הלכה · משנה תורה · מפרשים · אור שמח · ספר נשים

אור שמח על משנה תורה, הלכות אישות

רבי מאיר שמחה הכהן מדווינסק

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אור שמח על משנה תורה, הלכות אישות

רבי מאיר שמחה הכהן מדווינסק

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אור-שמח-על-משנה-תורה-הלכות-אישות/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611161024 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 5
הלכה ד 5
הלכה ו 9
פרק ב 14
הלכה טו 14
פרק ג 15
הלכה א 15
הלכה ג 16
הלכה ד 18
הלכה יג 22
הלכה טז 23
הלכה יז 24
הלכה יח 27
פרק ד 27
הלכה ב 27
הלכה ה 28
הלכה ו 29
הלכה ז 31
הלכה ט 32
הלכה יט 33
הלכה כא 34
פרק ה 35
הלכה א 35
הלכה ב 37
הלכה ז 38
הלכה כב 40
הלכה כד 41
פרק ו 42
הלכה ב 42
הלכה י 43
הלכה יא 43
פרק ז 45
הלכה א 45
הלכה יא 48
הלכה יד 50
הלכה כ 55
הלכה כג 57
פרק ט 60
הלכה ו 60
הלכה י 61
הלכה טו 64
הלכה טז 65
הלכה כ 73
הלכה כא 74
פרק י 75
הלכה א 75
הלכה ב 77
הלכה טו 85
הלכה יט 85
פרק יא 87
הלכה ד 87
הלכה ו 90
הלכה יא 90
הלכה יז 92
פרק יב 93
הלכה ד 93
הלכה יא 94
הלכה כד 95
פרק יג 95
הלכה ח 95
הלכה יג 98
פרק יד 98

הלכה ו 98
הלכה יג 99
הלכה טז 100
הלכה יח 100
פרק טו 102
הלכה י 102
הלכה יד 103
פרק טז 104
הלכה ד 104
הלכה יא 106
הלכה כא 107
פרק יז 109
הלכה א 109
הלכה ג 112
הלכה י 117
הלכה יג 121
הלכה טו 123
פרק יח 123
הלכה ד 123
הלכה יא 124
הלכה יב 125
הלכה יג 125
הלכה יט 127
הלכה כב 130
הלכה כד 130
פרק יט 131
הלכה ג 131
הלכה יב 131
פרק כ 133
הלכה יא 133
הלכה יג 133
פרק כב 135
הלכה א 135
הלכה כד 136
הלכה ל 137
הלכה לד 138
פרק כג 140
הלכה ח 140
פרק כד 140
הלכה ד 140
הלכה טז 144
הלכה יט 146
הלכה כד 147
הלכה כה 148
פרק כה 154
הלכה ד 154

פרק א

הלכה ד

קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק אם רצה הוא והיא נותן לה שכרה וכו':

הרב המגיד הביא ראיה לדברי רבינו מהא דא"ר אלעזר פנוי הבא על הפנויה עשאה זונה, ואם מה"ת היה מותר היכי א"ר אלעזר דמקריא זונה. ולדעתי ראיה זאת יש לה פירכא, דרבינו בעצמו כתב בפרק י"ח מהלכות איסורי ביאה שלהעשות זונה אינו תלוי בביאת איסור והיתר שהרי בת ישראל הנבעלת לחלל וכן גיורת מקריא זונה, ולומר מפני שהחלל מחולל מאיסור כהונה שאני מפנוי הבא על הפנויה ששניהן כשרים ומיוחסים, זה דחוק, כיון שהחלל מותר בה ובכ"ז מקריא זונה, כן סבר ר"א דביאה שאינה לשם אישות עשאה זונה, וכפי הנראה דהמגיד כוון לפי שיטת הראב"ד שם דזונה לא הויא רק בביאת איסור, אמנם א"כ לפי הרב המגיד אימת סובר ר"א דעשאה זונה דוקא כשיש איסור בבעילתה שהוא עובר בלאו דל"ת קדשה, וזה יתכן כפי שיטת תלמודין דבקטנה הניסת דנשואיה מדרבנן מודה ר"א דלא עשאה זונה כיון דדרך אישות ניסת לו וכדמשני בפרק הבא ע"י (דף נ"ט) דרב דסבר כר"א דבממאנת לא נפסלה משום זונה רק משום בעולה לכה"ג יעו"ש. ולכן ריש פרק בית שמאי מפרש טעמא דב"ש דנשואות אינן ממאנין אמר משום דאין אדם עושה בעילתו ב"ז, אבל לשוויה זונה לא אמר, דכיון דדרך נשואין הוי אינה נעשית זונה, אבל הירושלמי דאמר ריש פרק ב"ש דמש"ה סברי דנשואות אינן ממאנין שאם אתה אומר כן נמצאת עושה כל הבעילות שבעל בעילות זנות, ואמר ר' אבין אתיא דב"ש כר"א דפנוי הבא על הפנויה שלא לשם אישות ה"ז זונה, הרי דסבר דאף אם היה לשם אישות בכ"ז הואיל ומיאנה ועקרה האישות הויא זונה:

ולפ"ז א"ש מה דאמר בירושלמי פרק הבא על יבמתו הלכה ה' א"ר בא ב"מ הד"א כ"ג שקידש אשה בבעילה אינו כבא על הבעולה, פירוש, דתחלת ביאה קונה, דאם סוף ביאה קונה אפילו בא לשם אישות ג"כ, אימת קני לה בסוף ביאה ואם כן בתחלת ביאה דהויא בלא קנין דאי פשטה ידה וקיבלה קידושין מאחר מקודשת לשני ג"כ נעשית זונה ע"י תחלת ביאה וכן פירש הק"ע, וזה הברור, אבל בגמרא דילן פ"ק דקדושין (דף י') מסיק כל הבועל דעתו על גמר ביאה, משום דאי בעל לשם קדושין אף דסוף ביאה קונה גם לר"א לא נעשית זונה בתחלת ביאה, כיון דלאו דרך הפקר רק דרך אישות לא גרע ממאנת וז"ב. [הן דאינו מוכרח דבזה פליג הבבלי על ירושלמי דלפי מה שבארנו במק"א שיטת רבינו, מפרש כן הא דרבא דכל הבועל דעתו על גמר ביאה ובכ"ז שרי כה"ג לקדש בביאה משום דהוי כפירש שדעתו לקנות אותה בתחלת ביאה, דאי לא יקנה בתחלת ביאה הלא

תאסר עליו משום בעילת עצמו, וגם זה פשט רבא דאם פירש שיקנה בתחלת ביאה, קונה תחלת ביאה, ובכה"ג הוי כפירש, ולפ"ז לר"א כל המקדש בבעילה דעתו לקנותה בתחלת ביאה שלא תאסר לכהן אחריו ותעשה זונה ע"י תחלת ביאה, ואיהי אינה רוצה להפסל לכהונה, ואיהו מכוון אדעתא דידה, דלאופן דניחא לה הוא בא עליה, וזה כוון ר' בא ב"מ דמדשריא לר"א אם קדש בבעילה להנשא לכהונה, מוכח דכה"ג מותר לקדש בביאה, מכש"כ דשלא תאסר עליו גופיה ודאי הוה כפירש הוא שיקנה בתחלת הביאה. אולם זה יהיה מוכרח דראייתו של ר' בא ב"מ אינו רק לשיטת הירושלמי דגם היכא דהוי דרך אישות כיון שהיא יכולה להפקע מאתו בלא גט הויא זונה וכמו שבארנו בס"ד], משא"כ הירושלמי לטעמיה דכל היכי דיכולה להפקע ממנו בלא גט הויא זונה, וניחזי דממאנת או קדושי טעות דלשיטת הירושלמי הויא זונה, ודאי אין איסור משום לא תהיה קדשה, והגע בעצמך, דאל"כ איך סברי ב"ה דנשואה ממאנת ונמצאו מתירין לאו דל"ת קדשה. ואיך עקרו איסור תורה בידים, וכש"כ לקדש בגמר ביאה ודאי אין איסור דל"ת קדשה על התחלת ביאה שמכוון לקדשה בסוף הביאה וע"כ דאין ענין זונה תלוי כלל באיסור לאו לשיטת הירושלמי לר"א, וזה ראיה עצומה נגד הרב המגיד:

אולם בכ"ז ראיית המגיד נכוחה, וזה הוא. דבפרק ארבע מיתות (דף נ"א) תניא, ובת איש כהן כי תחל לזנות יכול אפילו פנויה, ופריך הא לזנות כתיב, ומשני כדר"א דאמר פנוי הבא על הפנויה שלא לשם אישות עשאה זונה ע"כ, ועיי"ש דיליף מגז"ש דנערה המאורסה שבזיקת הבעל הכתוב מדבר, וצ"ע דהא קיי"ל אין עונשין אלא א"כ מזהירין, וא"כ איך חייבה רחמנא מיתה לבת כהן שזנתה כשהיא פנויה היכן הוי הלאו, כיון דבביאת פנוי על הפנויה ליכא אזהרה, וע"כ דעוברין בלאו דל"ת קדשה לכן אמר דסד"א דרחמנא חייבה מיתה ע"ז, ואף בפעם הראשון כל שאינה מיוחדת אליו מוכח דעוברת בל"ת קדשה, דאזהרת עשה בלא ל"ת אין עונשין דלאו אזהרה היא כמו"ש בפ"ק דתמורה אזהרת עשה ל"ש אזהרה ע"ש, וע"כ מוכח דהלאו דל"ת קדשה כולל גם בעילת פנויה, ועיין תוספות שם ד"ה ובת כהן ודו"ק:

והנה צריך להבין עוד מה דפריך בגמרא על הברייתא דיכול אפי' פנויה הא לזנות כתיב, נוקמא בחייבי כריתות דהבא עליה עשאה זונה וכדאמרו פרק החולץ, ואף בחייבי לאוין סבר רבינו דנעשית זונה. ונראה, דהגמרא אמרה בפרק מי שהחשיך דעל לאו דמחמר אין לוקין משום דהוא לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד דל"ת אתה ובהמתך כתיב ואם הוא עושה מלאכה הוי ניתן לאזהרת מיתת ב"ד, לכן לא לקי על לאו דמחמר ועיין תוספות שם, ואם כן אם נימא דבת כהן שזנתה בכריתות תתחייב מיתה א"כ הא אין עונשין אלא

א"כ מזהירין ומבעי אזהרה דחייבי כריתות דליתחייב בת כהן שריפה ע"ז, וא"כ הוי לאו דידהו לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד גבי בת כהן, ולא לקי אפילו בחייבי כריתות, והא גלי לן קרא דאיכא מלקיות בחייבי כריתות וכמו דיליף במכות (דף י"ג) גזירה שוה ונכרתו לעיני בני עמם מלעיניך דעל כל חייבי כריתות איכא מלקות, והוה מצי לתרץ דאתיא כר' יצחק דפליג על הך גז"ש דמלקות ליכא בחייבי כריתות יעו"ש, אך עדיפא מיניה משני דאתיא כר' אליעזר שכן הובאה דעתו בספרא מקום הך ברייתא ודוק:

ואחרי העיון בשיטת רבינו בדבריו (פ"ב מהלכות נערה בתולה הלכה י"ז) בטעם מי שיצא עליה ש"ר בילדותה דאין לה קנס, נראה ביאורו, דהתורה הקפידה מאד על הפקר הזנות, דאשה אחת תפקיר עצמה לאנשים הרבה ומלאה הארץ זמה כמעשה הכנענים וכמו שאמרו בפרק החולץ, לכן אסרה התורה לבוא לשם זנות בלא קדושין ולקי בלאו דל"ת קדשה, אבל בקטנה או נערה שיש להן אב הרי המה ברשות האב ובידו לקדשה לכל מי שירצה אזי אם בא אחד על הנערה פעם אחת במקרה שפיתה אותה לא לקי, דמזה לא תופקר לזנות דביד אביה לקדשה ויקבל קדושיה, לכן חייבתו התורה ממון ולא מלקות באופן זה, ולכן בהכינה עצמה לכך בין מדעתה בין מדעת אביה, פירוש, ואביה אינו מקפיד לקדשה לאיש, א"כ שוב הויא קדשה ולקי הבועל והנבעלת, ואף אם הכינה עצמה לכך בפעם ראשון ג"כ הויא קדשה כיון שהיא מכינה עצמה לזנות, ולכך פסק רבינו בהלכות מלכים דפלגש בלא קדושין מותרת למלך ואסורה להדיוט, ולפ"ז ניחא דפלגש מלך אסורה להדיוט כמפורש בירושלמי סנהדרין ריש פרק כהן גדול ואדוניה חייב מיתה על אבישג, וכיון שאסורה להינשא לכל משום שרביטו של מלך לא שייך בזה שתופקר לזנות ולכך אין בזה קדשה, אבל להדיוט שבלא קידושין היא מופקרת לכל דבמאן אגידא, הויא קדשה, ולכך בעו"ג ושפחה דבהפקירא ניחא לה ושריא לה לא שייך איסור קדשה ודו"ק בכ"ז. ובאמת כפי הנראה מלשון רבינו שם הלכות נערה ובפרק י"ח מהלכות איסורי ביאה הלכה ב', נראה דדוקא במכינה עצמה לכל, היינו שאינה מקפדת על אדם מיוחד אז לקי משום קדשה, אבל פלגש להדיוט שהיא מתיחדת אל איש מיוחד להיות עמו תמיד אינה רק באיסור עשה שנאמר כי יקח איש אשה ובא אליה, אבל לא איסור לאו, ובסנהדרין היינו במזנית בלא יחוד לאיש, ולכן איכא אזהרה דקדשה ושפיר סלקא אדעתין דחייבת מיתה:

וראיה עצומה לשיטת רבינו דפלגש אסורה להדיוט מהא דאמרו ביבמות פ' הערל ע"ז: אי לאו דא"ר יהודה כו' לא מצא ידיו ורגליו בבהמ"ד, כיון דאמר קהל גרים איקרי קהל מצרי שני במאי יטהר, ושיטת רבינו מפורשת פרק ט"ו מהלכות איסורי ביאה דאחד

חייבי לאוין ואחד חייבי עשה לא לקו עד שיקדשו ויבואו דרך נשואין, אבל בביאה לחודה לא מקריא ביאה בקהל, דביאה לקהל לא הוי רק בתורת קדושין, דבעו"ג ושפחה לא תפסי קדושין, והניסת לישראל היא באה בקהל ישראל שמיוחסת לאומה הישראלית, וא"כ הלא רשאי ליקח פלגש ובניו יהיו דור שלישי, ולכן ע"כ דפלגש אסורה להדיוט אם לא למלך שאין מעמידין מלך מגרים ומשוחררין ושפיר פריך מצרי שני במאי יטהר ונמצא דברי רבינו מוכרחים לטעמו והבן:

ואין לומר דר' יהודה הא סובר בפרק ד' מיתות (דף נ"ג) כרבי עקיבא דאין קדושין תופסין בחייבי לאוין א"כ ע"כ דאסרה תורה ביאה לחודה דע"י קדושין לא משכחת לה, זה אינו, דמנא לן דבחייבי עשה סבר דקדושין אינם תופסים בהו, דלמא סבר כר' סימאי אליבא דרע"ק ובחייבי עשה קדושין תופסין וא"כ לא אסרה רחמנא רק ע"י קדושין ומצי ליקח פלגש וע"כ דאסורה להדיוט וכמוש"ב ודוק. ועיין דברים מתנגדים קצת בשו"ת רבינו אברהם בנו של רבינו הובא בכ"מ ריש פרק ט"ו מהלכות איסורי ביאה עיי"ש:

ודע דלפי הירושלמי דממאנת נעשית זונה לר' אלעזר, אתי שפיר הא דמייתי בתלמודין בפרק הבא ע"י (דף ס"א) ר"א אומר כהן לא ישא את הקטנה, ומוקי רב אדא בר אהבה בקטנה בת מיאון דא"כ בביאה שניה בעולה הוי ובכ"ג אמר, ופריך דא"כ אטו מי איכא מאן דפליג על ר"א, ולפי הירושלמי יכולין אנו לאוקמי אף בכהן הדיוט ומשום דסבר פנוי הבא על הפנויה עשאה זונה, ואם תמאן נמצאת זונה בביאה ראשונה ואסור לבוא עליה פעם שניה דהא זונה הואי מביאה ראשונה, אולם תלמודין לטעמיה דבממאנת מודה ר"א דלא הויא זונה לכן מוכרח לאוקמי בכ"ג:

אך לפי דברי הירושלמי אין לומר לר' אלעזר דקרא דואשה בבתוליה יקח ממעט בעולה, דהא פסולה אף לכהן הדיוט משום זונה, ואין לומר בקדושי טעות, דגם בזה לפי הירושלמי הואי זונה דלא עדיפא מממאנת. ואין לומר דקרא אתי לחייבו בעשה ול"ת, ונפקא מיניה לענין יבום דחייבי לאוין לחודא אתי עשה ודחי ל"ת, ורק משום גזירה דביאה שניה אסור ליבם, ולכן אם בעלו קנו כמפורש בבבלי פ"ב דיבמות, דז"א, דכבר בארנו במ"א שיטת הירושלמי דמן התורה אינן מתייבמין חייבי לאוין ואפ"ה אם בעלו קנו, ומפיק להו מקראי דמאן יבמי ולא שמיאנו שמים, ויבמתו ריבה כחליצה ואכמ"ל, ועל כרחין דקרא אתי להוציא מוכת עץ או בוגרת כדאמר בירושלמי לר' לעזר ור"ש יעו"ש:

ובזה מבואר לן מה שאמרו בירושלמי פרק הערל סוף הלכה ב' אמר ר"ז דברי הכל הוא כו' ר"א בשם ר' יוחנן ולד בוגרת כשר שהוא בל"ת שהוא בא מכח עשה והוא בבתוליה

יקח ולא בוגרת, כל ל"ת שהוא בא מכח עשה עשה, והדבר תמוה, דא"כ למה לא נקט ולד בעולה כשר שהוא ג"כ בלאו מכלל עשה, וכדאמרו בתלמודין בברייתא דכל חייבי עשה אין הולד חלל, ולפ"ז א"ש דר' יוחנן אמר מלתיה אליבא דכו"ע, ובעולה לר' אלעזר הוי זונה וקאי עלה בלאו והולד חלל וכדהוי אמר בגמרא דילן (דף ס') רב הונא בטעמא דראב"י דהולד חלל יעו"ש משום דסבר כר"א, ולא משכחת שום בעולה לר"א דלא הואי בלאו לפי שיטת ירושלמי וז"ב. אולם דא מוכרע מן הירושלמי ג"כ דאם לא מיאנה עד שהגדילה לא הוה ביאתו ביאת זנות ולא נאסרה לכהן אף לר"א, והדבר אינו מוכרע, או משום דכיון דצריכה גט אף אם לא בעל אהני קנין דרבנן דהיה בהקדושין שלא תחשב זונה, או משום דקדושין מתלי תלי כדאמר לר"ג בתלמודין פרק ב"ש (דף ק"ט) ואכמ"ל, ודוק בכ"ז:

הלכה ו

ויש נשים אחרות שהן אסורות מפי הקבלה ואיסורן מדברי סופרים והן הנקראות שניות מפני שהן שניות לעריות:

רבינו פסק בשניות דר' חייא דיש להן הפסק דהוא בעיא דלא איפשטא, והרמב"ן תמה איך אפשר דכלת בן בן בנו תהא אסורה ובת בן בן בנו תהא מותרת, עיין במגיד, וכן עמדו רבנן בתוספות ע"ז. ולענ"ד אינה קושיא מכרעת כלל, דהא אשת אבי אבי אביו יוכיח שאין לה הפסק ואפילו אשת יעקב אבינו אסורה על אחד מישראל, ואילו אם אבי אבי אביו מותרת וכמו שכתב רבינו אם אבי אביו בלבד, וזהו מדברי הירושלמי הביאו הרי"ף בר קפרא מוסיף אם אבי אביו כו' [הן דלהגירסא בירושל' שלפנינו משמע דלדידן גם בזה אין הפסק ומזה מוכיח הירושלמי דסבר ב"ק דיש להן הפסק, מדצריך להוסיף אם אבי אביו, ועיין ביאורי הגר"א ובהגהותיו לרא"ש ודוק], ועל כרחין דאיסור אשת אביו איסור דלאו קרובא, דהא מתגרי בה יצרא לכן גזרו בה רבנן טובא דאין לה הפסק, משא"כ באם אבי אביו דעיקרה דילה משום אמו, דערוה דילה היא מן הני קרובות דלא מתגרי בה יצרא ומותר אדם להתיחד עם אמו לכן לא גזרו חכמים כ"כ בשניות דילה, ומשום זה א"ש, דגם בכלת בן בן בנו אסור דעיקרא דילה משום כלתו דאינה מצד קורבא רק מצד קדושין עשו דאין לה הפסק, משא"כ בבת דעיקרא דילה משום איסור קורבא ולכן אמרו דיש להן הפסק, ופוק חזי בכשלונה של ירושלים מה הוכיח אותם הנביא יחזקאל ערות אב גלה בך וגו' ואיש את כלתו טמא בזמה, ומקרובות לא זכר רק אחותו בת אביו לא בת אמו דלא מתגרי בקרובות יצרא, ולכן לא החמירו חכמים להוסיף בשניותיהן דיש להן הפסק ודוק:

ובזה יפורש לן דברי הירושלמי דאמר משמיה דרב כל שבנקיבה ערוה בזכר גזרו על אשתו ולכן בת בנו נקבה ערוה אשת בן בנו גזרו עליה, וכן בת בתו ערוה, אשת בן בתו גזרו עליה, ובסוף שמעתתא פריך על רב מחורגתו שהיא ערוה ואשת בן חורגו מותרת אליו, ולא בעי לשנויי כמו דמשני בבלי, דשאני תמן דעד דאיכא תרי קדושין לא מקרב להו, משום דבאמת יש להבין, הלא נחקור על גזירת חכמים בהוספת השניה כאן וכאן לא הוי רק ע"י חד קדושין דחורגתו הא לא הוי רק ע"י קידושין של אשתו והוי ערוה, רק דאשת בן חורגו נוסף קדושי בן חורגו באשה, וא"כ דמי לכל הני, דבלא קדושין הוי ערוה וע"י חד קדושין הואי שניה, דלמיהוי שניה לא חסר רק חדא קדושין, וא"כ מה זו סברא לחלק במה נגרע הערוה שע"י קדושין שלא הוסיפו חכמים שניה ע"י קדושין. אולם כוונת הבבלי עמוק, דכל מה שתקנו חכמים בזה הוא מושמרתם את משמרתי שתעשו משמרת למשמרתי, והיינו שהמשמרת תהיה על דרך משמרתי, ולכן תקנו רבנן כעין דאורייתא, ולכן בעריות מצאנו בתורה שהשוה התורה הנקבה ואשת הזכר דוגמתה, כמו אמו ערוה, אשת אביו ערוה, אחות אביו ערוה, אשת אחי אביו ערוה, בתו ערוה, אשת בנו ערוה, אחותו ערוה, אשת אחיו ערוה, ולכן גזרו חז"ל לעשות בזה האופן משמרת, משא"כ ע"י תרי קדושין לא מצאנו בתורה בשום מקום שתהיה ערוה לכן גם חז"ל לא גזרו ודוק:

ומה נאות בזה הא דאמר בתלמודין דלא אסרו כלת בתו רק משום כלת בנו וכלת בנו משום כלתו והוי גזירה לגזירה, ולא אמר דאסרו כלת בתו משום דבנקבה הויא בת בתו ערוה לכן גזרו גם בזכר על אשתו ולא הואי רק חדא גזירה, וכבר עמדו רבנן בתוספות ע"ז. ולפ"ז א"ש, דהגמרא לא אמר רק באשת אחי האם מן האם דגזרו משום דאחות אמו מן האם ערוה, לכן גזרו חכמים על אשת הזכר, והוא, דראו חכמים משמרת התורה, דאחות האב מן האב הוי ערוה והשוה התורה לזה גם בזכר על אשתו, דאחי האב אשתו ערוה, וכן באחותו ערוה ואשת אחיו ערוה, דכולהו איסור אחוה דמצאנו בתורה המה מגדר אחד, ולכן עשו חכמים משמרת למשמרת ג"כ על אופן זה, אבל לומר דאסרו כלת בתו משום בת בתו וכן כלת בנו משום בת בנו, זה לא יתכן, דלא מצאנו באיסור כלתו שתהא בתורה גדר הערוה של אשת בנו משום בתו, דנאמר דזה אחזה התורה למשקולת בהביטה על סוגי קורבא של יוצאי חלציו, דזה לא יתכן, דהלא לפ"ז הלא בתו קורבא יותר מכלתו דלא הוי רק ע"י קדושין שזה קורבא בתולדה וזה ע"י קנין לתולדתו, וראוי שלא תהא ביאתה קלה מאשת בנו, וחזינן דאשת בנו הוי בסקילה ובתו בשריפה דהיא מיתה קלה מסקילה, ועל כרחין דהתורה חשבה זה לערוה בפ"ע שאשת בנו בסקילה,

לא שסיבתה איסור קורבא של בתו או בנו [וזה מכוון הגמרא ריש יבמות ובדין הוא דליקדמה לכלתו דלאו משום קורבא הוא דאסירא, פירוש, ודמיא לאחות אשה, דאיסורו לאו משום קורבא דהא לאחריה שלא בחייה שרי והוי ליה למיתני בתר אחות אשתו ולא בתר אשת אחיו כו' דאסור משום קורבא ודוק היטב ודלא כרש"י ז"ל שנדחק שם], ולכן גם רז"ל כשגזרו לא יתכן לומר שיאסרו כלת בנו או כלת בתו משום בת בתו או בת בנו, דלא מצאנו באיסור זה של התולדות הבאות ממנו, שתביט התורה אל זה לאסור בזכר על אשתו משום שבנקבה הוי ערוה שהחכמים שמו אורחותם במסלול התורה, ולא מסברא אמינא רק גמרא ערוכה ריש פרק הנשרפין רבא אמר כו' ועוד בתה בשריפה וכלתה בסקילה, פירוש בתמיה היאך יתכן זה. וזה דהוי סבר דהאיסור הוא מסוג אחד וכמו דאמר תמן לעיל, ועוד אמו בסקילה ואם אמו בשריפה יעו"ש דכל שהקורבא רחוקה הימנו צריך להיות קל ולא חמור, ואמר ע"ז הוא בעצמו יוכיח דבתו בשריפה וכלתו בסקילה, א"כ אין האיסור של כלתו בא מאיסור של בתו, ולכן כיון שלא מצאנו בתורה לענין כלה כזה. לכן גם חכמים לא גזרו, ולכן אמר טעמא דכלה משום כלה והוי גזירה לגזירה וכולהו משום אשת בנו, דזה השקפה פרטית אצל מבט התורה לא מצד סיבת קורבא שאצל בתו הוא קורבא יותר חזקה, ולכן בירושלמי דרב סבר דאסרו כלת בתו משום בת בתו פריך שפיר ע"ז דחורגתו ערוה ואשת בן חורגו מותרת, ולא מצי לשנויי תרי קדושין, דלפי מה שפירשנו גם בכאן לא הביטה התורה ע"ז ולא מצאנו שתאסור אשת הזכר עם הנקבה בסוג אחד וכמוש"ב, וזה דבר נכון בעומק הכוונה של שני התלמודים בזה ודוק:

ובזה מתבאר לן מה דתמהו בתוספות פרק ד' מיתות (דף נ"ד) דמבעי קרא לאזהרה ועונש דאשת אב לאחר מיתה, ובאשת בנו לא צריך קרא לעונש אחר מיתה, רק דאזהרה הדר קרא וכתביה אשת בנך היא לחייבו לאחר מיתת בנו אבל עונש ליכא, ולפ"ז יתכן, דאם נאמר דאיסור ערוה דכלתו הוא משום דאשה כבעלה וכמו דילפינן בפ"ג שם, מנין שהאשה כבעלה דכתיב ערות אחי אביך לא תגלה גו' דודתך היא, אם כן אשת בנו הוא כיוצא ירכו והוי כבתו, ויש מקום לומר דאימת אמרינן זה דוקא כשהיא עמו, אבל אם מת בנו דפקע שאירותו ולא הוי כיוצא ירכו ואינה חשובה כבתו, ועיין פרק הבא ע"י (דף נ"ה) בתוספות ד"ה דיש לה בנים, אבל כיון שהוכחנו דאין זה מתורת קורבא כיון דאם נאמר דמתורת קורבא איך יתכן דהקורבא הבאה ע"י חיתון תהא חמורה מקורבא הבאה בטבע דבתו בשריפה דהיא קלה, וכלתו בסקילה החמורה, ועל כרחך העונש הוא אינו מסיבת הקורבא רק על כלתו רמי רחמנא סקילה. וא"כ מאי שנא בין מחיים לאחר מיתת

בנו שם כלתו לא פקע, אבל באשת אביו יתכן לומר דסיבת העונש דאשה כבעלה והוי הוא כיוצא ירכה והוי כבן על האם, ומה אמו בסקילה אף אשת אביו בסקילה, ואימתי שקולה כאמו בעוד שאביו בחיים, אבל כשאביו מת ופקע שאירות שיש לאביו באשתו לכן פקע הקורבא ואין בה עונש סקילה לכן מבעי קרא גם על העונש לאחר מיתה ודוק:

ובזה יש מקום בראש לומר, דר' ישמעאל ורע"ק אזלי לטעמייהו דפליגי בחמותו לאחר מיתת אשתו אם בשריפה, דר"י סבר ריש פרק ד"מ דארוסה בת כהן יוצאת לשריפה ולא נשואה וא"כ סבר דשריפה חמורה מסקילה וא"כ אין האיסור דחמותו משום דאשתו כבעלה והוי אם אשתו חשוב כאמו, דזה לא יתכן, דאיך מצי לומר דאמו אשר היא בטבע לא יתחייב עליה רק סקילה הקלה, ועל אם אשתו אשר הוא ע"י מעשה החיתון יתחייב שריפה דהיא חמורה, רק ע"כ האיסור משום דעל שם חמותו רמי רחמנא עונש שריפה ולא שאני בין מחיים ללאחר מיתת אשתו, אבל לרבי עקיבא מצינן לומר דהטעם דהוא משום קורבא דאישות דאשה כבעלה והוי אמה כאמו, רק לפי שהוא אינו בתולדה, ואינו איסור הבא מאליו, הוא קילא טפי ולא חייבה רחמנא רק שריפה הקלה וכשהיא בחיים, אבל אחר מיתה דפקע שאירות לא הוי כאמו ולכך פטור משריפה, אבל ז"א, דר"ע סבר ג"כ דאחת ארוסה ואחת נשואה יצאת לשריפה, אלמא דסבר דשריפה חמורה:

ואולי יש לתרץ לפ"ז קושית תוספות פרק הבא ע"י דלמה לן קרא דאתהן למעט לאחר מיתה, ולפ"ז א"ש דכיון דאינו משום קורבא מבעי לן קרא למעט לאחר מיתה, ועיין בסוף פרק הנשרפין מוכחא דר' שמעון ורבנן פליגי אליבא דר"ע, וכן משמע דלא מדכר הגמרא כלל דר"ע סבר דשריפה חמורה משום דר"ש ורבנן פליגי אליבא דר"ע, והא דתניא בברייתא דרע"ק סבר אחת ארוסה ואחת נשואה הוא לר"ש אליביה, אבל לרבנן אליבא דר"ע נשואה יצאת ולא ארוסה, וא"ש ר' עקיבא לטעמיה סבר דחמותו לאחר מיתה אתמעט משריפה ודוק:

והנה לשיטת רב דאשת בן בנו אסור משום בת בנו, תו לא יתכן לומר כפסק רבינו דבת בן בן בנו תהא מותרת וכלת בן בן בנו אסורה כיון דכלת בנו אינה אסורה רק משום גזירה דבת בנו לכן אמר רב שם איפכא דזרע היוצא ממנו אסור, פירוש דבת בן בנו אין לה הפסק וכלת בנו יש לה הפסק יעו"ש, משא"כ בבלי סבר אליבא דרב דכלת בנו משום כלתו לכן כלת בנו אין לה הפסק, משא"כ בכלת בתו סבר דיש להן הפסק כיון דרק גזירה משום כלת בנו הוי [ופוק חזי בכל הני דחשיב רבא דהוי גזירה לגזירה ולא חשיב כלת בתו משום דחכמים חילקו דעשו לה הפסק, ובכל הני דחשיב שוים להדדי, הגזירה עם הגזירה לגזירה ואשת אבי אמו לרב אין לה הפסק], ולא שייך למיגזר משום דנקבה

ערוה הוא בת בתו אף לרבי שמעון דשריפה חמורה ולא שייך הדברים שכתבנו למעלה, וכן בת בת בתו ג"כ יש לה הפסק כמוש"ב ודוק:

ובירושלמי שם איתא ר' יעקב דרומייא קומי ר' יוסי אשת בנו תורה אשת בן בנו שניה לה, אשת בן בתו אסרו משום אשת בן בנו, וזה כמו שיטת הבבלי אליבא דרב. עוד איתא תמן בירושלמי, רב הונא שמע כולן מן הדין קריא ערות אשה ובתה כו' לא תהיה אם אביו כאם חמיו, אם אמו כאם חמותו, גזרו על אשת אבי אביו מפני אם אביו [שהן דומים ששתיהם נשי אבי אביו] אסרו אשת אבי אמו מפני אם אמו [ששתהן נשי אבי אמו] לא תהיה אשת בן בנו כבת בן אשתו, לא תהיה אשת בן בתו כבת בת אשתו [ששתיהן הן דור השלישי וחדא קדושין שכאן באשתו וכאן בנכדו], ולדידיה לא מצינא לומר דאשת אבי אבי אביו אסורה ואם אבי אבי אביו תהא מותרת כיון ששאת אבי אביו אסורה רק משום גזירה דאם אביו, איך יתכן דזו אין לה הפסק ואם אבי אביו יש לה הפסק כיון דסיבת האיסור יש לה הפסק, ופשיטא דלא מצינא לומר דבמעלה דאשתו יש לה הפסק ואשת אבי אביו אין לה הפסק, כיון דאשת אבי אביו הוא רק גזירה משום אם אביו, ואם אביו היא גופא גזירה מפני אם חמיו, לא כן לפי מה דאמרו בבבלי דאשת אבי אביו מפני אשת אביו ואשת אבי אמו מפני אשת אבי אביו, וכן א"ר מתניא בירושלמי לכן מפליג זעירי דאשת אבי אמו יש לה הפסק ואשת אבי אביו אין לה הפסק ואם אבי אביו מותרת כפסק רבינו, ודלא כשיטת רש"י בד"ה יש להן הפסק (בדף כ"א), ולמעלה דאשתו יש לה הפסק אע"ג דלמעלה דיליה אין לה הפסק, נתברר שיטת הירושלמי לכולהו אמוראי, ושיטת רבינו ברורה עפ"י ש"ס דילן והרבה מאמוראים דירושלמי, והבן בכל מה שהעליתי בזה בס"ד:

ובהגהות הביא דברי הירושלמי, ר' זריקא וכו' אשת חמיו אסורה מפני מראית העין. אין תימר תורה הרי דוד שנשא רצפה בת איה כו'. פירוש, דאם הוי סייג לתורה מדין שניות אז לא נשא דוד אותה, דאז אין נפק"מ בין אלמנתו של מלך לאלמנתו של הדיוט, וקרינן ביה לא תסור, ודברי סופרים חמורים מד"ת כדאמר בירושלמי ברכות, וע"כ דרק מפני מראית העין אסורה דנראה כחמותו ואימתי חיישינן למראית העין היכי דליכא משום עגונא, אבל כאן ברצפה דכולי עלמא אסורין בה להשתמש מדין שרביטו של מלך ולא היתה מותרת אלא לדוד בלבד ולולא דוד היתה אלמנה כל חייה ואסורה להנשא לכל אדם ולא גזרו בה משום מראית העין, ויעוין בר"ן במסכת ע"ז גבי פרצופות המקלחות מים לעו"ג משום שנראה כמשתחוה לעו"ג, כתב שם דאין זה בכלל אביזרייהו כיון דאינו אסור רק משום מראית העין, ובירושלמי סנהדרין פ"ב כלי המלך שנשתמש בהן הדיוט

אינו דין שיהא המלך אסור בו, ולפ"ז הא רצפה בת איה בא עליה אבנר? וצ"ל דדוקא היכי שבא מחיים של מלך לא היכי שבא אחר מיתתו ודוקא אבשלום שבא בחייו ודוק, ועיין יפ"מ בזה. ויתכן דירושלמי לא פליג על הא דבבלי דאמר בסוטה דלא גזרו בחורגתו מפני מראית העין, ובירושלמי אמר בחורגתו יסבון באתראי דלא חכמין להון, הוא כדי להוציא מלבן של צדוקים שאומרים דמה"ת אסור בחורגתו דזה בת אשת אביו, יעויין באבן עזרא בפסוק בת אשת אביך וגו' לכן לא גזרו, רק באשת חמיו גזרו משום מראית העין ודוק:

פרק ב

הלכה טו

בן י"ג שנה ויום אחד שלא הביא סימן שלמטה ונראו בו כל הסימנין של מעלה ה"ז ספק בין גדול לקטן כו':

ראה במגיד, ובאמת כתב כן רבינו בפירוש המשנה לפרק בא סימן דבאיש ליכא סימן עליון. אמנם בחיבורו חזר רבינו דמסתמא איכא שינוי בדדים של איש גם כן. וכן מוכח מסוף קדושין הגדילו זה ישן בכסותו כו' וכמה כו' תינוקת בת תשע שנים כו' תינוק בן י"ב שנים, איכא דאמרי תינוקת בת שתים עשרה שנים כו' תינוק בן שלש עשרה כו' וזה וזה כדי שיהיו שדים נכונו ושערך צמח, אלמא דבין בתינוקת בין בתינוק איכא סימנים של גדלות גם בהשדים, ורש"י פירש בין ללישנא קמא בין ללישנא בתרא בתינוקת וסבר כמ"ד דאם הביאה מט' שנים ואילך הוי סימן גדלות. אולם כבר הביא הרא"ש הא דאמרו (ברכות כ"ד) תינוקת בת ג' שנים ותינוק בן ט' שנים, איכא דאמרי תינוקת בת י"א שנה ותינוק בן י"ב שנה אידי ואידי עד כדי שדים נכונו ושערך צמח, אלמא דקאי אתינוק ותינוקת ובהו איכא סימנא דשדים נכונו ויש גם באיש סימן עליון, ועיין דברי רבינו פ"ג מהלכות ק"ש. והא דאמרו הוקשה אשה לאיש מה איש בסימן תחתון ולא עליון, הכונה דגדלות גבי איש כי כתיבא הוא ממה שדרשו בפרק בן סורר ומורה מואיש כי יזיד גדול מזריע ואין קטן מזריע, אלמא דהגדלות של קטן כתב קרא דתלוי במה דמזיד ומזריע, וא"כ בודאי תלוי בסימני התחתון שזה במקום הערוה מקום כלי ההולדה, כן אקשינהו רחמנא אשה לאיש דבתחתון תלוי, ויעוין בדברי רבינו הלכות עדות פ"ט הלכה ח' סימני בגרות כו', ועיין מש"כ בביאורי הגר"א לחו"מ סי' ל"ה בדברי רבינו ולענ"ד פשוט כמו"ש ודוק:

פרק ג

הלכה א

אומר לה הרי את מקודשת לי וכו' בזה וכו'. ובהלכה ה' **ואם קידש בביאה אומר לה הרי את מקודשת לי בבעילה זו**. ובהלכה ג' **ואם קידש בשטר כו' הרי את מקודשת לי כו'**:

דייק רבינו גבי כסף וביאה לשון בזה, בבעילה זו, ובשטר השמיט תיבת בזה, מוכחא דדוקא נקט, וטעמו משום דבשעה שנותן השטר על כרחין אומר לשון קדושין כמבואר הלכה י"ח, מוכח דבשטר זה הוא מקדש, אמנם נראה גבי גט בנתינה צ"ל לשון גירושין ואפ"ה אמרינן דצריך לכתוב ודין כו', משום דאל"כ דילמא בדיבורא קא מגרש, יעוין בפרק המגרש פלוגתא דר"י ורבנן, ויעוין ר"ן בפ"ק דנדרים דלחד סברא מאן דמצריך לי בקדושין מצריך נמי ודין גבי גירושין ורבינו השמיט בזה והצריך לי, וצריך לומר דסברתו דשאני גירושין שכותבו שלא מדעתה אינו מוכח דבגיטא מגרש ואימור בדיבורא בעלמא מגרש, אבל גבי קדושין שכותבו מדעתה וברצונה כותב השטר מוכח דבשטרא מקדש ולא בדבורא ודוק. ורבינו דייק בלשון המשנה התקדשי לי בתמרה זו בכוס זה, וגבי שטר העתיק לשון הברייתא, ומזה המציא ההבדל, וכן הועתק בשולחן ערוך יעו"ש. וראיתי בספר נאות יעקב בקונטרס גט מקושר בסימן ט' האריך הרי"ט אלגאזי אם בעינן ודין גבי שטר קדושין והביא דברי הריטב"א ברישׁ פ"ק דקדושין דבעינן כמו בגירושין ולא הרגיש מדברי רבינו בלשונו הזהב שמוכח כמו"ש ודוק:

הבית שמואל הביא בשם רש"ך דטלי כסף קדושיך מע"ג קרקע לא מהני, ולהקת האחרונים תמהו ע"ז ועיין באבני מלואים בשם שו"ת מוהרי"ל באורך והנני להעיר כי מתוספתא משמע כן, וז"ל בפרק ב', אמר לה התקדשי לי בסלע שיש לי בידך אינה מקודשת, כיצד יעשה יטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה ויאמר לה הרי את מקודשת לי ע"כ. ובמאי מיירי, אם במלוה הא איכא תקנתא במחילת מלוה שיאמר התקדשי לי בהנאת מחילת מלוה ולמה ליה ליטול אותו הימנה, ואם נגרוס התקדשי לי בסלע שיש בידך [ולא בסלע שיש לי] ואפשר דקאי על סלע דידה ומשום דתניא קודם בחטף סלע מידה כו' הרי זו מקודשת, קמ"ל דוקא בחטף סלע מידה אמרינן דאקנויי מקנית לו הך סלע, אבל כל זמן דאיכא ברשותה לא מצית להקנות לו ואינה מקודשת, זה מילתא דפשיטא טובא. לכן נראה לפרש שהיה לו סלע בידה רק שלקחה מעצמה או גזלה ממנו ולכך הוי טלי קדושיך מע"ג קרקע שלא הגיע מידו לידה ולכך אינה מקודשת עד שיטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה דבעינן דיגיע מידו לידה, אמנם מתוספתא פרק ב' גבי סלע

שאני חייב לך מוכח דאחטף סלע וקדשה לאחר שנתן לה קאי דאינה מקודשת וכדוגמא דנקט בפרק ב' גבי כנסי סלע שאני חייב ליכי יעו"ש ובירושלמי:

אולם ראיתי בתוספתא סוף פ"ג, בדינר של כסף ונמצא של זהב אינה מקודשת כיצד יעשה יטלנו הימנו ויחזור ויתננו לה, ולשון זה צריך ביאור, הא כיון דאינה מקודשת בודאי דדינר שלו הוא ויקדשנה אף אם מונח בידה ויאמר לה התקדשי לי בדינר של זהב שיש לי בידך, וע"כ דטעמא משום דטלי קדושיך מע"ג קרקע לא מהני, אף דיכול לקדשה בפקדון שיש לו בידה, צ"ל תמן שאני, דמכל מקום הגיע לידה מקודם מידו, אבל הכא אילו ידע שהוא של זהב לא היה נותן לה אז לא מיחשבא נתינה קמייתא מידי וצריך ליתן לה מחדש דהוי כאילו נטלה מעצמה כיון שלא הגיע לידה במכוון רק במקרה ע"י טעות וגרע מפקדון, ויעויין סימן כ"ז סעיף ג' ברמ"א, וביאורי הגר"א אות כ"א ואין ענין כלל לכאן יעו"ש ודוק:

אמנם נראה דלפי מה שצדד הר"ן באינו יודע המוכר שזה טעות במקח, נראה דלכו"ע כיון דהמעות נתנו לשם מקח הוי המעות מלוה ורשות ביד המוכר להוציאן יעויין במשל"מ (פ"ה הלכה ז') סוף דבריו. והארכתי בזה במק"א בסוגיא דר"פ המוכר פירות בדברי תוספות שם ד"ה ואי ליכא הנהו זוזי, א"כ פשוט דכיון דרשות בידה להוציא המעות הוי המעות מלוה אצלה וכמו שכתבו בתוספות פרק אלו מציאות (דף כ"ט) ד"ה והוי שואל עלייהו, ואתי שפיר שצריך ליטול מידה, דאי לא"ה כל זמן שהוא בידה הוי מקדש במלוה דלהוצאה ניתנה ואינה מקודשת. והנה באמת בטעה הנותן ונתן של זהב ודאי דלא שייך להוצאה ניתנה דהא לא כוון ליתן המותר ששוה הדינר של זהב כ"ה פעמים כשל כסף ולא ניתנו בתורת מקח, רק משנתנו דמיירי באופן שהמקדש ידע שהוא של זהב שאל"כ לא הוי אמר ר"ש דלשבח מקודשת, ובפרט לאוקימתא דגמרא דאמרה לשלוחה, ודאי דבכה"ג רשאה להוציא הדינר כיון שלשם קדושי טעות ניתנו עדיף ממקח טעות והוי הדינר של זהב בידה מלוה וצריך לחזור וליטול הימנה ודוק:

הלכה ג

ואם קידש בשטר כותב על הנייר או על החרס כו' הרי את מקודשת לי וכו':

מסתפקנא טובא בשטר שכתוב עליו הרי את מקודשת לי וחתמו בעדים והיה בו שוה פרוטה וקידש אותה בשטר זה בתורת כסף בלא עדי מסירה מי מועיל? והיה נראה לכאורה ראיה מהא דאמר בירושלמי בשטר שאינו שוה פרוטה, אבל בשטר שיש בו שוה פרוטה בכסף הוא. ולפ"ז היה נראה דאם נאמר דאינו מועיל לוקמה ביש בו שוה פרוטה ובלא נתנו לה בפני עדים רק שחתם עליו עדים ומדין שטר מועיל ולא מתורת

כסף, וע"כ דבכה"ג מועיל נמי אם מקדשה מתורת כסף. אמנם יש לומר דירושלמי אזיל להני תנאי דסברי עדי מסירה כרתי דאז בלא נתנו לה בפני עדים לא מהני גם מדין שטר, אולם למ"ד עדי חתימה כרתי תיבעי, ויעוין סימן ל"ב אות ב' בחלקת מחוקק. ובאמת לשיטת האלפסי כפי שביאר דבריו הר"ן בפרק המגרש דלר' אליעזר הא דעדי חתימה מהני היינו משום דס"ל שהמסירה כורתת כל זמן שיש בשעתה עדים מכיון שיש עדים על עיקר הדבר שהרי הגט יוצא מתחת ידה בעדים הללו שהבעל מסר לה, ונמצאו כאילו הן עצמן מעידין על המסירה, והכא נמי כיון שהעדים מעידין בחתימתן שנמסר השטר לידה ויש בו שוה פרוטה הרי איכא עדים שנמסר לה שוה פרוטה, ואמאי לא הוו קדושין בנותן לה בתורת כסף כיון דהוי כנתנו לה בפני עדים. ולפ"ז יהיה איפכא, למאן דאמר עדי חתימה כרתי דעיקר וכתב לה על חתימה קפיד רחמנא ונתינה יכול להיות בינו לבין עצמה, א"כ זה דוקא בקדושי שטר דילפינן מגט דכתיב וכתב לה ואקשינן הויה ליציאה, אבל בנותנו לה מתורת כסף לא מועיל, דבכסף, הנתינה צריך להיות בפני עדים ואין כאן עדים על הנתינה, אבל לר' אליעזר דסבר דעדי מסירה כרתי והחתימה שיש עליה עדים אינו כורת, רק מטעם דהוי כאילו היתה המסירה בפני עדים שהן כמעידים שנמסר מידו לידה, א"כ גם במקדשה בשטר שיש עליו עדים בתורת כסף מועיל דהוי כאילו היו עדים מעידין על המסירה שנמסר לה שוה פרוטה ונמצא דבזה יועיל לר' אליעזר טפי מר' מאיר, וזה מלתא חדתא טובא:

לכן נראה דגם לר' אליעזר לא מועיל משום דכל עדי שטר הלא הוי מפי כתבם ומפיהם ולא מפי כתבם, וכדאמר גבי שטר קדושין נינחה גבי סהדי זימנא דחזי כתבא ומסהדי ורחמנא אמרה מפיהם ולא מפי כתבם. אך כבר פירשו רבוותא הואיל ונכתב מדעת המתחייב ולהיות לראיה ביד המוציאו הוי החתימה כנחקרה עדותן בב"ד, או כמו שפירש הרז"ה דהוי מפי כתבו דמתחייב, וזה יתכן הכל על מה דחתמו שיהיה לו דין שטר, אבל על הנתינה מתורת כסף והוא שיש בו שוה פרוטה ע"ז לא איתיהב דין שטר והוי כאילו עדים מעידין שקדשה בכסף ע"י שטר, שכיון שאין מעידין בפיהם, הוי מפיהם ולא מפי כתבם ולא הוי עדות. ואף לשיטת רבינו תם דסובר דיכולים לשלוח עדותן בכתבם הוא מה שראו בעיניהם, אבל לא היכי דחזו ע"פ כתבם וגרע מאלם דאינו ראוי להגיד, ועל המסירה מתורת כסף לאו דין שטר יש לו ולא הוי נחקרה עדותן בב"ד ומפי כתבם קרינא בהו מה דחזינן מתוך כתבם שנמסר מידו לידה ויש בו שוה פרוטה, וברור דלכ"ע לא הוי קדושין ויעוין סימן מ"ב סעיף ד' ונראה פשוט כאן דלכו"ע לא הוי קדושין ודוק היטב:

הלכה ד

וצריך שיכתוב אותו לשם האשה המתקדשת כגט:

כן מקיש הגמרא יציאה להויה, ונסתפקתי דמבעי להגמרא ריש זבחים אם סתמא כשר בגט, ומסיק דפסול משום דאיתתא לאו להתגרש קיימא, ולכן בקדשים כשר הקרבן, משום דסתם לשמו קאי. ולפ"ז יתכן דבקדושין דאמרו סוף פרק יש נוחלין איתתא לאינסובי קיימא אפשר דסתמא כשר, או אפשר דשאני קרבן דסתמא לשמו ולשם בעלים קאי, משא"כ בקדושין אע"ג דלאינסובי קיימא, מ"מ לא קיימא לאינסובי דוקא לאיש זה, דהא אפשר לה להנשא לאיש אחר, וכמו כן אמרו בפרק תמיד נשחט דסתמא לאו להני אוכלין קאי דילמא ממשכי כו' ע"ש:

ונראה דבפ"ק דגיטין (דף י') דפריך והא איכא לשמה משום דשוו גיטי נשים לשחרורי עבדים, ומתרץ מלתא דאיתא בקדושין לא תני, ואם נאמר דסתמא כשר בקדושין א"כ ליתני סתמא דבגיטי נשים ושחרורי עבדים פסולים. ויש לדחות, דנתבונן לר' מאיר דלא בעי כתיבה לשמה ורק חתימה בעי לשמה א"כ מאי חידוש יש כאן בגיטין, אטו אם יחתמו העדים על שטר שנכתב בלא צוואת המתחייב מאי חשיבות יש בו, וכלום יש דבר קיים בעדותן, וכשמעידין על דבר שלא היה עדיין פסול בודאי דאין זה עדות כלל, וצ"ל דאין זה רק כשצוה הבעל לגרש לכתוב ספר כריתות לאיזו שירצה לגרש או לשם אחת מנשיו ולא פירש לאיזו, וכיון דכותב על פי צוואת הבעל, והבעל לא פירש לאיזו וחתמו עדים בצוואת הבעל, בזה ודאי בשאר שטרות אם יצוה עדים לחתום שילוה מראובן ולא פירש מאיזה ראובן, דעדות גמורה היא שמתחייב לראובן שיתן לו השטר, וכש"כ כאן בגט דלא בעי דעתה ודאי היה מועיל, לולא שהצריכה התורה חתימה לשמה, א"כ כיון שנכתב ע"פ צוואת הבעל ויש לו שתי נשים ששמותיהן שוין תו הוי כמו שאמרו ריש זבחים דזה גרע מסתמא דהוי כמו דאינתק לשם חברתה ואין זה סתמא כלל דהויא כמו דנכתב לשם חברתה אשתו השניה, וזה ברור. א"כ כאן דתני וכדברי ר"מ בארבע, מוכח דר"מ מודה בהנך ארבעה, ואם הוי תני לשמה הלא גם בקדושין בעינן, ואם הוי תני סתמא הלא בחתימה לא משכחת סתמא, וליכא למימר דצוה לכתוב ולחתום לשם נכרית דאמרו שם דהוי כמו סתמא כיון דלאו בת כריתות הויא ולא מחרבתה כיון דשלא במינו יעו"ש, דבכה"ג בחתימה אם יאמר חתמו שטר ששדי נתון לשוטה זה ששמו ראובן כו' דלאו בר קנין הוי כלל מי הוי עדות ושם שטר ע"ז, שאם יתן השטר לראובן אחר תהא קנויה לו השדה? ובלאו כ"ז בקדושין אם חתמו עדים על טופסי קדושין שנכתבו סתמא, הלא בכל מקום בשטר בעי מרצון המתחייב, והיא המתחייבת ובלא רצונה שהיא

המקנה עצמה לבעל, מה דין שטר יש לו, לכן אף כי אמינא דצוה לכתוב לנשיו וחתמו דהוי סתמא, מ"מ בקדושין דבעי מרצון המתחייב ודאי לא מהני בכה"ג שחתמו סתמא אף בצוואת המקדש וז"ב:

אולם לפ"ז תמיה לי בפרק האיש מקדש (דף מ"ח) דמוקי פלוגתייהו דר"מ ורבנן, דר"מ סבר המקדש בשטר אינה מקודשת כגון שכתבו שלא לשמה כו' א"נ שכתבו לשמה ושלא מדעתה וקא מיפלגי בפלוגתייהו דרבינא כו', דא"כ לר"מ בכתבו שלא לשמה הא אף לר"מ בגיטין ג"כ כשר כשמצאו באשפה, ועל כרחין דבחתמו עדים מיירי, וא"כ אף שלא מדעתה תיפוק ליה דנחתם שלא מרצון המתחייב ואין זה שטר רק מפי כתבם, וכן בשלא לשמה א"כ אין זה עדות וכמוש"ב. וצ"ל דמיירי כגון דשויתיה שליח לקבל קדושין או דשדיך ונתרצית בקדושיה, רק דשמה ושם חברתה שוין ושניהם נשתדכו לו ושמותיהן שוין, וכיון דשלא מדעתה נחתם אין זה קדושין דילפינן מגט. [או דאזלי להני אמוראי קמאי רב הונא ורבא דסברי בגיטין (דף כ"ג) דאף לר"מ בעי כתיבה לשמה מה"ת ומיירי בשנכתב שלא לשמה] וכ"ז דחוק. אמנם ז"א דהא בערכאות קתני דכשרין בקדושין, וע"כ בעדי מסירה מיירי, וזה דלא כר"מ, והא דתני וכדברי ר"מ פירושו בתוספות למאן דסבר כר"מ בהא יעו"ש. וא"כ הדק"ל ליתני סתמא וע"כ דסתמא פסול בקדושין [והא דמשמע מתוספות גיטין (דף כ"ו) דבשחרורי עבדים כשר לכתוב טופס ולא גזר אטו תורף, וכן בקדושין לא גזרי אטו תורף משום דהסופר לא יטריח לכתוב שלא בבירור לשמו ולשמה דאימור יקדשנה בכסף בפרוטה, ול"ל למכתב שטר ולשלם לסופר, ולכן סברי דכשר לכתוב טופס ולא גזרינן ולכן שפיר הקשו דניתני וכדברי ר"א בארבע, ולא שייך דאיתא בקדושין דשם ודאי לא גזר דרובא מקדשי בכספא וכדאמר פרק ד' אחין דמשו"ה לא תקון זמן בש"ק ודוק היטב:

אולם יש לדחות דלר"מ ג"כ משכחת פסולא דרבנן בגיטי נשים ע"י ערכאות, והוא בכתיבת יד הבעל דכתיבתו כמאה עדים דמי וכמו דמוקי בגמרא הך דשלש גיטין וכו' כתב בכתב ידו ואין עליו עדים כר' מאיר ועיין רש"י ותוספות שם, וא"כ אם נעשה בערכאות וחתומים עליו נכרים פסול והולד ממזר ואם ניסת תצא, דאימור לא יקיימו כתב ידו של הבעל ויסמכו על עדי החתימה, ובזה לא הוי אלא פסולא דרבנן והוי כמו דאוקימנא בעדי מסירה אליבא דר' אלעזר, ושפיר משכחת וכדברי ר"מ בארבע. ולפ"ז יש לפקפק במה שהוכחנו דסתמא פסול בקדושין דבעי למיתני מילתא דגם לר"מ איכא דפסול בגיטין וכשר בקדושין וחתימה בסתמא לא משכחת כמוש"ב בס"ד:

אולם מדברי הירושלמי מוכח דסתמא פסול לקדושין, והוא, בריש תרומות על משנה

דחשו"ק שתרמו אין תרומתן תרומה, ופריך ויוכיח מעשה שלהן על מחשבתן דתנינן תמן העלו חשו"ק כו' ואיזהו מעשה שלהן ר"ה אמר בתפוס בהן בטל ואמר אף הכא ויוכיח מעשה שלהן על מחשבתו ר' אבהו בשם ר' יוחנן ונחשב לכם תרומתכם את שכתוב בו מחשבה אין מעשה שלו מוכיח על מחשבתו. פירוש, דעיקר ההרמה הוא אף בנותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר, א"כ אין המעשה צורך אל המחשבה להתיר השירים באכילה לכן אין המעשה מוכיח על המחשבה, משא"כ בהכשר שהצורך אל המעשה בצירוף המחשבה, היינו דיהיה הטל יורד עליהן ויהיה ניחא להן, שפיר המעשה מוכיח על המחשבה, אמר ר' יוסי קשייתה קומי שמואל הרי גיטין הרי אין כתיב בהן מחשבה ואין מעשה שלהן מוכיח על מחשבתן דתנן הכל כשירין לכתוב כו' חוץ מחושו"ק, חזר ר"י ומר תמן זה כותב וזה מגרש, ברם הכא הוא חושב והוא תורם, וזה פלא, דלא מקשה מהא דקטן יש לו מעשה אהך דקטן פסול לכתוב הגט ועמדו בזה בתוספות פ"ק דחולין. ונראה, דלכאורה יש לחלק בין הכשר וכן לחוק כלי לקבל טומאה, לגט, משום דענין ההכשר נהי דהוא ענין דתי שלא הורידה התורה תורת טומאה על האוכלין אם לא שיכשרו ע"י ז' משקין, בכ"ז מה דבעינן דיהא ניחא לבעלים הוא דבר ההוה מהויות העולם כמו משפשף רגלי המטה שיודחו במים וכמו שהיפך בפירות שירד עליהן הטל כדי שיתלחלחו, דלא בעינן כלל שידע קצת מן הקצת מעניני הטומאה, רק ממסיבות העולם והליכותיו בזה שפיר מוכיח מעשה של הקטן על מחשבתו דניחא ליה במה שבא עליהן המשקין וכן האלון כו' שחקקו להן תינוקות כו' הוא לעשות בית קבול לכלי זה אינו מעניני הדת והחוקים, אבל בגט דבעינן שיכתוב לשם כריתות, ענין הכריתות הוא חוק דתיי דבר שאינו תלוי בהויות העולם רק בעניני הדת, אין ה"נ דאין מעשה של קטן מוכיח על מחשבתו. וזה סברא ברורה לחלק. ולכן לא הוי מקשה בירושלמי כלל אהכשר מגט, לולא שתירץ דמשום דכתיב ונחשב לכם לכן לא מוכיח מעשה על מחשבה, הא אילו לא היה היתר התרומה תלוי במחשבה רק בהפרשה לשם תרומה היה תלוי שמפריש להתיר השירים באכילה ולהרים לשם, היה מעשה שלו מוכיח על מחשבתו, אף ע"ג שזה ענין דתי שפיר מקשה מגט דאינו מוכיח מעשה על מחשבתו, ולכן לא מקשה בתלמודין למה לא מוכיח מעשה בגט על מחשבתו, ואם תאמר א"כ מה פריך אהך דקיימא עולה בדרום ואייתי לה קטן בצפון ושחטה כו' איכוון לה, התם הוא חוק דתיי שיהא מתכוין לשם עולה ובזה אין מעשה מוכיח על מחשבתו כמוש"ב בס"ד. יש לומר דרבנן בתוספות שם פירשו, דאע"ג דסתמא כשר והוא שאינו צריך לחשוב לשם עולה רק בסתמא סגי, אבל בקטן גרע טפי שסבור שהוא חולין והוי כמו משם חולין

דקיי"ל דפסולה, וכיון דאין השחיטה צריכה להיות לשמה, רק מה שדעתו שהקרבן הוא חולין, אם כן הידיעה זו אם הוא חולין או קדשים, בהמה זו ששוחטה הוי כמו כל ידיעה מן הידיעות הקשורים בהויות העולם ותלוים בהמציאות ואין להם יחס אל עניני הדת וחוקיו ושפיר מייתי מהיפך בהן בטל שג"כ הוא ענין מעניני המציאות כמוש"ב בס"ד:

והנה יש להתבונן מאי פריך מתרומה אגט לימא שאני תרומה דאילו היה תלוי בהפרשה היה מעשה שלו מוכיח על מחשבתו, משום דתרומה סתמא לשמה קאי דקיימא להפרשה, אבל גירושין דאשה לאו לגירושין קיימא וסתמא לאו להכי קיימא לכן אין מעשה שלהן מוכיח על מחשבתן דלא עדיפא מחשבת הקטן מאילו חשב סתמא וזה חילוק נכון, ובפרט לשמואל לטעמיה דאמר ירושלמי פרק ב' בקטן כותב הגט ואחרים עומדים ע"ג צריך שיניח מקום התורף ואתיא כי דמר רשב"ל כתב תרפו בטופס פסול, הרי דסבר דסתמא פסול בגט ומאי מקשה, וצ"ל דתרומה שאני, שהגם שהיא עומדת להפרשה בכ"ז אין עומד להפריש זו המקצת לתרומה דילמא מקצת אחרת. ולכן לא שייך לומר דסתמא לשם תרומה קיימא ומשו"ה הוי מהני בקטן, לולא דהיא תליא במחשבה, וא"כ מוכח דגם בקדושין סתמא לאו לשמה קיימא אע"ג דאיתתא לאינסובי קיימא, מ"מ לזה האיש אינה עומדת דהיא ראויה להתקדש לאחר, ועיין מש"כ בהלכות גרושין שם יתבאר דבעינן דתהא עומדת להתגרש בגט זה כמו"ש בתוספות עיי"ש דברי נועם בס"ד ודוק:

כתבו שלא לשמה או לשמה שלא מדעתה כו' אינה מקודשת:

הנה הב"י בבדק הבית הוכיח מסוגיין (דף מ"ח) דאף דלא נחית אדעתא דקדושי כסף מכל מקום אם יש שוה פרוטה בנייר מקודשת דדעתה נמי אניירא עיי"ש, ורבינו סתם, נראה דסבר דכיון דלא נתכוין לקדשה רק בתורת שטר לא נחית לקדשה בכסף כלל לכן אינה מקודשת אף אם יש בנייר שוה פרוטה. ונראה דסברת רבינו דאמאי קאמר ורבנן מספקא להו אי כר"מ אי כר"א לימא דסברי כר"מ דעדי חתימה כרתי ולכך שמין את הנייר, ועל כרחין דסברה הגמרא, דזה אין סברא לומר כיון דהיא נתכוונה להתקדש בשטר דנימא דדעתה אניירא, דאימור מגניא לה למקני בניירא, רק כיון דמספיקא היא מקודשת וצריכה גט להתירה להנשא, תו אנו אומדין דעתה דמסכמת להתקדש על כל מה שמכוון הבעל לקדש, ודעת הבעל לקדשה אף בניירא, לכן לדידן דאינה מקודשת מודאי ולא הוי קדושין כלל, תו אמרינן דילמא מגניא לה להתקדש בניירא מתורת כסף וכמו דאמרו (דף י"א) אשה בפחות מפרוטה לא מקניא כו' דגנאי הוא לה, ובנתיה דר' ינאי לא מקדשי פחות מתרקבא כו' כיון דהוי מתורת מחיר ושווי לא מקניא נפשה,

וא"כ הכא אף כי אמרה אחרי זה דניחא לה להתקדש גם בשומת הנייר הוי כמקדש בלא עדים, שהעדים רואין אותה שקדשה בשטר פסול ואמדו דעתה דלא ניחא לה בתורת כסף, וזה נכון בביאור לשון הגמרא, ורבנן מספקא להו הלכך שמין את הנייר, דמשום דהויא מקודשת בספק תו אומדן הוא דניחא לה בניירא ולכן שמין את הנייר, משא"כ לפום דהוי מייתי מעיקרא דבמקדש במלוה מתורת כסף ודאי שמין הנייר ודוק:

אמנם אם נאמר כסברא זו קשה לן מדף י"ב מהך דקדיש בציפתא דאסא אמרו ליה והא לית בה שוה פרוטה א"ל תקדשי בארבעה זוזי כו' דמייתי מהך דכנסי סלע זה בפקדון כו' ולאחר מתן מעות שתקה לא הוי כלום יעו"ש דמאי ראיה, הא רבינו פירש דהיא מקודשת מספק שמא ש"פ במדי כמוש"כ לקמן פ"ה הלכה כ"ה, אם כן כיון דהיא מקודשת מספק שמא ש"פ במדי, תו אמדינן דעתה דניחא לה להתקדש אף שהוא לאחר לקיחת המעות אי שתקה ולא שדיתינהו, ועל כרחין לומר דלא נפ"מ בהך סברא, ונראה דרבא כי פשיט מכנסי סלע בפקדון, מייתי ראיה, דהא ודאי דאשה צריכה שתעשה מעשה לשם קדושין, דאל"כ ודאי דלא הוי קדושין אם לא גילתה דעתה בפירוש, רק דלא נאמר דהא דמונח בידה ולא שדיתה מקרי מעשה, מייתי מכאן דשתיקה לאחר מתן מעות לא מהני, אלמא דהא דלא שדיתה לא מיקרי מעשה, וכיון שלא עשתה מעשה המורה על רצונה בהקדושין מהיכא תיתי לומר דניחא לה להתקדש אחרי שבציפתא לא הוי רק ספק, אבל למאי דקאמר רב הונא בריה דר"י דתמן טעמא משום דסברה אי שדינא ומיתברי מחייבא באחריות, תו אין ראיה דאפשר דמה דאוחזת הד' זוזי ולא שדיתינהו, הוא משום דכיון דכבר היא מקודשת בכסף מספק לכן ניחא לה להתקדש ורצונה להתקדש, דהיא דינא גמירא וידעה דמקודשת מספק לכן ניחא לה להתקדש ומקודשת, ומה דאוחזת בידה והא מעשה לגלות רצונה שניחא לה שתתקדש ודוק. ולפ"ז הא דאמר אתון דשמיע לכו כו' חושו, פירוש, דאף לפום מה דפריך רב אחאי דאולי גם הכא סברה דאי שדינא מחייבנא באחריות, בכ"ז כיון דמה דאוחזת בידה הוי מעשה וצריכה אמתלא למה לא שדיתה כמו שביאר רב אחאי, תו אמרינן דכיון דבל"ז מקודשת וצריכה גט תו דעתה להתקדש בד' זוזי, והחשש הוא שמהך דפחות ש"פ אם בא אחר עליה הולד כשר כדעת רמ"ה, ולדידהו הולד פסול, וזה היה נכון, אך דברי רבינו מפורשים דאין שום חשש יותר מהך דקדשה בפחות מש"פ, וצ"ע:

הלכה יג

נתקדשה שלא לדעת אביה כו' ואפילו אם נתרצה האב אחר שנתקדשה כו' אינה מקודשת:

