ממטלטלין מחיים מדין התלמוד כסברת רוב הפוסקים ע"ש וכתב עלי' בס' בית מאיר ז"ל ואיני יודע מאן נינהו ע"ש וכבר כתב הרשב"א בחי' לקידושין דף ס"ה בהא דאמור התם ור' מאי' היא דאמ' מטלטלי משתעבדי לכתוב' הראב"ד ז"ל פירשה בשמתו המגרשי' לומר דאילו שניהם קיימים אפילו רבנן מודו דמיני' אפילו מגלימא דעל כתפי' ע"ש.

ס"ק ג
ומיהו רשות ביד היורשי' לסלקה בקרקע וכתב ב"ש ז"ל היינו היכא דלא כתב בפירוש מן המטלטלין שם בש"ג כו' וכן הבעל יכול לסלק בקרקע כו' ועמ"ש בזה בס' קצה"ח סימן ק"ז סק"ג:

סעיף ב

ס"ק ד
אינם נגבי' מהשבח בפ' יש בכור בהא דתנן ולא האשה בכתובתה פריך והא אמר שמואל בע"ח גובה את השבח ומשני מקולי כתובה שנו כאן. ואיכא למידק לפי מה דמבואר בש"ע ח"מ סימן קט"ו סעיף ג' דמקבל מתנה אם השביח אין בע"ח גובה שבחו משום דאין לו על מי לחזור וכתב שם הרמ"א דה"ה לוקח כשפירש בהדי' שאין לו אחריות על המוכר דדינו כמקבל מתנה כיון שאין לו על מי לחזור ע"ש והיכא דקבל עלי' המוכר אחריות דבע"ח גובה את השבח אינו גובה אלא החצי וחצי השבח זוכה בו הלוקח מצד אחריותן כדין לוה ולוה ואח"כ קנה ומכר כדאי' ס"פ מי שמת ובטוש"ע סימן הנ"ל סעיף א' ע"ש וא"כ תקשי ממ"נ אי מיירי בשלא קיב' המוכר אחריות בע"ח נמי אינו גובה שבח כיון דאין לו ללוקח על מי לחזור. ואי בדקביל עלי' אחריות וא"כ הלוקח ג"כ יש לו דין בע"ח מצד אחריותו ואם הי' בע"ח אחר בא לגבות הי' נוטל חצי השבח כדאמרי' לעיל שכן דינו דה"ל לוה ולוה וקנה ובכתובה כה"ג אמרי' בפ' הכותב דף פ"ו היכא דשניהם יוצאין מזמן אחד אמר אמימר כו' ואי ליכא אלא חד ארעא לבע"ח יהבינן לכתובת אשה לא יהיבינן וע"ש ברי"ף והרא"ש דה"ה בלוה ולוה ואח"כ קנה דשניהן שקולין לבע"ח יהבינן לכתובת אשה לא יהבינן וא"כ ממילא אין לכתובת אשה לגבות משבח דלוקח יש לו דין ב"ח מצד אחריותו ולכתובה לא יהבינן דיותר משהאיש רוצה לישא אשה רוצה לינשא כדאי' שם אח"כ מצאתי קושי' זו בתומי' סימן קט"ו ע"ש דמתרץ דהיינו דקא משני מקולי כתובה שנו כאן ודוחק (הגה"ה וכן הקשה בחי' פני יושוע ב"מ בסוגי' דשבח ע"ש שהניח בקושי) וגם דיהבינן ולא לכתובה שהרי הבע"ח הפסיד והוציא מעותיו והאשה

חסרה דבר דיותר משהאיש כו' ומזה כתב הב"ש סימן ק"ב דה"ה בהוספ' שליש הבע"ח קוד' ע"ש א"כ אין בזה משום לקולי כתובה אלא משום דזה הוציא מעותו שהרי הוספת שליש דדינה כבע"ח ואפ"ה בע"ח קוד' מיהו אפשר לומר דשבח ה"ל כמו הוספת שליש שלא הוציא מעותיו רק בכדי קרנו ולפי מ"ש בקצה"ח סימן קט"ז סק"ב דהוזל משלם אחריות כפי מה שקנה ע"ש וכיון דמחזירין ללוקח אחריות קרנו כפי מה שקנה שוב אין ללוקח הפסד וא"כ כתובה ולוקח שוין גבי שבח ודו"ק (וצ"ע דכיון דלוקח שוה לאשה אמאי גובה חצי שבח נגד בע"ח נימא לבע"ח יהבינין ללוקח לא יהבינין כמו שאמרו גבי אשה כיון דשוין הן) ובעיקר הקושי' נ"ל לפמ"ש הר"ן שם בהא דאמר אמימר ואי ליכא אלא חד ארעא לבע"ח יהבינן וז"ל וא"ת כיון שהדין נותן שיחלוקו היאך גוזלין את האשה ונותנין לבע"ח יש לומר דלוה וקדם האחד וגבה מה שגבה גבה דבע"ח מאוח' דוקא אמרו דלא גבה אבל בשוין מה שגבה גבה כו' הלכך כיון שאילו קדם הבע"ח ובא לב"ד והגבוהו ראשון מה שגבה גבה מן הדין אנו מגבין לבע"ח תחלה משום דיותר משהאיש כו' ולאחר גבייתו זכה בהן מן הדין עכ"ל וכ"כ הרא"ש שם ע"ש וכבר פסק הש"ך סימן קט"ו להלכה כדברי הראב"ד והרמב"ן ובעל התרומות שער ב' והריב"ש סימן תפ"ג דבכל ענין אין היתומים ולא הלוקח יכולין לסלק לבע"ח בדמי הקרקע עד שיתנו לו כל חובו הא לאו הכי יכול לומר לדידי שוי' כל חובי ע"ש וא"כ היכא דמסיק שיעור ארעא ושבחא או יותר ואין הבע"ח גוב' כל שיעור חובו ודאי דאין הלוקח יכול לסלקו במעות שיעור ארעא אלא הבע"ח נוטל הקרקע כולה עם השבח שעלי' אלא שהוא צריך להחזיר ללוקח דמי חצי שבחו דיכול לומר הקרקע בעצמה מלבד השבח שוה לי כל חובי לפ"ז בכתובה העולה נגד שיעור ארעא ושבחא או יותר כשבאה לגבות ג"כ אין הלוקח יכול לסלקה בדמי קרקע לחודה דמצי' למימר לדידי שוי' לי קרקע לחודה כל כתובתי וע"כ נוטלת גוף הקרקע עם השבח שעלי' אלא שמחויבת ליתן מעות ללוקח בעד השבח וכשיפסקו הב"ד שתתן האשה כל דמי השבח ללוקח הרי גוזלין את האשה וכקושית הר"ן והרא"ש דהא מן הדין מגיע לה חצי השבח והכא אין לומר דלאחר שגבה כבר זכה בו מן הדין כדין בע"ח שוין שקדם א' וגבה וכדלעיל דהני זוזי דאשה לאו שיעבודי' דלוקח נינהו דלזכי בהו מכח מה שקדם וגבה דדוקא בבע"ח ואשה שבאו לגבות מנכסי הבעל דלשניהם הקרקע משועבדת וזמן שניהם שוה וכשמגבין מקרקע המשועבדת לשניהם מה שגבה גבה לכך לאחר שגבה הבע"ח זכה בו מדינא כיון שגבה שיעבודו אבל מעות של האשה מעולם לא נשתעבדו ללוקח ואי מגבינין להו מינה הוי גזל לכך לא מצינו להגבותו רק חצי שבח לכך פריך שפיר והא אמר שמואל בע"ח גובה שבח היינו חצי שבח ואצטריך

לשנויי מקולי כתובה שנו כאן ודינא הכי הוא דלית לה לאשה דין בשבח ודו"ק ועמ"ש בס' קצה"ח סימן ק"ד סק"י

ס"ק ה

ואינם נגבים אלא ממוחזק אבל לא מן הראוי וכתב ב"ש וז"ל ואינם נגבית מהשבח אפי' אחר התקנה שתקנו דגובין מן המטלטלין מ"מ אינה גובה מן השבח כ"כ הרא"ש פ' יש נוחלין וכן משמע משאר הפוסקים ולא כהרמב"ם בפי' המשנו' עכ"ל ועיין בפי' המשניות להרמב"ם פ' יש בכור שכתב דהשתא דגבי' ממטלטלי גובה האשה והבנות משבח ששבחו הנכסים אחר מיתת הבעל וגם נוטלים בראוי כבמוחזק עכ"ל ע"ש וברא"ש חלק דאין ענין מטלטלין לזה כיון דאפי' בקרקע אינה נוטלת בראוי ע"ש. ונראה דהך פלוגתא בהא תלי' במ"ש הריב"ש סימן שצ"ב ב' טעמי' בהא דתקנו הגאונים עכשיו לגבות ממטלטלי אם מפני שראו מפני תיקון העולם לכופן במצוה אפי' בגביית מטלטלין בבית דין ואף בשאר יורשין שאינן בנים לא פלוג כיון שרוב היורשים הם בנים או מפני שראו שעתה נכסי רוב העולם אינן קרקעות אלא מטלטלים וסחורה והמלוה סומך עליהם כמו על קרקעות דומיא מאי דאמרי' פ' מציאת האשה גמלים של ערביא וארנקי דמחוזא אשה גובה מהם פורנא ע"ש א"כ לפי הטעם הראשון תקנת הגאונים אינה אלא מפני שמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם אלא שאין ב"ד כופין בכך והגאונים תיקנו שיכופו על כך וכיון שתיקנו שיהי' הב"ד כופין על מצוה זו אין חילוק בין ראוי למוחזק דכל שירשו מאביהן הן ראוי הן מוחזק מצוה עליהם לפרוע חובו וכל שהוא משום מצוה כבר תקנו הגאונים לכופו ע"י ב"ד וזו דעת הרמב"ם בפי' המשניות והרא"ש החולק עליו ס"ל כטעם השני דתקנת הגאונים אינה משום מצוה אלא דדינא הכי הוי כיון דהאידנא סמיך דעתייהו אמטלטלי וגם מדינא דגמ' הכי הוי כמו גבי גמני דערבי' וארנקי דמחוזא וה"ל כמו קרקע ממש א"כ בראוי ובשבח דבקרקע ג"כ אינה גובה לא עדיפי הני מילי דסמוך עלייהו כקרקע ומש"ה אפי' אחר תקנת הגאונים לא גבי' מראוי ושבח ועיין פ' הכותב דף פ"ד בתוס' ד"ה לכתובת אשה וז"ל תימה דהא תנן בפ' יש בכור דף נ"ב דאין האשה נוטלת בראוי ומלוה חשבי לי' רבנן ראוי בפ' י"נ דף קכ"ה עכ"ל. ולפמ"ש ניחא דכיון דר' טרפון ס"ל בהי' לו פקדון או מלוה ביד אחרים ינתנו לכושל שבהן ואע"ג דמטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי כיון דלאו ברשותייהו קיימי ס"ל לר"ט דנותנין לבע"ח ולכתובת אשה וכתב בחי' פני יושע הטעם דכיון דמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם חלא שאין ב"ד כופין להוציא מיתומים וס"ל לר"ט כיון דלאו ברשות יתמי מנח כופין בזה ליתן לבע"ח ולכתובת אשה משום מצוה וע"ש וא"כ

כיון דלענין מצוה בראוי נמי מצוה עלייהו רמיא לפרוע חוב אביהם כיין שירשו א"כ היכא דלר"ט ס"ל במטלטלין היכא דלא מנחי ברשות יתמי כופין אותן במצות פריעת חובת אביהם ה"ה נמי בראוי כיון דאינו מונח ברשות יתומי' ועליהן המלוה מוטלת לפרוע כופין אותו לפרוע דראוי ומטלטלין חד דינא אית להו וזה נכון ודו"ק. שוב ראיתי שכבר כתב הרא"ש פ' יש נוחלין לחלק בזה דלר"ט גובין מן הראוי כיון שהוא ביד אחרים כמו דס"ל לר"ט במטלטלין ביד אחרים ע"ש ולדעת הרא"ש שהבאתי לעיל אין דין ראוי שוה לדין מטלטלין וכנ"ל ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דלר"ט מדין מצוה נגעו בה א"כ שוה דין ראוי למטלטלין ודו"ק. וע"ש עוד בחי' פני יושוע שכתב ז"ל וראיתי במרדכי לקמן בפרקין שכתב דבמטלטלי דיתמי מצוה וכופין אם ירצו הב"ד ומפרש לכולה סוגי' דשמעתין דתפיסה לענין יתומים קטנים ולענ"ד הא דמשנתנו אי אפשר לפרש כן דא"כ מ"ט דר"ט דאמר ינתנו לכושל שבהן הא לכ"ע אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים אלא א"כ רבית אוכלת בהן וכדאי בערכין דף כ"א וכדאוקי התם בבע"ח גוי שקובל עליו לדון בדיני ישראל ע"ש וצ"ע ונראה דהא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים היינו דוקא מנכסיהם אבל אם בא לגבות מן הערב גובה ולא חיישינין שמא יש שובר דדוקא בקטנים גופייהו אמרי' הכי ובמשנתנו תנן שהיה עליו בע"ח וכתובת אשה א"כ אם לא היו נותנין לבע"ח היתה הכתובה נגבית מהן דלכתובה נזקקין ולפי שהבע"ח נקרא כושל נגד הכתובה נותנין לו וא"כ ה"ל כאילו גובין מכתובת אשתו דקטנים לא מפסדי מידי מש"ה נותנין לבע"ח והא דתנן התם זכתה האשה יתר על כתובתה ינתנו לכושל והוא הבע"ח ושם כבר נפרעה האשה מכתובתה התם במתני' כתב הר"ן ז"ל זכתה האשה יתר על כתובתה אם קדמה ותפסה ויש בהן יותר מן הכתובה או קדם בע"ח ותפס ויש בהם יתר על חובו המותר ינתנו לכושל שבהן היינו לכושל שבראי' או כתובת אשה משום חינא ע"ש וכתב בתיו"ט דהיינו שהי' שם עוד בע"ח וכתובת אשה ע"ש וא"כ כיון דאי לאו הבע"ח הוי יהבינן לכתובת אשה לא מפסדי קטנים מידי וה"ל כנפרעין מן הכתובה:

ובזה יתיישב הא דתנן מי שמת והניח אשה ובע"ח ויורשין כו' ולכאורה למ"ד לכושל לכתובת אשה ניחא הא דתני אשה ובע"ח אבל למ"ד לכושל שבראי' ה"ל למיתני הי' עליו שני בע"ח ינתנו לכושל שבראיה שהוא המאוחר ולפי מ"ש ניחא דאי לאו אשה לא יהבינן לבע"ח דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים ודו"ק.

סעיף ד

ס"ק ו

ומכר את שדהו וקנו מהאשה ראשונה תחל' בפ' מי שהי' נשוי דף צ"ה וכי קנו מידה מאי הוי תימא נחת רוח עשיתי לבעלי כו' אמר רב פפא בגרושה ודברי הכל ולכאורה גם באלמנה משכחת לה שמת הבעל בחיי' וכשמת כתבה האלמנה ללוקח דו"ד אין לי עמך וה"ל לרב פפא למימר נתארמלה או נתגרשה. ונראה דכיון דקי"ל אלמנה מוכרת שלא בב"ד כדאי' פ' אלמנה ניזונת דף צ"ו ע"ש א"כ כשנתארמלה וקנו ממנו ללוקח אין השני' יכולה להוציא מיד הלוקח דיש לו ללוקח דין האלמנה וכמ"ש בש"ע ח"מ סימן ק"ד סעיף א' ע"ש אם מכרו ב"ד קרקע להגבות למוקדם אין בע"ק מאוחר יכול לטרוף ממנו והוא מדברי הרשב"א בתשובה מירושלמי פ' אלמנה ניזונת כו' אלמא כל שלקח מיד ב"ד או מן האלמנה כדי להפרע כתובה או מלוה שזמנה מוקדם הרי הוא כאלו שיעבוד מלוה ראשונה קיימת עדיין הובא בב"י סימן ק"ד ע"ש והיינו משום דיש ללוקח זה כח מוקדם א"כ לא היתה השני' מוציאה מיד הלוקח להכי מוקי לה בנתגרשה דאין לה רשות למכור אך קשה לפמ"ש הר"ן בשם הרשב"א דאפי' גרושה מוכרת שלא בב"ד וכמ"ד משום חינא ע"ש פ' אלמנה ניזונת וז"ל שם כתב הרשב"א ז"ל דמסתברא כעולא דאמר משום חינא ואפי' גרושה נמי כו' וההוא סוגיא דהתם כטעמא דחינא ריהטא דאמרי' התם אמר לך רב פפא איבעית אימא אפי' בכתובה ומשום חינא ולפ"ז אפי' גרושה מוכרת שלא בב"ד ע"ש וא"כ לרב פפא דאית לי' משום חינא ואפי' גרושה מוכרת שלא בב"ד היכי מוקי לה בגרושה דא"כ היאך השני' מוציאה מיד הלוקח כיון שיש לה רשות למכור נמצא דיש ללוקח דין המוקדם וצ"ע (ויש לעיין בזה דיש לחלק בין מוכרת לפרעון למסלקת עצמה מקרקע זו דבשלמא במוכרת לפרעון מסתלק כל החוב והשיעבוד ע"י דמי אותו הקרקע והוי כאלו גבתה הקרקע בחובה ומכרתן אח"כ דיש ללוקח שני זכות המוכר שלו שהוא מוקדם משא"כ במסלקת עצמה מקרקע פלוני' שעדיין חובה קיים ושיעבודה חל אשאר נכסים ליכא למימר שיהא ללוקח זה דין המוקדם שהרי גם ביד המוקדם לגבות עדיין משאר נכסים ועדיין שעבודו קיים בהא לא אמרי' שיהי' ללוקח דין מוקדם. תדע דאם היו שם ג' לקוחות והיא סלקה עצמה משלשתן האם נאמר שלכולם דין קדימה נגד השניה והרי כל כתובתה של הראשונה לא היה אלא מנה ואיך יהיה במקומה דין קדימה לג' מאות זוז א"ו דל"ד סילוק לפרעון ממש וכן הדעת נוטה). והנה לפי מ"ש רש"י בפ' אלמנה ניזונת דף ק' ד"ה אחריות איתמי כו' שהאלמנה שליח של היתומים ע"ש וכיון דאינה אלא שליח של יתומים א"כ היכא דהשדה כבר נמכר ללוקח תו אין רשות

יתומים על השדה ואין לה רשות למוכרו ללוקח בלא רשות ב"ד אלא מדברי הרשב"א משמע דאלמנה שמוכרת שלא בב"ד שליח ב"ד היא דאי שליח של יתומים א"כ לקח מהאלמנה כדי למפרע כתובתה אמאי הוי כאלו עדיין שיעבוד כתובה עלי' דהא אם הלוה בעצמו מכר כדי לפרוע למוקדם אין ללוקח דין מוקדם ויכול מאוחר לגבות מאותו שדה וכמבואר בש"ע ח"מ סימן ק"ד שם ע"ש אע"כ דאלמנה ברשות ב"ד קא אתי' לכך אפילו אינה בכח יתומים למכור ויש ללוקח דין מוקדם.

ס"ק ז

וקנו מהאשה בפ' מי שהי' נשוי דף צ"ה וכי כתבה לי' מאי הוי והתניא האומר לחבירו כו' הכא במ"ע בשקנו מידו והקשו בזה הא מחילה א"צ קנין והנה במרדכי ר"פ הכות' כ' ז"ל בכות' לה ועודה ארוס' לה"ק אפי' נשואה נמי דהא מחילה א"צ קנין ומתרץ כיון דהפירו' עדיין לא באו לעול' אינה יכולה לסל' ע"ש ולא הבינותי הקושי' דהא בנשואה פריך לי' הש"ס אי הכי אפי' נשואה נמי ומשני ידה כידו וע"ש פיר"שי ידו כידה והרי הוא כשותף בהן וכיון שנכסים שלו צריך לשון מתנה ע"ש וא"כ ודאי בעי קנין גם התירוץ אינו מובן במה שכתב כיון דהפירות לא באו לעולם אינו יכול לסלק דהא בארוסה נמי הפירות לא באו לעולם עדיין:

מיהו בהא דמשני הש"ס בכותב לה ועודה ארוסה ומסיק כדרב כהנא דאמר נחלה הבאה כו' שפיר קשה למה לי דרב כהנא ה"ל למימר כיון דעודה ארוסה וידו לאו כידה מהני מטעם דא"צ קנין גם התירוץ שייך שפיר כיון דעדיין לא זכה בהן דהא ארוס' היא לכך א"י למחול דכמו דאין אדם מקנה דשלב"ל כך אין אדם מוחל דשלב"ל וכמבואר בח"מ סימן ר"ט ברמ"א סעיף ד' וע"ש בסמ"ע ז"ל והא דאדם יכול לסלק עצמו וכחו מדשלב"ל דשאני התם דקאי אאדם שיש לו שיעבוד על נכסי חבירו ע"ש ומיהו סילוק מהני בדשלבל"ע כל שיש לו שייכות בגוי' כמו בכותב לה ועודה ארוסה ועיין מ"ש בס' קצה"ח סימן ר"ט סק"ט וא"כ הכא דכבר יש לאשה זו כתובה ושיעבוד על נכסי לוקח אמאי לא יועיל לשון מחילה ונראה דודאי למאן דס"ל מחילה ותפיס שטרא או משכון לא מהני מחילה פשיטא דהכא בעי' קנו מידה אלא אפי' למ"ד מחילה ותפיס שטרא או משכון מהני מחילה וכמבואר בח"מ סימן רמ"א ע"ש נראה דהיינו דוקא כשמוחל גוף החוב ומשום דשני שיעבודי' יש על הלוה שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסים דאינון ערבין בי' ומש"ה על שיעבוד הגוף שאין בו לא משום משכון ולא משום שטר מהני מחילה וכיון דפקע שיעבוד הגוף תו ליכא שיעבוד נכסים דאינן אלא ערבין וכיון דליכא לוה ליכא ערב אבל בנ"ד שאין האשה מוחלת גוף החוב אלא שיעבוד אותה קרקע והרי

שיעבוד הקרקעות כתובי' בשטר שתחת ידה לא מהני מחילה דלא דמי למוחל ונקט שטרא דמחול גוף החוב ופקע לי' שיעבוד הגוף וממילא פקע גם שיעבוד נכסי ולא אכפת לן מאי דנקיט שטרא או משכון כיון דנכסי ממילא פקע שיעבודייהו משא"כ הכא דמיא למי שהבטיח להחזיר לו המשכון ולא למחול החוב דלכ"ע לא מהני מחילה דהא נקט בי' ה"ה בשיעבוד נכסי לחודי' לא מהני מחיל' דהא נקט בי' דוק' ע"י מחיל' גוף החו' הוא דפקע וכדכתיבנ' ודע דמ"ש הפוסקי' בשם ר"ת בהא דמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול משום דשני שיעבודי' יש על הלוה שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסי כו' לאו דוקא שיעבוד הגוף דהגוף אין בו משום שיעבוד דאי הוי הגוף משועבד א"כ כי מטא זמן פרעון הי' רשאי להשתעבד בו לפרעון חובו כי היכי דבשיעבוד נכסי כי מטי זמני' הב"ד מגבין אותו אלא העיקר כמ"ש בשטה מקובצת פ' הספינה שם בטעמא דר"ת דיש על הלוה חיוב הגוף ושיעבוד נכסי כו' ע"ש ומש"ה ה"ה בשט"ח ומשכון כשמוחל גוף החיוב שעל הלוה לא בעי קנין דהא בגוף לית לי' אלא חיוב וממילא פקע שיעבוד נכסי דאינו אלא ערב וכן המשכון אינו אלא ערב אבל היכא דאינו מוח' גוף החיו' אלא שיעבוד הקרקע או המשכון לא מהני המחילה כיון דנקט לי' לשטרא או למשכון בידי' וכמאן דגבה דמי ואע"ג דלא קי"ל כב"ש דאמרי כל העומ' לגבו' כגבוי דמי היינו לענין ספק שבשטר אבל היכא דליכא ספיקא ודאי כמאן דגבי' דמי להאי שיעבודא ומש"ה בעינין הכא קנו מידה ודו"ק ועמ"ש בס' קצה"ח סימן י"ב סק"א:

סעיף ו

ס"ק ח

אם אין שטר כתובה יוצא מתחת ידה כתוב בתשו' הרא"ש כלל ל"ו סימן ה' ז"ל שאלה לאה אבדה כתובתה ובא ראובן בע"ח של שמעון בעלה והוציא שט"ח עליו ובא לב"ד עם שטרו שיגבו לו מנכסי שמעון ולא הית' לאה בשט"ח והודו ב"ד לראובן שטרו וטענה לאה אלו הבתים נתנה לי בעלי בכתובתי ואע"פ שאבדה כתובתי איני חוששת מאחר שאני מוחזקת באלו הבתים אם היא נאמנת אם לאו חשובה אם אין לשמעון יתומי' קטנים ולאה דרה בבית אחר והבתים האחרי' שהיא טוענת עליהם ששמעון בעלה נתנם לה בכתובתה סמוך למיתתו החזיקה בהם שלש שני' בלי ערעור היא נאמנת בשבועה שהיא כדברי' אבל אם היא דרה בהם אינה יכול' לטעון בהם חזקה שכן דרך אשה לדור בבית בעלה בתנאי כתובה וגם אם יש לשמעון יתומים קטנים אין מחזיקין בנכסי קטן אפי' הגדיל עכ"ל ואיני מבין תשובה זו דהא אין לאשה חזקה בנכסי בעלה ואע"פ שיחד לה שדה למזונותי' והחזיקה בשדות אחרות כמבואר פרק חזקת דף נ"א ע"ש וא"כ ה"נ

אפי' שדרה בבית אחד והבתים האחרים שטוענת עליהם החזיקה בהם ג' שנים בחיי בעלה אין לאשה חזקה ואין לה חזקה אלא אחר מיתת בעלה לטעון שהיורשי' מכרו לה וכיון דראובן יש לו שט"ח על שמעון הרי הוא מוציא מיד היורשין ואין להם כח למכור דהא בשט"ח גובה ממשעבדי ואפשר דהשט"ח שהוציא ראובן לא הי' בו לגבות ממשעבדי כגון שהי' שלא בעדים רק בח"י שמעון ומש"ה כל שיש לה חזקה נגד היורשין נאמנת לומר בעלי נתנם לי בכתובתי קודם מותו במגו דאי בעי' אמרה מהיורשי' קנתים ואע"פ שלא הי' לה חזקה נגד בעלה נאמנת במגו דטענה היורשין מכרו לי דלגבייהו יש לה חזקה אבל בשט"ח בעדי' דגביא ממשעבדי לא מהני חזקתה שהוא מכח היורשי' וכבר קדם שט"ח של זה להם וכמ"ש:

אלא דמסתימת לשון הרא"ש לא משמע הכי גם מדכתב ואע"פ שאבדה כתובתי אינני חוששת ואי נימא דמיירי בשטר דלא גבי ממשעבדי למה לה לטעון בעלי נתנם לי בכתובתי ואבדה כתובתי טפי הי' לה לטעון בעלי נתנם לי במתנה כיון דאית לה חזקה ונאמנת במגו לפמ"ש אלא ע"כ משמע דמיירי בשט"ח גמור דגבי' ממשעבדי וא"כ ק' מאי מהני חזקתה נגד היורשים כיון דשט"ח קודם להם שהוא על שמעון ונגד בעלה לא הי' לה חזקה דאין לאשה חזקה בנכסי בעלה וכדכתיבנא וצ"ע:

ס"ק ט

וי"א דאפי' במקום שכותבין כתובה גובה כתובתה בלא שטר כתיבה. ולענ"ד נראה טעמא דהך מלתא אע"ג דבכל דוכתא אמרי' כיון דנפל אתרע ואפי' תוך זמנו כמבואר בטוש"ע ח"מ סימן ס"ה והיינו לפי מ"ש בש"ע ח"מ שם סעיף ט"ז דהמחזיר שטר שמן הדין לא הי' לו להחזיר גובין בו והוא דעת הרמב"ם וא"כ כיון דתנאי כתובה כמאן דנקיט שטרא דמי והרי שטרו בידו מש"ה אע"ג דאתרע ע"י נפילה כיון דהשטר ביד המלוה מוקמינן לי' בחזקתי' ואפי' לדעת החולקין שם וס"ל דאין גובין בהו היינו אם כבר נודע מן הנפילה והחזירו למלוה שלא כדין מש"ה ס"ל דאין גובין בו אבל אם מצאו המלוה קודם שנודע שנפל ודאי השטר בחזקתו ועיין בש"ע שם סעיף ב' שאם המלוה בעצמו לקחי קודם שבא ליד אחר לא אמרי' בי' יהא מונח ע"ש וה"ה בנפילה כל שבא לידו קודם שנודע הנפילה השטר בחזקתו וע"ש בסמ"ע שכתב דקודם שבא ליד אחר לאו דוקא אלא אפי' בא ליד אחר אלא קודם שאמר ספיקו דאינו יודע מה טיבו ע"ש וא"כ ה"נ הרי תנאי ב"ד איתי לה וכמאן דנקיט שטרא בידה דמי' קודם שנודע שנפל ולכך מוקי השטר בחזקתי' והיינו דקאמר ר' יוחנן הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום מ"ט מעשה ב"ד כמאן דנקיט שטרא בידי' ומש"ה אפי' היכא דאתרע כגון במקום שכותבין

ונאבדה הכתובה כיון דנקיט שטרא בידה והוא התנאי ב"ד קודם שנודע מן הנפילה אוקי השטר בחזקתו וזה נכון ודוק ועמ"ש בסימן קי"א סעיף ט"ו:

סימן קב

סעיף א

ס"ק א

מי שמת ואלמנתו או גרושתו באה לגבו' כתובתה. ואלמנותו כ"כ הרמב"ם ושאר פוסקים ולא כר"ת שכ' התוס' בשמי כשהוא מת לא אמרי' ליפות כחו של בע"ח דאז לא חיישי' לנעילת דלת דמיתה לא שכיחא ע"ש והוא בתוס' פ' הכותב דף פ"ו ד"ה לאשה לא יהבינן לה מ"ט יותר משהאיש רוצה לישא אשה רוצה לינשא וא"ת דאמרי' לעיל לכתובת אשה משום חינא ואפי' ר' בנימין לא פליג אלא כשהבע"ח הוא כושל אבל כששניהם שוים מודה דיהבינן לכתובה ותירץ ר"ת דהכא יהבינן לבע"ח משום דאית טעמא משום נעילת דלת ובאשה לא שייך נעילת דלת כו' אבל לעיל דלאחר מיתה ליכא נעילת דלת דמיתה לא שכיחא עכ"ל ותוס' לשיטתייהו אזלי דפירשו בהא דאמר ר' בנימין לכושל שבראי' היינו למי ששטרו מאוחר שלא יוכל לטרו' לקוחות הקודמים ומש"ה הקשו דהא בששניהן שוים מודה דיהבינ' לכתובה:

אמנם שיטת הרי"ף והר"ן ושאר פוסקים דהא דאמר ר' בנימין לכושל שבראי' היינו בע"ח ואפי' שניהם שוין א"כ הא דאמרו לאשה לא יהבינן היינו כר' בנימין דבשניהם שוין בע"ח עדיף מן האשה וא"כ תו אין צריך לחלק בין מחיים לאחר מיתה והרי"ף כתב בפ' הכותב בפלוגת' דר"ע ור' טרפון דאמר ר"ט ינתנו לכושל שבהן וכתב עלה מאי כושל בע"ח וכתב הר"ן שם ז"ל לפרושי כושל דמתני' לחוד כתב הרי"ף זה ומיהו אנן כדר"ע קי"ל כדבסמוך ע"ש ובשטה מקובצת שם ז"ל וכתב הריב"ש ז"ל הרי"ף פסק כמ"ד לכושל שבראי' דהיינו בע"ח וקשה דהא לא קי"ל כחד מינייהו אלא כר"ע דאמר ינתנו ליורשין יש מי שאמר שכתבה הרי"ף משום דנפק' מיניה לגר דלית ליה יורשין ויש מי שאמר דהא לא אפשר דגר כיון דלית ליה יורשין ולא נשתעבדו מטלטלין לאחר מיתה זכה הלה במה שבידו אבל נראה שדעת הרב כו' וצ"ע ונ"ל שכתבו הרב ז"ל משום דנפקא מיני לקרקע היכא ששניהן שוין דאמרינן לקמן לבע"ח יהבינן לאשה לא יהבינן דהרב מפרש דכושל שבראי' הוא הבע"ח לעולם לפי שאינו גובה אלא בראי' כמו שמפורש בהלכות עכ"ל וא"כ כיון דכושל היינו בע"ח קושית תוס' לא קשה וכמ"ש:

ובהא דכתב בשטה בשם יש מי שאומר דנפקא מיניה לגר מצאתי כן בחידושי הרא"ה ז"ל וז"ל ומיהא היכא דליכא יורשין כגון גר קי"ל כר"ט עכ"ל ע"ש ומ"ש בשם יש מי שאומר דהא לא אפשר דגר כיון דלית ליה יורשין ולא נשתעבדו מטלטלין לאחר מיתה זכה הלה במה שבידו נלענ"ד ליישב לפי דעת הרא"ה ע"פ מ"ש הרב המגיד פ"ח מהל' זכיי' ז"ל כתב בעל העיטור אם ישראל יש לו מלוה בשטר או בעדים על הגר ומת בתוך זמנו הרי הוא כמשכון של גר ביד ישראל ואם בא ישראל אחר והחזיק בנכסי הגר אינו יכול להחזיק כשיעור החוב עכ"ל וכ"כ הרשב"א כדבריו ואמר אע"ג דכשמת הגר נעשו כל נכסיו הפקר אין שיעבודו של זה נפקע דלא עדיף הפקר מהקדש ובהקדש דמים קי"ל בערכין דמוסיף עליו עוד דינר ופודה הנכסים וכן נ"ל אפילו אין לו אלא מטלטלין והא דקאמר משכונו של גר ביד ישראל משום דבעי למימר ובא ישראל אחר והחזיק בה קנה השאר עכ"ל הרשב"א ועיקר עכ"ל הרה"מ ע"ש ומבואר דאפילו מדינא דגמ' דמטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי אבל מטלטלי דגר והפקר משתעבדי לבע"ח וא"כ דברי הרא"ה נכונים אמנם בתשו' המיוחסת להרמב"ן סימן ס"ט כתב ז"ל ועל כן אני אומר מטלטלי דגר כל שהוא ביד אחרים עד אחר מיתתו היינו אותם המופקדים אצלם וזה פירש למיתה וזה זכה הוי להו כמטלטלי דיתמי ולא גבו ממנו כתובת אשה לרבנן ובע"ח לכ"ע וכו' אבל היכא דבזבזו אותן ישראל לאחר מיתה כבר חל עליהן שיעבוד הכתובה ובע"ח בגמר מיתה וקיימו ברשותייהו דהא לא קאי באפייהו זכות אחרים דבמטלטלי דיתמי גופייהו אי לאו דירושה ממילא קא הוי' ועם גמר מיתה קמו להו נכסי בחזקת יתמי הוי כתובת אשה ובע"ח גובה מהם כדתנן פ' הכותב מי שמת והניח אשה ובע"ח ויורשין והיה לו פקדון ומלוה ביד אחרים ר' טרפון אומר ינתנו לכושל שבהן ור"ע אומר ינתנו ליורשין שכולן צריכין שבועה ואין היורשין צריכין שבועה דאלמא לר"ט כל שאינו ברשות היורשין ממש בשעת מיתה כתובה ובע"ח גובה מהם ואע"ג דמטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי וע"כ לא פליג ר"ע עליה אלא שהן יורשין וזוכין ממילא דבר תורה כדאיתא בירושלמי הגע עצמך שפטרם משבועה ומשני זו תורה וזו אינה תורה הא לאו הכי מודה לר"ט והלכך לגבי גר דבשעת מיתה לא היה זכות אחרים מעכבת ועומדת בפני שיעבוד האשה ובע"ח הם קדמו והוו להו כיתמי דידיה וקמו להו נכסי ברשותייהו מפני ששיעבודם חל עלייהו עם גמר מיתה עכ"ל וע"ש לפ"ז האי יש מי שאומר דהא לא אפשר דגר כיון דלית ליה יורשין ולא נשתעבדו מטלטלין לאחר מיתה זכה הלה במה שבידו ס"ל כדעת הרמב"ן דאם היו ביד אחרים עם גמר מיתתו וזה פירש למיתה וזה זכה במה שבידו וה"ל כמטלטלי דיתמי דלא גבי מינייהו בע"ח וכתובת אשה לרבנן:

אבל הרא"ה ז"ל נראה דס"ל כדעת הרשב"א ז"ל ונראה מדברי הרשב"א דאפילו היו ביד אחרים עם גמר מיתתו אפ"ה לא הוי כמטלטלי דיתמי מדכתב הרשב"א דאין שיעבודו של זה נפקע דלא עדיף הפקר מהקדש ובהקדש דמים קי"ל בערכין דמוסיף עוד דינר ופודה הנכסים ואפילו אין לו אלא מטלטלין ע"ש ומבואר דהפקר אין לו הך דינא כלל דמטלטלי דיתמי דאפילו הקדש דמי' אינו מפקיע שיעבוד מטלטלין וגרע מן מטלטלי דיתמי והרשב"א לא אתי עלה מהך דר"ט דינתנו לכושל שבהן אלא משום דלא עדיף הפקר מהקדש דמים וא"כ אפילו מופקדים ביד אחר וזה פירש למיתה וזה זכה אפ"ה בע"ח גובה מהם ובזה יבואר מ"ש בשיטה היש מי שאומר דנפקא מיניה לגר הוא כדעת הרשב"א והיש מי שאומר החולק דאי אפשר לאוקמי בגר הוא כדעת הרמב"ן דלדידיה אין בע"ח גובה כשזה פירש למיתה וזה זכה וכדכתיבנ' ודוק:

ובתשובת הרמב"ן הוכיח דנכסי גר המופקדים ביד אחר וזה פירש למיתה וזה זכה לא גבי בע"ח מינייהו דנעשה כמטלטלי דיתמי והביא ראיה מהא דאיסר גיורא פ' מי שמת דה"ל תריסר אלפי זוזי בי רבא כו' אמר היכי קני להו רב מרי כו' ואם איתא יכתוב לו חוב על כל נכסיו כדי שיצטרך לגבות בחובו כל אותן תריסר אלפי זוזי דבי רבא אלא משמע דאי עבד הכי לא הוי מהני דה"ל כמטלטלי דיתמי דלא משתעבדי לבע"ח ע"ש ולפי מ"ש בדעת הרשב"א דאפילו במופקדין ביד אחר לא מיפקע שיעבודא דלא עדיף הפקר מהקדש דמים נראה ליישב ע"פ מ"ש הרמב"ם פ' מי שמת דף קמ"ט ח"ל ואני תמה היאך לא לקח בית רובע קרקע כמעשה דמרוני דלקמן וליכא למימר דחליש לי' עלמא טובא דהא קאמר אי שלח לי כו' ומצאתי בגירסת ההלכות דרב מרי בי רב הוי ולפי זה יש לומר דאיסר לא גמיר והכי קאמר רבא אי טעי ועביד אגב ארעא לא קני להו דלית ליה ארעא שאם היה בקי היה קונה קרקע ומקנה עכ"ל וא"כ כיון דאיסר לא גמיר לא ידע לכתוב שט"ח כמו דלא ידע למיקני קרקע:

והנה לפמ"ש הרמב"ן היכא דבזבזו ישראל נכסיו לאחר מיתה כבר חל עליהם שיעבוד הכתובה ובע"ח עם גמר מיתה והלכך גבי גר דבשעת מיתה לא היה זכות אחר' עומדת בפני השיעבוד אשה ובע"ח קדמו כו' מפני ששעבודן חל עם גמר מיתה ע"ש נראה בזה דה"ה במתנת ש"מ כל שלא היה בשעת מיתה ביד המקבל אלא עדיין ברשות הנותן כיון דשיעבוד בע"ח וכתובת אשה חל עם גמר מיתה ומתנת ש"מ אינו אלא לאחר גמר מיתה וכמ"ש הרמב"ם פ"ח מזכי' וא"כ שעבוד בע"ח וכתובה קדים למתנת שכ"מ ואע"ג דבגמר מיתה קמו באפייהו יורשין דהא יורשין נמי עם גמר מיתה קא ירתו כמ"ש בתשו' הרשב"א ח"ב סימן קכ"ה הובאו דבריו בס' קצה"ח סימן רנ"ב סק"א ע"ש מ"מ אחר גמר

מיתה דפקע רשות יורש ונכנס לרשות מקבל מתנה שיעבוד הכתובה והבע"ח קודם למתנת שכ"מ:

ועוד נ"ל דבגמר מיתה נמי לא קמו יורשין באפייהו דכל שנתן במתנת שכ"מ אין ליורשין בהם דין ירושה כלל וכמ"ש בשטה מקובצת פ' י"נ דף קכ"ט בהא דאמרו שם נכסי לך ואחריך לפ' דאם הראשון ראוי ליורשו ירושה אין לה הפסק וכתוב שם בשטה וז"ל ואכתו מקהו קהייתא טוב' כו' דא"כ כל מתנת שכ"מ צריכה שתהא חלה לאלתר עם גמר מיתה דאל"כ כבר חלה ירושה של יורש ורחמנ' אמר אין לה הפסק כו' ואלו אנן אשכחן בגמ' דמהני כו' ול"נ דלא קשה מידי דרב אחא בר עויא ה"ק שכל מי שהוריש בין בלשון מתנה בין בלשון ירושה מי שראוי לירש ונתן לו כל אותו כח בנכסיו שהיה ראוי לו כיורש גמור אע"פ שהתנה לאחר מיתתו יהא לפלו' אין בדבריו כלום כיון דלדידיה אוקמה אדאורייתא הרי הוא כאלו שתק ולא אמר כלום שהרי לא חידש בירושתו כלום וכשהוא אומר ואחריך לפלו' ה"ל כאלו מתנה בנכסים של אחרים ולפיכך כיון דקי"ל בנכסי לך ואחריך לפ' שאם קדם הראשון ומכר מה שעשה עשוי נמצא שיורש זה קנה כל הנכסים לדידיה הוו לגמרי ונעשה יורש של תורה שהרי יכול הוא לעשות בכל הנכסים כיורש גמור ובהכ"ג אין זה מתנה אלא ירושה וירושה אין לה הפסק אבל שכ"מ שנותן כל נכסיו לבניו ואומר להם שאם יעשה פ' כך שיתנו לו שדה פ' כבר הוציאם מאותה שדה מירושה של תורה שהיורש יכול למכור בשלו ואלו אין רשאין שאם ישלים אותו פ' תנאו זכה בה כללו של דבר אין היורשין נעשו יורשין גמורין דנימא ירושה אין לה הפסק אלא באומר נכסי לך לחוד שכיון שהיורש יכול לעשות כל מה שירצה בנכסים כיורש של תורה ה"ל יורש גמור וירושה אין לה הפסק אבל כל יורש שזוכה בנכסים אלא שעליו לתת מן הנכסים כך וכך לפ' אם יעשה כך אין זו ירושה אלא מקבל מתנה במה שיש לאחרים זכות ויש לה הפסק ובזה עולין דברי הגאון ז"ל כהוגן עכ"ל:

וכיון דבמקום מתנת שכ"מ אין ליורש דין ירושה גמורה דאם היה לו דין ירושה לא הי' לה הפסק ולא היה חל עליהם אח"כ דין מתנת שכ"מ ואין לו אלא דין מקבל מתנה לשעתו עד שיבא זמן מקבל מתנת שכ"מ וזה לא הוי אלא קנין פירות וכמו בנכסי לך לעשר שנים ואח"כ לפ' דאין הראשון יכול למכור ומשום דלית ליה אלא קנין פירות וכמ"ש בש"ע ח"מ סימן רמ"ח סעיף ג' ע"ש ה"נ אין לו דין יורש אלא דין מקבל מתנה לשעתו וקנין פירות בלחוד הוא דה"ל עד שיבא שעת מקבל מתנת שכ"מ א"כ שעבוד כתובה ובע"ח קדמי ולא קאי באפייהו ירושת יורשין דאין עליהן דין יורשין כלל על גוף הנכסים אלא קנין פירות הוא דאית להו עד אחר גמר מיתה דאז זוכה מקבל מתנת שכ"מ וכבר

קדמו שיעבוד הכתובה והבע"ח על גוף הנכסים דאין יורשין קנין הגוף במקום מתנת שכ"מ ודוקא ביורשין ירושה ממש הוא דאין מרחמין בדין אבל לא במקום שאינן יורשין ודו"ק ועמ"ש בסימן צ"ב להוכיח מדברי תוס' פ' נושאין על האנוסה דף צ"ט ד"ה כתב כל נכסיו דבע"ח נוטל מן מטלטלי דמתנת שכ"מ ושם כתבנו טעם אחר ג"כ בזה ע"ש ודוק היטב:

סעיף ב

ס"ק ב

לא הניח אלא מטלטלין שאין בהן דין קדימה בפ' הכותב דף פ"ו אמר אמימר משמי' דרב חמא האי מאן דאיכא עלי' כתובת אשה ובע"ח ואית לי' ארעא ואית לי' זוזי לבע"ח מסלקינין בזוזי לאשה מסלקינין בארעא האי כדיני' והאי כדיני' ואי ליכא אלא חד ארעא ולא חזי' אלא לחד לבע"ח יהבינן לאשה לא יהבינן מ"ט יותר משהאיש רוצה לישא אשה רוצה לינשא וכתב הרא"ש ז"ל וכתב הרמב"ם ז"ל פ"ב מה' מלוה לוה ולוה ואח"כ קנה דאמרי' חולקין אם קדם אחד מהם ותפס הכל אין מוציאין מידו וכן משמע מדברי רב אלפס שהשוה דין לוה ולוה לשני שטרות שיוצאים ביום אחד וכתב דיהבינין לאיש ובשלמא אי סבר דאי תפיס חד מינייהו לא מפקינ' מיני' ניחא דמטעם יותר משהאיש רוצה לישא מתפסינין לבע"ח ופקע כח האשה אבל אי אמרי' דאפי' אי תפיס חד מינייהו מפקינין מיני' לא מסתבר דמטעם יותר משהאיש רוצה לישא מפקינין כח האשה כיון דאפי' לאחר שבא ליד הבע"ח עדיין יש לאשה זכות בהן עכ"ל וכ"כ הרשב"א בחידושיו וכ"כ הר"ן שם וז"ל הלכך כיון שאילו קדם ובא בע"ח לב"ד והגבוהו ראשון מה שגבה גבה מן הדין אנו מגבין תחלה לבע"ח משום טעמא דיותר משהאיש רוצה לישא ולאחר גבייתו זכה בהן מן הדין עכ"ל ע"ש. ובזה נראה ליישב דברי רש"י ז"ל בפ' הכותב במשנה שם דף פ"ד מי שמת והניח אשה ובע"ח ויורשין והי' לו מלוה או פקדון ביד אחרים ר' טרפון אומר ינתנו לכושל שבהן ר' עקיבא אומר אין מרחמין בדין אלא ינתנו ליורשין שכולן צריכין שבועה ואין היורשין צריכין שבועה וכתב רש"י ז"ל ינתנו ליורשין ולא מהני תפיסה עכ"ל ודבריו תמוהין דהיכא מוכח מרישא שם דלא מהני תפיסה ועמ"ש בזה בשטה מקו"ב ובחי' מוהרש"א שם ולפמ"ש דהיכ' דמהני תפיסה אנן מתפסינין לבע"ח ומה"ט לר' טרפון ינתנו לכושל ולדידן היכא דליכא אלא חד ארעא אנן מתפסינין לבע"ח משום דלאחר גבייתן זכה בהן מן הדין וא"כ אלו הוי ס"ל לר"ע דמהני תפיסה היה נותנין לכושל ג"כ כדפסקי' גבי אשה ובע"ח אלא ע"כ דלר' עקיבא לא מהני תפיסה ומש"ה ינתנו ליורשין כיון דגם אחר הגביי' לא יזכה הבע"ח וק"ל:

ס"ק ג
ינתנו לבעל חוב ובתקנת אחרונים במדינת פולין כתובת אלמנה קודמת לבע"ח ממקרקעי וממטלטלי אף אם לא תפסה היינו לבתולה ש"ך זהו' לאלמנה ק"ם זהו' ובס' בית מאיר הקשה אנה מצאו סמך לתקנה זו אף דברי איזה יחיד לקבוע הלכה זו כמותו כי אף ר"ת שמביא הב"ש דלאחר שמת אין מייפין כח הבע"ח דלא שייך תקנת נעילת דלת במיתה דלא שכיחא מ"מ ליפות כחה במטלטלין שאין בהם דין קדימה מהיכי תיתי ע"ש. ולענ"ד נראה שסמכו לקבוע תקנה זו להלכה ע"פ שיטת הריטב"א הובא בשטה מקובצת פ' הכותב דף פ"ו ז"ל ומקשו בתוס' אשמעתין מ"ש דהכא הוריעו כחה של אשה טפי מבע"ח ואלו לעיל אמר ר' יוחנן לכתובת אשה ואפי' למ"ד לכושל דוקא היינו כשבע"ח מאוחר אבל כששניהן שוין כ"ע מודו דיהבינין לאשה כו' ואני פירשתי לפני מורי רבינו ז"ל דשמעתין בדליכא פסיד' כלל דומיא דרישא דבהאי ארעא איכא גובייא לתרוויהו אלא שהקרקע היא קרקע אחת ואין בה דין חלוקה והיינו דאמרינן דליכא אלא ארעא חדא ולא חזיא אלא לחד מינייהו לפי שאין ראוי' ליחלק וכל אחד מהם אומר שיתנוהו לו והוא יתן מעות לחבירו כדין גוד או אגוד דבהא ודאי עבדינן מעליות' לבע"ח דיהבינין לי' כולה ארעא אבל לאשה לא יהבינין דהא מעליותא טובא היא דיותר משהאיש רוצה לישא אשה רוצה לינשא הא כל היכא דליכא גובייא לתרוויהו כל א' גובה כדינו ולא מפסידין לאשה מדינ' כלום כו' עכ"ל הריטב"א ז"ל ע"כ ומש"ה היכא דליכ' לתרוויהו יהבינן לאשה כר' יוחנן משום חינא ואפילו למ"ד לכושל שבראי' היינו דוקא כשהוא מאוחר משא"כ כשהם שוים וא"כ יש סמך למנהג זה שנהגו ודו"ק אלא דצריכין אנו עוד לזה המנהג לשיטת ר"ת ורש"י דמפרשי לכושל שבהן היינו למאוחר ומשום דלמוקדם יש מה לגבות אבל היכ' דאין זה לגבות מודו דיהבינין לאשה משום חינ' אבל לשיטת הפוסקים דכושל היינו בע"ח א"כ לעולם לבע"ח יהבינין אפי' היכא דליכ' לתרוויהו אמנם ע"פ שיטת רש"י ור"ת בכושל שבהן וע"פ שיטת הריטב"א בהא דאמימר דלבע"ח יהבינין לכתובת אשה לא יהבינין דהיינו דוק' בקרקע שאין בה דין חלוקה ולענין גוד או אגוד א"כ תקנת האחרונים שבמדינת פולין עינ' כהוגן עפ"י דינא דגמרא. וראיתי בחידושי מוהרי"ט ר"פ מי שהי' שכתב ז"ל תו כתבו התוס' ולי נראה כתירוצו הראשון ואתי' כר' טרפון וקשה דהא אמרי' הראשונה קודמת ולר"ט לכתחלה יהבינן למאוחרת שהיא כושלת כו' ואכתי קשה לישנא דאי קדים שניי' ותפסה דהא לכתחלה לשני' יהבינין וכן הא דקאמר ש"מ בע"ח מאוחר שקדם וגבה למאי נ"מ אי למטלטלי דיתמי לכתחלה למאוחר יהבינין כו' ע"ש. ואינו קושי' כלל דהא דקאמר ר"ט

ינתנו לכושל שבהן דהיינו המאוחר היינו דוקא כשיש שם משועבדים שיוכל מלוה בשטר או מוקדם לחזור עליהן לגבות וכמ"ש הרא"ה בחידושיו ז"ל פ' בירושלמי כושל שבראיה מלוה בעדים ומלוה בשטר ינתנו למלוה בעדים שניה' ינתנו למאוח' ונרא' לו' דוק' כשיש שם משועבדי' שיכול מלוה בשטר או מוקדם לחזור עליו לגבו' וה"ה לר' יוחנן דאמר לכתובת אשה משום חינא דוקא כה"ב דלא קא מפסדי אידך והיינו דליתי' להאי דינא אלא במטלטלי אבל בקרקע ליכא למימר דהשתא תרווייהו שוו להו דאי לא גבי' מיני' מלוה בשטר או מוקדם לא גבי נמי ממשעבדי דאמרי לי' הנחנו לך מקום לגבות עכ"ל וא"כ ל"ק מידי דש"ס ר"פ מי שהי' נשוי ליכ' משעבדי לחזור עליהם וא"כ תו אין מעלה למאוחר וזה פשוט. ולפי מ"ש הרא"ה דאפי' לר' יוחנן דאמר לכתובת אשה משום חינא דוקא בכה"ג דלא קא מפסדי אידך יתיישב קושית התוס' דף פ"ו שהק' מ"ש הכא דהורע כח האשה טפי מבע"ח כו' ולפ"ש הרא"ה הא דיפה כח האשה משום חינא היינו דוקא היכא דליכא פסיד' לבע"ח שיש שם נכסים אחרים משועבדים אבל היכא דאיכ' פסיד' לחד לבע"ח יהבינין וכמ"ש מיהו מנהג מדינת פולין הוא להיפך והוא כשיטת הריטב"א שכתבנו לעיל ודו"ק:

סעיף ד

ס"ק ד

אם זמנם שוה נותנים לבע"ח מעות ולאשה קרקע פ' הכותב דף פ"ו אמר אמימר משמי' דרב חמא האי מאן דאיכ' עלי' כתובת אשה ובע"ח ואית לי' ארעא ואית לי' זוזי' לבע"ח מסלקי' בזוזי ולאשה מסלקינן בארעא האי כי דיני' והאי כי דיני' ובתשו' מוהר"י ן' לב ח"ב סימן נ"ה כתב ז"ל ובהך מימרא דרב חמא קשה לי למאן דס"ל דמאי דאמרי' מיני' ואפי' מגלימ' דעל כתפי' היינו מבע"ח אבל כתובה אפילו מחיים אינה אלא מקרקע מדין גמרא למה אצטריך לאשה מסלקינין בקרקע כיון דאין דינה אלא בקרקע והובא בס' בית מאיר וכתב ובס' ע"פ כתב ומה שהביאו רש"י לפרש אף על צאן ברזל לזה י"ל משום דקשי' לי' דאי מסתם כתובה פשיט' כיון דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה אפי' מיני' וכן פיר' דאף מצ"ב מיירי דלזה ודאי אפילו מטלטלו משתעבדי מדינ' וע"ש בס' בית מאיר שכתב ז"ל ומ"ש דלצ"ב ודאי דינה כבע"ח לא משמע הכי בהרה"מ פי"ו מה' אישות שהרי כתב ודין צ"ב דעת רבינו שהוא כשאר חוב וי"א שדינה ככתובה משמע דלהי"א לכל הדינים השנויים בפ' זה מקילי כתובה וחד מינייהו שלא לגבות מטלטלין דינה ככתובה וכן נראה דעת הר"ן בנדרים דף ס"ה שנתן טעם אמאי מטלטלי לא משתעבדי לכתובה משום דלא ניתן לגבות אלא בגירושין או במיתה לא סמכא דעתה במטלטלין

ובסימן צ"ג מבואר דאף נדוני' לא ניתנה לגבות מחיים ע"ש. אמנם מדברי הר"ן ליכא ראיה דהרשב"א בחידושיו לקידושין דף מ"ה העלה ג"כ דאפי' מחיים דבעל אינה גובה מן המטלטלין דכל אסמכתייהו אינה אלא על הקרקע לפי שעומדת ימים רבים ואין זמנה קבוע ע"ש וזה כדברי הר"ן דלהכי לא סמכה דעתה על המטלטלין לפי שאין זמנה קבוע אלא בגירושין או במיתה ובין כך כלין המטלטלין ואפ"ה כתב שם הרשב"א בחידושיו ז"ל והרב בעל ההלכות כתב נמי דאפי' מיני' דידי' לא גבי' אלא קרקע ומייתי ראיה מהאי דחבילה ומיהו דוקא מנה ומאתים ותוס' כתובה שהכניס לה משלו אבל מה שהביאה לו גובה ממטלטלי מיני' דידי' וז"ל ואי מגרש לה כל מידי דשקיל מינה בין זוזי בין מאני פרע ואפי' מגלימ' דעל כתפי' ומידי דלא שקיל אי אית לי' קרקע יהיב ואי לא לא יהיב ועוד כתב ואי איכא תכשיטין דכתב לה איהו בכתובה כגון קטלאות ונזמים וטבעות ואיתנהו בעינייהו לא מבעי' דכי איתנהו גבה דהא תפסא להו דשקנה ונפקא אלא אפי' איתנהו גבה כיון דאיתניהו בעיניהו מגבינן להו ע"כ עכ"ל הרשב"א ומבואר דנכסי צאן ברזל וכל מידי דשקיל מינה בין מאני בין זוזי פרע אפילו מגלימא דעל כתפי'. ובדברי הרב המגיד קשה לי שכתב שם בדין מטלטלי ז"ל ודין נכסי צאן ברזל לדעת רבינו כדין החוב כו' וי"א שדינן ככתובה ולענין לגבות מן הזיבורית כתב שם הרה"מ דדעת הרמב"ם דדינה דנדוניא בבינונית כשאר בע"ח ודעת הרמב"ן דדינה בזיבורית והרשב"א ז"ל לא הכריע ע"ש והרי הרשב"א כתב להדיא דלענין מטלטלין דינה כבע"ח ולכן נראה דאפי' הרמב"ן דס"ל דדינה בזיבורית ככתובה מודה לענין מטלטלין וכן לענין שבח דדין נצ"ב כדין בע"ח ולענין זיבורית שאני וכמ"ש הרשב"א בחי' שם במשנה דכתובה נגבית מן הזיבורית ומפרש בגמ' טעמא דיותר משהאיש רוצה לישא אשה רוצה לינשא וכתב הרשב"א ז"ל ואפשר לומר מהאי טעמא דאפי' נדוני' אינ' נגבית אלא מן הזיבורית דאין כעון נעילת דלת ואדינה מוקמינין לה כשאר בע"ח דמדינא לא גבי אלא מן הזיבורית עכ"ל והיינו משום דכל בע"ח דינו ד"ת מן הזיבורית ומשום נעילת דלת תקנו לו ז"ל בבינונית ובאש' דליכא נעילת דלת משום דיותר משהאיש רוצה כו' אוקמה אדין תורה של שאר בעל"ח בזיבוריות א"כ מטלטלידמ דינא ודאי משתעבדי אפי' מגלימא דעל כתפי' מחיים א"כ בנדוי' שהיא כשאר חוב נמי משתעבדי מטלטלין ועיין בדברי הרב המגיד לענין שבח דמקולי כתובה שנו כאן שכתב וז"ל ודע שאין נכסי צ"ב בכלל זה אלא הרי הן נגבין מן שבח שהשביח לוקח אבל לא מן היתומי' כמו החוב ודין החוב נזכר פ' כ"א מה"ל מלוה זהו דעת רבינו וכן הסכים הרשב"א ז"ל בתשובה עכ"ל הרי שלא הזכיר בשבח מחלוקת בנצ"ב וכתב בפשיטות דדינו כשאר חוב וע"כ הוא מטעם שכתבנו דמחלוקת

אינה אלא לזיבורית דגם בע"ח דינו בזיבורית אלא משום נעילת דלת תקנו לו בינונית ובאשה לית בה נעילת דלת וס"ל לרמב"ן דאוקמו' אדינא וא"כ לפ"ז למה המחלוקת לענין מטלטלין בנדוניא דאי מחיים ודאי לכ"ע דינו כחוב דעלמא כיון דמדינא מטלטלי משעבדי מחיים ולאחר מיתה גם בבע"ח מטלטלי לא משתעבדי מדינא דש"ס ודברי הרב המגיד צ"ע. ובעיקר קושית מהרי"ן לב נראה לפמ"ש לעיל דברי הרא"ה ליישב קושית תוס' שהקשו בהא דאמימר דאי ליכא אלא חדא ארעא לבע"ח יהבינין לאשה לא יהבינין ולעיל דקפ"ד אמרי' דכתובת אשה עדיף משום חינא וכתבנו לעיל סק"ג בשם הרא"ה דלמ"ד משום חינא לא עדיף כתובה אלא היכא דליכא פסידא לבע"ח דמיירי דאיכא נכסי אחריני משועבדין הקודמין ע"ש וכבר הבאתי דברי הרא"ש והר"ן דהא דיהביני לבע"ח ומפסדינין לאשה היינו בשניהן שוין ומשום דמהני תפיסה ואחר הגביי' זכה הבע"ח מדינא לכך מתפסינין לי' ע"ש לפ"ז שפיר צריכא להאי מימרא דלאשה יהבינן קרקע ולבע"ח זוזי דהוי ס"ד כיון דליכא פסידא לבע"ח דהא שקיל ארעא לאשה מסלקינין בזוזי משום חינא כיון דאי תפסה זוזי זכתה בהן מן הדין וכמ"ש הר"ן פ' מי שהי' נשוי ע"ש הובא בב"ש סימן צ"ג ס"ק מ"ג ע"ש כיון דלמ"ד לכתובת אשה משום חינא הכי דינא דהיכא דליכ' פסידא לבע"ח אשה עדיפא וכיון דלאחר הגביי' זוכה מן הדין ה"א דזוזי יהבינין לה קמ"ל דאוקמינין להו אדיניהו לבע"ח זוזי ולאשה קרקע:

סימן קג

סעיף א

ס"ק א

אלמנה בין מן האירוסין פ' אלמנ' ניזונת דף צ"ז תנן אלמנה בין מן האירוסין בין מן הנשואין מוכרת שלא בב"ד ר' שמעון אומר מן הנשואין מוכרת שלא בב"ד מן האירוסין לא תמכור אלא מפני שאין לה מזונות ואמרי' עלה בגמ' בשלמא מן הנשואין משום מזוני אלא מן האירוסין מ"ט ופירש"י משום מזוני שאי אפשר לה להיות יושבת ומתענה עד שיזדקקו לה ב"ד ע"ש אמר עולא משום חינא ר' יוחנן אמר לפי שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד מאי בינייהו איכא בינייהו גרושה למ"ד משום חינא גרושה נמי בעי' חן למ"ד לפי שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד גרושה לא אכפת לי'. ופסק הרמב"ם דגרושה לא תמכור אלא בב"ד והיינו כמ"ד שלא תתבזה וכת' הרה"מ פי"ז מה"ל אישות וז"ל ואע"פ שרבינו סובר טענת חן האשה כמ"ש פי"ב ממלוה ולוה ומשמע הכא בגמ' דמאן דאית לי' משום חינא אפי' גרושה מוכרת שלא בב"ד וי"ל דע"כ לא קיימא לן טענת חן

אלא להזדקק לנכסי יתומי' קטני' והוא הדין הנז' פ' שום היתומי' לפי שתפסיד בהמתנה אבל למכור שלא בב"ד לית לן האי טעמא שהרי אפשר לה בב"ד אלא לא אמרו מוכרת שלא בב"ד אלא מפני שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו עכ"ל והר"ן כתב על זה הטעם ז"ל ואינו מחוור לי דבשלמא אי לא אמרה רב יהודא גופי' אלא אמוראי אחריני שפיר אבל כיון דחזינין דרב יהודא אפי' בנזקקין לא חייש לחינא משמע דהכא לטעמי' אזיל דלא חייש לחינא כלל וכיון דהתם לא קי"ל מאן פלג לן דלימא דבהא מיהא נקטינן כותי עכ"ל וזה לפי גירסת הרי"ף ז"ל דגריס בפלוגתא דהכא עולא ורב יהודא ע"ש ועיין בכ"מ שם. ולענ"ד נראה לפי מ"ש הר"ן שם פ' אלמנה ניזונת בהא דהקשו לר' יוחנן דמוקי למתני' דערכין דתנן שום היתומי' ונזקקין לנכסי יתומי' קטני' בכתובת אשה ומשום חינא א"כ אמאי בעי' הכרזה הא מוכרת שלא בב"ד ושלא בהכרזה ותירץ הוא ז"ל דכשמוכרת שלא בב"ד ומקפדת על בזיונה או על החן לכך לא בעי' נמי הכרזה מהאי טעמא גופי' שלא תתבזה או משום חינא אבל מוכר' בב"ד מומחין שלא חששה לחינא דידה או לבזיונה וכיון דהיא לא חשש' צריכין ב"ד מומחין לעשות כדין ובעי' הכרזה כדינא וע"ש וא"כ לר' יוחנן דמוקי למתניתין דשום היתומי' בכתובות אשה ומשום חינא קשי' ממ"נ אי שייך טעמא דחינא הכרזה נמי לא בעי' ואי משום דהיא עצמה לא חששה לחינא דידה מש"ה צריכין ב"ד לעשות כדין ולהכריז א"כ אמאי נזקקין כלל לנכסי יתומי' קטני' דהא מדינא אין נזקקין ליתומי' קטני' כיון דחן דאשה לענין מוכרת שלא בהכרזה שוה לחן דנזקקין וכיון דמחמת דהיא לא חששה לחינא בעי' כדין לעשות הכרזה א"כ היאך נזקקין אלא ע"כ דחן דנזקקין אינו שוה לחן דמוכרת שלא בב"ד ומש"ה לענין מוכרת שלא בב"ד ושלא בהכרזה לא חיישי' לחינא כיון דיכולה להמתין מעט והא דמוכרת שלא בב"ד ושלא בהכרזה אינו אלא משום שלא תתבזה וכיון דבאה לב"ד הרי לא חששה לבזיונה מש"ה בעי הכרזה וכדין ומ"מ נזקקין לנכסי יתומי' קטני' משום חינא דהיא ג"כ חוששת לחינא אלא דטעמא דחינא לא מהני אלא לענין נזקקין דאית לה פסידא טובא כשתמתין עד שיגדלו הקטני' משא"כ לענין ב"ד והכרזה אין לה הפסד כ"כ ודוק. (ולכאורה תקשי דעדיין לא מוכח כלל מדר' יוחנן דטעמא דשלא בב"ד ושלא בהכרזה הוי משום בזיוני דלעולם טעמא משום חינא ודקא קשיא לך א"כ אמאי מזדקקינין כיון דהיא עצמה לא חששה לחינא ובאה לב"ד למכור ולא מכרה בפ"ע דיש לומר דכיון דמפסדא מזוני ע"י תביעת כתובתה לכך אנו נזקקין לה וכדאמרינן התם בש"ס פרק שום היתומים דפריך ולר"י מי ניחא דשבקינין מזוני דודאי מפסדי ונקטינן הכרזה כו' ומשני דתובע' כתובתה אין לה מזונו' ופריך תו א"ה איזדקוקי נמי לא נזדקיקנא לה

ומשני כיון דאזדקקינן לה מעיקרא מזדקקינן נמי השתא וע"ש זה אינו דהשתא קיימינין אליבא דמרימר דס"ל דטעמא דר' יוחנן משום חינא וא"כ אית לן למימר דלענין טעם מזוני מודה לרב אסי דאין נזקקין משום דאיכא מעשי ידיה ולית להו פסידא ליתומים כדאי' בש"ס התם וע"כ הא דנזקקין אינו אלא משום חינא לחוד א"כ מוכח שפיר דהאי טעמא דחינא דנזקקין אלים טובא מלענין שלא בב"ד ולכך פסק הרמב"ם לענין נזקקין כמרימר וכר' יוחנן וממילא מוכח דלענין שלא בב"ד ושלא בהכרזה לדידהו לא אלים טעם חינא ולפ"ז למרימר דפסקינין כותיה איכא לאוקמי מתני' דשום היתומים בגרושה דצריך ב"ד והכרזה דלענין זה לא חיישינן לחינא ואפ"ה נזקקין לקטני' ואין אנו צריכים להני תירוצי שהביא הר"ן וזו היא שיט' הרמב"ם ז"ל וק"ל)

ס"ק ב

אבל צריכין ב"ד הדיוטות עיין פ' השולח דף מ"ו תניא ר' אלעזר אומר לא אסרו צריך אלא מפני אינו צריך במאי קמיפלגי ר' מאיר סבר אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד ור"א סבר אין אדם רוצה כו' וגבי נדרי' סגי בשלשה הדיוטות וכמ"ש בש"ך ה"ל נדרי' סימן רכ"ח סק"ב דלא בעינין חד דגמיר אלא דסברי קצת שידעו מה הם מתירין ע"ש וא"כ משמע דשייך אין אדם רוצה שתתבזה אשתו אפי' בב"ד של שלשה הדיוטות ואפשר דמה"ט ס"ל לרמב"ם דבדיעבד סגי במכרה בינה לבין עצמה שוה בשוה ומכרה קיים לפי שפוסק כמ"ד אין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד ומש"ה אפי' בלא הדיוטות סגי.

ס"ק ג

ודוקא עיקר הכתובה והתוספת. ז"ל הב"ש הנה הריטב"א ס"ל לעיקר כתובה מוכר' בלא ב"ד אבל לא לצורך תוס' ולא לצורך נדוני' והרב המגיד חולק על זה וס"ל אם הקילו בדב' שאין לה חסרון כ"ש בנדוניא ורמ"א שפס' כהריטב"א ופסק דאף לתוספת כתובה מוכר' שלא בב"ד אפשר משום דהריטב"א איירי באשה שאין לה מזונות והרמ"א איירי באשה שיש לה מזונת גם י"ל הריטב"א לא הכריע סברא זו אלא כתב אפי' תימא תוספת כתובה לא אלים לתקוני בה משום בזיון ומשום חינא הא איכא משום מזוני מש"ה פוסק בזה כשיטת הרה"מ עכ"ל וכונתו דמש"ה פוסק בתוספת כתובה כהרה"מ משום דכיון דהריטב"א לא הכריע לענין תוספת והרה"מ ס"ל דאפי' לנדוניא מוכרת שלא בב"ד וכ"ש לענין תוספת לכך פוסק בתוס' כהרה"מ אבל לענין נדוניא פוסק כהריטב"א כיון שהוא חולק בהדיא וס"ל דלא אמרו משום חינא אלא בעיקר כתובה ובשטה מקובצת בסוגיין כתב ז"ל ומיהו טעמא דמזוני עיקר הוא ונ"מ כי אעפ"י שמכרה כבר לעיקר כתובה כיון שעדיין יש לה מזונות משום תוספת כדפרישת ר"פ אע"פ אף היא מוכרת לתוספת שלא בב"ד ואפילו תימא דבתוספת ליכא לאחמורי על היתומי' משום חינא או משום

שלא תתבזה אשתו בב"ד הא איכא משו' מזוני אבל לנדוניא דלא מעכבא במזוני דינה כחוב דעלמא ואינה מוכרת אלא בב"ד ולא חיישינן לחינא ולא לבזוי בב"ד והא דלא אוקימנ' במס' ערכין למתניתין דהתם בנדוניא דהתם קתני סתם לכתובות אשה עיקר כתובה במשמע ולא משום נדוניא ואע"ג שנקרא כתובה בהרבה מקומות וכן עיקר עכ"ל הריטב"א ז"ל. ולפ"ז כתב הב"ש סק"א דכל שמוכרת שלא בב"ד את הכתובה מטעם מזוני צריך למכור לכל הכתובה כדי שלא יהיו לה עוד מזונות ע"ש. (עיין ב"י ריש סימן זה הביא ג"כ דברי הריטב"א אילו בביאור יותר דהיכא דאינה מוכרת אלא למקצת כתובתה אנו צריכין לטעמי דחינא ושלא תתבזה דהכא לא שייך טעם דמזוני כיון שעדיין נשאר לה מקצת כתובה ואית מזוני וזה ג"כ כדברי ב"ש סק"א.) ומדברי הר"ן פ' אלמנה ניזונת נראה דכל היכא דמוכרת כתובה שלא בב"ד משום מזוני אפילו למקצת כתובה נמי מוכרת שלא בב"ד ע"ש שהקשה בהא דאמרי' אלמנה מוכרת שלא בב"ד ושלא בהכרזה ובפ' שום היתומים מוקמינן למתני' בכתובת אשה וא"כ אמאי בעי' הכרזה ע"ש שכתב דמש"ה מוכרת שלא בהכרזה כדי שתפסיד מזוני ואפי' מוכרת למקצת כתובה כיון דזמנין במוכרת כל הכתובה איכא רווחא ליתומים במזונות תו לא פלוג אפי' במוכרת למקצת כתובה וע"ש. (וכן דעת תוס' ע"ש פרק אלמנה דף צ"ז ע"ב ד"ה מתני' מני ר"ש וז"ל וא"ת ממתני' נמי תפשוט דאתי' כר' שמעון כו' וי"ל דחכמים נמי כר"ש סבירא להו בהא דאמר כל שאין לה מזונות לא תמכור אלא בב"ד ואי מדקתני מוכרת אפי' ד' וה' פעמים ומוכרת למזונות שלא בב"ד משום דאכתי לא הפסידה מזונות הוא דמוכרת כתובתה שלא בב"ד עכ"ל וכונתם דכיון דמשום הפסד מזוני תקנו שתמכור בלא ב"ד אפילו כשמוכרת מקצת כתובה כיון שעי"ז הוא מתקרבת להפסיד המזונות לאחר שתמכור כפעם בפעם ותכלה כל כתובתה שייכא לתקנתא שתמכור בלא ב"ד וע"ש בשטה מקובצת ובחידושי פני יושע שפירשו ג"כ דברו תוספת כך וזה כדעת הר"ן ולא מטעמי'.) מיהו בדברי הר"ן ז"ל לא עמדנו דשם בהא דאמרי' בש"ס בשלמא מן הנשואין משום מזוני כתב ז"ל פירש"י למזונות כדי שלא תצטרך להתענות ואחרים פירשו משום מזוני שמוכרת הכתובה שלא בב"ד כדי שתפסיד מזונות ולא נהירא דהניחא לר' שמעון דמכר' מקצת כתובה הפסידה מזונותי' אבל לרבנן דס"ל מכר' מקצת כתובה עדיין יש לה מזונות מה הועילו בתקנתן עדיין תשמור עצמה למכור מקצתן ויהי' לה מזונות ע"כ ע"ש וזה סותר למ"ש לקמן דכיון דגבי מוכרת כל כתובה איכא רווחא ליתמי תו לא פלוג ואפילו במקצתה תקינו וצ"ע. והנה מ"ש הריטב"א דטעמא דמזוני עיקר הוא משום דבלשון המשנה ובלשון הגמרא הכתובה כוללת עיקר ותוספת כמבואר ר"פ אע"פ וכיון

דלשון מוכרת לכתובתה כולל גם התוספת ובתוספת ס"ל לריטב"א דלא תקינו בי' משום חינא ובזוני א"כ ע"כ הא דמוכרת לכל כתובתה היינו לעיקר ותוספת טעמא משום מזוני הוא ואלמנה מן האירוסין דלית לה מזוני מ"מ מוכרת לכל כתובתה דתוספת בלא"ה לית לה מן האירוסין ולעיקר כתובה איכא טעמי דחינא ובזיוני וא"כ בין מן האירוסין בין מן הנשואין מוכרת לכל כתובתה אלא דמן הנשואין דאיכא תוס' לא שייכו טעמי דחינא ובזיוני וע"כ עיקר הטעם משום מזוני:

אך קשה לפ"ז מאי מקשה למ"ד משום חינא מהא דתנן וגרושה לא תמכור אלא בב"ד הא גרושה נמי בעי' חן לישני לי' דמיירי לענין תוספת כתובה דלית בי' משום חינא אלא דאלמנה מוכרת מטעמא דמזוני ובגרושה דלית לה מזוני לא תמכור אלא בב"ד. (ואפשר לומר דעיקר קושית הש"ס הוא משום דקתני סתמא לא תמכור ע"כ עיקר כתיבה נמי' בכלל ובעיקר שייך חינא:) ומ"ש הריטב"א ז"ל והא דלא אוקימנא במס' ערכין מתני' דהתם בנדוניא משום דסתם לכתובת אשה דקתני התם עיקר כתובה משמע ולא משום נדוניא ואע"פ שנקרא כתובה בהרבה מקומות עכ"ל דבריו תמוהין דהתם מהדר לאוקמי מתני' דשום היתומים אליבא דמ"ד אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים אלא לשטר שיש בו רבית ולדידי' אי אפשר לאוקמי אלא בגוי שקיבל עליו לדון בדיני ישראל וכדמפרש התם בש"ם ואליבא דר"י דס"ל נזקקין לכתובה משום מזוני אי נמי משום חינא כדמסיק מרימר נמי ליכא לאוקמי מתני' בנדוניא דא"כ אין נזקקין כלל דדינה כשאר חוב דעלמא וכמ"ש הריטב"א וצ"ע:

מיהו נראה דרש"י ז"ל לא ס"ל בזה כהריטב"א אלא דאף לגבי תוספת נמי שייכי טעמי דחינא ובזיון דהתם בש"ס דפריך בשלמא מן הנשואין משום מזוני פירש"י שלא תתענה ולא פירש משום מזוני כדי להרויח ליתומים מזונותי' וכמו שאמרו שם בערכין פ' שום היתומים דף כ"ב דאמר ר' יוחנן דנזקקין לשטר שיש בו רבית או לכתובת אשה משום מזוני ופרש"י שם דכל זמן שאינה גובה כתובת' ניזונת משלהם והוי פסידא דידהו ע"ש היינו טעמא דרש"י ז"ל משו' דרב יהודא בשם ר' אסי פליג אדר' יוחנן וס"ל דאין נזקקין אלא לשטר שיש בו רבית ולא לכתובת אשה משום דתקינו להו מעשי ידי' ולית להו פסיד' במזונותי' ואידך זמנין דלא ספקה ע"ש:

וגירסת הרי"ף הכא רב יהודא אמר משום שלא תתבזה ועמ"ש לעיל סק"א וא"כ סוגיין דאזלא אליבא דרב יהודא ע"כ ליכא לפרושי משום מזוני כמו שפירשו שם בערכין ר"ל להרויח מזונות בפרעון הכתובה דהא לרב יהודא ליכא רוחא דתקון להו רבנן מעשי ידי' כנגדו ועמ"ש לעיל סימן ע' וכיון דלגבי כתובה ליכ' טעמא דמזוני לרב יהוד' וכבר מבואר

דבכלל כתובה נמי התוספת וא"כ מה שמוכרת מן הנשואין היינו משום שלא תתבזה וא"כ שייך טעמא דלא תתבזה גם בתוספת וא"כ ה"ה למ"ד משום חינא גם בתוספת שייך חן דבהא לא פליגי ולפ"ז לעיקר הדין לענין תוספת כתובה נראה כיון דעיקר טעמא דריטב"א אינו אלא משום דטעם דמזוני עיקר ולכך מוכרת לתוספת בלא ב"ד וכנ"ל בביאור דבריו וא"כ לשיטת רש"י ז"ל דמפרש בסוגיין משום מזוני היינו למזונות ממש כדי שלא תתענה וא"כ ממילא לית לי' משום ריוח מזונות וכמ"ש וע"כ הא דמוכרת גם לתוס' כתובה הוא מטעמי דחינא ובזיוני וכדאמרן (הגה"ה וגם למאי דמסיק מרימר התם בטעמא דר' יוחנן משום חינא לית לן לאפושי פלוגתא ואית לן למימר דמודה ר' יוחנן לרב אסי דמזוני לא חשוב רווחא כיון דתקון רבנן מעשי ידי' וא"כ ע"כ גם בתוספת ליכא טעמא אחריני אלא משום חינא או שלא תתבזה) ובנדוניא נמי נראה דמוכרת שלא בב"ד דאי ס"ל דטעמא דמזוני עיקר וכמ"ש הריטב"א א"כ הוא דעת הרמב"ן והרא"ה ז"ל דאוכלת בשביל נדוני' ולדעת ב"ש לעיל סימן צ"ג דהיא מוחזקת וא"כ אוכלת בשביל הנדוני' ע"ש ס"ק כ"א וממילא מוכרת שלא בב"ד להרויח מזונות אלא אפי' אי לא ס"ל טעמא דמזוני כלל וכמ"ש לדעת רש"י ז"ל א"כ היכא דלית לה מזוני כגון שתבעה כתובתה בב"ד מ"מ לדעת הרמב"ן והרא"ה נדוני' בכלל כתובה וממילא הא דתנן מוכרת לכתובה הוי נדוניא ג"כ בכלל וע"כ שייכי בי' טעמי דחינא ובזיוני ועיין בתוס' בסוגיין שפירשו בשם רבינו חננאל הא דאמרו ארוסה לא נפיש חן דידה וגרושה נפיש חן דידה משום דגרושה אית לה תוספת וארוסה לית לה תוספת ע"ש מוכח מזה דס"ל דעכ"פ בתוספת שייך חינא וכיון דכן דעת רבינו חננאל מש"ה העלה הרמ"א לדינא בתוספת דמוכרת שלא בב"ד ובנדוני' הוי ספיקא דדינא ודו"ק:

סעיף ב

ס"ק ד

אחריות המכר על היתומים כתב הטור ז"ל עצה טובה היא לה שתפרש מה שמכרה לצורך כתובתה שלא יאמרו שמכרה הכל לצורך מזונות ויקראו לה רעבתני' ואם אינ' חוששת לזה שנקראו רעבתני' טוב לה שלא תפרש שאם יכלו הנכסים תאמר כל מה שמכרה הוא לצורך מזונות ותטרוף מהלקוחות שקנו מהבעל לצורך הכתובה אבל אם תפרש שמוכרת לצורך הכתוב' לא תוכל לטרוף מהלקוחו' למזונו' ויש עוד צד אחר שטו' לה יותר שלא תפר' שאם לא תפר' ויצא עליו שט"ח תאמר לכתובה מכרתי ואם כתובתה קדמה לא יוכל בעל השטר לטרוף ממה שמכרה ואם תפר' למזונות יטרפנו הבע"ח מפני שזמנו קודם שאין חיוב המזונות אלא אחר מותו עכ"ל. והוא ממ"ש הרא"ש ז"ל בשם

הירושלמי יפוי כח דר' יוסי אם בא מלוה בעדים תאמר למזונות מכרתי ואם בא מלוה בשטר תאמר לכתובה מכרתי ע"ש:

והרמב"ן ז"ל הוכיח מזה הירושלמי דכל שאינו גובה ממשועבדי' של לקוחו' ה"ה דאינו גובה מנכסים המשועבדי' למלוה בשטר ומלוה בשטר מאוחר הבא עם מלוה ע"פ מוקדם טורף המלוה בשפר וראייתו מדקאמר בירושלמי בא מלוה בשטר אומרת לכתובה מכרתי בא מלוה ע"פ אומרת למזונות מכרתי ומבואר דאם מכרה למזונות בא מלוה בשטר וטורף מן הדמים אע"ג דמזונות קדים למלוה בשטר דמזונות וכתובה שייך בזמנן אפ"ה מלוה בשטר מאוחר קודם למלוה ע"פ הקודם ע"ש שהיבא בר"ן פרק מי שהי' נשוי:

ומ"ש שהוא טורף מן הדמים הוא מדברי הראב"ד שמפר' כן דברי הירושלמי ז"ל כלומר אם בא מלוה בשטר לטרוף מהמשועבדים ולהוציא מיד הלקוחו' הדמים שהרי היא מוכר' לי"ב חדש ומפרנס אחת לשלשים יום אומרת לכתובה מכרתי והיא קודמ' ואם מכרה למזונ' היו מוציאין הדמים מידה עכ"ל הובא בשטה פ' אלמנה ניזונת ע"ש:

ונראה כונתם במה שפירשו טורף הדמים ולא פירשו כפשוטו שיטרוף הנכסים והוא משום דלא תקשי נהי דמוכר' למזונו' מאי אהני ליה מלו' בשטר דטריף מלוקח דהדר תיתי האשה ותטרוף מיני' בכתובת' שהרי היא מוקדמ' למלוה בשטר ואע"ג דמיני' דלוקח לא מצית טרפא דאחריו' דנפשה קבילת עלה מ"מ מיד הבע"ח יכולה היא לטרוף בדין וכבר נתקשה בזה בחידושי פני יושע פרק אלמנה ניזונת ע"ש לכך פירשו הראב"ד והרמב"ן דבע"ח אתי וטריף מן הדמים כיון דדינא הוא דלוקח מצי לסלוקי בזוזי וכמבואר פ' מי שהי' נשוי ובטוש"ע ח"מ סימן קי"ד ע"ש וכיון דטורף דמים הוי ליה מטלטלין וכמ"ש הר"ן פ' אלמנ' ניזונ' גבי הא דאמרינן ארמלתא דזבין אחריו' איתמי ע"ש שכתב דהדמים ה"ל דאמרינן וכשהלוקח מסלקו בזוזי תו לא מצית האשה לחזור על הבע"ח לטרוף בכתובתה כיון דהבע"ח לא שקיל ארעא אלא דמים שקבל דאית להו דין מטלטלים ומה שגבה אותן הבע"ח היינו מפני שהוא בא על הקרקע לטרפה אלא שהלוקח סילקו במעות והיא אינה יכולה לבא על הלוקח לטרוף הקרקע דאחריות דנפשה קבילת עלה וכיון דלית לה בקרקע כלום שוב אין לה על הדמים שגבה הבע"ח. דדין מטלטלין להם וזה ברור:

(ואין לומר דהלוקח בעצמו לא יסלק לבע"ח בזוזי אלא יגבהו הקרקע כדי שתוכל היא להוציאה מיד הבע"ח ואח"כ יחזור הוא עלי' שהרי היא קבלה אחריות דנפשה עלה ולא

גרע מאילו כתבה לו דו"ד דמ"מ יהיו חוזרין חלילה ויצטרך להתפשר עם האשה לכך הוא מסלק הדמי' שתחת ידו להבע"ח ולא מפסיד מידי משלו ודו"ק):

ובספר בית מאיר ראיתי שנתקשה בזה שכתב הר"ן דה"ל הדמים מטלטלין דא"כ בע"ח נמי היכי גובה הדמים כיון דמטלטלי לבע"ח נמי לא משתעבדי וע"ש שהאריך בזה ליישב לענ"ד הדברים נכונים כמ"ש:

ומיהו עיקר דברי הר"ן שכתב בפ' אלמנה ניזונת דהדמים הן מטלטלין הוא בשיטת רב האי גאון ז"ל הביאו הרא"ש ר"פ מי שמת גבי יתומים שקדמו ומכרו ע"ש דכשמכרו הקרקעות נעשו הדמים מטלטלין ובתר דתיקון רבנן מזוני מן המטלטלין חייבין ליתן מן הדמים וכתב עליו הרא"ש ז"ל ודברי רב האי תמוהין דהני זוזי לא אשתעבדי לבנות אלא שיעבודייהו אנכסי אביהן וכיון שמכרו ואין יכולין לטרוף הפסידו ע"ש וא"כ לשיטת הרא"ש אין אנו צריכים לומר דמש"ה אין האשה גובה מן הדמים משום דהוי מטלטלי אלא משום דלאו הני זוזי וכמ"ש הרא"ש וע"כ הר"ן דאצריך לטעמ' דה"ל מטלטלין בשיטת רב האי גאון אזיל מיהו גם בתוס' משמע דס"ל כרב האי גאון ע"ש פ' אלמנה ניזונת דף צ"ז ד"ה וסמך לה שתגבה כתובתה מן השאר ז"ל ועוד אם נשאת אחר שמכרה הלוקח אל יתן אלא לשלשים יום ולא תוכל לגבות ממנו לכתובה' דהא מטלטלי נינהו ומזונות איבדה עכ"ל ולדברי הרא"ש תיפוק ליה דאינה יכולה לגבות מהן לכתובה כיון דלאו הני זוזי דשבק אלא משמע דגם תוספ' ס"ל כדעת רב האי גאון ז"ל (לכאורה דברי תוס' אלו צל"ע דנהי דהני דמים שביד הלוקח מטלטלי נינהו הא תנן לעיל פ' הכותב דאם היו מלוה או פקדון ביד אחרים ינתנו לכושל וע"כ לא פליג ר"ע התם אלא משום דכולן צריכין שבועה ואין היורשין צריכין שבועה וכמי שפירשו בירושלמי דיורשין ירשו עם גמר מיתה וממילא הן שלהן ובע"ח וכתובה מיחסרי גובייא אבל הכא דאדרבה לאחר מיתת הבעל היו אותן נכסים קרקעות ומשועבדים לכתובתה והשתא כשמחרתן לצורך מזונות פשיט' דלא זכו בהן היורשין שהרי הן מיוחדין למזונותי' ואמאי לא תגבה מהן כתובתה וצ"ל דמיד שנשאת והפסידה מזונותיה זכו בהן היורשין באותן הדמים ואנן קי"ל כר"ע):

והנה דעת רב האי גאון ז"ל דמלוה ע"פ מוקדמת למלו' בשטר מאוחרת ולפי דברי הרב המגיד גם דעת הרמב"ם כן ועיין ש"ך ח"מ סימן ק"ד ולפי דעתם צריכין אנו ליישב דלא תקשי מהא דירושלמי והיא הראיה של הרמב"ן ז"ל והנה בטור שלפנינו כתב הטעם שיטרפנו הבע"ח מפני שזמנו קודם שחיוב המזונות אינו בא אלא אחר מותו וכנז' לעיל

וא"כ נהי דמלוה ע"פ מוקדמת קודם למלוה בשטר מאוחר מזונות שאני דהוא מאוחר שאין חיוב מזונות אלא אחר מותו:

והרמב"ם פי"ח מהל' אישות כתב ז"ל הניח נשים רבות אף על פי שנשאן זו אחר זו ניזונות בשוה כמו שאין דין קדימה במטלטלין והראב"ד כתב עלה וז"ל ואפילו ניזונת מן הקרקע לפי שאין חיוב המזונות אלא לאחר מותו וכבר הגיע שעת החיוב לכולן בבת אחת עכ"ל ע"ש והרב המגיד כתב עליו וז"ל והטעם שכתב הר"א ז"ל בהשגות אינו נכון שאם מפני שאין חיוב המזונות חל אלא אחר מותו אפילו בכתובה לא תהא דין קדימה לאלמנות שהרי אינה נגבית אלא משעת מיתה והגע עצמך מן שלוה וקבע זמן הפרעון אחר מותו והתנה שאם ימות המלוה קודם לו שלא יגבה כלום וחזר ולוה וקבע זמן פרעון לאותו הזמן וע"פ התנאי הנזכר לא יהיה בו דין קדימה אלא ודאי אין לטעם ההוא עיקר כו' והרשב"א כתב בדין המזונות דבשיעבוד המזונות הקילו עכ"ל ולענ"ד דברי הראב"ד נכונים וגם הרי"ף ס"ל כוותי' שכתב יש נוחלין גבי מתנת שכ"מ דאמרינן התם דאלמנתו ניזונ' ממנה וז"ל משום דמתנ' שכ"מ לא קני אלא לאחר מיתה לא דחיא תקנתא דרבנן דמזונו' אלמנה ובהדי הדדי קא אתי' אחר גמר מיתה הלכך לא דחי חדא מינייהו לחברתה עכ"ל הרי מבואר דעתו ז"ל דמזונות אלמנה לא חייל אלא לאחר מיתה והיינו דחיוב מזונו' דתנאי ב"ד אינו אלא לאחר מותו:

והרמב"ם פ"ח מהל' זכי' כתב בטעמ' דאלמנה ניזונ' ממתנ' שכ"מ ז"ל שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים עכ"ל והיינו כמ"ש הרב המגיד משום דחיוב מזון האשה והבנות וכתוב' בנין דכרין עם גמר מיתה ומתנת שכיב מרע אינה אלא לאחר מיתה ממש וקדמו למתנת שכיב מרע ע"ש ועמ"ש בספרי קצות החשן סימן רנ"א וסימן רנ"ב וא"כ גם לדברי הרב המגיד אין חיוב מזון האשה חייל אלא עם גמר מיתה וא"כ דברי הראב"ד נכונים דנשא נשים זו אחר זו דשתיהן שוין כיון דלא חייל חיוב מזון האשה עד גמר מיתה ושניהם באים כאחד דאי כדברי הרה"מ לפנינו דחוב מזון האשה חייל משעת נשואין כמו הכתובה א"כ איך כתב הרמב"ם שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים דהא כבר נתחייבו משעת נשואין אלא דזמן פרעון הוא במיתתו וא"כ פשיטא דאלמנתו ניזונת ממתנת שכ"מ דודאי קדים חוב דמזונות ומדכתב הרמב"ם וכייל מזון האשה וכתובת ב"ד לגבי מתנת שכ"מ וכתב עלייהו שהרי במיתתו נתחייב מבואר דכולהו לא מיחייבי אלא עם גמר מיתה ולכן דברי הרה"מ שלפנינו צ"ע בעת הזאת. (עיין לעיל סימן צ"ג הערה ב' מ"ש לפרש שיטת הרי"ף דעיקר תקנת תנאי כתובה הי' השיעבוד משעת נשואין כמו הכתובה עצמה ומפני תיקון עולם אמרו שאין גובין למזון האשה מנכסים משועבדי' היינו כששיעבדן הבעל ואם

שיעבדו האחי' זו שאלה שלח רב לרבי ופשט לי' דאין מוציאין למזונות עיין פ' מציאת האשה ד' ס"ח ונמצא עכשיו אין הנכסים משועבדי' אלא עם גמר מיתה וגם עכשיו אינן משועבדי' לגמרי שהרי אם מכרו היורשין ג"כ אין מוציאין הרי דגם יד היורשין באותן הנכסים שוים עם התנאי כתובה וכן המקבל מתנת שכ"מ ג"כ ידו שוה עם התנאי כתובה ואם מכר אין מוציאין וכמ"ש בנמ"י שם ולזה דקדק הרי"ף ז"ל לומר דתרווייהו בהדי הדדי קאתו ותרווייהו קנו ע"ש באורך ולפ"ז צדקו גם דברי הרה"מ דעל מ"ש הראב"ד שאין חיוב המזונות אלא לאח"מ וכבר הגיע שעת החיוב לכולן בבת אחת ומשמעותו מחמת שפרעון המזונות אינו אלא לאח"מ אין החיוב חל כלל עד לאח"מ לזה שפיר השיג הרה"מ דאיהו משתעבד משעת נשואין כמו בכתובה גופי' ומה בכך שהז"פ הוא אחר מותו לכך כתב הוא הטעם דאין להן דין קדימה כיון דלא טרפו ממשבדי לא סמכו דעתייהו וה"ל כמו מטלטלי דאין בהן דין קדימה וכונתו דהנכסים לא נשתעבדי עד השתא בשעת גוביין' כמו מטלטלין שהרי הי' יכול להבריח ולכך לא שייך דין קדימה ומ"ש הרמב"ם גבי מתנת שכ"מ וכייל מזון האשה וכתובת ב"ד וכתב עלייהו שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים דהתם על הנכסים אנו דנין וכיון דתקנו שלא יוציאו מנכסים משועבדי' לא נשתעבדו הנכסים עד אחר מיתתו ולזה דקדק שם הרמב"ם וכתב שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים ולא כתב שבמיתתו חל החיוב דבאמת החיוב עליו חל משעת נשואין אלא כיון דלא גבי ממשעבדי לא נתחייבו הנכסים עד אח"מ משא"כ הראב"ד כתב שאין החיו' חל עד אח"מ ועל זה שפיר השיג הרה"מ ודו"ק:

ובדברי הרי"ף שכתב דכיון דבהדי הדדי קאתו לאחר מיתה לא דחי חדא מינייהו לחברתה הדברים תמוהים דכיון דבהדי הדדי קאתו למה ידחה חוב דמזונות למתנת שכ"מ ובנימוקי יוסף שם כתב משום דתקנת מזונות קודמת בתחלה ע"ש ואינו מובן וכבר כתבנו בס' קצה"ח סימן רנ"ב ישוב לדברי הרי"ף ז"ל ע"ש:

ואמנם נראה דדברי הרי"ף כפשטן ע"פ מאי דאמרו בש"ס פ' י"נ שם דף קל"ג א"ל רבא מיגרע גרע השתא בירושה דאורייתא אמרת אלמנתו ניזונת מנכסיו במתנה דרבנן לא כ"ש והיינו כיון דחיוב תנאי ב"ד דאלמנה ניזונת אינו אלא לאח"מ וכמ"ש הרי"ף וכבר אמרו אלמנה חוב דבעל וא"כ היכי ניזינת מנכסי יורשים כיון דבהדי הדדי קאתו חוב המזונות וירושה דאורייתא אלא ע"כ שכך תקנו שתהא אלמנתו ניזונת מתנאי ב"ד וא"כ כ"ש ירושה דרבנן דאע"ג דבהדי הדדי קאתו אלמנתו ניזונת ממתנת שכ"מ:

ולשיטת הרמב"ם יתפרש סוגית הש"ס הכין השתא ירושה דאורייתא אלמנתו ניזונת מנכסיו וע"כ צ"ל דחוב של תנאי ב"ד שלמזון האשה חייל מקודם והיינו עם גמר מיתה

וירושת היורשין לא חיילא אלא אחר מיתה כ"ש מתנת שכ"מ דרבנן דג"כ לא חיילא אלא אחר מיתה פשיט' דמזון האשה קודם וזה נכון אלא דלפי שיטת הריף והראב"ד דחיוב מזונות חייל לאחר מיתה ממש ולשיטת הרמב"ם דחייל עם גמר מיתה תתעורר קושית התוס' פ' אלמנה ניזונת דף צ"ג ד"ה ור' יוסי סבר ז"ל וא"ת מה יפוי כח הוא השתא דקאמרה הכל למזונות מכרתי ולא איבדה כתובתה וכי אין זו אונאה דשקר הוא שהרי גם לכתובה מכרה כו' וגם לפי הקונט' ניחא ואין זו אונאה שאומרת ללוקחות הכל מכרתי למזונות שהרי מן הדין גם מזונות הי' לה לגבות ממשעבדי אם לא לפי שאין קצובין כמפורש בגיטין והכא לעולם יש ללקוחות לאסוקי אדעת' משום כתובה ולהניח בני חרי כשיעור כתובה אע"פ שמכרה לכתובה כיון שיכולה לומר למזונות מכרתי עכ"ל וע"ש ולפמ"ש דמזונות לא חיילא אלא לאחר מותו א"כ מדינא לא גביא למזונות ממשעבדי שמכר הבעל דלקוחות קדים. ולפי מ"ש הרשב"א לענין חוב שטר ומזונות האשה דחוב שבשטר קודם ומשום דבמזונות הקילו כאלו מתחייב דבר יום ביומו ע"ש א"כ אינו אלא לאחר שתקנו חכמים מפני תיקון העולם שאין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים אמרי' במזונות הקילו אבל אי לאו תקנה זו הוי מזונות חייל גם מחיים כמו בפוסק לזון את בת אשתו דתיכף נעשה חיוב על משך ה' שנים ואתי שפיר תירוצום של תוס' אבל לפמ"ש בשטת הרי"ף והראב"ד והרמב"ם דתקנת תנאי ב"ד לא חייל אלא אחר מותו קשיא. וצריך לומר לפמ"ש דחיוב מזונות אינו אלא לאחר מיתה א"כ הא דאמרו אין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדי' מפני תיקון עולם היינו ממשעבדי ששיעבדו היתומים דאלו מאותן ששיעבדן בעל תיפוק לי' דלקוחות קדמו וא"כ מפני תיקון העולם מהני למשועבדים ששיעבדו יורשין וכדאי' פ' מציאת האשה דף מ"ט האחין ששיעבדו אין מוציאין מידן למזונות ע"ש ולפ"ז גם הירושלמי דקאמר באת מלוה בשטר תאמר לכתובה מכרתי מיירי ג"כ במלוה בשטר של היורשים וא"כ שפיר עבדא ואין כאן אונאה כיון דמדינ' מזונות נמי גובה מלקוחו' שמכרו היורשין אחר מותו ולפ"ז קשה ראיית הרמב"ן דמלוה בשטר קודמת למלוה ע"פ אע"ג דמלוה ע"פ קודם בזמנו כיון דע"כ מיירי במלוה בשטר של יורשין דאל"כ ה"ל אונאה של שקר וכמ"ש וכיון דשיעבדו היורשין תו ליכא למימר דחוב קדים ומשום דמזונות לא אתו אלא לאחר מותו דהא גם השט"ח לא ניתן אלא לאחר מותו והיורשין הוא ששיעבדו ודו"ק:

(עיין מ"ש בהערה שלפני זה דגם דעת הרי"ף והרמב"ם דשיעבוד הגוף של תנאי כתובה משעת נשואין חייל אלא לפי שאינן נגבין מן המשועבדים לא נתחייבו הנכסים אלא לאח"מ וזו התקנה היא מפני תיקון עילם והכל אתי שפיר וק"ל) ובפ' אלמנה, ניזונת

דף צ"ה מאי לאו בהא קמפלגי ר' יהודא דאמר בעי' לפרושי סבר נכסי בחזקת יתמי קיימי ועל האלמנה להבי' ראי' ור' יוסי דאמר לא בעי' לפרושי סבר נכסי בחזקת אלמנה קיימי ופירש"י ר' יהודא דאמר הפירוש יפה לה סבר נכסי בחזקת יתמי קיימי ואי לא פירשה מה לכתובה ומה למזונות סוף לכשתבא לגבות יאמר לה מה שמכרת לכתובה מכרת וקבלת כתובתך ואם תאמר להם א"כ תנו לי מזונות שאכלתי יאמרו לה נתננו לך מטלטלין במזונותיך והם נאמנים עכ"ל. ואיכא למידק לפמ"ש במשנה למלך פי"ד ממלוה גבי טענת סטראי וז"ל מיהו מספקא לי אם יברר המלוה שהיתה לו מלוה ע"פ אחרת אצל הלוה וטען הלוה שכבר פרע אותו החוב דקי"ל דאין צריך לפרעו בעדים וזה שהעידו העדים שפרע בפניהם הוא מאותו מלוה בשטר הוא ומסתברא דבכי האי אוקי שטר בחזקת שלא נפרע וגובה עכ"ל וע"ש לפ"ז אפי' לר' יודא דסבר נכסי בחזקת יתמי קיימי אכתי כיון דמבורר החוב בע"פ דהיינו המזונו' אמאי לא תוכל האלמנה לטעון שאותו הפרעון שהי' עם המכירה היה בעד המזונות והכתובה שהוא השטר עדיין בחזקתו. מיהו בסמ"ע סימן ל' סקל"א כתב דאפי' ידוע שהי' לו עליו מלוה ע"פ או בשטר מ"מ אין המלוה נאמן ע"ש ויש ראי' לדבריו מפירש"י שכתבתי וכנ"ל ודו"ק:

סעיף ג

ס"ק ה

גרושה לא תמכור אלא בב"ד מומחין כתב ב"ש ז"ל כבר כתבתי הטעם למה נשתנה דין הגרושה ואין להקשות למה לי הני טעמי תיפוק לי' דהא קי"ל דהנכסים הם כמשכון ביד האלמנה ובח"מ סימן ע"ג מבואר דמוכרין המשכונות ע"פ ב"ד הדיוטות ואפשר לומר דוקא מטלטלין יכול למכור ע"פ הדיוטות אבל קרקע לא או י"ל אע"ג דקי"ל הנכסים של יתומים הם כמשכון ביד האלמנה מ"מ לא הוי כמשכון ממש דהא הנכסים אינן בידה עכ"ל. והנה מ"ש דדוקא מטלטלין יכול למכור אבל קרקע לא כבר כתבתי בס' קצה"ח ג"כ שם סימן ע"ג דדוקא במשכון מטלטלין משום דבע"ח קונה משכון אבל בקרקע דלא קני משכון ודאי אינו יכול למכור בלא ב"ד מומחין מיהו היינו משום דבקרקע לא שייך ולך תהיה צדקה ולכך לא שייך בי' דין בע"ח קונה משכון כמו במטלטלין אבל באלמנה דקנתה הקרקעות למשכון מתקנת חכמים שהרי אם היתומים אומרים נתננו והיא אומרת לא נטלתי היא נאמנת בשבועת היסת כדלעיל סימן צ"ג הרי שעשאו' מוחזקת יותר מבמשכון דגבי משכון חייב לישבע בנק"ח וע"כ צ"ל דעשאוה מוחזקת יותר מבמשכון וכ"כ הב"ש סימן צ"ג בשם הפרישה ע"ש וא"כ כיון דגם בקרקעות הוי היא מוחזקת ועדיף ממשכון הדרא קשית ב"ש לדוכתה דלכך אלמנה מוכר' שלא בב"ד

דדינה כמשכון ומ"ש עוד ב"ש דמ"מ לא הוי כמשכון ממש אין לו ביאור דכיון דחזינין דעדיף ממשכון שא"צ אלא היסת א"כ אמאי לא תמכור שלא בב"ד כדין משכון. מיהו הקושי' מעיקרא ליתה דאלמנה לא הוי מוחזקת אלא למזוני ולא לכתובה וכמ"ש תוס' פ' אלמנה דף צ"ו ד"ה נכסי בחזקת אלמנה קיימי ע"ש. אלא בין למ"ש הב"ש לחלק בין מוחזקת דאלמנה למשכון ובין למ"ש דלא הוי מוחזקת לכתיבה קשיין דברי הריב"ש ז"ל שנראה דעתו ז"ל שמה ששנינו בפ' המקבל משלשים יום ואילך מוכרן בב"ד רוצה לומר ב"ד הדיוטות כיון שהוא מוחזק וקונה משכון כדאמרי' באלמנה דאינה צריכה ב"ד מומחין אבל צריכה ב"ד הדיוטות שהנכסים בחזקתה וכ"כ שם וז"ל וכן אלמנה שאנו חושבין אותה למוחזקת בנכסי יתומי' וקי"ל נכסי בחזקת אלמנה קיימי ואע"פ כן צריכה היא ב"ד הדיוטו' עכ"ל ע"ש סימן שצ"ו דכל התשובה סובב' והולכת על זה הקוטב דאלמנה מוחזקת בנכסי יתומי' וצריכה ב"ד הדיוטות ומזה דן למשכון ע"ש ומבואר דעתו ז"ל דמוחזקת דאלמנה שוה למשכון וא"כ ודאי קשה קושית הב"ש למה לי' טעמא דחינא או שלא תתבזה תיפוק לי' דמוחזקת היא ודין משכון יש לה דסגי בב"ד הדיוטות. ואולי מפרש הריב"ש הא דאמרו בשלמא מן הנשואין משום מזוני היינו משום דלמזוני היא מוחזקת ויש לה דין משכון אלא מן האירוסין מ"ט משום דדוקא למזונות אמרי נכסי בחזקת אלמנ' אבל לא לכתובה וא"כ בארוסה ליבעי' ב"ד לכתובה דאינה מוחזקת אלא דרש"י ז"ל לא פי' כן דכתב למזוני כדי שלא תתענה ע"ש. ואחר העיון מצאתי בנמוקי יוסף פ' אלו מציאות גבי רב ספרא דפליג לנפשי' בלא ב"ד ואמרי' עלה בגמ' דאפי' אלמנה דאינ' צריכה ב"ד היינו מומחין אבל הדיוטות בעי' והקשו שם בתוס' דף ל"ב דהא אלמנה מטעם חינא הוא ותירצו דמדמי הש"ס שותף לאלמנה דכמו דתקנו באלמנה משום חינא דליסגי בשלשה הדיוטות שמוכרת שאינה שלה כמו כן בשותף שהוא שלו סגי בג' הדיוטות ע"ש ואכתי אינו מובן דכיון דהתם טעמא אחרינא איכא משום חינא מה ענין שותף לכאן אמנם בנמוקי יוסף כתב דמשום חינא הוא שתקנו שיהי' לאלמנה דין שותף ואי לאו דשותף חולק בלא ב"ד מומחין אלמנה נמי לאו היתה מוכרת בלא ב"ד מומחין ע"ש ונראה בכונת הריב"ש דס"ל דהיינו טעמא דאלמנה דתיקנו לה משום חינא שיהי' לה דין שותף ועשאו' כאילו יש לה חלק בגוף הנכסים וחולקת בלא ב"ד מומחין ואי לאו משום חינא דעשאו שאינו זוכה כזוכה לא היתה חולקת ומוכרת בלא ב"ד ומש"ה שפיר מדמה בש"ס שותף לאלמנה וכן בערכין ר"פ שום היתומי' גבי אין נזקקין לנכסי יתומי' קטני' דאמרי' לכתובת אשה נזקקין משום חינא התם נמי כיון דמשום חינא עשאו' כמוחזקת וכשותף לכך מגבין מיתומי' קטנים דלמ"ד טעמא דאין

נזקקין ליתומי' קטנים משום צררי במוחזק לא חיישי' לצררי וכמ"ש הר"ן ס"פ בתרא דכתובו' דחששא דצררי קלה היא ואי תפס לא חיישינן לה וע"ש וכן נמי לטעמ' דאין נזקקין ליתומי' קטנים משום דפריעת בע"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו וזה לא שייך אלא אם באנו להזדקק לנכסי יתומי' להוציא מהן אבל כל שתפס והיתומי' באים להוציא ודאי לא מפקינין מיד התופס ועיין בתשו' הרא"ש כלל פ"ה סימן ט' וז"ל וששאלת יורש שנתן נכסי מורישן לקטן במתנה ויצא על מורישו שט"ח מי נחתינין לנכסי קטן בכה"ג משום נעילת דלת בפני לוין. תשובה אם השט"ח מקויים נ"ל שב"ד מורידין בע"ח לנכסים שנתן היורש לקטן כו' הלכך לא חיישי' לשובר הכא וכן לרב הונא ברי' דר' יושוע דמפרש טעמא משום צררי היינו בדאית לי' לקטן חזקת אבות כ"ש לרב פפא דמפרש טעמא משום דפריעת בע"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו דהאי טעמא לא שייך הכא הלכך לכולהו טעמי דהתם נזקקין לנכסי זה הקטן עכ"ל וע"ש וה"נ משום טעמא דחינא דעשאוה כמוחזקת וכשותף לכולהו טעמי נזקקין אבל אי לאו דעשאו' מוחזקת וכשותף לא הוי מתקני רבנן במילי דבעי ב"ד מומחין דליסגי בלא ב"ד אלא משום חינא עשאוה כמוחזק ושותף ועשו שאינו זוכה כזוכה ולכך מוכרת שלא בב"ד ונזקקין לנכסי קטני' ומשום דלא הוי כמו חוב על הקטנים אלא כמו שותף דגוף הנכסים שלה ומש"ה אפי' לר"פ דס"ל טעמא משום דיתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו גבי אלמנה כיון שהיא כשותף ונוטל' חלק שלה לא הוי כמו פרעון א"כ עיקר טעמא דחינא מהני לשוי' מוחזקת וכן למ"ד משום שלא תתבזה מאותו טעם עשאו' כמוחזקת ומ"ש התוס' פ' אלמנה דף צ"ו ד"ה נכסי בחזקת אלמנה דהוי' מוחזקת משום שמוכרת שלא בב"ד לאו דתלי טעם דמוחזקת בדין שמוכרת בלא ב"ד אלא דמדחזינין דמוכר' שלא בב"ד מוכח דהוי מוחזקת וכשותף בגוף הנכסים ומש"ה עולה סוגית הש"ס דלפי הס"ד דלא ידע להנהו טעמי דחינא ושלא תתבזה פריך שפיר מ"ט מוכרת שלא בב"ד עד דמסיק לטעמי דחינא או שלא תתבזה דמש"ה הוי' מוחזקת וכשותף וזה נראה ברור בכונת הריב"ש. אלא לפ"ז תקשי דהא לגבי כתובה לא הוי מוחזקת וכמ"ש תוס' שם בד"ה נכסי בחזקת אלמנה ע"ש ואפ"ה מוכרת שלא בב"ד ונראה דדוקא לענין ספק פרעון הוא דכתבו תוס' דלא הוי מוחזקת לענין כתובה דשמא נפרעת כתובתה משא"כ למזוני דאפי' לענין ספק פרעון הוי' מוחזקת כיון דכל זמן שלא תבעה כתובתה יש לה מזונות הוי' מוחזקת כיון דודאי יש לה אבל היכא דליכא ספק פרעון וחוב כתובתה מבורר וכבר נשבעת על כתובה יש לה דין מוחזק וכמו שותף גם לענין הכתובה כמו למזונות ולכך מכרת גם לכתובה בלא ב"ד ומתוך כל מה שכתבתי יתברר לך דמ"ש תוס' שם ד"ה נכסי