עיין בכס"מ ובהגהות. והנה רבוותא קדמאי האריכו אם הא דחלין הקדושין אם נתרצה האב אם חלין למפרע ועיין הגה"מ. וזה אין להקשות אמאי לא תלו לה בפלוגתא אם יש ברירה דבשלמא אם אין חלין אלא כשיתרצה האב ודאי הוא חל ולא שייך לברירה, דבעת חלות הקדושין כבר מבורר הוא אם יש חלות בקדושין או לא, וכמו כל הנלקט שפירשו בתוספות שמניח המעות עובד שלא נלקט ואומר לכשיהא נלקט יהא מחולל (עיין פרק מרובה דף ס"ט), אבל למה דמוכח מרומיא דאם מאן ימאן אביה דהוי בעי למימר דאף במקדשה בביאה נמי מהני אע"ג דע"כ חלין קדושין למפרע דאי לאו בעת ביאה תו במאי חלין הקדושין א"כ שייך לכאורה דין ברירה. אבל דא ג"כ בדותא, דאימת איכא בתנאי דין ברירה דהוא תנאי שאינו במכוון מבעלי התנאים כמו ע"מ שירצה אבא דרצון האב לא מעלה ולא מוריד, רק מתנה אם ירצה ותולה הענין במה שאין ביד בעלי התנאים. אבל האומר הרי את מקודשת על מנת שתתן לי מאתים זוז כיון שזה הוא במכוון מבעל המעשה ובידה, וכן כי יהיב גט ואמר ע"מ שארצה ג"כ הוי גט, וכמו מעכשיו ולאחר שלשים דאמרו דהוי גט אם תנאי קאמר בחזרה כמו שפירש"י, ורק באומר לאיזו שתצא בפתח, שהענין אינו מבורר לאיזו אשה ועיין רש"י פרק כל הגט, וא"כ כאן דכל הקדושין אינו רק מדעת האב ודעתו הוא עקרי בהקדושין א"כ הוי כמתנה עם האב הרי בתך מקודשת לי ע"מ שתרצה ודאי דהוי קדושין דהוי כמו כל תנאין דעלמא שעל דעת בעל המעשה שאינו גומר רק בתנאי שבידו, והא דהיא יכולה לעכב ג"כ ברצון האב תלוי משום שעל אופן שהיא תמאן לא רצה האב, והכל מחסרון הרצון באב שהוא בעל הקדושין לבתו ופשוט:

הלכה טז

השליח נעשה עד כו':

כן מסיק בתלמודן פרק האיש מקדש, ובירושלמי שם, בש"א אין השליח עולה משום עד ובה"א השליח עולה משום עד, היך עבידא שילח (שנים) [ט"ס וצ"ל שלשה] על דעתין דב"ש שליח ושני עדים, ע"ד דב"ה שלשתן שלוחים ושלשתן עדים, והדבר צריך מובן כיון דלב"ה שליח נעשה עד מאי נפק"מ אם שלשתן שלוחים או שלשתן עדים, ובבבלי איתמר אם שליח אינו נעשה עד אז פליגי אם כוון שיהיו כלם שלוחין או אחד שליח ושני עדים, אבל זו קשה להבין ועיין ש"ק. ונראה דכונת הירושלמי כך, דאם אחד פסול לדעת ב"ש דשליח אינו נעשה עד שהוא כגוף הבעל וכבעל דבר דמי וכמו דמפרש דבי רב שילא, ודאי אינו פוסל השנים הנשארים, דאמרינן דכוון שיהא אחד הפסול שליח, והשנים הכשרים עדים, והוי כבעל דבר ואינו פוסל העדים דבמקיימי

דבר הכתוב מדבר כמפורש בפ"ק דמכות, אבל לב"ה כיון דגם השליח ראוי להיות עד אמרינן דאם אחד פסול אף אם הוא שליח ג"כ הוי ממקיימי דבר ופוסל העדים[1] , וזה נכון בפשט הירושלמי:

הגה"ה

ובזה מיושב מה דהקשו תוספות לרבה דר"מ סבר בקנס מת ומשלם, איך יתרץ משנתנו דתני טבח ביוהכ"פ, דכבר נודע מש"כ רבנן בתראי דוקא בלא איתעביד החומר מהני תפיסה, אבל באיתעביד החומר הוי כמו ששילם ולא מהני תפיסה, ודין טביחה ומכירה הוי גם ע"י אחרינא, וא"כ בשבת אליבא דר"א ב"ש דהרודף לחלל שבת ניתן להצילו בנפשו (סנהדרין דף ע"ג), א"כ בטובח ע"י אחר, האי אחר הוי רודף לחלל שבת, ורודף הלא כבר הותר דמו בלא התראה לכל אדם, וכי לא נהרג הוי כמו שעבר עבירה שיש בה מיתת ב"ד והתרו בו, ולסוף אחר שנגמר דינו נקטע יד העדים דהוי כמו דאיתעביד ביה החומר שדינו היה למיתה וכמו כפתוהו על העמוד ורץ מב"ד [ומה שפירש"י בסנהדרין דהוי כחייבי מיתות שוגגין, משום מ"ד רודף צריך התראה פירש כן], ותו לא מהני תפיסה ופטור מלשלם קרן לפי עדות העדים, ותו פוטר משום צירופו את הגנב, דאין כאן עדים לחייבו קנס דפסולין משום דהטובח דהוא פוסל אותן בצירופו דהוא מומר, משא"כ ביוהכ"פ דליכא רק מלקות ולא איתעביד החומר ומהני תפיסה, וא"כ הוי בעל דבר ואינו פוסל העדים וחייב הגנב המשלח בדו"ה ודוק, ויש לעיין בזה בדברי הרא"ש פ"ק דמכות בשם ראב"ד, וכבר כתבו דאשה אינה פוסלת בצירופה ומצי להיות ע"י אשה ודוק:

הלכה יז

הכל כשרין לשליחות חוץ מחרש שוטה וקטן לפי שאינן בני דעת:

יש להתבונן, בהא דפריך בסוגיא דפרק האיש מקדש בתר דיליף שליחות, ואלא הא דתנן השולח את הבערה כו' שילח ביד פקח, פקח חייב אמאי נימא שלוחו של אדם כמותו כו', מאי קושיא הלא לא ילפינן שליחות רק במקום שאם תשלול השליחות מן המשלח יתבטל המעשה לגמרי כמו בגיטין וקדושין שאם לא הוי אמרינן שליחות

[1] ובזה אמרתי ליישב מה דמקשין במרובה בטובח בשבת דחייב ד' וה', וכאן ע"כ מיירי בטובח ע"י אחר, ומקשים הא גנבא לא מתחייב בד' וה' רק בעדים וע"כ מיירי שהיה טובח מזיד מדחכמים אסרי לה משום מעשה שבת, וא"כ הוי השוחט מומר לשבת ופוסל העדים משום צירוף כקרוב ופסול שפוסל ושליח נעשה עד. ונראה ע"פ מש"כ רש"י בב"מ צ"א דבדקם ליה בדרבה מיניה דחייב לצאת י"ש אם תפס לא מפקינן מיניה, א"כ הוי כאן כגזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דרצה מזה גובה ורצה מזה גובה, וחייב הטובח לשלם אם אין לו לגנב הקרן והוי כבעל דבר, ואע"ג דקם ליה בדרבה מיניה, מכל מקום אי תפס לא מפקינן מיניה והוי בעל דבר לגבי עצמו ותו אינו פוסל העדים לגבי הגנב:

איך מקדש או מגרש אשה של חבירו, וכן בתרומה דהוא תורם כריו של חבירו ובלא שליחות הלא יתבטל המעשה דאיך מצי תרים כרי שאינו שלו, אבל כאן הלא אם תקח השליחות הוא הבעיר את גדיש של חבירו ובמה יתיחס הפעולה אל המשלח וזה תימה. ומכאן מוכרח דהא דילפינן בקדשים מושחטו אותו כל קהל עדת ישראל מכאן ששלוחו של אדם כמותו, דגדר שליחות בהא ג"כ דאף אם תאמר דתשלול מן המעשה פעולת השליחות ושחט פסחו של חבירו שלא מדעתו ג"כ הוי הקרבן כשר אף בע"כ אם שחט פסחו, וא"כ פעולת השחיטה כשרה בלא צירוף כח השליחות וכמו דאמר כאן בירושלמי, דמשו"ה לא יליף מקרא דושחטו רק מן קרא דויקחו כו' רק דשחיטה בבעלים מצוה וכמו שפירש"י ריש פסחים, נימא לשחוט לא סגי דלאו איהו שחיט פסח וקדשים מא"ל, הבעלים נצטוו דכתיב וסמך ושחט, (נ"ב. וכן פירש"י זבחים ק"ג ע"א ד"ה מן המותרות כו' ואין בעליה סומך עליה ואינו שוחטה. פי' שלא נצטוה לשוחטה כו' ודו"ק) ועל ידי שחיטת השליח מיחשב דהבעלים קא שחיט לכן דמי לשליחות דהבעירה ביד פקח, והארכתי ביאור ענין זה במק"א באורך נפלא בס"ד, דלפי שיטת האור זרוע שהבאתי שם דהוא מטעם זכיה לכן שוחט פסחו של חבירו שלא מדעתו דאמרינן דמסתמא ניחא ליה, לא ידענא מאי קושיא היכן אשכחן שליחות בהאי גוונא דהפעולה בשלימותה בלא צירוף כח השליחות וכמוש"ב. והא דאמר פרק הקומץ רבה (דף י"ט) אי מה סמיכה בבעלים אף שחיטה בבעלים גלי רחמנא ביוהכ"פ ושחט את פר החטאת אשר לו מכלל דשחיטה בעלמא לא בעינן בעלים. פירושו, דמקשה דנילף דכמו דסמיכה בבעלים ולא ע"י שליח, כמו דאמרו פרק שתי מדות דשליח אינו סומך, כן שחיטה תהיה דוקא ע"י בעלים לא ע"י שליח, וע"י שליח תהא השחיטה פסולה וכמו דלא נשחט, וכמו דסמיכה ליכא רק בידו לא ביד שלוחו, ומשני משום דגלי רחמנא גבי פרו של אהרן דבעי בעלים מכלל דבכ"מ סגי בשליח, וכמו בפסח דליכא סמיכה וכתיב ושחטו אותו, וזה ברור:

ולפ"ז קושיית תוספות בתלמודן דנילף שליחות מדכתב קרא גבי פרו של אהרן שהוא בבעלים, מכלל דבכ"מ לא בעי בבעלים, הוא דוקא למ"ד דפרו של אהרן כשרה בזר ולא אמרו בבעלים רק למצוה, מוכח דבכ"מ כשרה ע"י שליח, אבל למ"ד דפרו של אהרן בזר פסולה אין הוכחה, דאפשר בכ"מ בעינן בעלים דמצות שחיטה בבעלים, רק דאם שחט אחר הוי כמו דשוחט שלא מדעתו והשחיטה כשרה, אך דלא נתקיים מצות שחיטה בבעלים, ולכן גלי רחמנא בפרו של אהרן דבזר תהא השחיטה פסולה, ותירוצם א"ש, דכיון דבע"כ לא תלי בדידיה לכן הו"א דליכא דין שליחות והוינא מחלק בין חטאת

לעולה [עיין מהרש"א], אבל תמן משני אם הוינא פוסל בשחיטה ע"י אחר דלאו בעלים מהקישא דוסמך ושחט, א"כ קרא דושחט אהרן את פר כו' א"ל למה לי, ומצאנו בפ"ק דמציעא דאמר תרי גווני דשליחות בגוונא דיהיה שליח לדבר עבירה, מאי בינייהו א"ב כהן דא"ל לישראל צא וקדש לי אשה גרושה, א"נ איש דאמר לאשה אקפי לי קטן, פירוש, במקדש אשה גרושה לאיש, א"כ בלא תפיסת שם שליחות הלא איך מקדש אשה להכהן, והשליחות הוא סיבת חלות המעשה, ואיש דא"ל לאשה אקפי לי קטן דמעשה של ההקפה הוא חל בשלימותה בלא השליחות, רק השליחות הוא שתתיחס הפעולה אל האיש, בהני תרי גווני פליגי רבינא ורב סמא אם מתיחסת הפעולה אל המשלח וזה כמו שבארנו בס"ד:

ובהך דשמאי דאמר ואב"א שאני התם דגלי רחמנא ואותו הרגת בחרב בני עמון, הפירוש, דבאמת סבר בהא שמאי דהוי כאילו הרגוהו שניהם השליח והמשלח דמעשה של ההריגה מצאנו דמתיחס אל המשלח, ובודאי דלא שלל פעולת ההריגה מן השליח רק שמתיחס אל המשלח דהוי כמו שהרגוהו שניהן ולכן חייב המשלח מיתה, ולכן שפיר דריש בהך דשחוטי חוץ ההוא ולא שלוחו, משום דאף אם תאמר דהוי כאילו המשלח והשליח שניהן שחטוהו ג"כ הוי פטור המשלח משום דשנים ששחטו פטורין, ולפ"ז בהעלאה יהא תלוי פלוגתא דר"י ור"ש אם שנים שהעלו חייבין אז יהא חייב המשלח לשמאי, ולפ"ז במשלח ישראל חבירו שיחלל את השבת, אם תאמר דהוי כמו שעשו שניהם את המלאכה א"כ פטורים, והוי המשלח והשליח, כזה יכול וזה אינו יכול, והמשלח בדבור בעלמא אף אם תיחס אליו המלאכה, מכל מקום לא הוי רק כאינו יכול והשליח כיכול, א"כ זה שאינו יכול פטור, ולפ"ז כי אמר רבא מודה שמאי דלא תימא דהוי כאילו בעלו שניהן את הערוה או כאילו אכלו שניהן חלב, ולכן לא אמר רבא זה לדידן דבמעילה גמירי לן דיש שליח, ואפילו כן באומר לשליח שב על עורות של הקדש או התחמם מגיזי עולה אין שליח, דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרו כמו שכתבו בתוספות, משום דבהקדש אם תאמר דהוי כאילו נהנו שניהן מן ההקדש וצריכין שניהן לשלם הקרן שפגמו או שנהנו ממנו, להקדש, וזה משלם פלגא וזה משלם פלגא. א"כ תפטור ע"י השליחות את השליח מן הפעולה אשר עשה בעצמו ע"י התיחסותה אל המשלח, זה לא יתכן, ולשלם שניהם לא מצאנו בקרן המשתלם להקדש שישלמו שניהן, וכיון שהמשלח פטור מן הקרן תו פטור גם מן האשם, וכמו שכתב הריב"א בפרק כל שעה (דף כ"ט) סד"ה ר' נחוניא היא עיי"ש, ולכן לא צריך רבא להשמיענו רק בחיובא דחטאות דשנים מתחייבין על פעולה אחת כמו שכתבו בתוספות ב"ק (דף מ') ד"ה כופר

אחד, וכמו שנים שהעלו אבר אחד בחוץ דשניהן חייבין חטאת, ואפ"ה פטור המשלח, וא"כ לא צריך רבא להשמיענו דלא נשלול החיוב מן הנהנה רק דלא ניחס הפעולה של ההנאה אל המשלח ג"כ, וזה אליבא דשמאי דמחייב בפעולת ההריגה גם שניהן השליח והמשלח, ולזה חידש דבהנאה לא אמרו, אבל בהקדש הא דמתחייב המשלח הוא משום שמתיחס פעולת ההוצאה מרשות הקדש אל המשלח שהוא הוציאו מרשות הקדש, ובקדושת דמים הוא עשה פעולת החילול [אם לא שנזכר שהוא מזיד ולית ביה דין מעילה אז חייב השליח כמו שפרש"י בדף מ"ט] וכ"ז לא שייך בנהנה שלא ליחס פעולת ההנאה אל השליח וזה לא צריך להשמיענו ודוק היטב בכ"ז:

הלכה יח

ואם קידש בשטר אינו כותבו אלא מדעת האב או מדעת השליח:

ראה מש"כ המגיד בשם הרמב"ן, ואינו מוכרח, דאפשר להיות דמדעת המקנה בקבלתו הקדושין, וכיון דאיהו הוי שליח, הוי דעת השליח כדעת האשה המקנה, ובגט הבעל כותב לכן צריך שיאמר כתוב, ולאו משום מקנה אתינן עלה, רק דאיהו בעי למיכתב או דבעי שליחות או דלא הוי לשמה. אמנם נראה דתליא בהך דתנינן בפרק נערה המאורסה בעל מהו שיפר בלא שמיעה כו' ת"ש האומר לאפוטרופוס כל נדרים שתדור אשתי כו' והפר לה כו' אבל דכו"ע שלוחו של אדם כמותו והא לא שמע, והקשו הר"ן והרא"ש הא כיון דשלוחו של אדם כמותו הוי שמיעת אפוטרופוס במקום שמיעת בעל יעו"ש. ובפירוש הרא"ש תירץ דעל מידי דממילא לא שייך שליחות, ונתבונן איך מהני כאן מדעת השליח, הא כיון דאין זו פעולה מכוונת רק מה דהוי ממילא וע"ז לא שייך שליחות, אולם לא דמי דכאן מדעתה היינו שתתרצה בכתיבת השטר קדושין וזה צריך שיהיה במכוון, משא"כ שמיעת הבעל את הנדר הוא בלא מכוון כלל רק תנאי להפרת הנדר, וז"ב ופשוט:

פרק ד

הלכה ב

המקדש את האשה ונתן הקידושין מדעתה כו':

עיין הרב המגיד שהביא הגמרא דנדרים (דף ו'), וזה לשון הגמרא, בעי רב פפא יש יד לקדושין או לא, ונתקשו רבוותא טובא בהך שמועה, אמאי בגיטין פשיטא ליה ובקדושין מבעי ליה, ועוד דלקמן בצדקה קאמר משום הקישא וכאן בקדושין מאי הקישא, ועוד דבעי בפאה וצדקה ופירשו רבוותא משום דבפאה בע"כ והשיג עליהם הר"ן, ובעיני

יפלא אם הוי זה סברא לרבות ידות הוה ליה לומר את"ל יש יד לצדקה, משום דעיקר צדקה בע"כ משא"כ הפקר. לכן נראה לדעתי דרך סלולה ופשוטה, דהתורה החשיבה דבור האדם להקדש ואיסור נדר ושבועה פאה וצדקה כו' ואיתרבי גבי נדר ונזירות דהוי התפשטות איסור וקדושה גם ידות, ופשיטא לגבי גיטין דאין זה רק התרת איסור [שקנין הממון לאיש באשתו הוי רק מדרבנן] ואינו תלוי רק בדעת עצמו, פשיטא שזה כמו נדר או נזירות, אבל בקדושין הלא אף שזה ענין איסורי שאוסרה לעלמא, בכ"ז הוא אינו נגמר בדעתו בלבד רק בהצטרפות דעת האשה, ואימור כיון דלא דבר במפורש **ואת** נמי ומצינן לפרש ואת חזאי, דרך רחוקה, תו לא גמרה ומקניא נפשה, ואח"כ בעי לענין ממוני אם חל ביד בלבד במקום שדיבורו נמי מהני, ולכך לענין ממון לא דמי כלל לנדר שהוא אסור בלבד לכן קאמר הואיל ואיתקש לקרבנות דקדושת קרבנות ג"כ הוי אפוקי ממון מרשות דידיה ועיולי לרשות גבוה כו', ואת"ל גבי פאה הואיל והבעלים עצמו אף כי יפקיר נכסיו אסור ליה לזכות בפיאה שהפריש, משום לא תלקט לעני, וכן אסור ליה ללקט לעני שלו (עיין גיטין דף י"ב) א"כ אין זה קנין ממוני לחוד רק איסורי ג"כ, אבל צדקה הואיל וכי הוא הוה עני גם לו בעי למיתב, וכן יכול ליתן לעני שלו הוה ענין ממוני, ואת"ל צדקה הואיל ולא הוי רק לעניים, ועשיר אסור לזכות בו, הוה ענין ממוני עם איסורי, אבל הפקר לא הוה רק ענין ממוני לא אמרינן ביה ידות והוה ככל מקח וממכר, זהו ברירא דהאי סוגיא ודוק:

הלכה ה

היה מוכר פירות או כלים וכו' וא"ל אם אתן לך תהי מקודשת לי אם אמרה הן ונתן לה הר"ז מקודשת כו':

מוכח מדברי רבינו, דאם שתקה כיון דהאשה אמרה מתחלה תן לי והוא אמר בלשון שאלה לחודא, בשתיקה לבד אינה מקודשת דקאי על דבורה הקודם שאמרה לו תן שלא בשעת קדושין. ולפ"ז קשה טובא מהך דאמרו בדף י"ג ההיא איתתא דהוה קא מזבנא וורשכי אתא ההוא גברא חטף מינה אמרה ליה הבה ניהלי אמר לה אי יהיבנא לך מיקדשת לי שקלתה ואישתקה, וקא מסיק דמצי אמרה אין שקלי ודידי שקלי, מוכח דאי לא הוי דידה מועיל שתיקתה על שאלתו אף כי היא אמרה מעיקרא הב לי, ובחידושי הרשב"א הרגיש זה, וביאר דמיירי באומר בשעת נתינה הרי את מקודשת לי בו וזה דחוק:

ונראה לדעתי, דהתם כי חטף מינה וורשכי והוא אמר אחרי זה אי מיקדשת יהיבנא לך, הרי איגלאי מילתא דעיקר כוונתו בחטיפתו את הוורשכי היה כדי שיהיה לו במה לקדשה, ולכך חטף מינה הוורשכי ומבינין אנו ששאלתו הוא עיקר כוונתו, והוי כאומר

לה בשעת נתינה התקדשי לי בו ולכך לא מגרע לן מה שאמרה לו מעיקרא תן לי, אבל היכא שהיה שלו מעיקרא והיא בקשה ליתן לה ואמר לה בלשון שאלה לקדושין ושתקה, ודאי דאינו מוכח דיהיב לה לשם קדושין רק משום שבקשה ממנו יהיב לה, והיינו דכל כמה דלא גילתה דעתה אליו דרוצה היא בקדושיו, כי יהיב על בקשתה הקודמת יהיב, אבל כי חטף לזה כדי שיהא לו במה לקדשה ודאי אנו מבינין דהוא אומר בלשון שאלה ויהיב לה לשם קדושין ולא ע"פ בקשתה, דאל"כ לא היה לו לחטוף, דזה אנו רואין דכל חטיפתו היה להיות לה במה לקדשה, וכיון דאיהו יהיב לשם קדושין תו כי מקבלה אדעתא דקדושין קא מקבלה דסתמא אשה רוצה בקדושין דטב למיתב טן דו וכמו שפירש רשב"א שם:

והנה שיטת הרשב"א בחידושיו להיפוך מדעת רבינו, דאף אם לא אמרה הן מקודשת בשתיקה לחודא וכפי מה שהביא המשל"מ בשם מהר"א ששון ובביאורי הגר"א באורך. אולם דא הבנתי מדבריו דסבר גבי קדשה בגזל דידה כו' שמיירי באומר בשעת נתינה התקדשי לי בו, אבל כמשמעות הך עובדא דוורשכי דאמר בלשון שאלה אי יהיבנא לך מקודשת לי אינה מקודשת בשתיקה אף בשדיך והגמרא לא חש לפרשה וכן הוא מפורש בירושלמי, ואע"ג דסברתו דלשון שאלה לחוד הוי כדיבר עמה על עסקי קדושיה ולא פירש ונתן סתם דמקודשת אפילו בשתיקתה, מכל מקום בגזל דידה ודאי אינו כמדבר עמה על עסקי קדושין ומשום דאיהי דידה שקלית. לכן מוכרח בשעת נתינה לומר הרי את מקודשת לי בו:

ולפ"ז א"ש סידור דברי הרמ"א (סימן כ"ח) אבל אם אחר שבא לידה אמר התקדשי לי בו אעפ"י שאמרה הן אינה מקודשת אעפ"י ששידך תחלה, ואינה נאמנת לומר שבתחלה קבלה לשם קדושין, דלפי זה מיירי דאמר לה אם יהיבנא לך תהי מקודשת לי, ובהא אף כי שדיך כ"ז דלא אמר בשעת נתינה התקדשי לי בו אינו כלום ומצי אמרה דידי שקלי ואף אם אחר שבא לידה אמר התקדשי לי בו ואמרה הן ג"כ אינה מקודשת אף שתאמר שקבלתו לשם קדושין, ודוק היטב בכ"ז:

הלכה ו

המקדש בעד אחד אין חוששין לקדושיו ואע"פ ששניהם מודין וכו':

הנוב"י מהד"ת (סימן ע"ה) כתב, ועוד נלע"ד טעם של כל הני גדולי הפוסקים דפסקו כר"כ הוא משום דאמרו בדף מ"ג כו' ע"כ לא פליגי אלא בשלשה אבל בשנים ד"ה לא, ומעתה אי ס"ד דקדושין מועיל בע"א א"כ גם בשנים פליגי דלב"ש אחד נעשה שליח והשני עד וב"ה סברי שניהן שלוחין ואין שליח נעשה עד, אלא ודאי דעד אחד בקדושין

לא מהני וכיון דסתם גמרא אמר כן פסקו כן. ולדעתי אין זה מוכרח, דאימת אמרו ב"ש דכוון שיהא אחד שליח ושנים עדים היינו בשלשה דיהא סגי בהן כל ענין הקדושין, אבל בעד אחד דאם תכחיש אותו כיון דגוף השליח כבעל דבר לא נשאר רק אחד ומצי להכחישתו, ונמצא דיהא צריך לעד אחד מעלמא להיות שני עדים שלא תהא יכולה להכחישו, א"כ לא כוון שיהא אחד מן השנים עד, רק כוון שיהיו שניהן שלוחין כן נראה. הן זה תליא לכאורה במה שפירשו רבוותא בתוספות ריש ב"מ (דף ג') ולא אמרת לי הב ליה בסהדי, דהיכא דלא נזכר מאומה יהיב ליה בלא סהדי, א"כ כאן כיון דאם שניהם מודים נפסוק דמועיל קדושין בעד אחד, רק אם תכחיש אותו לא מועיל וצריך עוד עד אחד, א"כ נאמר דדא לא סליק אדעתיה כיון דלא אמר קדשנה לי בסהדי ולכן כוון שיהא מהן עד אחד שבל"ז אין מועיל כלום אף כי שניהם מודים. זה יש ליישב דשאני כאן דפשטיות הלשון מורה שכולן שלוחים רק אומדן דעתא דרוצה שיהא בהן נגמר דבר הקדושין וכוון ששנים מהן יהיו עדים, אבל בשנים תו מוקמינן אפשטיה ודוק:

והנה המשל"מ הביא דברי הריב"ש סימן רס"ו, וכתב ואנכי הרואה דאפילו ע"א ליכא באותו נדון דהא קיי"ל נמצא אחד מהם קרוב וכו' וגם לקמן באותה תשובה כשבא הריב"ש וכו' לפי שהוזם כו' ולא נשאר רק עדות וידאל אברהם כו', ולהמתבונן בתשובות הריב"ש זה אינו, דהוא כתב ואפילו אם תמצי לומר שבשעת הקדושין עדיין לא עבר כו' ולא נשאר אלא עד אחד מעיד הקדושין כו' ולפ"ז לרוב דעת קדמאי דבעי צירוף בעת ההגדה וכן כתבו בתוספות לגבי זה אומר מנה וז"א מאתים דבעי שיעידו שניהן תוך כ"ד וזה לא נזכר בשאלה שאברם דבוריאן העיד תוך כ"ד של בונפיל קריגער וכמו שנסתפק בזה הריב"ש שם יעו"ש, וא"כ נשאר עד אחד כשר שלא נתבטל עדותו וכן לגבי הזמה, הלא אם הוזם לא היה כלל בעת הקדושין ובעי שיהיה תכ"ד ההגדה, ובאמת שאברם העיד שבשנת קמ"ה היה מעשה הקדושין וא"כ לדידיה היו עדים כשרים אצל הקדושין ובונפיל העיד שבשנת קמ"ד שקר ענה וא"כ הוי כעד אחד אומר שנתקדשה בפני שנים, ולאו דוקא נקט דהוי כמקדש בעד אחד ולישנא אינו מדוקדק, וצ"ע שם בדבריו דאמר דאם הזמה שלא בפניו הוי הכחשה דתרי ותרי, ואינו מובן, כיון שוידאל אברם מעיד שבשנת קמ"ה ראו את הקדושין הוא ובונפיל איך הוא מכחיש להעדים המזימין לבונפיל שבשנת קמ"ד היה בפרפיאנן, ומה שבונפיל העיד שבשנת קמ"ד ראה הקדושין הוזם, והזמה לא הויא והכחשה מיהת הוי מבי תרי שראו אותו אז במקום אחר והוי חד המוכחש מבי תרי דבטלה עדותו מכל ונשאר וידאל אברם עד אחד שבשנת קמ"ה ראו הקדושין הוא ובונפיל ואין וידאל אברם מכחיש לעדים המזימין לבונפיל,

כיון שאומר שבשנת קמ"ה ראו, ועדיפא פירשו בתוספות הך דאסהידו תרי לחד שעל כל אחד אומרים עמנו היית מתורת הכחשה נתבטל עדותו שעליו אומרים שנים נגדו ולא מדברים מהמעשה רק מהויתו בעת הקדושין לפי הגדתו ודוק וצ"ע:

ושוב התבוננתי דאולי קאי אם לא חזר בו וידאל רק מעדות השנה והודה לחבירו שבשנת קמ"ד היה ואם כן הוא הלא הוי הכחשה דתרי ותרי ואם תאמר א"כ הוא אמאי צריך לומר דלא הוי אלא עד אחד נימא דאיהו מוכחש במה שאומר שראה עם בונפיל, זה לא הוי הכחשה כמו"ש בסימן כ"ט ולמ"ד בחושן משפט דאין זה הכחשה דאין עד מדקדק מי עמו בשעת עדות, ונשאר העדות שהוא היה שם לבד בלא בונפיל והוי מקדש בעד אחד ולפ"ז מדוקדק לשון ריב"ש ודוק היטב:

הלכה ז

קטן שקידש כו':

במשנה למלך, נ"ל דעבד או שפחה שקבלו גט שחרור לזמן דיכולים לקבל קידושין בתוך הזמן שיחולו לאחר זמן משום דאינם מחוסרים מעשה אלא זמן, וזמן ממילא קא אתי כו' ואייתי לה מקו"ח דשדה זו שמשכנתי לך לעשר שנים לכשאפדנה ממך תיקדש דקדשה כו' יעו"ש, ואינו מובן, דאטו מי הותחל קצת המעשה של השחרור, ואטו אינם יכולים לחזור עד הזמן מן השחרור, וכי מת הבעלים הלא יבטל שחרורו [כיון שלא התנה מעכשיו] ואיך שייך כאן לומר זמן ממילא אתי, ואטו אם נתן אחד גט לאשתו לזמן, מי מצי לקדשה אחר בתוך הזמן, כיון שלא הותחל שום פרט מפרטי חלות הגירושין עד בוא הזמן, והדבר דומה כאילו לא נעשה מעשה מאומה כיון שברצון המגרש והמשחרר לחזור, לא מיבעיא להההלכה אלא אף למה דהוי סבר ריש לקיש דהמקדש אשה לאחר ל' אינה יכולה לחזור מכל מקום בקבלה קדושין מאחר ודאי דחוזרת דמעשה מבטל מעשה, והוא הדין דאיהו מצי הדר ביה יעוין בראש"ש פרק האומר, ובשדה זו שמשכנתי לך לעשר שנים, הלא ככלות העשר שנים בידו של המקדש לבד תלוי לפדותה, ובפרט בפדיון בן בכור דזמן ממילא אתי, ומכש"כ בקבלו גט שחרור דבעי שיהא הגט קיים ומנחא ברשות המשתחרר לכשיגיע זמן, ואם נתקרע תוך זמן לאו כלום, כש"כ שלא שייך לומר זמן ממילא אתי:

ומלבד זה נפלאתי עליו, הא הסוגיא בפרק האומר רמי דכיון דדבר שבידו לא חשיב דבר שלב"ל כו' א"כ האומר לשפחתו הרי את מקודשת לי לכשאשחרר אותך ה"נ דמקודשת, ומשני מי דמיא התם בהמה הוה מעיקרא השתא דעת אחרת, דענין הקדושין הוא ענין מקח המתהוה על ידי הסכם שתי דעות אשר ברצונם להתאגד יחד נעשה קשר קדושין,

והשתא הא הויא בהמה לגבי תורת קדושין, א"כ איך שייך בהא זמן ממילא אתי, כיון דהשתא אין כאן דעת אחרת כלל ואת מי עשה קשר הקדושין, ואין מחוסר מעשה גדול מזה וכמו שנברא אדם להקדושין, ומה יועיל כאן מה דזמן ממילא אתי ודוק:

ורבנן בתוספות קדושין (דף ס"ג ע"א) תוד"ה כגון דכתב ליה כו' משום דסתם קדושין בכסף וקנין מעות לא מתבטל כו'. צריך מובן, דהן לו יהא דדבר שלב"ל הוי כמו דבר שבא לעולם למ"ד אדם מקנה דבר שלב"ל, מכל מקום לא עדיף מנתאכלו המעות תוך ל' יום גבי פדיון הבן ותליא בפלוגתא דרב ושמואל (בבכורות מט), דשמואל סבר אין בנו פדוי משום דהשתא לאו פדיה הוי אע"ג דלאחר שלשים יום הוי רק מחוסר זמן ואינו כמו דבר שלב"ל, ואולי דקאי לרב ואיהו סבר גבי פדיון דבנו פדוי ודחוק. ויש לעיין עוד בדברי תוספות תמן דמפרשי דבעבד הוי מועיל בכסף אם לא אמר מעכשיו יעו"ש, וזה צ"ב, דהא נכסי עבד קנוים לרבו אף מה שהיה לו טרם שנמכר לעבד כדמוכח מירושלמי (פרק השולח הלכה ה') גבי מי שחציו עבד וחציו ב"ח, ויעוין פירוש רגמ"ה (ב"ב דף י"ב) בזה, א"כ הכסף שנתן לו כשקנהו אחר זה הרי הכסף שייך לרבו ואיך ישתחרר בהכסף שנתן לו, ולכך צריך לפרש הרי עצמך קנוי לך מעכשיו שאז שייך שקנוי לעצמו בהכסף שנתן לרבו ואכמ"ל:

הלכה ט

חרש שנשא פקחת כו' לפיכך אם בא פקח וקידש אשת חרש הפקחת הר"ז מקודשת לשני קידושין גמורין ונותן גט והיא מותרת לבעלה החרש:

מקור דברי רבינו ז"ל הוא מירושלמי מפורש פרק חרש, ובפי"א מהלכות גרושין נאריך בזה בס"ד. אולם הא דלא חיישינן שמא יאמרו גירש חרש ונשא זה הפקח ונמצא מחזיר גרושתו מן הנשואין ועיין ההמ"ג. לדידי מסתברא כפסק רבינו, דניחזי דהגמרא מפרש מדוע תקנו רבנן נשואין לחרש ולא תקנו לקטן ומשני משום דחרש לא אתי לידי נשואין תקינו ליה רבנן, והדר אמר מ"ש חרשת דלא ממאנה ומשני משום דא"כ ממנעי ולא מינסבי לה ולכן לא תקנו רבנן כתובה בחרשת יעו"ש, וכיון דהקדושין לא הוי רק דרבנן תו תפסי קדושי פקח בה מן התורה, ואם נאסור האשה שפשטה ידה וקבלה קדושיה מאחר, תו לא נתקיימה תקנת חכמים לחרש, וכמו דבשילהי נדרים בג' נשים חששו חכמים שמא תתן עיניה באחר, כן חששו חכמים אם תעשה כן הלא כל אשה הנשואה לחרש דבלא"ה לית לה כתובה תפקיע את עצמה ממנו ע"י שתקבל קדושין מפקח ותו תיאסר לעולם להחרש, וכמו באשה שאמרה שזינתה ברצון כמוש"פ רבינו פרק כ"ד עיי"ש, וכשיגרשנה חרש תהא מותרת להפקח, לכן אף כי חששו חכמים בקטנה שלא

מיאנה שקבלה קדושין לשמא גירש זה ונשא זה, כאן לא חששו חכמים, ועשו זה לתקנת החרש שלא תפקיע אשתו הימנו בקבלת קדושי פקח, והא דלא אמרו חכמים שיקדש האשה בקדושי ביאה דאז לא תוכל להפקיע את עצמה לשיטת ירושלמי דאינו יכול לגרש בקדושי ביאה, משום דאין זה תקנה לחרש שיהיה לו אשה באופן דלא יהא יכולת בידו לפוטרה, וזה פשוט וברור בדעת רבינו:

הלכה יט

יראה לי שאם קידש בתבשיל או בירק שאינו מתקיים וכיו"ב אם לא היו שוה פרוטה באותו המקום אינה מקודשת כלל כו' ודבר של טעם הוא וראוי לסמוך עליו:

העיטור השיג עליו בזה, ולדעתי ראיה מכרעת כרבינו ז"ל מהא דאמר פרק המדיר אמר רבי אלעזר המקדש במלוה ובעל, ע"ת ובעל, בפחות משוה פרוטה ובעל דברי הכל צריכה הימנו גט. והנה על מי קאי הך דברי הכל, אם על התנאים הלא תניא ומייתי לה שם בסוגיא, קדשה בטעות ופחות מש"פ כו' ואם בעלו קנו רשב"י כו' אם בעלו לא קנו, וע"כ דעל רב ושמואל קאי דהא דפליגי בקדשה ע"ת וכנסה סתם, דוקא כנסה, אבל בעל ד"ה צריכה הימנו גט, ולהקת הפוסקים סברי לקמן דקדושיה מספק שמא בעל לשם קדושין ומאי קאמר דברי הכל צריכה הימנו גט אפילו שמואל דסבר בכנסה אינה צריכה גט מודה כאן, הא בלא זה חייש שמואל שמא שוה פרוטה במדי, ואע"ג דכמה פוסקים סברי דהוי קדושי ודאי ולא תפסי אח"כ בה קדושי אחר, מ"מ לשון צריכה גט, מוכיח דבלא הבעילה לא היתה צריכה גט לשמואל, והא גט צריכה תמיד לשמואל שמא שוה פרוטה במדי, וע"כ דהלכה כרבינו דבדבר שאינו מתקיים לא הוי אפילו קדושי ספק ורק מחמת דבעל צריכה גט, ועיין לקמן (פ"ז הלכה כ"ב) ובכסף משנה שם, [וכן משמע מסוף פ' המגרש (דף פ"ט) בהא מבטלינן קלא כו' מימר אמרי עיינו בהו רבנן בקדושיה ולא הוה שוה פרוטה, משום דקידשה באציפא דתיחלא והוא דבר שאינו מתקיים ולא הוי ספק קדושין ע"ש]. אחרי כתבי זאת ראיתי בבית שמואל (סי' ל"א ס"ק ט') שכתב ע"ז דנקט המחבר בכסף להורות דבכסף אין חוששין שמא ש"פ במדי יעו"ש, ועיין אבני מלואים בזה:

אולם לדעתי נראה, דר' אלעזר קאי על תנאי ולא על רב ושמואל, או דקאי על פלוגתא דהריני בועליך ע"מ שירצה אבא. ואי קשה הא פליגי תנאי בקדשה בטעות ופחות מש"פ אף ע"פ ששלח סבלונות כו' ואם בעלו קנו רשב"י אומר משום ר' ישמעאל אם בעלו לא קנו, נראה דסבר דכי קאמר דלא קנו בבעילה, דוקא ששלחו סבלונות קודם, חזינן דמטעי טעו וסברי דהקדושין הוי קדושין ולכך שלחו סבלונות, דאם לא כן לא הוי להו

לשלוח סבלונות שעדיין אינה ארוסתו, אבל כי לא שלחו סבלונות ובעלו דברי הכל צריכה הימנו גט וזה סברא נכונה. ולפ"ז אין ראיה לפסק רבינו, דמאן אמר דר' אלעזר סבר כשמואל בהא דשמא ש"פ:

ומה שהקשו בתוספות לשמואל דסבר בקטנה שלא מיאנה והגדילה ונשאת דאמר דצריכה גט משני, דקשה עליו מברייתא דקטנה שהשיאה אביה ונתגרשה והחזירה וגדלה אצלו דמתיבמת יעו"ש, נראה דשמואל לטעמיה דפסק בב"ב (דף קנ"ד) דמשהביאה שתי שערות אינה יכולה למאן, וא"כ הוי קדושין דרבנן ולא הוי בעילתו בעילת זנות, ושפיר לא אסיק אדעתיה למבעל לשם קדושין דבלא זה אינה יכולה למאן, אבל הך ברייתא אתיא כר' יהודה או כשאר תנאי דבלא בעל יכולה למאן עד שתכלכל או עד שירבה שחור על הלבן, עיין פרק בא סימן הרבה תנאי בזה, וא"כ ודאי דבעיל לשם קדושין כי היכי דלא תהא יכולה למאן, ולכן מתיבמת לדידהו, וזה נכון בס"ד. ולפ"ז לשיטת תוספות לר' אלעזר דסבר דבעל בתנאי כו"ע מודו רב ושמואל דצריכה גט, וטעמא דשמואל דסבר בקטנה והגדילה אצלו, דאם נתקדשה לאחר דצריכה גט משני משום דאיכא קדושין דרבנן ולא שייך בהא חזקה אין אדם עושה בעילתו ב"ז, אפשר לומר בזה דרב ושמואל לטעמייהו אזלי, דרב אמר בסוף פ"ב דחולין זו דברי ר"מ אבל חכמים אומרים יש מיאון במקום חליצה כו' ובודאי זו ולא ס"ל כמו שהוכיח בהלכות פ"ג דכתובות גבי יש קנס במקום מכר, ועיין תוספות ב"ב (דף ל"ה) ד"ה ומאי שנא עיי"ש. ואם כן כיון שאם לא נבעלה יכולה למאן חזקה דבעיל לשם קדושין גמורים שלא תוכל להפקיע עצמה ממנו, אבל שמואל אזיל לטעמיה דאמר רב נחמן בפרק מי שמת (דף קנ"ד) דמשהביאה ש"ש אינה יכולה למאן, וא"כ בל"ז הוי קדושין דרבנן ואינה יכולה למאן, ולכן לא אמרינן דבעיל לשם קדושין ודאי, ובפרט לשיטת הירושלמי ריש פרק ב"ש דאם ממאנת הוי בעילתו ב"ז, דאמר מ"ט דב"ש אם את עושה כן, נמצאת עושה כל הבעילות שבעל לשם זנות א"ר אבין אתיא דב"ש כר' ליעזר דתניא ר' ליעזר אומר אף הפנוי הבא על הפנויה כו' הר"ז בעילת זנות, ולא כתלמודין ביבמות (דף נ"ט:) דאמר ר' זירא, דבממאנת אף ר"א מודה דאינו ב"ז, ודאי דבעיל לשם קדושין אם יכולה למאן ואכמ"ל ודוק:

הלכה כא

ואפילו אמרה לו הנח קדושין על מקום זה כו' של שניהם כו':

המתבונן בלשון רבינו וסידורו, יראה דרבינו פירש שני פירושים בברייתא דתן ע"ג הסלע, חדא לעיל הלכה ד', דמיירי כשלא נתרצית להתקדש לו מקודם רק איהו אמר

לה התקדשי לי בדינר זה ואמרה לו הניחהו ע"ג הסלע, וטעמו דאינה מתכוונת לשם קדושין רק משטה היא בו, ובזה בעי אם אמרה לו הניחה ע"ג הסלע והיה של שניהם אם אמרינן דכוונה להשטות בו, וזה כמו שפירש הטור בשם התוספות דאפילו אם זרק אחר זה לתוך חיקה ג"כ אינה מקודשת משום דלא רצתה בקדושין, והוה בעיא דלא איפשטא בגמרא, וכאן פירש שאף אם דברו שניהם מענין הקדושין וידענו שנתרצית להתקדש אליו בכל זה בעי שיגיע לידה, וכי הניח ע"ג סלע הרי לא הגיע לרשות שלה וברשות של שניהם לא איפשיט בגמרא אם גמר ומקנה לה סלעו דלא ליהוי כחצר השותפין שאין קונין זה מזה, והוא פירוש אחר, ותלוי ברבוותא אם באמרה הניחהו ע"ג הסלע ואתקדש אני לך אם שייך דין ערב שהובא שם בהרב המגיד ור"ן, וזה דרך רבינו לכתוב שני פירושים בשמועה חדא ודוק היטב:

פרק ה

הלכה א

המקדש בדבר שהוא אסור בהנאה וכו' אינה מקודשת ואפי' היה אסור בהנאה מדבריהם וכו':

בשו"ע סימן כ"ח, אשה שנדרה הנאה מאדם אחד או מכל מה שיתנו לה שלא בפני האב כו' ועבר אחד וקדשה אינה מקודשת דהוי כאילו קדשה באיסורי הנאה כו'. וצ"ע, דדין זה לקוח משו"ת הרשב"א ונתבונן בו, דאם נאמר דמש"ה לא הוי קדושין מטעם דאין זכיה באיסורי הנאה והוי כאילו לא קבלה, דזה לא יתכן, כיון דההפץ אינו אסור בעצמותו לה רק אם יבוא לה בתורת קדושין, א"כ הא כבר ביאר רבינו נסים בע"ז, גבי כיון דאגבה ביה זכי ביה ישראל ונעשה שלו ולא מצי מבטל, ופירש, אע"ג דאין זכיה באיסורי הנאה, בכ"ז כיון שבלא הזכיה הוי ממון דראוי לבטלו ע"י גוי ויהיה ראוי גם לישראל, ואם תאמר דלא זכי מה יעכבו הא השתא ממון הוי, רק לכשיזכה בו אז יפקע מאתו שווי הממון, א"כ על כרחין חלה הזכיה קודם ואז יפקע מאתו שווי ממון, וכתב דזה טעם רבינו בקנה חמץ בפסח מן הגוי משום דחמץ טרם שזוכה בו ראוי להיות ממון אחר הפסח לר"ש דחמץ לאחר הפסח מותר, וא"כ כאן הלא טרם שקבלתו ואף אם תקבלו רק שלא בתורת קדושין גם כן מותרת בו, רק אם תקבלו לתורת קדושין אז אסרה הנאה מאתו, א"כ איך לא תזכה הלא ימנע מאתה הזכיה, הא השתא טרם זכייתה בו ממון גמור הוי גם לה, ועל כרחין דתזכה בו ואז יאסר לה בהנאה ויפקע ממנו שווי הממון. וצריך לומר, דהטעם כיון שאין לה הנאה מן הכסף לא מתקדשא ביה, ולפ"ז

נראה דדין זה לא יתכן רק לשיטת הרשב"א גופיה דסובר בחידושים באורך, דדוקא תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב דנהנה מן המעות האלו פלוני בן דעת וזוכה בדמים אלו, אבל זרוק מנה לים כיון שאינו מקבלו בן דעת לא נחית להתחייב מתורת חיוב וערבות, יש לומר דכאן שהיא אינה נהנית מן המנה תו לא מתקדשא ליה, אבל אם נימא כהך שיטה דאף בזרוק מנה לים בהתחילה היא תחלה מתחייבת מדין ערב וכמו שכתב הרמ"א להחמיר לקמן סימן ל' בסופו, וכן פסק בחו"מ סימן ש"פ דהוי ספיקא דדינא, א"כ לו יהא דהיא לא נהנית מן המנה או מן חפץ זה, אבל הלא המקדש מפסיד ממונו והוי כזורק מנה לים והיא רוצית להתקדש ע"י זה, א"כ אמאי לא יהיה קדושין בהתחילה היא תחלה, דהא כיון דזכתה ביה נפקע מרשותו ממון גמור, ועבור זה מתקדשת אליו במה שמגיע לו הפסד ממונו עבורה ובשביל זה היא מתקדשת לו ואמאי סתם הרמ"א דאינה מקודשת וצ"ע:

ולפי מה שבארנו א"ש מה דסיים אבל אם קדשה בשטר הוי קדושין, ולקמן סימן ל"ב הביא פלוגתא בזה, משום דבשטר קדושין בעי זכיה ובשלמא הכא דעל ידי זכייתה בכסף לתורת קדושין בא חלות האיסור עליה, ע"כ דזכתה קודם ואחרי זה חל האיסור ולכן מקודשת, ורק מתורת כסף אינה מקודשת משום דלא מטיא לה הנאה, אבל לקמן סימן ל"ב באיסורי הנאה גמורים לכל העולם ואין האיסור בא משום קבלתה לכן פליגי בזה אם דומה לגירושין דאפילו באיסורי הנאה ד"ת אמרו בגמרא דילן דכתבו על איסורי הנאה כשר. אולם אם נאמר דכוונת האשה הא דקבלתה הוא רק תנאי, אבל המכוון שתיאסר בחפץ טרם שהגיע לידה וכמו שרצו בגמרא לומר דככרי עליך לא מיתסר רק בעוד שהוא ככר של הנותן דאזמניה עליה (עיין פ"ד דף ל"ד), ואם כן לא חלה הזכיה אם אין זכיה באיסורי הנאה. ושפיר סתם הרמ"א דמתורת כסף אינה מקודשת, אבל בזה מחלוקת גדולה בין הקדמונים, ועיין בר"ן (נדרים דף מ"ז) ד"ה והוי יודע כו' אלא ודאי נכסים דידיה נינהו, ובמחנ"א הלכות זכיה והפקר אריכות בזה ואכמ"ל:

אחרי זה עיינתי בשו"ת הרשב"א סימן תר"ב תר"ג, וראיתי כי השואל נסתפק בהא דאסרה כל מה שתקבל מפלוני משום דבאו כאחד, וכוונתו לסברא שכתבתי, משום דע"כ זכיא בנכסים קודם ואח"כ מיתסרא, ולא דמיא לאוסרת עליה נכסיו של פלוני דהאיסור חל בלא זכייתה, לכן לא מצי זכיא, רק שהרשב"א השיב דחוששין להחמיר שמא להקדש גמור מכוונא ולא חל דהוה מקדיש דבר שא"ב ובהא לא נחית להסתפק, יהיה איך שיהיה אין לסמוך למעשה על פסק זה, וכפי מש"כ יש בזה כמה דעות מהקדמונים להחמיר והויא ספק א"א וצריכה גט ובפרט שאם נאמר דזכתה ביה הוי

ממון שלה להיות בעלי חובות שלה נפרעין ממנו, א"כ ודאי מתקדשת בו, דמטי לה הנאה גמורה מהך כסף ודוק כי קצרתי:

הלכה ב

עבר ומכר דבר האסור בהנאה וקידש בדמיו ה"ז מקודשת:

בלא ידע הלוקח שהוא דבר האסור והוה מקח טעות, נסתפקו רבוותא הרא"ש והר"ן אם הוי כמקדש בדבר שאינו שלו, ומה שפירשו בהך דירושלמי במקדשין בגזל אינו מוכרח, דהפירוש כמו שכתבתי במק"א והספק כיון דלשם מקח יהיב ליה זוזי להוצאה ניתנו ומצי למיהב זוזי אחריני וא"כ תו הוי קדושין מעליא, ומדברי התוספות פרק המוכר פירות (דף צ"ב:) ד"ה אי דליכא לאשתלומי מניה, מורים, דאינו רשאי המוכר להשתמש בהנך מעות, דכתבו דאי ליתנהו להנהו זוזי א"צ למיתן לו זוזי רק הוה כמזיק כשהוציא הנך מעות אלמא דאינו רשאי להוציא, וכן כתבו שם מפורש והכא אי איתנהו להנהו זוזי צריך להחזירם כיון שהוא מקח טעות ול"ד להלואה, דהלואה להוצאה ניתנה כו' ואף למה דפסיקא לר"ת בריש פ' הפרה דהוי כבע"ח נראה דסבר דלגבי המעלה דאית ליה לבע"ח אית ליה להך כיון דמדעתו יהיב ליה מעות ואידך נהנה בהמעות לא גרע מבע"ח דלא מצי לסלק אלא בזוזי אם אית ליה דזוזי בעי מה דיהיב ליה למוכר, וכן חזינן דפשיטא להו לרבוותא דאסור להשתמש במעות היכי שהמקח טעות, מריש פ' המוכר את הבית (דף ס"א:) ד"ה ארעתא תרתי משמע. ואין לומר דיש לחלק בין קרקע למטלטלין דאין חזקת השוכר חשובה בקרקע כמו במטלטלין כדאשכחן לקמן גבי כו' ונמצא נגחן דאזלי בתר מוחזק במעות עתה אעפ"י שתחלה של לוקח היו ולא אמרי בחזקת בעלים הראשונים קיימא, הרי דסברי דאסור להשתמש במעות ולמיהב ליה מעות אחרינא דאי הוה רשאי להשתמש ולמיהב ליה מעות אחרינא, הרי לא שייך לאוקמינהו בחזקת בעלים הראשונים, ומשום זה פסק בטור דהוי מקדש בדבר שאינו שלו ואינה מקודשת ודוק:

אמנם דע אע"ג דלשיטת התוספות אינו יכול להשתמש במעות כיון שהטעה את הלוקח, מ"מ כתבו בריש המוכר פירות דלא הוי רק מזיק, ולכן כי לית זוזי א"צ למיזבן מטלטליו ולמיתב ליה זוזי, רק כדין מזיק, אבל כאן כתבו רבוותא הרא"ש והר"ן דהוי גזל ופירשו זה בכוונת הירושלמי ז"א שמקדשין בגזל, והדבר פשוט מאד דכאן אינו נותן לו דמיהן דאיסורי הנאה יהיב ליה ואינם שוים מאומה, רק הוי המעות שלקח בגזל, משא"כ תמן השור לנכסתא שוה הנך דמים דיהיב ונמצא דלא גזל ממנו מאומה, רק דאי אית ליה צריך למיהדר אותם ללוקח, אבל גזלן לא הוי, ופוק חזי אף בגזל חפץ בע"כ ושילם דמיו

כתבו רבוותא דלא הוי גזלן דבר תורה וזה פשוט. ולפ"ז נפ"מ לענין דינא במוכר איסורי הנאה ולא הודיע ללוקח הוי גזלן וצריך לשלם כפי מה שהיו שוים המעות בשעה שלקחן ממנו כדין כל גזלן, משא"כ תמן דיהיב ליה שור נגחן דלשחיטה שוה הדמים שלקח, הגם דאינו רשאי להוציאן וחייב כמזיק צריך לשלם כפי שווי שלהן בשעה שהוציאן מן העולם וז"ב, [ועיין מחנ"א הלכות גזילה סימן כ"ג שחסר מדבריו ובודאי כוון לזה] והא שכתבו במרובה (דף ס"ח) דהמעות מעשר שני גזל ביד המוכר לא הלואה, משום דממון גבוה הוא ואינו יכול ליתן במתנה וכן אינו יכול להלוות אותן ודוק בכ"ז:

הלכה ז

המקדש האשה בגזל או בגניבה כו' אם נתייאשו הבעלים כו' ה"ז מקודשת כו':

הרמ"א כתב דרק מדרבנן, והוא מדברי הרא"ש פרק מרובה, ופירש הפ"ח משום דאע"ג דאיכא יאוש ושינוי רשות בכ"ז הא ממון המקדש לא הוה, וצריך מובן הא משנתנו היא ובהקדש ר"י אומר בשוגג קידש ותמן כי יהיב לה מידי דלאו דיליה יהיב לה וכי נוטלת בידה מעות הקדש יוצאים לחולין, הרי הממון לא הוי שלו ואעפ"כ הרי זו מקודשת. ואין לומר משום דגבי הקדש הא אי הוה נוטלת מאליה ממון הקדש ואז הוה היא המועלת, וכעת הוי כנותן לחבירו דהוא מעל חבירו לא מעל, א"כ המקדש הוא נתחייב בתשלומין במה דנפקי מרשות גבוה והיא פטורה מכלום, א"כ גם בגזל הא שיטת רוב הקדמונים דע"י יאוש עם שנוי רשות פטור הלוקח מלשלם דמים והגזלן מחוייב בתשלומין. ואין לומר כיון דהוי יאוש ולא קנה, א"כ תו אף אם זכיא בעל כרחו דגזלן ג"כ הוי שלה ולא היתה צריכה לשלם, א"כ לא הגיע לה מיד הגזלן הוא המקדש כלום. ז"א, דכבר הוכיחו רבנן בתוס' (ב"ק ס"ט) ד"ה כל דאסור לזכות בע"כ דגזלן וגם אם זכה מחוייב לשלם לגזלן קרן הואיל והגזלן היה מחזיקה לפטור עצמו בה מן התשלומין א"כ שפיר דמי להקדש. ואין לחלק משום דבהקדש ע"י שמוסר את ההקדש לרשות האשה לתורת קדושין ע"י זה מתחייב בתשלומין להקדש והיא זכיא בכסף גמור ופטורה מכל ערעור, אבל בגזלן התשלומין שמתחייב הוא מקודם כבר בשעת הגזילה נתחייב בתשלומיה, רק דהוי מצי לפטור מחובו בחפץ זה בחזרתו ליד בעלים, אבל לאו דיליה הוא ולאו ממונא יהיב לה. ז"א, דכבר לא נתחייב רק בדמי הגזילה כשהיתה שוה בשעת הגזילה וכמו דקיי"ל איתבר משלם כדמעיקרא, אבל השתא כי תברא ושתיה דמי דמיהב יהבה להאשה שקנתה אותו בש"ר ומשלם כדהשתא, וא"כ ע"י הקדושין שלה נתחייב בתשלומי הגזילה כמו שהיא עכשיו, היינו בשווי הגזילה כדשוה בשעת קדושין שלה ודמי ממש להקדש:

אולם זה ניחא עפ"י שמבואר אצלנו במק"א, דהא דתברא ושתיה הוא קודם יאוש, אבל

אם תברא ושתיה אחר יאוש הוי כמו גזל ונתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דאף לרב חסדא אינו גובה רק מראשון אעפ"י דהשני לא קנאו ביאוש וש"ר והראשון לא קנאו ביאוש גרידא הואיל ונפיק מרשות בעלים דליתהני ביה שינוי השם וש"ר, לכן היכי דליתא בעינא לא מצי גבי משני כמו שביארו בתוספות ריש פ' הגוזל ומאכיל, א"כ אף כי תברא ושתיה לא גרע מאחר דפטור אחר יאוש והוי איהו כמו אחר ולא מצי גבי רק על שעה שגנב דהוי רק כשעת הגזילה דהוי כמו איתבר ממילא כיון דעל השבירה והשתיה פטור דכבר נפיק לזה מרשות בעלים. א"כ שפיר לא דמי להקדש דתמן ע"י הקדושין בא סיבת החיוב של מעילה שהוא מתחייב בתשלומין עבור שקבלה וקנתה החפץ, משא"כ בגזילה שהחיוב שנתחייב בתשלומין הוא משעת גזילה, ועל שעת הקדושין לא נתחייב מידי דלא הוי כתברא או שתיה דמשלם כשעת השבירה כדאמר סוף פ' המפקיד כיון דאחר יאוש הוא ואילו גזלה ואכלה אחר הוי פטור כן איהו פטור דהוי כבר אחר יאוש, וזה נכון ודוק:

ויש להעיר, דנתבונן בגזל חמץ ועבר עליו הפסח ובא אחר ושרפו צריך לשלם לו וכי גנבו משלם כפל דגורם לממון כממון דמי, ורמב"ן כתב בדיני דגרמי דהוי ככיס מלא מעות ולכך משלם כפל, אבל ר"מ דמחייב משום גרמי אינו מתחייב בכפל עיי"ש, ובריש פסחים אמר הגמרא דלמאן דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי חייב הישראל לבער החמץ של עו"ג יעו"ש [ועיין ראב"ד בשיטה מקובצת פרק המפקיד דגונב מבית שומר למה אינו משלם כפל לשומר עיי"ש, ובמק"א בארנו ואכ"מ], ולפי מש"כ רבנן בתוספות דכי זכה אחר בע"כ של גזלן בעי לשלם דמים לגזלן א"כ הוי לגזלן דבר הגורם לממון, וכממון דמי לגזלן שבהגזילה פוטר עצמו מן הנגזל דיכול לומר הש"ל, וא"כ היא קנתה הגזילה ביאוש וש"ר, והגזלן גופיה דהוא המקדש מחסר ממון היינו דבר הגורם לממון וכממון דמי דעכשיו מחויב מעות לשלם להנגזל, אך הרא"ש לטעמיה דפסק בפרק הגוזל קמא כרבנן דלאו כממון דמי ואע"ג דהוא מחסר ממון בכ"ז לאו ממון יהיב להמתקדש, ואף דמוחל לה ממון שמחוייב לשלם, מ"מ בעין לא יהיב לה מידי ולכן אינה מקודשת, אבל אי הוה חייש לר' שמעון בכל הלכותיו קאמר דדבר הגורם לממון כממון דמי, א"כ יהיב לה ממון היינו שמחסר ממון משלו דלדידיה הוה ככיס מלא דינרים והיא קנתה את החפץ לגמרי לכן אמר לית דחש להא דר"ש דאמר סתם גזילה יאוש בעלים. ויש להתעקש כיון דקרנא הוי לבעלים לא מתיחס אחרי מה דאית ליה בהחפץ דבר גורם לממון ולאו שלו הוי. אולם לפי מה שבארנו דלאחר יאוש אם תברא ושתיה פטור מתשלומין א"כ לא מתיחס אחרי הקרן שיש לבעלים, ויש לבדוק הרבה בסברא זו, ועיין

מש"כ בזה בהלכות גנבה ותמצא דברים נכונים:

והא דאמר בירושלמי על משנה דמכרן וקידש בדמיהן כו' אמר ר"ח זאת אומרת שמקדשין בגזילה. נראה פשוט עפ"י שיטת רש"י דהדמים אסורים למחליף עצמו, ואף עפ"כ כיון שלהאשה המתקדשת מותרין בהנייה והוין לה דמים, שפיר תפסי קדושין, ולפ"ז הוה"ד בגזילה שנתייאשו הבעלים כיון דאיהי קניא ביאוש וש"ר ולדידה קנוי לגמרי אע"פ דלהמקדש אינו קנוי מ"מ הואיל ואתי לידה מחמת נתינתו שפיר מתקדשת, וכן אמר בריש פ' האיש מקדש ר' שמואל ברי"צ מ"ד מקדשין בגזילה שנתייאשו הבעלים ממנו כו' וזה פשוט, ודברים כאלה הביא המשל"מ בשם הר"ן, אולם בפירוש הירושלמי נדחק הרבה יעו"ש ודוק:

הלכה כב

אמר לה הילך דינר זה במתנה וכו':

ראיתי להמחברים שהקשו, אמאי יליף רבא בדף ו' הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני כו' לימא דנילף מקדושי יעוד דמיעדה לבנו, והוי כאומר הילך מנה והתקדשי לפלוני, ולענ"ד הוא פשוט מאד. דבירושלמי קאמר בפ"ב הלכה א' גבי תן סלע לעני ואתקדש אני לך [כן מיירי התם] א"ר הילא, העני זוכה לאשה משל בעלה וחוזר וזוכה לעצמו, א"כ קמ"ל דלא מטעמים אלו, ועיין ריטב"א שמפרש דחולק על הבבלי, ולכך מדין יעוד סד"א שהאב נעשה שלוחו של האדון לזכות המעות לבן האדון וחוזר וזוכה לעצמו, וכמו שהירושלמי קאמר שהעני זוכה להמתקדשת, כן סד"א הכא שהאב זוכה להמקדש וממנו זוכה לעצמו, ומטעם זה מהני יעוד לבנו של אב, ואנן קיי"ל דאין יעוד אלא בגדול כדא"ר ינאי (דף י"ט), א"כ יכול לזכות האב עבורו, ולעשות בעדו שליח לזכות, ולזה מייתי ברישא ראיה תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת. דאין לומר מטעם הירושלמי, דפלוני זכה לאשה משל בעלה וחוזר וזוכה לעצמו, ע"ז מייתי מערב דמשתעבד, דאין לומר תמן דהלוה זכה הממון לערב וחוזר וזוכה לעצמו, דא"כ הוי כמו נשא ונתן ביד דאין לו על הלוה כלום רק על הערב, ואנן קיי"ל כל היכי דאיתא ללוה לא אזיל בתר ערבא, א"כ חזינא דמשום דקא חסר ממונא על ידיה משתעבד, ה"נ משתעבד מטעם זה, ונפ"מ אע"ג דפלוני חרש הוי דלאו בר שליחות ולא מצי זכי למעות עבור המתקדשת, ג"כ מקודשת, ולא כדאמר בירושלמי דגבי חרש לא מהני ועיין ריטב"א בזה ודוק. וכן בסיפא הילך מנה והתקדשי לפלוני קמ"ל דלא מטעם דאמרינן דהאשה המקבלת קדושין זוכה עבור פלוני ואח"כ זוכה לעצמה, מייתי ראיה שפיר מעבד כנעני, דאין לומר דהאדון זוכה עבור עבד כנעני, דא"כ איך יצא לחירות הא ר"מ סבר דאם אקני

לעבד אחר מנה ע"מ שתצא בו לחירות ג"כ לא יצא לחירות, דאין קנין לעבד בלא רבו ואפ"ה מהני, אלמא דבלאו זכיה רק משום דמטי בשבילו כסף לידו נקנה לחירות, ובל"ז כיון דמהני בעל כרחו דעבד לדעת קצת עיי"ש אין מקום לזכיה כלל:

ונפ"מ להך תולדה דהוציא מב' דינים אלו, תן מנה לפלוני ואקדש אני לו, דאם נימא טעמא דהילך מנה והתקדשי לפלוני משום שהמתקדשת זכיא לפלוני וחוזרת וזוכה לעצמה, א"כ הכא לא שייך שהאשה זכיא לפלוני, אטו הגיע לה דבר מהנותן, הלא לא נתן רק להמקדש, וע"כ צריך למילף מעבד כנעני, אבל הך טעמא דעבד כנעני, בלא טעמא דערב היה מהני להך תולדה, דתן מנה לפלוני ואקדש אני לו, דהמקבל נעשה שלוחו של הנותן לזכות להמתקדשת וחוזר וזוכה לעצמו, ושוב מועיל מדין עבד כנעני, דאחר נתן לה כסף עבור המקדש ודוק. ושמור הכלל כי צריך שלא יהא זוכה מאתו לאחר, רק ע"י אחר, דאין אדם מזכה ע"י עצמו והלוך בארחות יושר:

ודע, דלפי מה דקאמר בירושלמי, דאם העני חרש אינו זוכה במנה בשביל האשה, אינו סותר למש"כ הרא"ש דלטובתו נעשה קטן שליח, ומש"ה מקבלת קטנה קדושין ברשות אביה (עיין סימן ט"ו), דתמן מה שהאשה זוכה, אינו בעצם הזכות לעני, רק מה שזוכה מאתה אחר כך, אבל הכא בעצם הקדושין את מי מקדש, הבת מתקדשת בקבלת אביה הכסף קדושין או השטר ולכך שפיר מהני, דנעשית שליח לטובתה לזכות לאביה ופשוט מאד:

הלכה כד

ואם החזירתו הרי לא נהנית:

המעיין בשיטת רבינו בדין כסף קדושין, יראה שסובר דעיקרו תלוי בהנאה שתהא נהנית מפרוטה כסף שנותן לה, לכן בהנך הלכות שכתב בהלכה כ"א וכ"ב, דייק בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך, בהנאת מתנה זו שקבלתי ברצונך, בהנאה זו הבאה לך בגללי, ובמכר לא מועיל באומר תן דינר לפלוני ויהיו נכסי קנוין לפלוני, דדוקא גבי אשה דרק בשביל הנאה הבאה מכסף מקנית נפשה לבעל, ולכן במקדש במלוה אף שדעת רבינו דמלוה מועיל כמו כסף גבי מכר, בכ"ז גבי קדושין אינה מקודשת וכמו שדייק בהלכה י"ג שהמלוה להוצאה ניתנה ואין כאן שום דבר קיים להנות בו כו' ועברה הנייתו, ויעוין בפ"ז מהלכות מכירה הלכה ד', ולכן כתב לעיל (בפ"ד הלכה י"ט) דדוקא בהנייה תלוי, לכן בענין שיהיה דבר ראוי להתקיים עד שיגיע לאותו מקום ששוה פרוטה, ואז כיון שתוכל להנות מפרוטה, גמרה ומקדשה נפשה אע"ג דבמכירה יכול להיות דסובר רבינו דאין זה כסף כלל דאין לו אלא מקומו ושעתו, בכ"ז גבי קדושין עיקרו בהנייה תליא,

בין לגריעותא כמו במלוה דאין שם הנאה מתקיימת ומחודשת דאינה מקודשת, בין למעליותא כמו בהלכה כ"ב, ולכך במתנה ע"מ להחזיר כיון שאם החזירתו לא נהנית בו היינו בגופו של דינר הנאה ממשית, אם לא שהיתה צריכה להתראות או כיו"ב שזה אין הנאה מגופו של דבר לא גמרה ומתקדשה בו, וזה שאמרו בגמרא דמטעם חליפין הוא טעם על שלא גמרה להקנות עצמה בו, ופשוט למסתכל היטב בשיטת רבינו:

פרק ו

הלכה ב

ואלו הן הד' דברים של כל תנאי כו':

האחרונים נסתפקו באומר לאשה הרי את מקודשת או מגורשת ע"מ שיהיה כן ואם לא יהיה כמו שארצה מהו, והנוב"י מה"ת חלק אבן העזר (סימן קל"ג) פסק דלא הוי תנאי בכל גוונא דבעינן תנאי כפול מוחלט משני הצדדין בהן ובלאו, והנה סברתו לא מחוור. אולם לענ"ד נראה שזה כונת הירושלמי עירובין פרק בכל מערבין ריב"פ כו' ירדו לסמפון בשיטת ר"מ דקדושין ר"ח כו' ואפילו כרבנן לית כן כו' סדר סמפון כ"ה אנא פלוני בר פלוני מקדש אותך אנת כו' ע"מ מיתן לך מקמת פלוני ומכניסך ביום פלוני אין אתא יום פלוני ולא כנסתיך לא יהוו לי עליך ולא כלום, פירוש, שלא יהא לו שעבוד עליה, רק יהא כפי רצונה, אם תתרצה שיהיו הקדושין טוב ויהיה קיים מעכשיו, ואם לא תתרצה יהיו בטלים [ופריך] ויימר על מנת שלא יכפול תנאו, כיון דאתא כרבנן, אילו לא כפל תנאו מיעקר קדושיו [כצ"ל] פירוש אם לא היה כופל תנאו, אם עבר הזמן שקבע לכונסה היו הקדושין בטלים אף אם תתרצה אחר כך והיה נעקר הקדושין, ומש"ה כופל שאם לא יכנוס אותה לא יהא לו כלום, ויהיה כפי מה שיהיה ברצונה, וכפי זה אתיא דוקא כרבנן ולא כר"מ, דאי בעינן כפילא אף בע"מ כמו דסבר בע"מ שירדו גשמים והא הכא לא כפל התנאי במיתן לך מקמת פלוני דהו"ל לומר אם לא יהיבנא לך מקמת פלוני כו' לא יהא לי עליך כלום, וע"כ דירדו בשיטת חכמים רק שלא יעקר הקדושין אם לא יקיים תנאו אף אם תתרצה אחר כך לכן כפל והתנה בפירוש שיהא כפי מה שהיא רוצה, ובמיהב לה מקמת פלוני, בידה לומר ה"ה כאילו התקבלתי לכן לא חש לכפול. ודבר זה צריך עיון בדברי רבינו והחולקים עליו לקמן (פ"ז הלכה כ"ג) יעו"ש בהמגיד וכסף משנה ודוק, ועיין משל"מ הלכות זכיה ומתנה הלכה ו' והבן ואכמ"ל יותר:

הלכה י

וכן המקדש יפ"ת על תנאי שיתעמר בה הרי זו מקודשת ואין לו להתעמר בה שהרי התורה מנעה אותו:

לא הבנתי, דהא הלאו דלא תתעמר בה וכו' פירש רבינו בהלכות מלכים דלאחר שנבעלה לא יכבשנה לשם שפחה כמו כל שבוית מלחמה, ואימת מצי לכובשה, טרם שנתגיירה אז שייך כיבוש לשם שפחה, ואיך שייך אז קדושין הלא לא תפסי בה קדושין, ואם נפרש לא תתעמר בה היינו שלא ישתמש בה אחרי גירות, זה בתורת עבדות, הלא בכל ישראל זה דבר שאינו אפשר, כי האשה אינה מוכרת עצמה, ואם בתורת אשה לבעלה שמעשה ידיה שלו איך שייך ע"ז הלאו, ואם נאמר דהוא מתנה על מנת שישתמש בה בע"כ כמו בעבד על השימוש לבד, הוי כמו על מנת שתאכלי בשר חזיר, דאין זה מתנה ע"מ שכתוב בתורה, דאפשר דאכלה ולקייא, ואי משום דיזכה בה להשתמש בה בתורת עבדות, לא ידענא איך משכח זכיה להשתמש בתורת עבדות בישראלית, כיון דאינה מוכרת את עצמה כמוש"כ רבינו בהלכות עבדים, וכיון דבת קדושין היא ונתגיירה הויא כישראלית אע"ג דבאינו נוהג כשורה מותר להשתעבד בו אבל לזכות בו להשתמש לא מצאנו וצ"ע. ולהך מ"ד דסבר בירושלמי [הביאו תוספות קדושין כ"ב] דאינו מותר לבעול רק אחר המעשים כולם יפרש עמור על תשמיש לחודא ובכל זה עדיין צ"ע:

הלכה יא

התנה על האשה כו' שתבעל לאביה ולאחיה כו' אבל אם התנה עליה שיתן לי פלוני חצירו או שישיא בתו לבני וכי"ב תנאו קיים שהרי אפשר בידה לקיימו ותתן לפלוני ממון רב עד שיתן לו חצירו כו' שהרי אין כאן עבירה וכן כל כיו"ב:

מקור דבריו מסוגיא דגיטין פ"ד, פלוני נמי אפשר דמשחדא ליה בממונא אלא אבא כו' אבא ואביך מי עבדי איסורא. ולכאורה צ"ב, א"כ באומר ה"ז גיטך אם מתי איך הוי גט הא אין בידה לקיימו וכי"ב וכן באומר הרי זה גיטך אם תמות חברתך (ביומא פ"ק), וכן אם ירדו גשמים ודאי אי אפשר לקיימו. אולם זה ודאי כיון דאינו מתנה עמה שהיא תקיים זה או הוא יקיים זה, רק אם יקרה כך יהיה כן, א"כ תליא אם באפשרות הדבר להתקיים בטבע העולם הוי תנאי גמור ומהני, ולכן אמר בפרק בכל מערבין דאם ירדו גשמים היום יהא זה תרומה כו' וכי"ב, ובפ"ק דיומא אם תמות חברתך, דאינו תולה רק בהתהוות הדבר, לא שהנוכחי זולתו יקיים זה וז"ב. נמצא אם התנאי הוא שתהיה בפועל מכוון מבעלי התנאים, כי מתנה בדבר שאינו תלוי ברצונם לא הוי תנאי, והוי בגדר תנאי שא"א לקיימו, אבל בתנאי שאינו במכוון כמו אם יהא כך, אז אם הוא ענין שיכול

להתקיים ע"י טבע העולם, כמו ע"מ שירדו גשמים הוי תנאו תנאי, או אם תמות חברתך הוי תנאי, אבל כי מתנה ע"מ שיהא גלגל חמה עומד, ואח"כ אירע איש כיהושע בן נון והעמיד החמה, בכ"ז אין זה ענין שיכול להתקיים בטבע העולם, ולכן כל מה דעבדי ע"מ כן, אין זה מפעולות הקיימות רק כשחוק הנערים אף שהתנה שלא במכוון בעלי תנאים. ולכן לא מצאנו שיהא תנאי באופן שיתנה אם יעלה לרקיע, דאף עפ"י שיתנה עמה אם יהא שתעלה לרקיע או שיעלה אחר לרקיע, כיון שאינו מדברים המקוימים בטבע העולם אינו תנאי כלל:

ובזה יתישב בסוף פרק השוכר את הפועלים, ר' יהודה בן תימא אומר כזה גט, כלל אמר ריב"ת כל שאי אפשר לו לקיימו בסופו והתנה עליו מתחלתו כו' וכשר, מאי אתא לרבויי, והוא כי אם התנה עמה תנאי שיכול להתקיים בטבע העולם, רק בפועל מכוון מאתה אי אפשר לה לקיימו כמו ע"מ שתבעלי לאבא ולאביך, דבלא פועל מכוון הוי גט, וכמו אם תמות חברתך, אבל בפועל מכוון אי אפשר להתקיים אין זה תנאי, ולזה אמר כל שא"א לקיימו לו בסופו, דייק שאי אפשר לו לקיימו, הא אחר מצי לקיימו כמו ע"מ שתבעל בתך לאביך וכי"ב, אין זה תנאי רק כמפליג. ובזה ניחא מה דדייק רב נחמן ממשנתנו, דבכל אופן תנאו בטל אעפ"י שהדבר יכול להתקיים רק לה אינו באפשרי להתקיים אפ"ה תנאו בטל, וכמו ע"מ שתבעלי לאביך, וזה נכון:

אולם צ"ע הא בתנאי מכוון מבעלי התנאים לא שייך ברירה וכמו ע"מ שתתן לי מאתים זוז, רק בדבר המתקיים מאליו בלא פועל מכוון מבעלי התנאים הוי תנאי דשייך לברירה דבהו עסיק בפרק כל הגט, א"כ איך מייתי דר' שמעון סבר ברירה מהך דהריני בועליך ע"מ שירצה אבא, דתליא בברירה, מנא ליה דכוונתו שאם ימשך הדבר ויתהוה שירצה אבא יהא גט א"כ אין זה תנאי בפועל מכוון מבעלי התנאים, דלמא ה"ק שתשתדל עצמה בנתינת ממון רב או בהשתדלות אחר שיסכים אבא ויאמר הן וכמו שיתן לי פלוני חצירו או שישיא בתו לבני וכיו"ב, וא"כ הוי תנאי בפועל מכוון וכמו ע"מ שתתני מאתים זוז, וא"כ אין זה שייך לברירה כלל וכלל וצ"ע. ואולי נאמר לחלק בדבר שהוא ענין טובה והרוחה אליו גם בלא פעולת הגט או הקדושין, א"כ ודאי כונתו שיהא אליו הטובה ממנה והיא תעשה זה, אבל כאן שאין ענין לזה רק בחלות המעשה, כמו ע"מ שירצה אבא שהוא ההסכם על המעשה, ובלא המעשה אין שום חלות שיסכים כוונתו בלא פועל מכוון ממנה, רק אם יהיה כך שירצה אז יהא קדושין ולכן שייך זה לברירה ודוק:

ובזה מתבאר לן דברי רבינו בפרק ה' מהלכות שבועות, וכל מי שנשבע על אחרים שיעשו כך וכך או לא יעשו כו' ולמה אינו לוקה משום שבועת שוא שהרי אפשר לאותן

אחרים שישמעו ממנו ותתקיים שבועתו כו' ואם קיימו דבריו הרי אלו משובחין שלא הרגילו להוציא שבועה לשוא, הרי דסובר דשבועה זו תלויה אם יתקיים אינה שוא ואם לא תתקיים הוה שבועת שוא, אע"ג דאינו בידו להתקיים, ונמצא דמשיצאת מפיו הרי יצאה לשבועה לשוא, ואף אם נתקיימה הוי כמו שנשבע שיאכל נבלה וטרפה כו' הר"ז לוקה משום שבועת שוא בין אכל בין לא אכל. ואין לומר דאין זה שבועה שזה יעשה, רק שיודע שזה יעשה כך, אבל לא נשבע שפלוני יעשה ע"י שבועתו, דזה לאו בידו, א"כ אם נשבע שיאכל חזיר ואכל נימא שלא נשבע שיעשה כך על ידי שבועתו, רק נשבע שיודע שיעשה כך והוי כמו שבועה שעבר, כמו שבועה שאכלתי, דאין זה התקשרות או קבלה לאיזה מעשה או פעולה רק שמספר מעשה שקרה, כן הכא מספר מעשה שיקרה ושיעשה, וז"א דא"כ יתחייב משום שקר או לא יתחייב משום שוא, בנשבע שיאכל חזיר, שמספר מעשה מה שיודע. וע"כ צ"ל טעם רבינו דאינו לוקה משום שבועת שוא הוא עפ"י מה דכתב פה, דכוונתו שישתדל וישחדנו בממון הרבה ואין זה בגדר אי אפשר לקיימו, כמו שהתנה ע"מ שיתן פלוני בתו לבנו, כן הכא כוונתו בהשתדלותו, ובכ"ז אין בזה שקר, דאין זה שבועה על עצמו רק על דבר שאין בידו, ולכן אם לא יתקיים הרי לא היה בטוח שבהשתדלותו יעשה כך א"כ הוי שוא, ואם נתקיים אז אמרינן שהיה בטוח ע"י השתדלותו שיהיה כך ויעשה כן א"כ לא הוי שוא, ונכון בס"ד. ולפי מה שבארנו שיטתו דבהתנה ע"מ שישיא בתו לפלוני כו' דע"י השתדלות קאמר, יש לעיין בהשתדלה ולא רצה אם תליא בהך דגיטין כ"ט אם לא אפייסה גו תלתין יומין כו' ועיי"ש דתלי באין אונס בגיטין, ובקדושין תליא במה דשאלו ממתיבתא ודוק בכ"ז:

פרק ז

הלכה א

ע"מ שירצה אבי וכו' על מנת שלא ימחה אבי וכו' מת הבן ואח"כ שמע האב וכו':

בהלכה זו נחלקו אבות העולם ורבו השיטות מהיפך אל היפך והר"ן ורשב"א בחדא שיטה קיימי ומהם הובאו בשו"ע, ומהם אשר לא הובאו כמו שיטת ריטב"א. ואבאר שיטת רבינו, שכתב אם אומר ע"מ שלא ימחה מת הבן ואח"כ שמע האב מלמדין את האב לומר איני רוצה כדי שלא יהיה שם קדושין ולא תפול לפני יבם. וע"ז השיגו הראב"ד ורבינו נסים, כיון דקיי"ל בע"מ שלא ימחה, דאם מחה אף לאחר ששתק [או אמר הן לרוב השיטות לבד הטור וספיקת רא"ש] מהני, א"כ אף כי שמע קודם מיתת הבן מלמדין אותו לומר איני רוצה (ועיין מש"כ מרן בכסף משנה), וכן מוכח מגמרא

דפריך אלא כו' ע"מ שישתוק כו' אמאי והא שתיק כו'. ולענ"ד מתפלא אנכי, דהאומר הרי את מקודשת ע"מ שאם מתי בלא בנים בחייך לא תהיה זקוקה ליבום, הוה מתנה ע"מ שכתוב בתורה ותנאו בטל כמפורש בירושלמי פ' השוכר את הפועלים, ואם יאמר האב שהבן סמך על דעתו אני רוצה בקדושיו מחיים ולאחר מיתתו בלא בנים איני רוצה, הרי דבריו בטלים ומקודשת וצריכה חליצה, דהא אמר ע"מ שירצה אבא והוא רוצה, ומה שרוצה להתנות האב אם ימות בלא בנים יהיו בטלים הקדושין לא מעלה ולא מוריד, דאטו מי עדיפא כחו מכח המקדש בעצמו שאין בידו להתנות תנאי כזה, ואיך סלקא אדעתין דהאב ששמע קודם מיתתו יאמר בחייו אני רוצה, או ישתוק כפי האמת אשר בלבו שיהיו חלים הקדושין ולאחר מותו יאמר איני רוצה על פי למוד הבית דין כדי שלא תהיה צריכה חליצה ועוקר דבר תורה ופוטרה מחליצה [ועיין בשו"ת מעיל צדקה סימן א' לר"א ברודא ותלמידו דוק], הגם דאם אמר לה ע"מ שלא תשתי יין כל ימי חייך, דאם מת בלא בנים, שותה ופטורה מחליצה, תמן כיון ששתה פקע הקדושין למפרע, אבל הכא ראינו בחייו ששתק ולאחר מיתתו מלמדין אותו למחות, וכי תתיר אותה לעלמא, אנן סהדי דרוצה ובשתיקתו קאי וא"כ נמצאת מתיר זקוקה ליבום לעלמא, ועיין גיטין פ"ג גורם לעקור דבר מן התורה ובירושלמי שמה, דוגמא לזה ריש פרק ב"ש סבר ר' אושעיא דאינה ממאנת לזיקתו, וטעמו דחזינא דרצתה בקדושיו כ"ז שהוא חי, רק כעת רצונה להפקיע זיקה בלא קדושין לא מהני והראב"ד סוף פ"ה מהלכות יבום חשש לזה:

לכן לולא דברי רבוותא קדמאי היה נראה, דבכה"ג ששמע קודם מיתתו ושתק, ודאי אין מלמדין אותו למחות, והוא כמוחה על הזיקה וכשלא תהיה זקוקה ליבום ניחא ליה בקדושין ונמצאת מתיר זקוקה ליבום לעלמא רק בשלא שמע קודם מיתתו וא"כ לא גלי על דעתיה דניחא ליה, ופירוש הגמרא דבאומר על מנת שלא ימחה, אם שמע אחר מיתתו ושתק, אין בשתיקתו שום גילוי דעת דניחא ליה בקדושין ואף אם אמר דרוצה, דזה שאינו מוחה, משום דבנו מת ומאי איכפת בקדושין לאביו, ואין ה"נ אילו חי היה מוחה, וכיון שאין כאן גלוי דעתא דמוכחא, דבחייו היה ניחא ליה בקדושין לכן שפיר אמרינן דמלמדין אותו למחות לומר איני רוצה, אבל בע"מ שישתוק, אם שתק אחר מות הבן כששמע, שוב לא מהני אף אם ימחה אחרי כן, דהא שתק, ובזה הוי כתנאי דקום ועשה, דכיון שקיימו מקוים, ולכן פריך הגמרא אלא דאמר ע"מ שישתוק אבא אימא סיפא כו' אמאי והא שתיק, פירוש דמשמע לשון המשנה דמשמע לאחר מיתתו שתק טרם למדוהו ב"ד לומר איני רוצה, ומה מועיל הלימוד, אלא דאמר לה ע"מ שלא ימחה אבא, ובכה"ג מלמדין אף אם שתק טרם שלמדוהו ודוק:

ודע כי לשיטת הר"ן דע"מ שישתוק אם שמע ושתק בשעת שמיעה אף כי מחה אחר כך מקודשת, ואם מחה בשעת שמיעה אף כי שתק לבתר כן אינה מקודשת דאל"ה למאי אתני עיי"ש, ובאומר ע"מ שירצה היינו שיאמר הן אף שמחה בשעת שמיעה, אם יאמר לאחר זה הן מקודשת, א"כ קשה בכתובות (ע"ג:) לוקי פלוגתייהו להיפוך, דתנא קמא סבר דע"מ שיאמר אבא הן ולכך אף אם לא רצה האב היינו שמחה בשעת שמיעה מקודשת שמא יתרצה אחר כך, וכמו דתניא בתוספתא שהביאה הר"ן, ורשב"א סבר דע"מ שישתוק קאמר וכיון שמחה האב תו אינה מקודשת אף אם ירצה אחר זה, וזה הוה מרווח טפי, דלאוקימתא דגמרא מוכרח לומר דאינה מקודשת דקתני רשב"א היינו דקדושי ספק מקודשת וזה דחוק. עוד קשה דכיון דת"ק סבר ע"מ שירצה ע"מ שישתוק ובתר הכי אמר אע"פ שלא רצה וכוונתו ששתק א"כ הא רצה, לכן קשה דלוקמי איפכא ויהיה מרווח טפי וצ"ב:

עוד דייק הר"ן ז"ל מדברי רבינו שכתב לא רצה או ששתק או שמת קודם ששמע הדבר אינה מקודשת, משמע דמותרת להנשא, ואמאי הא צריך לחוש שמא יאמר אחר כך הן וזה נגד התוספתא, ובאמת הריטב"א ז"ל כתב באורך גדול, והוכיח מדקתני במשנה ואם לאו אינה מקודשת, דמותרת להנשא, אלמא אף דאמר לבתר כן הן, אינה מקודשת ולא פירש הך דתוספתא, לכן אמינא טעמא, דכל דמתנה בקום ועשה, אם עשה לאח"ז שפיר מהני, וה"נ היה צריך להיות דאם מחה או שתק קודם ואמר הן לאח"ז דמקודשת, רק טעמו דמתנה ע"מ שיאמר אבא הן על תחלת הקדושין, מה שנתן לה קדושין, וכי אמר מעיקרא איני רוצה ומחה, ואחר זמן אמר רוצה אני, אין ראיה דחפץ על תחלת הקדושין הלא בן אדם הוא ויתנחם, ומאן לימא לן, דחרטתו הוא חרטה דמעיקרא, דלמא כעת חפץ הוא שתהיה אשתו מכאן ולהבא, אבל לא ניחא ליה מעיקרא על מעשה הקידושין ומי יכנס אל עומק לבבו, אפשר שהיום נתעשרה או הוא העני או מטעם אחר, עכשיו חפץ שתהיה כלתו, אבל על מה שקדשה מקודם לבו נוקפו ולא ניחא ליה, לכן כיון שאפילו אמר הן לא יבורר דעתו אם חפץ ומסכים על תחלת מעשה הקדושין אמרינן דבנו אינו מתנה רק על הסכמתו באמירת הן תיכף בשעת שמיעתו, שאם יאמר תיכף הן כוונה דעתו לדעת אביו ועל אופן זה הוא מקדש, הא אם לא יאמר הן תיכף רק לאחר זמן, אף שישתנה דעתו מסיבות ורצונות המתחדשות, אין זה רק כמו הסכמה להבא, לכן על אופן זה אינו רוצה שיחולו הקדושין, וזה סברא ישרה למבין:

וכ"ז רק למאן דאמר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ואינו מבורר במה שיאמר הן שרצה בקדושיו החלים למפרע, אבל להך מ"ד דע"מ לאו כאומר מעכשיו דמי, ואימתי חלין

הקדושין לכשיתרצה האב ויאמר הן, א"כ תו הוה תנאי ככל תנאין דעלמא דכוונתו דכשיאמר האב הן אז יהיו חלין הקדושין ואז מבורר שהוא רוצה ומסכים, ומאז יתחילו אותן קדושין ואף שמחה קודם מהני אם יאמר הן, וא"כ הך תוספתא דהביאה הר"ן אתיא כהך מ"ד דעל מנת לאו כאומר מעכשיו דמי ולכך חוששין שמא יתרצה, ואפילו אם מחה קודם וכמו בכל תנאין דקום ועשה ודוק. ולפי זה ניחא הך דכתובות דהריני בועליך אמר דלא שייך אם נימא דלאו כמעכשיו דמי דמהני אם נתרצה לאחר שמחה, דהא במה תתקדש אז, דביאה כבר היה ואין על מי לחול הקדושין, ומוקים הגמרא דר"ש סבר ע"מ שיאמר אבא הן ולכך אינה מקודשת ומותרת להנשא לעלמא, וכאשר תעיין היטב דברי רשב"א וריטב"א ור"ן אז תראה כי דברי בשמועה זו נכונים בס"ד:

הלכה יא

כשיבואו קידושי ראשון ימצאו אותה אשת איש כו':

יעוין בהרב המגיד מה שהביא בשם הרמב"ן, ולהבין דבריו שרבינו אזיל בשיטתו כפי מה שהוכיח ההמ"ג מלשונו הזהב נבאר דברי הירושלמי וז"ל בהלכה א'. ר' אבוה בשם ר' יוחנן, הר"ז עולה לאחר שלשים יום ומכרה בתוך שלשים יום הר"ז מכורה והקדישה הקדש, חזר ולקחה בתוך שלשים יום חל עליה הקדש עולה, לאחר שלשים לא חל עליה הקדש עולה, לא דמיא עולה לאשה מה דמיא אשה לעולה, א"ר חייא בר אבא תיפתר שמת השני והוה ליה אח מכיון שזקוקה ליבום לא חלו עליה קדושי הראשון, מה דמיא עולה לאשה, אמר ר' מתנה תיפתר שהקדישה לבעלת מום קבוע עכ"ל. והנה הולך בסיגנון ישר רומיא ותירוצא באופן נכון, אשר מזה יבין כל רואה כי לא נשתבש בהעתקה, ובכ"ז קיצורו יכסה זהרו עד כי לא נבין שורש דבר. ולדעתי נראה לבארו, שורש דבר, דאשה מקנה עצמה לבעל הראשון אחר שלשים יום, ובתוך שלשים הקנתה עצמה לאחר, ואם חזרה אחר כך לרשותה מקודשת ממילא והוא שתחזור עצמה קודם שלשים, הא לאחר שלשים לא וקאמר דכן בהקדש אם אמר שתהא עולה אחר שלשים ובתוך שלשים מכרה לאחר, אם חזרה אחר כך לרשותו, חלין ההקדש והוה עולה, ודוקא שתחזור לרשותו קודם שלשים, אבל לאחר שלשים אינה קדושה ואמר דלא כן לא דמיא עולה לאשה. ופירושו לענ"ד, דאם אמר שתהא עולה אחר שלשים בזה נכלל שתהא תולה כ"ז שתהיה בחיים ראויה להקריבה, וגם אחר ארבעים תהיה עולה. וכוונתו היה שמשלשים תצא מרשותו, אבל כי לא מצי ההקדש לחול רק אחר ארבעים, שלאחר ארבעים חזרה לרשותו, חל ההקדש לאחר ארבעים, שגם זה נכלל בתוך הקדשו, אבל באשה, דאשה המתקדשת יוצאה לאחר זה בגט, אם כן כשקדשה לאחר שלשים אינו

נכלל בזה שתהיה אשתו לאחר ארבעים, דאפשר לגרשה קודם ארבעים, וא"כ דוקא שיהיו חלין אחר שלשים אמר לה, אבל שיהיו חלין אותן הקדושין אחר ארבעים מי שמעת ליה כיון שאינו בכלל הקדושין שלאחר השלשים דמצית היה להתגרש מאתו קודם ושפיר לא חלו הקדושין אם חזרה לרשות עצמה אחר שלשים יום, אבל בהקדש אף כי חזרה לרשותו אחר שלשים ג"כ חלה ההקדש ונעשית עולה וזה סברא בהירה בס"ד[2] . וע"ז מסיק מה דמיא עולה לאשה, פירוש, באיזה אופן תמצא דעולה תדמה לאשה, דבעינן שתחזור לרשותו קודם שלשים יום, אמר ר' מתניא תיפתר שהקדישה לבעלת מום קבוע דאז ההקדש הוה הקדש דמים ויש לה פדיון, א"כ בזה שאמר שתהיה לדמי עולה לאחר שלשים בזה אינו נכלל שתהיה עומדת לדמי עולה אחר ארבעים דאפשר בפדיה קודם ארבעים, וכיון שלא חלה אחר שלשים מחמת שלא היתה ברשותו, שוב לא חל לאחר ארבעים ג"כ ולא קדשה כלל וכמו באשה ודוק:

הגה"ה

והא דאמר מה דמיא אשה לעולה, פירושו לפ"ז, דתהא אף שלא חזרה לרשות עצמה רק אחרי ארבעים יום בכ"ז יהיו חלין הקדושין. אמר ר"ח בר אדא תיפתר שמת השני והוה ליה אח מכיון שהיא זקוקה ליבם לא חלו עליה קדושי הראשון, זה ענין נפלא, עפ"י מה דמבואר בירושלמי לקמן הלכה ה' דשקיל וטרי אם קדושין תופסין בשומרת יבם, ופריך מלאחר שיחלוץ לך יבמך דחזינא דכ"ז שהיא שומרת יבם אין הקדושין תופסין. ומשני ריב"ב מתניתא לאחר שיחלוץ לך יבמך אבל כו' לאחר שימות יבמך הרי זו מקודשת, ופירושו פשוט עפ"י המתבאר אצלי בקונטרס זיקה, דהירושלמי סבר דבזקוקה ליבום לאו בת קדושין היא, רק סבר כי מת היבם, או מתה היבמה, או חלץ לחברתה היינו צרתה פרחה זיקה ממנה למפרע ותפסו בה קדושין ולכך אם קדשה לאחר שימות יבמך לא הוי דבר שלב"ל, דמעיקרא נמי בת קדושין היא, אבל אם חלץ היבם או בא עליה, הזיקה נשארה במקומה דהא נתקיים תכליתה [דתכלית הזיקה או יבום או חליצה], ופרחו הקדושין ולכך המקדש לאחר שיחלוץ יבמך הוה כמקדש דבר שלא ב"ל דמעיקרא

[2] ומזה יש לפשוט לענין הנשבע ליתן מתנה לחבירו ביום פלוני ועבר הזמן מי מחוייב ליתנו אחר כך, דכאן הרי נכלל שיהא ברשותו של חבירו אף לאחר הזמן שקבע שאין בידו לקנותו שלא מדעתו של חבירו, ועיין משל"מ הלכות שבועות (סוף פ"ד), אך יש לחלק, דכאן בין ההקדש בין הקדושין חלים ממילא מדבורו ומנתינתו הקודמים, לא כן גבי מתנה דמי לאומר הרי עלי להקדישו אחר שלשים ועוד ועוד ודוק, ועיין ירושלמי פ"ק דראש השנה הרי עלי להביאה בשני בשבת כו' ע"ש דנראה דתו אין כאן חיוב כלל, וראה מש"כ בזה בשו"ת המיוחסות לרמב"ן (סימן רנ"ט) יעו"ש ועיין ב"י בשו"ע יור"ד סימן רכ"ח ובט"ז שמחלק בין אומר ביום פלוני לאומר ליום פלוני יעו"ש ואכמ"ל:

לאו בת קדושין היא ע"כ, ומתבארים הדברים במפורש ביבמות פ"ק הלכה א' קידש אחד מן השוק את אחת מהן ובא היבם וחלץ לה או בא עליה נפקעו ממנה קדושין חלץ לחברתה כו' למפרע חלו עליה קדושין ע"כ. ועוד כמה מקומות מפורשין כן, ע"ז קאמר הירושלמי כאן דאיך משכחת שלא תחזור לרשותה עד אחר שלשים יום ובכ"ז תהא מקודשת כמו בעולה, ע"ז אמר, דאם נתקדשה לשני ומת השני קודם שלשים יום, ובכ"ז אינה חוזרת לרשותה דהוה ליה אח וזקוקה ליבום, ובידו לחלוץ או ליבם ולא יהיו חלין הקדושין, ואחר כך מת לאחר ארבעים יום, כיון דמת וחוזרת לרשותה, שוב פרחה לה זיקה מעיקרא, וחלין הקדושין למפרע משלשים ואילך, דוגמא אילו קדשה בתוך הימים שהיא שומרת יבם דחלין הקדושין ה"נ חלין הקדושין למפרע. הרי דמשכחת גם באשה אף שחזרה לרשות עצמה אחר ארבעים בכ"ז חלין הקדושין וזה נכון:

ולפי פירושי זה האמיתי, יתחוורו דברי רבינו משה בן נחמן, דכתב דלדידן דקיי"ל דקדושין תופסין שפיר ביבמה לשוק, א"כ אף אם מת והניח אחיו בכ"ז חלין הקדושין, דכן קאמר גם הירושלמי. וטרם באתי אל העיון בירושלמי, אמרתי, דאין ראיה לדחות דברי ירושלמי, דהמקדש אותה לאחר שלשים, לא כוונו רק אם תהיה ראויה לביאה בשעת חלות הקדושין, כמו דהוי השתא, אבל כיון שאינה ראויה לביאה לאחר שלשים, אדעתא דא לא כוונו שיחולו הקדושין. אולם כפי פירושי בירושלמי דברי רבינו מפורשין בירושלמי היטב. ומה שיש לפלפל בזה בדברי הירושלמי אבאר במקום אחר:

הלכה יד

הנותן שתי פרוטות לאשה כו':

יעוין ההמ"ג שהביא טעם רבינו שפסק כאיבעיא דר' אושעיא דהוו קדושין בשם הרשב"א. ולבאר דבר זה הנני להציג פה מש"כ מכבר בחידושי לגמרא בסוגיא זו. וז"ל, נהי דבידו לגרשה בידו לקדשה וכו'. זה יש לפרש בשני פנים. א) כפירוש הריטב"א דתמן אינו מחוסר מעשה גמור דבשעת תלישה מצי לקרוא שם, משא"כ תמן דהקדושין מתנגד אל הגירושין ומתחלה יחול הגירושין ואח"כ יחול הקידושין עיי"ש, ולכך הוא חשוב מחוסר מעשה גמור. ב) נראה לדעתי לפרש, דבשלמא בתרומה וכי"ב דרק מצדו אנו שקלינן וטרינן בודאי לא הוי מחוסר מעשה, אבל הכא אטו מצדו בלבד אנו שקלינן וטרינן הלא בלא רצונה לא מצי מקדש לה, וא"כ כמו דאנו דנין בתריה ניזול בתר דעתה דילה, דהיא לא מצי להקנות למה שלב"ל. ואף לפירוש הר"ן דמצדה לא בעי הקנאה [כאשר ביאר דבריו בדף למ"ד בנדרים] רק הפקר בלבד, ובאמת גם הפקר לא מצי להפקיר דבר שלב"ל, עיין ב"ק (סט ע"א) דדבר שאינו ברשותו אינו יכול להפקיר

ומכש"כ דבר שלב"ל דגרע טפי, עיין כתובות (דף נט) דמשוי לה לדבר שאינו שלו [דלא מצי לאסור דבר שלב"ל על חבירו כמו פירות חבירו על חבירו] ובדידה אין בידה להתגרש כמבואר גיטין פ"ד בדידה קיימא לאגרושי. וא"כ מצדה בטלו הקדושין, והנפ"מ בין הטעמים האלו יבואר לפנינו בס"ד:

שם בסוגיא הנותן פרוטה כו' הנותן שתי פרוטות לאשה. באחת אמר לה התקדשי לי היום, ובאחת לכשאגרשך כו', הנה בנדרים בעי למיפשט בעיא דיליה מהא דאמר פדאן חוזרות וקדושות, ומשני דפדאן אחר אינם קדושין והכא כפדאן אחר דמי, והעלה הרשב"א דנפשטו בעיא דר"א מהך דאמר ר' אילא בכתובות האומר לחבירו שדה זו שאני מוכר לך לכשאקנה ממך תיקדש דקדשה, אלמא אילו בידו לקדשה עכשיו מצי להקדיש אחר זמן שתהא ברשותו שנית לקדשה, וה"ה אם הקדיש בפירוש לאחר שיפדה אחר ויקחנה מידו ג"כ קדשה, רק טעמו משום דלא פריש יעו"ש, והר"ן כתב, ז"ל, דהתם היינו טעמא שכיון שבידו להקדישה עכשיו כו' לפי שאותו הקדש שמקדישה לאחר זמן מצי חייל השתא, משא"כ בקדושי אשה שאותן קדושין שניים אי אפשר להם שתחול עכשיו, שהרי היא מתקדשת קדושי ראשונים דבבת אחת נותן לה שתי פרוטות הללו ואומר כן עכ"ל, ומרהיטת לשונו מוכחא דאם קדשה בפרוטה אחת לאחר שיקחנה ויגרשנה, ואחר זמן נתן לה קדושין לחול תיכף בכה"ג חיילי קדושין ראשונים ולא בא רבינו לאפוקי רק באומר בבת אחת, דלא אמרינן הואיל ובידו לקדשה עכשיו דבר הנעשה עכשיו, מצי לקדשה אחר זמן, ע"ז קאמר דלאותן קדושין השניים לא מהני, דהא קדושין השניים אינם בידו עכשיו, שכבר מקדשה בקדושין החלין עכשיו, אבל בקדשה הקדושין העתידים טרם שבא כלל אל רעיונו לקדשה בקדושין שיחולו עכשיו ודאי הוי קדושין, כן למדתי מלשון רבינו ברי"ף קדושין ע"ש ודוק, וכן מצאתי להאחרונים שכתבו כן:

אולם לענ"ד נראה, דפשיטות רבינו הרשב"א אינו ענין כלל, דנראה לשון הגמרא דהוי כפדאן ביד אחר, והסברא עצומה מאד, דכיון דהוי ברשות אחר, ובינתים יצאו מרשותו, איך מצי לחול הקדושין, דאע"ג דמצי לקדש עכשיו לא מצי שיקדש אותה אחר שיבא זמן שהיא תהיה ראויה לקדושין ותהיה ברשות עצמה, היינו שתכנס מרשות עצמה לרשותו של מקדש ודוק אבל תמן שמקדיש שדה זו לשתכנס לרשותו בקנין חזקה וכי"ב, ואז אח"כ כשתהיה ברשותו יחול הקדש עליו מעיקרא, וע"ז פשיט שפיר רשב"א היכי שהקדיש בהדיא לכשיפדה אחר ויקחנה מידו ותהיה ברשותו שפיר דומה לכתובות, אבל לקדושין שבעת חלות הקדושין היא אינה ברשותו לא שמענו ודוק:

אך לפ"ז במקדש אשה לאחר שיקדש אותה פלוני ויגרשנה לא הוי קדושין וכמו"ש

בס"ד, וזה נסתר מהך ירושלמי, במקדש אשה לאחר שלשים ובא אחר וקדשה בינתים ומת, חלו קדושי ראשון, ואם נימא דכה"ג לא חשיבא דבר שבא לעולם, אם כן איך חל הקדושין של ראשון דנעשה כמקדש אותה אחר שיגרש פלוני או ימות, וע"כ דטעמו דכיון דהשתא בת תפיסת קדושין היא, לבתר כן נמי תפסי בה קדושין וכמו בהך דכתובות ומוכח דלא כסברתי הנ"ל:

אכן נחזי דאפשר לדחות, דשאני כאן דקדשה לאחר זמן שלשים אף אם לא תתקדש לאחר, וכיון דחלין לאחר שלשים וכסברת הרשב"א אליבא דירושלמי דשיטתו משום דסבר דאינה מציא לחזור, ואפילו מעשה לא מצי לבטל מעשה מעיקרא, ולכך אף שאחר כך יצאת מרשותו נמי חלין הקדושין כשנעשית ראויה לקדושין ראשונים, אבל המקדש לאחר שתתקדש ותתגרש לפלוני זה הוי כמקדיש דבר שלב"ל, ודוגמא לדבר עיין נדרים פ"ט מתניתין תליא נפשה ביומי שלמו יומי ולא מתגרשה, כיון שהיה ראוי חלות הנדר להיות ברשותו יעו"ש בר"ן. אולם לדברי נועם מרש"י שם הוא ענין אחר, אמנם למה שפירש הר"ן טעמא דילן דקיי"ל כירושלמי, אע"ג דקיי"ל דדבור ג"כ מבטל הקדושין ומציא לחזור, משום דמזה לא חזרה באופן שיהיו ראוין לחול שנית, א"כ קשה טובא, דהא הקדושין לא חלו כלל טרם שלשים, וא"כ הוי מקדש אשה לאחר שיגרשנה פלוני ומ"מ מקודשת, חזינא דלא כסברתי הנזכרת ובכה"ג הוי קדושין וכן כתבו הח"מ והב"ש סימן מ' ע"ש ותבין שורש דבר דבכה"ג לכולי עלמא מקודשת לרשב"א, גם בהך דר' אושעיא וכש"כ בהך לר"ן מוכח מירושלמי דהוי קדושין ודוק:

אולם יש סברא אחרת לדחות הך דפשיט הרשב"א להך דר' הושעיא, דזה פשיטא לן, דמקדש שדה לאחר שתמכר ותחזור לרשותו, כיון דבידו לקדשה השתא מצי להקדישה לאחר זמן שתצא ותכנס לרשותו שנית, כיון דאילו קידשה השתא, הרי היתה מקודשת, והקדש ראשון חל עליו כמו הקדש שני כ"ז שלא פדאה, דהמכירה אינה פעולה להפקיע מידי הקדש, וכן מקדש אשה לאחר שיגרשנה פלוני שיקדשה, ג"כ אילו קידשה הראשון בעודה פנויה, טרם שנשאת לאחר, הלא היתה מקודשת עד עתה, כ"ז שלא נתהווה פעולת הגט דגט אחר אינו מפקיע קדושין לכן חלו הקדושין עכשיו ודוק, אבל בהך דר"א, אף לפי ציורי, דקדשה מקודם כדי שיחול לאחר זמן שיקדשה ויגרשה, אילו קדשה קודם וגירשה, אותה פעולה שנתהווה ממנו אחרי קדושיו, הלא היתה מגורשת, וכן מקדיש נטיעותיו אחר שיפדם אחר ויקח אותם לרשותו מיד הפודה, מה נאמר הואיל ובידו לקדש עכשיו מצי להקדיש לאח"ז, הלא אותו ההקדש שחלה אחר זמן, אילו הקדיש תיכף מי לא נפיק בפדיונו שפדה האחר, א"כ מה מהני מה דבידו השתא לקדש לאח"ז

שנית לאחרי דבר אשר ביטל מה שהיה בידו לעשות עכשיו אילו עשה תיכף וזה סברא ברורה, וע"ז אין שום דחיה מהך דירושלמי, ובראשית השקפה בדברי רבינו נסים בנדרים יש להסב גם כונתו לזה, אך מדבריו ברי"ף קדושין ראיתי כי צירי כונתו יסבו על האופן שכתבתי לעיל ודוק:

אמנם אכתי לדידי נפשטה הך בעיא דר' הושעיא, דנחזי מאי מקדש דבר שלב"ל, אם מצד הבעל המקדיש אותה ועושה אותה אסורה לעלמא [דחזינא אפילו גבי נדרים אין אדם אוסר דבר שלב"ל על חבירו, וזה מספיק לנו יתר מכל דברי הר"ן בנדרים (דף ל') גבי פדאוהו אחר דמפני מה שקיל וטרי עליה דבעל, הלא האשה מקנה לו עצמה והבעל כלוקח, וא"כ הוי כמו רשות גבוה הקונה מן המקדיש, וע"ז ביאר הר"ן שם דהאשה אינה מקנה עצמה, ולדידי אין צורך לזה, דגבי הקדש המקדיש הוא האוסר החפץ, לא כן גבי אשה דהיא החפץ הנאסר והבעל האוסר אותה לעלמא, ומש"ה צריך הוא לומר הרי את מקודשת ונתן הוא ואמרה היא אינן קדושין, רק דשתיקתו מספקא לן דהוי כאמירה עיין ר"ן ריש קדושין בזה ודוק] הא מצדו לא הוי דבר שלא ב"ל דבידו לגרשה, וכמו גבי תרומה במחובר לר' יוחנן רק דהחסרון הוא מצדה, דבידה אינו להתגרש, והיא לא מצי להקנות לדבר שלא ב"ל, היינו דכ"ז שהיא אשתו לא מציא להתקדש לו מחדש, ולכך הוי דבר שלב"ל, אם מצדה תפשוט שפיר מהך דתנן גבי מקדיש נטיעות, דפדאן הוא חוזרות וקדושות, אלמא דמצי אדם להקדיש דבר אחר זמן שיקדישו ויפדנו מידו של הקדש ויחזור לרשותו, כן היא מציא להקנות עצמה לראובן אחר זמן שיקדשה ויגרשנה ותחזור לרשות עצמה והוה ממש מלתא חדא, וא"כ מהנך תרי טעמי נפשט בעיא דר' הושעיא, ובנדרים דחי דלפדאוהו אחרים דמי, משום שיוצאת לרשות עצמה, ורוצה להכניס אותה מרשות שלה לרשותו, א"כ הוא מצד הבעל, ע"ז אמר הכא דבידו לגרשה, ואם נימא מצד האשה, הא הוה כפדאוהו עצמו דחוזרות וקדושות, וא"כ שפיר נפשט הך בעיא דר' הושעיא ומקודשת ודאי ודוק. אבל לשיטת הריטב"א דפירש הך בידו לקדשה, הכל מצד הבעל ומטעמא שהואיל שהקדושין אינו יכול להיות בעת הגרושין הוה מחוסר מעשה גמור וכמו שהבאתי דבריו לעיל באורך, א"כ תרי דחויי הכל מצד הבעל דהוא מחוסר מעשה גמור והוא לגבי דידיה צריך להוציא אותה מרשות שלה וכפדאוהו אחר א"כ קמה האיבעיא לדוכתה ודוק:

ולכאורה יש לומר דאין לפשוט כלל מהך דמקדיש נטיעותיו לקדושי אשה דשאני גבי הקדש, דבידו לפדות אותם מיד ההקדש, ושנינו בירושלמי (מעשרות פ"א הלכה א') הקדיש קמה וחזר ופדה חייבת, הפקיר קמה וזכה בה פטורה מ"ט תמן לא יצאת מידי

גזבר, א"ר אבין אף ידי בעלים לא יצאו מתוך שאומרים לו פדה ראשון, וכן בב"ק פרק מרובה אמר בירושלמי ריב"מ שאל הפודה כלכלה מיד הגזבר מהו שתטבל למעשרות [פירוש אם הוה כמקח דקובעת במעשר] מתיב ריש לקיש והתנן גנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר כמה דאית אמר תמן המקדיש אינו כמוכר [ומש"ה לא חייב אהקדש בלבד דו"ה] ודכוותיה הפודה אינו כלוקח, פירוש משום דאומרים לו פדה ראשון וכהנ"ל, משא"כ גבי קדושי אשה מצדה אין בידה כלל להתגרש ודוק. אך זה בודאי ברור דאם אמר אדם על הקדשו שהקדיש שיוקדש לכשיפדה מיד הגזבר, בודאי לא קדשה, ולחלק דקצת הוא בידו הואיל ואומרים לו פדה ראשון, ומצטרף להיכי דבידו לקדש עכשיו, בסברות כאלה אין נוח לי לחלק, ובפרט דהגמ' בנדרים פשיט לה ומדמה להדדי הקדש לקדושין, ולא מדחה רק משום דהוי כפדאוהו אחרים עיי"ש ודו"ק:

אולם אחר עיוני אמינא, דמה שפירשתי הך בידו לקדשה, דאין החסרון רק מצד האשה, אבל ביה לא שייך, דאנן שקלינן וטרינן על מה שנתרצו שניהן בקדושין והוא מקדשה אחר שיגרשנה, וכיון דגירושין בידו, מצדו הוה כמקדשה לאחר שלשים, אבל בנותן לאשה פרוטה שתתקדש בה אחרי שיקדשה אחר זמן ויגרשנה, מצד מה דבידו לקדשה עכשיו לא מהני, דהגט מפקיע הקדושין הקודמים וכמש"כ לעיל, רק אכתי עלינו לחקור משום דבידו לגרשה שיכול למהר סיבת הדבר שתהא ראויה לקדושין שניים. ע"ז אשיב, הלא קדושין שיקדשה אחר כך אינם בידו דבדעתה תלוי, וא"כ להקדושין העתידים, הלא לחלותם מחוסר מעשה, היינו הקדושין שצריך לחול מעכשיו, וכיון דאינו בידו, הלא הוי פדאוהו אחרים דיוצאת לרשות אחרים רשות שלה וא"כ אינה מקודשת, אבל בהך דר' הושעיא דבשעת שאומר התקדשי לי בפרוטה לאחר שאגרשך כבר קדשה ושניהן חלין בבת אחת, א"כ הקדושין השניים חלים בשעת מעשה, ושוב בידו לגרשה ולמהר הדבר שתהא ראויה לקדושין שניים, ומצדה הא הוי כפדאוהו עצמו דקדוש שנית, שפיר נשמע דמקודשת כמוש"כ לעיל עלה בידינו דמקדשה בבת אחת בפרוטה מיד, ובפרוטה לאחר שיגרשנה חלים הקדושין, והיכי שמקדשה מקודם לאחר שיקדשנה לאח"ז ויגרשנה, הוה מקדש דבר שלב"ל ולהיפוך ממה שהעליתי בשיטת הר"ן בראש דברינו:

ובירושלמי הלכה ה' מבואר כל פלפול הבבלי, התיב ר' אסי הגע עצמך שהיה שפחתו אמר ר' אבא בר ממל לכשתשתחרר נתלית בדעת אחרת כו' האומר לאשתו הי לך פרוטה זו שתתקדשי בו לכשאגרשך כו' והכא לכשתתגרש נתלית בדעת אחרים, לשון נתלית נראה לי דמוכח כפירושי בהך דבידו לקדשה בתלמודין, דהכא נמי קאמר דמצדה דהיא אינה יכולה להקנות ובידה אין להתגרש, וא"כ מקנית דבר שלב"ל, דזה אמר דתלויה

בדעת אחרים להשתחרר או להתגרש ונכון מאד. ולשונו משמע כך, דאם ישחרר או יגרש לאו בדעתה תלוי, א"כ כי קא אמרת דמהשתא חייל קדושין בעי לראות מצדה דהוי דבר שלב"ל ודוק. אין את בעי מקשי הכין קשי חד בר נש אזיל מקדשא חדא איתא קדמיה חבריה ואמר לה הוי ידעה דההן גברא דהוא אזיל מקדשתך וכו' עתיד הוא משבק ליך אלא הא לך פרוטה זו שתתקדשי לי בה לכשיגרשך מהו וכו' תמן הוא אמר פדיין אחר פקעה מהן קדושתן וכא אמר נשאת לאחר לא פקעי ממנו קדושין, ל"צ דלא, כשנתן לה שתי פרוטות אחת מכבר ואחת לכיגרשנה, פירוש, דאז לעולם אינה יוצאת או מרשותה או מרשות בעל, ופירושו, דמצד הבעל הא בידו לגרשה, ומצדה הוה כפדאן עצמו וכמו שפרשתי לעיל, אבל דא קשה, דמוכח מן הירושלמי במקדש פנויה לאחר שיקדשנה פלוני ויגרשנה, דכיון דנכנסה לרשות אחר הוה כמקדש דבר שלא ב"ל, ובריש פרקא אמר דמת השני תוך שלשים חלו קדושי ראשון לאחר שלשים וצריך לומר כמו שפרשתי לשיטת הרשב"א לעיל וצ"ע טובא ודוק, וזה מה שרצינו לבאר בס"ד ועוד יבואר אצלנו במק"א ואכ"מ:

הלכה כ

העושה שליח לקדש לו אשה והלך השליח וקדשה על תנאי וכו':

המשנה למלך נסתפק באומר לחבירו צא וקדש לי אשה פלונית והלך וקדשה בספק מי הוה קדושין או לא יעו"ש.

ונראה לכאורה לפשוט מהך שכתבו בתוס' גיטין פרק התקבל (דף ס"ה) ד"ה כותבין נראה לר"י היכא דלא נאבד הגט אלא שמסופקין בו אם נעשה כתקון חכמים דאין לעשות אחר שהרי עשו שליחותן אם כשר כו', ולכאורה כיון דעשאן שלוחים הרי לא עשאן רק שיגרשו אשתו מודאי לא מספק א"כ לא עשו שליחותן כיון שלדידהו מספקא ואינה מגורשת אלא מספק, ועל כרחין דזה לא מיקרי קפידא ושינוי כלל א"כ ה"נ בקדושין. אמנם מזה אין ראיה דבגט אם שינה בזה לא הוי שינוי רק בקדושין דאיהו כוון באופן שלא תהא ביכלתה לחזור, משא"כ בקדושי ספק דתוכל לקבל קדושין מאיש אחר ותהא אסורה עליו אף לאחר שיגרשה השני [משום שמא יאמרו גירש זה ונשא גרושתו] בזה קפיד והוי שינוי, והוי כמו שקידש אותה השליח על תנאי ואין מזה ראיה כלל, ולפ"ז אשה ששלחה לקבל קדושין והוא קיבל קדושין באופן דלא הוי רק קדושי ספק לא הוי שינוי דמה איכפת לה, הא הבעל יכול לעולם להפקע ממנה ולגרשה בעל כרחה, וא"כ נדחה מה שהביא הישועות יעקב למיפשט מהא דפריך על שמואל דחיישינן שמא שו"פ במדי דהא תנן בפרוטה ובש"פ והא משנתנו מצי מיירי דקדשה ע"י שליח וכדמוקי לה

ר"ז לעיל א"נ דשויה שליח דבזה אמרי ב"ש בדינר, ולפ"ז שם בשליח לקבלה א"כ צריך להיות קדושי ספק בפחות מפרוטה דלגבי דידה לא הוי שינוי ודוק:

אך דא בעי עיונא, הא דאתמר שם בפרק התקבל, התקבל לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי גיטי והוא אומר הולך ותן לה אר"א כו' נעשה שלוחו ושלוחה וחולצת אם מת הבעל קודם שהגיע גט לידה חולצת ולא מתייבמת, ומסיק הגמרא דמספקא לן אם הולך כזכי. ולפ"ז אמאי חולצת הא נאמר דאשה זו לא נתכוונה לעשותו שליח לקבלה רק באופן שע"פ קבלתו תהא מגורשת ודאי ותהא מותרת לעלמא שזה רצונה בעשותה שליח לקבלה, אבל באון שיהא ספק בקבלתו את הגט לא כוונה לעשותו שליח, והבעל אינו יכול לעשותו שליח לקבלה, דכיון שתהא צריכה גט להתירה לעלמא תו לא הועיל לה הגט וקפדה ע"ז, וכיון דחזינא דבגירושין באשה לא הוי קפידא בין ודאי לספק הוא הדין בקדושין לגבי האיש לא הוי קפידא בין ודאי לספק, דודאי רצונה של אשה טפי להיות מותרת על ידי הגט לעלמא מרצון המקדש שלא יתפסו קדושי אחר בה:

אולם יש לדחות, כיון דעושה אותו שליח לקבלה חזינא דניחא לה בגטה ורצונה להיות מותרת לעלמא, א"כ אם תאמר דלא תקפיד על מה דנעשה שליח לקבלה מספק, תו כי יבא הגט לידה תהא מגורשת מתורת ודאי, ממה נפשך אם הולך כזכי נתגרשה בקבלתו של שליח ואם הוא לאו כזכי תהא מגורשת בנתינת גט לידה דהוי שליח להולכה מן הבעל, ואם תאמר דהיא מקפדת רק שתהא מגורשת ודאי בקבלת השליח מידו של בעל, תו נפל פיתא בבירא, דאפילו אם יבוא הגט ליד האשה לא תהא מגורשת משום דמספקא לן דלמא הולך כזכי והבעל כוון שיהא שליח לקבלה, כיון שהאשה אמרה אליו שיהא שליח לקבלה והוא מסר דברים בשמה כהוייתן ולא נתכוין שיהא שליח להולכה, ותו כי מטא גיטה לידה לא נתגרשה בקבלת השליח הואיל והיה ספק דלמא הולך לאו כזכי, לכן אף לפום דקמי שמיא גליא דהולך כזכי לא ניחא לה בגרושי ספק, ולא בקבלתה מידו של שליח דהא הבעל כוון הולך כזכי ולא עשאו שליח להולכה, ועיין בב"ש סימן ק"מ ס"ק י"א וא"כ לא תתגרש אף כשיגיע הגט לידה לכן ניחא לה בגירושין מספק ותהא מגורשת בנתינת הגט מן השליח לידה ממנ"פ, ויש להאריך בזה הרבה, דאפילו אם נאמר הולך כזכי אינו מוכרח דלא נתכוין באופן שאינו שליח לקבלה, שלא יהא שליח להולכה, דלשון הולך לא דמי להתקבל רק לזכי, וכתבו שם, דמה דהוי זכות לה זה רצונו, ולכן כיון דאינה מתגרשת בקבלתו של שליח אמרינן דעשה אותו שליח להולכה וכמ"ש הב"ש בשם הפרישה. ולפ"ז יש לומר הא דהמגרש (דף פ"ט) עיינו רבנן בקדושין ולא הוי שוה פרוטה דמיירי כשנתקדשה ע"י שליח כן יצא הקול ולא הוי קדושי ספק ודוק:

ובעיקר ספיקו של המשל"מ נראה, דהוא מטעם שכיון שיכולה להפקיע את עצמה ממנו תו לא ניחא להך גברא למיתסר בקרובותיה, ולפ"ז גם הראיה מגיטין הנ"ל נכונה, דכיון דתהא צריכה גט לא ניחא לה לאיתסורה לאחי בעלה ליבומי, דזימנין דרחמא ליה, א"כ ניחא לומר דזה דוקא באשה חשובה רוצה לבטל הקדושין דלא ניחא ליה לאיתסורי בקרובותיה, אבל באשה שאינה חשובה אין זה קפידא דיאסר בקרובותיה וכמו דאמר רבא בפרק המדיר (דף ע"ה), דאם תאמר דמיירי שקדשה בכסף וחס על כספו, זה אינו, דבקדושי ספק הדרא כסף קדושין היכי דהדרא בה איהי יעוין בש"ע סימן נ', ויש לדבר בזה במש"כ רבינו בהלך השליח וקדשה על תנאי ואכ"מ:

והנה בטור וש"ע הגירסא העושה שליח לקדש לו אשה סתם והלך וקדשה על תנאי דמורה שפירשו שיקדשנה סתם, אבל בלא פירש הוי קדושין אף אם קידש על תנאי, ואין זה שינוי דאי לא מקיימא תנאו יתבטלו הקדושין ולא יאסר בקרובותיה, ובספרי הרמב"ם שלפני חסר מלת סתם, ועיין בשו"ת ריב"ש (סימן רמ"ז) בעשתה שליח לקבלה וראובן נתן הגט ע"מ שתעשה אשתו כך, ולא פקפק הריב"ש רק חקר מאימתי מונה ג' חדשי הבחנה כו' יעו"ש, ובאמת בסימן קמ"א סעיף כ"ט כתבו הב"ח והט"ז דתוכל האשה לומר לא עשיתי אותך שליח רק לקבל גט בלא תנאי ולא על תנאי יעו"ש ולא הביאו דברי הריב"ש. אמנם כאן אפשר דקדושין דלא מצי להיות אלא מרצונו והוי קפידא אף בעשה שליח ולא פירש שיהא סתם, ולא דמי לשליח קבלה דגט שעיקר נתינת הגט יכול להיות בע"כ, לכן לא תלינן דקפדה שלא יתנה תנאין עם השליח, וסברא כזו מבואר בגיטין (דף ס"ה) לר"א איהי דבע"כ מתגרשת מראה מקום היא לו יעו"ש, ואין להאריך ועוד צ"ב אי"ה:

הלכה כג

לפיכך המקדש על תנאי וכנס סתם או בעל סתם ה"ז צריכה גט:

רבינו נסים ביאר טעמא באורך, דטעמא דלא אמרינן בכך הא אין אדם עושה בעילתו ב"ז דאתנאה סמיך, רק טעמא דאימור אחולי אחיל וזה לא הוי רק ספיקא לא ודאי דאחיל לתנאיה, ולרב מתניתין מיירי אף בקדשה ע"ת וכנסה סתם דאין לה כתובה, וטעמא משום דאימור אחולי אחליה לתנאיה, דאם הוי אמרינן משום דאין אדם עושה בעילתו ב"ז שפיר הוי ניחא לה דאין לה כתובה דתנאי לא מחיל, רק לענין קדושין הוי ודאי דצריכה גט, אבל כיון דלאו משום דאין אדם עושה בעילתו ב"ז ובין כנס ובין בעל הוה טעמא משום דאימור אחולי אחיל לתנאיה הוי רק ספיקא. אמנם בסוגיא שם דמוכח מהא דחולץ ע"מ שתתן מאתים זוז דהוי חליצה מוטעת וכשרה משום דאחולי אחיל

לתנאיה הרי דסמכינן אהא לקולא ובודאי אחליה לתנאיה כ"ז שלא התנה בשעת גמר מעשה:

אמנם אם נתבונן מדברי רבינו נסים נראה דלפי מה שהוכיח שם דלמסקנא אף לרב בקדשה סתם וכנסה סתם אין לה כתובה ומשנתנו מיירי סיפא אף בקדשה סתם וכנסה סתם, ואינה מקודשת רק מספק ביש בה מומין אלו ונדרים אלו דקפדי אינשי ולכן אין לה כתובה, ומשום זה מביא האלפסי בהלכות שנויי דמשני בגמרא אמאי אין לה כתובה בקדשה סתם וכנסה סתם, וכן אמר הגמרא משום סימפון כמוש"כ ר"ן ותוספות, א"כ בזה אמרו דאף אם קדשה ע"ת וכנסה סתם ונמצאו בה מומין לא אמרינן דמדלא חשש להזכיר התנאי בעת הכניסה דאחליה לתנאיה בודאי, רק דנשאר הדבר כאילו לא התנה כלל והוי ספק אם קפדי אינשי בהא או לאו והתנאי אינו מועיל כיון דלא התנה בשעת כניסה אמרינן דאחולי אחיל לתנאיה והוי ספק כאילו לא התנה כלל, אבל אם היה התנאי מפורש משאר דברים שסתמא אמרינן דיש לה כתובה דלא קפדי אינשי בהכי, א"כ בלא הזכירו בעת כניסה אחולי אחליה לתנאיה דמדלא חש להזכיר אמרינן דהוי כאילו לא התנה כלל ואף אם היה בלבבו אדעתא דתנאי הוי דברים שבלב ולא הוי דברים דהענין מוכיח, דכנסה סתם ולא הזכיר תנאי כלל והוי כאילו לא התנה כלל ומקודשת מודאי, ולכן בחליצה למאי דס"ד דכל דלא התנה בשעת גמר מעשה אמרינן דאחליה לתנאי והוי כאילו לא התנה כלל ושפיר הוי חליצה כשרה אף אם לא תתן מאתים זוז, וזה נראה נכון בכוונת הר"ן:

אבל דעת רבינו דכתב בכל התנאים דמקודשת מספק מוכח דאף בתנאים דלא קפדי אינשי כיון שהתנה בעת הקדושין הוי ספיקא אם אחולי אחיל לתנאיה. ונראה לנו בזה כך, דהנה בשו"ע הלכות גיטין (סימן קנ"ד) כתב מי שגירש אשתו בגט כשר ויצא קצת לעז על הגט מותר לכופו לתת גט אחר, ויש מקור לזה מדברי ירושלמי (פ"ק דגיטין הלכה א') נתן לה גיטא אשכחינה בפסול כפוניה ויהב לה חורין כו' וזה מורה דכופין לתת גט אחר, ועיין במפרש שם שפירש שיש לומר דכהן היה והיה אסור לישא אותה יעו"ש. אולם גם בשו"ע לא נזכר רק בשהגט כשר אך קצת לעז איכא, אבל בספק גט צ"ע אם רשאין לכוף אותו לתת גט אחר ואולי הוי גט מעושה. אולם כ"ז בגט ספק דהוי רשאי לישא אותה שנית, אבל בחליצה שיש בה ספק דאינו רשאי ליבמה דהוי ספק חליצה וקאי עלה בלאו דלא יבנה ודאי דמסתברא דכופין אותו לחלוץ שנית עד שיאמר רוצה אני ואין זה חליצה מעושה שלא כדין כיון דמספק אסור בה ותהא עגונה ודאי דכופין אותו לחלוץ, וכזה מצאנו בירושלמי פרק מצות חליצה אתא עובדא קומי

רב הונא ועבד כרשב"ל כד שמע ר' יוחנן פליג חזר וכפה וחלץ לה תניינות, הרי דכיון דבחליצה הראשונה יש בה ספק תו כופין אותו לחלוץ שנית דכיון דהוא אסור בה תו אין מעגנין לבת ישראל, ועי' שו"ע סימן קס"ט ס"ק נ"א, ועיין ההמ"ג בשם הרשב"א שכתב כך יעו"ש וז"ב. א"כ נתבונן כיון דהוי סבר דכל דלא התנה בשעת המעשה אימור אחליה לתנאיה והוי ספיקא אם אחיל או לא. א"כ כי יחלוץ לה והיא לא תתן לו המאתים זוז, אינו רשאי לחזור ליבמה דכבר אסורה עליו, וא"כ מפסיד ההיתר ליבמה, ואז יכופו אותו הב"ד לחזור ולחלוץ לה בלא תנאי ולא ירויח כלום בתנאו, לכן אמרינן שפיר מדלא חש להזכיר התנאי בעת גמר המעשה שפיר אחיל לגמרי כיון דלא חש לספק דתהא אסורה עליו והב"ד יכופו אותו לחלוץ שנית בע"כ ולא הזכיר התנאי שפיר אחיל לתנאיה בודאי, אבל גבי קידשה על תנאי וכנסה סתם אף אם הוי ספק שמא אחיל לתנאיה ותהא אסורה להנשא בלא גט מ"מ אין ודאי דאחיל מדלא חש שתהא צריכה להנשא בגט. דאף אם הב"ד יכופו אותו לגרשה ויאמרו לו כנוס או פטור הלא לא יתחייב ליתן לה כתובה, ועוד דאפשר דאין הב"ד רשאין לכופו כיון דהיא גרמה שהיא ידעה שיש עליה נדרים ויש בה מומין ונתקדשה אליו ע"י תנאי זה אפשר דבזה רק מבקשין ואין כופין וכמו שאמרו באמרה קדשתני והוא אומר לא קדשתיך, כיון דהיא פשעה והטעתו בתנאי זה, ועוד דיהיה ספק אם אחליה לתנאיה לא יחייבוהו ב"ד בשאר כסות ועונה, ולכן אף דיאסר בקרובותיה אף אם אינו מוחל תנאו מספיקא דמספקא לכו"ע אם אחיל אינש לתנאו במה שכנסה אחר זה בסתם, בכ"ז לא אמרינן דאחולי אחיל לתנאיה ודאי, משא"כ בחליצה כיון דתהא אסורה עליו גם מספיקא ועוד דהב"ד יכופו אותו לחזור ולחלוץ, ולכן כיון דלא חשש להזכיר והכניס עצמו לספק הזה בחליצה אמרינן דודאי אחולי אחיל לתנאיה ולא חשש ליה כל עיקר, ולכן שפיר לרב דמשנתנו בקדשה ע"ת וכנסה בסתם אין לה כתובה דאינה רק מקודשת מספיקא שמא אחיל לתנאיה וכמו"ש רבינו, ועיין ירושלמי משם מתבאר פסק רבינו כר"י יעו"ש:

ודע דמסתפקא לי בהא שכתב רבינו לקמן (פ"ט הלכה ט"ו) קדשתני והוא אומר לא קדשתיך מבקשים ממנו שיכתוב לה גט כו' והוא כפי מה דמסיק בתלמודין דאין כופין אותו ליתן גט, איך הדין באמר האב על בתו נערה קדשתיה לפלוני, ופלוני אמר לא קדשתיה מי כופין אותו ליתן גט כדי שלא תעגן ותאסר להנשא, דהיא לא פשעה מידי, בשלמא גבי אמרה נתקדשתי לפלוני מצי אמר לא היה לה לשקר, אבל כאן אביה שיקר ומה היה לה לעשות. לכן יכופו אותו אם כנוס או פטור, וכיו"ב מצאנו לרבינו שפסק לקמן (פרק כ"ג הלכה א') כתנא דמשנתנו דאם פסק האב נדוניא כופין אותו ליתן גט או

יכנוס בלא נדוניא, אבל אם פסקה היא על עצמה כו' יושבת עד שתלבין ראשה והכא נמי אם אביה משקר תו כופין אותו או כנוס או פטור, או דילמא שאני כאן דלא ניחא ליה לאיתסורי בקרובותיה וצ"ע להלכה:

פרק ט

הלכה ו

האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה ומת השליח ואינו יודע אם קידש וכו' הרי זה בחזקת שקידש כו':

כתבו רבוותא בתוספות, שלכל אדם אין לאסור ולקדש, דאם איתא שנתקדשה לא היתה חוזרת ומתקדשת אבל האי אסור כו' ואפילו באו כל הקרובות ואמרו שלא נתקדשו לא סמכינן אדיבורא בעלמא, וכוונתם, דאם רוצים הנשים להתקדש הרי חזינן דלא נתקדשו, דאילו נתקדשו לא היו מקבלים קדושין עכשיו שיהיו באיסור א"א כל ימיהם, אבל דבורא בעלמא אמרי, ולא סמכינן על דבורא בעלמא, ומינה אם נתקדשו אותן הקרובות לאחרים תו מותר בזו האשה שכל הקרובות שלה נתקדשו, וכן פסק הרמ"א בשם ריב"ש, אך דא הקשו, דיתומה קטנה תיאסר לכל אדם שמא אביה קדשה לזה השליח. והנראה לדעתי, דבאמת בכל אחת צריך למיזל בתר רובא ולומר דאותה אשה לא קידש קרובותיה, ואי משום דאשה לא ניידא דהדרה לניחותא וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי וכדאמר רבי יוחנן בנזיר פרק ב' עלה דהך גופא, זה אינו, כיון דאינו ניכר תו לא שייך קבוע יעו"ש בתוספות, רק רבנן אחמירו לחוש למיעוטא, וטעמא דאילו שקלינן וטרינן עליה אם מותר באותן נשים, הלא אי בעי מקדש ואזיל כי אלפא ואם תתיר אותו לישא אשה, הלא לדבריך אין קץ, ומצי מקדש את הרוב גם המיעוט, ונמצא שיעשה איסור באותה שקידש קרובותיה לכן חששו חכמים ואחמירו עליו שלא ישא אשה, ואם תאמר גם כי מקדש הרוב עם המיעוט היינו בציור שיקדש כל הנשים כולן ג"כ לא עביד איסורא ודאי, דאימור אותה שקידש אשה זו אין לה קרובות כלל, או דהוו אז נסיבין לגברי, ז"א, דע"ז אני דן דצריך למיזל בתר רובא ולומר דכי קדיש השליח קידש אחת מרוב נשים, דאותן רוב נשים יש להן קרובות ואותן שאין להן קרובות הוי מיעוטא, וא"כ נמצא מכל הנשים שיש להן קרובות אם יקדש גם הרוב גם המיעוט ויבא עליהן יבוא לודאי איסור, לכן כיון דהספק נופל על כל הנשים בבת אחת אחמירו רבנן על המשלח שיהיה אסור גם באשה אחת ונאמר דהיא היא, וכן כי רמי ריש לקיש מקן מפורשת שפרחה גוזל אחד מהן, היינו דכל הגוזלות לפניו בספק דמצי לאתויי כולן לעולות וחד מנייהו חטאת ונמצא