בחזק' יתמי דהא דהוי מוחזקת למזונות משום דמוכרת שלא בב"ד לאו דדין שמוכרת שלא בב"ד הוי טעמא למה דהוי מוחזקת דאיפכא הוא דמה דמשוינין לה למוחזקת הוי טעמא שתהא מוכרת שלא בב"ד ועיקר הסיבה הוא משום חינא עשאוה חז"ל שתהא מוחזקת וכשותף בנכסים ומש"ה מוכרת שלא בב"ד. ועיין בהגהת מרדכי פ' אלמנה ניזונת וז"ל תשובת רבינו מרדכי על ששאלת ראובן שהלך לעולמו בלא בנים כו' אבל זאת נראה שנוטלת כתובתה לאלתר דאזלינין בתר רוב המצוי בהן ורוב נשים ולד מעליא ילדן ונמצא הגיע זמן עתה לגבות כתובתה ואין להקשות לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי דאטו אשה שנפל בעלה למים שאין להם סוף לא תגבה כתובתה לעולם כו' דבמים שאל"ס ודאי מגבין כתובתה ומחלקין הנחלה ליורשי' כו' ה"נ רובא דנשים ולד מעליא ילדן ושכיח טובא ומהני להוציא ממון אפי' למ"ד אין הולכין בממון אחר הרוב כדאי' שלהי פ"ק דכתובות אם רוב ישראל למאי הלכתא להחזיר לו אבידה ופי' רבוותא דמוציאין מיד ישראל הזוכה וכ"ש הכא להחזיק השטר העומד לגבות דכגבוי דמי ועוד ראי' דגבי כתובה אזלינן בתר רובא פ' הבא על יבמתו לשלישי לא תנשא ואם נשאת למי שאין לו בנים תצא שלא בכתובה אבל משני אית לה כתובה אלמא אע"ג דלגבי איסורא בתרי זימני הוו חזקה שהיא עקרה לגבי ממון לא הוי מוחזקת עד תלתא זימני וטעמא כדפי' ר"י ז"ל דאזלינין בתר רובא ורוב נשים שאין עקרות יולדות בתרי זימני וכתובה היינו טעמא דאלים מעשה ב"ד דכתובה וכמוחזקת היא עכ"ל ומזה כתבנו בס' ש"ש ש"א פי"ח דה"ה בשאר שטרות הולכין בממון אחר הרוב משום דכגבוי דמי וע"ש. וכעת נראה דדוקא בכתובה הוא דהולכין אחר הרוב ולא בשאר שטרות משום דבכתובה כל שמגיע לה בבירור כתובתה ה"ל דין מוחזקת וכיון דמספקא לן הולכין אחר הרוב דטעמא דלא אזלינן בממון בתר רובא הוא משום דאלים חזקת ממון והכא אם הגיע לה באמת הכתובה הרי היא מוחזקת א"כ הוי לי' ספק בגוף החזקה אם היא מוחזקת או לא ושפיר אזלינין בתר רובא וכמ"ש בתשו' מהר"י ן' לב ספר א' כלל י"ג סימן ע"ד דהיכא דהוא ספק אם הוא מוחזק לא מצי טעין קים לי וכן בתשו' מהרי"ט סימן קנ"א האריך להבי' ראי' לזה דהיכא דהוי ספק בתפיסה עצמה לא מצי טעין קים לי וה"ה בכתובה נמי הוי ספק בתפיסה עצמה מי הוא המוחזק דאם מגיע לה הכתובה ה"ל איהי מוחזקת עיין בס' ש"ש ש"ד פ"ז ובהגהת אשיר"י פ' אלמנה ניזונת כתב ז"ל פירש"י בתשובתו דהיינו למזונות דמאי קא בעי ר' יוחנן פשיט ליה הש"ס מלוי אבל לכתובה אינה בחזקת' עד לאחר שתשבע עכ"ל ומזה נראה לענ"ד דלמזונ' הוי בחזקתה אפילו לספק פרעון ואין האלמנ' צריכ' שבוע' אלא היסת וכמבואר בש"ע לעיל סימן צ"ג אבל לכתובה לא הוי

בחזקת' רק אחר השבוע' דאז נתברר חוב הכתוב' ואז יש לה דין מוחזק' וכדתיבנ' ודו"ק ועמ"ש סימן צ"ו סעיף ט"ו:

סעיף ד

ס"ק ו

אם מכרה בינה לבין עצמה זו דעת הרמב"ם דהא דבעי' ג' הדיוטו' היינו לכתחלה אבל בדיעבד אפי' בינה לבין עצמה סגי. ובלחם משנה פי"ז מה"ל אישות כתב ז"ל קשה לדעת רבינו שהוא סובר דמה שאמרו צריכה ב"ד הדיוטו' לכתחלה הוא אבל בדיעבד אפילו בינה לבין עצמה סגי א"כ איך אמרו פ' אלו מציאות דף ל"ב איסר ורב ספרא עבוד עסקא כו' א"ל אביי ולאו מי אתמר עלה כו' אלמנה א"צ ב"ד של מומחין אבל צריכה ב"ד של הדיוטו' דהא לא הוי אלא לכתחלה ובדיעבד סגי בינה לבין עצמה והא דרב ספרא דיעבד הוי דכבר פליג רב ספרא עכ"ל. ולענ"ד נראה דכיון דס"ל להרמב"ם ז"ל דבינה לבין עצמה לא מהני אלא כשמכרה לאחרים אבל לעצמה לא עשתה ולא כלום דמאן שם לה ודוקא בג' הדיוטות מהני לעצמ' דהם הם המוכרים אבל בינה לבין עצמה לא מהני לעצמה דהמוכר צריך להוציא לרשות וכיון שהיא בעצמה המוכר' לא תוכל לזכות לעצמה והוא הדין המבואר בש"ע סעיף ה' והוא דעת הרמב"ם מש"ה שפיר פריך ליה אביי לרב ספרא דאיהו פליג לנפשיה בינו לבין עצמו ובהא שפיר קאמר אביי דבעינין ג' הדיוטות אפילו בדיעבד דמאן שם לך דקי"ל שותפין שחלקו לקוחות הן ולכך לא מצי פליג לנפשי' דמאן למזכי ליה וצריך עכ"פ ג' הדיוטו' שיהיו הם המזכים למוכרים לו ואפילו בדיעבד לא מהני בינו לב"ע ומזה ראיה נכונה לדעת הרמב"ם דבג' הדיוטו' אפילו לעצמה מהני והוא בש"ע לקמן סעיף ה' דלדעת החולקים דס"ל דאפילו בג' הדיוטו' דוקא לאחרים מהני אבל לעצמה לא דהדיוטות לא הוו אלא שמאים והאלמנה היא שליח של היתומים וצריך שיוציא השליח מרשותו וב"כ גבי רב ספרא אפילו ג' הדיוטות לא הוי מהני דהא רב ספרא לנפשיה פליג וקי"ל שותפין שחלקו לקוחות ומאן אקני ליה כיון דאמרינן דהדיוטות לא הוו אלא שמאים ואינו יכול להקנות לעצמו ומדברי אביי משמע דבג' הדיוטו' הוי סגי לרב ספרא לכן מבואר כדעת הרמב"ם דבג' הדיוטות מהני אפילו לעצמה ודו"ק. ועיין מ"ש בספרי קצה"ח סימן קע"ו סק"ז דאם השותף מכר קודם זמן המכירה ואח"כ נתייקר דאינו צריך לשלם דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה וע"ש וא"כ רב ספרא דפליג לנפשיה ודאי לעצמו לקח ואח"כ נתייקר דאי לאחרים מכר א"כ אינו משלם אלא כשעת פשיעה וגם סתמא דלישנא דש"ס משמע דרב ספר' פליג לנפשיה היינו לעצמו ממש ודו"ק:

סעיף ה

ס"ק ז

אלמנה ששמה ולקחה לעצמה אינו כלום כתובות דף צ"ח אמר רב זירא אמר רב נחמן אלמנה ששמה לעצמה לא עשת' ולא כלום כו' לעולם דאכרוז ודאמרי לה מאן שם לך וכתב הר"ן ז"ל משום דמכר אינו אלא הוצאה מרשות לרשו' וכיון דאיהי שליח יתומים לא מצי' לקנותו לעצמה וע"ש שכתב דמהא שמעינן דמי שנעשה שליח למכור אינו יכול לקנות לעצמו וא"ש וכן פסק בש"ע ח"מ סימן קפ"ה סעיף ב' ובש"ך כתב זה שם דזה הוי ספיקא דדינא דבפ' התקבל דף ס"ג גרסינן ר' חנינא אומר אשה עושה שליח לקבל לה גיטה מיד שליח בעלה א"ל רבא אם איתא לדר' חנינ' עבדי בה עובד' הא לא חזרה שליחות אצל הבעל ומסקינין דמספקא לן לדידן הוי' דבר שבערוה וחולצת ע"ש וקשי' לן כיון דדין זה הוי ספיקא דדינא היאך אמרו כאן בפשיטות מאן שם לך כיון דאיהי מוחזקת ותפוסה. ונראה דבפ' התקבל שם פירש"י והא לא חזרה שליחות אצל הבעל ז"ל שליח שחזר ונעשה למי שנשתלח לו ניתק עד שלא היה לו שהות לחזור אצל שולחו ולומר לו עשיתי שליחותך ושליחות שאינו ראוי לחזור ולהגיד אינו שליחות עכ"ל ובספ"ב דגיטין בהא דאמר לה הוי שליח להולכה עד דמטית להתם וכי מטית להתם הוי שליח לקבלה וקבלי את גיטך ופריך והא לא חזרה שליחות אצל הבעל וכתב שם רש"י ז"ל והא לא חזרה שליחות ושליח לא מיקרי אלא מי שנשתלח מזה לזה שראוי לחזור אצל שולחו ולומר עשיתי שליחותי לחבירך וזו אינה ראויה לחזור שהרי לא נשתלחה אלא לעצמה ואח"כ נעשית היא בעל המעשה ובטל השליחות קודם שתחזור עכ"ל, ובתוס' כתבו שם ד"ה והא לא חזרה ז"ל שליח לא מיקרי אלא המשתלח מזה לזה שראוי לחזור לשולחו ולומר עשיתי שליחותך קודם שנעשה שליח לאחרים ובקונט' לא פירש כן עכ"ל. ונראה הוא דרש"י לא פי' בפ"ב דגיטין כמו שפיר' בפ' התקבל וכמו שפי' תוס' משום דקשי' ליה הא דהקשה הרשב"א ז"ל בחידושיו שם במאי דפריך ספ"ב דגיטין בפשיטות והא לא חזרה שליחו' כו' ואילו בפ' התקבל מסקינן דהוי ספיקא דדינא ע"ש ולזה כתב רש"י לפרש הא דספ"ב דגיטין משום שלא נשתלחה אלא לעצמה ונעשה היא בעל המעשה ובטל השליחות קודם שתחזור ומש"ה פשיטא ליה לש"ס בכה"ג דודאי לא חזרה השליחות אצל הבעל כיון שנעשה היא בעל המעשה ולא נשתלחה אלא לעצמה משא"כ בהך דפ' התקבל דלא נעשה היא בעל המעשה ולא לעצמה נשתלח אלא דנעשה שליח לקבלה לקבל מיד שליחות הבעל בהאי הוא דמספק' לן אם גם בזה אמרי' לא חזרה שליחות אצל הבעל ותוס' שפירשו האי דספ"ב כמו שפי' פ' התקבל צ"ל דס"ל כתירוצו

של הרשב"א ז"ל דמחלק משום דבספ"ב בתחילת השליחות כבר לא היה השליחות לחזור אצל הבעל משא"כ בהך דפ' התקבל בתחלה היה ראוי לחזור שליחות אצל הבעל אלא דאח"כ נעשה שליח לקבלה בהאי הוא דמספקא לן וע"ש. ולפ"ז בהאי דינא דש"ע ח"מ סימן קפ"ה בשליח למכור ואח"כ הוא רוצה לקנות לעצמו תלוי במחלוקת דלדעת רש"י כיון דנעשה הוא בעל מעשה ה"ל כההיא דספ"ב דגיטין דהיכ' דנעשה בעל דבר פשיטא דלא הוי שליחות ואין כאן ספק דלא קנה ולדעת תוס' והרשב"א גם בזה הוי ספיקא דדינ' כיון דבתחל' השליחו' היה ראוי לחזור וא"כ לפ"ז בהאי דינא דשליח שקנה לעצמו במטלטלין לדידן לא מפקינן מיניה והא דאמרו הכא גבי אלמנה בפשיטות מאן שם לך תינח לדעת רש"י דהיכא דהיא נעשה בעצמו בעל מעשה פשיטא ליה לש"ס דבטל שליחות אבל לדעת תוספ' והרשב"א דכל שבתחלת השליחות היה ראוי לחזור הוי ספיקא דדינ' ואין מוציאין תקשי היכי אמרינין הכא בפשיטות מאן שם לך. ונראה דודאי הא דאלמנה מוכרת שלא בב"ד היינו משום דעשאוה כשליח יתומי' וכמו שפירש"י בכתובות דף ק' גבי ארמלתא דזבין אחריות איתמי וז"ל דאלמנה שליח של יתומי' היתה עכ"ל ומיהו אינה נעשית שליח אלא בשעה שמוכרת ולא משעה שמת בעלה דלמה יעשו חכמי' אותה שליח ללא צורך אלא בשעה שמוכרת עשאוה חז"ל שליח יתומי' וכיון דלקחה לעצמה פשיטא לי' לש"ס דבטל' שליחותה שהרי בשעה שנעשית שליח והוא בשעת המכירה אינה ראוי' לחזור שהרי קונה לעצמה ודומה ממש להא דספ"ב דגיטין דבתחלת השליחות אינו ראוי לחזור דהכא תחלת שליחותה הוא בשעת מכירה לכך פשיטא לי' דאמרי' לה מאן שם לך ודו"ק:

ס"ק ח

אלא א"כ היו בשומא ב"ד בתשו' רמ"א סימן הובא תשו' מהרי"ל דאע"ג דבכל בע"ח קי"ל שומא הדרא בכתובה שומא לא הדרה והוכיח מהא דאמרו כאן אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה כלום משום מאן שם לך ותיפוק לי' דשומא הדרא אע"כ דבכתובה שומא לא הדרא ע"ש ועיין ש"ך סימן ק"ג שכתב דדוחק לאוקמי בנתיקרה או בהשביחה וע"ש שכתב נ"מ לפירי וע"ש. ולענ"ד לא מוכח מכאן כיון דקי"ל היכא דאגבי' איהו בחובו שומא לא הדרא וא"כ לשיטת הרמב"ם דמפרש הא דאלמנה ששמה לעצמה היינו בינה לב"ע בלי שום ב"ד ולפי מאי דס"ד דמהני ה"ל כמו אגבי' איהו בחובי' דהא אלמנה שליח יתומי' היא ולא אטרחי' לב"ד אלא כאילו היתומי' בעצמם הגבהו כתובתה ומזונותי' ולית בי' משום שומא הדרא ולבתר דמסיק דלא מהני שמה לעצמה משום מאן שם לך דבעינין שיוציא מרשות לרשות ולא מצי' למהוי שליח לעצמה וכמבואר לעיל א"כ צריכה ב"ד

שיגבו אותה וכיון דצריך ב"ד לגוביינא באמת אמרי' דשומא הדרא כמו בכל בע"ח. וגם לדעת תוס' דצריכה ג' הדיוטות אפילו בדיעבד והא דאלמנה ששמה לעצמה לא עשתה כלום היינו אפי' בהדיוטות ומשום דאינהו לא הוו ב"ד להגבות רק לשומא לא מיבעי' לדעת הש"ך סימן ק"ג דאפי' אטרחי' לבי דינא אלא שהגבהו לוה בעצמו ולא הי' הורדה עפ"י ב"ד שומא לא הדרא א"כ לפי הס"ד דלא בעי' מומחין להורדה אע"ג דבעי' הדיוטות לשומ' מ"מ כיון דההורדה היא בלא ב"ד ה"ל אגבי' איהו בחובי' דאלמנה שליח יתומים היא אלא אפי' לדעת הסמ"ע שם דס"ל דכל דאטרחי' לבי דינא אע"ג דהורדה הי' שלא בב"ד נמי שומא הדרא היינו משום דמ"מ אטרחי' בתחלה לב"ד ועי"ז הורידו הלוה אבל הכא דמעיקרא לא בעי' אלא ג' הדיוטות לא חשיב כלל אטרחי' לב"ד דאין כאן אלא שומא לברר מקחו ודאי דאינו אלא כמו אגבי' איהו בחוביה (ועיין בתוס' דף ק' ד"ה אלמנה יחידאה שביארו דג' הדיוטות לא חשיבי אלא כחד ע"ש ופשיטא דלא גרע מאגבי' איהו בחובי' דאיהו נמי קמי סהדי מגבי לי' כי היכי דתהוי לי' ראי' וה"נ הנך הדיוטות לראי' בעי' שלא זללה במקח ולא להגבותה באו ולכך שומא זו לא הדרה) איברא למסקנא דצריכה ב"ד מומחין א"כ הרי כאן גביי' ע"פ ב"ד מומחין ודין הכתובה שוה לשאר שט"ח דשומא הדרא. ולשיטת הרמב"ם דס"ל דע"פ ב"ד הדיוטות מהני אף אם שמה לעצמה צריך לומר דס"ל דב"ד הדיוטות יכולין להגבות לאלמנ' אע"ג דבכל דוכתי בעי' מומחין לגוביינא אבל באלמנ' סגי בהדיוטות דהא כששמה לעצמה לא מצינן למימר בתורת שליחותא דיתמי קאתית דא"כ מאן שם לך דבשליחות בעינן שיוציא מרשות לרשות וכיון דלדעת הרמב"ם ב"ד של הדיוטות הוא דמגבו לה א"כ ה"ל הורדה שלא ע"פ הלוה ושומא הדרא כמו בשאר חובות אמנם בשטה מקובצת כתב וז"ל אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה ולא כלום פירש"י מאן שם לך ממי קבלת מכירה לא מב"ד ולא מיתומים כו' ולפירות זה בעה"ב שעשה שליח למכור לו קרקע אפי' בדמים ידועים אינו יכול ליקח לעצמו דאמרי' מאן זבין לך שאין אדם מוכר לעצמו ומאן שם לך לא אתי שפיר להאי פירושא והגאונים ז"ל פירשו מאן שם לך כי שמא לא דקדקת יפה בשומא אע"פ שבב"ד של הדיוטות לקחה חיישינין שמא כיון דלעצמה היא לא דקדקו יפה בשומתם ולפירוש זה דינו של רבינו ז"ל צריך תלמוד הריטב"א ז"ל עכ"ל לפ"ז יש לומר דהכי היא שיטת הרמב"ם ז"ל ומפרש ששמה לעצמה בלי שום ב"ד כלל אלא בינה לבין עצמה ובהא הוא דאמרי' מאן שם לך ר"ל שמא לא דקדקת בשומא יפה כיון שלא היה שום אדם אצלה משא"כ ע"פי ג' הדיוטות סמכינין עלייהו דבדקו ודקדקו יפה בשומתן אבל מ"מ לאו בני אגבויי נינהו נמצא לפ"ז כל ששמה לעצמה ע"פ ב"ד הדיוטות שומא לא הדרא דאיהי

שליחא דיתמי הוא וה"ל אגבי' איהו בחוביה והא דב"ד הדיוטות שמו לה לא חשיב אטרחי' לב"ד. ומיהו בעיקר הדין דשליח שנעשה למכור וקנה לעצמו דכתב הריטב"א דצריך תלמוד קשה לי דנהי דמהכא לא מוכח הא מוכח לה מהא דאמר ספ"ב דגיטין ובפ' התקבל דאם לא חזרה שליחות אצל המשלח בטל שליחותי' והבאתי לעיל בס"ק ז' ע"ש ואפשר לומר דהתם גבי גט שאני כיון דקי"ל טלי גיטך מעל גבי קרקע ובעינין שיתן הבעל או שלוחו הגט ומש"ה כל שניתק משליחות להולכה לשליחות לקבלה או לעצמה דלא חזרה השליחות בטל לי' שליח להולכה וה"ל כאלו קבלה הגט בלא שליחות להולכה וכנוטל' מע"ג קרקע דלא מהני אבל במקח וממכ' דסגי בגילוי דעת א"כ כל שעושה שליח למכור בדמים ידועים מצי שליח לקנות לעצמו כיון שהבעה"ב גילה דעתו שרוצה למכרו בכך וכך ודו"ק היטב.

סעיף ו

ס"ק ט

ומכרה שוה ק' בר' עמ"ש בזה בספרי קצה"ח סימן קפ"ג סק"ה.

סימן קה

סעיף ב

ס"ק א

ומת הבעל בחיי' אם מתה קודם שנשבעה על כתובתה אין ללוקח ולמקבל כלום ובח"מ ס"ו סעיף ע"ו פסק דהקונה שט"ח מהמלוה ומת הלוה אם אחר שלקחו מת נשבע הנוקח שלא אמר לו המוכר כלום ושאינו יודע ששטר זה פרוע וגובה שטרו ומחלק בח"מ דקנין כתובה גרוע טפי דשמא לא תבא לידי גבי' והזמן פרעון אינו חל עד אחר מיתה והוי כאנו מכרה לו אחר מיתת הבעל עכ"ל הב"ש ע"ש ואכתי קשיא ני דהא כבר הקשו בתו' פ"ק דב"ב בהא דאלמנה הבאה ניפרע מנכסי יתומים צריכה שבועה הא ה"ל תוך זמנו והיאך חיישינין לצררי תוך זמנו ותירצו דכיון דתנאי כתובה הוא חיישי' טפי לצררי ואפי' תוך זמנו ע"ש ולפי' מ"ש רש"י בערכין פ' שום היתומים גבי הא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים משום דחיישי' לצררי דהיינו דחיישינין לשמא נתון לו צררי למשכון וכן הוא מוכרח דבכתובה ליכא למיחש לפרעון ממש דהא אסור לשהות עם אשתו בנא כתובה אלא ודאי דחשש צררי הוא למשכון ואע"ג דגם למשכון אין ראוי משום תקנת שמעון בן שטח שיהיו כל נכסיו ערבאין ואחראין לכתובתה ועיין סימן ס"ו סעיף א' היינו דאם לא כתב לה בכתובתה שיהיו כל נכסיו אחראין וערבאין לא מהני יחוד מטלטלין אבל

בכותב לה כל נכסיו אחראין וערבאין רשאי להתפיסה צרר' למשכון וא"כ כיון דאינו אלא חשש משכון א"כ עדיין שיעבודה שיש לה על הבעל קיים ואכתי לא נמחל ואמאי לא יגבה הלוקח אע"ג דנתן לה משכון על מעותי' כיון שכבר מכרה כל כתובתה איהו וכל שיעבודא דאית בי' אע"ג דאית לי' ללוה משכון אצל המוכר צריך הלוה לפרוע ללוקח והוא יתבע משכונו מן המוכר ולכן נראה דצריך לומר כתירוץ שני של תוס' שם דחיישי' שמא התפיסה צררי סמוך למית' ובזה חיישינן שמא התפיסה לפרעון ממש. ובתשו' מהרי"ט חלק ח"מ סימן יו"ד כתב וז"ל ועוד נראה האי צררי משום פרעון הם שאם לא היינו חוששין שנתן הצררי אלא למשכון לא היינו אומרים דאם מתה יפסידו יורשים דאם איתא דיהיה לה צררי כל היכי דאיתנהו ברשותי' דמרי' איתנהו אלא דצררי בתורת פרעון הם וכבר נמחל שיעבודו עכ"ל ומן התימא שלא הביא דברי רש"י בערכין דמפרש בהדיא דצררי למשכון הוא ומ"ש דאם למשכון התפיסו לא היינו אומרי' אם מתה יפסידו היורשי' אינו מוכרו דודאי כל שנתן צררי למשכון אין היורשי' צריכים לפרוע כתובתה עד שתחזיר המשכון ויורשים חייבין בהחזרת המשכון ואך כשתחזיר המשכון אז מחוייבים לפרוע כתובתה אך קשה לפי פירש"י דצררי בתורת משכון יהיב לה א"כ כשמתה ולא נשבעה דמפסדי יורשים משום דאין אדם מוריש שבועה לבניו אמאי לא טענינן ליורשי' דנאנסו הצררי לדעת הש"ך בח"מ סימן ק"ח דס"ל טענינן ליורשין נאנסו ע"ש. ונראה דרש"י לשיטתי' אזיל דס"ל דמשכון שלא בשעת הלואתו חייב באונסין ועיין ש"ך סימן ע"ב מיהו נראה דאפי' נאמר דמשכון שלא בשעת הלואתו נמי פטור באונסין מ"מ שטר כתובתה בטל דכה"ג כתב בח"מ סימן ע"ג סעיף ל"ג וז"ל יורש שהוציא שטר שיש למורישו כך וכך ממון אצל פ' ושיש לאותו פ' משכון אצל המוריש וטען היורש שהמשכון נאנס אצל מורישו ותובע המעות נשבע הנתבע היסת שלא החזיר לו המשכון וש הי'שוה כנגד חובו ונפטר עכ"ל וכן הוא שם בטור וז"ל ולא אמרי' שישבעו היורשין שבועת היורשין דכל שטר שמוציא היורש הוא ודאי והפרעון ספק אבל הכא כיון שהגיע ליד המוריש משכון כנגד הלואתו וספק נאבד באונס או בפשיעה לפיכך השטר בטל עכ"ל וה"נ כיון דיש שם משכון ספק באונס ספק בפשיעה נאבד השטר בטל כיון דהיורש אינו יודע אם בפשיעה או באונס ועמ"ש בקצה"ח סימן ע"ב ס"ק ל"ו. ומיהו הכא אפי' נאבד המשכון אצלה בפשיעה היא פטורה דפשיעה בבעלי' היא שהבעל משועבד לה ואפי' שיברה כלים פטורה וכמ"ש הראב"ד פכ"א מאישות ואפשר דכיון שהגיע לידה משכון א"כ כי היכי דס' נאבד באונס ס' בפשיעה השטר בטל ה"נ אם הספק שמא עדיין המשכון בעין תחת ידה נמי השטר בטל וצ"ע. ולפי תירוץ שני' של תוס' דחששא

דהתפסת צררי אינו אלא שמא סמוך למיתתו התפיסה א"כ לפמ"ש בש"ע ח"מ סימן ס"ו סעיף ט"ז די"א דאם פרע הלוה למלוה לא נפטר מהלוקח ע"ש ולפ"ז הכא נמי יגבה הלוקח הכתובה דהא תוך זמנו לא פרע וא"כ קודם שמכרה ללוקח ודאי לא פרע ואח"כ אפי' אם פרע לה קודם מותו לא נפטר בזה מן הלוקח ואע"ג דאמרי' בכתובה דמכירתה גרועה וה"ל כאילו מכרה אחר מיתת בעלה דוקא לענין אין אדם מוריש שבועה לבניו הוא דאמרי' דבשאר חוב כל שקנה הלוקח קודם מות הלוה אמרי' שמא לא יצטרך שבועה דשמא לא ימות הלוה ולא יבא לעולם לידי שבועה דמי' למת מלוה בחיי לוה דלא אמרי' אין אדם מוריש כו' משא"כ בכתובה כיון דסתמא לאו לגירושין עומדת רק לידי אלמנות וא"כ ודאי הדבר עומד לשבועה לכך אמרי' אין אדם מוריש שבועה לבניו אבל מ"מ המכירה ודאי חיילא בחיי בעלה ומשעה שמכרה זכה הלוקח בכתובה וא"כ לא נפרע הבעל בפרעון שפרע לאשה אח"כ לאותן י"א וא"כ הכא ליכא דררא דשבועה כלל כי היכי דתימא אין אדם מוריש כו' דתוך זמנו לא חיישינן לפרעון וסמוך למיתתו דחיישי' כבר זכה הלוקח בכתובה ולא מיפטר בעל באותו פרעון ולכך יש לו ללוקח לגבות בלא שבועה וצ"ע בכל זה ודו"ק.

ס"ק ב

אבל אם נתגרשה ומתה כתב ב"ש ז"ל כלומר אע"ג דמת בעלה בחיי' והי' עלי' שבועה לגבות מן היתומי' ומתה בלא שבועה מ"מ נשבעין הלוקחין וגובין כו' דאחר הגירושין חל זמן הפרעון והוי כאלו קנה באותו פעם ודינו כקונה שט"ח ומת אח"כ הלוה והמלוה דלוקח גובה ולא כח"מ עכ"ל אמנם בעיקר הדין שכתב בש"ע ח"מ סימן ס"ו סעיף ט"ו במכר שט"ח בחיי הלוה ומת לוה ואח"כ מת מלוה דגובה לוקח בשבועה קשיא לי דהא אם לא מכר המלוה ומת לוה ואח"כ מת מלוה אין היורשין גובין ומשום דאין אדם מוריש שבועה לבניו וא"כ כיון דקי"ל דשעבוד הגוף אינו נמכר דמה"ט מצי מחיל ואפי' יורש מוחל דכשמת המלוה נשאר שעבוד הגוף ביד יורשיו וכשנמחל שיעבוד הגוף ממילא פקע שיעבוד הנכסים דאינון ערבין בי' וכמ"ש ר"ת והפוסקי' וא"כ אפי' כשמכר המלוה השט"ח עדיין נשאר בידו שיעבוד גוף הלוה וכשמת המלוה יורשין יורשי' אותו שיעבוד הגוף וכיון דמת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת המלוה דאין אדם מוריש שבועה לבניו דהא המלוה הי' צריך לישבע משעה שמת לוה וא"כ יורשיו לא יורשו שיעבוד הגוף וממילא פקע שיעבוד נכסי דלוקח כיון דיורשיו אינם יורשי' שיעבוד הגוף דאין אדם מוריש שבועה לבניו וכה"ג פסק בש"ע סימן ס"ו סעיף ל"ו בגר שמכר שט"ח ומת הגר פקע לי' ונפטר הלוה ע"ש ומשום דשיעבוד הגוף פקע וה"נ הא פקע לי' שיעבוד הגוף דאין

אדם מוריש שבועה לבניו ומאי מהני מכירת שט"ח בחיי הלוה כיון דשיעבוד גופי עדיין נשאר ביד המלוה ולא נמכר וא"כ בשיעבוד גופי אמרי' אין אדם מוריש שבועה לבניו ופקע לי' שיעבוד הגוף עם מיתת המלוה וממילא פקע שיעבוד נכסי דלוקח דאינן אלא ערבין וכמו בגר שמת. ונראה דאע"ג דאין אדם מוריש שבועת היורשין לבניו היינו במה שבאין לגבות מנכסי יורשי' אבל שיעבוד הגוף דהוי לי' על הלוה יורשים יורשי המלוה בלא שבוע' דבזה לא הוי מנכסי יתומי' דשיעבוד הגוף של הלוה אינו נופל על יורשי הלוה דיורשין לא משתעבדי אלא נכסי הוא דמשתעבדי וכל שאין באין ליפרע מנכסי יתומי' אית להו בלא שבועה שהרי בכל השבועות כמו פוגם וע"א לא אמרי' אין אדם מוריש שבועה ומשום דכיון דיש לו שטר גובה בלא שבועה כמו בחשוד דאפיק שטרא אלא דבשבועת יתומי' הוא דהחמירו דהבא ליפרע מנכסי יתומי' לא יפרע אלא בשבועה והכא כיון דשיעבוד נכסי כבר נמכר בחיי המלוה והלוה ושיעבוד הגוף יורשים יורש המלוה בלא שבועה אבל אם לא נמכר בחיי הלוה ומת לוה בחיי המלוה דאז הנכסים של היורשין נמצא כשזה בא ליפרע מנכסים יתומי' הוא דמיפרע ובנכסי יתומי' החמירו שיא ליטול בלא שבועה ושאין אדם מוריש אות' שבועה משא"כ כשנמכר השט"ח בחיי הלוה נעשו הנכסים משועבדי' ללוקח בחיי הלוה ושיעבוד הגוף של הלוה שפיר ירתי יורשי הלוה דאין בזה משום אין אדם מוריש שבועה דלאו נכסי יתמי הוא השיעבוד הגוף ובגר שמת ממילא פקע שיעבוד הגוף דהלוה תפיס בי' ופשיטא דגר שיעבוד נכסי פקע ועמ"ש בס' קצה"ח סימן ס"ו ס"ק כ"ו ודו"ק היטב

ס"ק ג

ואם אמרה שנפרעת אחר שמכרה נאמנת במגו בח"מ סימן ס"ו סעיף ט"ז הביא בשם י"א דאם פרע הלוה להמוכר אינו נפטר מהלוקח ובש"ך שם השיג דהא אם פרע אין לך מחילה גדולה מזו ושטר שנפרע אינו חוזר ולוה בו דנמחל שיעבודו ע"ש ובס' קצה"ח סימן פ"ו סק"י כתבתי בטעמא דאותן י"א לפמ"ש הרא"ש בתשו' כלל ע"ג סימן א' במסרב שלא ירד לדין או שירד לדין וסירב לעשו' צווי ב"ד ועכבו ב"ד ממונו שביד אחר ועבר זה על מצותן והחזירו ליד המסרב אם לא נמצא ממה לגבות חייב הנפקד למלוה הממון שהחזיר למסרב ונתן הרא"ש הטעם משום דה"ל מזיק שיעבודו של חבירו ע"ש וה"ה בזה שפרע למוכר ה"ל מזיק שיעבודו דבזה הזיק שיעבודו של לוקח וגבי מוחל המלוה הוא עושה ההיזק דיכול הוא למחול אפי' בע"כ של הלוה אע"ג דבמתנה אינו יכול ליתן בע"כ של מקבל אם אינו רוצה לזכות אבל מחילה מהני אפי' בע"כ של לוה א"כ המוכ' שמחל הוא המזיק ולא הלוה משא"כ גבי פרעון דקי"ל פרעון בע"כ שמי' פרעון א"כ הלוה

שפרע הוא המזיק שיעבודו של לוקח ע"ש. ולפ"ז קשה מאי מהני שאומרת שנפרעה אחר המכירה דמ"מ חייבי' יורשי הבעל בעצמו לשלם ללוקח לפ"מ שכתבנו דהפורע ה"ל מזיק שיעבודו של הלוקח ולא נפטר בפרעון זה הך דינא הוא מהרא"ש פ' הכות' וגם הך סברא דפורע הוי מזיק שיעבודו הוא ג"כ מהרא"ש בתשובותיו ונראה דהרא"ש לא ס"ל הך סברא שכתב בעה"ת דמכירת השטר קלא אית לי' ומסתמא ידע הלוה שנמכר ללוקח ולכך פשע במה ששילם למוכר הא מלתא לא ס"ל להרא"ש ומצי לוה למימר שלא ידע בשעה שפרע שמכר לזה הלכך ה"נ הבעל פטור משום דלא ידע שמכרה הכתובה ולכך נאמנת לומר שנפרעת במגו דאי בעי' מחל' אבל התם בתשו' הרא"ש שלחו לו הב"ד ועבר על צווים ודאי ה"ל מזיק שיעבודו וחייב להחזיר ממונו.

ס"ק ד

אבל אם אמרה שנפרעה קודם שמכרה אינה נאמנת והוא מהרא"ש פ' הכותב דאין לה מגו דאי בעי' מחלה דסברה אם תמחול השתא צריכה לשלם כל סך הכתוב בשטר משא"כ אם אמרה שנפרעה קודם שמכרה דא"צ לשלם אלא דמים שקבלה וע"ש ובש"ך סימן ס"ו האריך להשיג על הרא"ש וכתב דפרעון גופי' מחילה הוא וע"ש. ונראה לפי מ"ש לעיל דפרעון לא דמי למחילה כלל דבמחילה המלוה מפקיע השיעבוד במחילתו אבל פרעון אין המלוה מפקיע השיעבוד אלא הלוה הוא דמסלק השיעבוד ע"י פרעון שפורע ומש"ה כשאמרה שנפרעה אחר שמכרה והלוה הוא שסילק שעבודו כיון דאין בזה מחילה אינה נאמנת אלא במגו דמחילה אבל אם אמרה שנפרעת קודם שמכרה כיון דפרעון אינו מחילה ואינו אלא במגו דמחיל והכא דליכא מגו וכמ"ש הרא"ש דסברה שתצטרך לשלם הכל מש"ה אינה נאמנת לומר דהלוה סילק שיעבודו ע"י פרעון כיון דהיא בעצמה אינה המוחלת וכמ"ש ולפ"ז נראה דוקא אם אמרה שנפרעת קודם שמכרה דאין בזה מחילה וכמ"ש אבל אם אמרה שמחלה קודם שמכרה נאמנת דהיא גופה מחילה היא כיון דאמרה שמחלה קודם שמכרה הרי מחלה ואין צריך למגו בזה (וצריך עיון דלפי זה תהא נאמנת לומר נפרעתי קודם המכירה במגו דאי בעי אמרה מחלתי קודם המכירה וא"ל כיון דאי אמרה שמחלה קודם תצטרך ג"כ לשלם כל דמי השטר כיון דדייניגן לה כאילו מחלה השתא וא"כ תו לית לה מגו כמ"ש הרא"ש ז"א דהא גם בנפרעת קודם המכירה צריכה לשלם כל דמי השטר לפמ"ש הש"ך דהוי כאלו מחלה עכשיו אלא דמ"מ לא הוי מגו משום דאיהי סברה שאם תטעון שנפרעת קודם לא תשלם אלא דמי' שקבלה כיון שהי' מקח טעות א"כ ה"נ אם תטעון שמחלה קודם הוי מקח טעות ודין שניהם שוה וא"כ שפיר לה אית מגו וצ"ע):

ובזה ניחא ליישב מה שהקשו על הרא"ש מהא דאמרו פ"ק דמציע' גבי מצא שובר בשוק וניחוש דלמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ואזלה וזבנה לכתובתה בטובת הנאה כו' ש"מ איתא לדשמואל דאמ' המוכר ש"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול ולפמ"ש הרא"ש אין כאן מגו ועפמ"ש ניחא דהתם שובר גופי' מחילה הוי וכמ"ש בשטה מקובצת גבי שובר בזמנו טורף וז"ל פי' ומיירי כשובר הזה כעין שטר מקנה שאומר לו חוב זה מכור לך בשטר זה אבל בשוברין שלנו שהוא מוחל או מודה לו והשטר אינו אלא לראי' בעלמא אפי' רבא מודה דמשעה שהודה ומח' נפסד הלה וזה פשו' עכ"ל בשם הריטב"א וא"כ הכא דאיירי כשובר דעלמא כיון שאמרה שכבר נתנה לו השובר הרי אמרה שמחלה לו ע"י השובר והרי זה גופי' מחילה ואין צריך למגו ודוק.

סימן קיא

סעיף א

ס"ק א

ויש אומרים שאף התוספת בכלל כתב בח"מ לא ידעתי למה כתב זה בשם יש אומרי הא גמרא ערוכה היא ר"פ אע"פ דחשיב כמה דברי' שתוספ' כתוב' ככתובה וחד מינייהו כתובת ב"ד ע"ש גם בס' ב"ש כתב ותימה היא דהא אי' בש"ס ר"פ אע"פ תוספת כתובה ככתובה כו' ע"ש. ולענ"ד נראה דמ"ש דאף התוספת בכלל לא קאי על תוספת שמוסיף הבעל מדעת נפשו אלא על תוספות שליש שמוסיף על נדוניא מתקנת חכמים כמנהג המדינה וזהו שכתב בש"ע ונדונייתה שהכניסה נצ"ב ויש אומרים שאף התוס' בכלל והיינו תוס' שליש שעל הנדוניא כמנהג המדינה וכמבואר לעיל סימן ס"ו וכבר כתב מהרי"ק סימן פ"א דתוספת שליש אינו מרצון הבעל אלא מצות חכמי' עליו ע"ש ואף אם יגרשנה מיד ולא נשא ונתן במעו' חל חובת הוספת שליש וזה התוספת שעל הנדוניא אינו מדין תנאי כתובה ודבר זה אינו מפורש בש"ס דלא אתמר אלא תוספת כתובה ככתובה ר"ל מה שהבעל מוסיף ברצונו אבל תוספת נדוניא אינו בכלל תנאי כתובה דאפי' נדוניא גופה דינה כשאר חוב וא"כ מצינו למימר דהאי תוספת כיון דאינו משל אב ולא משל בעל אלא חכמי' חייבו אותו באותו תוספת לא ליהוי בכלל כתובת ב"ד לזה כתב בשם י"א שגם זה בכלל כב"ד וגם בטור כתב ז"ל ונדונייתה שהכניסה בתורת נצ"ב ותוספת שהוסיף לה בעלה ע"ש וקאי נמי על תוספת נדוניא:

סעיף ג

ס"ק ב

אפי' הי' ראוי ליפול ירושה כתב ב"ש ז"ל ה"ה שאר ראוי כמ"ש בסימן ק' ואם הי' משועבד לכתובת אלמנת אבי אביו נמי הוי ראוי עכ"ל. ובס' בית מאיר תמה על זה דהא פריעת ב"ח חשיב כירושה דאורייתא ע"ש ונראה דודאי פריעת בע"ח חשוב נחלה דאורייתא לענין מותר דינר אבל כתובת אלמנת אבי אביו דה"ל ראוי לדעת מהרי"ל וטעמו שם במהרי"ל סימן ע"ד וז"ל שטרא משוי ראוי לשטרה תקנתא לתקנתא וכמ"ש לעיל כתובה מבטל כתובה אבל ירוש' הבעל למ"ד דאורייתא או אפי' למ"ד דרבנן מ"מ תקנתא אלימתא היא וירושה דממילא ולא מיחסרא גוביינא אלימא מכתובה כו' אבל כתובה לא ניתנה לגבות מחיים אלא לאחר מיתה וכבר פקע זכותה חלישתא בראוי שהי' לו בחייו עכ"ל וכיון דמשוי לי' ראוי בחייו וא"כ לאביהם גופי' ראוי הי' ולאביי לא מהני מאי דמקיים פריעת בע"ח דמ"מ ראוי הוא וכיון דלגבי אביהן הוי ראוי לא מהני האי מותר דינר דבעינין שיהי' במוחזק ולא בראוי לאביהם ואע"ג דאחת בחייו ואחת במותו אמרי' דכתובה נעשית מותר לחברתה ולא אמרי' דכתובה משוי' לי' להאי מותר ראוי משום דהתם כתובת אלמנתו לא מטא זמנה בחייו נמצא לגבי אביהם לא הי' ראוי שהרי מוחזק הי' בנכסיו ולגבי הבני' הוי נחלה דאורייתא במה שפורעי' חוב אביהם משא"כ הכא באלמנת אבי אביו דכבר מטא זמנה בחיי אביהם ומשוי לי' ראוי לגבי'. אמנם בעיקר דברי הב"ש יש לגמגם דאף לדע' מהרי"ל דוקא כתובה מבטלת כתובה אבל לירושת הבעל או לבכור לא הוי ראוי וכמ"ש שם מהרי"ל משו' דירושה ממילא ולא מיחסר גובייא וא"כ מותר דינר דהוא לקיום ירושה דאורייתא ולגבי ירושה לא משוי לי' ראוי ע"י כתובת אלמנה אבי אביהם ותדע דהא בסוגיין אמר רבה כו' וקאמינא להו אנא בבע"ח כ"ע לא פליגי דהוי מותר ואע"ג דבע"ח כבר מטא זמני' אלא ודאי דלירושה דאורייתא לא הוי ראוי כלל וכמ"ש ודו"ק:

סעיף ו

ס"ק ג

אע"פ שיש עליו ש"ח כנגד המות' ז"ל הרא"ש פ' מי שהי' נשוי וש"מ כתובה נעשה מותר לחברתה כי בפרעון כתובת השני' מיקיימא נחלה דאורייתא ואם לא הי' שם נכסים אלא כשיעור כתובת הראשונה ופרעו מהם כתובת השניי' לא יטלו בני הראשונה המותר כו' אע"פ שפרעו כתוב' השניי' לית כאן כלל דין כתובת ב"ד כיון שלא הי' שם מותר דינר על כתובת אמם וכן פירש רש"י בבע"ח שם שיש שיעור שתי כתובות ומותר דינר והוא

משועבד לבע"ח אבל אם אין שם מותר דינר על שתי הכתובות אע"פ שהן צריכין לפרוע חוב אביהן לא אמרי' הרי קיימו נחלה דאורייתא והמותר יחליקו ביניהם כל אחד לפי חלקו המגיעו וה"ט כיון דבשעת מיתה לא הי' שם מותר זכו מיד בני הכתוב' הקטנה לחלוק בשוה וכשבא אח"כ בע"ח לגבות חובו ה"ל כדבר שנתחדש ביניהם אח"כ דהא קי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה ואינו מבטל זכות שזכו בני הקטנה מידי דהוי אמועטין ונתרבו עכ"ל וע"ש:

ובס' בית מאיר כתב ז"ל ותימה לי לדברי הרא"ש דיהיב טעמא להכי כי ליכא מותר דינר לא נעשה פרעון החוב במקום המותר משום דאזלינין בתר שעת מיתה ובע"ח מכאן ולהבא גובה הוי כמועטין ונתרבו א"כ למה לי טעמא בבע"ח וכתובה דפרעון החוב נעשו מותר תיפוק לי' דהא כבר זכו יורשי הגדולה דהא הי' שם מותר דינר ובע"ח וכתובה מכאן ולהבא גובי' וה"ל כמרובי' ונתמעטו וע"ש שהאריך בזה ונראה לפ"מ שכתבנו תוס' ר"פ מי שמת דף ק"מ ד"ה מה שמכרו מכרו ז"ל וא"ת דהכא אמרי' דבין מרובין ונתמעטו בין מועטין ונתרבו זכו בהן יורשין ובפ' מי שהי' נשוי גבי כתובת בנין דכרין אמר פשיטא מרובין ונתמעטו כבר זכו בהן יורשין פי' יורשי כתובה גדולה כו' ויש לומר דהתם לא מיעקרא נחלה דאורייתא כולי האי דהרי מכל מקום כולן יורשין אע"פ שאין נוטלין בשוה אבל הכא מיעקרא לגמרי עכ"ל וע"ש ולפ"ז הא דהתם גבי בנות במועטין ונתרבו אע"ג דבשעת מיתה כבר זכו הבנות בכל הנכסים מ"מ אזלינן בתר נחלה דאורייתא והכא במרובין ונתמעטו אזלינן בתר שעת מיתה ועקרינין לנחלה דאורייתא אינו אלא משום דהתם אי ניזל בתר שעת מיתה ואלו ואלו נוטלין כתובת ב"ד לא מיעקרא נחלה כולי האי דהא מ"מ שניהם יורשין אף שדה מועט וזה יותר עכ"פ כולן יורשין והא ניחא כשיש שתי כתובות ב"ד שמתו שתיהן בחייו דכולהו ירתי אבל באחת בחייו ואחת במותו אי נימא דבפרעון חוב לא מיקיימא נחלה כלל אי ניזל בתר שעת מיתה ומגבינין לבניה ראשונה כתובת ב"ד ובני השני' יגבו כתובת אמם בתורת חוב מיעקרא לגמרי נחלה דאורייתא גבי בני השניי' דאינון לא ירתי כלום דחוב אמן הוא דשקלי והיכא דלא מיעקרא נחלה דאורייתא לגמרי דמי' לבנות ולית לן למיזל בתר שעת מיתה אלא בתר נחלה דאורייתה דומי' דהתם במועטין ונתרבו לא אזלינין בתר שעת מיתה כיון דמיעקרא נחלה דאורייתא לגמרי ולכך בעינין שיהי' נכסים מועטין מתחלה ועד סוף וא"כ ה"נ כיון דלבני השניי' מיעקרא נחלה דאורייתא לגמרי ליבעי נכסים מרובין מתחלה ועד סוף לכך צריכא למימר דפרעון חוב חשוב מותר דמיקיימא בי' גופי' נחלה דאורייתא וא"כ ה"ל מרובין מתחלה ועד סוף ודו"ק:

ובזה ניחא לן הא דאמר רבה ואמינא להו אנא בבע"ח כ"ע לא פליגי כי פליגי בכתובה ופירש"י משום דשקלי ולא פרעי וקשה דהא בחיי השנייי' כבר מיקיימא נחלה דאוריית' דכולהו פרעי וא"כ ה"ל מרובין ונתמעטו ולפמ"ש דהיכא דמיעקר' נחלה דאוריית' כולי האי ולא ירתי כלל לא אזלינן בשר שעת מיתה אלא בעינן מרובין מתחלה ועד סוף וכיון דהשת' שקלי ולא פרעי ומ"מ לאו בתורת ירושה שקלי הרי נתמעטו ולא ירתי כלל להכי פליגי ודו"ק:

אמנם בכוונת הרא"ש נראה דאע"ג דבע"ח מכאן ולהבא גובה אי לאו דבהא דמיקיימ' מצות פריעת חוב אביהן הוי נחלה דאוריית' לא הוי מהני מותר דינר דנהי דחשיב של היורשין דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה מ"מ מקרי משעבדי שהרי משועבדין לבע"ח וכבר אמרו בסוגיין דף ק"א אלא הכא בדינר משעבדי קא מיפלגי מר סבר מבני חורין אבל ממשעבדי לא ופירש"י ר"ש סבר בע"ח הוי מותר ע"ש הרי מבואר דמותר דינר צריך להיות מבני חרי שלא יהיו משועבדים כרבנן דר"ש אלא דאנן אמרינן דפרעון גופיה הוי נחלה דאוריית' דאל"ה לא הוי מותר אף על גב דמכאן ולהבא גובה והנכסים של היורשין הם מ"מ כיין דמשועבדים לבע"ח לגבות מהם אינן נעשים מותר אלא משום דפרעון גופיה ה"ל מותר דה"ל ירושה אבל היכא דליכא מותר דינר אלא שפרעו מהנכסים חוב או כתובה לא מקרי מיתר כיון דבע"ח מכאן ולהבא גובה והשת' מיהת דיורשין נינהו אע"ג דמשעבדי לבע"ח לגבות מהן משום הכי עדיין לא הוי מותר כיון דמ"מ נכסי יורשים הם והרי אין כאן מותר לנחלה דאוריית' דהא דמשעבדי לבע"ק לא מהני אלא לעכובי דלא להוי חשיב מותר כל שמשועבדים לבע"ח אבל שיהיה חשיב מחמת זה למותר זה אינו כיון שהנכסים באמת של היורשין ומש"ה כל היכא דליכ' מותר דינר אע"ג שיש עליהם חוב לא חשיב זה למותר שעדיין לא פרעו ובע"ח מכאן ולהבא גובה ומ"מ היה מעכב מלהיות חשוב מותר אפילו כשיש שם יותר דינר ויש עליו בע"ח אי לאו דפרעון החוב חשיב ירושה דאוריית' אע"ג דבע"ח מכאן ולהבא גובה מ"מ משועבדי' הוי ואנן בעינן מותר בני חורין לכך אמרינן דפרעון גופיה הוי ירוש' ויש כאן מותר גמור וזה ברור ודו"ק ועיין בחידושי הרמב"ן ר"פ מי שמת דף ק"מ גבי מזון הבנות שכתב וז"ל ואע"ג דבע"ח לא ממעט אע"פ שתובע חובו וגובין לו מעכשיו התם הוא משום דנכסי קמי יתמי רמי ואינהו הוא דמגבי ליה חובי' ה"ל כמרובין ונתמעטו אבל אלמנה כיון דנכסי ברשותה קיימי ודאי ממעטו וע"ש בסוף הדיבור שמסיים דכתובה ממעטה דה"ל כבעלת חוב ועדיפ' מיניה עכ"ל והתם ליכא למימר דבבנות ה"ל פרעון חוב כנחלה ולכך בע"ח אינו

ממעט בבנות דהא גבי בנות אינו נחלה התם צריך לנכסים מרובים בכדי שיזונו ולא למצות נחלה תדע דהא כתובה ממעטת אע"ג דמיקיימא מצות פרעון חוב:

ולכאורה תקשי מ"ש דהתם גבי בנות דקרי לבע"ח מרובין ומשום דמכאן ולהבא גובה ואילו הכא אי לאו דפרעון חשיב לנחלה הוי ממעט בנכסים אמנם לפמ"ש ניחא דהא דצריך הכא לטעמ' דפרעון גופיה הוי נחלה משום דאל"כ לא חשיב מותר גבי כתובת בנין דכרין כיון דמשעבדי והכא בעינן מותר דינר בני חורין משא"כ התם גבי בנות דלא קפדינין אלא אי איכא נכסים מרובין וכיון דבע"ח מכאן ולהבא גובה הרי הנכסים של היורשין והרי יש כאן נכסים מרובים והא דמשעבדי לא מעכב רק לענין כחוב' ב"ד בעינן מותר דינר מבני חורין שכך היתה התקנה אמנם אכתי איכא למידק דהתם גבי בנות פסק גם הרא"ש ר"פ מי שמת דבע"ח אינו ממעט וכתוב' אשה ממעט וז"ל שם והא דלא איבעי' לי' בכתוב' אלמנה אי ממעט או לא משום דפשיט' ליה כיון דבתנאי ב"ד אית לה כמאן דגביא דמו וממעט עכ"ל וא"כ היכא כתב כאן בכתובה היכא דליכ' מותר דינר לא חשיב מותר משום דבע"ח מכאן ולהבא גובה דהא בכתובה כמאן דגבי' דמי א"כ מיקיימא מצות נחלה תיכף בפרעון כתוב' נחלה ואמאי לא חשיב מותר וצ"ע ונראה דהתם גבי בנות דצריך נכסים מרובים בכדי שיזינו אלו ואלו עד שיבגרו ואינו תלוי במצות מש"ה בבע"ח אע"ג דתובע חובו וגובין לו מ"מ מחוסר גוביינא וה"ל לשעתו מרובין ואח"כ נתמעטו משא"כ כתובה דבתנאי ב"ד אית לה ה"ל כמאן דגבי' לענין זה דאף לשעתו לא חשיב מרובין אבל הכא דאנו רוצין לחשוב לנחלה דאוריית' פרעון הכתובה מ"מ הרי עדיין לא פרעו וליכא נחלה דאוריית' שאלו רצו לסלקה משלהם מצי לסלוקה בזוזי דידהו וא"כ בשעת מיתה עדיין לא מקיימא נחלה דאוריית' ומה שמשלמין אח"כ מנכסי אביהם ה"ל כדבר שנתחדש אח"כ ולא היה מותר ודו"ק:

ולולא דברי הרא"ש ז"ל שמחלק בין היכא דאיכא מותר דינר ויש עליו בע"ח דחשיב מותר משום דפרעון חשיב נחלה ובין היכ' דליכי מותר ויש עליהם בע"ח דלא הוי מותר משום דבע"ח מכאן ולהבא גובה היה נראה לענ"ד לחלק מטעם אחר והוא דהיכא דאיכ' שתי כתובו' בנין דכרין לזו אלף ולזו מאתים ויש עליהם חוב ואין כאן מותר דינר כיון שכל אחד פורע לפי חלקו דגם בכור הנוטל פי שנים צריך לפרוע שני חלקים וכיון דאינון ירתון תנן ועשאום חז"ל כיורשים לזה באלף ולזה במאתים א"כ פרעון החוב ג"כ לפי ערך הירושה הזאת הוא א"כ אכתי לא מיקיימ' נחל' דאוריית' שהרי גם הפרעון הזה הוא מתחלק ביניהם לפי הנחלה דרבנן ומה לי שחולק בנכסים לפי ערך הכתיב' דמיעקרה נחלה דאוריית' ה"נ בפרעון החוב מחלקין ביניהם לפי ערך נחלה דרבנן ולא מיקיימא

נחלה דאורייתא אבל היכא דאיכ' מותר דינר על שתי הכתובות הנה באותו מותר דינר מיקיימא נחלה דאוריית' שהרי פורעין אותו הדינר בשוה בערך נחלה דאורייתא ואע"ג דיש חוב יותר ופורעין לפי ערך הכתובו' מ"מ באותו דינר היותר שוים הם כדין נחלה דאורייתא ודו"ק היטב:

סעיף ז

ס"ק ד

והשער יחלקו לפי ערך שתי הכתובו' כתב ב"ש ז"ל ואם הניח בכור אינו נוטל פי שנים בכתוב' ב"ד של אמו אלא רואים כאלו חלקו כל נכסי אביהם בין כל האחים ונוטל חלק בכורתו ש"ג פ' נערה עכ"ל וז"ל ש"ג אם האחין ובני האשה שכתובתה מרובה היה א' מהם בכור לאביו אינו נוטל חלק בכורה בנכסי אמו שכתובת' מרוב' אלא רואין כאלו חלקו כל בני אביו כל הנכסים שהניח אביהן בשוה ונוטל זה חלק הבכורה כחלק אחד מן האחין כמבואר בקונטרס הראיות וכן נמצא בתלמוד ארץ ישראל עכ"ל. ומשמע מזה דכתוב' א דכרין אינו מבטל חלק הבכורה ואם של א' כתובתה מרובה ושל אחר כתובתה מועטת ויש בכור בין בני המועטת נוטל חלק בכורתו כפי ערך כל הנכסים בין כל האחים בשוה דהתורה אמרה לא יוכל לבכר את בן האהובה ואם יבכר עובר בלאו וכמ"ש הרמב"ן בהשגותיו על ס' המצות להרמב"ם ע"ש וז"ל מצוה י"ב שנמנענו בהנחילנו הבנים מהעביר הבכורה מן הבן הגדול אל יתר אחיו אבל ננחיל אותו פי שנים כמשפט הבכורה והוא אמרו יתעלה לא יוכל לבכר כו' ובגמ' פ' יש נוחלין דף ק"ל אמרו לא יוכל לבכר מה ת"ל לפי שנאמר והיה ביום הנחילו את בניו נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה יכול אף זה כן ח"ל לא יוכל לבכר ואל תחשוב שלא יהיה זה מניעה אלא דין מדיני הנחלות שילמדנו הכתוב שאין האב יכול להעביר הירושה ממנו ועל כרחו יירש פי שנים אבל באמת מניעה היא שאם אמר האב במותו איש פ' בני בכורי לא יירש פי שנים או שאמר יקח הבכור כפשוט בשוה עבר על לאו הזה כו' ומפני מניעה שמנעתו התורה לעשות כן דינו בו כמתנה ע"מ שכתוב בתורה שלא יתקיים דברו ומ"מ עבר אהרמנ' דרחמנ' עכ"ל ע"ש והבאתי דבריו בס' קצה"ח סימן רפ"א סק"א וא"כ ודאי תקנת חז"ל לא היה נגד דין התורה שאסרו בלאו ובספר בית מאיר ראיתי דתלי ליה להאי דינא בהך איבעי' דאיבעי' פ' יש נוחלין דף קל"א בבריא היאך ועלתה בתיקו וכתב שם הרמב"ן בחידושיו שכך פירשוהו משום דקא מפיק לה בלשון ירתון דאי אמרת בלשון דהאי לישנא מהני בשום דוכתא תקינו רבנן כעין דאוריית' אע"פ שהוא דבר שלבל"ע והוא בריא אלא אי אמרת רבנן כיון דלשון ירתון לא מהני בשום מקום איך תקנו רבנן

לשון הבאי שאינו כלום ואין לו עיקר אלא ירושת תורה אלא ודאי ר' יוחנן בן ברוקה היא ומעתה אין אנו יודעין אם אמרה בבריא ותנאי ב"ד לדבר שלבל"ע בלחוד הוא או דלמא לא אמרינן בבריא והכא משום תנאי ב"ד הוא כי היכי דמהני לדבר שלבל"ע עכ"ל הרמב"ן ובזה תליא האיבעייא הנ"ל דאי אמרין בבריא נמי אמר ולא תקנו אלא לענין דשלבל"ע אבל מה שאינו מועיל מעצמות לשון ירתון לא תקנו א"כ בבכור דקי"ל שם דאף ר"י בן ברוקא מודה שאינו יכול להעביר נחלתו בלשון ירושה דכתיב לא יוכל לבכר ממילא הוא נוטל חלק בכורות כו' ולא מהני לבני כת שאין הבכור ביניהם מה דאמר אינון ירתון משא"כ אי אמרי בבריא לא אמר ומ"מ מהני ירתון בכח תנאי ב"ד כמו כן מסתמא נמי מועיל שאין הבכור שמאם זו נוטל חלק בכורה מכתובת אם כת האחרת ולהכי סלקה בירושלמי בלא פשיטות כמו דלא אפשיטא בעי' דבריא וע"ש. ואמנם לפמ"ש בשם הרמב"ן דעובר בלאו גבי בכור א"כ אפי' נימא דבבריא לא אמר ואפי' לרבנן דס"ל דמשום דוכתא לא מהני להעביר נחלה מבן לבן בפחות ויתר והכא דוקא משום תנאי ב"ד הוא דמהני וכדאי' שם פ' י"נ דף קל"א היינו דוקא בחלק פשוט ומשום דאפי' לרבנן איסורא מיהא ליכא וגם לריב"ב דבבריא לא אמר מ"מ איסורא ליכא אלא דלא אהני מעשיו ובתנאי ב"ד מהני מתקנת חכמים אבל בבכור דאיסורא עביד כשהוא מעביר חלק בכורה ועובר על לאו א"כ האיך תיקנו חכמים שיכתוב לה כתובת ב"ד ויעביר נחלה מבכור ולעבו' בלאו ואע"ג דבלא כתב לה נמי חייב לה מתנאי ב"ד מ"מ הם שתקנו שיכתוב לה כתובת ב"ד הא אינו רשאי ועובר בלאו אע"ג דלא אהני מעשיו כלל אלא ע"כ דלא הי' כלל תקנת כתובת ב"ד גבי חלק בכורה וזה נראה לי ברור ודו"ק ובשו"ת רשב"ץ סימן ק"ן כתב ז"ל ראובן מת והיו לו שתי נשים והיו לו בנים מהשניי' ונתן נכסיו במתנת שכ"מ והשני' באה לגבות כתובתה מפני שהיא קודמת למתנת שכ"מ וכו' ונשאל הר' יצחק בר ששת ז"ל בזה והשיב דכתובת בנין דכרין קודמת למתנת שכ"מ וכתובת השני' קודמ' לכתובת ב"ד אלא שנסתפק אם דין כתובת ב"ד כשאין בני' לשני' אלא שהיא באה לגבות כתובתה כמו שהיא כשיש לה בנים או לא ורצה לעמוד על דעת' וכתבתי לו זה במאי דבדק לן בכתובת בנין דכרין כו' ומעתה אף אנו מצינו למימר דאפי' היכ' דליכא בנים לשני' בני ראשונה כי זכו בנכסי מכח תנאי ב"ד זכו בהו ולא מכח ירושת אביהם ונפקא מיני' למאי דאמרן אי נמי לענינים אחרי' כגון ירושת בכור וכו' וסוף דבריו ז"ל ועוד שאם תאמר כן א"כ אפילו באשה אחת יש לנו לומר דאיתי' לתנאי ב"ד דמ"ש ומתנת שכ"מ לא חיילא במי שמתה אשתו בחייו והניחה בנים ותהי' ירושתם קודמת למתנת שכ"מ ואין הבכור נוטל פי שנים וזו לא שמענו מעולם ולא מסתבר כלל

עכ"ל מבואר מדבריו דהיכ' דאיתא לכתובת בנין דכרין כגון זו בני' ולזו בני' פקע ירושת הבכור לגמרי והוא נגד הירושלמי שהביא בש"ג והוא בירושלמי פ' מי שהי' נשוי הי' שם בכור אם אמר הבכור נוטל פי שנים מהו נוטל פי שנים בבתו או בכל הכתות ע"ש ומדברי רשב"ץ נראה בפשיטות דאין הבכור נוטל פי שנים כלל בכתובת בנין דכרין איברא העיקר נראה כמ"ש דלגבי חלק בכורה לא תקנו כלל כתובת בנין דכרין משום דעובר בלאו כשהוא כותב לה תנאי ב"ד במקום בכור שהרי אם הי' רוצה להתנות עלי' בשעת נשואין שלא יקחו בני' כתובת ב"ד היה תנאו קיים וכמ"ש בטור ורמ"א סעיף ט"ז א"כ ה"ל כאלו הוא רוצה בתנאי כתובת ב"ד להעביר חלק בכורה וא"כ עובר בלאו דלא יוכל לבכר אלא ודאי דכתובת ב"ד אינה מגרע כח הבכור כלל ודוק

סעיף ח

ס"ק ה

אם נשבעה השני' ז"ל הטור ואותה שמתה בחייו אע"פ שלא נשבעה בני' נוטלין כתובת בנין דכרין שאין עלי' שבועה שלא ניתנה כתובה לגבות מחיים ע"ש ואיכא למידק דהא תינח למ"ש תו' פ' מי שמת דף קנ"ח ד"ה ובית הלל בחד תירוץ הא דאלמנה נשבעת על כתיבתה אף דאין אדם פורע תוך זמנו דשמא סמוך למיתתו אתפים לה צררי וס"ד דבמת פתאום אינה צריכה שבועה ומש"ה היכ' דמתה בחייו אינה צריכה שבועה דלא חיישי' לצררי אבל לפמ"ש שם בשם ר"י דחיישי' שמא תפסה מחיים ע"ש א"כ ה"נ במתה בחייו ולא נשבעה אמאי נוטלין יורשים כתובת בנין דכרין ניחוש שמא תפסה ועוד לשיטת כמה פוסקים דטעמ' משום דכתובה אית לה בתנאי ב"ד מתפי' לה צררי אפי' תוך זמנו א"כ היכי משכחת לה כתובת ב"ד כיון דמתה בחייו ולא נשבעה על כתובתה א"כ אין אדם מוריש שבועה לבניו ואע"ג דלא אמרו אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא במת לוה בחיי מלוה וגבי כתובת ב"ד הא מת מלוה בחיי לוה דהא פסק בש"ע סימן ק"ה סעיף ב' המוכרת כתובה לאחרים ומת הבעל בחיי' אם מתה קודם שנשבעה על כתובת' אין ללוקח ומקבל כלום והוא דעת הרמב"ם פי"ז מאישות ואע"ג שכבר מכרה כתובתה לאחרים בחיי הבעל ואין עלי' עיקר החיוב אלא הלוקח והוא קיים ישבע שלא פקדתני ויטול כמו בשט"ח בח"מ סימן ס"ו ע"ש ומחלקין בח"מ וב"ש דמכירת כתובה גרוע משאר שט"ח דאשה לאו לגירושין עומדת ובאלמנות אינה גובה אלא בשבועה וה"ל כאלו מכרה לן אחר מיתת בעלה עכ"ל וא"כ כתובת ב"ד דעיקרה אינה אלא לאחר מותו ה"נ דאין אדם מוריש שבועה לבניו ואין לומר דהכא לאו מכח האם הם באים לירש כתובת ב"ד דהא כותב אינון ירתון מינאי ולכך לא שייך הכא אין אדם מוריש כו' דכבר

הבאתי בספרי קצה"ח סימן ק"ח סק"ח בשם הרשב"א בתשו' סימן תתקע"ט ע"ש שכתב דאפי' כתוב בשטר שמשועבד לכל מוציא כתב זה אפ"ה אם מת לוה בחיי מלוה והי' אז השטר בידו ומכרו או נתנו אח"כ לאחר אין גובה בו ולא אמרי' הרי משתעבד לכל המוציא ואינו בא מכח המלוה זה לא אמרינן עכ"ל וא"כ ה"נ אע"ג דכתוב בנין דכרין כו' אינון ירתון מינאי ואינן באין מכח האם מ"מ כיון דבתחלה ביד האשה הי' נימא אין אדם מורי' שבועה לבניו ובכל זה צ"ע כעת:

ס"ק ו

בני הראשונה יורשים כתובת אמם נראה לי דכתובת ב"ד אע"ג דירתון תנן אם האחים רוצים לסלק בזוזי או בארעא מצי לסלוקי כיון דכתוב בנין דכרין כו' אינו ירתון כסף כתובתך א"כ אין להם יותר ממה שהי' לאמם וכיון דכתובת אמם היו יכולין לסלק במעות או בקרקע ה"נ ליורשים ואין היורשין יכולין לומר אנו יש לנו חלק בכל שדה ושדה וכמו עישור נכסי לפרנסת הבת דנמי מצי לסלוקי במה דבעי' כדאי' פ' מציאת האשה דף ס"ט ע"ש:

סעיף ט

ס"ק ז

והשני' קיימת דינם כדין מתה אחת בחייו הרא"ש ר"פ מי שהי' נשוי כתב ר"ח מסוגי' דהא שמעת' שמעינין שאם מתה גם זו שנשארה עכשיו יש להן לבני הראשונה כתובת ב"ד אבל כד איתה בחיים לא אשכחן ויש מן הגאונים שאמרו כן בתשובותיהם מטעם משום דאינצויי כי האי חיישי' לפי שאין בני השני' נוטלין כלום כו' והם יוצאין נקיים לגמרי ויש מן הגאונים שאמרו שאף בחיי השני' נוטלין כו' וכן מסתברא דאם אית' דבחיי' לית להו לבעל הראשונה גם אחר מות השניה נמי לית לה דכבר זכו בהם בני השני' בנכסים כי היכא דאמרי' במועטים ונתרבו עכ"ל וכ"כ הר"ן:

והנה לפי דעת ר"י בתו' דף צ"א ד"ה כך מועטין ונתרבו דזכו אח"כ בכתובת ב"ד ע"ש א"כ אין זה ראי' דאע"ג דבחיי שני' אין להם מ"מ אח"כ זוכי' בה מידי דהוי אמועטין ונתרבו ובחדושי מהרי"ט כתב דאפי' לדידן דמועטין ונתרבו אין להם כתובת ב"ד יש לחלק דהתם בשעת מיתה מעיקרא נחלה דאורייתא הלכך מאותה שעה זכו יורשי כתובה הקטנה לחלק בשוה אע"פ שנתרבו אח"כ אבל הכא מעיקרא נמי בדין הי' שיטלו כתובת ב"ד ולא מעיקרא נחלה דאורייתא דהא מיקיימ' בפרעון כתובת שניי' אלא משום אנצויי לא עבדינן הכי השתא דלא מנצי נוטלין עכ"ל וע"ש. ועיין בסוגין ברש"י ד"ה וכ"ת איפוך כו' ואימא באין בני' של זו דקאמר ת"ק אבני ראשונה קאי וקאמר דשקלי כתובת ב"ד

ע"ש ובתו' שם ד"ה וכ"ת איפוך הקשו דאי אפשר דאבני ראשונה מה לו להזכיר לאחר מיתה פשיטא דבאין דקתני לאחר מיתה דהא מתה קתני ע"ש ולפמ"ש הגאונים דבחיי השני' ליכא כתובת ב"ד ניחא דקאמר נשאת הראשונה ומתה נשא את השני' ומת הוא באין בני' של זו לאחר מיתה ונוטלין כתובת אמן היינו לאחר מיתת השני' באין בני' של זו היינו הראשונה ונוטלין כתובת אמן היינו כתובת ב"ד ודוקא לאחר מיתת השני' אבל בחיי השני' לא וניחא לן בזה מאי דקשיא לן בסק"ג בהא דאמר רבה ואמינא להו אנא בבע"ח כ"ע ל"פ כו' דהא בחיי שני' כבר היו מרובין ע"ש ומשני דבחיי שני' לא הי' כתובת ב"ד כלל אלא לאחר מיתתה א"כ השתא תו ליכא לפריעת חוב דשקלו ולא פרעי וק"ל

סעיף יג

ס"ק ח

איני טורף מנכסי משועבדי'. ר"פ אע"פ נ"ה בני מתא מחסיא אמרי טרפא ממשעבדי יסבון תנן כו' והלכתא לא טרפא ממשעבדי ירתון תנן ובפ' י"נ דף קל"א אמרי' ת"ש דאמר לי' ר' נתן לרבי שניתכם משנתכם כר' יוחנן בן ברוקה דתנן לא כתב לה בנין דכרין דיהויי ליכי מינאי אינון ירתין כסף כתובתך יתר על חולקיהון דעם אחיהון חייב מפני שהיא תנאי ב"ד א"ל רבי יסבון תנן ואמר רבי ילדות היתה בי והעזתי פני בנתן הבבלי אלא דקי"ל כתובת ב"ד לא טרפא ממשעבדי אי ס"ד יסבון תנן אמאי לא טרפא ממשעבדי אלא ש"מ ירתון תנן ע"ש:

ואיכא למידק דהא אפי' יסבון תנן ראוי שלא לטרוף ממשעבדי לפמ"ש הרשב"א בחידושיו פ' הניזקין דף נ' בהא דאמר עולא בטעמא דאין מוציאין לאכילת פירות כו' לפי שאינן כתובין וז"ל פירש"י ז"ל אע"פ שכתב לו מוכר ללוקח אנא איקום ואשפי כו' לפי שאין קול יוצא על הפירות ועל השבח אלא על עיקר המקח ורבותינו בעלי התוספות נתנו טעם לדבר לפי שאין בעולם עדיין ואפשר שלא יבואו לעולם אין קול יוצא עליהן וגם במקצת פירושי רש"י ז"ל מצאתי כן וא"ת א"כ מאי פריך לי' ר' אבא לעולא והא מזון האשה והבנות דכמאן דכתיבי דמי דבנות לא באו לעולם בשעת כתיבה ושמא לא יבאו לעולם י"ל דלא פריך ממזון הבנות אלא ממזון האשה עכ"ל ע"ש וכ"כ עוד אח"כ בסוגיא ז"ל ומזון הבנות נמי אם לא קנו מידו אין כתובין דהא לא ידעינן בשעת נשואין אם עתידות לבא אם לאו ע"ש. וא"כ אפי' למ"ד יסבון תנן אמאי טרפא ממשעבדי הא אינון כתובין דהא לא ידעינן בשעת נשואין אם עתידי' להיות לה בנין דכרין אם לאו והנה בני מתא מחסימן דסברי טרפא ממשעבדי משום דיסבון תנן אפשר דס"ל כר"ח דטעמ'

משום שאינן קצובין וכתובת ב"ד קצובין הן אבל אנן דקי"ל כעולא וכר' יוחנן דטעמ' שאין כתובין וכמבואר בש"ך סימן ס' ע"ש שכתב שכן דעת הטור והפוסקים וא"כ קשה אמאי אמר רבי העזתי פני בנתן הבבלי אלא הא דקי"ל כב"ד לא טרפא ממשעבדי כו' ומאי קושי' כיון דקי"ל כטעמא שאינן כתובין כיון דלא ידוע שיבואו לעולם א"כ כתובת ב"ד נמי אין כתובין כמו לאכילת פירות ושבח קרקעות:

ונראה דכיון דמצינו דר' נתן סובר טעמא דאי' קצובין וכמבואר פ' הנזקין דף נ"א ע"ש בסוגיא ת"ש אימתי בזמן שקדם מקחו כו' וע"ש בחידושי הרשב"א שכתב ז"ל פי' רש"י ור"ת ז"ל דלתרווייהו קא פריך כו' ובתוס' פירשו לעולא פריך דאמר משום כתיבה דאי משום כתיבה אע"ג דקדם שבחו לית לי' למגבי דהא לא כתיבה דבשעת כתיבה לא הי' ככתוב כדאמרי' לעיל ואע"פ שעתה בא בשעת הכתיבה לא בא א"כ אותה הכתיבה אינה כלום אלא משום קצבה ואע"פ שבשעת המקח לא הי' קצוב כיון שעכשיו היא קצוב הקול יוצ' עליו שקרקע שוה כך וכך והכל יודעין שקיבל עליו אחריות השבח כענין שאמרו בפרנסת הבת כו' ועשני תנאי הוא ות"ק כעולא ור' יוסי כר' חנינא ור' נתן נמי כר' יוסי עכ"ל ע"ש וא"כ כיון דר' נתן ס"ל טעמא דקצובין לא הי' לו לרבי לומר לו יסבון תנן דא"כ תטרוף ממשעבדי וניחא לן בהא הא דאמר רבי העזתי פני בנתן הבבלי ע"ש ופירשב"ם ילדות ושטות הי' בי שהעזתי פני בנתן הבבלי ודחיתיו בדבר שאינו דודאי ירתון תנן כו' ע"ש ואם הוא דבר שאינו מאי האי דקאמר לנתן הבבלי דאפי' לנפשי' לא ה"ל למימר הכי ולפמ"ש ניחא דאיהו לנפשי' שפיר מצי סבר יסבון ואפ"ה לא טרפא ממשעבדי משום שאינן כתובין דקי"ל דעולא מפני שאין כתובין וכמ"ש אלא דלר' נתן דס"ל לפי שאין קצובין א"כ ע"כ ירתון תנן דאי ס"ד יתבון ה"ל למיטרף ממשעבדי לכך אמר העזתי פני בנתן הבבלי דלר' נתן לא הי' לו להשיב יסבון תנן וק"ל:

סעיף יד

ס"ק ט

י"א דוקא בקרקע. בריב"ש סימן ק"ו כתב ז"ל שריצב"א ורבינו שמואל ז"ל כתבו שנוהגת גם במטלטלין אחר שהגאונים תיקנו שהכתובה תהא נגבית מן המטלטלין ה"ה נמי כתובת בנין דכרין והרמ"ה ז"ל ורבינו יונה ז"ל כתבו דודאי נוהגת גם בזמן הזה שאין לבטל תקנת חז"ל אבל במקרקעי דוקא ולא במטלטלי ומה שתקנו הגאונים ז"ל שתגבה הכתובה אף ממטלטלי לא עשו לענין זה כתובת ב"ד ככתובה ולזה הסכים הרא"ש ז"ל וכן דעת הרמב"ם ז"ל אבל נראה שעתה שכותבין בכל הכתובות מטלטלי אגב מקרקע

והיא נגבית מן המטלטלין מן הדין זולת תקנת הגאונים גם כתובת בנין דכרין נגבית מן המטלטלין דתנאי כתובה ככתובה עכ"ל יע"ש:
ובס' בית מאיר כתב וז"ל וצ"ע מה יועיל בזה שיעבודו לבני' שיולדו אח"כ שהרי עיקר כתובת ב"ד לולא כח תקנת תנאי ב"ד לא הי' אפשר מפני דהוי לדבר שלבל"ע כמבואר בב"ב דף קל"א וא"כ שיעבודו במטלטלין שאינו תקנת ב"ד מה יועיל כו' ומ"ש דתנאי כתובה ככתובה אין ענין לזה דהא השיעבוד אגב אינו מתנאי כתובה כי אם מדעתו ולמה שמועיל מועיל ולמה שאינו מועיל אינו מועיל עכ"ל:
ונראה לפ"מ שאמרו בגמרא דף נ"ב בת בין הבני' נמי תירות כנחלה שויו' רבנן כו' ותגבי ממטלטלי ככתובה שויו' רבנן וכתב בשטה מקובצת ז"ל ככתובה שויו' רבנן כלומר כיון דמכח כתובת אמן קא ירית לא עדיפא מכתובה עצמה וכי היכי דכתובה לא גבי' ממטלטלי ה"נ כתובת ב"ד לא גבי' ממטלטלי תלמידי כר"י ז"ל עכ"ל ע"ש וא"כ דמדינא הוי כנחלה והי' ראוי שיטלו ממטלטלין כיורש אלא משום דמכח כתובת אמן קאתו דהא כתב לה אינון ירתון כסף כתובתך וכתובה עצמה אינה נגבית ממטלטלין לכך גם הם אינן נוטלין במטלטלין ולפ"ז היכא דכתב לה מטלטלי אג"ק דכתובה עצמה נגבית ממטלטלין גם בנין דכרין נוטלין ממטלטלין דאינון ירתון כתב להן:
מיהו עוד כתב שם בש"מ בשם הרשב"א ז"ל ככתובה שויו' רבנן פי' כיון דתנאי כתובה הוא ומשום שיקפוץ אדם ויתן לבתי כבנו די להם אם תהי' ככתובה עצמה עכ"ל וכיון דתקנת' באנפי נפשה עבדו לה ככתובה עצמה שאינו אלא ממקרקעי א"כ אע"ג שזה כתב לה לכתובת' מטלטלי אג"ק אינו מועיל לכב"ד דהוי לדבר שלבל"ע ודברי הריב"ש הם כדעת תלמידי הר"י דמפרשי דאתי מכח כתובה ולעולם כירושה שויו' כנ"ל ודו"ק:

סעיף טו

ס"ק י

אבל אם אין שטר כתובה אין להם כלום שמא מחלה אמם כתב ב"ש ז"ל כ"כ הרמב"ם פי"ט וכן ס"ל באלמנה דאין לה מזונות כשאין הכתובה בידה שמא מחלה ובסימן צ"ג כתבתי דרוב הפוסקים חולקים עליו ולכאורה נראה דלהני פוסקים גם כאן לא חיישינין שמא מחלה מיהו י"ל התם טוענת ברי אבל כאן היורשין אין להם טענת ברי כו' ע"ש.
ולפענ"ד נראה לפ"מ שמבואר אצלנו בסימן ק' סק"ט בטעמא דהחולקים דס"ל דאפילו במקום שכותבין ואין לה שטר כתובה דודאי אתרע דאפילו תוך זמנו חיישינין לפרעון ואמאי לא נחוש הכא וביארנו שם משום דהיכא דבא השטר ליד המלוה קודם שנודע מן הנפילה הרי הוא בחזקתו ותנאי ב"ד כמאן דנקיט שטרא בידי' דמי וה"ל כמו בא השטר

ליד המלוה קודם שנודע ריעותא דנפילה וע"ש. וזה שייך בכתובה עצמה אבל בכתובת בנין דכרין או בהך דלקמן סימן קי"ב במזונות הבנות דאין תנאי כב"ד או מזון הבנות אלא לאמם הוא מתחייב שיתן לבני' הזכרי' כב"ד ולבנותי' מזון עד שיבגרו וא"כ חיובא דכב"ד ומזון הבנות אין השטר בידם אלא ביד אמם וכיון דאתרע ע"י נפילא אמרי' שמא מחלה כיון שאין השטר והוא התנאי ב"ד בידם דלא להם נתחייב אלא לאמם וה"ל כאלו השטר ביד אחר והיכא דאתרע בנפילה אין גובין בו. וזה נכון ודו"ק

סעיף יז

ס"ק יא

נתן כל נכסיו לאחרי' במתנת שכ"מ והוא מדברי הרמב"ם פי"ט ע"ש ובס' הפלאה הקשה דהא בעי' מותר דינר כדי שיהיה דין ירושה לכולם בשוה וכיון שנתן במתנת שכ"מ הרי לא יהי' מותר דינר דמקבל מתנה יטול ע"ש:

ונראה לפמ"ש הרשב"א בתשובה ח"ג סימן קכ"ה ז"ל שאלתם שכ"מ שאמר תנו מנה לפ' לאחר שישא פ' או לאחר שנה מי נימא בכי הא כבר זכו יורשין בירושתם ושוב אין לה הפסק תשובה כל כי הא לא אמרי דא"כ בטלת כל מתנת שכ"מ דלפי דעתי ירושת היורשין חלה עם גמר מיתה ומתנת שכ"מ אינה אלא אחר גמר מיתה ואם אתה אומר כן כבר קדמה הירושה ואין לה הפסק כו' עכ"ל וכיון דירושת היורשין חלה עם גמר מיתה ומתנת שכ"מ אינה אלא אחר גמר מיתה א"כ כבר זכו היורשין בני הכתובה הגדולה וה"ל כמרובין ונתמעטו ודו"ק ועיין ברמב"ם פ"ח מזכי' שכתב שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים והיינו דתנאי כתובה מזון האשה והבנות וכב"ד עם גמר מיתה ומתנת שכ"מ לאחר גמר מיתה וכמ"ש בסמ"ע סימן רנ"ב ע"ש וא"כ ירושת היורשין קדמה בכתובת ב"ד דהא אינון ירתון תנן ויורש עם גמר מיתה ומתנת שכ"מ חלה אח"כ וה"ל כמרובין ונתמעטו ומ"ש הרמב"ם פי"ט מאישות ז"ל הרי המתנה וחיו' הנכסים בתנאין באין כאחד ע"ש לאו דוקא דלשיטת הרמב"ם חיוב התנאין באין מקודם וכמ"ש פ"ח מזכי' ועמ"ש בספרי קצה"ח סימן רנ"ב סק"א:

סימן קיב

סעיף א

ס"ק א

ואפילו מחלה אמם כתובה בפירוש שי' להן מזונות וכת' בח"מ ז"ל לא נתבאר אם מחלה אמם תנאו זה של מזונות הבנות בפירוש אם מהני מחילה לדעת הראב"ד עכ"ל ועיין

ב"ש שהאריך ג"כ בזה. ולפענ"ד נראה להוכיח דמחלה בפירוש ודאי מהני והוא דלקמן סעיף י' בש"ע מבואר אם התנה בשעת נשואין שלא יזונו הבנות מנכסיו הוי בכלל תנאי שבממון וקיים וכן הוא בטור שם והוא ע"פ שיטת רב האי גאון הביאום הראשונים ובשטה מקובצת וז"ל כך היא הגרסא שמקובל מפי רבותינו אנשי מסמך האומר אל יזונו בנותיו מנכסיו שומעין לו. אל יתפרנסו בנותיו מנכסיו אין שומעין לו כו' והקושי' שהקשו על מי שמחליף וגרס שלא כהוגן יש לנו לפורקה למימר כי לאו לענין המצוה נשנית במשנה זו אלא לענין המתנה עם אשתו ע"מ שאין לך עלי תנאי כתובה שתנאו קיים כו' אבל האומר ע"מ שלא אפרנס אין שומעין לו לפי שצוהו המקום לפרנס ולא ציוהו לזונם ואין מזונות בנותיו מנכסיו לאחר מותו אלא מתנאי כתובה לפיכך שומעין לו להתנות ולבטלם אבל הפרנסה מצוה ולא בתנאי כתובה הם לפיכך אין שומעין לו ע"ש מבואר מדברי השטה וכן מדברי הטוש"ע דעיקר טעמא דמהני תנאי משום דהוי דבר שבממון דתנאו קיים אף שמתנה לבטל תקנת חז"ל דעשאו' חיזוק לדבריהם כשל תורה והא דדבר שבממון תנאו קיים כתב הרשב"א ז"ל בחי' לקידושין ובשטה מקובצת פ' אע"פ היינו משום דס"ל לר' יהודא האומר ע"מ שאין לך עלי שאר כסות הכונה היא ע"מ שתמחלי ומחילה ודאי מהני ולר' מאיר ס"ל דכונתו ע"מ שאין לך עלי דין שאר וכסות אבל האומר בפירוש ע"מ שאין לך דין שאר וכסות אפי' ר' יהודא מודה דתנאו בטל וע"ש והשתא אי ס"ד דמחילת אמם לא מהני אפי' מחלה בפירוש מזונת הבנות א"כ היכי מהני תנאי בשעת נשואין דהא דמהני תנאי בדבר שבממון אינו אלא משום דכונתן ע"מ שתמחול והא לא מהני מחילה ואפי' לפמ"ש בסימן קצה"ח סימן ר"ט ס"ק י"א בשם הרמב"ן וז"ל ור' יהודא סבר בידו לומר שלא יתחייב לו שהרי מוחל ובדבר של ממון בידו למחול שלא אמרה תורה שזה יתחייב אלא ברצונו של זה ע"ש וביארתי שם כונתו דאפי' מתנה שלא יהי' לה דין שאר וכסות נמי מהני כיון שלא אמרה תורה שיתחייב אלא ברצונו של שלזה וע"ש בקצה"ח אכתי מוכח דמהני מחילות אמם במזונות בנותיו דאם אינה יכולה למחול א"כ מה מהני רצונה שלא יתחייב והיה לנו לומר שהתורה חייב אותו ברצונו של הבנות וא"כ לא מהני תנאי שהתנה עם האשה אע"כ מוכח דיכולה היא למחול מזונות הבנות וכיון דהטור והש"ע פסקו כדברי רב האי גאון מוכח דמהני מחילת אמם בפירוש ודו"ק

ס"ק ב

וכן אם נתגרשה האשה אפ"ה חייב במזונות הבנות כתב ב"ש ז"ל וכן אם נתגרשה היינו לכ"ע הדין כן אפילו אם נתגרשה חייב במזונות הבנות שנולדו לה קודם הגט עכ"ל ועיין

בתשו' רשב"ץ ח"ב סימן קל"ח ז"ל ולענין שאלתך במזון הבנות כו' אבל נעלם מכם ענין אחד ולא עלה בדעתכם ולא הזכרתם אותו כלל והוא שזאת האשה אחר שנולדו לה ב' בנות נתגרשה ונעשו בה לקוחים שנייה וקי"ל כרב הונא דאמר ס"פ הכותב דנתגרשה והחזירה אין לה תוספת וה"ה לשאר תנאי כתובה וזה אפי' היתה כתובתה הראשנה קיימת ולפי דעת של הרמב"ם אין בנותיו שנולדו קודם ליקוחים אלו ניזונות כלל שהרי תנאי כתובה הראשנה נמחל ואלו מת קודם שהחזירתו לא היתה נזונת אלמנתו וכיון שהיא אינה ניזונת גם בנותיו אינן ניזונות וכשהחזירה ונתאלמנה מחמת כתובה האחרונה היא ניזונת ואין לבנות זכות כלל בכתובה האחרונה וז"ל הרמב"ם ז"ל אין הבנים יורשין כתובת אמן ולא הבנות ניזונת בתנאים אלו עד שיהא שטר כתובה יוצא מתחת ידם אבל אם אין להם שטר כתובה אין להם כלום שמא מחלה אמם כתובתה ובודאי שהאחרוני' ז"ל לא הסכימו עמו בזה אבל הבא לדון ע"פ ספרי הרב ז"ל כמו שנוהגין בארצות אלו כן יש לו לדון ולהורות ובפי' הר"ר יהונתן הכהן ז"ל להלכות בפ' מציאת האשה מצאתי תשובה לגאון ז"ל בפי' שהאשה שנתגרשה אין לבנותי' מזונות משום תנאי כתובה שהרי נמחלה כיון שנתגרשה והכי מוכח בגמ' פ' הנושא כו' וראיתי להרמב"ם ז"ל פכ"א מה' אישות שכתב שאם נתגרשה האשה האב זן בנותי' בחייו מתורת צדקה ולאחר מותו מתנאי כתובה ונראה שדבריו סותרין זה את זה לא נתקן דבריו לומר דהיינו שכתובה נשארת חוב עליו וצ"ע עכ"ל. ולענ"ד נראה דגם הרמב"ם ס"ל בנתגרשה דהבנו' ניזונו' מתנאי כתובה משום דבפרעון הכתובה לא נמחלו תנאי הכתובה ודוקא היכא דאין שטר כתובה יוצא מת"י ס"ל להרמב"ם דחיישינן שמא מחלה ובמוחל' נקטינין דאבדה כל תנאי כתובה כדמסיק רבא בפ' נערה דף נ"ג אבל נתגרשה ופרע לה הבעל כתובתה ודאי לא אבדו הבנות מזונותיהן שמגיע להן בתנאי כתובה דאפילו מוכר' לא אבדה תנאי כתובה דזוזי אנסו' וכדאמר רבא התם כ"ש בנתגרש' דהך פרעון מחמ' אונס דהבעל מגרשה בע"כ והא דאין לה מזונו' כשמת אחר גירושין דזה פשיטא דלגבי דידה פקע עניני אישו' שביניהם וכאלו גבתה כתובתה משא"כ לגבי בנות דלא נשתנו אצלו מכמו שהיו עד עתה וזה ברור. ומ"ש רשב"ץ שמצא בפי' הר"ר יונתן בשם תשובה לגאון שהאשה שנתגרשה אין בנותי' ניזונו' משום תנאי כתובה כו' והכי מוכח פ' הנושא ע"ש תמה אני דאדרבה התם מבואר ההיפך ע"ש דף ק"ג דפריך הש"ס מי לא עסקינין דהוו בשעת קנין והיכי דמי כגון דגרשה ואהדרה אלא איהי דלית' בתנאי ב"ד מהני לה קנין בנות דאיתנהו בתנאי ב"ד לא מהני להו קנין מיגרע גרעי אלא בנותיו

ה"ט כיון דאיתנהו בתנאי ב"ד אומר צררי אתפסנהו וע"ש הרי לפנינו דבנתגרשה אכתי איכא תנאי ב"ד על הבנות וצ"ע:

סעיף ג

ס"ק ג

נהארסה בעודה קטנה כתב הר"ן פ' נער' ז"ל דברי הרמב"ם ז"ל מוכיחין פי"ט מהל' אישו' דאפילו נתארס' כשהיא קטנה אבדה מזונותיה אבל הר"ח ז"ל כתב דדוקא כשארסוה בנערותיה אבל כשהיא קטנה לא דלא כל כמיניהו לארסה כשהיא קטנה להפסידה מזונותיה וכ"כ הרב בעל העיטור ז"ל והרשב"א ז"ל הוסיף דמסתברא דאפילו ארסוה לדעת' לא אבדה מזונותיה משום דאין מעשה קטנה כלום וכדתנן פ' מציא' האשה דף ס"ח יתומה שהשיאתה אמה או אחיה לדעתה וכתב לה במאה או בחמשים זוז יכולה היא משתגדיל להוציא מהם מה שראוי להנתן לה ואע"ג דקי"ל הפעוטו' מתנתן מתנה במטלטלין כדאי' פ' הנזקין וה"ה למחילתן מזונות ופרנסה שאני כיון דאינן אלא מקרקעי כדמסקינין לקמן הלכת' מקרקעי ולא מטלטלי בין לכתובה בין למזונו' בין לפרנסה הוי ליה כמקרקע וכשם שאין מתנתן מתנה בהן כך אין מחילתן מחילה ולפי טעמו ז"ל אפילו מחילה בפירוש לא מהני עכ"ל ואיכא למידק בהא דכתבו תוס' פ' הכותב דף פ"ו ד"ה תיזל ותימחלה לכתובה ז"ל קשה לרבינו יצחק דמה הרויחה הא אמרינן בסמוך מאן דדאין דינא דגרמי מגבי בי' דמי שטרא מעלי' כו' ויש מפרשים דקטנה היתה כמו הפעוט' מתנתן מתנה ולא מיחייבא מדינא דגרמי עכ"ל גם הר"ן פרק הכותב הקשה קושי' זו כתב יש לומר דקטנה היתה והגיעה לעינ' הפעוטו' ומחילתה מחיל' והיא אינה בת תשלומין שהקטן פגיעתו רעה ע"ש והא מדינ' דגמר' כתובה אינה נגבית אלא מן הקרקע והיכי מהני מחילת הפעוטות ונראה ליישב לפמ"ש ר"ת בטעמא דמוכר שט"ח לחבירו וחז' ומחלו מחול משום דב' שיעבודין יש למלוה שיעבוד הגוף והוא אינו נמכר ושיעבוד נכסים הוא דנמכר וכיון דמחיל לשיעב' הגוף ממילא פקע שיעבוד נכסי שאינו אלא ערב כמבוא' בהרבה מקומות וא"כ בקריבתי' דר' נחמן כבר מכרה אמה שיעבוד נכסי ללוקח וא"כ אין לה שיעבוד קרקעות ולא נשאר אלא שיעבוד הגוף שאין בו משום לתא דקרקעות שפיר יכולה הפעוטה למחול כיון דאין קרקע שלה רק שיעבוד הגוף הוא דמחלה וממילא פקע שיעבוד נכסי של הלוקח אבל בפרנסה ומזוני המגיע לבנו' דיש להן שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסים על הקרקעות ה"ל כקרקע ממש ולא מהני מחילת הפעוטו' וכ"ת אכתי גבי פרנסה ומזוני נמי אית לה ב' שיעבודים שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסי נהי דלא מהני מחילה לגבי שיעבוד נכסי דהוי קרקע תיהני מחילתה לשיעבוד הגוף וממילא

תפקיע שיעבוד הנכסים זה אינו דכיון דעכ"פ יש לה שיעבוד קרקעו' ואם תמחו' שיעבוד הגוף יהיה בטל שיעבוד הקרקעו' מש"ה לא מהני מחילת' אפילו לשיעבוד הגוף דהיא הנותנת הואיל ועי"ז תפקע קרקע משא"כ התם בפ' הכותב דאין לה שום זכות בקרקע שכבר נמכר ללוקח כל שיעבוד הנכסים ולא מפסדא היא קרקע ע"י מחילה זו ולכך מהני מחילתה. ועוד נראה דבפרנסה דה"ל בע"ח דאחין וכדאי' פ' מציא' האשה ושום חיוב ליכא על האחין גופייהו אלא על הנכסים שהניח להן אביהן והאחין לא נתחייבו מעולם לפרנס' הבת מש"ה שפיר כתב רש"י ז"ל שם דף ס"ז דאפילו מחלה הקטנה בפירוש לא מהני דה"ל כקרקע דשיעבוד פרנסה מן הקרקע הוא ושיעבוד הגוף ליכא הכא דהא דהוי בע"ח דאחי היינו מנכסים שהניח להן אביהן. ולפי"ז במזונות דה"ל בע"ח דאביהן משום תנאי ב"ד אפשר דמצי מחל' לשיעבוד הגוף לגבי' אבי' וממילא פקע שיעבוד נכסים וכיון דעיק' המחילה אינה על הקרקע אע"ג דנפקא מיניה לגבי קרקע לא אכפת לן ודייניו לה כנותנת במטלטלין דמקח מקח וה"נ מחילתה מחילה ואפשר שזו היא דעת הרמב"ם דגבי פרנסה פסק כמתני' דלא מהני מחילתה וגבי מזוני מהני מחילתה ודו"ק.

ס"ק ד

ויש אומרים דלא אבדה מזונות כשתתארס כשהיא נערה. והוא דעת הרב המגיד והרשב"א דבעי' קידושי תורה ובס' בית מאיר הקשה דאף בנשואין לא תפסיד קטנה דגם נשואי' דרבנן ניהו יעוד קשה דברי הרשב"א דיליף אירוסי קטנה לדעת' דלא תפסיד מפרנסה ואיך אפשר לדמויי לשם דאף בנשואין אינה מפסדת ואפי' נדחק דנשואה יש לה מזונות מהבעל משא"כ ארוסה דלית לה מזונות מהארוס קשה חדא הרמ"א סתם כהרמב"ם דיש לה מהארוס ואי זה בזה תלי' קשי' ותו קשה לי על שטה זו דקטנה אפילו האירוסין דמדעתה לא תפסיד א"כ לרב דפסקי' כותיה דתנאי כתוב' עד דתלקחון לגברין הוי' דאירוסין ע"כ היינו דוקא באירוסין דנערות שהם קידושי תורה א"כ מנ"ל למילף מלשון תנאי כתובה זה דאם נשאת בקטנות דאבדה מזוני ומה בכך דיש לה מהבעל כיון דקטנה מעולם לא הוציאה לישנא דהתנאי כתובה מהחיוב וצ"ע עכ"ל. ואינו קושי' דמה שיש לה מזונות מהארוס לדעת הרמב"ם היינו משום דתנאי כתובה עד הוי' דאירוסין ומפסידה על ידו מזונות האחין מש"ה אמרינן דארוס אדעתא דהכי נחית שיתן לה הוא מזונות כדי שלא תשאל על הפתחים ולא תפסיד על ידו וא"כ מה שמפסדת מזונות מהאחין הוא סבה למה שמתחייב הארוס ליתן לה מזוני אבל בקטנה דאירוסין דידה לאו כלום הוא דלאו קידושי תורה ניהו ולא מקרי הוי' דאירוסין ואית לה מזונות מן האחין ממילא אין לה על הארוס כלום משא"כ בנשאת אפילו בקטנותה דלא מחמת

התנאי דתלקחון לגברון דהני נשואין לאו תורה היא אלא כיון דעיקר תקנתא דמזון הבנות היא כי היכי דלא תתזיל וכיון שנשאת יש לה מזונות מהבעל דאפילו בנשואין דרבנן תקינו לה מזונות מבעל וכל שיש לה מזונות מן הבעל לא תקנו לה מן האחין אבל מן האירוסין כיון דאין כאן אירוסין גמורין וא"כ אין כאן הוי' דאירוסין בכדי שתפסיד מכח לשון תנאי כתובה וגם מדינא אין לה מזונות מן הארוס ושייכא בה תקנתא דמזון הבנות ואין לומר שלא יהיה לה מזונו' מן האחין ויהיה לה מן הארוס דאדרבה מה שאין לה מן האחין הוא סבה לשיתחייב הארוס כשהיא מפסדת אמטולתי' וכיון דמדינא אית לה מן האחין ומן הארוס אין לה מדינא מהיכי תיתי נהפך הסדר לפטור את החייב ולחייב את הפטור. משא"כ בנשואין דאף דנשואי קטנה דרבנן הן מ"מ מדינא אית לה מזוני שכן תקנו לה נשואין דרבנן ומזוני מיניה דבעל ולאו מחמת שאין לה מן האחין ואין זה סיבה למה שחייב הבעל אלא מצד הנשואין עצמן תקנו לה מזוני כעין דאורייתא וכיון שיש לה מן הבעל לא שייך גב' תקנתא דמזון הבנות אבל באירוסין דאין הארוס חייב מצד עצמו וגבי אחין עדיין תנאי כתובה שייך בה פשיטא דאית לה מזוני מן האחין ולא שייך כלל לומר לא יתנו האחין ויתן הארוס דמאי חזות למיעקר תנאי כתובה ולחייב הארוס במה שאינו חייב דדוקא באירוסין גמורין כיון דמדינא מפסדא מתנאי כתובה אמרו דניחא ליה לארוס מה שא"כ כאן וזה פשוט וברור:

ס"ק ה

יבם אשת אחיו וילדה לו בת. בעי' דריש לקיש בת יבמה יש לה מזונות ע"ש וכתבו תוס' שם ד"ה בת יבמה וז"ל וצ"ע אי הוי מצי למיבעי נמי לענין כתובת בנין דכרין כו' מיהו אארוסה נראה דלא הוי מצי למיבעי לענין כתוב' בנין דכרין דהא לא יהיב לה אב מידי כל זמן שהיא ארוסה עכ"ל. וכ"כ בשטה מקובצת ז"ל ואפשר כיון דבבת ארוסה לא מצי למיבעי לענין כתובת בנין דכרין לכך כולהו איבעי' בעי' להו לענין מזונות עכ"ל. משמע מדבריהם דהך בעי' דבת שני' דקודם בת ארוסה הוי נמי מצי למיבעי לענין כתובת ב"ד ולי נראה דהתם ודאי לאו בעי' היא לכתובת ב"ד דהא איבעי' דבת שני הכין הוא מי אמרי' כיון דלית לה כתובה לית לה מזוני או דלמא אמה דעבדא איסור' קנסוה רבנן איהי דלא עבדה איסורא לא קנסו' רבנן ובפ' האשה רבה דף צ"א בהא דתנן ואין יורשין של זה ולא יורשין של זה יורשין כתובתה ופריך כתובה מאי עבידתא אמר רב פפא כתובת בנין דכרין פשיט' מהו דתימ' לדידה דעבד' איסור' קנסוה רבנן לזרעה לא קנסו רבנן קמ"ל מבואר מזה דגם לזרעה קנסו רבנן והכא גבי בת שני' עלה בתיקו ופסקו הפוסקים דמהני תפיסה משום דהוי ספיקא דדינ' אלא ודאי דכתובת ב"ד שאני דאינון ירתון כסף

כתובתיך כתב לה וכיון דאיהי לית לה כתובה אין להם מה לירש אלא דמהו דתימא הוי אמינא דלדידה דעבדא איסורא קנסו' ואפ"ה לזרעה ניתב כתובה קמ"ל כיון דאיהי לית לה אין לבניה מה לירש אבל מזונות דלאו מחמת אם קא ירתי שפיר איבעי' ליה אי קנסו לזרעה אף דלאו בכתובה דידה תלי' לפ"ז גם בשניה פשיטא דלית להו כתובת ב"ד כדמוכח מהך דפ' האשה רבה וכנ"ל וא"כ קש' אמאי שבקי תוס' הך בעי' דשני' דאיבעי' קודם לארוסה ואפשר כיון דשני' יש לה תוס' ונדוניא שפיר משכחת לה כתובת ב"ד מיהו הרא"ה כתב דכיון דשני' אין לה כתובת מנה ומאתים גם תוס' אין לה דתנאי כתובה בתר כתובה גריר וכיון דאין לה עיקר כתובה כמי שאין לה כתובה דמי ע"ש שהובא בר"ן מיהו זהו דוקא בתר דסלקא האיבעי' בתיקו א"כ ה"ל כמו שאין לה כתובה אבל לפי מה דבעי אם יש לבת מזונות ה"ה כתוב' ב"ד נמי איכא אלא לבתר דסליק בתיקו אין לבת מזונות ולא לבן כתובת בנין דכרין ודו"ק.