דמקריב שלא כדין, אבל כאן על קושיית תוספות, הלא על כל אשה איכא רוב שהיא מן הרוב נשים שלא נתקדשו להשליח, ובה לא מצי ליפול הספק בבת אחת, ושפיר לא שייך שיפגע גם הרוב גם המיעוט לכן שפיר אזלינן בתר רובא. ואין לומר שנאסור לה להתקדש לאדם אחר, דנאמר שאותו אדם יפגע גם בהרוב שלא נתקדשו גם במיעוט שנתקדשו לפלוני, ז"א, דהא בכל הנשים מותר באותן נשים המקבלות קדושין ממנו, דעל נשואין דידהו סמכינן דאמרינן שאותה שנתקדש ע"י שליח לא תקבל עוד קדושין, ורק אותה קטנה שמת אביה היא מיעוטא, דאף אם יקדש כל הקטנות שמתו אבותיהן גם כן יהיה מיעוטא ונאמר דהמקודשת ע"י שליח שמת ברובא איתא. וזה סברא ישרה:

ופוק חזי בתלמודא דבני מערבא פרק כלל גדול הלכה א', רמי מזה על הא דאמרו גדול שנשבה בין העו"ג דמונה ששה ועושה שבת כו' דיחוש לכולן, דוגמא דכאן דאסור בכל הנשים, והיינו משום דאם תיזול בתר רובא על כל יום שאינו שבת הלא יפגע גם בהרוב גם בהמיעוט שהספק נופל על כולן בבת אחת, וכיון דמספקא ליה צריך לחוש לכולן, וסוגיא דירושלמי מורה דאינו משום קנסא דבקטן שנשבה לבין העו"ג מאי קנסא שייך ועיין ש"ק ודוק. ובזה מבואר ירושלמי (פ"ג דדמאי הלכה ד') סירקית שהיא מסתפקת יום אחד כו' אפשר לה שלא להסתפק בתמיה, וכיון דמוכרין כל הימים ואת תיזול בתר רוב הלא גם האיסור תתיר. אבל בטוחן אמרינן דמן רובא פריש ולא הוחלף בשל טוחן כלל ולא תתיר האיסור בודאי והבן. ודוגמתה מצינו בפרק כל התערובות דטבעת של ע"ז שנתערבה במאה ופי' מקצתן השאר מותרים דאיסורא ברובא איתא, ואילו בשעת נפילה אם תפול לכמה שיהיה אסרו כולן משום דלא ידיע לן שעל כולם כאחד נופל הספק ולא שייך ליטול חדא ולומר דאיסורא ברובא איתא, דא"כ כי תתיר כולן אישתכח דאכיל איסורא בודאי אם לא דנפל חדא לים דעליה אין צריך אתה לדון, תו תלינן דאיסורא נפיל ודוקא תמן משום דמה"ת בטיל לא אמרינן כי נפלה חדא לים הגדול דאיסורא ברובא איתא וז"פ:

הלכה י

נאמן האב לומר על בתו קודם שתבגור שהיא מקודשת ואוסרה על הכל:

אבל לאחר שנתבגרה אינו נאמן כמו ששנינו במשנה, והביאה רבינו פרק י"ח מהלכות איסורי ביאה הלכה כ"ד, שאפילו קדשתיה וגרשתיה אינו נאמן לשויה גרושה. והנה בקדושין לבתר דמייתי דאם עד אחד אומר לו אכלת חלב ושורך נרבע ונטמאו טהרותיך דנאמן, פליגי באמר לו עד אחד שזינתה אשתו דאביי סבר דנאמן ורבא סבר דהוי דבר שבערוה ואינו נאמן, והדבר צ"ע דא"כ לאביי אמאי לא מהימן האב לומר שהיא מקודשת

וגרושה כיון דעד אחד נאמן ולדידיה שוה דבר שבערוה לכל האיסורים, וא"כ ליהימן האב דבאומר שורך נרבע אף קרוב ופסול נאמן, כן ליהימן הכא אף קרוב ופסול. ובשלמא לרבוותא בתוספות דשיטתן דוקא באומר שהיה לו לידע והוא שותק ומטעם שתיקה כהודאה א"ש, אבל להנך פוסקים רשב"א וסייעתו, דמפרשי אפילו באומר איני יודע ולא הוי ליה למידע כמו בההוא סמיא דהוי מסדר מתניתא כו' דלא היה לו לידע ואפ"ה סבר אביי דנאמן, אמאי אינו נאמן כאן האב כיון שאינה יכולה להכחישו דמקבל קדושיה וגיטה שלא מדעתה ושלא בפניה והיא ע"כ אמרה איני יודע. וכן קשה טובא לפי מה שפירשו בתוספות ורא"ש שדבר שהיה בידו אע"ג דעכשיו אינו בידו נאמן, וכמו גבי פועל בטהרות או זבחים דאי אמר אחר כן דנתפגלו או שנטמאו נאמן, א"כ כאן אמאי לא מהימן האב לומר שקדשה בעוד שהיה בידו לקדשה בעודה נערה, דמסתמא מיירי משנתנו אף אם בא ממדינת הים ואמר קדשתיה כשהיא נערה דהוי כאשכחיה בזימנא קמא גבי פועל דלא הוי מצי להודיע קודם, ויעוין בתוספות ישנים (כתובות כ"ב) תד"ה מנין לאב שנאמן כו', ומיהו אם אמר על בתו בוגרת קדשתיה כשהיתה קטנה נראה דאינו נאמן כו' כוונו ג"כ לזימנא קמא דבל"ז היא משנה ערוכה. ולומר דדבר שבערוה שאני קשה לאביי דלא מפליג מאי איכא למימר, ולומר דאין ה"נ אביי לטעמיה דסבר דדוקא היכי שבידו עכשיו נאמן, עיין פרק הנזקין, כ"ז דחוק, וכבר נתעורר בכ"ז המקנה בחידושיו ובדברי אמת לר"י בכר דוד סימן ו' עיי"ש:

והנראה לי בזה, דנתבונן, דהא ודאי דלענין ממון אינו חולק אביי על כל משניות דעד אחד אינו מחייב רק שבועה במטלטלין אבל לא בקרקעות, וא"כ נראה נא באומר שורך נרבע או נטמאו טהרותיך הלא לכאורה הוי ממון שהפסידו שהטהרות והשור המה ממונו, וצ"ל דהעיקר כיון דהעדות הוא על האיסור בדברים הנוגעים בין אדם למקום וממילא נפסד ממונו. אמנם יש לומר דבסברת אביי וכן לדידן בהך דבדבר שהיה בידו תו נאמן אף כי אינו בידו, יש עוד גדר אחד, וזהו דכל דבר שמחוייב ממון הוא ענין בא בפשיעתו כמו הזיקות גופו שאונס גמור פטור כמו שהוכיחו רבנן בתוספות ריש פרק המניח, וכן הזיקות ממונו הוא אם לא שמר שורו שאם שמרו כראוי פטור, וכן הודאות וחיובים ומקח וכיו"ב הכל מצד שהוא בעלים, אבל כאן אם שורו ירבע בפשיעת אחרים ובאונס מצד הבעלים או שיטמאו הטהרות או שיתפגלו הזבחים מצד פשיעת אחרים ובאונסן של בעלים, האם לא יאסרו, נמצא דעל זה אינו בעלים לכן עד אחד נאמן, או לשיטת התוספות בדבר שהיה בידו נאמן עכשיו אף שיצא מידו, ולכן לאביי באמר אשתך זינתה דנאמן אע"ג דמפסיד אשתו קנינו, בכ"ז הואיל וע"ז אינו בעלים דאף אם

תזנה באונס מצד הבעלים ובלא ידיעתו כלל ג"כ אסורה להבעל נאמן העד, אבל באומר על בתו שקדשתיה שענין הקדושין הוא לא יתכן להיות בלא דעתה ורצונה עכשיו שהיא גדולה והיא אצל זה בעלים, א"כ כי אמר דמקודשת מעת נערותה הלא מפקיע זכותה והוי יותר מאילו היה מפקיע ממונה דאינו נאמן עד אחד, וגדולה מזו כתבו בשם הרא"ה דבאמרה מקודשת אני לפלוני ואמרה אח"כ אמתלא אינה נאמנת דהוי זכות פלוני כמו דבר שבממון דלא מהני אמתלא, כש"כ כאן דלהפקיע זכותה שיש לעצמה בקדושין ודאי דלא מועיל עדות האב, ואע"ג דהיה בידו לקדשה כשהיא נערה לא מהני עכשיו דאינו בידו, ודוקא להנך מידי דאינו תלוי בדעת ורצון הבעלים ואין זה ענין שבלתי אפשרי להיות אלא ע"י רצונו ודעתו בזה אמרינן דנאמן דמעיד באיסורא על מעשה שאירע שאנו מודים שאף שהוא ממון של הבעלים בכ"ז להאסר עכשיו ע"י זה יש אפשריות להיות בלא דעתו ורצונו, וע"ז נאמן הואיל והיה בידו, אבל לדבר שבזכות האדם הוא ואי אפשר להפקע ממנו בלא רצונו ודאי דאינו נאמן להפסיד זכותו, ולכן בממון שבלתי אפשר להפקע ממנו ע"י פשיעת אחרים בלא רצונו אינו נאמן עד אחד, כן בכל מידי דזכות יש לו בזה דבעי דעתו ורצונו משא"כ בהנך דחשיב בתלמודין [אם לא ע"י אבדה דאבוד מכל אדם ונעשה הפקר אבל לא דרך הפקעה מרשות לרשות רק אם אין ברשות בעליו אז יכול להיות מופקר בלא רצונו ודוק] ובסימנים, וסימנים ועד אחד כיון דאומר שהוא של השני אינו נאמן כדבר שבממון דבעי שנים כמובן, ונכון לדעתי ודוק:

ובזה אנהיר לן מה דהוי קשה לן טובא, דהרמב"ן כתב הביאו ר"ן פרק האומר דמשו"ה תניא בסנהדרין פרק ז"ב דאם אמר להן אחד אני ראיתי אביכם שהטמין מעות כו' ואמר של מעשר הם כו' אין בידו ליטלן לא אמר כלום ואמאי הא עד אחד נאמן באיסורים לשיטתם באומר איני יודע ולא הו"ל למידע גם כן, ותירץ דממון הוא דאומר ממון מעשר ובפרט אם מע"ש ממון גבוה הוי, והוי כאומר של פלוני דבעדות ממון אינו נאמן, א"כ קשה הא דריש פרק האשה רבה דמדייק דעד אחד נאמן דאמר הקדש נמי אי קדושת דמים משום דבידו לפדותו אי קדוה"ג אי דידיה משום דבידו לאיתשולי עלה אלא דאחר ואמר ידענא ביה דאיתשל מריה עליה היא גופא מנלן, מוכח דאם עד אחד נאמן להתיר האיסור מה"ת הוא הדין בהקדש, אף ע"ג דמפקיע ממון מרשות הקדש והוי טפי ממון דהקדש יותר ממעשר דהא אף אם מעשר ממון גבוה הוי אינו ברשות הבעלים אפילו הכי לבריה מורית מעשר כדאמרו פ"ק דקדושין (דף כ"ד) והכא במעשר דאתא מבי נשא עסקינן, שמת אביה והיה לו מעשר שני וירשתו עם שאר נכסים כו' עכ"ל רש"י. ואחר לא מצי פדי שלא מדעתיה ולא מצי אכיל שלא ברשותו, אעפ"כ הוי הפקעה דממון כש"כ

דהקדש ודאי הוה מילי דממון, ואיך הוי ס"ד דעד אחד נאמן בהקדש, והיה לי לצ"ע, עד שראיתי להש"ש שעמד בזה, דלענין ממון אינו נאמן במה שבידו כמו שכתב רבינו אשר בפרק הניזקין דאטו בשופטני עסקינן דלענין טבל יתרום מכריו על של חבירו, רק כיון שבידו לתקנו הוי כבעליו ואפילו תרם משל חבירו, ורק משום מיגו כמו גבי מע"ש בסנהדרין שבידו ליטלן דבריו קיימים הא בידו לא מהני ואיך אמרו דבהקדש נאמן משום דבידו לפדותו, וקושיא דילן יותר חזקה כמובן:

אולם מה נאותים הדברים לפי סברתנו, דלהפקיע מן ההקדש מצי כל אדם ע"י פדיון ואינו צריך גזבר רק כל אדם מצי לפדות הקדשו, ונראה דאפילו לחלל שוה מנה על שוה פרוטה מצי מחיל ובדיעבד אם חיללו מחולל, א"כ הפקעה זו יכולה להיות בלא רצון ודעת הגזבר, לכן כי אמר שנפדה מהימן, וכן בקדוה"ג הלא מצי הבעלים להפקיע בלא דעת ההקדש ורצונו של הגזבר לכן כי אמר עד אחד דהבעלים נשאל על הקדישו לא אמרינן דזה עדות שבממון ואחד אינו נאמן, כיון דזכות ההקדש יכולה להפקע שלא ברצון הגזבר אין זה הפקעת ממון רק כמו היתר איסורים, דמה שמעיד הוא מעיד על ענין הנעשה רק בידיעת ורצון הבעלים שאם נשאל על הקדשו או פדהו הוא שלו ומכניס הממון לרשותו, אבל על מה שמפקיע הממון מרשותו של הקדש אין אנו חוששין רק הוי כמו כל היתר איסורים וכטבל שנתרם, לא כן באומר של מעשר שני הן, הרי להיות המעות מע"ש לא יכול להיות זולת רצון הבעלים ודעתו ככל דבר שבממון דדוקא אם מחלל המעות על מעשר שני הוי מע"ש, א"כ מה שאומר דהוי של מעשר הוי הפקעת ממון גמורה דמפקיע זכותו שבלתי אפשרי להפקע בלא קנין מהבעלים ורצונו, וזה ענין נכון בס"ד:

הלכה טו

קידשתי את בתך והיא אומרת לא קידשת אלא אותי וכו'. וכ"מ שתאמר אשה לאיש קידשתני והוא אומר לא קידשתיך מבקשים ממנו שיכתוב לה גט להתירה לשאר העם שאין לו בזה הפסד:

פירוש, אף באומר קדשתי את בתך, וא"כ כיון שאומרת קדשתני והוא יגרשה בגט תו יהא אסור בבתה שלדבריו מקודשת היא לו מכבר, דנמצא דישא בת גרושתו אפ"ה מבקשים ממנו, שכיון שאין נאמן בזה שאמר שהיא מקודשת לו והיא מותרת להנשא לכל העולם, תו אין לו בזה הפסד קרינא ביה, ולא מצי לומר היא יודעת בעצמה שבתה מקודשת לי לכן מבקשת גט וכי אגרשנה אז תהיה בתה אסורה לי ויכופו ב"ד לגרשה כדי שתהיה מותרת לכל העולם, לכן תני רבינו דאף בזה מבקשין הימנו גט, ומשום

זה נקט רבינו הך בבא דמיותר לכאורה כמו דפריך הגמרא על המשנה דלא תני דינא דמבקשים ועיין ההמ"ג, ומבקשים לגרשה אף שבתה לא נשאת עדיין ופשוט:

הלכה טז

וכל אלו שטוענין הקידושין בשטען הטוען שהיו שם קידושין בפני עדים והלכו למדינה אחרת או מתו, אבל אם הודו שהיו הקידושין בלא עדים אין כאן קידושין כמו שביארנו וכו':

הכי מתבאר בפרק האומר דהמקדש אף בעד אחד אין חוששין לקדושין אף אם שניהם מודים וכן פסק לעיל פ"ד הלכה ו', ובסוגיא שם, אמר רב אשי מה דעתך דילפת דבר דבר מממון אי מה להלן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי אף כאן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, א"ל התם לא חייב לאחריני הכא קא חייבה לאחריני, ופרש"י שקרובותיה נאסרו בו וקרוביו נאסרו בה, וכן פירשו רבוותא בתוספות פ"ק דגיטין (דף ד') דבגרושין אסר לה על כהן, וצריך ביאור, דכיון דממון ילפינן א"כ הלא תמן כל דבר קיים בלא עדים ולא איברו סהדי אלא לשקרא וכדאמר רב אשי בשמועה זו, ומאי שנא בקדושין וגיטין דבעי עדים לקיום הדבר ובלא עדים המעשה בעצמותה בטל, נאמר דהוי דומיא דממון רק אי מכחשי ע"ז אין נאמנין רק שני עדים, אבל המעשה בעצמותה קיימת בלא עדים ומהיכא תיתי נילף מממון בהכחשת בע"ד לקדושין בלא הכחשה דבעי עדים, ועוד דעיקר דכתיב דבר בערוה הוא כי מצא בה ערות דבר, ותמן גבי טומאה כי נבעלה בלא עדים ג"כ אסורה לבעל, ובהדיא אמרו גבי ההוא סמיא אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה וכן אמרו אם אמרה לבעלה טמאה אני תצא ותטול כתובה, ובפ"ק דכתובות (דף ט') ופתח פתוח כשני עדים דמי, וכ"ת מעשה שהיה מפני מה לא אסרוה, ופירשו בתוספות, דדוד בעצמו יודע היה שאסורה לו יעו"ש, הרי דבזנות לחודא מיתסרא אף אם אין עדים על הזנות ולא ראו הזנות ועיין בש"ק שם, א"כ הך דבר דעריות הוא רק לגלות הדבר להאמינם בעי עדים, וא"כ איך אמרו בקדושין דבלא עדים המעשה בטל וזה צ"ע, ולא נתקררה דעתנו במה שפירשו בזה רבנן קדמאי שרמזנו בדברינו הקושי שיש בתירוצים:

וראיתי מי שתירץ, דבזה קדושין וגיטין עם ממון שוים דבעי עדים, רק בממון הלא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי, משא"כ בקדושין או גיטין שחב לאחריני ולא מהימן בהודאתו ותו בעי עדים והאריך בזה, ואינו מיושב, דא"כ בשטר שחרור ג"כ בעי עדים משום דבהודאתו חב לאחריני היינו שאוסר העבד על השפחות בשחרורו, דאל"כ הלא זכות הוא לעבד שיוצא מת"י רבו לחירות, ורק לאחריני הוא חב ולכן לא מהימן בהודאתו ותו בלא עדים השטר בטל, ולפ"ז נמצא אם ישחרר העבד בכסף, אז ג"כ בהודאתו הוא

חב לאחריני היינו אל השפחות שאוסרו עליהן וא"כ נאמר שאם משחרר בתורת כסף בלא עדים דהמעשה בטל וזה חדש לא שמענו. ותו אמאי לא יהיו נאמנים כששניהן מודים אע"ג דחבו לאחריני הלא בידם לעשות המעשה זו עכשיו שיאמרו שניהם דיכולים שיקדש לה האיש, וא"כ תו יהיו נאמנים כי שניהם מודין אע"ג דחבו לאחריני, וכמו גבי ממון דנאמן בהודאתו לחוב לאחרים מה שבידו לעשות עכשיו, וגדולה מזו מצאנו גבי גט שאם אמר גרשתי את אשתי נאמן הואיל ובידו לגרשה, אע"ג דחב לאחרים שאוסרה על כהנים אחר מיתתו, ונאמן מכאן ולהבא כדאמרו פרק יש נוחלין קל"ד, ובגיטין פרק השולח (דף מ'), האומר עשיתי פלוני עבדי בן חורין והוא אומר לא עשאני חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר, ומהימן בהודאתו לשויה משוחרר אף עפ"י שאוסרו על השפחות הואיל ובידו לשחררו, וכיון דאם יודו שניהן יהיו נאמנים, תו מיקרי דהבעלי דינים המה כמו עדים על הקדושין, ותו כי מכחיש חד ג"כ הוי כמתו העדים או הלכו למדינת הים והמעשה בעצמותו קיים בלא העדים והיא שיודעת שנתקדשה אף בלא עדים בשעת הקדושין צריכה להיות אסורה לעלמא, ואמאי אמרו דנתקדשתי בלא עדים מותרת לעלמא ולית כאן אפילו חתיכה דאיסורא עליה, ותו מה שאמרו בתוספות דבגט חב לאחרים שאוסרה אכהן, א"כ היכי שהיתה כבר גרושה מבעל אחר, הלא הבעל השני אינו חב לאחרים והבעל אין לו אחים או שיש לו בנים שאינו אוסרה ליבמין, וא"כ יהיה נפ"מ לדינא, דבזה מהני עידי חתימה לחוד לר' אליעזר, וכן הא דפירשו בקדושין חב לאחריני שאוסרה לקרוביו, הקשה ברשב"א דגר וגיורת מאי איכא למימר, ופירש בשם ר"ח שאוסרה לכולי עלמא עבור קדושיו, אמנם גם זה פלא דאטו בזה חב לאחרים, מה שמפסיד היינו שאוסרה לעלמא או לכהנים, במה שאינה רוצית בהם ואטו זכות יש להן בה והוא מפסידן, אתמהה. והגם שמצאנו באם זכי מציאה לחבריה דזה הוי חב לאחרים, היינו תמן שכיון שהוא דבר הפקר שיד הכל שוין בזה והוא מקנה אותה בזכיתו לאחד, מקרי קצת חובה ואינו יכול לשלול זכות ההפקרי של הכל אם לא מצד דלנפשיה מצי זכי, אבל כאן דבלא רצונה ודעתה לא יכול לקדשה שום אחד, איך יתכן שזה מיקרי דחב לאחרים מה שאוסרה לעלמא מידי שהיא מודית שנתקדשה נאמר דהיא חב לאחריני שלאחריני יש זכות להן בה, הלא זה מוזר מאד דתבטל דעתה מעליה מידי שברצונה ובחפצה תלוי, ובכ"ז עמד הרשב"א בחידושיו והאריך בדבריו שאינם מספיקים לקוצר דעתנו להשקיט המבוכה שנסתבכו בזה:

לכן נראה לי, דהנה יש שני ענינים, אחד מה שנתחייב האדם שלא מדעתו כמו נזיקין, נזקי גופו ונזקי ממונו, קנסות, שכל אלה חייבתו תורה שלא לרצונו, בזה אין צריך עדים

רק אם מכחיש, לבד בקנס דהמרשיע עצמו פטור, בזה לא שייך לומר שאם היה הדבר שלא בפני עדים דאינו מחויב, דמה ענין קיום הדבר שנתהוה החיוב על פעולתו בלתי רצון וכונה לעדות ונתחייב האדם אם פעל זה, רק להודע הדבר צריך עדים, ואם יודע בעצמו שהוא מחויב צריך לשלם, ויש ענין שנעשה ע"י פעולה שלא תתכן בלי רצון האדם כמו מתנה או מקח או התחייבות ושאר ענינים, בזה אמרו בש"ס לא איברי סהדי אלא לשקרא, ומזה הוכיחו רבוותא דאין צריך לקנין עדים, וטעמא דמלתא דאיהו גמיר ומקנה אף בלא העדים שאין דעתו לחזור, ואף בהודאה דעת רבים מפוסקים קדמונים דהודאה לא בעי שנים עיין ש"ך (סימן פ"א ס"ק כ"ב) בזה, ונראה דיש שני ענינים, אחד מה שהוא זכות לזה וחוב להנותן כמו נותן מתנה ומתחייב וכיוצא בזה, שומר וכי"ב, בזה הנותן גמר ומקנה אף בלא עדים שמצאנו שזכין לאדם שלא בפניו ושלא מדעתו אמרינן דזכות הוא לו, א"כ מכש"כ שלא יהדר בו המקבל מתנה, לכן גמר הנותן אף שלא בפני עדים. ונראה נא גבי קדושין כתבו רבוותא קדמאי ומהם הרשב"א בפ"ח מגיטין והובאו דבריו להלכה בסימן מ"ב, דאם ראו העדים עסק הקדושין אחורי הגדר כיון שלא ראו אותם המקדש והמתקדשת תו לא הוי קדושין כיון דאין קדושין בלא עדים, תו לא נתכוונו לקדושין ואנן סהדי דלא גמרו לכוון לשם קדושין אף ע"ג דהמה אומרים דכוונו לקדושין אמרינן דאינו כן. [ובזה א"ש בכתובות (דף ל"ה) הממאנת אין לה קנס ופתוי, ומוקי הגמרא בנערה, והקשו התוספות הא אם בעל אינה יכולה למאן. ולפ"ז י"ל דמיירי בראו עדים אחורי הגדר דאין כאן חשש קדושין וקנס משלם דהא איכא עדים ודוק]. ולכאורה זהו תולדה מהסיבה מההלכה הקודמת דאין קדושין בלא עדים אע"ג ששניהן מודים, ולעניותי נהפוך הוא, הסיבה להא דאין קדושין בלא עדים אף ששניהן מודים וכמו שביארנו, דבכל מקום הענין הוא זכות לאחד וחוב לשני, וא"כ אמרינן דהנותן גמר ליתן אף בלא עדים ואף במכר שהוא מוכר לו החפץ והלוקח מתחייב בדמי החפץ הוא באמת הרכבת שני דברים שהמוכר מכוון להדמים והלוקח מכוון להחפץ וזכות של הלוקח בחפץ יכול להיות ע"י מתנה, וכן התחייבות המחיר להמוכר יכול להיות זולת החפץ, רק שהם הרכיבו שני הדברים, וכל אחד שחפצו להשיג זה בהמקח וזה בהכסף, הוא זכות להמקבל, כמו הקבלת החפץ הוא זכות להלוקח והמוכר גמר ומקנה ליה, וכן הלוקח מתחייב בהמחיר שזה זכות להמוכר בלב שלם אף בלא עדים, רק שבצירוף שניהן שהם הרכיבו מרצונם הדברים זה בזה מסיבת זה לא הוי זכות גמור קבלת המקח להלוקח שצריך ליתן דמים עבורו, והלוקח חפץ לחבירו שלא מדעתו לא עשה ולא כלום, וגדולה מזו אמרו אפילו בשגילה דעתו ונתן לו דינר, אם זיכה לו ע"י אחר בשאר

ימות השנה חוב הוא, ובמק"א יבואר בזה ואכ"מ, רק בקדושין ענין הקדושין אם אין האשה מתרצה הלא הקדושין הוא חוב לאשה שאגידא ביה ואסורה לעלמא, ואף דאמרו ניחא לאשה למיתב טן דו כו' זה דוקא אם גילתה דעתה, אבל לקדשה שלא בפניה הלא חוב גמור הוי, וכן ענין הקדושין גופא להאיש, הוי חוב אם אינו חפץ בה. ואף שכתב הרא"ש בפרק האיש מקדש דאם גילה דעתו שחפץ בה והלך וקדשה הוי זכות, דוקא אם חפץ בה, הא על צד שאינו חפץ בה אין לו חוב גדול מזה, שאין חפצו שיקרא שמו עליה, ושניהן רוצין בענין אחד הוא ענין הקדושין, א"כ אמרו דבלא עדים תו לא גמרי ומכווני לשם קדושין, דהיא חיישא שמא יכחיש האיש את הקדושין ושמא יחזור בו, דאם לא ירצה הלא הוא חוב גדול אליו, וכן הוא לא גמיר לשם הקדושין דחייש שמא תכחיש האשה ותחזור בה, ואם אינה רוצית בלב שלם הלא ליכא חוב גדול מזה, ואף אם יהיה לה כסף עבור הקדושין אין עיקר מגמתה אל הכסף, ועצם ענין הקדושין הוא המרכזי אליהם והוא בעצמותו חוב למי שאינו רוצה, וכל זמן דלא ידעינן שהן רוצין הוא חוב גמור לכ"א משניהן וא"כ לא גמרי ומכווני לשם קדושין דחיישי שמא יחזור אחד משניהן ויכחיש מעשה הקדושין, וכיון שאין מי שיעיד להעולם שהיא נתקדשה ויכול הדבר להיות מוכחש לא גמרי ומכווני לשם קדושין, משא"כ בממון המזכה לחבירו הלא גמר בדעתו בלב שלם לזכות לפלוני שיודע בנפשו שלא יחזור, ובמקח כבר בארנו שזה מורכב משני דברים נפרדים שעל כל דבר בפרט בעינן לעיוני רק על המזכה והנותן, זה בחפץ וזה בהמחיר כמוש"ב, וזה ביאור הגמרא, א"ל התם לא קא חייב לאחריני הכא קא חייבה לאחריני, היינו כמו שביארתי שבממון הלא לא מחייב המזכה לפלוני, לכן גמיר אף בלא סהדי ומקנה, אבל כאן בקדושין הלא חוב הוא אם לא ירצה אחד מהן תו לא גמרי ומכווני לשם קדושין דחיישי שמא יחזור אחד מהן ויכחיש את מעשה הקדושין, והתורה הכריעה דעתן דלא גמרי לשם קדושין רק לשחוק בעלמא, א"כ זה הדבר אשר דברנו, דמש"ה אין מעשה הקדושין קיים בלא עדים משום דלא מכווני לשם קדושין כאשר בארנו, ולכן אף אביי דסבר באשתו זנתה בעד אחד ושותק דנאסרה לבעל דוקא תמן דהביאה אוסרתה, משא"כ בקדושין כיון דיכולים להכחיש לא מכווני לשם קדושין וכמו שבארנו, ועיין בתוספות שם ד"ה אמר אביי מש"כ בזה. כנ"ל בזה, ומבואר מזה הספק שנסתפקנו לקמן גבי חופה אם בעי עדים דלא חב לעלמא שכבר נאסרה מאירוסין שלה על עלמא וכן על קרוביו והוא בקרובתיה, אכן לפי ביאורי, הלא אם אינו רוצה אחד מהן חוב הוא להן לכל אחד משניהן לכן לא גמרי לשם נשואין אם לא שיהא עדים בזה וכמוש"ב ודוק היטב:

ולכאורה הוינא מפרש, דבפרק מי שקינא תנן דכי מצא בה ערות דבר מיירי בעדות ראשונה קנוי וסתירה, והגם דבגמרא מוקי לזה על עדות טומאה ממש, פירוש דעל קנוי וסתירה לא צריך קרא דמבה ידענא, אבל מכל מקום מוקמינן עכשיו קרא גם על קנוי וסתירה. וכן אמרו בירושלמי ריש סוטה כי מצא בה ערות דבר, דבר זה הקנוי, כי מצא אין מציאה אלא בעדים, נמצא דהך קרא מיירי פשטיה בקנוי, ובקנוי בלא עדים אף שנסתרה אחר זה בפני עדים שהבעל יודע מהקנוי בעצמו מותרת להבעל אלמא דהקנוי לא הוה קנוי בלא עדים, דקנוי הוי קפידא דבעל ובלא עדים לא הוי קפידא, ובפרט דמצי מחיל לקנויו, לכן לעצמות הקנוי שיהיה קפידא צריך עדים, ובלא עדים כיון שיכולה להכחישו על הקנוי אין זה קפידא חשובה וכדמוכח מהא שאמרו לא לימא אינש לאינתתיה בזה"ז לא תסתרי עם פלוני, דלמא קיי"ל כר' יוסי בר יהודה דאמר קנוי ע"פ עצמו כו' ולר"א ולר"י לא חיישׁ דמשום קנוי לחוד לא מיתסרא אף להבעל בעצמו שיודע שקינא לה, וא"כ לזה מקשינן גבי קדושין דאעפ"י ששניהן מודים אין הקדושין כלום וכמוש"ב, דכמו דקנוי הוא דבר הבא מן רצון הבעל כן הוא קדושין וגיטין, וזה היה נכון לומר כן. אמנם קשה מזו גופא דשם אמר ר"ח מסורא, דחיישינן בזמן הזה לריב"י דקינוי ע"פ עצמו, וכאן קיי"ל להלכה דמקדש בעד אחד אף אם שניהן מודים אין חוששין לקדושין. ואין לומר דדוקא שם לכתחלה אמר דלא ליקני לה בלא עדים, אבל כאן אם תאסור האשה המקודשת הוי כמו דיעבד, ז"א, דהא פסק רבינו סוף פרק כ"ד דאם אמר בינו לבינה אל תסתרי עם איש פלוני וראה כו' ה"ז אסורה, הרי דבדיעבד ג"כ אסורה ולכן המחוור כמוש"ב בס"ד:

אולם צריך ביאור גבי גיטין דבעי עדים מנ"ל הא לפי מה שבארנו הסברא דחב לאחריני הוא ענין דלא שייך רק בקדושין לא בגט שאינו תלוי רק ברצונו של המגרש ואיהי מתגרשת בעל כרחה דגמיר ומגרש אף בלא עדים. לזה נראה לי, דהנה ריה"ג ורבנן פליגי אם כותבין גט על האוכלים, ורבנן אי כתיב בספר כדקאמרת, השתא דכתיב ספר לספירת דברים הוא דאתא. ובזה לא פליגי כו"ע דבעינן ספירת דברים וריה"ג ג"כ מודה, וזה עצם הפירוש ספירת דברים שיהא הדבר ספור מהגט שהגיע גט כריתות ופטורין מהבעל לאשתו, וכיון דאיכא עדים הוא ספור לפנינו שהגיע בכוונה ורצון פנימי מהבעל לאשתו זה הגט, אבל בלא עדים צריכין אנו לידע ע"י בעל ואין זה סיפור דברים כלל, וכן כי איכא עידי מסירה הוא ספור לפנינו ע"י הגט ואינו צריך אל הודאת הבעל, אבל בלא עדים דמצי הבעל להכחיש כי לא הגיע מידו כלל ליד אשתו ואינו חפץ לכורתה ולשלחה מפניו, אין הדבר ספור לפנינו, ולכך כתב ידו שהוא כמאה עדים דמי, כשר בגיטין ואינו

פוסל רק מדברי סופרים כמו גט שאין בו זמן שיכול לעשות הזמן כמה שירצה ולכך אם ניסת הולד כשר, ולפ"ז יכול להיות, דגם בקדושין מועיל כתב ידו דכיון שע"י כתב ידו הענין ספור מעצמו ואין צריך הודאת הבעל, שוב גמרי ומכווני לשם קדושין וגמרי ומקני דלא חיישי דלמא הדרי, ואף דיש להתעקש דאיהו לא גמיר לשם קדושין דשמא תחזור בה ותטמין את השטר, זה אינו, דא"כ למאן דסבר עדי חתימה מועיל בקדושין בלא עדי מסירה, אטו אמרינן דלא גמיר ומקדש דשמא תחזור בה ותטמין השטר קדושין ותכחיש, וטעמא, או דכיון דידע דאיהי גמרה ומקדשה ובטוחה בו דלא מצי הדר, תו גם איהו גמיר ומקדש וכמו שמצאנו סברא כזו בכ"מ, או דכיון דחזינא דטרח למיעבד מידי דלא מצי הדר תו אנן סהדי דגמיר ומקדש, ולכן אף כתב ידו מהני גבי קדושין, וכמו שמוכח בסוגיא דפרק ד' אחין ל"א, ויש בגרושין משא"כ בקדושין, וזהו דקדושין למעוטי זמן, דמוכח דבקדושין כתב ידו כשר ועיין חידושי הריטב"א בשם רבו, ובאמת מוכרח כן גם לפי האחרונים ובראשם הפני יהושע שדעתו דכיון דלחייב מיתה אחר הבא עליה צריכין עדים גמורים ולא מהני הודאתן תו לא מועיל המעשה של הקדושין לחצאין, וגם להיות קדושין לא מהני, אם לא באמרו שנתקדשה בפני עדים ומתו, דלפ"ז אמאי מועיל בעדי חתימה בלא עדי מסירה בקדושין למאן דאמר עדי חתימה כרתי, הא לחייב האחר הבא עליה לא מהני דמאן ראה המסירה, וצ"ל דכיון דאיכא עדים על החתימה תו אנן סהדי דהגיע לידה מהבעל ונוכל לחייב אחר הבא עליה אחרי שהוחזק השטר בב"ד, ומהני האישות כאילו היה בפני עדים, וכן בכתב ידו לכשיתחזק בב"ד הלא יועיל לחייב אחר הבא עליה. אולם סברתם אינו מחוור ואינו מבואר בלשון הגמרא ומה שכתבתי נראה ישר בס"ד:

ולפי מה שבארנו יש מקום לומר, דעידי חתימה בלא עדי מסירה לא מהני בקדושין, דכיון דליכא עדים על המסירה תו לא גמיר ומקדש שמא דתחזור ותטמין השטר או תקרענו וכמוש"ב, והוי א"ש לשון רבינו לעיל פ"ג, ועי' שם בלחם משנה שעמד אמאי לא ביאר דעידי חתימה לחוד מהני. ולפ"ז יש לומר דלא מהני רק לר' מאיר דאמר בפ"ב דקדושין (דף מ"ח) דלא מהני בלא עידי חתימה, הא המסירה ודאי דבעי עדים כמו שיטת ר"ת בתוספות פ"ק דגיטין (דף ד') ובריש פרק המגרש בגיטין לר"א דעידי חתימה כרתי בעי עדי מסירה בעת הנתינה כן לדידן בקדושין, משא"כ בגט דלא שייך חב לאחריני דמתגרשת בע"כ, וכן בעבד שמשתחרר בע"כ, ורק בדעת ורצון האדון בלבד תלוי ורק משום דכתיב ספר, או טעם שכתב רבינו לקמן פ"א מגרושין לכן מועיל עידי חתימה לחודא. ויש להאריך בכ"ז ואכ"מ, ועיין בכ"ז רשב"א וריטב"א בקדושין ובתוספות ריש

גיטין הנ"ל ותבין שורש דבר:

ודע דלתוספות מבורר דכתב ידו כשר בקדושין, דנסתפקו אם מועיל לכתחלה דאין צריך קדושין אחרים, דבשלמא גבי גט פסול משום דהוי כמו דאין בו זמן, אבל גבי קדושין דלא בעי זמן אפשר דכשר לכתחלה, או דפסול מדרבנן דכיון דאין עדים אימור נכתב שלא לשמה או שלא מדעתה, ועדים אינן כותבין עד שיהא מדעתה. אבל דמה"ת כשר זה פסיקא להו, רק שהרשב"א חילק דבגרושין לא הוי חב לאחריני, והא דבעי עדים הוא משום דכתיב וכתב, וכתב ידו מהני דהא כתב בעצמו, משא"כ בקדושין דיליף דבר דבר מממון דמחייב לאחריני בעי עדים ולא מהני כתב ידו, ותוספות לטעמייהו דגם בגיטין הוי חב לאחריני שפוסל אותה על כהנים וא"כ בעי עדים דומיא דקדושין מדבר דבר דכתיב גבייהו, ואפ"ה כתב ידו כשר דגילתה רחמנא וכתב לה, אם כן בקדושין ילפינן הויה מיציאה דכשר בכתב ידו, וזה שכתבו מספקא ליה לר"י אם כתב ידו מהני בקדושין פירוש דלא נבעי קדושין אחרים [דכיון שא"צ זמן מ"ל אם אין עליו עדים], דפסול דפסלוהו משום דהוי כאין בו זמן לא שייך כאן, ועיין רשב"א שם ותראה עיקר סברתו דבקדושין שייך למילף דבר דבר מממון דמחייב לאחריני שאוסרה לכו"ע משא"כ בגירושין, וא"כ עדים מנ"ל מדכתיב וכתב ונתן, ולפ"ז מועיל כת"י משא"כ בקדושין איכא גז"ש דבר דבר יעו"ש, ופשוט מאד, לולא שלא עמדו ע"ז המחברים ודוק:

והנה אם עדים ראו מעשה הקדושין זה אחר זה ודאי לא הוה קדושין, דסוף סוף לא כוונו לשם הקדושין במעשה קדושין, ראשונה שלא היה רק עד אחד, ואף לשיטת רבוותא כיון דידעי לה דלאו קדושין הויא ואפילו להאסר לעלמא ואין המעשה קיים תו לא כוונו לשם קדושין, ועיין בית יוסף חו"מ (סימן כ"ט) שכתב כן בטעם התוספתא דנתיחדה עמו שחרית בעד אחד כו' וכן פסק רבינו לקמן פ"י מהלכות גרושין (הלכה יח) נתיחד עמה בפ"ע והוא שיהיו שני עדים כאחד, ועיין בהרב המגיד בזה, והא דמדמה הירושלמי פ"ק דסוטה נסתרה עמו בעד אחד שחרית וע"א בין הערבים לנתיחדה עמו שחרית כו' או דמפרש שכל אחד מעיד שנתיחדה עמו שחרית בפני שני עדים והאחר מעיד שבין הערבים נתיחדה עמו בפני שני עדים, דאז דמי לסתירה שאם נסתרה אף בלא עדים כלל אסורה, וכן אם ראה הבעל שנסתרה ג"כ אסורה כמוש"פ רבינו לקמן (סוף פרק כ"ד), ואין צריך עדים רק לברר האמת אבל לא על גוף המעשה, ועיין בשו"ת שאגת אריה הנוספות שהגיה בירושלמי דדמי לקנוי יעו"ש מה שדיבר בזה, אבל דא צריך ביאור אם ראו העדים כאחד אך לא ראו זה את זה רק אחד מחלון זה ואחד מחלון זה, אע"ג דכבר הכריעו כל הפוסקים דעדות איסור דמי לעדות ממון וכמו שמוכח בגמרא דסוגיין

דפריך אי מה ממון הודאת בע"ד כמאה עדים דמי אף כאן כו', הרי דעדי קדושין דמי לעדי ממון, ועיין ב"י שם בסימן כ"ט ובשו"ת משאת בנימין (סימן נא) מה שהביא בזה. בכל זה דוקא גבי ממון דאם נאמר דהאחד משקר הלא העד השני מעיד אמת ומגיע לו המנה, ולא כן בקדושין אם נאמר דאחד מעיד שקר הלא נשאר קדושין בפני עד אחד ולא כוונו לשם קדושין כלל והוי כמשחק ולא מקדש, ואימת מהני עדות שני עדים דוקא שנאמר דשניהם משקרים זה האמינה התורה, וכיון דקדושין אם תאמר דאחד משקר הלא בטל העדות אף אם אמת בפי העד השני שלא כוונו לשם קדושין, ואם כן נאמר דבעי שיהיו העדים רואין זה את זה, וזה חדש, בפרט דרק אם נתיחדה עמו שחרית כו' פליגי בתוספתא, מוכח דבפני שני עדים אף ששניהן אין רואין זה את זה בודאי מצטרפין:

אולם אם נאמר כה, יש מקום בראש להרהר אחרי דברי רבינו בהלכות עדות פ"ד, ז"ל, כיצד היה אחד רואהו מחלון זה כו' והעד האחר רואהו מחלון זה כו' היה זה המתרה רואה אותן כו' אע"פ שאין העדים רואין זה את זה מצטרפין, ולפ"ז דילמא חד מנייהו משקר בראייתו דעל ראייתו לא אמר העד השני מידי, וא"כ נשאר עד אחד שראה, ותו האיש אע"פ שידוע לן בבירור שעבר עבירה תו אינו בר חיובא דהמתרה עבד או אשה או פסול וכי"ב וכמו שאמרו שאם העידו אנשים שהרג בו' בשבת ואח"כ באו עדים אחרים שהרג באחד בשבת קודם, והוזמו הראשונים נהרגין דבעידנא דאסהידו לאו בר חיובא הוי, ואע"פ שיש מקום לחלק דשם עבר העבירה שמחוייב עליה מיתה ואין בזה שום חסרון רק מה שאין עליה עדים, וכיון שכן נאמנין, משא"כ הכא דאם האחד משקר הלא נשאר קדושין בפני עד אחד ולא גמר ומקדש רק עשה מעשה שחוק, מ"מ אם נאמר דכיון דעל ראיית העד ליכא רק אחד חיישינן דילמא משקר אחד שהוא לא ראה, רק שני אנשים לא משקרי, א"כ דילמא אימת אמר רחמנא דמיקטל דוקא ששניהן ראו זה את זה, הא בצירוף המתרה חיישי שמא אחד משקר וגברא לאו בר חיובא הוי [ועוד דיש לומר דכיון דבעי שיתיר עצמו למיתה נראה דבעי שיראה העדים דאל"ה דילמא אי ידע דאיכא עדים דמצי לאסהודי עליה הוי פריש ולא עביד, רק משום דלא ידע דאיכא עדים, והא דהתיר עצמו למיתה הוא משחק, ועיין דברי רבינו בהלכות סנהדרין פרק י"ב. ולפ"ז בכה"ג דילמא חד משקר וא"כ לא ראהו רק אחד שעשה העבירה ולא התיר עצמו למיתה דהיה משחק ואילו הוה ידע דאתו סהדי לא הוה עביד וא"כ חסר ההתרה למיתה ודוק, ופרט זה עדיין צ"ע], ובודאי דהעיקר כמו"ש בתשובות המיוחסות לרמב"ן (סימן צד) בזה דעד אחד אינו חשוד לשקרן שהרי עד אחד קם לשבועה ופעמים לממון כשאינו יכול לשבע ואין חושדין אותו לשקרן רק דגזה"כ דתורה לא החשיבה לעדותו,

ולכן כי מסהדי שנים על דבר אחד מעשה אחת אמרינן דחשובה עדותן, ולכן הוי עדות קדושין גמורה, ודוק היטב בכל מה שהעליתי בזה בס"ד, ועיין מש"כ בהלכות עדות בזה:

הלכה כ

האשה שעשתה שליח לקדשה והלך וקידשה ובעת הליכתו ביטלה השליחות וחזרה בה ואין ידוע אם קודם שקיבל לה הקידושין חזרה כו' הר"ז מקודשת מספק וכו':

עיין ההמ"ג. ובירושלמי שם על הך משנה, ולית הדא פליגא על ר' יוחנן דר"י אמר אדם מבטל שליחותו בדברים, פירוש, ואף אם לא קדשה עצמה רק שביטלה שליחותו ג"כ אינה מקודשת לראשון, פתר לה משום חומרא דעריות, ר' יוסי ב"ב שמע לה מן דבתרא, וכן האשה שנתנה רשות לשלוחה לקדשה והלכה היא וקדשה את עצמה ולית הדא פליגא על ר' יוחנן דר' יוחנן אמר אדם מבטל שליחותו בדברים פתר לה משום חומר בעריות. הנה שיטת הירושלמי דבקדושין וגיטין עשו רבנן דאינו חוזר ומבטל שליחותו בדברים, או משום דבקדושין עביד אינש מדעת שלמה ובהסכם גמור וכמו"ש הר"ן בסוף נדרים, דמש"ה לא מצי לחזור תוך כ"ד. לכן גם השליחות לא מצי לבטל בדברים דבלב שלם גומר ומשוי שליח לענין חמור כזה גיטין וקדושין ובהסכם גמור, וכן כתב רבינו דאחר שנגמר מעשה הגט לא מצי לחזור תוך כ"ד לבטל השליחות כמש"כ פרק ו' הלכה ט"ז עיי"ש, רק דבזה פליג תלמודין על הירושלמי דכל זמן שלא נתן הקדושין או הגט לא מצי לחזור ולבטלו. והנה מה דר' יוסי ב"ב מייתי ראיה מסיפא טפי מרישא, נראה ע"פ מה שבארנו בחידושי דענין הקדושין לא דמי למקח דעלמא, דבכל מקום הקונה קונה והמקנה מקנה, משא"כ בקדושין דאיהי לא עבדה מעשה מצדה וכי יקח כתיב ולא כי תקח, ורק הבעל מקדש ועושה אותה כהקדש לעלמא שתהא אסורה לכל העולם ומשום זה מיקרי כפדאוהו אחר שמצדה אין אנו מדברים כלום בתורת הקנאה כמו שכתב רבינו נסים בפ"ג מנדרים, שבכל מקום מה שנתן או מכר זכות שהיה לו נותן לאחר שיהיה זה לפלוני, משא"כ בקדושין אטו כשהיא לעצמה יש בה פרט מפרטי האישות, רק שהיא מותרת לכל אדם, וכי הבעל מקדשה הוא עושה עליה איסור אישות לכל אדם זולתו ולא מצי למכור זה לאחר, רק שהוא מתירה בגט, א"כ הוי כהקדש לכן מדמה הגמרא דליתפשטי קדושין בכולה מה שלא מצאנו במקח דעלמא, וכן בחצי שפחה וחצי ב"ח קא מספקא אם גמרו או פקעו יעו"ש, ולכן אין מקום לנתנה היא ואמר הוא, וכן השטר הבעל כותב, שהיא אינה כמקנה בעלמא, ורק באב בקדושי בתו מצאנו מחלוקת בזה בין בבלי לירושלמי, דבבלי שקיל וטרי בפ"ק (דף ט) דמנ"ל דבעל כותב דילמא האב כותב שהלא מעשה הקדושין לא נתהוה בעצמותו, רק שיש לו זכות בבתו לקבל קדושיה

ונותן זה הזכות להבעל, וכן הויא ברשותו לענין הפרת נדרים, וכעת עיילא ברשות בעל והוי טפי כמוכר בעלמא ומצי לכתוב שטר, בתי מקודשת לך, או לא, משום דאין לו זכות אישות בה, שכל זכיות ממון שיש באשה לבעל הוא אך מדבריהם, והפרת נדרים הוא ענין מסובב מהאישות, שאחרי שאגידא ביה היא נודרת על דעתו דבעל, שזה עיקר טעמא דרחמנא, וכמו דפריך בפרק המגרש והרי הפרת נדרים זה אוסר וזה מתיר שאני כו' שכן אשה נודרת ע"ד בעלה לכן לא מכר זה הזכות בעצם להבעל מה שיש לו ולא דמי למקח דעלמא שנותן לו זכותו ומייתי מקראי ומברייתא דבעל כותב דכי יקח דכתיב בקדושי אביה כתיב וכמו שכתב בתר כן את בתי נתתי. אולם הירושלמי סבר דזה ענין מכר אצל האב שהרי הוא רק זכות שיש לו קדושין בבתו ונותן להבעל ולא דמי להאשה שכן היא המתקדשת ובה פועל הבעל מעשה הקדושין שאוסרה לכו"ע, לא כן אב הוא מוכר זכות שיש לו בבתו כזכות שיש לו בשדהו ונותן להבעל, וכיון שכן אם כתב האב קדשתי לך בתי מהני, וכמו ששנינו בהדיא בירושלמי (פ"ק הלכה ב'), סדר קדושין כך הוא, אני פלוני קדשתי בתי לפלוני יעו"ש, דעיקר לשון קדושין אצל האב כן הוא וטעמו כמו שבארנו, אבל באשה שכתבה הנני מקודשת לך ודאי דלא מהני אף להירושלמי, ודבר זה פרשתי בחידושי באורך. וכיון שכן א"ש דמרישא לא קשה לר' יוחנן, דנוקמא כגון שעשה האב שליח שמסר לו להשליח שטר קדושין קדשתי בתי לפלוני, וכיון שמסר לו שטר הוה אמינא דמעשה הוא אף שלא נגמר ענין הקדושין וכמו דהוי חשיב הגמ' בתלמודין נתינת מעות לאשה להתקדש אחר שלשים למעשה יעו"ש ריש פ' האומר דאמר ואע"ג דאיכא למימר כו' כמעשה דמי, ולכן לא מצי לבטל בדברים, וכי אמר ר' יוחנן במילי כמו עשה שליח לתרום וכי"ב, לכן מייתי מסיפא דהיא שעשתה שליח דשטר שלה לא מהני מאומה כמוש"ב, דהוה נתנה היא ואמר הוא וכי יקח ולא כי תקח ולא עשאה רק שליח לקבל קדושיה [שיש פוסקים בזה דשליח שלה לא משוי שליח דהוי מילי, עיין סימן ל"ה סעיף ו'], דזה הוי רק דברים בעלמא ואפ"ה אינה חוזרת בלא מעשה מוכחת שעשתה שקבלה קדושין מאחר, ומזה קשה דאין אדם מבטל שליחותו בדברים, וזה נכון בפשט הירושלמי ודוק:

הלכה כא

והדבר ידוע שכתובה שכתב לאחת מהן אבדה כו':

בהשגות שאם התנה לה סתם אעפ"י שלא כתב חייב וכו'. הנה בודאי תנאי מהני דהוי כתנאי שכירות דמהני ומצי להתחייב, רק פליג על רבינו, דהא דקנסוהו בקידש בביאה לשלם לכל אחת כתובה, היינו באופן דנתחייב לה על ידי מעשה הביאה, וחייב את

עצמו, שהאשה שתתבענו והוא לא יכחישה, לומר נתקדשתי לך בביאה ונתחייבת לי כתובה, יתן לה. אבל באומרת כתב לי כתובה והכתובה אבדה, הלא לא התחייב א"ע רק באופן שתוציא את כתובתה והיא נחתא אדעתא דהכי דעל ידי כתובתה תגבה, או בעדים שכתובה שהיה לה ממנו נאבד, תגבה שאל"כ יוכל לומר פרעתי ובפרט כשימות טענינן ליתמי פרעתי, בזה אינו חייב לתת כתובה לכל אחת, והגע נא בעצמך למ"ד אין כותבין שובר אינו צריך לפרע מחשש שמא יחזור ויגבה ע"י השטר או ע"י עדי השטר, וכיון שכאן צריך ליפרע לעוד ארבעה ועשו חכמים הספק כודאי לו שחייב לה, אבל הוי כמשלם עוד ארבעה עבורה ומאי מהני כתיבת שובר שלה ודאי דאינו חייב בלא כתובה, ואף דהוא גרם שאינו יודע אם אינו חייב למי שאינו חייב, בכל זה הא גם לה בספק לו אם הוא חייב ומן הדין פטור, כן סברת הראב"ד ז"ל, והוא נכון ודוק:

פרק י

הלכה א

ואפילו אם קידשה בביאה אסור לו לבוא עליה כו', **והבא על ארוסתו לשם נישואין אחר שקידשה כו'**:

הנה פסק רבינו דביאה אירוסין עושה, ועיין הרב המגיד, ולכאורה סוגיא ערוכה דביאה נשואין עושה בפרק הבא ע"י (דף נ"ח) דמוכיח רב ששת דיש חופה לפסולות מהא דשלא שטית ארוסה כו' היכי דמי כו' אמר רבא ותסברא הא מתרצא היא כו' ולא שקדמה שכיבת בעל לבועל, ואמר רמי ב"ח כגון שבא עליה ארוס בבית אביה, ובסוטה פריך התם על קרא דממעט ארוסה הא בעינן שקדמה שכיבת בעל לבועל ומשני רמי ב"ח כשבא עליה ארוס בבית אביה. ובאמת שלשיטת רבינו דאע"ג דאסור לבוא על ארוסתו הוא רק מדברי סופרים, בכ"ז אינו מנוקה מעון ותו אין המים בודקין את אשתו לשיטתו בהלכות סוטה, א"כ צ"ע דאיך תני המשנה שלא שטיתי ארוסה וע"כ כפי מה שאמר מן התורה טרם שאסרו חכמים זה לבא על ארוסתו [ובחידושי להלכות סוטה הרגשתי בזה], ואמאי לא אמר דקדשה בביאה דבזה ארוסה היא וקדמה שכיבת בעל לשכיבתו דלנהרדעי אף מדרבנן מותר בשדוכי, ואחר זה איסתתרה, ומוכח דרמי ב"ח סבר דביאה נשואין עושה. אמנם באמת אין ראיה דדרשינן מבלעדי אישך שקדמה שכיבת בעל לבועל. וא"כ בעינן שבאופן שמשקה אותה על בעילת הבועל אמר שבעילה כזו האוסרת אותה לבעלה תהא קודם בעולה מבעלה. ונראה דההשקאה הוא רק על תחלת הביאה, דסוף הבעילה אף אם לא נתפסה ג"כ אינה אסורה דיצרה תקפה וכמו דאמר רבא דאפילו אומרת הניחו לי

שאלמלא כו' היא שוכרתו מותרת. א"כ על מה קפיד קרא להשקותה שמא לא נתפסה ונטמאה הוא רק על תחלת הביאה. אבל אם תחלת הביאה היה באונס אף שסוף הביאה ברצון אינה נאסרת לבעלה אף שנסתרה אחר הקנוי מרצונה. וכמו דדריש הגמרא מוהיא לא נתפשה כו' ויש לך אחרת שאע"פ שלא נתפסה מותרת היא גם על אשה זו שנסתרה אחד הקנוי ברצון ואחרת לאו דוקא רק כפירש"י דסתם אשה כו' ודייק רש"י דלא נימא דבאשה זו שקינא לה ונסתרה מרצונה אף בסופה ברצון מיתסרא, רק באחרת שלא קינא לה מותרת בסופה ברצון, ע"ז דייק רש"י דלא שנא, דהא אם נאנסה בביאה זו אעפ"י שקינא לה ונסתרה אינה נאסרת רק באשת כהן, כן כי סופה ברצון לא מיתסרא, דהא אונס גמור הוי כמו שאמר בירושלמי סוף פ"ד דסוטה דאמרה ליה אם יטבול אדם אצבעו בדבש ויתן לתוך פיו ביוהכ"פ שמא אינו רע לו ובסוף ערב לו כו':

ונראה לדעתי דאבוה דשמואל דאמר חיישינן הוא מדרבנן, משום דסבר דרוב נשים בסוף ברצון ומה"ת מהני ברי שלה נגד הרוב, רק פריך הא דשריא רחמנא אונס, דהוא אחרי קנוי וסתירה, דבזה לא שייך דברי שלה יהא מועיל דסופה באונס כיון דנסתרה אחר הקנוי וצריך להיות מה"ת אסור לדידיה דחייש שמא ברצון הוי ועיין בתוספות בזה, והא דאמר בירושלמי מנין לאונסין שאין המים בודקין דתניא תחת אישך מה אישך לרצון כו', פירושו, דאף על כהנות שבאונס נאסרו לבעליהן ג"כ אין המים בודקין יעו"ש. אבל פשיטא שאם נטמאת באונס אינה נאסרת לו על הסתירה גופא וכמו דאמר ועד אין בה דקאי על הטומאה וזה ברור. ואינו דומה להך דאסתר דנאסרה, דהלכה על דעת זה להיות עמו כמו אשה לבעלה ולמצוא חן בעיניו והוא ודאי יבוא עליה ועיין בשו"ת ריב"ש (סימן קע"א) בזה [ובמק"א ביארתי דבריו]. והארכתי בזה להוציא ממש"כ הפני יהושע בטעם רבינו שמחה שהביא המרדכי הובא בשו"ע (סימן קע"ח) בנתיחדה עם עו"ג יעו"ש, דטעמו משום דאימור סופו ברצון, דז"א דלא עדיף מנסתרה עמו אחר הקנוי ואפ"ה שריא אם נאנסה ולסוף היה ברצון, וכיון שכן הא בבא עליה לשם קדושי ביאה הלא בתחלת הביאה עדיין לא היה אישה, רק דבסוף הביאה הואי אשתו מכבר אם פירש שיקנה בתחלת ביאה ואז הואי רצון דעל סוף ביאה לא נאסרה דרצון של סוף ביאה כאונס הוי ובעי שיהיה מבלעדי אישך דתחלת ביאה יהיה אישך, ולכך מוכרח לאוקמי בבא עליה בבית אביה כי היכי דתחלת הביאה שעל זה הוא משקה אותה יהא כזה מאישה וזה שכבר היה אישה בתחלת ביאה ודוק:

אולם שפיר אמר המגיד דאיסור ארוסתו אינה אך מדברי סופרים והראיה דביהודה היו מיחדין אותה בבית חמיו וכמו דאמר האוכל אצל חמיו כו', ועיין ירושלמי דמשום שמד

היו נוהגין כן להתיר איסור דבריהם למיבעל בלא חופה, ואע"פ שהיו מברכין ביהודה בבית אירוסין עדיין היתה ארוסה כל זמן שלא נכנסה לחופה, וזה שכתב רבינו לקמן הלכה ו' שעדיין ארוסה היא שאין הברכה עושה אותה נשואה, ובהמגיד לקמן אלמא כל זמן שאין מתייחד [בביתו] כצ"ל, אין מברכין כו'. ולפ"ז א"ש מה שהקשינו דמוקי משנתנו שלא שטיתי ארוסה כשבא עליה ארוס בבית אביה דהוא ביהודה שהיו מיחדין את הארוס עמה וחשיב מנוקה מעון וכמו דאמר בירושלמי דכלתיה דר' הושעיא עייליה לחופה מעוברת יעו"ש ועיין ח"מ וב"ש (בח"מ ס"ק ב' וס"ק י"א) שכתבו זה, והבן כי זה כוונת הרב המגיד ודוק:

הלכה ב

כיון שנכנסה הארוסה לחופה הרי זו מותרת וכו' והרי היא אשתו גמורה לכל דבר וכו':

מסתפקנא טובא אם חופה בעיא עדים, או סגי בהודאה דשניהם, או דלמא הוי כמו קדושין דבעי עדים ובהודאת שניהם אינה מקודשת, ה"נ חופה. והנה בפרק האומר (דף ס"ה) דאמר דילפינן דבר דבר מממון, ופריך אי מה להלן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי כו' ומשני התם לא קא חייב לאחריני הכא קא חייבה לאחריני ופרש"י שקרוביו נאסרו בה והיא נאסרה בקרוביו וא"כ כאן שכבר נתקדשה למי חייבה, והלא לא מתחייב רק לה וסגי בהודאת שניהם, ואי מטעם שמחייבים לקרובים בירושה, זה לא שייך לרבינו דפוסק ירושת הבעל מדברי סופרים ועוד לא מסתברא שבשביל ירושה שאפשר שירשו בניהם שאינן בעולם, והזכיה לאחר מיתתה לא מסתברא שיהא משום זה שייך חב לאחרים, ואם יש לה אב אפשר דמחייב לאב משום הפ"נ ומעשה ידיה, אך א"כ בהודאת האב שהוא הודאת בע"ד ודאי מהני דביד האב למוסרה לחופה וכמו דאמרו בפרק נערה (דף מ"ז) אלא הא דזכי כו' למימסרה לחופה וצע"ג:

ונראה נא לרבינו בהלכות גירושין (פרק ו') וקטנה אינה עושה שליח לקבלה כו' מפני ששליח קבלה צריך עדים ואין מעידין על הקטן שאינו בן דעה גמורה, מפני מה חיפש רבינו טעם על הקטנה שאינה עושה שליח לקבלה אף דליכא לדין שליחות בקטנה, מ"מ הוצרך רבינו לזה, דבפרק האומר אמר רב אסי חפץ ומחזירו כו' זוכה בין לעצמו בין לאחרים, ופירשו רבנן בתוספות אע"ג דזכיה מטעם שליחות ואין שליחות בקטן, מ"מ כאן שאני כיון דאיתא בדנפשיה דזכי לעצמו מן התורה היכי דדעת אחרת מקנה, הוה"ד דבר שליחות הוא לאחריני, ודוקא גבי תרומה דליתא בדנפשיה, דקטן שתרם אין תרומתו תרומה, ולפ"ז כאן כיון דאיתא בדידה דלזה יש לה יד לקבל גיטה דא"צ דעת, כן איתה גם בתורת שליחות לזכות ע"י שליח, ולכן בקש רבינו טעמים שונים מטעם

שאין מעידין על מעשה קטן ולא מצאנו שיועיל מעשה הקטן במקום שצריך עדים לקיים הדבר, משא"כ בזכיה לאחרים שעצם הזכיה אינו צריך עדים וכמו שאמרו בקדושין לא איברו סהדי אלא לשקרי, שפיר מועיל מעשה הקטן במקום דאיתא בדנפשיה ודוק. ודא אין להקשות א"כ לרב אסי יהיה מועיל קבלת הגט ע"י קטנה הואיל והיא מציא זכיא לנפשיה, ז"א דעל זה הגט שנעשית שליח לקבלו בזה לאו בת זכיה היא להתגרש דלא נכתב ולא נחתם לשמה, משא"כ תמן זה החפץ הלא מציא זכי לנפשה אילו יהיב לה הבעלים, משא"כ כאן שפיר מקשה רבינו דאמאי אין הקטנה עושה שליח כמו שנעשית במידי דאיתא בדידה שהיא יכולה לקבלו שלשמה נכתב, והא דאמרו סוף המביא דאף על גב דאיתא בתרומה דנפשיה בכ"ז אינו יכול להעשות שליח לתרום מקרא דאתם גם אתם, התם דוקא שישנו בתורת תרומה, אבל לא מצי להרים זה הכרי שהוא אינו שלו, משא"כ כאן דעל זה החפץ בר זכיה הוא ודוק:

וכיון שזכינו לזה נתבונן בקטנה שנתקדשה לדעת אביה ומת אביה אם ניסת אחר כן אם מועיל הנשואין, בשלמא היכי שניסת שלא לדעת אביה אמרו בקדושין דלא הוי נשואין דהא חב לאביה שמפסידו מעשה ידיה וכמו דאמר בירושלמי פרק האיש מקדש בנערה מודה ר"ל בנשואין שלא כל הימנה להשיא עצמה ולהפסיד מעשה ידיה לאביה, אבל באין כאן אב שפיר איכא למימר דהא איתתא לאינסובי קיימא וכבר נאסרה לכו"ע, א"כ זה הוי זכיה לה שתהא ניסת לבעלה שיהא לה בעל שיתחייב לה בשאר כסות ועונה, ואי משום מע"י וירושתה וכי"ב הלא יכולה לומר איני ניזונית ואיני עושה, ועוד דהא מועיל סילוק ע"י תנאי, וא"כ היה נראה דצריך להיות מועיל מה"ת נשואין בקטנה דזה הוי זכות לגבי דידה וזכין לקטן לשיטת כמה פוסקים דזכיה מועיל מה"ת, וכן מורה לשון רש"י בגיטין (דף י') ופרכינן חזרה גופא איתא בקדושין כו', דא"כ זכות הוא לה דאסר לה אכו"ע ומשום האי שטרא אינו מתחייב במזונותיה ע"ש. ובאמת מתחלה חשבתי כן. אולם ראיתי בהגהות פרק כ"ב בתשובת רבינו תם שדעתו ודעת רבינו אפרים דהנשואין הוי רק מדבריהם וכמו קדושי קטנה והובא זה בשולחן ערוך ברמ"א סימן ל"ז, בינותי שיש להביא ראיה מהא דתניא ומייתי לה בבבלי פרק הבא ע"י (דף נ"ו) בת ישראל פקחת שנתארסה לכהן פקח ולא הספיק לכונסה עד שנתחרש אינה אוכלת בתרומה ועיי"ש דמוכח דנשואי חרש הוי רק דרבנן, אולם כשהוא חרש ודאי לדידיה לאו זכות הוא דמתחייב לה בשאר כסות ועונה, אבל גבה לא הויא רק זכות וכמו דמשמע מרש"י דאף בקדושין אי היה מתחייב במזונותיה היה זכות לה אע"ג דאסר לה בקדושין. אמנם בירושלמי שם איתא בברייתא, בת ישראל פקחת שנתארסה לכהן פקח לא הספיק

לכונסה לחופה של נשואין עד שנעשה חרש או נתחרשה היא אינה אוכלת בתרומה, הרי דאף אם נתחרשה היא לא הוי רק נשואין דדבריהם, וזה ראיה נכונה, ולא מסתברא לומר, דזה הוי רק משום גזירה אטו קדושי חרשת, דז"א דאימת גזרו דוקא אם נאמר דהוי רק נשואין דדבריהם, וא"כ הא לפי מה שהתקינו חכמים שארוסה לא תאכל בתרומה עדיין ארוסה היא, רק לומר דהא מה"ת ארוסה אוכלת וגזירה דשמא תשקה ליכא כיון שנכנסה לחופה ע"ז אמרו דהשוו נשואין דרבנן לקדושין דרבנן דיאמרו מדנשואי חרש דהוי רק מדבריהם מאכילין בתרומה, גם קדושין דדבריהם מאכילין, אבל אם תאמר דהוי נשואין דבר תורה לא מסתברא למיגזר כלל אטו קדושין ונשואין דדבריהם וז"ב. ועיין בתוספתא שם פרק י' דתני לנתחרשה היא בבא בפני עצמה, דהלכתא רבתי למדנו מנתחרשה היא וכמוש"ב ודוק. ולפי זה הרי מפורש דלא הוי רק נשואין דרבנן, [וצריך לחלק לפ"ז לרבינו אפרים ושאר רבנן דסברי דקדושין בעוד אביה קיים תו הנשואין שאחר מותו לא הוי נשואין דרבנן ג"כ בין חרשת וחרש לקטנה, דלכי גדלה בת נשואין היא, דמכאן מדאמר קא סבר ר' נתן נשואי חרש מאכילין בתרומה מוכח דהוי נשואין דדבריהם וזה דחוק וצ"ע], וטעמא בעי אמאי לא הוי זכות גמור לקטנה המקודשת ענין הנשואין, ולפי דברי רבינו יש לדון משום דהנשואין צריך עדים כמו קדושין, וכיון שצריך עדים שיעידו על הנשואין ובלא עדים אין המעשה מתקיימת, ותו אין מעידין על הקטנה לכן לא הוי הנשואין דבר תורה, וזה סעד דחופה בעי בפני עדים וכמו שפירשנו ודוק:

אמנם לא דמי דטעם רבינו א"ש רק על עשיית השליח לגט שזה בעצם חובה לקטנה והעדות הוי כמו שאין חבין לקטנה שקטן דומה כמי שלא בפניו הוא כמש"כ רבינו פרק כ"ט מהלכות מכירה, אבל כאן שזה זכיה לה הנשואין אעפ"י שצריך עדים לא איכפת לן ושפיר מעידין עליה, אם לא שנאמר כך, דהא במקבלת קדושין הלא העדים יעידו שקבלה קדושין ואפילו תהא מכחישתן, אבל כאן אם תכחיש הלא אין מעידין על הקטן, ולא דמי למסירת הגט לידה שאין צריך דעתה ורצונה משא"כ כאן, וזה לא מסתברא, והעיקר כדפרשנו משום דחובה היא קבלת הגט לכן אין מעידין ותו הוה שליח בלא עדים. ולפ"ז צ"ל דנשואין בקטנה דאינו מועיל, משום דלא הוי זכות גמור אף עפ"י שאין סברתנו נוטה לזה וצ"ע דמלשון רש"י גיטין בד"ה והא חזרה שהעתקנו לעיל מוכח דבנשואין שכבר נאסרה אכו"ע ומתחייב השתא במזונותיה הוי זכות גמור והארכנו בזה בסוגיא דנתקדשה שלא לדעת אביה ואכ"מ. ואין להביא ראיה מהא שפירשו בתוספות פ"ק דקדושין (דף י"ב) בהא דרב מנגיד אמאן דמקדש בביאה משום פריצותא שצריך שיעמיד עדי יחוד וזהו פריצות, ולפ"ז סוף סוף על החופה הוא היחוד צריך עדי יחוד

וא"כ מאי איכפת לן אם מקדשה בביאה, וצ"ל דשיטתם בחופה אינו כמו שפירש רבינו דזה יחוד, רק כשיטת רבנן קדמאי דהכניסה לרשות הבעל או שארי דברים קרוים חופה (עיין סימן ס"א בב"י ובד"מ), והך שמועה דקדשה ע"ת וכנסה סתם לא מכרעא מידי, דתמן לשיטת הקדמונים דצריך שיבעול לשם קדושין ודאי דמיירי בפני עדים, לכן עדיין הך מלתא מסתפקא לי טובא להלכה, וה' יורני האמת בד"ק:

עוד הנני מסתפק טובא, אם יש תנאי בחופה היינו לאחר שקידש אותה ונעשית ארוסתו כנסה בתנאי שאם לא יתן לה כך וכך או תנאי אחר לא יהיה זה נשואין מי חייל בזה תנאו או לא, ומקור הספק הוא ע"פ שנתבאר בפרק המדיר דחליצה לא חייל תנאי לבטל המעשה וחליצה מוטעת כשרה משום דמתנאי ב"ג וב"ר ילפינן דהמעשה יכולה להתקיים ע"י שליח, וקדושין אפשר ע"י שליח, וקדושין בביאה ג"כ, משום דאיתקשו הויות להדדי, א"כ חופה שגומרת האם יכולה להתקיים ע"י שליח, ומהראוי שלא יועיל בה תנאי, ולא מצאנו שילפינן הויות להדדי חופה לקדושין, ובפרט לפי מה שפירשו המפרשים שכונת הגמרא שאין אנו מביטין בהשקפה פרטית אל סיבת המעשה, שעצם המעשה הוא הקנין שנתארסה לו בזה והקנין יכול להיות ע"י קדושי כסף ושטר שישנה ע"י שליח, ולפ"ז גמר החופה הוא הנשואין לא מצאנו שתהא יכולה להתקיים ע"י שליח, והא שאמרו ביבמות פרק ב"ש דמשו"ה נשואות אין ממאנין לפי שאין תנאי בחופה, התם פירושו אם התנתה תנאי בקידושין אחולי אחליה לתנאי בביאה וכן בחופה, ורבנן בתוספות פירשו שאין רגילות שיתבטל הנשואין ע"י תנאי והתם התנאי הוא בקדושין [וכן כתב בשאגת אריה סימן צ"ג היכי דמתנה על הקדושין והחופה ביחד דחופה אינו גומר, רק במקודשת מועיל תנאי], אבל באופן שיהא קדושין גמורים ואחרי זה בשעת כניסה לחופה התנו תנאים ביניהם מסתפקא לי טובא, ועיין פרק האשה רבה צ"ד: אלא נשואין מי איכא למימר תנאי הוי לה בנשואין, שם הוא תנאי על הקדושין רק שנשואין אין אדם תולה ע"י תנאי שאין אדם עושה בעילתו ב"ז. והנה בדף מ"ז אמרו אלא הא דזכי ליה רחמנא לאב למימסרה לחופה כו' ופרש"י כדכתיב את בתי נתתי כל נתינות שבה במשמע כו' ולא פירש משום דאיתקוש הויות להדדי וכמו דאמרו שם על שטר וביאה, אלמא דעל חופה לא שייך זה, וא"כ הוה"ד דלא חייל תנאי לבטולי חופה, ומה שהקשו רבנן בתוספות דאמאי צריך קרא דקדושין לאביה בנערה לילף מחופה דמדנסקלת ע"כ שזינתה קודם החופה ואמר את בתי נתתי, נסתר זה מדברי הירושלמי פרק האיש מקדש הלכה א' דריש לקיש סבר שהיא ואביה מקבלין כסף קדושיה, מודה ר"ל בנשואין שלא כל הימנה להשיא עצמה להפסיד מעשה ידיה לאביה, כן הוי אמינא דאע"ג דנשואין

הוא לאב שבזה יוצאת מרשותו לעולם, אבל קדושין אפשר דדוקא ע"י עצמה ובזה לא זכי רחמנא לאביה ודוק:

ונתבונן נא בדברי הגמרא (כתובות דף מ"ה) אמר רבא מוציא ש"ר קא אמרת שאני מוציא ש"ר דחידוש הוא דהא נכנסה לחופה ולא נבעלה בעלמא וזינתה בחנק, ואילו מוציא ש"ר בסקילה ופרש"י דמוציא ש"ר אחר שכנסה אעפ"י שהעדים מעידין שזינתה קודם החופה בסקילה אע"ג דאישתני דינא, דאילו זינתה עכשיו אחר החופה בחנק, וצ"ע דלפי מה שפירשו רבנן בתוספות פ"ק הא דנאמן בטענת פתח פתוח ואמר רבא חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה, ופירשו משום דס"ל כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה הוי מקח טעות וצריכה קדושין מחדש, וא"כ כי באו עדים שזינתה באירוסין והנשואין היה על ידי טעות שהיה סבור שהיא בתולה ונמצאת בעולה, א"כ הכניסה לחופה בטעות והנשואין בטלים ונשארת ארוסה כמו שהיתה ולא אשתני דינא כלל וכלל וצ"ע. אבל למאי דפרשנו דאין תנאי מועיל בחופה א"כ כאן הוי כמו כנסה על תנאי שהיה סבור שתהיה חופה באופן שהיא בתולה לא באופן שהיא בעולה, ואין תנאי מועיל לבטל המעשה, ולכן החופה הוי חופה אף אם היא בעולה ונשואה הויא והוי אישתני דינא ודוק:

אולם בזה יש לדון, דחזינא בב"ק סוף פרק הגוזל עצים דפריך אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכת שחין תיפוק לה בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה, וזה קשה דסותר כדברי הירושלמי מציעא סוף פרק השוכר את הפועלים שאם מתי לא תהי זקוקה ליבום ה"ז מקודשת והתנאי בטל, וא"כ כאן דנתקדשה בתנאי שלא תהא זקוקה ליבום התנאי בטל וכבר עמדו ע"ז רבוותא גדולי האחרונים, והעיקר דשם הוי גלוי דעת ואומדן דמוכח לכל שעל מנת כן נתקדשה ולכך לא בעי כפילות תנאי ולא תנאי, הרי דבכזה לא בעו משפטי התנאים, א"כ הכא נמי דאומדן דעתו דכונסה בחזקת בתולה ואם היא בעולה אינו מתכוין לשם נשואין ודאי דבזה אינו מועיל החופה אף ע"ג דלית בה משפטי התנאים שאי אפשר לקיימו ע"י שליח, ומכש"כ כאן דהוא תנאי שעבר ואם התנאי בטל היינו שהיא בעולה בעת החופה הרי ביטול המעשה חלה תיכף, ובזה כבר נסתפקו רבוותא, דבזה לא בעי משפטי התנאים כלל, ואף אם לא כפליה מהני, הוא הדין אע"ג דאינה יכולה להתקיים ע"י שליח. הן דיש מקום עפ"י מש"כ רבנן בתוספות בטעמא דמתנה ע"מ שכתוב בתורה הוא כמפלג"ג בדברים והוי כאומר ע"מ שתעלו לרקיע דחזינא דכוונתו לצחק, א"כ זה לא שייך ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין דכו"ע ידעי דאדעתא דלא תיזקק לו קא מינסבה לאחיו. משא"כ בתנאי שא"א לקיימו ע"י שליח

שביארו הקדמונים משום דכיון דא"א להתקיים ע"י שליח אין ההסרה וההתרה מזיקת יבום העיקר, רק המעשה הוא העיקר בזה הוא מעשה החליצה, ולזה לא אתי תנאי דהוא דיבור ומבטל מעשה, ומשו"ה בנדרים ונזירות אף דא"א ע"י שליח מועיל תנאי דאתי דיבור ומבטל דיבור, א"כ אפשר דאף גלוי דעת ואומדן דמוכח ג"כ לא מהני ובכ"ז יש לנו דברים ארוכים ואכ"מ:

אמנם בעיקר מה שהבאנו מתוספות פליג ע"ז רבינו לקמן פי"א שאפילו אם רוצה לקיימה אין לה כתובה והוי מקח טעות (ועיין בח"מ וב"ש סימן ס"ח). והעיקר בסברת רבינו נראה דסובר דאם רוצה לקיימה ודאי דנאמן להפסידה כתובה, וכמו דאמר בירושלמי בשם ר' אילא אין אדם עשוי להוציא יציאותיו ולהוציא ש"ר על אשתו, דודאי כיון דרוצה לקיימה אטו בשביל חיוב מנה או מאתים שיהיה לה עליו כשיגרשנה לאח"ז או ימות, יוציא עליה שם רע ויפגום אותה, רק כשמגרשה חיישי שמא שנא אותה ורוצה ליפטר עצמו מן הכתובה לכן אמר חזקה אין אדם טורח כו' ומפסידה, ואם בלבו היה לגרשה היה מגרשה קודם וזה נכון. אך דא צ"ע, דהא כיון שזינתה קודם החופה ונאסרה אליו והיא נטמאה וסוטה קאי עלה בלאו כדאמר פרק קמא דסוטה (דף ו') הביאוהו התוס' יבמות בדף י"א, א"כ הוי מקח טעות ולא הוי החופה קיימת דטעה. אך גם זה כבר פירשו רבנן ומהם רבינו נסים סוף פרק אלמנה ניזונית דצריכי גט בחייבי לאוין שלא הכיר בהם, ובריייתא ערוכה תמן אלמנה לכה"ג אין להן כתובה, מוכח דצריכי גט, וכפי הנראה דצריכי גט מה"ת ולא כדסברי רבה ור"ח גבי מומין ונדרים בקדשה סתם וכנסה סתם בפרק המדיר דרק מדבריהם צריכה גט, דלא דמי איסור למום, וראיה עצומה דל"ד איסור למום, דרבא אמר דתנא גופיה ספוקי מספקא ליה אם קפדי אינשי בהכי או לא, לכן גבי קדושין לחומרא גבי ממונא לקולא, ואם נדמה איסור שלא הכיר בה למום אמאי כתבו הרב האלפסי ורבינו דתוספת יש להן, הא כיון דהקדושין בטלים ואינם צריכין גט, אי קפדי אינשי בזה תו גם תוספת אין להן, דכיון דהקדושין בטלים הרי פנויה היא ובעילת זנות הוא ואמאי יש לה תוספת. אולם רבינו נסים סבר באיילונית שלא הכיר בה דאינה צריכה גט ואפ"ה סובר דיש לה תוספת, ואע"ג דאין צריכה גט כיון שדרך נשואין היה יש לה תוספת והוי כמו ממאנת דיש לה תוספת אע"ג דעקרה לקדושין, דכ"ז אינו דומה לבעילת זנות דפנויה, דלר' אליעזר דפנוי הבא על הפנויה שלא לשם אישות עשאה זונה ואפילו כן מודה בממאנת (יבמות דף נ"ט) כיון דדרך נשואין הוא. והוא הדין קדושי טעות וכיו"ב כיון שכוון לשם אישות וכן כתב הריב"ש בשו"ת סימן קצ"ד. אולם בזה חזינן דאינו דומה איסור למום דבמומין אין לה גם תוספת ובאיסור יש לה, לכן הפשט

עדיפא דצריכי גט מן התורה ולא דומה ללוקח מחבירו מאכלות אסורות דהמקח בטל כמו דתנן סוף פרק עד כמה בבכורות, ופסק רבינו בפרק ט"ז מהלכות מכירה הלכה י"ד, ואפילו באיסורים מדברי סופרים, דשאני גבי מכר שאינו רוצה שיהא המקח קיים דלא מצי למיכלינהו ומה יעשה אם לא ימצא למי למוכרו וטרחא בכדי למה לי, משא"כ כאן דבידו לגרשה ומה איכפת לן אם תהא אסורה עליו יגרשנה, ואי משום דמיתסר בקרובותיה זה לאו קפידא גמורה, ורק גבי נדרים דמאיסא עליו כן נראה, ולכן החופה אע"פ שכבר זינתה מקודם בכ"ז הוי חופה שדינה כנשואה לכ"ד, ואין מזה ראיה למה שנסתפקנו דאם תנאי מועיל בחופה ודוק:

אולם קשה לרבנן בתוספות יומא ושאר קדמאי דהוכיחו מירושלמי דבעולה אין לה חופה א"כ כאן דאגלאי מלתא ע"פ עדים דהויא כבר בעולה תו אין לה חופה ולא אישתני דינא והוי ארוסה ומאי חידושא, ובזה עמדו האחרונים. אכן נראה דבספרי וירושלמי איתא כן, אין לי אלא שבאו עדים שזינתה כדרכה זינתה שלא במקום בתולים מנין ת"ל ואם אמת היה הדבר הזה מ"מ, וכבר מבואר אצלנו במק"א דההיא כרבנן דפליגי עליה דראב"י וסברי אף על פי שלא בעל, דראב"י דסובר דבבעל דייקא, א"כ בעי שיהא נראה שקרן וטענתו מסייעת להעדים שלא מצא בתולים א"כ בזינתה שלא כדרכה אין סיוע כלל אל העדים, ולכן לראב"י אמר לקמן עד שיוציא שם רע כדרכה, א"כ לפי"ז שפיר פריך הא כיון דשלא כדרכה אינה בעולה ולא הוי מקח טעות, דבזה לא שייך כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה ה"ז מקח טעות, וכן חופה קונה בה כמו שקונה בכל בתולה דעלמא, וא"כ חופתה חופה מעליא ואישתני דינא ואפ"ה אשתני קטלא, ובזה א"ש הא דנקיט מילתיה אליבא דמ"ד שלא בעל, דלמ"ד שבעל א"כ בעי שיוציא ש"ר בכדרכה ולא הוי אישתני דינא רק מן הבעילה, אבל נשואה לא הויא או משום דמקח טעות או משום דאין לבעולה חופה כלל, ומצד הבעילה הלא נשתנית גם מן הנואף כמוש"פ בתוספות יעו"ש, ותו אין ראיה מכאן למה שצדדנו דאין תנאי בחופה לכן גם מקח טעות לא הויא ודוק. ואחרי זה ראיתי להב"י סימן ל"ט בשם רבינו ירוחם, ז"ל מוכח ביבמות ק"ז דאין תנאי בנשואין שאם קדשה בלא תנאי ובעל בתנאי לא הוי תנאי, וכ"כ הרמ"ה עכ"ל, אולם כולהו רבנן קדמאי לא פירשו כן וכמוש"ב, לכן עדיין צ"ע להלכה למעשה:

עוד נסתפק המשל"מ לעיל פ"ג הי"א בחופת פחות משלש שנים שאינה ראויה לביאה מי הוי חופתה חופה או כארוסה חשיבא, ועיקרו של דבר בפרק הבא ע"י דף נ"ז ומודה לי אבא בפחות משלש שנים כו' הואיל ואין לה ביאה אין לה חופה. ונראה

לן להעיר דבגמרא (קדושין דף י"ח) בעי יעוד נשואין עושה או אירוסין עושה יעו"ש, ואם נאמר דיעוד נשואין עושה, א"כ בענין שיעדה בשעה שהיא ראויה לנשואין, אבל פחות משלש שנים כיון דלא חזיא לביאה לא חזיא ליעוד, וכמו דאין חופתה חופה אין יעוד שלה מועיל, ולפ"ז הא דבירושלמי מביא ברייתא בן תשע שנים ויום אחד עושה אלמנה לכה"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט, ומוקי ר' יוחנן ביעודין דסבר דמייעד אדם לבנו קטן יעו"ש פלפול ארוך, ופריך ניחא אלמנה וגרושה [מאי איכא למימר מי הוי קטן בר גרושין] תיפתר שבא עליה, ומשהגדיל נתן לה גיטו כו' מעתה אפילו פחות מתשע, פירוש, שיעודין משכחת לה בפחות מבן תשע יעו"ש. ואם נאמר דיעוד נשואין עושה הלא בפחות מבן תשע דלאו בר ביאה הוי לא יעודו יעוד, וא"ש דתני בן תשע, דאף אם נאמר דמייעד אדם לבנו קטן מכל מקום בן תשע בעי להיות דיהיה בר ביאה ואז בר יעוד הוי. ולכאורה מצינו למימר גבי יעוד דאפילו אם נאמר דנשואין עושה, זה דוקא בראוי לביאה אבל כשאינו ראוי לביאה אז לכ"ע יעודו אירוסין בלבד עושה. אמנם ז"א, דא"כ מאי מביא בתלמוד דילן מהך ברייתא דושוין שמוכרה אלמנה וגרושה לכהן דע"י קדושי יעוד ואפ"ה לא נפקע רשות אביה מינה וש"מ דיעוד אירוסין עושה, דילמא מיירי כשמיעדה כשהיא פחותה מבת שלש ולאו בת נשואין היא דאז כו"ע מודו דאירוסין לבד עושה. ואם תאמר איך גירשה הא אין לה דעת לשמור גיטה, ז"א דהגט קבלה כשהגדילה לעונת הפעוטות דיודעת לשמור גיטה [ובפרט לשיטת ר"ת דע"י אביה יכולה לקבל גיטה], ועל כרחין דאם נאמר דנשואין עושה באינה ראויה לנשואין כשהיא פחותה מג' שנים אז היעודין לא מועיל מידי ולא הוי קנין כלל אפילו כאירוסין, ומאי פריך בירושלמי הא דתני בן תשע דהא בעינן שיהא ראויה לביאה וכמו בחופה. אמנם הירושלמי סובר דיעוד אירוסין עושה כדאמר להלן בשמועה דאם נאמר דמעות הראשונות לקדושין נתנו וא"כ כשמיעדה אישתכח דארוסה הויא מעיקרא ומעש"י צריך להיות של אביה, ומשני דהוי כאומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שמעשה ידך שלי, אלמא דסבר דיעוד אירוסין עושה, ולכך פריך לר"י דמוקי לה ביעודין למה לי בן תשע אפילו פחות מבן תשע נמי, אבל למ"ד נשואין עושה א"ש דתני בן תשע ודוק היטב:

ובירושלמי כתובות פ"ד ה"ז, לא סוף דבר לחופה אלא לבית שיש לו חופה [פירוש שזו היא מסירה לרשות הבעל] כעין דא אמנותא [פירוש כעין זו המנהג], ובסוף סנהדרין הגירסא בעיא הדא מלתא ופירוש דמבעי ליה, טרקלין וקיטון חופה וקיטון [צ"ל חופה בקיטון] נכנסה לטרקלין, פירוש שיש טרקלין חדר גדול וקיטון חדר קטן ואם נכנסה לטרקלין הוי כאילו נכנסה לקיטון שיש בו חופה או לא, וטעמא כמו דתנן בעירובין מפני

שהיא כפתחה של גדולה ובבבלי (דף צ"ב) אשה בגדולה וגט בקטנה מתגרשת שדיורי גדולה בקטנה, אשה בקטנה וגט בגדולה אינה מתגרשת שאין דיורי קטנה בגדולה, כן הכא שאם נכנסה לחדר הגדול הוא הטרקלין דיורי גדולה בקטנה ונעשית כאילו דרה בקיטון שיש בו חופה, אבל אם נכנסה לקיטון והחופה בטרקלין אין דיורי קטנה בגדולה והיא לא נכנסה לבית שיש בו חופה הוא הטרקלין ואין זה מסירה לרשות הבעל לנשואין, וזה הלשון נמצא בפרק מי שמת, היתה חופתו בקיטון ועשה לו הסב בטרקלין מהו א"ל לית חמי ליה מפקא, פירוש, שאין יוצאין מן הקיטון אלא דרך הטרקלין והוי כבית אחד, ועיין פירוש מהר"א פולדא שם, וכפי הנראה מירושלמי דאפילו נכנסה סתמא לבית שיש בו חופה מיחשבא מסירה לרשות הבעל וכמו דפליגי בבבלי, יעוין שם ודוק היטב:

הלכה טו

מקום שאין ב"ד יושבין בו אלא בב' וה' בלבד בתולה נישאת ביום ד' שאם היתה לו טענת בתולים ישכים לב"ד:

יש לחקור, אם קטנה ניסת ג"כ ביום ד', דכיון דפתויה אונס הוי, ולא שייך רק באשת כהן, משום אשת כהן לחודא לא גזרו רבנן, או לא פלוג. ולכאורה משמע מהא דתנן תינוקת שלא הגיע זמנה לראות כו' ב"ש אומרים נותנין לה ד' לילות כו' הגיע זמנה לראות וניסת ב"ש אומרים כו' ובה"א עד מוצאי שבת ד' לילות. ויפלא מדוע לא נקט ברישא גבי לא הגיע זמנה לראות בש"א נותנין לה עד מוצ"ש ד' לילות, ועל כרחין משום דלא הגיע זמנה לראות הוא עד ימי הנעורים, וקטנה אינה ניסת ברביעי משום דפתוי קטנה אונס הוא, וזה דקדוק חזק. אולם לשיטת רבינו לקמן פ"ב מהלכות סוטה דפתוי קטנה אוסרתה לבעלה ודאי דהוא הדין קטנה ניסת ברביעי ואין חילוק כלל, וצריך לומר לשיטתו, משום דקטנה בת מיאון אינה נאסרת כמ"ש רבינו שם, ואף לבית שמאי דנשואה אינה ממאנת ג"כ לא מתסרא כמו שכתב המשל"מ גבי חרשת להלן (פרק י"א), ולכן ודאי לא ניסת ברביעי, ומשום הכי לא תני בדברי בית שמאי בלא הגיע זמנה עד מוצאי שבת וכמו שכתבתי ודוק:

הלכה יט

הגיע זמן כו' נתחייב במזונותיה אף ע"פ שלא כנס כו':

יש להסתפק למי שייכים מעשי ידיה האם לאביה או לעצמה כשהיא בוגרת, או שייכים להארוס כמו אם ניסת דקיי"ל תקנו מע"י תחת מזונותיה. והנה בשומרת יבם דקיי"ל אם עמד בדין וברח מעלה לה מזונות, ופירש ירושלמי פרק אע"פ דהוא הדין חלה וכן פסק רבינו לקמן פי"ח, אמר הגמרא דנותנין לה בלא שבועה אף לשמואל דאין פוסקין מזונות

לא"א דלא איכא למיחש שמא אמר לה צאי מעשה ידיך כו' דלא משתעבדא ליה למע"י, ועיין בתוספות פרק שני ד"ג (דף קז:) ד"ה עמד בדין בזה, וטעמא דמשום קנסא שהיה לו לכונסה אחר ג' חדשים, לכן רק למזונות קנסוהו, וכן אם נאמר דבארוסה ג"כ הוא משום קנסא שהיה לו לכונסה כשהגיע זמן, ודאי דמע"י לאביה או לעצמה, דאם נימא דמע"י שלו א"כ אשה אשת חיל שמע"י יתר על מזונותיה ירויח. אולם מהא דמוקי בב"מ פ"ק הך דמציאת אשתו שגרשה הרי אלו שלהן בספק מגורשת שמעוכבת להנשא בשבילו, ע"כ דמע"י של הבעל דאי מע"י שלה כש"כ מציאתה ומאי קמ"ל, ואם נימא דבהגיע זמן ולא נשאו אין הבעל זוכה במעשה ידיה אע"ג דחייב במזונותיה, א"ש, הא דאמר אביי בפרק אע"פ מחלוקת בארוסה אבל בנשואה ד"ה מחצה חולין ומחצה תרומה, וטעם רש"י דחוק. ולפ"ז א"ש, דר' טרפון סבר דנותנין לה תרומה כדי מזונותיה ואע"פ שאם צריכה לחולין בימי טומאתה ובאה למכור תרומה אין מגיעין ליקח בהן חולין שהם ביוקר מתרומה, בכ"ז לא יהיב יותר מפני שיש לה מעשי ידיה או מתנזא מניה דאב שמע"י שלו כשהיא נערה, אבל בנשואה דמע"י שלו ואם יהיב לה הכל תרומה בימי טומאתה מאי תאכל אטו תחזור על הפתחים, לכן ד"ה מחצה חולין ומחצה תרומה, ולפ"ז רשב"ג דאמר כפלים בשל חולין כו' פליגי על ר' עקיבא אף בנשואה:

וא"ש דברי הרב המגיד לקמן פי"ב הלכה י"ג, סברת ר"ע במשנה כו' וידוע שהלכה כר"ע מחבירו, דתמוה לכאורה דתמן דמיירי בנשואה כו"ע מודו. ולפ"ז ניחא דלאפוקי רשב"ג אמר, ונ"ל לפ"ז אע"פ דקיי"ל במזונות דחיובם מתחלת נשואין קא חלו דלכן מפני תקון העולם אמרו דאין טורפין ממשועבדים ותיפוק ליה דלא חל החיוב רק יום ביומו והמכר היה קודם החוב, וע"כ דהשעבוד היה קודם, זהו במזונות אשה, אבל בהגיע זמן ולא נשאו שעבור שאינו נושאה חייב לזונה בלא מע"י, א"כ כל שעה הוא יכול לכונסה ויפטר לזונה בלא מעשי ידיה, והמזונות אינו מתורת חיבת נשואין כמו בנשואה, רק עבור שמעוכבת להנשא וכמו קנסא, וא"כ החיוב חל יום ביומו. ולפ"ז במדירה מהנאתו חל הנדר דהאיסור קודם להחוב שלא נתחייב רק מזונותיה יום יום, וא"ש מה דמשני ריש פרק המדיר בארוסה שהגיע זמנה ולא ניסת דחל נדרו ואין צורך למה שכתבו רבנן רש"י ותוס' שם, וזה מחוור טובא. ומצאתי בספר המקנה (סימן נ"ו) שצידד קצת דאין לו מעשי ידיה. אולם ראיתי בשטמ"ק הביא בשם הריטב"א דמע"י של בעל וזכה במעש"י ובמציאתה יעו"ש וכן מסתברא, ומאן ספון לחלוק עליו. וראיתי ברא"ש פרק החולץ (סימן כ"ה), וז"ל, וכן נ"ל דאע"ג דניזונית אין מעש"י שלו כו' שכ"ז שאינה יושבת תחת בעלה אין לחוש לאיבה, מוכח דאין מעש"י שלו, ומדברי הספרי זוטא על מקרא כל

טהור בביתך, פרט לבת ישראל עד שלא זכה במעשי ידיה, ומנין אתה מרבה משזכה במעשי ידיה אמרת כל טהור בביתך יאכל אותו, מוכח דקאי בשיטת משנה ראשונה דהגיע זמנה לישא אוכלת משלו ואוכלת בתרומה בטרם שנכנסה לחופה, ואז הוי מעשה ידיה לבעל וכמו שכתב הריטב"א ודוק:

פרק יא

הלכה ד

ואם כנס החרשת ונתפקחה יש לה כתובה:

הרב המגיד כתב שזה ברוצה לקיימה אחר שנתפקחה, ולמד זה מחרש ושוטה שנשאו נשים וכו' ששם דוקא ברוצה לקיימן, וה"ה כאן, וזה קיצור מופלג בדברי רבינו, ולהלן בפרק כ"ב כתב רבינו, אבל הפקח שנשא חרשת אם מתה לא יירשנה והחרשת שנשא פקחת כו' יירשנה, וכתב הראב"ד שלמד זה רבינו מדין כתובה כמו דחרשת אין לה כתובה מן הפקח כן אינו יורשה, וא"כ אף בחרש שנשא פקחת שאין לה כתובה ממנו אינו יורשה יעו"ש, ובהלכות נחלות כתב רבינו שאין הפקח יורש את החרשת שניסת כשהיא חרשת אפילו נתפקחה, ופשט דבריו מורה דאף ברצה לקיימה כשנתפקחה אינו יורשה, ואם מדין כתובה למד, הלא בזה דיש לה כתובה גם צריך ליורשה, וכבר עמד ע"ז בלח"מ שם. אמנם כבר העיר הכסף משנה דדברי רבינו מפורשים בירושלמי דפ"ק דכתובות הלכה ב' ומזה למד רבינו, וכן כתבו שם מפרשי הירושלמי, וזה לשונו, חרש שנשא פקחת אין לה עליו מזונות ולא כתובה, ואם מתה הוא יורשה שהיא רצתה לזוק לו נכסיה והוא לא רוצה לזוק לה בנכסיה [זה דין של רבינו לקמן פרק כ"ב, שהיא בת דעת ומזכה לו בנשואין שלה כל הזכיות שיש לבעל על אשתו שהלא ניחא לה בנשואין של חרש וניסת להחרש בכל הזכותים שיש לבעל על אשתו], פקח שנשא חרשת יש לה עליו מזונות וכתובה ואם מתה אינו יורשה שהוא רוצה לזוק לה נכסיו והיא לא רצתה לזוק לו נכסיה, ופריך וחרשת יש לה קנין ויש לה כתובה, ר' ירמיה בשם ר' ליזר כשכנסה פקחת כנסה [פירוש כשכנסה פקחת ונתחרשה], ריב"א בשם ר"ל שכנסה פקחת ונתחרשה מכל מקום לא פקחת כנסה [בתמיה דא"כ כשכנסה פקחת ונעשית אשתו אמאי אינו יורשה הא אשתו היא לכל דבר ומשני] תיפתר שהיתה חרשת ונתפקחה שלא תאמר הואיל והיתה חרשת תחלה אין לה כתובה לפום כן צ"ל יש לה, עכ"ל הירושלמי כפי ההגהה הברורה, וכיון שכן הלא דין שלפנינו בכנס חרשת ונתפקחה דיש לה כתובה כו' מפורש הוא בירושלמי, ולכן נקטיה רבינו כפשטא דאף אם עדן לא בא עליה ואינו רוצה

לקיימה יש לה כתובה, דבשלמא בחרש שנשא פקחת הרי בעת נשואין היה אינו בן דעת, ולכך השתא דנתפקח אפשר דיאמר איני רוצה לקיים אותה ויגרשנה דבידו לגרשה דבו תלוי הגט, ולכך כל זמן שלא בא עליה ואינו מקיימה עוד, אין לה כתובה עליו אף אם מת אח"כ, אבל פקח שנשא חרשת ונתפקחה הרי לאו בידה לגרשו והיא אשתו גמורה, ואין שייך לומר שלא ירצה הבעל שנשא כשהיתה חרשת לקיימה כשנתפקחה, וכל פקח הלא נותן כתובה לאשתו רק דכאן חששו דממנעי ולא נסבי וכיון שנתפקחה לא שייך זה, לכן יש לה כתובה אף אם לא בא עליה בפקחותה. והדין שפסק בהלכות נחלות דאף אם כנסה חרשת ונתפקחה אינו יורשה ג"כ מפורש הוא, וזה אע"ג דרוצה לקיימה ובא עליה, דדוקא בחרש שנשא פקחת אמרינן דאם רוצה לקיימה בעת פקחותו כשנתפקח אח"כ, הרי היה בידו לגרשה וחזינן דניחא ליה בהנך נשואין שנשא בעודו שלא היה בן דעת, ולכך יש לה עליו כתובה, אבל בפקח שנשא חרשת ונתפקחה אף שבא עליה אימור לא ניחא לה בהנך נשואין שניסת כשלא היתה בת דעת, אבל מה תעשה הרי אין בידה לגרשו, וכיון שתקנו לה חכמים בעודה חרשת נשואין הרי צריכה גט ומה בידה לעשות. ואף לשיטת רבינו דבמאיס עלי כופין אותו להוציא לא ניחא לה לזלזולי בבי דינא ולכופו, לכן אף שבא עליה ג"כ אינו יורשה, ובכל זה יראה לי שזה ברוצה לקיימה, דהנשואין לא הוי רק מדבריהם כמו שהיה קודם. אבל בבעל אותה בפני עדים אחרי שנתפקחה דאז אמרינן דלשם קדושין הוא בועל והוי קדושין דבר תורה וכמו בבא על הקטנה כשנתגדלה אמרינן דאם קבלה קדושין משני אינה צריכה גט כרב דלשם קדושין הוא בועל, וכיון דמקודשת אליו מה"ת הרי רצתה בקדושיה דבר תורה והבעל יורשה, דנעשה כאילו קדשה עכשיו ויש להבעל כל הזכיות שיש לבעל על אשתו, רק במקיימה באופן שאין עדים שלא נתוסף בקדושיה קדושי תורה אז ברור דאין הפקח יורשה הואיל ואין ראיה שרצונה בנשואיה, כנ"ל בזה. דאף דדעת רבינו דירושת הבעל מדבריהם ולפ"ז הוי מצינן למימר דאף שבא עליה אחר זה לשם קדושי תורה שלא יתפסו בה קדושי אחר ג"כ אינו יורשה דלא תקנו חכמים ירושה, כיון שהנשואין היו בעודה חרשת ולאו בת דעת הויא וצריכה גט ומה תעשה, בכל זה לא מחוור והעיקר כדכתיבנא והדין דחרש שנשא פקחת הלא מפורש הוא בירושלמי, ואין לומר דנפרש דמיירי בנתפקח אחרי זה, וכמו דסיפא דפקח שנשא חרשת דיש לה עליו כתובה מוקי הירושלמי בנתפקחה אח"כ, והכי נמי רישא דחרש שנשא פקחת מיירי כשנתפקח אחר זה, זה אינו, דאם כן אמאי אין לה עליו כתובה כיון דנתפקח. ואין לפרש דמיירי כשלא בא עליה עדיין כשנתפקח ואינו רוצה לקיימה, דא"כ אמאי יורשה כיון דלדבריך חרש אינו יורש פקחת

ואטו אם נתפקח יורשה. ונראה שמהראב"ד אישתמיט דברי ירושלמי זה שכתב שלמד מדין כתובה והוא מפורש בירושלמי כרבינו. ולהיפך דאם נתפקחה אח"ז יש לה כתובה ואינו יורשה, וטעם הדבר, דפקח הנושא חרשת אין לה עליו כתובה דממנעי ולא נסבי דפיקח שנשא אותם חושב אם יוכל לדור עמה הרי טוב ואם לאו יגרשנה כיון דאין לה כתובה. אבל אם תאמר דיש לה כתובה ממנעי ולא נסבי, אבל בפקחת שנשאה חרש הרי יודעת שנכנסת לרשות חרש ותהא אגידא ביה לעולם דאין בידה להתגרש ומה איכפת לה שהבעל החרש יירשנה במותה כיון דניחא לה באישותו וטב למיתב טן דו יהיה יורשה ג"כ ופשוט:

סוף דבר דעת רבינו על פי ירושלמי דהפקח שבן דעה הוא מתחייב את עצמו ליתן ככל זכיות שיש לאשה עם בעלה, רק כתובה לא תקנו דבאמת אין נשואין כלל לחרשת, רק חכמים תקנו וראו שימצאו אנשים שישאו גם חרשת אבל אם יתחייב כתובה לא נסבי לה. ולפ"ז הבעל אוכל פירות נכסי אשתו הפקחת אע"פ שהוא חרש דהיא זיכתה לו נכסיה שהיא ניסת לדעתה, לבד מעשי ידיה שצריכה למזונות, ואף בעבד עברי אינו יכול לומר עשה עמי ואיני זנך, וכן החרשת עם הפקח היה לה על הבעל כתובה ות"כ, רק חכמים חששו דממנעי ולא נסבי, והוא היה בן דעת כשנשאה לכן הבעל חרש זוכה בכל הזכותים שיש לבעל בנכסי אשתו הפקחת. והא דאמרו בריש האשה רבה, דהואיל והיא אינה זוכה בדידיה, כך הוא אינו זוכה בדידה, זה תמן דנשואין שלה באיסור וחכמים לא ניחא להו בנשואין דילהו כמו שניות וכו' נפסק אגד הקשר ויחס ברית נשואין שלהם, וגם שם בשניה דעת ירושלמי כן דאע"ג דאין לה מזונות מכל מקום הבעל זוכה במעשי ידיה יעו"ש פרק יש מותרות הלכה ה', ובזה נראה דפליג הבבלי, ואולי מוקים הבבלי זאת הברייתא כר' אליעזר דסובר באשה שהלך בעלה למדינת הים כו' דבעלה זכאי במציאתה כו' דלדידיה לא קנסו רבנן, כן הוה"ד בשניה דהיא מרגלת אותו לא קנסוהו ודוק, אבל כאן חרש שנשא פקחת דנשואין הלא הוא מתקנת חכמים וחכמים חששו לטובתו ורצו לתקן ככל דיני נשואין, רק שלא חייבו אותו בכתובה משום דחרש לאו בר דיעה הוא וחיובו וכתיבתו אינו כלום לכן לא שייך לחייבו, אבל היא שהיא בת דעת זכיא ליה בשלה ככל פקחת שניסת, וזה כוונת ירושלמי שרצת ליזוק בנכסיה בנשואין שלה שניסת אליו מדעתה, וזה פשוט וברור:

אבל קשה לי מהא דאמר סוף פרק הכותב דרב ושמואל פליגי אם קטנה יוצאה בגט אם יש לה כתובה, הוא בפלוגתא דר"א ור"י ואמר אליבא דר"א כו"ע לא פליגי כו' ואמאי נימא דר"א סובר דקטנה שאינה בת דעת לכן לא זכי הבעל בקניינים שיש לבעל על אשתו

כלל. אבל מניה דידיה דאיהו בן דעת יש לה כתובה ות"כ, וכמו דאמרו בירושלמי גבי פקחת שניסת לחרש. ונראה דסבר תלמודין דאם הוי ר' אליעזר מחשיב לנשואין דילה דיהיה לה ממנו כתובה ות"כ, לא היה מקיל דאם היא בת כהן לישראל דתאכל בתרומה, אע"ג דלהירושלמי באשת חרש הלא יורשה וזכי בנכסיה ובכ"ז אמר בפרק אלמנה לכה"ג דטובלת מחיק בעלה ואוכלת בתרומה, הלא בזה פליג הבבלי דאמר שם חרש פוסל דהא קניא בתקנתא דרבנן, ובפרט דשמואל גופיה אמר ביבמות לר"א דעשאה כמטיילת בחצר עמו, אלמא דאיהו מודה דלר"א אין לה כתובה, רק לר' יהושע אמר דרב סבר דגם בקטנה חששו חכמים דממנעי ולא נסבי לה לכך העדיפו כח הבעל יעו"ש ודוק. וכבר נדפס זה משמי בספר מלאכת חרש ח"ב, רק באתי עתה לקיים דברי שהוא ירושלמי מפורש דיורש את נכסי אשתו הפקחת וכל שכן שאוכל פירות נכסיה, ובשביל שהאחרונים לא עיינו בירושלמי לכן לא דקו בזה במח"כ ודוק:

הלכה ו

ואין משיאין את הקטן עד שבודקין אותו כו'.

כוונתו דלא סמכינן על החזקה דרבא משום דמגרע גרע כיון שהגיע לכלל שנים, תו כי יגדיל אחרי זה לא יבעול לשם קדושין דיחשוב שמסתמא גדול הוא ויהא כל ימיו בלא קדושין ויהיו בעילותיו זנות, לכן לא סמכינן על חזקה דרבא אפילו כשנושא קטנה והוי קטן אוכל נבילות, ומפרש רבינו הך שמועה דפרק מי שמת (דף קנ"ו) בודקין לקדושין כו', פירושו, שהבדיקה חיובית, וכן מורה לשון הסוגיא וכיון דבדיקניה לקדושין כו', ויעוין תוספות שם. אמנם צ"ב הך דפרק הנשרפין (דף ע"ו) דאמר סמוך לפרקו שאני ויעוין ב"ש סימן א' ואכמ"ל. וראיתי שהרשב"א בשו"ת חלק ד' סימן ר"ז מפרש כן הך דבודקין והך דסמוך לפרקן מפרש בני י"ח יעו"ש באורך:

הלכה יא

אמרה היא אמת אמר שלא מצאני בתולה ואיש בא עלי באונס כו' ה"ז נאמנת:

בשלטי הגבורים כתב דתוספת לית לה משום דאימתי מתחייב לה התוספת בשעת כניסתה לחופה ואז כנסה על דעת דתהא בתולה לא בעולה, וכן כתב גבי משנה דמומין דאם היו עדים שנתהוו בעת היותה ארוסה, דמכל מקום תוספת אין לה. והנה הריא"ז אזיל בשיטת תוספות רי"ד הנדפס מחדש בש"ס ווילנא, שכתב דכולהו מתניתין מיירי בכתב לה כתובה מן האירוסין, דאל"כ אם נאנסה מן האירוסין הרי בעת כניסתה לחופה לא כנסה על דעת שהיא בעולה והר"ז מקח טעות, דבאמת אין נפ"מ בין תוספת לעיקר כתובה, רק דכתובה אם כתב לה מן האירוסין חיובה בא תיכף, ותוספת אין חיובו רק

משעת הנשואין דקיי"ל כר"א בן עזריה דלא הוסיף לה אלא על דעת שתכנס לחופה, אבל בלא כתב לה כתובה דסבר רבינו דאין לארוסה כתובה, א"כ עיקר החיוב בא בשעת הנשואין והוה מקח טעות, ובאמת לשון רבינו שכתב הנושא את הבתולה שכתובתה מאתים כו', וכן לקמן פרק כ"ה גבי מומין מוכחא דסתמא מיירי אף באין לה כתובה מן האירוסין, ובכל זה אם משנתארסה נאנסה אין זה מקח טעות, דעל המומין והאונסין המתהוין כשהיא תחת רשותו לא קפיד אינש דלהוי מקח טעות, דכיון דאשתו היא תו לא קפיד לבטל הנשואין, כיון דנסתחפה שדהו ומזלו גרם מה תעשה, כן נ"ל:

ולכאורה יש להוכיח כן דאמר רבא בפרק נערה דמוציא ש"ר חדוש הוא, דאם באו עדים שזינתה בבית אביה אחרי שנכנסה לחופה הרי היא בסקילה, אע"ג דאם תזנה אחר החופה דינה בחנק, הרי אע"ג דאישתני דינא לא אשתני קטלא יעו"ש ברש"י. ולפ"ז הא רבא סובר כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה מקח טעות לגמרי, וכתבו בתוספות, דמשום זה אמרו חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה דצריכה קדושין מחדש, א"כ כיון שבאו עדים שזינתה בבית אביה הרי החופה בטעות והויא ארוסה ותו לא אשתני דינא, וע"כ דאף דקפיד זה לבטל האירוסין, אבל כשהיא ארוסתו קשה עליו לגרשה כיון דבקרובותיה אסור ונפיק קלא דאשתו היא תו לא קפיד לבטל החופה ולא הוי חופה בטעות, כש"כ כאן דנאנסה בעודה ארוסה או דנולדו בה מומין דהחופה לא הוי חופה בטעות. אמנם זה נדחה כבר ממה שהארכנו בזה לעיל פרק י' לדחות ראיה זו בדברים מוכרחין יעו"ש היטב, ולשון רבינו בהלכה ט"ז אבל התוספת יש לה כו' או שהודה לו שהיא בעולה קודם שתתארס, מורה בהדיא דאינה מפסדת התוספת בנאנסה משנתארסה דלא כהש"ג ותוספות ריי"ד:

אמנם מצאתי לרבינו חננאל בפירושו לסנהדרין פ"ק על הך דאמר רבא פלוני בא על נערה המאורסה כו' בתו של פלוני והוזמו נהרגין ומשלמין ממון לזה ונפשות לזה, דפירש דבא על בתו של פלוני באונס, דנהרגין עבור הבועל שרצו להרגו בעדות שקר, ומשלמין ממון דרצו להפסיד כתובתה, אלמא דמפרש דכבר היא נשואה לבעל, וכי מעידין שנאנסה מן האירוסין הרי הפסידו לה כתובה דאע"ג דנאנסה תחתיו, מכל מקום ארוסה אין לה כתובה, רק החיוב הוא בעת כניסתה לחופה, וכיון דבעת כניסה לחופה הויא בעולה הוי מקח טעות ואין הבעל חייב לה כתובה, כן מורה פשטו לכל מעיין, ומבואר דסבר כהתוספות ריי"ד דכולהו משניות דמשארסתני נאנסתי והך דמומין מיירי כשכתב לה מן האירוסין דאינה מפסדת אם נאנסה אחרי זה, וזה פירוש נכון בהך דרבא

שם לפי פסק רבינו דאין לארוסה כתובה, עלה לנו דהך דינא דהשלטי גבורים מחלוקת הר"ח ורבינו ודוק:

הלכה יז

הרי שרצה לקיימה אחר שהפסידה עיקר הכתובה חוזר וכותב לה מאה לפי שאסור לאדם לשהות וכו':

דייק רבינו שהפסידה עיקר הכתובה לכלול אף בטוען פתח פתוח והאשה מכחשת אותו דנאמן לענין עיקר כתובה והתוספת יש לה, וא"כ בכל אשה שתמחול הכתובה ולא התוספת הרי מותר לשהות עמה, דסוף סוף אינה קלה להוציאה, דהא לכשיוציאה יתחייב בתוספת, [וגדולה מזו אמרו פרק החובל דף פ"ט במוכרת כתובתה לאחרים], אבל כאן צריך לכתוב לה כתובה עכשיו מחדש וטעמא, דהא אינה נוטלה בלא שבועה, וא"כ אמרינן דשמא יודע שהאמת עמו שלא מצא לה בתולים, ותהיה קלה בעיניו להוציאה היינו שיגרשנה והוא בטוח שלשקר לא תשבע שבתולה היתה ולא תטול גם התוספת, ואין לומר דהא מצי להשביעה שבועה שלא פרעתיך כמו שכתב רבינו לקמן פרק ט"ז הלכה י"ט שגם בגרושה מצי להשביעה, ז"א, דשבועה זו תשבע שהאמת עמה, אבל בזה יודע שהאמת עמו וא"כ לא תשבע לשקר, וע"ז יסמוך לגרשה ותהא קלה בעיניו להוציאה, לכן צריך לכתוב לה כתובה מאה מחדש, וזה דייק רבינו שהפסידה עיקר הכתובה, ובטור סימן ס"ח נשמט מלשון רבינו תיבת עיקר, והוא העיקר בהלכה זו:

ומה שכתב רבינו שיש לו להשביעה בנק"ח כדין כל הנשבעין ונוטלין שפקפק הרב המגיד דהא אי טעין אישתבע לי דלאו אמנה או ש"ד דלאו להכי קאי לא מצי להשביעו, נראה לי דהכא שאני, דחזינא גבי חנוני ופועלים דאם מתו פועלים והחנוני לבדו תובעו נוטל בלא שבועה, אע"ג דהוי אינו יודע אם נתחייבתי מ"מ חזקת שליח עושה שליחותו איכא ומצטרף לה ברי כנגד שמא להוציא ממון כדעת רבינו שם בפט"ז מהלכות מלוה, ותשובת ר"י בן פלט בבעה"ת שער כ"ט חלק ב', אע"ג דלא סמכינן באיסורי תורה רק בדברי סופרים וכמו דפסק רב נחמן בפרק בכל מערבין (דף ל"ב), אם כן ה"נ אף ע"ג דעל חזקה זו דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה לא סמכו חכמים רק במה שהתקינו, אבל בתוספת לא כמבואר בגמרא הם אמרו והם האמינוהו ועיין כסף משנה, מ"מ אלימא חזקה זו להצריכה שבועה, ובודאי גם לענין תוספת יש חזקה זו כדברי הרא"ש, רק חזקה זו גריעא דלא מהימן לאפוקי חיובא דשטרא וזה ברור. ולפי מש"כ לעיל פרק י' דאם רצה לקיימה ודאי אמרו חזקה דאין אדם מוציא שם רע על אשתו בשביל שתפסיד כתובה לכשיגרשנה, רק אם רוצה לגרשה הלא יכול להיות דעכשיו רוצה לגרשה ומבקש עלילה

להפטר מכתובה, ע"ז אמרינן חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה, אפשר דאם רוצה לקיימה אף אם לא טרח בסעודה ג"כ נאמן להפסידה עיקר כתובה, ועיין מה שהביא ההמ"ג בהלכה י"ד בשם הרשב"א ז"ל כנ"ל ודוק:

פרק יב

הלכה ד

ועוד תקנו חכמים שיהיו מעשי ידי האשה כו', לפיכך אם אמרה האשה וכו' שומעין לה וכו':

הרב המגיד כתב, וז"ל, וכתבו מן המפרשים ז"ל שלא אמרו אלא שיכולה להפקיע עצמה ממלאכה שמרווחת בה כו' אבל טוחנת ואופה ומבשלת ועושה כל צרכי הבית כו', ועיין בכסף משנה פכ"א הלכה י' מ"ש בזה בדעת רבינו, ונראה לי דדבר זה תלוי בהא דפליגי רבנן בתוספות עם רבינו, בהא דכתובות (דף נ"ב) פליגי אביי ורבא אם אלמנה לכה"ג חייב לפדותה, וקא סבר רבא דפטור מלפדותה, ופירשו שם בתוספות דע"כ יש לבעל אכילת פירות בנכסיה, והא דנקיט בברייתא דיבמות (דף פ"ה) דיש לה פירות ע"כ לא ר"ל דין דפירות, רק כונתו, אם נשבת מחויב הבעל לשלם פירות שאכל כדי לפדותה, אבל קודם שנשבית אינו נותן לה הפירות דזכות יש לבעל בפירות נכסיה כיון דהכיר בה ויש לה כתובה ות"כ. אולם רש"י ורבינו פליגי ע"ז וסברי דכל פירות דאכיל הוא שלא כדין ומוציאין ממנו כל פירות שאכל כמו שפסק רבינו פרק כ"ד הלכה ד'. ולפ"ז קשה לן טובא הא דבעי רמי ב"ח בפרק השואל בעל בנכסי אשתו שואל הוי או שוכר הוי ואמר רבא לפום חורפא שבשתא ממ"נ אי שואל הוי שאילה בבעלים אי שוכר הוי שכירות בבעלים, וקשה לוקמי באלמנה לכה"ג והכיר בה, דזכות יש לבעל בפירות נכסיה ומאי הוי אי שואל או שוכר, ולא הוי בבעלים דאינה משועבדת כלל לתשמיש ולדברים של חיבה דהא היא מחייבי לאוין, ולמלאכה אינה משועבדת, דכיון דבחייו לית לה מזונות וכדאמרינן ביבמות (דף פ"ה), ותו אין לו מעשי ידיה ואינה משועבדת כלל לא לתשמיש ולא לדברים של חיבה וא"כ שפיר בעי מאי הוי אי שואל או שוכר וצ"ע. אמנם מוכרח מכאן כהך שיטה דמלאכות שלצרכי הבית אינם תחת מזונות, ואף באינה ניזונית משעבדא לבעל, ולכך שפיר הוי בבעלים, דהיא משועבדת לצרכי הבית. אולם זה לשיטת התוספות אבל לדעת רבינו דאין לו פירות כלל לא הוי שואל ושוכר, דכל הבעיא דבעי הוא רק כיון שאוכל פירות מנכסיה הוא כשואל שכל הנאה שלו, או כיון דחייב בפרקונה אין כל הנאה שלו והוי שוכר, וזה לא שייך כאן כיון דאינו חייב

בפרקונה לרבא לשיטתו דסבר בכתובות דאלמנה לכה"ג אינו חייב לפדותה, ולכך שפיר מתמיה לשיטתו גופא וא"כ אין הכרח ואפשר דכל מעש"י תחת מזונות ודוק, ועיין מש"כ החמ"ח (סימן קט"ז ס"ק ז') על דברי רבינו בלא הכיר בחייבי לאוין דחייב על נכסי מלוג מה שאבד ונגנב דלא הוי בבעלים יעו"ש. ולא מצי הגמרא לאוקמי בכה"ג, דא"כ שואל הוי כיון דלא מחייב בפרקונה ומאי בעי רמי ב"ח וכ"ז פשוט:

ויש להתבונן במש"כ רבינו שם, וכשכופין אותן להוציא מוציאין מן הבעל כל פירות שאכל מכל נכסיה. דהמעיין בדברי רבינו יראה דכוון דאפילו מנכסי צאן ברזל ג"כ מוציאין מה שאכל [וזה מוכח מלשון רבינו פרק כ"ב ה"ז ובכ"מ דכולל בזה גם צ"ב] וזה תימא, דאם נאמר כיון דפרקונה לית לה, גם פירות מנכסי צאן ברזל לית ליה, והא דפירות תחת פרקונה, גם תחת פירות דצ"ב הוא, וזה דבר חדש, ואולי דקאי רבינו לטעמיה דסבר בשומרת יבם דאין היבם אוכל פירות אף מנכסי צאן ברזל, והא דיבם לית ליה פירות הוכיח האלפס בפרק נערה מהא דאין היבמין חייבין לפדותה עיי"ש, דפירות תחת פרקונה, חזינא דרבינו סבר דכל היכי דאינו חייב לפדותה גם בנכסי צאן ברזל לית ליה פירות וזה צ"ע:

ועיקר קושיין אפשר דלק"מ דבאמת בכה"ג באלמנה לכה"ג דאוכל פירות לשיטת התוספות, ודאי כל הנאה שלו דאיהו אכיל ואדעתא דידיה נחית וקא משתמש בהן, רק באשה דעלמא מבעי שפיר כיון דנתחייב לה לפדותה ואפילו יותר מכדי פירות שאכל, א"כ החיוב דרמי עליו לפדותה אפילו בכמה, שפיר הוי כדמים שנותן השוכר, אבל כאן באלמנה לכה"ג דיתר מכדי שאכל אין מוציאין מידו גם אם תהיה נשבית, תו אינה מרווחת כלל ממה שאכל אפשר דהוי שואל, ויש לעיין הרבה בדברי רבינו לקמן שכתב בלא הכיר בה חייב אם נגנב או נאבד מנכסי מלוג, כיון דהוא אוכל פירות ואינו חייב בפרקונה הוי שואל וצריך להתחייב על האונסין, ואם מיירי שעדיין לא הכיר בה, א"כ תלוי זה אם הוא מתחייב כלל, דהוא סובר שהוא ככל בעל והוי בבעלים ולא נחית לשמירה כלל, רק א"כ גם שם באגרה פרה מעלמא הלא פירש רבינו שבלא הודיעתו מיירי, וא"כ לא נחית להתחייב כלל, דהוא סובר דהוי בבעלים וכבר עמד בזה הגאון במחנ"א הלכות שאלה סימן א' עיי"ש באורך, וכ"ז צ"ב רב, ועיין חידושי לב"מ:

הלכה יא

ואם היה עני ביותר כו' ותהיה כתובתה כו':

ברור דאף התוספת חייב עליו לכשיתעשר ולא שייך לומר דאדעתא לאפוקה לא הוסיף

לה שתצא בע"כ, דהא מידע ידע דאדעתא דליזון נשאת ובלא מזונות אי אפשר לה וכמו שכתב ריצב"א כיו"ב בתשובות מיימוני סימן ו' ותוספות בסוף פרק הבא ע"י ופשוט:

הלכה כד

המדיר את אשתו וכו' ממתינין לו עד ל' יום יתר ע"כ יוציא ויתן כתובה וכו':

ובשהדירה כשהיא ארוסה וניסת אמר בגמרא דסבר וקבלה ולא מצית אמרה כסבורה אני שיכולה לקבל ועכשיו אין אני יכולה לקבל דידעה דבלא מזוני לא מציא, ומלשון רש"י מוכח דמחלה חיוב המזונות לגמרי, ומלשון הגמרא אינו מוכח דאפשר לפרש דידעה דלמיזן בלא פרנס אי אפשר וניסת למיזון ע"י פרנס, ולכן אף לאחר שלשים יום ג"כ אין כופין אותו להוציא וליתן כתובה, רק ניזונית ע"י פרנס, ומצאתי בשטמ"ק שפירש כן הרשב"א, וכן נראה לי עוד דאם היתה נערה בחיי אביה והשיאה אותה אביה לא שייך סברה וקבלה דאביה מסר לה בע"כ ומה היתה יכולה לעשות, ולא שייך לומר שניסת אדעתא דא, ואף אם תאמר דהוי כמו שנשאה ע"מ שאין לה עליו שאר וכסות, נראה ג"כ דהיינו דוקא במתנה עמה, אבל אם התנה עם אביה לא מהני דהיא לא מחלה ואביה מסרה בעל כרחה וכשניסת ויצאה מרשות אב היא הא לא מחלה ליה וצ"ב בזה עוד, והא דלא משני הגמרא שהשיאה אביה חדא מנייהו נקט:

ובזה יתישב מה שפירש רבינו נסים בפרק השותפין על מתניתא דהאומר לאשתו קונם שאני נהנה לך לוה ובע"ח באין ונפרעין, דמיירי שהדירה בעודה ארוסה, וכיון דאכתי לא משתעבד לה חייל נדרא ומסתברא אפילו לאחר שנשאה דמשועבד לה, והרי מוכח בכתובות בפרק המדיר, וכונתו כיון דחל נדרא תו לא פקע, דמוכח דמפרש כהרשב"א דלא מחלה שעבוד מזונות, רק ניסת אדעתא למיזון בפרנס, ואם ליכא גברא דבעי למיהב לה, לוה מאחרים בתורת הלואה ובע"ח באין ונפרעין ממנו, וה"ה כשהשיאה אביה, וזה ברור ופשוט:

פרק יג

הלכה ח

המדיר את אשתו שלא תתקשט באחד מכל המינין וכו' יתר על כן או יתיר את נדרו או יוציא וכו':

הנה רבינו סתם כאן ולעיל בפרקא המדיר את אשתו שלא תטעום אחד מכל הפירות, והדבר תמוה איך יכול הבעל לאסור את אשתו שלא תטעום או שלא תתקשט או שלא תלך, וכבר עמד ע"ז בירושלמי, ז"ל, ויש אדם מדיר את חבירו מחיים אלא בשאמר לה

אם תאכלי מחפץ פלוני תהא אסורה מנכסיו, ורבנן בתוספות כתבו דתלה בתשמיש, ורבו של רבינו הר"י בן מיגאש הובא בשמ"ק האריך בזה בתירוצים שונים, וכל זה סתום הרבה בלשון רבינו, והרב המגיד כתב בסוף פרק דלעיל ודע שכ"מ שתראה המדיר את אשתו מכך וכך ר"ל שהוא אוסר הנאתו עליה כו' ודבריו לקוחים מהירושלמי, ועוד קשה א"כ תתקשט ותמתין עוד שבעה כדין מדירה מתשמיש או שלשים יום באוסר הנאתו כמו דפריך הגמרא ותתקשט ותאסר אי לב"ה שבת אחת כו' כיון דאף בסתם סובר רבינו דימתין בתשמיש ז' ימים ובהנאתו שלשים כדין מפרש וכמו דסבר שמואל, וכ"ז להפליא על רבינו ז"ל:

אולם בשום עין כמעט בסידור לשון רבינו בהלכותיו, יתנוצץ לנו שביבי אש מפניני הלכותיו להאיר הסוגיא, והוא, דרבינו מפרש דהדיר אשתו שלא תטעום אחד מכל הפירות מנכסיו, והיינו שאסר את נכסיו עליה לקנות בהם פרי לאכילתה, וזה ודאי מצי אסר אינש הנאתו על חבירו, וכן בשלא תתקשט היינו שאסר עליה הנאת נכסיו להתקשט בהן, וזה בבשמים ותכשיטים שלו אסר לה להתקשט, וכן אסר נכסיו שלא תהנה מהם לקנות תכשיטין, ולכן הקדים רבינו בהלכה ד', וכן מחייבין אותו ליתן לה תכשיטים כו' או פוך ושרק וכיו"ב, להקדים שלכן אם הדירה שלא תתקשט מנכסיו יוציא ויתן כתובה, וכן בשלא תלך למרחץ היינו שאסר נכסיו מלהנות בהם למרחץ וכן מנעל, ושלא תשאיל ושלא תשאל כבר פרשו רבנן בתוספות דהוה באוסר על עצמו הנאת כלים השאולים, וכן באוסר כליו על אחרים, אך בשלא תלך לבית אביה ולבית המשתה ובית האבל קשה טובא איך יכול להדירה אם לא ע"י תנאי. ע"ז הקדים רבינו הקדמה ארוכה כדי לדעת איך יכול לאוסרה, וזה בהלכה י"א, מקום שדרכן שלא תצא אשה לשוק כו' נותן לה בכלל הכסות רדיד הפחות מכל הרדידין כו' כדי שתצא אשה בו לבית אביה או לבית האבל או לבית המשתה לפי שכל אשה יש לה לילך כו', וא"כ א"ש כפשוטו שאסר הנאת רדיד שלו כשתלך לבית אביה, או כשאין לה אב ואסר עליה הנאת רדיד שלו ואין לה במה לילך בשוק לבית האבל ולבית המשתה וזה ברור ופשוט מאד:

אמנם כ"ז הוא לפום שיטת רבינו. אבל לפום סוגיא דתלמודין דפריך על הך דהמדיר את אשתו מלהנות לו דהא משועבד לה ומשני באומר לה צאי מע"י במזונותיך, וספקה לדברים גדולים ולא ספקה לדברים קטנים. וזה אינו מתישב כלל על הא דאוקימנא שהדירה שלא תתקשט מנכסיו וכן באוסר הנאת הרדיד שמתכסה בו כיון דמשועבד לה לא חייל נדרא, וכן אוקימתא דהגיע זמן ולא נשאו אידחיה כמבואר ברבינו נסים, ולכן מוקמי רבנן קדמאי בהדירה בתנאי דהנאת נכסיו או הנאת תשמישה עליו. אבל

לשיטת רבינו דהשמיט הנך אוקימתא וסובר דקונמות מפקיעין מידי שעבוד ולא אלמוה רבנן לשעבודא דאשה, הואיל ויכול לגרשה כל אימת שירצה ולהפטר משעבודא דילה א"ש כמו שפרשנו בס"ד. ולפלא על הרב המגיד שלא הרגיש בשיטת רבינו בזה, וא"ש הסוגיא דפריך לשמואל דכיון דמדירה מנכסיו שלא תטעום אחד מכל הפירות ימתין שלשים יום, כדין מדירה מנכסיו ויעמיד פרנס על זה. ולפ"ז א"ש מדוע בהדירה שלא תלך למרחץ או שלא תנעול מנעל או שלא תלך לבית אביה או לבית האבל או לבית המשתה, לא פסק רבינו שימתין שלשים יום, משום דאי אפשר בפרנס שכן הוא כמי שרוצה לאוסרה בבית הסהר ולנעול בפניה, וכן באמרו שלא תנעול מנעל ג"כ כונתו שלא תלך בחוץ רק תהיה כלוא בבית והוא כאילו חושדה שהיא פרוצה ובהליכתה ברחובות תקלקל תחתיו, וזילא בה מלתא דלידע גברא אחרינא מינה שבעלה חושדה ונעל דלת בפניה שכך פרוצה בעיניו, וכמו דאמר הגמרא בטעמא דשלשים יום שמעו בי אינשי וזילא בי מלתא וזה נכון. ובהדירה שלא תתקשט לא מצאנו בגמרא שתמתין ויתן לה ע"י פרנס, רק למאי דאמר הגמרא דתלינהו בתשמיש אמר דתמתין עוד ז', ובפרט כיון דפסק רבינו כר' יוסי דיהבינן ליה זימני טובא איך נאמר דעד שלשים יתן לה להנאת תכשיטין ולקישוט ע"י פרנס כולי האי לא יהבינן ליה שאחר ששהתה כולי האי תטול ע"י פרנס נמצא עניה זו לשוא שמרה זה לא יתכן, כ"ז נראה ברור שיטת רבינו בס"ד, והא דבתשמיש תמתין שבעה אף ע"ג דמונעה לגמרי, התם משום דנדה ג"כ ממתנת ז' כדמפרש טעמייהו בפ' אע"פ, ועוד דחושבת שימצא פתח לנדרו משום שגם הוא מתאוה ויצרו של איש קשה משל אשה ולא ישהה את נדרו, וזה גירסא הישנה דאית צערא לתרווייהו, ועיין מה שכתב רבינו נסים בזה ודוק:

עלה בידינו שדברי רבינו המה כלם כפשוטם בלא תלה בתנאים כלל, ומה שכתב בשלא תשאל ושלא תשאיל יוציא ויתן כתובה הוא מיד, וכן בהדירה שלא תלך לבית האבל או לבית המשתה יוציא מיד משום דבהו אי אפשר בפרנס כדפרישית דזילא בה מלתא, ובשלא תתקשט דפריך ותתקשט ותאסור כו' לב"ה שבת אחת, היינו על ת"ק דאמר יוציא מיד אבל לר' יוסי דממתנת זמן רב תו לא אמרינן דיתן לה ע"י פרנס, ועוד דהגמרא לא פריך רק כדמוקי דתלתה שלא תתקשט בהנאת תשמיש דהמה שני נדרים בשני ענינים, ומעיקרא תמתין בקשוט ואח"כ תתקשט ותהיה אסורה בתשמיש שהוא ענין אחר, אבל למאי דמוקי רבינו בהדירה הוא ולא מיירי בתלה בדבר אחר רק שהדירה שלא תתקשט מנכסיו, וכיון שכבר המתינה על נדר זה ולא מצא פתח לנדרו, תו לא אמרינן דתתפרנס ע"י פרנס בקשוטיה, וכ"ז נכון למעיין בס"ד. אך גדולי האחרונים נמשכו אחרי הרב

המגיד בהלכה י' דכונת רבינו להמתין שלשים יום, ולדעתי לא נראה כן לפרש דברי רבינו, לכן הארכתי, ובסוגיין הדברים מחוורים:

הלכה יג

המדיר את אשתו שלא תלך לבית האבל או לבית המשתה:

ובירושלמי, וכן היא שנדרה שלא תלך לבית האבל או לבית המשתה תצא בלא כתובה שלמחר מתו מוטל לפניו ואין בריה משגחת עליה, ורבינו לא הביא אם כי הביא מהירושלמי הך דשלא תלך למרחץ כו' שהוא בירושלמי וכאן השמיטו, ועל כרחין דעת רבינו כמו שפסק רבינו נסים דזה הוי נדרי ענוי נפש ויכול להפר או דברים שבינו לבינה, וכמבואר בפרק ואלו נדרים דטומאת מת אית לה צערא, וכיון דיכול להפר ולא היפר תו הרי איהו נתן אצבע בין שיניה ויוציא ויתן כתובה, וזה ברור. אולם דא צריך ביאור לפי מה דפריך הירושלמי וכי יש מדיר חבירו מחיים ומשני בתלה הנדר במזונותיה, ופריך דא"כ תמתין שלשים ומשני בשנדרה היא וקיים לה, וא"כ כאן דתני רישא המדיר את אשתו שלא תלך לבית האבל, ע"כ בשהדיר באופן זה שנדרה וקיים לה ויוציא ויתן כתובה משום דאיהו נתן אצבע בין שיניה, וא"כ איך תני סיפא דתצא שלא בכתובה, כיון דביד הבעל היה להפר, וצ"ל דאיירי במקניטה ונדרה דבכה"ג לכו"ע הוא נתן אצבע בין שיניה לשיטת הירושלמי, ובזה מיירי רישא במקניטה וסיפא באינו מקניטה, רק שנדרה מעצמה והוא לא היפר ולכן תצא שלא בכתובה, משום דהיא נתנה אצבע בין שיניה ודוק, ושיטת רבינו כבר בארתי:

פרק יד

הלכה ו

המדיר את אשתו כו' אמר לה תשמישי אסור עליך וכו' לא נדר כלום:

עיין לעיל פי"ב בלח"מ שעמד לשיטת רבינו דשעבודא דאשה לא אלמוה רבנן וכמוש"כ הר"ן דלא צריך לאלומי דאו יתיר נדרו או יוציא ויתן כתובה ואם בעי למיתן לה כתובה ולהוציאה הלא בידו בכ"ז להוציאה בעל כרחה, ולמה יאלמו רבנן לשעבודה יעו"ש, א"כ קשה למה אלמוה לשעבודא דאשה כאן, ותירץ המשל"מ משום דכאן גבי תשמיש שניהם משועבדים זה לזה והואיל דאלמוה לשעבודא דבעל בזה אלמוה לשעבודא דאשה, וק"ל טובא למה יאלמו השעבודים ומה התועליות, אם לא תועיל איסורו הנאתו עליה, יועיל מה שיאסור הנאת תשמישה על עצמו, וכן גבה למה יאלמו ומה התועליות, א"כ תאמר הנאת תשמישך עלי ואין מאכילין לאדם דבר האסור לו, ואפשר היה לומר דזה יאסור

הנאת תשמישו עליה משום שאף אם יבוא עליה לא יהא עובר איסור כלל. אבל לאסור הנאת תשמישה עליו אם לא יהא זהיר בנדרו ויתקפנו יצרו ויבא עליה אז יעבור על לאו דבל יחל. אבל לשיטת רבינו בהלכות נדרים לא יתכן, דהוא כתב שם בפ"ה דהמדיר שמהנה למודר אין המודר לוקה, ובפ"י הלכה י"ב כתב דהמדיר לוקה משום בל יחל, ואם יאמר קונם תשמישי עליך ויבא עליה אז הוא לוקה משום בל יחל, ואפ"ה לא איכפת ליה שמא יעבור על נדרו דמידע ידע דמיזהר זהיר, וכיון דדעתו לאסור תשמישה הדק"ל מה התועליות באלמות השיעבוד יאמר קונם תשמישך עלי, ולמה יעמידו חכמים דבריהם נגד דין תורה, דמה"ת קונמות מפקיעין מידי שעבוד במקום שאין תועלת מזה, וכש"כ לשיטת רבינו דבמזונות לא אלמוה משום דאין תועליות וכמוש"כ הר"ן בשיטתו וצ"ע. וצ"ל כמוש"כ הלח"מ דבעונה דצערא דגופא דאפילו תנאי לא מהני ודאי דלא אלים לאפוקי השיעבוד בקונם ומה"ת לא מהני, ורבינו נסים בנדרים פ' ואלו מותרין (דף ט"ו) שכתב דמשום דאלמוה לשעבודא לכן כופה ומשמשתו, אזיל לטעמיה שם בפרק אין בין המודר (דף ל"ה) דהמדיר לחבירו והאכילו המודר לוקה ולא המדיר, א"כ זה עלול טפי שהוא יאמר קונם תשמישי עליך משיאמר תשמישך עלי, דכה"ג דתשמישי עליך אף אם יעבור לא יהא עובר בלא יחל ושפיר מהני מה דאלמוהו ודוק, ועיין במוהרי"ט ח"א סימן נ"ה ובט"ז סוף סימן רל"ד:

אולם לקמן פכ"א הלכה י"ג נדרה שלא להניק בנה כופין אותה ומניקתו, הא קונמות מפקיעין מידי שעבוד, ואין לומר דאלמוה רבנן לשעבודא דבעל, דמה התועלת, תאמר הנאת יניקה עלי כמו שפירשו רבנן בתוספות פרק אע"פ (דף נ"ט:) ד"ה כגון שנדרה היא וקיים לה, ולומר דכיון דאלמוה רבנן לשעבודא דבעל גבי מעש"י, תו אלמוה לכל מילי, דחוק. ואפשר דכיון דמה"ת הלא אף אם אסרה הנאת הנקתה עליו לא שייך עליו איסור, דהנאה דממילא היא, וכמו דתנן גבי מודר הנאה וזן את בנו ואת אשתו אעפ"י שהוא חייב במזונותן, רק האיסור על הקטן שאסרה דדה עליו להניק, וקטן להאכילו בידים אין אסור מה"ת, לכן לא חלקו חכמים והשוו דבריהם כיון שמשועבדת לו לא תוכל להפקיע והקטן מותר להניקה. אולם לשיטת רבינו דהמדיר לוקה קשה, דהא מה"ת עבדא היא איסורא, ויש להאריך וצ"ע כעת:

הלכה יג

אם תפסה אין מוציאים מידה ואם תפסן הבעל אין מוציאין מידו כו':

הכסף משנה הביא בשם הריב"ש שרבינו לא דק בלשונו, שכל שלא תפסה לא יהבינן לה, ונראה, דבגמרא מייתי עובדא דכלתיה דרב זביד אימרדה והוה תפסה חד שירא יתבי

ואמרי לא הפסידה בלאותיה כו' משום דר"ז כו' אפכיתו לה כו' לא תפסה לא יהבינן לה, וקשה דא"כ מאי הוי מהפכי לדינא דהא תפסה ולא מפקינן מינה וכבר עמדו בזה בתוספות, וברור לדעתי דאף אם תפס הבע"ד קודם שנולד הספק וחזר השני ותפס ממנו אחר זה ג"כ לא מפקינן מיניה. ובדבר זה נסתפק בקונטרס הספיקות לקצות החושן כלל ג' אות ז', וזה שאמר על הא דיתבי ואמרי מרדה לא הפסידה בלאותיה הקיימין, דאפילו אם יחזור הבעל ויתפוס לא מהני תפיסתו. ובאמת הפסידה בלאותיה רק מתורת תפיסה א"כ כי יחזור ויתפוס תיהני תפיסה אף ע"ג דכלתיה דרב זביד היתה תפוסה בהן קודם דאימרדא וקודם שנולד הספק וז"ב. וזה דייק רבינו אם תפסה אין מוציאין מידה, ואם תפסן הבעל לאחר שהיתה תפוסה בהן ג"כ אין מוציאין מידו, ומשום זה אמר על הך דאמרו דכלתיה דרב זביד לא הפסידה בלאותיה דמהפכי לדינא, ורק משום תפיסה הוי, ומועיל כי יחזור ויתפוס שנית, נמצא דרבינו דייק בלשונו ודוק:

הלכה טז

בהשגות הל' ט"ז ובהגדה אמרו.