ס"ק ו

וכן בת ארוסתו גם זה בעי' דלא אפשיט' פ' נערה דף נ"ד בת ארוסה יש לה מזונו' או אין לה כיון דלית לה כתובה אית לה מזוני או דלמא כיון דלא תקינו רבנן כתובה עד שעת נשואין לית לה תיקו ופירש"י כגון שכתב לה מן האירוסין א"נ רבנן תקנו נמי לארוסה והרא"ש כתב ז"ל והראב"ד ז"ל פי' בת ארוסה שנשאת מיבעי' ליה כיון שנולדה לו קודם שנכתב' הכתוב' והאי פירוש' ניח' טפי דאלו לא נשאת כיון דאיהי לית לה אף בתה לית לה עכ"ל וע"ש. ולפ"ז ניח' דבעי בבת ארוסה ולא בעי בארוסה עצמה אם יש לה מזונות שהרי ניסת לו ובודאי יש לה אלא בבת הוא דקא מיבעי' ליה כיון שנולדה לו קודם שנכתבה הכתוב' מי נימ' כיון דסוף סוף נשאה ואית לה כתובה מי נימ' דלמפרע חיילא לגבי בתה ומשעת אירוסין גופה וכמ"ש בשטה מקובצת שם וז"ל פי' כגון שבא על ארוסתו וילדה הימנו בת ושוב נשאה מי אמרינן כיון דסוף סוף הרי נשאה ויש לה כתובה למפרע חיילא שיעבוד כתובה זו לגבי בתה שנולדה לו בעודה היתה ארוסה לו או דלמא כיון דבשעה שנולדה לו לא היה לאמה כתובה שוב אין לה תנאי כתובה וכן פירש הראב"ד ז"ל ככתוב בפסקי הרא"ש ז"ל וע"ש ומזה דאם נתעברה וילדה קודם אירוסין ודאי לא מקרי בנין נוקבין דיהוין ליכי מינאי שהרי עדיין לא היה שום אישות ביניהם אלא בנתעברה וילדה עודה ארוסה ולבסוף נשאה מיבעי' אי חיילא למפרע שעבוד כתובה לבת זו שנולדה כשהיתה ארוס' משא"כ קודם אירוסין ודאי ליכא למימר שתחול למפרע כשהית' פנוי' וכן אם מת כשהיא ארוסה נמי לא מיבעי' ליה כיון דהיא עצמה לית לה מזוני ע"כ לא חיילא גבה שעבוד תנאי כתובה מן האירוסין

ואמאי יהיה לבתה זכות יותר ממנה אלא דוקא בנתעברה וילדה באירוסין ואח"כ נשאה מיבעיא ליה דאפשר כיון דנשאה אח"כ חיילא למפרע משעת אירוסין וא"כ ה"ל שפיר בנין נוקבין דיהוין ליכי מינאי זהו המתבאר משיטת הראב"ד והרא"ש ז"ל:

ושיטת רש"י ז"ל דמיבעיא ליה באירוסין גרידא ומת קודם שנשאה כמ"ש, וקשה מאי מספקא ליה אי איכא תנאי כתובה באירוסין הא ע"כ ליכא תנאי כתובה בארוסין דהא תנן הגיע זמן ולא נשאו אוכלות משלו הא קודם שהגיע זמן אינה ניזונת, ואי איתא לתנאי כתובה באירוסין אמאי היא עצמה אינה ניזונת ואין לפרש ולומר דמיירי בנתעברה אחר שהגיע זמן ולא נשאו, דסתימת לשון רש"י לא משמע הכי:

ובשטה מקובצת כתב עוד וז"ל בת ארוסה כלומר אדם הבא על ארוסתו וילדה הימנו בת ומת בעודה ארוסה מי אית לה מזוני מן האחין או לא מי אמרינן כיון דאית לה לארוסה אית לה לבת מזונות מנכסי אבי' עד שתבגר או עד שתארס או דילמא כיון דלא תקינו רבנן כתובה עד שעת נשואין לית לה לבת מזוני תיקו, וה"ה דהוי מצי למיבעיא בארוסה גופה אי אית לה מזוני עכ"ל, והוא תמוה לענ"ד דהיכי מצי למיבעיא בארוסה גופה אי אית לה מזוני כיון דבהדיא תנן הגיע זמן ולא נשאו אוכלות משלו הא קודם לכן לא:

מיהו יש לומר דהתם לאו בתנאי ב"ד קא אכלה דדוקא מזונות דאחר מיתה הוא דהוי משום תנאי ב"ד וכמ"ש הר"ן בפ' נערה גבי מוחלת כתובתה דאין לה מזונות, ע"ש שכתב דהינו דוקא לאחר מותו דהוי משום תנאי כתובה אבל בחייו לאו משום תנאי כתובה אלא משום מע"י קא אכלה ע"ש ועיין מ"ש בס' צ"ג ס"ק [ו'] אמנם לענ"ד נראה דגם לאחר מיתה מוכח ממתניתין פ' אלמנה ניזונת (דף צ"ז) דאין לארוסה מזונות, דאי' התם ר' שמעון אומר מן האירוסין לא תמכור אלא בב"ד מפני שאין לה מזונות, מבואר דארוסה אין לה מזונות לאחר מותו, וכיון דהיא גופה לית לה תנאי כתובה מאי מספקא ליה גבי בתה:

ונראה דעיקר תנאי ב"ד במזונות האלמנה לאחר מיתה אינו אלא מפני שכל זמן שלא נשאת לאחר ואומרת מחמת פ' בעלי שכבודו גדול עלי אני יושבת וכמ"ש רש"י פ' החולץ (מא, ב) ע"ש, ובארוסה ליכא כבוד בעלה עליה אין בה משום איבול כלל דארוסה לא אוננת וכיון דאין עליה כבוד בעל לא שייך בה מיגר ארמלותך דכך היה עיקר התקנה ולכך ארוסה אין לה מזוני, ולכך לא קא מיבעיא ליה אלא בת ארוסה דתנאי זה אינו משום כבוד בעלה, ודוק:

ס"ק ז
שנולדה לו בעודה ארוסה, כתב בח"מ אבל נתעברה קודם שנשאת וילדה אחר שנשאת קרינן בי' בנין נוקבין דתהווין ליכי מינאי ע"ש, ונראה דכיון דתקנת בנין נוקבין אינה אלא אחר שנולדו דעובר אין לה תקנת בנין נוקבין כדאמרינן פ' אלמנה לכ"ג (דף ס"ו) [סז, ב] אי האי דמיעברא בן הוא לא עדיף מהאי דקאי ואי בת היא אמאי קא אכלה בתקנתא דרבנן וכל כמה דלא נפיק לאויר העולם לא תקינו לה רבנן ע"ש, וא"כ כיון דתקנת בנין נוקבין לא הוי אלא כשיצאו לעולם לפיכך כשנולדו לאחר נשואין כיון שיצאו לאויר העולם כשהיא נשואה קרי בי דתהווין ליכי מינאי ולפ"ז אפי' נתעברה קודם אירוסין וילדה אחר נשואין יש לה מזונות דכיון דאזלינן בתר לידה מקרי שפיר דתהוין ליכי מינאי ודו"ק:

ס"ק ח
ולבת פוסקין לה דבר המספיק לה לבד, כתב ב"ש ועיין בש"ס דשמין הנכסי' ונותנין לה מזונות וכסות ע"ש, וכבר הקשה קושי' זו בשטה מקובצת פ' מציאת האשה (דף ס"ח) ז"ל ועוד איכא למידק דהרמב"ם ז"ל פסק כשמואל דשמין באב כדאיתא פ"כ מאישות ובפי"ט כתב ז"ל האשה פוסקין לה לפי כבודה וכבוד הבעל ולבנות פוסקין להן דבר המספיק להן כו' וכתב הרה"מ שם בפי"ט דכן מפורש בירושלמי דהבת לא עולה ולא יורדת וע"ש, ומעתה קשי' האיך מצינן לתרוצי הך ברייתא לדידי' דפסק כשמואל ומאי שמין הנכסים דקתני כו' והרי אין כאן לא עליה ולא ירידה וכפי צורך בעי למיתב להו בין עני בין עשיר וע"ש מ"ש ליישב:

ס"ק ט
ואין הבנות נשבעות. כתב ב"ש ז"ל דלא חיישינן לצררי דלקטנות לא מתפס צררי כמ"ש תוס' פ' שני דייני גזירות, וכ"כ תוס' פ' השולח (דף נ"א) [לד, ב ד"ה אין], ובתוס' פ' הנושא [קב, ב ד"ה אימר] (אי) [איתא] דאפי' בקטנות חיישינן לצררי דמתפיס בשעת מיתה דגם לבנותיו ניחא ליה בהרווחה דידהו וכן הוא בר"ן שם, לפ"ז אפי' מת כשהן קטנות צריכות לישבע לאחר שיגדלו ע"ש, ולענ"ד נראה דאין צריכות לישבע כלל דאי נימא דקטנות צריכות לישבע אחר שיגדלו א"כ היאך בנות קטנות ניזונות דהא חשוד דאפיק שטרא על היתומים אינו גובה כלל כמבואר בש"ע ח"מ סי' צ"ב סעי' י"ב משום דגבי יתומים החמירו דאם אינו יכול לישבע אינו גובה ע"ש, וא"כ האיך גובין מזונות לקטנות כיון דאינן יכולות לישבע אלא ע"כ דליכא שום שבועה על הבנות משום דלגבי בני חרי לא חיישינן כלל לצררי:

ס"ק י

מכרו או משכנו או נתנו אינן ניזונות מהן. בפ' מציאת האשה [סט, א] תלה ליה רב לרבי ביני חיטי האחין ששיעבדו מהו הוי יתיב ר' חייא קמי' א"ל מכרו או משכנו ע"ש, ובחידושי פני יהושע כתב וז"ל לכאורה נראה דדוקא במשכנו בפירוש הוא דמספקא ליה כגון שעשאו אפותיקי או ששיעבדו לו כל הנכסים בפירוש דהוי נמי משכנו, משא"כ היכא דלא משכנו בפירוש אלא דאיכא על האחין מלוה בשטר שלוו קודם מיתת אביהן או לאחר מיתה לא מספקא ליה דפשיטא דמוציאין מנכסים הללו למזון האשה והבנות דלא מקרי נכסים משועבדים, ולפ"ז נראה לכאורה ראי' גמורה לשיטת רב האי גאון וסייעתו דפסקו מלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר וכ"פ בש"ע ח"מ סי' ק"ד [סי"ג] ע"ש, ובס' הפלאה כתב כיון דאסור למכור בנכסים מועטים ה"ל כהאי דאחריך לפלוני ויש בע"ח על הראשון דאין ב"ד מגבין משום דאסור למכור כמבואר בש"ע ח"מ סי' רמ"ח ע"ש. ונראה דאין הנדון דומה לראי' דהתם באחריך אם לא יגבו הב"ד לבע"ח ותשאר הקרקע לאחריך א"כ ממילא הוא שלו שהרי שייר הראשון וזכה בה אותו פ' והוא אינו חייב כלום לבע"ח, אבל הכא כיון דהבנות נמי אינן אלא בע"ח והאחין יש עליהן חוב בשטר והבנות הן בע"ח בע"פ ואם הדין הוא דבע"ח בשטר קודם לבע"ח ע"פ המוקדם א"כ כדין הב"ד עושים שמגבים הבע"ח בשטר ואע"ג דעי"ז גורמין היזק לבנות שהן מלוה ע"פ מ"מ דינא הכי הוא דחוב בשטר יש לו קדימה, משא"כ אם רוצים למכור סתם בודאי איכא אסורא להפסיד לבנות, אבל התם באחריך לפלוני אין הדין נותן להגבות לבע"ח שהרי אם ישתייר לאחריך אין לבע"ח שום שייכות בקרקע זו וכדין יזכה בו האחריך:

ס"ק יא

אין הבנות ניזונות ממשעבדי אפילו קנו ממנו, פ' הנושא (דף ק"ב) בגמ' מי לא עסקינן דהוו בשעת קנין וה"ד כגון דגירשה ואהדרה אלא איהי דליתא בתנאי ב"ד מהני בה קנין. בנות דאיתנהו בתנאי ב"ד לא מהני בהו קנין מגרע גרעי, אלא בנותיו ה"נ כיון דאיתנהו בתנאי ב"ד חישינן אימר צררי אתפסנהו, וכתבו תוס' שם ז"ל תימה לרבי דבגיטין פ' הניזקין תנן אין מוציאין לאכילת פירות ולשבח קרקעות ולמזון האשה והבנות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם ומפרש בגמ' (דף נ') טעמו לפי שאין כתובין כו' והכא מפרש טעמא משום צררי אתפסה ע"ש, עוד הקשו בהא דלגבי משעבדי חיישינן לצררי ולבני חרי לא חיישינן:

והנראה לענ"ד בזה דודאי כל שמגיע לה בתנאי ב"ד איכא למיחש טפי לצררי וכ"ש לבנותיו דניחא ליה בהרווחה דידהו, אלא דתנאי ב"ד אלמוה רבנן וחשבי לה כמוחזק

שלא יהיה אדם נאמן לטעון נגד תנאי ב"ד פרעתי אלא כשיביא ראי' בעדים או בשובר וכמ"ש הר"ן ר"פ אלמנה ניזונת גבי יתומים אמרו נתנו והיא אומרת לא נטלתי נכסי בחזקת אלמנה קיימי, ע"ש שכתב ז"ל דרבנן העמידו הנכסים בחזקתה למה שהוא משועבד לה מתנאי ב"ד כדי שלא יוכלו היורשים לטעון פרעתי עכ"ל, ומש"ה בבני חרי דהעמידו בחזקת הבנות מתנאי ב"ד לא חיישינן לצררי דנגד תנאי ב"ד צריך בירור, אבל למשעבדי דליכא תנאי ב"ד דהא אין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדי', אלא ע"י הקנין הן רוצות לטרוף משעבדי לזה אמרו שפיר כיון דבתנאי ב"ד הוא חיישינן אימור צררי אתפסה וא"כ החשש דצררי אלים הכא טובא דכיון דאיכא תנאי ב"ד עביד דמתפיס צררי ולא שייך למימר העמידו נכסים בחזקתן מחמת תנאי ב"ד דלגבי משעבדי ליכא תנאי ב"ד דהא אין מוציאין מנכסים משועבדים ומשום קנין דידי' קאתו עליה לכך חיישינן לצררי, והשתא ניחא מה שהקשו בתוס' דאמאי מפרש בפ' הנזקין טעמי אחריני למה שאין מוציאין למזון האשה והבנות תיפוק ליה משום צררי, משום דאי לאו דאין מוציאין ממשועבדי' מהני טעמי דאמור הם לפי שאינן קצובין או שאינן כתובים והוי חיילא תנאי ב"ד אף למשעבדי תו לא הוי חיישינן לצררי דכיון דהוי חייל תנאי ב"ד היו הנכסים בחזקת הבנות שלא יוכלו לטעון נגדם פרעתי אלא בשטר או בעדים, אבל השתא דלא תקנו למשועבדים אין הנכסים בחזקתה ומ"מ כיון שהוא מתחייב מתנאי ב"ד איכא חששי טובא אימר צררי אתפסה, זהו הנראה לענ"ד ונכון הוא:

ס"ק יב

ויש מי שאומר דהני מילי בשקנו ממנו בשעת נשואין בכלל מה שקנו ממנו בתנאי כתובה, והוא דעת הרמ"ה בטור, וכתב בח"מ וז"ל דעת הרמ"ה בעל דעה זאת דלא חיישינן לצררי אלא היכא דקנו מיניה דרך כלל על הכתובה ועל כל תנאי כתובה דאז אפשר דנתן צררי לבנותיו והא דלא לקח השטר מהם דהשטר לא עליהם נכתב אלא על האשה אבל אם כתב שטר באנפי נפשי' על הבנות או קנו ממנו לדבר זה בפני עצמו בין אחר הנשואין בין בשעת הנשואין כל זמן שאין ביד היורשים שובר לא חיישי' לצררי רק הבנות נשבעין וטורפין ממשעבדי דהי' לו ליקח השטר מידם או לכתוב שובר ולמסור ביד בניו כדי שלא יבאו הבנות לתבוע פעם שנית מהם עכ"ל. ואכתי קשיא לי דמה בכך שהשטר אינו ביד הבנות והוא על שם האשה הרי אם נתחייב לשנים ונתן השטר ביד אחד מהם כל זמן שישנו לשטר בעולם ביד האחד גם השני גובה בו ממשעבדי ואפי' אם פרע לאחד מהם צריך לפרוע לשני ועיין בח"מ סימן ל"ט סעיף י"ד חייב עצמו לשנים בקנין כו' ומסר החייב השטר לאחד מהם אע"פ שלא ידע השני במסירה זו כו' זכה זה

בחלקו וע"ש בש"ך ומשום דבקנין כזה תיכף ואפשר לומר דהתם חייב עצמו לשנים וכתב השטר על שם שניהם ומש"ה אפי' פרע זה שהשטר בידו כיון שלא החזיר לו השטר ועדיין בידו הוא גובה השני אבל הכא לא כתב כלל שם הבנות אלא דקנו מיני' על הכתובה ועל תנאי הכתובה בכלל וממילא זכו הבנות אבל השטר אינו כתוב על שם הבנות כלל אלא דלפ"ז קשה דאין אלו הבנות בכלל הקנין כיון דלא קנו מיני' אלא על תנאי כתובה והני בנות דאיתנהו בעולם היינו דאיגרשה ואהדרה אינן בכלל תנאי כתובה זו דהתנאי הוא על בנן נוקבין דהווין ולא על אלו שכבר נולדו לו ואין להן אלא מכח תנאי כתובה הראשנה ולא מכת תנאי כתובה זו דאינן בכלל וא"כ גם הקנין אין חל עליהן וע"כ צ"ל דקנו מיני' בפירוש על אלו הבנות וכתב עליהם השטר אלא שכללן עם התנאי כתובה וא"כ הדרא קושיא לדוכתה דמה בכך כיון שהזכיר שם הבנות ה"ל כחייב עצמו לשנים ונתן השטר ביד אחד מהם דאינן יכול לטעון פרעתי גם נגד השני וכמ"ש בש"ס דפריך מי לא עסקינין דהוי בשעת קנין כגון דגירשה ואהדרי כו אלא בנותיו היינו טעמא כיון דאיתנהו בתנאי ב"ד אימר צררי אתפסנהו א"כ משמע דבנות דומיא דבת אשתו וכי היכי דבת אשתו מפורש בקנין ה"נ הבנות מפורש בקנין או בשטר וא"כ מה בכך דקנו מיני' בכלל הכתובה ותנאי כתיבה וצ"ע. ואפשר דכונת הרמ"ה דכיון דאיתנהו בתנאי ב"ד והוא יפה כחה כל כך שהקנה לה בקנין אע"ג דאית לה תנאי ב"ד לכך איכא למיחש לצררי וכמ"ש תוס' שם פ' הנושא ד"ה הב"ע שקנו מידו ע"ש בתירוצם האחרון וס"ל להרמ"ה דוק' כי קנו מיניה בכלל התנאי כתובה וכיון דמדינא תנאי כתובה אין צריך קנין והוא ייפה כחה וקנו מיני' בודאי להעדפה ולטפויי זכותה קא מתכוין כיון דאיתנהו בתנאי כתובה הראשונה לכך חיישי' לצררי אבל אם הקנין או השטר הי' באנפי נפשיה ולא בכלל תנאי כתובה בזה לא חיישי' לצררי אלא דעם כל זה לא זכיתי לירד לסוף דעתו ז"ל דכיון דאלו הבנות דאיתנהו בעולם אינן בכלל תנאי כתובה השני' אלא בכלל כתובה הראשנה א"כ ה"ל בנות באנפי נפשי' ואמאי נחוש לצררי וצ"ע:

סעיף יא

ס"ק יג

והבנים ישאלו על הפתחי' כתב הרמב"ן בחי' ר"פ מי שמת ז"ל אמר רבן גמליאל רואה אני את דברי אדמון. ורבינו אלפסי אפקה לבר מהלכתא משום דסוגיין כרבנן ריהטא וכן כל הגאוני' ז"ל ועיקר ואין לחוש לדברי הרב ז"ל דפסק כאדמון וי"א דאדמון לאו מפלג פליג אלא אתמוהי מתמה ונפקא מיני' דאם קדמו ומכרו בנכסים מועטי' מה שמכרו מכרו כדאמר ר' אסי א"ר יוחנן ומהא דאדמון גמר לה דכיון דמספקא לי' לית לן לאפוקי

נכסי מידא דלוקח כך פי' ר"ת ז"ל כדי שלא לעקור כלל המסו' בידינו שבכל מקו' שר"ג אומר רואה אני את דברי אדמון הלכה כמותו עכ"ל מבואר מדבריו דלרבנן קדמו ומכרו מוציאין מיד הלוקח אלא משום דמספקא לי' לאדמון ור"ג אמר שרואה את דבריו לכך אין מוציאין. וקשי' לי' בהא דאי' התם ר"פ מי שמת דף ק"מ פשיטא מרובין ונתמעטו כבר זכו בהן יורשין מועטין ונתרבו מהו ברשות יורשין קיימי הלכך ברשותן שבוח או דלמא סלוקי סלקי יורשין מהכא ת"ש דא"ר אסי א"ר יוחנן יתומי' שקדמו ומכרו בנכסים מועטין מה שמכרו מכרו וע"ש וכיון דטעמא דמה שמכרו מכרו אינו אלא משום דמספקא לי' ומספיקא לית לן לאפוקי נכסי מידא דלוקח אבל כל שלא מכרו אית בהו דינא דנכסים מועטי' והבני' ישאלו על הפתחי' א"כ אכתי מיבעי' לן כל שלא מכרו ועדיין לא יצאנו מידי ספיקא דאפשר סלוקי סלקי יורשי' מהכא דהלכה כרבנן (הגה"ה ועוד אפשר לומר דכל שהבנו' מוחזקין בנכסים אין מוציאין מידן מספק ואפי' נתרבו אח"כ כיון דדינ' דר' יוחנן אינו אלא דמספיק' לא מפקינין מידא דלוקח ה"נ לא מפקינין מיד הבנות וצ"ע) ובפ' אלמנה לכה"ג דף ס"ז אי' ר' ישמעאל ב"ר יוסי אומר הבת מאכלת הבן אינו מאכיל כו' אמר אביי הכא בנכסים מועטים עסקינין כו' ונכסים מועטים דבנות נינהו והאמר ר' אסי א"ר יוחנן יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו וע"ש ואי נימא דהא דמה שמכרו מכרו אינו אלא לאדמון דספוקי מספקא לי' ואתמוהי דקא מתמה אבל לרבנן דפשיטא להו דינא דנכסים מועטים מה שמכרו אינו מכור מאי פריך לי' לר' ישמעאל בר"י משום אביו לימ' דס"ל כרבנן דפשיטא להו בנכסים מועטים ישאלו הבנים על הפתחים ומה שמכרו אינו מכור ונכסי בחזקת בנות קיימי אלא ע"כ מוכח דאפי' לרבנן מכרן מכור ולית מאן דפליג בהא וצ"ע:

סעיף יד

ס"ק יד

אם קדמו הבנים ומכרו נכסין מועטי' מכרן קיים ר"פ מי שמת כתב הרשב"ם יתומים שקדמו קודם שהעמידו בנות בדין והרא"ש כתב שם וז"ל פירשב"ם וקודם שהעמידו בדין הבנות וכן פירש"י בכתובות פ' הנוש' דף ק"ג וכן מסתבר דאם יכולים למכור אף לאחר שהעמידום בדין קודם שמכרו הבנות א"כ מה הועילו חכמים בתקנתם שמא הבנות אינן רוצות למכור כי רוצי' להתפרנס בשבח הקרקע ומיהו בכתובת מוכח דאף אחר שעמדו בדין אם מכרו מכור אע"פ שזיכו ב"ד את הבנות בגוף הקרקע להתפרנס ממנה אכתי ברשו' יתומים קאי דאם נשאו הבנות חזר המותר ליתומים ע"ש בפ' נערה דף נ"ב דאי אנסב ולא איבגר כ"ע לא פליגי דאינה ניזונת יותר וכן מוכח פ' אלמנה לכה"ג דף ס"ז

דקתני התם ר' ישמעאל בר' יוסי אומר בשם אביו הבת מאכלת כו' ומוקי לה התם בדאיכ' בנים ובנות ונכסים מועטין ואמן מעובר' כו' ופריך והאמר ר' אסי א"ר יוחנן יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטי' מה שמכרו מכרו אלמא יש כח בני בנכסים מועטים ואם איתא שאינן יכולין למכור לאחר שעמדו בדין לישני הא דר"י בר"י דהבת מאכלת היינו לאחר שעמדו בדין ועוד ראי' כו' וכן משמע נמי בשמעתין דאם איתא דאין יכולין למכור אחר שעמדו בדין אכתי תיבעי' לי' מועטין ונתרבו אחר שעמדו בדין מהו עכ"ל הרא"ש וע"ש בתוס' ובשטה מקובצת ר"פ מי שמת הביא ג"כ הנך ראיות דלא מהני עמדו בדין והוסיף עוד וז"ל ונראה לי טעמו של דבר לפי שמזונות הבנות ממקרקעי וקרקעות בחזקת היתומים הן כל זמן שלא מכרום הבנות ואין הב"ד מגבין לבנות להקנותן להן אלא להרא"ש שיתן במכירה למזונות עכ"ל וע"ש. ולענ"ד נראה דרש"י ורשב"ם מודו דאפילו אחר העמדה בדין עדיין יש לבנים תפיסת יד בנכסים מועטים וכדמוכח מכל הני ראיות שהביאו תוס' והרא"ש ומ"מ בדקדוק כתבו דמה דאמר רב אסי א"ר יוחנן מה שמכרו מכרו אינו אלא קודם העמדה בדין אבל אחר שעמדו בדין מוציאין מיד הלקוחות שקנו אח"כ משום דר' יוחנן וריש לקיש דאמרי תרווייהו בפ' הניזקין דטעמא דאין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים משום שאינן כתובים ומעיקר' הכי אתקין רבנן דלא ליהוי ככתובין אצל משעבדי ועיין ש"ך ח"מ סימן ס' ס"ק י"ב שכתב ז"ל ומה שהקשו תוס' והרשב"א בחידושיו שם על פירש"י דא"כ מאי פריך אדהכי בנות נמי הא אינו מועיל כתובה דבנות מדאמר עולא לעיל כתובין הן אצל בע"ח ואין כתובין אצל משועבדים אלמא לאו משום דלא כתיבי אלא משום דעיקר תקנתא הכי הוי ע"כ לפענ"ד לא ק"מ דעד כאן לא קאמר עולא לעיל הכי אלא במזונות דהוי ככתובין משום תנאי ב"ד שתקנו רבנן כך דאמרי' תקנתא הכי הוי אבל הכא דהוי טעמא משום דסתם קנין לכתיבה עומד וככתוב דמי היכי נימא דהוי ככתוב לענין בע"ח ולא לענין משעבדי וכו' ע"ש וא"כ כיון דקנין מהני לגבות ממשעבדי ה"ה העמדה בדין מהני דקי"ל דהעמדה בדין איתי לי' קלא וטורף ממשעבדי כדאי' בטור וש"ע ח"מ סימן ל"ט ע"ש וה"ל כמלוה בשטר דגובה מן הלקוחות מש"ה פירש"י ורשב"ם קדמו ומכרו קודם שעמדו בדין דאילו לאחר העמדה בדין נהי דיש רשות ביד יורשים למכור מ"מ כמלוה בשטר דמי וטרפא ממשעבדי וניח' נמי הא דלא מיבעי להו במועטים ונתרבו לאחר שעמדו בדין משום דפשיט' להו מהא דר' יוחנן דלא נסתלקו היורשין ואפילו לאחר העמדה בדין עדיין לא סלקו יורשים וברשותייהו אשכח אלא דלאחר שעמדו בדין ה"ל מלוה בשטר וטרוף ממשעבדי אבל לענין שבח נכסים אין חילוק וניחא נמי הא דמקשה בגמ' פ' אלמנה

לכה"ג מהא דא"ר אסי א"ר יוחנן יתומים שקדמו ומכרו כו' ולא מצי לשנויי דמייר' לאחר שעמדו בדין דאכתי בנים שייכי בגווייהו אלא דבנות הוו כמלוה בשטר אבל גוף הנכסים דבנים נינהו ואין הבנות מאכילין ע"י מלוה בשטר דבע"ח אינו מאכיל ואם אותו העובר בן הוא יש לו חלק בגוף הנכסים ופוסל ושיעבוד הבנות אינו מועיל להאכיל וכל זה נכון וברור. מיהו כל זה לר' יוחנן דאזיל בשיטתי' דס"ל טעמא דאין כתובין וכן להפוסקים דס"ל כר"י ור"ל בהא והם הרי"ף והרא"ש והטור וכ"פ הרשב"א הובא בש"ך שם סימן ס' ע"ש אבל לדעת הרמב"ם דפסק כר' חנינא דטעמ' הוי משום שאין קצובין וכמבואר מדבריו פ' כ"א מהל' מלוה ע"ש א"כ בע"כ צ"ל דמזון הבנות ה"ל דבר שאין לו קצבה דאע"ג דכתב לה עד דתבגרן מ"מ משום רפואה דאית בי' ה"ל דבר שאין לו קצבה וכמ"ש תוס' והרא"ש אלא היכא דקנו מיני' אלים טפי ומהני אפילו לדבר שאין לו קצב' אבל שטר לא מהני וכמבואר כל זה בש"ך שם ע"ש א"כ העמדה בדין דאינו אלא כמלוה בשטר וכיון דשטר לא מהני בדבר שאין לו קצבה ה"ה העמדה בדין נמצא דלהרמב"ם אפי' לאחר העמדה בדין אם מכרו מכור ואין הבנות מוציאין מלקוחות דלא עדיף משטר ועיין בש"ך שם שהביא בשם הבעה"ת דאפי' קנו מידו לא מהני בדבר שאין לו קצבה לענין משעבדי ע"ש מיהו בהא מודו ר"ע דהעמדה בדין לא עדיף משטר גמור וכיון דשטר לא מהני בדבר שאין לו קצבה ה"ה העמדה בדין אך לפי דעת הפוסקים כעולא ור' יוחנן ור"ל דטעמ' משום שאין כתובין ניחא דנקט קדמו ומכרו דוקא קודם העמד' בדין ור"י גופי' פשיט' דלטעמי' אזיל ויפה פירש"י ורשב"ם במילתי' דוק' קודם שעמדו בדין וזה נכון. ולפ"ז נראה דאפילו בנכסים מרובין כל שהעמידו הבנות בדין על מזונות והיה להן כס"ד ליתן להם מזונות ה"ל כמלוה בשטר וגובה מנכסים ששיעבדו הבנים אח"כ וממיל' נשמע דה"ה והוא הטעם במזון האש' כל שעמד' בדין גובה ממשועבדים שאח"כ ועיין פריש' שכתב דוק' אם מכרי היורשין קרקע קודם שהחזיקו הב"ד הקרקע ביד האשה כמ"ש בסימן קי"ב בהגהה סעיף י"ד ויש לחלק עכ"ל ולפמ"ש דגבי בנות אפי' בנכסים מרובין מהני העמד' בדין א"כ פשיט' דה"ה למזון האשה ואין לחלק עוד וזה נ"ל ברור:

סימן קיג

סעיף א

ס"ק א

כך נותנים לה פרנס' מנכסי האם והוא דעת הרמ"ה הובא בנמ"י פ' י"נ ומהרי"ל סימן ע"ט דעתו דאין לה פרנס' מנכסי האם והביא ראי' מהא דפ' מציאת האש' דף ס"ח דדחיק

לפרש הא דאמר רב הונא פרנס' אינה כתנאי כתובה ואם אית' דאית לה פרנסה מנכסי האם לישני להך מלת' דנגבית מנכסי האם ע"ש. ועיין בפרק נערה דף נ"ב דפריך מי איכ' מידי דרחמנ' אמר ברא לירות ברתא לא תירות ואתי רבנן ומתקני דברת' תירות ומשני הא נמי דאוריית' היא דכתיב קחו נשים והולידו בנים ובנות וקחו לבניכם נשים ואת בנותיכם תתנו לאנשים בשלמ' בנים בידייהו קיימו אלא בנות מי קיימן בידי' אלא הא קמ"ל דנלבשה ונכסה וניתב לה מידי כי היכי דקפצי לה ואתי נסבי לה ועד כמה אביי ורבא דאמרי תרווייהו עד עישור נכסים ובפ"ק דקדושין דף כ"ט גרסימן כל מצות הבן על האב אנשים חייבים ונשים פטורות ומפרשים בגמ' כל מצות הבן המוטלות על האב לעשות לבנו אנשים חייבין ונשים פטורות תנינא להא דתנו רבנן האב חייב בבנו למולו ולפדותו וללמדו תורה ולהשיאו אשה ע"ש ובדף ל' שם להשיאו אשה מנ"ל דכתיב קחו נשים והולידו בנים ובנות וקחו לבניכם נשים ואת בנותיכם תתנו לאנשים בשלמא בנו בידו הוא אלא בתו בידו היא הכי קאמר ניתן לה מידי ולבשיי' ולכסיי' כי היכי דקפצי עלייהו אינש ע"ש מוכח מזה דאשה אינה חייבת להשיא את בנה או בתה ועיקר תקנת פרנסה אינו אלא עישור נכסים במה שהעמידו על דברי תורה להשי' את בנותיו והאשה אינה חייבת בכך ואע"ג דפרנסת הבת בע"ח דאחי הוא זה הוא משום שאנו אומדין דעת אביה שרוצה להשיא אותה לאיש לקיים מצוה זו דתנו בנותיכם לאנשים ומש"ה אע"פ שלא ציוה האב על נכסיו מחייבין היתומים בפרנסה זולת היכא דציוה בפירוש שלא יתפרנסו מנכסיו אבל אשה שאינה חייבת בכך אין היתומים מחוייבין ליתן ולכן נראין דברי מהרי"ל שוב עיינתי בגוף התשו' למהרי"ל וכת' ז"ל אלא ודאי דוק' מנכסי האב יהבינן עישור דחיי' להשי' את בתו כדילפי' מקחו לבניכם כו' ואת בנותיכם תתנו לאנשים כו' ע"כ ונרא' שהן הן הדברים שכתבנו:

סעיף ב

ס"ק ב

ומן הראוי כתב הטור ז"ל הבת לגבי עישור נכסים כבע"ח של אחים לפיכך נוטלת מהם מבינונית בלא שבועה ומן הראוי כגון אם מת אבי' בחיי זקנה ולא היה נכסים לאבי' ואח"כ מת זקנ' וירשוהו אחי' נוטלת מהם עישור נכסים ע"כ וראיתי במשנה למלך פ"כ שכתב עלה ז"ל ודין זה הוא תימה בעיני דנהי דהבת הוי בע"ח דאחין היינו בנכסים של אביהם אבל בכה"ג דמצי האח למימר אנא מכח אבוהו דאבא קא אתינ' ומעולם נכסים אלו אינם של אבינו למה תטול הבת עישו' נכסי בנכסים שאינן של אביהם כו'

אבל בכה"ג דמצי למימר האחים מכח אבוהו דאבא קאתינ' הוא תימ' בעיני כו' וע"ש שהניח צ"ע:

ולפמ"ש בס' קצה"ח סימן ק"ד בהא דכתב הטור שם דאין הבע"ח נוטל בראוי משום דהוי דשלבל"ע ובסימן רי"א גבי בן שמכר בנכסי אביו כתב דמצי אמר אנא מכח אבו' דאבא קא אתינ' ע"ש וכן בנמוקי יוסף פ' מי שמת הרכיב שני הטעמים יחד משום דאבא לא זכה מעולם באותן נכסים ואין אדם מקנה מה שלא בא לעולם כו' אלא שכך פסקו במערב' דמכח אבוהי דאב' קא אתי ע"ש ולזה כתבנו שם דודאי עיקר דינא הוא דבן אבל מכח אבי אביו הוא בא וכדכתי' תחת אבותיך יהיו בניך אבל מ"מ הבן קודם לכתחלה מבן הבן וא"כ יאמר הבע"ח אנא מכח אביך קא אתינ' שהוא קודם לנחלה ממך והוא חייב לי אלא דלזה צריך לטעמ' דאין בע"ח נוטל בראוי משום דלא עדיף שיעבוד לרבנן מקנין לר' מאיר ולר"מ אפי' בנכסים שנפלו כשהוא גוסס אינו מקנה כיון דלא בא לידו לבסוף כדאי' פ' עשרה יוחסין דף ע"ט ע"ש ומכ"ש בנכסים שנפלו לאחר מיתה ואפילו מאן דס"ל דבע"ח נוטל בראוי היינו משום דמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם וכדאמרינן פרק מי שמת דאפי' נימא דאקני לא משתעבד יורשין חייבין לפרוע משום מצוה לכך הכא מצי למימר אנ' מכח אבוהו דאב' קא אתינ' ואין עלי מצוה לפרוע חובת אבא דלא אמרינן מצוה לפרוע חובת מורישיהן אלא היכא דבא מכח אותו מוריש שהוא חייב לאותו בע"ח אבל היכא דיכול לבוא מכח אבי אביו והוא אינו חייב לבע"ח א"צ לפרוע וע"ש בביאור רחב וא"כ הכא דהבת בע"ח דאחין ויכולין לגבות מן הראוי אע"ג דאינו אלא מנכסים של אביהם ה"נ של אביהם הוא דאע"ג דכתיב תחת אבותיך יהיו בניך מ"מ האב קודם לכל יוצאי יריכו ואמרינן דאביהם יורש בקבר והבנים מיניה קא ירתי מש"ה צריך האח לפרוע כיון דמ"מ עליו מוטל לפרוע אותו החוב כיון דבנות בע"ח דאחין הן אמרינן דזה נכסי אביו ודו"ק היטב.

ס"ק ג

יש אומרים דוקא למעוטי מעישור נכסים אבל לא להרבות בתוס' פ' נערה דף נ' ד"ה ומאי עלי' כתבו וז"ל בפ' מציאת האשה דף ס"ח פי' ר"ח דהא דאמר שמואל שמין באב לא ליפות כח הבת ליתן לה יותר מעישור נכסים אם האב היה ותרן אלא לגרוע כחה וליתן לה פחות מעישור נכסים אם אנו יודעין שהוא עצרן כו' כדאי' פ' מציאת האשה מעשה ונתן לה רבי עד שנים עשר בנכסים ולקמן נמי משמע דדוק' עד עישור שרי רבנן טפי לא דאי' עיבור' אחסנת' דפריך מי איכ' מידי דרחמנ' אמר ברא לירות ברת' לא תירות ומתקני רבנן כו' ומסיק עד כמה משמע עד כמה שרו רבנן אע"ג דדמי לעיבור' אחסנת' עד

עישור נכסי כו' וא"ת דבפ' מציאת האשה תנן ר' יהוד' אומר אם השי' את הראשונה ינתן לשניה כדרך שנתן לראשונה ומשמע אפי' נתן לראשונה יותר מעישור נכסי מדקמהדרי ליה רבנן פעמים שאדם עשיר והעני פי' עשיר בדעת והעני בדעת ולא יתן לזאת כמו שנתן לראשונה אלא שמין את הנכסים ועישור נכסים יתנו ולא יותר ושמואל דאמר שמין באב כר"י ס"ל עכ"ל וכן הקשה הרא"ש ז"ל ע"ש. ולפענ"ד נראה דשיטת הר"ח הוא דלא ס"ל לרבנן ולר"י עישור נכסים אלא לרבי לחודי' הוא דס"ל הכין ואנן קי"ל כותיה אבל ר' יהודא ורבנן היכא דאמרי שמין את הנכסים אין כונתן לשום הנכסים וליתן לה עישורן אלא כמ"ש הר"ן דשמין את הנכסים אין הפירוש עישור כפירש"י ותוס' אלא גונ' אחריתי דהיינו שמין ורואין שכנגדן היאך מתפרנסות מנכסים כיוצא בהן וכ"כ בשטה מקובצת ז"ל ובודאי דלר' יהוד' כל היכא דליכ' אומדנ' דאב אזלינין בתר שומת הנכסים כרבנן והכי מוכח בתוספת' דגרסי התם כיצד הבנות ניזונות ומתפרנסות מנכסי אביהן אין אומרים אלו אביהן היה קיים כך וכך היו נוטלות אלא רואין שכנגדן כיצד ניזונת ומתפרנסות ונותנין להן רבי אומר כל אחת ואחת נוטלת עישור נכסים ר' יהוד' אומר אם השי' בת הראשונה ינתן לשניה כדרך שנתן לראשונה ע"ש ואמרינן לקמן אליב' דרבי כי איכ' אומדנ' לא אזלינן בתר עישור נכסים וא"כ מאי איכ' בין ר"י לרבי ואין לומר דלר"י כי ליכ' אומדנ' לא שקלי מידי הלכך ע"כ לר"י כי ליכא אומדנ' אזלינן בתר שומת הנכסים כרבנן וג' מחלוקת בדבר והלכת' כרבי הריטב"א ז"ל וכן פי' הריב"ש דהא דתנן שמין את הנכסים לא היינו עישור נכסים אלא שמין את הנכסים ורואין את שכנגדן שיש לה עוש' כזה כמה נותנין לבתם ורבי לחוד הוא דאית ליה עישור נכסי כו' משמע דג' מחלוקת בדבר עכ"ל וכיון דלר' יהוד' לית ליה עישור נכסי אלא שמין בנכסים כיוצא בהן מש"ה ס"ל דכי איכ' אומדנ' ינתן לשניה כדרך שנתן לראשנה ולדידיה ליכ' קצבה כלל לכך אין לחלק בין להוסיף או לגרוע דהא אין כאן קצבה ידוע אלא אומדנ' דנכסים והיכ' דאיכ' אומדנ' דאב אזלינן בתר אומדנ' דאב לגמרי אבל לדידן דקי"ל כרבי דלא אזיל כלל בתר אומדנ' דנכסים אלא אחר קצבה ידועה דהו' עישור נכסים הלכך אפילו איכא אומדנ' דאב לא אזלינן בתרה אלא לגרוע ולא להוסיף כיון דאית לן קצבה ידועה דעישור נכסי מחז' כעבורי אחסנת' כשמוסיפין וזה ברור. והתוס' והרא"ש שהקשו על הר"ח מהא דא"ר יהודא ינתן לשני' כדרך שנתן לראשונה ומשמע אפי' להוסיף היינו משום דאינהו מפרשי שמין הנכסים היינו לעישו' אבל למאי דמפרשי הריטב"א והר"ן והריב"ש דשלש מחלוקת בדבר אתי שפיר ולא תקשי כלל ובחידושי פני יושוע כתב וז"ל מיהו יש עוד שטה אחרת בזה דדעת הראב"ד ז"ל דר"ח גופי' לא קאמר אלא באומדנא

דאיירי בי' שמואל הוי דוקא לפחות משא"כ השיאה דאיירי בי' ר' יהודא הוי אף להוסיף עכ"ל וקשה דהא אמרו בגונ' אהא דשמואל ולימא הלכה כר' יהודא אי אמר הלכה כר' יהודא ה"א דוקא השיאה דגלי דעתי' אבל לא השיאה לא קמ"ל טעמא דאזלי' בתר אומדנ' ל"ש השיאה ול"ש לא השיא' והאי דקתני השיאה להודיעך כחן דרבנן כו' ולדברי הראב"ד ז"ל ה"ל למימר האי דקתני השיאה לומר דינתן לשני' כדרך שנתן לראשנ' ואפי' להוסיף ואילו לא השיא' לא אזלינן בתר אומדנ' אלא לגרו' ולא להוסיף וגם בעיקר דברי הראב"ד ז"ל צריך טעמ' כיון דל"ש השיא' ול"ש לא השיאה אזלינן בתר אומדנא מהיכי תיתי מפלגינן לענין להוסיף בין השיאה ללא השיאה ולכן נראה בטעמו של הראב"ד ז"ל דכיון דאפי' בחיי האב אין לו לכתחלה להוסיף על עישור נכסי דה"ל כמו עבורי אחסנתא וכמ"ש הר"ן פ' מציאת האשה והרא"ש פ' נערה וכ"פ רמ"א סעיף י"א ועיק' אומדנ' הא לפי מה שהוא האב אם עצרן או ותרן ומש"ה אם הוא אמוד לנו שדעתו רחבה אכתי לא מוכח שהי' מפזר לבתו יותר מעישור נכסי דאפשר דמאמר חז"ל הי' מעכבהו שלא הי' נותן יותר כיון דאסרו חכמי' ליתן יותר מעישור נכסים ואמרי' שלא הי' עובר על דעת חכמים אבל היכא דחזינן שנתן לראשנה יותר מעישור נכסים ולא עכבהו מאמר חז"ל שפיר אמרי' דינתן לשני' כדרך שנתן לראשונה משא"כ לפחות מעישור נכסים אזלינן בתר אומדנא אפי' לא השיא את הראשנה דכיון דידעינן בי' דהוא עצרן וקמצן אמרי' מסתמא גם לבתו לא יתן ואע"ג דמצוה הוא ליתן עשור נכסים אינו אלא מצוה בעלמא וכיון שהוא קמצן ה"ל כאומר אל יתפרנסו בנותיו מנכסיו בעישור נכסים ומידי ספיקא לא נפקא לכך לפחות אזלינן בתר אומדנא ולא להוסיף דאיכא איסורא דרבנן מחזקינין לי' שלא הי' עובר על ד"ח ואמנם ר' יהודא ורבנן דמתני' ס"ל דאזלינן בתר אומדנא דנכסים ולדידהו ליכא לאפלוגי בין השיאה ללא השיאה וכמ"ש ותו לק"מ:

ועיין בשטה מקובצת פ' מציאת האשה שכתב ז"ל כתב ר"ט דכי אזלינן בתר אומדנא דאב ה"מ לפחות מעישור נכסים כו' ועוד יש ראי' מדאמרי' פ' נערה תקנו כתובת ב"ד שיקפוץ אדם ויתן לבתו כבנו ואמרי' עד כמה עד עישור נכסי אלמא אפי' בחייו לית לי' למיהב טפי כו' ואין ראי' כלל כו' והא דפ' נערה נמי כיון דבחייו מיירי ליכא למימ' שאם רצה להוסיף לה שלא יוכל להוסיף אלא תלמודא דבעי עד כמה היינו עד כמה היא אמידה בינונית לתת לבתו כו' וע"ש:

והנה לכאורה משמע בש"ס דבחייו אינו יכול להוסיף בעובדא דרב פפא דאתעסק לברי' בי אבא סוראה שמע יהודא כו' מרימר נפק אתא אתחזי לי' כו' חזי' דלא הוי ניחא לי' א"ל מאי דעתך משום דא"ל שמואל לרב יהודא שיננא לא תהוי בעבורי אחסנתא כו'

וע"ש הרי דאינו יכול להוסיף אפי' בחייו איברא כד מעייניגן אשתכח איפכא דמוכח מהתם דמדעתי' ליכא איסורא להוסיף דאמר התם האי נמי תקנתא דרבנן היא כדא"ר יוחנן משום ר' שמעון בן יוחאי כו' אלא הני מילי מדעתי' אבל לעשוי לא וכו' וא"ל יהודא בר מרימר מעלי דידי עשוי הוא וע"כ לענין יותר מעישור נכסים מיירי דאי לענין עישור נכסים בלחוד הוא אמאי אשתמיט יהודא והיכי קאמר מעלי דידי עשוי הוא כיון דרב פפא לא הי' חפץ יותר מעישור נכסים ומה בכך דה"ל עישוי כיון דראוי ליתן לה עישור ומצות חכמי' כך היא אלא ודאי משמע דר"פ רצה יותר מעישור נכסי לכך קאמר לי' יהודא בר"מ מעלי דידי עשוי הוא ומ"מ מוכח דמדעתי' יוכל להוסיף אפי' ביותר מעישור ודברי הר"ן והרא"ש שכתבו דמחיים נמי אין לו להוסיף צ"ע (הגה"ה ועיין בשטה מקובצת פ' מציאת האשה שכתב בשם הריב"ש שמצא בפסקי הרב ר' ישעי' מטראני' דלעולם אין מוסיפין לבת על חלק הבן כדאמרי' לעיל כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו כבנו אבל טפי מבן לא דאי לת"ה זמנין דמתעקרא נחלה דאורייתא כשנתן לראשנה כל מה שהי' לו ואם יתן עתה לשני' כמו כן הבן נקי אלא די' שתטול כחלק הבן וע"ש שכתב דרבי הי' יכול להשיב כשהקשו לו לדבריך הניח עשר בנות ובן אין לו לבן במקום בנות כלום וה"ל להשיב היכא דמיעקרא נחלה דאורייתא לא קאמינא אלא דקושטא דמלתא קא מהדר לי' דעישור כל מה ששיירה כל אחת ולא עישור כל הנכסים הן נוטלות ע"ש וא"כ אסור להרבות לבת יותר מחלק שיגיע לבן כיון דעל זה לא היתה התקנה כלל אלא כבנו ולא טפי מבנו וק"ל.)

ס"ק ד

כפי הממון שהניח כתב ב"ש ז"ל ועיין סימן נ' שם ישבתי בטוב טעם דלא תקשי מ"ש שם דאם מת הפוסק פטורין היורשין ליתן לה אותו הסך שפסק וכאן אמרי' שנותנין לשני' כל מה שנתן לראשנה מכ"ש דיש ליתן לה מה שפסק לה אבי' ע"כ ושם בסימן נ' כתב ליישב דמיירי שירד מנכסיו אחר שפסק וסיים שם ז"ל וראוי לאומדו לפי הממון שהניח בשעת מותו א"כ אם הוא במעמד אחד חייב ליתן כמה שפסק עכ"ל וע"ש ועיין שם שכתבנו דאפי' אם הוא במעמד אחד דוק' לבת הוא דנותנין ואזלינן בתר אומדנא משום דמצוה הוא שציוו חז"ל ליתן פרנסה לבתו לכך אזלינן בתר אומדנא אבל בבן לא אזלי' בתר אומדנא דאע"ג דנתן לבן אחד נדוני' גדולה אין נותנין לבן השני כנגדו ומשום דע"י אומדנא שרצה האב ליתן עדיין לא קנה הבן ואפי' מצוה לקיים דברי המת לא שייך באומדנ' ואפי' אמר בפירוש בעודו בריא שיתן לבנו כך וכך אין בו משום מצוה לקיים דברי המת אא"כ השליש מתחלה כך וכמ"ש בש"ע ח"מ סימן רנ"ב וא"כ בפוסק לבן אפי'

הוא במעמד הראשון פטורין היורשים וע"ש. ולפ"ז נראה דה"ה אם היא בוגרת כשפוסק לה לדעת הרא"ש וטור ורמ"א דפסק כוותייהו נמי אין הבנים צריכין ליתן לה אפי' הוא במעמד הראשון כיון דבוגרת לית בה תקנתא דפרנסה א"כ לא מהני בה אומדנא ולא קנתה אא"כ השליש מתחלה לכך ודומה ממש לבן וכמ"ש ואם היתה קטנה או נערה בשעה שמת האב ואח"כ בגרה כבר זכתה עם מיתת האב במה שפסק לה ולא הפסידה במה שבגרה ואפשר דאפי' מחאה אינה צריכה לכשתבגר ואפילו אינה ניזונת מן האחין דעדיפ' משאר בוגרת כיון דפסק לה האב סמכה דעתה על הפסיקה ולכך לא מחאה. אלא דבעיקר הקושי' שהקשה ב"ש גבי פסק ומת אמאי פטורין היורשין כיון דפסק רמ"א דנותנין לשני' כדרך שנתן לראשונה כ"ש בזה שפסק לה וע"ש בב"ש נראה לענ"ד דהכא שאני שהוא רוצה לתת לבתו כך וכך אבל התם בפוסק אינו מחייב עצמו כלל לבתו אלא לאבי הבן גם לאבי הבן אינו מחייב עצמו אלא לקנסו שאם לא יתן הנדן יתן חציו לקנס ולא הוי אומדנא שרוצה הוא ליתן לבתו כך וכך והרבה פעמים כשהותר התקשרות התנאים והשדוכים עם מי ששידך האב פוחת או מוסיף עם השני ואין זה אומדנא על הבת אא"כ נתן להבת וכהאי דנתן לראשנה אבל שידוכין אינו אלא לאבי הבן ולקנסו לחוד זהו הנראה לענ"ד ודו"ק:

(ויש להביא ראי' לדברי מורי ז"ל מהא דלעיל סימן נ"ב סעיף ג' וד' דמחלקינן בין פוסק לחתנו דאז אין ליבם כלום וכן אם נשאת לאחר אין לו כלום ואם פסק לבתו אפי' אמר ע"מ שתנשא סתם אם מת הארוס ונתיבמה או נתקדשה לאחר זכתה במעות וע"ש בב"ש סק"ח מוכח שם דיש חילוק בין פוסק לחתנו לפוסק לבקו ודו"ק):

סעיף ז

ס"ק ה

מפני שהקטנה אינה בת מחאה כתב המרדכי ז"ל יתומה שהשיאה אחי' או אמה מדעתה פירש"י מדעתה לרבותא נקט דאפי' שנתרצית אין מחילתה מחילה וכתב רבינו ברוך דאפי' אם הגיעה לכלל פעוטות אמרי' בהנזקין מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין וה"ה מחילתן דמ"ש מ"מ יכולה היא להוציא שהרי לא מחלה להדיא אלא נתרצית ולקחה מה שנתנו לה ושתקה תדע דפרכינן מינה טעמא דקטנה הא גדולה ויתרה ואם איתא דמתני' מיירי במחלה להדיא ואמרה מחול לך מאי הוי פריך וליכ' למימר משום דפרנסה לא גבי' אלא ממקרקעי מש"ה לא הוי מחילתה מחילה כדקי"ל למכור בנכסי אביו דהיינו במקרקעי עד שיהא בן עשרים דא"כ מאי אריא קטנה אפי' בוגרת נמי עכ"ש. ובס' בית מאיר ראיתי שכתב ז"ל ודברי המרדכי צ"ע דמה ענין מחילה למכירה דמחילה

למתנה דומה דקי"ל בח"מ סימן רל"ה דמועיל אף בנכסי אביו אחר שהגדילו ע"ש ונראה כיון דתנן יתומה שהשיאה אמה ואחי' מדעתה וכתבו לה במאה או בחמשים זוז יכולה היא לכשתגדיל להוציא מתחת ידן כו' אין זה מתנה אלא מכור' כיון שנתנו לה מאה או חמשים ועיין פ' מי שמת דף קנ"ו דאמרי' קים להו לרבנן דינוקא מיקרבא דעתי' גבי זוזי ואי אמרת זביני זביני זמנין דמקרקשי לי' בזוזי אזיל ומזבון לכולהו נכסי דאבוהו אבל גבי מתנה אי לאו דה"ל הנאה מיני' לא הוי יהיב לי' מתנה אמרי רבנן תיהוי מתנתו מתנה דליעבדו להו מילי כו' ע"ש הרי לפנינו דעיקר החילוק הוא אם קיבלה מעות או לא וכיון דלא מחלה בחנם אלא במאה או בחמשים יכולה היא להוציא אפי' אחר שבגרה עד עשרים שנה ושפיר הקשה המרדכי דאם אית' דיש לה דין קרקע הא קי"ל דלמכור בנכסי אביו עד עשרים וניחא בזה הא דתנן ופסקו לה במאה או בחמשים כו' ולא נקט רבותא יותר דאפי' לא פסקו לה כלום יכולה היא להוציא משתגדיל ויהי' רבותא הא גדולה מחלה אפי' לא פסק לה כלום ולפמ"ש הכי רבותא טפי דאפי' פסקו לה במאה גדולה ויתרה אע"ג דגבי מכירה הנכסי אביו עד עשרים הכא מהני ובטעמא דמרדכי דמהני הכא מחילה ולא הוי כמו קרקע דעד עשרים בנכסי אביו כתב ב"ש ז"ל דין זה דומ' למחילה ומכירת מטלטלין אף ע"ג דלדינ' דש"ס אינה גובה אלא ממקרקעי מ"מ מחילת זכות שלה הוי כמו מטלטלין ואם מחלה בפירו' מהני כשהגיע לכלל פעוטות עכ"ל ובס' בית מאיר שם כתב ז"ל וסברת המרדכי דמחילת זכיה לא נחשב אלא מטלטלין וע"כ ר"ל כיון דאין לה אלא שיעבוד על הקרקע ואי בעי מסלקי לה בזוזי נחשב כמטלטלי ולענ"ד ממה דקי"ל כפירת שעבוד קרקעות חשיב ככפירת קרקע עצמה משמע כסברת הרשב"א עכ"ל. ואין זה ראי' דהא הביא ב"י בח"מ סימן רצ"ה בשם הרשב"א דאע"ג דאין יכול למכור קרקעותיו פחות מבן עשרים מ"מ יכול הוא לשעבדן ע"ש וכ"פ שם רמ"א בהגהה ע"ש מוכח דגם הרשב"א גופיה מחלק בין דין שבועה למכירה דלענין שבועה הוי שיעבוד קרקע כקרקע ולענין מכירה שיעבוד לא הוי כקרקע ואף שאינו יכול למכור יכול לשעבדן אלא דס"ל להרשב"א דאע"ג דלשעבדן יכול אבל למכור שיעבוד קרקע אינו יכול א"כ אין כאן קושי' על המרדכי שמשוה מדותיו ויותר נראה לענ"ד דגם הרשב"א דס"ל דאפי' מחלה בהדי לא מהני ומשום דלדינ' דש"ס לא גבי אלא מקרקע וה"ל כקרקע היינו פעוטות דאין במעשיו ממש אלא לענין מטלטלין לכך ס"ל דמכירת שיעבוד קרקע ה"ל לענין זה כקרקע דלא הוי בדין פעוטות אבל הגדיל דיכול למכור אפי' קרקעות רק בנכסי אביו בעי' עשרים אבל בשאר קרקעות דאינן משל אביו לא בעי' עשרים מודה הרשב"א דיכול למכור שעבוד קרקע אפי' משל אביו דאין זה נכסי אביו

ועמ"ש בקצה"ח סימן רל"ה סק"ג במ"ש רמ"א שם דשט"ח דינו כמטלטלין ושם כתבנו בשם תשוב' הרשב"א ת"ב סימן רי"ט שנסתפק בשטרות דאפשר דין קרקע יש לו ע"ש והיינו משום דבשטר יש שיעבוד קרקעות ומש"ה אינו בדין פעוטות אבל לאחר שהגדיל יכול הוא למכור אפי' בשט"ח שירש מאביו משום דלא בעי' עשרים אלא למכור בקרקע ממש אבל שיעבוד קרקעות יכול למכור אפילו עדיין אינו בן עשרים שהרי יכול הוא לשעבד קרקע שירש מאביו ה"ה למכור השיעבוד וניחא בזה דלא תקשי לדעת הרשב"א מה שהקשה במרדכי דכיון דדינו כקרקע אמאי אמרינן הא גדולה ויתרה הא בנכסי אביו צריך שיהא בן עשרים וא"כ אפי' בוגרת נמי לא ויתרה ולפמ"ש ניח' דבהא דאינו אלא שיעבוד קרקע לא בעי' עשרים וכמ"ש ומ"מ צריך שיגדיל ויצא מכלל פעוטות ודו"ק. ועוד נראה פשוט דהרשב"א לטעמי' דס"ל דוק' בן בנכסי אביו דהוי ירושה המצוי צריך שיהא בן עשרים אבל בת בנכסי אביה כיון שהגדילה אע"ג שאינה בת עשרים יכולה למכור בנכסי אביה וכמ"ש ב"י בשמו בח"מ סימן רל"ה ע"ש מש"ה ניחא דגדולה ויתרה ע"ש ודו"ק ועמ"ש לעיל סימן קי"ב סעיף ג':

ס"ק ו

ואם נשאת הבת אחר שגדלה. כתב הטור ז"ל וכתב הרמ"ה דאירוסין בנערות חשיבי כנשואין ואם אין פוסקין לה מזונות צריכה למחות ואין נראה כן לדעת התוס' עכ"ל ונראה טעמא דרמ"ה משום דאמרו בש"ס שם הא דמחאי הא דלא מחאי ה"נ מסתבר' דא"כ קשי' דרבי אדרבי דתני' רבי אומר בת הניזונית מן האחין נוטלת עישור נכסים ניזונת אין שאינה ניזונת לא אלא לאו ש"מ הא דמחאי הא דלא מחאי ופירש"י ניזונת אין אם באה לינשא בעודה ניזונת דהיינו בקטנות או בנערות וכיון דקי"ל ארוס' אין לה מזונות מן האחין א"כ אחר אירוסין היכי מצי' לתבוע פרנסה מן האחין כיון דתו אינה בת הניזונת אלא ע"כ דאירוסין חשיב נמי כנשואין וצריכה מחאה ודוק' קטנה אפילו נשאת אין צריכ' מחאה אע"ג דמפסד' מזונות דקטנה לאו בת מחאה היא אבל נערה דבת מחאה היא צריכה למחות משעת אירוסין דמפסד' מזוני מיהו לפמ"ש תוס' שם ד"ה בין נשאו עד שלא בגרו דרבי לית דרב דאמר בסוף פ' נערה דהוי' דאירוסין ע"ש א"כ מוכח איפכ' דאירוסין לא חשיב כנשואין ואין צריכה מחאה דהא דקאמר רבי בת הניזונת מן האחין יש לה עישור נכסים וארוסה עדיין ניזונת היא מן האחין ואית לה פרנסה דהא כשאינה ניזונת דהיינו בגרה או נשאת כשהיא נערה דאינה ניזונת לא אבדה פרנסתה אלא כשלא מחתה א"כ בניזונת אפילו לא מחתה לא אבדה ולרבי ארוסה בת הניזונת היא ומש"ה כתב הטור ואין נראה כן לדעת התוס' וב"ש כתב בכונת הטור דרך אחרת

והדברים פשוטי' כמ"ש. ובחידושי פני יושע עמד בכונת התוס' במה שהוכיחו דרבי לא ס"ל הך דרב דבלא"ה מוקי בפ' נערה להא דרב כתנאי ולכאורה נראה דכונת התוס' להוכיח מכאן דלית הלכתא כרב כיון דמסקינן בשמעתי' דהלכ' כרבי ומשמע דלגמרי הלכ' כמותו בכל מילי דשמעינן מיני' מהך מימרא דילי' בהך בריית' כו' אלא דבאמת כל הפוסקי' כולם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש כתוב דהלכ' כרב ולא הביאו שום חולק וא"כ צ"ל כו' אפ"ה הלכה כרב דלא פסקינן כרבי אלא לענין פרנס כו' ע"ש. ולפמ"ש נראה דכונת התוס' דנ"מ לענין פרנסה דאירוסין אם צריכ' מחאה דכיון דרבי ס"ל דארוסה אית לה מזונו' מן האחין א"כ הא דקאמר רבי בת הניזונת מן האחין נוטלת עישור נכסי אפילו בלא מחא' ארוסה נמי בכלל דהא עדיין ניזונת מן האחין היא א"כ לדידן נמי אע"ג דק"ל ארוס' אין לה מזונות מ"מ בפרנס' לא אשכחן מאן דפליג עליה דרבי וא"כ ארוסה יש לה פרנס' בלא מחאה זה נ"ל ברור בכונת תוס' ודו"ק.

ס"ק ז

מי שציוה לתת לבתו שליש וכתב ב"ש ז"ל היינו מטעם דלא אמרו חז"ל שויתרה אלא בכה"ג שהוא תקנת חז"ל אבל שאר זכות לא הפסידה אפי' אם שתקה ועיין בגוף התשובה ויש שם ט"ס בסוף התשובה מ"ש שם יותר משליש וצ"ל פחות משליש עכ"ל, ומזה קשיא לי במ"ש הרב המגיד פכ"ט מהל' מכירה על מ"ש הרמב"ם שם אבל אם כשנעשה בן עשרים לא מיחה שוב אינו יכול למחות אפילו היה קטן כשמכר וכתב עלה הרה"מ ז"ל ואפשר שלמד הרב ז"ל דין זה ממ"ש במתקדשת למיאונין כיון שגדלה שעה אחת שוב אינה יכולה למחות ואע"פ דהאי ממונא ושם איסורא מ"מ גם זה מדין שתיקה כו' וכן גבי פרנסה אמרו שאם לא מיחתה הפסידה עכ"ל והנה מה דקשיא לן בראי' שהביא ממתקדשת למיאונין כבר מבואר אצלנו בקצה"ח סימן רל"ה סק"י איברא האידנא קשיא לן במה שהביא ראי' מפרנס' דהא לפמ"ש הרשב"א זה אינו אלא בפרנס' דוקא ומשום שהוא תקנת חז"ל אבל שאר זכות לא הפסיד' בשתיקת' והתם כשמכר כשהוא קטן דמדינא יכול לחזור בו דהא משמע דאפילו קטן ממש שמכר כיון שהגדיל שעה אחת ולא מיחה שוב אינו יכול למחות וצ"ע ועיין בתשו' מהר"מ אלשיך סימן י"ז שכתב ז"ל ולענין המחאה דליכא עדי מחאה כו' לכאורה משמע דדמיא להא דגרסינן בפ' מציאת האשה כו' הא דרבי כשמיחתה על פרנסתה כו' וא"כ בנ"ד משמע כיון דראובן הוא גדול כד אינסיבת דינה היה צריך למחות ומדלא מיחה חיישי' דמחל כו' ולאו מלתא הוא דמאן דאסק בחברי' ממונא כו' לית דין ולית דיין משום דלא תבע נימא דמחיל לי' כו' וע"כ לא אמרו דצריך למחות אלא בפרנסה דלאו ממונא דבת היא אלא משום דחכמים

תקינו לה ותקנה בעלמא היא כדאמרינן פ' נערה ואסמכינהו אקרא ואת בנותיכם תנו לאנשים דנלבשה ונכסה וניתב לה מידי כי היכי דקפצי עלה אינשי ונסבי לה וכ"כ הרמב"ם ז"ל פ"ק מאישות ציוו חכמים שיתן אדם מנכסיו מעט לבתו כדי שתנשא בו עכ"ל הרי דאינו אלא ציווי בעלמא ואינו ממונא דילה כו' ומש"ה התם איכא למימר דויתר' עכ"ל ודבריו נכונים שכ"כ הרשב"א לענין מי שציוה לתת לבתו שליש:

סימן קיד

סעיף א

ס"ק א

אם הוא עיכב צריך לפרוע כו' כתב ב"ש ז"ל הרא"ש מדמה דינים אלו לגזלן דצריך לשלם כשעת הגזילה לכן אפילו אם רוצה לזון עכשיו משלם כשעת הגזילה ע"ש ומזה ראי' לדברי מוהרש"ל שכתב במלוה לחבירו לזמן ובזמנו היה תובעו והוא דחהו בלך ושוב ובין כך נפסל המטבע דחייב לשלם מטבע היוצא אח"כ והובא בש"ך סימן ע"ד והשיב עליו וגם בתומי' שם כתב וז"ל איברא אף דאין למהרש"ל ראי' משם מ"מ אפשר דדינו אמת הואיל ודחהו בלך ושוב היה גרם בהפסדו ואלו פרעו בזמנו היה מוציאו במקום אחר אך מ"מ לא נראה לי חדא דהא גרם בעלמא הוא ועוד מתוס' דהקשו שם למה בלא התנה נותן לו מטבע הנפסלה הא בגזל אומר לו הרי שלך לפניך משמע דלולא המטבע בעין אינו יכול לומר הרי שלך לפניך ובמלוה להוצא' ניתנה ה"ל כאלו אינה בעין וקשה מאי קשיא ליה הא בגזל הפסידו דלולא שגזלו היה מוציאו בדוכתי טוב' קודם שנפסל וגרע מהלוה שדחה למלוה בלך ושוב כי שם דרך הלווים כך משא"כ גזלן הרשיע לעשות וגרם רעה לחבירו וע"כ צ"ל דבשביל כך אין לחייבו ממון ומכ"ש בעובדא דמהרש"ל ולכן ברור דאין להוציא מיד המוחזק עכ"ל והנה לפנינו ראיה ברורה דכל שהעיכוב מן הלוה ה"ל הגזילה ממש וכל דליתי' בעין משלם כשעת הגזילה והלואה נמי ה"ל ליתי' בעינא וכמו הכא בפרנס' דצריך לשלם כשעת היוקר כל שהעיכוב ממנו. ובזה יתיישבו דברי תוס' פ' הזהב דף מ"ד ד"ה נ"מ למקח וממכר ע"ש דנ"מ אם מכר לו חפץ בכ"ד איסרין כשהן הולכין כ"ד בדינר והמתין עד שהוקירו לא יאמר אתן כ"ד איסרין אלא יתן לו דינר ע"ש והוא תמו' דהא אינו צריך ליתן אלא אותו מטבע שפסק ואע"פ שהוזל ובתשו' מוהרשד"ם סימן ס"ה הביא מזה ראיה דפוסק על המטבע והוזל משלם כשעת היוקר ע"ש אבל כבר הלכה מרווחת בישראל דאין צריך לשלם אלא אותו מטבע שפסק

אע"ג דהוזלו אח"כ ולפי מ"ש אפשר ליישב דברי התוס' שהעיכוב היה מן הלוקח שלא סילק כראוי ודחהו בלך ושוב לכך משלם כשעת היוקר ודו"ק.

ס"ק ב

צריך לפרוע לה כזמן היוקר וכתב בט"ז בהוקרו מזונות דצריך לקיים כפי מה שפסק היינו דוקא ביוקר דשכיח אבל יוקר דלא שכיח הוי כאונס דלא שכיח והובא בב"ש ע"ש ולענ"ד אינו נראה כן מדברי תוס' פ' נערה דף נ' ד"ה ומאי עלי' דשם ס"ל דבמזונות ה' שני' חייב נמי ברפואה שאין לה קצבה דה"ל בכלל מזונו' ע"ש ואע"ג דחלה ה"ל אונס כדמוכח רפ"ק דכתובו' ע"ש ואפי' הרא"ש דס"ל פ' הנושא דבמזונות ה' שני' אינו חייב ברפואה שאין לה קצבה אינו אלא משום דס"ל שם דרפואה אינה בכלל מזונות היכא שמקבל על עצמו לזון את חבירו ע"ש. ואי נימא דיוקר דלא שכיח אע"ג דהוי מזונות ה"ל אונס ולא מיחייב בי' א"כ מה"ט גופי' נמי לא מיחייב ברפואה דה"ל אונס ואע"ג דתוס' והרא"ש רפ"ק דכתובת דף ג' ד"ה איכא דאמרי שם מחלקין בין אונס לאונס וכתבו דחלה ה"ל אונס דשכיח ולא שכיח ע"ש התם שאני לגבי גיטין דאמרו רבנן דאין אונס בגיטין משום צניעות ופרוצות ובאונס דלא שכיח כלל לא שייך טעמא דצנועות ופרוצות ע"ש אבל בחלה הוי אונס דשכיח ושייך טעמא דצנועות ופרוצות אבל פשיטא דכ"ע מודו דחלה הוי אונס גמור וכיון דחזינן דחייב ברפואה ה"ה ביוקר בין שכיח או לא שכיח כיון שהתחייב במזונות אין חילוק כן נראה לפענ"ד.

סעיף ד

ס"ק ג

ודוקא שקנו מידו או שחיי' עצמו במזונותי' בשטר ולדעת הרמב"ם פי"א מהל' מכירה לא מהני קנין או שטר אלא בשעת נשואין דה"ל כעין דברים שנקנין באמירה אבל שלא בשעת קדושין ונשואין לא מהני קנין או שטר בחיוב מזונות דהוי דבר שאינו קצוב ובכסף משנה שם הביא ראי' לדברי הרמב"ם מהא דאמרו ר"פ הנושא בנות דלא הויין בשעת קנין לא מהני להו קנין מי לא עסקי' דהויין בשעת קנין וה"ד כגון שגירשה ואהדרה ומדקאמר כגון דגרשה ואהדרה משמע דבעי' דוקא שעת נשואין כו' ושלא בשעת נשואין לא מהני שום קנין בדבר שאינו קצוב וע"ש. ואיכא למידק דנהי דאין אדם יכול לחייב עצמו בדבר שאינו קצוב אבל זה שכבר נתחייב במזון הבנות מתנאי ב"ד אלא דלא נשתעבד לגבות ממשועבדי' אמאי לא יועיל הקנין לשעבד נכסיו אפי' לדבר שאינו קצוב דהא כתב בעה"ת ליישב דברי הרמב"ם ז"ל במה שהקשו עליו מהא דאמרו פ' עשרה יוחסין ובפ' יש נוחלין יכיר למה לי ומשני בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן הניחא לרבנן

דס"ל אין אדם מקנה דבר שלבל"ע אלא לר"מ מאי איכא למימר ולדעת הרמב"ם מאי פריך לר"מ הא אפילו לר' מאיר לא מצי יהיב נכסים שיפלו לו לאחר מיכן דה"ל דבר שאין לו קצבה, ותירץ בעה"ת דלר' מאיר דס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע גם דבר שאין לו קצבה יכול להקנות והרמב"ם פסק לדידן דקי"ל כרבנן ע"ש ואנן קי"ל דשיעבוד לרבנן כמו קנין לר"מ ומה"ט יכול לשעבד דאקני דה"ל דבר שלבל"ע וא"כ גם דבר שאין לו קצבה יכול לשעבד ולפ"ז הכא כבר נתחייב במזון הבנות ע"י תנאי ב"ד ואין הקנין מועיל אלא לענין שיעבוד נכסי קשי' אמאי לא מהני ועיין ביאור דברי הבעה"ת בקצה"ח סימן ס' סק"ג. ונראה דטעמא דלר' מאיר יכול להקנות דבר שאין לו קצבה כמו שיכול להקנות דבר שלבל"ע הוא משום דסוף הדבר לבא לידי קצבה ולכך יוכל להקנותו אלא דלרבנן לא מצי מקני כיון דהשתא הוי דבר שאין לו קצבה וכיון דהשתא לא חייל לבתר הכי נמי לא חייל ומשו' דמי איכא מידי דהשתא לא חל ולבתר הכי חייל אבל לר"מ דס"ל באומר לאחר שאתגייר או לאחר שתתגיירי דחיילי קדושין לאחר שנתגיירו מש"ה בדבר שאין לו קצבה נמי מהני והא דשיעבוד לרבנן הוי כמו קנין לר"מ היינו דחייל לאחר שבא לעולם ולא קודם כדאמרינן בדאקני לוה ולוה וקנה ומכר לתרווייהו משתעבדי וכמבואר בפרק בפ' מי שמת ובטוש"ע ח"מ סימן קי"ב ע"ש וא"כ ה"ה בשיעבוד של דבר שאין לו קצבה נמי לא חייל אלא בתר דהוי לי' קצבה לכך לא טרפי בנו' ממשעבדי ששיעבדן האב דהא בחיי אביהן ה"ל דבר שאין לו קצבה ועדיין לא חל השיעבוד על הנכסים ולהכי לא משכחת לה דמהני קנין למזון הבנות לטרוף ממשעבדי דאבוהון אלא בגירשה ואהדר' דבשעת נשואין גמר ומקני אפילו דבר שאין לו קצב' משום דהן הן דברים הנקנין באמיר' ואלים קניני' ומשתעבדי נכסי תיכף ומיד בשעת הנשואין וטרפי ממשעבדי ששיעבד אביהן אע"ג דאז הי' עדיין דבר שאין לו קצב' ודוק:

וראיתי בחידושי פני יושע ר"פ הנושא וז"ל ונראה לענ"ד דהרמב"ם ז"ל ורבותיו מסברא דנפשייהו פשיטא להו דהבא להתחייב בדבר שאינו חייב כלל לא עדיף ממתנה גמורה וכיון דבמתנה ואפילו במכר כ"ע מודו דלא מהני בדבר שאין לו קצבה אפילו בקנין ה"ה למתחייב כה"ג ועל זה מורה לשון הרמב"ם ז"ל שכתב להדיא בדין המתחייב בדבר שאינו חייב הרי זה כמו מתנה עכ"ל וע"ש ותמיהני במ"ש דבמתנה ואפילו במכר כ"ע מודו דלא מהני בדבר שאינו קצוב והרי לפנינו דברי הבעה"ת שכתב שהקשו על הרמב"ם מהא דפרק י"נ יכיר ל"ל לנכסים שנפלו לו לאחר מיכן הניחא לרבנן אלא לר"מ יכיר למה לי והקשו להרמב"ם אפילו לר"מ אינו יכול ליתן נכסים שיפלו לאחר מיכן דה"ל

דבר שאינו קצוב מבואר להדיא דמי שחולק על הרמב"ם ס"ל דגם במתנה ומכר מהני אפילו דבר שאינו קצוב וכן מבואר בש"ע ח"מ סימן רמ"א סעיף ד' ע"ש ובסמ"ע סקי"ד:

ס"ק ד

חלתה הבת הרי היא כנשאת ובש"ע ח"מ סימן ס' סעיף ג' כתב ואם חלה הניזון אינו חייב ברפואתו וע"ש בש"ך שכתב דתוס' בכתובות דף נ' ע"ב ד"ה וממאי כו' נראה דחולקין וס"ל דחייב במזונות ודברי הריטב"א עיקר כדמוכח בירושלמי וע"ש:

וראיתי בתומים שם שכתב ז"ל ואני תמה ומסופק מאד להחליט הדין הלזה דכל טעמו של הרא"ש הוא דמחלק בין מזונות דתנאי ב"ד ובין מזונות שקיבל מעצמו משום דס"ל כפירש"י בגיטין דמזונות חמש שנים הוי לי' קייצי ולא פריך לר' חנינא כלל וקשי' ליה קושית תוס' הא מזונות לא קייצי לכך נחית לחלק דשם רפואה בכלל משא"כ במתחייב לזון בת אשתו דאינו חייב ברפואה וזהו הכל אי אמרי' דאין הקושי' לר' חנינא אבל לדעת הרמב"ן והרשב"א וסייעתן דס"ל דגם לר' חנינא הקושי' ומשום דס"ל דמזון חמש שנים נמי מקרי דבר שאינו קצוב א"כ לא זו דאין כאן ראי' כלל אף גם דנהפוך הוא דכל ראיות הרמב"ן בבעה"ת שער ס"ד סוף ח"א והרשב"א בחידושיו לגיטין דהקושיא הוא לר' חנינא מהא דאמרי' בכתובות מזונות לא קייץ ואי ס"ל חילוק הנ"ל הא לא דמיא אהדדי דשם פשיטא דכיון דחיי' ברפואה דמקרי דבר שאינו קצוב משא"כ מזונות דעלמא דאינו חייב ברפואה ה"ל קצוב ועוד לשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל להלכה כר"ח דאמר משום שאין קצובים הא דמשני פ' הנושא בשקנו מידו ופריך אי הכי בנות נמי קשה מאי קושי' דלמא קנין לא מהני בדבר שאין לו קצבה כמ"ש רש"י והרא"ש להדיא ולכך בת אשתו דאינו חייב ברפואתה ה"ל קצוב וגובה ממשעבדי אבל מזון הבנות דאכלי בתנאי ב"ד וחייב ברפואה ה"ל אינו קצוב ולא טריף ממשעבדי וע"כ צ"ל דאף זה אינו קצוב או קצוב כמו זה כו' והירושלמי דמייתי הריטב"א אין בו ראי' כלל דאין חייב ברפואה שאין לה קצבה כו' וריטב"א לא מייתי לי' בכתובות על זה דאינו חייב ברפואה דהיכי מוכח שם וכן הב"י באה"ע סימן קי"ד לא פירש דיש ללמוד מזה דאינו חייב ברפואה רק לומד מהירושלמי דאף דזה בלא"ה אצלו יתד שלא תמוט דאינו חייב ברפואה מ"מ חייב לתת לה מזונות כמו בריאה וזהו שלמד הריטב"א מהירושלמי אבל גוף הדין אין לו ראיה כלל מירושלמי לכן ברור לו דדין זה ספיקא דדינא הוא ותוס' ורמב"ן ורשב"א לא ס"ל האי דינא עכ"ל.

והנה מ"ש דכל טעמו של הרא"ש דמחלק בין מזונות דתנאי ב"ד כו' הוא משום דס"ל כפירש"י בגיטין דמזונות חמש שנים ה"ל קייץ וקשי' לי' קושית התוס' דכל מזונות לא קייץ ולכך נחית לחלק כו' המעיין ברא"ש ר"פ הנושא יראה שכתב דין זה מסברא בלי

שום הכרח קושי' ע"ש שכ' ז"ל ואם חלתה אינו חייב לרפאותה ואע"ג דבמזון אשה ובנות רפואה שאין לה קצבה הרי היא כמזונות ה"מ באוכלת בתנאי ב"ד שהוא מחויב להספיק כל צרכי' אבל המקבל עליו לפרנס אין הרפואה בכלל ע"ש ולא מצינו להרא"ש שיכתוב זה מחמת דוחק הקושי' גם מ"ש בתומי' להוכיח מדברי הרמב"ן והרשב"א דלא ס"ל כהרא"ש מהא דמייתו ראי' דחמש שנים ה"ל דבר שאינו קצוב מדאמרו מזונות לא קיץ ואי ס"ל כהרא"ש הא לא דמי' אהדדי דהכא איכא רפואה ולכך אינו קצוב משא"כ מזונות דעלמא דליכא רפואה ה"ל קצוב וכמ"ש לעיל עיין בפ' אע"פ דף נ"ט דרב ושמואל סברי מזונות תחת מעשי ידיה ומעה כסף תחת מותר ורב אדא בר אהבה סבר מזונות תחת מותר ומעה כסף תחת מע"י במאי קא מיפלגי מר סבר מידי דשכיח במידי דשכיח ומ"ס מידי דקיץ במידי דקיץ והנה באמרם מידי דשכיח ר"ל מזונות במידי דשכיח היינו מע"י אע"ג דרפואה היא בכלל מזונות ורפואה לא שכיחא דחולה לא שכיח וכמ"ש לעיל סק"א ע"ש מ"מ עיקר התקנה לא היתה אלא לעיקר מזונות ועיקר מזונות שכיחי אלא כשתיקנו לה מזונות תיקנו שיספיק לה כל צרכיה אבל אין הרפואה בכלל תקנת מזונות תחת מע"י תדע שהרי כשהבעל חי חייב אף ברפואה שיש לה קצבה וכבר כתבנו לעיל סימן ע"ט דלאו משום חיוב פרקונה אתי' עלה שיהי' תחת פירות אלא דהכי תיקנו שיהי' בכלל המזונות להספיק כל צרכיה בין שכיח בין לא שכיח בין קיץ בין לא קיץ אלא דעיקר התקנה שתחת מע"י הוא למזונות דתרווייהו שכיח' וממילא חייב להספיק כל צרכיה ולכך שפיר מייתי ראיה דגם מזון ה' שנים אינו קצוב מקרי אע"ג דליכא רפואה דאי ס"ד דמזונות לחודייהו הוי קצוב ק' מאי קאמר רב אדא ב"א מידי דקיץ היינו מעה כסף במידי דקיץ היינו מע"י ומידי דלא קיץ היינו מזונות במידי דלא קיץ היינו מותר הא עיקר התקנה היתה על עיקר מזונות וכיון דאמרינן דמזוני לחודייהו הוי קצוב א"כ הוי מידי דקיץ והא דאיכא רפואה לא אכפת כמו שביארנו אליבא דרב ושמואל ואין לומר דבהא פליג רב אדא וס"ל דכיון דגם רפואה בכלל ה"ל אינו קצוב דא"כ אמאי נדי רב אדא מסברת רב ושמואל ה"נ לימא איהו מידי דלא שכיח היינו מזונות עם רפואה במידי דלא שכיח היינו מותר אלא ע"כ בעיקר מזונות איירי דעיקר התקנה עליהן היה וה"ה לענין קיץ ודו"ק:

ומה שהקשה בתומי' מהא דפרק הנושא דפריך בנות נמי ומאי פריך דלמא שאני בנות דה"ל דבר שאינו קצוב לא מהני קנין כו' נראה דהכי פריך אי הכי בנות נמי דכי היכי דבת אשתו גובה ממשעבדי משום דרפואה אינה בכלל מזונות וה"ל קצוב א"כ בנות נמי כשקנו מידו על מזונות נימא דאין הרפואה בכלל הקנין דרק משום תנאי ב"ד חייב

ברפואה שכך היתה התקנה שיספיק כל צרכיה אבל אין הרפואה בכלל מזונות וכיון דהקנין לא היה רק על מזונות אין רפואה בכלל וה"ל קצוב ותטרוף ממשעבדי למזונות לזה משני דגם במזונות לחודייהו כיון דאית להו בתנאי ב"ד אימר צררי אתפסה. ומ"ש עוד וזהו שלמד הריטב"א מהירושלמי אבל גוף הדין אין לו ראי' כלל מהירושלמי הנה בשטה מקובצת פ' הנושא כתב ז"ל וכן אמר בירושלמי חלתה כמי שנשאת מתה כבר מתה כו' ולמדנו מירושלמי הזה שהמתחייב לזון חבירו וחלה אינו חייב לרפאותו אבל חייב לתת לו דמי מזונות שהי' צריך כשהי' בריא מדקאמר חלתה כמי שנשאת וכן דנתי לפני רבותי והודו לדברי הריטב"א ז"ל עכ"ל הרי מבואר דעיקר דינו למד מהירושלמי דמתחייב לזון את חבירו אינו חייב ברפואה וע"ש ולכן עיקר בדברי הש"ע בח"מ סימן ס' דאינו חייב ברפואה:

סעיף ה

ס"ק ה

מתה הבת אין יורשי' יורשין מזונות והוא ברא"ש ר"פ הנושא שהביא זה מהירושלמי שהבאתי לעיל ס"ק ד' וז"ל מפני שהיא כבעלת חוב פי' כבע"ח לגבות ממשעבדי ולא כבע"ח ממש שאם מתה אינו משלם ליורשי' והכי אית' בירושלמי חלת' כמו שנשא' מתה כבר מתה עכ"ל והיינו דכל שהי' ראוי' ליזון משלם אפי' אינה צריכה אבל מתה דאינה ראוי' ליזון לא שלא נתחייב אלא לזונה וראיתי בס' הפלאה סי זה שהביא קושיא בשם גדול אחד דלמה הוצרך הרא"ש להביא מן הירושלמי הא גמרא ערוכה היא ר"פ מי שמת בת אשתו מהו שתמעט בנכסים מי אמרינן כיון דכי מינסבא נמי אית לה ממעטא או דלמא כיון דאלו מתה לית לה לא ממעטא ומפורש דמתה לית לה מזוני וכתב בס' הנ"ל ליישב לפ"מ שהקשו דבח"מ סימן ס' מבואר דמחייב עצמו לזון את פ' כל זמן שצריך משמע וא"כ בת אשתו שנשאת אינה צריכה עוד מזונות דהא בעלה יהיב לה מזונות ואפ"ה משלם דמי מזונות ותירץ הגאון ח"צ בסימן ס' שם בהג"ה לט"ז דפוסק ה' שנים אפילו אינה צריכה למזונות בכלל משא"כ פוסק לזון סתם אינו אלא כל זמן שצריך ואיכא למימר דר"פ מי שמת איירי בפוס' לבת אשתו בלא קצב' ואינו אלא כ"ז שצריכה וכשמת' אינה צריכה עכ"ל וליתא דהא אמרו שם מי אמרינן כיון דאי מינסבא נמי אית לה ממעטא ואי מיירי בפוסק סתם באופן שאין צריך ליתן לה כשאינה צריכה א"כ כי מינסבא נמי לית לה דהא לא צריכה דבעל יהיב לה. וביותר אני תמה על מה שכתב בשטה מקובצת שם ז"ל מפני שהיא כבעלת חוב יש שהיו סבורין לומר שאם מתה חייב לתת ליורשים דמי אותן מזונות עד סוף הזמן הקצוב שקבע שהרי היא כבע"ח

וזה אינו שלא נתחייב אלא כראוי לזון אע"פ שאינה צריכה נותן לה דמי מזונות אבל מתה פטור שלא נתחייב אלא לזונה וזו אינה ניזונת משא"כ בנשאת שראוי' למזונות ולא רצתה מוחלת לזה ומקבלת מזה וכן אמר בירושלמי חלתה כמי שנשאת מתה מתה כבר מתה עכ"ל והיאך היו סבורין לומר שאם מתה חייב לתת ליורשים דמי אותן מזונות עד סוף הזמן הקצוב כיון דלהדיא אמרו בש"ס ר"פ מי שמת כיון דאלו מתה לית לה:

ולכן נראה דאותן יש סבורין שאם מתה חייב לשלם ליורשי' דמי אותן מזונות עד זמן הקצוב אינו אלא היכא דיש בו דין משעבדי ובזה הוא דתנן מפני שהיא כבע"ח אבל כשאין בו דין משעבדי אלא שהתחייב עצמו בע"פ בשעת נשואין דהוי בכלל הן הן הדברי' הנקנין באמירה בזה ודאי לא נשתעבד לה אלא בראוי' לזון ומשום דכל שלא קנו ממנו אלא נתחייב בדברי' משום הן הן הדברי' הנקני' באמירה אין חיוב המזונות של חמש שנים מעכשיו אלא החיוב הוא בכל יום ויום וכמ"ש הרשב"א במזון הבנות דהחיוב הוא בכל יום ויום והוא מצד הפסיקה שפסק דהן הן הדברי' כו' וא"י לחזור משא"כ היכא דגובה ממשעבדי ע"י קנין ע"כ החיוב הוא מעכשיו וכמו שיבואר לפנינו איכא למימר דאפי' מתה כיון דכבר נתחייב יתן ליורשי' והתם ר"פ מי שמת מיירי בבת אשתו שלא הי' רק בדברי' ולא קנו מידו ועיין בנמוקי יוסף שם בהא דאמרו את"ל בת אשתו לא ממעטא כיון דאלו מתה לית לה בע"ח מהו שימעט וכתב שם נמ"י דלא מיבעיא לי' אלא במלוה ע"פ אבל במלוה בשטר פשיטא לי' דממעט ע"ש וא"כ ע"כ בת אשתו נמי אינו אלא במלוה ע"פ דאי בקנין או בשט' א"כ ה"מ למימר את"ל בת אשתו ממעטא היינו כיון דטרפא ממשעבדי ויש לה שטר בע"ח בע"פ מהו שימעט ומדקאמר את"ל דבת אשתו לא ממעטא וקא מיבעי' בע"ח בע"פ ע"כ בת אשתו נמי בע"פ קא מיירי דאי בקנין ושטר דמי' ממש לבע"ח בשטר כיון דגבי' ממשעבדי ודאי דממעט וכמ"ש נמ"י ולכך אפשר לו דה"ה אם מתה יתן ליורשי' שהי' כבע"ח ממש לכך הביאו הירושלמי דקאמר מתה כבר מתה ומשמע דאפי' היכא דטרפא ממשעבדי לענין זה אינה כבע"ח ודו"ק.

ס"ק ו

אין יורשי' יורשין מזונתי' כתב ב"ש ז"ל מסתמא דמלתא לא הי' הכוונ' רק שיהי' לה מזונות ולא להוריש ליורשין כתב ט"ז יש ללמוד מכאן מי שהבטיח לחבירו ליתן לן מתנה ונתן לו ת"כ ומת אין צריך ליתן ליורשין ולכאורה נראה דלא דמי לכאן דכאן איירי במזונות להבא דאינו חייב ליתן ליורשין אבל מה שעבר כבר חייב ליתן כו' ואפשר הט"ז נמי מיירי במי שמת קודם שהגיע הזמן ליתן המתנה עכ"ל. ובס' בית מאיר כתב ז"ל וכמדומה שהט"ז לומד כו' שהעיקר בזה תלוי אם חיובו נחלה בשנים כגון לזון ה' שנים

אז אין החיוב נגמר מעכשיו עד בוא זמן שנה בשנה חל עליו החיוב ליתן ואין להקשות איך גביא ממשעבדי מזמן השיעבוד כי עיין סימן ס"ו סעיף א' וכבר קי"ל לי ולא ליורשי וה"ה לך ולא ליורשך כו' ע"ש ואינו נראה דמזונות חמש שנים דגבי' ממשעבדי ע"כ החיוב חל מעכשיו וכמבוא' להדיא בתשו' הרשב"א הביאוהו ב"י בטח"מ סימן ק"ד ח' והש"ך בח"מ סימן ע"ב ס"ק קס"ב ע"ש דבשום אופן לא משכחת לה דגבי' ממשעבדי אם אין החיוב חל קודם השיעבוד ומה שהביא הב"ש ראי' מסימן ס"ו סעיף א' ע"ש סק"א שכתב דלהרא"ש אין חיוב תוספת כתובה עד שתתאלמן ומ"מ גביא ממשעבדי ולא קשי' היכי גבי' ממשעבדי כי עיין בח"מ סימן ס"ו סעיף ל"ה וסימן ס"א סעיף ז' ע"ש והמעיין שם בח"מ יראה דשם החיוב הוא מיד ומעכשיו ובתנאי כשיודה אח"כ או כשימחול אח"כ שיהי' חל החיוב מעכשיו אבל אם אין החיוב מעכשיו אלא אח"כ ודאי אינו גובה ממשעבדי שקנו קודם החיוב וזה פשוט. ובעיקר הטעם שכתב ב"ש דמסתמא דמלתא לא הי' הכונה אלא שיהי' לה מזונות ולא להוריש ליורשין נראה לענ"ד דאין זה עיקר אלא כמו שמבואר בשטה מקובצת ר"פ הנושא וז"ל מפני שהיא כבעלת חוב יש שהיו סבורי' לומר שאם מתה הבעל חייב לתת ליורשין דמי אותן מזונות עד סוף הזמן שקצב שהרי היא כבע"ח אבל זה אינו שלא נתחייב לזון אלא כשראוי לזון ואע"פ שאינה צריכה נותן לה דמי מזונות אבל מתה פטור שלא נתחייב אלא לזונה וזו אינה נזונת משא"כ בנשאת שראוי' למזונות ולא רצתה שתהא מחלת לזה ומקבלת מזה וכן אי' בירושלמי חלתה כמו שנשאת מתה כבר מתה עכ"ל והיינו דכל שראוי' למזונות נתחייב לה ויכולה לתבוע ממנו דמי מזונות אפי' כשהיא ניזונת ממקום אחר אבל לאינה ראוי' לא נתחייב כלל בדמי מזונות ולפ"ז מה שלמד הט"ז מכאן לענין מתנה בת"כ אינו נשמע מכאן ועמ"ש בספרי קצה"ח סימן ער"ח ס"ק ט"ו.
הלכות גיטין

סימן קכז

סעיף א

ס"ק א
צריך לכתוב זמן בגט פ"ב דגיטין דף י"ז מפני מה תקנו זמן בגיטין ר' יוחנן אמר משום בת אחותו ריש לקיש אמר משום פירות ר' יוחנן מ"ט לא אמר כריש לקיש קסבר יש לבעל פירות עד שעת נתינה ור"ל מ"ט לא אמר כר"י זנות לא שכיחא וכתב תוס' ד"ה זנות לא שכיח והא דתקנו בתולה נשאת ליום הרביעי שאם הי' לו טענת בתולי' כו' דטפי איכא

למיחש לשמא תזנה משמא זינתה ע"ש. וביאור הדברי' נראה דהתם בתקנתא דבתולה נשאת ליום הרביעי הוא משום דחיישינן שמא תזנה אחר החופה וטפי חיישינן שמא תזנה כמו שאמרו שמא מת לא אמרי' שמא ימות אמרי' ואע"ג דכתב בח"מ סימן ס"ח סק"ח דבזמן הזה שמקדשין תחת החופה ודאי זנתה קודם החופה דאין הכלה מתיחדת עם שום אדם ותמיד יש עמה שושבינין ונשים ואינו מצוי שתזנה בתוך זמן זה ותולין במצוי ע"ש אינו מוכרח דהא ס"פ המדיר כתבו התוס' בהא דתנן משארסתני נאנסתי נאמנת דברי ר"ג היינו משכנסתני נאנסתי ע"ש משום דטעמא דר"ג דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראי' וא"כ צ"ל דטוענת משכנסתני נאנסתי דבעודה ארוסה עדיין אינה ברשות הבעל וע"ש ואי נימא דתולין במצוי שאינה מזנה אחר החופה מחמת השמירה א"כ איך נאמנת לומר אחר החופה נאנסתי ואפשר דח"מ לא כתב אלא לזמנו דהוי שמירה מעולה בשושבנין ונשים אחר החופה אבל בזמן הגמרא ודאי דלא הי' כ"כ שמירה דכיון דחזינן דנאמנת להוציא ממון הכתובה מיד בעלה בטענת משארסתני נאנסתי מכ"ש דחיישי' לאיסורא מהאי טעמא ומש"ה תקנו שתהי' בתולה נשאת ליום הרביעי שאם תזנה אחר החופה ישכים לב"ד אבל בגט דתקנו זמן היינו משום זנות שעבר שכבר זינתה והוא רוצה לחפות עלי' ובהא ס"ל לריש לקיש דזנות לא שכיחא (עיין במוהרש"ל שכתב ג"כ כדברי מארן ז"ל דכונת תוס' הוא דהתם חיישי' שמא תזנה והביא ראי' לסברתם מהא דאמרי' לשמא מת לא חיישי' שמא ימות חיישי' ע"ש ואיכא למידק דלפי דבריהם מודה ריש לקיש דחיישי' לשמא תזנה אלא לשמא זינתה לא חיישי' א"כ חשי' לן בהא דאיתא פ' ד' אחין דף ל"א ע"ב וזהו דקדושין למעוטי זמן בקדושין דליכא ופריך הניחא למ"ד משום פירי ארוסה לית לה פירי אלא למ"ד משום בת אחותו ליתקין ע"ש והשתא לפי שטתם אפי' למ"ד משום פירי קשי' דגבי קדושין ליתקין זמן משום בת אחותו דהא מודה דלשמא תזנה חיישינן והתם בקדושין החשש הוא שמא תזנה ודוחק לומר דמאי דקאמר למ"ד משום פירי כוונתו לטעמא דפירי דאין זו מסוגית הש"ס וצ"ע). וטעמא דר"י לא אמר כר"ל קסבר יש לבעל פירי עד שעת נתינה ופירש"י ז"ל וזמן לא מהני עד דמייתא ראיה אימת מטי גיט' לידה ע"ש והקשו עליו תו' והרשב"א והרא"ש מהא דפ"ק דמציעא דף י"ז גבי מצא גט אשה בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה ופריך וניחוש שמא כתב ליתן בניסן כו' ומשני כי אתי למטרף אמרי' לה אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך ומשמע דוקא בנפל דאתרע הוא דאמרינן לה אייתי ראי' כו' אבל בשאר גיטין לא וע"ש ובב"י שהביאם:

והנה לפי מה שיתבאר לקמן בשם הר"ן דלא חיישינן לקנוניא אלא היכא דנפל ואתרע אבל היכא דלא אתרע לא חיישינן לקנוי' א"כ ניחא דהתם מיירי שהבעל מודה ולהכי כל גיטין שבעול' אע"ג דצריכ' להבי' ראי' אימת מטי גיטה לידה היינו כשהבעל מכחיש זמן הנתינה אבל אם מודה זמן הנתינה אינה צריכה תו להביא ראי' אימת מטי גיטא לידה אפי' לגבי לקוחות דלא חיישי' לקנוני' כיון דלא אתרע אבל במצא גט אשה אפי' כשהבעל מודה חיישי' לקנוני' ואפי' כשהבעל מודה אמאי יחזיר לאשה ניחוש שמא כתב ליתן בניסן כו' ולא יתודע ללקוחות שנפל ויסברו שאין בידם לטעון אייתי ראי' כיון שהבעל יהי' מודה לדברי' ומשני דאמרי לה אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך ומשום דנפל קלא אית לי' וכמ"ש בשטה מקובצת לב"מ שם ויתוודע ללקוחות ויאמרו אייתי ראי' ועוד יתבאר לפנינו בעזה"י ישוב נכון לשיטת רש"י ז"ל. ושיטת התוס' דקסבר יש לבעל פירי עד שעת נתינה ומש"ה לא הוצרכו לתקן זמן משום פירי דאחר נתינה דבקל תוכל לבא לב"ד ויכתבו לה אימת מטי גיטא לידה ולא תקנו לריש לקיש זמן אלא משום פירי דמשעת חתימה עד נתינה ובחידושי הרשב"א הקשה דהא מסיק גבי כתבי' ואותבי' בכיסתי' דלא מקדים אינש פורענותא לנפשיה ולעולם שעת חתימה ושעת נתינה ביום אחד וא"כ אמאי חששו לפירי דביני וביני ואין לומר דלא אמרו לא מקדים אלא בכגון התם דאותבי' בכיסתי' דאי מיפייס' איפייס דכיון דאינו רוצה לגרש לגמרי פורענות' הוא לגבי' אבל כשרוצה לגרש לגמרי מקדים חתימת הגט לנתינה דא"כ הדרא קושי' לדוכתה היאך כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו ניחוש שמא תזנה ויתן לה בצנעא וע"כ משום דלא מקדים הוא וא"כ למה תקנו זמן משום פירי דמשעת חתימה עד שעת נתינה כיון דביום אחד הוא דהא לא מקדים וע"ש שהניח בצ"ע ולענ"ד נראה לפמ"ש בשטה מקובצת פ"ק דמציע' דף י"ט בהא דאמרו שם אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך וז"ל יש מי שפירש דוקא בהא דנפל ואתרע אבל בעלמ' לא כו' ואין פירוש זה נכון דא"כ דבעלמא לא אמרי' הכי כו' ועוד היאך כותבין גט לאיש אע"כ דאין אשתו עמו ניחוש לקנוני' דלקוחות דלמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי וטרפי לקוחות שלא כדין וכ"ת דלא מקדים אינש פורענותא לנפשי' כדאמרי' במס' גיטין גבי כתבי' ואנחי' בכיסתא ופרקינין לא מקדים כו' לא דמי דהתם גבי בת אחותו סמכינין אהא משום דזנות בעדים והתראה לא שכיחא כו' אבל הכא גבי תקנת לקוחות הוי לן למיחש לכל מה דאפשר אלא ודאי דהכא הכי פי' דכל אשה הבאה לטרוף לקוחות אמרי' לה אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך כו' מפי רבי עכ"ל והשתא ניח' דתקנו זמן בגיטין לריש לקיש משום פירי דמשעת חתימא עד נתינה אע"ג דלא מקדים אינש כו' לא אמרי' סברא זו אלא לענין

בת אחותו דזנות לא שכיחי וכמ"ש בשט' אבל לתקנת לקוחות חיישי' כל מה דאפשר למיחש ובהכי ניחא דברי תוס' ד"ה עד שעת נתינה וז"ל וא"ת לר"י היאך כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו ניחוש שמא כתב ליתן בניסן כו' וי"ל דגבי כותבין ללוה דמאן דיזיף בצנעא יזיף אבל בגט בעי עדי מסירה כו' ובתר הכי הקשו ז"ל וא"ת לר' יוחנן היאך כותבין גט לאיש ניחו' שמא תזנה ויתן לה בצנעא לחפות עלי' ותירצי דלא מקדים אינ' פורענות' לנפשי' ע"ש ואמאי לא תירצו לקושייתם הראשונה ג"כ משום דלא מקדים אינ' פורענות' אלא משו' דבתחלה הקשו דניחוש לפסיד' דלקוחות ובזה לא מהני טעמ' דלא מקדים דלא סמכינן עלה אלא לענין חשש' דבת אחותו דזנות בעדים והתרא' לא שכיח' אבל לתקנת לקוחות לעולם חיישינן:

והא דפריך בגמ' כתבי' ואותבי' בכוסתי' מאי פירש"י דפריך בין למ"ד משום פירי בין למ"ד משום בת אחותו ובתוס' שם ד"ה כתבי' כו' פירשו דלא פריך אלא למ"ד משום בת אחותו אבל למ"ד משום פירי לא פריך דכדין טרפ' משעת חתימה ע"ש א"כ לשיטת תוס' שפיר מצינו למימר כדעת הש"מ דלא סמכי' אהך סברא דלא מקדים כו' אלא לענין חשש זנות דלא שכיח' אבל לתקנת לקוחות לעולם חיישי' כל מה דאפשר ומש"ה שפיר אתי' שיטת התוס' שפירשו יש לבעל פירות עד שעת נתינה ולא הוצרכו לתקן זמן משום פירי דאחר נתינה דיכולה להביא גיטה לב"ד ועיקר תקנה אליבא דריש לקיש הוא משום פירי משעת חתימה עד שעת נתינה ואע"ג דלא מקדים אינש כו' א"כ לעולם החתימה והנתינה ביום אחד משום תקנת לקוחות לא סמכינן אהך סברא דלא מקדים וחיישינן כל מה דאיכא למיחש וזמנין דמקדים אבל לפירש"י ושיטתו דס"ל דהא דפריך אותבי' בכסתי' ומשני לא מקדים אליב' דתרווייהו קאי וא"כ אפילו לענין חשש פירות לא חיישינן משעת חתימה עד שעת נתינה כיון דלא מקדים איניש כו' החתימה והנתינה הן ביום אחד ואלימ' סברא זו דאפילו לחשש לקוחות סמכינן עלה מדקמתרץ לה אליב' דר"ל מש"ה הוכרח רש"י ז"ל לפרש דעיקר תקנת' לר"ל הוא משום פירי דאחר נתינה וא"כ ע"כ הא דקאמר קסבר ר"י יש לבעל פירות עד שעת נתינה היינו משום דלעולם אמרינן לה אייתי ראיה. אך לפ"ז קשה לפירש"י דאמאי אמרי' לה לר' יוחנן אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך כיון דכתוב בו זמן נימא דודאי בו ביום נמסר דלא מקדים אינש כו' עוד נראה במה דהקשה הרשב"א ז"ל לשיטת התוס' שפירשו דתקנ' פירות הוא משעת חתימה עד שעת נתינה תפוק לי' דביום שנחתם נמסר דלא מקדים אינש כו' דהרא"ש כתב וז"ל אי נמי להכי כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו משום דלא שכיח דכתב גט קודם הנתינה דלא מקדים פורענות לנפשי' ואחר הנתינה הוא נותנו מיד לידה או

ליד שלוחה או ליד שליח להוליך לה ואז הוי כמו גיטין הבאין ממד"ה דאי' להו קלא לפי שיש קול להולכת השליח ע"ש וכ"כ הרשב"א בחידושיו וכיון דאפי' בגיטין הבאין מממד"ה לא מהני קלא אלא מחמת הזמן שיש בו וכמ"ש תוס' דמש"ה תקנו זמן בגיטין הבאין ממדה"י דע"י הזמן זוכרין יום הנתינה וע"ש וא"כ שפיר תקנו זמן משום פירי דמשעת חתימה עד שעת מסירה לידה דשמא נתנו לשליח להולכה דלא שייך לא מקדים אינש כו' היכא שמוציאו מידו ואי לאו זמן אפי' בשליח להולכה לית לי' קלא.

ס"ק ב

זמן בגט וכתב הטור ז"ל שפעמים אדם נשוי קרובתו ותזנה תחתיו וירצה לחפות עלי' ויתן לה גט אחר הזנות ולא יכתוב בו הזמן היא תאמר קודם הזנות נתגרשתי אבל כיון שתקנו לכתוב זמן אם תאמר כן צריכה להביא ראי' עכ"ל מבואר מדבריו דעכשיו שתקנו זמן אם תזנה ותוציא גט בלא זמן תהא צריכה להביא ראי'. והקשו עליו דאכתי היאך קטלינן לה מספיקא והב"ח כתב דקאי על' שאר דברי' דהיינו בני' יהיו ס' ממזרי' ותיאסר עליו מספק דמחמרינן בהו מספיקא וצריכה חליצה ואכתי תקשי כיון דעיקר תקנת הזמן משום בת אחותו היינו לענין מיתה וכמ"ש הרא"ש דמשום בני' ממזרי' או איסור החזרת גרושתו לא היו מתקנים אלא כיון שתקנו משום זנות בעדי' והתראה לענין מיתה ממילא עשו סמוכי' לתקנתן אף בזה"ז שלא יחפה על בני' ממזרי' ע"ש א"כ מה הועילו חכמי' בתקנ' לענין מיתה דהא אם יתן לה בלא זמן לא קטלינן לה מספיקא ואי משום דאהני דלכתחלה לא תנשא א"כ לא הי' צריך הטור לומר הטעם משום דצריכה להביא ראי' לדברי' דתיפוק לי דמהני דלכתחלה לא תנשא ועוד בגמ' אמרו בהדיא אלא הא דתנן ג' גיטין פסולין ואם ניסת הולד כשר מאי הועילו חכמי' בתקנתן ומסקינן אהני דלכתחלה לא תנשא וא"כ אמאי כתב הטור טעם אחר ונראה לפמ"ש תוס' ד"ה משום בת אחותו ז"ל שלא יחפה עלי' כשאין בו זמן דלא אמרינן אוקי אחזקת אשת איש והשתא היא דאיגרש' כיון שהיא גרוש' לפנינו ועוד אדרב' אוקמי בחזקת כשרה שלא נבעל' כשהיא אשת איש עכ"ל והנך תרתי חד טעמא הוא דודאי אע"ג דהיא גרוש' לפנינו חזקת קמא עדיפא ואמרינן השת' היא דאיגרש' וכמבואר בריש נדה כל הנשים דיין שעתן ואע"ג דהיא נדה לפנינו אמרינן השת' היא דחזאי דחזקה קמיית' עדיפא ולא אמרינן כל הטומאות כשעת מציאתן אלא לחומרא דקדשים וכמבואר אצלינו בקונטרס ש"ש ש"ג ע"ש והכא עיקר טעמא דהרי היא גרושה לפנינו וחזקת קמא אית לה דהיינו חזקת כשרות וכדאמרינן בריש נדה גבי מקוה שנמדד ונמצא חסר דכל הטהרות שנעשו ע"ג טמאות משום דאיכ' תרתי לריעותא דהרי חסר לפניך והעמד טמא על חזקתו ע"ש וה"נ הרי גרושה לפנינו

ואוקי בחזקת כשרות וכ"כ גם בחי' פני יושע ע"ש ובסוגיין דפריך ג' גיטין פסולין ואם ניסת הולד כשר מה הועילו חכמים בתקנתן ומשני אהני דלכתחילה לא תנשא ופירש"י דעדים לא חתמי ע"ש ואם כן כיון שאסורין העדים לחתום על גט שאין בו זמן אם עברו וחתמו פסולין הן לעדות כמו עדים שחתמו על גט מוקדם דפסולין לעדות כיון שאין רשאין ה"ה בלא זמן ועיין בש"ע ח"מ סימן ל"ד בעדים שהעידו באחד שגנב או גזל ואינו ידוע באיזו זמן מוקמינן להו בחזקת כשרות ואמרינן השתא הוא דאיפסל ע"ש וא"כ עכשיו שתקנו זמן בגיטין וזה נתן גט בלא זמן כיון דעדים אין רשאין לחתום בלא זמן ואנן לא ידעינן מתי נחתם ונמסר זה הגט שפיר אמרינן השתא היא דאיגרש' וקטלינן לה משום דאיכא חזקה דאשת איש ואי משום דהרי גרוש' לפנינו חזקת קמא עדיפא מאי אמרת דאיכא חזקת כשרות דאש' שכבר נתגרש' נגד חזקת כשרות דאשה איכא חזקת כשרות דעדים דאמרינן השתא הוא דאיפסלו משום דהשתא הוא דחתמו שלא כדין והשת' הוא דאיגרשה לפ"ז דברי הטור ודברי הש"ס דקאמר אהני דלכתחלה לא תנשא חד טעמא הוא דכיון דלכתחלה לא תנשא אין העדים רשאין לחתום וכיון דהוציאה גט ואין בו זמן ועדים חתומים בו בפסול אמרינן השת' הוא דחתמי בפסלות והשת' הוא דאיגרש' וא"כ נגד חזקת כשרות דידה איכ' חזקת כשרות דעדים לומר דהשת' היא דאיגרשה ומש"ה אם לא תברר מתי ניתן הגט קטלינין לה משום חזקת א"א ודו"ק:

סעיף ב

ס"ק ג

בשעת הדחק כשר פ"ב דגיטין אמר ר' יושע בן לוי כדאי הוא ר' שמעון לסמוך עליו בשעת הדחק וטעמ' דר"ש דזמן איתקן משום פירי וס"ל לר' שמעון דמשנתן עיניו לגרשה שוב אין לבעל פירות ומשעת כתיבה הפסיד פירות וכתב ב"ש סק"ד ז"ל ומשמע דוקא בכה"ג מהני עת הדחק אבל אם הוא מוקדם ולא ידע הבעל שהקדימו אפילו בשעת הדחק פסול דאז לא שייך לומר כיון שנתן עיניו לגרש' שוב אין לבעל פירות לפי"ז אין צריך לומר החילוקים שכתב בתשו' מהר"ם מינץ סימן ט' ושעת הדחק פירש"י שניסת או שהלך לדרכו ואי אפשר ליתן גט אחר נשמע מזה דס"ל אם לא ידע הבעל תצא ולא כהני פוסקים שהבאתי בסמוך והא דכתב הר"ן בשמו דס"ל לא תצא י"ל שם איירי דידע הבעל שהוא מוקדם אז מחל הפירות כו' ע"ש. ותמהני במ"ש דאם ידע הבעל שהוא מוקדם אז מחל הפירות דבתוס' מבואר להדי' דאפי' ידע הבעל לא מהני ע"ש בד"ה ור' שמעון מכשיר וז"ל וא"ת ניחוש שמא נכתוב בלילה והקדימו הבעל והאשה וכתבו זמן של יום לעשות קנוי' על הלקוחות אע"פ שבא לגרשה כדחיישי' ספ"ק דב"מ דף י"ט גבי

שובר וי"ל דלעולם אין העדים חותמין כשרואין הזמן מוקדם אא"כ יודעים שביום הזמן נכתב עכ"ל מבואר מדבריהם דאפילו בידיעת הבעל נמי פסול כיון דחיישינן ללקוחות. ובחידושי הרמב"ן כתב ז"ל ואי' דקי"ל לר"ש היכי מכשרינן בגט מוקדם ניחוש דלמא כתב ליתן בניסן והקדים זמנו לכתוב מתשרי ומחתים עלי' סהדי השתא בניסן וניחא לי' להא לא חיישי' משום דבעל גופי' מאי הנאה מטי לידי' בהא כיון דלא חייש ר' שמעון לבת אחותו וקשה הא דתנן שלהי ב"ב הערב בכתובת' והי' בעלה מגרשה וכו' דאלמא חיישי' לקנוניא ה"נ ניחוש לקנוניא משום פירות ואיכא למימר דהתם היתירא הוא ועוד דחזינן דהוא מגרשה והיא נפרעת מן הערב הלכך חיישי' אבל הכא איסורא הוא דשלא כדין טרפה ולא חיישינן ואי קשיא הא דאמרי' פ"ק דמציעא גבי מצא גט אשה בשוק בזמן שהבעל מודה יחזיר והוינן בה וליחוש כו' אלמא בעל לא מהימן לאו קושי' דנהי דכי אתרע לא מהימן מיהו לכתחלא לא חיישי' לרמאי משום קנוניא שאין אנו אחראין לרמאין דאין לדבר סוף אבל כד מטי הנאה לידי' ושכיח מתקני רבנן ואיכא למימר שלא הכשיר ר' שמעין אלא שכתבוהו ביום ודאי וחתמוהו בליל' אבל כשאין העדי' יודעים אימת נכתב לא חתמי חיישינן שמא עכשיו כתבו והקדימו וזה עיקר ואין בו ספק עכ"ל משמע מדבריו דלא חיישי' לקנוניא אלא היכא דנפל ואתרע וכן נראה דעת הסמ"ע בח"מ סימן ל"ט וסימן ע"ט גבי הודאה בב"ד דנאמן לומר פרעתי וכשמודה שלא פרע טורף מלקוחות משום דאית לי' קלא ע"ש ובש"ך סימן ע"ט ס"ק ל"א השיגו דהיכי מצי טריף מלקוחות ע"פ הודאתו וניחוש לקנוניא ע"ש ודברי הרמב"ן הנ"ל מבוארי' כדעת הסמ"ע דלא חיישינן לרמאו' וקנוניא אלא היכא דנפל ואתרע. אמנם דברי הב"ש אכתי אינן עולין חדא דכבר כתב הרמב"ן לעיקר כדברי התוס' דכשאין העדי' יודעי' אימת נכתב חיישינן שמא עכשיו כתבו והקדימו וחיישי' לטרפות לקוחות שלא כדין וא"כ מוכח דאפי' בידיעת הבעל חיישי' לקנוניא נגד הלקוחות ועוד דאפי' למ"ש הרמב"ן בתחלה דלא חיישינן שמא הקדים היינו היכא דלא ידעינן שהקדים לא חיישינן שהקדים כדי להפסיד ללקוחות ולקנוני' דכיון דשלא כדין טרפ' ואיסורא הוא לא חיישי' לרמאי ולרשיעי היכא דלא אתרע אבל היכא דידוע שהקדים הזמן ליום הכתיבה אפי' בידיעת הבעל שמחל הפירות הרי הוא מפסיד לקוחות שלא כדין פשיטא דלא מהני בזה ידיעת הבעל ומחילתו להפסיד ללקוחות שלא כדין. ומוהר"ם מינץ בתשו' סימן ט' כתב ז"ל וזה אינה ראי' כלל להכשיר מוקדם דידן דע"כ צריך לחלק בין מוקדם למוקדם דהא הרא"ש מכשיר מוקדם בשעת הדחק כאשר הבאתי לעיל והרא"ש כתב בתשובה אם נתגרש בגט מוקדם ולא נודע פיסולו עד אחר שקדשה אחר דלא תפסי בה קדושין של

השני ואין צריכה גט ממנו ומותרת לחזור לראשון וזה משמע איפכא וע"כ צריך לחלק ולתרץ דלעיל כשר מוקדם זהו דוקא שיודעי' העדים שהוא מוקדם וכיון דיודעי' שנכתב לכני עשרה ימי' ונחתם עתה לכך אינו פוסל דעדי' אסקו אדעתייהו לידע יום המסירה אבל מה שכתב בתשו' אח"כ דלא הוי גט כלל זהו מיירי דוקא דלא ידעי העדים פסולו עד אחר זמן מש"ה לא מסקי אדעתייהו לזכור יום המסירה וזה הוי פסול גמור וכן מוכח מלשון התשובה ז"ל אם נתגרשה בגט מוקדם ולא נודע פיסולו כו' וכן איתי' חילוק זה בהדיא בתוס' פ"ב בשיטת מפני מה תקנו זמן בגיטין בדיבור הני קלא אית להו וע"ש וא"כ עובדא דלא נודע פיסולו עד אחר זמן זהו פסול גמור עכ"ל ודבריו לא נתבררו לענ"ד דהא הרא"ש פסק כר' יושוע בן לוי דאמר כדאי הוא ר"ש לסמוך עליו בשעת הדחק וכיון דס"ל לר"ש עיקר טעמא משום פירי וס"ל כיון שנתן עיניו לגרשה שוב אין לבעל פירות א"כ נכתב ביום ונחתם בלילה ודאי כשר אע"ג דלא נודע פסולו עד לאחר זמן ואע"ג דלא מפקי עדי' לקלא כשר הגט לר' שמעון ולכן בזה נראה עיקר כדברי הב"ש דהא דפסל הרא"ש במוקדם היינו בהקדים זמן הכתיבה דכה"ג אפי' לר"ש פסול כיון דעדיין לא נתן עיניו לגרשה מיהו מ"ש הב"ש דבידיעת הבעל אפי' מוקדם כזה כשר כבר כתבנו דלא נהירא דלא מהני ריצוי הבעל להפסיד ללקוחות. והיכא דלא נודע לבעל שהקדימו הזמן נראה דתצא אפי' לדעת אותן הפוסקי' דס"ל במוקדם לא תצא אבל בכה"ג דהקדימו הזמן שלא בידיעת הבעל ה"ל נכתב שלא לשמה כיון דזמן הוא מתורף הגט והאיש והאשה והזמן צריכי' להיות לשמה וכל שלא נעשה בצווי הבעל הוא בכלל שלא לשמה א"כ כל שהקדימו הזמן שלא בידיע' הבעל ה"ל נכתב זמנו שלא לשמה וכל שפסולו בגיטין אמרי' תצא וכמ"ש הר"ן בחידושיו לגיטין פ' המגרש דמה שתקני בגיטין לחוד כגון בפני נכתב ובפני נחתם או כתב לשום מלכות אחרת דבגיטין בלבד הוא שתקנו בזה הוא דס"ל לר' מאיר הולד ממזר דמשנה ממטבע שטבעו חכמי' בגיטין אבל בדרכי' שלא נתקנו בגיטין בלבד אלא גיטין ושאר שטרות שוין כך הדין דבמידי דבשאר שטרות פסול כגון הי' במזרח וכתב במערב דאפי' בשאר שטרות פסול החמיר ר' מאיר בגיטין שיהי' הולד ממזר אבל כתב בכת"י או שאין בו זמן כיון דבשאר שטרו' כשר בגיטין נמי כשר אלא כיון דבשאר שטרו' לא שטר' מעלי' הוא לגבו' בו ממשעבדי החמירו בגיטין ופסלו' אבל לא פסלו' לגמרי שיה' הולד ממזר עכ"ל וא"כ אפילו לדעת הפוסקים דבמוקדם לא תצא או בגט שאין בו זמן היינו משום דס"ל דמוקדם נמי בשאר שטרות כשר למגבי בי' מבני חורין אבל שלא לשמה ה"ל תקנת גיטין בלבד וכמו בפ"נ ובפ"נ כה"ג לחכמים תצא ולר' מאיר הולד ממזר וכל שהקדימו הזמן בלא ידיעת הבעל ה"ל נכתב הזמן שלא לשמה

כיון דנכתב בלא צווי הבעל שהרי לא ציוה הבעל להקדים הזמן וכל שפסולו בגיטין בלחוד אם ניסת תצא ומ"ש הב"ש ז"ל ושעת הדחק פירש"י שניסת או שהלך לדרכו וא"א ליתן גט אחר נשמע מזה דס"ל אם לא ידע הבעל תצא ולא כהני פוסקי' שהבאתי בסמוך עכ"ל וכונתו דלא כהני פוסקי' שהביא סק"ב דס"ל במוקדם לא תצא אפי' לרבנן דא"כ היכי כתב רש"י שעת הדחק היינו שניסת א"כ למה לו לריב"ל לסמוך על ר"ש הא אפי' לרבנן דס"ל טעם זמן משום בת אחותו נמי לא תצא כיון דס"ל להני פוסקי' דלא גרע מוקדם מאין בו זמן כלל דאמרי' אם ניסת לא תצא אלא ע"כ ס"ל לרש"י במוקדם גמור תצא דגרע מאין בו זמן ולרבנן אפי' בנכתב ביום ונחתם בלילה תצא ולכך הוצרך ריב"ל לומר בכה"ג כדאי הוא ר"ש לסמוך עליו. ומ"ש הב"ש עוד ז"ל והא דכתב הר"ן בשמו דס"ל לא תצא י"ל דשם איירי שידע הבעל שהוא מוקדם אז מחל הפירות עכ"ל כונתו למ"ש הר"ן פ' המגרש ז"ל ומוקדם למ"ד משום בת אחותו א"כ במוקדם ליכא חשש יותר מאין בו זמן כיון דאין בו זמן נמי לא קטלינין לה ואפ"ה תנן ג' פסולין אין בו זמן ואם ניסת לא תצא וא"כ ה"ה במוקד' ומשום חשש פירות אין לומר תצא כיון דלדעת רש"י בכל הגיטין אמרי' לה אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך א"כ ליכא חשש טריפת לקוחות עכ"ל וזולת זה לא מצינו בר"ן שכתב בשם רש"י דמוקדם לא תצא וא"כ לא תיקן ב"ש במ"ש דשם מיירי דידע הבעל שהוא מוקדם ואז מחל הפירות כיון דהר"ן כתב דלדעת רש"י לעולם אין לפוסלו משום חשש פירות כיון דבכל הגיטין אמרי' לה אייתי ראי' וא"כ אכתי תקשי למה הוצרך ריב"ל לסמוך על ר"ש כיון דלרבנן בלא"ה אם ניסת לא תצא דמשום חשש בת אחותו לא גרע מגט שאין בו זמן דלא קטלינן לה ומשום חשש פירי ליכא לרבנן דס"ל דיש לבעל פירי עד שעת נתינה ובכל הגיטין אמרי' לה אייתי ראי' אימת מטא גיטא לידך מיהו הר"ן מסיים שם בסוף דבריו דאפ"ה במוקדם תצא כיון דבשאר שטרו' נמי מוקדם פסול ע"ש והיינו דפסולו משום בת אחותו ואע"ג דאין בו זמן לא קטלינן לה אפ"ה מוקדם גרע טפי כיון דבשאר שטרות נמי פסול וע"ש וא"כ שפי' מצי רש"י סבר דלרבנן אפי' בנכת' ביום ונחתם בלילה תצא משום חשש דבת אחותו ולכך הוצרך ריב"ל לסמוך על ר"ש. ולפי מ"ש לעיל בדברי הטור שכתב דעכשיו שתקנו זמן הגיטין אם נתן לה גט בלא זמן צריכה שתברר מתי הגיע הגט לידה וביארנו לדעתו קטלינן לה כל שלא ביררה משום דאוקמה אחזקת א"א ע"ש א"כ מוקדם גרע טפי מגט שאין בו זמן דבאין בו זמן לא שייך תו חשש דבת אחותו דאם לא תברר קטלינן לה ובמוקדם הגט שבידה לראי' שנתגרש' ביום שנכתב בו דלא ידעינן שהוא מוקדם ועוד יתבאר בזה לפנינו אי"ה:

סעיף ד

ס"ק ד

השולה גט ממקום למקום בפ"ב דגיטין י"ח הני גיטין הבאין ממדה"י דמכתבי בניסן ולא מטי לידה עד תשרי מה הועילו חכמים בתקנתן ומשני הני קלא איתי להו ופירש"י דאית להו קלא שלא נמסרו ביום הכתיבה ובין לזנות בין לפירי אמרינן לה אייתי ראיי' אימת מטי גיטא לידך והקשו בתוס' תינח לפירי אבל לזנות וכי קטלינן לה מספיק' עוד הקשו בגיטין הבאין ממדה"י למה תקנו זמן כלל וכתבו משום דעל ידי הזמן נותנין אל לבם לזכור יום המסירה ממש וע"ש. ולייישב שיטת רש"י נלענ"ד לפמ"ש תוס' ד"ה כתבי' ואנחי' ז"ל הכא לא בעי לשנויי דאהני לקמי' כדאמרי' לעיל גבי כתב חדש שבת כיון דאהני לקמי' לא חיישי' לחפוי שהכתיבה והנתינה כי הדדי נינהו כמו ביומי' גופי' אבל גבי כתב ואנחי' בכיסתא וגיטין הבאין ממדה"י שהנתינה היא אחר הכתיבה חיישי' שמא יחפה ויאמר שקר שמקודם לכן נתגרשה וכן בנכתב ביום ונחתם בלילה פסול אע"ג דאהני לקמי' עכ"ל וביאור דבריהם דגבי כתב שבת שבוע שהנתינה היתה סוף השבוע והיא זינתה בתחלת השבוע ותאמר שכבר נתגרשה בתחלת השבוע אין השקר שלה ע"י כתב הגט אלא שלא הגבילו הזמן בפרטות וזה לא אכפת לן כיון דאהני לקמי' וכמו ביומא גופי' דאין מגבילין שעות היום ולא חיישי' משא"כ אם כתבו זמן הגט בפירוש בתחלת החדש והיא נתגרשה בסוף החדש דבזה מה שתאמר השקר שלה שנתגרשה בתחלת החדש יהי' ע"י הזמן הכתוב בגט בפירוש ונמצא שאותו השקר הוא כתוב בפירוש בגט בזה פסול אע"ג דאהני לקמי' וה"ה בכתבי' ואנחי' בכיסתי' ובגיטין הבאין ממדה"י אע"ג דאהני לקמיה כיון שתאמר שקר ע"י הזמן המבואר בגט ה"ל כנכתב ביום ונחתם בלילה דפסול אע"ג דאהני לקמי' כיון שהשקר הוא תוך הגט לזה משני שפיר הני קלא איתי להו וידעו הכל שלא נמסר ביום הכתיבה אלא שלא יתברר מתוך הגט אימת מטי גיטא לידה א"כ אע"ג דלא קטלינן לה מספיק' מ"מ לא גרע מכתוב בו שבת ושבוע דאפילו לכתחלה כתבינן משום דאהני לקמי' וה"נ אהני לקמיה ואי משום דע"י הגט עצמו תאמר שקר שנתגרשה ביום הכתיב' וה"ל כל אותו זמן שמיום הכתיבה עד היום שאנו עומדין בו כאלו הוא כתוב שבוע סתם ואין בו זמן מוגבל אלא מגביל לקמיה ומ"ש רש"י ז"ל דאנן אמרינן לה אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך נ"ל כונתו דהזמן אינו מגרע כלל דאפי' כתוב בו זמן מניסן אנן לא משגחינן עלי' ואמרינן לה אייתי ראיה כיון דאית לה קלא שלא נמסר ביום הכתיבה ואף דלא קטלינן לה מספיקא כיון דאין השקר הזה מחמת הכתוב בגט בפירוש אלא משום שאינו מוגבל בזה אמרינן דאהני לקמיה. ויתיישב בזה

קושית התוס' שהקשו בגיטין הבאין ממדה"י למה תקנו להן זמן דלפי מ"ש לא קטלינן לה מספיקא אלא דאהני לקמי' כיון שלא תאמר השקר מתוך הגט וא"כ ע"כ צריך שיהי' בו זמן כי היכי דליהני עכ"פ לקמי' ודו"ק:

ס"ק ה

משום דאית להו קלא והיינו משום דרואין זמן הכתיבה הוא קודם לזמן הנתינה ונותנים דעת לזכור יום המסירה ממש ובתו' ד"ה עד שעת נתינה כתבו ז"ל וא"ת ולר' יוחנן היאך כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו ניחוש שמא יכתוב בניסן ולא יתן עד תשרי כו' וי"ל דגבי כותבין שטר ללוה פריך משום מאן דיזיף בצנעא יזיף ויש לחוש שאחר זמן ימסור לו בצנעא כו' אבל גט צריך עדי מסירה וכו' וידעו לקוחות שלא נתגרשה ביום הכתיבה ויאמרו לה אייתי ראיה אימת מטי גיטא לידך מיהו במשליש גט לאשתו דשמעתין ליכא למיחש לר' יוחנן למידי לא משום פירות ולא משום שמא יחפה דכיון שרואין זמן הכתיבה קלא אית לי' כדאמר בסמוך בגיטין הבאין ממדה"י וא"ת נכתב ביום ונחתם בלילה אמאי פסול הא אית לי' קלא ויש לומר דלא שייך לומר קלא אית לי' אלא כשמגרש ע"י שליח אבל בנכתב ביום ונחתם בלילה יש לחוש שימסור לה בעצמו בצנעא לחפות עלי' כו' ע"ש. וביאור דבריהם במה שהקשו לר' יוחנן היאך כותבין גט לאיש כו' היינו משום חששא דפירות כיון דיש לבעל פירות עד שעת נתינה והלקוחות יסברו שביום שנכתב נמסר וע"ז תירצו דגט אינו נמסר אלא בפני עדי מסירה ואית לי' קלא שלא נמסר ביום הכתיבה ויאמרו לה לקוחות אייתי ראי' ובסוף הדיבור הקשו עוד איך כותבין גט לאיש כו' ניחוש שמא תזנה וימסור לה בצנעא כדי לחפות עלי' וכונתם דמשום פירות לא חשידי לקלקלה ולמסור לה בצנעא בלא עדי מסירה אבל משום חיפוי עביד דמסר לה בצנעא והוצרכו לתרץ דלא מקדים אינש כו' ומ"ש תוס' ומיהו במשליש כו' ליכא למיחש לר"י כו' ולא משום שמא יחפה דכיון שרואין זמן הכתיבה קלא אית לי' כדבסמוך בגיטין הבאין ממדה"י כוונתם כמ"ש בחי' מוהרש"א דמשום חשש פירי סגי כשמוסר לה בפני עדי מסירה ומפקי לקלא שלא נמסר ביום הכתיבה ואף שאין זוכרין יום המסירה ממש די בכך שהלקוחות יאמרו לה אייתי ראיה אימת מטי גיטא לידך אבל לענין בת אחותו אף דליכא למיחש שימסרנו לה בצנעא כיון שהשליש ביד אחר ובודאי ימסרנו השליש בפני ע"מ ומפקי לקלא שלא נמסר ביום הכתיבה מ"מ לא אמרי' לה אייתי ראי' דמספיק' לא קטלינן לה וא"כ איכא למיחש לחיפוי לכך מתרצי תוס' דמשליש דמי' לגיטין הבאין ממדה"י דע"י שליח קלא אית לי' ומסקי אדעתייהו לזכור יום המסירה ממש ותו ליכא חיפוי כלל וע"ש. ולדבריו יש לדקדק בדברי תוס'

שכתבו וא"ת נכתב ביום ונחתם בלילה אמאי פסול הא אית לי' קלא ותירצו דבנכתב ביום כו' יש לחוש שימסרנו לה בצנעא לחפות עלי' ותיפוק לי' אפי' ימסרנו בידי מסירה נמי איכא למיחש לחפוי כיון דליתי' ע"י שליח לא מפקי עדים לקלא אלא שלא נמסר ביום שנכתב ולא קטלינן לה מספיקא. ונראה דבנכתב ביום ונחתם בלילה אפי' ימסרנו בעצמו שלא ע"י שליח כיון דבעדים יהיב לה ליכא חשש דשמא יחפה דהא הכא ליכא למיחש אלא שמא זנתה ביום הכתיבה ותאמר שנתגרשה בו ביום שנכתב שבו ג"כ נמסר וכיון דעכ"פ זוכרי' העדים ומפקי לקלא שלא נמסר ביום הכתיבה ולכל הפחות יום אחד אחר הכתיבה נמסר א"כ קטלינן לה על זנות של יום הכתיבה דלא מצי למימ' שנמסר ביום הכתיבה דהא העדים זוכרין עכ"פ שלא נמסר ביום הכתיבה וא"כ תו ליכא חשש זנות בנכתב ביום ונחתם בלילה ודוקא בנכתב בניסן ולא נתן עד תשרי בעי' שימסרנו ע"י שליח כדי שיזכרו יום המסירה ממש דאל"כ לא קטלינין על זנות שאחר יום הכתיבה עד תשרי אבל בנכתב ביום ונחתם בלילה דאין החשש של זנות אלא על יום הכתיבה לחוד וזה מתברר שפיר ע"י העדים כיון דעכ"פ זוכרי' שלא נמסר באותו יום אפי' שלא ע"י שליח וקטלינן לה על זנות יום הכתיבה ומש"ה הוצרכו תוס' לומר דנכתב ביום ונחתם בלילה איכא למיחש שימסרנו בצנעא בלא עדי מסירה וחשש זה דימסרנו בצנעא אינו אלא משום שמא יחפה על ב"א אבל משום פירי ליכא למיחש להכי דלא חשידי לקלקלה ולמסור לה בצנעא דלא הוי גט כלל משום ריוח הפירות וכמ"ש למעלה ודו"ק. ובזה יש ליישב מה שהקשו בתוס' על רש"י שפי' קסבר יש לבעל פירות עד שעת נתינה ויאמרו לה אייתי ראיה מהא דפ"ק דמציעא גבי מצא גט אשה בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה פריך וניחוש שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ומפקא לפירי כו' ומשני דאמרו לה אייתי ראי' ומשמע הא בגיטא דעלמא לא אמרי' אייתי ראי' אלא מסתמא ביום שנכתב נמסר דהנה לפי המתבאר למעלה דמשום חשש פירי לא חיישי' שימסרנו לה בצנעה דלא חשידי לקלקלה משום ריוח הפירות אלא דוקא בחששא דשמא יחפה חיישי' שמא ימסרנו לה בצנעה בלא עדי מסירה וכבר כתבו הרא"ש והטור דאין לאחר הנתינה מזמן החתימה משום חשש זנות בין חתימה לנתינה ואם נתאחר אין לו תקנה אלא ע"י שליח דאית לי' קלא שזוכרין יום הנתינה ממש א"כ לדידן דקי"ל כר' יוחנן דאמר משום שמא יחפה ואין לאחר הגט בין חתימה לנתינה כל אשה שבאה לפנינו בגט שבידה לטרוף אמרי' ודאי ביום שנחתם נמסר שהרי אם הי' מתאחר בין חתימה לנתינה הי' פסול משום חשש זנות ואחזוקי ריעותא לא מחזקינן ומוקמינן לגיטא בחזקת כשרות שנמסר כדינו ביום הכתיבה והחתימה ולכך לא אמרי' לה אייתי ראי' אבל אי לאו משום שמא יחפה

אלא משום פירות לחוד היו באמת רשאין לאחר הנתינה מיו' הכתיבה דליכא למיחש לפירי דביני וביני שהרי עידי מסירה מפקי לקלא שלא נמסר ביום שנכתב ואמרינן לה אייתי ראיה ומש"ה בהא דאמרו ר' יוחנן מ"ט לא אמר כר"ל שפיר משני קסבר יש לבעל פירות עד שעת נתינה וא"כ הזמן אינו מועיל דלעולם אמרינן לה אייתי ראיה אימת מטי גיטא לידך כיון דרשאין לאחר הנתינה ולמסור לה בעידי מסירה כיון דלבת אחותו לא חיישי' אלא משום פירות לחודי' סגי שיזכרו שלא נמסר ביום הכתיבה ויאמרו לה אייתי ראיה אימת מטי גיטא לידך ולא שייך לומר בזה אוקי גיטא בחזקת כשרות כיון דלטעמ' דפירות לחוד כשר לכתחלה לאחר יום הנתינה ולמסור בעדי מסירה אבל למאי דמסיק ר"י משום ב"א וא"כ אין רשאין לאחר הנתינה משום חשש בת אחותו ואם נשתהא פסול שמא זינתה וא"כ אחזוקי ריעות' בגיטא לא מחזיקינן ומוקמינין ליה בחזקת כשרות דנמסר ביום הכתיב' ומש"ה בגיטין דעלמ' לא חיישי' שמא כתב ליתן בניסן כו' ולא אמרי' לה אייתי ראיה דלא מחזיקינן לגיטא בפסול משא"כ בנפל דאתרע חיישי' שמא כתב ליתן בניסן כו' ולכך משני דבנפל יאמרו לה לקוחות אייתי ראיה אימת מטי גיטא לידך אבל בשאר גיטין לפי המסקנא דקי"ל כר"י דחיישי' שמא יחפה תו ליכא למיחש שמא נתאחר הנתינה דהא פסול הוא אם נתאחר דמחששא דבת אחותו חיישי' שמא ימסור לה בצינע' בלא עידי מסירה לכך אמרי' דמסתמא כדין נעשה ונמסר ביום הכתיבה ולא מחזקי' ריעותא בגיטא וא"כ השתא לדידן דקי"ל כר"י גם לשיטת רש"י אינה צריכה להביא ראיה אימת מטי גיטא לידה אלא בנפל ואתרע ודו"ק:

ובהא דפריך בגמ' גיטין הבאין ממדה"י דמיכתבו בניסן ולא ממסרי עד תשרי מה הועילו חכמים בתקנתן פירש"י ז"ל חכמים בתקנתן בין לענין זנות בין לענין פירות דטרפא, לקוחות מיום הכתיב' ומשני הני קלא אית להו ופירש"י ובין לענין זנות ובין לענין פירות בעינן לאתויי ראי' אימת מטי גיט' לידה ע"כ וע"ש. והקשו בתוס' ההוא דגיטין הבאין ממדה"י פירש"י דלתרווייהו פריך קצת קשה דלמה לא יפסיד משעת חתימה לריש לקיש ע"ש ולפי מ"ש אפשר לומר דכונת רש"י ז"ל במ"ש בין לענין זנות בין לענין פירות לאו אליבא דריש לקיש אלא תרווייהו אליב' דר' יוחנן פריך דניחוש לדידי' לתרווייהו לזנות ולפירות ולפי מ"ש שלא אמרי' בשאר גיטין אייתי ראיי' ואמרינן מסתמ' ביום שנכתב נמסר וכדין נעשה בכשרות א"כ בהני גיטין הבאין ממדה"י תקשי בין לענין זנות בין לענין פירי דטרפא שלא כדין מיום הכתיבה להכי משני הני קלא אית להו ובין לענין זנות ובין לענין פירות בעי' לאתויי ראי' וק"ל:

סעיף ה

ס"ק ו

אין תקנה להכשירו אלא שישלחנה לה ע"י שליח ואפי' נכתב ביום ונחתם בלילה נמי אית ליה תקנה ליתן ע"י שליח דאית ליה קלא אבל ע"י עדי מסירה אע"ג דמפקי לקלא שלא נמסר ביום הכתיבה כיון שאינו ע"י שליח אינן זוכרין יום המסירה ממש ואע"ג דידעי שלא נמסר ביום הכתיב' ויאמרו לה אייתי ראי' אימתי מטי גיטא לידך היינו לענין פירו' אבל לענין זנות מספיק' לא קטלינן לה ויכול לחפות עליה אמנם לפמ"ש בס"ק שלפני זה דנכתב ביום ונחתם בלילה דפסול אין החשש אלא שמא זינתה ביום הכתיבה ואם ימסור לה בעידי מסירה כיון דמפקא לקלא שלא נמסר ביום הכתיב' ודאי קטלינן לה כשזינת' ביום הכתיבה ועיקר הפסול הוא מחששא דשמא ימסור לה בצינעא בלא עידי מסירה כדי לחפות עליה וכיון דתנן נכתב ביום ונחתם בלילה פסול ולא קתני תקנתא שיתנו לה בפני עידי מסירה ובפרט דכל הגיטין צריכין עידי מסירה מן הדין או כדי לפרסומי א"כ קשה לתני הנך תקנתא דהא גבי נכתב ביום ונחתם בלילה מהני ע"מ כמו שליח כיון דעכ"פ יתברר על פיהם שלא נמסר ביום הכתיבה קטלינן לה על זנות של אותו היום ע"כ צ"ל דכיון שהחתימה היתה בפסול שהי' להם לחוש שמא יתננו לה בצינעא לחפות עלי' אפילו כי יהיב לה בתר הכי באפי ע"מ לא מהני כיון שכבר נעשה בפסול מה"ט נמי לא מהני בנכתב ביום ונחתם בלילה כשמוסרו ע"י שליח משום דנעשה בפסול וכמו שכתב ב"ש תו לית ליה תקנתא להכשירו ובתוספו' שם ד"ה אין לבעל פירות הקשו היאך כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו ניחו' שמא תזנה ויתן לה בצינעא כדי לחפות עליה וי"ל דמסתמא מיד אחר הכתיב' יתננו לה דלא מקדים אינש כו' ולמ"ש תוס' שם לעיל בהא דאמר לר"ל זנות לא שכיחא אע"ג דגבי בתולה נשאת ליום הרביעי חיישינן לזנות ותירצו דיש חילוק בין שמא זינתה לשמא תזנה וא"כ לשמא תזנה לכ"ע חיישינן וכסתם מתני' דבתולה נשאת ליום הרביעי ועמ"ש לעיל סק"א ולפ"ז קשה לר' שמעון אמאי מכשיר בנכתב ביום ונחתם בלילה דנהי דס"ל טעמא משום פירות מ"מ מודה דחיישינן לשמא תזנה א"כ הכא ניחוש שמא לא יתן לה עד תשרי ותזנה בין ניסן לתשרי וימסרנו בצינע' לחפות עליה ואי משום דלא מקדים כו' ובודאי יתן לה לאלתר דהא חזינן שזה הקדים פורענות לנפשי' שהרי נכתב ביום ולא נחתם לאלתר א"כ כבר יצא זה מאותה חזקה דלא מקדים אינש כו' וא"כ בשעת חתימה היה לנו לחוש שמא יעכבנו בידו עוד זמן מרובה ושמא תזנה בינתיים ויחפה עליה וא"כ לא היו העדים רשאין לחתום בכה"ג דאיכא למיחש שמא תזנה דכה"ג לכ"ע חיישי' ועיין

בחידושי מהרש"א מ"ש בתוס' ד"ה קסבר אין לבעל פירות וכיון שנעשה בפסול שוב אין לו תקנה וא"כ קשה ממ"נ אי אמרי' דכל שנחתם בפסול אף דאיכא תקנת' כשימסרנו לה מיד בפני ע"מ לא מהני אמאי מכשיר ר' שמעון דהא לדידיה נמי הוי נחתם בפסול דהא איכא למיחש שמא לא ימסרנו עד תשרי ושמא תזנה בינתיים דבהא כ"ע מודי דחיישי' ואע"ג שמוסרו לה אח"כ מיד בפניהם מ"מ החתימה היה בפסול דשמא לא ימסרנו תיכף ואי משום כיון דמסר לה בתר הכי סמכינן אעידי מסירה א"כ מ"ט דרבנן דפסלי דהא עדי מסירה מפקי לקלא דלא נמסר ביום הכתיבה וא"כ בנכתב ביום ונחתם בלילה תקנתי' מעלי' הוא דהא קטלינן לה מתוך עדות זו על זנות של יום הכתיבה אלא ע"כ כיון דהחתימה היה בפסול לא מהני תו תקנתא א"כ ה"ה לר' שמעון נהי דטעמא דבת אחותו משום שמא זינתה לא ס"ל אבל שמא תזנה מודה דחיישי' א"כ זה נחתם בפסול דה"ל למיחש שמא תזנה ושמא יעכבנו תחת ידו זמן מרובה ולא שייך כאן למימר לא מקדים אינש כו' דהא חזינן שהקדים וכמ"ש וע"כ צ"ל כתירץ ראשון של תוס' דדוקא זנות בלא עדים והתראה שכיחא וזנות בעדים והתראה לא שכיחא. וב"ש הוכיח מדברי הרא"ש שכתב בתירוץ הראשון דעדי מסיר' אפילו בלא שליח יש לו קול וא"כ נכתב ביום ונחתם בלילה אמאי פסול ע"כ משום דנחתם בפסול שוב אין לו תקנה ע"ש ואינו מוכרח דהרא"ש לא הקשה אלא קושיא ראשונה של תוס' דאיך כותבין גט לאיש כו' ניחוש שמא כתב ליתן בניסן כו' וטרפ' לקוחות שלא כדין וע"ז מתרץ שפיר דע"מ מפקי לקלא שלא נמסר ביום הכתיבה ויאמרו לה לקוחות אייתי ראיה ואין לחוש שמא ימסרנו בצינע' בלא ע"מ דלא חשידי לקלקלה משום פירות משא"כ נכתב ביום ונ"ב דפסול משום בת אחותו בעי שליח דוק' דע"מ לחודייהו אינן זוכרין יום המסירה ממש ולא אמרי' לה אייתי ראיה דאדרבה מספיקא לא קטלי' לה אבל לפמ"ש למעלה דבנכתב ביום ונ"ב עיקר החשש הוא שמא זינתה ביום הכתיבה וסגי לן כשיזכרו העדים שעכ"פ נמסר ביום שלאחריו וקטלינן לה על פיהם שפיר מוכח דהיכא דנחתם בפסול לא מהני תקנתא וכמ"ש לעיל והא דלא פסול הרא"ש נתאחר הנתינה משום זנות דבין חתימה לנתינה יתבאר לקמן בעזה"י.

ס"ק ז

על ידי שליח בירושלמי פ"ק דגיטין אית' שליח המביא גט ממדה"י צריך שיאמר בפני נכתב ביום ונחתם ביום ומשום דס"ל שאינן בקיאין בדקדוקי גיטין וכדאיתא שם א"ר יושוע בן לוי לפי שאינן בקיאין בדקדוקי גיטין. ובחידושי פני יושוע הקשה פ"ק דגיטין לדעת הפוסקים דאפילו מוקדם ממש אית ליה תקנה ע"י שליח א"כ בפני נכתב ובפ"נ

דמיירי ע"י שליח למה צריך שיאמר בפני נכתב ביום ובפ"נ ביום ע"ש ונראה דודאי הא דאמרי' בגיטין הבאין ממדה"י קלא אית להו והיינו שנותנין העדים לבם לזכור יום הנתינה מאחר שרואין שאינו נמסר ביום הכתיבה רמי אדעתייהו היינו דוקא לדידן דקי"ל כר' יוחנן משום בת אחותו וכיון דזוכרין יום המסירה ממש תו ליכא למיחש לזנות דהא קטלינן לה על שזינתה קודם המסירה וכן לענין פירות ליכא למיחש מידי לר' יוחנן כיון דס"ל דיש לבעל פירי עד שעת הנתינה והרי העידים מעידים על יום הנתינה ממש אבל לריש לקיש דס"ל משום פירות ונכתב ביום ונחתם בלילה דפסול הוא משום פירי דבין כתיבה לחתימה דמפסדי לקוחות שלא כדין דרבנן סברי דמשעת חתימה מפסיד פירי והכא יהיו סוברין שנחתם ביום הכתיבה לדידי' לית לי' תקנה שימסרנו ע"י שליח דנהי שיזכרו יום המסירה ממש הא לא אכפת לן יום המסירה דעיקר הפסול הוא משום איחור החתימה מן הכתיבה ויהיו סבורי' שנחתם ביום שנכת' ואנן ס"ל דאין לבעל פירו' משעת חתימה נמצא דזכירות יום המסירה אינו מעלה ולא מוריד כלל ולכך לר"ל אין חילוק בין גיטין הבאין ממדה"י או בשאר גיטין לעול' פסול כשנתאחר יום החתימה מהכתיבה והנה בעל העיטור פסק כמ"ד משום פירי ומפרש הא דאמרי' בגמ' איפוך היינו איפוך קמייתא דר' יוחנן אית לי' טעמא משום פירות וקי"ל כר' יוחנן והביא ראי' מירושלמי דאמרו משום פירות לחוד אלא דהרא"ש ז"ל כ' שאין ראי' מירושלמי משום דבירושלמי לא הביאו כלל הך טעמא דבת אחותו אבל גמ' דידן פליג וס"ל טעמא דבת אחותו עיקר ע"ש א"כ לשטת הירושלמי דס"ל טעמא דזמן משום פירי וס"ל אין לבעל פירות משעת חתימה ופסול דנכתב ביום ונ"ב הוא משום פירי דבין כתיבה לחתימה ובזה לא מהני מסירה ע"י שליח ואין חילוק בין גיטין הבאין ממדה"י לשאר גיטין דנהי דזוכרין יום הנתינה ממש מאי מהני לן זה הא לכתחל' רשאין לאחר יום הנתינה למ"ד משום פירי ולא בעינן אלא שהכתיבה והחתימה יהיו ביום אחד שלא להפסיד ללקוחות פירי דבין כתיבה לחתימה אבל אחר החתימה כבר אין לו פירות ולא אכפת אי מאחר הנתינה כמה דבעי וא"כ גם בגיטין הבאין ממדה"י צריך להיות הכתיב' והחתימה ביום אחד ומש"ה מצריך הירושלמי שיאמר השליח בפ"נ ביו' ובפנ"ח ביום אבל לדידן דקי"ל כר' יוחנן דיש לבעל פירות עד שעת נתינ' ותקנת זמן הוא משום זנות ונכתב ביום ונ"ב דפסול הוא משום זנות ג"כ משום דלא ידעי הנתינה אימתי הי' א"כ בגיטין הבאין ממדה"י דאית להו קלא וזוכרין יום הנתינה ממש תו ליכא שום חששא שאם זינתה קודם המסירה קטלינן לה וכן הפירות עד שעת הנתינה יהי' לבעל מש"ה לדידן כשר ע"י שליח ודו"ק. ומהאי טעמא נכתב ביום ונב"ל למ"ד משום פירי פסול ולא אמרי' הכא כשמוסרו

בפני עדי מסירה מפקי לקלא ויאמרו לה הלקוחות אייתי ראי' דלא חשידי לקלקלה ולמוסרו בצנעא משום פירי וכמו שנתבאר לעיל וא"כ למ"ד משום פירי אמאי פסול נכתב ביום ונ"ב אלא דטעמא כדאמרן דלא תהני קלא דעדי מסירה או ע"י שליח אלא לענין המסירה שאם נסתפק לנו זמן המסירה אמרינן דאינהו אפקו לקלא כיון שהואי' שאין הנתינה ביום הכתיבה זוכרין יום הנתינה ממש כשהיא ע"י שליח ושלא ע"י שליח מפקי לקלא עכ"פ שלא נמסר ביום הכתיבה אבל במה דתליא בחתימה שנתאחרה מיום הכתיבה אין העדים מרגישי' בזה כלל שהרי גם הם סוברי' שנתנם ביום הכתיבה ומה מהני קלא דיום המסירה לענין החתימה ודעת הר"ן פ"ב דגיטין דלא סמכינן אהאי טעמא דקלא אית לי' אלא בגיטין הבאין ממדה"י ומשום עיגונא אבל בשאר גיטין לא מהני מסירה ע"י שליח וע"ש שייחס סברא זו לרש"י ז"ל וכתב דזהו כונת רש"י במשליש גט לאשתו שכתב רש"י והבעל הלך לדרכו משום דלא מהני הך סברא דקלא אית לי' אלא במקום עיגון ע"ש. ונסתפקתי לדעת הר"ן אם מסרו לה אחר כמה ימים בעדי מסירה שלא ע"י שליח והלך לדרכו דאיכא חשש עיגון מי אמרי' דעדי' מפקי לקלא וכשר במקום עיגון אפי' שלא ע"י שליח דהא מה שהוכרחו הפוסקי' לחלק ולומר דדוקא ע"י שליח מהני קלא הוא משום דהוי קשי' להו נכתב ביום ונחתם בלילה אמאי פסול הא אית לי' תקנתא ע"י ע"מ לזו הוכרחו לומר דלא הוי קלא אלא ע"י שליח א"כ לדעת הר"ן דקלא לא מהני אלא במקום עיגון שפיר י"ל דע"י ע"מ לחוד איכא קלא ונכתב ביום ונ"ב דפסול משום דמיירי במקום דליכא חשש עיגון וז"ל הרשב"א בחדושיו הני קלא אית להו כו' ויש לפרש הני קלא אית להו דכיון שרואין שזמן הגט מוקדם לנתינתו אית לי' קלא ורמו אנפשייהו ומדכר דכירי לה מתי נמסר לה וקשי' לי א"כ גט מוקד' אמאי פסול הרי כיון שזמנו קודם לנתינתו יש לו קול ורמי אנפשייהו ומדכרי ושמא נאמר דלא סמכו על יציאת קול אלא בגיטין הבאין ממדה"י דא"א בלא"ה ומשום עגונא הקילו אבל בגיטין דעלמא דאפשר ליתן ביום כתיבתו לא הקילו אלא דמשליש גט לאשתו קשי' דאפשר בלא"ה אלא נראה כלשון הראשון שכתבתי למעלה דדוקא בגט המשתלח או הניתן ביד שליש הוא דאמרי' יש לו קול אבל בגיטין דעלמא לא ולפ"ז אפי' גט מוקדם אם נתנו ע"י שליח כשר עכ"ל ומבואר מדבריו דאי לאו דקשי' לי' משליש לא הי' מחלק כלל בין שליח או לא אלא כל שיש מקום עיגון סמכי' אקלא דעדי מסירה לחוד ומוקדם דתנן במתני' דפסול איירי שלא במקום עיגון אלא משום דקשי' לי משליש הוצרך לחלק בין ע"י שליח או לא וא"כ לדברי הר"ח דמפרש הך דמשליש גט נמי במקום עיגון ומיירי שהלך לדרכו א"כ אין אנו צריכין לחלק בין ע"י שליח או לא אלא מוקדם דפסול היינו

שלא במקום עיגון וגיטין הבאין ממדה"י וכן משליש גט דמיירי במקום עיגון וכפרש"י שהלך לדרכו סמכינן אקלא דעדי מסירה לחוד אלא דלפ"ז קשה בהא דר' יושוע בן לוי דף י"ח בההוא גיטא דחתמי בי תרי ביומי' ואינך מכאן ועד עשרה ימי' דאריב"ל כדאי הוא ר"ש לסמוך עליו בשעת הדחק ופירש"י שעת הדחק היינו שניסת או שהלך לדרכו וכיון שהלך לדרכו ה"ל מקום עיגון וכמ"ש הר"ן במשליש גט א"כ למה הי' צריך לסמוך על ר"ש הא אפי' לרבנן כשר מוקדם בשעת הדחק כשיש מקום עיגון ע"י עדי מסירה וכמ"ש כשניסת דאפי' במוקדם ממש לא תצא לדעת כמה פוסקי' אולם לפי מ"ש דלמ"ד משום פירות לא מהני קלא דעדי מסיר' משום דס"ל דאין לבעל פירות משעת חתימה ופסול דנכתב ביום ונחתם בלילה הוא משום פירי דבין כתיבה לחתימה ויהי' סבורי' ביום שנכתב נחתם ועדי' לא מפקי לקלא אלא שהמסירה לא הי' באותו יום אבל יום החתימה לא רמי' אדעתייהו כלל א"כ י"ל דריב"ל לשיטתי' אזל דס"ל כריש לקיש וכמו שביארנו לעיל בהא דאמר בירושלמי המביא גט ממדה"י צריך לומר בפ"נ ובפ"נ ביום אחד ואמר עלה ריב"ל מפני שאין בקיאין בדקדוקי גיטין וקשה דהא ע"י שליח אפי' מוקדם כשר והוכחנו לעיל דירושלמי ס"ל טעמא משום פירי ופסול משום פירי דבשעת כתיבה עד שעת חתימה ובזה לא מהני קלא דע"מ וכמ"ש לעיל וכיון דלריב"ל לא מהני קלא דעדי מסירה ואפי' ע"י שליח לא מהני לכך הוצרך לסמוך על ר' שמעון בשעת הדחק. ובר"ן פ' המגרש כתב במוקדם לא תצא כיון דליכא חשש חיפוי במוקדם יותר מבגט שאין בו זמן דלא קטלינן לה ואפ"ה אם ניסת לא תצא ומשום פירי נמי ליכא לדעת רש"י ז"ל דבכל הגיטין אמרי' לה אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך ע"ש ומשמע דלדעת רש"י במוקדם אם ניסת לא תצא וא"כ קשה הא דכתב רש"י גבי כדאי הוא ר"ש לסמוך עליו בשעת הדחק כגון שניסת או שהלך לדרכו דהא בניסת אפי' לרבנן לא תצא ואפי' במוקדם ממש וזהו שהקשה ב"ש סק"ד הבאתיו לעיל ולפמ"ש דס"ל דריב"ל ס"ל טעמא משום פירות וא"כ אין לבעל פירות משעת חתימה ולא אמרי' לה אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך דליכא נפקותא במסירה ועל חתימה פשיטא דלא אמרי' אייתי ראי' אימת נחתם דלא מחזקינין בפסלות דהא נכתב ביום ונחתם בלילה פסול הוא משום פירי דמשע' כתיבה עד שעת חתימה דיהיו סבורים שנחתם ביום הכתיבה א"כ לא קשי' דברי רש"י כלל דדוקא אליבא דר' יוחנן כתב הר"ן דלשיטת רש"י במוקדם אם ניסת לא תצא דלדידי' כתב רש"י דאמרי' לה אייתי ראי' אימ' מט' גיטא לידך דהא ס"ל דיש לבעל פירות עד שעת נתינה משא"כ למ"ד משום פירי ודאי במוקדם תצא דהא לא אמרי' אייתי ראיה וכמ"ש. אמנם לפמ"ש לעיל סק"ה בשיטת רש"י דלמסקנא לפי מה דאמר ר' יוחנן משום

בת אחותו בכל הגיטין לא אמרי' לה אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך דכיון דנתאחרה הנתינה פסול משום זנות לא מחזקינן ריעותא ומוקמינן לגיטא בחזקת כשרות שנמסר ביום החתימה ולא אמרי' אייתי ראי' וע"ש וא"כ לדידן במוקדם אם ניסת תצא משום פירות אף לר' יוחנן דקי"ל כותי' ודו"ק:

סעיף ו

ס"ק ח

ונתאחר הדבר כתב הרמב"ם פ"ג מגירושין כותבין וחותמין לו הגט והוא מגרש בכל עת שירצה וכתב ב"ש משמע דס"ל כתירוץ ראשון שכתב הרא"ש דגט שלא נמסר ביום הכתיבה רשאי למסור מידו לידה כי עדי מסירה זוכרין יום הנתינה כיון שלא נמסר ביום הכתיבה כו' והא דפסול נכתב ביום ונחתם בלילה צ"ל משום דהחתימ' הי' בפסול אבל אם הכתיבה והחתימה הם בכשרות רשאי למסרו מידו לידה ע"ש. והרמב"ן בחידושיו כתב ז"ל והא דאמרי' דלא מקדים אינש פורענותא לנפשיה למימרא דלא חשו רבנן למלתא כלל ואפי' ידוע נמי נא מפסל וי"א דפסול ולא שמיע לי דא"כ לתני מתני' נכתב ונחתם ביום וניתן בלילה ועוד דאי הוי פסול גיטין הבאין ממדה"י נמי לא הוי לן למכשרינהו ואע"ג דאית לי' קלא שלא ליתן דבריך לשיעורין עכ"ל מבואר מדבריו דס"ל בפשיטות דנתאחר יום הנתינה כשר. ואיכא למידק לדברי הרמב"ן והרמב"ם שמכשירים בנתאחר יום הנתינה לדידן דקי"ל כר' יוחנן דחיישי' לזנות ולבת אחותו א"כ כשזינתה בין חתימה לנתינה היא בחנק וכיון דנתאחר יום הנתינה וסבורין שנמסר ביום החתימה לא קטלינן לה. ומ"ש הב"ש דהרמב"ם ס"ל דתירוץ ראשון של הרא"ש כבר כתבנו לעיל דהרא"ש לא כתב תירוצו הראשון אלא על מה שהקשה איך כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו ניחוש שמא כתב ליתן בניסן כו' ומפקי לפירות שלא כדין ועל זה מתרץ שפיר דעדים מפקי לקלא שלא נמסר ביום הכתיבה ואמרי' לה אייתי ראי' דלא מצי לאפוקי פירי מידא דלוקח אלא בראי' ברורה אבל לענין בת אחותו לא מהני עדי מסירה לחוד דאף דזוכרין שלא נמסר ביום הכתיבה כיון שאין זוכרין יום המסירה ממש מספיקא לא קטלינן לה לכך בעינין דוקא ע"י שליח דאז שמים על לבם לזכור יום המסירה ממש וכמ"ש לעיל בשם חי' מהרש"א שפי' ג"כ הכי בתו' ד"ה קסבר אין לבעל פירות וע"ש וא"כ אכתי יש לפסול נתאחר יום הנתינה משום שמא זינתה וליכא למימר דס"ל לרא"ש בתירוץ הראשון דע"מ בלא שליח נמי זוכרין יום המסירה ממש א"כ לא ה"ל להרא"ש למימר דאמרי' לה אייתי ראי' אימת מטי' גיטא לידך משמע דמספיק' לא מצי' למיטרף פירי ותיפוק לי' כיון שהעדים זוכרים יום המסירה ממש א"כ ידוע לכל יום המסירה

אע"כ אפי' לתירוץ ראשון של הרא"ש עדי מסירה שלא ע"י שליח לא מפקי לקלא אלא שלא נמסר ביום הכתיבה ואין נותנין אל לבם לזכור יום המסירה ממש וא"כ נהי דלענין פירי איכא תקנתא בהכי דאמרי' לה אייתי ראי' מ"מ לענין זנות דלא קטלינן לה מספיקא קשי' אמאי לא ניחוש. והרמב"ן ז"ל שכתב בפשיטות בנתאחר יום הנתינה דכשר ונראה מדבריו דטעמא משום דהוי מלתא דלא שכיח' משום דלא מקדים אינש פורענותא לנפשי' ולכך אם אירע שהקדים החתימה לנתינה לא תקנו בו רבנן לפסולי דלא שכיחא וקשה לפ"ז בנכתב ביום ונחתם בלילה נמי לא שכיחי דלא מקדים אינש כו' ומסתמי ביום שכותבו הוא חותמו ומוסרו ואפ"ה פסלוהו רבנן בתקנתן ואין לומר דלא אמרי' לא מקדים אינם פורענו' אלא בחתימה אבל בכתיבה לא הוי ליה פורענות דמ"ש דוודאי כי היכי דלא מקדים לחותמו ה"נ לא מקדים לכותבו ואפ"ה תיקנו רבנן לפוסלו לכן נראה לענ"ד כיון דבאמת בדיעבד לא מהני תקנת זמן לענין בת אחותו שהרי אם ניסת בגט בלא זמן לא תצא והולד כשר ולא אהני חכמים בתקנתן אלא דלכתחלה לא תנשא וא"כ העדים לא חתמו כמי שפירש"י בסוגיין ע"ש א"כ עיקר התקנה היתה על העדים שלא יחתומו על גט שאין בו זמן ומש"ה כשנכתב ונחתם ביומו אלא שנתאחרה הנתינה אין לפוסלו משום בת אחותו דמאי אהני לן בתקנתא דאי משום דיעבד הא מדאורייתא הוי גיטא ולא גרע דאין בו זמן דלא תצא והולד כשר דאדיעבד לא תקנו כלל ואי כדי דלכתחלה לא תנשא ושלא יחתמו העדים גט כזה לא שייך הכא דהא נחתם בכשרות והרי בידו גט כשר ובידו למוסרה אפילו בצינע' כשירצה לחפות עלי' וא"כ מאי הועילו בתקנתן דאף אם נאמר לכתחלה לא תנשא או תצא מדרבנן מ"מ בידו לחפות שהרי החתימה בכשרות ואין לומר דאהני דלכתחל' לא ירצו ע"מ להיות עדים כשרואין זמן החתימ' קודם לנתינה דהא כבר נתבאר לעיל מתוך דברי תוס' דמשום זנות כדי לחפות חשוד הוא למוסרו בצנע' ובלא ע"מ וכיון דאין תועלת בתקנה זו גבי גט כשר שנתאחר יום הנתינה מש"ה כשר לגמרי ולא תקנו בו כלל כיון דלא הועילו בתקנתן והא דפריך בגמ' כתבי ואותבי' בכיסתי' מאי היינו שראוי היה לתקן שלא יחתמו העדים ולא יתנו הגט ליד הבעל עד שימסרנו בפניהם וכמו דאין כותבין שטר ללוה בלא מלוה אלא בשטר הקנאה בכדי שימסור תיכף בפניהם ולזה משני לא מקדים אינש פורענותא לנפשי וא"כ מסתמא מיד ימסרנו ואי איתרמי דנתאחר הנתינ' תו לא מצינן לתקוני יותר וכמ"ש דהא בדיעבד אין לפסול דלא גרע מאין בו זמן ואם נפסלו לכתחלה שלא תנשא בו לא הועלנו כלום דלגבי עדי חתימה לא שייך מידי דאינהו בכשרות אחתימו עליה ולגבי עדי מסירי לא הועילו כלום שאם ירצה לחפות ימסור לה בצינעא ובתר הכי פריך מגיטין הבאין ממדה"י

דאינהו ודאי בתר זמן מרובה מימסרי היה לנו לעכב שלא יחתמו העדים ומשני הני קלא אית להו ולכך מותר לכתחלה לעדים לחתום אבל בסתם גיטין שנתאחר' הנתינה אין כאן לכתחלה גבי חתימה דהא מסתמא חזקה דלא מקדים אינש כו' ובודאי ימסרנו תיכף ושפיר עביד דחתמי ואחר החתימה אי אתרמי שנתאחרה הנתינה תו לית לי' תקנתא וזה נראה לי כדעת הרמב"ם גם במה דס"ל גזיי' לזמן כשר ליתן לכתחלה ומשום דכל שגיטו בידו תו ליתי' בתקנה שהרי בידו למוסרו בצינעא והגט כשר מן התורה ולא קטלינן לה והרשב"א והר"ן השיגו על הרמב"ם בזה ולפמ"ש ניחא ודוק כי נכון הוא איברא כל זה איתי לטעמ' דבת אחותו דגם אם נפסול אותו לכתחלה אכתי בידו לחפות עליה בגט זה שהרי גט כשר הוא מן התורה ומספיקא לא קטלינן לה אבל לטעמא דפירות דחיישינן לפסידי' דלקוחות לפירי דמשעת חתימה עד שעת נתינה והאי איתי' בתקנת' חדא דכבר כתבנו דמשום ריוח פירות לא חשידי לקלקולא ולא ימסרנו לה בצינעא וכיון דודאי ימסרנו בעדי מסירה שפיר איכא תקנתא שלא יהיו עד"מ נזקקין להן כשנתאחרה הנתינה כיון דלכתחלה פסול ועוד שנית לפמ"ש בסימן ע"ח בביאור דברי תוס' גיטין דף ג' ד"ה כתב בכ"י דטעמא דפסול דתפסיד האשה שלא כדין משום דאנן לא נסמוך על הזמן דחשדינן ליה שמא הקדים הוא הזמן ולכך פסלוהו לכתחלה דהשתא כדין תפסיד פירי ולא תטרוף האשה כו' שהגט פסול וע"ש ושם כתבנו דכל שהגט פסול מדבריהם ס"ל לתוס' דבעלה עדיין חייב בפרקונה ויש לו פירות ודינו כמגורשת ואינה מגורשת דכתב בשטה מקובצת פ"ק דמציעא דף י"ג דכל שהיא מגורשת ואינה מגורשת יש לבעל פירות וחייב בפרקונה ע"ש ויבואר עוד לפנינו בעזה"י. א"כ שפיר איתי' בתקנתא דיפסל הגט שנתאחר' הנתינה ותו לא תטרוף כיון שהגט פסול עדיין יש לבעל פירות ומיהו לזה שפיר מהני תירוצו הראשון של הרא"ש דכיון דעד"מ מפקי לקלא שלא נמסר ביום הכתיבה אמרי' אייתי ראיה אימת מטי גיטא לידך וכן הוא שיטת תוס' דבעידי מסירה אפילו שלא ע"י שליח מפקי לקלא שלא נמסר ביום הכתיבה ויאמרו לה אייתי ראיה וא"כ לתרתי טעמי כשר דמשום בת אחותו ליכא למיפסל דהא ליתי' בתקנתא ולענין פירי ליכא חששא דהא ע"מ מפקי לקלא ויאמרו לה אייתי ראי' וניחא בזה הא דכתב הרא"ש ז"ל אי נמי להכי כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו משום דלא שכיח דכתב גט קודם הנתינה דלא מקדים אינש כו' ולפי טעם זה אי אתרמי הכי שלא נמסר ביום הכתיבה לא מתכשר האי גיטא אם לא ע"י שליח להולכה דאית לי' קלא דאם הי' הבעל נותנו לאשה לית לי' קלא ואתי למיטרף לקוחות שלא כדין מיום שנכתב עכ"ל וקשה למה כתב משום טריפת לקוחות שלא כדין והניח עיקר התקנה משום זנות דקי"ל כר' יוחנן

ולפמ"ש ניחא דמשום טעמא דבת אחותו לא מצינן לפסולי נתאחרה הנתינה דהא לית' בתקנתא דהא יכול למוסרו בצנעא כיון שהחתימה נעשה בכשרות וראוי להיות כשר מהאי טעמא אבל משום פירות שפיר איתי' בתקנתא כמ"ש או דהעדים לא ירצו להיות עדי מסירה בגט זה ובצנעה לא יתן לה דלא חשידי לקלקולא או אחר שאנו פוסלין אותו לא תטרוף וא"כ לפ"ז דין זה דנתאחר הנתינה תליא בשני התירוצים שברא"ש דהא משום זנות אין לפוסלו אחר שנכתב ונחתם בכשרות דהא ליתי' בתקנתא אלא משום חשש פירי יש לפוסלו ולפי תירוץ הראשון ליכא חשש פירי דכיון דמסרו לה בפני עדי מסירה מפקי לקלא ויאמרו לה אייתי ראיה ולפי תירוץ השני ליכא קול כלל ע"י עד מסירה ולא יאמרו לה אייתי ראי' וכשנותנו שלא ע"י שליח איכא חששא דפירי והרמב"ם דמכשיר לגמרי בנתאחר הנתינה ס"ל כתירוץ הראשון של הרא"ש וגם בתוס' ד"ה קסבר אין לבעל פירות מבואר דס"ל כתירוץ הראשון של הרא"ש דכל שנמסר בפני עד"מ אפי' שלא ע"י שליח מפקי לקלא שלא נמסר ביום הכתיבה וליכא חששא דפירי דיאמרו לה אייתו ראיה ואע"ג דבתר הכי כתבי תו' ג"כ כתירוץ שני של הרא"ש דלא מקדים אינש כו' כבר כתבנו לעיל בשיטת התו' מדלא תירצו הך תירוצא דלא מקדים כו' לעיל בקושי' ראשונה שהקשו ליחוש לפסידא דלקוחות מוכח דס"ל כמ"ש בשטה מקובצת דלא סמכינן אהך סברא דלא מקדים כו' אלא לענין חשש זנות אבל לענין פסידא דלקוחות לא סמכינן אהך סברא וכמ"ש לעיל וא"כ ע"כ צריכין אנו לומר דעדי מסירה מפקי לקלא וליכא תו חשש פירי משא"כ ע"פ תירוצו השני של הרא"ש ס"ל דסמכינן על הך סברא דלא מקדים אפי' לגבי חשש לקוחות וא"כ הרי הרמב"ם והתו' בחדא שיטה קיימי ולענין דינא יש להכשיר הגט במקום הצורך בנתאחרה הנתינה ודו"ק. ואם נתאחרה הנתינה יום אחד נראה דיש להקל טפי דכבר כתבנו בנכתב ביום ונחתם בלילה דפסול משום בת אחותו היינו משום דנחתם בפסול דהא עידי מסירה אפי' שלא ע"י שליח מפקי קלא שלא נמסר ביום שנכתב ואמרי' לה אייתי ראיה אלא דבזנות לא אמרי' אייתי ראיה דמספיקא לא קטלינן לה וכתבנו לעיל דזה שייך בנכתב בניסן ונחתם בתשרי אבל נכתב ביום ונחתם בלילה דאין החשש של הזנות אלא על יום הכתיבה ולזה ודאי מהני עדי מסירה כיון דידעינן שלא נמסר עכ"פ ביום הכתיבה פשיטא דקטלינן לה אזנות של יום הכתיבה וא"כ עיקר פיסולו אינו אלא משום שנחתם בפסול כיון דחיישינן שימסור לה בצנעא ומש"ה אפי' כשמוסר לה בפני עדי מסירה כבר נעשה חתימתו בפסול וכמו שנתבאר לעיל וא"כ בנתאחר הנתינה יום אחד דתו ליכא חשש כלל דאי משום לקוחות הרי ע"מ מפקי לקלא שלא נמסר ביום הכתיבה ואמרי' לה אייתי ראיה ואי משום זנות נמי קטלינן לה אזנות

של יום הכתיבה דהא בריר לן שלא נתגרשה באותו יום וחתימתו לא היה בפסול וודאי דיש להקל בזה ויתיישב בזה מה שהקשה הרמב"ן למאן דפוסל בנתאחרה הנתינה דא"כ ליתני במתני' נכתב ונחתם ביום ונמסר בלילה ולפמ"ש ניחא דהיכא דלא נתאחר אלא יום אחד ודאי כשר דתו ליכא לא חשש פירי ולא חשש זנות כיון דידע סהדי דלא נמסר ביום הכתיבה והא דנכתב ביום ונחתם בלילה דפסול אינו אלא משום דחתימתו בפסול היתה שמא ימסרנו בצינעא לחפות עליה וזה לא שייך בנמסר יום אחד אחר החתימה וכנ"ל אבל נתאחר יותר מיום אחד שפיר איכא למימר דפסול משום חיפוי דבת אחותו ואע"ג דמסר לה בפני עד"מ כיון שהוא שלא ע"י שליח לא מפקי לקלא יום המסירה ממש אלא שלא נמסר באותו יום ולגבי פירי שפיר אמרינן אייתי ראיה אבל גבי זנות לא קטלינן לה מספיקא ודו"ק. ובפ"ק דמציעא גבי מצא גט אשה בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה דפריך וניחוש שמא כתב ליתן בניסן כו' הניחא למ"ד אין לבעל פירות משעת חתימה שפיר אלא למ"ד משעת נתינה מאי א"ל ומסיק דאמרי' לה אייתי ראיה אימת כו' ומשום דנפילה קלא אית ליה וכמ"ש בשטה מקובצת שם וידעו לקוחות לומר לה אייתי ראיה ולכאורה קשה כיון דגט פסול הוא היאך יהבינן לה ואף דיאמרו לה אייתי ראיה מ"מ גיטא גופא פסול הוא כיון דחיישינן לכתב בניסן ולא נתנו עד תשרי ובב"ש סימן קמ"ג סק"ב כתב ז"ל ולכאורה נראה דאינו נותנו לה הבעל אלא נותן לה ע"י שליח כיון דנתאחר בין כתיבה לנתינה ואפשר דהואיל ולפי דבריו גירש כבר אע"ג דהוא אינו נאמן על העבר מ"מ לא חיישינן כה"ג משום האיחור דאפשר דגירש אותה ביום הכתיבה עכ"ל. והנה לפמ"ש לעיל בדברי הרא"ש שכתב בתירוץ השני דאם נתאחר הנתינה פסול משום דאתי למיטרף לקוחות שלא כדין פירי דמשעת חתימה עד שעת נתינה ולא כתב הטעם משום שמא יחפה כיון דקי"ל כר' יוחנן והוא משום דאחר שנכתב ונחתם הגט כדינו תו ליכא תקנתא לגבי זנות דגם אם אנו פוסלין אכתי יכול למוסרו לה בצינעא בלא עד"מ כדי לחפות עליה לכך כתב דעיקר טעם פסולו בנתאחר הנתינה אינו אלא משום פירי ומש"ה בש"ס דפריך וניחוש שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ואתי למיטרף לקוחות שלא כדין ולא פריך וליחוש משום זנות ומשום דנתאחרה הנתינה אין פסולו אלא משום לקוחות בלחוד א"כ שפיר משני דאמרי' לה אייתי ראיה משום דנפל קלא אית ליה וכה"ג אפי' מוקדם כשר דכל שכתוב על גבו דלא למיטרף בי' מזמנו הראשון אפילו בשאר שטרות דמוקדם פסול כה"ג כשר דדוקא כשבא בפסולו לפני ב"ד וכמבואר בש"ך סימן מ"ג וכן בגט כה"ג כשר כמבואר לעיל סעיף ג' וכיון דגט שנפל קלא אית לי' כשהוחזר לב"ד ה"ל כאילו נכתב על גבו דלא למטרף ביה מזמן ראשון כיון דקלא

אית ליה וידעי לקוחו' ויאמרו לה אייתי ראיה ובודאי לא תטרוף מזמן ראשון הכתוב בו. ומיהו אפי' לפי מ"ש לעיל דבנתאחרת הנתינה פסול גם משום חשש דבת אחותו מ"מ לא קשה אמאי לא פריך הש"ס גבי מצא גט ניחוש שמא יחפה על בת אחותו משום דאע"ג דלא נחזור לה הגט אי אפשר למיקטלה שהרי לא יצאנו מידי ספק כיון שהגט לפנינו מזמן הקדום ונהי דנפל אתרע מ"מ מספיקא לא קטלינן לה ולכך פריך ניחוש לפסידא דלקוחות ולא נחזיר לידה ומשני דאמרי' לה אייתי ראיה ליכא פסידא ללקוחות והא דלא מיפסל אפילו על להבא משום זנות דהא ה"ל כגט שאין בו זמן היינו משום דכיון דהבעל אומר שנתן לה ביום הכתיבה נהי דלא מהימן למפרע מ"מ כיון דלקוחות לא מפסדי דאמרי לה אייתו ראיה לענין פסול זנות הבעל נאמן להבא שהוא גט כשר כיון דבידו לגרשה ומיהו יותר מסתבר כדאמרן אליביה דהרא"ש דפסול דנתאחרה הנתינה אינו אלא משום פסידא דלקוחות ולא משום זנות ומטעמא דכתיבנא ודו"ק:

סעיף ז

ס"ק ט

וכן אם כתוב בו היום גירשתי כשר בפ' גט פשוט דף קע"ג אבא שאול אומר אם כתוב בו גירשתי' היום כשר ואיכא למידק תינח למ"ד משום בת אחותו דתו לא מצי לחפות עלי' דאם זינתה ותוציא גט זה בב"ד אמרי' מדכתב בו היום יומא דנפק בבי דינא משמע והיום הוא שנתגרשה וקטלינן אזנות שלפני יום זה אלא למ"ד משום פרי והיינו שלא תפסיד פירי דמשעת חתימה עד שעת נתינה וכמ"ש התוס' והרשב"א והר"ן וא"כ הכא כשכתוב בו היום תפסיד פירות שמיום החתימה עד יום הנתינה דהיום משמע ההוא יומא דנפיק בבי דינא ואמרי' דהיום נתגרשה. ונראה דהתם בפ' ג"פ א' ההוא שטרא דנפק בבי דינא דרב הונא דהוי כתיב בי' אני פב"פ לויתי ממך מנה אמר רב הונא ממך ואפי' מריש גלותא ואפי' משבור מלכא א"ל רב חסדא לרבה פוק ועיין בה דלאורתא בעי מינך רב הונא נפק דק ואשכח גט שאין בו זמן אבא שאול אומר אם כתוב בו גרשתיך היום כשר אלמא היום ההוא יומא דנפק בי' משמע ה"נ מינך האי גברא דנפיק מתותי ידי' משמע א"ל אביי דלמא אבא שאול כר' אליעזר ס"ל דאמר עדי מסירה כרתי אבל הכא ניחוש לנפילה ופירשב"ם דלר' אליעזר לא חיישינן כלל לזמן דעדי מסירה הם יעידו על הזנות ועל הפירות והא דבעי היום אינו אלא להיות מוכח מתוכו ע"ש והרמב"ן כתב ז"ל ואינו נכון שתקנה שתקנו בו משום פירות או משום בת אחותו אין עדי מסירה מועיל בכך דשמא לא יהיו זכורין לעולם וכ"ש לדברי האומר לא הכשיר ר' אליעזר אלא לאלתר אבל מכאן ועד עשרה ימים לא ועוד שיש גיטין בעידי חתימה בלבד ולפיכך תקנו זמן בכולהו

אלא הכי קאמר מעיקרא ממך ואפי' מריש גלות' וכיון דלא פיר' לא שיעבוד עצמו לשום אדם בעולם ושטרא כמאן דניתי' דמי והדר פשיט רבה ואמר מדאמרי' בגיטין גרשתיך היום כשר אלמא מההוא יומא דנפיק בי' משמע ולא אמרי' כולהו יומי משמע ולאו כרות גיטא הוא וה"נ מהאי גברא דנפיק מתותי ידי' בב"ד משמע כו' א"ל אביי דלמא לעולם גבי גט לאו מהאי דנפיק מידה משמע אלא מההוא יומא דמסרה ניהלה ודאי משמע וא"ת א"כ אין זה כריתות דאין מוכח מתוכו אימת הגיע גט לידה אבא שאול כר' אליעזר ס"ל ועדי מסירה יבואו ויעידו ולא בעי ר' אליעזר מוכח מתוכו וכו' ועוד אבל הכא ניחוש לנפילה כו' עכ"ל ע"ש בחידושי הרמב"ן. וא"כ אי נימא כרב הונא וכאביי דהיום לא אמרי' מההוא יומא דנפיק בי' מתותי ידה בב"ד משמע ואינו מוכח מתוכו ולא הוי גט כריתות אלא משום דס"ל כר' אליעזר דלא בעי' מוכח מתוכו א"כ בכה"ג לא מפסיד הבעל פירי משעת חתימה כיון דעדי חתימה אין מועיל בזה כלום דכיון דאינו מוכח מתוכו עדי חתימה כמאן דליתנהו דמי ואית לי פירי עד שעת נתינה מש"ה בכתוב בו היום כשר כיון דאינו אלא ע"י עד"מ ועד"ח לא מהני כלל כיון שאינו מוכח מתוכו ולפירי דמשעת נתינה ליכא חששא כלל דהא יכולה להביא גיטה לב"ד וכמ"ש תוס' בגיטין לפיכך יש לומר דריש לקיש דס"ל טעמא משום פירות כי היכי דלא תקשי לי' מהך דאבא שאול ס"ל כרב הונא לאביי וא"כ ה"ל אינו מוכח מתוכו ויש לבעל פירות עד שעת נתינה ולדידן דקי"ל כרבה דמינך מהאי גברא דנפיק מתותי ידי' משמע וכמבואר בטוש"ע ח"מ סימן נ' היינו משום דקי"ל כר' יוחנן דאמר משום בת אחותו ולזנות ודאי לא חיישי' דהיום ההוא יומא דנפיק מתותי ידה משמע וקטלינן לה אזנות אלפני היום הזה וכמ"ש לעיל. ויתיישב בזה מה שהקשה בחי' פני יושע בהא דאמרי' ר' יוחנן ס"ל יש לבעל פירי עד שעת נתינה מנא לי' לר' יוחנן הך סברא הא כיון דלר' שמעון ודאי אין לבעל פירות משעת כתיבה וא"כ דלמא רבנן לא פליגי עלי' בזה והא מדסברי נכתב ביום ונחתם בלילה פסול היינו משום בת אחותו ע"ש ולפמ"ש יש לומר דמוכך מהך ברייתא דאבא שאול דיש לבעל פירי עד שעת נתינה דאל"כ גרשתי' היום אמאי כשר כיון דלדידן ממך מהאי גברא דנפיק מתותי' ידי' משמע וא"כ היום נמי ההוא יומא דנפיק בבי' דינא משמ' ולמ"ד עדי חתימה כרתי ובעי' מוכח מתוכו א"כ אמאי כשר הא ע"פ הגט מפסדת האשה פירי דמשעת כתיבה עד שעת נתינה (הג"הה ואין לומר דכיון דמדעתה נכתב לא גרע מגט מאוחר לדעת הראב"ד כדלקמן סעיף ט' דאין כאן חשש פירות כמ"ש ב"ש ס"ק ט"ו משום דהא מחלה לו הפירות דשאני התם דידעה דקאי בניסן וכתב זמני' בתשרי שלאחריו ודאי דאסיק אדעתה ומחלה לפירי עד תשרי משא"כ הכא דכתבתו היום וסברי

דמשמע יומא דקאי בי' והוא יום הכתיבה ובאמת לאחר זמן כשתבא לב"ד לא נדין אלא היום שבאה לב"ד ותפסיד שלא כדין פירי מיום הכתיבה עד יום שבאה לב"ד דאל"כ בלא זמן נמי נימא דידעה ומחלה לפירי עד שעת נתינה שתוכל לבוא לב"ד כמ"ש תוס' ואמאי תקנו זמן כלל אלא ע"כ דלא אסיק אדעתה למחול אלא כשנכתב בפירוש זמן מאוחר משא"כ בלא זמן או כשנכתב היום לא ידעה דמחלה וז"ב) ע"כ לדידן אמרינן יש לבעל פירות עד שעת נתינה ואינה מפסדת כלום ולענין פירי דאחר נתינה ליכא חשש כלל דתוכל להביא גיטה לב"ד וכמ"ש תוס' ודו"ק:

סעיף ח

ס"ק י

כתב בו זמן וחתך ממנו הזמן דעת הרמב"ם ז"ל להכשיר מדפריך משלשה גיטין פסולין ואם ניסת הולד כשר מה הועילו חכמים בתקנתן ומשני אהני דלכתחלה לא תנשא והדר פריך גזי' לזמן ויהבי' ניהלה מאי משמ' דבגזי' לזמן אפי' לכתחלה כשר ודעת הרשב"א דפסול שהרי אין בו זמן ולכתחלה לא תנשא והא דפריך גז' לזמן מאי היינו משום דבגט שאין בו זמן כיון דלכתחלה לא תנשא לא יחתמו העדי' ושפיר אהני במאי דלכתחלה לא תנשא אבל גזי' לזמן מאי הועילו וע"ש וכבר כתבנו לעיל סעיף ד' דמהאי טעמא גופיה מכשיר הרמב"ם גזיי' לזמן כיון דליתיה בתקנתא לענין זנות דגם אם נפסול אותו לכתחלה אכתי יכול לחפות עליה כיון שנחתם בהכשר וכשמוסרו לה תו לא קטלינן לה על ידי גט זה וע"ש אלא דפריך גזי' לזמן מאי ר"ל מה הועילו חכמים בגוף התקנה לכתוב זמן בגט ושלא יחתמו עדים בגט בלא זמן דאכתי לעולם יכול לגוז הזמן לזה משני לרמאי לא חיישינין ואי אתרמי דגזיי' לזמן כשר לכתחלה כיון דליתיה בתקנתא וטעמא דהרשב"א והר"ן דפסלי בגזי' לזמן אף על גב דליתיה בתקנתא וליכא למימר דעדי מסירה ימנעו מליתנו בפניהם דאם כן כי פריך גזיי' לזמן מאי לישני דלכתחלה לא תנשא וימנעו עדי מסירה מלמסור בפניהם אלא ע"כ צ"ל משום חיפוי דבת אחותו עביד דמסיר לה בצינעא ואין תקנה ע"י עדי מסיר' וצריך לומר דהרשב"א והר"ן סברי כיון דכבר תקנו חכמים לפסול גט שאין בו זמן לא פלוג וגזזי' לזמן נמי דינא דאין בו זמן אית לי' ופסול: ובחידושי הרשב"א כתב על דברי הרמב"ם ז"ל ותמיהא לי דמאי איכא בין לא כתב בו זמן ובין כתב בו זמן וגזי' אטו העברת קולמס בקלף מכשירו ועוד מאן לימא לן דבאותו קרע זמן היה כתוב בו דלמא קרע היה מעיקרו עכ"ל ולפמ"ש ניחא דאין בו זמן תקנו דלא תנשא בו לכתחלה ולמנוע העדים שלא יחתמו בו לכתחלה כדי שלא יבא לחפות עליה אבל אם כבר חתומים בו עדים ודאי שהיה כתוב בו זמן ותו ליתי' בתקנתא ומה

שהיה בידם לתקן תקנו ומה דאי אפשר בתקנה הניחו כמו שהיה ומ"ש הרשב"א מאן לימא לן דבאותו קרע היה בו זמן אפשר לומר דכיון דאין העדים רשאין לחתום בלא זמן מוקמינן להו בחזקת כשרות דודאי כדין עשו והיה שם זמן

סעיף ט

ס"ק יא

גט שזמנו מאוחר כשר לגרש בו בתוס' הקשו על גט מאוחר ניחוש משום פירות שתפסיד האשה וכתבו שכדין מפסדת הפירות לפי שאין הגט חל עד זמן הכתוב בו ודעת הראב"ד דבגט חל לאלתר אלא שיש לבעל פירות עד הזמן הכתוב בגט וז"ל בראב"ד בהשגות פ"א מגירושין כתב הראב"ד ז"ל טעה במאוחר דכשר להנשא בו ולא תימא לזמן הגט אלא כדקיימא בב"ד בגיטה או שנתנו לה בעדים ולא הזכיר לה איחור הזמן מותרת לינשא מיד לפי שאינו יכול לקלקלה ואומר אני שאוכל פירותיה עד אותו הזמן ואינה גובה כתובתה עד אותו הזמן שלכך איחרה וכמי שהתנה עמה הוא וכל הפוסל גט מאוחר מפריז כו' דאי היה פסול עד שהשיב רבי את רבי חנינא בן גמליאל משטר מאוחר ומתרץ או כותבין שובר ישיב עליו מגט שאינו יכול לתרץ אלא ש"מ לדברי הכל כשר עכ"ל והרא"ש כתב על דברי הראב"ד דמכשיר גט מאוחר ובעל אוכל פירות עד הזמן הכתוב בו וז"ל ודבריו אינם מבוארים כיון שהבעל מצוה לכתוב את הגט ומגרש את האשה בע"כ למה תפסיד האשה פירותיה אם הבעל ציוה לאחר הזמן אלא כך יש ליישב דבריו להכשיר הגט אם נכתב הזמן מאוחר מדעת האשה אז מחלה האשה פירותיה לבעל עד הזמן הכתוב בגט והגט כשר כדי' שטר מאוחר דכשר ואם נכתב שלא מדעת האשה תראה האשה גיטה בב"ד ויכתבו לה הב"ד שהיום נתגרשה וזכתה האשה בפירותיה עד שיביא הבעל ראיה שמדעתה נכתב הזמן מאוחר בגט עכ"ל. וקשיא לי טובא במ"ש הרא"ש לפרש דברי הראב"ד דמיירי דוקא מדעת האשה דאינו מבואר כן בדברי הראב"ד שהרי סתמא כתב דאוכל פירותיה עד זמן הכתוב בשטר ולולא דברי הרא"ש ז"ל הייתי אומר דפירותי' שאוכל עד הזמן הכתוב בשט' היינו משום דהוי כאלו התנה עליה וכמ"ש הראב"ד שלכך איחרו וכמי שהתנה עמה הוא היינו כאילו אמר ע"מ שאוכל פירות עד הזמן ההוא ושלא תגבה כתובתה עד היום ההוא וממילא אם באה לתבוע הפירות או הכתובה אחר הגט קודם הזמן הכתוב בו אין הגט חל כלל כיון דאדעתא דהכי יהבי' ניהלה שיהי' לו דין פירות עד אותו זמן ושלא תגבה כתובה עד הזמן ההוא ואם לאו יהיה הגט בטל וא"כ אין זה גט בע"כ דאם אין האשה רוצה בקיום התנאי ותרצה לתבוע פירות וכתובה תיכף אחר הגט אין הגט כלום וכה"ג אם נותן לה גט בע"כ ע"מ שתתן לו מאתים

זוז אם נתנה מגורשת ואם לא תחפוץ בגט לא תתן ולא תתגרש וא"כ אין זה כופה אותה בקיום התנאי וא"כ מה לי התנה ע"מ שתתן לי מאתים זוז או ע"מ שתמחול לי פירות עד אותו הזמן וסרה תלונת הרא"ש מעל הראב"ד ודברי הרא"ש צ"ע ואפשר דטעמא דהרא"ש דאי משום תנאי היה צריך לכפול תנאו וזה שאיחרו אין בו כפילת התנאי וא"כ ע"כ אינו אלא משום מחילת האש' ומש"ה צריך להיות האיחור מדעתה דוקא:

ובזה אפשר ליישב מה שהקש' הראב"ד על מי שפוסל גט מאוחר דעד שהשיב רבי לר' חנינא בן גמליאל משטר מאוחר ישיב לו מגט מאוחר כו' ע"ש משום דאיכא למימר מאן דפוסל גט מאוחר היינו משום פירות שלא תפסיד האשה עד הזמן ההוא ואע"ג דכל שאיחרו ה"ל כאילו התנה שיהיו הפירות שלו עד אותו הזמן כיון דלא כפלי' לתנאי' המעשה והתנאי בטל אלא ר"ח בן גמליאל דפליג פרק האומר אדר' מאיר וס"ל דלא בעינן כפילת התנאי כלל ותנאי בני גד וב"ר הוצרך הדבר לאומרו ע"ש בסוגי' פ' האומר א"כ לדידיה מאוח' כשר דליכא חשש הפסד פירות דכל שאיחרו ה"ל כאילו התנה שיהיה לו הפירות עד אותו הזמן ולכך לא היה רבי יכול להשיבו מגט מאוחר והשיב לו משטר מאוחר:

מיהו בדעת הראב"ד נראה דמכח תנאי קאתי עלה וא"כ אפי' שלא מדעת האשה מהני דאם אינה רוצה בקיום התנאי ותרצה לתבוע הפירות והכתובה קודם הזמן יהיה הגט בטל דאדעתא דהכי גירשה ואע"ג דלא כפליה לתנאי' כבר כתבו הראשנים דגילוי דעת מהני טפי מתנאי דלא כפלי' וכמ"ש תוס' והר"ן פ' האומר וזה שאיחר זמנו ה"ל גילוי דעת ומש"ה חשיב כאלו התנה:

וז"ל הריב"ש סימן קי"ז ומה שפסל הרמב"ם ז"ל גט מאוחרי נראה טעמו לפי שתפסיד האשה פירי משעת נתינת הגט עד הזמן הכתוב בגט אע"ג דר"י דקי"ל כותי' לא חייש לפירות היינו משו' דס"ל דיש לבעל פירו' עד שעת נתינה אבל במאוחר או תצטרך להביא עדי' על שעת נתינה או תפסיד עד הזמן הכתוב בו עכ"ל:

ולפי מ"ש תוס' בסוגיין ד"ה קסבר יש לבעל פירו' עד שעת נתינה דליכא חשש פירי דיכולה להביא גט לב"ד וא"כ במאוחר נמי יכולה להביא גיטה לב"ד ואפשר דפעמי' שיאחר הגט בלא דעת האשה ולא ידעה מהאיחור וסמכה על הזמן ותפסיד שלא כדין (הגה"ה אמנם לדעת רש"י ז"ל דס"ל לר' יוחנן לעולם אינ' גובה פירו' עד שתביא ראיה אימת מטי גיטא לידה קשה טובא דאף אם לא היה מאוחר תצטרך להביא ע"מ ולא תוכל לסמוך על הזמן דלעולם אמרינן לה אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך שמא היום נתגרשת א"כ אינה מפסדת מאוחר כלום דבלא ע"מ גם בגט שאינו מאוחר גובה פירי

אלא מיום שמראה גיטה בב"ד וה"ה במאוחר ואם תביא ע"מ יועיל לה גם במאוחרי לכאור' מוכח מזה דס"ל להרמב"ם כדעת תוס' בזה אמנם לפמ"ש מארן ז"ל לעיל סק"ה דלדידן דקי"ל כר"י ואסור להשהות הגט בין חתימה לנתינה משום שמא יחפה ומוקמינן לגט בחזקת כשרו' שלא נתאחר בין חתימה לנתינה ולא אמרי' לה אייתי ראיה אימת מטי גיטא לידך וכמבואר לעיל א"כ א"ש דבמאוחר מפסדת כשלא תביא ע"מ):

ועיין בתוס' שם ד"ה קסבר יש לבעל פירו' שכתבו שיכולה להביא גיטה לב"ד או לעדים ויכתבו לה שמאותו יום נתגרש' ע"ש וק' לי בזה דהא כבר כתבו תוס' בכמה מקומו' דשטר שנעש' שלא מדעת המתחייב ה"ל מפי כתבם ופסול וכמ"ש תוס' פ' חזקת דף מ' ותוס' פ"ב דכתובו' גבי כותב אדם עדותו על השטר ומעיד עלי' אפי' לאחר כמה שנים א"כ הכא דוקא ב"ד מהני שיכתבו לה שמאותו יום נתגרשה אבל עדים לא מהני כתיבתן דה"ל מפי כתבם וצ"ע ועיי' ב"י ובלח"מ פ"א מגירושין שהקשו לשיטת הראב"ד דמכשיר מאוחר דנהי דמשום פירי ליכא למיחש דה"ל כמי שהתנ' שיש לו פירות עד הזמן הכתוב בו דלכך איחרו אכתי ניחוש שמא יחפה על בת אחותו כשתזנה יתן לה גט מאוחר בזמן הרבה וכן הקשה הר"ן דכשתוציא גיט' וזמנו מאוחר תאמר שכבר נתגרש' משני' רבות וזמן לית בי' דהא חזינן גיטא בידה ועדיין לא הגיע זמנו ועמ"ש ב"י ולח"מ בזה ולענ"ד נראה ליישב לפמ"ש תוס' בסוגיין בהא דשמא יחפה על ב"א דאמרי לא מוקמינן לה בחזקת א"א ולומר דהשתא היא דנתגרשה משום דהרי היא גרושה לפנינו ועוד דאדרבה העמיד' בחזק' צדקת ע"ש וכבר כתבנו לעיל דהנך תרי טעמא חדא נינהו וע"ש וכיון דבמאוחר ה"ל כאילו התנה שיהיה לו דין איש עם אשתו לענין פירות וכתובה עד הזמן הכתוב בגט שלכך איחרו וכמ"ש הראב"ד א"כ אם זינתה קודם שנתן לה הגט אין כאן חזקה דגרושה לפנינו ואדרבה עדיין א"א היא שהרי לא נתקיים תנאו לענין פירו' וכתובה דכיון שזינת' כבר הפסיד' כתוב' ותנאי כתובה שהרי אין לה פרקונא ואין לבעל פירו' ואין זה קיום התנאי וכההוא דאמרו פ' האומנין דף ע"ז האי מאן דאגר אגירא לדוולא ואתי מטרא הוי פסידא דפועלים ה"נ כיון שזינתה ואין לה כתובה וגם אין לו פירות ה"ל לא נתקיים התנאי דאפי' בהתנ' ע"מ שתתן לי מאתים זוז אם אמרה שנותנת לו מאתים זוז במתנה שלא בקיום התנאי ה"ל כאלו לא נתקיים כמ"ש הר"ן בשם הרמב"ן פ' מי שאחזו ע"ש ומש"ה כשזינתה מוקמינן בחזקת א"א בשעה שזינתה וכ"ת הרי גרושה לפנינו דהא כיון שזינתה עדיין אינה גרושה כלל אפי' עכשיו דהא לכך איחרו דה"ל כאלו התנה שלא תהי' תובעתו לא פירו' ולא כתובה עד הזמן הכתוב בגט וכשזינתה בלא זה אין בה לא דין פירות ולא דין כתובה וה"ל כלא נתקיים התנאי ועדיין היא א"א

וא"כ קטלינן מחמת חזקת א"א ואמרי' השתא היא שקיבלה הגט ואינ' גרוש' כלל דהא זינתה קודם הגט וה"ל כאלו לא נתקיים התנאי ודו"ק:

ס"ק יב

אין הגירושין חלין עד הזמן בתוס' ד"ה ריש לקיש אמר משום פירות כתבו ז"ל כדי שתדע האשה מתי נכתב ונחתם ולא תפסיד פירי עד שעת נתינה וא"ת גט מאוחר יפסל מהאי טעמא ובפ' גט פשוט מוכח דכשר כו' ומבואר מדברי תוס' דאפי' במאוחר ליכא למיחש לפירי שאחר הנתינה דהא יכולה לבא לב"ד ולהראות גיטה אלא שלא תפסיד פירי דמשעת חתימה עד שעת נתינה ולזאת העלו מדכשר גט מאוחר דאין הגירושין חלין עד הזמן והר"ן כתב ז"ל ותירץ ר"י דבגט מאוחר אינה מתגרשת אלא מזמן הגט ואילך כו' דכי מפסיד בעל פירי משעת כתיבה או משעת חתימה הני מילי בגט הראוי לגרש בו לאלתר אבל בגט מאוחר אינו מפסיד פירי אלא משעת נתינה (וצ"ל מזמן הגט) ואילך ולפ"ז אפשר לומר ה"ה דבכל שטרי הקנאה כלומר שאינו לראי' בעלמא אלא השטר בעצמו מקנה שאם הוא מאוח' שלא קנה הלוקח או מקבל מתנה עד זמן השטר דה"ל כאלו התנה הנותן בכך עכ"ל והנה מ"ש הר"ן דאפשר דה"ה בכל שטרי הקנאה כו' ק' לכאורה למה לי' לאוכוחי הכין מתרוצו של ר"י תפוק לי' דהא מבואר בש"ס פ"ק דע"ז דף ז' מאוחר עד דמטי זימני' לא טריף אלא דלא מיקני שיעבודא עד זמן השטר וה"ה בשטרי קנין דלא מיקני' עד דמטי זימני' גם בתוס' משמע שלא הוכיחו דין זה דאין הגירושין חלין במאוחר עד זמן הגט אלא מדכשר גט מאוחר ולא חיישי' לפירי ע"ש ולכאורה ק' בלא"ה מ"ש משטר שיעבוד דלא טריף עד דמטי זימני'. ונראה דמהתם ליכא למידק כלל דהתם איירי בשטרי ראי' דאינו אלא לאפוקי קלא ע"י עדי החתימה כדי שישמרו עצמם הלקוחות וכל שזמנו מאוחר אין העדים מוציאים הקול עד הזמן הכתוב בו וכיון דלא מפקי לקלא לא מפסדי לקוחות אלא מההוא שעתא דמפקי סהדי לקלא אבל שטרי הקנאה דלאו באפוקי קלא תליא מלתא אלא בגוף המעשה הקנין נגמר אין לנו לחוש על הוצאת הקול אלא המעשה קיים לאלתר מש"ה הוכרחו תוס' להוכיח מדכשר גט מאוחר ולא חיישי' לפירי מזמן החתימה עד זמנו של הגט מוכח דגוף הגירושין אינן חלין עד הזמן הכתוב וגם הר"ן שכתב דה"ה בשטרי הקנאה כלומר שאינו לראי' בעלמא היינו נמי הכונה דשטרי ראי' פשיטא לי' דלא טריף עד דמטי זימני' כיון דאינו אלא לאפוקי קלא וכדאמרי' בגמ' דע"ז כנ"ל וכ"כ ב"י בח"מ סימן מ"ג דשטר מאוחר לא טריף עד דמטי זימני' ע"ש ולא הוצרך הר"ן להשמיענו אלא בשטר הקנאה דלא תלי' באפוקי קלא ואפ"ה לא חייל עד דמטי זימני':

ולפ"ז אין אנו צריכין לומר דבמאוחר אין הגירושין חלין עד הזמן הכתוב בגט דכיון דעיקר הקושי' שהכריח תוס' לומר כן הוא דאמאי גט מאוחר כשר נחוש לפירי דמשעת חתימה עד שעת נתינה א"כ מצינו למימר דלעולם הגירושין חלין לאלתר ומ"מ לא ק"מ דעיקר טעמא דאין לבעל פירות משעת חתימה כתבו תוס' משום דלרבנן בעינין דליפוק קלא ולכך לא מפסיד משעת כתיבה דלית לי' קלא אלא משעת חתימה מפקי עדי' לקלא א"כ במאוחר דלא מפקי לקלא עד הזמן הכתוב בו כדאמרי' בגמ' מאוחר עד דמטי זימני' לא טריף וכמו שביארנו למעלה פשיטא דלא מפסיד הבעל פירות משעת חתימה שהרי עדיין לא יצא הקול אבל בשעת נתינה שפיר מפסיד הפירות כיון דחיילי הגירושין וחששא ליכא כלל דהא יכולה לבא לב"ד ולהראות גיטה ודו"ק. ובהכי ניחא ליישב מאי דקשי' לן בדברי הירושלמי ר"פ הזורק דאיתא התם גבה וחצירה אין משועבדי' לאיש לאכיל' פירות ר' יוחנן בשם ר' ינאי עד שיכתוב לה דין ודברי' אין לי בנכסייך ובפירותיהן כו' והובא בתוס' ר"פ הזורק דף ע"ז ד"ה מה שקנתה אשה ע"ש וקשה דהא בירושלמי אמרו דתקנת זמן בגיטין סבר ר' יוחנן משום פירות וכמבואר בר"ש דירושלמי פליג אתלמודא דידן דס"ל לר"י טעמא משום בת אחותו אלא ס"ל משום פירי וא"כ ע"כ ר' יוחנן ס"ל דאין לבעל פירי משעת חתימה וא"כ אחר שנחתם הגט שוב אין לו שיעבוד בחצירה לאכילת פירות וא"כ אמאי בעי ר' יוחנן לתרוצי בכותב לה דין ודברי' כו' ועיין מ"ש ישוב לזה לקמן סימן קל"ט וע"ש. ואמנם לפמ"ש ניחא דהא דאין לבעל פירות משעת חתימה היינו משום דמפקי לקלא והנה מסתמא כל הגיטין ביום שנכתבו נמסרו דלא מקדי' אינש פורענותא לנפשי' וכשהנתינ' בוא ביום החתימה עדיין יש לו לבעל פירות דעדיין לא מפקי לקלא אלא מסוף היום כיון דלא כתבינן שעות וכמ"ש הר"ן בפ' מי שהי' נשוי בהא דתנן היו כולן יוצאות בשעה אחת כולן שוין וכתב שם לפי ששטרי הלואה אפי' לוה מזה תחלה וכתב ומסר לו ואח"כ כתב ומס' לשני אפ"ה חולקין בשוה לפי שאין שיעבוד השטר חל אלא משעה שמוכח מתוכו והיינו מסוף היום דאם שטר שכתוב בו ניסן סתמא אינו טורף ממשועבדי' אלא בשביל הקול ואין הקול יוצא אלא מן הזמן שמוכח מתוכו וע"ש וכיון דאין הקול אלא מסוף היום א"כ בגט שנמסר ביום החתימה עדיין יש לבעל פירות ושפיר פריך בירושלמי ולכך בעי ר' יוחנן לאוקמי בכותב לה דו"ד כו'. ובשטה מקובצת פ"ק דמציעא בהא דאיתא שם גבי מצא גט אשה דאמרי לה אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך כתב ז"ל יש שפירש דדוקא בהא דנפל ואתרע אבל בעלמא לא כו' ואין פירוש זה נכון דא"כ דבעלמ' לא אמרי' הכי היאך מחזירין ניחוש שמא ישתקע קול הנפילה כו' ועוד היאך כותבין לאיש אע"פ שאין אשתו עמו ניחוש

לתקנתא דלקוחות דלמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי וטרפא לקוחות מניסן כו' אלא ודאי הכא הכי פי' דבכל אשה הבאה לטרוף מלקוחות אמרינן לה אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך כו' ואין להקשות הא דתנן כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו דסמכינן אטעמא דאמרי' לה אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך ואלו לגבי בע"ח קי"ל דבשטרא דלאו אקנייתא אין כותבין ללוה אא"כ מלוה עמו דחיישינין שמא כתב ללוות בניסן כו' ואמאי נימא שיכתבו שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו ונימא ליה למלוה אייתי ראי' אימת מטי שטרא לידך וי"ל דהא ליתי' שאין בע"ח טורף לעולם אלא מדין השטר שיש לו קול והכא דמדין כח השטר אינו גובה שאינו מוכיח מתוכו אימת מטי שטרא לידיה אינו גובה אלא ע"י העדים שיעידו בדבר והאי עדות כמלוה ע"פ שאין לו קול אבל השתא דתקנו שאין כותבין שטר ללוה אא"כ מלוה עמו ויתנהו לו ביום שנכתב הרי הוא כאלו מוכח מתוכו שבו ביום הגיע לידו הריטב"א ז"ל עכ"ל:

וקשה לפ"ז בגט דתקנו זמן לריש לקיש משום פירי והיינו משום פירי דמשעת חתימה עד שעת נתינה כמ"ש התוס' למה להו לתקוני זמן כיון דבלא"ה לית לה פירי דעיקר טעמא דמפסיד בעל פירי משעת חתימה הוא משום קול שיוצא משע' חתימ' ואם אין בו זמן לא יצא הקול וכדין לא תטרוף האשה פירות דמשעת חתימה דהא מבואר בש"ע ח"מ סימן מ"ג דשטר שאין בו זמן אפילו ראוהו עדים בידו אינו גובה מלקוחות כו' ויש מי שאומר שאם קנו אחר שראו העדים השטר כתוב וחתום טרוף מהם ומשמע שאינו אלא בשם יש שאומר כן ע"ש וא"כ אי נימא דשטר שאין בו זמן אפי' קני אחר שראוהו עדים אינו גובה מהן ומשום דלית ליה קלא מתוכו של השטר וכן נרא' מדברי השטה מקובצת הנ"ל דכל שאינו מוכח מתוכו אלא ע"י עדים שמעידים בדבר ה"ל כמלוה ע"פ דלית לי' קלא ולא גביא ממשעבדי א"כ למה תקנו זמן כדי שלא תפסיד דמשעת חתימה שלא כדין תפסיד דשטר שאין בו זמן לית לי' קלא ע"י עדי השטר כיון שאינו מוכח מתוכו:

ובש"כ ח"מ שם סימן מ"ג כתב ז"ל ויש מי שאומר לענ"ד כן עיקר מדאמרינן פ"ק דמציעא גבי גט אשה וגט שחרור שנפל אין טורפין מזמן הכתוב בו דשמא לא נתן לידה אלא לאחר זמן אלא כי אתי לטרוף אמרי' לה אייתי ראי' אימת מטי גיטא לידך הרי דזה הוי כאין בו זמן שהרי הזמן אינו מועיל בהן לטרוף ואפ"ה משמע דמהני לטרוף מזמן שמביא עדים שראו הגט בידה וכן משמע בפוסקים פ"ב דגיטין דף י"ז בסוגיא דמפני מה תקנו זמן בגיטין משום פירות עכ"ל:

ואין זה ראי' שהרי נתברר מתוך דברי השטה מקובצת הנ"ל דגבי ש"טח שאין הבע"ח טורף לעולם אלא מדין שטר שיש לו קול וכיון דאין בו זמן דמכח השטר אינו גובה שאינו

מוכיח מתוכו אימת מטי שטרא לידי' ואינו גובה אלא ע"י עדים שיעידו בדבר וה"ל האי עדות כמלוה ע"פ שאין לו קול משא"כ בגט אשה ושחרור שאין טריפת הלקוחות שלהם מצד השטר שיש לו קול אלא אחר נתינת הגט לידה הפירות שלהם כמבואר הכל למעלה הרי לפנינו מדברי השטה דשט"ח שאין בו זמן ובעי לאתויי סהדי אימת מטי שטרא לידי' אין זה מלוה בשטר אלא כמלוה בעדים ואינו גובה ממשעבדי והנה הרמב"ם ז"ל פכ"ג מה"ל מכירה כתב ז"ל כותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו והקשו עליו דהא איכא למיחש שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ואזיל וזבין לאחריני בין ניסן לתשרי ואזיל האי ומפיק לשטרא דכתב בניסן וטריף שלא כדין מאידך דזבן בתר ניסן וכדאמרי' גבי כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו דפריך פ"ק דמציעא ניחוש שמא כתב ליתן בניסן כו' ומוקי לה בשטרי אקנייתא ובטור ח"מ סימן דל"ח כתב ג"כ להאי דכותבין שטר מכר אע"פ שאין לוקח עמו ודוקא בשטר אקנייתא כמו בשט"ח וכן הוא בש"ע שם ע"ש:

ונראה לי ליישב דעת הרמב"ם ז"ל דס"ל כדעת השיט' דהא דכותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו משום דסמכינן אהא דאמרינן לה בתר הכי אייתי ראי' משא"כ בשט"ח לא סמכינן אהא דנימא ליה בתר הכי אייתי ראי' אימת מטי שט"ח לידך דא"כ לא הוי טריף ממשעבדי דה"ל כדין מלוה ע"פ א"כ בשטר מכר דלאו לקלא אתעביד אלא לגוף הקנין שפיר כותבין למוכר אע"פ שאין לוקח עמו וסמכינן אהא דאמרינן לי' ללוקח בתר הכי אייתי ראי' אימת מטי שטרא לידך ותו ליכא למיחש שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ואזיל וזבין לאחרינא בין ניסן לתשרי דהא מוקמינן בידי' דהאי דזבין בין ניסן לתשרי כיון דאיהו מברר אימת מטי שטרא לידיה עד דאייתי ראי' ההוא דזבין בניסן דמטי שטרי' לידי' בניסן דכיון דההוא בתרא ידוע אימת מטי לידי' וקמא לא ידוע מוקמינן בידא דבתרא כדאמרי' פ' מי שהי' נשוי דף ע"ח גבי ההוא שטרא דהוי כתיב בי' בניסן סתמא וחד שטרא הוי כתיב בי' בה' בניסן דאוקמי' להאי דה' בניסן דאמרי' ליה להאיך את בר כ"ט בניסן ע"ש וה"נ הכא מוקמינן להאי בתרא דאיהו מברר אימת מטי לידי' ואמרינן ליה לקמא את לא מטי שטרא לידך עד השתא עד דמברר איהו דמטי שטרי' לידי' מקמי דמטי שטרא דבתרא לידי' ואע"ג דסתם שטרי מכר אית בהו אחריות א"נ אחריות ט"ס כדקי"ל וא"כ בעינן קלא כמו בשט"ח שאני מכר כיון דאפי' מוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי ומשום דמאן דזבין בפרהסיא זבין הלכך כי אייתי סהדי אימת מטי שטרי לידי' טריף ממשעבדי בשטר מכר משא"כ בשט"ח דקי"ל מלוה בעדים אינו גובה ממשועבדי':

והא דפריך פ"ק דמציעא גבי שטרי מתנה דנפל אמאי יחזיר ניחוש שמא כתב ליתן בניסן ואמליך ולא יהבי' נהלי' והבר כתבי' לאינש אחרינא ויהבי' נהלי' כו' היינו משום דבב"ד לא היה לנו להחזיר דסברי מדאהדרי' רבנן ניהלי' ש"מ קמו רבנן במלת' ומקמי דידי מטי שטרי' לידיה וכדאמרי' שם פ"ק דמציעא להדיא ע"ש מיהו הא דפריך שם דף י"ט ומ"ש משט"ח דתנן מצא שט"ח לא יחזיר כו' התם נמי נימא אייתי ראי' אימת מטי שטרא לידך ומאי קושיא דהא בשט"ח לא מהני ראי' אימת מטי לידי' דה"ל מלוה ע"פ כיון דאינו מוכח מתוכו אימתי נמסר ואפשר דלא גרים לי' מאן דאזיל בההיא שטה דהך קושיא מנסחאות היא כמבואר שם בשטה מקובצת ע"ש וי"ל דמאן דס"ל הך שיטה דבשט"ח לא מהני ראי' אימת מטי לידי' לא גריס להך קושיא:

ולפ"ז צריך לומר דהא דאין לבעל פירות משעת חתימה לאו משום קלא כמ"ש תוס' דא"כ לא תפסיד האשה מידי דאם יהי' בו זמן לית לי' קלא וכדין אית לי' פירי עד שעת נתינה אלא צריך לומר דאחר החתימה כיון דאי בעי מצי למיתב לה בלא עדי מסירה וכמ"ש הרי"ף והרמב"ם דאפי' לר"א דס"ל ע"מ כרתי היינו ע"מ נמי כרתי אבל מודה דעדי חתימה ודאי כרתי והוא מבואר בריב"ף פ' המגרש ובר"ן שם ע"ש. אמנם לשיטת תוס' צ"ל דס"ל כאותו יש מי שאומר בח"מ סימן מ"ג דבשט"ח דאין בו זמן נמי גבי ממשעבדי כי אייתי ראי' אימת מטי שטרי לידיה וא"כ כי לית ביה זמן נמי אין לו לבעל פירות משעת חתימה דהא מצי מסר לה ואית ליה קלא מיד:

מיהו במאוחר ודאי לית ליה קלא עד הזמן הכתוב בו דהא גמרא ערוכה היא בע"ז דף ט' שטר מאוחר עד דמטי זימני' לא טריף וכן בכתוב בו חדש לית ליה קלא אלא מסוף החדש וכמו ביום פ' דלא מפקי לקלא עד סוף היום וכמבואר בר"ן להדי' פ' מי שהיה נשוי וא"כ אין בו זמן עדיף מכתב בו חדש דהא בכתב בו ניסן סתמ' כתב הר"ן להדיא דלא מפקי לקלא עד סוף ניסן ואע"ג דמסר לה בתחלה או באמצע ע"ש בר"ן פ' מי שהיה נשוי אבל באין בו זמן עדיף וגובה ממשעבדי אם ידוע בעדים אימת מטי לידיה ועיין בתוס' פ"ק דגיטין דף ג' ד"ה כתב בכ"י ואין עציו עדים ז"ל טעמא דפסיל משום שיוכל לכתוב הזמן כמו שירצה וא"ת בשלמא למ"ד כו' משום בת אחותו כו' אבל למ"ד משום פירי קשה לר"י מה חשש יש בכ"י כו' א"כ לא נסמוך עליו לטרוף מזמן הכתוב בו וי"ל דודאי אינו נאמן ולכך פסלוהו דלפעמים תפסיד האשה שלא כדין כשיכתוב הבעל יום שעומד בו ולא יקדים הזמן ואז היה לטרוף מזמן הכתוב בו והיא לא תוכל לטרוף לפי שאנו חושדין אותו שהקדים הזמן ולכך פסלוהו דהשתא בדין לא תטרוף האשה מזמן הכתוב בו שהגט פסול דדוקא בגט כשר גובה מיום הכתיבה עכ"ל:

וקשה אי משום פירי דאחר הנתינה ליכא חששא דהא יכולה לבא לב"ד ולהראות גיטה ואי משום פירי דאחר חתימה הא כ"י לית ליה קלא וכדין אית ליה פירי עד שעת נתינה ולפי מ"ש בשיטת הרי"ף והרמב"ם טעמא דאין לבעל פירי משעת חתימה משום דאחר חתימה לא מיחסרא מידי דיכול ליתן לה בינו ובינה א"כ ה"ה בכ"י דה"ל כמאה עדים אלא לפי מ"ש תוס' טעמא משום דמפקי לקלא ובכת"י לא גבי ממשעבדי דלית ליה קלא ועמ"ש בביאור דברי התוס' לעיל סימן ע"ח סעיף א' ע"ש:

ובשיטת הראב"ד ז"ל דס"ל דבמאוחר הגירושין חלין מיד אלא דה"ל כאילו התנה שיהי' לו פירות ושלא תוכל לתבוע כתובתה עד יום פ' שלכך איחרו קשיא לן דהא קי"ל דאין כותבין תנאי בגט קודם לתורף וכמבואר ברמב"ם פ"ח מהל' גירושין ומשום דאין ברירה כמ"ש הרה"מ שם דלא הוי כתיבה לשמה וכיון דזמן הגט הוא מתורף הגט היכא מהני תנאי במקום תורף גופי' ואפשר דהראב"ד ז"ל לא ס"ל הך דהרמב"ם ז"ל ולדידיה שפיר מהני תנאי אפילו במקום תורף כל שנתקיים התנאי אח"כ הגט כשר. ועמ"ש לקמן סימן קס"ט סעיף ג':

סימן קכט

סעיף יא

ס"ק א

אם לא כתב שם האיש והאשה בגט פסול ובניה ממזרים כתב ב"ש מיהו יש לומר דאינו פסול אלא מדרבנן ומ"ש הב"י בשם התוס' דף כ' דבטל מדאורייתא אינו מוכרח כי תוס' לא כתבו זאת אלא אליבא דר' מאיר דס"ל ע"ח כרתי וצריך שיהיה מוכח מתוכו אז מדאורייתא בטל הגט אבל לדידן דקי"ל כר' אליעזר דאמר עדי מסירה כרתי אז אפילו אינו מוכח מתוכו כשר אע"ג דלכתחילה צריך להיות מוכח מתוכו מכל מקום בדיעבד אין חשש ממזר עכ"ל:

ובתוספ' ר"פ הנושא דף ק"ב ד"ה אליבא דבן ננס כתבו ז"ל אבל לפי' הקונט' דמטעם הודאה לא כתב בו אלא ואני ערב ומסר לו השטר בפני עדים ופלי'גי בן ננס ור' ישמעאל אי הוי הודאה או לאו וא"ת אמאי לא הוי שעבוד בזה השטר כמו ע"מ וי"ל דלא חשיב האי שטר לאשתעבודי ביה כיון שאין כתוב בו שם הערב אלא כתיבתו דכיון שאינו מוכח מכתיבתו שהוא מסרו לא מצי לאשתעבודי ביה עכ"ל והרי מבואר דאפילו למ"ד ע"מ כרתי כל שאינו כתוב בו שמו כלל לאו שטרא הוא ואם כן כ"ש לענין גיטין:

סימן קלו

סעיף א

ס"ק א

ולא אמר כלום הרי זה גט פסול ודעת הרמב"ם דבר תורה מגורשת אפי' בשתקה והיינו משום דגופו של גט כתוב בו תורת כריתות ע"ש פ"א מגירושין ובמ"ש הרה"מ והא דבקדושין אפילו בקדושי שטר אין בו חשש קדושין בשתקה היינו משום דבקידושין בעינין דעתה ואם נותן לה בשתקה אינו מוכח דדעתה לקידושין וכמ"ש ב"ש ע"ש:

ואיכא למידק בהא דתנן פ' הזורק דף ע"ח אמר לה כנסי ש"ח זה או שמצאתו מאחוריו נטלתו והרי זה גיטה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטך ומשמע דאפי' אח"כ מהני כשאומר לה הא גיטך ואמאי הא כיון דשתיקה מהני דבר תורה א"כ קנאתו למיפסל מכהונה והיכא דמיפסלא לכהונה צריך הוא לחזור וליטלו הימנה. ובשלמא כנסי ש"ח דכה"ג גרע משתקה א"כ אפי' ד"ת פסול אבל מצאתו מאחוריו קשה מיהו לפמ"ש ב"ש סימן קל"ח סק"א דהיכא דמצאתו מאחוריו דהוי לי' נתינה גרועה גם הרמב"ם מודה דפסול וע"ש ניחא:

סעיף ה

ס"ק ב

בתורת שהוא שט"ח בפ' הזורק דף ע"ח תנן אמר לה כנסי שט"ח זה או שמצאתו מאחוריו קוראתו והרי הוא גיטה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטך נתן בידה והיא ישינה ניערה קוראה והרי הוא גיטה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטך והקשו בזו הרשב"א והר"ן מהא דאמרי' פ' הניזקין מעדותו של ר' יוחנן בן גודגדא נשמע אמר לעדי' ראו גט זה ואח"כ אמר לאשתו כנסי שט"ח זה הרי זו מגורשת והעלו בזה הרשב"א והר"ן דמתני' איירי דלא אמר לעדים מעיקרא ראו גט זה ואנן בעינין שתדע האשה או העדים שניתן לה בתורת כריתות ובמתני' לא אמר לעדים א"כ לא הי' לא ידיעת האשה ולא ידיעת העדים ומש"ה לא מהני וכ"ת מאי קמ"ל באומר כנסי שט"ח או מצאתי מאחוריו הא אפי' נתינה מעליא לא מהני כשנתן לה בשתק' לזה תירצו דמיירי שהיו עסוקין באותו ענין אבל במצאתו מאחוריו לא מהני אפי' עסוקין באותו ענין דלא מהני עסוקין בא"ע אלא היכא דהי' מדבר על עסקי גיטה ועשה מעשה נתינה על זה דמסתמא הי' הנתינה על מה שהי' מדבר עמה משא"כ במצאתו מאחוריו שהיא נתינה גרועה לא מהני בזה עסוקין בא"ע כיון שהיא לקחה מעצמה אע"ג דעייק לה חרציו ומסייע לה לא הוי נתינה מעליא ע"ש וגבי שינה כתב הרשב"א בחידושיו דמיירי שאמר לעדים ראו גט זה דעסוקין בא"ע לא שייך

בישינה ולא מהני אפי' הודיע לעדים משום דישנה לית לה יד או משום שאינו משתמר ע"ש וע"ש בר"ן שכתב דכי אמר לה אח"כ הא גיטך דמהני אע"ג דנתינה הראשונה לא מהני מ"מ כיון דבנתינה בא לידה מיד הבעל אפי' בתורת פקדון מקרי ונתן בידה וע"ש היטב ברשב"א ובר"ן:

והנה מדברי הרא"ש נראה דלא מהני נתינה לפקדון שכתב בפ' הזורק גבי גט בידה ומשיחה בידו וז"ל ור"י אומר דמקרי שפיר נתינה הואיל שהתחיל הנתינה כו' וכן לעיל סוף פ"ב אל תגרשי אלא בב"ד פ' ולכי מטי' להתם מגירשא ומסתברא אפי' הוציאה הגט מרשותה בינתי' ושוב נטלתו ובאה לב"ד אע"פ שבנטילה אחרונה לא בא לידה מיד הבעל כיון דתחלת נתינתו להתגרש נתנו בידה ונתן קרינן בי' ע"ש משמע מזה דבעי דוקא נתינה לשם גירושין ה"ל נתינה אבל אם תחלת הנתינה לא הי' לשום גירושין אלא לשום פקדון לא הוי נתינה כלל ונראה דס"ל להרא"ש כדעת התוס' פ' הזורק דף ע"ח שהקשו ג"כ מהאי דהניזקין דאמר לעדי' ראו גט זה דמהני ותירצו דהתם נמי אח"כ יגידו לה העדים שהיא מתגרשת דאע"ג דהיא מתגרשת בע"כ מ"מ צריך לומר שהוא גיטה כדי שתדע משילוחי' שתהי' משולחת ואינה חוזרת וע"ש וכיון דלשיטת תוס' מיירי שאמר לעדים ראו גט זה ואינו צריך להודיע לה אלא כדי שתדע משילוחי' ומש"ה סגי כשמודיע לה אפי' אח"כ ולכך בכנסי שט"ח זה או במצאתו מאחוריו ה"ל תורת גירושין דכל שהודיע לה אח"כ הרי היא מתגרשת למפרע כיון דגוף ההודעה אינו אלא בכדי שתהי' משולחת ואינה חוזרת וא"כ בתחלה הי' הנתינה לשם גירושין ממש וכן בישנה אע"ג דאינה מגורשת למפרע דהא כשהיא ישנה אין לה יד ואינו משתמר מ"מ מהני נתינה ראשונה כיון דהבעל נתנו לה לשום גירושין ולא גרע מאם נתנו לה ואמר לה לא תתגרשי אלא בב"ד פ' וא"כ איכא למימר דהיכא דלא הי' הנתינה לשום גירושין כלל אלא לשם פקדון לא קרינן בי' נתן כלל אבל לשיטת הרשב"א והר"ן דמיירי שלא הודיע לעדים ועסוקין באותו ענין נמי לא מהני באומר כנסי שט"ח או מצאתו מאחוריו דה"ל נתינה גרועה א"כ לא הוי אלא כאילו נתן בשתיקה וגמרי ואינו אלא בתורת פקדון ואפ"ה מהני כשאומר לה אח"כ הא גיטך ולכך מוכח שפיר לשטתם דאפי' נתנו בפקדון נמי ונתן קרינן בי' כמ"ש הר"ן ובחידושי הרשב"א פ' המגרש דף פ"ז בהא דחוץ מפ' כיצד נעשה יטלנו הימנה ויחזור ויתננה לה מאן תנא אמר חזקי' רשב"א הוא דתניא רשב"א אומר עד שיטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה ויאמר לה הא גיטך ר' יוחנן אמר אפי' תימא רבי דילכון אמר שאני הכא הואיל וקנאתו ליפסל מן הכהונה והביא שם גרסת ר"ת שאני התם הואיל וקנאתו ופי' כיון דקי"ל מעדותו של ר' יוחנן בן גודגדא דלא

בעינין דעתה של אשה כמפורש פ' הניזקין גט הוא וקנאתו לפיכך סגי לה בהא גיטך אבל הכא דאמר לה חוץ דליתא לגירושין כלל אפי' רבי מודה וכתב עלה הרשב"א ז"ל ותמי' דהא אי לר' יוחנן ב"ג מדמית לה אפי' הא גיטך אינו צריך דמשנתנו לה מגורשת אלא ודאי לא דמי דהכא ליכא לא דעת האשה ולא דעת העדים ואנן ונתן בידה ספר כריתות בעינין כלומר שיתן בדעת ספר כריתות או לדעתה או לדעת העדים ואפי' ריח הגט אין בו עכ"ל. ולענ"ד נראה דשטת ר"ת נכונה והיא בעצמה שיטת התוס' דהא דצריך להודיע ולומר לה הא גיטך אינו אלא בכדי שתדע משילוחי' שתהא משולחת ואינה חוזרת וא"כ קנאתו למפרע ומתגרשת תיכף ומש"ה מהני כשאומר לה אח"כ הא גיטך לפי שהי' נתינה בתורת גירושין וכן בישינה הי' נמי נתינה בתורת גירושין אע"ג דלא נתגרשה מיד משום דלית לה יד ואינו משתמר מ"מ לא גרע מאומר לה אל תתגרשי אלא בב"ד פ' אבל באומר חוץ מפ' דלא הוי גירושין כלל ואינו אלא כמו נתינה לפקדון דלא מהני ומבואר מזה דר"ת נמי ס"ל דנתינה לפקדון לא מהני אלא בעינין שיתן לגירושין גמורין ואע"ג דאינה מתגרשת מיד לא אכפת לן כל שנותנו לה לשם גירושין גמורין ה"ל נתינה משא"כ באומר חוץ מפ' כיון דאינו כריתות כלל לא הוי נתינה לגירושין כלל אלא כפקדון בעלמא וכבר כתבנו דנתינה לפקדון תלי' בשיטתם גבי כנסי שט"ח דלשיטת הרשב"א והר"ן מוכח מהתם דמהני ולשיטת התוס' והרא"ש לא מהני וכן ס"ל לר"ת:

ונ"ל דלשיטת הרשב"א דמהני נתנה לפקדון כשאומר אח"כ הא גיטך ה"ה אפי' הוציאה גטה מתחת ידה בינתים ושוב נטלתו ואמר לה הא גיטך דמהני דכי היכי דלשיטת הרא"ש דבעינין נתינה לגירושין אם נתנו לה לגירושין והוציאה הגט מידה בינתיים וחזרה וקיבלתו מהני כמ"ש להדיא בפ' הזורק וכמ"ש למעלה ה"ה בנתינה לפקדון לדעת הרשב"א והר"ן דכך שוה נתינה לפקדון להרשב"א והר"ן כשאומר לה אח"כ הא גיטך כמו נתינה לגירושין להרא"ש ועיין מ"ש בסימן קמ"ג סעיף ה':

סעיף ז

ס"ק ג

אם הגט ברשותו יקנה לה אותו בר"פ הזורק ליקני' נהלה ההוא דוכתא דיתב ביה גיטא וחיזל איהו ותיחוד ותפרש ותחזיק בי' ופירש"י ז"ל דהשתא קא יהיב לה חצר וגיטה בתוכו ותנן נכסים שאין להן אחריות נקנין עם נכסים שיש להן אחריות בכסף בשטר ובחזקה עכ"ל והרמב"ן והרשב"א ז"ל השיגו על רש"י והעלו דליתיה לענין אגב גבי גט דאל"כ למה לי ההוא דוכתא דיתיב ביה גיטא והא קי"ל דאגב לא בעי צבורין אלא ודאי

דאין קנין אגב בגט ומשום חצר הוא וע"ש בחי' הרמב"ן לגיטין ובחידושי הרשב"א ר"פ הזורק ועמ"ש בספרי קצה"ח סימן ר"ב:

ובפ"ב דגיטין דף כ"א שם כתב לה גט ונתנו ביד עבדו וכתב לה שטר מתנה עליו קנאתו ומתגרשת בו כו' אמר אביי מכדי חצר מהיכא אתרבאי מידה מה ידה בין מדעתה בין בע"כ כו' עוד שם פריך והא חצר מהלכת הוא ע"ש ומאי קושיא נימא דמשום אגב קני' לה לגט דהא מטלטלין נקנין אגב עבדים בעודן עליו וכדאיתא פ"ק דב"ק דף י"ב ואפשר כיון דבקנין אגב צריך למימר אגב ואפי' בצבורין צריך שיאמר כן ואף דדעת הרמב"ם ז"ל דבצבורין אין צריך שיאמר אגב מ"מ נחלקו עליו כל הפוסקים וס"ל דלעולם בעינן אגב ואפי' בצבורין ועיין בח"מ סימן ר"ב ומש"ה ליכא למימר דהאי דנתנו ביד עבדו וכתב לה שטר מתנה כו' מיירי בקנין אגב כיון דלא אמר לה הכי אבל בהך דר"פ הזורק דאיירי בשכ"מ אע"ג דלא אמר בהדיא מהני דשכ"מ מקצר בדבריו ודנין אותו כאלו אמר כל זה שמוטל עליו לומר וכמ"ש בנימוקי יוסף פ' הספינה גבי שכ"מ שנתן שט"ח לחבירו דאין צריך לומר איהו וכל שיעבודי' דשכ"מ בעי לקצר דבריו וכמו שהקילו בגט דשכ"מ שאומר כתבו ואע"פ שלא אמר תנו דבריו קיימין ואלו בבריא צריך שיאמר תנו ע"ש וא"כ ה"ה לענין אגב יש לומר דאין השכ"מ צריך לומר אגב אע"ג דבריא צריך לומר אגב ומש"ה הך דנתנו ביד עבדו דמיירי בבריא ע"כ בתורת חצר הקנה לה הך בתורת אגב ה"ל למימר הכי בהדיא:

ומהא דאמרינן כתבו על המחובר פסול משום דמחוסר קציצה ואע"ג דהאשה יכולה לקנות הגט כשהוא מחובר ע"י חזקה דקרקע נקנית בחזקה וא"כ למה לי קציצה מזה משמע דבגט בעינן דאתי לידה או לתוך רשותה ממש וקנין אחר לא מהני ויש מזה ראיה לדברי הרמב"ן והרשב"א דבגט לא מהני קנין אגב דכיון דקנין חזקה לא מהני כ"ש אגב דקליש טפי אבל לשיטת רש"י ז"ל דקנין אגב מהני בגט א"כ כ"ש קנין חזקה דאלים טובא ולפ"ז יקשה לנו אמאי פסול בכתבו על המחובר דכיון דמצי קני ליה עודנו מחובר ע"י קנין חזקה אינו מחוסר קציצה כלל:

מיהו יש לומר דמחובר פסול אפי' ע"י קנין חזקה משום דליכא נתינה וה"ל כאומר טלי גיטך מעל גבי קרקע דלא מהני ומש"ה צריך קציצה כדי שיהיה שייך בו נתינה לכך כתבו על המחובר פסול כיון דמחוסר קציצה קודם הנתינה ועיין מ"ש לקמן סימן קל"ט סעיף י"ח:

סימן קלז

סעיף א

ס"ק א

אמר לה הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפ'. ר"פ המגרש את אשתו ואמר לה הרי את מותרת לכל אדם אלא לפ' ר"א מתיר וחכמים אוסרים ואמרו בגמ' מ"ט דר"א ר' יוחנן אמר טעמא דר"א מהכא ואשה גרושה מאישה לא יקחו אפי' אינה גרושה אלא מאישה נפסלה מן הכהונה אלמא הוי גיטא ורבנן איסור כהונה שאני ובתוס' ד"ה אפילו לא נתגרשה אלא מאישה וז"ל וא"ת והא ודאי דאיסור כהונה שאני דהא אם לא נתגרשה אלא מאישה ולא הותרה לשום אדם פשיטא דאפי' לר"א לא הוי גט כלל בעלמא ואם מת מותרת להתייבם אע"פ שפסולה לכהונה וי"ל דהכי מייתי דכיון דאפי' לא נתגרשה אלא מאישה פסולה לכהונה א"כ כי אמר חוץ מפ' הוי גט גמור דאי לא הוי גט סברא הוא דבלא נתגרשה אלא מאישה אפי' ריח הגט לא הוי ולא היה אוסרה הכתוב אפילו לכהנים עכ"ל ובחי' פ"י כתב וז"ל ולא ידענא מאי פשיטותייהו דלר"א מותרת להתייבם בכה"ג ומלשון רש"י ז"ל בשמעתין שכתב ומפסל לכהונה אלמא גט הוי והכא דשרי לכל אדם כו' לשון זה משמע דבהאי דאת מותרת לכל אדם נמי גט מעליא הוא אלא שאי אפשר לה להנשא מצד התנאי כו' ולולא דברי התוס' היה נ"ל דהא דמודה ר' אליעזר בואי את מותרת לכל אדם דלא הוי גט היינו מפשטיה דקרא ויצאה והיתה לאיש אחר דמשמע שצריך להתירה מיהו לאיש אחד וכל שאינה יכולה להנשא לא הוי גט כלל עכ"ל:

ולי נראה הא דפשיטא להו לתוס' דהיכא דלא הותרה לשום אדם דאפי' לראי' לא הוי גט כלל ומותרת להתייבם למדו כן מהא דאמרו שם בגמ' בעי ר' אבא בקדושין היאך תיבעי לר"א תיבעי לרבנן כו' לבתר דבעי הדר פשטא בין לר"א ובין לרבנן בעי ויצאה והיתה אמר אביי את"ל איתא לדר' אבא בא ראובן וקדשה חוץ משמעון ובא שמעון וקדשה חוץ מראובן ומתו שניהם מתיבמת ללוי ואין אני קורא בה אשת שני מתים מ"ט קדושי ראובן אהני קדושי שמעון לא אהני ואלא אשת ב' מתים היכא משכחת לה כגון שבא ראובן וקדשה חוץ משעון ובא שמעון וקדשה סתם דקידושי ראובן אהני למיסרה אעלמא וקידושי שמעון אהני למיסרה אראובן וכתב הר"ן בחידושיו ובשם הרא"ה וז"ל כתב הרא"ה ז"ל מדאמר לא אהני משמע שאם גרשה ראובן שריא לעלמא ואינה צריכה גט משמעון דכל קידושין שאינן אוסרין לאו קדושין נינהו כלל וקדושי שמעון הרי לא אסרה לשום אדם עכ"ל וא"כ מוכח מש"ס להדיא דהיכא דקדושין לא מהני לאסרה על שום אדם אע"ג דקדשה לנפשיה לא הוי קידושין כלל אלא היכי דמהני לאסרה עכ"פ

על אדם אחד וא"כ אי נימא דבגירושין אם לא נתגרשה אלא מאישה הוי גרושה לעצמה ואסורה להתייבם א"כ ק' הא דאמר אביי אם איתא לדר' אבא כו' מ"ט קדושי ראובן אהני קדושי שמעון לא אהני הא לר' אבא מקשינן הוי' ליציא' ובגירושין מהני גיטא לנפשי' אע"ג דלא אהני לעלמא ה"נ נימא בקידושין אע"ג דלא אהני לעלמ' אהני לנפשי' וה"ל אשת ב' מתים אע"כ דר"א נמי מודה בגט היכא דאינה מתירה לשום אדם לא הוי גט כלל ומש"ה בקדושין נמי היכא דלא אסרה על שום אדם לא הוי קדושין דאיתקש הוי' ליציא' ומש"ה כתבו התוס' בפשיטות דכה"ג דאינה מתיר' לשום אדם ודאי אפי' לר"א לא הוי גט כלל וע"כ איסור כהונה שאני וזה ברור. אלא דהיא גופא טעמא בעי. בהא דפשיטא ליה לש"ס דהיכא דקדושי שמעון לא אהני לא הוי קדושין כלל וא"כ ע"כ גם בגט לר"א היכא דאינה מתירה לשום אדם לאו גיטא הוא דכיון דלר"א בחוץ שפיר הוי גיטא א"כ נימא כהיכא דאינו מגרשה אלא ממנו להוי גיטא וה"נ בקדושין להוי קדושין אע"ג דלא אסרה על שום אדם וכן נראה טעמא כמ"ש בפ"י דבעינן ויצאה והיתה אלא דבפ"י כתב זה מסברא דנפשי' אמנם נראה כן להדיא משטת הש"ס פ' המגרש דף פ"ה בעי מיני' רבא מר' נחמן חוץ מקדושי קטן מהו מי אמרינן השתא מיהו לאו בר הוי' הוא או דלמא אתי לכלל הוי' אמר ליה ת"ש קטנה מתגרשת בקדושי אביה אמאי הא בעינן ויצא' והיתה אלא אתי' לכלל הויה ה"נ אתי' לכלל הוי' ומוכח להדיא דכל דלא אתי לכלל הוי' לאו גט הוא כלל וא"כ כשאינו מתיר' לשום אדם לאו גיטא הוי א"כ בקדושין נמו כיון דאתקש הוי' ליציאה בעינן שיהא אוסרה עכ"פ לאדם אחד. ולפ"ז ניחא הא דכתבו תוס' בתירוצם דהכי מייתי דכיון דאפי' לא נתגרשה אלא מהיבה כו' דאם לא הוי גט סברא הוא דבלא נתגרשה אלא מאישה אפי' ריח הגט לא הוי ולא הי' אסרה הכתוב אפי' לכהנים ואינו מובן כיון דסוף סוף איסור כהונ' שאני א"כ נימא אפי' לא הוי גט באומר חוץ אפ"ה אסרה הכתוב לכהנים ולפמ"ש נראה דלרבנן דס"ל באומר חוץ לא הוי גט היינו משום דבעי' ספר כריתות וכל דאגידא בי' לגבי חד גברא לאו כריתות הוא ולא הוי גט כלל וא"כ הוי כאלו נתן לה ניירא בעלמא וא"כ בזה לא היה אסרה הכתוב לכהנים אבל לר"א דס"ל דבאומר חוץ הוי גט ולא בעי כריתות ומאי דבעי שיתירנה עכ"פ לאדם אחד הוא בכדי דליהוי ויצאה והיתה לאיש אחר. א"כ כיון דגט מיהו הוי אע"ג דלא מהני כיון דבעינן ויצאה והיתה מ"מ אסר' הכתוב לכהנים ומש"ה כשהקשו תוס' דהא ודאי איסור כהונה שאני דבלא נתגרשה אלא מאישה ר"א מודה דלא הוי גט ומותרת להתייבם וכמו שהוכחנו מקדושין כה"ג דלא אסרה על שום אדם והיינו משום דבעינן ויצאה והיתה שיתירנ' עכ"פ לאדם אחד וא"כ איסור כהונה שאני לזה תירצו דהכי מייתי

כיון דפסולה לכהונ' בלא נתגרשה אלא מאישה א"כ ע"כ גט הוי אלא מטעם אחר לא מהני משום דבעי' ויצא' והיתה אבל מ"מ כריתות לא בעי ובגוף הגט אין בו ריעותא א"כ מוכח דחוץ הוי גיטא דהא כריתות לא בעי והרי התיר' לאדם ושייך ביה ויצאה והיתה אבל אי נימא דבחוץ לא הוי גט כלל ע"כ משום דכתיב כריתות א"כ אין זה אלא ניירא בעלמא אפי' ריח הגט אין בו והי' לה להיות מותרת אף לכהנים ויתיישב בזה מה דקשי' ליה לפ"י בחידושיו שם עוד בדברי תוס' בהא דדייק הש"ס לקמן במאי דאמר ר"ע ק"ו מה גרושה שהוא קלה אסורה בשביל צד גירושין שבה א"א שהיא חמורה לא כ"ש הא למדת שאין זה כריתות ואמר רבא דאית ליה פרכא ומדייק הש"ס מאי פרכא אי לימא איסור כהונה שאני הא ר"א נמי מאיסור כהונה מייתי לה ואלו לשטת התוס' שפיר קאמר רבא דאית ליה פרכא לר"ע דהא ר"א ס"ל נמי דאיסור כהונה חמור טפי וא"כ אזיל לי' ק"ו דר"ע ואפ"ה קאמר ר"א שפיר דסברא הוא דכיון דבואי את מותרת לכל אדם אסורה לכהנים ממילא בחוץ הוי גט גמור וצ"ע עכ"ל ולפמ"ש ניחא דלר"א לא אמרינן איסור כהונה שאני היכא דאיכא חסרון בגט גופי' כיון דאינו ספר כריתות אלא היכא דגיט' גופיה שפיר הוא רק דאינו מתיר מטעם אחר והיינו משום דבעי ויצאה והיתה בזה אמרינן כיון דגיטא גופיה מעליא אסרה הכתוב לכהנים ולרבנן אמרינן איסור כהונה שאני ואפי' היכא דגיטא גופיה לא הוי גט דליתי' ספר כריתות אפ"ה אסורה לכהנים וא"כ ר"ע דדאין ק"ו בגיטא גופיה דאם הכתוב אסרה לכהן מצד גרושין שבה אינו דין שתאסר אצל מי שהתירה אצלו מצד אשות שבה וא"כ אי נימא דהא דאסרה הכתוב לכהנים מצד גירושין שבה אינו משום צד גרושין כלל אלא משום איסור כהונה א"כ ע"כ צ"ל דאפי' היכא דליכא צד גירושין כלל אפ"ה אסרה התורה לכהנים א"כ ר"א לא מצי יליף מאיסור כהונה דהא לר"א לא אמרינן איסור כהונה שאני לאסור במקום שלא היה צד גרושין כלל ודו"ק:

(ועדיין צ"ע דודאי ספר כריתות הוא לר"א אף אם אומר חוץ ומש"ה אסורה לכהן מצד גירושין שבה לגבי עלמא ואפ"ה לא נאסרה לעלמא מצד אישות שבה לגבי האי דאיסור כהונה שאני משא"כ אם היינו אומרים דחוץ לא מהני כלל והוי כנייר' בעלמ' לא היה הכתוב אסרה לכהנים וכמ"ש מארן ז"ל ולולא דברי רז"ל הייתי אומר דסברת התוס' הוא דגרוש' מאישה מותרת להתייבם משום דמתנה לעקור דבר מן התורה שהרי כיון שאסורה לכל העולם א"כ עדיין אני קורא בה אשת המת ומצוה מן התורה ליבמה וזה מתנה שלא תתייבם ועדיף ממאי דפריך ר' טרפון דאמר רבא דאית ליה פרכ' מנושא בת אחיו וזה כיון דאיהו לאו מידי עביד אלא התורה פטרת מיבום גבי ערוה משא"כ הכא

דמותרת היא להתייבם כיון שלא הותרה לשום אדם אני קורא בה לא תהיה אשת המת חוצה ולאו כל כמיניה לבטל ד"ת ולא דמי לגירש על תנאי מהיום אם מתי דהתם אגלאי מלתא דלאו אשת המת היא ומה שהוכרחתי לפרש כן ולסור מדעת הפ"י ומארן ז"ל אף דדבריהם נראין מיוסדים על אדני הש"ס שהביא רבינו ז"ל הוא מפני התמי' הגדולה אשר בעניותי לא זכיתי להבין דברי הגמ' מאי דא"ל ר"נ לרבא תניתוה קטנה מתגרשת כו' והא בעינן ויצאה והיתה כו' נפלאתי מה יענו בחרשת ושוטה דמשנה מפורשת הוא ביבמות פ' חרש דמגורשת ד"ת והני לא אתיין לכלל הוי' לעולם כדמוכח מלשון המשנה בנשתטה הוא לא יוציא עולמות ועוד מעדותו של ר' יוחנן בן גודגד' מוכח כן בחרשת שהשיאה אבי' ואולי מפני זה נאדו ר"ח וסייעתו מגירס' זו ואסקי בתיקו גבי קטן אח"ז מצאתי בס' בית מאיר שהקשה כדברי ותירוצו דחוק ע"ש ושמחתי שכיוונתי ת"ל אל דרך ישר לדעת גדולים לכך נ"ל דמש"ה לא הוי גיטא בגרושה מאישה דהוי מתנה לעקור דבר תורה וכנ"ל. אמנם בישוב דברי תוס' וסברתם וישוב קו' הפ"י נלענ"ד לבאר וזה הנה פעולות הגט שתים הנה האחת היא הכח המתיר את האשה למי שהיתה אסורה עליו עד היום והשנית הכח האוסר אותה על מי שהיתה מותרת לו זולת הגט אם היה מת הבעל וביאור הדברים בחלוקה הראשונה הותרה לכל העולם שהית' אסורה משום א"א ובחלוקה השנית נאסרה על היבם או על הכהן אף אחר מיתת הבעל מה שהיתה מותרת להם אם לא היה נותן לה הגט והנה חדשה התורה דאם מגרשה בגט שאין בו כח המתיר רק כח האיסור בלבדו הוא פוסל לכהונה וזה ביאור אמרם ז"ל אפי' לא נתגרשה אלא מאישה ולא נמצא בו כח המתיר אסורה לכהונה אמנם מבואר בזה עוד חידוש אחר דגם בכח זה האוסר לא אסרה בכולה ונשאר קצתו שהרי לא אסרה לאחיו מלהתייבם כאשר ביארנו למעלה שאין בידו לעקור דבר מן התורה דכיון שלא התירה עדיין אשתו היא ואע"פ ששייר מקצת כח האוסר אפ"ה הוי גיט' לפסול הכהונה ובהא פליגי ר"א ורבנן דר"א סבר דודאי קושט' הוא דאיסור כהונה שאני ר"ל דבכהונה חדשה התורה דינין ואיסורים יותר ובזה נשתנה איסור כהונה מאישות דבאיסור כהונה נקרא גט כח האוסר לבדו כמ"ש ואשה גרושה מאישה וזהו שחדשה תורה באיסור כהונה שיהיה כח האיסור בלחוד עושה גירושין לפסול לכהונה אמנם בתנאים התלוים בגירושין ראוי להיות שוה איסור כהונ' לאיסור אישות ואם איתא דבאומר חוץ לא הוי גיטא א"כ כי היכא דבכח המתיר אי משייר בהתיר' לא הוי גיטא ה"נ בכח האוסר כיון דמשייר בי' לגבי יבם לא היה הכתוב אוסר' לכהונ' כיון דכה"ג לאו גיטא הוא ומדחזינן דאסרה הכתוב לכהונ' אע"ג דאשתייר בי' איסורא לגבי יבם א"כ סברא הוא דבחוץ הוי גט גמור

אע"ג דאשתייר בהתירא אבל מעולם לא הי' ר"א רוצה להוכיח דמדמהני לאוסר' לכהונ' אע"ג דמשייר בהתירא ה"נ באומר חוץ דזה אינו דבהא אפי' רבנן מודה דשיורא דהתירא לא מגרע באיסורא וה"ה דשיורא דאיסורא לא מגרע גבי התירא וראי' נכונ' מדתנן מתני' לקמן הרי את מותרת לכל אדם חוץ מאחי כו' הרי זה גט וכ"פ הרמב"ם וטוש"ע ומי לא סגי דלית ליה בנים וא"כ כיון שאמר חוץ מאחי הרי שייר באיסורא ר"ל שלא תהא אסורה להתייבם ואפ"ה מודו רבנן דהוי גט ומוכח דשיורא דאיסור' לא אכפת לן גבי התיר' וה"ה להיפך אמנם עיקר ראייתו של ר"א הוא מדמשייר באיסורא גופי' לגבי יבם ואפ"ה הוי גט לגבי כהן לא כן דעת רבנן דס"ל דאיסור כהונה שאני לגמרי דאף דבאיסור כהונה לא גרע בשיור' דאיסור' מ"מ באישות גרע טפי ואי שייר בהתירא לאו גיטא הוא ולזה מתרצו תוס' שפיר דלר"א סברא הוא דאם נאמר דבחוץ לא הוי גט כלל ונאמר א"כ דשיור מבטל גיטא כי לא נתגרש' אלא מאישה אפי' ריח הגט לא הוי ולא היה אוסרה הכתוב אפילו לכהנים ר"ל דהרי שייר באיסורא ולא שאני איסור כהונה מאיסור אישות אלא בגוף האיסור שנתחדש בהם היינו שנקרא גירושין באיסור' לחודי' אבל בתנאים התלוים במשפטי הגט ראוי להיות שוה איסור כהונה לאיסור אישות וכנ"ל. ובזה סרה תלונת הפ"י דשפיר פריך ליה ר"ע לר"א דק"ו הוא מה גרושה שהיא קלה אסורה לכהן בשביל צד גירושין שבה לעלמא א"א שהיא חמור' לא כ"ש שתיאסר לעלמא מפני צד א"א שבה לאותו פ' ואין להשיב איסור כהונה שאני דבכה"ג ס"ל לר"א דלא אמרינן איסור כהונה שאני דא"כ מצינו למימר דשיורא פוסל בגט ואיסור כהונה שאני וע"כ לר"א דיליף מאיסור כהונה ס"ל דבתנאים התלוים באיסור אין לחלק וא"כ ה"נ וזה ברור למבין. ובזה נראה לי ליישב מה שהקשה הרשב"א בחידושי' על הר"ח וסייעתו דס"ל בחוץ מפלוני דלא פסלה לכהונה והקשה הרשב"א דאטו מי גרע מלא נתגרשה אלא מאישה ומוכיח שם דהוי פסולה מן התורה ע"ש ולפמ"ש יש לחלק דבאומר הרי את מגורשת ממני ואי את מותרת לכל אדם לא נתן גט זה אלא בכח האוסר ובפירוש ריבתה תורה גבי איסור כהונה שיהי' פוסל גט כזה שהרי לא נתן לה הגט רק בכח האוסר משא"כ באומר הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפלוני שבא לגרש בכח המתיר ובהא בעי' כריתות לדעת רבנן ולא הוי גיטא כלל ואין לומר בזה איסור כהונה שאני שהרי לא נתכוון זה לגט של איסור כהונה אלא לגט ממש הבא להתיר וכיון דלא מהני להתיר ה"ל ניירא בעלמא כנ"ל ובהא דאומר חוץ מאחי דמודו רבנן דלא הוי שיורא ונתבאר בדברינו דטעמא הוי משום דלא שייר בהתירא מידי שהתיר מה שהי' לו להתיר ומה ששייר באיסורא ר"ל שאינו אוסר מה שהי' לגט לאסור לאו שיורא הוא לגבי התירא לענ"ד עוד טעם אחר לשבח דכל

שמשייר בה לאחר מותו לאו שיורא הוא כיון דכל כמה דאיהו קיים לא אגידא גבי' שפיר הוי כריתות דבשלמא באומר חוץ מפ' אכתי אגידא גבי' באישות לגבי האי פלוני משא"כ הכא אין כאן שום אישות כ"ז שהוא קיים אלא דאכתי הל"ל דאסירה משום דה"ל כאומר ע"מ שלא תשתי יין כל ימי חייכי דאע"ג דאין כאן שיור מ"מ לא הוי כריתות כיון דאגידא בי' בתנאי ה"נ אגידא בי' דאי מיית מזדקקה ליבם ולכן נראה דס"ל לרבנן ג"כ דבכה"ג אי ניסת לאחר נתרוקנה רשות בעלה הראשון ואישותו לגמרי ונמצאת גרושה אף לאחיו ולכך שפיר הוי גט דשיור לא הוי כדי שיפסל הגט מיד שהרי לא שייר בהתירא נמצא שמותרת להנשא תיכף לאחר מאי אמרת אם ימות המגרש תהא זקוקה ליבם זה אינו שכבר נתרוקנה אישותו לגמרי בנישואין. ועוד נלענ"ד כיון דאסורה להתייבם מפני צד גרושת אחיו שבה לעלמא א"נ מפני צד קידושין של השני שתפסו בה אין אני קורא בה יבמה יבוא עלי' וכל שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה חוץ מחייבי לאוין דגזירת הכתוב הוא משא"כ הכא דחייבי כריתות הוא הלכך מותרת לכל אדם מיד ואין להאריך כעת אח"ז מצאתי בס' מכתב מאלי' שער ח' ספ"ט כתב ג"כ דחוץ מאחי לא הוי שיורא דבלא"ה אסורה לו משום גרושת אחיו שהרי גירשה לכ"ע אלא שהלשון אינו מדוקדק שכתב וז"ל אבל גבי אחיו אפי' כי מיית איהו בלא איסורא שאסרה עליו אסורה עליו משום גרושת אחיו שהרי גירשה לכ"ע חוץ ממנו ומש"ה לא הוי שיור ועוד דכי מיית בטיל איסורא ולר"א דאמר במתני' חוץ מפלוני מותרת לכ"ע חוץ מאותו פ' כי מיית המגרש מותרת לפלוני משום אלמנה עכ"ל נראה שהבין כאלו הי' קשה גבי חוץ מאחי דליהוי שיורא שהרי אוסרה לאחר מותו וע"ז מתרץ דבלא"ה אסורה לו ועוד דכל היכא דהוי שיורא מותרת לאחר מותו ובאמת אין הדבר כן דאנן קשי' לן הא שייר בהתירא ר"ל דבלא השיור היתה אסורה לאחיו ועכשיו מותרת וע"ז הי' לו לתרץ דלא אהני בשיורא דאכתי אסורה לו משום גרושת אחיו שהרי גירשה לכ"ע וכדברינו למעלה. אמנם מלתא דפשיטא לי' להגאון בעל מכתב מאלי' מיבעי' לי לכאורה דמנ"ל דבאומר חוץ מאחי דאסורה לו משום דהוי גרושת אחיו לגבי כ"ע דסברא זו מצינו שלמד רע"ק בק"ו מגרושה אצל כהן וכבר פרכה רבא דאיסור כהונה שאני משמע דלדידן אפשר אף שהוא גרושת אחיו לגבי כ"ע כיון דלדידי' עדיין אשת אחיו היא מותרת להתייבם מידי דהוי אחוץ מפלוני דהוי א"א לגבי האי ושרי' לכ"ע אי לאו דס"ל כר"א בן עזריא דבעינן כריתות דבר הכורת בינו לבינה כמבואר בש"ס ולאו משום פרכא דרע"ק דאע"ג דהוי א"א גבי פ' מותרת לכל אדם למי שנתגרשה אצלו וא"כ ה"ה הכא כיון שעדיין אצלו אשת אחיו היא תתייבם לו. ולמדתי דבר זה מדברי הרשב"א בחי' שם בגיטין דף פ"ב ע"ב בד"ה והא

דאמרי' הכא אלא באשת ב' מתים שכתב וז"ל הא דאמרינן קדושי ראובן אהני קדושי שמעון לא אהני לאו למימרא דלא אהני כלל דהא ודאי אהני למיסרה בביאה אראובן דכיון דתפסי קדושי שמעון לגבי עלמא שאם מת ראובן ויש לו בנים עדיין היא אסורה לעלמא מחמת קדושי שמעון וא"כ אפי' ראובן אסור לבוא עלי' משום דמשתמש בצד מקודש שבה לשמעון והלכך אסורה היא לשניהם אלא הכי קאמר לא אהני דיבוריו למיסרה אראובן שהוא לא אסרה אראובן דחוץ מראובן קאמר והא דאסורה לראובן משום ארי' דאיסורא דרביע עלה דאי אפשר להשתמש בה לא' מהם אא"כ משתמש בצד אישות שבה לגבי שני אבל כי אמר לה סתם מהני קדושין למיסרה בפי' אראובן כנ"ל עכ"ל וכן מבואר בירושלמי קדושין פ' האומר המקדש את האשה מעכשיו ולאחר ל' יום ובא אחר וקדשה תוך שלשים יום היו שני אחין וקדשוה שניהם ומת אחד מהן השני מהו שיהא מותר בה ממ"נ מה שקנה קנה והשאר נפלה מחמת אחין ר' יודן בן פזי אומר אסור בה כו' א"ר חנינא יאות אמר ר' יודן ב"פ כלום באה לו אלא מחמת אחיו לאחיו אסורה לו מותרת עכ"ל הירושלמי והביאו הרשב"א באותו דיבור ע"ש מבואר מזה דאף דלא הוי א"א לגבי האי שהרי שיירי' וקידושיה תופסין לו בה אלמא דלא הוי א"א לגבי מ"מ אסור להשתמש בה משום דמשתמש בצד א"א חבירו ובהא כ"ע מודו דסברא פשוטה הוא דאף דתפסה בה קדושי שני מ"מ הרי גם לראשון יש בה צד אישות לגבי כ"ע נמצא כשמשתמש בה משתמש גם בצד אישות של חבירו וא"כ יפה עלו דברי הרב בעל מכתב מאלי' דאסורה להתייבם מפני צד גרושת אחיו שבה לעלמא דאע"ג דלגבי' לאו גרושה היא כלל מ"מ כשמשתמש בה משתמש גם בצד גרושה שבה וכיון דאי אפשר ליבם לקנות רק ע"י ביאה וזה א"א אא"כ משתמש בצד גרושה שבה לכך אסורה להתייבם וזה ברור. אמנם מאי דאצטריך לי' לרע"ק לאתויי בק"ו מגרושה לכהן דהיכא דהוי א"א דאסורה לעלמא ותיפוק לי' דהא משתמש בצד אישות שבה לראשון גבי האי פ' וכמ"ש נלענ"ד דאקדושין קאי רע"ק לומר דאפי' קידושין לא תפסי בה מפני צד אישות שבה לראשון ורע"ק לטעמי' דס"ל דאין קידושין תופסין בח"ל ולכך מייתי שפיר מאיסור גרושה דקיל ואפ"ה לא תפסי קדושי דכהן כיון דיש בה צד גרושה לגבי עלמא וכדגלי קרא ואשה גרושה מאישה לא יקחו והיינו שלא יהיו בה קיחה ק"ו לאיסור א"א ואף דאנן ס"ל דקדושין תופסין בח"ל מ"מ לא שייך למיפרך ערע"ק דהא לשטתו שפיר קאמר ועוד דמ"מ מוכח דקידושין אסרה תורה בגרושה לכהן דהא לאביי לקי אקדושין לחודי' ואפי' לרבא לא לקי אבע"ל. אלא לאחר קדושין דלא יקחו כתיב כדמוכח בקדושין דף ע"ח ע"ש וא"כ מוכח עכ"פ דמצד גרושה שבה לעלמא נאסרו הקדושין לכהן א"כ ה"נ

מהני צד א"א שבה לפ' נאסרו הקדושין לכ"ע וא"כ לא תפסי בה כלל וזה נכון ואכתי איכא למידק מ"ט דר' אלעזר דמתירה לכל אדם נהי דגיטא מעליא הוא ולא בעי כריתות ולא איכפת לן במאי דאשתייר בה שיורא מ"מ היכא משתמש בה הא א"א להשתמש בה אא"כ משתמש בצד אישות של הראשון ואף דתפסי בה קדושין מ"מ אסורה להשתמש וכמו שביארנו למעל' בשם הירושלמי והרשב"א גבי קדושין וכנ"ל ונראה לענ"ד דר"א לטעמא דס"ל דאם נשאת לא' מן השוק נתרוקן כל אישות שבה ולא נשאר בה שום אישות לראשון ולכך שרי לאשתמושי בה ובזה יתיישב מאי דקשי' לכאורה מאי פריך ליה ר"ע לר"א ק"ו מאיסור גרושה דאסורה לזה מצד גרושה שבה לכ"ע כ"ש שתיאסר על כל אדם מפני צד א"א שבה גבי פ' דהא שאני שהרי כשנשאת לא' מן השוק נתרוקן כל אישות של הראשון משא"כ בצד גירושין שלא נתרוקן לעולם אמנם לפמ"ש ניחא דר"ע אקדושין פריך דלא יהיה הקדושין תופסין כיון שהיא א"א לגבי פ' ועדיין לא נתרוקן אלא אחר שתפסו בה הקדושין נתרוקן האישות ולכך פריך דניתי בק"ו מגרושה לכהן שתהיה כא"א גמורה ולא יהיה בה תפיסת קדושין כלל והבן זה כי נכון הוא)

ס"ק ב

חוץ מפלוני או אלא לפ' אינו גט. בפ' המגרש דף פ"ג תניא מודה ר"א במגרש את אשתו ואמר לה הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפלוני והלכה ונשאת לא' מן השוק ונתארמלה או נתגרשה שמותרת לזה שנאסרה עליו ופירש"י מאחר שנשאת לאחר וניתקה מאישות הראשון לגמרי ובתו' כתבו טעמא כיון דנשאת לזה שהותרה לו נתרוקן לו כל האישות ופקע אישות של ראובן לגמרי ע"ש ואמר שם השיב ר' שמעון בן אלעזר תשובה לדברי ר"א היכן מצינו שזה אוסר וזה מתיר ע"ש ונסתפקתי בזה הלכתא כמאן או כר"א או כרשב"א ואע"ג דגבי גט לא נפקא מינה מידי דהא קי"ל חוץ לא הוי גט כלל דאינו כריתות אכתי נ"מ בדיני ממון במי שמכר או נתן לראובן קרקע חוץ משמעון דבכה"ג אפי' שמעון הוא מלוה שלו אינו גובה מאותה קרקע ומשום דחוץ שיורא הוא וכמ"ש בתשו' מהר"א ן' ששון סימן קי"ח בשם תשו' הרא"ש ע"ש והובא אצלינו בס' קצה"ח סימן קי"א סק"ב וא"כ באומר חוץ משמעון ואזל ראובן ומכרה ללוי אי אמרינן הל' כר' אלעזר יכול שמעון לגבותו או לקבלה במתנה מלוי דכל שבא ליד אחר ניתקה מרשות הראשון לגמרי ואי נימא הל' כרשב"א א"כ לעולם חוץ שיורא הוא ואפי' ניסת לאחר אסורה היא לזה וא"כ הכא נמי אפי' נתנה או מכרה ראובן לאחר אין לשמעון רשות לגבותו בחובו או לקבלו במתנה ובש"ס דילן לא הכריעו בפלוגתא דר"א ורשב"א ומשום דגבי גט לא נ"מ מידי אלא בממון נ"מ לדידן וכמ"ש. והנה לכאורה נראה דלא ס"ל כרשב"א דאמרי' שם הרי

נדרי' דנודר אוסר וחכם מתיר הא אמר ר' יוחנן אין חכם מתיר כלום אלא בחרטה הרי הפרת בעל דאשה נודרות והבעל מפר התם כדר' פנחס משמי' דרבא דאר"פ משמי' דרבא כל הנודרת על דעת בעלה הוא נודרת ובפ' נערה המאורסה דף ע"ג תנן בוגרת ששהתה שנים עשר חדש ואלמנה ששהתה שלשים יום ר"א אומר הואיל ובעלה חייב במזונתי' יפר וחכ"א אין הבעל מפר עד שתיכנס לרשותו ואמרינן בגמ' טעמא דר' אליעזר דכל הנודר' על דעת בעל' היא נודרת הואיל וחייב במזונתי' וא"כ משמע דלרבנן דסברי דאע"ג דחייב במזונתי' אינו יכול להפר אלמא לא ס"ל לרבנן כל הנודרת כו' וא"כ הפרה דבעל אינו אלא מצד הבעל וא"כ אשכחן זה אוסר זה מתיר. ובזה יתיישב מה שהקשה הרשב"א בחידושי' פ' המגרש שם גבי נענה ר' טרפון ואמר הרי שהלכה זו ונשאת לאחיו של זה שנאסרה עליו לא נמצא זה עוקר דבר מן התורה כו'. ובמאי אי לימא בחוץ משרי שרי ר"א דתניא מודה ר"א במגרש כו' אלא בע"מ ע"ש והקשה הרשב"א דהא כיון דמוקי לה בע"מ א"כ ע"כ לא תניא הך דמודה ר"א במגרש כו' ונשאת לא' כו' שזו מותרת לזה שנאסרה כו' דדוקא בחוץ שייך למימר הכי אבל גבי תנאי ודאי לעולם אסורה וא"כ נימא דאיירי בחוץ ולא ס"ל הך דמודה ר"א וליכא למימר דפריך דמסברא אית לן למימר באומר חוץ ונשאת לאחר דמותרת לזה שנאסרה דהא אשכחן רשב"א דפליג וס"ל היכן מצינו שזה אוסר וזה מתיר ע"ש. ולפמ"ש י"ל דכיון דתני שם השיב רשב"א תשובה לדברי ר"א היכן מצינו שזה אוסר וזה מתיר א"כ י"ל דרשב"א נמי ס"ל הך סברא דמותרת בנשאת לאחר אלא שהשיב תשובה לדברי ר"א כיון דר"א ס"ל גבי נערה המאורסה הנודרת הואיל ובעלה חייב במזונתי' יפר אלמא ס"ל כדרב פנחס דכל הנודרת כו' א"כ היכן מצינו זה אוסר וזה מתיר אבל לדידן דלית לן הא דר"פ וגבי נודרת לית לן לדר"א א"כ אשכחן שפיר זה אוסר וזה מתיר גבי הפרה דבעל ותו לא מצי הש"ס לאוקמי לדר"ט בחוץ דנענה ר"ט משמע לנפשי' ס"ל הכין ולדידן סברא הוא לומר שהותרה לזה שנאסרה עליו שהרי מצינו זה אוסר וזה מתיר גבי הפרת נדרים כיון דאנן לית לן לדר' פנחס. אלא דלא משמע כן מדברי הר"ן שם בנדרים פ' נערה שכתב שם ז"ל והא דאמר טעמא דר"א כדר' פנחס לאו למימר' דרבנן לית להו דר"פ דהא מסקינן בנדה פ' יוצא דופן בקטנה שהשיאו אמה ואחי' דבעלה מפר נדריה אע"ג דנדרא חיי' מדאוריית' דקי"ל מופלא סמוך לאיש דאורייתא ונשואי קטנה ליתנהו אלא מדרבנן אפ"ה אתי נשואין דרבנן ומבטלי נדרא דאורייתא מדרב פנחס אלא דרבנן נמי מודה בה אלא דבהא פליגי ר"א סבר כיון דאיהו מפרנס לה אינה נודרת אלא על דעתו ורבנן ס"ל כי מפרנס לה ארום אינה נודרת על דעתו ומיהו כיון שנכנסה לחופה אפי' בחופה דרבנן כקטנה שהשיאה אמה ואחי' מודו רבנן

שעל דעתי נודרת ומש"ה אתי נשואין דרבנן ומבטלי נדרא דאורייתא עכ"ל הר"ן וכ"כ הרשב"א בחידושיו לנדרים שם וכ"כ עוד הר"ן בחידושיו לנדה דף מ"ו ע"ש א"כ כיון דכ"ע סברי כדרב פנחס א"כ אף לדידן מצינו למימר שפיר דהלכה כרשב"א, אמנם כיון דחזינן בפ' יוצא דופן דף מ"ו דפריך למ"ד מופלא סמוך לאיש דאורייתא מהך ברייתא דקטנ' שהשיאו אמה ואחי' בעלה מפר אדר"י ואי אמרת דאורייתא אתי נשואי דרבנן ומפקי נדרא דאורייתא כו' ומשני כדר' פנחס כו' ולפי מאי דמשמע מדברי הרמב"ם דהשמיט הך דקטנה שהשיאו אמה ואחי' ולא הביא דין זה כלל משמע דס"ל דכיון דמוקי לה כדר"פ ואנן לא ס"ל כדר"פ מש"ה ליתא לדין זה ולא הביאו ואף ע"ג דמשמע מדברי הרמב"ם דס"ל דמופלא סמוך לאיש נמי אינו מן התורה מ"מ נשואי דרבנן לא מפקא נדרא כיון דאינו בעלה כלל ואינו שייך בהפרה אלא אי ס"ל כדר"פ. והך דר"פ תליא במחלוק' רבנן ור"א בהא דס"ל לר"א הואיל ובעלה חייב במזונתי' מפר ואנן לא ס"ל כר"א כן נלענ"ד מדהשמיט הרמב"ם הך דקטנה שהשיאו אמה ואחי' בעלה מיפר נדרי' וא"כ לפ"ז שפיר מצינו למימר זה אוסר וזה מתיר כדאשכחן בהפרת הבעל ותשובת רשב"א לא הי' אלא לדברי ר"א וכמ"ש לעיל. ועיין פ' המגרש דף פ"ה חוץ מהפרת נדרים מהו בנישואין הא לא שייר או דילמא אישה יקימנו ואישה יפירנו כתיב חוץ מתרומתך מהו בנישואין הא לא שייר א"ד קנין כספו כתיב. ופירש"י חוץ מתרומתך שאם תנשאו לכהן לא יאכילך בתרומה ע"ש ואי נימא דאנן קי"ל בהא כר' אליעזר דהיכא דנשאת לאחר פקע ונתקה אישות הראשון א"כ היכי מצי למימר חוץ מתרומתך דהא כיון דנשאת לכהן בהיתר פקע וניתקה מאישות הראשון וא"כ היכי מצי למימר שלא יאכילך בתרומה א"כ נראה מוכח מזה דלית הלכת' כר"א אלא כרשב"א. אמנם אכתי לאו ראי' מוכרחת היא לפמ"ש תוס' שם לפרש בעי' דחוץ מתרומתך דהיינו שהוא כהן ומגרשה לכל דבר חוץ שלא תאסר בתרומה וע"ש וא"כ משכחת שפיר שלא נשאת לאחר כלל ומהני חוץ. אך מסתבר יותר דלא אמרינן בדיני ממונות באומר חוץ מפ' ונתנו המקבל לאחר וחזר זה ונתנו לזה ששייר נתרוקן רשות הנותן לגמרי' ולא מהני דאי נימא דכל שיצא לרשו' אחר נתקה ופקע רשות הראשון א"כ תיכף כשבא ליד המקבל הראשון נמי יהא רשאי ליתנה לזה שהתנה עליו דבשלמא גבי גט באומר חוץ מפ' אמרינן שפיר דכל שלא נשאת לאחר עדיין לא נכנסה לשום רשות לכך אינה רשאה לינשא לזה ששייר דעדיין לא פקע אישות של הראשון אבל כל שנשאת לאחר בהיתר אז' נתקה ופקע אישות הראשון לגמרי אבל בנותן מתנה או מוכר ואמר חוץ מפ' הרי מיד נכנס לרשות מקבל ונימא תיכף דפקע וניתק רשות בעלים הראשונים וא"כ לא משכחת שיורא דחוץ כלל ואלו בתשו' הרא"ש

מבואר דמהני חוץ במוכר ונותן וכמ"ש מהר"א ששון בשם תשו' הרא"ש א"כ כי היכא דלא ניתק רשות הנותן כי מטא ליד המקבל הראשון ה"נ לא ניתק כשנתנו ליד אחר ושיורא דחוץ מהני בממונא לעולם וטעמא או משום דלא קי"ל כר' אלעזר אלא כרשב"א וכמ"ש או אפשר דלא אמרינן ניתק ופקע אישות הראשון אלא באישו' אבל לא בדיני ממונו' ודוק. (ולענ"ד נראה מוכח כדברי מורי האחרונים דדוקא באישות הוא דאמרינן דאם נשאת לאחר ניתוק האישות של הראשון אבל בדיני ממונת לא שייכא הא מלתא כלל דגבי ממון אמרינן מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו וכיון דאיהו לא מצי יהיב להאי דשיירי' השני ג"כ אינו יכול לזה דהרי כבר הוכחנו דר"א הוכרח לומר כן בנשאת לאחר דניתוק אישות הראשון דאי לאו הכי לא היה אפשר להתירה אע"ג דס"ל דשיורא לא פסיל גיטא מ"מ הרי משתמש בצד אישות של חבירו וכמ"ש בירושלמי ובחידושי הרשב"א הנזכר ומצאתי און לי בתוספתא פ' המגרש דאיתא התם בזה הלשון נענה ר"ש בן אלעזר ואמר הרי שהלכה זו ונשאת לאחר וגרשה ואמר לה הרי את מותרת לכל אדם היאך זה מתיר מה שאסר הראשון הא למדת שאין זה כריתות עכ"ל. מבואר מזה דאם נאמר דאף כשנשאת לאחר עדיין אישות הראשון עליו איפרך ליה ר"א דאין זה כריתות ומאחר דס"ל ליה לר"א דחוץ מהני ע"כ ס"ל דאם נשאת לאחר נתרוקן אישות הראשון לגמרי ולהלן יבואר טעמא דמלתא בשום שכל. אח"ז מצאתי בתשו' הרא"ש כלל מ"ה סימן י"ד שכתב וז"ל ותניא בגמ' לאחר פטירתו של ר"א נכנסו ארבעה זקנים כו' ודייק עלה בגמ' אילימא בחוץ משרי ר"א דתניא מודה ר"א במגרש כו' שמותרת לזה שנאסרה עליו אלא בע"מ והיינו טעמא שיש חילוק בין חוץ לע"מ דחוץ הוי שיור וכשנשאת לאחר ניתק אותו שיור דאם לא ניתק היתה אסורה עליו והותרה גם לאותו שאסרה הראשון עליו עכ"ל הצריך לענינינו הרי לפניך שדקדק רבינו הרא"ש ז"ל והוסיף בלשונו הזהב שאם לא ניתק היתה אסורה עליו ובלי ספק שכיון למ"ש בשם הרשב"א והירושלמי וכמבואר בתוספתא שאם ישאר בה צד א"א למאן דהו אסורה להתמש וכנ"ל ות"ל שכיוונתי יפה בזה. ויש ליישב בזה קושי' התו"ס ורשב"א והר"ן בחידו' ושם שהק' למאן מודה ר"א ע"ש ולפ"ז ניחא דהא רבנן ס"ל דלא הוי גיטא כלל כל שנשאר אישות לראשון ולא תפסי בה קדושין כלל ובהא פליג ר"א וס"ל דאשתייר בה אישו' הוי גיטא למאן דמתיר לה ותפסי בה קידושין ומ"מ מודה ר"א דנשואין אי אפשר אלא כשאין בהן שום אישות לראשון לכך קאמר ר"א דמודה בנשאת לאחר ונתגרשה דמותרת לזה כלומר אע"ג דפליגנא בגיטא וס"ל דגיטא הוי אף דאיכא שיור מ"מ מודינא דהנישואי' פקע אותו שיור ומגורשת לגמרי היא כשנשאת לאחר. והטעם נלענ"ד דכיון דאי אפשר שתנשא

לאחר אם יהיו בה צד אישות לראשון שיהי' זה משתמש בצד א"א של חבירי א"כ כיון שמצינו שאמרה תורה והיתה לאיש אחר דמשמע לי' לר"א אפי' לא נתגרשה אלא לאיש אחד ה"ז מגורשת ע"כ נתנה תורה רשות לשני להפקיע אישו' הראשון דאל"כ היאך נשאת לשני הא משתמש בצד א"א של הראשון ונ"ל ונסתפקתי בהא דתנן ה"א מותרת לכל אדם חוץ מאבא ואביך ולכל מי שאין לו עלי' קדושין ה"ז גט ופירש"י דכיון דבלא"ה לא תפסי בה קדושין לאו שיורא הוא אי הוי עדיין אישו' אצלה לגבי אבי' וחמי ועדיין היא א"א גבייהו אלא דלא אכפת לן אף אם נשתייר אישות להני דאין להן עליו קדושין. א"ד כיון דגרשה לגבי כ"ע פקע איסור א"א לגמרי אפי' להנהו דשייר כיון דבלא"ה אין לה עליהם קדושין. ונ"מ אם בא עלי' אביו בשוגג אי חייב משום כלתו ומשום א"א א"נ באבי' ג"כ אי חייב משום בתו ומשום א"א וא"ל דבאבי' לא נ"מ מידי כיון דאיסור בתו קדום לא חייל איסור א"א אלא במוסיף מגו דאיתוסף גבה איסורא אכ"ע משום א"א איתוסף נמי לגבי אביו והשת' כיון שגרשה לכל אדם חוץ מאביו נסתלק המוסיף וחזר הדין שאין איסור א"א חל על איסור בתו ז"א דכיון דבשעת התחלת האיסור הוי מ"מ מוסיף אע"פ שנסתלק אח"כ לא פקע איסורא כדאמרינן פ' ד' אחין דף ל"ב היכא דנשא חי ואח"כ נשא מת מגו דאתוסף איסור לגבי אחין אתוסף איסור לגבי דידי' ע"ש. אע"ג דהשתא שמת אחיו פקע איסור אשת אח לגבי שאר אחין מ"מ חייל לגבי דידי' כיון דלא מצי יבומי ונשאר האיסור במקומו כיון שבשעת חלות האיסור ה"ל איסור מוסיף וה"ה הכא אמנם נלע"ד לפמ"ש לעיל בשם הירושלמי והרשב"א דהיכא דאיכא צד אישות לאחר אף אי תפסי להאי נמי קדושין מ"מ אי אפשר להשתמש בה דנמצא משתמש בצד א"א של חבירו א"כ כיון דתנן סתמא כשר מוכח דפקע איסור א"א אפי' לגבי אביו דאל"כ נהי דגיטא הוי גט דשיורא כי האי לא אכפת לי' מ"מ כיון דאשתייר אישות אסור להשתמש בה דנמצא משתמש בצד א"א של הראשון לגבי אביו אלא ע"כ דפקע לגמרי ואם בא עלי' אביו אינו חייב משום א"א וטעמא דמלתא נלענ"ד דלא מיקרי אישות אלא כשנאסרה על שום אדם ע"י אותו אישות ואפי' לדעת הרשב"א דס"ל דמאי דאמרינן קדושי שמעון לא אהני היינו דלא אהני דיבורי' אבל מ"מ אהני למיסרה אראובן כו' ע"ש התם כדמפרש טעמא כיון דחייל לגבי עלמא שאם מת ראובן והי' לו בנים עדיין אסורה לעלמא מכח שמעון הרי שהועיל קדושין והוי אישות משא"כ באבי' דלעולם יועיל באישות הנשאר דלעולם אסורה עליו משום בתו או כלתו ודאי לא מיקרי אישות כלל וכ"ש לדעת הרא"ה שהביא הר"ן בחידושי' דקדושי שמעון לא אהני כלל ולא תפסי כיון דלא אסר לה על שום אדם אע"ג דאי מיית ראובן יועילו קדושיו לאוסרה אכ"ע כמ"ש הרשב"א אפ"ה

ס"ל להרא"ה דכיון דלא מהני עכשיו לא מקרי קדושין כלל ואפי' כי מיית ראובן מותרת לכל העולם דקדושי שמעון לא חלו כלל כ"ש הכא דלא מיקרי אישות כיון דלא מהני איסורא מודי ולעולם לא יועילו כמ"ש. ואפשר דלדעת הרא"ה ז"ל היינו טעמא דמודה ר"א דאם נשאת לא' מן השוק דנתרוקן רשות הראשון ומותרת אח"ז לזה שנאסרה עליו משום דכיון דתפסי בה קדושין של זה מן השוק למיסרה אכ"ע ונמצא דלא אהני אישות של הראשון ששייר לעצמו נגד זה דבלא"ה אסורה לו מחמת קדושי' של השני לכך לא מיקרי תו אישות אפי' לגבי זה שנאסרה עליו אע"ג דאי מיית זה השני יועיל האישות ששייר הראשון למיסרה אהאי מ"מ לא אהני מיקרי כיון דעכשיו לא מהני כי כן הוא דעת הרא"ה ז"ל וכנ"ל ואע"ג דהרא"ה לא כתב כן אלא גבי שני דלא תפסי קדושין כיון דלא אהני אבל גבי הראשון דתפסי קידושין כבר לא אמר דפקעו מהאי טעמא דהא בקדשה ראובן חוץ משמעון וקדשה שמעון סתם דעכשיו לא אהני קדושי ראובן ואפ"ה אני קורא בה אשת ב' מתים ולא אמרינן דקדושי ראובן פקעי כיון דעכשיו לא מהני התם שאני כמ"ש התוס' ד"ה כגון שבא ראובן וקדשה כו' שהקשו כן בשם ר"י אמאי לא פקעי קדושי ראובן כמו בגט חוץ ותירצו דבגט כיון דלרחוק קאתי והתחיל לנתקה מאצלו ע"י שנשאת לאחר מנתקה לגמרי אבל הכא שבא לקדשה ע"י שנתקדשה לאחר לא נתקה ע"ש ולפ"ז פשיטא דלא שייך דין זה אלא גבי אישות משא"כ בדיני ממונות דלא שייך כל זה ודאי לא נתרוקן רשות הראשון וכדברי מארן האחרונים. ונ"ל דאם קדשה א' מן השוק בחוץ מאותו פלוני תו לא שרי' לזה אפי' אחר שנתגרשה מזה לא מיבעי' לפי מה שכתבתי לדעת הרא"ה דטעמא הוא כיון שקדשה השני שיורא של הראשון דהכא לא שייך האי טעמא כיון דהשני קדשה חוץ מאותו פלוני א"כ אכתי מהני שיורא למיסרה אהאי ולא פקע לעולם ואפי' לדעת הרשב"א ושאר פוסקים דסברי דלא משום האי טעמא הוי אלא כיון דהתורה נתנה רשות לשני להפקיע אישות הראשון וכמו שכתבתי לעיל מ"מ דוקא כשקדשה השני סתם הוא דאמרינן כשמגרשה או כשמת מותרת גם לזה אבל אם אומר בפירוש שמקדשה חוץ מאותו פלו' א"כ איסור' כדקאי קאי ולא משתייר בגירושין דידי' אלא שאסורה להנשא לזה משום דמשתמש בצד א"א של חבירו כיון דלא פקע עדיין וכמו שכתבתי לעיל ודו"ק)

ס"ק ג

אבל אם אמר על מנת הרי הוא כשאר תנאים. בתוס' ר"פ המגר' ד"ה אפי' לא נתגרשה ז"ל וא"ת לר"א דלא חשוב בע"מ שיורא ולתנא דמתני' דרבנן נמי מודו דלא הוי שיורא אמאי לא תני במתני' ביבמות ט"ז נשים פוטרת צרותיהן ולחשוב בהדייהו אשת איש

דפוטרת צרתה כגון שגירשה זה ע"מ שלא תנשא לפ' ונשאה אחיו של פ' בלא בני ומע"מ שלא תנשאי גרידא דמותרת בזנות או שלא תבעלי גרידא שיכולה להתקדש לא קשה דלא דמי לאחות אשה שאסורה גם בזנות ואינה יכולה להתקדש אבל ע"מ שלא תנשאי ולא תבעלי קשי' עכ"ל ובתוס' יבמות פ"ק דף ו' ד"ה לעולם הקשו ג"כ קושי' זו וכתבו שם ג"כ דע"מ שלא תנשאי גרידא דמותרת בזנות או לא תבעלי גרידא שיכולה להתקדש אינו קושיא דל"ד לאחות אשה ומע"מ שלא תנשאי ולא תבעלי להך לישנא דשיורא הוי נמי ל"ק דה"ל כאומר חוץ וכשנשאת לזה מותרת להתייבם אבל להך לישנא דתנאי הוי ולאו שיורא קשה עכ"ל ובמה שכתבו התוס' דלהך לישנא דע"מ שלא תנשאי ולא תבעלי שיורא הוי ה"ל כאומר חוץ נ"ל ליישב קושי' הרשב"א בחי' בהא דתניא נענה ר"ע ואמר הרי שהלכה זו ונשאת לא' מן השוק ונתארמלה או נתגרשה ועמדה ונשאת לזה שנאסרה עליו לא נמצא גט בטל ובני' ממזרין הא למדת שאין זה כריתות דבר אחר הרי שהי' זה שנאסרה עליו כהן ומת המגרש כו' וק"ו ומה גרוש' שהוא קלה אסורה משום צד גירושין שבה א"א שהוא חמורה לא כ"ש ופריך עלה במאי אילימא בע"מ הרי גרושה אצלו בזנות אלא בחוץ ופריך ורע"ק אי חוץ ס"ל לותיב חוץ ואי ע"מ ס"ל לותיב ע"מ ע"ש וכתב הרשב"א ז"ל מהכא משמע כאידך פירושא דפירישת לעיל דלר"ט ס"ל דבע"מ פליגי אבל בחוץ מודו ולר' יוסי ס"ל דבחוץ פליגי דאי איתא איכא מ"ד דבתרתי פליגי מאי קא קשי' לי' לרע"ק אי בחוץ ס"ל לותיב חוץ ואי ע"מ ס"ל לותיב ע"מ דלמא רע"ק ס"ל דבתרתי פליגי ומותיב בחוץ ומותיב ע"מ עכ"ל ולפמ"ש התוס' ניחא דאי נימא דבע"מ פליגי נמי א"כ הא דפסלי רבנן בע"מ היינו משום דחשיב שיורא ואפי' ע"מ שלא תנשאי גרידא נמי חשיב שיורא וא"כ ר"א נמי מצי סביר בהא מלתא כרבנן דע"מ הוי שיורא ומ"מ מכשיר ר"א דאפי' בשיור גמור כמו חוץ נמי מכשיר דהא אמרינן השתא דבתרתי פליגי וא"כ מאי פריך רע"ק מהלכה ונשאת לאחד מן השוק ונתארמלה או נתגרשה ונשאת לזה לא נמצא גט בטל ובני' ממזרי' דהא איכא למימר דשיורא הוי כמו לרבנן ומותרת עכשיו לזה שנאסרה עליו כמו בחוץ שאם נשאת לא' מן השוק ונתארמלה או נתגרשה שמותרת לזה שנאסרה עליו אלא ע"כ מדפריך רע"ק מהא דעמדה ונשאת בע"מ נמצא גט בטל ובני' ממזרים ס"ל דפליגי בע"מ לחודי' אבל בחוץ מודה ר"א דפסיל וא"כ ס"ל לי' לר"א דע"מ שלא תנשאי לאו שיורא דאי הוי שיורא הוי מודה בי' ר"א כמו בחוץ דמודה אלא כתנאי דעלמא הוי וא"כ שפיר פריך רע"ק נמצא גט בטל כו' ולכך שפיר פריך הש"ס לרע"ק אי חוץ ס"ל לותיב חוץ כו' דהא בחדא הוא דפליגי וכו' ודוק. אלא דבעיקר סברת התוס' לא נתברר לי היטיב ואינו מובן לענ"ד דנהי דס"ל לחד לישנא דשיורא הוי מי נפקא מכלל

תנאי דעלמא וכל שנתבטל התנאי ודאי הגט בטיל אלא דס"ל דאע"ג דאינו אלא תנאי מ"מ כיון דע"י התנאי אסורה להנשא ה"ל שיור בגט ובטיל אבל מכלל תנאי לא נפקא וא"כ אפי' כבר נשאת לאחר אסורה לזה שנאסרה עליו וצריך לומר דס"ל לתוס' דאי הוי תנאי אע"ג דאין לה רשות להנשא לזה לא הוי נפקא מכלל תנאי דעלמא וע"כ מאן דס"ל שיורא הוי ס"ל דע"מ שלא תנשאי ה"ל ממש כאומר חוץ ושיורא הוי שלא תנשאי לזה אע"ג דאמרה בלשון תנאי וכבר איפלגי בי' תנאי אי ע"מ שיורא הוי או תנאי הוי בפ"ב דנזיר ע"ש ובפ' הזרוע והלחיים דף קל"ד ובפ' המוכר את הבי' דף ס"ג באומ' ע"מ שהמעשר שלי ושם כתב הרא"ש דהאי תנא סבר ע"מ שיורא הוא ואנן קי"ל כמאן דאמר ע"מ תנאה וכמ"ש ב"י בח"מ סימן ר"ט ע"ש ועיין ש"ך יו"ד סימן ס"א ובט"ז ח"מ סימן רי"ב ובמה שהאריך שם הגאון חכם צבי ז"ל וס"ל לתוס' דהכא דהא דאמרינן בטעמא דרבנן דאסרי בע"מ משום דבכל תנאי דעלמא לא שייר לה בגט הכא שייר לה בגט היינו משום דסברי ע"מ שיורא הוא וא"כ שפיר כתבו תוס' בע"מ שלא תנשאי ולא תבעלי אי הוי שיורא מותרת להתייבם ולאו דוקא ע"מ שלא תנשאי ולא תבעלי אלא ה"ה ע"מ שלא תנשאי גרידא שיורא הוי וא"כ לפ"ז ניחא דלא מצינו למימר דבתרתי פליגי ס"ל לרע"ק בע"מ ובחוץ דא"כ נימא דר"א נמי ס"ל ע"מ שיורא הוא אלא דמתיר בע"מ משום דמתיר נמי בחוץ וא"כ בנשאת לאחר מותרת אח"כ לזה ע"כ צ"ל דמאן דס"ל בע"מ פליגי ס"ל דמודה ר"א בחוץ וא"כ בע"מ לאו שיורא הוי אלא תנאי וא"כ אסורה לעולם לכך פריך הגמ' שפיר ורע"ק אי ע"מ ס"ל לותיב ע"מ כו' ודוק. ובעיקר קושי' תוס' שהקשו דליחשוב ט"ז נשים פוטרת צרותיהן וכגון באומר ע"מ שלא תנשאי לזה ונשאת לאחיו נראה ליישב לפמ"ש הר"ן פ' המגרש בהא דאמרו שם הרי שהלכה ונשאת לא' מן השוק והי' לה בנים ואח"כ נשאת לזה לא נמצא גט בטל ובני' ממזרים וכתב שם הר"ן וז"ל וא"ת היאך יהי' הגט בטל ובני' ממזרים הא אינה יכולה לעבור על תנאה שהרי אם נשאת זה שנאסר עליו נמצא גט בטל ואין קדושין תופסין בה ונמצא שאי אפשר לה להינשא כו' והרמב"ן ז"ל תירץ דכי אמר לה שלא תנשאי לאו נישואין גמורין קאמר שהרי אי אפשר אלא שלא תהא נשאת כדרך נשואין כו' ולי נרא' כיון שאי אפשר לגט להתבטל אלא מחמת חלות הנשואין על כרחין הנשואין חיילי שאין לך דבר שמעכב אותן מלחול שהרי מגורשת גמורה היא אצל כל אדם אלא שהתנה עלי' בתנאי בעלמא והרי הוא כאלו אמר לה הרי את מותרת לכל אדם לכל מי שתרצי אלא שאם תנשאי לפלוני הרי את אשתי עד שעת נישואין ומשעת נישואין ואילך אלא שבשעת נישואין אי את אשתי ואע"ג דמסקינן לקמן בהיום אי את אשתי ומחר את אשתי כיון דפסקה פסקה ה"מ דיום

א' אפסקה לגמרי אבל הכא לא אפסקה אלא שאפשר לנשואי אותו פ' לחול עכ"ל. ולפ"ז שפיר מתייבמת דאע"ג דהתנה ע"מ שלא תנשאי לזה כיון דבשעת נשואין חייל גיטא א"כ בשעת קנין יבמה שפיר מהני ומותרת היא לו והא דאמר נענה ר"ט ואמר הרי שהלכה זו ונשאת לאחיו של זה כו' נמצא זה עוקר דבר מן התורה והא ר"ט ס"ל דבע"מ פליגי כדאמרי' בגמ' וא"כ לאו עוקר הוא דהא מותרת למצות יבום כיון דבשעת נישואין והוא מצות יבום מותרת היא לו. לק"מ דכבר כתב הרמב"ן בחידושיו ליבמות פ"ק דף י"ט בהא דפריך בגמ' חייבי לאוין ליתי עשה ונדחה לא תעשה ומשני גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שנייה וז"ל ואע"פ שמשעה שהערה בה קנאה מ"מ איתא למצוה עד גמר ביאה דיבמה יבא עלי' גמר ביאה משמע אלא שריבה הכתוב אף הראה עכ"ל וכ"כ הרשב"א בחידושיו ליבמות ע"ש. וא"כ שפיר קאמר ר"ט דעוקר דבר מן התורה דכיון דבהראה קונה אותה א"כ ה"ל נישואין ובזה עברה על התנאי ומשעת הראה ואילך ה"ל אשתו של הראשון והויא א"א ומצות יבום בגמר ביאה ומ"מ לא תקשי לחשוב ט"ז נשים פוטרת צרותיהן דהא אפי' היא גופה משכחת לה קנין יבום ע"י הראה א"כ ודאי אינה פוטרת צרתה דאיהי גופה רמיא קמי' ליבום בהראה וכמ"ש דלא עברה על תנאה אא"כ חלין הנישואין ודוק ועמ"ש בסימן קמ"ג על דברי' הר"ן הנ"ל (ולבי מהסס במ"ש מארן ז"ל דלר"ט הוי מתנה לעקור דבר מן התורה דבהראה קניא לה ומשעת הראה ואילך ה"ל א"א ומצות יבום הוא בגמר ביאה דהא כיון דעברה על התנאי ונעשה א"א למפרוע א"כ בטלי קדושין דאחיו של היבם ונמצא שאין זו יבמה של זה כלל רק נכרי' נחשבת לו והוי כשאר קדושין דאמרינן דעתו אגמר ביאה ולא קני לה אלא בגמר ביאה כמ"ש סימן ל"ג סעיף ב' ע"ש וא"כ עכ"פ מותר לו לגמור הביאה דהא כיון שעברה על התנאי נתבטל הגט עד עכשיו כמ"ש הר"ן בעצמו וא"כ קדושי אחיו לא תפסי בה כלל ונמצא הוא מקדש אותה בביאה זו ודעתו על גמר ביאה ואין לומר לדעת הר"ן דהוי כאלו אמר שיהיו גם קדושי אחיו חלין בכדי שתוכל להתייבם לזה דבכה"ג הוי אמרינן כיון דפסקה פסקה דהר"ן לא חלק אלא משום דהכא לא אפסקי' אלא בכדי שאפשר לנשואי אותו פלו' לחול אבל כולי האי שיחול הגט בכדי קדושי הראשון ויבומי השני ודאי דאמרינן כיון דפסקה פסקה ע"כ לומר דבטלה קדושי ראשון וא"כ אי אפשר שתעבור על התנאי אלא בגמר ביאה או שיאמר בפירוש שדעתו בהראה וכמ"ש לעיל בש"ע סימן ל"ג ובלא"ה איני יכול להלום דברי מארן ז"ל במה דמתרץ קושי' תוס' עפ"ד הר"ן דהא עיקר קושייתם היא בע"מ שלא תנשאי ולא תבעלי אם תתייבם לו בטיל גיטא לגמרי ולא צריכינן לסברת

הר"ן לומר דבשעת נישואין חייל גיטא דהר"ן לא כתב כן רק בלא תנשאי משא"כ בלא תבעלי והוא פשוט ודו"ק:

ועוד נלענ"ד דאפי' אם רוצה לקדשה ולישא אותה מצד נשואין לא תפס כלל אע"ג דכתב הר"ן דעל שעת נשואין חיילי גיטא ה"מ היכא דלא נשאת עדיין לשום אדם אבל הכא שכבר נשאת לאחיו של זה ואי אפשר לו ליבמה כמ"ש דא"כ בטלי קדושי אחיו א"כ ה"ל אשת אחיו שלא במקום יבום ולא תפסי בה קדושי כלל וא"כ אי אפשר לה להנשא לו ואין לומר כיון שאם תהא נשאת לו לא תהא אשת אחיו למפרע דהא בטיל גיטא למפרע חדא דהא א"א שתנשא לו אא"כ תתקדש לו בתחלה והכא לא תפסי קדושין דבשעת קדושין עדיין לא עברה על תנאה וכמ"ש מארן לקמן בשם תשו' ב"י ע"ש וא"כ עדיין ה"ל אשת אחיו ואפילו אי משכחת לה שיהי' הקדושין והנשואין בבת אחת כגון שכנסה לביתו ובא עליה וכמ"ש הר"ן הביאו הרמ"א לעיל סימן ל"ב ע"ש בח"מ וב"ש א"כ לפמ"ש בסמוך בשם התוס' דבקדושין ג"כ עברה על תנאה מ"מ הכא לא מהני דהר"ן לא כתב אלא משום דכיון שהתנה עליו שלא תנשאי ואי אפשר לגט להתבטל אלא עם חלות הנשואין ע"כ היה דעתו שמצד תנאו אינו מעכב על הקידושין משיחולו שאם אתה אומר שלא יחולו הנשואין א"כ אי אפשר לגט להתבטל והרי הוא התנה שיתבטל הגט כן מוכח למעיין שם בר"ן א"כ מצד תנאו בלחוד הוא דלא מעכב הנשואין אבל אם דבר אחר גורם שלא יחולו הנשואין ודאי לא אמרינן שנתכוין זה לבטל הגט בכדי שיחולו הנשואין לכך לא אמרינן דבטיל גיטא ופקעי קדושי אחיו בכדי שיחולו נשואין אדרבא אמרינן דלא תפסי קדושין דידי' ולא הוי נשואין כלל דה"ל אשת אחיו וא"כ לא עברה על תנאה ועוד נ"ל פשוט דהתם שפיר קאמר הר"ן דכיון דאי לא בטיל גיטא ודאי הוין נישואין דידי' חלין דהא לא שייר בגיטא והרי הוא התנה שיהי' הגט בטל לכך אמרינן דאין הגט חל אלא עד שעת נשואין משא"כ הכא אי אמרינן דלא בטיל גיטא נשואין דידי' לא חיילי וראיה מדאמר ר"ע הרי שנשאת לא' מן השוק כו' ונתאלמנה או נתגרש' ועמדה ונשאת לזה שנאסרה עליו כו' דקשי' למה ליה למימר ונתארמל' או נתגרש' אפילו בעודה תחתיה אי נשאת לזה בטיל גיטא למפרע וחלו נשואי שני לדעת הר"ן אפילו בחיי המגרש ולשטת תוס' אחר מיתת המגרש אלא ודאי אמרינן כיון שדבר אחר מעכב הנשואין מליחול אדרבא אמרינן דחייל גיטא והנשואין אינן חלין ולא עברה על תנאה כלל כלע"ד:

ס"ק ד
בין אמר לה ע"מ שלא תנשאי לו. בתשו' ב"י דיני גיטין סימן י"ב אם נתקדשה לו מי הוי ביטול התנאי או לא הוי נשואין עד שתכנס לחופה ע"ש שהשיב ז"ל לכאורה נראה דאע"פ שנתקדש' לו לא עברה על תנאה כל זמן שלא נכנסה עמו לחופה שע"ז מורה לשון נישואין אבל להיותי מיראי הורא' ומה גם לדבר ערוה החמור' לא מלאני לבי להתיר עכ"ל ובתשו' מבי"ט ח"א סימן של"ג כתב להתיר בנתקדשה והביא תשוב' רשב"ץ שכתב כן בהדיא ע"ש:
וקשיא לי לפ"ז הא דאמרו שם בגמ' להך לישנא דפליגי בע"מ שלא תנשאי לפ' טעמא דר"א מידי דהוי אכל תנאי דעלמא ורבנן התם לא שייר לה בגט ואי אמרינן דיכול' להתקדש לו מאי שיור הוא זה כיון שיכולה להתקדש לו בכסף ושטר וביאה למ"ד ביאה אירוסין עושה וצריך לומר כל שאינ' מותרת לו היתר גמור כאיש ואשה ה"ל שיור בגט וכיון דשייר בנשואין שלא תנשאי לו אע"ג דיכולה עדיין להתקדש לו הוי שיור. אמנם ראיתי שכתב בעל המאור פ' המגרש ז"ל ויש מי שאומר בע"מ שלא תבעלי לפ' כיון שלא הותרה אצלו בשום ביאה בעולם לא בנשואין לא בזנות שיורא הוי בגיטא והא ע"מ כחוץ דמיא דבעי' עד שיתירצ' לכל איש ואיש ולדידן לא מכרעת מלתא הכי שהרי התירה להתפיס בה קדושי כסף ושטר עכ"ל מבואר מדבריו דכל שיכולה להתקדש לו לא הוי שיור א"כ בע"מ שלא תנשאי ע"כ גם קידושין בכלל הוי דאי אינן בכלל לא הוי שיור ע"כ נלענ"ד דאין להקל בזה כיון דמוכח כן מדברי בעה"מ וכמ"ש ומדברי הר"ן שהבאתי לעיל דמפרש בע"מ שלא תנשאי לפ' דחייל הגט בשעת נישואין א"כ הא דקרי ליה שיור צ"ל משום שלא הותרה אצלו לגמרי וזה כדעת יש מי שאומר שהביא בעה"מ וא"כ יש לומר בנתקדשה לא נתבטל התנאי אלא בנשואין ממש אלא כיון דמדברי בעה"מ מוכח דכל שיכולה להתפיס קדושין לא שיורא הוא ואם כן צ"ל דבע"מ שלא תנשאי קדושין הוי בכלל מידי ספיקא עכ"פ לא נפקא:
(עיין שער המלך פ"ח מהלכות גרושין הי"ב שהביא דברי תוס' בסוגיין ובפ"ק דיומא שכתבו ז"ל ומע"מ שלא תנשאי גרידא שמותרת בזנות וע"מ שלא תבעלי גרידא דמותרת להתקדש לו אינו קשה דל"ד לאחות אשה לגמרי כו' ע"ש מדכתבו גבי שלא תבעלי דמותרת להתקדש וגבי שלא תנשאי הוצרכו למצוא חילוק אחר שמותרת בזנות ולא כללינהו בחדא מחתא גם היה להם לתרץ אף בע"מ שלא תנשאי ולא תבעלי דאכתי לא דמיא לגמרי לאחות אשה שמותרת להתקדש מוכח להדיא דגם קדושין בכלל שלא תנשאי וע"ש היטיב ומהתימא על הפוסקי' שראו דברי התוס' ולא הביאום.)

ס"ק ה

או ע"מ שלא תבעלי לו כתב הטור ז"ל אבל אם אמר ע"מ הרי הוא כשאר תנאי גט והגט גט והיא תקיים תנאה בין אמר לה ע"מ שלא תבעלי או ע"מ שלא תהיה מותרת לו והרמ"ה כתב ע"מ שלא תהיה מותר' לפלוני לא הוי גיטא ולא נהירא לא"א הרא"ש ז"ל עכ"ל והיינו מדברי הרא"ש בפסקיו ז"ל הלכך לתנא דמתני' דמוקי לפלוגתי' בחוץ בכל ע"מ שרי רבנן בין ע"מ שלא תנשאי בין ע"מ שלא תבעלי בין ע"מ שלא תהיה מותרת לפ' כיון שהזכיר ע"מ תנאה הוי ושרי' לעלמא עכ"ל. וראיתי בספר מכתב מאלי' שכתב וז"ל ודעת הרשב"א כהרמ"ה ז"ל שהרי כתב ר"פ המגרש ז"ל והאי ע"מ משמע אפי' דומיא דחוץ ע"מ שלא תבעלי ולא תנשאי דלא הותרה אצלו אפי' בזנות דאין זה שיור בגט דהא לא שייר בגט כלל שאינו אומר לה שלא תהיה מותרת לזה אלא הוי כאלו מתירה לכל ואפי' לזה ומגורשת היא אצלו ומתנה עליו משום צד אחר ע"מ שלא תבעל לו לא בנשואין ולא בזנות עכ"ל הרי מבואר שהוא תופס שאם אמר ע"מ שלא תהיה מותרת לזה דהוי שיור מהטעם שאמרנו ולענין הלכה פסק מר"ן בהש"ע כהרא"ש ז"ל. והנראה ודאי שלא ראה להרשב"א שהוא מסכים עם הרמ"ה עכ"ל אמנם נראה טעמא דהרא"ש שכתב בהתנה ע"מ שלא תהיה מותרת דלא הוי שיור דכיון שהזכיר על מנת תנאה הוי היינו דה"ל כאלו התנה שתהי' מותרת לכ"ע גם לפ' ע"מ שלא תנשא לפ' דאם אינו מתירה לפ' כלל היו לו לומר חוץ מפלוני דהוי שיורא אבל תנאי ע"מ לא הוי שיורא וכיון דלאו שיורא הוא ע"כ מתיר אותה אף לאותו פ' ואינו אלא תנאי שלא תנשא ולא תבעל ולכאור' נראה דאפי' תנאי נמי לא הוי דבשלמא בתנאי שלא תנשאי ולא תבעלי הוא מתיר' לגמרי אפי' לאותו פלוני בתנאי שלא תנשא ולא תבעל לו אבל מ"מ היא מותרת לו בכל עת אבל בע"מ שלא תהא מותר' לו ה"ל תנאי ומעשה בדבר אחד דהא התנאי סותר המעש' וכה"ג המעש' קיים והתנאי בטל וכדאי' פ' מי שאחזו דף ע"ה וע"ש בתוס' ד"ה דתנאי ומעשה בד"א אלא דס"ל דתנאי שלא תהי' מותר' ע"כ אין כוונתו שלא להתיר' לפ' דא"כ הי' לו לומר חוץ מפ' דלשון תנאי שייך בדבר התלוי בקום או בשב ואל תעש' ובכל דבר שעתיד להיות או להתגלות אחר המעשה וע"ז שייך לומר ע"מ שלא תהיה מותר' הרי כיון שהתיר' לפ' הרי היא מותר' לו ואם היה רצונו שלא להתיר' לפלוני הי' לו לומר חוץ מפ' ולא היה לו לתלותו בתנאי כיון שעתה הוא עומד על הדבר אלא ע"כ כוונתו היה שלא תנשא ולא תבעל לו מצד תנאי ולא מצד שיור כלומר שאם תנשא לו יבטל הגט אבל כ"ז שלא נשאת לו מותר' היא אף לפ' וכיוצא בזה כתב הרא"ש בתשובותיו גבי מתנה ע"מ שלא יוכל למכרו לפ' ע"ש כלל ע"ד סימן ג' שכתב דזה אינו מדין תנאי משום שיכול להתנו'

שלא ימכור לפלוני אבל שלא יוכל למכרו אינו יכול להתנות שהרי ע"כ יכול הוא שהרי נתנ' לו ושלו הוא אלא כוונתו שלא יוכל למכרו מפני תנאי זה שאם ימכרנו תהי' המתנ' בטלה וא"כ ה"ה הכא נמי כוונתו שלא תהיה מותר' לפלו' מחמת תנאי זה משום דקפיד שלא תנשא ולא תבעל לו שאם תעשה כן יהיה הגט בטיל. אבל תנאי ממש שלא תהיה מותר' לפלו' לא בתורת חוץ אלא בתור' תנאי לא הוי תנאי כלל ומותר' היא לו דאינו יכול להתנות ע"ז. והרמ"ה ס"ל דכל שהתנה בדרך זה שלא תהיה מותר' לפלו' הך ע"מ שיורא הוי דאע"ג דקי"ל דכל האומר ע"מ לאו כאומר חיץ הוא אלא תנאי ממש וכמ"ש ב"י בח"מ סימן ר"ט ע"ש כבר כתבו האחרונים לחלק בין מה דקי"ל בהתנ' בן לוי ע"מ שהמעשר שלי דהוי שיורא וכאומר חוץ דמי ואילו גבי מתנ' כהונה קי"ל ביו"ד סימן ס"א דתנאי הוי ובטיל ושניהם דברי הרמב"ם ע"ש וכתבו האחרונים דהכל הולך אחר הוכחת דברים דהיכא דמוכח דאין כוונתו לתנאי הוי הכונה כאומר חוץ ושיורא הוי ועיין בדברי הגאון חכם צבי בהגהותיו לט"ז בח"מ סימן רי"ב וס"ל להרמ"ה בע"מ שלא תהי' מותר' לפלו' דכיון דאינו מועיל כלל בלשון תנאי גבי איסור והיתר דאינו יכול להתנו' בדבר המותר שיהיה אסור א"כ ע"כ הכונ' בע"מ כאומר ושיורא הוי. אמנם דעת הרא"ש דהוי תנאה והכונה שלא תהי' מותר' רצונו מחמת תנאי זה והכונה שלא תנשא ולא תבעל לו וכמ"ש אבל מה שכתב הרשב"א בחידושיו דאין זה שיור בגט דהא לאו שייר בגט כלל שאינו אומר לה שלא תהי' מותרת לזה היינו שאינו אומר לה בלא לשון תנאי הך לישנא שלא תהי' מותר' לזה דבכה"ג פשיטא דהוי שיורא כמו באומר חוץ אבל באומר בלשון תנאי ע"מ שלא תהיה מותר' לפלו' לדידן דקי"ל דתנאי הוי א"כ אינו יכול להתנו' שלא תהיה מותר' לזה וזהו טעמא דהרא"ש ז"ל שכתב בפסקיו בין ע"מ שלא תבעלי בין ע"מ שלא תהיה מותר' לפלו' כיון שהזכיר ע"מ תנאה הוי ותנאי כה"ג לא מהני וע"כ כונתו שלא תנשא וכמ"ש ואם כן הרשב"א אינו חולק בזה על הרא"ש לדינא ודו"ק

ס"ק ו

ויש מחמירין אפילו באומר ע"מ. כתב הרשב"א בתשו' סימן אלף קס"ח ז"ל שאלת הנותן גט לאשתו ע"מ שלא תנשאי לפלו' מהו. תשובה ר"מ והרי"ף פסקו בריש פ' המגרש דר"א ורבנן בחוץ הוא דפליגי אבל בע"מ מודו רבנן כו' ואע"פ שיש מקצת מגדולי הראשונים שכתבו דבתרתי פליגי ויש לדבריהם קצת ראיות מ"מ לאלה הגאונים ז"ל שהבאתי שומעין שיש לדבריהם ראיות חזקות ועוד שקבלת הגאונים הוראה היא עכ"ל וע"ש:

ומיהו במרדכי ר"פ המגרש כתב וז"ל הכי אמר הרב נטרואי גאון המקנא לאשתו ורוצה לגרשה והוא חושד אותה על שום אדם כיצד יעשה את"ל יאמר לה חוץ מפלו' או ע"מ

נמצא גט בטל ובניו ממזרים אלא אומר לב"ד והם מוחים בידם שלא ישאו זא"ז לעולם ואחר כך נותן לה גט ואומר לה הרי את מותרת לכל אדם עכ"ל:
והנה לפמ"ש לעיל דטעמא דהך לישנא דפליגי בע"מ היינו משום דסברי רבנן דהך ע"מ שלא תנשאי לפ' הוי שיור בגט וכהאי תנא דס"ל פ' הזרוע והלחיי' גבי כהן שמכר פרה ע"מ שהמתנו' שלו דפליגי תנאי אי הוי כאומר חוץ ופטור מן המתנות או הוי תנאה וה"ל מתנה עמ"ש בתורת ע"ש בתוס' ופסק הרא"ש דע"מ תנאה הוי וכ"כ ב"י בח"מ סימן ר"ט דקי"ל ע"מ תנאי הוי ובחדושי הרמב"ן פ' המוכר את הבית דף ס"ג גבי ע"מ שהמעשר שלי כתב ז"ל ורבינו הגאון ז"ל כתב בס' המקח לא שנא שיתנה על הלוקח בלשון חוץ או ששייר בלשון ע"מ הכל שיורא כדאמרינן מקום מעשר שיורי שייר ומדמי לה נמי כהאי דגרסינן בחולין דף קל"ד גבי ע"מ שהמתנות שלו דמר סבר ע"מ כאומר חוץ דמי ומ"ס ע"מ לאו כחוץ דמי חוץ שיורא ע"מ לאו שיורא עכ"ל:
וכיון דפסק הגאון בס' המקח דע"מ כאומר חוץ א"כ ודאי באומר ע"מ שלא תנשאי לפ' נמי כאומר חוץ ושיורי שייר א"כ מ"ש הרשב"א דקבלת הגאונים הוראה הוא לאו הכרעה הוא להקל דהרי לפנינו דעת הגאון בס' המקח ודעת רב נטרונאי גאון שהביא במרדכי דלדעתם בע"מ נמי שיורא הוא וא"כ מידי ספיקא לא נפקא וע"כ ראוי להחמיר

סעיף ג

ס"ק ז

או שאמר לה חוץ מזנותיך כתב ב"ש וז"ל ונראה דאם הי' אותו פ' מי שאין קדושין תופסין לו בה והתנ' על זנות לא הוי שיור כמו בנשואין אע"ג דנשואין לא שייך בי' וזנות שייך בי' וכן משמע להדיא בש"ס בס"ד תנינא דזנות הוי שיור ומ"מ באבא ואבוך לא הוי שיור ולהמסקנא לא מצינו סתירה לזה עכ"ל והיינו מדאמרינן שם פ' המגרש חוץ מזנותיך מהו בנשואין הא לא שיי' א"ד שייר בביאה א"ל תניתוהו לאבא ולאביך ובמאי אילימא בנשואין אבא ואביך בני נשואין ניהו אלא בזנות ופירש"י אלא לאו בזנות ולאבא ולאביך הוא דלא הוי שיור דבלא"ה נמי אסורא להו עכ"ל ולכאורה קשה דהא במשנה שם דף פ"ה תנן הרי את מותר' לכל אדם אלא לאבא ולאביך כו' כשר הרי את מותרת לכ"א אלא אלמנה לכה"ג גרושה וחלוצא לכהן הדיוט כו' ולכל מי שיש לה עליו קדושין אפי' בעבירה פסול וכיון דבס"ד מפרש לאבא ולאביך דהיינו בזנות א"כ טעמא דלא הוי שיור היינו משום דבלא"ה נמי אסורה וא"כ מ"ש יש לה עליו קדושין או אין לה עליו קדושין כיון דבזנות מיירי בקדושין לא קא מיירי ואין לומר משום דאסורא וקיימא להו הא ביש לה עליו קדושין נמי אסורה עליו בזנות ואין לומר משום דאלמנה לכה"ג גרושה וחלוצה

לכהן הדיוט אינו אלא איסור לאו והשתא דאומר חוץ חייל עלי' איסור אשת איש דחמור דהא חשוב שם גבי לאבא ולאביך נכרי ועבד ואי אמרת דאיירי בזנות ומשום דאסירא וקיימא באיסור חמור תינח אבא ואביך עבד ונכרי מאי אית לך למימר דהא בעבד ונכרי נמי ליכא איסור כר' וא"כ מ"ש נכרי ועבד לענין זנות או אלמנה לכה"ג דבשניהם אסורה וקיימא באיסור לאו:

והנה לפמ"ש הרמב"ם פי"ט מאיסורי ביאה דבכל חייבי לאוין בעל אינו לוקה עד שיקדש חוץ מאלמנה לכ"ג משום שנאמר לא יחלל וע"ש דבגרושה בין לכה"ג בין לכהן הדיוט בעל אינו לוקה משום לאו דלא יחלל כיון שהוא מחוללת ועומדת ע"ש מ"ש הרה"מ וכ"מ ולפ"ז ניחא הא דתנן במתני' לכל מי שאין לו עליו קדושין כשר ולכל מי שיש לו עליו קדושין אפי' בעבירה פסול דלכאורה קשה דאי איירי בזנות מאי ענין קדושין שייך לכאן אלא דזנות בקדושין תליא דהיכא דקדושין תופסין בעל אינו לוקה וא"כ בזנות איכא שיורא דלא אסירא וקיימא עלי' כיון דבעל אינו לוקה אבל היכא דלא תפסי בה קדושין דבעל לוקה א"כ זנות אסור' וקיימא וא"כ לא הוי שיור ודוק. ואע"ג דגבי אלמנה לכ"ג פסק הרמב"ם בעל לוקה וא"כ אמאי הוי שיורא הא בלא"ה אסירא וקיימא זה אינו דהא דבאלמנה לוקה דוקא כשהוא אלמנה גרידא ומשום שחלל' אבל בגרושה שמחוללת ועומדת לא לקי אף בכ"ג וזו נתגרשה עכשיו והרי היא גרושה ואינו לוקה עד שיקדש וא"כ ה"ל שפיר שיורא בזנות ועיין בחידושי רשב"א שכתב דהא דנקט אלמנה לכ"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט לא הוי לי' למיתני הכי אלא הרי את מותרת לכל אדם אלא לכה"ג וכהן הדיוט דהכא משום גירושין אלו עצמם היא אסורה לכל כהן אלא משום סרכי' דלישנא נקיט משום דבכולי' תלמודא לקט הכין עכ"ל וכ"כ הר"ן ז"ל ע"ש. אמנם תינח לשטת הרמב"ם ז"ל דבכל חייבי לאוין בעל אינו לוקה אבל כבר חלקו עליו בזה כל חכמי לוניל והבאים אחריו דודאי בכל חייבי לאוין בעל לחוד לוקה לבד במחזיר גרושתו דבעל ולא קדש אינו לוקה וא"כ הדרא קושי' לדוכתא לפי מה דס"ד דמיירי בזנות מ"ש לעבד ונכרי דכשר ולאו שיורא הוא משום דבלא"ה אסירא לי' ואע"ג דליכא איסור כרת ואילו באלמנה לכה"ג ממזרת ונתינה כו' פסול הא בהנך נמי בלא"ה אסירא להוי. ואפשר לומר לפמ"ש רש"י ז"ל בהא דאיבעי' לן בזנותיך מהו בנשואין הא לא שייר או דלמא הא שייר בביאה ופירש"י ז"ל הא שייר בביאה בעלמא וצד אישו' קרינא בי' ע"כ וא"כ עצם הזנות לאו שיורא הוא דלא שייך בנשואין אלא משום דביאה צד אישו' קרינא בי' ומש"ה בהנידתפסי בהו קדושין גם זנות שיורא הוא כיון דאית בהו צד אישו' וכיון דשייר בביאה צד אישו' קרינא בי' משא"כ בהנך דלית להו קדושין דאין בהם צד

אישות כלל ונשואין גופייהו לאו שיורא הוא לגבייהו דאין להם צד קדושין כלל ה"ה ביאה לאו שיורא הוא גבייהו דאינה אלא משום דצד אישות קרינא בי' והכא לא שייך צד אישו' כלל. אלא דלשון רש"י ז"ל שכתב אלא לאו בזנו' ולאבא ואביך לא הוי שיור משום דבלא"ה אסירא וקיימא. לכאורה לא משמע הכין ואולי הכונה דאסירא וקיימא ואין בהם צד אישות וזנות אי לאו משום צד אישות לאו שיורא הוא כלל ודוק (לולא דמסתפינא לעמוד במקום גדולים הי' נראה לי דרך אחר פשוט כי הרואה יראה כמה דוחק סובל מאר"ן ז"ל בכונת דברי רש"י ז"ל שכתב דבלא"ה אסירא וקיימא ולענ"ד קושי' מעיקרא ליתא דהמדקדק בגמ' יראה דלא קאמר בש"ס שאמרי לה בפירוש חוץ מזנותיך דלא נחית הש"ס לשנות לשון התנאי המבואר במשנה שאמר לי הרי את מותרת לכל אדם אלא לאבא כו' אלא דמדייק הש"ס ובמאי אילימא בנשואין ר"ל במאי קמ"ל מתני' דלא הוי שיורא מכלל דס"ד דהוי שיורא וכן מוכח להדיא מפירש"י שכתב וז"ל אבא ואביך בני נשואין נינהו דתיסק אדעתי' דבעי לאתנויי בהדה הא לא תפסי בה קדושין ע"כ. ר"ל ודאי לא הוי כונת המגרש בתנאי זה על נשואין כיון דאי אפשר לה להתקדש להם אלא בזנות ר"ל כונת המגרש בתנאי הי' על זנות וע"ז קמ"ל מתני' דמ"מ לא הוי שיור דבלא"ה אסירא וקיימא משא"כ באלמנה לכ"ג ושארי דתפסי בהו קדושין ודאי הוי שיורא דכונת המגרש הי' גם על קדושין שהרי הוא אסר סתם אלא לכ"ג או לכהן הדיוט כו' וזה פשוט ועיין לקמן שהוכחתי שדברי מר"ן ז"ל מוכרחים) שוב ראיתי בס' שער המלך פ"ו מגירושין שכתב דכל היכא דמדרבנן אסורה מחמת התנאי כל ימי' תו לא הוי דבר הכורת בינו לבינה ולא הוי גט כלל ע"ש שכתב וז"ל ויש לי ראי' ברור' לזה מאותה ששנינו פ' המגרש דף פ"ה הרי את מותרת לכל אדם אלא לאבא ולאביך כו'. לעבד ונכרי ולכל מי שאין לה עליו קדושין כשר והשתא קשה לדעת רבינו ז"ל דס"ל דאיסור ישראלית לעבד אינו אלא מדרבנן וכמ"ש הרדב"ז בתשו' סימן קפ"ח תקשי לן דהיכי קתני מתני' ה"ז גט הא מדאורייתא גט בטל הוא דשיורא הוי דאי לא הוי משייר לעבד הי' מותר בה מן התורה להנשא דרך אישו' והאי משום איסור אישות שבה אסורה להנשא לו מדאורייתא והרי בחייבי לאוין דמדאורייתא אסורא להנשא להן שלא מחמת תנאו אפ"ה חשיב שיורא כיון דחייבי לאוין תפסי בהו קדושין ולהאי לא תפסי קדושין מחמת אישות שבה ק"ו הדברים בעבד דחשיב שיורא כיון דישראלית לעבד מותרת להנשא דבר תורה ולהאי אסורה מחמת תנאו אע"כ לומר דאף דמן התורה ישראלית לעבד שרי' אפ"ה כיון דחכמים אסרו לא חשיב תו שיורא ונמצא גט כשר מן התורה דכל מה שהקפידה תורה הוא שבכל עת וזמן נתינת הגט יהי' דבר הכורת בינו לבינה והשתא

מיהו לעת כזאת כורת הוא לגמרי מחמת תקנת חז"ל עכ"ל ודבריו תמוהין לענ"ד דנראה דס"ל שיהי' שייך ענין אישות בישראלית לעבד לדעת רדב"ז דס"ל דאינו אלא מדרבנן וזה ודאי ליתא דנהי דאיסור תורה ליכא מ"מ תפיסת קדושין ודאי ליכא בעבד וכמבואר הרבה פעמים בש"ס וא"כ דרך אישות בעבד ליכא כלל דבר תורה אלא ביאת זנות הוא דמותר מן התורה עבד בישראלית לדעת הרמב"ם והרדב"ז ואע"ג דס"ל להרמב"ם דפנוי הבא על הפנוי' דרך זנות לוקה היינו במי שיכול לקדש אבל בעבד שאין בו תורת קדושין שרי' לי' דרך זנות דבר תורה ומ"ש לתרץ משום דחכמים אסרו לא חשיב שיורא:

אתמהה וכי עדיף איסור' דדבריהם מאיסור תורה ובאלמנה לכ"ג וגרושה לכהן הדיוט אסור מן התורה ואפ"ה הוי שיורא אע"כ בתפיסת קדושין תליא מלתא ובעבד ליכא תפיסת קדושין. עוד ראיתי בס' הנ"ל שכתב ז"ל ולא זו בלבד לדעת רבינו צריכין אנו לומר כן אלא לכ"ע נמי דינא הכי ואמינא לה מהא דבעי התם חוץ מזנותיך מהו בנשואין הא לא שייר או דלמא שייר בביאה א"ל תניתוה לאבא ולאביך ובמאי אילימא בנשואין כו' אלא בזנות והשתא קשה למאי דס"ד השתא דבזנות קאמר א"כ לנכרי ועבד נמי בזנות קאמר דאי בנשואין נכרי ועבד בני נשואין נינהו וכיון שכן היכי קתני דהגט כשר הא מדאורייתא ישראלית לגוי בזנות משרי שרי דב"ד של שם הוא דגזרו וא"כ מן התורה אין זה דבר הכורת בינו לבינה אלא משמע ודאי כיון דהשתא מיהו בלא"ה אסורה מכח גזירת רז"ל שפיר קרינן ביה דבר הכורת א"כ אף אנו נאמר דכי היכי דבמידי דאורייתא חשיב שיורא עבדינן עיקר מדרבנן ולא חשיב שיור' ושרינן א"א לעלמא ה"נ אית לן למימר בדבר דמדאורייתא חשיב דבר הכורת ומדרבנן מכח איסור חז"ל לא חשיב דבר הכורת עבדין עיקר אדרבנן עכ"ל. וגם בזה דבריו נפלאו ממני דמי עדיף איסור חז"ל מאיסור גרוש' לכהן הדיוט שהוא איסור תורה דע"כ בזנות נמי הוי שיורא כיון דמתני' דמפליג בין אבא לאביך וגרושה לכהן מיירי בזנות א"כ חזינן דאע"ג דאיסור תורה בגרושה לכהן דרך זנות וכמ"ש דאי בעל לוקה ועכ"פ מדרבנן אסור ואפ"ה חשיב שיורא ומשום דאיסור א"א מזנות חמירא מחייבי לאוין א"כ כ"ש מאיסור חז"ל. ועוד נראה שסברתו זאת היא נגד דברי תוס' ז"ל במקומו שם ד"ה חוץ מתרומתך וז"ל פי' בקונטו שאם תנשאי לכהן לא תאכל בתרומה ואין נראה לר"י דבלא"ה לא אכלה בתרומה דגרושה מתחללת בביאת כהן ואפי' קדשה ונשאה ולא בא עליה דמשתמרת לביאה פסולה היא ואע"ג דמהני מה ששייר שתהא אסורה לאכול מן התורה מ"מ נראה דוחק לפרש כן עכ"ל הרי דאזלינן בזה בתר דאורייתא ולא בתר דרבנן ולכן נראה דעיקר שיורא בגט לא הוי אלא כששייר מעניני אישות ובכל הני בעיין שם בש"ס מעניני אישות הן וכדאמרי' בגמ' שם או דלמא אישה

יפרנו וכן באינך יש שם ענין אישות אע"ג דשייר בגט לאו שיורא הוא ובזנות דאיבעי' לן או דלמא הא שייר בביאה מבואר בפירש"י שם דצד אישות קרינין ביה בביאה מש"ה כל היכא דתפסי בה קדושין אי שייר בביאה נמי הוי שיור דה"ל צד אישות ואע"ג דבלא"ה נמי אסורה לו מן התורה מ"מ באיסור א"א ששייר ודאי חמירא דאיכא מיתת ב"ד אלא בלאבא ובלאביך ועבד ונכרי דלית בהו תפיסת קדושין זנות דידהו נמי לאו צד אישות מקרי כיון דאין בהן צד אישות ע"י קדושין מש"ה אפי' תימא עבד בישראלית ליכא איסור תורה וכן נכרי דאינו אלא מגזירת ב"ד של שם מ"מ כיון דלית בהו תפיסת קידושין דרך זנות נמי לא חשיב שיורא כיון דאפי' דרך אישות לא תפיס בהו צד אישות כיון דליתנהו בקדושין כמבואר הרבה פעמים בש"ס דנכרי ועבד לאו בני קדושין נינהו זהו הנלענ"ד ברור ודו"ק. (עיין לעיל מ"ש דלענ"ד נראה פשוט דלפום ס"ד לא איירי מתני' דפריש ואמר חוץ מזנותיך דהא מתני' סתמא תנן אלא לאבא ולאביך וכולל נשואין וזנות אלא דהש"ס שקיל וטרי בכונת התנאי אם היתה כונתו לנשואין או לזנות דלנשואין לא הי' צריך להתנות אבל בחייבי לאוין שיורא הוי בנשואין דהא סתמא קאמר אלא לכה"ג ע"ש. נמצא לפ"ז לכאורה אינו מוכח לומר כדברי מארן ז"ל דהיכא דאיכא צד אישות גם זנות גרידא הוי שיורא אע"ג דבלא"ה נמי אסורה משום לאו דבחייבי לאוין איכא למימר דמשום נשואין הוי שיורא וא"כ יש לומר דהיכא דפריש חוץ מזנותיך גרידא אפי' בחייבי לאוין לאו שיורא הוא דבלא"ה אסירא וקיימא. אמנם אחר העיון נראין דברי מארן ז"ל חזקים כראי מוצק דהנה דעת הרמב"ם ז"ל דפנוי הבא על הפנוי לוקה משום לא תהי' קדשה כמבואר לעיל סימן כ"ו ע"ש וא"כ קשה מאי קא מיבעי' לי' חוץ מזנותיך הא בלא"ה אסירא וקיימא אלא ודאי שאני איסור לאו מאיסור כרת וכמ"ש מרן ז"ל אלא בנכרי ועבד דלית בהו תפיסת קדושין כלל וכן באבא ואביך זנות דידהו נמי לא הוי שיורא וטעמא דמלתא נלענ"ד משום דעיקר אישות הוא מה שנקראת אשת איש לגבי מי שהיתה מותרת להתקדש לו אם לא היתה אשת איש של זה שקידשה עכשיו וגבי מי שאין לו עלי' קידושין אינה נקראת א"א אלא במה שחל עלי' איסור א"א לגבי מי שיש לו בה קדושין רצוני לומר דשום אשת איש אינ' נקראת א"א לגבי קרובי' ונכרי ועבד דלא תפסי להו קידושין בה והא דחייל עלייהו איסור א"א כדאמרי' חמותו ונעשה א"א כו' וכן בנכרי ועבד נהרגים עליה משום א"א כמ"ש הרמב"ם פי"ז מה"ל א"ב היינו משום איסור א"א שבה לגבי כ"ע דתפסי להו בה קידושין וכמו שביארתי לעיל בשם הירושלמי והרשב"א דגם בקידושי חוץ מפ' דאע"ג דלגבי האי פ' עדיין פנוי' היא לו וקידושיו תופסין לו בה מ"מ חייב עליה משום א"א שבה לגבי עלמא וה"ה בכל א"א

שבעולם לגבי הני דאין להם בה קדושין לא הוי א"א לגבייהו אלא דחייל עלייהו איסור א"א שיש בה לגבי עלמ' ויצא לנו מזה דין מחודש באומר הרי את מקודשת לי חוץ מאבא ואביד ונכרי ועבד הוי קדושין גמורין לכ"ע דלא הוי שיורא כלל משום דלגבייהו בלא"ה לא נעשית א"א שהרי אינם בתורת קידושין אצלה ומה דחייל עלייהו איסור א"א אצלה היינו אותו צד איסור א"א שבה לגבי עלמא והשת' נמי אע"פ שאמר חוץ מאביך כו' עדיין יש עליהם אותו איסור א"א שבה לגבי עלמ' כמ"ש הרשב"א בשם הירושלמי וכנ"ז לעיל ולפ"ז גם בגירושין אם אמר לה חוץ מאבא ואביך ונכרי ועבד אין כאן שיור ואין כאן איסור א"א כלל אפי' אצלם דלגבי מי שאין לו בה קדושין לא היתה מעולם א"א ומה שהיתה אסורה עליהם משום א"א היינו משום אותו איסור א"א שבה לגבי עלמ' והשת' פקע לי' ואזיל וא"כ גם באומר חוץ מזנותיך עם אבא ואביך ועבד ונכרי לאו שיור' הוא ואין עליה שום איסור א"א אע"פ שאמר חוץ שהרי לא היתה אצלם א"א מעולם ולגבי כ"ע כבר התירה ותו ליכ' שום צד א"א שיהיו חייבי' עליה כ"ז נ"ל ברור ודו"ק:)

סימן קלח

סעיף א

ס"ק א

ואפי' היה מונח ע"ג ידו. כתב הטור ז"ל נתינתו צריך שיהיה מידו ממש כו' אבל קבלתה א"צ שתקבלנו בידה ממש אלא לרשותה מדלא כתב ונתן לה אלא בידה דרשינן לרשותה עכ"ל והקשה ב"י דבר"פ הזורק משמע דמרבינן רשותה מונתן וע"ש שתירץ דאי לא הוי כתיב ונתן לה לא הוי מרבינן רשותה אלא השת' דכתיב בידה משמע נמי רשותה כדכתיב ויקח כל ארצה מידו ע"ש. ובט"ז הקשה דהוא נגד סוגית הש"ס פ' הזהב דף מ' דמקשינן הך דכל ארצו מידו דמשמע רשות אהך בריית' טעמ' דכתב ונתן הא לא"ה ה"א ידו ממש ומשני כל היכא דכתיב ידו ידו ממש דהכא היינו ידו ממש ע"ש. וכן נראה כדברי הט"ז מדחזינן דרבי הש"ס חצר המשתמרת ועומד בצדו משום דבעינן דומי' דידה מזה משמע דידה היינו ידה ממש דאי אמרת ידה היינו רשותה היכי מוכח דבעינן משתמרת ועומד בצדה, ובר"פ הזורק פריך הש"ס חצירה מה שקנתה עשה קנה בעלה רבא אמר אטו ידה מי לא קני' ליה לבעל אלא גיטה וידה באין כאחד ה"נ גיטה וחצירה באין כאחד א"ל רבינא לרב אשי רבא יד דאשה קא קשי' ליה נהי דקני לה למעשה ידיה ידה גופה מי קני' ליה א"ל רבא יד דעבד קא קשיא ליה והקשו בתוס' ד"ה ידה גופה מי קני' וז"ל וא"ת חצירה נמי לא קני' ליה גופיה אלא פירי ע"ש. ונראה ליישב קושית התוס' דודאי

חצירה לא כתיב בתורה בהדיא אלא דמרבינן רשותה מונתן בידה ומש"ה פריך חצירה לא כתיב בתורה בהדיא אלא דמרבינן רשותה מונתן בידה חצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה דחצר השכורה קונה לשוכר מפני שהיא רשות השוכר אע"ג דגוף החצר של משכיר דקנין פירות לאו כקנין הגוף אלא משום דקנין חצר לא מהני אלא משום רשות ומי שהרשות שלו הוא קונה כדמוכח רפ"ק דמציעא דף י"ב דחצר השכורה קונה לשוכר משא"כ קנין ידה דיד אינו קונה בתורת רשות אלא מי שהיד שלו הוא קונה וידה מקרי אע"פ שיש לבעל פירות כיון דגוף היד שלה היא וקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי וניחא בזה הא דקאמר רב אשי רבא יד דעבד קא קשי' ליה דלכאור' קשה דבהדי' אמר רבא אטו ידה מי לא קני' לבעל הרי בפירוש ביד דאשה קמיירי. ולפמ"ש יש לומר דלעולם רבא גופי' יד דאשה נמי קא קשיא ליה דרבא לטעמיה דס"ל פ"ב דקדושין דף מ"ב האחין שחלקו לקוחות הן. ומאן דס"ל אחין לקוחות הן ס"ל קנין פירות כקנין הגוף דמי דאל"כ לא משכחת מביא בכורים אלא חד בר חד כדאי' ס"פ השולח וע"ש בתוס' וכיון דס"ל לרבא קנין פירות כקנין הגוף א"כ יד דאשה נמי קשי' ליה דהוי' דבעל וע"כ צ"ל גיטה וידה באין כאחד. (צ"ע לפ"מ דקי"ל דחצר דאשה משום ידה אתרבאי אין לחלק בין ידה לחצרה כיון דהגוף הוא שלה יקנה לה. ועוד נלענ"ד דאחצר דאורייתא לא קשי' ליה לש"ס מידי דעיקר הקושי' הוא משום דיש לבעל פירות כמ"ש ר"י או משום שאינה יכולה למכור כשיטת ר"ת ועיין בתוס' שם בסוגי' ד"ה מה שקנתה אשה כו' וכל זה הוא רק מדרבנן אבל מדאורייתא החצר לגמרי שלה והכא קא קשיא ליה לש"ס כיון דאמרו רבנן דבעל קני' לפירות או לבטל המכר וידו כידה בנכסים או עדיפא מידה כדאמרינן פ' הכותב ע"ש. א"כ עדיין לא יצא הגט מתחת ידו כשמונח בחצר וגבי גט בעינן כריתות שיצא מתחת ידו לגמרי כמו דלא מהני משיחה בידו כדלקמן סעיף ב' וזהו שדקדק רש"י ז"ל בלשונו וכתב וז"ל קנה בעלה לפירות ולהשתמש בה ואכתי לא נפק גט מידו דבעל עכ"ל. ובהכי ניחא מאי דהוי ק"ל בהא דפריך בפשיטות מה שקנתה אשה קנה בעלה דהא אמרינן בנדרים דף פ"ח דאפי' לר"מ דס"ל אין יד לאשה בלא בעלה מודה היכא דאיהו יהיב לה דיש לה יד לזכות ע"ש בר"ן. ואי משום דהחצר קנוי לו לפירות ה"ל כחצרו משום דה"ל כחצר המושכר לו וכמ"ש מר"ן ז"ל ליתי' דמ"מ שפיר קונה לה דגופה דידה דבחצר המושכר גופיה פסק הרמב"ם ז"ל פ"ו מהל' שכירות דבדבר של הפקר זוכה בו המשכיר ועיין בח"מ סימן שי"ג סעיף ג' ובש"ך שם ס"ק א' ובסימן ר"ס ס"ק ט"ו שפסק כן להלכה והא דשוכר את מקומו דעת אחרת מקנה שאני שגילה דעתו שרוצה שיקנה להשוכר דוקא אבל מציאה והפקר קונה המשכיר כ"ש כשדעת אחרת

מקנה להמשכיר אלא לפמ"ש גבי גט הוא דק"ל דבעי' שיצא לגמרי מת"י הבעל ובהכי ניחא ליישב מה שהקשו בתוס' פ' חזקת דף נ"א ע"ב ד"ה במתנה קנתה ע"ש שהקשו דלא גרעה משוכר ואמאי לא יקנה לה החצר ותירצו בשם ר"ת דהכא גרעה דאם מתה הבעל מוציא מיד הלקוחות משא"כ בשוכר דלזמנו הוא שלו ע"ש וקושית' היא לשיטת ר"ת דס"ל דעיקר תלי' במכרה ונתנה קיים ע"ש ולפמ"ש לק"מ דגבי גיטין בעי' כריתו' וליכ' כיון דאגיד גבי' לחד מלתא.) איברא. רבינא בעי מרב אשי אם אינו מוכח הא דגיטה וידה באין כאחד אלא מיד דאשה א"כ למאן דס"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף יד אשה לא קשי' מידי דנהי דקני למע"י ידה גופה לא קני וא"כ לדידי' תקשי מתני' דחצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה דגבי חצר דאין הקנין אלא בתורת רשות ודאי לא מהני מה שגוף החצר שלה כיון דלא מרבינן חצר אלא בתורת רשות ומי שהרשות שלו הוא קונה ואכתי לא שמעי' דגיטה וידה באין כאחד דקנין יד לא הוי משום רשות אלא למי שהוא שלו והרי ידה שלה דקנין פירות לאו כקנין הגוף לזה קאמר רב אשי דרבא יד דעבד קא קשי' לי' ר"ל יד דעבד נמי קשי' לי' אליבא דכ"ע דהתם גוף היד לרבו הוא ואפ"ה משתחרר אלמא דאליב' דכ"ע אמרינן גיטה וידה באין כאחד א"כ ה"ה חצר ובתוס' שם כשהקשו חצירה נמי לא קני' אלא לפירי כתבו לחלק בין יד דאשה לחצרה משום דיד דאשה אינו משועבד לפירות לבעל שיכולה לומר איני ניזונית ואיני עושה ע"ש וכ"כ הרשב"א בחידושיו משום דרבא ס"ל דמזוני עיקר ע"ש ואכתי איכא לאקשויי לפמ"ש הר"ן פ' אע"פ דאע"ג דיכול' שתאמר איני ניזונת ואיני עושה ע"ש וכ"כ הרשב"א בחידושיו משום דרבא ס"ל דמזוני עיקר ע"ש ואכתי איכא לאקשויי לפמ"ש הר"ן פ' אע"פ דאע"ג דיכול' שתאמר איני ניזונת ואיני עושה היינו ממה שהיא עושה בצמר וזה סתם מע"י שיכולה לפטור אבל שאר מלאכות שהאשה עושה לבעלה לא מפטרא ועיין לעיל סימן פ' וא"כ אכתי משעבדי ידי' לבעל למלאכתו בע"כ ואפשר דכיון שנתן עיניו לגרשה שכבר כתב לה גט אע"ג דמיחייב בפירקנה ויש לו פירות עד שעת נתינה וכן כל ההתחייבות שהטילו חז"ל על איש ואשתו עדיין חל עד שעת נתינה מ"מ אלו המלאכות שהאשה עושה לבעלה אינה חייבת משעה שנתן עיניו לגרשה. אך קשה מהא דתנן פ"ק דמציע' דף י"ב מציאת עבדו ושפחתו העברים הרי היא שלהן ואמאי הא משעבדי ידיהם להאדון ולא מצו משמטי נפשייהו כלל וכן למ"ד מעשי ידיה עיקר ואינה יכולה לומר איני ניזונת וא"ע א"כ קשה איך אשה זוכה במציאתה לעצמה למ"ד מציאה לעצמה בר"פ מציאת האשה ע"ש ולפמ"ש דמשום תורת יד לא אכפת לן במאי דמשעבדי ידה כיון דידה גופה דידה הוי ומשום דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ואפילו למ"ד כקנין הגוף

דמי כבר מוקי הש"ס בכמה דוכתי' כתנאי א"כ אתי' כמ"ד קנין פירות לאו כקה"ג דמי ומש"ה מציאת עבדו ושפחתו העברים שלהן אע"ג דמשעבדי לרבן כיון דוד ממש אינו קונה משום רשות אלא למי שהיא שלו והרי היא של עצמן וכ"ת הא הראשון של רבו וא"כ ליקני מציאה לרבו ליתי' דידו קונה אפי' ברשות מוכר ועוד דאדון לא מצי קני בתורת רשות דה"ל חצר מהלכת ומש"ה עבד עברי קונה המציאה לעצמו ודו"ק:

סעיף ב

ס"ק ב

אבל אם הבעל מצוה לה לקפוץ כו' בד"מ כתב ליישב קושית הב"י שהקשה על הטור שכתב בריש הסימן שאם אחז הבעל בראש הגט והושיט לה והיא אחזה בראש השני הוי גט וגבי גט בידה ומשיחה בידו כתב דלא מהני קפיצה לזה כתב דבריש הסימן מיירי בשקפצה ברצון הבעל וע"ש. והנה המעיין בדברי הרא"ש יראה דלאו מהאי טעמא אתי עלה וז"ל הרא"ש פרק הזורק אמר רב חסדא גט בידה ומשיחה בידו אם יכול לנתקו ולהביאו אצלו אינו מגורשת ואם לאו מגורשת פי' ר"ת כגון שהגט כבד והמשיחה דקה דאי משיך ליה לגבי' מיפסק וכו' אבל אם קפצה ידה ומחמת זה יפסוק החוט כשהוא לא הוי נתינה ור"י אומר דמקרי שפיר נתינה כיון שהוא התחיל הנתינה קרינא ביה שפיר ונתן אע"פ שהיא גמרה הנתינה וכן לעיל פ"ב אל תתגרשי אלא בב"ד פ' אמרי' מכי מטי להתם מיגרשא לה ומסתברא אפי' הוציאה הגט מידה בינתיים ושוב נטלתו ובאה לאותו ב"ד אע"פ שבנטילי' אחרונה לא בא הגט לידם מיד הבעל כיון דתחל' נתינתו להתגרש נתן בידה ונתן קרינא ביה ולא טלי גיטך מע"ג קרקע כו'. ונראה לי דלא דמי דמעיקרא נתינה מעליא היא אע"פ שיש הפסק בינתיים מ"מ כשיגיע הזמן והגט בידה מגורשת ע"י הנתינה הראשונה אבל הכא מעיקר' לא הוי נתינה דכל זמן שידה פתוחה יכול לנתקו ולהביאו אצלו ואח"כ כשקפצה ידה היא עושה כל הנתינה עכ"ל. ואי נימא דמיירי שקפצה שלא ברצון הבעל היכי נידמי לה לטלי גיטך מע"ג קרקע דהתם עכ"פ נוטלת מעל הקרקע ברצון הבעל שאומר לה טלי גיטך כו' והכא שקפצה שלא ברצון הבעל לא הוי נתינה כלל אלא ודאי מיירי שקפצה ברצון הבעל ואפ"ה לא מהני לפי שהיא עושה כל הנתינה וא"כ גם הטור דאזיל בשיטת אביו הרא"ש ז"ל אפי' בקפצה ברשות הבעל ס"ל דלא הוי נתינה והנה בתוס' כתבו ראיה דמהני קפצה ברצון הבעל דלא גרע מעייך לה חרצי' וע"ש. ולפמ"ש בדברי הרא"ש דאפילו קפצה ברצון הבעל לא מהני תקשי תוס' מעייך לה חרצי'. ולכן נראה לענ"ד דהא דעייך לה חרצי' מהני היינו כשאומר בשעה דמעייך חרצי' שתטול גיטה ובו תהא מגורשת דהוא עושה כל

הנתינה כיון דעייק לה חרצי' אבל אם אינו אומר לה כלום בשעה דעייק לה חרצי' ואח"כ אומר לה טלי גיטך דבשעה שאמר לה טלי גיטך אינו מסייע כלל בנתינה ובשעה שהיה מסייע בנתינה לא אמר לה טלי גיטך וכבר כתבנו לדעת הרא"ש אפילו נתינה ממש כל שלא אמר לשם גירושין לא מהני אפילו אמר לה אחר כך לשם גירושין ואפילו לדעת הרשב"א והר"ן שכתבנו בסימן ל"ז בשמם דמהני כל שבא לידה בנתינה מיד הבעל ואפי' לשום פקדון מהני כשאומר לה אח"כ לגירושיו. היינו דוקא בנתינה גמורה אבל בנתינה גרועה כי הך בעינן שיהי' כריתות בשעה דעייק לה חרצי' ותדע דהא דעת כמה פוסקים דאפי' קירב לה הגט נמי מהני וא"כ לעולם לא משכחת לה טלי גיטך מע"ג קרקע דהא אי אפשר שיגיע הגט על הקרקע אם לא ע"י קירוב דמעיקר' היה הגט בידו או בביתו וקירבהו לה שהניחו ע"ג קרקע אלא ע"כ דלא מהני קירוב אלא כשאומר לה הרי גיטך בשעה שקירב אבל אם כבר קירב הגט מביתו והניחו ע"ג קרקע ואח"כ אמר לה טלי גיטך מע"ג קרקע לא מהני ה"ה עייק לה חרצי' דאינו אלא סיוע דמסייע לה הבעל וה"ל כמו קירב לה הגט דלא מהני אלא כשאומר לה באותה שעה הרי זה גיטך אבל אי בתר דעייק לה חרצי' אמר לה הא גיטך לא מהני כיון דלא היה בתחלה אלא סיוע ולא נתינה גמורה. ומזה נראה דה"ה בגט בידה ומשיחה בידו ואמר לה בשעה שנתן הגט לידה והמשיחה בידו שתקפוץ ידה ותתגרש בגט זה נמי מהני דכה"ג לא גרע מעייק לה חרצי' כיון דאיכ' סיוע רבה במה שמושיט לה הגט אבל אם בשעה שנתן לה הגט והמשיחה בידו לא אמר בתחלה שתקפוץ ידה אלא אחר הנתינה אמר לה שתקפוץ ידה ואע"ג דאמר לה השתא הא גיטך לא מהני כיון דבשעת סיוע הבעל היינו בשעה שהושיט לה הגט לא היה קפיצת ידה ואח"כ כשקופצת כבר אזדא לה סיוע הבעל וה"ל כמו טלי גיטך מע"ג קרקע וכן אם הבעל אוחז בראש הגט ומושיט לה הראש השני ואומר לה הא גיטך אדעתא שתטול כל הגט לא גרע מעייק לה חרצי'. אכן אם אינו אומר לה הא גיטך בשעה שמסייע אע"ג דאח"כ אמר לה הא גיטך אינו מועיל דסיוע לא הוי כמו נתינה ממש ולכך אפי' לדעת הרשב"א והר"ן דנתינה ממש סגי אפי' לשום פקדון כשאומר לה אח"כ הא גיטך היינו דוקא בנתינה ממש אבל סיוע וקירוב בעינן שיהי' בשעת גירושין ממש ושתהי' מגורשת בשעה שמקרב ומסייע וכמ"ש דכן מוכח מהא דטלי גיטך מע"ג קרקע אע"ג דבא על הקרקע ע"י הבעל שקירבו לשם וס"ל לכמה פוסקים דקירוב מהני אלא ודאי דקירוב וסיוע לא מהני אלא בשעת הגירושין ממש וזה נראה ודו"ק. והרמב"ם בפי' המשניות בפ' הזורק כתב ז"ל מה שאמר מצאתו מאחוריו אינו גט עד שיאמר הא גיטך בתנאי שירמוז לה שתקבלנו והוא בידו או קשור על גבו לא שיהיה ע"ג קרקע אמנם

אחר שיגיע לידה אינו מועיל שום דבר עכ"ל. וזה מורה למ"ש דעייק לה חרצי' לא מהני אלא בתנאי שירמוז לה שתקבלנו אז אבל אם עייק חרצי' ורמז לה אח"כ שתקבלנו תו לא מהני דעכשיו ליכא סיוע מן הבעל. אמנם נראה דלדעת הרשב"א והר"ן כיון דמכשרי כל שבא לידה מן הבעל בנתינה גמורה ואפי' לשום פקדון גבי גט בידה ומשיחה בידו מהני אפי' אומר לה תהא מגורשת בו אחר שקפצה ידה דהא גט בידה ומשיחה בידו מקרי נתינה מעליא כדאית' פ"ק דמציעא דף ז' גבי האי סודרא כמאן דפסיק דפריך עלה מההי' דגט בידה ומשיחה בידו דאינה מגורשת ומשני שאני התם דבעינין כריתות והא אגיד גביה ע"ש וא"כ כיון דלכל מילי מקרי שפיר נתינה שלימה כיון דהוי כמאן דפסיק אלא גבי גט הוא דלא מהני משום דבעי כריתות וא"כ כיון דאפי' נותן לה בתורת פקדון מקרי שפיר נתינה ומהני כשאומר לה אח"כ הרי זה גיטך ואע"ג דבשעת נתינה לא היה לשום כריתות ה"ה גט בידה ומשיחה בידו דה"ל כמאן דפסיק לענין שאר דברים ה"ל נתינה מעליא ואח"כ כשאומר לה בשעה שקפצה ידה ברצון הבעל ה"ז גיטך מהני דהא השתא איכ' כריתות שפיר וא"כ טעמא דהרא"ש דס"ל דלא מהני קפיצה ברצין הבעל היינו משום דס"ל דלא מהני נתינה לשום פקדון אלא לשום כריתות וא"כ גט בידה לא הוי נתינה לשום כריתות דהא אגיד גביה מיהו בעייק לה חרצי' נראה ודאי כמ"ש לדעת הרשב"א והר"ן דמהני נתינה לפקדון היינו דוקא נתינה מעליא אבל נתינה גרועה כי הך דאינה אלא סיוע מן הבעל צריך שיאמר בשעה שמסייע הא גיטך:

ובהכי ניחא מ"ש הרמב"ם פ"ה מהל' גירושין דאינה מגורשת עד שתפסוק המשיחה משמע דלאחר שנפסק המשיחה הוי גט ולא הוי כטלי גיטך מע"ג קרקע ואילו גבי מצאתו מאחוריו כתב בפי' המשניות דצריך שירמוז לה שתקבלנו והוא בידו ומשמע דדוקא בשעה דעייק לה חרצי' צריך שירמוז לה אבל אחר כך תו לא מהני דה"ל כמו טלי גיטך מע"ג קרקע ולפי מ"ש דגט בידה ומשיחה בידו ה"ל נתינה שלימה דכמאן דפסיק דמי אלא דלענין גיטין לחודי' לאו כריתות הוא דאגיד גביה מש"ה כל שנפסק החוט דתו לא אגיד גביה מהני ולא הוי כמו טלי גיטך מע"ג קרקע כיון דכבר היה נתינה שלימה וכיון שבא לידה בנתינה שלימה אפי' לשום פקדון מהני וכמ"ש הרשב"א והר"ן וה"נ נהי דלא הוי כריתות משום דאגיד גביה מ"מ לא גרע מלשם פקדון וכיון שנפסק עתה החוט והוי כריתות מהני ודו"ק:

סימן קלט

סעיף א

ס"ק א

זרק לה הגט בחצירה בר"פ הזורק פריך חצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה ופירש"י שהחצר משועבד לבעל לפירות ובחי' פני יושוע הקשה למ"ד אין לבעל פירות משעת חתימה א"כ אחר החתימה אין לבעל פירות וחצר דידה הוא לגמרי וכתב ליישב דמרא דשמעתא הוא רבי אליעזר דמשני בכותב לה דין ודברים אין לי כו' ור' אלעזר הוא מתלמידי ר' יוחנן דס"ל יש לבעל פירות עד שעת נתינה ואיכא למידק דהא בירושלמי אמר ר' יוחנן מפני מה תקנו זמן בגיטין משום פירות ומה"ט ס"ל לבעל העיטור דהא דמסקינן בגיטין דף י"ז איפוך היינו איפוך קמייתא ור' יוחנן סבר משום פירות וריש לקיש סבר משום בת אחותו והובא בראש"ש פ"ב דגיטין ע"ש אלא דהרא"ש פליג עליה ודחו ליה דש"ס דילן פליג על הירושלמי משום דבירושלמי לא הוזכר כלל הך טעמא דבת אחותו וסבר ליה אליבא דכ"ע משום פירי אבל תלמודא דידן סבר דר"י ס"ל משום בת אחותו ואיפוך בתרייתא ע"ש ובירושלמי ר"פ הזורק פריך חצירה הא משועבד לבעל לפירות ומשני רבי יוחנן בשם ר' ינאי בכותב לה ועודה ארוסה דין ודברים אין לי בנכסייך ובפירותיהן והשתא קשה כיון דלשיטת הירושלמי ר' יוחנן ס"ל טעמא משום פירי ומאן דסבירא ליה משום פירי ע"כ סבר דאין לבעל פירות משעת חתימה כמבואר בסוגיא פ"ב דגיטין דף י"ז אם כן אמאי הוצרך רבי יוחנן לאוקמי בכותב לה דו"ד אין לי כו' כיון דלשיטת הירושלמי לא אתמר טעמא אחרינא אלא משום פירי ומשעת חתימה אין לבעל פירות ולכן נראה דקושי' מעיקרא ליתא דכבר כתבו הרשב"א והר"ן בחידושם פ"ב דגיטין דאפי' למ"ד אין לבעל פירות משע' חתימה היינו היכא שנתגרשה לבסוף אבל אם אינה מתגרשת לבסוף ודאי דאית לבעל פירי עד דמטי גיטא לידה ואז הבעל מפסיד פירות למפרע משעת חתימה ואפי' נתגרשה לבסוף אלא שהיה פיוס אחר החתימה אע"ג דאח"כ נתן לה אותו הגט אית ליה לבעל פירי עד שעת נתינה כאלו היה מגרשה בגט אחר ע"ש בחי' הרשב"א דף י"ח בהא דפריך וליחוש שמא פייס וא"כ פריך שפיר חצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה דהא בהא תליא כיון דזרק לחצירה והוא משועבד לו לפירות הרי עדיין לא נתגרשה וכיון שלא נתגרשה הרי עדיין הפירות שלו לכך הוצרך ר' יוחנן לאוקמי בכותב לה דין ודברים כו' או משום דגיטה וחצירה באין כאחד ואז מהני אפילו למ"ד יש לבעל פירות עד שעת נתינה דהא עתה היא שעת נתינה והפקעת

פירותי' וגיטה באין כאחד כ"ש למ"ד אין לבעל פירות משעת חתימ' דלית ליה למפרע משעת חתימה ועמ"ש עוד ישוב לקושי' זו לעיל סימן קכ"ז ס"ק י"ב:

ובתוס' ד"ה מה שקנת' אשה קנה בעלה ז"ל וא"ת והא אמרי' בפ' חזקת דף כ"א במתנה קנתה ואין הבעל אוכל פירות כו' ור"ת מפרש דאע"ג דבמתנה אין הבעל אוכל פירות כיון דאם מכרה ונתנה אינו קיים כדאמרי' פ' חז"ה שם חשיב כאלו הוי דבעל עכ"ל וכוונתם במ"ש כדאמרינן פרק חזקת הבתים כו' היינו למ"ש תוס' שם בד"ה במתנה קנתה דמסתמא אין הבעל נותן לה את שלו שתמכור ותתן לאחרים ע"ש ובחידושי פני יושוע כתב על דברי התוס' דאחר החיפוש והבדיקה לא מצא כן בש"ס והניח דבריהם בצ"ע ע"ש:

ובאמת אין כונתם להביא ראיה מדברי הש"ס רק מדבריהם בעצמם שכתבו שם כן בשם ר"ת ועיין בתוס' שכתבו בשם ר"ת דלא תליא באכילת פירות אלא אם מכרה ונתנה קיים הוא חצירה ואם מכרה בטל לא הוי חצירה ובשם ר"י כתבו דתליא באכילת פירות והביאו ראי' לשיטת ר"י מהירושלמי דפריך גגה וחצירה אין משועבדים לאכילת פירות ומשני ר' יוחנן בשם ר' ינאי עד שיכתוב דו"ד אין לי בנכסייך ובפירותיהן ע"ש ואמנם לפ"מ שביארו בתוס' פ' חקזת בשם ר"ת הטעם דאין הדבר תלוי באכילת פירות משום דאנן קי"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ע"ש לפ"ז אין ראי' מדברי הירושלמי דהא ר' יוחנן ס"ל ס"פ השולח קנין פירות כקנין הגוף דמי ע"ש ומש"ה הוצרך לומר שכתב לה דו"ד אין לי בנכסייך ובפירותיהן אבל לדידן דקי"ל קנין פירות לאו כקה"ג דמי לא אכפת לן באכילת פירות.

ס"ק ב

בד"א כשהיא עומדת בחצירה. כתב בחידושי הרשב"א פ' הזורק דאם אמרה לו תזרוק הגט בחצרי ותקנה לי חצרי דמהני אפי' אינה עומדת בצדה כיון דחצר לא גרע משליחות כו' ואי קשי' לך הא דאמרו בפלוגתא דעולא ור' אושעיא נימא בהא קאמיפלגי מ"ס חצר משום ידה אתרבאי ומ"ס חצר משום שליחות אתרבאי וע"כ דוקא מדעתה דומיא דשליח ואפ"ה פליג עולא ואמר והוא שעומדת בצד ביתה יש לומר דהתם לאו באומרת תקנה לי חצרי אלא באומרת ניחא לי שתזרוק בחצרי דלא הוי כעין שליח קבלה אלא כעין שליח הובאה עכ"ל וע"ש. ולבי מהסס בזה דודאי אם אין האשה רוצה שתתגרש בחצרה בתורת שליחות לקבלה אלא בתורת שליח להולכה קשי' מ"ט דר' אושעיא דנהי דס"ל דחצר משום שליחות כיון דלא ניחא לה שתתגרש מיד אלא כעין שליח הובאה ודאי אינה מגורשת עד שיגיע גט לידה ועוד אמאי אמרו לעולא טעמ' דחצר משום יד אתרבי

נימא דאיהו ס"ל נמי משום שליחות אלא משום דלא אמרה תקנה לי חצרי אלא ניחא לי שתזרוק לחצרי ולא ניחא לי שאתגרש מיד אלא שיהי' החצר כעין שליח להובאה. ולכן נראה לענ"ד דלמאי דס"ד דפליגי בחצר דגט אי משום יד היינו אפי' בע"כ דהא סתמ' תנן זרק לה גט בחצירה משמע אפי' בע"כ. (הגה"ה. ועוד דהא אמרי' בב"מ דף י"ב דלעול' חצר משום יד אתרבאי ולא גרעה משליחות אלא גבי גט דחוב הוא לה אין חבין לאדם אלא בפניו וע"ש ברש"י דדוק' שלא מדעתה צריכה להיות משום יד אבל מדעתה ה"ל שליח כשאר חצר דמתנה ומציאה נמצא דר' אושעי' דפליג עלי' דעולא אפי' שלא מדעתה פליג דאל"כ מאי בינייהו) וא"כ מ"ד משום שליחות אפי' בע"כ הוי חצירה ואע"ג דלא אשכחן שליח בע"כ נראה טעמ' דהך מלת' משום דחזינין בעשתה שליח לקבלה ואח"כ חזרה בה דפליגי ר' יוחנן וריש לקיש וסבר ריש לקיש דאינה חוזרת דלא אתי דיבור ומבטל דיבור הרי כל שעשתה תו לא מצי' הדרא בה ונעשה שלוחה בע"כ שליח ור' יוחנן דאמר חוזרת היינו משום דאתי דיבור ומבטל דיבור וכאילו לא עשתה אותו שליח כיון שלא נעשה אלא ע"י דיבור' וא"כ היינו דוקא בשליח הנעשה ע"י דיבור בהא הוא דס"ל לר"י אתי דיבור ומבטל דיבור אבל חצר שהו' שלוחה ממיל' מן התורה אינה חוזרת שהרי לא ע"י דיבורה הוא נעשה:

אמנם במסקנא אסקינן דכ"ע חצר משום ידה ומשום דס"ל דמעולם לא נעשה חצר שליח לחובה אלא למידי דזכות וכמ"ש רש"י פ"ק דמשמע דבמידי דזכות ניחא לי' שיהי' החצר שלוחו משא"כ במידי דחובה ע"ש וא"כ גט דחוב הוא לה מעולם לא נעשה החצר שלוחה. (הגה"ה ואפ"ה פליג ר' אושעי' וס"ל דנהי דשליח לא הוי יד מיהא הוי כיון דמשתמרת לדעת' ה"ל יד אריכא כי הא דכתב הנמ"י פ"ק דמציעא שם בשם הר"ן ב"ר לענין מציאה דכשאינו עומד בצדו דקונה לו משום יד דלא שייך שליחות כשאין שם לא דעת שליח ולא דעת משלח ולא דעת בעל הממון המקנה כיון דמציאה והפקר הוא אלא משום דה"ל יד אריכא ע"ש:

אלא דהתם דוק' לזכות הוא דאמרי' הכין וכמ"ש נמ"י דכיון דזכות הוא לו אנן סהדי דניח' לי' שתהא חצירו כידו משו' דקי"ל כעולא אבל לר' אושעי' אפי' בע"כ ה"ל יד אריכ' דלכך נתרבה חצר משום ידה). ולפי ס"ד דש"ס דר' אושעי' ס"ל חצר משום שליחות וא"כ הוי ס"ל דחצר נעשה שליח אפי' במידי דלאו זכותו הוא א"כ תו לא מצי' הדרא בה דכבר נעשה שלוחה לכל מילי ולא אתי דיבור ומבטל מעשה חצר שהוא שליח ממיל' מן התורה וה"ל כהאי דאמרו פ"ב דגיטין דף כ"א ואבע"א שליחות לקבלה נמי אשכחן בע"כ שהן אב מקבל גט לבתו קטנה בע"כ ע"ש וא"כ ה"ה חצר לפ"מ דס"ד דהוי שלוחה

אפי' במידי דחובה וחזרה לא שייכ' הכא כיון דהוא דבר תורה וממילא אבל למאי דמסיק דכ"ע משום ידה מעולם לא נעשה שליח לחובה אלא במידי דזכות ודו"ק:

סעיף ד

ס"ק ג

היתה עומדת על גג פ' הזורק דף ע"ט משנה שם היתה עומדת על ראש הגג וכתבו התו' ז"ל לר' אושעי' דאמר לעיל אפי' היא בטבריא וחצירה בצפורי ההיא עומדת היינו כמי שעומדת ע"ש ושם ע"ב בתוס' ד"ה פנימית גופה כתבו ז"ל ומיירי כשהמחיצות החיצונה מפסיקית בין חיצונה לפנימית דאי אין מפסיקין כשהגיע לאויר הפנימית ולא נכנס למחיצות אמאי מגורשת הא אינו משתמר מפני בני החיצונה וא"כ לא חשיב חצר המשתמרת כדפריך גבי עובדא דר' גמליאל והזקני' כו' עוד יש לומר דמיירי שפיר באין מחיצות מפסיקות ומיירי שהאשה עומדת בצד חצירה הלכך הוי חצר המשתמרת ע"י מחיצות החיצונות דלא לישדי' זיקא לר"ה כו' ע"ש. ובחי' מהרש"א כתב ליישב בזה קושית התוס' דלעיל לר' אושעי' הא דתנן היתה עומדת על ראש הגג דהיינו עומדת משש ומשום דהתם אוקמינן סיפ' כגון שהיו מחיצות התחתונות עודפות על העליונות ומסתמ' ריש' נמי מיירי שעודפות מחיצות התחתונה על העליונה וא"כ אינו משתמר מפני בני החיצונה לכך צריך שתהי' האשה עומדת שם להיות משתמר על ידה ע"ש. ובני הבחור המופלא כמה' זאב וואלף שי' אמר ליישב דברי התו' דע"כ רישא לא מיירי שהמחיצות התחתונות עודפות על העליונות דאל"כ מאי כריך הש"ס והא לא מינטר הא לקמן אמרי' שתי חצירות זו לפני' מזו פנימית שלה וחיצונה שלו ומחיצות החיצונה עודפת על הפנימית מגורשת מ"ט פנימית גופה במחיצת החיצונה הא מינטרה וכיון דמינטרה מחמת מחיצות החצר העודפות על הגג והיא עומדת בצדה א"כ היינו ממש שתי חצרות זו לפני' מזו ומאי פריך והא לא מינטר אלא ע"כ דריש' לא מיירי במחיצות התחתונות עודפות על העליונה של הגג ע"כ. ויפה כיון אלא דאכתי היא גופה קשי' אמאי פריך הש"ס והא לא מינטר דלמ' ריש' מיירי דומי' דסיפ' שמחיצת החצר עודפת על הגג וקא מינטרא אגב החצר ונראה כיון דתנן כיון שהגיע לאויר הגג ה"ז מגורשת ואי מיירי במחיצת החצר העודפת על הגג א"כ מאי סימני' באויר הגג דבשלמא כי מוקי לה בגג שיש לו מעקה א"כ אויר הגג היינו תוך מחיצת הגג וכן כי מוקי לה בתוך שלשה לגג היינו נמי כמ"ש הרשב"א בשם הירושלמי דאויר הגג היינו גג ממש דסמוך לשלשה לגג קרוי גג ממש ע"ש אבל אי נימא תוך מחיצת החצר א"כ אויר הגג לא מסיים כלל ודו"ק עוד ראיתי שם בחי' מהרש"א שכתב על דברי תוס' דאינו דומה לעובד' דר"ג והזקני' דהתם מונח

תוך המחיצות א"כ אינו משתמר מפני ב"ב של ר"ג שיכולי' ליטלן משם אבל מה שהוא על המחיצות באויר אין בני החיצונה יכולין ליטלן משם ממה שהו' פורח באויר ע"ש ונראה דתוס' ס"ל דאע"ג דמשתמר ע"י גובהו אינו משתמר לדעתה וגם גט בעינן משתמר לדעתה דהא נתן ביד עבדה ניעור לא מהני משום דהוי חצר המשתמרת שלא לדעתה חשיב אינו משתמר וזה נראה שיטת התוס' ד"ה כגון שהיו מחיצות התחתונות עודפות שהקשו באומר זרוק גנבותיך לחצרי כו' ולענין קנין עד דמטי תוך המחיצות ע"ש. והיינו משום דכל מה שעל גבי המחיצות לא חשיב משתמר לדעתה דמשתמר מפני גובהו ה"ל משתמר לעצמו לא לדעתה (הגה"ה וצ"ע דהא דוק' לענין גיטין בעינן משתמר לדעתה משא"כ לענין ממון קונה חצר המשתמרת בפני עצמה אפי' שלא לדעתו) ומשיטת רש"י נראה הא דבעינן תוך מחיצות היינו משום דלא לישדיי' זיקא:

ודוקא גבי גט שייך למיחש איקא אבל לא גבי שאר דברי' הכבדי' דלא אתי זיקא ושדי' לי' אבל מדברי תוס' נראה כמ"ש דגבי גט אע"ג דמשתמר מפני גבהו אין זה אלא משתמר לעצמו ולא לדעתה וה"ל כמו עבדה ניעור וכמ"ש

ס"ק ד

והגיע לתוך ג' טפחים בפ' הזורק דף ע"ט פריך והא לא מינטר ומשני בגג שיש לו מעקה ומשמי' דאבימי משני דהכא בפחות משלשה סמוך לגג עסקי' דכל פחות משלשה סמוך לגג כגג דמי ופירש"י והא לא מינטר אייר הגג דאתי זיקא ושדי לי' מקמי דלינח וכי לא שדי' זיקא ואירע לו דבר אחר שבא כלב וקלטו או גשמים מחקוהו אמאי קתני מגורשת מן האויר הא בעינן אויר שסופו לנוח עכ"ל ונראה מדברי רש"י דאין הקושי' והא לא מינטר משום חצר שאינה משתמרת אלא משום אויר דאין סופו לנוח ועוד מדכתב רש"י ז"ל וכי לא שדי' ואירע לו דבר אחר כו' ואי משום חצר שאינה משתמרת אפי' לא אירע לו כלום אין החצר קונה וא"כ ע"כ צ"ל דס"ל לרש"י דמשו' זיקא ה"ל משתמר דכי אתי' זיקא והיא עומדת אצלו יכולה לתופסו בידי' אלא דפריך משום אויר שאין סופו לנוח וחשיב לי' כמו עומדת על גבי הנהר דמעיקרא אין סופו לנוח וכן זיקא כיון שהוא רוח מצוי' לעולם קודם לגט ומש"ה אע"ג דיכולה לתפוס בגט בידה וחשיב לי' משתמר אבל אויר גופי' אין סופו לנוח ולא קני' אלא כי מטי גיטא לגג וחזינין דלא שלטא בי' זיקא ה"ל גט למפרע דהא אויר זה סופו לנוח הי' לכך כתב רש"י דאם אירע לו דבר אחר כגון שבא כלב וקלטו דאי לא זיקא כבר היתה מגורשת כשהגיע לאויר החצ' דהא ה"ל אויר שסופו לנוח דמה שחטפו כלב או מחקוהו גשמי' לא אכפת לן כיון דאח"כ הוא דנתהוה ובשעה שהגיע לאויר החצר דהא ה"ל אויר שסופו לנוח דמה שחטפו כלב או מחקוהו

גשמי' לא אכפת לן כיון דאח"כ הוא דנתהוה ובשעה שהגיע לאויר הי' סופו לנוח אבל זיקא שהוא רוח מצוי' והוא לעולם קודם לגט ה"ל אויר שאין סופו לנוח וא"כ תינח אם נופל לארץ ואגלאי מלתא למפרע דלא שלט בי' זיקא ה"ל אויר שסופו לנוח אבל אירע לו דבר אחר כגון שבא כלב וקלטו כגון שלא הגיע לארץ א"כ מנא ידעינן שהי' אויר שסופו לנוח כיון דאיכא זיקא אפשר דבלאו הכי לא הי' סופו לנוח כלל:

והא דפירש"י משום אויר שאין סופו לנוח ולא פירש כפשוטו שלא מינטר וה"ל חצר שאינה משתמרת משום דא"כ מאי משני לי' אבימי בפחות מג' סמוך לגג כיון דפחות מג' נמי אתי זיקא ושדי לי' וכל שאינו משתמר אפי' נח בחצר נמי לא קנה לזה פירש"י דלאו משום שימור קא קשי' לי' דשפיר משתמרת על ידה כיון שהיא עומדת אצלו ותוכל לתופסו בידה כי היכי דלא לשדיי' זיקא אלא משום אויר שאין סופו לנוח הא קשי' לי' ולכך שפיר משני אבימי דמיירי בפחות מג' סמוך לגג דה"ל לבוד וכמי שנח ע"ג קרקע דמי ואפי' אירע לו אח"כ שקלטו כלב או מחקוהו גשמים כיון שכבר נח ע"ג הגג ע"י לבוד א"כ כבר נתגרשה ולא אכפת במה שנעשה בו אח"כ. וניחא בזה הא דנעץ קנה בר"ה גבוה מאה אמה דלענין שבת מהני ולענין גט לא מהני משום דהתם אין האשה יכולה לתפוס בידה מפני גבהו א"כ חשיב אינו משתמר ואפי' נח ממש חשיב לי' אינו משתמר וכ"כ הרשב"א בחידושיו דגבי קנה גבוה מאה אמה אינו משתמר כלל לגבי זיקא מפני שלא תוכל לתפוס בידה מפני גובהו ע"ש וזהו שיטת רש"י נ"ל דלענין חצר המשתמרת מינטר לי' שפיר שיכולה לאוחזו בידה ולכך פירש והא לא מינטר דה"ל אויר שאין סופו לנוח וכמ"ש:

וב"ש כתב בשיטת רש"י דאפי' לא מינטר לגבי זיקא כיון דמינטר לגבי בני אדם מיקרי משתמר וקנה נעוץ דלא קנה משום דאינה יכולא לשומרו כלל ע"ש ואינו נראה דודאי עומד בצדו מהני אפי' עומד ברחוק ואינו מוחה בחוזק יד אלא כיון דעומד בצדו תו לא אתי גנבי ה"נ בקנה גבוה מאה אמה כיון דעומד בצדו לא אתי אינשי ושקלי לי' ועוד דהרי בהדי' מבואר כדברי רש"י ז"ל שלא כדבריו שהרי כתב גבי נעץ קנה ז"ל אינה מגורשת סופו לנוח בארץ דאתי זיקא ושדי לי' חוץ למחיצות וטעמ' דגיטא משום חצר המשתמרת הוא דומי' דידה והא לא מינטר עכ"ל הרי בפירוש כתב דהא דקנה נעץ לא משתמר היינו לגבי זיקא ולא לגבי בני אדם אלמא דחצר המשתמרת בעי' דלהוי מינטר שפיר מכל אחריות הן מבני אדם והן משאר אחריות כמו זיקא וכיוצ' וגבי קנה גבוה חשיב אינו משתמר משום זיקא שאינה יכולה לתפסו בידי' משום גובהו וכמ"ש הרשב"א:

והמתבאר מכל מה שכתבנו לשיטת רש"י ז"ל דעכ"פ כי לא אתא זיקא ה"ל למפרע אויר שסופו לנוח כיון דאגלאי מלתא דלא שלט בי' זיקא וגם סיבה אחרת לא היתה לו שלא קלטו כלב ולא מחקוהו גשמי' וכיוצא וכיון דבסופו נח ה"ל שפיר אויר שסופו לנוח:

אמנם שטת הרמב"ם היא דברישא לא תני נמחק או נשרף בין לפי' הרב המגיד דלעולם כי אתי הגט דרך עלי' שלא כדרך תנועה הטבעית תו לא מהני אפי' דרך ירידה ובין לפי' הר"ן ובריש לא תני נמחק או נשרף משום דאיכ' דרך עלי' ע"ש וא"כ ריש לא מיירי בנמחק וצריך לומר לפ"ז דאפי' נח הגט לבסוף ה"ל נמי אויר שאין סופו לנוח כיון דאפשר דאתי זיקא ושדי לי' ואע"ג דמקרי חצר המשתמרת וכמ"ש אפ"ה מטעם אויר שאין סופו לנוח לא הוי גט ואפי' נח לבסוף וא"כ צריך לומר כיון דמעיקרא לא הי' סופו לנוח בודאי כיון דאיכ' זיקא ויכול להיות שלא יהי' סופו נח לא קני האויר אע"ג דנח לבסוף כיון שהאויר לא הי' עומד לנוח בודאי דבעינן שיהי' אויר שסופו לנוח בודאי ודו"ק:

ס"ק ה

אבל אם קדם האיש בפ' הזורק לא שנו אלא קדם גט לדליקה אבל קדם דליקה לגט לא מ"ט מעיקרא לשריפה אזיל וכתב הרמב"ן בחידושיו ז"ל לא דמי לאויר שאין סופו לנוח דהתם איכא אויר אבל הכא אויר דליקה הוא והכי אמרי' בהדיא בפ' השואל התם לא מפסיק מידי הכא מפסיק כלי וכ"ש היכא דמפסיק דליקה וי"ל דאפי' לא מפסיק דליקה כגון שזרק לתוך אויר החצר והיתה דליקה בראש החצר השני אינו גט דמאבדו לדעת הא דמעיקרא לאיבוד זרק עכ"ל:

ונראה דהרמב"ן לשיטתו אזיל שכתב ר"פ כיצד הרגל בהא דבעי רבא דרכה כלי ולא שברתו ונתגלגל למקום אחר ונשבר מהו בתר מעיקרא אזלינן וגופי' הוא או דילמא בתר תבר מנא אזלינן וצרורות נינהון תפשוט לי' מדרבה דאמר רבה זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל דאמרינן לי' מנא תבירא תבר:

לרבה פשיטא לי' לרבא מיבעיא לי' ופסק שם הרי"ף ז"ל כרבה דבתר מעיקרא אזלינן ודעת בעל הטור דהוי ספיקא דדינא כיון דלרבא מיבעי' לי'. והרמב"ן שם העלה בס' המלחמות דאפי' אי נימא בתר בסוף אזלינן פטור המשבר כיון דאין לו דמים שהרי סופו להשבר אלא אי בתר מעיקרא אזלינן חייב הזורק ואי בתר בסוף שניהם פטורין הזורק פטור כיון דאזלינן בתר בסיף לאו מידי עביד והמשבר פטור דאין לו דמים והלכה כרבה וחייב הזורק ע"ש. וא"כ ה"נ כיון דסופו לדליקה אזלינן בתר התחלה תיכף כאילו נשרף מיד דמה"ט הזורק חייב דה"ל כאילו שיברו מיד כיון דסופו לישבר לכך להרמב"ן אפי'

לא מפסקא דליקה לא הוי גט כיון דסופו לישרף כשרוף דמי ולשיטת בעל המאור דהוי ספיקא אי בתר בסוף אזלינן ולא מיחייב הזורק ולא אמרי' כל העומד לישבר כשבור ה"ה הכא לא אמרי' כשרוף דמי והוי ספק מגורשת ואע"ג דאין לו דמים דמה"ט המשבר פטור בגט לא בעינן דמים שהרי כתבו על אסורי הנאה כשר וכיון דמספקא לן אי אזלינן בתר בסוף או בתר מעיקרא ה"ל ספק מגורשת:

והא דאתי עלה הרמב"ן מטעם אויר דליקה ותיפוק לי' שאינו משתמר וכבר כתבנו דלאו דוקא משתמר מבני אדם בעינן אלא מכל אחריות היינו משום דכשם דאמרי' באויר שע"פ הגג דחשיב חצר המשתמר אע"ג דאתי זיקא ושדי לי' ומשום דיכולה לתפוס הגט בידה וכמ"ש לעיל בשיטת רש"י ה"נ בדליקה יכולה לתפוס הגט בידה קודם שיפול לדליקה וחשיב לי' חצר המשתמר אלא כיון דלא תפסה אותו בידי' קודם שנשרף ואזלינן בתר מעיקרא ולשיטת הרמב"ן אינו גט ועמ"ש בס' קצה"ח סימן שפ"ו סעיף ד':

סעיף ו

ס"ק ו

וכגון שנמחק לאחר שהתחיל לירד בפ' הזורק לא שנו אלא שנמחק דרך ירידה אבל נמחק דרך עלי' לא מ"ט מעיקרא לא למינח קאי. וכתבו תוס' ז"ל לא דמי להא דבעי רבא בפ"ק דמציעא זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר מהו אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי או לא דהכא דבדרך עלי' אינו דומה כל כך שיהא עומד לנוח א"נ התם בבית מקורה דומה יותר עומד לנוח עכ"ל ובחי' הרשב"א כתב דשאני דרך עלי' דמיכבד טפי שהוא מתרחק מן ההנחה שהולך כלפי מעלה אבל התם לא מיירי כדרך עלי' ע"ש:

ולענ"ד נראה טעמא דמש"ה לא מהני דרך עלי' דכל דרך עלי' ה"ל הגבהה וכמבואר בח"מ סימן רס"ט והוא מדברי תוס' והרא"ש והמרדכי פ"ק דמציעא ע"ש דכל שמוגבה מכחו דרך עלי' ה"ל הגבהה אע"ג דלא נקיט לי' בידי' וכדאמרי' פ' שילוח הקן זיל וטרף אקינא כי היכא דלגבינהו ולקנינהו אבל דרך ירידה לאו הגבהה היא כדמוכח פ' הגוזל דף צ"ח בההו' דאדיי אדויי ע"ש וכיון דדרך עלי' ה"ל הגבהה קונה בכל מקום אפי' ברשות מוכר א"כ כל שמגביהו ה"ל כאילו הוא בידו ממש משה"ה לא מהני נמחק או נשרף דרך עלי' דנהי דה"ל חצירה אפי' דרך עלי' דהא מ"מ אויר חצירה הוא כיון דה"ל הגבהה הרי הוא כאילו עדיין בידו הוא דכל הגבהה כידו ממש הוא ולכך קונה אפי' ברשות מוכר וא"כ ה"ל כאילו נקטו בעל בידו כיון דמוגבה מכחו ואילו נקט לי' בעל בידו לא מהני אפי' בחצירה לכך כל דרך עלי' לא הוי גט דה"ל כאילו הוא עדיין בידו ממש עד דאזיל לי'

דרך ירידה דאז כלתה לה הגבהת הבעל דדרך ירידה לאו הגבהה היא וקנתה לה חצירה ודו"ק היטב ועמ"ש בס' קצוה"ח סימן ער"ג סק"ד:
וז"ל רש"י אינה מגורשת דדרך סילוקו לא מקרי נתינה אלא דרך הנחתה לבא לרשותה עכ"ל ואפשר שכיון למ"ש דכל דרך עלי' לא מקרי נתינה כיון דה"ל הגבהה וקונה בכל מקום ואפי' ברשות מוכר א"כ עדיין לא יצא מרשות הבעל וה"ל כאלו עדיין בידו ולא מהני חצרה כיון שהוא ביד הבעל ודו"ק:

סעיף ח

ס"ק ז

ויצא חוץ לרשותה אינה מגורשת וכתב הרה"מ פ"ה מה' גירושין ואע"ג דגבי ממון זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר הוא בעי' דלא אפשיטא. לענין גיטין בעינן דוקא אויר שסופו לנוח ע"כל וב"ש כתב עליו דלא הי' צריך לזה דהא כתב הרמב"ם פ"ד ממעשה הקרבנות אויר שאין סופו לנוח אינו כמונח וכתב שם הכ"מ משום דבזבחי' פ"ב בעיא דאפשיטא היא ע"ש דף כ"ה את"ל לאו כמונח דמי אויר שסופו לנוח מהו והרמב"ם ס"ל כשיטת הגאונים דכל את"ל בעיא דאפשיטא הוא וא"כ להרמב"ם אינה מגורשת אפי' בספק אבל בטור מ"ש אינה מגורשת יש לפרש אינה מגורשת בודאי אבל היא ספק מגורשת ע"ש וכ"כ בס' ברכת הזבח פ"ב דזבחי' ע"ש שהניח בקושיא דברי הרא"ש והטור שכתבו באויר שאין סופו לנוח דה"ל ספק מגורשת דהא בזבחי' אפשיטא דלאו כמונח דמי ע"ש שהניח בצ"ע. והמעיין שם בזבחים דף כ"ה יראה דהתם מלתא אחריתא היא דגרסימן התם השוחט צריך שיתן ורידין לתוך הכלי אתמר נמי אמר ר' יוחנן ורידין צריך שיראו אויר הכלי בעא מיני' ר' אסי מרבי יוחנן הי' מקבל ונפתחו שירי המזרק עד שלא הגיע הדם לאויר מהו אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי או לא וז"ל רש"י עד שלא הגיע הדם לאויר המזרק לבית דופני המזרק בעוד הדם למעלה מהן מיהו על כנגד אוירו הן דהא ורידין רואין אויר כלי אויר שאין סופו לנוח כגון האי שעתידין שוליו ליפול עד שלא יגיע הדם לתוכו כמונח דמי וה"ל כמי שנתקבל ונשפך וכשר לאסופי או לאו כמונח דמי וה"ל כמי שנשפך מן הצואר לרצפה דפסול וכשהגיע הדם לאויר דופנותיו עד שלא נפחת' שוליו לא מיבעי' ליה דמשנכנס לתוכו הוי קבלה עכ"ל רש"י. ומבואר מזה דהתם לא איבעי' לי' אלא היכא שעדיין לא הגיע לתוך מחיצות הכלי אלא למעלה באויר שכנגד תוכו של הכלי אבל אם הגיע לתוך אוירו של כלי אע"ג שנפחתו שוליו והי' ראוי שיפחתו שוליו אפ"ה משנכנס לתוכו ה"ל קבלה אלמא תוך אויר כלי הוי כמונח אע"ג שלא היה סופו לנוח ואלו הכא הגיע לאויר המחיצות תוך המחיצו' וגם

בעיא דרבא גבי זרק ארנקי מיירי נמי דהוא תוך המחיצות ועל כרחך אין למדין דין קנין אויר חצר מההי' דזבחים דהתם לענין קבלה בכלי מקרי קבלה כשהוא בתוך המחיצות משא"כ הכא וזה ברור. וכן מוכח מהא דבעי שם אויר שסופו לנוח מהו ופשיט לי' מזרק אי אתה מודה במזרק שאי אפשר בלא זינוק ופירש"י צא ולמד מקבלת דם אי אתה מודה במזרק שאי אפש' בלא זינוק כששוחט על אויר הכלי ואין הדם שותת במקומו אלא מקלח לרוחב הכלי עד להלן ואי אויר שסופו לנוח לאו כמונח נמצא כשהוא יורד לכלי מן האויר הוא בא ולא מן הפר והתורה אמרה דם מהפר קבלהו עכ"ל ואכתי תקשי הא אי אפשר לזינוק שלא יהי' מעט דרך עליה כדרך הזינוק ועיין בחולין דף ל"ז וכל דרך עלי' לאו כמונח דמי לפמ"ש תוס' והרשב"א הבאתי דבריהם לעיל גבי נמחק דרך עלי' אויר שסופו לנוח כמונח דמי דבדרך עלי' אינו עומד כל כך לנוח וא"כ לא הוי דם מהפר כשזינקה מעט דרך עלי' ויורד אח"כ לכלי אע"כ צריך לומר כמ"ש דאין למדין דרכי קנין מהך דזבחים לענין קבלה בכלי וכמ"ש. ומ"ש הב"ש טעמא דהרמב"ם משום דה"ל אויר שאין סופו לנוח לענ"ד אי אפשר לומר כן מדכתב הרמב"ם וכן בש"ע כאן אע"פ שהוא בתוך ג' טפחים סמוך לקרקע כיון שלא היה סופו לנוח ברשותה ע"ש וכיון דכל פחות משלשה כלבוד דמי תו לא בעינין בי' סופו לנוח כדמוכח מהא דפריך והא לא מינטר ופי' רש"י וה"ל אויר שאין סופו לנוח ומשני אבימי בפחות מג' סמוך לגג מבואר מזה דפחות מג' סמוך לגג ה"ל כאילו מונח ע"ג קרקע ממש ואין לזה דין אויר שסופו לנוח ולכן נראה דטעמא דהרמב"ם בזרק בפתח זה ויצא בפתח אחר הוא משום דמתגלגל לא מהני בגיטין וכמ"ש הרשב"א גבי היתה ידה עשויה קטפרס דאפי' נפל על ידה אינה מגורשת וכתב שם אע"ג דגבי ממון מהני מתגלגל וכדאי' פ"ק דמציעא אבל גבי גט לא מהני משום דבעינן נתינה גמורה ע"ש וא"כ ה"נ בזרק בפתח זה ויצא בפתח אחר לא עדיף מתגלגל כדאמרי' פ"ק דמציעא דף י"ב ומש"ה לא מהני אפי' תוך ג' דהוי כקרקע ומשום דבגיטין בעינן נתינה גמורה ואפי' מתגלגל תוך ידה לא מהני וא"כ אפי' לדעת הטור דס"ל באויר שאין סופו לנוח ספיקא הוא בגיטין מודה דכה"ג דזרק בפתח זה ויצא בפתח אחר דלא מהני משום דלא גרע ממתגלגל דאינה מגורשת דבגיטין בעינן נתינה גמורה וזה ברור לענ"ד ודוק

סעיף ט

ס"ק ח

ואין לה שולים לשיטת הרמב"ם אין לה שולים לפנימית ולשיט' תוס' והרא"ש אין לה שולים לחיצונה. וכתב ב"ש ז"ל וע"כ איירי בקרקע שלה הוא עומד וכמ"ש הר"ן דאל"כ

קשה הא קי"ל כלי אינו קונה אפי' בסמטא ונשמע מכאן כליו של לוקח בתוך כלי של מוכר ועומד ע"ג קרקע של לוקח אינו קונה דאל"כ למה ליה לאוקמי בקופה שאין לה שוליים עכ"ל. ודברי ב"ש נראין תמוהין במ"ש בפשיטות דכליו של לוקח אינו קונה אפי' בסימטא והרי מבואר להדיא פ' הספינה דף פ"ה דבסימטא כיון שיש לו רשות ללוקח להניח שם כליו קונין לו כליו וכן מבואר בש"ע ח"מ סימן ר' סעיף ט' והוא דעת הרמב"ם ואפי' לדעת הרא"ש פ' הספינה דבסימטא אינו קונה אא"כ מדד או אמר ליה זיל קני וכן דעת הטור היינו מטעמא דכתב שם הרא"ש דכל זמן שלא מדד המוכר אין דעת המוכר שיקנה לו ללוקח הכלי עד שיאמר לו בפי' זיל קני או שימדוד ע"ש וכאן גבי גט לא שייך מדיד' ועוד כיון שאמר לה בע"פ הרי את מותרת לכל אדם ובו תהי' מגורשת ממני הרי אומר לה זיל קני וזה פשוט וברור. ומ"ש הב"ש בשם הר"ן דמיירי בעומד בקרקע שלה היינו משום דסימטא נמי קרקע שלה מקרי כיון דיש לה רשות להניח שם כלי' ותדע דהא הר"ן כתב כן בשם הרמב"ן ובחידושי הרמב"ן כתב להדיא דמיירי בעומד בסימטא ע"ש א"כ ע"כ לא אתי הר"ן אלא לאפוקי רשות הרבים אבל סימטא מקרי נמי קרקע שלה כיון שיש לה רשות להניח שם כליו וכמ"ש ומ"ש הב"ש מדין כליו של לוקח בתוך כליו של מוכר ועומד על גבי קרקע של לוקח דאינו קונה לפענ"ד נראה דדבר זה תלוי באשלי רברבי הרמב"ם והרא"ש ז"ל דלדעת הרמב"ם הא דכליו של לוקח ברשות מוכר וכליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה לוקח לאו משום ספיקא היא אלא משום דדינא הכי הוא דבעינן תרתי כליו של לוקח וברשות לוקח. ולדעת הרא"ש ושאר פוסקים הא דכליו של לוקח ברשות מוכר וכן כליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה לוקח היינו משום ספיקא שמא הרשות מבטל הכל או שמא הכלי מבטל הרשות ומש"ה כתב הטור ח"מ סימן ר' דאי אתרמי תרוייהו בחד לוקח וחד מוכר חדא כליו של לוקח ברשות מוכר וחדא כליו של מוכר ברשו' לוקח קנה חד מינייהו ממ"נ אלא דיד מוכר על העליונ' ליתן לו איזה שירצה ועל השני הוי המוציא מחבירו כו' ע"ש. וא"כ השתא ומה תרי זביני מצי לוקח לאתויי עלי' ממ"נ וקנה חד מינייהו כ"ש היכא דאיכא בחד זביני כליו של לוקח ברשות מוכר וכליו של מוכר ברשות לוקח כי הכא דכליו של לוקח בכליו של מוכר ברשות לוקח דקנה לוקח האי זבינא ממ"נ דאי הרשות מבטל הכלי הרי הם ברשות של לוקח וקונה לו רשותו ואי כלי מבטל הרשות הרי הם בכליו של לוקח וקונה לו כליו אבל לשיטת הרמב"ם דלא מספיקא הוא אלא משום דתרוויהו בעינן ואי ליכא חדא מעכב הקנין ואי אתרמי תרי זביני חד כליו של לוקח ברשות מוכר וחד כליו של מוכר ברשות

לוקח לא קני כלל ולא מפיק מיני' דמוכר מידי דכל אחד מעכב הרשות וגם הכלי וא"כ ה"ה בחד זביני כה"ג נמי לא קני ועמ"ש בס' קצה"ח סימן ר' סק"ו:

סעיף יא

ס"ק ט

השאיל לה הבעל מקום בחצירו. ז"ל הרמב"ם השאיל לה הבעל מקום בחצירו ולא ייחדו לה וזרק לה גט והגיע לארבע אמות שלה שהיא עומדת בהן הרי זו מגורשת נתגלגל ונפל על גבי קורה או ע"ג סלע רחוק ממנה אם המקום שנפל עליו אין בו ד' אמות על ד' אמות כו' הרי אם לא חלק רשות לעצמו עכ"ל. וכתב הה"מ ז"ל בפירושו הראשון שאם זרקו לה ברחוק ד' אמות שהיא עומדת בהן לא נתגרשה ומה שאמר שאם המקום שנפל עליו אין בו ד' אמות על ד' אמות כו' הוא שבתחלתו נח תוך ד"א שהיא עומדת ואח"כ נתגלגל ונח באותו מקום וזהו שכתב רבינו חננאל ונפל כו' לומר שאם בתחלה נח ברחוק ד' אמות אינה מגורשת ויהיה הטעם שלו מפני שאע"פ שהשאיל לה מקום בחצירו אינו קונה אלא בקירוב מקום שהיא עומדת בו שהרי בחצר שלה אינו קונה לה הגט אלא בעומדת בצדה כמו שנתבאר ואם נפל ברחוק ממנה נמצא שאותו מקום בלבד מושאל לה ונמצא שאינה עומדת בצד המקום המושאל לה והיאך תתגרש דלא עדיף ודאי מחצירה שאינה מתגרשת אלא בעומדת בצדה או שמא דעתו ז"ל שכל שנפל תוך ד' אמות שהיא עומדת בהן מגורשת אע"פ שנפל במקום שיש בו ד' על ד' או גבו' עשרה ולא אמרו שאינה מגורשת במקום כזה אלא ברחוק ממנה וזה שכתב רבינו או ע"ג סלע רחוק ממנה לומר שאם היה קרוב לה בכל גווני מגורשת כו' ומ"מ נראה שכונתו היתה למ"ש תחלה עכ"ל. ומדברי הר"ן נראה שמפרש כפירוש השני של הרב המגיד אלא שכתב עלה בצ"ע מנין לו זה. ולכן נראה לענ"ד עיקר כלשון הראשון של הה"מ אלא שדבריו צריכין ביאור וצריך לומר דכל שמשאיל מקום בחצירו אינה קונה בחצר אלא מקום הגט לחודי' וכל החצר שסביבותיו אינו נקנה לה ולכך אם הגט מונח ברחוק ממנה כיון דרחוק מן הגט ד' אמות נהי דקנתה מקום הגט ושם במקום שהוא מונח הוא חצירה הרי אינה עומדת בצדה ולא קני אבל נפל הגט תוך ד' אמות שלה כיון דמקום שנפל הגט הוא חצירה ה"ל עומדת בצדה דהא קרוב הוא לה תוך ד' אמות ולכך קני והיכא דנפל אפיסלא שיש בו אחד מג' דברים שחולקת רשות בפני עצמה וזה לא הקנהו לה אפי' נח בו הגט ומש"ה אפי' נפל תוך ד' אמות שלה ונתגלגל ונפל ע"ג קורה או ע"ג סלע לא מהני כיון דנתגלגל מתוך ידה לא מהני בגיטין כמ"ש הרשב"א בחידושיו פ' הזורק גבי עשאה ידה כקטפרס ומשום דבעינן נתינה מעלייתא וכן פסק הרמב"ם וש"ע

סעיף ט"ו ומש"ה אפי' נח בתחלה תוך ד"א שלה כיון דנתגלגל לחוץ לרשותה לא עדיף מידה שנתגלגל מתוכה דלא מהני אלא היכא דנפל הגט תוך ד"א שלה ונתגלגל ברחוק על פיסלא שאין בו א' משלשה דרכים שחולקת רשות לעצמה ה"ז מגורשת כיון דהשאיל לה מקום לקנות הגט כל היכא שהגט יורד ומתגלגל שלה הוא ונמצא שהתחיל מקום חצירה בקרוב לה תוך ד' אמות ונמשך לה החצר עד מקום שנח הגט וכיון דהשאיל לה מקום לגט הרי הוא עומדת בצדה כיון דחצרה מתחלת תוך ד' אמות שלה ונמשכה להלן ואנן לא בעינן גבי חצר דידה רק שתהא עומדת בצדה ר"ל בצד החצר אף שהגט מונח להלאה ברחוק מקום רק שיהא מונח באותה חצר ולא בעי' שתהא עומדת בצד הגט אלא בצד חצירה וכיון שנח קרוב לה ונתגלגל אח"כ עד הפיסלא כל אותו המקום הוא שלה והרי היא עומדת בצד חצירה ודו"ק. וב"ש כתב על דברי הרה"מ וז"ל ופי' זה תמוה דאם נח תוך ד' אמות שלה מיד היא מגורשת ומה לי שנתגלגל אח"כ וכן הקשה הש"ך עכ"ל ולפי מ"ש ביאור הדברים לא קשה מידי. אך קשה דכאן משמע מדברי הרה"מ דעומד בצדו היינו בקירוב ד' אמות לחצירה ופי"ז מגזילה כתב הרה"מ דעומד בצדו היינו בתוכו ולא בצדו וכ"כ הרמ"א בח"מ סימן ר' ע"ש. וכאן בדין חצר לא הביאו וצ"ע ועיין פ' הזורק דף ע"ט דקאמר ואלא בגג דידי' וחצר דידה רישא בגג דידה וחצר דידי' וכו' אלא לאו דאושלה מקום דחד מקום מושלי אינשי תרי מקומות לא מושלי אינשי ע"ש. ועיין לעיל דף ע"ח בתוס' ד"ה ותתגרש מאוירא שכתבו דד' אמות קונות אפי' לא מינטר אי משום דכל תוך ד"א חשיב מינטר אי משום דלא בעי' מינטר גבי ד"א והא דפריך בגמ' והא לא מינטר ולא משני דאיירי דעומדת תוך ד"א של הגט משום דעומדת על הגג מיירי אפילו חוץ לד"א ע"ש ולפי מ"ש הרה"מ דגבי אושלה מקום צריכה לעמוד תוך ד' אמות של הגט כדי לקנותו מפני שאין נקנה לה אלא מקום הגט ואי לא קאי גבי' ליכא עומד בצדו א"כ הדרי' קושית התוס' לדוכתה דמאי פריך והא לא מינטר לישני ליה דתוך ד"א לא בעי' דמינטר ואפשר דמשום הכי לא משני ליה דמיירי תוך ד"א כי היכי דלא תפשוט בעיא דר' אלעזר ארבע אמות שאמרו יש להם אויר או לא דהא במתני' תנן כיון שהגיע לאויר הגג מגורשת (הגהה צ"ע דלתירוץ ראשון של תוס' כל ד' אמות ה"ל מינטר אלא דאיבעי' ליה לר' אלעזר אע"ג דמינטר כיון דד"א רבנן הוא דתקינו ליה אין להן אויר ולא דמיא לחצר שהוא שלו לגמרי' דיש לו אויר ע"ש היטב א"כ אי הוי משני דעומדת תוך ד"א של הגט לא איפשיטא איבעי' דידי' דהא איהו מושיל לה מקום הגט וה"ל חצר דידה ממש ופשיטא דאית לה אויר ומה דבעינן שתעמוד תוך ד"א של הגט הוא רק כדי שתהא עומדת בצד החצר אבל הקנין אינו קנין ד' אמות שתקנו חכמים רק קנין חצירה ויש

לה אויר אמנם לתירוץ ר"י שבתוס' שם פשיטא דקושיא מעיקרא ליתי' דאיהו מפרש איבעי' דר"א לאידך גיסא דאף תוך ד"א אפשר דלא מינטר ובחצר דידה כה"ג ודאי לא קני אלא דאיבעי' לי' לר"א בקנין ד"א דתיקנו ליה רבנן שיהיו שלו אע"פ שבאמת אינן שלו אפשר דה"נ תקנו שיקנו לו אע"ג דלא מינטר ע"ש א"כ באויר הגג דאמרינן דהוי חצר דידה ממש דאיהו מושיל לה מקום הגט ולא משום תקנת חכמים הוא פשיטא דהיכא דלא מינטר לא קני' ואפי' תוך ד"א ושפיר פריך הש"ס והא לא מינטר ולפ"ז צריך לומר דס"ל להרה"מ כשיטת הר"י ואתי שפיר ודוק היטב). והנה לפמ"ש הרה"מ דלא קנתה בחצר רק מקום הגט צריך לומר דכי נפל הגט באויר החצר קנתה גם גוף הקרקע שכנגד הגט דבמתני' תנן כיון שיצא ממחיצת הגג הרי זו מגורשת אע"פ שנשרף או נמחק ואי ס"ד דלא קנה קרקע היכא מהני אויר החצר הא אפילו היכא דמפסק כלי לא מהני אויר החצר וכדאמרינן פ' השואל דף ק"ב ע"ש כ"ש היכא דקרקע גופה לא קני לה רק אויר החצר לחוד פשיטא דלא קנה אויר אע"כ צ"ל דכיון דאושלה מקום הנחת הגט ניחא ליה שתקנה כל מקומו וכי נח באויר החצר שתקנה גם בקרקע שתחת הגט ולכך ממילא גם אויר החצר קונה:

סעיף יג

ס"ק י

היה קרוב לה כדי שתשוח ותטלנו בפ' הזורק דף ע"ח אמר לי' שמואל לר' יהודא שיננא כדי שתשוח ותטלנו ואת לא תעביד עובדא עד דמטי גיטא לידיה ופירש"י כדי שתשוח ותטלנו הוא דהוי קורבה דמתני' וכתבו תוס' דהיינו דוקא ברשות הרבים אבל בחצירה אין צריך שיגיע גט לידה ע"ש והנה לכאורה שמואל דלא כמאן דהא בקרוב לה אמר רב ד' אמות ור' יוחנן אמר אם יכולה לשמרו וא"כ שמואל דלא כרב ולא כר' יוחנן. ואפשר דשמואל נמי ס"ל קרוב לה היינו ד' אמות כרב והא דקאמר שעורא כדי שתשוח ותטלנו היינו משום דכדי שתשוח ותטלנו הוא מעט פחות מד' אמות לפי שיעור קומת אדם בינוני ג' אמות וכמ"ש הר"ן שם וצריך שיהיה הגט מונח בפחות מד' אמות משום דבעינן עומד בצדו וכבר פסק רמ"א בח"מ סימן ר' דעומד בצדו היינו בתוכו ולא חוצה לו והוא מדברי הרה"מ פי"ז מגזילה ולכך צריכה שתעמוד תוך ד' אמות שהוא צירה ומש"ה צריך קירבה בכדי שתהא עומדת תוך ד' אמות שהוא תוך קצירה וק"ל:

סעיף יד

ס"ק יא

אין להתירה לעלמא עד שיגיע גט לידה שם פרק הזורק אהא דאמר ליה שמואל לרב יהודא את לא תעביד עובדא עד דמטי גיטא לידה א"ל רב מרדכי לרב אשי הוי עובדא הכי ואצרכה חליצה וכבר כתבתי בשם תוספו' דדוקא ברה"ר אבל בחצירה אין צריך שיגיע גט לידה כדאמרינן לעיל תיזל ותיחוד ותפתח ע"ש. ובחידושי הרמב"ן כתב בשם רבינו חננאל דאפילו זרקו לחצירה לא משתריא אלא עד דמטי גיטא לידה ורבא דאמר לעיל תיזל ותיחוד ותפתח שמא לפוסלה על האחין שיהיו כופין אותו לחלוץ עכ"ל ונראה דהתוס' לשיטתייהו שפיר הוכיחו דבחצירה משתריא לעלמא אע"פ שלא הגיע גט לידה דאיתא בשטה מקובצת פ"ק דב"מ דף י"ב גבי מגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב במזונותי' ומציאתה שלה ע"ש שהביא בשם הרמ"ך ז"ל וקרוב לומר שאם נשבית אינו חיוב לפדותה כיון שהיא ספק מגורשת אין אני קורא בה ואהדרינך לי לאנתו וה"ה שאינו אוכל פירות כיון שנתן לה גט ואפשר לומר כיון שאינה מגורשת ודאי עדיין אשתו היא לכל דבר חוץ ממציאתה עכ"ל וכבר כתבנו לעיל סימן ע"ח סק"א שכן היא דעת התוס' דכל שאינה מגורשת גירושין גמורין יש לבעל פירות ע"ש שהוכחנו כן בראיה ברורה מדכתבו גבי ג' גיטין דיש לבעל פירות כיון דלכתחלה לא תנשא אע"ג דאם נשאת לא תצא כ"ש במגורשת ואינה מגורשת דאפילו אם נשאת תצא וע"ש ושם בריש פרק הזורק גבי הא דאמר רבא תיזל ותיחוד ותפתח אי' א"ל רב עילש לרבא מה שקנתה אשה קנה בעלה כו' הדר אמר רבא ל"ש ארוסה ל"ש נשואה גיטה וחצירה באין כאחד ואי נימא כדעת ר"ח דבחצירה לא משתריא לאלמא אלא לפוסלה על האחין אם כן גם לאחר שבא הגט לחצירה עדיין משועבד לבעל לפירות וא"כ היכי קאמר רבא עלה גיטה וחצירה באין כאחד כיון דעדיין הבעל אוכל פירות אלא ע"כ דבחצירה משתריא לעלמא ומגורשת גמורה היא ושפיר קאמר רבא עלה גיטה וחצירה באין כאחד אמנם לשיטת רבינו חננאל דמפרש תיזל ותיחוד ותפתח היינו לפוסלה על האחין אפשר דס"ל כמ"ש הרמ"ך בתחלתו דכיון דאין אני קורא בה ואהדרינך לי לאינתו אין אוכל פירות ואינו חייב בפרקונה א"כ שפיר קאמר גיטה וחצירה באין כאחד ודוק. ואפשר לפרש בזה מה שפירש"י גבי ותיזל ותיחוד ותפתח שתקנה הגט בתורת אגב ע"ש. והוא לכאורה תמוה אמאי לא פירש בתורת חצר וכן פירשו באמת הרשב"א והר"ן ז"ל ע"ש אך לפמ"ש יש לומר דס"ל לרש"י כמ"ש ר"ח שקבלנו מרבותינו דע"י חצר לא עבדי' עובדא עד דמטי גיטא לידה דכיון דע"י קרוב לה שהוא כחצירה לא עבדי' עובדא משום גזירה שמא

יאמרו על קרוב לו שהוא קרוב מה"ט גזרו אפי' בחצירה ממש שלא תתגרש ע"י קרוב לה עד שיגיע לידה וחדא גזירה דכולהו משום קנין חצר נינהו לכך לא ניחא לי' לרש"י לפרש בתורת חצר דלא ניחא לי' למימר דלפוסלה על האחין לחוד קאמר. אי נמי דס"ל דמגורשת ואינה מגורש' יש לו פירות ותו לא שייך גיטה וחצירה באין כאחד וכדפרישת לכך פירש"י משום אגב כיון שהוא קנין אחר לא שייך גבי הך גזירה דקרוב לה ומגורשת גמורה ומותרת לעלמא כאלו בא לידה ממש ודו"ק:

סעיף יח

ס"ק יב

וכן אם נתן הגט בחצירו ומכר לה החצר ר"פ הזורק ליקני' ניהלה להההוא דוכתא דיתיב בי' גיטא ותיזל איהי ותיחוד ותפתח ותחזיק בי' וכתבו שם בתו' ז"ל ולא הוי כמו טלי גיטך מע"ג קרקע דכיון שהגט בא מרשות הבעל לרשותה ה"ל כאלו נתנו לה עכ"ל. ואינו מובן דמה בכך שבא מרשותו לרשותה הא אפי' הגט מונח על יד הבעל ואמר לה טלי גיטך מידי נמי לא מהני וכמבואר לעיל סימן קל"ח סעיף א' וכן הקשה בחי' פני יושוע והניח דברי תוס' אלו בצ"ע ע"ש. ונראה ביאור דבריהם דודאי טלי גיטך מע"ג קרקע או אפי' מע"ג ידי לא מהני משום דבעי' ונתן בידה שיהי' הוא או שלוחו הנותן וכל שאינו מסייע בנתינה אלא היא מעצמה לוקחת מיד הבעל לא מהני אמנם כאן גבי חצר אין האשה לוקחת כלים אלא חצירה הוא שזוכה לה וחצר זה הי' עד עכשיו שלוחו של הבעל ועכשיו בקנין זה נעשה חצר שלה וזוכה לה וה"ל כאילו שלוחו של הבעל נתנו בחצרה דבא הגט המונח בחצרו מרשות הבעל שהוא שלוחו לחצר האשה שהיא כידה וכשנעשה מחצר הבעל חצר דאשה ה"ל כאילו נותן חצר לחצר ומקבל חצרה שהיא כידה מחצירו שהוא שלוחו וכן נראה מלשון הרמב"ן בחידושיו שם גבי תיזל ותיחיד ותפתח ע"ש דמפרש לה שהוא מונח בבית שליח ולפיכך אמרי' שיקנ' בעה"ב שהוא שליח להולכה חצירו לאשה זו ותתגרש כמיד הבעל כדאמרי' קנאתו ומתגרשת בו דודאי חצרו של שליח כידו היא עכ"ל וא"כ מה שמקבל רשות מרשות הוי לי' כאלו שלוחו נותן לידה או ליד שלוחה ומש"ה דוקא בחצר דבעל מהני זכי' אבל בחצרי הבאה לאחר מיכן כגון שהי' הגט מונח בחצר דאחרים ולא הי' שליח הבעל לא מהני הקנאת החצר דאכתי טלי גיטך מע"ג הקרקע הוא. אך קשה לפ"מ דמסקי' פ"ק דמציעא דף י"ב דחצר דגברא משום שליחות אתרבאי וחצר דאשה משום ידה וא"כ חצר דבעל לא הוי אלא שליח דבעל והרי לא חזרה שליחות אצל הבעל כדפריך פ"ב דגיטין גבי האשה עצמה מביאה את גיטה ומוקמינין לה באומר לה הוי את שליח להולכה עד דמטית להתם וכי מטית

להתם הוי שליח לקבלה ופריך עלה והא לא חזרה שליחות אצל הבעל ופירש"י שליח לא מקרי אלא המשתלח מזה לזה שראוי לחזור אצל שולחו ולומר עשיתי שליחות לחבירך וזה אינה ראוי לחזור אצל שולח' שהרי לא נשתלחה אלא לעצמה ואח"כ נעשית היא בעל מעשה ובטל השליחות קודם שתחזור ע"ש וה"נ החצר דבעל שהי' שליח הבעל נעשה יד דאשה והיא בעל המעשה. ואפשר לחלק ולומר דדוקא היכא דנעשה משליח להולכה שליח לקבלה כההיא דר"פ התקבל וכן היכא דשליח נעשה בעל המעשה כההיא דפ"ב דגיטין דכיון דשליח זה נשתלח אל עצמו לא חזרה שליחות לבעלים כיון דהשליח הוא עתה בעל המעשה או שהוא באמת בע"ד כהאי דפ"ב דגיטין שהיא בעצמה האשה המתגרשת או שהוא שליח של האשה ושלוחו של אדם כמותו והרי הוא עתה בעל המעשה אבל גבי חצר אין החצר נעשה עתה בעל המעשה כיון דחצר דאשה משום ידה אתרבאי ונעשה החצר כיד אריכתא של האשה והאשה היא בעלת המעשה שמקבלת ע"י יד ארוכה לכך שפיר יכול ליעשות החצר שהיא שלוחו של בעל יד האשה והרי בא הגט משולחו ליד האשה משא"כ בשליח הולכה שנעשה שליח קבלה כיון דשליח קבלה אינו כיד האשה אלא שלוחה אלא ששליחה כמותה ועומד במקומה והרי הוא עתה הבעל המעשה וכאלו נשתלח לעצמו לכך לא מקרי שליחות אבל חצר שנעשה יד דאשה ה"ל האשה בעלת המעשה אלא שמקבלת ע"י יד אריכתא ושפיר הוי שליחות מן הבעל ליד האשה ודו"ק ועיין פ"ב דגיטין דף כ"א בהא דאמר רבא כתב לה גט ונתנו ביד עבדו וכתב לה שטר מתנה קנאתו ומתגרשת בע"כ כו' אמר לי' אביו מכדי חצר מהיכא אתרבאי מידה מה ידה דאיתא בין מדעתה בין בע"כ והא מתנה מדעתה איתא כו' מתקיף לה רב שימי בר אשי והא שליחות דמדעתה איתא בע"כ ליתא ואביי אטו שליחות מידה אתרבאי מושלחה אתרבאי. והקשו בתוס' ד"ה אטו שליחות וז"ל וא"ת דבפ"ק דמציעא אמרי' חצר משום יד אתרבי ולא גרע משליחות כו' א"כ הכא דכתב לה שטר מתנה עליו אע"ג דלא הוי דומי' דידה כיון דמתנה ליתא בע"כ תתגרש מכח שליחות ע"ש. ולפמ"ש ניחא דמתורת שליחות לא תוכל להתגרש דא"כ ה"ל כמו שליח להולכה שנעשה שליח לקבלה דאיבעי' לן ר"פ התקבל ומשום דלא חזרה שליחות לבעלי' דהא דמהני כשמקנה לה חצרו ולא הוי טלי גיטך מע"ג קרקע היינו משום דחצר דאשה משום יד אתרבי וה"ל כאלו בא משליח הבעל ליד האשה דחצרה ה"ל יד אריכתא וה"ל גוף אחר בעל המעשה וכדכתיבנא אבל אם נעשה עתה שליח של האשה ה"ל כאלו נשתלח לעצמו והיא עתה בעצמו בעל המעשה ולא חזרה שליחות לבעלי' ולא מהני לכך שפיר קאמר דמטעם יד לא מהני כיון דמתנה ליתא בע"כ ומתורת שליחות כה"ג בלא"ה לא מהני דה"ל כמו שליח

להולכה שנעשה שליח לקבלה ודו"ק ואכתי צ"ע בדברי התוס' שכתבו כיון שהגט בא מרשות הבעל לרשותו. ועיין במרדכי ר"פ הזורק גבי הא דאמר תיזל איהי ותיחוד ותפתח שהקשה ג"כ דהא ה"ל טלי גיטך מע"ג קרקע וכתב וז"ל ומיהו הא לא קשי' כיון דגיטה וחצירה באין כאחד ה"ל כאלו זרקו לתוך חצירה עכ"ל וגם אלה דברים סתומי' ונראה כוונתו דמה דלא מהני טלי גיטך מע"ג קרקע היינו משום דקבלתה לא בא מכח נתינת הבעל אלא מעצמ' היא נוטלת אבל הכא קבלתה בא לה מכח הבעל דהא קבלתה ע"י חצירה ולא נעשה חצירה אלא ע"י בעלה במה שנתן לה החצר שנעשה ידה לקבל הגט א"כ ה"ל מסייע בקבלתה וכל שמסייע בקבלתה ה"ל ונתן אבל חצרה הבאה לאחר מיכן כגון שקנאתו מאחר ולא באה לה מכח הבעל ה"ל טלי גיטך מע"ג קרקע. ונראה דזו היא שיטת רש"י ז"ל פ"ב דגיטין דף כ"א גבי כתב לה גט ונתנו ביד עבדו וכתב לה שטר מתנה עליו קנאתו ומיגרשא בי' ופירש"י דה"ל האי עבד כחצירה וגיטה באין לה כאחד עכ"ל ואחר זה גבי חצר הבאה לה לאחר מיכן פירש"י ז"ל וכי אתי לה האי חצר לידה לאו מכח הבעל אתי לה דנהוי נותן לה החצר והגט ביחד עכ"ל ונשמע מזה דחצר דבעל כשקנאתו ומתגרשת בו ה"ל מקבלת מכח הבעל כיון שנותן לה החצר והגט ביחד ומה שבא לה החצר מכח הבעל ה"ל כמו נתינת הגט וכאילו הוא זרק לחצירה דמסייע לה בקבלתה. ואיכא למידק לפ"ז חצרה הבאה לה לאחר מיכן אמאי לא מהני דהא ר"פ הזורק פריך חצרה מה שקנתה אשה קנה בעלה ומסיק דגיטה וחצירה באין כאחד א"כ כל החצרות הבאות לה לאחר מיכן הרי הן משועבדות לבעל לפירות וע"כ צריכין אנו לומר דגיטה וחצירה באין כאחד וכל היכא דבאי כאחד תו לא הוי טלי גיטך מע"ג קרקע. ואפשר כיון דמשכחת חצרה בלאו טעמא דגיטה וידה באין כאחד כגון שכתב לה בעלה דו"ד אין לי בנכסייך וכדמשני עלה ר"פ הזורק ובכה"ג חצר הבאה לאחר מיכן ודאי דהוי טלי גיטך מע"ג קרקע מש"ה גזרו על כל חצר הבאה לאחר מיכן אפי' היכא דאית לי' לבעל פירות. ולכאורה יש לדקדק בהא דאמר רבא פ' הזורק דף ע"ח טלי גיטך מע"ג קרקע לא מהני והא רבא דאמר ר"פ הזורק בהא דפריך חצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה אמר רבא אטו יד דאשה לא קני לי' לבעל אלא גיטה וידה באין כאחד ה"נ גיטה וחצירה באין כאחד וא"כ היכי משכחת לי' לדידי' גיטך מע"ג קרקע דהא יד דאשה קא קניא לי' לבעל ואינו אלא משום גיטה וידה באין כאחד והיכא דבאין כא' תו הוי טלי גיטך מע"ג קרקע לפי מ"ש המרדכי מיהו לפי המסקנא שם ניחא דאמר לי' רבינא לרב אשי רבא יד דאשה קא קשי'. נהי דקני לה למעשי' ידי' ידה גופה מי קא קני לה א"ל רבא יד דעבד קא קשי' לי' כו' וא"כ ביד דאשה לא צריכנא לגיטה וידה באין כאחד ומש"ה שפיר קאמר רבא

דטלי גיטך מע"ג קרקע לא מהני. ולפ"ז ביד דעבד דודאי קשי' לי' דהא קני לי' לרבי' וע"כ צריכנא למימר דגטו וידו באין כאחד א"כ תו לא אכפת לן אם אומר לעבדו טול גט שחרורך מע"ג קרקע והוי שחרו' ואע"ג דילפינן לה לה מאשה לכל מילי מ"מ כיון דגבי עבד גיטו וידו באין כאחד תו לית בי' משום טלי מע"ג קרקע. ובספר מכתב מאליי' שער ו' סימן א' ראיתי שכתב וז"ל אשר ע"כ נראה דהך דינא דטלי גיטך מע"ג קרקע דקאמ' רבא דלאו מידי הוא לא הוי אלא גבי גט אשה דוקא והכי מוכחא סוגיא דפ"ק דגיטין דף ט' גבי מתני' דאחד גיטי נשים ואחד שחרורי עבדים שוים למוליך ומביא כו' דפריך ותו ליכא והא איכא לשמה כו' ולא פריך והא איכא טלי גיטך מע"ג קרקע ע"כ נראה דבדבר זה לא שוו גיטי נשים לשחרורי עבדים וכן מתבאר ג"כ מדברי הרמב"ם פ"ו מהל' עבדים שכתב בששה דברים שוים שחרורי עבדי' לגיטי נשים ובשאר דברים הרי הן כשאר כל השטרות כו' ע"ש אשר מבואר דלענין נטילה מע"ג קרקע שלא מכר מכלל ששה דברים אין שחרור ענין לגט כלל אבל גבי גט אשה שע"י שליח דינה כאשה עצמה ולא מהני טלי גיטך מע"ג קרקע עכ"ל. ולפי מ"ש נראה טעם נכון דטלי גיטך מע"ג קרקע מהני גבי שחרור וכדאמרן כיון דגיטו וידה באין כאחד הוי מהני נטילה מע"ג קרקע כי היכי דבאמת מהני גבי חצר וכדלעיל. אמנם בחידוש' הריטב"א פ"ק דקידושין כ"ג כתב בפשיטות דגבי עבד פסול טלי גיטך מע"ג קרקע וע"ש וזה דלא כמ"ש בס' מכתב מאליי' ומה שהוכיח מהא דתנן א' גיטי נשים ואחד שחרורי עבדי' כו' והא איכא טלי גיטך מע"ג קרקע נראה דלפי מה דמשני התם אהא דפריך והא איכא מחובר ושלא לשמה וקאמר מלתא דאית' בקדושין לא קתני ע"ש תו ליכא לאקשויי והא איכא טלי גיטך כו' דבקידושין נמי אית' לפי מ"ש בסימן ל"ו דהא דמהני בקידושין טלי קידושין מע"ג קרקע היינו דוקא בקידושי כסף דכשר אפי' במחובר דקנין כסף משום הנאה דאית בי' הוא אבל קידושי שטר דיליף מויצאה והיתה בעי' נמי נתינ' ולא מהני טלי שטר קידושין מע"ג קרקע ע"ש ולפמ"ש לעיל סימן קל"ו סעיף ז' טעמא דמחובר פסול משום מחוסר קציצה אע"ג דיכולה לקנות הגט בעודו מחובר מתורת חזקה בלא קציצה דקרקע נקנית בחזקה אלא משום דבמחובר ה"ל טלי גיטך מע"ג קרקע דליכא נתינה ע"ש וא"כ במאי דפריך והא איכא מחובר מיכלל בי' טלי גיטך מע"ג קרקע ובמאי דמשני לי' איפרקא נמי הא וחדא מלתא הוא ודו"ק אמנם לפי מ"ש בשם המרדכי דהיכא דגיטה וחצירה באין כאחד לית בי' משום טלי גיטך מע"ג קרקע וא"כ גבי שחרור כיון דע"כ בעינין גיטו וידו באין כאחד גבי עבד דידו קני לי' וכדאמר רבא לית בי' משום טלי גיטך מע"ג קרקע וכמ"ש כל זה דוקא היכא שהעבד בעצמו מקבל את גיטו דאז אינו צריכין לומר גיטו

וידו באין כא' אבל היכא דאחרי' זוכין בשחרור ומשום דזכין לאדם שלא בפניו אז לא מהני כשאומר להזוכה בשביל העבד טלי שחרור זה מע"ג קרקע דהכא ליכא גיטו וידו באין כאחד ועמ"ש בס' קצוה"ח סימן קכ"ה סק"ד ודו"ק:

ס"ק יג

כיון שקנתה החצר בשטר. ר"פ הזורק פריך מה שקנתה אשה קנה בעלה ומסקינן יד דעבד מי לא קני' לרבי' אלא גיטו וידו באין כאחד ה"נ גיטה וחצירה באין כאחד והיכא דכותב שטר מתנה לאשתו על חצר והניח השטר מתנה והגט בתוכו לכאורה יש לומר דכי היכי דקנתה הגט ע"י גיטה וחצירה באין כאחד ה"נ נקנה השטר מתנה לאשה ומשום דבאין כאחד דהא יד דעבד כולו לרבו ואפ"ה קונה השחרור משהגיע לידו ומשום דבאין כאחד ה"נ שטר המתנה והגט באין כאחד וכאלו הי' מגיע לחצירה. אך לא יתכן לומר כן דא"כ מי שכותב שטר מתנה על ביתו לחבירו והשטר מונח תוך ביתו הכי יעלה על הדעת שיקנ' המקבל מתנה ע"י זה שנאמר שבאין כא' הא ודאי לית' וטעמו של דבר אע"ג דגבי יד עבד נמי הוי כאלו מונח הגט בביתו ואפ"ה קנה. כבר ביארנו בס' קצוה"ח סימן ר' ס"ק דהתם גבי גט ושחרור אינו בתורת זכי' וקני' דהא איתי' בע"כ וקנין בע"כ ליתי' אלא ודאי דגבי גט אשה ועבד לא בעינין אלא נתינה לידה וכל שנתן לידה אע"פ שאינה רוצה לזכות בגט אינו משום זכי' אלא משום נתינה וכן בעבד ומש"ה אמרי' בהו גיטן וידן באין כאחד וכמו שפירש"י ר"פ הזורק עם נתינתו באה לידה והיינו עם נתינתו נעשה ידה וכן בעבד עם נתינת השחרור באה לו יד דכיון דאין צריך זכי' רק נתינה גמורה אמרי' עם הנתינה זכה בידו אבל בשטר מתנה דבעי' שיקנה המקבל מתנה בשטר בתורת זכי' ושיבא השטר לרשותו ממש שיזכה בו בדרך קנין גמור לא שייך למימר ששטרו וחצרו באין כאחד דכל זמן שלא זכה בשטר מתנה וליכא חצר דלא מהני נתינת השטר כמו בגט דסגי בנתינה לחודה אבל הכא זכיית השטר בעי' וכל שלא זכה בשטר ליכא חצר וא"כ אין כאן לא שטר ולא חצר וע"ש. ומה"ט נ"ל דדוקא בגט אשה ושחרור פסקי' כתבו על אסורי הנאה כשר אבל בשאר שטרי הקנאה נראה דלא מהני אם כתבו על אסורי הנאה וראי' דבפ"ק דקדושין לא תני אלא כתבו על החרם אע"פ שאין בו ש"פ דכתבו שם התוס' דף ט' דקמ"ל אע"ג דכתיב ואקח את ספר המקנה ס"ד דבעי ש"פ כו' ע"ש וא"כ לא קאמר אלא דאע"ג דאין בו ש"פ אבל איסורי הנאה לא ומשום דגבי גט דוקא דלא בעי אלא נתינה ולית בי' משום זכי' וכמ"ש מש"ה כתבו על איסורי הנאה נמי אית בי' נתינה אבל שטרי הקנאה דבעי קנין וזכי' בגוף השטר ומשום דכתיב ואקח את ספר המקנה לא מהני באיסורי הנאה דלא שייך בי' זכי' ולא קרינין בי' ואקח את

ספר המקנה ואע"ג דכתב הריב"ש בסימן ת' דבאיסורי הנאה נמי אית בי' משום זכי' ע"ש היינו היכא דמכוין לזכות בו באיסורא אבל מ"מ אסור הוא לזכות בו וא"כ בסתם איסורא לא ניחא לי' למיעבד וכל שאינו רוצה לזכות בו לא קרינין בי' ואקח משא"כ בגט אשה ועבד דלא בעי' ואקח דאיתי' בע"כ ולא בעי' אלא נתינה וניחא לי בזה מ"ש התוס' פ' הזהב דף מ"ז ד"ה קונין בכלי אע"פ שאין בו ש"פ כו' דלא בעינין בחליפין ש"פ כו' משום דונתן לרעהו נתינת מנעל ולא נתינת ממון כמו גבי גט ע"ש וקשי' לן מ"ש גבי גט דכתבו על אסורי הנאה דכשר ואלו גבי חליפין לא מהני באסורי הנאה כדאי' פ' הזהב אלא כדאמרן דגבי גט לא בעי' זכי' בגוף הגט אלא נתינה לחודה סגי כיון דאיתי' בע"כ א"כ איסור הנאה נמי הוי נתינה אבל חליפין דבעי' שיקנה המקנה את הסודר מן הקונה כדי להקנות לו החפץ ואיסור הנאה אין בו קנין והיינו נמי טעמא דטלי גיטך מע"ג קרקע דלא מהני גבי גט ומשום דכתיב ונתן וגבי חליפין דנמי כתיב ונתן לרעהו וכן בהקדש כתיב ונתן לכהן ואפ"ה לא בעינין שיתן מיד ליד ואם אמר טול מע"ג קרקע מהני. אלא דכולי' חד טעמא אית בי' דכל היכא שהנתינה היא שיזכה המקבל כדבר הניתן לו לא בעי מיד ליד ואפי' טול מעג"ק מהני דעיקר הנתינה היא הזכיי' וכל שזוכה בו אח"כ מהני אבל גבי גט דהוא בע"כ ואינו משום זכי' אלא משום נתינת הבעל מש"ה צריך בו נתינה ולא מהני טלי גיטך מע"ג קרקע. ומה"ט נראה דשטר קידושין פסול אם כתבו על איסורי הנאה אע"ג דבגיטין כשר אפי' איסור הנאה דאורייתא ואתקש הוי' ליציאה מ"מ שאני גט דהוי בע"כ לא בעי זכי' רק נתינה לחודה סגי וכמ"ש אבל קידושין דליתי' בע"כ ובעינין מדעתה איתא נמי בתורת זכי' כמו שאר שטרי הקנאה ופסול אם כתבו על אסורי הנאה ועיין רמ"א סימן כ"ח סעיף כ"א וב"ש שם סקנ"ו ורמ"א סימן ל"ב ויתיישב בזה מה שהקשתי לעיל סימן ל"ה סעיף י"א לשמואל דס"ל בפ' השולח המפקיר עבדו יצא לחירות דכתי' עבד איש עבד שיש לרבו עליו רשות ע"ש וא"כ שלא לשמה דפסול גבי שחרור אמאי הא גופו של שטר שחרור הוא הרי את בן חורין הרי את קנוי לך ואמאי לא מהני הרי את קנוי לך בתורת קנין כמו שיכול להקנותו לאחרים באותו קנין ומהני אפי' שלא לשמה. ולפמ"ש ניחא דכל שלא לשמה אינו בתורת שטר שיחרור שהוא מצד נתינה לחודה דשייך בע"כ אלא בתור' קנין וצריך שיזכה בשטר ובקנין כה"ג כיון דיד עבד כיד רבו ה"ל כמניח שטר מתנה על ביתו בביתו דלא מהני ודוק.

סימן קמא

סעיף א

ס"ק א

הרי זו ספק מגורשת עד שיגיע גט לידה פרק התקבל דף ס"ג ר' אמר אשה עושה שליח לקבל לה גיטה מיד שליח בעלה כו' א"ר נחמן אם איתא לדר' חנינא עבדת בה עובדא א"ל רבא אם איתא לדר' חנינא עבדת בה עובדא הא לא חזרה שליחות אצל הבעל ומסקינן דמספקא לן לדידן הוי דבר שבערוה וחולצת ע"ש וכתב רש"י ז"ל לא חזרה שליחות אצל הבעל שליח שחזר ונעשה שליח למי שנשתלח לו ניתק משליחות הראשון עד שלא היה לו שהות לחזור אצל שולחו ולומר לו עשיתי שליחותך ושליחות שאינו ראוי לחזור ולהגיד אינו שליחות עכ"ל ובספ"ב דגיטין דאמר לה הוי שליח להולכה עד דמטית להתם וכי מטית התם הוי שליח לקבלה וקבלי את גיטך והא לא חזרה שליחות אצל הבעל וכתב רש"י ז"ל לא חזרה שליחות שליח לא מקרי אלא המשתלח מזה לזה שראוי לחזור אצל שולחו ולומר לו עשיתי שליחות לחברך וזו אינה ראוי' לחזור שהרי לא נשתלחה אלא לעצמה ואח"כ נעשית היא בעל המעשה ובעל השליחות קודם שתחזור עכ"ל:

ובתוס' שם ד"ה והא לא חזרה ז"ל שליח לא מקרי אלא המשתלח מזה לזה שראוי לחזור לשולחו ולומר עשיתי שליחותך קודם שנעשה שליח לאחרי' ובקונטרס לא פירש כן עכ"ל. ולכאורה תקשי כיון דרש"י גופי' בפ' התקבל מפרש הך דלא חזרה שליחות אצל הבעל על הדרך שפירשו תוס' אמאי נדי ספ"ב דגיטין מהאי פירושא ולא פי' כן ונראה דהוי קשי' לי' לרש"י ז"ל מה שהקשה הרשב"א בחידו' ספ"ב דגיטין בהא דפריך התם בפשיטות והא לא חזרה שליחות אצל הבעל ואלו בפ' התקבל מספקא לן בזה ע"ש ולזה כתב רש"י ז"ל בפ"ב טעמא משום שלא נשתלחה אלא לעצמה ונעשית היא בעל המעשה ובטל השליחות קודם שתחזור ומש"ה פשיטא ליה לש"ס ספ"ב דכה"ג לא חזרה שליחות כיון שנעשית היא בעל המעשה ולא נשתלחה אלא לעצמה משא"כ בהך דפ' התקבל דלא נשתלחה לעצמה אלא דעשתה שליח לקבל' לקבל מיד שליח של הבעל בזה הוא דמספקא לן אי בעינן חזרת שליחות אצל הבעל והתם בפ' התקבל דלא נעשה היא בעל המעשה לכך התם פירש"י כפי' התוס' ובהא מספקא לן אי הוי גט או לא אבל היכא שהיא נעשה בעל המעשה פשיטא לן דאינו גט ואמנם בשיטת התוס' שפירשו גם בספ"ב דגיטין משום דבעינן שראוי לחזור וזה ניתוק משליחות הראשון כו' א"כ הא דפריך בפשיטות והא לא חזרה שליחות ואלו בפ' התקבל אסתפקא לן בזה. צ"ל דס"ל לתוס' כמ"ש הרשב"א בחי' שם לחלק דהתם ספ"ב בתחילת השליחות לא היה ראוי

לחזור אבל בפ' התקבל בתחילת השליחות היה ראוי לחזור אלא דאח"כ נעשה שליח קבלה ע"ש:

ובחידושי פני יושוע ראיתי שכתב בהא דכתבו תוס' ספ"ב ד"ה חצירה הבא' לאחר מיכן ז"ל וא"ת למה ליה למינקט משום חצירה הבאה לאחר מיכן ה"ל למימר משום שליחות עצמה שבעל עושה שליח להולכ' והאש' תעש' אותו שליח עצמו שליח לקבלה וכה"ג לא מהני משום דלא חזרה שליחות אצל הבעל ואור"י משום דאותו הטעם שלא חזר' שליחו' אצל הבעל אינו ברור כל כך דמספקא לן פ' התקבל עכ"ל וכתב עלה בפ"י ז"ל ברור דקושית התוס' הוא לשיטתם שפי' לא חזרה שליחות אצל הבעל קודם שנעשה שליח לאחרים אבל לפי' רש"י בעינן שיהי' היא בעל המעשה וא"כ גבי שליח להולכה שיעשה אח"כ שליח לקבלה מהני לפי פירש"י עכ"ל וע"ש:

ודבריו תמוהין דהא מבואר להדיא בפ' התקבל כה"ג בשליח להולכה שנעשה שליח לקבלה דמספקא לן וכמו שפירש"י שם כפירושן של תוס' וע"כ גם לפירש"י צריך לומר כמ"ש תוספו' שאותו הטעם אינו ברור דמספקא לן וזה פשוט והנה לפירש"י ותוס' בפ' התקבל בהא דמספקא לן אי לא חזרה שליחות אצל הבעל הריעותא היא מצד שליחות להולכה כיון שניתק משליחותו ואינו יכול לחזור ולומר עשיתי שליחותך וא"כ אפי' כשיגיע הגט לידה לא תתגרש שכבר ניתק משליחותו להולכה ונתקלקל אותו שליחות דעיקר הריעותא היא בשליחות להולכה אמנם הרה"מ פ"ו מהל' גירושין כתב לפרש לא חזרה שליחות אצל בעל היינו דהספק הוא אם יכול אותו האיש להיות נעתק משליחות להולכה שמינהו הבעל לשליחות קבלת האשה כיון דעדיין לא נגמר שליחות הבעל וס"ל הא דאמרי לא חזרה שליחות אצל הבעל היינו לא נגמר עדיין ואינו יכול להיות נעתק לשליחות קבלה ועיין ב"ש סק"א אם כן לפירושו עיקר הריעותא היא בשליחות לקבלה אם אפשר לו להיות שליח קבלה ולפ"ז אם הגיע הגט לידה מגורשת בודאי דהא שליחותו להולכה לא נתקלקל וממ"נ מגורשת ונראה דלכך כתב הרה"מ פירושו כן דהריעותא היא בשליחות לקבלה משום דהרמב"ם פסק דאם הגיע הגט לידה מגורשת דאילו לפירש"י ותוס' דהריעותא היא בשליחות להולכה אפי' הגיע הגט אח"כ לידה אינה מגורשת ודאי וכמ"ש ועדיין צ"ע

ס"ק ב

ויש אומרים שאין האשה יכולה לעשות שליח לקבל גיטה מיד שליח בפ' התקבל דף ס"ג אמר רב אין האשה יכולה לעשות שליח לקבל לה גט מיד שליח בעלה מ"ט דרב אבע"א משום בזיון דבעל ואבע"א משום חצירה הבאה לה לאחר מיכן מאי ביניהו איכא בינייהו

דקדמה איהי ושוי' שליח מעיקרא וע"ש והיש אומרים כן היא דעת בה"ג והרמב"ן והר"ן שפסקו כרב וכתב ב"ש סק"ב ואם היא עשתה שליח בתחלה דאז משום חצירה הבאה לאחר מיכן ליתא משום בזיון איכא אע"ג דהיא עשאתו שליח קודם לכן עכ"ל וע"ש:
ולפ"ז היכא דעשאתו שליח מתחילה ושמע הבעל ולא הקפיד מהני לכ"ע דהא ליכא משום בזיון דבעל ולא משום חצירה הבאה לאחר מיכן וכן נראה מבואר ברש"י ותוס' ספ"ב דגיטין דהיכא דקדמה איהי ועשאתו שליח ליכא משום חצירה הבאה כו' וכ"כ הרשב"א בחידושיו וכ"כ הר"ן שם אמנם מדברי סה"ת נראה דאפי' קדמה איהי ושוי' שליח איכא משום חצר הבאה לאחר מיכן ע"ש הל' גיטין סימן ק"כ דמפרש להיפך דהיכא דקדמה איהי ושוי' שליח משום בזיון ליכא ומשום חצירה הבאה לאחר מיכן איכא וכן הוא בסמ"ג עשין דף ק"ל ע"ש וכתבו שם דלטעמא משום חצירה הבאה לאחר מיכן בשום ענין אין אשה יכולה לעשות שליח לקבל גיטה מיד שליח בעלה וכן משמע בהג' מיימוני פ"ו מגירושין וע"ש:

סעיף יט

ס"ק ג

כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי כתבו תוס' פרק האומר דף ס"ו ד"ה כל השומע קולי ז"ל אע"פ דאמרי' פ' אין בין המודר דף ל"ו גבי מודר הנאה מחבירו דתורם לו תרומתו לדעתו ודייק בגמ' לדעתו דמאן אי לימא לדעתא דידיה מאן שויא שליח אלא לדעת בעל הכרי הא קא מהני ליה דעביד שליחותי' ומוקי לה באומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום לא משום דכי אמר הכי לאו שליחותיה קא עביד דבתרומה בעינן שליחות אלא לענין מודר הנאה דוקא לא חשיב שליחות שיחשב בכך כמהנה לו כיון שלא ציוה לו לעצמו או שמא יש לחלק דהכא לא קאמר כל הרוצה לכתוב אלא כל השומע דיחודי מיחדי ליה למי ששומע קולו עכ"ל וב"ש ס"ק כ"ז כתב ז"ל ועל חילוקן של תוס' קשה דהא ר"פ המדיר, הקשה בהא דהשומע קולי יכתוב דנעשה שליחו ולמה במדיר יכול לומר כל הזן אינו מפסיד ולפי חילוק הנ"ל לא קשה מידי דאע"פ דנעשה שלוחו מ"מ לא הוי הנאה כיון דלא אמר לו שיהיה שלוחו ונ"מ מהני שני תירוצי' מ"ש בסימן ע' בשם בעה"ת עכ"ל ואינו קושי' כלל דודאי התם בתורם את תרומתו דמיירי בתורם משל חבירו דליכא הנאה בגוף הממון אלא כיון דעביד שליחותיה הוא גופיה מקרי הנאה לכך שפיר משני באומר כל הרוצה לתרום כו' דזה אע"ג דהוי שלוחו מ"מ הנאה לא מקרי מאי דעביד שליחותיה כיון דלא ציוה לו בפירוש והנאה אחרת ליכא הכא אבל התם בהמדיר דמפרנס אותה

משלו בחנם ואי שליחותיה קא עביד הרי יש לה הנאה מן המדיר ע"י שלוחו שנותן לה מזונות וזה ודאי אסור כיון דשלוחו דמדיר הוא:
ומ"ש ב"ש ונ"מ מהני שני תירוצי' מ"ש בסימן ע' בשם בעה"ת כונתו דשם בסימן ע' הביא בשם בעה"ת שער כ"ה האומר כל הזן אינו מפסיד ועמד אחד ופרנס אותה אבד מעותיו משום דאינו שליח כדאי' פ' המדיר כשמדיר אותה יעמיד פרנס והיינו שיאמר כל הזן אינו מפסיד וע"כ לאו שלוחו הוא וכן אם אמר לחנוני הרגיל אצלו פ' נדר ממני הנאה ואיני יודע מה אעשה לו ונתן לו החנוני אין צריך לשלם עכ"ל ורצונו לומר דלתירוץ ראשון באומר כל הרוצה עדיין שלוחו הוא וצריך לשלם משא"כ לתירוץ שני לא הוי שליח כלל ופטור מלשלם אמנם לפמ"ש אינו ענין לכאן דהיכא דנותן משלו א"כ כל מקום שנעשה שליח ה"ל כאלו נהנה מן המדיר ע"י שלוחו ופשיטא דאסור דשלוחו כמותו ואע"ג דלא מקרי הנאה מעשה השליחות מ"מ הנאת ממון יש כאן ומש"ה אינו מותר אלא בענין שלא יהיה שלוחו כלל אבל היכא דתורם משל חבירו כהאי דהתם דתורם שלא מדעתו שהוא תורם משל בעל הכרי דליכא הנאת ממון אלא במאי דעביד שליחותיה א"כ היכא דלא ציוה לו בפירוש אע"ג דנעשה שלוחו לא מקרי הנאה במאי דעביד שליחותיה כיון דלא ציוה לו בפירוש ודוק:
(הג"ה. מיהו מ"מ שפיר איכא נפקותא בשאר בני אדם שלא במדיר כמאמר כל הרוצה לזון דלתירוץ א' הוי שליח וצריך לשלם ולתירוץ ב' לא הוי שלוחו כלל ואבד מעותיו):

סעיף כט

ס"ק ד

שלא יטיל בו שום תנאי והוא בטור בשם הרי"ף וכתב עליו בב"י ותמהני אמאי לא יטיל בו תנאי מ"ש ממגרש לאשה עצמה וע"ש מ"ש בזה ובב"ח כתב הטעם משום דהאשה יכולה לומר לא מניתי שליח אא"כ שיקבל בלא תנאי ע"ש וכ"כ בתשו' מבי"ט סימן קע"ז מחלק ב' ולפ"ז אם אמרה בעינ' בתנאי יכול הוא להטיל בו תנאי וכ"כ בט"ז ע"ש:
ולפי שדברי הרי"ף נאמרי' בסתם ומשמע דלעולם לא יטיל בו תנאי נלענ"ד לפמ"ש לעיל סק"ב בשם סה"ת והגה"מ פ"ו מגרושין דאין האשה יכולה לעשות שליח לקבלה מיד שליח בעלה ואפי' קדמה ושויתיה שליח וכ"כ בסמ"ג עשין דף ק"ל לפיכך משום טעמא דחצירה הבאה לאחר מיכן בשום אופן אין האשה יכולה לעשות שליח קבלה לקבל גט מיד שליח בעלה ומאחר שלא נתברר מתוך התלמוד איזה טעם עיקר יש להחמיר בדבר ע"ש. וא"כ לפ"ז לעולם אין שליח לקבלה יכול לקבל הגט מיד שליח הבעל מש"ה אינו יכול להטיל בו תנאי לפ"מ שמבואר פרק המדיר גבי חליצה כיון שאי אפשר לקיומי

ע"י שליח המעשה קיים והתנאי בטל ומש"ה כתבו הפוסקים במשפטי התנאי' שצריך שיהי' המעשה יכול להתקיים ע"י שליח ועיין לעיל סימן ל"ח בב"י:
ולפ"ז דוקא היכא דמגרש לאשה עצמה יכול להתנות כמו שירצה שהרי יכול להתקיים ע"י שליח להולכה אבל אם עשתה היא שליח קבלה והוא בא להתנות עם שליח לקבלה כיון דעכשיו אי אפשר לקיומו' למעשה דידיה ע"י שליח שהרי שליח לקבלה אינו רשאי לקבל מיד שליח בעלה וכיון דאי אפשר לקיומי ע"י שליח ליתי' בתנאי ואע"ג דהא דאין אשה עושה שליח לקבל מיד שליח בעלה אינו אלא משום חצרה הבא לאחר מיכן מ"מ כיון דסוף סוף ליתי' לשליח לקבלה ע"י שליח בעלה ה"ל אינו מתקיים ע"י שלוחו והמעשה קיים והתנאי בטל לכך הרחיקו ממנו כל דיני תנאי זה נראה לענ"ד ליישב דברי הרי"ף וק"ל:

סעיף ס

ס"ק ה

והיא שיבטלנו בפני שנים ר"פ השולח דבראשונה היה עושה ב"ד ממקום אחר ומבטלו התקין ר"ג הזקן שלא יהיו עושין כן מפני תיקון העולם ואמרי' עלה בגמ' בפני כמה היא מבטלו רב נחמן אמר בפני שנים רב ששת אמר בפני ג' ובדף ל"ג שם מאי מפני תיקון העולם ר' יוחנן אמר מפני תקנת ממזרי' ריש לקיש אמר מפני תקנת עגונות ר"י אמר מפני תקנת ממזרים סבר לה כרב נחמן דאמר בפני שנים ובי תרי לית לי' קלא והיא לא שמעה ולא ידעה ואזלא ומינסבא ואיכא ממזרים וריש לקיש אמר מפני תקנת עגונות כו' ע"ש ופירש"י ותוס' דאצריכינהו לילך אחריו או לשלוח שליח והוא לא יטרח בכל אלה בשביל לעגנה וכתבו התוס' אע"ג דבדין לא מינסבא חשיב עיגון והרשב"א בחידושיו כתב בשם הירושלמי מאן דאמר שלא תהא יושבת עגונה סבורה שביטל והוא לא ביטל ואי אפשר לומר סבורה שביטל ולא ביטל כלל דהא מאן דאית ליה מפני תקנת עגונות אית ליה דרב ששת דאמ' בפני שלשה דקלא אית ליה ועוד דאין סברא לומר כן דאע"פ שלא יצא עליו קול שביטלו שתהא חוששת שמא ביטלו אלא ודאי הכי פירושו כגון שיצא קול שביטלו ותהא סבורה שביטלו קודם שהגיע גט לידה ותהא יושבת עגונה עכ"ל והא דנדו רש"י ותוס' מדרך זה נראה כיון דאנן קי"ל כרבי דס"ל בטלו מבוטל ותקנת ר"ג לא היתה אלא לכתחלה א"כ תו ליכא לפרושי תקנת עגונות בדרך זה שיצא קול שביטל קודם והוא לא ביטל אלא אחר שהגיע גט לידה דאי להכי חיישת לא אהני ר"ג בתקנתי' דעדיין כיון דבדיעבד בטלו מבוטל אם תשמע שביטל קודם שהגיע גט לידה תהא יושבת עגונה וע"כ צ"ל דבירושלמי לא פירשו כן אלא למ"ד בטלו אינו מבוטל

לכך שפיר אהני תקנתא דאפילו שמעו שביטלו קודם לא תחוש ולא תענן כיון דדינא הוא דאינו מבוטל אבל אנן דקי"ל כרבי דאם בטלו מבוטל תו לית לן לפרושי כטעמא דירושלמי לכך פירש"י ותוס' שהוא לא יטריח בכל אלה וא"כ אהני דלכתחילה לא יעשה כן לעגנה:

ובזה יש ליישב דברי תוס' פ' השולח דף ל"ג ד"ה רבי סבר עדות שבטלה מקצתה וז"ל ומתוך פי' הקונט' משמע דלרשב"ג דבטלה כולה אף זה מתקנת ר"ג וע"כ למ"ד מפני תקנת עגונות לא דמי אהדדי עכ"ל וביאורם משום דתקנת עגונות אינו אלא שיצטרך לילך אחריו או לשלוח שליח והוא לא טריח בכל אלה בשביל לעגנה וא"כ תו אין צריך לתקן שיבטל בפני כולם:

ובמשנה למלך פ"ו מגרושין כתב עלה ז"ל וקשה לי לסברא זו דתקנת עגונות ליכא היכא שביטלו בפני שליח א' וא"כ הא דאמרו שם ואי ס"ד אידך נמי כרשב"ג למה להו אטמורי ליבדרי אבדורי ומאי מהני אבדורי הא יכול לבטל בפני ג' ובפני שליח אחד דתו ליכא תקנת ממזרים דהא איכא ג' ותקנת עגונות ליכא דהא ביטל בפני שליח אחד ולפמ"ש תוס' שם דהיכא דהוא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה לא מהני ב"ד משום דלא ידעי דבטלה כולה ואיכא למימר תקנת ממזרי' ניחא אבל לפמ"ש תוס' שם בתירוץ ראשון קשה עכ"ל:

ולפמ"ש בשם הירושלמי פי' תקנת עגונות שיצא קול וסבורה היא שביטל קודם לכן וכיון דרב מיאשו דמן אושא ס"ל כרשב"ג דבטלו אינו מבוטל שפיר מצי סבר טעמא דתקנת עגונות כפירוש הירושלמי וכמ"ש ולכך פריך שפי' אי ס"ל עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה למה להו אטמורי ליבדרי אבדורי ולא מהני ליה ביטול בפני ב"ד ובפני שליח אחד דהא אכתי איכא תקנת עגונו' שיצא הקול שביטל אחד וממילא בטלה כולה ותהא סוברת שביטל קודם הגט ומתעגנא והוא לא ביטל אלא אח"כ וכמ"ש הרשב"א בשם הירושלמי ובודאי חיישינן לתקנ' עגונא כי הך וכדאמרינן כה"ג ריש כתובו' גבי אין טענת אונס בגיטין ע"ש:

אמנם קושית התוס' לפירש"י דמפרש דהוא נמי מתקנת ר"ג ורבי סבר עדות שבטלה מקצתה לא בטלה כול' ושפיר מיגרשא והיינו דלכך מותר לבטל לכתחלה דהא בדיעבד בלא"ה ס"ל לרבי דבטלו מבוטל אלא לכתחלה לכך מבטלו משום עדות שבטלה מקצתה לא בטלה כולה הא לאו הכי היה אסור לכתחלה וא"כ למ"ד משום תקנת עגונות לא דמי דהא היכא שמבטלו בפני אחד תו לא מטרחינן ליה טפי דמשום טירח' סגי בחד וכמ"ש וא"כ לא דמי להדדי דהתם היה מבטל שלא בפני השליח כלל והכא מבטל עכ"פ

באפי חד מינייהו ולכך אפי' לכתחלה הי' ראוי לבטלו בפני ב"ד ובפני אחד מהם לרבי דאינו אלא להטריחו אבל לרשב"ג דסבר בטלו אינו מבוטל אפילו בדיעבד א"כ שייך תקנת עגונות על דרך הירושלמי וכיון דס"ל בטלה כולה לא מהני ביטו' בפני ב"ד ובפני א' מהם ודוק:

ס"ק ו

אבל אם מבטל הגט עצמו אפילו אחר שנכתב מהני בריב"ש כתב הטעם דהיכ' שרוצה לבטל מה שנעשה כבר צריכין להיות ביחד אבל לבטל הגט ה"ל כמוסר מודעא על להבא לכן אין צריכין להיות ביחד והובאו דבריו בב"י ע"ש:

ואיכא למידק לפמ"ש תוס' ר"פ השולח דף ל"ב ד"ה ורב נחמן אמר בפני שנים ע"ש דוקא בפני ג' לרב ששת ובפני שנים לרב נחמן אמרי' בטלו מבוטל דליכא למיחש לממזרות ואע"ג דבפני שנים איכא למיחש לממזרות ואפי' הכי מבוטל מ"מ בפחות משנים דאיכא למיחש טפי אינו מבוטל ובהא אפי' רבי מודה דאמרינן מה כח ב"ד יפה ע"ש וכיון דהא דבעינן שנים יחד אינו אלא מתקנת ממזרים משום דלא ידעה ואזלא ומנסבא א"כ מה לי מבטל שליחות או מסירת מודעא סוף סוף לא ידעא ומינסבא. ונראה דהריב"ש אזיל בשיטת רבו הר"ן ז"ל וז"ל הר"ן בחידושיו ריש פ' השולח בהא דתנן בראשונה היה עושה ב"ד ופליגי רב נחמן ורב ששת בשנים או בשלשה תמהני בה אפי' ביטלו בינו לבין עצמו אמאי לא יבטל דאי ידעינן ביה ליהוי בטל וי"ל שהדין נותן בשליחות השליח כיון שבפניו היה אין מבטלין אותו שלא בפניו דלא אתי דיבור שלא בפניו דגריע ומבטל דיבור שהיה בפניו כענין שאמרו מלתא דמתעבדא באפי עשרה צריכא בי' עשרה למשלפא וע"ש וכן הוא בירושלמי בראשונה היה עושה ב"ד ולית הדא פליג על ריש לקיש דאית ליה לא אתי דיבור ומבטל דיבור ומשני שכח ב"ד יפה ועיין במרדכי פ' השולח וכן משמע בתוס' ד"ה מהו דתימא וז"ל מ"מ עשאוהו כדברים שבלב ואין להקשות ומי איכא מידי דמדאורייתא לא הוי גט ומדרבנן הוי גט דכיון דקצת דומה דברים שבלב לא חשיב עקירת דבר מן התורה ועדיפ' מיניה אמרינן בביטול שלא בב"ד שלא בידיעת השליח והאשה דמשמע פשט הלכה דלא הוי ביטול וע"ש. ומבואר מדבריהם דהא דלא מהני ביטול שלא בפניו הוא משום דעשאום כאלו לא ביטל וכאילו הוי דברים שבלב נגד הדיבור הראשון שהיה בפני השליח ואע"ג דקי"ל כר' יוחנן דאתי דיבור ומבטל דיבור אפילו שלא בב"ד הכא עשאום מתקנת חכמים לדיבור גרוע נגד דיבור ראשון ולא אתי דיבור גרוע ומבטל לדיבור יפה והר"ן שכתב דהדין נותן כו' לאו דינא דאורייתא קאמר אלא דהוי דינא דדבריהם ולא הוי עקירת דבר מן התורה כיון דדומה קצת לדברים שבלב

והיינו נמי טעמא דריב"ש דהכא דמבטל שליחות בהא בעינן בפניו או בפני ב"ד דעשאום כדיבור גרוע נגד הדיבור הראשון אבל מוסר מודעא על הגט שלא יתן אותו דהוא להבא דבזה לא שייך דיבור מבטל דיבור דלא עקר לדיבור קמא כלל אלא על להבא מסר מודעא שלא יתנהו וכיון דלא שייך הכא לומר לא אתי' דיבור גרוע ומבטל דיבור יפה דהא בינו מבטל דיבור קמא מש"ה אין צריך בית דין כלל דלרבי לא חיישינן לתקנת ממזרים כלל ודו"ק. ובזה ניחא הא דפריך בגמ' דף ל"ג לרשב"ג דאמר בטלו אינו מבוטל ומשום מה כח ב"ד יפה שרינן אשת איש לעלמא ומשני כל דמקדש אדעתא דרבנן קא מקדש ע"ש ולכאורה לרבי נמי תקשי היכא דבטלו שלא בפני ב"ד דמודה דאינו מבוטל אכתי היכי שרינן אשת איש לעלמא אלא דטעמא דרבי דעשאום כדברים שבלב דקצת דומה לדברים שבלב ולא הוי עקירת דבר מה"ת וכמ"ש התוס' או משום דהוי דיבור גרוע וכמ"ש הר"ן דהדין נותן דלא מבטל דיבור ראשון אבל לרשב"ג דאפי' בפני ב"ד לא מהני ביטול לא הוי דומה לדברים שבלב וגם דיבור גרוע לא הוי דהא אומרו בפני ב"ד ויפה כחו והיה ראוי להיות מועיל מן הדין והא דאינו מבוטל אלא מפני התקנה לכך פריך שפיר ומשום מה כח ב"ד יפה שרינן א"א לעלמא ואיצטריך לשנוי כל דמקדש כו' משא"כ לרבי ה"ל דברים שבלב או דיבור גרוע ולית ליה לרבי תקנת ממזרים כלל וא"כ במסירת מודעא דלא מרע לדיבורא קמא אלא על להבא הוא מבטל ומוסר דברים לכך לא בעינן ב"ד כלל. והרמב"ם פ"ו מגיטין כתב ז"ל שלח הגט ביד שנים הרי זה יכול לבטל זה שלא בפני זה ואפילו היו עשרה משבטלו בפני אחד מהם בטל הגט עכ"ל וטעמיה משום דס"ל שליחות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכמ"ש בכסף משנה שם ועיין בר"ן. וקשה לי אכת' היכא מהני ביטול בפני אחד מהם כיון דנתבטל שליחות כולם אמאי לא ניחוש דאזלי הנך ויהבי לה ואזלא ומינסבא ואיכא תקנת ממזרי' כיון דהיה הביטול פחות מבשנים אמנם לפמ"ש ניחא כיון דהא דבעינן ב"ד אינו אלא משום דעשאום כדברים שבלב ולא אתי דיבור גרוע ומבטל דיבור המועיל שהיה בפני השליח ודומה לדברים שבלב וכמ"ש וכ"כ היכא דמבטל בפני שליח אחד אם כן דיבור זה לא גרע מדיבור ראשון וממילא בטלה כולה וכיון דדיבור בתרא הוי בפני השליח תו לא מקרי דיבור גרוע ומבטל שפיר לדיבור קמא מן הדין ולא משגיחינן לתקנת ממזרי' ודוק. איברא מדברי התוס' ד"ה ורב נחמן אמר בפני שנים שכתבו בטעמא דרבי דבעי ב"ד הוי נמי משום תקנה ומשום דכל שהוא בפחות משנים בחד לא מפרסמא מלתא א"כ מה"ט אפי' מסר מודעא בפחות משנים ביחד נמי שייך בי' תקנת ממזרי וא"כ האי דינא דהריב"ש לא נפקא מידי ספיקא

דלשיטת הר"ן ותוס' ר"פ השולח ד"ה מהו דתימא לא בעי שנים במסירת מודעא ולפי שיטת התוס' ד"ה ורב נחמן בעי שנים גם במוסר מודעא וכמ"ש ודו"ק.

סעיף סא

ס"ק ז

יכול לכתחילה לבטל זה שלא בפני זה כתב הטור ז"ל ודוקא שלא יבטל שליחות כולן זה שלא בפני זה דכיון דאפילו ביטל לכולן שלא בפניהם הוי ביטול נפיק מיניה חורבא דזימנין דבטיל לכולהו שלא בפניהם ולא ידעי ואזלי ויהבי לה גיטא ואזלא ומינסבא ביה ומיהו אם עבר וביטל כולן הוי ביטול עכ"ל וכתב ב"י לשון זה קשה בעיני דמאי אר י' לבטל כולן שלא בפניהם אפי' לבטל אחד שלא בפניו נמי אסור לכתחלה משום דנפיק מיני' חורבא ואין לפרש הבמ"ע כשאמר להו כולכם כתובו ומאי שלא יבטל שליחות כולם דקאמר שלא יבטל שליחות דכולכם דא"כ מאי דכיון דאפי' אם ביטל לכולן וזמנין דבטיל לכולהו ומיהו אם עבר וביטל כולן דקאמר למה לי ביטול כולן הא בביטול אחד מהן נתבטלו כולן עכ"ל. והנה בפ' השולח דף ל"ג אי' איבעי' להו כולכם מהו טעמא דרשב"ג קסבר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כו' והני כיון דאמר להו כולכם לא מצי כתבי ויהבו או דלמ' טעמא דרשב"ג משום דקסבר כל מלתא דמתעבדא באפי עשר' צריכא בי עשרה למשלפא והלכך אפילו כולכם נמי. ולכאורה קשה לפי מה דקי"ל באומר כולכם דשנים משום עדים ואינך משום תנאי כמ"ש בטור וש"ע סימן ק"כ היכי אמרי' בהו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה הא אינהו לא הוו אלא משום תנאי. איברא הא לא קשי' כיון דכולהו חזיין לעדים ואי בעי הני תרי חתמו להו בסהדי ואינך הוו לתנאי וכן כל תרי ותרי מגו הני עשרה כולהו חזיין לעדים מש"ה אמרי' בהו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דהא אפילו אמר לעשרה כתבו ולא אמר כולכם אמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' והא התם אין צריכין לחתום אלא תרי ואינך אפילו לתנאי לא בעי' להו אלא דלחתמו תרי מגו הנך עשרה ואפ"ה אמרי' עדות שבטלה מקצתה כו' אע"כ משום דכולהו חזיין למהוי סהדי ולא אתברר הי מינייהו אמרי' בו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. אלא אי קשי' הא קשי' להך לישנא דלא אמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' אלא משום דכל מלתא דמתעבדא באפי עשרה צריכא בי עשרה למישלפא ואפי' כולכם נמי ומשמע דלמ"ד התם דלא צריכי בי עשרה למשלפי' בטלו הני שנים שביטל ומאי מהני ביטול זה דאכתי לחתמי אינך בסהדי והני יהיו לקיום התנאי ויתקיים התנאי בע"כ דכך היא המדה דאע"ג דאינו רוצה בקיום התנאי מתקיים הוא בע"כ ועיין שיטת הפוסקים בזה בב"י סימן קמ"ג ובב"ש שם ס"ק י"ט וס"ק כ"ט ואע"ג דאמרינן

בפ"ק דקידושין ובפ' הספינה גבי שני שטרות דאם אמר זכו בשדה זו לפלו' ע"מ שתכתבו לו את השטר חוזר בשטר ובשדה התם שאני שאין העדים רשאין לחתום ולכתוב את השטר אלא מדעת המוכר דעדים נינהו וכיון דמיחה בשטר ממילא זכה בשדה כיון דאמר ע"מ שתכתבו השטר והרי לא נתקיים אבל הכא דאינן אלא לתנאי יכולין לחתום בע"כ כיון דאינך הוא דחתמי לשום עדים והנך דלתנאי אין עדים וסגי להו בקרוב או פסול וא"כ יתקיים התנאי בע"כ ואע"ג דאם רצה לבטל העדים שלא יחתומו יכול הוא לבטל מ"מ הכא אמרי' דלא ביטל את העדים והנהו דביטל לשם תנאי לחתמי ויתקיים הגט בחותמיו לשום עדים ע"י אחרים וכה"ג אמרי' לקמן דף ל"ד אטו התם לבטולי גיטא בעי התם לקיומי תנאי' קא בעי והא לא אקיים ע"ש וה"נ כיון דאינו מבטל גוף העדים אלא תרי מינייהו אמרי' אינך לחתמי לשם עדים והני לתנאי לחתמו דמתקיים התנאי בע"כ וכמ"ש. ולכן נראה דלמ"ד לא צריכי בי עשרה למשלפי' הגט מתקיים ע"י אחרים שיחתמו לשם עדים והני תרי אפי' לקיום התנאי אין צריכין לחתום שהרי ביטל תנאו נגדם והתנאי בטל והמעשה קיים משום דאתי דיבור ומבטל דיבור כמבואר לעיל סימן ל"ח דאם מוחל או מבטל התנאי מתקיים המעשה בלא התנאי ע"ש וא"כ ה"נ למ"ד לא צריכי בי עשרה למשלפי' אם ביטל תרי מינייהו ה"ל כאילו ביטל התנאי שעליהם והמעשה קיים ע"י שנים אחרים שיחתמו לשום עדים ששה הנשארים לשם תנאי דיכול הוא לפחות תנאו כמבואר בסימן ל"ח אבל למ"ד צריכי בי עשרה למשלפי' אינו יכול לבטל כלום אלא בפני כולם וא"כ צריכין כולן לחתום ב' לשם עדים ושמנה לשם תנאי ויכולין אותן השוים להיות בעצמם עדים ג"כ שלא הועיל בביטולו כלום. ורש"י ז"ל כתב בד"ה צריכי בי עשרה למשלפי' וז"ל והלכך לאו ביטול הוא לגמרי וחתמי בי' אפי' הנך דבטיל מינייהו עם חבריהם ויהבי לה עכ"ל ולכאורה גם בריש הסוגיא דפליגי אי יכול לבטל זה שלא בפני זה למ"ד אין יכול לבטל זה שלא בפני זה נמי חתמי ביה הנך דביטל קמייהו וא"כ אמאי כתבו רש"י אהאי לישנא דצריכי בי עשרה למשלפי' אך לפמ"ש ניחא דלמ"ד צריכא בי עשרה למשלפי' צריכין לחתום אותם שביטל בפניהם ג"כ עם חבריהם על כל פנים ואי לא לא נתקיי' התנאי משא"כ למ"ד לא צריכי בי עשרה דבטלו להו הני תרי ויחתמו אחרים לשם עדים והני דביטל לא יחתמו כלל דיכול הוא לבטל התנאי כולו או מקצתו והמעשה קיים לפ"ז לדידן דקי"ל דלא צריכי בי עשרה למשלפי' היכא דביטל בפני קצתן ולא ביטל אלא אותן שביטל בפניהם לא נפיק מיני' חורבא דאמר כולכם דאם הוא מבטל אותם ומוחל התנאי כנגדם פשיטא דיתקיים הגט בשאר ואין צריכים אותן שביטלן לחתום אפי' מצד התנאי שהרי בידו למחול תנאו והמעשה

קיים ע"י אינך וכמ"ש ואם אינו מוחל תנאו אלא שמבטל אותם ומוחה להם שלא יחתמו ולא יקיימו התנאי כדי שיתבטל הגט זה אינו יכול דמקיימין התנאי בעל כרחו וחתמו להו הני תרי בשביל התנאי שלא מדעתו ושנים אחרים יחתמו לשם עדים (הגה"ה. כללא דמלתא אם אמר כולכם וביטל לשנים לא יחתמו הם לשם עדים דבידו לבטלו לענין זה אבל עדיין לא נתבטל שליחות ראשונה כשיחתמו שנים אחרים לשם עדים וה"ל כאילו אמר אח"כ לשנים מהם שמסר אותם לשם עדים ואין זה סתירה לשליחות הראשון שהרי גם בתחלה היה דעתו כן שיהיו שנים עדים והשאר לתנאי ועתה בירר לו מי מהם יהיו לתנאי אבל אם אינו רוצה שיחתמו גם לקיום התנאי בזה יש חילוק אם רוצה בקיום הגט אלא שמוחל חתימתם הרי זה מוחל מקצת התנאי ודבריו קיימין ואין צריכין הני תרי לחתום כלל אכן אם רוצה הוא שיתבטל הגט ע"י זה שלא יחתמו הני תרי נמצא שהוא עומד בתנאו אלא שמוחה ואינו רוצה בקיומו בזה אין שומעין לו ומקיימין בע"כ וצריכין הני תרי ג"כ לשם תנאי) אלא היכא דביטל לכולהו שלא בפני כולן ודאי נפיק חורבה וא"כ כיון דמפרש הב"י דברי הטור באומר כולכם נתיישב' קושייתו שהקשה הא בביטל א' מהן נתבטלו כולן דלפי מ"ש בביטול אחד מהן לא נפיק חורבה כלל וכמ"ש ודוק היטב (הגה"ה. כבר אמרו ולא הביישן למד ואני אראה ולא אבין דברי רבינו הב"י דאיך אפשר לפרש דברי הטור באומר כולכם א"כ אמאי לא יבטל זה שלא בפני זה כיון דלא יהבי לה עד דחתמי כלהו והנהו דבטיל להו לא חתמי ליכא קורבא כלל כדאמרינן בגמ' ואין לומר דכוונתו לומר שלא יבטל שלא בפני כולן היינו שלא שום אחד מהם דזה פשיטא דשלא בפניהם כלל אסור וגם הטור כתב בהדיא לבטל זה שלא בפני זה וכיון שמבטל בפני אחד מהם לא נפיק חורבא שהרי הם לא יתנוהו לה בלא זה כיון דאמר כולכם צריך הוא לחתום עכ"פ לשם תנאי והוא יודע שכבר ביטל את כולם וגם דברי מורי ז"ל שכתב דאם ביטל את כולן ודאי נפיק חורבא לא ידעתי להולמן דאחד מהם ידוע בביטולן ליכא חורבא שהרי אמר כולכם ולא יתנו בלעדו וכדאמרי' בש"ס וצ"ע). ועיין ב"י סימן ק"כ שכתב וז"ל היכא שחזר הבעל והוציאו מכלל עשרה למ"ד משום עדים צריך לבטל עדות כולם ולמסור עדות לכשרים לבדם ולמ"ד אינך משום תנאי כיון שביטל את הפסול כשר הגט ואין צריך לחזור ולמסור העדות כנ"ל עכ"ל. והיינו משום דיכול למחול ולבטל התנאי ויהיה המעשה קיים:

ס"ק ח

ובעשרה שעשאם שלוחי' בפ' השולח ת"ר אמר לעשרה כתבו גט לאשתי יכול לבטל זה שלא בפני זה דברי רבי ר' שמעון ב"ג אומר אינו יכול לבטל אלא זה בפני זה במאי

קמפלגי בעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה רבי סבר עדות שבטלה מקצתה לא בטלה כולה ורשב"ג סבר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה והנך לא ידעי ואזלי וכתבי ויהבי לה ושרי' אשת איש לעלמא וכתבו תוס' שם וז"ל ותימא כיון דמדאורייתא יכול לבטל אפילו שלא בפניהם אמאי תקנו חכמים שלא יועיל ביטול לגבי איתן שנים עצמם וי"ל כיון שהוצרכו חכמים לתקן שלא יועיל הביטול לגבי אחרים תקנו נמי שלא יהיה לו כח לבטל בזה הגט כלל עכ"ל וקושית התוס' אינו אלא להך לישנא דפליגי בעדות שבטלה מקצתה כו' אבל להך לישנא דפליגי אי כל מלתא דמתעבדא באפי עשרה צריכי בי עשרה למשלפי' ודאי דאין הביטול מועיל אפי' לאותן שנים שביטל דאין לו כח לבטל שום דבר אלא בפני עשרה וכמ"ש בחי' מהרש"א ע"ש. ונלענ"ד ליישב קושית התוס' לפמ"ש הרשב"א בחידושי' רפ"ק דכתובות בהא דאמרו שם אין אונם בגיטין משום תקנת עגונות ופריך מי איכא מידי דמדאורייתא לא הוי גיטא כו' ומסיק כל דמקדש אדעתא דרבנן קא מקדש וכן אמרינן הכא לרשב"ג בטלו אינו מבוטל דכל דמקדש כו' ובתוס' ד"ה ואפקעינהו רבנן הקשו א"כ כל אדם יחפה על בת אחותו שישלח לה גט ויבטלנו וכן הקשה הרשב"א בחי' בסוגיין ושם בכתובות והעלה בזה כיון דכל דמקדש אדעתא דרבנן קא מקדש ואם היה הגט בטל היו החכמים עוקרים הקידושין למפרע וא"כ היו כל בעילותיו זנות ואנן סהדי משה"ה דגמר ויהיב גיטא כדי שלא יהיו בעילותיו ב"ז למפרע וע"ש שהקשה בשם ר"ח תינח נשואה ארוסה מאי איכא למימר. ובחידושי' רפ"ק דכתובות העלה דכיון דאם מבטלו לגט אפקעינהו רבנן לקידושין מיני' ותו לא מצי למיקיימה וכיון דעכ"פ לא הדרא לי' גמר ויהיב גיטא ע"ש שהאריך בזה והוכיח שיטתו דכל היכא דאמרינן אפקעינהו רבנן לקידושין מיני' בכה"ג היינו שאם ירצה לעמוד בשלו הפקיעו חכמים לקידושי' וכיון שכן אף הוא גמר ומגרש דאלת"ה נימא דמותרת לכהן וכן יהיו מותרים זה בזה בקרוביהם כיון דאמרת דבאמת הפקיעו רבנן לקידושין מינייהו אע"כ הכי קאמרי' כיון שאם יעמוד בביטולו יפקיעו חכמים לקידושי' הלכך אף הוא גמר ומגרש ומה שביטלו אינו בלב שלם וכן באונס בתנאי גמר ויהיב לבטל התנאי ושיהיה המעשה קיים ע"ש לפ"ז ניחא דאפי' אותן שביטל בפניהן רשאין לחתום דכיון דס"ל לרשב"ג עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה והנך דלא ידעי ואזלי וכתבי ויהבי לה שריא אשת איש לעלמא וע"כ אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה וכיון שכן אף הוא גמר ומגרש כדי שלא יהיו בעילותיו זנות למפרע אי נמי כמ"ש הרשב"א כיון שעכ"פ לא תחזור אליו גמר ויהיב גיטא ואנן סהדי דלא ביטל בלב שלם ה"ל כאילו לא ביטל כלל ורשאין אפילו הני דביטלן לחתום. אלא דאכתי איכא למידק תינח היכא שביטלו בפני ב"ד דמדינא הוי

ביטול וצריכין אנו לומר דאפקעינהו רבנן כו' וא"כ גמר ויהיב ואינו מבטל בלב שלם אבל היכא דביטל שלא בפני ב"ד דכב' כתבנו בשם הר"ן דבזה מדינא לא הוי ביטול משום דכל שלא בפני השליח ושלא בב"ד הוי ביטול גרוע נגד דיבור קמא שהיה בפניו עיין לעיל סעיף ס' וכן הוא שיטת התוס' ר"פ השולח דכל שביטל שלא בב"ד ושלא בפני השליח לא הוי עקירת דבר מן התורה דהוי דומה להדברים שבלב ויכול לעקור דבר מן התורה וא"כ בזה לא הפקיעו רבנן לקידושין למפרע מיניה אלא מכאן ולהבא וא"כ בזה הדרא קושית התוס' לדוכתה היכא שביטל שלא בב"ד דהנך שביטל בפניהם לא יחתימו דכיון דלא אפקעינהו לקידושין למפרע וליכא בעילת זנות ולא תקנו דלא ליהני הביטול אלא מכאן ולהבא וניחא הנך דנא ביטל קמייהו אבל הנך דביטל קמייהו אמאי יחתימו דכיון דליכא בעילת זנות א"כ היה הביטול בלב שלם. (הגה"ה. דברים אלו מרפסן אגרי ולמיעוט דעתי לא יכולתי לעמוד עליהם דהא הכא לא ביטל אלא אותו שבפניו ואותן שאינן כאן לא ביטל כלל אלא דס"ל לרשב"ג דאע"ג דלא ביטל הנשארים ממילא הם מתבטלים מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וא"כ הכא מדאורייתא כולם בטלים דהנך דבפניהם ודאי בטיל מדאורייתא דבפניו הוי דיבור מעליא. והנך דשלא בפניהם בטילי מחמת אותו שבפניו משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דהכי ס"ל לרשב"ג מדין תורה וא"כ אי כתבי הני דלא ידעי ויהבי שריא א"א לעלמא דמדאורייתא הוי ביטול גמור אף לגבייהו מדין עדות שבטלה מקצתה כו' וע"כ אפקעי' רבנן לקידושין ואיכא בע"ז ותו לא מבטל בלב שלם וכנ"ל וצע"ג). והנה לפ"מ דקי"ל כרב נחמן דאמר בפני ב"ד היינו שנים וכיון דביטול לא סגי בפחות משנים וכמ"ש תוס' ד"ה רבי סבר עדות שבטלה כו' ע"ש דאפי' בפני השליח צריך שנים דאין דבר שבערוה פחות משנים והשליח אינו מצטרף דהוי במקום הבעל ע"ש וא"כ לא משכחת לה בלא ב"ד כיון דלא משכחת פחות משנים וכיון דהוי בפני ב"ד א"כ מדינא נתבטלו וע"כ הפקיעו הקידושין למפרע וא"כ הוי בעילתו בעילת זנות למפרע וע"כ לא ביטל בלב שלם וכמ"ש לעיל וכיון דלא ביטל בלב לכך אפי' הני דביטל קמייהו רשאין לחתום. אלא דאכתי משכחת לה שלא בב"ד לפמ"ש התוס' שם ד"ה רבי סבר כו' דיכול לבטל בפני שנים זה שלא בפני זה ע"ש וכה"ג לא הוי ב"ד כיון שלא היו ביחד וא"כ בכה"ג הדרא קושי' לדוכתא אמאי תקנו חכמים שלא יועיל הביטול גבי הנך שביטל בפניהם וכנ"ל מיהו אי נימא דס"ל דאין עדותן מצטרפות עד שיראו שניהם כאחד ודלא כר"י בן קרחה א"כ תו לא משכחת לה שיהי' הביטול בפני שנים ושלא יהיו ב"ד כיון דצריכין להיות ביחד. ובחידושי הרשב"א הקשה בהא דאמרו שם בסוגיא אא"ב בעדי הולכה שפיר אא"א בעדי כתיבה מי מצטרפי כו' ודחי דלמא

דר"י ב"ק ס"ל ע"ש. וכתב עלה ז"ל תמי' לי דמשמע דרב אשי הכי ס"ל וכבר אפסיקא הלכתא בפרק זה בורר כר' יושוע ב"ק והיכי קאמר רב אשי ה"נ מסתברא יע"ש שהניח בצ"ע. ולפמ"ש יש לומר דשפיר הוכיח רב אשי לרשב"ג דמיירי בעדי הולכה דאי בעדי כתובה מי מצטרפי והא אמר מר אין עדותן מצטרפת עד שיראו שניהם כאחד וע"כ הכי ס"ל דאין מצטרפין דכיון דטעמא הוא משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ותקנת חכמים היא כי היכי דלא לשריא א"א לעלמא כדאמרינן בש"ס וקשה אמאי תקנו גבי הנך דביטל קמייהו וכמו שהקשו בתוס' וצ"ל כמ"ש דמשום שלא יהיה בעילתו בע"ז לא ביטל בלב שלם וע"ז קשה תינח בפני ב"ד שלא בב"ד מאי א"ל וכמ"ש דהא ליכא בע"ז וע"כ צ"ל דלא סגי שלא בב"ד כיון דצריך לבטל בפני שנים וקי"ל כרב נחמן דשנים הוי ב"ד לענין זה ואי נימא דמהני צירוף לענין עדות א"כ אכתי משכחת לה שלא בב"ד וכנ"ל וע"כ צ"ל דס"ל דאין מצטרפין ותו לא משכחת לה שלא בב"ד ומש"ה פריך שפיר ואי בעדי כתיבה מי מצטרפי ודחי לה דלמא כר"י בן קרחה ס"ל ור"ל דאין הטעם משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אלא כאידך לישנא משום כל מלתא דמתעבדא באפי עשרה צריכי בי עשרה למשלפי' וא"כ לא קשה כלל אמאי עקרוהו לביטולי' גבי הנך דביטל קמייהו דכיון דצריכי בי עשרה למשלפי' ליכא ביטול כלל ושפיר מצי ס"ל כר"י בן קרחה. והנה הב"י כתב בשם הרשב"א בתשובה באחד ששלח גט לאשתו וביטל השליחות שלא בפניו ואח"כ חזר בו מן הביטול ושיהיה שליח לגרש כמו שהיה שאפשר לומר שאם הגיע הגט לידה מיד שליח זה הרי זו מגורשת שבכל מקום שצריך שליח לדעת המשלח אין צריך ליחד השליח אלא כל שאמר סתם כל השומע קולי יכתוב ויתן כל הכותב ונותן ה"ז מגורשת וכיון שכן זה שעשאו שליח לחבירו אע"פ שביטל שליחותו זה אלו אמר כל הרוצה יטול ויתן לה ועמד אחד ונתן לה ה"ז גט אף זה בשעת נתינתו כבר חזר בו המשלח ונתרצה שיתנו לה ואם נפשך לומר שאינו גט שצריך שישמעו מפיו הא לא אמרי' אלא בכתיבתו וחתימתו עכ"ל והיינו משום דבכל מקום מהני שלא בפניו לבד בכתיבת הגט וחתימתו בעינן שישמעו מפי הבעל משום דבעינן לשמה וכמ"ש הר"ן בשם הרמב"ן פרק התקבל ולפ"ז הדרא קושית התוס' לדוכתה דהנך שביטל קמייהו לא יחתומו ואי משום דע"כ גמר בדעתו שלא לבטל בלב שלם דאל"כ תהיה בעילתו ב"ז שיהיו הקידושין מופקעין למפרע משום חששא דלמא אזלי הנך דלא ידעי וכתבי ויהבי ושריא א"א לעלמא אכתי אינו מוכרח שלא יבטל בלב שלם דלעולם ביטל בלב שלם אלא דאח"כ גמר בדעתו דהנך שלא ביטלם יהיו שלוחי' ואע"ג דכבר בטלו כולם מכח הביטול במקצ' מ"מ כל שנתרצה אח"כ נעשו שלוחין וכמ"ש הרשב"א אבל הנך שביטלם רוצה

שיהיו בביטולן מיהו באומר לעשרה כתבו לא מצינו למימר הכי דבכתיבה בעינן שישמע מפיו וא"כ כיון שבטלה כולה אע"ג דנתרצה אח"כ תו לא מהני כיון דלא שמעו מפיו וא"כ יהיו צריכי' להפקיע קידושיו למפרע ותהי' בעילתו בע"ז ע"כ לא הי' כונתו לבטל בלב שלם ולכך הני דביטלן נמי רשאין לחתום אבל באומר תנו דהוי עדי הולכה בזה הדרא קושית תוס' לדוכתא דנימא דהביטול הי' בלב שלם אלא שנתרצה אחר הביטול שיהיו אותן שלא היו כאן שלוחין וכנ"ל. וצריך לומר בעדי הולכה כתירוץ התוס' דכיון שהוצרכו לתקן שאין ביטולו מועיל לגבי אחרי שלא היו בשעת הביטול תקנו שלא יועיל הביטול כלל וכמ"ש התוס'. (הגה"ה. גם כאן צ"ע קצת די"ל דוקא היכא דגילה דעתו בפירוש שרוצה בנתינת הגט כמעשה דהרשב"א שחזר בו בפירוש מביטולו וע"כ אמר כן בפני עדים לכך מהני אע"פ שלא ייחד השליח וכאילו אמר כל השומע קולי כו'. אבל אם לא אמר כלום אלא שנתרצה בלבו פשיטא דלא מהני כלל דצריך שישמעו עדים עכ"פ וא"כ בביטל זה שלא בפני זה לרשב"ג דבטלו כולם אף שנתרצה אח"כ בלבו שיהיו אותן שלא ביטל שלוחי' מאי מהני כיון שלא אמר כן בהדיא דגם כל השומע קולי כו' נמי צריך שיאמר כן בפיו ולא שיחשוב בלבו וצ"ל דכונת רבינו ז"ל דלמה להו לחז"ל לתקוני לעקור הביטול לגמרי יתקנו שיאמר אחר הביטול שרוצה באותן שלא ביטלן וצ"ע). אלא דאכתי איכא לאקשויי אמאי הוצרכו לתקן שלא יועיל בזה הגט ביטול כלל אי משום דאזלא ומינסבא ושרי' א"א לעלמא נימא אפקעינהו רבנן לקידושין מיני' אם לא יתרצה אח"כ באותן שלא ביטלן וא"כ ע"כ נתרצה אח"כ באותן שלא ביטל כדי שלא תהי' למפרע בעילתו בע"ז וא"כ יהי' ביטולו קיי' גבי אותן שביטל ולא יהיו רשאין לחתום. ונראה לפמ"ש הרשב"א בחידושיו גבי הא דפריך וליבדר איבדורי ז"ל היינו ללישנא דצריכי בי עשרה למשלפי' דלהאי לישנא דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה מאי קאמר וליבדר איבדורי לעולם כרשב"ג והיינו טעמא דאימיבדרי דלמא כי משכח להו כי מבדרי ויתבי מבטל להו לכולהו אא"כ תדחה דכיון דחשו חכמים משום תקנת ממזרי' דעדות שבטלה מקצתה בטנה כולה אף כשהלך אצל כולן כיון שלא ביטל במעמד כולן אלא שביטל לזה בפני עצמו ולזה בפני עצמו אינו מבוטל לפי שבשעה שביטל לזה לא הי' מועיל ביטולו כיון דאיכא למיחש דלמא אזלי הנך דלא ידעי וכתבי ויהבי וכן אתה אומר בשני ובשלשי אע"פ שבסוף ביטל לכולן אין בכך כלום כיון דביטולו בשעתו לא הי' מועיל אף לבסוף אינו חוזר ונראה זה דחוק עכ"ל. אמנם דעת התוס' נראה דהכי ס"ל שכתבו בד"ה וליבדור איבדורי וז"ל אבל לרשב"ג דס"ל דאין יכול לבטל זה שלא בפני זה אין בביטולו כלום אפי' מבטל כולם כל אחד בפני עצמו אע"ג דהשתא ליכא למיחש

דלמא אזלי הנך דלא ידעי וכתבי ויהבי לה אינו ביטול עד שיבטל כולם יחד זה בפני זה עכ"ל והיינו כיון דבשעתו אינו מועיל שוב אינו חוזר ונראה לפ"ז אף אם נאמר שנתרצה אח"כ באותן שלא ביטל ותו ליכא למיחש דלמא אזלי הנך וכתבי ויהבי לה מ"מ כיון דבשעתו לא הי' מועיל הביטול שעדיין לא נתרצה גם לבסוף שנתרצה אין הביטול חוזר ונראה איברא במ"ש הרשב"א על סברתו דאינו חוזר ונרא' דזה דחוק איכא למידק דאפי' אי נימא דחוזר ונראה כיון דלמ"ד עדות שבטלה מקצתה בטלה כו' יכולין הנך שביטל בפניהם נמי לחזור ולחתום כשביטל זה שלא בפני זה א"כ אפי' אם מבטל אח"כ בפני השני ובפני השלישי כיון דלא ידעי הני בהני סבר כל חד דלדידי' לחוד ביטל ויכול הוא עצמו לחתום. אמנם נראה דאי אמרי' דמהני כשמבטלן כולן זה שלא בפני זה תו ליכא למיחש שמא יחתומו אותן שביטל דכיון דהבעל נאמן לומר שביטל את הגט במגו דאי בעי מבטל עכשיו וכמ"ש הרשב"א בחי' ר"פ השולח ועיין ב"ש ס"ק צ"א א"כ יכול הבעל לבטל את כולן זה שלא בפ"ז ויודיע לכל אחד ואחד שביטל כולן זה שלא בפ"ז ויהי נאמן במיגו וא"כ יהי' ביטולו קיים לכך צריך לסברתו דאינו חוזר ונראה. ובזה יתיישבו דברי הרמב"ם פ"ו מגירושין שכתב דשליחות שבטלה מקצתה בטלה כולה והוא תמי' דהא לפי מאי דאוקמי' בעדי הולכה א"כ ע"כ ס"ל לרבי דלא בטלה כולה אפי' בשליחות וקי"ל כרבי. אכן לפמ"ש בישוב קושי' התוס' דאי אפשר לומר שיהי' ביטולו קיים בהנך שביטל בפניהם משום דא"כ יהי' בעילתו ב"ז למפרע כשיכתבו הנך דלא ידעי ויתנו לה ויפקעו קידושיו למפרע וע"כ אינו מבטל בלב שלם וכמ"ש לעיל ועיין תוס' ד"ה ורב נחמן אמר בפני שנים דלרבי דבעי ב"ד נמי משום תקנת ממזרי' ע"ש וא"כ ע"כ אינו מבטל בלב שלם וליכא למימר דלעולם בלב שלם מבטל אלא דאח"כ נתרצה באותן שלא ביטל שיהיו שלוחיו ועדיו דהא בעדי כתיבה בעינן שישמעו מפי הבעל ולא מהני שליחות שלא בפניו ומש"ה ע"כ צ"ל דס"ל לרבי דלא בטלה כולה. אבל כי מוקמינן לפלוגתייהו בעדי הולכה דבזה מהני שליחות שלא בפניו א"כ מצינו למימר דרבי נמי ס"ל שליחות שבטלה מקצתה בטלה כולה אלא דלמאי דהוצרכו לתקן שלא יועיל ביטולו תקונו היינו לאותן שלא ביטל בפניהם ולמאי דלא הוצרכו לתקן והיינו לאותן שביטל בפניהם לא תקנו ואי משום שלא יהי' בעילתו ב"ז יכול לתקן ע"י שנתרצה אח"כ באותן שלא ביטלו וכמ"ש ויהיו הם שלוחיו ורשב"ג סבר דכיון דהוצרכו לתקן שלא יהי' מועיל הביטול גבי אותן שלא ביטל בפניהם תקנו שלא יהי' הביטול מועיל כלל וכמ"ש תוס' ואפי' נתרצה אח"כ תו אינו מועיל דכיון דקודם שנתרצה לא הי' מועיל בשעתו תו אינו חוזר ונראה וכמש"ל ומש"ה פריך שפיר ואי ס"ד כרשב"ג וליבדורי איבדורי דליכא למימר שיבטל

כולן בזה אח"ז דהא ע"כ מוכח דלרשב"ג ס"ל דכל שלא הועיל הביטול בשעתו תו אינו חוזר ונראה מדלא מהני נתרצה אח"כ לגבי אינך וע"כ משום דאינו חוזר ונראה וכמ"ש א"כ ליבדור איבדורי ודוק:

ס"ק ט

ויש מי שאומר דבשליחות אם ביטל אחד מהן נתבטלו כולן שם בסוגיא מאי מפני תקון העול' ר' יוחנן אמר מפני תקנת ממזרי' סבר לה כרב נחמן דאמר בפני שנים ובי תרי לית לי' קלא והקשו בתוס' ליתקנו שיבטל בפני שלשה ע"ש. עוד שם ריש לקיש אמר מפני תקנת עגונות סבר לה כרב ששת דאמר בפני שלשה ובי תלתא אית לי' קלא והקשו בתו' הא מלוה ע"פ לא גבי ממשעבדי אפי' הלוהו בפני כמה עדים ע"ש. עוד שם בתוס' ד"ה רבי סבר עדות שבטלה מקצתה לא בטלה כולה ע"ש שהקשו דלמא רבי נמי סבר בטלה כולה ואפ"ה יכול לבטל בדיעבד דהא ס"ל לרבי בטלו מבוטל ע"ש. עוד הקשו שם באותו דיבור דלפי' הקונט' משמע דלרשב"ג דבטלה כולה אף זה מתקנת ר"ג וע"כ למ"ד מפני תקנת עגונות לא דמי אהדדי ע"ש ועיין במשנה למלך פ"ו מה' גירושין ביאורו משום דתקנת עגונות לא שייכא כל שביטל עכ"פ בפני אחד ע"ש ועיין לעיל סק"ה, עוד שם בתוס' ד"ה וחזר בו רבי ועשה כרשב"ג הקשו ז"ל וא"ת מנ"ל כו' דלמא ההיא דשום הדיינים דמי טפי לביטלו שלא בב"ד דהתם מודה רבי דאינו מבוטל דאמרי' מה כח ב"ד יפה ועיין ביאורו בחי' מהרש"א משום דכל שביטל בפני ב"ד אמרי' דכח ב"ד שני עדיף שיהי' הביטול מועיל ע"ש. והרמב"ם פ"ו מה' גירושין כתב ז"ל אמר לעשרה כתבו גט ותנו לאשתי יכול לבטל זה שלא בפני זה ואפי' בפני שנים אחרים וכתב הרה"מ ז"ל מכיון דקי"ל כרבי דאמר בטלו מבוטל אפי' בפני אחרים לא גרע כשבטלו בפני שנים מן העשרה משאם בטלו בפני אחרים שאינן מהם וזהו שכתב רבינו ואפי' בפני שנים אחרים ע"ש משמע מדבריהם דהסוגיא מיירי שביטל לכולן בפני שנים מהן. ולפ"ז כל הסוגיא מוקשה בהא דאמרי' דרבי ס"ל עדות שבטלה מקצתה לא בטלה כולה דהא בטיל לי' לכולהו ועיין בלחם משנה. ולייישב כל אלה נראה לענ"ד והוא דבטור וש"ע ח"מ סימן ל"ט סעיף ט' פסקו דמעשה ב"ד יש לו קול וגובה ממשעבדי ודעת הסמ"ע שם ס"ק כ"ד דכל הודאה בב"ד יש לה קול אפי' לא שלחו אחריו וגובה ממשעבדי אם נתברר שלא פרע והא דבעינין קבעו ושלחו היינו לענין טענת פרעתי אבל ממשעבדי לעולם גובה ע"ש ובש"ך שם ס"ק כ"ז חולק עליו והעלה דהודאה בב"ד אינו גובה ממשעבדי אלא דוקא בקבעו ושלחו או בנתחייב ע"פ ב"ד דבזה דוקא אמרי' מעשה ב"ד יש לו קול אבל לא שלחו אחריו וגם הנתבע הודה מעצמו אין זה מעשה ב"ד ולית לי' קלא וע"ש

בש"ך ס"ק י"ח שכתב בשם הנימוקי יוסף דשאני מילי דבי דינא מהודאה כלומר שאין הב"ד מחייבין אותו בכלום רק שמודה בפניהם כמודה בפני שאר עדים לכך אין שם דיינים עליהם אבל במודה ע"פ תביעה בפני שלשה כלומר שתובעו בפני שלשה לדין ואינו רוצה ליתן להתובע מעצמו אלא שמודה ע"י תביעה דהיינו שנתחייב בהודאתו מכח תביעתו כגון שהכירו הב"ד שמכח טענותיהם הוא חייב לו ה"ז ב"ד גמור ולא בעי' קבעו ושלחו עכ"ל. וכבר כתבנו בס' קצוה"ח סימן ע"ט ס"ק דכדברי הש"ך מבואר בדברי התוס' כאן שהקשו בהא דאמרי' בי תלתא אית לי' קלא מהא דמצוה ע"פ אינו גובה ממשעבדו ואפי' בפני עשרה ע"ש וכן הקשה הרשב"א ז"ל בחידושיו ואי כדברי הסמ"ע מאי קושי' דהא בראשונה הי' עושה ב"ד ומבטל וכל מעשה ב"ד יש לו קול. אלא ע"כ כדעת הש"ך דכיון דאין הב"ד עושה שום מעשה ב"ד אלא שהוא מבטל בפניהם הגט אין זה אלא כמודה בפניהם דלית לי' קלא אלא בקבעו ושלחו אחריו וגבי ביטול הגט לא שייך שלחו. וע"ש. אמנם לפמ"ש הר"ן בהא דבראשונה היה עושה ב"ד ולא סגי בלא ב"ד היינו תרתי חדא כרבי וחדא כרשב"ג ולא ידענא הי מינייהו כרבי כו' ע"ש ולפי דבריהם אי ס"ד דס"ל כרשב"ג דבטלו אינו מבוטל היאך אפשר דס"ל דיכול לבטל זה שלא בפני זה היינו שיבטל כולן בפני אחד ועיין בלח"מ:

אלא לפמ"ש ניחא דתרתי גווני משכחת לה דאפשר דס"ל כרבי אם בטלו מבוטל ואפ"ה ס"ל באידך כרשב"ג דאינו יכול לבטל כולן בפני אחד מהם משום דס"ל עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ותו לא הוי מעשה ב"ד ואיכא חשש ממזרות דאפילו לרבי איכא למימר דסבירא ליה תקנת ממזרי' היכא דליכ' קלא והא דבטלו מבוטל היינו דוקא היכא דאיכא קלא וכן להיפך יש לומר ס"ל כרשב"ג דבטלו אינו מבוטל אפי' בפני ג' ומשום תקנת עגונות ואפ"ה ס"ל באידך כרבי דיכול לבטל כולן בפני אחד מהן משום דסבר עדות שבטלה מקצתה לא בטלה כולה וא"כ אינך לא בטלי ממילא אלא משום כח ב"ד יפה ואית ליה קלא ותו ליכא לא חשש ממזרות ולא עגונות תקנת ממזרות ליכא דהא לית ליה קלא ותקנת עגונות נמי ליכא דהא הוצרך לבטלו עכ"פ בפני אחד מהם וכמ"ש במשנה למלך דכיון דהטריחוהו לחזור אחר אחד מהם אין צריך להטריחו יותר ולכך קאמר שפיר ולא ידענא הי כרבי והי כרשב"ג:

ובהא ניחא ליישב קושית תוס' ד"ה חזר רבי ועשה כרשב"ג דהקשו דילמא ההוא דשום הדיינין דמי טפי לביטלו שלא בב"ד דמודה רבי דאינו מבוטל דאמרי' מה כח ב"ד יפה ע"ש ור"ל דכל שביטלו בפני ב"ד כח ב"ד שני יפה ועדיף שיועיל הביטול וכמ"ש בחי' מוהרש"א ע"ש ולפמ"ש שפיר קאמר רב יוסף נחזי אנן כו' וחזר רבי ועשה כרשב"ג דאי

ס"ד דס"ל בטלו מבוטל משום דכח ב"ד שני יפה ובהא פסק כרבי א"כ היאך פסק באידך כרשב"ג דאינו יכול לבטל זה שלא בפני זה הא קי"ל בטלו מבוטל וכ"ת הכא דאין צריך ב"ד כיון שביטל בפני אחד מהן ואינך ממיל' הוא דבטלי משום דבטלה כולה וכמ"ש תו לא הוי מעשה ב"ד ואיכא חשש ממזרות ומודה רבי דאינו מבוטל הא ליתי' דהא טעמי' דרבי דמודה היכא דאי' חשש ממזרות דאינו מבוטל אינו אלא משום מה כח ב"ד יפה וכמ"ש תוס' דף ל"ב ד"ה ורב נחמן אמר בפני שנים דמדאורייתא לעולם יכול לבטלו ע"ש וכיון דאמרי' דהיכא דאיכא כח ב"ד שני לא אמרי' על ב"ד ראשון מה כח ב"ד יפה א"כ אפי' היכא דאי' חשש ממזרות ולית לי' קלא לית לן למימר בטלו מבוטל משום כח ב"ד שני כיון דעכ"פ ב"ד יש כאן וא"כ ממילא ליכא נמי חשש ממזרות דכיון דע"י כח ב"ד שני הוא דמהני הוי שפיר מעשה ב"ד ואית ליה קלא אלא ודאי דאין ב"ד שני מועיל לבטל כח ב"ד יפה וה"ה נגד תקנת ר"ג לא מהני כח ב"ד שני לבטל וע"כ טעמי' דרבי דבטלו מבוטל לאו משום כח ב"ד שני אלא משום דלא ס"ל כלל הך סברא דמה כח ב"ד יפה גבי תקנת ר"ג וכיון דשמעינן דחזר בו רבי מהאי ועשה כרשב"ג משום מה כח ב"ד יפה בכל ב"ד ה"ה בתקנת ר"ג לית ליה מה כח ב"ד יפה ובטלו אינו מבוטל אפילו ע"י ב"ד שני ומדהך כרשב"ג באינך ס"ל כרבי דיכול לבטל זה שלבפ"ז ר"ל יכול לבטל כולן בפני אחד מהן משום דעדות שבטלה מקצתה לא בטלה כולה ומשום כח מעשה ב"ד הוא דמהני דלא יהיה חשש ממזרות דהא איכא קלא תקנת עגונות ליכא כיון דעכ"פ צריך לטרוח אחר אחד מהן תו לא מטרחינין ליה טפי וכמ"ש במשנה למלך אבל שלא בפני השליח כלל ס"ל בטלו אינו מבוטל ומשום תקנת עגונות וכמ"ש ודו"ק:

והב"י סימן קל"ד הביא תשו' הר"ן ז"ל ואע"פ שכתב מורינו שאפי' יביא ראי' שביטלו בב"ד אין בדבריו כלום ואין ביטולו ביטול שהרי ביטל כל מודעי שמסר ושעתיד למסור וא"כ ביטל כל הביטולים שנעשה כנגד השליחות וכיון דבשעת נתינת הגט לשליח ביטלום בטולים כדרך שאר כל המודעות שנעשו שבטילים בביטול מודעא אע"פ שמסר מודעות נגד הביטולים בביטול המודעות כולם בטלים והיינו ביטול מודעי דמודעי דכתבינן וכמו כן כשמבטלין לעתיד כל מודעי לאו ביטול שימסור כנגד הגט וכשמבטל כל ביטול שיבטל ביטול המודעי וביטול הגט הרי כולם בטלים והגט קיים ע"כ:

ואני ידעתי שפה קדוש לא אמר דבר זה אלא כנושא ונותן ולחתום פיהם של פועלי און דכיון דקי"ל אתי דיבור ומבטל דיבור הדיבור האחרון הוא העיקר ומבטל כל הדברים הקודמין עכ"ל וע"ש שהאריך הר"ן בזה ואחר שיצא הדבר מפה קדוש הרב רבינו פרץ הכהן ז"ל ראוי לקיים דבריו ולכן נראה לפי מ"ש דהא דמהני ביטול בפני ב"ד שלא בפני

השליח ולא חיישינן לתקנת ממזרים היינו משום דאית לי' קלא משום מילי דבי דינא אית ליה קלא ואפי' למ"ד בפני שנים נמי כתבו התוס' דמפרסמא מלתא והא דהוי מילי דבי דינא אינו אלא משום דצריך ב"ד לביטולו ומשום דבלא ב"ד לא אתי דיבור גרוע דשלא בפני השליח ומבטל דיבור המועיל שבפני השליח וכמו שנתבאר לעיל ואינו אלא משום כוח ב"ד יפה וה"ל מעשה ב"ד ואית ליה קלא וא"כ היכא דמבטל כל הביטולים שנעש' אח"כ כי אתי דיבור האחרון לבטל הדיבורי' הקודמים בזה אין צריך ב"ד דלא שייך בזה לא אתי דיבור גרוע שלא בפני השליח ומבטל לדיבור מעליא שהיה בפני שליח דזה אינו אלא בדבר הנוגע לגוף השליחות דהיינו שכבר עשאו לזה שליח בפניו ועכשיו רוצה לבטל שליחותי שלא בפניו בהא הוא דאמרינן דלא אתי דיבור גרוע ומבטל ליה לדיבור מועיל שהיה בפניו לבא אותו דיבור שאמר לבטל כל הביטולים שיבטל אח"כ זה אינו ענין לגוף השליחות ואפי' אם אמרו בפני השליח לא אכפת לן בדברים אלו אם אמרן בפני השליח או שלא בפניו כיון דאין זה מענין שליחותו וא"כ מדינא הוא יכול לבטל דברים אלו אפילו שלא בב"ד ואפי' אם מבטלם בפני ב"ד תו לא הוי מילי דבי דינא ואינו אלא כמודה מעצמו בפני ב"ד דלית לי' קלא וכמו שנתבאר לעיל דכיון דלא הוי מעשה ב"ד לית ליה קלא וא"כ איכא חשש ממזרי' דהשליח לא ידע שביטל אח"כ את הדברים הראשונים דנהי שנתוודע לו שביטל גוף שליחותו דזה הוי מעשה ב"ד ואית ליה קלא מ"מ כיון שלא יתוודע לו שביטל הדברים הראשונים שביטל הביטולים לא יחוש לביטול שליחותו מאחר שכבר ביטל כל מה שיבטל אח"כ ומה שביטל אח"כ כל מה שביט' קודם זה לא יתוודע לו שאין זה מעשה ב"ד ויתן השליח הגט ולא יחוש לביטולו דדבר זה שביטל את דבריו הראשונים אינו צריך ב"ד מדינא דדיבור האחרון לא חשיב דיבור גרוע נגד הדיבור הקודם שהי' בפני השליח כיון דאין זה נוגע לגוף השליחו' ולא שייך לומר דיבור גרוע ודיבור מעליא אלא במה שנוגע לגוף השליחות שעשאו בפניו משא"כ בשאר דברים וכמ"ש וכיון שכן אין צריך ב"ד ואע"ג דנעשה בפני ב"ד לית ליה קלא וא"כ איכא חשש ממזרים ומש"ה לא מהני ביטול את הביטולי' אפילו בפני ב"ד ודוק היטב ועיין בכל האמור:

סעיף ג

ס"ק י

אמר בטל הוא ריש פרק השולח ת"ר בטל הוא דבריו קיימין למימרא דבטל לישנא דליבטל משמע כו' אמר אביי בטל תרי לישנא משמע משמע דבטל ומשמע דליבטל גבי גט לישנא דמהני בי' קאמר רבינא אשכחי' לרב נחמן בר יצחק דתלי וקאי אעיברא

דדשא וקא מיבעי' לי בטל מהו תיקו כו' איבעיא להו הרי הוא חרס מהו א"ל רבינא כו' מ"ש מהרי הוא הקדש הרי הוא הפקר וכתבו תוס' ז"ל ותימא דבריש אין בין המודר דף ל"ה משמע דככר זה הקדש מועיל וגט זה חרם ודאי לא אמר כלום דגרע מגט זה חרם הוא דלא אמר כלום דהא אי אמר בטל הוא דבריו קיימין וכי אמר בטל ולא אמר הוא מיבעי' לן ועמד בתיקו עכ"ל וע"ש בחי' מהרש"א:

ונראה ליישב לפמ"ש הרשב"א בחידושיו דגם האומר בטלתי כבר נאמן במיגו דאי בעי מבטל ליה מעכשיו והא דקאמר למימרא דבטל הוא לישנא דליבטל משמע היינו משום דתני דומיא דאי אפשי שם בברייתא ע"ש וכתב ב"ש ס"ק צ"ט והא דבעי בטל מהו כיון דבין לעבר בין להבא מועיל היינו משום דאי לא אמר הוא משמע שהגט מעצמו בטל והיינו לשון עבר כלומר לשעבר העד הוא מעצמו ולא על ידי שביטלו הוא ע"ש והתם פ' אין בין המודר אמר רבא היתה לפניו ככר של הפקר ככר זה הקדש מועיל בו:

ופי' הר"ן שהיה הככר מונח תוך ד' אמות וזכו ד' אמות שלו להקדש כדין המגביה מציאה לחבירו ולא שהקדישו הוא דהא אינו שלו ולא מצי אקדוש ואין לומר שזכה בו לעצמו ואח"כ הקדישו דא"כ ה"ל גזבר ואין מועלין בו עד שיוציאו לחולין ע"ש אלא ע"כ שזכה חצרו להקדש והוא ד' אמותיו וא"כ ככר זה הקדש ממילא ולא ע"י קדושת פיו ולפ"ז דוקא כשאומר ככר זה הקדש דמשמע ממילא הוא דקדוש אבל אם אמר ככר זה הוא הקדש דמשמע ע"י אמירתו שהקדישו יהיה קדוש א"כ היתה כונתו שיזכה בו הוא תחלה דאל"ה לא מצי מקדיש לי' דאינו שלו וכיון שזכה בו הוא תחלה נעשה גזבר עליו ולא היה מועיל בו בטילה לחוד וכמ"ש הר"ן שם ע"ש לכך הוצרך לומר ככר זה הקדש דמשמע ממילא והיינו ע"י ד' אמותיו שיזכו להקדש בלי אמצעיתו ועמ"ש בספרי קצוה"ח סימן ר' סק"א:

וכן גבי גט אם אמר גט זה חרס ולא אמר הוא משמע ממיל' בלא ביטול פיו ולכך לא מהני ואין להקשות אם כן תפשוט מיניה אם אמר גט זה חרם ולא אמר הוא משמע ממילא דומיא דככר זה הקדש משום דאיכא למימר דשתי לשונות משמע דמשמע ממילא ומשמע ע"י אמירתו והתם לישנא דמהני בי' קאמר כיון שלא רצה לזכות לעצמו גלי אדעתיה דניחא ליה שיזכו ד' אמותיו להקדש והכא גבי גט דלא מהני כלל לישנא דממילא כוונתו שע"י אמירתו יהיה בטל כמו דאמרינן גבי בטל הוא ומש"ה עלתה בתיקו ודוק:

סימן קמג

סעיף טז

ס"ק א

אמר לה ע"מ שתנשאי לפלו' פ' המגרש פ"ד ת"ר ה"ז גיטך ע"מ שתנשאי לפלו' ה"ז לא תנשא ואם נשאת לא תצא כו' א"ל רבא לו הוא דלא תנשא הא לאחר תנשא הא בעי' לקיומי' לתנאי' וכ"ת אפשר דמנסבא היום ומיגרשה למחר ומיקיימא לתנאי' כו' הכי השתא כו' הכא בדידה קיימא לאגרושי אלא אמר רבא ה"ז לא תנשא לא לו ולא לאחר לו לא תנשא שלא יאמרו נשותיהן נותנין זה לזה במתנה לאחר לא תנשא דבעי לקיומי לתנאי' ואם נשאת לו לא תצא דמשום גזירה לא מפקינין לה מיני' ואם נשאת לאחר תצא דבעי' לקיומי לתנאי'. והנה דעת הרמב"ם דאם נשאת לאחר קודם שתנשא לפלוני בני' ממזרי' אע"ג דלבסוף נשאת לאותו פ' והתו' והרא"ש חולקי' בזה וסברי כיון דלבסוף קיימה לתנאי' ונתקדשה לפ' הרי היא מגורשת למפרע. וכן דעת הרשב"א בחידושיו והביא ראי' מדברי הש"ס שאמרו וכ"ת אפשר דמינסבא היום ומיגרשה למחר אלמא דמצי' לקיומי לתנאי'. ולפענ"ד נראה טעמא דהרמב"ם שהצריך לקיים התנאי ושתנשא לפ' קודם שתנשא לאחר היינו משום דמסקינין בש"ס דלאו בידה קיימא לאגרושי ובודאי לא התנה עלי' בדבר שאינו בידה ומש"ה אמרינין ודאי קפיד בתנאי' שלא תנשא לאחר קידם שתנשא לאותו פ' ואי הוי אמרינין דבדידה קיימא לאגרושי אין ה"נ דלא הוי קפידא אימת תנשא לפ' ומש"ה לפום מאי דסלקא דעת' דאפשר דמנסבא היום ומיגרשא למחר ומיקיימא לתנאי' והוי ס"ל דבדידה קיימא לאגרושה שפיר היי ס"ל דהוי קיום התנאי כשנשאת לפ' אף אחר שנשאת לאחר. אבל למאי דמסיק דהכא לאו בדידה קיימא לאגרושי א"כ ודאי זה לא התנה אלא על מה שבידה וקפיד בתנאי' שלא תנשא לאחר עד שתנשא קידם לאותו פ' ומש"ה כל שנשאת לאחר אע"ג דאיגרשה ונשאת אח"כ לפ' בני' מן הראשון ממזרי' ולא מהני לה קיום התנאי וז"ב. וכן מצאתי במשנה למלך פי"א מה"ל מכירה שכתב הרמב"ם ואם לא קיום התנאי ומכרו לאחר כו' וכתב הוא ז"ל נ"ל דמה שהוצרך רבינו לבאר זה כו' ויש מי שרצה לומר דבא להשמיענו דאם התנה ע"מ שתתנהו או שתמכרנו לפ' ומכרו לאחר אע"פ שלקחו אח"כ ממנו וחזר וקיים תנאי' קפידא הוי שלא התנה אלא על מה שבידו לא שיקנה תחלה לאחר ואפשר שלא ירצה זה למכרו לו ואע"פ שמכרו וקיים תנאי' קפידא הוי עכ"ל. ובחי' פ"י שם ראיתי שכתב ז"ל ולענ"ד נראה ליישב משום דלכאורה מוכח להדיא מברייתא דאי אפשר לומר דאם נשאת לאחר תנשא דא"כ לא התירה בגט זה לשום אדם כי אם לפ' וה"ל שיור בגט ומאי שנא

מאם אמר הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפ' דלא הוי גט וכ"ש הכא דלא התירה לשום אדם אלא לאדם אחד וליכא למימר דשאני הכא שמותרת לכל אדם אחר שתנשא לפ' ותתאלמן או תתגרש הא ליתא דהא בחוץ מפ' נמי מותר' לאותו פ' לאחר שנשאת לאח' מן השוק ונתארמל' או נתגרשה כו' וע"ש שהאריך בזה וכתב דאע"ג דלא התירה לשום אדם שפיר מהני כיון דהוא בלשון תנאי וע"ש. אמנם לי נראה דאין צריך לכל זה דאפי' לדעת הפוסקים דס"ל דע"מ שלא תנשאי לפ' הוי שיור בגט הכא בע"מ שתנשאי לפ' מהני ולא תהא רשאה להנשא לאחר קודם שתנשא לפ' כמ"ש הרמב"ם והא דלא הוי שיור בגט היינו משום שמותרת לכל אדם אחר שתנשא לפ' ותתאלמן אי תתגרש ומ"ש דהא בקוץ נמי מותרת לאחר שניסת לאחד מן השוק אין זו קושי' כלל דודאי באומר חוץ מפ' לא התירה המגרש לאותו פ' לעולם והא דמותרת לו אחר שניסת לאחד מן השוק ונתגרשה לאו מכח גירושי הראשון הוא אלא משום שניסת לשני ניתק האישות מן הראשון לגמרי להשני וכמו שפירש"י להדיא שם דף פ"ג בהא דתניא מודה ר' אליעזר כו' ע"ש וכ"כ שם התוס' ז"ל וטעמא כיון שנשאה זה שהותרה לו נתרוקן לו כל האישות ופקע אישות של ראשון לגמרי ע"ש. (וכן מוכח מלשון הברייתא שהשיב רשב"א וכי מצינו זה אוסר וזה מתיר ע"ש) א"כ לאו מכח בעלה הותרה ולא ע"י גירושין שלו אלא ממילא הותרה לכך הוי שיור בגט ופסול אבל באומר על מנת שתנשאי לפלו' מה שמותרת לכל אדם אחר שתנשאי לפלו' מכח הגט הראשון הוא שמותרת ושפיר הוי כריתות ומש"ה לא הוי שיור ודו"ק (עיין בחידושי הרשב"א דף פ"ג ד"ה אלא בעל מנת שכתב ז"ל ואפי' אמר לה ה"א מותרת לכ"א ע"מ שלא תנשאי לפ' מכאן ועד שלשים יום אין זה כריתות כו' וכן נראה מדלא פליג ר' טרפון בין על מנת לע"מ דא"כ ה"ל לפרושי בהדיא הרי שאמר לה כו' ע"מ שלא תנשאי לפלו' מכאן ועד י"ב חודש כו' אלמא אפי' בע"מ שלא תנשאי עד ל' יום איכא למיפרך וכ"ש כשאמר לה עד י"ב חדש דאינו דומה לזה גיטך לאחר יב"ח דהתם לא חל הגט ולא כורת כלל עד יב"ח ולאחר יב"ח כורת לגמרי אצל כל אדם ואין שיור בגט זה כלל אבל כאן שחל הגט וכרת מקצת לגמרי אצל השאר ולזה לא כרת ה"ז שיור בגט ואין זה כריתות וא"נ למ"ד בע"מ לא פליגי בחוץ נמי דכותה היא כגון דאמר לה ה"א מותרת לכ"א חוץ מפ' שלא תנשאי לו עד ל' יום אין זה כריתות לפי שבשעה שחל הגט להיות כורת אינו כורת לגמרי אצל הכל ואין זה כריתות עכ"ל מבואר מזה דכל דהוי שיור בגט אפילו לזמן מועט תו לא הוי כריתות דבעינן דבשעה שהוא כורת יהיה כורת לגמרי אצל כל אדם ולא מהני מה שמותרת אח"כ לכל אדם ואע"ג דבלא"ה אסורה לינשא תוך ג' חדשים כיון דמדאורייתא מותרת לינשא מיד ולזה אסורה משום

שיורא אין זה כריתות כן מבואר שם בדברי הרשב"א ע"ש לפ"ז אף שנסתרה ראייתו של הגאון פ"י מהא דחוץ וניסת לא' מן השוק וכמו שהשיב עליו מרן ז"ל בטוב טעם מ"מ הדין דין אמת דכל דהוי שיורא אפילו לשעה חדא אין זה כריתות דבשעה שהוא כורת צריך שיהיה כורת לגמרי ונראה שכן גם דעת הרמב"ם ז"ל שהרי הוא פסק דעל מנת לא הוי שיור ואפ"ה צריך שיקבע זמן כמבואר בדבריו פ"ח מגירושין דאם אמר על מנת שלא תנשאי לפלי' סתם אכתי אגידא גבי ע"ש ומוכח מזה דבאומר חוץ דהוי שיורא אפילו קבע זמן לא מהני ואין סברא לחלק בין זמן מרובה לזמן מועט ודו"ק. אמנם הנכון דהכא גבי ע"מ שתנשאי לפ' ודאי דאין כאן שיור שהרי מותרת היא לכל אדם ובלבד שתקיים תנאה ולא גרע משאר תנאי' שבקום ועשה דס"ל לרוב הפוסקים שאסורה להנשא עד שתקיים תנאה בדבר התלוי באחרים וכמש"פ המחבר לעיל סעיף ב' ול"ד לע"מ שלא תנשא לפ' דס"ל להרמב"ן ודעמי' דהוי שיור משום דמתנה עליה בפירוש שלא תנשא א"נ משום דהוי הנך טעמי דפרשי תנאי בברייתא אי כר"ט שלא יעקור מצות יבום אי כר"ע שלא יהיו בניה ממזרים יכל הני טעמי לא שייכי הכא שהרי יכולה לקיים התנאי מיד ולא יהיה שום חשש אח"כ ודוק כי נכון הוא:

ס"ק ב

ואין תקנה להתירה אא"כ יקדשנה המגרש כן הוא בתשובת הרא"ש כלל מ"ה סימן כ"ט ח"ל ראובן גירש את אשתו ע"מ שלא תנשא לשמעון אם יכול לבטל תנאו אח"כ או לא ומהו שיחזור ראובן ויטלנו הימנה ויתננו לה בלא תנאי ויבטל הא' תשובה לבטל התנאי אינו יכול כיון שנתן לה הגט בתנאי אינו יכול לבטלו ובנטילת הגט ממנה ויחזור ויתננה לה פעם אחרת אין תקנה כי כבר אינה אשתו כי נתן לה גט גמור בלי שייר אלא שהטיל בו תנאי ואין תקנה אלא שיקדשנה ויתן לה גט גמור בלי תנאי עכ"ל ובתשו' מהרי"ט ח"א סימן מ"ט כתב עלה וז"ל ותמה אני למה לא יועיל ביטול התנאי כו' והרא"ש עצמו בכלל מ"ז סימן ד' וה' האריך וביאר שביטל התנאי מועיל דאתי דיבור ומבטל דיבור כו' והיאך סתם עלינו את הפתח כאן בתשובה זו ואמר דאין תקנה אלא שיקדשנה ויתן לה גט גמור וראיתי בדברי תוס' ריש המגרש אף בתנאי דע"מ שלא תנשאי לפ' בהדיא שיכול לבטל התנאי ע"ש ד"ה אפי' לא נתגרשה אלא מאישה בסוף הדיבור הביאו מה שהקשו בירושלמי מ"ט לא תני בהדי ט"ז נשים שפוטרות צרותיהן ומשני תמן מן התורה אסר' עליו כו' ופי' התוס' אבל בא"א האיסור תלוי במגרש שאם יתירנה ליבם קודם שימות אחיו המת שנשאה כו' ואם לחשך אדם לומר שאין דברי הירושלמי אמורים אלא בתנאי חוץ אליבא דר"א דהואיל ולאותו פ' לא נתגרשה מעולם יכול הוא לחזור ולגרשה

גביה אבל בתנאי דע"מ כיון דנתגרשה לגמרי אצל כל אדם אלא שהטיל בו תנאי שוב לא שייך עוד גירושין אחרים וגם ביטול לא מהני אף אתה אמור לו דבתנאי חוץ לא שייך לאקשויי כלל אמאי לא תני לה בהדי ט"ו נשים כו' דמשמת ראובן כבר הותרה לאחיו דתניא התם מודה היה ר"א במגרש את אשתו כו' חוץ מפ' והלכה ונשאת לאחד מן השוק ונתארמלה או נתגרשה שמותרת לזה שנאסרה עליו כו' ועוד אני תמי' אפי' תימא דביטול לא יועיל למה הצריך לקדשה כדי לגרשה ויכתוב לה גט אחר ויתן לה בלי שום תנאי דאין לומר דמאחר שנתגרשה ממנו לגמרי אין גט אחר גט ולא מהני מידי הגט האחרון כיון דלא אגידא בי' כלל דמ"מ בשעה שתנשא לאותו פלו' נתבטל הגט הראשון והרי היא א"א למפרע ויכול לחול שפיר הגט האחרון שהוא בלי שום תנאי ויש ראיה לזה מהא דאמרינן פ' נערה קדשה על תנאי וכנסה סתם מקודשת ואמרי' משום דאין אדם אותו בעילתו בעילת זנות הרי כאן אע"פ שהיתה מתחילה מקודשת גמורה אלא שהטיל תנאי בקדושין חיילי שפיר קידושין האחרונים שהיו בלי שום תנאי דכיון שנתבטלו הקידושין הראשונים חלו האחרונים ואף לגבי גט כיוצא בו ודמי' לשבועה דתנן פ' שבועות שתים שבועה שלא אוכלנה שבועה שלא אוכלנה כו' ואמרי' בגמ' דכי משכח רווחא חייל כדרבא שאם שאל על הראשונה עלתה לו שניה וכן מוכח להדיא מדברי רמ"ה שהביא הטור דבריו סימן קמ"ג גבי ע"מ שתנשאי לפלוני כו' אבל אם נתקדשה לו לבד תצא ולא יחזיר אלא לאחר מיתת הבעל או שיתן לה הבעל גט שני בלא תנאי הרי מוכח מדבריו שיש גט אחר גט אף שהראשון היה גט גמור ותשובה זו אי מר חתים עלה צ"ע עכ"ל וע"ש שהאריך בזה עם הרבנים הגדולים ה"ה מ' יעקב אבולאפי' עם ה"ה מ' משה קאשטילץ וע"ש באורך סימן נו"ן וכל מ"ש מהרי"ט שם לדחות דברי הרבנים במה שכתבו לחלק נראין דברי מהרי"ט בכל עניניו. וכבר עמד בזה אביו בתשו' מבי"ט ח"ב ס' א' וכתב שם שמצא להר"ש בן הרשב"ץ לישבו ע"ש דברי מהר"ש גם מ"ש המבי"ט בישובן מדידי' ובכל אלה לא מצאנו מרגוע לדלות שכלנו. והנה בב"ש כתב לחלק משום דתנאי דע"מ שלא תנשאי לפלו' הוא בשב ואל תעשה ומותרת להנשא מיד ומש"ה אינו יכול לבטל התנאי ע"ש וכבר היה החילוק הזה לפני מהרי"ט ודחהו משום דהא דבתנאי דקום ועשה דאינה מותרת לינשא עד שתקיים תנאה אינו אלא מדרבנן אבל מדאורייתא אין חילוק בין תנאי דקום ועשה או בשב וא"ת ע"ש ואמנם הקושיא שהקשה מהרי"ט אמאי לא מהני הכא גט אחר גט כיון שאם תנשא לאותו פ' יתבטל הגט הראשון ויחול גט השני למפרע מזה לא הזכיר בב"ש כלום. (עיין בספר מכתב מאליהו שער ח' משפטי התנאי' סימן י"א שהביא כל דברי המבי"ט והר"ש ודברי מהרי"ט והאריך

בפלפולו לקיים דברי הרא"ש ז"ל ולהצילו מהשגת מהרי"ט ותורף דבריו דכיון דהשתא מותרת לינשא לאו אשתו היא ולא אמרינן כיון שעברה על תנאה הוברר הדבר למפרע דבכה"ג לא אמרינן ברירה בדבר שאין בידו לעשות מיד והביא ראיה מדברי מהרלנ"ח סימן קי"ט דף קע"ה ע"ג ע"ש שהעלה לקיים דברי מהר"מ קאשטליץ גם העלה דדברי הירושלמי שהביאו התוס' הם דוקא באומר חוץ ושדעת הירושלמי דלא אמרינן נתרוקן והותרה לזה שנאסרה עליו אלא היכא שנתארמלה שלא במקום יבם אבל במקם יבם לא אמרי' נתרוקן ועדיין אסורה לו ובהא פליג הירושלמי אש"ס דילן ע"ש באורך שהביא ראיה לדבריו ולענ"ד דבריו צע"ג חדא במ"ש דהירושלמי פליג אש"ס דילן וס"ל דלא נתרוקן אישות של הראשון אלא בשעת ההיתר כגון שנתגרשה או נתארמלה שלא במקום יבום אבל כ"ז שהיא תחת בעלה עדיין איסור א"א של הראשון עליה לגבי פלוני וכן במקום יבם עדיין לא הותרה דיבם במקום בעל קאי וש"ס דידן פליג בהא וס"ל דע"י נשואין של זה מן השוק נתרוקן אישות הראשון לגמרי וכמו שביארו בפירוש רש"י ותוס' והרשב"א ושכל ראייתם והוכחתם מדפריך בש"ס דילן אהא דר"ט ע"ש והוא תמוה דאם איתא דאפשר לחלק בכך קשה מאי פריך בש"ס אר"ט אימא אין ה"נ דבמקום יבם עדיין לא נתרוקן וכדעת הירושלמי לפי סברתו ומדחזינן דמקשה בפשיטות אי בחוץ משרי שרי ר"א ונראה דמקשה בכח ע"כ לומר דאי אפשר לחלק בהכי וע"כ עם נשואי זה מן השוק נתרוקן אישות הראשון לגמרי וכמ"ש רש"י ותוס' והרשב"א ושכן הדבר מוכרח מעצמו כמו שיבואר לפנינו ולכך שפיר מקשה אי בחוץ משרי שרי ר"א ועוד שנית שכבר ביארנו לעיל סימן קל"ז דאם לא היה נתרוקן אישות הראשון לגבי אותו פ' היתה אסורה להשתמש לכל העולם שהרי משתמש בצד א"א של חבירו הבט שמה וראה שהוכחתי כן מדברי הירושלמי ומלשון התוספתא דפרקין ומדברי הרשב"א בחי' ושכן מבואר בתשוב' הרא"ש כלל מ"ה סימן י"ז ע"ש וא"כ א"א לומר שלא נתרוקן האישות עד אחר שהותרה מהשני אלא בשעת נשואי השני נתרוקן לו כל האישות וכסברת ש"ס דילן כן הדבר מוכרח מעצמו ועוד בה שלישית במ"ש הירושלמי שהביאו התוס' דפריך ולתני ט"ז נשים פוטרות צרותיהן לדברי ר"א ומשני תמן התורה אסרתה ברם הכא הוא אוסרה ופירשו התוס' שביד המגרש להתירה ליבם אחר שנשאת לאחיו וכתב הוא ז"ל דהירושלמי מיירי בחוץ וכמ"ש מהרי"ט ולית ליה לירוש' שנתרוקן אישות לגבי יבם וכנ"ל ע"ש אפי' נימא הרי עדיין תקשי לן מאי משני הכא ביד המגרש להתירה הא אי אפשר להתירה דכל שאינה כולה לפני היבם ה"ל ערוה וצרת ערוה כמ"ש הרשב"א בחי' לעיל ד"ה והא דאמרינן הכא אלא אשת ב' מתים ע"ש שמבואר בדבריו דאותו צד שאינו

זקוק ליבם ה"ל ערוה שאינה יכולה להתייבם והרי היא כערוה וצרת ערוה שפטורה מן היבום וכן מבואר בירושלמי הביאו שם הרשב"א דאם קדשה ראובן מהיום ולאחר ל' יום ושמעון אחיו קדשה לאחר כ' יום ומת אחד מהן השני מהו שיהא מותר בה מה נפשך מה שקנה בה קנה והשאר נפלה מחמת אחיו ר' יודן בן פזי אסור בה א"ר יוסי טעמא דר"י ב"פ דכל יבמה שאינה כולה לפני צד הקנוי שבה נידון משום ערוה וערוה פוטרת צרתה ומבואר שם ברשב"א דה"ה אם לא קדשה שמעון כלל אלא שקידושי ראובן היו בשיורא ג"כ אני קורא בה כל יבמה שאינה כולה לפני צד הקנוי שבה ע"ש שכתב ז"ל בר מן דין ובר מן דין אסורה ליה ללוי דכי מיית ליה ראובן לא נפלה קמי לוי אלא פלגא וכל יבמה שאינה כולה כו' ע"ש וא"כ ה"נ אם איתא דבשעת נישואין של זה עדיין לא נתרוקן אישות הראשון לגבי אחיו א"כ קדושין לא היו חלין לגבי אחיו שעדיין א"א היא לגביה מן הראשון וה"ל קידושין חוץ משמעון אחיו וא"כ תי אין ביד המגרש להתירה לאחיו דאף אם יגרשנה עכשיו שנית אף לגבי שמעון מ"מ קידושי אחיו לא חלו לגבי שמעון דבאותה שעה עדיין היתה א"א גביה והרי היא עתה פנוי' לגבי שמעון ואני קורא בה כל יבמה שאינה כולה לפני צד הקנוי שבה שהרי היא קנויה לראובן חוץ משמעון וא"כ עדיין הוא ערוה לגבי שמעון ואסורה להתייבם. איברא הא איכא לתרוצי דאפשר לומר דכיון דבאמת ראובן קדשה סתם ודעתו לקנות כל אישות שבה בלי שום שיור אלא שלא היה אפשר לחול לגבי שמעון מפני אישות הראשון בהא אמרי' אחר שנתגרשה מהראשון פעם שנית אף לגבי שמעון גמרו קדושי ראובן אף לאותו צד דלגבי שמעון אחיו ודמיא להא דאמרינן לעיל פ' השולח גבי חצי' שפחה וחציה בת חורין שנתקדשה לראובן ונשתחררה וחזרה ונתקדשה לשמעון דאמר ר' זירא גמרו קידושי ראשון ואע"ג דפליג התם ר' יוסף ב"ח ולדידן הוי ספיקא דדינא כמבואר לעיל סימן מ"ד ע"ש הכא שאני דכבר פירש"י התם ז"ל פקעי קדושי ראשון ואפי' למ"ד מקודשת בא השחרור והפקיע ומקודשת לשני שהרי נשתנה גופה והוי כקטן שנולד עכ"ל ולפ"ז התם דאיכא למימר פקעו קדושי ראשון דאשתנו גופה משא"כ הכא דלא אשתני גופה כלל אי אפשר לומר דפקעי קדושיו וע"כ לומר דגמרו ולכך מותרת להתייבם לשמעון אחיו ודו"ק אמנם הקושיות הראשונות במקומן עומדות ועדיין הדבר צ"ע ועיין מ"ש מארן ז"ל סוף ס"ק זה: וראיתי לאחד מגאוני האחרונים שרוצה ליישב קושית מהרי"ט וכתב לחלק דבשאר תנאי' שפיר יכול לבטל התנאי שהרי אם לא קיימה התנאי אגלאי מלתא למפרע דגיטא בתורת פקדון היה בידה ממילא יכול לגרשה באמירה שנית הא גיטך סתם משא"כ להתירה לינשא לפ' אי אפשר דכ"ז שלא נתבטל התנאי בפועל לא מהני אמירתו דהא

מגורשת ועומדת הוא ואף אחר שנתבטל התנאי בפועל דהיינו שניסת לפלו' מ"מ לא מהני אמירתו עכשיו ל"מ לדעת התוס' דניסת בחיי המגרש לא בטיל גיטא שאין הנשואין חלין א"כ א"א לתנאי' להתבטל ואין תקנה להתירה לפלו' ואפי' לדעת הר"ן דס"ל דהגט חל בשעת נשואין ולא קודם ולא אח"כ א"כ כבר קנאתו לגיטא לענין נשואין ולא מצי תו להגרש בו אלו הם תורף דבריו בקצרה והנה במ"ש דלדעת תוס' א"א לתנאי להתבטל שאין הנשואין חלין כלל ולעולם לא בטל גיטא קמא כבר קדמו בזה הגאון בעל מכתב מאליהו ז"ל ע"ש. ולענ"ד לא כיונו יפה בזה דהכא מודו תוס' דהנשואין חלין דעיקר טעמא דתוס' הוא משום דאף אם נאמר שהנשואין חלין ובטיל גיטא א"כ חזרה להיות א"א ושוב אין הנשואין חלין ונמצא שלא עברה על תנאה וכן מבואר להדיא לכל מעיין בדברי תוס' והרמב"ן והר"ן ע"ש וא"כ הכא לא שייך לומר כן דשפיר מצינו למימר דעברה על תנאה בנשואי פ' ובטיל גיטא קמא והנשואין חלין מחמת הגט השני ודו"ק:

ועוד בלא"ה הא ס"ל להרא"ש בתשו' כלל מ"ה סימן י"ז דניסת בחיי המגרש בטיל גיטא ובני' ממזרי' וזה שלא כדעת תוס' והביאו ב"י סימן זה ע"ש ומ"ש עוד דלדעת הר"ן כבר קנתה לגיטא לענין שיחולו נשואי פלו' אינו מובן כלל שהרי בשעה שאומר לה שנית הא גיטך בלא תנאי עדיין לא נשאת לפלו' א"כ לאחר שתנשא לאותו פלו' שפיר נאמר אגלאי מלתא למפרע שלא היה אותו הגט חל עדיין בשעה שאמר לה פעם שנית הא גיטך אלא היה תלוי באם וכאילו אמר לה אם תנשאי לפלוני יהיה הגט חל באותה שעה וכבר כתב הוא בעצמו דבתנאי באם יכול לבטל הנתינה הראשונה שהרי יכול לבטל הגט וא"כ יכול לבטל התנאי ולומר שתתגרש מיד דזה הוי ממש כאילו אמר בתחילה זה גיטך אם תנשאי לפ' שאין הגט חל אלא בשעת שניסת לפ' ואם חזר ואמר זה גיטך מיד דודאי מהני וזה פשוט:

עוד כתב שם וז"ל ועוד נ"ל לחלק דודאי כל שנתגרשה ומותרת להנשא מדאורייתא כו' אז בודאי מגורשת גמורה היא מעכשיו כו' ושוב הוי אין הגט שלו וכאילו אינו אשתו כו' ואף לגרשה אחר שיתבטל התנאי ותהיה אשתו למפרע מ"מ לא מהני מה שמגרשה עכשיו דה"ל דשלבל"ע כו' לפ"ז נראה החילוק פשוט דכל שביד הבעל לבטל הגט דהיינו שלא יתקיים התנאי א"כ בידו לעשו' שתהיה אשתו וכל שבידו לא הוי דשלב"ל כמבואר בכתובות דף פ"ב מש"ה במאתים זוז שהברירה ביד הבעל שלא לקבלם למ"ד נתינה בע"כ לא שמה נתינה ואפי' למ"ד ש"נ מ"מ יכול להטמין עצמו ושלא בפניו ודאי לא ה"נ וכיון דבידו הוא יכול לגרשה כו' משא"כ בע"מ שתשמשי את אבא ושלא תנשאי לפלו'

שאין ביד הבעל לבטל הגט כו' אין יכול לגרשה עכשיו וכשיבטל התנאי ותהיה אשתו דה"ל דשלב"ל גמור כיון דאינו בידו זה נ"ל ברור עכ"ל:

והדברים מתמיהי' במ"ש דבמאתים זוז בידו להטמין עצמו דמה בכך שיטמין עצמו איזה זמן אעפ"כ לא יהיה הגט בטל שמא יקבלם אח"כ שהרי התנה בלא זמן וא"ת שהתנה על זמן קבוע וכשיעבור הזמן יתבטל הגט אין זה עכשיו בידו אלא כשיעבור הזמן ועוד מוכח בש"ס איפכא דהיכא דהוי נתינה בע"כ מקרי בידו דנותן ולא חיישינן לשמא יטמין וכ"ש דלא אמרי' בידו להטמין ע"ש בש"ס פ' האומר דף ס"ב דפריך אהא דאמר ר' יוחנן כל שבידו לאו כמחוסר מעשה הוא מהא דא"ר אושעיא בעי הנותן פרוטה לאשתו ואמר לה הרי את מקודשת לי לאחר שאגרשך מהו תפשוט דמקודשת ומשני נהי דבידו לגרשה בידו לקדשה ע"ש. הרי לפנינו דמקרי בידו לגרשה כיון דמיגרשא בע"כ אע"ג שיכולה להטמין עצמה ה"נ אי נתינה בע"כ ה"נ הוי כאילו קיימה התנאי ומגורשת גמורה היא ועוד הדברים בעצמם אין להם שחר ולא דמי כלל להא דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דהתם רוצה שיחול הקנין והמעשה ההוא לאחר זמן אף שעכשיו עדיין אינו חל ואפילו היכא דלא מצי חייל השתא כגון פירות מחוברין יהיו תרומה על תלושין אפ"ה כיון שבידו לתלשם ויחול הדבר מיד שפיר חייל לאחר זמן וא"כ הכא קשה ממ"נ אם בידו לבטל הגט מיד ולגרשה מחדש יבטל הגט ויגרשה כי בזה הוא רוצה שתתגרש מיד בכל אופן ולמה ליה לדחוקי נפשי' לומר משום דבידו לא הוי דשלב"ל לימא כיון שאינו רוצה לקבל המאתים זוז בטלה נתינה קמייתא ומתגרשת עתה מחדש אלא ע"כ דאע"ג שאינו רוצה לקבל עתה בזה לא נתבטלה נתינת הגט:

א"כ אתה אינו בידו ובאמת אין זה ענין כלל לדשלב"ל שהרי אחר שנתבטל התנאי אגלאי מלתא למפרע שהיה כבר בעולם וקושטא דהאי מלתא תלי' בברירה וכמ"ש בס' מכתב מאליהו הבאתיו לעיל ע"ש. וזה ברור לכל מבין):

עוד כתב הב"ש בשם הב"ח לחלק דתלי' הכל אם הוא תנאי דלצעורי אינו יכול לבטל אבל אם הוא תנאי דלאו לצעורי יכול לבטל ותנאי דשלא תנשאי לפ' הוא תנאי דלצעורי ע"ש ותמה אני מה ענין ביטול תנאי' להא דלצעורי בשלמא מחילת התנאי שפיר תליא בלצעורי דהיכא דלצעורה קא מיכוין לא מצי מחיל שהרי לא ציערה והרי הוא עדיין עומד בתנאו והיא לא קיימתו אבל ביטול התנאי הוא דבר אחר שעיקרו התנאי לגמרי למפרע כאילו לא התנה כלל מעולם והמעיין בתשו' הרא"ש כלל מ"ו ס"ח ד' יראה מבואר כן בהדיא שכתב שם וז"ל:

והרמב"ם כתב בה' גיטין פ"ח הרי זה גיטך ע"מ שתתן לי כלי פ' ואבד אותו כלי אע"פ שנתנה לו אלף זוז בדמיו איני גט עד שתתן לו אותו הכלי או עד שיבטל התנאי הרי שכתב דאף במקום שאין נתינת דמים מועלת ולא מחילה כיון דלצעירה קא מיכוין אפ"ה ביטול התנאי מהני דמלתא דפשיטא דדיבור מבטל דיבור לקיים המעשה עכ"ל הרא"ש ע"ש ומבואר להדיא דאפי' במקום דלצעורה קא מיכוין נמי מהני ביטול התנאי וכמ"ש: ובתשו' שם סימן ה' כתב הרא"ש עוד וז"ל ועיקר הטעם מה שיכול לבטל התנאי ושאר המעשה קיים משום דילפינין מתנאי ב"ג וב"ר שיש כח בתנאי לבטל המעשה אם לא יתקיים התנאי ואי לאו דילפינין מהתם לא הי' כח בתנאי לבטל המעשה אם לא יתקיים התנאי וכיון שכן הוא שהמעשה הוא דבר בפני עצמו וראוי להתקיים בלתי קיום התנאי אלא דילפי' מתנאי ב"ג וב"ר א"כ יכול לבטל התנאי ואין קיום המעשה תלוי בו דדיבור בעלמא הוא ואתי דיבור דביטול התנאי ומבטל דיבור של התנאי והמעשה קיים כדחזינין בקדושין פ' האומר דפליגי ר' יוחנן וריש לקיש במקדש אחר שלשים יום וחזרה בה תוך שלשים דאמר ר"י דאתי דיבור ומבטל דיבור אע"ג דאיכא מעשה נתינת המעות ליד האשה כ"ש דיבור של ביטול התנאי מבטל דיבור של תנאי דליכא מעשה אלא דברי' בעלמא עכ"ל וכיון דטעמא דהרא"ש דאתי דיבור ומבטל דיבור א"כ ודאי נעקר התנאי לגמרי וא"כ אפי' תנאי דלצעורה נמי נעקר והמעשה קיים וכמ"ש הרא"ש שם סימן ד' דאפי' דלצעורה נמי מהני ביטול ואמנם הנראה לענ"ד ביישוב דברי הרא"ש הנ"ל הוא לפמ"ש הר"ן בפ' המגרש במה שהקשו תוס' בתנא' דע"מ שלא תנשאי לפ' דאם נשאת לאותו פ' דבטל הגט ובני' ממזרי' ואמאי הא אין הנשואין חלין כלל שהרי אסורה משום א"א והן הן דברי התוס' שם דף פ"ג ד"ה ועמדה ונשאת ע"ש:

והרמב"ן כתב כיון דדרך נשואין נשאת לו אע"פ שאין הקידושין תופסין נתבטל הגט והר"ן כתב עלה ז"ל ולי נראה דכיון דאי אפשר לבטל הגט אא"כ חלין הנשואין אלא דתנאה הוי שאם תנשא לפ' יתבטל הגט למפרע וגם מכאן ולהבא ולא יחלו הגט אלא בשעת נשואין לאותו פ' ולא דמי להא דהיום אי את אשתי ומחר את אשתי דכיון דפסקה פסקה דהתם היום פסקה לגמרי אבל בזה דלא פסקה לגמרי אלא בכדי שיחול נשואין של אותו פ' כו' ע"ש:

ולפ"ז גם כשנשאת לאותו פ' לא נתבטל הגט לגמרי אלא דמהני עכ"פ שיחולו נשואי פ' בשעה שנשאת לו ועמ"ש בסק"ג ובכגון זה נראה דלא מהני ביטול התנאי והוא דכיון דעיקר טעמא דהרא"ש משום דאי לאו דילפי' מתנאי ב"ג וב"ר לא הי' כח ביד התנאי לבטל המעשה אפי' אם לא נתקיים התנאי וכיון דהמעשה הוא דבר בפ"ע וראוי להתקיים

בלתי קיום התנאי לכך יכול לבטל התנאי והמעשה קיום בפ"ע וכל זה אינו אלא בשאר תנאים דעלמא שהתנאי בא לבטל המעשה לגמרי כשלא יתקיים בזה לא הי' כח בתנאי לבטל אי לאו דילפי' מתנאי ב"ג וב"ר אבל האומר אם תתני לי ר' זוז זה גיטך מהיום ואם לא תתני זה גיטך לאחר ל' יום כיון שאינו בא לבטל המעשה לגמרי אלא שמחלק בזמן תלית הגט שאם לא יתקיים התנאי הי' הגט חל אחר איזה זמן תנאי כזה אין אנו צריכין ללמוד מתנאי ב"ג וב"ר ומן הסברא אין המעשה קיים אלא על הסדר שהתנה ובנ"ד נמי הכין הוא דה"ל כאילו אמר אם לא תנשאי לפ' ה"ז גיטך מהיום ולעולם ואם תנשאי לפ' ה"ז גיטך לאותה שעה בלבד ורונה הוא בקיום המעשה עכ"פ ואין כאן עקירת מעשה ע"י תנאי כלל ולא הוי המעשה דבר העומד בפ"ע זולת התנאי רק המעשה והתנאי הם דבר אחד כי תנאי כזה הוא פירוש וסדר חלות המעשה וראוי שיחול הגט על סדר התנאי הזה אפי' אי לא ילפי' מתנאי ב"ג וב"ר ואם נשאת לפ' חל הגט בשעת הנשואין ולא מעכשיו א"כ תו לא מצי לבטולי לתנאי' ולומר שיהי' חל מעכשיו שאין בידו לבטל מעשה בדיבורי' כיון דתנאי כזה לאו מתנאי ב"ג וב"ר ילפינן לה לא אמרי' בי' אתי דיבור ומבטל דיבור דתנאי זה מגוף המעשה נחשב וממילא אין הגט הזה חל אלא בזמן שהתנה ולא מצי תו לבטולי לתנאי':

וכעין זה מצאתי במשנה למלך פ"ג מהל' זכי' ומתנה וז"ל הנותן מתנה לאחד ואמר שאם ימות בלא זרע שתחזור המתנה ליורשיו ולא כפל לתנאי' יש להסתפק ולומר כיון דלא כפל לתנאי' התנאי בטל והמעשה קיים ונראה דהכא אין צורך למשפטי התנאים כו' ואף לדעת התוס' דמעכשיו נמי צריך כפילת התנאי הוא בתנאי שאם לא יתקיים התנאי תתבטל המתנה למפרע מש"ה צריך חיזוק בתנאי' משא"כ בזה שאף אם ימות בלא זרע אינה מתבטלת המתנה למפרע כו' ואין התנאי בא אלא לומר שאם לא יתקיים התנאי שלא תמשך המתנה לעולם ולפ"ז נ"ל דהנותן מתנה ואמר דאם לא יתן מנה שלא תמשך המתנה אלא עד עשר שנים דאין צורך בזה לכפילת התנאי והטעם מבואר במ"ש דכל שהוא מתנה תנאי לעקו' מתנתו משעה ראשונה אז צריך חיזוק דהיינו משפטי התנאי' לפי שבא לעקור דבריו הראשונים אם לא יתקיים התנאי אך כל שהתנאי אינו אלא לענין המשך המתנה א"צ חיזוק לפי שאינו עוקר דבריו הראשונים וה"ל כאילו סיים דבריו שמתנה זו היא עד זמן פלו' עכ"ל וע"ש וה"ה באומר שלא תתחיל המתנה אלא אחר עשר שנים כיון שאינו עוקר המעשה לגמרי א"צ משפטי התנאי' כיון דהתנאי הוא בהמשך זמן המתנה לאו מתנאי ב"ג וב"ר בעי' למילף וא"כ ה"ה בהך דהכא בתנאי דע"מ שלא תנשאי לפ' לשיטת הר"ן א"צ משפטי התנאי' כיון דבתנאי זה אינו מבטל ועוקר המעשה

לגמרי אף אם תנשא שהרי גם אם תנשא יהיה מעשה הגט קיים עכ"פ לשעה שתנשא ואין הפרש בין קיום התנאי לביטולו אלא בהמשך המעשה שאם תקיים התנאי יהיה חל למפרע ולעולם ואם לא תקיים יהיה חל שעה אחת וכל כה"ג לא ילפינן מתנאי ב"ג וב"ר דתנאי זה הוא גדר וסדר חלות המעשה ואין אחד עומד בפ"ע זולת חבירו לכך תו ליתי' בביטול התנאי דלא שייך הכא אתי דיבור ומבטל דיבור משו' דגם התנאי שייך אל המעשה ונמשך ממנו ודוק:

(על פי הדברים האלה אמרנו ליישב קושית הרשב"א בחי' שם פ' המגרש דף פ"ג ד"ה מתנה מי קאמר לה דלא סגיא כו' ח"ל וקשי' לי מדקא מתמה מתנה מי קאמר לה כו' מתנה דאי אמר לה הוי מתנה על מ"ש בתורה וכגון דאמר לה ע"מ שתנשאי לראובן ולא תנשאי לשמעון אחיו ואי אמר לה הכי הוי פשיטא לן טפי דקשי' עליה דר"א דאמר ה"ז מגורשת ותמה על עצמך אי מתנה עמ"ש הוא בין לרבנן בין לר"א להוי גיטא ותשתרי אפי' להאי דמתנה עמ"ש תנאו בטל והמעשה קיים עכ"ל ולפי דברי מארן ז"ל י"ל דהנה התוס' כתבו פ' אע"פ דף נ"ו ד"ה ה"ז מקודשת ותנאו בטל וז"ל ואור"י דאי לאו דילפי' מתנאי ב"ג וב"ר הוי אמרי' דשום תנאי אינו מבטל את המעשה ואפי' לא יתקיים בסוף המעש' קיים והשתא דילפי' מהתם דתנאי מבטל המעשה אמרי' דוקא כשאין מתנה עמ"ש בתורה דומיא דתנאי ב"ג וב"ר שלא התנו עמ"ש עכ"ל לפ"ז יש לומר דשפיר קאמר הש"ס דאי אמר לה ע"מ שתנשאי לראובן ולא תנשאי לשמעון אחיו הוי קשי' טפי עליה דר"א ולא אמרינן דהוי מתנה עמ"ש בתורה ותנאי' בטל והמעשה קיים שהרי התנאי שתנשאי לראובן לא היה על מ"ש בתורה אלא התנאי שלא תנשאי לשמעון אחיו ובזה התנאי לא היתה כוונתו לבטל המעשה לגמרי אם תנשא לשמעון רק שאם תנשא לו יהיה הגט חל לאותה שעה בלבד וכדברי הר"ן ותנאי זה לאו מתנאי ב"ג וב"ר ילפינן לי' וא"כ אע"ג שהוא מתנה על מ"ש בתורה אי אפשר שיתבטל התנאי והמעשה יהיה קיים אלא או שיקיים התנאי ויתקיים המעשה ר"ל שתנשא לראובן ולא תתייבם לשמעון אחיו וא"כ הוא עוקר דבר מ"ה או שיתבטל התנאי ר"ל שתתייבם לשמעון ואז גם המעשה בטל ואינה מגורשת כלל ואתי שפיר לרבנן ולר"א הוא דהוי קשי' כנ"ל) אמנם מה שהקשה מהרי"ט במ"ש הרא"ש דגם לחזור וליטלו ממנה וליתו' לה אין תקנה כי כבר אינה אשתו כו' דהא הכא שפיר מהני גט אחר גט כיון שאם תנשא לפלוני אגלאי מלתא למפרע שנתבטל אותו הגט והרי היא אשתו ושפיר מהני הנתינה השנית הנה הקושיא הזאת עדיין במקומה עומדת אף לפמ"ש לשיטת הר"ן דהגט חל בשעת נשואי פ' מ"מ עכ"פ למפרע לא חל וא"כ שפיר חייל גיטא אחרינא או אותו הגט (הגה"ה וגדולה מזו נ"ל

דהכא כיון שנשאת חלו למפרע גירושין שניים וגירושין הראשונים אפי' בשעת נשואין לא חיילי דאין גט אחר גט וכבר אגלאי למפרע דגירושין שניים חלו):

אולם הנראה בזה לפמ"ש בה"ג הביאוהו הרשב"א והר"ן בחי' והרה"מ פ"ה מהל' גירושין וז"ל אמר לה ע"מ שלא תשתי יין כל ימי חיי פ' ואנסיבא לאלתר והוי לה בנים בחיי בעל ראשון ומית בעל ראשון והדר הוי לה בנין לאחר מיתתו ועדיין האי דתלי' לתנאה בגופיה קיים בחיי ושתת יין לאחר מיתתו דבעל בטל ליה גיטא למפרע ובני' קמאי ממזרי בתראי לא הוי ממזרי ואסירא לשני כיון דבטיל ליה גיטא למפרע כי דר גבה א"א הוי ותנן כשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל והא פליגי רבנן דהוו קאמרי כיון דבחיי בעל לא עברה עליה דתנאה ולאחר מיתה הוא דעברה וכיון דבעל מית בטיל ליה תנאי' ולא בטיל גיטא למפרע עכ"ל ועמ"ש בסק"ד דהנך רבנן דפליגי וסברי דבמית בעל לא בטיל גיטא למפרע לאו במיתה תליא מלתא דודאי הנותן מתנה לחבירי על תנאי אע"ג דמת הנותן לא נתבטל התנאי ואם ביטל המקבל מתנה התנאי לאחר מיתת הנותן נתבטלה המתנה למפרע וקיימא לה ברשות יורשי הנותן אלא טעמא דהא דמית בעל בטיל לתנאי' משום דאחר מיתת הבעל תו לא אגידא גבי' דמיתת הבעל מתיר ולכך לאחר מיחת הבעל לא יבטל גיטא למפרע כיון דבחיי הבעל לא עברה על תנאה והשתא לא בעי' גיטא שהרי הותרה במיתת הבעל ע"ש ולפ"ז בגירש ע"מ שלא תנשאי לפ' ואח"כ נותן לה גט אחר א"נ שחוזר ונוטל הגט הראשון ממנה ונותן לה שנית בלא תנאי ומגרשה לגמרי כמ"ש מוהרי"ט אם תנשא אח"כ לאותו פלו' לא יתבטל הגט הראשון למפרע שהרי בתחלה אזדהר' בתנאה ולא עברה עליו ועכשיו שכבר גירשה שנית לגמרי ולא אגידא גביה ה"ל כמו מית בעל דלא בטיל גיטא למפרע אע"פ שנשאת לאותו פ' אח"כ וכיון דגט ראשון לא בטל למפרע אף שנשאת לאותו פ' כיון שנשאת לאחר הגט השני בתר דלא אגידא בי' כנ"ל א"כ תו לא חייל הגט השני דאין גט אחר גט שהרי הגט הראשון עדיין היה חל וכיון דהגט השני לא חייל דאין גט אחר גט גם הגט הראשון בטיל ליה למפרע במה שנשאת לפלו' ובטלה לתנאי' ולכך אין תקנה בגט שני דעל כרחך או שיהיו שניהם חלין או יתבטלו שניהם דלשניהם לחול אי אפשר דאין גט אחר גט וכיון שאין השני חל הראשון נתבטל בביטול התנאי ואם היה השני חל לא היה הראשון מתבטל למפרע ואי אפשר לשני לחול וכמ"ש:

וכל זה הוא כשהתנאי הוא בשב ואל תעשה דבכה"ג הוא דס"ל לרבנן קמאי דכיון דאזדהרה בי' בתנאי' בחיי הבעל ולא עברה עליו ולאחר מיתה הוא דעברה עלי' כיון דמית בעל ולא אגידא בי' פקע תנאי' אבל בתנאי שהוא בקום ועשה ועדיין לא קיימה

לתנאה מודו רבנן קמאי דצריכא לקיומי' אחר מיתת הבעל ואם לא קיימה בטיל גיטא למפרע וכמבואר אצלנו לקמן סק"ד בשם ס' מכתב מאליהו ע"ש. נמצא לפ"ז בע"מ שלא תנשאי לפ' דהוי בשב וא"ת כיון דלא עברה על תנאה אלא אחר מיתת בעל או אחר גירושין שניים פקע תנאי' ולא בטיל גט ראשון למפרע וכיון דלא בטיל גט ראשון למפרע אי אפשר לשני לחול דאין גט אחר גט וכיון דלא חייל גט שני אשתייר גט ראשון גרידא וכשנשאת לפ' ועברה על תנאה בטיל לי' למפרע כללו של דבר זה דע"י חלות הגט השני חל גם הראשון אע"פ שעברה על התנאי ובקיו' חלות הגט הראשון אי אפשר שיחול השני דאין גט אחר גט ובביטול השני בטל גם הראשון כמבואר וע"כ אין לה תקנה אחרת אלא שיחזור ויקדשנה כמ"ש הרא"ש ומהני אפי' להנך רבנן קמאי דס"ל דכיון דמית בעל פקע תנאי' ולא בטיל גיטא למפרע דמ"מ אין זה גט אחר גט שהרי חזר וקדשה, ועיין בתשו' הרשב"ץ ח"א סימן י"א שכתב בהך דבכה"ג. ז"ל ואם אחר שמת המגרש נתבטל תנאו כו' לכאורה משמע דבמיתת הבעל נתבטל תנאו אלא שצורת ההלכה מורה כדעת בעלי תוס' ואין בידי להכריע וגם לא מצאתי בדברי האחרוני' ז"ל הכרעה בענין זה עכ"ל וא"כ כיון שאין בידינו להכריע נגד דעת הני רבנן קמאי וכיון דלדעתם דסברי דבמיתת הבעל בטיל תנאי' ה"ה אחר גירושין שניים שמתירה לגמרי ותו לא אגידא בי' בבעל נמי בטיל תנאי וה"ל גט ראשון גיטא מעליא אי אפשר לשני לחול דאין גט אחר גט וא"כ שניהם אינן חלין ואין תקנה אלא שיחזור ויקדישנה וכמ"ש. ובתשו' מבי"ט ח"א סימן של"ב נשאל במי שגירש את אשתו ע"מ שלא תנשאי לפ' ונתקדשה לאחר וגירשה ושוב נתקדשה לבעלה וגירשה לחלוטין בלי שום תנאי אם גט זה שגירשה לחלוטין התירה] גם לאותו פ' שאסרה עליו בגט הראשון והשיב וז"ל הרא"ש ז"ל כתב במי שגירש את אשתו ע"מ שלא תנשאי לפ' שאין תקנה להתירה לפ' אלא שיחזו' ויקדשנה כו' והשתא בנ"ד שקדשה אחר וגירשה אע"ג שנאסרה להנשא לראשון משום לא יוכל בעלה הראשון כו' כיון שהקידושין תופסין בה ואסורה היא לעלמא כשיגרש אותה ג"כ יתיר אותה לכ"ע דאטו אם הראשון שנאסרה עליו מי לא אמרי' דיש לה תקנה ג"כ כשיחזור ויקדשנה ויגרשנה לחלוטין כו' ל"ש ישראל ל"ש כהן עכ"ל. ובתשו' ב"י כשנשאל לפניו שאלה זו בדיני גיטין סימן י"ב כתב עלה וז"ל איני מכניס עצמי לדקדק כו' ולענין הדין נ"ל שמאחר שחזר המגרש הראשון וקדשה פנים חדשות באו לכאן ועכשיו נאסרה לעלמא מחמת קדושין שניים הללו וכיון שעכשיו גירשה סתם הותרה לכל העולם וגם לשמעון שנאסרה עליו מתחלה ונראה שאין צריך ראי' לזה לרוב פשיטותו ואין לומר מאחר שאסורה מחמת קדושין הראשונו' לא הותרה כי אם ע"מ שלא תנשאי לפ' אע"פ שחזר

הוא וקדשה וחזר וגירשה סתם אם אח"כ נשאת לשמעון נתבטל הגט הראשון ונמצאו הקדושין הראשונים במקומו כמו שהיו וקידושין שנים אינן קידושין דנמצא למפרע שעדיין היתה מקודשת מחמת קידושין הראשוני' וא"כ גט שני שגירשה סתם מחמת קידושין שניים לאו גט הוא דקידושין אין כאן גט אין כאן די"ל דאפי' את"ל דאינה מקודשת מחמת קידושין שניים אלא מחמת קידושיו הראשוני' כיון שחזר וגירשה סתם בלי שום תנאי הרי בטל התנאי שהתנה בגט ראשון והותרה בגט שני זה גם לשמעון ומעתה למדנו דאתתא שריא ממ"נ אם קידושין שניים הוו קידושין הרי גירשה סתם מהם ומותרת אף לשמעון ואם נאמר כשתנשא לשמעון יתבטל הגט הראשון וקידושין שניים לא חלו נמצא שעדיין חלין קידושין ראשוני' וכשיגרשה בגט שני סתם הותרה אף לשמעון ואע"פ שבין גט ראשון לקידושין שניים קידשה אחר וגירשה אם נאמר כשנשאת לשמעון נתבטל הגט הראשון ונמצאו קידושין הראשוני' במקומו אין זה מחזיר גרושתו שנמצא למפרע לא הי' שם גירושין וקידושי לוי לאו קידושין נינהו ואפי' אם הי' מחזיר גרושתו ממש ובעל שלוק' עלי' מאחר שנאסרה לכל העולם בקידושין שניים והבא עלי' במיתת ב"ד קידושין גמורין הן כשאר קידושין שאין בהם שום איסור וכשגרשה סתם הותרה אף לשמעון עכ"ל וקשה לי טובא בתשו' ב"י זו שכתב בפשיטות דאע"ג שאם נשאת אח"כ לשמעון נתבטל הגט הראשון ונמצאו קידושין הראשוני' במקומו וקידושין שניים אינם כלום כו' אפ"ה כיון שחזר וגירשה סתם הרי בטל התנאי שהתנה והותרה בגט שני זה גם לשמעון. א"כ הך דהרא"ש שכתב דאין לה תקנה אלא שיחזור ויקדשנה ויגרשנה בלא תנאי היכי משכחת לה והך תקנתא מאי אהני לה דכיון שאם נשאת אח"כ לשמעון בטל הגט הראשון והרי הקידושין הראשוני' במקומן עומדין וקידושין שניים לא חלו כלל וא"ת מחמת הגט השני שנתן סתם בלא תנאי הותרה ונתבטל התנאי א"כ אמאי הצריך הרא"ש שיחזור ויקדשנה יתן לה גט שני סתם ויהי' התנאי בטל. ולפמ"ש ניחא דעיקר מה שצריך קידושין שניים אינו אלא משום ספיקא דדינא דחיישינין לדעת רבנן קמאי שמביא בה"ג דאחר מיתת הבעל אפי' עברה על תנאי' לא נתבטל הגט למפרע כיון דלא אגידא בי' וקנ"ל כיון שלא הכריעו בדבר ולדעת הני רבוותא אין תקנה בגט שני סתם בלא קידושין שנים דכיון דחל גט שני ותו לא אגידא גבי' פקע תנאי' ואפיל' נשאת לפ' לא בטיל גט ראשון למפרע וכמ"ש לעיל וכיון דגט ראשון לא בטיל לא חייל גט שני דאין גט אחר גט לכך אין תקנה אלא שיקדשנה דאף שנשאת אח"כ לפ' כיון דהשתא תו לא אגידא גבי' שכבר נתגרשה בגט שני גירושין גמורין אחר קידושין שנים תו לא בטיל גיטא קמא כמו במת הבעל ושפיר חלו הקידושי' האחרוני' וגם הגט השני שפיר חייל

ולא הוי גט אחר גט שהרי הפסיקו קידושין גמורין ואי נימא דכיון שנשאת לפ' נתבטלו קידושין שניים ומשום דבטיל גיטא קמא למפרע וא"כ ע"כ כדעת בה"ג ס"ל דלא בטיל תנאי' אפי' אחר מיתת המגרש א"כ הגט השני שנתן סתם אהני לקידושין הראשוני' ולא הוי גט אחר גט כיון דאמרת שנתבטל הגט הראשון וא"כ עוקר מה דצריך קידושין שניים אינו אלא לחוש לדעת רבנן קמאי דס"ל במיתת בעל פקע תנאי' כיון דלא אגידא בי' וגיטא קמא חייל ואהני קידושין שניים שיחול הגט השני ולא יהי' זה גט אחר גט ובאמת לדעת בה"ג דבטיל גיטא קמא אף היכא דעברה על תנאי' בתר דלא אגידא גבי' מהני גט שני סתם בלא קידושין וכמ"ש ודו"ק היטב. ומה שהביא מוהרי"ט ראיה מדברי תוס' ר"פ המגרש דאף בתנאי דע"מ שלא תנשאי לפ' יכול לבטל תנאו ממ"ש שם בד"ה אפילו לא נתגרשה אלא מאישה דפריך בירושל' ולתני ט"ז נשים לר"א ומשני התם התורה אסרה עליו כו' אבל באשת איש הדבר תלוי ביד המגרש שאם ירצה יתירנה כו' וכבר הובא בתשו' מבי"ט בשם השואל שכתב ג"כ שהתוס' חולקין בזה על הרא"ש וגם המבי"ט הודה לו בזה ע"ש ומה שהכריח אותם לפרש דהירושלמי מיירי בתנאי דע"מ דאי מיירי באומר חוץ משרי שרי' ליבם כדתני' מודה ר"א כו' וכן הוא מבואר להדיא בדברי מהרי"ט ע"ש. אמנם המעיין בחי' הרמב"ן רפ"ק דיבמות יראה מבואר דהירושלמי מיירי באומר חוץ ולא בע"מ וז"ל שם שוב מצאתי קושי' שלהם ז"ל מוזכרת בירושלמי בגיטין התיב ר' חנינא בשם ר' פינחס נתני ט"ז נשים כר' אליעזר א"ל כבר איתמר תמן התורה אסרתה ברם הכא הוא אוסרתה עליו פי' בחוץ איירי וקאמר כיון דבעל אסרה לו משום אשת איש אין זה צרת ערוה של יבם כדפרישית בע"מ מיהו בג"מ דילן בחוץ מתירה להתייבם וכן במסקנא דירושלמי עכ"ל וא"כ אין כאן ראי' מדברי התוס' דחולקין על דעת הרא"ש כיון דהירושלמי מיירי באומר חוץ לכך שפיר מהני גט שני ומשום דלס"ד דירושלמי אף באומר חוץ אסורה להתייבם ולמסקנא דירושלמי באמת מותרת להתייבם באומר חוץ כמו לש"ס דילן דתניא מודה ר"א כו' אבל באומר ע"מ יש לומר כדעת הרא"ש וכנ"ל עיין לעיל אות ב' שכן כתבנו בשם ס' מכתב מאליהו וכן הוא בחידושי הרשב"א פ' המגרש ע"ש ומה שיש לעיין בזה ביארנו לעיל שים עיניך וראה שמה.

ס"ק ג

ואם נשאת לו נתבטל הגט בתוס' פ' המגרש דף פ"ג ד"ה ועמדה ונשאת הקשו ז"ל וא"ת והלא אין הנשואין חלין שהרי אסורה עליו משום אשת איש כו' ויש לומר דהכא ועמדה ונשאת לאחר מיתת המגרש קאמר ע"כל והרמב"ן כתב דהתנאי היה שלא תהיה נשאת לו דרך נישואין ומש"ה אפי' בחיי הבעל כל שנשאת לו דרך נשואין בטל גיטא והר"ן

הביא דברי התו' והרמב"ן וכתב עלה ז"ל ולי נראה דודאי אי אפשר להתבטל הגט עד שיהא חלין הנשואין כו' והתנאי היה כל שתהיה נשאת לפלו' לא יהיה הגט חל כלל לא להבא ולא למפרע רק בעת נשואי פ' יהיה הגט קיים וחל ולא דמי לאומר היום אי את אשתי ומחר את אשתי דכיון דפסקה פסקה משום דהתם פסקה לגמרי אבל הכא דלא פסקה לגמרי אלא שיהיה הגט חל בעת נשואי פלוני לא אמרי' הכא כיון דפסקה פסקה ע"ש. ולכאורה קשה כיון דאין הגט חל אלא לנשואי פ' לא קודם ולא אח"כ אין לך שיור בגט גדול מזה דהא באומר ה"א מותרת לכל אדם חוץ מפ' הוי שיור בגט כ"ש כשלא התירה לשום אדם אלא לפ' בשעת הנישואין ואפשר לומר דשאני הכא כיון דאין הגט חל אלא בשעת נישואי פלו' ובשעת הנשואין לאותו פ' היא אסורה לכל העולם מחמת איסור א"א מקדושין אלו של אותו פלו' וא"כ דמי' לחוץ מאבא ואביך דלא הוי שיור כיון דבלא"ה אין להן בה אישות וה"נ כיון דעיקר חלות הגט אינו אלא בשעת נשואי פ' לא חשיב שיור. (ולבי מהסס בדבר זה דלפענ"ד אי אפשר לקידושי' לחול אלא אחר חלות הגט וא"כ בשעת חלות הגט עדיין אינה אסורה משום קידושי פ' על כל העולם ואין לנו שיור גדול מזה הגע עצמך אם אמר ה"א מותרת לכל אדם חוץ מפ' והתנה שלא יהיה הגט חל אלא בשעה שתנשא לאיש יהיה לפ"ז הגט כשר דהא עיקר חלות הגט הוא בשעת נישואין ואז היא אסורה על כל העולם משום קדושין האחרונים וה"ל כחוץ מאבא ואי אפשר דלא לשתמיט אחד מן הראשונים והאחרונים לומר כן ומפשיטות לשון הש"ס משמע דלא מפלגינן כה"ג או כמ"ש דאי אפשר שיחולו קידושי' אחרי' עד שיחול הגט בתחלה שיפקע איסור א"א של נשואין הראשונים וא"כ הדרה קושי' לדוכתה דאין לנו שיור גדול מזה. אמנם לענ"ד הקלושה נראה פשוט דכוונת הר"ן דבשעת נשואי פ' הגט חל לגמרי ומתירה לכל אדם לשעה זו וכן מוכח מלשון הר"ן שכתב ז"ל והרי הוא כאלו אמר לה ה"א מותרת לכ"א ולהנשא לכל מי שתרצי אלא שאם תנשאי לפלו' ה"א אשתי עד שעת נשואין ומשעת נשואין ואילך אלא שבשעת נשואין אי את אשתי עכ"ל והרי מדכתב בשעת נשואין אי את אשתי מבואר כוונתו שהיא גרושה גמורה לכל אדם ומה שמשייר בזמן לאו שיורא הוא דזמן של קודם הנשואין ודאי לאו כלום הוא מידי דהוי אלאחר יב"ח וזמן דלאחר הנשואין נמי לא אכפת ליה לר"ן לפום סברא דידיה ועיין מ"ש לעיל אות א' בשם הרשב"א דעיקר קפידא דשיורא הוא דבשעה שהגט כורת יהיה כורת לגמרי וזה נוטה לדעת הר"ן ודו"ק) ולפי דברי הר"ן נראה דצריכה גט כשנשאת לפלו' כיון דנישואין דידי' חלין. וגם בזה לבו מהסס דלענ"ד נראה לדעת הר"ן כיון דאחר הנשואין פקע הגט ונעשית אשתו של הראשון א"צ גט משני דכל היכא דפסקי קידושי'

לא בעי' גיטא וכן מוכח מהא דאמרינן בנדרים דף כ"ט מידי דהוי אהאומר לאשה היום את אשתי ומחר אי את אשתי מי נפקא בלא גט ומשום דקדושת הגוף לא פקע בכדי והרי היא מקודשת לעולם עד שיתן גט ומוכח דאי הוי פקעי קידושי' לא בעי' גיטא וכן מבואר בכה"ג אה"ע סימן ל"ח בהג"ה על הטור סק"א ואמת שדבריו שם תמהוים מאוד שפסק דעד ל' יום קידושין חלין ואחר ל' יום פקעי בכדי וזה דלא כהלכתא דאנן קי"ל דלא פקע בכדי אלא או דמקודש' לגמרי לעולם או דאינה מקודשת כלל וכבר עמד עליו בזה בס' שער המלך פ"ח מגירושין ע"ש מ"מ מוכח דאם נאמר דהקדושין חלין לזמן קצוב ממילא פקעי אחר הזמן וא"צ גט כלל וע"כ נלענ"ד דברי הר"ן הללו צ"ע כיון שהתנה שאחר הנשואין תהיה אשתו איך אפשר לקידושי פלוני לחול על זמן קצוב הא כתב הר"ן שם בנדרים בשם הירושלמי והרשב"א דקדושי אשה אי אפשר בכה"ג ע"ש דכיון דאשה ליתא בקדושת דמי' ליתא לזמן קבוע וכיון דחייל תו לא פקע ואפי' למאן דס"ל קדושת הגוף פקע בכדי ע"ש ועיין בקידושין ר"פ האומר בר"ן שהביא בשם הירושלמי לחלק בין קידושי כסף לקידושי שטר הואיל ולא למדו כתב קידושין אלא מגט דינו כגט ע"ש דמחולק לפ"ז עם הרמב"ם דלהר"ן דפסק הכא בבעי' דרבא כיון דפסקה פסקה ה"ה בקידושי שטר מקודשת לעולם ולהרמב"ם דפסק הכא דאינו גט וכדעת הירושלמי ה"ה בקידושי שטר אינה מקודשת כלל לפ"ז י"ל בנדרי' כיון דס"ל להר"ן דהגט חל לאותה שעה שנשאת לפלו' ה"ה לקידושי שטר של אותו פ' חיילי כה"ג עוד יש לחלק ולומר דדוקא במקדש לשלשים יום דשייר בקנינו אמרינן דתו לא פקע משא"כ הכא כיון שלא נתגרשה אלא לאותה שעה ולא שייר בקנינו שפיר חיילי קידושי' לאותו זמן ודמיא להא דאמרי' גבי חצייך מקודשת לי דלא מהני וגבי חציה שפחה וחצי' ב"ח שפיר חיילי ומשום דלא שייר בקנינו מיהו בגוף חלות הגט דברי הר"ן צ"ע דהא רבא קאמר דאפילו ר"א דמכשיר בשיורא דחוץ הכא פסול ומשום דלמאן דקא שרי לא שרי לעולם כ"ש לרבנן דפסלי בשיור חוץ ולא נסתפק רבא להכשיר כאן אפילו לרבנן אלא משום דכיון דפסקה פסק' וליכא שיורא א"כ הכא דס"ל להר"ן דלא אמרי' כיון דפסקה פסקה פשיטא דהוי שיורא ופסול אפי' לר"א וצ"ע, אמנם קשה בהא דאמרו ר"פ המגרש א"ר יוסי בר"י לא נחלקו כו' על מה נחלקו על המגרש את אשתו ואמר לה הרי את מותרת לכל אדם ע"מ שלא תנשאי לפלו' שר"א מתיר וחכמים אוסרים מ"ט דר"א מידי דהוי אכל תנאי דעלמא ורבנן כל תנאי דעלמא לא שייר לה בגיטא הכא שייר לה בגיטא ופירש"י שלא התירה בגט זה לכל אדם עכ"ל ואמאי הרי התירה לכל אדם שהרי בידה להנשא לכ"א ויהיו גירושין גמורין ואף לאותו פלו' אם תנשא לו יהיו נשואיו חלין אלא שאח"כ יתבטל

הגט למפרע מחמת ביטול התנאי והרי בכל גיטין דעלמא אינה מתיר' שתנשא בפעם אחת לכמה אנשים אלא לכל אדם שתרצה וה"נ הרי אפשר לה לינשא לכל מי שתרצה ואף לאותו פלוני לזמן מועט. ואפשר דהיינו נמי שיור בגט כיון שלא התירה לפ' אלא לזמן נשואין דידיה ולא התירה לו לגמרי ואע"ג דבאומר חוץ מקדושי שטר איבעי' לי' בגמר' דף פ"ה ומשום דאפשר דמקדש לה בכסף ובביאה היינו משום דהתם כשמקדשה בכסף ובביאה מותרת לו לעולם אבל בע"מ שלא תנשאי לפ' לא התירה לפ' עולמית דמיד אחר הנשואין הרי היא אשתו של הראשון. ואכתי צ"ע דאי נימא דכיון דלא התירה עולמית הוי ליה שיור בגט א"כ היאך מהני הגט בשעת נשואי פ' כיון שאח"כ אינו גט הרי לא התירה עולמית וע"כ צ"ל דמהני גיטא לשעה ולנשואי פלוני וא"כ ע"כ שלא תנשאי לפ' אמאי הוי שיורא להך ברייתא דר' יוסי בר"י כיון דהתירה לפ' נמי עכ"פ לשעה. וצ"ע. ואפשר דמה"ט נדו התוס' והרמב"ן מסברת הר"ן ומשום דאי אפשר להיות הגט חל בשעת נשואי פ' ויופקע אח"כ או משום דכיון דפסקה פסקה או משום דאי אפשר לגט לחול על שעה אחת. ולפ"ז במקח וממכר כה"ג כגון האומר ה"ז קנוי לך ע"מ שלא תמכרנו לפלו' והלך ומכרו לפלו' דנתבטל הקנין למפרע לכ"ע ואפי' לדעת התו' דסבירא ליה דכל שאין הנשואין חלין לא נתבטל הגט ולא משכחת לה שיתבטל הגט אלא כשנשא' לאחר מיתת המגרש היינו דוקא גבי גט דאי אפשר שתהיה נשואה ותיכף יפקעו הנשואין משא"כ במקח וממכר שפיר מצי חייל תנאי' על מנת שלא תמכרנו לפ' וכונתו בשעה שימכרנו יהיה מכור לשעה בכדי שעי"כ יעבור תנאו ויוצא אח"כ משום דבממון מהני מכירה לשעה וכיון דחל המכירה לשעה עבר על התנאי ונתבטל המקח הראשון. ובהכי ניחא ליישב הא דכתב הטור ח"מ סימן רמ"א בשם הרא"ש בתשוב' כשהתנה ע"מ שלא תמכרנו לפלו' ועבר ומכר לפלו' נתבטלה המתנה או המקח ע"ש. והקשו ע"ז הא תינח לדעת הרמב"ן דס"ל בע"מ שלא תנשאי לפ' אף על גב דלא חיילי נשואין כיון שעשה דרך נישואין עבר על תנאו אבל לדעת תוס' פרק המגרש דבע"מ שלא תנשאי לפלו' לא משכחת לה שתעבור על תנאה אלא בנשאת לאחר מיתת הבעל וא"כ במקח וממכר כיון שהמכירה לא חיילא לא נתבטלה המתנה ועיין בתשו' מהר"ם אלשי"ך ובכנה"ג סימן קי"א בהג"ה לטור אות ט' מ"ש בזה, ולפי מ"ש יש לומר דבמקח ובמתנה כ"ע מודו דשפיר חיילא המכירה לאותו פלו' ומשום דהכי הוי תנאי' כשימכרנו לפלו' תהיה מכירה לשעה ויוצאת לבעליו הראשונים משא"כ בגט דלא מהני לשעה דה"ל שיור בגט ואנן בעינן כריתו' וליכא וכמ"ש:

סעיף כא

ס"ק ד

ע"מ שלא תלכי לבית אביך עד זמן פ' כתב הר"ן פ' המגרש ז"ל כתב בה"ג אמר לה ע"מ שלא תשתי יין כל ימי חיי פ' ואינסיבא לאלתר והוו לה בנין בחיי בעל ראשון ומיית לה בעל ראשון והדר הוי לה בנין אחר מיתתו ועדיין ההוא פ' דתלי' לתנאי בגופי' קיים בחיים ושתת יין אחר מיתתו דבעל בטיל ליה גיטא למפרע ובני קמאי ממזרי בתראי לא הוו ממזרי ואסירא לשני דכיון דבטיל' גיטא למפרע כי דר גבה א"א הואי ותנן כשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל והוו פליגי ביה רבנן והוו קאמרי כיון דבחיי בעל לא עברה עליה תנאי' ולאחר מיתתו הוא דעברה כיון דבעל מית בטל ליה לתנאי' ולא בטיל גיטא למפרע ע"כ. ובתוס' אמרו שהגט בטל למפרע וכן זר דאי לא תימ' הכי אפי' אמר לה כל ימי חייכי הרי זה כריתות שאין התנאי נמשך אלא כל ימי חיי הבעל עכ"ל הר"ן וכן כתב הרשב"א ראיה זו נגד רבנן דפליגי דא"כ נמצא אע"פ שהתנה עליה לעולם אינה אסורה אלא כל ימי חייו וא"כ אמאי אין זה כריתות ע"ש גם הרה"מ פ"ח מגירושין כתב ראיה זו לדחות דברי רבנן הנ"ל ע"ש. (ולפענ"ד נראה להוכיח כדעת הני רבנן דכל היכא דמית בעל בטיל תנאי' דגרסימן התם פ' המגרש נענה ר' עקיבא כו' דבר אחר הרי שהיה כהן זה שנאסרה עליו ומת המגרש לא נמצאת אלמנה אצלו וגרושה אצל כל אדם כו' ובמאי אי לימא בע"מ הרי גרושה אצלו בזנות והוא תמוה דה"ל למיפרך אי בע"מ הרי אלמנה אצל כל אדם דכיון שקדשה זה שנאסרה עליו בטל גיטא למפרע ואין לומר שמ"מ אסור לו לכתחלה לקדשה שהרי עדיין גרושה היא זה אינו דל"מ לרבא דקי"ל כוותי' דקידש ולא בעיל אינו לוקה פשיטא דלאו מידי עביד במה שמקדשה וכבר כתבנו לעיל סימן קצ"ז בשם התוס' דע"י קידושין לבד עברה על תנאה ע"ש וא"כ בטיל גיטא למפרע וכי הדר בעיל לה בהתירא היא גביה שכבר היא אלמנה למפרע אלא אפילו לאביי דס"ל קידש לוקה מ"מ הכא דע"י קדושין אלו נעשית אלמנה למפרע היתר גמור הוא וכמ"ש הרשב"א בחי' דף פ"ד ד"ה ע"מ שתבעלי ע"ש גבי ע"מ שתנשאי לפלו' דאע"ג דכ"ז שלא נשאה פלו' עדיין א"א מ"מ כיון שנכנסה לחופה נתקיים התנאי וכי הדר בעיל לה פנויה היא ואפי' בע"מ שתבעלי לפ' כיון דקי"ל דע"מ כאומר מעכשיו דמי אע"ג דבתחלת ביאה עדיין א"א היא מ"מ כיון דאחר גמר ביאה אגלאי מלתא למפרע דפנוי' היתה שפיר דמי וע"ש דמוקי לירושלמי דאסיר כה"ג כמ"ד ע"מ לאו כאומר מעכשיו דמי ע"ש וכ"ת דר"ע לטעמיה דס"ל אין קידושין תופסין בחייבי לאוין דאדרבה כיון שהרצה עליה בכך שלא תנשאי לפ' ע"כ כוונתו היה שיהיו נשואי' חלי' לאחר מיתתו לדעת התוס' ורצונו היה

שכשתרצה להתקדש לפלו' יפקע הגט קודם הקידושין בכדי שיכולו וגם הר"ן מודה הכא דע"כ אי אפשר שתעבור על תנאי' אלא אחר מיתת המגרש דבחייו ממ"נ לא תפסי קידושין אי משום א"א אי משום גרושה לכהן אליבא דר"ע וא"כ ע"כ בטיל ליה גיטא כ"ש לדעת הרמב"ן דתלי' במעשה נשואין ועי"ז בטיל גיטא למפרע ואשתכח דנשואין גמורין הן אחר מיתת המגרש דה"ל אלמנה למפרע ומצאתי בתשו' מהרי"ט סימן נ' שהקשה ג"כ כדברינו ע"ש. אמנם לדעת הני רבנן קמאי דס"ל דהיכא דמית בעל בטל תנאי' יתיישב על נכון דהנה לכאורה איכא לאקשויי לפי שיטת' היכי קאמר הרי אלמנה אצלו הא כיון דמת המגרש בטיל ליה לתנאי' והרי היא גרושה גם אצלו שהרי הוא כאלו לא התנה ולכך נראה דאע"ג דבמיתת הבעל בטל תנאי' היינו משעת מיתתו ואילך אבל עד השתא שפיר הוי התנאי קיים ואנן ס"ל השת' לפום הס"ד דע"מ הוי שיורא כאומר חוץ א"כ עד השתא לא הוי' גרושה אצלו שהרי לא הותרה לו ע"י הגט דאיהו חשיב שיורא ועכשיו שהותרה לו הרי מיתת הבעל מתירתה לזה ואין זו גרושה אצלו כלל משא"כ גבי שאר כל אדם היה גרושה קודם מיתתו על תנאי והיה הדבר תלוי בביטול התנאי ועכשיו שמת בטיל תנאי' והרי היה גרושה למפרע בלי שום תנאי אבל גבי האי דאסרה עליה לא היתה גרושה כיון שהתנה עליו ע"מ שלא תנשאי לו ולפום סברא דהשתא ע"מ הוי כאומר חוץ הלכך אצטריך לאקשויי הרי גרושה אצלו בזנות שלא התנה עליה אלא שלא תנשא א"כ לא היה שיור אצלו אלא בנשואין ולא בזנות וא"כ גרושה היא גם אצלו א"נ כמ"ש תוס' והרשב"א והרא"ש והר"ן ז"ל דהוי גרושה גמורה דרך מחמת התנאי אסורה וזה לא הוי שיורא ע"ש ותו ל"ק הא בטיל גיטא למפרע דכיון דמת המגרש בטיל תנאי' וגיטא קיים וכמ"ש ודו"ק) אמנם לפענ"ד נראה בישוב קושי' זו דלא תקשי להנך רבנן דפליגי בה והוא בשום לב במאי דקאמרי רבנן כיון דבחייו לא עברה עליה תנאי' ולאחר מיתתו הוא דעברה וכיון דבעל מית בטל תנאי' דנראה שפת יתר דהיה די לומר דכיון דמית בטל תנאיה דזהו עיקר סברתם ולכן נרא' שדקדקו בדבריה' אלו ליישב דלא תקשי להו הא דמקשי הרשב"א והר"ן דא"כ לא משכחת דינא דע"מ שלא תשתי יין לעולם דאין זה כריתות דהא אחר מיתת בעל פקע תנאי' לכך דייקי רבנן בלישנייהו משום דבחייו דבעל לא עברה על תנאה וזה שייך דוקא בהתנה כל ימי חיי פ' דכל ימי חיי הבעל לא בטיל תנאי' כלל דאמרי' שיתקיים התנאי לגמרי שלא תשתה יין בחיי פ' כל ימי חיי הבעל ומצד תנאי זה לא אגידא גביה דאפשר שימות אותו פ' בחיי בעל ותהיה מותרת לשתות יין גם בחיי הבעל והתנאי יתקיים בשלמותו שכל ימי חיי פלו' לא תשתה יין ואח"כ תהיה מותרת אבל בע"מ שלא חשתה יין לעולם אין זה כריתות שהרי אגידא גבי' לעולם מאי אמרת הרי

תהיה מותרת לשתות יין אחר מיתת הבעל ומשום דבטיל לתנאי' הנה באנו לכלל ביטול התנאי בחיי הבעל דמאי שלא תשתה יין כל ימי חיי הבעל עדיין אין זה קיום התנאי כיון שהתנה עליה לעולם ואכתי אגידא ביה ואין זה כריתות אלא שתצטרך לומר עתה בחיי הבעל שתשתה יין אחר מיתת הבעל ולא אגיד אצלו א"כ באתי לידי ביטול התנאי בחיי הבעל דהא לא מצית משוי ליה גיטא אלא במה שתאמר עתה שיתבטל תנאו אחר מותו משא"כ בע"מ שלא תשתי יין כל ימי חיי פ' אין אנו צריכין לדון על ביטול התנאי כלל שהרי אפשר שתקיים התנאי ולא תשתה יין כל ימי חיי פ' ואפי' אחר מיתת הבעל ואפ"ה היי כריתות ולא אגידא גביה כיון דאפשר לה שתשתה אחר מות אותו פ' וא"כ בחיי הבעל אין אנו דנין בביטול התנאי כלל אדרבה אמרי' שיתקיים התנאי בשלמותו דאפשר הוא להתקיים ולא יהיה ביטול כריתות ובתר הכי כי מיית בעל אמרי' דגיטא קיים ותנאיה בטיל ממילא אבל באומר לעולם אי אפשר שיחול הגט אלא בשנאמר שלא תצטרך ליזהר בתנאו אחר מותו דאל"כ אין זה כריתות דהא אגידא גביה אלא ע"כ לומר שלא תצטרך לקיים אחר מותו והרי הוא התנה עליה שלא תשת' לעולם א"כ בקיום הגט אתה מבטל תנאו שהרי קיום הגט תלוי בביטול התנאי משא"כ כל ימי חיי פ' אנו אומרים כל ימי חייו שתקיים תנאי לגמרי ואפ"ה הגט קיים דלא אגידא גביה ובתר דמית בטיל תנאי' ממילא וגיטא קיים דתו לא אכפת לן כיון דעכ"פ בחייו לא באנו לדון על ביטול תנאו ודוק היטב. ובספר מכתב מאליהו שער ח' סימן כ"א כתב וז"ל עד כאן לא קאמרי רבנן דבמיתת המגרש בטיל לתנאי' אלא בע"מ שלא תעשי שקיומו בשב ואל תעשה וכבר קיימה תנאו בחייו וכדי שלא נמשוך הקיום גם אחר מיתתו קאמרי דבמיתת המגרש איבטל תנאיה כדי שלא תצטרך עוד לקיימו ברם בע"מ שתעשי דבר פ' שקיומו בקום ועשה וביטולו בשב וא"ת מודו רז"ל דלא איבטל תנאיה נענין שלא תוכל לקיימו עוד וכי קאימנא על דברי בה"ג ולשונו משמייהו דרבנן חזינן בהדיא דכך הוי דעתייהו בלי ספק דהא קתני והוו פליגי בה רבנן דכיון דבחיי הבעל לא עברה עליה תנאיה ולאחר מיתה הוא דעברה כיון דבעל מית בטיל תנאיה ולא בטיל גיטא למפרע ע"כ. והשתא נחזי אנן למה להו כל האריכות הלז הלא לסתור דינו של בה"ג די בשתי דברו' האחרונו' כיון דבעל מית בטיל לתנאי' כו' ומה להם לכל האריכות כיון דבחייו דבעל לא עברה כו' דהכל הוא שפת יתר ללא צורך ואמנם נראה להדיא שכיוונו לומר דוקא בכה"ג דלא עברה בחייו עליה תנאי' אלא אדרבה היתה מתעסקת בקיומו בשב וא"ת מש"ה כי מיית בעל בטל תנאיה ולא תצטרך עוד לעמוד בקיומו אבל בגונא שביטולו של תנאי הוא בשב וא"ת וקיומו הוא בקום ועשה לא אמרי' דבמיתת הבעל בטל לתנאי' ולא תוכל לקיימו

במותו וכו' באופן דזה שכתבו רבנן קמאי דבמית' המגרש איבטל לתנאי' לא קשי' עלייהו מסוגית הגמ' וממאי דתני' פ' מי שאחזו דף ע"ב ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז ומת נתנה אינה זקוקה ליבם כו' אין להוכיח משם דגם שמת לא איבטל תנאי' נגד מ"ש רבנן קדמאי דהתם שאני שהי' התנאי בקום ועשה כו' ולענין הלכה מרן ז"ל בש"ע לא הביא מזה כלום ונראה שיש להחמיר בדברי שניהם עכ"ל הממ"א. והנה דאף לפמ"ש כוונה אחרת בדברי רבנן קדמאי מ"מ נראין דברי מכתב מאליהו דע"כ לא קאמרי רבנן אלא בתנאי דשב וא"ת דכבר קיימה התנאי בעוד הבעל קיים אבל כל שלא התחילה עדיין לקיימו וכגון בקום ועשה מודו רבנן דצריכה לקיים התנאי אחר מותו ומהני קיום זה וכמו שהוכיח בצדק מהא דע"מ שתתני לי מאתים זוז נתנה אינה זקוקה ליבם איברא אכתי איכא למידק מהא דתנן בקידושין דף ס"ג ע"מ שירצה אבא רצה האב מקודשת כו' מת הבן מלמדין את האב לומר אינו רוצה והיינו כדי שלא תזקוק ליב' וכדפירש"י והתם בגמ' מוקי לה להך דמת הבן מלמדין את האב כו' דמיירי אימ' ע"מ שלא ימחו' אב ע"ש וא"כ קמאי מהני הא דאומ' האב עתה איני רוצה כיון דבחיי הבן נתקיים התנאי שלא מיחה האב ואחר מיתת הבן הרי נתבטל התנאי ונימא דהקידושין קיימין והתם התנאי הי' שלא ימחה אבא והיינו בשב וא"ת. ואפשר דהתם בשעת שמיעה תלי' מלתא וכיון דבחיי הבן עדיין לא שמע האב דאילו שמע בחיי הבן ולא מיחה כבר היו הקידושין קיימין ולא הי' מהני מה שימחה אח"כ וע"כ לומר שעדיין לא שמע א"כ לא הי' שום התחלה לקיום התנאי עד אחר מיתת הבן ולכך שפיר מהני מה שימחה אח"כ דהוי כמו תנאי של קום ועשה כיון דבחייו לא התחיל הקיום צריך לקיימו אחר מותו. והנה נראה דאפי' בגט דס"ל לרבנן דאחר מיתה נתבטל התנאי לאו משום דמיתה גורם ביטול התנאי אלא משום דאחר מיתת הבעל תו לא אנידא בי' ותו לא מצי תנאה דבתר הכי לבטולי לגיטא למפרע והגט נשאר בקיומו וא"כ היינו דוקא במקום שאינה זקוקה ליבם דעכשיו ליתי' לבעל אלא דהגט מהני למפרע דלא ליהוי בני קמאי ממזרי בזה קאמרי רבנן דאחר מות הבעל בטיל תנאי' שהרי עכשיו מיתת הבעל מתירה ואינה צריכה גט כלל אלא לענין בני קמאי דבחיי בעל והרי בחיי הבעל קיימתה לתנאה אבל במקום שזקוקה ליבם ויבם במקום בעל קאי ויבמה יבא עלי' מחמת קדושין של אחיו א"כ גם לאחר מיתת הבעל נתבטל הגט בביטול התנאי וזקוקה היא ליבם משום שהרי עדיין צריכה היא לגט שלא תזקוק ליבם ואגידא בי' בבעל דזיקת יבם מחמת הקידושין של בעל אתי' לפ"ז התם שפיר אמרי' מלמדין את האב שיאמר אינו רוצה דהתם מיירי במקום יבם דהא לכך מלמדין את האב כדי שלא תזקוק ליבם וא"כ יבם במקום בעל קאי ולא בטיל תנאי'

ובזה יש לדחות הראי' שהביא בס' מכתב מאליהו דבקום ועשה מודו רבנן מהך דע"מ שתתני לו מאתים זוז ומת נתנה אינה זקוקה ליבם משום דהתם נמי במקום יבם איירי ואפי' בתנאי בשב וא"ת מודו רבנן דכיון דמיתת הבעל לא התירתה ועדיין צריכה לגט דיבם במקום בעל קאי לא בטיל תנאי' וכל שעברה על תנאה אפי' אח"מ הבעל בטיל גיטא למפרע כיון דלפמ"ש עיקר טעמייהו דרבנן משום דאחר מותו לא צריכה לגט כלל השתא דמיתת הבעל התירתה אלא לענין בני קמאי דבחיי הבעל כי היכי דלא להוי ממזרי והרי בחיי הבעל לא עברה על תנאה משא"כ ביבם דהשתא נמי צריכה לגיטא כדי שלא תזקק לו לכך צריכה לקיים התנאי. אלא דאכתי יש לקיים הראי' של בעל ממ"א לפמ"ש הריטב"א בקידושין פ' האומר בהך דנתנה אינה זקוקה ליבם רשב"ג אומר נותנת לאביו או לאחיו או לאחד מן הקרובי' ותמיהא לי אם אין לו אחי' הרי היא אינה זקוקה ליבם ולמה היא נותנת מעותי' בכדי ולמה לה גט ואיכא למימר כגון שזינתה או נשאת בחייו והיא רוצה לקיים גיטה וגירושי' להציל עצמה ממיתה ושלא יהיו בנים ממזרי' ורישא איירי ביבם וסיפא איירי בלא יבם עכ"ל. ומ"ש הריטב"א והיא רוצה לקיים גיטה וגירושי' להציל עצמה ממיתה לפענ"ד אינו מדוקדק דבלא"ה אינה חייבת מיתה דהוי התראת ספק שמא תקיים תנאה ואין לומר כיון דהתנאי הוא בקום ועשה מוקמינן אחזקתה שלא תקיים ודומה למ"ש תוס' פ' השולח סוף ל"ג ד"ה ואפקעינהו רבנן לענין בטלו מבוטל דלא הוי בזה התראת ס' ע"ש דלא דמי דהכא אדרבה היא גרושה לפנינו ולדעת הרמב"ם ודעמי' מותרת לינשא מיד אפי' לכתחלה ואפי' להאוסרי' להנשא לכתחלה היינו מדרבנן כמ"ש הפוסקי' אבל מדאורייתא מותרת להנשא מיד על סמך שתקיים תנאה כ"ש דלא שייך התראה דתנאי מלתא אחריתא היא והגירושין נגמרו לפנינו לכן נראה לענ"ד דמ"ש להציל עצמה ממיתה היינו מעון מיתה ולא מחיוב מיתה ממש וכמ"ש. וק"ל). וכיון דנותנת לקרובי' מיירי בלא יבם משום דאל"כ הוא קודם לקרובי' אלא לענין זנות ונשואין הוא דבעיא לקיומי גיטה א"כ ע"כ מוכרח כדברי מכתב מאליהו דבקום ועשה מודו רבנן דאל"כ אפי' לא נתנה כלל מתקיים גיטה למפרע להציל עצמה ממיתה או דלא ליהוו בני' קמאי ממזרי' אלא ע"כ בקום ועשה מודו רבנן ויותר נראה דאפי' הנך רבנן דסברי דאחר מיתת הבעל נתבטל התנאי לא אמרו אלא בגירושין ומטעמ' דאמרן דכיון דמיתת הבעל מתיר א"כ לא צריכא כלל לגיטא ובחיי הבעל הרי נתקיים התנאי אבל בקידושין כה"ג שהתנה המקדש ע"מ שלא תשתה יין כל ימי חייך או חיי פ' ומת והיא זינתה בחייו ולא שתתה יין כל ימי חיי הבעל ושתתה לאחר מותו נתבטלו הקידושין למפרע ולא היתה א"א בשעה שזינתה דדוקא בגירושין דלרחוקי קאתי אמרי' כיון דמיתת הבעל נמי

לרחוקי אתי ותו לא צריכא לגט נתבטל התנאי אבל בקידושין הוא להיפך דאם נאמר דאחר מיתת הבעל נתבטל התנאי ונתקיימו הקידושין הרי זה היפך מה שהמיתה עושה גבי קידושין כיון דמיתת הבעל לאו לקרובי קאתי אלא לרחוקי הלכך בקידושין אמרי' דאפי' אחר מיתת הבעל לא בטיל תנאי' וכל שנתבטל התנאי אפי' אחר מיתת הבעל בטלו הקידושין למפרע ובשעה שזינתה פנוי' היתה ובמשנה למלך פי"א מה"ל מכירה כתב ז"ל המקנה או הנותן לחבירו ע"מ שלא יעשה דבר פ' יש להסתפק אם התנאי נמשך אף אחר מיתת הנותן או דלמא אין התנאי קיים אלא בחיי הנותן ולכאורה נראה דדין זה תלוי במחלוקת הגאוני' במגרש ע"מ שלא תשתה יין ושתתה לאחר מיתת המגרש דיש מי שסובר שנתבטל הגט ויש אומרי' שלא נתבטל כמו שהביא פלוגתא זו הרה"מ פ"ח מה"ל גירושין ונראה דיש ללמוד משם לענין ממונות כגון הנותן מתנה לבנו ואין לו יורש אחר ע"מ שלא יעשה איזה דבר אפשר דדמי לגט ונ"מ לבע"ח של נותן שהי' אחר המתנה דאי אמרת נתבטלה המתנה אתי ב"ח וטרוף ומ"מ נראה דהכא לכ"ע כל שעבר על תנאו נתבטלה המתנה עכ"ל ומדכתב הגאון ז"ל בתנאי שלא יעשה איזה דבר שהוא בשב וא"ת משמע דס"ל כדעת המכתב מאליהו דבקום ועשה מודו רבנן קמאי שצריך לקיים אחר מותו וכנ"ל. ועוד מוכח מדבריו שכתב ואין לו יורש אחר משמע הא אם יש לו יורש אחר ודאי נתבטלה המתנה וזה כדברינו הנז' ומטעמא דאמרן דהא דמתבטל התנאי אחר מיתת המגרש לאו מיתה דקא גרמה לה אלא משום דמיתת הבעל מתירה ותו לא אגידא גבי' ואינה צריכה עוד לגיטו ולכך אינה צריכה לקיים תנאו ולמפרע לא בטיל גיטא דלהוי בני קמאי ממזרי כיון דבחיי הבעל נתקיים התנאי וכמ"ש ומש"ה בנותן מתנה לבנו ע"מ שלא יעשה איזה דבר והיו לו עוד בני' לכ"ע נתבטלה המתנה בביטול התנאי אפי' אחר מיתת הנותן דכיון דגם עתה צריך לקיום המתנה דאי משום ירושה הרי יש לו עוד יורשי' אחרים במותו וכיון שצריך גם עכשיו לקיום המתנה צריך ג"כ לקיים כל התנאי שהי' באותה מתנה ואפי' אחר מיתת הנותן לא בטל תנאי' להכי נקט שלא הי' לו יורש אחר א"כ הרי הוא דומה לגירושין שעכשיו אינה צריכה לגיטו דה"נ השתא אינו צריך למתנתו כיון דבמיתת הנותן ממילא הוא יורשו דהא לית לי' יורש אחר אלא דלפ"ז זכינו לדין שאם יש כאן בע"ח של נותן שנתחייב לו לאחר המתנה והרי הוא צריך גם עכשיו למתנתו דחי משום ירושה הי' הבע"ח גובה ממנו וכיון דצריך עכשיו לקיום המתנה צריך ג"כ לקיומי לתנאי' אפי' אחר מיתת הנותן ולא דמי לגט דאיירי בי' רבנן קמאי דלא בעי' התם לגיטא אלא כי היכי דלא להוי בני קמאי ממזרי ובחייו הא לא עברה על תנאה וזהו כונת המרש"ל דמסיים דהכא כ"ע מודו דכל שעבר על תנאו

נתבטלה המתנה וכנ"ל. (הנה לפי המבואר כאן בדברי מרן ז"ל אין מקום למחלוקת זו שיש לגאוני' ז"ל בדין ממון ולא נ"מ מידי איברא לדידי משכחת לה גוונא בדין ממון דתליא ממש בפלוגתא של הגאוני' ז"ל כגון במכר כה"ג שמכר האב לבנו ע"מ שלא יעשה דבר פ' ואם יעשה תבטל המכירה למפרע ואין שום יורש אחר אלא הוא וקי"ל ביו"ד סימן קע"ד ובח"מ סימן ע"ז דכל היכא דבטלה המכירה פירות שאכל לוקח רבית קצוצה הוא לדעת הרמב"ם והמחבר ע"ש וא"כ נפקא מיני' אי מיית אב ואח"כ עבר הבן על התנאי דלדעת בה"ג בטלה המכירה למפרע ומעות דידי' במלוה הוי גבי דאב ופירות שאכל רבית היא ואיסורא קא עביד ולדעת הנך רבנן לא בטלה המכירה למפרע כיון דהשתא ליכא איסורא אפי' אם בטלה המכירה שהרי זכה בה במיתת האב מכח ירושה ודמי ממש לגירושין וא"כ לדעת רבנן קמאי מותר לו עתה לעבור התנאי ולא יעשה איסור למפרע ולפענ"ד הי' אפשר לומר דה"נ כ"ע מודו דצריך לקיים התנאי כיון דגם עכשיו צריך לקיום המכירה דאל"כ הוי רבית קצוצה למפרע והי' צריך להוציא עתה המעות מידו כמו בגזל אביו כדאי' בטוש"ע ח"מ סימן שס"ז סעיף ה' והוא מהש"ס דסוף ב"ק וכיון דצריך עכשיו לקיום המכירה ע"כ צריך לקיים תנאי' ואי בטלי' לתנאי' בטלה המכירה למפרע כמו בגירושין במקום יבם וכמו שביאר מרן ז"ל אבל אחר העיון זה אינו דלא מיבעי' לפמ"ש הרב בד"מ שם סימן שס"ז דדוקא גזל ונשבע דינא הכי אבל לא נשבע א"צ להוציא המעו' מידו ע"ש פשיטא דהכא לא בעי לאפוקי מת"י אלא אפי' למאי דמספקא לי' לב"י שם דאפי' בלא שבועה צריך להוציא המעות מת"י מ"מ נראה דהכא אפי' ברבית קצוצה א"צ להוציא המעות מת"י וכן משמע מסתימת הפוסקי' שלא הזכירו דין זה גבי רבית וטעמא דמלתא דשאני גזל דנחתינן לנכסי' ועוד דאית בי' מצוה והשיב את הגזילה לכך צריך להוציא הגזילה מת"י כי היכי דליקיים מצות השבה וחיובא רבא איכא דהא נחתינן לנכסי' אבל ברבית דלא נחתינן לנכסי' כיון דמדעתי' יהיב לי' אלא שמכין אותו עד שתצא נפשו לקיים מ"ע וחי אחיך עמך כמבואר ברמב"ם ה"ל רבית וביו"ד סימן קס"א וזה דוקא כשתבעו הלוה כמבואר שם בט"ז דאפי' בע"ח לא מצי גבי מיני' בשעבודא דר"נ כיון דלא נחתינן לנכסי' ולא מיחייב אלא משום וחי אחיך עמך דלא שייך התם א"כ ה"נ אין צריך להוציא המעות מת"י אפי' ברבית קצוצה דהא לא שייך וחי אחיך עמך ולא נפקא מיני' השתא מידי אלא אי הוי איסור' למפרע ודמי ממש להך דבה"ג דלא נ"מ אלא דלא להוי בני קמאי ממזרי ולרבנן קמאי לא בעי תו לקיומי לתנאי' וזה ברור:

ומכל זה נראה דאם היא זקוקה ליבם אפי' בתנאי דשב וא"ת נמי מודו רבנן קמאי דכל שלא נתקיים התנאי אפי' אחר מיתת הבעל בטל הגט למפרע כיון דמיתת הבעל אינו מתיר במקום יבום וצריכה היא לגט ולקיום התנאי הנמשך לקיום הגט ודו"ק. ונראה לי להביא עוד ראי' לדברי הגאון בעל מכתב מאליהו דבקום ועשה מודו רבנן דלא בטיל לתנאי' אפי' אח"מ מעיקר תנאי שממנו למדו חז"ל דיני התנאי והוא תנאי ב"ג וב"ר שהתנה משה אם יעברו ב"ר וב"ג ונתתם כו' ומשה הוא דאתני בהדייהו ועיין פ' המדיר דף ע"ד גבי תנאה דאפשר לקיומי ע"י שליח פירש"י ז"ל כי התם שהרי משה צוה ליהושע לתת להם הארץ שהי' שלוחו של משה ע"כ וחזינין דחייבינהו יהושע לקיומי לתנאייהו שהתנה עמהם משרע"ה והרי כיון דמית משה בטל תנאי' ע"כ לומר כיון דהוי בקום ועשה לא בטיל תנאי' וכו' ועיין בר"ן פ' האומר בשם הירושלמי דתנאי נתתם הי' שיותן להם הארץ תיכף ואם לא יעברו יוציאו אותן מידן ודו"ק:

סעיף כב

ס"ק ה

או כל ימי חייכי. והיינו משום דאגידא בי' לעולם ואין זה כריתות כתב במשנה למלך פ"ח מגירושין ז"ל ונסתפקתי בנותן גט על תנאי אלא שהתנה שני תנאי' שבהתקיים אחד מהם יהי' גט כגון האומר ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז או שלא תשתי יין לעולם וכונתו שאם תתן לו ר' זוז יהי' גט ויכולה לשתות יין וכן אם לא תשתה יין יהי' גט אף שלא תתן מאתים זוז עכ"ל והניחו בספק. ונראה דכה"ג הוי כריתות וראי' מדברי תוס' פ' המגרש דף פ"ג ד"ה כל ימי חייכי אין זה כריתות כל ימי חיי וחיי פ' ה"ז כריתות תימה לרבינו יצחק דפ"ק דיומא דף י"ג גבי אף אשה אחרת מתקינין לו מייתי מלתא דרבא דהכא בענין אחר כו' ומיהו קשה לר"י התם אמאי לא הוי כריתות בע"מ שתמות אחת מכם דמ"ש מחיי פ' דהוי כריתות דבשביל שתלה אף במיתתה לא גרע עכ"ל ומבואר בשהתנה שני תנאי' כגוונא דמשנה למלך הוי גט דאל"כ לא הוו מקשי תוס' מידי דהא כיון דחלה התנאי גם במיתתה גרע טפי אלא ע"כ דסברי בפשיטות דכל כה"ג לא גרע כיון שבהתקיים האחד דלא אגידא בי' יהי' גט ודו"ק. (מתוך דברי מרן ז"ל נראה שנשמטו ממנו דברי התוס' למסקנתם שם רפ"ק דיומא דף י"ג ד"ה כל ימי חיי וחייכי שהקשו בשם ר"י כמו שהקשו כאן וע"ש שכתבו וז"ל ונ"ל דנקט הכא כו' דאע"ג דאלו לא אמר אלא ע"מ שתמות חברתך הוי גיטא השתא דתלה התנאי נמי במיתתה איכא למימר דמיגרע גרע דכל היכא דאיכא תנאי דאפשר לקיים במיתתה ויחולו קיום התנאי והגט בשעת מיתתה אין זה כריתות והכא נמי אי מייתי איהי ברישא הרי חל קיום הגט והתנאי יחד

במיתתה ולא דמי לאומר ע"מ שתמות חברתך דכי מייתא חברתה ברישא חיילא גיטא בחיי' של זאת ואי היא מייתא ברישא לא חל גיטא עכ"ל מבואר מדבריהם במסקנתם דבהכי גרע טפי כיון שתלאו לגט גם במלתא דאגידא בי' ונמצא לפ"ז ישתנה הדין בספק של הרב משל"מ ונהפוך הוא ממה שרצה מרן ז"ל לפשוט אדרבה לא הוי גט כלל כיון שתלאו גם בדבר שאין בו כריתות היינו שלא תשתה יין כל ימי חיי' ולכאורה דברי התוס' נראין תמוהין דנהי דאותו תנאי שאם תמות היא יהא גט הוא בטל ואם מתה אינו גט דליכא כריתות לא יהא אלא כאלו התנה בפירוש שאם תמות לא יהא גט ואכתי יתקיים הגט במיתת חברתה דהוי כריתות שפיר ונלענ"ד ביאור דבריהם דכיון דבעינן כריתות גמור צריך שלא יהי' הגט חל אלא באופן שכורת לגמרי חלקי התנאי צריכי' שיהיו או שתהי' אשתו גמורה או שתהי' מגורשת לגמרי ולא תהא אגידא גבי' כלל וכל שיש בגט צד כריתות ולא כריתות גמור בטל כל הגט אפי' אותו הצד שכורת לגמרי וסברא זאת מצאנו להרשב"א ז"ל לענין שיור עיין בחי' לגיטין דף פ"ג ד"ה אלא בעל מנת שכתב ז"ל ואפי' אמר לה הרי את מותרת לכ"א ע"מ שלא תנשאי לפ' עד שלשים יום אין זה כריתות כו' דאינו דומה לזה גיטך לאחר י"ב חדש דהתם לא חל הגט ולא כורת כלל עד י"ב חדשים ולאחר י"ב חדשים כורת לגמרי אצל כל אדם ואין שיור בגט זה כלל אבל כאן שחל הגט וכרת מקצת לגמרי אצל השאר ולזה לא כרת ה"ז שיור בגט ואין זה כריתות וא"נ למ"ד בע"מ לפ' בחוץ נמי דכוותה היא כגון דא"ל ה"א מותרת לכ"א חוץ מפ' שלא תנשאי לו עד ל' יום אין זה כריתות לפי שבשעה שחל הגט להיות כורת אינו כורת לגמרי אצל הכל ואין זה כריתות עכ"ל וה"נ הי' לנו לומר נהי דעד ל' יום הוי שיור ולא הוי גט מ"מ יחול אחר ל' יום דאז כורת לגמרי ולא יהא אלא כאומר זה גיטך לאחר ל' יום דמהני וכיון דלא אמרי' הכי מוכח דגרע טפי היכא דרצונו שיהי' כורת ולא יהי' כורת לגמרי מאם לא הי' כורת אז כלל וה"נ דכותי' אם הי' אומר אם תמות חברתך יהי' גט ואם לאו לא יהי' גט כלל שפיר הוי כריתות כיון דאין כאן כריתות אלא על אותו צד שתמות חברתה ויהי' אז כריתות גמור משא"כ עכשיו שאמר שאם לא תמות חברתה ותמות היא ג"כ יהי' גט וזה לאו כריתות גמור ואנן בעינין שכל שכורת הגט יהי' כורת לגמרי ואם לאו בטל כל הגט ולכך בטל לגמרי וזה נראה ברור בכונת התוס' וה"נ בנדון של המ"ל אם הי' אומר אם לא תתן ר' זוז לא יהי' גט כלל שפיר הי' הגט קיים כשתתן דאותו צד שהגט כורת הי' כורת לגמרי אבל השתא שאמר גם אם לא תתן ר' זוז יהי' גט בתנאי שלא תשתה יין כל ימי חיי' וזה לאו כריתות הוא לכך בטל לגמרי כן נלענ"ד כעת:)

סימן קמט

סעיף ג

ס"ק א

מי ששלח גט לאשתו. כתב הרא"ש בתשו' כלל מ"ה סימן ט' על מי שעשה שליח לגרש ולא רצה ליתן לה הגט אלא א"כ תתן לו כך מעות אמר לו אחד מן הזקנים אתה עושה כן כדי שלא תנשא בלא דעתך תן לנו הגט וכשתרצה לינשא נודיעך וכן עשה לאחר זמן בא הבעל ועדיין הגט הי' ביד הזקן ובטל הגט ונתייחד עמה כו' והשיב וז"ל ומה שנתייחדו להאיש והאשה מתוך לשון השאלה משמע שבנקיון כפי הי' שהיו סבורי' שהגט לא הי' גט ובטלו שלא יוציאו דבה עליה א"כ מוכח שלא בא עלי' לשם קידושין ואפי' לב"ה דאמרי הן הן עדי יחוד כו' עכ"ל. ובמשנה למלך פ"י מגירושין הביא הך דהרא"ש וכתב עלה ז"ל ויש לגמגם קצת שנראה שהרב הפריז על המדה בענין יחוד זה דע"כ שנתייחד בפני עדי' דאי לא לא חיישין לקידושין דהמקדש שלא בפני עדים לאו כלום הוא א"כ בשעת היחוד הוא דאמרי ב"ה הן הן עדי יחוד הן הן עדי קדושין וחיישינן דלשום קדושין בעל ומה לנו בביטולו שלאחר מיכן דמורה שהי' סבור שלא הי' גט דכי היכא דאם אומר אח"כ דלא בעיל או שלא הי' לשם קידושין לא מהימנינן לי' הוכחתו נמי לא מהני והדבר צריך תלמוד עכ"ל ולענ"ד נראה דכבר תלמוד ערוך הוא בש"ס פ' מי שאחזו דף ע"ג בראוהו שנתייחד עמה ע"ש דגרסימן ואמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה הכי קאמר ראוה שנבעלה חוששין משום קדושין נתן לה כספים חוששין משום זנות דאמרי' באתננה נתן לה ואין חוששין משום קידושין ר"י ב"ר יהודא אומר אף בזו חוששין משום קידושין ופירש"י נתן לה כספו' אחר הבעילה חוששין משום זנות ותולין ביאה זו בזנות ואין חוששין משום קידושין דאי משום קידושין בעיל לא הוי יהיב לה אתנן ור"י סבר אף בזו חוששין משום קידושין דאף שנתן לה כספי' חוששין לשום קידושין והני כספי' לאו דאתנן נינהו אלא מתנה בעלמא ע"כ מבואר דאע"ג דבדיבורם לא מהימני כלל לומר שלא לשם קדושין נתכוונו אפ"ה כל שיש הוכח' ניכרת מתוך מעשיהם מהני דהא לת"ק כספי' שנתן לאחר היחוד הוי ראי' שלא הי' לשם קידושין ואפי' ר"י בר"י דפליג אינו אלא משום דס"ל דלאו הוכחה הוא דאיכא למימר למתנה בעלמא יהיב לה וכמו שפירש"י אבל היכא דאיכא הוכחה גמורה הניכרת לב"ד דאינו לשם קידושין אע"ג דההוכחה באה לאחר היחוד מ"מ הוי ראי' ואגלאי מלתא שלא הי' לשם קידושין וזו ראי' ברורה לדברי הרא"ש ז"ל:

סימן קנז

סעיף ד

ס"ק א

נפלה לפני יבם מומר. במרדכי פ' החולץ הביא בשם מר רב יהודאי גאון ושאר גאוני' שכתבו דיבם מומר אינו זוקק אשת אחיו ופטרו' בלא חליצה וכן אם הי' על מומר ומת בהמרתו אין אשתו צריכה חליצה ע"ש שכתב במרדכי טעמא דגאוני' ז"ל משום דמומר להכעיס מותר להלוות ברבית משום דלאו אחיך הוא וגבי נשך כתיב אחוה ע"ש וקשה לי דהתם מיירי באחוה דמצות שהרי אפי' אינו אחיו ממש אסור להלוותו ברבית אלא משום דכל ישראל אחי' במצות נינהו ולהכי במומר דלאו אחיו במצות מותר להלוותו ברבית אבל ביבום מיירי באחים ממש א"כ אפי' אינו אחיו במצות מ"מ אחיו הוא. ועיין ב"י שכתב ז"ל ויש לתמו' על מי שעלה על דעתו היתר זה ועל מר יהודאי גאון שנכתב בשמו משום דגמירי דמאור עינים הוי ולפעמים כותבי' תלמידיו בשמו מה שלא עלה על דעתו אך על תלמידיו הכותבין כן יש לתמוה ועל בעל העיטור שהעתיק דבריהם למה לא רדפם כו' דדבר פשוט הוא שאין לדברים אלו שורש וענף ולא שום צד סמך כלל עכ"ל וע"ש. וכדי שלא להשוות הבעל העיטור ותלמידי הגאון ח"ו כטועים בדבר משנה נראה לענ"ד בטעמא דהגאוני' משום דכבר כתבו הגאוני' דמומר אינו יורש דבר תורה ובתשובת הרא"ש כלל י"ז כתב בשם רבינו משולם בשם רבינו קלונימוס דכי המיר לא מקרי זרעי' ולא ירית לי' לאבוהי כדכתיב להיות לך לאלקים ולזרעך אחריך כו' עד מי שזרעו מיוחבס אחריו יצא מומר שאין זרעו מיוחס אחריו ע"ש וכן במרדכי פ"ק דקידושין פסק מר רב צדק גאון דמומר אינו יורש את אביו והא דפריך ודלמא ישראל מומר שאני הכי פירושא דלמא ישראל מומר מוריש לבניו ע"ש ומשמע מדאורייתא קאמר מדקשי' לי' הא דישראל מומר שאני וכן הכריח מהרד"ך בתשו' בית כ"ח ע"ש. וכיון דאינו יורש את אביו ד"ת ממילא אינו זוקק אשת אחיו ליבום דיבום בנחלה תלי' רחמנא כדאמרי' פ"ק דיבמות דף י"ז יחדו מיוחדי' בנחלה פרט לאחי' מן האם ופירש"י שיורשין נחלה אחת ויורשין זה את זה וכיון דמומר אינו יורש את אביו לא הוו מיוחדי' בנחלה וה"ל כאחין מן האם שאינו זוקק ליבום:

סימן קסט

סעיף נו

ס"ק א

ואחר שחלצה כותבין לה ב"ד ומדין זמן בשטר חליצה. עיין בתשו' הריב"ש סימן שפ"ה שכתב להרב ר' חסדאי ז"ל והוא שכתב כבודך שמדברי נראה שבאתי לדמות היתר זה של זאת האשה בגט חליצה אלמא לא נתקן זמן בגט חליצה כו' ואמרת שהדין עמי בדין זה דודאי טעם גט אשה לא שייך בגט חליצה דיבם אין לו פירות וזנות דבת אחותו שתנשא לאחיו ותפול לפניו ליבום ותזנה בזמן מועט שבין מיתה ליבום או לחליצה אפי' לר' יוחנן ודאי לא שכיח ולא חיישי' להכי וכ"ש לדעת רש"י שאין ביבמה לשוק אפי' איסור לאו כו' ואני לא היתה זאת כוונתי דמה שלא נתקן זמן בגט חליצה לא מן השם הוא זה כי' שהרי יבם יש לו פירות כו' ואפשר דביבמה משום זנות ליכא ולא מן הטעמים שכתבו דהא לר' יוחנן דחייש לבת אחותו הרי כשאנו דנין על היבמה יש לנו לחוש בה משום בת אחותו כו' ואי משום זמן מועט שבין מיתה לחליצה הלא בגמ' חששו לנכתב ביום ונחתם בלילה משום זנות זמן מועט בתכלית כו' אבל טעם אחר אפשר לומר ביבמה משום דאין בה מלקות משום זנות גרידא כי אם בשקידש ובעל כמ"ש הרמב"ם ז"ל ואע"פ שחלקו בשאר חייבי לאוין ביבמה מודו לי' משום דכתיב בה הוי' דומיא דהני לאוי דכתיב בהו קיחה כמ"ש הרמב"ן ז"ל פ' עשרה יוחסין וזנות כי האי ע"י קידושין אפשר דלא שכיח אלא כל היכא דאיכא למיחש חיישי' משום בת אחותו לר' יוחנן אע"ג דלא שכיח ומיהו אף אם נאמר דליכא משום זנות משום פירות שפיר שייך למיתקן בי' זמן אפי' לר' יוחנן דהא ר' יוחנן לא פליג עלי' דריש לקיש אלא משום דס"ל דיש לבעל פירות עד שעת נתינה הא לאו הכי שפיר איכא לתקוני משום ליתא דידי' עכ"ל. והנה מ"ש דאפי' בזמן מועט דבין מיתה לחליצה חיישי' לזנות מדחששו בנכתב ביום ונחתם בלילה לזמן מועט בתכלית לענ"ד יש לחלק לפ"מ שאמרו פ"ב דגיטין דף י"ז גבי תקנת זמן כתב בו שבוע חדש שנה ושבת מאי א"ל מותר ואהני לשבוע דלקמי' ולשבוע דלבתרי' דאלת"ה יומא גופי' לא ידעינן אי בתחלת אי בסוף יומא כו' ע"ש לפ"ז גם אם היו מתקני' זמן בחליצה הי' כשר לכתוב בו שנה או שבוע והכא לא מהני תקנתא מידי דלא שייך לומר אהני לשבוע דלקמי' כיון דזנות שבין מיתה לחליצה אינו אלא זמן מועט והא דנכתב ביום ונחתם בלילה פסול אע"ג דאהני לשבוע דלקמי' כבר כתבו שם התו' דהתם אתי לחפות בשקר שסבורין שנכתב ביומו אבל לתקן לכתחלה זמן משום זנות דזמן מועט לא אמרי' כיון דלא אהני תקנתא אלא לקמי' ולבתרי' כמ"ש בש"ס וא"כ אין

חילוק בין יום לשבוע וחדש דכשר לכתחלה כמ"ש תוס' ורש"י שם וא"כ לא מהני מידי אלא דעיקר הסברא ודאי למאן דחייש לזנות הי' ראוי לתקן גם בחליצה כיון דלפעמי' שוהין הרבה שנים בין מיתה וחליצה ואע"ג דלא שכיח מ"מ מאן דחייש לזנות חייש אף בלא שכיח ואהני לשבוע דלקמי' ולעד"נ מצד אחר הא דלא תיקנו זמן בחליצה משום זנות משום דכבר הקשו שם בתוס' בסוגיא דזמן בהא דא"ר יוחנן משום בת אחותו תינח בזמן המקדש בזמן הזה אמאי תקנו ומשנת רבי דג' גיטין פסולין בזמן הזה הוא ותירצו שלא יחפה על הבנים שלא יהיו ממזרים א"נ שירצה להחזירה ויאמר אחר גירושין זינתה וע"ש וכ"כ שם הרא"ש וע"ש לפ"ז ביבמה לשוק נהי דאית בה מלקות מ"מ בזמן הזה דליכא מלקות לא צריכין לתקנה זו דאי משום שלא יחפה על בני' ממזרים ביבמה לשוק אין הולד ממזר ואי משום שרוצה להחזיר' הא שומרת יבם שזינת' מותרת ליבם ועוד דאחר חליצה כיון שלא בנה שוב לא יבנה ואסורה לו בלא"ה:

ומ"ש הריב"ש עוד דאיכא לתקוני זמן בחליצה משום פירי הנה בהא דאמרו שם קסבר ר' יוחנן יש לבעל פירי עד שעת נתינה פירש"י ז"ל דכיון דיש לבעל פירות עד שעת נתינה זמן לא מהני מידי דיאמרו לה לקוחות אייתי ראיי' אימת מטי גיטא לידך ע"ש לפ"ז הכא גבי חליצה שפיר מהני זמן דהכא לא מצי לקוחות למימר אייתי ראי' אימת מטי שטר חליצה כיון דשטר חליצה לא כתבו ב"ד אלא אחר שכבר נחלצה ותו לית ליה ליבם פירי וא"כ אפי' ר"י מודה דצריך זמן משום פירות אמנם שיטת התוס' שם כיון דיש לבעל פירות עד שעת נתינה אין צריך זמן דתיכף אחר הנתינה תוכל להביא גיטה לב"ד או שתראהו בפני עדים ויכתבו לה אימת מטי גיטא לידה ע"ש כ"כ הרמב"ן והרשב"א בחידושיהם ע"ש לפ"ז היה נראה לכאור' דגם בשטר חליצה לא בעי זמן מה"ט כיון שיכולה להראותו לב"ד או לעדים ויכתבו לה אימת מטי לידה אלא לאחר העיון זה אינו דשאני התם גבי גט שהבעל כותבו ותקנו חז"ל שיכתוב זמן ושיהי' מתורף הגט וליבעי לשמה דוקא ועיין בחי' פני ישוע שם לכך שפיר קאמרי' דא"צ לתקנה זו כיון שתוכל לבא אח"כ לב"ד שיכתבו לה אימת מטי לידה אין לנו לעשותו מעיקר הגט ולהטילו על הבעל אבל הכא גבי חליצה שהב"ד כותבין לה שטר חליצה שפיר יש לנו לתקן שיכתבו בו זמן ולא שייך לומר שתוכל להראותו מיד בפני ב"ד או עדים דמה לי ב"ד זה או אחר אדרבה הרי היא עומדת בפני ב"ד שכותבין לה השטר חליצה יכתבו הם בעצמם גם הזמן:

מיהו לשיטת הר"ן בחידושיו לגיטין שם דמפרש הא דאמרו קסבר יש לבעל פירות עד שעת נתינה משום דאחר הנתינה תוכל להוציא הפירות מתחת יד הבעל ולא יהיו בידו למוכרם ע"ש א"כ ה"נ בשטר חליצה לא בעינן זמן דהא בידה להוציא הפירות תיכף

מיד היבם ולא יהיו בידו למכור אלא דהריב"ש מסיק שם בטעם אחר מה שלא תקנו זמן בשטר חליצה משום פירות והוא דדוקא גבי גט אשה דהוא המתיר אע"ג דשאר שטרות שאין בהם זמן גובה מבני חרי בגט פסול משום דהוי משנה ממטבע שטבעו חכמים אלא שאין הולד ממזר אבל גט חליצה דאינו אלא לראיה בעלמא והחליצה הוא המתיר ה"ל כשאר שטרות שכשרים בלא זמן וזה טעם יפה:

סימן קעד

סעיף א

ס"ק א

יבמה שהיא אסורה ליבם בלאו או בעשה כו' ואם עבר ובא עליה קנאה. פ' כיצד דף כ'. אלמנה לכה"ג קא פסיק ותני ל"ש מן הנשואין ל"ש מן הארוסין בשלמא מן הנשואין עשה ול"ת ואין עשה דוחה לא תעשה ועשה אלא מן האירוסין ניתי עשה ונדחי ל"ת א"ר גידל אמר רב אמר קרא ועלתה יבמתו השערה כו' ואימא חייבי כריתות אמר קרא אם לא יחפוץ האיש לקחת כו' כל העולה ליבום עולה לחליצה א"ה חייבי' לאוין נמי הא רבי רחמנא יבמתו ומאי ראית מסתברא חייבי לאוין תפסי בהו קידושין חייבי כריתות לא תפסי בהו קידושין כו' מתיב רבא פצוע דכה וכרות שפכה וסריס אדם כו' ואם בעלו קנו ואסור לקיימן שנאמר לא יבא פצוע דכה ואי ס"ד חייבי לאוין מדאורייתא לחליצה רמיא ליבום לא רמיא אם בעלו אמאי קנו אלא אמר רבא גזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שניה כו' וע"ש:

וראיתי בס' שער המלך פ"ו מה"ל יבום וחליצה שכתב ז"ל הנה רבינו הגדול בס' פרשת דרכים נסתפק בכ"ג שנפלה לו אלמנה מן הנשואין דמן התורה לא מייבם דלא אתי עשה ודחי ל"ת ועשה אם עבר ובא עלי' אם חייב כרת כיון דמדין תורה אינה עולה ליבום ה"ל אשת אח שלא במקום מצוה דהא מן הדין אפי' חליצה אינה צריכה אלא דריבה אותה הכתיב מדכתיב יבמתו ונהי דריבה אותה הכתוב לחליצה ליבום אפשר דבאיסורא קיימא והדבר צריך תלמוד דאפשר כיון דריבה אותה הכתוב לחליצה פקע ממנה איסור אשת אח וצ"ע:

וכתב עלה בס' שעה"מ וז"ל ואחר העיון נראה שיש להכריע דכל דמדאורייתא לא חזי ליבום קיימא באיסור אשת אח בכרת ולא קנאה כלל מדאותבינין עלה למ"ד אינה פוטרת משום דאין עשה דוחה ל"ת ממתני' דקתני פ"ד וכ"ש אם בעלו קנו והשתא כפי דברי הרב ח"ה דכתב דאפי' למ"ד אינה פוטרת מ"מ היא גופה סגי לה בגט כיון דקידושין

תופסין בחייבי לאוין א"כ מאי תיובתי' אע"ג דאינה פוטרת מ"מ היא גופה קנאה וסגי לה בגט ושפיר קתני במתני' שאם בעלו קנו לענין שהיא גופה יוצאה בגט בלא חליצה שהרי במתני' לא הוזכר צרתה כלל אלא מבואר דלמ"ד אינה פוטר' ה"ל אשת אח שלא במקום מצוה בכרת ולא קנאה כלל וע"ש שהאריך בפלפולו הנעים וכתב וז"ל והנראה לומר דתלמודא הכי פריך משום דברישא דמתני' קתני פ"ד וכ"ש או חולצין או מייבמין כצד מתו ולהם נשים ולהם אחים כו' אם בעלו קנו והשתא משמע דאם בעלו קנו דסיפא דומי' דרישא בפ"ד שמת וייבם אחיו את אשתו פשיטא ודאי דפוטרת צרתה ואם כן כי קתני סיפא נמי אם בעלו קנו משמע נמי דפוטרת צרתה דאל"כ ה"ל למיתני בסיפא ואם בעלו קנו ואינה פוטרת צרתה כו' ותו דגבי יבם קי"ל דאם בא עלי' באונס קנאה מגזירת הכתוב ובהני דלא חזיין ליבום ד"ת דאף דנימא דפקע מיני' איסור אשת אח ואם בא עלי' קנאה היינו מדין אישות כדקיימא לן בעלמא קידושין תופסימן בחייבי לאוין אמנם אם בא עלי' באונס או בשוגג פשיטא דודאי לא קנא' כיון דלא חזיא ליבום ומדין אישות נמי לא קנאה וא"כ היכי קתני מתני' בסתמא דאם בעלו קנו דמשמע כדין שאר יבמה דעלמא אלא ודאי משמע דמדאורייתא חזיא ליבום כן נ"ל ליישב דעת רבינו והרב ח"ה:

והנה מ"ש בס' הנ"ל דאיכא דלא רמיא קמי' ליבום מחמת איסור לאו או עשה דאם בא עלי' מדין אישות קנאה משום דקידושין תופסין בחייבי לאוין אבל אם בא עלי' באונס או בשוגג פשיטא דלא קנאה כיון דלא רמיא קמי' ליבום לא נהירא לענ"ד דביבמה לעולם ליכא דין קידושין דאישות וליתי' לתורת קידושין כלל ביבמה וכ"כ הנימוקי יוסף פ' רבן גמליאל בהא דקי"ל מאמר אינו קונה אלא מדרבנן ע"ש שכתב דליכא כאן קידושין דאשת אח היא והתורה לא התירתה אלא כסדר המצוות וביאה היא דכתיב בה ע"ש וא"כ זו שהיא אשת אח משום שניתוסף בה לאו או עשה ודאי ליתא בתורת קידושין כיון דאשת אח היא אינה בתורת קידושין כלל וליכא גבה אלא מצות יבום ע"י ביאה דכתיב בה ובהכי הוא דאפשר לקנותה וא"כ אי נימא דבא עלי' קנאה ע"כ בתורת יבום קנאה והכא הכי קאמרינן דאע"ג דאית בה איסור לאו או עשה כיון דנתרבתה לחליצה אלמא דפקע מינה איסור אשת אח כיון דשייכא גבי' בחליצה וליכא גבה אלא איסור לאו או עשה וכיון דקידושין תופסין בחייבי לאוין ועשה ה"נ קנאה בביאה דאיסורא כמו שאר חייבי לאוין שקדשה בביאה אבל מ"מ אינה מתורת קידושין אלא מתורת קנין יבמה ולעולם ביבמה אין חילוק בין שוגג למזיד כיון שאין בה תורת קידושין כלל אלא תורת יבום שהוא קנינה וכן מבואר מדברי התוס' פ' החולץ דף מ"ט ד"ה הכל מודי' בהא דלא הוי ממזר מיבמה לשוק אע"פ שאין קידושין תופסין בה וכתבו ז"ל וטעמא אומר ר"ת

דהוי כנכרי ועבד שאין בה קידושין לשום אדם וליבם נמי לאו בת קידושין היא אלא ביאה הוא דאית בה עכ"ל הרי מבואר דליכא תורת קידושין גבי יבם כלל ולכן גבי חייבי לאוין ועשה ביבמה אי אמרי' בא אלי' קנאה ע"כ בתורת יבום הוא קנאה וא"כ בשוגג או באונס נמי קנאה כיון דהתורה אמרה שהיבמה נקנית בביאה ובחייבי לאוין אמרה שהקידושין תופסין בה תפיס נמי בה קנין דידה שהוא ביאה דיבום וזה ברור:

וראיתי בשלטי הגבורים בפ' רבן גמליאל כתב בשם ריא"ז החולץ ליבמתו ואח"כ עשה בה מאמר הרי זו מקודשת קידושין גמורין וע"ש ולכאורה ק' לפמ"ש דמה ענין קידושין ליבמה:

אמנם נראה דזה נכון לפי מ"ש הרשב"א בחידושיו ליבמות דף מ"א בהא דס"ל לרב אם כנס אחות זקוקתו ומתה אשתו דמותר ביבמתו דיבמה שהותרה וחזרה ונאסרה שחוזרת להתירה הראשון וכתב שם וז"ל ומתוך כך יש לי לומר דלאו למימרא שתהא היבמה זקוקה לו לא לחלוץ ולא לייבם אלא מותר בלבד קאמר שאלו רצה לישא אותה אינה אסורה לו וטעמא דמלתא כיון דבשעת נפילה הותרה לו שוב אי אפשר לאסר בה משום אשת אח כו' אלא משום אחותה הוא דנפטרה לה והלכך כל שאשתו קיימת קאי עלה באיסור אחות אשה והשת' דמתה חזרה יבמתה להיתרה הראשון עכ"ל מבואר מדברי הרשב"א דאשת אח הותרה לגמרי כשאין לו בנים ואחר שנשא אחותה פקעא זיקתה וכשמתה אשתו חזרה יבמתו להיתירה הראשון ובודאי יכול אח"כ לקדשה בכסף או בשטר דהא תורת יבום ליכא כאן דתו אינה זקוקה לו לא לחלוץ ולא לייבם והותרה לו זו כשאר נשים דעלמא ודוקא כשהיא זקוקה לו אז אמרה התורה ויבמה דדוקא בתורת ביאה ולא בתורת קידושין קני לה והוא גזירת הכתוב כדאמרינן בקידושין דף י"ד ואימא לכולא מלתא כאשה ומשני א"ק ויבמה ביאה גומרת בה והיינו משום דשינה הכתוב לעכב וכמו שפירש"י שם ע"ש וכ"ז דוקא בשעדיין זקוקה לו דאז הוי גזירת הכתוב בביאה דוקא אבל אם נפקע הזיקה כגון שנשא אחותה ואח"כ מתה אשתו יכול לקדשה בכסף ובשטר כמו אשה דעלמא דאיסור אשת אח דידה כבר חלף הלך לו ומש"ה ניחא דאחר שחלץ לה נפטרה מזיקתה ואיסור אשת אח שבה כבר הותר לו והרי היא לו כשאר נשים אלא דכיון דחלוצה היא לו אסורה עליו בלאו וכיון דקידושין תופסין בחייבי לאוין מתקדשת נמי בכסף ובשטר כיון דכבר הותר איסור אשת אח.

דברי הש"ג אלו הם ש"ס ערוך פ' רבן גמליאל דף נ"ב ע"ב דאי' התם א"ר אין הדברים הללו אמורי' אלא אליבא דר"ע שהי' עושה חליצה כערוה אבל חכמי' אומרי' יש אחר חליצה כלום כו' תניא אידך החולץ ליבמתו וחזר וקדשה רבי אומר אם קדשה לשם אישות

צריכה הימנו גט לשם יבמות אינה צריכה הימנו גט וחכ"א בין שקדשה לשם אישות בין שקדשה לשם יבמות צריכה הימנו גט ופסקו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש כחכמי' דאפי' לשם יבמות צריכה הימנו גט והראב"ד פסק כרבי ועיין בטוש"ע לעיל סימן ק"ע וש"ג פסק ג"כ כהרי"ף וכרבא שם באוקימתא דפלוגתא דמוקי לה דפליגי ביש זיקה ורבנן ס"ל אין זיקה והכי קי"ל ולכך מהני להיות קידושין גמורין ודבר זה פשוט הוא דלאחר שפקעה הזיקה ע"י חליצה הרי היא כשאר נשים דעלמא ושייכא בקידושי אישות אלא דאיכא עלי' לאו דלא בנה ותו לא שייך גבה קנין ביאה דיבמה ודוק:

והיינו נמי טעמא דקודם שנפטרה מזיקתה בעינן דוקא ביאה לשם מצות יבום לדברי אבא שאול ואלו לשם זנות ס"ל לאבא שאול דקרוב הדבר לידי ממזר ואילו לאחר שפקע הזיקה כהאי דנשא אחותה ומתה דמותר אח"כ ביבמתו וכונסה לשום מאי דבעי אפי' לאבא שאול והיינו משום דכל שעדיין זקוק' גזרה התורה ויבמה ולעכב שינה הכתוב שלא בכסף ובשטר רק בביאה ובעי' נמי לשם מצות יבום לאבא שאיל אבל אחר שנפטרה מזיקתה דכבר פקע איסור אשת אח הרי היא כשאר נשים ומקודשת בכסף ושטר דליכא גבה ביאה בתור' יבום אלא תורת קידושין ודו"ק:

אמנם קודם שנפטרה מזיקתה ודאי אין בה תורת קידושין אלא יבום וכדאמרי' ויבמה ביאה גומרת בה ולא תורת קידושין וא"כ בחייבי עשה אם אינו קונה בתורת יבום ממילא לית בה תורת קידושין וע"כ אי אמרי' דאם בעל קנאה היינו בתורת יבום דקידושין תופסין בחייבי עשה. ומאי דמותיב הש"ס מהא דאם בעלו קנו כיון דאמרי' דביאה בחייבי לאוין ועשה קונה קנין יבום כמו שקידושין תופסין בהן צ"ל דעיקר פירכא הוא משום דמשמע הא דאם בעלו קנו דומיא דרישא דקנו לגמרי אפי' לפטור צרתה וכמ"ש שם בשער המלך ע"ש עוד נראה לענ"ד ליישב דלפי מה דס"ד דש"ס דמהך דיבמתו נילף לחייבי לאוין דעולה לחליצה ואינה עולה ליבום שפיר הוי פריך מהא דפצוע דכא דהתוס' כתבו שם ד"ה מסתברא ז"ל תימה מנלן לאוקמי קרא בחייבי לאוין נוקי קרא בחייבי עשה כו' אבל חייבי לאוין נימא דאתי עשה ודחי לא תעשה וי"ל דמשמע ליה לדרוש מקרא דיבמתו לאסור יבום ולהצריך חליצה ע"ש:

וכתב הרשב"א בחידושיו שם ז"ל והא דלא פריך בגמרא ונילף מיניה בעלמא דאין עשה דוחה ל"ת וכדפריך כה"ג בפ"ק וי"ל דשאני הכא דיבום חידוש הוא שהרי אסרה התורה אשת אח וכיון שכן מה שחידש והתיר הותר ומה שלא חידש נשאר בכלל האיסור הראשון ואין להקשות למה לא התיר יותר דאין לך בו אלא חידושו בלבד עכ"ל ולפ"ז ע"כ צ"ל דבחייבי לאוין קאי נמי באיסור אשת אח דאי תימא דפקע איסור אשת אח

וליכא אלא חייבי לאוין ליתי עשה ולדחי ל"ת כדאמרינן בעלמא כיון דאיסור אשת אח פקע וע"כ צ"ל דגבי חייבי לאוין עדיין קאי באיסור אשת אח שלא התירתו התורה אלא כשהוא לבדו אבל כשניתוסף עליו איזה איסור נשאר האיסור של אשת אח במקומו ולא חידשה בו התורה היתר וכיון שכן שפיר פריך מהא דאם בעלו קנו דכיון דקאי באיסור אשת אח לא תפסי בה קידושין דה"ל אשת אח שלא במקום מצוה וא"כ אם בעלו אמאי קנו. ובזה יש ליישב תמיהת תוס' שם בסוגיא דמעיקרא מותיב רבא אי ס"ד חייבי לאוין לחליצה רמיא קמי' ליבום לא רמיא קמי' אם בעלו אמאי קנו ומסיק רבא גזירה ביא' ראשונה אטו ביאה שניה והדר אמר רבא כו' לאו מילתא היא דאמרי דאמ' ריש לקיש כל מקום שאתה מוצא עשה ול"ת כו' ה"נ אפשר דמיקיים עשה ול"ת בחליצה מיתבי ואם בעלו קנו תיובתא וכתבו תוס' ז"ל תימה דרבא גופי' מותיב מהך ברייתא והשתא איתותב מינה עכ"ל. ולפמ"ש מתיישב שפיר דבתחלה הוי ס"ד דחייבי לאווין אימעטו מיבום מן התורה והוי קשה אמאי ניתי עשה ונדחי ל"ת או נילף מהכא בעלמא דאין עשה דוחה ל"ת כמו שהק' הרשב"א וע"כ צ"ל כתירוצו דאיסור אשת אח לא הותר כאן כיון שניתוסף עלי' עוד איסור לאו וכיון דקאי באיסור אשת אח שפיר פריך אם בעלו אמאי קנו אבל השתא דמסיק רבא דבאמת עשה דחי ל"ת והכא אפשר לקיים שניהם בחליצה ואם כן מצינו למימר דאיסור אשת אח פקע ולא הוי אלא חייבי לאוי גריד' ואפ"ה אינה עולה ליבום לכתחלה כיון דאפשר בחליצה לא דחינן ל"ת ומ"מ אם בעלו קנו דביאה קני בה כיון דקידושין תופסין בחייבי לאוין ולכך לא הוי קשה ליה לרבא מהך ברייתא אלא דאפ"ה מקשי ליה הש"ס משום דמשמע ליה להש"ס דהך אם בעלו קנו הוי דומי' דרישא דפוטרת צרתה וכמ"ש בשער המלך בדרך הראשון ודו"ק היטב. עוד כתב שם בשעה"מ ז"ל ואולם מדברי הרשב"א ז"ל בחי' נראה דס"ל כהצד הראשון דכל שאינה עולה ליבום דבר תורה קיימא עליה באיסור אשת אח ובכרת ואם בא עליה לא קנאה ממ"ש שם אהא דפרקינן בגמ' מסתברא חייבי לאוין תפסי בה קידושין חייבי כריתות לא תפסי בה קידושין ז"ל פירש"י ז"ל הלכך חייבי לאוין קרינן ביה לקחת את יבמתו בדיעבד אבל חייבי כריתות לא תפסי קידושין ואפי' עבר היבם ונשאה לאו קיחה היא ואיכא מרבוותא דמקשו עלה דהא למאי דס"ד השתא דק"ל לא רמי' ליבם דבר תורה ואם בעלו לא קנו והיכי קרינן בי' לקחת אפי' עבר ונסיב כו' וגם הריטב"א ז"ל בחידושיו כ"י הוקשה לו כן וז"ל ואפשר שמרן ז"ל הכי קאמר כיון דבעלמא קרינן בה לקחת בדיעבד שפיר איכא למקרי בה הכא לקחת למיעבד בה זיקה ולהצריכה חליצה משא"כ בחייבי כריתות דלית בה שום ליקוחין לא בעלמא ולא ביבמה עכ"ל הרי מבואר

דס"ל דכל שאינה עול' ליבו' ד"ת קיימ' עליה באיסור אשת אח כו' הכלל העולה ממ"ש שדין זה נראה דהמחלוקת הוא שנוי דלדעת רבינו והרה"מ ומהרש"ל וברב ח"ה שכתבנו נראה דס"ל איסור אשת אח פקע מיני' ולדעת הרשב"א והריטב"א ז"ל ס"ל דקיימא עליה באיסור אשת אח ובכרת כנ"ל עכ"ל ולפמ"ש אין ראיה מדבריהם דלפי מאי דס"ד דחייבי לאוין לא רמי' קמי' ליבום ד"ת וע"כ צ"ל דקאי עלה באיסור אשת אח דאל"כ לא הוי אלא חייבי לאוין גרידא וניתי עשה ונדחי ל"ת או נילף מיניה לעלמא דאין עשה דוחה ל"ת וע"כ צ"ל דכל שניתוסף בה איזה איסור לא חידשה התורה היתר ועדיין איסור אשת אח במקומו עומד וכמ"ש הרשב"א וכיון שכן שפיר קשי' להו להרשב"א והריטב"א היכי קרינן בי' לקחת בדיעבד כיון דבאיסור אשת אח קאי פשיטא דאפי' לא מהני ביאה דחייבי כריתו' לא תפסי קדושין וה"ל אשת אח שלא במקום מצוה ולמסקנ' דחייבי לאוין מן התורה רמיא קמי' ליבום דאתי עשה ודחי ל"ת אלא דקרא דיבמתו אתי לחייבי עשה או חייבי לאוין ועשה וכמו שכתוב הרשב"א בחידושיו א"כ שפיר מצינו למימר דאיסור אשת אח פקע וליכא אלא חיוב עשה וקני' מן התורה עוד ראיתי שם בשעה"מ ז"ל ודע שראיתי להרשב"א ז"ל רפ"ק דיבמות דברים תמוהים בעיני שכתבו גבי המגרש את אשתו ע"מ שלא תנשאי לראובן ועמדה ונשאת לשמעון אחיו ומת ונפלה לפני ראובן ז"ל ומסתברא לי דאפי' היא עצמה חולצת ואין אני קורא בה כל שאינה עולה ליבום כו' דבתנאי לא קמיירי קרא ולא אמרינן אלא באיסור ערוה אבל בזו שאיסור דבר אחר גרים לה ליאסר דהיינו תנאי חולצת ואעפ"י שגם זו אם עמדה ונשאת לו הגט בטל ותיאסר לו איסור ערוה מ"מ אין איסורו אלא מחמת תנאו כו' והרי זו כנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה דתנן פ' ב"ש כופין אותו לחלוץ והרי זו אינה עולה ליבום ד"ת דקיימ' עליה בלאו ועשה ואפ"ה עולה לחליצה משום שדבר אחר גרם לה ליאס' אלו דבריו ז"ל ולא זכיתי להבין דבריו דנודרת הנאה דבעי חליצה לא משום שדבר אחר גרם לה ליאסר אלא משום דריבה הכתוב יבמתו לחייבי ל"ת ועשה דליבעי חליצה ומשום דקידושין תופסין בחייבי לאוין ועשה והרי אלמנה לכ"ג מן הנשואין דאיסור' מחמת עצמה ולא רמיא ליבום ד"ת ואפ"ה בעי חליצה כמ"ש הוא בעצמו משום בה"ג וא"כ איך כתב הוא ז"ל דנודרת הנאה טעמא משום שדבר אחר גורם לה ליאסר דהא ליתיה דאלמנה מן הנשואין יוכיח משא"כ באומר ע"מ שלא תנשאי כיון דלא חזי' ליבום כלל ולא תפסי לה קידושין דקאי עלה באיסור ערוה איכא למימר דה"ל כחייבי כריתות ממש וצ"ע עכ"ל. והנלענ"ד בזה דודאי טעמא בעי לשיטת הפוסקים דס"ל בחייבי עשה דאם בעלו לא קנו ומשום דה"ל כחייבי כריתות דאיסור אשת אח לא פקע וכמו שמייחס בשעה"מ דעה

זו להרשב"א והריטב"א ואם חייבי כריתות היא היאך ריבתה התורה לחליצה דבחייבי כריתות ודאי חליצה נמי לא בעי ומה"ט לא הכריע בפ' דרכים אם כחייבי כריתות היא כיון שריבתה התור' לחליצה מוכח דלאו כחייבי כריתות היא ופקע איסור אשת אח. ולכן נראה דבחייבי עשה נהי דאם בא עלי' ה"ל חייבי כריתו' כיון דלא הותרה לו ביאה זו מן התורה ה"ל כמו שאר חייבי כריתות אפ"ה חליצה בעי' ומשום דה"ל כמו דבר אחר גרם לה ליאסר דמצד אשת אח גופי' ליכא איסור כיון דאין לה בנים אלא דכי בא עליה באיסור עשה שלא בדרך היתר ה"ל כמו חייבי כריתות וזה מקרי דבר אחר גרם לה לאיסור והיינו חיוב עשה שבה וקרא דממעט כל שאינו עולה ליבום אינו עולה לחליצה לא מיירי אלא באיסור ערוה ובזו נהי נמי דאם יבא עלי' תיאסר באיסור ערוה מ"מ ה"ל דבר אחר גרם לה וא"כ שפיר מייתי הרשב"א ראי' דכל היכא שדבר אחר גרם לה ליאסר בעי חליצה מדנודרת בעי' חליצה אע"ג דמן התורה אינה עולה ליבום ואם יבא עליה הרי הוא בכרת וכמ"ש דכל שבא עליה באיסור ה"ל איסור ערוה ואפ"ה בעי' חליצה ומוכח דכל היכא שדבר אחר גרם לה ליאסר בעי' חליצה ואין ה"נ דה"ל להרשב"א להוכיח דין זה מאלמנה לכ"ג מן הנשואין דבעי' חליצ' אע"ג דאינה עולה ליבום ואם בא עליה הוא חייב כרת וכמ"ש דכל שבא עליה באיסור הו"ל ערוה ואפ"ה בעי' חליצה אלא משום דבאלמנה לכ"ג איכא למימר דלא בעי חליצה מה"ת אלא מדרבנן משום דגזרינן אלמנה מן הנשואין אטו מן האירוסין אבל מהך דנודרת משמע לי' להרשב"א מהא דכופין אותו לחלוץ דה"ל מדאוריית' דהתם לא שייך למיגזר אטו שאר חייבי עשה ולאוין דמשמע בש"ס דלא גזרינן אלא איסורי כהונה זה מפני זה וכמ"ש הרשב"א שם בהא דאמר רבא גזירה אלמנה מן האירוסין אטו אלמנה מן הנשואין דפריך אי הכי ממזרת ונתינה מא"ל וכתב הרשב"א דלא מצי לאותבי' מגרוש' וחלוצה דכל איסורי כהונה גזרי זה מפני זה ע"ש לכך מהך דאלמנה מן הנשואין ליכא לאוכוחי דבעי חליצה מדאורייתא דאיכא למימר דהוא מדרבנן וכמ"ש הרשב"א ג"כ בהא דאמרו בשלמא מן הנשואין עשה ול"ת והקשה א"כ אמאי חולצת וי"ל דצריכה חליצה מדרבנן גזירה אטו חייבי לאוין גרידא ע"ש אבל מהך דנודרת שפיר מוכח דחליצה דחייבי לאוין ועשה מדאורייתא היא דלא גזרינן זה מפני זה אלא איסורי כהונה לחוד וע"כ טעמא הוא משום שדבר אחר גרם לה ליאסר איסור ערוה. וזה נכון היטב ודו"ק. ולפמ"ש דס"ל לרבי בפסחים דף ל"ג הזיד במעילה במיתה לפ"ז בנודרת דה"ל קונמות דבמעילה נראה דלא תפסי בה קידושין דלא מצינו רבוי לתפיסת קידושין אלא בחייבי לאוין ועיין בס' קרבן אהרן פ' ויקרא דכתב

דמיתה בידי שמים חמירא מכריתות ע"ש וא"כ נראה דלא תפסי קידושין בחייבי מיתה בידי שמים כמו בחייבי כריתות ודוק:

עוד ראיתי שם בשעה"מ שכתב ז"ל ודע שאני מסתפק ביבם שיבם את הממזרת או איפכא ונתעברה מביאה ראשונה אי הולד ממזר כיון דמן התורה רמי' קמי' ליבומי דאתי עשה ודחי ל"ת מי נימא דאין ממזר אלא מחייבי לאוין והך כיון דביאת היתר היא לא הוי ממזר או דלמא אע"ג דביאת היתר היא אפ"ה הולד ממזר דומיא דגר שנשא ממזרת דקי"ל הולד ממזר אע"ג דגר מותר בממזרת ובפ' האומר אמתני' דתנן כל מקום שיש שם קידושין ואין עבירה הולד הולך אחר הזכר ופרכינן וכללא הוא והרי גר שנשא ממזרת דיש קידושין ואין עבירה והולד הולך אחר הפגום כו' ומשני מתני' ר' יהודא דאמר גר לא ישא ממזרת דיש קידושין ויש עבירה ע"ש והשתא אם איתא דיבם שיבם את הממזרת הולד ממזר אכתי תקשי לי' הרי יבם דיש קידושין ואין עבירה והולד הולך אחר הפגום ויש לדחות וכעת דין זה צ"ע עכ"ל.

חפשתי בס' קרבן אהרן ועדיין לא מצאתי ואולי נעלם מעיני ועדות מרן ז"ל נאמנה אמנם הדברים מרפסן אגרי שסותרי' ש"ס ערוך בפסחים דף ל"ב ע"ב דמסיק בהדיא דכרת חמירא וכן הוא סוגיא דסתמא דש"ס שבת דף כ"ה ע"ב דאמרי' קדש חמור דענוש כרת צ"ע ובהא דנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה דקרי לה הרשב"א ז"ל אינה עולה ליבום לכאורה איכא למידק דהא התם מיירי דאסרה הנאת היבם עלי' וקי"ל דיבמה נקנית באונס כברצון וכיון שהיא לא אסרה הנאתה עליו אלא הנאתו עלי' א"כ איהו לא עביד איסורא ומשכחת לה שתהא עולה ליבום לאונסה וכל דמשכחת גוונא שתהא עולה ליבום עולה לחליצה כיון דאונס רחמנא פטרי' ואפשר כיון דאין מאכילין לאדם דבר האסור לו בדידי' נמי איסורא איכא לאנוס אותה ומקרי אינה עולה ליבום וצ"ע דהאי איסורא לא עשה ולא לאו הוא ואמאי לדחי עשה דיבום מקמי וצ"ע. ובעיקר ספיקא דדינא שנתלבטו בו הגאונים ז"ל ביבם שבא על חייבי עשה אי חייב כרת משום דלא פקע איסור אשת אח נלענ"ד להוכיח שדעת כל הפוסקים שוה דאין כאן איסור אשת אח וליכא כרת כלל ושגם הרשב"א והריטב"א מודים בזה ודלא כדעת השעהמ"ל שהוכיח לדעתם דאיכא כרת בזה ועשה מחלוקת בין הפוסקים ללא צורך ובתחלה אומר דאין הדעת נוטה כלל שתהא אשה חולצת ותהא אסורה משום אשת אח ובכרת דזה הוי שני הפכים בנושא אחד ולא מצינו גזירת הכתוב כה"ג וראי' מדאמרינן לעיל פ"ק דף י' ע"ב החולץ ליבמתו וחזר וקדשה ריש לקיש אמר הוא אינו חייב על החלוצה כרת והאחי' חייבים על החלוצה כרת על הצרה בין הוא בין אחיו חייבים עלי' כרת ור' יוחנן אמר

בין הוא בין אחיו אין חייבין לא על החלוצה ולא על הצרה כרת ומפרש טעמא דר"ל דגבי חולץ כתיב אשר לא יבנה א"כ לא גלי קרא שנתקו מכרת ללאו אלא גבי חלוץ וחלוצה לחודייהו ואינך כדקיימי קיימי באיסור אשת אח ור"י ס"ל דאין סברא לומר כן משום דמי איכא מידי דמעיקרא אי בעי האי חליץ ואי בעי להההיא חליץ כו' והשתא קאי עלה בכרת אלא איהו שליחותא דאחין קא עביד איהו נמי כו' וקי"ל כר"י לגבי ר"ל. ולכאורה יש לדקדק אמאי נקט לישנא דאי בעי להאי חליץ כו' אמאי לא קאמר דאי בעי להההיא מיבם דלכאורה עדיף טפי יבום מחליצה וצ"ל דמיבום לא מוכח מידי דאפשר דיכול לייבם ומ"מ כשאינה מייבמה קאי עלי' באיסור אשת אח שהרי כך היינו סוברין באמת אי לאו דכתב רחמנא לא יבנה דגלי דנתקי' מכרת ללאו אלמא דהסברא ניתנת כשמייבם הוא מקיים מצות יבום כשאינו מייבמה עדיין איסור אשת אח עליו לכך לא מצי ר' יוחנן מייתי ראי' כיון דמעיקרא מצי לייבם דסברא זאת לא מוכחא ואדרבה מדאצטריך קרא דלא יבנה למעוטי חלוצה מכרת מוכח דאע"ג דמצי לייבם מ"מ אי לא מייבם איכא כרת ולכך אמר משום דאי בעי להההיא חליץ כו' וכבר הפקיעה התורה אצל חלוצה מכרת. וכיון דאי בעי חלוץ לכל אחת אין הסברא נותנת כלל שיהא איסור כרת אפי' אי לא חלוץ לה הרי לפנינו דאע"ג דקרא דלא יבנה דנתקי' מכרת ללאו לא כתיב אלא גבי חלוץ וחליצה לא אמרי' גזירת הכתוב היא גבי אינך דליקו בכרת אלא כיון דאי בעי חליץ מוכרח הוא מן הסברא דפקע איסור אשת אח וליכא כרת דכיון דאפשר בחליצה ע"כ מזוקקת היא לו וליכא איסור אשת אח כ"ש הכא דחליץ לה ממש דאין הדעת נותנת כלל שתהא בכרת ואפי' ריש לקיש מודה הכא אף דחולק על הסברא דמי איכא מידי דמעיקרא אי בעי להההיא חליץ היינו משום דמ"מ לא לזו חליץ משא"כ הכא דכבר חלץ לה ודאי שייך למימר מי איכא מידי דמעיקרא חליץ לה והדר קאי עלה בכרת ולא שייך לומר ע"ז שכך גזירת הכתוב היא ומשום דזה הוי כמו ב' הפכים בנושא א' וכמ"ש והא דמרבינן מיבמתו דחייבי עשה רמיא קמיה לחליצה ולא ליבום לאו לענין כרת של איסור אשת אח מרבינן דזה א"א דאם הוא עלי' בכרת אינה מזוקקת לו ומה לה לחליצה וכמ"ש אלא לענין קנין יבום שתהא כאשתו לכל דבר לאחר שבא עלי' מזה הוא שמיעטה הכתוב שאינה עולה לקנין יבום כשאר יבמות שכיון שלקחה הרי היא כאשתו לכל דברי' והכא אינה נקנית לו לעולם כיון דאיכא עלה איסור עשה לא רמי' קמי' לקנין יבום אלא תמיד בזיקתה נשארת וצריכה חליצה אף אחר שבא עלי' ואפשר דגט נמי בעי' מדרבנן דלא גרע ממאמר אבל אינה יוצאת בגט לחוד דעדיין אינה כאשתו לכל דבר כיון שלא ריבתה התורה אצלה ליקוחין והא דאמרינן מסתברא חייבי לאוין

תפסי בהו קידושין אין הכוונה שתקנה ביאת יבם בח"ל כיון דקידושין תפסי בהו דזה אינו כיון דמיעטינהו רחמנא מיבמתו שאינה עולה ליבום ודאי אפי' בעל בדיעבד לא קנה אלא כוונת הש"ס הוא כיון דקידושין תפסי ה"ה זיקת יבמין תפסי בהו וכמו שאין כח בלאו ועשה להפקיע קידושין כך אין להם כח להפקיע זיקת יבמין בכדי ולכך בעי חליצה משא"כ חייבי כריתות דכי היכי דמפקעי קידושין בכדי ה"נ מפקעי זיקת יבמין בכדי ולא בעיא חליצה נמצא לפ"ז לדידן דאמרינן דיבמתו קאי על חייבי עשה שתהא עולה לחליצה ולא ליבום כיון דעולה לחליצה יבמתו קרינן בה ואין בה כרת אם בא עלי' אלא שלא קנאה בביאה כיון שמיעטתה התורה מיבום והרי' היא עומדת בזיקה כל ימים עד שיחלוץ לה ודבר זה למדתי ממה שאמרו בכמה דוכתי ביבמות דף ט' דף ל"ט דאי לאו דכתב רחמנא ולקחה לו לאשה ה"א דעדיין יבומי הראשונים עלי' ולעולם לא תצא בלא חליצה אלא משום דכתיב ולקחה לו וגו' דרשינן מיני' כיון שנשאה הרי היא כאשתו לכל דבר. וכיון דגלי רחמנא בחייבי עשה דאינה עולה ליבום וא"כ אינה בכלל ולקחה גו' ולעולם זיקתה עלי' עד שתחלוץ. ואין זה ענין למה שקידושין תופסין בחייבי עשה דבאשה דעלמא דתפסי בה קידושי' יוצאת בגט ואשתו היא. אבל הכא כיון דלא רמי' קמי' ליבום אינה יוצאת מידי זיקה לעולם בלא חליצה דאפי' יבמה כשירה לא היתה יוצאת בלא חליצה אי לאו דכתיב ולקחה. אלא דלהא מהני מה שקידושין תופסין בה דתפיס בה זיקה ולכך היא עולה לחליצה. וכ"כ הרמב"ן בחידושיו שם ד"ה קא פסיק ותני וז"ל ואיכא למידק מן הנשואין מי ניחא כיון דלא אתי עשה ודחי ל"ת ועשה אמאי חולצת ה"ל כח"כ. וא"ל דס"ל זיקה בכדי לא פקעה דח"ל לא מפקע קידושין ע"כ וכ"כ הרשב"א בחי' ד"ה אלמנה לכ"ג וז"ל א"נ א"ל אף ח"ל ועשה חולצין ד"ת דזיקה בכדי לא פקעה כיון דבעלמא תפסי בהו קידושין וזיקה כעין קידושין הוא עד כאן לשונו ובהכי ניחא מה שפירש"י בפלוגתא דר"י ור"א בביאת כה"ג באלמנה דפליגי אי פוטרת איתה וצרתה מחליצה וסגי לה בגט ודלא כמהרש"א שכתב דאפילו באלמנה מן הנשואין סגי לה לאיהו גופה בגט דקידושין תופסין בח"ע והרי היא אשתו לכ"ד. דז"א וכמ"ש דכיון דאינה בכלל ולקחה גו' אינה יוצאת מידי זיקה לעולם עד שתחליץ. ואין חילוק בינה לצרתה לענין זה דלא מהני גט כלל ומדוקדק לשון רש"י שלא כתב דפליגי אי ח"כ על ביאה זו משום דפשיטא דכל היכא דאיכא זיקה ליכא כרת דיבמתו קרינן לה. וכן מוכח מגוף לשון הש"ס שאינו מזכיר בשום מקום ח"כ כדאמרי' לעיל דף י' גבי החולץ ליבמתו וחזר וקדשה ודפליגי ר"ל ור"י אי ח"כ. והכא לא הזכירו כרת כלל א"ו כמ"ש דכיון דחליץ לה פשיטא דליכא כרת. ובזה נסתרו דברי שעה"מ שמשוה את המדות ותופס

דעת רש"י דה"ל אשת אח שלא במקום מצוה ובכרת ולפמ"ש זה אינו. ובזה עלו כהוגן דברי מהרש"ל ביש"ש ודברי הב"ש סק"ג שמסכימי' למ"ש דכל שאינה בכלל ולקחה גו' אינה יוצאת מידי זיקתה בלא חליצה וע"ש ביש"ש שסיי' וכתב ז"ל ולא נפטרה לעולם מהאי זיקה ראשונה אלא בחליצה אי ממני או מאחיו מאחר שהביאה אינה קונה קנין גמור הנלע"ד כתבתי עכ"ל וזה מסכים לדברינו וכמ"ש וסרה בזה קושית השעה"מ בהא דפריך אם בעלי אמאי קנו. דאע"ג דפקע מינה איסור אשת אח מ"מ אינה בכלל ולקחה ולא פקע זיקה ושפיר פריך אמאי קנו. ומעתה נאמר דגם הרשב"א והריטב"א שהביא בשעה"מ ג"כ מסכימים לדעה זו דאיסור אשת אח פקע וליכא כרת ולא כמ"ש הוא ז"ל דז"ל הרשב"א בחי' ומסקינן מסתברא ח"ל תפסי כו' ופירש"י ז"ל הלכך בח"ל קרינן בה לקחת את יבמתו בדיעבד כו' ואיכא מרבוותא דקא מקשו עלי' דהא למאי דס"ד השתא דח"ל ליבום לא רמיין אם בעלו לא קנו והיכי קרינן בי' לקחת אפילו עבר ונסיב ופירשו דה"ק חייבי לאוין תפסי בהו קידושין וקרינן בה יבמתו ח"כ לא תפסי בהו קידושין לא קרינן בה יבמתו עכ"ל. וכ"כ הרמב"ן בחידושיו ככתבו וכלשונו ע"ש:

הרי שלא הזכירו בקושייתם איסור אשת אח ולא כרת אלא דכיון דס"ד השתא דלא רמיין ליבום אם בעלו לא קנו אפילו דיעבד. וכונתם למ"ש דכיון דאינה עולה ליבום אינה בכלל ולקחה ולא תצא מזיקתה ע"י ביאה. ולכך פירשו הם ז"ל ח"ל תפסי בהו קידושין וקרינן בהו יבמתו ר"ל כיון דקידושין תפסי ה"ה דזיקת יבמין תפסי וכמ"ש למעלה וכיון דתפיס זיקה קרינן בה יבמתו וחולצת אבל ח"כ לא תפסי קידושין ואין כאן זיקה ולא בעי' חליצה וכמ"ש. ובעיקר הקושי' שתפסו רבוותא על רש"י ז"ל נראה לפי קט שכלי ליישב. דרש"י ז"ל ה"ק. דאהא דפריך ומה ראית כלומר מה חזית לרבות ח"ל לחליצה יותר מח"כ. כיון ששניהם אינן עולין ליבום מה עדיפותי' דח"ל מח"כ כן פירשו הראשונים. ומשני מסתברא לאוקמי רבוי לחליצה לח"ל משום דאי לאו האי קרא שמיעטן מיבום הוי קרינן לקחת בדיעבד דכיון דקידושין תופסין בהו וקרא ליכא למעטינהו מתורת יבום א"כ הרי הן בכלל ולקחה בדיעבד. משא"כ ח"כ דאף בלא האי קרא אינן בני יבום ואינן בכלל ולקחה. אמנם להרמב"ם ז"ל דרך אחרת בזה:

שפסק פ"ו מהל' יבום דגם בחייבי עשה אם עבר ובעל קנה קנין גמור ופוטרת צרתה ויוצאת בגט וכן פסקו הטור וב"י סימן זה וכבר תמה עליהם ביש"ש דסוגית הש"ס מוכיחי דדוקא חייבי לאוין דמן הדין עשה דוחה ל"ת ומדרבנן הוא דאינה מתיבמת משום גזירה ביאה ראשונה אטו שני' לכך אם בעלו קנו אבל חייבי עשה מה"ת לא רמי'

קמי' ליבום ואפי' עבר ובעל לא קנה. וכבר נתלבטו האחרונים לחתור אל יישוב דברי הרמב"ם ועלה בידם דוחק גדול עיין בס' בית מאיר סימן זה סק"א שהביאם. וע"ש:
ומתוך מה שכתבתי נלענ"ד ליישב שיטת הרמב"ם בצדק ויושר. ובתחלה נתרץ מה שהניחו תוס' בתימה הביאם מרן ז"ל למעלה. דמעיקרא מותיב רבא מהך תוספתא דקתני ואם בעלי קנו ולבסוף אתותב רבא גופי' מהך ברייתא עיין שם ונאמר דלפ"מ שביארנו יצא לנו מבואר דאי לא דמיעטא רחמנא ח"ע וח"ל מקרא דיבמתו שלא יהיו בכלל ולקח' גו' הוי אמרי' כיון דקידושין תפסי בהו ואית בהו זיק' והרי הן בכלל כל היבמות דאם בא עליהן קנאן לאישות כמו ח"ל וח"ע דעלמא דאם קידש קנאן להיות כאשתו לכ"ד. אלא לבתר דילפי' מדרב גידל דאפקה רחמנא לח"ל ועשה מקרא דיבמתו שלא יהיו בכלל ולקחה גו' ושלא תפקעה זיקתן ע"י ביאה ולעולם עדיין יבומי ראשוני' עלי' ואינה יוצאת מידי זיקה בלא חליצה וכמ"ש בשם מהרש"ל. ולכך אם בעלו לא קנו. והשתא יבואר סוגית הש"ס לנכון דמעיקרא א"ר גידל דח"ל וח"ע אימעטו מדרשא דיבמתו דלא רמיין ליבום ואהא פריך רבא שפיר מברייתא דאם בעלו קנו וכמ"ש לעיל:
ומסיק רבא דח"ל מה"ת ליבום נמי רמיא דאתי עשה ודחי ל"ת אלא מדרבנן ומשום גזירה דביאה שני' וס"ד דש"ס דרבא אית לי' דרשא דר' גידל אלא דמוקי לה לחייבי עשה כיון שאינם ראוי' ליבום עכ"פ לכתחלה אבל ח"ל דראוין אפי' לכתחלה לא אמעוט מדרשא דר"ג וכמו שהקשו בתוס' שם ד"ה מסתברא כו' ע"ש. והדר אמר רבא לאו מלתא הוא דאמרי אלא דאפי' בח"ל אין עשה דיבום דוחה ל"ת שלהן משום דאפשר בחליצה. ופריך לי' הש"ס מהא דאם בעלו קנו דכיון דס"ל דגם בח"ל אינה ראוי' ליבום לכתחלה משום דאפשר בחליצה דמיקיים עשה ול"ת א"כ אין חילוק בין ח"ע לח"ל ומוקמינן דרשא דר"ג אתרווייהו וכיון דאמעיטו כולהו מקנין יבום ואינן בכלל ולקחה גו' קשי' אם בעלו אמאי קנו אלא דרבא גופי' לא הוי קשי' לי' מידי דאיהו אפשר דלית לי' דרב גידל כלל וכמ"ש הרמב"ן בחי' שם ד"ה לשון אחר יש לפרש כו' שכתב ז"ל ומסקנא דחיא רבא להאי דר"ג א"ר ופריש לה משום גזירה וי"ל דלא סבירא לי' כלל הני דרשי אלא זיל בתר טעמא התה תפסי קדושי ולא פקעה זיקה הכא לא תפסי קדושי ופקעה זיקה כו' ע"ש. א"נ אפי' אית לי' דר"ג א"ר ומוקי לדרשא על אלמנה מן הנשואין לכ"ג דאית בה לאו ועשה וכמ"ש הרמב"ן שם אח"כ וכן הרשב"א בשם בה"ג וכמו שיבואר לפנינו בס"ד וכיון דח"ל וח"ע לא אמעיטו מדרשא דיבמתו שפיר קתני דאם בעלו קנו. דנהי דלכתחלה אין עשה דיבום דוחה אותן מ"מ כיון שלא יצאו מכלל שאר יבמות אם בא עליהן קנאן להיות כאשתו כמו ח"ל וח"ע דעלמא שנתקדשו דקנאן להיות אשתו לכ"ד. ובעל הש"ס דמסיק לדרבא

בתיובתא הוי סבור כדמעיקרא דדרשא דר"ג שייכא בחייבי עשה כיון דלכתחלה אינה ראוי' ליבום ולכך מסיק בתיובתא לרבא כיון דס"ל השתא דגם בח"ל לא דחי עשה דיבום וא"כ תרוייהו לא רמיי' קמי' ליבום ואם בעלי לא קנו. וכן פריך שפיר לקמן בפלוגתא דר"י ור"א בביאת אלמנה לכ"ג למ"ד אינה פוטרת צרתה וע"כ ס"ל דדרשא דר"ג שייכא גם בח"ל דאל"כ אמאי ביאת אלמנה מן האירוסין אינה פוטרת צרתה כיון דלא אמעיטא מתורת יבום ביאתה קונה קנין גמור מדאורייתא וכנ"ל:

אע"כ ס"ל דדרשא דר"ג שייכא גם בח"ל וא"כ אמאי בעלו קנו:

אמנם הרמב"ם ז"ל אזיל בשיטת בה"ג וכמו שהביא הרמב"ן בשמו וז"ל. ואיכא למימר רבא מוקים דרשא דיבמתו בחייבי לאוין שיש בהן עשה כו' ובה"ג בהלכות עריות מצאתי כן והא דרב גידל א"ר מקיימא באלמנה מן הנשואין כו' וכ"כ הרשב"א והרה"מ שם בשמו ע"ש. והוא משום דמסתבר לי' לאוקמי דרשא דר"ג בגוונא דחמיר טפי היינו אלמנה מן הנשואין לכ"ג דאיכא לאו ועשה אבל בח"ל ועשה לחוד ליכא דרשה דר"ג. ולכך פסק בח"ל דמדרבנן הוא דאינה מתיבמות משום גזירה וכן בחייבי עשה לחוד אע"ג דמדאוריית' אינה ראוי' ליבום לכתחלה מ"מ לא יצאו מכלל שאר יבמות דעלמא לענין דיעבד דנקנית בביאה ופקע זיקה כיון דלא מיעטינהו קרא. אבל באלמנה לכ"ג מן הנשואין דאיכא לאו ועשה ואוקמינן לדרשא דר"ג בהכי דמיעטה רחמנא מיבמתו שלא תהא נקנית ביבום ואינה בכלל ולקחה לכך אינה נקנית קנין גמור בביאה ואינה פוטרת צרתה עד שתחלוץ. וה"ה היא עצמה אינה יוצאת בגט לחוד כיון שאין קנינה קנין מדאורייתא. וזה נראה ברור בדעת הרמב"ם ז"ל ודו"ק:) והנה ברש"י פ' אלמנה לכ"ג דף ס"ח הוכיח דחייבי כריתות פסלי בביאתן מן התרומה וז"ל שם ועוד הא תנן במתני' דף ס"ט ממזר פוסל ומאכיל ולא משכחת לה אלא באם אמו א חייבי כריתות לא פסלי בביאתן משכחת לה באמו דממזר פוסל ומאכיל את אמו כיצד בת כהן שבא עלי' אחי' מאמה והוא ישראל וילדה לו בן פוסלה מן התרומה ובת ישראל שבא עלי' אחי' מאמה והוא כהן וילדה לו בן והוא כהן הרי זה ממזר ומאכילה בתרומה אלא מדלא נקט אמו ש"מ ביאת אחי' אפי' בלא ילדה נמי פוסלתה עכ"ל רש"י ז"ל. ואי נימא דרך יבום בממזר ה"ל הולד ממזר א"כ משכחת לה דממזר פוסל ומאכיל את אמו כיצד בת כהן שבא עלי' יבם ממזר והוא ישראל וילדה לו בן והרי הוא ממזר ופוסלה מן התרומה. ובת ישראל שבא עלי' יבם ממזר והוא כהן וילדה לו בן מאכילה בתרומה והכא לא פסיל לה הממזר בביאתו כיון דדרך מצוה קא עביד וליכא למימר עשאוה זונה בזה מיהו לא משכחת לה ממזר כהן דכהן הבא על אחת מכל העריות ונתעברה מביאה ראשונה אע"ג דאין הולד

חלל מ"מ כיון דממזר הוא גרע מחלל וכמ"ש בדרישה וב"ח בטור אה"ע סימן ז' וא"כ לא משכחת לה ממזר כהן שמאכיל. וכיון דלא משכחת לה ממזר מאכיל אלא באם אמו להכי נקט גם בפוסל אם אמו

דברי מרן ז"ל צע"ג. חדא דמשמע מדבריו שרצה להוכיח דאפי' יבם ממזר שבא על יבמתו הכשרה אין הולד ממזר. וזה תימה דבין שהולך אחר הפגום ובין שהולך אחר הזכר יהי' הולד ממזר כיון שאביו ממזר ובהא ליכא ספיקא כלל. ב' במה דמשמע דממזר יבם אינו פוסל יבמתו בביאה ראשונה כיון דדרך מצוה קא עביד ודבר זה צריך ישוב דז"ל הרמב"ם פי"ח מה"ל א"ב הלכה ה' הא למדת שאין היותה זונה תולה בבעילה של איסור שהרי הבא על הנדה ועל הקדשה והנרבעת לבהמה נבעלה בעי' של איסור ולא נעשית זונה ומי שנשאת לחלל נבעלה בעילה של היתר כמו שיתבאר ונעשית זונה ואין הדבר תלוי אלא בפגימה ומפי השמועה למדו שאינה פגומה אלא מאדם האסור לה. או מחלל כמו שאמרנו עכ"ל וא"כ אף שיש מצוה בבעילה מ"מ כיון שפגום הוא פוגם ופוסל ולא עדיף מחלל. דפשיטא דאם בא עלי' יבם חלל שנפסלה בביאתו כיון שאין הדבר תלוי באיסור הביאה אלא בפגימתו ואין חילוק בין זה לזה. ג' גם דעת הפרישה והב"ח צע"ג דמשמע מדבריהם דממזר כהן אינו אוכל בתרומה. דמדברי רש"י ז"ל שהביא מרן ז"ל כאן משמע לכאורה דממזר אוכל בתרומה שהרי כתב וז"ל ובת ישראל שבא עלי' אחי' מאמה והוא כהן וילדה לו בן והוא כהן הרי זה ממזר ומאכילה בתרומה כו' ע"ש. והכא היא אוכלת מכח הבן דהאב אינו מאכיל דלאו קנינו היא שהרי אין לו בה קידושין ובזנות בא עלי' א"כ ע"כ ממזר אוכל בתרומה דאל"כ לא היתה אמו אוכלת מכחו. ועדיין אפשר לומר אף שהממזר אינו אוכל בתרומה מ"מ מאכיל את אמו מצד שהוא זרע כהן ואף ע"ג שהאב אינו מאכיל שאינה קנינו. מ"מ הבן מאכיל ואף שאינו אוכל וכ"נ לכאורה מלשון הרמב"ם פ"ו מה"ל תרומות פי"ג שכתב ז"ל כשם שזרע ישראל מכהנת פוסל אותה כך זרע כהן מישראלית מאכיל אותה ואע"פ שהוא זרע פסול ע"ש. ומשמע כשם שזרע ישראל פוסל אף שבא עליה הישראל שלא ע"י קידושין ה"ה זרע כהן מאכיל אע"פ שבא עליה הכהן שלא ע"י קידושין ואע"ג שגם הזרע אינו אוכל מ"מ זרע כהן הוא. ולפ"ז צ"ע מה דנקט הש"ס והרמב"ם בת ישראל שנשאת לכהן ולא נקטי כהן שבא על בת ישראל לא בדוק' נקט. אלא כהן שבא על בת ישראל בלא קידושין. הבן מאכיל מצד זרע כהן אף שאין לאביו קנין וגם הוא פסול ועדיין הדבר צ"ע:)

סעיף ד

ס"ק ב

מי שיש עלי' זיקת שני יבמין. בר"פ המגרש ואלא אשת שני מתים היכי משכחת לה כגון שבא ראובן וקדשה חוץ משמעון ובא שמעון וקדשה סתם דקידושי דראובן אהני למיסרה אעלמא וקידושי שמעון אהני למיסרא אראובן. והרשב"א ז"ל בחידושיו הק' וז"ל ואכתי קשי' לי כי לא קרית לה אשת ב' מתים מאי הוי כו' תיפוק לי' משום כל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עלי' הרי היא כאשת אח שיש לה בנים ואסורה לעולם דהא כי מית לי' ראובן אסורה ללוי מפני קדישי שמעון ובכי הא ליכ' מאן דפליג דאפי' רב דפליג עלי' דר' יוחנן ביבמות כ"ז דלא אמרינן כל יבמה שאין אני קורא בה כו' ה"מ כי קיימא באפה זיקה דרבנן אבל הכא דקאי באפה ערוה דאורייתא מודה כדאי' התם עכ"ל ונראה לפמ"ש תוס' ריש יבמות במאי דקשי' להו נדה שנפלה לפני יבם נימא כל שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עלי' הרי היא כאשת אח שיש לו בנים. ותירצו דדוק' היכ' דאינה אסורה אלא ליבם בשעת נפילה הוא דאינה זקוקה לו לעולם אבל נדה דלכ"ע אסורה וצריכה להמתין עד שתטהר גם לעלמא מש"ה גם ליבם זקוקה ותתיבם אחר שתטהר ע"ש. וא"כ ה"נ כאן דהא דאסורה ללוי משום קדושי שמעון הוא איסור אשת איש דאסורה על כל העולם ואינה מותרת לעולם עד שתתגרש או תתאלמן ממנו מש"ה היתה זקוקה ליבם אי לאו משום אשת שני מתים דהך טעמ' דשאין אני קורא בה בשעת נפילה כו' לא שייך הכא וק"ל

ואין לומר דאכתי לא דמי דנדה אסורה על כל העולם והכ' לשמעון עכ"פ אינה אסורה וכיון דללוי אסורה אני קורא בה לגבי לוי כל יבמה כו' דזה אינו דגם לשמעון אסורה וכמ"ש הרשב"א שם בסמוך בשם הירושלמי דכל יבמה שאינה כולה לפני צד הקנוי שבה נדון משום ערוה וערוה פוטרת צרתה לכך אפי' מית ראובן אסורה לשמעון מה"ט ע"ש. א"כ שוה ממש לנדה שנפלה ליבום וק"ל:

סימן קעח

סעיף יד

ס"ק א

בא ע"א והעיד שנטמאה מאותו שקינ' לה דעת הרמב"ם פ"ג מה"ל סוטה דוקא שבא העד קודם שתי' אבל אחר ששתתה אינו נאמן. אמנם דעת התוס' בסוטה דף ו' משמע

דאף אחר שתיה נאמן ע"א בסוטה וז"ל ושבאו עדים שהי' טמאה מספקא ליה לרבי אי דוקא נקט עדים שנים אבל ע"א לא מהימן כו' דדוקא קודם שתי' האמינה תורה לע"א:
ורב ששת דאמר סוטה שיש לה עדים במדה"י אין המים בודקין אותה דוק' עדי' נקט אבל ע"א לא או דלמא כיון דהאמינה תורה ע"א לאחר קינוי וסתיר' ליכ' לחלק בין אחד לשנים. ומיהו מסתבר' דה"ה לע"א כדעול' דאמר כ"מ שהאמינ' תור' ע"א הרי כאן שנים עכ"ל ומבואר מדבריה' דכשם שאין המי' בודקין כשיש שני עדי' במדה"י כך אין בודקין כשיש ע"א במדה"י דע"א בטומא' הרי הו' כשני':
ובמשנ' למלך הוכיח דדעת התוס' דדוק' בשני עדי' אין המי' בודקין אבל בע"א המי' בודקין אותה. וראייתו מדבריה' במס' שבועו' דף ל"ב הכל מודי' בעד סוט' שהו' חייב שכתבו התוס' ז"ל ואין העד יכול לומר בלא עדותו ע"י עדות קנוי וסתיר' תשתה ותמות ויפטר בעל' מן הכתוב' דהרב' פעמי' זכות תולה כו' ואם איתֿ דאפי' בע"א במדה"י אין המי' בודקין אותה א"כ פשיט' דלא מצי העד למיטען ע"י קנוי וסתירה תשתה ותמות דהא אין המי' בודקין אות' כיון שיש ע"א בעולם. א"ו דלא אמר רב ששת אלא בשני עדי' דוק' ומש"ה הי' טענת העד טענה אלא שהבעל אומר דהרבה פעמי' הזכות תולה עכ"ל ולפ"ז היו דברי התוס' סותרין זא"ז דכבר מבוא' מדבריה' שהכריעו שאין חילוק בזה בין שני עדי' לע"א:
ונלענ"ד דלא מוכח מההו' דשבועו' מידי. משו' דכיון דשבוע' העדו' אינו נוהג אלא בב"ד ואם השביעו חוץ לב"ד וכפר אין העד חייב קרבן אלא דוק' כשכופר בב"ד וכשהשביעו וכפ' העד בב"ד תו לא מצי מעיד דכיון שהגיד שאח"ו כמו שמבואר במשנה פרק שבועות העדות דף ל"א השביע עליהן חמשה פעמים חוץ לבית דין כו' חייבין על כל אחת ואחת השביע עליהן חמשה פעמים בפני בית דין וכפרו אין חייבין אלא אחת אמר רבי שמעון מה טעם הואיל ויכולין לחזור ולהודות ומבואר מזה דכל שכפרו בבית דין אין יכולין לחזור ולהודות ועיין שם בר"ן משום דלא מצי משוו נפשייהו רשיעי שהרי כפרו בבית דין אחר שהשביען עיין שם. ועיין מה שכתבתי בספר קצות החושן סימן כ"ח סק"ח.
ואם כן אחר שכפר העד ואמר איני יודע תו לא מצי מעיד אחר כך. וכיון דלא מצי מעיד אחר כך ודאי המים בודקין אותה דאף על גב דעדים במדינת הים או עד אחד במדינת הים אין המים בודקין היינו עד הראוי להעיד אבל עד שאינו ראוי להעיד הרי הוא כמאן דליתי' וזה העד אחר שכפר שוב אינו ראוי להעיד ושפיר בודקין המים ואם כן שפיר הוי מצי העד למיטען מאי אפסדתיך כיון דאינו ראוי להעיד עוד יבדקו המים ותשתה ותמות ותפטר מן הכתובה אי לאו דטעין בעל הרבה פעמים הזכות תולה וכמו שכתב

התוס'. ואף על גב דעד אחד בסוטה אפי' עבד ושפחה נאמנת אם כן לא בעי נמי בית דין מכל מקום שבועות העדות אינו נוהג אלא בב"ד ומשום דבעינן אם לא יגיד במקום ב"ד דשוב אינו חוזר ומגיד. ובשאר איסורין דעד אחד נאמן אפילו הכי חוזר ומגיד אבל אחר שהעיד בבית דין שוב אינו חוזר ומגיד וכמו שכתב בס' שב שמעתתא ש"ו פרק י"ד עיין שם. ותדע דהא הכל מודים בעד סוטה שהוא חייב והיכי תנן שבועת העדות אינו נוהג אלא בבית דין הא איכא שבועת העדות דעד סוטה אלא ודאי אפי' עד סוטה שנאמן בעדותו חוץ לבית דין לא מיחייב קרבן בשבועת העדות עד שיכפור בבית דין במקום שאינו חוזר ומגיד וזה אפי' בשאר איסורי' וכמ"ש שם עיין שם ודו"ק.