נ"ב תוספתא סוטה פ"ה:

הלכה יח

היה בעלה ישראל כו' מחזירה לו לאשה כמו שהיתה ואם רצה אחר כך מגרשה כו':

נראה לי מדברי רבינו דדייק הא דבתנאי כתובה אפרקינך ואותבינך לאינתו למאי מבעי לומר ואותבינך לאינתו אם לא לגרע כחה דאם לא יהא מותר בה כמו מדיר אינו חייב לפדותה, וזה דחוק. דחיובי דמחייב נפשיה לאינתתיה חשיב תנא ואזיל, ולכן מפרש דחששו חכמים לתקנות בנות ישראל שמא ימצא גברא קפדנא ולא ירצה להיות עמה אחרי שנשבית ונתעללו בה השבאים ויגרשנה, ותו יהא עליה לעז שיאמרו הבריות אין אדם מוציא הוצאות לבטלה, וכיון דפדה אותה וגירשה בטח ידע דנתרצה לשבאים דאמרה הני נמי לן גוברי וכעובדא דהנך שבויות דגיטין (דף מ"ה) יעו"ש ואסירא ליה, לכן לא החזירה וגירשה ויצא עליה קלא דזנות לכן עשו חכמים בתקנות ובחיובי הבעל שכשיפדנה יהא מחוייב להיות עמה כאיש עם אשתו, וכיון שהוא יתיחד עמה וידור עמה כדרך איש ואשתו אחרי זה יכול לגרשה ולשלחה לנפשה אחרי פרעון כתובה, דתו לא נפיק עלה לעז ולזות שפתים, ולכן אמרו ואותבינך לאינתו, וזה שדייק רבינו מחזירה לו לאשה כמו שהיתה ואם רצה לגרשה אחר כך, היינו אחר שהחזירה לו לאשה כמו שהיתה, מגרשה אח"ז ונותן לה כתובתה, וזה הלשון הועתק בשו"ע (סימן ע"ח) והחלקת מחוקק נדחק בזה יעו"ש, וידעתי כי זה חדש, אבל מוכרח הוא בלשון רבינו:

ודע דרבינו לא הביא השמועה דשבויי מלכות כו' וגנובי ליסטות והמסקנא דבן נצר ומלכות אחשורוש, וכבר הרגיש בזה הרב המגיד לקמן פכ"ד, ונראה דרבינו מפרש דבסוגיא אמר אבוה דשמואל דאנוסה אסירא דחיישינן שמא נתרצתה בסוף ביאה, ורק בשבויה הקילו דהיא אינה בחזקת בעולה וכמו דאמרו משום דמנוולה נפשה גבי שבאי, וע"ז מייתי הך דשבויי מלכות כו' גנובי ליסטות כו' דאינן כשבויין, פירוש דהרי הם בחזקת בעולות באונס ואזלי הך ברייתות להני תנאי דסברי דשבויה בקדושתה קאי ולר' יהודה יש לה קנס וכתובתה מאתים, ולר' דוסא אוכלת בתרומה, ע"ז שקלו וטרו בברייתות אימתי הן בחזקת שבויות ואימתי אינן כשבויות, רק הן בחזקת בעולות ודאי, ולכן באחשורוש שלא היה צריך רק לאחת אימור לא מצאה חן בעיניו, שהוא לא ראה אותה קודם רק משרתי המלך ולכן אינה בחזקת בעולה רק כשבויה. אבל בן נצר שהוא בעצמו ראה אותה ונשבית רק לשם אישות ולא לעשות עמה מסחר וקנין עבור ממון שממון רב היה לו, רק אחר שנתעלל בה, שנאה, ונתנה עבור ממון, היא בחזקת בעולה באונס, ולסטים דעלמא אימור למסחר גנבו אותה ומיגו דמנוולא נפשה לא נטמאה והיא כשבויה ופשוט, ולכך לפי הדין לא זכר אותה רבינו, ואיהו סובר אף בנחבשה מחמת נפשות מותרת לבעלה ישראל וזה ברור, ואם כה נוכל לומר דהא דמחוייב להחזירה לו לאשה כשהיא רק שבויה ולא ידענו שנטמאה והיא אומרת טהורה אני. אבל כשנבעלה יכול לפדותה ולגרשה תיכף משום דנטמאה בביאת ערל מאוסה היא לו, וא"כ יתכן לפ"ז הגירסא בתוספתא כמו שהיא בתוספתא כת"י ערפורט, וז"ל, נשבית חייב לפדותה, במה ד"א בשבויי מלכות, אבל בשבויי ליסטות פודה אם רצה לקיים יקיים ואם לאו נותן כתובה, ופירושה כך, דזה ציון על המשנה וקאי על סוף דברי המשנה ואותבינך לי לאנתו וכדפרישית שחייב להחזירה לו לאשה שלא יאמרו מסתמא ידע בעל שנטמאה וילעיזו עליה וע"ז אמר בד"א בשבויי מלכות אבל בשבויי ליסטות [כגון בן נצר] דבחזקת בעולה הואי, פודה ואם רצה לקיים יקיים [שלא חייש שמא נתרצתה] ואם לאו נותן לה כתובה שברצונו תלוי אם לא רצה להחזירה לאשה רשאי ודוק. וזה העיר ההמ"ג שאם עבדו מעשה שמורה על רצונם או שפשעו בזה, שייך לומר דאינו חייב לפדותה, אבל באופן שפירש בזה רש"י שבבן נצר חייש שמא נתרצתה להנשא למי שהוא גדול כמוהו, אינו מובן מפני מה אינו חייב לפדותה כיון שהיא אומרת שאנוסה היא, הוי אינו יודע אם פרעתיך דהא חזינן האונס, רק חיישינן שמא נתרצית, ויעוין בדברי הרמ"א וכבר עמדו עליו ואכמ"ל. וזה נכון מה שפרשתי לרבינו דהברייתות אמרו דאינן כשבויות, פירוש, דאין בהם קולות שהקילו בשבויה, רק ודאי דנבעלה ולכך גם לר' דוסא לא

אכלה בתרומה דלאו בקדושתה קיימא, וכן לאבוה דשמואל אסורה לבעלה ישראל שמא נתרצתה בסוף, אבל לדידן לא נפק"מ רק כפי מה שפירשתי בתוספתא נפ"מ להחיוב להחזיר ולא רשאי לגרש אחר שנפדית וכמוש"ב, ועיין ר"ן ורא"ה בזה:

פרק טו

הלכה י

האשה שבאה לתבוע מבעלה לגרשה כו' ויתן עיקר כתובה בלבד כו':

לא הזכיר כאן רבינו חרם שהזכיר למעלה בהלכה ט' שמא אינה יודעת בו בודאי שאינו יורה כחץ, ונראה מזה דהעיקר בכונתו כמו שהארכתי בשיטת רבינו בהלכות טוען, דבתבעו ואומר איני יודע אם פרעתיך דאינו מחרים עליו (בימים הקדמונים), דבלא תבעו אם אינו יודע הפרעון ג"כ חייב לצאת יד"ש ולכן אין בזה חרם, דדל התביעה מהכא ג"כ הוא חייב לצאת יד"ש, ולכן לעיל דהוא אומר דממנה שהיא מתקשה בשעת תשמיש או שפולטת הזרע, והיא אומרת מפני שאין יורה כחץ, אם האמת כדבריו שהוא יורה כחץ והחולי הוא ממנה, הלא הוא אינו מחויב כלל בכתובה, כיון שאינה ראויה להוליד והחולי הוא ממנה וכמו שכתב בהלכה ח', א"כ הוי איני יודע אם נתחייבתי שאינו יודע אם יורה כחץ שלא קים לה בגויה, אבל כאן דהוא אינו תובעה לגרשה ואינו טוען עליה, רק שהיא אומרת שאינו יורה כחץ, אם איננה יודעת הלא אף לפי דבריו ג"כ חייב ליתן לה כתובה, רק כיון שכופית אותו לגרשה, א"כ כיון שהוא שלא כדין אינו מחויב ליתן לה הכתובה והוי כאילו פרע לה הכתובה, א"כ הוי כאיני יודע אם פרעתיך ודל טענתה מהכא ג"כ מתחייב לצאת יד"ש למיתב לה כתובה, ולכן אין על טענתו להחרים אותה פן תתבענו שלא כדין כיון שאינו טוען עליה שום חולי ואינו רוצה לגרשה דלית ליה בה פגם מידי, רק שאם אינה יודעת שהוא אינו יורה כחץ אין לה לכופו לגרשה, וכי כופה אותו ומגרשה הוי כמו פרעון על החוב הכתובה שמחויב ועומד ומציא למכור לכתובתה בטובת הנאה, רק שהשתא הוי כפרעון והוי איני יודע אם פרעתיך, ובזה אין חרם סתם כמו שנתבאר שיטתו בהלכות טוען בדברינו באורך בס"ד, דזה בודאי היכי דלא טעין מידי ואינו רוצה לגרשה אמרינן דאימור מקרה הוא דלא ילדה ואימור תלד ואית לה כתובה, ולא על זה אמר רבינו דחזקה דהחולי הוא ממנה, רק כשבא לגרשה וטעין דבגרמא דילה לא ילדה אז אמר רבינו דמפסדת כתובה אם לא טענה דאינו יורה כחץ ודוק. והנה בפירוש המשנה לרבינו סוף נדרים הדברים מדויקים בענין החרם, אבל ביבמות אינו מדויק, ששם כתב שמחרים בשם מי שיודע שאני יורה כחץ ולא תודיע

הדבר, וז"א לפי שיטת רבינו, דחרם איננו רק על מי שטוען טענה ששקר ודל טענתו מכאן וכמוש"ב בהלכות טוען תו ליכא חיובא ודוק, וראה עוד בספר בני אהובה ותבין דברינו היטב:

הלכה יד

נשאת לראשון כו' ואם נשאת לשלישי תצא שלא בכתובה אא"כ יש כו' או שקיים מצות פו"ר:

רבותינו בתוספות חקרו איך מיירי אם בשהתה עם השלישי עשר שנים ולא ילדה אז תצא שלא בכתובה, והקשו איך בעי בסמוך אם ניסת לרביעי והיו לה בנים מי מציא לגבות משלישי כתובה או דלמא אמר אדעתא דהכי לא גרשתיך כו' הלא אע"ג שהיא בת בנים ע"כ צריך הוא לגרשה כיון דלא זכה להבנות ממנה. והנה מכוונת דבריהם נראה ככתוב בהרא"ש ז"ל, דלו יהיה דהיא בת בנים הלא הראשון אמרינן דהוא לא זכה להבנות ממנה ויוציא ויתן כתובה, וזה לק"מ דבבעל ראשון אמרינן דאין ה"נ דהיא בת בנים ומשני תלד, רק אמרינן דאיהו לא זכה להבנות ממנה לכן יוציא ויתן כתובה כיון דאין המניעה ממנה אבל כשניסת לשלשה הרי הוחזקה לכל כמו בכל חזקה וכמו נגח שור חמור גמל דהוחזק לכל המינין, כן הכא הוחזקה שלא תלד משום אדם, ואחרי זה כי נשאת לרביעי וילדה הרי איגלאי מלתא דלו שהתה עם השלישי ג"כ ילדה דמשמיא רחמו עלה, וא"כ גירש בטעות דחזינן דמה שלא ילדה היו סיבות מקריות, ואלו ידע דהיא בת בנים לא היה מגרשה, אבל בראשון אמרינן דבת בנים היא רק דהוא לא זכה להבנות ממנה ולכן משני בודאי תלד, ואם ילדה לשני אמרינן דאצל הראשון אם לא גרשה לא היו לו בנים ממנה, אבל כאן דהוחזקה לכל אדם שלא תלד מהם וכי הדרא וילדה מרביעי איגלאי מלתא דגם אם שהתה אצל השלישי ג"כ היתה יולדת א"כ הוי גט בטעות ואפילו אם לא תחזור ותתבע כתובה ממנו ומאי מקשו וצ"ע:

ואולי דכונתם כמו דכתב רבינו נסים הלכות נדה, ז"ל, ותמהני היכי מצי לקלקלה כיון דמדינא אמרינן יוציא הא לא מצי אמר אילו הייתי יודע שכך לא הייתי מגרשך שהרי הוא מחויב לגרשה כו', הרי דסברתו דכל מקום שמחויב לגרשה לא שייך לומר דבטעות גירשה, כן הכא סברת התוס' כיון דמן הדין כופין אותו להוציא איך מצי לקלקלה. אמנם נראה דזה לא שייך רק במידי דלא היה יכול להתברר אז בעת הגט רק בשהוי זמן שייך לומר דסוף סוף איך נוכל לומר שבטעות גרשה כיון דב"ד היו כופין להוציאו, אבל במידי דהיה היכולת להתברר בעת הגט וכמו בעובדא שנשאל הנוב"י מהדו"ק סימן י"א דאיגלאי מלתא דהשכנות הורוה לומר שנטמאה ועל פיהם הורה הרב שצריך לגרשה

דע"ז שפיר שייך לומר דמצי לקלקלה ולומר אדעתא דא לא גרשתיך כיון דהוא דבר שהיה יכול להתברר בעת הגט, ובחנם השיגו עליו, אבל כאן באין לה בנים ובאין לה וסת איך היה ביכולת להתודע בעת הגט ומן הדין חייב לגרשה ותו לא מצי לקלקלה, וברור:

ולכן פירשו רבנן בתוספות דמיירי כאן בתוך עשר שנים ולא הכיר בה כמו שהביא ההמ"ג, אבל נשארו בקושיא איך לענין איסור לא סמכינן על רוב נשים יולדות, ולשלישי לא תנשא, ולממון סמכינן ומוציאין כתובה מהשני יעו"ש. והנה לפמש"כ הרא"ש בפרק אלו טריפות דבסרכות הריאה כיון דהוי מיעוט המצוי לא הדר זביני דכיון דמשכח שכיח ורמי אינש אדעתיה הו"ל לאתנויי וכיון דלא אתני ודאי אחולי אחיל ולא הוי מקח טעות, ופירש שם הרא"ש דבדבר שאין ידוע למוכר כמו לוקח ולא שייך דסמיך אהימנותא דהמוכר, אמרינן דהו"ל ללוקח לפרש ומדלא אתני אחולי אחיל, א"כ גם הכא כיון דניסת לראשון ולא ילדה עשר שנים חזינן דאיתרע בה רובה, ומצוי דהויא עקרה ולא הויא בת בנים, ותו הוה לשני לפרש, ומדלא פירש גלי אדעתיה דאף אם לא תלד לו בנים לוקחה לאשה ומתחייב בכתובתה, ואף דנאמר דשני מיירי דומיא דשלישי ובלא הכיר בה מיירי ולא ידע ששהתה אצל בעלה הראשון עשר שנים, בכ"ז דחוק לומר דכל עשר שנים ששהתה אצל השני לא ידע מזה, ומדקיימה חזינן דמחיל ונחית ליה לספיקא ובכל האופנים נתחייב לתת לה כתובה ודוק, ומש"כ רבינו אלא א"כ יש לו אשה, הוא מן התוספתא שכתוב נשאת למי שאין לו אשה ובנים, פירוש שאין לו לא אשה ולא בנים תצא שלא בכתובה, וברור:

פרק טז

הלכה ד

אבל אם גירשה לרצונו גובה בלא שבועה:

עיין מגדול עוז שכתב, וגם דין ראשון התם משמע כן כו' ומורי הרשב"א ז"ל היה נבהל על זה הפסק מניין לו כו', ובעיני יפלא למה נבהל, אם היה סבור בדעת רבינו, דגרושה שמת בעלה אחר הגט, והיא גובה מן היתומים, גביא שלא בשבועה. הנה אף כי פשט דברי רבינו מורה דבגובה מחיים של בעל מיירי, אפשר שדקדק כן מדלא הזכיר דין הגמרא דאע"פ שאין משביעין את האלמנה, מ"מ משביעין הגרושה בב"ד, ולא גביא ע"פ הדרת פירות. ואף כי הרב המגיד כתב לקמן הלכה י"א ומפורש בגמרא כו' ורבינו לא הוצרך לבאר זה יעו"ש, הרשב"א לא הבין כן בדעת רבינו. ולפ"ז כל דברי המג"ע מופלאים, דמה אם אמרו בנפרעת שלא בפניו שגרושה לא תפרע שלא בשבועה, כש"כ

בנפרעת מנכסי יתומים שלא תפרע שלא בשבועה, דכן לענין מזונות פסק רבינו דשלא בפניו גובה שלא בשבועה ומיתומים צריכה לשבע, ועוד דגמרא ערוכה בפרק השולח דגרושה צריכה לשבע יעו"ש, וכל ראיותיו תמוהין אין להם פתר כלל והמעיין יבין:

ואולי דהרשב"א דייק דגובה שלא בשבועה, הוא אף אם טעין אשתבע לי דלא פרעתיך, וע"ז תמה, דלמה לא יהא ככל שטרות, אך גם לפ"ז ראיותיו מאין אדם מוריש שבועה לבניו אינם כלל, דכן הדין בכל שטר דיורשים גובים אע"ג דאבוהון לא הוי מצי גבי בלא שבועה אם הוה טעין לוה אשתבע לי דלא פרעתיך, ועיין תומים סוף סימן פ"ד מה שביאר דברי הבה"ג בזה. ובאמת ראיה הגדולה שבראיות דלא מצי טעין אשתבע לי דלא פרעתיך בגרושה, הוא ממה דשקיל וטרי הגמרא לקמן מהיכא פטרה, זה אומר משבועת אפוטרופוס וזה אומר משבועת פוגמת, ומדוע לא אמרו דפוטר לה משבועת אשתבע לי דלא פרעתיך, ועיין בפנ"י ותומים סימן פ"ד והיא ראיה חזקה. והא דכתב רבינו לקמן הלכה כ"ז ומשביעה בנקיטת חפץ ונותן לה את העיקר, הך דמשביעה הוא מטעם שהבעל נאמן במיגו על התוספת ונשבע ונפטר הוי כפוגמת שאומרת שנפרעת התוספת, אבל מה נעשה שרבינו כתב לקמן הלכה י"ט אמר הבעל מעצמו תשבע על טענתי אומרים לה השבע וטול ותשבע בנק"ח, הרי שרבינו משה דין אשה לבע"ח, ואולי נחלק, דאם גירשה לרצונו גובה שלא בשבועה ולא מצי טעין אשתבע לי כו' וכשגרשה שלא ברצונו מצי טעין אשתבע לי דלא פרעתיך, וכן על אופן ראשון יש לומר כן, וכ"ז אינו במשמע ודחוק. ועיין חלקת מחוקק סימן צ"ו ס"ק כ"ג:

והנה הרב המגיד בפרק י"ח הלכה ט' כתב דאם נאבדה הנדוניא או נפחת, ובאת לגבות מן היורשין צריכה שבועה, והמשל"מ נסתפק בזה דהא תוך זמנו הוא ואין כאן תנאי ב"ד. ואפשר דגובה שלא בשבועה. ונראה להוכיח מהא דאמר בשבועות ת"ש שניה ויורשיה קודמין ליורשי ראשונה ומאי קושיא הא כתובת בנין דיכרין עיקרה הוא על הנדוניא ואינה צריכה שבועה, עיין מגיד ריש פרק י"ט, ובנדוניא גובה שלא בשבועה, ותו ירושיה גובין ומאי פריך, וע"כ דבנדוניא ג"כ חיישינן לצררי. ודחוק לומר דקאי למ"ד דבתוך זמנו חיישינן לפרעון, ועוד דנראה דאימת סבר דחיישינן לפרעון דוקא במידי דאתי ודאי לגוביינא, אבל בנדוניא אפשר דלא פרע בחייה לכו"ע, אי לאו חששא דצררי אתפסה כמו שפירש"י בערכין שנתן כסף וזהב במשכון יעו"ש. וזה ראיה נכונה:

ובהך סוגיא דהבאתי לעיל נ"ל בהא דפליגי היכי שפטרה משבועה ואמר נדר ושבועה אין לי עליך דרב אמר על אפוטרופיא שנעשית בחיי בעלה, ור"נ אמר על פוגמת יעו"ש, ובמאי פליגי, ועיין במה שפירש"י בטעמו דרב דמדוע לא אמרינן דפטרה משבועה

דפוגמת יעו"ש וכבר הקשו עליו. והנראה לדעתי פשוט, דרב אמר בשבועות כללא דאין אדם מוריש ממון שיש בו שבועה לבניו, וטעמו דמתוך שאינו יכול לשבע מפסיד, דאמרינן חזרה שבועה לסיני, יעוין בכל הנשבעין (דף מ"ז) ובתוספות, א"כ ה"ה בפוגמת שטרה ומתה אמרינן דאין היורשין נפרעין כלל, ולכן אמרינן דלא פטרה רק מאפוטרופיא שאינו מפסיד במה שפוטרה רק השבועה, דבשבועה היתה נוטלת אם לא פטרה, אבל מה דמצי להיות נפ"מ מממון כמו בפוגמת דאם לא פטרה משבועה לא היו היורשין נפרעין ממנו אף בשבועת היורשין, ואם פטרה נפרעין בשבועת היורשין א"כ כיון דמצי להיות לו נפ"מ מממון לא פטרה משבועה זו, אבל רב נחמן אזיל לטעמיה דפליג עלייהו ואמר שם הבו דלא לוסיף עלה ופוגם שטרו ומת נפרעין היורשים בשבועה, וא"כ לא מצי להיות לו נפ"מ מממון רק משבועה ולכך אמרינן דפטרה שפיר גם מזה, ודוק היטב:

הלכה יא

כשמשביעין בית דין כו' את האלמנה כו' אין משביעין אותה אלא חוץ לב"ד כו':

בגמרא אמרו אי משום הא מאי איריא אלמנה אפילו גרושה כו' אלמא כו' אבל גרושה משביעין אותה, אלמנה שאני, דבההיא הנאה דקא טרחה קמי יתמי אתיא לאורויי התירא. והנה בתוספות פרק אלמנה ניזונית (דף צ"ח) ד"ה מוכרת שלא בב"ד כתבו דבאלמנה מן הנשואין מיירי, דאי מן האירוסין מיירי לא שייך לומר קא טרחה קמי יתמי שהיא עומדת בבית אביה, ורבינו לא הזכיר זה, אין זה אלא דסבר מדלא הזכירו זה בגמרא מוכח דנמנעו מלהשביעה אף מן האירוסין דלא פלוג רבנן ודלמא איתרמי חדא שויתרה מסבלונות וכיו"ב. אולם יתכן שגם רבנן בתוספות אינן חולקין בזה, דזה אמת כיון שהוצרכו חכמים למנוע ממנה השבועה תו לא פלוג רבנן בין אירוסין לנשואין. אבל רבנן שפיר הקשו, דאם נימא דמוכרת שלא בבית דין אינה צריכה שבועה ורק אלמנה מן האירוסין צריכה שבועה משום דאינה מוכרת אלא בב"ד. א"כ כל התקנה דנמנעו מלהשביע לא היה רק על ארוסה שנתאלמנה, וזה תימא דמשום ארוסה בלבד יתקנו חכמים לחוש דילמא מוריא התירא, דהא לא טרחה קמי יתמי, אלא ע"כ דאלמנה מן הנשואין צריכה שבועה ותקנו חכמים משום אלמנה נשואה, ותו לא פלוג חכמים וגם לארוסה נמנעו מלהשביעה דזימנין גם היא מורה התירא וזה ברור, ועיין פ"ד דגיטין (דף ל"ה:) בתוספות ד"ה גט יבמין הוי דגרושה היתה מן היבם וכתובתה על נכסי בעלה הראשון, ויתכן משום דלא פלוג בכל אלמנה, ועיין תוספות שם באופן אחר ודוק:

הלכה כא

אלמנה שהיה שטר כתובה יוצא מתחת ידה נשבעת וגובה כתובתה לעולם וכו' בין שהיתה בבית בעלה וכו':

ירושלמי פרק הנושא הלכה ה'. א"ר אבין לא מסתברא אלא באשה שאין לה מזונות, אבל באשה שיש לה מזונות אני אומר מפני מזונותיה לא תבעה, אר"י בי רבי בון סוף דבר עד שתתבע אפילו כן הזכירה דתנינן תמן מתה יורשיה מזכירין כתובתה עד כ"ה שנה דרובא אתא מימר לך אפילו עשת כ"ה שנים חסר יום אחד ולא תבעה ואחר כך תבעה נותנין לה עוד כ"ה שנה, עכ"ל. ופירושו, דר' אבין אמר דדין משנתנו אינו אלא באשה שאין לה מזונות, אבל באשה שיש לה מזונות אימור לא מחלה בשתיקתה רק שלא רצתה להפסיד מזונותיה דהתובעת כתובתה בב"ד אין לה מזונות כמבואר בפרק אלמנה הלכה ב', וע"ז אמר ר"י ב"ר בון לא סוף דבר עד שתתבע אפילו כן הזכירה כו' מתה יורשיה מזכירין כתובתה וכו'. והנה מלשון הזכרה לחוד אין להביא ראיה דלא בעי תביעה בב"ד, דאימור תנא דילן לתביעה בב"ד הזכרה קרי ליה. רק ר' יוסי ב"ב אמר דלא כר' אבין אלא אף באשה שיש לה מזונות ג"כ מוכח מדשתקה דמחלה כתובה, ואי משום דהיה לה לחוש שמא תפסיד מזונותיה הלא היתה יכולה להזכיר ולא תתבע בב"ד. ולפ"ז מפרש הירושלמי אליבא דר' יוסי ב"ב, דלדידיה יקשה מתניתין דתני אם מתה ירושיה מזכירין כתובתה עד כ"ה שנים, וע"כ מירי כגון שנשבעת האלמנה בחייה דאל"ה אין אדם מוריש ממון שיש בו שבועה לבניו כמפורש בסוף שבועות, ועיין ירושלמי פרק הכותב הלכה ח', וע"כ דנשבעה שלא נפרעה וא"כ למה לן הזכרה עד כ"ה שנים מיום מיתת הבעל דהכי ס"ד לפרושי לשון עד כ"ה, הא כבר נשבעה, וע"כ דלא תבעה בבית דין רק נשבעה חוץ לב"ד ובפרט לפום מה שתקנו שלא להשביע אלמנה בב"ד כמבואר בגיטין ל"ה, ולכן מזכירין עד כ"ה שנים שכל זמן שלא תבעה אותם בב"ד, אם עברו כ"ה שנים ראיה שמחלה להיורשים, וא"כ באשה שיש לה מזונות לא מציא למיתבע בב"ד כדי שלא תפסיד מזונות ודלא כר"י ב"ב, וע"ז אמר שם דר"י יפרש משנתנו לעולם כשנשבעה אלמנה ומה דתני מזכירין עד כ"ה שנים, הוא מיום התביעה, דמיום התביעה מונין להם עוד כ"ה שנים, וזה דאמר דרובא אתא מימר לך וכו', דנותנין כ"ה שנים מיום שתבעה וזה כר"י, ועיין רא"ש בשם ר"ח ודוק:

ויש להפליא טובא על רבינו ז"ל דהשמיט בבא שלמה ממשנתנו מתה יורשיה מזכירין כתובתה עד כ"ה שנים, וזה ודאי דוקא לרבנן דאילו לר' מאיר דבבית בעלה אינה גובה, א"כ יורשיה עד כ"ה שנים איך יש להן מזונות, ולומר כגון שהתחייב לזון בת אשתו

יותר מכ"ה שנים זה דחוק, ופשטא דמשנתנו לרבנן קאי דגם ביורשין אמרינן דאם שתקו מחלו חיוב הכתובה וכן הובא בטור, ולפלא על מפרשי רבינו שלא עמדו בזה:

ונראה דאם נימא דאם מת לוה בחיי מלוה נשבעין בניו שבועת יורשין ונוטלין, א"כ יתכן דמשנתנו מיירי שלא נשבעה האשה בחיי היתומים, בכי האי גוונא כיון דלא התחילה לתבוע מיום שאחר מות בעלה לכן אינה גובה דאמרינן דמחלה, אבל היכי שנשבעה ומתה כיון דסגי בהזכרה בעלמא בלא תביעה ואין לך הזכרה גדולה מזו שנשבעה, אימור דאף אם עברו אחר זה כ"ה שנים ולא תבעה לא אמרינן דמחלה וזה יתכן, וכיון דרבינו פסק בהלכות מלוה דשטר זה של לוה שמת בחיי מלוה ומת מלוה לא קרעינן ולא גבינן דלמא דאין דיינא חד דלא כרב ושמואל, א"כ דינא דמשנתנו תו לא משכחת לה כלל, דאם לא נשבעה האלמנה ומתה תו קיי"ל דיורשים שלה לא גבו כלל כתובתה, דהא האלמנה היתה מחויבת שבועה ואין אדם מוריש ממון שיש עליו שבועה לבניו, ואם נשבעה ומתה הלא כבר תבעה והזכירה לכתובתה, רק שאם עברו כ"ה שנים ולא תבעה אחר השבועה בעית למימר דהפסידה כתובה, ז"א, דאז נאמר דלמא לית הלכה כרב ושמואל, ומשנתנו בלא תבעה ולא נשבעה, הא נשבעה אף שעברו אח"ז כמה וכמה שנים ולא תבעה תו לא מחלה לכתובה וגובה לעולם כדין חוב, ואם תאמר כיון דספיקא הויא, א"כ תו כשעברו כ"ה שנים אחר התביעה כיון דלרב ושמואל מוקמי למשנתנו כגון שנשבעה ומתה, אלמא דאף בכה"ג דתבעה פעם אחת אם עברו כ"ה שנים אח"ז ושתקה אמרינן דמחלה א"כ איך גובה כתובתה לעולם, זה אינו, דלבר מהאי דינא קיי"ל, דגובה כמו פוגם שטרו ומת וכי"ב וכמו שפסק רבינו שם דהבו דלא לוסיף עלה, ועוד דכיון דספק לן אי מחלה לכתובה או לא, אינו מפסדא לכתובה מספיקא וכמו שפסק רבינו לקמן פכ"ג הלכה ה' באכל הבעל דינר שלא כדרך כבוד אף ע"ג דאיכא תרי לישני דחד אמר בכאיסר, בכ"ז כיון דרק מתורת מחילה אתי עלה שמחל על הוצאותיו לא מפסיד מספיקא, כן הכא כיון דהא דמפסדת כתובה היינו רק מתורת מחילה תו לא הפסידה מספק וכמו שביארנו באורך בהלכות זכיה פרק ו' דבכה"ג מוקמינן בחזקת חיובא, וא"כ לא מצי רבינו להביא זה לפסק הלכה, אך בכ"ז דחוק, דלמא הא דאמרו אם עברו כ"ה שנים אחרי התביעה ושתקה דמחלה בזה כו"ע מודו והדין מוסכם גם בבבלי תנא בר קזא דתבעה ה"ה כבתחלה, ופשטו כרש"י דממתינים עוד כ"ה שנים מיום התביעה דדחוק לפרש דקמ"ל דאינה משלשת כמו דבעי לר' מאיר וצע"ג:

אולם דא נראה לי אע"ג דבכ"מ קיי"ל דלא קרעינן לשטרא דיתמי ול"ג, וכמו שאמר רב פפא בשבועות, בכ"ז בכתובה במקום שכותבין אם לא נשבעה האלמנה ומתה דפסק

רבינו ז"ל דיורשי הבעל חייבין בקבורתה, מצי לומר לא קברינן לה עד דקרעי יורשיה הכתובה, דלא בעינן לאפוקי ממון לקבורה, דשמא יקום חד דיינא ויפסוק אח"כ כר' אלעזר דיורשין שלה נשבעין שבועת יורשין ונוטלין ויוציאו מיורשי הבעל כתובה וזה ברור, ולכך אעפ"י שהיה במקום שכותבין כתובה דאינה גובה עד שיצא שטר כתובה מתחת ידה, בכ"ז כיון דמחייבת ליורשי בעלה למיקברה תו מוכרחים להחזיר שטר כתובה או לקרעה, וזה נכון בסידור של רבינו שלא הזכיר כאן כלום דלא קרעינן לכתובה, ודוק בכל מש"כ בזה:

פרק יז

הלכה א

מי שהיה נשוי נשים רבות וכו' קודמת ליטול כתובתה כו' ואין לאחרונה אלא מה ששיירה שלפניה וכו':

ירושלמי פרק מי שהיה נשוי הלכה א', קידש רחל [וקידש] וכנס לאה וחזר וכנס לרחל, ע"ד דרבנן רחל קודמת, וע"ד דראב"ע לאה קודמת, [פירוש דלראב"ע דאמר אם מת מן האירוסין או גירשה אין לה רק מנה ומאתים לא תוספת, א"כ לאה קודמת לגבות לתוספת שנשואיה קודמין לשל רחל] אימר אף ראב"ע מודי מאחר שחזר וכנס לרחל רחל קודמת, למה זה דומה, לאחד שלוה מחבירו וא"ל אם לא החזרתי לך מכאן עד י"ב חדש יהיו כל נכסי משועבדין לך, הגיע י"ב חדש ולא החזיר נשתעבדו הנכסים מכאן ולהבא, [פירוש שהשעבוד מתחיל תיכף רק ע"מ אם יכנוס אותה, אבל אם אמר לו לא יהיו נכסי משועבדים לך אלא לאחר י"ב חודש לא נשתעבדו אלא לאחר י"ב חודש] ימים שבינתים תפלוגתא דר"מ ורבנן ע"ד דר"מ בשטר נתחייבו הנכסים, ע"ד דרבנן בכסף נתחייבו. המאמר הזה סתום מאד, ולדעתי פירושו כך, דמצאנו דאם כתב דאיקני משתעבד גם לשיטת הירושלמי, והוא בהלכה ו', ולא כתב לו דאיקני ועיין פ"ק דב"מ הלכה ו' עיי"ש. ונראה לן טעמא, דאיקני משעבד, לא מפני שבשעבוד יכול לשעבד דבר שלב"ל, דבזה איכא שתי דעות בסימן ר"ט סעיף ד' בהגה"ה ועיין בש"ך שם שהעיר מהך דאיקני דמשתעבד, ועוד נדחקו גדולי האחרונים אמאי משתעבד דבר שלב"ל, ולדבר שלא ב"ל לא מצי משעבד אף שעבוד כדפריך פ"ק דגיטין גבי מעמד שלשתן וכן גבי יסבון תנן יעו"ש מש"כ, ונראה משום דאשכחן למאן דאמר שעבודא דאורייתא היינו דנכסי משתעבדי מטעם ערב דעלייהו קא סמכא דעתיה דמלוה וה"ה בכתב לו דאקני דחזינן דעל נכסים שיקנה ג"כ סמיך דאורחייהו דאינשי למזבן נכסי וסמוך מלוה עלייהו

ומשום דקא סמיך עלייהו קא מלוה, וא"כ משתעבדי נכסי ממילא כדין ערב דכיון דגילה דעתו דעלייהו קא מלוה. ולכן אם כתב לו דאיקני משעתבד, דכיון דגלה דעתו חייל שעבודא ממילא, וא"כ אינו בכלל אין אדם מקנה דבר שלב"ל, וזה דוקא היכי דחזינן דהמלוה רוצה שישעבד לו דאיקני ועלייהו ג"כ סמיך, אבל כאן מיירי שהלוה אומר לא יהיו משועבדים נכסי עד י"ב חודש, א"כ הלוה הוא מעכב עד י"ב חודש ואיהו קא בעי דישתעבדו לו לאחר י"ב חודש. אבל המלוה אינו אומר כלום, ובפרט כיון דלא כתב לו דאיקני חזינן דלא סמיך על הני נכסי דיקנה, דאטו רק על מה שיקנה תוך י"ב חודש קא סמיך, וא"כ לאו ערבי הני נכסי שיקנה אח"כ, וא"כ נחקור אם שעבודא חייל לאחר שנים עשר חודש ואז הוי כמשעבד עצמו, והוי כל נכסיו שקנה תוך שנים עשר חדש בדין נכסים שקנה, או דשעבודא חייל מיום ההלואה והוי בכלל נכסי דאיקני שקנה אחר כך, וסבר הירושלמי כיון דהנכסים אינם משתעבדים רק לאחר שנים עשר חודש, ואז קא חייל שעבודא עלייהו הוי כל הנכסים בכלל נכסים שקנה, דחזינן על העת שחייל השעבוד, וכמו דכתבו תוספות בכורות (דף מ"ט:) סד"ה ודידיה, וכיון דחשבינן ליה כמלוה בשטר הוי כאילו נכתב לאחר שקנה הקרקעות יעו"ש, רק כיון שבארנו דבכה"ג לא הוי נכסי ערבי כלל, תו איך משעבד בכתיבת השטר הנכסים שיקנה בתוך י"ב חודש, שיהיו משועבדים לאחר זמן י"ב חודש, אם ימכור אותם לאחר י"ב חודש שיגבה מהן, דהוי דבר שלב"ל בעת כתיבת השטר, וזה תליא אם אדם מקנה דבר שלב"ל אז משתעבד ג"כ דבר שלב"ל, וכמו דאמר בפרק מי שמת (דף קנ"ז) ולרבנן דאין אדם מקנה דבר שלב"ל, ה"ה דאין אדם משעבד, וא"כ אינו גובה מן הנכסים שקנה בתוך שנים עשר חדש, לכן אמר ע"ד דר' מאיר דסבר אדם מקנה דבר שלב"ל ה"ה דאדם משעבד, ונשתעבדו הנכסים שקנה תוך שנים עשר חודש, וע"ד דרבנן דאין אדם מקנה דבר שלב"ל, ה"ה דאין משעבד ולא נשתעבדו הנכסים שקנה תוך י"ב חודש, ואם ימכור אותם לאחר י"ב חודש אינו גובה מהם, וזה שאמר ע"ד דר"מ בשטר נתחייבו הנכסים בהשעבוד שמתחיל בהשטר דאז הוי כל הנכסים אף שקנה בתוך י"ב חודש בכלל דקנה, וע"ד דרבנן בכסף נתחייבו הנכסים מזמן ההלואה וכל מה דקנה לאחר הלואה הוי בכלל דאקני ואינו גובה מהם כיון דלא כתב דאקני ודוק:

ומזה יש להוכיח, באם מקנה אדם דבר שלב"ל עם דבר שבא לעולם, דיש שיטה לקמאי הובא בסמ"ע סימן ר"ג ור"ט יעו"ש דאמרינן מיגו דחיילא קנין על הדבר שבא לעולם חייל נמי גם על דבר שלא בא לעולם. ולפ"ז צ"ל הא דדאקני בעי הגמרא אם מהני הלא ג"כ צריך השיעבוד לחול על הנכסים שלא באו בעת ההלואה לרשותו, מיגו דחייל שעבודא

על הנכסים שבאו לרשותו ומאי בעי, וע"כ דאימת אמרו הפוסקים דמהני באומר שיקנה הדבר שבא לעולם בעת שיבוא הדבר שלא בא לעולם דבזמן אחד תרווייהו מקנה ליה ושפיר אמרינן מיגו דחייל ע"ז חייל גם ע"ז, משא"כ כאן שהנכסים שקנה מכבר חייל שעבודא עלייהו תיכף, והנכסים שיקנה בתר כן, לא חלה השעבוד עד שיקנה ויבואו לרשותו. אולם בהך דירושלמי שאומר לא ישתעבדו נכסי אלא לאחר י"ב חודש, הרי הנכסים שקנה בתוך י"ב חודש משתעבדי עם הנכסים שמכבר המה ברשותו בזמן אחד, ותו אף לרבנן ישתעבדו מיגו דחייל שעבודא על הנכסים שבעת הלואה וכתיבת השטר היו ברשותו, וע"כ דלא כהפוסקים הנ"ל ודוק, וכן יש להוכיח זה גם מהא דפריך שם בבבלי משט"ח המאוחרין ואכמ"ל:

אולם דא בעי עיונא, דהנה שיטת הירושלמי בגיטין פרק הניזקין דמלוה ע"פ ומלוה בשטר ומלוה ע"פ מוקדמת, אפ"ה מלוה בשטר קודם עי"ש, באומר הרי עלי כו' שלא תאמר נזיקין ומלוה בעדים הנזקין קודמין יעו"ש. אע"ג דמלוה בעדים קודם בזמן וכמו כאן בהקדש שקודם לנזקין, אפ"ה נזקין קודמין עי"ש, דמפורש דמלוה בשטר קודם, ואיך אמר קודם ע"ד דרבנן רחל קודמת, הלא שיטת רבינו פרק יו"ד דכתובה מן האירוסין אף ע"ג דכתב לה אינה גובה מן המשועבדים, ולא עדיפא תוספת לרבנן מכתובה לראב"ע, וא"כ כיון שאינה גובה מן המשועבדין הוי כמלוה ע"פ, ותוספת כתובה של לאה שכונסה קודם הוי כמלוה בשטר, וא"כ מלוה בשטר קודם ושל לאה קודמת, וכן משמע גם בירושלמי סוטה פרק ארוסה הלכה א' מתניתא דב"ש כו' אר"י תמן טעמייהו דב"ש כו' ברם הכא יודעת היתה שאין ארוסה שותה כו' משמע דהמקשה ס"ד דארוסה תליא בהך פלוגתא דב"ש וב"ה במתו בעליהן אם נוטלות כתובה, והא טעמייהו דב"ש משום ששטר העומד לגבות כגבוי דמי, ואימת קא סברי ב"ש כגבוי דמי דוקא בשטר חוב שיש בו אחריות כדאמר בגיטין פרק השולח (דף ל"ז) דאפילו לב"ש באין בו אחריות נכסים לאו כגבוי דמי ומשמט, וא"כ כתובת ארוסה דאינה גובה ממשועבדים לכו"ע לא הוי כגבוי ולכו"ע אינה נוטלת כתובה, ומשמע דפלפולו שם גם על ארוסה, וע"כ דרבינו תמן קאי בלא כתב בכתובה אחריות וכמו שהביא הרא"ש בשם רבינו יונה עיי"ש ודוק:

וכן יש להביא ראיה מהך דאמר בפרק יש נוחלין (דף קל"ב) כתב כל נכסיו לאשתו ויצא עליו שט"ח כו' תקרע מתנתה ותעמוד על כתובתה, לפי מה שהכריעו הפוסקים דמלוה ע"פ ומלוה בשטר, מלוה בשטר קודם, א"כ איך מוקי לה הגמרא באשתו ארוסה וגרושה, איך יתכן לאוקמי הא בארוסה, הלא ארוסה כתובתה אינה רק לגבות מבני חורין, והשטר הזה הוא ביש בו אחריות מדטריף ממקבל מתנה, וכתובה שלה כיון

דאינה גובה ממשועבדים לא עדיפא כלל ממלוה ע"פ ומלוה בשטר שיש בו אחריות קודם לה, א"כ אפילו אם כתובתה קודם, ג"כ מלוה בשטר קודם, ומה יועיל לה אם תעמוד על כתובתה, ודוחק לומר דאתיא כראב"ש דסבר בפרק נערה בכתובות דמנה ומאתים מן האירוסין, וע"כ דרבינו מיירי בלא כתב בכתובה אחריות, וכאן מיירי בכתב לה בפירוש אחריות, לכן אם כתובתה קודמת היא גביה ולא בעל חוב ודוק. אולם התבוננתי דלמה קאמר לעולם בשכ"מ, הא לפי מה דדחי הגמרא דבבריא ג"כ אמר אם כתב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופוס, ולא הוי נפ"מ כלל בין בריא לשכ"מ, וא"כ מצי מיירי מתניתא בשכ"מ ובבריא ולא הוי רבותא כלל טפי במה דאמר דמיירי בשכ"מ, אך לפ"ז א"ש דהר"י אבן מיגאש פסק דמלוה ע"פ טורף ממתנת שכ"מ שאינה חלה אלא לאחר מיתה וכיורשין הויא, וא"כ מצי מיירי בשט"ח שאין בו אחריות, וטורף בכ"ז ממתנת שכ"מ וא"ש ודוק היטב:

הלכה ג

וכן אם היה זמן הכתובות והשטרות כולן יום אחד כו' ולעולם כל שקדם וזכה במטלטליו וכו':

הנה בהלכות מלוה פרק כ' ביאר רבינו פרטי דין זה, שם (הל' ג') כתב דאם זמנם שוה כל שקדם אחד מהן וזכה מה שזכה זכה אף מקרקעי דרק בעל חוב מאוחר אמרו מה שגבה לא גבה, אבל כשכלן שוין כל הקודם זכה ובמטלטלין לעולם אף אם זמן אחד מהם מוקדם כיון שאין דין קדימה במטלטלין לעולם כל הקודם זכה אף ב"ח מאוחר, וכאן קיצר רבינו כי שם מקומו, ובהשגות שם כתב דלא מהני תפיסה, וכבר האריכו בזה רבנן קדמאי. ונראה לי דתליא בזה, דאם נאמר דכשמגיע לכל חד מנה ויש כאן מנה לגבות, שעבודו של כל חד מוטל על כל המנה, א"כ מהני תפיסה שתופס מה שתחת שעבודו וכדפסק רבינו, אבל אם נאמר דלכל חד משועבד פלגא נכסים אם יש שנים ויותר לפי חשבון הבע"ח ככה נופל שעבודו של כ"א על הנכסים, א"כ איך יתפוס מה שתחת שעבודו של חבירו במקרקעי, דהשעבוד כמכר שמפקיע מן הלקוחות וגובה מן היורשים ולקוחות, ולכן מה שגבה לא גבה. וכזה תמצא מבואר לרבינו נסים בשיטה דתקפו כהן, דמספקא לן אי שניהן מוחזקין כל חד בכל הבגד, רק דכיון דכל חד מוחזק בכולה מההכרח לומר דיחלוקו, או דלמא כל חד מוחזק רק בפלגא יעו"ש מתק שפתיו. ונראה דזה תלוי אם נאמר דנוטלין לפי מעות הלא ליכא למימר דכל הנכסין משועבדין לכולן היינו לחובתה, וכן לשניה, דא"כ היה צ"ל יחלוקו דשעבודה מוטל על כל המנה כמו שעבוד חברתה ומגיע לה מנה, וא"כ אם לית כאן רק בעלת מנה ובעלת מאתים,

ויש כאן מנה שניהן מוחזקין בה כאחד והיה צ"ל יחלוקו, ועל כרחין דאינה מוחזקת רק בחלק שליש מנכסים אם כתובתה מנה וחברתה מגיע לה מאתים, ותו איך יוכל להיות שיועיל לה התפיסה שתתפוס בדבר שאינה תחת שעבודה רק תחת שעבוד חברתה, אבל אם נאמר דחולקין כאחד אף שלחברתה מגיע כפלים מכל מקום המנה משועבדת בכולה לזה ולזה, ולכן כיון דהמנה משועבדת לכל אחת ע"כ דיחלוקו, וכיון ששעבודה מתפשט על הנכסים כפי כתובתה לכן מועיל לה תפיסה לתפוס מה שתחת שעבודה, ולכן פסק רבינו דמהני תפיסה כיון שדעתו דחולקין בשוה בכל הנכסים:

וכפי מה שבארנו, הוא בעצם ספק של הגמרא ערכין ריש פרק אין נערכין, ז"ל, בעי רב אדא בר אהבה היו בידו חמש סלעים ואמר שני ערכי עלי בב"א מהו כיון דבבת אחת נדר כי הדדי תפסן יהיב תרתי ופלגא להאי ותרתי ופלגא להאי או דלמא כולהו חזיא להאי וכולהו להאי תיקו, ורבינו כתב שם הרי הדבר ספק אם נתפס לשניהן ונותן חצי מה שיש לו לערך אחד וחצי לערך השני ויפטר או יתן ערך אחד מהן שלם כו' בערך אחד וישאר הערך האחר חוב עליו עד שיתן אותו כו' עכ"ל. וטעמא דלא אמרינן אם נאמר דחזיא כולהו להאי או כולהו להאי שיתן לשניהן בשוה וכדין החובות דשני שטרות היוצאין בשעה אחת יחלוקו, משום דאם יתן לשניהן הרי לא יצא ידי חובת שניהן שלא נתן לכ"א כאשר תשיג ידו שידו השיגה יותר, אבל אם נאמר דתרווייהו תפסי בהו זה בפלגא וזה בפלגא, הלא נתן לכל אחת כפי שהשיגה ידו דהמותר היה שייך לשניה, וזה ממש כפי מה שבארנו סברת קדמאי כאן דפליגי אם מהני תפיסה, ובכ"ז אין להקשות דשם מספקא לן וכאן פשיטא לרבינו דכולהו חזיין להאי או להאי, משום דכיון דאמר הרי שני ערכי עלי, הוי כמאן דשעבד לשניהן מה שיש לו והוי שניהן מוחזקין פלגא להאי ופלגא להאי, וכן להסוברים כאן דהוי כשניהן מוחזקין אין להקשות משם, דתמן אם נאמר דאו כולהו להאי או כולהו להאי הלא ג"כ יהיה הדין דשניהן גובין אותו מה שיש לו, ותו חשוב כאילו הוי בחזקת שניהן, ועוד דשם שאני ששניהן להקדש משא"כ כאן, רק מה שבארנו בסברא הנהו מוזכר בגמרא בפירוש תה"ל:

ונראה ראיה דקה לרבינו ז"ל, דחזינא שם בפרק מי שהיה נשוי דר' נתן סובר דעל מנה מוטל שעבוד שלשתן ואם אין כאן אלא מנה אז נוטלת הבעלת מאה תילתא ל"ג ושליש, ובזה נסתלק שעבוד שלה מן המנה והויא כנגד חברותיה כאילו קבלו כל חדא מנה, משום דשעבוד כל חדא היה מוטל על המנה וגבתה חלקה ונסתלק שעבודה מן המנה, ואפ"ה בשתי תפיסות כשנפלו מעיקרא ע"ה דינר ונטלה הבעלת מנה כ"ה דינר לא אמרינן דנסתלק שעבודה מע"ה דינר ושוב לא רמיא שעבוד שלה רק על כ"ה,

דבתפיסה ראשונה נסתלקה נגד חברותיה בשעבוד שלה מע"ה שהיו שלשתן שייכים בה והשתא לא חל שעבוד שלה נגד חברותיה רק על כ"ה והיא צריכה ליטול שליש מכ"ה והוי בבת אחת, עם מה שנטלה בפעם ראשון ל"ג ותילתא שזה חלקה כשנפלו בבת אחת וע"כ כשיטת רבינו. וא"ש מה דגובה עוד בפעם השניה כ"ה דמוטל שעבוד שלה עם חברותיה על ע"ה המגיע לה ויחלוקו שלשתן, והא דגבתה מעיקרא כ"ה באמת לא גבתה רק מה שהיו שלשתן שוים בו, דתוכל לחשוב בדעתך שבפעם ראשון לא חלה שעבודא עם חברותיה רק על כ"ה והיתה צריכה ליטול רק שליש מן כ"ה הראשונים, רק דתפסה מה שהם היו צריכים ליטול כיון דכל כ"ה מונח תחת שעבודה הלא אם קדם וגבה מה שגבה גבה, ותו השעבוד שלה חלה כעת על ע"ה והיא צריכה ליטול ע"ה, ולא תוכל לאמר דבמה שתפסה וגבתה דנסתלק שעבוד שלה נגד חברותיה מע"ה, הגם דמעיקרא גבתה בתפיסה ראשונה כ"ה, משום דעל ע"ה שעבוד שלשתן חלה וכולן שוין, אבל השתא כי כבר באה לידי גביה וגבתה בב"ד הלא תוכל לחשוב זה לתפיסה נגד חברותיה, ותו תחשוב שמעיקרא לא חל שעבודה רק על כ"ה, והשתא מוטל שעבודא על ע"ה. אולם מזה מוכרח דלמאי דקיי"ל דהלכה דחולקין בשוה מוכח דמהני תפיסה, דכאן לר' נתן במנה הלא שעבוד שלשתן שוה, וסבר דחולקין בשוה מפורש דמהני תפיסה, אמנם אין מזה ראיה, רק אם מפרשינן בשתי גביות מקרקעי אבל אם מפרשינן במטלטלין תו אין ראיה דשאני מטלטלין דאף בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה, אך במטלטלין קשה דא"כ הויא תפיסה דלאחר מיתה ורבינא סבר ריש אלמנה ניזונית דלא מהני לכתובה ועיין ברבינו נסים מש"כ בזה דמעות שאני יעו"ש ודוק:

ודע דשיטת רבינו חננאל דלפי מעות נוטלין כמו שהביאו בתוספות בשמו, א"כ לפי מה שנתבאר על כרחין מה שגבה לא גבה וכפי מה שבארנו, וא"כ בעי טעמא למה הפקיעו חכמים שעבוד של אשה היכי דלית ליה אלא חד ארעא ויהבינן לבעל חוב דלא שייך טעמא דרבינו נסים ורא"ש, וע"כ משום דשני שטרות הלואות היוצאין על שדה אחת איכא שודא, וא"כ אמרו חכמים דלבע"ח שהפסיד מעותיו יהבינן טפי ולאשה לא חיישינן משום דיותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצית להנשא וזהו שודא שלהם, וע"כ דאף בשטרי הודאות והלואות אמר שמואל שודא וכן פסק ר"ח הובא בר"ן בשם בעל העיטור ודוק:

ובירושלמי על משנתנו, שמואל אמר במרשות זא"ז כשהרשת השלישית את השניה לדון עם הראשונה, אמרה לה, לא מנה אית לך סב לך חמשין ואיזיל לך, והוא תמוה, כיון שסילקה השלישית את עצמה מן מנה נגד חברתה בעלת מאתים, א"כ לא תטול

במנה אחת ורק חמשין אית לה כשיש כאן מאתים, ודוגמא דסיפא דאינה נוטלת במנה הראשונה כלום ובשניה חולקת ובשלישית נוטלת לבדה, והמפרשים יגעו בזה. ונראה לנו דירושלמי מפרש למשנתנו אין שם אלא מנה חולקות בשוה, הוא לפי חשבון המעות שבעלת מנה נוטלת י"ז חסר שליש, שהמנה מתחלק לששה חלקים, והיא נוטלת שתות כפי ערך מעותיה נגד חברתה, וכן בסיפא היו שם שלש מאות א"ש דבעלת מנה נוטלת כפי ערך מעותיה, והשניה שליש והשאר לבעלת הג'. אבל במציעתא כשאין כאן רק מאתים היה צ"ל לבעלת שלש מאות מנה ולבעלת מאתים ס"ז חסר שליש, רק אוקים שמואל למשנתנו בשכתבה בעלת שלש מאות לבעלת מאתים לדון עם ראשונה במנה. נמצא דהבעלת מאתים היה לה ליטול בכל מנה שליש, והשתא שכתבה הבעלת שלש מאות נוטלת פלגא עם בעלת מנה וכל אחת נוטלת חמשים. א"כ בעלת השלש מאות לא נטלה מחלקה כלל במנה, ובעלת מאתים נטלה חלקה במנה הראשונה, אם כן מן מנה נסתלק שעבוד בעלת מאתים שכבר נטלה במנה יתר מכפי חלקה שחלקה שליש והיא נטלה פלגא, ונשארו על מנה הנשארת בעלת מאתים רק בשעבוד מנה שעדיין לא נטלה חלקה בזה, והבעלת ג' נשארה בכל שעבודה שלא נטלה כלל מן המנה הראשונה, ולא אמרינן דנעשה כאילו קבלה הבעלת ג' חמשים מן המנה ראשונה שזה חלקה בכל מנה ונתנתן לחברתה ונסתלק שעבודה במנה, דהיא לא נטלה כלום ולא מחלה כלום רק שסילקה את שעבודה מן המנה ראשונה וחל שעבוד כל הג' מאות על מנה הנשארת, אבל הבעלת מאתים הלא נטלה חלקה במנה ונסתלק שעבודה לגמרי מנכסים הנשארים ואין לה שעבוד רק למנה שמגיע לה עדיין בנכסים הנשארים שהרי לא נטלה במנה ראשונה לפי ערך מעותיה רק כהבעלת מנה, וכיון שעל הנכסים הנשארים אינה חשובה הבעלת מאתים רק לבעלת מנה וחברתה בעלת שלש מאות, א"כ כי יחלוקו לפי חשבון המעות המגיע להם נמצאת בעלת השלש מאות נוטלת שלשה חלקים ע"ה והבעלת מנה נוטלת רביע, הוא מה שנקראת במשנתנו בעלת מאתים נוטלת עשרים וחמשה כפי מה שבארנו בס"ד. וזה דאמר, אמרה לה לא מנה אית לך סב לך חמשין ואיזיל לך, היינו שלא תאמר בעלת מנה אנא לא סלקית נפשאי רק ממנה ראשון שבכל מנה יש לי חלק שתות, לכן אמרה לה כיון שאין לך רק מנה הרי נסתלקת שפיר שאת נוטלת כפי מה שמגיע לך יותר משתי מאות והוי כאילו נפרעו שניהם הבעלת מנה ובעלת מאתים לכל חדא מנה, ואף אם לא היו רק הבעלת מנה ובעלת שלש מאות בכל הנכסים ג"כ לא היה מגיע ליטול לבעלת מנה יתר מחמשים והשתא נטלה כפי מה שמגיע לה ובע"כ נסתלק שעבודה לגמרי מכל הנכסים, וזה אין לומר דא"כ במנה ראשונה יחלקו הבעלת מנה עם

בעלת מאתים לפי ערך המעות, הוא שתטול בעלת מנה שליש במנה ל"ג ותילתא, ובעלת מאתים שני חלקים, זה אינו כיון דשעבוד של מאתים נשאר במנה השניה ולבעלת מנה אינך נותן כלום במנה שניה, א"כ אינך צריך לחשוב רק שבעלת מאתים נוטלת במנה דהא על מנה השניה נשאר השעבוד שלה במנה שניה, וא"כ יחלקו במנה ראשונה. ואין להקשות נימא דבעלת מנה ובעלת מאתים יחלוקו במנה ראשונה לפי ערך מעותיהם, היינו בעלת מנה ל"ג ושליש והשאר לבעלת מאתים, ושעבודן יהא מוטל על מנה השניה לבעלת מנה תשאר חמשים ולבעלת מאתים מנה, דז"א, דא"כ נוטלת הבעלת מאתים במנה כפי מה שמגיע לה משתי המאות שליש א"כ נסתלקה ממנה שניה, ועל כרחה דהיא תרצה להניח שעבודה על מנה שניה ובעלת מנה נוטלת שוה בשוה עם בעלת ב' מאות, וא"כ נסתלקה לגמרי שהיא אינה צריכה ליטול בב' המאות יותר מחברתה במנה אחד שרק פלגא מחברתה מגיע לה ודוק. ואחר כל החשבונות מוכרח לומר, דמסלקת עצמה בעלת ג' מאות מהך מנה, והם מסולקים כל חדא כאילו קבלה מנה וא"כ חולקות בשוה, ומנה שניה של בעלת מאתים נשאר על מנה שניה ושם נוטלת כ"ה לפי ערך המעות נגד הבעלת ג' מאות. ואחרי העלותי כל אלה בספר מצאתי בספר הפלאה שהעיר בזה קצת מן הקצת יעו"ש, ומה שבארתי בירושלמי נכון ומחוור בס"ד, וזה סעד לרבינו חננאל שגם הירושלמי סובר דחולקין לפי מעות ודוק:

אולם נראה קצת, דרבינו, הגם דבהלכות מלוה חייש להך שיטה דחולקין לפי מעות והביא זה בשם יש מהגאונים, זה דוקא בחוב שכל אחד לוה כך זה מאה וזה מאתים, חשבינן לפי ערך המעות, אבל בכתובה שלא הוציאו ממונם רק נשואין היה בכל חדא, והגם דזו לא נתרצית בכתובה מאתים רק בשלש מאות וכיו"ב, זה דוקא שישאר חוב עליו, אבל לשעבד להן הנכסים לא הוי סליק אדעתיה שזו שכתובתה מועט לא ישתעבד לה רק לפי ערך מעותיה ובודאי משעבד לה נכסיו למנה שלה עד שתטול פרוטה אחרונה כזה האופן ששיעבד לבעלת הג' מאות, וכל שלא גבו כתובתן שניהן שוין בגביה ויחלוקו. ועדיפא מזה מצאנו באלו ששעבודן כאחד חלה על הנכסים, שאם יש כאן בע"ח ואשה ולית כאן רק חדא ארעא דאמרו חכמים דלבעל חוב יהבינן לאשה לא יהבינן משום שזה הוציא מעות וזה לא, כש"כ שיש לנו ליפות כחה ככח אשה שכתובתה מרובה שלא יעדיף כח המרובה בכתובה בנכסים, כיון שהיא לא חסרה מעות וניחוש משום חינא לכולן שלא תצא זו האשה שכתובתה מועט וידיה על ראשה ולא תטול מה שמגיע לה בשביל הכתובה המרובה לחברתה. כן נ"ל בדעת רבינו ז"ל ומשו"ה לא זכר כאן דברי הגאונים האלה גבי כתובה ודוק בכ"ז. אמנם גם שם בפרק כ"א סתם דלא כהגאונים:

הלכה י

וכן המקדיש נכסיו וגירש את אשתו ידירנה הנאה וכו' שמא יעשו קנוניא על ההקדש וכו':

הדין הזה הוא בביאור בהלכות ערכין, וז"ל שם (פ"ז הי"ז), המקדיש כל נכסיו ואח"כ גירש אשתו וגבתה כתובתה מן הפודה מן ההקדש אינו גובה עד שידירנה הנאה שמא קנוניא עשו על ההקדש, ואין אומרין אילו רצה היה אומר בטעות הקדשתי וישאל על הקדשו לחכם ויחזור לו, וכאן קיצר רבינו, אולם נראה דיש כאן דקדוק גדול ללשונו הזהב, דדא נראה לי, דאף להך שיטה דסברי דבהקדש דאתי לידי גזבר מהני שאלה עיין פי"ב מהלכות מעה"ק במשל"מ, נראה דזה דוקא בעודן ביד הקדש הא אם נפדו מיד הקדש והמה ברשות הלוקח תו לא מצי לשאול, וטעמא, דהא אמר אמימר נשבע שלא יאכלנה ואכלה כולה אין נשאלין עליה, ואף רבא דפליג משום דמחוסר מלקות, הא אילו ליתא מידי אין נשאלין, כן נראה אם נפדה זה מיד הקדש תו אין נשאלין דליכא על מה לחול השאלה, ואע"ג שהזכות שיש ללוקח מן ההקדש הוא בזכותו של הדיוט אע"ג דמדבורו אתי לא מצאנו שאלה, ואדרבא בהפקר אין שאלה דהא אין אדם עובר אם הפקיר חמצו קודם הפסח הואיל ואי בעי מיתשל, ועוד דא"כ איך אמרו המפקיר עבדו יצא לחירות ואין צריך גט שחרור (יבמות מ"ח) ומוכח דלהלכה למעשה א"צ ג"ש, והא איך מצי לישא בת חורין שמא ישאל רבו ונמצא באיסור, דוגמא דאמרו בירושלמי פרק המדיר דהמקדש אשה ע"מ שאין עליה נדרים ונמצא עליה נדרים דאינה מקודשת וצריכה גט שמא תנשא לאחר ותתיר את נדרה, ואף למאן דשרי, שאני תמן דהיא לא תעשה מעשה לקלקל את עצמה וכמו שפירש הרשב"א הביאו ההמ"ג לעיל פ"ז הלכה ח' ור"ן נדרים פ"ה יעו"ש. אבל ודאי כאן דשמא רבו ישאל הלא היה צריך גט שחרור, וכן מהך דאמר אמימר המפקיר עבדו אותו עבד אין לו תקנה ואמאי ישאל על הפקירו, וזה ראיה ברורה דלא מהני שאלה בהפקר, ולזה כוון רבינו בלשונו הזהב פ"ב מהלכות נדרים ז"ל, ההפקר אף עפ"י שאינו נדר הרי הוא כמו הנדר שאסור לחזור בו, ופירושו דאינו נדר דיהיה מועיל בו שאלה וחרטה כמו בנדר. כן נראה דזכות ממון הוא להדיוט ואמירתו כקנין הוא, א"כ בשביל הזכות שיש ללוקח מן ההקדש הא לא מצי למישאל עליה שזה זכות ממון אע"ג דאתי מדיבוריה, רק משום הקדש, הא לית כאן שום הקדש והוי כמו שאכלה כולה ואין נשאלין עליה, כן נראה, ואם תדחוק לומר דכאן על עיקר הנדר הא מהני שאלה, היינו על ההקדש רק דהוי כמו אכלה כולה וע"ז אמרינן דזכות שיש ללוקח מן ההקדש הוי כמו דאיתא עוד מההקדש ויש על מה לחול השאלה דהא

גם במחוסר מלקות אמרינן דיש עוד על מה לחול השאלה, ובפרט דיש מקום לומר דגם על זכות הבא מדיבור מהני שאלה אף שהוא זכות ממון להדיוט ושאני גבי הפקר דזכות ההפקר מציא להיות גם ע"י יאוש מידי דאתי בלא דעתו של אדם דלא שייך ע"ז שאלה כלל והוי דיבורו רק כמו סיבה לזה הזכות היכול להיות גם ע"י יאוש והפקר שלא מדעתו לכן לא מהני שאלה, אבל בשאר זכות ממון הבא ע"י דיבורו מהני שאלה, ונפק"מ בפיאה יהיה מהני שאלה, אכן זה בדותא, דלא מצאנו שאלה בפיאה, וכן לפי מה דאוקמי קמאי הך דמי שליקט פיאה ואמר הרי זה לפלוני עני ר' אליעזר אומר זכה וחכ"א יתננה לעני הנמצא ראשון, בבעל השדה גופיה, ואפילו כן אמרו בפ"ק דגיטין דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, ואמאי הא מצי למישאל עלה, ולא שייך לומר שאינו בידו לזכות לאחרים משום דחב לאחרים דבידו למיתשל ויש לדחות. אמנם דא ברור דלא מהני שאלה, ובפרט לפי מה שהעלו האחרונים דע"י יאוש לא יצא מרשותו רק עד דאתי ליד זוכה, וכי חזר וראהו תו ממילא קאים ברשות הבעלים ואינו צריך לזכות מחדש, א"כ קנין ההפקר דתיכף יצא מרשותו וכמו שקיי"ל בנדרים מ"ג, אי אפשר לקנין זה בלא דעתו ואפ"ה קיי"ל דלא מהני שאלה ביה הוה"ד לפיאה. וראינו לר"ן בפרק ואלו נדרים פ"ה, ז"ל, ואני מסתפק בזה לפי שמשעה שאסרו על עצמו הפקירו וכל שזכה בו אחר קנה כזוכה מן ההפקר ואעפ"י שאיסור שבו הלך ע"י שאלה, קנין ממונו של זה אינו בטל שאינו מוציא שאלה בהפקר כו'. ואולם שם בדיבורו נכלל שני דברים, נדר איסור והפקר, לכן אעפ"י שבטל הנדר לענין ממון נפקא מרשותיה, אבל כאן אפשר דקנין ממונו של הפודה מן ההקדש ג"כ בטל. אולם מסבתרא לומר דלא מהני שאלה לאחר שנפדה מן ההקדש וכלה לגמרי ההקדש מן הנכסים ואין להפודה רק קנין ממון [ובפדה מקצת מן ההקדש ונשתייר מקצת שלא נפדה ושאל על מה שלא נפדה צ"ע טובא ואכ"מ]:

והנה שיטת רבינו מבוארת ומפורשת בהלכות ערכין שם, דאין לגבות מן ההקדש דאף קדושת דמים מפקיע מידי שעבוד ולא מצאנו הקדש יוצא בלא פדיון, ורק כשנפדה מיד ההקדש תו אתי בע"ח וגבי מניה, דשעבודא כדקאי קאי, רק איסור הקדש אינו מניחו לגבות והוי כמאן דאריא רביע עלה, ולא שייך כאן מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו דאין זה זכות רק איסור הקדש רמי עלה, והוי כמו שדה אחוזה שאם לא נגאלה הכהנים נכנסין לתוכה ונותנין דמים שלה, ואפ"ה אם גאלה אחר לפני היובל יוצאה ממנו לכהנים ואינם נותנים לו כלל ולא אמרינן שזכה מן ההקדש זכותו של הקדש ולא יזכו כהנים ביובל בלא דמים, (עיין ערכין דף כ"ה) וכן פסק רבינו, רק דא"כ אין הנכסים שתחת יד ההקדש שוה כלום, דמי ירצה לאבד מעותיו שיפדה ויבא אחר ויגבה ממנו,

א"כ אינו שוה רק כערך שיתן שאחר שיופדה יוגבה ממנו, ובע"ח אינו פודה בעצמו בדבר מועט מיד ההקדש שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, כן שיטת רבינו. ולפ"ז שם בהלכות ערכין מיירי שעדיין היה ביד ההקדש כשגירש את אשתו, דאז אשמועינן דחיישינן לקנוניא, אף שבידו להשאל על הקדשו, מ"מ לא בעי לשוויה נפשיה הדרנא, ולכן קמ"ל דאינה גובה כתובתה מיד הפודה מן ההקדש אחר הגירושין דמהקדש גופא לא מציא גביא כשיטתו, אבל כאן מיירי כשגירש את אשתו כבר היה נפדה מן ההקדש והיה תחת יד הפודה ותו לא מצי למישאל על הקדשו וקמ"ל דלא תימא דלמה ניחוש לפסידא דפודה וכי היכי דלא חיישת לפסידא דלקוחות דלא הוי להו ללוקחן כן לא תחוש לפסידא דיליה, לזה קמ"ל דז"א דאם תאמר דיוכל לגרש בלא הדרת הנאה יחוש הלוקח ללוקחן מיד ההקדש דבלא זה לא חייש שמא יגרש את אשתו ותגבה ממנו, אבל אם יכולת בידו לעשות קנוניא, יחשוב מחר ירצה המקדיש לעשות קנוניא ויגבה מידו ולא יתן דמים מרובים להקדש, ולכן חשו חכמים לתקנת הפודה שלא יגבה בלא הדרת הנאה ויהיה ריוח להקדש, וכי"ב אמרו ריש פ"ה דבכורות דמשו"ה התירו חכמים למכור באיטליז ולשחוט באיטליז כו' דבשביל זה טפי ופריק מעיקרא, כן ה"נ בשביל זה טפי ופריק מעיקרא, ואם כי לא כוון רבינו לזה הוא דין אמתי ונאות בסידור לשון רבינו ז"ל:

ונבאר גם דברי רבינו בהלכות ערכין שמה בהלכה י"ח י"ט, עפ"י דברי הר"י בן מיגש שהובא במגדול עוז שם, שכתב ששכיב מרע לא מצי למיהדר ביה מן ההקדש, פירוש, אם מת אחר כך ולא מצי למיהדר ממתנתו רק אם חזר לעצמו מצי הדר אם מת אפילו אח"כ דאוקי ממונא בחזקת מ"ק, אבל ליתן לאחר מה שהקדיש וחזר בו ומת מחליו ודאי לא מצי חזר ביה ולא זכי ביה אידך דאחרינא לית ליה חזקת מ"ק כיון דמספ"ל אם מצי חזר ביה אם זכי ביה הקדש או אחר ודאי דלא מוציאין מידו של הקדש מספיקא, דכ"מ דמנחא בי גזא דרחמנא הוי והקדש מוחזק בו, ואע"ג דאמרו בדף קנ"א סבור מניה לעצמו אבל לאחר לא, א"ל בפירוש אמר שמואל בין לעצמו בין לאחר, הכא שאני דמספקא לן איך הלכה ולכן מצי הדר לעצמו דאית ליה חזקת מ"ק, אבל כאן דממנ"פ או שהוא להקדש או שהוא לאחר לא מפקינן מיד הקדש, וכזה כתבו תוספות בפרק המוכר את הספינה (דף פ"א:) בד"ה אלא מע"ר דלוי הוא כיון דממנ"פ לאו דידיה, דאי בכורים נינהו דכהן הוי, כן נראה בשיטת הר"י בן מיגאש וז"ל, דהא אמרינן כו' ועלתה בתיקו וקיי"ל דכל תיקו כו'. אבל דא לא מסתברא לומר דמש"ה אין לו יכולת לחזור משום דהוי כמקדיש לאחר ל' יום. ז"א דמשו"ה לא מצי הדר ביה דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט והוי כמו שמונח דבר ברשות הקונה דבאופן זה מהני משוך וקני לאחר ל' יום,

אבל במתנת שכ"מ דאימת חיילא לאחר מיתה הוא דחיילא, איך קני הקדש כיון דבעת הקנאה ליתא למקנה ולאו דידיה יהיב רק נכסים דרמו קמי יורשים אם לא מתורת תקנה דקני מדברי סופרים ובזה מהני חזרה דמה דתחול המתנה לאחר מיתה הוי מד"ס וכי חזר ביה לא תקנו, אם לא לפי הצד דמבעי בגמרא דבכל ענין גמר ומקנה מעכשיו בהקדש אף אם יעמוד מחליו ובכל ענין לא מצי הדר ביה, אבל אם נימא דלא גמר לתת רק לאחר שעת מיתה ודאי דמצי הדר ביה אף אם לא עמד מחליו ופשוט, וראיתי אח"כ במחנה אפרים בהלכות צדקה שהאריך בזה יעו"ש:

והנה שיטת רבינו דבהקדש לא מצי הדר ביה תוך כדי דבור כמפורש בפרק ט"ו ממעה"ק, וסובר רבינו דבמידי דלא מצי הדר ביה תוך כ"ד, אפ"ה לפרש דבריו מצי שפיר וכמוש"כ בכסף משנה לעיל פ"ו שכתב רבינו אם אמר לה הרי את מ"ל בדינר זו ונתן הדינר בידה והשלים תנאו כו' תנאו בטל מפני שהמעשה קודם לתנאי, דתיפוק ליה דלא מצי לחזור אף תוכ"ד בקדושין וע"כ דלפרש דבריו מצי כדי דיבור יעו"ש, ולכן בחולה שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידו נאמן ואמרינן דודאי לא הדר ביה, רק שמתחלה כוון לאמר מנה לפלוני בידי והוי כמו דלא חיילא הקדש כלל על שיעור מנה זו, וגבי שפיר מן ההקדש בעצמו. אבל לאחר שהקדיש דלא מצינן לומר שכוון שלא יהא חל הקדשו על מנה של פלוני בידו מדלא פירש בשעת הקדש, רק מדאין עושה קנוניא אמרינן דמגיע לו כפי מה שאמר, א"כ הוי ככל בע"ח דעלמא ולא מצי גבי מן ההקדש, דשיטת רבינו דאף קדושת דמים מפקיע משעבוד רק מיד הפודה מן ההקדש גבי כבע"ח דעלמא. וזה מדוקדק בלשון רבינו אבל חולה כו' אמר תנו אותה לו נוטל בלא שבועה כו' ה"ז נוטל מן ההקדש, פירוש קודם פדיה, ואם אחר שהקדיש כו' גובה מן הפודה לא מן ההקדש, ומשמע מהלכה זו שסובר רבינו דהיכא דלא גבי מן ההקדש בעצמו רק מן הפודה תו עושה קנוניא על הפודה וצריך שבועה, או דאף חזקה דאין אדם עושה קנוניא הוי כמו עד אחד ואינו פוטר הבא ליטול ממשועבדים לגבוה בלא השבועה וזה מחלוקת קדמאי, ורק בשכ"מ בשעה שהקדיש אמרינן דמדאין אדם עושה קנוניא ודאי דכוון לפרש דבריו מתחלה והוי כאילו אמר חוץ מסך שמגיע לפלוני יוקדש כל נכסי ובזה גבי מן ההקדש בעצמו. וראיתי בסמ"ע שהביא בשם העיר שושן שהרגיש בכמה דברים שכתבנו, ויש לכוון מש"כ שאם בשעה שהקדיש אמר מנה לפלוני כו' ולא אמר תנו ולא היה שטר מקויים אמרינן דשלא להשביע את בניו כוון משום דלעצמו מצי הדר ביה ודעתו היה לחזור בחליו מן ההקדש ולהניח לבניו וכמו שבארנו, והסמ"ע השיג עליו, והדברים מוכרחים לכל מעיין בלשון רבינו ובשיטתו:

והנה רבינו פסק כר' אליעזר משום טעמים שכתבו קדמאי דרב הונא חולק על ר' יהושע דרק בשכ"מ אין אדם עושה קנוניא על ההקדש הא בריא לא, וכן בסוגיא דשבועות, וכן מורה לשון הגמרא בערכין, ההוא גברא דזבנינהו לנכסיה כו' ערב תנן הקדש תנן כו' בשלמא הקדש משום רווחא דהקדש מוכח דחיישינן לקנוניא גבי הקדש, הן לפי מה שבארתי לעיל דהיכי דגרשה כשכבר נפדה תו לא מצי למשאל וחייש שפיר לקנוניא דכי ידעי דלוקח מן הקדש לא מצי בעל לעשות קנוניא עם אשתו טפי מעיקרא טפי ופריק א"ש, דבכה"ג כוון וא"ש לשון רווחא דהקדש, דאם כשהוא ביד הקדש הו"ל למימר משום פסידא דהקדש ודוק, ובפירוש המשנה ביאר רבינו דטעמייהו דפליגי בשאלה וה"ל כר' יהושע, וזה מן המקומות שחזר בו רבינו מפירוש המשנה, ועיין תוספות יו"ט בזה:

הלכה יג

אלמנה בין מן הנישואין כו' נשבעת ומוכרת מקרקע בעלה וכו' ואחריות המכר על נכסי יתומים:

מפורש בגמרא, ולפ"ז נראה פשוט, דאם הלך בעלה למדינת הים ובאתה לתבוע מזונות וב"ד מכרו קרקעות של בעל למזונותיה או שמכרה לעצמה כמבואר לעיל פי"ב ודאי דאחריות המכר על הבעל, ולפ"ז אף אם בא הבעל ואמר הנחתי לה למזונותיה שאם לותה נאמן שלא לשלם כשיטת רבינו שם, מ"מ כיון שתבעה ומכרה ברשות, המכר קיים, וחייב באחריותן אם בא בעל חובו של הבעל ויגבה מן הלקוחות שפיר נפרעין ממנו הלוקחים, דכיון דקנו ברשות אינו נאמן לטעון אחר מעשה ב"ד ולאמר הנחתי לה מזונות, ואולי מטעם זה הצריך רבינו שם במכרה מקרקעי שתשבע בנקיטת חפץ שלא הניח לה מזונות אף דאינה נוטלת כלל, והיא כופרת בכל ואינה צריכה לישבע רק היסת, משום דכיון דאחריותן של לוקחים על הבעל הוי כמי שהיא נוטלת, שמה שיטלו הלוקחים הבאים מכחה ממנו הוי כאילו נוטלת היא. וע"ז אמר אדמון תשבע בסוף ולא תשבע בתחלה, ולכן במטלטלין אם מכרה אינה נשבעת רק היסת, שעל מטלטלין לא שייך אחריות, שאף אם יבוא בע"ח לא יטרוף המטלטלין מן הלקוחות, ואף נגזל ג"כ יהיה תקנת השוק ויקח הלוקח את דמי החפץ, וא"כ איננה רק כמו כל כופר בכל שאינו נשבע רק היסת ונפטר. ולפ"ז במטלטלין ידועים ג"כ הדין כך אף שאין מיגו אינה נשבעת רק היסת, ואין צורך לדברי הרב המגיד בזה, דלדבריו רק במטלטלין שאינם ידועים מיירי ומדין מיגו נפטרת משבועה וזה נכון, עיין לעיל פי"ב הלכה כ"א כ"ב ודוק היטב:

ודע דבמכרה למזונות בחיי בעלה כשהלך למדינת הים ואחר כך מת בעלה או גירשה, נראה דלא מציא הדרא וגביא אותן נכסים לכתובה, וכמו באלמנה שמכרה למזונות

דאינה חוזרת וגובה אותן לכתובה משום דאחריות דנפשה קיבלה עלה, אע"ג דיש לחלק קצת, דשאני תמן דהא יכולת בידה תיכף לתבוע הכתובה ולגבותם, ולכן בודאי אסיקו לקוחות אדעתייהו דלא תיהדר ותגבה לכתובה מהם. אבל כאן הלא לא ניתנה כתובה לגבות מחיים ואימור היא תמות בחייו ולא יגיע לה הכתובה לכן לא התנו אדעת כן וקנו אם יתחייב לה הבעל כתובה תהיה כדין בע"ח דעלמא. אך מ"מ מדברי רבינו נסים פרק מי שהיה נשוי גבי ההוא דזבנה לכתובתה דאמיה דאם לא קיבל אחריות גם אחריות דנפשיה לא קיבל יעו"ש משום שזה הזכות לא בא לידו בשעת המכר, משמע דכל שבא לידו בשעת המכר לא מצי לטרוף מן הלוקח, וכאן כבר בא לידה הזכות, שהרי מגיע לה הכתובה ובידה למחול ולמכור, כן מכרה להלוקח גם זכותה שיש לה לטרוף מן הלוקח עבור כתובה ודוק בכ"ז:

בתשובות מבי"ט ריש חלק ג' כתב שאף למ"ד דמי שנטבע בעלה במים שאין להם סוף דבכ"ז גובה כתובה, בכל זאת ביתומים קטנים בודאי דאינו גובה דטעמא משום חינא, ופירשו הראשונים כדי שיהיה לה במה להנשא והכא הא אסורה להנשא, וכן כתב בח"ב סימן קנ"ד, ובמחכ"ת ז"א, דאף כי ליתא טעמא דחינא, בכ"ז טעמא דמפסדא מזוני הא איכא וודאי גובה כתובה, כדאמר הגמרא בלישנא קמא בערכין ורבינא סבר כן, ופוק חזי דרבינו כתב פי"ב מהלכות מלוה ולוה, לפיכך אם קפצה האשה ונשאת ואח"כ באת לתבוע כתובתה כו' שהרי אין לה מזונות והרי נשאת מוכח דאם היו לה מזונות היתה גובה כתובתה, וז"ב. אחר זמן רב מצאתי בתרומת הדשן סימן ריז"ז כפי מש"כ לענין אחר באורך גדול יעו"ש:

אבל הגרושה לא תמכור אלא בב"ד:

משנה ערוכה היא, ובבבלי אמר דלמ"ד משום חינא אתיא כר"ש, ולרבנן אפילו גרושה מוכרת שלא בב"ד, ולמ"ד משום שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו, אז גרושה לא תמכור אלא בב"ד לכו"ע, ורבינו פסק כר' יוחנן דמשום שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו, ולכך פסק כהך משנה. אולם בירושלמי אמר ר' יוחנן כשם שאדם חס על כבוד אלמנתו כך הוא חס על כבוד גרושתו, וכבר חשבתי דר' יוחנן אמר דאמר ריב"א מבשרך לא תתעלם זו גרושתו, דרק על גרושה מן הנשואין אמר וזה מבשרך שהיה אשתו, וכי אמר במשנתנו וגרושה לא תמכור אלא בב"ד הוא מן האירוסין, וע"ז לא מצאנו חולק, ורבינו סתם הדברים דבכל גווני לא תמכור אלא בב"ד, לכן נ"ל פשוט דר"י סובר דבנפרעת שלא בפניו ודאי דאדם חס על כבוד גרושתו וכמו דמייתי עובדא דריה"ג. אבל במת ונפרעת מן היורשין ודאי דאין אדם חס על כבוד גרושתו לאחר מיתתו. ומשנה דקתני וגרושה לא

תמכור אלא בב"ד הוא בנפרעת מן היתומים דומיא דאלמנה דתני ברישא. ולפ"ז מצינן לומר דר"י בירושלמי לא הוי חושש לומר דמשום דאין אדם רוצה שתתבזה גרושתו תפרע שלא בב"ד דזו לא פסיקא כ"כ, והמגרש מתוך קטטה נימא דתמכור שלא בב"ד משום אומד דעתא קלישא כי האי, רק דירושלמי לטעמיה אזיל דמאן דמגרש אשתו ולא יהיב לה כתובתה, חייב ליתן לה מזונות כדאמר ריש פ' מציאת האשה, ובירושלמי ב"מ פ"ק הלכה ה', וא"כ הלא הא דמוכרת שלא בב"ד לכתובתה, הוא כדי שלא תפסיד מזונות, רק משום מזונות לחודא לא חיישינן אך בצירוף אומדנא כי האי השוו דין גרושה לדין אלמנה דתהא מוכרת שלא בב"ד, ולכך רבינו דאזיל בשיטת הרי"ף דדחי הך דירושלמי דתמן ואין לה מזונות לא סמכו משום אומדנא כי האי דתהא רשאה למכור שלא בב"ד, ויש אתי להאריך בדברי הר"ן לקמן בסוגיא דפוסקין ואכ"מ:

הלכה טו

היתה כתובתה מאה ומכרה שוה מאה ודינר במאה כו':

לא פסקו כרשב"ג משום דהוי מחלוקת ואח"כ סתם דבבא אחרונה דהיתה כתובתה ת' זוז כו' כרבנן והלכה כסתם, ועוד דבשליח אמר רבא בפרק האיש מקדש וכן אר"נ בסוגיין דבכ"ש חוזר דלתקוני שדרתיך כו' וחזינן דפליגי אם שליח כאלמנה או כדיינין וכיון דקיי"ל דבשליח חוזר באונאה כ"ש בקרקע, ולא נפ"מ אם נשתייר שיעור שדה, כש"כ באלמנה דלא קיי"ל כרשב"ג ופשוט:

פרק יח

הלכה ד

ומותר מזונות האלמנה כו' ליורשין:

בהשגות הביא ירושלמי ריש פרק אלמנה אשת איש שמציאתה שלו והותירה מזונות שלו, אלמנה שמציאתה שלה והותירה מזונות שלה, ובפרק אע"פ ר"ח בר"י כו' אבל באלמנה בין שהותירה מזונות בין שהותירה בליות שלהם, ור"ן עמד ע"ז. ונראה דבתוספות נזיר (דף כ"ד:) ד"ה שקימצה מעיסתה פירש הר"ם דאם קצבו לה מזונות והוזלו לה מזונות אותו מותר לבעל, אבל אם קימצה ופיחתה שלא אכלה כדי שבעה ההוא מותר ודאי דידה הוי, ונראה דז"א רק לשיטת הבבלי, דהא דמציאתה של בעלה הוי משום איבה כדאמר ריש פרק אלמנה, לכן במה שהרעיבה עצמה והותירה לא שייך איבה, אבל לשיטת הירושלמי ריש פרק מציאת האשה דטעמא שלא תהא אשה מברחת משל בעלה ואומרת מציאה מצאתי, א"כ גם בזה שייך לומר שתאמר שהרעיבה

את עצמה ונתותרו לה ממזונותיה ומזה עשתה הכבוד הזה, וסמך לשיטת הירושלמי מצאנו גם בבבלי ריש פ' אלמנה דבעי ניזונית תנן או הניזונית תנן, ופירשו בתוספות דאימא דוקא היכי דניזונית בע"כ של יתומים מעש"י שלהן, אבל במקום דמצי לסלק לה כתובתה ומדעתן יהבי לה מזונות לא תקנו מעש"י לירושין, ופשיט מהא דאמר שמואל מציאת אלמנה לעצמה ובשלמא במקום דמצי לסלק לה כתובה א"ש דמציאה שלה אע"ג דמעש"י ליורשים, אלא במקום שאין יכולים לסלק וניזונית בע"כ אמאי לעצמה ניהוי ליורשים כמעש"י, כן פירשו בתוספות, והדבר מחוסר טעם דמה הוה ניחא ליה במקום דמצו לסלק לה כתובה דיהא חילוק בין מציאה למעש"י. אולם לשיטת הירושלמי א"ש, דכיון דעיקר טעם דמציאה הוי שלא תבריח מנכסיו א"כ ביתומים לא איכפת לן לתקנתא דילהו כיון דיכולים לסלק לה כתובה, ועוד דהיא יראה לגנוב כיון שבידם לסלק לה כתובה ולהפסידה מזונות לגמרי לכן לא חשו. אלא אי אמרת דניזונית בעל כרחן א"כ הך טעמא דשלא תבריח שייך ג"כ ביתומים וניהוי של יורשים כמו בבעל, ומשני דטעמא דמציאת אשה לבעל לא הוי רק משום איבה לכן ביתמי אף במקום שניזונית בע"כ מציאתה לעצמה, א"כ לפי הירושלמי א"ש, דלכן במזונות שהרעיבה עצמה והותירה מזונות הוי כמו מציאה לכן אצל בעל הוי לבעל וכמוש"ב, וביורשים הוי לעצמה כמו מציאה, אבל בפסקו לה מזונות לפי ערכה ולפי ערך הנכסים ואח"כ הוזלו מזונות, א"כ אגלאי מלתא דפסקו לה יתר ממה שהיא צריכה, א"כ הוי של יתומים, ולכן לא הוזכר בתלמודן אם הרעיבה עצמה והותירה מזונות דזה לשיטת בבלי גם אצל בעל הוי של עצמה וכמו דמשני בנזיר שקימצה מעיסתה, וזה נכון:

הלכה יא

אבל אם תפסה אחר מותו לכתובתה אינה גובה מהן כו':

רבינו נסים כתב בשמועה דא, דהא דלא מהני תפיסה לאחר מיתה לכתובה זה דוקא בתפסה מטלטלין אבל תפסה מעות לאחר מיתה מהני דכבר נפרעה, וזה סותר שמועות ערוכות, מימרא דרמי ב"ח במוכר שדה לחבירו באחריות וזקף עליו במלוה ומת ראובן ואתא בע"ח וטרפה כו' מטלטלי שבק אבא גבך ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי וכן בסוף כתובות דיתמי מיגבי גבי אגבוי לא מגבי ואמאי הא תפס מעות וגם לאחר מיתה מהני וכבר עמד ע"ז בשו"ת רע"ק סימן ק"ל יעו"ש, ובחידושי לכתובות תרצתי לחלק בין כתובה לבע"ח באופן רחוק, אבל פשוט דהר"ן אזיל בשיטת רמב"ן בחידושי ב"ב ובהלכות בכורות דפסק דאין בעל חוב גובה מן הראוי וגבו קרקע בחובת אביהן דבע"ח דאבוהון חוזר וגובה מהן, לא הוה ראוי דמשתעבד מדר"נ ונעשה כאילו גבה הוא

הקרקע עיי"ש שהאריך בזה. ובפרק יש נוחלין קכ"ד אמר מלוה שעמו ג"כ הוה ראוי, רק דגבי בכור פלגי דמספקא לן דלמא מחזיק יורשין לגבי אבוהון כי היכי דישקול פי שנים, משא"כ הכא דלא שייך זה, וא"כ מלוה שזקף עליו אבוהון הוה ראוי, ואיך מצי תפיס נכסי דיתמי דזה הוה ראוי דלא שייך דר' נתן דמטלטלי לא משתעבדי לבע"ח, רק בגבו קרקע תו משתעבד ליה מדר"נ וכדמסיק רבא דפליג על רמב"ח, ותו לא הוה ראוי, אבל למאן דלא אסיק הך שעבודא דר"נ אז הוה מלוה ראוי, ובראוי ודאי לא מהני תפיסה דהא אפילו בקרקע לא מצי לגבות מראוי, וטעמא דאי משום מטלטלי דיתמי לא משתעבדי, א"כ מהני בהו תפיסה במעות אף לאחר מיתה משום דאישתעבוד מחיי האב ולא מיחסרא גוביינא דכבר נפרעה במעות שתפסה אבל בראוי דלא אישתעבוד בחיי אבוהון לא מהני תפיסה לאחר מיתה אף במעות, וכאן החוב שחייב להמוכר הוי ראוי גבי המוכר ולא מועיל בהו תפיסה וכמוש"פ, וזה ישר ודוק:

הלכה יב

ואם הניח בעלה מטלטלין וכו':

במגיד כתב וכן מבואר בעיטור כו'. והוא בתשובת הרי"ף סימן מ"ו ע"ש:

הלכה יג

אבל אם הניח קרקע יכולה היא לעכב וכו' שאין האשה והבנות ניזונות אלא מנכסים בני חורין:

משנה היא בפרק הנזיקין, וכבר העיר הכסף משנה שבמשנה שם אפשר הכונה אם מכר הבעל בחייו אז אינן ניזונות מן המשועבדין, אבל אם מכרו היתומים זה אין ראיה. אולם גם מהך שהביא הכסף משנה מההיא דמכרו או משכנו אין ראיה דתמן מיירי במזונות בנות שלפרנסת בנות מוציאין ולמזונות בנות אין מוציאין, אבל למזונות אלמנה לאו ראיה, וטעמא רבא איכא לחלק דבנות הלא האב אינו חייב במזונותיהן מחיים, אבל אלמנה דמחיים אישתעבד בעלה במזונותיה והנכסים משועבדים מחיים למזונותיה, אפשר דאין בכח היתומים למכור ולהפקיע שעבודה, ודמי להך דאמר בפרק הנושא את האשה (דף ק"ג) יתומים שמכרו מדור אלמנה לא עשו ולא כלום ומ"ש כו' יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו, התם לא משתעבדי לה מחיים, הכא משתעבדי לה מחיים, ואפשר דמזונות אלמנה דנכסים אישתעבוד למזונותיה מחיים של בעל אם מכרו יתומים גביא מהם, או אולי דשאני מדור דדבר מיוחד הוא ומשועבד לה והוי כמו אפותיקי משא"כ מזונות, ובאמת רבותא בתוספות מסכת סוטה (דף כ"א:) ד"ה יתומים שקדמו ומכרו כו' נסתפקו בזה מסוגיא זו, וז"ל, אי נמי בית זו עצמו דרה

בו בחיי הבעל משא"כ מזונות בכל יום צריכה למזונות, ולא דמי מזונות אשה למדור עיי"ש [אמנם בכתובות צ"ו: תוספות סד"ה ור' יוסי מוכח דאף אם מכרו יתומים למזונות אין האלמנה גובה מהן]. ובהשגות לקמן פרק י"ט כתב לחלק בין מזון אלמנה למזונות בנות לענין גביה ממתנת שכ"מ, משום דמחיים תפסא לה, הרי דאין ראיה ממזון בנות למזון אלמנה:

אמנם גמרא ערוכה היא בבבלי וירושלמי, בבבלי פ' יש נוחלין (דף קל"ט) בהך דשקיל וטרי אם בעל לוקח או יורש הוי, ופריך מהא דשלח רבין כו' מי שמת והניח אלמנה ובת נשאת הבת אלמנתו ניזונית מנכסיו כו' אא"ב יורש הוי מש"ה ניזונית מנכסיו אלא א"א לוקח הוי אמאי ניזונית מנכסיו, ואם תאמר דמכר יתומים לא מפקיע שעבוד אלמנה, הלא אף אם לוקח הוי הא הוה כמכר לאחר מיתה שמכרה הבת בנשואיה ושפיר גובה למזונות, הרי מפורש דמכרו יתומים אין אלמנה ניזונית מהם, וירושלמי הוא בפרק הכותב הלכה א', ר' ירמיה בעי קומי ר' זירא האחין שחלקו אלמנה ניזונית משלהן שלא תאמר יעשו כמי שמכרו ולא תהא ניזונית משלהן, פשיטא מכרו שלהן מכרו, פירוש, ואין האלמנה ניזונית משלהן רק בחלקו הנכסים ע"ז לא הוי חלוקה כמכר דהא בעל אדעתא דא כתב אנת כו' ומתזנא מנכסי כל ימי מיגר ארמלותיך, ואטו סליק אדעתיה שלא תהא ניזונית רק בשעה שלא חלקו, ומעיקרא אשתעביד לה נכסי אף לאחר חלוקה, הרי מפורש דמכרו יתומים אין האלמנה ניזונית מהן, ופליאה גדולה על רבותינו בעלי התוספות שנסתפקו בזה, ואולי דעתם, דהירושלמי אזיל לטעמיה דלא מייתי בהניזקין רק טעמא דלפי שאינן קצובין וכן לדידיה אזלא סוגיא דיש נוחלין, וכאן לאחר המיתה ג"כ אינן קצובין, אולם הם לא נסתפקו רק לטעמא דאינן כתובין אצל משועבדים ומעיקרא הכי איתקון, וזה לא איתקון רק למשעבדי שמכר האב, אבל למה שמכרו הבנים לא, כיון דיכולת בידה לעכב עליהן שלא ימכרו הקרקעות וזה דחוק מאד:

אולם צ"ע לדעתי על דברי רבינו האי גאון שהביא הרא"ש ריש פרק מי שמת דאם מכרו יתומים האידנא דאישתעבוד נכסים מטלטלין נמי מתקנת הגאונים למזונות בנות, אם מכרו גובה מן הדמים שבידיהן, הרי דסובר דאם מכרו יתומים קרקע הא דאין אלמנה גובה מהם, מפני שמה שלקחו עבור זה הוי מטלטלין. ומטלטלין דיתמי אין ניזונית מהן, וכן דעת התוספות בסוטה שם שכתבו וה"ה אם מכרו בנכסים מרובין מה שמכרו מכרו דמטלטלי לא משתעבדי למזונות, פירוש, דהדמים שבידי היתומים הוי מטלטלים, ולפ"ז אם החליפו יתומים בקרקע אז אלמנה ניזונית מהקרקע שבידן דחזר עלייהו שעבוד שהיה על הקרקעות שבאו מחמתן, וכן הבין בשו"ת רע"ק סימן קפ"ה,

ולפ"ז מאי בעי ירושלמי בחלקו היתומים בנכסים אטו מי בעי דוקא בנטל אח אחד מקרקעי ואחד מטלטלין. ובר מזה תמוה מההיא דבכורות, במת האב לאחר ל' יום וחלקו בנכסים ומע"פ אינה גובה מן הלקוחות ואחין שחלקו מחצה לקוחות כו' לכן פטורין, וזה פלא דהא החליפו קרקע בקרקע וא"כ חזר השעבוד הראשון למקומו, ומ"ש מזון בנות למלוה ע"פ:

לכן היה נראה לדעתי דשיטת רבינו האי גאון כפי מה שצדדו רבוותא בתוספות כתובות (דף מ"ט:) בד"ה הוא ואשתו ניזונית מהם, דנזונית מן המתנה ודייקו מהא דאמר רבי מכרו או משכנו כו' ואין מוציאין למזונות, ולא חשיב נתנו, ודעת הגאון בספר שערי שבועות דמלוה ע"פ גובה מן המתנה עיי"ש. ולפ"ז בכל מקום שמוכרים קרקעות שהניח אביהן אף אם החליפום בקרקעות אחרות מ"מ לאו הך ארעא הניח להן אביהן, ואין זו המשועבדת להאשה ובנות, והוי כאילו המה נתנום בעד מטלטלים ובדמי המטלטלים לקחו עבור זה קרקעות ובדידהו זבני קרקעות, ולכן אמר בבכורות דאם חלקו אחין והמה לקוחות אין פדיון הבן נגבה מהם, כמו שאינה נגבית מן הלוקח, ושעבודא קמא איפקע דהא בדידיה לקח הקרקעות מאחיו, וכן בפרק הכותב גבי מזון האלמנה כיון דיכולת בידם להפקיע השעבוד ע"י מכר במטלטלין או במעות חזינא דהוי כאילו מכרו עבור מעות, ובמעות שלהם לקחו הקרקע השני דזכות היה להם למכור הקרקע במעות ולהפקיע השעבוד מהבע"ח במלוה ע"פ או מזון הבנות, אבל השתא דאיתקין דמטלטלים משתעבדים למזונות ואם נתנום במתנה ודאי דגובה מהן, א"כ לא מצי להפקיע שעבודן של אלמנה ובנות רק ע"י מכר ובכל מידי דלוקחים המחיר הוא משועבד להנושים אלמנה ובנות, א"כ הוי כמאן דזבין הקרקעות או המטלטלין בדמיהן של אלמנה ובנות, לכן לא פקע שעבודן ונשאר השעבוד על הדמים שבידיהן ודוק היטב:

הלכה יט

אלמנה שבאה לב"ד וכו' יש מי שהורה כו':

[**נ"ב** הוא הרי"ף בתשובה סימן מ"ז].

ורבותי הורו וכו':

כבר הביאו האחרונים גמרא ערוכה שמשמע כדברי רבינו והוא בפרק הכותב (דף פ"ח) מתקיף לה רב ששת האי יורשים משביעים אותה ב"ד משביעים אותה. אמנם בהגהות מיימוני ובר"ן הביאו להקשות על רבינו מהך דפרק השולח דאמר כתובה לית לך, דרב לא מגבי כתובה כו' מזוני נמי ל"ל, דאמר כו' התובעת כתובה בב"ד אין לה מזונות כו' אלמא דמשום שבועה לא איכפת לן מה שאינה נשבעת על מזוני, ובספר בני

אהובה תירץ דבשני דרב הוי בלא שבועה כדין חשוד על השבועה דמוריא היתרא, וא"כ לגבי מזוני הוי החשוד כמו מוחזק שעד שלא ניסת הנכסים בחזקת אלמנה, וא"כ שפיר גביא בלא שבועה עכ"ד, אבל ז"א, דהא לעיל כתב רבינו דיתומים אמרו נתננו כו' היא נשבעת היסת, וטעמא משום דנכסים בחזקתה והיתומים כבאין להוציא ממנה, ולמה כאן כתב רבינו דנשבעת בנק"ח כדין כל הנפרעים מנכסי יתומים, והברור, דאימת אמרו דנכסים בחזקת אלמנה דוקא כשהחוב ברור שמגיע לה מזונות אחרי מות בעלה, תו הנכסים בחזקתה לענין אם אומרים נתננו, [ועיין בהלכה א' בפרקין במשל"מ מש"כ על המהרש"ך בזה יעו"ש] אבל כ"ז שאין החוב ברור שמא אתפסה בעלה צררי או שמא נפרעת כתובתה ואין לה מזונות לא שייך לומר שאין נשבעת משום שנכסים בחזקתה ופשוט:

לכן נראה דבלא דעת רבינו קשה לכו"ע, דהא אמר בירושלמי הא דנשבעת בתחלה שלא הניח לה כו' אמר שמואל כו' בשלא מחלה ליתומים על כתובתה, והמפרשים לא עמדו בזה. והנ"ל ברור, דהא הכי אמר חנן תשבע בסוף ולא תשבע בתחלה. הרי דאימת לא תשבע בתחלה במקום שנשבעת לבסוף בשעת גבוי כתובה, ובירושלמי אמר פרק אלמנה ניזונית המוחלת כתובתה ליתומים ניזונית משלהן כו', ולכן אמר דאם מחלה ליתומים כתובה אז לא תשבע בסוף, לכן אין לה מזונות עד שתשבע ובהא חנן מודה לרבנן דאינה גובה מזונות עד שתשבע כיון שלא תבא לגבות כתובה ודוקא בשלא מחלה פליג חנן דלא תשבע בתחלה, וא"כ קשה כיון דבשני דרב לא הוי מגבי כתובה, א"כ גם מזוני לית לה בלא שבועה כיון שלא תשבע בסוף, ומצאתי בב"ש (סימן צ"ג) הרגיש בזה אבל לא ראה דברי הירושלמי הנ"ל:

לכן נראה לדעתי, דנתבונן אטו בשני דרב הוו עקרי לתקנת כתובה ולא הוו חיישי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, רק ז"א דגרושה הלא נשבעת וגובה וא"כ לא הוה קלה בעיניו להוציאה לכן לא חיישי תו מה דלא גביא בארמלותה דעיקר תקנת חכמים היה רק שלא תהא קלה בעיניו להוציאה וכדאמר ריש פ' הניזקין, רק אגב שתקנו בגרושה תקנו גם בארמלתא למיגבי כתובה לכן לא הוי חייש רב אי לא מגבי כתובה משום דקילי להו נדרא, וכמוש"כ רבנן בתוספות שלהי פ' אלו נערות דמשו"ה אנוסה אין לה כתובה יעו"ש ד"ה טעמא מאי כו'. ולפ"ז איך סליק אדעתין דמשום דקילי נדרי בשני דרב יעקור תק"ח שלא לגבות מזונות לאלמנה, זה אין סברא כלל, וביותר דחכמים תקנו דאעפ"י שלא כתב כמי שכתב דמי, וא"כ הוי ככתב את תהא יתבה בביתי ומתזנא מנכסי כו' כל ימי מיגר ארמלותך, וא"כ הני דנשואין דידהו היו בשני דרב הלא ידעי דאין להשביע

ונדרא קיל לה, ואדעתא דא כתבו דתיזון בארמלותה, הרי האמינו לה שלא לשבע והוי כאילו התנתה עמו שתגבה מזוני מיורשיו בלא שבועה ושתהיה נאמנת דנוטלת מהן בלא שבועה כדפסק רבינו לעיל פרק ט"ז הלכה כ', לכן הוי אגבי לה לולא דתבעה כתובה וז"ב:

ויתכן לומר דדוקא לדידן דניזונית בע"כ של יתומים, אבל לאנשי יהודה שהיא אינה ניזונת רק מדעתן של יתומים שאינן מסלקים לה כתובה שפיר יש לומר דלא חשבוה לנפרעת מנכסי יתומים, שאין זה כחוב הבא מן אביהן רק חוב המתחדש בכל יום שאינם פורעים לה הכתובה, והויא לה חוב מדעתן עד שמטעם זה פירשו רבנן בריש פ' אלמנה ניזונית דדוקא ניזונית מעש"י של יורשים, הא הניזונית לאנשי יהודה אין מעש"י של יתומים כיון שאין החוב מחמת הבעל רק מדעת היתומים. ולפ"ז יתכן הא דאוקי שמואל בששמעו בו שמת ואינה צריכה לשבע הוא במקום שכותבין כאנשי יהודה ואיננה כנפרעת מנכסי יתומים לכן הקילו חכמים שלא להצריכה שבועה למזוני. אבל לדידן דקיי"ל כאנשי גליל והיא ניזונית בע"כ שפיר דייק רבינו שהרי זו באה ליפרע מנכסי יתומים וכל הנפרעת מנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה, כן נראה. והגם דחנן היה בירושלים ושמואל סבר כאנשי ירושלים, מ"מ דחיק ואוקים פלוגתייהו ביהודה מקום שכותבין תהא ניזונית מנכסי כו' עד שירצו היורשים ליפרע כתובתך, וזה שאמר ר' יוחנן פתריתו בה כולי האי כן יתכן ודוק:

אמנם דא צריך עיון קצת דאע"ג דמסיק בגמרא דנכסי בחזקת אלמנה קיימי, היה נראה מסברא דזה דוקא במקרקעי שיכולה לעכב שלא למכרן, אבל במטלטלין שאף לאחר תקנת הגאונים כתב רבינו דאינה יכולה לעכב שלא למכרן, יתכן דלא קיימי בחזקת אלמנה דכי היכי דמוכרת שלא בב"ד כן יכולין היתומין למכרן, ולמ"ד דפטורין משום מזיק שעבודו של חבירו, א"כ אפשר דבהו נאמנין יתומים לומר פרענו, ורבינו סתם, נראה שלא חילק בזה:

ודע דיש לפקפק בהא שכתב רבינו לעיל פרק י"ב הלכה כ"ב, דאם מכרה מטלטלין ובא בעלה וטען אחר כך הנחתי למזונותיך דנשבעת היסת, א"כ בהלך בעלה למדינת הים ניזונית מן המטלטלין שלא בשבועה דמפרש רבינו תשבע בסוף כשיבוא ממדינת הים, וכאן כשהיא ניזונית מהמטלטלין הלא לא תשבע בסוף כשיבוא א"כ צריכה לשבע בתחלה, ואיך סתם לה רבינו דנפרעת שלא בשבועה למזונות בהלך למדינת הים. ומזה קצת ראיה לפירוש ההמ"ג דרק במטלטלין שאינן ידועין אמר רבינו, דאל"כ כיון שנשבעת רק היסת הלא תשבע בתחלה וכמו שהוכחתי מירושלמי דבמחלה ליתומים

כתובה תשבע בתחלה, ואין לומר דסוף סוף נשבעת היסת, ז"א דהא מי שנתחייב לחבירו היסת ואח"כ נתברר דצריך לשבע בנק"ח צריך לחזור ולשבע דלגבי נק"ח אין זה שבועה, וצ"ל דגם בחיי הבעל סמכינן אמה שתשבע בסוף כשתבוא לגבות כתובה ודוק:

הלכה כב

אין מחשבין עמה על מעש"י:

[**נ"ב** תשובות הרי"ף סימן י"ב].

הלכה כד

האשה שהלכה כו' מת בעלי רצתה נזונת כדין כל האלמנות:

פירוש שמוכרת שלא בב"ד ובלא הכרזה כמו"ש בהלכה כ'. אבל באמרה גרשני בעלי כו' וניזונית מנכסיו עד כדי כתובתה דוקא בבית דין ובהכרזה כדין כתובה בגרושה וכמו"ש הלכה י"ג בפרק י"ז, וכתב שהרי כתובתה בידה כגירסא הישנה משום דאינה נפרעת כתובה עד שתצא כתובה מת"י, אע"ג שמזונות אשה כשהלך בעלה פסק רבינו לעיל פי"ב הלכה י"ח, דאף אם אין הכתובה יוצאת מת"י ניזונית, כאן איהי דאפסדה אנפשה דאמרה גרשני ואינו מגיע לה מזונות, ואע"ג דמיגו דאי אמרה לא גרשני ויש לי מזונות תהא נאמנת לומר גרשני ולא נתן לי כתובה, ז"א. חדא דמיגו להוציא לא אמרו, ועוד דסבורה שתהא נאמנת להנשא וסבורה שתגבה הכתובה כאחד. אולם צ"ע א"כ תהא צריכה שבועה כדין גרושה הנפרעת שלא בפניו ולא שייך מיגו מהני טעמי, ועוד דאין אומרים מיגו לאפטורי משבועה, ורבינו לא זכר כאן דנשבעת, ומסתבר דגם רבינו כוון שתשבע בתחלה וברור. ולפ"ז צ"ב אם ניזונית גם כנגד התוספת כיון דאלו בא ואמר פרעתי לה היה נאמן במיגו דלא גרשתיך על התוספת, תו גם שלא בפניו טענינן ואינה ניזונית כנגד התוספת, או כמו דלא חיישינן לשובר וכיו"ב כן לא חיישי לטענות דמצי טעין בלא ברור וגובה בשבועה וניזונית גם כנגד התוספת וכן מסתברא. אמנם לשון הרב המגיד פי"ג מהלכות מלוה, ז"ל, דע שכל דבר שנאמן עליו הנתבע לומר פרעתי בלא ראיה כו' אין גובין אותו שלא בפניו, סותר קצת לזה, ויש ליישב כיון דכל נאמנתו בלא ראיה הוא מכח מיגו דלא גרשתיך, תו יש לה להאמינה במיגו דאילו אמרה לא גרשני היתה ניזונית שלא בפניו בלא שיעור ודוק היטב:

פרק יט

הלכה ג

בד"א בשהניח יותר על כדי שתי כתובות דינר אחד או יותר כדי שיחלקו השאר בשוה כו':

הנה לעיל פרק ט"ז כתב דאין כתובת ב"ד נגבית אלא מן הקרקע, וכאן לא זכר משום דעל המותר ודאי דמתקיים נחלה דאורייתא במטלטלין וכרבנן דפליגי על ר' שמעון בהא, ועיין פירוש המשנה לרבינו. ובירושלמי פליגי אמוראי דאיכא מאן דמוקים פלוגתייהו בהכתובות גופייהו אם נגבית כתובת ב"ד מן המטלטלין יעו"ש. אולם בבבלי אמר דלא מיבעי דעצם הכתובה אינן נגבין מהמטלטלין דהא אמם של היורשים ג"כ לא היתה גובה מן המטלטלים אלא אף הנדוניא אינן גובין ממטלטלין דככתובה שויוה רבנן. ויתכן דירושלמי לטעמיה אזיל בנדרים פרק ר' אליעזר, אפילו מוכר את שער ראשך וגובין מן המטלטלין א"ר בא אע"ג דתימר אין גובין מן המטלטלין אומר לו שיתן מהו לומר ליורשין לגבות מן המטלטלין כו', הרי דסובר דמניה דידיה אומרים לו שיתן אף אם אין לו אלא מטלטלין, ולכן יורשים הבנים זכות אמם במטלטלים אלו, ונוטלין בהם כתובת בנין דיכרין לת"ק, משא"כ בבבלי כי מקשה וכתובת אשה נגבית מן המטלטלין, משני קרקע שוה ח' מאות זוז, לכן אמר שפיר דאף בנדוניא ככתובה שויוה רבנן, והא דר"ש סובר דגם המותר דינר יהא ממקרקעי, טעמו דמותר בעי להיות כמו שתי הכתובות בעצמם ורבנן פליגי עליה. ולפ"ז אם המותר הוא מה שיש להיתומים במלוה אצל אחרים, אם נאמר דכתובה אינה נגבית ממלוה וכיו"ב דהוי ראוי תו גם המותר לר"ש בעי להיות מהם, וזה כמו שפירש רבינו בפה"מ דהיו שם נכסים בראוי כו' פירוש שהיה להם בעיסקא או במלוה אצל אחר, ולרבי דסבר דמלוה מוחזקת גבי בכור בפרק יש נוחלין (דף קכ"ה) א"כ גובה כתובה מהם ותו נעשית מותר. ובזה יש לפרש הא דאמר דינר משעבדי איכא בינייהו מה שמשעובד להן מה שלוה אחד מאביהם ומצאתי שהרגישו בזה. אבל דעת רבינו דכתובה גובה ממלוה, א"כ היה שם בראוי ע"כ פי' שנפלו להן מאחי אביהן, וא"כ הוא בכלל מועטין ונתרבו לכן השמיט זה רבינו ודוק:

הלכה יב

אין הבנים יורשין כתובת אמן וכו' עד שיהיה שטר כתובה יוצא מתחת ידם וכו':

הסברא בדברי רבינו נראה, דאם פרע לה כתובה עדיין מגיע להבנות מזונות, דבמה נפקע זכות הבנות והוי כמו שפרע מקצת חיובו, רק דאם מחלה אמן כתובה דאמרו

דאיבדה אפילו מזונות, ולדברי רבינו אפילו מזונות מן הבעל אין לה. אף ע"ג דהוי מן התורה לשיטת רבינו, הואיל דתקנו מעש"י לבעל תחת מזונותיה, עד שמפני תקנה זו עשו מזונות כתנאי כתובה לכן מחלה גם מזונות דנכלל בכל תנאי כתובה, לכן סובר רבינו דגם מזונות הבנות הוי מתנאי כתובה וכיון שמחלה הכתובה מחלה מזונות הבנות, ודעת הראב"ד דאין לה כח למחול את הזכות שיש לבנות, דהאיך תוכל למחול מה שזכו הבנות לאחר מיתתו, ואף אם מחלה בפירוש זכות הבנות ג"כ סבר דלא מועיל דהוי כמוחלת מה שפסק לזון בת אשתו דלא מהני כמו דתניא בתוספתא הביאה הרא"ש, רק דלא יקשה לנו א"כ אמאי מציא למחול זכות הבנים בירושתן כתובת ב"ד, לכן העיר דהפרעון ומחילה שוים, דמה שמוחלת הוי כאילו פרע לה כתובה. וא"כ כיון שהוא פרע לה הלא אין מה להנחיל להבנים יתר על חולקיהון דעם אחוהון כיון דלא ירית לה הבעל, כן כי מחלה והבעל זכי בהכתובה לא בשביל הירושה רק בשביל שמחלה אליו מרצונה אבל זכות הבנות במזונות דבפרעון הכתובה אינו נפקע, כן אינו נפקע במחילה, ואריכות דברי הראב"ד הוא להסיר ההוכחה מכתובת ב"ד. אבל באמת סבר דאף כי מחלה בפירוש לא מועיל, וכן הביא הרמ"א בשמו. אולם דעת רבינו דמהני מחילה דילה לזכות הבנות, דמטעם שחששו חכמים לטובתה תקנו שיזונו בנותיה לאחר מותו, וכמו מה שחייב אדם לזון בניו ובנותיו הקטנים עד שש הוא מטעם חיוב מזונות של אמן. כן סבר דהא רבינו דחייבוהו מתורת תנאי כתובה לאחר מיתה לזון הבנות, הוא משום טובת אמן שתדע שבנותיה יהיו ניזונות. ולכן איתא בסוף פ' נערה דמבעי בכל הנך דלית להו כתובה היינו יבמה, שניה, ארוסה ואנוסה, אם בנותיהן ניזונות, דכיון דלית להו כתובה מבעל זה, תו תנאי כתובה ג"כ לית לה ואין הבנות ניזונות. ולהכי פסק רבינו דמועיל מחילתה כתובתה, גם לתנאי כתובה, ותו לית להבנות מזונות לאחר מותו. רק בחיי האב חייב לזון דאין זה משום תנאי כתובה [ומזה דפסק רבינו דהבנים שיש לו מן השניה חייב לזונן עד שש שנים אע"ג דאין לאמן שום חיוב מזונות. נראה דאפילו אם אין אמן קיימת חייב לזונן עד שש שנים ודלא כרבינו נסים, ועיין משל"מ פי"ב בהלכה י"ד בזה] כ"ז שהן קטנים:

ונ"ל סעד חזק לסברת רבינו מדברי ירושלמי פרק האשה שלום דהאומרת מת בעלי תטול כתובה, שכן כתב לה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב לכי ואמר בירושלמי בנות מהו שיכנסו למזונות על פיה, וזה פלא כיון דלא זכו עוד בזה הבנות איך נכנסין ליזון מנכסים כיון שאין הבנים יורדין לנחלה על פיה, ואם נאמר דמספר כתובה נלמד ושעבודא שעבד נפשיה שכל שתהא רשאה להנשא אחר תו תטול מה שכתוב בכתובה,

הלא לא שעבד נפשיה רק שהיא תטול על פי דבורה ודייקותה דילה מה ששייך לה. אבל לא מה ששייך לבנותיה דלא עדיפי מבנים, ולכן פסק רבינו דגם זה משום זכותה ניזונין הבנות וכשם שצריך לזון אותה כן הוא צריך לזון בנותיה שילדה ממנו, ותו נכלל זה בכלל תטלי מה שכתוב ליכי וכאילו היא נוטלת, וע"ז שפיר בעי אם האמינו חכמים גם לזון הבנות. וזה ראיה לפסק רבינו דרק מזכות דילה ומכחה ניזונות הבנות לאחר מותן, ולכן שפיר מועיל מחילה דילה כמו שמועיל גם על זכיות שיש לה. ובזכרוני שראיתי זה כבר בשו"ת הרשב"ש דברי חן בזה דדעת רבינו דבפרעון הכתובה לא הפסידו הבנות מזונותיהן רק במחילת הכתובה, וכעת אינו ת"י. ובהנך איבעיות דבעי בגמרא בבת ארוסתו ואנוסתו ושניה דנשאר בתיקו, פסק רבינו דאין להם, ולא זכר דמועיל בהו תפיסה, אם תפסו מזונות משום דסבר רבינו דתפיסה לא מועיל בספק תקנה, ועוד דאינן ניזונות מדינא דגמרא רק במקרקעי ובזה לא שייך תפיסה בספיקא דדינא כפי המתבאר בהלכות מכירה. ותו אחרי תקנת הגאונים דניזונין ממטלטלין ודאי דלא תקנו רק מה שניזונין מדינא דגמרא ממקרקעי ודוק:

פרק כ

הלכה יא

ואפילו מתה הבת אחר שנשאת אין הבעל יורש כו' הראויה להנתן לה כו':

דייק רבינו הראוי ליתן לה ולא כתב עשור נכסים, משום דעשור נכסים אינה נוטלת מן המטלטלים, ולכן כתב הראוי ליתן לה, היינו כשהשיא בת בחייו, דאז גובה אף ממטלטלין כמוש"כ ההמ"ג בדעתו, ובמטלטלין שמדין הגמ' אינה גובה האלמנה מזונות ממטלטלין, עכשיו לפי תקנת הגאונים אף ע"פ שאינה יכולה לעכב על היתומים שלא ימכרו, בכ"ז בחזקת אלמנה קיימי ומשום פסידא דילה עשו לבעל כיורש ולא כלוקח במטלטלים ג"כ ודוק:

הלכה יג

בגרה ועודה בביתו אביה בין שבגרה אחר מותו בין שהניחה בוגרת כו':

דעת רבינו, דלעולם נוטלת בת עישור נכסים, והרא"ש בשם רבינו יונה דאם כבר בגרה בחיי האב תו אין לה עישור נכסים מפני שהא שתקנו חכמים מפני אומדן דעת האב, שאין אדם רוצה להשהות בתו בוגרת, וזו כיון שבגרה בחייו ואישתהי אישתהי, רק אם מת ואח"כ בגרה כבר זכתה בעישור נכסים משמת אביה, לפיכך לא הפסידה אח"כ. והרא"ש כתב דמסתברא כוותיה כי היכי דלא תקנו מזונות לבת בוגרת מנכסי האחין, וזה

לא מסתברא מידי דשאני מזון בנות דתנאי כתובה הוי, וטעמא דתקנו חכמים כמו שכתב רבינו בפרק י"ט וזו אינה בוגרת כדי שתזון עצמה אלא קטנה או נערה כו', ובפרט שדרך בוגרת שכבר ניסת לאיש, לכן לא תקנו חכמים מתורת תנאי כתובה בבוגרת מזונות. אבל פרנסה דבחיי דאב כתיבא קחו נשים ותנו אנשים כו', וכן אמדינן דעתיה דאב אטו בוגרת לא ניחא ליה להשיאה:

אולם נתבונן אל משמעות הסוגיא דמהא דפריך מרבי דאמר בת הניזונית מן האחין נוטלת עישור נכסים שאינה ניזונית לא, וכאן אמר רבי דבגרו עד שלא נישאו, נישאו עד שלא בגרו לא אבדו פרנסתן יעו"ש. לימא הכי פירושו, דאם היא בת ניזונית היינו שהניחה אביה כשהיא קטנה או נערה נוטלת עישור נכסים, ואם אינה ניזונית היינו שלא היה לה תקנת מזונות שהניחה אביה כשהיא בוגרת אינה נוטלת עישור נכסים, ומה שנוטלת אחרי שבגרה לאחר מותו היינו שכבר זכתה כשהיא ניזונית וזה באמת נאות מאד בלשון. וי"ל דהא קיי"ל דבת הניזונית מת"כ אם נתארסה תו אינה ניזונית מן האחין דרב תני עד דתלקחן לגוברין, א"כ אם הוי כוונת רבי באמרו בת הניזונית הוא לאפוקי אם הניח האב בת כשהיא בוגרת, שאינה ניזונית מן האחין, א"כ במשמעתו הוא לאפוקי אם הניח בת ארוסה שכבר אינה ניזונית מן האחין, וזו לאו מוחא סביל דלא יהיה לה תורת עישור נכסים, דבשלמא בוגרת כתב הרב ר"י משום דחזינא דעתיה דאב דלא הוי חייס עליה ושהה אותה כשהיא בוגרת, אבל בארוסה הרי חזינא דאב הוי בעי למינסבא לה, א"כ אף שסמך הבעל שבודאי יתן לה נדוניא בעת כניסתה לחופה, ומשו"ה לא פסק בעת אירוסין, בכ"ז ודאי לא הפסידה עישור נכסים. לכן לא מוקי בכה"ג דוקא ניזונית מן האחין רק כשהיא ניזונית ובעת שהיא ניזונית, והיינו שכשהיא בוגרת או נשואה ושתקה הפסידה, ואפשר דאה"נ בארוסה ג"כ צריכה מחאה ואם שתקה הפסידה וכמו שכתב הרמ"ה בטור, וכשהיא ניזונית מן האחין שתיקתה לא הוי מחילה ולא הפסידה עישור נכסים:

וקצת סעד לסברא זו מהא דפריך פרנסה אינה כתנאי כתובה למאי. ויפלא הא ברייתא מפורשת לעיל דרבי אמר דבגרו או נשאו אבדו מזונותיהן ולא אבדו פרנסתן, לכן אמר רב הונא בשם רבי מאי דתניא בברייתא בשמו, ועיין מש"כ רבנן בתוספות ע"ז, ולפ"ז א"ש, דלזה הא דאינה כתנאי כתובה אין זה רבותא כלל דכיון דבוגרת אין לה עישור נכסים רק כשהניחה אביה כשהיא נערה, ועל כרחין דכבר זכתה בעישור נכסים משעה שמת האב, א"כ כמו דלא הפסידה מזונותיה המגיעין לה שהיו האחין חייבין לה כשהיתה נערה, כן לא הפסידה פרנסתה וא"כ הוי כתנאי כתובה ממש דהמגיע לה מכבר לא הפסידה

ע"י בגרותה. אולם לשיטת רבינו הו"ל למימר פרנסה אינה כת"כ לענין אם הניח בנות בוגרות דאע"פ דאין להם מזונות יש להן פרנסה. אולם באמת לק"מ, דמדלא אמר פרנסה אינה כמזונות רק אינה כת"כ, כוונתו על מילי דאיתנהו גם בכתובת ב"ד גם במזון האשה לכן לא מוקי לה בזה דהוי כתנאי כתובת ב"ד וכיו"ב ודוק:

וצ"ב לשיטת רבינו יונה, א"כ דכל זכותן הוא משום שלא הפסידו מה שכבר זכו מהיותם נערות אחרי מיתת האב, ולפי מה דאסבר רבינו אשר דכמו שלא תקנו חכמים לבוגרת מזונות, כן לא תקנו פרנסה, והא שלא הפסידו אם בגרו, שאני התם שהיה להן לאחין להשיאה קודם בגר, א"כ הא דאמרינן בסוגיא דהניח הרבה בנות ואחת באה להנשא נותנין לה עישור נכסים, ואם באה השניה נוטלת ממה ששיירה עישור בנכסים וכן כולן וזהו עשורייתא דרבי. וא"כ נתבונן אם באו בבגרות להנשא וניסת האחת קודם היאך נוטלת יותר מאחותה השניה שלא ניסת עדיין, הא כשהן בבגרות לא תקנו להן רבנן עישור נכסים, רק מה שנוטלין מפני שזכו כשהיו נערות אחרי מות אביהן והיו ראוין כולן להנשא, ובמה זכתה אז אחת יותר מחברתה, וע"כ דבכה"ג חוזרת וחולקת בשוה, וזה הוי סתום מאד בסוגיין. ויותר קשה דלוקמי סיפא דחוזרות וחולקות בשוה בשנשאו כשהן בוגרות ומאי פריך דכל חדא וחדא דנפשה שקלה, אם כי יש לדחות בכ"ז מורה כסברת רבינו, ולא דמיא למזונות דכאן דמדעתו דאב ואם אמר קודם מיתתו אל יפרנסו שומעין לו ושמין דעתו דאב ודאי דניחא ליה להשיא בתו בוגרת ואטו משום דלא איתרמי ליה הגון לה לא הוי מנסיב לה, וזה ברור:

פרק כב

הלכה א

יעוין בהגהות ובתשובות סימן ל"ה תקנת ר"ת ותקנות שו"ם ומש"כ בזה ורמ"א קבען להלכה בסימן נ"ג. וראיתי בזה בשאילת יעבץ ח"ב הועתק פסק ב"ד מרבינו יונתן זצ"ל מהמבורג, והמחבר השיג עליו באורך יעו"ש. ואנכי כתבתיו בגליון הספר בסימן קצ"ה, וכה דברי שם, ז"ל, תמה ע"ע הלא דבר זה מפורש בשו"ע סימן נ"ג כו' ובב"ש ואם היה לו הפסד במשא ומתן נראה דמנכה לו ג"כ, נ"ב, הלא כתוב בפסק ב"ד שתיכף אחר החתונה נעשה בורח מי שהיה ערב בעדו יעו"ש, א"כ ההפסד היה קודם החתונה שהוא ערב בשבילו ופלוני כבר הפסיד, וע"ז לא כתבו הפוסקים רק שההפסד היה במשא ומתן אחר החתונה ופשוט.

שם. מש"כ שאבי הבת מחוייב לישבע ונשבע ונוטל הואיל ורגלים לדבר שבפי הבעל

אמת כו' תקנתא לתקנתא והלא אינו אלא מנהג להחזיר כו'. נ"ב, המה ראו כי בתנאים אחרונים כתוב ת"ר ר"ט רק שהבעל טוען נגד התנאים ואומר שלא הכניסה לו רק ארבע מאות ר"ט וויתר לו שתי מאות, א"כ טוען נגד הכתוב בתנאים אחרונים שהכניסה לו ת"ר ר"ט לכן ע"פ הדין המוסכם בחו"מ סימן פ"ב סעיף י' נוטל בלא שבועה רק הואיל ורגלים לדבר מגרע כח השטר והוי כמוש"כ הסמ"ע על שמודה שלקח רבית רק בהיתר שנשבע ונוטל, כן צ"ל כאן נשבע ונוטל, ומה שאומר שהוא מנהג קל אינו, כיון דכתוב בתנאים אחרונים ומחמת העדר כל הפרטים כמנהג אשכנז בספר נחלת שבעה, א"כ הוא שטר וחיוב גמור להחזיר בקנין אג"ס דמועיל, כהירושלמי דאמר בפ' הכותב הלכה א' ואלין דכתבין אין מיתת דלא בנין יהא מדלה חזר לבית אביה תנאי ממון ות"ק, ויעוין לקמן פכ"ג הל"ה, וברמ"א סימן צ"ב סעיף ז', ויעוין לעיל פט"ז הלכה ח' ונמצאת האלמנה כו' מכח התנאי כו' וברור: ושם עוד, ובמה יזכה חמיו במעות מעשר כו', נ"ב זה אינו אטו מעשר שנוהגין לחלק יוצאה בדיינין, ואם לא נתן אין האב מחויב ליתן:

הלכה כד

אבל המגרש את אשתו והיו לה פירות מחוברין וכו':

עיין הרב המגיד, ויש שפסקו כת"ק. וראה ברא"ש שביאר בהך דר"ש דאפילו הגיעו לבצור דר"ש סבר כבצורות דמיין הכא הן שלה יעו"ש. ולולא דברי הקדמונים היה נראה בטעמו דלא עביד אינש דיטרח בנכסים ויחרוש ויזרע ויעדר וינכש, וכשהן גמורין יוציאנה ויתקיים בו תזרע ולא תקצור אם לא דגבר עליו השנאה שברצונו לגרשה, ורצון כזה לא מתעביד בזימנא חדא, אם לא דבלבו היה לגרשה מכבר, ולו יהא דמספקא לן בזה מכל מקום אחרי שהפירות הן מחוברין לקרקעותיה והיא מוחזקת בהן אמרינן דאימור נתן עיניו לגרשה טרם שהגיעו לעונת הקצירה והבצירה, ור' שמעון לטעמיה בפ"ב דגיטין דכיון שנתן עיניו לגרשה אין לו פירות, ומספיקא מוקמינן בחזקת האשה שהיא מוחזקת בהן. ולפ"ז רבנן לטעמייהו דסברי יש לבעל פירות עד שעת נתינה ולכך מחוברין בשעת יציאה הן של בעל דברשותו גדלו וברשותו נגמרו, ויעוין בירושלמי בהפריש בכורים במחובר וגרשה דפקעה מהן קדושתן, פירוש דלר' שמעון לטעמיה בבכורים פ"ג דצריך לקרוא עליהן שם כשיתלשו דבעי פרי בשעת הפרשה יעו"ש, דאם לא קרא עליהן שם לכשיתלשו אמר בירושלמי שם דאינן מדמעין ואין חייבין עליהן חומש, וכאן קריאתו שם עליהן בתלוש דלאו דידיה לא מועיל מידי ופקע קדושתן, ויעוין בירושלמי קדושין פ"ג הלכה א' דקודה"ג פקע בכדי ואכמ"ל דפירושו פשוט כמוש"כ, ויעוין רא"ש ור"ן ודוק היטב:

הלכה ל

הרי שנמצאו מעות או מטלטלין ביד האשה היא אומרת במתנה נתנו לי כו' הרי זו נאמנת וכו'. אמרה לו אתה נתת לי במתנה וכו':

בדברי רבינו עמדו גדולי הדורות, המגיד כתב דטעמו משום דאין אשה מעיזה בפני בעלה, והדבר תמוה, אטו אם אמרו זה באיסורין שאינה מעיזה פניה להוציא את עצמה מרשותו, יאמרו בממון שאינה מעיזה נגד בעלה, ואם כי מצאנו בהאי מאן דנקיט מגלא ותובליא ואמר אוזיל ואיגדריה לדיקלא דפלניא דזבנה ניהלי דמהימן, שאני תמן דעביד מעשה בפרהסיא וכן כי אכיל פירות שדה כמה שנים, אבל דיבורא אמרה, ודוקא כי ליכא בעלים דמכחיש רק אחר זה כשכבר המה ברשותו, ואם כי כאן המה תחת חזקתה הלא מה שתחת יד האשה חזקה שהוא משל בעלה, ואולי מצרפינן תרתי חזקתה וצירוף אין אדם מעיז, וכן כתב הבית שמואל, והר"מ בר נתן כתב דהנכסים תחת חזקת ירושתה ולכך אינה נאמנת לומר שאחרים נתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות כו'. וגם זה קשה, דנאמר מיגו שאמרה אתה נתת לי במתנה. אמנם ז"א, דרצונה להפקיע ירושה ואין זה מיגו כמוש"כ הר"ן בעצמו. אמנם גוף הדין דהבעל אינו יורשה אינו מוכרח כמוש"כ הש"ך ס"ב, ובפרט לתלות בזה טעם רבינו:

לכן לדעתי נראה פירוש דברי רבינו פשוט, דכבר נתבאר שיטת קדמאי דחזקה מה שתחת יד אדם הוא שלו, ולכן כתבו ומהם רבינו בריש הלכות מלוה, דאם טען הלוה שמטלטלין אלו שבידי אינם שלי אלא פקדון הם בידי כו' אין שומעין לו ואפילו מיגו לא מהני בזה אף דיכול לתתן במתנה או למוכרן המטלטלים בכ"ז אינו נאמן נגד החזקה דמה שתחת ידו הן שלו לא של אחר, יעוין סימן צ"ט בש"ך. והנה רבינו פסק דאם יתנה נותן ע"מ שאין לבעליך רשות לא מהני, רק באופן שיתנה ע"מ שאין לבעליך רשות בהן ומה שתרצי תעשי, ופירש רבינו נסים בסוף נדרים טעמו, דהוי כאומר לה לא יהיה שלך אלא לאותו דבר שתרצי לעשות בהן בכל שעה ושעה ואין הקניה חל אלא באותה שעה שתרצה לאותו דבר, ולדידה נמי לא יהיב לה לגמרי להיות שלה דליזכי מינה בעל יעו"ש. א"כ כי אומרת אחרים נתנו לי ע"מ שאין לבעלי רשות בו רק ע"מ שתרצי תעשי, הוי כאומרת שלא הקנה לי פלוני שיהיה שלי לחלוטין, רק שיהא חל הקנין באותה שעה שארצה לעשות מהנכסים דבר מיוחד אז יהא חל הקנין, ונמצא כי הוא נגד החזקה שכל מה שתופס אדם תחת ידו המה שלו וקנויים לו לגמרי בכל אופני הזכות ולא נשתייר בזה לאחר שום קנין וזכות כלל, ותו א"כ קני ממנה להו בעל לאכול פירות, אבל כי אמרה אתה נתת לי במתנה הרי אינה שוללת שום זכות וקנין מעצמה, והנכסים המה שלה

לגמרי רק מה שהיא אומרת שהבעל נתן לה, ותו אין הבעל אוכל פירות דלא תקנו בזה חכמים לבעל פירות כיון דמנכסיה יהיב לה וכמו דאקני לה הגוף כן אקני לה פירות, שזה ודאי דהיא נאמנת דכיון דתחת חזקתה המה יכולים להחזיקה בשלה ולהוציא זה מרשות הבעל ודוק:

אמנם נמצא לפי דברינו דהטעם של רבינו אינו מפני ששוללת זכות הבעל לפירת, דחזקה מה שהוא ברשותה הם של בעל לפירות כמו שהבין הש"ך, דא"כ אף לומר שבעלה נתן לה לא היתה נאמנת, דבזה הלא מוציאה הנכסים מזכותו לפירות, ומה יועיל מה שהיה בשכבר הימים שעברו תחת יד הבעל, רק עיקר הטעם הוא מפני שלא יכול אחר ליתן במתנה לאשה ע"מ שלא יהא לבעלה רשות בה, רק באופן שישלול מאתה כל אופני הזכיה ויסיר מאתה קנינה בהנכסים לגמרי שלא יהיו קנוים לה מעכשיו. רק בשעה שתתרצה ליחדן לאיזה דבר אז יהא חל הקנין, וכיון שבאופן זה הלא נשלל ממנה זכות עצמה בנכסים, וזה נגד החזקה שמה שתחת יד האדם שלו הוא לגמרי בלא שום שלילת זכות והפקעת כח ממנו כלל ולא מהני אפילו מיגו, ובאומרת שבעלה נתן לה במתנה הרי היא מודה ששלה הן לגמרי ולחלוטין בלא שום שיור כלל נאמנת ודוק, ומצאתי לגדול אחד שכתב בדרך זה והנאני:

אבל דא שסובר רבינו דאינה נאמנת לומר דמנדונייתה הן או של נכסי מלוג וכמוש"כ בפ"ב מהלכות מלוה מוכח כן בירושלמי פרק הכותב, ר' זעירא רב יודא בשם רב, הכותב שדה לאשתו מתנה אין לו אכילת פירות, כצ"ל, כמו שכתוב שם להלן, לא אמר אלא כותב אבל מוכר לא [פירוש דמוכר שדה לאשתו לא קנתה השדה והמעות הן של בעל ואוכל בהן פירות], מה בין כותב מה בין מוכר, ומשני, עילה היה רוצה להבריח מזונות מן האשה, פירוש שהוא היה רוצה להבריח שלא לזון את אשתו, והמעות שתחת ידה הן ממעש"י הטמונים תחת ידה ורצה לגלות אותן להראות שיש תחת ידה מעות, ומפורש דהמעות שתחת ידה הן בחזקת שאינם מנדונייתה, ולכן לא קנתה השדה שלא רצה למכור רק להבריח מזונותיה, ואי משום דתטעון שאחרים נתנו במתנה, זה לא חייש שתטעון דקול יוצא למתנה כמו שאמרו בירושלמי פרק נערה, ולא תטעון דבר שאינו שכיח שהרי לא יצא הקול, וא"כ המה שלו מותר מעשי ידיה וניזונית מהן, ודוק כי זה ברור:

הלכה לד

האשה שהכניסה לבעלה עז לחלבה כו' הרי זה אוכל והולך עד שתכלה הקרן. וכן אם הכניסה לו כלי תשמיש כו' עד שיכלה הקרן:

הנה בזה מחלוקת רש"י ז"ל דבעי דלישייר פורתא, וטעם רבינו כיון שכן דרך תשמישו להיות משתמש בכל יום ופוחת והולך, אע"ג דלא נשתייר כלל מן הקרן, בכ"ז בעל אכיל וזכה בהן, וסעד לשיטת רבינו ז"ל מהא דאמרינן בקדושין (דף כ"ד), והכא במעשר דאתא מבי נשא ור"מ לטעמיה דאמר מעשר ממון הקדש ולא קני ליה בעל, ורבנן לטעמייהו דאמרי ממון הדיוט הוא וקני לה בעל. והנה בירושלמי ריש מעשר שני אמרינן דאין מוכרין אותו לדברי הכל מפני זלזולו. וא"כ כיון דאין מוכרין מע"ש, א"כ בנפלו לה פירות דאמרינן דימכרו ויקח בהן קרקע ויאכל פירות, והכא כיון דאין מוכרין א"כ ע"כ לאכילה קיימין, ונמצא כלה הקרן ואיך זכי בהו בעל, ואפילו אם נאמר דתלמודא דידן סבר כהך מ"ד דלמ"ד ממון הדיוט מוכרין אותו, קשה לישנא דאמר דלר"מ מעשר ממון הקדש ולא קני ליה בעל, מוכח דרק משום דהקדש הוי לא קני להו בעל מאשה, תיפוק ליה דכיון דממון גבוה ואין מוכרין אותו, תו לא קאי רק לאכילה וקא כליא קרנא ובכה"ג גם בעלמא לא תקנו רבנן, ועוד א"כ אמאי דחיק הגמרא בקדושין (דף נ"ד) לחפש סתמא כר' מאיר דמע"ש ממון גבוה הוי, ושביק רישא דמע"ש דאין מוכרין אותו, בכ"ז זכי בהן בעל. ולא דמי לנפלו לה פירות תלושין דימכרו, דשם יש בידה למוכרן. אבל כאן דאין לה בהם רשות למוכרן רק לאכול הוי כמו נפל עז לחלבה שאין לה רק החלב, ובעז לא כלום וזכי בהן בעל, וזה ראיה נכונה לפסק רבינו ז"ל. דאע"ג דלא ישאר כלום זכי בהו בעל, ואע"ג דר"מ גופיה סובר במחפורת של צריף דלא זכי בהו בעל ואיהו בעי שישייר לה מידי אין קפידא מה דנקיט טעמא דממון הקדש ותלי בפלוגתא דיליה דשנוי במשנה. ועוד דלפי הלכה קאי. אבל במחפורת של צריף לא פסק רבא כוותיה ודוק. אח"ז ראיתי בחדושי רשב"א שמיישב שיטת רש"י שם אליבא דמ"ד ממון הדיוט אין מוכרין אותו ג"כ, ע"ש שזה כמוש"כ בס"ד:

וראיתי שהקשו מסוגיא דב"מ צ"ו דאגרא איהי פרה מעלמא כו' דבעל לוקח הוי הרי דזכי בה בעל, וז"א, דתמן מיירי דאגרא פרה לצורך נכסי מלוג שלה שהפירות הם של הבעל וכלוקח הוא בנכסיה, וא"כ הוא כשאול להבעל דהפרה עושה מלאכתו, ומשני דהוי כלוקח, פירוש בכל הנכסים ולא קיבל טפי מלוקח, ולכך פטור גם על פרה זו שהיה סובר שהיא של אשתו וכמו שפרש"י בריש המפקיד אשה ששאלה לצורך נכסי מלוג שלה יעו"ש וז"פ, וכן פירש שם צ"ו. אשה ששאלה לחרוש קרקע מלוג ונשאלו כו' יעו"ש ברש"י ודוק:

פרק כג

הלכה ח

הבעל שהוציא הוצאות על נכסי מלוג בין שהוציא מעט ואכל פירות הרבה כו' ואפילו אכל גרוגרת אחת כו' מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל:

טעמא דמלתא, כיון שהוציא אדעתא דידיה ונהנה בשביל זכות פירותיו כ"ז שוה ליה, ומה שהוציא הפסיד בשביל שאכל, ובעי עיונא אם אכל כדין פועל, שאוכל בדבר שעושה בשעת גמר מלאכתו, דאפילו גברא אחרינא אכיל ומשל שמים הוא אוכל כדמסיק בפרק הפועלים, מי אמרינן מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל או לא, ורבותינו לא פירשו דבר. ולדעתי היה נראה לפרש בזה דברי הגמרא אפילו אכל גרוגרת אחת, ר' אבא אמר אפילו אכל שיגרא דתמרי, ופרש"י בשם י"מ טרויות תמרים ונדחק הא תמרים עדיפא מגרוגרות ומאי קמ"ל. ולפ"ז נראה פשוט, דגרוגרת הוא תאנה יבשה והוא דבר שכבר נגמר מלאכתו בתלוש, לכן קמ"ל טרויות תמרים, שזה בעת בצירתן מן האילן שבשעת גמר מלאכה, ובכה"ג פועל אוכל מדין תורה, וא"כ קא אכיל בעל מדין פועל, ואפ"ה מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל ודוק:

פרק כד

הלכה ד

אבל אם נשא אחת כו' או אחת מחייבי עשה בין הכיר בה בין שלא הכיר בה יש לה כתובה כו' וחייבי עשה איסורן קל:

הנה מקור דברי רבינו לפי דברי הרב המגיד מפני שלא מצאנו רק חייבי לאוין, וזה ראיה חלושה. והנראה לענ"ד מהא דאמרו בירושלמי (כתובות פ"ק הלכה א'), דר' אלעזר אמר אם מצא הפתח פתוח אסור לקיימה משום ספק סוטה [שמא תחתיו זינתה ומתסרא לבעל] וחש לומר שמא אנוסה היא, קול יוצא לאנוסה, [וכיון דליכא קלא ע"כ דברצון זנתה] כו' א"ר יוסי ואילו [כצ"ל] תחוש לה משום אנוסה שני ספיקות ספק אנוסה ספק פתוחה ספק משנתארסה ספק עד שלא תתארס שני ספיקות מדברי תורה להקל, ואם כן מסקנת הירושלמי דאף באשת ישראל דאיכא שני ספיקות מ"מ אסור דספק דאונס אינו מצטרף דמדליכא קלא לא חיישינן ליה, ודלא כהבבלי דפליג ע"ז ושרי בב' ספיקות, ומוקי להך דר"א באשת כהן וכו' יעו"ש. ובסוף הלכה אמר ואתיא כי דתנינן תמן בתולה אלמנה וגרושה מן הנשואין כתובתן מנה ואין להן טענת בתולים הדא דאתמר לענין כתובה, אבל לקיימה אינו רשאי משום ספק סוטה ואתיא כי דתנינן תמן הנושא האשה

ולא מצא לה בתולים והיא אומרת משארסתני נאנסתי כו' הדא דאתמר לענין כתובה אבל לקיימה אינו רשאי משום ספק סוטה, ואתיא כי דתנינן תמן היא אומרת מוכת עץ אני כו' הדא כו' אבל לקיימה אינו רשאי משום ספק סוטה וכולהון כו' ר' ליזר מצא הפתח פתוח אסור לקיימה משום ספק סוטה, והיינו כפום סברא דיליה דאפילו בשני ספיקות ג"כ אסורים מדברי תורה דספק דאונס אינו מצטרף וע"כ לקיימה אינו רשאי, וקשה לי, דבירושלמי סוטה ריש פרק ארוסה אמר מתניתא דב"ש היא כו' א"ר יוסי תמן כו' טעמייהו דב"ש כו' ברם הכא יודעת היית שאין ארוסה שותה למה הכניסה עצמה לספק המרובה הזה בשביל לפוסלה מכתובתה יעו"ש. [ובזה נשגבו ממני דברי המשל"מ בהלכות סוטה (פ"ב ה"ז) שכתב ועוד נ"ל מי שבא על אשה בלא קדושין דפשיטא דאינו מנוקה מעון כו' אם חזר ולקחה וקינא לה נהי דאין יכול להשקותה כו' מ"מ אינה מפסדת כתובתה כו', דאיך יתכן זה דפשיטא דמפסדת כתובתה ממנ"פ, אם זינתה ודאי דאין לה כתובה, ואם טהורה היא, הלא היא ידעה שלא תוכל לשתות שבעלה אינו מנוקה מעון, וא"כ מעשיה גרמו לה להאסר בסתירתה אף עפ"י שהיא טהורה, וא"כ ודאי דהפסידה כתובה וכהירושלמי ודוק] וא"כ קשה אמאי אית להן כתובה לו יהא דהן אומרות אמת, אבל לקיימן אינו רשאי, וא"כ היה להן לומר לבעל טרם כניסתן לחופה וטרם אירוסין, שהם בעולות ולא היו אסורות לבעליהן, ובשתיקתן הפסידו כתובתן דגרמו מעשיהן להאסר על בעליהן. ובשלמא בהך דמשארסתני נאנסתי, דאם היה נודע לבעלה בשעת האונס קודם הנשואין ג"כ לא היתה נאמנת, דאז ג"כ אמרו אינו רשאי לקיימה משום ספק סוטה, אבל בבתולה מן הנשואין הלא אם היו מודיעין לבעליהן טרם אירוסין היו מותרות לבעליהן, וא"כ מעשיהן גרמו להאסר על בעליהן במה שלא גילו אותן טרם אירוסין ואמאי יש להן כתובה, וקושיא חמורה היא:

ואפשר ליישב דמיירי באשת כהן וא"כ אפילו אם היתה גילתה אוזן בעלה קודם קדושין או תיכף לאחר הקדושין ג"כ היתה אסורה, דאז חיישינן שמא זינתה תחת בעלה הראשון כיון דיש עדים שלא נבעלה וכמו דמפרש שם בירושלמי איזו היא בתולה מן הנשואין אריו"ח כל שנכנסה לחופה ועדיה מעידין שלא נבעלה לא תלינן שנבעלה מבעלה [ולקמן אכתוב עוד בזה הישוב] והא דכתובתה מנה מפרש בירושלמי משום דאין לה חינא כיון שניסת [ואף שיש לומר אוקי אחזקה דהשתא נבעלה היינו אחר שמת הראשון, וזהו משום דמוקמינן לה בחזקת הגוף והשתא הוא דנבעלה, זה אינו מוכרח, ועיין בתוספות (דף י"ב) ד"ה כגון שקידש ובעל לאלתר וצ"ל שהראשון אחר שקדשה כנסה לאלתר כו' אע"ג דגם שם צריך לאוקמי אחזקה ולומר השתא הוא דנבעלה ומצאתי זה באחרונים

ואכמ"ל]:

אולם הך מתניתא דהיא אומרת מוכת עץ אני כו' דר' יוסי מוקים למשנתנו בירושלמי בלא הכיר בה שהיא מוכת עץ וכמו דמוכיח ר' יוסי בירושלמי שם מהך משנה דהיא אומרת מוכת עץ אני דאפילו כנסה בחזקת בתולה ונמצאת מוכת עץ יש לה מאתים לר"מ, א"כ קשה הא אם היא היתה אמרה ליה קודם האירוסין היתה מותרת אליו, אם גילתה אז לו שהיא מוכת עץ, והשתא היא בעצמה גרמה לה להאסר עליו ואמאי יש לה כתובה, וזה צע"ג, דר' יוסי גופיה דמפרש לעיל מלתא דר' אלעזר ודאי סבר כוותיה ואיהו מוקי להמשנה דהיא אומרת מוכת עץ אני כשלא הכיר בה, ואיהו מפרש בסוטה דאף לבית שמאי ג"כ אינה נוטלת כתובה, מטעם דמעשיה גרמו לה להאסר, ואיך נוטלת כאן כתובה יפלא מאד:

לכן אמינא, דכאן מיירי כשאירוסין שלה היה בקטנותה, וא"כ אין לה להפסידה מתוך שהיא גרמה ולא הגידה לו, דקטנה לאו בת דעת היא. ולפ"ז נראה תו דלקיימה ג"כ רשאי משום דהוי ספק ספיקא, ספק שמא אינו תחתיו זינתה, ואפילו אם תחתיו שמא כשהיא קטנה ופתוי קטנה אונס הוא, ובאונס כזה לא שייך לומר אונס קלא אית לה והוי ס"ס גמור, ואף הירושלמי מודה, ואין לדון דאיכא כאן חזקת הגוף השתא הוא דנבעלה נגד השני ספיקות, דהא איכא חזקת היתר כנגד חזקת הגוף, וז"ב. והא דאמר אבל לקיימה אינו רשאי משום ספק סוטה, קאי אליבא דמ"ד דמוקי הך דהיא אומרת מוכת עץ אני היינו שהתניתי עמך קודם האירוסין שמוכת עץ אני ולפ"ז א"ש. אבל ר' יוסי מוקים ע"כ שהאירוסין היה בעודה קטנה ודוק:

ובזה א"ש מה שתמוהים דברי הירושלמי שם שאמר על דעתיה דר' אלעזר [פירוש דאיהו מפרש טעמא דמשנתנו משום טענת בתולין יעו"ש ולא כבר קפרא משום ברכה] בוגרת אימת היא ניסת בתולה מן הנשואין אימת ניסת כו' [פירוש לפי שאין להן טענת בתולים או דלמא לא פלוג], והוא תמוה הא ר' אלעזר אמר דלקיימה אינו רשאי, וא"כ עיקר טעמא שייך בהו שיבא לב"ד ולא יתקרר דעתו וכמו דאמר הירושלמי ויערב עליו המקח כו' וצ"ע. ולפי דברינו א"ש, דנותנין לבתולה י"ב חודש וא"כ כל ימיה של נערה אינן רק ששה חדשים, והאירוסין היה בעודה קטנה, וא"כ שריא מטעם ספק ספיקא שמא אינו תחתיו ושמא כשהיא קטנה ופתויה אונס, ולהפסידה כתובה אינו יכול לטעון טענת בתולים וא"כ לא שייך בהו טעמא דר"א לכן בעי שפיר אם ניסת בד' או לא ודוק:

יצאנו מענין אל ענין מפני חיבת הירושלמי ועתה נשובה לראש, דעדיין קשה הא הוי מקח טעות, ובבתולה מן הנשואין אמאי אין להם טענת בתולים, לו יהא דנבעלה מבעלה

הראשון והעדים לאו שפיר חזו, או דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה כתובתה מנה וכמו דדייק בירושלמי, בכ"ז קשה הא אדעתא דתהא אסורה עליו לא נשאה ואין לך מקח טעות גדול מזה, והוי כמו נשא אשה בחזקת שהיא מותרת ונמצאת אסורה עליו. בשלמא בהך דמשארסתני נאנסתי א"ש דסבר הירושלמי דגם ארוסה יש לה כתובה וא"כ חיוב הכתובה חל עליו בעת אירוסין, ואחרי כן נסתחפה שדהו, אבל הך דבתולה מן הנשואין דאמר הדא דתימר לענין כתובה, אבל לקיימה אינו רשאי משום ספק סוטה איך משכחת לה שתהא מותרת לו הך אשה לנשואין הא באמת אסורה עליו יהא מצד ספק, הא מקח טעות הוי, דאם האירוסין היה בעודה קטנה [ובת מיאון הוי] א"כ איך אמר לקיימה אינו רשאי, והרי מוכח מדין זה דאע"ג דאסורה עליו דלענין איסור לא מהני ברי דילה, בכ"ז ממון יש לה ונוטלת כתובה דלענין ממון מהימנא ואמרינן דהיא לא זינתה, ומה דאסורה מצד ספק סוטה, על זה הצד שלא זינתה ואיסורה מטעם ספק, דהב"ד חוששין שמא זינתה לא גרע מחייבי עשה שלא הכיר בה שיש להן כתובה ודוק. ומזה ראיה עצומה למה שפסק רבינו דדוקא חייבי לאוין אם לא הכיר בהן הפסידו כתובתן, אבל חייבי עשה יש להן אעפ"י שאסורות וב"ד כופין להוציא, והבן כי זה ראיה נכונה לרבינו ז"ל:

ודע דבהך שישבתי דברי הירושלמי הך דבתולה מן הנשואין דאסור לקיימה, ולהפסיד כתובה אינה מפסדת דמיירי באשת כהן דאפילו גילתה אזנו קודם האירוסין ג"כ היתה אסורה שמא זינתה תחת בעלה הראשון, צ"ע עוד בזה, דהא איכא ס"ס, שמא בא עליה בעלה הראשון מן האירוסין בעודו ארוס, ושמא לאחר שנתאלמנה זינתה, ואולי סבר כאביי ביבמות סוף פרק אלמנה, דאפילו בדדיימא מניה ולא דיימא מעלמא ובא עליה ארוס [ללישנא קמא תמן] אמר רב דהולד ממזר דמדאפקרה נפשה לגבי ארוס אפקרה לכו"ע, א"כ אם תאמר שבא עליה ארוס, תו אמרינן מדאפקרה לגביה דארוס, אפקרה נפשה גבי כו"ע, ועיין תוספות (דף י"ד) ד"ה חדא דקא מודי יעו"ש, וזה לא מחוור, גם אפשר כיון דבעודה ארוסה רוב פסולים אצלה, א"כ תו ארוס הוי רק מעוטא ולא מצטרף אפילו לס"ס, ועיין תוספות (דף ט') ד"ה ואב"א ואע"ת א"כ בס"ס נמי תיאסר דספק אונס כמאן דליתא יעו"ש, [אך צ"ע דהא מעוטא דארוס היתרא הוי, וטפי מסתברא דעם ארוס זינתה ודוק] ועיין תוס' (דף י"ב) ד"ה כגון שקידש ובעל לאלתר, וכן צריך נמי להעמיד שהראשון אחר שקידש כנסה לאלתר ומת מיד ועדים מעידים שלא זינתה תחתיו, דג"כ קשה הא הוי ס"ס, שמא בא עליה ארוס ראשון בעודה ארוסה ושמא כשהיא פנויה זינתה וצ"ל ג"כ מה שתירצתי על הירושלמי ודוק, ויש לי לדבר הרבה בדברי התוספות שם בכל הסוגיא ואכ"מ:

ובחידושי כתבתי קצת טעם מה דחייבי עשה אף בלא הכיר בה לא הוי מקח טעות, דרבינו סבר הבועל אשה שלא לשם קדושין לוקה משום ל"ת קדשה [ויעוין שו"ת לרבינו אברהם בנו שהביא הכסף משנה פט"ו מהלכות איסורי ביאה], וסובר דכל חייבי לאוין ועשה ליכא בהו לאו ועשה עד שיבוא עליה אחרי הקדושין, לכן אדרבא ניחא טפי שיהיו הקדושין כדי שיוקל האיסור, וכן ניחא להו לרבנן דמקדש על דעתייהו שיהיו קדושין וינצל מאיסור לאו, וזה בחייבי עשה אבל בחייבי לאוין בין כך וב"כ באיסור לאו קאי דמחליף איסור דל"ת קדשה על איסור דלאוי דידהו, א"כ ניחא להו דלא יתקיימו הקדושין והוי כמקח טעות לכן לא תקנו חכמים לה כתובה, אבל תוספת יש להן דמ"מ חיבת ביאה איכא בהו, דלא דמיא למוכר דברים האסורים ואכלן דאינו מנכה לו מדמי הנאת מעיו לפי שנפשו של אדם חותה מאכילת איסור, דהיינו דוקא במידי דאכילה שאינו מתכוין רק לאכול בשר ומכר לו נבילה עבור כשרה והנאת האכילה היה יכול לטעום בכשרה כמו בנבילה, וכן ביין נסך וכיו"ב שאותה הנאה היה יכול להשיג בהיתר, אבל זו כיון שמצאה חן בעיניו הלא לא היה יכול להשיג הנאתה באופן המותר כיון שהיא אסורה עליו, ולא שייך שהיה יכול לישא אחרת המותרת כיון שמתאוה לזו, וגדולה מזו כתבו תוספות במסכת ע"ג (דף י"ד), דאף בבהמה מתאוה לכל גוף ולא שייך דהא איכא ליה אחריתי יעו"ש, ורבינו כתב דיש להן תוספת שהרי הקנתה לו הנאתה ועומדת לפניו אלא שהתורה אסרה [ובאילונית ראוי לביאה אך אינה ראויה לבנים ובכה"ג יש להן תוספת עיין דברי רבינו פט"ו הלכה ה'] ואין לומר דהמום בה שהיא עומדת עמו במצב אחד שאילו הוא כהן והיא אלמנה, כמו שאלמנותה גורם האיסור, כן כהונתו, וכן הדין בממזרת שאם תאמר שבמה שהיא ממזרת הוא פעולת האיסור, תאמר להיפך שבמה שהוא ישראל כשר, דאילו הוה ממזר מותר בה, ושניהן עומדין על תכונתן ומזווג שניהם נתהוה האיסור. אבל באשה שאין לה ווסת הרי החסרון דבוק לה שהיא אינה עומדת בתכונה אחת שעלולה מרפיון גידי הרחם להתפעל להוציא דם, וא"כ החסרון מתיחס אל גופה ולכך אין לה תוספת, עיין פרק כ"ה והוי כנולדו בה מומים ודוק, ועיין במש"כ לעיל פרק י' בזה:

הלכה טז

עוברת על דת משה וכו' וכן זאת שעשתה דבר מכוער וכו':

הרב המגיד כתב, אבל בהלכות כתבו וכו' אבל מבעל לא מפקינן לה אלא בעדי טומאה דהיינו שיראו כמנאפין וכן דעת בעל ה"ג. והנה בה"ג כתב דמבעל לא מפיק רק שיראו כמכחול בשפופרת, וכולהו קדמאי הקשו על דבריו, דהא אף לענין מיתה מחייבין

משיראו דרך המנאפין כדאמר סוף פ"ק דמכות מכש"כ לענין איסור, ונראה לן דתרי גווני איכא בענין עדות, יש עדות דלא בעינן שיראו הבעלי דברים את העדים, ויש כמו עדי קדושין, דאם נזדמנו אחורי הגדר וראו העדים את הקדושין כיון שהבע"ד לא ראו את עדי הקדושין שוב אינם מכוונים לשם קדושין וכמוש"פ הרשב"א הביאו ההמ"ג פ"ג הלכה ח', כן כוון הבה"ג, דאם ראו העדים את הבועל והנבעלת כדרך המנאפין ולא ידעו הבועל והנבעלת שהעדים רואים אותם, בזה כל זמן שלא ראו העדים כמכחול בשפופרת אמרינן דלא אבדו חזקת כשרות שלהן, ואף דעשו דבר המכוער מכל מקום לא עשו מעשה, ורק כי ראו העדים אמרינן, מדמפקרי כולי האי דידעי דעדים קלא אית להו ויספרו מעשיהן ומבזים עצמן מפני תאותן, תו אמרינן מדמבזי נפשייהו חזקה אש בנעורת כו' ומסתמא גמרו תאותן, אבל בה"ג מיירי בשמועה דרוכל יוצא ומנעלים הפוכין שבזה לא ראו הם העדים, בזה אמר דבעי שיראו העדים כמכחול בשפופרת כנ"ל ליישב דבריו, ועיין מה שכתבנו בהלכות איסורי ביאה פ"א בזה:

וכזה נ"ל לפרש דברי רש"י ז"ל כפי מה שהבין בשו"ת המיוחסות סימן קל"ג, ז"ל, ועוד מסתבר לי דלא אמרו אי מהימן לך אלא באינה מכחישתו כו' הא מכחישתו לא כו' ולא אמרינן ביה מהימן כבי תרי וההיא דשמואל בשאינו מכחישתו, וסעד לדברי מצאתי ברש"י שפירש אי מהימן לך כבי תרי הואיל ולא מכחישתו יעו"ש. ולדעתי נראה דרש"י סבר דכיון דהעד אמר שראה כדרך המנאפין מאי מועיל הא דנאמן ליה כבי תרי דלמא לידי מעשה לא באה, והיא סמכה אנפשה דתכחישנו ותעיז פניו לאמר ששקר הוא דובר ולא ידעה דבעלה יחוש לדבריו, וכיון שהכחישתו תו אמרינן דהבעל גופיה אף דמאמין להעד מכל מקום לא קים ליה דגמרה המעשה ויאמר אימור לא נבעלה כמכחול בשפופרת, ורק לקרוב בשר לא חששה כיון שידעה שבזה אין חיוב מיתה ולא מתסרא אבעלה, ואי דהעד לא ישתוק ויספר להבעל הלא חשבה שתכחישנו כאשר כן הוא האמת שהיא מכחישתו, אבל כי שותקת ואינה מכחישתו, הלא רואין אנו שלא תוכל האשה להעיז פניה נגד העד תו איך פגמה עצמה ובזתה בפני העד שהיה לה לדעת שיספר בפני הבעל והיא לא תוכל להכחישו, ומדפגמה עצמה כ"כ מוכח דהאמת שזינתה ודוק. ולפ"ז באומר העד שזינתה בפניו ועוד עדים, דרך המנאפים דלא שייך לומר שחשבה שתכחישם דתרי כי מכחישתן ג"כ תאסר, בזה כל שמאמינו כבי תרי אסירא ליה, וזה נכון בכוונת רש"י כפי הגירסא שהביא הרשב"א:

וראיתי חידוש בהלכות גדולות שכתב, שאם בא עד אחד ואמר לו שאשתו זינתה ואפקה על פיו, תו אינו מותר להחזירה אחרי זה, דכיון דהימניה כבי תרי תו שויא עליה

חתיכה דאיסורא, ומאי רבותא דכיון דמהימן ליה כבי תרי אסור בה. ולכן נראה בכוונתו, דאף אם נותן אמתלא לא מהני דכיון דעביד מעשה תו לא מהני אמתלא וכמו שכתבו הקדמונים בהא דהוחזקה נדה בשכנותיה לוקה דלא מהני אמתלא כמו באמרה טמאה אני, יעוין סימן קפ"ה. וזה דין חדש, ויעוין ברמ"א סימן קט"ו סעיף ו' אשה שאמרה לבעלה שזינתה כו' אעפ"י שאינה נאמנת אם גירשה אסור להחזירה, ויעוין בחמ"ח שם ובתשובות נוב"י סימן י"א שחקרו הרבה אם מועיל אמתלא במקום מעשה, וכולם לא הביאו דברי הבה"ג, והאמתלא באמרה אשתו שזינתה חזק יותר דמצי לומר דגירשה כדי שתפסיד כתובתה. אמנם זה טעותא, דאף אם לא יגרשנה ג"כ הפסידה כתובה כמו שפסק רבינו בהי"ח אע"פ שאינה מאמינה, וא"כ למה ליה לגרשה. אמנם גבי עצמה לא מיחשב הגט למעשה דכיון דמתגרשת שלא לרצונה וכבר העירו בזה האחרונים אכמ"ל, ויעוין בתוספות המיוחס בטעות לר"י הזקן הנדפס מחדש בשמועה דעד אחד שאמר זינתה אשתך, ודוק היטב:

הלכה יט

האשה שזינתה תחת בעלה בשגגה או באונס ה"ז מותרת לבעלה שנאמר והיא לא נתפשה הא נתפשה מותרת כו':

כבר פירשו הקדמונים שאם היה השוגג באומר מותר. הרי זו אסורה משום שאפילו הורה לה חכם מובהק שמותרת לזנות אסורה דמעלה מעל קרינא בה, והעמיק בזה המהרי"ק. אך דא מסתפקנא אם ע"י כשפים עשה לה שזינתה עמו מי הוי אונס או לא. ונראה לפשוט מירושלמי מפורש פרק שני נזירין הלכה א', אמרו לו אם ירצה לאמר מזיד הייתי, בשפחה חרופה מה אית לך שוגג חייב מזיד חייב שיכול לומר הערתי אבל לא גמרתי, כדאמר רשב"ל נאנסתי מפני כשפים שעשתה לי, הרי דבעשה לו כשפים מיקרי אונס ואינו שוגג, כש"כ באשה שבכה"ג שעשה לה כשפים דהוי אונס ומותרת לבעלה, ובבלי דלא מזכיר זה, אין זה משום דחולק, רק חדא מתרי ותלתא טעמי הוא דנקט. ואמנם היכי דמתרין באיש והתיר עצמו למיתה או למלקות, אין התנצלות במה שיאמר דע"י כשפים הוי, דאל"כ מלקות בשפחה חרופה באשה הנבעלת היכי משכחת לה, ובכה"ג בכל איסורים שבתורה, רק לענין קרבן קא אמרינן הכי, וכן לענין נזירות דאמר בסוגיין מיגו דאי בעי אמר נשאלתי על נזירי ואטו אם התרו בו על אכילת איסורי נזיר או טומאת נזיר, האם יאמר נשאלתי על נזירי, וטעמא דכיון דמוחזק לנזיר והתיר עצמו למלקות שפיר חייב, וגדולה מזו בשפחה חרופה אמרו מיגו דאי בעי אמר לא גמרתי ביאתי, וא"כ איך השפחה לוקה, וע"כ משום דבכה"ג שאני. אולם נראה דבאמת

מוקמינן בחזקה דאש בנעורת כו' ודאי גמר ביאתו. אך כ"ז דוקא רק למיתה ולמלקות דהורגין על כדרך המנאפין, דהעונשין המסורים לב"ד אין להם רק להביט לפי החזקה והמובן ע"פ ראית עדים. לא כן קרבן דמסור לשמים דמשום זה אמרו בירושלמי כתובות פ"ג דאין בו משום כדי רשעתו שאינו רק מסור לשמים, א"כ היכי שהם יודעים בלי שום צידוד דחייב בקרבן מתחייב שפיר ע"פ עדים, לא כן היכי דאית ליה צידוד לומר שהיה באופן שאין חייב קרבן לא מצו העדים לחייבו. ופוק חזי דיש סברא בגמרא דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה איש, והיינו משום דהוי מילי דמסור לשמים, והקו"ח דמייתי הוא רק על הנאמנות. ובזה יש ליישב קצת קושיית תוספות ברישׁ מכות על חיוב גלות, דזה מסור בידי אדם והם דנין לפי ראות עיני האדם, יהיה איך שיהיה, בהא לא מצאנו חולק על ירושלמי דע"י כשפים מיקרי אונס ומותרת לבעלה ודוק:

הלכה כד

והיום שאין שם מי סוטה כו' ותצא בלא כתובה לא עיקר ולא תוספת, שהרי מעשיה הרעים גרמו לה להאסר:

צ"ע הא כאן ספק שמא זינתה ולבית הלל שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ומפסדת מספק שמא זינתה, דזה כבר כתב רבינו דבזינתה הפסידה כתובה ותוספת, וא"כ בעידי סתירה וקנוי מפסדת מספק כתובה עיקר ותוספת. ונראה ברור דתיבות אלו "שהרי מעשיה הרעים גרמו לה להאסר" מקומם בהלכה כ"ה שאחר זה, שכתב שם ואם הודית שנסתרה אחר שהתרה בה תצא בלא כתובה [שהרי מעשיה הרעים גרמו לה להאסר], ולפיכך משביעה ע"ז ואח"כ יתן כתובה כצ"ל, ושם א"ש, דתהא נאמנת במיגו דאי הוה בעיא הוית מכחישתו דלא נסתרה עמו או שלא קינא לה בעלה, ולכן תהא נאמנת במיגו דלא נטמאה, וע"ז כתב רבינו משום דאף כי יאמין לה הבעל שלא נטמאה, בכ"ז הואיל ועכשיו שנסתרה בפני הבעל אסורה דהא איהו רואה שנסתרה אחרי הקנוי שקינא לה, וכיון שמעשיה גרמו להאסר עליו אף כי טענה שלא נטמאה וכן אפשר שהוא האמת, בכ"ז ע"י סתירה לבדה גרמה להאסר על הבעל ותו הפסידה כתובה, והוי כמו דאמרו בירושלמי לבית שמאי דסברי דשטר העומד לגבות שפיר כגבוי דמי ומספיקא דשמא זינו לא הפסידו כתובה. ובכ"ז בשומרת יבם וארוסה כיון דידעו דאינן שותות ובסתירתן נאסרו על בעליהן אף אם לא נטמאו ג"כ הפסידו כתובה, וכמו שאמר למה הכניסה עצמה לספק המרובה הזה בשביל לפוסלה מכתובתה, וכן הכא לא שייך להאמינה במיגו שלא נטמאת, דלו יהא כדבריה שלא נטמאה כיון שמעשיה גרמו לה להאסר הפסידה כתובה ודוק. אמנם דא ברור, אם ראה אחד שנסתרה והאחד מהימן ליה כבי תרי, והיא מודה

לדברי העד ואומרת שלא נטמאה אם מהימנא ליה להבעל ודאי לא נאסרה לדידיה, דכמו דמהימן ליה הבעל כן היא נאמנת לו ודוק:

הלכה כה

אמר לה בינו לבינה אל תסתרי עם איש פלוני וראה אותה שנסתרה עמו ושהתה כדי טומאה, ה"ז אסורה עליו בזמן הזה שאין שם מי סוטה:

דעת רבינו דחש להא דאמר ר' חנינא מסורא לא לימא אינש כו' דילמא מסתתרא כמו שהביא המגיד. ואבאר פה מה שחקרתי לדינא, בראובן שקינא לאשתו מאביה ומאחיה, ואח"כ ראה שנסתרה עם אביה או עם אחיה, מהו אם רשאי לקיימה. הנה לכאורה הדין פשוט לאיסור, אע"פ שהקנוי היה בינו לבינה ע"פ מה שפסק רבינו אמר לה בינו לבינה כו' ה"ז אסורה עליו בזמן שאין שם מי סוטה, והא פסק רבינו בריש הלכות סוטה קנוי האמור בתורה כו' אפילו היה אביה או אחיה כו' וא"כ פשוט דבכה"ג אסורה, וכן הועתק דבריו בשו"ע בלא חולק:

אולם באמת תמיה טובא, דבלמודין אמר דאביי סבר דקנוי ע"פ שנים, וכן פסק רבינו בהלכות סוטה דאין משקין רק ע"י קנוי דע"פ שנים, ובתנאי פליגי ר"א ור"י דבכ"מ הלכה כר"י, ור' חנינא מסורא אמר לכתחלה דלא יקנא לה ע"פ עצמו ג"כ דילמא הלכה כריב"י, ועצה טובה קמ"ל. אבל בדיעבד לחוש לאסור אשה לבעלה זה חידוש גדול. וכן מצאנו בפרק יוה"כ אר"א האוכל חלב כו' שמא יבואו ב"ד אחר כו' דרק עצה טובה קמ"ל, אבל לא לדון עי"ז. אמנם מחוייבים אנו לקבל ד"ק באימה, כיון דמצאנו דריש לקיש סובר כוותיה, ור' חנינא מסורא אמר דילמא קיימ"ל מוכח דמספקא ליה בהא, מאן מוכח ומאן ספון לחלוק על פסק רבינו ז"ל:

אולם מה שיש לצדד להקל ראוי להקל בזה [ועיין מש"כ מהרי"ט בח"ב חלק אבן העזר סימן א' בדברי רבינו יעו"ש ודבריו רחוקים], וזה כי רבינו כפל ושילש, דאם נסתרה אחר הקנוי בפניו אסורה עליו רק דתצא בכתובה דעל זה לא מהימן, אע"ג שפסק בהלכות סוטה דאין משקין רק כשתסתר ע"פ שנים, אבל מ"מ רחמנא כי קפיד אסתירה קפיד, ואם נסתרה ודאי דהיא טמאה לבועל ולבעל ולתרומה, א"כ הוא עצמו הוי כמאה עדים, ואם כי אינה שותה ע"י, אבל אסורה עליו שאומר שראה שנסתרה ונאמן על עצמו כמאה עדים וכתובה צריך למיתב לה, דלפוסלה מכתובתה לא מהימן, וביש עדים שנסתרה מהימני לפוסלה מכתובה, ובזה מדוייק גם לשון מרן בשו"ע סימן קע"ח שלפוסלה מכתובה בעי שנים, ולענין איסור פסק אם ראה בעצמו שנסתרה אסורה יעו"ש בלשונו הזהב ודוק. ולפ"ז צריך להבין מה דאמר בגמרא דילן לדברי ר"י בר"י כו' למשנתנו דזימנין

דלא אסתתרה ואמר איסתתרה. וקשה להבין הא אף לדברי רבי יהושע ג"כ אם יאמר דאסתתרה אחר קנויו אסורה, וא"כ מה זה חידוש לדברי ר"א דמשנתנו. אולם א"ש, דמה שאוסרה על עצמו זה לא איכפת לן ומי יאמר לו אם יגרשה לגמרי, רק מה שיאסור אותה להאיש שקינא לה ויאסור אותה לתרומה ואם תתירא מלשתות ולא תרצה להתנוול, תצא בלא כתובה ע"ז חייש. וזה לר' אליעזר דמשנתנו דמשקה לה ע"פ עצמו. א"כ כשאומר שנסתרה תהיה אסורה להאיש שקינא לה ויאסור אותה לתרומה ותצא בלא כתובה אם לא תרצה לשתות, וכן איתא בהדיא בירושלמי, השיבו על דברי ר' ייסא בר' יודא, א"כ אין לדבר סוף הכל ממנו לקנאות לה [מפיו] ולהביא עדים שסתרה ולפוסלה מכתובתה, א"ר ייסא מה טיבה להסתר [פירוש דהא יחוד אסור גבה מה"ת ואיך שייך אין לדבר סוף אטו על העוברת איסור יחוד נחוש לתקנתא דילה הלא בלא קנויו צריכה היא למזהר], אלא אתיא על דמתניתין הכל הימנו לקנאות לה [בשנים] ולומר שנסתרה ולפוסלה מכתובתה כו'. הרי מבואר דלא חשש על שתיאסר עליו דזה לכו"ע אסורה עליו, דאע"ג שאינה שותה עי"ז בכ"ז הוא על עצמו נאמן שנסתרה, ואם נסתרה קרינן בה ונטמאה כמו דקרינן בכל הנשים שאינן שותות כארוסה וכי"ב. רק שאינו נאמן אך לגבי עצמו לא לאוסרה בתרומה ולבעל ולפוסלה מכתובה, וכמו שבארנו בס"ד:

והנה בירושלמי שם א"ר מנא אפילו כהדין תנייא [דשפיר מקשה לריב"י אין לדבר סוף], אתיא כהדין דאמר מקנא לה מאביה ומאחיה הכל ממנו לקנאות לה מאביה ומבנה ולהביא עדים שנסתרה עמו כו' התורה התירה עמו להסתר כו', וגמרא דילן דאמר אדרבא כו' התם ליכא עיקר, ופירש"י לכשיכעוס יאמר קנאתי וימצא לה סתירות הרבה, א"כ ודאי כוונתו על סתירות דלית בהו איסור יחוד כמו עם שנים או עם אביה ובנה שזה ימצא לה וכמו שמפורש בירושלמי. א"כ נראה דר"ח מסורא דמספקא ליה דילמא הלכה כר' ייסא ב"י היינו דמספקא ליה דילמא אינו מקנא לה מאביה ומבנה, ורק בהנך דיחוד דילהו אסור מה"ת בהנך מקנא לה. וא"כ ליכא פירכא דאין לדבר סוף ולכך אמר דילמא קיי"ל כריב"י. אבל אם נאמר דאף מהנך דליכא בהו איסור יחוד מקנא לה ומשקה לה א"כ שפיר השיבו חכמים דאין דבר סוף ולא חיישינן לפסקא דיחידאי דאיפרך טובא. א"כ אם נקטינן דאם קינא לה ע"פ עצמו מאיש המותר להתיחד עמו אסורה עליו אם נסתרה באופן המותר הוי כמזכה שטרא לבי תרי, וזה נכון ונ"מ לכמה גווני המותרים ודוק:

אולם נראה דר' מנא דדחיק לומר דדוקא למ"ד מקנא מאביה ומבנה פריך אין לדבר סוף לטעמיה אזיל, דלקמן בהלכה ב' אמר בירושלמי על משנה דנכנסה עמו לבית הסתר,

דוקא עמו, הא בזה אחר זה לא, כן דייק ר' מנא, וטעמו משום דשמא היא אינה יודעת שהוא שם, או הוא אינה מניחה לצאת, וע"ז אינה צריכה לצעוק על יחוד לחודיה, ודוקא שנכנסו שניהן אמרינן דנכנסו לזנות, ור' אבין אמר אפילו בזא"ז מכל מקום יש רגלים לדבר, והיינו משום דהוי אחר הקנוי, וא"כ לר' אבין שפיר הקשו על ריב"י אין לדבר סוף, דבכה"ג שהאיש בבית הסתר והיא נכנסה ולא ידעה אם הוא שם, ויאמר הבעל שקינא לה ויהיה נאמן לאוסרה ולפוסלה לתרומה, וזה נכון ואולי מפני זה לא נזכר בגמרא דילן הפלפול, רק דנקטו בפשטא התם ליכא עיקר וכוונתה לכה"ג ודוק. [ואח"ז רב ראיתי למהר"ל בן חביב בסימן מ"ג שכוון לסברא דר' מנא מדעתיה ולא הביא הירושלמי עיי"ש:

אולם נראה לן לצדד אף אם קינא לה עפ"י שני עדים מאיש המותר להתיחד לה עמו, ג"כ לא הוי קנוי לאוסרה עליו, דטעמא דנתנה לו התורה רשות לקנא לה ממי שירצה אף בכה"ג שאינה אסורה עליו להתיחד עמו משום דקא קפיד, ואם היא לא שמעה לקולו, הלא תוכל להתברר זאת ע"י שתיה אם טהורה היא, ולכן טמאה הכתוב קודם שתיה, וזה דוקא בהנך דשותות, אבל בהנך דאינן שותות כמו ארוסה ושומרת יבם, לא מצי לאוסרה להתיחד עם המותר ולאוסרה על האיש שקינא לה מאתו ולפוסלה מתרומה ומיבם, ואם כי היא סברא חלושה, בכ"ז היא מאוששה, מהא דשקיל וטרי בתלמודין פרק ארוסה (דף כ"ה), אם עוברת על דת צריכה התראה או לא כו' ופשיט מארוסה ושומרת יבם ואלמנה לכה"ג דמקנאין להן אלמא להפסידן מכתובתן קנוי בעי, ובלא זה לא מפסדא כתובה, וזה פלא דלמא בכה"ג דלא הוין עוברת על דת כמו עם אביה ובנה או עם שני בני אדם וכיו"ב. ולפמש"כ ניחא, דבכה"ג אין ביד הבעל לקנאות לה באופן המותר, כיון שתשאר אסורה לעולם ולא יהא להן תקנה בשתיה ולאו כל כמיניה דבעל לאסור לה מה שהתירה תורה:

ואולי יש ליישב בזה הקושיא שמקשין העולם ובראשם הש"ק, דלהירושלמי דאף ממאה בני אדם מקנא לה בסוטה, א"כ איך ילפינן ספק טומאה ברה"ר טהור דמה סוטה רשות היחיד, והא בסוטה משכחת רה"ר וכגון שקינא ממאה בני אדם. ולפ"ז יש לומר דממה שאסרה תורה לבעלה ולתרומה עד שתשתה אין ראיה שעשה ספק כודאי למילף גבי שרץ, דשאני גבי סוטה דאית לה תקנה בשתיה ואסרה התורה כדי שתמהר ותשתה ותסיר כבלי האיסור מעל צוארה שאל"כ מי יכריחנה לשתות, ומשום שתתברר ע"י שתיה כן צותה התורה להתברר, משא"כ גבי שרץ שיהיה טמא לעולם ולא יתברר הספק אפשר דאזלינן בתר חזקה וטהור בספק מגע שרץ, דדוקא גבי סוטה שיכול להתברר הטילה התורה לברר, וא"כ עיקר הראיה למגע שרץ הוא מהני נשים שאינן שותות

דאיתרבו מואמרת אליהם לקנוי וסתירה דקרינן בהו ונטמאה לבעל ולבועל, אעפ"י שאין יכול להתברר, בכ"ז לא אזלינן בתר חזקה ונטמאה, ה"ה לספק מגע שרץ שטמא אעפ"י שאינו עומד להתברר לא אזלינן בתר חזקה, וכיון שכן בהנך נשים הא פירשנו דאם קינא באופן שאין בסתירה שלהן איסור יחוד ד"ת לא סמסתרי ע"י קנוי, ולא הוי רק רשות היחיד היא והבועל [ואפילו בתרי ופריצי נראה דאינו אסור דבר תורה ודוק]:

ובספרי סימן י"א ר' יוחנן בן ברוקה אומר אין מנוולים בנות ישראל יותר ממה שכתוב בתורה כו' סדין של בוץ היה פורש בינו ובין העם כו' אמרו לו כשם שלא חסתה על כבוד המקום כך אין חסין על כבודה, נראה דבהא פליגי דריב"ב או דסבר דמשקה אותה עפ"י עצמה וא"כ אנן לא חזינן דנסתרה, ואטו על פיו של בעל נקום ונבזה אותה, או דסבר כר' יוסי ב"י דמקנא לה עפ"י עצמו, וא"כ אם נסתרה עם אביה, לא עשתה רע שהתורה התירה, רק שהבעל אומר שקינא לה ולא היה לה לעבור על צוויו, ומאין ידע שאמת בפיו שקינא לה, לכן סבר דאין מנוולין אותה בפרהסיא ורבנן סברי כר' יהושע. אולם עיין ירושלמי פ"ק הלכה ה' ומבזין על הספק א"ר שמלאי בכ"מ שאתה מוצא כו' את מוצא אנדרלמוסיא באה לעולם יעו"ש ודוק:

והנה נצדד מה שיש לנו להעיר בזה, דע"י קנוי וסתירה לא תאסר כלל בזה"ז, והוא, עפ"י מה שנסתפקתי בטעם דקנוי וסתירה דמתסרא לבעלה, דכפי הנראה דמה שלא מתסרא ע"י סתירה לחודא, משום דממה שעברה על איסור יחוד לא הפסידה חזקת היתרא לבעלה, אבל אם קינא לה, דגילה הבעל דעתו דקפיד והיא בכ"ז נסתרה, רגלים לדבר דזינתה עמו. ולפ"ז הא דאם מחל הבעל מחול היינו כיון דתו לא קפיד, א"כ יכול להיות שעברה על איסור יחוד ולא זינתה עמו. ולפ"ז אם מחל הבעל שלא בפניה הרחק ממנה והיא לא ידעה ונסתרה עם האיש שקינא לה ממנו אסורה על הבעל דהא רגלים לדבר איכא דהיא סברה דקפיד ובכ"ז נסתרה עמו, א"כ רגל"ד דזנתה עמו וסתירה זו לטומאה היתה, וזה חדש לא שמענו, [וזה כוונת תוספות התם שכתבו על ש"מ בעל שמחל על קנויו ותפשוט נמי עובר ע"ד אם רצה לקיימה מקיימה אפילו התרה בה ואם מחל והיא ידעה מזה הלא אין כאן התראה, וע"כ כוונו דמסתמא אף במחל שלא בפניה והיא לא ידעה מזה, ובכ"ז בטל הקנוי ונשארה מיהא עוברת ע"ד ע"י התראה דההתראה לא בטלה וכאילו התרו בה בלא קנוי], עוד מוזר, למאן דאמר [והכי קיי"ל] דמקנא לה מאביה ומבנה אין סברא לומר דהוי רגל"ד דזינתה עמו בשביל שקינא לה דאימור לא תחוש לצוויו ולבטויו לאסור לה מה שהתירה תורה, לכן אמינא, דהנה כלל גדול דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים, ומצי למשוי אנפשיה חד"א, וזהו מתורת הודאה דלגבי

עצמו הוא כמאה עדים וכמו דמצי לשויא אנפשיה חד"א בענין שעבר, כן הוא מצי לומר שהיא חשודה בעיניו מאיש פלוני שאם תסתר עמו תזנה אתו ומצי למשויא אנפשיה חד"א לומר שהוא יודע יותר ממאה עדים שהיא דיימא עליה ובסתירתה עמו תטמא עמו, ותו אסור בה מצד ספק, והטילה התורה ע"י איסור ודאי ולאוסרה לאכול בתרומה ולבועל אף דע"ז לא מהני הודאתו דבעל ועדותו נגדה ולא כלום, בכ"ז עשאה התורה הספק כודאי וכל היכי דקרינא ונטמאה לבעל קרינא בה ונטמאה לבועל, ומצאנו ענין שויא אנפשיה חד"א כזה, להפוסקים בשו"ע יו"ד הלכות שחיטה סימן א' ס"ק י"ד. שוחט שהעיד עליו עד אחד ששחט שלא כהוגן כו' והעד בעצמו מותר לאכול משחיטתו, ועיין פרי חדש שהשיג עליו כיון דלפי דברי העד אותו שוחט רשע הוא, והוי חשוד לאותו דבר כל מה שישחוט מכאן ולהבא בלא קבלת דברי חברות, שחיטתו פסולה לפי דברי העד, תו שויא אנפשיה חד"א יעו"ש ובביאורי הגר"א, אף שהוא ענין להבא, דאטו מוכרח להוציא תמיד טריפות מידו, רק דאצלו הוא חשוד להבא ודוק, [וטעמא דמכשירים נראה דאמרינן שמא עשה תשובה, אע"ג דבלא קבלת דברי חברות לא מהני, דוקא בנודע פסולו בב"ד, הא בשעבר בינו לבין עצמו, סגי בתשובה בינו לבין עצמו וזה נכון. ועיין ביאורי הגר"א ז"ל. ובכתובות פרק נערה (דף מ"ד) בתוספות ד"ה לאורועי סהדי דמפסלי עדים לטובת המקבל התם משום שעבר כל אחד בפני חבירו ובפני המקבל מתנה ובפני הנותן, שהמקבל מתנה עם העד השני יכולים לפוסלו וכמו לדידי אוזיף בריביתא, והנותן שגם הוא יודע שהעיד שקר ובעו לעשות תשובה ברבים, ודלא כהמשל"מ פ"א מהלכות שחיטה שדבריו נסתר מדברי תוס' אלו]. וצפנתי בלבי כי זה חדש לפרסם זה בבי מדרשא, עד שהשגתי ספר השאלתות דרב אחאי גאון ראיתי בהעתקתו למה דבעי באם מחל אחר קנוי מי מצי מחיל, ז"ל, או דלמא כיון דקינא לה שויא עליה חתיכה דאיסורא, וכוונתו ודאי למש"כ דהוא העיד שאם תסתר חשודה עליו לזנות ותו אסורה עליו מספק כמו כל ספק סוטה תחת בעלה, ולכן אף מבנה ומאביה הודאתו כמאה עדים ונאמן לגבי עצמו לעשותה ספק איסור.

(**נ"ב** ולפי זה א"ש מה שכתב רבינו פרק ו' הל' יבום הלכה י"ט דצרת סוטה קודם שתשתה מתייבמת, משום דמה דמשוי עלי' ספק איסור לא מצי לאסור צרתה וכמו שאמר סוף פרק ב"ש וכי מפני שאנו כופין ומבקשין נאסור צרתה כן הכא אע"ג דמשוי אנפשי' חד"א לומר שהיא חשודה בעיניו מ"מ לגבי צרתה לאחיו לא מצי לאוסרה שנאמר דהוי ספק זינתה וצרתה אסורה ודו"ק).

ובזה יבואר לן מה שהכריחו התוספות ביבמות צ"ה דאם אמר הבעל איני רוצה

להשקותה אין אנו משקים אותה ותו לא מצי הדר, וטעמא דמלתא לפי מש"כ דנתבונן בעדים גמורים שאומרים שנטמאת אין בכח ההשקאה לסתור עדותן דתלינן דזכות תלה לה או הבעל אינו מנוקה מעון וכי"ב, רק דעל ספק מברר ההשקאה, אבל אם אמר איני רוצה להשקותה, הוא כאומר יודע אני בה שזינתה ונטמאה בודאי ולא תהא מותרת להבעל בהשקייתה דנאמן על עצמו יותר ממאה עדים כל מקום שמהני נאמנות העדים, וא"כ לאחר השקייתה יהא אסור בה ולכך אינה שותה, [וכן אמרינן דאם אמרה היא איני שותה מחמת בריותא בעי אם הוי כאומרת טמאה אני לך יעו"ש] וכלום המים באין אלא להתירה לביתה [אולם בהנך דב"ד מקנאין התם ודאי משום דרגלים לדבר שזינתה כיון שב"ד קנאו לה ואח"כ נסתרה וילפי זה מקראי ודוק] וכיון דיהיה אסור בה תו אין המים בודקין אותה ונשארת אסורה לבועל ועיין משל"מ הלכות סוטה פ"ב הלכה י"ב. וכיון שזכינו לזה, א"כ בזה"ז שמשועבד לה מחדר"ג כיון שאסור לגרשה בע"כ, וכבר כתבו תוספות ור"ן סוף נדרים דהאומרת טמאה אני לך מן הדין, אינה יכולה לשויא נפשה חד"א למיפקע שעבודא דבעל כיון דמשעבדא ליה, וה"נ כיון דמשתעבד לה תו אינו יכול למשוי אנפשיה חד"א ולאוסרה עליו בספיקא דסתירה. אך לפי זה א"כ במוציא ש"ר ובאונס דמשעבד לה ולא יוכל לשלחה כתיב בהו א"כ אינן נאסרות ע"י קנוי וסתירה וזה לא שמענו, ולא הוי אשתמיט תנא למיתני דהנך אינן נאסרות, אלא ע"כ כיון דמה"ת אסורות להתיחד, א"כ תו שפיר מצי אסרה אנפשיה אם תתיחד דנאמן על עצמו למשוי איסור עליה דליה ברירא שאם תתיחד תזנה עם פלוני, ומאי אמרת הא מפקיע שעבודה, זה לאו מידי שהרי אסורה ג"כ מן התורה להתיחד. אולם ז"א מוכרח, דאפשר דהא דנאסרות נשים אלו ע"י קנוי וסתירה היינו משום דלא מפקיע שעבודן דהרי ראויות הן לשתיה וישתו ויותרו לבעליהן, רק כשהיא ארוסה וכיו"ב מנשים שאינן שותות צ"ע אם אמרינן סברא זו דאינו יכול להפקיע שעבודן, או כיון שאסורות הן להסתתר דבר תורה לא נקרא מפקיע שעבודן וכן מסתברא. אולם כ"ז זהו באופן שמקנא לה מאנשים האסורות להתיחד עמהן, אבל אם מקנא לה מאביה ומבנה או משני אנשים בזו הסברא נכונה דלא מציא לשויא אנפשיה חד"א להפקיע שעבודן שמשועבד להן. ולפ"ז בזה"ז שהאנשים משועבדים לנשיהן מחדר"ג תו לא מצי להפקיע שעבודה ולמשוי עליה חתיכה דאיסורא ע"י קנוי באופן המותר מותרת יחוד ושריין לבעליהן אף כי קנא בעדים ונסתרו בעדים, והבן כי זה חקירה חדשה, וביחוד בנידון דידן ראוי להקל, וזהו מה שצדדנו בזה:

פרק כה

הלכה ד

ראה בהרב המגיד שהביא קדמונים שפסקו כרב אשי דאמר רישא מנה לאבא בידך וסיפא מנה לי בידך, והקדמונים נבוכו בפירוש השמועה, ועיין בזה בתוספות דפירשו דאפילו טוען האב ברי ג"כ לא מהני חזקה דילה, ונדחקו רבוותא בטעמא דמלתא. והנראה לי נכון, דבפרק קמא אמר דהיכי דחזקה מסייע להטוען ברי מועיל לאפוקי ממונא מידי הבעל הטוען שמא. והנה מה דאמר בריש הפרה דאם טעין משנגחה ילדה ברי לא מפיק ממונא מבעל השור אף ע"ג דחזקה מסייע ליה דהשתא הפילה. תירץ בתוספות רי"ד דדוקא היכי דאיתחזיק בחזקת חיוב מועיל חזקה דגופא לאפוקי ממונא יעו"ש דברי נועם. ולפ"ז נראה דעיקר חזקה נקרא מה שהיינו דנין מעיקרא שכן יהיה בחזקה זו מוקמינן לה וכמו שאמרו פרק ד"א דמוקמינן לאתתא בחזקת היתר ליבם אף שאז היתה אסורה ליבם משום אשת אח מוקמינן לה במה שעומדת בסף להיות אחרי מיתת הבעל מותרת ליבם, ונתבונן בשעה שנתארסה הלא נתארסה לנשואין וליטול כתובה כשימות או שיגרשנה, וא"כ אשה זו בחזקה שתנשא ותהיה לה כתובה חוב לה מן הבעל, ותמן שניסת וכן כאן בשניסת והוא רוצה לגרשה מחמת מומין הלא היא תובעת כתובתה באופן שהיתה עומדת מעיקרא לזה שיתחייב לה עצמה כתובה ולכך מסייע זה לחזקת הגוף, וצריך להביא ראיה שהיו בה מומין עד שלא נתארסה, הא אי לא מייתי ראיה שקלה כתובה, אבל מן האירוסין הלא ליכא רק חזקת הגוף לחודיה דמסייע ליה, הא חזקת חיוב הלא כשנתחייב לה באירוסיה כתובה היה בחזקה דיתחייב לשלם לה לא לאביה. ובאופן שאירע שישלם לאביה ע"ז לא איתחזק מעיקרא שהיינו דנין שלא יהיו בה מומין ותהא נשאת להבעל וא"כ על חיוב זה לא שייך לאוקמי על חזקה והוי כמו תנן בהפרה דמשום חזקת הגוף לבד דמסייע להניזק הטוען ברי משנגחה ילדה לא מפקינן ממונא מהטוען שמא ודוק:

והנה עיקר חזקה הוא כן. ולפ"ז בארתי במק"א דנראה ברור דבסתם ולדות שלא ידענו אם כלו חדשיהן לא שייך למוקמי בחזקת שאינה זבוחה, דמעיקרא היה עומד להיות ניתר בשחיטה או בשחיטת אמו או בשחיטתו כיון דרובא אינן מפילות איתחזק מתוך רובא שיהיו נולדים באופן שיותרו בשחיטה, וכמו שהותרו מעיקרא בשחיטת אמותיהן כן יהיו מותרים בשחיטת עצמן אחרי שיולדו כיון שנשחטה כדין, רק שאתה בא לדון שהפילתו אמו קודם שכלו חדשיו ע"ז אנו דנין שמעיקרא היה עומד להיות ניתר אם ישחט, וכמו שהיה מותר מעיקרא והיה נפקע ממנו איסור נבילה ע"י שחיטת אמו וז"ב.

רק יש לגמגם מהך דמייתי בפ"ק דחולין (דף ט') על שמוטה דאוקי אחזקתיה דאינה זבוחה, הלא נאמר דמעיקרא היה עומד שלא להיות נשמט ולהיות מותר בשחיטה, ואולי משום דגרגרת עבידא לאשתמוטי והשתא מצאנו שנשמט, ודרכו להשמט בעת שחיטה א"כ לא היה עומד בחזקה שלא להיות נשמט וכיו"ב כתבו האחרונים ויעוין ש"ש שמעתתא (ה' פ"ו), ועל הך דספק ספיקא כתב הט"ז דמצד דהוי דבר שיש לו מתירין מחמרינן בס"ס, וכיון דחומר דבר שיש לו מתירין הוי רק דדבריהם, בזה כתב הרא"ש בכלל ב' גבי כלאים דהנהגה דסמכינן בדרבנן על סימנים טבעיים כמו זוטר אודניה, נמצא דעל הסימנים שהביאו יש לסמוך בסתם ולדות וכן כתב המאירי בחידושי שבת דסמכינן על סימנים בס"ס יעו"ש, וכן סמכו חכמי ליסא הובאו דבריהם בספר רשמי שאלה ואין להחמיר בזה ודוק בכ"ז: