הלכה · משנה תורה · מפרשים · בני אהובה · ספר נשים

בני אהובה על משנה תורה, הלכות אישות

רבי יהונתן אייבשיץ

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

בני אהובה על משנה תורה, הלכות אישות

רבי יהונתן אייבשיץ

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/בני-אהובה-על-משנה-תורה-הלכות-אישות/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה 202611200317-v39 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
פרק ב 7
פרק ג 16
פרק ד 28
פרק ה 43
פרק ו 74
פרק ז 96
פרק ח 127
פרק ט 128
פרק י 148
פרק יא 167
פרק יב 196
פרק יג 220
פרק יד 232
פרק טו 249
פרק טז 266
פרק יז 292
פרק יח 323
פרק יט 333
פרק כ 339
פרק כא 347
פרק כב 352
פרק כג 380
פרק כד 403
פרק כה 439

פרק א

הלכה ב

וליקוחין אלו מצות עשה של תורה הן ובאחד מאלו דרכים האשה נקנית בכסף או בשטר או בביאה בביאה ובשטר מהתורה ובכסף מדברי סופרים. עיין מה שכתב הרמב"ם בתשובה דלכך קרוא כסף מדברי סופרים היות נלמד מי"ג מדות ושטר הוא מהתורה דלולא י"ג מדות מגופיה דקרא נלמד דיש קידושין בלא ביאה דאל"כ ארוסה בתולה היכי משכחת לה ויותר מסתבר לומר על שטר מכסף דשטר המוציא מהדין שיכניס ולכך כתב שטר הוא מהתורה משא"כ כסף דצריך לימוד גזירה שוה נקרא מד"ס זהו תמצית כוונתו ונכון הוא (א) אלא שיש לדקדק הא ודאי דיעוד באמה עבריה דאורייתא כדכתיב ואם לבנו ייעדנה והרי היא ארוסה כמ"ש הרמב"ם בהלכות עבדים פרק ד' הלכה ט' יעוד כאירוסין ועיי"ש וא"כ לפי"ז מצינו ארוסה בתולה בתורת יעוד אמה עבריה ומנא לן דכסף או שטר קונה זולת אמה עבריה והגמרא דפריך ארוסה היכי משכחת לה שפיר פריך דלפי סלקא דעתא דבעינן קידושי ביאה ועוד כסף או שטר ותרווייהו הוא דעושין קידושין ולא אחד א"כ אף באמה עבריה אמרינן כן דאב מייעדה לעצמה ואח"כ בועל אותה או מייעדה לבנו ואח"כ בנו בועל אותה משא"כ השתא דכתיב ובעלה דבביאה לחוד מתקדשת א"כ ביעוד על כרחך בלא ביאה דאי בביאה למה לי יעוד כלל ובפרט בבן שבעל אותה למה לי יעוד דאב ועל כרחך ביעוד בלי ביאה מיירי קרא וא"כ מצינו ארוסה בתולה בתורת יעוד ואין כאן לימוד על שטר כלל מגופיה דקרא ויש לישב (ב).

(**א**) אמר המגיה מה שכתב הרב זהו תמצית כוונתו ונכון הוא רצונו לבאר בזה תשובת הרמב"ם שלא תקשה עליו קושיית הרמב"ן שהקשה דהא דאמרינן בגמ' דנערה מאורסה בסקילה מיירי שקדשה בשטר מסברת כיון שהוא מוציא מכניס, הוא להס"ד דבעינן כסף וביאה אבל השתא דכתיב ובעלה דנקנית בביאה לחודיה ועל כרחך נקנית גם בכסף לבד א"כ יש לומר דנערה מאורסה בסקילה מיירי בכסף לבד כמו בשטר ולפירש הרב הגאון ז"ל יתורץ קושייתו.

(**ב**) אמר המגיה אפשר שכיון הרב הגאון במה שכתב ויש לישב מהא דאמרינן במסכת כתובות דף מ"ד ע"ב תניא שילא שלש מדות בנערה באו לה עדים בבית חמיה שזינתה בבית אביה סוקלין אותה על פתח בית אביה כלומר ראו גדולים שגידלתם באו לה עדים בבית אביה שזינתה בבית אביה סוקלין אותה על פתח שער העיר וכו' והביאו הרמב"ם להלכה בהלכות איסורי ביאה פרק ג' הלכה ט' א"כ בנערה מאורסה ע"י יעוד לא משכחת

לה באמה עבריה שזינתה אחר קידושין דהיינו אחר יעוד בבית אביה כיון שהיא אז כבר ברשות בעלה והאיך יקוים בה והוציאו אותה אל פתח בית אביה דכתיב גבי נערה מאורסה אף דאמרינן שם במתניתין דלא נאמר פתח בית אביה אלא למצוה מ"מ גבי יעוד לא יקוים המצוה כלל והאיך נאמר בקרא והוציאו אותה אלא ל כרחך דמיירי בשאר נערה מאורסה ובשטר.

הלכה ד

כתב הרב המגיד וגירסת רבינו ודאי היתה קידושין בלא כתובה וכתב עליו הכ"מ ואין דבריו נכונים שהרי רבינו עצמו כתב פרק ד' מהלכות מלכים אצל המלך פילגשים בלא קידושין וכתובה וכו' אבל ההדיוט אסור בפלגש וכו' עיי"ש ונראה דודאי בלאו הכי תמה הרמב"ן מאין יצא לו להרמב"ם לחלק בין מלך להדיוט אמנם המעיין שם ברמב"ם יראה דמתורת פרשת המלך בא לו ההיתר הזה ולכך העתיק כל פרשת המלך והך דאת בנותיכם יקח לרקחות וגו' השמיט רק כתב תמורתו ושולח בכל גבולי ישראל ולוקח נשים ופלגשים הרי דס"ל דהך קרא לרקחות וגו' הוא לישנא מעליא והכוונה על פילגשים וזה פשוט ההיתר למלך לבדו ועיין במפרשים ורד"ק (ג). וזה לפי פסק הרמב"ם שפסק שם פרק ד' הלכה א' שכל האמור בפרשת המלך מלך מותר בו אבל רב דאמר במסכת סנהדרין דף כ"א ע"א מה נשים ומה פלגשים נשים בקדושין וכתובה פלגשים וכו' ליכא למגרס פלגשים בלא קדושין דהא אמרינן שם בגמרא דף כ' ע"ב דרב ס"ל כל האמור בפרשת המלך מלך אסור בו ואיך לקח דוד פלגש האסור להדיוט דמאי שנא ודברי הרב המגיד נכונים ומה שכתב הכ"מ דיש לומר דפלגשי כלב וכדומה היה ביעוד אמה עבריה נמשך אחר לשון הרמב"ם בהלכות מלכים פרק ד' שכתב הדיוט אסור בפלגש אלא באמה עבריה לבד ולאחר יעוד כוונתו דזולת אמה עבריה אין הדיוט מותר בפנויה זולת מעשה קידושין רק אמה עבריה מותרת לו ביעוד לבד בלי מעשה כלל אבל מ"מ מודה הרמב"ם דהיא ארוסה גמורה שכסף ראשון משוויא ליה קידושין כמ"ש הרמב"ם בהלכות עבדים וגם לא ידעתי למה יהיה חל עליה שם פלגש מה נשתנה אמה עבריה משאר נשים.

ומ"ש הרב המגיד דגירסת הרמב"ם בגמרא דסנהדרין דפלגשים בקידושין בלא כתובה יש לדקדק הא ס"ל לרמב"ם דכתובה לאו דאורייתא רק תקנת חכמים וא"כ מה חילוק יש בקרא בין נשים לפלגשים ואפשר לומר דאף דאינו מחויב מהתורה ליתן כתובה מ"מ היו נוהגין ליתן כתובה לנשים שהיו עקרי הבית כדכתיב מוהר הבתולות והן היו נקראו נשים ולשאר נשים הטפלים שלא הרבו להן מוהר קראו פלגשים ועיין ברמב"ם פרק א'

מהלכות נערה מ"ש ועיין שם בכ"מ (ד). ולפי מה שכתבתי דלדידן באמת פלגשים המה בלא קידושין וכמו שכתב הרמב"ם בהלכות מלכים רק דרב לשיטתו אזיל צריכין לגרוס בגמרא פלגשים בקידושין בלא כתובה ורב אפשר דס"ל דכתובה דאורייתא כרבן שמעון בן גמליאל במשנתינו ולדידיה יש חילוק בקרא בין נשים לפלגשים לענין כתובה איברא מה שהקשה הרמב"ן מפלגשי כלב שלא היה מלך ואף אם נאמר דכלב היה מיוצאי מצרים ולקחם קודם מתן תורה מ"מ מהך דפלגש בגבעה ומגדעון קשיא.

(**ג**) אמר המגיה אל יקשה להקורא דברי הרב דהרי הרמב"ם מסיים שם דיש לו לעשות הפלגשים שלוקח לארמונו טבחת ואופות ורקחת שנאמר ואת בנותיכם יקח לרקחות הרי לך דהעתיק גם מקרא זה דכוונת הרב בזה הוא מדהביא הרמב"ם תחילה מיד כשהביא דלוקח מן היפים לשמשים שנאמר ואת בחוריכם הטובים יקח ועשה למלאכתו ולא הביא ג"כ מיד ואת בנותיכם וכו' רק לבסוף הביא קרא זה דעושה מפלגשיו למרקחת על כרחך הוא מפרש דקרא לא מיירי לשימוש בעלמא כמו קרא דבחוריכם רק שהוא מפרש דלישנא מעליא הוא וקרא בא להתיר לו פלגש.

(**ד**) אמר המגיה עיין ברמב"ן שהקשה קושיית הרב על רש"י בחומש פרשת חיי שרה דשם מפרש רש"י דפלגשים בקידושין בלא כתובה והביאו בלח"מ בהלכות מלכים פרק ד' עיי"ש בדברי הלח"מ.

הלכה ו

אם אבי אמו בלבד וכו' אם אבי אביו בלבד. הלח"מ תמה דהנך הם מדברי הירושלמי והוא נגד הגמ' יבמות דף כ' דטרח למצוא שיתסרי שניות ומסיק דלא מר בריה דרבינא חתום עלייהו ואי דעת הגמרא כדעת ירושלמי הרי יש לנו ב' שניות להכניסם במנין עשרים ונראה לי דס"ל להרמב"ם כיון דאם אבי אם אשתו בכלל שניות ואם אם אבי אמו של אשתו אסורה מכ"ש אם אבי אמו וכן אם אם אב אבי אשתו אסורה מכ"ש אם אבי אביו והשתא דקורבא דקידושין דאתפלג דרא אסור מכ"ש קורבא דעצמותו ופשוט הוא ולכך כשמנה שית דרבי חייא דיש בו רביעי שבחמיו וחמותו שהוא נכלל בו הוי ליה הני בכלל ואין כאן צורך למניין אחר דהיא היא, אפס שלפי זה י"ל דהרמב"ם שכתב אם אבי אביו בלבד שסבר גם באשתו אינו אסור אלא אם אבי אביה בלבד דפסק דרבי חייא יש להן הפסק אבל לפי דעת הרא"ש דסבר דאין להן הפסק ואסור אם אבי אביה עד עולם לא ידעתי למה אם אבי אבי אביו מותר ובשו"ע אבן העזר סימן ט"ו הביא דעת הרמב"ם והרא"ש ובאם אבי אביו סתם כדעת הרמב"ם לבד וצריך להיות דס"ל דאין למידן קרובות

אשתו לקרוביו דהרי התורה החמירה בקרובותיה יותר מקרוביו דאם אמה אסורה לו ואם אמו מותרת לו מהתורה וחוקה כתיב בעריות.

פרק ב

הלכה ט

הבת שילדה וכו'. עיין במ"מ. והלח"מ האריך ודבריו מגומגמים עיין עליו והנכון בהבנת המ"מ במה שכתב ויש לתרץ דהוא סבר וכו' דהשתא חזר ממה שכתב דסוגיית הגמרא אזלא למ"ד תוך זמן כלאחר זמן וכו' ואין אנו צריכין לזה דזה דחוק רק ס"ל לרמב"ם לילד קודם י"ב שנה אי אפשר דאז ודאי תמות אבל להתעבר תוך י"ב ולילד אחר י"ב זהו מהאפשר ולכך תני רב ביבי שמא תתעבר ושמא תמות לפי שהוא אומר לשמש במוך כל שנת י"ב ואף שתלד לאחר י"ב וליכא מיתה ודאית מ"מ יש לשמש במוך אולי תמות וס"ל לרמב"ם דאין עיבור גורם גדלות רק הלידה וא"כ אתי שפיר דמצינו בת ממאנת דנתעברה קודם שהביאה ב' שערות ומיאנה ואח"כ ילדה אבל חמותו ממאנת אי אפשר דאימת מקדשה להולד כשתלד כבר היא בעת לידה גדולה וזה דייק הגמרא בנים הרי הוא כסימנים והסימנים דוקא לאחר י"ב שנים וכך בבנים ולכך באמרו בנים עדיפי מסימנים משני אליבא דרבי יהודה ולא קאמר דבהא עדיפי דמהני אפילו בתוך זמן דס"ל תוך זמן אי אפשר לילד כלל.

ומה שהקשה המ"מ דעדיין מצינו חמותו ממאנת במקדש העובר לאחר הכרה ואותה הבת שנשאת לו מתה ואין לאחיו זרע קיימא ואף דהוי חמותו לאחר מיתה הא פסק הרמב"ם מידי כרת לא נפקא (א) מלבד דיש לומר דס"ל לרמב"ם דאינם קידושי דאורייתא ולכך פסק לקמן פרק ז' מהלכות אישות הלכה ט"ז דיחזור ויקדשנה שלא יהיו בקידושין דופי וכן כתב רבינו בפירוש המשניות לקידושין פרק ג' וז"ל ומה שמתחזק אצלי צריך שיקדש אותה אחר שנולדה ואז מותר לבוא עליה לפי שמן העיקרים שבידינו שאין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם ואמנם אמרנו דבריו קיימין להחמיר שהיא נעשית אשת איש עכ"ל וא"כ איך פוטרת צרתה. אף גם יש לומר דהא לא קשיא ליה להמ"מ דלמא במקדשה לאחר שמיאנה דבמשנה משמע שהיתה צרתה כשהיתה חמותו וע"ז קמ"ל דמ"מ כשמיאנה צרתה חולצות או מתייבמות משא"כ בנעשה חמותו לאח"כ פשיטא דצרתה חייבת ביבום דמעולם לא היתה צרת ערוה כלל ופשוט הוא. ולפי"ז גם בקושיית המ"מ יש לומר דודאי אף המקדש עוברה לאחר הכרה מ"מ הקידושין אינם חלין אלא לאחר הלידה ולכך בעינן שצריך לקדש כשתלד דאז חיילי קידושין והוי כאומר

התקדשי לאחר שלשים יום דאז חיילי קידושין וברור המקדש עובר וקודם לידה בעל אחותה דפטור מקרבן אף שנולד אח"כ והיא נקבה דאז עדיין לא גמרו קידושין ולפי"ז איך תפטור צרתה מן חליצה ויבום כיון דאינה ערוה גמורה לחייב כרת ושגגתה חטאת ולאחר שתלד כבר מיאנה בנתים ומעולם לא היתה צרתה צרת ערוה שיש בזדונה כרת וכו' וזה פשוט.

ויש להרמב"ם ראיה דמתורצת בזה קושיית התוס' במשנה בד"ה בתו וכו' דדחקו התוס' דלקמן אמרינן דבאונסין לא קמיירי דהא בתו על כרחך באונסין דאל"כ היינו בת אשתו ולפי הרמב"ם ניחא דודאי מזנות לא ביקש התנא לומר דאטו ברשיעי עסקינן אבל במשנה יש לומר בתו שלקח קטנה ונתעברה ומיאנה ואח"כ הולידה בת והרי היא אסורה עליו משום בתו אבל לא משום בת אשתו דהממאנת מותר בקרובותיה ואין כאן איסור זנות כלל משא"כ לקמן גבי אסורה לזה וכו' ליכא למימר בכה"ג דאף דתאמר דמיאנה מראובן מ"מ האיך נשאת לשמעון אם בנשואין אי אפשר ליקח לשמעון בת ראובן שהולידה הממאנת דהוי בת אשתו וגם בשמעון למאן אי אפשר שכבר הולידה בת לראובן ובנים הרי הוא כסימנים ועל כרחך בא עליה שמעון בזנות כמ"ש התוס' שם דף ט' ע"ב ד"ה בתו וכו' ומאונסין לא מיירי ודברים נכונים וברורים יש כאן.

(**א**) אמר המגיה כן כתב הרמב"ם פרק ב' מהלכות איסורי ביאה וז"ל שם הלכה ח' בא עליהן לאחר מיתת אשתו הרי אלו בכרת ואין בהן מיתת בי"ד וכו' ועיי"ש במ"מ והא דלא מפרש הרב ז"ל כמו שמפרש רש"י במתניתין בד"ה ואי אתה יכול לומר בחמותו וכו' שכבר ילדו מאחר קודם שנשאו לאחיו משום דהרב אזיל לשיטת הרמב"ם דאי אפשר לה לילד בקטנות א"כ על כרחך נשאת לאחיו אחר העיבור מראשון קודם לידה א"כ על כרחך נשא אחיו מעוברת חבירו ועביד איסור ומזה לא מיירי מתניתין משא"כ לרש"י דס"ל דאפשר לילד בקטנותה יש לומר דנשא אותה אחיו בקטנותה אחר לידה ולא עביד איסורא משום מנקת חבירו דיש גוונא שאין בו משום מנקת חבירו כמבואר בגמרא ופוסקים על כן מפרש רש"י בכה"ג דאי אפשר לה למאן שכבר ילדה והא דלא מפרש רש"י כמו שמפרש הרב דמיירי שנשא אחיו חמותו והוליד ממנה בת ולקח אחיו את הבת ומתה די"ל דרש"י אזיל גם בזה לשיטתו דס"ל דאם מתה הבת אין בו כרת בחמותו רק איסורא בעלמא (ועיין בתוס' דף ב' ע"ב ד"ה ואי אתה יכול לומר בחמותו וכו' ובמהרש"א שם).

ומ"ש המ"מ דיש להראב"ד החולק וס"ל דמשעת עיבור קרויה גדולה ראיה מסוף פרק נושאין על האנוסה דף ק' ע"ב והיינו דטרח הגמרא על אשה שלא המתינה ג' חדשים

ונשאת לשני למצוא מקום שיהיה שלא בזנות ויהיה בעל ראשון ושני קיים ולא יהיה נפסל לכהונה ומוקי לה בממאנת ומקשינן ממאנת מי ילדה וכו' ולהרמב"ם הא מעיברה כשהיא קטנה נראה דלק"מ דהא קתני במתניתין מי שלא וכו' היו לה בנים מראשון ושני וכו' היו לו אחין שלא מאותה האם וכו' היו שניהם כהנים וא"כ כל המשנה מיירי בחד גוונא ואי מיירי בממאנת איך אפשר לומר דיש להוליד אחין מהראשון מאותה אם אלא ודאי על כרחך שהולידה קודם שנתעברה בזה הספק וכבר נתגדלה ואיך אפשר לממאן ומדרישא לאו בממאנת סיפא נמי לאו ממאנת וזה פשוט (ב).

אך מהך דפרק אלו נערות דף ל"ח ע"ב דבעי רבא יש בגר בקבר וכו' דאמרינן דאי אפשר שתלד קודם ימי בגרות ואם אפשר להתעבר בקטנותה אפשר לה להוליד בחדשי נערה קשיא ונראה דקושיא זאת הקשו התוס' ביבמות דף י"ג ע"א בד"ה משום צער לידה דלרב זביד דאמר בנים אי אפשר בלא סימנים רק מחמת צער לידה נשרו תבדק בעודה מעוברת עיי"ש אין הכוונה על חמותו שתמאן דאי אפשר למאן רק אחר לידה ובשעת לידה נשרו הסימנים ומה שכתב הנימוקי יוסף דכוונת התוס' במקדש העובר במעי אמה מלבד דכתבתי לעיל דליתא אף גם התוס' לא ס"ל כרמב"ם ופסקו דאינו מקודשת במסכת קידושין דף ס"ב ע"ב בד"ה ואמר רבי חנינא וכו' רק קושיית התוס' דא"כ מצינו אפשרות לקטנה שתהא מתעברות דהיינו בבדיקה ולית לה סימנים א"כ קשיא על גמרא דכתובות ושפיר מיבעי אי יש בגר בקבר דנתעברה בקטנות והולידה בגדלות בששה חדשי נערה ודברי התוס' נכונים ומהרש"א הניח בצ"ע ולפי מה שכתבתי לא קשה מידי אמנם לרמב"ם קשיא בדוחק יש לומר דסוגיא דכתובות אזלא להך מ"ד כסתמיה דשמעתין דהתם דס"ל שמא תתעבר ותמות ודאי כמ"ד גבול יש וכו' ועל זה פריך לרבא דס"ל לדוחק דמילתא דרבא יהיה רק אליבא חד מ"ד והוי ליה לפרש ומהדר בגמרא לפרש מילתיה דרבא אליבא דכו"ע ויותר נראה לי דהא דנקט הרמב"ם בת ממאנת לאו דוקא ממאנת רק קידושי טעות דיכולה לחזור אפילו בנה מורכב על כתפה והדבר צריך תלמוד (ג).

(**ב**) אמר המגיה לפי מה שמפרש הרב המחבר צריך להיות הא דפריך בגמרא בפשיטות ממאנת מי קא ילדה לאו מסיפא דמתניתין דהן אינן מטמאין לו קא פריך דהא שפיר משכחת לה רק משום דצריך להיות דומיא דרישא ובריש אי אפשר לממאנת להוליד אחין מן הראשון מאותה אם.

(**ג**) אמר המגיה אל תתמה איך קרא הרמב"ם קידושי טעות ממאנת שכן במסכת נדה דף נ"ב ע"א קרא לה בגמרא החוזרת מחמת קידושי טעות ממאנת דכן איתא התם שאע"פ

שבנה מורכב על כתפה ממאנת והולכת.

ועוד יש לומר בהך דכתובות דהא דאמרינן כשנתעברה תוך י"ב שנה עדיין קטנה היא ולא הוי כסימנים משום דקי"ל תוך זמן כלפני זמן וס"ל לרמב"ם דהוא הדין בבנים כמ"ש רש"י ולכך כתב הרמב"ם כשתלד לאחר י"ב שנה ולאו דוקא תלד אלא ה"ה מעוברת כמ"ש התוס' דלידה לאו דוקא אבל תוך י"ב שנה לילד אי אפשר ולהתעבר אפשר מ"מ לא הוי כסימנים דהוא בתוך זמן אבל למאן דאמר תוך זמן כלאחר זמן א"כ כשתתעבר תוך י"ב שנה בנים הוי כסימנים אפילו עיבור בעלמא והרי היא נערה דהוי כלאחר זמן ומעתה הגמרא בכתובות פריך לרבא דבעי יש בגר בקבר וכו' הא אי אפשר להתעבר בקטנות דאי תעבר הרי היא גדולה כמ"ש הנימוקי יוסף ביבמות ומה תאמר דאי תעבר קודם י"ב שנה עדיין היא קטנה א"כ תפשוט דס"ל לרבא דתוך זמן כלפני זמן ובבבא בתרא דף קנ"ה ע"ב דחיק דהך מילתא דרבא דס"ל תוך זמן כלפני זמן לאו בפירוש אלא מכללא אתמר ודחינן דאין הכרע בדברי רבא עיי"ש וקשה תפשוט מהך מילתא דרבא וזה דרך התלמוד בכל מקום ואתיא שפיר (ד) וס"ל לרמב"ם דהך תוך זמן גבי בן י"ח ובן עשרים שנה עם הך תוך זמן דסימנים במסכת נדה חד דינא אית להו.

(ד) אמר המגיה ולא תקשי לדברי הרב המחבר אי ס"ל לרמב"ם דחד דינא אית להו א"כ תפשוט מהא דאמר רבא בפירוש במסכת נדה דף מ"ו ע"א דתוך זמן כלפני זמן דזה אינו קושיא דהא אמרינן התם דרב שמואל בר זוטרא מתני לשמעתא דרבא בהאי לישנא אמר רבא קטנה כל שתים עשרה שנה ממאנת והולכת וכו' ומפרש רש"י ממאנת והולכת ואין חוששין שמא הביאה שתי שערות דאפילו הביאה שומא נינהו והיינו תוך זמן כלפני זמן עכ"ל ולדברי רש"י משני הלשונות מוכח דס"ל לרבא תוך זמן כלפני זמן אבל הרמב"ם יש לומר דס"ל כשיטת התוס' שם בד"ה קטנה וכו' דהוכיחו שם דפסקינן תוך זמן כלפני זמן וסיימו בסוף הדיבור וז"ל וגם בלישנא קמא פסק רבא בהדיא דתוך זמן כלפני זמן עכ"ל ואי ס"ד דתוס' ס"ל כרש"י מה זה דכתבו דללישנא קמא פסק רבא כן הא על כרחך גם בלישנא בתרא פסק כן אלא על כרחך דהתוס' הוי קשה להו לפירש רש"י מה איכא בין לישנא קמא לבתרא ואי משום דללישנא בתרא לא אמר בפירש דתוך זמן כלפני זמן מה נפקא מיניה אי אמרה בפירש או לאו כיון דעל כרחך ס"ל כן גם ללישנא בתרא משו"ה מפרשי התוס' דללישנא בתרא לא מוכח מידי דס"ל לרבא דתוך זמן כלפני זמן כיון דמיירי דבדקו ולא אשכחו כדאמרינן בגמרא א"כ תוך י"ב שנה ממאנת כיון דליכא חזקה דרבא לא אמרינן שנשרו אבל לאחר י"ב שנה דאיכא חזקה אינה ממאנת דשמא נשרו אבל אי בדקו ואשכחו סימנים יכול להיות דס"ל לרבא דתוך זמן כלאחר זמן וכיון

דאיכא תרי לישנא אינו יכול לפשוט האיך ס"ל לרבא גם מהכא והוא פשוט.
ויש לי תימה על מה שכתב הרמב"ם הבת שילדה וכו' ולא כתב נמי הבן שהוליד אחר י"ג שנה דהרי הוא בחזקת גדול כאלו הביא שתי שערות דקטן אינו מוליד כמבואר פרק בן סורר ומורה דף ס"ח ע"א ופסק הרמב"ם בהלכות גזילה פרק ח' הלכה ז' דקטן אינו מוליד וכן פסק בהלכות ממרים פרק ז' הלכה ו' דכל ימיו של סורר ומורה אינו אלא ג' חדשים משעה שראוי להוליד עד שיוכר העובר הרי דפסק להדיא דקטן אינו ראוי להוליד וא"כ הרי כיון דחזינן דמוליד על כרחך דהביא סימנים ואין כאן מקום פקפוק אם לא שנאמר דס"ל לרמב"ם דאינו במציאות שיוליד עד שיהיו לו שתי שערות וא"כ מה קמ"ל פשיטא כשיש לו ולד על כרחך שהיה לו שתי שערות אבל בנקבה נראה מדברי הגמרא דאמר בנים הרי הם כסימנים שהוא במציאות בנקבה שלא תהא לה ב' שערות אעפ"כ תלד רק דבנים הם סימני גדלות כמו ב' שערות וא"כ טובא קמ"ל אע"ג דראינו שאין לה שערות מ"מ הרי היא גדולה משא"כ בזכר אינו במציאות בו כלל שיוליד ולא יהיו לו ב' שערות ואין כאן רבותא כלל ולפי זה כשראינו שמוליד ולא בדקו אותו הרי הוא בחזקת גדול שהביא ב' שערות לאין ספק ועיין בבית שמואל בסדר חליצה ס"ק כ"ז.

הלכה יא

עד שיהיה בן עשרים שנה פחות ל' יום וכו'. ובטור אבן העזר סימן קנ"ה כתב שהוא טעות סופר וכו'אמנם בפירוש המשניות פרק יוצא דופן אמתניתין בת עשרים וכו' כתב להדיא כדבריו כאן ונראה בעליל דלאו טעות סופר הוא רק במכוון כתבו איברא דיש לדקדק מהא דפריך בבבא בתרא דף קנ"ה הא דאמרינן למכור בנכסי אביו עד שיהיה בן עשרים שנה מהך דבני ברק דאמרו קטן היה וכו' ואי ס"ד דהיה בן עשרים כי לא הביא ב' שערות מה הוי וכו' וקשה מה זו קושיא דלמא ס"ל הך מ"ד דס"ל דצריך להיות בן עשרים כמ"ד תוך זמן כלאחר זמן ולא היה בן עשרים בשלימות ולכך לולי דהיו לו ב' שערות הרי הוא בחזקת קטן אלא ודאי דדעת הראב"ד אמת דשלשים יום בשנת עשרים הרי הוא בכלל עשרים לחזקת גדול ושפיר פריך דאף למ"ד תוך זמן כלאחר זמן היינו כשעברו שלשים יום דמקצת השנה ככולה וכן כתב הסמ"ע בחו"מ סימן רל"ה דטעם מ"ד תוך זמן כלאחר זמן משום מקצת השנה ככולה וא"כ הרי הוא גדול וצריך (להיות) [לומר] להרמב"ם דקושיית הגמרא היא למסקנא לדידן דקי"ל עד שיהיה בן עשרים וקי"ל תוך זמן כלפני זמן וא"כ קשיא הך ברייתא.

הלכה יז

נמצאו שתי גומות וכו' הרי אלו סימן חזקה אין גומה בלא שער וכו'. נראה דמכל מקום אין ראיה על גודל השיער כדי לכוף ראשן לעיקרן דאל"כ שיעור שער למה לי בלא גומה לא מהני ובגומה ודאי יש סימן אלא ודאי הא דאמרינן אין גומה בלא שער היינו כדי להנטל בפי הזוג ומהני להחמיר במיאון אבל לא מהני גבי חליצה עד שראינו השיעור כדי לכוף ראשן לעקרן דעל זה אין גומה סימן ופשוט הוא.

הלכה כ

כשבודקין הבת וכו'. עיין בכ"מ מה שתמה בשם הרמ"ך ועיין בלח"מ שתמה על דבריו ונראה דרמ"ך מפרש תוך הפרק כר"ת וא"כ הלכה כר' יהודה בכל דבר ושפיר תמה על הרמב"ם אך מה שכתב וכן כתב הרי"ף תמוה דהרי"ף ביבמות פרק בית שמאי פסק להדיא בהא כר' שמעון רק מחלק בהא בענין חזקה דרבא עיי"ש וצ"ע.

הלכה כא

כל שנים האמורות וכו'. הש"ך בחו"מ סימן ל"ה והמג"א באו"ח סימן נ"ג נסתפקו בכל הני דבעי מעת לעת אי הכונה על מעת לעת דשעות גם כן כמו בקדשים או לא והרב בעל משנה למלך עמד על ספק הלזה וביירר ברוחב בקיאותו במקום הספק בתוס' בכל מקומות וכמעט לא הניח מקום שלא עמד בו זולת במה שצידד לומר לפירוש ר"ת בפירוש התוס' בהא דאמרינן במסכת נדה דף מ"ט ע"א תוך הפרק כלאחר הפרק דהוא ביום אחרון של שנת י"ג ויום אחד וכו' וא"כ בזה נחלקו ר' יהודה ור' שמעון אי מונין שעות או לא ודעת ר' יהודה דאין מונין שעות והלכה כוותיה.

ולבבי לא כן ידמה כי מלבד הדוחק שר"י ור"ש יפלגו בזו ואין לנו לחדש מחלוקת חדש מה שלא מצינן להדיא נראה דהסברא איפכא הוא כי אם ס"ל לר"י דאין מונין שעות לפי"ז בתחילת שנת י"ג ככלות שנות י"ב הוא לענין שנים גדול גמור כיון דאין מונין שעות ואלו לא היינו צריכין שני שערות רק היה סגי בשנים כמו בת ג' שנים בקטנה ובן ט' שנים בקטן לענין ביאה כיון שנכנס תחילת שנת ד' לנקבה או שנת עשר לזכר אף דלא מליא ליה השעות הרי הוא והיא ראוים לביאה כגדולים וא"כ אף בבת י"ב ובבן י"ג שנים כיון דלא בעינן שעות הרי הוא בתחילת שנת י"ג לנקבה או בתחילת שנת י"ד לזכר כמו בסוף השנה ומעתה אם יש לו באותו זמן שערות מה זה דקרינן ליה תוך הפרק הלא הוא סוף הפרק כיון דלא בעינן שעות ולמה בסוף הפרק דהיינו בסוף היום אמרינן חזקה שהביא ב' שערות דלא אמרינן כן בתחילת היום כיון דאין צריכין למנות שעות הרי הוא הגיע לכלל שנותיו כמו בסוף וזה פשוט דמה נשתנה בן י"ג שנה לגדלות לבן ט'

שנה לביאה והתם אין מונין שעות ולא מחלקין כלל בין תחילת היום לסוף היום ובבן י"ג נחלק עד שיהיו מסופקים אם נאמר ביה חזקה וכדומה. אלא ודאי נהפך הוא דהנה במסכת ערכין דף ל"א ע"א בתוס' בד"ה שנת ממכרו וכו' כתבו בשם הר"ר אלחנן דדוקא בבתי ערי חומה מונין שעות אבל בכל שנים בבן ובבת אין מונין שעות והתוס' פליגו עליה התם וס"ל דגם בשנים בבן ובבת מונין שעות ולכך מפרשי התוס' הכא לשיטת ר"ת דבהגיע תחילת שנת י"ד ולא מליא ליה עדיין השעות ומצינו בו ב' שערות בזה נחלקו בו ר' יהודה ור' שמעון דר"י סבר הואיל היום הוא שיגיע לשנותיו עבידי השערות דמקדמי ואתיין וכיון דלא שומא נינהו רק סימנים גמורים הרי הוא גדול דגדלותו תלוי בסימנים ולא בימים והוא דחזינא ביה הסימנים אבל חזקה לית ליה דאכתי לא הגיע לכלל שנותיו דלא מליא ליה השעות ומונין השעות לבן ובת כמו לקדשים ור"ש ס"ל דלא עבידי הסימנים להיות מקדמי ובאו טרם שנים גמורים ולכך תוך הפרק כלפני הפרק זהו ברור ונכון בפירש ר"ת לשיטת התוס'.

אבל הרא"ש וכן הטור באבן העזר סימן קנ"ה מפרשי שיטת ר"ת דמיירי ביום כלות שנת י"ג שנה היינו משום דס"ל כהר"ר אלחנן דשנים שבבן ובבת אין מונין להם שעות על כרחך אי אפשר להו לפרש שיטת ר"ת כפירש התוס' דמיירי בתחילת שנת י"ג לנקבה ותחילת שנת י"ד לזכר דזהו לא מקרי תוך הפרק כנ"ל ולכך פירשו דמיירי ביום כלות שנת י"ב לנקבה וי"ג לזכר וס"ל דרגילי הסימנים להיות מקדמי ואתין ביום טרם הגיע שנת גדלות ולאו שומא נינהו וזהו הנקרא בתוך הפרק וברור ופשוט הוא. והבית שמואל באה"ע סימן קנ"ה ס"ק כ' כתב דצריך ישוב דמה מהני שערות בסוף י"ב שנים כיון דעדיין קטנה היא ולא קשיא מידי דרגילי הסימנים להיות מקדמי ואתיין ביום דמשלם זימנא ואפילו בתוך הזמן איכא למ"ד דהוי כלאחר זמן והיינו משום דרגילי הסימנים לבוא מקודם ואפילו החולק דס"ל דשומא נינהו משום דתוך זמן כלפני זמן אבל ביומא דמשלם זמן מודה דרגילין הסימנים להיות מקדמי ואתיין ואין זה מהתימה כלל.

ומעתה מאחר שהרמ"א באה"ע סי' קנ"ה העתיק דעת ר"ת כפי פי' הרא"ש והטור דתוך הפרק היינו במשלם י"ב שנה לנקבה או י"ג לזכר ואילו ס"ל דמונין שעות אין לנו להקדים זמן גדלות והבו דלא לוסיף עליה לומר תוך הפרק היינו בתחילת שנת גדלות כנ"ל ועל כרחך דס"ל דאין מונין שעות כלל וכן הנכון ובאשר הרב משנה למלך הביא ראיה ברורה ג"כ מהך דיבמות דף ל"ד ע"א בפי' רש"י כגון ששפעת מתוך י"ג וכו' ושפתיו ברור מללו עיין שם. איברא דעדיין קשיא מה בכך דאין מונין שעות מ"מ הגדלות תלוי בסימנים ואי אפשר לצמצם שיהיו שני אחים ושני אחיות מוציאין סימנין ברגע אחת ולא

תקדים ולא תאחר כבר עמד בזה הרשב"א בחידושיו בשם הרמב"ן ותירץ דמיירי דלא בדקנוהו רק לאחר זמן וקי"ל כרב דאמר בקדושין דף ע"ט ע"א אם קידשה אביה בדרך וקידשה עצמה בעיר בההוא יומא דמשלם ששה ואם נמצא אחר כך בוגרת אמרינן דהיא בוגרת למפרע דמהשתא בוגרת לצפרא נמי בוגרת וה"ה בזה אמרינן דסימנין היו למפרע מתחילת כניסת שנת גדלות בכל אופן.

ומ"ש הרב בעל משנה למלך דלפי' הרא"ש בפירוש ר"ת ניחא דמיירי שהביאו סימנין ביום אחרון של י"ב וי"ג ומ"מ אין נעשין גדולים עד הערב שמש של שנת י"ג אגב חרפא טעה כי לפי' ר"ת באותה שעה שבאו סימנין תיכף גדולים הן ולא אח"כ כשיגיע שנת י"ג וי"ד דודאי אלו באו הסימנים אפילו בשנת י"א הוו גדולה דגדלות תלוי בסימנים ולא בשנים רק דאמרינן הנך לאו סימנים נינהו רק שומא בעלמא ולפ"ז הני סימנים דאתו בסוף שנת י"ב מה טיבן אם שומא נינהו אף כשיגיע שנת י"ג מה מהני וכי שומא יעיד על גדלות ואי סימנים נינהו א"כ הרי היא גדולה תיכף בעת היות לה סימנים ותוך הפרק כלאחר הפרק לפי' ר"ת הוא כלמאן דאמר תוך הזמן כלאחר הזמן דשם הפירוש דתיכף היא גדולה וכן הדבר כאן ואין הדבר צריך לפנים דלפי' ר"ת תיכף היא גדולה בכל דבר דס"ל דסימנים מקדמין ואתין כמ"ש לעיל. ומעתה אין מקום לתירוצו וחוזרני לתירוץ הרמב"ן הנ"ל והוא המחוור שבתירוצים וברור הוא.

איברא דיש מקום פלפול לתירוץ הרמב"ן דמוקי ליה אליבא דרב ולא ככו"ע דהא שמואל חולק בבוגרת ולא ס"ל דמחזקינן לה למפרע בחזקת בוגרת וא"כ קשה למה ליה לגמרא למוקמי כה"ג כגון ששופעת מתוך י"ג וכו' שהוא באופן רחוק בלתי נמצא ושכיח המציאות שיהיו כלים שנת י"ג של שני האחים ברגע שכלים שנות י"ב של שני האחיות ותהיינה שופעת באותו פעם ולא מוקי ליה בפשיטות שני אחים גדולים קדשו לשני אחיות שילדו זכרים או נקבות ביום אחד ואמרו הרי את מקודשת לי בתחילת יום מ"א או פ"א והן שופעות דם מסוף יום מ' עד תחילת יום מ"א או מסוף יום פ' עד תחילת יום פ"א ואמרינן במסכת נדה דף ל"ו ע"א בסופו דקי"ל כרב דאמר מעין אחד הוא וכו' וא"כ בכניסת יום מ"א חלו קידושין ונדה דקודם לזה התורה טיהרה את הדם והרי כל האיסורין חלין בבת אחת וזה כח מציאות לא יפול בו קושי הציור וכדומה וליכא למימר דביקש לשנוי אליבא דכו"ע וא"כ ללוי דס"ל שני מעינות הם ליכא למימר כה"ג משום דאי שופעת א"כ אף בתחילת יום מ"א טהור הוא ואי נפסק המעיין ובא מעיין אחר א"כ עדיין אי אפשר לצמצם שיהיה בכניסת רגע של יום מ"א ולא יהא איסור אשת איש ואחוה קודם איסור נדה בזה עדיין אינו מתורצת הקושיא דהא אף השתא לפירש הרמב"ן

הוא רק לרב ולא לשמואל ומאי שנא (א).

וצ"ל משום דקתני במתניתין ואם היו קטנות שאינן ראויות לילד מחזירין אותן מיד משמע ליה דאין הבדל במשנה בין קטנה לגדולה אלא בזו לענין החזרה להבחנה אבל במה דקתני ליה ברישא דחייב ד' חטאת דינם שוה וא"כ בקטנה ליכא למימר כה"ג דאי אפשר לה שתלד אך גם תירוץ זה אינו נכון דבסיפא בקטנה אין צריך לומר בשופעת מתוך י"ג דהא יש לומר כמו שכתבו התוס' דנתקדשו טרם היותם ראוים לביאה והן שופעת מתוך ג' לאחר ג' ובהגיע זמן היותה ראויה לביאה חלו כל ד' האיסורים כאחד דבשלמא אריסא לא בעי למימר הכי לגירסת רש"י משום דקתני שנים שקדשו שתי נשים וכו' ובסיפא קתני ואם היו קטנות וכו' משמע דברישא מיירי דקדשו לגדולות דאי מיירי דקדשו לקטנות רק דאח"כ נתגדלו ובסיפא מיירי דעודנו קטנות לא הוי ליה למימר ואם היו קטנות רק אם עדיין הן קטנות וזה פשוט וא"כ עדיין קשה דרישא דמיירי בגדולות הוי ליה לגמרא לשנוי בגוונא שכתבתי וסיפא מיירי כמ"ש התוס' ובכל גוונא חייב ד' חטאת.

ונ"ל דס"ל לדוחק לאוקמי מתניתין דמיירי בין בקטנות ובין בגדולות בתרי גוונא אופני המציאות חיובו של זה לא כחיובו של זה ומסתמא מיירי הכל בחד גוונא ועוד אפשר לומר כשנדייק במה דפריך שם מפרישין אותו והא אין אשה מתעברת מביאה ראשונה עיי"ש קשה מנא ליה דמיירי מבתולות דלמא מיירי שקדשו בעולות ודוחק לומר דא"כ אדתנא ואם היו קטנות שאינם ראוים להוליד ליתני ואם היו בתולות שאינם ראוים להוליד מלבד די"ל דקמ"ל רבותא אפילו קטנה דנבעלה אף גם איך יאמר אם היו בתולות אטו אי אפשר לבעול ולשנות ולא פסיקא ליה לתנא לומר אך באמת מיירי מתניתין מבעולות ולא בעלו רק פעם אחת ונרויח דלא תקשיתו הא דתני ט"ז חטאת ולא תני ל"ב חטאת דמיירי דלא בעלו רק פעם אחת ונ"ל מדקתני במתניתין בשעת כניסתן לחופה נתחלפו ש"מ דמיירי בגוונא דחופה קונה לעשות נשואין ולהיות בועלה כבועל אשת איש ולא ארוסה דאל"כ כניסתן לחופה למה לי דקתני ליה אם הוא בענין שאינו מועיל וס"ל לסתם גמרא כמו שכתבו התוס' בביצה דף ל"ו ע"ב ובפרק קמא דיומא והרא"ש פרק קמא דכתובות בשם הירושלמי דאין חופה קונה באלמנה וכן הוא בטור אה"ע סימן ס"ד ולא מהני ביה מידי וה"ה לשאר בעולה ולא מהני חופה רק בבתולה וא"כ על כרחך דמתניתין איירי בבתולות ושפיר פריך והא אין אשה מתעברת וכו' ולפי זה גם קושייתי ליתא דהא אי אפשר לאוקמי ביולדות דמתניתין בבתולות מיירי מדמהני ביה חופה וזה ראיה לדברי הירושלמי דגם הבבלי מסכים דאין חופה זולת בבתולה (ב).

(**א**) אמר המגיה ראיתי הגה"ה אחת נכתבת בגליון אצל מכתב הרב וכתב עליו דקושיית הרב ליתא דביבמות דף ל"ד אמר בגמ' בהדיא האי תירוצי בשופעת בשם אמר רב עמרם אמר רב ורב לשיטתו אזיל דס"ל דמחזקינן לה בבוגרת למפרע כתירוץ הרמב"ן ולא ידעתי שותא של זה המשיג על הרב דהא עיקר קושיית הרב היא דלא הוי ליה לשנוי בגוונא שהוא רחוק המציאות רק בגוונא דשכיח שקידשה על מנת שתהא מקודשת תחילת יום מ"א וכו' דהא גם בזה יהיה רב לשיטתו דס"ל כן במסכת נדה דמעין אחד הוא ותקשי ליה לרב גופא אמאי משני ליה בדבר הרחוק מציאות ואי משום שהיה קשה ליה להמשיג לשון הרב שכתב דלפירש הרמב"ן הוי רק לרב ולא לשמואל גם זה ליתא דקושיית הרב היא על סתם גמרא דפריך היכא משכחת ליה בבת אחת ומשני שנוי דרב בשופעת והוי ליה לשנוי בגוונא דשכיח כאידך דרב.

(**ב**) אמר המגיה ואם תאמר לפירש הרב תקשי על תנא דמתניתין גופא מי דחקו למצוא ד' חטאת בכה"ג שנעשת נשואה ע"י חופה הא גם בארוסין חייב עליה במזיד כרת ובשוגג חטאת בזה י"ל דהתנא לא רצה למינקט בגוונא דעביד איסור גם בלא הוחלפו כמבואר בשו"ע אה"ע סימן נ"ה סעיף א' דאסור מדרבנן לבוא על ארוסתו קודם הכנסה לחופה.

ומה שהקשה הבעל משנה למלך בהא דפריך סוף פרק יוצא דופן ומ"ד לערכין מ"ט לא אמר ליוצא דופן דלמא לכך לא אמר ליוצא דופן דבהנך לא בעי שעות כמו בבתי ערי חומה לכך אמר לערכין דבעי נמי שעות נראה דלק"מ דהא קתני וכן בעבד עברי ובהא ודאי לא בעי שעות דמעולם לא שמענו שיהיה עבד עברי עובד בשנה שביעית לאחר ממכרו עד מלאות השעות ואם נמכר בחצי יום יעבוד עד חצי יום זו לא שמענו ועל כרחך דכל ברייתא לא נחית להשמיענו זאת ועיקר כוונתו דלא תלך בתר שנות העולם ולא תאמר מקצת השנה ככולו ושפיר קשה מאי טעמא לא אמר ליוצא דופן וזה ברור ופשוט ולק"מ.

פרק ג

הלכה א

בכסף ושוה כסף. הר"ן בריש קידושין במתניתין צידד לומר אם האשה נקנית בקרקע ולענ"ד נראה להביא ראיה ממה דאמרינן פרק קמא דבבא מציעא דאין נשבעין על השטרות דהוי שעבוד קרקעות אף דהתורה לא מיעטה משבועה רק הקרקע מ"מ גם שטרות בכלל כיון דיש בו שעבוד קרקע הוי כקרקע גופיה וכן כתב רש"י להדיא בבבא מציעא ועיין בבבא בתרא דף ע"ו בתוס' דתמהו למה יכול למחול במוכר שטר חוב

לחבירו דהא מכר לו שעבוד קרקע בחובו ולפי"ז ברור אלו אין אשה נקנית בקרקע אף בשט"ח שיש בו שעבוד קרקע אינה נקנית דחד דינא אית להו בכל דוכתא ובקידושין דף מ"ז אמרינן דאם קדשה בשט"ח שיש לו על אחרים דלולי חשש דלא סמכה דעתה אולי ימחול היתה מקודשת בו ואי אין יכול לקדשה בקרקע תיפק ליה דאינו יכול לקדש בשט"ח דהוי כקרקע משום שעבוד קרקע אלא על כרחך דיכול לקדש בקרקע.

הלכה ג

ואם קידש בשטר וכו'. כתב הרב המגיד בשם המפרשים דאף במחובר פסול כמו בגט וכן מוכח בגיטין דף י' ע"א ורבינו לא ביאר דבריו בקידושין עכ"ל והרב רמ"א באה"ע סימן ל"ב סעיף ד' הביא דעת הרשב"א להכשיר ובאמת קשה מסוגיא פרק קמא דגיטין וכן הר"ן בריש קידושין הביא מסוגיא זאת דפסול בקידושין במחובר דאמרינן שם בגמ' וליתני מחובר ומשני מידי דאיתא בקידושין לא קתני הרי מבואר דמחובר בשטר קידושין פוסל עכ"פ והרשב"א בתשובה סימן ת"ר אשר שמה צידד להכשיר כתב דיש לפרשה בענין אחר ודרכו נעלם מאתנו ולא ידענו ליה לכאורה פירש כלל.

ונראה לומר דודאי מחובר דגט הוא בתרי גוונא אחד שכתב במחובר ולא תלשו וזה פסול דלא מקרי נתינה כלל כמ"ש הרשב"א בגיטין דאף דנתן לה הקרקע מ"מ לא שמיה נתינה ואופן השני דכתבו במחובר ותלשו ונותנו דזה ודאי נתינה מעליא היא רק דפסול בגט משום דכתיב ביה וכתב ונתן יצא זה שמחוסר תלישה ונתינה כדאמרינן בגמ' עיין ברשב"א. והנה האופן הראשון ודאי דבקידושין פסול דבעינן נתינה כמ"ש הר"ר יוסף מטראני בקידושין ובכל דוכתא והרי לא נתן לה השטר ואם נתן לה גם הקרקע ודאי דבקידושין מקודשת דדל שטרא מהכא הרי נקנית בכסף כמבואר בירושלמי והביאו הרי"ף בשטר שאין בו שוה פרוטה דאי יש בו שוה פרוטה הרי הוא כסף. אמנם אופן השני היכא דכתבו במחובר ותלשו ונותנו לה דפסול בגט מגזירת הכתוב בזו יש להכשיר בקידושין דיותר טוב להקיש הויות להדדי מלהקיש כניסה ליציאה ואף דלענין לשמה אמרינן במסכת קידושין דף ט' ע"ב להיפך דמקשינן שם יותר הויה ליציאה מלהקיש הויות להדדי התם לא שייך בכסף לשמה דדל טבעא מהכא ולשוא צרף הצורף מטבע בצורתה דבשוה כסף ג"כ ראוי לקדשה וא"כ מציאות לשמה בקידושין של כסף הוא מהנמנע משא"כ בשטר ולכך ילפינן מיציאה משא"כ במחובר דשייך ג"כ בקידושי שוה כסף יותר טוב למילף מן הויות אהדדי עד שנילף מן יציאה ובזה אתי שפיר הך דגיטין דאמרינן דמחובר איתא בקידושין היינו מחובר לגמרי ולא תלשו וזה שייך בקידושין ג"כ וכיון דצד מן מחובר שייך בקידושין לא תנא להו כלל אף דאיכא צד מחובר דלא

שייך בקידושין דהיינו כתבו ותלשו וכן אמרינן התם בהס"ד דלא תנא מחובר משום שהוא פסול דאורייתא והקשו התוס' שם הא איכא מחובר דרבנן דאין כותבין טופס שמא יכתוב תורף ותירצו דכיון דאיכא מחובר דאורייתא לא תנא להו וה"ה במסקנא כיון דאיכא מחובר דפוסל בקידושין לא תנא להו אבל באמת כתב במחובר ותלשו כשר ובמחובר כזה מכשיר הרשב"א אבל במחובר לגמרי לית מאן דמכשיר לפענ"ד.

הלכה ה

והמקדש בביאה מסתמא וכו'. וכתב המגיד משנה נראה שנתכון לדעת בעל ההלכות וכו' דאם פירש ואמר בתחילת ביאה הוה מקודשת בתחילת ביאה ע"כ. והקשה הלחם משנה א"כ מנא ליה לרמב"ם מה שכתב פרק י' דהעראה גומרת לאחר קידושין והוי חופה דזה כתב הרי"ף לתרץ קושיית התוס' דביבמות ילפינן קיחה קיחה מעריות דהעראה מהני בבעל ועל זה תירץ דשם מיירי לאחר קידושין והוי כחופה ולדברי בעל ההלכות לא קשה מידי מהא דיבמות דשם מיירי שפירש דליקני בהעראה עיי"ש שתירץ בדוחק.

ונ"ל דודאי הרמב"ם ס"ל דתירוץ הרי"ף ביבמות הוא דוחק מחמת קושיית התוס' בקידושין דף י' ע"א בד"ה כל הבועל וכו' שהקשו שם על תירוץ זה דהא קיחה קיחה בקידושין כתיב ולהרמב"ם תירוץ בעל ההלכות הוא עיקר אמנם מסוגיית הגמרא במקומו יהא מוכרע דינו של הרי"ף דלאחר קידושין הוי הערעה כמו חופה דהא אמרינן תחילת ביאה או סוף ביאה קונה ונפק"מ כהן גדול דקני בביאה ופירש רש"י דאי סוף ביאה קונה א"כ בהעראה נעשית בעולה ואסור לכנסה דבעולת עצמו אסורה. והקשה הרשב"א דאף אי תחילת ביאה קונה מ"מ כיון דבתר נשואין אזלינן כדאמרינן ביבמות דף נ"ט ע"א א"כ אף דהיא ארוסתו ע"י הערעה מ"מ בעולת עצמו קרינן ביה ואסורה ותירץ דאתיא אליבא דמ"ד ביאה נשואין עושה ולפ"ז קשה למה ליה דנקט נפק"מ כגון דקני בביאה וא"כ עביד כהן גדול איסורא דרבנן דקידש בביאה ורב מנגיד עליה לימא הכי כגון דקידשה בכסף ובעלה לשם נשואין דזה מותר כמו שכתב הר"ן והשתא אי תחילת ביאה קונה היא מותרת לו משנעשית בעולה אשתו היא משא"כ אי סוף ביאה קונה ואז נעשית נשואה אסורה לו דבתחילת ביאה נעשית בעולת עצמו דקודם נשואין ואסורה אח"כ עליו אלא על כרחך צריך להיות דפשיטא ליה אי קדשה בכסף והדר הערה בה דודאי גומר כמו חופה ולא נעשית בעולת עצמו רק אבעיא ליה בקדשה בביאה ואתי שפיר ודברי הרמב"ם מוכרחים. אך לפי"ז קשה קושיית משנה למלך פרק י"ז מהלכות איסורי ביאה דלמה לא הביא הרמב"ם שם דין זה דכהן גדול אסור לקדש בתולה בביאה עיי"ש שהאריך.

ולולי מה שכתבתי כאן הייתי אומר דס"ל לרמב"ם כנראה מהתוס' ביבמות דף נ"ט ע"א בד"ה הא לא אשתני וכו' דבעולה אחר אירוסין לא חשובה אשתני גופא כלל וא"כ האף כל מאן דמקדש מסתמא דעתיה אסוף ביאה היינו בשאר כל אדם משא"כ בכהן גדול אי דעתו אסוף ביאה נפסלה בהעראה לו ודאי דדעתו סתמא כפירושו אתחילת ביאה וכדאמרינן בעלמא חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וגמר לשם קידושין וכן הדין בכהן גדול דהעראה פוסלת בו ודאי גמר ובעל בתחילה לשם קידושין. אמנם לפי מ"ש דהרמב"ם ס"ל כהרשב"א דבבעולה נקרא אשתני גופא קשה שפיר דאף דדעתו אתחילת ביאה מה בכך כיון דקי"ל דביאה אירוסין עושה. ונראה לומר דהואיל דבלאו הכי אסור לקדש בביאה מדרבנן ורב מנגיד למאן דמקדש בביאה לכך השמיטוהו הרמב"ם ולא תקשי לן דמ"מ הוי ליה לרמב"ם להביאו לאשמעינן דיש בו איסור דאורייתא משום בעולת עצמו בזה יש לומר דהנה התוס' בכתובות דף ל' ע"א בד"ה איכא בינייהו בעולה וכו' נסתפקו אי בעולת עצמו בכהן גדול הוא איסור דאורייתא או רק איסור דרבנן ולהרמב"ם הוי פשיטא ליה דהוא רק איסור דרבנן וכיון דיש בלא"ה איסור דרבנן משום הכי לא הביאו.

הלכה יא

האב מקדש וכו'. הבעל משנה למלך הביא בכאן מחלוקת רש"י ותוס' אי חופת בת פחותה מג' שנים ויום אחד שמיה חופה או לא כיון דלית בה ביאה עיי"ש ודבריו ברורים אך מה שהקשה דהתוס' פרק הערל דף ע"ב ע"א בד"ה מבחוץ כתבו וא"ת טומטום אכתי האיך מאכיל דכיון דאין ביאתו ביאה אין חופתו חופה כמו פחותה מבת ג' לעיל בפרק הבא על יבמתו וכו' ומזה נראה דהתוס' ס"ל כרש"י דחופה שאינו ראוי לביאה לא הוי חופה ואלו לעיל דף נ"ז ע"ב בד"ה נישאת לכהן כתבו דלכך בנשאת פחות מבת ג' אינה אוכלת בתרומה דכיון דלאו בת ביאה היא לא בדיק לה וכו' וזהו דלא כרש"י רק כרשב"א דהוי חופה רק דמ"מ אינה אוכלת בתרומה. ונראה דבזה ודאי יש מקום לומר דגם התוס' סברי כפירוש רש"י מדלא השיגו עליו בפירוש כדרכם בכל מקום לומר כך פירש בקונטרס וקשה עליו או ולא נראה ומדשתקו ש"מ אודו ליה רק דהוי קשיא להו להתוס' דבגמרא הביא ראיה דבתינוקת פחותה מבת ג' שנים ויום אחד אין חופה לפסולות מדתנן בת ג' שנים וכו' בא עליה אחד מכל הפסולים פסלה בת שלש שנים ויום אחד הוא דמפסיל בביאה מפסיל בחופה וכו'. וקשה למה ליה להביא ראיה מהך דאין ביאתו פוסל וה"ה לחופה כמ"ש רש"י מרישא הוי ליה להוכיח דקתני נשאת לכהן אוכלת בתרומה הא נשאת בפחות מג' אינה אוכלת וש"מ דלא שמיה חופה דאל"כ

למה אינה אוכלת וכמ"ש רש"י להדיא ולזה תירצו התוס' דמזה ליכא למידק דיש לומר דלעולם שמיה חופה רק דלכך אינה אוכלת דלא בדיק לה ואיכא למיחש לסמפון וכו' ולכך מוכיח מסיפא וכו' אבל השתא דאסיקנא דאין חופה לפסולות פחות מבת ג' שנים י"ל דמודים התוס' לרש"י דלכל מילי לא שמיה חופה דבעינן חופה הראוי לביאה וא"כ דברי התוס' בפרק הערל נכונים דכתבו במקום דליכא ביאה ליכא חופה.

איברא מ"מ נכון הדבר ואמת יורה דרכו דס"ל להתוס' כשיטת הרשב"א דפחות מבת ג' שנים יש לה חופה והא דהקשו בפרק הערל גבי טומטום לענין אכילת תרומה היינו דס"ל דכל כמה דלא חזיא לביאה לא בדיק לה דחושב בלבו עדיין זמן לבדוק טרם יגיע זמן לבעול אותה וגם חוזר ומשלחה לבית אביה דבביתו לא צריך לה כיון דאינו ראוי לביאה וא"כ איכא למיחש לשגירת כוס ולסמפון וזה כוונתם שכתבו כיון דאין ביאתו ביאה אין חופתו חופה הרצון לענין זה לאכול בתרומה אין חופתו חופה הואיל ואין כאן ביאה ואיכא למיחש לסמפון וכו' זהו מה שנראה בפירוש התוס' והמעיין יבחר.

אמנם לפי מה שהוחלט להרמב"ם וסייעתו דאין חופה בנדה לכאורה יש לומר דלדידהו אף בבת פחות מג' שנים לא שייך חופה כיון שאינה ראויה לביאה אך באמת בזה יש לפקפק ולומר דהא קשיא לשיטת הרמב"ם מאי שנא חופת נדה מחופה לפסולים דג"כ אינו ראוי לביאה כמו שכתב הר"ן בריש כתובות וצ"ל דטעם הרמב"ם דלכך אין חופה בנדה משום דס"ל דעיקר חופה יחוד ובנדה היחוד אסור כמ"ש המ"מ והר"ן ובפסולות לא מצינו דאסרו חכמים יחוד ודלא כדעת הר"ן בריש כתובות ולכך מהני ביה חופה ומכ"ש בפחות מבת ג' דיחוד מותר בה לכו"ע מהני ביה חופה גם להרמב"ם כמו דיש חופה לפסולות וכן פסק הרמב"ם דיש חופה לפסולות.

ובזה יש ליישב קושיית הר"ן בריש כתובות שהקשה לאותן הסוברים דעיקר חופה הוא יחוד מהא דתנן בתולה אלמנה מן הנשואין אין לה טענת בתולים דעל כרחך מיירי בלא נתייחדה עמו דאל"כ פשיטא ואי חופה דוקא ביחוד מאין באו לה נשואין כיון דלא נתייחדה ולפי מש"כ ניחא דמיירי שקדשה פחות מבת ג' שנים ע"י אביה ונכנס לחופה עמה ונתייחד עמה והרי היא נשואה ולאחר שהגיע לה ג' שנים שוב לא נתיחד עמה והרי היא בתולה ולולי שכנסה בחזקת נשואה יש לה טענת בתולים ולק"מ.

ולפי מה שכתבתי לעיל בהך מתניתין שנים שקדשו ב' נשים וכו' ובשעת כניסתן לחופה וכו' נראה דלדברי הרמב"ם מוכח דבפחות מג' שנים מהני חופה דלרמב"ם ליכא למימר כגירסת רש"י דהיו שופעת מתוך י"ג לאחר י"ג וכפירש רש"י דקדשו אותן לאחר שיגדלו דא"כ הא דתנן בשעת כניסתן לחופה אימת היה להן חופה אי קודם שנת י"ג עדיין לא

חלו קידושין וחופה קודם לקידושין מה טיבה וכי יכולים לעשות חופה היום שתחול למחר נשתקע הדבר ואי לאחר י"ג הא כבר שופעת ולא נטהרו עדיין מטומאתן דאל"כ כבר פקע איסור נדה ואי אפשר לחול על איסור אשת איש ועריות וחופת נדה אינו חופה וא"כ כניסתן לחופה איך היה ואיך קתני לה במתניתין ועל כרחך צריך להיות דגירסת הרמב"ם כגירסת התוס' בשופעת מתוך ג' לאחר ג' וכו' ועדיין קשה הא משנת ג' עד זמן בעילה לא נטהרו מטומאתן כמ"ש התוס' שם דאל"כ פקע איסור נדה ואין איסור חל על איסור כמ"ש לעיל וא"כ חופה אימת היה להן וצ"ל דהיה להן חופה תיכף בשעת קידושין טרם הגיע שנת ג' וטרם ששופעת נדה ואח"כ היו שופעת וכו' ומזה מוכח דס"ל להרמב"ם דחופה בבת פחות מג' שנים שמיה חופה דאל"כ הוי תנא דמתני' נקט מילי דכדי ודבר שאין בו מועיל וממש.

הלכה יד

היתה הבת ספק בוגרת וכו'. עיין בלח"מ שפירש הספק שהיה לה סימן אחד עיי"ש ועוד יש לומר כגון שכת אחת אמרה נראה בה סימני גדלות וכת אחת אמרה לא נראה בה וביבמות דף ל"א ע"א מבואר דאיכא למ"ד תרי ותרי ספיקא דאורייתא היא אף במקום חזקה ואיכא למ"ד שהוא ספיקא דרבנן אבל מ"מ מידי ספיקא לא נפקא ודברי רבינו פה סתומים או הספק תורה או של דבריהם. וכתב המ"מ כי בפרק עשרה יוחסין בקידושין נחלקו רב ושמואל בקדשה אביה וקידשה עצמה והרי היא בוגרת דרב אמר הרי היא בוגרת לפנינו ושמואל אמר חוששין לקידושי שניהם וקי"ל כרב ורבינו לא הזכיר דין זה וגם הסוגיא אינה מתחוורת אצלי כלל לדעת רבינו שלא הזכיר סימני בגרות כלל פרק ב' מהלכות אישות עכ"ל. והכ"מ העיד דרבינו ישמעאל ב"ר אברהם פירש הסוגיא לשיטת רבינו עיי"ש ולא זכינו לאורו והנה גם ר"ת דרך בדרך הרמב"ם לפרש כל סימנים הנשנים במסכת נדה דף מ"ז ע"א הכל לסימני נערות ולא לבוגרת כלל עיי"ש בתוס' בד"ה איזהו סימניה וכו'.

ולהבין סוגיא הנ"ל לשיטתם נראה לי דודאי מן זמן נערות עד זמן בגרות ששה חדשים תמימים מעת לעת והנה נערה זו בהגיע לה יום ראשון מן שנת שלוש עשרה בפנות היום ראו עדים לה ב' שערות וא"כ הדבר ספק אם שערות הללו היו לה בתחילת היום ומאז נערה היא או השתא דנולדו לה וספק זה מגיע לה לימי בגרות ג"כ אי אמרינן דהיו לה הסימנים בתחילת י"ג א"כ ביומא דמשלים ששה חדשים הרי היא בוגרת בצפרא ואם נאמר השתא הוא דבאו לה הסימנים בפנות היום א"כ ביומא דמשלים ששה חדשים בצפרא עדיין נערה ולא בוגרת היא והוא הדבר שנחלקו בו רב ושמואל קדשה אביה

בדרך ביומא דמשלים שית בצפרא והיא קדשה עצמה בערב והרי היא בוגרת לפנינו הרצון בזה דעל זה עדים מעידים דבפנות היום של יום תחילת י"ג ראו בה ב' שערות א"כ על כרחך הרי היא בוגרת לפנינו עתה בלי ספק רק דהספק על צפרא דאם נאמר דהסימנים באו תחילת שנת י"ג הרי היא בוגרת מצפרא אבל אם נאמר דלא באו הסימנים רק בשעת ראיה עדיין א"כ הרי היא נערה עד עכשיו והשתא דבגרה וס"ל לרב מדהשתא בוגרת בצפרא נמי בוגרת הויא הרצון שאנו אומרים השערות באו תיכף בתחילת שנת י"ג והרי היא בוגרת בצפרא וא"כ עיקר מחלוקתם בהתחלת ימי נערות.

ועיין בחידושי הרשב"א ביבמות בהך דהיתה שופעת מתוך י"ג לאחר י"ג וכו' דכתב להדיא דאם נמצאו בה סימנים אח"כ אנו מחזיקין למפרע דהיו לה סימנים תיכף בשעת הכנסת שנת י"ג לרב דאמר הרי היא בוגרת לפנינו ומחייבינן על חזקה זו חטאת ודאי עיי"ש וכן הביא ב"י באה"ע סימן ל"ז בשם רשב"ץ דאם יש עדים שראו סימנים אפילו אחר כמה חדשים אנו מחזיקין למפרע דהיה להם סימנים בתחילת שנת י"ג והיינו כרב. ואי קשה למה נקטו פלוגתתייהו בבוגרת כיון דכל קוטר מחלוקתן הוא בהתחלת ימי נערות ליפלגו בנערה יתומה שנתקדשה בהתחלת שנת י"ג ואח"כ נמצאו לה סימנים אם קידושין ראשונים קידושי ודאי וליכא למימר דלא מצי לאפלוגי הכי משום דחזקת פנויה משוויא ליה עכ"פ ספק כמו שכתבו התוס' בקידושין דף ע"ט ע"א בד"ה בקדשה אביה וכו' זה אינו דמ"מ משכחת ליה פלוגתייהו בכזה היינו דפשטה ידה אח"כ וקיבלה קידושין מאחר אי ניחש לקידושי שני אף גם דחזקת השתא היא נערה לפנינו מנגד לחזקת פנויה אזדא ליה חזקת פנויה ועיין בבית שמואל סימן ל"ז. ויש לתרץ קושיא זאת בתרי גוונא אופן האחד הוא דבנתקדשה נערה כיון דבעת קידושין היה מקום להתברר ולבדוק אם יש לה ב' שערות לא סמכינן אחזקה והך ריעותא דלא בדקה אז משויא ליה ספק דבמקום דאיכא לברורי לא סמכינן אחזקה משא"כ השתא בנתקדשה בבוגרת דהשתא ליכא לברורי מה שעבר ששה חדשים ולזה סמכינן לרב אחזקה ולומר בתחילת שנת י"ג היה לה סימנים. אופן השני הוא דהא אמרינן שם בגמרא דשמואל לא פליג במכחישתו ולפ"ז נערה יתומה שנתקדשה אין לך ראיה גדולה מזו שיודעת בעצמה שהיא גדולה כיון שמקבלת כסף קידושין ושמואל מודה ובטלה המחלוקת ולכך פלוגתתם בבוגרת.

ובזה מיושב ג"כ קושיית מהרש"א שם שהקשה אמאי לא הוי קשיא להו להתוס' דלפלגו בקדשה עצמה בצפרא ותירץ הוא ז"ל דבקדשה היא עצמה ליכא נפק"מ דבין לרב ובין לשמואל בעי גט אבל בקדשה אביה גרידא דלרב לא בעי גט ולשמואל בעי גט

מספק עכ"ל ותירוצו דחוק דהא ודאי יש חילוק בין קידושי ודאי לקידושי ספק אבל לפי מ"ש ניחא דבקדשה היא עצמה לחוד הוי כמכחישתו כיון דקבלה קידושין היא קים לה ביותר שהיו לה אז סימנים ואולי קושיית מהרש"א לשיטת הרמ"ה הביאו הטור סימן ל"ז דרב ושמואל פליגי במכחישתו ולשיטתו הוצרך מהרש"א לתירוצו אבל לפי שיטת שאר כל הפוסקים תירוצו יותר נכון. ואי דקשיא א"כ למה נקטו פלוגתתייהו בזמן קצר צפרא ורמשא הא לפי הנ"ל יפול מחלוקותם אף בחודש אחד או שתים אם נראו בה סימנים ב' חדשים אחר היות לה י"ב שנים אימת נחזיק אותה לבוגרת אם ששה חדשים לזמן הראיה שהוא שמונה חדשים אחר הגיעה לשנת י"ב או די בששה חדשים מיום היות לה תחילת שנת י"ג. בזה יש לומר דודאי לשמואל קשיא מעשה דבני ברק בבבא בתרא דף קנ"ה וערערו בני משפחה ואמרו קטנים היו ושאלו מה לבודקו ואם יבדקו מה מהני נטעון עדיין סמוך למיתתו היו לו סימנים וקשיא לשמואל לפי הסלקא דעתא דנכסים בחזקת בני משפחה הוי קיימא דהא הכא על כרחך מחזקינן בסימנים למפרע ועל כרחך צריך להיות במה שדרך מציאות לבוא מודה שמואל דמחזקינן למפרע רק בו ביום ס"ל לשמואל כיון דסימנים שהיו לה מקודם שומא נינהו רק בו ביום צריכן אנו לומר דגדלו והצמיחו ונעשו גדולים כדי לכוף ראשן לעיקרן דבר זה לא נעשה ברגע אחת וצריך זמן ולכך נסתפק שמואל בו ביום אם נאמר בו חזקה דהיה לה תיכף בצפרא אבל מכאן ולהבא מודה שמואל דמחזקינן. ועיין בנדה דף ב' ע"ב בתוס' בד"ה השתא הוא דחזאי דהקשו אמאי אמר רב דמצפרא בגרה ולא אמר ג"כ השתא הוא דבגרה ותירצו דרגילי שערות לבוא מצפרא וע"ז חולק שמואל וס"ל בו ביום אין רגילות אבל מכאן ואילך פשיטא דרגילין לבוא הואיל דאיכא חזקה דרבא קטנה שהגיעה וכו' מודה שמואל דמחזקינן בחזקת גדולה ולכך לא פליג רק ביומא דמשלם.

ובדברים הנ"ל יש להבין דברי התוס' בנדה שכתבו דרגילי שערות לבוא מצפרא ולכאורה אין מובן לזה דמה טיבן של שערות לסימני בגרות ועכשיו עסקינן בסימני בגרות ועל כרחך צ"ל דכונתם למה שכתבתי דנמשכו אחר שיטת ר"ת דס"ל דלית לבוגרת סימנים ועל כרחך צ"ל דפליגי רב ושמואל אימת יתחילו ימי נערות ואז הסימנים בשערות ואתי שפיר דכתבו דרגילי שערות לבוא זהו מה שברור לדעת הרמב"ם ור"ת בפירש השמועה אך מה שלא הביא הרמב"ם הך דרב אין לו פתרון ולולי דמסתפינא הייתי אומר דלא היה בגירסת הרמב"ם והלכתא כרב (א).

ולהיות דהוא פסק בהלכות תרומות בחביות שהחמיץ שהוא ספק תרומה הרי דלא אמרינן הואיל דהחמיץ לפנינו לומר דנתחמץ למפרע וה"ה לבוגרת הואיל דמדמינן

להו בגמ' להדדי וכן הבית יוסף הביא בסוף סימן מ"ג בשם רבו מהר"י בי רב שהר"ר דוראן והרשב"א חולקין וס"ל דאם ראו סימנים אח"כ לא מחזקינן למפרע אפילו בת ט"ו שנים. ואני לא ראיתי ספרו אם כתב טעמם ונימוקם דקשיא שיטת הגמרא לפסק הלכה שהחליטו כרב ולפי דבריו יהיו דברי הרשב"א סותרים זה את זה דהרשב"א גופיה כתב ביבמות בהאי דשופעת בחילוף כמ"ש לעיל בשמו. ולכן נראה לומר דאולי דלא פסקו כותיה דרב וחששו להחמיר כשמואל ומה שכתב הרשב"א ביבמות גבי שופעת דמחזקינן למפרע כתב כן לרב דהתם רב דמוקי ליה בשופעת ולרב לשיטתיה דאמר הרי היא בוגרת לפנינו שפיר מחזקינן לה למפרע והרמב"ם דכתב היתה הבת ספק בוגרת כיון על ספק זה בכלל אך לא שמענו להמחברים שיסתפקו בגירסא ולכן צ"ע וגם למה שכתבתי לעיל שמואל גופיה ס"ל דמחזקינן למפרע אם נראה בה סימנים אחר יומא דמשלם זמנה שוב עיינתי ברשב"א דיבמות וראיתי בדקדוק לשונו דדוקא בנמצאו בה סימנים בו ביום אמרינן למפרע דהיו בתחילת היום כהאי דבוגרת דמחזקינן מרמשא לצפרא אבל לא בזמן אח"כ ולא קשה עלייהו מהך דבוגרת דשם הספק ביום אחד וכן בהך דיבמות אבל מזמן לזמן דהיינו אם נמצאו אחרי ימים רבים להחזיק למפרע על ימים טובא נראה מדבריו דלא מחזקינן והוא הדבר שהעיד ר"י בי רב משמם ומהך דבני ברק לפי הס"ד לא קשה להו דהואיל וחזקה אין העדים חותמין על השטר אלא א"כ נעשה בגדול מסייע מודין דמחזקינן למפרע אפילו לזמן מרובה ולשיטתם ניחא אפילו לשיטת הרמב"ם ור"ת הא דנקט פלוגתייהו בצפרא ורמשא ולא בחודש או שני חדשים דבזה רב מודה ואפשר דחיילהון דידהו מכח קושיא זאת.

(**א**) אמר המגיה ולא תקשי לך לדברי הרב המחבר דאף דלא גרסו בהדיא בגמרא והלכתא כרב מ"מ הא קי"ל דרב ושמואל הלכתא כרב באיסורא זה אינו דהא הקשו התוס' שם בד"ה והלכתא כרב למה פסק הלכתא הא בלא"ה קי"ל הלכתא כרב באיסורי דהכא איצטרך למימר הלכתא כיון דאיכא אמוראי דפסקו כשמואל א"כ שפיר כתב המחבר אי לא גרס הרמב"ם בפירש הלכתא כרב עדיין הוא מסופק כאיזה מהאמוראי פסקינן.

וכתב הטור בשם הרמ"ה דאף רב לא אמר אלא במכחישתו אבל בשותקת מודה רב דבעי גט ועיין בלח"מ ובית יוסף סימן ל"ז ונראה דקושיית התוס' הכריחו להרמ"ה לזה דבנדה דף ב' ע"ב הקשו התוס' דלמה אמרינן בנדה השתא דחזאי ולא אמרינן כן בבוגרת לרב ותירוץ התוס' נראה לרמ"ה לדוחק כמ"ש לעיל דיש לפקפק דרחוק מציאות להוציא שערות כאחד תיכף כשיעור הראוי כדי לכוף וכו' ולכך ס"ל דגם רב לא אמר רק

במכחישתו והשתא ניחא דבשלמא התם לא אמרינן הרי דם לפניך דעל למפרע ליכא כאן ברי על כן הוי ספק משא"כ כאן דהיא טוענת ברי בזו ס"ל לרב דמהני חזקת בוגרת לפנינו להחזיקה למפרע ומתורצים כל קושיות התוס'.

ועוד יש לומר ליישב דברי הרמב"ם ואם הוא בדרך רחוק והוא דס"ל להרמב"ם דודאי אם הספק על הבאת שערות לא יפול בו המחלוקת דכיון דאז בשעת הספק היה אפשר לברורי ואף דהשתא בעת בגרות חלף והלך לו הבירור מ"מ אנו דנין למפרע על זמן הוצאת השערות ואז היה אפשר לברורי בבדיקה ולא סמכינן אחזקה ומה גם דאין דרך השערות להיות צומחות ויגדלו בשיעור הראוי ברגע אחת פתאום וצריך לזה זמן לאט לאט וא"כ לא יסבור רב שנאמר למפרע בהגיע הנערה לשנת י"ג תיכף היו לה הסימנים כשיעור הראוי וכמו שכתבתי לעיל במילתיה דשמואל רק ס"ל דהך סוגיא אזלא למ"ד דקטנה אינה מתעברת כלל וגרסינן שמא תתעבר ותמות ביבמות דף י"ב וכה"ג פרכינן מיניה דהך בכתובות דף ל"ט ע"א לרבא דבעי יש בגר בקבר ומי מעברה בקטנותה דהיינו משום שתמות ודאי כמ"ש לעיל ולפי"ז ההריון ג"כ סימן גדלות ונערה זו קבלה הריון ביום ראשון של שנת י"ג בסופו דהיינו שלא בעל אותה עוד ומזה ידעינן שקבלה הריון בעת ההיא והולידה בימי בגרות והרי למפרע מעת קבלת הריון גדולה היא וששה חדשים לאח"כ בוגרת היא לאין ספק רק בזה הוא הספק כיון דאין לה שערות רק קבלת הריון לאות שהיא גדולה א"כ הוחזקה כל היום להיות גדולה ומתחילת היום מנינן או נימא באותו רגע שקבלה הריון באותו זמן נעשית גדולה ולא מקדם כאלו הוציאה עכשיו סימנים ובזה נחלקו רב ושמואל דרב סבירא ליה כיון דבאותו היום הוחזקה מטבעה שקבלה הריון כשאר גדולה אמרינן מסתמא היא גדולה מעת שבאה לכלל שנותיה ואלו בא עליה בתחילת היום היתה אז מקבלת גם כן הריון של קיימא ושמואל סבירא ליה גם בהריון דלא מחזקינן למפרע וע"ז אמרינן בגמ' דדוקא אם היא מודה דנתעברה בסוף היום בזה פליג שמואל אבל במכחישתו ואומרת דנתעברה בתחילת היום נאמנת כהנ"ל ולכך המחלוקת דוקא בצפרא ורמשא ולא קשה כל הנ"ל דכאן ודאי כל הספק ביום אחד אי סוף היום מעיד על תחילתו ולפי"ז להרמב"ם דס"ל דקטנה יכולה להתעבר כשהיא סמוכה ונראה לשנת גדלות כמ"ש לעיל באריכות וכמ"ד שמא תתעבר ושמא תמות א"כ אזדא כל הנ"ל ולכך לא הביא הא דרב דמחזקינן למפרע וכל זה מהדוחק וצ"ע.

הלכה טו

אין צריכין עדים כמו שליח הגט. תמה הרמ"ך וכן הלח"מ דהא הרמב"ם גופיה פסק בהלכות גירושין פרק ט' הלכה ל"ב דבגט יש חילוק דדוקא כשהוא בחתימת ידי עדים

אבל אם הוא בלי חתימה ואין לשליח עדים היא ספק מגורשת וש"מ דכל נאמנות של שליח הוא שהכתב מוכיח כמו שכתב הראב"ד עכ"ל ובפרק י"ב מהלכות גירושין הלכה י"ב כתב ג"כ כזה דאם הבעל והאשה והשליח כולם מודין רק שנאבד הגט מגורשת מספק וא"כ כאן בקידושי כסף דליכא כתב המוכיח איך נאמין לשליח ונראה דס"ל להרמב"ם החילוק שכתב הרא"ש בפרק האיש מקדש בקידושין דיש חילוק בין לאוסרה או להתירה לעלמא רק אם הא דשליח הגט צריך עדים מן התורה להיותו נכלל בדבר שבערוה שצריך שני עדים ודאי דלעניין כללא דאורייתא אין לחלק בכך ובפרט דעיקר שליחות ילפינן משליחות הגט ודי להיות כנדון משא"כ אי מדין תורה אף בגט אין צריך עדים בשליחות דמינוי שליח אינו בכלל דבר שבערוה רק מדברי סופרים לחוש אולי משקר וכדומה בזה ודאי יש לחלק כהרא"ש בין קידושין לגירושין דבגירושין הוא להתירה ובקידושין הוא לאוסרה לעלמא והרמב"ם דכתב בהלכות גירושין פרק ט' בגט בלי חתימה היוצא מיד השליח שלא בעדים דמגורשת מספק ש"מ דאינו בכלל דבר שבערוה דאל"כ היה הגט בטל כמו מגרש בפני עד אחד רק דמדרבנן החמירו לאסור במקום שאין כתב מוכיח וא"כ בקידושין הדבר מותר זה מה שנראה לי בדבריו וצ"ע (ב).

(**ב**) אמר המגיה ואי תקשי לך הא עדיין לא יתורץ לדברי הרב המחבר האיך כתב הרמב"ם כמו בגט הא אינם דומין לגמרי קושיא זאת כבר יישב אותה הלח"מ עיי"ש.

הלכה טז

השליח נעשה עד וכו'. הר"ן וכן הרשב"א תמהו דלמה בתר תקנה דרב נחמן דמשביעין אותו היסת יהיה העד נאמן דהא הוי עד המשתבע ונראה לתרץ לפי מש"כ רש"י במסכת קידושין דף מ"ג ע"ב וז"ל בד"ה והשתא דתקינו רבנן וכו' ונח הוא להם להפסיד ממון למלוה מלשבע בשקר דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא האריכות בזה הוא לכאורה ללא צורך ומיותר אמנם כונת רש"י לתרץ דודאי הא דאמרינן דנוגע בעדות וחייב לשבע לתקנת רב נחמן היסת משום דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא והיינו דממון קיל להו משבועה כדאמרינן ממון איתא בחזרה שבועה ליתא בחזרה וזהו בממון גרידא אבל כאן בכסף קידושין שיעיד שקדשה ועל ידו היא מקודשת לגמרי ואם פשטה ידה וקבלה קידושין מאחר אין קדושיה קידושין וכן הוא כשיקדש אחותה מותרת בלא גט וכי יעיד על זה שקר וזה ליתא בחזרה כלל ואם חשוד על זה להיות המכשלה דאשת איש בכל שעה ורגע תחת ידו ברור הוא דחשוד אשבועתא ולא אמרינן בזה חשיד אממונא לא חשיד אשבועתא וא"כ אם נחשד משום ממון דיעיד בקידושין לשקר גם נחשד הוא לישבע לשקר דמאי שנא והו"ל מגו דאמר אהדרתיה למשלח דמה אכפת ליה בשבועה

ולכך נאמן השליח וזהו שדייק רש"י בלשונו הלכך בממון לא אמרינן הן הן עדיו וברור ונכון הוא.

והנה בבית שמואל בסימן ל"ה ס"ק ה' ביקש לומר דאם הלך השליח עם עד אחד ונתן לה דהשתא יש לו עד המסייע לפוטרו משבועה מ"מ להרשב"א דחולק ארמב"ם אינו כשר לעד וטעמו דהואיל ואין עדותו כי אם על פי עד המסייע הוי כמו עד המשתבע עיי"ש וסברא זאת שקולה היא ויש פנים לכאן ולכאן ואין לה הכרע אמנם מעיקרא דדינא פירכא דזה דאמר דנתן לה הקידושין נוגע הוא דאמרינן דלעצמו נוטלן ואמר שנתנם לה רק קודם תקנת רב נחמן אמרינן מה לו לשקר דאי בעי הוי אמר אהדרינהו למשלח אבל אחר תקנת ר"נ אינו יכול לומר אהדרינהו דהיה צריך לישבע וכי תימא השתא נמי ישבע דמסרינהו לאשה עד המשתבע אינו מעיד ולפי זה מה בכך דעד אחד מעיד שנתן לה מ"מ אמרינן עדותו שהוא נתן לה לאו עדות הוא כיון דהוא נוגע בדבר דלעצמו נוטלן ואין כאן אלא עד אחד מה תאמר דהוי ליה מגו דאהדריה למשלח הא צריך לישבע ועל זה ליה ליה עד המסייע וא"כ איך תאמר מגו דטען דאהדריה למשלח הא אין כאן עד מסייע וצריך לישבע וברצון טוען נתתי לאשה לפטור משבועה בעד המסייע ועל כרחך שתאמר שגם עכשיו ישבע א"כ הדר הוי עד המשתבע וזה פשוט ועיין בחושן משפט סימן פ"ז סעיף ו' בהגה ואף שהש"ך ס"ק כ"א הניח הדבר בצ"ע מ"מ מודה לזה דהוי העד נוגע דטוען כזאת לפטור משבועה ולעניין עדות אמרינן דאפילו נוגע בדרך רחוקה ונפלאה לא יעיד ופשוט הוא.

הלכה יח

שליח האיש וכו' ואם קידש בשטר אינו כותבו אלא מדעת האב או השליח וכו'. כתב המ"מ ונחלק עליו הרמב"ן וכו' עיי"ש ונראה לי דהרמב"ן אזיל בזה לטעמיה דחושש באומר אמרו בגט לפסול מדאורייתא משום דכתיב וכתב לה ועיין באה"ע סימן ק"כ ובבית שמואל שם ס"ק ז' ולכך כיון דילפינן קידושין מגירושין אף כאן דעת מקנה בעינן ולא מהני באומר אמרו לסופר משא"כ להרמב"ם דפסק בהלכות גירושין פרק ב' הלכה ו' והלכה ז' באומר אמרו לסופר דהוא פסול רק מדרבנן אין להקיש גזירת חכמים זה לזה ולא על זה נכרת ברית ההיקש במילתא דרבנן ופשוט הוא.

הלכה כג

כל המקדש אשה וכו' צריך לברך וכו'. מש"כ הרא"ש לתרץ דלא מברכינן אשר קדשנו במצוותיו וציונו לקדש אשה משום דאפשר בפלגש עיי"ש תירוץ זה אינו עולה לדעת הרמב"ם דס"ל לעיל פרק א' דלוקין עליו וצ"ל דהרמב"ם ס"ל כתירוץ הר"ן דאין המצוה

נגמרת אלא בכניסת החופה ובעילה עיי"ש ומעתה יפה דן הריב"ש דאם לא בירך עובר לעשייתו דיברך אח"כ כמו בהמ"ז דהא עיקר הברכה היא על הבעילה ונשואין כאמרו שאסר לנו הארוסות והתיר לנו הנשואות וא"כ כל זמן שלא נכנסה לחופה ועדיין היא באיסור ארוסה עליו חלה הברכה שאסר לנו הארוסות דאיסורה בכל יומי אירוסין איתא לכן כל מטבע הברכה עדיין שייך קודם נשואין וברור הוא (ג).

(**ג**) אמר המגיה הרב המחבר קיצר כאן ועיקר כונתו דיפה דן הריב"ש כיון דהרמב"ם צריך לתירוץ הר"ן א"כ יש למצוה זו משך זמן שלא נגמר עדיין והרמב"ם גופיה פסק פי"א מהלכות ברכות העושה מצוה ולא בירך אם היא מצוה שעדיין עשייתה קיימת כגון ציצית תפילין סוכה מברך אחר שנתעטף וכו' א"כ הו"ל לפסוק גם הכא דאם לא בירך קודם קידושין דיכול לברך אח"כ (ועיין באו"ח במג"א סימן רי"ד וסימן תל"ב ובא הרב המחבר לתרץ בזה קושיית משנה למלך על הריב"ש).

פרק ד

הלכה א

אבל האיש שאנסוהו וכו'. כתב הראב"ד והוא שיאמר רוצה אני עכ"ל עיין בלח"מ שהאריך ותמצית דבריו כי כאן ובהלכות מכירה לא כתב הרמב"ם שיאמר רוצה אני ובהלכות גירושין וגבי קרבן כתב שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני ועיי"ש שהאריך ובאמת יש לחלק דודאי ס"ל לרמב"ם כמ"ש התוס' בב"ב דף מ"ח ע"א בד"ה אילימא מהא וכו' דהאי דגטין וקרבן הוי כתלוהו ויהיב רק ס"ל להרמב"ם כמו שכתב בפ"ב מהלכות גירושין בסופו וז"ל ולמה לא בטל גט זה שהרי הוא אנוס וכו' שאין אומרים אנוס אלא למי שנלחץ לעשות דבר שאינו מחויב מהתורה וכו' אבל מי שתקפו יצרו לבטל מצוה וכו' והוכה עד שעשה הדבר שחייב לעשותו אין זה אנוס וכו' לפיכך זה שאינו רוצה לגרש וכו' יצרו תקפו וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני כבר גירש לרצונו עכ"ל ודבריו אלו נוטים לתירוץ התוס' ולפי"ז כיון דכל הענין דאמר באנסו חזר לטובתו לציית לדת אמת א"כ צריך שיאמר רוצה אני כי אולי עדיין הוא בכל אונס יצרו ולבו בל עמו עד שיאמר רוצה אני ואז אנו מאמינים לקול דבריו שסר מדרכו הרעה וטרם שמענו מפיו הרי הוא בחזקת הולך שובב בדרך לבו ולכך בגיטין ובקרבן הצריך הרמב"ם שיאמר רוצה אני אבל בקידושין ומכירה דתרווייהו מכירה נינהו וכמ"ש התוס' שם דקידושין הוא כמכירה דהיא נקנית לו כשפחה והוא מתחייב לה בשאר כסות ועונה ובמכירה אין צריך לזה דאמרינן אגב אונסיה גמר ומקני וא"כ אין צריך לאמירתו רוצה

אני כלל כיון דהוא כזביני זה מה שיש לומר לכאורה.

אבל באמת זה הכל ליתא דהא במסכת ערכין דף כ"א ע"ב מפרשינן עד שיאמר רוצה אני עד שיבטל מודעא והרמב"ם לא העתיק רק לשון המשנה כדרכו בכל מקום וכן בגיטין ובקרבן לא העתיק רק לשון המשנה כי היא משנה מפורשת וכונתו כמו כונת המשנה לבטל המודעא ומה שהזכיר פה שיאמר רוצה אני ולא באינך הדבר מבואר ממילא דבמקום שבי"ד כופין א"כ חובה על בי"ד להוציא דבר מתוקן מידם ולא יהיה אח"כ מעשה ב"ד לבטלה וזילותיה דבי דינא ולכך מה יועיל מעשיהם שכפו אותו לגט ואח"כ יבטל ויהיה כל יגיעתם לריק ולכן כופין אותו שיאמר רוצה אני דהיינו שיבטל מודעא ויהיה קיום למעשיהם וכן בקרבן שב"ד כופין חובה עליהם להשגיח שבל יצא תקלה מידם שיבטל ולכך צריך לבטל מודעא ולכך הצריך הרמב"ם שיאמר רוצה אני והכונה מבוארת כאשר פירשו בו חכמי התלמוד שיבטל מודעא. משא"כ בקידושין ומכירה ובכל אינך שנעשים שלא על פי בי"ד רק שבא ע"י כפייה למכור או לקדש מה לנו להשגיח בו לבטל מודעא כל כמה דלא ביטל הקידושין והמכירה טובים המה ואם ביטל ביטל מה איכפת לן בו ולכך השמיט שיאמר רוצה אני כי אין זה מההכרח רק במקום שבי"ד כופין וזה פשוט ולכך בפרק ב' ובפרק ד' מהלכות יבום וחליצה גבי דין כפייה לא כתב הרמב"ם שצריך שיאמר רוצה אני והלח"מ דחק בזה ולמש"כ ניחא דהא כתב שם פרק ד' הלכה כ"ה לפיכך ראוי לדיינין לומר לו לבטל המודעא כדרך שעושין בגט והוא המובן מהמאמר רוצה אני ולא זכר פה לשון זה כי הוא שמר לשון המשנה ולא נזכר במשנה גבי חליצה כזאת מ"מ המכוון העתיק בפירש ולחנם טרח והאריך הלח"מ.

אמנם להראב"ד ז"ל קשה דהוא מצריך פה בקידושי אונס לומר רוצה אני ולא סגי בנתינת קידושין לה ואמר הרי את מקודשת לי דא"כ מה פריך בערכין דף כ"א ע"ב בגיטי נשים עד שיאמר רוצה אני ליתני עד שיתן מאי עד שיאמר עד דמבטל ליה למודעא הא להראב"ד בנתינה לחוד לא סגי עד שיאמר בפה מלא רוצה אני ונראה דהוה קשיא ליה להראב"ד למה פריך מסיפא תקשי ליה מרישא דבקרבנות אמרינן ג"כ במתניתין עד שיאמר רוצה אני עד שיפריש סגי אלא ודאי דבעלמא פשיטא ליה לגמרא דבעינן לומר בפה רוצה אני דאע"ג דעביד מעשה ומפריש קרבן וכדומה מ"מ גליא דעתה דמחמת אונס עושה כן ומה מהני מעשיו ולכך צריך לומר בפה שרוצה הוא להוציא מלב טענת אונס משא"כ בגט שפיר פריך כיון דקי"ל הלכתא כאביי ביע"ל קג"ם והג' הוא גילוי דעת בגיטין לאו מילתא הוא ופסקינן כוותיה במסכת גיטין דף ל"ד ע"א וא"כ כיון שנתן גט

מה צורך עוד לומר רוצה אני ואף דיש כאן גלוי דעת שעשה כן מחמת אונס, גילוי דעת לא מהני אלא ה"ק דיבטל מודעא מה שאמר בפירש ולא דברים שבלב.

הלכה ג

אמרה לו תנהו לאבא וכו' אינה מקודשת וכו'. הנה הבית שמואל סימן ל' ס"ק י"ג כתב ממה שכתבו התוס' במסכת קידושין דף ח' ע"ב בד"ה תנם לאבא וכו' משמע דס"ל דאם אמרה תן לפלוני אפילו לא אמרה ואתקדש אני לך הוי מקודשת דאל"כ לק"מ מהאי דאמרה תן לאבא דשם לא אמרה ואתקדש לך עכ"ל ולא הבנתי דבריו דבשלמא בהך דתן לאבא התחיל הוא ואמר התקדשי לי במנה והיא משיבה תנהו לאבא ודאי דאינה צריכה לומר ואתקדש אני לך דעל דיבורו קאי דאמר לה התקדשי לי במנה משא"כ תן לפלוני דעל כרחך מיירי לשיטת התוס' דהתחילה היא בו וא"כ איך יתכן באומרת תן מנה לפלוני ולא הזכירה כלל שתתקדש לו בו שתהא מקודשת ואף שהוא אומר לה אח"כ התקדשי לי בו מה מהני כיון שלא הזכירה היא כלל קידושין בדבריה נשתקע הדבר אבל עכ"פ יהיה מוכח מדברי התוס' דין אחר דאם הוא התחיל לומר התקדשי לי במנה אף דאמרה תנם לפלוני ואתקדש אני לך בו לא מהני כיון דהוא התחיל משטית בו דאל"כ תקשי עדיין למה להו לחלק בין דהתחיל הוא הו"ל לחלק דבתן לפלוני על כרחך מיירי דאמרה אח"כ אתקדש אני לך כמו שהוכחתי וכאן מיירי דלא אמרה ואתקדש אני לך אלא על כרחך דס"ל להתוס' דגם מה שאמרה תן לפלוני הוי כאמרה ואתקדש אני לך ומ"מ אינו מועיל ולכך לא חילקו רק בין התחיל הוא להתחילה היא אבל אין זה דין מוסכם כי הרשב"א בחידושיו וגם המ"מ כתב בשמו וז"ל וכתב הרשב"א דבהניחהו על גבי סלע אפילו אמרה ואתקדש אני לך לא מהני ואינו דומה לתן מנה לפלוני וכו' משום דהתם נתנה לבן דעת וכו' והרמב"ן מחמיר באומרת ואתקדש אני לך הרי מדברי שניהם נלמוד דאף דהתחיל הוא כמו בסלע אם אמרה אתקדש אני לך הוי קידושין בבן דעת עכ"פ וכן הוא בחידושי הרשב"א להדיא עיי"ש וזה דלא כתוס' והלח"מ לא ראה חידושי הרשב"א דאלו ראה לא היה נכנס בזה לדוחק ופשוט הוא.

הלכה ו

המקדש בעד אחד וכו'. כתב הלח"מ בשם תרומת הדשן דאם עד אחד אמר נתקדשה בפני ובפני עוד אחד חיישינן לכו"ע והקשה דא"כ לישני שם במסכת קידושין דף ס"ה ע"ב אמה שהקשה מברייתא דזה אומר זאת אשתי וכו' דמיירי דאיכא עד אחד ומעיד שהיה בשעת קידושין עוד אחד ואין צריך לתירוץ הדחוק דצריך שני גיטין לגבות כתובה דכל זה דוחק בפירוש הברייתא. ונראה לי דלק"מ דהך דינא יליף התרומת הדשן מדברי

התוס' במסכת כתובות דף כ"ג ע"א בד"ה תרווייהו בפנויה קמסהדי וכו' דכתבו לא הוי צריך להא דאפילו ליכא אלא האי דאמר נתקדשה לא תצא דאין דבר שבערוה פחות משנים ועל כרחך כונתם למאן דאמר דהמקדש בעד אחד אין חוששין דאי למ"ד חוששין ודאי תצא וא"כ איך כתבו לא תצא הוי להו להקשות מברייתא זאת למ"ד אין חוששין האיך קתני לא תצא הא מותרת לכתחילה אלא על כרחך דדעת התוס' דברייתא מצי אייריי דהעד אומר נתקדשה בפני ועוד עד אחד וס"ל להתוס' דבכגון זה חוששין רק לכתחילה אבל לא תצא דמ"מ אין דבר שבערוה פחות משנים וזה פשוט בכונת התוס' ומזה יצא לו דינו של תרוה"ד.

ולפי"ז לק"מ מהך דקדושין דשם על כרחך מה דקאמר בברייתא צריכה גט משניהם היינו לפסול בדעבד דאם נשאת בלא גט תצא מדאמר מילת צריכה וזה מוכח מדפריך בגמרא שם עד אחד בהכחשה מי מהימן פירש רש"י דאיכא חד סהדא דמכחיש ליה. וקשה הא ברייתא מפורשת היא בכתובות עד אחד אומר נתקדשה ועד אחד אומר לא נתקדשה הרי זו לא תנשא וליכא למימר דמשום דהתם מיירי כמו שפירשו התוס' שם שזרק קידושין ספק קרוב לו או לה או שהיו נרות דולקים וכו' ולכך לא אוקמינן לה בחזקת פנויה אבל כאן הרי חזקת פנויה לפניך דאף כאן ליכא חזקת פנויה דלדברי שניהם הרי היא אשת איש רק זה אומר לזה וזה אומר לזה וליכא כאן חזקת פנויה וממקומו הוא מוכרע דפריך היכי דמי אי דאית להאי סהדא ולהאי סהדא מי מצי אמרה אלו שני עבדי וקשה מה פריך לימא אוקי תרי להדי תרי ואוקי אשה בחזקת פנויה כקושיות התוס' במסכת כתובות שם בד"ה מאי שנא רישא וכו' ואפילו לחד תירוץ דשם דהוי ספיקא דרבנן מ"מ אין זו קושיא על ברייתא דהא גופא קמ"ל דאף דמותר מן התורה מ"מ מדרבנן אסורה וטובא קמ"ל ועל כרחך צ"ל דכאן ליכא חזקת פנויה כנ"ל וא"כ הא דפריך עד אחד בהכחשה מי מהימן על כרחך צריך להיות דס"ל להגמרא דמדתני בברייתא מילת צריכה גט פירושו דתצא ושפיר פריך דקי"ל אם נשאת לא תצא ולפי"ז אי אפשר לתרץ בגוונא דבעל תרומת הדשן דכו"ע מודין בזה דאם נשאת לא תצא כנ"ל וצריכה גט משמע דאם נשאת תצא ולק"מ.

הקשה הרב בעל משנה למלך על תשובת הריב"ש סימן רס"ו דהיה האחד פסול מחמת שהוזם וצידד הריב"ש על עדות השני אם עד אחד בקידושין מהני והקשה הרב דהא בטלה עדות כולו דנמצא אחד פסול עכ"ל ואין מקום ליישבו על פי מה שכתב הבית שמואל בסימן מ"ב ס"ק ח' לתרץ קושיא כזאת על דברי רמ"א שם בנמצא אחד מהן קרוב דלשיטת הרא"ש בעי הגדה בבי"ד א"כ אף דאין הבי"ד יכולים לפסוק על פיו מ"מ בשעת

קידושין עדיין לא נתבטל עדותן א"כ הקידושין היו כשרים וא"כ אם קידש לפני שנים והאחד קרוב מ"מ בשעת קידושין היו הקידושין לפני עד אחד עכ"ל דהא בנדון הריב"ש הכחישה האשה כל המעשה והב"ד אין להאמין לקול העדים כיון שנמצא אחד מהם קרוב או פסול. ונ"ל דס"ל להריב"ש כיון דפסקינן הא דבטלה עדות כולו דוקא באמר שנתכון להעיד וכאן שהוזם נחשד להעיד שקר לא מהימן לומר דהיה שם במעמד ונתכון להעיד לפסול הנטפל עמו רק אמרינן להחמיר דלא נתכון להעיד ויתקיים עדות השני ובגמרא דמכות דף ו' דאמרינן כן אפילו בעדות שהוזמו איירי בדיני נפשות ומספיקא לא קטלינן גברא אבל לעניין איסור אמרינן אולי לא נתכון להעיד ואמירתו דנתכון אין בו ממש ואף דבמעשה דריב"ש הנ"ל העיד הכשר דהיה הוא והפסול נחבא לראות הקידושין מ"מ אטו יתיב בתבנא דלבו לדעת אם למחזי או לאסהודי נתכון מיהו כל זה בפסול מחמת עבירה דחשוד לשקר אבל מחמת קורבא דלא נחשד לשקר וגזירת מלך הוא אפשר לומר דבטל כל העדות ותשובת הריב"ש בסימן י"ד יש ליישב על פי שיטת הבית שמואל הנ"ל (א).

(**א**) אמר המגיה אל יקשה להקורא בדברי הרב האיך כתב דבגמרא דמכות מיירי בדיני נפשות הא כתבו התוס' התם דגיטין הוי נמי כדיני נפשות דבאיסור אשת איש יש בו סקילה זה יתורץ לדעת המחבר לפי מה שכתב בחו"מ סימן ל"ו בתומים דהתוס' לא כתבו כן רק בגט דפסול בעד אחד משא"כ בקידושין למ"ד חוששין לקידושין ולשיטת רש"י דוקא בדיני נפשות ממש דכתיב והצילו העדה עיי"ש.

הלכה ז

קטן שקידש וכו'. הרב משנה למלך הביא כאן ספק עצום במחלוקת רש"י ותוס' אם קטן יכול לקדש אשה שתחול עליה כשיגדיל עיי"ש ודבריו ברורים והרב המגיה שם הביא דברי נימוק"י ורשב"א דהמקדש קטנה שיחולו לאחר שתגדל דהוי קידושין וכתב לחלק בין קטן לקטנה וכו' ובאמת יש לחלק חילוק גדול מלבד מה שכתב מהרש"א ביבמות פרק בית שמאי גבי המקדש את הקטנה קידושיו תלויין דלכך הקידושין מיתלו תלו דהא יש עליה שיעבוד מחמת כסף הקידושין וא"כ זה הטעם לא שייך בקטן המקדש כלל אף גם בלא"ה יש לחלק דהא בעינן בקידושין נתינה ואמירה הרי את מקודשת לי ונתינת קטן לאו שמיה נתינה ואמירתו לאו שמיה אמירה כלל וא"כ במה תהא מקודשת כשיגדיל הלא לא היה לה ממנו נתינה ואמירה כלל בקידושין דמה שנתן ואמר בעודו קטן ללא נחשב ומעתה אזדא דמיון הרב בעל משנה למלך שנסתפק אם בעינן שיהיו המעות בעין בשעת חלות הקידושין ובא לדמותו להא דבכורות דף מ"ט בפודה בנו תוך

ל' יום ונתאכלו קודם ל' דלרב בנו פדוי לאחר ל' אף דאין בידו לפדות תוך ל' ואינו דומה לכאן דהתם נתינתו ואמירתו בשעת פדיון אית בהו ממש וגם בפדיון אין צריך נתינה ואמירה דסוף סוף בנו פדוי משא"כ כאן בקידושין דבעינן נתינה ואמירה ממש אפילו נתן הוא ואמרה היא לא מהני א"כ מה נתינה ואמירה יש בקטן שנתינתו ואמירתו אינו כלום.

אמנם מה שמדייק הרב מהרי"ט מדברי רש"י ביבמות בהאי דמוקי ליה בשופעת דרש"י מודה דאין קידושין אלא בעומד במשלם שנת קטנות בשנת י"ג בסופו ותמה המשנה למלך עליו דמאי שנא סוף סוף קטן הוא ותירץ הוא ז"ל דברי רש"י דרש"י אזיל בשיטת ר"ת והטור דבמשלם היום היו לו ב' שערות אלא שחסר לו הערב שמש וכו' עיי"ש וכבר כתבתי לעיל דשגגה היא דאין גדלות תלוי בשנים רק בסימנים אמנם בתוך זמן אמרינן שומא היא אבל בו ביום כיון דלאו שומא היא הרי הוא גדול לכל הלכותיו לפירוש ר"ת וכמו שכתבנו לעיל.

על כן נראה בדברי רש"י דתליא במחלוקת הרמב"ם ותוס' במקדש עובר משהוכר עוברה דהרמב"ם ס"ל דהוי קידושין כסתם מתניתין במסכת קידושין דף ס"ב ע"א וס"ל דהא דר' אליעזר בן יעקב בתרומה כהך לישנא דמוקי ליה שם בגמ' דוקא בשחת ולהך לישנא מתניתין דברי הכל היא וצ"ל הטעם משום דהואיל ולא תליא במעשה רק בזמן דסוף השחת לגדול בשחת דבי כיבשי וסוף העובר להיות נולד יכול לקדש וצריכין אנו לומר לשיטתו הא דלא אמרינן כן אף בלא הוכר העובר או באגם נמי היינו משום דמ"מ בעינן דבר ממש שיהיה ניכר וראוי לחול עליו משא"כ בלא זה אף דיבוא ודאי בזמן מ"מ הוי כדבר שלא בא לעולם וזה פשוט. והוא הדבר שבכונת רש"י דמיירי במשלם שנת י"ג היה להן שערות ולא כמ"ש המשנה למלך דהיו השערות כשיעור רק היו קטנים ולא היה בהן אז כדי לכוף ראשן לעיקרן וכדומה אך בהגיע תחילת שנת י"ד נתגדלו כשיעור ואף דבעת קידושין היו קטנים מכל מקום כיון דכבר צמחו השערות ועתידים לבוא בזמן הוי כשחת בתרומה והכרת העובר בקידושין דחלו אח"כ וזה פשוט וברור. והוצרך רש"י לומר בסוף י"ג שנה דמקודם לזמן הזה כל השערות שומא נינהו והוי כאלו אין להם שערות כלל ולא מהני מה שיביאו אח"כ בזמן כמו דלא מהני אגם בתרומה ועובר בלי הכרה בקידושין אף שעכ"פ ודאי יבוא.

ואפשר לומר דאפילו למ"ד תוך הפרק כלפני הפרק מ"מ מודה דאם התחילו השערות להיות צומחים במשלם שנת י"ג אך לא הגדילו כשיעור עד אחר הפרק דלאו שומא נינהו ואם גדלו כשיעור בתחילת שנת י"ד דהוי סימנים דכיון דשנת י"ד גורם לו להיות

הסימנים כשיעור בגדלותן וכי אפשר לשערות לצאת ברגע אחת בצמיחה וגדלות כדי לכוף ראשן ועל כרחך צריך זמן מה איזה רגעים מקודם שיהיו צומחים כדי כאשר תחול שנת י"ד שיהיו כשיעור וזה ברור לענ"ד לא יכחיש אותו המציאות וא"כ דברי רש"י אתיא ככו"ע והוי כשחת הנ"ל דחל. אך התוס' והרשב"א אזלו לשיטתן דס"ל דלא כהרמב"ם דאף בהכרת העובר לא מהני רק למ"ד אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עיי"ש ושפיר הקשו על רש"י דהך אוקימתא דשופעת לית לן לאוקמי כר' מאיר דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כמ"ש הרשב"א בחידושיו.

ומה שתמה הרב בעל הגהה למשנה למלך שם על המצאתי כתוב שהביא הב"י דאין אשה עושה שליח לקבל קידושיה מיד שליח בעלה מהא דאמרינן ביבמות בשמעתין הנ"ל דשויא תרווייהו שליח ופגע שליח בשליח וכו' נראה דלק"מ דבמסכת גיטין דף כ"ד ע"א איכא חד מ"ד דאין אשה עושה שליח לקבל מיד שליח בעלה משום בזיונא וחד אמר משום חצירה הבא לאחר מכאן א"כ כשבעל והאשה שניהם אמרו לשלוחן הוא אמר לשלוחו שיתן לשליח האשה והיא אמרה לשלוחה שיקבל מיד שליח בעלה אזלא בזיונו כמבואר בגמרא שם ולמ"ד משום חצירה הבא לאחר מכאן לא מבעי למ"ד בגיטין דף ס"ג ע"ב דהיכא דקדמה היא ושויא שליח דלא גזרינן א"כ לק"מ דהאי דיבמות מיירי בכה"ג אלא אפילו דס"ל דמ"מ גזרינן משום חצרה לאחר מכאן מ"מ לק"מ דזה הוי רק גזירה מדרבנן ומן התורה מקודשת ואם כן הרי כאן חיוב חטאת כיון דקידושין חלין מן התורה ולק"מ.

ואם היתה בת עשר וכו'. הקשה הלח"מ דכאן מפליג בין עשר ליותר מעשר ובהלכות מכירה פרק כ"ט הלכה ו' כלל בחד כללא מבן שש עד שיגדיל צריך שיהיה בקי בטיב משא ומתן ויפה הקשה ואולי יש לומר דמספקא ליה בכוונת הגמרא בגיטין דף כ"ט ע"א דחד אמר כבר שית וכבר שבע וחד אמר כבר שבע ובר שמונה וחד אמר כבר תשע ובר עשר ולא פליגי כל חד לפום חורפיה ולא קאמרו יותר מזה דהיינו כבר עשר ובר אחד עשר ש"מ דעד כאן בעינן חורפא אבל מכאן ואילך לא נפק"מ בחורפא כלל או י"ל דלעולם בעינן חורפא ובעי בדיקה אי בקי הוא בטיב מו"מ דהא יש לדקדק כיון דלא פליגי דבדקינן בכל זמנים הללו אמאי נקטו הני תרי אמוראי והברייתא כל אחד שיעורי אחריני בשנים אלא על כרחך דדברו כל אחד במקומם ובזמנם בהוה דכל אחד בזמנו ובמקומו היו רוב קטנים בקיאים דוקא באותן שנים ועל כן נקיט בברייתא כבר תשע דבזמנם לא היו בקיאים רוב קטנים בפחות מזה ודברו במצוי ומעשר ולמעלה נמי לא דברו דזה פסיקי להו דבכל זמנים ובכל המקומות רוב קטנים בקיאים אז אבל

לעולם תמיד צריכין בדיקה וכל זמן שאינן בקיאים אינו כלום וכמו כן הך דאמר בן ז' ובן שמונה אע"פ שלא אמר בן תשע ובן עשר מודה דצריך בדיקה כדאמר בגמ' וכיון דמספקא ליה להרמב"ם בפשט השמועה על כן במכירה הואיל והדבר תקנה בעלמא כל היכא דאיכא לספוקי העמידו על דין תורה שאין מעשה קטן כלום אבל בקידושין חשש להחמיר באיסורין ומצריך מיאון אולי הפירש כמ"ש לעיל זה מה שיש לומר לדעת הרמב"ם והדבר דחוק.

ויותר נראה לומר דהרמב"ם לא היה מסופק כלל בפירוש הגמרא רק פסיקי ליה פירוש השני רק ס"ל דבמקח וממכר שבו דברו בגמרא אף דרוב קטנים כשהגיעו לכלל עשר עדיין הם סכלים מ"מ יודעים בטיב מו"מ ולשמור קידושין על כן במקח וממכר דלא אזלינן בממון בתר רוב ומיעט קטנים איכא שאינם יודעים בשום הבחנה על כן פסק דצריכן בדיקה עד שיגדיל כפשטיה דגמרא בפירש השני אבל בקידושין ס"ל דאף דהמה סכלים כיון דרוב קטנים יותר מעשר יודעים לשמור קידושין אזלינן בתר רובא ואין צריכן אז בדיקה.

הלכה ט

חרש וכו'. והראב"ד כתב טעה בזה וכו'. ועיין במ"מ במש"כ בזה ודברי טעם הם אלא שבעל משנה למלך תמה על המ"מ למה לא סייע להרמב"ם מירושלמי דפרק חרש באשר שהמ"מ בעצמו הביאו פרק י"א מהלכות גירושין וז"ל אשתו של חרש אפילו אשם תלוי אין בה בא אחר וקידשה תפסו בה קידושין גרש מותרת לחזור לראשון (והראב"ד) [ועל הראב"ד] ז"ל כתב אין ספק שנעלם ממנו הירושלמי עכ"ל משנה למלך. ואדרבה אני תמה עליו דהא במ"מ שם הביא הירושלמי דאמר על הא גירש מותרת לחזור לראשון הדא היא דתני ר' חייא אשתו של חרש שגירשה חרש והלכה ונישאת לחרש או לפקח קורא אני עליו לא יוכל בעלה הראשון לקחתה אשתו של פקח שגירשה והלכה ונישאת לחרש או לפקח קורא אני עליו לא יוכל בעלה הראשון לקחתה וכו' וגריס המ"מ לדעת הרמב"ם בסיפא אין אני קורא עליו וחילק בין רישא לסיפא דברישא כיון דחכמים תקנו נשואין לחרש לא יפה כחו מן הפקח שאם גירש אינו יכול להחזירה אבל בסיפא לא תקנו נשואין לחרש להורעת כחו של פקח וכו' עיי"ש. ונראה דלא הוי גריס נמי בסיפא או לפקח דזה לדעתו על כרחך נמי טעות סופר הוא דהא הוי מחזיר גרושתו מפקח לפקח וכתב המ"מ על גירסא זאת וכן נראה עיקר וזה שאמרו גירש מותרת להנשא לראשון ואילו הוי הפירוש בירושלמי כסברת המשנה למלך דגירש קאי אפקח שגירש אשת החרש שקידש לעצמו א"כ היכא מייתי ראיה לדין זה מהדא דתני ר' חייא בסיפא אשתו

של פקח שנשאת לחרש שמותרת לחזור לבעלה הראשון הפקח הא אינו דומה אשת פקח לאשת חרש כמו שכתב המ"מ. וכן מביא הירושלמי אח"כ להחמיר באשת חרש שהלך בעלה למדינת הים ונשאת לפקח בחזקת שמת יותר מפקח שהלך למדינת הים ונשאת לחרש דהוי סברין למימר יוציא חרש ויקיים פקח וכמו שכתב המ"מ להדיא ועל כרחך צ"ל לדעת המ"מ דהאי גירש דתני גבי אשת חרש עניין בפני עצמו הוא ולא קאי אהך בא אחר וקידשה רק הוא עניין נפרד על חרש שגירש אשת הפקח שנתקדשה לו מותרת לחזור לראשון כיון שאין מעשיו כלום לא שייך ביה מחזיר גרושתו ועל זה מייתא סייעתא מהא דתני ר' חייא בסיפא וזה פשוט.

ונראה דבעל משנה למלך העתיק גירשה בהא הידועה דזה מורה דאדלעיל קאי אבל בנוסחאות הירושלמי הוא גירש ושפיר הוא ענין נפרד והנה חס ושלום שנעלם הדבר מעיני הראב"ד שלא ראה הירושלמי דהא הוא גופיה מייתי ליה בהלכות גירושין ובודאי ראה גם תחילת דבריו רק גירסתו היה כאשר היא כתובה בכל הספרים אני קורא בין ברישא ובין בסיפא אבל בכל זאת יהיה איך שיהיה תקשה להראב"ד האיך מייתי סייעתא להא דגירש מותרת לחזור לראשון דהא לגירסתו תני בין ברישא ובין בסיפא אסורה לחזור לראשון ונראה לי דהראב"ד מפרש בלשון שאלה ואבעיא כאלו אומר גירש מהו אם מותרת לחזור לראשון וכהנה רבות בלשון הירושלמי שהוא לשון קלילא וקצרה נקט וע"ז פשוט ליה מהך דר' חייא דאסורה לחזור לראשון זהו מה שיש לומר בדברי הראב"ד.

הלכה יג

אשת איש שפשטה וכו'. הלח"מ תמה על מה שכתב הב"י בסימן י"ז בשם רבינו ירוחם דאם קבלה קידושין מאחר בפני בעלה וגירש השני מותרת לחזור לראשון דהא אמרינן גירש השני אסורה לחזור לראשון דיאמרו החזיר גרושתו משנשאת והוא בגיטין דף פ"ט ע"ב וכבר קדמו רמ"א בדרכי משה להקשות זאת ונראה דרבינו ירוחם לא מיירי באמרה שנתגרשה רק שפשטה ידה וקבלה קידושין מאחר ואמרה שלא נתקדשה לראשון מעולם והרי היא נאמנת מכח אותה חזקה דאין האשה מעיזה פניה בפני בעלה דמאי שנא אם אמרה נתגרשה או שלא נתקדשה לעולם והרב בעל משנה למלך כתב ג"כ סברא זאת היכא דליכא עדי קידושין וכיון דנאמנות א"כ אינה צריכה כלל גט מהראשון ואמרינן דמעולם לא היתה אשתו ומה מחזיר גרושתו שייך כאן ובגמרא דגיטין מיירי בגוונא דאינו נאמנות לומר לא קדשתני וצריכה לפי הקול גט מהראשון והחזקה היא שגירשה הראשון וכיון דצריכה גט שפיר יש לחוש שיאמרו מחזיר גרושתו וכו' אבל במקום שאומרת לא

קדשתני והוא בגוונא דנאמנת ואינה צריכה גט כלל מהראשון פשיטא דמותרת לחזור לו ואין כאן חשש והבו דלא לוסיף על גזירת חכמים במה דלא מצינו מבורר בגזירתם.

הלכה טז

המקדש אשה שחציה שפחה וחציה בת חורין וכו'. הראב"ד והר"ן והמ"מ תמהו על הרמב"ם הואיל ופסק כיון דנשתחררה גמרו הקידושין וכו' ואין צריך לקדשה קידושין אחרים למה פסק אח"כ דהוי קידושי ספק ואם לאחר שנשתחררה נתקדשה לאחר צריכה גט משניהם ונראה לומר דס"ל להרמב"ם הא דנסתפק בגמרא בגיטין דף מ"ג ע"ב בקדושיה עד שאמרו אי קידושי דראובן קדושין קידושי דשמעון לאו קידושין ואי קידושי שמעון וכו' אין הספק כמ"ש התוס' אי שחרור מפקיע קידושין או גומר קידושין דא"כ הו"ל למימר הך בתר פלוגתא דרב יוסף ורבי זירא דפליגי בהכי כיון דעליה קאי ומזה הטעם נראה דלא פירש רש"י כפירש התוס' ובפירש רש"י נמי מיאן הרמב"ם דהספק הוא משום פלוגתא דאמוראי לעיל ומספקא ליה הי מנייהו הוי קדושין דתקשי קושיית התוס' דקשיא רב חסדא ארב חסדא.

ולכן ס"ל להרמב"ם ספק אחר יש בזה והוא דהמקדש חציה שפחה וחציה בת חורין על צד שפחה לא חלו קידושין כלל ולא אמרינן מגו דחל על צד בת חורין חל נמי אצד שפחה וא"כ הרי זה כמקדש חצי אשה ואין אשה נקנית לחצאין רק אמרינן דלכך מקודשת הואיל ולא שייר בקנינו והכונה בזה דזה מקדש האשה כולה רק דעכשיו חל רק אצד בת חורין אמנם כשתהא משוחררת יחול נמי אצד השני ואין זה מקדש חצי אשה דהא לא שייר בקנינו והרי הוא כאלו אומר חצי הצד אני מקדש עכשיו וחצי צד כשתהא משוחררת ואין זה מקדש דבר שלא בא לעולם דהא צד חירות אית בה כבר והוי כהוכר העובר לשיטת הרמב"ם והואיל ואיכא קצת בעולם חלו קידושין ומכ"ש בזה ובפרט למשנה אחרונה דכופין לשחרר וא"כ עכ"פ תהא משוחררת ואין צריך לספק ביה כלל וזה כוונת הגמרא לא שייר בקנינו דאינו מקדש חצי אשה לבד כי אם כולה צד חירות תיכף וצד שפחה כשתהא משוחררת ומ"מ נחית לקדש כולה וזהו כוונת אמרם נשתחררה גמרו קידושי ראשון דמעיקרא חלו רק אחצי בת חורין ובשעת שחרור אחצי השני ולפי זה הרי כאן ספק מבואר דהוי כאומר חצי היום וחצי למחר דהיא מקודשת בספק ובעיא דלא אפשטיה הוא והוא נמי בנדון דידן דאומר חצי היום וחצי לאחר שתשתחרר וזהו הספק שנסתפק רב חסדא. והוא נמי כוונת הרמב"ם שכתב המקדש שפחה חציה שפחה וחציה בת חורין אינה מקודשת קידושין גמורין עד שתשתחרר רצונו באמרו קידושין גמורין אין פירושו קידושי החלט שלא יפול בו ספק רק הרצון

קידושין שלמים ולישנא דגמרא גמרו קידושין נקט רצונו לומר דעד עכשיו היתה רק חציה מקודשת ולאחר שחרור נשלמו הקידושין שכל גופה מקודשת ולזה אמר כמו קטנה וכו' וכן הדבר כשקידש הקידושין מצד בת חורין היו תלוין כהנ"ל לזה אמר ואין צריך לקדש וכו' דלא תאמר כי אצד שפחה לא חלו אז קידושין כלל ולא חלו רק אצד בת חורין וא"כ אף שנשתחררה על צד שפחה אין כאן קידושין והרי היא חציה אשה וחציה פנויה ולזה אמר דאין צריך לקדשה דהוי כאומר הרי את מקודשת לי עכשיו ולאחר שתשתחרר וא"כ אצד בת חורין חלו תיכף ואצד שפחה כשנשתחררה חלו תיכף אבל מ"מ ספיקא היא דהוי כחציה היום וחציה למחר ולכך פסק דהוי ספק קידושין בקבלה מאחר ולק"מ דאף דגמרו קידושין מ"מ הספק הוא משם אחר.

ובהכי ניחא דברי הטור דכתב בסימן מ"ד דלהרמב"ם קודם שחרור אין לה קידושין גמורים ולהרא"ש קידושין גמורים והקשה הבית שמואל די"ל דגם הרמב"ם סובר כהרא"ש רק לעניין מיתה לא גמרו ורמב"ם לישנא דגמרא נקט נשתחררה רב נחמן אמר גמרו קידושין וכו' עיי"ש ולפי מ"ש ניחא כיון דספק של רמב"ם הוא מחציך היום וחציך למחר א"כ תיכף בשעת קבלת קידושין הרי הוא בגדר הספק אמנם להרא"ש דהספק הוא אי שיחרור מפקיע או גומר כדעת התוס' א"כ קודם שיחרור פשיטא דהוי קידושין גמורין ויש כאן מחלוקת.

הלכה יט

המקדש בפחות משוה פרוטה וכו'. הרב בבית שמואל סימן ל"א ס"ק ו' הקשה אמה שכתב הרא"ש דאין למקדש לעניין קידושי ודאי אלא מקומו ושעתו ומה שאמרו שמא שוה פרוטה במדי הוא רק חששא בעלמא דהא התוס' במסכת קידושין דף נ"ג ע"ב הוכיחו כפירוש השני של רש"י דהקדושין חלין מיד במקדש במעשר שני בגבולין אע"ג דבאותו מקום אינו שוה פרוטה כיון ששוה פרוטה בירושלים כדמוכ בבכורות ושם מוכח דמקודשת מדאורייתא שהרי הקשה שם בגמ' והרי מעשר דהקפידה תורה לפדות בכסף צורה וקאמר ר' יהודה במזיד קידש ש"מ קידושי דאורייתא נינהו עכ"ל.

ונראה לתרץ דמעשר שני כיון דהוא מצות עשה להעלותו לירושלים א"כ ודאי מעליהו לשם לאכלו כמצותו והרי כאן שוה פרוטה משא"כ בדברים אחרים אין לך אלא מקומו ועוד נראה לי לחלק אם הדבר בעצמו אינו שוה פרוטה או שבעצמותו שוה פרוטה רק איסורא הוא דרביע עליה דאל"כ כל איסורי הנאה דקחשיב במתניתין דקידושין המקדש בערלה וכו' למה ליה למתנייהו הא אינו שוה פרוטה אלא ודאי כיון דבעצמו שוה רק איסורא דרביע עליה הו"א דאקרי כסף לולי דהוא איסורי הנאה והמקדש באיסורי

הנאה אינה מקודשת וא"כ במעשר שני כיון דיש היתר לאיסורו ובעצמותו שוה פרוטה מקודשת וצ"ע בסברא זאת כי בתוס' במסכת עבודה זרה דף ס"ב ע"א בד"ה קידש בדמיהן וכו' לא משמע כן עיי"ש.

יראה לי שאם קידש בתבשיל או בירק וכו'. לכאורה יש להרמב"ם ראיה מגמרא דכתובות דף ע"ד המקדש בפחות משוה פרוטה ובעל צריכה הימנה גט דמה איריא ובעל אפילו לא בעל נמי דשמא שוה פרוטה במדי ואין לחלק בין קידושי ודאי לספק כדמשני במסכת קידושין לשמואל אמתניתין קמא דתני בפרוטה ובשוה פרוטה זה אינו בכלל דבריו צריכה ממנו גט דגט בעי מ"מ רק הו"ל למימר צריכה ממנו גט מן התורה להורות על קידושי תורה אבל מאמרו צריכה ממנו גט סתם מוכח דלולי דבעל אינה צריכה ממנו גט ועל כרחך צ"ל דמיירי בגוונא דכתב הרמב"ם שקידשה בירק דליכא למימר ביה שמא שוה פרוטה במדי ולדברי הרמ"ה י"ל דמיירי דקידש בכספא ועיין בלח"מ ובמה שכתבתי לקמן. ולדברי החולקין גם על הרמ"ה יש להמציא דמקדש בפחות משוה פרוטה שאין שייך ביה למימר שמא שוה פרוטה במדי ולא תצריך גט דהיינו כגון שיש לו אצלה מלוה ואמר לה תתקדש לי בהנאת מחילת מלוה דמקודשת ואם אמר לה תתקדש לי בהנאת מחילת מלוה שיש לי אצלך פחות משוה פרוטה והנשאר אין אני מוחל לך כלל א"כ בזה לא שייך שמא שוה פרוטה במדי דאפילו שוה כהנה וכהנה הוא אינו מוחל לה דבר מסוים רק מוחל לה פחות משוה פרוטה ובזה לכו"ע אינה מקודשת כלל ובזה אמרינן דאם בעל אח"כ דצריכה ממנו גט דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות.

אך בין לפי זה ובין להרמב"ם קשה מה פריך בקידושין דף י"ב ע"א לשמואל ממתניתין דתני בפרוטה ובשוה פרוטה הא מתניתין עיקר קידושי כסף קמ"ל דשיעור הכסף שמתקדשת בו הוא פרוטה ואם הוא שוה פשוטה במדי מ"מ כוונת המשנה היא להודיע שיעור הכסף שמתקדשת בו אשה ולולי הנ"ל היינו אומרים מה נפק"מ הא נפל שיעור קידושי אשה בבירא דלעולם היא מקודשת יהיה שוה מה שיהיה דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי אבל לפי הנ"ל הא יש מציאות לזה שיעור האמור במתניתין. והלח"מ וכן הרשב"א בחידושיו תירצו על התרצן דניחא ליה לאוקמיה מתניתין בכל מילי אבל עדיין קשה על המקשן מה פריך וצ"ל דקשיא ליה מהא דקתני בפרוטה ובשוה פרוטה וקשיא ליה קושית התוס' דף ב' ד"ה בפרוטה דפרוטה למה לי למתני וצ"ל דקמ"ל דאפילו פרוטה צ"ל אחד משמונה באיסר ולא כסלקא דעתא דרב יוסף דבמטבע אפילו כל דהו ולפי זה אי חיישינן שמא שוה פרוטה במדי א"כ פרוטה שהיא חתיכה קטנה של נחושת דל צורתא מהכא הרי הוא חתיכת נחושת אולי שוה פרוטה במדי או באיי הים ושפיר

פריך. ואף דכתב הלח"מ דבפרוטה גופיה כתב הרמ"ה דלא חיישינן שמא שוה פרוטה במדי לא עיין בבדק הבית שכתב דדוקא פחות מחצי שעורה כסף עיי"ש אבל פרוטה דתני במתניתין הוא של נחושת כידוע וזה ודאי חוששין שמא שוה פרוטה במדי דמי גרע נחושת משאר דברים כמו שכתב בבדק הבית ונכון הוא.

אך לפי זה אי אפשר ליישב דברי הרמ"ה במה שכתב אי קידש במילי וכו' אפילו יצא קול שיש עדים שהיה שוה פרוטה חיישינן להו דהא בלאו הכי קי"ל כשמואל דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי וליכא למימר כמ"ש הלח"מ דמיירי דקידש בכספא כמ"ש הרמ"ה אמתניתין אע"פ ששלח סבלונות לאחר מכאן קידושין דף נ' דהא לפי פירוש הבדק הבית איירי רמ"ה בקידש בפחות מחצי שעורה דאין בו לקידושין מציאות אע"פ ששוה הרבה עיי"ש. אבל בדברי הרמ"ה שהביא הטור כאן אי אפשר לומר דמיירי בקידש בפחות מחצי שעורה דהא התחיל אי קידש במילי דלא ידעינן אי הוי שוה פרוטה בעת קידושין אי לא אזלינן בתר השתא ואם קידש בפחות מחצי שעורה אין הדבר תלוי ביוקרא וזולא שישתנה בזמן מהזמנים רק הדבר תלוי בכמות ושיעור הכסף אם גדול או קטן בכמותו ואין זה דבר משתנה מהיום למחר וכן קשה מה טיבן של עדים אי היה שוה בשעת קידושין הא אין הדבר תלוי בשוה כלל רק בכמות הדבר וליכא לתרץ דברי רמ"ה דס"ל כהרמב"ם ומיירי בקדשה בירק דהא הב"י סימן ל"א הוכיח מדכתב הרמ"ה דהולד מהשני ולא גירש ראשון כשר א"כ על כרחך ס"ל כר"י דשמא שוה פרוטה במדי הוא רק גזירה דרבנן שמא יבוא אחד ממדי לכאן וא"כ אף דירק אינו מתקיים להוליכה למדי יש לגזור עיי"ש.

ומלבד זאת ג"כ יקשה אי ס"ל כהרמב"ם א"כ בהא דלקמן בקידש ושלח סבלונות מה דחקו להרמ"ה לומר דקידש בכספא לוקמי בקידש בדבר שאינו מתקיים וכו' אלא ש"מ דלית ליה סברת הרמב"ם. ולתרץ קושיא זאת נראה דלדעת ר"י דס"ל דאף בודאי שוה פרוטה במדי מ"מ אין לקידושין מציאות כלל מהדין דאין למקדש אלא מקומו ושעתו רק חכמים אסרוהו מפני מראית עין כמו שכתב הר"ן ולפי"ז אם חזר אחר וקידשה ג"כ בפחות משוה פרוטה אף שהוא מין אחר אין כאן קידושין דאף דיש לומר דאותו מין שוה פרוטה במדי ואולי המין הראשון אינו שוה פרוטה במדי דמה בכך אף ששוה אינו כלום דאין בקידושין אלא מקומו ומה תאמר משום גזירת חכמים מפני מראית עין זהו שייך בראשון ג"כ ומה אולמא האי מהאי וברור דלא חלו קידושין מהשני.

והרב בבית שמואל סימן ל"א ס"ק ח' דכתב דחלו קידושי שני מספק וצריכה ממנו גט חשש לדעת הרמב"ם דס"ל דבאמת חוששין שמא שוה פרוטה במדי וא"כ שפיר י"ל

דלמא השני שוה והראשון אינו שוה משא"כ לדעת ר"י לית כאן למיחש למידי. ולפי"ז י"ל דהרמ"ה מיירי כאן בקידשה שני בפחות משוה פרוטה ויש קול בעדים שהיה שוה פרוטה בעת קידושין וא"כ ודאי חוששין לקידושי שני דהמה קידושין דאורייתא ועל זה סובבים והולכים כל דברי רמ"ה בזה במה שכתב אי קידש במילי דלא ידעינן וכו' ומיירי הכל בקידושי שני ודבריו מיוסדים על האי גברא דקידש בכוחלא המוזכר שם בגמרא ושם היה ג"כ עובדא בקידש ראשון ושני רק בעובדא דגמרא מיירי דקידש ראשון בפחות משוה פרוטה ועל זה היו עדיו בצד אסתן והרמ"ה לפי מה דקי"ל כשמואל היפך העניין דקידשה שני בפחות משוה פרוטה ועל קידושין אלו יש עדים בצד אסתן שהיה שוה פרוטה בשעת קידושין ואתי שפיר ולא קשה מידי (ב).

(**ב**) אמר המגיה אין לתמוה לפירש הרב בדברי הרמ"ה הא לא הוזכר בדברי רמ"ה כלום שקידשה שני אין זה דוחק די"ל דהרמ"ה קאי אדין שכתב לעיל מיניה דאם קידשה ראשון בפחות משוה פרוטה ובא אחר וקידשה אף דלא נתן לה הראשון גט הולד מהשני כשר וע"ז מסיים ואם קידשה השני במילי וכו' ואם יש קול שיש עדים וכו'.

הלכה כא

המקדש וכו' או לתוך חצרה או לתוך שדה שלה מקודשת. הב"י סימן ל' נסתפק אי ס"ל להרמב"ם דלעניין קידושין לא בעינן חצר המשתמרת או סמך על מה שכתב בהלכות זכיה עיי"ש ועיין בלח"מ שכתב דסתם חצר ושדה מיירי באינם משתמרים אבל לפי מש"כ הרמב"ם לעיל הלכה ד' הניחוהו על גבי הסלע אם היה הסלע שלה מקודשת משמע דוקא דאמרה לו הניחהו על גבי הסלע הוא דמקודשת הא בלא"ה לא ואי לא בעינן בקידושין חצר המשתמרת הא מקודשת היא מתורת חצר עכ"פ אלא ודאי דבעינן משתמר וסלע אינו משתמר ולכך בעינן שתאמר לו הניחהו על גבי סלע ופשוט (ג).

(**ג**) אמר המגיה לכאורה דברי הרב תמוהים דבקידושין דף ח' ע"ב פירש רש"י דסלע משום תורת חצר הוא אבל התוס' שם בד"ה אם היה וכו' כתבו דבסלע לאו משום תורת חצר נגעו ביה רק בסלע שלה סמכה דעתה וכו' א"כ צריכה לומר הניחהו על גבי סלע דבלא זה לא ידעינן דסמכה דעתה אבל בתר העיון בדברי הטור סימן ל' דברי הרב הגאון אמתיים דשם כתב הטור בשם התוס' באמרה הניחהו על גבי סלע והיה הסלע שלה גם שם אינה מקודשת עד שיזרוק אח"כ לתוך חיקה דאז מוכח שהיתה חפצה בקידושין וכתב הב"י אף דלא מצינו כן בתוס' בהדיא דבר זה נכלל במה שכתבו התוס' משום כשהסלע שלה סמכה דעתה וא"כ הרמב"ם שלא כתב שצריך לזרוק לה אח"כ בתוך חיקה על כרחך לא ס"ל כהתוס' דהטעם משום שסמכה דעתה רק כרש"י דסלע שלה

משום חצירה ושפיר הוכיח הרב הגאון.

והנה הרב בית יוסף נתקשה בדברי הטור שכתב בקידושין דבעינן חצר המשתמרת לדעתה ואילו במתנה פסק הרא"ש דדעת אחרת מקנה אותו לא בעי חצר המשתמרת כלל. ונראה לתרץ לפי מה שכתב בספר שיטה מקובצת על מסכת בבא מציעא בשם הראב"ד על הא דאמרינן חצר משום ידה איתרבי ולא גרע משליחות דסתם חצר הוי משום שליחות ובזה יש חילוק בין חבין לאדם או זכין לאדם וכו' אבל בחצר המשתמר איכא ידה ולא בעינן שליחות רק כיון דמשתמר לדעתה הוי ידה עיי"ש ולפי"ז יש לומר כיון דאין אדם יכול להיות שליח לקבל קידושי אשה שלא מדעתה א"כ איך אפשר לומר דיהיה החצר בתורת שליחות וזכין לאדם שלא בפניו כמו במתנה הא אינו יכול להיות שליח כי אם בממנה אותו על פי שני עדים ולכך בעי חצר המשתמרת לדעתה ודל מהכא שליחותו הרי הוא כמו ידה וכמו חצר דקטנה דליכא בשליחות רק ביד משא"כ במתנה דיכול אדם לזכות בשביל חבירו ותן כזכי כידוע א"כ אף חצר נעשה שליח שלא מדעת ולא מתורת יד רק מתורת שליחות וא"כ הרי זוכה לו דזכין לאדם שלא בפניו ולק"מ על הטור ודלכך בעינן בקידושין משתמר דלא שייך שליחות בקידושין רק תורת יד וזה לא הוי רק במשתמר כמו ידה ממש וכמ"ש הראב"ד.

הלכה כב

היו עומדין וכו' או שהיה ספק קרוב לו ספק קרוב לה וכו'. הבית שמואל סימן ל' ס"ק ט' כתב דהיינו שנחלקו שני כתי עדים כת אחת אומרת קרוב לו וכת אחת אומרת קרוב לה אבל עד אחד אומר קרוב לו ועד אחד אומר קרוב לה הוי ספיקא דרבנן עכ"ל ומתוך דבריו משמע דשני כתי עדים הוי ספיקא דאורייתא ולא משמע כן בסוגיא דיבמות דף ל"א ע"א דאמרינן שם דתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן דאוקמינן לה לאשה אחזקתה וכן הרי"ף והרא"ש והתוס' ורוב הפוסקים הרמב"ן במלחמות והר"ן בפרק ב' בכתובות כתבו דתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן ואם עד אחד אומר קרוב לו ועד אחד אומר קרוב לה אפילו ספיקא דרבנן ליכא רק דלכתחילה לא תנשא ואם נשאת לא תצא כמבואר במסכת כתובות דף כ"ג ע"א והטעם דלא תנשא לכתחילה כמו שכתבו התוס' שם בד"ה תרווייהו וכו' שאנו יודעין שזרק לה וכו' או שהיו נרות דולקות וכו' עיי"ש.

פרק ה

הלכה א

המקדש בדבר שאסור בהנאה וכו'. הרב בית שמואל סימן כ"ח ס"ק (נ') [נ"ד] כתב בכל איסורי הנאה דמותר להנות מהן שלא כדרך הנאתן יכול לקדש בהן אף כשהיא בריאה כשהיא יודעת שהוא דבר איסור ואע"פ שלא הותר אלא לחולה מ"מ יכולה למכור לחולה ואע"פ שהר"ן כתב כשהיא בריאה לא הוין קידושין אפשר דמיירי באינה יודעת עכ"ל והנה מה שכתב דיכולה למכור דבר זה אינו דאסור למכור איסורי הנאה אפילו להיות נהנה ממנו החולה שלא כדרך הנאתן מ"מ המוכר אסור למכרו וכן מבואר בתוס' במסכת ע"ז דף ס"ב ע"א בד"ה בדמיהן דהקשו דהא מותר שלא כדרך הנאתן וא"כ יש בו שוה פרוטה ותירצו דכל זמן שהוא בעין אסור למכרו מן התורה או לקדש בו אשה דהוי כמכירה הרי מבואר דאסור למכרו אפילו לשלא כדרך הנאתן דהא על זה היה קושייתם וכן כתב הריטב"א בקידושין דאסור למכרה לחולה דהא נהנה באיסורי הנאה וכן משמע בחידושי הרשב"א בקידושין וכן העתיק בעל משנה למלך בשם הרדב"ז אשר לשונו מכוון ממש כלשון הריטב"א הנ"ל.

ונראה דהרב בבית שמואל הוכיח דין זה מדברי התוס' בקידושין דף נ"ו ע"ב בד"ה המקדש בערלה וכו' דהקשו שם ג"כ קושיא זאת דהא שוה פרוטה שלא כדרך הנאתן ותירצו דמיירי דהאשה לא ידעה שהוא ערלה הנה ס"ל להתוס' כשהיא יודעת מקודשת כיון ששוה פרוטה שלא כדרך הנאתן ולא ס"ל כמו שכתבו בע"ז דגמרינן משדה עפרון שמעות הקידושין צריכן להיות ראוים להנות דרך הנאתן ודחיק ליה לבית שמואל קושיית התוס' דשוה פרוטה שלא כדרך הנאתן דהא אסור להנות מדרבנן עכ"פ אף שלא כדרך הנאתן על כן פירש הוא קושיית התוס' דיכולה למוכרן לחולה שאין בו סכנה אבל באמת זה אינו בכוונת התוס' דא"כ עדיפא הו"ל להקשות דגם דרך הנאתן שוה פרוטה למוכרה לחולה שיש בו סכנה אלא על כרחך דס"ל להתוס' דאסור למכרו כל היכא שאסור בהנאה וכל דאסרוהו רבנן כעין דאורייתא תקנו. והמעיין בר"ן וברשב"א ובריטב"א נראה בעין דס"ל דהתוס' סברו דשלא כדרך הנאתן מותר אפילו בבריא מהך דרבינא בפסחים דף כ"ה ע"ב דשף לברתיה בגוהרקי דערלה וס"ל דסתמא אמרינן בלישנא בתרא דשלא כדרך הנאתן מותר ולא אמרינן דהיתה חולה ש"מ דאפילו בבריא מותר ועל זה סובב והולך כל קושייתם בכל דוכתא וא"כ אין כאן הוכחה להאי דינא מהתוס' דיהיה מותר למוכרו.

וכל זה אם היא בריאה אבל אם היא חולה והודיע לה שהוא דבר איסור בזה יש מקום

ספק דלפי התירוץ בתוס' בקידושין מקודשת אמנם לפי מה שכתבו התוס' בע"ז דהא אסור למכרו או לקדש בו אשה וכיוון דאסור למכרו אין קידושין חלין דבעינן כסף כמו כסף דעפרון שיהיה ראוי לעשות בו כל חפצו א"כ אינה מקודשת וכן הריטב"א כתב להדיא דאסור לקדש בו אף אם היא חולה וכן הרדב"ז הביאו המשנה למלך ס"ל כן. ונראה דנמשכו אחר דברי התוס' בע"ז עיי"ש. ובעל משנה למלך הקשה דברי הרדב"ז אהדדי ממה שכתב בדין אחר אם בתחילת הנתינה לא היה שוה פרוטה ואח"כ נתייקר ועמד על שוה פרוטה דמקודשת דבתר קבלה דידה אזלינן. ודברי משנה למלך המה כשגגה שיצא מלפני השליט דמלבד דאין הנדון דומה לראיה דהתם קודם גמר קידושין כל היכא דאיתא לקידושין ברשות המקדש הם ואם נתייקר ברשותו נתייקר ופשיטא דמקודשת משא"כ כאן לגבי מקדש איכא איסורי הנאה לעולם אף גם זאת שהוא ברור דדעת הרדב"ז כדעת התוס' בע"ז דגמרינן מכסף דעפרון שיהיה ראוי לעשות בו כל צרכו משא"כ זה שכל מעשיו אסורים עליו איסור גמור ולא מהני מה דמותר לאשה ולא קשיא מהך דנתייקרו הקידושין.

והנה גם מדעת רש"י דכתב במסכת ע"ז דף נ"ד ע"ב במכרן וקידש בדמיהן אף דדמי איסורי הנאה נינהו מ"מ באשה הקילו יש לומר כן דסבר כדעת התוס' בע"ז דגמרינן מכסף דשדה עפרון דכסף קידושין צריך להיות ראוי לעשות בו כל חפצו. ויתורץ בזה קושיית הרא"ש על רש"י שהקשה עליו דמה איריא אשה הא בכל מקום חליפי חליפין מותרין ואשה הוי חליפי חליפין ואין צריך לדוחק המשנה למלך שכתב דרש"י ס"ל דחליפי חליפין בכל מקום לעולם אסור וגם לומר מקודשת דמשמע דאין צריך קידושין אחרים דכל זה דוחק ועיי"ש אבל למה שכתבתי דרש"י ס"ל כדעת התוס' בע"ז דף ס"ב לכך הוקשה ליה לרש"י כיון דהוא אסור כדמי איסורי הנאה אף דלהאשה מותרים מ"מ אין הכסף ככסף דעפרון דהא לנפשיה אסור לכל חפץ ואף שהדמים אסורים רק מדרבנן מ"מ כיון שאסורים עליו אין זה ככסף דעפרון ולזה תירץ דבאשה משום פריה ורביה הקילו חכמים והן אמרו דמי איסורי הנאה אסורים למוכר והן אמרו שאם קידש בו אשה שהיא מקודשת ודברי רש"י נכונים ואין אנו צריכים לדוחק של משנה למלך בפירוש רש"י.

וגם לפי זה לא מוכח מרש"י דאם היא חולה דמקודשת אם קידש באיסורי הנאה של תורה דרש"י לא כתב כן רק בדמי איסורי הנאה שהם רק מדרבנן דהן אמרו והן אמרו אבל באיסורי הנאה עצמן שהן מן התורה אסורין הדרן לכללן דלא דמי לשל עפרון. אמנם מדברי התוס' בקידושין משמע דאם יודעת שהוא אסור בהנאה והיא חולה דמקודשת

כיון שיכולה להנות שלא כדרך הנאתן (א) וכן מוכח מדברי הרא"ש פ"ב דקידושין דהקשה אמה דאמרו מכרן וקידש בדמיהן וכו' הא הוי מקח טעות ותירץ דמיירי בהכיר בו והוי מעות מתנה דזה דוחק דא"כ אין זה מעות איסורי הנאה כלל ומה קמ"ל מתניתין בזה ואמאי לא משני בפשיטות דמיירי דמכרן לחולה להשתמש בו שלא כדרך הנאתן דהוי מכירה מעליא אלא ודאי דס"ל להרא"ש דאם קידש אשה באיסורי הנאה גופייהו והיא חולה דמקודשת והשתא לא מצי לאוקמי מתניתין בהכי דאי מיירי בגוונא דחולה מה איריא מכרן לחולה הא לפעמים בגופו של איסור יכול לקדש בו אשה באופן הזה היינו אם היא עצמה חולה ועל כן הוצרך לתירוצו.

. (**א**) אמר המגיה אל יקשה על דברי הרב דהא הוא עצמו כתב דהתוס' לא מיירי בחולה כלל רק דס"ל להתוס' שם בקידושין דאפילו לבריא מותר שלא כדרך הנאתן כי כונת הרב בזה הוא פשוט דעכ"פ מוכח מתוס' דקידושין דלא בעינן בכסף קידושין דומיא דשדה עפרון שיהיה ראוי לכל צרכו וא"כ הגם דאנן פסקינן דלבריא אסור ואסור לקדש בו אשה בריאה מ"מ אם היא חולה מקודשת.

ועוד כתב הבית שמואל שם דאם יש שוה פרוטה באפר הנשרפים מקודשת ביודעת שהוא איסורי הנאה ולא תקשי שמא שוה פרוטה במדי ולשיטת ר"י שהוא רק גזירה דרבנן משום מראית עין יש לומר דכולי האי לא חיישינן למראית עין כיון דעכשיו לא שוה מידי אבל לפי דעת הרמב"ם דס"ל דהחשש הוא באמת שמא שוה פרוטה במדי יש לדייק זאת וצ"ל דס"ל כדעת הרשב"א וריטב"א דס"ל דהשתא לתניהו והוי איסורי הנאה ואין בו יד לקדש כלל.

והנה שם סימן כ"ח בהגהת רמ"א הביא בשם הרשב"א דאם נדרה הנאה מפלוני אין קידושיו קידושין ואם קדשה בשטר הוי קידושין והקשה הרב בבית שמואל דהא לקמן סימן ל"ב הביא שני דעות בכתב שטר על דבר האסור בהנאה אי פסול או לא וכאן החליט הדבר ונראה לי דלק"מ דהרשב"א בתשובה כתב להשואל דנסתפק אולי בהמודרת הנאה לא הוי בכלל מקדש באיסורי הנאה דהואיל אי בעי מתשיל אנידריה וכתב הרשב"א לחלק דלא אמרינן הואיל אלא במה שהוא שלו ואין לאחרים רשות בו אבל לזכות בדבר שמקבל מאחרים ובשעת נתינה אינו יכול לזכות בו הואיל שהוא אסור עליו האיך נימא הואיל ואי בעי מתשיל עליה כיון בשעת שקבלו אינו שלו עכ"ל ולפי זה בקידשה בשטר דאין צריך להיות בו שוה פרוטה לא נפקא לן מידי אם אינה יכולה להנות ממנו מיד בשעת קבלה כיון שיכולה להנות בסוף ע"י שאלה משא"כ בקידושי כסף שהוא בפרוטה צריכה להנות ממנו מיד בשעת קבלה וכל זה במודרת הנאה שיכולה להנות

בסוף מהשטר אבל בכתב על איסורי הנאה צידד הרשב"א להחמיר בתשובה סי' תר"ג אף דכשר בגט מ"מ בעי מידי דאית לה הנאה ממנו ובזה לא יגיע לה הנאה בשום פעם והגע עצמך כפי מה שכתב הרשב"א בשם הירושלמי דבעי מה בין זה לפחות משוה פרוטה ומשני תמן אינו ראוי להשלים ובזה ראוי להשלים הרי דהכי דאפשר להשלים הוי מקודשת מכ"ש כאן דאפשר בשאלה כשיגיע השטר לידה דכי בעינן תיכף נתינה דוקא בכסף שצריך להיות שוה פרוטה משא"כ בשטר דלא צריך להיות שוה פרוטה על כן במודרתו הנאה אף דבעינן מידי דאית ביה הנאה הא אית לה הנאה מיניה עכ"פ לבסוף ע"י שאלה וזה נראה לענ"ד ברור ולכך ס"ל לרמ"א אף דהחולקים בשטר באיסורי הנאה מודים במודרת הנאה דבשטר מקודשת.

הלכה ב

עבר ומכר וכו'. הנה בשו"ע סימן כ"ח כתב דאם מכר לישראל ולא ידע וכו' וכתב הבית שמואל דאם ידע הלוקח שהם דברים שאסורים בהנאה כתב הרא"ש דאז אמרינן דנתן במתנה וצריך ישוב מאי שנא מלקח שדה גזולה והכיר בו שאינו שלו דלרב הוו מעות פקדון והובא בבבא מציעא דף ט"ו ע"ב ופסקינן כוותיה בחו"מ סימן שע"ג וכו' ובריטב"א כתב באמת כדברי הבית שמואל עיי"ש ובאמת אפשר לחלק דבשלמא התם נתן לשם פקדון כי בין כך קודם שיוציא הנגזל השדה מתחת ידו הוא משתמש בקרקע ואוכל הפירות ולכך המעות אצלו בין כך בפקדון דלאו דוקא פקדון אלא הלואה כמו שכתב הרא"ש שם דמשו"ה אינו נוטל הלוקח השבח מהגזלן משום דהמעות הלואה והוי כרבית עיי"ש משא"כ כאן דהמכר בטל מתחילתו שאינו יכול להנות ממנו כלל ולאיזה סבה נתן לו פקדון ויותר מסתבר דנתן לשם מתנה והא דאמרינן בגמרא צריכתיה מהך דהכיר בו שאינו שלו ומהך דמקדש אחותו ולא מחלקינן כנ"ל דגבי הכיר בו שאינו שלו משתמש בין כך בקרקע ולכך יהיב ליה בין כך להלואה משא"כ אחותו י"ל דגמרא חדא מנייהו נקט כן יש לחלק לכאורה אבל באמת הקושיא מעיקרא ליתא כלל דהתם בהכיר בו שאינו שלו ובמקדש אחותו הריב הוא בין המוכר ולוקח ובין המקדש והמקודשת ופליגי רב ושמואל ובהא אמר רב דלשם פקדון יהיב וצריכים להחזיר המעות אבל כאן קושיית הרא"ש על המשנה דתנן מכרן וקידש בדמיהן וכו' הא הוי מקח טעות ומתניתין לא איירי דתובע הלוקח דמי מקחו מהמוכר כלל רק קושיית הרא"ש דמה בכך מ"מ מקח טעות הוא והדמים לעולם בחזקת לוקח הם ולזה מתרץ הרא"ש דהכיר בו הלוקח היותו מאיסורי הנאה ומ"מ אינו תובע הדמים א"כ פשיטא דנותן בתורת מתנה ובזה כו"ע מודים היכא דאינו תובע הדמים כלל וידע במקחו פשיטא דגמר ויהיב מדלא תבע

ובזה אייר מתניתין ולפענ"ד הוא דבר פשוט.

שם בשו"ע סימן כ"ח ואם לא ידע הלוקח שהם איסורי הנאה ולקח המוכר דמיהם וקידש בדמיהם ספק מקודשת וכתב הבית שמואל עיין בהרא"ש והר"ן אפילו לא ידע יש לומר כיון בדרך מקח וממכר בא לידו הוי ליה כהלואה וכתב בבית הלל דדברי טעם הם עכ"ל ולדידי צ"ע דהא כתבו התוס' בבבא מציעא דף מ"ג ע"א בד"ה מה איריא דלרבי יוחנן דאית ליה דבר תורה מעות קונות לא הפקיעו כח שיש לו להמוכר בהמעות שיכול להשתמש בהן כיון דקונות מן התורה והוי שואל עליו להתחייב אף באונסין ואינו יכול לומר נשרפו מעותך בעליה וכן כתב הרא"ש כמסתפק אי לר' יוחנן המעות מותרין להשתמש בהם בפרק הזהב דף מ"ט ע"א גבי האי גברא דיהיב זוזי אשומשמי עיי"ש ומוכח משם דאף דאם נאמר לר"י הואיל ודבר תורה מעות קונות מותר להשתמש בהם מ"מ קודם שימשוך לא הוי רק כשומר שכר והוי פקדון דכתב דלדידן לא נפק"מ בפסק זה דגם אי אמרינן דלר"י היכא דהמכר בטל אין המוכר רשאי להשתמש במעות דאנן פסקינן כר"ת דאנו כולנו חשובים כשולחני לפי שרוב עסקינו ברבית וצריכן אנו תמיד למעות כשולחני וכ"ש בדמי המקח שיכול להשתמש אע"פ שלא נגמר המקח עכ"ל ואי לר' יוחנן אף קודם שישתמש הוי שואל הואיל והוא דרך מקח וממכר בהלואה יהיב זוזי א"כ נפק"מ טובא דהא קי"ל כרב נחמן דף מ"ג דאם נותנן לשולחני מותרין אינו חייב באונסין והוא רק שומר שכר דהוי פקדון ואלו דרך מקח וממכר הוי שואל והוא הלואה אלא ודאי דס"ל להרא"ש דקודם שישתמש לא הוי רק שומר שכר וא"כ כאן באיסורי הנאה דאין המקח כלום האיך יהיו המעות הלואה וצריך להיות דיש חילוק בין דידע לוקח או לא ידע וכיון דלא ידע הלוקח מסיח דעתו מן המעות והוי זוזי ודאי בהלואה ועיין בחו"מ סימן ס"ו ס"ק ד' בסמ"ע שכתב גבי שטר שלא נקנה כדין כיון דאין כאן מכירה המעות המה רק פקדון והשיג הש"ך עליו שם בס"ק ח' ולפי מש"כ אין מקום להשגת הש"ך.

והנה הרשב"א בחולין בשם הרמב"ן והר"ן בחולין ובע"ז כתבו טעם דלכך במכרן וקידש בדמיהן מקודשת הוא כפי מש"כ בירושלמי לפי שאין דמיהן דהיינו דאין זה דמי איסורי הנאה דכיון דהם איסורי הנאה אינם שוים ממון רק המעות מתנה הוא ביד המוכר ולכך מקודשת דאל"כ לא הוי מקודשת דמה לי הן ומה לי דמיהן עיי"ש ועיין במשנה למלך שהאריך ולדידי קשיא הא דאיבעיא לן במסכת נדרים דף מ"ז ע"א האומר קונם פירות אלו על פלוני מהו בחליפין ובעי למפשט מהא דמכרן וקידש בדמיהן מקודשת ודחי ליה דלמא התם נמי לכתחילה דלא ואי עביד עביד ולפי הנ"ל אין הנדון דומיא דבשלמא

במכרן וקידש בדמיהן אין כאן דמי איסורי הנאה רק מתנה בעלמא משא"כ כאן דהמדיר מותר בהן והוא החליפן אצל איש שגם כן מותר בהן והרי הן דמי וחליפי חפץ שנאסר איסור גמור על פלוני ולא ראי זה כראי זה וצ"ל דס"ל הא דמפרש בירושלמי והפוסקים הנ"ל דאין זה דמי איסורי הנאה אין הפירוש הואיל דאינו שוה ללוקח כלום דאטו לא מיירי מתניתין נמי במכרו לנכרי וכמו שכתב הרא"ש בקידושין אלא הכונה דהמוכר הזה שהתורה אסרה עליו הנאתו מבלי למכור או להחליף א"כ אין לו דמים והמעות שקיבל הוא מתנה וכן נוטין לדברים הללו דברי הר"ן בפרק קמא דחולין עיי"ש. והשתא לפי זה נקדים מה דמפרש הרשב"א בפרק קמא דחולין דהפשטן בגמרא דנדרים דבעי למיפשט מהאי דמכרן וקידש בדמיהן הוי סלקא דעתיה דהא דתנן אם מכרן לאו דוקא הוא דה"ה דמותר למכור לכתחילה וא"כ ה"ה דמותר להחליף בקונם לכתחילה וע"ז דחינן דאם מכרן קתני בדעבד אבל לכתחילה לא וא"כ לפי זה להס"ד דמותר למכור איסורי הנאה ולא אסרה תורה א"כ יש דמים לאיסורי הנאה ומכ"ש במכרן לעכו"ם דיש דמים הן מצד מוכר דמותר למכור והן מצד הקונה שהוא עכו"ם ושפיר בעי למיפשט מיניה לחליפי קונמות ודחי ליה דלכתחילה לא דאסור למכור והשתא סברת הירושלמי קיימת כיון דאסור למכור לא הוי דמי איסור הנאה ויש חילוק בין איסורי הנאה לקונמות כהנ"ל ואתי שפיר.

ובזה צדקו פסקי השו"ע שלא יהיו סתרי אהדדי דביורה דעה סימן רט"ז סעיף ב' פסק בקונמות כהרמב"ם דהאומר קונם פירות אלו על פלוני נאסרו החליפין עליו וא"כ ה"ה חליפי איסורי הנאה אסורין דהא בנדרים מדמה ליה להדדי והאיך אמרינן דאם מכרן וקידש בדמיהן מקודשת ועל כרחך צ"ל הא דמשני לכתחילה הוא דלא הא אי עבד עבד היינו בקידושי אשה התירו בדעבד משום מצוה דיחולו הקידושין כמו שכתב רש"י בע"ז פרק ר' ישמעאל אבל בשאר איסורים החליפין אסורין ובאו"ח סימן תמ"ג סעיף ג' פסק בשו"ע דחליפי חמץ מותרים ואפילו להמחליף וכן נראה דעת הרמב"ם והני פסקי קשין אהדדי ולפי מש"כ ניחא דמפרשי בגמ' דנדרים כפירוש הרשב"א בחולין וא"כ למסקנא דאסור למכור לכתחילה לא דמיין אהדדי דבקונמות משו"ה החליפין אסורים דהן חליפי דבר הנאסר בקונם משא"כ באיסורי הנאה דאסור למכור אין אלו דמיהן רק מתנה ולכך מותר בדמיהן וכן בחמץ ושאר איסורי הנאה ואתא הכל על נכון.

הלכה ג

המקדש בפירות שביעית וכו'. פירוש קודם ביעור אבל אחר ביעור כבר מבואר דעת הרמב"ם בהלכות שמטה ויובל פרק ז' הלכה ג' דאם לא מצא אוכלין טעון שריפה כשאר

אסורי הנאה ואיסורי הנאה נינהו והתוס' בקידושין דף נ"ו ע"ב בד"ה המקדש בערלה וכו' כתבו בסופו דלכך לא קתני במתניתין בשביעית אחר הביעור משום דאי אפשר למיתני מכרן וקידש בדמיהן דשביעית תופס דמיו והיינו דתוס' ס"ל ג"כ כרמב"ם דלאחר הביעור שביעית הוא מהנשרפים כשאר איסורי הנאה ולא כהרמב"ן בפירושו להתורה והא דכתבו התוס' בדף נ"ח ע"א בד"ה ושני כתובים וכו' תימה היכי הוי שני כתובים הא לא הוי אתיא שביעית מע"ז דמה לע"ז שכן אסור בהנאה כונת התוס' דהא דשביעית תופס דמיו לא לאחר הביעור בלבד נאמר אלא אף גם קודם הביעור להיות דמיו נתפסים בקדושת שביעית לאכלה ולא לסחורה וכדומה יתר דיני פירות שביעית וא"כ לולי דיתיר לן קרא בשביעית רק דהוי ילפינן מע"ז לא הוי ילפינן רק לאחר הביעור דאז אסור בהנאה אבל קודם ביעור דמותר בהנאה לא הוי למידן מע"ז דתופס דמיו ולכך איצטרך קרא מיוחד דתופס דמיו אפילו קודם ביעור ופשוט הוא ומהרש"א כתב דמדברי התוס' נראין דאף לאחר הביעור מותר בהנאה והיינו כדברי הרמב"ן הנ"ל ולכך נתקשה בתוס' בד"ה המקדש בערלה הנ"ל ולא ידעתי איה ואפוא הוא דס"ל להתוס' דלאחר הביעור מותר בהנאה.

או באפר פרה וכו'. עיין בהראב"ד בהשגת שכתב שמיירי דקדשה בשכר שהיתה ראויה ליתן לו בשביל מלוי המים והבאת האפר והרשב"א בחידושיו הקשה עליו לפי מה דקי"ל דישנו לשכירות מתחילה ועד סוף א"כ שכר מלוי המים והבאת האפר הוי מלוה גביה ונראה לי דס"ל להראב"ד כדעת רבינו ירוחם הביא רמ"א בש"ע סימן כ"ח סעיף ט"ו דאם הכלי עדיין אצלו וקידשה בשכרו היא מקודשת לכו"ע דהוי ליה כמלוה שיש עליו משכון עיי"ש וכאן מיירי שיש בידו האפר והמים א"כ הו"ל כמלוה במשכון ומקודש בשכרו וכו' דהראב"ד דקדק זאת נמי במתניתין דקתני באפר פרה ומי חטאת ולא קתני בהבאת אפר ומלוי המים על כרחך אשמעינן מתניתין דעיקר קידושין הויין משום היות האפר והמים עדיין בידו ובהן קידשה במלוה שיש עליה משכון ומסר לה המשכון אח"כ ולולי זאת המקדש במלוה אינה מקודשת ומיושב בזה קושיית הרשב"א.

הלכה ז

המקדש את האשה בגזל וכו' אם נתייאשו הבעלים וכו'. אע"פ דקי"ל דסתם גניבה הוי יאוש בעלים וקי"ל כרבנן דבגנב מחשבה מטהרתן כמו שכתב הרמב"ם פרק כ"ד מהלכות כלים עיי"ש צ"ל הא דכתב הרמב"ם ונודע שקנה אותו הדבר ביאוש אין הכונה לידע שמיאש דהא סתם גניבה הוי יאוש רק הכונה דלא תהא יאוש שלא מדעת כיון דגנב אולי לא נודע לבעלים שנגנב הדבר בשעה שבא ליד הגנב והוי יאוש שלא מדעת

ולכך כתב שנודע הדבר שקנה ביאוש דהיינו כשנודע שנגנב הדבר ממנו ממילא נודע שקנאו ביאוש כיון דסתם גניבה יאוש בעלים הוא.

והנה הרב בבית שמואל סימן כ"ח ס"ק ג' נתקשה מאוד וכן הקשה בשם הגאון מוהר"ר יעקב מלובלין דבחו"מ סימן שנ"ו מבואר בשו"ע שיטת הרמב"ם דבלקח מגנב מפורסם דלא שייך תקנת השוק אף דאיכא יאוש ושינוי רשות מ"מ צריך הלוקח לשלם דמי החפץ לנגזל וא"כ כאן בקידושין אף דלא ידעה דגנבה הא כתב הב"י שם אף בגנב שאינו מפורסם מן הדין היה צריך לחזור הדמים לנגזל רק מפני תקנת השוק אין צריך להחזיר ודבר זה רק מדרבנן הוא א"כ אינה מקודשת מדאורייתא ועוד על כרחך מיירי דידעה דגנב דאל"כ יכולה לומר אין רצוני להתקדש בגניבה וכן קשה לשיטת הרמב"ם על גמרא דקידושין דף נ"ב ע"ב דאיתא עובדא האי גברא דחטף זוזי בפניה וכו' דאמרינן שם דאי הוי בסתם גזל יאוש בעלים הוי מקודשת הא לשיטת הרמב"ם צריכה להחזיר מעות לבעלים הואיל דלא שייך שם תקנת השוק וא"כ אין כאן ממון לקידושין עיי"ש שהאריך.

ובאמת בלא"ה גוף הדין של הרמב"ם צ"ע בגמרא בבא בתרא דף מ"ג ע"ב בהא דגזל פרה וטלית ומכרה ללוי דקי"ל דיכול נגזל להעיד דלאו דיהודה הוא ולא הוי נוגע בעדות משום דלא מצי מפיק ליה מהלוקח דהוי יאוש ושינוי רשות" לשיטת הרמב"ם הוי לן למיחש דלמא אית ליה לנגזל סהדי דידע הלוקח שהיה גזולה ביד המוכר ואזדא תקנת השוק ויוציא מיד הלוקח דמי פרה וטלית ובפרט לפי מה שכתב רמ"א שם בחו"מ דאף לפי תקנת השוק אינו מחזיר הנגזל ללוקח רק דמי לקיחתו וא"כ יש כאן הנאה גדולה לנגזל דצריך הלוקח ליתן לו הדמים ששוה הכלי יותר מאשר נתן עבורו. ועוד קשה אהא דאמרינן בבבא קמא אהא דקתני במתניתין הגוזל ומאכיל את בניו והניח לפניהם פטורים מלשלם זאת אומרת רשות יורש כרשות לוקח דמי והוי ליה יאוש ושינוי רשות דמה בכך מ"מ חייבים בדמי גזילה ובמתניתין תני פטורים מלשלם והיה מקום לומר דזה דחייב להחזיר הדמים זהו רק מתורת תקנה בעלמא והוא כמו שאמרו בברייתא אם בא להחזיר יחזיר לבעלים ראשונים רק דהתם הוא ממידות חסידות והכא צריך להחזיר מתורת תקנה והא דתקנו כך דוקא כשיש לו ללוקח מקום לגבות חובו מהמוכר הגזלן אבל היכא דאי אפשר לגבות לא חייבוהו רבנן ללוקח לשלם לנגזל ולהפסיד מעותיו לגמרי כיון שקנאו ביאוש ושינוי רשות ולכך גבי גזל פרה וטלית דמוקי ליה שם בגמרא דמית המוכר הגזלן ואין לו לגבות מהמוכר ודאי פטור הלוקח אף מהדמים ולכך יכול הנגזל להעיד וכן גבי הגוזל ומאכיל את בניו דאין להיורשים על מי לחזור דהא לא הניח אחריות נכסים כלל כדאמרינן שם אינן צריכים לשלם לנגזל דמי הגזילה (ב). ומעתה

לא קשה כאן מאשה כלל דאם תשלם דמי החפץ לנגזל על מי תחזור אך לבי מהסס בדין וחילוק הנ"ל והאמנם הקושיות האלה חזקים מ"מ לא מלאני לבי לומר חילוק וסברא מה שלא נמצא בפוסקים וקושיות הנ"ל על הגמרא דב"ב ובבא קמא צ"ע.

אבל בנדון דידן גבי אשה נראה דלא קשה מידי ואני שואל מי ששיעבד לבעל חוב כל נכסיו מטלטלין אגב קרקע שקנה ושיקנה ויש עליו בעלי חובות הרבה א"כ לא יהיה יכול לקדש אשה בכסף דכסף הקידושין משועבדים לבעלי חובות אגב קרקע ויבואו הבע"ח ויגבו מן האשה כסף קידושיה וא"כ קדשה בדבר שאינו שוה כלום כי תצריך לשלם הכסף שקבלה לבע"ח ודבר זה לא שמענו ולא ראינו מי דחש לזה בשום אופן דמי שהוא חייב חובות מרובים בשעבוד מטלטלין אגב קרקע דקידושין שלו לא יהיו קידושין גמורים ואם יבוא אחר ויקדשנה דתהא מקודשת לשני ועל כרחך צ"ל כיון דהגוף שלו ואין לבע"ח רק שעבוד בעלמא יכול לקדש בו אע"ג דצריכה לשלם לבע"ח או הקידושין שקבלה בעין או דמי החפץ מ"מ בשעת נתינה שלו הם ודמים מקבלת מן המקדש ולא דמי למקדש על מנת להחזיר דשם מתנה להחזיר גוף החפץ אבל הכא אין למקדש אלא שעתו בין לקולא ובין לחומרא בכל אופן וא"כ גם בנדון דידן אף דצריכה לשלם המעות לנגזל מ"מ הרי זה רק חוב ושעבוד בעלמא שישלם לו על זה וכאלו שעבוד הדבר לבע"ח והיא היא דהנגזל אין לו רק שעבוד בעלמא כמו בע"ח דקניין הגוף פקע ביאוש ושינוי רשות.

(**ב**) אמר המגיה לכאורה דברי הרב תמוהים דהא דאמרינן שם בגמ' דלא הניח אחריות נכסים היינו קרקעות כדמפרש רש"י בהדיא אבל מטלטלי יכול להיות דהניח להם רק מטלטלי דיתמי לא משעבדי לנגזל וכן כתב הרמב"ם פרק חמישי מהלכות גזילה ואבידה הלכה ה' עיי"ש אבל באמת דברי הרב כנים ואמתיים דודאי אף דהניח להם מטלטלין מ"מ כיון דלא משעבדי לנגזל והם כמעות שלהם אין זה חזרת המעות שנתנו לנגזל אבל בהניח קרקע השעבוד של הנגזל על הקרקע והם נותנין להנגזל המעות הוי זה חזרת המעות במה שהם חוזרים ולוקחים בשביל המעות הקרקע המשועבד לנגזל.

או בחמס וכו'. היינו דלא אמר רוצה אני דאל"ה הא קיי"ל תלוהו וזבין זבינא זבינא וכן הוא בגמרא דבבא קמא דף ס"ב ע"א והנה הבית שמואל כאן נתקשה בדברי הב"י בחו"מ סימן ל"ד דהקשה שם על הא דתנינן הוסיפו עליהן החמסנין הא לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע ותירץ דכן הוא האמת וכמו שכתבו התוס' והקשה הבית שמואל דמאי קא קשיא ליה דאף דאין כן האמת כיון דלא משמע להו לאינשי אינן נפסלין מדאורייתא עכ"ל ונראה לי דקושיית הב"י הכי הוי כיון דאמרינן דהנותן עין בפקדון אינו חשוד על

השבועה דלא תחמוד בלא דמי משמע וקיל ליה דבר זה לחמוד כלי של חבירו אבל לא ישבע לשקר לפי"ז קשה האיך הוסיפו החמסנים הא בשביל שנחשד לחמוד דבר מחבירו לא נחשד לישבע לשקר ולמה פסלוהו רבנן לשבועה ואם תאמר שראו חכמים שבאותו הדור שנתקלקלו הדורות בעוה"ר והחשוד לחמוד חשוד לשבועה וא"כ הדרן לכללא דהוא חשוד מן התורה דעובר על לאו גמור ולמה יהא בכלל פסולי דרבנן להצריכו הכרזה וכדומה ולזה תירץ דאין כאן לאו דכן הוא האמת ולכך פסולו רק דרבנן וזה ברור בכונת הב"י.

הלכה ח

הנכנס לבית חבירו וכו' ואם קידשה בדבר שאין בעל הבית מקפיד וכו' הרי זו מקודשת מספק. עיין בבית שמואל סימן כ"ח ס"ק (מ"ב) [מ"ה] שפירש מקום הספק דאולי בעל הבית מקפיד והוי דבר שאינו שלו ולא תקשי דהא הוי ספק ספקא דודאי סתם תמרה אין בו שוה פרוטה וכן אגוז ומה איריא דשמא בעל הבית מקפיד אף אם אינו מקפיד אינה מקודשת הואיל ולית ביה שוה פרוטה ועל כרחך צריך אתה לומר אם אינו מקפיד הוי ספק שמא שוה פרוטה במדי וא"כ הוי ספק ספיקא דשמא מקפיד ואת"ל שאינו מקפיד שמא אינו שוה פרוטה בשום מקום וי"ל דשמא אינו שוה פרוטה במדי הוי ספק מחמת חסרון ידיעה או ספק שהוא עשוי להתברר באם יבואו אנשי מדי ויעידו שבארצם הוא שוה פרוטה ואינו נכנס לגדר ספק ספיקא.

בש"ע סימן כ"ח סעיף א' חילק רמ"א בין גזל ישראל ובין גזל עכו"ם והבית שמואל הביא שהש"ך בחו"מ סימן שמ"ח ס"ק ב' חולק על זה וסובר דלפי דעת הרמב"ם והש"ע שם אף גזל עכו"ם אסור מן התורה והבית שמואל רוצה לומר מ"מ כשהוא ביד הלוקח אף בלא יאוש ושינוי רשות מ"מ הוי בכלל דבהתירא בא לידו ומותר מן התורה ודעתו שם דעכ"פ מדרבנן אסור ולא ידעתי מה קאמר דהא לפי דעתי דומה להפקעת הלוואתו ושם אפילו מדרבנן מותר אמנם כבר בררתי בחו"מ שיש לומר דדוקא בהפקעת הלוואתו מותר הואיל דמלוה להוצאה ניתנה משא"כ בפקדון דכל היכא דאיתיה ברשותיה דמריה איתיה הוא בכלל גזל גוי אף שהוא ביד הלוקח וראיה מדאצטרך קרא רעהו למעט דין שומרין מעכו"ם ואי סלקא דעתך הפקעתו מותר בפקדון כיון דבהתירא בא לידו דין שומרין מה טיבו אלא ודאי דלא שייך בפקדון הפקעה מטעם שכתבתי ועוד יש לי ראיות רבות בחו"מ עיי"ש ומיהו בתשובת מהר"י ווייל סימן קל"ח משמע דגם בפקדון שייך דין הפקעת הלואת עיי"ש.

הלכה י

גזל את האשה וכו'. הנה הרא"ש בבבא קמא פרק מרובה וכן הרבינו ירוחם כתבו דבקידושין יש להחמיר ביאוש בלא שינוי רשות דרבה סבר דיאוש כדי קנה על כל פנים מדרבנן ועיין בבית שמואל שנתחבט למצוא דרך ואופן דיהיה יאוש בלתי שינוי רשות דאי בגזל דידה ממה נפשך אי שידך מקודם או אמרה הן הא נתרצית ואי בלא שידך ושתקה הא תוכל לומר דידי שקלית וצידד הוא לומר דמיירי בגזל אחרים רק דקיבל אחריות ובזה לא שייך שינוי רשות ובאמת תלה תניא בדלא תניא כי מנין לו זה הדין דבקבלת אחריות מפיק ליה משינוי רשות ויש בו תמיהות רבות כמו שכתב הש"ך בחו"מ סימן ל"ז ס"ק כ"ט עיי"ש ולא ידעתי מה קא קשיא ליה לבית שמואל דלעולם מיירי בגזל דידה דהיינו דגנב חפץ מן האשה ונתייאשה הימנו ובא הגנב וקידשה בו והיא לא ידעה שהחפץ הזה שלה הוא רק חשבה שהוא חפץ אחר הדומה לשלה ובאמת הוא שלה הרי כאן יאוש בלי שינוי רשות ולא שייך כאן לומר דידי שקלית בלא שידך או נתרצית בשידך או אמרה הן דהא לא ידעה דשלה הוא ואין לפקפק דא"כ תוכל לומר אין רצוני להתקדש בכלי גנוב כמו שכתב הבית שמואל בריש סימן כ"ח אני אומר דמלבד זה דלא ידעתי מנא ליה להבית שמואל דין זה מה שלא נזכר בשום פוסק גם אם נודה לדבריו יש לחלק דבשלמא בגנוב משל אחרים תוכל לומר מה לי בכליו של אחרים הגנובים משא"כ בגנוב משלה והיא כבר נתייאשה הימנו וכשהוא מחזירה לה רוצה אדם בקב שלו אף גם נוכל לומר דידעה דגנוב הוא החפץ ולא שייך לומר אין רצוני וכו' רק דלא ידעה דשלה הוא רק חשבה דכמו שגנוב משלה נגנב כלי בדומה לו משל אחר ונתברר לה אח"כ דממנה גנב החפץ הזה והרי כאן יאוש בלתי שינוי רשות וס"ל להרא"ש ורבינו ירוחם דמקודשת וזה פשוט וברור.

והנה הרב רמ"א בהגה סימן כ"ח סעיף ב' כתב דעת הר"ן דאף דבגנוב משלה מקודשת מ"מ צריך לשלם לה גזילתה וכתב בעל משנה למלך דאין ספק בהאי דקדשה בסלע שהוא חייב לה דכל שכן הוא דצריך לשלם לה הסלע שהוא חייב לה ותמה על הרשב"א פרק קמא דגיטין שכתב דהחוב נמחל וא"כ לדבריו כ"ש בגזל שלה וזה היפך הירושלמי שהביא הר"ן וכו' עכ"ל ואני אומר דלפי הבנת משנה למלך דאם בגזל שלה מחויב להחזיר הדמים מכ"ש בסלע שחייב לה ביותר תקשי ליה דברי הרשב"א אהדדי דבחידושיו למסכת קידושין כתב בגנוב משלה כדברי הר"ן והעתיק הירושלמי שממנו מוציא דין זה דבגזל שלה חייב להחזיר לה הדמים אמנם נראה דרמ"א דכתב בהגה גבי גזל שלה דצריך להחזיר לה הדמים ולא כתב בסעיף של אחריו גבי כנסי סלע בחובך

דצריך לשלם לה החוב דדעתו דודאי אם אומר לאשה הרי לך סלע להשבת גזלותך ותתקדשי לי והיא קיבלתו ואמרה הן אין מקום לומר דצריך לשלם גזילתה דהוא נתנה בפירש בתורת השבה ובתורת קידושין ואדעתא דהכי קידשה ואם היא סברה וקבלת איך יתכן דבטלה ההשבה רק דמיירי בגזל חפץ ממנה והחזיר לה סתם ואמר התקדשי לי בו והיא קבלתו ממנו ואמרה הן והיא יודעת דשלה היא וגזול הוא בידו בזה שפיר יש לומר דקבלתו לזקוף עליה הגזל במלוה ולהיות החפץ שלו לקדש בו ודמי החפץ יהא מלוה בידו ובזה דעת הירושלמי דאין הגזל נמחל ובהך גוונא מיירי הרשב"א והר"ן ורמ"א. ולפי זה בחזרת החוב דאמר כנסי סלע זה בחובך אופן השני דנתן לה סתם אינו במציאות דאם חייב לה מאה מנה ונתן לה פרוטה סתם בתורת קידושין פשיטא דמקודשת ואין צריך לשידך או אמרה הן רק הדין דנתן לה סלע ואמר הרי זה לפרעון ותתקדשי לי בו או שחזר ואמר אח"כ עיין ברשב"א והר"ן והיא קיבלתו א"כ פשיטא דאין צריך לפרוע לה כלל כמו גבי גזל אם נתן לה בתורת השבה ואמר ג"כ שתתקדש בו כהנ"ל דאדעתא דהכי קידשה לצאת ידי שניהם פרעון וקידושין דהיא סברה וקיבלה ולית כאן חולק ודברי הנ"ל פשוטים והמעיין ברשב"א לקידושין פרק קמא ימצא באר היטב שנתכון לדברי.

הלכה יב

החזיר לה חוב וכו'. כתב הבית שמואל סימן כ"ח ס"ק ט' וז"ל הב"ח הביא תשובת הרשב"א סימן קל"ז בחוב שלא הגיע זמן פרעון אפילו קיבלה בשתיקה מקודשת ועל כרחך כשאמר כנסי בחובך איירי ומ"מ כשאמר לה הרי את מקודשת ושתקה מקודשת כיון דלא הגיע עדיין זמן פרעון אבל לא נמצא כן בתשובת הרשב"א והט"ז השיג עליו עכ"ל הבית שמואל. ואם אמנם שלא נמצא כן בתשובת הרשב"א מ"מ בחידושי רשב"א לקידושין פרק קמא כתב להדיא וז"ל אבל היה חייב לתת לה ולא הגיע זמנה ואמר לה התקדשי לי במנה זו ושתקה מקודשת וכו' והרי הן הדברים הנאמרים בב"ח. איברא דהרשב"א קאי שם על אופן שאמר כנסי זה לפרעון ואחר כך חזר מדבריו ואמר לשם קידושין דפליג בזה הרשב"א על הרמב"ם דהרמב"ם סבירא ליה בהא אפילו לאחר זמן פרעון מקודשת באופן זה והרשב"א ס"ל דאינה מקודשת דיכולה לומר לא נפק"מ לי בחזרתך דעל דיבורך הראשון סמכתי וקבלתי בתורת פרעון רק אם הוא תוך זמן פרעון בזו ס"ל לרשב"א דחזרתו חזרה ואינה יכולה לומר אדיבורך הראשון סמכתי כיון דהוה תוך זמן פרעון ובאופן זה ודאי יש מקום לקידושין לחול דהא לדעת הרמב"ם אפילו לאחר זמן פרעון מקודשת וא"כ החולקים מודים תוך זמן פרעון דמקודשת משא"כ בנדון

דאמר כנסי בחובך והרי את מקודשת בו דכו"ע מודין דאי שתקה דאינה מקודשת אפילו תוך זמן פרעון וברור הוא.

הלכה יג

המקדש במלוה וכו'. עיין במ"מ שכתב שדעת הרמב"ם דאפילו דאית בשטר שוה פרוטה אינה מקודשת וכן כתב הרמ"א בהגהת שו"ע סימן כ"ח סעיף ז' בשם הטור והרמב"ם וכתב הבית שמואל ס"ק כ' אע"ג דלפי הס"ד בגמ' דקידושין דף מ"ח ע"א דפליגי בקידשה בשט"ח דידה וס"ל לחכמים דשמין את הנייר אם יש בו שוה פרוטה מ"מ למסקנא דמוקי פלוגתייהו בקידשה בשטר שאין עליו עדים ולא איירי במלוה לא אמרינן כן גבי מלוה עכ"ל ופירש לפירושו דודאי לפי הסלקא דעתא דס"ל לר' מאיר דמקדש במלוה מקודשת א"כ אף דחכמים נחלקו עליו פלוגתא רחוקה לא אמרינן וא"כ הבו דלא לוסיף עליה דמודים חכמים עכ"פ דאם יש בשטר שוה פרוטה אע"ג דשטר וגוף הנייר שלה היא ולאו בתורת משכון אתי לידיה רק דאתפסיניה אזוזי אפ"ה היא מקודשת דהא לר"מ אפילו במלוה גרידא מקודשת אמנם במסקנא דאמרינן דלכו"ע במלוה אינה מקודשת א"כ אמרינן דאפילו בנייר אינה מקודשת כיון דלאו בתורת משכון אתיא לידו ואתי שפיר (ג).

(ג) אמר המגיה הא דהוצרך הרב לעשות פירוש לפירושו משום דאם היה אפשר לפרש כפשוטו דנהנית בפרוטה ששוה הנייר שנתן לה א"כ יש לנו לומר אף דנייד הגמרא מאוקימתא קמייתא ולא מוקי ליה במלוה הוא משום דלא יהא זה פלוגתא דתנאי במקדש במלוה אבל מ"מ סברא זאת קיימת אף לפי המסקנא דאם קידשו במלוה שלה ויש בשטר שוה פרוטה דמקודשת גם לחכמים על כן פירש הרב כיון דכפשוטה ליכא למימר דנהנית בפרוטה דהא הנייר שנתן לה הוא של האשה דהלוה נותן שכר הסופר והנייר ועל כרחך צ"ל כסברת הרב דהנאה שלה היא דעד עכשיו תפיס השטר אזוזי על כן י"ל כסברת הבית שמואל דזה דוקא לפי הס"ד שלא יהא פלוגתא רחוקה משא"כ לפי המסקנא.

הקשה הבית שמואל ס"ק כ"א על הר"ן והמ"מ דס"ל דאפילו לא הזכיר שטר חוב אמרינן דדעתו על הנייר מנא ליה הא דהם למדו דין זה מסוגיא דקידושין לפי הסלקא דעתא בקידשה בשט"ח דידה דס"ל לחכמים דשמין את הנייר התם הוזכר בגמרא שט"ח דאמר התקדשי לי בשטר וכו' ונראה דלק"מ דבשלמא אי מקדש בגוף הנייר בזה שפיר יש לחלק בין הזכיר שטר או לא אבל הכא אינו יכול לקדש בגוף הנייר דהא אינו שלו רק שלה רק דאמרינן דגוף הנייר הוא משכון על חובה נגד הנייר והוי כמקדש במשכון

כמ"ש הבית שמואל גופיה בס"ק כ' ולפי"ז אין זה כמקדש אותה בשט"ח רק בחובו שיש עליו שטר למשכון ולאיזה צורך יהיה צריך להזכיר שטר אדרבה כשאמר בשטר הא השטר אינו שלו משא"כ כשאמר בחוב שבשטר א"כ פרוטה אחת מהחוב יש לו השטר עליו למשכון והרי הוא מקדש במלוה שיש עליו משכון דמקודשת ומה צריך להזכיר שטר לומר דתהא מקודשת בשטר וכי המקדש במלוה שיש עליו משכון יאמר התקדשי לי במשכון רק אומר התקדשי לי בחוב ומחזיר לה המשכון וה"ה הכא דהשטר אינו כי אם משכון וזה ברור.

ומעתה מה שכתוב בשו"ע סעיף (כ') [ח'] והוא מדברי הטור שאם אמר התקדשי לי בשט"ח ונתן לה שמין את הנייר אם יש בו שוה פרוטה וכו' צריך ביאור כיון דלאו גוף הנייר שלו הוא מה צורך יש בהזכרת השטר וכמ"ש לעיל אם לא שנאמר כיון דאין המלוה רשאי להשהות השטר אפילו הוא נתן שכר הסופר רק צריך שיקרענו ולא מצי זייר ליה אפשיטי דספרא כמ"ש הר"ן ופסקו בשו"ע בחו"מ סימן נ"ז סעיף א' עיי"ש א"כ לא מחזי כמלוה שיש עליו משכון אם לא דגליא דעתיה בפירש דתופס הנייר למשכון ולכך באמר בפירש התקדשי לי בשט"ח הרי גליא דעתיה דתפסו למשכון והוי משכון גמור משא"כ סתמא לא מחשב דמי הנייר למשכון כיון דלאו בתורת משכון אתיא לידו ומי יימר דתפס בו למשכון ולכך צריך גילוי דעת בדבריו כן יש לומר לדעת בית שמואל אמנם לדעתי נראה דהא דיש חילוק בין הזכיר ללא הזכיר השטר מירי דהמלוה נתן שכר הסופר ואז אפילו פרע הלוה אין המלוה צריך להחזיר השטר רק יקרענה כמ"ש רמ"א בחו"מ סימן נ"ז סעיף א' ולכך יש חילוק כשמזכיר השטר א"כ מקדש בנייר שהוא שלו משא"כ כשאינו מזכיר השטר מקדש בחוב ואין דעתו על החפץ ואף שנתן לה החפץ אינה מקודשת.

הלכה טו

המקדש בהנאת מלוה וכו' מפני שהוא כרבית. הבית שמואל סימן הנ"ל ס"ק כ"ו הביא דעת הריטב"א וכן כפי הנראה מדברי רש"י במסכת קידושין דף ו' ע"ב דאם קיבל ממנה רבית וקידשה בו דמקודשת ומזה הוכיח דאע"ג דקי"ל דאם קידשה בגזל דידה ושותקת דיכולה לומר דידי שקלית מ"מ אם גזל ממנה מעות ומקדש אותה בהן ולא אמר לה שהוא מחזיר גזל שלה שהיא מקודשת וכו' ואין דבריו מוכרחים בדברי רש"י די"ל דמצית אמרה כיון שהרבית והגזל שלי בידך הוא ואתה נתת לי אף שלא אמרת לי בשעת נתינה שהן של גזל או רבית שלי מ"מ אני שלקחתי את שלי לקחתי רק דברי רש"י הן אהא דפרכינן שם בגמרא הא רבית גמור הוא דייק רש"י מזה דמקודשת בו וזהו מירי

באמרה הן דבגמרא לא אתא לאשמעינן דין זה של קדשה בגזל שלה רק מיירי אי קידשה במלוה מקודשת וא"כ י"ל דמיירי דאמרה הן ולכך פירש רש"י דקושיית הגמרא הוא האיך קאמרת הערמת רבית וכו' אבל באמת בשותקת יכולה לומר דידי שקלית.

אמנם בריטב"א למסכת קידושין לא משמע כן דכתב שם אם קידשה מקודשת דמעות דרביתא שפרעם לוה למלוה קנינהו לגמרי וממון גמור הוא לו אלא שיש עליו חובה להחזירם וכו' ומזה מוכח דלא מיירי באמרה הן דאי אמרה הן מה נפק"מ אי לא הוי המעות שלו הא אחוליה כנ"ל. אמנם מ"מ מוכח דס"ל לחלק בין רבית לגזל מדכתב ברבית הטעם דקנינהו לגמרי ש"מ דס"ל דבגזל דלא קנינהו כלל דאינה מקודשת וזה דלא כהבית שמואל דמשוה דין גזל לרבית. ובאמת לדברי ריטב"א האלו נלמוד ג"כ מה שכתבתי לעיל לתרץ קושיית הבית שמואל על שיטת הרמב"ם דהא לדידיה אף ביאוש ושינוי רשות צריך הלוקח לשלם הדמים לנגזל ולק"מ דדמים אלו הם דין אחד עם מעות של רבית דקנוי לו לגמרי רק שיש חובה עליו להחזיר הרבית ואם מת בניו פטורים ולכך יכול לקדש בהם וה"ה בגזל באופן הנ"ל ודברי שכתבתי לעיל מבוארים היטב בדברי הריטב"א הלזו אך עדיין יש לחלק בין הך דלעיל ובין הך דכתב הריטב"א (ד). אמנם זה מוכח מתוך דבריו דדוקא היכא דאינו קנוי לו" בזו תוכל לומר אין שקלית מדידי שקלית אבל בדבר דקנוי לו לגמרי ואין עליו אלא דמים אינה יכולה לטעון אין שקלית וכו' דהך טענה דידי שקלית הוא רק לשלול דלא תאמר אף שאינו קנוי לו מ"מ היא בקבלתה אחלתיה ועל זה אמרינן דתוכל לומר דידי שקלית אבל במקום דקנוי לו והיא קיבלתו ודאי לשם קידושין קיבלה וזהו מבואר בדבריו החילוק בין גזל לריבית ופשוט הוא.

ומעתה מה שנתחבטו דלהרא"ש דס"ל דבקידושין אמרינן יאוש כדי קני דמה נפק"מ דהא מ"מ תוכל לומר אין שקלית ודידי שקלית ועיין בבית שמואל ס"ק ו' ולדעת הריטב"א לק"מ דהיכא דקנוי לו אינה יכולה לומר דידי שקלית ואם באנו לחוש למ"ד יאוש כדי קנוי א"כ קנוי לו לגמרי ואינה יכולה לומר דידי שקלית והא דקאמר בגמרא דיכולה לומר בשותקת דידי שקלית מיירי להרא"ש קודם יאוש ופשוט וברור הוא והבית שמואל לא עיין בריטב"א ובתשובת מהר"י וייל סימן קל"ח משמע דבריבית דאורייתא אפילו קיבל מאחרים אינה מקודשת בו וצ"ל דמדמה אותו לגזל לפני יאוש ולא הבנתי דבריו דהא גוף המעות נקנה לו ואפשר דמיירי בדבר המסוים וצ"ע.

(ד) אמר המגיה כונת הרב בזה דיש לחלק בין הך דריטב"א להך דלעיל דלריטב"א מהני סברת דקנוי ליה רק לעניין זה דהיכא דקנוי ליה אינה יכולה לומר דידי שקלית

וכמו שכתב הרב לקמן אמנם וכו' אבל עדיין בהא דלעיל דהקושיא הוי דהא עכ"פ צריך הלוקח להחזיר הדמים לנגזל ולא יהיב לה מידי מנא לן דמהני סברא זאת דקנוי ליה.

הלכה יז

היה לו חוב ביד אחרים וכו' במעמד שלשתן הרי זו מקודשת. עיין במ"מ שהוכיח מזה דס"ל להרמב"ם דבמעמד שלשתן אינו יכול למחול דאל"כ לא סמכה דעתה כמו במוכר שט"ח עיי"ש והש"ך בחו"מ סימן ס"ו ס"ק צ"ז כתב דנראים דברי הרמב"ם כסותרים אהדדי דכתב בהלכות מכירה סתם המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו ולא חילק בין מכירה בכתיבה ומסירה ובין קניין דמעמד שלשתן ש"מ דס"ל דכל עניין יכול למחול עיי"ש ונראה לי לומר דס"ל להרמב"ם דבכל עניין יכול למחול כראיות הרמב"ן מכמה דוכתי רק דקשיא ליה קושיית התוס' בקידושין דף מ"ח ע"א ד"ה כי קאמר וכו' דא"כ לוקמי דקמפלגי במלוה על פה ג"כ בדשמואל ותירוצם דחוק כמו שכתב הש"ך וס"ל להרמב"ם הכי דודאי סברת הגמרא דאף דיכול למחול מ"מ סמכה דעתה משום דאמרה לא שביק לדידי ומחול לאחריני והוא סברא טובה וגם רבנן סברו כן רק הא דאמרינן לרבנן אשה נמי לא סמכה דעתה הוא מטעם אחר היינו משום דחששה אולי פרע מקודם וכתב שובר או דיפרע לו השתא ויאמר דנפרע מקדם ובשלמא אי ליתא דשמואל אינו נאמן לומר דפרע משא"כ כיון דאיתא דשמואל א"כ נאמן במגו דמחל כמבואר בחו"מ סימן הנ"ל ועיי"ש בש"ך ס"ק ל"ה ולכך לא סמכה דעתה דבזה לא שייך לא שביק לדידי דודאי במתנה לא יתן אבל יעשה קנוניא ויקח המעות לעצמו ולפי זה במעמד שלשתן אי אפשר לומר דפרע דהא עמד שם במעמד כשממחה ואין אומר ואין דבר ומהיכי תיתי יוכל לטעון דפרע וא"כ אין כאן חשש רק טענת מחילה ובזה סמכה דעתה לא שביק לדידי ומחל לאחריני ואתי שפיר.

עוד שם במ"מ משמע דוקא משכון אבל שטר לא וכן הן הדברים בשו"ע סימן כ"ח סעיף י"ג והנה אם הנייר שוה פרוטה אם מקודשת דבר זה תליא באשלי רברבי עיין בש"ך בחו"מ סימן ס"ו ס"ק ע"ו מש"כ שם ויש לעיין בר"ן דכתב בפרק ב' דקידושין דצריך הלוקח להחזיר הנייר אם ימחול המלוה החוב כיון דהנייר משל לוה הוא ובקידשה בשט"ח דידה כתב דאם יש בנייר שוה פרוטה מקודשת דהוי כאלו הלוה לה על משכון והחזיר לה משכון הרי דס"ל דאף דגוף הנייר שלה הוא מ"מ תורת משכון איכא עליו ולפי זה יקשה האיך יכול למחול ללוה מה שנגד דמי הנייר הלא נגד דמי הנייר הוי כמלוה על משכון ובמלוה על משכון אינו יכול למחול דאל"כ אינה מקודשת דלא סמכה דעתה וכמבואר בחו"מ דבמלוה על המשכון אינו יכול למחול ונלמוד מהך דקידשה במשכון

וצ"ל לדעת הר"ן דלעניין דיהיה כמלוה על המשכון ולא יהיה יכול למחול בזו לא הוי גוף השטר תורת משכון כיון דלא נחית בידו בתורת משכון כי אם בתורת ראיה והוי דומיא דאומן בכלי דלא הוי משכון כמו שכתב הר"ן שם להדיא משא"כ בקידשה בשט"ח דידה דלכך אינה מקודשת במלוה שלה דאין כאן נתינה וכמ"ש הרמב"ם ואין כאן שום דבר קיים שתהנה בו ולפי"ז בהחזיר לה השטר אף דאין עליו תורת משכון מ"מ הרי יש דבר קיים שמקבלת הנאה בנתינתו.

אך הרשב"א והביאו הר"ן גופיה בפרק הכותב חולק וס"ל דגם החזרת הנייר הוי כמו משכון גם במלוה שיש לו ביד אחרים ושמין הנייר אם יש בו שוה פרוטה מקודשת וראייתו מדאמרינן בהך דתניא קידשה בשט"ח ר' מאיר אומר אינה מקודשת ור' אלעזר אומר מקודשת וחכמים אומרים שמין את הנייר האי שט"ח הכי דמי אילימא שט"ח דאחרים קשיא דר"מ אדר"מ וקשה הא דרבנן נמי קשיין אהדדי דס"ל בברייתא דלעיל אינה מקודשת משום דקי"ל כשמואל דיכול למחול ולא סמכה דעתה וכאן אמרו שמין את הנייר ועל כרחך צ"ל דלעניין חזרת הנייר לא מהני מחילה זהו ראייתו.

והש"ך בחו"מ סימן ס"ו ס"ק ע"ו דחה ראייתו דלכך לא רמי דרבנן אדרבנן דנוכל לומר כאידך אוקימתא דפליגי במסר ולא כתב או בדרב פפא ולכו"ע אינו יכול למחול וסמכה דעתה וכו' ולכך רמו רק דר' מאיר אדר' מאיר עיי"ש ובאמת לפי דברי הרשב"א בחידושיו לקידושין דהקשה מה מקשה דר"מ אדר"מ דילמא לעיל פליגי בדשמואל או בסמכה דעתה לא שביק לדידי וכו' ובברייתא שנייה מיירי במסר ולא כתב ור"מ כחכמים ור' אלעזר כרבי ותירץ דניחא ליה לאוקמיה אליביה דכולי פירוקי דלעיל ולפי זה קושיית הרשב"א בממה נפשך אם לכך לא הקשה דרבנן אדרבנן משום דלחד אוקימתא ניחא כדברי הש"ך א"כ אמאי מקשה דוקא דר"מ אדר"מ הא יש לומר כאידך אוקימתא כקושיית הרשב"א ולא תקשי אר"מ ואי דניחא ליה לאוקמי אליבא דכולא אוקימתא כתירוץ הרשב"א א"כ תקשי ליה רבנן אדרבנן לאידך אוקימתיה דסברי כשמואל דיכול למחול וליכא למימר דלמא חדא מתורץ מכח חברתה דרבנן אדרבנן לא מצי לאקשויי די"ל כתירץ הש"ך דכו"ע דסמכה דעתה רק פליגי במסר ולא כתב ולכך פריך קשיא דר"מ אדר"מ ומה תאמר כתירץ הרשב"א דלעיל מיירי בכתב ומסר ופליגי אליבא דשמואל או בסמכה דעתה ובברייתא שנייה מיירי במסר ולא כתב א"כ קשיא דרבנן אדרבנן דמלבד דזה דוחק דא"כ למה נקט בלישניה קשיא דר"מ אדר"מ יותר מן קשיא דרבנן אדרבנן אך גם דעדיין יש מקום לומר דכו"ע ס"ל דסמכה דעתה רק לעיל פליגי בכתב ומסר רק לא כתב קני לך איהו וכל שעבודיה ופליגי בדרב פפא כהנ"ל ור"מ לא ס"ל כרב פפא

ולכך מקודשת ובריית שנייה איירי דלא כתב לה כלל ולכך לר"מ אינה מקודשת ולר"א מקודשת דס"ל כרבי ודברי הרשב"א לשיטתו מוכרחים. אמנם הש"ך נמשך אחר דברי התוס' קידושין דף מ"ח ע"א דתירצו על קושיית הרשב"א על מה דמקשה בגמרא דר"מ אדר"מ דס"ל להגמרא דמסתמא הני תרי ברייתות בחדא גוונא מתוקמי עיי"ש ולפי זה קושיית הש"ך על הרשב"א לכאורה נכונה.

אמנם בתר העיון לא הבנתי דברי הש"ך כלל דמאחר דבאנו למדה זו במוכר שט"ח בכתיבה ומסירה ומחל החוב דחייב הלוקח להחזיר השטר א"כ איך אפשר לומר דרבנן אדרבנן לא קשיא משום דאיכא למימר דכו"ע סברי סמכה דעתה רק בברייתא דלעיל פליגי במסר ולא כתב או בדרב פפא דממה נפשך הברייתא דקתני בה שמין את הנייר במה מתוקמת אי מיירי דכתב ומסר כדינו ולא תקשי דרבנן אדרבנן א"כ אמאי מקשי דוקא דר' מאיר אדר' מאיר הא לר"מ י"ל איפכא דלעיל מיירי בכתב ומסר ובריית שנייה מיירי בלא כתב ולא נעשה כדין מכירת שטרות ועל כרחך צ"ל כתירץ התוס' הנ"ל דניחא ליה לאוקמי שני הברייתות בחד גוונא א"כ על כרחך מיירי דמסר ולא כתב או לא כתב קני לך וכו' כדרב פפא ולפי זה כיון דחכמים ס"ל דלא קנה שט"ח איך יהיו שמין הנייר הא לא סמכה דעתה דהלוה מוכרח ע"כ לשלם לבעל ולא לאשה דהא לא קנתה השטר וכשישלם הלוה לבעל אף היא שלא בטובתה תצטרך להחזיר ללוה ובמה תסמוך דעתה וכי עדיף מסירה בלא כתיבה דלא קנתה כלל מכתיבה ומסירה והתם הקניין הוא עכ"פ קניין מעליא וי"ל דסמכה דעתה לא שבק לדידי ומחל לאחרינ משא"כ בלא כתיבה דלא קנתה החוב א"כ הלוה יפרע לבעל והוא יוציא שטרו מתחת ידה ומה סמיכת דעת יש כאן בשום אופן. והנה הש"ך נסמך בזה על דברי הריטב"א והב"ח דכתבו דבמסר לחוד נקנה הנייר ואשה מתקדשת בו ובאמת הם סברו כהרשב"א וס"ל דלעניין גוף הנייר אין חילוק בין מסר וכתב או לא כתב משא"כ אי אמרינן דאף בכתיבה ומסירה אי פרע או מחל מהדר גוף השטר כדעת הש"ך מכ"ש במסר לחוד וא"כ מה סמיכות דעת יש כאן כיון דהלוה יפרע לבעל והיא תחזור שטרו.

והנה הש"ך כתב שם בחו"מ דלדעת הרשב"א וסייעתו אף שאין הנייר שוה פרוטה היא מקודשת בספק דשמא שוה פרוטה במדי כמו שכתבו הפוסקים בשטר דידה ולא כשו"ע סעיף י"ג עיי"ש ולפענ"ד נראה דדברי השו"ע נכונים דכאן לא שייך שמא שוה פרוטה במדי דהא גוף הנייר של לוה הוא וא"כ אם ימחול צריכה להחזיר גוף הנייר ללוה רק דפסקינן דיכולה לתפוס עד כדי דמי נייר וא"כ אם הנייר שוה במקומו רק חצי פרוטה כשיחזור לה הלוה חצי פרוטה מחוייבת להחזיר לו שטרו וכי תוכל לומר שמא שוה

פרוטה במדי ולא אחזיר לך עד שתתן לי פרוטה נשתקע הדבר ולא נאמר דלגבי מלוה ולוה אין לך אלא מקומו ושעתו ופשיטא דכי יתן לה הלוה דמי הנייר כפי שומת בי"ד דצריכה להחזיר לו וא"כ אין לה אלא חצי פרוטה על הנייר ומה נפק"מ לה במה דשוה פרוטה במדי כיון דתפיסתה אינו רק על חצי פרוטה. ולא מבעיא לדעת השו"ע בחו"מ סימן ע"ב סעיף כ' דאם המלוה אומר לדידי שוה המשכון יותר מכדי שומת בי"ד דאין טענתו טענה ומחזיר לו המשכון והוא נותן לו כפי שומא פשיטא כאן דתחזור לו הנייר אלא אפילו לדעת החולקים שם מודים כאן דבשלמא התם נחית ליה בתורת משכון ויכול לומר אדעתיה דהכי לויתי כי לדידי שוה יותר וגם התם נשאר הלוה חייב יותר משא"כ כאן דלא נחתא בתורת משכון וגם כיון דהמלוה מחל החוב סתם א"כ פקע שעבודו ולא נשאר חייב כי אם כפי הנייר דתפס למשכון פשיטא דלא חייב הלוה יותר רק כפי שומת בי"ד במקומו דאין לך בדיני ממונות אלא מקומו ושעתו ואין לאשה בו רק חצי פרוטה.

ולכך לא כתבו הטור והפוסקים דין זה רק בשט"ח דידה דהא באמת חייב לה כל החוב רק דמחוסר נתינה אמנם נגד דמי הנייר הוי נתינה מעליא וחוששין שמא שוה פרוטה במדי דלא מצי הבעל למימר אני אתן לך דמי הנייר מה ששוה כאן כיון שהוא חייב לה יותר ויותר וכי יכול הלוה לומר למלוה החייב על השטר ולא נמחל לו החוב אני אתן לך דמי הנייר והחזיר לי שטרי דבר זה אינו עולה על הדעת ולכך שפיר חוששין שמא שוה פרוטה במדי והוי נתינה דכאן עיקר תליא בנתינה בשעת קידושין וכמו שכתבתי לעיל בשם הר"ן ודוק. וכן מוכח ברשב"א שכתב דלכך לא רמינן דרבנן אדרבנן משום דאף דיכול למחול מ"מ הנייר שלו הוא והא דלא אמרו חכמים בברייתא דלעיל שמין את הנייר דמיירי שאינו שוה פרוטה ועדיין קשה הא מ"מ אמאי אמרו אינה מקודשת משמע אפילו ספיקא נמי לא הוי הא יש לחוש שמא שוה פרוטה במדי ואינה מקודשת משמע לגמרי כמ"ש התוס' אלא ודאי כמ"ש ופשוט הוא.

ועדיין צריך ישוב בהא דמסקינן דפליגי בברייתא ר' מאיר ור' אלעזר וחכמים בקדשה בשטר אירוסין בלי עדים ואמרי שם דחכמים ספוקי מספקא להו אי כר"מ ואי כר"א ועיין בתוס' ובמהרש"א שפירשו דלכך אמרינן ספוקי מספקא להו ולא אמרינן דס"ל כר"מ דעידי חתימה כרתי משום דא"כ הוי להו למימר ואם לאו אינה מקודשת ש"מ דס"ל דאם יש בו שוה פרוטה מקודשת ודאי ואם לאו עדיין היא ספק מקודשת דשמא עידי מסירה כרתי כר"א וקשה מנא ליה להגמרא דספיקא דרבנן הוי הטעם שמא כר"א דלמא ס"ל כר"מ ואין להם ספק בזה רק דהספק הוי שמא שוה פרוטה במדי על כרחך אם הוא שוה פרוטה מקודשת ודאי ואם לאו עדיין היא מקודשת בספק שמא שוה פרוטה

במדי דהא הנייר שלו הוא. וצ"ל דודאי בקדשה בתורת כסף בזה שפיר יש לומר אם הנייר שוה פרוטה כאן מקודשת ודאי ואם לאו בספק שמא שוה פרוטה במדי משא"כ בקדשה בתורת שטר מהיכי תיתי נימא דדעתו לקדשה בכסף שהרי הוא קידשה בשטר רק באם שוה פרוטה אמרינן מסתמא גם אדעתא דכסף קידשה כדאמרינן בירושלמי בשטר שאינו שוה פרוטה דאי שוה פרוטה לית כאן שטר איכא כאן כסף. וצ"ל דאף דאמר דמקדשה בשטר מ"מ אי איכא כאן שוה פרוטה גם דעתו אכסף משא"כ באינו שוה פרוטה משום דשוה פרוטה במדי ודאי אין דעתו אכסף דהא שטר אינו שוה מידי וכי יהיה דעתו אמדי אנן הוא דמחמרינן אבל דעתו של מקדש ודאי לא לכך היה וא"כ דכל כונתו ברור שהיה רק לקדושי שטר ולא לקדושי כסף אינה מקודשת דאף דשוה פרוטה במדי דעתו אינו כי אם לפי שעתו ומקומו וזמנו ואין כאן קידושין כלל ומכ"ש לפי דעת התוס' דאנן לא אמרינן אם הוא שוה פרוטה במדי דיהיה לו דין כסף רק משום מראית עין וזה לא שייך כאן זהו הנראה לענ"ד ברור זולת כי הרב בבית שמואל סימן ל"ב ס"ק ה' לא כתב כן ולפענ"ד כמו שכתבתי כי לדבריו צ"ל הא אמר בגמ' דמספקא להו לרבנן אי כר"מ ואי כר"א ולא קאמר דלמא שוה פרוטה במדי משום דביקש לתרץ אף אליבא דהנך אמוראי דפליגי אשמואל וס"ל דלא חיישינן שמא שוה פרוטה במדי וזה דוחק דסתמא דתלמודא דקאמר הכי ודאי אליבא דהלכתא נקט.

ולעניין מעמד שלשתן אי הוי קידושין דאורייתא או דרבנן נחלקו הפוסקים עיין בבית שמואל ס"ק ו' וס"ק ל"ה ונראה דתליא בפלוגתא אי מכירות שטרות דאורייתא או דרבנן דהא בברייתא בחדא קתני קידשה בשטר או שהיה לו מלוה והרשה והיינו במעמד שלשתן וע"ז קאמר ר' מאיר דמקודשת וכי נחלק בעניין לומר דהך הוי קידושין דאורייתא והך הוי רק קידושי דרבנן לא הוי ליה לר"מ לכלול אותו בחד עניין כי אין זיווגם עולה יפה דבהך אם בא אחר וקידשה אין חוששין לקידושיו ובהך חוששין וצ"ל או דגם מכירות שטרות דרבנן וא"כ אם נתן לה השטר בכתיבה ומסירה עדיין מקודשת רק מדרבנן או אם מכירות שטרות דאורייתא ומקודשת מן התורה אף דמעמד שלשתן הוא רק קניין דרבנן מ"מ הוי קידושין דאורייתא כמ"ש הב"י ועיין בש"ך בחו"מ סימן ס"ו בתחילתו שכתב דדעת המחבר דמכירות שטרות דאורייתא ולזה נוטה דעת הר"ן בכמה דוכתי ודעת רבינו ירוחם דס"ל דהיכא דהקניין מדרבנן מקודשת רק מדרבנן אף דבמשרים נתיב י"ד העתיק דברי ריי"ף או ר"ת דמכירות שטרות דאורייתא מ"מ אין ספק דס"ל כרבו הרא"ש דס"ל בדוכתי טובא דמכירות שטרות דרבנן וא"כ אזלי כל אחד לשיטתו.

הלכה כ

הרי את מקודשת לי במלאכה זו שאעשה עמך וכו'. וכתב הרב רמ"א בהגה סימן כ"ח סעיף ט"ו בשם רבינו ירוחם דאם קדשה בשכרו והכלי עדיין אצלו לכו"ע מקודשת דהוי כמלוה שיש עליו משכון. ותמה הבית שמואל ס"ק מ' דרבינו ירוחם לא אמר זה אלא דוקא בתפס ליה אאגריה אבל בסתמא לא דאל"כ קשיא מגמרא דקידושין דף מ"ח ע"א דמוקי פלוגתייהו דר' מאיר וחכמים בעשה לי שירים ונזמים וכו' אי ישנו לשכירות מתחילה ועד סוף או אינו אלא בסוף ועל כרחך מיירי בלא החזיר המשכון עדיין קודם שקדשה דאל"כ מה נפק"מ אי יש לשכירות מתחילה או אלא לבסוף ומ"מ למ"ד ישנו לשכירות מתחילה ועד סוף הוי ליה מלוה ואינה מקודשת עכ"ל.

והנה כפי הנראה מדברי הרא"ש בפרק קמא דקידושין דף ח' ע"ב גבי קדשה במלוה דאחרים שיש עליה משכון דאמרינן דמקודשת דהוכיח הרא"ש דלא מיירי אלא במשכנו שלא בשעת הלואתו דקני ליה מדרבי יצחק אבל משכנו בשעת הלואתו לא דהא בהאי דעשה לי שירים ונזמים אמרינן שם לחכמים דס"ל דאין אומן קונה בשבח כלי אינה מקודשת דהאי נמי ממושכן לו בשכרו דתפס ליה אאגריה ועל כרחך הטעם משום דהוי משכנו בשעת הלואה ולא קני מדר"י וה"נ הדין כן במשכון של אחרים בשעת הלואה הרי דס"ל להרא"ש ברור דהאי דשירים הוי כמשכנו בשעת הלואה ולפי"ז הפוסקים דפסקו במשכון של אחרים אף בשעת הלואה דמקודשת ה"ה כאן בשכר פעולה והכלי בידו דהא הרא"ש ס"ל בהדיא דהוי כמלוה על המשכון ואי משום קושיית הבית שמואל מהאי דעשה לי שירים ונזמים וכו' יש לתרץ דודאי הא דמלוה על המשכון יכול לקדש היינו מדרבי יצחק דבעל חוב קונה משכון. ואף דאמרינן בכמה דוכתי אימר דאמר ר"י שלא בשעת הלואתו בשעת הלואתו מי אמר הא כבר כתב הרמב"ן במלחמותיו למסכת שבועות דסוגיית הגמרא מדחי ליה הכי דמדר"י אין ראיה דאיכא למימר דלא אמר אלא שלא בשעת הלואה אבל קושטא דמילתא אף בשעת הלואה קונין משכון עיי"ש ובכל המפרשים. ולפי זה בעשה לי שירים ונזמים דר"מ ס"ל מקודשת וחכמים סברי אינה מקודשת לא קשה למה ס"ל לחכמים אינה מקודשת הא הוי כמלוה על המשכון דמאן חכמים דר"מ רבי יהודה וכמו שכתב הרשב"א בחידושיו בסוגיא זאת עיי"ש ורבי יהודה ס"ל בבבא מציעא דף פ' ע"ב במתניתין דהמלוה על המשכון שומר חנם בהלוהו מעות ש"מ דלא ס"ל הא דרבי יצחק דבעל חוב קונה משכון בשעת הלואתו דאי ס"ל כן א"כ פשיטא דהוי שומר שכר כמבואר בגמרא דבבא מציעא דף פ"ב ובמסכת שבועות. והא דאמרינן בקידושין בשירים ונזמים דר"מ דאמר מקודשת משום דס"ל אינו לשכירות אלא

לבסוף ולא אמרינן הטעם משום דר"מ סבר המלוה על המשכון שומר שכר משום דרבי יצחק אמר דקונה משכון אף משכנו בשעת הלואתו דא"כ הוי פשיטא ליה דרבי יצחק אף בשעת הלואה קאמר וסתמא דגמרא דחי ליה ומספקא ליה בב"מ ובשבועות אי אמר ר"י דוקא שלא בשעת הלואה וכו' ולכך מוקי ליה כאן בפלוגתא אחריני דלא תפשוט מילתיה דרבי יצחק אבל באמת לפי מה דקיי"ל דר"י אף בשעת הלואה קאמר כמו שכתב הרמב"ן הדרינא לדינא דמקודשת אף דישנו לשכירות מתחילה ועד סוף כיון דתפס כלי אגריה הוי ליה משכון כהנ"ל (ה) כן יש לומר לדברי הרא"ש.

אמנם מה שכתב הבית שמואל ברבינו ירוחם דפירושו הוא דתופס אותו להדיא אאגריה המעיין בדברי רבינו ירוחם דכתב אם עשה לה כבר שירים ונזמים ואח"כ קידש אותה בשכרו מקודשת וכו' ולדברי הבית שמואל עיקר חסר מהספר דהוי ליה למימר אם כבר עשה ותפסן בשכרו דהא על זה סובב והולך יסוד דינו לפי דעת הב"ש. ועוד דהא מסיים ליה מרש"י דפירש על הא דאמר רבי נתן שם דף מ"ח ע"ב דגם אם אמר בשכר שעשיתי עמך כבר אינה מקודשת ופירש רש"י וכבר החזיר לה השירים ומשם יליף רבינו ירוחם דאם לא החזיר לה דמקודשת ולפירוש הב"ש מי הכריח רש"י לפרש דכבר החזיר לה הו"ל לפרש דלא החזיר לה רק דלא תפס ליה בהדיא אאגריה.

לכן נראה לעני"ד דס"ל לרבינו ירוחם חילוק אחר והוא כשכבר נעשה הכלי ויש כאן חיוב שכירות והכלי משועבד להשכירות בתורת משכון דיכול לתפסו אאגריה ולכך כשמקדש אותה הרי זה מקדש במלוה שיש לו עליו משכון ומקרי נתינה ומקודשת משא"כ כשאומר מה שאעשה מכאן ולהבא השכר יהיה לך לקידושין א"כ כיון שישנו לשכירות מתחילה ועד סוף כל פרוטה ופרוטה שעושה תיכף נמחל לה דהא מקדש אותה בה וא"כ מעולם לא נחית שעבוד על משכון ולא נכנס הכלי מעולם לשעבוד במשכון דהא מעיקרא אמר ששכר פעולה יהא נתון לה ובמה יהיה הכלי נתפס למשכון וא"כ הוי כאומר התקדשי לי במלוה שהיה בידו ליקח משכון להלואתו ולא לקח פשיטא דאינה מקודשת דמעולם לא נכנס זה הכלי בשעבוד כי הוא הפקיע השעבוד במאמרו ולא אמרו המקדש במלוה שיש לו עליו משכון מקודשת אלא בשכבר המשכון משועבד לחובו ועכשיו בעת קידושין מוחל החוב והמשכון משא"כ זה דלדבריו דמוחל לה החוב מעולם לא חל שעבודו על המשכון והוי כאלו אין בידו משכון וכל עצמו של קידושין במשכון הוא מדרבי יצחק דבע"ח קונה משכון וכאן איך יקנה משכון ובמה יקנה הא תיכף נמחל שעבודו וחיובו ומעולם לא נחית קנין למשכון ולכך אינה מקודשת ולכך בעשה לה שירים ונזמים שכבר נתחייבת קודם אמירתו לקידושין א"כ אם היה

הכלי עודנו בידו היתה מקודשת לו כמקדש במשכון ולכך פירש רש"י דכבר החזיר לה השירים קודם אמירתו וא"כ אין כאן משכון כלל דרש"י קאי התם ארבי נתן שעשה כבר פעולתו קודם אמירתו וזה ברור ופשוט בכונת רבינו ירוחם.

אמנם דברי הרא"ש צריכין ישוב דהחליט דהך עשה לי שירים ונזמים הוי כמלוה על המשכון ומזה הכריע דהמקדש במלוה שיש לו על אחרים ויש לו עליה משכון דמקודשת פירושו דוקא במשכנו שלא בשעת הלואתו ומיד אחר זאת כתב במלוה דידה אפילו משכנה בשעת הלואתו מקודשת דחזרת המשכון הוי כמחילת מלוה וא"כ עדיין קשה מהך דשירים הא התם הוי ג"כ מלוה ומשכון שלה ובאמת לולי דברי הבית שמואל ס"ק כ"ח שכתב דהרא"ש לא ס"ל כדעת התוס' במסכת קידושין דף י"ט ע"א דסברי דבלא החזיר לה המשכון דידה צריך לומר לה בהנאת מחילת מלוה רק הרא"ש ס"ל דבמשכון דידה אין צריך לומר לה אף בלא החזיר לולי דבריו הייתי אומר דהרא"ש והתוס' שפה אחת להן כשמקדש אותה במלוה שלה ולא החזיר לה המשכון צריך לומר בהנאת מחילת מלוה דאל"כ במה מתקדשת והא דכתב הרא"ש בלישניה באומר הרי את מקודשת לי במלוה שאת חייבת לי על המשכון שלך בידי מקודשת כונתו דאמר לה בהנאת מחילת מלוה וקמ"ל דלא תימא מגרע גרע כמו שכתבו התוס' דזה גרע הואיל והמשכון עדיין בידו אבל אם מחזיר לה המשכון אין צריך לומר בהנאת מחילת מלוה וזה שכתב הרא"ש לעיל גבי המקדש במלוה וכו' דאם מקדשה במלוה שלה והחזיר לה המשכון מקודשת דחזרת הך משכון הוי כמחילת מלוה ואלו ס"ל דאף בלי החזרת משכון אין צריך לומר בהנאת מחילת מלוה דבריו כאן המה מיותרים ונראים כסותרים אלא ודאי בלי חזרת משכון בעינן אמירת הנאת מחילת מלוה אמנם בהחזרת המשכון אין צריך לומר כן.

ומעתה לא קשה מהאי דעשה לי שירים ונזמים דכיון דלא אמר בהנאת מחילת מלוה אינה מקודשת דאלו אמר כן אף דשכירות מלוה הוא הא אף במלוה באופן זה מקודשת אלא ודאי דלא אמר בהנאת מחילת מלוה ולפי זה בשכר פעולתו אף בחזרת משכון אינה מקודשת דאומן המחזיר כלי אין ראיה על מחילת שכירתו כמלוה המחזיר משכונו ומעשים בכל יום יוכיחו על זה. וכן נראין דברי רבינו ירוחם ח"א נתיב כ"ב שכתב ויש מפרשים דאפילו לא החזיר לה המשכון עדיין אלא קידשה במלוה שהיא חייבת עליה מקודשת וכן כתבו התוס' עכ"ל והנה התוס' ס"ל כן להדיא דבלא החזיר המשכון צריך לומר בהנאת מחילת מלוה. וכן יש לכוון דברי הרא"ש והטור אמנם דעת הרב בית שמואל לא נראה כן ובטלה דעתי נגד דעתו הרחבה וצריך לומר לדבריו לתרץ קושייתי

על הרא"ש דאף דס"ל להרא"ש דשירים ונזמים הוי כמשכון דתפס ליה אאגריה היינו לשיטת רבינו חננאל שהביא הרא"ש דס"ל דאע"ג דלא קנה משכון מדרבי יצחק אלא שלא בשעת הלואתו מ"מ לעניין קידושין אמרינן דקני לה לקדש בו אשה אף במשכנו בשעת הלואה א"כ גם בשירים ונזמים הוי לן למימר דמקודשת כיון דתפס ליה אאגריה ולשיטת ר"ח אין לחלק דהתם במלוה על המשכון בא ליד מלוה מדעת לוה בתורת משכון אבל בשירים ונזמים אף דהוא תפסו בתורת משכון מ"מ האשה לא נתנם לו בתורת משכון רק לעשות לה כלי דהא עיקר ילפותא דר"ח מדרבי יצחק כיון דלא בשעת הלואתו קני ליה לגמרי קני ליה נמי בשעת הלואתו עכ"פ לקדש בו ושלא בשעת הלואתו גופא הוא גזירת הכתוב שקונה משכון אף שלא מדעת הלוה כדקי"ל שליח בי"ד מנתח נתוחי ומקשה הרא"ש שפיר אבל למה דמסיק הרא"ש מכח קושייתו דבשעת הלואתו אינו קונה משכון אפילו לקדש בו ולא ילפינן מדר' יצחק יש לנו לחלק חילוק הנ"ל דבקדשה במלוה דידה ובמשכון דידה הרי קיבל המשכון מרצונה כהך יעוד דאמה עבריה דמיניה ילפינן הך דינא משא"כ בתופס שלא מדעת האשה אאגריה ולק"מ וצ"ע.

(ה) אמר המגיה מה שכתב הרב המחבר יש לתרץ קושיית הבית שמואל ולא קאמר נמי קושיית הרא"ש דהא המעיין בהרא"ש קושית הרא"ש היא ממש כקושיית הבית שמואל רק דהרא"ש הקשה לעניין אחר דהיינו לר"ח דס"ל דגם בשעת הלואה קונה משכון א"כ מדוע לא אמרינן בשירים ונזמים נמי כן כיון דתפס ליה אאגריה אף דישנו לשכירות מתחילה ועד סוף תהא מקודשת במשכון ובבית שמואל הקשה כמו כן על הדין של רמ"א ולפי מה שמתרץ הרב קושיית ב"ש יתורץ נמי קושיית הרא"ש אבל דברי הרב המה בדקדוק גדול דלדעת הרא"ש ליכא למימר כתירוץ הרב דהא הרא"ש כתב בהדיא דלא כדעת הרמב"ן דהאי ותיסברא דאימר דאמר ר' יצחק הוא דיחוי בעלמא רק דהאמת הוא כן דר"י לא אמר אלא במשכנו שלא בשעת הלואתו ולדעתו לא עלתה ארוכה בתירוץ הרב אבל קושיות הבית שמואל שהיא על הרב רמ"א בשו"ע י"ל כתירוץ הרב וכדעת הרמב"ן דאליבא דאמת אמר ר"י אף בשעת הלואתו ולא קשה מידי.

הרי את מקודשת לי במלאכה וכו' אלא א"כ נתן לה פרוטה משלו וכו'. הרב רמ"א בהגה סימן כ"ח סעיף ט"ו כתב נתן פרוטה לצורך מלאכה וקדשה בו מקודשת לכו"ע דהוי ליה כמלוה ופרוטה וכתב הבית שמואל ס"ק (ל"ט) [מ"א] וז"ל לכאורה נראה דוקא אם נתן שום דבר מסוים איירי אבל אם נתן מעות נעשה ג"כ מלוה כמו השכירות עכ"ל ובאמת בטור כתב אם נתן לה שום דבר משלו אמנם נראה דס"ל לרמ"א דזה הוי ודאי משכון דלא דמי לאגריה כיון שהוא נתן משלו לא יתן לה עד שתחזיר לו מה שנתן

לצורך מלאכה משלו וזה הוי לכו"ע כמלוה על המשכון. איברא לפי מה שכתב רמ"א דאם הכלי עדיין בידו לכו"ע מקודשת א"כ מה צריך לנתינת פרוטה לצורך מלאכה ואם מיירי דכבר החזיר לה הכלי פשיטא בהחזרת הכלי נעשה פרוטה שהוציא במלאכת רעהו מלוה ולדעתי דאפילו בדבר מסוים כגון נופך שעשה בתוך שירים כיון שהחזיר לה השירים הרי נופך שלו שבתוכו שלה היא ואין לו עליה רק תביעת ממון והרי כאן מלוה גמורה ותקשי גם לפירוש הבית שמואל האי ממה נפשך ולפי מ"ש לעיל ניחא דמיירי בלא החזיר ואמר בשכר שאעשה עמך ולא שעשיתי כבר ובזה אף שהכלי בידו אינה מקודשת זולת בהוסיף נופך משלו וכמ"ש רמ"א ובאותו נופך הוי משכון גמור אך כפי הבנת הבית שמואל בדברי רמ"א לעיל דלא מחלק בהכי תקשי אף בדבר מסוים ממה נפשך ואפשר לומר לדעת הבית שמואל דמיירי דהכלי לא יצא מעולם מרשות האשה דעשה מלאכה בתוך ביתה ואין כאן תפיסה במשכון מ"מ מה שהוסיף משלו כל כמה דלא סילק עצמו ממנו הרי הוא ברשותו והוא כפקדון בידה ולכך מקודשת ולפי"ז צריך לומר דמיירי בדבר מסוים כמו נופך וכו' דאי הוציא מעות והכלי ברשותה פשיטא דאינו אלא מלוה בלי משכון דאינה מקודשת כלל.

הלכה כא

האשה שאמרה תן דינר לפלוני וכו'. בשו"ע סימן כ"ט סעיף ב' כתב רמ"א בהגה בשם הרשב"א באם הרוויח זמן לפלוני על פיה וקדשה בו אינה מקודשת והקשו האחרונים לפי פסק הרי"ף בהרוויח לה זמן דמקודשת והב"י כתב דהרשב"א ס"ל בזה כדעת הרי"ף א"כ הוי כאלו נותן לפלוני פרוטה בשבילה ואני לא הבנתי דבריהם דא"כ ערב לאחר מתן מעות יצטרך למלוה לשלם פרוטה אחת עכ"פ משום דארווח ללוה על פי דבורו וזה לא נאמר בשום מקום וע"כ צ"ל דאף דנהנה מ"מ כיון דהיה לאחר מתן מעות לא נשתעבד ולפי זה ה"ה באשה דמה בכך דנהנית הרי במוחל המלוה שלה אין לך הנאה גדולה מזו מ"מ אינה מקודשת דבעינן נתינה לידה וליכא ולכך היכא דמחוייבת מדין ערב הוי ליה כאלו קיבלה לידה ושמיה נתינה אבל היכא דאינה מחוייבת מתורת ערב אף דנהנית מה בכך מ"מ לא בא דבר לידה ואין כאן נתינה ובהנאה לחוד לא מתקדשה ואנן נתינה גמורה בעינן בקידושין וזה ליכא בערב שלא בשעת מתן מעות.

הלכה כג

האומר לאשה התקדשי לי בדינר וכו'. וכתב המ"מ וכתב הרשב"א וכו' ואפילו כתב לה שט"ח עליו אינה מקודשת עכ"ל וכן הביאו רמ"א בהגה סימן כ"ט סעיף ו' וז"ל וכל שכן אם נתן לה שטר על הדינר דלא הוי קידושין והשיגו הבית שמואל וחלקת מחוקק

דאמאי הניח רמ"א דעת הרא"ש והראב"ד דפירשו בגמרא מנה אין כאן משכון אין כאן דאינו מחוייב במנה דהוי קנין אתן אבל במחויב גמור מהני משכון ולפי"ז בנותן שט"ח מקודשת ובאמת אי הוי דעת רמ"א כאן דאין חוששין לקידושין כלל ולא הוי אפי' ספק קידושין הוי קשה קושייתו אמאי לא הביא נמי הני תרי דעות החולקים דתהא עכ"פ מקודשת מספק אבל זה אי אפשר לומר אפילו לדעת הרשב"א דהא על כרחך מקודשת עכ"פ מספק מטעמא אחרינא דאם נתן שטר ישומו השטר ואף שאינו שוה פרוטה שמא שוה פרוטה במדי רק שהביא דעת הרשב"א והרמב"ן דאף דנתן השטר למשכון אינה מקודשת קידושי ודאי ומה תועלת אם יביא דעת החולקים על הרשב"א כיון דאיכא נמי הני תרתי הרשב"א והרמב"ן דסברי דאינה מקודשת קידושי ודאי לעולם לא תהא מקודשת רק מספק.

איברא נראה לענ"ד דאף להרא"ש אינה מקודשת בנתן לה שטר על הדינר דהא הרא"ש בפסקיו מסופק ובתשובת שלו כתב שכן עיקר דהמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו דצריך לשלם ללוקח כל דמי שוי השטר מדינא דגרמי וא"כ בקדשה בשט"ח של אחרים וכתב לה קני לך איהו וכו' למה אינה מקודשת אי משום דלא סמכה דעתה דשמא ימחול א"כ הרי הבעל חייב לשלם לה הכל והרי יש לה שט"ח עליו עכ"פ וממה נפשך תגבה המעות או מהלוה או מהבעל המוחל. ובאמת הקשו התוס' קושיא זו במסכת בבא בתרא דף קמ"ז ע"ב בד"ה המוכר שט"ח וכו' למאן דאמר דהמוחל צריך לשלם הכל א"כ למה לא סמכה דעתה דאשה הא יצטרך הבעל לשלם ותירצו דלא סמכה דעתה דהיא בושה לתבוע בעלה בבי"ד ולהרא"ש דהוא מן הסוברים דצריך לשלם הכל הוצרך לסברת התוס' דבושה היא לתבוע בעלה בבי"ד א"כ ה"ה במקדשה בדינר ונתן לה שט"ח עליו דבושה לתבוע מבעלה ועל כרחך סובר כהרשב"א בזה אם לא נחלק דהמוחל אינו מחויב לשלם הכל רק מדיני דגרמי בניזקין בושה לתבוע אותו אבל בנותן לה שט"ח לא בושה וחילוק זה דחוק הוא (ו).

ובלא תירץ התוס' נראה תירץ אחר על קושיית התוס' דאף אם הבעל מוחל צריך לשלם הכל כיון דאינו אלא חוב על הבעל אינה מקודשת דאין כאן נתינה והא דכתב הרא"ש דאם נתן לה משכון על הדינר אינה קונה משום דלא נשתעבד דמשמע הא אם נשתעבד היתה מקודשת זהו דוקא במשכון משום דמשכון קרוי נתינה ולכך אם היה משתעבד במנה היה נתינת המשכון שמיה נתינה אבל בשטר אף דשעבוד אלים מ"מ אין כאן נתינה דהממון עדיין תחת ידו ובעינן נתינה מיד הקונה למקנה וזהו ליכא ובמשכון ס"ל להרא"ש דמקרי נתינה דאף דס"ל דבע"ח אין קונה משכון במשכנו בשעת הלואתו וא"כ

אין לאשה קניין במשכון אף דנשתעבד במנה מ"מ ס"ל דנתינה מקרי כיון שהמשכון שלו הוא רק אם המשכון של לוה אחר אינו קונה משכון א"כ הוא נותן לה דבר שאינו שלו דהא אין לו זכיה במשכון של אחרים וגם כיון שאינו קונה משכון יכול למחול ולא סמכה דעתה כמו בשט"ח בכתיבה ומסירה משא"כ במשכון שלו דלא שייכי הני טעמא דהוי נתינה רק הטעם דאין כאן שעבוד דלא נתחייב במנה בחיוב גמור משא"כ בשט"ח דאף דנתחייב מה בכך אין כאן נתינה כלל מיד קונה למקנה ובמה תקנה האשה ודברי רמ"א נכונים.

(ו) אמר המגיה מה שכתב הרב כאן דחילוק זה הוא דחוק בין מה שחייב מדיני דגרמי ובין מה שקיבל הבעל עליו בחוב הנה בחו"מ סימן ס"ו ס"ק ל"ד באורים ותומים שלו חילק שם הרב בעצמו חילוק זה היינו שבא שם לישב אותם הסוברים דין זה בפירש דאם חייב עצמו בשטר דמקודשת צריכין אנו על כרחנו לומר חילוק זה אף שהוא דוחק משא"כ להרא"ש שלא אמר כן רק גבי משכון ולא בשטר מהיכי תיתי לן לומר חילוק זה שהוא דחוק.

היה בידו משכון של אחרים וכו'. בטור פסק כהרא"ש אביו ז"ל דדוקא שלא בשעת הלואתו הוא דמקודשת אבל במשכנו בשעת הלואתו אינה מקודשת וצריך לומר לפי זה חדא מתרתי או דיכול למחול במלוה על המשכון בשעת הלואתו וא"כ לא סמכה דעתה כנ"ל במכירות שטרות בכתיבה ומסירה או אם נאמר דאינו יכול למחול צ"ל דקידשה בחוב שיש לו על המשכון ולא נתן לה בכתיבה ומסירה וגם לא הקנה במעמד שלשתן רק מסר לה המשכון לבד ולכך אינה מקודשת כיון דבע"ח אינו קונה משכון בשעת הלואה א"כ לא קנה מידי ולא נתן לה מידי זהו מה שאנו מוכרחים לומר לדעת הרא"ש וא"כ צ"ע על הטור דכאן פסק כהרא"ש ובחו"מ סימן ס"ו אות ו' פסק במסירת משכון לבד אף שלא מסר השטר חוב נקנה החוב שעל המשכון ובאות כ"ט כתב בחוב שעל המשכון אינו יכול למחול ונראה משם להדיא דהרא"ש מודה בזה דכתב שם בטור דהרא"ש כתב דאף המוכר קרקע וכו' הרי דכ"ש במכירת משכון מטלטלין דאינו יכול למחול וא"כ קשיא מדידיה אדידיה. ואף אם נאמר מה שכתב באות כ"ט המוכר שט"ח ויש משכון בידו דאינו יכול למחול מיירי במשכנו שלא בשעת הלואתו זה דוחק גדול דהוי ליה להטור לפרש ועוד דכתב בשם הרא"ש דאף במוכר משכנו קרקע שהחזיק בו וכו' וזהו ודאי בשעת הלואתו ומדקאמר אף משמע דכ"ש מטלטלין ואף אם נאמר כאן דוחק זה מ"מ הא דכתב באות ו' אבל שט"ח על משכון של מטלטלין וכו' נראה מבואר דהלוה לו על המשכון ולקח עליו שט"ח ומקור דין זה הוא מבעל תרומות כמו שכתב הב"י שם ובעל

התרומות ראייתו הוא מקדשה במלוה שיש עליה משכון מקודשת ולפי זה לדעת הרא"ש דמיירי שלא בשעת הלואתו כשל עוזר ונפל עזר וצ"ע כי בשו"ע אף שהביא כאן ב' דעות ובחו"מ סימן ס"ו סותם דקונה משכון אף בשעת הלואתו יש לומר דס"ל דהעיקר כדעה ראשונה ומשום חומרא דקידושין חושש לסברת הרא"ש אבל על הטור קשה כהנ"ל.

הלכה כד

האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שתחזירי לי וכו'. עיין בבית שמואל סימן כ"ט ס"ק א' דנמשך אחרי דברי בית הילל דס"ל דלהתוס' דהקשו באתרוג הא לא כפליה לתנאי ותירצו דהוי אומדנא דמוכח ואין צריך תנאי כפול והוא במסכת קידושין דף ו' ע"ב בתוס' בד"ה לא החזירו וכו' וס"ל לבית הילל ובית שמואל דה"ה באשה נמי אין צריך לתנאי כפול דהא כל הסוגיא איירי בענין אחד עיי"ש ולענ"ד נראה דמעולם לא עלה על דעת התוס' דלא בעינן תנאי כפול בקידושין ופדיון הבן דמה אומדנא איכא הכא בשלמא באתרוג איכא אומדנא דצריך להיות שלו לצאת בו כמו שכתב הב"ש גופיה משא"כ בקידושין ובפרטות בפדיון הבן דמחויב מהתורה לתת לכהן חמשה סלעים מה אומדנא יש כאן דכוונתו לקיים התנאי ושעיקר נתינתו היה על מנת להחזיר רק דהתוס' ס"ל דודאי בקידושין ובפדיון הבן מיירי בכפליה לתנאי אמנם באתרוג דקאמר רבא הילך אתרוג ע"מ שתחזירי לי נטלו והחזירו יצא לא החזירו לא יצא ואי כוונת רבא רק להודיענו דיוצא באתרוג הניתן במתנה על מנת להחזיר לא הו"ל למימר רק נטלו והחזירו יצא מה זה דקאמר לא החזירו לא יצא אי מיירי דכפליה לתנאי דפשיטא אי כפליה לתנאי ואמר בפירש אם לא תחזירי לי לא יהא שלך פשיטא דאי לא מקיים תנאו דלא יצא וכי לא ידעינן דכל תנאי שבממון קיים ועל כרחך צ"ל דגם בזה טובא קמ"ל דמיירי דלא כפליה לתנאי ואעפ"כ אי לא קיים תנאו לא יצא ועל זה הקשה התוס' דבאמת למה לא יצא כיון דאין כאן תנאי כפול התנאי בטל והמעשה קיים ותירצו דרבא קמ"ל דבאתרוג לא בעינן תנאי כפול משום דהוי אומדנא דמוכח וכל זה ברור ופשוט ועיין במסכת גיטין דף ע"ה ע"א בתוס' בד"ה אלא אמר רבא וכו' שכתבו להדיא דמילתיה דרבא אפילו באתרוג מיירי בכפליה לתנאו עיין שם.

הלכה כו

האומר לאשה התקדשי לי בתמרה וכו'. עיין בכ"מ ולח"מ ותוס' יו"ט ובית שמואל שכולם תמהו על הרמב"ם דכאן פסק כרבי שמעון דבעי שבועה לכל אחד ואחד ובהלכות שבועות פרק ז' ובהלכות נדרים פרק ד' פסק דלא כוותיה. ונראה לומר בו שלשה אופנים האחד הוא דס"ל להרמב"ם דודאי יש לחלק בין הכא דאמר התקדשי לי בתמרה זו להך

דשבועות דהתם היה יכול לומר שבועה שאין לכם בידי והוא פרט ואמר לא לך לא לך וכו' הרי מובן מלשונו דפרט שבועה לכל אחד ואחד ולכך נחלקו חכמים ארבי שמעון דאין צריך להזכיר שבועה לכל אחד וכן בנדרים היה יכול לומר קונם שאני נהנה לכולכם דהוי נדר אחד והשתא דאמר שאני נהנה לזה ולזה הרי פרט לכל אחד נדר משא"כ אם רצונו לקדש בכל התמרים יחד מה הו"ל למימר הא צריך למימר בזו ובזו וכי תימא נימא התקדשי לי באלו ומדפרט בזו ובזו ש"מ לחלק אתי, זה אינו דיש הבדל במובן לפי מה דקי"ל דהאומר בזו ובזו אם היתה אוכלת ראשונה צריך שיהיה באחרונה שוה פרוטה משא"כ באומר התקדשי לי באלו אף דאוכלת ראשונה מצטרפות לשוה פרוטה והטעם כתב הרשב"א בחידושיו כיון דאמר ומחלק דבורו ולא אמר לה התקדשי לי באלו גילה דעתו דאינו רוצה שיחולו קידושין כלל עד גמר כולם ועד שתקבל את כולן יהיה בידה לפקדון וכו' עיי"ש ולפי זה אם זאת היתה כוונתו שלא תהא מקודשת ולא יחולו הקידושין עד גמר כולן ויהיה בידו לחזור בתוך כך מוכרח היה לומר התקדשי לי בזו ובזו ולא בלשון התקדשי לי באלו כי אז יחולו הקידושין לאלתר. והנה רב ושמואל ס"ל דהא דקתני היתה אוכלת ראשונה ארישא קאי ולא מוקי ליה אסיפא ומפרש הרשב"א דמשו"ה לא מוקמי אסיפא כפי מה שמבואר בירושלמי דרב ושמואל לא ס"ל הא דרב אמי לחלק בין בזו ובזו להתקדשי לי באלו וס"ל דחד דינא אית להו ובכולם חלים הקידושין לאלתר ומצטרפים ולפי זה לדידהו שפיר דמיא הך דהכא להך דשבועות ונדרים דהא מצי למימר באלו ואמר בזו ובזו על כרחך למפרט קאתי וס"ל להרמב"ם דהא דמוקמי רבה למתניתין כרבי שמעון היינו אליבא דרב ושמואל דס"ל דאין חילוק בין בזו ובזו להאומר התקדשי לי באלו אבל לפי מה דקי"ל כרב אמי דהיתה אוכלת קאי אסיפא ויש חילוק בין אומר בזו ובזו להאומר באלו אין אנו צריכין לומר דמתניתין ר' שמעון היא רק דברי הכל היא ולא קשיא סתמא דהך לסתמא דשבועות אהדדי.

האופן השני הוא דודאי אין הנושאין כאן והך דשבועות ונדרים שוים כלל דהתם אין ספק בכונתו והבנת דבריו דהאומר לחמשה התובעים אותו לא לך ולא לך הכונה והמובן מבואר דנשבע דאינו חייב לשום אחד מהם וכן בנדרים שאיני נהנה לך ולך הכונה והמובן נגלה שמודר הנאה מכל אחד ואחד רק המחלוקת הוא שצריך במבטא שבועה לכל אחד וזה הזכיר שבועה בכולל וכן שם לענין נדרים אם שיהיה נדר אחד או שני נדרים כדי שנאמר בו נדר שהותר מקצתו וכו' בזו נחלקו רבי שמעון וחכמים אבל כאן הספק הוא בכונתו באמרו התקדשי לי בזו ובזו אם כונתו על כל אחד לבד כאלו אמרו או בזו או בזו או כונתו על צירוף שבשניהם יחד תתקדש ולפי זה דהספק הוא במובן

דבריו אמרינן ודאי לא נחית אינש נפשיה בספיקא במובן דבריו ומסתמא כונתו היה על צירוף דאי בא לפרט היה לו לבאר ביחוד בעניני קידושין ולא למסתים סתומי ועל כרחך דכונתו היתה לצירוף שבכולן תהא מקודשת ואין זה ענין כלל להך דשבועות ונדרים דאין אנו דנין בכונתו כלל כי כונתו מבואר. ולזה מפרש הרמב"ם הא דאמרינן הכא מאן תנא התקדשי התקדשי ר' שמעון היא לא אהך בבא בזו ובזו קאי דבזה לא יפול המחלוקת כי אם אבבא קמייתא קאי דקתני התקדשי לי בתמרה זו התקדשי לי בתמרה זו תרתי התקדשי למה לי לימא התקדשי לי בזו או בזו אלא ש"מ דצריך מלת התקדשי לכל אחד ואחד דאם לא כן על השני היה נתינה בלי אמירה וזהו כרבי שמעון דאמר דהתחלת שבועה אינה סובבת לכל אחד ואחד עד שיאמר שבועה לכל אחד וכן כאן צריך שיאמר התקדשי לכל נתינה ונתינה אך יש לומר דהא דלא נקט התקדשי לי בזו או בזו דא"כ פשיטא דצריך פרוטה בכל אחד ואחד וכי עד השתא לא ידעינן דאין האשה מתקדשת בפחות משוה פרוטה משא"כ כשאומר התקדשי לי בתמרה זו התקדשי לי בזו הוה אמינא דמוסיף על ענין ראשון לומר דגם תמרה זו תהא מצורף לראשון להיות נכלל בשוה פרוטה וקמ"ל דלא משא"כ באומר בזו או בזו אין כאן מקום טעות ופשיטא דבעי בכל אחד שוה פרוטה אך לרב ושמואל דס"ל דהא דקתני היתה אוכלת ארישא קאי דלא תימא אוכלת לא בעינן שוה פרוטה דלפי זה אמרינן דעיקר רבותא דמתניתין הוא להודיענו דאף דאוכלת בעי שוה פרוטה ושפיר קשה למה לי התקדשי התקדשי תרי פעמים לתני או וקמ"ל היתה אוכלת דאע"ג דמתהנית בעי שוה פרוטה ועל כרחך צ"ל הא מני ר' שמעון היא ומוקמי רבה למתניתין כר"ש לתרוצי מילתיה דרב ושמואל דלא תקשי להו ממתניתין אבל לפי מה דקי"ל כרב אמי דהיתה אוכלת אסיפא קאי וא"כ על כרחך דרישא קמ"ל דלא תימא באומר התקדשי לי בתמרה זו התקדשי לי בזו לאסופי קאתי ולפי זה ליכא למתני או או דא"כ מה קמ"ל ולעולם רבנן היא ולא ר"ש.

ועוד בה שלישיה והיתה לבאר דברי הרמב"ם כפשוטה דהרמב"ם פרק ד' מהלכות נדרים הלכה י"א מחלק בין האומר שאיני נהנה לזה ולזה ולזה ובין האומר שאיני נהנה לזה לזה וכתב שם הכסף משנה דרמב"ם פוסק כרבי יהודה במסכת שבועות דף ל"ח ע"א וכגירסת התוס' שם דו' מחברת ואין כאן פרט משא"כ בלא ו' פרטא הוא ולפי זה צ"ל דהגירסא היתה במתניתין כאן בזו בזו ולא בזו ובזו בו' דבזה אפילו ר' יהודה מודה דהוי כללא ומצטרפין ואין צריך לומר ר' שמעון היא וכן כתב התוס' יו"ט דהגירסא נכונה היא במתניתין התקדשי לי בזו בזו ולא בו' עיי"ש ולפי זה מפרש הרמב"ם כפירש רש"י דפריך מאן תנא דאמר התקדשי התקדשי היינו דקאי על סיפא דקתני בזו בזו עד

שיהיה שוה פרוטה בכולן מאן תנא ליה דלרבי יהודה כיון דפרט כל אחד בפני עצמו הוא ואין צריך לומר התקדשי התקדשי רק לחלק בין בזו בזו ובין בזו ובזו ומדחילק במתניתין בין האומר התקדשי בתמרה התקדשי בתמרה ובין בזו בזו ש"מ דליכא נפק"מ בין ו' המחברת או לא מאן תנא. ועל זה השיבו ר"ש היא דלדידיה אף האומר בזו בזו כללא הוי עד שיאמר התקדשי התקדשי. ולפי זה הרמב"ם בהעתקתו הגם שבכל מקום שמר לשון המשנה כאן שינה קצת במכוון ורישא התקדשי לי בתמרה זו התקדשי לי בזו להיות שלא יפול בו המחלוקת העתיקו בלי שינוי אמנם במציעתא התקדשי לי בזו בזו היות בו מחלוקת ר' יהודה ור"ש וקי"ל כרבי יהודה השמיט הך התקדשי לי בזו בזו וכתב במקומו בזו ובזו בו' המחברת דבזה אפילו רבי יהודה מודה דכללא הוי ומצטרפין כולן כדאמרינן במסכת שבועות לגירסת התוס' והרמב"ם פרק ד' מהלכות נדרים דייק מאוד בו' המחברת ואין ספק שגם פה בכתבו בזו ובזו בכונה רצויה עשה כן דבזה אפילו רבי יהודה מודה דכללא הוי אמנם בזו בזו בלא ו' לרבי יהודה פרטא הוי וא"כ הרי שכאן ספק קידושין משום דמספקינן אם נתכון שיהיה ביחד שוה פרוטה או באחד מהן שוה פרוטה דודאי אף רבי יהודה דס"ל התם דחטין שעורים בלא ו' פרטא הוא היינו דאין ספק במובן דבריו רק בביטוי שפתים לשבועה כמ"ש לעיל משא"כ כאן בקידושין הספק בכונתו פשיטא אף אם אמר בזו בזו עדיין הספק אולי נתכון לומר שביחד יהיה שוה פרוטה ומידי ספיקא לא נפקא לכו"ע ויש לחוש לקידושין ולכך השמיטוהו הרמב"ם ומובן מעצמו היותו ספק כיון שלא נזכר בדבריו היותו כללא או פרטא והרי ספיקו מבואר מעצמו וחשבו ללא צורך העתיקו ולומר היותו ספק כי מלבד שסמך עצמו אמה שכתב בהלכות נדרים אף כי כיון שלא נכתב הרי הוא ככתוב היותו ספק כיון שלא מבואר היותו ודאי כוונתו לכלול הכל ביחד ופשוט ולא קשה מידי.

הלכה כט

האומר לאשה התקדשי לי בכוס וכו'. עיין בבית שמואל סימן כ"ט ס"ק כ"ב דחילק בין האומר בכוס זה להאומר כוס של יין דאז ודאי כונתו על היין ולא על הכוס וראייתו מדלקמן סימן ל"ח סעיף כ"ד אם אמר כוס של יין ונמצא דבש אינה מקודשת ומתניתין היא במסכת קידושין ודבריו אלו הם נכונים בסברא והן בריטב"א למסכת קידושין אבל מהך דאמר כוס של יין ונמצא דבש אין ראיה דודאי הכוסות ליין ודבש מתחלפים ואיכות של זה לא כאיכותו של זה ואף גם בעצם הכוסות יש טעות שאמר לה בכוס של יין והיה של דבש וא"כ אין כאן ראיה כלל.

פרק ו

הלכה א

המקדש על תנאי וכו'. כתב הבית שמואל סימן ל"ח ס"ק א' הר"ן פרק האומר כתב דאין טענת אונס בקידושין והר"ן סוף פרק כל הגט והמ"מ פרק ט' הלכות גירושין כתבו בשם העיטור אם לא נתקיים התנאי בקידושין מחמת אונס הוי ספק קידושין עכ"ל והנה ראית הר"ן מהירושלמי דאם התנה עמה אם לא אכנוס אותך תוך שלושים יום דלא יהיו קידושין ונאנס סבר ר' יוחנן דלא הוי קידושין עיי"ש אמנם הרא"ה למסכת כתובות חילק באומר אם באתי יהיו קידושין ונאנס ולא בא לא הוי קידושין דמכל מקום לא בא ובמה יחולו הקידושין אבל באומר אם לא אבוא יהיו קידושין ואם אבוא יבטלו קידושין ונאנס מצי אמר דעתי היה לבוא רק קרני אונס א"כ הרי קידושין בטלין מעיקרא ולפי זה ליכא מירושלמי ראיה דשם אמר אם לא אכנוס והרי לא כנס אבל העיטור כפי העתקתן של הר"ן והמ"מ ממקומו נלמד דכתבו אותו גבי אם לא אבוא תוך ל' יום יהא גט ונאנס ועל זה הנדון העתיקו דברי העיטור ובזה ודאי יש לספק כדברי הרא"ה דהחליט דודאי יש אונס בקידושין והעיטור מספקא ליה ולא תקשי ליה כלל מהירושלמי. והנה הרא"ה כתב בתולה בדעת אחרים הן אם יבוא הן אם לא יבוא מהני תנאו ולא מבטל להו טענת אונס ונראה דהכריח זאת מהא דתנן במסכת קידושין דף ס"ג ע"א על מנת שירצה אבא ומת האב הרי זו מקודשת ולכו"ע אם אמר על מנת שיאמר אבא הן ומת האב אינה מקודשת וקשיא לר' שמעון בן לקיש דפליג בירושלמי ארבי יוחנן וס"ל דאפילו אם מתנה אם באתי יש אונס בקידושין דהא גם כאן יש אונס דהאב היה אומר הן רק דנאנס ומת ועל כרחך צ"ל דבתולה בדעת אחרים לא שייך אונס כלל.

אמנם במה שכתב הרא"ה דתולה בדעתה כגון אם תבוא או לא תבוא חד דינא איתליה עם תולה בדעתו ממש לדבריו לא הבנתי דברי הירושלמי דכתב על דעתיה דר' שמעון בן לקיש האיך צריכא למעבד דאי אתא יום פלוני ולא היה כניסה לי לא יהיה לי עליך כלום עכ"ל ופשוטן של דברים הוא כשהוא מתנה אם לא אכנסך ביום פלוני לא יחולו קידושין ס"ל לרשב"ל דיכול לטעון נאנסתי ומתחילה סברתי בדעתי לכנוס בלי ספק משא"כ כשהיא מתנה עמו אם לא תכנוס אותי ביום פלוני לא יחולו הקידושין ואם כן הוא מה נפק"מ בדעתו כיון דהאשה טוענת אדעתא דהך תנאי נתקדשתי וזהו העצה היעוצה לדעת רשב"ל ולפי זה ה"ה להיפך אם הוא מתנה עמה שתעשה דבר ונאנסה יכול הוא לטעון מה איכפת לי באונסך וזהו שלא כדברי הרא"ה וצריך להיות דהרא"ה מפרש בירושלמי פירוש אחר דהעצה (לו) [לא] הוי שתתנה היא רק דההבדל

הוא בלשון התנאי אם כמדבר בעדו באומר אם לא אכנסך ביום פלוני הרי תולה בעצמו א"כ יכול לומר לרשב"ל הא אנא קאי רק קרני אונס משא"כ באומר לשון נסתר אם לא תהא הכניסה ביום פלוני דמורה הלשון בדרך תנאי על המעשה ולא עליו א"כ כשלא יהיו הנשואין ביום פלוני יהיה מחמת איזה סיבה שיהיה מ"מ הרי לא נעשה הנשואין והוא תלה התנאי במעשה ולא בעצמו ולכך מודה רשב"ל דאין כאן טענת אונס.

ובאמת שלפי טעם הר"ן ויסודו בהררי קודש פלוגתא דאמוראי בירושלמי הוא הכל במתנה תנאי שהוא לטובתה כאותו שאמרו אם אכנסך לזמן המוגבל או לא ונראה דהטובה היא דניחא לה שלא תשב וראשה חפוי עגונה ולזו נתן הר"ן טעם לשבח כיון שהתנאי לטובתה מה נפק"מ לה באנסו סוף סוף לא מקיים תנאו משא"כ במתנה דבר שאינו לטובתה כגון שהתנה עמה אם אזוז מכאן תהא מקודשת ואם לא אזוז לא תהא מקודשת וביקש להלוך ונאנס אי בזה שייך טענת אונס כיון דאינו לטובתה כלל ובזו וכיוצא בו נסתפק בעל העיטור וספק עצום הוא ולית ליה פותר.

והנה הרב בית שמואל כתב שם וז"ל בגט אחר תקנות רבינו גרשום דאין מגרשין בעל כרחה והוא התנה תנאי לטובתה אין הגט חל עד שיתקיים התנאי ואין האונס מקיים התנאי ולא שייך בזה תקנות רבינו גרשום משום צנועות ופרוצות עכ"ל ודבריו צריכין תיקון כי הא בלא"ה קי"ל אין אונס בגיטין משום צנועות ופרוצות ומה זה שכתב דלא שייך תקנות רבינו גרשום משום צנועות ופרוצות הלא גם זה הוא להיות התנאי עומד בתקפו לבל יבטלנו טענת אונס אלא כך צריך להיות אף במקום שלא שייך תקנות צנועות ופרוצות והיינו בטענת אונס דלא שכיח כלל כגון אכלו אריה דקי"ל יש אונס בגיטין בזה דעתו דבזמן הזה אם התנאי לטובתה אף אונס כי האי אינו מקיים תנאי זהו כוונת דבריו בלי ספק. אך באמת אין כאן מקום קפידה דמה נפק"מ בתנאה כלל רבינו גרשום החרים שלא לגרש בעל כרחה אבל זה שכבר גירש אף שעבר על תנאי שהתנה עמה מ"מ כיון שכבר קיבלה הגט הרי היא מגורשת ממנו דמה נפקא מינה בתנאה ואי משום חרם דר"ג חדא דהא כבר נתגרשה ולא בזה החרים ר"ג לבטל הגט וכי נאמר דהחרים ר"ג במקום אונס דלא שכיח כי האי ולא עבר בשאט נפש רק שנאנס אין לדברים אלו קיום בעצמותן.

אמנם יש לי ספק אחר להחמיר והוא דצריכין אנו לדייק לדעת ר' שמעון בן לקיש בירושלמי דס"ל יש אונס בקידושין אפילו במתנה עמה על מנת שאכנוס אותך ביום פלוני ולמה לא חשש רשב"ל לעניין צנועות ופרוצות כמו בגט דלפעמים לא יבוא לכנוס אותה ומן הדין הקידושין בטלים והצנועה תחוש לנפשה אולי קרהו אסון ותהא יושבת

עגונה וכן בפרוצה דשמעה דנאנס ואעפ"כ תהא נשאת לאחר ודוחק לומר דרשב"ל לית ליה תקנות צנועות ופרוצות דא"כ ליפלגו ר' יוחנן ורשב"ל בגיטין דהא עכ"פ ר' יוחנן ס"ל הך תקנה דאל"כ יהא מילתא דרבא דאמר האי תקנה בגיטין במסכת כתובות דף ב' דלא כמאן אלא ודאי דס"ל לרשב"ל לחלק דבשלמא בגיטין דמתגרשת בעל כרחה שפיר חשו חכמים לתקנות עגונות דאין לומר למה קיבלה ממנו גט על תנאי זה והכניסה עצמה בספק וחשש עיגון דמה לה לעשות הואיל דאשה מתגרשת בעל כרחה משא"כ בקידושין דאין האשה מתקדשת אלא ברצון וא"כ היא שקבלה קידושין על תנאי הלזה ונכנסה לבית הספק אם יקרהו אסון וחשש עיגון מה לנו תו בתקנתה היא דאפסידה אנפשה ואין אנו אחראין לתקנה שלה וזה פשוט ונכון. ומעתה חזרנו לדידן דגם האשה אינה מתגרשת אלא ברצון מתקנת רבינו גרשום והיא שנתרצית לקבל הגט על זה התנאי ונאנס מה תקנות עגונות יש כאן היא דאפסדיה אנפשה כהנ"ל בקידושין ואף דר"י דפליג ארשב"ל בקידושין לאו משום דפליג אסברא הזאת רק מעיקר הדין כמ"ש הר"ן וצ"ע אם יש להחמיר או נאמר דתקנות חכמים דאין אונס בגיטין לא זזה ממקומה בעבור חרם דר"ג והדבר צריך תלמוד.

הלכה ב

ואלו הן הד' דברים של כל תנאי שיהיה תנאי כפול ושיהיה הן קודם ללאו וכו'. והנה הרב בבית שמואל סימן ל"ח ס"ק ג' כתב דמשמע מדברי הר"ן דאם התחיל בהן ואמר אח"כ הלאו ואח"כ ההן תנאו בטל וכן כתב בעל משנה למלך והאריך בזה עיי"ש ואין דבריהם מוכרחים להמעיין בר"ן דאם נאמר מה שאומר ואם אבוא יהיו קידושין מדסיים יהיו קידושין מבטל התנאי וא"כ אף שלא יבוא קידושיו קידושין לפי"ז יהא יכול לבטל התנאי לעולם וא"כ אתה סוגר פיו לעולם שאם התנה בקידושין או בגט על תנאי צריך להזהר שלא יאמר לעולם כל זמן משך התנאי אם יתקיים התנאי יתקיימו הקידושין או הגט דבזה מבטל תנאו מכל וכל דלבטל התנאי אין צריך תוך כדי דיבור ועוד מאי טעמא דרבנן דפליגי אדר' מאיר וס"ל דההן יכול להיות אחר הלאו כיון שיש כאן ביטול התנאי אלא ברור דאין זה ביטול תנאו דמה ביטול תנאי יש כאן הא פיו ולבו שוין כשיתקיים התנאי יהא המעשה קיים ולא בדרך אחר ומה ביטול יש כאן.

אך הר"ן ביקש ליתן טעם למה ילפינן מתנאי דבני גד ובני ראובן דבר זה שיהיה הן קודם ללאו דודאי מה שאין הסברא גורם להחזיק או לקלקל התנאי ודאי לא ילפינן משם דאם אתה אומר כן נימא ג"כ כשם ששם נאמר אם יעברו ונתתם אף כל תנאי יהא באופן זה והאומר אם לא תעבור אתן לך יהיה תנאו בטל אלא ודאי אין אנו למידן רק מה שהסברא

נותנת שיש בו מהחיזוק והקיום לתנאי ולכך נתחכם הר"ן ז"ל למה צריך הן קודם ללאו וכתב הטעם משום דבמסיים הן נראה כרוצה בקיומו של דבר וכאלו מבטל התנאי אבל בסיימו בלאו ניכר הדבר שדעתו אתנאי ולכך היות בסיום הלאו יותר חוזק בקיום התנאי למדין אותו מתנאי בני גד ובני ראובן בדוקא שצריך הן קודם ללאו ולא שסיום ההן יהא ביטול רק היותו נראה כמבטל למדין מתנאי בני גד שצריך דוקא באופן הנזכר שם וזהו מה שכתב דבגמר דבריו נתפס הרצון בגמר התנאי נתפס ונמצא תנאו בטל ומעשה קיים הרצון עכשיו דלמדין מתנאי דבני גד אין למדין משם שיהיה דוקא ההן תחילה רק למדין משם שיהיה דוקא הלאו בסוף ולולא זאת מבטל התנאי וזהו הכל קודם שנגמר התנאי אבל אם כבר כפל התנאי וגמרו כבר נגמר העניין ומה יתן ומה יוסיף באמרו אח"כ הן קודם או לאו קודם כל זמן שאינו אומר בפירוש שמבטל התנאי ובאמירתו אחר שכפל לתנאי אם יעשה דבר זה אתן כך וכך וכי בשביל כך מבטל התנאי דבר זה לא נשמע וכל דעתו של הר"ן הוא הכל בעת התנאי ובגמר התנאי צריך להיות דבר מבורר שלא יפול בו ספק ולא יהיה נראה כקיום המעשה וביטול התנאי כמו שמצינו בבני גד ובני ראובן וכו' אבל אחר שנגמר התנאי אין כאן דבר המבטלו רק ביטול התנאי בפירוש וזה מבואר בתשובת הרא"ש שהביאו גם בעל משנה למלך שכתב באם שאמר הרי זה גיטך אם לא אבוא ואם אבוא לא יהיה גט ואם לא אבוא יהיה גט ונתחבט הרא"ש שם בעניין מעשה קודם לתנאי עיי"ש שהאריך ולא חלי ולא הרגיש שסיים בהן לבסוף אלא ודאי דאין כאן בית מיחש כמ"ש ולענ"ד פשוט הוא (א).

(**א**) אמר המגיה גם המשנה למלך גופיה הרגיש בזה אמה שכתוב בתשובת הרא"ש ההן לבסוף רק שהוא החזיק דעת הבית שמואל בפירושו לדברי הר"ן ומכח זה הקשה על הרא"ש כיון שנזכר בדברי השואל שם הן לבסוף אמאי פלפל שם הרא"ש דוקא בעניין מעשה קודם לתנאי ולא השיב לו דהתנאי בטל מחמת שהיה ההן לבסוף אבל כוונת הרב הגאון המחבר הוא מדלא הרגיש רבינו הרא"ש בדבר הפשוט הזה ודאי הוא שאין הפירוש בר"ן כמו שמפרש המשנה למלך ובית שמואל רק כיון שנגמר התנאי כדינו בתנאי כפול והן קודם ללאו אינו מזיק לתנאו מה שאמר אח"כ הן.

אמנם מה שכתב בעל משנה למלך במעשה קודם לתנאי אם חזר ואמר תנאי כפול בתנאי קודם למעשה כהך עובדא דתשובת הרא"ש הנ"ל ביקש לדמותו להן קודם ללאו וכמו דמהני שם אף דהתחיל בלאו כיון שאחר כך אמר תנאי כפול בהן קודם ללאו ה"ה בזה אף שהקדים המעשה אם אחר כך אמר תנאי כפול בתנאי קודם למעשה מהני והשיג בזה אתשובת מהרלב"ח סימן נ"ב שחושב זאת למעשה קודם לתנאי עיין שם. ואין כאן

קושיא כלל דאין דמיונו עולה יפה דגבי הן קודם ללאו כבר תירץ הר"ן דעיקר קפידא שיסיים בלאו והא סיים משא"כ כאן אפשר דעיקר קפידא הוא שלא להיות המעשה בתחילה וסתמא אמרינן כל תנאי שהיה מעשה בתחילתו והתנאי בסופו תנאו בטל יהיה כפל או משולש או מרובע הא על כל פנים איכא מעשה בתחילתו ולכך נתחבטו התוס' והמפרשים בהא דתנן הרי זה גיטך על מנת שתתני מאתים זוז וכדומה הא הוי מעשה בתחילתו ולא תירצו דמיירי דאחר כך חזר ותיקנו בלשונו דבלאו הכי צריכין אנו לומר דמיירי דכפלו לתנאו אף דלא הוזכר במתניתין ואמר נמי אם לא תתן וכו' ומתניתין קיצר בו וא"כ ה"ה דנוכל לומר דשילש התנאי ואמר המעשה אחר התנאי ומה היה קשה להם אלא ודאי דאינו מועיל כיון דאמר המעשה בתחילתו.

והנה בעל משנה למלך חידש בזה דין חדש לתרץ דברי השולחן ערוך דכתב בנוסח סדר הגט אם נותנו לה על תנאי שיאמר לה בשעת נתינה הרי זה גיטך על מנת אם לא באתי מהיום עד י"ב חודש יהא גט מעכשיו ואם אבוא לא יהא גט ולא חש שהמעשה הוא קודם לתנאי וטעמו הוא דכיון דאמר יהיה מעכשיו בסיום התנאי על כרחך מה שאמר תחילה הרי זה גיטך אינו דבק עם התנאי אלא מילתא באנפי נפשיה היא והתנאי מתחיל מאמרו על מנת שאם לא באתי ומכל שכן במעשה דמהרלב"ח דאמר הרי זה גיטך ואם לא אבוא אינו גט דפשיטא דהוא ענין נפרד ולא שייך אתנאי דהא סותר לדבריו הסמוכים שאמר שאינו גט ולכך לא הוי מעשה קודם לתנאי. ודבריו הם ישרים בסברא ובפרט שהרמב"ם וסייעתו סוברים דכל כי האי אמירה בעלמא לא הוי מעשה קודם לתנאי, אבל מכל מקום צריך עיון למאוד כי לא מצינו ראיה בפוסקים לדבריו ואין לסמוך בזה אסברא בעלמא וצריך עיון. ומדברי המ"מ נראה דלא סבירא ליה הך סברא דהוכיח מדברי הרמב"ם הלכה ד' מדקאמר ונתן הדינר בידה וכו' שמע מינה דזהו דווקא מיקרי להרמב"ם מעשה ולא האמירה ולפי דעת משנה למלך אין הוכחת המ"מ הוכחה כלל דהא אמר הרי את מקודשת לי בדינר אם תתני לי מאתים זוז תהיי מקודשת ואם לא תתני לי לא תהיי מקודשת והרי אמירתו את מקודשת לי עניין נפרד שהרי חזר ואמר אם תתני לי מאתים זוז תהא מקודשת ולדבריו פשיטא דהוכרח הרמב"ם לומר מפני שהקדים המעשה בנתינה דבאמירה כזאת ליכא הקדמת מעשה ואי דייקינן מדברי הרמב"ם דאי סבירא ליה כדעת הראב"ד לינקט כהאי גוונא שהקדים באמירתו המעשה ולמה לי הנתינה לא זהו דברי המ"מ ולא מזה הוכיח המ"מ דינו של הרמב"ם זולת מהך הואיל וכתב מפני שהקדים המעשה וכו' וזה מבואר דלא כדברי בעל משנה למלך.

מיהו מתשובת הרא"ש כלל מ"ו דין א' שהעתיק טופס הגט שנאמר בתוכו וכדו שבקית

ופטרית יתיכי וכו' מעכשיו אם מתי מחולי זה וכו' כדת משה וישראל אם לא מתי לא יהיה הגט וכו' והרא"ש כתב דהך שנזכר בתוך הגט אינו תנאי כי אם קביעות זמן שיחול הגט רק בסוף המאמר נזכר תנאי כפול ואם כן הרי יש כאן מעשה קודם לתנאי דכתב תחילה הריני מגרשך כדת משה וישראל ואחר כך אמר התנאים ומזה מוכח לכאורה דאף בזה אם חזר ואמר התנאי קודם למעשה בתנאי כפול מהני אם לא שנאמר דהא דמעשה קודם לתנאי פוסל היינו כשישנו המשך אחד מה שאין כן זה שאין לו המשך עם התנאי וכמו שכתב בעל משנה למלך בפירוש דברי הב"י בסדר הגט הקצר עיי"ש.

הלכה ד

אבל אם אמר לה וכו'. הרמב"ם ז"ל ברר דרך לעצמו בזה לומר שאין נקרא מעשה קודם לתנאי אם לא במעשה גמור ולא באמירת המעשה מקודם וכתב המ"מ דזה יצא לו לרבינו מן הרי זה גיטך אם לא באתי עיי"ש וזה דוחק (ב) אבל נראה דיצא לו מדברי הירושלמי דמבואר שם סדר סמפון אנא פלוני בן פלוני מקדש ליך פלונית בת פלוני על מנת ליתן לך מיקמת פלון ומכנסינך ליום פלון ואי אתא יום פלן ולא כנסתיך לא יהיה לי עליך כלום ופריש ויאמר על מנת שלא לכפול תנאו אלו לא כפל תנאו מיעקר קידושין והיינו לשון בתמיה אלו לא כפל תנאו אף שלא קיים התנאי היה התנאי בטל והמעשה קיים ולכך צריך לכפול דס"ל לירושלמי דלרבי מאיר אפילו על מנת לא מהני (ועיין בהרא"ש פרק מי שאחזו שמביא בזה מחלוקת הגאונים ומן הירושלמי הזה מוכח דלר' מאיר אפילו בעל מנת צריך לכפול תנאו) ועכ"פ הרי בסמפון הזה המעשה האמירה דקידושין קודם לתנאי דכניסה אלא ש"מ דלא תליא כלל באמירה. וכן מתורץ לדבריו קושיית התוס' על רש"י במסכת קידושין דף ס"ב ע"א בתוס' בד"ה הנקי כתיב שהקשו שם על הא דמפרש רש"י דחנקי קאי אואת כי שטית דכתיב בתריה דא"כ הוי מעשה קודם לתנאי ולדעת הרמב"ם מיושב דהכהן התנה זאת קודם מעשה דהשקאה. והנה הרב בעל לח"מ הניח בצ"ע מהא דפרכינן בגיטין דף ע"ה אהא דהרי זה גיטך על מנת שתחזירי לי הנייר דמגורשת דאמר אביי הטעם משום דלא כפל לתנאו ופריך ליה רבא טעמא דלא כפל לתנאי וכו' הא הוי מעשה קודם לתנאי ולדברי הרמב"ם אין מקום לקושייתו דבאמירה בעלמא אין כאן קדימת מעשה.

ונראה לי לומר דס"ל לרמב"ם כדעת רש"י דלא נחלקו ר' מאיר וחכמים אלא בתנאי כפול אבל במעשה קודם לתנאי כו"ע מודים דלא מהני עיי"ש במסכת גיטין דף ע"ה וכן נראין דברי הרמב"ם בהלכה י"ד שכתב יש מקצת גאונים אחרונים שאמרו שאין אדם צריך לכפול תנאו אלא בגיטין וקידושין אבל בדיני ממונות אין צריך לכפול והיינו משום

דס"ל דלא קי"ל כר"מ רק כרבנן דפליגי עליה אבל במעשה קודם לתנאי כו"ע מודים כמ"ש המ"מ שם וא"כ קושיית רבא כך הוא דמה דוחקך להעמיד הברייתא דלא נתן הגט ואמר הרי זה גיטך וצריך אתה לומר הטעם משום דלא כפל תנאו וא"כ ברייתא ר"מ היא ולא חכמים דלמא מיירי שעשה מעשה ונתן הגט כלישנא הרי זה גיטך ואמר ע"מ שתחזירי לי הנייר ובזה כו"ע מודים דלא הוי תנאי הואיל וקדמו מעשה ובברייתא דברי הכל היא ואין אנו צריכין לאוקמיה כיחידאי זהו מה שיש לומר לדברי הרמב"ם ואדרבה מזה יש להביא ראיה לדברי הרמב"ם דאביי דאמר הטעם משום דלא כפליה לתנאי קשה וכי לית ליה תנאי קודם למעשה וכה"ג דייקו בבבא בתרא דף קל"ז התוס' והרא"ש דרבא לית ליה דבעינן תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר הואיל ואמר הטעם משום דקדמיה מעשה לתנאי ולא אמר הטעם משום דהוי תנאי ומעשה בדבר אחד וזה קשה לאביי ביותר דהך דבעינן תנאי קודם למעשה משנה מפורשת היא בבבא מציעא דף צ"ד. אמנם לדעת הרמב"ם ניחא דודאי לפי פשוטו של ברייתא ליכא כלל קדימת מעשה בפועל ולא קשה מידי לאביי רק רבא דפריך ליה דלוקמיה בהך גוונא שהקדים מעשה בפועל הגם שהוא דחוק כדי שיהיה הברייתא לדברי הכל ואין צריך לאוקמיה כיחידאי כר"מ ואתי שפיר.

והנה הר"ן הקשה על הרמב"ם מהאי דפרק מי שאחזו דאתקין שמואל בגיטא דשכ"מ אי לא מתי לא יהיה גט והקשה שם ולימא לא יהיה גט אם לא מתי ומשני בעינן תנאי קודם למעשה והא לדעת הרמב"ם כל זמן שלא נתנו לה תנאי קודם למעשה מיקרי ותירץ הלח"מ דשמואל סידר לשון התנאי שיהיה מסכים עם אופן המעשה והואיל במעשה צריך להיות התנאי קודם כן סידר מתחילה הלשון שיהיה כך ודברי טעם הן ועוד יש לומר דודאי במתנה על פה הוא דס"ל להרמב"ם דאף דאמר המעשה בתחילתו לא נפק"מ כיון דאמר התנאי קודם הנתינה משא"כ בכותב התנאי בתוך הגט ונתן לה הגט בסתם א"כ נתינת הגט והתנאי באין כאחד כי היא זכתה בגט על תנאי הנזכר בתוכו ואם בתוכו נזכר המעשה קודם א"כ בקבלתה הגט הרי קדמה המעשה לתנאי דהמעשה והתנאי באין כאחד וזה ברור דבכתיבה אם נכתב המעשה קודם ונתן לה הגט דמודה הרמב"ם דהוי מעשה קודם לתנאי דהא הגט בידה ושמואל דתיקן לא לתנאה דבעל פה לבד תיקן כי אם למתנה בכתב נמי תיקן כמ"ש הרמב"ם בפרק ט' מהלכות גירושין הלכה כ' חולה שרוצה לגרש אשתו על תנאי וכו' כך הוא כותב בגט אחר שכותב התורף או אומר לה כשנותן הגט אם לא מתי לא יהיה גט וכו' כתקנת שמואל עיי"ש הרי דס"ל דתקנת שמואל היה לכתב נמי ובזה מודה הרמב"ם כנ"ל ודברי הגמרא נכונים.

(**ב**) אמר המגיה מה שכתב הרב המחבר שתירוצו של המ"מ הוא דוחק לכאורה יש להקשות עליו דמאי אולמיה תירוצו של הרב מתירוצו של הרב המגיד ואדרבה המ"מ הביא ראיה מתלמודא דידן מהא דהרי זה גיטך אם לא באתי דהתם נמי הוזכר במאמרו המעשה קודם לתנאי והרב הגאון הביא ג"כ ראיה כזו רק מהירושלמי דגם שם מדהוזכר המעשה קודם לתנאי ש"מ דלא נפק"מ במאמרו המעשה קודם לתנאי אבל באמת דברי הרב ברורים רק שקיצר בהדוחק שהוא בתירוץ המ"מ והוא מבואר בלח"מ דאין ראיה מהא דהרי זה גיטך אם לא באתי אף שהוזכר שם המעשה קודם לתנאי דעל כרחך שנויה שלא בדקדוק דהא עכ"פ צריך לכפול תנאו וגם כפילות התנאי לא הוזכר התם משא"כ ראיית הרב המחבר מן הירושלמי שמקפיד שם על כל דרכי תנאי והוצרך לכפול תנאו ואפ"ה לא הקפיד באמירתו שיהיה גם בזה תנאי קודם למעשה א"כ מוכח משם שפיר דין זה של הרמב"ם.

והנה הקשה המ"מ למה לא מנה הרמב"ם בכלל דרכי התנאים תנאי שאפשר המעשה להתקיים ע"י שליח ותירץ דסמך אמה שכתב בפרק ד' מהלכות חליצה דלכך חליצה מוטעת כשרה עיי"ש והכ"מ לא נח לו בזה התירוץ דמ"מ הוי ליה למנותו במניין משפטי התנאים ולכך צידד הוא לומר דהא דאמרינן בכתובות דף ע"ד ע"א דחליצה מוטעת כשירה משום דהמעשה אי אפשר לקיימה ע"י שליח היינו למה דאמר שם ר' יוחנן המקדש על תנאי ובעל אינה צריכה הימנו גט אבל לדידן דפסקינן המקדש על תנאי ובעל צריכה הימנו גט משום דעבד מעשה אחולי אחלי לתנאי א"כ חליצה מוטעת נמי מטעם זה כשירה ולא בעינן שאפשר המעשה להתקיים בדרכי התנאים עכ"ל ועל זה יפה הקשה בעל לח"מ דהא במקדש על תנאי ובעל אינו אלא קידושי ספק להחמיר ואלו שם אמרינן דהוי חליצה כשירה בכל אופן. איברא ודאי אם זהו דבעי מעשה שאפשר לקיימו ע"י שליח אינו במציאות רק בחליצה ולא בשום מקום אחר אין מקום לקושיית הכ"מ דלחשבנהו כיון דאינו במציאות כלל דבקידושי כסף אפשר לקיים המעשה ע"י שליח ואף דבביאה אי אפשר לקיים המעשה ע"י שליח הא אמרינן שם בגמרא כיון דאיתקש הוויות לאהדדי גם בביאה התנאי קיים אף דאי אפשר לקיים המעשה ע"י שליח א"כ אין כאן דבר כי אם בחליצה ושם מבואר ברמב"ם במקומו ולא היה צורך להעתיקו פה בדבר פרטי מה שאינו שייך בדבר זולתו.

אמנם אפשר דשייך בפעוטות דמקחן מקח במטלטלין וממכרן ממכר אם מכר או קנה קטן הלזה דבר בתנאי אם תנאו קיים דהמעשה אי אפשר להתקיים ע"י שליח דאין שליחות לקטן. ועוד לדעת רש"י בהאי דשופעת ביבמות דף ל"ד ע"א דקטן יכול

לקדש על תנאי שיחולו הקידושין אחר שיגדיל הא יש נפקא מינה אם קטן זה קידש על תנאי אם מהני תנאו כיון דאי אפשר להתקיים המעשה ע"י שליח דאין שליחות לקטן אמנם לפי מש"כ התוס' במסכת כתובות דף ע"ד ע"א בד"ה תנאי דאפשר לקיימו וכו' משמע דהטעם דלא מהני תנאי היכא שהמעשה אי אפשר להתקיים ע"י שליח הוא היות המעשה אין כל כך בידו שיוכל לקיימו ע"י שליח ה"ה דלא מצי לבטל אותו בתנאי ולפי זה יש לחלק דכי אמרינן סברא זאת דוקא אם אי אפשר לעשות ע"י שליח מצד המעשה כמו חליצה וכמו ביאה לולי היקש הוויות לאהדדי דהמעשה מצד עצמו אי אפשר להתקיים ע"י שליח משא"כ בקטן דאין כאן דבר במעשה בעצמותו רק היותו גרוע בעצמותו דהוא קטן א"כ לא יהיה כחו משונה מן גדול דיכול להטיל תנאי במקחו וקידושיו לדעת רש"י ז"ל וא"כ צדקו דברי הרמב"ם שלא מנאן היותן בלתי נמצאין כי אם בדבר פרטי אבל הדבר הזה צ"ע למאוד.

ועל אשר השמיט הרמב"ם תנאי ומעשה בדבר אחד כבר כתב המ"מ והלח"מ הוסיף עליו דבר המתקבל דס"ל לרבינו בעניין תנאי ומעשה בדבר אחד לא מהני מעכשיו למאן דפוסל ורב אשי דאמר בגיטין דף ע"ה ע"ב הא מני רבי היא דאמר כל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי הוא רק לתרוצי דלא תימא מתניתין ר' מאיר היא דאף רבנן החולקין על ר"מ ולא ילפי מבני גד ובני ראובן וא"כ תנאו קיים מ"מ סיפא הוי גט כיון דאמר על מנת כאומר מעכשיו וא"כ הרי כאן גט דהגט חל תיכף והחזרה לאחר כן משא"כ ברישא דאמר אם תחזיר לי וכו' א"כ הגט והחזרה באין כאחד והם שני הפכים ומעתה לא קשיא הא הוי תנאי ומעשה בדבר אחד דלרבנן לא מבטל תנאה בכך דלא ילפי מבני גד ובני ראובן אבל מודה בזה דלר"מ לא מהני על מנת לבטל תנאי ומעשה בדבר אחד ולפי"ז הא דקי"ל דבמתנה על מנת להחזיר קנה באתרוג ובכולהו חוץ מבאשה שלא יאמרו אשה נקנית בחליפין ש"מ דליתא להך כללא דבעינן תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר זהו מה שיש לומר בדברי הרמב"ם כפי מה שפירשו בו מפרשיו עם תוספות ביאור משלי.

והנה הרא"ש במסכת גיטין פרק מי שאחזו כתב וז"ל ורבינו חננאל כתב סוגיא דשמעתין בעינן תנאי כפול ותנאי קודם למעשה ותנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר ותנאי שאפשר לקיימו ע"י שליח וסוגיא דשמעתין איירי בעל מנת וכו' אלמא ס"ל דבכל התנאים בעינן שיהיה בהו דיני כל תנאי וכן הסכימו חכמי ארצינו וכן עמא דבר וכן פסק הרא"ש בתשובה כלל מ"ו סימן א' עיי"ש ולדבריו קשה הא דאמרינן במסכת קידושין דף ו' ע"ב בכלהו קני חוץ מבאשה משום גזרת חליפין הא הוי תנאי ומעשה בדבר אחד ותנאו בטל ולמה מחויב להחזיר האתרוג ואע"פ שכתבו התוס' בבבא בתרא דף קל"ז

ע"ב בד"ה ואם לא החזירו וכו' וכן כתב הרא"ש שם דרבא לא ס"ל הך דתנאי ומעשה בדבר אחד מ"מ קשה לדידן דפסקינן דבעי תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר וגבי אתרוג קי"ל כרבא דצריך להחזיר. ונראה לי דהא דכתב הרא"ש דאף האומר על מנת בעי תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר היינו באמר הרי זה גיטך על מנת שתהא הנייר שלי דבזו יש כאן בתנאי ומעשה שני הפכים דמלת שלי מורה שיהיה שלו תיכף ולא יהיה לו להמקבל חלק והרי שני הפכים משא"כ באומר שתחזירי לי אין כאן שני הפכים דנתן לה ויהיה שלה ואח"כ תחזור ותתן לו בקנין חדש דהא מהאי טעמא אמרינן דלא ליקני אינש לינוקי אתרוג ביום ראשון משום דאין בידו לחזור ולהקנות לנותן בקנין חדש.

והבית שמואל סימן ל"ח ס"ק ז' הוא וסייעתו רוצים לחלק בין אומר אם ובין אומר על מנת וזה אי אפשר לכוון בדברי הרא"ש דהא הרא"ש כתב בהדיא דעל מנת אינו מועיל וצריך מ"מ תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר הרי דמיירי בעל מנת אלא צ"ל החילוק כמ"ש בין אומר ע"מ שהנייר שלי או ע"מ שתחזירי לי. וראיה לדברי מצאתי בירושלמי מסכת גיטין פ"ב ה"ג הרי זה גיטך ע"מ שתתנהו לי פסול ע"מ שתחזרהו לי כשר ופריך ודא קדמייתא היא ומשני באמר כשתזכה בו ובמצותו תחזרהו לי עיי"ש שמביא ראיה מאתרוג והא דכתב הרא"ש בבא בתרא פרק יש נוחלין דרבא לא ס"ל דבעינן תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר היינו משום דס"ל כס"ד דתוס' בבא בתרא דף קל"ז ע"ב בתירוץ ראשון דרבא לית ליה כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ולכך קשיא ליה בדברי רבא דאם אין ע"מ כאומר מעכשיו ודאי דהוי תנאי ומעשה בדבר אחד דהא התנאי והמעשה חלים כאחד ולכך מתרץ דרבא לית ליה דבעינן תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר אבל לדידן דקי"ל ע"מ כאומר מעכשיו דמי שפיר יש לחלק בין האומר ע"מ שהנייר שלי ובין האומר ע"מ שתחזרהו לי כהנ"ל.

ומעתה מה שכתב הבית שמואל שם כשמקדש בשטר ואמר ע"מ שתחזירי לי הנייר דלהרא"ש אינה צריכה להחזיר לו הנייר דהוי תנאי ומעשה בדבר אחד הס מלהזכיר דא"כ למה פסק הרא"ש באתרוג דאם החזירו יצא ואם לאו לא יצא ומה שכתב לחלק בין אם ובין ע"מ כבר כתבתי לענ"ד חילוק אחר וכן בכסף חזר לומר דלהרא"ש אם אמר ע"מ שתחזרהו לי הוי תנאי ומעשה בדבר אחד ואינה צריכה לקיים התנאי ולא דמי לחליפין וקדושיו קידושין ותמהני הלא גמרא ערוכה היא ע"מ שתחזירהו לי באשה לא קני והוא במסכת קידושין דף ו' והרא"ש העתיק אותו אלא ודאי שצריכין אנו לחלק כמ"ש.

אמנם דברי רבינו ירוחם צריכין עיון דכתב להדיא באומר הרי זה גיטך ע"מ שתחזירי לי את הנייר דתנאו בטל והמעשה קיים דהוי תנאי ומעשה בדבר אחד ואלו באתרוג

פסק דאם לא החזירו לא יצא וכן בקידושין דלכך לא קנה הואיל ומחויב להחזיר הוי ליה כחליפין אם לא שנאמר בדוחק דלכך צריך להחזיר באתרוג משום דס"ל כהפוסקים דבדיני ממונות לא בעינן כתנאי בני גד ובני ראובן כמו שמסיים במישרים נתיב ט' בשם הרשב"א וא"כ אף תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר אינו צריך ובהך דקידושין אין הטעם משום דבאמת צריכה להחזיר רק הטעם דמ"מ הואיל והוא אומר ע"מ שתחזירי לי אף שאין בדבריו כלום מ"מ באמירתו הוי כחליפין ותיקנו ביה רבנן שלא יועיל משום גזירת חליפין וזה דוחק למאוד.

ובמה שכתבתי בדברי הרא"ש לחלק בין אמר ע"מ שהנייר שלי או אמר ע"מ שתחזירי לי אין להקשות א"כ לאביי ולרבא דמוקמי לברייתא מחמת דלא כפליה לתנאי או דקדמו מעשה וא"כ התנאי בטל לפי"ז למה מחלק הברייתא בין נייר שלי ובין ע"מ שתחזירי לי לפלוג בדידיה בין אמר נייר שלי ובין אמר ע"מ שהנייר שלי דכיון דלא כפליה לתנאו תנאו בטל והוא רבותא טפי י"ל דודאי רבא דמשני דלא כפליה לתנאו או משום שקדם מעשה לתנאי וכי לא ידע לשנוי כשנוי דרב אשי דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו כמ"ש התוס' דרבא גופיה ס"ל הך דרבי כל האומר על מנת וכו' רק דרבא דייק ליה מגופיה דברייתא דקתני ע"מ שתחזירי לי מגורשת ולא קתני דצריכה להחזיר כמו שאמרו באתרוג אם החזירו יצא כן הוי ליה למימר כאן מגורשת אם תחזיר וכן אמרו במתניתין ע"מ שתתן לי מאתים זוז מגורשת ותתן ולכך ס"ל לאביי ולרבא דהך ברייתא ר' מאיר היא דיליף מתנאי בני גד ובני ראובן וכו' וכאן כיון דלא כפליה לתנאו וגם הוי מעשה קודם לתנאי התנאי בטל והמעשה קיים ואינה צריכה להחזיר ולכך קתני סתמא מגורשת דאינה צריכה להחזיר כלל ובהכי ניחא ואין צריכין לומר לרבא דפליג אהך מ"ד דס"ל דבעינן תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר דודאי היה זה מקובל בידם מימים קדמונים איך הם אופני התנאים ולא ענו מלבם כמו שכתב הרמב"ן בספר מלחמות למסכת ביצה גבי האי דקאמר אי יהיב ליה ברתא וכו' עיי"ש מה שכתב בשם הראב"ד ואיך יהיה רבא חולק על זה דבעינן תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר.

אמנם לפי מ"ש ניחא דרבא ס"ל ודאי רבי היא דאמר האומר ע"מ כאומר מעכשיו דהכי הילכתא ולפי זה אזדא הך דתנאי ומעשה בדבר אחד כמו שכתבו התוס' והרא"ש פרק יש נוחלין רק אעפ"כ מוקי ליה אביי ורבא כר' מאיר דטעמא הוי משום דלא כפליה לתנאו או משום דהוי מעשה קודם לתנאי דלא תקשי הא דלא קתני ותחזיר ולפי זה גם אברייתא לא קשה לאשמעינן רבותא טפי באומר ע"מ שהנייר שלי דברייתא קמ"ל דאינה צריכה להחזיר הנייר משום דלא כפל לתנאו או משום דקדם מעשה לתנאי ובהך

דע"מ שהנייר שלי אין כאן רבותא דפשיטא דאינה צריכה להחזיר דהוי תנאי ומעשה בדבר אחד כיון שלא אמר ע"מ להחזיר כמ"ש לעיל בדברי הרא"ש ובתנאי ומעשה בדבר אחד לדעת רוב הפוסקים והרמב"ן הנ"ל אפילו חכמים מודים לר"מ ואין כאן רבותא כלל ואתי שפיר.

והן הן הדברים שכתבו התוס' פרק יש נוחלין דף קל"ז ע"ב ד"ה לא החזירו וכו' דרבא נמי ס"ל דבעינן תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר רק דס"ל דע"מ כאומר מעכשיו דמי ולא הוי בדבר אחד משא"כ רב אדא דאמר במסכת גיטין הטעם משום דהוי תנאי ומעשה בדבר אחד ס"ל כל האומר ע"מ לאו כאומר מעכשיו דמי ולהכי הוי תנאי ומעשה בדבר אחד עיי"ש ונתקשה הרב מהרש"א בדבריהם דא"כ דס"ל לרבא דהאומר ע"מ כאומר מעכשיו למה תירץ התם הברייתא דס"ל כר' מאיר ומשום דלא כפליה לתנאו או משום דקדם מעשה לתנאי תיפוק ליה דבלא"ה מגורשת ולפי מ"ש ניחא דרבא הוצרך לשנוי כן דלא תקשה דהוי ליה למימר אם החזירו מגורשת כהנ"ל ולא הוי ליה למימר סתמא מגורשת כאלו אינו מחוסר מעשה כלל ועל כרחך צ"ל כר"מ ותנאו בטל ואינה צריכה להחזיר ואתי שפיר.

אמנם בדברי רבינו ירוחם הנ"ל נראה לענ"ד לומר אפשר דס"ל דיש חילוק בין גט לשאר דברים דבשאר דברים דהיינו בקידושין ואתרוג ופדיון הבן האומר ע"מ שתחזיר לי לא הוי תנאי ומעשה בדבר אחד דקי"ל דיכול להחזיר אף דמיו כמ"ש הרא"ש פרק ג' דסוכה בשם בעל העיטור וא"כ יש מקום לקיים המעשה אף בתנאי דגוף החפץ שלה והיא נותנת לו דמים וכן באתרוג אף דאינו יכול ליתן דמיו מ"מ יכול ליתן לו אתרוג אחר שהוא כשר ומהודר כמוהו וא"כ הרי כאן קיום למעשה במקצת וקיום לתנאי משא"כ בגט דלצעורי קמכוון קי"ל דצריכה ליתן גוף החפץ שהתנה עליו וא"כ הרי התנאי סותר למעשה לגמרי ולכך תנאו בטל וצ"ע הך דינא אי יכול ליתן לו אתרוג אחר דהרא"ש כתב דלכך צריך ליתן לו אתרוג אחר (ג) דמסתמא נתכוון להחזירו לצאת בו א"כ כיון שנותן לו אחר לצאת בו מה נפק"מ אלא שלא נזכר דין זה בפוסקים. ואפשר דגם התוס' והרא"ש ס"ל סברא זאת והא דכתבו דרבא לא ס"ל דבעינן תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר משום דקשיא להו הא דאמרינן פרק יש נוחלין דרבא קמ"ל דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה ולפי זה אין כאן נפק"מ באמרו לא החזירו לא יצא וצריכין לומר שיגרא דלישנא נקט וזה דוחק ואמאי לא אמרינן דקמ"ל טובא במה דאמר דצריך להחזירו דלא מיקרי תנאי ומעשה בדבר אחד הואיל ואפשר להחזיר לו אתרוג אחר כמ"ש לעיל אלא על כרחך דסתם גמרא ס"ל דרבא לא בעי תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר מדלא אמר

הטעם על ברייתא דיש נוחלין כרב אדא משום דהוי תנאי ומעשה בדבר אחד וא"כ ליכא כאן נפק"מ אליבא דרבא אי מיקרי תנאי ומעשה בדבר אחד או לא אבל לדידן דבעינן תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר שפיר יש לחלק.

(**ג**) אמר המגיה לא מצאתי כן בדברי הרא"ש פרק ג' דסוכה מלת אתרוג אחר רק דהרב הגאון הוכיח כן מדבריו שכתב שם הטעם דאינו יכול לסלקו בדמים כיון שהוא צריך לצאת בו ממילא נשמע מדבריו דיכול ליתן לו אתרוג אחר כיון שעל זה לא הקפיד בעל האתרוג.

ובדרך היותר נכון ואמתי נראה לפענ"ד בכוונת רבינו ירוחם דס"ל דדוקא במקום דבעי תנאי כפול אז בעינן תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר והכל מטעם אחד דאמרינן אם אינו כופל התנאי אין דעתו לבטל המעשה בשביל התנאי וכן אם התנאי סותר למעשה אנן סהדי דחפץ יותר במעשה מן התנאי וזה נדחה מפני זה משא"כ במקום דלא בעי תנאי כלל ואין צריך תנאי כפול והיינו משום דגילוי דעת סגי דאנן סהדי דאתנאי זה הוא המעשה ולא באופן אחר ולכך אינו צריך תנאי כלל א"כ גם אם התנאי ומעשה בדבר אחד מהני דאנן סהדי דלא מבטל התנאי מפני מעשה ואדרבה מסתמא דעתו אתנאי בכל אופן וזה פשוט בסברא וא"כ באתרוג ס"ל לרבינו ירוחם כמ"ש גבי דיני לולב בהדיא דאינו צריך תנאי כפול ואפילו תנאי דגילוי דעת בעלמא מהני דאנן סהדי דאדעתיה דהכי יהיב ליה להחזירו לצאת בו וא"כ בזה אפילו תנאי ומעשה בדבר אחד מהני דאנן סהדי דלא מבטל תנאו בשביל המעשה ולא יהיב אינש מצוה לאחריני ועזב את נפשו. ואף שהתוס' במסכת קידושין דף ו' ד"ה לא החזירו וכו' כתבו דלכך לא בעינן באתרוג תנאי כפול משום דהוי גילוי דעת דרוצה דוקא בתנאו ואפי"ה הקשו דהא הוי תנאי ומעשה בדבר אחד נראה דהתוס' ס"ל כדעת המפרשים דהך דתנאי ומעשה בדבר אחד לא תליא בפלוגתא דר' מאיר וחכמים רק דכו"ע מודים דבעינן תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר ולכך ס"ל דאף דגילוי דעת מהני לעניין דאינו צריך תנאי כפול מ"מ לזה היכי דהוי תנאי ומעשה בדבר אחד לא מהני משא"כ רבינו ירוחם ס"ל כהמפרשים דס"ל דחכמים דפליגי אדר"מ אתנאי כפול פליגי נמי עליו בתנאי ומעשה בדבר אחד וס"ל דתנאו קיים וא"כ מקרה אחד לתנאי כפול ולתנאי ומעשה בדבר אחד ואם גילוי דעת מהני לזה מהני נמי לזה וזה ברור.

איברא בהאי דקדושין דליכא גילוי דעת צ"ל לדעת רבינו ירוחם כמ"ש לעיל דאף דבאמת לא דמיא לחליפין כיון שאינו צריך להחזיר מ"מ באמירתו מתחזי כחליפין כיון דאמר לה על מנת שתחזירי לי והוי כחליפין ובאמת לפי דברי הרב בית שמואל נראה

דאף בקידושין לא בעי תנאי כפול לדעת התוס' כמו באתרוג אבל לדעתי אינו כן כמ"ש לעיל והרב בית שמואל צידד לומר דהטור ס"ל דבעינן תנאי כפול בקידושין דכן פסק הרא"ש פרק יש נוחלין ובאמת ביש נוחלין פסק הרא"ש כן באתרוג והטור פסק באו"ח דלא בעינן באתרוג תנאי כפול דאפילו סתמא מהני וא"כ לשיטת הרב בית שמואל בפירושו להתוס' על כרחך סובר הטור ג"כ בקידושין כיון דחד דינא אית להו לשיטת ב"ש וסותר דברי עצמו ושגגה היא לו להרב ב"ש.

והנה רבינו ירוחם פסק במשרים נתיב ט"ו דאם אמר שור זה אני נותן לך במתנה ע"מ שתחזירהו לי והקדישו והחזירו אינו קדוש והוא גמרא ערוכה פרק יש נוחלין דאינו קדוש משום דלא נתקיים תנאו וכאן ליכא גילוי דעת דמה גילוי דעת יש כאן במתנת שור להחזירו לו דבשלמא אתנאי כפול יש לומר אף שלא זכרו היה שם תנאי כפול כמו שכתב הרא"ש גבי אתרוג אף דגם בגמ' לא זכרו מ"מ היה שם תנאי כפול אבל זה קשה הא לא בעינן קיום התנאי כיון שהתנאי והמעשה בדבר אחד ולמה לא יחול הקדש עליו וצ"ל דתרתי ס"ל לרבינו ירוחם בשור כיון דיכול ליתן דמיו הוי תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר ובאתרוג ס"ל דצריך להחזיר לו אותו אתרוג דוקא כי נראה לי דוחק שיסבור רי"ו דיכול ליתן לו אתרוג אחר מה שלא נמצא בפירוש בשום פוסק ואף דהשתא הוי תנאי ומעשה בדבר אחד יש לומר כיון דגילוי דעת מהני אין צריך תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר וצריך להחזיר ועדיין הדברים צריכין לימוד ועיון.

והנה בהגהות מיימוני מביא דר"י נסתפק בהאומר שיהיה תנאי זה כתנאי בני גד ובני ראובן אם צריך כפילת התנאי והרב רמ"א סימן ל"ח סעיף ג' הביא בשם יש אומרים דמועיל ובדרכי משה נתן טעם היות כן מבואר בתשובות הרא"ש שהעתיק הטור חו"מ סוף סימן רמ"א והבית שמואל הביאו וסיים בסוף דבריו דאם הקדים הלאו קודם להן לא מהני מה שאמר כתנאי בני גד ובני ראובן ואני תמה אם רמ"א יליף מתשובת הרא"ש הלא הרא"ש נסתפק שם גם בזה אם היה הלאו קודם להן וכתב אח"כ דאם כתב בשטר תנאים הללו נעשו כתנאי בני גד וכו' תנאו קיים הרי דס"ל דגם ללאו קודם להן מהני. איברא לענ"ד נראה דלא כב"ש דאין ראיה כלל מתשובת הרא"ש למה שכתב רמ"א כאן בשו"ע דבנדון הרא"ש אנו מסופקים איך היה התנאי אם היה כפול או הן קודם ללאו כהלכתו ולזה שפיר כתב הרא"ש דאם נאמר בשטר שהתנאים נעשו כתנאי בני גד וכו' התנאים קיימים דחזקה על העדים דלא משקרי ולאין ספק דעשו כהלכתו וכתנאי בני גד בכל אופני תנאי ולא על זה אנו דנין בהגמי"י בספיקו של ר"י דכל ספיקו של ר"י הוא כך במי שמתנה סתם בלי כפילת תנאי רק שאומר כתנאי בני גד וכו' אם זה מהני

כמו כפילת תנאי ולזה אין מדברי הרא"ש בתשובה שום ראיה כלל ואי משום קושיית בית שמואל דר"י נשאר בספק כדאי הוא רמ"א להכריע כן מסברא דהא גילוי דעת מהני ומכ"ש זה שאמר בפירוש כתנאי בני גד וכו' אין לך גילוי דעת גדול מזה שחפץ הוא בתנאי והוי כאותן דברים שאין צריך בהן כפילת תנאי וסגי בגילוי דעת. ואפשר דספיקו של ר"י היה בשביל כך כיון דאיכא דעות דאפילו באתרוג בעינן תנאי כפול ולא מהני גילוי דעת כמבואר בהרא"ש פרק יש נוחלין עיי"ש וא"כ לדידן דקי"ל דלא צריך באתרוג תנאי כפול דמהני גילוי דעת נפשוט ספיקו של ר"י על כן כתבו רמ"א כאן בש"ע בשם יש אומרים לדבר ברור.

הלכה ט

ובמה אמרו חכמים כל המתנה וכו'. לקמן פרק י"ב הלכה ט' מבואר בדברי רבינו הרמב"ם דגם לעבור על דברי חכמים ג"כ תנאו בטל והיינו בדבר שאינו של ממון דודאי לא אלים דבר דרבנן יותר משל תורה וכן כתב רמ"א בהגה סימן ל"ח סעיף ה' וז"ל דכל המתנה על מה שכתוב בתורה ואינו ממון תנאו בטל ויש אומרים דכל מה דתיקן רבנן הוי כמו שכתוב בתורה וכוונתו מבוארת דהיינו כמו שכתוב בתורה ולא יותר מה שכתוב בתורה ובמה שבתורה דבטל תנאו דוקא בדבר שאינו של ממון וכן הוא בדבר דתיקנו רבנן אבל זה פשיטא דבדבר שבממון גם בדבר דרבנן תנאו קיים והבית שמואל הבין דבדבר דרבנן אפילו בדבר שבממון תנאו בטל וצריך להיות לדעתו דעשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה ולא ידעתי מה ראה על ככה בדברי רמ"א ואי משום דכתב בלשון ויש אומרים משום הא לא איריא דהוצרך לכתוב ויש אומרים משום שיש דעות דבדבר דרבנן אפילו בדבר שאינו של ממון לא אמרינן דתנאו בטל.

הלכה י

כיצד וכו' אבל בעונה תנאו בטל וכו'. עיין במשנה למלך שהביא דעת פוסקים דלמדו מדברי הירושלמי סוף פרק השוכר את הפועלים דגם עונה מיקרי דבר שבממון כיון דבידה למחול אצערא דגופה אלא שהבעל משנה למלך תמה עליהם מירושלמי פרק קמא דקידושין דאמרו שם רבנן דהאב אינו יכול להתנות בשעת שמוכר בתו לאמה על מנת שלא יהיה עליך יעודין דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה ופריך ולית להו לרבנן תנאי שאפשר לקיימו בסופו ומשני אית לון תנאי ממון וזה תנאי גוף ופריך והא תני נושא אדם אשה ומתנה עליה ע"מ שלא יהיה עליו שאר כסות ועונה ועונה לאו תנאי גוף הוא אמר ר' חייה [בר אדא] תפתר בקטנה עכ"ל הירושלמי והבין המשנה למלך דפירושו הוא דתירוצו של ירושלמי הוא דהא דאמרינן דבעונה יכולה למחול ויכול הוא להתנות

היינו בקטנה אבל לא בגדולה ולכך קשיא ליה לדעת הגאונים שהביאו ראיה מירושלמי דבבא מציעא דגם בעונה תנאו קיים. אמנם לפענ"ד אי אפשר לפרש כן דברי הירושלמי חדא דמה יהיה החילוק בין קטנה לגדולה דהא על כרחך איירי בקטנה שקיבל אביה קידושין דאל"כ בלא"ה אין לקטנה קידושין גמורין ועל כרחך דקיבל אביה קידושין וא"כ למה יוכל להתנות על עונה וכי הנושא קטנה ע"י קידושי אביה אינו חייב בעונתה וכי אין לקטנה צער הגוף כמו בגדולה ועוד הא סתמא קתני נושא אדם אשה ומתנה וכו' דמשמע בין קטנה ובין גדולה והיכי כייל לה בחדא בבא שאר וכסות דיכול להתנות אף בגדולה דהוי דבר שבממון עם עונה דלא יכול להתנות רק בקטנה.

לכן נראה לי דהפירוש בירושלמי כך הוא דתחילה דבא לתרץ דלכך אינו יכול להתנות על היעוד משום דהוי צער הגוף על זה פריך דעל כרחך ליכא למימר הכי דא"כ תקשי איך יכול להתנות על העונה דהתם נמי איכא צער הגוף על כרחך נייד מהאי תירוצא ואמר ר' חייה [בר אדא] תפתר בקטנה פירוש הך דאינו יכול להתנות על היעודין מיירי בקטנה דאין האב מוכר בתו נערה לאמה רק בקטנה ולכך אינו יכול להתנות שלא יהיו עליה יעודין דיעודין זכות בתו המה ורחמנא זכיה לה שיהיה מיעד אותה ומצוה היא כנודע ואין האב יכול לוותר על זכות בתו והיא אינה יכולה להתנות ולהסכים בתנאי אביה דכיון דקטנה היא אין מחילתה ומעשיה כלום משא"כ הך ע"מ שאין לך עונה מיירי בגדולה שיש לה דעת וכיון דהיא מתרצת בכך היא מוחלת על צער גופה והוי כתנאי שבממון כמו שכתבו המפרשים דהוי כהכני ופצעני על מנת לפטור.

הלכה יא

התנה וכו' שאין בידה שיעברו אחרים וכו'. ובהתנה עמה ע"מ שיאכל פלוני דבר האסור היה נראה לכאורה לומר דזה נמי מיקרי תנאי שאי אפשר לקיימו כי מי ישמע לה לאכול דבר האסור איברא זה אינו דאפשר דאכיל ליה בחליו שיש בו סכנה ויש בו צד מה דאפשר לקיימו וכן מוכח קצת ברמב"ם דבהלכה ח' כתב דאם התנה ע"מ שתאכל חלב וכו' תנאו קיים ובבעילת איסור דאחרים כתב דתנאו בטל ולא חילק באכילת איסור גופיה בין אכילה דידה לאכילה דאחרים אלמא דס"ל דבאיסור אפילו התנה על אכילת אחרים מיקרי אפשר לקיימו.

הלכה טו

המקדש על תנאי וכו'. עיין במשנה למלך שהביא בשם הרב מהר"י באסאן ז"ל דהמקדש על תנאי אין בידה לכופו שיקיים תנאו אע"פ שתתעגן ותתיב ורואייתו מריטב"א פרק קמא דקידושין עיי"ש אך נסתפק אי אמרינן ליה או כנוס או פטור והרב בעל משנה למלך

כתב דהריטב"א פרק קמא דקידושין כתב להדיא דכופין אותו לכנוס או לפטור והנה לא הבנתי דבריהם דאם כופין אותו לכנוס או לפטור א"כ באיזה כפייה אמרו דאין כופין אותו לקיים תנאו אם הפירוש הוא שלא כייפינן ליה לקיים תנאו כדי שתהא אשתו אם כופין לגרשה למה נכוף אותו לקיים תנאו אף אם יקיים תנאו ותהא אשתו יכול לגרשה אם רוצה ומי יעכב על ידו האשה מתגרשת לרצונה ושלא לרצונה ואם הפירוש הוא דאין כופין אותו לקיים תנאו כדי שתהא אשתו לתת לה כתובה בגט הלא ארוסה לית לה כתובה (ד). ויש לומר בדוחק דמיירי באופן דכתב לה כתובה ולכך אי הוי כייפינן ליה לקיים תנאו א"כ צריך הוא לגרשה ויהיב לה כתובה משא"כ עכשיו שאין כופין אותו לקיים תנאו רק דאמרינן ליה מתקנות עגונות שנו כאן או כנוס או פטור א"כ יכול לגרשה בלי כתובה אף דכתב לה.

איברא דלפי זה לא ידעתי מהיכן הוציאו הריטב"א דין זה דאין כופין אותו לקיים תנאו היכא דכתב לה כתובה דהא הריטב"א למד דין זה דאין כופין וכו' מירושלמי דהבעל אמר שנתן לה תנאי שהתנתי והיא אומרת לא קבלתי וחייבו ר' אבהו ליתן לה שנית ואמר לו המקדש אשה לא הקנתי פירש לדבריך ממה נפשך אם אתה מאמין לי הרי אני אומר שנתתי לה אם לדבריה תאמין א"כ עדיין לא נתקיים התנאי ולמה תכוף אותי לקיים התנאי והודה ר' אבהו למקדש דשפיר קאמר עיי"ש ומזה למד הריטב"א דאין לכוף על קיום התנאי ושם לא מצינו דכתב לה כתובה וא"כ הקושיא במקומה עומדת דאם כופין לגרשה מהיכא תיתי דנכוף לקיים תנאו דאף אם היא אשתו יכול לגרשה בעל כרחה. והרב המגיה בספר משנה למלך עשה סמוכים להך דינא מהרא"ש והרשב"א פרק מצות חליצה ואין הנדון דומה לכאן דהתם מיירי שהתנה עם האשה הרי זה גיטך על מנת שתתן לי מאתים זוז דשם כתב הרא"ש דלא כייפינן לה לקיים תנאה והיינו טעמא משום דהברירה ביד האשה אם ליתן או לא ליתן ואין כאן כפיה דמה עיגון יש כאן דהא היא מרוצת לכך ובידה לתת כל זמן שתרצה והוא אינו מעוגן בנתינה דידה אבל כשהוא מתנה לתת ומעגן אותה בעיכוב שהוא מחמתו אין משם ראיה כלל.

לכן נראה דהריטב"א דכתב דאין כופין אותו היינו אפילו בכה"ג לומר לו או כנוס או פטור ולמד זאת מהירושלמי הנ"ל דלא מצינו שהאיש אשר ניגש למשפט לפני ר' אבהו ביקש לגרש את אשתו אעפ"כ לא כפו אותו לקיים תנאו ש"מ דאפילו לזה אין כופין והא דכתב הריטב"א פרק קמא דקידושין דכופין אותו או כנוס או פטור ודאי יש לחלק דהטעם דאין כופין אותו הוא ממה שכתב הריטב"א דכיון דהוא שדא תנאי בקידושין והיא סברית וקבילת ולא תלה אותו בזמן ודאי סברית וקבילת עליה ואין כאן תקנות

עגונות דלרצונה נעשה מה שנעשה משא"כ פרק קמא דקידושין דף ח' דקידש במנה ונתן לה דינר אף על פי דאמרינן שם דהוי ליה כאילו אומר על מנת מכל מקום אטו כולהו נשי דיני גמירי והיא לא חשבה דכוונתו ליתן אימת שירצה וא"כ לא סברית וקבילת להיות מעוגן משא"כ כאן דאמר בפירוש על מנת והיא סברית וקבילת פשיטא דאין לכוף אותו דאדעתא דהכי נתרצית ובשגם עוד זאת שלא ידעתי מה תקנות עגונות יש כאן והרי יכולה לומר הריני כאלו התקבלתי והרי התנאי מקוים ועומד בכל אופן ומה עיגון יש כאן במקום דאינו תולה רק בממון והדבר צ"ע למאוד.

(ד) אמר המגיה מה שכתב הרב המחבר לדעת הריטב"א צריכין לפרש דירושלמי מיירי בדכתב לה כתובה כיון דקי"ל דאין כתובה לארוסה לכאורה אין לזה מובן דהא הריטב"א הוא מהנך דסברי דיש כתובה לארוסה אף בדלא כתב לה כתובה אבל באמת אין קושיית הרב על הריטב"א רק על הר"י באסאן והמשנה למלך כיון דעיקר דין זה נלמוד מירושלמי דאין כופין לקיים תנאו ואנן פסקינן דאין כתובה לארוסה על כרחך צריכן לאוקמי בדכתב לה ועל זה הקשה הרב דהא בירושלמי לא מצינו דכתב לה כתובה.

הלכה יז

כל האומר מעכשיו אינו צריך לכפול תנאו וכו'. ראיה לזה מבואר ברשב"א דהא אמרינן בקידושין דף ח' התקדשי לי במנה ונתן לה דינר ישלים משום דהוי ליה כאומר על מנת ומה בכך דהא לא כפליה לתנאו אלא ש"מ דכל האומר על מנת אין צריך לתנאי כבני גד וכו' והמ"מ כתב והכריחם לזה לשון המשניות שהם בעל מנת ולא הוזכר בו כפילת התנאי עכ"ל ותמה הלח"מ דגם כמה משניות יש בתנאי דהיינו אם לא אבוא תוך י"ב חודש וכדומה וגם בזה לא הוזכר כפילות התנאי ובזה לכו"ע בעי תנאי כפול ועל כרחך צריך להיות דהמשנה קיצר בלשון וסמך על הכלל הניתן בתנאים ונראה לי דהך מתניתין על מנת שאדבר עליך לשלטון ואעשה עמך כפועל דיבר עליה לשלטון ועשה עמה כפועל מקודשת ואם לאו אינה מקודשת קשיא ליה דמה קמ"ל דאם לא קיים לתנאו דאינה מקודשת דהך אם לא מיותר הוא דפשיטא אם כפליה לתנאו ואמר בפירוש באם לא ידבר לשלטון דלא תהא מקודשת פשיטא דאינה מקודשת אלא ודאי דקמ"ל דאף דלא כפליה לתנאו דמ"מ אם לא דיבר דאינה מקודשת דכיון דעל מנת כאומר מעכשיו אינו צריך תנאי כפול אך כל זה דחוק דא"כ יהיה מוכרח ממתניתין דעל מנת כאומר מעכשיו ובמסכת גיטין דף ע"ד ע"א אמרינן דרב יהודה ס"ל דהאומר על מנת לא הוי כמעכשיו ואינה מקודשת אלא מזמן שיתן וכי יפלוג רב יהודה אכל הני סתמות אם יש בהן משמעות דעל מנת הוא כמעכשיו ולכן הראיה היותר מחוורת היא ראיות

הרשב"א הנ"ל.

והא דהקשה הלח"מ א"כ למה תיקן שמואל אם לא מתי וכו' ולא תיקן על מנת דהוא אופן המועיל והוא מטבע קצרה נראה דלק"מ דכבר כתבו דשמואל עשה תקנה להוציא נפשו מידי ספיקות ולכל הדעות יהיה הגט כשר לבל יבואו בי"ד טועין ויוציאו לעז על הגט ובזו דעל מנת דהוי כמעכשיו הא איכא רבנן דפליגי ארבי וס"ל דעל מנת לאו כמעכשיו דמי ועשה באופן הכשר לכו"ע ופשוט הוא.

והנה המשנה למלך פרק זה הלכה ב' בד"ה ואם אסר וכו' נתעורר דלפי מה שכתב המ"מ דלכך לא בעינן במעכשיו תנאי כפול מפני שהמעשה חל מעכשיו ויתקיים התנאי אבל באם שאין המעשה חל עד שהתנאי יתקיים והתנאי בא לבטל המעשה שלא יחול א"כ צריך חיזוק יותר א"כ לפי זה המתנה על מה שעבר כגון אם היה כך יהיה כך ואם לא היה לא יהיה התם נמי התנאי והמעשה באים כאחד לאיזה צורך יצטרך תנאי כפול וכי תימא הכי נמי א"כ קשה הא דאמרינן במסכת קידושין פרק האומר דבסוטה בעי ר' מאיר תנאי כפול כמבואר שם בגמרא ובתוס' והא שם בסוטה הוי תנאי על עבר עיי"ש ובאמת לפי מה שכתב הרמב"ן במלחמותיו למסכת ביצה פרק ב' בשם הראב"ד דהעיקר הטעם דבעי תנאי כפול משום דהמעשה חל מיד והתנאי אח"כ ולא אתי התנאי אח"כ ומבטל המעשה למפרע דומיא דבני גד וראובן שהוצרך משה לכפול התנאי כדי להוציא ארץ הגלעד מידם אם לא יקיימו תנאם ולכך האומר אם תעשה זאת אתן לך זאת שעדיין לא נעשה המעשה לא בעי תנאי כפול משום דהמעשה והתנאי באים כאחד והרמב"ן שם הסכים לדברי הראב"ד. ולפי"ז ה"ה האומר אם היה כך אתן לך כך פשיטא דתנאי ומעשה באין כאחד והיא היא דהאומר אם יהיה כך אתן לך או האומר אם היה כך אתן לך חד דינא אית להו בסברא. ואי משום קושיית משנה למלך על האי דסוטה דהוי לשעבר נראה לי מקום ליישב דקי"ל דמשביע אותה על העתיד שלא תטמא ואם תהיה נטמאת המים בודקין אותה למפרע כר' מאיר במסכת סוטה דף י"ח וכן פסק הרמב"ם כר"מ בסוף הלכות סוטה משום דסוגיין כוותיה ואפשר דס"ל להרמב"ם דר"מ לא פליג רק מוסיף את"ק ולפי"ז דשבועה היא ג"כ על העתיד כמו על העבר ולכך שפיר קאמרינן בגמרא דבעי ר"מ בסוטה תנאי כפול.

איברא דחזינן במסכת נדרים דף י"ד באומר לא חולין שאוכל לך וכן במסכת שבועות דף ל"ו בשבועות עדות באומר אל יכך ויברכך וייטב לך דלר"מ לא הוי נדר ושבועה כיון דבעי תנאי כפול לא אמרינן לדידיה מכלל הן אתה שומע לאו ואין לך מעכשיו גדול מזה דאוסר עצמו בנדר וכן בשבועה דמקבל בשבועה על העדות שנמסר לו כבר מימים

ימימה וצריכין אנו לחלק דודאי בממון וגיטין וקדושין דתליא באומד הדעת אי דעתו לכך או לא ולכך במעכשיו אנן סהדי דדעתו על התנאי ואדעתיה דהכי נעשה המעשה וכמ"ש הראב"ד דכי קחייל המעשה בתנאי הוא דחל משא"כ באינו אומר מעכשיו אפילו רבנן מודים דלא מעקר למעשה בתנאי דקא מתנה אם לא דכופל ואומר הן על קיום התנאי ועל העדרו לאו ואם לאו אין כוונתו שלימה לעקור המעשה ובזה כו"ע מודים רק דרבנן דפליגי עליה דר"מ סברי מכלל הן אתה שומע לאו וא"כ הוי כאלו כפל לתנאו ופירשו בכל כפל העניין והרי הוא כאלו דיבר בפירוש ההן והלאו ור"מ ס"ל לא אמרינן מכלל הן אתה שומע לאו וא"כ אין כאן כאלו דיבר בפירוש וכפל התנאי בפיו וא"כ אין כאן תנאי למעקר המעשה כמ"ש דזהו כו"ע מודים דהמעשה הבא להבא ולא חל אלא בתנאי צריך תנאי גמור למעקרו ולא מיעקר באומד הדעת. ולפי"ז נפק"מ מפלוגתתם לעניין נדרים ושבועה דכתיב אשר יבטא בשפתיו דבשבועה לא הלכו אחר אומדן דעת ודברים שבלב אינן דברים רק עד שיבטא בשפתיו בביטוי גמור וכן הדין בנדר לא מתסר חפצא עליה עד שיוציא בשפתיו וכל היוצא מפיו כתיב דוקא הוא דלא יחל דברו ולפי"ז לחכמים דר"מ דס"ל מכלל לאו אתה שומע הן דהוי כמפרש וכאלו הוציא הן בשפתיו א"כ לעניין נדרים ושבועה הוי כאלו ביטא בשפתיו להדיא ויש כאן נדר ויש כאן שבועה משא"כ לר"מ דס"ל מכלל לאו אי אתה שומע הן שיהיה כמפרש בהדיא רק במעכשיו מהני משום דגילוי דעת מהני אבל לעניין נדר ושבועה דבעינן ביטוי שפתים לא חל נדר ושבועה ואתי שפיר.

ובהכי מתורצת קושיית התוס' במסכת שבועות דף ל"ו ע"ב בד"ה הכי גרסינן שהקשו אהא דאמר במסכת נדרים דר' מאיר לית ליה בנדר מכלל לאו אתה שומע הן הא ר"מ ס"ל דבאיסורא לא בעינן תנאי כפול ולפי מש"כ ניחא דשם במסכת שבועות הגירסא לפירוש רש"י ותוס' דאיפך דר"מ פוטר מקרבן שבועה וחכמים מחייבים דר"מ ס"ל לא אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן על כן בנדר ובשבועה אף דהוא איסורא מ"מ כיון דכתיב אשר יבטא צריך דוקא לפרש דבריו כמ"ש אבל באיסורא דשתויי יין ופרוע ראש אית ליה מכלל לאו אתה שומע הן דכי בעינן שם ביטוי גמור די לנו שנבין מדיוקא דקרא דאלו הן במיתה אבל בממון אית ליה דצריך ביטוי גמור היכא דליכא גילוי דעת לבטל המעשה ובסוטה צריך תנאי גמור לבטל ממון כתובה שלה כדאמר בגמרא אבל משבועה לא הוי קשיא ליה כלל ואין אנו צריכין לתירוץ רש"י דשבועה נמי אית ביה ממון דא"כ הוי ליה לגמרא לפרש כמו בסוטה ולמכלל תרווייהו בחדא דשבועה וסוטה איסורא דאית ביה ממון הוא אלא דבשבועה ונדר דבעינן ביטוי שפתים ולא סגי באומדן דעת ודברים שבלב

רק מוציא מפיו גמור וא"כ הרי זה כממון דלא אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן ולק"מ. ומעתה גם בסוטה אין אנו צריכין לומר כמ"ש לעיל דמשבעינן אותה גם על העתיד כדי לתרץ קושיית משנה למלך דבלאו הכי לק"מ דכיון דאמרינן דסוטה הוי איסורא שיש בו ממון דע"י השקאת מי סוטה מתבררת אי תגבה כתובה או לא א"כ תנאי סוטה כך היה ועל זה האופן אם יבדקו המים אותך תפסיד כתובתך ואם לא יבדקו המים אותך תגבה כתובתך וע"ז היה תנאי כפול והרי זה תנאי דלהבא בתנאי שהוא בדיקת המים ומעשה שהוא גביית כתובה.

אמת דבירושלמי מסכת קידושין ופרק ג' דמסכת עירובין קאמר על הא דמתנה אדם על עירובו אם באו עכו"ם למזרח וכו' לא מכאן ולא מכאן הריני כבני עירי מאן תנא אם בזו אם לא בזו ר' מאיר דקידושין דתניא האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שירדו גשמים ירדו מקודשת לא ירדו אינה מקודשת ר"מ אומר בין ירדו ובין לא ירדו מקודשת עד שיכפיל תנאו וכו' הרי מבואר דאפילו בתנאי דעבר כהך אם באו העכו"ם או החכם או לא באו מ"מ צריך כפילת התנאי. אפס מדברי הירושלמי אין ראיה לאותן פוסקים דס"ל דגם לר"מ על מנת כאומר מעכשיו דמי ולר"מ אפילו בתנאי דלהבא לא בעינן בעל מנת ובמעכשיו תנאי כפול והירושלמי על כרחך ס"ל דאף בעל מנת בעי ר"מ תנאי כפול כמבואר בהך ברייתא על מנת שירדו גשמים וכן מבואר בהדיא בירושלמי שהבאתי לעיל גבי סמפון ויאמר על מנת שלא לכפול תנאו ואמר שם אי לא כפליה לתנאו מיעקר קידושין בתמיה ולפי"ז גם בתנאי דעבר דהוי כמעכשיו מצריך תנאי כפול אבל לדידן דקי"ל דבעל מנת ובמעכשיו אין צריך תנאי כפול נראה דה"ה לתנאי שעבר.

ובהא דהמוציא אשתו משום אילונית במסכת גיטין דף מ"ו ע"ב דאמרינן דבעינן נמי לר' מאיר תנאי כפול אף דהוא בתנאי דלעבר יש לומר דהתנאי הוא על זמן הבירור והוי כאומר אם אח"כ תתברר שאינך אילונית אין את מגורשת ואם לא תהא מגורשת והוי תנאי דלהבא וכל התירוצים הנ"ל על קושיית משנה למלך מסוטה צריכין אנו לאותן הפוסקים דס"ל דבעל מנת ובמעכשיו מודה ר"מ דלא בעינן תנאי כפול ותנאי דלעבר ודאי הוי כמעכשיו אבל אם נאמר כמו שכתב הרא"ש פרק מי שאחזו דדעת הרי"ף והרמב"ם דר"מ ודאי ס"ל בכל דוכתא בעינן תנאי כפול אפילו בעל מנת ובמעכשיו רק דאנן לא קיי"ל בהא כר"מ א"כ אזדא קושיית משנה למלך גבי סוטה דמשו"ה בעי רבי מאיר שם תנאי כפול אף דהוי לשעבר כיון דס"ל לר"מ דגם מעכשיו בעינן תנאי כפול אבל לדידן דקיי"ל בהא מילתא דלא כר"מ גם בלעבר לא קיי"ל כר"מ דהוי כמעכשיו וזה ברור.

כל האומר מעכשיו לא יצטרך לכפול תנאו ולא להקדים התנאי למעשה אלא אע"פ שהקדים המעשה תנאו קיים. נראה מדמונה להנך שנים כפילת התנאי וקדימת תנאי למעשה ולא מנה ג"כ הקדמת לאו להן דמועיל במעכשיו וא"כ לכאורה נראה דלזה לא מועיל מעכשיו ועכ"פ בעי הן קודם ללאו אמנם מדכתב אבל צריך להתנות בדבר שאפשר לקיימו וכו' ומדפרט בזה ולא כתב ג"כ שצריך קדימת הן ללאו ש"מ דבזה ליכא קפידא וא"כ יש כאן לכאורה סתירה בהבנת וסדר דבריו אמנם נראה דלפי מש"כ לעיל דכי נגמר התנאי פעם אחת אין אח"כ נפק"מ אם יאמר הן או לאו דלאחר גמר התנאי יכול לומר מה שירצה ולפי זה כיון דבמעכשיו לא בעי תנאי כפול ואמרינן ביה מכלל לאו אתה שומע הן וכשמקדים ואמר הלאו הוי ההן נכלל בו דמכלל לאו אתה שומע הן והרי כאן תנאי הנגמר בכל הלכותיו דהן ולאו באין כאחד ואין בהן קדימה וא"כ אף שיאמר אח"כ הן כבר נגמר התנאי ולא נפקא לן כלל במאמרו אם הן או לאו ולכך השמיט הרמב"ם הך כללא בהן קודם ללאו דכיון דהזכיר דאין צריך לתנאי כפול ואמרינן ביה מכלל לאו אתה שומע הן א"כ הך קדימת הן ללאו אינו כלל במציאות כמ"ש ולכך השמיטו כדבר שאינו מהצורך ואינו בגדר התנאי וזה נראה לענ"ד ברור ונכון אמנם הרב בבית שמואל לפי שיטתו בס"ק ג' דאף דאמר התנאי כהלכתו מ"מ אין לסיים בהן ואם סיים ביטל התנאי א"כ גם בזה באומר מעכשיו אף דלא בעינן תנאי כפול מסתפק הבית שמואל ס"ק ד' אי גם במעכשיו בעינן הן קודם ללאו ולפי הבנתו יהיה סתירה בסידור דברי הרמב"ם כמ"ש אבל לפי מה שכתבתי ניחא וברור בדברי הרמב"ם.

והנה בזה דבעל מנת כמעכשיו דמי דלא בעי קדימת תנאי למעשה נחלקו רבותינו ומכללם הרא"ש בספרו בפסקיו ובתשובותיו כתב דכן עמא דבר דאפילו בעל מנת בעינן כל משפטי תנאי בני גד ובני ראובן מבלי שנות ולזאת לא הבנתי תשובת הרא"ש כלל מ"ה סימן כ"ד שהעתיק טופס גט שחרור ושם נאמר בזה הלשון וכן אמר ר' טודרוס שמסר גט לאברהם זה קבל גט ממני על מנת שתהיה בו משוחרר לגמרי אתה וכו' עד סוף כל הדורות מעכשיו ולכשתשלים ותקיים כל מה שכתוב עליך למעלה מן העבודה והשירות הנזכר למעלה ויהיה גט זה בטל מעיקרו ויהיה כחרש הנשבר שאין בו ממש מעכשיו אם לא תקיים ולא תשלים כל מה שנכתב עליך למעלה וכו' עכ"ל והרי בכאן הן בהן והן בלאו נזכר תמיד המעשה קודם לתנאי ולא השגיח בו הרא"ש כלל ולא ערער כלל בכל זה בהזכרה בעלמא וצ"ע אם לא נאמר כי ודאי הך ראיה שהביא הרב המגיד לדברי הרמב"ם דקדימת מעשה לתנאי היינו מעשה בפועל ולא באמירה מכל המשניות דקתני הרי את מקודשת ע"מ הרי את מגורשת ע"מ ולא אישתמט תנא בשום פעם להזכיר

העניין כסדר הנאות ומכוון להלכה אשר ממנו נלמוד ונקיש אל השאר ראיה זאת ס"ל להרא"ש לראיה גמורה.

איברא להלכה לא רצה הרא"ש לפסוק כן מחמת ראיה זאת ומצריך גם באמירה בעלמא תנאי קודם למעשה משום דחשש להחמיר דשמא אמרינן כאותן האומרים והרמב"ם מכללם דבעל מנת אין צריך לקדימת התנאי למעשה וא"כ אין ראיה מהנך משניות כלל דיש לומר דלעולם בעינן תנאי קודם למעשה אף באמירה בעלמא והא דהזכיר במתניתין המעשה קודם לתנאי היינו משום דאמר על מנת ואי משום דאיכא משניות דלא קתני בעל מנת ואפי"ה מזכיר מעשה קודם לתנאי מ"מ כיון דרובן נשנית בעל מנת אף דאיכא איזה משניות הנאמרים באם מ"מ סדרא חד נקט להו ושיגרא דלישנא נקט ואזיל ולפי זה היכא דאמר על מנת ומעכשיו ולא הקדים המעשה בפועל רק באמירה בעלמא ממה נפשך יש להתיר כסתמא דמתניתין בדוכתי טובא דעכ"פ אחד משתי הכוונות נתכוון התנא או מטעם דלא קרי קדימת מעשה באמירה בעלמא או דבמעכשיו אינו מזיק קדימת מעשה ומעתה דברי הרא"ש בנדון הנ"ל שהיה רק קדימת מעשה בדיבור והיה נמי על מנת ומעכשיו על כן הכשיר אותו והדבר צריך תלמוד.

פרק ז

הלכה א

האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שירצה אבא וכו'. המ"מ האריך בזה והשריש לנו שהאומר על מנת שירצה אבא שפירושו לדעת הרמב"ם שיאמר הן הרי זמנו לעולם אפילו אמר בתחילה לאו וחזר ואמר הן נתקיים התנאי ולכך לעולם יש לחוש אולי יאמר הן והאומר על מנת שישתוק אם שתק בעת השמיעה מקודשת אע"פ שחזר ומיחה וכן אם מיחה אע"פ שחזר ונתרצה אינה מקודשת והאומר על מנת שלא ימחה אבא כל זמן שמיחה יתבטל ואפילו נתרצה בשעת שמיעה יכול למחות אח"כ לעולם זהו שורש דבריו באריכות עיי"ש. והרב המגיד ז"ל העלים עין מהקושיות הנופלים לפי פירושו בדברי רבינו הרמב"ם ז"ל במה שכתב האומר על מנת שירצה אבא אשר הפירוש לדעתו שיאמר הן לא רצה או ששתק או שמת קודם ששמע הדבר אינה מקודשת וכלל בחד בבא במה שיש חילוק גדול בין זה לזה דהאומר לאו או שתק יכול לומר הן תמיד וא"כ הרי היא מקודשת בספק ואלו מת אינה מקודשת ודאי דאי אפשר לו לומר הן זהו קושיית הר"ן ז"ל ומלבד כלל הזה דכחדא נאמרו, פשטות דברי הרמב"ם אינה מקודשת על כרחך פירושו לגמרי מדלא פירש כדרכו תמיד מקודשת בספק וכן מה שכתב בהאומר על מנת

שלא ימחה דאם לא מיחה או שמת הרי זו מקודשת דמשמע דמקודשת ודאי ולמה בלא מיחה מקודשת ודאי הרי בידו למחות לעולם וזהו קושיית הגמ' דמוקמית לי רישא וסיפא בתרי טעמי דאי רישא נמי מיירי בלא ימחה למה רצה האב דהיינו ששתק מקודשת הרי יש בידו למחות לעולם כמו שפירש רש"י שם קידושין דף ס"ג וכן במה שכתב לבסוף מת הבן ואח"כ שמע האב מלמדין האב וכו' מה איריא ששמע לאחר מיתת הבן אפילו שמע קודם נמי דהא אין זמן למחאתו כהשגת הראב"ד ז"ל ולא תירץ המ"מ בכל זה דבר.

ונראה לפי דבריו דקשיא ליה להרמב"ם במה דפריך בגמרא שם לאוקמתיה דעל מנת שיאמר הן ממציעתא ולא מן סיפא נמי דמה מהני שיאמר האב איני רוצה הא יש בידו לומר הן לעולם וא"כ עדיין היא זקוקה ליבם וצריכה חליצה ועוד למה דמוקי למתניתין בתרי טעמי דוחק הוא דרישא יהא על מנת שיאמר הן ומציעתא וסיפא בעל מנת שלא ימחה וזה עיקר חסר מהמשנה ועוד קשיא ליה קושיית הר"ן דלימא דרישא באמר על מנת שישתוק מיירי ויהיה רישא ומציעתא בחד טעמא. ולכן נראה לומר דלפי מש"כ התוס' בד"ה אלא על מנת וכו' דהקשו וא"ת מאחר שמת קודם השמיעה האיך היא מקודשת דלמא אי הוה שמע מיחה דצריך פירוש להבין קושייתם דהא תלה התנאי בשתיקה וא"כ הרי נתקיים התנאי דסוף כל סוף הרי שתק מה נפק"מ אלו היה חי הוה מוחה מ"מ עכשיו שותק ונתקיים תנאו וצריך לומר דס"ל להתוס' דיש אונס בקידושין ואלו תלה תנאו בשתיקה וביקש למחות רק נאנס שלא היה יכול למחות לא נתקיים תנאו דלא על זה היה כוונת התנאי דהתנאי היה אם ישתוק בלי אונס המונעו ולכך נכללה שתיקה בגדר הרצון שנפש שתרצה שותקת כי השתיקה מעידה על הרצון ואלו נאנס אין כאן גילוי דעת על הרצון ולכך קושיית התוס' שפיר דאין לך אונס מזה שמת קודם השמיעה ומתרצים התוס' דיש לנו לדון דעתו שלא ימחה וצריך להיות כוונת התוס' בזה דחזקה היא דלא היה מוחה אף כשהיה חי ולכך מחזקינן אותה בקידושין ודאי דאנן סמכינן בזה דודאי אף אם היה חי היה שותק ולא היה מוחה והרי כאן קידושיו קידושין גמורים.

אבל לפי זה קשה דבגמרא לא בעי לאוקמיה דגם הרישא בעל מנת שלא ימחה משום דקשיא לי דא"כ למה מקודשת ברצה האב הא יש בידו למחות לעולם ולפי תירוץ התוס' דבר זה אינו דהא יש כאן חזקה דלא ימחה ואנן אחזקה זאת סמכינן במת האב ולא אמרינן אלו היה חי היה מוחה ואף שהתוס' כתבו כן בקושיתם ותירוצם על הא דבעי בגמרא לאוקמיה הא דמת האב באומר על מנת שישתוק מ"מ ודאי כמו שקשה קושיית התוס' בהא דמת האב אי מיירי על מנת שישתוק כן נופל נמי קושיית התוס' אי מיירי

הא דמת האב באמר על מנת שלא ימחה וצריכין אנו לתירוצא דסמכינן אחזקה בזו כמו בזו ומחזקינן לה כודאי אשת איש א"כ אף בחיים נמי אם אינו מוחה אנן אחזקה זו דלא ימחה עוד סמכינן וסוקלין על החזקה. וצריך (להיות) [לומר] דכיון דאלו מת הבן מלמדין האב בעצת חכמים לומר איני רוצה ולמחות וא"כ אף דמסתמא בעצמותו הוא בחזקת שלא יערער על מעשה הבן ולכך במת מקודשת מ"מ בעודנו חי יש לחוש שמא ימות הבן ויהיה עצת חכמים למחות וא"כ איך נחשוב אותה ונחזיקנה לודאי מקודשת ולא יחולו עליה קידושין מאחר מה שמחר יהיה תלוי ברפיון ויתבטלו הקידושין למפרע אבל אם כבר מת האב סמכינן שפיר אחזקה.

אבל בכל זאת עדיין הקושיא במקומה עומדת דעדיין הוי מצי לאוקמה רישא בלא ימחה וסמכינן אחזקה דלא ימחה היינו לאחר ששמע האב ולא מיחה רק דיש לחוש שמא ימחה אח"כ בזו שפיר סמכינן אחזקה וכי יהיו קידושין תלוים ברפיון לעולם משא"כ קודם ששמע האב אף באם מת סמכינן אחזקה דלא ימחה מ"מ בעודנו חי במקום שיכול הדבר להתברר דאולי בשמעו ימחה לא סמכינן אחזקה ולא מחזקינן לה בודאי אשת איש עד שנשמע מה יאמר האב בשמיעתו ואם אז שמע ושתק סמכינן אחזקה. ולפי זה נוכל לומר דהא דבמת הבן מלמדין לאב וכו' היינו במת הבן קודם ששמע האב דאז לא הוחזקה לאשת איש גמורה ולכך מלמדין לאב לבטל הקידושין משא"כ בשכבר שמע האב דאז הוחזקה לאשת איש גמורה איך נחזיקנה אח"כ לפנויה וללמד לאב לעשות מעשה לסתור אתמול החזקנו אותה לאשת איש אחזקה דמסתמא דלא ימחה האב שוב ואם קיבלה קידושין מאחר לית דחש לה ואיך נלמוד אח"כ לאב שימחה ויבטל חזקה הראשונה. ולפי זה כל המתניתין אתא שפיר בלא ימחה דרישא דרצה האב לאחר שמיעה ולא מיחה מקודשת ודאי דסמכינן אחזקה ובמת האב קודם השמיעה ג"כ מוחזקת לאשת איש דלא שייך כאן יכול להתברר ובמת הבן קודם שמיעת האב מלמדין האב למחות דאז לא הוחזקה כבר לאשת איש דקודם שמיעה לא הוחזקה לאשת איש שיכול הדבר להתברר. ואע"ג דפריך בגמרא דאי מיירי בעל מנת שישתוק על הך דמלמדין והא שתק ולא מוקי ליה שמת הבן קודם שמיעת האב זה לא קשה מידי דבעל מנת שישתוק פריך שפיר דאי אפשר ללמוד עמו שימחה וכבר קדמה השתיקה וכמו שכתב הרשב"א בחידושיו להדיא דבין שמיעה ללימוד איכא שתיקה אבל כאן בעל מנת שלא ימחה אף דודאי קדמה שמיעה ללימוד מ"מ אינו מוכרח דנימא דשמע קודם מיתת הבן דכבר הוחזקה לאשת איש רק אפשר דשמע אחר מיתת הבן שלא הוחזקה עדיין לאשת איש.

אמנם נראה לי דלא מוקי ליה בגמרא לרישא בהכי משום דקשיא ליה דקתני ואם לאו

אינה מקודשת דעל כרחך פירושו אם לאו שלא שמע דאי פירושו דשמע ומיחה להדיא פשיטא ומה קמ"ל אטו עד השתא לא ידעינן במתנה ולא נתקיים התנאי דהמעשה בטל אלא על כרחך דאם לאו מוסב על זה דקתני רצה האב דפירושו דשמע ושתק ועל זה קתני ואם לאו והיינו דלא שמע וקשה למה אינה מקודשת דמשמע ליה לגמרא דאינה מקודשת כלל כסתמא דלישנא וקשה למה וצריך להיות משום דאיכא חזקת פנויה ויש כאן ספק אם יתקיים התנאי או לא אמרינן דנעמיד אותה בחזקת פנויה (ועיין בחידושי מהר"י מטראני למסכת קידושין דכתב ג"כ דאפשר לומר דאיכא כאן חזקת פנויה) ומזה מוכח דלא אמרינן דאיכא חזקה דלא ימחה דאי איכא חזקה תהא מקודשת ואי משום דאולי ימות הבן ומלמדין וכו' בשביל זה אין לומר דלא תהא עכשיו מקודשת לגמרי אפילו בספק ועל כרחך צריך להיות דאין כאן חזקה דיתרצה האב ובמת האב הטעם הוא דאין אונס בקידושין כדעת הר"ן והרי נתקיים התנאי עכ"פ דלא מחה כלל וא"כ אי מיירי רישא בעל מנת שלא ימחה ורצה האב הוא שלא מיחה יקשה אמאי מקודשת ודאי אולי ימחה לבסוף.

ועוד דאף אם נאמר דהאי ואם לאו לאו דיוקא הוא ופירושו הוא דאינה מקודשת ודאי אף דאיכא חזקה מ"מ כיון דלא שמע יוכל להתברר דאולי ימחה מ"מ קשיא ליה להגמרא דלא הוי ליה למתניתין למסתם כיון דאיכא למטעי בלישנא ולומר רצה האב היינו שלא מיחה וכל זמן שלא מיחה הן שמע והן שלא שמע מקודשת בודאי משום דסמכינן אחזקה דמסתמא לא ימחה ואיך קתני סתמא רצה האב ונתן מקום לטעות דאף קודם ששמע מקודשת ודאי דומיא דסיפא מת האב והיינו קודם ששמע ואין לומר דתנא דמתניתין סמך עצמו דאין מקום לטעות משום דאי מיירי רצה האב שלא מיחה קודם ששמע א"כ סיפא דמת האב קודם ששמע למה ליה למיתני זה אינו דאיכא למימר תנא מציעתא לגלוי רישא דבלא שמע נמי מקודשת ודאי כמו במת האב אלא על כרחך דליכא חזקה על כן לא מוקי בגמרא רישא נמי בלא ימחה דא"כ אמאי מקודשת בלא מיחה הא עדיין יכול למחות ומוקי ליה רישא ומציעתא וסיפא בתרי טעמי והכוונה בזה דהך רישא על מנת שירצה אבא הוא כולל לשני דברים לעל מנת שיאמר הן ועל מנת שלא ימחה ובתרווייהו קתני רצה האב מקודשת ואם לאו אינה מקודשת וא"כ ליכא למטעי ולומר דרצה האב היינו קודם שמיעה דהא קאי נמי על מנת שיאמר הן וזהו על כרחך אלאחר שמיעה קאי דיאמר אח"כ הן וא"כ גם אהך דעל מנת שלא ימחה הנכלל במלת ע"מ שירצה קאי נמי רצה לאחר שמיעה ואין כאן מקום טעות וגם הך דקתני אם לאו אינה מקודשת מיירי נמי בתרווייהו או שלא אמר הן או ששמע ומיחה והשתא לא קשה מה קמ"ל בזה בלא

נתקיים התנאי דקמ"ל בהך גוונא דכולל נמי שיאמר הן והוא לא אמר אחר השמיעה דאינה מקודשת ולא אמרינן דאולי יאמר אח"כ דכיון דתליא במעשה ולא נעשה המעשה אוקמינן לה בחזקת פנויה ואין כאן דבר המוציא אותה מחזקת פנויה ובפרט אם שתק או אמר בהדיא לאו אין אנו חוששין דיאמר אח"כ הן דסתמא מדשתק או מיחה השתא לא יתרצה לעולם לומר הן ואוקמינן האשה בחזקת פנויה וכמ"ש התוס' במת האב דאחזקה דלא הוה מוחה מחזקינן לה לודאי אשת איש מכ"ש בע"מ שיאמר הן ושתק או מיחה דיש לנו לומר החזקה דלא יתרצה מכאן ולהבא וחזקת פנויה מסייע להך והוי כאן תרי חזקות ולכך אינה מקודשת וזה ברור לדעת הרמב"ם משא"כ מציעתא וסיפא לא קאי אהך שיאמר הן רק אהך שלא ימחה האב ומת הבן מיירי דלאחר שמת הבן שמע האב ואז מלמדין אותו שימחה דאז לא הוחזקה עדיין בחזקת אשת איש כלל כהנ"ל.

ומעתה לא קשה הא דפריך דאי מיירי ביאמר הן ממציעתא ולא מסיפא שמא יאמר אחר שמיחה הן דזה אינו דאם יאמר כפי הלימוד לאו לא חיישינן שיאמר אח"כ הן דחזקה שלא ישנה טעמו ודיבורו והרי חזקת פנויה מסייע לכך וגם לא קשה קושיית הר"ן דלימא דרישא ומציעתא הוא בעל מנת שישתוק דלפי מ"ש פירושו דרישא כולל תרתי היינו שלא ימחה או ישתוק עדיין אינו מיושב איך קתני סתם רצה אולי נטעה דאפילו קודם שמיעה וכן הדבר בשתיקה דגם כאן אמרינן חזקה דישתוק כמ"ש התוס' להדיא וכן קשה ואם לאו למה לי דאם מוחה פשיטא כהנ"ל ואתא שפיר.

ומעתה דברי הרמב"ם מבוארים דעל מנת שירצה דפירש על מנת שיאמר הן כתב דאם לא רצה או שתק או שמת אינה מקודשת ולא חיישינן בהנך תרתי קמייתא אולי יתרצה לבסוף דכיון דמיחה או שתק מתחילה מסתמא לא ישנה טעמו ואוקמינה הפנויה בחזקתה דלא יתרצה לעולם ומסתמא כמו שהוא עכשיו כן יהיה לאחר זמן ולא מוציאין הפנויה מחזקתה ובאומר על מנת שלא ימחה כתב ג"כ אם לא מיחה מקודשת בודאי ולא חיישינן שמא ימחה לבסוף כי סמכינן אחזקה דלא ימחה כמו דסמכינן במת האב ולא אמרינן אלו היה חי היה מוחה אלא סמכינן אסתמא דלא היה מוחה וה"ה בחי האב דסמכינן אחזקה זו ומחזקינן אותה לודאי אשת איש ולכך אף במת הבן אין מלמדין לאב למחות כמ"ש לעיל דאתמול החזקנו אותה באשת איש דחזקה דלא ימחה איך נלמוד אותו לשנות טעמו ולבטל החזקה אבל במת הבן קודם שמיעת האב דאז לא הוחזקה עדיין למקודשת ודאי דלא סמכינן אחזקה במקום שיכול הדבר להתברר כמ"ש לעיל אז מלמדין האב למחות וזהו שכתב מת הבן ואח"כ שמע האב מלמדין וזה ודאי אף ששמע קודם הלימוד ולכך כתב סתם ואח"כ שמע האב מלמדין ולא כתב דמלמדין קודם ששמע

דוקא דאף דשמע קודם מ"מ אם לא שמע רק אחר מיתת הבן מלמדין דאז לא הוחזקה עדיין לאשת איש כלל ואז מלמדין וכו' כהנ"ל ולא קשה מידי ודברי הרמב"ם יש להם מקום בגמ'.

אמנם הרב בעל כ"מ דרך בדרך אחר וס"ל דדעת הרמב"ם ז"ל דעל מנת שיאמר הן פירושו תיכף בשעת שמיעה ובזה ניצל הרמב"ם בהך דינא על מנת שיאמר הן מקושיית הר"ן שלא היה לו לערב לא רצה או ששתק עם מת דבמת מותרת לנשא ובלא רצה או ששתק יש לחוש שיאמר הן וכו' וכן מצאתי ברבינו ירוחם נתיב כ"ב חלק ד' שכתב והרמב"ם כתב על מנת שירצה דינו כמו על מנת שישתוק או על מנת שיאמר הן עכ"ל הרי שפירש בדברי הרמב"ם דהן קאי אלאלתר כמו בשתיקה וכן בעל מנת שלא ימחה אבא פירש גם כן תיכף בעת שמיעה אלא שיש לו זמן כל זמן שעסוקין באותו עניין דיכול עוד למחות משא"כ בעל מנת שישתוק זהו דעת הכס"מ ז"ל. ורב מהדוחק יש בזה לחלק חילוק מה דלא מצינו בגמ' וסברא כלל ואיך סתם הרמב"ם וכתב מת הבן ואח"כ שמע האב מלמדין וכו' ולא כתב דצריך להיות תיכף בתוך עסקו בעניין בעת השמיעה דלאח"כ שוב אינו יכול למחות וכל כי האי מילתא רבתא לדינא ודבר חדש הוי ליה להרמב"ם לפרש ולא לסתום וגם קשה לפי זה לוקמי מתניתין בחד טעמא שלא ימחה ורצה האב דכבר עבר העניין ולא מיחה הרי זו מקודשת ודאי דאי אפשר לו למחות עוד ולמה לו לרב יוסף למוקמי בעל מנת שלא ימחה עד ל' יום לוקמי מתניתין כפשטא ורצה האב שעבר עניין השמיעה ולא מיחה.

לכן נראה לי לפרש דברי הגמ' ורמב"ם ז"ל על פי דרכו והוא משום דקשיא ליה להרמב"ם אהא דפריך אעל מנת שישתוק מסיפא דמלמדין וכו' דהא שתק ולא משני דמיירי דמלמדין קודם שמיעה היינו משום דקשה דא"כ פשיטא דיכול לומר איני רוצה ומה קמ"ל מתניתין בזה וא"כ קושיא זו עדיין אינו מיושבת גם אי מיירי בעל מנת שלא ימחה דיש לו להמחאתו זמן לעולם וא"כ מה קמ"ל בזה מת הבן וכו' פשיטא דיכול למחות לעולם ואי דקמ"ל הך גופא דיש זמן להמחאתו לעולם זה אינו צריך להודיענו במת הבן דאף בחיי האב והבן יודיענו זה דיש רשות ביד האב למחות לעולם ולמה בחר המשנה בלישנא דמת הבן מה טיבו של מיתת הבן פה הלא גם בחיי הבן אם היא מאוסה עליו וכדומה שרוצה לגרשה מלמדין לאב שלא יפסלה מכהונה לומר איני רוצה ויבטלו הקידושין כמו דמלמדין אחר מיתת הבן ואין להתנא לנקוט בלישנא דפרענותא דמת הבן בחיי האב כדאמרינן פרק יש נוחלין דף ק"ח ע"א עיי"ש (א). ולכן ס"ל להרמב"ם דודאי על מנת שלא ימחה יש לפרש לעולם כמו שכתב המ"מ ויש לפרשו תיכף בעת

שמיעה כמ"ש הכס"מ אמנם אנן אמרינן מסתמא כיון לשעת שמיעה לבד דהא האי גברא לקידושין קמתכון ואיך יתלה תנאו בדבר שלא יכול להתברר לעולם כל זמן חיי האב דאולי ימחה ויהיו קידושין תלוים ועומדין ולכך אמרינן מסתמא נתכון לשעת שמיעה ואז יתברר הדבר אי ימחה או לא ימחה למען יהא לקידושין הכרע הן או לאו.

והנה לפי מה שנסתפק הרא"ש בהאומר על מנת שלא ימחה אבא ואמר אביו הן אי יכול לחזור ולמחות או לא ואי אמרינן דלא יכול תו למחות א"כ עדיין יש לומר דשלא ימחה אבא כונתו לעולם דהשתא לא קשה א"כ איך נחית נפשיה לספיקא ולעולם יהיו קידושין תלוים זה אינו דאם יאמר אבא הן יהיו קידושין נגמרים ויצא ידי ספיקו ותנאו והספק הזה יכול להתברר אמנם אי אמרינן כדעת המ"מ דאף האומר הן יכול למחות ואין קידושיו נחלטין עד שימות האב א"כ בזה ודאי לא אמרינן שיקדש לכתחילה בתנאי שיהיו קידושיו בספק כל ימי חיי האב בלי בירור כלל ואמרינן ודאי דעתו אשעת שמיעה לבד. והנה אם על מנת שירצה פירושו על מנת שלא ימחה אבא ונכלל מלת המחאה במלת רצון שזה הוא מורה על רצון שלא ימחה והרי הוא מרוצה בכך בלי ספק בזו ודאי באמר על מנת שירצה אבא אף שפירושו שלא ימחה מ"מ שירצה קאמר ואם אביו רוצה ואמר הן פשיטא דנתקיים התנאי דהרי על מנת שירצה קאמר והרי אביו רוצה ואמר הן ובזו ליכא מחלוקת אמנם אם אמר בפירוש שלא ימחה ולא תלה התנאי כלל ברצון בזו ודאי יש מקום לדעת מ"מ דלעולם יכול למחות אף שיאמר הן אין זה מעכב המחאה אי היה כוונתו לעולם.

והנה עוד אחת היא לחלק ולומר דכיון דעל מנת שלא ימחה סתם פירושו לעולם ואף דאנו אומדין דעתו דכוונתו היה רק על שעת שמיעה איך קאמר סתם שלא ימחה מה שפירושו בהיפך שלא ימחה לעולם וצ"ל דפירושו ודעתו היה מסתמא אם לא ימחה בעת שמיעה ודאי נתרצה לקידושין וא"כ ודאי לא ימחה לעולם כיון דנתרצה ולכך קאמר סתם שלא ימחה אף דדעתו רק אשעת שמיעה דזה ברור לו מסתמא אם לא ימחה אז תו לא ימחה לעולם וא"כ יש כאן הבדל בין שלא ימחה ובין שישתוק אבא אף דשניהם רק אשעת שמיעה דבשלא ימחה נתכון שיהיה גילוי דעת באבא שמרוצה הואיל ולא מיחה וא"כ לעולם לא ימחה וזהו דוקא בחיי הבן אבל במות הבן ושמע האב מקידושין ולא מיחה אין כאן גילוי דעת לקידושין שהוא מרוצה בהן עד שנאמר שלא ימחה לעולם דמה שלא מיחה היה טעמו כיון דכבר הפריד המות בינם ומה לו להמחאתו בשביל כלתו שלא תזקק ליבום בזו לא נפק"מ לי' מידי לולא דמלמדין אותו ובזו לעולם יש זמן להמחאתו דהבן נתכון עד שיהיה גילוי דעת אביו לרצוי וכאן אין גילוי דעת כלל. ועיין

ברמ"א סימן ל"ח סעיף י' שכתב שתיקה שאינו בביתו לאו שתיקה היא כי אין דרך למחות בחוץ ואף שהאחרונים ז"ל השיגו עליו מ"מ במחאה זו כו"ע מודים דבעינן גילוי דעת ובמקום שאין שייך למחות לא שייך גילוי דעת שיאמר נתרצה האב ועיין בתשובת הריב"ש אשר ממנו לקחו הרמ"א וזהו הדין במת הבן כי מה לאב למחות ואין כאן גילוי דעת לרצוי האב.

ומעתה דברי הגמרא מבוארים דאי על מנת שירצה היינו על מנת שלא ימחה האב א"כ כוונתו לעולם דאין קידושיו תלוין ברפיון דאי יתרצה האב לומר הן קידושיו נגמרים כהנ"ל על כן לא מצי גמרא לאוקמי רישא בלא ימחה א"כ איך קתני רצה האב מקודשת דהיינו שלא מיחה אולי ימחה לאח"כ ומתרץ הגמרא דרישא על מנת שירצה שפירש בהדיא שיאמר הן ומציעתא וסיפא מיירי שאמר בפירוש על מנת שלא ימחה אבא ולפי זה על כרחך כוונתו לשעת שמיעה דזולת זה יהיו קידושיו תלוין לעולם כהנ"ל ולפי זה אי אפשר למתני בחיי הבן מלמדין לאב דמלמדין היינו לאחר שמיעה ולאחר שמיעה אינו יכול למחות דיש כאן גילוי דעת שלא ימחה עוד וכן הוי קושיית הגמרא אעל מנת שישתוק וכמו שפירש הרשב"א דכבר קדמה השמיעה ללימוד ושלא ימחה היינו בשעת שמיעה ולכך קתני מת הבן ואח"כ שמע האב ואז אין כאן גילוי דעת על הרצון ויכול למחות אח"כ נמי אף שעבר זמן השמיעה כהנ"ל דנתכוון הבן לגילוי דעת של אביו לרצוי וזה אינה לאחר מיתת הבן ולכך מלמדין האב אף שכבר שמע מ"מ כיון ששמע לאחר מיתת הבן יש בידו למחות וזה פשוט וברור.

ומעתה ניחא נמי דקתני הך דמת הבן לאחר מציעתא וקאי רק אשלא ימחה ולא קתני ליה התנא בין רישא למציעתא דאז הוי קאי גם אהך על מנת שיאמר הן דבהא נמי שייך מת הבן כסלקא דעתא בגמרא דכל המשנה בחד טעמא על מנת שיאמר הן ולא הוי קשה ליה רק אמציעתא אבל מסיפא לא פריך וא"כ הוי ליה לומר הך דמלמדין במת הבן באמצע דיהיה כולל שני גוונא על מנת שיאמר הן ועל מנת שלא ימחה דלפי מ"ש ניחא דזה פשיטא אם לא אמר הן בשעת שמיעה דיכול לומר אח"כ לאו ומה קמ"ל אבל אי קאי רק אמציעתא דמיירי דאמר בפירוש שלא ימחה טובא קמ"ל אף דלא מחה בשעת שמיעה הואיל והיתה לאחר מיתת הבן יכול למחות גם אחר השמיעה והן הן דברי הרמב"ם ז"ל דבחיי הבן אם שמע ולא מיחה מקודשת ודאי אבל אם מת הבן ואח"כ שמע אף דשתק מ"מ מלמדין אותו אף דקדם השמיעה ללימוד כמ"ש ואח"כ שמע מלמדין הרי דקדם שמיעה ללימוד מ"מ מלמדין למחות דבשמיעה לאחר מיתת הבן לא נפק"מ מידי.

והנה בשו"ע סימן ל"ח הביא דעת כולם להחמיר אי על מנת שירצה פירושו שיאמר

הן או על מנת שישתוק או על מנת שלא ימחה והקשה הבית שמואל ס"ק י"ח בשם בית הילל דהא בפרק המדיר דף ע"ג אוקמינן פלוגתא דתנאי אי על מנת שירצה פירושו כוונתו על מנת שישתוק או שיאמר הן ועל מנת שלא ימחה לא מצינו מי שאומר כן ותירץ הב"ש דבמסקנא לא קאי ואמרינן בטעות אשה אחת פליגי עיי"ש וזה דוחק וגם נראה לענ"ד דהא דאמרינן בקידושין אהך מתניתין דדחקינן ומוקמינן מתניתין בתרי טעמא ולא מוקמינן בתרי תנאי דלכאורה קשה תנאי שקלית מעלמא ואנה הם התנאים שיחלוקו בזה.

אמנם ברור הוא דהני תרי תנאי דאמרינן במסכת קידושין המה התנאים דברייתא שהביא בגמרא דכתובות דפליגי בהריני בועלך על מנת שירצה אבא וכו' ות"ק דרישא בקידושין ס"ל כת"ק דברייתא דהתם דהאומר סתם על מנת שירצה הוי כעל מנת שישתוק ולכך רצה האב היינו ששתק מקודשת וכן במציעתא במת האב מקודשת הואיל ושתק ותנא דסיפא במת הבן דמלמדין וכו' ס"ל כר' שמעון דהתם דעל מנת שירצה פירושו שיאמר הן ולכך ס"ל מת הבן מלמדין דשתיקתו אינו כלום כל כמה דלא אמר הן (ומזה ראיה לדברי הרמב"ם כפירוש הכ"מ או כפי מה שפרשתי לעיל בדברי המ"מ דבאומר על מנת שיאמר הן אי מוחה האב בשעת שמיעה או אח"כ אינו יכול לחזור ולהתרצות ולומר הן דאל"כ אף כהך תנא דס"ל דע"מ שירצה הוא ע"מ שיאמר הן לא מתוקם הך דמלמדין האב דהא יכול לומר הן לעולם אלא ודאי דבמוחה תו אינו יכול לומר הן ואין כוונתו לומר הן לעולם) וצ"ל דמלמדין בעת שמיעה והגמ' דלא משני הכי אעל מנת שישתוק משום דהוי קשה א"כ פשיטא אבל השתא דהך סיפא דמת הבן תנא אחרינא הוא שפיר יש לומר דמלמדין בעת שמיעה ולא קשה מה קמ"ל הא תנא ליה רישא דהך תנא לא תני ליה רישא כלל ומשנה בפני עצמה היא ולא סמך כלל ארישא ומה דקשיא להו לבית הילל ולהרב בית שמואל לא הבנתי דבריהם כלל דהא הך דיעה דס"ל דע"מ שירצה הוא ע"מ שלא ימחה הוא דעת רב יוסף שם בגמרא דמוקי ליה דעל מנת שירצה הוא ע"מ שלא ימחה אבא מכאן עד ל' יום וכו' מזה מבואר דסתם על מנת שירצה הוי ע"מ שלא ימחה רק רב יוסף מפרש למתניתין דמיירי במפרש זמן המחאת אביו וכדעת רב יוסף פסקינן כמו שכתב הרא"ש דיש פסקו כרב יוסף וא"כ כיון דרב יוסף מוקי ומפרש המשנה בכך מה זו קושיא דלא מצינו בברייתא דעת האומר דעל מנת שירצה הוא ע"מ שלא ימחה כיון דלרב יוסף נשנית במשנה רבי לא שנאה חייא מנא ליה ודבריהם תמוהים.

והנה הבית שמואל סימן ל"ח ס"ק כ"ב תמה על השו"ע דכתב בעל מנת שישתוק דאם

מת האב קודם ששמע דמקודשת ודאי וכתב הב"ש דלמסקנא דמוקי רישא ע"מ שישתוק ומציעתא וסיפא ע"מ שלא ימחה ולא אוקי מציעתא נמי בע"מ שישתוק ש"מ דאם מת האב קודם השמיעה לא הוי קידושין ובר"ן הקשה ג"כ למה לא אוקי המציעתא בע"מ שישתוק ולמ"ש שפיר עכ"ל ודבריו צריכין תיקון גדול דהא לא מוקמינן רישא בע"מ שישתוק רק רישא בע"מ שיאמר הן ומציעתא וסיפא בע"מ שלא ימחה (ב) רק קושיית הר"ן דלמה אמרינן דרישא בע"מ שיאמר הן ולכך מוכרחין לומר דמציעתא וסיפא בחד גוונא לימא דרישא בע"מ שישתוק ותהיה מציעתא מתפרש כמו רישא ואם נתכוון לזה ולתרץ דאי אפשר לומר כך דאם כן מציעתא קשיא כמו שכתב עדיין צריך תיקון דאף השתא דמציעתא מיירי ע"מ שלא ימחה עדיין קשה קושיית התוס' דלמא אלו היה האב חי היה מוחה דלמחות לעולם יש זמן ועל כרחך צריך להיות כתירוץ התוס' דמסתמא לא היה מוחה ובמחוסר שתיקה אמרינן בסתמא היה שותק ולא מיחה אם לא שנאמר דבשלמא במחאה דיש לומר דשמע האב ולא מיחה ואח"כ מת בזו ודאי י"ל כתירוץ התוס' דמסתמא לא ימחה דאלו היה רצונו למחות היה מוחה בעת השמיעה משא"כ כשמת קודם השמיעה דאין כאן גילוי דעת כלל אפשר לומר אלו היה חי היה מוחה ואלו זאת כוונתו דבריו צריכין תיקון גדול ומקצר במקום שהיה לו להאריך אך בכל זאת אין בזו כדאי לחלוק על השו"ע דכיון דבסלקא דעתא דגמרא דמוקי מציעתא בע"מ שישתוק הדין מוכרח מהיכי תיתי נימא דבמסקנא הדר ביה ואי משום קושיית הר"ן מלבד דהרבה גורסין בגמרא באמת דרישא ומציעתא בחד טעמא כמ"ש הרשב"א וא"כ הדין של השו"ע קאי למסקנא אף גם דיש לתרץ קושיית הר"ן דר' שמעון ס"ל פרק המדיר דף ע"ג דע"מ שירצה פירושו שיאמר הן ומוקי המשנה כוותיה דידע סתמא דגמרא דהלכתא כוותיה ועוד לפי מ"ש דקושיית התוס' לסברתם דיש אונס בקידושין אבל לפי מ"ש לעיל בשם הר"ן והרא"ה דבכי האי גוונא ודאי אין אונס בקידושין א"כ אין מקום לקושיית התוס' דהא מ"מ נתקיים התנאי כיון דשתק האב וזה ברור.

(א) אמר המגיה לא היה לו להרב הגאון המחבר להביא ראיה מריש פרק יש נוחלין דשם קאמר אתחלתא בפרענותא לא מתחלינן דהיינו שלא רצה התנא להתחיל דיני נחלות בפרענות משא"כ האי דקידושין דמת הבן בחיי האב שאינו תחילת פירקא ויותר היה לו להביא ראיה ממתניתין דמסכת כתובות דף מ"ג ע"ב המארס את בתו וגרשה ארסה ונתארמלה ואמרינן בגמרא אבל נתארמלה תרי זימני תו לא חזיא לאינסובי וכו' ופירש רש"י ודק תנא במילתיה דלא לנקוט בדרך פורענות (ואפשר דהרב הביא האי דיש נוחלין שהוא דומה לכאן דמת האב בדמיון ממש).

(**ב**) אמר המגיה עיין בר"ן שכתב דרש"י מוקי ליה למסקנא דרישא ע"מ שירצה פירושו ע"מ שיאמר הן כתבתי זאת לפי שיש לטעות בדברי רש"י שכתב שני פעמים דרישא מיירי ע"מ שישתוק דלדעת הר"ן כתב רש"י כל זאת רק לפי ס"ד אבל לא למסקנא והר"ן היה מוכרח לזה דלמסקנא רישא מיירי ע"מ שיאמר הן דאי ע"מ שישתוק לא הוי אמרינן בגמרא דמציעתא במת האב מיירי בע"מ שלא ימחה רק בחד טעמא עם הרישא בעל מנת שישתוק ועל זה נופל קושיית הר"ן (דעל זה גופיה תקשי דאמאי לא מוקי ליה בגמרא גם הרישא בעל מנת שישתוק כדי שתהא מציעתא ורישא בחד טעמא כמו שכתב הרב המחבר).

הלכה ג

הרי את מקודשת וכו'. עיין במ"מ וכתב הבית שמואל בס"ק כ"ט על מה שכתב בשו"ע סעיף ט"ו על מנת שיש לי מנה ביד פלוני אם ידוע בעדים שיש לו מקודשת ודאי היינו שראו אצלו מנה אף שאינם יודעים של מי הם אמרינן חזקה כל מה שיש ביד אדם שלו הוא כמו שכתב הר"ן עכ"ל הב"ש ואין כאן מקומו בב"ש דבממון ביד פלוני פשיטא דצריך עדים שיעידו שהממון שייך להמקדש דמה בכך כל מה שיש ביד אדם בחזקת שהוא שלו וא"כ הוא בחזקת פלוני ולא בחזקת מקדש אלא שייך אסעיף הקודם בסעיף י"ד ע"מ שיש לי מנה אם ידוע בעדים שיש לו מנה בזו סגי שיעידו העדים שראו אצלו המנה דאז הוא בחזקת שלו ופשוט.

הלכה ד

הרי את מקודשת וכו' לקח המעות בהלואה וכו'. בגמרא אמרינן בעסקא וכתב הרמ"א סימן ל"ח סעיף י"ח בשם הר"ן דאפילו הגיע לחלקו מן הריוח מנה אינה מקודשת מאחר שעדיין לא חלקו והבית שמואל ס"ק ל"ד כתב שהר"ן כתב כיון שלא הגיע זמן העסק רווחא לעסק משתעבד נשמע כיון דהגיע זמן החלוקה הוי כאלו היה בידו וכו' עכ"ל ובאמת ברור הוא דלישנא דהר"ן לאו דוקא דמה בכך שהגיע זמן מ"מ כל זמן דלא חלקו אם יקרה אסון לקרן הרי רווחא משועבד לקרן ואין כאן ממון שלו רק מסתמא כשהגיע הזמן הרצון בזה כשחלק וכיון דזוזי כמאן דפליגי דמי א"כ בהגיע הזמן ומבטל העסקא הרי הוא כחלוק אבל כל זמן שלא מבטל עסקא מה נפק"מ בהגעת הזמן סוף סוף לא ביטל עסקא בשעת אמירת התנאי והרי רווחא לקרנא משועבד וזה ברור.

עוד כתב רמ"א שם באותו סעיף בשם הרמ"ה הראה לה מנה משלו והיא משועבדת לבע"ח מקודשת וכתב הבית שמואל בשם רבינו ירוחם היינו כשלא אמר מעכשיו עכ"ל ובאמת זה אינו דומה בכך דאמר מעכשיו סוף סוף הרי הוא שלו דקי"ל בע"ח מכאן

ולהבא הוא גובה ובתוך כך יכול הלוה להקדיש השדה אף דמשועבד לבע"ח תיכף מעכשיו מזמן הלואה מ"מ כיון דמכאן ולהבא הוא גובה יכול להקדישו וה"ה דחל התנאי עליו דשלו הוא לגמרי רק ברבינו ירוחם מבואר כך כיון דלא אקני ליה מעכשיו מקודשת ודאי הרי מבואר דעתו כיון דלא הקנם ליה בקניין גמור שיהיו שלו מעכשיו אבל כששעבדם לו מעכשיו לית לן בו ולכך השמיטו הרמ"א ופשוט הוא.

הלכה ז

הרי את מקודשת לי וכו' ואפילו קרובה לשער ראשה וכו'. עיין במ"מ שכתב והא דאמרו בגמרא דכתובות דף ע"ה ע"א הא ראה ונתפייס לעניין כתובה מיירי נראה דאין כוונתו לומר דלעניין קידושין לא אמרינן ראה ונתפייס א"כ איך כתב מקודם תוך כדי דיבור שהרמב"ם סמך על מ"ש בפרק כ"ה שאם היה יודע המומין שאינו יכול לטעון א"כ דבריו סותרים זה את זה אמנם נראה דודאי קושיית הגמרא אי אפשר דקאי על קידושין דאטו מי לא איירי דקדשה ע"י שליח ואמר לשליח קדש לי אשה ע"מ שאין לה מומין ונמצאו בה מומין דאינה מקודשת ואי אפשר לומר ראה ונתפייס דמה פיוס יש לשליח לתקוניה שדריה ולא לעבור אדעתו ולכך צ"ל דעיקר קושיית הגמרא אכתובה דקודם נשואין בדקה עכ"פ מן המומין ובגלוי אי אפשר לטעון וזהו כוונת המ"מ לדעתי דלכך לא הביא רבינו החילוק בין מומין שבגלוי משום דגמרא לא פריך אהך דקידושין ודרך רבינו שלא להביא מה שלא נאמר בגמרא ואם כי מ"מ יש נפק"מ במקדש ע"י עצמו בזה סמך אמה שכתב לקמן פרק כ"ה עיי"ש אבל כיון דקושיית הגמרא לא קאי אקידושין דיש לומר דקידש ע"י שליח לא הביאו רבינו הרמב"ם ג"כ כאן לעניין קידושין כדרכו תמיד לאחוז בדרכי הגמרא ובירושלמי דכתובות פרק המדיר הלכה ט' מבואר דהא דתנן מומין שבגלוי אינו יכול לטעון היינו בנשואין אבל באירוסין בכולם יכול לטעון עיי"ש.

הרי את מקודשת וכו' ושומא שעל הפדחת וכו'. עיין בכ"מ שהוכיח מדברי הרמב"ם דבכל שומא בעינן שתהא עומדת בפנים והקשה דהוי ליה בגמ' להקשות אהא דתנן כל שומא הפוסלות בכהנים וכו' אי דאית בה שיער ראה ונתפייס כמו דפריך לקמן וכו' וכבר תירץ הלח"מ דניחא ליה להקשות אף אטעות דקידושין משא"כ בקושיית ראה ונתפייס אין הקושיא רק אכתובה כמ"ש המ"מ אמנם תמהני איך חלק על הירושלמי פרק המדיר הלכה ט' דקתני להדיא תנא שומא שיש בה שיער בין קטנה ובין גדולה בין בגוף בין בפנים הרי זה מום ושאין בה שיער בפנים מום בגוף אינו מום במה דברים אמורים בקטנה אבל בגדולה בין בגוף ובין בפנים מום וכמה גדולה ר' שמעון בן גמליאל

אומר עד כאיסר האטלקי וכו' עכ"ל והרי הדבר מבואר ובבבלי שלנו לא מצינו ראיה מכרעת נגדו א"כ איך חלק על תלמודא דבני מערבא וצ"ע.

הלכה ח

המקדש אשה סתם וכו'. כתב הכ"מ בשם הר"ן קידש סתם ולא כנס ולא בעל לא אשכחן בגמ' מידי וכו' עכ"ל ואני אומר דהוכחת הרמב"ם היא מהא דחזינן דנחלקו אמוראי פרק המדיר דף ע"ג ע"ב בקידשה סתם וכנסה סתם רבה ורב חסדא ס"ל מקודשת מדבריהם ורבא אמר דתנא ספוקי מספקיה ליה והיה קשה ליה להרמב"ם במה פליגי וכי יחלוקו שלא אליבא דהלכתא דהלכתא כרב בקידש על תנאי ובעל סתם דאמרינן אחולי אחלי מכ"ש בקידש ובעל סתם וליכא למימר דרבה לשיטתו דס"ל דבטעות אשה אחת מודה רב דמלבד דזה דוחק דרב חסדא ורבא כולם יסברו דלא כהלכתא דקי"ל אפילו בטעות אשה אחת אחולי אחלה אף גם לפירוש הרי"ף טעות אשה אחת כגון דקידש על תנאי ובעל לאלתר דאמרינן ודאי דעתיה אתנאי בעל משא"כ בקידש סתם ובעל סתם הא לא שייך למימר על תנאי בעל וכי מיגרע גרע קידש על תנאי ובעל לאחר זמן מאם קידש ובעל סתם וברור דלרב צריכה גט וא"כ במה נחלקו הני אמוראי אלא ודאי דפלוגתתם בקידושין לחוד בלי בעילה והא דמוקי בגמ' פלוגתתם בקידשה סתם וכנסה סתם זהו דוקא אליבא דשמואל דס"ל בקידשה על תנאי וכנס סתם דלא מחל דעליה קאי בגמרא אבל אליבא דרב עיקר פלוגתתם בקידש לחוד ובהא ס"ל לרבא דמספקא ליה וכוותיה קי"ל ולכך הביא הרי"ף מחלוקת רבה ורב חסדא ורבא בהא אף דקי"ל בקידשה על תנאי ובעל סתם כרב משום דנפק"מ לקידושין בלי בעילה ולזה נתכוון המ"מ שכתב פלוגתא הנ"ל ומסיים והובאה סוגיא זו בהלכות והיא הלכה אפילו לדעת רב דאמר קידשה על תנאי ובעל סתם צריכה גט והיינו כמ"ש דאליבא דרב לא הוצרך הרי"ף להעתיקו אם לא שנתכוון דאפילו בקידושין בעלמא צריכה גט ופשוט הוא.

הלכה ט

קדשה על מנת שאין בה מומין וכו'. עיין במ"מ במה שכתב בשם הרשב"א דפסק דלא כירושלמי דלא חוששין שמא אחר שתנשא לאחר תלך אצל חכם ויתיר את נדרה ונמצאו קידושין ראשונים חלין למפרע לפי שאינה עשויה לקלקל את עצמה ואת בניה שהיה לה מן השני ומותרת לינשא לכתחילה בלי גט מהראשון והנה בשו"ע סימן ל"ט סעיף א' חשש ופסק כדברי רבינו ירוחם דאסורה בלי גט שמא תלך וכו' איברא דקשיא לדברי רי"ו דהוא פסק מקודם כדעת התוס' במסכת כתובות דף ע"ד ע"ב בד"ה חכם עוקר הנדר וכו' דאם נודע לבעל נדריה לא מהני אח"כ התרת חכם וא"כ ליכא למיחש לחשש

הירושלמי והבית שמואל סימן ל"ט ס"ק ד' רוצה לומר דתרווייהו איתניהו דבירושלמי מיירי דלא נודע לבעל ודחק עצמו בדברי הר"ן דכתב דהך דירושלמי סותרים לדעת התוס' ולא הבנתי דבריו דאיך אפשר לקיים שניהם דהא בירושלמי אמר והלכה ונשאת ותלך לחכם להתיר ואטו בשופטנא עסקינן שקיבלה קידושין מבעלה ותלך ותהיה לאיש אחר מבלי גלות אוזן בעלה שבשביל כך יוצאה מאתו בלי גט כי קידושיו בטלין מחמת שהיה עליה נדרים ועוד דהא מצריך בשביל חשש זה גט והאשה אינה מתגרשת רק מרצון הבעל וא"כ צריך ידיעת הבעל לנתינת הגט ואתה מודיע לו טיב ביטול הקידושין וטעם ביטולו וא"כ גט זה למה כיון שנודע לו קודם שנשאת לאחר הרי אי אפשר לה לילך לחכם ולבטל תנאי מעיקרו לדעת התוס' ועד שאתה אומר לבעל ליתן גט אמור לו טעם נתינת הגט והיא פנויה בלי גט וזה ברור בר"ן וברשב"א לקידושין. איברא הרא"ש ורי"ו דהעתיקו תרווייהו דברי התוס' והירושלמי קשיא.

ונראה לי לומר דלא להלכה הביאו הירושלמי דהא כיון דפסקו כהתוס' אזדא הוכחת הירושלמי רק הביאו דבריו דחוששין לקלקלה ללמוד ממנו למקום אחר והיינו בהתנה עמה בפירוש שאם תלך לחכם אף אחר שנודע לו ותתיר שיהיו קידושיו קידושין והיא לא הלכה קודם שנשאת לאחר ולדעת הרשב"א החולק על הירושלמי דלא חיישינן דתקלקל עצמה ובניה מותרת לינשא בלי גט אמנם לדעת ירושלמי דחושש לקלקלה בזו צריכה גט דאולי אח"כ תלך ותקלקל בניה או דנפק"מ באיש שהיו עליו נדרים והיא התנה עמו ע"מ שאין עליו נדרים דבהא ודאי מודים התוס' אף דנודע לה קודם שהלך הוא אצל חכם דמקודשת דאשה בכל דהוא ניחא לה ומעתה אם לא הלך עדיין לדעת הירושלמי דחוששין לקלקלה גם בזה יש לחוש דהבעל יתיר אח"כ נדרו ותהיה מקודשת למפרע ובניה ממזרים ואפשר דלכך הרבינו ירוחם בהעתיקו דברי התוס' ודברי הירושלמי הנ"ל הפסיק בינתיים בהך דינא דבעל שהיה עליו נדרים ומומין ללמדינו דהך דינא דירושלמי לא נפק"מ לעניין נדרים דאשה רק לעניין נדרים דבעל.

וכתב השלטי גיבורים דיש להחמיר אף בהלכה אצל חכם להתיר דספק קידושין הם ותמה הבית שמואל עליו סימן ל"ט ס"ק ו' מה ספק קידושין יש כאן ונראה לי דס"ל להש"ג משום דהא דתנן בגיטין דף מ"ה המוציא אשתו משום נדר לא יחזיר יש שם בגמרא שני פירושים אי משום קלקולה דאדם רוצה שתתבזה אשתו בבי"ד כדאיתא בהמדיר אי משום שלא יהיו בנות ישראל פרוצות בנדרים ולהך לישנא יש לומר דת"ק דסבר דלא יחזיר ס"ל דאף בהתיר לה החכם אינה מקודשת דאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד וליכא חשש קלקול רק חשש פריצות וא"כ הרי כאן חשש ביטול קידושין

כיון דאינו רוצה שתתבזה בב"ד ולכך הדבר ספק ועיין ברמב"ם פרק עשירי מהלכות גירושין הלכה י"ב ובמ"מ שם שחששו לשני הפירושים דאתמר בגמרא עיי"ש.

הלכה י

האומר לאשה הרי את מקודשת לי בזוזים אלו וכו'. עיין במ"מ שהביא בשם הרמב"ן והרשב"א דדוקא בקידושי כסף אבל בקידושי שטר אם נאבד השטר או נשרף תוך שלושים יום אינה מקודשת וכתב הרשב"א מיהו ודאי אם יש בנייר שוה פרוטה הרי זו מקודשת וכן הוא בש"ע ברמ"א סימן מ' סעיף א' ומדלא אמר דבשטר עכ"פ מקודשת מספק שמא שוה פרוטה במדי ש"מ כמ"ש לעיל דכי אמרינן בשטר דעתו אנייר דוקא ביש בנייר שוה פרוטה כאן אבל אם אינו שוה פרוטה כאן אף ששוה פרוטה במדי מ"מ ודאי דאין דעתו אנייר ולכך אינה מקודשת כלל ופשוט הוא ומה שכתב כאן בעל משנה למלך לא ראה חידושי הרשב"א למסכת קידושין כי כל דבריו נכללו בדברי הרשב"א ז"ל.

וכתב הר"ן דאם הוא חוזר מעות קידושין שנתן לה לאו לחזרה נתנו דאל"כ כי נאבדו המעות אמאי מקודשת הא המעות ברשותו עכ"ל וצריכן אנו לתת טעם דלמה המעות שלה כיון שיש בידו ובידה לחזור תוך שלושים יום ונראה לי הטעם דמ"מ נפק עלה קלא דנשואין ונפחתה ולכך מעות הקידושין שלה ולפי זה יש לומר בלוקח שדה ע"מ שיהיה המקח חל לאחר שלושים יום דאז הרשות ביד המוכר והלוקח לחזור תוך ל' דאז בודאי כסף מכירה שנתן אם הלוקח חוזר חוזרין ללוקח דאדעתא דארעא יהיב ואם חוזר דמי זבינא מה עבידתא וא"כ אף שאינו חוזר אם נאבדו המעות לא קנה בתר ל' יום דהמעות ברשות לוקח קאי כמו שכתב הר"ן גבי בעל כנ"ל ולפי זה צדקו דברי רמ"א בחו"מ סימן קצ"א סעיף ד' דכתב האומר קני לאחר ל' יום ונאבדו המעות דלא קני בדלא אמר מעכשיו והשיגו עליו הסמ"ע והש"ך ולפי מ"ש ניחא דדוקא בקידושין קי"ל אע"פ שנתאכלו המעות משא"כ במקח וממכר.

הלכה יב

האומר לאשה וכו' הרי זו מקודשת מספק לשניהם וכו'. עיין במ"מ ובכ"מ שהאריכו ליישב דברי הרמב"ם והנה מ"ש הכ"מ באריכות דרמב"ם מפרש דרבי יוחנן מספקא ליה אי תנאי אי חזרה הוי המעיין במסכת קידושין דף ס' ע"א יראה כמה רב מהדוחק יש בדבר ויותר היה טוב לומר דס"ל להרמב"ם דהך רווחא שביק עלתה בספיקא אי אין שיור בקידושין כמו בגירושין או יש שיור כמו שכתב בהלכה שאח"כ האומר הרי את מקודשת לי חוץ מפלוני דהרי זו מקודשת מספק. ועיין במ"מ שכתב שיש ספק אי מקשינן בהא קידושין לגירושין או לא וכתב המ"מ בעצמו דלרבי יוחנן דאמר שיורא שייר

מוכח דבקידושין כל דהוא סגי ולפי זה להרמב"ם דמספקא ליה בהאומר חוץ מפלוני גם הך מלתא דרבי יוחנן עלתה בספק ולכך פסק שהיא מקודשת מספק לכולן. איברא דמלבד דקשיא קושיית הכ"מ דא"כ לא הוי ליה לרמב"ם לומר אפילו הן מאה על הסדר הזה דהיינו שכלה זמנו של שני בתוך זמנו של ראשון דהא לדברי ר' יוחנן אפילו אמר הראשון מעכשיו ולאחר ל' יום והשני לאחר מ' יום דהא רווחא שביק. אף גם זאת קשיא דהא גם בהלכות גירושין פרק ט' כתב הרמב"ם אמר הרי זה גיטך מעכשיו או מהיום ולאחר מיתה הרי זה ספק מגורשת שמא אחר שאמר מעכשיו חזר בו ממעכשיו וסמכה דעתו על לאחר מיתה ובגט ליכא למימר שיורי שייר כמבואר דא"כ אף בחי אין זה גט והדבר מבואר ברמב"ם דפסק כרב דמספקא ליה. ובאמת היותר נכון הוא כמ"ש המגיד משנה דלא ס"ל להרמב"ם הך דאביי וכן הרי"ף השמיט הך דאביי דאמר לא תימא טעמא דרב משום דהאי לישנא משמע תנאה ומשמע חזרה וכו'.

אמנם טעם ההשמטה ולמה לא פסק כאביי במקום דלא מצינו מחלוקת בצדו הוא זה דהרמב"ם ז"ל כתב בפירוש המשנה וז"ל מקודשת ואינה מקודשת ואפילו אחר ל' יום הרי זו מקודשת ואינה מקודשת לכל אחד מהם וצריכה גט מזה ומזה דלמא מחלפא באשת איש עכ"ל וברור דאין כוונתו כפי הנאמר במשנה דלזה אין צריך טעם החלפה דהא מספקא לן אי תנאה אי חזרה הוי אמנם נתכוון אף שתקבל בין כך קידושין אפילו מן מאה בכולם היא בגדר מקודשת ואינה מקודשת והוכיח זאת מלישנא דמתניתין מדלא נקט התנא דוקא לשנים ולא ליותר רק נקט סתמא מקודשת ואינה מקודשת דמשמע דאפילו למאה בזה אחר זה ועל זה נתן הטעם משום החלפה באשת איש. אמנם אם זאת היתה כוונתו אח"כ בחיבורו היד החזקה בזה מסופק אני מאוד כי יותר היה לו לפרש עניין זה בחיבורו מלסתום הדברים.

ולכן נראה לפענ"ד דמטעם אחר דחו הרי"ף ורבינו הרמב"ם דברי אביי והוא דאמרינן במסכת כתובות דף פ"ב ע"א דהאומר משוך פרה זו ולא תהא קנויה לך אלא לאחר שלושים יום בדאמר מעכשיו קנה לא אמר מעכשיו לא קנה והקשו התוס' והרשב"א והר"ן דהא לקמן דף פ"ו ע"ב פשיט ליה רב חסדא לרמי בר חמא מהך משוך פרה זו וכו' להאומר הרי זה גיטך ולא תתגרשי בו אלא לאחר שלושים יום והלכה והניחו בצדי רשות הרבים דהאיך פשיט ליה מהתם הא במשוך פרה זו בעינן דוקא מעכשיו (וקושיא זו יש להקשות אף לדעת הרמב"ם דס"ל לחלק בין גט דאיכא שטר דלא בעי מעכשיו לבין משיכה דליתא לקניין בעולם ובעי משיכה מעכשיו כמ"ש המגיד משנה בפרק ט' מהלכות גירושין הלכה ג' מ"מ קשיא דלא הוי ליה להגמרא למסתום סתומי כיון

דהתם מיירי במעכשיו ולא הוי ליה למימר אדרבה מגורשת מדרב נחמן וכו' כיון שיש פנים לחלק ופשוט) ותירץ הרשב"א וכן הרא"ה בשם רבו דרב חסדא ורמי בר חמא ס"ל דמילתא דרב נחמן וכו' מיירי אפילו לא אמר מעכשיו אבל סוגיא דגמרא פרק האשה שנפלו דף פ"ב אסיק בדאמר מעכשיו קנה ואי לא לא קנה ועיין בהר"ן ורא"ה פרק הכותב בכתובות ונתקשו בה התם הר"ן והרשב"א שנית כיון דבעי במשיכה גבי פרה מעכשיו ולאחר ל' יום הא לרב דכוותיה קיי"ל מספקא לן אי תנאה הוי או חזרה הוי וא"כ איך קונה בעומדת באגם דלמא חזרה הוי והוי רק כאומר משוך לקנות לאחר ל' יום דלא קנה ותירצו הרשב"א והר"ן וכן כתב רבינו ירוחם במשרים נתיב י' דבקניין אמרינן כמו בהכותב נכסיו לבנו וכו' ריש פרק יש נוחלין דאמרינן דקנה הגוף מהיום ופירי לאחר מיתה וכן כאן הגוף מעכשיו ופירי לאחר ל' יום ואין כאן לא תנאה ולא חזרה ועיין בריי"ו כי טעות סופר יש בדבריו וצריך תיקון ע"ש. איברא התוס' לא ס"ל תירוץ זה דהא הם החליטו דף פ"ב בד"ה הא דאמר וכו' דלרבי יוחנן באומר מעכשיו ולאחר ל' יום צריכה הפרה לעמוד באגם ביומא דמשלים יום ל' שהוא מקום הראוי למשיכה וכן כתבו להדיא ביבמות דף צ"ג ע"א בד"ה קנויה לך וכו' משום דקניין נגמר באותו זמן דלא אמרינן בזה דקנה הגוף לאלתר ופירי לאחר ל' יום דדוקא בכותב נכסיו לבנו במהיום ולאחר מיתה אמרינן כן עיי"ש דנתנו טעם לחלק.

והנה המרדכי פרק ג' דקידושין תירץ אהך קושיא דלא שייך הך ספיקא אי תנאה הוי או חזרה רק בקידושי כסף דקונה לאחר ל' יום בלי מעכשיו משא"כ בשאר קנינים דלא קנה לאחר ל' יום בלא מעכשיו לא אמרינן חזרה הוי דלא יחזור לבטל קנינו מכל וכל ועיי"ש. (והנה הרב בית שמואל בסימן קמ"ו ס"ק א' הוכיח מזה דקי"ל במשיכה מעכשיו לאחר ל' יום דקונה אפי' עומדת ברה"ר דהא דמספקא לן אי תנאי הוי אי חזרה הוי הוא רק חומרא בעלמא ולדינא קי"ל דתנאי הוי והעלים עין מתירוצי הראשונים הנ"ל). איברא דצ"ע דברי המרדכי דהא בגט נמי ס"ל לרב דמגורשת ואינה מגורשת באומר מהיום ולאחר מיתה והא בהך אי חזרה הוי בטל לגמרי ואי משום דבגט שאני כדאמרינן דלרחוקה קאתי וכמו שפירש רש"י דקשה בעיניו לגרשה ולכן הדר ביה מ"מ קשה דקארי ליה מה קארי ליה להקשות דלימא רב הלכה כרבנן ושמואל הלכה כרבי כיון דיש כאן חילוק בהנושאין ודינו של זה לא כדינו של זה דכאן במקום דקידושין בטלין בחזרתו לא אמרינן דחזרה הוי ואלו בגט אף במקום שמתבטל הגט אמרינן חזרה הוי כיון דלרחוקה קאתא.

והיה נראה לומר דהרמ"ה הביאו הטור בסימן קמ"ה כתב דיש חילוק דהאומר מהיום ולאחר מיתה גט ואינו גט והאומר מעכשיו ולאחר מיתה לא הוי חזרה ומגורשת בודאי

ועיין בב"ח ובפרישה ובב"ח בקונטרס אחרון דכתבו דהרמ"ה ס"ל כדעת המרדכי וכתב שם הב"ח סברא לחלק בין האומר מהיום ולאחר מיתה ובין האומר מעכשיו ולאחר מיתה ודבריו לכאורה תמוהים דאף שיש סברא לחלק כמ"ש הב"ח מ"מ קשה מנא ליה הא ועוד דהא בגמרא מדמה הך דהתקדשי לי במעכשיו ולאחר שלושים יום להך דהרי זה גיטך מהיום ולאחר מיתה ולדבריו יש חילוק גדול אלא ודאי דס"ל כדעת המרדכי הנ"ל ולכך קשיא ליה דהאיך מייתי ראיה מהך דגיטין דלמא התם הגט בטל בחזרה ולזה ס"ל להרמ"ה דכי אמרינן דאם הדבר בטל בחזרתו דאינו חוזר היינו באומר מעכשיו דחזינן דרוצה בקיומו לאלתר וא"כ איך יחזור לבטלו מכל וכל והם שני הפכים ברגע אחד משא"כ באמר מהיום דאינו רוצה בקיומו ואינו מהיר על הגט דהא אם ימות ביום ההוא אינו גט כמבואר שם בטור א"כ אף זה נוכל לומר דאולי חזרה יש כאן באמרו לאחר מיתה ואינו משגיח שיתבטל הגט ע"י כך ולפי זה כל החילוק בין מעכשיו למהיום הוא בגט כי אז בחזרתו הגט בטל משא"כ בקידושין דאף בחזרתו אינם בטילין לא שני לן בין האומר מעכשיו להאומר מהיום בכולן יש לומר חזרה הוא וא"כ דברי הגמרא שפיר דמדמה מעכשיו בקידושין למהיום דגט דמה תאמר דבקידושין הוא דהוי חזרה דלא יתבטל ע"י כך הקידושין משא"כ בגט דע"י חזרתו יתבטל הגט דהא בגט נאמר מהיום ובמהיום לא נפק"מ אם בחזרתו יתבטל הגט וכן נמי ליכא למימר הא בגט דוקא במהיום ולא במעכשיו ואיך נלמוד בקידושין באומר מעכשיו דגבי קידושין ליכא נפק"מ בין אומר מעכשיו לאומר מהיום דבתרווייהו אין הקידושין בטלין כלל בחזרתו ודברי הגמרא ברורין בטעמן מבלי קושיא כלל ולכך הביא הטור דברי הרמ"ה בגט אבל לא בקידושין דבקידושין אין לחלק כלל בין האומר מעכשיו להאומר מהיום ועיין פרישה וב"ח בקונטרס אחרון ודבריהם סתומים ומדברי האלו יתפרש דבריהם בטוב טעם ודעת.

אך הרמב"ם דכלל בפרק ט' מהלכות גירושין האומר מעכשיו או מהיום ולאחר מיתה אינה מגורשת רק מספק הרי דלא ס"ל כהרמ"ה לחלק בין מעכשיו למהיום וא"כ אם נאמר דס"ל כתירוץ המרדכי הנ"ל קשה סוגיית הגמ' כמ"ש לעיל לכן נראה לי דדעת הרמב"ם הוא דודאי אביי דקאמר לא תימא דהאי לישנא משמע תנאי ומשמע חזרה כי אם אינו סובל אלא משמעות אחד או תנאה או חזרה ואנן דמספקא לן במשמעתו איזה הוא הנכון ודאי דלפי זה אזדא תירוץ המרדכי דדעתו לומר דהיכא דיתבטל הקידושין או הקניין לא אמרינן חזרה הוי דבשלמא אי הלשון סובל תנאי וחזרה רק אנן מסופקין בכוונתו בזה שפיר יש לומר דהיכא דכל המעשה בטל ודאי לא נתכוון זה המקנה לביטול ולחזרה רק לתנאי גמור משא"כ אי אמרינן דאין הלשון סובל כלל שני פירושים רק

פירוש אחד או תנאי או חזרה ואנן מסופקין איזה פירוש הוא האמיתי א"כ אם פירוש החזרה הוא אמיתי אף דהמעשה יתבטל על ידי כך מה בכך כיון דע"י לשונו החזרה מבואר ואם כי באמת לבו בל עמו לבטל המעשה מ"מ פיו הכשילו לומר דבר המתבטל ודברים שבלב אינם דברים וזה פשוט וברור.

ולכך ס"ל לרמב"ם דודאי אביי דס"ל דאין הלשון סובל שני פירושים הוא משום דהוא ס"ל כרב חסדא וכרמי בר חמא דס"ל דהא דקי"ל משוך פרה זו להקנותה לאחר שלשים יום איירי אפילו לא אמר מעכשיו נמי קנה וא"כ לא קשה קושיית המרדכי באומר במשיכה מעכשיו ולאחר ל' יום דדלמא חזרה הוי דאף בחזרה קונה לאחר שלשים יום לדעת ר"ח ורמי בר חמא ולכך ס"ל לאביי דהא דאמר רב דמספקא ליה אי תנאי הוי אי חזרה הוי לא עינה מלבו רק למד זאת מהך דהרי זה גיטך מהיום ולאחר מיתה דס"ל לרבנן דגט ואינו גט וכדאמרינן דהך מסייע ליה לרב והוי קשיא ליה לאביי מי דמי התם יש בחזרה ביטול משא"כ בקידושין ולכך החליט אביי דאין הלשון סובל שני פירושים רק אנן מסופקין איזה לשון הוא האמת וא"כ אין לחלק בין במקום שהחזרה גורם הביטול או אינו גורם ולכך קאמר טעמא דרב וכו' אבל לפי מה דקי"ל במסכת כתובות דף פ"ב דבמשיכה ע"מ לקנות לאחר ל' יום לא קנה כי אם באומר מעכשיו ולאחר ל' יום וזה הלכתא בלי חולק כלל וכל אמוראי הביאו ראיה ממנו קשה קושיית המרדכי אנן דקי"ל כרב דמספקא ליה וכו' הא יש לומר דחזרה הוי ובלאחר ל' יום גרידא לא קנה. וצ"ל כתירוץ המרדכי דהיכא דהמעשה יתבטל לא אמרינן דחזרה הוי ועל כרחך צריך להיות דיש בלשון זה שני פירושים ותליא בכוונת האומר אי כה ואי כה ולכך במקום ביטול המעשה אמרינן דנתכוון לתנאי וא"כ מוכח דליתא לדאביי וכל סוגיית הגמרא בקידושין דתלי הך בגיטין הוא לדעת אביי ושמעתין פה אזלא כוותיה אבל למסקנא דכתובות דבמשיכה בעינן מעכשיו נדחו דברי אביי ובגט שאני דלרחוקי קאתי א"כ כיון דמשמע שני פירושים אפילו קידשו מאה בזה אחר זה על סדר הזה צריכה מכולם גט מספק דדלמא קמא לחזרה נתכוון ובתרא לתנאי דהלשון סובל שני פירושים ותלי הכל בכוונת האומר.

ומה שהקשה הבית שמואל סימן מ' ס"ק ח' דא"כ דלא קי"ל כאביי למה בעי הרמב"ם שיקדשו כולם כסדר זה אחר זה לשלשים וזה לעשרים וזה לעשרה ימים וכו' דאפילו אם קידשה הראשון מעכשיו ולאחר ל' יום והשני אחר מ' יום נמי צריכה גט משניהם דדלמא לראשון חזרה הוא וא"כ קידושי השני תופסין והשני דאמר לאחר מ' יום נתכוון לתנאי באמת קושיא חזקה היא לכאורה בדברי המ"מ אמנם לפי מ"ש ניחא דדעת

הרמב"ם היא כדעת המרדכי דהיכא דקידושין בטלין בחזרתו ודאי דלאו לחזרה נתכוון כלל וא"כ זה שאמר מעכשיו ולאחר ל' יום והשני שמע ואמר אחר מ' יום הוא ודאי לתנאי נתכוון דליכא למימר לחזרה דא"כ מעשיו בטלין דקדמו קידושי ראשון לקידושיו עכ"פ ועל כרחך צריך להיות דלתנאי נתכוון וא"כ כשיבוא השלישי לקדש ליכא למיחש לקידושיו דהשני ודאי בתנאי קידש וכן כולם ולכך נקט הרמב"ם הסדר דהשני קידש מעכשיו ולאחר כ"ה ימים וא"כ עדיין יש לומר אולי חזרה אצלו וקידושיו מ"מ קידושין הם דקדמו לזמן קידושי ראשון דאמר בחזרתו שלשים יום ולכך קידושי שלישי תופסין וכן מן קידושי שלישי לרביעי צריך להיות ג"כ על הסדר הזה דלא יהא בחזרתו ביטול קידושין דאלו יש ביטל על כרחך לתנאי נתכוון ואין בקידושי הבא אחריו ממש ולכך כתב הרמב"ם הכל על הסדר הזה שיהיה בכל קידושי שאחריו חשש קידושין וברור הוא.

לפיכך שניהם נותנין גט בין בתוך שלשים יום ובין לאחר שלשים יום וכו'. הרב בית שמואל סימן מ' ס"ק ח' כתב דהא דיכולין ליתן גט בתוך ל' יום קודם שחלו קידושין משום דממה נפשך אי תנאי הוי א"כ חלו הקידושין תיכף ואי חזרה הוי א"כ נתבטלו הקידושין ואין צריך לגט עכ"ל ופירוש לדבריו הוא כך דליכא למימר דלמא ראשון חזרה הוי והשני תנאה הוי וחלו קידושי שני ועכשיו שמגרש השני פקע קידושיו וחוזרים וחלים אראשון כמ"ש המ"מ בשם הרמב"ן וכתב דדעת רבינו הרמב"ם מסכמת עמו בהלכה י"א וא"כ אי בראשון חזרה הוי איך יוכל לגרש קודם שיחולו הקידושין ועל זה אמר דאם כן דבראשון חזרה הוי אין צריך לגט דבלאו הכי יכולים לחזור תוך הזמן הוא והיא בלי גט כלל. והקשה הב"ש הא אתה מצריך כרוז לכהונה דלמא לא יתקיים התנאי והגט בטל ודחק עצמו בזה וגם הרב בעל משנה למלך בהלכות גירושין פרק ששי הלכה ג' דחק עצמו בזה. ונראה לי דלא קשה מידי דכאן אי אפשר לתנאי להתברר אי תנאי הוי או חזרה הוי ואין כאן חשש דיאמרו גרושה מותרת לכהן דמחמת הגט היא אסורה לעולם לכהן אם לא שתאמר דלמא ימותו שניהם תוך שלשים יום שקבעו וא"כ אף דשניהם תנאי הוי מ"מ כיון דמתו קודם זמן קביעות הקידושין הקידושין בטלין כיון דהתנאי בטל מעיקרו ואין כאן גט וצריכין כרוז לכהונה דא"כ על כרחך אתה צריך לחוש שימותו שניהם דאם יחיה האחד עד אחר שלשים הא צריכה גט מהשני ובלא"ה פסולה לכהונה ועל כרחך דימותו שניהם וא"כ התנאי בטל ובהדיא אמרינן במסכת יבמות דף כ"ו ע"ב דלמיתה דתרי לא חיישינן ומכ"ש בחשש כרוז לכהונה בלבד דיש לומר למיתה לא חיישינן ולא קשה מידי.

אמנם בגוף הדין נראה לי כפי הנראה מדבריו פרק י' מהלכות גירושין הלכה א' עיי"ש

בהראב"ד בהשגתו דס"ל להרמב"ם בשלמא בחלוצה דאינה פסולה לכהונה מן התורה רק גזרה דרבנן בזו שפיר יש לטעות ויאמרו חלוצה מותרת לכהן והתירו הפרושים את הדבר ולכך אתה צריך כרוז לכהונה משא"כ בגט דקרי בי רב הוא דגרושה אסורה לכהן חס ושלום לומר דיטעו ויאמרו גרושה מותרת לכהן וליכא כאן טעות כלל ואין צריך כרוז זה מה שנראה לי בדעת רבינו ונכון הוא לענ"ד ועוד אפשר לומר אי תנאה הוי יכול למחול התנאי ולומר איני רוצה להמתין וקידושין תיכף יחולו וא"כ כשנותן גט הוי כמבטל התנאי ודעתו שיחולו הקידושין תיכף וגם הגט וא"כ אין כאן כרוז לכהונה. לכן נראה לי דרשב"א דכתב בתשובה דקודם זמן התנאי לא יגרש אזיל לשיטתו דהר"ן בפרק המדיר גבי קידש על תנאי וכנס סתם כתב בשם הרשב"א דס"ל דכל תנאי שאינו תלוי בהנאת ממון אינו יכול לבטל אחר הקידושין א"כ שפיר כתב לשיטתו אמנם לפי מה שכתב הרמ"א בסימן ל"ח סעיף ל"ז שיכול להוסיף על הזמן שקבע לקידושין או לגרוע א"כ בנתינתו גט גליא לדעתו דמבטל לתנאו ורוצה בקידושין שיחולו תיכף כדי שיחול הגט תיכף ואתי שפיר.

והנה במה שכתב הרב בכ"מ דהרמב"ם ס"ל דאף רבי יוחנן דאמר קידושין תופסין בכולן משום דקמא רווחא שבק לדבתריה הוא רק קידושי ספק נראה לי דיש קצת ראיה לדבריו מהא דתנן חמש עשרה נשים פוטרות צרותיהן ולא קתני שש עשרה כגון שקידשה אחיו במעכשיו ולאחר ל' יום ובא אחר וקידשה ג"כ ומת אחיו והרי צרתה צרת ערוה דאשת איש כמ"ש הרשב"א והר"ן בהך דהוי צרתה צרת ערוה ואף דאחר יכול לגרשה אח"כ מה בכך דהא בשעת נפילה היא צרת ערוה ופוטרת צרתה וצרות צרותיה וכו' (ועיין במסכת גיטין דף פ"ב ע"ב בתוס' בד"ה אפילו וכו' שהביא בשם הירושלמי קושיא כזאת על ר' אלעזר דהתם והתירוץ של הירושלמי דהתם שאם ירצה יתרנה ליבם וכו' לא שייך כאן) (ד) ועל כרחך צריך להיות דגם לרבי יוחנן לאו קידושי ודאי הן ואינו פוטרת צרותיהן מן החליצה ולכך לא קתני ליה.

(ד) אמר המגיה לפי פירוש הראשון דשם שפירשו התוס' תירוצו של ירושלמי דיש חילוק בין היכא שהתורה אסרתה עליו ובין היכא שהוא אסרה ע"י תנאי כמו כן יש לומר ולתרץ לרבי יוחנן א"כ אין כאן הוכחה דלא הוי קידושי ודאי אבל כוונת הרב המחבר בזה דלהרמב"ם יש לומר דהוא ס"ל פירוש הירושלמי הוא כפירוש השני של תוס' והוכיח שפיר מכח קושיא זאת דלר' יוחנן הוי רק ספק קידושין וזה מדוקדק נמי בלשון המחבר שכתב דיש קצת ראיה לדבריו כוונתו דראיה גמורה אין כאן כיון שיש לפרש נמי כפירוש ראשון של תוס' ואין כאן הוכחה.

הלכה טז

האומר לחבירו וכו' והוכר העובר הרי זו מקודשת. עיין במ"מ ובכ"מ ולח"מ ובאמת לכאורה נראין הדברים כמו שכתב הלח"מ וכן משמע דברי הכ"מ בהלכות תרומות פרק ה' הלכה ט' דהא דאמרינן בגמרא במסכת קידושין דף ס"ב ע"ב דבהוכר עוברה מקודשת לכו"ע הרצון בזה אפילו לחכמים דס"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דבהוכר העובר הוי כתבואה שהביאה שליש דהוי בא לעולם ודלא כפירוש רש"י ותוס' שם אך האמת הוא לפי פירוש הרמב"ם במשניות היתה גרסתו במשנה ואם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר עוברה דבריו קיימין וכן הוא הגירסא בכל משניות שלפנינו זולת במשניות שבתלמוד ירושלמי שנחסר ממנו בבא זאת ולפי גירסותינו על כרחך היתה להם גירסא אחרת בגמרא בשקלא וטריא דלא כגירסותינו בגמרא כי לגרסותינו בגמרא משמע דהך מילתא דאם היתה אשת חבירו מעוברת רב חנינא אמרה והגמרא מפלפל ביהומוקי ליה בהוכר עוברה וא"כ על כרחך גירסא אחרת היתה לו להרמב"ם בגמרא וכיון דאנו לא ידענא ליה האיך היתה גירסתו בגמ' אין כאן מקום קושיא על הרמב"ם. אמנם כבר כתבתי לעיל כי בפירוש המשנה כתב הרמב"ם דהך דמקודשת בהוכר עוברה הוא מטעם חומרא דאשת איש עיי"ש ולכך פסק בהלכות תרומות דאין יכול להפריש רק בתבואה שהביאה שליש וכן בהלכות זכיה כתב הרמב"ם וכן כתב בשו"ע חו"מ דהמזכה לעובר לא קנה וכן המוכר ולד פרתו אינו מכור ולא מחלקינן בין הוכר העובר ללא הוכר דמדינא ודאי הוי דבר שלא בא לעולם רק מחומרא דאשת איש חשבינן ליה כילוד ואתי שפיר.

הלכה יז

האומר לאשה וכו'. עיין במ"מ שדחק למה לא פסקו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש כרב אשי במסכת קידושין דף ח' ע"א דאמר מונה והולך שאני ונראה לומר דס"ל דלקמן דף מ"ז ע"א מוקמינן פלוגתא המקדש במלוה אי מקודשת או לא באומר התקדשי לי במנה ונמצא מנה חסר דינר מר סבר כסיפא לה מילתא למתבעי ומר סבר לא כסיפא לה ולפי זה קשה איך ס"ד דברייתא מיירי במנה סתם רק מונה והולך שאני א"כ מה אפילו בדינר האחרון חוזר דהיינו שאינו חסר אלא דינר מה אפילו אדרבה בחסר דינר יותר מסתבר דאינה מקודשת דכסיפא לה למתבע ובחסר יותר לא כסיפא לה וא"כ אין כאן אפילו ועל כרחך צ"ל דבמנה זו מיירי ובזה שפיר שייך לשון אפילו דהו"א סברית וקבלית דדרך המנה לחסור בו דינר כמ"ש הר"ן להדיא ורב אשי דתירץ כן אפשר דמוקי לקמן פלוגתייהו במקדש במלוה גופיה אי מקודשת בו כמ"ש הר"ן אבל לרב נחמן ורב

הונא דמוקי פלוגתייהו בנמצא חסר דינר דכסיפא לה מילתא על כרחך דליתא לדברי רב אשי דמה אפילו יש כאן רק מוקי לי במנה זו דשייך לשון אפילו והא דפסקו במנה סתם אפילו חסר דינר מקודשת אע"ג דכסיפא לה למתבעי דהשתא ליכא למימר כהוכחת הרמב"ן דהלכתא כיש אומרים דמקודשת מדקתני בברייתא דכאן במנה זה ונמצא חסר דינר דאינה מקודשת ולא קתני במנה סתם דהא כתבתי שהמה סוברים כסברת הר"ן דבמנה זו יש רבותא טפי דסד"א דדרך המנה להיות לפעמים חסר ולפי"ז אין כאן הוכחה דהלכתא כיש אומרים כמ"ש הר"ן להדיא בזה י"ל דגירסתם היתה כגירסת הרא"ש דתנא קמא ס"ל דמקודשת והלכה כתנא קמא ואתי שפיר.

הלכה יח

אמר לה הרי את מקודשת לי בבגדים אלו וכו'. עיין במגיד משנה שכתב דרבינו הרמב"ם ורש"י מחולקים לרב יוסף דאמר במסכת קידושין דף ז' ע"ב לא סמכה דעתה אי אינה מקודשת כלל או הכוונה דלכתחילה בעינן השומא קודם קידושין אבל אם לא שמו אותם קודם קידושין רק אחר כך מ"מ מקודשת וכתב המ"מ כיון דקי"ל כרבה ולא כרב יוסף אינו נפק"מ במחלוקת הזה ותמה הבעל לח"מ דהא נפק"מ לדברים שאינם שיראי ואין האשה מחמדתן דמודה רבה לרב יוסף כמ"ש המ"מ גופיה לדעת הרמב"ם וא"כ יש כאן נפק"מ רבתא לדינא אם אינה מקודשת כלל או עכ"פ היא מקודשת בשמוה לאחר קידושין וכמו שכתב הר"ן באמת ועיין בכסף משנה. ונראה לי דדברי המ"מ נכונים דהנה הלח"מ כתב דהרמב"ם יליף הך דינא דמקודשת אפילו לרב יוסף אם שמו אותן אחר קידושין מכח קושיית התוס' שם בד"ה ורב יוסף אמר וכו' מהא דאמרו חכמים שמין את הנייר אם יש בו שוה פרוטה וכן מה שהקשו התוס' דף ח' בד"ה אף שוה כסף וכו' מהך דקידש בזוודא דאורדא יתיב רב שימי וקא מעיין ביה אי אית ביה שוה פרוטה ולכך ס"ל לרמב"ם דאפילו לרב יוסף לא קאמר רק לכתחילה צריכן לשומא קודם קידושין אבל אם נשומו אף לאחר הקידושין מקודשת עכ"פ ולא קשה קושיית התוס' עכ"ל. ובאמת לא הבנתי דבריו דהא ללישנא קמא לא קשיא כלל קושיית התוס' דהא ללישנא קמא מודה רב יוסף בכל דהוא דאין צריך שומא קודם קידושין והתם בהאי דשמין את הנייר ובהך דזוודא דאורדי לא אמר בחמשין וכמו שכתבו התוס' להדיא בד"ה ורב יוסף אמר דמהאי דשמין את הנייר לא קשיא ללישנא קמא וכן מה שהקשו התוס' מהא דזוודא דאורדי הוא דוקא ללישנא בתרא ולכן ציינו תוס' דבריהם במילתא דרב יוסף אף שוה כסף דקיץ (ה).

אמנם נראה דראיית הרמב"ם הוא כך דודאי מה שכתב הלח"מ דהא דאמר רב יוסף

מנא אמינא לה דתניא עגל זה לפדיון בני טלית זה לפדיון בני וכו' הוא ללישנא בתרא דללישנא קמא דאזלינן בתר סמיכת דעת לא הוי סייעתא דבכהן לא נפק"מ בסמיכת דעת וכו' הוא נגד דעת התוס' דכתבו להדיא בד"ה מנא אמינא לה וכו' דדוקא ללישנא קמא מייתי לסייעתא אבל לא ללישנא בתרא כמ"ש מהרש"א דגבי פדיון לא שייך בכל דהוא רק בדאמר בחמשה סלעים עיי"ש. אמנם מכל מקום ודאי דלהרמב"ם דס"ל דדוקא בשיראי פליגי אבל בשאר דברים מודה רבה לרב יוסף דצריך שומא א"כ ליכא סייעתא לר"י ללישנא קמא דהא בפדיון מודה רבה לר"י דצריך שומא רק על כרחך דסייעתא ללישנא בתרא ואף דהתוס' כתבו דללישנא בתרא לא הוי סייעתא דבפדיון לא שייך כל דהוא וכמו שפירש מהרש"א היינו לגירסת התוס' דלא גרסו בלישנא בתרא בכל דהוא נמי פליגי רק בכל דהוא פליגי וא"כ ליכא כאן סייעתא כמ"ש מהרש"א משא"כ הרמב"ם גרס כגירסא דידן בכל דהוא נמי פליגי וא"כ הסייעתא הוא ללישנא בתרא והוא דאף דרבה מודה בשאר דברים היינו דלא סמכה דעתה אבל לא קייצי לא ס"ל דהא בכל דהוא ס"ל לרבה דמקודשת אף דלא קייצי ולפי זה מקודשת עכ"פ אף בשאר דברים אם שמו אותם אחר קידושין וא"כ סייעתא דרב יוסף הוא כך דהתם קתני לא אמר כלום דמשמע לעולם אפילו שמוהו אחר הפדיון דלישנא לא אמר כלום משמע כן כמ"ש הלח"מ ועוד דקתני סיפא טלית זה בחמש סלעים בנו פדוי והיינו דכבר שמו אותו בחמש סלעים קודם הפדיון כמ"ש הרשב"א. וקשה מה קמ"ל אי לא בעינן דקייצי הא אפילו בסתם בנו פדוי אם שמו אותו אחר הפדיון מכ"ש זה שכבר הוא נישום ועומד קודם הפדיון בשלמא לדידי אף לאח"כ אינו פדוי בסתם כיון דלא קייץ ולא תליא מידי בשומא אח"כ משא"כ לדידך הגם דמודה אתה בשאר דברים דצריך לכתחילה שומא קודם הפדיון מ"מ לדבריך דלא בעינן מידי דקיץ הרי הוא פדוי עכ"פ אם שמו אותו לאחר הפדיון ואמאי לא אמר כלום אם שמו אותו עכ"פ לאחר הפדיון ושפיר מייתי סייעתא.

ומזה נראה לו להרמב"ם ראייה דאף דהיכא דאמרינן לא סמכה דעתה היינו דצריך לכתחילה שומא קודם קידושין אבל אם שמוהו לאחר הקידושין מקודשת עכ"פ דאלו לדעת רש"י מה מייתי רב יוסף סייעתא מפדיון דהא בשאר דברים מודה רבה כדדייקינן מהא דאמרינן והלכתא שיראי וכו' דמשמע דדוקא שיראי וראיית הרמב"ם מוכרחת. אמנם לדעת רש"י דס"ל דכל היכא דצריך שומא אם שמו אותו לאחר קידושין אינה מקודשת על כרחך דס"ל דשיראי דאמרו לאו דוקא דה"ה לכל מיליה אמר רבה דאין צריך שומא דהשתא מייתי רב יוסף שפיר סייעתא מברייתא דהוי כאומר בחמשין ולרבה בנו פדוי אפילו בשאר דברים ואתי שפיר. ולפי זה צדקו דברי המ"מ דלדינא לא נפק"מ

דממה נפשך אי אמרינן כדעת רש"י דלרב יוסף אינה מקודשת אף אם שמוהו לאחר קידושין מ"מ הא אנן קי"ל כרבה וכבר הוכחתי דלרש"י אף בשאר דברים ס"ל לרבה דסמכה דעתה ואי כדעת הרמב"ם דבשאר דברים מודה רבה מ"מ הא ס"ל להרמב"ם דאף למ"ד דצריך שומא לכתחילה קודם קידושין מ"מ אם שמו אותן לאחר קידושין מקודשת בכולן וא"כ בשאר דברים מקודשת לאחר השומא אליבא דכו"ע בין לרש"י ובין להרמב"ם ונכונים וברורים דברי המ"מ.

(ה) אמר המגיה כוונת הרב דודאי ללישנא בתרא דבעי רב יוסף מידי דקיץ ליכא למימר דצריך שומא קודם קידושין אבל אם שמוהו לאחר קידושין דמקודשת דודאי זה ליתא כדמוכח מהסיועות שהביא רב יוסף וכמו שכתב הרב המחבר בפירוש לקמן רק ללישנא קמא יש לומר כן רק מ"מ אין לזה הוכחה כיון דלא קשה ללישנא קמא שני קושיות התוס'.

אמנם לפי מה שכתב מהרש"א בדעת התוס' דגבי פדיון הבן דבעי חמשה סלעים לא שייך כל דהוא דהוי כאומר לו בחמשה סלעים משא"כ בקידושין שייך כל דהוא דלפחות הוא שוה פרוטה כמ"ש רש"י א"כ הנותן קידושין בסתם הוי כאומר בשוה פרוטה דמה לי חמשה סלעים בפדיון ומה לי פרוטה באשה וא"כ קשיא לי לדעת הרמב"ם הא דקי"ל כשמואל קדשה בתמרה חוששין שמא שוה פרוטה במדי דמה בכך הא אפילו בדבר ששוה פרוטה בכאן צריך שומא בדבר שאין שומתן ידוע לדעת הרמב"ם מכ"ש בזה דשומתן רחוקה והמקדש בתמרה סתם הוי כאומר התקדשי לי בפרוטה וכיון דדבר ספק הוא אם שוה פרוטה במדי הוי כמו התקדשי לי בחמשין והדבר ספק אם שוה חמשים דצריך שומא לבר משיראי לדעת מהרש"א דבשלמא לשיטת התוס' דס"ל דהא דחוששין שמא שוה פרוטה במדי הוא רק חומרא וגזירת חכמים מפני מראית עין דאחד מאנשי מדי הרואה יחשוב דאינה מתקדשת בפרוטה אפילו בדבר ששוה פרוטה בשופי מבלי צורך שומא אתי שפיר משא"כ לדעת הרמב"ם דס"ל דמתקדשת מדינא דשמא שוה פרוטה במדי כמ"ש מפרשיו קשיא ועל כרחך צריך להיות דלית ליה כדעת התוס' רק כדעת הרשב"א דס"ל בחידושיו דהך בפדיון הוי כאומר בכל דהוא וצריך לומר דתליא באמירה כמ"ש הרשב"א או אפשר דכי אמרינן לא סמכה דעתה היינו במה שהוא נותן לה יותר לקדושיה כפי המגיע לה דאשה מתקדשת בשוה פרוטה והוא אומר בחמשין לא סמכה דעתה משא"כ באומר בפרוטה סמכה דעתה ולא מטעם דלפחות הוא שוה פרוטה כמ"ש רש"י רק הואיל ואין קידושין בפחות משוה פרוטה סמכה דעתה דודאי יתן לה שוה פרוטה דהא רצונו לקדשה לו וא"כ בחמש סלעים לפדיון הבן אף דאמר

לפדיון הבן חמש סלעים מ"מ כיון דאין פדיון בפחות מחמשה סלעים סמכה דעתו של כהן דודאי שוה חמש סלעים והוי כאומר בכל דהו וזה ברור לענ"ד בדעת הרשב"א וכך יש לומר בדעת הרמב"ם ולא קשה הנ"ל.

אמנם הרב מהרי"ט בחידושיו וכן הסכים עמו הרב בבית שמואל סימן ל"א ס"ק א' דבהנך דברים שצריכן שומא דהיינו בשאר דברים שאין האשה חומדתן דכתבו דהך דיוקא דדייק הר"ן מדברי הרמב"ם דתהא עכ"פ מקודשת אם נשומו אחר הקידושין ליתא להך דיוקא ויש לדחות אותו עיי"ש. ובאמת הדברים נוטין בכוונת לשון הרמב"ם כמ"ש המ"מ והר"ן ז"ל אמנם לדבריהם יהיה נשאר בקושיא על הרמב"ם הא דפסק פרק ב' מהלכות עבדים מכסף מקנתו דקונה בכסף ולא בתבואה וכלים וסתם הדברים ואלו לרבה דקי"ל כוותיה דאין צריך שומא מוקי ליה בגמרא האי דתבואה וכלים דוקא באין בו שוה פרוטה דסד"א דלא בעי שוה פרוטה כיון דמקריבה הנאתיה וכמ"ש הלחם משנה דדא מילתא צריך עיון גדול בדעת הרמב"ם להבין דבריו ולפי דעת מהרי"ט הנ"ל דברי הרמב"ם עולים כהוגן דהוקשה לו להרמב"ם אהא דאמרינן בגמרא לקמן דף ט' ע"א והלכתא שיראי לא צריכא שומא למה ליה לסתם גמרא למימר הלכתא ועל כרחך דאמר כן למעוטי שאר דברים שאין האשה חומדתן ואלו גם רבה אמר דוקא שיראי הוי ליה למימר הלכתא כרבה ועוד דכל עיקר הלכתא דאתא לאשמעינן ללא צורך הוא דבלאו הכי הלכתא כוותיה לגבי רב יוסף אלא ודאי דרבה אמר למילתיה בכל מילי דסמכא דעתה רק סתמא דגמרא מכריע דבשיראי הלכתא כוותיה דרבה ולא בשאר מילי דלית לן הלכתא כוותיה ולכך אי אפשר ליה לגמרא לסמוך אהאי כללא דהלכתא כרבה דהא רבה בכל מילי קאמר.

ובזה ניחא דהביא רב יוסף כמה סייעתות לדבריו דמזה נראה דהלכתא כוותיה כמ"ש התוס' דף ט' בד"ה והלכתא שיראי וכו' ולדעת התוס' שם אשמעינן הלכתא דלדידן כל הנך סייעתות מופרכים ולפי מה שכתבתי בדעת הרמב"ם דבשאר דברים לא קי"ל כרבה והלכתא אתא לאשמעינן דבזה קי"ל כרב יוסף וכל הנך סייעתות שהביא רב יוסף הם קיימים אליבא דהלכתא ומהתם מוכח דאפילו נשומו אחר הפדיון או הקידושין לא מהני ולפי זה הא דמביא רב יוסף ראיה מכסף מקנתו למעט פירות וכלים הוא להביא ראיה נגד דעת רבה דס"ל דבכל מילי לא בעי שומא ומתרץ לרבה בגמרא בשנוי דחיקי באין בו שוה פרוטה אבל לדידן דדוקא בשיראי קיי"ל כרבה אבל בשאר מילי לא כו"ע מודים דבשאר דברים בעי שומא ויפה פסק הרמב"ם שם דאף ביש בו שוה פרוטה בתבואה

ובכלים אין פודין בו מהך דכסף מקנתו וא"כ עכ"פ מוכח מפסק הרמב"ם דשם כדעת מהרי"ט דאף אם נשומו אחר הפדיון לא מהני ואתי שפיר.

הלכה יט

איש ואשה וכו'. דברים אלו הובאו בשו"ע סימן כ"ט סעיף ח' וכתב הבית שמואל ס"ק כ"א אבל אם היה קציצה ביניהם ליתן לה מנה או מאתים ואח"כ חזר אחד מהם ואחר זה תבע צד השני וקידשה אמרינן מסתמא על דרך קציצה ראשונה אומר ולא למלאות רצון השני כמ"ש בהגהת שו"ע בחו"מ סימן רכ"א עכ"ל ובאמת יש לחלק דעיקר הדין דשם נלמד מפרק האומנין דהשוכר את הפועלים ליתן ד' וזל המלאכה וחזר בו בעל הבית ואזל פועל ופייסו לבעל הבית דצריך ליתן לפועלים ד' זוז וממנו למדו הרמב"ן ונמוקי יוסף דין זה שהובא שם ברמ"א דאם היה קציצה בין המוכר והלוקח וחזר אחד וחזרו ומשכו סתם אמרינן ודאי על קציצה ראשונה קנו משום דבפועלים יש על החוזר תערומות כמ"ש שם הסמ"ע ובמקח וממכר ברייתא שלימה היא החוזר בדברים אין רוח חכמים נוחה הימנו אבל באשה לא שמענו שיהיה מחוסר אמנה כשחוזרים בקציצה מבלי להתקדש לו במנה ואינו בכלל שאין רוח חכמים נוחה הימנו ואם כן לא שייך האי טעמא דאדעתא דקציצה ראשונה עבדינן והדבר צ"ע.

הלכה כ

העושה שליח. עיין במשנה למלך שנסתפק בהעושה שליח ושליח קידש קידושין שאין מסורים לביאה אי המשלח יכול לומר אדעתא דהכי לא שדרתיך ואין לך שינוי גדול מזה וכן מסתבר שאינה צריכה גט אבל ראיתי שם במשנה למלך שהביא ראיה לאסור בלא גט מהא דמסכת קידושין דף נ"ב ע"א דתני טביומי לזה חמשה בנים ולזה חמשה בנות ואמר אחת מבנותיך מקודשת לאחד מבני כל אחת ואחת צריכה חמשה גיטין הרי גם בממנה שליח אמרינן דקידושין שאינם מסורים לביאה הוי קידושין דהא התם הבנים שוויוהו לאב שליח ואין מכאן ראיה לפי מה שכתבו הפוסקים דאם המשלח עומד ואמר אין אני מקפיד בזה הוי שליחותו שליחות א"כ גם כאן יש לומר דמיירי דהבנים נתרצו למעשה אביהם או שהיו עומדים במעמד קידושי אביהם ונתרצו למעשיו דכו"ע מודים דמהני וכל עיקר כוונת הברייתא להודיע דקידושין שאינם מסורים לביאה הוי קידושין ונראה ראיה דיכול למחול אח"כ אפילו לא עמד שם בשעת מעשה מהא דמסכת קידושין דף מ"ח ע"ב דהוי ס"ד בגמרא לאוקמי הא דתנן בדינר של כסף ונמצא של זהב דאמר לשלוחו הלויני דינר של כסף לקדש בשבילו אשה והלוה לו דינר של זהב דת"ק סבר דאשה מקפדת וזה ודאי דיכול הבעל לומר איני רוצה ליתן לה של זהב לקידושין ואין

שינוי גדול מזה ולא יהיה זה פחות מהאומר תן לה בשמאל ונתן לה בימין וא"כ מה איריא דהיא מקפדת הא בלא"ה אין קידושיו קידושין ועל כרחך צריך להיות דמצדו ליכא קפידא דהוא נתרצה אח"כ למעשה השליח ולכך כל הקפידא מצד אשה המקבלת ועיין בריטב"א (ו).

ובהגהת למשנה למלך שם הביא ראיה מהא דתנן במסכת קידושין דף ס"ד ע"ב המקדש בתו סתם אין הבוגרת בכלל ומפורש בגמרא כגון דשויתיה לאביה שליח ומשום דלא שביק אינש מצוה דרמיא עליה וכו' ואמאי איצטרך להאי טעמא תיפק ליה דהבוגרת לא עשוהו שליח לקבל קידושין שאין מסורין לביאה עכ"ל ואין משם ראיה דהא דמשני כגון שאין לו אלא בוגרת וקטנה אליבא דמ"ד קידושין שאין מסורין לביאה לא הוי קידושין קיימינן וא"כ שפיר שויתיהו שליח דאי הוי קידושין שאין מסורין לביאה לא היה קידושין ואין כאן קלקול שליחות וא"כ הו"א דאף הקטנה אינה מקודשת דהא הוי שאין מסורין לביאה קמ"ל דאין הבוגרת בכלל אבל למסקנא דקי"ל דקידושין שאין מסורין לביאה הוי קידושין יש לומר באמת דלכך אין הבוגרת בכלל מטעם קלקול השליחות וקמ"ל דיוקא דשאר בנות בכלל אף דהוי קידושין שאין מסורין לביאה כס"ד בגמ' בהקושיא.

(ו) אמר המגיה דברי המחבר לכאורה תמוהים דהא במסכת קידושין דף מ"ח ע"ב אמרינן בהא דאמר לשלוחו הלוני דינר של כסף וכו' דמר סבר קפידא מפרש שם רש"י בהדיא דמשום הקפידא דבעל הוי שליח שינה בשליחתו ומה זה שהקשה הרב דתיפוק ליה משום שינוי השליחות אבל באמת כוונת הרב בזה לתרץ קושיית הריטב"א שהקשה אמאי מקודשת לר' שמעון דודאי הוי קפידא דבעל בזה דשינה השליח על כן מפרש הרב המחבר דמיירי שנתרצה אח"כ למעשה שליח רק ת"ק סבר דקפידא דאשה הוי דכיון דהוא אמר תחילה ליתן כסף מסתמא ידע דניחא לה בכסף ולכך נקט בגמרא אשה פלונית ור"ש ס"ל מראה מקום וכו' וזה כוונת המחבר מש"כ ועיין בריטב"א היינו משום קושייתו הוצרך לפרש דלא כפי' רש"י ז"ל.

הלכה כג

המקדש על תנאי וכו'. מדכתב רבינו דחוששין שמא ביטל התנאי בשעת כניסה ובעילה מוכח מלשונו דס"ל אם התנה בפירוש התנאי בשעת בעילה תנאו קיים וכן הביא הבית שמואל בשם הגהת אשרי בשם מהרי"ח סימן ל"ח ס"ק (נ"ז) [נט] וכן משמע במסכת כתובות דף ע"ג ע"א בתוס' בד"ה אלא וכו' דכתבו בסוף דבריהם ולא עביד תנאי לסתור קידושין אלא משום כתובה עכ"ל הרי דס"ל דהיכי דפירש תנאו לסתור ולעקור הקידושין

הוי תנאי אם מתנה בשעת בעילה. איברא השלטי גיבורים כתב והביאו הבית שמואל שם דאפילו מתנה בפירוש בשעת בעילה לא מהני דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וכן נראה מדעת התוס' דף ע"ד ע"ב בד"ה ממאנת דטרחו למצוא קידושי טעות לשמואל להבין מתניתין ביבמות דף ק' ותירצו דיש לומר בדוחק דהוי מוקי לה כגון שפירש בהדיא שאינו בועל לשם קידושין עכ"ל זהו דחשיב ליה להתוס' לדוחק דמתניתין תהא בכה"ג דבועל בפירוש לשם בעילת זנות אמנם למה לא פירשו בפשיטות דאף בשעת בעילה התנה ואדעתיה דתנאי בעל והוי קידושי טעות אלא ודאי דס"ל להתוס' דכל זה אינו מועיל ואמרינן דחזקה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובודאי מבטל תנאו זולת דפירש להדיא דבועל לשם זנות וא"כ לכאורה דברי התוס' סותרים זה את זה.

ולכן אפשר לומר דלעיל למילתא דאביי דס"ל דאפילו בבעל פליג שמואל ואמר דאינן קידושין א"כ פלוגתא רחוקה לא משוינן על כן אמרינן דלרב עכ"פ בבעל על תנאי בפירוש לעקור הקידושין לא הוי קידושין רק היכא דאיכא למימר דהתנה משום כתובה דהא עיקר פלוגתא דרב ושמואל אי בעל לשם תנאי הראשון אבל ודאי היכא דבעל בפירוש לתנאי כו"ע מודים דתנאו קיים משא"כ לדעת עולא לקמן דבבעל כו"ע מודים וס"ל לשמואל נמי דהוי קידושין רק בכנס פליגו ועל כרחך ס"ל דאדעתיה דתנאי הראשון כנס ומ"מ ס"ל בבעל דצריכא גט ש"מ אפילו התנה בפירוש אמרינן אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות דהא לשמואל הוי סתם כמפרש דהא ס"ל בכנס לא אמרינן אחוליה אחלה לתנאו ש"מ דעל תנאי הראשון הוא עושה ומ"מ אמרינן בבעל דצריך גט א"כ הוא הדין למתנה בפירוש בשעת בעילה מטעם שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות דמאי שנא ואין כאן פלוגתא רחוקה בין רב ושמואל דבזה כו"ע מודים. ובזו יש לכוון דעת התוס' דלא יהיו סותרים אהדדי וכן מהך דיבמות בריש פרק בית שמאי דף ק"ז דקאמרינן אין תנאי בחופה ואין תנאי בנשואין ולכך אין נשואה ממאנת לבית שמאי דלא יטעו לומר דיש תנאי בחופה ובנשואין ואי דבמתנה בפירוש יש תנאי אין כאן חשש דהרואה שיוצאת בלא גט יאמר דהתנה בפירוש ועל כרחך צריך להיות דבנשואין לא מהני תנאה לרב כלום וזהו לעולא דכוותיה אתיא הך טעמא דאמרינן שם בגמרא פרק ב"ש כמ"ש התוס' שם להדיא בד"ה אמר רב יהודה אמר שמואל וכו' ובכתובות דף ע"ג בד"ה לא תימא דהך אוקימתא דיבמות אתיא כעולא ולכך אליבא דעולא אתי שפיר דאפילו תנאי בפירוש אינו מועיל אבל אליבא דאביי בלא"ה לא אתיא שפיר הך סוגיא דיבמות כמ"ש התוס' ולדידיה שפיר אמרינן דבהתנה בפירוש מהני תנאה לבטל הקידושין ואתי שפיר.

ולכך הגהת הרא"ש נמשך לדעת אביי והרא"ש נמשך לדעת עולא דכוותיה פסקו הרי"ף

והרמב"ם וכן משמע בפרק קמא דיומא דף י"ג דאמרינן דכהן הגדול כניס ליה ומגרש על תנאי אשתו האחרת שמזמינים ליה ולא אמרינן דמקדש לה על תנאי ומה לנו להכניס אותנו לגירושין ולפסול אשה מכהונה וגם נייתר שלא תקשה לן כמה קושיות שהקשה שם בגמרא אם נאמר לקדש על תנאי אלא ודאי כיון דהתם על כרחך כניס לה אין תנאי בנשואין אפילו במפרש להדיא לשם תנאי והדברים עתיקין.

והנה הרא"ש ז"ל נחלק עם הרמב"ם בתרתי דס"ל להרא"ש דדוקא בבעל סתם אבל כנס סתם ולא בעל לא מחל לתנאו דשעת קידושין ואף בבעל סתם בעי עדי יחוד לביאה והא בהא תליא דכיון דצריך עדי יחוד לביאה ס"ל דלא חלין קידושין ראשונים משו"ה בעינן עדים עכשיו כי היכא דלהוי קידושין לפני עדים ופשיטא דכניסה בלי בעילה לא מהני דאין חופה קונה. והקשו נושאי כלי הטור על הטור דבסימן ל"ח העתיק דברי הרמב"ם מבלי חולק דכנסה סתם מקודשת ובסימן ל"ט בתנאי על מנת שאין לה מומין ונדרים העתיק דברי הרא"ש בסתם דדוקא בבעל סתם ועדי יחוד בעת בעילה אז היא מקודשת ודחקו עצמן במאוד בהבנתו עד שהרב בבית שמואל הניח הדבר בצ"ע. ונראה לומר לפי מש"כ הרא"ש בתשובה כלל ל"ה דין ח' הסכים עם הרמב"ם להדיא ולכאורה נראה שסותר דבריו מה שכתב בפסקיו.

ולכן נראה כי הטעם שכתב הרא"ש בתשובה הנ"ל שחידוש הוא שיהיה כח בתנאי לסתור מעשה רק ילפינן זאת מתנאי בני גד וראובן ולכך בעינן דומיא דהתם תנאי כפול והן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה ויתר משפטי תנאי ולפי זה אין לך בו אלא חידושו והבו דלא לוסיף עליה לומר שלא יהיה כח בידו לסתור התנאי ואתא דיבור ומבטל דיבור והמעשה נשאר קיים בתקפו עיי"ש שהאריך. ולמדנו מדבריו דהיכא דמעשה לולי התנאי היה לו קיום הוא דאמרינן אתא דיבור ומבטל דיבור אבל במקום שהמעשה אין לו קיום בעצמותו ואין צריך לא לתנאי כפול ויתר משפטי תנאי פשיטא דאין כח בידו לבטל התנאי ולחדש למפרע קיום המעשה מה שכבר בטל ועומד.

ולפי זה יש חילוק גדול בתנאים דהמתנה על מנת שאני כהן וכדומה דלולי התנאי היה קיום למעשה בזה בעינן כל משפטי תנאי בני גד ובני ראובן והוא חידוש ואין לך בו אלא חידושו ויכול לבטלו ואתא דיבור ומבטל דיבור משא"כ המתנה בתנאי שלא יהיו עליה נדרים או מומין בזה לולי התנאי ג"כ המעשה בטל דאנן סהדי דאדעתיה דהכי לא קידש כלל וכדאמרינן שם בגמרא דף ע"ג ע"ב בקדשה סתם וכנסה סתם גיטא נמי לא תבעי ומשני מדבריהם צריכה גט ואפילו למ"ד שם דספוקי מספקיה ליה היינו מדבריהם דהא אמרינן דלכך אין ארוסה אוכלת בתרומה משום סמפון ואלו בנמצא סמפון גופיה ספיקא

דאורייתא הוי א"כ הרי כאן ספק ספיקא ספק ימצא סמפון ספק לא ימצא ואם תמצא לומר ימצא ספק מקודשת אלא ודאי דמדאורייתא אין כאן קידושין ומכ"ש בארוסה בלתי נשואה כמ"ש הר"ן דבארוסה לא מבואר בגמרא דהיא ספק מקודשת והך ספיקא דמספקא לן הוא כמ"ש רש"י והר"ן דאולי אינו מקפיד במומין ונדרים וכל זה בסתם אבל זה שהתנה בפירוש בשעת קידושין גלי דעתיה דגברא דקפיד הוא וא"כ לפי דעתו ודאי דאף בלי תנאי המעשה בטל בעצמותו ולא צריך לא לתנאי כפול ולא לשום תנאי מהתנאים שבבני גד ובני ראובן משום דהמעשה בעצמותו בטל וא"כ כיון דאין זה דומה לתנאי בני גד אף כאן לא אמרינן דאתי דיבור ומבטל דיבור כיון דהמעשה בטל בעצמו וא"כ דל תנאי מהכא הרי המעשה בטל בעצמו כל מחילתו הוא לבטל התנאי כמ"ש הרא"ש דאתי דיבור ומבטל דיבור וכאן אף דליכא תנאי המעשה בטל בעצמו וזה ברור דאין יכול אח"כ לקיים המעשה למפרע מה שהיה בטל בעצמותו בלי תנאי משא"כ אם המעשה הוא בעניין דאם לא היה התנאי היה המעשה קיים בעצמותו רק דהתנאי מבטלו בזו אמרינן דאתי דיבור ומבטל דיבור וזה ברור לענ"ד וצדקו דברי הרא"ש שבפסקיו ובתשובתו ודברי הטור דלעניין שאר תנאים פסק כהרמב"ם דיכול למחול ולבטל תנאו משא"כ גבי תנאי מומין ונדרים בהא אינו יכול לבטל תנאו שבקדושיו הראשונים רק צריך להיות כאן קידושין חדשים ולכך בעינן עדי יחוד בביאה שתתקדש בו ולכך לא מהני בכניס ולא בעל כיון דצריך קידושין אחרים וחופה אינה קונה.

ובזה יש לתרץ קושיית התוס' ביבמות ריש פרק בית שמאי דף ק"ז ובכתובות דהקשו לאביי דאמר בדלא בעל רק כניס לא אחלי לתנאו ואלו בפרק ב"ש אמרינן אין תנאי בחופה דלפי מש"כ ניחא דשם בקטנה על כרחך אינו תנאי דנדרים דקטנה לית לה נדרים ומום אין בה ומסתמא אם יאמרו הבריות דתנאי היה היינו תנאי בדברים אחרים ובזה ודאי דיכול למחול בכניסה לחוד ולכך אין תנאי בחופה משא"כ במסכת כתובות בפלוגתא דרב ושמואל דלא קאי בכל תנאים ואדרבה עיקר מילתייהו קאי אמתניתין דהיינו תנאי מומין ונדרים ובזה לא מהני מחילה בכניסה לבטל התנאי רק בבעל דאמרינן אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וגמר ובעל לשם קידושין אחרים.

אמנם עדיין צריך להבין למה בעינן להרא"ש עדי יחוד ולא סגי בכסף קידושין שנתן לה בעת קידושין מידי דהוי האומר הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום דמקודשת אפילו נתאכלו המעות דהני לאו למלוה ולאו לפיקדון דמי וא"כ הוא הדין הך כסף קידושין שנתן על תנאי וכן הוא בתשובת מהרי"ק בשם הרי"ף דכתב להדיא דלכך מקודשת משעה שבעל דמחל על תנאי וא"כ הוי המעות קידושין לקידושין ולכאורה היה מקום

לומר כדעת הר"ן דהא דאמרינן בנתן קידושין להתקדש לאחר ל' יום דמקודשת היינו משום דאי הבעל חוזר לא מהדרינן ליה כסף קידושין ואדעתיה דהכי נותנו משא"כ כאן בהמקדש על תנאי דאי לא נתקיים התנאי המעות חוזרין אם כן מתחילה הרי הוא ברשות הבעל והוי ליה מלוה ואינה מקודשת כלל.

אך הרא"ש גופיה כתב בתשובה הנ"ל במקדש לאחר שלשים יום דאף אם הוא חוזר המעות חוזר והא דנתקדשה אם נתאכלו המעות משום שבאו לידה בתורת קידושין והביאו גם הבית שמואל סימן מ' ס"ק ב' וא"כ עדיין קשה לדידיה למה צריך כאן עדי יחוד ולכך נראה לחלק דהנותן קידושין לאחר שלשים יום א"כ מתחילה היתה נתינה לשם קידושין רק אחר כך הרשות בידו לחזור וא"כ אף דיחזור מ"מ בתחילה היתה הנתינה בתורת קידושין משא"כ המקדש על תנאי נדרים ומומין ובאמת היו עליה נדרים ומומין א"כ באותו שעה היה הדבר בטעות כי באותו זמן כבר הי' עליה נדרים ומומין ולא בתורת קידושין באו לידה כלל והוי ליה מלוה מתחילתו אבל המקדש על תנאי שאח"כ כגון אם לא אבוא לזמן המוגבל דבנדון זה מירי בתשובת הרא"ש בזו לכתחילה באו המעות לידה בתורת קידושין רק אחר כך נתקלקל והוי כמו לאחר שלשים יום ולכך כתב הרא"ש שם דהמעות ניתן לקידושין וזהו הנראה לענ"ד.

פרק ח

הלכה ה

על מנת שאני צדיק וכו' שמא הרהר תשובה בלבו. עיין בלח"מ שהקשה א"כ פסולי עדות מחמת עבירה שהיה בפניהם קידושין ניחוש שמא הרהרו בתשובה ולא הבנתי קושייתו חדא דהא לעניין עדות קי"ל אף שחזר בתשובה אינו כשר עד שיעידו עליו בבי"ד וצריך (להיות) [לומר] דגזירת המלך הוא ואפילו החזיר הגזילה בניסן כל עדות שראה עד שהעידו עליו בב"ד בתשרי פסול הוא ועיין בחו"מ סימן ל"ד סעיף כ"ט ובסמ"ע וש"ך שם וא"כ אין ענינו לכאן ועוד דמה בכך דהרהרו בתשובה מ"מ בשביל זה אין הבי"ד מקבלין אותן לעדות ובערוה ילפינן דבר דבר דצריך להיות בפני עדים הראוים להעיד לפני בי"ד וזה פשוט ועיין תומים סי' ל"ד וסי' מ"ו ובמהרי"ק שורש פ"ה.

פרק ט

הלכה ב

קידש נשים רבות כאחת וכו'. עיין במ"מ ובלח"מ ועוד נראה לי דלפי מה שכתב רש"י במסכת קידושין דף נ"א ע"א דמשו"ה קני את וחמור לא קנה דהרי לא הקנה זה בלא זה ולפי זה נראה דהא דאמרינן בבבא בתרא דף קמ"ג ע"א דס"ל לרב נחמן דקנה מחצה הוי הטעם משום דאף דלשון קני את וחמור משמע שיהיו הקנינים תלוים זה בזה מ"מ כוונת הנותן היה ליתן לזה מחצה ולזה מחצה בלי תליית האחד באחר ולכך קנה מחצה וזהו דוקא בקנין ממון דאפילו ידים שאינן מוכיחות הויין ידים אבל בקידושין כיון דקי"ל ידים שאינן מוכיחות לא הוין ידים ולא אזלינן בתר הכוונה כי אם צריך לפרט בפה שמקדשה וא"כ לפי הלשון אין כאן קידושין כמ"ש רש"י דמשמע דלא יקנה זה בלא זה ולכך בקידושין דבעינן ידים מוכיחות קי"ל דלא קנה משא"כ בקנין אזלינן בתר כוונת הנותן ואתי שפיר. והא דפרכינן שם בבבא בתרא מהאי דקידושין דנכריות מקודשת לרב המנונא דאמר בקני את וחמור דלא אמר כלום אפשר דגם מזה הקושיא רצה להוכיח דידים שאינן מוכיחות הוין ידים בכל מקום או יש לומר דקושיא דשם הוא לרב נחמן דאמר דלא קנה אלא מחצה דהוי ידים שאינן מוכיחות ורצה להוכיח כרב ששת דאמר קנה כולו ולדידיה צ"ל דהוי כאומר קני את או החמור וא"כ הרי כאן ידים מוכיחות ורצה להוכיח כוותיה מהאי דקידושין דשם בעינן דוקא ידים מוכיחות וכן מפרש שם הרשב"ם דרצה להוכיח כרב ששת דקנה כולו אבל לדידן דקי"ל כרב נחמן הוי ידים שאינן מוכיחות ויש חילוק בין קניין לקידושין.

הלכה ו

האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה ומת השליח וכו' הרי זה אסור בכל אשה שיש לה קרובות וכו'. כתבו התוס' במסכת נזיר דף י"ב ע"א בד"ה אסור בכל הנשים וכו' דהטעם משום קנסא דלא היה לו לומר אשה סתם רק אשה פלונית ולא מדינא ולכך כתב רמ"א בש"ע אה"ע סימן ל"ה סעיף י"א דהיכא דאמר קדש לי אשה פלונית ומת השליח דמותר בקרובותיה דלא שייך כאן קנסא והאחרונים חלקו עליו דהתוס' כתבו זאת דהוי קנסא לתרץ קושייתם דניחוש בכל אשה שמא כבר קידשה שליח בשביל אדם אחד ואף דנאמנת לומר דלא נתקדשה מ"מ בקטנה נחוש אם מת אביה שמא קידשה כבר ועל זה מתרצים דאזלינן בתר רובא וא"כ אף באמר סתם לשלוחו קדש לי אשה ומת השליח אף דחזקה הוא דשליח עשה שליחתו מ"מ מדינא היה מותר בכל הנשים ולא אמרינן שמא

היא קרובות אשתו דאזלינן בתר רובא רק הטעם משום קנסא אבל בכה"ג שאמר אשה פלונית וחזקה דשליח עשה שליחתו א"כ היא ודאי קרובת אשתו ועיי"ש בבית שמואל.

ונראה דודאי לפי הטעם שכתבו התוס' שם דלא שייך קבוע בשאין האיסור ניכר לעצמו בזה שפיר יש לחלק בין אומר סתם לאומר פלונית אבל הרב רמ"א אזיל לשיטתו שפסק ביו"ד סימן ק"י דגם היכא דאין האיסור ניכר לעצמו מקרי קבוע א"כ אזדא סברת התוס' דאזלינן בתר רובא והדרא קושיית התוס' לדוכתא דכל העולם יאסרו ליקח קטנה במת אביה דילמא קיבל אביה קידושין ועל כרחך צריך להיות הטעם דמ"מ ליכא חזקה דמי יימר דנתרצית לקבל קידושין ולכך לא הוי אלא קנסא והיינו כתירוץ הראשון שכתבו התוס' במסכת גיטין דף ס"ד ע"ב בד"ה אסור בכל הנשים ולפי זה באמר אשה פלונית לא שייך קנסא דהא לא אמר סתם אשה ויפה כתב רמ"א.

ונראה דאפילו להחולקים שם ביו"ד סימן ק"י על רמ"א מודים כאן דבסימן ק"י ודאי אם אין איסור ניכר במקומו לא שייך קבוע משום דהאיסור בטל חד בתרי ואין כאן איסור דהאיסור נהפך להיתר כמ"ש התוס' פרק גיד הנשה דף צ"ה ע"א בד"ה ספיקו אסור ואין שייך כאן איסור קבוע ולכך בעינן ניכר במקומו אבל אדם דלא שמענו שיתבטל אדם בחבירו ואפילו בריה ובעלי חיים איכא דעות בתוס' דחשיבי מהתורה ולא בטילי מדאורייתא אף כי אדם דלכו"ע לא שייך גביה ביטול ברוב וכיון דלא שייך גביה ביטול ברוב שייך גביה איסור קבוע אפילו שאינו איסור ניכר דאיסור קבוע הנלמד מקרא לא מפורש אי ניכר או לא ניכר רק באיסורין בעינן ניכר דאי לאו הכי האיסור בטל וזה לא שייך באדם וזה ברור להמעיין בתוס' בחולין וכן הוא ברש"י במסכת יבמות דף ט"ז ע"ב אהא דאמר רב יהודה אמר רב נכרי שקידש חוששין שמא מעשרת השבטים הוא ואמרינן שם בדוכתא דקביעי ומפרש רש"י משום דכל קבוע כמחצה וכו' והתם אינו ניכר דהא לא ידעינן אם הוא מעשרת השבטים מ"מ בחלח וחבור הוי קבוע ואף דהתוס' שם בד"ה בדוכתא השיגו על רש"י היינו מטעם אחר ולא מטעם דאינו ניכר במקומו וכן במסכת סנהדרין דף פ' ע"ב בד"ה הנסקלין כתבו התוס' דחייבי מיתות שנתערבו דהוי ליה קבוע אף דאין האיסור ניכר ודוחק לומר שאותו האדם שעבר העבירה שחייב עליה סקילה הוא היודע והוי ליה כניכר האיסור דמה בכך כיון דאין הודאת פיו מהני לסקול אותו ע"פ עצמו א"כ ידיעתו לא מעלה ולא מוריד דמה בכך סוף סוף אינו ניכר לבי"ד ואיך נקרא קבוע אלא ודאי דבאדם לא שייך ביטול ולכך מיקרי קבוע וא"כ על כרחך מוכח דהעיקר דכתבו התוס' דהוי קנסא משום טעמא אחרינא דאולי לא נתרצית האשה וליכא כאן חזקה דשליח עשה שליחותו ודברי רמ"א ברורים בטעמן ועיין במרדכי פ"ק דסנהדרין.

והנה כתב המגיד משנה ושמעתי שיש מדקדקין מכאן שאדם יכול לקדש קרובתו לאחר וכו' ולהיות שליח לקבלה פשוט הוא בפרק האיש מקדש שהבוגרת ממנה אביה להיות שליח וכו' ונראה דכוונת המ"מ לשלול דברי הרשב"א כפי מה שאמרו בשמו בתשובת הרא"ש כלל ל"ה סימן ג' ונתן הרא"ש טעם דלא יהיה האב שליח להוליך קידושין לבתו דאתו למחלף בקידושי בתו הקטנה הכוונה שיחשבו בהגיעו קידושין לידו לבד היא מקודשת ואין צריך כלל להגיע קידושין ליד בתו כמו בבתו קטנה דהיא מקודשת בהגיע הקידושין ליד אביה כן יחשבו בבתו בוגרת נמי כשיגיעו הקידושין ליד אביה היא מקודשת ובאמת בבוגרת אינה מקודשת עד שיגיעו קידושין לידה ולכך דעת הרשב"א לאסור שלא יהיה האב שליח להוליך קידושי בתו הגדולה ואמנם הרא"ש החולק עליו לא ביקש להביא ראיה מהאי דפרק האיש מקדש דבוגרת ממנה לאביה שליח דהתם הוא שליח לקבלה ובאמת מתקדשת בהגיע הקידושין ליד אביה ואין כאן טעות וכמו כן עשה המ"מ שני בבות מן קרובות שליח להולכה דהוכיח מהך דמסכת נזיר ומן קרובות שליח לקבלה הוכיח מהך דבוגרת ממנה אביה שליח ולא הכריע הכל מהך דבוגרת ש"מ דיש חילוק בין שליח להולכה ובין שליח לקבלה.

איברא מדברי העיטור ז"ל נסתייע הרא"ש דכתב דהיכא דקיבל האב קידושי בתו בוגרת שלא מדעתה דאיכא למיחש דלמא נתרצית הבת עיי"ש וזה ודאי דאף דנתרצית אין הקידושין חלין למפרע משעת קבלת האב רק מאותה שעה שנתרצית אז הקידושין שביד האב חלין ומקודם הוין קידושין שביד האב ברשות המקדש והוי האב שליח להולכה דקודם דנתרצית היו הקידושין בידו להוליכן לבתו רק אחר שנתרצית הוי האב שליח לקבלה וא"כ מתחילה קודם ששמעה ונתרצית הוי שליח להולכה ומזה מוכח דאב נעשה שליח להולכה לבתו הגדולה וזה מה שנראה בביאור דברי הרא"ש אשר בעל משנה למלך בפרק ג' מהלכות אישות תמה בדבריו ולא עמד על כוונתו ולפענ"ד ברור דכמ"ש כן הוא כוונת הרא"ש.

אמנם לולי דמסתפינא הייתי אומר טעם אחר מה שהיה הרשב"א ז"ל מקפיד שלא למנות שליח לאב והוא דאמרינן בפרק קמא דגיטין דף ה' ע"ב בפני כמה נותנין רבי חנינא אמר בפני ג' דזימנין דמייתי להאשה ואתי לאצטרופי ואידך אשה מידע ידיע ודייק הרשב"א בחידושיו דודאי קרובים לא מידע ידיע רק באמת בקרובים אין שייך לחוש דקרובים מצטרפים דקרובים באמת כשרים לקיים עיי"ש ולפי זה תינח בקיום אבל שליח להוליך קידושין צריך למסור לה הקידושין בפני שנים וקי"ל דשליח נעשה עד ומצטרף בכלל השנים וא"כ אם יהיה קרוב יהיה מצטרף לשנים ותהא האשה מתקדשת

בעד אחד ואם חששו לקיום מכ"ש שיש לחוש בעדות קידושין דבעי עדים מן התורה ובקרובים לא שייך מידע ידיע ובגט יש לומר דדעת הרשב"א היא כדעת הרא"ש (אף דבחידושיו לא משמע כן אפשר למעשה חזר בו) דאין שליח להולכה מצטרף להיות בכלל ב' עדי מסירה לאשה וא"כ ליכא למיחש לקרובים ובשני עדים דכשרים לכו"ע זה לא שכיח דיהיו קרובים משא"כ בקידושין דשליח מצטרף לעידי מסירת הקידושין לכו"ע א"כ פשיטא דיש לחוש אולי יצטרף הקרוב דבקרוב לא אמרינן מידע ידיע כמו שכתב הרשב"א בחידושיו. ואפשר עוד לומר דהרשב"א חושש למעשה כדעת הרי"ף ז"ל דמחמיר למסור לה בפני ג' דלמא יטעו ויצטרפו קרוב או אשה כמבואר בטור אה"ע סימן קמ"ב וא"כ אף בקידושין חשש כהנ"ל ומעתה ליכא כאן ראיה מה שהביא הרב המגיד מהך דמסכת נזיר דהאומר לשלוחו וכו' דהך מילתא דמסכת נזיר רבי יוחנן אמרה ור"י לשיטתו אזיל דהוא אמר במסכת גיטין בפני שנים ולא חיישינן דיצטרפו קרובים או פסולים והוא הדין לעדות קידושין משא"כ לדידן דחוששין להחמיר גם בקידושין יש להחמיר.

ואין אדם עושה שליח לקדש לו אשה אלא אשה שיכול הוא לקדש בעת השליחות. דברים אלו הן בגמרא דמסכת נזיר דף י"ב ע"ב כל מידי דהוא לא מצי עביד לא שויה שליח ויש במובן זה שני אופנים האחד הוא האומר לשלוחו קדש לי אשה אחר שיגרשנה פלוני וזהו העניין שדברו בו בגמרא דנזיר הנ"ל וכאן אין הכוונה שיש חילוק בינו לשליח דקודם הגירושין בין הוא ובין שלוחו לא מצי לקדשה ולאחר הגירושין שניהם יכולים לקדשה ואין כאן הבדל בינו לשלוחו זולת דס"ל לגמרא דאינו יכול למנות שליח על העתיד לבוא במה שאי אפשר כעת לעשות ואף דמינוהו להיות אז שליח כשיהיה העת הכושר שתחול שליחותו מ"מ מילי נינהו ולא חל שליחות עליה כיון שבעת מינוי השליחות אי אפשר לעשותו ולא חל השליחות על דעת העתיד לבוא מה שא"א עכשיו לעשותו בין הוא בין שלוחו ולכך אמרו שם המרשה שלוחו להפר נדרי אשתו שתדור לאח"כ לא נעשה שליח לכו"ע כיון דבעת מינוי השליחות אין כאן מקום להפר דעדיין לא נדרה זולת לר' אליעזר דס"ל דיכול להפר על העתיד לבוא ולכך נתקשו התוס' שם בד"ה באשה שאין לה בת וכו' איך תוכל אשה למנות שליח להפריש חלה מהעיסה טרם שנעשה העיסה כיון שאז לא נעשה העיסה לא היה מקום לשליחות לחול ולכך יפה השיב המשנה למלך על הב"ח שכתב בנשתטית האשה שיכול הבעל למנות שליח לגרשה כשתהא שפויה דכיון דעכשיו אי אפשר לגרשה במינוי השליחות לא חל השליחות כלל וכן מה שכתבו הפוסקים מי שהולך למרחקים קודם פסח שממנה שליח לבדוק חמץ

צריך להיות דהיה אז בידו לבדוק אבל לדעת הפוסקים דלא מהני בדיקה קודם ל' יום לפסח א"כ לא מהני מנוי שליח ומיהו אפשר דלענין בדיקת חמץ לא בעינן שליחות רק כל שמתבער החמץ מן העולם אפילו נתבער ממילא או אכלו קוף מהני.

ואופן הב' הוא דיכול השליח לעשות שליחותו עכשיו רק הבעל אינו יכול לעשותו בזו אמרינן בגמ' קידושין דף כ"ג ע"ב מי איכא מידי דהוא לא מצי עביד ושויה שליח ומזה הוכיח בגמרא דכהנים שלוחי דרחמנא נינהו ופרכינן א"כ איך יהיה עבד יכול לעשות שליח לקבל גט שחרור מיד רבו כיון דהוא לא מצי מקבלו ומשני שם ישראל לא שייך בקרבנות כלל עבד שייך בגיטין דעבד מקבל גיטו של חבירו מיד רבו של חבירו ע"כ. ומזה נראין הדברים דהיכא דשייך בענין רק דאריא רביע עליה כמו בעבד דאינו יכול לקבל גיטו מיד רבו משום דידו כיד רבו יכול להרשות לשליח.

ובזו הוי ניחא לן הא דאמרינן מצורע משלח קרבנותיו לעזרה וכן בגמרא דפסחים דף צ' ע"ב זבה שראתה שני ימים שוחטין עליה בשביעי שלה ואיכא למ"ד התם בגמרא אפילו קודם שטבלה והאי ודאי דשחיטת פסח בעי שליחות דמפסח ילפינן דשלוחו של אדם כמותו מן ושחטו אותו כל קהל עדת ישראל ואיך אפשר למנות שליח לשחיטת פסח כיון דאי אפשר לשחוט בעצמו אפילו בסכין ארוכה דהא זב משתלח חוץ להר הבית אך לפי דברי הגמרא ניחא דאשה שייכא בתורת פסח רק דאריא דרביע עליה משום שהיא עכשיו טמאה זה מה שהיה נראה לכאורה. אבל במסכת בבא קמא דף ק"י ע"א אמרינן דאם היה הכהן טמא אין יכול למנות אחר להקריב קרבן במקומו דמילתא דאיהו לא מצי עביד לא שויא שליח ואפילו בחולה וזקן שאינו יכול לעבוד ע"י הדחק אמרינן התם דאין בידו למנות שליח וכן משמע בתוס' והר"ן והרא"ש גבי הממנה שליח להפר נדרי אשתו דאם הוא לא שמע נדרי אשתו אף דשלוחו שמע לא מצי מפיר דמידי דהוא לא מצי עביד לא שויא שליח ועיי"ש במסכת נדרים דף ע"ב ע"ב בתוס' ור"ן ורא"ש ותמהני מכל הנ"ל דהא אמרינן דהיכא דשייך בתורת גיטין שויא שליח והבעל שייך בתורת הפרה והכהן שייך בתורת עבודה וכי יהיהכהן חולה חמור יותר מעבד דלית ליה יד לקבל גט מיד רבו ואעפ"כ יכול למנות שליח ובכהן יהיה חמור.

מיהו הך דזבה אפשר לומר דלכך שוחטין עליה משום דיש בידה לטבול והוי טבולת יום ומותרת מן התורה ליכנס עד שער עזרת כהנים ולשחוט בסכין ארוכה ואע"פ שכתבו התוס' במסכת נזיר דאף מה שבידו לעשות כמו בעיסה של חלה דבידה לגבל הקמח ולעשות עיסה מ"מ אמרינן מידי דלא מצי עביד וכו' עיי"ש זהו באופן הראשון דיחול השליחות מכאן ולהבא ועכשיו אין כאן מקום לשליחות לחול בזו לא אמרינן כיון דבידו

לעשות דמה בכך מ"מ אין כאן ממש שיחול עליו השליחות אבל באופן השני שהשליח יכול לעשותו עכשיו ויש סיפוק בידו כהך דשחיטת פסח רק היא לא מצי עבדה בזו שפיר אמרינן דהואיל ובידה לטבול מיקרי מצי עביד אך מהך דעבד אהך דכהן זקן וחולה קשיא לן ולא יכולתי להלום בסברתי לחלק ביניהם וגם הא דזכין לאדם שלא בפניו הוי כדבר דלא מצי למעבד היכא דזכין לקטן וקטן לא מצי למעבד דלית ליה יד לזכות ואם כן צריך לומר דהא דזכין לאדם הוא יותר טוב משליחות משום דשליח דעביד שלא מדעתו לא מהני ואלו לזכות לו שלא מדעתו רשאי והדבר צריך תלמוד.

ויהיה איך שיהיה נראה ברור ביבמה שיש ספק אי תפסו בה קידושין האומר לשלוחו קדש אותה לי אחר שיחלוץ לה יבמה וקדשה דהוי ספק קידושין דודאי אי אין קידושין תופסין ביבמה לא הוי מצי עביד ולא מצי שויא שליח אבל אי קידושין תופסין א"כ הוא יכול לקדשה עכשיו וכן השליח יכול לקדשה עכשיו והרי חל השליחות ולכך מקודשת בספק והא דתנן ביבמות דף צ"ט ע"ב ואין מוציאין שלהם מידיהם ופירש רש"י לחד פירושא דמי שהוא ספק כהן ספק עבד משוחרר שאין נותן קרבן שלו לאנשי משמר רק ממנה כהן שליח שיקריב קרבנו והקשה רש"י כיון דהוא לא מצי עביד איך ימנה שליח ויפה הקשה דאולי אינו כהן וא"כ שליחתו אינו כלום ואיך יקריבנה כהן בחזקת ודאי ואולי אינו כהן ושליחתו לאו שליחות הוא ואיך נעשה מספק ודאי אבל כאן שאנו עושין הקידושין לספק קידושין ולא לודאי קידושין פשיטא דמקודשת מספק ואפילו לדברי התוס' דהתם בד"ה ואין מוציאין וכו' דכתבו דהתם מצי לעשות שליחות ודאי דזה אין עניין לכאן חדא וכי שליחות בעינן התם הא כהנים שלוחי דרחמנא נינהו רק דאין לגרוע כח אנשי משמר ובזו אמרו דחכמים עשהו כזקן וחולה דבדין תורה אין כאן קפידא דסוף סוף הקרבן נקרב בכהן כשר משא"כ כאן ועוד דהתם הוא באופן השני שכתבתי דשליח מצי עביד תיכף שליחתו רק דהבעל לא מצי עביד ובזו הקילו כמו שהקילו בעבד אבל בנדון דידן הוא באופן הראשון דאם אין קידושין תופסין ביבמה א"כ בשעת מינוי השליחות לא מצי שליח ג"כ למעבד כלל ואין כאן מינוי שליחות כלל וא"כ אין הנדון דומה לראיה.

הלכה יא

האב שאמר קדשתי את בתי וכו' אע"פ שנודע לו אחר שבגרה. כתב בשו"ע סימן ל"ז סעיף כ' ברמ"א בשם התוס' אם החתן עמד לפניו ולא הכירו אינו נאמן לומר אח"כ שמכירו והוא מדברי התוס' במסכת כתובות דף כ"ב ע"א בד"ה מנין להפה שאסר וכו' דהקשו למה לי קרא את בתי נתתי לאיש הזה לפה שאסר הוא הפה שהתיר דבעי דוקא

תוך כדי דיבור כיון דמשום מגו נגעו ביה דתיפק ליה דבלאו הכי נאמן לעולם ותירצו דבעי קרא מטעם מגו היכא דאיש המקדש עומד לפניו ושתק ולא אמר ביחד לאיש הזה לא מהימן לאח"כ אחר כדי דיבור והקשה הרב בעל חלקת מחוקק דאמאי צריך להכירות של אב הלא המקדש גופיה נאמן לומר אני קדשתיה ותירץ הבית שמואל דאיירי דהחתן עומד לפניו ולא אמר אני קדשתיה אז אינו נאמן לומר אח"כ אני קדשתיה זולת הכרת האב עכ"ל ולא ידעתי מנא ליה דין זה וכי בשביל דשתק ואינו אומר דבר לא יהיה נאמן אח"כ לומר אני הוא המקדש דבר זה לא שמענו דבשלמא באב שפיר כתבו התוס' כיון דאומר את בתי והמקדש עומד שם ואינו אומר מיד לזה ש"מ שאינו מכירו אבל המקדש ששותק למה יפסיד נאמנתו בשתיקתו וכקושייתם ונראה לי פשוט דאטו מי לא מיירי קרא בעניין זה דנתן רשות לשליח לקדש לו אשה והלך השליח וקידש לו אשה פלונית ואמר האב קדשתי את בתי ואחר זמן אמר לזה והוא היה עומד בתחילה ולא אמר אינו נאמן אחר כך והמקדש אינו יודע אם קידש לו השליח אשה זו או אחרת רק האב אמר שהשליח קידשה לו ואמרינן מדלא אמר מתחילה אינו נאמן עוד ופשוט הוא.

הלכה יג

באו שנים וכו'. וכתב המ"מ כתב הרשב"א אפשר לומר שהשני צריך קידושין אחרים וכו' עכ"ל וכן העתיקו הרמ"א בשו"ע סימן ל"ז סעיף כ"ב וכתב הבית שמואל ס"ק מ"ז דלשיטת רש"י ותוס' במסכת קידושין דף ס"ג ע"ב בתירוץ הגמרא ארתותי מרתת דאמרינן דהמגרש הוא המשקר ומפחדו גירש והשני הוא המקדש האמיתי א"כ אינו צריך קידושין אחרים וכו' ובאמת הרשב"א בחידושיו פירש כפירוש רש"י ותוס' ואעפ"כ כתב דאם גירש האחד והשני כנסה דצריך קידושין אחרים וצריך לומר טעמו דאף דהאמת הוא דהשני הוא המקדש אמיתי מ"מ אין לעשות תרי מילי דסתרי אהדדי דאם אין אתה מכריחו לקידושין חדשים א"כ אתה מחזיקו בודאי שהוא היה המקדש א"כ איך לקחנו גט מיד האחד בספק שהוא היה המקדש ואם גט של זה איך יתקיימו קידושין ראשונים של זה ואם אנו מחזיקין לזה שודאי הוא המקדש ואינו צריך לקידושין אחרים א"כ גט של הראשון לא היה בו ממש ואתה מכשיר אותה לכהונה ואין כאן לדבריך אפילו ריח גט על כרחך צריכה קידושין אחרים מהשני.

הלכה יד

האשה שאמרה נתקדשתי וכו'. בשו"ע סימן ל"ז סעיף כ"ד הביא רמ"א בשם הר"ן דאם יש עד אחד שמסייע לו מותר לו לכונסה לכתחילה והנה הר"ן כתב דהאיך יהיה עד אחד או אחד האומר קדשתי נאמן לגרשה ולהתירה לכל העולם מטעם דאין אדם חוטא ולא

לו הא אין דבר שבערוה פחות משנים ולולי שאמרו במת בעלה מתוך חומרא שהחמרת עליה בסופה וכו' לא התירו עגונה בעד אחד מטעם דאין דבר שבערוה פחות משנים ותירץ הר"ן דהתם הוא להוציאה מחזקתה חזקת אשת איש אבל כאן הוא להעמידה בחזקתה חזקת פנויה אלא שאומרים לזה נתקדשה עכ"ל ומזה למד מהרי"ט וכן הבית שמואל סימן הנ"ל ס"ק (כ') [נ'] דאפילו באו שנים וכל אחד אומר אני קדשתיה לזה שעד אחד מסייע יכנוס עיי"ש ולכאורה קשה בהא דמסכת כתובות דף כ"ב ע"א באשה שאמרה אשת איש הייתי וגרושה אני נאמנת שהפה שאסור הוא הפה שהתיר ואמרינן עליה בגמרא מנין להפה שאסר הוא הפה שהתיר מן התורה דכתיב את בתי נתתי לאיש הזה לאיש אסרה הזה התירה ומה ראיה יש משם דבשלמא התם דלא מוציא אותה בדיבורו השני מחזקתה הראשון כמ"ש הר"ן והתם עד אחד מהימן אף מגו מהני משא"כ באמרה אשת איש הייתי ואח"כ גרושה דמוציאה עצמה מחזקתה בדיבורה השני אולי לא מהני מגו.

ועוד מקום להוסיף בסברא כיון דהתם לא מהני עד אחד להחזיקה בגרושה הוא הדין דמגו לא מהני דעד אחד עדיף ממגו דאף אם יש לו מגו ועד אחד מכחישו צריך לישבע ש"מ דעד אחד עדיף ממגו ואפשר לומר דהר"ן מפרש כפירוש התוס' שם בד"ה מנין להפה שאסר וכו' לחד תירוצא דמקרא יתירא יליף ומוקי לה באם אין ענין עיי"ש בתוס' וא"כ יש לומר כך אם אין ענין לזה היכא דאינו מוציא אותה מחזקתה דפשיטא דנאמן אלא קרא יתירא אתי להורות דאפילו בדוכתי דמוציא אותה מחזקתה הראשון בדיבורו השני כגון שאמר קדשתי אותה וגרשתיה כשהיא קטנה דג"כ נאמן.

הלכה טו

האומר לאשה קדשתיך וכו'. כתב הלח"מ תימה במאי קמיירי אי אחר שנתן גט א"כ אמאי הוא מותר בקרובותיה וכו' ואי בשלא נתן גט אם כן באומרת קדשתני היא אסורה לכל עולם קודם הגט ולמה אמר אסורה בקרובותיו דמשמע דלכל העולם זולת הקרובים שריא לה וצ"ע עכ"ל ושגגה יצאה מלפני השליט הזה דאטו מי לא מיירי שמת הוא א"כ לכל עולם היא מותרת דמיתת הבעל התירה אבל קרובי הבעל מ"מ אסורים לה וזה אמרו דהוא מותר בקרובים שלה לישא קודם הגט והיא אסורה בקרוביו ונפק"מ כגון שמת ופשוט הוא.

נסתפק בעל משנה למלך היכא דעדים מכחישים אותו אי אמרינן מ"מ שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ורצה שם לפשוט דין זה מתשובת הרשב"א דפסק דהיכא דהשוחט מכחיש להעדים ואומר דהבהמה נשחטה שלא כהוגן דאסורה עליו דשויא אנפשיה וכו'

וכתב המשנה למלך דכן הדין בקידושין אם עדים מכחישין אותו ואומרים שמתחילה לא נתן לה בתורת קידושין רק בתורת פקדון דאסור בקרובותיה דשויא אנפשיה וכו' וכתב עוד שם שכן כתב הריא"ז בשלטי גיבורים בפנויה שאמרה נשביתי וטמאה אני אע"פ שעדים מכחישים אותה אסורה לכהן דשויא אנפשה חתיכה דאיסורא ועוד כתב שאע"פ שבתרומת הדשן בפסקיו סימן רכ"ו פסק להיפך התם הטעם דבעל דין גופיה חזר בו רק דלא נתן אמתלא לדבריו ובזו מהני עדים דאין צריך אמתלא זהו תורף דבריו ותמה שם על מהריב"ל שנסתפק בדין זה ולא שת לבו לדברי רשב"א הנ"ל. ובאמת מה שתירץ בעל משנה למלך דהיכא דחוזר ועדים מסייעין לו נאמן אפילו בלי אמתלא יש מקום לספק בזה דהא באומר לא לויתי ועדים מעידים שפרעו אין נאמן לומר אחר שבאו עדים נזכרתי שפרעתי כמובא בחו"מ סימן ע"ט סעיף ג' עיי"ש והטעם התם נמי דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי והוא הטעם הכא נמי והאיך יכול לחזור מהודאתו במה דשויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ולדעת המשנה למלך צריכין אנו לומר הא דמוקי ליה בגמרא דקידושין דף ס"ה ע"א בהאומר קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני כגון דאמר לה קדשתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים ולא משני דאיכא כאן עדים ואומרים שלא נתקדשה מ"מ הוא אסור בקרובותיה דשויא אנפשיה חתיכה דאיסורא משום דא"כ פשיטא דהיא מותרת בקרוביו דהא העדים מסייעין לה ומה קמ"ל.

אכן נראה לענ"ד דהא דקידושין אינו דומה לנדון של הרשב"א דודאי אם השוחט אומר שהבהמה היא טרפה נאמן על זה בלי עדים וכן אינו דומה לנדון של השלטי גיבורים דבשבויה אם היא אומרת שנטמאת בינה לבין עצמה נאמנת בלי עדים וא"כ כיון דבהודאת פיו נאמן על עצמו יותר ממאה עדים אמרינן דלגבי נפשיה הני סהדי שקרא נינהו והאמת אתו והשוחט אסור באכילת אותה הבהמה והשבויה אסורה לכהונה משא"כ בקידושין דאף דשניהם מודים שנתקדשה בלי עדים וכן האמת או דהיו עדים ולא ראו הנתינה אינה מקודשת דגזרת הכתוב הוא להיות שם עדים אצל הקידושין והמקדש בלי עדים אין קידושיו קידושין וא"כ האומר קדשתיך בפני פלוני ופלוני והם אומרים שלא קידשה א"כ אע"פ שהאמת אתו מ"מ הא בעינן סהדי לקידושין והם אומרים שלא קידש והוי כמקודשת בלי עדים דהא צריך על פי שני עדים יקום דבר והם מפירין הדבר ואומרים שלא קדשה פשיטא דאין כאן קידושין כלל ולא שייך כאן דהודאת בעל דין יותר ממאה עדים ומעתה דברי תרומת הדשן דמיירי גבי קידושין אינם סותרים לדברי הרשב"א ושלטי גיבורים.

אמנם מה שכתב ב"י בשמו באה"ע סימן מ"ו דאפילו יכחישנו עד הוא נאמן על עצמו

יותר ממאה עדים גבי קידושין גוף התשובה לא ידעתי מקומו ובדברי העתקת הב"י אין הכרע דאולי היה הבעל טוען דזולת העד המכחיש היו שם עדים והלכו למדינת הים וא"כ הרי נאמן על עצמו שהיו שם עדים בעת קידושין ושויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ובפרט לפי מה שכתב הב"י נזכר שם רק עד אחד ועל כרחך דטען שהיו שם יותר עדים אצל הקידושין זולת העד ובזה ודאי שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא מה שאין כן בטוען בפני אלו העדים קדשתיך והעדים מכחישין אותו לא שייך לומר שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא דהא הוי מקדש בלי עדים דאין חוששין לקידושין ובהגהת מרדכי בקידושין משמע אי הוחזק שליח בעדים ושליח אמר לעצמי קדשתי אי לא הדר ביה אסור בקרובותיה דשויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ואי הדר ביה ואמר טעיתי נאמן הואיל והוחזק שליח בעדים וא"כ לכאורה הדברים נוטין קצת לדברי בעל משנה למלך אבל באמת אין ראיה משם דאם העדים שקידש בפניהם מכחישין אותו מה זה שכתב הואיל והוחזק השליח בעדים הא ודאי דעדים עדיפי מחזקה איברא דשם יש אמתלא דעבידי לטעות בין שליח למשלח ושליח מדבר כלשון משלחו והדבר צ"ע.

הלכה טז

וכל אלו שטוענין וכו' כופין אותו ליתן כתובה. עיין במ"מ שכתב ולשון רבינו שכתב שאין לו בזה הפסד צ"ע שהרי אם נתן גט אסור בקרובותיה וכן מוכיח בגמרא דאמרינן התם בשלמא מבקשין לחיי אלא כופין אמר לא ניחא לי דאיתסר בקרובותיה עיי"ש וכבר כתב מהרש"ל בתשובה שלא ראה דברי הרא"ם דס"ל דהיכא דנותן גט בלי כפיה רק בדרך בקשה לא נאסר בקרובותיה רק דקושיית הגמרא היא אכופין דמשמע דבית דין כופין ואז נאסר בקרובותיה אבל בעושה דרך בקשה לא נאסר בקרובותיה עכ"ל והא דאמרינן מבקשין ולא אמר בלשון חיוב דמחויב מעצמו מטעם אל תמנע טוב מבעליו וכגון זו שזה נהנה וזה לא חסר כופין על מדת סדום אפשר לומר דמצי לטעון לא ניחא לי דתיפק עלי קלא דגירושין או דלאחר זמן תוציא הגט ותגבה כתובה ואי דיכול ליקח ממנה שובר יהיה צריך לשמרו מן העכברים (א). ובזה יש אפשר לכוון דברי התוס' במסכת קידושין דף ס"ה ע"א בד"ה ואם נתן גט וכו' דכתבו דאי מיירי דכתב לה כתובה מאי מבקשין שייך למימר הכא והקשה מהרש"א דהתוס' על כרחך ס"ל דכתובה היא ראיה על שקידשה א"כ הוי להו להקשות אמתניתין אמאי מותר בקרובותיה ועיין במהרש"א דדחק לתרצו.

ונראה לי אף דס"ל להתוס' דאין כותבין כתובה רק לאחר קידושין מ"מ אמתניתין אין להקשות דיש לומר דמיירי בשני יוסף בן שמעון הדרים בעיר אחת והכתובה נכתבה סתם יוסף בן שמעון בלי שילוש וא"כ אין ראיה שהוא קידש שיכול לטעון שחבירו יוסף

בן שמעון האחר קידש וגם כתב לה כתובה וא"כ גם הכתובה אינה יכולה לגבות ממנו כמו שאמרו ולא אחרים מוציאין שטר חוב עליהם אמנם היא טוענת שהוא קידשה ואם יתן גט מעצמו מודה הוא שהכתובה ממנו וכופין לשלם לה ולפי זה אהא דאמר מבקשין קושיית התוס' ממה נפשך דאי מיירי בכתב לה אם אין שם עוד אחד ששמו כשמו יוסף בן שמעון למה מבקשין הא ודאי אשתו היא ואי מיירי בשני יוסף בן שמעון למה אמר מבקשין הא חיובא איכא עליו ולקלא דגירושין ליכא למיחש דהא הוחזקו שני יוסף בן שמעון וא"כ לא יוגרע כחו בזה דקלא יהיה על יוסף בן שמעון השני דלדעתו הוא המקדש האמיתי והוא יהיה בחזקת מגרש וכן אין צריך שובר דעידי גט יודעין דאינו חייב ובגט גופיה לא גביא דהא סתמא הוא נכתב ויאמר אין אני הוא אלא האחר ואף אם יודה נאמן במגו אבל אמתניתין לא קשה אמאי מותר בקרובותיה אם כתב לה כתובה די"ל דמיירי בשני יוסף בן שמעון.

(**א**) אמר המגיה הא דלא מתרץ הרב המחבר לעיל קושיית הלח"מ בהאי דכתב מהרש"ל בשם הרא"ם ולא יצטרך לומר דמיירי שמת הבעל רק מיירי שגירש דאז היא מותרת לכל העולם ואסורה בקרוביו דשויא אנפשה וכו' והוא מותר בקרובותיה אף אחר הגט כיון דמבקשין רק ממנו הנה הרב לא בא לתרץ כאן רק דעת הרמב"ם שכתב שאין לו בזה הפסד על כרחך דס"ל כדעת הרא"ם אבל רש"י פירש להדיא אהא דאמרינן בגמרא בשלמא מבקשין לחיי דעל כרחך צריכן דרך בקשה שהוא מפסיד ע"י גט אף בדרך בקשה שאסור בקרובותיה וכן כתבו עוד מפרשי ש"ס ולדעתם הוצרך הרב לתרץ קושיית הלח"מ לעיל במת הבעל.

הלכה יח

העושה שליח וכו' ואם הוחזק השליח בעדים הרי זו מקודשת לראשון. עיין במ"מ וסיים שם ומדברי הראב"ד נראה אפילו כשהוחזק בעדים והיא אומרת לראשון נתקדשתי אף השליח אסור בקרובותיה וכן בדין שהרי הוא אומר קדשתיך ואפשר שאף דעת רבינו כן עכ"ל וכן הביא הכ"מ בשם הר"ן אמנם בהגהת מרדכי למסכת קידושין מפרש דמיירי דשליח חוזר ואמר טעיתי וחשבתי שקדשתיך לעצמי ונזכרתי שקדשתיך למשלחי וכיון דיש חזקה דשליח עושה שליחתו נאמן ומותר בקרובותיה והראשון אסור בקרובותיה וצריכין לומר לדבריו דדוקא היכא דעשהו שליח בעדים א"כ אף שהשליח אמר לעצמי קדשתי הרי הוא נגד החזקה דשליח עשה שליחתו ואמירה שלו גרועה דהחזקה מכחישתו ולכך יכול לחזור ולומר טעיתי וגם היכא דאינה יודעת למי נתקדשה מקודשת ג"כ לראשון כיון דאיכא חזקה משא"כ בלא מינהו בעדים מיגרע חזקה זו באמירה שלו

באמרו ששינה השליחות במגו דאי בעי אמר לא עשתני שליח והשתא דאמר עשתני שליח ולעצמי קדשתי נאמן ונאבדה החזקה דשליח עשה שליחתו ובכמה חזקות מצינו דמגו דוחה חזקה רק במקום חזקה אלימתא לא אמרינן מגו משא"כ בחזקה דלא אלימתא אמרינן מגו במקום חזקה ולכך היכא דלא מינהו בעדים מגו דאמר לא מנית אותי שליח כי אמר ששינה השליחות נאמן וליכא כאן חזקה משא"כ בהוחזק בעדים דאינו יכול להכחיש השליחות א"כ כי אמר לעצמי קדשתי הוא נגד החזקה דשליח עושה שליחתו ומיגרע גרע אמירתו ולית ביה הימנותא ולכך יכול לחזור בו וגם אם היא אינה יודעת לא סמכינן אדברי השליח לומר דנתקדשה לו ואמרינן דהחזקה היא נגדו ולכך אסורה לשניהן משא"כ בלא הוחזק ואמר השליח שנתקדשה לו מהימן ואינו יכול לחזור בו ולכך אם היא אינה יודעת למי נתקדשה והשליח אומר דנתקדשה לו וחזקה אין כאן דהא יש לו מגו סמכינן אדברי השליח ופירוש זה הוא כפתור ופרח בדברי הרמב"ם וגם בלי עדים בשליחות הוי כבעל אומר לפקדון וכו' דהימניה לשליח בכל מילי.

הלכה כא

המקדש אחת מחמש נשים וכו' ואם קידש בביאה קנסו אותו חכמים שיתן כתובה לכל אחת ואחת וכו'. הרב בבית שמואל סי' מ"ט ס"ק ב' תמה דבש"ע חו"מ סימן שס"ה סעיף א' מבואר דאם גזל לאחד מחמשה דצריך ליתן לכל אחד דכל אחד צריך לישבע קודם שיטול ואינו יודע למה לא תשבע גם כאן כל אחת ואחת ובגמ' דיבמות דף קי"ח ע"ב מדמה אלו שני דינים להדדי עכ"ל ואפשר לומר לפי מה שכתב בשיטה מקובצת דהא דאמרינן דבגזל אחד מחמשה דקנסו אותו אין הכונה לקנוס לגזלן לשלם יותר ממה שגזל דאדרבה גזלן הבא לשוב אין מחמירין עליו ומקילין לו בכל צד כדי שלא ימנע מלהשיב אלא הקנס הוא הואיל וקעביד איסורא שאינו יוצא ידי גזילו עד שישיב גזילתו לנגזל הראוי ולכך צריך שישיב לכל אחד ולפי זה שפיר יש לומר דכל אחד הבא ליטול ישבע ומי שיודע שלא גזלו יפרוש מחמת השבועה ותגיע ההשבה לנגזל הראוי ואין להקשות דא"כ מה קנס יש כאן דהא לא נחשדו ישראל לשבע לשקר וא"כ ודאי לא ישבע רק הנגזל האמיתי והשתא לא ישלם רק לאחד זה אינו קושיא דהא זה הוא המבוקש שיצא ידי גזילו להשיב גזילתו ליד הנגזל האמיתי ועיקר הקנס הוא דלא אמרינן כרבי טרפון דיניח הגזילה ביניהם ומסתלק משא"כ כאן דקידש בביאה דהקנס הוא הואיל ועבר איסורא דרבנן וקידש בביאה אם אתה אומר שישבעו לא נחשדו ישראל לישבע לשקר א"כ ודאי דלא תשבע רק אשה אחת ואין כאן קנס על איסורו בשום צד ולכך קנסו אותו חכמים שיטלו בלי שבועה.

הלכה כב

האשה שיצא עליה קול וכו' וכן אם באו שנים ואמרו ראינו כמו שמחת אירוסין וכו'.
עיין בלח"מ שם שהאריך ותמצית קושייתו היא מנא ליה לרמב"ם בהך עובדא שנים ששמעו עד מפי עד שיהיה ג"כ שמחת אירוסין כי בגמרא לא נזכר מזה כלום ועוד קול בגירושין מה איכא למימר עיי"ש שהאריך ועיין בגיטין דף פ"ט ע"א ונראה דרבינו הרמב"ם יליף לה מדברי הירושלמי דאמרינן בירושלמי סוף פרק המגרש אמר ר' יסא נרות דולקין ושיחת בני אדם משיחין התיב ר' זעירא וכו' יצא שמה בעיר מקודשת מקודשת מגורשת מגורשת אית לך למימר נרות דולקות לא שיחת בני אדם משיחין והכא שיחת בני אדם משיחין ע"כ. וס"ל לרמב"ם פירושו דלא הדר ביה מהך דאמר נרות דולקין ודלא כמו שחשב הרשב"א בחידושיו למסכת גיטין דהדר ביה דפירוש זה דחוק וגם יהיה צריך לומר לפירוש הרשב"א דתלמודא דבני מערבא חולק אתלמודא דידן כמ"ש הרשב"א להדיא ולכך ס"ל לרמב"ם דשיחת בני אדם פירושו שמשיחים בו בני אדם טובא כמ"ש הר"ן בפירוש הרמב"ם עיין בכ"מ וא"כ משני הירושלמי דהא דאמרינן נרות דולקין ושיחת בני אדם משיחין הוי"ו היא וי"ו המחלקת דהיינו נרות דולקין או שיחת בני אדם דבשיחת בני אדם טובא שאמרו ששמעו מפלוני ופלוני וכו' אין צריך לנרות דולקין משא"כ במקום דליכא שיחת בני אדם טובא רק שנים אמרו ששמעו מפלוני בעינן נמי נרות דולקין דלעולם תרתי בעינן שנים שיאמרו ששמעו מפלוני ועוד מילתא לחזק העניין או שיחת בני אדם טובא או נרות דולקין ולכך הרמב"ם ברישא דלא אמרו פלוני מפלוני וכו' צריך נרות דולקות ושיחת בני אדם הרבה ובסיפא דאמרו פלוני מפלוני וכו' אין צריך שיחת בני אדם הרבה כי אם נרות דולקות ובגיטין צריך פלוני מפלוני וכו' ושיחת בני אדם ג"כ ודברי הרמב"ם נכונים לפי הירושלמי במקום שאין בגמרא דידן סתירה נגדו כלל.

והא דלא הזכיר הרמב"ם הך דינא להדיא היכא דיש שיחת בני אדם הרבה ופלוני מפלוני וכו' דמהני משום דלא נזכר בגמרא דידן הך דינא ודרכו להשמיט דינים שלא נזכרו בהדיא אף דנלמדו מכללא ולכך פסק הרמב"ם דבעד אחד מהני אף דבירושלמי משמע דבעי שני עדים דשם לא נאמר אלא במקום שיחת בני אדם וא"כ אם יהיה רק עד אחד היינו שיחת בני אדם ואין כאן שני דברים המחזיקים את הקול דהיא היא והכל אחד דישיחו בו בני אדם ולכך בעי שני עדים וא"כ יש כאן שני דברים משא"כ ביש נרות דולקות יש כאן שני דברים אף בעד אחד דהיינו שיחת בני אדם ונרות דולקות.

ומעתה הא דחילק הרשב"א בין הנך תרי מימרא דבמימרא ראשונה דעולא צריך שיהיו

העדים מעידים לאלתר ובמימרא שנית דרבי אבא אינם צריכין להעיד לאלתר לא משמע כן מדברי הר"ן בפי' הרמב"ם כמ"ש לעיל דמחלק בין שיחת אנשים טובא לשיחת אנשים מעט ולפי מש"כ יש להדבר סמך מהירושלמי וא"כ דברי הב"ח שכתב שאין צריך שיעידו בו ביום במחלוקת שנויה בין הרשב"א והר"ן והב"ח חשש להחמיר וכן מסתבר ועיין בית שמואל סימן מ"ו ס"ק ב'.

והנה בעל משנה למלך הביא שנחלקו בעל פני משה ומהראנ"ח ז"ל אם יצא קול בקידושי דרבנן אי חיישינן לקלא והרב בעל משנה למלך ביקש לדמות אותו אם חוששין לקול דחלוצה דכתב הרמב"ם פרק י"ז מהלכות איסורי ביאה דין כ' אבל אם יצא עליה קול שהיא חלוצה אין חוששין לה וכתב הרב המגיד שהטעם הוא מפני דחלוצה אינה אסורה לכהן רק מדרבנן והראב"ד חולק שם עליו וס"ל דגם בחלוצה חוששין לקלא עכ"ל ויש לדחות דאף המקיל בחלוצה אפשר דמחמיר בספק קידושין משום דשם אפילו בגרושה גופיה איכא רק לאו לכהן משא"כ כאן בגוף קידושי תורה איכא איסור אשת איש דחמור וכן יש לומר להיפך דמצינו דאיסור כהונה החמירו בו ביותר בכמה דברים וכמו שאמרו מעלה עשו ביוחסין.

אמנם נראה לפשוט הך דינא מהך דאמרינן במסכת גיטין דף פ"ט ע"א בהאי דנפק עליה קלא דקידש באציפא דתוחלא וכו' דלא הוי ביה שוה פרוטה דמבטלינן קלא משום דמימר אמרי אינשי עיינו בהו רבנן בקידושין ולא הוה בהו שוה פרוטה. וקשה לכאורה דהא אנו חוששין שמא שוה פרוטה במדי ואפשר דמשום הכי השמיט הרמב"ם הך דינא דמבטלינן קלא בפחות משוה פרוטה משום דס"ל דאביי הוא דאמר הכי במסכת גיטין דמבטלינן קלא בפחות משוה פרוטה ואביי לשיטתו אזיל בהא דמסכת קידושין בהאי דקידש באבנא דכוחלא דאמרינן שם דרב חסדא לא ס"ל הא דאמר שמואל דחוששין שמא שוה פרוטה במדי ואמרינן עליה והא איכא סהדי דידעי ביה דאיכא שוה פרוטה ואמר רב חסדא עדים בצד אסתן ותאסר ועל זה אמרו אביי ורבא לא ס"ל להא דר"ח דאם אמרו בשבויה וכו' ש"מ דזולת זאת דאיכא עדים באודיתא דידעי דהוה ביה שוה פרוטה הוי מודים לר"ח וש"מ דלא ס"ל הך דשמואל דחוששין שמא שוה פרוטה במדי ולכך פסק אביי במסכת גיטין דמבטלינן קלא בפחות משוה פרוטה אבל לדידן דקי"ל כשמואל דחוששין שמא שוה פרוטה במדי לא מבטלינן קלא בפחות משוה פרוטה ולכך השמיט הרמב"ם הך דינא דאמר אביי בגיטין. אמנם ליתר הפוסקים שפסקו להך דאביי דמבטלינן קלא בפחות משוה פרוטה וגם קי"ל להא דשמואל י"ל בזה דס"ל כדעת הרמב"ם דלדעתו הא דחוששין לשמא שוה פרוטה במדי ספק גמור של תורה הוא וס"ל

גם בדבר זה כדעת הרמב"ם דדבר המתקלקל בהגיעו לארץ רחוקה ליכא למימר שמא שוה פרוטה במדי והך דאביי היה בענין בישול תמרים כמ"ש רש"י ומתקלקל בהגיעו לארץ רחוקה ולכך אמר אביי דמבטלינן קלא בפחות משוה פרוטה.

או יש לומר כיון דהיא רק מקודשת מספק א"כ בקול יש כאן ספק ספיקא שמא אין בקול ממש ואם תמצי לומר יש בו ממש שמא אינו שוה פרוטה במדי כל זה לדעת הרמב"ם אבל לדעת התוס' אין כאן קידושי ספק רק קידושי ודאי מדבריהם דיש לחוש בו מפני מראית עין כמ"ש הרשב"א בשם הרמב"ן דלשיטת התוס' הוא קידושי ודאי מדבריהם דרבנן חששו אולי הוא שוה פרוטה במקום אחר ועשהו לקידושין מפני חשש הרואים וא"כ צריך לומר דמשום הכי אמר אביי דמבטלינן קלא בפחות משוה פרוטה אף דיש לחוש שמא שוה פרוטה במדי משום דבקידושי דרבנן לא חיישינן לקלא ואפשר דמ"מ יש לדחות דנהי דגזרה דרבנן היא מפני מראית עין מ"מ מידי ספיקא לא נפקא דאם היה ברור לן דאתא אליהו ואמר דאינו שוה פרוטה בכל קצוי ארץ לא היה מקום למראית עין ולא היה כאן חשש קידושין אפילו דרבנן וא"כ הוה ספק דרבנן ובהא לא חיישינן לקול אבל ודאי קידושי דרבנן עדיין יש בו ספק אולי חוששין לקול.

הלכה כח

מקום שנהגו וכו'. עיין במ"מ שכתב בשם הרשב"א דצריך המיעוט לעשות כן ברגילות עכ"ל ובזה ניחא לשון הרמב"ם דכתב מקום שנהגו המיעוט וכו' דמה מנהג יש כיון שרוב בני העיר אינם עושים כך אלא דכוונתו דאותן המיעוט נהגו כך בקביעות ולא בדרך עראי ואין אנו צריכין לדוחק הרב בעל משנה למלך.

עוד שם במ"מ בשם הרמב"ן ז"ל דבמקום חדש דאין מנהג ידוע חוששין לסבלונות עכ"ל נראה לי דלדעת רש"י במסכת קידושין דף נ' ע"ב דפירש דחוששין דסבלונות גופיה הן לקידושין יש לדקדק הא לא אמר בעת נתינה כלום ויהיה נמי לקידושין ונתנם בשתיקה לא עשה כלום אלא כיון דמנהג העיר לקדש והדר לסבל א"כ אין סבלונות בלי קידושין וא"כ המשלח סתם אדעתא דמנהג העיר שולח ומנהג העיר דאין סבלונות בלי קידושין וכאן שלא קידש מקודם הרי הן בלי ספק לקידושין והוי כאלו אמר בפירוש ויש כאן ידים מוכיחות דמסתמא אדעת מנהג העיר שלח וזהו שייך אם יש מנהג אם רב אם מעט אבל בעיר דליכא מנהג א"כ ליכא למימר אדעתא דמנהגא שלח דהא ליכא מנהג וא"כ אף דכוונתו היה לקידושין מ"מ הא נתן בשתיקה ולא עשה כלום וזה ברור.

ובזה צדקו דברי הריב"ש בתשובה שהביא הב"י סימן מ"ה דכתב דלדעת רש"י בעיר מירוקא דנתבטל בעוה"ר המנהג מחמת שמד דאין לחוש לסבלונות ולפי מה שכתבתי

דבריו נכונים דכל זה לדעת רש"י משא"כ לדעת החולקין וס"ל דסבלונות הם סימן שקידש כבר א"כ אף בעיר חדשה יש להחמיר אולי גם בזה סימנא מילתא היא לקידושין שהיו כבר ופשוט הוא ובעל משנה למלך תמה בזה על הריב"ש דהוא לכאורה נגד דברי הרמב"ן והר"ן שכתבו דבעיר חדשה יש להחמיר דלפי מ"ש ניחא דלפירוש רש"י בעיר שאין בו מנהג ודאי אין חוששין והוא הנכון בלי ספק.

ומה שתמה בעל משנה למלך על הרשב"ץ הובא בב"י סימן מ"ה דכתב אם הוא אתרא דמסבלי והדר מקדשי ולא קידשה בעדים אין כאן בית מיחש לא לפירוש רש"י ולא לפירוש התוס' והקשה מל"מ דדברי הרשב"ץ תמוהים דבין לרש"י ובין להתוס' אפילו אם היו עדים באתרא דמסבלי והדר מקדשי לא חיישינן לקידושין עכ"ל גם בדרכי משה תמה כן ונראה לי דס"ל להרשב"ץ דבשלמא לפירוש רש"י דבסבלונות גופיה יש חשש קידושין וא"כ אף דרובא מסבלי בלי קידושין מ"מ כיון דמיעוטי מקדשי והדר מסבלי משום חומרא דאשת איש יש לחוש למיעוטי ולומר דלמא זה האיש מהמיעוט ואותן סבלונות נתן לשם קידושין משא"כ לשיטת התוס' דאין בסבלונות חשש קידושין רק המה לראיה על קידושין שנתן מקודם א"כ כיון דרוב בני העיר מסבלי מקודם אזלא הראיה דהאיך נקח ראיה ומופת על דבר מה שרוב העיר עושין להיפך ולכך ס"ל לרשב"ץ דהא דגרסינן בגמ' דחיישינן למיעוט היינו לפירוש רש"י וא"כ בדליכא עדים דאין כאן חשש לפירש"י ורוב בני העיר מסבלי והדר מקדשי אין כאן חשש לדעת התוס' ואין כאן חשש לשני הפירושים (ב).

והנה הבית שמואל סימן מ"ה ס"ק ג' כתב לומר במקום שהמיעוט מקדשי והדר מסבלי ואין עדים בנתינת הסבלונות נאמן במגו וכן כתב הט"ז ודעתו לכוון זה בדעת הרשב"ץ עיי"ש בב"ש. ויש לפקפק בזה דמשמע דלא היו עדים בנתינה אבל מ"מ הודה דשלח סבלונות וגם יש קול והוי מגו למפרע ומגו לבטולי קלא ועוד הלא דעתו לבטל השידוכין וא"כ אם יכפור בסבלונות אז לא תחזירנה אותן לו משא"כ אם יאמר שנתנם שלא לשם קידושין הרי הם חוזרין לו בביטול השידוכין אם לא דנאמר דיכול להודות בסבלונות רק יוכל לטעון שנתנם באופן שאין בו חשש קידושין כלל כגון בשבת וכדומה אך מגו כזה אי מהני צ"ע כי מגו דלא שכיח וכהנה רבים תנאי מגו המעכבים בזה.

(**ב**) אמר המגיה צ"ל לדעת הרב המחבר דרשב"ץ מיירי במקום שהמיעוט מקדשי והדר מסבלי והרשב"ץ מכוון נמי לגרסת ר"י שהביאו התוס' בד"ה הכי גרסינן דגרס בגמרא מסבלי והדר מקדשי פשיטא דלא חיישינן ומשני לא צריכא דמיעוטא מקדשי והדר מסבלי מהו דתימא ניחוש למיעוטא ותהא מקודשת קמ"ל.

הלכה כט

הוחזק שטר כתובה וכו'. בטור סימן מ"ה כתב וחוששין לכתובה שאם כתב לה כתובה ולא הגיעה עדיין לידה רואין אם מקצת אנשי המקום וכו' ופירשו הב"ח והפרישה דאם הגיעה הכתובה לידה ודאי קידש דלא יתן כתובה בידה קודם קידושין אמנם בחידושי רשב"א למסכת קידושין על קושיית התוס' דף ס"ה בד"ה ואם נתן גט וכו' בהא דאמרינן אם נתן גט מעצמו יש לה כתובה דהא ארוסה לית לה כתובה ותירץ רשב"א דמיירי בדכתב לה ושטר כתובה יוצא מתחת ידה ומ"מ אין ראיה על קידושין דהוא באתרא דכתבי כתובה והדר מקדשי הרי דס"ל להדיא דלא כהטור. אמנם בדברי רבינו הרמב"ם אין הכרע אף דכתב לעיל בהלכה כ"א המקדש אחת מחמש נשים דמיירי דאבדה הכתובה ולא כתב דמיירי באתרא דכתבי והדר מקדשי דיש לומר דס"ל דאף דאין שטר כתובה שבידה ראיה על קידושין כמ"ש הרשב"א מ"מ כיון דשטר כתובה בידה והיא טוענת קדשתני הרי היא מוחזקת בשטר שבידה ונשבעת ונוטלת דלענין ממון היא נאמנת כיון דשטר בידה והרשב"א ס"ל כיון דכתבי והדר מקדשי אף לעניין ממון אין לה נאמנות בשטר כלל עד שתביא ראיה שנתקדשה.

ובזו אפשר לכוון דברי התוס' דהקשו בהא דאמרו דאם נתן גט מעצמו כופין ליתן כתובה הלא ארוסה לית לה כתובה וכי תימא דכתב לה א"כ אמאי מבקשין הימנו והקשה מהרש"א אמאי לא הקשו התוס' אהא דלא נאסר בקרובותיה דלפי מ"ש יש לומר דס"ל להתוס' דודאי איכא לאוקמי באתרא דכתבי והדר מקדשי וא"כ אין ראיה מכתובה על קידושין רק על ממון ראיה היא דהיא טוענת קדשתני ומ"מ בכופין אותו לגרש אין לה כתובה דהוא טוען לא ניתנה כתובה לגבות מחיים וא"כ אף לדבריך אין לך כתובה ממש דאין רצוני לגרש ואם אגרשך מחר תתבעי בגט ליתן כתובתך כאותו שאמרו הוציאה גט ואין עמה כתובה גובה כתובה וא"כ כשבי"ד כופין אותו אף היא כדי שלא תתעגן צריכה לפוטרו בשובר מכתובה ולכך אין לה כתובה אמנם בנתן הגט ברצון יש לה כתובה ולכך הקשו התוס' מה מבקשין ממנו הלא הוא יעשה זאת בלי עיכוב ושהיה דאם לא יתן גט כשימות תגבה היא כתובתה בשבועה מיורשיו בלי עיכוב משא"כ כשיגרשנה על כרחה צריכה היא לפטור אותו שלא תבוא לכלל גביית כתובה בגט שבידה וא"כ הרי הוא מרויח במה שנותן לה גט דעל ידי כך הוא נפטר מכתובה ובקשה זו מה טיבה.

ונראה לי דיש נפק"מ רבתא בין דעת הרשב"א ובין אם אומרים דלענין ממון תגבה בשטר כתובה שבידה אף באתרא דכתבי והדר מקדשי דאי אמרינן דתגבה כתובתה צ"ל דמנהג אותו מקום עכ"פ לקדש באותו יום שנכתב הכתובה דאל"כ הרי הוא כשטר

מוקדם דכתובה דינה כשאר שטר וגט מוקדם דפסול משא"כ לדעת הרשב"א דצריכה להביא ראיה אימת נתקדשה א"כ ליכא חששא במוקדם דהא לא גביא עד דאתיא ראיה אימת נתקדשה ומבו ביום גביא ואין כאן חשש טריפות לקוחות שלא כדין וכן צריך לומר במסכת בבא מציעא דף ז' ע"ב בתוס' בד"ה בזמן וכו' שכתבו שם דקודם אירוסין ליכא למיחש דכתב לה כתובה וקשה הא אמרינן בגמרא דאיכא דוכתי דכתבי והדר מקדשי ולפי מ"ש ניחא דבהנך מקומות אינה גובה בלא"ה בכתובה עד שתביא ראיה אימת נתקדשה וליכא חששא דמוקדם כלל ואתי שפיר.

אם דרך מקצת אנשי המקום שמקדשין ואח"כ כותבין וכו'. לכאורה קשה א"כ מה פריך בגמרא פשיטא כיון דאיכא אתרא דמקדשי והדר כתבי הו"ל לשינויי הא קמ"ל אפילו רובא כתבי והדר מקדשי ומיעוטי מקדשי והדר כתבי מ"מ חוששין למיעוטא משום חומרא דאשת איש כמו דמשני לעיל בסבלונות ודוחק לומר דא"כ מה קמ"ל בכתובה דהא כבר אשמעינן זאת בסבלונות דהך דסבלונות והך דכתובות לא חד אמורא אמר להו דהך דסבלונות רב פפא אמרה והך דכתובה רב אשי אמרה ולכן נראה דודאי קשיא דמה בכך דרובא מבני העיר מסבלי והדר מקדשי ומיעוטי מקדשי והדר מסבלי דהא הני והני קביעי במתא וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי מהתורה בין להקל ובין להחמיר וא"כ על הנך סבלונות דאנו דנין אי אתא מהנך דמסבלי והדר מקדשי או מהנך דמקדשי והדר מסבלי הוי כתשע חניות המוכרות בשר שחוטה ואחת בשר נבילה ולקח באחת מהן דספיקו אסור מטעם דכל הקבוע וכו' וכן כתב רמ"א ביו"ד סימן קי"ד סעיף י' בעכו"ם שמוכרים כבשים שיש בהן יין אף שהרוב אין נותנים לתוכו יין והמיעוט נותנין הוי ליה קבוע וכמחצה על מחצה דמי ומה קולא וחומרא יש כאן.

הן אמת דבמהרי"ק נראה קצת דעמד בזה ודימה אותו למה שאמרו בסנהדרין אף דהוה קבוע מ"מ על דיבור היוצא מפיהם אנו דנין דניידי אך זה יש לומר לדעת רש"י דאנו דנין על הקידושין עצמן אם הסבלונות הם הקידושין א"כ יש לומר הסבלונות ניידי מן המשלח אותם ועליהם הוא הספק אף דגם זה לא הבנתי דא"כ בשר הפורש מן המקולין בפנינו וכן ט' צבורין של מצה ואחת של חמץ ואתא עכבר ושקל בפנינו היינו נמי הספק על המופרש ומ"מ הואיל ופירש בפנינו ממקום קביעות אמרינן דהוי קבוע ובסנהדרין הטעם דאין אנו דנין עוד על האנשים אשר הוציאו מפיהם ההוראה והדין כי אמרו מי שאמרו אנו דנין רק על שמועה וסברא שיש כאן והרי כאן רוב סברות לאסור או להתיר משא"כ כאן דמחמת סבלונות אנו באים לדון על המשלח אם הוא המקדש לאשה או לא א"כ לא ידעתי מה הפרש יש בן זה לשארי דיני פרוש בפנינו מהקבוע ועם כל הדוחק הזה

יש לומר כן לשיטת רש"י אבל לשיטת התוס' דסבלונות המה רק ראיה על קידושין שהיו מקודם וא"כ בסבלונות ההמה אנו דנין על המשלח לראיה ופשיטא שיש כאן קבוע.

ולכן נראה לי לומר כיון דבשעת שליחות הסבלונות לא היה ספק כי באותו רגע היה ידוע אם משלחן לשם קידושין ואם קידש כבר או לא רק אח"כ כשהסבלונות ביד האשה נופל הספק אי היו לקידושין לרש"י או לאמת על קידושין לשיטת התוס' וא"כ הוי כמו שנולד טריפות במקולין לאחר שכבר לקחו דהוי פירש קודם שנולד הספק ודנין הכל כמו נמצא דאמרינן מרובא פריש כמבואר ביו"ד סימן ק"י סעיף ה' וא"כ אף כאן הספק נולד לאחר שכבר פירשו הסבלונות וא"כ הוי כנמצא ואזלינן בתר רובא ואמרינן דהסבלונות מרובא קפרשו ולכך הא דחוששין למיעוט הוא רק משום חומרא דאשת איש ולפי זה תינח בסבלונות אמנם בכתובה דמיירי דהכתובה אינה בידה כמ"ש הטור וכמו שכתבתי לעיל וא"כ ודאי אנו דנין עליה קודם שיש כאן צד פירש ופשיטא דאין לחוש אי יש כאן מיעוט דמקדשי והדר כתבי או רובא דהא כל הקבוע כמחצה על מחצה דמי ולכך לא משני הגמרא על הך דכתובה דקמ"ל דחיישינן למיעוטא דלעניין כתובה אין זה רבותא דהוי ליה קבוע כהנ"ל.

ובזה יש ליישב דברי מהרי"ק ז"ל שהאריך לומר בדעת הרמב"ם שלא לילך בסבלונות אחר מיעוטא רק רוב מקום שהוא הארץ ומדינה מקדשי והדר מסבלי אפס שרוב העיר מעיירות מסבלי והדר מקדשי וכולם כמיעוט יחשבו נגד רוב המדינה עיי"ש שהאריך והקשה הרב בעל משנה למלך דהא בכתובה כתב אפילו הרוב אנשי המקום שהוא לפירוש מהרי"ק מדינה כותבין והדר מקדשי אעפ"כ חוששין הרי שחשש הרב למיעוטא ומאי שנא כתובה מסבלונות עכ"ל אמנם לפי מה שכתבתי שאני ושאני דכתובה דינא הוא שלא לחוש לרובא דהוי קבוע משא"כ בסבלונות דהוי פירש ואין לחוש למיעוט במקום רוב ואחרי רבים להטות כתיב.

הלכה לא

אמר עד אחד מקודשת היא זו וכו'. עיין במ"מ מה שתירץ על רבינו ודבריו לומר דאף דהיא מכחישה לעד מ"מ הואיל ועד אחד מסייע לה מגרע גרע ותירוצו דחוק ונראה לי דרמב"ם מיירי בגוונא דמיירי בגמ' דכתובות דף כ"ג ע"א דאמר שם תרווייהו בפנויה קמסהדי וכו' ש"מ דזולת הגדת העדים היתה האשה זאת עומדת בחזקת אשת איש רק דשני עדים אמרו דפנויה היא אבל האחד אומר דנתקדשה מחדש ואחד אומר לא נתקדשה ולכך אמרינן בגמרא תרווייהו בפנויה קמסהדי עיי"ש ולפי זה על כרחך אתה צריך להעד השני דאומר לא נתקדשה להוציאה מחזקת אשת איש הקדום דבעד אחד

אומר נתקדשה אף דאשה מכחישתו ובטלו דבריו מ"מ מי מוציאה מחזקת אשת איש הקדום משא"כ באיכא עד אחד נמי דאמר לא נתקדשה א"כ לבין שניהם בטלה חזקת אשת איש ואפ"ה לכתחילה לא תינשא כיון שהיתה מקודם בחזקת אשת איש ולכך נמי אי לאו דמכחישתו רק דהיתה מסופקת אפילו נשאת תצא כיון דעתה נחלקו העדים אם נתקדשה לדברי האומר נתקדשה חוששין דנראה דדברי האשה מסכימים עמו ולכך בעי הרמב"ם שתהא היא מכחישתו דלא נימא דאף היא בעצמה בספק והעמד אשה בחזקתה דכאן זולת עדות העדים ליכא חזקת פנויה דהיא עומדת בחזקת אשת איש ואנן מפי העדים אנו חיים והרי הן נחלקו ולדברי האחד עדיין אשת איש היא ולכך בעינן שתהא האשה מכחישתו.

ואם נפרש ברמב"ם כמו שכתבו התוס' שם תרווייהו בפנויה וכו' דאיירי באיכא נרות דולקות וכו' ובזה העניין מיירי בגמרא בעד אחד אומר נתקדשה א"כ רבינו הרמב"ם דפסק לעיל הלכה כ"ב דהיכא דאיכא כמו שמחת נשואין אפילו עד אחד אומר ששמע משנים פלונית נתקדשה חוששין לקידושין ואם כן גם כאן דעד אחד אומר דנתקדשה בפני שנים הוי כאומר ששמע ולא תהא שמיעה גדולה מן הראיה והוי שמחת אירוסין בהדיא חוששין לקידושין ובהא דלעיל דחוששין לקידושין הוא אפילו שנים מכחישין ולכך מפרש ומוקי ליה דאידך אמר לא נתקדשה ואם כן אוקי חד לגבי חד ולא הוי כדלעיל בקלא דאירוסין דהתם אין עד אחד המכחישו. ונראה לומר דמהכא יליף הרמב"ם לעיל דסגי בעד אחד אומר ששמע משנים דלא כדעת הפוסקים דבעי על כל פנים שני עדים בעד מפי עד דלפי מ"ש מהכא יליף משום דקשיא ליה קושיית התוס' למה לא תנשא לכתחילה וצ"ל דאיירי דאיכא כמו שמחת אירוסין וקשה דמה בכך הא אינו אלא עד אחד ועל כרחך מוכח דבכי הני גוונא דאיכא כמו שמחת אירוסין אפילו עד אחד המעיד ששמע או ראה שנתקדשה בפני שנים מהני ולכך בעי עד אחד המכחישו ואעפ"כ לא תנשא לכתחילה ודברי הרמב"ם מוכרחים בגמרא ואף דהרמב"ם סתם הדברים מ"מ דרכו הוא לסתום ולהעתיק לשון הגמרא ובכל זאת חד פירוש הוא לדבריו ולדברי הגמרא וחייב אדם לומר בלשון רבו.

לפיכך נותן לה גט ותהיה אסורה עליו ועל הכל עד שיבוא ארוסה. וכתב המ"מ ופשוט הוא שאפילו יבוא ארוסה אינה מותרת לו בלא גט מהשני שהרי אין כאן עדים מעידים כדבריה עכ"ל משמע אם יש עדים כדבריה אינה צריכה גט מהשני אף דשויא נפשה חתיכה דאיסורא במה שאמרה פנויה אני וא"כ קידושי שני חלין וצריך לומר כמ"ש לעיל הרב בעל משנה למלך דנגד עדים לא אמרינן דשויא נפשה חתיכה דאיסורא היכא

דאינה עומדת בדבריה אף דליכא אמתלא ועיין מ"ש לעיל ולא קשה האיך מותרת לראשון אחר גט משני הא יאמרו דהוא מחזיר גרושתו משנשאת וצ"ל דלא חשו רק ביצא קול שמקודשת לראשון וא"כ איכא חשש בעיני ההמון אבל במקום דליכא קול רק מפיה אנו חיים דהיא אומרת דנתקדשה ליכא חשש בעיני ההמון דלא יאמינו לה כלל שהיתה מעולם מקודשת לראשון. והבית שמואל סימן מ"ז ס"ק ח' כתב דלולי דברי המ"מ היה מפרש בדברי הרמב"ם עד שיבוא הארוס ויברר בעדים שזהו הארוס ולא ידעתי א"כ גט משני למה דקודם שיברר הראשון הרי היא אסורה לכל עולם ואי יברר לא חלו קידושי שני וגט למה אלא ודאי דאינו מבורר רק מפיה ולכך להחמיר צריכה גט משני ואפשר דס"ל להב"ש כמ"ש לעיל הלכה ט"ו דאף במקום עדים וחזרה בלי אמתלא שויא לנפשא חתיכה דאיסורא כמאה עדים דמי וא"כ היא שאמרה פנויה היא שויא קידושי שני לממש ולכך צריכה גט מהשני.

פרק י

הלכה א

הארוסה אסורה לבעלה וכו'. עיין במ"מ שכתב ופשוט הוא שהוא מדברי סופרים והראיה מהא דמסכת כתובות דף י"ב דמנהג יהודה שמיחדין אותה קודם כניסה לחופה ואם היתה אסורה מהתורה לא היה מותר לו להתיחד עמה עכ"ל והא דאמרינן בכתובות דף ז' ע"ב דמברכין ברכת חתנים בבית האירוסין ביהודה מפני שמתיחדין ש"מ דאף לאיסורא דרבנן חששו צ"ל לדעת המ"מ דברכה חמור דאמרינן במסכת כלה כלה בלא ברכה כבועל נדה ולכך אף דהוא דרבנן חששו משא"כ בועל בלי חופה לא חששו להך איסורא דרבנן משא"כ אי היה איסור תורה גם בזה היה להן לחוש ולכאורה היה נראה לומר דכלה בלא ברכה אסורה לבעלה היינו בלי חופה דזהו עיקר האיסור ולכך חששו אולי יבוא עליה ואף דביאה לאחר אירוסין הוי נשואין כחופה כמ"ש הר"ן מ"מ חששו שמא יבוא עליה שלא לשם אישות ולכך תקנו לברך ז' ברכות וא"כ מסתמא כשיבעול אח"כ יבעל לשם נשואין דכיון דכבר היה לו ז' ברכות מסתמא אדעתא דנשואין יבעל וזהו כוונת התוס' במסכת כתובות דף ז' ע"ב רבי יהודה אומר וכו' עיי"ש דכתבו לפי שפעמים בועל שלא לשם חופה עושין ברכה כדי שיהיה כלה בברכה עכ"ל דקשה לכאורה למה חששו על איסור בלי ברכה ולא על איסור בועל בלי חופה ועוד מה איריא דבועל שלא לשם חופה אף דבועל לשם חופה עכ"פ יבעל בלי ברכה ולפי מ"ש ניחא דעיקר האיסור הוא אם יבעל בלי חופה רק כיון דבירך כבר ז' ברכות מסתמא יבעול לשם חופה.

ואפשר נמי לומר דדעת התוס' כדעת המ"מ דעיקר חשש היה משום ברכה רק דאי בועל לשם חופה מסתמא עושה כראוי ומברך ראשון ברכת נשואין ולא חששו לברך תיכף בעת אירוסין רק דאולי יצרו תקפו לבעול שלא לשם חופה וא"כ לאו אדעתיה לברך ז' ברכות ולכך תקנו לברך תיכף דאף אם יבעול אח"כ שלא לשם חופה ויעבור איסור דרבנן זוטא תקנו שלא יעשה איסור דרבנן חמור שהוא כבועל נדה ומ"מ מבואר מדברי המ"מ דס"ל לרמב"ם כלה בלי ברכה ממש ולא בלי חופה וזהו דלא כמ"ש הבית שמואל סימן (נ"ד) [נ"ה] ס"ק א' לדעת הרמב"ם וראיה שלו מהא דס"ל לרמב"ם דנשואין בלי ברכה מהני ואלו היא כנדה הא ס"ל לרמב"ם דחופת נדה לא מהני מלבד מה שכתב הוא בעצמו שם דיש לומר דלאו כנדה ממש אף גם דבשלמא יחוד נדה לאו יחוד הוא דאין ראוי לביאה ואין כאן חיבת חופה אבל בלי ברכה הא בכל רגע יכול לברך א"כ הוי חיבת חופה חיבה ממש ופשוט הוא.

ואפילו אם קידשה בביאה וכו'. עיין במ"מ וכתב הכ"מ ואומר אני שאין זה ראיה מוכרחת וכו' עיי"ש ובאמת לא היה דעת המ"מ להוכיח דאם ביאה אירוסין עושה דאסור לבעול אח"כ קודם חופה דמהיכי תיתי יהיו קידושי ביאה עדיפי מקידושי כסף ושטר וכי בשביל שעבר אדרבנן וקידש בביאה יקילו בו חכמים להתירה בלי ברכה וחופה ולא בזה נסתפק המ"מ רק דקשיא ליה כיון דהך אבעיא אי ביאה אירוסין עושה או נשואין עושה לא איפשטא כלל א"כ יש לנו לילך במילתא דרבנן לקולא ולזה תירץ המ"מ כיון דלא קאמר אי אירוסין עושה אסור לבעול אח"כ בלא חופה ואי נשואין עושה מותר לבעול אח"כ ש"מ דאף אי נשואין עושה מ"מ אסרוהו חכמים בלי חופה וברכה ואח"כ כתב המ"מ דגם דייקי שמעתן דאירוסין עושה והוי כאלו נפשט האבעיא (א).

(**א**) אמר המגיה דברי הרב המחבר צריכין פירוש לפירושו דלכאורה יש לומר דגם הכסף משנה הבין דברי המ"מ כמו שהבינו הרב רק דקשיא ליה אדבריו דדלמא לכך לא אמר בגמרא הנפק"מ משום דפשיטא ליה אם נשואין עושה דמותר לבעול אחר כך בלא חופה אבל באמת דברי הרב המחבר נכונים דאי כך היתה כוונת הכ"מ א"כ מה זה דקאמר דלכך לא אמר זאת הנפק"מ משום דפשיטא ליה אי נשואין עושה דמותר לבעול אח"כ דמה אולמא האי נפק"מ מיורשה ומהפרת נדריה דגם זה פשיטא אי נשואין עושה דכל דינים הללו אית ביה אלא על כרחך דכוונת הכ"מ היא דיש לומר לאידך גיסא דגם אי ביאה אירוסין עושה יש לומר דמותר לבעול אח"כ בלי חופה על כן לא אמר הנפק"מ ועל זה יפה כתב הרב מה שכתב.

הלכה ב

ומשתכנס לחופה נקראת נשואה וכו'. עיין במשנה למלך שתמה על בעל משאת בנימין והרב בית שמואל סימן (ס"ג) [ס"ד] ס"ק ו' שנמשך אחריו דחופה קודם קידושין לא מהני דהא הרמב"ן בחידושיו וכן הריטב"א כתבו להיפך אהא דאיבעיא לן בפ"ק דקידושין דף י' תחילת ביאה קונה או סוף ביאה קונה ואמרינן דנפק"מ לכהן גדול דקא קני בתולה בביאה והקשו דלו יהיה דתחילת ביאה קונה דהא קי"ל במסכת יבמות דף נ"ט דבתר נשואין אזלינן וא"כ אסור לכונסה דהויא ליה בעולת עצמו ותירצו דמיירי בשכנסה לחופה תחילה בלא קידושין וקדשה אח"כ בביאה דכיון דקנאה בביאה נעשית כאשתו לכל דבר והיא נשואה גמורה בתחילת ביאה שמעינן מניה דחופה הקודמת לקידושין מהני עכ"ל משנה למלך. וראיה זו אפשר לדחות דהאי נמי דקאמר בגמרא נפק"מ לכהן גדול הוא לרב הונא דס"ל בפ"ק דקידושין דחופה קונה ולדידיה אפילו קודם קידושין מהני דהוא לבדו במקום קידושין ולכך אם היה חופה תחילה אף שלא לשם קידושין מהני עכ"פ אי תחילת ביאה קונה שתהא נשואה גמורה ע"י חופה שהיתה מקודם משא"כ לדידן דלא קי"ל כרב הונא דחופה אינו קונה ככסף לא מהני חופהקודם לקידושין אך מ"מ זה דוחק שהאבעיא תהא שלא אליבא דהלכתא. אמנם לא ידעתי למה לא הביאו ראיה מהמרדכי והביאו בהגהת הרא"ש פרק קמא דכתובות דלהכי הקדימו חופה לקידושין בנוסח הברכה משום דזימנין דמקדשין בשעת ברכת נשואין ואז הכנסת חופה קודמת לקידושין כי הכנסת חופה שמסרוהו לחתן בשחרית קודם הברכה עכ"ל ואף דלא קי"ל כהמרדכי בזה בהך חופה כזה דיהיה מיקרי חופה עיין סימן (נ"ד) [נ"ה] מ"מ בגוף הדין אין חולק דיכול להיות חופה קודם לקידושין. ובהגהת מרדכי פרק קמא דקידושין האריך בזה והביא בסוף בשם רש"י בקידושי טעות דאין צריך רק קידושין אחרים וכתב דאע"פ דהוה חופה קודם לקידושין מה בכך וכו' עיי"ש הרי מבואר דיכול להיות חופה קודם לקידושין.

והנה הרב המגיה בספר משנה למלך כתב דמדברי התוס' במסכת יבמות דף נ"ז ע"ב בד"ה רב אמר וכו' ומדברי רשב"א משמע דחופה קודם קידושין לא מהני ואני לא מצאתי שום רמז בתוס' לזה כי מה שהחליטו לפי' רש"י לומר דרב ושמואל ס"ל כרב הונא דחופה קונה דעל כרחך מיירי קודם קידושין דאי לאחר קידושין כבר נפסלה בקידושין וא"כ על כרחך דחופה קונה מזה אין ראיה דאף דחופה מהני קודם לקידושין מ"מ לדידן דלא קי"ל כר"ה אין בחופה שום קנין עד שיבואו הקידושין שלאחריו ויגמרו הענין הא כל זמן שלא באו קידושין שלאחר החופה אין במעשה החופה ממש בשום פנים כיון דאינו קונה כלל

וא"כ שם דמיירי דהיתה חופה לבד בלי קידושין הוא דבר בטל זולת לר"ה דס"ל דקונה (ב). ואף שברשב"א נזכר בלישנא דגם בעלמא כה"ג לא מהני, הרצון ג"כ כמ"ש דזולת קידושין לא מהני מידי ואין בו שום צד קנין וא"כ מה כחו של חופה לפוסלה מתרומה ואדרבה מהרשב"א יש ראיה להיפך דהא לאחר שנשא ונתן בדברי התוס' העלה הוא דרב דאמר יש חופה לפסולות ואף דלא ס"ל כרב הונא ואף דלא נתקדשה כלל מ"מ לפסול בתרומה מהני חופה לבד וא"כ אי אמרת בשלמא דחופה כי האי מהני בעלמא לגמור א"כ יש בה צד ממש ולכך פוסלות בתרומה משא"כ אי אמרינן דלא מהני בעלמא כלל ואין כאן תורת חופה כלל כיון דלא קדמו קידושין א"כ למה תפסול בתרומה כיון שאין בו צד קנין וגמר קנין בשום אופן וזה ברור בראיה וא"כ רבינו הרמב"ם דגם הוא אף דפסק דלא כרב הונא כמ"ש המ"מ והר"ן מ"מ פסק בפרק ז' מהלכות תרומות הלכה כ"א דחופה כזה בלי קנין שלאחריו פוסל בתרומה ועל כרחך ס"ל דחופה כי האי בעלמא יש בו ממש אם יש אחריו קידושין לעשות נשואין. והלח"מ נתקשה בזה על הרמב"ם במה דפסק בהלכות תרומות דחופה לבדו פוסל בתרומה כיון דלא ס"ל כר"ה ולא ראה חידושי הרשב"א דהעלה דאף דאינו קונה מ"מ פוסל ולק"מ וא"כ הדבר מוכח לפענ"ד.

ואל תשיבני מקושית הר"ן פרק המדיר גבי קדשה על תנאי וכנסה סתם דאמרינן אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ולפירוש הרשב"א הבעילה היא לשם קידושין וה"ק לא תימא טעמא דרב דכיון שכנסה סתם ולא הקפיד להזכיר תנאו בשעת כניסה לחופה אחולי אחליה לתנאו הראשון לגמרי ובעל לשם קידושין גמורים ואלו רצה לגרשה כתובה בעי למיתב לה אלא טעמא דרב לעניין גט שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובעל לשם קידושין אבל לענין כתובה בתנאו קאי שאם ימצאו לה נדרים תצא שלא בכתובה עכ"ל והקשה הר"ן עליו דאי משום בעל לשם קידושין אתינן עלה מעיקרא האיך תהא לה כתובה הא ביאה אירוסין עושה וארוסה אין לה כתובה ומה הקשה הר"ן הא היתה לה חופה קודם הבעילה ואף דהבעילה היא לקידושין הא קדמו חופה וא"כ לכאורה משמע דחופה קודם קידושין לא מהני לעשות נשואין ואף שיש לדחוק ולומר כיון דהיתה החופה על תנאי ובשעת בעילה מחל לתנאו משום דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות והחופה כמאן דליתא דהיתה על תנאי אמנם מ"מ זה דוחק דהא קושיית הר"ן על הרשב"א להס"ד דאחולי אחלה לתנאו וא"כ יש לומר תיכף בשעת חופה אחלה ואף כי אין לחופה קנין מ"מ לאחר כן בשעת בעילה נגמר הקנין בקידושין וחופה שקדמו ואי הוי ס"ל לר"ן בדעת הרשב"א כמ"ש לעיל לא הוי מקשה עליו מידי.

וכן יש לכאורה להביא ראיה מהא דהקשה הרשב"א אהא דקידושין דף ס"ה דאם

נתן גט מעצמו דכופין ליתן כתובה הא ארוסה לית לה כתובה וכי תימא היא טוענת קדשתני והיה לי חופה ג"כ אף אנו נימא הוא שנתן גט הודה על קידושין ולא על חופה עיי"ש וקשה דלמא מיירי דהיה להם חופה בעדים וכו"ע יודעים מזה והיא טוענת אח"כ קידשתני והוא כופר בקידושין ולכך כשנתן גט על כרחך מודה על קידושין והיא עכ"פ נשואה דהא קדמה חופה בעדים (ג) ודאי דעל התוס' דהוכיחו ג"כ מכאן דארוסה יש לה כתובה אין להקשות כן דיש לומר דלישנא קדשתני משמע ליה להתוס' דהיא טוענת ארוסה אני ולא נשואה ועוד יש לומר דהתוס' הקשו כן לפירוש רש"י ביבמות דף נ"ז דס"ל לרב יש חופה לפסולות והיינו דרב כרב הונא ס"ל דחופה קונה ורב הוא נמי דאמר הכא כופין ליתן כתובה ולרב ליכא למימר דהיתה חופה ידוע בעדים דא"כ אסור בקרובותיה דחופה קונה אך הרשב"א דלא דייקי ליה מלת קדשתני וגם לא ס"ל ביבמות כפרש"י כמ"ש לעיל קשה מה הקשה. לכן נראה לי דהרשב"א ס"ל דחופה קודם ביאה לא הוי חופה ראויה לביאה דגזרו שאסור להתייחד עמה משום יחוד דפנויה ובודאי לשאר דברים לעשות אותה נשואה לשאר דברים ודאי דעושה ע"י קידושין שלאחריה נשואין גמורין אף דלא הוי חופה הראויה לביאה לא מבעיא להרשב"א דס"ל דגם בחופת נדה עושה נשואין לשאר דברים לבר מגביית כתובה אלא אפילו להרמב"ם דאמר דחופת נדה אינה קונה כלל מ"מ באיסור יחוד דרבנן מודה הרמב"ם דנעשית נשואה ע"י חופה שקודם קידושין לשאר דברים אמנם לענין כתובה דכו"ע מודים דחופת נידה לא מהני כיון דלא חזיא לביאה הוא הדין לענין זה בחופה קודם לקידושין כיון דלא חזיא לביאה לא מהני ואין לה כתובה וא"כ לק"מ דליכא למימר דחופה קדמה לקידושין א"כ הא אין לה כתובה כשתמצא לומר ארוסה לית לה כתובה (דהאומר דכל האיבעיא בכתובות דף ס"ג בחופת נדה הוא רק לענין תוספות היינו למאן דס"ל ארוסה אית לה כתובה אבל אי אמרינן דלית לה לארוסה כתובה ה"ה דאיבעיא היא בעיקר כמו בתוספות ועיין בהגהת הרא"ש שם והדבר מבואר).

ואנן כל פלפולינו בענין כתובה הן בהך דאם נתן גט מעצמו והן בהך דהר"ן בכתובות בקידש על תנאי וכנס סתם אבל בהאי דיש חופה לפסולות דלא מיירי לענין כתובה הוכחתי דלעיל קיימת דס"ל לרשב"א דחופה דקודם קידושין עושה נשואין לענין שאר דברים לבר מכתובה. ומ"ש בהגהת ספר משנה למלך דכן איתא ברבינו ירוחם דחופה קודם קידושין אינו קונה לא דק בזה דכוונת ריו"ו לשלול דברי רב הונא דלא תימא דחופה לבדה קונה ועל זה אמר דחופה קודם קידושין הרצון טרם שיגיעו קידושין להצטרף עמו לא קנה כלל ועל זה אמר דלא קי"ל כרב הונא אבל בקדימת זמנים לא דיבר ריו"ו כלל

וא"כ לא מצינו ראיה בשום צד שיהיה עיכוב על הסדר קידושין ואח"כ חופה.

(**ב**) אמר המגיה דזה ודאי אין לומר דהוכחת בעל המגיה ספר משנה למלך הוא מדכתבו התוס' שם וכי היכי דקרינן ביה שארו ע"י חופה שאחר קידושין לשוייה נשואה וכו' ולא כתבו להיפך דחופה דקודם קידושין משויה לה נשואה מזה ודאי אין ראיה דהתוס' נקטו דבר הפשוט הנמצא בגמרא מפורש דחופה לאחר קידושין גומר לעשותה נשואה אבל באמת אם נזדמן הדבר שהיה לה חופה מקודם ואח"כ קידושין נעשית ג"כ נשואה.

(**ג**) אמר המגיה ואין לומר לדברי הרב המחבר תקשה עדיין דלמא מיירי שיש עדים שהיה להם חופה והיא טוענת שנתקדשה קודם לכן ואם נתן גט מעצמו הוא מודה על הקידושין א"כ היא נשואה לכו"ע ויש לה כתובה דזה אינו דאי אמרינן דחופה קודם קידושין לא מהני ואנן לא ידעינן אימת הוי הקידושין לפני החופה או לאחריה מספיקא לא גביא אבל אי אמרינן דגם חופה הקדומה לקידושין מהני לעשותה נשואה א"כ בין שהחופה היא לפני קידושין או לאחריה יש לה כתובה.

כיון וכו' אבל אם היתה נדה וכו'. עיין במ"מ וכ"מ ויפה תירץ הלח"מ דלהרמב"ם לאו קושיא מהך דיש חופה לפסולות דהא הרמב"ם לא פסק כרב הונא דבאמת בלא"ה צ"ל דלענין פיסול תרומה בכל דהוא פוסל אף שאינו קנין כלל בשאר מילי והדבר מבואר ברשב"א ליבמות כמ"ש לעיל אמנם הרב בעל חלקת מחוקק סי' (ס') [ס"א] הקשה על הרמב"ם דהא בגמרא דכתובות דף נ"ו ע"א קודם האיבעיא דחופת נידה מביא בגמרא בעיא דרבין נכנסה לחופה ולא נבעלה מהו חיבת חופה קונה או חיבת ביאה קונה ואח"כ בעי רב אשי את"ל חיבת חופה קונה חופה דחזיא לביאה אבל חופה דלא חזיא לביאה לא או דלמא לא שנא תיקו ולשיטת הרמב"ם מה שייכות יש אם תמצי לומר דחיבת חופה קונה חופה דחזיא לביאה וכו' דהא איבעיא ראשונה היא רק לעניין כתובה דלשאר מילי פשיטא דחופה קונה וא"כ אם האיבעיא שנייה היא לכל מילי אי קרוי חופת נידה חופה או לא אין זה ענין לאיבעיא ראשונה ולא שייך את"ל והרב בית שמואל שם ס"ק ב' תירץ דגם לענין ירושה קאי איבעיא ראשונה ועדיין לא הואיל כלום דודאי לענין כל מילי שתקרא נשואה גמורה לא מספקינן ליה כלל ובכל הש"ס מצינו דבחופה נשואה היא משא"כ חופת נידה להרמב"ם דאינו מועיל כלל וא"כ לא שייכי האיבעיות אהדדי.

ונראה דאף להרמב"ם האיבעיא קאי לענין כתובה כמ"ש המ"מ רק מזה למד הרמב"ם דינו אי ס"ד דחופת נדה מהני והיא נשואה גמורה רק דמספקא ליה לענין כתובה דדלמא אדעתיה דהכי לא כתב לה א"כ איך אמרינן במתניתין מן הנשואין גובה הכל מן האירוסין בתולה גובה מאתים הא משכחת לה לפעמים דאפילו נשואה אינה גובה

הכל כגון בחופת נדה דנשואה מיקרי ומ"מ לית לה כתובה וא"כ עד שאתה מחלק בין נשואה לארוסה לפלוג ולתני בדידיה בין נשואה טהורה ובין נשואה נידה דלית לה וכ"ש בארוסה דלית לה ועל כרחך צ"ל דאי אמרינן דלא כתב לה אלא אדעתא דחזיא לביאה אמרינן דחופת נידה לאו שמה חופה כלל לכל דבר וא"כ חופת נידה היינו ארוסה ולעולם לא תמצא נשואה דאינה גובה כל כתובתה.

ולפי"ז אתי שפיר את"ל דודאי לא ס"ד לגמרא לספק אי חופת נידה הוי נשואה או לא דמהיכי תיתי לא תהא נשואה כמ"ש הפוסקים רק מה שדחקו לרב אשי לבוא לכלל הספק הזה הוא משנתינו דלעניין גביית תוספות כתובה לר' אלעזר בן עזריה דאמר שלא כתב אלא על מנת לכונסה בזו יש סברא לספק דלא כתב לה אחופה דלא חזיא לביאה כי מה חיבה יש כאן וא"כ דון מינה על כרחך דלכל מילי לא מיקרי נשואה דאל"כ קשה כהנ"ל לפלוג ולתני בדידיה או דלמא אף לענין כתובה דעתו אפילו לא חזיא לביאה וא"כ אף לכל מילי מיקרי חופת נידה חופה דחדא בחברתה מישך שייכי מדברי משנתינו אך כל זה אי המשנה מיירי נשואה בחופה אבל אי מתניתין מיירי נשואה בביאה דבנשואה בחופה לית לה כתובה כס"ד באיבעיא ראשונה א"כ אזדא כל הוכחות והדרן לסברת חוץ דאין חילוק בין חופת נידה לשאר חופות ואתי שפיר דקאמר ואת"ל חיבת חופה קונה חופה דחזיא לביאה וכו' דזהו המוליד לנו הספק משא"כ אי חיבת ביאה בעינן ונשואה דתנן במתניתין היינו דבעל א"כ אין כאן מקום ספק דבעלמא דמהני חופה אין חילוק בין נשואה נידה או נשואה טהורה וזה ברור.

והנה נראה לי ראיה לדברי הרמב"ם ז"ל ממתניתין במסכת כתובות דף י"א ע"א דקתני בתולה אלמנה מן הנשואין כתובתה מנה ואין לה טענת בתולים ואמרינן בגמרא הטעם שהרי כנסה ראשון ופירש רש"י ועליו לדעת שנבעלה וקשה האיך כלל ותנא הא איכא נשואה בחופת נדה ומת הבעל קודם שתטהר וא"כ ליכא למימר שנבעלה לבעל דאטו נחשדו הוא והיא להיות בועלי נידות וא"כ כנסה בחזקת בתולה גמורה ואיך קתני סתמא ועל כרחך צריך להיות דחופת נידה לא שמיה חופה ולא נקראת נשואה והא דלא פשטינן מהך מתניתין האיבעיא דלקמן י"ל דאף דלענין שאר דברים לא מקרי נשואה מ"מ לענין כתובה חופה כל דהוא מהני דהא לת"ק דר' אלעזר בן עזריה אפילו ארוסה גובה הכל ולעשות פלוגתא רחוקה לא אמרינן ומצינו נמי בחופת נדה דעושה קצת קנין כמ"ש לעיל דפוסל בתרומה כמו חופה לפסולות ולכך אפשר דלענין כתובה נמי מהני ואתי שפיר. וכה"ג צריכין אנו לומר לדברי רמ"א סימן (ס') [ס"א] סעיף א' שלמד מדברי תשובת הרא"ש דבחולנית שאינה ראויה לביאה כלל דגרע מחופת נדה דמהני לדעת הרא"ש

ואין הבעל יורש כמ"ש האחרונים שם וקשה הא יש חופה לפסולות ואינה חזיא לביאה לעולם כמו שהקשה הר"ן על הרמב"ם וצ"ל דלענין פיסול תרומה שאני או דשם דעתו לבעול אף שהוא באיסור א"כ יש כאן חיבה משא"כ כאן בחולנית אין דעתו לבעול כלל.

ולולי דמסתפינא הייתי אומר דהא דחולק הרא"ש על הרמב"ם בחופת נידה היינו לענין אכילת תרומה ודברים שהם מן התורה כנראה מדבריו שבזה תמה על הרמב"ם אבל על ירושת הבעל שהוא דרבנן יש לומר ג"כ כמו בכתובה דלא תקנו רק בחופה דחזיא לביאה אבל בחופה דלא חזיא לא תקנו ועיין במסכת כתובות דף מ"ח ע"ב בתוס' בד"ה ושמואל וכו' דס"ד דכיון דירושת הבעל דרבנן במסר האב לשלוחי הבעל לא תיקון אי נמי סלקא דעתך דאין האב מזכה לבתו עד שתכנס לחופה קמ"ל עכ"ל וכאן בחופת נידה דלא חזיא לביאה י"ל דבאמת לא תיקון רבנן ירושה וגם לתירוץ השני של תוס' יש לומר כאן כיון דאזלינן בתר כוונה ודאי חופה דחזיא לביאה בעינן ולא קשה דברי הרא"ש אהדדי. וכן משמע ברבינו ירוחם שכתב במשרים נתיב כ"ג ח"ז גבי ירושת הבעל דחופת נידה אינה קונה ולא הזכיר שם מחלוקת הרמב"ם ותוס' ורא"ש ויתר פוסקים כלל אלא ש"מ דס"ל לרי"ו דלענין ירושה חד דינא אית ליה כמו כתובה וצ"ע ומה שהקשו האחרונים דכיון שנכנסה לחופה עמו הא מחלה ועיי"ש בבית שמואל ס"ק ד' לא הבנתי קושייתם כיון דהנכנסים ברשותה היו כמו שבא שם בשאלה שבתשובת הרא"ש דהיה קרקע וא"כ בחזקת בעליה ומרא קמא עומדת והוא קודם נשואין אין לו בהם יד וא"כ מה מחילה שייך הכא דכאן צריך להיות מתנה גמורה ולא מחילה כנודע ומבואר בחו"מ. ואף שכתב רש"י דף מ"ח כיון דמסר האב אחולי אחיל הוא לשון מושאל והרצון דגמר ומקנה ושם תקנת חכמים היתה כך והוי כאלו הקנה וא"כ אין למידין ממנו לומר דגמר והקנה במה דלא מצינו מבואר או דיש לומר דכוונת רש"י בזה דהאב מסלק זכותו וא"כ ממילא נשאר לבעל אבל בנדון הרא"ש מי מסלק כח של הקדש ועוד וכי זה בידה לתת מתנה ולגרוע כח הקדש ואם כן לק"מ.

ועדיין אני מסופק דכיון משום פירסה נידה אתינן עלה והוא בגמרא בעיא דלא אפשטא אם כן אם הוא נכסי צאן ברזל דהוא בידו בזו יש לומר דתפיסה מהני כמו שכתבו הפוסקים שכן הוא הדין בכל בעיא דלא איפשטא או יש לומר דבהך דכיון דמגרע גרע מן פירסה נדה כמ"ש הרמ"א שם אפשר דבזה לא מספקא לן כלל ואף אם תפס מוציאין מידו כנראה מסתימת הרמ"א וצריך עיון.

והנה התוס' פ"ק דיומא ובמס' ביצה דף ל"ו ע"ב והרא"ש הביאו דעת הירושלמי דבאלמנה לא מהני חופה כמו בבתולה ונחלקו בו אי בעי דווקא בעילה או יחוד לביאה

אפשר לומר דאף לדעת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דבכל חופה בעינן יחוד של ביאה היינו דווקא בנידה דאורייתא אבל בשאר איסורי דרבנן כגון תבעה להנשא הוי חופה וכן בכל הדומה לזה כמ"ש המגיד משנה בהלכות איסורי ביאה משא"כ באלמנה בעינן יחוד של ביאה דווקא בלי שום מונע הן דאורייתא או דרבנן בשום צד ואופן כלל ובזה מתורץ קושיית הבית שמואל סימן (ס"ג) [ס"ד] ס"ק ו' שהניח דברי המחבר בצריך עיון ולפי מ"ש לא קשה מידי.

אמנם רבינו הרמב"ם ז"ל השמיט הך דירושלמי ובליקוטי מהרי"ל כתב שיש ראיה מתלמודא דידן נגד דברי הירושלמי כאלו תלמודא דידן חולק אירושלמי אבל לא ביאר שם מקום הראיה ואלקים הבין דרכו והוא ידע מקומה כי בעניותי בעוה"ר לא מצאתי ואם הראיה מהא דאמרינן במסכת יבמות דף נ"ז ע"ב יש חופה לפסולות ופירשו התוס' לשיטת רש"י דפלוגתא דרב ושמואל אמתניתין קאי דכן משמע ליה לרש"י דקאי אמה דקתני במתניתין ובהנך פסולים קמיירי ולכך הוצרך רש"י לומר דס"ל לרב כרב הונא דחופה קונה כמ"ש התוס' ובמשנה נאמר אלמנה לכהן גדול וגרושה לכהן הדיוט ואם כוונת מהרי"ל להביא ראיה מזה דס"ל לגמרא דידן דמהני חופה באלמנה אין אני רואה ראיה מזה לשיטת רש"י דודאי לרב הונא דס"ל דחופה קונה קנין גמור כמו כסף ודאי דגם באלמנה קונה דכי נוסיף קנינים בבתולה יותר מבאלמנה דאי לא אמרת כן מה פריך במסכת קידושין דף ה' ע"ב לר"ה דאמר חופה קונה ממתניתין דשלש תנן ארבע לא תנן לשני דכי קתני מילתא דשוה בכל הנשים דהאשה נקנית קתני בין בתולה ובין אלמנה אבל חופה דלא קנה באלמנה לא קתני אלא ודאי דלר"ה דחופה קונה קנין גמור פשיטא דגם באלמנה מהני. ועוד דהוה ליה לפרוך לרב הונא דמה לכסף שקונה באלמנה תאמר בחופה שאינה קונה באלמנה אלא ודאי דלרב הונא אין חילוק והא גופא נלמוד לר"ה מק"ו ומה כסף שאינו גומר קונה באלמנה חופה דגומר אין דין שתקנה באלמנה אבל דברי הירושלמי לדידן דלא קי"ל כר"ה דליכא למילף בק"ו מכסף שפיר יש לחלק בין בתולה לאלמנה (ד). אמנם מדברי התוס' ביבמות דפירשו דפלוגתא דרב ושמואל אנתארמלה ונתגרשה מן האירוסין קאי יש לכאורה ראיה ברורה דיש חופה באלמנה וכן מסתימת לשון הרמב"ם פרק ז' מהלכות תרומות דפירש ג"כ קודם קידושין בחופה בעלמא כמ"ש לעיל בשם רשב"א. אך כל זה אינו שוה לי דעד כאן לא אמרינן דאלמנה לית לה חופה היינו בבעולה לאלמנה מן הנשואין דלית להו חיבת ביאה כל כך אבל אלמנה מן האירוסין דקי"ל כתובתה מאתים ויש לה טענת בתולים הרי הן בתולות גמורים.

ובהכי יש לתרץ מה דקשיא ליה להרב המחבר ספר בית שמואל סימן (נ"ו) [נ"ז] ס"ק א' דכתב בש"ע דבאלמנה לא סגי בהליכתה לבדה לענין ליורשה דתיפק ליה דאפילו בשלוחים לא מהני דהא אין חופה מועיל בה ומכ"ש מסירת שלוחים ומכח קושיא זאת נכנס בדחוקים ולפי מש"כ ניחא דמיירי באלמנה מאירוסין דודאי חופה מועיל בה ולק"מ מכל הנ"ל. אך מהכא יש לכאורה להביא ראיה מגמרא דידן דס"ל דיש חופה לבעולה דדייקינן שם ביבמות דף נ"ח ע"א דמשקה אותה ומשביע עליה שלא שטית ארוסה וכו' אלא דקניא לה כשהיא ארוסה ואסתתר ונכנסה לחופה ולא נבעלה וש"מ יש חופה לפסולות. וקשה אי אין חופה מועיל בבעולה ממה נפשך אי טהורה היא ולא נטמאת שתיית מים למה ואי טמאה היא ונבעלה א"כ אף דיש חופה לפסולות מ"מ בעולה היא ולא מועיל לה חופה לעשותה נשואה והרי היא ארוסה ואין משקין ארוסה אלא על כרחך דגמרא דידן לא ס"ל כירושלמי. אך גם זה יש לדחות דכיון דלא ידע דנבעלה יש לו חיבת ביאה ואף דבאמת נבעלה מ"מ כיון דהוא סובר שהיא בתולה יש לו חיבת ביאה וחופה קונה ולכן נעלם מאתי ראיה ברורה לסתור דברי הירושלמי.

ונראה להביא ראיה דגם רש"י ס"ל דגמרא דידן אינו חולק על הירושלמי מהא דמסכת קידושין דף כ"ז ע"ב אהא דיליף עולא גלגל שבועה משלא שטית ארוסה דליכא למימר נכנסה לחופה ולא נבעלה דהא צריך קדימת שכיבת בעל לבועל ושנוי דמשני ביבמות דבא עליה הארוס בבית אביה דחיקי ליה והקשו התוס' שם בד"ה הכי גרסינן על פירוש רש"י דא"כ למה לי קרא תחת אישך פרט לארוסה תיפק ליה מבלעדי אישך ולא שקדמה שכיבת בועל לבעל עיי"ש ונראה דיש לומר דס"ל לרש"י דאם היה לו אשה וגרשה וחזר וארסה קדמה שכיבת בעל קרינן ביה קודם גירושין אך בהאי דלא שטית ארוסה אי אפשר לומר כן דהא ארוסה אינה שותת ועל כרחך צ"ל בנכנסה עמו לחופה אח"כ ולא נבעלה אחר אירוסין שיהיה מנוקה מעון ואם היא גרושה ונבעלה קודם גירושין אין בה קנין חופה כלל כמו אלמנה ולא שייך גבה תורת נשואה על כן הוצרך שם למימר תחת אישך פרט לארוסה ולא קשה קושיית התוס'. והא דפסק הרמב"ם דחופה מהני באלמנה לאו משום דס"ל דגמרא דידן חולק על הירושלמי רק דהוא מפרש כמו שמפרשו מהר"י מטראני דהוא הדין בתולה נמי ס"ל לירושלמי שלא תהא החופה בשבת רק דנקט אלמנה משום דבתולה נשאת ליום רביעי עיי"ש.

והנה דעת מהרי"ל דאף הראה לא מהני באלמנה וצריכן אנו לתת טעם לדבריו דמהיכן למד לומר כן וצ"ל דהא הרי"ף פירש במסכת יבמות דהעראה אף דקי"ל דכל הבועל דעתו על גמר ביאה מ"מ קונה כמו חופה ולפי זה באלמנה דלא מהני חופה רק ביאה

צריך ביאה גמורה דכל הבועל דעתו אגמר ביאה זהו מה שנראה לי בדעת מהרי"ל אף שנתקשו בו האחרונים עיין בבית שמואל סי' (ס"ג) [ס"ד] ס"ק ו'.

והיה מקום לומר דאלמנה נידה אין לכנוס כלל דברכת נשואין המה לבטלה דהא הוי יחוד דלא חזיא לביאה ואינה באלמנה כלל ולהרמב"ם אפילו בבתולה ליכא. איברא דמדברי הט"ז והבית שמואל סימן (ס"ג) [ס"ד] ס"ק ו' דהתירו לאלמנה נידה לכנוס בערב שבת למידן ממנו דלא חששו לברכה לבטלה ובטלה דעתי נגד דעתם וצ"ל דס"ל דהברכה היא על הבא כמו דהיו מברכין ביהודה בבית אירוסין ועיין בהגהת מרדכי פרק קמא דקדושין דכתב קטן שהגדיל ובעל אין צריך ברכה חדשה ובברכה ראשונה יצא וקשה איך הניחו לברך כיון דאין במעשיו כלום וצ"ל כיון דנוסח ברכה זאת אינו כנוסח ברכת המצות דבעינן הברכה תיכף בעת עשיית המצוה רק הוא שבח ותפילה על כן יכול להקדימה זמן מרובה ומזה הטעם כתב רבינו הרמב"ם ז"ל דאם עבר ונשא בנדתה וברך אינו חוזר ומברך אף דאז לא היה חופה כלל לדעתו משום דיש לברך ברכות אלו אף בקדימת זמן מרובה ומכל מקום לכתחילה יש להזהר בזה.

(ד) אמר המגיה דברי הרב הגאון המחבר צריכן כאן פירוש דהאיך רצה להוכיח מקושיית הגמרא על רב הונא שלש תנן וכו' דדוקא לרב הונא חופה קונה באלמנה כיון דמהרי"ל לא כתב בפירוש הוכחתו מהיכן היא דלמא באמת הוכחת מהרי"ל מכח קושיית הגמרא מדפריך ארב הונא שלש תנן ש"מ דגמרא דידן פליג אירושלמי וס"ל דאין חילוק בין בתולה לאלמנה דבתרווייהו חופה קונה וע"ז היה לו להרב המחבר לכתוב דרך דחיה דזה לר"ה דס"ל דחופה קונה כמו כסף כמ"ש לעיל דרך דחיה אהך דיש חופה לפסולות דאזל דוקא לר"ה ונראה דכוונת הרב בזה רק להוכיח דצ"ל דאף אי גמרא דידן לא פליג אירושלמי לרב הונא על כרחך חופה קונה באלמנה דאם לא כן מה פריך ארב הונא אף דס"ל למקשה דלא כירושלמי רק דחופה קונה בין בבתולה ובין באלמנה דלמא ר"ה ס"ל כדעת הירושלמי דיש חילוק בין בתולה לאלמנה אלא על כרחך דס"ל לגמרא דלר"ה על כרחך חופה קונה גם באלמנה ומטעם דכתב המחבר והוא פשוט רק כתבתי זאת שלא לטעות בלשונו.

הלכה ד

ואם היה שם יין. עיין במ"מ שכתב פירוש שאין היין מעכב והבית שמואל סימן (ס"א) [ס"ב] ס"ק ב' כתב דהחלקת מחוקק לא דק דלא כתב המ"מ שאין מעכב רק בברכת אירוסין אבל לא בברכת נשואין ולא ידעתי מה היה לו דלהדיא כתבו המ"מ אברכת נשואין כמ"ש הח"מ והנה הרא"ש מצריך דוקא כוס שיהיה שבע ברכות ונראה לי סעד

לדבריו מהא דהקשה הסמ"ק אהא דאמר במסכת יומא דלרבי יהודה כהן גדול כונס ומגרש על תנאי למה לא יקח אשה ביוה"כ כשתמות אשתו כמ"ש הירושלמי והרב רמ"א בתשובה דחק עצמו דמה דאמרינן בגמרא דכונס היינו שיבעול אותה וזה אי אפשר ביוה"כ וזה דוחק גדול דסתם כונס משמע חופה ולא מצינו בשום מקום שיהיה כהן גדול מוזהר שלא ליקח אשה רק בבעילה והלא כל קושיית הגמרא הוא משום דכתיב ביתו זו אשתו ואם נכנסה לחופה ולא נבעלה נקראת אשתו לכל דבר אמנם לפי דעת הרא"ש ניחא דאם יכנוס אותה ביוה"כ צריך לברך שבע ברכות דכי יהיה כלה בלא ברכה וביוה"כ אי אפשר כיון דבעי כוס דוקא.

הלכה ו

המארס את האשה וכו' ולא תנשא נדה וכו' עבר ונשא וברך אינו חוזר ומברך. וכתב המ"מ ודבר נכון הוא ובאמת הך דאי חופת נדה הוי חופה בעיא דלא איפשטא היא בכתובות דף נ"ו וספיקא דרבנן לקולא ולפי זה אנן דעושין חופה לנדה אין לברך ז' ברכות בליל טבילה אם הוא לאחר ז' ימי משתה דאפילו אם נחוש לדברי הרמב"ם דחופת נדה לא הוי חופה הא כבר בירך בשעת חופה ולהרמב"ם אינו חוזר ומברך איברא שבמרדכי כתב והובא בהגהת הרא"ש ריש פרק אע"פ בשם ספר המקצעות וז"ל ומ"מ תקנו הגאונים כיון שפסקו שבעה נקיים וטובלות מכניסין אותה ומברכין ברכת חתנים והוי ליה חיבת חופה וחיבת ביאה בהדדי וכו' עכ"ל ומזה אפשר דנשתרבב המנהג אבל אין לסמוך על זה דאפשר דתקנו דלא יברכו אז בשעת חופה כי אם אח"כ אבל אם כבר ברכו בשעת חופה אין לחזור ולברך ועוד דזה תליא במה שנסתפקו הפוסקים אי יש כח ביד הגאונים לחדש ולתקן ברכה ולכך שב ואל תעשה עדיף ולא יהיה אלא ספק אמרינן ביה ספק ברכות להקל.

הלכה ז

וצריך לכתוב כתובה קודם כניסה לחופה וכו'. עיין במ"מ שהביא קושיית הרמב"ן על הרמב"ם מהא דמסכת כתובות דף ז' ע"א דרב אמי שרא למיבעל בתחילה בשבת אמרו ליה רבנן והא לא כתיבא כתובתה אמר להו אתפסוהו מטלטלין והא ודאי ברביעי נישאה ולא היתה לה כתובה עד שרצה לבעול והתפסוהו מטלטלין ועיין שם שתירוצו של המ"מ הוא דחוק ונראה דהא דאסור להתייחד עמה קודם כתובה הטעם הוא דלמא יבוא עליה כמ"ש הר"ן לדעתו וא"כ אם אי אפשר לבוא עליה אין צריך לכתוב כתובה קודם כניסה והוקשה לו להרמב"ם על האי מעשה דכתובות למה בעל זה בתחילה בשבת הלא תקנת חכמים היה לישא ביום רביעי כמ"ש הרמב"ן גופיה ולמה המתין עד שבת אלא ודאי

דעובדא דהתם הוה בתבעוהו לינשא דצריכה שבעה נקיים וכנסה בתוך הזמן דת"ח מותר לישא בתוך ימים אלו כמ"ש הרמב"ם בפרק י"א מהלכות איסורי ביאה הלכה י' עיי"ש והגיע זמן טהרתה בשבת והתיר רב אמי לבעול לכתחילה בשבת וא"כ כיון דבלא"ה היא אסורה עליו מחשש נידה ליכא למיחש שמא יבוא עליה ומותרת בכניסה לחופה בלא כתובה ולק"מ.

הלכה ט

אין פוחתין לבתולה ממאתים וכו' וכן אם נתן לה מטלטלין כנגד כתובתה מותר לבעול וכו'. בגמרא דכתובות דף נ"ו ע"ב אמרינן דאין עושין כתובה מטלטלין אלא אם קיבל עליו אחריות אבידה דת"ק ולר' יוסי בעינן נמי אחריות זולא וכתבו התוס' דהא דרב אמי פרק קמא דף ז' דאתפסה מטלטלין היה באחריות הנ"ל והקשו האחרונים למה השמיט הרמב"ם קבלת אחריות וכתב סתם דיש ליתן לה מטלטלין ובש"ע סימן ס"ה סעיף ב' כתב להדיא דצריך לקבל אחריות אבידה וזולא כמבואר בגמרא. ונראה דס"ל להרמב"ם דהא דאמרינן דצריך לקבל עליו אחריות אבידה וזולא היינו כשנותן לה מטלטלין בכתובה לעולם א"כ לא סמכה דעתה דאולי יאבדו או יוזלו משא"כ כשנותן לה מטלטלין לזמן מועט ואחר זמן מועט יכתוב לה כתובה סמכה דעתה ואינה חוששת לאבידה וזולא כלל ולכך סתם הרמב"ם כמ"ש המ"מ דהוא רק לזמן מועט דאח"כ אסור שמא יאמר כתובתך מונחת על השולחן.

ועוד נראה לומר דהא צריכן להבין למה צריך קבלת זולא כיון שנותן לה משכון מטלטלין דודאי אינו נותן לשם פרעון רק בתורת משכון וא"כ איך ס"ד דאם יוזל דיהיה ההפסד למקבל המשכון וכן בתורת אחריות אבידה נמי לפי מה שכתב הראב"ד בפרק כ"א מהלכות אישות הלכה ט' אמה שכתב הרמב"ם האשה ששברה כלים בעת מלאכתה שפטורה משום שלום בית והשיג הראב"ד עליו ואמר הטעם דאשה לגבי בעלה הוי פשיעה בבעלים א"כ אם נאבד המשכון אצלה היא פטורה והוא חייב ליתן לה כתובתה ואפשר דגם הרמב"ם סובר כן רק דכתב הטעם משום שלום בית כדי לפוטרה אפילו בשוברת כלים דהיא מזקת בידים אבל באמת גם הרמב"ם מודה דהוה פשיעה בבעלים וא"כ לא יהיה אלא שומר שכר או שואל מ"מ פטורה מכל גניבה ואבידה ואונסין דהוי פשיעה ושמירה בבעלים וא"כ אין צריך קבלת אחריות כלל וצ"ל דמשו"ה צריך קבלה דאשה לא בקיאה בדינים ולא סמכה דעתה כמ"ש דאף דאיכא תנאי כתובה מ"מ היא לא סמכה דעתה דאומרת למחר תבענא ליה ויאמר לי פרעתיך ואע"ג דקי"ל דלא מצי למטען פרעתי מ"מ היא לא סמכה דעתה ואף כאן הדין כן דאף דממילא חייב באחריות

הפסד אבידה וזולא מ"מ היא לא סמכה דעתה.

ובזה מיושב קושיית מהרש"א דהקשה לשיטת התוס' דצריך קבלת אחריות במטלטלין דאל"כ יאמר הרי כתובתך מונחת על השולחן כמ"ש התוס' בד"ה אבל קיבל וכו' א"כ למה ליה הטעם בגמרא דצריך לקבל אחריות מפני תיקון העולם הא צריך מטעם זה שלא יאמר הרי כתובתך מונחת על השולחן ולפי מ"ש ניחא דאף דלא כתב לה מ"מ חייב באחריות הפסד אבידה וזולא וא"כ ליכא למיחש לכתובה מונחת על השולחן אמנם מפני תיקון העולם דתהא סומכת דעתה תקנו דצריך לכתוב לה וזהו תיקון העולם דאולי יאבדו ולא סמכה דעתה ולפי"ז ודאי דבעי קבלה בכתב ובקנין דאל"כ עדיין לא סמכה דעתה כמו בתנאי בי"ד וא"כ צ"ל דהך דקאמר רב אמי אתפסנא מטלטלין דלפירוש התוס' היה בקבלת אחריות משום סמיכות דעת האשה היה בערב שבת דעדיין היה שהות אף לקבל קנין משום סמיכות דעת אבל לא היה עוד שהות כל כך לכתוב כתובה וצ"ל דס"ל להתוס' דקבלת קניין לחוד לא מהני על הכתובה דעדיין לא סמכה דעתה דחוששת שמא ימותו העדים או ילכו למדינת הים כדעת הפוסקים שהביא רמ"א סימן (ס"ה) [ס"ו] סעיף א' ולכך הוצרך להתפיס מטלטלין בקנין וקבלת אחריות וכולי האי לא חיישינן וסמכה דעתה אמנם הרמב"ם דס"ל דקבלת קנין מהני יותר מהתפסת מטלטלין כמ"ש הכ"מ א"כ צ"ל דהך עובדא דרב אמי היה בשבת דאי אפשר בקבלת קנין.

והבית שמואל הביא סימן (ס"ה) [ס"ו] ס"ק ח' דברי הר"ן שהקשה על הא דרב אמי שצוה להתפיס מטלטלין בשבת אע"ג דהוי כקונה קנין ותירץ הר"ן דדוקא גבי נשואין כמו כניסת אלמנה אסור משום דהוי מילי דפרהסיא אי נמי עובדא דרב אמי איירי מבעוד יום והיה שהות למיתפס מטלטלין ולא לכתוב כתובה ורצה ב"ש להוכיח כתירוץ ראשון של הר"ן דהיה בשבת לפי מה דאיתא בחו"מ סימן ע"ג מי שנשבע לשלם יכול ליתן משכונות בשבת ומשם יש לדחות דהוי לצורך שבועה ומוכרח ליתנו בשבת דאל"כ יעבור אשבועה משא"כ כאן יכול להמתין עד מוצ"ש ואם אתה מדחה איסור דרבנן בשביל מצות בעילה צא ואמור לו לבעול בלי כתובה דגם זה דרבנן ומה אולמא האי מהאי. אמנם מזה מוכח כיון דהש"ע פסק כהרמב"ם דקנין מהני על כרחך דהיה בשבת דאי סמוך לשבת יקנה בקנין שהוא כמעט רגע ולפי זה דהיה בשבת על כרחך צ"ל דלא קיבל אחריות בכתב וא"כ צ"ל הא דקתני התם במה דברים אמורים דלא קיבל אחריות הרצון בזה באומר בפירוש אין אני רוצה לקבל אחריות ומטלטלין אלו הם לך לאפותקי ואם יאבדו נאבדו לך וזה לא מהני אבל בסתמא הוי כקיבל עליו אחריות דאם יאבדו היא פטורה והוא חייב לה לשלם כמ"ש לעיל ורבי יוסי חולק דאף אם מקבל אחריות על אבידה ומתנה בפירוש

שלא לקבל אחריות זולא לא מהני אבל שתיקה מהני לכו"ע דהא חייב באחריות אבידה וזולא ממילא ולדעת הרמב"ם לא אמרינן דלא סמכה דעתה כיון לדידיה מהני נמי קנין ולכך סתם הרמב"ם בהתפסת מטלטלין דהוי כמקבל אחריות כהנ"ל וכן הוה עובדא דרב אמי בגמרא דאתפסהו מטלטלין ולא התנה כלל והוי קבלת אחריות ואתי שפיר.

אך לפי זה על דברי השו"ע קשה דפסק במתפס מטלטלין צריך קבלת אחריות אבידה וזולא אפילו לשעה הרי דס"ל סתמא לא מהני וצ"ל הטעם דלא סמכה דעתה אף דהיא פטורה אם נאבד דליכא למימר דס"ל כפירוש המ"מ ברמב"ם פרק כ"א מהלכות אישות דאשה לא מיקרי פשיעה בבעלים דאין הבעל שאול לה תמיד דהא מצריך נמי קבלת זולא וזולא ודאי בסתמא באחריותו ככל המתפיס משכון דאחריות זולא עליו ובשבת א"א לכתוב אחריות וא"כ צ"ל דהך עובדא דרב אמי היה בערב שבת בהתפסת מטלטלין באחריות ובקנין כמ"ש לעיל לדעת התוס' וקשה דהא השו"ע פסק דקנין לבד מהני וא"כ אם היה זמן כל כך לקנין הזה בהתפסת מטלטלין יעשה קנין לבד ואין צריך להתפסת מטלטלין ויש לישב בדוחק דס"ל אשה דלאו דינא גמירי וסברא דאין אחריות אבידה וזולא עליו אם לא שמקבל עליו ואף דלא כתב לה בכתב מ"מ כיון דיש משכון בידה סמכה דעתה על התנאי הזה דלא יחזור בו על פה דלתרתי לא תחוש שיהיה הפסד וגם הבעל יחזור מדיבורו בזה וכולי האי אינה חוששת משא"כ בתנאי בית דין חוששת כיון דליכא משכון וא"כ י"ל דעובדא דרב אמי היה בשבת והתפיס מטלטלין והתנה על פה להפיס דעתה דתסמוך דעתה אף דלענין חיוב אין צריך לתנאי כלל.

הלכה יא

המארס את האשה וכתב לה כתובה וכו' גובה עיקר כתובה מבני חורין וכו'. עיין ברא"ש ריש פרק נערה שנתפתתה מה שכתב בשם רבינו יונה ז"ל לפרש דברי הגאונים דמיירי בסתם שלא כתוב בה אחריות ולא אמרינן בהו אחריות ט"ס הוא משא"כ במפרש אחריות גובה ממשעבדי דכל תנאי שבממון קיים ונראה דיש לרמב"ם וסיעתו ראיה מגמרא דבבא מציעא דף ז' ע"ב דאמרינן במצא כתובה בזמן ששניהם מודים יחזיר לאשה וכתבו התוס' בד"ה בזמן וכו' וליכא למיחש לשמא כתב בניסן ולא נשא עד תשרי (ואע"ג דכתבו התוס' לקמן דף י"ב ע"ב גבי שמא כתב ללות בו בניסן ולא לוה עד תשרי דפירש ולא לוה בו ולכך לא היה משמרו דאי לוה בו כבר היה משמרו א"כ גם כאן דכבר נשא היתה משמרה דיש לומר דזה דוקא בהלואה דאף דהשטר פסול מ"מ כיון דלוה בו משמרו לראיה משא"כ באשה אף דנשאת סמכה אתנאי בי"ד ואינה נזהרת לשמור כתובתה הפסולה ולא קשה מידי קושיית מהרש"א) דמנה ומאתים משתעבדי

מן האירוסין אף בלי כתובה ולקודם אירוסין ליכא למיחש דכתב לה וכו' עכ"ל והתוס' כתבו כן לשיטתם דס"ל דארוסה אית לה כתובה אף בדלא כתב אמנם לשיטת הרמב"ם דס"ל דבעי דוקא דכתב לה כתובה א"כ קושיית התוס' במקומה עומדת דלמא בשעת אירוסין כתב לה ונמלך ולא נתנה לידה רק בשעת נשואין והרי הוא מוקדם דלא בא לידה הכתובה עד שנשאה והיא תגבה בכתובתה שבידה מזמן הכתיבה אלא על כרחך צ"ל דאע"ג דכתובה בידה משעת אירוסין ארוסה לא גביא ממשעבדי וכל אימת דבאת לגבות ממשעבדי צריכה להביא ראיה מתי היו הנשואין שלה אף שיש כתובה בידה דלקוחות שקנו מזמן אירוסין לא משעבדי לה וא"כ אין כאן חשש מוקדם דמזמן נשואין ואילך האשה גובה כתובתה ממשעבדי אפילו בדלא כתב בתנאי ב"ד ולק"מ ודבריו מוכרחים לשיטתו.

הלכה יב

וכן תקנו חכמים שכל הנושא בתולה וכו'. עיין בשו"ע סימן (ס"ג) [ס"ד] סעיף ב' דכתב הרמ"א בהגה על דברי השו"ע דכתב דבעולה צריכה שמחה ג' ימים דהאשה יכולה למחול על שמחתה והקשה בית שמואל ס"ק א' דהא הר"ן אוסר בחתן למלאכה ולא כתב דמהני מחילה והיינו משום דהר"ן פוסק בבחור שנשא בעולה שצריך ז' ימים לשמחה והרבינו ירוחם דכתב יכולה למחול היינו כדעת האומר דאף בבחור שנשא בעולה סגי בשלשה ימים וא"כ הרמ"א שהביא דברי הריו"ו בפשיטות צריך ישוב עכ"ל ודברי ב"ש צריכן ישוב כי הריו"ו הכריע להדיא כדעת האומרים דבחור באלמנה צריך ז' ימים לשמחה וכתב וכן נהגו ובאמת הך מילתא דכתב ריו"ו דיכולה למחול כתב ריו"ו אהך דאמרו חכמים שקדו על תקנת בנות ישראל ג' ימים בזה כתב ריו"ו דיכולה למחול ומזה למד רמ"א דהוא הדין לאחר נשואין דיכולה למחול על שמחתה וברור דכוונתו על שמחת אכילה ושתיה דהוא דומה להכנה דקודם נשואין דכתב רבינו ירוחם דיכולה למחול אבל להתירו במלאכה מזה לא דיבר הרמ"א דעל זה אין לו ממה ללמוד מדברי ריו"ו כלל דהוא לא דיבר רק מתקנת שקדו.

הלכה יד

מותר לארס בכל יום חול וכו' אבל אין נושאין נשים לא בערב שבת ולא באחד בשבת גזירה שמא יבוא לידי חילול שבת וכו'. ואע"ג דאמרינן במסכת כתובות דף ה' ע"א על הך קושיא אלא מעתה יוה"כ שחל בשני בשבת לדחי התם אית ליה רווחא הכא לית ליה רווחא א"כ כשנשא באחד בשבת הוי ליה רווחא כמו ביוה"כ דמאי שנא וצריך להיות דהרמב"ם חושש לתירוץ הראשון בין טרדא דלנפשיה ובין טרדא דלאחרים והא

דאמרינן בריש פרקין ותנשא באחד בשבת שאם היה לו טענת בתולים משכים והולך ומשני שקדו וכו' ולא משני גזירה שמא ישחוט בן עוף אפשר לומר דהא דאמרינן אית ליה רווחא היינו על סעודה שעושין בשעת בעילה כמ"ש התוס' דף ז' ע"א בד"ה והלכתא מותר לבעול וכו' ועיי"ש במהרש"ל ועיין בבית שמואל סימן (ס"ג) [ס"ד] ס"ק ד' ולזה אין טורח מרובה ולכך התירו לבעול באחד בשבת כי לא אמרו רק במוצאי שבת והוי כמו יוה"כ הנ"ל משא"כ נשואין דבעי הטרחה גדולה עד שתקנו חכמים שלשה ימים להכנה בזו ודאי כיון שהוא סמוך לשבת אסור אף דאית ליה רווחא קצת דשמא ישחוט בן עוף וא"כ אתי שפיר דקודם דאסקי אדעתין תקנת שקדו ליכא לשנוי שמא ישחוט בן עוף דהא אית ליה רווחא אבל השתא דמשני שקדו דצריך הכנה מרובה לפחות ג' ימים א"כ סמוך לשבת אסרוהו שמא ישחוט בן עוף. ומזה הטעם יש לתרץ הא דאמרינן דף ג' ע"ב ומסכנה ואילך נהגו העם לכנוס בשלישי ובשני לא יכנוס כדי שלא לעקור תקנת חכמים דשקדו לגמרי ומפני מה לא אמרו דיכנוס באחד בשבת דיותר יש לחוש לתקנת שאם מצא פתח פתוח שישכים לבי"ד שהוא חשש איסור מהך טעמא דשקדו שהוא רק תקנתא דידה והרשות בידה למחול ועיין בראי"ה לכתובות אבל לדברי רבינו ניחא דבאחד בשבת יש חשש חלול שבת.

ומה שהקשה בהגהת מיימוני איך אפשר למבעל בשבת הא אין ב"ד יושבין בשבת ואיכא אקרורי דעתא אפשר לומר דס"ל לרבינו הרמב"ם דכיון דליכא הפסק אלא יום אחד לא חיישינן לקירור הדעת ובשלישי לא תנשא משום שקדו וכן הוא בירושלמי מה בין שני לשלישי אין דומה משתהה יום אחד למשתהה שני ימים ואלו גם בשלישי אקרורי דעת לא בטלו חכמים תקנתם כמו שלא בטלו תקנתם בשני שלא נהגו לכנוס בשני רק בשלישי ליכא אקרורי דעת כיון שאין הפסק רק יום אחד לכך מן הסכנה ואילך נהגו העם לכנוס בשלישי דמחלו לתקנת שקדו ואקרורי דעת ליכא וביום ראשון לא כנסו משום בן עוף ואתי שפיר.

ואפילו בחולו של מועד אין נושאין נשים וכו'. ולישא בערב הרגל מותר אם אין עושין הסעודה ברגל בלילה כמ"ש האחרונים. בשו"ע או"ח סימן תקמ"ו דסעודה ראשונה של נשואין אסור לעשותה ברגל ובזה מתורץ קושיית מהרש"א במסכת כתובות דף ז' ע"א דאמר רב פפא דבשבת אסור למבעל בתחילה וביום טוב שרי ואמר ליה רב פפי מה דעתך מתוך שהותרה חבורה לצורך וכו' והקשה מהרש"א דלמא הטעם דאסור בשבת דשמא ישחוט בן עוף וזה לא שייך ביו"ט דלפי מ"ש על כרחך מיירי דלא עביד סעודה דאי עביד סעודה הרי מערב שמחה בשמחה ועל כרחך דלא עביד סעודה וא"כ שפיר

קשה מאי שנא בין יו"ט לשבת (ה).

(**ה**) אמר המגיה דודאי ליכא למימר דתקשי עדיין כיון דבשבת מותר לעשות סעודה בשעת בעילה יש לחוש שמא ישחוט בן עוף משא"כ ביו"ט דהוכחת הרב המחבר היא דעל כרחך אין עושין סעודה כלל בשעת בעילה דאם היה חיוב בזה היה אסור לישא בערב הרגל משום שאינו יכול לעשות סעודה בלילה וכיון דאינו חיוב גם בשבת אין עושין ועל כן לא חיישינן שמא ישחוט בן עוף.

הלכה טו

מקום שאין בי"ד יושבין בו אלא בשני ובחמישי וכו' שאם היתה לו טענת בתולים ישכים לבי"ד. ואף שהרמב"ם פסק בהלכות סנהדרין פרק ה' הלכה ג' דהמוציא שם רע בעשרים ושלשה מפני שיש בו צד דיני נפשות וא"כ קשה דהא ודאי עזרא לא תיקן לישב בי"ד שני וחמישי רק בי"ד של שלשה אבל לא סנהדרין וא"כ מה מהני השכמת לבי"ד ואפשר לומר דהא דמוציא שם רע בעשרים ושלשה היינו באומר שיש לו עדים אבל באומר פתח פתוח מצאתי ואין לי עדים לא בעי בי"ד של כ"ג או י"ל כפירוש רש"י במתניתין ריש כתובות דע"י שיבוא לב"ד הקול יוצא ובודאי כל אימת דלא מצא בתולים הוא מכניף לבי"ד של כ"ג רק בשני וחמישי אף דאין יושבין קבועין רק בי"ד של שלשה מ"מ באין שם גם אנשים אחרים לפני הבי"ד ואיכא אינשי טובא הקול יוצא ובאין עדים ומעידין משא"כ בשאר ימים אף דהוא מכניף בי"ד של כ"ג מ"מ לא איכא בבי"ד אנשים אחרים ואין לו לזה המוציא שם רע קול להתפרסם אצל עדים.

ומנהג חכמים שהנושא את הבעולה ישאנה בחמישי כדי שיהיה שמח עמה חמישי וערב שבת ושבת ויוצא למלאכתו יום ראשון. ואין להקשות לדעת האומרים דבחור שנשא אלמנה בעי ז' ימים לשמחה עיי"ש בשו"ע סימן (ס"ג) [ס"ד] וא"כ אסור בכל שבעה במלאכה למה נשאת בחמישי כיון דלא שייך שקדו משום ברכה לחוד לא תקנו כמבואר בגמרא דף ה' ע"א וכיון דבעי ז' ימים לא שייך שקדו כמו דלא שייך בבתולה כמ"ש התוס' דף ג' ע"א ד"ה אשה נישאת וכו' והמהרש"א הקשה כן דף ז' אף למאן דאמר ז' לברכה ושלשה לשמחה וס"ל דמ"מ אסור בכל ז' במלאכה וליתא דלמ"ד ז' לברכה וג' לשמחה מותר במלאכה כמ"ש הר"ן להדיא אך לאותן הפוסקים בבחור שנשא אלמנה ז' לשמחה תקשי וליכא למימר דמ"מ הטעם משום ברכה דאף דמשום ברכה לחוד לא תקנו מ"מ כיון דבאלמן שנשא אלמנה תיקנו משום שקדו לא זזה תקנה ממקומה בבחור משום ברכה דהא בגמרא דף ה' אמרינן מאי איכא בין ברכה לשקדו איכא ביניהו אדם בטל ש"מ דלא אמרינן לא זזה תקנה ממקומה. וצריך לומר דודאי לולי טעם דשקדו לא

חששו משום ברכה משום דיותר ראוי להרחיק נשואין מן שבת שלא יבוא לידי שחיטת בן עוף בסעודה של שמחה דשלשה ימים לשמחה וזה יותר עדיף מן ברכה אלא משום שקדו הניחו על מקומו משא"כ בשבעה ימי משתה דעכ"פ יהיה שבת אחד בכלל ז' ימי המשתה א"כ טעם דברכה עדיף וראוי לישא בחמישי (ו).

(ו) אמר המגיה לדברי הרב המחבר קושיית התוס' במקומה עומדת בדף ג' ד"ה אשה דהא בבתולה איכא נמי שבעה ימי משתה אף דליכא שקדו תנשא בחמישי משום ברכה ולמה אמרו דנישאת בכל יום ונראה דהרב המחבר הוצרך נמי לסיועת תירוץ ראשון כיון דבאלמן שנשא אלמנה תקנו משום שקדו תקנו נמי בבחור שנשא אלמנה אף דליכא שקדו עכ"פ משום ברכה תקנו רק שבא לתרץ דהא באלמן שנשא אלמנה אמרינן דאיכא בינייהו אדם בטל דליכא שקדו דלא חיישינן לברכה ועל זה מתרץ דהתם כיון דאיכא שלשה ימים לשמחה כדי שלא יבוא לידי שחיטת בן עוף והואיל וליכא נמי שקדו לא חששו משום ברכה משא"כ בבחור דאיכא שמחה ז' ימים ויש בלא"ה שבת בנתים אע"ג דליכא שקדו טעם דברכה עדיף כיון דתקנו כן באלמן שנשא אלמנה לא זזה ברכה ממקומה מה שאין כן בבתולה.

הלכה יז

אירסה וכו' נותנים לה י"ב חודש מיום התביעה. וכתב הבית שמואל סימן נ"ו ס"ק ב' הוא דעת הרמב"ם אבל הרא"ש והרמ"ה ס"ל משעת אירוסין וכן פסק בשלטי גיבורים עכ"ל וטעות סופר הוא דבזה אין חולק דמשנה מפורשת היא כתובות דף נ"ז והם מיירי בבוגרת שנתארסה לאחר שעברו י"ב חודש לבגרותה דנותנין שלשים יום משעת אירוסין אע"פ שלא תבעו זה את זה ועל דברי שו"ע שאחר זה שכתב שלשים יום מיום התביעה צריך לציין דברי הב"ש דעליה קאי אבל בנערה אין כאן חולק כלל.

הלכה יח

כשם שנותנין זמן לאשה וכו'. הר"ן פרק אע"פ הוכיח דברי רבינו ז"ל מהא דפריך כתובות דף נ"ז לרב הונא דאמר נותנין לבוגרת שלשים יום מהא דתנן בנדרים דף ע"ג בוגרת ששהתה י"ב חודש ואם איתא כדעת הירושלמי דבחור שנשא אלמנה והיא תובעה אותו נותנים לו י"ב חודש משום דיכול לומר חיבתך עלי יותר מבתולה לישני ליה דמתניתין מיירי בבחור שנשא בוגרת והיא תובעה אותו אלא ודאי משמע דהוא גריר בתרה כדעת הרמב"ם עכ"ל וצריך פירוש לדבריו דהא אף אי רב הונא ס"ל כירושלמי ליכא לשנות דאיירי בבחור שנשא דהא קתני נמי במתניתין ובאלמנה שלשים יום ואי איירי בבחור א"כ גם בבחור שנשא אלמנה נותנין י"ב חודש לדעת הירושלמי (ז) וצ"ל

דכוונת הר"ן היא כך דמנא לן להקשות דדלמא בהך דבחור שנשא אלמנה ס"ל לרב הונא דאינו יכול לומר חיבתך עלי כבתולה דאין צורך תכשיטין לאלמנה רק בבוגרת דהיא בתולה והיא אין לה זמן דכבר הכינה עצמה אבל בבעל לא שייך כן דאטו מי ידע דיקדש בוגרת א"כ חיבת בתולה עליו וצריך י"ב חודש ומנ"ל להקשות ארב הונא אלא ודאי הא דנותנים זמן לאיש הכל לפי האשה דאם אין לה זמן אף לו לית ליה זמן ולא מטעם הכנה רק דלא תלקה מדת הדין דהיא צריכה להנשא תיכף והוא יעכב אותה והנושא אשה ולא התנה אדעתא דהכי כנסה וא"כ אין חילוק בין בוגרת לאלמנה כלל דהכל תלוי בה אך כל זה אינו מספיק שיהיה הרמב"ם סותר דברי הירושלמי בקושיא קלושה כזו וצ"ע.

(ז) אמר המגיה עיין בספר פני משה פרק אע"פ שהקשה ג"כ כקושיית הרב המחבר על הר"ן והניח דברי הר"ן בתימה.

פרק יא

הלכה ב

ומפני מה תקנו חכמים לאלו כתובה מאה ואע"פ שהן בתולות הואיל וחזקת הנשואה שתבעל. בגמרא מסכת כתובות דף י"ב ע"א פרכינן אהך מתניתין דבתולה אלמנה מן הנשואין כתובתה מנה ואין לה טענת בתולים וניחש שמא תחתיו זינתה ומשני כשקידש ובעל לאלתר וכתב המ"מ בהלכה ח' שהרבה פירושים נאמרו בו ולא נזכרה הסוגיא ההיא בהלכות אלא המשנה כפשוטה והן הן דברי רבינו ועיקר עכ"ל ולא ידעתי לכל הפירושים שלפנינו רש"י ותוס' והרא"ה טעם להשמטה ונראה לומר דס"ל דמה קושיא היא זו מה שהקשה הש"ס וליחש וכו' הא איכא חזקת כשרות כמ"ש התוס' בשמעתין דפתח פתוח דף ט' בד"ה לא צריכא וכו' ואמרינן העמיד אותה בחזקת כשרות ונבעלה כשאינה תחתיו ומותרת לבעלה ואי משום דחזקת בתולה שהוא חזקת הגוף מנגדתו דאמרינן עד השתא בתולה היתה כמו שתירצו התוס' שם זה אינו כיון שנשאת כבר לבעל איתרע חזקה זו והרי היא בחזקת בעולה כמ"ש הרמב"ם שחזקת נשואה שתבעל וא"כ אזלא חזקת הגוף ונשאר חזקת כשרות במקומו וצ"ל דס"ל לגמ' דהא חזינן במתני' דלקמן פליגי רבן גמליאל ור' יהושע גבי ראוה מדברת דר"ג ס"ל דאזלינן בתר חזקת כשרות ור"י ס"ל דלא אזלינן בתר חזקת כשרות ומדלא פליגי ר"ג ור"י בהך מתניתין קמייתא על כרחך הך מתניתין אליבא דדברי הכל נשנית ור"י מודה בהך קמייתא וא"כ לדידיה קשיא שמא תחתיו זינתה ולזה משני כשקידש ובעל לאלתר אבל לר"ג דאזל בתר חזקת כשרות לא קשיא קושיית הגמרא דחזקה של נשואה שתבעל וחזקת כשרות מסייע ואין

חוששין כלל.

ולדעת הרא"ש דס"ל דארוסה יש לה כתובה אפשר לומר דלכך לא הביא האי דקידש ובעל לאלתר להלכה משום דס"ל הא דפרכינן וניחש שמא תחתיו זינתה הוא כדי להפסידה כתובתה דעד כאן לא אמרינן באומרת נאנסתי נאמנת אלא דוקא בטוענת אבל בשותקת נאמן להפסיד כתובתה וכאן במתניתין סתמא קתני אין לה טענת בתולים אפילו בשותקת וקשה דלמא תחתיו זינתה ואיך נוציא ממון מספק כיון דלא טוענת ברי ועיין בהרא"ה שפירש ג"כ כזו רק על זה קשה דהא הך טענה הוי ליה איני יודע אם פרעתיך וחייב לשלם כמבואר בחו"מ סימן ע"ה סעיף ט' דהא משעת אירוסין נתחייב בכתובה ואף דהוא מסופק אח"כ אם זינתה הוי ליה כאיני יודע אם פרעתיך וחייב ואף דגם היא שותקת מה בכך לו יהיה דגם היא טוענת שמא הא יש לה כתובה מתנאי בי"ד והו"ל כמאן דנקט שטרא ובשטר אפילו שניהם אינם יודעים אי נפרע או לא השטר בחזקתו עומד כמבואר בחו"מ סימן פ"ב סעיף ב' עיי"ש (א).

ובזה יש לתרץ קושיית התוס' דף ט' ע"ב בד"ה אי למיתב לה וכו' דהקשו לר' יוחנן דאמר גבי משארסתני נאנסתי והוא אומר לא כי אלא עד שלא ארסתיך והיה מקחי מקח טעות ומפרש ר' יוחנן מקח טעות ממאתים אבל מנה אית לה אפילו לרבי יהושע למה תגבה מנה לר"י לטעון תחתיו זינתה ברצון ומזה הוכיחו דספק ספיקא מהני אפילו בממון ולפי מ"ש אין אנו צריכין לזה דהוי ספק אם פרעתיך ובזו ודאי אינו נאמן וצ"ל הא דפריך וניחש שמא תחתיו זינתה רצונו בזה דתפשוט הך איבעיא אי ארוסה יש לה כתובה או אין לה כתובה תפשוט מהך מתניתין דארוסה יש לה כתובה דאי אין לה אם כן לא נתחייב בכתובה אלא משעת נשואין ואם זינתה קודם נשואין מעולם לא חל חיוב כתובה והוי ליה כאיני יודע אם נתחייבתי לך דפטור ומשני דמהא ליכא למפשט דאימא דמתניתין מיירי בקידש ובעל לאלתר ואם כן לפי מה דקי"ל לשיטת הרא"ש דארוסה יש לה כתובה א"כ הדרן לכללן דהוי ליה איני יודע אם פרעתיך וחייב אף בשותקת ולק"מ.

(**א**) אמר המגיה עיין בדברי הרב המחבר בהלכה ח' בד"ה שם והמתייחד במה שכתב שם לעניין מגו להוציא אף דיש לה שטר כתובה משום דהוא נאמן לבטל השטר ולומר איני חייב לך כלום מעולם שטען פתח פתוח מצאתי ומציין שם ועיין בש"ך לחו"מ סימן פ"ב בדיני מגו ובודאי כוונתו על מה שכתב שם הש"ך באות ט"ו דשטר כתובה לא דמי לשטר מלוה עיי"ש וא"כ מה זו ראיה דמביא כאן מסימן פ"ב בחו"מ דבשטר מלוה אף אם שניהם טוענים שמא באיני יודע אם פרעתיך דחייב דהתם מלוה והכא כתובה וא"כ לכאורה דבריו סותרין זה את זה אבל באמת המעיין שם בסיום דברי הש"ך דברי הרב כאן

נכונים דשם מסיים הש"ך דגבי משארסתני נאנסתי שהבעל טוען ברי עד שלא ארסתיך הוא מבטל השטר והוי כחספא בעלמא והוי מגו להוציא אי לאו דהוי אמרינן דטענתו שמא כיון שאינו יכול לידע מתי נאנסה ודברי הרב לקמן מיירי נמי בטוען ברי פתח פתוח מצאתי כדכתב שם רק כאן דטענו שמא דהא אינו יכול לטעון פתח פתוח דהא בחזקת שנבעלה היא רק דקושיית הגמ' היא דשמא זינתה תחתיו ברצון לענין להפסיד כתובתה בזה הוי שפיר אינו יודע אם פרעתיך ולפי מ"ש לא תקשי על הרב המחבר ממה שכתבו התוס' במסכת סוטה דף כ"ה ע"ב בד"ה בית הילל אומרים או שותת וכו' דכתבו דאף דבית שמאי סוברים שטר העומד לגבות כגבוי דמי מודה גבי משארסתני נאנסתי דשמא אותו שטר מעולם לא עמד לגבות שהרי הבעל טוען מקחו היה מקח טעות היינו משום שטוען ברי כמ"ש הש"ך והרב לקמן.

הלכה ד

בתולה וכו' ואם כנס החרשת ונתפקחה יש לה כתובה וכו'. עיין במ"מ שכתב ולא הזכיר רבינו דין פקח שנשא שוטה ונשתפית לפי שהשוטה אין לה נשואין כלל ופשוט הוא שאם רוצה לקיימה אחר שנשתפית שצריך לקדשה מחדש ולכתוב לה כתובה עכ"ל וס"ל להרב בית שמואל סימן ס"ז ס"ק ו' דלשיטת הרב המגיד דהוא הדין בשוטה שקידש פיקחת שאין ממש בקידושיו וכשחזר ונשתפה צריך קידושין מחדש ונתקשה בזה א"כ מה קמ"ל בברייתא דיבמות דף קי"ג ע"א בשוטה ונשתפה רצה לקיימה יש לה כתובה מאחר שצריך לקדשה מחדש פשיטא דיש לה כתובה וכן הקשה גבי קטן דכתב בשו"ע דאם בא עליה אחר שהגדיל יש לה כתובה מאתים דמה קמ"ל כיון דצריך לקדש מחדש עיי"ש מ"ש ומלבד דיש לדחות ולומר דאף דמקדש אותה מחדש מה בכך הא לדעת הרמב"ם קי"ל דבעלמא ארוסה לית לה כתובה מ"מ זאת הואיל וכבר יש לה כתובה ומקדש אותה סתם הוי כאלו כתב לה וקמ"ל טובא וא"כ הטור דס"ל דאין צריך לקדש אותה מחדש אזיל לשיטתו דס"ל דבעלמא נמי ארוסה אית לה כתובה וא"כ הוי קשיא ליה קושיית הב"ש דמה קמ"ל בגמרא דאי צריך לקדש מחדש פשיטא דיש לה כתובה על כרחך הוכיח דאין צריך לקדש מחדש ואזדו כל אחד לטעמיה אמנם לענ"ד נראה דלא כתב הרב המגיד דצריך קידושין אחרים אלא בפקח שנשא שוטה ונשתפית אבל בשוטה שנשא פקחית ונשתפה מודה שאין צריך קידושין אחרים ולכך לא כתב הרמב"ם הך דינא דאם רצה לקיימה אחר שנשתפה שצריך ליתן לה כתובה כי אם גבי שוטה שנשא פקחית דשם אין צריך קידושין אחרים וטעמא דמילתא משום דהוי כאומר התקדשי לאחר שלשים יום דמקודשת אף דנתאכלו המעות הואיל ומעות הראשונים

בתורת קידושין יהבי ניהלה ולא הוי ליה לגבה כמלוה אלא כפקדון כמ"ש לעיל וזהו דוקא בשוטה שנתן המעות לפקחת דאף דהוא שוטה מ"מ מעות שלו אינו מופקר והוא אצלה בפקדון וא"כ כשנשתפה ובועל אדעתא דמעות שנתן לה בתורת קידושין מקודשת דהמעות אצלה בחיוב חזרה והויא ליה כנותן עכשיו לשם קידושין משא"כ בפקח שנתן מעות הקידושין לשוטה אבידה מדעת היא ואינה מחוייבת כלל כשתשוב דעתה להחזיר לו אפילו פרוטה אחת וא"כ במה תהא מקודשת לו עכשיו הואיל דהמעות שנתן לה בעת שטותה אינם בתורת חזרה כלל ולכך צריך קידושין אחרים ולענ"ד הדברים ברורים ופשוטים.

אמנם מ"ש הרמב"ם בגר שנתגייר הוא ואשתו דאין לה אלא מנה קשה דבגר על כרחך צריך לקדש קידושין חדשים דאטו קידושי גיות מידי ממשא אית בהו וא"כ מה קמ"ל דיש לה כתובה מנה ועל כרחך צ"ל כאן בגר כתירוץ הראשון שכתבתי לעיל דקמ"ל דאע"ג דבעלמא ארוסה לית לה כתובה אבל כאן אית לה דאדעתא דכתובה ראשונה כנסה והוי ליה כאלו כתב לה אמנם הטור דס"ל דגם בעלמא ארוסה אית לה כתובה ס"ל באמת דכאן כתובתה מאתים והיא גופא קמ"ל דכתובה הראשונה מבתולה קיימת ומה שנתקשה הרב בית שמואל [בסק"י] ויתר אחרונים דמאי שנא בחרש ושוטה שאין לה אלא כתובה מנה אחר שנתפקחו (וכן) [ואילו] בגר ובקטן יש לה מאתים ונראה לחלק דקטן שהגיע לכלל פעוטות מקחו מקח במטלטלין וגם במה שלוה בקטנותו איכא דעות בפוסקים דצריך לשלם כשהגדיל וא"כ הרי כאן חוב דיש בו ממש וכשהגדיל אמרינן אדעת הראשון קיימא דאפילו למ"ד דאין צריך לשלם כשהגדיל מ"מ כשנתרצה בגדלותו לכך ודאי דחל החוב משא"כ בחרש ושוטה דמעשיהם אינן כלום ואין בם ממש כלל וא"כ איך נאמר דיחול החוב למפרע ופשיטא דמהשתא הוא דחל והרי היא בעולה לפניך.

הלכה ח

כל בתולה וכו' או שלא תקנו לה חכמים כתובה אין לה טענת בתולים. וכתב המ"מ ופשוט הוא שאין טענת בתולים אלא להפסידה ממה שהוא בתנאי בית דין עכ"ל והקשה בלח"מ א"כ החרשת והשוטה דאוקמינן בכתובות דף ל"ו בפלוגתא דרבן גמליאל ור' יהושע על כרחך צ"ל דתקנת חכמים הוא לכתובה והרמב"ם כתב לעיל דלא תקנו להן חכמים כתובה והבעל משנה למלך הוסיף דליכא למימר דמילתא דגמרא מיירי בקידשה בעודה פקחית או שקיבלה קידושין ע"י אביה דהיכא דיש להן קידושין דאורייתא יש להן כתובה א"כ לדעת המ"מ לא הביא הרמב"ם הך דינא דגמרא כלל דהא לא כתב רק במה דלא תקנו חכמים כתובה והניח הדבר לדעת המ"מ בצ"ע עיי"ש שהאריך בפלפול רחב

לכל שיטת הפוסקים ומפרשים ולכן נראה דהא דכתב המ"מ דאין טענת בתולים הכוונה כמו שאמרו בתוספות כתובה דאין נאמן בטענת בתולים הרצון דאינו נאמן במאמרו וזהו הנקרא טענת בתולים וכן הוא בגמ' דף ט' ע"ב ביהודה הוא דלא מצי טעין הכוונה טענתו בלי ראיה אבל ודאי אם מביא ראיה ברורה פשיטא דנאמן דמאי שנא מתוספות כתובה דכותב ג"כ מעצמו ואעפ"כ אם יש לו ראיה ברורה הפסידה ומה תקנה יש כאן אנן סהדי דכתב לה אדעתא דבתולה והרי היא בעולה ואין זה צריך לפנים ולפי זה דברי הגמרא נכונים דהרמב"ן הקשה אהא דאמרינן בגמרא דף י' ע"א דלכך נאמן בפתח פתוח מצאתי משום דהואיל וכתובה דרבנן הא אף אי כתובה דאורייתא הוא נאמן מדינא כי הוא טוען אדעתא דהכי לא כנסתיך והיא המוציא מחבירו עליו הראיה ותירץ הרא"ה ז"ל דאירי במכחישתו וא"כ יש לה מגו דנאנסתי או מוכת עץ אני תחתיך רק הואיל וכתובה דרבנן הימנוהו ועוד תירץ הואיל וחזקה חזקת הגוף מסייע לה אי הוי כתובה דאורייתא לא היה נאמן לומר פתח פתוח עיי"ש ולפי זה נראה דכל הני שני תירוצים המה לדידן דקי"ל כרבן גמליאל ולכך אלו הוי כתובה דאורייתא אין הבעל נאמן מטעם הנ"ל אבל לרבי יהושע דס"ל דאינה נאמנת לומר נאנסתי תחתיך במגו דאי בעי אמרה מוכת עץ אני וגם אין חזקת הגוף מועיל במקום חזקת ממון א"כ יש לומר אף אי הוי כתובה דאורייתא נאמן הבעל פתח פתוח מצאתי והיא דאמרה פתחה נעול היה ליכא כאן מגו דאף בטענת נאנסתי אינה נאמנת וגם אין חזקה שלה חזקת הגוף מועיל נגד חזקת ממון שלו וא"כ הוא נאמן כקושיית הרמב"ן ז"ל.

ובזה יובנו דברי הגמרא דף ל"ו דקתני החרשת והשוטה אין להן טענת בתולים (היותו) [היינו] אינו נאמן דהא כתב לה מעצמו וא"כ הרי הוא דאורייתא לכו"ע ואינו נאמן כמו תוספות כתובה ולכך אין לה טענת בתולים דאינו נאמן כלל והיינו כרבן גמליאל והך ברייתא דקתני יש להן טענת בתולים הוא רבי יהושע דמהימן אפילו בדכתב לה דהוי דאורייתא והוי ס"ד דגמרא דלכך אינו נאמן בכתובה דאורייתא משום מגו דהיתה טוענת נאנסתי כמה שכתב הרא"ה ועל זה פריך אימר דאמר ר"ג וכו' אבל כאן בשותקת מי אמר דהא ליכא מגו ומשני כגון זה פתח פיך לאלם דאף דהיא אינה מכחישתו אנן טענינן עבורה לומר שקר דיבר הבעל עליה והרי היא בתולה ולא מטעם מגו דהכא ליכא מיגו רק מטעם חזקה כמ"ש הרא"ה בתירוץ השני ואתי שפיר.

אמנם הטור דכתב הך דינא דרמב"ם דכל מי שאין לה כתובה מתקנת חכמים דאין לה טענת בתולים וחזר וכתב הך דינא דחרשת ושוטה אין להם טענת בתולים שמע מינה דלאו מן השם הזה דכתב המ"מ אין להם לחרשת ושוטה טענת בתולים רק דס"ל להטור

דמיירי בקידש בעודן פקחים או דקיבל אביהן קידושין אף דיש להם כתובה מתקנת חכמים אין להם טענת בתולים והטעם עיין במשנה למלך שהאריך בשם המפרשים ובתוכם בשם תוספות הרא"ש ועוד נראה לפענ"ד כיון דעל כרחך מיירי בקידש ולא בעל לאלתר א"כ יש לומר דטענינן עבורה דהיא מוכת עץ תחתיו דכל מידי דהיא מצי למטען אנן טענינן לה כמבואר בגמרא ומה שהקשה הבעל משנה למלך דלשני הא דקתני אין להן טענת בתולים בחרשין מעיקרא דאין לה כתובה מתקנת חכמים והא דקתני יש להן טענת בתולים איירי בקידשה ואח"כ נתחרשה וכו' נראה דלפי מ"ש לעיל לק"מ דהגמרא ידע בקושטא דלרבן גמליאל טענינן לה כל מידי דהיא מצי למטען וא"כ אף ביש לה כתובה מהתקנה על כרחך לר"ג לית לה טענת בתולים והא דכתב לה מעצמו לית לה טענת בתולים הוא דוקא לר"ג דאלו לר' יהושע כבר כתבתי דאף בכתובה דאורייתא נאמן דהא חזקת ממון אלים לר"י ומגו לית לה וא"כ על כרחך צ"ל דר"ג היא וא"כ לא הרוחנו מידי דעדיין צריך לומר חדא ר"ג וחדא ר"י ולק"מ.

והמתייחד עם ארוסתו קודם נשואין אין לה טענת בתולים. הרב בית שמואל סימן ס"ח ס"ק א' כתב אם היא טוענת בתולה הייתי צ"ע אם נאמנת במגו דבא עלי או אי הוי כמגו להוציא ממון עכ"ל והנה בתוס' דף ט' ע"ב בד"ה אבל בגליל כתבו להדיא דביהודה דמתייחד עמה נאמנת בכל עניין בין דאומרת בא עלי או דאומרת פתחה נעול נמי נאמנת במגו דבא עלי אבל בגליל ליכא מגו והמהרש"א הקשה דהא הוי מגו להוציא ואי לא אמרינן מגו להוציא מה איכא למימר וכוונתו דהך סייעתא רב יוסף מייתי לה ורב יוסף ס"ל בבבא בתרא דף ל"ב דמגו להוציא לא אמרינן ונראה דודאי לפי מה דכתב ה"ר שמשון בספר כריתות וכן כל הפוסקים דהיכא דנקט שטרא אמרינן אף מגו להוציא רק בהאי דלחש ליה בבא בתרא דהתם שטרא חספא בעלמא הוא הוי מגו להוציא וכאן הרי שטרא בידה וא"כ איך כתבו התוס' לקמן בד"ה (ולא) [לא] וכו' דבגליל אינה נאמנת לומר בתולה הייתי במגו דמוכת עץ משום דהוי מגו להוציא וכן הר"ש תירץ בספר כריתות בהא דאמרינן לקמן באומרת משארסתני נאנסתי דנאמנת במגו דמוכת עץ אף דהוי מגו להוציא משום דהוי ברי ושמא ולא תירץ דהוי לאחזוקי שטרא וצ"ל כיון דבלי טענה אין לה כלום דהוא נאמן לבטל השטר ולומר איני חייב לך כלום מעולם ולא חל השטר רק היא בדיבורה נאמנת וא"כ הוי מגו להוציא דהא תיכף כשטען פתח פתוח מצאתי בטל השטר דהא הוא נאמן ודיבורה דאח"כ הוא רק טענות על פה ועיין בש"ך לחו"מ סימן פ"ב בדיני מגו באות ט"ו ולפי זה יש לחלק דדוקא היכא דהוא נאמן בדיבורו ואם היא שותקת אבדה כתובתה בזו שפיר יש לומר אם טוענת נאנסתי טענתה היא רק תביעה

בלי שטר ולכך לית לה מגו לומר בתולה הייתי במגו דמשארסתני נאנסתי או מוכת עץ אני דהוי מגו להוציא משא"כ ביהודה דאין לו טענת בתולים כלל ואף בשותקת היא גובה כתובתה א"כ הרי השטר בחזקתו ובתקפו ואין כאן מגרוע כלל דהא לא משגיחין בדבריו וא"כ ודאי יש לומר כמו דנאמנת לומר בא עלי כך נאמנת לומר בתולה הייתי במגו ואין כאן מגו להוציא כיון דהוי להחזיק השטר ודברי התוס' נכונים.

והרא"ה שהקשה למה לי חזקה אין אדם טורח בסעודה להימן מדינא ותירץ דאפשר דיש לה מגו כמ"ש לעיל בשמו ולא הרגיש דהוי מגו להוציא משמע דס"ל דבכל מקום ששטר בידה אית לה מגו וכן הר"ן כתב דאינה נאמנת לומר בתולה הייתי במגו דמוכת עץ דהוי מגו במקום חזקה ולא אמרינן במקום אפוקי ממונא הרכיב שתי סברות ביחד נראה דס"ל דאמרינן כל היכא דאיכא שטרא משום חזקה לחודא לא בעי למימר דאינה נאמנת במגו משום דהוא בעיא דלא איפשטא בריש בבא בתרא אי אמרינן מגו במקום חזקה כמ"ש הרא"ש על כרחך הרכיב שתי הסברות יחד דתרתי במקום חזקה ולהוציא לא אמרינן אפילו במקום שטר מיהו מהר"ן אין ראיה דאמרינן בכל מקום דאיכא שטרא מגו להוציא דהר"ן בקש לתרץ זאת אפילו למאן דאמר מגו להוציא אמרינן דודאי רבה ורב יוסף דפליגי במגו להוציא בהך שמעתין דפתח פתוח מצאתי דנאמן לא יחלוקו אמנם מדברי התוס' מבואר כמ"ש דיש חילוק בין יהודה לגליל לענין מגו אף להוציא איברא דיש לספק במה שכתבתי בהר"ן דכתב שתי הסברות דלא תפשוט מהכא דלא אמרינן מגו במקום חזקה דא"כ יקשה דברי התוס' דהתוס' כתבו לקמן בד"ה לא וכו' דהוי מגו במקום חזקה וא"כ איך נאמר דביהודה נאמנת להכחישו ולומר בתולה הייתי במגו דבא עלי דהא הוי מגו במקום חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומדברי התוס' נראה דרב יוסף מפרש כן למשנה בקושטא אף דקי"ל אין אדם טורח וכו' והא דבעי לן התם אי אמרינן מגו במקום חזקה תפשוט מהכא דאמרינן מגו וצ"ל כמ"ש רש"י שמא מתוך חיבתו הערה ולא אסיק אדעתיה או שמא שכח א"כ יש לומר ששניהם שכחו או לא אסיקו אדעתן ולכך היא יודעת בתום נפשה שלא נבעלת ולכך צועקת בתולה אני ולכך אמרינן מה לה לשקר מגו דטוענת בא עלי אלא ודאי דשניהם אומרים אמת בא עליה ושכחו שניהם וא"כ הוא והיא אומרים אמת וליכא כאן ביהודה מגו במקום חזקה.

ובזה ניחא נמי במה שהקשו התוס' דלמא בגליל לא מצית טעין בא עלי אבל במכחישתו ואומרת בתולה הייתי נאמנת ואמאי לא תירצו דא"כ תהיה נאמנת לומר בא עלי במגו דבתולה הייתי ודוחק לומר כיון דכלה בלא ברכה אסורה לבעלה אינה נאמנת לשויא נפשה רשעה דזה לא משמע בתוס' ולפי מ"ש ניחא דס"ל דזה הוי מגו דהעזה דאם

אומרת בא עלי אין כאן הכחשה דאולי שכח או הערה בה ולא ידע משא"כ פתחה נעול מכחישתו והוי מגו דהעזה ומגו דהעזה לא אמרינן ואף דבחו"מ מבואר בכמה מקומות דלענין ממון אמרינן מגו דהעזה כמ"ש הש"ך בדיני מגו סימן פ"ב באות ו' עיי"ש נראה דכאן לענין כתובה כיון דהוי מידי דכפירה כמ"ש התוס' בבבא קמא דף ק"ז בדבר שנתן המלוה ליד לוה הוי מידי דכפירה והכא נמי אדעתא דהכי כנסה וגם אפוקי ממונא הוא כאן לא אמרינן מגו דהעזה וראיה לזה דלמה טרח רב יוסף להביא ראיה דהאומר פתח פתוח מצאתי נאמן מהך דיהודה וכו' ולא מייתי מר' יהושע דס"ל דאינה נאמנת לומר משארסתני נאנסתי או מוכת עץ אני והא במקום מגו מעליא אף ר' יהושע מודה דאמרינן מגו כמ"ש התוס' בדף י"ג בד"ה רב אסי וכו' והרי יש לאשה זו מגו דמכחישתו ואומרת בתולה אני אלא ודאי דאם טוענת בתולה אני אינה נאמנת ועל כרחך צ"ל דמשו"ה לא יכול להוכיח מזה משום דהוי מגו דהעזה.

הלכה י

הנושא את הבתולה וכו' ותחזור כתובתה למנה וכו'. השמיט רבינו הדין בטוענת מוכת עץ אני תחתיך דנאמנת ונוטלת מאתים וכן הטור לא הזכירו ומזה למד הרב בית שמואל סימן ס"ח ס"ק (כ') [כ"ב] דס"ל דאינה נאמנת דהא לית לה מגו ואף דלחד לישנא בגמרא דף י"ב ע"ב משמע דלא בעי מגו רק אזלינן בתר חזקה מ"מ הרמב"ם והטור חששו לתירוץ הראשון דהטעם משום מגו שלא להוציא ממון מספיקא זהו שורש דבריו ואני תמה דלדבריו א"כ בתולה ארוסה שנתגרשה ונשאת לאחר לא תהא נאמנת לומר משארסתני נאנסתי דמה מגו יש לה מוכת עץ אני שלא לפסול נפשה מכהונה הא פסולה ועומדת היא ומכ"ש שאי אפשר לומר כמ"ש הב"ש לדעת הטור דהא הטור פסק בחרשת ושוטה דאין להם טענת בתולים ומיירי בקידש בעודן פקחית ובכל זאת אין להם טענת בתולים והטעם כמ"ש לעיל דאנן טענינן לה מוכת עץ היא ואי בעינן מגו מה שייך לטעון במקום ששותקת ואין בה דעת לטעון ועוד דלפי זה הא דאמרינן דאם אומרת מוכת עץ אני דנאמנת במגו דאי בעי אמרה מוכת עץ אני תחתיך ואי באומרת מוכת עץ אני תחתיך אינה נאמנת א"כ מה מגו איכא וצ"ל דמשונה מגו זו מכל מגות האמורות בש"ס כמ"ש התוס' דף י"ג בד"ה רב אסי וכמ"ש הרא"ה באריכות דבעלמא בעינן מגו דוקא דבהאי טענה שהיתה יכולה לטעון היתה מהימנית אבל כאן סגי במגו היותר נח ונאה בטענתה וא"כ אי אמרינן כן זהו דוקא לענין ממון הקל אבל באיסור בעינן מגו גמור כאותו שאמרו ולמדו מאת בתי נתתי לאיש הזה (ועיין במהרש"א דף ט' בד"ה לא דקטעין וכו' שדעתו ג"כ לחלק במגו בין ממון לאיסור עיי"ש).

ולפי זה בהך דינא דכתב הרא"ש בשם רבינו יונה ז"ל באשת ישראל שנתקדשה בפחות מג' שנים ויום אחד והוא טוען פתח פתוח מצאתי והיא אומרת נאנסתי דנאמנת ומותרת לבעלה על כרחך אין הטעם משום מגו דהא התם לית לה מגו דאף אם תטעון מוכת עץ אני אינה נאמנת ואי משום דהיא טענה היותר טובה אין מגו כזו מהני לענין איסור וא"כ במה תהא נאמנת ואפשר שזהו כוונת הרא"ש במה שכתב דמה דס"ל לרבן גמליאל לקמן דנאמנת הוא דאית לה מגו וכאן ליכא מגו והיינו כמ"ש דלענין איסור בעינן מגו גמור וזהו ליכא ואם הקילו בממון למה ניקל באיסור ולפי זה הטור דפסק דברי רבינו יונה לענין איסור על כרחך ס"ל מטעם חזרת הרא"ש דנאמנת מכח חזקה או מכח ברי ושמא ואם ס"ל כן לענין איסור החמור באיסור ספק של תורה איך יהיה מצריך לענין ממון הקל דוקא מגו ובאמת לרבי יוחנן דמוקי ליה למתניתין דף י"ג היא אומרת מוכת עץ אני כר' מאיר דאית לה מאתים א"כ לית לה מגו דמאי שנא מוכת עץ אני סתמא או תחתיך כיון דבכל מקום אית לה מאתים ואעפ"כ ר"ג אומר דנאמנת ומדברי ר' יוחנן נשמע לר' אלעזר דאמר מוכת עץ אני וכתובתה מנה מ"מ בהך סברא לא פליג אר"י ובגמ' אמרינן דר"א לא אמר כר"י משום דמוקי למתניתין כרבנן ולא אמרינן דלר"מ ליכא מגו אלא ודאי דאין צריך מגו.

וכן בפרק המדיר דף ע"ה דמוקי מתניתין נמצאו בה מומין וכו' כרבן גמליאל מבואר דטעם ר"ג משום חזקה ולא משום מגו דמה מגו איכא במומין וכן בהך דמדברת ומעוברת דליכא שם מגו ומהימנא לר"ג משום חזקה ואם אמרו לענין איסור מכ"ש לענין ממון רק נראה הא דאמרינן לחד שנויא בגמרא דטעמא דר"ג משום מגו ודאי דס"ל נמי דר"ג אזיל בתר חזקה אפילו בלי מגו רק גבי משארסתני נאנסתי יש כאן חזקות המתנגדות זה לזה דאם נלך בתר חזקת הגוף אמרינן משנתארסה נבעלה דבחזקת בתולה נולדה אמנם אם נלך בתר חזקת כשרות ונאמר הרי נולדה בחזקת כשרות לכהונה אף עכשיו נחזיקה בחזקתה ונאמר דקודם אירוסין נבעלה לכשר והרי היא כשרה לכהונה ומהאי טעמא מכשיר ר"ג בראוה מדברת או היתה מעוברת דאמרינן לכשר נבעלה מטעם חזקת כשרות וס"ל לגמרא בלישנא קמא דמה אולמא הך חזקה מהך חזקה ולכך צ"ל לר"ג דנאמנת מטעם מגו אמנם בשנויא בתרא אמרינן דאלים ליה לר"ג חזקת הגוף לומר דהשתא נבעלה יותר מחזקת כשרות ואין צריך למגו אבל במוכת עץ דחזקת כשרות במקומו עומד פשיטא דאזלינן בתר חזקת הגוף לר"ג בלי מגו אפילו לשנויא קמא וזה ברור והרמב"ם דהשמיטו להיות כי סתמא דמתניתין אתיא כרבנן ומיירי באומרת מוכת עץ אני מקודם וקמ"ל תרתי להודיענו דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה מקחו מקח טעות וגם בדלא

הכיר בה במוכת עץ דאין לה מנה על כן העתיק הרמב"ם לישנא דמתניתין וכן הטור ואין צריך לשנות הדבר פעמים לומר דנאמנת במוכת עץ אני תחתיך דהא חזקת הגוף מסייע לה ועוד כיון דבטוענת תחתיך נאנסתי נאמנת והיינו מכח מגו דאומרת מוכת עץ ממילא ידעינן דבטוענת מוכת עץ אני תחתיך דנאמנת וזה ברור ופשוט.

איברא דאני תמה בדעת הרא"ש דבהך קושיא דתהא נאמנת לומר בתולה הייתי במגו דנאנסתי תירץ דאינה רוצה לפגום עצמה ועל קושיא דתוכל לומר מוכת עץ אני תירץ מוכת עץ לא שכיח כלל ולא תירץ כן על נאנסתי דהא כתבו התוס' דף ט' בד"ה ואי בעית אימא וכו' וכן הוא בירושלמי דרוב הוא ברצון אלא ש"מ דהתם הוא רק רוב דרבנן כמ"ש התוס' ומשום זה נכנס בגדר הספק משא"כ מוכת עץ אינו שכיח כלל כמבואר בירושלמי לא תקנו לדבר שאינו מצוי וכן הר"ן ויתר מפרשים כתבו דלכך לא אמרינן ספק מוכת עץ בדיני ספק ספיקא דאינו מצוי כלל ואינו נכנס בכלל ספק א"כ ש"מ דהוא רוב דאורייתא דהא רצון רוב דרבנן ונכנס האונס בגדר הספק וא"כ איך נאמנת לרבן גמליאל באומרת מוכת עץ אני מטעם חזקה והא הרוב מנגד לחזקה ורובא עדיף מחזקה כמ"ש התוס' שם ברוב דרבנן וכ"ש ברוב גמור כמו מוכת עץ לשיטתם וליכא למימר דבממון אין הולכין אחר הרוב כמ"ש הריב"ש בשם תוס' דהא דכתבו דרוב ברצון היינו לרבנן אבל לר' מאיר דחייש למעוטי א"כ סמוך חזקת כשרות למיעוט ואתרע רובא עיי"ש וא"כ בממון אפילו רבנן מודים דאין הולכין אחר הרוב זה ליתא דכי לא אזלינן בממון בתר רוב דוקא להוציא מיד חזקת ממון אבל להחזיק בידו של המוחזק פשיטא דאזלינן בתר רובא וכאן הבעל מוחזק בממון ורוב דאינו מוכת עץ מסייע לו.

ואם הרא"ש לאחר חזרה להודות לדברי תלמידי רבינו יונה כתב הטעם דהכל תלוי בברי ושמא אף דרוב רצון מנגדתו מלבד שאין זה מספיק לתרץ הקושיא דהא יש חילוק בין רוב דרצון שהוא דרבנן ובין רוב דאינו מוכת עץ שהוא רוב גמור אף גם מה נאמר בדברי הרא"ש קודם חזרה דכתב דטעם תלמידי רבינו יונה תלוי במגו וחזקה מה יאמר הרא"ש בטוענת מוכת עץ דליכא מגו ורוב מנגד החזקה ורובא עדיף ואל תשיבני דהא מצינו דחזקה עדיף מרובא בדף י"ד בהאי דארוס וארוסתו דרוב פסולים אצלה ומכשיר לרבן גמליאל מטעם חזקה דאוקי אשה בחזקת כשרות דשאני התם דרוב פסולים אצלה אינו בגופה של אשה ואדרבה אליבא דר"ג קי"ל דרוב נשים מזנות בודקות כשמזנות ואינם נבעלות לפסולים וא"כ מאי חזית דאזלינן בתר רוב הנמצא דהמה רוב פסולים אזיל בתר רוב הנשים דאינם מזנות רק עם כשרים ולהך רובא מסייע חזקה חזקת כשרות משא"כ הכא דרוב דרצון הוא בגופה של אשה דרוב נשים הנבעלות המה ברצון דלאונס

יש קול בזו ודאי דרוב עדיף מחזקה וכן במוכת עץ דרוב אינם מוכת עץ מנגד לחזקה רוב גמור ועוד דהתם אין הרוב מנגד לחזקה כלל דאף דרוב פסולים אצלה מ"מ חזקת כשרות דאשה גורם דאמרינן לכשר שבהם נבעלה ולא לפסול משא"כ כאן אי אמרינן אשה זו בחזקת כשרות עומדת ולא זנתה אלא באונס א"כ אם אתה נותן מקום לכך על כרחך אתה דן על כל ורוב נשים המזנות ונמצאו בעולת בעל דהיה באונס ולא ברצון ונהפך הוא דרוב המזנות המה ברצון ולא באונס דאונס יש לו קול ואיך יתקיים שניהם ועל כרחך נדחית החזקה מפני הרוב וכן הוא בטענת מוכת עץ.

ובהכי ניחא שעשה הרא"ש סמוכים לדברי רבינו יונה מהך דמכשרינן העובר ולא מייתי ראיה מהך מתניתין דראוה מעוברת דאזלינן בתר חזקה דאף דרוב מנגדתו וכן בהאי דארוס וארוסתו דאזלינן בתר חזקה דמשם ליכא ראיה כיון דאין הרוב סותר לחזקה פשיטא דניזל בתר חזקה ולכך הביא ראיה מהכשרת העובר דלית ליה חזקת כשרות ומ"מ אלים טענת ברי לדחות הרוב ולכך הגהת הרא"ש דמייתי ראיה מהך דארוס וכו' לא הביא אטענת נאנסתי תחתיך רק אטענה מוכת עץ אני וס"ל כשיטת התוס' דמוכת עץ שכיח ואזלינן בתר חזקה כיון דאין רוב מנגדתו דרוב נשים מוכת עץ הן והוא נכון.

ומ"מ קשה מה שהקשינו לעיל לשיטת הרא"ש דמוכת עץ לא שכיח כלל וא"כ הרוב סותר לחזקה ואיך ניזל בתר חזקה וביותר קשה לפי מ"ש הרא"ש בתר חזרה דהא דנאמנת לומר נאנסתי לא מטעם חזקה דרוב ברצון סותר לחזקה רק מטעם ברי ושמא ברי עדיף ולפי זה פשיטא דבמוכת עץ דיותר לא שכיח לדעת הרא"ש דהטעם דנאמנת הוא משום ברי ושמא וא"כ הא דפרק אלו נערות דף ל"ו דאמרינן בחרשת ושוטה לרבן גמליאל אין להם טענת בתולים ובין לפירוש רש"י ובין לפירוש התוס' הטעם דאנן טענינן להו נאנסו או מוכת עץ הנה הא כל נאמנות הוא מטעם ברי ושמא ברי עדיף וכאן דאין אומר ואין דברים כלל ובכל אמירה שלה לית בה מששא כלל ואיך תהא נאמנת הא ליכא כאן ברי כלל ודוחק לומר הא דמוכת עץ לא שכיח היינו כיון דאין לה בשת בזה כשנתארסה לו היתה אומרת מוכת עץ אני ומדשתקה ש"מ דלאו מוכת עץ היא ולכך בחרשת דסגר עליה המדבר בדעת מיושבת אין ראיה ואמרינן דמוכת עץ היא דזהו מנא לן. ובירושלמי ריש פרק ב' דכתובות גבי עדי הינומא דפריך ואולי מוכת עץ היא ומשני דלא שכיח משמע דלא שכיח כלל דאם לא כן עדיין קשה דלמא באמת אמרה כן בעת אירוסין ועדי הינומא אין ראיה.

ולכן נראה לומר דס"ל להרא"ש היכא דאיכא ספק ספיקא לא צריכן לא לברי ושמא ולא לחזקה כדעת התוס' בשמעתין דף ט' בד"ה אי למיתב לה וכו' דבספק ספיקא לחוד

מהימנא להוציא ממון ולכך בטוענת מוכת עץ אני ודאי מהימנית דאיכא תרתי ברי ושמא וגם איכא ספק ספיקא ספק בעולה ספק מוכת עץ ואם תמצי לומר בעולה ספק באונס ספק ברצון ומהימנא ואין צריך לחזקה כלל דחזקה כמאן דליתא דרובא ברצון מנגדתו משא"כ בטוענת נאנסתי ליכא ספק ספיקא דמוכת עץ כלל דאלו היתה מוכת עץ היתה טוענת כמ"ש התוס' ולכך הוצרך הרא"ש לטענת ברי ושמא ברי עדיף ולכך בחרשת ושוטית אף דליכא ברי ושמא מ"מ טענינן לה מוכת עץ ונאמנת מטעם ספק ספיקא ומוציאין ממון על פי ספק ספיקא כדעת התוס' ואף דהוכיחו התוס' מהא דס"ל לר' יהושע בטוענת מוכת עץ דאינה נאמנת אף דהוי ספק ספיקא ספק באונס ספק ברצון ספק מוכת עץ ספק בעולה משום דספק אונס לא שמיה ספק דמי יימר דאח"כ נאנסה דלמא מקודם נאנסה מלבד דלהרא"ש גופיה לא נראה לו סברא זו רק ס"ל דר' יהושע לא חשב מוכת עץ לספק כלל הואיל ולא שכיח לדעת הרא"ש אף גם שיש לומר אפילו לשיטת התוס' דהא דכתבו דאונס לא חשב ספק דאימר נאנסה מקודם היינו לר' יהושע דלא חשיב חזקת הגוף לחזקה כלל במקום חזקת ממון אמנם לרבן גמליאל אין זה סברא כלל לומר דאימר מקודם נאנסה דהא אית לה חזקת הגוף דנולדה בתולה וכל מה דיכולין לומר דנתאחרה הבעילה אנו אומרים כדי שלא להוציאה מחזקתה ואין כאן ספק כלל אימר מקודם נבעלה והתוס' דכתבו כן אף לדידן אפשר דזה דוקא לשנויא קמא בגמרא דטעמא דר"ג משום מגו ולא משום חזקה אך זה ברור לפענ"ד דהטעם בהרא"ש הוא משום ספק ספיקא.

ומה שתמה הט"ז איך נלך בממון בתר ספק ספיקא הא אפילו בתר רוב לא אזלינן בממון ורוב עדיף מספק ספיקא אף אתה אמור לו דגבי מומין אמרינן ומבואר בגמרא דאזלינן בתר חזקה להוציא ממון וברוב לא מוציאין ממון ורוב עדיף מחזקה ועל כרחך צריכין אנו לחלק לענין הוצאות ממון דהא דאמרינן דאין הולכין בממון אחר הרוב היינו דוקא ברוב שאינו בגופו ויכול לומר קים לי שאני מן המיעוט משא"כ חזקה הוא בגופו וכן הדבר בספק ספיקא וברור הוא.

והא לא קשיא כיון דרבן גמליאל ור' יהושע דנחלקו בהיא אומרת מוכת עץ אני אי הוי ספק ספיקא או לא ואולם בהך דטוענת נאנסתי תחתיך נחלקו אי הוי מגו או ניזל בתר חזקת הגוף א"כ איך אמרינן לקמן דף י"ג תרתי למה לי וכו' הא ענינו של זה לא כענינו של זה דבמשארסתני נאנסתי הוא מתורת חזקה ומגו או ברי ושמא להרא"ש ובמוכת עץ אני הוא מתורת ספק ספיקא דיש לומר דמהך מתניתין דס"ל לר"י דאינה נאמנת בטענת נאנסתי תחתיך מוכח ג"כ דס"ל דבאומרת מוכת עץ אני תחתיך דאינה נאמנת דאל"כ הוי

ליה בנאנסתי תחתיך מגו מעליא ובמגו מעליא מודה ר"י דנאמנת כמ"ש התוס' בד"ה רב אסי וכו' וכמו שכתבתי לעיל וכן מדס"ל לר"ג באומרת מוכת עץ אני נאמנת מוכח דס"ל באומרת נאנסתי תחתיך דנאמנת דהא הוי מגו מעליא ובזה כו"ע מודים דנאמנת דמגו דאורייתא היא ופשוט הוא.

אך בזה יש לדקדק בדברי הרא"ש והר"ן אהא דתירצו דאינה נאמנת להכחישו ולומר פתחה נעול במגו דמוכת עץ דמוכת עץ לא שכיח דהא לקמן אמרינן בחד שנויא דלכך נאמנת לרבן גמליאל לומר נאנסתי תחתיך במגו דמוכת עץ דלא פסלה נפשה מכהונה ודוחק לומר דהתם הוא טוען שמא אמרינן מגו להחזיק ברי שלה אפילו במגו כל דהו דמלבד דלא ידעתי טעם לסברא זו בממה נפשך אם יש ממש במגו זו תהני לעולם ואם מגו דלא שכיח לא אמרינן אף בשמא אין לאומרה אף גם דקשה בריש פרק האשה שנתארמלה דפריך לר' יהושע מאי שנא האי מגו מהאי מגו לשני בשדה זו של אביך היתה הוי מגו דשכיח ובמגו דמוכת עץ הוי לא שכיח דר' יהושע אינו משגיח על ברי שלה כלל והיה אפשר לומר דתרתי לא אמרינן דהיינו מגו דלא שכיח ומגו במקום חזקה דהא איכא חזקה אין אדם טורח בסעודה וכו' וע"ז משני הרא"ש והר"ן דהוי מוכת עץ לא שכיח ובצירוף חזקה אין אדם טורח וכו' משא"כ לקמן בנאנסתי תחתיך דלא הוי חזקה דאין אדם טורח וכו' רק מגו דלא שכיח לבד לכך אמרינן מגו ובזה יש ליישב דברי השו"ע בחו"מ סימן ק"ח סעיף ד' דפסק בשטר כיס היוצא על היתומים והוא בתוך זמנו דאין טוענין ליתומים החזרתי במגו דנאנסו והש"ך שם ס"ק ז' תמה למה ולפי מ"ש ניחא דהוא טענה דלא שכיח וחזקה ג"כ דאין אדם פורע בתוך זמנו ותרתי לא אמרינן דהיינו מגו כהאי דלא שכיח ובמקום חזקה.

אך עדיין קשה אם מגו דלא שכיח נגד חזקה לא אמרינן מכ"ש דנגד רוב לא אמרינן ולקמן בנאנסתי איכא רוב דרצון ואלים מחזקה דחזקת הגוף כמ"ש הרא"ש ואיך אמרינן מגו דמוכת עץ דלא שכיח וצ"ל דהך חזקה אין אדם טורח אלים מחזקת הגוף דלקמן ועל זה אמר הרא"ש דהאי חזקה עשוי להשתנות וגם שור שחוט לפניך והרי היא בעולת בעל לפניך משא"כ חזקה אין אדם וכו' לא איתרע ואין עשוי להשתנות וכל זה דוחק (ב) לכן היותר נראה כיון דס"ל להרא"ש באומרת מוכת עץ אני תחתיך נאמנת מטעם חזקת הגוף וגם ספק ספיקא כמ"ש לעיל א"כ צריכין אנו להבין א"כ הא דאמרינן בטוענת נאנסתי דנאמנת במגו דמוכת עץ דלא פסלה נפשה מכהונה למה לי הך טעמא ולא אמרינן פשוט דהוי מגו כמגו בכל הש"ס מגו דאמרה מוכת עץ אני תחתיך ומהימנא משום ספק ספיקא בהאי נמי מהימנא ובמגו כזו אפילו רבי יהושע מודה כמ"ש לעיל בשם התוס' ועוד

דלפי טעם הגמרא בגרושה מן האירוסין ונשאת לאחר לית לה מגו דמוכת עץ דבלאו הכי פסולה לכהונה דגרושה היא כמ"ש לעיל ובריש פרק האשה שנתארמלה אמרינן להדיא מגו דאמרה מוכת עץ אני דלא פסלה נפשה מכהונה משום הכי קאמר רבן גמליאל דמהימנא, מלות משום הכי מורה דדוקא משום האי טעמא וצ"ל דודאי בעלמא אמרינן מגו דלא שכיח לא אמרינן דנח לה לטעון טענה דשכיח דלא תהא נראית כמשקרת אך בדבר דמגרע נפשה בטענתה ודאי תעייל נפשה בכלל הספק וכזאת וכזאת תטעון אפס מבלי תגרע נפשה ולכך איצטריך בגמרא לומר מגו דמוכת עץ דלא פסלה נפשה מכהונה דבשביל חששה זאת אלו רצתה לשקר היתה טוענת מוכת עץ אף דלא שכיח ולא היתה חוששת למיחזי כשיקרא ומלות משום הכי בגמ' דייקא הרצון משום פסול כהונה נאמנת אף במגו דלא שכיח.

ובזה יש לכוון דברי רבינו שמשון בספר כריתות אות כ"ב בדיני מגו דכתב מגו דלא שכיח לא אמרינן דהא גבי משארסתני נאנסתי בפרק קמא דכתובות לרבן גמליאל לא מהימנא אע"ג דכו"ע אית להו מגו והכא איכא מגו דמוכת עץ אני תחתיך ור"ג לית ליה האי מגו דלא שכיח עכ"ל והקשה עליו הש"ך בח"מ סימן פ"ב בדיני מגו דהא ר"ג ס"ל באמת דנאמנת ואף אם נגיה ר' יהושע במקום ר"ג מ"מ הא אמרינן בריש פרק ב' דלכך אינה נאמנת לר"י דשור שחוט לפניך ולא מטעם דמוכת עץ לא שכיח ולפי מ"ש ניחא ואין צריך להגיה דדייק מגמרא דעד כאן אמר ר"ג דנאמנת משום דפסלה נפשה מכהונה כדדייק בגמרא בלישנא משום הכי קאמר ר"ג דמהימנא וקשה הא בלא"ה איכא מגו וכו"ע אית להו מגו אלא ודאי דלא הוי מגו הואיל ולא שכיח אי לא טעמא משום דפסלה נפשה מכהונה והדבר פשוט והשתא שפיר תירץ הרא"ש אהא דטוענת דפתחה נעול דליכא מגו דמוכת עץ כיון דלא שכיח כיון דגם עתה דטוענת פתחה נעול לא פסלה נפשה מכהונה משא"כ בטוענת נאנסתי תחתיך.

ובזה יש לכוון דברי הרא"ש דכתב על דברי רבינו יונה שפסק אם הוא טוען פתח פתוח והיא טוענת נאנסתי תחתיך דנאמנת כרבן גמליאל דלקמן וכתב הרא"ש דלא דמי דלקמן נאמנת לומר נאנסתי דאיכא מגו והכא ליכא מגו בקיבל אביה קידושין בפחות מג' שנים ויום אחד והיינו דודאי ס"ל להרא"ש דמגו דהכא הוי כשאר מגו בכל הש"ס דבעינן דתהא נאמנת באותה טענה שהיתה יכולה לטעון ולכך לקמן בטוענת מוכת עץ אני נאמנת מכח ספק ספיקא כהנ"ל וא"כ אף בנאנסתי נאמנת במגו דמוכת עץ ואי דמוכת עץ לא שכיח הא פסלה נפשה מכהונה כהנ"ל משא"כ בעובדא דרבינו יונה בקיבל אביה קידושין בפחות מג' שנים ויום אחד ודאי אי היתה טוענת מוכת עץ אני היתה מותרת לבעלה

הישראלי בספק ספיקא ספק מוכת עץ ספק בעולה ואת"ל בעולה דלמא באונס אבל לכהן היא אסורה דליכא כאן אלא חד ספיקא ספק מוכת עץ ספק בעולה ולפי זה איך תהיה נאמנת לומר נאנסתי הא ספק ספיקא ליכא כאן כיון דאינה טוענת מוכת עץ אני כמ"ש התוס' דף ט' בד"ה ואי בעית אימא ומגו דמוכת עץ ליכא דהוא מגו דלא שכיח ולא אמרינן מגו ופסלה נפשה מכהונה לא שייך כאן דגם אם היתה טוענת מוכת עץ אני פסלה נפשה מכהונה בנדון דרבינו יונה בפחות מג' שנים דליכא ספק אינה תחתיו ולא נשאר לגבי כהן רק ספק אחד ספק מוכת עץ ספק אונס וגם בטענת מוכת עץ פסלה נפשה מכהונה ועל כן לא אמרינן מגו כיון דלא שכיח ודברי הרא"ש ברורים.

(**ב**) אמר המגיה דברי הרב המחבר כאן צריכין פירוש דאף דבהאי דרבן גמליאל לקמן ליכא חזקה דאין אדם טורח מ"מ יקשה קושייתו דהא רוב דרצון עדיף מחזקה והאיך אמרינן שם מגו אבל כוונת הרב בזה דודאי כיון דרוב רצון דרבנן ואינו רוב גמור מהני לענין מגו דלא מזיק לנו הרוב כמ"ש התוס' לענין ספק ספיקא משא"כ חזקה אלימא אין אדם טורח בסעודה לא אמרינן נגדה מגו דלא שכיח ובכל זאת כתב המחבר שהוא דוחק כיון שלא הוזכר שם בתירוצו של הרא"ש מהאי חזקה דאין אדם טורח וכו' שזה הוא עיקר הגרם שיגרום דלא אמרינן מגו דלא שכיח והעיקר חסר מן הספר זהו כוונת הרב כאן.

ויש לו להחרים וכו'. ובפירוש המשנה כתב רבינו הרמב"ם דיכול להשביעה היסת והתוס' יו"ט תמה הא אין כאן טענת ברי ורגלים לדבר כלל דאימר באמת תחתיו נאנסה עיי"ש ונראה דהרמב"ם לא כתב כן אהך דמשארסתני נאנסתי רק אמשנה דאומרת מוכת עץ אני ובזה רגלים לדבר דהא מוכת עץ לא שכיח כלל כהנ"ל בשם הירושלמי דלא חשו לדבר שאינו מצוי והוי רגלים לדבר כאותו שאמרו במסכת בבא מציעא דף כ"ו בסלע שנפל משנים וכו' ונראה מדברי הרא"ש שם דיכול להשביעו היסת ועיין בש"ך לחו"מ סימן ע"ה ס"ק ס"ג אע"ג דיש לומר אולי מצאו אחר ואין טענתו טענת ברי מ"מ אמרינן הואיל דאינו מצוי שימצאנו אחר כיון דהוא היה עומד על גביו יש לו להשביעו היסת וכן הדין כאן הואיל ומוכת עץ אינו מצוי כלל יש רגלים לדבר (**ג**).

(**ג**) אמר המגיה לכאורה היה נראה כפירוש התוס' יו"ט בדברי פירוש משניות לרמב"ם דקאי אמתניתין דטוענת נאנסתי תחתיך דעל זה מציין שם הרמב"ם דיכול להשביעה היסת ולא על מתניתין דלקמן בטוענת מוכת עץ אני אבל כוונת הרב המחבר בזה דעל כרחך המדפיס טעה בציונו כיון דהתחיל כאן בתחילת דבריו דהלכה כרבן גמליאל היה לו להמתין לפרש פסק הלכה אמתניתין דלקמן בטוענת מוכת עץ אני דפליגי נמי ר"ג ור'

יהושע ושם לא פירש הרמב"ם פסק הלכה אלא על כרחך באמת הפירוש של הרמב"ם קאי אסיפא בטוענת מוכת עץ ועל זה כתב דיכול להשביעה והמדפיס טעה ואל יקשה להרב המחבר דהא הרמב"ם גופיה בספר היד שם כתב בהלכה י' בפירוש בטוענת מוכת עץ דאינו יכול להשביעה רק להחרים עליה דזה אינו קושיא דידוע לנו דכמה פעמים חזר הרמב"ם בספרו לפסק הלכה מכמה דברים שכתב בפירוש המשניות ועיי"ש בש"ך סימן ע"ה שהוא מסופק בדעת הרמב"ם בסלע שנפל משנים שהביא הרב המחבר לראיה למוכת עץ אי גם שם יכול להשביעו או לא והמחבר לא בא לתרץ רק קושיית התוס' יו"ט שלא תקשה פירוש המשניות מניה וביה.

הלכה יא

אמרה היא אמת אמר וכו' כתובתה מאתים. הרב בית שמואל סימן ס"ח ס"ק (כ') [כ"ב] מכח קושיא דמה פריך בגמרא דף י"ב ע"ב מהך דהיא אומרת משארסתני נאנסתי אהך דהאומר איני יודע אם אני חייב לך מנה דפטור דהא כאן תפסה שטר כתובה או בתנאי בי"ד דהוי כשטרא ובשטר אמרינן באיני יודע אם נתחייבתי לך דחייב ביקש לומר דכאן לא הוי כשטר ומכח זה צידד לומר דאפשר דאינה גובה ממשעבדי וכו' עיי"ש ואין מקום לקושייתו דהא דבשטר האומר איני יודע אם אני חייב לך דחייב הוא מטעם דאמר שטרך בידי מה בעי ואף הכופר ואמר ברי לי שאיני חייב לך אינו נאמן מטעם שטרך בידי מה בעי משא"כ כאן שהוא כתב לה כתובה בחזקת בתולה וזולת הכתובה לא היה יכול לכונסה א"כ מה ראיה יש בכתובה לטענתה בשום אופן על כן היה רוצה לדמותו בגמרא לשאר ברי ושמא ולמה דמשני שם בגמרא דטעמא דרבן גמליאל דנאמנת משום מגו או משום חזקת הגוף א"כ שטר כתובתה בתקפו עומד וגובה ממשעבדי ובסברא זאת יש לחלק בהא דאמרינן בכל מקום שיש שטר בידו אפילו מגו להוציא משום שהוא רק לאחזוקי שטרא וא"כ לכאורה היה נראה גם בשטר כתובה לומר כן דאמרינן מגו להוציא שהוא רק לאחזוקי שטרא אבל למה שכתבתי זה אינו דבשאר שטרות אמרינן דראיה דשטרך בידי מה בעי היא כל כך אלים עד שאפילו מגו כל דהוא אף להוציא אמרינן גביה מה שאין כן כאן בכתובה דאין זה ראיה כמה שכתבתי.

ועוד כתב הבית שמואל שם סימן ס"ח ס"ק (כ"א) [כ"ג] בשם התוס' פרק המדיר דף ע"ה ע"ב בד"ה רישא וכו' דהא דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי היינו בהיה זמן ואפשרות להיבעל בין נשואין לבעילה ראשונה עיי"ש ובאמת התוס' כבר כתבו שהוא כמו גבי מומין ועודה בבית אביה אך הר"ן חולק בזה וס"ל דהיכא דטוענת ברי לא אמרינן דכאן נמצאו וכאן היו עיין שם ונ"ל דגם התוס' לא כתבו כן אלא לרבא דמשני רישא כאן נמצאו

וכאן היו וכו' אבל לרב אשי דמשני לקמן רישא מנה לאבא בידך וכו' ליתא להך חילוק דהא כאן נשאת לו א"כ הכתובה שלה והוי מנה לי בידך ומהני לה חזקה כמ"ש רש"י ותוס' שם וכוותיה דרב אשי קי"ל כמ"ש כל הפוסקים ולכך השמיטו הפוסקים הך דינא דתוס' משום דלמסקנא דקי"ל כרב אשי לא קאי הך דינא דתוס' ואפילו בפסקי התוס' לא העתיק הך דינא ש"מ דס"ל דלמסקנא לא קאי והרא"ש דהביא נפק"מ מה דיש בין תירוץ דכאן נמצאו וכאן היו ובין תירוץ דרב אשי דרישא מנה לאבא בידך ולא הזכיר הך חילוק ודאי דהרא"ש ס"ל כהר"ן דהיכא דטוענת ברי לא אמרינן כאן נמצא וכו' וא"כ ליכא למימר נפק"מ זאת בין ב' התירוצים ופשוט הוא.

עוד הביא שם הבית שמואל ס"ק (כ"א) [כ"ג] בשם השלטי גבורים דאף דנאמנת לומר תחתיך נאנסתי מ"מ אין לה תוספות כתובה דלא כתב לה אלא שתהא בתולה בשעת ביאה עכ"ל ואין זה דעת כל הפוסקים דהש"ג ס"ל כתוס' והרא"ש דארוסה אית לה כתובה וא"כ שפיר יש לומר דמנה ומאתים גובה מאירוסין ואם נבעלה אח"כ נסתחפה שדהו אבל להרמב"ם ופוסקים דס"ל דארוסה לית לה כתובה רק מעת נשואין א"כ אף בכתב לה כתובה נימא אדעתא דהכי נתתי לה כתובה שתהא בתולה בשעת נשואין אלא ודאי דלא אמרינן כן והנושא אשה דעתו שתהא בתולה בתחילת אירוסין וקידושין ועוד דהרא"ה תירץ על קושיית הרמב"ן שהקשה למה ליה למימר דחכמים תקנו כתובה והם אמרו וכו' ואפילו אי כתובה דאורייתא נמי למה אין הבעל נאמן ותירץ הרא"ה דהיא יש לה מגו משארסתני נאנסתי ולכך לולא חזקה אין אדם טורח וכו' היתה נאמנת עיי"ש וקשה לפ"ז לפי מ"ש הגאונים והרמב"ם בטענת פתח פתוח והיא אומרת פתח נעול דבתוספות כתובה אין הבעל נאמן משום דתוספות לא תקינו לה רבנן איהו רק כתב אנפשיה בזה קשה למה אינו נאמן כקושית הרמב"ן וליכא למימר כתירוץ הרא"ה אית לה מגו דהא אף בטוענת נאנסתי אבדה התוספות (ד)לדעת הש"ג וא"כ ליכא מגו ועל כרחך צ"ל דלשיטת הגאונים דינו של השלטי גיבורים ליתא וכן מבואר ברמב"ם הלכה ט"ז גבי תוספות כתובה דאינה מפסדת אלא א"כ נודע בראיה ברורה וכו' או שהודית לו שהיא בעולה קודם שתתארס וכו' הרי דמצריך שתודה דנבעלה קודם אירוסין אבל לאחר אירוסין אף דהוא קודם נשואין יש לה תוספות כתובה וכן כתב מהרש"ל כפי מה שכתב הבית שמואל בשמו בס"ק (י"ט) [כ'] דהודאתה צריכא שתהא דהיתה בעולה קודם אירוסין והרי מבואר דלא כשלטי גיבורים ופשוט הוא.

הלכה יב

טען ואמר וכו' ואע"פ שיצא דם הואיל ומצא פתח פתוח אין כאן דם בתולים. וכתב המ"מ ואין כן דעת הרבה מפרשים אלא כל שיצא דם אינו יכול לטעון טענת פתח פתוח עכ"ל וראיית המפרשים הובאה בר"ן והוא מהירושלמי דאתמר אהך ברייתא שהובאה בגמרא דף י"ב ע"א דכל שלא נהג כמנהג הזה אינו יכול לטעון טענת בתולים וז"ל הירושלמי שם מה אנן קיימין אם בשפישפש ומצא הרי מצא וכו' אלא הכי אנן קיימין בשלא פישפש ומצא היא אומרת דם בתולים היא והוא אומר דם צפור הורע כחו שלא נהג כמנהג הזה עכ"ל ומזה למדו המפרשים דאם נמצא דם אינו נאמן לטעון טענת פתח פתוח ולי נראה דאין מירושלמי זה סתירה לדברי רבינו הרמב"ם דהוא מחלק דשם מיירי דלא טען טענת פתח פתוח רק טענת דמים ואמר שזהו דם צפור ועל זה אמרינן הורע כחו שלא נהג כמנהג להעמיד שושבינין למשמש ולהשגיח מבלי להכניס דם צפור כמ"ש הר"ן א"כ בטלה טענתו ואינו יכול לטעון טענת דמים דהך ברייתא מיירי בטענת דמים כדאמרינן בגמרא דף ט' ע"ב אהך מתניתין וברייתא מאי לאו דקטעין טענת פתח פתוח לא דקטעין טענת דמים משא"כ בטוען טענת פתח פתוח אינו משגיח כלל על הדמים ואין הדמים ראיה.

וזה נראה דהיה דעת ריב"ם שהובא בראי"ש ובתוס' ישנים דדייק מהא דאמר רב אשי דף י"ב תני כל שלא משמש אין לו טענת בתולים דאין הלכה כרב יהודה אמר שמואל דהאומר פתח פתוח מצאתי דנאמן והקשה ר"ת דהא לעיל דחינן למ"ד דאינו נאמן דאיירי בטענת דמים דבהא ודאי נאמן ומ"מ קתני כל שלא משמש אין לו טענת בתולים עיי"ש בתוס' ישנים ולפי מ"ש ניחא דבשלמא אי איירי בטענת דמים שפיר יש לומר כל שלא משמש דמיירי דיש כאן דם רק הוא אומר דם צפור הוא ובזה אמרינן אם לא משמש אבדה טענתו משא"כ למ"ד פתח פתוח מצאתי נאמן א"כ איך קתני סתם כל שלא משמש אינו יכול לטעון טענת בתולים הא יכול לטעון טענת פתח פתוח מצאתי ונאמן ולזה אין מציאת דם ראיה כלל כמ"ש הרמב"ם אלא ודאי דליתא לדשמואל א"כ שפיר קתני כל שלא משמש אינו יכול לטעון טענת בתולים בשום פנים דפתח פתוח אינו נאמן וטענת דמים הא דם לפניך והוא דלא משמש הורע כחו בטענה זו ולק"מ. ומיהו רבינו הרמב"ם אף דס"ל כר"ת דקי"ל כשמואל דהאומר פתח פתוח מצאתי נאמן וס"ל דאיירי אפילו במצא דם לק"מ מירושלמי דהא ר"ת ס"ל כיון דמנהג למשמש והוא שינה מנהגו אינו נאמן והן הן דברי הירושלמי כל שלא נהג ופשפש ומצא דם הוא אומר וכו' הורע כחו הרי לישנא הורע כחו מורה כר"ת הואיל ושינה המנהג הורע כחו דיש כאן ערמה דלמה שינה

המנהג אם לא להעליל עליה אבל בעלמא אף דאיכא דם נאמן ומדברי ריב"ם ור"ת מוכח קצת דס"ל כרמב"ם דאל"כ מה דוחקין במילתא דרב אשי דאמר תני כל שלא משמש אי ס"ל כשמואל הו"ל לתרוצי בקיצור כאוקימתיה דירושלמי דמיירי דמצא דם רק דטוען פתח פתוח מצאתי ודם צפור הוא אינו נאמן הואיל ודם לפניך והוא לא משמש ושמואל מיירי בלא מצא דם ומי סני להו לפרש שיהיה דברי תלמודא דידן ותלמודא דבני מערבא בשפה אחת ודברים אחדים אלא ודאי דס"ל דלשמואל אין זה מועיל כמ"ש לעיל.

וכתב הבית שמואל סימן ס"ח ס"ק י"א דמבואר בר"ן דאף להפוסקים החולקים על הרמב"ם היינו לענין ממון אבל לענין איסור במקום דליכא ספק ספיקא כו"ע מודה דאסורה ובאמת ברש"י ותוס' שדחקו עצמן בהא דהאומר פתח פתוח מצאתי דנאמן לאוסרה דמיירי בנאבדה המפה וכדומה ולא פירשו דהדם לפנינו והוא טוען פתח פתוח מצאתי והוא דם צפור ש"מ דאף לענין איסור אם הדם לפנינו אינו נאמן ודוחק לומר שהוצרך רש"י לפרש כן משום דאביי מייתי סייעתא ממתניתין בתולה נשאת ליום רביעי וכו' ואמרינן אי למיתב כתובה ניתב לה ומשם נראה דס"ל דנאמן להפסיד כתובתה כמ"ש התוס' שם ועל זה הוצרך רש"י לפרש דמיירי דאבדו הדמים דלגבי ממון ודאי אינו נאמן וזה דוחק ולכן נראה דס"ל לרש"י דאף לענין איסור אינו נאמן והיינו כיון דדמים לפניך א"כ טענתו פתח פתוח מצאתי מספקא לן לדידן אולי לא קים ליה דרגלים לדבר דהרי דם לפניך ומאין בא וא"כ הוי ספק ספיקא ספק בתולה ספק בעולה ואם תמצא לומר בעולה ספק אינו תחתיו ומותרת אפילו לכהן (ולגבה) בעלה ישראל יש עוד ספק ספק אונס ספק רצון וא"כ אין כאן ראיה מהירושלמי דאמר שם הדא דתימא לממון אבל לקיימה אסור משום ספק סוטה דהירושלמי מחמיר לענין איסור אפילו בספק ספיקא כמבואר בירושלמי ובהרא"ה אבל לדידן דלא קי"ל בהא כהירושלמי יש לומר אף בהא מותרת אפילו לענין איסור דממה נפשך אם אתה מחשבת ליה אף דדם לפניך לודאי דקים ליה ומצא פתח פתוח אף לענין ממון תאמר כן דנאמן הוא מחמת חזקה דאין אדם טורח וכו'.

הלכה יג

יש גאונים וכו'. עיין במ"מ [הי"ב] שכתב שהרמב"ן הכריע כדעת רבינו מהירושלמי דאמר בוגרת כחבית פתוחה דמי עכ"ל וסיים בירושלמי דלקיימה אינו רשאי משום ספק סוטה והיינו משום דלאו כל הבוגרות פתחן פתוח דאיכא הכי ואיכא הכי כמ"ש במשמרת הבית א"כ הרי היא בכלל הספק והפוסקים שהשמיטו משום דירושלמי אזיל לשיטתו דס"ל אפילו בספק ספיקא אסורה אבל לדידן דקי"ל דמותרת בספק ספיקא

כמ"ש הרא"ה א"כ מכל מקום בוגרת מותרת משום ס"ס ספק בתולה ספק בעולה ואת"ל בעולה שמא באונס או אינה תחתיו ומ"מ לא נח דעתי בזה דעדיין כהן שקידש בפחות מג' שנים ובעלה כשהיא בוגרת ומצא פתח פתוח תהא אסורה עליו דליכא אלא חדא ספיקא ספק בתולה ספק בעולה והוי להו להפוסקים לפרש דין זה ואפשר דס"ל דלהירושלמי לא הוי טעמא דרבן גמליאל דמהימנא משום חזקת הגוף רק הוא משום ברי ושמא ובאיסור לא שייך כן ולכך אסורה אבל לגמרא דידן דקי"ל דטעמא דר"ג משום חזקה וא"כ אף לענין איסור יש לומר כן דאוקמא אחזקתה דהיא בוגרת ואין לה פתח נעול והרי היא בתולה כתולדתה בכל אופן וחזקת הגוף וחזקת כשרות מסייעין לה.

והנה הרב בית שמואל סימן ס"ח ס"ק ג' נתקשה בדברי הרשב"א במשמרת הבית להלכות נידה גבי בוגרת דבועל בעילת מצוה ופורש דכתב דמדברי ירושלמי משמע דיש בוגרת שיש להן דמים ויש שאין להם וכן יש דפתחיהן נעול ויש דפתוח א"כ לשיטתו סוגיא דפרק אלו נערות דף ל"ו הן לגירסת רבינו חננאל והן לגירסת רש"י איך יפרש דמאי שנא טענת דמים מטענת פתח פתוח דבתרווייהו יש שני מיני בוגרת עכ"ל ונראה דרשב"א ס"ל כגירסת ר"ח והסכים נמי לדעת ר"ח בזה דמוכת עץ פתחה נעול כמ"ש התוס' בשמו דף ל"ו בד"ה אי דקטעין וכו' וס"ל כיון דאיכא בוגרת דיש להן דמים ופתחן סתום א"כ הממע"ה ויכול הבעל לטעון מספיקא לא אשלם לך אייתי ראיה דאת היה לך פתח פתוח ופסקו הדמים שלך ודלמא זנית תחתי ואפשר דס"ל דרוב בוגרות יש להן דמים ופתחן סתום והראיה מדנותנים לה זמן ארוך כל הלילה וא"כ לענין ממון במקום דרוב מסייע לחזקת ממון ודאי דאין להוציא מיד הבעל וזהו דפריך בגמרא והאמר רב בוגרת נותנין לה לילה הראשון וכיון דנותנין לה זמן ארוך כזה ש"מ דרוב יש להן הכל כמו נערה בתולה ועל זה משני בגמרא לפי מה שכתבו התוס' דף ט' ע"ב בד"ה לא דקא טעין וכו' דהקשו שם כשאומרת בתולה אני תהא נאמנת במגו דמוכת עץ בשלמא נאנסתי לא נח לה לטעון אבל מגו דמוכת עץ הא יש לה ותירצו דהוי מגו במקום חזקה דאין אדם טורח וכו' עיי"ש וא"כ בבוגרת שפיר קושיית התוס' במקומה עומדת כשהיא אומרת בתולה אני רק אצלי כלים הבתולים והרי אני מן המיעוט נאמנת במגו דמוכת עץ ומוכת עץ נאמנת ודאי דרוב הן כן כדאמרינן שם דף ל"ו כולן חבוטי מחבטו וכמ"ש התוס' ומגו במקום חזקה ליכא דאמרינן הוא אומר אמת שפתח פתוח מצא או שלא מצא דם רק היא מאותן בוגרות שכלה מהן הדמים רק דכל זה הוא בטענת דמים דאית לה מגו דמוכת עץ ולכך לית ליה טענת בתולים אבל בפתח פתוח אין לה מגו דמוכת עץ פתחה סתום וא"כ טענתה להיות מן מיעוט בוגרות דפתחיהן כחביות פתוחות אינה נאמנת ויש לו טענת

בתולים ואתין דברי הגמרא שפיר.

בסימן ס"ח ס"ק ד' כתב הבית שמואל דמשמע ברמב"ם דס"ל דלא כרבינו חננאל דמוכת עץ פתחה סתום ולא היה צריך לדייק זה ממשמעות לשונו רק הוא מוכרע ומוכרח דעל כרחך לשיטת הרמב"ם הא דקתני בברייתא כתובות דף ל"ו הבוגרת ומוכת עץ אין להם טענת בתולים על כרחך בטענת פתח פתוח איירי דומיא דבוגרת דבוגרת יש לו טענת דמים לשיטת הרמב"ם ואעפ"כ קתני דאין למוכת עץ טענת בתולים ש"מ דפתחה פתוח ופשוט הוא איברא לא הבנתי דכאן אמרו בוגרת ודאי יש לה דמים ואם לא נמצאו לה דמים לא זו בלבד דמפסדת כתובתה אף גם דאסורה לכהן דליכא אלא ספק אחד ספק תחתיו ספק אינו תחתיו הרי דמחזקינן לה לודאי בעולה כשאין דם ולמה אמרו בבעל ולא מצא דם דפורש דאולי ראתה טיפת דם כחרדל וחיפהו שכבת זרע ועיין בשו"ע יו"ד סימן קצ"ג ובטור שם הא כיון דלא ראתה הרי היא בעולה ואין כאן בתולה כלל והתם מספקא ליה שמא חיפהו שכבת זרע וכאן אתה מחשב לודאי בעולה כשאינו רואה דם ויש לחלק (ד).

(**ד**) אמר המגיה כוונת הרב דיש לחלק דלענין טענת בתולים להפסיד כתובתה או לאוסרה עליו דחשבינן לה לודאי בעולה מיירי דטען שהיה נזהר ובדק בכל זאת שלא היה שכבת זרע לא על הסדין ולא על בגדיהם דבלא"ה לא היינו מחזקינן לה בודאי בעולה דשמא חיפהו שכבת זרע משא"כ התם דלא מיירי בטענת בתולים ולא בדק אחר זה אמרינן שמא חיפהו ש"ז לטיפת דם כחרדל והא דהקשה המחבר דוקא מבוגרת ולא הקשה כן מנערות דלכו"ע יש להן טענת דמים ומחזקינן להו בודאי בעולות אם אין להם דם והתם מספקא לן שמא חיפהו דודאי אי הוי מספקא לן בבוגרת אי יש לבתולות דם לא הוי קושייתו קושיא די"ל דהתם לענין פרישה מיירי בבוגרת מה שאינו כן השתא דאמרינן דגם בבוגרת חשבינן לודאי בעולה כשאינו רואה דם שפיר הקשה הרב.

ויש לפקפק קצת בדברי רבינו חננאל דס"ל דמוכת עץ פתחה סתום א"כ איך אמרינן בדף י"א ע"ב ור' מאיר אמאי מדמה מוכת עץ לבוגרת נדמייה לבעולה הא בעולה פתחה פתוח ומוכת עץ פתחה סתום משא"כ בוגרת אף היא פתחה סתום לדעת ר"ח דלפי גרסתו בגמרא יש לבוגרת טענת פתח פתוח וכן יש לדקדק לשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דבוגרת אית לה דמים משא"כ מוכת עץ קשיא לאידך גיסא מה פריך ורבנן אדמדמית לבעולה נדמייה לבוגרת הא בוגרת אית לה דמים ומוכת עץ לית לה דמים ושמא יש לומר משום כך אין חיבתה עליו יותר מבעולה כיון דפתחה פתוח ומה איכפת ליה לבעל בדמים כיון שפתחה פתוח אבל לדברי רבינו חננאל קשיא מה פריך לר"מ ואולי קושיית

הגמרא היא ונדמייה לבעולה כגון זאת דהיא בתולה ובא אחר עליה בהטייה כשמואל דודאי מ"מ אם נשאת אח"כ לאחר דכתובתה מנה אף דפתחה סתום ועל זה משני התם אתעביד בה מעשה ודוחק.

הלכה טז

הורו הגאונים וכו' אבל התוספת יש לה וכו'. ועיין במ"מ וז"ל ויש מי שכתב שאין זה אלא בטוען פתח פתוח אבל בטוען טענת דמים נאמן אפילו להפסידה תוספות כתובה ואין כן דעת רבינו ז"ל עכ"ל והנה בגמרא דף ט' אמרינן אף אנן נמי תנינא האוכל אצל חמיו וכו' ומשני לא דקטעין טענת דמים הרי מבואר אף דליתא לחזקה דאין אדם טורח כס"ד דליתא לדשמואל דנאמן בפתח פתוח דלא אמרינן החזקה מ"מ אמרינן בטענת דמים דנאמן וא"כ לפי זה אף בתוספות כתובה דהוא דאורייתא אמרינן כן דמאי שנא כיון דלא צריכנא להך סברא דאין אדם טורח וכו' ואפשר לומר דודאי לולי הך סברא דאין אדם טורח דהוא חזקה פשיטא דאף בטענת דמים לא מהימן רק הא דאמרינן דחזקה אין אדם טורח וכו' היינו דודאי יגרשנה כמ"ש דאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת והיינו בטענת דמים דמבורר לו אבל בפתח פתוח דטעה ולא משקר רק דמטעה קטעי ואף היא לא תקניט עליו כי תחשוב שטעה ולכך הו"א דליכא חזקה דאינו משקר בכוונה קמ"ל דגם בזו איכא חזקה אבל מ"מ בין בטענת דמים ובין בטענת פתח פתוח נאמן מטעם חזקה ולכך בתוספות כתובה שהוא מהתורה לא סמכינן אחזקה לגרוע שעבודה מה דנתחייב ועומד זהו מה שיש לומר בדעת הרמב"ם והטור.

אך לפי זה דבין בטענת דמים ובין בטענת פתח פתוח אינו נאמן אלא מטעם חזקה ועל שניהם אמרו הואיל וכתובה דרבנן וא"כ למ"ד כתובה דאורייתא אינו נאמן בשום טענה וקשיא לר' מאיר דס"ל כתובה דאורייתא כדאמרינן פרק אע"פ דף נ"ו ע"ב אם כן הא דקתני ביבמות דף קי"א ע"ב דלר' מאיר טענת בתולים עד שלשים יום האיך משכחת ליה הא אינו נאמן לדידיה ובפרט לפי מ"ש הרא"ש בשם הירושלמי דהך דטענת בתולים עד שלשים יום מבואר דקאי על טענת פתח פתוח או טענת דמים וליתא לפנינו קשה ביותר דהא בטענת פתח פתוח אמרינן בהדיא בגמרא אי כתובה דאורייתא לא מהימן ור"מ אית ליה כתובה דאורייתא וכן יש להקשות על דברי התוס' כתובות דף ט' ע"ב ד"ה מאי לאו וכו' וביהודה לא מצי טעין דודאי בא עליה דלא מוקי אינש אנפשיה ואע"ג דאמרינן ביבמה דעד ל' יום מוקי אינש אנפשיה רוב פעמים לא מוקי וכו' ובודאי קושיית התוס' הוא למה דאוקמינן מתניתין דיבמה כר"מ דלרבה דמוקי התם הך דיבמה כרבי יוסי ומחלק בין ארוסה ליבמה אין מקום לקושיית התוס' דהא יש לומר דהא מתניתין

דביהודה אין לו טענת בתולים אתיא נמי לרבי יוסי דס"ל דבארוסה טענת בתולים דוקא לאלתר ועל כרחך צ"ל דס"ל לתוס' דהך מתניתין ביהודה אין לו טענת בתולים ודאי דאף לר"מ אתיא ובפרט דסתם מתניתין ר"מ היא ולזה צידדו התוס' לומר דאף לר"מ דס"ל דעד ל' יום מוקי אינש אנפשיה יש לחלק כמ"ש התוס' וקשה הא לר"מ בלאו הכי אין טענת בתולים ובפרט לענין פתח פתוח דמיירי הכא דלר"מ כתובה דאורייתא (ה) וצ"ל דס"ל לתוס' דודאי אף אי כתובה דאורייתא נאמן מכח חזקה דאין אדם טורח וכו' רק דהו"א אי כתובה דרבנן לא יועיל חזקה דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן דכל אחד יערים להפקיע תקנת חכמינו ז"ל דקיל בעיניו תקנת חכמים ולזה קמ"ל דמ"מ נאמן מתורת חזקה והכי דייקא לישנא דגמרא חכמים תקנו כתובה וכו' והם האמינהו וכו' וא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן ועל זה משני חזקה ואי דאורייתא היא אין מקום שאלה דנאמן רק אי דרבנן היא הו"א דלא יהיה נאמן כדי שלא להפקיע תקנת חכמים.

ובהכי ניחא דהא דפסק ר"ת כתובה דאורייתא כמ"ש התוס' והרא"ש ור"ת פסק לקמן בהא דאמר רב אשי דף י"ב תני שלא משמש דרב אשי ס"ל דנאמן בטוען פתח פתוח מצאתי רק התם הוגרע כחו הואיל ושינה המנהג כמ"ש תוס' ישנים והרא"ש בהדיא וא"כ קשיא אהדדי וצ"ל כמ"ש ובהכי ניחא דברי הרא"ש דחולק על הגאון לומר דאף בתוספות כתובה נאמן מכח חזקה אף דתוספות כתובה דכתב מעצמו הוא דאורייתא כשאר חוב דמשעבד עצמו וכמ"ש הכ"מ והב"י ועל כרחך צ"ל דס"ל כמ"ש דאף בכתובה דאורייתא מהני חזקה כדמוכח לר' מאיר ואפשר דגם דעת הגאון כך דגם אי כתובה דאורייתא מהימן מכח חזקה רק דס"ל דאין לנו אלא מה שאמרו חכמינו ז"ל דהם אמדו דעת האדם דודאי אף אם יגרש לאשה זאת ויקח אחרת לא יכול לפחות לה ממנה ואם כן כל הריוח מנה ואין טורח הסעודה והפסידה שוה לו בשביל מנה אבל ביותר אפשר דמפסיד הסעודה בשביל הריוח ואין לנו אלא מה שאמרו חז"ל והן אמדו דעתן של אנשים ולכך בתוספות כתובה אזלא החזקה ובהכי ניחא הך דחרשת ושוטה דמיירי בדכתב לה כמ"ש לעיל ומ"מ אמרו בגמרא דאין להן טענת בתולים ולדעת הגאון תקשי הא בדכתב לה הוי כמו תוספות כתובה ומה קמ"ל בחרשת ושוטה הא בשום אשה אינו נאמן אלא על כרחך דהתם בשביל מנה אינו מפסיד הסעודה ואית ליה חזקה רק דבחרשת ושוטה אין לו טענת בתולים ופשוט הוא.

אך כל זה דחוק בעיני ולולי דמסתפינא הייתי אומר בדעת התוס' דס"ל כדעת השלטי גיבורים דכי אמרינן דיכולה לומר תחתיך נאנסתי היינו בכתובה מנה ומאתים דזהו משתעבד לה מן האירוסין וא"כ כבר חל החיוב משעת אירוסין ואם נאנסה אח"כ מזלו

גרם משא"כ תוספות כתובה דחל משעת נשואין והיא נאנסה מקודם לא תוכל לומר לו מזלך גרם כי אדעתא דהכי לא כתב לה ולפי זה יש לומר הא דצריכן אנו לחזקה אין אדם טורח וכו' ולא אמרינן בלאו הכי דנאמן מטעם הממע"ה כקושיית הרמב"ן הוא משום דיש לה מגו דמוכת עץ אני תחתיך ולכך צריכן לחזקה דיהיה מגו במקום חזקה כמ"ש דף ט' בד"ה לא דקא טעין וכו' וכמ"ש לעיל בשם הרא"ה עיי"ש ולפי זה לולי דאמרינן דארוסה יש לה כתובה אף בטוענת מוכת עץ אני תחתיך הפסידה הכתובה דאדעתא דהכי לא כתב ואין לומר מזלך גרם כיון שהיה קודם השעבוד בין קידושין לחופה ובין חופה לבעילה ודאי לא שכיח כלל לטעון מוכת עץ אני תחתיך באותו זמן מועט וא"כ אף במכחישתו לית לה מגו כלל משא"כ אי אמרינן דארוסה יש לה כתובה וא"כ בהא נאמנת לומר מוכת עץ אני תחתיך ומזלך גרם וא"כ אף במכחישתו נאמנת במגו לולי דהוי החזקה דאין אדם טורח ולפי זה הא דצריכין אנו לחזקה היינו לבטל כתובה דאירוסין אבל כתובה דנשואין לולי כתובה דאירוסין אין צריכן לחזקה ולפי זה יש לומר הא דכתובה דאורייתא מדכתיב כסף ישקול כמוהר הבתולות היינו כתובה מנשואין אבל כתובה מאירוסין כו"ע מודה שהיא דרבנן דזה אינו כמוהר הבתולות דכתיב בבעולה וא"כ צריכן אנו שפיר לחזקה.

והשתא לק"מ אדרבי מאיר וגם פסקי ר"ת לא קשיין אהדדי דרק כתובה מנשואין ס"ל שהיא דאורייתא ולכך כותבין אנו בכתובות שהן מנשואין דחזי ליכי מדאורייתא ועל זה בלאו הכי נאמן כקושיית הרמב"ן ואין צריך לחזקה ולית לה מגו כמ"ש לעיל רק אכתובה דאירוסין דאית לה מגו ובזה אמרינן חזקה כיון דהוא דרבנן ולא קשה מידי ולכך בגמרא דף י' ע"א דאיפך בתרייתא ולא קמייתא משום דשמעינן ליה לרבן שמעון בן גמליאל דסבר כתובה דאורייתא מדאמר דנותן לה ממעות קפוטקיא והא יש לומר דקמייתא מיירי בכתובה מן האירוסין דאינו דאורייתא לרשב"ג והא דאמר דנותן ממעות קפוטקיא משום דכתובה דאורייתא מיירי בכתובה מן הנשואין וצ"ל דעל כרחך ליכא למימר הכי דא"כ האיך קאמר רשב"ג אינה גובה אלא מזבורית דמשמע כל הכתובות אפילו מן הנשואין ועוד דא"כ חכמים דפליגי עליה ואמרו בברייתא (כתובות) [כתובת] אשה מן התורה סברי אפילו מן האירוסין ובאידך ברייתא ילפי זאת ממוהר הבתולות ומשם ליכא למילף רק מן הנשואין כמ"ש והשתא על כרחך צריך למיפך בתרייתא ואתי שפיר וא"כ אף בהרא"ש יש לומר כן דלכך חולק על הגאון בתוספות כתובה דגם בזה לית לה מגו כמ"ש לעיל דאף בטוענת מוכת עץ אני תחתיך מ"מ הפסידה תוספות כתובה דלא כתב אלא מעת נשואין כמ"ש השלטי גיבורים וא"כ אין צריך לחזקה דמדינא נאמן

כמ"ש הרמב"ן.

איברא דהרא"ש דחה בלא"ה הך טענה דמגו דמוכת עץ דלא שכיח ולא אסיק שמעתין בהך תירוץ דהוי מגו במקום חזקה כלל ולכן נראה היותר נכון בדברי הרא"ש דס"ל דודאי הא דתלא בגמרא הך חזקה דאין אדם טורח בכתובה דרבנן משום דהוי קשיא לן האיך יהא נאמן דלמא שונא אותה ודעתו לגרשה רק דארוסה יש לה כתובה מאתים ולמפטר ממנה כנסה וטען פתח פתוח מצאתי ומתחילה בעלילה בא עליה ועל זה היתה כונתו ועל זה אמר כיון דכתובה דרבנן בכל זאת אמרינן חזקה דאין אדם טורח אבל סברא זו לא אלים כל כך להפקיע שעבוד דאורייתא עד שאמרו כתובה דרבנן והן אמרו והן אמרו משא"כ בתוספות כתובה שכתב לה בעת נשואין ותיכף בא ואמר פתח פתוח מצאתי בזו ודאי ליכא למיחש דיהפוך לבו לשנוא אותה בין לילה היה ובין לילה אבד דמי הכריחו אתמול לתוספות כתובה הא ארוסה לית לה תוספות כלל ובזמן מועט כזה ודאי לא חיישינן ופשוט הוא והכי דייק לישנא דהרא"ש במה דפליג על הגאון להדיא.

ונראה לי דיש לו להרא"ש ראיה מבוררת לזה דהנה בגמרא דף י"ב ע"א פריך אמתניתין דקתני בתולה אלמנה גרושה וחלוצה מן הנשואין כתובתן מנה ואין להם טענת בתולים וליחש שמא תחתיו זינתה ומשני שקידש ובעל לאלתר והרא"ש השמיט הך קושיא דשמא תחתיו זינתה והך פירוקא שקידש ובעל לאלתר וצריך טעם למה השמיטו הרא"ש ובאמת הלח"מ בפרק זה הלכה ח' הקשה קושיא זאת על ההלכות שהשמיטו זאת ותירץ שם בלח"מ דהא דפרכינן שמא תחתיו זינתה הוא דוקא לרבה דאמר זאת אומרת כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה כתובתה מנה ש"מ דאתה מחזיקה בחזקת בתולה וא"כ הבעל שמצאה בעולה יש לחוש דלמא תחתיו זינתה משא"כ לרב אשי דס"ל הרי כנסה ראשון והרי היא בחזקת בעולה לבעל הראשון א"כ ליכא למיחש לשמא תחתיו זינתה דהא היא בחזקת בעולה לראשון ותירוצו נכון הוא וגם הרא"ש ס"ל כן לכן השמיט הך דקידש ובעל לאלתר ולפי זה הך דקידש ובעל לאלתר אתיא דוקא לרבה דאמר כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה דיש לה מנה א"כ קשה דמה איריא בתולה אלמנה מן הנשואין דאין לה טענת בתולים אף בתולה דעלמא בקידש ובעל לאלתר נמי אין לו טענת בתולים דהא אינו נאמן דליכא כאן חזקה דאין אדם טורח וכו' דלמ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה כתובתה מנה אינו מפסיד הסעודה כמ"ש התוס' דף י' בד"ה חזקה וכו' ולכהן או לישראל בקידשה אביה פחות מג' שנים לא מתסרה דהא קידשה ובעל לאלתר ולא זינתה תחתיו וא"כ אין כאן הפסד סעודה בשום פנים ואינו נאמן ובכל בתולות אין לו טענת בתולים אמנם לפי מה שכתבתי ניחא דבקידש ובעל לאלתר נאמן

בלי חזקה דמהיכי תיתי יתהפך לבו לשנוא אותה סמוך לנשואין בלי הפסק זמן מה ועל כרחך דאמר אמת ועיקר הטעם דחזקה היכא דלא קידש ובעל לאלתר וא"כ יש לחוש אולי בין כך נתחרט והפך לבו לשנוא ולכך צריכין לטעם חזקה דאין אדם טורח וכו' וא"כ דברי הרא"ש בתוספות כתובה שכתב בעת נשואין מוכרח.

(**ה**) אמר המגיה הא דהוצרך המחבר לכל האריכות להקשות לשיטת התוס' דר' מאיר אדר' מאיר ולא קשיא ליה בפשיטות כיון דלהתוס' מוקמינן מתניתין דיבמות כר"מ דלתירוץ השני שבגמרא דמוקמינן כר' יוסי יש חילוק בין ארוסה ליבמה וא"כ קשיא אדר"מ דהא ר"מ ס"ל כתובה דאורייתא א"כ אין לו טענת בתולים כלל אבל באמת כונת הרב בזה דאי לאו דהתוס' הוי מוקי ליה מתניתין דביהודה אינו נאמן כר"מ כדמוכח מכח קושייתם דכאן לא הוי קשיא כל כך דר"מ אדר"מ דיש לומר דהא דאמר ר"מ טענת בתולים שלשים יום מיירי בטענת דמים דיש לומר דנאמן אפילו אי כתובה דאורייתא אבל השתא לפי קושיית התוס' דמוקי מתניתין דביהודה אינו נאמן כר"מ ומיירי בטענת פתח פתוח קשיא הא אמרינן בגמרא אי כתובה דאורייתא אינו נאמן לטעון פתח פתוח וזה שכתב הרב בלשונו הצח בפרט לענין פתח פתוח וכו'.

שחזקה היא שאין אדם טורח בסעודה ומפסידה. עיין בבית שמואל סימן ס"ח ס"ק (כ"ב) [כ"ד] מה שמביא בשם התוס' דף י' בד"ה חזקה דס"ל לתוס' דהא דאמרינן חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה היינו משום דקידושין המה בטעות וצריך לקידושין אחרים וא"כ מפסיד הסעודה ובדברי הרמב"ם לא משמע כן דכתב [הי"ז] הרי דרצה לקיימה משמע דאין צריך לקדש מחדש וא"כ יש להבין מה טורח הסעודה יש כאן כקושיית התוס' ועיין שם בב"ש שכתב דהרמב"ם ס"ל דבשביל מנה לא יוציא לעז וכמ"ש לעיל דאמדו חכמים דעתו דבשביל מנה לא יוציא לעז אבל לישנא דטורח בסעודה ומפסידה הוא דוחק כיון דאין צריך לקדש מחדש אם לא נאמר דודאי בשביל מאתים יוציא לעז א"כ צריך לגרשה והרי מפסיד הסעודה ואם לקיימה הרי הלעז בשביל מנה וזה אינו עושה וזה דוחק דנאמר דקים להו לרבנן דבשביל מנה לא יוציא לעז ובשביל מאתים יוציא לולי דמפסיד הסעודה עד שאמרו בשם רבי שמעון בן אלעזר דאם אינו טורח בסעודה דאינו נאמן ואפשר דודאי אי רוצה לקיימה פשיטא דנאמן דכל הפוחת לבתולה ממאתים ולאלמנה מנה בעילתו בעילת זנות וחזקה זו אלימה כמו שאמרו בכל דוכתי אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וא"כ פשיטא דנאמן דלולי דהאמת אתו הרי בעילתו בעילת זנות רק דחששו אולי יגרשנה ומשקר כדי להפסידה כתובה ועל זה אמרו חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה.

ויש להקשות לדעת התוס' למה יהיה צריך קידושין מחדש וכי גרע זה מקידשה על תנאי שאין בה מומין אפילו מומין גדולים כגון צרעת וכדומה שאדם מקפיד עליהם יותר מבתולה ונמצאת בעולה וכתבו התוס' דף ע"ג ע"א בד"ה אלא טעמא דרב וכו' אפילו כנסה ג"כ על תנאי ומפרש התנאי בשעה שכנסה לא עביד התנאי לסתור הקידושין אלא משום כתובה ומ"מ בעל לשם קידושין דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ואיך נאמר בכנסה אדעתא דבתולה ונמצאת בעולה דקידושין בטלים וסתמא אמרינן אין תנאי בנשואין ועיין בתוס' בבא קמא דף ק"י ע"ב בד"ה אדעתא דהכי ובמרדכי ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין דכתבו דוקא מאירוסין אבל בנשואין מקדשה נפשה דטב למיתב טן דו וכו' ועיין שם בפוסקים ומכ"ש בהך קפידא דבתולה ונמצאת בעולה ואולי אפשר דהתוס' שפירשו כן משום דס"ל דאנן לא קי"ל כשמואל בהך חזקה אין אדם טורח וכו' כמ"ש בדף י' ד"ה אמר רב נחמן אמר שמואל ורב נחמן דאמר חזקה זו בשם שמואל אמרה ושמואל לשיטתו אזיל דאיהו לא ס"ל הך דרב דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות כמבואר דף ע"ג פלוגתתם בקידשה על תנאי וכנסה סתם וזה דוחק ואפשר עוד לומר דבשלמא שאר תנאים דלא תליא בבעילה אמרינן האיך הכניס עצמו בספק בעילת זנות ולא המתין וראה אם נתקיים התנאי או לא או דהיה לו לבטל התנאי ולא להכניס עצמו בספק בעילת זנות על כרחך אמרינן דודאי בשעת בעילה מחל התנאי שלא לבעול בעילת זנות משא"כ כאן בבעולה כל כמה דלא בעיל אי אפשר לו לידע אם בתולה היא או בעולה ומה היה לו לעשות על כרחו הוצרך להכניס עצמו בספק הלזה ומ"מ דעתו לבעול ולקדש אותה בחזקת בתולה ואם תהיה בעולה לא תהא מקודשת לו כלל על כן לא ביטל התנאי ולא זז ממקומו כלל וגם זה צ"ע.

ויותר נראה דאין דעת התוס' לומר דאם רוצה לקיימה דצריך לקדש מחדש כמ"ש הבית שמואל רק דתוס' ס"ל כדעת רא"ה דודאי מגרשה דאין אדם שותה בכוס ורוקק בו והיינו אם אמת אומר אבל אם שקורי משקר אינו מגרשה וא"כ בשלמא כשאין לה כתובה כלל על כרחך יגרשנה דאם לא יעשה כן יהיה נתפס בעיני כל לשקרן דאומרין אם האמת כדבריך למה אתה מקיימה ואין אתה מגרש לאשה שהיתה זונה משא"כ בכתובתה מנה אינו מגרשה דאף אם מקיימה אינו נתפס לשקרן בעיני ההמון דיאמרו חס הוא מבלי ליתן לה כתובה מנה שעינו צרה בממון או שאין לו ממון וא"כ אינו מפסיד הסעודה.

אבל יש להקשות לדעת התוס' דס"ל דלמ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה כתובתה מנה ליכא למימר הך חזקה דאינו טורח וכו' משום דאינו מפסיד הסעודה א"כ מה זה דדחקו התוס' בפרק אלו נערות דף ל"ו ע"ב בד"ה אי דקא טעין וכו' לפירוש רבינו

חננאל אי ס"ל הך חזקה אין אדם טורח הא קושיית התוס' התם על ר"ח אדברי רב ששת קאי דהוא מתרץ התם הא רבן גמליאל והא ר' יהושע ובדף י"א ע"ב אמרינן בהדיא דרב ששת ס"ל כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה כתובתה מנה א"כ ודאי לית ליה חזקה כיון דאינו מפסיד הסעודה ואי משום דברייתא דהתם סתמא קתני דמשמע אפילו בכהן או בישראל וקידשה פחות מג' שנים ויום אחד והיא אסורה לו דליכא כאן אלא חד ספיקא ספק מוכת עץ ספק בעולה וא"כ מפסיד הסעודה דמ"מ לשיטת התוס' דכתבו דף ט' ע"א בד"ה ואי בעית אימא דמוכת עץ שכיח אין לאוסרה אפילו בחד ספיקא דלוקמי אחזקה חזקת כשרות דמוכת עץ היא כמו שהקשו בדיבור הנ"ל אספק אונס וספק רצון דלוקמי אחזקת כשרות ובאונס היה וכאן לא שייך תירוצם דשם דרוב ברצון דזה לא שייך במוכת עץ לומר דרובן אינן מוכת עץ לשיטת התוס' דהוכיחו דמוכת עץ שכיח מהא דפריך בגמרא כולהו נמי חבוטי מחבטי.

והא דהקשו התוס' בשמעתין דפתח פתוח בדיבור הנ"ל דתהא מותרת מכח ספק ספיקא ספק באונס ספק ברצון ספק בעולה ספק מוכת עץ ולא הקשו בפשיטות דתהא מותרת בחזקת מוכת עץ כמו שהקשו לעיל מנין דתהא בחזקת אונס יש לומר דאולי הגמרא מיירי דטוענת טענה המתירה כגון בכהן קודם קידושין נבעלתי ובישראל נאנסתי וא"כ איך נאמר אנו מוכת עץ היא מה דלא טוענת ולכך הקשו התוס' רק מכח ספק ספיקא וא"כ אנו אומרים בממה נפשך אם אמת כדבריה הרי היא מותרת ואם לאו הרי היא בכלל הספק אולי האמת אתה ואם שקורי משקרת דלא נאנסה מ"מ אולי מוכת עץ היא ומי יימר דמשקרת והיא נבעלת ברצון דלמא משקרת ומוכת עץ היא ולכך תירצו התוס' דאלו מוכת עץ היא היתה אומרת כן דאין גנאי בכך כמו בביאת אונס ומדלא טוענת כן אינו נכנס בגדר הספק אבל לקמן דף ל"ו בחרשת ושוטה דאין דבריהם להועיל או להזיק קשה שפיר דאין לאוסרה בספק מוכת עץ דלוקמי אחזקתה חזקת כשרות ועל כרחך לענין כתובה איירי וקושיא ראשונה במקומה עומדת דהא על כרחך לרב ששת לית ליה חזקה דאין אדם טורח דאין מפסיד הסעודה לדידיה כיון דסבר דכתובתה מנה.

(**ובסברא** הנ"ל בתוס' יש להבין דברי מהרש"א שהקשה דלקמן בד"ה לא דקא טעין דהקשו התוס' לענין להפסיד כתובתה דתהא נאמנת במגו דמוכת עץ ולעיל בד"ה ואי בעית אימא לענין דנאמן לאוסרה הקשו התוס' דתהא מותרת משום ספק ספיקא ולמה לא הקשו שם דתהא נאמנת במגו דמוכת עץ ועיי"ש דתירוצו דחוק אי אמרינן מיגו באיסור ולכאורה קושייתו תמוה דאפשר דהתוס' ס"ל כרבינו יונה בטוענת נאנסתי מותרת באמת רק דכל שמעתין מיירי בשותקת או מכחישתו ואומרת בתולה אני וא"כ

מה מגו איכא כאן בשותקת או מכחישתו איך נאמנת במגו הלא הוא קים ליה דפתח פתוח מצא ושויא אנפשיה חתיכה דאיסורא והוי כמגו במקום עדים וגם תירוצו דאם אמרינן מגו באיסור אינו ברור דפשיטא דאמרינן מגו אפילו באיסור דכל דיני מגו ילפינן מאיסור דאת בתי נתתי לאיש הזה ולכן נראה דמהך דלעיל דהקשו התוס' במוכת עץ בספק ספיקא ולא הקשו בפשיטות מכח חזקה ש"מ דהתוס' מפרשי דטוענת טענה המתירה כמ"ש לעיל וא"כ ש"מ דהתוס' לא ס"ל כרבינו יונה דלרבינו יונה בטוענת טענה המתירה נאמנת באמת ושפיר הקשה מהרש"א דתהא נאמנת במגו ומ"ש לחלק בדיני מגו בין איסור לממון והוא משום דכיון דרוב ברצון כמ"ש התוס' ואף דהוא רק רוב דרבנן מ"מ אפשר כיון דבמקום חזקה לא אמרינן מגו אף ברוב דרבנן לא אמרינן מגו וא"כ היא דטוענת נאנסתי ואינה נאמנת כמ"ש הרא"ש על רבינו יונה משום דאיכא רוב דרצון איך תהא נאמנת במגו נגד הרוב ואף דקי"ל כרבן גמליאל לקמן באומרת נאנסתי דנאמנת מטעם מגו דלקמן לענין להפסידה כתובתה הטעם דבממון אמרינן מגו נגד רוב רצון דרבנן דבממון אפילו במקום חזקה אמרינן מגו משום דהוי בעיא דלא איפשיטא ותלינן לקולא משא"כ באיסור ולכך חזר מהרש"א להביא ראיה מהך דמדברת משום דשם ג"כ המגו הוא נגד רוב פסולים אצלה וש"מ דאמרינן מגו במקום רוב זהו מה שיש לפרש בדברי מהרש"א שכונתו למה שכתבתי).

וצ"ל דהא בלא"ה יש לעיין דהתוס' הביאו ראיהדמוכת עץ שכיח מהא דפריך בגמ' דף ל"ו דכולן מחבט חיבוטי דהא זה דוקא לסומכוס אבל חכמים לא ס"ל כן כמ"ש הרא"ה ז"ל אלא ודאי דאין כונת התוס' דמוכת עץ שכיח לגמרי דח"ו דיהיו רוב בנות ישראל מוכת עץ ובטלת כתובה מאתים ובירושלמי מבואר להדיא דאינו מצוי רק התוס' ס"ל דהוי כמו רוב דרצון דהוא רוב דרבנן ואינו רוב גמור וא"כ אי אפשר לומר לוקמי אחזקת מוכת עץ הואיל והוא נגד רוב דרבנן שאינם מוכת עץ ומ"מ נכנס בכלל גדר הספיקות כמו ספק דאונס הואיל ואינו רוב גמור ולזה הביאו התוס' ראיה מהך דחבוטי מחבטי ואף דסומכוס אמרה ולא ס"ל לחכמים כן מ"מ פלוגתא רחוקה לא אמרינן אם לסומכוס רוב נשים ישנן בגדר מוכת עץ נימא אנן לרבנן דרוב גמור רוב דאורייתא הם אינם מוכת עץ וזהו הוי מהיפך להיפך ודי דנאמר דלרבנן הוא רק רוב דרבנן וא"כ היכא דליכא אלא חדא ספיקא היא אסורה עליו א"כ הוא מפסיד הסעודה ואתי שפיר.

פרק יב

הלכה ב

שלשה מהן מן התורה ואלו הן שארה כסותה ועונתה וכו'. עיין במ"מ שתמה על הרמב"ן בפירושו על התורה שפירש כסותה על ענין תשמיש וכתב דמזונות אשה ומלבושיה הם דרבנן וכתב המ"מ דלא מצינו במסכת כתובות דף מ"ז דיהיו מחולקים בכסות רק במזונות ועיין בהר"ן ולי נראה דיש להרמב"ן ראיה דשם דף מ"ח איתא תני רב יוסף שארה זו קירוב בשר שלא ינהג מנהג פרסיים וכו' וכיון דלרב יוסף עיקר חיוב תשמיש הוא ממלת עונתה רק דשארה בא להורות שיהיה בקירוב בשר אם כסותה הוא ענין אחר דהיינו מלבושים הואיל ושארה מוסב על עונתה למה הפסיק בין שארה לעונתה במלת כסותה הוי ליה למימר כסותה ואח"כ שארה ועונתה דשייכים אהדדי ועל כרחך צ"ל דגם כסותה מייירי בענין תשמיש (א) ועוד היה קשה ליה לרמב"ן קושיית התוס' שם דף מ"ח בד"ה רבי אליעזר בן יעקב וכו' דלפי ק"ו דתניא בברייתא א"כ לכו"ע מזונות דאורייתא ובברייתא קתני תקנו מזונות תחת מעשה ידיה דמשמע דמזונות דרבנן כמאן אתיא והניחו בקושיא ולזה מפרש הרמב"ן דהא דתני רב יוסף מפרש כסותה ג"כ לענין תשמיש א"כ ליכא כאן ק"ו דברים שאין בהם קיום נפש דתשמיש הוא מדברים שנשאת עליהן מתחילה כמ"ש בברייתא וזולתו לא נזכר חיוב בתורה ובברייתא דמזונות דרבנן אתיא כהא דתני רב יוסף ולכך פסק הרמב"ן כוותיה ונמשך בפירושו אחר דברי רב יוסף דהלכתא כוותיה ועוד ראיה יש להרמב"ן מהא דקי"ל בסידור בע"ח דאין נותנין לאשה מזונות ובע"ח קודם ועיין בחו"מ סימן צ"ז סעיף כ"ד וכתב הרי"ף בתשובה וכן בבעל התרומות שער א' חלק ב' הטעם דשעבוד בע"ח דאורייתא ומזונות אשה דרבנן כדאמרו חכמים תקנו מזונות וכו' וקשה תינח מזונות הא כסות נמי אין נותנין לאשה בסידור בע"ח דדוקא מה שלקח לשמן וזכו בהן הוא דאין נותנין לבע"ח אבל בשעת סידור אם אין לאשתו כסות אין נותנין לה כלל כדקי"ל בסידור דבע"ח לו ולא לאשתו ולבניו וכן הוא בשו"ע סימן הנ"ל סעיף כ"ה ועל כרחך צ"ל גם כאן כטעם הרי"ף ושמע מינה גם כסות דרבנן כמו במזונות ואלו היה כסות דאורייתא היא היתה נוטלת כסותה כמו בע"ח דמאי שנא הא דאורייתא והא דאורייתא.

ומה שהקשה ב"י סימן צ"ז בחו"מ דסוף סוף הא הוא כותב לה בכתובה ומזונייכי וא"כ הרי נשתעבד לה לא הבנתי קושייתו דא"כ הא דאמרינן האומר פתח פתוח מצאתי נאמן מטעם חזקה דאין אדם טורח וכו' הואיל כתובה דרבנן א"כ במקום שכותבין כתובה ועל כרחך דכתב לה לא יהיה נאמן דהא כתב לה והרי הוא מחויב מן התורה ועל כרחך

צ"ל כיון דמחויב לכתוב מתקנת חכמים אין כאן שעבוד יותר מתקנת חכמים עצמו דלא מעצמו כתב ואלו בטלה תקנת חכמים בטלה כתובתה דדעתו אתקנה ואין כתיבתו מעלה ומוריד כלל וזה פשוט.

והרמב"ם והטור דס"ל דמזונות דאורייתא ואעפ"כ פסקו דבע"ח אין נותן מזונות וכסות לאשה כלל יש לומר דס"ל דאף דהוא דאורייתא מ"מ אקרקפתא דגברא מונח לעשות כחובתו לזון אשתו ולהלבישה אבל הוא בכלל שארי חיובים דמונחים עליו כמו עונה אבל בכל זה אין הוא בע"ח שישתעבדו נכסיו לכך מן התורה רק הוא כמו שמחויב לתת צדקה וכי בשביל כך ישתעבדו נכסיו לכך וכן הוא במזונות ומלבושים משא"כ בע"ח דהתורה שעבדה לו נכסיו כדכתיב יוציא אליך העבוט ואם כן בזה הוי שעבודא דאורייתא אבל במזונות וכסות אף דהוא דאורייתא מ"מ לא נשתעבדו נכסיו מן התורה ולכך בע"ח קודם (ב).

והנה להרב המגיד דס"ל דמזונות דרבנן וכסות דאורייתא יש לדקדק איך נזכר במשנה דהבעל חייב במזונתה ולא נזכר דחייב בכסותה וצ"ל דאף דחיובו של זה לא כחיובו של זה מ"מ נכלל לבוש בכלל מזונות כמו שנכלל כסות בכלל מזונות לדעת הר"ן דתרווייהו דרבנן לדבריו ועיי"ש בר"ן ולכך המשנה דלא נחית בהני לחלק בשל תורה לבשל סופרים נקט סתמא במזונות דהכסות בלישנא דמזונות נכלל לדעת המ"מ וכן להרמב"ם אף דבקרא פרט שארה בפני עצמו וכסותה בפני עצמו מ"מ ראה התנא לכוללן יחד כיון דבלישנא דמזונות נכלל לבוש ג"כ ומה לו להאריך ולפי זה דלכו"ע לבוש נכלל בלישנא דמזונות פשיטא דאם מוחלת מזונותיה דלבושיה ג"כ מחולים כיון דנכללים בכלל לישנא דמזונות לכו"ע וכן פסק הרמ"א בש"ע סימן ס"ט סעיף ד' והבית שמואל סובר שם ס"ק א' דאין חיוב לבוש נכלל בכלל מזונות אי מזונות דרבנן וכסות דאורייתא רק דהמשנה חיוביה דאורייתא לא קתני וזה דחוק דהא קתני ירושה ולהרבה פוסקים היא דאורייתא אמנם ברור כמ"ש דודאי בלישנא דמזונות נכללים לבושים ולק"מ ודברי רמ"א ברורים.

ומה שתמה הב"ח על הטור דפסק בפשיטות דמזונות דאורייתא והשמיט דעת אביו הרא"ש ז"ל דכתב בפרק שני דייני גזרות דמזונות דרבנן צ"ע ויש ליישב בדוחק דס"ל להטור דהרא"ש שם לא כתב זאת רק לדחות דברי הרמב"ם דס"ל דבחיי הבעל כיון דמזונות דאורייתא אינה צריכה להראות כתובתה משא"כ לאחר מיתת הבעל דמזונות דרבנן צריכה להראות כתובתה כשפוסקין לה מזונות ועל זה השיג הרא"ש דהא בזה דמי שהלך למדינת הים אם פוסקין מזונות לאשת איש נחלקו רב ושמואל דף ק"ז ע"א ולא הזכירו שצריך שיהיה שטר כתובתה בידה וכאן ליכא למימר הטעם כמ"ש הרמב"ם

הואיל ומזונות דאורייתא לא הצריכו להיות הכתובה בידה דהא אמרינן בדף נ"ח ע"ב דרב ושמואל אמרי תרווייהו תקנו מזונות תחת מעשה ידיה ש"מ דס"ל דמזונות דרבנן ואף דנאמר דלא קי"ל כוותייהו רק מזונות דאורייתא כרוב תנאים ור' אליעזר בן יעקב מ"מ הא רב ושמואל דס"ל דמזונות דרבנן ולרב לעולם פוסקין ולשמואל אמרינן שם דפוסקין בששמעו בו שמת אף דאז לכו"ע מזונות דרבנן ולא מצרכינן להיות כתובה בידה א"כ ש"מ דלא כרמב"ם דאין הטעם הואיל ומזונות דאורייתא דאף באלו דאין מזונתה רק מדרבנן מ"מ אין מזקיקים אותה להראות כתובתה ולכך כתב הרא"ש דכל אמוראי סברי דמזונות דרבנן והיינו רב ושמואל וצ"ע.

(**א**) אמר המגיה לכאורה ראיית הרב המחבר אינו מוכרח דהא יש לומר דברייתא שהביא רב יוסף אתיא כר' אליעזר דאמר שארה זו עונה ועונתה זו מזונות וכסותה כמשמעו זה לבוש וכן נראה דעת התוס' שכתבו דברייתא דתני דמזונות דרבנן אתיא דלא כמאן אבל באמת יותר נראה כדעת המחבר דלהרמב"ן היה נראה זה לדוחק דברייתא דרב יוסף תהא דלא כהלכתא דהיינו כר"א דהא קי"ל כוותיה דרב יוסף על כן מפרש עונתה גם כן לענין תשמיש וכן כתב הר"ן כהרב המחבר דלרב יוסף הוראת עונתה גם כן הוא לענין תשמיש והוכחת הרב שפיר.

(**ב**) אמר המגיה ולפי דברי הרב המחבר אין אנו צריכים לדחוקים שכתב שם הסמ"ע ס"ק נ"ז לתרץ קושיא זאת.

הלכה ד

ועוד תקנו וכו' אבל אם אמר הבעל איני זנך ואיני נוטל כלום ממעשה ידיך אין שומעין לו וכו'. ועיין בהגהת מיימוני דכתב וז"ל הך מילתא פליגא דדוקא היכא דלא ספקא מזונות אומר ר"ת דאין שומעין לו וכן מוכח פרק קמא דגיטין וכן כתבו התוס' פרק חזקת הבתים ובאמת מה שהביא מתוס' פרק חזקת הבתים אין ראיה דהתוס' שם דף מ"ט ע"ב בד"ה יכולה אשה וכו' כתבו אפילו לר' שמעון בן לקיש דס"ל דלא כרב הונא מ"מ בדלא ספקא אינו יכול לומר צאי מעשה ידיך למזונות אבל בדספקא ודאי לרשב"ל דס"ל מעשה ידיה עיקר פשיטא דיכול לומר כן אבל לדידן דקי"ל כרב הונא דמזונות עיקר ותיקנו מעשה ידיה משום מזונות אפשר דאינו יכול לומר כן אף בדספקא כמ"ש המרדכי בשם רש"י הובא בהגהת הרא"ש פרק שני דייני גזירות.

אבל לא הבנתי דברי המרדכי דהא מרש"י אין כאן הכרע כלל דמה שכתב רש"י דף ק"ז ע"א בד"ה בששמעו בו וכו' ואי לשמא אמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך וקבלה עליה וכו' הוא דהתם על כרחך מיירי דאף בשעת אמירה היו מעשה ידיה מספיקין דלולי

כך לא קבלה על נפשה כמ"ש רש"י שם מ"מ עכשיו דבאתה לבי"ד לפסוק לה מזונות איירי דאין מעשה ידיה מספיקין דנתייקר השער ממזונות וכדומה דאל"כ למה יפסקו לה הב"ד מזונות מעשה ידיה היכן הם וכמ"ש התוס' שם וא"כ לולי דקבלה אף דאמר לה הבעל צאי מעשה ידיך למזונות עכשיו דאינם מספיקין בטלה אמירתו וצריכה מזונות עכ"פ ולכך פירש רש"י דקבלה על נפשה דהיא לא אסיק אדעתה דיתייקר השער ומ"מ כיון שקבלה מחלה ואין לה עוד טענה אבל כל זמן שמספיקין מעשה ידיה למה לא יהא הבעל רשאי לומר כן ובפרק קמא דגיטין דף י"ג פרכינן אי דספקא למה לא ובברייתא תנינן ואם מעשה ידיה מספיקין למזונות רשאי ואפשר לומר דודאי במספקא פשיטא דיכול לומר כן כמבואר בגמרא להדיא רק אם אינם מספיקין והוא אומר המותר לתשלום מזונות אשלם לך בזו אפשר דיכולה לעכב על ידו דתטעון מה לי ולך לחשבונות רבות הרי שלך לפניך מעשה ידי ותן לי מזונות ולכך גבי פוסקין מזונות לאשה לחשוב מעשה ידיה במזונות בעי קבלה לפירוש רש"י אך כל זה דוחק כמבואר בהר"ן וכן ברשב"א למסכת גיטין פרק קמא דיכול לומר כן.

ולפע"ד אין כאן מחלוקת כלל ומה שמדייק הבית שמואל סימן ס"ט ס"ק ד' מדברי הטור ורבינו הרמב"ם ממה שכתב בהלכה כ' וז"ל הבעל שאמר לאשתו בשעה שהלך טלי מעשה ידיך למזונות אין לה מזונות שאלו לא רצתה היה (לו) [לה] לתבעו או לומר לו אין מעשה ידי מספיקין לי משמע דהיה לה לתבעו אף במספיקין עכ"ל ב"ש ואין זה דיוק כלל דברור דהפירוש הוא דהיה לה לתבוע בבי"ד קודם שהלך או אם לא היה לה שעת הכושר לתבוע בבי"ד או שלא ביקשה לירד לדין עם בעלה היה לה עכ"פ לגלות דעתה לבעלה לבד ולומר לו אין מעשה ידי מספיקין ומה אעשה אבל כיון ששתקה לגמרי הרי נתרצית אבל מעולם לא עלה על דעת הרמב"ם בדספקא מזונות שלא יהיה רשאי לומר לה טלי מעשה ידיך וכו' ואפוכי מטרתא למה לי דהיא תתן לו מעשה ידיה והוא יתן לה דמי מזונות דהא היא היא ולכן ברור שאין כאן מחלוקת כלל וכו"ע מודים בזה ודברי השו"ע בזה ברורים והב"ש לא דק בזה אמנם הרמב"ם בפירוש המשנה ריש פרק שני דייני גזירות חילק דכשהוא מצוי עמה אינו יכול לומר לה צאי מעשה ידיך למזונותיך אבל בשאינו מצוי עמה יכול לומר לה צאי מעשה ידיך למזונותיך וא"כ יש לומר דפרק קמא דגיטין מיירי באינו מצוי עמה וצ"ע.

הלכה ח

התנה עמה וכו' שכל הפוחת וכו'. עיין במגיד משנה שכתב ואע"ג דאמרינן במסכת כתובות דף נ"ו ע"ב דר' מאיר סבר דטעמא דתנאו בטל משום דס"ל דכתובה דאורייתא

ואנן קי"ל דכתובה דרבנן מ"מ הלכתא כוותיה וכו' דחכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה וכו' והקשה בלח"מ דמה בכך דהוי כשל תורה הא אפילו בשל תורה קי"ל דבדבר שבממון תנאו קיים ובשביל כך כתב הר"ן דעשו חיזוק יותר משל תורה ועוד נתקשה הרב בעל לח"מ בלישנא דרמב"ם שכתב דרך נתינת טעם שכל הפוחת וכו' דאין זה נתינת טעם דהא באמת תנאו בטל רק הטעם דלא סמכה דעתה כדאמר שם בגמרא ותירץ הלח"מ הואיל ובעילתו בעילת זנות הוי כדבר שבאיסור ולא כדבר שבממון ולכך תנאו בטל עכ"ל ולדבריו קשה א"כ מה דוחקיה לגמרא לומר דס"ל לר"מ דכתובה דאורייתא דלמא הא דס"ל לר"מ בדרבנן תנאו קיים היינו בדבר שבממון אבל בדבר איסור מי שמעת ליה להתנות על דבר איסור ועוד לא ידעתי כיון דבין כך ובין כך אי תנאו קיים או תנאו בטל מ"מ המתנה כן בועל בעילת זנות א"כ אין כאן בקיום או בביטול תנאי איסור דאיהו מ"מ איסורא עביד והדרן לכללא דתנאו קיים.

ולכן נראה לי דהא בגמרא אמרינן כל הפוחת אפילו בתנאי והיינו דודאי ס"ל לר' מאיר דאין האשה יכולה למחול אפילו בשכתבה קבלתי ואפילו בתחילת ביאה וא"כ מה תנאי יש כאן דנאמר אין אדם מתנה דהא האשה עושה כן מרצונה הטוב ואעפ"כ תיקנו חכמים דאין בידה למחול כלל ולהפקיע תקנת כתובתה רק הא תינח במחלה מעצמה אבל במתנה עמה וכופל התנאי ואדעתא דהכי כונסה ולולי זאת לא היה נשאה כלל והיא נתרצית להנשא לו על תנאי כך וטב למיתב טן דו וכו' הוה אמינא דתנאו קיים כקושיית התוס' באמת דף נ"ו ע"א בד"ה הרי זו מקודשת וכו' דלמה אמרינן בדכפליה לתנאו יהא תנאו בטל עיי"ש ועל זה אמרינן דהוי כמתנה על מה שכתוב בתורה ותנאו בטל וא"כ שפיר כתב המ"מ דאף דהוא מדברי סופרים עשו חיזוק כשל תורה ולא קשה הא בדבר שבממון תנאו קיים אף בשל תורה דהתם הטעם משום דאתייהב למחילה ודל תנאי מהכא היא נתרצית ומחלה לו בלי תנאי ולכך בעונה דלא הוי ממון תנאו בטל משא"כ בכתובה אף דהוי ממון כיון דלולי התנאי אין בידה למחול וא"כ מכח תנאי אתינן עליה לומר דאדעתא דהכי כונסה וזהו ודאי העושה דבר נגד דברי תורה או דברי חכמינו ז"ל דתנאו בטל ומעשה קיים ודל תנאי מהכא ונשאר מחילתה ומחילתה אין בו ממש ואי אפשר לה למחול כתובתה ודברי המ"מ ודברי הרמב"ם בלשונו שכל הפוחת מדוקדקים היטב הואיל שכל הפוחת אין בידה למחול וכיון דאין בידה הוי תנאו כתנאי עונה ובטל ואתי שפיר. והא דמשני לר"מ כתובה דאורייתא ולא משני כתירוץ המ"מ דחכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה יש לומר כפירוש התוס' בד"ה ושמעינן ליה דא"כ הא דחשיב שאר כסות ועונה לחשוב נמי כתובה אבל השתא דמשני דאורייתא

לק"מ וסברא זו קיימת דשל תורה ושל סופרים הכל חדא היא.

אמנם הרא"ש והטור דס"ל דמצי למחול בכתבה לו התקבלתי רק תנאי אינו מועיל צריכין לומר הטעם משום דעשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה כמ"ש הר"ן להדיא ומה שכתב הטור בסימן ק"ה בשם הרמב"ם דמחילה אין צריך קנין רק באמירה היינו בשעת גירושין כמ"ש הר"ן לדעת הרמב"ם ופשוט והא דפסקו הרא"ש והטור דבעל פה לא מהני אף בדף נ"ז ע"א איתא בגמרא דלחד מ"ד ס"ל לרבי יוסי דבסוף ביאה מהני מחילה בעל פה ורבי יהודה ורבי יוסי הלכה כרבי יוסי מלבד דיש לומר דהעיקר כמו שאמר ר' יהושע בן לוי התם אף גם נאמרדודאי כפי המחלוקת בברייתא נראה דר' מאיר מחמיר יותר מכולן ואם לרבי יהודה לא מהני בע"פ מדעבדו רבנן תקנתא מכ"ש לר"מ דמחמיר יותר וכיון דקי"ל הלכה כר"מ בגזרותיו א"כ ליתי הלכתא כרבי יוסי וזה נראה ברור ופשוט ולק"מ קושיית החלקת מחוקק והבית שמואל סימן ס"ו ס"ק ט'.

מיהו נראה מדברי הגמרא דאמר מחלוקת בתחילת חופה ולא קאמר מחלוקת קודם ביאה דצ"ל דוקא בהתחלת קנין דהיא החופה אבל קודם החופה הוי כתנאי ולכן לא קאמר סתמא קודם ביאה דמשמע בכל זמן המוקדם ובאמת צריך להיות רק בתחילת חופה שהוא התחלת קנין נשואין ומזה יש קצת ראיה דבאלמנה איכא חופה דהא גם באלמנה פליגי בברייתא ועל כרחך באלמנה מן הנשואין דהא קתני ולאלמנה ממנה וקאמר דלא פליגי רק בתחילת חופה והא לדברי הירושלמי ליתא חופה באלמנה ש"מ דתלמודא דידן ס"ל דאף באלמנה יש חופה.

ובסימן ס"ו ס"ק ט' הקשה הבית שמואל דלהרמב"ם דס"ל דאף בכתבה לו התקבלתי לא מהני מחילה א"כ הא דפריך בגמרא פרק החובל דף פ"ט ע"א גבי אשה שחבלה באחרים ותמכור כתובתה בטובת הנאה ותשלם לנחבל ומשני כל לגבי בעלה ודאי מחלה והא להרמב"ם לא מהני מחילה בשום אופן אף בדכתב לה ובאמת קושיא זו היא בתוס' שם בד"ה כל לגבי בעלה וכו' ובתירוצם הראשון מחלקים בין כתבה לו התקבלתי ללא כתבה לו ועוד תירצו בתירוץ השני דאף אם גם בכתבה לו התקבלתי אינה יכולה למחול מ"מ חיישינן שמא יעשה קנוניא ויגרשנה ותמחול לו ואח"כ יחזור ויקחנה ואם נאמר דגם הרמב"ם ס"ל כתירוץ התוס' יהיה זה דוחק דא"כ הוי ליה להרמב"ם לפרש בהך דינא בהלכות חובל ומזיק דאי החובלת היא אשת כהן דאין פגיעתה רעה דאי אפשר לעשות קנוניא לגרשה דא"כ תהיה אסורה לחזור לו והיותר נראה דס"ל להרמב"ם דלכך לא מזבנינן לכתובה בטובת הנאה דודאי כל לוקח כתובה יש לו לחשוש אולי בעת גביה תמחול ובודאי אם מגרשה אינו חושש שמא תמחול לו דמסני סני ליה ולא תמחול רק

בשביל שתהיה גרושה בלא"ה לא יקנה שום איש כתובה דמי הוא שמגרש אשתו ולזה לא יהיה קונה כלל כי אם הקונה בטובת הנאה הוא בשביל שתתאלמן כי לזה כל אדם מעותד ולזה יש ללוקח לחשוש דתמחול ליורשי בעלה דמרחמיה לה יותר מאיש נכר וכל דיש ללוקח לחוש שום חשש לא ראו בית דין לתקן דימכר ויפסיד הלוקח ובזה אפשר לתרץ מה שהניחו התוס' שם בסוף הדיבור בצ"ע דתקבל האשה על עצמה בשבועה ובחרמות שלא תמחול והניחו בצ"ע אי כייפינן לה לעשות כן והיותר נראה דלא ראו הב"ד לעשות כן דעדיין יש ללוקח לחוש לנפשו אולי בעת הגביה תמות האשה והיורש שלה ימחול דקיימא לן אפילו יורש מוחל ולגבי יורש לא מהני שבועות אמן כלל וכלל.

והיותר נכון כפי מה שכתב המרדכי בכתובות והרא"ה הביאו בשם בעל העיטור בהא דמוחלת כתובתה אי יש לה כתובת בנין דכרין דהמוחלת על תנאי אם יגרשנה תגבה כתובה וכשתתאלמן יפטר חל המחילה אפילו לר' מאיר דלא שייך שלא תהא קל בעיניו להוציאה ואם כן גם בהחובל יש לחוש כן דתמחול בזה האופן ובשביל גירושין אין קונה כמ"ש לעיל (ג).

ואי קשיא קושיית המרדכי שם בב"ק והובא בהגהת הרא"ש פרק החובל דא"כ בחבלה בבעלה תזבן הכתובה לבעלה בטובת הנאה בזה האופן דכשתתגרש יהיה צריך ליתן לה הכתובה וכשתתאלמן יהא שלו וליכא למיחש לקלה בעיניו להוציאה יש לומר דלק"מ דזה לא ירצה הבעל לעשות דזהו לחובתו דעל דרך משל אם דמי חבלתו י' דינרין ואם אומדין טובת הנאה שמוכרת כתובתה במאתים זהובים שאם ימות שלא תגבה מיורשין בעד י' דינרין שוה וא"כ לפי"ז בזאת המכירה נפרע דמי חבלתו וא"כ הבעל שבידו לגרשה כל שעה יוצרך ליתן לה בעת גירושין כל דמי כתובה בלי ניכוי דמי חבלה דכבר נפרע בהך טובת הנאה שמכרה לו הכתובה שלא תגבה כשתתאלמן מיורשיו משא"כ אם לא יקח ויגרשנה מנכה לה דמי חבלתו עד פרוטה אחרונה וא"כ מה לו לבעל לקנות אדון לעצמו בתוספות חוב שאם יגרשנה שלא יוכל לגבות דמי חבלתו ויהיו נתונים לה במתנה משא"כ אם לא יקנה הכתובה ויגרשנה יגבה דמי חבלה משלם זהו מה שנראה לומר לדעת העיטור הנ"ל.

אמנם המרדכי גופיה תירץ בב"ק דכיון דאסור למחול עבדו רבנן לא פלוג ובהגהות [חידושי אנשי שם] הקשה דברי המרדכי אהדדי דהמרדכי גופיה כתב במסכת כתובות גבי מוחלת כתובתה יש לה כתובת בנין דכרין כדברי בעל העיטור דמוחלת על תנאי דבגירושין תגבה כתובתה ולא באלמנותה ונראה דדעת המרדכי דודאי אם שניהם רוצים לעשות כן למחול על תנאי הנ"ל רשאין ואין כאן בעילת זנות כיון דאינה קלה בעיניו

להוציאה דכשיגרשנה יוצרך ליתן כתובה אבל שיכריח בי"ד לעשות כן שתמכור לבעלה בזה האופן זהו ליתא דכיון דכבר אמרו חכמים אסור לשהות עם אשתו בלי כתובה נראה כעובר על דברי חכמים דלא פלוג עבדי רבנן בתקנתם ואין נאות לב"ד לעשות פלוג בגזרת חכמינו ז"ל וכך יפה לבי"ד להוסיף אומץ בתקנת חז"ל ולא לעשות פלוג בדבריהם ולכך בכתובות דמיירי במחלה מעצמה באופן הנ"ל אתי שפיר אמנם בב"ק דהקושיא דהבי"ד יכריחו אותה למזבן הכתובה לבעל באופן ובתנאים הנ"ל בזה שפיר תירץ המרדכי דעבדי רבנן לא פלוג דעל הבי"ד יש למנוע לעשות כן לעשות חילוק בתקנת ובדברי חכמינו ז"ל ואתי שפיר.

(ג) אמר המגיה צ"ע בדברי הרב המחבר מ"ש ובשביל גירושין אין קונה דהא במסכת מכות דף ג' ע"א איתא במתניתין אומדין כמה אדם רוצה ליתן בכתובתה של זו שאם תתאלמן או תתגרש ואם מתה ירשנה בעלה אלמא שנותן גם מעותיו על ספק שתתגרש וצריך לומר לדעת המחבר דוודאי עיקר קנייתו הוא שמא תתאלמן ונקט נמי גירושין כיון דהאמת כן הוא דאם תתגרש עכ"פ הלוקח גובה כתובתה.

הלכה ט

התנה עמה אחר שנשאה שלא יירשנה תנאו בטל וכו' שנאמר לחוקת משפט וכו'. והשיג עליו הראב"ד דמה צריך לחוקת משפט והאיך אדם יכול להתנות על דבר שלא בא לעולם וכו' ועיין במ"מ ובלח"מ והעיקר מה שיש לתמוה על רבינו כי בגמרא פרק הכותב דף פ"ד אמרינן דהלכה כרבן שמעון בן גמליאל ולא מטעמיה ולא נזכר שם טעם הרמב"ם שנאמר לחוקת משפט ועוד הא בגמרא מוקי לה בכתב ועודה ארוסה ורמב"ם כתב דוקא נשואה ועיין בחידושי שהארכתי בזה ופה נראה לענ"ד בקצרה והמכוון לדעת רבינו והוא דבתנאי יש שני דברים הוא המתנה עמה והיא עמו ובהיא עמו לא שייך אין אדם מתנה על דבר שלא בא לעולם אלו היה כשאר דבר של ממון שהיתה בודאי יכולה לומר שלא יירשנה הוא אלא אחר כמ"ש המ"מ רק הטעם משום חוקת משפט דכתיב בירושה אמנם במה שהוא מסלק עצמו מלירש בזה לא שייך חוקת משפט דזה נאמר בירושה דאורייתא שאין ביד האב להנחיל לאחר במקום בן אבל ביד הבן לומר איני יורש מאבי כלום וכן הדבר אצל הבעל דיכול לומר איני יורש מאשתי דבר רק דאינו יכול להתנות על דבר שלא בא לעולם אמנם מסלק יכול להיות עצמו מדבר שלא בא לעולם רק הסילוק הוא באירוסין אבל בנשואין ידה כידו והוי כיש לו חלק בנחלתה ואין שייך סילוק אמנם למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ויכול לומר מה שאירש מאבא נתון לך אף הבעל יכול להתנות ולומר לא אירש נחלת אשתי רק יהיה

ליורשיה דהוי כאלו נותן להם מתנה בקנין דהא מיירי בנשואה בקנין וא"כ בגמרא דרב הוא דאמר דהלכתא כרשב"ג ולא מטעמיה ורב לשיטתיה דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ליכא למימר הטעם משום לחוקת משפט דזה הטעם הוא על דיבורה אבל במה שהוא מתנה לא שייך הטעם הזה ולכך הוצרך בגמרא לומר הטעם משום דמתנה על מה שכתוב בתורה דליכא למימר דמתנה על דבר שלא בא לעולם דהא לרב מהני אמנם לדידן דקי"ל כרבי יהודה דבדבר שבממון תנאו קיים ודלא כרב כמ"ש הרמב"ם בתשובתו א"כ בארוסה לא שייך חוקת משפט דהא הוא מתנה וכן שייך סילוק דיכול לסלק עצמו מדבר שלא בא לעולם ולכך מהני אבל בנשואה אף דלא שייך אין אדם מתנה על מה שכתוב בתורה דהוי דבר שבממון מ"מ הוי ידה כידו ולא שייך סילוק ובעי קנין ואין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם והיא שמתנית שלא ירשנה בעלה בה שייך חוקת משפט ואתא הכל שפיר וכהוגן ולק"מ.

ומה שהקשה הלח"מ בהא דפסק הרמב"ם בהלכות שמיטה ויובל דהיורש את אשתו דאינו מחזיר ביובל משום דחכמים עשו חיזוק לירושת דבריהם כשל תורה ואלו בפרק הכותב דף פ"ד ע"א הקשה בגמרא על רב דאמר וחכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה וירושת הבעל דרבנן מדקאמר אליבא דר' יוחנן בן ברוקה דירושת הבעל דאורייתא הואיל דסבר דאינו חוזר ביובל ותירצו שם בשנוי דחיקי דאליבא דריב"ב קאמר וליה לא ס"ל ולדברי הרמב"ם קשה דלמה ליה לרב לאוקמיה לריב"ב דלא כוותיה לימא דהוי מדרבנן וחכמים עשו חיזוק לדבריהם שלא יצא ביובל כמו בשל תורה עכ"ל ונראה לי לומר לדעת הרמב"ם דודאי לפי דעת הרמב"ן הובא בספר אסיפת זקנים למסכת בבא מציעא דהמתנה שלא תחזור ביובל תליא בפלוגתא דרב ושמואל בהתנה על מנת שלא תשמטנה שביעית עיי"ש א"כ יש לומר דודאי מסתרא סברת הרמב"ם דאע"ג דירושת הבעל דרבנן מ"מ עשו חיזוק לדבריהם שלא יחזור ביובל כיורש דאורייתא אך הגמרא ס"ל זה לדוחק דחכמים יפקיעו חזרת יובל רק אי מהני תנאה אין לך תנאי יותר מזה דכל מאן דמזבן אדעתא דתקנת חכמים מזבן והוי ליה כאלו התנה שלא יחזור ביובל וכי לא אלים תקנתא דרבנן יותר מתנאי דעלמא אבל שם בכתובות דף פ"ד כל הסוגיא לרב אזלא ורב ס"ל דלא מהני תנאי אבל לפי מה דקי"ל כשמואל דמהני תנאי א"כ יש לומר סברת הרמב"ם ולק"מ ודברי הרמב"ם ברורים.

וגם בלא סברת הרמב"ן נראה ליישב דקשיא ליה להרמב"ם לפי מה דקי"ל ירושת הבעל מדרבנן א"כ הך סתמא דמתניתין במסכת בכורות דף נ"ב דתנן היורש את אשתו דאינו חוזר ביובל יהיה נדחה מהלכה ועוד במסכת בבא בתרא דף קל"ט ע"ב אמרינן דגבי יובל

שוניה רבנן לבעל כיורש משמע דאתיא אפילו למאן דאמר ירושת הבעל דרבנן ובאמת הרגישו שם התוס' בזה בד"ה גבי בעל וכו' רק שכתבו שם דאינו מדוקדק בלישנא אבל לדעת הרמב"ם הלשון מדוקדק. ולכן נראה לי דס"ל לרמב"ם דצריך טעם במה שאמרו שם בבבא בתרא בעל שויוהו רבנן כיורש ושויוהו רבנן כלוקח וכו' דלמה נתנו לו חכמים שני תוארים הללו יורש ולוקח ואי משום תקנת אושא שלא תמכור בנכסי בעלה ותפקיע כל נכסים מיד בעלה הוי להו לשויוהו לוקח לחוד ולמה שויוהו נמי יורש וצ"ל דלכך שויוהו רבנן תרווייהו דלוקח הוא בשעת נשואין כמ"ש הפוסקים והאיך יזכה בנכסים שנפלו לה לאח"כ הואיל ואין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ולכך הוצרכו ליתן לו תואר יורש וירושה ממילא וכיון דהוצרכו ליתן לו תואר יורש ג"כ משום נכסים שנפלו לה לאחר מכאן ממילא הסברא דהוצרכו לומר דהוי נמי יורש לענין דאין ירושתו חוזר ביובל דחכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה כדי שלא יתבטל תקנתם לענין נכסים שנפלו לה אח"כ שעיקר תקנתם לעשותו יורש היה בשביל זה וזהו אם אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אבל לרב דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ודאי דלא היו צריכין ליתן לו תואר יורש כלל רק תואר לוקח דמה צורך יש לבעל ביורש די לו כלוקח להפקיע כחה שלא תוכל למכור כלל ואי משום נכסים שנפלו לה אח"כ להוי נמי לוקח זוכה בהם לרב דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ויורש למה לו וזהו ודאי מהנמנע שיהיה בשביל כך יורש בשביל יובל שלא יחזיר ירושת אשתו דהוא מילתא דלא שכיח ויהדר ומה נפק"מ בו (ד). ולפי זה דרב ס"ל דלוקח גמור שויוהו רבנן וסוגיא דהתם אליבא דרב אזלא שפיר קשה למה אינו חוזר ביובל ועל כן הוצרך לומר דר' יוחנן בן ברוקה ס"ל דירושת הבעל דאורייתא ואף דמחמת תקנת אושא הצריכו חכמים לשויוהו לוקח מ"מ ירושה דאורייתא לא עקרו כלל משא"כ אי אינו יורש מן התורה כיון דשויוהו רבנן כלוקח ואין לו תואר יורש כלל כהנ"ל קשה יחזור ביובל אמנם לדידן דקי"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם א"כ עכ"פ הצריכו ליתן לו תואר יורש שלא יהיה מסולק מנכסים שנפלו לה אחר נשואין וכיון דיש לו תואר יורש לא קשה מהך דאינו חוזר ביובל דחכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה ואתי שפיר (ה).

ובהא אפשר ליישב קושיית התוס' שם בב"ב בד"ה התם אינהו וכו' דהקשו דכיון דקי"ל דבמקום פסידא לאחרינא גבי מזונות אלמנתו דנזונת מנכסיו דשויוהו רבנן ליורש א"כ הא דתנן בהחובל באשה שחבלה באחרים דאינה יכולה למכור נכסי מלוג משום תקנת אושא הא הוי פסידא לאחרינא דהיינו לנחבל ועיין בתוס' וברמב"ן ולפי מ"ש ניחא דכי אמרינן כן אי יש עליו שני תוארים דהיינו היכי דהוצרכו ג"כ ליתן לו תואר יורש משום

פסידא דבעל בנכסים שנפלו לה אחר נשואין א"כ אמרינן במקום פסידא דאחריני נתנו לו גם כן תואר יורש משא"כ לרב אין עליו רק תואר לוקח בלבד ולא עשהו חכמים כלל ליורש וא"כ אף במקום פסידא לאחריני לא זז ממקומו להיות לוקח כי לא תקנו חכמים כלל להיותו יורש ולכך בפרק החובל אמרינן הך מלתא לרב דתנינא לתקנת אושא ולרב לא קשה מידי אף דהוי פסידא לאחרינא.

(ד) אמר המגיה לא תקשה להרב המחבר דלמא לרב נמי הוצרכו לעשות הבעל כיורש לענין דאם מתה הבת דאלמנתו נזונת מנכסיו כדאמרינן שם בב"ב דזה מתרץ הרב בעצמו לקמן בד"ה ובהא וכו' דאי לא הוצרכו לעשותו יורש משום פסידא דבעל משום פסידא דאחרינא לחוד לא היו עושין אותו כיורש.

(ה) אמר המגיה לכאורה תירוץ הרב המחבר אינו מספיק דהא במסכת בכורות דף נ"ב ע"ב פריך בגמרא נמי קושיא זו על ר' יוחנן בן ברוקה למה אינו חוזר ביובל ומתרץ סתם גמרא דסבר ריב"ב דירושת הבעל דאורייתא ולמה לא מתרץ התם כטעם הרמב"ם דירושת הבעל דרבנן ועשו חיזוק לדבריהם כשל תורה דשם לא הוזכר רב וצריכין לומר לדעת הרב המחבר דסתם גמרא רצה לתרץ דברי ריב"ב גם אליבא דרב ולדידיה על כרחך ריב"ב ס"ל כן.

הלכה טז

מי שהלך וכו' וכן אם לא עמדה בדין אלא מכרה לעצמה למזונות מכרה קיים וכו'. עיין במ"מ ונראה לי להביא ראיה לדברי הרמב"ם מהא דאמרינן דף צ"ז ע"ב לאתויי מגורשת ואינה מגורשת וכתבו שם התוס' בד"ה לאתויי וכו' דאשמעינן דאע"ג דלא מדינא היא ניזונת מוכרת שלא בבית דין ואם היכא דיש לה מזונות רק מספק מוכרת שלא בבית דין מכל שכן במזונות ודאי ופשוט הוא.

ולא צריכה הכרזה ולא שבועה עד שיבוא בעלה ויטעון וכו'. הרמב"ם בפירוש המשנה ריש פרק שני דייני גזירות כתב תשבע לבסוף ולא בתחילה היינו כשיבוא הבעל ויטעון ומדבריו למדנו דמשביעין אותה שבועת המשנה ובאמת לא ידעתי מקום לשבועה זו כי לא מצינו שבועה במשנה לנשבע ונפטר בכופר הכל ואפשר לומר דשבועה זו מתחילה כשהיתה מבקשת מזונות עליה דידה רמיא כדין שאר הנשבעין ונוטלין רק חכמים הקילו עליה אולי כשיבוא הבעל יודה לדבריה ולא תצטרך שבועה כלל אבל כשבא הבעל וטען שבועה ראשונה לא זזה ממקומה.

הלכה יז

וכשם שבית דין מוכרין וכו'. הבית שמואל סימן ע"א ס"ק ה' הביא בשם פרישה דבבניו זנין אותן אפילו בתוך ג' חדשים והב"ש השיג עליו דהא סתמא אמרינן בגמרא אין אדם מניח ביתו ריקם עיי"ש ודבריו אינם מובנים לי דאף דאמת הוא דהניח מזון לבניו הקטנים ואותו הנפקד פושע ואין נותן להם מה יעשו קטנים הללו וכי בשביל כך ימותו ברעב דבידם של בניו הקטנים ודאי לא נתן משא"כ באשה דאמרינן דנתן לה בידה ואפשר דלשיטת הר"ן דס"ל דחיוב מזונות בניו הקטנים הוא מחמת אמם וכשמתה האם פטור אם כן אף בדאתפיס צרורי עבור בניו ונתן בידה והיא מעכבת פטור הוא מתנאי כתובה וגם זה צריך תלמוד.

הלכה יח

יש מן הגאונים שהורו שאין פוסקין וכו'. ונראה לי כי ראית הגאונים ז"ל מהא דאמרינן במסכת כתובות דף פ"ט ע"א מגו דיכול לומר לא גרשתיך כי אמר גרשתיך ונתתי לך כתובתך נאמן והיה קשה לגאונים קושיית התוס' שם בד"ה יכול לומר וכו' דהקשו דהיכי יכול לומר לא גרשתיך א"כ יהיה חייב בשאר וכסות ולא ניחא להו בתירוץ התוס' דאי הוי אמר לא גרשתיך פטור נמי משאר וכסות דהוי טענו בחטין והודה לו בשעורין דהם ס"ל כדעת הרמ"ה דהא דטוען חטין והודה בשעורים דפטור אף משעורים הטעם הוא דיכול לומר משטה הייתי בך כשהודיתי בשעורים וזה לא שייך הכא ולכך ס"ל לגאונים ז"ל דבלא כתובה בידה אי אפשר לה לתבוע מזונות דיכול הבעל לומר מחלת לי כתובה וא"כ התם דאין כתובה בידה שפיר אית ליה מגו דיכול לומר לא גרשתיך ומחלת לי כתובתך והראיה דאין כתובתך בידך ושפיר אית ליה מגו.

הלכה יט

הלך בעלה ולותה ואכלה. עיין במ"מ ובדין זה נחלקו התוס' והרי"ף אם בעינן דווקא פסיקת בי"ד או סגי בהלואת בע"ח לבד דהתוס' דף ק"ח ע"א בד"ה הא מני חנן היא וכו' כתבו דבעינן דוקא פסיקת בי"ד והרי"ף פסק דלא בעי פסיקת בי"ד והרא"ש הכריע כדעת הרי"ף ורבינו הרמב"ם דאם בא הבעל אנן לא טענינן ליה כיון שמספקת מעשה ידיה לדברים גדולים לולי ההלואה היתה מצמצמת עצמה רק אמרינן ליה זיל שלם אכן אם טען הוא כן טענתו טענה אם לא שכבר פסקו בי"ד והקשה הגידולי תרומה שער ס"ה דברי הרא"ש אהדדי דהא הרא"ש כתב לעיל מזה אפיסקא מי שהלך למדינת הים וכו' ובא ואמר צאי מעשה ידיך וכו' דהך דדייקינן בגמרא דף ק"ז ע"ב טעמא דמיאנה הא לא מיאנה אית לה התם מיירי שפסקו לה בי"ד ואח"כ לותה דהא לדעתו איכא לאוקמי אף

בדלא פסקו הבי"ד רק דהבעל לא טעין אנן לא טענינן ליה ולכך בלא מיאנה חייב הבעל לשלם ועיי"ש שהאריך וכן מדברי מהרש"א משמע דלשיטת רש"י דהוא שיטת הרי"ף אין צריך לאוקמיה האי דלותה בפסיקת בי"ד. ואפשר לדחוק ולומר דכי ס"ל לרא"ש דלא טענינן ליה לבעל היינו לדידן דקי"ל כרב דפוסקין מזונות לאשת איש ואין חוששין כלל לצררי ולאמירת צאי מעשה ידיך במזונותיך וכו' ולכך לא טענינן ליה לבעל אבל לשמואל דס"ל דחוששין א"כ אף בדלא טעין בעל אנן טענינן ליה כמו שטוען הבעל דהוי פתח פיך לאלם דחששא גמורה הוא ולכך לקמן דבעינן לאוקמי הברייתא אליבא דשמואל ודייקינן דטעמא דמיאנה וכו' על כרחך צ"ל דמיירי בפסיקת בי"ד וא"כ זהו שכתב הרא"ש והא דאמרינן לקמן לותה ואכלה וכו' ודייקינן טעמא דמיאנה וכו' התם מיירי שפסקו לה בי"ד ואח"כ לותה היינו להבין סוגיית הגמרא דקאי לשמואל אבל למסקנא דקי"ל כרב אין צריך לזה וזה דוחק (ו).

אבל הנכון בזה נראה לי משום דהרא"ש מחלק שם דכי אמרינן קטן שלוה דחייב לפרוע כשיגדיל היינו בידוע שלוה לצורך מזונות דהוי משום כדי חייו אבל בסתמא לא וכאן אמרינן בברייתא לותה ואכלה ודייק מיניה בעל התרומות בשער ס"ה חלק ד' דאע"ג דלקחה סתמא הלואה שלא לשם מזונות דהא סתמא קתני ולפי זה קשה איך הבעל משועבד מדרבי נתן הא היא גופא לא משועבדת ולכך פירש הרא"ש דמיירי בפסקו לה בי"ד והוי כמלוה לצורך מזונות והשתא משועבדת אף שהיא קטנה. ועוד יש לומר דבלא"ה צריכין אנו להבין דמה מקשה בגמרא לשמואל טעמא דמיאנה וכו' דלמא הברייתא מיירי דהבעל כאן ומודה דלא אתפיס צררי כלל וגם מעשה ידיה אינם מספיקים אפילו לדברים גדולים דאז כו"ע מודים דאינו יכול לומר צאי מעשה ידיך למזונותיך ולכך לולי דמיאנה היה חייב לשלם וצריך לומר דקשיא ליה לגמרא מה איריא לותה לימא כגון שמכרה מנכסים לצורך מזונות ולולי דמיאנה חייב הבעל לשלם לה וליכא למימר דהוי מחילה כמ"ש המגיד משנה בשם הרמב"ן פרק י"ח עיי"ש דהא קטנה לאו בת מחילה היא לדברים גדולים ועל כן מדלא קתני שמכרה בנכסים על כרחך מיירי דמעשה ידיה מספיקין לדברים גדולים וא"כ לדברים קטנים קטנה בת מחילה היא כמ"ש התוס' דף ק"ז בד"ה קטנה וכו' ולכך צריך לומר דוקא לותה ולפי זה דמיירי ביש לה דברים גדולים א"כ פשיטא דקטנה לאו בת הלואה היא לדעת הרא"ש דס"ל דהיא בת הלואה רק משום כדי חייה אבל כשיש לה דברים גדולים ויכולה לצמצם בדברים קטנים פשיטא דאין כאן משום כדי חייה ומכ"ש ואין צריך לומר דיהיה אלים הלואתה שיהיה משועבד מדרבי נתן כי לזה צריך שעבוד נכסים כי דר"נ הוי נכסים משועבדים ובמה

נשתעבדו כאן ולכך צריך לומר דעל כרחך מיירי דפסקו בי"ד וא"כ גלתה דעתה שאינה רוצה להתפרנס בדוחק וגם הבי"ד עמדו על הבירור שאי אפשר לה לצמצם כמה שכתב הרא"ש והוי הלואתה הלואה גמורה וגם המלוה אדעתא דפסיקת בית דין הלוה ועל כרחך מיירי דפסקו הבי"ד.

ועוד אפשר לומר דבקטנה בעינן פסיקת בי"ד דהא דהמלוה לאשה גובה מהבעל היינו מכח שעבודא דרבי נתן כמ"ש הרא"ש וגבי כתובה כתבו הרמב"ן והר"ן דלא שייך שעבודא דר"נ דלא ברור שעבודו דאפשר שלא תבוא לכלל גביה דתמות בחיי הבעל וא"כ הוא הדין במזונות קטנה לא ברור שעבודו דאפשר דתמאן ותצא ואינו מחויב במזונות וא"כ אף דלא מיאנה אין כאן חיוב מדר' נתן כמו בכתובה דלא משתעבדא אף דאח"כ נתאלמנה או נתגרשה ואפשר לחלק וצ"ע (ז).

והנה הרמ"א הביא בסימן ע' סעיף ח' בשם המרדכי דאי מחלתה האשה לבעלה אין למלוה כלום והקשו האחרונים כיון דמשועבד מדר' נתן הא פסקינן בחו"מ סימן פ"ו דשעבודא דר"נ אינו יכול למחול ובאמת יש לומר דרמ"א מיירי דאי מחלתה קודם שלותה וקמ"ל דיכולה למחול דאף דלדעת הרבה פוסקים דבכתובה אינה יכולה למחול בעל פה קמ"ל דבתנאי כתובה יכולה למחול אפילו בע"פ אך בטלה דעתו בזה נגד דעתם ולכן נראה דס"ל לרמ"א כיון דקי"ל המוכר שטר חוב לחבירו יכול למחול משום דמכירת שט"ח דרבנן משא"כ שעבודא דר"נ דהוא דאורייתא א"כ הא הרבה פוסקים ס"ל דמזונות דרבנן ואפילו הסוברים דמזונות דאורייתא מ"מ כבר הוכחתי לעיל מש"ע חו"מ סימן צ"ז מסידור בע"ח דאינו מחויב ליתן מזונות לאשתו דשעבוד מזונות לאו דאורייתא והחיוב מונח רק על קרקפתא דגברא אבל לא נשתעבדו נכסים כלל וא"כ כאן במזונות הוי נמי שעבודא דר"נ כמו מוכר שט"ח ויכולה למחול ובהכי ניחא דברי הרא"ש בב"ק דפסק בהחובלת דאם יש לה נכסי צאן ברזל דמזבנא בטובת הנאה והקשה הפלפולא חריפתא הא כל לגבי בעלה ודאי מחלה כמו בכתובה דלפי מ"ש ניחא דקשיא ליה להרא"ש קושיית הרמב"ן והר"ן תזבן לנחבל ולא תוכל למחול דמשעבדיה ליה מדר"נ רק ס"ל דכתובה דרבנן ואף בדר' נתן מצית מחיל משא"כ נכסי צאן ברזל הוא חוב ברור ומשועבד דאורייתא ולא מצית למחול. ולכאורה הייתי אומר דבזו יש ליישב קושיית התוס' והפוסקים דהקשו מהא דאם עמד אחד ופרנס את אשתו דאבד מעותיו אהא דאמרינן דאם לא מיאנה ולותה דבעל חייב לשלם ועיין מ"ש בעל משנה למלך ולפי מ"ש ניחא דהתם איבד מעותיו דהניח מעותיו על קרן צבי דלגבי בעל ודאי מחלה כדאמרינן בעלמא וא"כ מסתמא לא נחית לפרנס בתורת הלואה רק בתורת מתנה משא"כ לקמן

בברייתא דמיירי בקטנה דאין בידה למחול דמחילת קטנה לאו מחילה כמ"ש התוס' בד"ה קטנה וכו' א"כ שפיר יש לומר דנתן בתורת הלואה ולא בתורת מתנה.

איברא בתר העיון ליכא למימר הכי דהנה יש להבין במה דפריך בגמרא לשמואל מהך דממאנת ולמאן פריך אי לרב פפא דמפרש טעמא דשמואל משום צררי הא אמרינן לעיל בהדיא דלקטנה לא מתפיס צררי (ודוחק לומר דלפי מ"ש התוס' בדף ק"ב ע"ב ד"ה אימר צררי וכו' דלכך אינו מתפיס צררי קטנה דסומך שילוה לה אחר ולכך בעת מיתה מתפיס אף לקטנה וא"כ יש לומר זה דוקא בקטנה שקיבל אביה קידושין שאינה יכולה למאן אבל השיאה אמה ואחיה שהיא בת מיאון היא לא תמצא מי שילוה לה דכל אחד יחוש אולי תמאן וממי אגבה מעותי ופריך שפיר לרב פפא אליבא דשמואל הא איכא למימר צררי אתפסיה והמתרץ השיב דהיא היא דבשביל זה הטעם גם הוא אינו מתפיס צררי דלאחר שתאכל ותשבע משלו תלך ותמאן) ואי דפריך לטעמא דרב זביד דשמא אמר לה טלי מעשה ידיך במזונותיך לימא דמיירי דעכשיו נתייקר השער דאין מעשה ידיה מספיקין אפילו לדברים גדולים וא"כ אף שמתחילה נתרצית מ"מ לדברים גדולים אין מחילתה מועיל לדעת התוס' וצ"ל דהא דמחלק התוס' במחילה בין דברים גדולים לקטנים אף דדין פרוטה כדין מאה הוא משום דכבר עלה על דעת התוס' דפעוטות מקחן מקח רק דס"ל במילתא דאורייתא אין לה כח ומזוני דאורייתא אבל דברים קטנים הן דרבנן וזו יש בידה למחול וא"כ לקמן דמיירי בקטנה דתוכל למאן דכל קידושיה דרבנן תוכל למחול הכל ושפיר פריך וא"כ נסתר דברי הנ"ל ואפשר דגם המרדכי מיירי דמעשה ידיה מספיקין לדברים גדולים כסתמא דמילתא בשמעתין רק לותה לצורך דברים קטנים והן ודאי דרבנן ובזה הוי רק כמוכר שט"ח ותוכל למחול.

(ו) אמר המגיה לכאורה דברי הרב המחבר כאן המה מחוסרי הבנה דהא לדברי המתרץ הכא בקטנה ליכא למיחש לצררי וגם לא לטענת צאי מעשה ידיך למזונותיך ואי לדעת המקשה מה נייתר לשמואל אי מיירי הברייתא דפסקו בית דין דהא מ"מ מקשה בגמרא לדידיה דס"ל דאין בי"ד פוסקין מזונות רק בשמעו בו שמת וצ"ל דכונת המחבר דלדעת המקשה עכ"פ אי אפשר לומר דעלתה על דעתו דברייתא איירי לשמואל דלותה בלי פסיקת בי"ד דאז אף בלא טען אנן טענינן ליה ואין צריך לשלם רק בפסקו ב"ד יש סברא לומר דבי"ד דקדקו היטב שלא הספיקו מעשה ידיה אי לאו דאמר שמואל בפירוש דאין בי"ד פוסקין מזונות וזה דקשיא ליה לגמרא.

(ז) אמר המגיה החילוק הוא פשוט דבכתובה אפשר דאין השעבוד חל אפילו שעה אחת דכל זמן שהיא תחתיו לא ניתנה כתובה לגבות מחיים ואם תמות לא תבוא לידי גביה

משא"כ במזונות חל השעבוד כשהיא תחתיו כל זמן שלא מיאנה ושפיר שייך שעבודא דר' נתן.

עמד אחד מדעת עצמו וזנה משלו וכו'. הרמ"א סימן ע' סעיף ח' הביא בשם הגהות מרדכי בלי חולק דאם המפרנס חייב לבעל מנכה לו מחובו דמי פרנסת אשתו ובחו"מ סימן קכ"ח סעיף א' הביא רמ"א בהג"ה בשם מהר"י ווייל דיש אומרים דהא דאמרינן הפורע חוב של חבירו שלא מדעתו דפטור היינו שלא היה לו בידו משל חבירו וכו' והש"ך שם ס"ק ח' תמה על מהרי"ו דלחנם נתחבט בדין זה דמהך דהגהת מרדכי שהביא רמ"א באבן העזר בפרנס אשת חבירו ויש לו משלו בידו דמנכה לו מחובו נשמע דין זה מבואר היטב וסיים שם דלחנם נבוכו מהרי"ו ורמ"א ושאר אחרונים בדין זה וכתב הש"ך הטעם משום שעבודא דרבי נתן ובאמת בלאו הכי יש להקשות על רמ"א דכאן באהע"ז החליט הדין בלי חולק ובחו"מ כתבו בשם יש מי שאומר אבל המעיין ברי"ו לא קשה מידי דטעם הגהת מרדכי משום דטוען המפרנס אני משועבד להאשה מדר' נתן ולכך נתתי לה מזונות מחובך ובמהרי"ו היה מעשה דפרע בשביל חבירו חוב לגוי ובגוי לא שייך שעבודא דר"נ כמו שנסתפק בו הרשב"א ז"ל ועיין בחו"מ סימן פ"ו בב"י ויפה נתחבט מהרי"ו וגם רמ"א לא החליטו שם כמו כאן משום דמיירי התם בנדון דמהרי"ו דאפשר דלא שייך ביה שעבודא דר"נ.

הלכה כא

הרי שעמדה בדין וכו'. עיין בר"ן ובמ"מ שביארו דברי רבינו הרמב"ם ולא נשאר שום קושיא כלל איברא עדיין יש לדקדק מה פריך בגמרא טעמא דמיאנה הא לא מיאנה ולותה משלם וקשיא לשמואל דממה נפשך אי הבעל מכחישה ואומר דאינו חייב לה דאמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך או דהתפיס צררי לכו"ע פטור אפילו בגדולה ואי מיירי דהבעל מודה דחייב לה א"כ מה קשיא לשמואל וכי בזו נחלקו רב ושמואל וצ"ל כהנ"ל דלא ס"ל להרמב"ם כהרמ"ה רק ס"ל קטן שלוה אינו חייב כלל וא"כ קשיא מה איריא מיאנה אפילו לא מיאנה נמי דהא ליכא כאן שעבודא דר' נתן כלל ועל כרחך צ"ל דבי"ד פסקו לה ונתנו לה רשות להלות מעות וברשות בי"ד לותה ומידי דהוי שהלוה לאפטרופס ובודאי דיד בי"ד עדיפי מאפוטרופוס והמלוה לה שליחותו דבי"ד עבד ולפי זה דעל כרחך מיירי דפסקו לה בי"ד קושיית הגמרא שפיר בשלמא לרב ישנו במציאות דפסקו לה הבי"ד אבל לשמואל אינו במציאות דפסקו לה בי"ד דהא ס"ל אין פוסקין וכו' ואתי שפיר.

הלכה כב

מכרה מטלטלין וכו'. עיין במ"מ שנתן הטעם דבמטלטלין נשבעת רק היסת ולא שבועות המשנה משום מגו והקשה הגידולי תרומה הא הרמב"ם ס"ל מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ונראה דצ"ל לדעת המ"מ ברמב"ם דהא צריכין להבין הא דצריכה לישבע שבועה בנקיטת חפץ שבועה זו מה טיבה בכופר הכל כמ"ש הגידולי תרומה והבית שמואל וצ"ל כמ"ש לעיל דשבועה זו מתחילה היתה מוטלת עליה כשבאתה ליטול מזונות רק חכמים הקילו עליה שמא כשיבוא הבעל יודה ותהא פטורה משבועה רק על זה גופיה בעי טעם למה תקנו לה חכמים תחילה שבועה כיון דהיא באה בטענת תנאי בית דין ובהאי דכל הנשבעין ונוטלין נתנו לכל אחד טעם למה תקנו חכמים שבועה וצ"ל דכאן היה להם שני טעמים האחד להפיס דעת הבעל והשני חכמים עשו תקנה לבעל כשילך למדינת הים ויתן לאשתו מזון וכסות תכפור ותמכור בנכסים ולכך תקנו שבועה ככל הנשבעין ונוטלין אמנם אם הבעל מסר לה מטלטלין בלא עדים באופן שהיתה יכולה לכפור א"כ הרי האמין לה הבעל דאי בעית לכפור ולגזלו הרי בידה לכפור במטלטלין ואם הוא האמין לה מה לנו לחוש בתקנתו או להפיס דעתו ולכך לא תקנו שבועה כלל והניחו הדבר על הדין הממע"ה וזה ברור בדעת המ"מ ולק"מ.

איברא דצריך תלמוד מנא ליה לרמב"ם סברא זו אף דמסתברא בסברא מ"מ אין דרך הרמב"ם לומר דבר מה שאין לו שורש וראיה בגמרא לכן היותר נכון הוא מ"ש הגידולי תרומה והבית שמואל דבקרקע כיון דהוא מערער על המכירה ואמר שלא כדין מכרה ולא היה בידה למכור שהוא כבר נתן מזונות א"כ הקרקע בחזקתו עומד והיא באה ליטול משא"כ במטלטלין שכבר מכרה אין על הלקוחות להחזיר אפילו האמת אתו מידי דהוי גנב ומכר דיש בו תקנת השוק וא"כ דמים בעלמא קתבע ממנה ופטורה וזה ברור אמנם מדברי המ"מ במה שפי' ברמב"ם ואם פסקו בי"ד פסקו היינו שכבר מכרו מבואר דאם לא מכרו אף דפסקו לה הבי"ד והיא לותה והבעל טען צאי מעשה ידיך במזונותיך פטור הבעל מלשלם וא"כ יפה חילק רמ"א דהיינו היכא דמספיק מעשה ידיה להכל אבל אם אינו מספיק לקטנים אף דמספיקין לדברים גדולים והיא דפסקו לה ב"ד גילתה דעתה דאי אפשר לה להטפל ולהתגלגל בלא דברים קטנים חייב לשלם משא"כ במספיקין להכל אף דפסקו לה ב"ד פטור מלשלם כל זמן שלא מכרו והב"ש ס"ק ט"ז כתב על רמ"א ואין דבריו מוכרחים ויותר נראה כיון שנעשה ברשות בית דין אין לה טענה עליו עכ"ל והעלים עין מדברי המ"מ ופירושו בגמרא.

הלכה כג

המדיר את אשתו וכו'. עיין בכ"מ מ"ש בשם הר"ן ובדרך פשוט היה נראה לומר דהא יש להקשות מה פריך בגמרא דף ע' וכיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר לה וכו' דהא אמרינן לקמן דף ע"ב ע"א דהמדיר אשתו שלא תשאיל כליו יוציא ויתן כתובה וכתבו התוס' בד"ה המדיר וכו' דיש בידו לאסור כליו בשאלה דהא יכול לאסור כליו בקונם אשכניו ולפי זה יש לומר דמתניתין מיירי דאמר קונם כלי מלהשאיל אם את נהנית ממני ומעתה אינו מפקיע שעבודו מלזונה דהא רוצה לזון אותה אם לא תשאיל ואינו צריך להוציאה מיד דהא אם אינה רוצה להנות ממנו לא אסר עליה השאלת כלים רק כיון שאי אפשר לה בלי השאלת כלים כדלקמן ואז אסורה להנות ממנו לכך עד ל' יום יעמיד פרנס וכן הא דפריך לקמן בשלמא לרב כאן בסתם וכאן במפרש אלא לשמואל קשיא ובודאי בתולה בתשמיש ליכא לאוקמי דא"כ נמתין ז' ימים אבל מ"מ מה קושיא דלמא מיירי בתולה נדרו בהשאלת כלים דאמר אם תשאיל כלים יהיו פירותי עליך אסורים ואי אפשר להמתין לה אפילו יום אחד על כן יוציא ויתן כתובה וצריך לומר זה אינו סוגיא כלל דיהיה הפירוש במשנה דתולה נדרו בדבר שלא נזכר בשום בבא מהנך משניות כי אם בברייתא ובדברי שמואל והוי כעין שאמרו תלה תניא בדלא תניא רק אי אמרינן דתלה נדרו בתשמיש או בהנאתו או במאכל ומשתה דהנך הוא דקתני במתניתין על כן פריך בגמרא שפיר וכל זה במשנה אבל להרמב"ם אחרי דכבר זכינו לדברי שמואל והוא העתיק אותו בדין השאלת כלים ודאי דיפה עשה שהעתיק הדין המדיר אשתו מלהנות בסתם בלי תנאי דאמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך דהא אפשר לדידן למצוא דרך נדרו בלי אמירה זו דהיינו דתלה נדרו בהשאלת כלים והא לא קשיא דהוי ליה לרמב"ם לפרש דמיירי בתלה נדרו דהא הרמב"ם העתיק כל דינים הנזכרים וסתמן אשר כולם מיירו בתלה נדרו וגם זה דהמדיר מלהנות סתמו כפירושו ואין מקום לקושיית הר"ן.

איברא דזה ליתא דיגיד עליו ריעו בהבנת דברי הרמב"ם דכתב בהלכה שאחריו המדיר את אשתו שלא תטעום אחד מכל הפירות ממתינין לו עד ל' יום וכו' והיינו על כרחך דתלה במזונות כמ"ש הר"ן א"כ מבואר בהרמב"ם דלא מיירי בדין הקודם במדיר מלהנות דתלה בשאילת כלים דאי מיירי בהכי א"כ גם טעימת פירות יתלה בשאילת כלים ולא צריכין להמתין לו ל' יום רק יוציא תיכף ולמה לו לרמב"ם לשנות לשון המשנה יוציא ויתן כתובה ולכתוב במקומו ממתינין לו ל' יום כיון דאנן ידעינן הא דשמואל אלא ודאי דאין דעת הרמב"ם כלל בזה דתלה בשאילת כלים וא"כ הדרא קושיית הר"ן לדוכתיה.

ונראה לומר דודאי כבר הקשו התוס' בזה בד"ה אלא לא תימא וכו' דיש לומר דאף דלא

אמר בפירוש צאי מעשה ידיך וכו' נעשה כמי שאמר דאל"כ הנדר לבטלה ואין אדם נודר לבטלה ומסתמא דעתו באופן המועיל וזהו דעת הרמב"ם ז"ל ולכך כתב באומרת קונם שאני עושה לפיך דיפר שמא יגרשנה וכו' ולא כתב דוקא באומרת יקדשו ידי לעושיהם דאם לאו הכי הוי דבר שלא בא לעולם ואין הקונם חל והיינו מהאי טעמא דמסתמא מתכוונת לנדר המועיל והוי ליה כאלו אומרת יקדשו ידי לעושיהם וזהו ג"כ כאן מסתמא נתכוון לזה שיהיו מעשה ידיה למזונות רק דהא תליא אם אמר סתם לעולם א"כ גם זולת אמירה הנ"ל יש מקום לנדר לחול אחר גירושין דאז אינו משועבד לה כלל וכיון דיש מקום למציאות חלות הנדר א"כ אמרינן דצריך לומר יהיו מעשה ידיך למזונות דאין כאן נדר לבטלה אמנם אי מיירי באומר תחתי כמ"ש התוס' בד"ה שנדרה היא וכו' א"כ צ"ל דנעשה כאומר דאם לא כן הוי נדר לבטלה והגמרא הוכיח דרישא מיירי דומיא דסיפא המדיר שלא תתקשט דלת"ק דר' יוסי הוי קישוט עינוי נפש ועל כרחך הפירוש של המדיר שלא תתקשט כפשוטו דלאיזה צורך נאמר לת"ק דתלה בתשמיש אמנם לרבי יוסי דס"ל דקישוט לא הוי עינוי נפש צ"ל דתלה בתשמיש וא"כ מלת המדיר מורכבת בשני אופנים לת"ק בלא תליה ולר' יוסי בתליה וזהו בתכלית הדוחק שיהיה דבר אחד נחלק לשני אופנים ולכך צ"ל דס"ל לגמרא דאף דלת"ק הוי קישוט עינוי נפש מ"מ צריכין לומר דגם לת"ק מיירי שתלה בתשמיש מטעם אחר דהיינו משום דסתם מודר הוא אינו רק תחתיו אלא לעולם וא"כ למה יוציא דמה מרווחת ולכך צ"ל בתולה בתשמיש ולכך כשיוציא תתקשט ותהיה תשמישו אסורה באמת ולפי זה דסיפא מיירי באינה תחתיו א"כ ודאי דגם רישא מיירי בסתם באינו תחתיו דומיא דסיפא ולא הוי נדרו לבטלה וא"כ שפיר קשה הא לא אמר.

אך כל זה אם קישוט לא הוי דברים שבינו לבינה כקושיית הגמרא לקמן הניחא וצ"ל לר' יוסי דתלנהו בתשמיש וא"כ כל הוכחה הנ"ל שפיר ובזו קושיית הגמרא שפיר דטרח הגמרא ליישב אף אליבא דמ"ד הלזו כדאמרינן הניחא למ"ד זה אבל למ"ד זה מאי איכא למימר ולמ"ד דקישוט לא הוי דברים שבינו לבינה על כרחך סיפא בדלא אמר תחתי א"כ גם רישא איירי כן ופריך שפיר הא לא אמר אבל אנן קי"ל דהוי דברים שבינו לבינה א"כ אף לר"י אין צריכין לומר דמיירי דתלה בתשמיש והוי המדיר לת"ק ולר"י בחד פירוש ולעולם דמשמע תחתיו כמ"ש התוס' ומשום דאין אדם מוציא נדרו לבטלה נעשה כאומר צאי מעשה ידיך במזונותיך ואין צ"ל בפירוש צאי מעשה ידיך וכו'.

והא דאמרינן יוציא ויתן כתובה ועל כרחך מיירי דמודר הנאה מאשה ואסר נכסיו עליה דאל"כ אין הנדר חל דהנאה אין בו ממש כמבואר בנדרים וכן כתב בירושלמי בהדיא

ולהנות לו שהדירה מנכסיו וא"כ איך נוטלת כתובה וצריך להיות דגם לענין כתובה אין קונם מפקיע מידי שעבוד וזהו דלא כרא"ש דס"ל דלענין כתובה קונמות מפקיע מידי שעבוד והביא ראיה מהך דיבמות פרק אלמנה מהך אצטלא דפרסוה אמיתנא דאמר רבא קנייה מיתנא ולמאי דמוכח ממתניתין דהכא דגם לענין כתובה אין קונם מפקיע מידי שעבוד צ"ל כמ"ש התוס' פרק אע"פ דף נ"ט ע"ב בד"ה קונמות קאמרת וכו' דמאצטלא אין ראיה דדוקא בקונמות אין קונם מפקיע שלא יפקיע חובו משא"כ באצטלא דנאסר על כל העולם ליכא למיחש להכי ועיין בחו"מ סימן קי"ז סעיף ז' ולהרא"ש צ"ל דמתניתין דהכא דיוציא ויתן כתובה מיירי במודר נכסיו ממנה בקונם כל זמן שהיא תחתיו כמ"ש התוס' ולכך אית לה כתובה דכיון דמגרשה תו לית ליה איסור קונם.

הלכה כד

המדיר את אשתו שלא תטעום וכו'. הא דכתב דתמתין ל' יום הטעם כמ"ש המ"מ דמיירי דתלה בהנאת מזונות ולכך תמתין ל' יום כמו במזונות אבל צריך טעם למה נקט דתלה במזונות ונתן זמן ל' יום הוי ליה למנקט דתלה בתשמיש ואין לו זמן רק ז' ימים ואמת בירושלמי בס"ד דמיירי במדיר הוא את אשתו נקט נמי כמו הרמב"ם דפריך אהא המדיר את אשתו שלא תטעום מפירות וכי אדם אוסר את אשתו מחיים ומשני באומר אם תאכל מחפץ פלוני תהא אסורה מנכסי רק דפריך אחר זה דא"כ קשיא מרישא לסיפא דברישא בנודר ממזונות קתני דממתינין ל' יום ובסיפא תנן יוציא ויתן כתובה מיד הרי דנקט בס"ד דמודר הוא ממזונות ולא נקט דתלה בתשמיש ובזה נמי יכול להקשות אמאי תני יוציא מיד והא בתלה בתשמיש ממתינין ז' ימים א"כ הרי מבואר בירושלמי אי מיירי במדיר הוא את אשתו מפירות מיירי בתלה במזונות אך באמת אין ראיה מירושלמי דבעי לאוקמי בס"ד דגם בתלה במזונות יוציא ויתן כתובה מיד אי לאו דקשיא ליה מרישא דתני ל' יום וא"כ ניחא ליה לפרש המשנה דהך דהמדיר את אשתו שלא תטעום פירות אלעיל קאי ארישא דמתניתין המדיר את אשתו מלהנות אבל לדידן דימתין ל' יום ואין זה הענין המדובר במשנה דבמשנה נאמר דיוציא תיכף וצריך לומר דנדרה איהו וכו' ואם כן לא ידעתי למה בחר הרמב"ם בזה דתלה במזונות ולא בתשמיש וצריך עיון.

נדרה היא וכו' ואם אמר איני רוצה באשה נדרנית יוציא ויתן כתובה שהרי היה בידו להפר והוא קיים לה ברצונו. וכתב המ"מ ופסק רבינו כסתם משנה דמוקמינן לה שנדרה היא וקיים לה הוא וקתני יוציא ויתן לה כתובתה והוא באומר איני רוצה באשה נדרנית עכ"ל נראה מדבריו שפירוש המשנה לדעת הרמב"ם יוציא ברצונו אם רוצה להוציא וקמ"ל דחייב ליתן לה כתובה דהוא נותן אצבע בין שיניה ותמה הבית שמואל בסימן

ע"ד ס"ק ד' א"כ איך מחלקינן במתניתין בין אשת כהן לאשת ישראל כיון דברצונו הדבר עומד מי מעכב על ידו עיי"ש שדחק דמיירי באשתו ראשונה והדוחק הזה לא יסבול הפירוש ובלא זה יש עוד לפקפק על דברי הרמב"ם אי מיירי הא דיוציא באומר שמוציאה משום שאינו רוצה באשה נדרנית א"כ הוי כמוציא אשה מחמת נדר דאמרינן בגיטין דף מ"ה דאף באשת ישראל אסורה לו להחזירה והשתא מה חילוק יש בין אשת כהן לאשת ישראל ואפשר לדחוק בדברי המ"מ לדעת הרמב"ם באופן זה דהוא מפרש כך בברייתא ואם אמר אי אפשי באשה נדרנית וכו' היינו הואיל דהיא נדרה אם הוא רוצה לישב עמה אין לנו להכריחו משום דהיא לא תעלה על דעתה דמסני סני לה על שלא היפר לה דתאמר בלבה אף דקיים נדרה אולי יחשוב שאמצא פתח לנדרי ואלך אצל חכם אמנם אם אמר בפירוש שלא היפר לה משום שאינו רוצה באשה נדרנית והיינו כמ"ש הר"ן והרא"ה א"כ בזו ודאי רואה היא דלאו במקרה קיים לה הנדר רק מחמת דאינו מבקש לקיימה לו לאשה ורצונו לגרשה בזו ודאי מתייאשת מהתרת נדרה ולכך מחויב להוציאה וליתן כתובה.

ואף דאמרינן לקמן בנדרה היא בקישוט ותלאה בתשמיש מדשתק סני לה היינו דוקא בתלאה בתשמיש דזה ודאי לולי דסני לה לא היה שותק אפילו במקרה ויש לרמב"ם ראיה כפי גרסת הרא"ה דגרס דפרכינן וסבר ר' יהודה היא נותנת אצבע בין שיניה והאמר ר' יהודה בישראל חודש אחד וכו' עיי"ש דס"ל דגם רישא מיירי בנדרה היא וקשה א"כ למה לי ל' יום ולפי מ"ש ניחא דמיירי בנדרה היא אבל לא אמר אי אפשי באשה נדרנית רק קיים בשתיקה וא"כ הרמב"ם מפרש פירות וקישוט במשנה דאמר אי אפשי וזה שכתב המגיד משנה דרבינו מפרש המשנה באומר איני רוצה והיינו דמגלה דעתו דמפני שנאתו אותה אינו מיפר והכי דייק לישנא דרמב"ם נמי ואם אמר איני רוצה באשה נדרנית יוציא ויתן כתובה והיינו בעל כרחו ונתן הטעם שהרי בידו להפר והוא קיים לה ברצונו עכ"ל. רצונו בזה דודאי מסני סני לה אך כל זה דוחק.

והיותר נכון בדברי הרמב"ם או דס"ל דהגמרא דמוקי למתניתין בנדרה היא וקיים לה הוא היינו בנדרה באחד מכל מיני פירות כל זמן שהיא תחתיו כמ"ש התוס' א"כ כייפינן ליה להוציא אותה דתחתיו אי אפשר לקיים הנדר ובגירושין תהיה מותרת אבל הרמב"ם כתב סתם דנדרה סתם ופירושו כל ימי חייה א"כ למה לנו לכופו דמה מרווחת כמ"ש התוס' ולכך הברירה בידו והא דלא ביאר לנו הרמב"ם הך דינא בנודרת תחתיו הוא משום דכיון דגילה דעתו דהוא נותן אצבע בין שיניה וא"כ הוי כמדיר לה הוא וזה מבואר לעיל דהמדיר את אשתו שכופין להוציא ואין צריך לכפילת הדברים (ח). או אפשר

לומר דהגמרא מוקי למתניתין בתולה בתשמיש וא"כ אף דנדרה סתם מ"מ כשיגרשנה תהיה מותרת בכל אלו שאסור לה כשהיא תחתיו משום תשמיש שאם תאכל תאסר וקושיית התוס' על רש"י דאי מיירי דתלאה בתשמיש מה פריך לקמן תתקשט ותאסר וכו' יש ליישב בכמה אופנים וכמו שאכתוב לקמן אבל בנדרה סתם על כרחך כל ימי חייה משמע ומה מרווחת ועוד כשתולה בתשמיש אנו אומרים שתאכל כי אי אפשר לה להמלט שלא תאכל ואי תאכל חל עליה איסור תשמיש ומוכרח הבעל לגרשה כיון שהוא אסור לה ויש כאן עגון משא"כ בנודרת סתם מאכילת פירות ולא תלאה בתשמיש אף דנודרת תחתיו אין אנו מכריחין לבעל שיגרשנה שתהא מותרת בנדרה כי היא אפסדית אנפשה שנדרה וא"כ ביד הבעל לומר שבי תחתי וקיים נדרך ואין אנו יכולין להכריח הבעל לגירושין בשביל שתהא מותרת בנדרה וזה נראה לפענ"ד ברור ופשוט.

והא דלא הביא הרמב"ם הך דינא דמסני סני לי ועכ"פ בתלאה בתשמיש נראה דס"ל כרש"י דודאי בנדרה מאכילת פירות או קישוט לא שייך שמא תמצא פתח דהא יכולה לדור עם בעלה על פי הדחק וקיום נדרה וטב למיתב טן דו וכו' ואף דאם באו לבית דין אנו כופין לגרש אבל מ"מ לולי דסני לה היתה סובלת דוחק וצער והיתה דרה עמו וא"כ אין כאן עוד תקוה להוחיל שתמצא פתח לנדרה אין לומר דאולי ישאל הבעל על הקמתו דזה אינו דמיירי שהחריש לה ואין כאן שאלה כמ"ש הר"ן משא"כ במסקנא גבי קישוט דמוקי לה בתלהו בתשמיש וקשה איך אפשר להפר דמשמע דעדיין לא קשטה עצמה כדמשמע לישנא דגמרא ותתקשט ותאסר וא"כ אי אפשר להפר דהא הנדר עדיין לא חל כמ"ש הש"ך ביו"ד סימן רל"ד בשם רבינו ירוחם דאם אמרה קונם יין אם אני מהלך במקום פלוני כל זמן שלא הלכה אינו יכול להפר וכן היא שאסרה תשמיש אם תתקשט כל זמן שלא קשטה לא חל הנדר דתשמיש וא"כ איך יוכל להפר עד שנאמר שהוא נתן אצבע בין שיניה וצ"ל דכך הוא היא נדרה מתשמיש והוא קיים לה על תנאי שאם תתקשט יחול הנדר ואם לאו יהא מופר ולכך הוא נתן אצבע בין שיניה ולפי זה על כרחך מיירי דדיבר בפירוש ותלה הקמה בתנאי ואין זה הנאמר בשתיקה ולפי"ז שפיר קשה תתקשט ותאסור דאולי ימצא הוא פתח להקמתו ומשני מסני סני לה ואינה סבורה שיתפייס עוד כמ"ש התוס' וכה"ג צריכין אנו לומר להפוסקים דס"ל דדברים שיש בהן הפרה אין בהם שאלה לחכם כמבואר במרדכי ובש"ע יו"ד דא"כ איך אמרינן ותתקשט ותאסר ז' ימים דהא כאן אי אפשר לפתח דהוי דברי' של הפרה והבעל כבר הקים לה וצ"ל דקושיית הגמרא הוא אולי ישאל הוא על ההיקם ואח"כ יפיר לה ויפה כתב הרמ"א ביו"ד סימן רל"ד דאם התיר החכם נדרים של הפרה דישאל הבעל על הקמה אפילו אינו

ביום שמעו דדין זה מוכרח פה בגמרא לשיטת הפוסקים הללו דיכול לשאול על ההיקם אפילו אינו ביום שמעו דהא אמרינן פה שתמתין ז' ימים אולי ימצא הבעל פתח להקמתו וא"כ בממה נפשך אי התיר החכם וגם הבעל נשאל אפילו אינו ביום שמעו הותר הנדר ממ"נ ופשוט הוא.

ואי קשיא איך אפשר לומר דהך דתלה קישוט בתשמיש הוא דהיא נדרה מתשמיש והוא הפיר לה על תנאי שלא תתקשט א"כ אסור בתשמיש תיכף אולי תתקשט דבתנאי לא מזהיר זהיר כמ"ש התוס' ברישׁ המדיר בד"ה הכי נמי וכו' וא"כ למה ס"ל לרבי יוסי בעשירות ל' יום בז' ימים לתסר יש לומר דס"ל לרש"י וסייעתו כשיטת הר"ן בנדרים דף ט"ו דהנאת תשמיש לא מתסר אלא מדרבנן דהנאה אין בו ממש וכיון דהוי רק איסור מדרבנן משום בל יחל אין לחוש אולי יעבור תנאו והוי ספיקא דרבנן משא"כ בקונם עיני משינה דהוי נדר מן התורה וספק של תורה להחמיר אמרינן שם בגמרא דלא מזדהר בתנאה ואפשר דגם תוס' סבירא להו סברא זו אלא דהלכו לשיטתם דס"ל שם בנדרים דף ט"ו דלא כהר"ן דגם הנאת תשמיש הוי נדר מן התורה דהוי כאומר יאסור גופך עלי ויש בו ממש.

אמנם הטור והש"ע ביו"ד סימן רל"ד ובאה"ע סימן ע"ד פסקו דאף בנודרת היא וקיים לה הוא יוציא בעל כורחו הן היכא דנודרת סתם והן היכא דמסני סני לה וכו' ואם נדרה מהניית מזונו והוא קיים לה או דתלתה קישוט ופירות בהניית מזונו בזו נחלקו האחרונים הפרישה והש"ך דעתם דלא אמרינן מסני סני לה רק בתולה בתשמיש ולפי דעתם היכא דתלתה במזונות לא יוציא עד לאחר ל' יום שמא תמצא פתח לנדרה או שמא ישאל הוא על ההיקם כיון דלא אמרינן דסני לה והט"ז והבית שמואל חולקין והב"ש הביא ראיה מהר"ן דס"ל מסני סני לה אף בלי תליית תשמיש ולא ראיתי בר"ן דכתב כן רק אזה דאף דנודרת סתמא מן הפירות וקישוט וא"כ אינה מרווחת בגירושין מ"מ איננה רוצה לשבת עם בעלה שקיים לה נדרה ולא בשביל זה אנו אומרים דסני ליה למצוא פתח לנדריה ובפרט בנודרת לעולם דחוששת לנפשה שלא תהיה כל ימיה באיסור נדר ואין עניני של סני ליה דומין זה לזה בטעמן [אף] אם הם שוים במלות אך לפירוש הפרישה אין ראיה כלל כי מה שכתב הפרישה ראיה מתוס' כבר כתב הט"ז דאין כאן ראיה כלל ונהפוך הוא דלדעת הפרישה קשיא מה פריך בגמרא וכיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר לה וכו' דלמא מיירי רישא דומיא דסיפא בנדרה היא וקיים לה הוא ואעפ"כ קאמר שמואל בין בסתם ובין במפרש דאולי ימצא פתח דכאן לא מסני סני לה כלל לדעת הפרישה אם לא דנאמר דכתב כן לדעת רש"י לבד דס"ל דגם תשמיש בכלל

הנאה וא"כ אם נדרה היא לא שייך דמשעובד לה וא"כ בז' ימים סגי ובמתניתין תנן ל' יום. ומ"מ מוכרח דראייתו מתוס' ליתא דהתוס' על כרחך לא ס"ל כדעת הפרישה דלתוס' תקשה כהנ"ל דהא ס"ל התוס' דתשמיש לא הוי בכלל הנאה.

והנה גירסת הרא"ה היה וסבר רבי יהודה היא נותנת אצבע וכו' והא תנן ר"י אומר בישראל חודש אחד יקיים והיינו דס"ל דכל המשנה מיירי בחד גוונא ומזה יש ראיה לפרישה דלא אמרינן מסני סני לה ואין צריך לדוחק הרא"ה כמבואר שם והא דלא משנינן לעיל הכי אהא דפריך והא משועבד לה אפשר דס"ל לגמרא דלשון המדיר משמע דהוא הנודר רק תרתי שמעת מינה ואיידי דתני רישא המדיר תנא נמי בסיפא המדיר אף דלא מיירי בסיפא רק בנדרה היא כיון דרישא מיירי בתרי גוונא גם בנדר הוא וא"כ קושיית הגמרא לעיל וכן קושיית הגמרא אח"כ לפי גירסת הרא"ה נכונה לפי שיטת הפרישה אמנם רש"י דמחק גירסה זו נראה דלא ס"ל כפרישה ואפשר דס"ל לרש"י מנא ליה להקשות דלמא לא מיירי רישא בנודרת היא.

והנה בהגהת מרדכי סוף מסכת שבת מביא ראיה לסתור דעת האומרים דאין חכם מתיר נדרים שיש בהם הפרה לבעל מהא דאמר רבי יהודה בישראל חודש אחד ובכהן שני חדשים יקיים שמא תמצא פתח ש"מ דהחכם מצי מתיר ומזה נראה דגריס כגירסת הרא"ה דגם רישא מיירי בנודרת היא וגם נראה לכאורה סיוע לדברי הפרישה דדבריו צריכין ישוב לכאורה דהשתא דקיימינן דנדרה היא וקיים הוא על כרחך הזמן דנאמר במשנה הוא במפרש אבל לא בסתם דהא מסני סני לה ואי במפרש פתח מה עבידתא אנו אומרים בישראל לא תסבול צער הנדר רק חודש דאפשר בחזרה משא"כ בכהן דתסבול שני חדשים אמנם לדעת הפרישה ניחא דס"ל דשמואל דקאמר בין בסתם ובין במפרש אבבא דרישא בין לת"ק ובין לר' יהודה קאמר ואף דנדרה היא מ"מ בסתם תמתין ל' יום אולי תמצא פתח לנדרה דמסני סני לה לא אמרינן וראיית המרדכי נכונה.

אמנם נראה דכך הפירוש במרדכי דס"ל למרדכי כפירוש רש"י דאף דמוקמינן בנדרה היא היינו בתולה בתשמיש דתחתיו לא נזכר במשנה וא"כ מה מרווחת אלא דתלתה בתשמיש וכיון דנדר הנזכר במשנה איירי בתליה בתשמיש א"כ אף במפרש מיירי בהך גוונא דכי נחלק במשנה בלישנא דנדר בשני אופנים שונים ואי במפרש שלא תאכל פירות כל ימיה אמרינן בכהן תסבול שאי אפשר בחזרה אבל לא בישראל משום דאפשר בחזרה קשה הא גם בישראל אי אפשר בחזרה דהא אם תהיה מגורשת תיכף בו ביום ותאכל פירות א"כ יהיה הנאת תשמיש אסורה עליה ומי יתיר לה החכם אינו מיפר נדרים שנדרה תחת הבעל ויש ביד הבעל להפר לה והבעל אי אפשר לשאול על ההיקם להתיר

לה כמ"ש לעיל בקושיית הגמרא ותתקשט (ותאסור) [ותאסר] דהא כבר מגורשת היא וכי הבעל מפיר לאחר גירושין זהו כוונת המרדכי באמת. ולמה שכתבתי לעיל במרדכי צ"ל דלא ס"ל למרדכי הך סברא דיהיה הבעל נשאל על ההיקם וא"כ היה לו למרדכי להביא מקושיית הגמרא דפריך ותתקשט ותאסור דעל כרחך פירושו דהיא תמצא פתח ויתיר לה חכם וש"מ דהחכם מתיר נדר שהבעל היה יכול להפר ולא היפר אלא ודאי דס"ל כמ"ש דקושיית הגמרא יש לפרש על שאלת הקמה דבעל רק הוכחתו מהך דחזרה ובזה אפשר דלכך מביא ראיה בגירסת הרא"ה מרישא בישראל חודש אחד יקיים ולא מביא מסיפא מטעימת פירות יום אחד דשם יש לומר דכל הבבא לא מיירי בנודרת תחתיו וגם לא בתליא בתשמיש רק אמרה לא בעינא למיקם תחת בעל דמקיים לנדרי כמ"ש הר"ן ולכך מביא ראיה מרישא דסתמא לא מיירי בנודרת תחתיו ואי לא תלתה בתשמיש ואסרה הנייתו איך תקבל כתובה הימנו וש"מ דתלתה בתשמיש וא"כ ראיית המרדכי נכונה.

פרק יג

הלכה ח

המדיר את אשתו שלא תתקשט וכו'. הרמב"ם סתם פה באיזה אופן שהוא יכול לאסור על אשתו כל הני הנזכרים בזה הפרק ואי דתלה הנדר בתשמיש א"כ למה יוציא בנעילת מנעל לאחר מעת לעת ולא בעי ז' ימים כדי נדר דתשמיש וכן במדיר ללכת לבית אבל דיוציא תיכף ולמה לא ימתין לפחות ז' ימים ומדברי המ"מ נראה דפירש הא דכתב הרמב"ם או יתיר נדרו הרצון שימתין זמן שגבלו חכמים לכך והיינו בתולה בתשמיש ז' ימים ובתולה במזונות שלשים יום ומלבד הדוחק שבפירוש הזה דא"כ לא הוי ליה למימר יתיר נדרו אם הכונה במלת יתיר נדרו להמתין זמן שיעור התרת נדר שגבלו חכמים אף גם דקשה אי לזאת נתכון הרמב"ם למה לא נאמר ג"כ גבי המדיר את אשתו שלא תלך לבית אביה חודש אחד יקיים שנים יוציא או יתיר נדרו דהא נוסף על זמן חודש ושתים צריך להמתין ז' ימים בתולה בתשמיש לכל הפחות והב"ח תירץ דמיירי בתלהו בשאילת כלים דזה בידו לאסור עליה ואין בו זמן ודבריו נכונים בעצמן רק דמלבד דקשיא קושיית הבית שמואל סימן ע"ד ס"ק י"א דמ"מ במרחץ או מנעל בכרכים אם נדר יותר על ג' ימים למה יוציא לאלתר ימתין ג' ימים או בכפרים מעת לעת דהא זהו זמן דאפשר למיקם וקאי אף גם דקשה א"כ לעיל בפרק י"ב הלכה כ"ד בהנודר שלא תטעום מכל מיני פירות נתן הרמב"ם זמן ל' יום והיינו דמיירי דתלה במזונות כמ"ש המ"מ ולמה לא מוקי ליה

ג"כ דתלה בשאילת כלים וגם זה יוציא מיד ולמה לא נקיט הרמב"ם בפירות הדין השנוי במשנה דקתני יוציא מיד כמו באינך והיינו דתלהו בשאילת כלים כנ"ל.

ולכן היותר נראה בכונת הרמב"ם דס"ל לרמב"ם דודאי הגמרא דפריך ותתקשט ותאסור וכו' ידע נמי הך משנה דלקמן שלא תלך לבית אביה או לבית אבל דעל כרחך כל הני נמי מיירי בתולה בתשמיש דאל"כ היכי מצי לאסור ותקשי נמי ותלך ותאסור ולמה יוציא מיד אלא דזה ידע הגמרא כיון דהוא יודע דצער גדול לה לסבול מבלי לילך לבית אביה או לבית אבל ועל כרחו תלך ותהא אסורה עליו והוא שתק ש"מ דסני לה ואינה מבקשת פתח אבל בנדרה ממניעות קישוט בתליה בתשמיש כיון דהשתא קיימינן אליבא דרבי יוסי דס"ל דאינו עינוי נפש רק דלכך מתקשטת דלא תקרא מנוולת וא"כ בזו סלקא דעתך דבעל דיותר נח לה להקרא בפי אחרים מנוולת משתאסר עצמה לבעלה ולכך שתק כי על זה אינו מקפיד אם תהיה (נקרא) [נקראת] כך ומ"מ לא סני לה והתרצן השיב דאעפ"כ סני לה כיון דידע הוא דעכ"פ תתקשט מבלי להיות נקראת מנוולת וא"כ יהיה התשמיש אסור עליה ולולי דסני לה היה מפיר וס"ל לרמב"ם דזה דוקא בהך דקישוט אבל בנודרת אחד מן הפירות אפילו מאכל רע והוא שמע ושתק איך יעלה על הדעת דסני לה וכי השומע מאשתו שנדרה מן שקדים המרים וקיים לה יהיה סני לה אף דאם היא מקפדת על כך ביד בי"ד לכופו לגרשנה מבלי צער מ"מ אין לה ראיה מכרחת שיתיאש מן התרה לנדרה הואיל ושמע נדר כזה וקיים לה ולכך ס"ל לרמב"ם דמשנה מיירי בנודרת תחתיו וא"כ יש לומר דנודרת מכל מיני פירות כמ"ש מהרש"א בנודרת תחתיו יש אפשרות דנדרה מכל הפירות ובזו שפיר סני לה דודאי לא תסבול להיות פרושה מכל מיני פירות ותאכל ותאסור בתשמיש ומ"מ קיים לה.

אמנם הרמב"ם דהעתיק הדין אפילו בנודרת לעולם כמ"ש לעיל ולכך העתיק הדין כמו ששנוי בתוספתא אפילו מין אחד מכל המינים אי אפשר לה כמ"ש התוספתא ואפילו מין רע ובזו ס"ל לרמב"ם דליכא למימר דסני לה כמ"ש לעיל ולכך ליכא למימר בנדרה היא דיוציא מיד ולכך נתן זמן בנדרה היא כפי תליית הנדר בו בתליא במזונות ל' יום וממילא נשמע בתליא בתשמיש ז' ימים אמנם בכל הפרק הזה מיירי הכל בנדרה היא ותלתה בתשמיש וקיים לה הוא וכיון דסני לה אינו צריך זמן להתרה שגבלו חכמים דמתייאשת מן התרה ולכך כתב סתם הזמן המבואר במשנה ומיירי הכל בנדרה היא וקיים לה הוא.

הלכה י

הדירה שלא תשאל ולא תשאיל מכלי הבית וכו'. עיין במ"מ שכתב דמיירי דתלה נדרו במזונות או בתשמיש והתוס' פירשו דאסר כליו בקונם על שכניו וכן כתב הטור והשו"ע והא דלא מוקמינן המשנה המדיר את אשתו מלהנות לו דמיירי דתלה בשאילת כלים ולא הוי קשיא לן והא משועבד לה לדעת התוס' דאין תשמיש בכלל להנות לו וכן הא דפריך לשמואל מהך דהמדיר את אשתו שלא תאכל פירות וסלקא דעתך דתלה בתשמיש ולא דנדרה היא וקיים לה הוא ולא משני דתלהו בשאילת כלים כבר כתבתי לעיל דדוחק הוא דהמשנה יהיה סותם ויהיה סומך אדין דלא נזכר כלל במשנה רק ברייתא ומימרא היא והוי תלי תניא בדלא תניא ועוד אפשר לומר דיש לדייק מה בכך שאוסר כליו על שכיניו בקונם הלא יש תקנה שימכור כלים אלו ויקח חדשים ואלו חדשים אינן אסורים דאין אדם אוסר דבר שלא היה ברשותו ואפילו בחלופי כלים אלו אבעיא הוא במסכת נדרים דף מ"ז ע"א אי אסורים ומכ"ש בקונה כלים חדשים ודאי דאינם אסורים וא"כ כפיית גט למה והא אין צריך פתח לנדרו ויכול לקיים בקנין כלים חדשים תמורת כלים הללו וצ"ל הואיל דלשאילת כלים אין זמן ואפילו נאסרה ליום אחד כופין להוציא כמבואר בגמ' ובפוסקים וא"כ אי אפשר לתקנה זו דלקנות צריך זמן ובין כך ובין כך מה תהא עליה אבל במתניתין בהמדיר מלהנות לו דיש זמן ל' יום לפרנס והמדיר מקישוט דיש זמן לעשירות שלשים יום בין כך יוכל לקנות חדשים ואם כן יש תקנה לנדרו ולכך אי אפשר לומר בשאילת כלים כלל.

והנה בטור ובשו"ע מבואר דאם היא נדרה משאילת כלים ותלתה בתשמיש והוא שמע ולא הפיר לה יוציא ויתן כתובה ומכאן קשה לכאורה להש"ך ביו"ד סימן רל"ד ס"ק (פ"ד) [פ"ה] שכתב דדעת הטור כדעת הרבינו ירוחם דהיכא דתלתה נדרה בדבר שצריך מעשה ואינו מדברים שיש בו עינוי נפש או דברים שבינו לבינה אינו יכול להפר עד שיחול הנדר וא"כ איך יכול הבעל להפר תליה דתשמיש כיון דעדיין לא השאילה הכלים ועדיין לא חל הנדר דתשמיש וצריכן לדחוק ולומר דמיירי דכבר ביום שמעו השאילה הכלים וא"כ חל האיסור תשמיש והא דהוצרך ליתן טעם מפני שמשיאה שם רע בשכנותיה אף דהשתא חל איסור תשמיש גרידא היינו משום דהו"א דתצא שלא בכתובה דמי צוה לה שתשאיל עד שנאסר עליה התשמיש היה לה להזהר שלא תשאיל ולזה אמר דזה אי אפשר לה מפני שמשיאה שם רע בשכנותיה וא"כ היה לו להפר נדר תשמיש והוא נתן אצבע בין שיניה ודוחק הוא.

וכתב המ"מ אע"פ שבגמרא אמרו יוציא ויתן כתובה לא אמרו לאלתר אלא ללמד שעיקר

הנדר קשה לה וכו' והקשה הלח"מ א"כ בגמרא שהקשה לשמואל מהך דלא תאכל פירות לשני נמי דתלה במזונות ובאמת ימתין ל' יום ואם תלה בתשמיש ימתין ז' ימים ומ"ש יוציא ויתן כתובה לא הוצרך אלא ללמד שעיקר הנדר קשה לה ואינו נתלה בזמן כמ"ש המ"מ גבי שאילת כלים וגבי נדר שלא תלך לבית אביה או לבית אבל ואפשר לומר דס"ל למ"מ דודאי בדברי אמורא דאמר יוציא ויתן כתובה יש לפרש כן דסמך אמשנה וקיצר בענין רק בא להודיע שהנדר קשה לה אבל במשנה גופיה דנקט פרטי דינים אפשר דס"ל לגמרא לדוחק לומר כך או יש לומר דדוקא היכא דנקט סתם בלי הזכרת זמן כלל בזו י"ל כדברי המ"מ אבל גבי פירות דנקט רבי יהודה זמן בישראל יום אחד ובכהן ב' ימים וכן בקישוט נקט רבי יוסי בעשירות זמן ל' יום בזו ודאי דוחק הוא לומר שיש זמן יותר דאלו יש זמן יותר הוי ליה למימר ולפרוט והיותר נראה לומר דודאי הא דפריך לשמואל לאו מפירות לחוד פריך רק מכל הפרטים דתני במתניתין ובקישוט נאמר לרבי יוסי בעשירות שלשים יום ובעניות שלא נתן קצבה דמשמע דבעניות יוציא מיד ודעת שמואל גופיה הוא בנתן קצבה י"ב חודש יכולה למיקם בלי קישוט ואפ"ה לא אמר רבי יוסי בשלא נתן קצבה דימתין עכ"פ י"ב חודש וזה דקשיא לשמואל דאמר במודר הנאתו עליה אפילו בסתם ימתין ל' יום בתלה במזונות א"כ גבי קישוט נמי אפילו בסתם שלא נתן קצבה ימתין י"ב חודש אולי ימצא פתח לנדרו וזה עיקר קושיית הגמרא לשמואל.

ובהכי ניחא דברי רש"י דפירש בתירוץ הגמרא דנדרה איהי וקיים לה הוא דהיא לא תבקש פתח לנדרה עיי"ש והקשו התוס' דא"כ מה פריך לקמן ותתקשט (ותאסור) [ותאסר] ומלבד קושיית התוס' קשה נמי דבגמרא אמר לקמן הב"ע דתליא קישוטיה בתשמיש משמע דענין חדש הוא זה מה דלא נאמר קודם לזה ולפי פירוש רש"י כל הסוגיא מיירי מזה דתלהו בתשמיש וא"כ מה חידש לנו דתלהו בתשמיש ודקארי לה מה קארי ולפי מ"ש ניחא דגם דעת רש"י בסלקא דעתך דלא תלתה בתשמיש כיון דהוא גופיה עינוי נפש דנדרה מפירות אינה יכולה לסבול רק שלא תקשי מהך דקישוט בעניות שלא נתן קצבה למה לא תמתין י"ב חודש ולזה פירש רש"י דאם היא נדרה אינה מתחרטת למצוא פתח לנדרה ולכך לא הזכיר רש"י בלשונו כלל מענין תליה בתשמיש רק סתם אם נדרה היא דכונתו לתרץ הך דעניות שלא נתן קצבה והתוס' ג"כ לא הקשו לרש"י מהא דאמרינן הכא במאי עסקינן דתלהו בתשמיש רק קושיא אחרת דמה פריך ותתקשט ותאסור לשיטת רש"י הא כבר תרצנו דבנדרה היא לא שייך המתנה וע"ז יש לתרץ בכמה גוונא כמ"ש לעיל וכן דעת המ"מ.

והא דפריך לקמן ותתקשט ותאסור לב"ש וכו' ולא אמרינן דהאמת כן דימתין ז' ימים

לגוף הנדר והא דלא הוזכר במתניתין משום דבא רק לאשמעינן דעיקר הנדר קשה לה כמו דצריכין לומר לדעת המ"מ דהך יום ויומים דנקט רבי יהודה גבי אכילת פירות היינו מלבד ז' ימים לגוף הנדר כמ"ש המ"מ. ונראה דס"ל לגמרא דודאי ת"ק דנקט המדיר את אשתו שלא תתקשט וס"ל דקישוט הוא מעינוי נפש ודאי פירושו בלי תליא בתשמיש כי לאיזה צורך צריך תליא בתשמיש כיון שהוא נדר שיש בו עינוי נפש על כרחך פירושו הדרה מקישוט לבד ולרבי יוסי החולק שאין בו עינוי נפש פירושו דתליא בתשמיש ואין לתמוה דמלת המדיר את אשתו להתקשט יהיה נחלק בשני פירושים לת"ק בלי תליה בתשמיש ולר' יוסי בתליה י"ל דנקרא המדיר באופן שיש ביד הבעל להפיר ואם הוא לא הפיר א"כ הוא המדיר ולמר כדאית ליה ולמר כדאית ליה ולפי זה לת"ק דקתני יוציא על כרחך פירושו תיכף בלי המתנת ז' ימים משום דלא תליא בתשמיש כלל וא"כ רבי יוסי דעלה דת"ק קאי ואמר בעשירות שלשים יום ודאי שלשים יום לחוד קאמר דמה דקאמר ת"ק תיכף יוציא אמר איהו שלשים יום ואיך נפרש שלשים יום זולת ז' ימים לתשמיש מה דלא מבואר בדברי ת"ק ואם כונתו כך היה לו לומר ז' ימים להוציא מדעת תנא קמא דאמר סתם ושפיר פריך דמשמע דיותר משלשים יום מודה לתנא קמא דיוציא בלי שהיה יותר ולק"מ.

והנה הטור ס"ל דאם הדירה מקישוט ותלה בתשמיש אין לו רק זמן ז' ימים שהוא זמן תשמיש אע"ג דגוף הזמן מהנדר הוא יותר ונראה דס"ל הכי משום דקשיא ליה לטור קושיא זו דמה פריך בגמרא ותתקשט (ותאסור) [ותאסר] דלמא לא קחשיב רק זמן דתוכל לסבול העדר הקישוט וקאמר בעשירות שלשים יום וכו' אך לענין זמן מנדר תשמיש לא קמיירי והוא המובן ממילא כמ"ש המגיד משנה אלא ודאי דס"ל לגמרא דאם תלה בתשמיש אין נותנין זמן רק זמן דתשמיש שהוא ז' ימים והאחרונים לא נתנו טעם לדבר דלמה והיותר תמוה דהתוס' כתבו בפירוש בדף ע' ע"א בד"ה הכא נמי וכו' דאם תלה מזונות בתשמיש ימתין שלשים יום לנדר דמזונות ואח"כ ז' ימים לנדר דתשמיש ואלו לסברת הטור אין זמן רק ז' ימים והוא סותר דברי התוס' כמ"ש הבית שמואל סימן ע"ד ס"ק ב' וזה תמוה דיסתור הטור דברי התוס' ולא יזכור תחת לשונו כלל דברי התוס' כחולקין ואין זה דרכו של הטור ז"ל.

והיה נראה לומר דס"ל לטור דכל כמה דלא סיפק ביד הבעל למצוא התרה לנדרו אינו נותן ללב שימצא פתח ויעברו עליו כמה זמנים ולא ישגיח אמנם אם סיפק בידו למצוא התרה בזו יש לו זמן כפי מה שגבלו חכמים אולי יתחרט וימצא פתח ולכך בתולה בתשמיש על דרך משל שאמר קונם תשמישך אם תתקשט וא"כ כל זמן שלא קשטה

לא חל הנדר ואי אפשר להתיר נדרו דהא לא חל וא"כ אינו נותן ללב להתיר נדרו אמנם אחר שתתקשט אז חל הנדר ויכול להתירו אז יש לו זמן ז' ימים אולי ימצא פתח לנדרו אבל קודם לכן אין לומר דימצא פתח דכל זמן שאי אפשר להתיר אינו נותן לב למצוא פתח ובפרט דלא רמיא אנפשיה דהוא סובר דלמא לא תתקשט באמת ולא יחול הנדר ואי אפשר להתיר וא"כ אינו מטריח בכדי למצוא פתח וכו' האי אדרך רחוק דיחשוב אם תתקשט ותהא אסורה עלי אבקש פתח להתרה אבל עכשיו אינו מבקש ולכן ס"ל לטור בכל הדברים שתולה בתשמיש אין ליתן זמן שימצא פתח לנדרו כי ודאי לא ימצא רק אמרינן שתתקשט ואז הנדר חל ואז יש לומר שימצא פתח לנדרו להתיר ויש לו זמן ז' ימים וזה נראה לענ"ד ישר בסברא. ואפשר דלכך לא הביא הטור דהתוס' חולקין אזה דאפשר לומר דגם התוס' סוברים כן רק סוברים באוסר עליה מזונות ותלהו בתשמיש ודאי דיש ליתן זמן שלשים יום דגם בתוך שלשים יום יכול להתיר הנדר אם מצא פתח דהוא אומר קונם את נהנית ממני מזונות ואם תהיה נזונית ממני תהיה תשמישך אסור וא"כ אף דנדר ראשון אינו חל היינו מטעם דמשועבד לה אמנם אם מצא פתח התרה תוכל היא לומר הריני מוחלת שעבודי עליך וא"כ חל הנדר והרי יכול להפר וא"כ שפיר יש לומר דנותנין לו זמן ל' יום משא"כ בשאר נדרים שאין בידו כלל להדירה רק מחמת תליא בתשמיש בזו אין להתיר עד שיחול איסור תשמיש וא"כ שפיר יש לומר כל זמן דלא חל הנדר אינו נותן לב למצוא פתח אך זה קצת דוחק.

אמנם היותר נראה דס"ל לטור דכי אמרינן דימצא פתח לנדרו היינו במה שהוא בתוך הצער וסובל ג"כ צער אם רב או מעט בזו נותן לב להתיר נדרו אבל במה שהוא אינו סובל צער כלל רק היא לחודא בזה לא נפק"מ לבעל מידי ואינו מתיר נדרו כלל ואין משגיח בה כלל ומה נפק"מ לו בה בסבילת הצער עד שיתיר נדרו והגירסא ישנה היא כך בגמרא בהא קאמר שמואל דאיכא צערא דתרווייהו ורש"י דמחקו ס"ל דגם בהדרת מזונות איכא צערא דתרווייהו דהא מוכרח להעמיד פרנס ולומר כל הזן וכו' ואי אפשר לו למזוג לה כוס של צונן אף שדר עמה וכי יש צער גדול מזה וא"כ איך קאמר דקמ"ל שמואל גם במזונות דליכא צערא דתרווייהו. ועיין בתוס' דגרסי להך גירסא וכן הרא"ה ז"ל וס"ל דהכי קאמר דקמ"ל שמואל דגם במזונות איכא צערא דתרווייהו וכן ס"ל להטור דלא אמר שמואל דשמא ימצא פתח לנדרו אלא היכא דאיכא צערא דתרווייהו רק דהו"א במזונות ליכא צערא דתרווייהו קמ"ל דגם בהא איכא אבל במקום דלא רמיא שום טורח והעדר דבר לבעל אף שמואל מודה לרב כמו בס"ד דגמרא ופלוגתא רחוקה לא עבדינן וא"כ האומר לאשתו אם תתקשט קונם הנאת תשמישך עלי למה תמתין שלשים יום אולי

יתחרט הלא אין לו צער כלל כי מה נפק"מ לו בהעדר קישוטין וא"כ לא יתחרט ובהא לא אמר שמואל רק תתקשט ותהיה תשמישה אסור עליו ואז יש לו צער ויהיה תקוה שיתחרט ונותנין לו זמן ז' ימים ונכונים דברי הטור משא"כ במזונות אם תולה בתשמיש בזו נותנין לו זמן שלשים יום למזונות ועוד שבעה ימים לנדר דתשמיש דבמזונות יש לו ג"כ צער וטורח כמסקנא דגמרא ותמיד יש להוחיל אולי ימצא פתח ולכך כתבו התוס' דיש להמתין ל"ז ימים ואין זה סותר לדברי הטור כלל.

ובזה יובנו דברי רש"י דכתב בתירוץ הגמרא דנדרה היא וקיים לה הוא דאינה מבקשת פתח והיינו כמ"ש לעיל דרש"י בא לתרץ הך דבעניות שלא נתן קצבה למה לא תמתין י"ב חודש לזה קאמר רש"י דאם היא נדרה אינה מתחרטת ולא תקשי עדיין אולי ישאל הוא על ההיקם דכאן מיירי דלא תלתה בתשמיש כמ"ש התוס' וא"כ מה לו לשאול על נדרו דמה נפק"מ לו בה הלא אין לו צער כלל אבל לקמן דמשני דתלתה בתשמיש פריך שפיר ותתקשט (ותאסור) [ותאסר] וכו' ואף דהיא לא תשאול דלמא הוא ישאול על ההיקם דהא יש לו צער בהעדר תשמיש ומשני מסני סני לה כמ"ש התוס' ואין לחוש דישאל על ההיקם ודברי רש"י נכונים. וגם לא קשיא כהנ"ל אולי שלשים יום דנתן רבי יוסי לעשירה הוא מלבד ז' ימים דמלבד בעניות שלא נתן קצבה קשיא אף גם דאין להמתין בסתם שלשים יום כיון דעיקר הנדר בתלית תשמיש ותלית תשמיש הוא רק המתנת ז' ימים וקודם חלות נדר התשמיש אין מקום למצוא פתח ואי המשנה מיירי במפרש ולא בסתם קשה דהוי ליה למימר בסתם דיש לו זמן ז' ימים עכ"פ ולזה מתרץ בגמרא דבסתם אין לו זמן כלל דמסני סני לה ואתי שפיר דברי הטור ואין כאן סתירה מדברי התוס' כלל זולת מה שכתבו התוס' בד"ה בעניות שלא נתן קצבה ועל כרחך לשמואל בנדרה היא דאי בהדירה הוא הא קאמר שמואל ימתין עד שימצא פתח לנדרו עכ"ל.

וכמה שיעור המתנה נחלקו האחרונים בפירושו החלקת מחוקק סובר י"ב חדשים כשיעור הקצבה לעניות ודעת הבית שמואל משמע רק ז' ימים אמנם לפענ"ד נראה דאין דעת התוס' בזה על עניות כלל דאי דעת התוס' דהא בעניות שלא נתן קצבה פירוש דאין צריך להמתין י"ב חודש א"כ קשה השתא דמשני דנדרה היא וקיים לה הוא למה לא תמתין י"ב חודש ולשיטת התוס' עדיין לא יתיישב דהא אהא דפירש רש"י דאין חוששין דתבקש פתח בנדרה היא השיגו התוס' וכתבו דהשתא לא סלקא דעתא דמסני סני לה רק דלכך תצא דאי אפשר לה להמתין אפילו יום אחד במניעות אכילת פירות ומה יאמרו התוס' בקישוט לעניות דאפשר לה לסבול י"ב חודש ולמה תצא תיכף אלא ודאי דהתוס' מפרשי בעניות שלא נתן קצבה אז תצא לאחר זמן הקצוב דהיינו לאחר י"ב חודש והואיל

והוא זמן ארוך קראהו חכמי משנה דבר שאין לו גבול לרב אריכתו וכונת התוס' על עשירה דניתן לה זמן שלשים יום בזה קשה אם הדירה הוא ותלהו בתשמיש יש לה זמן ל"ז ימים ל' יום למניעות קישוט ושבעה ימים להעדר תשמיש והגמרא ותוס' תחילת דברי רבי יוסי נקטו וזהו דסותר דברי הטור ואין זה תימה כל כך על הטור דכיון דיש לפרש בתוס' כדעת הטור דס"ל לגמרא דשמואל אכולי מתניתין קאמר בנדר הוא ובאמת מהיכי תיתי לחלק במשנה דרישא יהיה בין בסתם ובין במפרש וסיפא יהיה במפרש לחוד אלא ודאי מיירי בחד גוונא דהדירה הוא וא"כ קשיא איפכא אם הוא נודר ואוסרה מקישוט בתלית תשמיש למה תמתין שלשים יום אפילו בסתם הא לא ימצא פתח לנדרו רק תתקשט ויהיה זמן רק ז' ימים וזהו כונת התוס' הא קאמר שמואל ימתין עד שימצא פתח לנדרו הרי דתליא במציאות פתח וכל כמה דלא נאסר בתשמיש אין כאן פתח ולמה תוחיל ל' יום. ובאמת זה דוחק בפירוש התוס' ומ"מ די בזה דדברי התוס' ודברי רבי יוסי המפורשים לעיל אינם סותרים לדברי הטור ואפשר שבכתב לא היה לו להטור דברי התוס' הללו ואיידי דדברי התוס' בד"ה ובעניות זוטרין מירכסן ליה ועוד דנוסחאות תוס' שונים היה להם לרבותינו הקדמונים כנודע.

ועוד נראה ראיה להטור כיון להס"ד בגמרא דלא ידע מסברת דמסני סני לה וא"כ הא דתנן שלא תלך לבית אבל או לבית משתה יוציא מיד קשה בין שנדר הוא ותלה בתשמיש ובין שנדרה היא נמתין עד שיהיה אבל או משתה והנודר קודם שיש משתה בעיר למה יוציא מיד דלמא בין כך ימצא פתח לנדרו ולמה יוציא מיד וכי בכל יום יש אבל ומשתה בעיר אלא ודאי הוא הדבר דודאי לשמואל על כרחך מיירי בנדרה היא והיא אינה מבקשת פתח כמ"ש רש"י והוא לא ישאל על ההיקם כיון דלית ליה צער אמנם להא דמשני דתלה לקישוט בתשמיש שפיר פריך דלמא ישאל הוא על ההיקם וכו' כמ"ש לעיל ודברי הטור ברורים.

הלכה יג

המדיר את אשתו שלא תלך לבית אבל וכו'. המ"מ כתב על שלא תלך לבית אבל או לבית אביה דיש מי שפירש דמיירי בנדרה היא ותלתה בתשמיש ושמע הבעל ולא הפיר לה עיי"ש וכן הדברים בטור ובשו"ע סי' ע"ד ולכאורה יש מזו ראיה שאין אלו הליכות לבית אבל ובית אביה נדרי עינוי נפש דאל"כ למה הצריך תליא בתשמיש וכן מדייק הש"ך ביו"ד סימן רל"ה מדברי הטור וזהו על כרחך במפרש לבית אביה רגל אחד דהיכא דנדרה היא מודה שמואל בסתם דמסני סני לה ולפי זה מוכח מכאן דלא כש"ך דכתב ביו"ד סימן רל"ד דדעת הטור כרבינו ירוחם דאם תלתה נדרה במעשה [כגון] קונם יין

אם אלך למקום פלוני אין הבעל מיפר עד שתלך א"כ כאן באומרת אם אלך בחג הפסח שהוא רגל ראשון לנדרה לבית אביה קונם תשמישך עלי אימת יפר הבעל קודם הפסח אי אפשר דעדיין לא חל הנדר ואי הלכה בפסח למה יקיים הרי אסורה עליו בתשמיש ואם לא ימצא תוך ז' ימים פתח תצא ואי לא הלכה פשיטא דיקיים ומה קמ"ל הא קיימה נדרה ולא הלכה ומהיכי תיתי יוציא ועל רמ"א יש לתמוה דביו"ד הביא דעת רבינו ירוחם וכאן בשו"ע אה"ע סימן ע"ד סעיף ד' וה' לא הגיה כלום על דין זה נדרה היא שלא תלך לבית אביה או לבית אבל וכו' ודוחק לומר כמ"ש לעיל דהיא נדרה מתשמיש ושמע בעלה והפיר לה על תנאי שלא תלך לבית אביה או לבית אבל ובזו מחלקינן אם התנה על רגל אחד או סתם בזו יקיים ובזו יוציא דודאי זהו דלא כדעת התוס' ולא הוי ליה לשו"ע לסתום דא"כ לדעת התוס' אסורה בתשמיש תיכף דבתנאי יש לחוש אולי תעבור ולא תקיים תנאו ותלך ועוד דלישנא דשולחן ערוך לא משמע כן וצריך עיון.

והנה לדעה זו דהליכה לבית אבל ולבית אביה אינו מנדרי עינוי נפש א"כ להס"ד דפריך ותתקשט (ותאסור) [ותאסר] וקאמר הניחא למ"ד דברים שבינו לבינה בעל מיפר ועדיין מי ניחא דלקמן דקתני שלא תלך לבית אביה במה מוקי לה ואי בתולה בתשמיש תלך ותאסור ז' ימים ולמה הליכות לבית האבל או לבית המשתה תיכף אסור או לבית אביה לאחר הרגל תהיה לה ז' ימים ולדעת הטור יש לה זמן רק ז' ימים כמ"ש לעיל ולפי מש"כ לעיל בדעת המ"מ ניחא די"ל באמת רגל אחד מלבד שבעה ימים המבוארים והמוגבלים לתשמיש וכן לדעת הטור לקמן מיירי במפרש ולא בסתם דבסתם אין לה רק ז' ימים אמנם במפרש רגל אחד יקיים אותה והיא תקיים נדרה דרגל אחד מצית למיקם ועל זה לא אמר שמואל אפילו בסתם ועל כרחך מיירי במפרש דבמסקנא על כרחך צריכין אנו לומר דמיירי במפרש דהא מסני סני לה ואם כן אף להס"ד אמרינן כן אבל בקישוט הכי פריך דלת"ק דס"ל דקישוט הוא עינוי נפש וא"כ אינו צריך לגבילות זמן לתשמיש וא"כ אף רבי יוסי דנתן זמן לעשירות ל' יום ויותר מכאן יוציא כונתו כת"ק וליכא למימר ז' ימים מלבד השלשים וגם ליכא למימר דמיירי רק במפרש כיון דלת"ק על כרחך מיירי בין בסתם ובין במפרש א"כ רבי יוסי דחולק נמי מיירי בין בסתם ובין במפרש דר' יוסי על מילתא דתנא קמא קאי וקשה שפיר וזה דוחק.

והיותר נראה דהנה התוס' דף ע"א בד"ה כגון דתלנהו וכו' הקשו דאמאי לא קאמר דתלנהו באיסור פירות שבעולם ולא יוכל להקשות ותתקשט (ותאסור) [ותאסר] אי לבית שמאי וכו' ותירצו משום דאכתי הוה קשה ליה ותתקשט ותאסור לרבי יהודה יום אחד עכ"ל ולכאורה יש להקשות דעדיין תקשי דלמא הא דהמדיר שלא תתקשט ת"ק ורבי

יוסי לא ס"ל כרבי יהודה בהדרת פירות יום אחד וצ"ל דס"ל להתוס' דא"כ הוי ליה לתנא למתני בחדא בבא המדיר את אשתו שלא תטעום פירות ושלא תתקשט יוציא ר' יהודה אומר יום אחד יקיים ור' יוסי אומר בקישוט בעניות וכו' ומדלא תני עליה פלוגתא דר' יוסי ש"מ דמודה רבי יוסי בהא אבל הך מתניתין דלקמן בהדרת הליכות לבית אביה או לבית אבל ומשתה י"ל דתלהו בקישוט ות"ק היא דיוציא מיד ולא קשה ותלך ותאסור דאין זמן לקישוט לת"ק והא לא קשה דלתני רבי יוסי גם בהא בעניות ובעשירות דלרבי יוסי אין כאן נדר כלל שיכול הבעל להפר דקישוט גופיה לולי דתליא בתשמיש לא מצי הבעל להפר לר' יוסי א"כ לר' יוסי בהך דלקמן אין כאן נדר כלל.

אמנם היותר נראה דס"ל לטור דהליכת לבית אביה ובית אבל ובית משתה הוי נדרי עינוי נפש כמ"ש השו"ע ביו"ד סימן רל"ד בשם רבינו ירוחם והא דפסק כאן וכתב דתלתה נדרה בתשמיש משום דלא ס"ל דמיירי דנדרה תחתיו וגם לא ס"ל סברת הר"ן דלא בעינא גברא דמקיים לנדרי דבשביל זה נכוף אותו להוציא וקשיא ליה קושיית התוס' דא"כ מה מרווחת בגט ולכך מפרש דתלתה בתשמיש ולכך יוציא דאז תלך ותאסור באמת תשמישו עליה כיון דמגורשת היא ממנו ופשוט הוא.

אך לפי זה דהליכה לבית אבל ובית משתה הוא מדברים שיש בו עינוי נפש למה לא מוקי הגמרא כך לרבי יוסי בקישוט דתלהו בהליכת לבית אבל ולא תקשי ותתקשט (ותאסור) [ותאסר] דלהליכת לבית אבל אין זמן ודוחק לומר דלא משמע ליה דנדרה תחתיו רק לעולם וא"כ קשיא קושיית התוס' מה מרווחת בגט כמ"ש לעיל בטור דהא בגמרא אמרינן הכא במאי עסקינן דתלהו בתשמיש משמע דסלקא דעתא דמיירי בלא תלית תשמיש ותקשי ליה מה מרווחת ועל כרחך צ"ל דמיירי בנדרה תחתיו או כסברת הר"ן לא בעינא גברא דמקיים לנדרי א"כ אף באמת לימא הכי ולוקי בתלהו בהליכת לבית אבל או לבית משתה ואפשר לומר דודאי המדיר שלא תתקשט אם לרבי יוסי הפירוש דתלהו בתשמיש אף לת"ק הפירוש כן דאין לחלק ולומר במלת המדיר שני פירושים וכן מוכח בתוס' דתירצו דלכך לא קאמר דתלהו בפירות משום רבי יהודה דנותן יום אחד וקשה הא רבי יוסי לא ס"ל כרבי יהודה דהא לא פליג באכילת פירות את"ק ורבי יהודה ס"ל כת"ק דקישוט הוי עינוי נפש ואין צריך לתליה כלל וא"כ מה יחלוק ר' יוסי בסיפא אלא ודאי דס"ל להתוס' דודאי בפי' מלת המדיר לא יחלוקו רבי יוסי ות"ק ואם לרבי יוסי הפירוש דתליא הקישוט באכילת פירות אף לת"ק הכי הוי וא"כ הוי ליה לרבי יהודה לפלוג נמי בסיפא והשתא דאמרינן דמיירי בתליא בתשמיש לרבי יוסי אף לת"ק מיירי בהכי וא"כ קשה באמת לאיזה צורך יש לת"ק לומר דתלהו

בדבר אחר כיון דקישוט גופיה הוי בכלל עינוי נפש לת"ק (וכה"ג כתבתי לעיל דדקדקו האחרונים הש"ך והט"ז והבית שמואל בדברי הטור עיי"ש) ולכך קאמר בגמרא דתלהו בתשמיש וא"כ רבותא קמ"ל דאפילו תלהו בתשמיש והו"א דתתקשט ותאסור ז' ימים לבית הלל קמ"ל דמסני סני ליה ויוציא מיד ואין להמתין זמן כלל משא"כ אי מיירי בתלהו בהליכת לבית אבל לא הוי אשמעינן רבותא לת"ק במה דתלהו בדבר אחר (ובזו י"ל לטור ג"כ דנקט בהליכת לבית אבל ולבית אביה בתלתה בתשמיש להודיענו רבותא זו כמו דאמרינן בגמרא בקישוט).

ואפשר דגם דעת התוס' מסכימים לכך והא דהקשו דלוקמי בתלהו באכילת פירות היינו משום דבלא"ה יש לדקדק בדבריהם במה שכתבו ונראה לרשב"א דא"כ לרבי יהודה ימתין יום אחד דלשון נראה לרשב"א מורה כאילו חידש הרשב"א איזה סברא וקשה הלא משנה שלימה היא אלא נראה דס"ל לתוס' דהא דפליג רבי יהודה ואומר דימתין יום אחד דוקא בהדרת מין אחד מן הפירות אבל בהדרת כל הפירות מודה רבי יהודה דיוציא מיד והתוס' כתבו דף ע"א בד"ה שלא תטעום וכו' דאף באומר קונם כל פירות לא חל נדרו מ"מ בתולה בהן נדרו חל הנדר כהך עובדא דשרקא טינא בשלהי נדרים דלא כר"ת רק כשיטת ר"י הובא בהגהת הרא"ש (ולר"ת צ"ל דהיה לו גירסא אחרת בגמרא) וא"כ קושיית התוס' שפיר לימא דתלהו נדרו באכילת כל הפירות ובזו ס"ל לתוס' בקושייתו דרבי יהודה מודה דיוציא מיד ואין כאן מחלוקת ולא קשה נמי מה רבותא אשמעינן לת"ק דתלה הקישוט בזה כיון דקישוט גופיה הוי עינוי נפש דטובא קמ"ל דאף דגוף הנדר לא חל מ"מ יכול לתלות בו ודלא כר"ת ולזה תירצו התוס' ונראה לרשב"א דסתמא נאמר במשנה יום אחד ואין חילוק לרבי יהודה בין מין אחד לכל הפירות וס"ל לר' יהודה דיום אחד מצית למיקם וליתב בתענית וא"כ הא איכא רבי יהודה דחולק וזהו לע"ד ברור בכונת התוס' וזה דייקו בלשונם בקושייתם באיסור פירות שבעולם והיינו כל מיני פירות וברור הוא.

הלכה יז

איש שהיה מארץ מן הארצות וכו'. עיין במ"מ שכתב שנמשך רבינו וכן הרי"ף ז"ל אחר דברי התוספתא והעלימו עין מהירושלמי דשם נאמר בהיפך כמו שהאריכו המרדכי והרא"ש ותמוה איך יפרש הירושלמי לשיטתם ולא היה להם להניח דברי ירושלמי במקום שאין תלמוד בבלי סותר ולתפוס דברי התוספתא ואולי לא מתנייה בי רבי חייא ורבי אושעיא ואפשר לומר דהם פירשו בירושלמי כך במתניתין קתני שלש ארצות לנשואין ואין מוציאין מארץ לארץ ועל זה קאמר במה דברים אמורים שהיה ביהודה

ונשא בגליל ואין כונתו בזה דאם הוא מיהודה ונשא בגליל דאין מוציאין אותה מגליל ליהודה דבזה ודאי מוציאין אותה כדעת הרמב"ם דעל דעת כן כונסה רק דעת הירושלמי בזה דאם הוא ביהודה ונשאה במקומה בגליל והוא רוצה להוציאה לעבר הירדן אין מוציאין אותה דתוכל לעכב על ידו באמרה כי נתרצית לזוז ממקומי שהוא הגליל זה דוקא לילך עמך לארץ מולדתיך ליהודה אבל ללכת לארץ נכר לא ארץ מולדתי ומולדתיך על זה לא נתרציתי לעזוב ארצי ואין כופין אותה אבל אם הוא והיא מיהודה ויושבין בגליל יכול להוציאה מגליל לעבר הירדן דמאי שנא האי ארץ מהאי ארץ ולמה לא יוציא מעיר לעיר ומכרך לכרך כיון שאין רצונה לשוב למולדתה לארץ יהודה רק רצונה לשבת בגליל וחדא היא עם עבר הירדן ודברים אלו אם לא בפירוש נאמרו מ"מ מכללא נאמרו בדברי הרמב"ם דכתב מי שהיה בארץ מן הארצות ונשא אשה בארץ אחרת כופין אותה ויוצאת עמו לארצו הרי דוקא לארצו דכופין אבל לילך מאותה מדינה למדינה אחרת אין כופין ובסיפא כתב אבל הנושא אשה באחד מארצות והוא מאנשי ארץ אינו יכול להוציאה לארץ אחרת הרי דוקא כשהוא מאנשי אותו ארץ אינו יכול להוציאה לארץ אחרת אבל כשאינו מאנשי אותו ארץ שהיא יושבת בגליל ושניהם מיהודה יכול להוציאה לעבר הירדן וזה לענ"ד ברור בדברי הרמב"ם.

והטור בסימן ע"ה העתיק מתחילה דברי הרמב"ם כסתמן דאם נשא אשה מארץ אחרת דכופין אותה לשוב לארצו ואח"כ כתב וז"ל וכתב מהר"ם מרוטנבורג אם הוא מיהודה וקידשה בגליל אפילו לא נשאה בגליל אלא בעבר הירדן מ"מ כופין אותה לשוב לארצו והאחרונים מחקו מלת אפילו וכתבו תמורתו אם וזהו באמת דעת מהר"ם דדוקא קידש דהוא על ידי שליח משא"כ בנשא דהוא דוקא על ידי עצמו או בקידש ע"י עצמו אינו יכול להוציאה לארצו וא"כ לא שייך לשון אפילו וזהו באמת נכון בשיטת מהר"ם איברא דא"כ קושיית רמ"א בדרכי משה שם נצבה וגם קמה דאיך כתב הטור וכתב מהר"ם כאלו אינו חולק אמה שכתב לעיל מזה והוא באמת חולק דלעיל כתב דעת הרמב"ם אפילו נשא בארץ אחרת מחוייבת לשוב לארצו. ולכן נראה דהטור לא ס"ל כדעת מהר"ם בזה לחלק בין אירוסין לנשואין ונמשך אחרי הרי"ף והרמב"ם בזה רק העתיק מדברי מהר"ם מה דיש ללמוד מדבריו לדינא והוא דהו"א דהא דאמרינן דאם הוא מיהודה ונשאה בגליל דצריכה לילך אחריו ליהודה דסתמא דהנושא אשה אדעת כך נושאה לשוב לארצו והא דהיה לו נשואין עמה בגליל ולא לקחה ביהודה אין כאן ראיה וגילוי דעת דדעתו לעזוב ארצו דכך היא חיבתו של אשתו שנושאה בארץ מולדתה ומשפחתה ואח"כ כשתהיה עם בעלה בטוב וריעות וסמכה דעתה עליו תלך עמו לארצו משא"כ אם יש לה נשואין

במדינה אחרת לא במקום מולדתה כלל וא"כ בזו יש לומר דאם רצונו היה לקבוע מושבו בארצו למה היה לו נשואין בארץ אחרת ולא לקחה לארצו הנשואין שמה אלא ודאי דדעתו היה אז מבלי לקבוע דירה כלל בארצו כי אם לעזוב אותו ולכך לא לקחה בארצו לנשואין שאולי יטב מושב הארץ בעיני האשה ולא תאבה ללכת אחריו קמ"ל דזה לא אמרינן דאולי איזה טעם היה לו שעשה נשואין במקום אחר אבל מ"מ לא עזב ארצו ואדעתא דהכי כונסה ודברים אלו נכונים ופשוטים לדעתי וסברא זו למד הטור מדברי מהר"ם ז"ל דאין נפק"מ במקום נשואין.

ודע דהך דינא דנאמר במרדכי והרא"ש בשם מהר"ם דדוקא אירס אבל נשאה אינו יכול לכוף אותה לא משמע כן בתשובות מיימונית סימן כ"ח רק דלבסוף חזר בו מהר"ם ופירש דהכל תלוי בעת קידושין רק העיקר אם היה בעצמו או ע"י שלוחו ותימה למה השמיטוהו הפוסקים ולא זכרו כלל והוא בתראה.

פרק יד

הלכה א

עונה וכו'. ולא הזכיר רבינו שיהיו הטיילין שעונתן בכל יום פטורים ממסים כי סבר מה שאמרו בגמרא דכתובות דף ס"ב ע"ב כגון רב שמואל בר שילת דלא חליף פריסתקא דמלכא אבביה כמו שפירש רש"י שאין עין המלך עליו שלא היה נחשב לעשיר כלל והוא בכלל הרכים והענוגים ואף דרב שמואל בר שילת ודאי היה פטור ממס דת"ח פטור ממס הא דאמר בגמרא כגון רב שמואל בר שילת לאו דוקא רק דוגמא נקט ואינו מיירי מת"ח כלל דבלא"ה צריכין לומר כן דת"ח אע"פ שאינו נותן מס מ"מ התורה מתיש כחו ועונתו רק מערב שבת לערב שבת כמ"ש הבית שמואל סימן ע"ו ס"ק א' ולכך הוצרך רש"י לומר שאינו מפורסם לעושר גדול ובטור פירש דיהיה דוקא פטור ממס דס"ל דמה בכך דאינו עשיר מ"מ חליף פריסתקא דמלכא עליו אלא ודאי מיירי באופן דפטור ממס כגון דפטרוהו המלך מ"מ אלו היה עשיר היה המלך מעליל עליו ואין הטור חולק ארש"י כלל ובדברי ב"ש שם יש חילוף בין רמב"ם לטור עיי"ש.

תלמידי חכמים עונתן פעם אחת בשבת. וכתב הר"ן דהא דלא הוזכר במשנה עונת תלמידי חכמים שהוא פעם אחת בשבת היינו משום דזה דוקא כשאין מתחדש להם בלימודם דבר ולפי שידוע שאין זה מצוי להם תמיד לא נשנית עונה שלהם במשנתינו עכ"ל וצריך לומר דמ"מ מצוה איכא לקיים מליל שבת ללילל שבת אף דחיובא ליכא מהא דאמרינן שם דף ס"ב ע"ב אמר רבי ינאי כופו מטתו שאלמלא יהודה קיים לא ביטל

עונתו ומנא ליה להוכיח דלמא נתחדש לו דבר בלימודו ותורתינו הוא מעיין הנובע ואין בית המדרש בלא חידוש אלא ודאי דמ"מ מצוה איכא ובטוח היה בצדקתו שלא יעבור מצוה אפילו דליכא חובה.

הלכה ב

יש לאשה לעכב על בעלה וכו' ולא יצא אלא ברשותה. בגמרא דף ס"ב אמרינן ברשות כמה כמה דבעי והדר אמרינן התם אורחא דמלתא כמה רב אמר חודש כאן וחודש בבית ורבי יוחנן אמר חודש כאן ושנים בבית והרא"ש והטור סימן ע"ו הביאו דעת האמוראים ורבינו השמיטו נראה דס"ל דהשאלה בגמרא בתלמידים דבפועלים ושאר אומנים לא תפול השאלה ברשות כמה מפני שהוא כפי צרכו במחייתו ועסק משא ומתן שלו כפי הצורך לו לא יחסור ולא יעדיף רק שאלת הגמרא הוא על התלמידים היוצאים לתורה כמה ולכך אמרו שם דבנין בית המקדש היה להם הרווחה וזו ליכא הרווחה וכל זה לדברי המשנה דאין יוצאין אלא ברשות אבל לפי מה דפסק הרמב"ם כחכמים דיוצאין ללמוד אפילו ב' וג' שנים שלא ברשות אין מקום לאבעיא זו ולכך השמיטו הרמב"ם.

ותלמידי חכמים יוצאין לתלמוד תורה שלא ברשות וכו'. כתב הטור בסימן ע"ו וז"ל כתב הראב"ד דכל מי שתורתו אומנתו יכול לילך בכל מה שתתן לו רשות ולא ידעתי למה כתבו בשם הראב"ד הלא הוא גמרא ערוכה שם בכמה עובדא בתנאי ואמוראי שהיו הולכין ברשות אפילו י"ב שנה ואפשר דעיקר בא לאשמעינן לשלול ההיפך דדוקא בתורתו אומנתו יש לילך ברשות כמה דבעי כאותן שהוזכרו בש"ס שהיה תורתן אומנתן אבל במי שאין תורתו אומנתו אין לו לעגן את אשתו אפילו ברשות אך רמ"א שהעתיק שם בהגה סעיף ה' בשם הראב"ד ואם נותנה לו רשות תלמיד חכם יכול לילך בכל מה שתתן לו רשות ולא הזכיר תורתו אומנתו ש"מ דלא ס"ל קפידא הלזה דודאי ההולך לתורה קרוי תורתו אומנתו ולכן נראה לומר דבכל הני עובדא הנזכרים בגמרא היה נפסק כן ביניהם בשעת נשואין ואדעתא דהכי כונסה אבל כונסה סתם ואח"כ נתנה לו רשות הוה אמינא דלא מהני רשות דכמו שאין בידה לבטל כתובה כך אין בידה לבטל עונה קמ"ל הראב"ד דמהני רשות גם בזה ומיהו נראה דיש רשות בידה לחזור אימת שתרצה דהא רבי יהודה ס"ל דעל שאר וכסות יכול הוא להתנות משום דיכולה למחול ובעונה אינו מועיל תנאי דאין בידה למחול וכאן אמרינן דיכולה למחול ודוחק לומר דאף דיכולה למחול היינו בזמן אם רב או מעט אבל לומר שיהיה מחול כל זמן שהיא תחתיו לא דא"כ עיקר האישות לבטלה דזה דוחק דא"כ לפי זה יש חילוק במתנה על מנת שאין עונה דעל

זמן יועיל ולכן היותר נראה דאין בידה למחול אפילו על זמן ואם תרצה תבטל הרשות ולכך תנאו בטל דאינה מחוייבת לקיים תנאו וזה ברור ופשוט.

הלכה ה

המדיר את אשתו שתאמר לאחרים מה שאמר לה וכו'. ואופן ההדרה כתב הר"ן שנדרה היא ואף דנדרים אלו אינם נדרי עינוי נפש ולא דברים שבינו לבינה על כרחך מיירי כאן בשתלתה בדברים אלו מזונות או תשמיש ויוציא מיד ולא ימתין מטעמא דמסני סני לה עכ"ל הר"ן והטור בסימן ע"ו כתב שנדרה היא נדר של עינוי נפש והפיר לה הוא על תנאי כך שתאמר לאחרים וכו' ועיין בב"ח שנתן טעם למה שינה כאן הטור ממה שכתב לעיל בכל נדרים הליכת בית אביה ובית אבל ומשתה שכתב הטור כמ"ש הר"ן וכאן שינה באופן אחר וכתב דכן לישנא דעל מנת דתני במתניתין כן משמע ובגמרא גופיה משמע כן דאם היא דיברה כן אין להוציא בעל כרחו כיון שהיא גילתה דעתה שרצונה לעשות כך מעשה קלון ושטות וכדומה ולפי מ"ש לעיל יותר ניחא דס"ל לטור דאם נדרה ותליא במעשה שאינו מדברים שבינו לבינה ועינוי נפש אין יכול להפר עד שיחול הנדר וא"כ בהליכת בית אביה ובית אבל ומשתה הכל המה נדרי עינוי נפש ויכול להפר תיכף אבל בתלתה בדברים של קלון אלו כל זמן שלא עשתה דברים אלו אין בידו להפר והאיך נאמר דהוא נתן אצבע בין שיניה ולכך הוצרך הטור לומר בגוונא אחריתא דהיא נדרה בעינוי נפש בלי תליה רק שהוא תלה הקיום וההפרה בענין זה. אמנם השו"ע שהביא כאן באה"ע לשון הטור וביו"ד סימן רל"ד השמיט דעת רבינו ירוחם משמע דס"ל לחלק כדעת הב"ח וצ"ע והא דלא פריך להס"ד דלא ס"ל מסני סני לה מהך כדפריך לעיל ותתקשט (ותאסור) [ותאסר] ובפרט כאן דתליה בהעדר מעשה ואין רצונה לעשות מעשה קלון וא"כ אסורה בתשמיש וימתין ז' ימים כבר כתבתי לעיל די"ל דתליא בקישוט ועוד אפשר דכאן דתלתה נדרה במעשה קלון כאלה אף הס"ד ידע דבכי האי מסני סני לה כיון דלא מרתח רתח ואפשר לומר דכאן אף רי"ו מודה דיכול להפר דהא כאן אינו תלוי במעשה האיסור והנדר רק תליא בהעדר מעשה שהיא אומרת אם לא אלך וא"כ כל זמן שאינה הולכת היא באיסור ותיכף חל הנדר.

הלכה ו

המדיר את אשתו מתשמיש המטה וכו' מפני שהוא משועבד לה. עיין במשנה למלך שתמה בדברי הר"ן שכתב דס"ל להרמב"ם דלא אלים שעבודה של אשה וקונמות מפקיע מידי שעבוד במדירה מלהנות לעיל פרק י"ב דין כ"ג א"כ קשה מ"ש הרמב"ם כאן האומר לאשתו תשמישי אסור עליך לא אמר כלום שהרי משועבד לה ואם איתא כדברי הר"ן

דלא אלמהו רבנן לשעבודא דידה בקונמות אמאי כתב דלא חייל נדרא ועיין בדברי המל"מ לעיל פרק י"ב שדבריו ישרים ולפי מ"ש לעיל דאף אי אמרינן מזונות דאורייתא לא נשתעבדו נכסים א"כ יש לומר בהך דהדירה ממזונות לא אלים שעבודה של אשה שיהיה שעבודה על הנכסים מפקיע הקונם דנכסים שלו אינם משועבדים לה דבר תורה ולכך האומר קונם נכסי על אשתי חל קונם משא"כ בתשמיש דחל שעבוד הגוף לעונתה דבר תורה פשיטא דאלים השעבוד ועוד מזונות בידה למחול ולהתנות עליהם אם כן גם בקונם יכול להפקיע משא"כ תשמיש דאין בידה למחול או להתנות דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה איך יכול להפקיע בקונם.

והיכא דנדרה היא ואמרה הנאת תשמישי עליך אם חל הנדר כשמגרשה ותהא אסורה לחזור לו בזו נחלקו האחרונים ביו"ד סימן רל"ד הפרישה שם בסוף הסימן והש"ך שם ס"ק פ"ב כתבו דצריך להפר דאל"כ אסורה לחזור לו כשיגרשנה והט"ז שם ס"ק ס"ג מחלק דדוקא במעשה ידיה דאין לו אלא שעבוד גוביינא בעלמא אמרינן דקונמות מפקיע מידי שעבוד אבל תשמיש דהוא שעבוד הגוף לא אמרינן קונמות מפקיע מידי שעבוד וא"כ אין הנדר חל כיון דלא חל מהשתא ולפי דבריו יש לתרץ דברי הר"ן על נכון דלענין תשמיש לא אמרינן דקונם מפקיע מידי שעבוד כלל דגופה קנוי לבעל ואין אדם מקדיש דבר שאינו שלו אך לפי זה לא הקשו התוס' כלום על רש"י במסכת כתובות דף ע' ע"א בד"ה המדיר וכו' אהא דפירש רש"י דבהדירה מלהנות לו הוי תשמיש בכלל רק כיון דמשועבד לה לא חל הנדר והקשו התוס' דא"כ הא דפריך בגמרא וכיון דמשתעבד לה היכי מצי מדיר לה והתנן קונם שאני עושה לפיך וכו' מגופה דמתניתין הוי מצי למפרך דלא מצי אסור לה תשמיש משום דמשועבד לה דאם היה נאסר יוציא ויתן כתובה לבית הילל שבת אחד עכ"ל. ולפי דברי הט"ז לא קשה מידי דבמזונות איכא למימר קונמות מפקיע מידי שעבוד משא"כ בתשמיש שהוא משועבד ולכך פריך מקונם שאני עושה על פיך דהוי ג"כ שעבוד של גוביינא בעלמא ואעפ"כ אמרינן דאלמהו רבנן לשעבודא והוא הדין לשעבודא דאשה כמ"ש התוס' והר"ן ועוד אפשר לחלק בין מעשה ידיה לתשמיש כיון דהנאת תשמיש הוא רק דרבנן דהנאה לית ביה ממש ועיין בר"ן במסכת נדרים דף ט"ו ע"ב לא חשו חכמים לכך כיון דעכשיו לא חל א"כ אין כאן לא יחל ואף אח"כ לא חל ולא אסרו רבנן דליכא כאן מראית עין כלל דהא עכשיו פקע שעבודו ולא גזרו רבנן על אחר זמן זמנים טובא ובפרט דאין עכשיו חל הנדר כלל ואפילו במעשה ידיה איכא בגמרא דנדרים דף פ"ה ע"ב ס"ד כיון דהשתא לא חל אף לאחר זמן אינו חל ועיין בהרא"ה שמביא נוסחאות דהא דחלים נדרים אמעשה ידיה לאחר גירושין הוא מטעם גזרה שלא

להחליף בשדה הממשכן לעשר שנים וזה לא שייך בתשמיש איברא דהרא"ה חשבהו לנוסחא משובשת אמנם סברא ראשונה דהוי רק נדר דרבנן הוא נכון לענ"ד.

אם אמר לה תשמישי אסור עליך או שנשבע שלא ישמש מטתו לא נדר כלום ואם נשבע נשבע לשוא מפני שהוא משועבד לה. וכתב הרמ"א בסימן ע"ו סעיף י' בשם הגהות מיימוני פרק י"ד מהלכות אישות מיהו אם נדר ברשותה חל הנדר ויש לדקדק א"כ למה אמרינן בגמרא פרק המדיר דף ע"א ע"ב גבי קישוט לרבי יוסי דתלתה בתשמיש דאמרה יאסור הנאת תשמישך עלי אם אתקשט וכדאמר רב כהנא דאמר רב כהנא הנאת תשמישי עליך כופה ומשמשתו הנאת תשמישך עלי יפר שאין מאכילין לו לאדם דבר האסור לו למה לי כל זה לוקמי בכל גוונא וכגון שנעשה ברשות בעלה דהא קיימין דהבעל ניחא ליה וקיים לה ובשביל כך חייב להוציא בכתובה ובהכי ניחא לישנא דהמדיר אע"פ שהיא נדרה כיון דנעשה ברצונו ואפשר עוד לומר דבזה כו"ע מודה דהוא נותן אצבע בין שיניה דלולי רצונו והסכמתו לא היה מקום לנדר לחול מתחילה וא"כ הוא עיקר הנודר ולא היה צריך להחליף דברי התנאים בר' מאיר ור' יוסי לנתינת אצבע בין שיניה ועיי"ש בגמרא. ועוד לא ידעתי מה מהני רצונה דכיון דאינה יכולה למחול והמתנה על מנת שאין לך עלי עונה והיא מתרצית לא אמר כלום והטעם משום שאין בידה למחול ואם מחלו שניהם לא הוי מחילה ואפילו התנה בתנאי כפול אין בתנאו כלום כמ"ש התוס' וא"כ לעולם אפילו מחלה לא פקע שעבודא דידה דהא אין בידה למחול כלל וא"כ כיון דעכ"פ הוא משועבד היכי יכול לאסור בקיום במה שמשועבד לה ורצונה כלא נחשב ולדברי זה אף אנו מוציאין בהמתנה על מנת שאין לה כסות ועונה דתנאו קיים אם הוא בשבועה וזה לא שמענו דמ"מ הוי מתנה על מה שכתוב בתורה וא"כ כיון דאין מחילתה מחילה איך ישבע או ידור ויחול נדרו או שבועתו.

וצ"ל בדעת רמ"א בדברי מהר"מ בהגהות מיימוני דודאי אם מחלה מהני שיחול נדרו אבל מ"מ בזה לא מהני שיאמר לה כיון דנתרצית לכך שב תחתי מעוגן מתשמיש בזה אמרינן דאין בידה למחול רק צריך לגרשה או להתיר נדרו דאין לבטל מצות התורה בעונה אבל מחילתה מהני לפקוע שעבודה שיחול הנדר וזה דוחק למאוד (א). ובאמת המעיין בתשובת מהר"מ בהגהות מיימוני יראה דמירי בנשבע לזמן ולזמן יש בידה למחול כמ"ש לעיל דתוכל ליתן רשות לצאת ולבטל עונה והא דמתנה על מה שכתוב בתורה בעונה דתנאו בטל איירי במתנה שאין לה עליו עונה כלל כמ"ש לעיל בזה אין בידה למחול דהכל יודעין כלה למה נכנסה לחופה אבל בביטול תשמיש על זמן מה ודאי תוכל למחול ואף הוא יכול לאסור בקונם.

ויותר נראה דמהר"מ ס"ל כדעת המרדכי בבבא מציעא פרק השוכר את הפועלים בשם הירושלמי דס"ל דאף אביטול עונה ס"ל לרבי יהודה דתנאו קיים דבידה למחול והא דאמר רבי יהודה דבמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל היינו דוקא במקדש על מנת שלא תהא זקוקה ליבום וכדומה אבל ביטול עונה יכול להתנות וא"כ שפיר חל השבועה אבל לדידן דקי"ל כהרמב"ם דאין לבטל מצות עונה ותנאו בטל ש"מ דמחילתה לאו כלום היא וא"כ האיך יכול לאסור ובפרט דדברי רמ"א סתומין דמשמע אפילו אוסר נפשו לעולם. ואפשר לומר כיון דקי"ל דקונמות מפקיע מידי שעבוד רק דאלמהו רבנן שעבודא דהבעל והאשה ובזה יש לומר כי אלמהו רבנן היינו היכא דאינה מרוצית ואלמהו רבנן לשעבודה מפני תיקון עולם דתמיד ישבע בקונם ומה הועילו בשעבודם אבל היכא דנתרצית א"כ לא שייך תיקונם דהיא אומרת אי אפשי בתקנת חכמים ואוקמהו אדאורייתא דקונמות מפקיע מידי שעבוד ועיין בהגהות מיימוני פרק זה בשם מהר"מ ממשמעות לשונו דהבין הך דקונמות מפקיע מידי שעבוד ואלמהו רבנן ואח"כ הביא אם נתרצית וכו' נראה דדעתו היה מטעם שכתבנו.

ובהכי ניחא מה שהקשיתי לעיל בגמרא למה לא מוקי ליה כה"ג דהא דאמרינן דיכול להתרצות זה דוקא לרבי יוחנן בן נורי במתניתין דנדרים דף פ"ה בקונם שאני עושה לפיך דס"ל דצריך להפר משום דקונמות מפקיע מידי שעבוד אבל לת"ק דשם דאין צריך להפר דקונמות אינו מפקיע מידי שעבוד ודאי דלא מהני רצון והגמרא מהדר לאוקמי מתניתין אף לת"ק דס"ל דקונמות אינו מפקיע מידי שעבוד כמ"ש הר"ן ריש פרק המדיר לתרוצי דברי הרמב"ם בהא דהמדיר את אשתו מלהנות לו עיי"ש ובכ"מ פרק י"ב ולכך קאמר בגמרא דאמרה באופן המועיל לכו"ע ואתי שפיר ולק"מ. אך לפי זה נתחדש לנו דכי מהני רצון דידה דוקא בקונם אבל בשבועה לא מהני דאין יכול להפקיע שעבודא ובשבועה אינו קדושת הגוף דיפקיע השעבוד והרמ"א ביו"ד סימן רל"ד סעיף ס"ז הביא בהגה דיכול לבטל עונה בשבועה אם נתרצית מיהו מקור הגה זו מתשובת מהר"י וויל ושם איירי דהשבועה היתה רק על זמן מה ובזו שפיר יש לומר דרשות בידה למחול וכמ"ש מהרי"ו דהרשות ביד אשה למחול עונתה לזמן מה אבל למחול לעולם ודאי דאין רשות בידה ואם כן אף שבועתו אין מקום לחול וצריך עיון גדול וישוב.

וכתב רמ"א שם בהגה סימן ע"ו סעיף י' דמותר להתיחד עמה ודברים אלו הם בהגהת מיימוני פרק י"ד בשם ריצב"א דכתב כן וראייתו מסוטה דילפינן במסכת סוטה דף ז' ע"א ק"ו ומה נידה החמורה מותרת ביחוד מכל שכן סוטה דקיל ואמרינן מה לנידה שכן יש היתר לאיסורו תאמר בסוטה דאין לה היתר וא"כ אף כאן בנדר שיש היתר

בשאלה מותר ביחוד ובאמת יש לדחות ראייתו דבשלמא בנידה שפיר יש לומר כן עכשיו היא באיסור כרת ואח"כ כשתטבל תטהר מטומאתה א"כ ודאי דאין יצרו תקפו ונח לו להמתין שיעשה בהיתר משא"כ כאן בממה נפשך אם ימצא היתר לנדרו א"כ החכם עוקר הנדר מעיקרו ולא קעביד איסורא כלל ואם לא ימצא היתר א"כ על מה ימתין וא"כ שפיר יצרו תקפו לבעול ואי משום דמכל מקום עושה איסור כאותו שאמרו אישה הפרם וה' יסלח לה דהיכא דלא ידעה שבעלה היפר לה ועברה דצריכה כפרה מי יימר דבשביל הך איסורא זוטא יכבוש יצרו דהא קי"ל דאם נשאל דלא עביד איסורא כלל למפרע דנעקר הנדר כלא הי' מעולם וצ"ע ובשלטי גיבורים פרק אע"פ כתב דאיכא פלוגתא דרבוותא אי מותר להתיחד עמה ועיין מהרש"א בגיטין ל"ו.

(**א**) אמר המגיה הרב המחבר לא רצה לתרץ בזה קושייתו ראשונה דלר' יוסי דתלתה הקישוט בתשמיש למה לא מוקמינן ליה בכל גוונא ומירי דהבעל מרוצה דעדיין קושיא זאת במקומה עומדת כיון דהבעל מרוצה מהני המחילה דיחול הנדר אבל עכ"פ צריך לגרשה אם לא יפר דלעגן מתשמיש לא מהני מחילה רק שבא לתרץ שאר קושיות שהקשה אבל קושיא ראשונה אינו מתרץ רק בתירוצו האחרון כמ"ש הרב המחבר להדיא.

הלכה ח

האשה שמנעה את בעלה מתשמיש המטה היא הנקראת מורדת וכו'. דעת רבינו הרמב"ם לכוף לבעל בטענת מאיס עלי ליתן גט ועיין במ"מ וברא"ש שתמהו עליו דא"כ תתן עיניה באחר ותטעון מאוס עלי ונראה לפי מש"כ הרא"ש בסוף מסכת נדרים דנאמנת אשה לומר לבעלה גרשתני ואין חוששין דתתן עיניה באחר משום דחזקה היא שאינה מפקיעה עצמה מתחת בעלה בטענת שקר להיות באיסור אשת איש כל ימיה ולפי זה בטוענת מאיס עלי דכופין אותו ואם היא משקרת הגט מעושה שלא כדין ופסול הוא כמבואר במסכת גיטין דף פ"ח ע"ב והיא באיסור אשת איש כל ימיה וזה לא עבדא ואם מגרש ברצון ודאי דהאמת אתה דיש לה רגלים למאוס בו ובכפיה ליכא למיחש דהיא באיסור אשת איש כל ימיה (ב).

(**ב**) אמר המגיה אין להקשות אדברי הרב המחבר כיון דהרא"ש גופיה בעל סברא זאת א"כ מה קא קשיא ליה על הרמב"ם בזה יש לומר דדעת הרא"ש לחלק דדוקא באומרת גרשתני אם היא משקרת לא נתגרשה כלל ומעולם לא הגיע גט לידה היא יודעת שהיא באיסור אשת איש משא"כ כאן שהגיע עכ"פ הגט לידה אף שהוא על ידי כפיה היא לא עלתה על דעתה שפסול שלא כדין וחיישינן שמא נתנה עיניה באחר.

ועיין במ"מ שהביא בשם הרמב"ן והרשב"א החולקים על רבינו הרמב"ם וס"ל דאף באומרת מאיס עלי אין כופין ולזה הסכימו כל הפוסקים אמנם מה שכתבו הרשב"א והרא"ש דבאומרת מאיס עלי ממתינין י"ב חודש בזו כתבו התוס' דף ס"ג ע"ב בד"ה ואינהו כמאן סברוה וכו' בשם ר"ת דבמאיס עלי אם שניהם רוצין לגרש לא משהינן ליה כלל ונראה כיון דר"ת ורמב"ם מסכימים בזה דבמאיס עלי לא ממתינין י"ב חודש וכל הפלפול הוא דלדעת הרשב"א והרא"ש דממתינין י"ב חודש אם מגרשה תוך י"ב חודש דצריך ליתן לה כתובה בזו יכול הבעל להחזיק ולומר קים לי כהרמב"ם ור"ת ומספיקא מי יוציא ממון נגד ר"ת והרמב"ם ולכך השמיט הרמ"א בסימן ע"ז דעת הרא"ש והרשב"א דבטוענת מאיס עלי דמשהין י"ב חודש כיון דיכול הבעל המוחזק בכתובה לטעון קים לי כר"ת והרמב"ם ז"ל ולא קשיא קושיית הבית שמואל בס"ק י"א עיי"ש.

הלכה ט

ואם מרדה תחת בעלה כדי לצערו וכו'. עיין במ"מ שדחק לפרש לשיטת הרמב"ם דס"ל דמכריזין ד' שבועות בכל יום א"כ מה אמרו בגמרא דף ס"ג ע"ב דיקא נמי דקתני ד' שבועות זה אחר זה ומה היא הדיוקא ונראה דס"ל לרמב"ם דאם יש בעיר בית הכנסת ובית המדרש הרבה אין מכריזין בכל ביהכ"נ וביהמ"ד והא דקתני בתי כנסיות ובתי מדרשות היינו ביהכ"נ וביהמ"ד דעלמא אבל סגי באחד ולפי זה הוה אמינא דביש ארבע ביהכ"נ והכריזו בכל ביהכ"נ א"כ הוי שבוע אחד כמו ארבע שבועות בביהכ"נ אחד דמאי שנא ולכך קתני ארבע שבועות זה אחר זה להורות דאין זה מועיל דבעי דוקא ארבע שבתות זה אחר זה ולכך קתני זה אחר זה ואינו מיותר כמו שדייק הרא"ה ז"ל ולפי זה מוכח דההכרזה בביהכ"נ ובביהמ"ד דאל"כ הדרא קושיא לדוכתיה זה אחר זה למה לי.

הלכה י

ואחר ההכרזה וכו' ואין נותנין לה גט עד י"ב חודש וכו'. עיין במ"מ שפירש לדעת הרמב"ם דהא דאמרינן בגמרא משהינן לה י"ב חודש לא שתהא כתובתה קיימת תוך י"ב חודש אלא בשביל תקנות בנות ישראל שלא תצאו במהירות מתוך קטט מתחת בעליהן משהינן לה י"ב חודש עיי"ש אמנם דעת הרא"ש כפי מ"ש הטור וכן משמע בספרו דאמר בטוענת מאיס עלי דתוך י"ב חודש יש לה כתובה לתקנת הגמרא וכתב אם תקנו כך לאומרת מאיס עלי שהיה ראוי לגרש מיד בלי כפיה מכ"ש למורדת הרי דס"ל להדיא דדין מורדת לאומרת מאיס עלי חד דינא אית להו לענין שהית י"ב חודש ובמאיס עלי כתב להדיא דאית לה כתובה תוך י"ב חודש והבית שמואל סימן ע"ז ס"ק י"ג כתב דמהרא"ש גופיה לא מוכרח זאת אלא דהטור כתב כן בשמו ולא הבנתי טעמו

והנה הרשב"א והרמב"ן אף הם סברו דהא דאמרינן משהינן י"ב חודש היינו דלא איבדה כתובה תוך י"ב חודש אלא שהם מפרשים דהך תקנה להשהות י"ב חודש לא הוי אלא בטענת מאיס עלי מ"מ מינה נשמע להפוסקים דתקנת שהית י"ב חודש היא אף במורדת דג"כ לא הפסידה כתובה תוך י"ב חודש וא"כ לחנם תמה הב"ש על הרמ"א בס"ק י"ג דפסק כהרא"ש דאינה מפסדת הכתובה תוך י"ב חודש דהוא נגד כל הפוסקים הרמב"ן והרשב"א דודאי לפי מה דפסקינן דמשהינן במורדת י"ב חודש הרשב"א והרמב"ן מודים להרא"ש דבזה לא הפסידה כתובה כלל תוך י"ב חודש והא דפסק ליתן למורדת י"ב חודש נגד הרמב"ן והרשב"א יש לומר הואיל והרמב"ם וכן ר"ת והתוס' והרא"ש פירשו הא דאמרינן בגמרא דמשהינן י"ב חודש במורדת ולא בטוענת מאיס עלי וכן פי' הר"ן על כן הכריעו בש"ע ורמ"א כדעתם ולא קשה מידי על הרמ"א דפסק תמיד כדעת רוב הפוסקים ופשוט הוא.

ואם מתה קודם הגט בעלה יורשה. עיין בבית שמואל סימן ע"ז ס"ק ט"ו שהביא הדרכי משה שכתב בשם הרא"ש דלאחר י"ב חודש אין הבעל אוכל פירות והקשה הב"ש לפי זה מאחר דהוא מפסיד זכותו לענין פירות למה יורש אותה ונראה לי להביא ראיה דיש חילוק בין אכילת פירות לירושה מהא דמסכת בבא בתרא דף נ' ע"ב דאמר רב ששת אשת איש צריכה למחות ופריך בגמרא אילימא באחר והאמר רב אין מחזיקין בנכסי אשת איש דמצי אמרה על בעלי סמכתי שהוא ימחה ולכך שתקתי ולמה לא מוקי הא דאשת איש צריכה למחות באחר ומיירי בכה"ג כגון דמרדה בסוף ג' ואין ביד הבעל למחות דאינו אוכל פירות ואם כן היא צריכה למחות ועל כרחך צריך לומר דמכל מקום יורשה ואם כן מוחה הבעל על כל פנים לדעתה בלי ספק וסומכת על הבעל כמ"ש התוס' שם בד"ה כמאן וכו'.

והנה הרמ"א סימן ע"ז סעיף ב' פסק דחייב בקבורתה וכתב הב"ח היינו תוך י"ב חודש אבל לאחר י"ב חודש כיון דבלא"ה לית לה נכסי צאן ברזל וא"כ אין יורש נכסי צאן ברזל ואינו חייב בקבורתה דתקנו קבורתה תחת נצ"ב וכתב הבית שמואל שם ס"ק ט"ז דא"כ אם תפסה בחייה בנצ"ב ומתה דיורש נצ"ב חייב בקבורתה ודלא כמשמעות בב"ח עכ"ל ומלבד דיש להקשות דהא בלא"ה תקשה לן דהא עכ"פ יורש נכסי מלוג ולמה לא מחייב בקבורתה עבור נכסי מלוג שיורש אותה וצ"ל דלא תקנו אלא לדבר המצוי כמ"ש בגמרא דף מ"ז ע"ב וא"כ גם זה אינו מצוי דתהא תופסת נצ"ב אבל באמת בלא"ה יש לומר כאן דהא דמהני תפיסה בנצ"ב משום דמספקא לן בגמרא ולפי"ז כשמתה והגיעו נצ"ב ליד הבעל הוא אומר קים לי כמאן דאמר דהפסידה נכסי צאן ברזל וא"כ מעולם לא ירשתי

ממנה דבר דבלא"ה נצ"ב מגיעים לי ולמה אתחייב בקבורתה כיון דלא ירשתי ממנה דבר דהפסידה נצ"ב בלא"ה.

הלכה יא

כסדר הזה עושין לה וכו' ואפילו היתה נדה או חולה וכו'. ובסימן ע"ז סעיף ב' הביא רמ"א ב' דעות בחולה אי היתה בשעת מרידה חולה וכתב דמהר"ם פסק דאין חילוק עיי"ש וכתב הבית שמואל שם ס"ק (כ"א) [כ"ב] דרמ"א דהביא ב' דעות בחולה ולא בנדה אפשר דס"ל דרבותא היא לא מבעי בעת נדתה דיש קצבה לדבר דבעינן דוקא אם מרדה קודם שפרסה נדה אלא אפילו כשהיא חולה נמי בעינן דמרדה קודם לכן עכ"ל ולענ"ד נראה איפכא דבנדה דיש קצבה א"כ אף במרדה בעת נדתה נקראת מורדת דיש לו פת בסלו דלמחר תטבול ותהא מותרת לו והיא מורדת בו משא"כ בחולה דאין קצבה וא"כ אף דאינה מורדת בו לא מקרי פת בסלו כלל דמי יודע מתי תתרפא ותהיה ראויה לתשמיש וא"כ אין כאן מרידה כלל דאף לולי מרידתה אין לו פת בסלו כלל ולכך הרא"ש פרק אע"פ הביא דעת הירושלמי וחולק עליו בענין נדה ולא בענין חלתה כלל ולכך הרב בדרכי משה הביא דמהר"ם חולק ולא הביא דהרא"ש חולק להדיא אלא ודאי דהרא"ש אינו חולק אלא בנדה אבל בחולה אפשר דמודה להר"ן אמנם באמת לא הבנתי ראיית רמ"א ממהר"ם דמהר"ם מיירי באופן דהיא חולה ואעפ"כ יש בידה סיפוק לטבול ולשמש כמ"ש בתשובה שהביא המרדכי להדיא אבל בחולה שאין בידה לטבול אפשר דמודה מיהו מראיית הר"ם דמביא מגמ' אחת לי נדה ואחת חולה וכו' אפשר דלמד כן ויש לדחות.

הלכה יב

וכן ארוסה וכו' כדי לצערו כסדר הזה עושין לה. עיין בכסף משנה שכתב בשם הריב"ש דלדעת הרמב"ם אף בטענת מאיס עלי כותבין על ארוסה ושומרת יבם אגרת מרד והא דכתב הרמב"ם כדי לצערו כיון דס"ל לרמב"ם בטענת מאיס עלי כופין לגרש לא היה צריך להשמיענו זה בארוסה ושומרת יבם דאם נשואה כבר יוצאה וכו' עיי"ש ולפי דבריו תקשה על המחבר בשו"ע סעיף ב' למה העתיק כלשון הרמב"ם כדי לצערו ולא כתב נמי בטענת מאיס עלי כיון דהמחבר לא ס"ל בזה כרמב"ם דכופין בטוענת מאיס עלי והבית שמואל שם ס"ק (כ"ג) [כ"ד] תירץ דבארוסה אם מרדה ואמרה מאיס עלי אין לה הפסד דהא מסתמא אין לה כתובה א"כ אין נפק"מ עיי"ש ועדיין לא תירץ בשומרת יבם כתב המחבר גם כן כדי לצערו ושומרת יבם אית לה כתובה ומה יאמר הרב ב"ש שם ולכן היה אפשר לומר דבשומרת יבם מודה המחבר לדעת הרמב"ם דבאומרת מאיס עלי

נאמנת וכופין אותו לחלוץ חדא משום דאפשר דהוי בכלל יבמה שנפלה לפני מוכה שחין שאין חוסמין אותה ועוד דמאי טעמא אינה נאמנת שלא תהא נותנת עיניה באיש אחר כמ"ש המ"מ בשם הפוסקים ובשומרת יבם וכן ארוסה בוגרת או אלמנה הא בידה לאסור תשמישו על עצמה בקונם ואין בידו להפר ותהא יוצאת ממנו בעל כרחו ואם כן בזו מודים להרמב"ם דלא תהיינה בנות ישראל כשבויות ולכך כתב המחבר כדי לצערו.

הלכה טו

המורד על אשתו וכו' וישב ולא ישמש כל זמן שתרצה היא לישב וכו'. הא אם אינה מרוצית כתב הטור דיוציא מיד והא דלא נותנין לו זמן ז' ימים כמו להמדיר את אשתו מתשמיש דהתם נותנים זמן עד שימצא פתח לנדרו אבל כאן הא בידו לחזור כל שעה ומאן מעכב והב"ש סעיף קטן ה' כתב דשם הוי יותר פת בסלו לא הבנתי דבריו רק העיקר כמ"ש וכן הוא בפרישה.

והנה הב"ח בסימן ע"ז סעיף קטן ט"ו הקשה דברי הרא"ש פרק אע"פ אהדדי דבדינא דמתיבתא כתב להדיא כדעת הירושלמי דבמניעת תשמיש אין כופין לגרש כמבואר שם ברא"ש סימן ל"ה ובסימן ל"ב כתב דבמונע מתשמיש כופין אותו להוציא וכן בסוף פרק המדיר כתב דהאומר איני זן ואיני מפרנס יוציא ומשמע שם להדיא דכופין והב"ח הניח דברי הרא"ש בצ"ע. והרב בית שמואל דחק עצמו ס"ק ה' לתרץ דברי הרא"ש דאף דלא ס"ל כירושלמי היכא דהוא המונע רק מ"מ בענין דינא דמתיבתא דהיא מונעת עצמה ודאי דאין לזוז מפסק הירושלמי דאין כופין אותו להוציא עיי"ש ובאמת מלבד הדוחק שיש בדבריו תמהני הלא ביבמות סוף פרק הבא על יבמתו ברא"ש סי' י"א הביא תחילה דעת רבינו חננאל דס"ל דאין כופין ואח"כ הביא דעת רש"י והרי"ף דס"ל דכופין ואח"כ כתב להדיא וכיון דפליגי ביה רבוותא לא עבדינן עובדא וראוי להחמיר שלא לכוף בשוטים עיי"ש הרי אף דמסתבר ליה כדעת רש"י והרי"ף מ"מ למעשה לא הורה נגד דעת ר"ח וכהירושלמי.

על כן מה שנראה לי בדעת הרא"ש דבסימן ל"ב פלפל בסוגיא דשמעתין והיה דעתו כדעת הרי"ף דבכל מקום כופין בין שהוא המונע ובין שהיא המונעת אבל לקמן סימן ל"ה דפסק למעשה איך לעשות בדינא דמתיבתא כתב כפי הראוי למעשה דאין לזוז מפסק רבינו חננאל שלא לכוף בשוטים ומכ"ש בהיא המונעת. ועוד נראה לי לומר דהא לכאורה דברי ר"ח סותרין אהדדי דכתב דהא דאיני זן ואיני מפרנס מפרשינן בהדיא כופין והאי דהחולץ דחוזרין אצל גדול האחין למיכפייה היינו שבשביל שמונע ממנה כל עניני אישות הן דאישות הן דמזון אבל משום תשמיש המטה לחודיה או משום מזונות

לחודייהו אין כופין ולכאורה דבריו סותרין דהא באיני זן גריס ר"ח כופין והאיך מסיק דבמזונות לחוד אין כופין ודוחק לומר דאיני מפרנס היינו כסות דבפרנסה הכסות בכלל וכיון דמונע ממנה שני דברים שאר זו מזונות וכסות יש לכופו אבל בתשמיש או במזונות לחוד אין לכופו (ועיין במהרש"א ביבמות דף ס"ד משמע דעתו כמ"ש) דמלבד דזה דוחק אף גם דהרא"ש בתשובה כלל מ"ג סימן י"ב הביא ג"כ דעת רבינו חננאל דאין כופין בשוטים וכתב דגריס האומר איני זן ואיני מפרנס כופין ויוציא ויתן כתובה וכן מסתבר שאי אפשר לה שתמות ברעב והאי דהחולץ דחוזרין אצל גדול האחין למיכפייהו היינו שמנע ממנה כל מיני אישות אבל משום תשמיש לחוד אין כופין הרי דס"ל דמשום מזונות לחוד כופין שלא תמות ברעב וא"כ בהאי דהחולץ למה צריך לתרווייהו. ועל כרחך צ"ל דיש חילוק בין מורד בפירוש או המונע לבד דהמורד בפירוש ואומר בפה מלא אני מורד ואיני זן בזו כופין כמ"ש הרא"ש דלא תמות ברעב אבל המונע בסתם בדחיה בעלמא שלא בדרך מרד כהאי דהחולץ בהא בעינן תרווייהו וכן המדיר את אשתו מלהנות לו דלרבינו חננאל אין כופין בשוטים והאומר איני זן כופין אלא דגבי המדיר דבכעסו נדר ועכשיו אי אפשר בחזרה לא מקרי מורד כולי האי ואין לכוף בשוטים וכן כתב מהרש"א ריש פרק המדיר עיי"ש.

ומעתה אתי שפיר דברי הרא"ש דהך דסימן ל"ב דמירי דמונע תשמיש דרך מרד דעלה קאי דמורד מתשמיש פשיטא דכופין מידי דהוי כאומר איני זן ואיני מפרנס וכי יהיה גרע מרד דתשמיש ממרד דמזונות כמ"ש הרא"ש להדיא משא"כ בסימן ל"ה דכתב הרא"ש רק ממניעת תשמיש וממניעת מזונות הא התם לא הוא המורד רק הוא מונע תשמיש כתב הרא"ש בזה דלפי הירושלמי אין לכוף מכ"ש בהיא הגורמת המניעה וזה נראה לעניד"ד ברור ונכון ולק"מ.

המורד על אשתו וכו' הרי הוא עובר בלא תעשה שנאמר לא יגרע שאם שנאה ישלחה וכו'. הרי כתב להדיא הטעם דהיה לו לגרשה ולכאורה יש לפקפק בזה דהא לפעמים שכתובתה מרובה ואי אפשר לו לגרשה ומה יעשה הלזה שאין בידו לפרוע הכתובה המרובה וצ"ל דס"ל לרמב"ם דיתן גט ויבקש ממנה להמתין בכתובה ואי היא מעכבת על ידו מבלי להמתין לו בכתובה הרי הוא פטור ולכך כתב הרמב"ם סתם ישלחה דיבקש ממנה להרויח לו זמן כדי פרעון כתובה ואי היא ממאנת אין לו דין מורד ואינו עובר על לאו דלא יגרע ונראה דמזה למד הרמ"א סימן ע"ז סעיף א' דהוא הדין מי שיש בידו כתובה רק הוא אנוס מחמת חרם דרבינו גרשום שלא לגרש בעל כרחה הרי הוא אינו קרוי מורד דמה לי אנוס בשעבוד דכתובה ומה לי אנוס בחרם דרבינו גרשום סוף סוף

ידיו אסורים לו מבלי לגרשה והוא עומד וידו נטויה לגרשה וכל זה דוחק.

והרב מהר"א מזרחי בתשובתו כתב דהרוצה לגרש אשתו והיא מעכבת עליו מחדר"ג פטור ממזונות וראייתו מהאי דמסכת כתובות דף ב' ע"ב בהגיע זמן ולא נישאו אוכלת משלו דאמרינן שם אי דקא מעכבין אינהו אמאי אוכלת משלו והאחרונים החלקת מחוקקוהבית שמואל השיגו עליו. ומלבד דדחו ראייתו אין כאן ראיה מהך דהגיע זמן ולא נישאו דכאן דתקנת רבינו גרשום היתה שלא לגרש בעל כרחה ואם אתה אומר שהרשות בידו לעגנה עד שתקבל ממנו הגט אף אתה בטלת התקנה לכך נראה ברור דאף הרא"ם לא אמר אלא בטוען מאיס עלי או בשאר טענות שאלו ידעינן שהאמת כדבריו היה בידו לגרשה רק דאין אנו מאמינים לו א"כ לענין הוצאות מזונות יש לו לומר אני יודע דהאמת הוא כדברי וא"כ אני יכול לגרשך ואת היא דמעכבת והדין שוה עם הך דהגיע זמן ולא נישאו ואי משום דאין אנו מאמינים לו דהאמת כדבריו מ"מ הממע"ה ואין כח בידינו לכופו למזונות או לכסות ואפשר דבעונה ג"כ הממע"ה וזה ברור לפי הדין משא"כ כשהוא מורד דאף לדבריו אין לגרשה בעל כרחה פשיטא דמודה הרא"ם דחייב בשאר כסות ועונה ככל בעלי נשים כשרות. ורא"ם אמר להדיא למילתיה בהך גוונא כמ"ש ולק"מ מכל קושיית האחרונים עליו.

ואפשר דגם רמ"א מיירי בהך גוונא דטוען מאיס עלי או שאר טענות ולכך אין להוסיף על כתובתה כיון דלדבריו האמת אתו ואין מוציאין מיד המוחזק ולמד זאת מהרמב"ם דס"ל דאם היא טוענת מאיס עלי כופין אותו לגרש שלא יהיו בנות ישראל כשבויות מכ"ש באיש שהוא טוען כן שלא יהיה כשבוי. ואע"פ דלא קי"ל כרמב"ם היינו לגבי אשה בספק איסור דאורייתא דשמא נתנה עיניה באחר דגט מעושה פסול שלא כדין וגם לעשות מעשה לגרש לא פסקינן כותיה אבל בענין חרם דרבינו גרשום וגם רק בענין ממון (כדי) [כדאי] הוא הרמב"ם לסמוך עליו דאינו עובר חרם דרבינו גרשום ופטור ממזונות דהא לדינא דרמב"ם אפילו לגרשה בעל כרחה מותר ולית כאן חרם דרבינו גרשום וגם אין להוסיף כתובה ולא להקרא מורד כלל זה מה שנראה לי בדעת רמ"א ולענ"ד נכון וברור הוא אבל בלי טענה כלל ודאי נקרא מורד וחייב להוסיף על כתובתה דאם לא כן אתה מפקיע חרם דרבינו גרשום מכל וכל ובפרט שאפשר לו להיותו נודר ממנה וא"כ אפשר דנאמן בטענת מאיס עלי והדבר צריך תלמוד בזה במקומות אחרים.

הלכה טז

איש ואשתו שבאו לבית דין וכו'. ויש לדקדק האיש שטוען על אשתו שהיא מורדת וא"כ כונתו לפחות כתובתה ולגרשה בלי כתובה כי מה יש לבי"ד לעשות לה זולת כן

וא"כ כשמגרשה ונותן לה כתובה ישביע אותה שלא היתה מורדת כדין הנשבעת ונוטלת ולמה כתב הרמב"ם מחרימין והראב"ד כתב דאין להחרים והלא יש כאן שבועה להנשבע ונוטל וצ"ל דאף דהיא באמת מורדת אין פוחתין כתובתה כי אם בהכרזה דחכמים תיקנו לה תקנה שלא להפסיד כתובתה בקל רק על ידי הכרזה אולי תחזור וכאן אי אפשר לנו להכריז כיון שהיא מכחשת אותו ואומרת אין אני מורדת וא"כ אף שתודה בשעת גביית כתובה שהיא מורדת לא הפסידה כתובתה כיון שלא היה לה הכרזה ועיין בפירוש המשנה להרמב"ם בסוף מסכת נדרים דשם משמע בדבריו דאפי' הוי קים ליה ביורה כחץ אין כאן שבועות המשנה רק היסת אף דהיה טוען ברי (ג).

(ג) אמר המגיה וצ"ל דהתם מיירי שהיא טוענת שאינו יורה כחץ והיא בעית לאפוקי נפשה אף אם הוי קים ליה דיורה כחץ אין ברי שלו טוב שהיה לו לטעון נגדה תחילה דהמניעה ממנה לאפקה בלא כתובה ועיין בר"ן במסכת נדרים דף צ"א ע"א בד"ה ואיכא למידק וכו'.

הלכה יז

האשה שחלתה חייב לרפאות אותה עד שתבריא וכו'. עיין במ"מ שכתב שהרשב"א חילק בין מוטלת על המטה מדברי ספרי דכתיב גבי יפת תואר ושלחה לנפשה ודרש בספרי שלא ישלחנה חולה ואם ביפת תואר כך ק"ו לבנות ישראל הקדושות ותמה המ"מ על רבינו שאם לא הזכירה כאן היותו אסמכתא בעלמא היה לו להזכירה בהלכות מלכים בדיני יפת תואר ונראה דס"ל להרמב"ם דמן התורה אין לאשה כתובה א"כ זה שמשלח יפת תואר העניה השבויה לאחר גירושין דשם מיירי לאחר גירושין כמ"ש הכ"מ במה תתרפא עצמה ותמות ברעב בחליה בחוסר כל ודאי שאסור לעשות כן ומכ"ש לזרע עמוסים משא"כ עכשיו דתקנו חכמינו ז"ל כתובה לנשים ואף יפת תואר כשנשאה צריכה כתובה דאל"כ הרי בעילתו בעילת זנות וכשמגרשה הרי יש לה כתובה לרפאות את עצמה כמו שאמרו הרי גיטך וכתובתך ורפא את עצמך א"כ אין כאן חשש איסור רק הנהגה ישרה וגדר מוסר ונכונים דברי הרמב"ם שהשמיט הך דספרי פה ובהלכות מלכים גבי יפת תואר.

ראה שהחולי ארוך וכו'. החלקת מחוקק סימן ע"ט כתב אורחא דמילתא נקט והבית שמואל ביקש לומר דבחולי קצר דיש בו קצבה דמיא לפדיון דאין יכול לומר הרי כתובתיך ותפדה עצמך ואין זה מובן בכלל ארוך דיש חולי ארוך דיש לו קצבה וחולי קצר דלא קיץ עד שאמרו במסכת כתובות דף נ"ב ע"ב הקזת דם בארץ ישראל הוא כחולי שאין בו קצבה וגם סברתו צ"ע ולפי מ"ש רש"י במתניתין דף נ"א דלכך חייב לפדותה ואינו

יכול לומר הרי כתובתיך ותפדה את עצמך דמשנשבית חל עליו חיוב פדיון וא"כ לפי זה אף בחלתה תיכף חל עליו חיוב רפואה רק דמיירי דהוא חולי ארוך והרפואה והחולי מתחדשין בכל יום חדשים לבקרים ובזה יכול לומר הרי כתובתיך ותרפאי את עצמך אבל ברפואה על החולי שהיה לה קודם הגט פשיטא דחייב לרפאותה דנתחייב תיכף ברפואה ואינו יכול להפקיע עצמו בזה בגט ולכך כתב רש"י במשנה בחלתה דרשאי לומר הרי כתובתיך ותרפאי עצמך דרפואה דמיא למזונות ואין אדם מחויב לזון גרושתו והקשה התוס' יו"ט א"כ בפדיון נמי אין מחויב לפדות גרושתו ולפי מ"ש ניחא דפדיון חל עליו תיכף קודם גירושין משא"כ רפואה דמיירי בחולי הנמשך אח"כ וא"כ באה רפואה וחיובא לאחר גירושין וזה אין הבעל מחויב ולזה דייק רבינו חולי ארוך.

הלכה יח

נשבית חייב לפדותה וכו'. וכתב הטור וכן השו"ע ריש סימן ע"ח דאפילו יאמר איני פודה ואיני אוכל פירות אין שומעין לו ורשב"ם פרק חזקת הבתים דף מ"ט ע"ב כתב דבעודה ארוסה יכול להתנות דכל האומר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו והתוס' שם בד"ה יכולה אשה וכו' השיגו עליו דפדיון הוא לטובת האשה וגם חכמים תקנו שלא תיטמע בין הגוים ומ"מ כו"ע מודים דיכול הוא לומר אפדה אותה ואעפ"כ דין ודברים אין לי בפירות שלה כי זהו ודאי לטובתו נתקן שלא יהיה פודה אותה בחנם וא"כ יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים ואיני נוטל פירות כלל ואעפ"כ אפדה וא"כ לא הבנתי קושיית מהרש"א בתוס' שם דהקשה דלשיטת התוס' אין ראיה מהא דיכולה לומר איני ניזונית ואיני עושה להא דיכול לסלק עצמו מפירות דודאי ראיה ברורה היא דאם תוכל האשה לומר איני ניזונית ואיני עושה מכ"ש שיכול הוא לומר הריני פודה ואיני מבקש פירות ודבריו צריכין עיון.

הלכה יט

אין מחייבין את הבעל לפדות את אשתו יותר על דמיה. וכתבו החלקת מחוקק והבית שמואל סימן ע"ח דאסור לפדות יותר מכדי דמיה כמ"ש ביו"ד סימן רנ"ב דלא לגרי בהו גוים ולי נראה ברור דדעת הרמב"ם כיון דאדם יכול לפדות את עצמו מהונו בכל הון א"כ אין אנו יכולים לעכב על ידו מפני שיוכל לומר אשתי כגופי וזה עצם מעצמי וכל אשר לי אתן עור בעד עור רק אם אינו רוצה אין אנו יכולין לחייבו דיאמר אין אני מחבבה כגופי ולא אזוז מתקנת חכמים שלא לפדות יותר מכדי דמיהן אבל אם רוצה פשיטא דאין למחות בידו והוא נגד הסברא והשכל.

נשבית פעם שנית ורצה לגרשה הרי זה מגרשה ונותן כתובה והיא תפדה את עצמה. עיין בכ"מ שכתב דדעת רבינו דאם אינו רוצה לגרשה אינו חייב ליתן לה כתובתה לפדות עצמה והב"ח והפרישה פירשו בדעת רבינו הרמב"ם דדוקא אם רוצה לגרשה יכול לומר בפעם שנית הרי גיטך וכתובתך ופדה עצמך אבל אם רוצה לקיימה מחויב לפדותה ונכון הוא בפירוש דברי רבינו וטעם הדבר הוא דהרמב"ם מפרש בגמ' דאמרינן פרק נערה דף נ"ב ע"א פעם שנית רצה אינו פודה כפירוש רש"י דאפילו אין מבקשין יותר מכדי דמיה וכמ"ש התוס' דאל"כ תקשי ליה דרבנן אדרבנן נמי כקושיית התוס' שם בד"ה רצה אינו פודה וכו' אך עדיין תקשי קושיא אחרת שהקשו התוס' שם א"כ איך אמרינן תקנו מצוי למצוי כיון שאינו מחויב לפדות רק פעם אחת ולזה מיישב הרמב"ם דודאי כל זמן שהיא תחתיו היה תקנת חכמים לפדותה אפילו מאה פעמים ואתי שפיר תקנו מצוי למצוי רק אם רוצה לגרשה בזו הרשות בידו לומר כן בפעם שנית דכיון דכבר פדה אותה פעם אחת הרי סילק שעבוד הפירות שאכל כבר ופשוט הוא.

הלכה כא

המדיר את אשתו וכו'. עיין בכ"מ מה שהקשה על הר"ן ובאמת דברי הר"ן תמוהים לכאורה כמ"ש הב"י סימן ע"ח דהא הך דהיא נותנת אצבע בין שיניה לרבי יהושע מופרך בעצמו בגמרא פרק נערה דף נ"ב דא"כ כתובה למה נותן ועוד מאי שנא הדירה קודם שנשבית או לאחר שנשבית ובגמרא גופיה אמרינן לעולם דאדריה הוא ודברי הר"ן ז"ל אמורים עם הספר להרא"ה ז"ל וממנו לקחו הר"ן ובכל זה הדברים מחוסרי הבנה הם. ולכך נראה לומר בדוחק דס"ל להר"ן דודאי הוי קשיא ליה להרי"ף דאם נדרה היא והוא קיים לה למה יהיה עון ואשמה בראשו לחייבו כתובה הלא היא התחילה במרד ואם כי נדרה בכעס אף הוא קיים לה בכעס ולמה תהיה היא מנוקה מפשע ויהיה הוא חייב בכתובה כאלו נדר הוא. ולכן צ"ל דודאי היא דאי אפשר בחזרה דס"ל לרי"ף דברים שהבעל מפיר אין החכם מתיר וא"כ מה לה לעשות אבל הוא הבעל דאפשר ליה לשאול על הקמתו ולא שאל א"כ הוא הפושע כי האשה אין להאשים שעשתה זאת ברגע בכעס אבל הבעל שהיה יכול לשאול על הקמתו ולא עשה הוא הפושע וכל זה למאן דאמר הוא נותן אצבע בין שיניה אבל למ"ד היא נתנה לא ס"ל הך סברא דישאל הבעל על הקמתו דמה לו לישאל כיון דכבר קיים לה וא"כ מינה יש לומר למ"ד היא נתנה אף הוא הדין במדיר הוא הרי היא עומדת לגירושין ואינו חייב בפרקונה אבל למ"ד בהיא נודרת שהוא נותן אצבע בין שיניה שהיה יכול לישאל על הקמתו א"כ גם במדיר הוא כל זמן שלא גירשה הרי הוא בידו להתיר נדרה והרי הוא המפקיע תקנת חכמים בפרקונה

והוי כמדיר לאחר שנשבית דאינו מועיל כיון דכבר חל עליו החיוב לפדותה וא"כ למ"ד בנדרה היא הוא נותן אצבע הואיל ואינו נשאל על הקמתו כנודר הוא וא"כ אף כאן בנודר הוא הרי הוא יכול לשאול על נדרו הוי כנודר עכשיו אחר שנשבית והמודר אחר שנשבית חייב בפרקונה ולכך חייב והדברים ברורים. וא"כ אתיין דברי הגמרא שפיר במסקנא דנודרת היא ולמ"ד דהיא נתנה א"כ אין מאשימין אותו הואיל ולא נשאל על הקמתו ה"ה כאן הוי כנודר קודם שנשבית אבל לדידן דקי"ל הוא נותן אצבע וכו' משום דיכול לשאול על הקמתו אף כאן לאחר שביה יכול לשאול על נדרו ולא נשאל הוי כנודר לאחר שביה ולא קשה מידי מכל קושיית הגמרא והכל ברור (ד).

איברא דזה יש לדייק מנא לן בגמרא דר' אליעזר סבר בתר תחילה אזלינן דלמא מודה ר' אליעזר לר' יהושע דאזלינן בתר סוף רק דס"ל הוא נותן אצבע ולפי מ"ש הר"ן למאן דאמר הוא נותן חייב בפדיון וצ"ל דס"ל לגמרא דא"כ אדמפלגי כאן לפלגי בעלמא לענין כתובה בנדרה היא וקיים לה הוא אי יש לה כתובה או לא ומדמיפלגי כאן שמע מינה דכולי עלמא ס"ל דהיא נתנה אצבע בין שיניה רק פליגי אי בתר מעיקרא אזלינן וכו' ואתיין דברי הגמרא שפיר כן נראה לענ"ד לדעת הר"ן ז"ל.

אבל מה שנראה לענ"ד הוא דס"ל להרי"ף דהך פלוגתא דר' אליעזר ור' יהושע אתיא אליבא דרבי שמעון דס"ל במסכת גיטין דף י"ז גבי נכתב ביום ונחתם בלילה כשר דמשנתן עיניו לגרשה אין לבעל פירות ולכך בהמדיר הוי כנותן עיניו לגרשה דהא חייב לגרשה על כל פנים משום הכי אינו חייב בפרקונה כיון דאין לו פירות משא"כ לפי מה דקי"ל דלא כרבי שמעון ויש לבעל פירות עד שעת נתינה א"כ אף בפרקונה חייב עד שעת נתינה ואי דאינו יכול להשיבה לו לאשה כמו שכתב לה ואהדרינך וכו' מה הוי לה למעבד הוא המעכב והוא הגורם והוי כנשבית ואומר לה הרי גיטך וכתובתך ותפדה את עצמך שאינו רשאי ותהא לוקה מידת הדין הוא יאכל פירות והיא תהיה בשביה מבלי פודה וכמו שהמדיר אין בידו להפקיע כתובה כך אין בידו להפקיע תנאי כתובה משא"כ לרבי שמעון דס"ל דאין לו פירות משנתן עיניו לגרשה א"כ על כרחך ס"ל דתנאי כתובה נפקעין אז תיכף דאלו חלין עליו עדיין תנאי כתובה אף פירות היה אוכל ועיין לעיל במורד ומורדת כתבו הפוסקים ג"כ מזה היכא דאוכל פירות דחייב בתנאי כתובה עיי"ש ועיי"ש בגיטין בשמעתין נכתב ביום דכתב הרי"ף להדיא דקי"ל דאוכל פירות עד שעת נתינה דבפרקונה תליא מילתא וקי"ל דחייב בפרקונה עד דמטא גיטא לידה משו"ה אוכל פירות עיי"ש ודברים אלו נוטים למה שכתבתי דס"ל להרי"ף כל זמן שלא קיבלה הגט אף דחייב לגרשה אפ"ה חייב בפרקונה והא דלא אמרינן נמי בגמ' דתליא

בזה אי יש לבעל פירות וכו' ובזה פליגי ר"א ור"י דכבר כתבתי לעיל בפירושי לדעת הר"ן דהוי קשה אדמיפלגי כאן ליפלגי בעלמא אי נכתב ביום ונחתם בלילה כשר או עד כמה הבעל אוכל פירות כמ"ש לעיל.

(ד) אמר המגיה המחבר קיצר כאן בלשונו ועיקר כונתו לתרץ לדעת הר"ן דהא בגמרא אמרינן דוקא בנדרה היא אי אמרינן היא נותנת אצבע וכו' אין חילק בין נדרה קודם שנשבית או אח"כ אבל בנדר הוא אמרינן שם דיש חילוק דבנדר קודם שנשבית אינו פודה לר' יהושע ולאחר שנשבית פודה ועל זה תירץ דתליא הא בהא דבגמרא אמרינן כן דוקא למאן דאמר היא נותנת אצבע וכו' אבל למה דקי"ל הוא נותן א"כ אין חילוק ומכח סברת הרב המחבר.

הלכה כד

לא רצה לקבור את אשתו וכו'. עיין במ"מ שכתב בשם הרשב"א דאם עמד אחר וקבר הניח מעותיו על קרן צבי ולפי מה שכתב המ"מ לעיל בפרק י"ב הלכה י"ט בשמו גבי מזונות דדוקא במפרש שמחמת מזונות שחייב לה בעלה הוא נותן הוא דהניח מעותיו וכו' א"כ הוא הדין הכי צ"ל לדעת הרשב"א דאירי במפרשששקובר בשביל בעל ומיהו נראה דהתם פירושו דהנותן בסתם אינו נותן במתנה רק בתורת הלואה וא"כ הוי כמלוה לאשה ומוציא מידי הבעל מדרבי נתן משא"כ כאן למי הלוה לבעל הא אינו כאן ובמה נשתעבד לו והאשה מתה והלכה לה ולכך כאן ודאי הפסיד מעותיו לדעתו וצ"ע.

פרק טו

הלכה א

האשה שהרשת את בעלה אחר הנשואין וכו'. עיין במשנה למלך עיין במה שכתבתי בפרק הקודם לזה.

במה דברים אמורים בשהיו לו בנים וכו'. נראה דזה מיירי שהרשהו לדבר רשות אבל התלמידים היוצאים ללמוד תורה ברשות מהני אף דלא קיים פריה ורביה דהא חזינן רבי עקיבא ויתר תנאים ואמוראים דהרחיקו נדוד ולא קיימו עדיין פריה ורביה כדמוכח התם במסכת כתובות דף ס"ב ע"ב שאמרו עניה זו לשוא שומרת וכדומה ועל כרחך צ"ל לתלמוד תורה אין לחוש לזה דגדול תלמוד תורה יותר ממצות פריה ורביה וקי"ל מי שאומר שנפשו חשקה בתורה דפטור מפריה ורביה וכן עמא דבר.

הלכה ד

כמה בנים יהיו לו וכו' היה הבן סריס או שהיתה הבת אילונית לא קיים מצוה זו. החלקת מחוקק סימן א' ס"ק ו' מדייק מדקאמר שהיה סריס לא קיים ש"מ שאם אינו סריס רק דלא נשא אשה קיים האב פריה ורביה דאל"כ מה איריא סריס ויפה דייק אלא שלא הבנתי הא דקי"ל היו לו בנים ומתו לא קיים פריה ורביה משום דבעינן לשבת יצרה כמה זמן יהיה למיתה שלהן אם בקטנותם או בגדלותם כמה יהא ימי שני חייהם דהא סופם למות אותם שלא נשאו נשים וא"כ אותם שלא נשאו נשים הוי כהיו לו בנים ומתו דלא קיים פריה ורביה והדרא קושיא לדוכתיה למה נקט סריס.

ואני מסופק אי דוקא מת בחיי האב לא קיים האב פריה ורביה דיש לו ליקח אשה אחרת אבל בהוא חי בחיי האב האב קיים פו"ר דהרי הבן היה יכול ליקח אשה בכל שעה ואם מת לאחר מיתת האב מה היה לו לאב למעבד והוא קמיה שמיא יצא בזה מצות פו"ר ונוטל שכרו שכר מצוה משלם משא"כ סריס שהוא תיכף כלא היה דליכא למימר דאם גידלו האב עד שהוא ראוי להוליד ולקיים שבת נפטר האב דאם הוא המונע מלהוליד האב מה יעשה משא"כ כשמתו בקטנותם דאז לא קיים האב פו"ר דבמסכת יבמות דף ס"ב ע"ב בהא דבני בנים הרי הם כבנים לא משמע בגמרא וברש"י כן דמשמע דאף דנשא הבן אשה לא עלתה לו לאב כשמת הבן עד שהניח זרע אחריו ואם נאמר כמ"ש לעיל דתלוי במת בחייו או לאחר מותו מ"מ לא ידעתי בבת שנשאת לסריס דודאי לא תוליד במה יקיים האב פריה ורביה וכי חיישינן שיגרשה הבעל או שימות ובחלקת מחוקק שם החליט גם בזה דיצא ולדידי צ"ע.

הלכה ו

היו לו בנים בגיותו ונתגייר הוא והם הרי זה קיים מצוה זו. במסכת יבמות דף ס"ב ע"א כתבו התוס' בד"ה רבי יוחנן אמר וכו' דאע"פ דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי כיון דבנכריותו קיים דזרעו מיוחס אחריו באותו שעה מפטר נמי כשנתגייר והקשה הרב בית הלל והביאו הבית שמואל סי' א' ס"ק י"ב א"כ מה טעם יש לענין בכור דאין הנולד אחריו ביהדותו בכור ולא הבנתי קושייתו דכיון דזרע ראשון שהיה לו בגיותו זרע מעליא מיקרי עד שיוצא ידי פו"ר איך יעלה על הדעת דהשני יהיה בכור ואיך יהיה נקרא ראשית אונו עד שהרמב"ם דבעי כאן לענין פו"ר שיהיו הבנים ג"כ גרים (מודים) [מודה] לענין בכורה בפרק ב' מהלכות נחלות דאף דלא נתגיירו בניו אין הנולד ביהדותו בכור וטעמו הוא דבשלמא כאן בעי לשבת ואין ישיבתם בגיותם קרוי ישיבה משא"כ לענין בכור דמ"מ זרע מיקרי והבא אחריהם לאו ראשית אונו מיקרי ואע"פ דבגמרא עביד צריכה מהך

דפו"ר להך דבכור ולפי דעת הרמב"ם הא דינו של זה לא כשל זה אפשר דלזה אין צורך מימרא בפני עצמו דבזה לא נחלקו ר' יוחנן וריש לקיש וכו"ע מודים דבעי לגבי פו"ר גירות בנים דלא שייך לשבת בעודן בגיותן רק עיקר מחלוקתם הוא אם שייך קריית זרע בבנים בגיותן וזה חד דינא אית ליה לקיום פריה ורביה וירושת בכור בכל אופן ושפיר עביד בגמ' צריכתא.

והנה הרב בעל חלקת מחוקק סימן א' ס"ק ח' נסתפק במי שנתעברה אשה ממנו על ידי אמבטי אי קיים פו"ר ולבסוף העלה דקיים פו"ר והראיה מבן סירא דנקרא בנו של ירמיה ובן סירא נולד על ידי אמבטי עיי"ש ונראה דאין לסמוך על זה דהא תנן במתניתין יבמות דף כ"ב ע"א מי שיש לו בן מכל מקום פוטר וכו' אמרינן בגמרא מ"מ לאתויי מאי ואמרינן לאתויי ממזר ולא אמרינן לאתויי בן כהאי גונא דנולד על ידי אמבטי דהוא דבר שאינו מצוי ויפול יותר בלישנא בן מכל מקום אלא על כרחך צ"ל דלכך לא מוקי ליה בהכי משום דתנן וחייב על מכתו וקללתו ובכה"ג אי אפשר לחייבו על מכתו וקללתו דמי יעיד דבנו הוא בשום אופן ובאיזה אופן נוציא זה הבן הנולד על ידי אמבטי לקטלא על אביו וכי יכולים עדים להעיד שמזה יצא שכבת זרע לבד ונכנס לתוך מעי האשה הלזו לבדה דבר זה קשה להתברר ע"י עדים ומאן מסהיד דלא זינתה כאשר נכתב לקמן מזה או דלא בא לתוך מעיה שכבת זרע מאיש אחר ואם כן אף לענין פו"ר נאמר כן אף דבאמת אם ממנו לבד נתעברה פשיטא דבנו הוא לכל דבר אך מי יכול לברר זה ולא נתנה תורה למלאכי השרת ולכך פשיטא דאין לסמוך על זה (א).

והנה אם האשה לא נאסרה לבעלה ע"י כך הביא בעל משנה למלך בפרק זה ראיה מהגהת סמ"ק דכתב דאשה נדה יכולה לשכוב על סדין ששכב עליו בעלה דאף אם תתעבר משכבת זרע של בעלה אין הולד פגום כלל ולי נראה דאין משם ראיה כלל דלא הזהירה התורה בנדה רק מבלי לבעול אותה אבל להיות הרה ממנו ע"י סדין או אמבטי אנה והיכא אסרה התורה כיון דהוא בעלה משא"כ באיש אחר שכבת זרע כתיב והרי בא למעיה ש"ז מאחר. איברא ממקומו נלמד דבמסכת חגיגה דף י"ד ע"ב אהא דשאלו את בן זומא בתולה שעיברה מהו לכהן גדול כתבו התוס' דהך אבעיא הוא אף לרבי יהושע דס"ל בפ"ק דכתובות בראוה מעוברת דלא מפיה אנו חיין ופשיט בן זומא שם דמותרת לכהן גדול דבאמבטי עיברה וקשה כיון דנפשוט האיבעיא גם לר' יהושע דילמא מפסול היה ש"ז והיא פסולה לכהן וכ"ש לכה"ג ולא תהא אלא מעוברת לר"י דלא מפיה אנו חיין אלא ודאי דבאמבטי אף דהיה לה ש"ז מפסול אין אשה נפסלת בכך דאין כאן בעילה והוא הדין לבעלה הישראל. אך בלא"ה צריכין אנו לדייק בדברי התוס' דכתבו

דהך שאלה בתולה שעיברה קאי אף לר"י והשאלה היתה אי איתא לדשמואל דיכול לבעול ע"י הטייה ועדיין היא בתולה מותרת לכהן גדול דהא אף אם איתא לדשמואל מה בכך מ"מ היכי תהא מותרת לכה"ג דילמא מפסול נתעברה ופסולה לכהונה וכ"ש לכה"ג דהא השתא לא הוי ס"ד עדיין דמיירי באמבטי ואפילו ברוב כשרים פוסל ר"י ועל כרחך צ"ל דהאיבעיא הוי במקום דליכא פסולין כלל עד שלא יפול בו הספק אי לכשר או לפסול נבעלה רק הספק אי בתולה או בעולה היא א"כ לפי זה השתא נמי דאמר דשמא באמבטי עיברה אין כאן ראיה דלא נאסרה בלא בעילה די"ל נמי דמיירי במקום דאין לחוש לפסול מ"מ נראה מפשטיה דלישנא דכשרה לכהונה אפי' במקום פסולין.

אך הרב בעל משנה למלך האריך להוכיח דאי אפשר להיות נתעברה באמבטי ותמהני מחכם שכמותו שרוצה לסתור מכח דברי התוס' דברי הגמרא ערוכה מה שלא מצינו בו מחלוקת וכל ראייתו הוא מהתוס' דיבמות דף נ"ה ע"ב בד"ה אינו חייב וכו' דכתבו דבהעראה אינה ראויה להתעבר אלא במירוק גיד וכן הביאו בכמה דוכתי התוס' והר"ן והרמב"ן דאינה מתעברת אלא בגמר ביאה וכן הוא בגמרא דקידושין בכהן גדול באלמנה דף ע"ח ע"א דפריך שם בגמרא וללקה נמי משום לא יחלל זרעו ותירץ שם כשלא גמר ביאתו ופירש רש"י דלא חילל זרע ולדבריו דברי התוס' שם במסכת חגיגה סותרים עצמן מיניה וביה דעל האי בתולה שעיברה כתבו התוס' גופיה דאע"פ דרוב בקיאין בהטיה היינו בתחילת ביאה אבל לבסוף כדי שתתעבר אי אפשר אלא לשמואל וא"כ איך אמר בן זומא באמבטי עיברה והדבר סותר את עצמו אלא ודאי הדבר ברור דכל שלא הוציא זרע הוא מיקרי תחילת ביאה דבהעראה ונשיקת עטרה עדיין האבר חי ואינו מוציא זרע אבל בגמר בעילה האבר מת ומוציא זרע והוא הראוי לעבר וזה שכתבו התוס' ביבמות דבהעראה אין ראוי לעבר אלא במירוק הגיד ומירוק הגיד פירש רש"י ביבמות דף נ"ה שמזריע והרי תלה בהזרעה וכן ביבמות דף ל"ד ע"ב דאמרינן שכבת זרע פרט להעראה פירש רש"י שלא הזריע אי למ"ד נשיקת אבר ואי למ"ד הכנסת העטרה עכ"ל הרי ברור דהעראה מיקרי שלא נתמרק הגיד והאבר חי וא"כ אף דיוצאין ממנו טיפות זרע מ"מ אינו יורה כחץ ואינו ראוי להזריע משא"כ גמר ביאה הוא מירוק הגיד דהיינו שמזריע ויורה כחץ מאבר מת וזהו גמר ביאה וא"כ כל דברי משנה למלך מופרכין ואין בהם מתום כלל דעל ידי אמבטי שנכנס הזרע במעיה מהאיש שהזריע כחץ כדאמרינן שם בגמרא ודאי ראוי להוליד ועדות חכמינו ז"ל תכריע.

והא דאמרינן במסכת כריתות דף י"א ע"א גבי שפחה חרופה דשכבת זרע כתיב פרט לאינו מתכון ופירש רש"י שנפל מן הגג ונתקע בה דאינו ראוי להזריע מלבד דהתוס'

השיגו שם על רש"י וכתבו דמאן לימא לן דאינו ראוי להזריע בכה"ג אף גם לדברי רש"י היינו המוציא זרע אין מתכון ויצא ממנו זרע לאונסו דנתקע במעי האשה מבלי דעת א"כ אין בזה כח רוחני להוליד משא"כ המתכון להוציא זרע רק דהזרע באמבטי א"כ אין בזרע שום חסרון להוליד רק מצד המקבל א"כ אח"כ כשנכנס הזרע במעי האשה ויש לה כח חום גדול יכול הזרע לחזור במעיה לחמימות הראשון ותוכל להתעבר כמו שכתבו הרופאים הקדמונים ואל תשגיח בדברי רופאים אחרונים שרצו להשיב וכחשו ואמרו שלא יתכן כי נואלו וטפשו בשכלם וחשבו מה שלא השיגו בדמיונם הכוזב שאי אפשר להיות ולא השיגו במציאות הטבע ככלב המלקק מהים וכהנה רבות שחשבו להשיג על הראשונים וכולו כזב ופעולתם יוכיח שכאב קטן אינם יכולים לרפאות על נקלה מה שהראשונים פעלו בכל חלי גדול ומחלה כבדה עד שהוצרכו לגנוז ספרי רפואות כי לא שמו בה' כסלם.

אמנם הא קשיא לכאורה הא אין אשה מתעברת מביאה ראשונה עד שהוצרכה תמר למעך באצבע והאיך תוכל בתולה להתעבר באמבטי ולא יהיה אלא ביאה ואפשר לומר או דבשני פעמים נכנס הזרע מאמבטי למעיה או אפשר לומר דדוקא בבתולה להשיר בתוליה אז הזרע נאבד מן הצדדין כי פתחה סתום ולא יוכל לבוא תוך מעיה ולכך כשממעכה באצבע נתעברה מביאה ראשונה וכן באמבטי הזרע נכנס תוך מקום הנקב ששופעת ממנו דם נידות וזבה בנחת לתוך מעיה ולא יבוא לצדדין כלל וממנו תתעבר ובדרך זו בלא"ה נסתרים כל דברי המשנה למלך הנ"ל אך מה שכתבתי לעיל הוא האמת וברור בדברי התוס' ולפי דברי הר"ן בפרק קמא דקידושין דכתב דאע"פ דאין האשה מתעברת מביאה ראשונה זמנין דמתעברה יש מקום ליישב הקושיא שהקשיתי אך נראה דודאי מודה הר"ן דהוא מיעוטא דלא שכיח כלל דבכל דוכתי אמרינן בפשיטות והא אין אשה מתעברת מביאה ראשונה כאלו הוא בלתי אפשרות להתעבר וא"כ ליכא למימר כן בהך דבן זומא דהא ס"ל הך דאמבטי לשכיחי יותר מהך דהטיה דשמואל ובודאי הך דהטיה שכיחי יותר ממה שתתעבר אשה מביאה ראשונה ולכך נראין הדברים כמ"ש לעיל.

ומה שהאריך עוד הרב בעל משנה למלך דליתא דבן זומא דנתעברה באמבטי דא"כ באשה שהלך בעלה למדינת הים ונתעברה ונשתהא הולד יותר מתריסר ירחי שתא למה טרחו הפוסקים לומר דלא חיישינן לממזרות דדלמא בא הבעל על ידי שם ולא אמרו דבאמבטי נתעברה וא"כ היא מותרת לבעלה והולד ג"כ כשר מלבד דיש לומר דמיירי דאינה טוענת כך אף גם באמת אני אומר ח"ו להאמין לה ואתה נותן יד לפושעים

החטאים האלה בנפשותם דתשטה תחת אישה ואכלה ומחתה פיה ואמרה לא פעלתי און כי באמבטי נתעברה ח"ו להאמין רק שם במסכת חגיגה מיירי כמ"ש התוס' שם דהיא נבדקת על פי חביות והיא בתולה בבירור וא"כ כאן הספק מאין בא ההריון בזו אמר בן זומא דנתעברה באמבטי דהרי היא בתולה לפניך ואפילו לפירוש רש"י דכתב כפי מ"ש התוס' להאמין לה ולא בבדיקה המעיין ברש"י יראה דלא קשה מידי קושיית התוס' דלשון רש"י כך הוא שעיברה מהו לכהן גדול והיא אומרת שימצאו לה בתולים עכ"ל הרי דהיא טוענת כשיבוא עליה ירגיש שהיא בתולה שפתחה סתום וימצא דם וא"כ השאלה היא אי לסמוך על פיה כיון דמעוברת היא ובזו מילתא דעבידי לגלוי לא משקרת ובזה לא קשה כלל מהך פלוגתא דר' יהושע ורבן גמליאל גבי ראוה מעוברת דשם אי אפשר להתברר ס"ל לר"י לא מפיה אנו חיין משא"כ כאן דיכול הדבר להתברר ולא משקרת ואתי שפיר וברור ופשוט הוא.

(**א**) אמר המגיה ומבן סירא אין ראיה מהא דכתב בספר הקנה דהיה בודאי בנו של ירמיה דלירמיה הנביא נתגלה זאת ברוח הקודש דלא היתה נבעלת לשום אדם רק מאותו זרע שהיה ממנו באמבטי.

הלכה ז

לא ישא אדם וכו' ואם אומר איני בועלה והריני שוכן עמה בפני עדים כדי שלא אתיחד עמה וכו' אין שומעין לו. דברים אלו הם בגמרא סוף פרק המדיר דף ע"ז ע"ב ולא הבנתי וכי היא אסורה לו בבעילה עד שכופין אותו להוציא הא כל הכפיה הוא בשביל קיום פו"ר וא"כ מה יהיה בזה תועלת שיהיה אצלה ולא יבעלנה אדרבה בזה אי אפשר כלל להוליד משא"כ בהיותו אצלה בביאה אפשר להוליד במציאות רחוק עכ"פ ובגמרא לא נאמרו דברים הללו לרבותא כי אם דלכך לא נשנה הך דנשא אשה ושהה עמה עשר שנים עם הנך דכופין להוציא משום דיש הבדל ביניהם דהך אי אפשר לטעון אתיחד עמה בעדים דמה מועיל סוף סוף מבטל מפו"ר משא"כ באינך יכול לטעון כן אבל רבינו דכתבו בתורת רבותא לא הבנתי.

ולכן היה נראה לענ"ד דס"ל לרבינו הרמב"ם דאין כופין את הפנוי לקיים מצות פו"ר כמו שכתב בהלכה ב' דמחויב לקיים פו"ר מבן כ' ומעלה ולא כתב דהבי"ד כופין אותו לכך אלא דס"ל דאין כופין אותו דודאי בלא"ה יקיים דאין אדם שרוי בלא אשה אמנם ביש לו אשה שאינה בת בנים בכאן כופין להוציא דכל זמן דיש לו אשה כזו אינו מהדר אחר אשה אחרת אמנם אם יוציא ויהיה פנוי ודאי דישא אשה בת בנים וא"כ הו"א באומר אתיחד עמה בפני עדים גם בזה ודאי לא יהיה שרוי בלא אשה כיון דזאת אינה נבעלת לו

כלל ויקח אשה אחרת ולא יהיו הבי"ד כופין אותו קמ"ל דזה אינו דכל זמן דיש לו אשה בשום צד אינו מהדר ליקח אחרת וכופין להוציא ואח"כ יד הבי"ד מסולקת דמסתמא יקח אשה הראויה לבנים ולא יהיה שרוי בלא אשה אמנם השו"ע דכתב בסימן א' סעיף ג' דב"ד כופין אפילו לפנוי לקיים פו"ר ואעפ"כ בסימן קנ"ד סעיף י' העתיק דברי הרמב"ם הנ"ל ולא הבנתי מה רבותא אשמעינן בזה כיון דכופין מהיכא תיתי דיאמר אתיחד עמה בפני עדים דמה הועילו בתקנתם ויש ליישב (ב).

(**ב**) אמר המגיה היישוב לזה הוא פשוט שיש לומר לאידך גיסא דבשהה עשר שנים אם יכול לשמש עמה לא יתן דעתו ליקח אחרת וכן בפנוי כיון דעד עתה אין יצרו תקפו לישא אשה יכול להיות דכל ימיו לא ישא אשה על כן הבי"ד כופין להם משא"כ בנשא אשה כבר ונהג עמה בתשמיש ומעתה יתיחד עמה בלא תשמיש הו"א דודאי לא יהיה יכול לסבול זאת ומעצמו יקח אשה אחרת ולא יהיו הבית דין כופין אותו קא משמע לן רבותא דכופין ופשוט הוא.

נשא אשה ושהתה עמו עשר שנים ולא ילדה הרי זה יוציא ויתן כתובה. בשו"ע סימן קנ"ד סעיף י' העתיק המחבר הך דינא והקשה הבית שמואל ס"ק כ"ב דהאיך סתם דיוציא ויתן כתובה הא בסעיף ו' פסק כהרמב"ם ולהרמב"ם כל שהיא אינה טוענת ברי דממנו המניעה אין לה כתובה ולא ידעתי דלדבריו גם דברי הרמב"ם קשין אהדדי דהא הך לישנא יוציא ויתן כתובה הוא ג"כ ברמב"ם בהלכה זו והשו"ע תפס לישנא דהרמב"ם ובאמת בגוף הדין ברמב"ם במה דפסק בהלכה ח' והלכה ט' נראה דהרב בעל לח"מ והב"ש תופסין המובן כפשוטה דכל זמן שהיא אינה טוענת שאינו יורה כחץ אף דמספקא ליה לבעל אי המניעה ממנו או ממנה הרי הוא בחזקת ממנה והפסידה כתובתה דהממע"ה. והא דאמרינן בברייתא נשא אשה ושהה עמה י' שנים יוציא ויתן כתובה שמא לא זכה להבנות ממנה ועל כרחך מיירי בטוענת שאינו יורה כחץ דאל"ה אין לה כתובה וא"כ איך יכול להבנות מאחרת פירש הלח"מ שמא שקורי משקרת והא דלא אוליד שמא לא זכה להבנות ממנה ולכך יוציא ויקח אחרת.

והבית שמואל סימן קנ"ד ס"ק י"א פירש דבשביל שלא זכה להבנות ממנה קרה לו חולשא שאינו יורה כחץ ולאחר שיגרשנה ויקח אחרת יתרפא ולפירוש שניהם קושיית הגמרא דף ס"ד ע"ב ביבמות הוא דחוק מאוד דפריך ודלמא איהי דלא זכיא והייינו כפירוש רש"י דתצא בלא כתובה ולדברי הלח"מ מה קושיא הא היא טוענת ברי שאינו יורה כחץ ובזו אמרינן דהיא נאמנת לענין ממון הואיל דהוא לא קים ליה והיא קים לה כמבואר בגמרא להדיא וגם לדברי ב"ש דחוק דאי עוונתיה הטו אלה שלא תלד ודאי

שהיא קרה לה חולשא ולא לו שלא היה יורה כחץ אם היה מסיבתה וממיעוט זכותה ועל כרחך זכותו גרם שקרה לו חולשא ואין מקום לקושיית הגמרא. וביותר קשיא לי במה דאמרינן דאם הוחזקה לנפלים דיוציא ויתן כתובה וכן פסק הרמב"ם בהלכה י"ב דזה על כרחך דלא טוענת דאינו יורה כחץ דהא נתעברה הימנו וא"כ למה תטול כתובה דהא יש כאן שמא ושמא אם החולשא שלא תוכל להוליד ולד של קיימא ממנו או ממנה ולדעתם ס"ל לרמב"ם בספק כה"ג דתצא שלא בכתובה.

ולכך היותר נראה בדעת הרמב"ם ז"ל או כפי מה שנראה מדברי המ"מ דכתב דדעת רבינו הרמב"ם כדעת הרי"ף והרשב"א ז"ל ובדברי הרי"ף כפי מה שכתב הרא"ש וביותר בדברי הרשב"א מבואר דהוא אומר מינה וכו' היינו דהוא טוען ברי שהיא אינה ראויה להוליד ולכך אם היא אינה טוענת כנגדו ברי שאינו יורה כחץ אין לה כתובה כיון דהוא טוען ברי ואם היא טוענת ג"כ ברי שאינו יורה כחץ יש לה כתובה עיי"ש ברא"ש ורשב"א והמ"מ כתב דדעת הרמב"ם עולה כאחד עם דעת הרשב"א הרי מבואר דס"ל כמ"ש דפירושו דטוען ברי וצ"ל לדעת המ"מ דמה שכתב הרמב"ם בהלכה ח' חזקת חולי ממנה היינו שטוען ברי שהמניעה ממנה וא"כ צ"ל דכל מה שכתב בהלכה ט' הוא פירושי קא מפרש למה שכתב מקודם בהלכה ח' דסתם והדר מפרש כאלו אומר כיצד אמרינן לעיל דחזקת חולי ממנה אם יורה כחץ ואין לה כתובה ופירוש אם הוא אומר ברי וגם היא טוענת ברי שאינו יורה כחץ אז יש לה כתובה דנאמנת אבל אם היא אינה יודעת והוא טוען ברי שהמניעה ממנה בזו אמרינן לעיל בהלכה ח' דתצא שלא בכתובה וכו' וזהו מה שנראה לי בדעת המ"מ לדעת הרמב"ם אבל בטוענין שניהם ספק יש לה כתובה.

ועוד היה נראה לענ"ד לומר דודאי להרמב"ם הא דשהה עשר שנים ולא ילדה בשביל זאת אין האשה בחזקת שלא תלד כי אנו מתירין אח"כ שתנשא לאיש אחר והרבה נשים דמולידין לאחר עשר שנים רק שאנו כופין אותו שלא ישהה בהעדר קיום מצות פו"ר ועד מתי ימתין ולכך חששו לומר דף ס"ד ע"ב בדורות אחרונים שהשנים מועטות להמתין רק ג' פקידות וכו' ולפי זה אם אנו כופין להוציא אף היא תאמר אין כאן חזקת חולשא לא לי ולא לך רק מקרה בעלמא היא ואמתין עוד ואשב תחתיך ואלד כמקרה שאר נשים ואתה הוא מגרש אותי בעל כורחי דאין אתה רוצה לאחר מצות פו"ר א"כ אין כאן מקח טעות בצדי שתוציאני בלי כתובה ואם אתה רוצה לגרשני תן לי כתובה ובפרט לדעת התוס' בפ"ק דכתובות דבספק ספיקא מוציאין ממון מיד המוחזק וא"כ יש כאן ספק ספיקא ספק אם יש כאן חולשא לאחד מהם רק מקרה בעלמא היא ותוליד אח"כ ואת"ל דיש כאן חולשא דלמא מהבעל ולכך כשהיא אינה רוצה לצאת רק הבי"ד כופין

להוציאה יש לה כתובה דהיא צועקת ככרוכיא אין כאן מקח טעות כלל ומקרה בעלמא היא שנתאחרו כלי הריון וטבע הלידה להוליד משא"כ כששניהם מרוצים לצאת ושניהם רוצים שלא ישבו יחדיו כי יודעים שלא יולידו עוד ואף היא רוצה לצאת מהעדר בנים ורק הספק בכתובה אם המניעה ממנו או ממנה בזו ודאי אמרינן כיון דיוצאת בגט רק הספק בכתובה הממע"ה רק אם היא טוענת דאינו יורה כחץ כיון דלא קים ליה נאמנת אבל בלא זה מספק אין לה כתובה וזה מדויק בלישנא דהרמב"ם.

ובזה יש ליישב דברי הטור בסימן קנ"ד שהקשו עליו הדרכי משה ויתר אחרונים דהביא מקודם תשובת הרא"ש דאם שהתה עשר שנים והוא נשא אשה אחרת והוליד ממנה דמ"מ לא הפסידה הראשונה את כתובתה ואח"כ בהיא אומרת ממנו והוא אומר ממנה נשא אשה אחרת והוליד דאין לראשונה כתובה דלפי מ"ש ניחא דדברי הטור האחרונים מיירי דהיא מרוצית לגט והראיה דכתב ואם בא להוציא תוך עשר שנים בלא כתובה ואומר שהיא גורמת והיא אומרת שהוא גורם יוציא ויתן כתובה ועל כרחך מיירי דמרוצית לגט ומודית דיש כאן חולשא המונעת הלידה דאל"כ בתוך עשר שנים האיך ס"ד להוציאה בלא כתובה ולא הנחת בת לאברהם אבינו שתהא לה כתובה ועל כולם יעליל הבעל בטענה כזו אלא ודאי דמודית דיש כאן חולשא במניעת הלידה ורוצה לצאת רק הספק ממי המניעה ולכך כתב הטור דבסתמא יש לה כתובה אבל אם נשא אחרת והוליד נתברר דהחולשא ממנה משא"כ בהך דתשובת הרא"ש דהיא אינה רוצה לצאת רק הוא יוציאה בעל כרחה ולא הפסידה כתובה בשום פנים דאין כאן הוראה על חולשא רק מקרה בעלמא דאינה מולידה וברור ופשוט הוא.

הלכה יב

הפילה וחזרה והפילה שלשה פעמים הוחזקה לנפלים וכו'. והא דלא אמרינן בתרי זימני הוחזקה לנפלים כרבי, הנמוקי יוסף תירץ דשכיחי נשים להפיל ולכך בעינן תלתא זימני ועיין ברא"ש בבבא מציעא פרק המקבל דהיכא דלא איתמר הלכתא בפירוש אי הלכה כרבן שמעון בן גמליאל או כרבי מסתמא הלכתא כרשב"ג נגד רבי דהוי אביו ורבו של רבי וא"כ יש לומר דהא דסתם בנשואין כרבי וכן גבי מילה דפסקינן בגמרא כרבי דהתם החמירו בשב ואל תעשה משא"כ להוציא אשה מבעלה לא החמירו וסמכו עצמן על הכלל דהלכה כרשב"ג כמ"ש הרא"ש אבל באמת לרבי גם בהפילה הוחזקה בתרי זימני וכן הוא בתוס' והרא"ש במסכת יבמות כמו שכתבו בשם הרב ר' שמואל בן חיים דאף דנחלקו עליו שם מ"מ בסברא זו לא נחלקו דלרבי הוחזקה בתרי זימני לנפלים ולא כדעת הנמוקי יוסף רק מסתברא כמ"ש דקי"ל כרשב"ג ואין להוציא אשה מבעלה בתרי

זימני (ג).

(**ג**) אמר המגיה והא דסתם במסכת סנהדרין דף פ"א במתניתין כרבי גבי מי שעבר עבירה ולקה ושנה בי"ד מכניסין אותו לכיפה וכו' ופשיט רב יוסף במסכת יבמות דף ס"ד ע"ב דגבי מלקיות הלכה כרבי אף דהתם לא הוי שב ואל תעשה רק עושין מעשה בידים לקרב מיתתו ואפ"ה לרב יוסף סתים לן במלקיות כרבי נראה דזה אינו סותר לסברת המחבר דהא אמרינן שם בסנהדרין דאפילו תימא דמתניתין אתיא אפילו לרשב"ג וקסבר עבירות מחזיקות ומוחזק לשלוש עבירות ובאמת התוס' ביבמות שם הקשו זאת על רב יוסף דהא בסנהדרין אמרינן דאתיא אפילו לרשב"ג ומתרצים דרב יוסף ס"ל דמלקיות מחזיקות וכו'.

הלכה יג

הוא אומר הפילה בתוך עשר כדי שישהה עמה והיא אומרת לא הפלתי נאמנת שאינה מחזקת עצמה בעקרות. הנימוקי יוסף הקשה דיהי הבעל נאמן במגו דאי בעי אמר עקר אני ותירץ דהכא כיון דכבר הוליד אלא שהפילה ריע טענתו לבטולי הך חזקה גדולה דלא מחזקת נפשה בעקרה עכ"ל ותירוצו דחוק ועיין בבית שמואל סימן קנ"ד ס"ק ל' שרצה לפרש דברי נמוק"י דס"ל דהסוגיא מיירי שהוליד פעם אחת ומת הולד ואח"כ הם מחולקים כמה שנים לא הולידה משו"ה ריע טענתו וזה דחוק במובן הגמרא והרמב"ם דהא לא נזכר מזה כלום בטענותיהם לא בדברי הגמרא ולא בדברי הרמב"ם רק דהיא אומרת לא הפלתי כלל ולכן מה שנראה לתרץ בעיקר קושייתו או דחזקה זאת דלא משוית אשה נפשה לעקרה הוי חזקה אלימתא ולא אמרינן בזה מגו במקום חזקה ועיין בש"ך לחו"מ סימן פ"ב בדיני מגו אות י' שאין כל החזקות דומות זו לזו או דיש לומר דודאי אין רצון הבעל לבטל מפו"ר לגמרי רק דעתו להמתין עד זמן מה אולי תלד עוד ולכך אמר דהפילה בזמן למען יוכל להמתין עוד י' שנים מזמן ההוא ואם לא תלד אז יגרשנה ולפי זה אין רצונו לטעון טענת עקר דא"כ לעולם לא יוכל לגרשה דהא טוען עקר הוא וזה אין רצונו לבטל לעולם מפו"ר ועוד דלפי מ"ש הרשב"א ביבמות דמיירי דהקול כדבריה א"כ לא מהני מגו דלא אמרינן מגו לאכחושי קלא.

ובכל זה משביעה היסת וכו'. עיין טעם שבועה זו במ"מ. והכ"מ כתב הרי זה דומה למוציא שטר על חבירו והלה טוען קבעת לי זמן דנשבע ונוטל והוא הדין כאן עיי"ש ואם באנו למדה זו הרי זו שבועת המשנה דהטוען טענה על השטר ובעל השטר נוטל בשבועה הוא שבועת המשנה כטוען השבע לי וכאשר האריך הש"ך בחו"מ בכל דוכתי דאין היסת גבי נוטל וא"כ למה כתב הרמב"ם היסת. ולכן נראה דאין השטר עומד לטענה

זו והוי כטוען טענת אמנה דאינו נאמן נגד השטר רק דאחר שפרע הא יש לו עליה טענת ממון דכתובתה מאתים ואם הוא מקיים אותה אין לה רק כפי טובת הנאה שאם תמות שיורש הוא ואם תתאלמן או תתגרש תגבה כתובתה וא"כ הכתובה כל זמן שהיא תחתיו אינה שוה רק חמשים והוא נתן לה ע"י גט כל כתובתה וא"כ בזה העודף על טובת הנאה יש לו תביעת ממון בברי וכאותו שאמרו במסכתא מכות דף ג' ע"א מעידין אנו באיש פלוני וכו' והלא בין היום ומחר סופו ליתן לה כתובה וכו' דשמין כמה כתובה שוה בטובת הנאה והמותר מחויבים העדים זוממין לשלם מכיסם דהרי הוא ממון גמור וא"כ אף כאן הבעל תובע ממון גמור והיא מכחשת ותשבע היסת כשאר תביעה ואין זה דומה להטוען נתת לי זמן כמ"ש הכ"מ דהתם מחויב לשלם עכ"פ כשהגיע הזמן וא"כ אם כבר הקדים ופרע קודם הזמן אין לו תביעה על הנתבע משא"כ בכתובה דאפשר להיות דלא יגיע כלל לכלל פרעון וא"כ אומדין בטובת הנאה והשאר שמשלם יותר הרי הוא ממון גמור ויכול להשביעה כשאר תביעת ממון וזה נכון ופשוט.

הוא אומר הפילה שנים והיא אומרת הפלתי שלושה נאמנת. בנימוקי יוסף סוף פרק הבא על יבמתו משמע דדוקא שאינה תובעת גירושין אבל כשתובעת גירושין יש לחוש דעיניה נתנה באחר ומסתבר דבריו דכיון דהוא בתוך עשר שנים וא"כ כל אשה אשר תתן עיניה באחר תערים לומר דהפילה שלשה פעמים דהאשה האומרת טמאה אני לך ברצון חוששין שמא עיניה נתנה באחר ולא אמרינן דנאמנת דלא תחזיק עצמה ברשעה ושית זונה נצורת לב וא"כ דוחק לומר דבשביל דלא תחזיק עצמה מפלת נפלים לא תתן עיניה באחר דיותר מסתבר דנח לה להחזיק עצמה בחזקת מפלת משתחזיק עצמה לזונה וסוטה שזינתה ברצון ובפרט דהא דהוחזקה למפלת נפלים אין לה ריעותא בחזקה דהא מותרת להנשא לאחר ואמרינן דהמניעה והסיבה הוא מבעל משא"כ בזינתה תחתיו דהכל תלוי בה בכל אופן וזהו נראה דעת רש"י דכתב ביבמות דף ס"ה ע"ב על הא דאמרינן הוא אומר הפילת תרי והיא אומרת תלת דמהימנת וכתב רש"י ולא שהיא תובעת גירושין אלא עלינו לכופו וכו' הרי דלשונו ברור מילולו דדוקא שאינה תובעת גירושין אבל בתובעת גירושין לא מהימנת ונכון הוא בסברא כמ"ש וכן יש להורות ועיין בחידושי רשב"א ליבמות.

הלכה טו

האשה שבאה לבי"ד ואמרה בעלי אינו יכול לשמש כדרך כל הארץ שמוש שמוליד או שאינו יורה כחץ יעשו הדיינין פשרה וכו'. נחלקו רבותינו בפירושו הרשב"א והמבי"ט ומהר"ם אלשקאר פירשו דס"ל לרמב"ם דבטוענת אין לו גבורת אנשים דאינה נאמנת

כפירוש הירושלמי סוף נדרים על מה דתני במתניתין שמים ביני לבינך דלמשנה אחרונה יעשה דרך בקשה וכן הביא המרדכי סוף קידושין בשם ר"ת דבטוענת אינו יכול אינה נאמנת דלא דמיא לאומרת גרשתני דנאמנת דהתם אתי הגט מידו לידה ואינה מעיזה. ולדבריהם קשיא א"כ מה אמרו בסוף מסכת נדרים דלא דמי הך דמשנה אחרונה באומרת שמים ביני לבינך לטוענת גרשתני משום דיודעת דאיהו לא קים ליה ביורה כחץ מעיזה משא"כ בגרשתני ולשיטת ר"ת הא אפילו במידי דקים ליה לבעל ולא אתי מידו לידה אינה נאמנת דמעיזה וצ"ל דהנה במסכת כתובות דף כ"ג ע"א פליגי אמוראי בהא דנאמנת באומרת גרשתני אי דוקא בפני בעלה אינה מעיזה או אפילו שלא בפני בעלה וזה ודאי אי אמרינן דאין אשה נאמנת לומר גרשתני אלא בפני בעלה אבל שלא בפני בעלה מעיזה א"כ צ"ל הטעם דאין לה העזה לומר בפניו דבר של שוא ולזה אפשר לומר דוקא מה דמגיע מידו לידה בזו אינה מעיזה לומר לו דבר שלא נעשה כלל אבל לומר דברים אחרים אף דהבעל מכיר בשקרה ויקום בפניה כחשה יש לומר דמעיזה משא"כ אי אמרינן דאף האומרת שלא בפני בעלה נאמנת וא"כ על כרחך הטעם דחששה לומר דבר כאשר יתוודע לבעל יכיר בשקרה דהעזה ליכא כאן דהא הוא שלא בפני בעל רק על כרחך הטעם שאין אשה אומרת דבר כשיתוודע הדבר לבעל שמכחשת ואומרת שקר ולפי זה אף במילי דלא אתין מידו לידה נאמנת דהא ליכא כאן העזה בשום צד ואי משום דהבעל יכיר בשקרה גם בזה יכיר בשקרה ולפי זה הגמרא בעי לתרוצי מילתא דרב המנונא דלא תקשי ליה ממשנה אחרונה אף למאן דאמר בכתובות דמילתא דרב המנונא אפילו שלא בפני בעלה ולכך משני דלא קים ליה ביורה כחץ (ד) אבל למסקנא דקי"ל כרב המנונא דדוקא בפני בעלה אינה מעיזה א"כ שפיר יש לחלק כדברי ר"ת ואין כאן סתירה מדברי ירושלמי לבבלי דלמסקנא דקי"ל דוקא בפני בעלה אינה מעיזה הגמרא דידן מודה לדברי הירושלמי ואין כאן מחלוקת.

והנה הרא"ש סוף מסכת נדרים חידש חילוק אחר מסברא דנפשיה והוא דבטוענת גרשתני אם אין האמת אתה היא באיסור אשת איש כל ימיה משא"כ בטוענת השמים ביני לבינך דמקבלת גט מבעלה, ודרכו נסתרה מאתנו לומר טעם אחר מה דלא נזכר בגמרא והגמרא מחלק משום דקים לה ולא קים ליה ובימי חורפי הקשיתי דא"כ למה עקרהו חכמים במשנה אחרונה דברי משנה ראשונה מחשש דתתן עיניה באחר הוי להו לתקן שיגרשנה על תנאי אם האמת כדבריך הרי את מגורשת ואם לאו אין את מגורשת ואף היא שלא תהיה כל ימיה באיסור אשת איש תודה על האמת ואם אז אומרת שהוא כדבריה הרי היא מותרת להנשא לאחר כטוענת גרשתני דנאמנת להנשא לאחר מטעם

הרא"ש ז"ל. ולכן היה נראה לומר הא דתקנו חכמים במשנה אחרונה דאינה נאמנת שמא תתן עיניה באחר לא לזה לבד חששו רק אף דעיקר החשש היה שלא תתן עיניה באחר מ"מ גם לזה חששו דלפעמים תהיה סניא ליה לבעל ותבקש לצאת מהבעל ולישב עגונה כעובדא דביתהו דרבי חייא במסכת קידושין דף י"ב ע"ב דהוי לה צער לידה ובקשה לצאת מר' חייא בטענה דקיבל אביה קידושין בקטנותה מאחר ואמר לה רבי חייא לאו כל כמינך וכו' והיינו מטעם משנה אחרונה כמ"ש הריטב"א ויתר מפרשים ואף דהיא ודאי לא נתנה עיניה באחר רק דביקשה להפקיע עצמה מבעלה ולישב גלמוד להמלט מצער לידה ואעפ"כ אמרו חכמים במשנה אחרונה דאינה נאמנת הרי דנתינת עיניה באחר לאו דוקא וא"כ בזה ליכא להאמין שלא תהיה באיסור אשת איש כל ימיה דהא אין רצונה ליקח איש אחר לכך אינה נאמנת.

ולפי זה באשה שאמרה לבעלה גרשתני יש תרי גוונא אי נאמנת להנשא לאחר כמ"ש הר"ן או שתהא אסורה לבעלה הכהן כפירוש רש"י וזהו דלהנשא לאחר בזו ודאי דשייך טעמא דהרא"ש דלא תהא באיסור אשת איש כל ימיה אבל בהך דתהא נאמנת לאסור עצמה לבעלה הכהן בזו ודאי יש לומר דלמא עילה מצאה להפקיע עצמה מבעלה הכהן ואינה מבקשת להיות מורדת מכמה טעמים ואמרה גרשתני ובאמת תהיה יושבת ולא תנשא לאחר ומהראוי לבלתי תהא נאמנת למשנה אחרונה ולזה צ"ל בגמרא דמ"מ נאמנת דאינה מעיזה כיון דקים ליה ובשמים ביני לבינך לא קים ליה ומעיזה וזהו כונת רש"י דפירש על מלתא דגרשתני אי מותרת לבעלה הכהן ולא פירש כפשטיה אי מותרת לאיש אחר כמבואר בגמרא דכתובות דף כ"ג עיי"ש אלא ודאי דס"ל לרש"י דלהנשא לאחר אין הנדון דומה למשנה אחרונה מטעם הרא"ש הנ"ל משא"כ לאסרה עצמה על בעלה הכהן הוא הנדון הדומה למשנה אחרונה ואין כאן טעם הרא"ש דיש לומר דתשב עגונה ולכך הרא"ש בפסקיו סוף מסכת נדרים דהאריך לפלפל אי הלכה כרב המנונא או כרבא ולענין לאסור על בעלה הכהן בזה פשיטא דאף דיש לנו ספק הלכתא כמאן פשיטא דיש להחמיר כרב המנונא ולאוסרה על בעלה הכהן רק כל עיקר הספק ברא"ש הוא אם יש לסמוך אדברי רב המנונא אף לקולא להתירה לאיש אחר ועל זה שפיר קאמר הרא"ש דבנדון הזה טעם אחר יש דלא תהא באיסור אשת איש כל ימיה ודברי הרא"ש נכונים לענ"ד.

והא לא קשיא בדברי הרא"ש דהא אף באומרת טמאה אני או שמים ביני לבינך היא באיסור אשת איש כל ימיה אי משקרת דהא כופין אותו לגרש למשנה ראשונה ואם משקרת א"כ הגט מעושה שלא כדין וגט מעושה שלא כדין פסול דמלבד דיש לומר דדין

זה לא ברור לאשה כל כך אף גם דהיא סברה דבעלה יגרשנה מרצונו כיון דלדבריה אסורה לו וגם אפשר לדעת הרא"ש אין כופין בשוטים רק במילי וא"כ לא מיקרי גט מעושה שיהיה בטל לגמרי.

ולפי מה שכתבתי אין הטעם הרא"ש מספיק לתרץ הא דאינה נאמנת בטוענת דאין לו גבורת אנשים כמ"ש מהר"ם אלשקאר ז"ל וסייעתו רק הדרנא לתירוץ הראשון כמו שמחלק ר"ת בין אתא מידו לידה וההכרח שהיה לר"ת לחלק חילוק זה נראה דהוא מדאמרינן הוא אומר אפילת והיא אומרת לא אפילת נאמנת דמחזקת נפשה בעקרה לא מחזקת וכן הוא אומר אפילת תרי והיא אומרת תלת דמחזקת נפשה למפלת לא מחזקת וקשה למה ליה הך טעם הא במלתא דהבעל והיא יודעת אינה משקרת להעיז בבעלה ולכחש בו והוי כאומרת גרשתני דנאמנת ועל כרחך צ"ל במידי דלא אתא מידו לידה עבידי להעיז ולשקר בפני בעלה ולכך אצטרך לומר הטעם דלא מחזקת נפשה לעקרה ולמפלת נפלים (ה).

(ד) אמר המגיה אין להקשות אדברי הרב המחבר הא כתבו התוס' במסכת כתובות דף כ"ג ד"ה אית ליה דרב המנונא דאף למ"ד דלרב המנונא אפילו שלא בפניו אינה מעיזה היינו דוקא אם נשאת ואח"כ באו עדים אבל לכתחילה לא דהא רב המנונא דוקא בפניו קאמר והאי דסוף נדרים דפריך ממשנה אחרונה אהך דגרשתני ומשני דהיא קים לה וכו' אלכתחילה קאי דמותרת לינשא לאחר מ"מ בעינן לסברת הרב דלמ"ד שלא בפניו נמי אינה מעיזה על כרחך ס"ל דאינה משקרת בדבר שיודע לבעל דאל"כ לא היה מתירה אפילו בדעבד ואף גם דאמרינן שם בכתובות דרק אם התירוהו הבי"ד לינשא מותרת להנשא לכתחילה אף דבאו העדים קודם שנישאת.

(ה) אמר המגיה לכאורה דברי הרב המחבר סותרים אהדדי דלעיל הלכה י"ג בד"ה שם והיא אומרת וכו' רצונו להוכיח דהאי דהוא אומר אפילת תרי וכו' דמיירי שאינה תובעת גירושין דאל"כ הוי דומיא דאומרת טמאה אני לך דחוששין שמא עיניה נתנה באחר וכאן כתב דאי לאו סברת ר"ת דיש חילוק בין היכא שבא מידו לידה הוי קשיא לן דדומה לגרשתני כיון ששניהם יודעים הדבר אינה מעיזה ואינו דומה לטמאה אני לך שהבעל אינו יודע אבל באמת דברי הרב דלעיל דכתב דעל כרחך מיירי בלא תובעת גירושין מוכרחים מכח ממה נפשך דאי לא אמרינן סברת ר"ת רק דדומה לגרשתני דאינה מעיזה א"כ ליכא למימר הטעם דאינה מחזקת עצמה והשתא דעל כרחך דאינו דומה לגרשתני ומעיזה א"כ דומה לאומרת טמאה אני לך וחוששין שמא עיניה וכו' ולא מהני מה שאינה מחזקת וכו' ועל כרחך מיירי שאינה תובעת גירושין.

והנה לדעת מהרלב"ח וסייעתו וכן מוכח מהטור סימן קנ"ד דהעתיק הך לישנא דהרמב"ם ופוסק בטענת אינו יכול דנאמנת על כרחך ס"ל דמ"ש הרמב"ם בהך פסקא לשמש שימוש כדרך כל הארץ שימוש שמוליד אין הכונה דטוענת אינו יכול רק דשימושו אינו כדרך כל הארץ דיש לו איזה חולי או סיבה שאין שימושו ראוי להוליד והוא דוגמת הך שאינו יורה כחץ מה דלא קים ליה לבעל אם משקרת או דהאמת כדבריה ולכך אינה נאמנת למשנה אחרונה וגם בירושלמי מפרש כמה דשמיא רחיקא מארעא כן תהא האי איתתא רחיקא מן האי גברא פירושו באופן הזה דכיון דלא יהיה לה זרע הרי כאן ריחוק דהזרע עושה קירוב והיו לבשר אחד ולפירוש הזה מדויק שפיר מלת תהא אבל לפירוש הראשון שאינו יכול מלת תהא אינו מדויק (ומיהו יש לומר דהוא לשון בתמיה כמדבר בעדה וכי אהיה רחוק מבעלי כמו שמים מארץ וכי על זה נכרת ברית הנשואין).

ולפירוש הזה קשה הך דמפלת דלמה לי הטעם דאינה מחזקת עצמה לעקרה ולמפלת תיפוק ליה שאינה מעיזה כיון שקים ליה לבעל כמ"ש לעיל וצ"ל לפירוש הזה דכי מהימנת ואינה מעיזה בבעלה היינו בגירושין דהוא העזה גדולה כמ"ש ר"ת דאתא מידו לידה או בטענת אינו יורה כחץ וכדומה דתתן דופי בבעלה היותו בעל מום ובזה אינה מעיזה בפני בעלה לשקר ולומר לו דיש בו מום כזה אי הוי קים ליה לבעלה אינה מעיזה על כן באומרת שאין לו גבורת אנשים נאמנת אבל בדברים שאינו חסרון בבעל והבעל והאשה מכחישין זה את זה מהיכי תיתי דנאמין לאשה יותר מבעל ולכך צריך חזקה דלא מחזקת נפשה עקרה ומפלת נפלים ולפי זה לא קשה מה שהקשו מהרלב"ח והש"ך בספרו המתואר גבורות אנשים ויתר הפוסקים דלדעת הפוסקים דס"ל דלהרמב"ם בטוענת אינו יכול דנאמנת וכן דעת הטור למה פסק באשה האומרת דבעלה אינו משמש עמה ומורד מתשמיש דאינה נאמנת ועיין במ"ש בזה ולפי מ"ש לא קשה מידי וברור דהיכא דאינו דבר דאתא מידו לידה ואינה מטלת דופי וחסרון בבעלה ודאי מעיזה ואינה נאמנת כלל וזה ברור ופשוט ולא קשה מידי.

והנה הרב הש"ך בספרו המתואר גבורת אנשים תמה על תשובת הרא"ש כלל מ"ג סימן י"ב דתחילה כתב בטוענת אינו יכול דאף דאינה באה מחמת טענה דכופין להוציא דהכל יודעין כלה למה נכנסת לחופה ובסוף דבריו בתשובה כתב והארכתי הרבה בפסקים והסכמתי שאין כופין אלא בבאה מחמת טענה והיכא דליכא למיחש דעיניה נתנה באחר על אחד מדרכים שכתבו בתוס' עכ"ל הדברים סותרין זה את זה ונדחק שם בספרו הנזכר דתחילה כתב הרא"ש לדינא דמסתבר ליה להלכה בדעת של תורה המכריע אך לבסוף

כתב דלמעשה לא מלאו לבו לחלוק על רבינו חננאל דס"ל דאין כופין וכו' עכ"ל ואחר כל הדוחק הזה עדיין אינו מיושב הסתירה שיש בו מסימן י"ב על מה שכתב בסימן ב' שכתב אחרי שאינה באה מחמת טענה לית דין דלא מהימנא מטעמא דמשנה אחרונה שלא תהא נותנת עיניה באחר אבל אם היתה באה מחמת טענה ושואלת גט ולא כתובה היתה נאמנת אף למשנה אחרונה וכופין אותו להוציא וכו' עכ"ל מזה נראה ברור דלכך לא כופין כשאינה באה מחמת טענה לא מחשש רבינו חננאל דאין כופין בשוטים רק דלא מהימנא דשמא עיניה נתנה באחר הא אלו ברור לן דצדקה בדבריה היינו כופין אף בלי טענה וזהו דלא כרבינו חננאל ודלא כהבנת הש"ך בדברי הרא"ש דחשש הרא"ש לדעת ר"ח דלדעת ר"ח אף דנאמנת אין כופין.

על כן נראה לי דס"ל לרא"ש הא דאין כופין היינו משום דלמא משקרת ובסימן י"ב כתב הרא"ש ולענין כפייה היינו במקום דליכא לספוקי בנאמנת דילה דמיירי דאיכא רגלים לדבר דלא נתנה עיניה באחר ולא בא בסימן י"ב להשמיענו אלא לאפוקי מדעת האומרים דאף דהאמת כדבריה דאינו יכול מ"מ אין כופין אם אינה באה בטענה ולמדו מהא דאמרו אין כותבין אגרת מרד על ארוסה וכו' כמ"ש הרמב"ן בתשובה ולזה בא הרא"ש לשלול דעת ההיא וכתב ולענין כפייה ודאי הוא כמ"ש שכופין להוציא וכו' אבל לא נחית בדברים הללו לענין נאמנות דילה כי מיירי באופן דאיכא רגלים לדבריה דליכא לספוקי בעיניה נתנה באחר ולכך מסיים בסוף התשובה והארכתי בפסקי והסכמתי שאין כופין אלא בבאה מחמת טענה והיכא דליכא למיחש שמא עיניה נתנה באחר וכו' הרי דהיכא דליכא למיחש לנתינת עין באחר כופין אפילו בבלי טענה ונדון ההוא היה באופן ההוא דהיה רגלים לדבר ולא נחית הרא"ש בהך פלפולא אי נאמנת רק בגוף הדבר אי כופין על טענה זו ופשוט הוא.

איברא דגוף הדבר בתשובה סימן ב' קשה להבין דלמה בטוענת הכל יודעין כלה למה נכנסת לחופה לא מהימנא וחוששין שמא עיניה נתנה באחר ובבאה מחמת טענה לא ניחש לנתינת עין מאי שנא הך מהך וצ"ל כיון דהעזה היא לאשה לתבוע עניני אישות בפני בי"ד ואמרו חז"ל האשה תובעת בלב והיא תאמר לפני בי"ד לקבל גט מבעלה בשביל חמדת אישות הרי הוא בחזקת העזה וגם חזקה כי הך אין אשה מעיזה בפני בעלה אזדא לה וחיישינן דלמא משקרא משא"כ בטוענת בעינא חוטרא לידי ומרא לקבורה אין כאן העזת פנים ומדרך נשים צנועות וכשרות לטעון כן וא"כ העמיד אותן בחזקת כשרות ואין אשה מעיזה בבעלה לשקר בו ונאמנת וצ"ע.

והנה בשו"ע סימן קנ"ד סעיף ז' סתם בטוענת אינו יכול דאין לה אפילו עיקר כתובה

[ו]באומרת גרשתני סימן י"ז סעיף ב' הביא הרמ"א ב' דעות אי נוטלת כתובה או לא ותמה הש"ך בספרו גבורת אנשים והבית שמואל סימן קנ"ד ס"ק י"ט דלמה סתם פה המחבר והרמ"א דמאי שנא זה מזה ונראה לומר לפי מה דמשמע במרדכי והגהת הרא"ש פרק אע"פ גבי חופת נדה דכתב וז"ל אם מת החתן בתוך ז' נקיים הואיל ולא בא עליה גובה מנה ומאתים מאירוסין הרי נראה דעתו דלכך גובה עיקר כתובה דלא תהיה אלא ארוסה אף ארוסה אית לה עיקר כתובה משא"כ לפי מה דפסק המחבר סימן נ"ה סעיף ו' והסכים עמו הרמ"א דכן נוהגין דארוסה לית לה כתובה א"כ חיבת ביאה בעינן ולית לה כתובה כלל ומכ"ש לפי מה שהביא המחבר סימן ס"א סעיף א' דעת הרמב"ם דחופת נדה אינה נשואה כלל הרי דחופה בלי חיבת ביאה אינו חופה כלל ולא הוית אלא ארוסה ולית לה כתובה וא"כ לפי זה אף דהאמת כדבריה דאינו יכול א"כ לא הוי לענין כתובה אלא ארוסה וארוסה לית לה כתובה וכמ"ש הפוסקים לענין תוספות ס"ל להרב המחבר והרמ"א לענין עיקר כתובה ג"כ. ואף שיש לפקפק דלמשמעות רוב הפוסקים כל הספק אי חיבת ביאה קונה הוא לענין תוספות דזה מוסיף לה מדעתו ועל זה יש לספק אולי דעתו רק על תוספות אי הוי חיבת ביאה משא"כ חופה בלי ביאה אבל עיקר כתובה אף דארוסה לית לה כתובה מ"מ כיון דכתובות נשואה מתקנת חכמים היא חכמים תקנו על כניסה לחופה ולא על חיבת ביאה כלל ולא נכנס כלל למקום ספק בדברי גמרא מ"מ הא הבעל יכול לטעון קים לי כרמב"ם ולרמב"ם אין כאן חופה כלל כיון דאינו ראוי לביאה כלל.

ועוד יש לומר דודאי בשלמא בטוענת גרשתני אין הבעל יכול לטעון לענין ממון להד"ם דהמדרש כתובה הוא כשתנשאי לאחר תטלי כתובתיך וא"כ אדעתא דהכי נתחייב לה מתחילה כשתטעון טענה שתהא מותרת בו להנשא לאחר שיחייב לה ליתן כתובה משא"כ בטוענת אינו יכול דצועק קודם גירושין אין אני מבקש לגרשה כדי שלא תהא רשאית להנשא לאחר ולא אהיה מוכרח ליתן כתובה וא"כ אף דאנו כופין אותו לגרשה מ"מ איך נוציא ממון בטענתה ומדרש כתובה אין מסייע לה דמעיקרא דדינא פירכא דהוא צועק אין אני מבקש להביא אותה לכלל מדרש כתובה כי אין רצוני לגרשה והבי"ד שכופין אותו על כך אין בידם לכוף על הממון ומזה הטעם אפשר פסק הטור דאין לה כתובה אף דהרא"ש בפסקיו סוף נדרים פסק בגרשתני דיש לה כתובה דלפי מ"ש יש לחלק בין טענת גרשתני לטענת אין לו גבורת אנשים.

פרק טז

הלכה ד

וכך התקינו וכו' ולא מחלה כתובתה וכו'. הר"ן הוכיח במסכת גיטין מהא דאיתא התם דף ל"ה ע"א מהאי דקפצה ונשבעת שלא נהנית מכתובתה דמודה רב דגובה כתובה דמהני אם נשבעת בכך ואינה צריכה לישבע עוד עיי"ש ואע"ג שאין בכלל שבועה זה שלא מוחלת כתובתה ודוחק לומר דודאי אי לאו דטרח וארצי קמיה לא היתה מוחלת א"כ אף זה בכלל הנאה דאין זה בלשון בני אדם ובלשון המכוון בשבועה וצ"ל דאף לכתחילה מגלגלין ג"כ שלא מחלה מ"מ אם כבר עברה ונשבעה ולא כללה המחילה מהני דאין זה עיקר שבועה ולא על זה היתה תקנת חכמים לגלגל ואף דיש אומרים בש"ע חו"מ סימן ע"ה סעיף ט"ו דאם טוען על הגלגולין איני יודע דהוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם וא"כ ש"מ דהוי כמו עיקר שבועה דגזרה שוה דשבועה שבועה דאורייתא היא כדאיתא בקידושין דף כ"ח ע"א וא"כ מכ"ש אם נשבעת על העיקר דצריכה לישבע אח"כ על הגלגולין אפשר דאין זה גלגול שבועה גמורה דלא שכיח דתמחול האשה על כתובתה בכדי.

ואם אמרינן דהא דכתב הרמב"ם שתכלול שלא מחלה היינו על תוספות כתובה דהוא בכלל כתובה כמ"ש המ"מ והרמב"ם וזו בידה למחול אבל על עיקר כתובה אין מגלגלין עליה בזה דאין בידה למחול לדעת הרמב"ם ואי משום דלמא מחלה על תנאי מיתה ולא לגירושין כמ"ש לעיל בשם המרדכי לא חיישינן או לא מהני כמ"ש לעיל בשם מרדכי דב"ק וא"כ יש לומר דהאי עובדא דמסכת גיטין היה בעיקר כתובה ולא היתה צריכה לשבועת מחילה איברא דמלשון רמ"א סימן צ"ו סעיף ב' בהגה משמע דלכל הכתובה מהני הך שבועה שלא נהניתי וצריך לומר כהנ"ל.

הלכה ה

וכן תקנו שלא תגבה האלמנה כתובתה אלא מן הקרקע. עיין במ"מ שהביא שני נוסחאות והנפק"מ אי גרושה גובה מטלטלין או לא וכתב המ"מ דיש ראיה ממסכת נדרים דף ס"ה ע"ב דכתובה אפילו גרושה לא גביא ממטלטלין דהא מתניתין דהתם מיירי בגרושה ואפ"ה פריך בגמרא מטלטלי מי משתעבדי לכתובה עכ"ל אמנם לפי מ"ש הרא"ש שם במסכת נדרים מטלטלי מי משתעבדי ופלוגתא היא בכתובות פרק האשה שנפלו דף פ"א ע"ב דר' מאיר וחכמים א"כ אין כאן ראיה משם דהגמרא ביקש להוכיח דתהא סתמא דמשנה כהך תנא ודחינן אותו דמיירי בקרקע אבל מ"מ פלוגתא דר"מ

וחכמים לא זזה ממקומה ואפשר בזה הלכה כרבי מאיר דס"ל כתובה גובה ממטלטלין והיינו בגרושה דבאלמנה לגבות מן היתומים אפילו ר"מ מודה כמ"ש התוס' במסכת כתובות דף פ"א בד"ה ר"מ היא להדיא וביבמות דף צ"ט ע"א האי ברייתא דמוכר את אביו וכו' אוקמינן ליה כר' מאיר ובגמרא דקידושין דף ס"ה ע"ב מוקמינן סתמא דברייתא דגובה כתובתה מן החבילה כר"מ דמטלטלי משתעבדי לכתובה ופסקינן כותיה ובנכסי צאן ברזל הביא המ"מ שני דעות ונראה לי דתליא בפלוגתא דהנה לפירוש רש"י בכתובות דף פ"ב ע"א בד"ה אלא להכי אינה משנה וכו' משמע דלהכי אינה גובה כתובה ממטלטלי הואיל היותה מדברי סופרים וא"כ נכסי צ"ב דהוא חוב דאורייתא גובה ממטלטלי אמנם לפי מ"ש הר"ן בנדרים דף ס"ה דלכך אינה גובה כתובה ממטלטלי דאין החוב ברור דאם לא תתאלמן ותתגרש לא תבוא לכלל גביה א"כ הוא הדין בנכסי צ"ב וזהו שנראה טעם המחלוקת.

ואינה גובה משבח ששבחו נכסים לאחר מיתת הבעל. נראה דמיירי משבח ששבחו ממילא דשאר בע"ח גובה מיתמי ומקולי כתובה דהיא אינה גובה דאי כששבחו מחמת הוצאה הא דעת הרמב"ם פרק כ"א מהלכות מלוה ולוה בכל בע"ח דאינו גובה ומה קמ"ל בכתובה אלא ודאי כמ"ש ומקולי כתובה וכן הוא בגמרא דבכורות דף נ"ב בהדיא ומעתה נסתר מה שכתב הש"ך בחו"מ סימן קט"ו ס"ק ל"ב דדאיקני לא משתעבד בכתובת אשה כמו דלא מהני בשבח עיי"ש בדבריו ואין להבין ראייתו דאי ראייתו משבח יתומים ודאי דאין ענין כלל לדאיקני דהא בע"ח גובה שבח דממילא מיתמי אפי' בלא דאיקני דיתומים המה כמו אביהם כמ"ש התוס' מסכת בבא מציעא דף ט"ו ע"א בד"ה בע"ח גובה את השבח וכו' ואפילו בקנה והוריש גובה מיתמי בלי דאיקני לדעת רוב הפוסקים וא"כ לענין גבייה מיתומים אין כאן ענין דאיקני עד שיהיה הטעם מניעת גביית שבח לאלמנה מטעם דאקני ואם כונתו על דאינה גובה משבח לקוחות מלבד לפי מ"ש הש"ך גופיה בסימן הנ"ל ס"ק הנ"ל דשבח דממילא בע"ח גובה מלוקח בלי דאקני ומ"מ אין האשה גובה א"כ הרי דאין הטעם כמ"ש הש"ך אף גם אם אמרינן דבעי דאקני מ"מ ודאי דדאיקני מהני רק הא קי"ל כמבואר בשו"ע אה"ע סימן ק"ב סעיף ג' דבע"ח וכתובות אשה ואח"כ קנה לבע"ח יהבינן והוא ממה דאמר אמימר במסכת כתובות דף פ"ו ע"א דאי ליכא אלא חד ארעא לבע"ח יהבינן ולא לאשה ועיי"ש ברי"ף והרא"ש בכתובות דזה הוי כמו לוה ולוה ואח"כ קנה וא"כ אף כאן הלוקח שהשביח השדה הוי כמו לוה ולוה ואח"כ קנה לגבי כתובות אשה כמ"ש הפוסקים והש"ך גופיה בסימן הנ"ל בכמה דוכתי וא"כ לבע"ח שהוא הלוקח יהבינן ולא לכתובת אשה.

והא דאמרינן להלכה במסכת בבא בתרא דף קנ"ז ע"ב בלוה ולוה ואח"כ קנה דיחלוקו וכן הוא בשו"ע חו"מ סימן ק"ד סעיף ו' צ"ל דזהו בכלל שאמרו בבכורות דף נ"ב מקולי כתובה שנו כאן אבל דאיקני מהני ואפשר דאמימר דס"ל לגבי כתובה בלוה ולוה ואחר כך קנה דיהבינן לבעל חוב למד מהך משנה דבכורות דאינה גובה שבח מלוקח דודאי מהא דאינה גובה שבח מיתומים שהשביחו לאחר מיתת אביהן אין ראיה דשם הטעם דראוי לא משתעבד לכתובת אשה אבל בלוקח ששיבח בחיי הבעל למה לא תגבה כמו שאר בע"ח ולזה קאמר אמימר דבלוה ולוה וקנה לבע"ח יהבינן ולא לכתובה כמו כאן במשנה דהשבח הוי כמו לוה ולוה וקנה וללוקח שהוא הבע"ח יהבינן וברור הוא ודעת הש"ך נסתרה ממני ואין לו ראיה כלל בש"ס ופוסקים והוא ז"ל שחידש יטול מה שחידש.

והנה ראיתי מה שכתב הרב בעל נחלת שבעה בספרו בנוסח הכתובה סימן ל"ג דאף למ"ד כתובה דרבנן היינו הסך אבל ודאי פרוטה אחת דאורייתא דכתיב כמהר הבתולות ש"מ שיש להן מהר ואם כי דבריו יש להם קצת טעם מ"מ כבר הודה הוא ז"ל דהרמב"ן חולק בזה ולדבריו קשה למה קי"ל האומר פתח פתוח מצאתי נאמן להפסיד כתובתה ויוצאת חנם בלי פרוטה אחת כלל הא בדאורייתא אינו נאמן כדאמרינן בכתובות דף י' ע"א דהא דנאמן משום דכתובה דרבנן ועכ"פ פרוטה אחת מחויב ליתן ועוד אי מת ולא הניח אלא ראוי אינה גובה כלל ועכ"פ פרוטה אחת תגבה מהראוי דזהו דין דאורייתא ואינו מקולי כתובה לדעת הרמב"ם דס"ל דלכך הוא מקולי כתובה הואיל והוא דרבנן ולכן דברים אלו שכתב אין להם קיום באמת כלל ומוהר הבתולות דכתיב היינו הנהוג היה בהסכמה לכתוב להם ואין בנות ישראל הפקר אבל אינו חיוב מהתורה כלל.

הלכה ז

תקנו הגאונים בכל הישיבות שתהיה האשה גובה כתובתה אחרי מות בעלה אף מן המטלטלין וכו'. עיין בספר בית שמואל סימן ק' ס"ק ב' שנתקשה בדברי הרא"ש דבפרק קמא דבבא קמא כתב דהאידנא דכל משא ומתן במטלטלין מדינא דש"ס שוים מטלטלי למקרקעי בכל מילי דהוי כמו גמלא דערביא דאמרינן במסכת כתובות דף ס"ז ע"א דהאשה גובה פרנא מהם וכן כתב הטור חו"מ סימן תי"ט גבי נזקין בשמו ואלו פרק מציאת אשה גבי כתובה כתב בשם ר"ת דאינה גובה מדינא רק מתקנת הגאונים וכן כתב הטור גבי כתובה באה"ע סימן ק' וכתב הב"ש דצריך ישוב. ולכאורה הייתי אומר דיש להבין דמה בכך דהואיל דכל מו"מ במטלטלין סמכה דעתא מ"מ כיון דמטלטלי דיתמי לא משתעבדא אין כאן שעבוד ומה מהני דסמכה דעתא אמטלטלי בשלמא בגמרא בגמלא דערבי יש לומר דמיירי בחייו דמיניה ואפילו מגלימא דעל כתפאי רק בכתובה

מקולי כתובה שנו דאף בחייו אינה גובה ממטלטלי מ"מ י"ל בגמלי דערבי דסמכה דעתא דגובה משא"כ ביתמי דמטלטלי לא משתעבדא מה יועיל סמיכת דעת. ולכן היה נראה לפי מה שכתב הרמב"ן הובא בשו"ע חו"מ סימן ק"ד סעיף א' דאף במטלטלין יש דין קדימה למ"ד שעבודא דאורייתא הרי דעתו דס"ל למ"ד שעבודא דאורייתא דאף מטלטלין בכלל השעבוד ולפי זה הא דלא גבה מיתמי על כרחך צ"ל הטעם משום דלא סמכה דעתא דהא מטלטלי בכלל השעבוד. ולפי"ז אתי שפיר דברי הרא"ש בבבא קמא דמיירי מניזקין שהוא שעבוד דאורייתא בזמן הזה דמו"מ במטלטלין יש סמיכות דעת אמטלטלין משא"כ אי שעבודא לאו דאורייתא אין מטלטלין בכלל השעבוד דהשעבוד הוא רק מתקנת חכמים וחכמים לא תקנו אמטלטלין רק אקרקעות ולכך הרמב"ן כשהחליט שיש למטלטלין בני חורין דין קדימה כתב הואיל ושעבודא דאורייתא ופשוט הוא ולפי"ז בבע"ח ונזיקין דשעבוד דאורייתא מטלטלי דיתמי משתעבדא מדינא משא"כ בפרק מציאת אשה דמיירי הרא"ש מכתובת אשה דרבנן וא"כ שעבודא לאו דאורייתא דלא מהני סמכה דעתא דכיון דהכא שעבודא לאו דאורייתא אין מטלטלין דיתמי משתעבדא רק מתקנת הגאונים ואתי שפיר.

איברא דגם בבע"ח דעלמא כתב הטור בחו"מ סימן ק"ז דגובה ממטלטלי דיתמי רק מתקנת הגאונים ז"ל וכתב כן בשם אביו הרא"ש וצ"ל כמ"ש הש"ך בחו"מ סימן ל"ט דס"ל להרא"ש ז"ל דשעבודא לאו דאורייתא בכל חוב רק בניזקין דהוא מלוה הכתובה בתורה עיי"ש שהאריך בזה וכתב כן בשם מהרש"ל לחלק בין נזיקין לשארי בע"ח.

ועוד י"ל בדרך פשוט דלפי מ"ש התוס' והרא"ש בפרק מציאת אשה דף ס"ז דליכא למימר דלכך תקנו דגובה כתובה ממטלטלי דיתמי משום דכל מו"מ במטלטלין הוי כמו גמלא דערבא דא"כ אם מכרן הבעל תוציאם האשה מיד הלקוחות אחרי מותו ולדבריהן בטלה עכשיו תקנת השוק וכתב הרא"ש שם אלא דלכך גובין דאנן מטלטלי ומקרקעי כתבינן וכו' עיי"ש וצריך ביאור דהקושיא במקומה עומדת דהסברא להיכא אזלא למה לא יהיה מטלטלי בזמן הזה דכל מו"מ במטלטלי וסמכה דעתא כמו גמלא דערבא בזמן הש"ס ומה נשתנה וצ"ל כיון דיכול לכתוב מטלטלין וקרקע ולא כתב לא סמכה דעתא ומה בכך דכל מו"מ במטלטלין אלו היה בדעתו על מטלטלין היה בידו לכתוב מטלטלין וקרקע ומדלא כתב ש"מ דלא סמכה דעתא ומגמלא דערבי אין ראיה דאפשר דבמקומות הללו היה מקום דלא כתבו כתובה וגבו בתנאי בי"ד או יש לומר כיון דלא סמכה דעתא לכל מטלטלין רק מין מיוחד ופרטי בפני עצמו גמלא דערבי וכדומה א"כ אין יכול לכתוב מטלטלין דהו"א דכל מטלטלין בכלל השעבוד ועל זה לא סמכה דעתא ולכתוב מין פרטי

בכתובה אין זה מנוסח טופס השטר וכתובה משא"כ בזמן הזה דקאי לכל מטלטלין אלו סמך דעתו לכל מטלטלין הוי ליה לכתוב מטלטלין וקרקע ומדלא כתב מגרע גרע ואין לו לגבות מטלטלין מדינא זולת מתקנת הגאונים הואיל ונהגו בזמן הזה לכתוב מטלטלין וקרקע וזהו בחוב ובכתובה דמיירי ביה הרא"ש בפרק מציאת אשה משא"כ בהא דכתב הרא"ש בב"ק דמיירי מנזיקין דאין כאן שטר וכתובה כלל רק היא מלוה הכתובה בתורה פשיטא דהסברא היא דהוי כמו גמלא דערבא הנזכר בש"ס וצדקו דברי הרא"ש והטור. **וישנן במטלטלין כבקרקע**. ועיין בשו"ע אה"ע סימן ק' סעיף א' דאם נתנם לאחר במתנת בריא לא אלים תקנת הגאונים להפקיע מתנות בריא איברא דאם נתנם לאחד מהראוים ליורשו הביא רמ"א דעת מהר"ם במרדכי פרק נערה במסכת כתובות דהוי כמו יורשים דהאשה גובה כתובתה במטלטלין ועיין בדרכי משה וחלקת מחוקק ס"ק ז' שהקשו דברי מהר"ם אהדדי במה שכתב המרדכי בשמו בבא בתרא פרק מי שמת סימן תרכ"ט וסימן תר"ל באחד שנתן מעות לאחד לתתן לבנו כשישא אשה דהואיל ולא זכה הבן מחיים האשה גובה כתובתה מהם עיי"ש שהאריך וא"כ משמע אלו היה מתנת בריא גמורה וזכה בו הבן מחיים אף שהיה בנו לא היתה האשה גובה כתובתה מהמעות ובאמת אפשר דהתם מיירי דקדמה מתנה לכתובה וא"כ אלו הוי מתנה חל בחיי אב המתנה חל למפרע וקודם לכתובת אשה. איברא האמת יורה דרכו דמהר"ם גופיה בפרק נערה חזר לבסוף וכתב דהך תקנת אושא דהכותב נכסיו לבנו דזנין אותו ואת אשתו בעל כורחו בכתובות דף מ"ט ע"ב דממנו למידין דמתנה לבנו לא מפקיע שעבוד כתובה איירי בכותב כל נכסיו וא"כ הוי דומיא דמברחת כתובות דף ע"ט ע"א דיש חילוק בין כל נכסים למקצת עיי"ש ולכך זנין אותו ואשתו בעל כורחו ולא בכותב מקצת והאי דמהר"ם פרק מי שמת מיירי במקצת והכי מסתברא וא"כ לק"מ דברי מהר"ם אהדדי בשום אופן וכן נראה לי להורות דבמתנה במקצת אין לחלק בין הבן לאחר והבו דלא לוסיף עליה כי כל הדין מתקנת אושא גמרינן והתם נאמר בכותב כל נכסיו ובלאו הכי רבים חולקים בדין זה ואם כן הכי מסתבר.

הלכה ח

כבר נהגו בכל המקומות שידענו שיכתבו בכתובה בין מקרקעי בין במטלטלי וכו' ונמצא האלמנה גובה מן המטלטלין בתנאי זה וכו'. וכתב המ"מ ואם כתב לה מטלטלין אגב מקרקע אפילו מן הלקוחות גובה מטלטלין עכ"ל ועבור זה כתב הרב רמ"א באה"ע סימן ק"ב סעיף ב' בהגה דאין כותבין אגב בכתובה אבל פה פראג ואגפיה כותבין אגב כמ"ש רמ"א גופיה שם בהגה דעכשיו בזמן הזה מ"מ אינה גובה מלקוחות מטלטלין

מתקנת השוק והרב בעל נחלת שבעה בנוסח הכתובה הפריז על המדה לחלוק בזה על הרב ב"י ורמ"א וסמ"ע בלי טעם תפל בלי מלח וראייתו מרמב"ם והרב בעל מ"מ ולא הרגיש כי הך תקנת השוק בענין מטלטלי אגב קרקע דאינה גובה מלקוחות לא היה עדיין בימי הרמב"ם ונתחדש לנו בימי הרא"ש והראיה על זה דהפוסקים שקדמהו לא הזכירו מענין זה בשום אופן, וטעמו דגבי בע"ח לא ידע הלוקח אבל מכתובה ודאי ידע אין בו ממש ואין בו טעם לשבח דודאי גם גבי בע"ח ידע דמטלטלי אגב קרקע קלא אית ליה רק מחמת תיקון עולם דיהיו כל עולם מונעים עצמן מליקח שום דבר או חפץ מאיש אשר לוה מעות ובטלת כל מו"מ על כן תקנו תקנה זו ומכ"ש באיש אשר לקח אשה לא יהיה סיפק בידו למכור שום חפץ משלו כי מי פתי יסור הנה ללוקחו ולמחר תבוא האשה ותקחנה לכתובתה ולכך ברור ופשוט דפשיטא דשייך בזה תקנת השוק ודברים שאין בהם ממש העלה על הספר בזה ועיין בחו"מ סימן קי"ג סעיף ג' ועיין בהלכות יבום וחליצה סוף פרק ד' הביא רבינו הרמב"ם נוסח שטר כתובה וכתב בו מטלטלי אגב קרקע ולפי דעת המ"מ משמע פה דמש"כ וכבר נהגו וכו' היינו מטלטלי וקרקע בלי מלת אגב.

הלכה י

ועוד תקנו חכמים וכו' וכשתטרוף לא תטרוף אלא בשבועה וכו'. הרא"ש בפרק קמא דבבא בתרא הקשה דלמה צריכה שבועה הא לא ניתנה כתובה לגבות מחיים וא"כ הוי ליה תוך זמנו וחזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו ותירץ דשאני אלמנה כיון דאית לה בתנאי בי"ד חיישינן לצררי אפילו בתוך זמן והריצב"א תירץ דבכתובה נמי לא חיישינן לצררי תוך זמנו אלא בשכיב מרע סמוך למיתתו אורחיה להתפיסה לצררי כדי שלא תתבזה אלמנותו בבי"ד. ובזה ניחא ומתורץ מה שהקשה ר"י פרק מי שמת דף קנ"ח אהך מתניתין דנפל הבית עליו ועל אשתו למאן דאמר נכסים בחזקת יורשי האשה היכי גבו דאף אם מת הבעל תחילה לא היתה גובה בלא שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו ולהאי שנויא ניחא דכיון דנפל הבית עליו ולא מת מתוך ישוב הדעת לא חיישינן שמא התפיס צררי כשהיה בריא לכך אינה צריכה שבועה עכ"ל עיי"ש.

וצריך ביאור דמדוע לתירוץ הראשון לא מתורץ קושיית הר"י מהך דנפל הבית וכו' דלכאורה לתירוץ הראשון אין מקום כלל לקושיית הר"י דעד כאן חיישינן לצררי למנה ומאתים דנוטלת בתנאי בי"ד אבל נכסי צאן ברזל ונכסי מלוג ותוספות דכתב לה מדידיה בלי תנאי בי"ד ליכא למיחש לצררי דהוי כחוב דעלמא ואין מתפיס צררי בתוך הזמן והתם בנפל הבית וכו' כל המחלוקת הוא בנכסי צאן ברזל אבל במנה ומאתים כו"ע מודה

דיורשי הבעל נוטלין אותו. וצ"ל דודאי אף לתירוץ הראשון לאו דוקא במנה ומאתיים שהוא מתנאי בי"ד דהא תוספות כתובה דלאו מתנאי בי"ד הוא רק מוסיף לה מרצונו הטוב ומ"מ מסקינן ברישׁ פרק אע"פ דלענין שבועה דאשה תוספות כתובה ככתובה דצריכה שבועה ועיי"ש ברש"י ותוס' וכן בפרק הכותב דף פ"ז ע"א תנן במתניתין הפוגמת כתובה כיצד היתה כתובתה אלף זוז וכו' והיינו על כרחך תוספות ואעפ"כ תנן דלא תפרע אלא בשבועה ואח"כ תנן במתניתין מנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה וא"כ ודאי דגם בזה אתוספות אינה נפרעת מיתומים אלא בשבועה ואף דהיה בתוך זמן וזהו ודאי דאין לחלק במתניתין ולומר דמנכסי יתומים מיירי בעיקר כתובה דהא כייל להו בכללא דפוגמת ופוחתת ועד אחד מעיד שפרוע ומסתמא חד דינא אית להו ועל כרחך צ"ל דכיון דמתפיס צררי לעיקר כתובה שהוא מתנאי בי"ד אף אתוספות ונכסי צאן ברזל מתפיס צררי דכיון דנחית להתפיס צררי מתפיס על הכל ולכך תוספות כתובה ככתובה לענין שבועה. ועיין בהרא"ש רישׁ פרק אע"פ מה שכתב בשם הרמ"ה משמע להדיא כמ"ש דלאו דוקא על עיקר כתובה מתפיס וא"כ צדקו דברי הרא"ש דלתירוץ זה קשה הך דנפל הבית וכו' דהא אין אדם מוריש וכו' דאף לענין נכסי צאן ברזל אמרינן דמתפיס לה צררי הואיל ומתפיס אעיקר כתובה וזה ברור.

וזהו דלא כהרב בית שמואל דכתב בסימן צ"ו ס"ק א' דלהך תירוץ דחוששין לצררי הואיל והוא מתנאי בית דין א"כ בנכסי צאן ברזל ונכסי מלוג גובה שלא בשבועה ולדבריו הוא הדין בתוספות שמוסיף לה מדיליה דמאי שנא דהא גם בזה ליכא תקנת חכמינו ז"ל וזהו דלא כדברי הגמרא רישׁ פרק אע"פ תוספות כתובה ככתובה לענין שבועה וברור הוא כמ"ש לעיל בדברי הרא"ש דאף לתירוץ זה תוספות כתובה ונכסי צאן ברזל ונכסי מלוג בכלל כתובה הן לענין שבועה וזהו ברור.

הלכה טו

אמר הבעל וכו' ועד אחד מעיד עליה שנתקבלה הכל או מקצת לא תפרע כל הכתובה אלא בשבועה. מדברי רבינו נראה דצריכה שבועה אפילו על מה שאין העד מעיד נגדה דהעד מעיד שפרע מקצת והיא צריכה לישבע על כל הכתובה אמנם מדברי המ"מ נראה דאינה נשבעת אלא על מה שמכחשת העד ואולי מה שכתב רבינו לא תפרע כל הכתובה אלא בשבועה הוא מתורת גלגול שבועה דכיון דצריכה לישבע במקצת צריכה לישבע על הכל מתורת גלגול שבועה ואם אמרה על עיקר שבועת המשנה אינו נשבע (א) מלבד דדעת הרבה פוסקים דאינו יכול לטעון כן כמבואר בחו"מ סימן צ"ד סעיף ג' אף גם האומרת כן הוי כמודה לדברי העד והוי פוגמת כתובתה וצריכה בלא"ה לישבע על הכל

ופשוט הוא.

(**א**) אמר המגיה רצון הרב בזה דאין לנו נפק"מ בזה דצריכה לישבע על הכל מתורת גלגול מכח לשון הרמב"ם רק באומרת על עיקר שבועת המשנה איני נשבע דבלא"ה אין נפק"מ הואיל דהעד אומר שפרע מקצת והיא טוענת שלא נפרעת כלל ממילא היא נשבעת שעדיין מגיע לה כל הכתובה שלא נפרעת כלום.

הלכה כ

התנתה עמו שתגבה כתובתה מיורשיו בלא שבועה וכו' הרי זו נוטלת מהן בלא שבועה.

זהו דעת הרי"ף ז"ל דפסק כסתם משנה דפרק הכותב דף פ"ו דנאמנת מהני לגבי יורשים והא דפסק שמואל דף פ"ז ע"א הלכה כאבא שאול היינו באומר מנכסי או מנכסיא אילין אבל באומר בין ממני בין מיורשי מהני והא דאמרינן דף פ"ח ע"ב ר' שמעון דאמר כל זמן שתובעת כתובתה יורשין משביעין אותה כאבא שאול ס"ל ופליג את"ק דס"ל דנאמנת מהני לגבי יורשים כך הו"א למאי דס"ד דלא הוי ידע לאוקמיה דר"ש באוקימתא אחרינא על כרחך הוה צ"ל דאבא שאול ור"ש ס"ל דאפילו פטרה משבועת היורשים מ"מ צריכה שבועה אבל למסקנא דקאמרינן אלא ר"ש לאפוקי מר' אליעזר ומחלקותו אמרינן דאינו ענין כלל להך דאבא שאול ומחלוקותו ולא איירי ר"ש כלל בהך ענינא דפטרה משבועה כי אם מיירי בדלא פטרה דס"ל לר"א וסייעתו דיכולים היורשים להשביעה אף בלי תביעת כתובה בשבועת אפוטרופס ועל זה פליג ר"ש ואמר דאין כח ביד היורשים להשביעה כי אם בתביעת כתובה אבל בהך מחלוקת דאבא שאול ורבנן לא מיירי והכי מסתבר דמהיכי תיתי לומר תרתי פלוגתא בחד מילתא דר"ש פליג את"ק דאבא שאול ואר' אליעזר וסייעתו דבר זה אין סדר לתנאים לפלוגי בכי האי גוונא ולמתני בכי האי גוונא במתניתין. וכן הרמב"ם בפירוש המשנה כתב להדיא במילתא דר"ש דחולק אר"א וסייעתו וסבר דאינה נשבעת שבועת אפוטרופס כלל אלא בתובעת כתובתה ולא כתב דחולק את"ק דאבא שאול בנתן לה נאמנות על השבועה אי מהני משום דס"ל דלמסקנא לא קאי ר"ש בהך מחלוקת כלל ולפי זה יש לומר דודאי יותר מסתבר לומר במילתא דאבא שאול דס"ל דאפילו נאמנות לא מהני ליתומים כמ"ש התוס' והרא"ש משנאמר כדעת הרי"ף דאבא שאול לא אמר למילתיה רק בכותב מנכסיו ולא בפוטר נגד יתומים להדיא.

איברא צ"ל כך דכדי דלא תקשי לן הלכתא אהלכתא דקי"ל כסתם משנה וקי"ל הלכה כאבא שאול ועל כרחך צ"ל כפירוש הרי"ף דלא אמר אבא שאול בפטרה להדיא מיורשיו ואין כאן סתירה למשנה כלל ולפי זה להס"ד דר' שמעון ס"ל כאבא שאול אמרינן כפי

המסתבר דדעת אבא שאול לחלוק אפילו בפטרה בפירוש מיורשיו ולא קשה הא קי"ל כסתם משנה דהוי סתם ואח"כ מחלוקת ואין הלכה כסתם דהא ר"ש פליג וא"כ שפיר מיתוקמיה ר"ש כאבא שאול אבל למסקנא דר"ש לא פליג רק אר' אליעזר וסייעתו דבתרתי ודאי לא יפלוג כמ"ש לעיל אם כן הדרן לדוכתין דקשיא הלכתא אהלכתא ועל כרחך צריך להיות דאבא שאול לא אמר בפוטרה בפירוש מיורשיו ואתי שפיר דברי הרי"ף ורבינו הרמב"ם.

אמנם רבינו חננאל חולק וס"ל דאבא שאול ס"ל אפילו בפטרה בפירוש מיורשיו צריכה לישבע כמ"ש הרא"ש והב"י הביא בשם הריטב"א דדעת ר"ח דלכך לא מהני אפילו פיטור בפירוש דאמרינן דלא פטרה רק משבועת אפטרופס ופוגמת אבל לא משבועת יתומים עיי"ש והנה דברים אלו לכאורה תמוהים דכיון דר"ח משוה דעת אבא שאול ור' שמעון לחדא כאשר פסק באמת הלכה כאבא שאול והלכה כר"ש משום דס"ל תרווייהו בחדא מיתניא וא"כ פטורים הללו שפטרה מה עבידתיה אי דלא תובעת כתובה הא אף בלי פטורים אינם יכולים להשביעה שבועת אפטרופס דהא ר"ש פליג אר' אליעזר וסייעתו ואי בתובעת כתובה הא אמרינן דצריכה שבועה נגד יתומים ומה טיבם של פטורים הללו.

וליכא למימר דדעת רבינו חננאל כדעת השערים דרב אלפס ז"ל דאף לר' שמעון החולק אר' אליעזר וסייעתו הוא דוקא אם הוא עצמו יכול להשביעה שבועת אפטרופס אבל היורשים ס"ל לר"ש דיכולין להשביעה עיי"ש בשערים וא"כ לפי זה יש לומר דהא דס"ל לר"ח דהפטור הוא לשבועת אפטרופס ופוגמת לצדדין קתני דכתב לה פטורים ממני ומיורשי וא"כ ממני כונתו על פוגמת דלשבועת אפוטרופס לפטרה ממנו אין צריך לפיטורים ומיורשי כונתו על שבועת אפטרופס והיינו בדלא תובעת כתובה אבל בתובעת צריכה לישבע בלא"ה שבועת יתומים. אבל ליכא למימר הכי דא"כ הא דקתני לר"ש לא תובעת כתובתה אין היורשים משביעין אותה ואמרינן לאפוקי מר' אליעזר ומחלוקתו במה מיירי אי בדלא פטרה נגד יורשיו הא אמרינן אף לר"ש היורשים משביעין אותה שבועת אפטרופס ואי בדפטרה נגד היורשים מה לאפוקי מר"א ומחלוקתו הא בדפטרה נגד יורשיו אף ר"א ומחלוקתו מודים דפטורה.

ובאמת בדברי רבינו חננאל ז"ל יש לדחוק ולומר דלא ס"ל כשערים דרב אלפס דהיורשים יכולים להשביעה שבועת אפוטרופס לדידן דקי"ל כר' שמעון החולק אר' אליעזר ומחלוקתו וא"כ שפיר אמרינן לא תובעת כתובתה אין היורשין משביעין אותה שבועת אפטרופס ולא קשה א"כ הפטורין למה דיש לומר דהא דפליג ר"ש אר"א

ומחלוקותו היינו בטוענין שמא כשאר שבועת אפטרופסים ובזו פוטר ר"ש אשה תחת בעלה דאדעתא דהכי לא נחתי אבל בטוענים ברי אתה גבית משל אבינו אף ר"ש מודה דיש ביד היורשים להשביעה זולת שנתן לה פטורים דמהני אפילו לטענת ברי. אך בשערים דרב אלפס דכתב להדיא החילוק בין פטרה משבועה דאינו יכול להשביעה על שבועת אפטרופס בדלא תבעה הכתובה משא"כ בתבעה הכתובה והאריך לחלק בין מחול לך לאתן לך ובכל זאת העלה דאף לר"ש החולק אר"א וסייעתו מודה דיורשים יכולים להשביעה וא"כ קושיא הנ"ל במקומה עומדת דהך דר"ש דאמרינן דפליג ארבי אליעזר ומחלוקתו איך מתוקם.

וצריכין אנו לומר דס"ל לבעל השערים הא דפרכינן לר' שמעון מסיפא אינה תובעת כתובתה אין היורשים משביעים אותה אין הפירוש כמ"ש רש"י דהוא משנה יתירה דאורחיה דמשנה כך למתני דבר והפוכו וכיון דהך דיורשים משביעין אותה איצטריך להורות לן בתובעת כתובתה כאבא שאול גם היפוך הדבר בזמן שאינה תובעת כתובה אין היורשים משביעין אותה אינו מיותר רק ס"ל דכונת הקושיא היא כך דס"ל כרב האי גאון דאין ביד היורשים להשביעה שבועת אפוטרופס כדתנן במתניתין דף פ"ו הלכה מקבר בעלה וכו' (ב) וא"כ לר"ש דס"ל כל זמן שתובעת כתובה היורשים משביעין אותה בדכתב לה נאמנות וא"כ סיפא דקתני אינה תובעת כתובתה אין היורשים משביעין אותה ג"כ אייריי בדכתב לה נאמנות דעליה קאי ועל זה פריך הך סיפא האיך מתוקמא דהא בלא"ה אפילו בלי נאמנות אין ביד היורשים להשביעה שבועת אפטרופס ומה אירייא דקתני לה אהך בדכתב לה נאמנות דמלתא דר"ש קאי אהך דכתב לה נאמנות ממני ומיורשי ולזה משני הא דקתני לעיל בהלכה מקבר בעלה וכו' דאין היורשים יכולים להשביעה שבועת אפטרופסים היינו לת"ק ור' אליעזר דס"ל דיש ביד הבעל להשביעה שבועת אפטרופס וא"כ כיון דלא השביעה בחייו על כרחך מחל לה ואין כח יותר ביד היתומים להשביעה אבל ר"ש דס"ל דלא כת"ק ור"א דאין ביד הבעל להשביעה א"כ אין כאן מחילה מבעל וא"כ ביד היורשים להשביעה שבועת אפטרופס זולת דנתן לה נאמנות ואתיא דברי ר"ש שפיר דקאי אכתב לה נאמנות נגד היורשים ובהא בזמן שאינה תובעת כתובתה אין ביד היורשים להשביעה שבועת אפטרופסים דהא נתן לה נאמנות אבל בזמן שתובעת כתובה היורשים משביעין אותה דמשבועת יתומים לא פטרה ואתי שפיר הכל בכתב לה נאמנות דאי לא כתב לה לעולם אפילו באינה תובעת יש ביד היתומים להשביעה שבועת אפטרופס כהנ"ל וכן פסק בעל השערים להדיא דהוא אינו יכול להשביעה שבועת אפטרופסים כר"ש אבל היורשים יכולים להשביעה שבועת אפטרופס זולת בכותב לה

נאמנות נגד היורשים דאינה נשבעת רק בתובעת כתובתה צריכה לישבע שבועת יתומים כנ"ל ואתי שפיר.

(**ב**) אמר המגיה הרב המחבר קיצר כאן קצת מלפרש כונתו דכונתו כך היא דרש"י מפרש אהא דתני במתניתין דף פ"ו הלכה מקבר בעלה וכו' אין היורשין משביעין אותה שבועת אפטרופסים על מה שעבר בחיי הבעל קאי ארישא היכא דפטרה בפירוש לי וליורשי אבל הרא"ש הביא דעת רב האי גאון דס"ל דאיירי שלא פטרה הבעל משבועה אפ"ה אין היורשין משביעין אותה שבועת אפטרופס דכיון דלא השביעה הבעל בחייו מחל לה השבועה עכ"ל ולזה כתב הרב דזה דוקא לר' אליעזר ומחלקותו דהבעל יכול להשביעה בחייו שבועת אפטרופס אבל ר' שמעון דפליג אר"א ומחלקותו וס"ל דאין הבעל יכול להשביע צריך לפטרה בפירוש משבועת אפטרופס נגד היורשים ולא חזר בגמרא מתירוץ הראשון דבתובעת כתובתה יורשים משביעין אותה שבועת יתומים אף שפירש וכתב לה לי וליורשי דס"ל לר"ש כאבא שאול רק דרב פפא הוסיף לתרץ הא דקתני ר"ש במתני' לא תובעת כתובתה אין היורשין משביעין אותה דמיירי על כרחך נמי בכתב לה נאמנות דעל זה הוי קשה לן דהא אפילו בלא נאמנות אין היורשים משביעין אותה שבועת אפטרופס כיון דמחל לה הבעל ועל זה משני רב פפא דאתא לאשמעינן דפליג ר"ש גם את"ק ומחלקותו וס"ל דאין הבעל יכול להשביעה בחייו שבועת אפטרופס ועל כרחך אינה פטורה משבועת אפטרופס נגד היורשים עד שיפטרנה בפירוש.

ויש לדקדק קצת איך אמרינן דהא דפטרה מיורשים היינו משבועת אפטרופס דשבועת פוגמת לא שייך ביתומים דהא אמרינן בתובעת כתובתה צריכה לישבע אף דפטרה מיורשיו וקשיא קושיית הגמרא דף פ"ז וכי ידעה דתהיה אפוטרופא ואפשר לומר כיון דנחתה ליקח פטורים הימנו אפוגמת לקחה אגב גררא פטורים נגד יתומים על אפטרופס דאולי תהיה אפטרופס כמ"ש הרא"ש נגד הבעל גופיה עיי"ש. והיותר נראה דס"ל לבעל השערים דבהא נחלקו תנא דמתניתין ואבא שאול דתנא דמתניתין ס"ל דמשו"ה מהני הפטור לגבי יורשים אפילו משבועת יתומים דאל"כ למה כתב לה ואי לפטרה משבועת אפטרופס מנא ידעה דתהיה אפוטרופא אבל אבא שאול ס"ל דהיא מסקת אדעתא אולי אהיה נעשית אפטרופא ולוקחת פטורים נגד יתומים אבל מ"מ לא פטרה משבועת יתומים בזמן שתובעת כתובה וקושיית הגמרא וכי יודעת דתהיה אפטרופא הוא לתנא דמתניתין החולק על אבא שאול ולדידיה קשיא שפיר דאי סלקא דעתך דמסקית אדעתא א"כ למה מועיל הפטור נגד יתומים בתובעת כתובתה כהנ"ל.

ובהכי ניחא מש"כ בעל השערים אהך דאמר בגמרא שבועה זו מה עבידתא אמר רב

יהודה [אמר רב] על אפטרופסית שנעשה בחיי בעלה וכתב הוא ז"ל דליתא דהא קיי"ל דלא כר' אליעזר ומחלוקותו ואין ביד הבעל להשביעה בכך ולכאורה דברים מיותרים יש כאן דמה איריא דלא קי"ל כר"א ומחלוקותו אף אי קיי"ל כר"א אידחי הך מימרא בגמרא דכי ידעה דתהיה נעשית אפטרופסית כמ"ש לעיל ומה צורך לבעל השערים להוסיף טעם לדברי הגמרא אמנם לפי מה שכתבתי ניחא דלאבא שאול דקי"ל כותיה לא קשיא הך וכי ידעה וכו' דלדעתו אף על זה מסקת דעתה ולכך הוצרך לומר דמ"מ אף לדידן ליתא דקי"ל כר' שמעון החולק אר"א ומחלוקותו כמ"ש לעיל ואתי שפיר.

מכל הנ"ל מבואר דדעת השערים וכן דעת רבינו חננאל כפי מה שפירש הריטב"א דבריו דדוקא בפטרה סתמא מיורשיו לא מהני בתובעת כתובה לפטרה משבועת יתומים אבל בפטרה בפירוש משבועת יתומים בכל גוונא מהני והנה הרא"ש הביא דעת התוס' ור"ח כאחד דאם פטרה לגבי יורשים בפירוש דג"כ לא מהני וכן כתב הטור סימן צ"ח וזה לשונו ור"י ור"ח פסקו כאבא שאול דלא מהני כלל לגבי יורשים אפילו פירש לי וליורשי ולזה הסכים אדוני אבי ז"ל וכתב ר"ח דוקא דלא קנו מיניה אבל קנו מיניה אין משביעין וכו' ויש כאן ספק אם גם דעת הרא"ש והטור כדעת בעל השערים והריטב"א דאם פירש בהדיא דפטרה נגד שבועת יתומים דמהני והא דכתב הטור בשם ר"ח דקנין מועיל ולא כתב שאם פירש בהדיא נגד שבועת יתומים דמהני כבר כתב הריטב"א ז"ל דחדא מיניהו נקט בקנין וכ"ש בפטרה בפירש משבועת יתומים דמהני דכל תנאי שבממון תנאו קיים. או יש לומר מדסתם הרא"ש והטור שמע מינה דס"ל דלרבינו חננאל זולת קנין לא מהני פטורים לשבועת יתומים אפילו בפטרה בפירוש ולדעת זו הסכים הרב בית שמואל סימן צ"ח ס"ק י"ג דכתב דיש כאן ג' מחלוקת הרי"ף והריטב"א אליבא דר"ח והרא"ש והטור עיי"ש.

אמנם לבבי לא כן ידמה להרבות במחלוקת בין הפוסקים וראייה מכרעת דהא הרא"ש כתב על דברי ר"ח וכן כתבו התוס' ורב אלפס ז"ל וברור דכוונתו על רב אלפס בעל השערים כי הרי"ף בהלכותיו חולק על ר"ח ופוסק דאפילו סתם כשהזכיר מיורשיו פטורה משבועת יתומים כמ"ש הרא"ש גופיה ועל כרחך דקאי על רב אלפס בעל השערים ואלו ברב אלפס בעל השערים מבואר דעתו דלכך לא מהני פיטור דאמרינן דלא פטרה רק משבועת אפטרופס אבל בפטרה בפירוש משבועת יתומים מהני ואי ס"ד דלדעת הרא"ש עקב רוח אחרת עם ר"ח לא הוי ליה לצרפו כאחד ולכתוב וכן דעת רב אלפס כדעת ר"ח רק היה לו להבדיל בין הדבקים. ובטור חו"מ סימן ע"א הביא בשם ר"ח דפטורים לא מהני נגד לקוחות ומשמע הא נגד יתומים מהני וכאן פוסק כאבא שאול

כאשר האריכו בזה הב"ח והגידולי תרומה ועיין כנה"ג לחו"מ סי' הנ"ל.

ולכן נראה ברור דדעת רבינו חננאל כהריטב"א וכן דעת הטור בפירוש ר"ח וא"כ אתי שפיר דברי הטור דהא דאמרינן דפטורים סתמא לא מהני זה דוקא איש לגבי אשה דחוששת לשבועת אפטרופס ולכך פטרה אבל לא משבועת יתומים אם תגבה כתובתה אבל בראובן המלוה מעות לשמעון ופטרו משבועה לו וליורשיו מה טיבו לשבועת אפטרופסים פה דהא אין המלוה אפטרופס לנכסי לוה ועל כרחךדפטרו משבועת יתומים והוי ליה כאלו פירש משבועת יתומים וזה פשוט וברור ולכך הטור בחו"מ פסק דנאמנות מהני נגד יתומים אף דכאן הביא דעת ר"ח והרא"ש לבסוף והכי קי"ל וכן הרב רמ"א הביא כאן דעת הרא"ש ובחו"מ סימן ע"א סעיף י"ז לא הגיה כלום על דברי המחבר דנראה לו לחלק בין נאמנות דאשה לנאמנות דבעל חוב ופשוט וברור הוא.

והנה דעת רב נטרונאי גאון דאם נתן לה פטורים בעת מיתה מהני דלא על זה חולק אבא שאול וכתב המרדכי דלא משמע כן משערים דרב אלפס ז"ל וכוונתו ברור דלפי מ"ש לעיל דיש לומר דפטרה רק משבועת אפטרופס א"כ מה מהני אם נותן לה פטורים סמוך למיתתו אנו אמרינן דלא נתכוון רק לפטרה משבועת אפטרופס והבית שמואל סימן צ"ח ס"ק ה' חשב דרב אלפס בשערים ורב אלפס בהלכות שפה אחת ודברים אחדים הם דאינה נשבעת בפטרה מיורשים כסתם מתניתין ולזאת נתקשה בזה דכי יהיה פטורים שנתן לה בשעת מיתה מגרע גרע על כן נכנס בדוחקים לחלק בין כתובה לנכסי צאן ברזל ולפי מה שכתבתי ניחא דרב אלפס בשערים חולק בזה ארב אלפס בהלכות ופשוט הוא.

אבל אם באה לטרוף מנכסים משועבדים לא תטרוף אלא בשבועה וכו'. הש"ך בחו"מ סימן ע"א ס"ק מ"ב האריך להסכים כהראב"ד בהשגתו שאם קדם נאמנות למקח לוקח איהו דאפסיד אנפשיה דכיון דבאים ברשותה דקתני במתניתין פרק הכותב דף פ"ו ע"ב אצל אשה פירשה בתוספתא שמכרה ומשכנה לאחרים א"כ הוא הדין הבאים ברשותו דקתני גבי איש פירשו נמי שמכר ונתן וגם הרמב"ן במלחמותיו נלחץ בזה עיי"ש ולענ"ד נראה דבאין ברשותו מורה דלא נתרוקן רשות הראשון רק השני בא בחריקאו להיות מורשה ולכך פירשו בו אנטלר שהוא בא ברשותו שרשות הראשון קיימת ולכך במוכרת כתובה דקי"ל דלא נתרוקן רשות הראשון ושעבודו של בע"ח ראשון בחזקתו עד שאמרו שביד הראשון למחול דהוא העיקר אשר לו נשתעבד א"כ שפיר מיקרי הלוקח בא ברשותה דרשות הראשון בחזקתו משא"כ במוכר שדהו נתרוקן רשות המוכר לגמרי ואין לו בו שום שיור ויד ולא נקרא בא ברשותו ולכך מפרשינן אנטלר וזה נראה לענ"ד ברור ופשוט.

הלכה כה

היא אומרת בתולה נישאתי וכו' ואם היה הבעל קיים יש לה להשביעו שבועת התורה שהרי הודה במקצת הטענה. והראב"ד השיג עליו שבועת התורה אין כאן שהרי כפירת שעבוד קרקעות היא עיין במ"מ שכתב שכיון שהגאונים תקנו שתגבה הכתובה מן המטלטלין חזרה כתובה כמו שאינה כפירת שעבוד קרקעות בלבד וכו' והנה הלח"מ תמה דהא גבי שט"ח דעלמא דנגבות מן מטלטלין אפילו בלי תקנת הגאונים רק מדינא דהש"ס ומ"מ קי"ל במסכת בבא מציעא דף ד' ע"ב גבי סלעין דנרין וכו' דכפירות והודאות שטר הוא כפירת שעבוד קרקעות כמבואר בכל הפוסקים ועיי"ש ובאמת דברים אלו לא לבד בהרב המ"מ נאמרו אף כי בראש"ש בריש פרק האשה שנתארמלה בהך דינא דבתולה נשאתי וכו' כתב להדיא כהמ"מ דהואיל דתקנו הגאונים לגבות ממטלטלין לא הוי שעבוד קרקעות ודברים אלו קשין להולמן אם לא שנאמר כי מה שכתב המ"מ והרא"ש כתבו כן רק להס"ד דלא אמרינן הטוען אחר מעשה בי"ד לא אמר כלום וא"כ כיון דיכול לטעון פרעתי אף דלא טען כן מ"מ אינה גובה מלקוחות דהוי מלוה על פה דאינו גובה מלקוחות דאנן טענינן להו פרעתי ואין נאמן בהודאתו לחייב ללקוחות וא"כ כיון דיש עלה תורת מלוה על פה פשיטא דלא מיקרי שעבוד קרקעות כיון דאלו מכרן אין בעל חוב גובה מהן לאו שעבוד קרקעות מיקרי. איברא בכתובה כיון דאינה גובה ממנו מטלטלין רק קרקע א"כ בזו יש מקום לומר אפילו במלוה על פה ובמקום דאינה גובה רק מבני חרי מ"מ שעבוד קרקע מיקרי דהא אינה תובעתו רק קרקע דעל מטלטלין אין לה תביעה כלל וא"כ הרי כאן כאלו תובעתו קרקע ואין כאן שבועה דאורייתא ועל זה נאמר דלאחר תקנת הגאונים חזר תביעת כתובה לשאר מלוה על פה וכיון דאינה גובה ממשעבדי לאו שעבוד קרקעות מיקרי ואתי שפיר. ולא דמי לשטר שכתב בו סלעין דינרין דהוי שעבוד קרקעות לגבות מלקוחות ואין בידו להפקיע ממנו שעבוד קרקע א"כ מיקרי לעולם שעבוד קרקע אף דגם מטלטלין משועבדים לו ולכן צדקו דברי המ"מ בסופו שכתב במקום שכותבין כתובה ואין הכתובה בידה ויכול לטעון פרעתי וגם איכא תקנת הגאונים דהוי שבועה דאורייתא הרי אפילו דהוי מלוה על פה צריך כאן מ"מ לתקנת הגאונים והיינו אצל כתובה כהנ"ל ודברים אלו בעצמן נכונים הן ועיין בהרא"ה למסכת כתובות ותראה כי מה שכתבתי אמת ונכון לדינא ודברי בכלל דבריו הם עיין שם שהאריך.

אך אף כי דברים הללו נכונים בעצמותן מ"מ קשה לכלול אותן בדברי הרא"ש והמ"מ דלפי זה במה שכתבו אח"כ דלכך לא הוי מודה במקצת משום דאינו יכול לכפור הוי להו

למימר בקצרה דכיון דאתינן השתא לדין דהטוען פרעתי אחר מעשה בית דין לא אמר כלום א"כ הרי חזר הדבר לקדמותו דהוי שעבוד קרקעות ולמה בחרו בטעם חדש מה שיש בו מחלוקת בין הפוסקים כמבואר בבעל התרומות שער ז' עיי"ש דהרבה מרבוותא סוברים אפילו במודה בכתיבת ידו שיש בו נאמנות הוי מודה במקצת אף דאינו יכול לכפור הואיל ואין בו שעבוד קרקעות ועיין בחו"מ סימן פ"ח סעיף כ"ט. ולכן אפשר לומר דודאי דאף דגובה מלוה מטלטלין מ"מ לאו מתורת שעבוד רק מתורת פריעת בע"ח מצוה היא ואי לא בעי לקיים מצוה מכין אותו וא"כ השעבוד נשאר על הקרקע והוי שעבוד קרקע וגם לא סמכה דעתא דמלוה על מטלטלין ועיקר שעבודא על הקרקע אמנם כיון דתקנו הגאונים דגובה ממטלטלין דיתמי אפילו מקטנים במקום דליכא למיחש לפרעון על כרחך דהשעבוד חל על מטלטלין דיתמי דלא בני מעבד מצוה נינהו והטעם דתקנו כך הוא כמ"ש הרא"ש דעכשיו דכל מו"מ במטלטלין סמכה דעתה דמלוה על מטלטלין כמו גמלא דערבי כמ"ש לעיל וא"כ לא שעבוד קרקע מיקרי רק שעבוד מטלטלין דהא מטלטלין משתעבדי ועיקר סמיכת דעתו של מלוה הוא על מטלטלין לא מיקרי שעבוד קרקע כלל.

ולכך נראה דכתב הרמב"ם בפרק ד' מהלכות טוען ונטען הטעם דאם הודה בחמשים שבשטר דלא מיקרי מודה במקצת שהשטר לא תועיל בו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדים לו ואפילו היה כופר היה חייב לשלם וכו' עכ"ל ולא קאמר בקצרה דהוי שעבוד קרקעות אלא ודאי דהשתא לאחר תקנת הגאונים אזדא הך טעמא וכתב טעם אחר. ובזה יש לתרץ דהרמב"ם כתב שהשטר לא תועיל בו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדים לו דיש כאן לכאורה שני טעמים מורכבים דאי הטעם דאינו יכול לכפור למה ליה הטעם שכל נכסיו משועבדים אמנם לפי זה ניחא דודאי ס"ל להרמב"ם הא דהודה בדבר דלא יכול לכפור לא מיקרי מודה במקצת הטעם משום דהוי הילך כמ"ש הרא"ש וס"ל להרמב"ם דכי מיקרי הילך כאשר נשתעבדו לו קרקעות דאינו יכול להבריחן וכל היכא דאיתנהו חל שעבודו עליהם וא"כ הוי הילך משא"כ כשאינו משועבד לו קרקע אף דמודה לו מ"מ אין כאן הילך דמה הילך יש כאן הא בידו להבריח הכל וממה יגבה ואין לך מחוסר גובייא יותר מזה ואין זה הילך כלל. ולפי זה הרמב"ם לא ביקש ליתן טעם להודה בשטר דהוי הודאת שעבוד קרקעות דלאחר תקנת הגאונים מיקרי הודאות מטלטלין ג"כ רק נתן הטעם כיון דעכ"פ גם קרקע משועבד א"כ עכ"פ מיקרי הילך דהא אינו יכול לכפור והקרקע משועבד ואין יכול להבריחן וכל היכא דאיתנהו ברשותו איתנהו.

ולפי זה בכתיבת ידו אף שיש בו נאמנות ואינו יכול לכפור מיקרי מודה במקצת

להרמב"ם דאין כאן הילך דהא אין כאן שעבוד קרקע ובידו להבריח הכל והמ"מ שכתב כאן דלא הוי מודה במקצת דאינו יכול לכפור הוא ג"כ באופן הנ"ל דיש כאן ג"כ שעבוד קרקע ומיקרי הילך כמ"ש דהא קרקעות משועבדים מתנאי בי"ד אבל בכתיבת ידו דיש בו נאמנות ודאי נראה מלשון הרמב"ם דהוי מודה במקצת וצדקו דברי הש"ע בחו"מ סימן פ"ח סעיף כ"ט דפסק דכתיבת ידו בנאמנות הוי מודה במקצת והש"ך שם ס"ק נ"א השיג עליו מהרמב"ם ומהמגיד משנה במה שכתב כאן פרק ט"ז מהלכות אישות הלכה זו ולפי מ"ש לא קשה מידי דבכאן עכ"פ נשתעבדו הקרקעות ג"כ אפילו לאחר תקנת הגאונים ואתי שפיר וברור.

והנה הטור אף דפסק כשיטת הרי"ף דבמקום שכותבין כתובה ואין הכתובה בידה דנאמן לומר פרעתי מ"מ פסק בסימן צ"ו באומרת בתולה נשאתני ואבדה כתובתה דלא הוי מודה במקצת וצריך להיות דמיירי דנאבדה באונס בעדים דעד כאן לא אמרינן דבמקום שכותבין כתובה וטוענת שנאבדה דנאמן לומר פרעתי אחר מעשה בי"ד אלא היכא דאינו ידוע לנו איך נאבדה דא"כ ריע טענתה ורגלים לדבר שנפרעת מדאין כאן כתובה אבל בידוע לנו שנאבדה באונס דין אחד למקום שכותבין למקום שאין כותבין דאין נאמן לומר פרעתי דהוי טוען אחר מעשה ב"ד. ומעתה הרב בית שמואל סימן צ"ו ס"ק ל"ב דכתב ג"כ בדעת הטור דמיירי דנאבדה באונס לא היה צריך להכניס עצמו בדוחק דמיירי דתבעו תיכף בעת גירושין וא"כ אין אדם פורע בתוך זמנו דאף דתבעו לאח"כ כיון דליכא למימר ריע טענתה ורגלים לדבר אינו נאמן לומר פרעתי דהוי כטוען אחר מעשה ב"ד ומה שהקשה הב"ש שם על הרב רמ"א דכתב שם ויש אומרים להכריע בין במקום שכותבין למקום שאין כותבין וקשה הא גם דעת הטור כן רק דמיירי בנאבדה באונס דאינו נאמן לומר פרעתי ועל זה לא מצינו שום חולק ואין בדברי המגיד משנה הכרע על זה אפשר לומר הואיל ובש"ע כתב סתם ויש אומרים שבועת היסת אין כאן הכרח דכיון הש"ע לדעת הטור רק בספר בעל התרומות שער ז' ח"ב אות כ"ז הביא דעות דלכך פטור משבועה דאורייתא דמה שטענה לא הודה לה דאיהו לא טענו כלל בהך מנה רק טענו במנה השנית עיי"ש ולפי זה יש לומר דעל זה נתכוון הש"ע דכתב ויש אומרים שבועת היסת ולכך הביא רמ"א דעת שלישית להכריע.

והנה רבינו הרמב"ם דכתב דיש כאן שבועה דאורייתא ואפילו במקום שאין כותבין כתובה אפשר דמיירי דליכא כאן עדים שהיא אשתו וא"כ יש כאן מגו דאין את אשתי והרי יכול לכפור הכל ואין כאן הילך ושעבוד קרקעות דהלקוחות יאמרו מי ימר

דהיא אשתך קנוניא אתה עושה להפקיע קרקע שלנו ולכך פסק הרמב"ם דהוי שבועה דאורייתא כדין מודה במקצת וזולת זה הדוחק לא מצינו ישוב ברור בדבריו.

וכל הדברים האלה במקום שאין כותבין כתובה. עיין במ"מ דודאי אף במקום שכותבין כתובה ונאבדה ומודה שלא פרע והוא טוען אלמנה נשאתיך יש דין זה ביניהם אי איכא עדים או לא ולדבריו דברי הרמב"ם דכתב דמיירי במקום שאין כותבין כתובה מיותר הוא ולכן לולא דמסתפינא היה נראה לומר שדעת הרמב"ם במקום שכותבין ונאבדה דיש לו מגו דפרע אי טוען דמוכת עץ היתה וא"כ אין בכל עדים ראיה נאמן ואף דאמרינן בירושלמי דלא חשו לכך דדבר שאינו מצוי הוא היינו בדלית ליה מגו אבל בדאית ליה מגו אף בדבר שאינו מצוי נאמן דמגו מסייע ליה וא"כ אפשר דטענינן ליתומים ג"כ והדבר צריך תלמוד.

הלכה כו

האשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת שאינה מעיזה פניה בפני בעלה. עיין בראב"ד ובמ"מ ואף דבמסכת כתובות דף כ"ג ע"א אמרינן דמשנשאת באו עדים לא תצא אתי כרב המנונא ש"מ דוקא משנשאת הא לכתחילה לא תנשא כבר תירץ הרא"ה וכן הרא"ש בתשובה כלל מ"ד סימן ג' וז"ל מאן דמתני ליה ארישא אית ליה דרב המנונא כלומר ואע"ג דרב המנונא לא אמר אלא בלפניו אהני מיהת שלא בפניו היכא דנשאת ואח"כ באו עדים דלא תצא וכו' עכ"ל והדבר מבואר בלי קושיא ובעל עזרת נשים האריך בזה כאלו ענה מלבו אך מ"ש הרא"ש בכלל ההוא סימן א' בסופו דמהך דכתובות משמע דמהימנא לגמרי לכתחילה צריך ביאור דמה ראיה יש שם ודי דלא יהיה סתירה מזו להך דינא ובעל עזרת נשים פירש דדרש הרא"ש מילתא דבמשנה קתני אשת איש הייתי וגרושה אני נאמנת ונאמנת דהתם ודאי לכתחילה דאית לה מגו א"כ מילתא דרב המנונא דנאמרה ג"כ נאמנת ודאי חד פירש אית להו. ובאמת לישנא דתשובת הרא"ש כך משמע אבל מ"מ קשה להבין דהא הך דרב המנונא לא נשנית אהך בבא דאשת איש הייתי וגרושה אני דנאמנת רק אסיפא משנשאת באו עדים ואי לדרוש השויית המילות דנאמר כאן נאמנת ונאמר להלן נאמנת נתכוון הרא"ש לא היה צריך למשנה זו דטובא יש בש"ס דנאמר בו מילת נאמנת דפירושו לכתחילה ובאמת מהך דפרק ב' דכתובות להך מימרא דאפילו שלא בפניו אהני מילתא דרב המנונא דלא תצא ולפירושו אתיא מתניתין דמשנשאת באו עדים ארישא קשיא אי ס"ד דמילתא דרב המנונא אפילו בפניו דוקא בדעבד א"כ למה אמר אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה הא אפילו שלא בפני בעלה מהני.

ועוד רב המנונא מה קמ"ל מתניתין היא ואם משנשאת באו עדים וכו' ואי דיוקא

דמתניתין קמ"ל היה לו לומר בפירש דארישא קאי ולא לומר מימרא בפני עצמו האשה שאמרה לבעלה וכו' כאלו אין הדברים נאמרים במשנה. ועוד עדיין איך קמ"ל דיוקא דמתניתין הא איכא למימר במילתא דרב המנונא דדוקא בפני בעל אינה מעיזה אבל שלא בפני בעל מעיזה כיון דרב המנונא נקט בלישניה בפני בעלה ואי בא להודיענו דיוקא דמתניתין הוי ליה למימר אפילו שלא בפני בעלה. ועיין בהרא"ה לכתובות שכתב ג"כ קושיא זאת דרב המנונא מה קמ"ל ועל כרחך צריך להיות דטובא קמ"ל דבפניו אפילו לכתחילה נאמנת ולזה אין הכרע ממתניתין כלל ולכך נקט בלישנא בפני בעלה דנאמנת אפילו לכתחילה וזה בעי דוקא בפני בעלה ולפי זה כיון דלהך מימרא מוכח דמילתא דרב המנונא אפילו לכתחילה אף דלאידך לישנא דמילתא דרב המנונא דוקא בפניו ולא קאי אירישא לכאורה יש לומר דבפניו הוא דמהני בדעבד מ"מ אין לנו לחדש מחלוקת חדשה בין הנך תרי לישנא במה דלא מצינו בהו מחלוקת ומחד לישנא נשמע לאידך לישנא ודבר זה נראה לענ"ד ברור איברא דלישנא דרא"ש לא משמע דלכך נתכוין אם לא שנאמר שקיצר וסמך על המעיין.

במ"מ ולענין גביית כתובה הכריע הרמב"ן ז"ל כדברי רבינו והטעם מפני מדרש כתובה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי אבל בתוספות כתובה לא לפי שאין מדרש כתובה בתוספות עכ"ל ובעל עזרת נשים הקשה דהא המ"מ הביא ריש פרק זה בשם הרמב"ן דס"ל דנכסי צאן ברזל בכלל כתובה כאותו שאמרו במסכת כתובות דף מ"ז ע"ב תקנו קבורתה תחת כתובתה והיינו תחת הנדוניא שהכניסה לו וכן אמרינן בכתובות כל זמן שהיא בבית אביה גובה כתובתה רק עד כ"ה שנים וכן התוספות עיי"ש ונראה דודאי בלשון חכמים כל מה שדברו בכתובה אף נכסי צאן ברזל בכלל כראיות הרמב"ן אבל מדרש כתובה שכותב כשתנשאי לאחר וכו' זה אינו כותב על נכסי צאן ברזל רק על מנה ומאתים ומה נפק"מ אי מיקרי כתובה או לא מיקרי כיון דאינו כותב זה התנאי רק על מנה ומאתים ולא קשה מידי.

איברא נראה דזה תלוי במחלוקת רש"י ותוס' גבי שומרת יבם שמתה דאמרינן התם בכתובות דף פ"א ע"א דיורשיה יורשי כתובתה חייבים בקבורתה ופרכינן והא בעינן כשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי ולפירש התוס' יורשי כתובה היינו נדוניא כמ"ש התוס' בד"ה או דלמא וכו' וא"כ על כרחך מוכח דהך כשתנשאי לאחר קאי גם אנכסי צאן ברזל דאל"כ אין מקום לקושיית הגמרא דהא על זה לא קאי התנאי וכשמת בעלה למה לא תגבה נדוניא והיבם שירשה אף הוא יקבור אותה ועל כרחך צריך לומר דגם על זה קאי מדרש כתובה כשתנשאי לאחר וכו' משא"כ לרש"י דפירש יורשי כתובה היינו

מנה ומאתים ובשביל כך חייב בקבורתה כמ"ש התוס' בד"ה יורשי הבעל דבנכסי צאן ברזל איכא למאן דאמר דאין היבם יורש כלום וא"כ שפיר פריך והא בעינן כשתנשאי לאחר אעיקר כתובה אבל נכסי צאן ברזל יש לומר דאינו בכלל מדרש כתובה ובפרק כ"ב הלכה י' מבואר דהרמב"ם והרמב"ן ס"ל כפירוש רש"י ואתי שפיר.

הלכה כז

אמר לה הבעל וכו'. הוציאה גט ואין בידה שטר כתובה וכו'. והנה בהוציאה גט ואין עמה כתובה פסק רבינו במקום שאין כותבין כתובה דגובה עיקר וכו' משמע אבל לא תוספות ולכאורה קשה כיון דרבינו פסק כשמואל דקי"ל כוותיה דשמואל בדיני ולכן פסק במקום שכותבין אפילו עיקר אין לה ואלו לרב בין במקום שכותבין ובין במקום שאין כותבין הוציאה גט גובה עיקר ובגמרא אמרינן בדף פ"ט ע"א בכתובות תנן כתובה ואין עמה גט וכו' הרי אלו לא יפרעו בשלמא לשמואל וכו' אלא לרב נהי דעיקר לא גביא תוספות מיהא תיגבי הרי דלשמואל ניחא ואי ס"ד דאף לשמואל בגט בלי כתובה לא גביא תוספות א"כ אף לשמואל כשתוציא כתובה תיגבי תוספות דזה לא פרע בהוציא גט זולת הכתובה ועיין בלח"מ שדחק בזה ולא הועיל בישוב המשך דברי הגמרא.

וצריך לומר דודאי במקום שאין כותבין דגובה כתובה מתנאי בי"ד הוא על עיקר כתובה ולכך אינו נאמן לומר פרעתי אבל תוספות אינו מתנאי ב"ד ואינו בכלל הטוען אחר מעשה ב"ד כי תוספות כתובה אינו בכלל מעשה ב"ד כלל ואין ענין תוספות למקום שכותבין או אין כותבין ולענין תוספות לעולם בעינן כתובה כי אין כאן תנאי ב"ד ולפי זה ודאי לשמואל במקום שאין כותבין אין כאן תוספות כי אין זה בכלל הטוען אחר מעשה ב"ד ומ"מ לא קשה למה לא יפרע בהוציאה כתובה בלי גט דלשמואל לא איירי מתניתין כלל מתוספות דהא המשנה איירי במקום שאין כותבין והוא כתב לה והיינו עיקר דתוספות אין ענין כלל למקום שאין כותבין וכל ענין המשנה מיירי מהעיקר אבל לרב דאמר דמיירי בין במקום שכותבין ובין במקום שאין כותבין וא"כ דמיירי במקום שכותבין ודאי דמיירי מתוספות נמי ושפיר קשה למה לא יפרע. ועוד דלרב דכל עצמות של כתובה הוא לתוספות דעיקר אינו נגבה בכתובה כלל רק בגט או בעידי מיתה כמ"ש התוס' בד"ה גט גובה עיקר א"כ הא דקתני הוציאה כתובה ואין עמה גט על כרחך לענין תוספות הוא דלעיקר אין ענין הוצאות כתובה כלל וקתני לא יפרעו ועוד דקתני וזה אומר אבד שוברי ואי מיירי בעיקר כתובה שובר למה ליה דכיון דמסרה לו הגט או כתב על גבו הא אין כאן גביית עיקר כתובה ועל כרחך דלא יפרעו קאי אתוספות ולכך הוצרך לטעון דאבד שוברי דאין התוספות ענין לגט ועל זה פריך שפיר נהי דעיקר לא גביא

תוספות מיהא תיגבי. ועוד לרב ליכא למימר דלא יפרעו היינו עיקר דמה קמ"ל בסיפא היינו רישא הוציאה גט ואין עמה כתובה דגובה דאי ס"ד דאם תוציא אח"כ כתובה מ"מ תגבה איך קתני בהוציאה גט דתגבה הא ס"ל לרב במסכת בבא בתרא דף קע"א ע"ב דאין כותבין שובר ועל כרחך צ"ל דאינה גובה עיקר בכתובה וא"כ סיפא למה לי ועל כרחך דקמ"ל דאפילו תוספות אינה גובה משא"כ לשמואל דרישא וסיפא מיירי במקום שאין כותבין והוא כתב לה יש לומר שפיר דקמ"ל אף דשטר כתובה בידה ובידו אין כאן שובר והו"א דנטען כיון דידעת דכתבת כתובה הוי לך ליקח שובר ולהזהר בו ואם נאבד הפסדת ואין אנו מחויבים להאמין לך זיל פרע שטרך.

ואי קשה א"כ למה קתני ברישא בהוציאה גט דיפרע כתובה באומר דכתב לה כתובה נמצא זה צריך לשמור שוברו כי פן תוציא אח"כ כתובה וקי"ל אין כותבין שובר זה אינו דאנן לא מהימנינן ליה דכתב כתובה ושינה מנהג המקום ולכך מחויב לשלם וליקח שובר ולהזהר בו דלאו כל כמיניה לומר כתבתי כתובה ואין לוקח שובר להפסיד לה כתובתה במקום שאין כותבין כתובה ולא שבקת חיים לכל נשים במקום שאין כותבין ולכך צריך להזהר בשובר דהוא המשנה וידו על התחתונה ולכך אם תוציא אח"כ כתובה צריך להראות שוברו כך הו"א ולכך קמ"ל בסיפא דאינו צריך להזהר בשוברו רק האשה תזהר בגיטה ואם תוציא כתובה בלי גט לא יפרעו ואתי שפיר וזה ברור ונכון ולא קשה מידי.

והנה בהוציאה כתובה ואין בידה גט כפי הנראה מדברי הרמב"ם בהלכה כ"ו כ"ז אף דלית לה עידי גירושין חייב בעיקר כתובה דלגבי עיקר ס"ל לרמב"ם דלית ליה מגו משום דס"ל דהאשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת אפילו לענין כתובה אמנם הטור בסימן ק' דבתובעת כתובתה אינה נאמנת לומר גרשתני ס"ל אפילו לענין עיקר אי לית לה עידי גירושין נאמן על העיקר לומר פרעתיך במגו דלא גרשתיך אך ביש לה עידי גירושין כו"ע מודים הטור והרמב"ם דגובה בכתובה עיקר ותוספות או במקום שאין כותבין בעידי גירושין לבד העיקר כתובה והטעם משום דקי"ל כמאן דאמר הטוען אחר מעשה בי"ד ואמר פרעתי לא אמר כלום וא"כ הוציאה גט לאו דוקא רק עידי גט כמ"ש התוס' כאן בכתובות ובמסכת בבא מציעא דף י"ז.

ולא תקשה לשיטת הטור כיון דפסק כהרי"ף והגאונים דבמקום שכותבין כתובה ואבדה כתובתה אינה גובה דאיתרע טענתה הואיל ואין כתובה בידה א"כ הוא הדין כשאין גיטה בידה ובפרט במקום שאין כותבין נימא נמי איתרע טענתה ולא תגבה כמ"ש הר"ן ויהיה הפירוש במתניתין הוציאה גט דוקא גט ואין צריכין לדוחק התוס' דהוציאה גט

היינו עידי גט דיש לומר דס"ל להטור דבשלמא הכתובה עיקר הכתובה היא לראיה על כתובתה וא"כ כל זמן שלא גבתה ודאי משמרתו וזו שאבדה איתרע משא"כ בגט וכי עיקרו של גט לראיה על הכתובה עד שנאמר באבדו יתרע תביעת כתובה. ועוד אפשר לומר דהטור לא ס"ל כשיטת הרי"ף בהך סברא דלכך במקום שכותבין ואין בידה הכתובה דנאמן לומר פרעתי משום דאיתרע רק ס"ל כיון דלקחה כתובה לא סמכה על תנאי ב"ד רק לקחה שט"ח א"כ הוי כשאר שט"ח ואינו בכלל הטוען אחר מעשה ב"ד וזהו פשוט ונכון ועיין בהרמב"ן במלחמותיו ובספר אסיפת זקנים.

ולפי זה בגט ואין עמה כתובה במקום שאין כותבין הרי סומכת על תנאי ב"ד והוי כטוען אחר מעשה ב"ד אף דאבד הגט רק יש לה עידי גט באופן דלית לו מגו אינו נאמן והדבר שהכריח הטור לזה דמיירי מתניתין לאו דוקא בגט רק בעידי גט הוא דאי דוקא גט א"כ הא דאמר רבי יוחנן במסכת בבא מציעא דף י"ז הטוען אחר מעשה ב"ד ואמר פרעתי לא אמר כלום מה חידש בזה דס"ל להטור דאין דינו של ר' יוחנן במציאות רק אצל כתובה ותנאי כתובה כמ"ש רש"י ותוס' שם במילתיה דרבי יוחנן בבבא מציעא דף י"ז וא"כ מה קמ"ל ר"י מתניתין היא הוציאה גט ואין עמה כתובה גובה אלא ודאי דרבי יוחנן פירושא דמתניתין קמ"ל דלאו דוקא גט רק אפילו עידי גט מטעם דטוען אחר מעשה ב"ד דליכא למימר דקמ"ל ר"י למזון האשה והבנות דזה ג"כ נלמוד ממתניתין דאם בכתובה במקום שאין כותבין אינו נאמן לומר פרעתי משום דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן דיטעון לעולם פרעתי והוא הדין למזון האשה והבנות והשתא אין אנו צריכין לדחוקו של הרא"ש במסכת בבא מציעא סימן מ"ד דנתחבט לומר דכל התקנה הוא ממעשה ב"ד דלא שייך למימר מה הועילו חכמים בתקנתן דמצי לאתרויי ביה בשעת גירושין אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני עיי"ש וזה דוחק אבל לפי דברי הטור ניחא דעיקר דינו של רבי יוחנן במקום דליכא גט רק עידי גט והוא מטעם דטוען אחר מעשה ב"ד.

ולפי זה דמתניתין מיירי בעידי גט א"כ סיפא דקתני כתובה ואין עמה גט היינו דליכא עידי גט לא יפרעו משום דאית ליה מגו דלא גרשתיך וא"כ רבן שמעון בן גמליאל דאמר מן הסכנה ואילך אשה גובה היינו אפילו ליכא עידי גירושין וכן פסק בטור דבסכנה גובה אפילו ליכא עידי גירושין ואי קשה הא בגמרא אמרינן אי דליכא עידי גירושין מן הסכנה ואילך במה גביא וכן הקשה הב"י סימן ק' ולכאורה יפה תירץ הב"ח ופרישה דהא התוס' בד"ה הוציאה גט כתבו דלרבי יוחנן דס"ל הטוען אחר מעשה בי"ד ואמר פרעתי לא אמר כלום אלמהו למעשה ב"ד אפילו במקום מגו בעת הסכנה לא מהימן לומר פרעתי. והבית שמואל בסימן ק' ס"ק מ' הביא בשם ט"ז דהקשה משום דאפילו

במקום שכותבין ואין לה כתובה גובה במעשה ב"ד אבל לשיטת הטור והרי"ף דלא אלים רק במקום שאין כותבין מנא לן דאלמוה במקום דיש לו מגו בשעת הסכנה ודבריו בלתי מובנים דלפי מה שפירש הטור דבאין גט בידה במקום שאין כותבין לא איתרע טענתה כמו במקום שכותבין ואין כתובה בידה וכמ"ש וא"כ הוציאה גט על כרחך עידי גט דהא מתניתין מיירי במקום שאין כותבין וא"כ סיפא כתובה ואין עמה גט היינו שאין שם עידי גט וקשה מ"ט דרשב"ג בעת הסכנה הא יש לו מגו ועל כרחך צ"ל תירוץ התוס' הרי דברי הטור מוכרחים.

ואני מוסיף לומר אפילו ליתא לדרבי יוחנן דאמר דאלים מעשה ב"ד דאינו יכול לטעון פרעתי אפילו במקום שכותבין כתובה כשיטת התוס' רק במקום שאין כותבין אינו נאמן לומר פרעתי דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתן, אפילו הכי צריכין אנו לומר דתקנה זו ג"כ אלים דבעת הסכנה אפילו במקום מגו לא מהימן דאל"כ לא הקשו התוס' כלום בבבא מציעא דף י"ח ע"א בד"ה אטו גט וכו' דלימא אביי דמתניתין איירי במקום שאין כותבין ואינו נאמן לומר פרעתי כמו אלמנה מן הנשואין ואין צריך לומר גט היינו כתובה. וקשה אי איירי במקום שאין כותבין וגט לאו היינו כתובה על כרחך מתניתין הוציאה גט ואין עמה כתובה היינו עידי גט דגט עצמו אינו מעלה ומוריד דבעיא לאנסובי ביה כמ"ש התוס' שם והוציאה כתובה ואין עמה גט ג"כ מיירי דליכא עידי גט לא יפרעו משום דאית ליה מגו וא"כ קשה בשעת הסכנה למה לא יהיה נאמן לומר פרעתי כיון דאית ליה מגו ואלים לא שייך דהא לית ליה דרבי יוחנן ועל כרחך צ"ל דהך תקנה דבמקום שאין כותבין דלא יהיה נאמן לומר פרעתי הוי ג"כ אלים דהוא מכח תקנת חכמים ולא מהני מגו בעת סכנה וא"כ ק"ו הדברים דאיתא לדרבי יוחנן ולא קשה מידי.

אבל הא קשיא עד כאן ס"ל אלים היינו עיקר כתובה דעל זה סובב מעשה ב"ד אבל תוספות מה ענין זה למעשה ב"ד דהא אם אין כתובתה בידה אפילו במקום שאין כותבין אינה גובה וכן צ"ל לדעת מהרש"ל ויתר מפרשים דכתבו בדעת התוס' דלרב גובה אלמנה בעידי מיתה משום דס"ל הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום וקשה א"כ מה פריך הגמרא לרב משעת הסכנה ואילך דלהימן במגו הא אלים מעשה ב"ד כמ"ש התוס' ועל כרחך צ"ל דבגמרא פריך מתוספות כתובה וא"כ קשה על הטור שכתב דבעת הסכנה אף דליכא עידי גירושין גובה הכל אפילו התוספות וצ"ל בדוחק דודאי הך מגו דלא גרשתיך גרועה היא דלמחר יהיה גט שלה נמצא ויתפוס לשקרן משא"כ באומר פרעתיך דאף דימצא הגט ולא כתב הפרעון על גבו אמרינן אטו כל מאן דגבי בבי דינא גבי כדאמרינן במסכתא בבא מציעא דף י"ח ע"א וא"כ שורת הדין היה נותן דאין זו מגו רק הואיל

ואיתרע טענתה כי אין גיטה בידה מסתמא פרע ולכך לא חששה לשמור גיטה לבל יאמר בעלה לא גרשתיך כי כבר פרוע הוא ולכך במגו כל דהו מהימנינן ליה אבל בעת סכנה אין כאן ריעותא במה שאין גיטה בידה ולכך לא סמכינן אמגו אבל לרב פריך הגמרא שפיר דס"ל דגט גובה עיקר ובפרעון קרעינן ליה וכתבינן על גבו א"כ זהו שטוען שפרע ודאי דאמר שכתב הפרעון על גבי הגט א"כ הוי מגו מעליא דליכא למימר שאינו טוען ברצון לא גרשתיך שמא ימצא הגט ויתבזה דאף בזה יתבזה כשימצא הגט ולא נכתב הפרעון על גבו וא"כ דהוי מגו מעליא שפיר פריך בגמרא לרב מ"ט בעת הסכנה לא מהני מגו.

ועוד יש לתרץ קושיית הב"י על הטור בדרך אחר דודאי הבעל טוען מה לי ולה מחמת סכנה וכי בשביל כך אפסיד המגו אמנם לשמואל דמיירי במקום שאין כותבין כתובה רק דכתב לה הוא א"כ יש לומר את הוא דאפסידת אנפשך למה כתבת לה ושנית מנהג מקומך וכל המשנה ידו על התחתונה דבמקום סכנה תפסיד המגו והיה לך ליקח שובר בשעת פרעון כיון דשנית המנהג ולא קשה אלא לרב דמיירי במקום שכותבין ואעפ"כ גובה בשעת הסכנה בלא עידי גירושין וא"כ כתורה עשה הבעל ושפיר קשה למה בשביל הסכנה יפסיד מגו שלו כיון דלא שינה כלל (ובסברא זאת יש לתרץ מה שהקשינו לעיל דאם גם לשמואל אינה גובה תוספות בהוצאת גט לבד אם כן לשמואל נמי תקשי למה לא יפרעו בהוציאה כתובה ואין עמה גט נהי דעיקר לא גביא תוספות מיהא תיגבי דיש לומר כתירוץ הגמרא בשאין שם עידי גירושין ומהסכנה לא קשה מידי כיון דשינה כהנ"ל משא"כ לרב פריך שפיר דליכא למימר דליכא עידי גירושין ואית ליה מגו דא"כ קשיא מהסכנה דלרב הוי מגו מעליא ומתרץ חסורי מחסרי וכו' אך זה הוא יישוב על הטור במה דס"ל דגם לשמואל אינה גובה בגט רק עיקר אבל בזה אינו מיושב קושיא זאת על הרמב"ם דהא הוא ס"ל אף לשמואל אליביה דדינא דאפילו במקום סכנה אינה גובה במקום דאית ליה מגו).

אמנם עדיין צריך לי עיון איך סתם הטור דהיכא דליכא עידי גירושין דנאמן במגו דלא גרשתיך ולא כתב דמ"מ באומר פרעתי דלאחר מותו תהא נפרעת מיתומים דאל"כ מה מיגו איכא דאם יאמר לא גרשתיך תגבה אחר מותו מיתומים ולכך טוען פרעתי וכבר מצאתי קושיא זאת באסיפת זקנים למסכת בבא מציעא ותירץ תירוץ אחד דיתומים נאמנים לומר נפרעת כתובתיך במגו ותירוץ זה אין לו פירוש כלל ואולי לא אמרו אלא לרב דאמר גט גובה עיקר וכפירוש מהרש"א במסכת כתובות דיש ביד היתומים לטעון אבינו גרשך ופרע לך בהוצאת גיטך אחוה גיטך אבל לדידן דקי"ל בעידי גט לבד גביא

אם יטענו יתומים נתגרשת מה בכך מ"מ צריכין לפרוע וא"כ לא נשאר תירוץ השני של אסיפת זקנים דתירץ דבאמת לא יפרע בחייו אבל במותו יפרעו יתומים וא"כ צ"ע על הטור למה סתם לא יפרע וצ"ע.

גם יש להקשות על הטור קושיית התוס' במסכת כתובות דף פ"ט ע"ב בד"ה יכול לומר וכו' שהקשו מה מיגו איכא אי יאמר לא גרשתיך יתחייב בשאר וכסות ותירצו כשיטעון לא גרשתיך נמי פטור ממזונות דהוא כטענו חיטין והודה לו בשעורין וכבר כתב הריטב"א דזהו למאן דאמר מנה מלוה ומנה פקדון שני מינים הם והטור בחושן משפט סי' פ"ח דעתו דהוי חד מין וא"כ ליכא למימר להטור כתירוץ התוס' ותירוץ של הריטב"א דיכול לטעון מחלת לי על מזונות ג"כ לא יתכן להטור דס"ל באבהע"ז סימן ע' דאינו יכול לומר מחלת על מזונות בלי ראיה ואפילו הריטב"א גופיה לא אמר כן אלא לרב דלא ס"ל הטוען אחר מעשה בית דין לא אמר כלום ולכן נראה דהטור ס"ל כתירוץ התוס' רק דס"ל דאינו מחויב ליתן לה דמי מזונות רק מזונות וא"כ הוי תרי מינים עם דמי כתובה ודלא כריטב"א וצ"ע.

כל זה כתבתי בישוב דברי הטור אבל דברי הרמב"ם דכתב בכתובה בלי גט דגובה עיקר כתובה אפילו בלי עידי גט דעל עיקר כתובה לית ליה מגו א"כ הא דקתני כתובה ואין עמה גט הרי לא יפרעו ולהרמב"ם הא גובה עיקר אף בלא עידי גט ודוחק לומר דלא יפרעו דקתני אתוספות אבל העיקר יפרע דחדא לא יפרע סתם משמע כלל לא ולרב ביקש הגמרא לומר דאפילו תוספות בכלל אבל לומר רק תוספות אבל לא עיקר זה אינו סובל לשון המשנה כלל ובפרט לשמואל דלא מיירי מתניתין כלל מתוספות וא"כ איך יאמר אח"כ סתם לא יפרע אתוספות. ועוד מרישא דמתניתין דקתני הוציאה גט ואין עמה כתובה גובה על כרחך בעיקר קמיירי דתוספות אפילו במקום שאין כותבין כתובה אינה גובה דבעי דוקא כתובה כמבואר בדברי רבינו פה ובפירוש המשנה עיי"ש וקשה גט למה הא נאמנת לומר גרשתני ובמקום שאין כותבין אינו נאמן לומר פרעתי והלח"מ נראה שביקש לומר דהרמב"ם מיירי במקום שכותבין כתובה וא"כ אין נפק"מ במה שאין גט בידה דבמקום שכותבין אין כאן ריעותא במה שאין גט בידה דאין האשה שומרת גיטה רק כתובתה ומתניתין מיירי במקום שאין כותבין ולכך איתרע כשאין גט בידה דבמקום שאין כותבין גט היינו כתובה ולכך לא יפרע.

ואם כי דברים אלו נכונים בעצמותן דבמקום שכותבין דלא איתרע באבידת הגט דאל"כ הרא"ש דפסק בסוף נדרים באומרת גרשתני דנאמנת אף על הכתובה ואפילו על התוספות וקשה יהיה הבעל נאמן במגו דפרעתיך דהא הוי כתובה ואין עמה גט אלא

ודאי במקום שכותבין כתובה בכתובה לבד גביא והרא"ש מיירי במקום שכותבין. אך בכל זאת אין זה ישוב בדברי הרמב"ם דכתב בהלכה שאחריו בדין דהוציאה גט ואין עמה כתובה חילוק בין במקום שכותבין למקום שאין כותבין ואלו בדין שלפניו לא חילק כלל מזה ראיה דמיירי בכל גוונא הן במקום שכותבין והן במקום שאין כותבין. ועוד בפירוש המשניות כתב הרמב"ם במקום שכותבין צריכה כתובה וגט עיי"ש. ולכן נראה דס"ל להרמב"ם הא דאמר רבן שמעון בן גמליאל מן הסכנה ואילך אין הכוונה בעת הסכנה לבד כמ"ש הטור רק כוונתו מן הסכנה ואילך בטלו חכמים לתקנה קדומה ועשהו חוק ולא יעבור מכאן והלאה גובה כתובתה בלי גט ומעתה הרמב"ם דכתב הך דינא כתבו לדידן לאחר תקנת רשב"ג דאשה גובה בלי גט ולכך כתב דנאמנת על עיקר כתובה דהא לית ליה מגו ובשביל שאין הגט בידה אין כאן ריעותא מהסכנה ואילך משא"כ תוספות דאית ליה מגו דאינה נאמנת לומר גרשתני על התוספות דבמקום דאית ליה מגו לא מהני מסכנה ואילך ולכך אינה גובה תוספות כי אם בעידי גירושין ואז גובה אפילו בלי גט דמהסכנה ואילך אין אבידת הגט שום ריעותא כלל ודברי הרמב"ם ברורים.

ועיין ברמב"ם בהלכות שמטה ויובל פרק ט' הלכה כ"ד שכתב שבע"ח גובה שלא בפרוזבול אם אמר שאבד הפרוזבול שמזמן הסכנה ואילך בע"ח גובה שלא בפרוזבול ופירש הכ"מ דברי רבינו דמפרש בזמן הסכנה התקינו ואע"פ שעבר הגזירה והשמד מ"מ נאמן שלא לחלק בין זמן לזמן עיי"ש הרי דברים מבוארים כמ"ש בביאור דברי הרמב"ם דמזמן הסכנה פירושו משם והלאה ויפה פסק הרמב"ם וסרה תמיהת הלח"מ דלמה השמיט הרמב"ם הך דינא דרשב"ג דבזמן הסכנה כמו שהעתיקו הטור דאדרבה הרמב"ם נמשך אחריו וכל דינו הוא אליבא דרשב"ג דבטלו לתקנה ראשונה והעמידו לגבות אפילו שלא בגט. ועיין בירושלמי על הך מתניתין הוציאה גט וכו' מבואר הדבר כמ"ש דבשביל סכנה עקרו לתקנה ראשונה מכל וכל דז"ל שם ר' חייה בר אבא אשכח פרוזבול דר' יונתן והוה פרימתן ליה אמר לית אנא צריך לה וכו' מתניתא אמרה כן מן הסכנה ואילך אשה גובה שלא בגט ובעל חוב שלא בפרוזבול עכ"ל הרי מבואר דמזמן הסכנה ואילך הדין כן ועיין בתוס' במסכת סוטה דף ז' ע"ב בד"ה שמעת מינה וכו' כתבו להדיא ג"כ דמתניתין דהתם דקתני אם אומרת טמאה אני שוברת כתובתה נשנית לאחר סכנה הרי דמפרש כמו שפירש הרמב"ם וברור הוא.

הלכה כט

הוציאה שני גיטין וכו' הוציאה שתי כתובות וגט אחד אינה גובה אלא כתובה אחת וכו' ואם היה באחת מהן תוספות על חברתה גובה באיזה מהן שתרצה וכו'. אבל

הטור בסימן ק' חולק על זה וכתב דאם אחת מן האירוסין ואחת מן הנשואין אינה גובה אלא אותו שמן הנשואין אע"פ שהוסיף מן הנשואין דקי"ל במסכת כתובות דף מ"ד ע"א אחד זה ואחד זה מן הנשואין ורבינו השמיט הך חילוק וכתב דלעולם אם רוצה גובה מזמן הראשון ואע"פ דפסק בפרק י' דמן האירוסין אינה גובה אלא מבני חורין מ"מ איכא נפק"מ לענין בני חורין בקדימת הזמן דלפי דעת המ"מ ברמב"ם מלוה על פה מוקדם קודם למלוה על פה מאוחר בענין גביית בני חורין וא"כ צריך טעם לשיטתו וצ"ל דס"ל דהא דאמרינן בגמרא דף מ"ג מגבי מאימת גביא אין השאלה אי תרצה לגבות מזמן הראשון בזאת הכתובה כמו שארי בע"ח דאי יש בשנית תוספות רוצה גובה מזמן הראשון רוצה גובה מזמן שני רק השאלה מאיזה זמן מתחיל השעבוד לגבות מן משעבדי ובזה פליגי דחד אמר מנה ומאתים מן האירוסין לגבות ממשעבדי ואסיקנא והילכתא זה וזה מן הנשואין לגבות ממשעבדי אבל ודאי לענין בני חורין הברירה בידה כמו שאר בע"ח ולשיטת הרמב"ם לא קשה קושיית התוס' בכתובות דף מ"ד בד"ה הלכתא דהקשו דקשיא הלכתא אהלכתא והוצרכו לדחוק ולחלק בין כתובה לשאר בע"ח ולדעת הרמב"ם ניחא. אך לפי זה יש כאן קצת קושיא על השו"ע דפסק בסימן כ"ה כרמב"ם דמן האירוסין אינה גובה ממשעבדי כלל ובסי' ק' מחלק בכתובה דאם אחת מן האירוסין ואחת מן הנשואין לא אמרינן רצה מזמן ראשון גובה וכו' ונמשך אחרי דברי הטור ובאמת לשיטתו אין הכרח לדעת הטור וצריך ישוב.

הלכה לא

האשה שאמרה וכו' באה ואמרה מת בעלי תנו לי את כתובתי אף להנשא אין מתירין אותה וכו' ואין דעתה להנשא אלא ליטול כתובה מחיים בלבד. ומזה הטעם נראה דעת הריטב"א לחלק דכאן במת בעלי יש חילוק בתובעת כתובה או לא ואלו באומרת גרשתני משמע דאף בתובעת כתובתה נאמנת דלכך באומרת מת לא מהימנת דכיון דכל הטעם מכח חומר שהחמרת בסופה וכאן אין רצונה ליקח איש רק להוציא ממון כמ"ש הרמב"ם להדיא משא"כ באומרת גרשתני דקים להו לחכמים דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה א"כ אף בשביל הנאת ממון אינה מעיזה ומותרת להנשא ואז אף כתובה יש לה ממדרש כתובה כשתנשאי לאחר וכו' ונכון הוא.

והנה באמת כל הוכחת התוס' בכתובות דף פ"ט בד"ה מגו דיכול לומר וכן הוכחת הרא"ש לדין זה הוא מכח הך קושיא דאמרינן בהוציאה כתובה ואין עמה גט דאין שם עידי גט מגו דיכול לומר לא גרשתיך וכו' תיפק ליה האשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת ולכך תירצו דבתובעת כתובתה אינה נאמנת אמנם להרמב"ם דנאמנת על העיקר

באומרת גרשתני ולא על התוספות וקושיות הגמרא הוא לרב נהי דעיקר לא גביא תוספות מיהא תיגבי ועל זה משני שפיר במגו דלא גרשתיך דבתוספות איכא מגו והתוס' והרא"ש שהקשו קושיא זו או י"ל דס"ל דכי היכי דנאמנת באומרת גרשתני לענין עיקר כן נאמנת לענין תוספות שניהם בכלל מדרש כתובה כמ"ש לעיל או דס"ל לשיטתם דרבי יוחנן דס"ל הטוען אחר מעשה בי"ד לא אמר כלום על כרחך הוציאה גט היינו עידי גט וסיפא כתובה ואין עמה גט היינו דאין שם עידי גט דאית ליה מגו דאי יש שם עידי גט תקשי לר' יוחנן דתגבה בכתובה אף העיקר כמו דהוי קשה לרב על התוספות ועל כן הקשו מן העיקר דתהא נאמנת אם אומרת גרשתני מדרב המנונא דהא ר' יוחנן נמי אית ליה דרב המנונא. על כן תירצו דלענין כתובה אינה נאמנת אם תובעת כתובה (ומזה היה ראיה להטור דאף הרא"ש דס"ל במילתא דר' יוחנן כדעת הרי"ף דמיירי במקום שאין כותבין כתובה מ"מ ס"ל לר"י הוציאה גט היינו עידי גט כמ"ש לעיל דהא גם הרא"ש הקשה בסוף נדרים קושיית התוס' הנ"ל).

ועוד יש לומר דודאי אף דאינה נאמנת על תוספות מ"מ כיון דנאמנת להנשא מחזקה דאין אשה מעיזה א"כ אין כאן מגו דלא גרשתיך דטוען ברצון טענה דמהימנינן ליה דאם יטעון לא גרשתיך לא מהימנינן ליה דאמרינן ודאי משקר דחזקה אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה על כן טוען פרעתיך דלא ידעינן אם האמת כדבריו ולכך הוכרחו לומר דגם בזה לענין להנשא לאחר אינה נאמנת כלל בתובעת כתובתה ובהכי ניחא במה שתירצו דאינה נאמנת דמשמע כלל לא ולא תירצו דאינה נאמנת על הכתובה בתובעת כתובה דמ"מ יהיה קשה דאם נאמנת להנשא ליכא מגו.

פרק יז

הלכה א

מי שהיה נשוי וכו' וגם היא נשבעת ונוטלת השאר. עיין במ"מ שכתב דהלכה כבן ננס וכו' ואע"פ שבאין לגבות ממנו כגון שהן גרושות כולן נשבעות עכ"ל והלח"מ הביא דבריו ואני תמה דהא בגרושה הפלוגתא הוא בגמרא דכתובות דף צ"ד ע"א אי בע"ח מאוחר שקדם וגבה אי מה שגבה גבה או לא ואנן קי"ל מה שגבה לא גבה ואי אמרינן דפליגי בחיישינן שמא תכסיף מלבד דלפי דעת הרא"ה פסק רבא להדיא לעיל בפרק האשה שנפלו דף פ' ע"ב דלא חיישינן לשמא תכסיף ולדבריו כ"ש כאן אף גם אם אמרינן דדעת המ"מ דדוקא התם במוכר שדה לפירות הוא דלא חיישינן שמא תכסיף משום דירא היום או מחר יבוא הבעל ויקח ממנו השדה ויתבע נזק הפחת אבל בכאן שגבתה השדה

ואינה חוששת שתצא מידה כי הוא מילתא דלא שכיח שיהיה השדה שגבה המוקדמת אינו שלו וא"כ עושה בשלה כרצונה ולכך חיישינן שמא תכסיף מ"מ כיון דת"ק פליג אבן ננס מה ראה על ככה לפסוק כבן ננס במקום שרבים חולקים וכן כתב הר"ן דיחיד ורבים הלכה כרבים וכן רבינו הרמב"ם בפירוש המשניות פסק דהלכה כת"ק ובאמת בדברי הרמב"ם לא נזכר רק מי שמת וכן הוא בשו"ע סימן צ"ו סעיף ט"ז והוא משבועת יתומים כאביי קשישא אבל בגרושה לא שמענו ואולי סובר המ"מ כיון דמתניתין מי שהיה נשוי וכו' סתמא מיירי בין באלמנה ובין בגרושה ובשניהם פליגי ת"ק ובן ננס ופטרה הת"ק משבועה וכיון דבאלמנה ודאי הלכה כבן ננס דלא תהא נפרעת מנכסי יתומים אלא בשבועה א"כ מסתמא בכל מילי הלכה כבן ננס דאי אפשר לחלק דברי בן ננס ולומר הלכה ואין הלכה כמותו וכל זה דוחק וצ"ע.

הלכה ב

במה דברים אמורים וכו' ואין כאן דין קדימה. וכתב המ"מ והכונה כשהנכסים מספיקים אבל אם אינם מספיקים לכולן המלוה קודם לאשה כמו שיתבאר בסמוך עכ"ל ולא ידעתי אם הנכסים מספיקים לכולן מה קדימה שייך כאן כיון שכולן נפרעים ומה קמ"ל דאין בדאקני דין קדימה וצ"ל לדעת המ"מ אף אם הנכסים מספיקים אם ישנו כאן נכסים וגם נכסים במדינת הים המוקדם גובה כאן והמאוחר נדחה למדינה אחרת דהוא כמשועבדין לגבי בע"ח אמנם אם קנה לאחר שלוה ונשא שניהם כאחד חולקין בנכסים שהן במדינה זו ובמדינה אחרת ואין להמוקדם שום קדימה בשום צד וכאן לא אמרינן בלוה ונשא ואח"כ קנה לבע"ח יהבינן ולא לאשה כיון דנפרעים שניהם רק ההבדל בגביית קרוב ורחוק בזה לא אמרינן להקדים בע"ח לאשה ודוחק.

אמנם לולי דעת המ"מ הייתי אומר דהא דכתב הרי"ף דבנשא ולוה ואח"כ קנה דלבע"ח יהבינן ולא לאשה היינו בדלא כתב לשום אחד דאקני וא"כ שניהם באין כאחד משא"כ בכתב לכתובה ובע"ח דאקני וא"כ מה שקנה אח"כ משועבד רק דמשועבד לשניהם א"כ איך ניקח מה שמשועבד לאשה וניתן אותו לבע"ח ואיך נפקיע שעבודה בכדי ועיין בר"ן שנתקשה בזה איך גוזלין האשה וכו' ואף לפי תירוץ שלו יש לומר כל זה בשלא כתב לשום אחד מהן דאקני אבל בכתב לכל אחד דאקני א"כ שעבוד שניהם חל ואיך אפשר להפקיע שעבוד האשה והך הוא דינא דרמב"ם דכתב יחלוקו בדכתב לשניהם דאקני עיין בהרא"ה שצידד לומר אי שעבודא דאורייתא אף בלוה ולוה וקנה אי קדם וגבה לא גבה והיינו בדכתב לו דאקני דאי לאו אין כאן שעבוד כלל וכיון דלא גבה במה שקדם

וגבה פשיטא דלא יהבינן לבע"ח דכל הטעם דיהבינן לבע"ח הוא מטעם דבע"ח שקדם וגבה מה שגבה גבה כמ"ש הר"ן עיי"ש.

הלכה ד

מי שגירש את אשתו ועליו שטר חוב וכו' והאשה לא חסרה דבר וכו'. מסקנת מהרי"ל ומהרי"ו והרב רמ"א סימן ק"ב סעיף ב' דאפילו תפסה מוציאין מידה והחלקת מחוקק ס"ק ט' והבית שמואל ס"ק ז' נסתפקו אי תפסה על פי בי"ד אי מוציאין מידה ולא ידעתי מה מקום ספק בזה דהא הר"ן הקשה כיון דקי"ל יחלוקו היכי גוזלין לאשה ונותנין לבע"ח ותירץ כיון דבהך אם קדם וגבה גבה א"כ משום טעמא דיותר ממה שהאיש רוצה לישא האשה רוצה להנשא מגבינן לבע"ח תחילה ואח"כ זכה בהן מהדין עכ"ל וכן משמע בהרא"ה ולפי זה כל זה מספיק אם עדיין לא גבתה האשה על פי בי"ד אבל אם כבר גבתה האשה על פי בי"ד הדרא קושיית הר"ן לדוכתיה בתוספות אמיץ דהא היא גבתה והאיך נגזול הדבר מידה ליתן לבע"ח ולכן ברור לכאורה דאפילו במטלטלין מהני תפיסה בבי"ד אבל שלא בב"ד יש לומר שפיר כתירוץ הר"ן משום דס"ל כרבינו יונה דמה שגבה גבה היינו בגביית בי"ד אבל שלא בבי"ד בתפיסה בעלמא לא אמרינן מה שגבה גבה ועיין בש"ך לחו"מ סימן ק"ד אם לא שנאמר כיון דמהדין מטלטלין לא משתעבד כלל לכתובה רק הגאונים תקנו וכי תקנו במקום שאין בע"ח אבל במקום שיש בע"ח אשר אמרו חכמינו ז"ל כי לו משפט הקדימה לא תקנו הגאונים וא"כ הדרן לדינא דגמרא דלא מישתעבדי כלל לאשה ותפיסתה מיתמי לא מהני ולכך גבי קרקע פסק המחבר בסימן ק"ב סעיף ג' דמהני תפיסה בבית דין ולא הגיה עליו הרמ"א כלל רק גבי מטלטלין הגיה עליו סעיף ב' משום דיש לחלק כמ"ש.

ומה שהרב בעל חלקת מחוקק והרב בית שמואל נסתייעו מתשובת הריב"ש דפסק דיורשי אלמנה הבאים לגבות כתובת אמן אין צריכין להעמיד ערבות מחשש בע"ח מוקדם דממה נפשך במקרקע בלא"ה בע"ח מוקדם גובה ובמטלטלין מה שגבה גבה עיי"ש המעיין בתשובה הנ"ל יראה דהשואל והמשיב פלפלו הכל בענין מוקדם ומאוחר ולא שמו על לב כלל כי במקום בע"ח אין לכתובה דין קדימה במטלטלין אלא ודאי דמיירי שם מנדונייתה שהכניסה לו כי נקרא ג"כ כתובה בפי הגמרא ובפי כל הפוסקים כנודע ובזו אין לבע"ח דין קדימה כי יש לה כל דיני בע"ח בכל אופן ולכך לא הזכיר כלל מהך דלבע"ח יהבינן דזה לא שייך רק אמנה ומאתים ולא אנדוניא ואין כאן ראיה כלל.

הלכה י

וכן המקדיש נכסיו וגירש את אשתו ידירנה הנאה ואח"כ תפרע מן הפודה מיד ההקדש שמא יעשה קנוניא על ההקדש. הר"ן ואחריו האחרונים תמהו על הרמב"ם דלמה פסק דלא כרבי יהושע דאמר אינו צריך דהא במסכת ערכין דף כ"ג מוקי פלוגתא דר' אליעזר ור' יהושע אי יש שאלה בהקדש או לא ולפי מה דקי"ל יש שאלה בהקדש ליכא למיחש לקנוניא דהא יכול להשאל על הקדישו ואף דהרב בעל לח"מ וכן התוס' יו"ט עשו סמוכים לדברי הרמב"ם מהא דאמרינן שם בערכין דף כ"ג ע"ב לוקח מאי ערב תנינא הקדש תנינא הרי דבהקדש יש לחוש לקנוניא מ"מ הש"ך בחו"מ סימן רנ"ה חשב זאת לבלתי ראיה מוכרחת דהא בגמרא אמרינן דתליא אם יש שאלה בהקדש. ונראה לי דלפי מה דקי"ל מלוה על פה מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר לגבי בני חורין כמבואר בחו"מ סימן ק"ד סעיף י"ג ולפי זה בהקדיש כל נכסיו ומגרש אשתו יש כאן חשש ערמה דאולי הוא יודע במצפון לבו דיש עליו מלוה על פה בעדים קודם לכתובות אשתו ולכך כשישאל על הקדישו ויהיו נכסים בני חורין יבוא המלוה על פה הקודם ויגבה הנכסים ותצא אשתו ריקם מכל ולכך מניח הקדישו בלי שאלה ויהיו נכסים משועבדים כמבואר במסכת שבועות ואין מלוה על פה גובה הימנו אמנם האשה בכתובתה גובה הימנו ועושה ערמה להפקיע כח הקדש וכח המלוים הקודמים אך זה הוא אי שעבודא דאורייתא אז מלוה על פה מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר אצל בני חורין אבל אי שעבודא לאו דאורייתא אין למלוה על פה קדימה כלל אפילו בבני חורין כמ"ש הש"ך ויתר פוסקים בחו"מ עיי"ש בסימן ל"ט וסימן הנ"ל והדבר מבואר.

והנה בדעת רב הונא לא מצינו דבר ברור אי ס"ל כרבי יוחנן דס"ל במסכת בבא בתרא דף קע"ה ע"ב דשעבודא דאורייתא או כרב ושמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ויותר מסתבר לומר דכרב רביה ס"ל כדאמרינן במסכת שבת פרק מפנין מכדי רב רביה דרב הונא הוה וכו' ולפי"ז הא דפריך בערכין אמילתא דרב הונא דאמר ש"מ שהקדיש נכסיו דאין אדם עושה קנוניא וכו' דלימא כתנאי והיינו כסוגיין דעלמא דאי מילתא דרב הונא כתנאי מה קמ"ל במימרא בפני עצמו לימא הלכה כרבי יהושע דלא חיישינן לקנוניא ועל זה משני בגמרא שפיר דבשלמא אי ברירא לן מילתא דרב הונא דס"ל כמ"ד שעבודא דאורייתא וא"כ ליכא למימר דישנו בשאלה דהא יש לחוש דמערים להפקיע מלוה על פה הקודם כמ"ש לעיל ועל כרחך דס"ל לרבי יהושע דלא חיישינן לקנוניא שפיר הוי אמר רב הונא הלכה כרבי יהושע משא"כ כיון דלא ברירי ליה לרב הונא ולא עייל נפשיה בפלוגתא אי שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא כמ"ש לעיל ואי לאו דאורייתא

יש לומר דגם רבי יהושע חושש לקנוניא רק דבמתניתין ליכא חשש קנוניא דהא יכול להשאיל על הקדישו ומלוה על פה מוקדם לא יהיה קודם לכתובת אשה אף בבני חורין דשעבודא לאו דאורייתא א"כ איך יאמר רב הונא הלכה כרבי יהושע דלא חיישינן לקנוניא דהא באמת גם הוא חושש להך שיטה ולכך הניח רב הונא הפלוגתא דתנאי במקומה ואמר מימרא בפני עצמו ושכ"מ שהקדיש וכו' דלא חיישינן כלל לקנוניא ודברי הגמרא אתי שפיר.

ומ"מ לדינא דקי"ל שעבודא דאורייתא על כרחך ר' אליעזר ור' יהושע ור"י בהך פליגי בחוששין לקנוניא דר"י אינו חושש לקנוניא דאף דקי"ל דיכול להשאיל על הקדישו מ"מ היה לנו לחוש שיערים משום מלוה על פה הקדומה לכתובה ואנן פסקינן כרב הונא דבבריא חיישינן לקנוניא. ובהכי ניחא הא דאמרינן הקדש תנינא דהך מלתא לרב פפא נאמר ואיהו ס"ל לדעת הרי"ף בסוף בבא בתרא דשעבודא דאורייתא וא"כ אי חיישינן לקנוניא לא מהני מה דיכול להשאל על הקדשו דמערים משום מלוה על פה הקדומה ועיקר פלוגתא דר"א ור"י בחוששין לקנוניא ובהא הלכה כרב הונא דחיישינן בבריא לקנוניא ואתי שפיר ולק"מ.

ובזה יש לכוון ג"כ דברי הרמב"ם בהלכות ערכין פרק ז' הלכה י"ח י"ט דפסק הך דרב הונא דבבריא חיישינן לקנוניא ובשכ"מ לא חיישינן לקנוניא דאין אדם חוטא ולא לו וכתב שם דדוקא אם אמר כך בשעה שהקדיש מנה לפלוני בידי אבל אם אמר אח"כ אפילו בשכ"מ אינו נאמן להפקיע כח הקדש ותמהו עליו דמאי שנא לשעה מאח"כ ואי כוונתו תוך כדי דיבור דיכול לחזור בהקדשו מלבד דס"ל להרמב"ם בהקדש דתוך כדי דיבור כלאחר כדי דיבור דמי אף גם דא"כ דיכול לחזור בו תוך כדי דיבור אף בבריא יהיה נאמן דמאי שנא.

ונראה דלפי מה שהקשו הפוסקים בעל המאור וכדומה על הרי"ף דפסק בסוף מסכת בבא בתרא דבשכ"מ שהקדיש נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי בשטר שאינו מקוים דנאמן דהא מלוה על פה הוא ומלוה על פה אינו גובה מנכסים משועבדים והקדש הוי נכסים משועבדים ועיין בש"ך לחו"מ סי' רנ"ה ס"ק ח' שהאריך בזה וצריכין אנו להבין קושייתם דלכאורה הא הוי הקדש כמתנת שכ"מ דמה לי מתנה להדיוט ומה לי מתנה לגבוה וקי"ל דמלוה על פה גובה ממתנת שכ"מ וא"כ מה קושיא על הרי"ף. וצ"ל הא דמלוה על פה גובה ממתנת שכ"מ משום דכיורש שויהו רבנן והיינו כמ"ש הרשב"ם דמתנת שכ"מ דרבנן דמן התורה לא מיקני במילי ומדרבנן הוא דאמרינן דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי ולכן עשהו רבנן כיורש ואינו חל אלא לאחר מיתה אבל בהקדש דאמירתו לגבוה

כמסירתו להדיוט דמי ומן התורה הוי הקדש באמירה בעלמא וא"כ לא שייך כיורש שוינהו רבנן אין מלוה על פה גובה הימנו והא דקי"ל שכ"מ שהקדיש כל נכסיו אם עמד חוזר הוא מטעם דאומדנא הוא דאדעתא דיקום מחליו ויצטרך לבריות לא הקדישו והוי כמקדיש על תנאי אבל מ"מ גוף ההקדש של שכ"מ הוא מן התורה ואין מלוה על פה גובה הימנו זהו מה שנראה לי בכוונת תמיהתם על הרי"ף.

אך נראה דמ"מ לא קשיא על הרי"ף דבלא"ה יש לתמוה על הא דקי"ל דהקדש הוי כנכסים משועבדים ואין בע"ח מלוה על פה טורף הימנו כמבואר בחו"מ סימן קי"א עיי"ש למה כיון דקי"ל שעבודא דאורייתא וא"כ מן הדין היה ראוי דמלוה על פה יטרוף מכל הלקוחות רק מתקנת הלקוחות תקנו חז"ל דאינו גובה וכן במתנה אי לאו דטרח וארצי וכו' משא"כ בהקדש מה תקנה שייך כאן וא"כ מהדין אפילו מלוה על פה יגבה מן ההקדש וצ"ל דודאי שורת הדין כן הוא רק כיון דחז"ל תקנו במתנה להדיוט דאינו גובה דמתנה כמכר דאי לאו דטרח וארצי וכו' וא"כ וכי יהיה כח הקדש גרע מכח הדיוט עד שיגבה מן ההקדש ולא יגבה ממקבל מתנה דבר זה הוא זר בעיני הבריות ולכך תקנו חז"ל דאף מהקדש אינו גובה ולפי זה במקדיש כשהוא שכיב מרע גובה מלוה על פה מהקדש ממה נפשך דמן הדין כל הקדש יש למלוה על פה לגבות הימנו רק הא דאינו גובה שלא יהיה כח הקדש גרע משל הדיוט וא"כ בשכ"מ דאף בשל הדיוט מלוה על פה גובה הימנו כמ"ש א"כ בהקדש הדרן לדינא דשעבודא דאורייתא ומלוה על פה גובה הימנו ולק"מ כל מה שהקשו על הרי"ף ז"ל בשום אופן. אך מ"מ נפק"מ אי הקדיש שכ"מ נכסיו ואח"כ לוה בעל פה אפילו בעדים אין למלוה כלום בהקדש כיון דמן התורה ההקדש חל וקדמה ההקדש להלואתו מאיזה צד יהיה לו מקום לגבות חובו מהקדש ולא דמי למתנת שכ"מ דגובה מלוה על פה אפילו שהיה לאחר המתנה משום דהתם אין לו קיום מן התורה כלל רק חכמים תקנו והם לא תקנו שיהיה לו למקבל מתנה יותר יפוי כח מיורש גמור משא"כ בהקדש דחל הקדישו מן התורה אין כאן מקום שיפקיע הלואה מאוחר להקדש המוקדם.

ובזה יובנו דברי הרמב"ם דודאי הא דאמרינן במקדיש נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי דנאמן מטעם חזקה דאין אדם חוטא ולא לו תמהו בזה כיון דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וא"כ הוי יד הקדש מוחזק וכי בשביל חזקה נוציא ממון ולא יהיה אלא עד אחד דעלמא דג"כ יש לו חזקה דאין אדם חוטא וכו' וכי בעד אחד נגרע כח הקדש וכן הש"ך בח"מ סי' רצ"ה החליט סברא זאת אמנם נראה דהעיקר הטעם הוא מכח מגו דאי בעי היה נשאל על הקדישו ולכך עכשיו דלא היה נשאל ואומר מנה לפלוני בידי נאמן רק

הא תינח באומר מנה בהלואה אבל באומר מנה בפקדון איך יהיה נאמן הא הוי מגו במקום חזקה דכל מה שהוא ברשות האדם חזקה שהוא שלו ועיין בש"ך סימן הנ"ל ולכך אמרינן דאיכא חזקה כנגדו דאין אדם חוטא ולא לו ואוקי חזקה נגד חזקה ונשאר מגו במקומו ולכך נאמן, ובזה מתורץ כל מה שנתחבט בו הש"ך בחו"מ סימן רנ"ה.

איברא בבריא אין כאן מגו כמ"ש לעיל דדלמא עושה קנוניא בשביל מלוה על פה בעדים הקודם להקדישו ואי אפשר לו להשאל על הקדישו ולכך בבריא בין במנה פקדון דיש כאן חזקה דכל מה שהוא ברשות אדם הוא שלו וחזקה דאין אדם חוטא וכו' אין כאן בבריא ובין במנה הלואה אף דלא שייך חזקה דכל מה שהוא ברשות אדם וכו' מ"מ אינו נאמן דיש לחוש לערמה ומגו דשאלה ליתא דדלמא חושב להפקיע מלוה על פה הקודם להקדישו אמנם בשכ"מ יש לו מגו מעליותא דממה נפשך אם יש לו מלוה על פה המוקדם להקדישו גובה מן ההקדש בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו כמ"ש לעיל ואי לית עליו מלוה על פה היה יכול לשאול על הקדישו ויש לו מגו ולכך לא מבעיא דנאמן בהלואה אפילו במנה פקדון נאמן הואיל וחזקה דאין אדם חוטא וכו' מסייע ליה כמ"ש לעיל רק עדיין יש לחוש דלמא אח"כ אחר שהקדיש לוה בעל פה בעדים ואם ישאל על הקדישו ויחזרו הנכסים לו יגבה ממנו ולא יהיה נאמן לומר מנה לפלוני בידי בין בהלואה ובין בפקדון במקום שחב לאחרים דלאו כל כמיניה כנודע ולכך אינו נשאל דאין להם יד לגבות מן ההקדש ואומר מנה לפלוני בידי להערים ולהפקיע כח הקדש וא"כ ליכא כאן מגו ולכך קאמר הרמב"ם דמיירי דאמר מנה לפלוני בידי בשעה שהקדיש פירוש דלא היה זמן בנתיים עד שהיה סיפוק בידו לעשות הלואה חדשה וא"כ אין כאן חשש ערמה כלל כהנ"ל משא"כ אילו היה זמן בנתיים יש לחוש אולי בנתיים לוה מחדש ולכך אינו נשאל להפקיע כח מלוה על פה ואומר בערמה מנה לפלוני בידי להפקיע כח הקדש דבשביל הך חזקה דאין אדם חוטא ולא לו לבד כבר כתבתי דאין מוציאין מיד הקדש רק בצירוף מגו ואם לוה אחר שהקדיש אין כאן מגו כלל כמ"ש ולכך אינו נאמן ודברי הרמב"ם ברורים ולק"מ מכל מה שהקשו האחרונים עליו.

ובהכי נמי ניחא הא דאמרינן בערכין לחד אוקימתיה דפליגי ר' אליעזר ור' יהושע בבריא בדרב הונא אי אדם עושה קנוניא על ההקדש ורב הונא דמיירי בשכ"מ אתיא ככו"ע תקשי לכאורה הא ברייתא מפורשת היא דפליגי ביש שאלה בהקדש דיש לומר דהך ברייתא אתיא כתנא דס"ל שעבודא לאו דאורייתא וא"כ לית למלוה על פה הקדומה קדימה בבני חורין ושפיר יש לומר דמצי למשאל אהקדישו אבל המתניתין לא רצה סתמא דגמרא למוקמי אליבא דתנא דס"ל שעבודא לאו דאורייתא על כן מוקי ליה דפליגי

בבריא אי חיישינן לקנוניא ולפי זה למה דקי"ל כרב הונא דבבריא חיישינן לקנוניא שפיר פסק הרמב"ם דידירנה הנאה וכמילתא דרב הונא גופיה, לפי מה שכתבתי דלהך חזקה דאין אדם עושה קנוניא על הקדש צריך צירוף מגו דאי בעי היה שואל על הקדישו אין להקשות דאין כאן מגו דיש לחוש שיש עליו מלוה על פה קדומה דיש לומר דהא יכול לשאול על הקדישו וליתן לזה שאמר עליו שיש בידו מנה שט"ח גמור בנאמנות ולהקדישו עוד מיד אח"כ ומ"מ פקע מלוה על פה ואין לו זכות בחוב ההוא.

ועכ"פ לפי מש"כ לעיל יש לתרץ תמיהת התוס' והפוסקים במה שתמהו על שיטת ר"י דרוצה להוכיח דלא טענינן ליתמי וללקוחות טענת מזויף מהא דמסכת בבא מציעא דף י"ג דפריך לשמואל ונהדריה ללוה ומשני לוה הוא דאמר לא היו דברים מעולם היינו מזויף ועל כרחך דחיישינן שמא יוציאנו על היתומים או על הלקוחות ואנן לא נטעון להם מזויף משום דלא שכיח דאל"כ נהדריה למלוה אפילו יש בו אחריות אם לא יקיימנו לא יגבה כלום ואם יקיימנו יגבה בדין ותמהו עליו מהא דשמואל בבבא בתרא דף קע"ה בשכ"מ שאמר מנה לפלוני בידי אם אמר תנו נותנים לו היורשים בשטר שאינו מקוים משום דקיימיה לשטרא לא אמר תנו אין נותנים לו היורשים משום דלא קיימיה לשטרא וטענינן ליתמי מזויף דיש לומר דודאי דכל הטעם דלא טענינן מזויף הוא כמ"ש התוס' משום דדבר תורה אין צריך קיום דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה וכו' ועיין בכתובות דף י"ט ע"א בתוס' בד"ה מודה בשטר וכו' וביתומים ובלקוחות העמידו על דין תורה ולא טענינן להו אנן טענת מזויף אך זהו אי שעבודא דאורייתא ושורת הדין לגבות מיתומים ולקוחות אבל למ"ד שעבודא לאו דאורייתא וא"כ מן התורה אין לו כלל לגבות מן הלקוחות ומן היתומים רק חז"ל תקנו מפני נעילת דלת בזה ודאי אמרינן מהיכא תיתי יהיה עדיף מלוה גופיה אי טען מזויף ובפרט מה נעילת דלת שייך כאן דהוי ליה לקיים שטרו וכן יפה לו דאולי יטעון הלוה מזויף או פרעתי וס"ל לר"י כדעת האומרים דאי נכתב בשטר להדיא אחריות לכו"ע שעבודא דאורייתא וכן משמע בתוס' במסכת קידושין גבי מלוה הכתובה בתורה וכו' וא"כ שם לר' מאיר דס"ל אחריות לאו טעות סופר ועל כרחך בדכתב בו בהדיא אחריות וא"כ שפיר כתב ר"י דלא יחזור דאין טוענין ללקוחות מזויף אבל בבבא בתרא דאתיא לרב ושמואל דס"ל דמלוה על פה אינו גובה מן היורשים דשעבודא לאו דאורייתא א"כ פשיטא דטענינן להו ליתומים מזויף. רק לכאורה קשה מה דוחקיה למוקמי מלתא דרב הונא בשטר מקוים ולפי הנ"ל ניחא דרב הונא על כרחך בעי צירוף הסברא אי בעי משאיל על הקדישו ותקשה דלמא יש עליו מלוה ע"פ הקדומה ועל כרחך צ"ל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ושפיר הוצרך הגמ' לומר במקוים.

(**אמר** המגיה לא הוצרכתי לפרש דברי הרב לגדולי ערך רק להמעיינים בדבריו בהשקפה ראשונה שדברי הרב המחבר כאן יהיו בעיניהם כמתמיהים על כן הוצרכתי לפרש דבריו וכוונתו כך הוא דהנה הרב כתב לעיל דדוקא בשכ"מ אי שעבודא דאורייתא מלוה ע"פ הקדומה גובה מן ההקדש אפילו לא שאל על הקדישו ושפיר יש לו מגו משא"כ לאוקימתא דפליגי ר' אליעזר ור' יהושע בבריא דאמרינן אין אדם עושה קנוניא על ההקדש והוא רק חזקה כמו בשכ"מ דהוא נמי חזקה דאין אדם חוטא וכו' ואפ"ה צריכין גם למגו לדברי הרב המחבר לתרץ הקושיא וכי יהיה נאמן יותר מעד אחד וגם בהך חזקה דאין אדם עושה קנוניא צריכן למגו דהיה שואל על הקדישו ובבריא ליכא מגו דכל זמן שהוא ביד הקדש אין מלוה על פה יכול לגבות שלא יהיה הקדש גרע ממתנת הדיוט א"כ אף אי אמרינן שעבודא דאורייתא הדין כן ואם ישאל על הקדישו ויהיה בני חורין יגבה ממנו מלוה ע"פ ואין כאן מגו על כן כתב הרב דלפי האוקימתא זאת דלא חיישינן לקנוניא צריכן אנו לדחוק ולומר דס"ל דאפ"ה יש לו מגו דהיה שואל לגבי חזקה דאין אדם עושה קנוניא וכו' ואי משום דהיה ירא ממלוה ע"פ הקדומה היה יכול לעשות באופן אחר להפסיד המלוה ע"פ דהיינו שישאל על הקדישו ומיד יתן לזה שאמר עליו שיש לו מנה בידו שט"ח גמור בנאמנות ויקדישנה מחדש ואז יגבה האי בשט"ח שבידו מן ההקדש ששט"ח קודם להקדש השנית ואף שזה דוחק גדול להחזיק בזה המגו ולומר דיסיק אדעתא לעשות כל זה מ"מ לאותו אוקימתא דמיירי אפילו בבריא וס"ל דלא חיישינן לקנוניא צריכן לדחוק בזה אבל אליבא דאמת דקי"ל נשאלין על ההקדש ואפ"ה ס"ל לרב הונא דבבריא אינו נאמן ועל כרחך הטעם דחיישינן לקנוניא דמלוה ע"פ דס"ל שעבודא דאורייתא על כרחך לית ליה לרב הונא האי סברא דמצי למשאל ולכתוב לזה שט"ח גמור וכו' דכל זה הוא דוחק.

ומהשתא יובנו נמי דברי הרב במה שכתב לבסוף ותקשי דלמא יש עליו מלוה ע"פ מוקדם ועל כרחך ס"ל שעבודא לאו דאורייתא וכו' שדברי הרב נראים לכאורה כסותר למה שכתב מקודם דרצון הרב בזה דעל כן מוקי לדרב הונא במקומים דגמרא אזדא כאן לאותו אוקימתא דמוקי לר"ה אפילו בבריא דאין אדם עושה קנוניא וכו' והוי קשיא ליה לגמרא דהא צריכן עכ"פ למגו בהדי חזקה כדלעיל ואי ישאל על הקדישו הא יש לחוש למלוה הקדומה שרוצה להפסידה ואין כאן מגו ואי משום שהיה יכול לשאול וליתן מיד לזה שט"ח גמור כל זה היה נראה לו לדוחק על כן לאוקימתא זאת צ"ל דס"ל לרב הונא שעבודא לאו דאורייתא וליכא למיחש למלוה הקדומה דאם ישאל אינה גובה אף מבני חורין ותקשי אי שעבודא לאו דאורייתא איך יגבה זה שאמר עליו שיש לו מנה בידו מן

ההקדש שהם נכסים משועבדים כקושיית בעל המאור על הרי"ף על כן מתרץ דמיירי רב הונא בשטר מקוים נקיט בידיה אבל אליבא דאמת דמיירי רב הונא בשכ"מ ולא בבריא ס"ל לרב הונא שעבודא דאורייתא ולא בעי שטר מקוים בידו כן הוא כוונת הרב ז"ל ודבריו נכונים. ע"כ הגה).

מיהו על זה בלא"ה יש לתרץ לפי מה שכתב הרשב"ם במסכת בבא בתרא דף קע"ה דליכא למימר משום מצוה לקיים דברי המת דנותנים משמע אפילו בחייו עכ"ל וצריך ביאור דהא מחיים חל עליו פריעת בעל חוב מצוה ובמותו משום מצוה לקיים דברי המת וצ"ל דכוונתו דנותנים משמע אפילו חי אח"כ מ"מ נותנים במותו ובחייו ואף שחזר ואמר אל תתנהו לא משגחינן ביה כיון שהגיד וכו' ואלו הטעם משום מצוה לקיים דברי המת הא חזר קודם מותו וזהו נראה בכוונתו וא"כ אף בזו יש לומר כן דסתם קאמר רב הונא באמר מנה לפלוני בידי נאמן משמע אפילו חוזר ואומר מזויף הוא ושלא להשביע הודיתי. וקשה למה לא יהיה נאמן דבשלמא אי אמר תנו אינו נאמן אח"כ לומר מזויף דכבר קיימיה לשטריה משא"כ בדרב הונא דלא אמר תנו ומילתא דרב הונא על כרחך מיתוקמא בשטר מקוים דליכא למימר באינו מקוים רק דלא חזר ואמר מזויף ונאמנות דיליה לפטור משבועה כי מזויף בלאו הכי לא טענינן ליורשים כדעת ר"י דיש להקשות קושיית התוס' דלמא מ"מ פרוע הוא ושלא להשביע אמר ותירוץ התוס' לא שייך כיון דאין השטר מקוים על כרחך צריך לאוקמיה בשטר מקוים אך זה דחוק ותירוץ הנ"ל מסתבר ונכון. אמנם לפי מה שכתבתי כאן נסתר הפירוש שיש לפרש בקושיות התוס' דהקשו במקוים לימא פרוע הוא ושלא להשביע הודה וקשה קושיית מהרש"א דתיכף אמילתא דרב הונא הוי להו להתוס' להקשות דהא זהו עיקר הקושיא ואין ענין כלל להך דרב ושמואל ויש לומר דלפי רוב הפוסקים אם הודה בפני התובע לא שייך שלא להשביע ומקשים א"כ מה פריך בגמרא ממילתא דשמואל אדרב הונא לוקי מילתא דרב הונא בהודה בפני תובע ועיין מש"כ על זה באורים ותומים לחו"מ סימן פ"א.

אמנם יש לומר דכבר הקשו אי אמרינן דאף בבריא נאמן דיכול לשאול על הקדישו למה אמר רב הונא דוקא שכיב מרע דאין אדם חוטא ולא לו ועל זה יש לומר דלכך נקט ר"ה שכ"מ וא"כ זהו שחייו תלוים לו מנגד לרגע וחושש שיטרוף לו השעה מאין ימצא ג' להתיר טרם יאסוף יגוע וימות ולכך מצוה כך ולק"מ אך בלא"ה הא יש לו שני עדים המעידים הודאה זו ואם ישנו שם גם התובע הרי כאן שלשה שיכול לשאול בפניהם ודוחק לומר דרב הונא איירי בתובע אשה כי זה הוי ליה לפרש ועל כרחך דלא היה במעמד התובע אך המפרשים תירצו דישנו ביד גזבר ותו לא מצי למשאל רק כבר כתבנו

דתמהו הרז"ה וסייעתו למה יהיה כחו יפה בשביל שאינו עושה קנוניא על ההקדש משאר עד אחד להוציא בהודאתו מיד הקדש אך אם הוא עדיין בידו ודאי דיפה כחו כיון דבידו לתתו למי שירצה ועדיין הוא בחזקתו והוי ליה כמו שליש כל זמן שהדבר בידו נאמן כשני עדים אבל כשהוא ביד גזבר ודאי יפה הקשו וא"כ יש לתרץ קושיית התוס' דהקשו למה יהיה נאמן בלי שבועה נימא שלא להשביע הודה דיש לומר דהודה בפני התובע דבשלמא בהס"ד דליכא למימר דהיה ביד גזבר דקשה דהאיך נאמינו יותר מעד אחד וצ"ל דבידו ואין לו אנשים להתירו ועל כרחך דלא היה בפני התובע אבל במסקנא בשטר מקוים שפיר יש לומר שהיה ביד גזבר ובאמת אינו רק כעד אחד דעלמא ואינו נוגע דאינו עושה קנוניא וא"כ מה נפק"מ לו ועד המסייע פוטר משבועה ולק"מ קושיית התוס' די"ל דרב הונא מיירי דהודה בפני התובע ולכך הקשו התוס' מרב ושמואל דלמה מוקמי באינו מקוים לוקמי במקוים לא אמר תנו אין נותנים דחייב לישבע דאמרינן שהודה שלא להשביע דמיירי שלא בפני התובע אבל אמר תנו נותנים בלי שבועה וכתבו ואין לומר דלא שייך אין נותנים דמ"מ אם ישבע וזה ודאי יעשה נותנים ולכך הקשו מהך דרב הונא דמיירי במקוים ונאמן בלא שבועה כדמוכח בשבועות והיינו דכתבו מה דוחקיה דגמ' שם לחלק בין בריא לשכ"מ נימא נשבעין להקדש כשאמר מנה לפלוני בידי צריך לישבע דאמרינן שהודה שלא להשביע וטובא קמ"ל דאף בכה"ג אמרינן שלא להשביע ואפילו בהקדש רק לפי מש"כ לעיל נסתר הפירוש הזה בתוס'.

וגם יש לתרץ פסק הרמב"ם דפסק דידירנה הנאה דלא כר' יהושע דישנו בשאלה באופן אחר דיש להקשות בהך אוקימתא דפליגי בנדר על דעת רבים אם יש לו התרה ודכו"ע דאדם עושה קנוניא האיך לא אסיק אדעתיה דישנו בשאלה דאף דלא אסיק אדעתיה דר' אליעזר ס"ל כבית שמאי מ"מ ר' יהושע ודאי ס"ל כבית הלל דישנו בשאלה. אמנם נראה דבלא"ה יש להבין נמי במ"ש הרמב"ם לחלק במילתא דרב הונא בשכ"מ בין אמר סמוך להקדישו או מופלג ועיין מ"ש לעיל על כן נראה דלכאורה יש להקשות איך נאמר דיכול לשאול על נדרו ובפרט למה שכתבתי לעיל דאפילו לחזקה דאין אדם עושה קנוניא על הקדש צריכן לצרף לזה דהיה יכול לשאול על הקדישו אולי אינו מתחרט על הקדישו וכי מתירין בלי חרטה ועל כרחך צריכן לומר בממה נפשך אם כוונתו לקנוניא ולהפקיע הקדש הא קמן דמתחרט רק הדבר ידוע הוא כי החרטה צריכה להיות מתחילה ועד סוף אבל אם דעתו היה שמתחילה היה הנדר נכון רק עכשיו מתחרט אינו מועיל ולפי זה יש לומר אולי בתחילה רצה בהקדישו שלא יקפצו עליו בני אדם לומר הב וכו' וכדומה רק עכשיו אינו רוצה ועושה קנוניא אבל להתיר לכתחילה בחרטה אי אפשר וקיל ליה

לעשות קנוניא דקיל ליה כי חושב בדדמי וספק מלוה ישנה שחייב וגם פודה כל נכסיו בדבר מועט וכדומה וגם הבע"ח צריך עכ"פ לפדות בדבר מועט וא"כ מן התורה הוי פדוי וליכא איסורי וכן צ"ל במסכת שבועות דפריך נשבעין להקדש פשיטא וכו' וקשה מה פשיטות הא כאן לא שייך ספק מלוה ישנה דכמו דשבועה לא ניתן לחזרה כך הך מועל בהקדש לא ניתן לחזרה דבאמת אינו מועל דעכ"פ פודה אך אם בין הקדש לאמירה ליכא זמן שישתנה הענין אם כן בממה נפשך כמו שמתחרט עכשיו כן היה החרטה באמירתו יהיה הקדש כי אין כאן שינוי זמן ושפיר יכול להשאל משא"כ אם יעבור זמן יש לומר דלא היה מתחרט על הקדישו מעיקרא ולא שייך דיכול להשאל ולכך אינו נאמן ודברי הרמב"ם ברורים.

אבל מעתה יקשה האיך אמרינן בגמרא דלר' יהושע יש שאלה בהקדש הא דלמא אינו מתחרט מעיקרא ועושה קנוניא דקיל ליה אמנם יש לומר דכך פירושו דודאי זה המקדיש מסתמא וכמשמעות המשנה עודף מן גביות כתובה וא"כ יש לחוש אם ידירנה הנאה שיהיה קרוב להפסד להקדש מן שכר דאם אתה מכריחו להדיר לאשתו ולא יהיה רשות בידו להחזירה אף הוא ישאל על הקדישו להנצל מן הנדר ויפסיד ההקדש הכל ובפרט אם אין לו חרטה יהיה לו זה לפתח כי אלו ידע שיהיה צריך להדיר בשביל הקדש את אשתו לעולם לא היה מקדיש ובפתח אינו צריך לחרטה מתחילה כמבואר ביו"ד בשו"ע רק אנן אמרינן אם מכניס עצמו לכך להשאל מה לו להשאל על הקדישו ישאל על נדר אשתו אך אם הוא על דעת רבים דלית ליה התרה ליכא למימר זאת וישאל על הקדישו דבהקדש לא שייך על דעת רבים כמ"ש הש"ך סימן רנ"ה בחו"מ וא"כ אתי שפיר דבהך אוקימתא סלקא דעתא דבין ר' אליעזר ובין ר' יהושע ס"ל דיש שאלה בהקדש רק ר"י ס"ל כאמימר דעל דעת רבים לית ליה התרה וסתם נדר בבי"ד על דעת רבים כמ"ש הפוסקים ולכך סתם הרמב"ם ולא הזכיר על דעת רבים דסתם נדר בב"ד היינו ע"ד רבים וא"כ אי אפשר לו להשאל ויש לחוש שישאל על הקדישו לר' אליעזר ס"ל דלא כאמימר וא"כ אם בא למדה זו להשאל ישאיל על נדר אשתו ולכך פריך בגמ' ואמימר כתנאי ולא פריך איך יהיה אמימר דלא כר"י דהלכתא כוותיה כי לפי מ"ש נהפך הוא דר"י כוותיה דאמימר.

והנה קי"ל דבזמן הזה מותר לכתחילה לפדות הקדש אפילו בפרוטה כדי שלא יזלזלו כל אחד בהקדש רק הרמב"ם מצריך ד' זוזי לפרסום ומה שקשה א"כ מה כל החרדה בקנוניא הלא יכול לפדות בקל אכתוב אח"כ עכ"פ בזמן הזה לא מהדרינן שיהיה להקדש קיום אדרבה מהדרינן לפדותו שלא יכשלו בו וא"כ אף מצוה להשאל עליו להמלט מהכשל וא"כ אזדא כל החשש דאם נאמר לו להדיר ישאל על הקדישו ויהיה פסידא להקדש

מה בכך ישאל אנו מחוייבים להזהר שלא יהיה נעשה בו קנוניא ותחבולות רשע אבל אם מעצמו שואל תבוא עליו ברכה ולכך פסק הרמב"ם ידירנה הנאה ומה בכך שיכול לשאול ישאל וילך ולכן רבן שמעון בן גמליאל דהיה לאחר זמן מקדש אמר וכן ערב וכן אמרו בגמרא ערב תנינא הקדש תנינא ובהך מיושב מה דקשה להך אוקימתא דפליגי אי יש לו הפרה למה פליגי ר' אליעזר ור' יהושע בהקדש ולא בערב דלפי מ"ש ניחא דכל הטעם דהואיל דאי אפשר להתיר יבוא להשאל על ההקדש.

אמנם יש לתרץ פסק הרמב"ם בדרך פשוט דלכאורה יש להקשות האיך ישאל על הקדישו ומסתמא ההקדש יותר מכדי כתובה וזה יש לו בעל חוב בשטר מאוחר להקדש ובזה אינו רוצה לגרע כח הקדש וליתן להם ואם ישאל יגבו הם וזה אינו רוצה לעשות דכל מגמתו רק להגבות כתובה אבל ליתן יד שיגבו כל בע"ח ממה שהקדיש מקודם אין זה רצונו אך על זה יש לומר שיכול להשאל ולומר שמתחרט על קרקע כדי כתובה שהקדישו ולא על הנשאר אך קי"ל נדר שהותר מקצתו הותר כולו אך מפורש במתניתין דנדרים דף ס"ו כי בית דין ראשונים ס"ל לא הותר כולו עד שבא רבי עקיבא ולימד הותר כולו ולפי זה אתי שפיר דר' אליעזר ור' יהושע היו קודם ר' עקיבא שפיר יש לומר דישאל על הקדישו והיינו כדי גביית כתובה אבל בתר דחדית לן ר"ע דהותר כולו יש לומר דאינו רוצה להשאיל לבלי יבוא להפסיד להקדש בנשאר ולכך ס"ל לרבן שמעון בן גמליאל דהיה אחר ר"ע וכן רב פפא דידירנה הנאה ואתי שפיר דברי הרמב"ם.

ועוד דרך אחר לתרץ דברי הרמב"ם דידוע למה שכתבו התוס' במסכת גיטין דף ל"ה ע"ב בד"ה אבל נשאת רב הונא פליג על אמימר וס"ל דעל דעת רבים יש לו הפרה אך לעומת זה על כרחך ס"ל דצריך לפרוט הנדר דאל"כ קשיא קושיית הגמרא דשם עלה נודר ועובד יורד ומגרש דלמא אזיל לגבי חכם וכו' והנה התוס' במסכת ערכין דף כ"ג ע"א בד"ה מר סבר וכו' הקשו אהא דאמרינן שם דלכך אמר ר' יהושע דלא ידירנה משום דיש לו הפרה איך יתיר הא צריך לפרוט הנדר ותירצו דאין צריך לפרש כי אם לשון הנדר אבל אינו צריך לפרש למה נדר וכו' אבל עדיין יש להקשות דידיר על תנאי אם כוונתו לקנוניא אסורה בקונם וא"כ צריך לומר לשון הנדר ולא יתיר החכם.

ויש לומר בזה דכבר כתבו בבא ליד גזבר אי אפשר לשאול וא"כ הך המקדיש איירי ביד גזבר וא"כ איך ישאול רק יש לומר כשיבוא לידי אשה אז ישאל רק דאם נדר סתם אז כבר עבר הנדר רק אם הנדר היה על זה האופן אם כוונתו להפקיע הקדש א"כ בשואלו ועוקר הקדש למפרע הנדר ממילא בטל ומכ"ש דיזדקק החכם דליכא כאן הקדש וא"כ אתיא שפיר לס"ד דאמרינן בדאמימר קמפלגי דכו"ע ס"ל דיש שאלה בהקדש רק ר' יהושע

ס"ל דלא כאמימר וא"כ יתיר ועל כרחך צריך להיות לר"י דצריך לפרט הנדר דאל"כ קשיא האי דעולה ונודר ויורד ומגרש והשתא תקשי קושיית התוס' דידירנה הנאה ולא יתיר החכם כשמפרט ולא יספיק תירוץ התוס' דאין צריך לפרט רק לשון הנדר מ"מ הא יכולים להדירו על תנאי שאם כוונתו לקנוניא אסורה בקונם וצ"ל דיש לחוש לשאלה כשתגבה אשתו וכהנ"ל אבל ר' אליעזר ס"ל כאמימר דעל דעת רבים אין לו הפרה וא"כ בלא"ה נודר סתם וא"כ ליכא למיחש לשאלה דקודם גבייה כשהוא ביד גזבר אינו יכול להשאיל ואח"כ כבר הודר ופריך הגמרא לימא דאמימר תנאי הוא ומשני אלא ביש שאלה וכו' ודאי דלאמימר ליכא למימר יש שאלה כמ"ש רק אמרינן בדרב הונא קמפלגי אם בבריא עושה קנוניא או לא ולרב הונא דקשה לימא כתנאי הא לא קשיא רב הונא ס"ל דצריך לפרט וא"כ יש לומר דפליגי בשאלה כהנ"ל דאם יש שאלה בהקדש ישאל בהגיע ליד אשה דעל כרחך צריך להדיר על תנאי כהנ"ל ולכך הרמב"ם דפסק כאמימר ליכא למימר דפליגי בשאלה רק פליגי בדרב הונא וקי"ל בבריא עושה קנוניא כסוגיא בגמרא דשבועות ולכך פסק הרמב"ם ידירנה הנאה ואתי שפיר.

והנה בהבנת דברי תוס' הנ"ל במסכת בבא בתרא באמת הכרח הכריח למהרש"א לומר דקושיית התוס' הוא אפילו בתנו לימא דכוונתו לקיים ולא להחליטו בחזקת אינו פרוע דזה עשה דלא להשביע וכתבו התוס' תו וכי תימא באמת ונותנים דקאמר היינו בשבועה וקתני סתמא דמסתמא ישבע ועל זה הוכיחו מרב הונא דנאמן בלא שבועה והיינו דכל כוונת התוס' בזה מה דוחקיה דגמרא דר"ה איירי במקום דלמא בלי מקום רק נקט שטרא ותו לא שייך שלא להשביע כס"ד בגמרא ורב ושמואל איירי בלי שטר כלל ואי משום דס"ל דמלוה ע"פ אינו גובה מן היורשים דלמא מיירי שאומר שהיה לפלוני שטר ונאבד (ועיין מ"ש בחלקת מחוקק סימן מ' סיוע לרמב"ם וכן כתב הרמב"ן להרי"ף עיי"ש) ולכך כתבו התוס' אף באומר תנו נימא שלא להשביע ואיך קתני נותנים וצריך לומר תירוץ התוס' הואיל ושטרו בידו וזה לא שייך במודה וליכא כאן שטר אך זה אינו כדאי להוציא דברי התוס' מפשוטן ובקושיא הנ"ל יש לומר דא"כ מה קמ"ל רב ושמואל בלא אמר תנו דאדם עשוי שלא להשביע את בניו הא כבר פסקה רבי חייא פרק זה בורר דף כ"ט ומה חידש רב ושמואל בזה אלא דקמ"ל אפילו בשטר רק אינו מקוים אמרינן כן ובפירוש דברי התוס' מלבד מה שפרשנו לעיל יש בו פירושים שונים.

האחד הוא דיש לומר דודאי אם השני יודע האמת יש לומר שלא להשביע כי בטוח בפלוני שיכיר האמת אבל אם פלוני אינו יודע מהיכי תיתי יאמר כן ופלוני יתפסהו לאמת ולכך בחיי המלוה דיודע דפרוע הוא יש לומר דהודה שלא להשביע כי יודע

המלוה דפרוע הוא אבל במותו והשטר ביד יורשים והם אין להם שבועה רק שלא פקדנו אבא ושלא מצאנו בין שטרותיו פרוע בזה לא יאמר שלא להשביע כי הבנים יתפסהו לאמת ולא יחפשו כלל בשטרות למצוא שובר וכדומה כי יסמכו על דברי הלוה גופיה וא"כ לא קשה מרב הונא גופיה דיש לומר דמיירי דמלוה מת ולא אמרינן שלא להשביע כמ"ש ולכך הקשו מרב ושמואל דלמא איירי במקום רק לא אמר תנו ויש לומר שלא להשביע וצריכן שבועה. ואין לומר דא"כ איך שייך דאין נותנים הא בשבועה גובים וזהו יכולים לעשות דעדיין קשה מנא לן דלמא איירי במת לוה בחיי מלוה ואמרינן במסכת שבועות דף מ"ז ע"א דס"ל לרב ושמואל אפילו במת מלוה ביתומים מן היתומים דאין אדם מוריש שבועה לבניו רק אנן אמרינן בפוגם שטרו הבו דלא לוסיף עליה דרב ושמואל אבל לרב ושמואל נפרש אפי' בפוגם עיי"ש בגמ' ולכן אם אמר האב בחייו מנה לפלוני בידי עשוי שלא להשביע וא"כ כשמת היה המלוה חייב שבועה ובמותו נפסד ואין נותנים כלל או דהיה פוגם שטרו ומת דלרב ושמואל מפסיד ואין נותנין כלל אבל באומר תנו לא מפסיד ומה צורך לאינו מקוים ואתי שפיר הלשון אין נותנין וקמ"ל דמפסיד אפילו הממון לגמרי משום דאמרינן שלא להשביע ומכ"ש אם כל הפלפול בשבועה דאמרינן מה נפק"מ ישבע כמ"ש במגו לאפטורי משבועה ועל כרחך צ"ל דוחק להעמיד סתמא דלשונם במת מלוה ג"כ ולפי זה אף במילתא דרב הונא לא יתכן ושפיר הקשו מרב הונא.

או יש לומר דכבר עמדו בתוס' במסכת בבא בתרא דף קע"ה ע"א בד"ה ורב ושמואל וכו' דמה פריך בגמרא מרב ושמואל דאמרו מלוה על פה אינו גובה מיורשים הא קי"ל דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי רק התוס' כתבו במלוה לא אמרינן אבל צריך טעם למה הלא חז"ל עשהו כבריא שלא תטרוף דעתו וכי לא תטרוף דעתו ביותר במצוה לפרעון ולא ישגיחו בו ויהיה לוה רשע וכו' ויש לומר המלוה אפסיד אנפשיה דלוה בלי שטר וכבר אמרו אסור ללות ואין אנו אחראין לעשות תקנה לזה. ולפי זה לא קשה קושיית התוס' במקום נימא שלא להשביע דהא כאן יש טירוף דעת דהוי כאומר כתבו דהא המלוה דידיה קעביד ולקח שטר מקום ולא שייך אפסיד אנפשיה דמה לו לעשות ולכך הקשו מרב ושמואל נימא במקום ואין נותנין פירוש בלי שבועה וליכא למימר דהא ככתובים דמי דיש לומר כפשטיה דלישנא במקצת וא"כ לא אמרינן ככתובין דמי רק במחלק כל נכסיו וכתבו תו וכי תימא דא"כ לא שייך אין נותנים דזה יכולין לעשות ואין כאן עיכוב בשביל שבועה דסתמא דמילתא נשבע אך לפי זה קשה מדרב הונא וליכא למימר דהוי ככתובין משום טירוף דעת זה אינו דאם ישבע וזה יכול לעשות א"כ ליכא

תו טירוף דעת לשכ"מ דמה בכך דלא ישגיחו בדבריו ויצטרך לישבע הא זה יעשה ויגבה עכ"פ מעותיו ובשביל זה לא יטרוף דעתו ואתי שפיר לשון התוס' וזה יכול לעשות.

גם יש לומר דהא יש להקשות דהא דאמרינן בדרב הונא נימא שלא להשביע וכבר עמד מהרש"ל בזה מה שלא להשביע שייך בהקדש ויש לומר דבאמת עכשיו נשאל על הקדישו או פדהו ובא לבית דין ורוצה שבועה מן המלוה ועל זה אמרו דנאמן בדבריו הראשונים ולא מצי למטען מה שהודיתי היה לקנוניא דאין אדם עושה קנוניא וכו' ומתחילה ס"ד דשטר אינו מקוים ושפיר פריך נימא שלא להשביע כי סוף מעשיהו מוכיח דדעתו היה להוציאו מיד הקדש ומוקי ליה בשטר מקוים והנאמנות שלא יצטרך המלוה לישבע ולא קשה נימא שלא להשביע דהא הך שבועה שלא נפרע אינו שבועות המשנה רק בגמ' אמרינן דאם טען הלוה השבע לי צריך לישבע והוא רק הפסת דעת ואם הוא אומר מה צריך עוד להפסת דעת פיו הכשילו דהודה ליה ואינו צריך שבועה ולכך הקשו התוס' מרב ושמואל דאיהו שבועות המשנה שבועת יתומים וכתבו ואין לומר דלא יתכן לשון דאין נותנין עדיין קשה למה לא אמרו רב ושמואל מילתא במקוים דצריך שבועה ואי דזה פשיטא ליה דצריך שבועה ולכך הקשו התוס' מרב הונא ואי דשם איירי בלוה חי סוף כל סוף חזינן בלוה חי דמועיל אם כן איכא מקום לטעות אף גבי יתומים והוי ליה לרב ושמואל לפרש ולכך תירצו דבאמת בכל מקום נאמן.

אמנם בגוף דברי התוס' שכתבו דגבי הקדש נאמן בלי שבועה כדמוכח מהאי דשבועות ולא הוכיחו ממילתא דרב הונא גופיה יש לומר דהש"ך הקשה דלמא רב הונא איירי בפקדון וקמ"ל דנאמן ולא טענינן החזרתי במגו דנאנסו ואין זה קושיא דבאמת אף זו מהקושיא למה יהיה נאמן נימא שלא להשביע הודה רק י"ל דאולי בשטר כתוב נאמנות או שהוא תוך זמנו ולדעת הרבה מחברים לא אמרינן מגו במקום חזקה עיין ש"ך סימן ק"ח רק נאנסו גופיה טענינן אבל אם הוא אומר מנה לפלוני בידי הודה דלא נאנסה וליכא למימר שלא להשביע דהא אין המפקיד יודע אם אמת או שקר וכה"ג אינו אומר שלא להשביע כמ"ש לעיל ולכך הביאו תוס' ראיה משבועות דא"כ אין כאן ראיה מרב הונא כלל דאפילו בשבועה דהוא קנוניא זוטרתי אין אדם עושה על ההקדש די"ל דקנוניא זוטרתי דשבועה עושה כמ"ש התוס' במסכת ערכין דף כ"ג ע"א בד"ה אלא הא וכו' רק כאן בדרב הונא מודה לחייב ממון.

מיהו קשה לומר דהתוס' יסברו דטענינן ליתומים נאנסו מה דלא ס"ל לתוס' לעיל בבא בתרא דף ע' ע"ב אמנם נראה דבלא"ה קשיא לי טובא דמה כל החרדה זו של רב הונא לקנוניא הא בזמן רב הונא דהיה אחר מקדש היו יכולים לפדות כל הנכסים בפרוטה

אחת (ולדעת הרי"ף והרמב"ם בד' זוזים) ומותר לכתחילה לעשותו כמו שכתב הרמב"ם בהלכות ערכין וכן ברי"ף עיי"ש ואין לומר דאף על זה חס ליתן אפילו פרוטה אחת דהא עדיין באומר מנה לפלוני והוא רוצה לגבות חובו מהקדש יצטרך ליתן פרוטה אחת לפדיון כמבואר בגמרא ופוסקים וצ"ל דאמר מנה לפלוני בפקדון בידי וזהו פקדונו שהקדשתי ולא חל עליו הקדש כלל ולא שייך אין הקדש יוצא בלי פדיון וא"כ מרוויח הך פרוטה ודין פרוטה כמאה ולפי זה דעל כרחך מיירי בפקדון גם השטר הוא שטר פקדון א"כ לא קשה מידי דאף דיש בשטר נאמנות וכדומה שאינו יכול לומר נאנסו והחזרתי רק מי יאמר לנו שזהו פקדונו אולי הוציאו או פשע בו ואי משום דנתחייבו נכסיו לשלם לו הרי צריך לפדות מן ההקדש ולכך נאמן דאין עושה קנוניא ושלא להשביע לא שייך דמה נפק"מ אם זה הוא פקדונו או אחר סוף כל סוף מגיע לו מנה ואתי שפיר ולכן הביאו התוס' ראיה משבועות דא"כ אין כאן ראיה דאין עושה קנוניא אפילו בשבועה רק כאן הקנוניא היא לענין פדיון בפרוטה ואתי שפיר.

ועוד יש לומר דבלא"ה קשה קושיית מהרש"ל דמה שלא להשביע שייך בהקדש אלא דמיירי דהקדישו שיחול ההקדש שעה אחת סמוך למיתתו והרי האומר שדה זו אני מוכר לך כשאקחנה ממך יהיה הקדש דהוי הקדש דהואיל דעכשיו בידו הוא ומכ"ש האומר שיהיה הקדש סמוך למיתתו שחל ולא גרע משדה כשאקחנו וא"כ אוכל פירות בחייו ואינו רוצה להשביע שהוא אוכל פירות מנכסים מרובים ומעתה לא קשה הא מצי למשאל דעדיין לא חל נדר הקדישו עד סמוך למיתתו וקודם זה לא חל הנדר ואי אפשר למשאל וגם אפשר הא דאמרינן דבזמן הזה יכול לפדות כל הנכסים בפרוטה היינו המקדיש אבל לא אחר והגע עצמך המקדיש נכסיו יבוא אחר ויתן פרוטה ויטול של אחרים זהו ודאי אינו וא"כ יש לחוש שהוא עושה קנוניא ליתן לפלוני זה מתנה ואיך יפדה מחיים לא חל ההקדש ולאחר מיתה לא ירצו היורשים לפדותו ליתן לזה גם אפשר המתנה אינה חל כי איך תחול הא הגוף אינו שלו ובמותו פקעה המתנה ואז יפדו יורשים ובעל מתנה יצא נקי וזהו כפתור ופרח ומיושב בזה כל הקושיות בפדיון ובשאלה.

ואולי אף התם בערכין המקדיש נכסיו והיה עליו כתובת אשה וכו' דקשה ג"כ מה קנוניא יש כאן דהא מצי למשאל וגם אפשר בפדיון פרוטה בזמן הזה יש לומר ג"כ דהקדיש סמוך למיתתו יהא חל ההקדש והוא רוצה ליתן מנכסיו לקרובי אשתו במתנה ואינו יכול למשאל ולפדות בפרוטה וגם שלא ליתן בהחלט כי במותו פקעה המתנה ולכך עושה קנוניא ולא שייך דישנו בשאלה ולכך רב פפא דהיה לאחר החורבן אמר התם בערכין הקדש תנינא דבזמן הזה אין כאן מציאות רק באופן הנ"ל ובזו לא שייך שאלה וכן אמר

רבן שמעון בן גמליאל במתניתין אף הערב דמשמע אף בהקדש הדין כן והיינו בזמן הזה דהיה לאחר החורבן אך ברמב"ם אי אפשר לומר כן דהוא כתב אע"פ שאפשר להשאל וכו' אמנם הדברים ברורים במילתא דרב הונא.

ועדיין יש לדקדק בתוס' דהביאו מכאן ראיה דלענין שבועה ודאי דמתנה והקדש בכלל משועבדים דודאי זה לא קשה למה להו להביא מכאן ולא מגמרא דשבועות דקתני נשבעין להקדש דשם יש לומר דגזבר לקח מטלטלין לצורך בדק הבית ובא בעל חוב ששעבודו מוקדם להוציא וצריך שבועה כי לא גרע לוקח גזבר מלוקח דעלמא אבל מכאן מרב הונא ראיה אבל עדיין קשה דלמא אם המקדיש חי אינו צריך שבועה דהא לגבי מקדיש לא היה צריך שבועה רק דנימא הקדש הוי נכסים משועבדים בזו

ידירנה הנאה. עיין בתוס' במסכת ערכין דף כ"ג ע"א בד"ה לכי יגרשנה וכו' דכתבו דהוא מחויב להדיר ולא האשה ולא ידעתי אם באמת אין כוונתו לקנוניא והוא כבר גירש את אשתו והיא באה לגבות כתובתה מה איכפת ליה הוא לא ירצה להדיר הנאה ותשב עד שתלבין ראשה מבלי לגבות כתובה ואי מחייבין לכוף אותו להדיר הוי כנדרי אונסין ונראה דבאמת אי מגרש בעדים וסופר שלא בביי"ד מה דהוה הוה ואין הביי"ד מעכבין הכתובה על האשה בשביל הדרת הנאתו רק אי מגרש בביי"ד מעכבין הגירושין עד שידיר וכן הוא שם בגמרא גבי איתתא דרב הונא אטו כל המגרש בבי דינא מגרש ופירש רש"י שיאמרו לו דור הנאה ילך בצנעה ויגרשנה הרי הדבר כמ"ש דאי מגרש בביי"ד מעכבין הגירושין ואי מגרש שלא בביי"ד מה דהוה הוה ומשמע מהך עובדא דאין ביי"ד גוזרין עליו כלל שידור הנאה רק מעכבין הגט אם בא לביי"ד לגרש אבל אם גירש מעצמו אין ביי"ד נזקקין אח"כ דאל"כ ח"ו דיהיה רב הונא עבריין אדברי חכמים מבלי לידור הנאה מאשתו אך במרדכי סוף מסכת בבא בתרא הביא בשם מהר"ם במי שנתן נכסיו במתנה לאחר להפקיע ידי מלוה ע"פ שכופין הלוה להדיר הנאה אף דהיה אחר מעשה ואפשר דדעת מהר"ם דהתם גבי רב הונא אלו היה האב בא לביי"ד לכוף לבנו לנדור היו הביי"ד עושין כן רק דודאי אחר הגט יחוס האב על כבוד הבן מבלי לתבוע בנו לביי"ד לכופו להדיר הנאה וצ"ע והפוסקים סתמו הדברים והיה להן לבאר כל זאת.

ונראה דהא דלא אמרינן דהאשה דבאה לגבות כתובה לא יהבינן לה עד שתאסור בקונם לביאת בעלה המגרש כקושיית התוס' ואי הוי אמרינן כך אין צ"ל אטו כל מגרש בביי"ד מגרש דאז אף אם כבר גירש והיא באה לגבות כתובה מהקדש צריכה לידור דיש לומר דהא על כן צריכה לידור על דעת רבים או דסמכינן דצריכה לפרט הנדר דאל"כ יש לחוש להתרת חכם וא"כ הוא אי אפשר להדירה דהיא לא תאמר שהיה הנדר ע"ד רבים

ובדיעבד מופר הוא ואי דצריכה לפרט הלא אינה צריכה לפרט רק לחד מן המתירין ויהיה הבעל המגרש אחד מהן ולו לבד תפרוט כי הבעל מיפר נדרי אשתו ומכ"ש גרושה שיכול להיות אחד מן המתירין מיהו בלא"ה יש לומר אולי קודם שתגבה כתובה ישאנה בצנעה ויפר לה דברים שבינו לבינה.

ידירנה הנאה. ולא כתב רבינו דיהיה על דעת רבים באופן שלא יהיה יכול לילך לחכם להתיר נדרו אפשר דס"ל דחששה דעושה קנוניא על ההקדש הוא בלא"ה חששה רחוקה כמ"ש התוס' יו"ט בשם הרמב"ם בפירוש משניות אשר היה בידו מנוסחאות ארץ ישראל אך אין כל זה מספיק בהדרת הנאה אצל ערב דשם אין כאן מחלוקת והלכה כרבן שמעון בן גמליאל וכו"ע מודים דיש לחוש לקנוניא ולמה לא יהיה החשש דילך לחכם להתיר. והיה אפשר לומר דס"ל לרמב"ם דאין מדירה הנאה בהחלט רק בדרך תנאי אם כוונתו לקנוניא תהיה אסורה עליו בהנאה וא"כ לפי זה למ"ד דצריך לפרוט הנדר ליכא למיחש להתרת חכם דהא החכם כשישמע הנדר אף דאין צריך לפרוט סיבת הנדר רק דברי הנדר כהווייתן מ"מ הרי ישמע עצם הנדר דהיה על תנאי קנוניא וימנע מלהתיר (וזהו דלא כהתוס' דתירצו בערכין כמ"ש דאינו צריך לפרוט סיבת הנדר לכך יש לחוש שיתיר החכם ועל כרחך צ"ל דס"ל לתוס' דמדירה הנאה בהחלט ולא בדרך אם כן ותנאי וצ"ל הטעם דיותר מתיירא ידי הבריות מידי שמים ויש לחוש דיעבור פי נדרו בשאט נפש כיון דחוששין דעושה קנוניא על מעות הקדש ועל מעות חבירו וידי הבריות יצא באמרו דלא היה קנוניא בדבר ולכך צריך להדיר בלי תנאי כלל) והא דאמרינן בגמרא דפליגי אי על דעת רבים יש לו הפרה והוא אליבא דרב הונא אף דרב הונא סבר דצריך לפרוט הנדר והוא במסכת גיטין דף ל"ה ע"ב וא"כ אמאי אינו מועיל לר' יהושע ותקשי עדיין לימא רב הונא כתנאי כבר כתבו התוס' שם בגיטין בשמעתין בד"ה קסבר צריך לפרט וכו' דמצי לאקשויי כן רק דבלא"ה למסקנא לא קאי הכי עיי"ש.

והא דפסק הרמב"ם בהלכות ביאת מקדש בנושא נשים בעבירה דידירנה הנאה על דעת רבים הא קי"ל דצריך לפרט ולא יתיר החכם כמ"ש התוס' כבר כתבו האחרונים דמדיר הנאה מנשים גרושות וא"כ ילך לחכם ויעלים הימנו היותו כהן עיין במג"א באו"ח סימן קכ"ח ובבית שמואל סי' צ"ו ס"ק ל"ו.

ועוד אפשר לומר כיון דהדין באלמנה דנודרת ובמקדיש נכסיו ובערב להדיר הנאה א"כ כשבא לשאול לחכם אף דמיגז גייז ליה מ"מ כיון דהחכם יודע דכן הדין מעלה על דעתו אולי הנדר היה בשביל כך וחוקר לדעת סיבת הנדר וכשנתוודע לו נמנע להתיר אבל בנושא נשים בעבירה ונודר הנאה מגרושות דזה אינו עולה על דעת החכם לחשוד לכהן

היותו רשע ונושא נשים בעבירה ואין חוששין לדבר זה כלל ולא יסיק אדעתיה לחקור על כך ולכך פסק הרמב"ם שם דצריך להדיר על דעת רבים.

אמנם בגוף הדין כאן בהקדש ובערב דחוששין לקנוניא ואמרינן אף דמדיר הנאה יש לחוש שיתיר לו חכם קשה איך אפשר כאן להתיר דאין מתירין בלי חרטה והא אין כאן חרטה דהא כל מעשיו היה לקנוניא וא"כ איך יתחרט הא תחילת מעשיו היה על דבר זה ואם באמת מתחילה היה דעתו לידור הנאה ממנה ואח"כ מתחרט אין כאן קנוניא ושינוי רצון יש כאן ותמן תנינן נודרין להורגין ולמוכסין וכו' ואמרינן צריך שיבטל בלבו ולא אמרינן דילך לחכם ויתיר אלא כיון דאינו מתחרט דהא הוצרך לעשות כן ואין כאן חרטה על עצם הנדר ואף דבלבו היה שלא לשם נדר בתחילת נדרו מ"מ בפיו ביטל ודברים שבלב אינם דברים ואף כאן הדבר כן כיון דתכלית נדרו היה לקנוניא מה חרטה יש כאן ואי באמת אח"כ מתחרט אין כאן קנוניא. ובאמת לפי מ"ש לעיל בדעת התוס' דיש לחוש דאין לו מורא שמים רק מורא בשר ודם גם בזה יש לומר דילך לחכם ויאמר דמקדם היה דעתו לידור הנאה ממנה בהחלט בלי ערמה רק עתה מתחרט וימצא היתר ויצא ידי הבריות ולצאת ידי שמים אינו משגיח ולכך בעי על דעת רבים ואז אינו יוצא ידי הבריות דאין לו התרה ויהיה מוחזק לעובר נדרו לעין כל.

אך בהא דאלמנה דנודרת ליתומים דאמרינן ג"כ דתלך לחכם ויתיר לה וגם התוס' כתבו דאף דיקיים לה הבעל ישאל הבעל על הקמתו קשה הא בכל אלה בעינן חרטה ומה חרטה יש כאן כיון דמתחילה נדרה אדעתא דשאלה ואי מתחילה נדרה בלב שלם רק אח"כ היא מתחרטת הרי כאן נדר גמור ומה לנו עוד לחוש וכאן ליכא למימר דתחוש לצאת ידי הבריות לבד דהא כאן העיקר לצאת ידי שמים אשר לו נתכנו עלילות אם גנבה אבל ידי הבריות בלא"ה היא יוצאת באמרה שלא גנבה משל בעלה כלל. אך אחר כתבי מצאתי בב"י ביו"ד סימן רכ"ח שהביא בשם הרשב"א וביחוד בשם תשב"ץ על מי שהוצרך לישבע לאשתו שהבריחה נכסיו שיגרש אשתו שניה ועכשיו מבקש התרה ואין לו חרטה מעיקרו כי באותו שעה היה חפץ בנדרו רק עכשיו מתחרט והשיב דבכה"ג לא בעינן חרטה מעיקרו כלל ונראה דהרשב"א למדו מהנ"ל ולדבריהם צ"ל הך דנודרין להורגין ומוכסין דבאמת יש לו התרה רק כל מה דמצינו למנוע התרה עבדינן על כן צריך שיבטל בלבו או אפשר דהתם בהורגין ומוכסין מיירי היכי דהדירו על דעת רבים דלית ליה התרה על כן אמרינן שיבטל בלבו.

מיהו מתוס' במסכת גיטין דף ל"ה ע"ב בד"ה אבל נשאת וכו' דהקשו דמה פריך לרב הונא וליחוש דלמא אזלא לגבי חכם ותשרי ליה דתשבע על הככר ותאכל לאלתר משמע

דלא ס"ל כהרשב"א דאל"כ תקשי מה בכך דתאכל הככר מ"מ כשתלך לחכם ויתיר לה הרי הנדר נעקר מעיקרו כמ"ש הרשב"א להדיא דבעל מיגז גייז וחכם עוקר וכמילתא דאמימר במסכת' שבועות דף כ"ח ע"א דאפילו אכלה כולה נשאל עליה ודוחק לומר דקושיית התוס' הוא דלמא רב הונא כרבא ס"ל דאמר שם דהנשבע על הככר ואכלה כולה אינו יכול להשאל עליה ולאמימר בלא"ה לא קשה דהא ס"ל דעל דעת רבים אין לו התרה או דקושיית התוס' הוא דתדיר בנזירת שמשון דקי"ל דלית ליה התרה ואי דאפשר למיקם בהו לבלי שתיית יין ואנן בעינן דבר שאי אפשר למיקם בהו כמ"ש רש"י והרא"ש מ"מ תשתה לאלתר בפנינו דכל זה דוחק דבכגון זה הוי להו להתוס' לפרש ולכן יש לומר דודאי ס"ל דבעי חרטה דלא כהרשב"א רק באלמנה יש לומר דמתחילה כשנדרה ממיני פירות חשבה בנפשה למיקם בהו אף דבאמת אנן ידעינן דאי אפשר למיקם בהו היא חשבה דתיקם בהו ואח"כ כשתרגיש שאי אפשר לה לסבול הנדר תתחרט על הנדר ותלך לחכם ויתיר לה ולא תחזיר המעות ולא תיקם בנדרה וזהו בנדרה במין מן המינים לעולם אבל הנודרת על הככר ואכלה תיכף במעמד הבי"ד מה חרטה יש כאן שנאמר שתאכל באיסור אדעתא דיתיר לה החכם מה חרטה יש ברגע זו קושיית התוס' שפיר.

הלכה יא

הבעל שמכר וכו' ונפסד המכר וכו'. עיין בכ"מ שכתב שנפסד המכר לאו דוקא ויש קצת לדקדק דא"כ כתובה מאוחרת יהיה פסול דאם נעשה בניסן ומכר סוף ניסן ולא כתבה לו ומכר אח"כ להשני באייר וכתבה לו דמן הדין כתיבה שלה מועיל מדלא כתבה כן לראשון אבל עכשיו דנתאחר הזמן שבכתובה מניסן לאייר א"כ תטעון להשני נחת רוח עשיתי לבעלי והא דלא כתבתי לראשון הוא דקדמה מכירתו לכתובתי ואי אפשר לי לכתוב ואם כן יש כאן פסידא דלקוחות וצ"ע.

הלכה יג

אלמנה בין מן הנשואין ובין מן האירוסין וכו' אבל הגרושה לא תמכור אלא בבית דין מומחין. עיין במ"מ ובכ"מ במ"ש שכאן פסק דלא חיישינן לחינא ואלו בפרק י"ב מהלכות מלוה ולוה לענין נזקקין לנכסי יתומים קטנים בכתובות אשה פסק דהדין כן אפילו בגרושה ועל כרחך הטעם משום חינא עיי"ש ונראה דכל זה לגירסת הרי"ף והרא"ש דגרסו כאן במסכת כתובות דף צ"ז ע"ב רב יהודה אומר לפי שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בבי"ד אבל לגירסא דידן ר' יוחנן אמר לפי שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בבי"ד וכו' ואלו ר' יוחנן גופיה לפי מה שמפרש אמימר קאמר בפרק שום היתומים דף כ"ב ע"א גבי יתומים קטנים הטעם משום חינא ועל כרחך צ"ל דלא תליא זה בזה ואף דאמרינן

התם משום חינא כאן הטעם משום שאין אדם רוצה שתתבזה וכו' ופשוט הוא והנה הטור באה"ע סימן ק"ג בנשאת לא תמכור אלא בבי"ד וכתב הב"י משום דלא שייך ביה חינא ובאמת לכאורה קשה לדבריו דהא הטור פסק גרושה לא תמכור אלא בבי"ד ש"מ דאין הטעם משום חינא ועל כרחך צ"ל כמ"ש הבית שמואל בסימן הנ"ל ס"ק א' דאף למ"ד אין אדם רוצה שתתבזה אשתו בבי"ד בנשאת לאחר אינו מקפיד ואפשר לומר דלא ס"ל לב"י הך סברא וכמ"ש הר"ן רק דהך סברא בנשאת תליא אי הטעם משום חינא וגם ס"ל לב"י דלהטור מספקא ליה כמאן הלכתא אי כמ"ד משום חינא ואי כמאן דאמר שלא תתבזה ולכך בגרושה וגם בנשאת אין לה למכור שלא בבית דין.

ואחריות המכר על היתומים. עיין בחלקת מחוקק ובבית שמואל סימן ק"ג על מה שכתב רמ"א סעיף ב' בשם תשובת הרא"ש דאם עשו יתומים מרמה והניחו לבי"ד למכור מנכסים לגבות כתובה והיא בשתיקה מחלה להן כתובתה וכתב הרא"ש דמרמה עשו וכו' ואין יכולים לטרוף מלוקח דוקא אם ידעו היתומים מן המחילה והערימו להניח למכור אבל אם לא ידעו יתומים מהמחילה ואח"כ כשמכרו נתוודע הדבר הדר זביני עכ"ל ולא הבנתי כוונתם דאי כוונתם לומר דלוקח יחזור השדה והן יתנו המעות אף בידעו יתומים מן המחילה כן הוא דלא יהיה גביה גמורה הא שומא הדרא ליורש ובאותו מעשה היה הכל במעמד אחד ולא היה בנתיים יוקרא וזולא ואי שיחזור השדה בלי מעות כי הניח מעותיו על קרן צבי אף בשלא ידעו היתומים מן המחילה מ"מ לא הפסיד הלוקח מעותיו דמה לו לעשות הוא לקח ברשות ובהכרזה ובי"ד שהיו שלוחים של יתומים מכרו השדה ומה לו ללוקח לעשות הלוקח לא ידע מן המחילה ואם כן אתה אומר אתה נועל דלת בפני לוקחין כי למחר יתברר המחילה ושובר ויצא הלוקח במעותיו נקי ח"ו לומר כן והרא"ש שכתב מרמה עשו כפי המעשה שהיה כתב כן אבל בלי ספק אף שלא היה מרמה אין ללוקח שלקח ברשות בי"ד לפסוד וזה נלפע"ד ברור ואולי דברו במקום שנתייקר בין כך השדה ולא הדרא שומא אך בלא ידעו מן המחילה הוי שומא בטעות ודי ללוקח שיטול מעותיו שנתן עבורו ושבח יוקרא אין לו אך אין זה בענין תשובת הרא"ש כלל.

הלכה יד

אלמנה שמכרה קרקע בכתובתה אם מכרה שוה בשוה מכרה קיים. עיין בלח"מ שהקשה דא"כ בבבא מציעא דף ל"ב ע"א דרב ספרא דפליג בינו לבין עצמו והביא ראיה מהך דאלמנה שמכרה שלא בבי"ד ודחינן דמ"מ בעינן ג' הדיוטות ואי בדעבד בינה לבינה מועיל הא הך מילתא דרב ספרא הוה בדעבד ועיין תירוצו שתירץ דרבינו סובר

דלכתחילה דהתם הוי כדעבד דהכא דהתם איכא טעמא רבה לומר דאפילו לכתחילה לא הוי צריך משום חינא וכדכתבו התוס' ונכון הוא. ועוד יש לומר תוספות טעם לדבריו והוא דודאי קשה קושיית התוס' שם איך מדמה עיסקא להך דאלמנה דתקנו חכמים או משום דאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בבי"ד או משום חינא (ואפשר לומר דכמו דאמרינן אין אדם רוצה שתתבזה אשתו בבי"ד ואמדינן דעתו של בעל שמרוצה לכך מתחילה שתמכור בלי בי"ד כך יש לאמוד דעת שותפין ומניחי עיסקא שמתחילה דעתם בעת שותפות שיוכל השותף לחלוק בשומא בלי בי"ד ולא יצטרך לילך בדינא ודיינא ומזו אפשר היה לו להרי"ף והרמב"ם הוכחה דהלכה כמאן דאמר הטעם משום שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בבי"ד ולא כמ"ד משום חינא דלמ"ד משום חינא לא דמיא לשותפים כלל) ולכך צריך לומר דודאי למאן דאמר משום חינא או אין אדם רוצה וכו' בג' הדיוטות לא שייך הך טעמא דאין כאן ביזוי וגם לא בטלה החן דאין כאן טורח כלל ולפי זה להס"ד דס"ל דמוכרת שלא בבי"ד אפילו שלא בג' הדיוטות על כרחך ס"ל דאין הטעם משום חן או אין אדם רוצה וכו' ולטעמים הללו לבעי לכתחילה ג' הדיוטות ועל כן ס"ל הטעם הואיל ויש לאלמנה תפיסת יד בנכסים ולכך תוכל למכור שלא בבי"ד וא"כ הוא הדין בעסקא יש לו תפיסת יד בהו וזהו היה הס"ד של רב ספרא ולכך דחיא ליה הגמ' דבאמת בעי לכתחילה ג' הדיוטות וא"כ הדרן למילתא דטעמו של אלמנה כהנ"ל משום חינא או אין אדם רוצה וכו' וא"כ אין הנדון דומה כלל לשל עיסקא בשום צד ואף דבאלמנה בדעבד בינה לבין עצמה מכרה קיים אין כאן ראיה לעיסקא וברור ונכון הוא.

ואפשר לומר ראיה לדברי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש דלא פסקו הטעם משום חינא דבמסכת בבא מציעא דף י"ט ע"ב אמרינן מצא שובר בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל ופרכינן וליחוש דלמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ואזלה זבנתה לכתובתה בטובת הנאה וכו' ומשני ש"מ איתא לשמואל דס"ל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול עיי"ש בתוס' וברא"ש שהאריכו בזה וכתבו דמיירי ג"כ בגרושה וקשה ליחוש דלמא מכרה לגבות כתובתה מנכסי בעלה שלא בב"ד ועכשיו כשיגיע שובר ליד הבעל יבטל המקח ויבוא הלוקח לכלל הפסד וליכא למימר דאי היתה נפרעת שלא בפניו היתה צריכה שבועה ואיך תערים לתת שובר לבעלה לשוויא נפשה עוברת על שבועה דמי לא עסקינן דיש לה נאמנות בכתובה לפוטרה משבועה נגדו ונגד באי ברשותו ונפרעת שלא בשבועה ועל כרחך צ"ל דחוששין לנאמנות דאל"כ מה פריך בגמרא דלמא זבנא לכתובתה בטובת הנאה וכו' דהא אם הבעל אומר דפרע והאשה מודה אין הלוקח גובה אפילו ליתא לדשמואל כגון דחייב מדר' נתן דאין יכול למחול כמבואר בחו"מ סימן מ"ז

עיי"ש דאף במקום שחב לאחרים דאינו יכול למחול אם אין נאמנות בשטר נאמן המלוה לומר פרוע הוא עיי"ש ועל כרחך צ"ל דקושיית הגמרא הוא ליחוש דלמא יש נאמנות בכתובה וא"כ קשה כנ"ל דלמא מכרה לצורך כתובה מנכסי בעלה ועל כן צ"ל דגרושה לא תמכור אלא בבי"ד וכיון דמכרה בבי"ד אף דמוציא הבעל השובר אין הלוקח מפסיד כלום כיון דברשות בי"ד לקח כמ"ש לעיל בדברי תשובת הרא"ש ובפרט דמעשה בי"ד קלא אית ליה ואי היה לבעל שובר הוי ליה למפיק בבי"ד ולמחות המכירה ואתי שפיר.

הלכה טו

היתה כתובתה מאתים ומכרה שוה מאתים במנה נתקבלה כתובתה. הטור בסימן ק"ג באה"ע פסק כדעת רבינו חננאל דבפלגא יש ביטול מקח ולכך מוקי לה בהוזל ואינו שוה אלא מנה וכתב והיא רוצה לקיים המקח נתקבלה כתובתה ולא אמרינן כיון שהיה המקח בטעות לא תצא הקרקע מחזקת יתומים וברשותם הוזל אלא כיון דמתחילה היה שוה מאתים כאלו כוונה לקנות הקרקע ונתקבלה כתובתה ואינה חוזרת ליתומים. ותמה הרב ב"י דמה איריא דרצתה לקיים המקח אפילו לא רצתה נמי דהא מתחילה היה שוה מאתים ואמרינן דהוי כאלו כוונה לקנות הקרקע. והב"ח תירץ דאם אינה רוצה א"כ הדברים בטלים מעיקרא ולא היה כאן מקח כלל מעולם ואיך נאמר דהיא כוונה לקנות אבל כיון דהיא רוצה במקח שפיר אמרינן דהוי כאלו כוונה לקנות הקרקע וכו' עכ"ל. וצ"ל דאף דהיא רוצה במקח מ"מ אצטרך להך סברא דאמרינן דהוי כאלו כוונה לקנות וכו' דאם לא כן המקח בתחילה כמאן דליתא דמי דהיה ביד שניהם לחזור ולא יצאה הקרקע מחזקת יתומים ועכשיו דנתרצית למקח הרי הוא כמכרה עכשיו ועכשיו הוא בשויה מנה ולא יהיה נחשב לה רק למנה בעלמא ולזה אמרינן דהוי כאלו כוונה לכתחילה לקנות והרי הוא לה במאתים.

ויש להב"ח ראיה מהתוס' ומהטור דכתבו על הא דשוה מאתים במנה כשהוזל המקח ואינו שוה אלא מנה וקשה דלמא מיירי כשהיא רוצה לקיים המקח עם הלוקח וליכא כאן ביטול מקח כיון שהיא רוצה בקיומו של מקח ועל כרחך צ"ל דא"כ מה קמ"ל דנתקבלה כתובתה פשיטא דהא בידה לחזור מהמקח ויגיע הקרקע ליתומים בשויה והיא דאינה רוצה לבטל המקח ומפסדת ליתומים ועל כן קמ"ל דמתחילה בשעת המקח טעתה והו"א כיון דרשות לה למכור בנכסי יתומים מה הוי לה למעבד אם טעתה כיון דברשות קעבדה אבל אם עודנה עומדת בטעותה ואינה חוזרת פשיטא דההפסד לעצמה ולא של יתומים כלל ועל כן צ"ל דהוזלו הנכסים וא"כ אף אם תחזור במקח אין ליתומים ריוח ולא הפסד במניעת החזרה. אך עדיין קשה מ"מ מנא לן דהוזלו דלמא באמת לגבי לוקח יש בידה

לחזור רק דמתניתין קמ"ל דלגבי יתומים נתקבלה כתובתה דהא אמרינן מתחילה כוונה לקנות הקרקע מיתומים והרי היא יוצאת מרשות יתומים וכמ"ש התוס' והטור ואין לה פתחון פה על יתומים ואם היא לא תרצה לקיים המקח לגבי לוקח הדין בינה ובין הלוקח ומזה לא מיירי מתני' ויקוב הדין ביניהם. ועל כרחך צ"ל דכשהיא חוזרת ומבטל המקח לא אמרינן דהקרקע בחזקת שלה כיון דמתחילה ולמפרע המקח בטל וכאלו לא נעשה דבר חשבינן ליה ואי לא חוזרת ורוצה בקיומו של מקח קשה כהנ"ל דמה קמ"ל פשיטא דנתקבלה כתובתה כיון דמפסדת ליתומים עוד היום ועל כן צ"ל דהוזלו ולכך אף דרוצה בקיומו של מקח אינה מפסדת ליתומים וטובא קמ"ל דלא תימא כקושיית התוס' כיון דבידה לחזור מתחילה א"כ המקח נעשה שלא כדין וברשות יתומים הוזלו וגם דלא תימא כמ"ש לעיל כיון דברשות מכרה מה הוי לה למעבד אם טעתה ועכשיו אם תחזור אין תועלת ליתומים וא"כ יהיה ההפסד על יתומים קמ"ל דלא ודברי הב"ח מוכרחים.

איברא דבירושלמי שלפנינו לא הוזכר בשוה מאתים במנה שהוזלו הנכסים דעל שוה מאתים במנה אמר ניחא רק על שוה מנה במאתים פריך הא הלוקח יחזיר וא"כ איך יגיע ריוח ליתומים ועל זה משני כשהוקרו הנכסים אבל על שוה מאתים במנה אמר ניחא והיינו כנ"ל דאין צ"ל דהוזלו כלל והתוס' העתיקו בשם הירושלמי שהוזלו אולי גרסא אחרת היה לתוס' בירושלמי או דקחשיב במה שכתבנו לעיל לסברא נצבת וקיימת עד שהדבר מוכרח בעצמו ואם לא נכתב ראוי שיכתב בשוה מאתים במנה דמיירי דהוזלו וצריך עיון.

והנה הרב בית שמואל בסימן ק"ג ס"ק י"א כתב ונשמע מזה אפילו אם מכרה בלא בי"ד מ"מ בדאוזיל קיימיה ברשותה אף לדעת הפוסקים דס"ל אם מכרה בלא בי"ד המכר בטל היינו היורשים יכולים לבטל אבל בדאוזיל קיימיה ברשותה וכו' עכ"ל ולא הבנתי מאין למדו הב"ש כי המשנה איירי כשמכרה שלא בבי"ד מומחים אבל מכרה בבי"ד של הדיוטות דרשות בידה למכור ולכך כשמכרה שוה מאתים במנה אע"ג דאוזיל מ"מ בשעת מכירה ג"כ נחלטו הנכסים לכתובתה ואין לה עוד על יתומים אבל במכרה שלא בבי"ד הדיוטות דדעת הפוסקים הללו דאין מעשיה כלום א"כ הלא לא נעשה דבר ומעולם לא יצאו נכסים מרשות יתומים בשום אופן ובמה יהיו הנכסים מוחלטים לאשה עד שיהיה אחריות הזול על האשה לא מצאתי שום רמז ראיה לזה ואם כוונת הב"ש לזה כיון דכתבו התוס' בלשונם והרי היא כמי שנתכוונה לקנות הקרקע באותו שעה והיה קשה לו יהיה דנתכוונה לקנות הקרקע לעצמה מ"מ הא אין מכירתה כלום דאלמנה ששמה לעצמה בבי"ד של הדיוטות (לדעת אלו הפוסקים דס"ל דמכרה בינה לבין עצמה

אפילו לאחרים מכרה בטל) אין מכירתה כלום ועל כרחך צ"ל בהוזלו אמרינן דמכירתה מכירה ומיניה במכרה לאחרים בינה לבין עצמה ג"כ בהוזלו אמרינן דמכרה קיים לטובת היתומים דמאי שנא האי מכר בטל מהאי מכר בטל הדבר צ"ע דודאי יש לדחות דאף דאלמנה ששמה לעצמה היינו כשאנו רואים דמחזקת השדה לעצמה ויש כאן חשדא וגם מי מחזיק בידה אבל זה שמכרה לאחרים רק אנו אומרים דהוי כאלו קנתה השדה לעצמה בזה לא שייך מאן שם לך ובזו ג"כ אפשר לומר בדעת הטור דלכך בעי שלא תחזור האשה במכירה דאי חזרה א"כ בטלה הדבר עם לוקח ונשאר השדה לאשה ולגבי אשה אמרינן מאן שם לך והדבר בטל ואף דאמרינן דנתכוונה מתחילה לקנות מה בכך אף דקנתה לגמרי אמרינן מאן שם לך ומי מחזיק בידה והרי הנכסים בחזקת יתמי אבל כשהיא אינה חוזרת א"כ הנכסים בחזקת לוקח בזו שפיר אמרינן דהוי כאלו מתחילה קנתה השדה לעצמה במאתים ולא קאמרינן מאן שם לך ומי מחזיק בידה דהנכסים הם מוחזקים ועומדים ביד לוקח ולא אמרינן הך דכוונתה לקנות השדה לעצמה אלא לגרע כחה נגד יתומים.

היתה כתובתה מאה ומכרה שוה מאה ודינר במאה מכרה בטל. הלח"מ תמה למה לא פסק כרבן שמעון בן גמליאל דאמר לעולם מכרה קיים עד שתשייר בשדה ט' קבין וכו' דהלכה כרשב"ג במשנותינו עיי"ש וכבר כתב הרי"ף בפרק הפרה ובסוף בבא בתרא דליתא להך כללא ולא פסקינן הלכתא כרשב"ג אלא היכא דמסתבר טעמיה ולק"מ.

הלכה טז

היתה כתובתה ארבע מאות זוז ומכרה לזה במנה שוה בשוה ולאחרון שוה מאה ודינר במאה של אחרון בטל ושל כולם קיים. הרב בית שמואל סימן ק"ג ס"ק י"ג כתב להרמב"ם דס"ל בפרק א' מהלכות שלוחין דהאומר לשלוחו מכור כור ומכר לתך בטל המקח על כרחך מיירי כאן בקטיני והרמב"ם קיצר פה באלמנה וסמך עצמו אמה שכתב בהלכות שלוחין והדבר דחוק ולולי פירש הב"י דהרמב"ם ס"ל דאלמנה שאני הייתי אומר דס"ל לרמב"ם דהא דאמרינן במסכת כתובות דף צ"ט ע"ב פשיטא אמר לאחד ולא לשנים וכו' הוא על דרך מה הוה עלה כמ"ש התוס' שם בד"ה אמר לאחד וכו' בסופו בשם רבינו חננאל דהיינו להס"ד אמרינן אפילו אמר מכור לי כור ומכר לשנים לזה לתך ולזה לתך הוה המקח בטל אבל כי אמרינן פשיטא וכו' אסקינן דדוקא אי אמר לו מכור לי כור והוא לא מכר רק לתך בזה מקחו בטל דאין דעת המשלח נוחה למכור על ידי שליח לתך והוא יחזור אח"כ אלוקח למכור לו לתך אחר ודעתו היתה למכור בית כור ביחד אבל אי מכר השליח הבית כור רק מכרן לשנים לזה לתך ולזה לתך בזה אמרינן דאי אמר לאחד

ולא לשנים קפידא הוה אבל סתמא נחלקו בו אמוראי וקושיית הגמרא שם מהמשנה הוי אי להס"ד דאמרינן אפילו מכרן לשנים לזה לתך ולזה לתך וכן למסקנא למאן דאמר שם אפילו סתמא דוקא לאחד אבל לפי מה דפסקינן כמ"ד דוקא בלא מכר רק לתך והשאיר לתך למוכר הוא דהוה קפידא או דאמר בפירוש לאחד ולא לשנים אבל באמרו סתמא ומכר לזה לתך ולזה לתך עד שלא נשאר למוכר כלום אין כאן ביטול מקח לא קשה מקושיית הגמרא ממשנה ודברי הרמב"ם נכונים ולק"מ כי הן דבריו בהלכות שלוחין.

אמנם דעת הב"י וכן בש"ע חו"מ סימן קפ"ב משמע דכל דמכר לזה לתך ולזה לתך אפי' בסתמא בשני שטרות הוה ביטול מקח ומעתה קשה ממתניתין דכאן ואפשר לומר דלשיטה זו ס"ל לרמב"ם כדעת ר"ת שהביאו התוס' הנ"ל כמו שמשמע בחו"מ וכן כתב הב"י כאן ולפי זה לא קשה מידי דודאי אפושי שטרא להחתים עדים כו"ע מודים דחיישינן וזה לא שייך באלמנה כמ"ש הב"י רק למ"ד אפילו בסתמא לאחד ולא לשנים הטעם משום אפושי בעלי דינין וזה שייך אף בכתובה וא"כ הא דפריך מהך דהיתה כתובתה ד' מאות פריך לרב הונא דס"ל אפושי בעלי דינין חיישינן וגם בכתובה יש אפושי בעלי דינין אבל לרב חסדא דלא חייש לאפושי בעלי דינין רק לאפושי חיתום שטרות לא קשה מכתובה. והא דפריך ממתניתין אאבעיא ראשונה דמיירי לפירוש ר"ת באפושי שטרא מהך דכתובה עיין במהרש"א דהקשה ג"כ דלמא איירי בשכבר חתמו העדים (ולא הבנתי לשונו דבכתובה אף דלא חתמו העדים מה טרחא איכא ליתומים הלא האלמנה חותמת השטר וכמ"ש הבית יוסף להדיא) ולא תירץ כלום וצ"ל דלהס"ד ס"ל לגמ' דאפושי שטרא ואפושי בעלי דינין שוים וא"כ שפיר מביא ראיה מאפושי בעלי דינין לאפושי שטרא אבל למסקנא דמחלק בין אפושי שטרא לאפושי בעלי דינין לא קשה מידי מכתובה רק אליבא דרב הונא ולא אליבא דהלכתא ולק"מ.

שם במגיד משנה ודעתו שדין נכסי צאן ברזל ותוספות כדין העיקר והב"י בשם הריטב"א כתב ההיפך ומהך מתניתין היתה כתובתה ד' מאות זוז וכו' דמיירי שמכרה שלא בבית דין דאי בבית דין איך מקחה בטל אי מכרה שוה מאה ודינר במאה הא בב"ד שיעור אונאה שתות בעינן ועל כרחך במכרה שלא בבי"ד וד' מאות זוז על כרחך תוספות או נכסי צאן ברזל המה דאין כתובה מתקנת חכמים יותר ממאתים זוז ובי"ד של כהנים שהיו מגבים ד' מאות זוז מתורת תוספות היו מגבים אפ"ה אין ראיה די"ל דמיירי בנשואה ויש לה מזונות אפילו לתוספות כמ"ש הרמב"ם בפרק י"ח הלכה כ"ח עיי"ש וכל היכא דאית לה מזונות אף הריטב"א מודה דמוכרת שלא בבי"ד וכל הספק במקום דלית לה מזונות.

הלכה יז

יש לאשה למכור כתובתה וכו' ואם מתה היא בחיי בעלה או קודם שנשבעה אין לו כלום. מזה נראה דס"ל דאף דלקח הכתובה בחיי בעלה קודם שנתחייבה שבועת יתומים מ"מ כשמת בעלה ואח"כ מתה היא בלי שבועה הוי ליה דין אין אדם מוריש שבועה וכן נראה בטור ובשו"ע סימן ק"ה והרא"ש בפרק כל הנשבעין אחרי הביאו דין הרמב"ן דאם מכר שט"ח בחיי הלוה אף שאח"כ מת הלוה ואח"כ מלוה המוכר לא דנין בו אין אדם מוריש שבועה וכתב הרא"ש אבל אם לאחר שמת לוה מכר כיון שכבר נתחייב שבועה קודם שמכר אין אדם מוכר שבועה וכתב וכן כתב הרמב"ם וכו' ומייתי מ"ש הרמב"ם כאן דאם מתה קודם שנשבעה דאין לו כלום והדברים נראים כמביא ראיה לסתור והרב בעל חלקת מחוקק סימן ק"ה ס"ק ד' נחית לחלק בין חוב לכתובה הואיל דאין ברי ללוקח שיגבה הכתובה ואין טעם זה מספיק לומר בשביל כך יהיה כמת לוה בחיי מלוה והח"מ גופיה כתב דהוא דוחק גדול.

ולענ"ד נראה לחלק בדבר פשוט וברור והוא דהעיקר הטעם כשלקח בחיי לוה ואח"כ מת לוה בחיי מלוה דלא אמרינן ביה אין אדם מוריש שבועה הוא דאף דאי אמר מלוה שפרוע הוא נאמן במגו דמחילה מ"מ סתמא לא חיישינן להו כמ"ש בעל כנה"ג בחו"מ סימן ס"ו דמוכר שטרא קלא אית להו ואילו פרע לא הוה לוה שתק ומדשתק אודוי אודי ליה דלא פרע ואין צ"ל דלא יפרע אח"כ למלוה כשישמע שמכר שטרו לאחר ואף כשהמלוה חי אנו מחמירין להזקיקו שבועה להפיס דעתו של לוה מ"מ אין זה חיוב שבועה גמור עד שנאמר כשמת אין אדם מוריש שבועה וזה ברור ונכון בדברי הרמב"ן והרא"ש והר"ן. אך עדיין יש ספק אף דלא פרע למלוה אולי מחלה המלוה ללוה אחר המכירה דהא בידו למחול איברא דמלבד לפי דעת הפוסקים דאין המלוה צריך לישבע כלל מטענת מחילה כשטען הלוה מחלת לי להדיא דהוי כטוען אמנה היתה אף גם לדעת הפוסקים דצריך לישבע היינו כשטען כן הלוה להדיא אבל במת לוה דנטען אנן טענת מחילה זו לא שמענו במלוה שישבע כן ואלו היה זה טענה גמורה ויהיה עליו חיוב שבועה גמור א"כ במת לוה תוך זמן דלא חיישינן לפרעון ניחוש למחילה דבמחילה אין חילוק בין זמן לתוך זמן אלא ודאי דלא חיישינן ואף אי ניחוש להשביעו בכולל מ"מ זהו ודאי ליתא שיהיה זה עיקר שבועה עד שנאמר שיהיה עבור זה אין אדם מוריש שבועה ובפרט במלוה המוכר שטרו מהיכי תיתי ימחול חוב מה שמכר לאחרים ויהיה בגדר המזיק ממון של חבירו ולכך ליכא למיחש למידי. אמנם באשה בכתובתה מלבד שכתב הרמב"ם בפרק ט"ז הלכה ד' דצריכה לישבע שלא מחלה ואף הטור מודה לו

כשאין הכתובה בידה אף גם גמרא ערוכה היא בבא קמא דף פ"ט באשה שמכרה כתובתה לאחר דלגבי בעל ודאי מחלה והחליטו חז"ל הדבר עד שאמרו אטרוחי בי"ד בכדי לא אטרחינן כי ודאי תמחול בלי ספק ואם הדבר ודאי א"כ איך אפשר להגבות ללוקח הכתובה טרם שתשבע האשה שלא מחלה כיון שהדבר מוחלט בדעת חז"ל ולכך כשמתה קודם שנשבעה הרי הוא בגדר אין אדם מוריש שבועה וזהו לפענ"ד ברור ודברי הרא"ש והטור נכונים ואין אנו צריכין לדוחק של החלקת מחוקק.

והנה הך דינא דבאשה שייך אין אדם מוריש שבועה מוכח מתוך דברי הגמרא דשבועות דף מ"ח ע"א דפריך על הא דאין אדם מוריש שבועה לבניו מהאי מתניתין דקתני אבל יורשיו משביעין אותה ואת יורשיה ואת הבאים ברשותה ומשני לצדדין קתני אותה באלמנה יורשיה בגרושה והנה מדקתני הבאים ברשותה אחרי יורשיה ש"מ דאף הבאים ברשותה איירי רק בגרושה ולא באלמנה דאל"כ הוי ליה להפוך הענין ולמתני אותה והבאים ברשותה ויורשיה כדי שתהא אותה והבאים ברשותה בחד בבא ש"מ דאף הבאים ברשותה דוקא בגרושה והבאים ברשותה היינו שמכרה כתובתה כמו שפירש רש"י וכמבואר בתוספתא ועל כרחך מוכח דאף הלוקח כתובה ומתה קודם שנשבעת באלמנה דמפסיד והוא הדבר כמ"ש הרמב"ם ז"ל.

והנה בש"ע אה"ע סימן ק"ה סעיף ב' הביא דעת הרא"ש במ"ש בפרק הכותב דאם אמרה האשה שנפרעה קודם שמכרה דאינה נאמנת דאף דיש לה מגו למחול ודעת הרא"ש דאינה צריכה לשלם ללוקח רק הדמים שקיבלה ממנו מ"מ כבר כתב הרא"ש שם דלאו כו"ע דיני גמירי ומירתתה אם תמחול תצטרך לשלם כל דמי הכתובה והש"ך בחו"מ סימן ס"ו ס"ק נ"ו תמה דהרא"ש גופיה בפרק קמא דבבא מציעא גבי מצא שובר בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל דנאמנת מדשמואל דאמר המוכר שטר חוב וחזר ומחלו מחול כתב דלמאן דאמר דצריכה לשלם כל דמי הכתובה שגרמה בהזיקו על כרחך מיירי ביושבת תחתיו אבל למ"ד דאינה צריכה לשלם רק מה שקיבלה שפיר פריך הש"ס ואלו בפרק הכותב כתב דאף לדיעה זו ליכא מגו ותירוץ הבית שמואל סימן ק"ה ס"ק ז' שכתב דשובר שאני דחה הש"ך כי מאי שנא הואיל והשובר איתרע ומפיה אנו חיין. ועיין בבעל התרומות שער נ"א ח"ב דין ב' דהביא בשם הראב"ד במוכר שט"ח ואמר פרוע הוא אינו נאמן הוא במגו דמחל ודייק מהך דקתני מצא שובר וכו' דאי איתא דבדיבורא בעלמא יכולה להפסיד ללוקח מ"ט איירי בשובר אלא ש"מ דלא מהימנת היכא דזבנא ועל ידי שובר מיהו מהימנת עכ"ל הרי דמחלק בין שובר לטענת על פה ולדברי הרא"ש הוכחתו מיושב דהיא אומרת דכבר פרע ואינה נאמנת על פה אבל בשובר נאמנת והבעה"ת הביא

דעת הראב"ד בלי חולק כלל ואף הוא פוסק בשער הנ"ל חלק ו' דאינו משלם המוחל רק דמים שקיבל ודייק ליה מהך דמצא שובר וכו' וצריך טעם א"כ למה אינה נאמנת בעל פה לומר פרוע הוא במגו דמחלה ועל כרחך צ"ל כדברי הרא"ש דבעל פה דחינן המגו בטענה כל דהוא לומר דלאו כו"ע דיני גמירי.

ואפשר עוד לומר דהא דכתב הרא"ש דמירתתי אולי תצטרך לשלם הכל כי לאו כו"ע דיני גמירי היינו לדידן דאף דהרא"ש סובר כהך דיעה דאינה משלמת כל דמי שווי השטר מ"מ הא איכא רבוותא דסברי הכי וא"כ יש כאן מחלוקת גדול ואין זה כל כך פשוט עד שנאמר שיודע הדבר בהחלט לנשים ולא יהיה לה מגור שתצטרך לשלם הכל אמנם לבעל אותו דיעה היה זה בזמן גמרא וזמן חז"ל בעלי תלמוד אשר כל רז לא אנס להם לדבר פשוט ולא היה באותו זמן שום צד מחלוקת וספק בדבר וכמו שהיה פשוט בטענת פרוע שאין צריך לשלם רק דמים שקיבל כך היה באותו זמן פשוט במוכר שט"ח ומחלו שאין צריך לשלם יותר כלל וכלל וא"כ בבבא מציעא דנחית הרא"ש לפלפל בגמרא בדיני מגו אי נאמנת על שובר במגו דמחילה פשיטא דלא שייכא להך שיטה דס"ל דאינה משלמת מדיני דגרמי רק דמים שקיבלה דיש לה מגור כי בזמן הגמרא היה הדבר פשוט כביעא בכותחא אך בפרק הכותב כתב הדין למעשה בזמנינו אשר בעו"ה בא הדבר למחלוקת בין גדולי הדור וא"כ אין זה כל כך פשוט עד שלא יהיה מגור לאשה כי רבו בתי דינים בישראל המורים כן למעשה לשלם דמי הכל ואף כי ב"ד אחר מורה שאינה צריכה לשלם רק דמים שקיבלה מ"מ לבה נקפה ואין כאן מגו ואי יטעה הדיין ויפסוק לשלם הכל ודאי דלא מהדרינן עובדא כיון דהפוסקים רבים המורים כן ואיך לא יהיה מורך בלבבה לטעון כן משא"כ בזמן הגמרא ואתי שפיר.

אמנם דברי רבינו המחבר בשו"ע דפסק בחו"מ סימן ס"ה סעיף ח"י דהמוצא שובר בשוק בזמן שהמלוה מודה יחזור ללוה ובסי' ס"ו סעיף ל"ב פסק דהמוחל צריך לשלם דמי כל החוב וא"כ קשה קושיית הגמרא וליחוש דלמא מכר השטר חוב וכו' וליכא למימר תירוץ הגמרא דאיתא לדשמואל דמחלו מחול דהא מירתת למחול דיצטרך לשלם דמי כל החוב כקושיית התוס' והרא"ש ויתר הפוסקים ועל כרחך צ"ל כמו שכתב הש"ך בחו"מ סימן ס"ו ס"ק נ"ו דהפירוש בגמרא דאמירה זו בהודאות שובר היינו מחילה ולא מטעם מגו ולפי"ז ליתא לדינא של הרא"ש ז"ל בפרק הכותב כמ"ש הש"ך שם ולפי"ז קשה איך פסק כאן באהע"ז באומרת פרוע הוא קודם המכירה דאינה נאמנת במגו דמירתתי כנ"ל הא אמירתה הוי מחילה ודברים אלו הן דברי הרא"ש ואולם המחבר לא פסק בחו"מ כהרא"ש כמ"ש לעיל ודוחק לומר דמיירי שם בש"ע חו"מ סי' ס"ה בשטרו בידו דליכא

למיחש שמכרו ובבבא מציעא גבי כתובה לא משני רבא בשטר כתובה בידה משום דחיישינן לשתי כתובות וזה לא שייך בשט"ח דא"כ הוא הוי ליה לשו"ע לפרש הכי ולא לסתום ועיין בש"ך שם דכתב להדיא דמיירי דאין השט"ח לפנינו דאל"כ למה ליה לחזרת שובר יקרע השטר או יכתוב על גבו וצ"ל נמי כדעת הראב"ד לחלק בין שובר לאמירה בע"פ והוא בשובר הנמצא הרי שובר לפניך רק דאנו חוששין להפסד הלוקחין וכיון דאיתא לשמואל וא"כ עכ"פ כפי מעותיו שנתן אין כאן הפסד בשובר רק הפסד יש בדמים שירוויח מחמת הפסד ריוח לא חששו חז"ל לחוש לו מספק והרי שובר לפנינו ושניהם מודים אבל באשה שידענו שמכרה כתובתה והיא באה בדברים שבע"פ ואינה נאמנת רק מכח מגו ודאי דאין לה מגו וההפסד לפנינו ואיך נגרע כח חוב בשטר מחמת אמירה בעל פה במקום דהמגו גרוע ונפסיד ללוקח בידים וזה ברור בדעת השו"ע.

הלכה יט

המוכרת וכו' אבל המוחלת כתובתה לבעלה איבדה כל תנאי כתובה אפילו מזונות אין לה עליו. המ"מ פירש אפילו בחייו ולא קשיא הא כפי מה שפירשו המפרשים בדעת הרמב"ם פרק י"ב הלכה ח' אין בידה למחול הכתובה ביושבת תחת בעלה ועיין מש"כ שם ואם כן איך אפשר שתמחול זולת שתמחול בתנאי כשיגרשנה שתגבה כתובה וכשימות יהיה מחול לו באופן שלא יהיה קל בעיניו להוציאה ואם בדרך הזה תמחול לא ידעתי למה תפסיד מזונות בחייו ואפשר דמיירי דפורש ממנה ואינו דר עמה ומ"מ חייב להעלות לה מזונות אמנם במוחלת כתובתה פטור וכשאינו נוהג עמה אישות יכולה למחול וזה דחוק. והיותר נראה לומר דהמוחלת כתובה לבעלה אע"פ שאינו מועיל לגוף הכתובה מ"מ לענין תנאי כתובה ומזונות מועיל וזהו שכתב איבדה כל תנאי כתובה ולא כתובה דאף דהיא מוחלת סתם מ"מ פלגינן דיבורה דלענין כתובה אינו מועיל מחילתה ולענין תנאי כתובה מועיל מחילתה. והא דאמרינן במוחלת דמפסדת כל תנאי כתובה אפילו מזונות א"כ איך אמרינן במכרה כתובתה לאחרים כל לגבי בעלה ודאי מחלה ולמה תמחול להפסיד כל תנאי כתובה ולפי מש"כ לעיל פרק י"ב הלכה ח' דהתם פירושו דתמחול רק על תנאי אלמנות אבל לא על תנאי גרושה אפשר בזה לא הפסידה תנאי כתובה כיון דאינו בהחלט או אפשר דאם מתנית בהדיא שמוחלת רק גוף הכתובה אבל לא תנאי כתובה אפשר דמועיל התנאי וא"כ כל לגבי בעל מחלה בזה האופן או אפשר לומר דדוקא כשהכתובה שלה ומחלה לבעלה אמרינן דמסתמא מחלה הכל אבל כשמכרה כתובתה לאחרים ומחלה לבעלה אמרינן דלא מחלה רק מה שמכרה דמרחמה

לבעל יותר מן הלוקח אבל התנאי כתובה שנוגע לה וליורשיה לא מחלה דבזה לא מרחמי ליה לבעל כלל.

פרק יח

הלכה ב

כשם שנזונת אחר מותו מנכסיו וכו' ויורשין שמכרו מדור אלמנה לא עשו ולא כלום. הרב בית שמואל סימן צ"ד ס"ק ח' כתב דמשמע הא אם מכר הבעל מועיל המכירה ולשיטת הרמב"ם דס"ל דלכך אין מוציאין מן משועבדים מזון האשה והבנות משום דאינם קצובין א"כ דירה דהוא קצוב גבי ממשעבדי ואפשר לומר דלשון את תהא יתבא בביתי אין לשון מועיל כלל דהוי כאומר ידור פלוני בביתי דאינו מועיל כלל וא"כ החיוב דירה הוא רק מחמת תנאי בי"ד בעלמא ולא מחמת כתיבתו כלל והוי כמתנה על דבר שאין בו ממש דמאי שנא דבר שאינו קצוב דלא מתחייב לרמב"ם רק מתנאי בי"ד מתחייב וגובה רק מבני חורין ומאי שנא מתחייב דבר שאין בו ממש כי דירה הוא דבר שאין בו ממש ומתחייב רק מתנאי בי"ד ואינו מועיל רק לבני חורין ודבר שאין בו ממש גרוע יותר מדבר שאינו קצוב ואם מקבל קנין ומשעבד הבית לדור בו בזה ודאי דגובה ממשעבדי ואין זה ענין להך תנאי כתובה כלל.

הלכה ד

ברכת הבית מרובה כיצד וכו' ומותר מזונות האלמנה ומותר הכסות ליורשין. ובשו"ע סימן צ"ה סעיף ה' כתב בזה הלשון צמצמה עצמה והותירה ממזונותיה וכו' הכל ליורשין מזה משמע דלבעל אף שצמצמה עצמה מ"מ הכל לבעל (א) ואיברא התוס' במסכת נזיר דף כ"ד ע"ב אהא דפריך בגמרא מה שקנתה אשה קנה בעלה ומשני רב פפא שקמצתה מעיסתה והקשו התוס' דהא אמרינן בכתובות דף ס"ה דמותר מזונות לבעל ותירצו בשם הר"ם דהתם מיירי כגון שקצבו לה כך וכך דינרין לשבת והוזלו המזונות שדי לה כדי שבעה והותר אותו המותר לבעל אבל הכא מיירי שקמצה מעיסתה שלא הוזלו המזונות אלא קימצה ופיחתה מפיה שלא אכלה כדי שבעה דהאי מותר הוי ודאי דידה עכ"ל ואפשר דהתוס' כתבו כן לרב פפא דגם הוא לא יחלוק אברייתא דקתני מותר מזונות לבעל ולכך נכנס מהר"ם לחלק אבל לפי תירוץ השני בגמרא דנתן לה אחר על מנת שאין לבעלה רשות בו אמרינן דפליג הך שינויא ארב פפא וס"ל דבכל גוונא לבעל וכן כתב רש"י שם דהאיבעית אימא סבר דאף מה שקמצתה מעיסתה שייך לבעל וכוותיה פסקינן אך בדברי הר"ן נדרים דף פ"ח ע"א משמע להלכה דמה שצמצמה ממזונותיה אין לבעל

רשות בו וצ"ע.

(**א**) אמר המגיה אף דלא הוזכר בשו"ע דאם צמצמה דהוי של בעל רק דהוא של יורשים מ"מ דברי המחבר מוכרחים דהא בגמרא לא הוזכר דמותר מזונות ליורשים רק דילפינן במכל שכן מבעל כמ"ש המ"מ א"כ ודאי דגם בבעל אם צמצמה דהמותר הוא של בעל לדעת השו"ע (ועיין בית שמואל סי' ע' ס"ק י"ח).

הלכה ו

מתה האלמנה יורשי הבעל חייבין בקבורתה ואם נשבעת שבועת אלמנה וכו'. הראב"ד השיג עליו דאף דלא נשבעה מ"מ אין יורשי הבעל חייבין בקבורתה והר"ן הסכים עמו ונראה ראיה לדברי הראב"ד מהא דאמרינן כתובות דף פ"א ע"א בשומרת יבם שמתה דיבם חייב בקבורתה מהא דתנן אלמנה ניזונית מנכסי יתומים ומעשה ידיה שלהן ואין חייבין בקבורתה יורשיה יורשי כתובתה חייבין בקבורתה איזה אלמנה שיש לה שני יורשים הוי אומר זו שומרת יבם ולדעת הרמב"ם קשה מנא ליה דלמא מיירי באלמנה דמתה בלא שבועה דיש לה שני יורשים יורשי הבעל לכתובה ולנדוניא ויורשי אשה לנכסי מלוג ולכך יורשי הבעל חייבין בקבורתה כדינו של הרמב"ם ועל כרחך צריך להיות כדינו של הראב"ד דאינן חייבין בקבורתה דלא נקראו יורשי כתובה כלל דאנן אמרינן דקיבלה כתובתה הואיל ולא נשבעה ולא ירשו מידי ואפשר דגם הרמב"ם מביא ראיה מכאן משום דקשיא ליה קושיית התוס' דף פ"א בד"ה איזה אלמנה דאיך אפשר לפרש יורשיה יורשי כתובתה מיירי בשומרת יבם דהא במתניתין אלמנה ניזונית מנכסי יתומים תנן ולכך מפרש הרמב"ם הא דאמרינן איזה אלמנה שיש לה שני יורשים הוי אומר זו שומרת יבם אין הכוונה על שומרת יבם ביחוד אלא דוגמא בעלמא נקט אלמנה כעין שומרת יבם שיש לה שני יורשים דהיינו כהנ"ל דמתה בלי שבועה ויש לה ב' יורשים והוא בענין זה כעין שומרת יבם וקתני יורשי כתובתה חייבין בקבורתה והוא הדין בשומרת יבם שמתה דיורש היבם הכתובה דחייב בקבורתה ולכך הרמב"ם בפירוש המשניות כתב על משנה זו יורשיה יורשי כתובה חייבין בקבורתה דאם לא נשבעת דיורשי הבעל חייבין בקבורתה והיינו כמו שכתבתי דהוא מפרש דלזה נתכוונה המשנה באמרה יורשיה יורשי כתובתה וכו'.

הלכה י

אלמנה שתפסה מטלטלין כדי שתזון מהם וכו' אין מוציאין מידה. ואי בעי תפיסה דוקא מרה"ר או מסימטא עיין בשו"ע סימן צ"ג סעיף כ"ג בהגה דהביא רמ"א ב' דעות דעת הר"ן דלא הוי תפיסה אלא מרה"ר או מסימטא ודעת היש חולקין שהביא רמ"א הוא תשובת

הריב"ש סימן שס"ד כמ"ש בדרכי משה דמסתימת הריב"ש נראה דאין לחלק. ואני לא אבין מה ראיה יש מדברי הריב"ש דהא דאמרינן דתפיסת ברשות הבעל לא מהני היינו לגבי יתומים דבעינן משעת מיתה עד שעת תפיסה לא יהיו המטלטלין ברשות יתומים דכיון דהיו רגע אחד ברשות יתומים כבר נעשו מטלטלי דיתמי ולא מהני בהו תפיסה אח"כ משא"כ בתפיסה בחיי הבעל דמהני למזונות וכדומה בזו לא שמענו מעולם דבעינן דוקא תפיסה ברה"ר או בסימטא דמה בכך דהא מ"מ היו מעיקרא ברשות הבעל ומ"מ מהני בהו תפיסה א"כ אף דבשעת תפיסה היו ג"כ ברשות הבעל מהני בהו תפיסה דמאי שנא ולא נזכר כלל בתפיסה בחיים דיהיה בסימטא או ברה"ר ובגמרא דכתובות דף פ"ד נאמר ולרבי טרפון דמנחי היכי ולא שאל נמי לר' עקיבא דהלכתא כוותיה דמנחי היכי דהא בתפיסה מחיים מודה ר"ע אלא ודאי בתפיסה מחיים אין נפק"מ במקום תפיסה היכן הוא וזה ברור.

ומעתה כיון דנדון הריב"ש היה ביבמה הטוענת על היבם שלה טענת מאיס עלי וכתב הריב"ש דיבם הוא כמו בעל ובבעל אי תפסה נדונייתה לא מפקינן מינה הוא הדין ביבם וכו' עיי"ש שהאריך בענין תפיסה באיזה אופן דמיקרי תפיסה ולפי זה הוי שם כמו תפיסה בחיים דהא יבם הוה כמו בעל כמ"ש הריב"ש להדיא ובתפיסה מחיים פשיטא דאין לחלק במקום תפיסה ומעולם לא שמענו בטענת מאיס עלי דאי תפסה נדונייתה דלא מפקינן מינה דיהיה התפיסה דוקא מרה"ר או מסימטא נשתקע הדבר מה ענין תפיסה דהתם להך תפיסה דיתומים והן אמת דהר"ן כתב פרק אלמנה ניזונית דאמרו בשם רש"י דבעי תפיסה ברה"ר או בסימטא אפילו בתפיסה דמחיים אך מ"מ לאו כל תפיסות שוין בש"ס דתפיסה דכאן הוא ברי דהן של בעל אבל במאיס עלי מהני תפיסה לכו"ע הואיל והוא ספיקא דדינא כמבואר בגמרא כתובות דף ס"ג וכי במקום ספיקא דדינא דמהני תפיסה יהיה ג"כ תפיסה ברה"ר דוקא ועכ"פ לא הוי ליה להרב רמ"א לעשות מחלוקת בין דעת הר"ן לדעת הריב"ש דבנדון הריב"ש גם הר"ן מודה.

איברא לא ידעתי אנה שמע כן הר"ן דודאי כל השמועה הוא מרבינו ברוך הובא במרדכי ובהגהת הרא"ש ריש פרק אלמנה ניזונת ובאגודה ושם הכל בתפיסה דלאחר מיתה אבל בתפיסה מחיים לא שמענו אף גם דמבואר בתירוץ רבינו ברוך שתירץ על רש"י דכתב בתשובה דלכתובה לא מהני תפיסה רק למזוני משום חיי נפש והקשה רבינו ברוך דלמה לא יהיה מועיל תפיסה לכתובה לאחר מיתה לאחר תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי ותירץ רבינו ברוך לשיטת רש"י דבעינן תפיסה ברה"ר ועובדא דרש"י מיירי בתפסן ברשות יתומים הרי להדיא דכל הדבר מיירי בתפסן לאחר מיתה כמ"ש

להדיא כשהנכסים ברשות המת מיד כשמת נכנסו הנכסים ברשות יתומים ע"כ. אבל בתפיסה מחיים לא דיבר כלום ומוסיף אני לתמוה דמדברי רבינו ברוך מבואר דכי בעינן תפיסה מרה"ר היינו לכתובה אבל למזוני בכל מקום מהני תפיסה דהא רש"י מחלק בין מזוני לכתובה ואי גם במזוני בעי תפיסה ברה"ר א"כ מה חילוק יש בין מזוני לכתובה לדידן דברה"ר לעולם מהני תפיסה וברשות המת אף למזוני לא מהני אלא ודאי דמזוני דתקנו משום חיי נפש מהני התפיסה בכל מקום וכן מראין הדברים שכלתו של ר' שבתי בכתובות דף צ"ו ע"א שתפסה דסקיא מלא מעות וכי ברה"ר היה מונח או בסימטא וברור דבמזונות אין חילוק כלל ומעתה הרב רמ"א שהביא הך דינא לענין מזונות צ"ע כי אף דמשמע כן בר"ן האמת יורה דרכו כמ"ש אח"כ ראיתי תשובת הריב"ש סימן ק"ז פסק להדיא דמהני תפיסה בבית רק דשם מיירי הכל מתפיסה דמזונות ולפי מש"כ כו"ע מודים לזה דמהני תפיסה בכל מקום ואין כאן מחלוקת כלל.

הלכה יג

אבל אם הניח קרקע יכולה היא לעכב עליהן שלא ימכרו ואם מכרו אינה מוציאה מיד הלקוחות וכו'. בשו"ע סימן צ"ג סעיף כ"א הביא מש"כ הטור בחו"מ דהרא"ש ורבינו האי גאון נחלקו אם עכשיו אחר תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי האשה גובה מדמי זבינא או לא עיי"ש וכתבו האחרונים החלקת מחוקק והבית שמואל ס"ק ל"ח דלפי מה שכתב הטור בחו"מ סימן ק"ד וסימן ק"ז דיתומים מחויבים לשלם מדיני דגרמי דהוי מזיק שעבודו של חבירו הוא הדין כאן עיי"ש ולבבי לא כן ידמה דא"כ הוי ליה להטור להביאו פה באה"ע וחילוק של הב"ש דמחלק בין חוב דשעבודא דאורייתא למזונות דרבנן הוא דחוק אמנם נראה לי ברור לחלק דבשלמא התם הקרקע משועבדת לבע"ח ואלו מכרו הבע"ח מאוחר כהאי דסימן ק"ד בחו"מ או היורשים כהאי דסימן ק"ז לישראל או לגוי הציית לדין תורה היה המוקדם מוציא מידו דשעבודא דיליה הוא רק דשם מיירי שמכרו לגוי אשר אינו שומע בקול דת וא"כ פשיטא דהוי מזיק שעבודו של חבירו וגרע יותר משורף שטרו של חבירו דהא קרקע שלו הוא והוא נותנו ביד מציקין לגברא דלא מצי לאשתעוי דינא בהדיה ואין לך מזיק גדול מזה אבל כאן דהשורת הדין נותן דאם מכרו אפילו לישראל דאין לאשה תביעה עליו דלא אלים כחה לתבוע מן משעבדי א"כ מה מזיק שעבודה יש כאן הלא שעבודה לא היה על הקרקע לחלוטין דכל שעבודה היה טרם שנמכר הקרקע אבל כיון שנמכר פקע שעבודה וא"כ מה מזיק יש כאן כיון שנמכר פקע שעבודה והן אמרו דיש לה מזונות והן אמרו דמכרו אינה גובה וא"כ אין כאן מקום לומר דהוי מזיק שעבודו של חבירו ולדבריהם הא דאמרו בגמרא דיתומים שמכרו קרקע

מכרו מ"מ צריכן היתומים לשלם מחמת מזיק כל כי האי הוי ליה להגמרא לומר דבר זה בפירוש וברור הוא דהדברים פשוטים כמ"ש.

הלכה יד

הניח נשים רבות אע"פ שנשאן זו אחר זו ניזונות בשוה. עיין במ"מ שמסכים דעת רבינו הרמב"ם עם דעת הראב"ד דאף בקרקע אין להם קדימה לענין מזונות כמו במטלטלין וכתב המ"מ הטעם לפי שאם רצה הבעל למכור נכסיו הרי הוא מפקיען מידי שעבוד מזונות ולכך אין בהן דין קדימה כמו במטלטלין דג"כ הטעם הואיל ויש ללוה למוכרן ולהפקיען מידי שעבוד המלוה וכו' עכ"ל ואני תמה דהא דעת הרמב"ם כפי מה שפירש בו המ"מ דמלוה על פה מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר לגביית בני חורין כמבואר בחו"מ סימן ק"ד עיי"ש ולדבריו הא יש ביד הלוה למוכרן ולהפקיע שעבוד מלוה על פה וא"כ למה יהיה לו משפט הקדימה ולא יהיו חולקין בשוה כמ"ש כאן לענין מזונות ולענין מטלטלין ודוחק לומר דהתם דשעבודא דאורייתא לא אמרינן הך סברא הואיל ובידו למכור דמ"מ קודם שמכר איכא שעבודא דאורייתא אבל כאן כיון דבידו למכור אף דהוא תנאי בי"ד מ"מ לא מיקרי אלא מלוה על פה ושעבודא דמזונות לאו דאורייתא וא"כ מה קדימה יהיה כאן דזה כו"ע מודים דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אין מלוה על פה מוקדם קודם למלוה על פה מאוחר וכל כוונת המ"מ באמרו דבידו למכור ולהפקיע השעבוד הוא דלא יהיה נקרא מלוה בשטר מכח תנאי בי"ד ולזה אמר דהוא רק מלוה על פה כיון דאינו גובה ממשעבדי וא"כ דנקרא מלוה על פה פשיטא דאין לו משפט קדימה כיון דשעבודא לאו דאורייתא.

אך זה דוחק בכוונת לשון המ"מ אף כי הדברים בעצמן נכונים דודאי מזון האשה והבנות מיקרי רק מלוה על פה כמבואר בגמרא דגיטין דף נ"א ע"א ברש"י ותוס' בד"ה או דלמא וכו' ואי שעבודא לאו דאורייתא פשיטא דאין להם דין קדימה כלל ודברי הראב"ד יש ליישבן ולא קשה קושיית המ"מ דס"ל לראב"ד דבשלמא באשה בכתובתה שעבודה חל על הבעל דהא אם יגרשנה יתן לה כתובה וכן הלוה לפרוע לאחר מיתה הוא הלוה וגופו ונכסיו דאינון ערבים לו נשתעבדו ממילא משא"כ כאן במזונות אין שעבוד חל עליו כלל רק חכמים הטילו השעבוד על יורשיו לזון אשתו ובנותיו ולא עליו כלל וא"כ יפה כתב דהשעבוד חל בכולן כאחד ולק"מ.

הלכה טז

תבעה יבמה וכו' או שהיה היבם במדינת הים הרי זו ניזונות משל יבם וכו'. עיין בכ"מ שפירש שהוא במדינה אחרת קודם העמדה בדין והיא תבעהו שם בדין או על ידי שלוחה

ונכון הוא ומוכח דס"ל לרבינו הרמב"ם כדעת הנמוקי יוסף סוף פרק זה בורר דאם היבם במדינה אחרת מקום שאין עיקר דירתו מתחילה מחויב ללכת אחרי היבמה דאל"כ מה קנס יש כאן כיון דאינו מחויב לבוא אל היבמה לייבם או לחלוץ ופשוט הוא.

הלכה יז

נפלה לפני יבם קטן אין לה מזונות. מסתימת לשון רבינו משמע דאפילו בג' חדשים ראשונים אין לה מזונות דבשלמא ביבם גדול דראוי ליבום רק דהמניעה והעיכוב מצד בעל והבחנה א"כ בדין שיהיה לה מזונות אבל ביבם קטן דבלא"ה לא תוכל להתייבם א"כ אף דגם הבעל מעכב מ"מ הא בלא"ה אינה יכולה להתייבם ואין להוציא מזונות מיד יורשים בסברא שקולה לכאן ולכאן והרב בית שמואל סימן ק"ס ס"ק ה' החליט הדבר דבשלשה חדשים ראשונים יש לה מזונות אפילו ביבם קטן ולא ידעתי מהיכן ברירא ליה.

הלכה יח

מי שייחד קרקע לאשתו במזונותיה וכו' אבל אם אמר לה יהיה לה במקום פלוני במזונותיה ושתקה אין לה אלא פירות אותו מקום בלבד וכו'. דעת הפרישה דמיירי במחלק כל נכסיו ושתקה וכן משמע ברש"י בכתובות דף נ"ד ע"ב דכתב בלישנא אחרינא דמייחד לה ארעא דהוי כמחלק כל נכסיו על פיו ונתן שאר נכסים לבניו והוי ליה משועבדים ואין האשה והבנות נזונות מנכסים משועבדים עכ"ל הרי דמיירי דמחלק כל נכסיו באופן שלא יהיה מקום נשאר לגבות הימנו במזונות דכולם הן נתונים במתנת שכ"מ לבניו ומה שהקשה הבית שמואל בסימן ק"ט ס"ק ג' דלהראב"ד דס"ל בהאומר מאתים זוז לכתובה דידה על העליונה אפילו במחלק כל נכסיו ומאי שנא בהאומר במזונות הא קצץ לה נראה דלא קשה מידי משום דס"ל להראב"ד מתנת שכ"מ הוי משעבדי ואין מלוה על פה גובה ממנו כנודע דעתו בכל הפוסקים וא"כ כאן במזונות ליכא למימר ידה על העליונה דהנשאר הוי מתנת שכ"מ ואין מזון האשה נגבת ממשעבדי כמ"ש רש"י בלישנא אחרינא משא"כ כתובה דגובה ממשעבדי פשיטא דידה על העליונה דמה נפק"מ לה באמירתו ובמתנתו שאר נכסיו לבניו מ"מ היא טורפת אותן בכח כתובה ופשוט הוא ואע"ג דלגבי מזון האשה מודה הראב"ד דמתנת שכ"מ לא מיקרי משעבדי דהיא גמרא ערוכה בפרק יש נוחלין דף קל"ג מ"מ כיון דמייחד לה קרקע פקע שעבודו ועל כרחך צריך לומר כן לרש"י שכתב להדיא בלישנא אחרינא דלכך לא גבי דהוי נכסים משועבדים ובגמרא פרק יש נוחלין הנ"ל אמרינן דמזון האשה גובה ממתנת שכ"מ ועל כן צריכין לחלק כמ"ש כיון דמייחד לה ארעא פקע שעבודו. אמנם לשיטת

הב"ח דס"ל הך במזונות דהכא אפילו באינו מחלק כל נכסיו לכאורה קושיית הבית שמואל דמאי שנא מכתובה צריך ישוב.

ויש לחלק ולומר בין מייחד לה קרקע משום דאין אונאה לקרקעות ובין האומר מאתים זוז לכתובה ואם כתובתה יותר ודאי דלא מחלה או אפשר לומר דאם מייחד לה קרקע למזונות הוי הקרקע כשלה ואף אם ימכרו היורשים אפשר דרשות בידה להוציא מיד הלקוחות וכן משמע לישנא דרש"י דנייחד לה ארעא בצוואת שכ"מ ובעדים וא"כ דמייחד לה בצוואת שכ"מ איך יהיה כח ביד יתומים למכרו ולכן אף דאינו כדי מזונות ניחא לה שלא יהיו חייה תלוים מנגד דאם ימכרו היורשים קרקעות תשב בפחי נפש משא"כ בכתובה דיכולה להוציא מיד משעבדי א"כ ודאי אם אין המאתים זוז כדי כתובתה מהיכי תיתי תרצה למחול כתובתה בכדי ויש עוד לחלק.

הלכה יט

אלמנה שבאה לבית דין לתבוע מזונות וכו' ורבותי הורו שאין לה מזונות עד שתשבע וכו' שהרי היא באה ליפרע מנכסי יתומים וכל הנפרע מנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה. עיין בהשגת הראב"ד והמ"מ כתב דלא קשה מידי דהך מימרא בששמעו בו שמת הוא לשמואל בכתובות דף ק"ו ע"א דס"ל דאין פוסקין מזונות לאשת איש רק בשמעו בו שמת אבל לפי מה דקי"ל כרב דפוסקין מזונות לאשת איש במי שהלך למדינת הים לא מיתוקמא המשנה בשמעו בו שמת ואולם הר"ן הסכים בזה להראב"ד דאין לנו לעשות מחלוקת חדשה בין רב לשמואל ואם לשמואל בשמעו בו שמת אשה גובה שלא בשבועה המזונות אף לרב הדין כן עיי"ש. ובאמת אפשר דרבינו ס"ל הא דאמרינן לשמואל בשמעו בו שמת אי אפשר לומר דמיירי כפשוטו בכל אלמנה התובעת מזונות דא"כ הא דתנן במתניתין מי שהלך למדינת הים וכו' למה להו לאפלוגי בכה"ג ליפלגו בכל אלמנה התובעת מזונות כקושיית התוס' דף ק"ו בד"ה תרגמה שמואל ותירוץ התוס' שם לא נח ליה ולכך ס"ל לרמב"ם דודאי באלמנה התובעת מזונות כו"ע מודים דצריכה שבועה דלמא אתפסה צררי רק מי שהלך למדינת הים ושם מת בזה לא חיישינן לצררי דאינו מתפיס צררי אלא סמוך למיתה ואז לא היה פה להתפיס לה צררי וכן כתב הרא"ש במסכת ב"ב פרק קמא גבי נפל הבית עליו ועל אשתו וכו' עיי"ש דאינו מתפיס צררי אלא סמוך למיתתו ובנפילת פתאום לא חיישינן לצררי והוא הדין במת במדינת הים ובשמועה רחוקה שמעו שמת וזהו לישנא ששמעו בו שמת וכאן ליכא למיחש לצררי ובכתובות דף ק"ב ע"ב בד"ה אימר צררי וכו' כתבו התוס' נמי לחד תירוץ דבהלך למדינת הים אינו מתפיס צררי עיי"ש.

וגם יש מקום לומר דרבינו למד דלרב אלמנה צריכה שבועה למזונות מהא דאמרינן במסכת כתובות דף פ"ח ע"א על הך דרבי שמעון דאמר במתניתין כל זמן שתובעת כתובת יורשין משביעין אותה וכו' דקמפלגי בפלוגתא דחנן ובני כהנים גדולים ופריך רב ששת האי יורשין משביעין אותה בי"ד משביעין אותה מבעיא ליה והקשו התוס' בד"ה ב"ד משביעין וכו' דהוי ליה לשנויי דסבר כשמואל דס"ל דפליגי בשמעו בו שמת וא"כ שפיר קתני יורשין משביעין אותה והניחו בצ"ע. ובאמת קושיא זאת לא הוי קשה ליה להרמב"ם דס"ל דלא רצה לאוקמי מתניתין שלא אליבא דהלכתא דהא אליבא דרב לא מיירי פלוגתתן בשמעו בו שמת וקי"ל כרב ואין להביא ראיה דרב ששת ס"ל כשמואל כיון דהוא משני לקמן גבי פלוגתא דרב ושמואל אקושיית הגמרא לשמואל מהך ברייתא מי שהלך למדינת הים וכו' במשרה אשתו ע"י שליש וכיון דרב ששת גופיה פריך הכא יורשין בי"ד משביעין אותה מבעיא ליה הוי קושיית התוס' שפיר דזה אינו דמכאן אין ראיה דס"ל כשמואל דלתרוצי מילתא דשמואל קבעי אבל מ"מ איהו גופיה כרב ס"ל אך קשה גם אליבא דרב גופיה לימא דפלוגתא דרבי שמעון קאי ארישא אנפרעת מנכסי יתומים דכמו שאמרו דקאי אנפרעת שלא בפניו נימא דקאי אנפרעת מנכסי יתומים (ועיין במהרש"א שהקשה איך אפשר לומר דמיירי בשמעו בו שמת א"כ היינו מנכסי יתומים ובאמת היא גופיה בכלל קושיית התוס' דנימא הך מילתא דר' שמעון קאי אנפרעת מנכסי יתומים) דמשמע בין לכתובה ובין למזוני ועל זה קאמר רבי שמעון דכל זמן שתובעת כתובה וכו' אבל אם אין תובעת כתובה אין היורשין משביעין על מזונות והא דנקט פלוגתתן ביתומים ולא בנפרעת שלא בפניו דרבותא קמ"ל דאפילו לגבי יתומים דכח יתומים אלים וגם מזונות לאו דאורייתא והוא רק מתנאי בי"ד מ"מ לא תצטרך לישבע מכ"ש בחיי הבעל דמזונות אשה דאורייתא ואין כאן טוענין ליורש (ואפשר דכוונת התוס' ג"כ לזה ולזה הניחו בצ"ע ולא תירצו דרב ששת כרב ס"ל) ולכך ס"ל לרמב"ם דלרב ודאי דבאלמנה דאין לה מזונות כי אם בשבועה וא"כ קושיית הגמרא חזקה מאוד דאיך קאמר רבי שמעון דאין יורשין משביעין אותה הא ביורשין צריכה לישבע רק שלא בפניו אינה צריכה לשבועה א"כ אין בי"ד משביעין אותה מיבעי ליה דיורשין משביעין אותה עכ"פ.

והנה הרמב"ן ז"ל טען על הרמב"ם מהך דגיטין דף ל"ה ע"א דהאי דאתאי לקמיה דרבה בר רב הונא ולא אגבי לה כתובה משום דרב לא מגבי כתובה לארמלתא אמרה הב לי מזוני אמר לה מזוני נמי לית לך מדשמואל דאמר התובעת כתובה בבי"ד אין לה מזונות וקשה דמהך טעמא דלא מגבינן כתובה משום דחשודה על השבועה מהאי טעמא נמי

אין לה מזונות דהיא נמי בעי שבועה לדעת רבינו הרמב"ם אלא על כרחך דלמזונות לא בעי שבועה ועיין בר"ן שטרח ליישב קושיא זו ולענ"ד יש לדייק כיון דבימי רבן גמליאל הזקן דהיה קודם רבי יוחנן בן זכאי נתקן דאין להשביעה לאלמנה רק שתהא נודרת כמבואר במתניתין בגיטין דף ל"ד ע"ב א"כ לשמואל דס"ל הך מלתא דמי שהלך למדינת הים דנחלקו חנן ובני כהנים גדולים אייריי בשמעו בו שמת איך אמרו תשבע בתחילה או בסוף הלא המה היו אחר רבן גמליאל הזקן כי היו בימי ריב"ז ורבי דוסא בן הורקנס כנודע והוי להו למימר בלישנא תדור בתחילה או בסוף שבועה מה עבידתיה הא כבר בטלוה לשבועה מימי ר"ג הזקן והוי להו למימר בלשון נודרת בתחילה ולא בלשון תשבע בתחילה ועל כרחך צ"ל דדוקא לגבי כתובה הוא דנחשדה על השבועה משום דאתיא לאורויי התירא ואף דהתפיס לה צררי איננה רוצה לצאת חנם בלי כסף מוהר בתולות אבל לענין מזונות אלו התפיס לה צררי עבור מזונות לא מורה לנפשה התירא וליקח מזונות בכפלים ולכך אף אחר תקנת ר"ג נשבעה עבור מזונות ולכך אמרה תשבע בתחילה וכו' (ב) ולפי זה אף דרב לא מגבי כתובה לארמלתא היינו משום דקיל להו נדרים ולהשביעה אי אפשר מתקנת ר"ג משא"כ למזונות דאפשר להשביעה ולא על זה תיקן ר"ג אף רב היה משביעה ולכך אמר דאין לה מזונות הואיל ותובעת כתובתה ולא קשה מידי.

ועוד יש לומר בקושיא הלזה דלא קשה מידי דהא דלא מגבי רב כתובה היינו משום דקיל להו נדרים ולכאורה תקשי דלא תהיה אלא חשודה ודאי ואינה נאמנת על השבועה למה תפסיד וצריך לומר דהיינו דרב ושמואל במסכת שבועות וחשוד הבא ליטול מיתומים בשטר מפסיד כמבואר בחו"מ סי' צ"ב סעיף י"ב עיי"ש והנה בדרב ושמואל גופיה אמרינן היכא דמוחזק לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד וחשוד שיש לו שטר ותפיס לא מפקינן מיניה וזה ברור ולגבי מזונות הוה האשה מוחזקת כמבואר ברא"ש ויתר פוסקים ועיין בבית שמואל סימן צ"ג דכתב כן להדיא בדוכתי טובא ולפ"ז דהיא מוחזקת אף דהיא חשודה באמת לא אמרינן אפילו גבי יתומים דמפסדת וא"כ שפיר הוה תובעת מזונות דאף דחשודה על הנדר והשבועה מה בכך לא תהיה אלא חשודה בבירור מ"מ גובה מזונות ולק"מ.

(**ב**) אמר המגיה דברי הרב המחבר צריכן קצת ביאור דלפי דבריו האיך תנן במתניתין דתשבע בסוף דהיינו בשעת גביית כתובה הואיל דלגבי כתובה כבר היה תקנת רבן גמליאל שלא תשבע רק תדור וצ"ל דדעת הרב המחבר דדוקא אם תשבע על הכתובה לחוד דלא תפסה צררי מורה התירא משא"כ במתניתין דתשבע לבסוף בכולל גם על

מזונות דלא תפסה משל בעלה כלום וכמו שכתב רש"י דף ק"ו ע"א כיון דבשבועתה נכלל גם מזונות לא תשבע לשקר.

הלכה כג

אלמנה שאין שטר כתובה יוצא מתחת ידה אין לה מזונות וכו'. דברי הרמב"ם מבוארים דלפי מה דקי"ל כשאין כתובה בידה דטענינן ליתמי פרעתי דלא נאמר הטוען אחר מעשה בי"ד לא אמר כלום אלא במקום שאין כותבין כתובה אבל במקום שכותבין איתרע טענתה וא"כ כיון דטענינן פרעתי איך ניתן לה מזונות דהרי אנו מחזיקין הכתובה בחזקת פרוע אמנם במי שהלך למדינת הים פסק רבינו בפרק י"ב דנותנין לה מזונות דכיון דהבעל חי לא מחזקינן הכתובה בחזקת פרוע דהוא בתוך זמנו ולא מתפיס צררי אלא סמוך למיתה או לגירושין ועוד מהיכי תיתי יפרע או תמחול היא כיון דאסור להשהות אשה בלי כתובה כלל ואם יפרענו על כרחו יצטרך לחזור ולכתוב לה כתובה מחדש וחזר התנאי כתובה למקומו הראשון ולכך לא חש לו הרמב"ם ודברים ברורים הם ודעת הרמב"ן והרשב"א החולקין על רבינו והביאם בשו"ע סימן צ"ג סעיף י"ח אף דס"ל כהרי"ף דבמקום שכותבין כתובה לא אמרינן הטוען אחר מעשה בי"ד לא אמר כלום ונאמן לומר פרעתי סברי דזה דוקא בכתובה אבל לא במזונות דלענין מזונות הוה האשה מוחזקת ואף דאין כתובה בידה נאמנת כיון דמוחזקת היא.

איברא דברי הרא"ש צ"ע דכתב בפרק שני דייני גזירות דין ו' על דברי הרמב"ם וז"ל ועוד דקי"ל דגובה כתובה בעידי מיתה אע"פ שאין כתובה בידה דהטוען אחר מעשה בי"ד לא אמר כלום וכ"ש דיש לה מזונות דנכסים בחזקתה הן לענין מזונות וכו' מזה נראה דאף לגוף הכתובה נאמנת בעידי מיתה כשאין כתובה בידה וסותר דברי עצמו דבבבא מציעא פרק קמא דף י"ז פוסק כהרי"ף במקום שכותבין ואין כתובה בידה אינה נאמנת ודוחק לומר דודאי בגירושין דהבעל בפנינו וטוען פרעתיך בהא איתרע טענתה כשאין כתובה בידה והוא במקום שכותבין ואינה נאמנת אבל באלמנה דאין כאן ברי דפרעה לכתובה רק אנן נטעון ליתמי בזה לא טענינן נגד מעשה ב"ד והוי כמו דלא טענינן ליתמי מילתא דלא שכיח אע"ג דאבוהון הוה מצי למיטען ולכך בבבא מציעא כתב הכל בגט ואין עמה כתובה וכאן בכתובות כתב דבריו בעידי מיתה אך בתשובת הרא"ש כלל ל"ו מבואר דאפילו באלמנה שאין כתובה בידה אבדה כתובתה וטענינן ליתמי ואולי בתשובתו חזר בו והשוה מידותיו וצ"ע.

הלכה כו

אלמנה ענייה וכו'. בגמרא דכתובות דף צ"ו ע"א יש שני לשונות עיין במגיד משנה שכתב ופסק רבינו כלשון ראשון ולא ידעתי למה פסק בהחלט כלשון ראשון ונראה לענ"ד דס"ל לרבינו דלישנא בתרא מוסיף אלישנא קמא דבענייה כו"ע מודה דאבדה מזונותיה בשלא תבעה אפילו היא צנועה רק בעשירה הוא דאמרינן דללישנא קמא ודאי לא אבדה מזונותיה בזו מביא לישנא בתרא למעוטי דדוקא בצנועה אבל בפרוצה אף בעשירה אבדה מזונותיה דאינה בושה לתבוע בבי"ד ולפי זה כיון דהאשה מיקרי מוחזקת לענין מזונות כמ"ש הרא"ש וכל הפוסקים יכולה האשה העשירה לומר קים לי כלשון ראשון ומעולם לא הפסדתי מזונותי וענייה מפסדת מזונותיה לכל הלשונות ולכך לא מחלק הרמב"ם רק בין ענייה לעשירה ואתי שפיר.

הלכה כז

אלמנה שתבעה מזונות מן היורשים וכו' או תשבע שבועת היסת ותטול. עיין במ"מ הטעם ובכ"מ מש"כ בשם הרשב"א דהוי כתפוס בידו משכון שאינו נאמן עליו אלא בשבועה כעין שבועת הנוטלין וכו' ומה שהקשה עליו הר"ן דא"כ הויא ליה למימר דתשבע בנקיטת חפץ כשאר נשבעין ונוטלין נראה דלא קשה מידי דדוקא בתופס משכון מטלטלין דאיתנהו בגווייהו שבועה דאורייתא בזו אמרינן בתופס משכון דישבע כעין של תורה בנקיטת חפץ אבל בתופס קרקע דלא שייך בהו שבועת התורה כלל אף בתופס משכון לא אמרו הגאונים לישבע כעין של תורה כיון דשבועת התורה ליתנהו במציאות כלל בקרקע וכאן תפיסת האלמנה עיקר בקרקעות דמטלטלין לא משתעבדי לה ואף לתקנתם של הגאונים לא אלים תקנה דידהו לעשות ולגרום שבועת התורה או שבועת המשנה ועיקר תפיסה בקרקע ולכך אין בו אלא היסת וזה ברור ונכון בדברי הרשב"א ועיין בבית שמואל סימן צ"ג ס"ק כ"ה.

פרק יט

הלכה א

מתנאי הכתובה שיהיו בנים הזכרים יורשים כתובת אמן וכו'. בשו"ע סימן קי"א הביא בשם ויש אומרים שאף התוספות בכלל כתובת בנין דכרין ותמהו החלקת מחוקק והבית שמואל שם ס"ק א' דהא גמ' ערוכה היא בכתובות דף נ"ה ע"א דחשוב כמה דברים שהתוספות כתובה ככתובה וחד מינייהו כתובת בנין דכרין ואפשר לומר דודאי אי מתחילה בשעת נשואין כשכותב לה כתובה מוסיף לה ועושה כתובתה ביותר מתנאי

בי"ד בזו אין בו מחלוקת כלל דהוי בכלל כתובה לענין כתובת בנין דכרין אך אם אחר נשואין זמן מה צבי והוסיף לה עוד סך מה על כתובתה בזו אפשר לומר דאינו בכלל תנאי כתובה לענין כתובת בנ"ד דכתובת בנין דכרין חל משעת נשואין דאז התנאי בי"ד לכתוב לה בנין דכרין די יהיו לך מנאי וכו' ואפילו לא נכתב כמי שנכתב דמי אבל במה שמוסיף לה אח"כ וכי בעת נשואין דהיה תנאי כתובה על כתובת בנין דכרין יהיה חל אלהבא מה שיוסיף לה אח"כ ולא על זה נכרת ברית ותנאי כתובת בנין דכרין אמנם יש מקום לומר כיון דתקנו חז"ל כתובת בנ"ד לא פלוג עבדי רבנן והמוסיף לאשתו אדעתא דחכמים מוסיף וכאלו אמר בפירוש בשעת הוספה דיהיה לה ולבניה הזכרים יתר עם אחותן והדברים צריכין תלמוד ולכך כתבן המחבר במחלוקת.

הלכה יב

אין הבנים יורשים וכו' ולא הבנות ניזונות בתנאים אלו עד שיהיה שטר כתובה יוצא מתחת ידם וכו' שמא מחלה אמן כתובתה. עיין בהראב"ד בהשגות והמ"מ וכן הר"ן הסכימו עם הראב"ד כי מה ענין פרעון כתובה למזונות הבנות ובאמת נראה דדעת הרמב"ם כי טוענין ליורשין אולי מחלה גם מזונות ובמחילה דעתו דגם מזונות נמחל כי הכל הוא לטובת האשה כי הוא מתנאי כתובתה שכותב לה בנתין נוקבין וכו' וכל הדברים והתנאי כתובה הכל לטובתה ובידה למחול על הכל ולא אמרינן מה לה למחול זכות בנותיה כי כל התנאים הוא לחיבת אשתו ובפרט לדעת הרמב"ם דס"ל דזולת אשתו המחייב עצמו בדבר שאינו קצוב אינו מועיל והוא בהלכות מכירה הלכה ט"ז רק באשתו בשעת נשואין שאני דהדבר הוא לחיבת אשתו וא"כ בידה למחול מזונות בנותיה וכשאין שטר הכתובה בידם טענינן ליורשים דמחלה אף על מזונות בנותיה והראב"ד דמשיג על זה נראה דדעתו דודאי טענינן ליורש רק דס"ל דאף דמחלה בפירוש מזונות בנותיה אינו מועיל דאין ביד האשה למחול זכות בנותיה וזהו שכתב רמ"א סימן קי"ב סעיף א' דלהראב"ד אפילו מחלה בפירוש המזונות לא מהני דס"ל דזהו הטעם של הראב"ד דאל"כ למה לא נטעון ליורשים והבית שמואל שם ס"ק ג' השיג על הרמ"א ואין דבריו מוכרחים עיי"ש.

ואין לדקדק לשיטת הרמב"ם הא דאמרינן בכתובות דף פ"ט ע"א במתניתין הוציאה גט ואין עמה כתובה גובה כתובה ואמרינן עליה בגמרא ש"מ כותבין שובר וכו' דמנא לן דלמא הוה כאן כמקום דלא אפשר דכתבינן שובר לכו"ע דהא כאן אי אפשר להחזיר כתובתה לבעל דא"כ יפסידו הבנות מזונות לדעת הרמב"ם והיא לא מחלה הכתובה רק קבלה פרעון די"ל דהא יש תקנה דלא תגבה בלי כתובה ואם תוציא הכתובה לבי"ד

יכתבו על גבה דנפרעת והכתובה נשארה בידה לתנאי מזונות בנותיה דמעתה אין הבעל צריך לשמור שוברו רק היא צריכה לשמור כתובתה ואי אפשר לבוא לידי גביה דאם תראה לבי"ד כתובתה הרי תברא על גבה ובלי כתובה לא גביה ואע"ג דלהס"ד לא אסיק אדעתא לכתוב אגיטא גיטא דנן וכו' כמבואר בגמרא ובתוס' צ"ל דזה כבר אסיק אדעתיה לכתוב ע"ג כתובה הפרעון שכך דרכו של עולם לכתוב שובר ע"ג שט"ח רק למקרע הגט ולכתוב על גבו זה לא עלה ברוחו וגם אבייי לא ס"ל כן פרק קמא דבבא מציעא.

ויש עוד מקום לומר דראית הרמב"ם מהכא דלפי הס"ד בגמרא דהוציאה גט וכו' מיירי במקום שכותבין כתובה ובעי למיפשט כותבין שובר וקשה בממה נפשך אי ס"ל להס"ד דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום אפילו במקום שכותבין כתובה א"כ גט למה ולהרמב"ם ליכא למימר עידי גט כמ"ש התוס' לרבי יוחנן דהא הרמב"ם ס"ל גט ממש ועל כרחך צ"ל בס"ד ס"ל דלכך תקנו חכמים דלא יהיה מהצורך להוציא כתובה משום הפסד מזונות בנותיה דלפעמים תאבד הכתובה ויהיו הבנות מופסדים במזונתן והיה מההכרח לתקן דלא יוגרע כח הבנות באבידת כתובה וכיון דהוצרכו לתקן כן אמזונות תקנו כן אכתובה גופיה דלהרמב"ם אין חילוק כלום בין כתובה גופיה לבין תנאי כתובה בשום אופן משא"כ גט דאין נפק"מ למזונות הבנות בזה לא תקנו חכמים דתהיה נאמנת במעשה ב"ד ולכך כשאין עמה גט הפסידה וזהו הכל בהס"ד אבל באמת דמוקי מתניתין במקום שאין כותבין כתובה אבל במקום שכותבין לא גביה בלי כתובה הוא הדין מזונות דהא אין לחלק בין כתובה לתנאי כתובה ואם אי אתה מאמינה על כתובה אין אתה מאמינה על מזונות ואם אתה מאמינה על מזונות אף על כתובה נאמנת דאין לחלק בגוף הכתובה לחצאין.

והנה הרב בית שמואל בסימן קי"ב ס"ק ב' צידד לומר דאפילו לדעת התוס' החולקים על הרמב"ם וס"ל דהטוען אחר מעשה בי"ד לא אמר כלום מיירי אפילו במקום שכותבין כתובה מודים דלענין מזונות דבנות אם אין כתובה בידם לא מהימני דאין ברי של האם מהני לבנות ולא הבנתי דהא רש"י ותוס' בבבא מציעא פרק קמא כתבו להדיא במילתא דרבי יוחנן הטוען אחר מעשה ב"ד כגון מזון האשה והבנות והא לשיטתם מתוקמא מילתא דר"י אפילו במקום שכותבין כתובה וגם הך מילתא דאין הברי של האם מהני לבנות מביא ב"ש ראיה מפרק המדיר דף ע"ו ע"א מתוס' בד"ה רישא מנה לאבא בידך וכו' שתירצו שם התוס' כן ולא קאי הך תירוץ בתוס' והתוס' גופיה דחוהו ולכן דבריו תמוהים.

הלכה יג

מי שצוה בשעת מיתתו וכו' נתן כל נכסיו במתנה לאחרים וכו'. הרב רמ"א בדרכי משה סימן ק' כתב דדברי המרדכי פרק יש נוחלין סותרים זה את זה דכתב בנותן לבתו במתנת בריא מהיום ולאחר מיתה שתטול כאחד מהבנים דלא נקראים משעבדי לענין שלא תהא האשה גובה כתובה מחלקה ולענין כתובת בנין דכרין כתב בסוף הפרק דהוי כנכסים משועבדים ואין גובין הימנה כתובת בנין דכרין עיי"ש ונראה לחלק דבשלמא כתובה דודאי חל שעבודה אף על מתנה גמורה דהא כתובה גובה ממשעבדי רק דנימא דיש כאן חלק הבנים הנקראים בני חורין ואין גובין ממשעבדי במקום שיש בני חורין זה לא שייך כאן דזה אמרו חכמים לתקנת הלקוחות וזה לא שייך בנותן לבתו כנ"ל דמה תקנה יש כאן דמסתגי בשקלית כאחד מהבנים ולא יותר כמ"ש המרדכי משא"כ בכתובות בנין דכרין דאין שעבודו חל כלל אנכסים משועבדים וא"כ על מתנה זו לא חל כלל שעבוד כתובת בנין דכרין ואיך נאמר בסברא להיות חל עליו מה דתקנו חז"ל דכתובת בנ"ד ירתון תנן ולא חל כלל אמקבל מתנה שעבודא וכי בסברא כל דהוא נימא דיחול עליו שעבוד במה דתקנו חז"ל דלא יחול כלל וזה ברור.

ועוד יש לומר בשלמא בכתובה אם אתה דוחה אותה אצל הבנים ליטול מחלקם א"כ הבת נוטלת יותר מהבנים וזה לא היה דעתו דדעתו היה שתטול כאחד מהבנים משא"כ בכתובת בנין דכרין מיירי דהבנים רוצים ליטול חלק בראש כתובת אמן ובהנשאר לחלוק בשוה עם הבת ולפ"ז היו הבנים נוטלין יותר מהבת וזה לא היה דעתו של הנותן ולכך אמרינן דהוי כמשעבדי ואין להם ליטול כתובות בנין דכרין כי אם יחלקו בשוה וזהו כוונת הנותן באמת ולק"מ ולעולם אזלינן בתר דעת הנותן ואם אתה עושה כמתנה בעלמא תהיה הבת נוטלת ביותר אמרינן דעתו היה לירושה ואם אתה עושה כירושה תהיה הבת נוטלת בפחות וזה ודאי לא היה דעתו אמרינן דכוונתו למתנת בריא ואתי שפיר ולק"מ.

הלכה יד

בת הממאנת וכו'. עיין בהשגת הראב"ד ובמ"מ ועיין מש"כ לעיל בפרק שני מהלכות אישות אמנם המ"מ והר"ן תמהו מנין לו להרמב"ם דין זה ואין לו שורש בגמרא דמאחר שהממאנת אין לה עיקר כתובה מאין לו לרבינו שיהיה לבתה מזונות שהם מתנאי כתובה והבית שמואל בסימן קי"ב ס"ק י"א רוצה לחלק בין מיאון לקדושי טעות דגבי מיאון אם יש לה כתובה בעת הנשואין אלא אחר כך גרמה לעצמה הפסד מצד מיאונה אז לא הפסידה בתה זכות שלה אבל בקדושי טעות אז למפרע לא הוי נשואין כלל עכ"ל

ולא ידעתי דגם במיאון אמרינן דעקריה לקדושין קמאי ולכך מותרת בקרוביו וצריך לומר דס"ל לרמב"ם כמו דאמרינן דממאנת יש לה תוספות דזה כתב לה מחמת חיבת ביאה כמבואר בפרק כ"ד מהלכות אישות כן הדבר בתנאי מזונות שהוא הכל מחמת תוספות וחיבת ביאה שמוסיף לה מחמת חיבת נשואין ומ"מ טובא יש לחלק ביניהן והדבר צ"ע. **ואולי** היה להרמב"ם קצת ראיה מהא דאמרינן בכתובות דף ק"ב ע"ב דלכך מזון הבנות אינו גובה ממשעבדי דלמא צררי אתפסיה והקשו התוס' שם בד"ה אימר צררי אתפסינהו וכו' הא אמרינן לקמן דף ק"ז ע"א גבי פוסקין מזונות לאשת איש דאיכא בינייהו קטנה דלא מתפיס ליה צררי וא"כ במת והניח בנות קטנות לגבי ממשעבדי ועיין בתוס' שתירצו בדרכים שונים ולהרמב"ם ס"ל דהא דאמרינן לקמן דלקטנה לא מתפיס צררי היינו קטנה יתומה ולכך אינו מתפיס לה צררי דחושש שמא מחר תמרוד ותמאן ותצא בצרור הכסף שהיה מתפיס לה ולכך אינו מתפיס צררי משא"כ למזון בנותיו מתפיס צררי אפילו כשהן קטנים ביד קרוביהם שיהיו נזונות עכ"פ אך קשה א"כ קטנה הראויה למיאון שיש לה בת ומת הבעל לגבי ממשעבדי דאף לבת לא מתפיס צררי דאולי תמאן ותצא וא"כ אין לבתה מזונות ועל כרחך צריך לומר דאף בת הממאנת יש לה מזונות וא"כ מתפיס לה צררי עכ"פ.

הלכה טז

נשאת הבת ומיאנה או נתגרשה או נתארמלה וכו'. עיין בכ"מ ובב"י שתמה על רבינו דלפי פירושו דאלמנה וגרושה מן הנשואין נמי נזונות משל אביה ובאלמנה אפילו רבי יהודה מודה כדאמרינן בכתובות דף נ"ג ע"ב וא"כ איך שייך לומר ממאנת איכא בינייהו דלרבי יהודה תפסיד הממאנת מזונות כיון דאפילו באלמנה מן הנשואין כל זמן שלא בגרה יש לה מזונות לדעת הרמב"ם לדברי הכל ואיך יחלוקו בממאנת דעקרתינהו לנשואין מעיקרא ועיין מה שכתב. ולולי דמסתפינא הייתי אומר הא דאלמנה מנשואין יש לה מזונות היינו כשנשאה בחיי האב דהא לא חל שעבוד מזונות דנאמר דמחלה למזונות ולכך כשתתאלמן אף לאחר מיתת אביה לא הפסידה מזונות אבל בנישאת לאחר מיתת אביה הרי היא מחלה מזונות ואין לה עוד ולכך ממאנת דהיה לה נשואין לאחר מיתת אביה דבחיי אביה אין כאן מיאון ס"ל לרבי יהודה דמפסדת מזונות וזהו אמרו עודה בבית אביה יש לה מזונות הרצון אם היה נשואין בחיי האב יש לה אבל אין עודה בבית אביה הרצון דלאחר מיתת אביה נשאת והיינו ממאנת אין לה ות"ק מודה באלמנה רק חולק בממאנת דעקרינהו לקידושין וגם אין מחילת קטנה כלום זה מה שנראה לי בדעת רבינו.

אבל לתירוץ הב"י אף דהסברא נכונה מ"מ לא הבנתי איך מובן זאת במילתא דרבי יהודה דאמר עודה בבית אביה וכו' דהא הכל אינם בבית האב כשהן נשאות לבעל ואם הן חוזרת באלמנותן אף ממאנת חוזרת במיאונה ואיך רמז רבי יהודה בלשונו עודה בבית אביה לשלול ממאנת יותר מאינך ודוחק לומר הא דאמרינן ממאנת איכא בינייהו הרצון דת"ק דאמר אלמנה וכו' הוא הדין לממאנת ור"י מחלק בממאנת וקאמר דכשהיא בבית אביה וממאנת דהיינו ממאנת מאירוסין מודה ר"י לת"ק דיש לה מזונות אבל כשאינה בבית אביה דהיינו שנשאת וממאנת בזו ס"ל לר"י דאין לה הואיל ומדעתה מפסדת למזונות והלכה כת"ק אך זה דחוק דר"י יהיה מחלק בממאנת מה שלא נזכר מקדם שום רמז בברייתא ממאנת וצ"ע.

והנה דעת הרב בית שמואל סימן קי"ב ס"ק ט' בפירוש דעת רש"י בכתובות דף נ"ג ע"ב דכתב אלמנה מן האירוסין דאי מנשואין הא אין לה מזונות ואפילו ללוי שם דף נ"ג מודה במן הנשואין עכ"ל ולפי זה לרב דאף מן האירוסין אין לה מזונות אין מקום לדין זה ולענ"ד הוא דחוק לאוקמי כל הברייתא פלוגתא דת"ק ור' יהודה הכל שלא כרב ודלא כהלכתא ולכן נראה דס"ל לרש"י דודאי נשואה דתנאי כתובה הוא עד דתלקחן לגוברין ללוי על כרחך הכוונה אף שתתאלמן ותתגרש בעודה נערה דכל זמן שיושבת תחתיו למה לי תנאי וכי תטול מזון כפל הלא ניזונת משל בעל וכל התנאי כתובה הוא שלא תהא מחזרת על הפתחים ותמות ברעב וכשנשאת א"כ הרי יש לה מבעל ועל כרחך הכוונה דכשתנשא תפסוק החיוב אף כשתתגרש ולא יהיה לה משל בעל אבל באלמנה מאירוסין אף לרב דס"ל קיחה מאירוסין מ"מ יש לומר דדוקא בעודה ארוסה אבל בנתגרשה לא והא דהתנה עד שתארס איצטריך בעודה ארוסה דאין לה מזונות מארוס ואעפ"כ הפסידה מזונות (לפני) [לפי] תנאו דאמר עד דתלקחן ולרב ללקיחה דאירוסין נתכוון וא"כ הברייתא דברי הכל היא זהו מה שנראה לי בדעת רש"י אף דפשטא דלישנא דתוס' מורה כדעת הב"ש מ"מ נראה לי דזהו דעת רש"י ולזה נתכוון רמ"א דהביא דעת סתם דבנתאלמנה מאירוסין יש לה מזונות ולא חילק בין נתאלמנה בחיי אב או במותו והוא דעת רש"י דלא חילק כלל ועיין שם בבית שמואל.

הלכה יח

במה דברים אמורים בשהניח קרקע וכו'. בשו"ע סימן קי"ב סעיף י"ב הביא רמ"א בהגה דעת הב"י דהאידנא דכותבין בכתובה מטלטלין אגב קרקע הוה מטלטלין כמו קרקע והוא מדברי הריב"ש שכתב כן לענין כתובת בנין דכרין דתנאי כתובה ככתובה עיי"ש ואני לא הבנתי דבשלמא כתובה דיכול לשעבד והשעבוד חל א"כ כשמשעבד מטלטלין

אגב קרקע שעבודו חל משא"כ כתובת בנין דכרין ומכ"ש מזונות אטו שעבודיה מידי משא אית ביה הא הוי ליה דבר שאינו בעולם כמבואר בפרק יש נוחלין דף קל"א ע"א ועל כרחך משום תנאי בית דין גובה ותנאי ב"ד היה לגבות רק מקרקע ולא ממטלטלין ומה מהני דכתב ושעבד מטלטלין אגב קרקע הא שעבוד שלו כמאן דליתא דמי ומה יתן או יוסיף אם משעבד או לא הלא הוא דבר שאינו מועיל וכל הענין הוא מתקנת חכמים ותנאי ב"ד ותנאי ב"ד לא היה להפקיע כח הזכרים רק במקרקע ולא במטלטלין. ואפשר דגם הריב"ש לא אמרה רק בכתובת בנין דכרין וס"ל כפירוש הרשב"ם שם ירתון תנן דהואיל ואמר בלשון ירושה ובשעת ירושה הבנים בעולם וא"כ יכול לשעבד או כמו שכתב הראב"ד עיין בחידושי הרמב"ן לבבא בתרא דס"ל דמדינא הואיל ואמר בלשון ירושה והלכה כרבי יוחנן בן ברוקה מהני מדינא ולא דמי לאין אדם משעבד לדבר שלא בא לעולם ובזה שפיר יש לומר אי כתב מטלטלין אגב קרקע מהני אבל במזון הבנות לאחר מיתה דודאי אין מועיל שעבוד לבנות דלתניהו בעולם וגם לשיטת הרמב"ם הוי דבר שאינו קצוב פשיטא דאין בשעבודו ממש רק מתנאי ב"ד ותנאי ב"ד לא היה על מטלטלין כלל ושעבוד שלו לא מעלה ולא מוריד ולכך סתם רבינו הדברים אף דבנוסח הכתובה אשר לו בהלכות יבום כתב מטלטלין אגב קרקע.

פרק כ

הלכה א

צוו חכמים שיתן אדם מנכסיו מעט לבתו וכו' וזהו שנקרא פרנסה וכו'. ואם גם על הנשים היה ציווי זו לפרנס בתה נחלקו בו דהריטב"א בשם הרמ"ה כתב דמדקתני ניזונות מנכסי אב ולא מנכסי אם ולא קתני פרנסה נמי ש"מ דאחד האב ואחד האם שוין בזה ואולם מהרי"ל בתשובה סימן ע"ט לא ראה הריטב"א רק כתב מדמהדרינן לשנויי בכתובות דף ס"ח ע"ב הא דאמרינן פרנסה אינו כתנאי כתובה לענין האומר דאין בנותיו יתפרנסו מנכסיו דשומעין לו ולא משנינן לענין נכסי אם ש"מ דלית ליה מנכסי אם וזה דחה הרב בית שמואל סימן קי"ג ס"ק ד' דזה כבר נשמע ממתניתין מדלא תני אלא מזונות עיי"ש אמנם במסכת קידושין דף ל' ע"ב אמרינן על הא דאב מחויב להשיא לבנו אשה להשיא אשה מנא לן דכתיב וקחו לבניכם נשים ואת בנותיכם תנו לאנשים בשלמא בנו בידו אלא בתו בידו היא הכי קאמר להו תנו לה מידי וכו' ומדמייתי הך על להשיאו אשה ואלו בלהשיאו אשה האם פטורה כמבואר במתניתין ואלו הוי הך דלתת לה מידי דמיניה למידן פרנסת הבת שייך אף באם לא הוי ליה למיתני הך אמתניתין דלהשיאו

אשה כיון שאינם שוים אלא ודאי דבין להשיאו אשה ובין לפרנס הבת הדין שוה דמוטל על האב ולא על האם כדעת מהרי"ל.

ובגוף הראיה דקתני הבנות ניזונות מנכסי האב ולא מנכסי האם ולא קתני מתפרנסת יש לומר דודאי במקום דיש מקום לחול ירושה דאורייתא פשיטא דלא תקנו בנכסי אם אלא אפילו במזונות דעקרו לירושה דאורייתא לגמרי ואמרו דאין הבנים יורשים כלל בנכסים מועטים מ"מ אין הדין כן בנכסי האם וזהו שדייק הרשב"ם והנמוקי יוסף והבנות ניזונות בנכסים מועטין ולא פירשו בין בנכסים מרובים ובין בנכסים מועטים אלא ודאי דעיקר רבותא קמ"ל אפילו בנכסים מועטים דאלים התקנה כל כך עד שדוחה ירושה דאורייתא אפ"ה לא תקנו בנכסי אם ולכך נראה לענ"ד העיקר כדברי מהרי"ל.

הלכה ג

האב שמת והניח בת אומדין דעתו וכו'. עיין במ"מ שכתב ובהלכות כתב שנחלקו הגאונים בזה יש מי שאומר שהשומא הוא לפחות מהעישור ולא להוסיף ויש מי שאומר דבין לפחות ובין להוסיף וכו' והנה הטור סימן קי"ג הביא מתחילה דעת הראב"ד ז"ל בסתם מבלי חולק דאם השיא הבת בחייו אפילו לא הניח אלא שיעור מה שנתן לראשונה בי"ד אומדין דעתו שהיה נותן לשנייה כדרך שנתן לראשונה והוא יטרח אחר נכסים אחרים וכופין היורשים ליתן כולו ולבסוף הביא דעת הרא"ש דאין אומדין דעתו להוסיף על עישור נכסים ודבריו נראים כסותרים זה את זה. והאחרונים הביאו בשם מהרש"ל דהיכא דהשיא האב כו"ע מודים דאמרינן אומדנא אף להוסיף ולדבריו יש להקשות אהא דקאמר בגמרא דכתובות דף ס"ח דהא דקתני השיאה להודיע כחן דרבנן דאף בהשיאה לא אזלינן בתר אומדנא דהא נמי לרבי יהודה איצטריך השיאה דאמר ינתן לשניה מה שנתן לראשונה דאמרינן אומדנא אף להוסיף וזה דוקא בהשיאה וכן תקשי מה דפריך ולימא הלכה כרבי יהודה ומשני דהו"א דוקא השיאה קמ"ל ומה קאמר הו"א הא באמת לדעת מהרש"ל איכא נפק"מ טובא דבהשיאה נוטלת הכל ובלא השיאה לא תטול יותר מעישור נכסים ודינו של זה לא כדינו של זה. וצריך לומר לתירוצו של מהרש"ל כדעת הרא"ה ז"ל דודאי שמואל ורבי יהודה סתמא קאמרי דלעולם אזלינן בתר אומדנא בין להוסיף על עישור ובין לגרוע אלא דאנן סמכינן אהא דקאמר רבא הלכתא כרבי דיהבינן עד עישור נכסים וכוותיה קי"ל ומעתה לא קשה מכל דברי הגמרא.

איברא דא"כ אין בכלל לישנא דרבי יהודה הכרע דבהשיאה יש להוסיף על עישור נכסים כיון דהוא לא ס"ל הך דעישור נכסים וגם לפי זה הא דפסק הטור דאף דעישור נכסים אינו נגבה אלא מהקרקע מ"מ השומא הוא בכל עזבון אביהם מכח קושיית התוס'

דף נ"א ע"א בד"ה ממקרקעי ולא ממטלטלי וכו' דרבא פסק ממקרקע ופסק נמי הלכה כרבי יהודה ושמואל דאמרי שמין באב ומשמע אפילו מטלטלין ולכך נכנסו הבעלי תוס' בחילוק זה ונמשך הטור אחריהם ואלו דעת הטור כמ"ש לעיל לק"מ קושיית התוס' ואין כאן הכרח כלל לדין זה דודאי לרבי יהודה דס"ל דבכל מילי אזלינן בתר אומדנא אפילו להוסיף פשיטא דיש לה מן מטלטלין כיון דאזלינן בתר דעת אביה כמ"ש התוס' אבל לדידן דקי"ל רק בזה כר"י דאומדין דעתו אבל לא להוסיף אתקנת חכמים שהוא עישור נכסים וא"כ אין הלכה כרבי יהודה בכולו רק במקצתו א"כ אף גם לענין גביית קרקע ומטלטלין אין הלכה כמותו דאין לנו להוסיף אתקנת חכמים דס"ל דאין להגבותה מן מטלטלין ואין אנו משגיחן באומדן האב לבטל תקנת חז"ל ולא קשיין דברי רבא אהדדי דס"ל כר"י לילך בתר אומדנא ולא ס"ל כר"י לבטל תקנת חכמים כמ"ש לעיל ולכן נראה ברור דליתא לדברי מהרש"ל בביאור דברי הטור.

ובישוב דברי הטור נראה לענ"ד פשוט דמיירי דמת האב והניח על דרך משל אלף זהובים ואח"כ מת אביו שהוא זקנו של היורשים והניח ט' אלפים זהובים והאב נתן לבת ראשונה שהשיא אלף זהובים ולפ"ז אם אמרינן לילך בתר אומדנא ליתן לשנייה ג"כ אלף זהובים אין כאן תוספות על עישור נכסים דהעישור שמין אף בראוי ובנכסי זקנם כמ"ש הטור להדיא סימן קי"ג רק דיש מקום לומר איך נאמר דדעת האב היה ליתן לזו אלף זהובים הא כל רכושו לא היה כי אם סך זה ומזה לא ידע דימות אביו ויניח ממון וא"כ איך היה בדעתו ליתן כל הונו ורכושו לבתו והוא יהיה ריקם מכל וא"כ ודאי דלא היה דעתו להרבות לה פרנסה כל כך רק למעט וא"כ אף עכשיו דנתרבו הנכסים במות זקנם מ"מ אין להוסיף לה מכפי אומד דעת אביהם דלמעט מעישור אזלינן בתר אומדנא ולזה כתב הטור בשם הראב"ד דאומדין דעתו שינתן לשנייה ככל מה שנתן לראשונה ואף שיהיה צריך לטרוח אחר נכסים אחרים מ"מ אמרינן דודאי היה נותן לשנייה אפילו שהוא כל הונו מ"מ לא היה משנה בת אחת מן הבת האחרת וגם לזו היה נותן אלף זהובים אלו היה חי וכיון דעכשיו נתרבו הנכסים עד שאין באומדן דעת האב לגרוע תקנת חכמים להוסיף אעישור נכסים יהבינן לה בלי כושל כפי אומד הדעת והוא העישור נכסים ולא קשה מידי וטובא קמ"ל הטור בדעת הראב"ד ז"ל ונפק"מ לדידן ולענ"ד הדבר ברור בדעת הטור.

הלכה ה

עישור זה וכו' ויש לה לגבות עישור זה משכירות קרקע. בטור סימן קי"ג כתב ומן הראוי עיי"ש וכתב הרא"ש הטעם הואיל ובע"ח דאחי הוה גובה מהראוי ויש כאן תימה

בדברי הרא"ש דהא ס"ל לרא"ש דבע"ח אינו גובה מהראוי וא"כ אף דבע"ח דאחי הוה מ"מ כיון דראוי הוא לא לגבה ועוד קשה דבהשכירו האחים לאחר מיתת אביהן דהוי ראוי כתב הבית שמואל סימן קי"ג ס"ק ז' דהוא מחלוקת הנמוק"י והמרדכי והרא"ש דהנמוק"י כתב פרק המוכר דאינה גובה מהן דהוי ראוי ולהרא"ש גובה אף דהוי מן הראוי כיון דהוי בע"ח דאחי ומה בכך דהוה בע"ח דאחי אם השכירו האחים הבתים מה לה בזה הלא עישור נכסים שמינן בשעת מיתה ואם השביחו האחים הנכסים אח"כ אין לה לבת חלק בו דהא אומדין עישור נכסים הכל כשעת מיתה כמ"ש רמ"א שם בהגה סעיף ב' וא"כ מה ראוי שייך כאן בהשכירו אחים לאחר מיתה הלא בשעת מיתה אין זה נכנס בחשבון עישור נכסים ואם נאמר כיון דיש לה חלק עשירית בקרקע א"כ חלק עשירית משכירות ג"כ יש לה דקרקע שלה השביח מלבד דדין זה לא נראה דהא אף דשמין כשעת מיתה מ"מ אין זמן גבייה רק בשעת נשואין ואף דלו יהיה כן אין זה ענין לראוי שיהיה בו מחלוקת הנמוק"י והמרדכי והרא"ש.

ולכן נראה ברור בדברי הרא"ש ז"ל דודאי שכירות הבית מהאחין לא נכנס לחשבון הנכסים עד שיטלו הבנות הימנו עישור נכסים רק נוטלת עישור ממה שנמצא בשעת מיתה אמנם כיון דהעישור הזה אינו נגבה אלא מקרקע בזה קאמר הרא"ש דאם עישור שלהם מאה זוז והשכירו הבתים גובה מאותו השכירות המאה זוז דשכירות הוי כקרקע וכמו דגובה מהבתים עצמן ג"כ גובה מהשכירות ושלא תימא הא שכירות הוי ראוי ואין בע"ח גובה מהראוי לדעת הרא"ש כמו שהוכיח סוף פרק יש בכור במסכת בכורות ולזה קאמר דבע"ח דאחין הוא וא"כ בשעת גבייה חל שעבודה עליה ומה גם כיון דבע"ח דאחין הוא א"כ אותו שחייב שכר הבתים משועבד לבת מדרבי נתן כידוע גבי מלוה בבע"ח והיא היא וזה ברור לענ"ד בדעת הרא"ש.

איברא הטור כתב דגובה מהראוי כגון שמת אביה בחיי זקנה ולא הניח נכסים ואח"כ מת זקנה נוטלת מנכסיו עישור נכסים הרי דדעתו דאף הראוי נכנס לחשבון וגם ממנו גובה עישור ולא ידעתי למה כיון דבע"ח אינו גובה מהראוי א"כ מה בכך דבע"ח דאחין היא מ"מ בשעת מיתה אין כאן נכסים שיחול שעבוד הבת עליהם ואם נתרבו אח"כ מה לה בהן הלא בשעת חיוב לא חל שעבוד כלל על נכסים הראוים דאין ראוי משועבד ואם אח"כ יפלו נכסים איך תטול חלק בהן ונוטין הדברים כאלו דעת הטור חולק אדעת הרשב"א שהביא המ"מ בשמו דמשערין הכל לפי שעת מיתה אף דאין לה בהן עד שעת נשואין וס"ל דגם לענין אמוד וחשבון עישור נכסים אזלינן הכל בתר נשואין וא"כ אז כבר מת הזקן ולפי ענין נכסים תטול וזה דוחק כי מסתבר דברי רשב"א וגם רמ"א העתיקן

בהגה סי' קי"ג סעיף ד' בלי חולק.

והנה הרב בעל משנה למלך תמה בלא"ה על הטור דאף דעישור נגבה מן הראוי מ"מ למה תטול עישור נכסים בנכסי זקנה הלא הבנים יטענו אנו במקום אבא דאבא קאתינא כדאמר במסכת בבא בתרא דף קנ"ט ע"ב אהא מתניתין נפל הבית עליו ועל אביו והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב וכו' וכן הרב בעל שבות יעקב תמה כן על הטור עיי"ש ובאמת כפי מש"כ הטור בחו"מ סי' ק"ד גבי נפל הבית עליו ועל אביו דאין בע"ח נוטל בראוי מבואר דהך דאמרינן על זה בגמרא דב"ב דף קנ"ט אנא במקום אבא דאבא קאתינא הוא רק לשון מושאל והכונה הוא דלא היה לאבינו זכייה בו דהיה גביה ראוי ולכן אנן יורשין לזקנינו משא"כ אלו היה בע"ח נוטל בראוי לא היה שייך לומר אנן במקום אבא דאבא קאתינן דהא הם באים מכח אביהם ואי משום דהיה לאביהם רק ראוי מה בכך אלו בע"ח נוטל בראוי וכן מבואר הדבר ברא"ש בבכורות סוף פרק יש בכור דהוכיח דאין בע"ח נוטל בראוי מהא דאמרינן אנן במקום אבוה דאבא קאתינן וכן הוא בבעל התרומות שער מ"ג עיי"ש ועיין בשו"ת רמ"א סימן ג' מבואר ג"כ דהך אנן במקום אבוה דאבא קאתינן הוא רק אי בע"ח אינו נוטל בראוי ומעתה לא קשה מידי על הטור דכיון דס"ל דעישור נכסים גובין מן הראוי לא שייך אנן במקום אבוה דאבא קאתינן.

ואפשר עוד לומר כיון דאמרינן על הבנים דיורשין זקנם דהוה כבניו ממש דכתיב תחת אבותיך יהיו בניך א"כ אף בת בנו הוה כבתו וכמו דיש תקנת פרנסה על האב כך יש תקנת פרנסה על הזקן אם הבני בנים יורשין אותו דעומדין במקום בנים א"כ אף בת הבן עומדת במקום בת לענין פרנסה והרי היא תקנת פרנסה דלקפוץ עליה גוברין במקומו דמאי שנא אביה ומאי שנא זקנה כיון דהבנים הן העומדין במקום אביהם והרי הן כבנים וא"כ חזר העישור למקומו ובזה מתורץ ג"כ מה שהקשיתי לעיל דהא אין משערין הנכסים רק כשעת מיתה של אב דיש לומר דלענין ירושת זקנם שאני דגם עליו מוטל פרנסת נכדו כמו ירושת נכדו הזכר ובני בנים הרי הן כבנים ממש לכל דבר והא דפריך בגמרא דכתובות דף ס"ח ע"ב אהא דאמרינן דפרנסה אינו כתנאי כתובה למאי ולא משני דפרנסה אינו כתנאי כתובה דגובה מנכסי זקן דודאי תנאי כתובה אינה נוטלת בנכסי זקן זה לא קשה כלל דהא בלאו הכי צריכין לתרץ למה לא משני לענין ראוי דכתובה ותנאים אינה נוטלת בראוי ואלו פרנסה נוטלת (ואף דלדעת הרא"ש דס"ל דלכך נוטלת בראוי משום דבע"ח דאחי הוה וא"כ ליכא לשנויי הכי דא"כ למ"ד דבע"ח דאבוה הוה מה איכא למימר מ"מ לדעת המרדכי דס"ל דדוקא בכתובה ותנאי כתובה הוא דאיכא מקולי כתובה אינה נוטלת בראוי הא פרנסה נוטלת ולא תליא בזה אי בע"ח דאחי הוה

או דאבוה תקשה דהוי ליה לשנויי הכי) ועל כרחך צריך לומר דחדא מינייהו משני ואתי שפיר וצ"ע.

הלכה ו

הבת בעישור זה וכו' ואם מתו האחין נוטלת אותו מן בניהם מזיבורית ובשבועה שהרי היא נפרעת מנכסי יתומים וכו'. לכאורה משמע דמיירי דמתו האחין לאחר מיתת האב קודם גבייה ויש לחוש שהם פרעו או התפיסו צררי אבל אם מתו קודם האב שבועה זו מה טיבה דהאב אינו מתפיס צררי דבעל חוב דאחין הוה דאל"כ אף כשמת האב ובאה לגבות מהאחין נטעון דלמא התפיס האב צררי. איברא בהא דאמרינן בגמרא דכתובות דף ס"ט ע"א דרבינא אגביה לברתיה דרב אשי מבריה דרב סמא בריה דרב אשי זיבורית בשבועה פירש רש"י דרב סמא מת בחיי רב אשי ומ"מ הצריכה שבועה וצריך טעם למה וצ"ל דאם אחיה היורשים טוענים השבע לי אולי התפיסך אבינו צררי חייבת לישבע רק אם הם לא טוענין אנן לא טענינן להו אבל ליתמי דיתמי אנן טענינן דלמא אלו הוי היורש הראשון חי היה הוא טוען לישתבע לי ולזה נתכון הראבי"ה בהגהת מיימוניות דכתב דאם יטענו היורשין בפירוש השבעי שלא התפיסך אבינו צררי חייבת לישבע כעובדא דרבינא דגבי לברתיה דרב אשי וכו' עכ"ל ולכאורה אין לדברים אלו פתר דמה ענין זה להתם דהוה יתומים של אחיה כמ"ש הרמב"ם ולפי מש"כ ניחא דמהתם מוכח כמ"ש לעיל דיש ביד היתומים להטיל עליה שבועה אף בשמא אם יטענו כך דאל"כ לא הוי אנן טענינן כן ליתמי דיתמי.

הלכה ט

מי שמת והניח שתי בנות ובן וכו' חולקות בשוה וזכתה ראשונה בעישור שלה. התוס' דף ס"ט ע"א בד"ה משום רווח ביתא וכו' נסתפקו בהניח עשר בנות דליכא רווח ביתא כיצד הדין והפוסקים השמיטו הספק הזה משום דס"ל דאי איכא עשר בנות אם אתה אומר ליטול כל אחת עישור נכסים ואח"כ לחלוק הנשאר בשוה בתורת ירושה א"כ אתה מפסיד לאחרונות דעל דרך משל דהניח אלף זוז ונטלה הראשונה מאה זוז ונשאר תשעה מאות זוז ואם תחלק בשוה יגיע לכל אחת תשעים זוז ואם אתה תגבה לכל אחת עישור והיינו כעשרייתא דרבי בגמרא תגיע לשנים ושלוש בנות אחרונות משבעים ועד שמונים זוז ולא יותר וא"כ אתה מפסיד להן וחכמים תקנו לטובת כולם ומה חזית דאזלית בתר תקנת הראשונות זיל בתר תקנת האחרונות ואין להפסיד חלקן רק לחלוק בשוה.

הלכה יא

מי שמת והניח אלמנה ובת וכו' שהרי הנכסים כולן בחזקת האלמנה שתהא ניזונת מהן. וכתב החלקת מחוקק סימן קי"ג ס"ק י"ז שיש להסתפק אם מכר הבן הנכסים שאז האלמנה אינה מוציאה למזון שלה מן המשועבדים אם נאמר שהבת מוציאה לפרנסה מן הלוקח והאלמנה מן הבת והלוקח מן האלמנה וחוזרים חלילה עד שיעשו פשרה והניחו בספק ולי הדבר צ"ע דמה ספק יש כאן כיון דמדינא אף האלמנה היתה מוציאה למזונות מיד לקוחות אלא מפני תיקון העולם שאינם כתובין או קצובין תקנו חכמים שלא יוציאו למזון אשה מלקוחות וא"כ כאן דכבר הוציאו לפרנסת הבת וזכתה בהן האלמנה איך יוציא הלוקח ממנה הא מדינא משועבד לה ותיקון עולם לא שייך כאן דהא בלא"ה לא היה לו ליקח קרקע המשועבדת לפרנסת הבת והוא דאפסיד אנפשיה דלקח קרקע המשועבדת לאחרים ואלו לא היתה האלמנה גובה היה הקרקע נחלט ביד הבת ואם כן מה תיקון עולם יש כאן הא הוא הכניס עצמו בהפסד עכ"פ.

הלכה יג

נשאת הבת אחר שגדלה וכו'. בטור סימן קי"ג הביא בשם הרמ"ה דאם נתארסה בנערות צריכה ג"כ למחות וכתב הטור ואין נראה כן לדעת התוס' ופירש הבית שמואל דהתוס' בכתובות דף ס"ח ע"ב בד"ה בין נשאו וכו' כתבו דלכך לא קתני אארסו משום ר' שמעון ב"ר אלעזר דאמר בנשאו אבדו פרנסתן ולדידיה נשאו דוקא א"כ מר"ש ב"ר אלעזר נשמע לרבי דבאירוסין אינה צריכה מחאה ובאמת אין הדמיון יפה דבשלמא לרשבר"א דס"ל דמחאה לא מהני רק אי לא מחלה הוי לה להוציא את שלה הראוי לה מתחת ידן וזהו דוקא בנשואין אבל באירוסין אין האחין מחויבים לתת לה את שלה עד שעת נשואין וא"כ כיון שמחתה מה הוה לה תו למעבד ופשיטא דס"ל לרשב"א דמחאה לבד סגי באירוסין משא"כ לרבי דס"ל בכל דוכתי סגי במחאה א"כ אף באירוסין כשפסקו לה האחין דבר מועט והיא שתקה אבדה זכות שלה ומחלה דהוי לה למחות כמו בנשואין. אמנם נראה להיפך מדברי התוס' דהקשו דליתני נתארסו וכי תימא דקמ"ל רבותא דאפילו בנשאו לא אבדו פרנסתן דא"כ ליתני רבותא טפי אפילו נשאו ובגרו לא אבדו פרנסתן ואי סלקא דעתך דס"ל להתוס' דלרבי בנתארסה אינה צריכה למחות איך מקשים דליתני נתארסו דלא אבדו פרנסתן כיון דבאירוסין לא בעי מחאה דאפילו בלא מחאה לא אבדו פרנסתן ובנשואין בלא מחאה אבדו פרנסתן ודינו של זה לא כדינו של זה וא"כ איך ליתני נתארסו דלא אבדו פרנסתן אפי' בלי מחאה הו"א אפי' נשאו אינה צריכה מחאה וזהו ליתא דנשאו צריכה מחאה וא"כ איך ליתני נתארסו ופשיטא דאיכא רבותא

בנשאו דדינו של זה לא כדינו של זה ובאמת לישנא דתוס' משמע דאירוסין ונשואין חד דינא אית ליה רק בזה רבותא טפי ולכן אפשר דגירסא ישנה שהיתה בטור הוא וכן נראה דעת התוס'.

הלכה יד

מי שצוה לתת לבתו כך וכך מעות לפרנסתה ליקח בהן קרקע וכו'. עיין בבית שמואל סימן נ"ג ס"ק א' דהשיג על החלקת מחוקק דכתב בשם הר"ן דאם הניח לה אביה קרקע והיא אומרת יעשה הבעל מה שירצה בו אם אינה בת כ' שנים אין הבעל יכול למכור כמו שהיא אינה יכולה למכור בנכסי אביה בפחות מעשרים שנה זהו דעת הח"מ והב"ש השיג עליו דקי"ל במתנה יכול הבן ליתן בנכסי אביו אפילו בפחות מעשרים שנה וזהו הוי מתנה לבעלה וכיון שקנה הבעל במתנה יכול אח"כ לעשות בו כחפצו ולא ידעתי דא"כ מה קשיא ליה להר"ן במתניתין דף ס"ט ע"ב בהא דאמר ר' יוסי וכי אינה אלא שדה והיא רוצה למוכרה הרי היא מכורה דהא קי"ל בנכסי אביו עד שיהיה בן עשרים שנה דהא מתניתין מיירי במתנה ורוצה למוכרה דקתני לאו דוקא ובמתנה לא צריך כ' שנה כלל ואי כוונת הר"ן לדייק במתניתין הלשון דקתני והרי היא רוצה למכרה ובמכירה צריך כ' שנה היא גופא קשיא במתניתין דלמה בחר המתניתין לשון שיש בו מהקושי והספק ולא נקט לשון האמיתי וכהוויתן והרי היא רוצה ליתן במתנה אלא ודאי הדבר ברור דהיא האומרת יעשה מה שחפץ בו אין זה מתנה שמסלקת עצמה ממנו רק נותנה לו בתורת נכסי צאן ברזל והוא יעשה בשדה מה שירצה אבל מ"מ הדמים חוב עליו וזהו לישנא נאמן עלי בעלי ופירש רש"י שלא יעכבם לעצמו וא"כ אין כאן מתנה רק מכירה גמורה שהבעל נתחייב לאשה בדמים ולכך אמרינן בכל דוכתי בעל בנכסי אשתו לוקח הוי ולא אמרינן מקבל מתנה הוא ובפרט בנדון הלזה שנתחייב לה דמים כשתתאלמן או כשתתגרש והרי היא מכירה גמורה ויפה כיון החלקת מחוקק דבקרקע שירשה בפחות מעשרים שנה אין לה יד למכור לבעלה וגם הבעל אין לו יד למוכרו וברור הוא וכן מוכח בגמרא שם דאמרינן במה דברים אמורים בגדולה אבל בקטנה אין מעשה קטנה כלום ודייקינן מיניה בגמרא דאע"ג דפעוטות מקחן מקח וכו' כאן שיש שליש הוה כמו אפטרופס ולכך אין מקחן מקח וקשה הא במתנה כתבו התוס' דף ע' ע"א בד"ה אבל יש שם וכו' דאפילו יש שם אפטרופס מתנתן מתנה וא"כ למה אין מעשה קטנה כלום ועל כרחך צריך לומר דכאן לא הוה מתנה רק מכירה דנתחייב לה הבעל בדמים ולכך אין מעשה קטנה כלום ופשוט הוא.

פרק כא

הלכה א

מציאת האשה ומעשה ידיה לבעלה וכו'. עיין בשו"ע סימן פ"ד בבית שמואל ס"ק א' דכתב דרש"י והרא"ש מחולקים דרש"י ס"ל דכל מציאות הוה כהעדפה שעל ידי הדחק ולהרא"ש ליתא להך כללא רק מציאה דהוי ע"י הדחק הוא דהוי כהעדפה שעל ידי הדחק ולי נראה דלא נחלקו בזה כלל דאם היא הלכה ומצאה אבנא טבא וכי זו הוי כהעדפה שע"י הדחק רק כוונת רש"י בדף ס"ו ע"א לבאר במה דאמרינן הא דתניא מציאתה לעצמה הוא התנא דס"ל דהעדפה ע"י הדחק לאשה וקשה ליה לרש"י איך קתני סתמא מציאה הא איכא מה דלא הוי ע"י הדחק ולזה מפרש רש"י דסתמא דמציאות הוי כהעדפה ע"י הדחק ולכך קתני ליה סתמא וזה שכתב דרוב מציאות צריך לחזור אחריהן וכו' ולכך קתני סתמא מציאתה לעצמה דרוב הן ע"י הדחק וגריר תנא דברייתא בלישנא בתר רובא אבל ודאי לדינא אם אנו רואין דהמציאה היתה באופן דלית ביה דחק כו"ע מודים דלבעלה ואי אית ביה דחק הוי כהעדפה שע"י דחק דנחלקו בו הפוסקים ואין כאן מחלוקת בין רש"י והרא"ש ז"ל כלל.

הלכה ב

דחקה עצמה ועשתה יותר מן הראוי לה המותר לבעל היה לו ממון הרבה וכו' שהבטלה מביא לידי זימה. הר"ן צידד לומר דאעפ"כ מעשה ידיה לבעלה דאם לא כן מי ישגיח עליה אם תבטל ממלאכה עיי"ש וקצת קשה דא"כ למאן דאמר בכתובות דף נ"ט שהבטלה מביא לידי שיעמום ולא לידי זימה ודאי דשלה הן דמה נפק"מ עד שיהיה אנו מצריכין לידי משגיח ואם היא תבטל ותשתגע אין אנו אחראין ולא בשביל זה נאמר שיהיו מעשה ידיה לבעלה שישגיח עליה כי אין אנו אחראין בזה ולפי זה הא דקמבעי שם בגמרא מה בין ת"ק דאמר שהבטלה מביא לידי זימה לרבן שמעון בן גמליאל דאמר מביא לידי שיעמום נימא דאיכא בינייהו אי שלה הן או של בעלה ויש ליישב.

הלכה ד

ומלאכות אלו עושה אותן היא בעצמה. עיין במשנה למלך שהאריך בשם רש"י בכתובות דף ס"א ע"א ובלישנא דטור אי דברים אלו הוי חיובא על אשה או מדרך עצה טובה להראות חיבתה אבל אין כופין אותה על כך ועיי"ש שהאריך ולפי מה שסתם רבינו הרמב"ם וכן ביו"ד בש"ע הלכות נדרים סימן רל"ד סעיף ע"ג דהנודרת מבלי למזוג לו

הכוס ולרחוץ פניו אינו צריך להפר לה ולא כתבו בהכניסה לו ד' שפחות דצריך להפר כיון דאין כופין אותה ש"מ דס"ל דחיובא איכא עליה וכופין בכך ופשוט הוא.

הלכה ט

האשה ששברה כלים בעת שעשתה מלאכתה פטורה ואין זה מן הדין אלא תקנה שאם אין אתה אומר כן אין שלום בתוך הבית וכו'. בירושלמי פרק הכותב מבואר זה הדין כמ"ש המ"מ אמנם שם לא נזכר ששברה בעשתה מלאכה אמנם רבינו שכתב בעת עשותה מלאכה ס"ל דממקומו נלמד דמיירי באופן הזה דקתני התם האשה ששברה כלים מה את עבד לה כשומר שכר או כשומר חנם מסתברא כש"ש ואמרינן דאפילו כש"ח אינה דאם אתה אומר כן אין שלום בית לעולם עכ"ל ואלו שברה כלים מעצמה הרי היא מזיק בידים ואדם מועד לעולם בין שוגג ובין מזיד וכו' ובזה הש"ח והש"ש שוים ודין אחד להם ועל כרחך מיירי ששברה בעוסקה במלאכה ודרך מלאכתה נשבר הכלי וס"ל דדמיא להמעביר חביות ממקום למקום ונשברה דקי"ל שומר שכר ישלם שומר חינם ישבע דהוי כמו אבידה דחייב בה הש"ש ולכך נסתפק הירושלמי כאיזה מהשומרים נחשבת האשה והעלה משום שלום בית פטורה מכל ויפה הוסיף רבינו בלשונו בעת שעשתה מלאכה בתוך הבית והבית שמואל סימן פ' ס"ק כ"ב הרגיש בתוספת זה וכתב כי בירושלמי לא נזכר כן ולפי מ"ש ניחא.

ובזה נראה להבין דגם מהראב"ד ז"ל לא היה הירושלמי הנ"ל בהעלם דבר רק דס"ל דהירושלמי לא פטרה מתשלומין בשביל שלום בית רק דירושלמי חשבה לדין להיות כשומר חינם והיה מגיע לה שבועה וזה שעקרו ממנה השבועה לבל תהא נשבעת הוא משום שלום בית דישביע אותה ויחשבה לנקלה אבל במקום דחייבת ממון מדין לא פטרוה משום שלום בית ולכך הדבר נלמד בירושלמי מענינו דקתני התם מקודם לזה דמן הדין היה במושיב אשה חנונית להשביעה ע"י גלגול שבועה על פלכה ועסתה רק מפני שלום בית תקנו שתהיה פטורה מהשבועה ועלה קתני הך האשה ששברה כלים וכו' ואי התם פטורה אף מתשלומין אין ענינו לכאן דכאן אלו נודע שחייבת לו מן פלכה ועסתה פשיטא שחייבת לשלם אלא ס"ל דשאל בשברה כלים אי כשומר שכר או כש"ח נדונת ורצה מתחילה לומר כש"ש ומסיק דודאי הדין הוא להיותה כש"ח והיינו דתהא נשבעת אך אמרינן אפילו כש"ח אינה ופטורה משבועה דאם את אומר כן להצריכה שבועה אין כאן שלום בית והרי כל שלום בית הוא לפוטרה משבועה ודמיא להך פלכה ועסתה וא"כ ס"ל להראב"ד דהירושלמי ס"ל דנתקל לאו פושע הוא ולכך מדמי ליה לדין שומרין ובשביל שלום בית פטרוה משבועה אבל לדידן דקי"ל נתקל פושע הוא וא"כ

לא נפק"מ בדין שומרין ש"ח או ש"ש שניהם חייבים לשלם ואין כאן שבועה כלל וכיון דחייבין ממון לא שייך שלום בית ולכך יצא לדון בדבר חדש דהוי פשיעה בבעלים והיינו ממדרש כתובה נלמוד אנא אפלח ואוקיר ואוזין וכמו שפירש ר"ת שאטרח בעבודת האדמה ובכל עבודה בשדה להביא טרף ולזון אותך וא"כ אין לך שאול לה גדול מזה שהרי הוא משועבד לעבודתה ולזונה ולכך כתב הירושלמי מפני שלום בית ולא כתב טעמו של הראב"ד דבמקום דאין חייב לזונה כגון דאמרה איני ניזונת ואיני עושה וא"כ אין הבעל שאול לה כלל מטעם פשיעה בבעלים חייבת אמנם מטעם הירושלמי לעולם פטורה ולכך לדידן דלדעת הראב"ד דלא שייך בפשיעה שלום בית כלל כתב הטעם משום פשיעה בבעלים ובאמת במקום דליכא מזונות חייבת דלא הוי פשיעה בבעלים כלל ודברי הראב"ד מבוארים וגם דברי רבינו הרמב"ם דס"ל דנתקל לאו פושע הוא כמבואר בחו"מ סימן ד"ש עיי"ש בסמ"ע ובש"ך שכתב להדיא דלא ס"ל להרמב"ם נתקל פושע הוא.

הלכה יא

האשה כל זמן שהיא מניקה את בנה וכו' מפני שצער גופה קודם. תמה המ"מ וכן הטור סימן פ' דהא אמרינן בכתובות דף ס' ע"ב ולא תאכל עמו דברים הרעים לחלב ונראה דודאי אוכלת משל בעלה צריכה לאכול דברים שאינם מזיקים לולד כלל אף שיש לה צער דגופא כי לכוונה זו מרבה לה הבעל מזונות בשביל הולד ולא תאכל משלו דבר המזיק לולד משא"כ באוכלת משל עצמה אין ביד הבעל לעכב עליה כי צערא דגופא קודם וזהו שאמרו בגמרא ולא תאכל עמו דייקא דהיינו כשהיא עם הבעל ואוכלת עמו אז לא תאכל דברים הרעים ואינה אוכלת הרבה המזיק לולד אבל באוכלת משלה יכולה לאכול כמו שתרצה וכן כתב הב"ח והוא הנכון. ואפשר לומר דתרתי אסור לאכול אכילה גסה המזיק לולד ולאכול דברים הרעים כי כאן ודאי איכא ברי היזקא ובלי ספק הולד בסכנה וזהו שאמרו אוכלת הרבה ולא תאכל דברים הרעים דהיינו תרתי אכילה מרובה ודברים בלתי בריאים ולכך קתני זהו ולא תאכל דברים הרעים עליה דהיא אוכלת הרבה משלה אבל בחד מינייהו או אכילה גסה או דברים בלתי בריאים אין כאן ודאי סכנה וצערא דגופה קודם וכמ"ש החלקת מחוקק ולכך דייק הרמב"ם הרי היא מתאוה לאכול יותר או מאכלים אחרים ודוקא חדא מינייהו מותר זה או זה והראשון נראה יותר נכון.

הלכה יג

נדרה שלא להניק את בנה כופה אותה ומניקתו וכו'. כתב בהגהת הרא"ש פרק אע"פ דאם נדרה דאסרה על נפשה הנאת הנקתה ושמע בעלה ולא הפיר צריכה לקיים נדרה

ותצא בלי כתובה או תשכור משלה מיניקה דהיא נתנה אצבע בין שיניה וכן בנדרה הנאת תשמיש על עצמה וקיים לה הוא תצא שלא בכתובה עכ"ל והדבר צריך ביאור דהא קי"ל כשמואל בשמעתין דהמדיר דף ע"א ע"א דחוששין שמא ימצא פתח לנדרו ועל כרחך כל הני דקחשיב במתניתין דקתני בהו יוציא איירי דנדרה היא וקיים לה בעלה ולכך כופין להוציא אותה בכתובה דהוא נותן אצבע בין שיניה וכן הביא הגהת הרא"ש שם בשם מהרי"ח שגם הגהה הנ"ל הוא בשמו בפרק המדיר דאם קיים לה הוא יוציא אם לא נשאל על הקמתו הרי דס"ל דהוא נותן אצבע בין שיניה.

וצ"ל דס"ל לחלק משום דקשיא ליה הא דאמרינן בכתובות דף נ"ט ע"ב בהס"ד בהך ברייתא נדרה שלא להניק את בנה דבית שמאי אומרים אינו כופה ובית הלל אומרים כופה ואמרינן בהס"ד דב"ש ס"ל הוא נותן אצבע בין שיניה וב"ה ס"ל היא נותנת על כן כופה אותה דא"כ כל הנך בבא דמתניתין ריש פרק המדיר דלא כב"ה ואף דבמסקנא לא קאי הך אוקימתא מ"מ לא משום קושיא זו הדר ביה הגמרא ולכן ס"ל דבשלמא בנדרה מהדברים דהרשות בידה להדיר כגון שלא תתקשט או שלא תאכל פירות וכדומה רק דיש ביד הבעל רשות להפר הואיל ויש בהן מעינוי נפש או מדברים שבינה לבינו אם כן אמרינן כיון דהיא נדרה שלא במעל הפשע יותר על הבעל שקיים לה הנדר מעל האשה שנדרה ברב שיחה וכעסה משא"כ בדבר שהיא משועבדת לו מן התורה או מדברי חז"ל והשעבוד כל כך אלים עד שאפילו קונמות אינן מפקיעין והיא נדרה בערמה בלשון שתוכל להפקיע שעבודו ממנה שאסרה על עצמה ואין מאכילין לאדם דבר האסור לו וא"כ ידה היה בפשע להפקיע שעבוד הבעל אשר לא כדת א"כ אף שהבעל קיים לה מ"מ היא העיקר הפושעת שהכניסה עצמה לעבור על תקנת חז"ל ולכך הדין עם הבעל בכל דבר.

ובזה ניחא לי במה דאמרינן לקמן בהמדיר אשתו שלא תתקשט דמיירי דתלתה בתשמיש וקיים לה איהו הבעל ולישנא דהמדיר דחוק ולא אמרינן דהיא נדרה מתשמיש והבעל קיים לה על תנאי שאם תתקשט תהא אסורה בתשמיש וא"כ הבעל הוא העיקר המדיר מקישוט אלא ודאי דא"כ אם תתקשט חל עליה נדרה הנאת תשמיש ובזה לא אמרינן הוא נותן אצבע בין שיניה דהיא היתה תחילה במעל להפקיע שעבודא ותקנת חז"ל וזה נראה לענ"ד בדברי הגהת הרא"ש אמנם מ"מ לדינא מדלא הזכיר דעת זו שום פוסק נראה ברור דאין לסמוך על הגהת הרא"ש בזו וכמ"ש הרב בית שמואל סימן פ"ב ס"ק א' עיי"ש.

היא אומרת אני אניק את בני וכו' שומעין לה שצער הוא לה לפרוש מבנה. הרב בית שמואל סימן פ"ב ס"ק ב' תמה דלמה לא פירש הרמב"ם כרש"י כתובות דף ס"א ע"א דיש לה צער מחמת החלב דליכא למימר דלא ס"ל לרמב"ם דאית לה צער מחמת החלב הא פסקינן באו"ח סימן ש"ה דמותר לומר לגוי בשבת לחלוב הבהמה מפני צער בעל חי שהחלב מצער אותה עכ"ל ודברים אלו לא נאותו לגדול שכמותו כי כל איש יודע בהפסק האשה להניק שיש לה צער מריבוי החלב וממרקת החלב מדדיה וכדומה עד יום או יומים שפוסק החלב מלבוא כפעם בפעם והנה לזאת בפרה שנתרבה החלב בדדיה אם לא יחלוב אותה שום אדם ודאי שכאבה נעכר אבל באשה מלבד שהיא תוכל למרק החלב בידה עד שיפסוק החלב ביום ויומים לבוא אף גם כי לא תמלט מזה הצער כי אף שתניק לבנה כ"ד חודש גם אח"כ שתפסוק יקרה לה הצער הזה ותצטרך לסבול כן לשעה מועטת א"כ מה יום מיומים שתפסוק מקודם איזה חדשים או אח"כ מכל מקום ביום זה שתפסוק לא תמנע מהצער ולכך כתב הרמב"ם מצער וגעגועי בנה ופשוט הוא.

הלכה טז

האשה שנתגרשה אין כופין אותה להניק אלא אם רצתה נותן לה שכרה ומניקתו. הרמ"א הביא סימן פ"ב סעיף ה' דאם אין לו להשכיר כופין אותה להניק ותמה החלקת מחוקק ס"ק ו' דלמה לא יהיה מוטל על הבי"ד לשכור מינקת כמו פרנסה דלאחר כ"ד חודש ונראה דודאי אם האשה עשירה אף לאחר כ"ד חדשים כופין את האם לזון בניה דהא כופין על הצדקה ואין לך צדקה יותר מזה ואם כן היא שיש לה חלב בדדיה ותוכל להניק הרי היא עשירה לדבר הזה וכופין אותה כמו שכופין על כל הצדקה.

הלכה יז

הגרושה אין לה מזונות וכו' שלמו חדשיו וגמלתו אם רצתה המגורשת שיהיה בנה אצלה אין מפרישין אותה ממנה עד שיהיה בן שש שנים גמורות. עיין בהראב"ד שהשיג על זה להפריש הבן מהאב במה שמוטל עליו לחנכו לתורה והמ"מ כתב שיצא לרבינו הרמב"ם מהא דאמרינן בעירובין דף פ"ב דקטן עד בן שש ניחא ליה בצותא דאמא ועדיין לא מוכח מזה כשהיא גרושה מאישה שיהיה הבן אצל האם ולא אצל האב ולכן נראה דיצא לו להרמב"ם דין זה מהא דאמרינן בכתובות דף ק"א הנושא את האשה וכו' דמוליך לה מזונותיה למקום שאמה שמה ובדף ק"ב ע"ב אמר רב חסדא זאת אומרת בת אצל אמה ופרכינן ממאי דבגדולה דלמא בקטנה עסקינן ומשום מעשה שהיה דתניא מי שמת והניח בן קטן לאמו יורשי האב אומרים יהיה גדל אצלינו ואמו אומרת יהא בני גדל אצלי מניחין אותו אצל אמו וכו' מעשה היה ושחטהו ערב הפסח ומשני א"כ ליתני במקום

שהיא וכו'.

וצריכין להבין דהא במתניתין מיירי אף בגרושה דהבעל חי כדתנן לא יאמר הראשון לכשתבוא אצלי אזונה וכן כתב הרא"ש בשם הרמ"ה בשם הגאונים דמתניתין איירי נמי בגרושה וא"כ לכאורה קשה איך סלקא דעתא דדוקא בקטנה איירי משום מעשה שהיה הא הבעל חי ומה יש לחוש דבשלמא אי איירי דוקא באלמנה יש לומר דהיורשין יהרגוה שלא יצטרכו ליתן לה מזונות מנכסי אביהן אבל בגרושה דאביהן חי מה יש לחוש ועל כרחך צ"ל דאף בגרושה דהאב חי יש לחוש לגזירת חכמים להניח הקטן אצל אמו משום מעשה שהיה או דלא פלוג עבדי רבנן בגזרתם או דגם בחיי האב יש לחוש שבניו מאשה אחרת ימיתוהו בלי ידיעת אביו שלא ימעט ירושתן וא"כ לפ"ז אף דאסקינן דהטעם במתניתין משום דבת אצל אם אפילו בגדולה מ"מ הברייתא הלכתא היא דבן אצל אמו כשהוא קטן ואפילו בגרושה וכסלקא דעתא בגמרא דמהא לא אדחיה ולא נתפרש שיעור קטנותו ולהיות דבעירובין אמרינן דבן ו' ניחא ליה בצוותא דאמו וגם מבן ו' ואילך חייב אביו לספי ליה כתורא בתורה א"כ בעל כרחך צריך להיות אצלו כהשגת הראב"ד ולכך ס"ל להרמב"ם דשיעור קטנותו להניחו אצל אמו הוא עד בן שש ופסק כן.

ובהכי ניחא דהשמיט הרמב"ם הך ברייתא דמניחן בן קטן אצל אמו משום מעשה שהיה דהיא היא במה דכתב בגרושה דמניחן בן קטן עד בן שש אצלה ומכ"ש באלמנה והרב בית שמואל סימן פ"ב ס"ק ח' הבין דהך מניחן אצל אמו הוא רק באלמנה ומשום זה ס"ל דהיורש אפילו יותר מבן שש מניחן אצל אמו דאל"כ מה איריא מעשה שהיה הא אפילו גרושה עד בן שש אצל אמו לדעת הרמב"ם ולכך תמה למה השמיטוה הפוסקים להך ברייתא ולפי מ"ש ניחא דהך ברייתא מיירי בין באלמנה ובין בגרושה ושיעור קטנותו הוא עד בן שש שנים והוא הנזכר בפוסקים.

פרק כב

הלכה א

הבעל קודם לכל אדם בירושת אשתו ומאימתי יזכה בירושתה משתצא מרשות האב ואע"פ שעדיין לא נכנסה לחופה וכו'. דעת הרב בעל חלקת מחוקק סימן ס' ס"ק ב' דלהרמב"ם דחופת נידה לאו שמיה חופה הוא הדין מסירת האב לשלוחי בעל והיא נידה לא קנה לירושה מידי דהוי חופה ולא תהא זו יותר מחופה וכן משמע בתשובת הרא"ש כלל נ"ד עיין שם והקושיא שהקשה הח"מ בזה להרמב"ם מהא דכתובות דף נ"ו ע"א בעי רבין וכו' כבר ישבתי בטוב לעיל פרק עשירי הלכה ב'. והרב בית שמואל סימן נ"ו ס"ק

א' דעתו דבמסירה לשלוחי בעל הוי הטעם משום מחילה כמ"ש רש"י בכתובות דף מ"ח ע"ב ואף דהיא נידה הבעל יורשה וראייתו מדברי הש"ע סוף סימן נ"ז דבאלמנה שהלכו שלוחיו עמה דהבעל יורשה אע"ג דחופה לא מהני באלמנה הא כבר דחיתי דבריו לעיל פרק עשירי הלכה ב' דיש לומר דמיירי באלמנה מאירוסין דאית לה חופה לכו"ע.

אמנם בגוף הדין אני נבוך דבשלמא במקום דבעינן יחוד א"כ חופת נידה לא שמיה יחוד דאסור להתייחד עמה כמ"ש לדעת הרמב"ם משא"כ במסר לשלוחי הבעל סגי אף דאין הבעל עמם ואסורה להתייחד עם השלוחים והרי הן באיסור אשת איש עמה ומ"מ מהני לענין ירושה והוא הדין בנידה דמאי שנא. ולדעתי אפשר להביא ראיה מהא דאמר ר' שמעון בן לקיש שם דף מ"ח דאף לענין כתובה מהני מסירה לשלוחין ומפרשינן לומר דכתובתה מאחר מנה דאם מת בעלה הרי היא אלמנה מן הנשואין ויש לה רק מנה בכתובתה. וקשה היכי איכא להאי כללא דאם נמסרה לשלוחיו והיא נידה ומת בעלה א"כ אין כאן חשש שנבעלה לבעלה ולמה יהיה כתובתה מנה (עיין מ"ש לעיל פרק י' להרמב"ם בזה) ועל כרחך צ"ל דבאופן הזה לא שמיה מסירה לשלוחיו כלל דבעינן מסירה דומיא דחופה כמ"ש לעיל ויש לדחות זה באופנים טובא.

ומסתימת הפוסקים משמע דהא דקי"ל דארוסה לית לה כתובה כי אם נשואה דאית לה בתנאי בית דין אע"פ שלא כתב לה וכן בתוספות כתובה כו"ע מודים הלכה כר' אלעזר בן עזריה דאין לה אלא משעת חופה דאם מסרוה לשלוחי בעל דמסירה זו לא מהני קודם שנכנסה לחופה ואע"פ דאמרינן במסירה נעשית נשואה והפסידה כתובתה מאתים כר' שמעון בן לקיש ועיין בהרא"ה דס"ל דגם שמואל ס"ל כן מ"מ אפשר לחלק דלהוציא כתובה מבעלה אינה בחזקת נשואה אבל להפסיד כתובתה מאחר הרי היא בחזקת נשואה דשאני בין להוציא ובין להפסיד וזה ודאי א"א לומר מהא דאמרינן לרשב"ל לכתובה ודחקינן בגמרא דהפירוש הוא לענין דכתובתה מאחר מנה ולא מפרשינן כפשוטו דאם מת בעלה דיש לה כתובה או התוספות לדעת ר' אלעזר בן עזריה דהלכתא כוותיה מזה ליכא למידק דאין לה כתובה כיון דלא מפרשינן הכי דאי הוי מפרשינן כן הוי קשה ותפשוט האיבעיא דלקמן דף נ"ו ע"א אי חיבת חופה קונה או דוקא חיבת ביאה דהא חזינן דמסירה מהני לרשב"ל ולא בעי חיבת ביאה ולכך מוקמינן לה לענין דכתובתה מאחר מנה אבל לפי מה דקי"ל דחיבת חופה לבד מהני אפשר דגם מסירה לשלוחים מהני. אמנם מסתימת הפוסקים נראה דלענין כתובה לא מהני ואע"ג דבגמרא דף מ"ז ע"א בפלוגתא דת"ק ורבי נתן מדמינן ירושת בעלה לנכסי מלוג להך דראב"ע דלא כתב לה אלא על מנת לכונסה מ"מ יש לחלק במסר האב לשלוחי בעל מסלק זכותו

משא"כ האב שמקבל האשה בשלוחיו בכל זאת אין מקנה לה כתובה וטובא יש לחלק בין סילוק להקנאה ולכך הדבר צ"ע.

הלכה ב

כיצד האשה שנתארסה ומסרה אביה לבעלה או לשלוחי בעלה ומתה בדרך קודם שתכנס לחופה אע"פ שכתובתה עדיין בבית אביה בעלה יורשה וכו'. עיין בהגהות מיימוניות ובתוס' דף מ"ז ע"א ד"ה כתב לה פירות וכו' דהביאו דעת ר"ת דס"ל דלית הלכתא כרבי נתן דאב מחויב ליתן נדוניא לבעל במתה בתו רק קי"ל כרבנן דלא כתב לה אלא על מנת שתהנה בתו ממנו ועיין בשו"ע אה"ע סימן נ"ב סעיף ד' בהגה דאין להוציא ממון מהאב נגד פסק ר"ת וסייעתו. והנה יש לי מקום ספק בזמנינו דכותבין בתנאים אחרונים שאם תעדר הבת תוך שנה ראשונה יטול החתן כך ובתוך שנה שניה כך ולאח"כ יטול הכל ומתה הבת ולאב הנדוניא בידו והוא חתום על התנאים הנ"ל ואם נאמר דמחל זכותו וכל תנאי וקישור שבממון קיים ומחויב ליתן כפי התנאים או נימא דכל זה היה על מה שלא יהיה ביד האב דאולי יפרע האב וכדומה אבל במה שיש בידו דאינו מחויב ליתן על זה לא התחייב את עצמו ואע"פ שכל הנדן נזכר בתנאים ונאמר שם שאם תמות לאחר ב' שנים יטול הבעל הכל כדין הבעל יורש אשתו זה הכל אם יהיה הנדן יוצא מיד האב אבל כל זמן שהנדן בידו אין כאן חיוב נתינה עליו כלל ולא לזה התחייב.

והנה לדעת רמ"א דכתב לענין אומדנא דר"ת אין חילוק בין הפוסק לבתו או לבנו יש ראיה מן מהרי"ק שורש ע"ג דהיה העובדא באב שפסק לבנו ומת הבן והיתה כלתו זקוקה ליבם וכתב מהרי"ק ואע"ג שכתב בשעבוד שעשה בניך יצ"ו על דבר החליצה וכו' מלבד בשנה ראשונה ושניה אחר נשואין יקיימו חזרת נכסים כפי התנאים שנעשו בשעת חופה וכו' כיון שאינך חתום על התנאים מה לך ולתנאים וכו' דמשמע דאם היה חתום על התנאים ולא היה מקום בתנאים לפרש פירוש אחר כמה שכתב מהרי"ק שם היה האב מחויב לקיים התנאים ואף דהיה יכול לומר כי התניתי כשלא יהיה הממון בידי אבל כשהממון בידי לא על זה התניתי דאני זוכה בו מהדין מפסק ר"ת אלא על כרחך צ"ל דכל תנאי שבממון קיים ואלו היה בא על החתום היה מחויב לקיים תנאו.

איברא דהאחרונים השיגו על רמ"א וס"ל דדין דר"ת הוא רק באב הפוסק לבת ולא לבן וא"כ יש לומר כיון דבעובדא דמהרי"ק לא היה אומדן דאב רק בשביל התקנה ומנהג דנהגו ועל זה כתב מהרי"ק דיש אומדין ולכך יש לומר אם הוא חתום על התנאים בטלה לאומדנא דתקנה ומנהג דהא הוא התחייב עצמו בהיפך כן יש לדחות. אבל האמת יורה

דרכו דמהרי"ק כתב להדיא דיש אומדנא בבן כמו שכתב שאומד הדעת שופט שאין האב נותן ממון לנדונית בנו אלא א"כ יהנה הבן ממנו וכו' והן הן הדברים שכתב ר"ת שלא נתן לבתו אלא א"כ תהנה ממנו והחלקת מחוקק ס"ק י"ט כתב דליכא כאן עגמת נפש ואומדנא כמו גבי בת ובמהרי"ק מבואר דיש כאן אומדנא בבן כמו בבת ויפה כתב הרמ"א ודבריו המה מדברי מהרי"ק הנ"ל. ומה שכתב מהרי"ק והך תקנה ומנהג החזרה הוי אומדנא ולא כתב בפשיטות דעת ר"ת המעיין בתשובה יראה דכתב כן דבזה אפילו דעת החולקין על ר"ת מודים כמ"ש ואפילו למ"ד דלא אזלינן בתר אומדנא אלא באירוסין אבל לא בנשואין נלענ"ד היינו דוקא בענין שאין הרגילות להתנות כן אבל הכא שרגילות להתנות וכו' כו"ע מודים דאדעתא דמנהג יהיב וכו' הרי דטרח בכל זה להעמיד הדין אפילו לדעת החולקין על ר"ת אבל לר"ת פשיטא דאיכא אומדנא בלי מנהג וראש דבריו מראים כן שכתב שאפילו למ"ד בנשואין לא אזלינן בתר אומדנא ולא כתב בקיצור דבבן כו"ע מודים דלא אזלינן בתר אומדנא וליכא למ"ד דאזלינן בתר אומדנא רק בעובדא דהתם יש לילך בתר אומדנא כיון שהמנהג כן אלא ודאי דלדעת ר"ת אינו צריך למנהג כלל רק לדעת החולקין כתב כן לרווחא דמילתא.

ומעתה ראיה מוכרחת היא ממה דדחק בענין התנאים שלא בא על החתום וגם השיא דברים הנאמרים שם לפירוש אחר ולא פירש דבמה שבידו לא על זה התנה ויש לאב להחזיק שיטת ר"ת דמצי אמר קים לי כוותיה כמ"ש מהרי"ק גופיה בשורש צ"א עיין שם שהאריך אלא ודאי דהתנאי מבטל הכל וכן יש להורות דבלא"ה דעת הרבה פוסקים החולקין על ר"ת רש"י ורי"ף ורמב"ם והרמב"ן והרא"ה עמודי בית ישראל.

והנה קשיא לי במה דכתב המרדכי בריש פרק אע"פ בשם רבינו חיים כהן במי שנדר ליתומה והובאו דבריו בשו"ע יו"ד סימן רנ"ג סעיף ז' ובחו"מ סימן רנ"ג סעיף ט"ז הביא רמ"א שאם מתה קודם שהשיאה דלא זכו בהו היורשים אבל במתה אחר שהשיאה כו"ע מודים שזכו בהו היורשים וכן כתב המשאת בנימין להדיא וקשה הא הוי כנדוניית חתנים לר"ת דיכול לומר לא התניתי אלא על מנת שתהנה היתומה בו ועיין בהריטב"א שכתב ג"כ כהנ"ל וקשיא לי איך לא הזכירו דין דר"ת ובכל מקום שהביאו דין הנ"ל לא חלקו בזה. ולכן צ"ל דדוקא באב הנותן הוא דאמרינן דלכך כתב כדי שתהנה בתו ממנו אבל באחר הנותן כל כוונתו משום מצוה להשיא יתומה וכיון דהשיאה נתקיים כוונתו ומצותו בכל אופן ואין דעתו קרובה כל כך אצלה לומר שנתכוון שתהא נהנית ממנו ועיין במרדכי שכתב ג"כ שאין לדמות אומדנות אהדדי ואפילו בין הבן לבת חלקו האחרונים כמ"ש לעיל ובאיש אחר כו"ע מודה ואין לנו לומר אומדנא מה שלא נזכר בגמרא. והא

דכתב רמ"א בתשובה אהך עובדא בזקן שהשיא לנכדו פסק ר"ת בנדוניית חתנים בני בנים הרי הן כבנים לענין זה דדעתו קרובה וכן כתב הבית שמואל לדבר אחר וכן כתב הטור דנוטלת פרנסה מנכסי הזקן ועל כרחך כמ"ש לעיל דעליו מוטל ג"כ להשיא לנכדו כמו על בנו ופשיטא דהיא היא כמו בתו ממש ואין להוסיף אשאר קרובים מה דלא מצינו וזה נראה לענ"ד ברור. ובהכי ניחא מה שהקשה הב"ש סימן נ"ב ס"ק ח' דלדעת מהרש"ל וב"ח דפסקו בהפוסק לבתו ומתה אחר אירוסין דפטור ליתן להיורשים קשיא להו מדין מי שנדר ליתומה ולפי מ"ש ניחא דבבת אומדין דעתו שתהנה בתו והא לא נהנית משא"כ באחרת למצוה נתכוון והא נעשית מצותו ובטלה אומדנא.

ואם זקף הנדוניא עליו במלוה יש מחלוקת בין הפוסקים כי השלטי גבורים הביא בשם ריא"ז דמהני וגובה החתן הנדוניא ואולם התרומת הדשן הביא דלא מהני והביאו רמ"א בשו"ע סימן נ"ב סעיף ד' ותרוה"ד דייק לה מהא דתירצו התוס' בכתובות דף מ"ז על הך דתו"כ ותם לריק כוחכם זה הפוסק מעות לחתנו ומתה בתו דכבר נתן או החזיק והוא נגד הלשון הפוסק ולא תירצו דמיירי דזקפן עליו במלוה אלא ודאי דאינו מועיל ובמהרי"ק הוסיף דאפילו נתן לאביו של החתן שט"ח לא מהני עיי"ש בשורש צ"א. ותמיהני דרמ"א בתשובה לא הביא רק דברי תרומת הדשן ולא כתב דמסכים לדברי מהרי"ק ומהר"ם פדוואה בתשובה נתחבט לתרץ דלא יהיה סתירה בין הפוסקים הנ"ל כי כתב דריא"ז גדול הפוסקים היה וקשה לסתור דבריו ואפשר לחלק כשכותב בשט"ח שכבר קיבל מעות הנדן ומלוה לו אע"פ שלא נעשה כן באמת מ"מ הודעת בעל דין כמאה עדים והתחייב עצמו כאלו נעשה בפועל והרי חייב כיון שהגיע לידו בפעם אחת נעשה ממון שלו לגמרי והרי הוא מלוה גמורה וזה אולי אפשר לכוון בדברי התוס' נמי שכתבו שכבר נתן דלישנא דהפוסק לא משמע כן כמ"ש התרומת הדשן אלא ודאי דכך נכתב בשטר פסיקתא שכבר נתן וחזר והלוה לו וא"כ הרי הוא מוחזק דכבר נתן על פי הודאתו אמנם מ"מ פוסק מקרי דבאמת לא נתן רק הוא הכניס עצמו לכלל חיוב הזה בשביל פסיקת הבת ולק"מ.

ובהכי ניחא מ"ש בפסקי מהר"י וייל סימן (טו"ב) [ט"ז] דהמניח לבתו שטר חצי זכר ומתה היא וזרעה דיורש הבעל ולא אמרינן אומדנא דלא לכך נתן שטר חצי זכר דאין אומרין אומדנא בהודאה כמו בשכ"מ שהודה שאינו חוזר אם עמד שכ"מ דלא אמרינן אומדנא בהודאה והקשה הבית שמואל סימן צ' ס"ק ד' איך אמרינן בנדוניית חתנים דאפילו זקפן במלוה ומתה בתו אינו צריך לשלם עיי"ש מ"ש ולפי מ"ש ניחא דבכל שטר

חצי זכר כותבין שהודה שקיבל לידו ממש המעות מן בתו ובהודאה כי האי שהודה שקיבל המעות לידו אזיל האומדנא כמ"ש בזקיפת חוב כי האי גוונא וצ"ע.

הלכה ד

הנושא אשה שהיא אסורה לו וכו' יירשנה. אע"פ שחופת נידה לא שמיה חופה לדעת רבינו כבר כתבתי לעיל דכאן בחייבי לאוין שאני או דמיירי כאן דבא עליה באיסור לשם נשואין וקמ"ל דקנאה לשם נשואין ויורש אותה.

והחרש שנשא פקחת ומתה יירשנה שהרי היא בת דעת וזיכתה לו ממונה. דברים הללו מבוארים בירושלמי בכתובות פרק א' הלכה ב' ונראה דאף הראב"ד לא העלים עין מהך ירושלמי רק ודאי בנכסים שהיו לה בעת נשואין מודה ודאי הראב"ד דמה שייך בזה לומר מה שלאחר מיתה לא זכתה לו הרי הוא בידה כעת ליתן לו מהיום ולאחר מיתה רק הרמב"ם כתב יורשה דמשמע בכל דיני ירושת הבעל וא"כ אפילו נכסים שנפלו לה לאחר נשואין יורש ובזה יש מקום לחלוק ולומר הואיל ובעת נשואין לא היה בידה לתת לו נכסים אלו במתנה דאין אדם מקנה דבר שלא בא לרשותו וא"כ במה יזכה הבעל החרש הזה בנכסים אלו כיון דכל זכותו הוא שהיא הקנתה לו ובידה אינן נכסים אלו להקנות לו.

הלכה ז

כל נכסים שיש לאשה וכו' הבעל מוציא הפירות מיד הלקוחות כל ימי חייה אבל לא גוף הקרקע וכו'. והרא"ש חולק וס"ל דגם גוף הקרקע מוציא מיד הלקוחות ועיין בדרישה ובב"ח בקונטרס אחרון ובבית שמואל סימן צ' ס"ק ל"ו הנפק"מ ועוד נראה נפק"מ דלהרמב"ם אין הבעל יכול למכור פירות שדה זו לאחר קודם שבאו לעולם דבשלמא להרא"ש דיש לו יד בגוף הקרקע הוי ליה כמוכר לו קרקע לפירות ולא הוי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם משא"כ כשאין לבעל בגוף הקרקע דנשאר ללוקח רק הפירות נשארו לבעל מתקנת חכמים א"כ קודם שבאו לעולם אין בידו למוכרן לאחר דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כהנ"ל.

מתה בחייו מוציא הגוף מיד הלקוחות בלי דמים. עיין במ"מ שהביא דעת גאונים דס"ל דאין הבעל יכול להוציא מידם בלי דמים וכן הוא בטור סימן צ' ולכאורה קשה לשיטתם הא דאמרינן בפרק החובל דף פ"ט ע"א תנינא לתקנת אושא דאשה שחבלה באחרים פטורה ואי ליתא לתקנת אושא תזבן לנכסי מלוג שלה וכו' וקשה דהשתא נמי דיש לתקנת אושא תזבן לנכסי מלוג שלה לאחר או לנחבל גופיה אם אין אחר מצוי לקנות דאף דתמות בחיי הבעל יחזיר הבעל הדמים וא"כ הרי יגיעו לו תשלומין עכ"פ וצריך

לומר דודאי אף לדעה זו הלוקח עושה שלא כדין דמפקיע תקנת חז"ל דתקנו באושא רק אי קנה לא מפסיד מעותיו וא"כ שם בנחבל קושיית הגמרא על הבי"ד לתת עצה לאשה ולכופה לשלם לנחבל השתא דאיתא לתקנת אושא אין כאן תקנה דלא יהיו הב"ד משיאין עצה לעבור על תקנת חז"ל באושא.

אמנם הנכון מה שנראה בדברי הטור ובב"ח בקונטרס אחרון דהגאונים מיירו בקנה מהאשה ולא ידעו שיש לה בעל או דחשבו דהיא באה למכור בשליחות הבעל ולכך יש להם דמים מתקנת השוק ויש להם ראיה מהא דפרכינן במסכת בבא בתרא דף קל"ט ע"ב אהך דתקנת אושא אמאי הבעל מוציא מיד הלקוחות הא במקום פסידא לאחרינא שויוה רבנן כיורש ומשני התם אינהו אפסידו אנפשייהו דלא הוי להו למזבן מאשה היושבת תחת בעל ומזה למדו דהיכא דעשה הדבר בשגגה כהנ"ל הוי ליה במקום פסידא לאחרינא ושויוה רבנן כיורש וגובים הדמים ומעתה לא קשה מהך דבבא קמא דשם הדבר נעשה בב"ד שעמדו לדין ובהודע הדבר ללוקח פשיטא דאין לו דמים כדאמרינן להדיא דאינהו אפסידו אנפשייהו וכו' וזה ברור.

ועיין במ"מ שכתב בשם הרשב"א ז"ל דאי אחלפינהו להנהו זוזי אע"ג דהחליפן בידו דבעל אינו מחויב לשלם והנמוק"י הביא בסוף יש נוחלין בשם הריטב"א דמחויב לשלם מהנך חליפין וכן כתב הרא"ה בפרק נערה שנתפתתה וכן כתב בעל התרומות בשער ל"ו ח"ד אפילו בהלואה אי איתא להנך זוזי או חילופיהן חייב הבעל לשלם וכן כתב בשם סברת ראשונים וכן מסתבר.

והנה מבואר בטור סימן צ' והביאו רמ"א בהגה שם סעיף ט' דאם מכרה ונתאלמנה או נתגרשה מכרה קיים והבית שמואל ס"ק ל"ט תמה כיון דלדעת הטור גם בחייה מוציא הבעל גוף הקרקע מיד הלקוחות א"כ מאין לה יד למכור ומירושלמי אין ראיה משום דס"ל דהבעל אינו מוציא הגוף מיד הלקוחות בחייה עיי"ש בב"ש ולא ידעתי דהא גמרא ערוכה היא בפרק החובל דף פ"ט השתא דאיתא לתקנת אושא תזבן לנכסי מלוג בטובת הנאה והיינו כשתתאלמן או תתגרש יהיה ללוקח והדבר מבואר שבידה למכור על אחר גירושין ומיתת בעלה ומה שהקשה הב"ש מפרק אע"פ דף נ"ט דאם אמרה יקדשו ידי לא חל הקדש מפני שעבוד הבעל ולאחר הגט נמי לא חל משום מי איכא מידי דהשתא לא קדיש ואח"כ יקדש וכו' עיי"ש צריך לומר דלא דמי להא דאמרה יקדשו ידי לאחר גירושין והחילוק מבואר בתוס' בכתובות דף נ"ט ע"ב בד"ה שדה זו וכו' עיי"ש דכתבו שני תירוצים מה שיש לחלק בהך דיכולה למכור נכסי מלוג לאחר גירושין ולא תוכל להקדיש מעשה ידיה לאחר גירושין עיי"ש והב"ש העלים עין מדברי גמרא ותוס' הנ"ל

אח"כ ראיתי בב"ש ס"ק מ"ו רוצה לחלק בין מכרה עכשיו בהחלט או בטובת הנאה ולא ידעתי מה חילוק יש ואם הדמיון לפי דבריו מהך דיקדשו ידי לעושיהן מוכח דאפילו על אחר זמן לא חל ועל כרחך צריך לומר דלא דמיא אהדדי ומעתה אין מקום לדבריו.

הלכה ח

במה דברים אמורים בנכסים הידועים לבעל וכו'. בראש"ש ובטור מבואר דהא דאמרינן בכתובות דף ע"ח ע"ב בנכסים שנפלו לה במדינת הים לאו דוקא הוא רק דומיא דמדינת הים דהיינו שלא יהיה הבעל מצפה עליהן והבית שמואל בסימן צ' ס"ק מ"ב כתב דהר"ן כתב כל שלא ידע משעת הנפילה אף שהיה מצפה עליהן וחפשתי בהר"ן ולא מצאתי בו דבר רק כתב לאו דוקא במדינת הים ה"ה באותה מדינה כל שלא ידע בהן הבעל וגם הרא"ש והטור כתבו כן ואי משום דשתיק הר"ן מהך שלא יהיה הבעל מצפה עליהן אין שתיקתו בזה יפה מדיבורו של הרא"ש והטור.

הלכה ט

האשה שכתבה כל נכסיה לאחר וכו' שהרי לא קנה קנין גמור עד שתרצה אין הבעל אוכל פירות אותה המתנה ואם מתה אינו יורשה. עיין במ"מ ובכ"מ מ"ש בשם הר"ן ז"ל ושניהם כאחד ס"ל דעד שארצה פירושו עד שאומרת הן איברא דקשיא ליה להר"ן למה לא ירש הבעל הנכסים כמ"ש ונכנס בדוחק הואיל וירושת הבעל דרבנן עיי"ש. ולדידי קשיא א"כ למה אמרו חז"ל בברייתא בכתובות דף ע"ט ע"א עצה לאשה דחפיצה להבריח נכסיה מבעלה שלא ירשנה כמ"ש הר"ן דס"ל להרמב"ם דעל זה כונתה להבריח מדאמרינן לכתוב שטר פסים לרבן שמעון בן גמליאל ש"מ דכוונתה אף להפקיע ירושתה ולענין זה נתנו חכמים עצה לכתוב לו מהיום ולכשארצה וצריכין אנו לדוחק זה כמ"ש הר"ן הואיל וירושת הבעל דרבנן בכל דהוא מעקר ולא נתנו עצה שתכתוב מהיום עד שאהיה אני מוחה במתנה וא"כ כל זמן שלא תתאלמן או תתגרש לא תמחה וא"כ אם תמות מהדין אין לבעל לירש דהא הנכסים למקבל מתנה כי האשה לא מחתה ומתה ואם תתאלמן או תתגרש תמחה והרי נפקע מתנתה.

ולכן נראה לי לומר דבאמת הפירוש כן הוא עד שתרצה פירושו עד שלא תמחה דאע"פ על מנת שירצה אבא פירושו לדעת הרמב"ם שיאמר הן התם לא עביד האב מעשה ובמה יודע איפוא רצונו כי אם באמירתו הן אבל כאן שהיא הנותנת ועשתה שטר מתנה א"כ כל זמן שלא עשתה מעשה לסתור במתנתה ומוחה להדיא הרי היא בחזקת רוצה כמקדם כי מסתמא לא תחזור במה שעשתה וא"כ לעולם היא בחזקת רוצה עד שתמחה וזהו פירושו מהיום ולכשארצה פירוש ולא אחזור במתנתי לומר לאו וזהו כשארצה

כל זמן השתיקה הרי היא רוצה במתנתה ולכך נאמר וכשארצה ולא נאמר עד שארצה אלא הפירוש כמ"ש דמתנה תהיה מהיום כל זמן שארצה בה מבלי לבטלה ואשתוק כי שתיקתה זו קיומה משא"כ כשאבטל אותה תהיה בטל (ועיין ברש"י ובהרא"ה נראה דג"כ מסופק אם כשארצה פירושו שתאמר הן או שתשתוק ולכך כתב בבא מקבל מתנה תמחה ובבא הבעל תאמר הן ואם פירושו כשארצה שתאמר הן אינה צריכה אצל מקבל מתנה למחות וכן להיפך ש"מ דמספקיה ליה להרא"ה).

ומעתה הדין נכון כמ"ש לעיל במתה שאין הבעל יורשה כי לא מחתה ואם תתאלמן או תתגרש תמחה רק קושיית הגמרא ואי לא קנה לוקח וכו' לא על הירושה כי אם על הפירות כשמת בעלה או תתגרש והיא מוחה המתנה בטל א"כ יבוא הבעל ויורשיו להוציא מן מקבל מתנה הפירות שאכל כל זמן שהיא תחתיו כי שלו קאכל ואפילו נאמר דהאשה מחלה למקבל מתנה מ"מ אין ממש במחילתה דאין בידה למחול פירות בעלה ולזה משני דלענין פירות הוי כנכסים שאינם ידועים וכו' ואין הבעל זוכה בפירות ורשות ביד האשה למוחלן ולתתנם למקבל מתנה מבלי מוחה ומדשתקה האשה ש"מ דמחלה הפירות למקבל מתנה כמ"ש הר"ן והרא"ה. והן הן דברים מכוונים ברמב"ם היטב מש"כ שהרי לא קנה קנין גמור עד שתרצה ופירוש הדברים עד שיהיה מבורר שלא תמחה ותהא מרוצה למתנה שנתנה וכל זמן עוד נשמתה בקרבה ולא אמרה הן הרי היא יכולה למחות (ואפשר דס"ל דאם אמרה פעם אחת הריני מרוצה אין בידה עוד למחות וא"כ הלשון מכוון עד שתרצה שתאמר הריני מרוצה להוציא מידי ספיקא) מ"מ אין הבעל אוכל פירות וכו' והדברים ברורים ואף שיש קצת דוחק בלישנא שכתב שהרי לא קנה קנין גמור עד שתרצה דהוי ליה למימר שהרי לא קנה קנין גמור אולי תמחה מ"מ אין זה כדאי להניח דברי רבינו בדוחק בעצם הדין כמ"ש הר"ן וכמ"ש לעיל ולפי מש"כ ניחא הכל ואין בו קושיא כלל.

והנה אופן הברחה כתבו כולם כשעמדה להנשא וכותבת כל הנכסים הרי הוא בחזקת הברחה אמנם במקצת או שלא עמדה להנשא רק אומרת בפני עדי השטר מתנה שהוא רק להברחה הביא הבית שמואל בסימן צ' ס"ק כ"ח בשם הרא"ש ומרדכי לדעת רש"י דאם כתיבת ידי העדים יוצא ממקום אחר אינן נאמנים ואני תמה דלמה יגרע זה ממודעא דנאמנים אפילו בכתיבת ידי העדים יוצא ממקום אחר ואי דניתן לכתוב גם זה ניתן לכתוב ואדרבה התם אין למקח קיום כלל בשום אופן וכאן הרי יש קיום למתנה לאכילת פירות ואם תמות בחיי בעל דהמקבל מתנה זוכה במתנה ולכך צריך לומר דהרא"ש אזיל לשיטתו וכן רש"י דס"ל בכתיבת ידם יוצא ממקום אחר אינן נאמנים לומר מודעא היא

דברינו כלל ועיין בש"ך לחו"מ סימן מ"ו ס"ק קי"ז שהאריך בזה עיי"ש ולכך ס"ל דאף בזה לומר שטר מברחת הוא אינן נאמנים אבל לפי מה דקי"ל בח"מ סימן מ"ו סעיף ל"ז דלענין מודעה הואיל וניתן לכתוב אף שכתיבת ידם יוצא ממקום אחר נאמנים נראה ברור דהוא הדין דנאמנים לומר מברחת היא וניתן יותר לכתוב ממודעא.

ובמתנה במקצת וכתבה מהיום ולכשארצה ומתה היא לאחר שנתאלמנה כתב הטור בשם הרא"ש דיורשיה זוכין בו ותמה הבית שמואל בסימן צ' ס"ק ל"ג דזה לא נזכר בדברי הרא"ש אלא בנתנה כל נכסיה דאיכא אומדנא אבל במקצת דליכא אומדנא רק מתנאי שהתנה כשתרצה והרי מתה ולא מחתה דלדעת הרא"ש הפירוש שלא תמחה (ולפי מש"כ גם דעת הרמב"ם כן ואין להרבות במחלוקת בין הפוסקים והב"ש נמשך הכל אחר דעת הר"ן והמ"מ ולכך כתב דהרמב"ם והרא"ש מחולקים ולפי מש"כ אין כאן מחלוקת) ויפה הקשה ואפשר לומר דודאי במתנה במקצת אין כאן אומדנא עד שתכתוב מהיום וכשתרצה אמנם כשכתבה כן הרי היא אומדנא דלהבריח נתכוונה דהואיל וכתבה כן והיא נוסחת ההברחה וא"כ חזר הדין במקצת לכולו דאין צריך חזרה רק אמרינן מסתמא דדעתה היה להבריח מבעלה וכשמת בעלה בטלה מתנתה ממילא בלי צורך חזרתה.

הלכה י

שומרת יבם יש לה למכור וליתן נכסים שנפלו לה כשהיא שומרת יבם ואין ליבם פירות אפילו בנכסי צאן ברזל שהכניסה לאחיו עד שיכנוס. עיין במ"מ שכתב שהרמב"ן סובר בכל הדברים האלה כדעת רבינו הרמב"ם זולת באכילת פירות בנכסי צאן ברזל דס"ל לרמב"ן דיש לו המחצית וכתב המ"מ שהוא תמה על רבינו דכיון דיש לו החצי בנכסי צאן ברזל למה לא יהיה לו החצי בפירות ולא ידע מאין הוציא דין זה עיי"ש. ונראה דהיה קשה ליה לרבינו הרמב"ם הא דפרכינן ביבמות דף ל"ט ע"א לאביי דמוקי למתניתין בפרק החולץ סיפא דנפלו לה נכסי מלוג כשהיתה תחתיו דבעל וידו כידה וקאמר רב פפא דקשיא ליה לאביי מתה אדמפלגי בגופה ולאחר מיתה ליפלגו בחייה ולפירות והיה קשה להרמב"ם דגם לרבא קשיא כן ותירוץ התוס' שם בד"ה אע"ג דקשיא וכו' דחוק כנראה שם להדיא ועוד דס"ל לרמב"ם בהחלט דבנכסי מלוג אין ליבם פירות כמ"ש המ"מ כיון שאין היבם חייב לפדותה וכבר אמרו שתקנו פירות תחת פרקונה וכן הוא בהרי"ף בכתובות פרק נערה שנתפתתה עיי"ש. וא"כ קשיא מה דאמרינן בגמרא דלפלגו בפירות כמו שנתקשו בהו הרמב"ן והר"ן ז"ל.

לכן ס"ל להרמב"ם דהא אמרינן בבבא בתרא דף קנ"ח נכסים בחזקתן דיחלוקו וס"ל להרמב"ם כפירוש רש"י במסכת כתובות דף פ' ע"ב דהך פלוגתא דהתם גם אהך מתניתין

שומרת יבם נשנית ותני בר קפרא הטעם התם הואיל הללו באים לירש והללו באים לירש יחלוקו ומדקתני הטעם הואיל הללו באים לירש והללו באים לירש ולא קאמר סתם הואיל ושניהם מוחזקים בו ש"מ דוקא כי תרווייהו באים לירש וא"כ אין לאחד יותר ברי מהשני אבל באשה שהיא חיה א"כ הללו באים לירש והיא חיה פשיטא דיש לה נכסים כמבואר בגמרא דיבמות דף ל"ח ע"ב כשהיא קיימא לא אמרינן הללו באים לירש דהיא ודאי והיורש ספק ובמתה אמרינן הללו באין לירש כמבואר שם בגמרא ובתוס' להדיא ולכך פסק הרמב"ם בפירות דהאשה מוחזקת בו אין ליבם פירות נכסי צאן ברזל כל זמן שהיא חיה אך זה הוא אי הטעם משום דהללו באים לירש אמנם לרבא דס"ל שם ביבמות בנכסים שנפלו לה כשהיא תחת הבעל דכו"ע לא פליגי דידו עדיף מידה וזוכה בהן היבם וא"כ נכסי צאן ברזל ודאי דהן נכסים שנפלו לה כשהיא תחת הבעל כמ"ש הנמוק"י להדיא ופשוט הוא.

וא"כ הא דהיבם זוכה בהן לבית הלל אינו מתורת ספק הואיל הללו באים לירש רק מדינא הן שלו כיון דנפלו בתחת הבעל וידו עדיף מידה ולא יהיה אלא נכסי מלוג וזכה בהם היבם ומכ"ש נכסי צאן ברזל וא"כ פשיטא דיש לו ליבם פירות בנכסי צאן ברזל אמנם לאביי דס"ל בנכסי מלוג אפילו נפלו לה כשהיא תחת הבעל ס"ל לב"ה בחזקת יורשי האשה דידה כידו וכמ"ש רש"י עיי"ש וא"כ הא דקי"ל בנכסי צאן ברזל דיחלוקו על כרחך הטעם כנזכר בבבא בתרא הואיל והללו באים לירש וכו' וא"כ שפיר יש לחלק בין שהיא מתה בין שהיא חיה לענין פירות דאין לו דספק אינו מוציא מידי ודאי והיינו לבית הלל אבל לבית שמאי דס"ל בנכסי מלוג בנפלו כשהיא תחת הבעל דיחלוקו והוא הדין בנכסי צאן ברזל דודאי נפלו כשהיא תחת הבעל ולא מתורת ספק דהללו באים לירש וכו' רק מהדין דיד שניהם שוה בו דידו כידה וא"כ יש להיבם חצי פירות נמי בגוף הקרקע. ובזה דברי הגמרא נכונים דודאי לא על פירות נכסי מלוג כוונת הגמרא דנחלקו בו ב"ש וב"ה דבזה ודאי דלית להו דהא אינו חייב בפדיונה אמנם כוונת הגמרא על פירות נכסי צאן וברזל והוא דבשלמא לרבא דס"ל בנכסים שנפלו לה כשהיא תחתיו דבעל מודים ב"ה לב"ש וא"כ כ"ש בנכסי צאן ברזל וא"כ בין לב"ש בין לב"ה היבם אוכל הפירות מחצי שלו וא"כ אין כאן פלוגתא בפירות אמנם לאביי דס"ל דאף בנכסים שנפלו לה כשהיא תחתיו פליגי דב"ש ס"ל דמדינא יחלוקו דידו כידה ולב"ה גרועה ידו ואין לו כלום בנכסי מלוג.

ולפי זה צריך לומר הא דיש לו בנכסי צאן ברזל החצי דהכי הלכתא בסוף בבא בתרא הוא משום דהללו באים לירש וכו' וא"כ לפי זה אין ליבם פירות כשהיא חיה דאין ספק

מוציא מידי ודאי משא"כ לבית שמאי דס"ל בנכסי מלוג בנפלו לה כשהיא תחתיו דבעל דיחלוקו מדינא מכ"ש בנכסי צאן ברזל וא"כ דיחלוקו מדינא ולא מתורת ספק יש לו להיבם חצי הפירות וא"כ ליפלגו בפירות דהיינו פירות נכסי צאן ברזל אם יש להיבם החצי דלב"ש יש לו כמו שיש לו בנכסי מלוג החצי אם נפלו לה כשהיא תחת הבעל ולבית הלל לית להו דאין ספק מוציא מידי ודאי בחייה דלא שייך הללו באין לירש וכו' אבל לרבא לק"מ כלל ולהרמב"ם הלכתא כאביי כמ"ש התוס' ביבמות בשם רב יהודאי גאון בהלכות פסוקות ולכך אינו מחלק בנכסי מלוג בין שנפלו תחת הבעל ובין שנפלו תחת היבם דאין ליבם זכות דהא בנפלו לה כשהיא תחת הבעל פליגי והלכה כב"ה וא"כ הטעם בנכסי צ"ב דיחלוקו הוא מטעם הללו באים לירש וכשהיא חיה לא שייך הללו באים לירש ואין ליבם בו כלום ופשוט ונכון הוא לענ"ד.

והנה דעת הראב"ד בהשגות הוא שנכסי צאן ברזל כולם ליבם הוא כשיטת התוס' דס"ל הכי גבי שומרת יבם הפירוש נכסים בחזקתן כמו בכתובה דהיינו בחזקת יורשי הבעל אמנם בנכסי מלוג דנפלו לה תחת הבעל ס"ל דיחלוקו והיינו כרבא וכמו שפירש רש"י ביבמות דף ל"ט דרבא דס"ל בנכסים שנפלו לה תחת הבעל ידו עדיף מידה היינו יד הבעל אבל יד היבם והיא שוין וא"כ יחלוקו. ודעה זו הביא הרמ"א בסימן ק"ס סעיף ו' עיי"ש אמנם המ"מ הביא דעה שלישית דבנפלה לה תחת הבעל יורשי הבעל יורשים הכל דידו עדיף מידה ואפילו יד היבם עדיף מידה וא"כ יורש הכל והשמיט רמ"א דעה זו ובאמת רש"י גופיה חזר בו כמ"ש הרמב"ן ובריש פרק הכותב דף פ"ג ע"א כתב להדיא דרבא ס"ל ידו עדיף מידה והיבם עומד במקום הבעל והרי הוא כמוהו וכשמתה אין ליורשיה בהן כלום.

איברא די"ל דלכאורה קשה א"כ רבי אלעזר דאמר כרבא כדאמרינן בהדיא ביבמות דף ל"ט דאתמר משמיה דר' אלעזר כוותיה דרבא ולפי זה בנכסים שנפלו לה תחת הבעל אין ליורשי אשה חלק בו כלל ומכ"ש לפי"ז בנכסי צ"ב דהן ודאי בנפלו תחת הבעל כמ"ש הנמוק"י וא"כ קשה איך כתב רש"י בכתובות דף פ' במתניתין בשומרת יבם וכו' נכסים בחזקתן דבבבא בתרא נחלקו בו בחזקת מי וא"כ ס"ל דהך פלוגתא דהתם שייכי נמי הכא כמ"ש התוס' לשיטת רש"י וקשה א"כ רבי אלעזר דאמר התם בב"ב בחזקת יורשי אשה מחלף שיטתו דנכסי מלוג שנפלו לה תחת הבעל כולם ליבם ואלו נכסי צאן ברזל שהיו תחת הבעל כולן לאשה ויציבא בארעא וכו' ודוחק לומר דמיירי בנכסי צ"ב שהכניסה היא ליבם במות בעלה כמ"ש הב"ח בטור סימן ק"ס עיי"ש דמלבד שהוא דוחק לפרש כן אף שיש לפרש כן בטור אמנם במשנה אי אפשר לפרש כן דלא הוי ליה לבית הלל לומר

סתם נכסים בחזקתן דמאן דכר שמיה מנכסי צאן ברזל שהכניסה היא ליבם ואין זה נכלל במילת כתובה ששאל ברישא מה יעשה בו ואין זה תשובה מעין השאלה שדברה בה המשנה ואם לזה נתכוון הוי ליה למימר מה יעשה בנכסים שהכניסה היא ליבם ועוד מה קאמר אח אני יורש אשתו אין אני קובר דהא דתניא דחייב בקבורתה עלה דמתניתין קאי והא יורש נכסים שהכניסה היא לו אחר מיתת אחיו ואיך שייך לומר אח אני יורש וכו'. ועיין בתוס' שם דף פ"א בד"ה ולימא אח אני יורש וכו' דכתבו דודאי רבא הקשה קושייתו אליבא דדברי הכל ואי מתניתין מיירי בנכסים שהכניסה היא לו דיורש אותם אין מקום לקושיית הגמרא אלא ברור דאין זה מענין שדברה בו המשנה כלל.

ולכן נראה לי לומר דהא דכתב רש"י בריש פרק הכותב דידו עדיף אפילו ביבם היינו הכל לבית שמאי דס"ל יש זיקה וא"כ לב"ש על כרחך לא מיירי בנפלו תחתיו דידו עדיף אפילו יד היבם דיש זיקה אבל לבית הלל דס"ל דאין זיקה כיון שמת הבעל נתרוקן רשות יבם ואין ליבם כלל חלק אפילו בנפלו לה תחת הבעל ועיין ברז"ה ליבמות שכתב ג"כ כזה והמעיין ברש"י בריש פרק הכותב יראה מבואר דכתב הכל לב"ש דסיים שם ומתניתין דב"ש כשנפלו לה תחת יבם ולא כתב לב"ה ג"כ דאי נפלו לה כשהיא תחת הבעל איך יהיה ליורשי אשה ויותר מוכרח הדבר לכאורה לב"ה מלב"ש דלב"ה ס"ל דאין ליבם חלק כלל ואלו בנפלו לה תחת הבעל הכל ליבם והוא מהיפך להיפך אלא ודאי דלב"ה דס"ל דאין זיקה אפילו בנפלו לה תחת הבעל הכל ליורשי אשה רק לב"ש על כרחך צריך לומר בשנפלו תחת יבם דלדידיה יש זיקה ובנפלו לה תחת הבעל כולו ליבם ולא הוי ס"ל לב"ש דיחלוקו. ומעתה לא קשה לרבי אלעזר דלב"ה אפילו בנכסי צאן ברזל יש לומר דנכסים בחזקת יורשי אשה דבמת הבעל נתרוקן רשותו לגמרי ואין זיקה.

ובהכי ניחא מה שהקשו התוס' דף פ' בד"ה יורשי הבעל וכו' על רש"י בהא דקמבעי לן שומרת יבם שמתה מי חייב בקבורתה אי יורשי בעל דירשי כתובתה וכו' והקשו התוס' דהא לפירוש הקונטרס אינו יורש רק מנה ומאתים ולא בשביל זה יהיה מחויב לקוברה ותירצו שם דשומרת יבם היתה ראויה ליטול קצת מן מנה ומאתים כדמסקינן דיבם כאחר דמי וכו' והקשה המהרש"א דהא אכתי לא אסיק אדעתיה הך דיבם כאחר דמי עיי"ש דחילק בדוחק וגם בהא דאמרינן אח אני יורש אשתי אין אני קובר ואי משום כתובה לא נתנה כתובה לגבות מחיים ומשני מאן אית ליה מדרש כתובה בית שמאי ב"ש ס"ל שטר העומד לגבות כגבוי דמי והקשו התוס' דהא בית הלל נמי אית ליה מדרש כתובה וכו' ותירצו התוס' דלמסקנא דאמרינן יבם כאחר דמי לק"מ וזהו לגירסת התוס' דגרסי אלא יבם כאחר דמי והוא תירוץ בפני עצמו ואינו מוסב אדלעיל אבל לגירסת

רש"י דלא גרסינן אלא ומוסב אדלעיל קושיית התוס' במקומו עומד.

ולפי מש"כ הכל ניחא דודאי לבית הלל דס"ל דאף דידו עדיפא מידה היינו בעל אבל כשמת נתרוקן רשותו דאין זיקת יבם כרשות בעל א"כ פשיטא דיבם כאחר דמי ולק"מ רק כל הפלפול לב"ש דס"ל דיד היבם כיד הבעל דהוא עומד במקומו לכל דבר כמ"ש רש"י ברישׁ פרק הכותב להדיא בזה כל הספק בס"ד ובמסקנא אי יבם כאחר דמי דס"ד דלאו אחר מיקרי דהא אתה אומר דלא נתרוקן רשות הבעל כלל ויד היבם עדיף מידה ולכך לב"ה אף דאית ליה מדרש כתובה לק"מ דיבם כאחר דמי לב"ה וכן הקושיא דהיכי ס"ד דיתחייב בקבורה כיון דאינו יורש רק מנה ומאתים דזהו רק לב"ה אבל לב"ש יורש חצי נכסי מלוג וכ"ש חצי נכסי צ"ב ולב"ה לשיטת רש"י ודאי ידע נמי בס"ד דיבם כאחר דמי דהא לרש"י נתרוקן רשות הבעל ולק"מ.

ואחר שבררנו דגם רש"י לא ס"ל כן יפה עשה רמ"א שהשמיט דעה זו אמנם להבין דברי הטור דמשמע דאיכא נכסי צאן ברזל דנפלו לה בעודה יבמה והב"ח כתב דכן משמע בתוס' וברא"ש ואני תמה דא"כ מה מקשים התוס' לרש"י בבבא בתרא דף קנ"ח ע"א בד"ה נכסים בחזקתן לרש"י דפירש כי היכי דפליגו אמוראי הכא פליגי נמי התם בשומרת יבם בנכסים בחזקתן למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה א"כ תקשה למ"ד הכא בחזקת יורשי אשה א"כ התם נמי הוי נכסי צאן ברזל יותר בחזקת יורשי אשה לב"ש דלא פליגי בהא ונכסי מלוג יחלוקו א"כ הוי נכסי צ"ב יותר בחזקת אשה מנכסי מלוג וכו' ומה זו קושיא מאן שמעת ליה נכסים בחזקתן בחזקת יורשי אשה ר' אלעזר ואיהו ס"ל כרבא בנכסי מלוג שנפלו לה תחת הבעל ס"ל לב"ש דיחלוקו ונכסי צאן ברזל איירי בנכסים שנפלו לה אח"כ ולא שייך ידו עדיף מידה ואין מקום לקושיית התוס' ועל כרחך צ"ל דהא ליתא דנכסים בחזקתן קאי על השאלה מה יעשה בכתובה היינו נכסי צ"ב שהכניסה לבעל ונכתבים בכתובה כמ"ש רש"י ודא נדוניא דהנעלת ליה וכו' וא"כ לא ידעתי איה מקום התוס' שיהיה הטור נמשך אחריהם לומר דאיכא נכסי צ"ב שהכניסה ליבם ויותר מסתבר לומר דמיירי בשבח נכסים שהשביחו נכסי צאן ברזל לאחר מיתת הבעל ואותו השבח מיקרי נפלה לה בעודה שומרת יבם כמ"ש הרז"ה על פירות ומכ"ש בשבח ובאותו השבח קאמר הטור דיכולה למכור וכו'.

אמנם מי הם היורשים דיורשים חצי או כל נכסי צאן ברזל בזו נחלקו האחרונים דעת מהרי"ק בשורש צ"א דאם האב קיים האב הוא היורש וקודם ליבם שהוא מיוצאי יריכו ודעת מהר"י וייל דהיבם הוא היורש האמיתי והרמ"א בדרכי משה סימן ק"ס כתב דלשון יורשי הבעל משמע כדברי מהרי"ק דמשמע יורשיו דאורייתא ויורשיו הוא האב ולא

הבנתי ראייתו דעד כאן קאמר מהרי"ק דהאב קודם היינו ליטול בנכסי צאן ברזל אבל בנכסי מלוג דס"ל לרבא דכוותיה קי"ל דלכך ס"ל לבית שמאי יחלוקו דמיירי דעשה בה מאמר ומאמר לב"ש עושה ספק נשואין ולכך יחלוקו וא"כ כאן ודאי דהחצי ליבם דהוא העושה מאמר ואצלו הנשואין בספק ולא אצל האב ומ"מ קתני במתניתין ב"ש אומרים יחלוקו יורשי הבעל וכו' הרי דקרא ליבם יורשי הבעל ודוחק לומר דאיידי דקתני לבית הלל יורשי הבעל קתני נמי לב"ש דאדרבה אם יורשי דב"ש אינם יורשי דב"ה דכאן מיירי מאב וכאן מיירי מיבם לא הוי ליה למיתני בחדא לישנא. ולכן צריך לומר דלישנא דיורשי הבעל לאו דוקא וס"ל למהרי"ק בנכסי מלוג דנוטל מחמת זיקת או מאמר היבם לב"ש היבם הוא היורש אבל נכסי צאן ברזל דנוטלים יורשי הבעל לב"ה מחמת דנכסים בחזקתן האב נוטלן דהוא היורש הקודם ליוצאי יריכו וקתני סתמא במתניתין יורשי הבעל דכל חד כדינו או הבעל או היבם.

ומעתה ראיית מהר"י וויל מהך דיבמות דתליא בזיקה אינה מוכרחת דכבר כתבתי בענין ירושת נכסי מלוג מודה מהרי"ק דהיבם הוא היורש רק בנכסי צאן ברזל דלאו מתורת זיקה או מאמר נוטלתן דלב"ה ליתא לזיקה וגם מאמר לא מהני רק מכח נכסים בחזקתן מהני דהואיל ואגידה ביה א"כ ס"ל דהאב הוא המוחזק ומה שהביאו ראיה לסתור דברי מהרי"ק מהא דאמרינן אח אני יורש וכו' דמבואר דהאח הוא היורש אין כאן ראיה דגמרא לישנא בעלמא נקט דאם אין כאן אב האח הוא היורש ולישנא דפרענות דיהיה הבן מת על פני אביו לא משתעי הגמרא כדאמרינן ריש פרק יש נוחלין עיי"ש ונקט אח אני יורש ובאמת אם יש כאן אב דהוא היורש נימא את בני אני יורש אשתו אין אני קובר וחדא מינייהו נקט והוא רק לשון המושאל.

אמנם אפשר להביא ראיה מזה לדברי מהרי"ק דהא רבא הוא דשאל ונימא אח אני יורש אשתו אין אני קובר ואי משום כתובה לא נתנה לגבות מחיים דס"ל יבם לאו כאחר דמי וא"כ איכא מדרש כתובה לכשתנשאי לאחר תטלי וכו' וקשה לרבא למה יהיה היבם יורש ולא האב דהא לא הגיע עדיין זמן כתובה לגבות דהא לא היתה מורשת להנשא לאחר ומתה וא"כ זכה הבעל בנכסים כאלו מתה בחייו וא"כ האב הוא היורש ויבם מה עבידתיה וכי בשביל דאגידה ביה יהיה הוא היורש הלא הוא אינו יורש אותה לשיטת רבא כקושיא שלו רק לאחיו ולמה יהיה הוא יורש ולא האב דלא נתנה כתובה לגבות מחיים ועל כרחך צריך לומר דס"ל לרבא באמת דהאב הוא היורש רק דאמר בלשון מושאל והיכא דליכא לאב וא"כ לפי זה אף במסקנא לא מצינו דמדין זה הדר ביה ובפרט שנאמר מחלוקת חדש אי האב או היבם יורש וכיון דס"ל לרבא בס"ד דהאב הוא היורש

מנא לן לחלוק עליו ולומר דיבם הוא היורש ועל כרחך מוכרח לחלק בין נכסי צאן ברזל לנכסי מלוג דרבא גופיה קאמר בפרק החולץ דלכך ס"ל לב"ש דיחלוקו דמאמר ספק נשואה עושה וזהו ודאי דיבם ולא האב זוכה בו והרי הדברים מבוארים כמ"ש לעיל ודברי מהרי"ק מוכרחים קצת מגמרא ויש לו פנים בהלכה ולכן לדינא צריך ישוב רב להחזיק האח במקום אביו כי לפי מש"כ כל מה שהקשו עליו מוכרח בעצמו דלק"מ דעל כרחך אח אני יורש לאו דוקא ועל כרחך יש חילוק בין נכסי מלוג לנכסי צ"ב דלא תקשה דברי רבא אהדדי.

הלכה טו

האשה שמכרה וכו' בנכסי צאן ברזל לא עשתה כלום. והנה בשו"ע סימן צ' סעיף י"ג העתיק הך לישנא דרמב"ם ורמ"א הגיה עליו ויש אומרים דמ"מ כשתתאלמן או תתגרש מכרה קיים והוא מדברי נמוק"י פרק החובל ואני תמהני דהא גמרא ערוכה היא בפרק החובל דף פ"ט ע"א ותזבן כתובתה דהיינו נכסי צאן ברזל כמ"ש רש"י והרא"ש בטובת הנאה שאם תתאלמן או תתגרש שיזכה בו לוקח הרי דבידה למכרה על זמן אלמנות וגירושין ואם נאמר לחלק כמ"ש הבית שמואל בסימן הנ"ל ס"ק מ"ו דאם מכרה עכשיו המכירה בטלה אף לאחר זמן אבל אם מכרה לאחר גירושין המכירה קיימת ולא הבנתי דמ"ש אם יש לה לאשה יד למכור מאי שנא באמרה שמכרה מעכשיו הלא המכירה חל מהיום רק אין לו ללוקח זכות בו אלא לאחר מיתה ומזה דנתאנה לוקח דיוכל לומר אני לקחתי להיות הקרקע תיכף שלי אבל להמתין על זמן אלמנות וגירושין בזה לא חפצתי ודאי דמזה לא מיירו הפוסקים דפשיטא דיכול הלוקח לחזור ואין לך מום גדול מזה ועל כרחך מיירי דלוקח רוצה להמתין וא"כ בממה נפשך אי יש לה יד למכור תהיה מכורה ואי אין לה יד איך תהיה מכורה באמרה שיחול לאחר גירושין ולא הוה כשדה זו שאקחנה או שאירשנה מכור לך דאין במכירה כלום ועיין בכתובות דף נ"ט ע"ב בתוס' בד"ה שדה זו וכו'. ועוד דא"כ אין כאן חולק דהא הנמוק"י לא כתב כן רק דמדברי הגמרא למדנו דיכולה למכור נכסי צ"ב בטובת הנאה אבל למכור בהחלט לא שמענו.

לכן נראה לי לומר דס"ל לרמ"א דדעת הרמב"ם והמחבר כיון דאין לה יד בגוף הקרקע אף לאחר אלמנות וגירושין אינה יכולה למכור דהוי כשדה זו שאקחנו מכור לך ולכך כתב הרמב"ם לא עשתה כלום והא דפרק החובל איירי דנכסי צאן ברזל כתובין בכתובה והיא מכרה הכתובה לאחרים בכתיבה ומסירה בטובת הנאה וזה ודאי דיש לה יד למכור השטר לאחרים בכתיבה ומסירה דהא השטר בידה ויכולה ליתן שעבודה לאחרים אבל למכור נכסים וקרקעות שיש לה ונתנה לבעלה בתורת נכסי צ"ב ורוצה למוכרן לאחרים

בלי מכירת השטר נדוניא רק גוף הקרקע בזה ס"ל למחבר דאינו מועיל מעשיה בשום אופן שבעולם כלל ומעתה צריך תלמוד מנ"ל להנמוק"י לומר דנכסי צ"ב נמכרים בטובת הנאה לאחר גירושין דלמא בגמרא מיירי דמוכרת השטר כתובה כמ"ש לעיל. וצריך לומר דדייק ליה מהא דאמרינן שם השתא דאיתא לתקנת אושא תזבן לנכסי מלוג בטובת הנאה וכו' ומה קושיא דלמא אלמוה באושא לשעבודא דבעל שיהיה דינן אחד לנכסי מלוג עם נכסי צ"ב וכמו שאין בידה למכור נכסי צ"ב רק שטר כתובה כך לא תהיה יכולה למכור קרקע מלוג ועל נכסי מלוג אין שטר כתובה ועל כרחך צ"ל דס"ל להגמרא לדבר מוחלט דקרקע נכסי צאן ברזל יכולה למכור בטובת הנאה וא"כ ודאי דלא תקנו באושא דיהיה לנכסי מלוג יתר עילוי מנכסי צ"ב ובנכסי צ"ב לא תקנו כלום באושא והמעיין בנמוק"י יראה דכיון לדברי דלמד נכסי צאן ברזל מנכסי מלוג עיי"ש וכל מה שכתב הבית שמואל ס"ק מ"ו ליתא לפי מה שכתבתי.

הלכה טז

מכר מטלטלין של נכסי צאן ברזל אע"פ שאינו רשאי אם מכר ממכרו ממכר. כתב המ"מ זה הדין לדעת הר"א ז"ל ודאי אמת הוא דלא עדיף מקרקע שהוא סובר שאם מכרו מכרו קיים וכו' עכ"ל מדבריו של רבינו המ"מ למדנו שהוא סובר שמה שכתב רבינו הרמב"ם במטלטלין ממכרו ממכר אין הכוונה ממכר לעולם רק עד שעת גביה לאפוקי במקרקע לדעת הרמב"ם המכירה תיכף בטל משא"כ במטלטלין עד שעת גביה המכירה קיים אבל בשעת גביה ודאי גובה דאלו סובר דאינה גובה במטלטלין לעולם אין זה מסכים לדינו של הראב"ד ז"ל בקרקע כלל דשם בשעת גביה גובה ואינו מכורה אלא לשעתה כרבן שמעון בן גמליאל לאפוקי במטלטלין דמכורה לעולם אלא ודאי דמודה הרמב"ם בשעת גביה גובה ממטלטלין דהא מכר דבר שאינו שלו כמו קרקע ומסתימות לישנא דשו"ע סי' צ' סעיף י"ד והאחרונים לא משמע כן.

והנה בתרומת הדשן סימן של"ט כתב ישראל שגבה בחובו קרקע מן הכותי וכפי נימוס המקום הוא אם ירצה הכותי להחזיר מעותיו מחויב הישראל להחזיר לו הקרקע יכול למכור לישראל חבירו כל כח וזכות שיש לו באותם הנכסים ואין האשה יכולה לעכב המכירה מחמת שעבוד כתובתה אבל אם הרשות בידו לבנות ולנטוע הרי הוא כמקרקע ויכולה האשה לעכב ולא הבנתי לשונו מה עיכוב יש מחמת כתובה וכי אין הבעל רשאי למכור נכסיו אף שהם משועבדים לכתובת אשה ודבר זה נאמר ביבם שכתובתה על נכסי בעלה הראשון אבל לא בבעל ועל כרחך צ"ל דהך עכבה לאו דוקא רק עכבה הוא ממילא דהלוקח נמנע לקנותו כיון דבסוף כאשר תבוא האשה לידי גביה תגבה ממנו

ולכך כתב בדין הראשון הרי הוא כמטלטלין ואף בשעת גביה לא תוכל האשה לגבות ממטלטלין שמכר וא"כ אין כאן עכבה לאשר רוצה ללוקחו מפחד גביית כתובה אבל בדין השני הרי הוא כקרקע והאשה גובה כתובתה ממנו וא"כ יש כאן עכבה למאן דקפיד באמת ליקח קרקע אשר לבסוף תקחנה האשה מידו וזה ברור כוונתו וכן צ"ל בש"ע סימן צ' סעיף י"ד בהגה שהעתיק דברי תרומת הדשן הנ"ל. ולפי"ז בכתב מטלטלין אגב קרקע אין חילוק בין מטלטלין למקרקע וליכא למימר דהא איכא לדידן תקנת השוק דזה אינו דהא זה שמוכר זכותו לישראל חבירו אי אפשר להקנותו כיון דהוא כמטלטלין ויש לו רק שעבוד בעלמא רק יש לו להקנותו בכתיבה ומסירה כדין שט"ח דהא ליכא כאן רק חוב ושעבודא בעלמא ולפ"ז הוי קנין שטרות וליכא גבייהו תקנת השוק כמבואר בחו"מ סימן ס' סעיף א' ולפי"ז תמהני על הבית שמואל דכתב בסימן צ' ס"ק נ' דאף דכתב מטלטלין אגב מקרקע אינה יכולה לטרוף אח"כ מן הלוקח ולפי מש"כ ברור הדבר דיכולה לטרוף מלוקח בלי ספק דלית בהו משום תקנת השוק.

הלכה יט

נכסי צאן ברזל שאבדו או שנגנבו ומחלה האשה אותם לבעלה יראה לי שאינה יכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי וכו' אבל אם נתנה לו מתנה מטלטלי צאן ברזל הקיימין לא קנה מפני שיש לה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי. מדברי רבינו נראה הואיל ודייק שאבדו או נגנבו וגבי נכסי צאן ברזל הקיימין כתב אם נתנה לו מתנה ולכאורה הדברים סותרים דמסיפא משמע דוקא מתנה אינה מועילה אבל מחילה מועילה אפילו בדברים הקיימין ובריש כתב דמחילה מועילה גבי נכסי צ"ב שאבדו משמע הא איתנהו בעין לא מהני מחילה דמצי למימר נחת רוח עשיתי לבעלי וצ"ל דבאיתנהו בעין ס"ל לרבינו הרמב"ם דלא שייך מחילה כמבואר בחו"מ סימן רמ"א סעיף ב' ברמ"א עיי"ש ולא שייך גביה אלא לשון מתנה ובמתנה קי"ל דיכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי אבל אם ליתנהו בעין דשייך גביה מחילה בזו כתב הרמב"ם דאינה יכולה לטעון נחת רוח עשיתי לבעלי וזהו נראה לענ"ד ברור אף כי מדברי הב"י והכ"מ לא משמע כן האמת יורה דרכו.

ונראה ברור דאף הרא"ש ס"ל כן ואין כאן מחלוקת בין הרא"ש והרמב"ם כי מה שכתב הרא"ש בתשובה כלל נ"ח הובא בב"י סוף סימן צ' ובטור סוף סימן קי"ח הוא הכל דמחלה לבעלה נדוניא דהכניסה לו מעות והוא הוציאן ובהו שייך מחילה ובזו אף הרמב"ם מודה דמאי שנא מעות דניתנו להוצאה ומאי שנא מטלטלין דאבדו והוא חייב באחריותן ואם מתו מתו לו תנן אבל בנכסי צ"ב שהן בעין כעין מטלטלין וקרקעות אף הרא"ש מודה דלא מהני מחילה דלשון מחילה לא שייך בהו רק מתנה ויש כאן

טענת נחת רוח עשיתי לבעלי ואין כאן מחלוקת כלל בין הרא"ש והרמב"ם כמו שחשב הב"י והבית שמואל סימן צ' ס"ק ס' וראיה מהא דכתב הרא"ש והטור חו"מ סימן תכ"ד בחובלת באחרים דאם יש לה נכסי מלוג ונכסי צאן ברזל תמכור לאחרים בטובת הנאה אבל כתובה לא תמכור לאחרים דכל לגבי בעלה ודאי מחלה כמבואר בגמרא דב"ק דף פ"ט. ונתקשה הרב בעל מעדני מלך בזה דגם נכסי צ"ב תמחול והאריך לומר דבנדוניא לא חיישינן למחילה דתהיה מוכרחת אח"כ לשלם מדיני דגרמי ודברים דחוקין הן מעצם סוגיא דשמעתין דהתם ודברי הרא"ש בעצמותן אינם סובלים דבריו אף גם כי מבואר בתשובת הרא"ש הובא בטור סימן צ"א ובב"י באריכות באשה שקיבלה סבלונות מאחד ואיבדה אותן ונשאת לאחר דאין אומרים למכור שטר נדונייתה בטובת הנאה ולפרוע לבעל הסבלונות דלגבי בעל ודאי מחלה וכו' עיין שם והדבר מבואר דגם בנכסי צאן ברזל יש לחוש למחילה ועל כרחך צ"ל דהטור והרא"ש מיירו דנכסי צאן ברזל הן בעין כמ"ש הסמ"ע במתק לשונו וא"כ לא חל עליה מחילה ומתנה לא מהני ג"כ דיכולה לטעון נחת רוח עשיתי לבעלי ולכך יכולה למכור נכסי צאן ברזל בטובת הנאה והדבר ברור.

ולמדנו מזה דדעת הרא"ש בדבר שיכולה לטעון נחת רוח עשיתי לבעלי הדבר בטל מעצמו ולא כמו שחשב הכ"מ בדיוק לשון הרמב"ם דצריכה לטעון כן דאל"כ הדרי קושיא לדוכתיה איך תמכור הא כל לגביה בעלה ודאי תתן במתנה ולא תטעון נחת רוח עשיתי לבעלי ואפשר לומר דס"ל להרא"ש דיכולה למכור גוף נכסי צאן ברזל לאחר בטובת הנאה וא"כ אין בידה למחול או ליתן במתנה אח"כ דדוקא מוכר שט"ח דהוא רק מכירה דרבנן כמ"ש הפוסקים נשאר גוף השעבוד לגבי מלוה משא"כ במכר הלזה שגוף שלה מכירה דאורייתא היא ואין בידה אח"כ למחול או ליתן במתנה. אך לפי"ז צ"ל הא דכתב הטור סימן צ' דאשה אינה יכולה למכור בנכסי צ"ב ואם מכרה הבעל מבטלה מיד מודה דיכולה למכור בטובת הנאה שיחול לאחר גירושין ובש"ע סימן צ' סעיף י"ג בהגה משמע דדיעות חלוקות הן ויהיה הפירוש איך שיהיה מ"מ אם הגוף כל כך שלה עד שתחול עליו מכירה דאורייתא א"כ ודאי דלא יפול עליו לשון מחילה לבעלה וא"כ מודה הרא"ש להרמב"ם דמחילה לא מהני אך מה שכתבתי דגם מתנה לא מהני להרא"ש בנכסי צ"ב דמודה הרא"ש דתטעון נחת רוח עשיתי לבעלי אמת דלשון הכ"מ והב"י מורה כן דדעתו להשוות הרמב"ם עם תשובת הרא"ש ז"ל ואלו הרמב"ם ס"ל דבמתנה יכולה לטעון נחת רוח עשיתי לבעלי איברא לפי הטעם שכתב הרא"ש דלכך לא תוכל לטעון נחת רוח עשיתי לבעלי דבשלמא אם הוא מוכר לאחרים אם לא תסכים יאמר עיניך נתת בגירושין אבל במוחלת לו אדרבה אינה נותנת עין בגירושין

דהא במחילה תהא קלה בעיניו להוציאה עיי"ש והטעם הזה שייך נמי במתנה לבעלה דמאי שנא מתנה ומאי שנא מחילה בכל גוונא היא אח"כ קלה בעיניו להוציאה ולכן הדבר צ"ע.

הלכה כז

הנותן מתנה לאשתו וכו' וכן המוכרת כתובתה בטובת הנאה אותן הדמים לאשה ואין הבעל אוכל פירותיהן. כתב הרב בית שמואל סימן פ"ה ס"ק ט"ז דאם מכרה כתובתה בטובת הנאה אין הבעל יורשה באותן המעות דאל"כ איך אמרינן בפרק החובל דף פ"ט תזבן לכתובתה בטובת הנאה ותשלם לנחבל הא הבעל יורש לטובת הנאה ההוא ואיך יסכים לתתו לנחבל ועל כרחך צ"ל דאין הבעל יורש לטובת הנאה ההוא עכ"ל ולפי מה שכתב רמ"א בהגה בחו"מ סימן שפ"ח סעיף ב' דלענין מסור וניזק אם אשה מתה והניחה נכסי מלוג גובה הנמסר והניזק ממנו דלענין פסידא שוינהו רבנן לבעל כיורש והביא זאת בשם המרדכי פרק החובל ולפי זה יש לומר דהדמים שמקבלת בעד מכירת כתובתה הם כנכסי מלוג וא"כ שפיר תוכל לשלם מהן לנחבל ואין הבעל יכול לערער מחמת ירושתו דאף אם הדמים הם כאן ומתה הנחבל גובה מ"מ ואין לבעל זכות בו כלל וא"כ איך יכול לערער מחמת ירושתו אבל אם ישנן הדמים בידה ואין כאן ניזק ונחבל יש לומר דהבעל יורש אותן דמים דמי יפקיע ירושת הבעל במקום דליכא בעל חוב המוקדם ואפשר דראיות המרדכי דלגבי ניזק ונחבל שוינהו רבנן לבעל כיורש דס"ל דלגבי ניזק ונחבל שוינהו רבנן לבעל כיורש מהכא דס"ל דלא כבית שמאי דמעות מכירת כתובה הן כשאר נכסי מלוג והבעל יורש אותן דמי יפקיע כח וירושת הבעל וקשיא ליה א"כ האיך תוכל לשלם לנחבל כקושיית הבית שמואל ולזה משני דלגבי נחבל הוי במקום פסידא ושוינהו רבנן לבעל כיורש וא"כ אינו יכול לעכב כהנ"ל.

הלכה כט

המוכר קרקע לאשתו וכו'. עיין במ"מ שמחלק בין מכר להלואה דבהלואה הואיל ולותה לו ולא לקחה בהן קרקע אמרינן אפילו במעות גלוין מסתמא הן משלו ולכך לוה מהאשה ונתגרשה אין לה בהן כלום והלח"מ תמה על זה דא"כ מה פריך במסכת בבא בתרא דף נ"א ע"א על הא דאמרינן המוכר קרקע לאשתו קנתה ולא אמרינן לגלוי זוזי קעביד מהא דקתני ליה מהאשה וכו' והא לשיטת המ"מ הבדל גדול יש ביניהם עיי"ש מה שדחק ולי נראה דלק"מ דבשלמא בנאמנות דידה אי נאמנת לומר דשלה הם או אי אמרינן דשל בעלה הן בזו יש לחלק בין מכירה להלואה כמ"ש המ"מ דאלו שלה הן לא נתנם להלואה כי אם בקניית קרקע אלא ודאי דשלו נתנה לו אבל בזה אי השטר שנתן לאשתו אי אמרינן

הואיל ונתן שטר הרי מעשה השטר קיימין או דנימא דעושה כדי להערים ולהוציא שלה מידה בזו להסלקא דעתא דלא אמרינן משויא נפשיה עבד לוה לאיש מלוה פשיטא דאין לחלק בין שטר מכירה לשטר הלואה וא"כ קושיית הגמרא למאן דאמר דבמכר קנתה אף במעות טמונים ואף שיכול לטעון עשיתי לגלוי זוזי להציל פירות שלי דאף דנאמנת במכר שהמעות שלה הא מ"מ הפירות שלי הן וצ"ל דלא עביד בשביל תחבולה זו שטר וקשיא א"כ איך אמרינן לוה וכו' דעושה שטר חוב בשביל תחבולות הוצאות המעות מיד האשה ואי משום ששם מציל כל המעות מידה לדעת המ"מ וכאן במכירה מציל רק הפירות דעל הגוף נאמנת דמאי שנא הא דין פרוטה כדין מאה אם עושה תחבולה בשביל כך עושה נמי בשביל כך והגע עצמך אם לוה עשרה זהובים או דהפירות הן עשרה זהובים וקושיית הגמרא שפיר ומשני דגבי הלואה ודאי יש ראיה דעשה תחבולה דלא שויא נפשיה עבד לוה וכו' ולק"מ.

איברא לולי דברי המ"מ הייתי אומר דדעת הרמב"ם ג"כ בטוען ברי שהמעות שלו הוא וממעשה ידה הן וכדומה נאמן כיון שתפס כדעת הרשב"א ויתר הפוסקים אלא שס"ל דאפילו במעות גלוים כיון דלא נודע מקורן מאין באו לה כשתפס נאמן לומר שלי הן ולא מהני כאן ההבדל בין טמונים לגלוים כיון שאינו נגלה אופן ביאת המעות לידה והוא שתפס מי יוציאן מידו בספק אם הוא טוען ברי שלי הן ולכך ס"ל במוכר קרקע לאשה דמחלקינן בגמרא בין טמונים לאינם טמונים ועל כרחך מיירי דאין כאן מחלוקת בין בעל לאשה בסיבת המעות דאף הוא אינו יודע מאין באו לה המעות וא"כ האשה נאמנת רק הסיכסוך הוא דהוא טוען דאין במכירת השדה ממש והוא אינו רוצה לקיים המקח ועל זה מחלקינן בין מעות טמונים אז המקח בטל ובמעות גלוים המקח קיים אבל בענין גוף המעות בזו לא נחלקו משא"כ בלוה מהאשה שם עיקר מחלוקתם בגוף המעות אם הם שלה בתורת נכסי מלוג א"כ בגירושין הם שלה בהחלט או שלו הם ממעשה ידיה ובזו עיקר מחלוקתן ואמרינן הואיל ותפס הבעל הוא נאמן והשט"ח שעשה אין ראיה דלהוציא את שלו קעביד ומעתה אין חילוק בין מעות טמונים לאינם טמונים דמה בכך דהן גלוים כיון שלא נודע איך ובמה באו ליד האשה והוא תפסן נאמן לומר ששלו הן ובשביל כך עשה שט"ח להוציא את שלו מתחת ידה בתחבולה וקושיית הגמרא דהקשה מהך דלוה מן האשה על הך דהמוכר שדה לאשה אף דלפי מש"כ יש כאן חילוק בנושא דבמכר אין הכחשה בגוף המעות ובהלואה יש הכחשה בגוף המעות מ"מ כבר כתבתי לעיל דהקושיא הוא רק אם אמרינן דעושה שטר בערמה להוציא מעותיו אף אנו נימא במכירה במעות טמונים שעשה בערמה להוציא המעות כדי שיוכל לאכול פירות

והדברים שקולים בסברא.

ומעתה הרמב"ם אחז דרכו דרך ישרה להעתיק לשון הגמרא ולא לחדש דבר מה שלא נזכר בגמרא דבמכירה שאין הכחשה ביניהם לפירוש הגמרא גם הוא העתיק כך וחילק בין טמונים לשאינם טמונים ובהלואה דיש חילוק באיכות המעות ומאין באו לידה העתיק סתם דבעל נאמן ולא חילק בין טמונים לאינם טמונים וכי מאין יהיה שם הבדל בכך כמ"ש לעיל ותפס הרמב"ם בכל מקום דברי הגמרא בלי שנות ואולם פה אם גם במוכר שדה לאשתו והבעל טוען ברי שהמעות שלו הוא אף דגם כאן הוא נאמן אין זה מענין מכוון בגמרא במאמר ההוא במה שחלקו בין טמונים לאינם טמונים ולכך גם הרמב"ם ז"ל לא דיבר בו וסמך עצמו על הכלל הנאמר בהלואה דלענין כפירה והכחשה אין הבדל בין מכירה להלואה וגם בלאו הכי כיון דהבעל תופס כלל הוא בדין התורה הממע"ה ועיקר דקמ"ל דאין נתינת השטר ראיה ואידך הדין זיל גמור משארי הדינין בדיני ממונות וזה נראה לענ"ד ברור ונכון בדברי רבינו הרמב"ם ואין צריך לחילוקים רבים ודחוקי לשונות כמ"ש המ"מ ולפי מ"ש הדבר מבואר בעצמו אלא שבטלה דעתי נגד דברי המ"מ וצ"ע.

וזהו נראה דהיה דעת ר"י דס"ל דאף במעות שאינם טמונים אם תקף הבעל אין מוציאין מידו והיינו כוונתו אם הבעל טוען ברי דלולא זאת תפיסה מספק לא מהני וקושיית רבינו שמשון שהביא הרא"ש דא"כ אף במעות גלוים לא תקנה דיאמר לגלויי זוזי הוא דבעי לק"מ דהגמרא לא מיירי מהך נדון דטוען ברי רק מיירי בטוען שמא ולכך יש חילוק בין טמונים לאינם טמונים כמ"ש לעיל ברמב"ם והא לא קשה דלוקמי הא והא במעות גלוים וחדא בטוען שמא וחדא בטוען ברי הא לא קשיא דסתמא קתני ודחיקיה ליה לאוקמי דמיירי בטוען טענת ברי ועוד דניחא ליה לאוקמי מילתא דרבא כמו מילתא דרב יהודה דמחלק להדיא בין טמונים לאינם טמונים ודברי הרמב"ם עם דברי הר"י עולים כאחד.

שם במגיד משנה אבל מדעת הרשב"א וקצת מפרשים נראה שהם משוים אותם לגמרי וכו' ובאמת לא לכל מילי משוה אותן הרשב"א דהרי לפי מ"ש המ"מ בפרק ב' מהלכות מלוה ולוה בסופו דעת הרשב"א בלוה מהאשה מעות שאינם טמונים הוה כהודה שניתן לה מעות מאחר על מנת שאין לבעלה רשות בהן כלל ואינו אוכל פירות וכמ"ש הבית שמואל ג"כ בשמו סימן פ"ו ס"ק י"א עיי"ש ואלו במכר במעות גלוים קי"ל דקנתה והבעל אוכל פירות ועל כרחך צריך לומר ולחלק דבהלואה אלו היה רוצה לאכול הפירות לא הוי נחית לשויא נפשיה עבד לוה לאיש מלוה משא"כ במכר שמכר שדהו בהחלט כדי שיאכל הפירות ממנו ולפי זה גם בזה יש לחלק בטוען במעות גלוים ברי שלי הן אפשר

דבמכר נאמן ואף דקי"ל דבהלואה לשיטת הרשב"א אינו נאמן התם שאני דלא קעביד נפשיה עבד לוה וכו' אבל במכר לא ידעתי למה לא יוכל לטעון כן כמ"ש לעיל בשיטת הרמב"ם עשיתי לתפוס את שלה לידי ולטעון ברי אמנם בדברי רמ"א בהגה סימן פ"ה סעיף ט' לא משמע כן דמשמע דוקא במעות טמונים מהני טענת ברי שלו וצ"ל דלכך נאמן הבעל בטענת ברי שלו אף דהמעות בחזקתה כיון דיש בידה שטר על הדמים אפ"ה משום דאיתרע הואיל וטמנה המעות וש"מ גנוב הוא אתה נאמן אבל במעות גלוים דלא איתרע הרי הוא בחזקתה לכל דבר ואין נאמן בטענת ברי שלו.

אמנם בגוף הדין לא ידעתי מנא ליה להרשב"א דין זה דכל עצמו לחלק בלוה מהאשה בין מעות טמונים לשאינם טמונים לא נזכר בגמרא רק למדין אותו ממה שנזכר החילוק במכר לאשה וכו' וא"כ הבו דלא לוסיף עלה ולומר דבלוה במעות טמונים יפסיד הפירות מה שלא מפסיד במכר ומנא ליה לרשב"א דין זה וצריך לומר דס"ל כיון דקתני לוה מהאשה ועבד ובאשה על כרחך מיירי במעות טמונים דדמי למכר שדהו דבאינם טמונים לא יכול לומר לגלוי זוזי וא"כ על כרחך גם בעבד מיירי דוקא במעות טמונים דאי בעבד אייריי אף באינם טמונים לא הוי ליה למיתני תרווייהו בחדא בבא אלא ודאי דאף דינו דעבד מיירי דוקא במעות טמונים.

וקשה בעבד אף באינם טמונים למה יחזור לו דאף דנתנו לו במתנה מ"מ מה שקנה עבד קנה רבו ועל כרחך צריך לומר דהואיל ולוה ממנו הודה דנתנו לו מתנה על מנת שאין לרבו רשות בו א"כ לפי זה באשה ג"כ הדין כן הואיל ולוה אמרינן דהודה דנתנו לה מתנה על מנת שאין לבעלה רשות בו וזהו דוחק דלא דמיא דאנן אמרינן הואיל ולוה הודה שיש מקום להלואה זו ואין המעות שייך לו ולכך בעבד דלא סגי שיהיה ידו מסולקת רק בנתנו לו אחרים על מנת שאין לרבו רשות בו אמרינן דהודה על דרך הזה משא"כ באשה דיש מציאות להלואה בניתן לה מתנה בסתם מהיכי תיתי לומר הואיל ולוה הודה שניתן לה מתנה על מנת שאין לבעלה רשות בו בפירות ומאין נאמר זה ונפקיע זכות הבעל וצריך לומר דלישנא דהוי כאלו הודה הוא לאו דוקא רק דהרשב"א לטעמיה דס"ל כמ"ש המ"מ בשמו בהלכה שאחרי זה דאם המעות בידה ואמרה שניתן לה על מנת שאין לבעלה רשות בו נאמנת וא"כ בלוה מהאשה המעות בחזקתה דשטרא בידה והשטר מעליא הוא דבהלואה לא מצי למימר לגלוי זוזי במעות שאינם טמונים וא"כ הוי כאלו היא מוחזקת בו ואם היא מוחזקת נאמנת לומר ניתן לי על מנת שאין לבעלי רשות בו ולכך אינו אוכל פירות והיינו בטוענת כך אבל סתמא לא אך לישנא דמ"מ בפרק ב' מהלכות מלוה ולוה לא משמע כן.

הלכה ל

הרי שנמצאו מעות או מטלטלין ביד האשה וכו' ואם אמרה על מנת כן נתנו לי שאין לבעלי רשות בהן אלא אעשה בהן כל מה שארצה עליה להביא ראיה וכו'. עיין במ"מ שכתב ויש חולקין בזה ואומרים שהיא נאמנת וכן דעת הרשב"א ז"ל ולא הזכיר המ"מ איך מתורץ לדעתם קושיית הרמב"ן דלמה לא יתנו לפלוני כשהיא מצוה בעת מיתה והרא"ש כתב אם מתה יחזיר לבעלה דאף אם נתן לה על מנת שאין לבעלה רשות בהן הרי הבעל יורשה עכ"ל וצריך לומר דאף דחיישינן דנתן לה על מנת שאין לבעלה רשות בו היינו שלא יהנה מפירות המתנה אבל לחוש דנתן לה ע"מ שאין בו רשות הבעל כלל אפילו ליורשה כולי האי לא חיישינן. ומעתה קושיית הרמב"ן מיושב דהיא שאמרה בשעת מיתה ליתן לפלוני להפקיע ירושת הבעל בזה אינה נאמנת וא"כ לא הוי ליה לרמ"א בסימן פ"ה סעיף י"ב לסתום הך דעה והוי ליה לפרש דנאמנת להפקיע הפירות אבל לא להפקיע הירושה כמ"ש לעיל ולכן נראה דס"ל לרמ"א הך חילוק לדוחק דממה נפשך אם אתה מאמינה שניתן לה ע"מ שלא יהנה הבעל מפירות אף אתה תאמין לה שניתן לה ע"מ שאין הבעל ירשנה ולכן ס"ל לחלק דכי אמרינן דנאמנת היינו באינם טמונים אבל בטמונים איתרע חזקתה כי אלו האמת אתה מה לה להסתיר עסקיה ולכך אינה נאמנת ובריית דב"ב דף נ"א דבנתנה פקדון ביד אחר דאם מתה יחזיר לבעל מיירי במעות טמונים שהפקידה מעות ביד אחר בלי ידיעת הבעל ולכך אינה נאמנת לומר שניתן לה במתנה ע"מ שתעשה בו כרצונה. ובזה לא קשה מה שתמהו האחרונים על רמ"א דהביא שם סעיף י"ב דעת הרשב"א החולק על הרמב"ם והרמב"ן וס"ל דנאמנת לומר ניתן לי ע"מ שאין לבעלי רשות בו וכתב דוקא במעות שאינם טמונים נאמנת ותמהו האחרונים דבדברי הרשב"א לא נזכר הבדל בין טמונים לאינם טמונים ולעולם נאמנת לדעתו ולפי מ"ש לק"מ כי לתרץ קושיית הרמב"ן על כרחך צריך לומר דיש חילוק בין טמונים לאינם טמונים וכמ"ש.

אך לפי זה בסימן פ"ו סעיף א' כשכתב המחבר כשאמרה של פלוני הוא ומתה דאינו מועיל כשאינה נאמנת לו הוי ליה לרמ"א להגיה דדוקא במעות טמונים אבל באינם טמונים נאמנת במגו לדעת הרשב"א ואפשר דבשלמא לעיל שהאשה מוחזקת הביא דעת הרשב"א כדי דיכולה האשה לומר קים לי כדעת הרשב"א משא"כ הך דסימן פ"ו דהבעל מוחזק נגד אותו פלוני שאמרה שהוא שלו וא"כ ודאי דאין לחוש לדברי הרשב"א נגד הרמב"ם והרמב"ן במקום שהבעל מוחזק ובפרט שהרשב"א גופיה נסתפק בתשובה כמ"ש הב"י עיי"ש.

ולדעת הרשב"א תקשה הא דאמרינן בגמרא במעות שאינם טמונים קנתה והבעל אוכל פירות ולא מצית האשה לומר ולטעון המעות ניתן לי במתנה על מנת שאין לבעלי רשות בהן ומ"ש הבית שמואל סימן פ"ה ס"ק כ"ז דבגמרא מיירי דלא טענה כן הוא דוחק דסתמא נאמר בגמרא וגם מה שכתב דלכך נאמנת לומר כהנ"ל במגו דאמרה של פלוני הם וזה לא שייך בשדה שקנתה והמכירה על שמה גם זה לא נראה לענ"ד שיהיה טעם הנאמנות משום מגו דהא כל מה שהוא ברשות אדם הרי הוא בחזקת שהוא שלו ואיך תהיה נאמנת במגו דשל פלוני הוא והוי מגו במקום חזקה ועיין בחו"מ סימן ס"ב והדבר מבואר כמ"ש. לכן נראה לי בדעת הרשב"א דהא דאשה נאמנת היינו כל זמן שהמעות ברשותה אבל זאת שנתנה המעות לבעל בקנין קרקע כיון שהגיע המעות ליד בעל פקע נאמנות שלה כיון דהוא מוחזק במעות רק הואיל וכתב לה שטר והמעות גלוין אמרינן מסתמא נתן לה המעות במתנה או בקרקע וכתבו בלשון מכר כדי שלא יפסיד הפירות כדאמרינן בגמרא במתנה ביקש ליתנם וכו' ולכך לעולם אוכל פירות ולכך הוצרך הרשב"א לכתוב כפי מ"ש המ"מ בשמו בפרק ב' מהלכות מלוה ולוה דבלוה מן האשה וכו' הודה הבעל דניתן לה בעל מנת וכו' כמ"ש לעיל דהוו"א אף דהיא טוענת ונאמנת מ"מ כיון שכבר בא המעות ליד בעל פקע נאמנות שלה ולזה קאמר הרשב"א דבלוה מהאשה לא אמרינן כן והוי כאלו לא בא לידו כלל.

הלכה לא

אמרה לו אתה נתתו לי במתנה נשבעת שבועת היסת שנתן לה הבעל ואינו אוכל פירותיהן. עיין במ"מ שכתב הטעם דנאמנת משום דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה דומיא דאומרת גרשתני ולדבריו מתורץ קושיית בעל התרומות שער ו' דהקשה על הרמב"ם דתהא נאמנת לומר במתנה ניתן לי מאחר על מנת שאין לבעלי רשות בו במגו דאמרה אתה נתתו לי במתנה ולפי טעם המ"מ ניחא דהא העיקר נאמנות שאנו מאמינין אותה לגבי בעלה הוא משום דאינה מעיזה וא"כ איך נאמין אותה במגו היכא שעתה בטענתה שאחר נתן לה על מנת וכו' איננה מעיזה במגו דמעיזה בפני בעלה ואע"פ דבעלמא אמרינן לענין ממון מגו דהעזה הכא שאני כיון דכל עצמותו שאנו מאמינין לאשה הוא דאינה מעיזה ואיך נאמין אותה במגו ודברי הש"ך בחו"מ סימן ס"ב ס"ק ו' אינם ברורים בזה כמ"ש הבית שמואל ג"כ סימן פ"ה ס"ק ל' עיי"ש. אך נראה דבעל התרומות דהקשה קושיא זאת לא ס"ל כטעם המ"מ דלא מצינו סברא זו נזכרת בש"ס ואם אמרינן כן בענין גירושין דאין אשה מעיזה איך נילף מיניה לענין מתנה ובפרט לפי דעת הפוסקים אף בטוענת גרשתני ותובעת כתובתה אינה נאמנת דחוששין דמעיזה בשביל

ממון וכ"ש באומרת נתתו לי במתנה גרידא רק ס"ל דכיון דנתנו חכמים לאשה נאמנות לומר ניתן לי במתנה מאחרים אף באומרת שבעלה נתן לה במתנה נאמנת דמאי שנא רק באומרת שאחרים נתנו לה על מנת שאין לבעלה רשות בו בזו לא תקנו חכמים להאמין לה ודי שאנו מאמינים לה שנתנו אחרים לה מתנה ובפרט דלא שכיח שיתנו לה אחרים מתנה באופן הזה להפקיע כח בעלה מפירות ולעשות איבה וקטטה בין אשה לבעלה כמ"ש המפרשים משא"כ באומרת אתה נתתו לי ודאי דבזה נאמנת וכיון דאנו מאמינים אותה הרי הדבר ממילא דפקע הפירות מבעל ואין צריכין לתוספות אמירה דילה כלל רק הדבר הוא מעצמו כן ופשיטא דנאמנת זהו הטעם של בעל התרומות ולכך הקשה שפיר דתהיה נאמנת במגו.

הלכה לב

אין מקבלין פקדונות וכו' קיבל מהאשה יחזיר לאשה וכו'. אע"פ שאינה נאמנת לומר כי ניתן לה במתנה על מנת שאין לבעלה רשות בו מ"מ יחזיר לאשה כיון שקיבל מהאשה ואם נושאת ונותנת תוך הבית דקי"ל הכל לבעל ואין האשה נאמנת לומר שלה הוא כמ"ש התוס' והרא"ש אי יחזיר לבעל או לאשה בזו נחלקו הריב"ש והחלקת מחוקק והבית שמואל ז"ל דדעת הריב"ש בסימן נ' דיחזיר לאשה כמו דמחזיר בשאינה נושאת בתוך הבית אף דהפירות לבעל והח"מ והב"ש סימן פ"ו ס"ק ז' חולקים דלא דמי דבשלמא בנדון הרמב"ם הגוף לאשה אף דהפירות לבעל מ"מ כיון דהגוף שלה יכול להחזיר לה משא"כ בנושאת ונותנת בתוך הבית דהגוף של בעלה הוא איך יחזיר לאשה מה שאינו שלה ובאמת לישנא דתוס' והרא"ש דכתבו בנושאת ונותנת בתוך הבית דאינה נאמנת לומר שלה הוא משמע דלא יחזיר לאשה כיון דאינה נאמנת לומר שלה הוא. ובהכי ניחא הא דאינה נאמנת לומר בנושאת ונותנת בתוך הבית בפקדון ניתן לי אף דאי בעי שקלית ויהבית ליה למי שאמרה שהפקיד אצלה ממונו דודאי בנושאת בתוך הבית שייך ג"כ ומהני מגו כמ"ש בתשובת הרא"ש כלל ס"ח והובא בשו"ע חו"מ סימן נ"ו סעיף ז' וכמ"ש הסמ"ע בחו"מ סימן ס"ב סעיף ב' עיי"ש. (ודברי הש"ך שם ס"ק ו' לומר דלא מהני מגו דהוי מגו במקום חזקה משום דחזקה אלימתא הוא כל מה שהוא ביד אשה הרי הוא בחזקת בעלה לאכול פירות רק הא דנאמנת לומר שבעלה נתן לה במתנה דנאמנת במגו דהחזרתי אינו נגד החזקה עיי"ש ודבריו דחוקים וסותרים דברי בעל התרומות במה שהקשה על הרמב"ם דתהא נאמנת לומר אחרים נתנו לי במגו דאתה נתת לי במתנה ולדברי הש"ך הא איכא מגו במקום חזקה כמ"ש הש"ך באמת סברא זו לתרץ קושיית בעל התרומות אלא ודאי דס"ל לבעל התרומות דלא אלים חזקה זו עד שלא יהיה מועיל

נגד חזקה זו מגו להחזיק וכן כתב הרמ"א בהגה באהע"ז סימן פ"ה סעיף י"ב דאף דהיא נושאת ונותנת בתוך הבית אם יש לה מגו דחזרה נאמנת ואף דהוי מגו במקום חזקה. וגם בזה שהחליט הש"ך דהך חזקה כל מה שהוא ביד אשה בחזקת בעלה לאכול פירות באומרת בעלה נתן לה במתנה אינו סותר לחזקה לא נראה לי דכיון דהחזקה היא כל מה שביד אשה בחזקת בעלה הוא וא"כ איך נאמר דשלה היא במתנה משל בעלה שבזה אתה מוציא אותו מחזקה דהחזקה הוא דשל בעלה הוא ואתה אומר דשלה הוא וסוף סוף קמבטלת לחזקה ומה לי אם קבלה מאחר או משל בעל עכ"פ עכשיו אתה מוציא הדבר מחזקת בעל לחזקת אשה ודבר זה הוא נגד החזקה וזה ברור). אולם לדעת החלקת מחוקק לק"מ דמה מגו איכא דהא הנפקד לא יהיב אותו לאשה רק לבעל וא"כ אין כאן מגו דשקלית ויהבית לפלוני דאינו בידה לשקול ולמיהב דהנפקד לא יתן אותו בידה בלי רצון והסכמת הבעל וכן מראין משמעות התוס' והרא"ש להדיא הטעם דלכך אינה נאמנת לומר של אחר הוא הואיל ואינה נאמנת לעצמו.

ובהכי ניחא הא דסתם הרמ"א בריש סי' פ"ו כדעת המחבר אף דס"ל כשיטת הרמב"ם דבאינה נושאת ונותנת בתוך הבית וקיבל פקדון מאשה והיא אומרת של פלוני הם נאמנת דהא בידה לתת לו דהא לא יחזיר לאשה תנן אף לשיטת הרמב"ם ובנושאת ונותנת בתוך הבית פסק דאינה נאמנת לומר של פלוני הוא היינו משום דלא יחזיר לאשה בלי רצון בעלה וא"כ ליכא כאן מגו כלל. אמנם לשיטת הריב"ש והרמ"א העתיק שם דעתו בסתמא בלי חולק דאף בנושאת ונותנת יחזיר לאשה קשה להבין שיטת התוס' והרא"ש והשו"ע דלמה לא תהא נאמנת לומר של פלוני הם במגו דנטלתו ויהבית להאי גברא ואם נאמר מה בכך דתקבלם מיד נפקד ותמסרם ליד פלוני מ"מ אח"כ יבוא הבעל ויוציא מידו דכשלא כדין נטלו מיד האשה דהכל בחזקת בעלה והנפקד יעיד דמסרן ליד האשה משא"כ באינה נושאת ונותנת בתוך הבית אין ביד הבעל להוציא מיד הנפקד דהיא תאמר אחרים נתנו לי במתנה על מנת שאין לבעלי רשות בו דא"כ קשה קושיית הבית שמואל סימן פ"ו ס"ק ג' על השו"ע ורמ"א דלשיטת הרמב"ם דאינה נאמנת לומר כך א"כ לעולם לא תהיה נאמנת לומר של פלוני הן והש"ע סתם דאף לדעת הרמב"ם נאמנת ובאמת לישנא דברייתא משמע כן דקתני אם אמרה בשעת מיתתה של פלוני הם אם אינה נאמנת לנפקד יתן ליורשים משמע דוקא אז שאין בידה לקבלן מנפקד וליתנן לפלוני אבל בחייה נאמנת (וגם לפי מ"ש לעיל להרא"ש דמודה דאינה נאמנת לומר דניתן לה במתנה על מנת שאין הבעל יורשה וא"כ איך תוכל ליטלן ולתתן ליד אחר הא הבעל יערער בשביל ירושתו וחזר הדין באינה נושאת ונותנת כמו בנושאת ונותנת

דמאי שנא).

וצ"ל דאם קבלתן מנפקד ונתנתם לפלוני אין הבעל יוכל לתבוע לפלוני דכל זמן שהוא ביד האשה הוא בחזקת הבעל ואינה נאמנת לומר ניתן לי על מנת שאין לבעלי רשות בו דידו עדיף מידה והוי כאילו הבעל מוחזק ועליה להביא ראיה כדין הממע"ה וכמ"ש הרמב"ן בחידושיו לב"ב עיי"ש משא"כ אם היא נתנתם ביד אחר בהחלט הוי הבעל מוציא ופלוני שהמעות בידו הוא המוחזק ונאמן בכל דבר נגד הבעל וכן כתב הרמב"ן בשם הר"י מגא"ש רבו של הרמב"ם ז"ל דאם נטלתן בחייה והחזירם לפלוני אין ביד הבעל לערער כיון שהם בידו עכ"ל משא"כ כשנושאת ונותנת בתוך הבית שכל מה שבידה הוא כשל בעלה לגמרי א"כ אף דתתנם לאחר יבוא הבעל ויוציא מתחת ידו דאם אין אתה אומר כן כל אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית תבריח הכל משל בעלה ותתן לאחר במתנה אלא ודאי דהבעל מוציא מידם בחזקת היד וא"כ ליכא כאן מגו ודברי השו"ע והגה ברורים.

ובגוף הדין מה שפקפקו בו האחרונים על הריב"ש אי יחזיר לאשה בנושאת ונותנת בתוך הבית וחלקו דבאינה נושאת ונותנת אף שהפירות של הבעל מ"מ הגוף שלה ולכך יחזיר יש קצת לדחות דבריהם דהא בעבד תנן נמי יחזיר לעבד ובעבד אף שנתן לו אחר במתנה מ"מ מה שקנה עבד קנה רבו לגוף ולפירות ועל כרחך צ"ל הטעם כמ"ש הריב"ש דלמקום שנטל יחזיר וליכא למימר כמ"ש הרא"ש דלכך יחזיר לעבד שמא הופקד אצלו או ניתן לו במתנה על מנת שאין לרבו רשות בו דהא לשיטת הרמב"ם אמרינן דלא חיישינן דניתן לאשה על מנת שאין לבעלה רשות בו והוא הדין לעבד וזה ודאי דלא אמרינן דלכך יחזיר לעבד מטעם זה לחוד שמא הופקד אצלו דהא על זה אנו דנין דכל ענין נאמנות שלה לומר של פלוני הן בפקדון אצלי הוא מטעם מגו כמ"ש התוס' והרא"ש מגו דשקלית ליה ויהבית לידו דבלא"ה אינה נאמנת דכל מה שהוא ביד אדם הוא בחזקת שהוא שלו ואי אמרינן דלא יחזיר לעבד אין כאן מגו דליכא בידו למשקל ולתתו לפלוני. (ודוחק לומר דודאי אנן אמרינן הואיל ונמצאו המעות בידיהם אמרינן מסתמא נעשה איזה דבר שהמעות שלהם ובאשה שיש לה יד אמרינן שנתן לה אחר במתנה ובזו די ולא אמרינן שנתן לה אחר על מנת שאין לבעלה רשות בו כי אין זה מהצורך לומר כן למה שנמצאו המעות בידה משא"כ בעבד דאף אם נימא כן לא יספיק להחזיק המעות בידו דמה שקנה עבד קנה רבו לכך אמרינן דנתן לו על מנת שיצא בו לחירות דאנן אמרינן לעולם דבר שיסכים עם המעשה שראינו שהמעות בידו ומידו הופקדו אצל אחרים וכל זה דוחק). ולכן ס"ל להריב"ש דלכך יחזיר דדלמא תביא ראיה דניתן לה במתנה או

שהופקד אצלה וכו' וזה הדין שייך נמי בנושאת ונותנת בתוך הבית דשמא תביא ראיה לדבריה ולכך יחזיר.

ובהכי ניחא דברי הרא"ש דכתב דלכך יחזיר לעבד דלמא ניתן לו על מנת שיהיה יוצא בו לחירות ואח"כ פסק אם נשתחרר העבד ומת יחזיר לרבו דמה שקנה עבד קנה רבו וקשה דנטעון ליורשיו מה שהוא מצי למטעון דניתן לו על מנת שיצא בו לחירות ואין יד האדון שולט בו ועל כרחך צ"ל דהא דכתב הרא"ש דנאמן לומר דניתן לו על מנת שיצא בו לחירות כוונתו רק נגד הנפקד כיון שנטלו ממנו נאמן לומר באופן זה ניתן לו ואין על הנפקד חיוב לחקור אם אמת הדבר או לא רק הוא יחזיר פקדונו אמנם לגבי האדון והבעל לא מהני אמירה שלהן רק בראיה ברורה ואם מת העבד ולא הביא ראיה הרי הוא בחזקת האדון בכל אופן ולכך יחזיר לרבו רק הנפקד יחזיר לעבד כשהוא חי אולי ימצא ראיה כמה שכתבתי לעיל ודברי הריב"ש ברורים וכן משמע בנמוק"י כמ"ש.

פרק כג

הלכה א

האשה שהתנית על בעלה לבטל זכותו וכו' אם כתב לה ועודה ארוסה וכו'. עיין במ"מ והנה התוס' ריש פרק הכותב בד"ה כדרב כהנא וכו' נתקשו דלמה ליה לגמרא לומר דלכך מועיל בכתב לה בעודה ארוסה משום דכל האומר אי אפשי וכו' תיפוק ליה דהוי כמתנה על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה דקי"ל בדבר שבממון תנאו קיים ותירצו התוס' דאצטרך דרב כהנא דהכא מיירי דלא אמר בלשון תנאי אלא בלשון סילוק וגם דאשה הוי לאתנויי וכאן במתניתין דהכותב הבעל מתנה עיי"ש. והנה רבינו הרמב"ם פתיחת לשונו האשה שהתנית על בעלה הרי דס"ל באמת האשה מתנה ונקט נמי מלת התנית דהוא לשון תנאי וא"כ צריכין אנו לתרץ קושיית התוס' דלמה ליה דרב כהנא וצ"ל דלאחר אירוסין במה יחול תנאו בשלמא בשעת קידושין ומתנה אמרינן אדעתא דהכי מתקדשת לו אבל כשהיא כבר מקודשת ועומדת מה יועיל תנאו והיא אגודית ביהועל כרחך הוא מוכרח להכנס לו כיון שהוא אירסה ולכך אין זה מגדר התנאי רק מגדר הסילוק שבעל מסלק עצמו מנכסים וכן בתנאי דשאר כסות ועונה אם הוא לאחר אירוסין באמת אינו מכח תנאי רק מכח מחילת אשתו ולפי זה בהתנה קודם אירוסין בזה פשיטא דמועיל דהא הוי תנאי גמור ואדעתא דהכי נתקדשה לו. ולפי"ז יש לתמוה על רמ"א דבסימן צ"ב סעיף א' העתיק דברי הר"ן דדוקא בעודה ארוסה מהני סילוק ולא מקודם דלפי מ"ש זהו דוקא בכותב לה אבל אם היא התנית עמו כלישנא דרמב"ם

ואדעתא דהכי נתקדשה לו פשיטא דמועיל דכל תנאי שבממון קיים ולא יהיה אלא תנאי דעלמא וכאן ליכא לדמויי לקדשה על תנאי וכנסה סתם דבממון לא שייך זאת דאל"כ הוי להו להתוס' לתירוצי בקצרה דמשום תנאי אין לחוש הואיל וכנסה סתם וכן בהך דעל מנת שאין לך עלי שאר וכסות לא שמענו בפוסקים דצריך להתנות כן בשעת כניסה אלא ודאי דלענין ממון תנאו קיים ולא אמרינן דמחיל והדבר צ"ע.

ובאמת גוף הדין שהחליט הר"ן וכן הרשב"א דקודם אירוסין לא מהני סילוק אני מסופק אם אין דעת ה"ר מאיר שהובא במרדכי ריש פרק הכותב סותר לזה דכתב דאשה יכולה לסלק שעבוד מן הקרקע שיקנה בעלה ואף דבשעת סילוקה עדיין לא קנה הקרקע כלל ואין לה ולבעל יד בהן כלל ואעפ"כ כתב דסילוק מהני דאע"פ דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכול לסלק עצמו מדבר שלא בא לעולם וא"כ אף בזה יכול הבעל לסלק עצמו מנכסי אשתו. ובאמת בכמה דוכתי משמע בהר"ן דאין יכול לסלק עצמו מדבר שלא בא לעולם וכן בתשובה שלו סימן כ"ג עיי"ש אבל לפי מה שכתב בחו"מ סימן ר"ט בהגהת רמ"א סעיף ח' דיכול לסלק עצמו מדבר שלא בא לעולם יש לפקפק ואף שהסמ"ע שם ס"ק כ"א חילק דדוקא בעובדא דמהר"ם דעכ"פ היה לאשה שעבוד על הבעל ואף שלא חל על נכסיו שלא היו לו עדיין מ"מ שעבוד היה לה עיי"ש לא הבנתי דבריו דמאי שנא סוף כל סוף על הך קרקע שיקנה אח"כ לא היה לה שום נדנוד שעבוד ומה ענין סילוק מהך קרקע למה שיש לה שעבוד על נכסים אחרים ואי משום דנתקשה הסמ"ע בסתירה שיש לכאורה בדברי רמ"א מסעיף ד' לסעיף ח' דבסעיף ד' פסק דאין מחילה חל על דבר שלא בא לעולם ואח"כ בסעיף ח' פסק דיכול לסלק עצמו מדבר שלא בא לעולם נראה דלא קשה מידי דודאי לשון סילוק מועיל כי יאמר הריני מסלק עצמי מבלי חפץ לזכות בדבר ההוא אבל אין יכול לומר הריני מוחל לך במה שלא נתחייב לו אז ועל מה יפול לשון מחילה ומחילה קודם החיוב לא שייך כי מה ימחול במה שלא נתחייב לו וזה ברור. לכן נראה דהך דינא דסילוק קודם אירוסין במחלוקת שנויה ובפרט במה שכתבתי לעיל אם התנאי והסילוק נכתב בתנאים אחרונים כדין התנאים א"כ נאמר אדעתא דהכי נתקדשה ונכנסה לחופה עמו וזה ודאי דמועיל.

והנה אם סילוק מועיל בעודה ארוסה על נכסים שנפלו לה כשהיא נשואה כתב הטור שני דעות וכן השו"ע סימן צ"ב סעיף ב' ועיין במשנה למלך שתמה דלהך דיעה שאין הסילוק מועיל על הנכסים שיפלו לה אח"כ א"כ מה איריא בנכסים שיפלו לה אחר הנשואין אפילו בנכסים שיפלו לה בארוסה אחר כתיבה ואמירת הסילוק הזה לא יועיל הסילוק דמאי שנא וכל הפוסקים לא דברו לחלק רק בין נפלו לה בעודה ארוסה או

בעודה נשואה אבל בעודה ארוסה לנפילת קודם התנאי והסילוק או לאח"כ לא דברו עיי"ש במשנה למלך. ונראה לי אף ר"י בעל סברא זו ס"ל דאדם יכול לסלק מדבר שלא בא לעולם רק דס"ל ודאי קודם שבא הדבר בעולם אין בסילוקו ממש דממה מסתלק מאפס ותהו רק כשבא הדבר בעולם באותו שעה חל על אותו דבר סילוקו וכזה אמרינן במה דקי"ל דאקני וקנה דאדם יכול לשעבד דבר שלא בא לעולם דלא חל השעבוד רק אז בעת שבא לעולם ולכך ס"ל להרבה פוסקים דיכול לחזור משעבודו קודם שבא לעולם ולפי"ז ס"ל בשלמא אי באותו זמן כשבא הדבר לעולם יכול לסלק עצמו א"כ כשמסלק עכשיו אף שלא בא לעולם מ"מ כשבא לעולם חל הסילוק והוה כאלו עומד באותו פעם ומסלק עצמו ממנו בכל אופן משא"כ אי באותו זמן אין בידו לסלק א"כ איך נאמר שיוכל לסלק עצמו מדבר שלא בא לעולם דיחול הסילוק כשיבוא לעולם ויהיה נחשב כאלו מסלק עצמו אז דהא אז ידיו אסורים ואין סילוקו מועיל כלום וא"כ מה מהני סילוקו ולהדיא אמרינן לר' מאיר דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ בנכסים שנפלו כשהוא גוסס הואיל דאז אין לו יד להקנות לא מועיל הקנין והיינו כהך דהכא ולכך בנפלו לה כשהיא ארוסה א"כ הואיל ובידו לסלק אז משו"ה אף מקודם יכול לסלק דסילוק מועיל לדבר שלא בא לעולם משא"כ בנפלו לה בנשואין דהא אין בידו לסלק באותו פעם דידו עדיף מידה א"כ אף סילוק מקודם אינו מועיל ולק"מ. ובהכי ניחא דכאן סימן צ"ב הביא בשו"ע שני דעות ובחו"מ סימן ר"ט סתם רמ"א בלי חולק דסילוק מועיל לדבר שאינו בעולם ולפי מ"ש ניחא דכו"ע מודים דיכול לסלק עצמו מדבר שלא בא לעולם וכנדון תשובת מהר"ם שממנו העתיק הרמ"א דינו בחו"מ באשה שסילקה שעבוד כתובה שלה מקרקע שיקנה בעלה דאף אח"כ כשכבר קנה הרי ביד האשה לסלק שעבודה ובזה כו"ע מודים דיכול לסלק ואין בזה חולק וכל מחלקותם כאן כיון דבעת שבא לעולם אין בידו לסלק.

איברא דיש לי קצת ספק לדעת הפוסקים דס"ל בדאקני יוכל לחזור בו קודם שקנה נכסים אם גם בהא דיכול לסלק מדבר שלא בא לעולם אם גם בזה נאמר דלא עדיף מקנין לר' מאיר ויכול לחזור בו קודם הגעת הנכסים לבוא לעולם והר"ן בתשובה סימן כ"ג אשר בתחילה העלה ברוחו דיכול למחול דבר שלא בא לעולם כתב דיכול לחזור בו קודם שבא לעולם ומדמה אותו לפירות דקל לר"מ. ובזו אפשר לכוון דעת התוס' דחילקו בין במה שהוא זוכה בו מדברי סופרים יכול לסלק לבין מה שהוא זוכה בו מדברי תורה אינו יכול לסלק ולכאורה סותרים דבריהם לדברי מהר"ם במרדכי דס"ל דיכול לסלק עצמו מדבר שלב"ל בשעבוד כתובה דשעבודא דאורייתא. ולפי מ"ש אפשר לומר ודאי דס"ל דיכול לסלק מדבר שלב"ל רק יכול לחזור קודם שבא לעולם ובאמת בעובדא דמהר"ם

אלו היתה האשה חוזרת בו קודם שקנה היה מועיל אבל כיון שלא היתה חוזרת אי אפשר לה לחזור עוד מסילוקה ובמתניתין דהכותב סתמא תנן דתנאו מועיל. וקשה דאם ירצה הבעל לחזור קודם שיפלו לה הנכסים למה לא יוכל לחזור ולכך הוצרך התוס' לכנוס בחילוק אחר דהואיל ירושתו מדרבנן יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים וכיון דאמר אי אפשי וכו' אין בידו לחזור עוד כיון דביטל תקנת חכמים.

אך קשה לפי"ז מה כתבו שם בד"ה כדרב כהנא וכו' דאע"ג דרבי ינאי ס"ל דאדם מקנה דבר שלב"ל מ"מ מייתי ראיה לדידן וכו' ומה קושיא הא אף דס"ל לרבי ינאי כר' מאיר מ"מ יכול לחזור בו קודם שבא לעולם א"כ אצטרך אף לדידיה הא דרב כהנא האומר אי אפשי וכו' דלא יועיל חזרה וצ"ל דהוי כאומר מעכשיו ובמעכשיו ס"ל להרמב"ן והריטב"א והר"ן בתשובה הנ"ל דס"ל לר"מ דאף קודם שבא לעולם אינו יכול לחזור בו. (ובסברא זאת אפשר ליישב קושיית מהרש"א דאמרינן בגמרא תני רבי חייא האומר לאשתו וכי כתב לה מה הוי וכו' ודחק מהרש"א דמה ענין קושיא זו להך דתני ר"ח האומר דמאי שנא אומר ומאי שנא כותב וי"ל דודאי עיקר קושיית הגמרא סובב בדרך ממה נפשך וכי כתב לה מה הוי דליכא למימר בעודה ארוסה א"כ הוי דבר שלא בא לעולם וליכא למימר דיכול לסלק עצמו מדבר שלא בא לעולם דא"כ יכול לחזור בו וליכא למימר דאמר מעכשיו דהא סתמא קתני במתניתין דין ודברים אין לי בנכסיך בלי הזכרת מעכשיו רק אי אמרינן הכותב דוקא הוי כאומר מעכשיו דקי"ל כר' יוסי זמנו של שטר מוכיח ולכך מקדים בגמרא בקושייתו לומר דתני ר"ח לאו דוקא הכותב אלא האומר וא"כ ליכא כאן זמנו של שטר דיהיה כאומר מעכשיו ופריך שפיר וכי כתב מה הוי ואתי שפיר אך דבר זה אי אפשר לכוון בדברי התוס' דהתוס' במסכת קדושין פרק האומר דף ס"ג משמע דלא ס"ל הך סברת הרמב"ן לומר באומר מעכשיו אי אפשר לחזור בו ואפילו לר"מ ועיין ברשב"א לקידושין כתב להדיא דהתוס' מחולקים בזה עם הרמב"ן עיי"ש ולכן הדבר צ"ע.

ואם כתב לה אחר הנשואין צריך לקנות מידו. עיין במ"מ מאין למד רבינו זה הדין דקנין מועיל אחר נשואין אך יש לי מקום ספק בנכסים שנפלו לה אחר התנאי אי מועיל בם סילוק זה דאף דנימא דיכול לסלק עצמו מדבר שלב"ל מ"מ הא בנשואה לא מהני סילוק רק קנין וקנין לא חל בדבר שלב"ל וכשבא לעולם כבר הדר סודר למריה ומה יועיל קנין בדבר שלב"ל. ובסברא זו ארווח לן דברי הירושלמי הביאו הרא"ש וז"ל כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ונפלו לה לאחר מכן מהו ויש אדם מתנה על דבר שאינו ברשותו ופירש בו הרא"ש דמיירי דכתב לה אחר נשואין ונתקשה בו הרב בעל משנה

למלך דמה משני ויש אדם מתנה על דבר שאינו ברשותו אדרבה היא הנותנת משום דהוי דבר שאינו ברשותו מהני הסילוק ולפי מ"ש ניחא דכיון דכתב לה בנשואין על כרחך דהיה קנין דבלי קנין בלא"ה לא חל כדברי הגמרא ובדבר שאינו ברשותו לא שייך קנין דאין הקנין חל על דבר שלא בא לעולם אך מסתימת לשון רבינו משמע דבכל גוונא מהני וצ"ל דהואיל והוא תקנת חכמים יכול להתנות אפילו לא בא לרשותו כמאמר כל האומר אי אפשי וכו' וכמ"ש התוס' שם בד"ה כדרב כהנא ודברי ירושלמי יש לפרש בלי קנין רק דס"ל דאף דידו עדיף מידה לשון דין ודברים כולל נמי לשון מתנה וא"כ אף דידו עדיף מידה מ"מ אלו בעי ליתן לאשתו מתנה מי לא מצי יהיב לה ולזה משני תינח בנכסים שיש לה אבל נכסים שיפלו אח"כ בממה נפשך אם אתה אומר בלשון מתנה וכי אדם מתנה על דבר שלב"ל ואם אתה אומר בלשון סילוק לא מהני בנשואה ולכך לא מהני אבל בקנין יש לומר דמודה הירושלמי דמהני כמ"ש לעיל.

הלכה ב

התנה עמה שלא יהיה לו דין ודברים בנכסיה אם מכרה ונתנה מכרה ומתנתה קיים. מדברי התוס' בפרק הכותב דף פ"ג ע"ב בד"ה רב אשי אמר וכו' משמע דלפי מה דקי"ל כרב אשי דאמר בנכסיך ולא בפירות הדין נותן דלכתחילה נמי תמכור וכמ"ש מהרש"א כיון דבנכסיך אין לסבול משמעות אחר רק דמסלק עצמו ממכירתה א"כ פשיטא דיש לה למכור לכתחילה כיון דסילק עצמו ממנו וצריך לומר באמת דאם מכרה דתני במתניתין לאו דוקא והוא הדין לכתחילה נמי וכן משמע ברא"ה והר"ן דהוכיחו דמכרה ונתנה קיים קאי אנכסים שנפלו לה לאחר שנשאת דליכא למימר בנפלו לה כשהיא ארוסה דהא רבן גמליאל ס"ל ריש פרק האשה שנפלו דבלי סילוק מוכרת לכתחילה משמע דס"ל דכאן בכותב לה אפילו לכתחילה מוכרת עיי"ש והא דהקשו התוס' בפרק האשה שנפלו דף ע"ח דמה מהני הסילוק הא בלא"ה בנפלו לה בעודה ארוסה קי"ל אם מכרה ונתנה קיים ולא תירצו דלענין זה מהני הסילוק שתהא מותרת למכור לכתחילה אין זה קושיא דא"כ דכל צורך הסילוק הוא דתהא מותרת למכור לכתחילה א"כ איך נקט במתניתין דהכותב בלישנא אם מכרה ונתנה לשון דיעבד מה שאין מהצורך כלל להסילוק ועיקר חסר מהספר ובלישנא דמתני' אלא ודאי דגם בדיעבד צריך תנאי הסילוק וא"כ ודאי יש לומר לאו דוקא כמו דנקט דבדיעבד אם מכרה אלא דהוא הדין לכתחילה תמכור וחדא מינייהו נקט משא"כ אם כל עיקר הדין הוא סובב על לכתחילה לא הוי ליה למינקט בלישנא לשון דיעבד וזה ברור לפענ"ד ובדברי הבית שמואל סימן צ"ב ס"ק א' משמע דלכתחילה לא תמכור ולענ"ד נראה כמ"ש.

ואם קנו מידו כשהיא ארוסה שאין לו דין ודברים בנכסיה וכו' ואין לו בנכסיה פירות לעולם וכו'. נראה ברור דוקא בקנו מידו בעודה ארוסה וכמ"ש המ"מ כיון דלא צריך לקנין ואעפ"כ קנו מיניה ש"מ לאסופי כח קאתי אבל כשקנו ממנו כשהיא נשואה ודאי דצריך לפרש ולא בפירותיהן ואם לא אמר כן אינו מועיל רק שאם מכרה ונתנה קיים דהא כאן הקנין צריך וצריך דלולא הקנין היו כל דבריו לבטלה בכל אופן וא"כ מהיכי תיתי נאמר בקנין מבטל כל זכות שלו והדבר מבואר ברמב"ם הלכה ז' התנה עמה אחר נשואין שלא יהיה לו דין ודברים לא בנכסיה ולא בפירותיה עד עולם בחייה ובמותה הרי זה אינו אוכל פירות כלל וברור דמירי בקנו מיניה דלאחר נישואין בעי קנין וכמ"ש הראב"ד והמ"מ ומ"מ הצריך הרמב"ם שיכתוב ולא בפירות ובפירי פירות עד עולם ש"מ דקנין לחוד לא מהני.

ומה שכתב הב"ח ראיה הואיל והמ"מ למד הך דקנין בנשואין מהני מהך דבבא בתרא דאמרינן בשותף דקנו מיניה מהני ויליף הב"ח דהוי דומיא דשותף דבקנין לחוד הוא מסולק מכל וכל אני שואל ובא לפי דבריו א"כ הא דבעי בגמרא פרק הכותב קנו מידו מהו ונחלקו בהו רב יוסף ורב נחמן הא בפרק חזקת הבתים אמרינן בפשיטות לתירוצי הברייתא השותפין מעידין זה לזה בשקנו מידו ולא קשיא ליה להגמרא הניחא לרב נחמן לרב יוסף מה איכא למימר וגם מה קמבעי להו לפשוט מהך דברייתא דקנין מהני מכל וכל אלא ודאי דשאני בין שותף דשם אי בעי למיהב במתנה מצי יהיב ובשקנו מידו אמרינן דסילוק לאו דוקא ונתכוון למתנה בתוקף הקנין ולכך מהני לכל דבר משא"כ כאן בבעל אם אתה אומר במתנה יהיב א"כ בנכסים שנפלו לה לאח"כ לא מהני מתנה דאין אדם מקנה דבר שלב"ל ועל כרחך אתה אומר דלשון סילוק הוא דמסלק אדם מדבר שלב"ל וא"כ דלשון סילוק הוא הקנין הוא רק לתוקף הענין וחוזק הסילוק ולכך אמרינן בס"ד דלא מהני לכל מילי ובארוסה נחלקו אמוראי כיון דהקנין הוא מיותר ש"מ לאטפויי קאתא אבל בנשואה דהקנין הוא לצורך לא אמרינן דחל רק במה דהתנה והדבר מבואר וברור בלי ספק.

הלכה ג

התנה עמה שלא יאכל פירות נכסיה הרי זה אינו אוכל פירותיהן וכו'. ואי כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירות נראה לכאורה סתירה בדברי התוס' דבמסכת כתובות דף נ' ע"א בד"ה הבעל מוציא וכו' דשם כתבו התוס' דמכרה קיים ובבבא קמא דף פ"ח ע"ב בד"ה באושא התקינו וכו' כתבו דמכרה בטל כמ"ש הבית שמואל סימן צ"ב ס"ק י"ב ומ"ש הב"ש במה דפליגו התוס' דהתוס' בב"ק ס"ל דפירות הוי דבר שלא בא לעולם ולא

מהני סילוק אלא א"כ אמר מנכסיך ובפירות וכו' דברים נכונים הם בסברא אלא שלא מצאתי מי שיגיה המתניתין דקתני דין ודברים אין לי בפירות דיהיה צריך דוקא לומר נמי בנכסיך כל כי האי מלתא צריך הדבר להיות פומבי בפוסקים.

ומה שנראה לי דאין כאן סתירה בדברי התוס' כלל רק סברא זו מה שנחלקו בו מהרש"א ומהרש"ל תליא בפלוגתא דאמוראי בכתובות דף פ"ג ע"ב דפרכינן על הא דהכותב דין ודברים אין לי בנכסיך ואימא מפירי ומשני אביי בוצינא טבא מקרא ורב אשי משני בנכסיך ולא בפירות והנה לפי זה לאביי דס"ל דבנכסיך סובל הפירוש אף על פירות רק דלכך לא אמרינן דכיון לפירות דבוצינא טבא וכו' ויד בעל השטר על התחתונה ולפי זה באומר בנכסיך ובפירות נהפך הענין דאמרינן יד בעל השטר על התחתונה דלא נתכוון רק לפירות כיון דלשון נכסיך סובל ענין פירות ומכפילות דברים לא קשה דשיגריה דלישנא נקט כמ"ש כל הסוברים כדעת מהרש"ל אבל לרב אשי דס"ל דבנכסייך אין לפרש כלל על הפירות דאינו סובל הפירוש של פירות א"כ ודאי דבאומר בנכסייך ובפירות דכוונתו על שיכולה למכור דכי בשביל שהוסיף ובפירות נאמר במילת בנכסייך פירוש אחר מה שאין הלשון סובל כלל ובב"ק קושיות התוס' לאביי דאמר שם מה אינו דומה למשנותינו משום תקנת אושא וקושיית התוס' לאביי איך יובן לרבי יוחנן דודאי לא יחלוק על תקנת אושא ובזה נקט התוס' שפיר בלישנא דהאומר אין לי בנכסייך ובפירות מכרה בטל דלאביי בנכסייך יש לפרש על הפירות אבל במסכת כתובות דהקשו התוס' לסתמא דגמרא איך יובן לרבי יוחנן תקנת אושא ואנן קי"ל כרב אשי דבנכסייך ולא בפירות מודה התוס' דהאומר בנכסייך אף שהוסיף ולא בפירות מכרה קיים וזה ברור לענ"ד ויהיה הפירוש איך שיהיה מ"מ ברור דלפי מה דקי"ל כרב אשי ודאי דבנכסייך לא קאי על הפירות וכן דעת הרא"ש ועיין במהרש"א ודבריו צריכין ישוב.

אבל מוכרין את הפירות ולוקחין בהן קרקע והוא אוכל פירותיה וכו'. עיין במ"מ ובכ"מ שרבינו הרמב"ם כתב דצריכה למכור הפירות לקרקע אף דבגמרא דף פ"ג משמע בדשיירא הוא דילקח קרקע מ"מ רבינו סמך אתוספתא ואירושלמי עיי"ש ובאמת מירושלמי לא מצאתי ראיה לדברי רבינו ואדרבה בירושלמי משמע דהך דסילק עצמו מפירות הוי כנותן לה הפירות מתנה וא"כ תלוי בדין בנותן מתנה לאשתו אי הבעל אוכל פירות או לא ולפי"ז למה דקי"ל דאין הבעל אוכל פירות אף מן הפירות הללו אין לו פירות רק אם מפירות הללו היו פירי פירות כמו במתנה ולכן נראה לי דרבינו הוכיח זאת מגמרא דהך לישנא בדשיירא לאו דוקא רק מוכרחת היא לשייר דבהא דפרכינן בכותב לה דין ודברים אין לי בנכסייך ואימא מכולהו סליקית נפשיך ומשנינן יד בעל

השטר על התחתונה ופרכינן ואימא מפירי ופירש רש"י אבל אם תמכור לא יפסיד וקשה ומה קושיא דהא ודאי מתניתין קודם תקנת אושא נשנית כמבואר פרק החובל דטרחינן למצוא דתנינן לתקנת אושא ולא עלתה בידינו וכן מבואר בתוס' וברא"ש דהקשו למה ליה למכתב דין ודברים אין לי בנכסייך הא בלאו הכי מכרה ונתנה קיים בנפלו לה קודם שנשאת ועיי"ש ודחקו אי מתניתין אתי כרבותינו דחזרו ונמנו עיי"ש ואילו לתקנת אושא אפילו נכסים שנפלו לה קודם אירוסין מכרה בטל לעולם כמ"ש התוס' דף ע"ח ע"ב בד"ה לימא תנינא וכו' אלא ברור דמתניתין נשנית קודם תקנת אושא ולפי"ז הא דמכרה בטל הוא בחייה ולפירות דבאושא הוא דתקינו לאחר מיתה בגופה של קרקע כמבואר בגמרא דף ע"ח ע"ב ולפי"ז הוא דמסלק עצמו מפירות פשיטא דאשה יכולה למכור קודם תקנת אושא וא"כ אי אמרינן דמסלק עצמו מפירות מכ"ש דסילק עצמו דיכולה למכור דמאיזה טעם יכול לעכב בידה קודם תקנת אושא וא"כ עדיין תירוץ הנ"ל במקומו עומד דתפשת מרובה לא תפשת ולא סילק עצמו רק ממכירה ולא מפירות ולאין צורך השיב אביי בוצינא טבא מקרא דבסילק מפירות אף מגוף סילק עצמו.

וצ"ל דמ"מ יכול לעכב במכירת הקרקע אף דסילק עצמו מפירות דעכ"פ יהיה לו פירי פירות משא"כ אם תמכור הקרקע יהיה זכותו פקע מכל וכל ולכך יכול לעכב במכירה וקושיית הגמרא שפיר וזהו אי אמרינן דהיא מוכרחת ליקח בפירות קרקע אבל אי אמרינן דרשות בידה לאכול כל הפירות בלי שיור א"כ איך יכול לעכב בידה המכירה משום פירי פירות אף היא תאמר לו יהיה שכבר היה לי פירות ואני רוצה לאוכלן ולאבדן הרשות בידי א"כ אף אני אמכור הקרקע ויהיה כאלו היו פירות ואני אוכלתן דמאי שנא ועל כרחך צ"ל דבדשיירא לאו דוקא והיא מוכרחת ליקח קרקע בפירות וא"כ פשיטא דיכול לעכב על המכירה בשביל איבוד פירותיו ודברי הרמב"ם מוכרחים. ולדעת הרא"ש צ"ל דאף דקודם תקנת אושא האשה שמכרה ומתה אין הבעל מוציא אבל ודאי דאין לה לכתחילה למכור להפקיע ירושת הבעל ותקנת חכמינו ז"ל וכאן אמרינן דמותרת למכור לכתחילה דסילק עצמו ממנה ועל זה פרכינן דלמא לא סילק רק מפירות אבל לא שתהא מותרת למכור לכתחילה ואפשר דזה ניחא ליה לבעל דתעבור ותמכור בדיעבד לא חש הבעל דלא תעבור על תקנת חכמינו ז"ל ועל זה משני אביי בוצינא טבא מקרא ודוחק הוא ומכל זה מוכרח כמ"ש לעיל דלא כבית שמואל דהא דקתני מוכרת ונותנת לאו דוקא אלא מוכרת לכתחילה.

ובמה שמדמה הירושלמי הך דהכא לבעל שנתן מתנה לאשתו דאינו אוכל פירות ס"ל

לרמב"ם דגמרא דילן מחלק דבנותן קי"ל הנותן בעין יפה נותן ולכך אף הפירות נתן משא"כ בסילק עצמו אמרינן דלא סילק עצמו מכל וכל.

הלכה ד

התנה עמה שלא יאכל פירות נכסיה וכו'. עיין במ"מ במה שסיים ואולי היה דעתם לפרשה אליבא דת"ק והלכה כרבי יהודה עכ"ל פירוש לפירושו דודאי מסתבר לומר כיון דסילק עצמו מפירי פירות מכ"ש דסילק עצמו מפירות ולא היה נופל בזה הספק כלל רק לת"ק דס"ל דבסילק עצמו מפירות מפירי פירות עד עולם סילק נפשו וא"כ יש כאן קפידא בלשונו למה אמר פירי פירי ולא אמר פירא סתמא דהוא ג"כ מסולק מכל ולכך יש ספק אולי לא נתכוון רק לפירי פירי אבל מפרי עצמו לא סילק משא"כ לרבי יהודה ודאי אמרינן דאם סילק עצמו מפירי פירי כ"ש דסילק מפירי והא דאמר מפירי פירי ליפוי כחה אמר דסילק נפשו אף מפירי פירי ואתי שפיר ולכך השמיטהו.

הלכה ו

במה דברים אמורים שהתנה עמה קודם שתנשא וכו'. עיין לעיל בפרק י"ב הלכה ט' מה שכתבתי לדעת רבינו בזה והנה דעת הראב"ד בהשגות כאן ובפרק י"ב הוא דלכך אינו יכול להתנות על ירושה דאין אדם מתנה על דבר שלא בא לעולם והיינו דודאי לא השיג על רבינו במה שכתב בארוסה דמועיל הסילוק משום דאפשר דבארוסה יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים וכמ"ש התוס' דף פ"ג בד"ה כדרב כהנא או דס"ל כמהר"ם דסילוק מועיל לדבר שלא בא לעולם רק לאחר נשואין דסילוק לא מהני לחוד רק בקנין וקנין אינו מועיל לדבר שלא בא לעולם כמ"ש לעיל וזה מדויק בדברי הראב"ד ז"ל.

והנה הרי"ף כתב דליתא לדרבן שמעון בן גמליאל ולדרב דאנן קי"ל בדבר שבממון תנאו קיים ותמה הרמב"ן במלחמותיו דודאי לרבא דס"ל בבבא מציעא דף נ"א דרב כרבי יהודה ס"ל דבדבר שבממון תנאו קיים רק באונאה לא ידע דמחול וצ"ל לרבא הא דאמר רב הלכתא כרשב"ג ולא מטעמיה אף דלרבא בדבר שבממון היכא דידע ומחיל אפילו בדאורייתא תנאו קיים הוא כס"ד דס"ל לרב דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה וא"כ הוי ליה להרי"ף לפסוק כוותיה. ועיין בספר מלחמות שדחק עצמו בדברי הרי"ף.

ולי נראה ליישב דברי הרי"ף והוא דהתוס' הקשו בכתובות דף פ"ג ע"ב בד"ה וקסבר ירושת הבעל וכו' למה מהני תנאי בפירות דהוי ג"כ דרבנן כמו ירושה ותירצו דפירות לא שכיח ולא עבדי בהו רבנן תקנתא ובמסכת בבא בתרא דף מ"ט בד"ה וכדרב כהנא וכו' תירצו עוד תירוץ אחר דירושה דאית ליה שורש בתורה עבדי רבנן תקנתא משא"כ

פירות ונראה דודאי למסקנא דאמרינן לרב חכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה בזו ודאי יש לחלק בין דאית ליה שורש בתורה לדלית ליה דהא חז"ל תלהו הדבר בשל תורה ויש לומר במה דאית ליה שורש בתורה עשהו כשל תורה גמור משא"כ במה דאין לו שורש בתורה כלל אבל להס"ד דאמרינן דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה והיינו כי היכי דלא ליתי לזלזולי בדבריהם א"כ ודאי דאין לחלק בין דאית ליה שורש בתורה לדלית ליה דהא אין הדבר נתלה בשל תורה ואדרבה מה שאין לו שורש בתורה צריך חיזוק ביותר ויותר אומץ ואין הדבר שיש לו שורש בתורה עדיף משל תורה גמור וזה פשוט.

ומעתה יש ליישב דברי הרי"ף בשני אופנים האחד הוא דודאי קשיא ליה דלעיל בדף נ"ו אסיקנא לרבי יהודה דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה ופירות לא שכיחי וצ"ל הא דתנן במתניתין אם מתה אינו יורשה רבי יהודה היא והוא הת"ק החולק על רשב"ג כנראה מפשטא לישנא דמתניתין וכמבואר בתוס' במתניתין דהכותב בד"ה דין ודברים וכו' ובמהרש"א שם עיי"ש וא"כ בירושה יש להקשות למה ס"ל לרבי יהודה דתנאו קיים וצ"ל דס"ל דגם ירושה לא שכיח כמו פירות והנה לפי"ז ודאי לפי מה דאמרינן דרב ס"ל בדבר שבממון תנאו בטל ודרבנן עשו חיזוק בירושת הבעל דרבנן כשל תורה הוה אמרינן דרב ס"ל דר"י לא ס"ל לחלק בין ירושה לפירות דתרווייהו לא שכיחי אולם רב ס"ל דאף במלתא דלא שכיח עשו רבנן חיזוק כמו בשל תורה והא דס"ל לרב בפירות דתנאו קיים הוא משום דלית ליה עיקר בתורה לא עשהו כשל תורה משא"כ לפי מה דקי"ל כרבא בב"מ דרב ס"ל דבממון היכא דידע ומחיל תנאו קיים וא"כ צ"ל כהס"ד דעשהו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה וקשה לרב מפירות דליכא למימר דתליא במה דאית ליה שורש בתורה כמ"ש לעיל ועל כרחך צ"ל דס"ל דבמלתא דלא שכיח לא עבדי רבנן חיזוק לדבריהם.

וקשה הא גם ירושה לא שכיח לרבי יהודה וכי יחלקו רב ורבי יהודה אי ירושה שכיח או לא בדבר שהוא מציאות דבר זה ודאי מהנמנע הוא ועל זה יש לומר כדעת האומרים דמתניתין מיירי בנכסים שנפלו לה כשהיא ארוסה אבל בנשואה לא כטעם הירושלמי הובא ברא"ש וכי אדם מתנה על דבר שלב"ל. ולפי"ז נכסים שיש לאשה בארוסה שירשנה לא שכיח דהתוס' כתבו דלהכי ירושה שכיח דאפילו יתומה עניה אין פוחתין לה מחמשים זוז בעת נשואין אבל לא באירוסין ומסתמא לית לה ולא שכיח כמו פירות וזהו לרבי יהודה משא"כ רב לטעמיה דס"ל אדם מקנה דבר שלב"ל כמבואר ביבמות דף צ"ג וא"כ התנאי מועיל אף לנכסים שיפלו לה בעת הנשואין ואז אין לך עניה בישראל

וכו' ויש ירושה ושכיח ולכך ס"ל לרב דשכיח ועשו חיזוק ואתי שפיר. ומעתה דברי הרי"ף נכונים דכל זה הוא לרב לשיטתו אבל אנן דקי"ל אין אדם מקנה דבר שלב"ל וא"כ מתני' לא מיירי רק בנפלו מאירוסין ואז ירושה לא שכיח כמו פירות דמאי שנא וא"כ ממילא נסתר דינו של רב כיון דאפי' בדבר מהתורה בדבר שבממון תנאו קיים ועל כרחך צ"ל דלכך בפירות מהני תנאי משום דלא שכיח דסברת דלית ליה שורש בתורה ליתא כמ"ש לעיל וירושה ג"כ לא שכיח א"כ גם בזה לא עשהו חיזוק לדבריהם וממילא נסתר דינו של רב דהוא פסק כן לשיטתו אבל לדידן ליכא למימר דיהיה חילוק בין ירושה לפירות דמאי שנא.

וקושיא זו שהקשיתי נראה דדחקו להתוס' לומר בכתובות דף פ"ד ע"א בד"ה וסבר רב דרבא ס"ל אף בירושה קרויה לא ידע דמחיל ולא פירשו כפשוטו דסוגין דהכא הוא לאביי והתוס' גופיה בב"מ דף נ"א ע"ב בד"ה הכא מי ידע וכו' כתבו דסוגין בפרק אע"פ דף נ"ו הוא לאביי וא"כ אף סוגיא דהכותב נימא דהיא לאביי והיינו משום דקשיא ליה להתוס' בכתובות לרבא מה איכא למימר בדרב גבי ירושה ואי כהס"ד דעשהו חיזוק יותר משל תורה על כרחך צ"ל הטעם משום דשכיח יותר מפירות וקשה הא חזינן לר' יהודה דס"ל דלא שכיח ואין לומר כהנ"ל דמתניתין איירי בנכסים שנפלו כשהיא ארוסה דוקא מכח קושיית הירושלמי ואז לא שכיח אבל רב לשיטתו דס"ל אדם מקנה דבר שלב"ל מהני אף לאחר נשואין ואז ירושה שכיח דהא קיימינן אליבא דרבא ורבא ס"ל בבא מציעא דף ט"ז ע"ב דכי אמר רב אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דוקא בשדה סתם אבל לא בשדה זו והטעם בשדה סתם אי אפשר דלא ימצאו מוכרים אבל פה בירושה הוי כשדה זו וא"כ ליתא אף לרב ואף דסוגיא דגמרא קאמר התם בב"מ האלקים אמר רב אפילו בשדה זו מכל מקום רבא לא ס"ל כן ולכך הוצרך התוס' לומר דרבא ס"ל דירושה הוי לא ידע דמחיל.

ובזה יש להבין דברי התוס' בגיטין ריש פרק הזורק בד"ה וכדרב כהנא וכו' דכתבו דכי יכול לומר אי אפשי היינו בירושה דרבנן אבל במלתא דאורייתא לא וכתבו אע"ג דלרב אית ליה בהכותב דאפילו בדאורייתא יכול להתנות הש"ס דהכא לא ס"ל הכי ועוד במסקנא דהתם לא קאי עכ"ל ויש לתמוה איה מקומו דס"ל לרב דבדאורייתא יכול להתנות אדרבה בפרק הכותב אמרינן דרב ס"ל תנאו בטל ואי הוכחות התוס' מדפרכינן וס"ל לרב בדאורייתא תנאו קיים מהך דאונאה וכו' ומשנינן ס"ל לרב עשהו חיזוק כשל תורה ולא משנינן בפשיטות דהואיל דירושה דאורייתא לא מצי אמר אי אפשי א"כ מה כתבו במסקנא לא קאי הרי זה מערכה על הדרוש הלא על זה אנו דנין דלמה משני

במסקנא תירוץ אחר ולא משני כהנ"ל. אמנם לפי מ"ש לעיל ניחא דלפי הס"ד דרב ס"ל חכמים עשו חיזוק יותר משל תורה אך קשיא פירות כהנ"ל ועל כרחך צ"ל דהוי לא שכיח אבל ירושה שכיח וקשה א"כ מ"ט דרבי יהודה דס"ל בירושה תנאו קיים הא ר"י ס"ל במילתא דשכיח עשהו חיזוק יותר משל תורה ועל כרחך צ"ל דרבי יהודה ס"ל דירושת הבעל דאורייתא א"כ מוכח דס"ל לרב אליבא דר"י דיכול לומר אי אפשי אף בירושה דאורייתא דאל"כ איך מהני אמירת אי אפשי לר"י דהוי דאורייתא ולזה משני התוס' שפיר דבמסקנא לא קאי דבמסקנא אמרינן דרב ס"ל דעשהו חיזוק לדבריהם כשל תורה א"כ יש לומר דרבי יהודה ס"ל דירושת הבעל דרבנן רק דירושה ג"כ לא שכיח כמו פירות ורב ס"ל אף במלתא דלא שכיח עבדי חיזוק ולא קשה מפירות דפירות לית להו שורש בתורה דאם אמרינן דעשהו חיזוק כשל תורה שפיר יש לחלק בין יש לו שורש ללית ליה ואתי שפיר.

ובאופן השני יש לומר בדברי הרי"ף דודאי לרבא צ"ל לרב כהס"ד דעשהו חיזוק יותר משל תורה וקשה מרבי יהודה כנ"ל וצ"ל לרבא אליבא דרב דר"י לא ס"ל כלל עשהו חיזוק לדבריהם ומעתה לא קשה כלל הן מפירות והן מירושה והא דס"ל לעיל דף נ"ו בכתובה תנאו בטל הוא משום דלא ידע דמחיל וכמ"ש מהרש"א כאן בהדיא ואינו צריך לכל אוקימתא דגמרא דלעיל ולפי זה הגמרא דסתם לן לעיל במילתא דר"י דס"ל עשהו חיזוק יותר משל תורה ש"מ דסתמא דגמרא לא ס"ל לומר דכתובה מיקרי לא ידע וכמ"ש התוס' בב"מ ועל כרחך צ"ל דר' יהודה ס"ל דירושה לא שכיח כמו בפירות וא"כ נסתר דינו של רב דס"ל בירושה עשהו חיזוק כיון דמוכח מסתמא דגמרא דירושה לא שכיח ובמילתא דלא שכיח אף רב מודה דלא עשהו חיזוק כמו בפירות ולכך פסק הרי"ף דלא כרב דסתמא דגמרא סותר לדברי רב ואתי שפיר.

והנה כל זה היה נראה לי בדעת הרי"ף לתרץ קושיית הרמב"ן עליו ואני כתבתי על מה שכתב מהרש"א דלרבי יהודה צ"ל ירושה לא שכיח ולרב שכיח דהוא דוחק ואמרתי ענין אחר דהא בכתובות דף ע"ח ע"ב אמרינן דבזמן משנה האשה שמכרה הבעל מוציא בחייה לפירות אבל לא לירושה רק תקנת אושא אפילו לאחר מותה לירושה וא"כ בזמן משנה מה יעשו אצל ירושה חיזוק מבלי לבטל תקנת חכמים דבעל יורש הא בלא"ה בידה לבטל התקנה שתמכור לאחרים ולא ירש הבעל וא"כ למה יבטל תנאו אבל בפירות דאין בידה למכור אלו הוי שכיח שפיר הוי עשו חיזוק לבל יועיל תנאו משא"כ רב דהיה אחר תקנת אושא ואין בידה למכור ולהפקיע תקנת חכמים אף תנאי אינו מועיל כיון דשכיח ירושה אלמוה רבנן לתקנתם.

והנה דברי רבינו הרמב"ם דס"ל דבירושה לא מהני תנאי אחר הנשואין ובפרק י"ב הלכה ט' כתב הטעם דבירושה כתיב לחוקת משפט וחכמים עשו חיזוק לדבריהם וכו' וכבר כתבתי לעיל בזה בפרק י"ב ועוד אני מוסיף ובא לומר דס"ל לדוחק דכל הסוגיא דהכותב יהיה שלא אליבא דרבא דס"ל דרב כר' יהודה רק אונאה שאני דלא ידע דלמחול ותירוץ התוס' דירושה נמי לא ידע דלמחול לא נח ליה רק ס"ל דמתניתין מיירי מכל הנכסים הן נכסים שהיו לה בשעת תנאי והן נכסים שיפלו לה אח"כ ועל נכסים שיפלו לה אח"כ ודאי דלא ידע דלמחול דאולי מורישה ימכרנה או יתננה במתנת ברי או שכיב מרע לאחרים וא"כ קושיית הגמרא איך קתני סתמא דלר"י דהוא ת"ק דתנאו בירושה תנאו קיים דס"ל דבדאורייתא תנאו קיים בדבר שבממון והא רב באונאה לא ס"ל כן דלא ידע דלמחול וה"נ בירושה ומסיק באמת בדאורייתא תנאו בטל היכא דלא ידע דלמחול וס"ל לרב דה"ה בדרבנן דעשו חיזוק לדבריהם כשל תורה. וקשה תינח נכסים שיפלו לה אח"כ נכסים דהיו לה בעת התנאי בזו ודאי ידע דמחיל ומועיל תנאי אף בדאורייתא ואיך קאמר רב סתמא דאינו מועיל תנאי ולזה ס"ל לרמב"ם דירושה שאני אף דידע ומחיל מ"מ לא מהני תנאה דכתיב לחוקת משפט רק המקשן לא ביקש להקשות מזה דאולי לא ס"ל לרב הך סברא דחוקת משפט ופריך מרב גופיה אהדדי אבל באמת שפיר יש לומר דלכך בדאורייתא תנאו בטל היינו משום דכתיב לחוקת משפט וא"כ אף בנכסים שיש לה אז תנאו בטל משום חוקת משפט ולא שייך כאן ידע ומחיל ולכך אמרינן סתמא לרב בדאורייתא תנאו בטל היינו משום דכתיב לחוקת משפט ולא שאני לן בין ידע ללא ידע. ובהכי ניחא דלא קשיא לרב מפירות כמ"ש דלא יחלוק על רבי יהודה בענין שכיח ולא שכיח כלל ותירוץ של התוס' דאית ליה שורש בתורה לא ס"ל לרמב"ם רק ס"ל בפירות אף אי הוי דאורייתא תנאו קיים דידע ומחיל משא"כ בירושה דכתיב לחוקת משפט ולק"מ כלל מפירות.

ועוד אפשר לומר דקשיא ליה לרמב"ם ג"כ קושיית התוס' במלתא דרבא ולומר דכאן בירושה נמי לא ידע דמחיל לא ס"ל לרמב"ם ולכך פירש הרמב"ם דלרבא ס"ל לרב כסלקא דעתא דעשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה וצריך לומר ירושה שכיח דלא תקשה מפירות וקשה הא לרבי יהודה לא שכיח וצריכין לחלק דלר"י לא התנה רק על ירושה דאירוסין א"כ צ"ל דמתניתין איירי בכותב ועודה ארוסה על כן לא מצי הגמרא להקשות מחוקת משפט דגבי ארוסה לא שייך כן כמ"ש הרמב"ם פרק י"ב ולכך פריך כפשוטו מן אונאה אבל למסקנא אמרינן לרבא ג"כ ולא מטעמיה דעשהו כשל תורה ויש הבדל בין ירושה לפירות דירושה יש לו עיקר מהתורה כמ"ש לעיל אבל ירושה לכו"ע לא שכיח

אפילו בנשואה וא"כ יש לומר דמתניתין איירי בנשואה והא דאמרינן בגמרא דמיירי בארוסה היינו ברייתא דרבי חייא דתני האומר וצ"ל דמיירי בארוסה אבל במתניתין דתנו הכותב היינו בנשואה ובקנין כמ"ש מהרש"א וא"כ שפיר יש לומר משום חוקת משפט ודברי רבא נכונים דאף דבממון תנאו קיים מ"מ בירושה כתיב לחוקת משפט ואתי שפיר דברי הרמב"ם.

ועוד יש לומר בדעת הרמב"ם דהנה יש לדייק בגמרא דסלקא דעתא לומר דלכך לא מטעמיה דאף דבאמת דירושה דאורייתא מ"מ אלו היה דרבנן ג"כ אינה מועיל תנאי ופריך הגמרא האי כטעמיה וכהלכתיה הוא אלא דרב מוסיף הוא ועל כרחך קושיית הגמרא הוא כיון דבדין זה אין נפק"מ הוי כטעמיה וכהלכתיה וקשה הא אמרינן בפרק יש נוחלין דף קל"ט בתקנת אושא דאשה שמכרה ומתה אלו היה הבעל כיורש לא היה יכול להוציא מיד הלקוחות רק חז"ל עשהו כלוקח ולכך יכול להוציא מיד הלקוחות וא"כ לרבן שמעון בן גמליאל דלא מהני תנאי בירושה הוי משום מתנה על מה שכתוב בתורה אם התנה עמה שלא ירשנה והיא מכרה אין הבעל מוציא מיד הלקוחות דמשום ירושה אינו יכול להוציא דאף אם הוא יורש דאורייתא אינו יכול להוציא מלקוחות ומחמת שעשהו כלוקח אינו יכול להוציא דהא התנה עמה שלא ירשנה ורשב"ג סבר דבתקנת דרבנן מהני תנאי ולכך ס"ל לרב דאף בתקנת דרבנן תנאו בטל ומוציא מיד הלקוחות וטובא קמ"ל לענין ירושה גופא וקושיא גדולה היא. ולכך ס"ל לרמב"ם דגמרא אתיא אליבא דרבא דס"ל אליבא דרב דאף בדאורייתא בדבר שבממון תנאו קיים רק בירושה שאני דכתיב לחוקת משפט ולפי זה בשלמא ירושה דרבנן עשהו חיזוק כירושה דאורייתא ולא פלוג אבל אי אתינן מתקנת חכמים דעשהו כלוקח פשיטא דמהני תנאו דכל דבר שבממון אפילו בדאורייתא תנאו קיים ומה זה ענין לחוקת משפט כיון דלאו מתורת ירושה הוא רק מתקנת לוקח עשהו ולכך מוקמינן ליה הכל מענין ירושה ושפיר פריך בגמרא אי מיירי בהתנה עמה ולא מכרה א"כ אין נפק"מ בענין תנאי בירושה בין רב לרשב"ג ואי במכרה אחר התנאי נמי אין נפק"מ דאף יורש דאורייתא אין מוציא מיד הלקוחות ודברי הרמב"ם מוכרחים דהטעם הוא בירושה משום דכתיב ביה לחוקת משפט.

והנה רבינו חננאל כתב דלכך הלכה כרבן שמעון בן גמליאל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וזהו דלא כמהר"ם ונראה דר"ח היה קשה ליה קושיית התוס' בכתובות דף פ"ד לרבא בבא מציעא דאמר דרב ס"ל כר' יהודה דאפילו בדאורייתא בדבר שבממון תנאו קיים רק באונאה הטעם משום דלא ידע דמחיל א"כ למה ס"ל בירושה כרשב"ג ואי

משום דעשו חיזוק כשל תורה הא בדאורייתא גופא היכא דידע ומחיל תנאו קיים ותירוץ התוס' דבירושה נמי לא ידע דשמא הוא ימות דחיקא ליה וליכא למימר כמ"ש הרמב"ן דס"ל לרב כס"ד דעשו חיזוק יותר משל תורה דא"כ קשה לרבי יהודה דס"ל דירושה לא שכיחא לרב על כרחך שכיח כמ"ש לעיל להרי"ף והרמב"ם ולכך ס"ל לר"ח דהטעם לרב משום דבר שלא בא לעולם רק הגמרא לא רצה לומר כן דהא רב ס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אך לרבא לא קשה דרבא אמר בב"מ מסתברא מלתא דרב בשדה סתם אבל בשדה זו מי יימר דמזדבן ליה וא"כ ס"ל לרבא דרב לא ס"ל כר' מאיר דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם רק כחכמים והא דאמרינן והאלקים אמר רב אפילו בשדה זו סתמא דגמרא קאמר ליה ולא רבא ועיין באסיפת זקנים דאיכא מאן דאמר דס"ל הכי וא"כ רבא ס"ל דרב אמר רק בשדה סתם דס"ל כחכמים ועל כן אמר רב הלכתא כרשב"ג ולא מטעמיה ולק"מ ודברי ר"ח נכונים.

וגם יש לומר בכוונת דברי רבינו חננאל בהא דכתב דלכך הלכה כרבן שמעון בן גמליאל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דהנה התוס' הקשו בב"מ דף נ"א ע"ב אהא דאמר רבא דרב אפילו אליבא דר' יהודה דבדבר שבממון אדם מתנה אפילו בדאורייתא רק באונאה לא ידע דמחיל א"כ מה פריך בכתובות דף נ"ו ארבי יהודה אכתובה דס"ל דתנאו בטל דלישני דכתובה לא ידעה דמחלה דאימר היא תמות קודם וקושיית התוס' יש לתרץ דהא יכולה למכור כתובתה בטובת הנאה ואם כתובתה פחות ממאתים אף דמי מכירה בפחות א"כ תיכף ידעה ומחלה ועיין ריש מסכת מכות במתניתין מעידין אנו באיש פלוני שגירש את אשתו וכו' רק א"כ על ירושתה ג"כ ידע ומחיל דאף דכתבו התוס' בכתובות דף פ"ד דבירושה לא ידע דמחיל דשמא הוא ימות בחייה לפי מ"ש בכתובה דיכולה למכור גם כאן בירושה אלו רצה למכור ירושתו תיכף בטובת הנאה היה יכול למכור ועכשיו דסילק עצמו אינו יכול למכור אך הא לא אפשר למכור דהא הוי דבר שלב"ל ולכך רב דס"ל אדם מוכר דשלב"ל א"כ ידע ומחיל ולכך ס"ל בדאורייתא מחיל אבל לדידן דאין אדם מוכר דבר שלב"ל לא ידע דלמחול.

הלכה ט

וכן אם נפלו לה כספים במקום רחוק והוציא עליהן הוצאות וכו' ישבע בנקיטת חפץ כמה הוציא וכו'. עיין בטור סימן פ"ח מ"ש בשם הרמ"ה דאם מת קודם שנשבע אין בנו יכול לגבות אפילו בשבועה ומשמע אפילו בנו טוען ברי מ"מ אינו גובה ונראה לי דדוקא כאן דהוי כיורד שלא ברשות דהא שמין לו וידו על התחתונה ועיין בר"ן ולכך אמרינן דלו הימנהו ולא לבנו משא"כ ביורד ברשות שמת ובנו טוען ברי הדבר ברור דנוטל בשבועה

כיון דברשות ירד ובנו טוען ברי כך וכך הוציא אבי למה יפסיד במיתת האב מה שהוא אינו מכחישו בברי והוא ברשות ירד ועשה שליחותו למה יגרע כח אביו בשום אופן. ומעתה ניחא הא דקי"ל בחו"מ סימן ק"ח סעיף י"ד דיורשי שכיר אינן נשבעין ונוטלין משום דאין אדם מוריש שבועה לבניו היינו אם אינו יודע בודאי שלא פרע אלא רוצים לישבע שלא פקדתנו אבל טענו ברי שלא פרע נשבעין ונוטלין היינו הטעם משום דשם ירד ברשות ואין צריכין למה שכתב הבית שמואל סימן פ"ח ס"ק כ"א משום דבפועל שאני משום כדי חייו דזה אינו דהא לא מצינו כדי חייו בבן של הפועל והגע עצמך פועל עני שמת והניח בן עשיר לא יטול בשבועה ואתה נותן הדין לשעורין דבפועל על כרחך איכא כדי חייו דבעבודתו נושא נפשו אבל בבנו מי לא סגי דעשיר הוא אלא הדבר ברור כמ"ש.

הלכה טו

האב שפסק על יד בתו לא קנתה הבת אותה המתנה עד שיכנוס אותה בעלה. דברי רבינו סתומים כאן ולא פירש אי בעינן כניסה ממש או דסגי במסירה ליד שלוחי הבעל ובאמת לפי מ"ש רבינו לעיל בפרק כ"ב הלכה ב' דאע"פ שהכתובה בבית אביה בעלה יורשה בנמסרה ליד שלוחי הבעל ולא אמרינן דהאב פסק על מנת לכנוס ש"מ דמסירה זו היא כניסה וליכא למימר דלעיל מיירי בנכסים שנפלו לה מבית אבי אמה ולא מה שפסק לה אביה דהא מהך דלעיל הביאו הפוסקים ראיה דרבינו הרמב"ם לא ס"ל כדעת ר"ת דפוסק בנדוניות חתנים דאין האב מחויב ליתן נדוניא לבעל במתה בתו דלא כתב לה אלא על מנת שתהנה בתו ממנו א"כ ש"מ דלעיל מיירי נמי בפסק לה ועיין לעיל וא"כ הדבר צ"ע.

הלכה יח

ואם פסקו בשעת הקידושין ולא היה שם קנין הרי הם דברים שלא ניתנו ליכתב ואינה טורפת במזונותיה. הטור בסימן נ"א פירש דהרמב"ם ס"ל כפירוש רש"י בכתובות דף ק"ב ע"ב דלא ניתנו ליכתב פירושו דאף דשניהם רוצים שיכתבו אין שומעין להם כדי שלא תבוא לטרוף ממשעבדי והב"י תמה דהא הרמב"ם בפרק ו' מהלכות זכיה כתב ודברים אלו אינם ניתנן לכתוב לפיכך אינם כשטר עד שיטרוף משמע דאף אם כתב אינו טורף ובאמת אין זה קושיא דהרמב"ם ס"ל דשטר מדברי תורה פסול דהוה מפיהם ולא מפי כתבם רק מפני תקון עולם הכשירו חז"ל וא"כ זה שעושה שלא כדין וכותב שטר דהא לא ניתן לכתוב אין בשטר שום תוקף וחספא בעלמא הוא ורש"י מודה כיון דהדין שלא יכתבו בצווי שלהם אי עברו העדים וכתבו השטר השטר פסול לגבות בו והן הן

דברי הרמב"ם ולא ידעתי מה קשיא להו להב"י ולהב"ח עיי"ש (עיין תומים סי' כ"ח).

והנה דעת הרמב"ם דכי אסקינן דלא ניתן לכתוב היינו בזמן נשואין אבל אח"כ יוכל לכתוב שטר וניתן לכתוב וזהו שדייק לשונו שכתב מתו אלו אם קנו מידו או שחייב עצמו בשטר הרי זו כבע"ח בשטר וטורפת ממשעבדי וכו' ואם פסקו בעת קידושין ולא היה קנין הרי הן דברים שלא ניתנו לכתוב הרי דמתחילה דמיירי שלא בשעת נשואין ס"ל דמהני שטר אבל פסיקת בעת קידושין בעי דוקא קנין ולא כתיבה דבעת קידושין לא מהני שטר דלא ניתן לכתוב והטעם דבעת קידושין שהוא עיקר הפסיקה לא תקנו חכמים שיהיה דברים אלו ניתנו לכתוב כי אין דעתו על הכתיבה כלל אבל אח"כ אם הוא פוסק הוי כמו מתנה בעלמא ואם רצונו לכתוב מי מעכב והרי הוא נשאר שטר חוב וזהו ברור והש"ך בחו"מ סימן ס' ס"ק י"ב האריך וכתב דתלמיד טועה הוסיף בדברי רבינו או שחייב עצמו בשטר והראיה דכתב בסיפא ולא היה שם קנין ולא כתב ולא היה שם שטר ודבריו הם שלא בדקדוק כי בסיפא דמיירי בעת קידושין איך אפשר לכתוב שטר הא מסיק דלא ניתן לכתוב ואיך אפשר לתלות טעות בדברי רבינו במה שמקודם בהלכה י"ז כתב **אבל שלא בשעת קידושין עד שיקנו מידו או עד שיכתוב שטר** ואלו היה דעת רבינו דקנו דאמרינן בגמרא דוקא א"כ מנא ליה דשטר מהני אפילו לגבות מבני חורין ובגמרא לא נזכר רק קנין ומנא ליה דלענין דבר שאינו קצוב מהני שטר אלא ודאי דס"ל דשלא בשעת קידושין הוי דין קנין ושטר אחד.

ומה שטען הש"ך ז"ל דהא הרמב"ם פסק בפרק כ"א מהלכות מלוה כרבי חנינא בפרק הנזקין לפי שאינן קצובין וא"כ מה מהני שטר הא הוי אינו קצוב נראה דלק"מ דבודאי ברור הוא כמ"ש הכ"מ דלהרמב"ם אינו יכול להתחייב בדבר שאינו קצוב כלל רק בשטרא פסיקתא ס"ל דיכול להתחייב והיינו בעת קידושין באמירה בעלמא מתחייב אבל אח"כ בעת נשואין צריך שטר או קנין אבל מ"מ לחיבת חיתון נשואין מהני דמתחייב אף באינו קצוב וזה ברור בדברי הרמב"ם וא"כ אף לענין משועבדים הוא כן אף דבעלמא אינו משתעבד בדבר שאינו קצוב כר' חנינא דאמר לפי שאינן קצובין מ"מ בשטרי פסיקתא דיש כאן חיבת נשואין אלים שעבודא דגובה אפילו ממשעבדי ועל כרחך אתה צריך לומר כן בלא"ה דהא בקנין מודה הש"ך לשיטת רבינו חננאל ורמב"ם וש"ע בחו"מ סימן ס' מזון ה' שנים מיקרי דבר שאינו קצוב ואמרינן במתניתין דגובה ממשעבדי וצ"ל דקנו מידו כמבואר בגמרא דגיטין פרק הניזקין ועיין בחידושי רשב"א.

וקשה א"כ המוכר שדה בקנין לגבי השבח ממשעבדי לר' חנינא דאמר לפי שאינן קצובים וזו לא שמענו דיגבה שבח במכירה שיש בו קנין ממשעבדי ועל כרחך צריך

לומר דבעלמא אף קנין לא מהני לדבר שאינו קצוב רק כאן דאלים שעבודא מחמת אהבת חיתון ונשואין גמר ומקני ומשעבד בקנין לטרוף אף ממשעבדי וכיון שכן אף בשטר כן הוא דמאי שנא קנין משטר רק בשעת קידושין אי אפשר בשטר דהא לא ניתן לכתוב אבל בעת נשואין דניתן לכתוב כו"ע מודה דהוי כמו קנין והן הן דברי רבינו חננאל שכתב הרשב"א בשמו במסכת גיטין דכתב בכתובות במזונות בת אשתו דקנו מידו דסתם קנין לכתיבה עומד והרשב"א חשבהו לסותר דבריו דהא כתיבה לא מהני לדבר שאינו קצוב וקנין מהני וא"כ ש"מ דקנין אלים מכתיבה. ולפמ"ש ניחא דס"ל דלא אלים קנין כלל דהא בעלמא אפילו קנין לא מהני לדבר שאינו קצוב בחיוב ממשעבדי רק בפוסק מזון הבת דאיכא חיבת חיתון ונשואין בזו מהני קנין וכתיבה אי הוא שלא בשעת קידושין דבעת קדושין לא ניתן לכתוב ויפה כתב רבינו חננאל.

והא דמשני במסכת גיטין בקנו מידו ולא משני בדכתב לה מלבד דיש לתרץ דבאמת מצי לשנויי כן כמ"ש התוס' בכתובות דף ק"ב ע"ב בד"ה הכא במאי עסקינן וכו' אף גם דהמשנה הנושא אשה וכו' משמע דפוסק בעת קידושין ואז אי אפשר לשנויי דכתב לה דהא לא ניתן לכתוב ולכך משני בשקנו מידו. ובהכי ניחא מה דפריך בכתובות דף ק"ב למ"ד לא ניתן לכתוב מהך דבת אשתו נזונית ממשעבדי וקשה הא בלא"ה קשה לר' חנינא דס"ל לפי שאינן קצובין ועל כרחך צריך לומר בדקנו מידו וא"כ מה קושיא לרב אשי ודבר זה צריך ישוב לשיטת הש"ך אמנם לפי מ"ש ניחא דיש לומר בדכתב לה ושטר מהני כמו קנין ובשטר לא יקשה אי הכי בנות נמי דיש לומר כתובין הן אצל בני חורין ולא אצל משעבדי דכך היתה תקנת חכמים כמבואר במסכת גיטין וגם יש לומר בשכתב לזו ולא כתב לזו ולא קשיא מה פסקא דאורחיה דמילתא הוא דבת אשתו צריך כתיבה לראיה שפסק לה משא"כ בנות דאינן צריכין ראיה וכן כתב הש"ך שם עיי"ש משא"כ לרב אשי דאמר לא ניתן לכתוב וקשה שפיר דעל קנין הוא דקשיא ליה מה פסקא ומסיק דקנו ממנו ובבנות איכא חשש צררי וא"כ דברי הרמב"ם מבוררים.

ולזה נתכוון השו"ע דבסימן קי"ב סעיף ח' במזון הבנות דאינן נזונות ממשעבדי העתיק בשם יש אומרים דעת רמ"ה שהביא הטור דאם קנו ממנו לאחר נשואין על מזון הבנות טורפת ממשעבדי והשמיט מה שכתב הטור או כתב לה שטר באפי נפשיה אלא ודאי דהשו"ע ס"ל דהטור לשיטתיה הטעם מפני שאינן כתובין ולכך כשכתב אח"כ שטר בפני עצמו לא שייך לומר כתובין הן אצל בני חורין ולא אצל משעבדי ועיין בבית שמואל ס"ק י"ח אבל לפי מה דס"ל למחבר כרמב"ם והפוסקים דקי"ל כר' חנינא משום דאינן קצובין א"כ מה מהני שטר וכתב רק קנין והשמיט שטר ואלו בסימן קי"ד סעיף ד' במזון בת

אשתו ס"ל כרמב"ם דאפילו שטר מהני ועל כרחך צריך לומר לחלק דשם חיבת חיתון שאני ואפילו שטר מהני והב"ש כתב שם ס"ק ח' לחלק בין שטר באפי נפשיה ובין שטר פסיקתא ולא עיין ברמב"ם שממנו מקור הדין דמיירי בשטר שלא בעת קידושין ואז ניתן לכתוב רק בעת קידושין בעי קנין ולא מהני שטר וגם העלה שם הב"ש דאף לענין שבח ופירי מועיל קנין ושטר בפני עצמו ולדבריו יקשה למה השמיט המחבר בסימן קי"ב דאי כתב שטר בפני עצמו דמהני. איברא מ"ש המחבר בסימן קי"ב קנו מיניה דמשמע דקנין מהני לכל דבר שאינו קצוב לגבות ממשעבדי אמת דכן משמע ברשב"א לגיטין אבל אין דעתי נוחה בזה כמ"ש לעיל דלא מצינו בשום דוכתי שיגבה שבח בקנין ממשעבדי רק לפי מ"ש ניחא דרק בחיבת חיתון אמרינן כן ולא בשאר מילי והשלחן ערוך לא ביאר יפה ועירב הדעות ונתן בזה מכשול למעיינים.

ואפשר דהרמ"ה למד דינו מהך דס"ל כרמב"ם וקשיא ליה במה דשני דקנו מידו לשני דכתב לה ולוקמי דמיירי שלא בשעת קידושין אלא ודאי דשלא בשעת קידושין מהני כתיבה אפילו לבנות נמי וא"כ יקשה מה פסקא וסברת הש"ך הנ"ל לא ס"ל לרמ"ה וליכא לשנויי דלמא צררי אתפסיה דהא בשטר שלא בעת קידושין לא מתפיס צררי לשיטת הרמ"ה כלל ועל כן מוכרח לשנויי דמיירי בעת קידושין וא"כ בנות חיישינן לצררי ובת אשתו אף דלא ניתן לכתוב איירי בדקנו מיניה ודברי הרמ"ה מוכרחין.

ומה שהקשה הראב"ד פרק י"א מהלכות מכירה הלכה ט"ז וגם המ"מ עמד בו דמה פריך לר' שמעון בן לקיש ריש פרק הנושא דס"ל דאינו מתחייב בחייב אני לך מנה בשטר מהך דבת אשתו ניזונית מנכסים משועבדים ומשנינן בשטרי פסיקתא דהא לרבי יוחנן צריך ג"כ לומר כן דלולא זאת הא הוי דבר שאינו קצוב והמ"מ כתב דבאמת הוי מצי למימר ולטעמיך עיי"ש ולפי דברי הרמב"ם בפרק זה לק"מ דודאי לא נעלם כל רז מהמקשן וידע דבעת קידושין באמירה בעלמא סגי אך בעת נשואין צריך שטר או קנין וקנין לא הוי ס"ל משום דהוי קשיא ליה בנות נמי וצררי אתפסהו לא שייך לאחר קידושין ועיין במהרש"א וס"ל כיון דתני הנושא אשה ופסק עמה ולא קתני המקדש אשה ופסק עמה וכו' משמע דפוסק עמה בעת נשואין וא"כ בשלמא לרבי יוחנן דמהני שטר יש לומר דכתב שטר ולא קשה בנות נמי דבנות סתמא דמלתא דלית לה שטר כמ"ש לעיל דבת אשתו צריכה שטר לראיה משא"כ בנות אבל לר' שמעון בן לקיש מה טיבו של שטר חספא בעלמא הוא וא"כ דמיירי בשקנו מידו קשה מה פסקא ומשני הגמרא דנושא לאו דוקא רק בעת קידושין וא"כ שם מיירי בשקנו מידו ולא קשה מה פסקא דבבנות חיישינן בעת קידושין לצררי כמ"ש לעיל ובזה מיושב קושיית מהרש"א דהקשה דלמה לא משני

בקנין ואי דקשיא מה קמ"ל א"כ אף השתא דמשני בשטרי פסיקתא על כרחך דמיירי נמי בקנין וקשה עדיין מה קמ"ל דלפי מ"ש לא קשה מידי דבס"ד אי אפשר לאוקמי בקנין אבל במסקנא אמרינן דמיירי בקנין ולק"מ ודברים של טעם הן איברא דצריך לומר דס"ל לרמב"ם כדינו של רמ"ה וזה לא מצאנו בדברי הרמב"ם אף כי לא מצאנו סתירה להיפך.

מיהו אפשר לומר בדברי הרמב"ם בדרך פשוט דודאי אי קנו מיניה קשיא מה למימרא רק דאיכא למימר דקמ"ל דוקא בהך מהני קנין אבל במזון הבנות לא מהני קנין דאימר צררי אתפסהו ולפי זה בהסלקא דעתא דס"ל הנושא דוקא וא"כ ליכא למימר בשקנו מידו דא"כ מה קמ"ל כהנ"ל אלא על כרחך בשטר ובשעת נשואין מהני שטר וקמ"ל דשטר מהני וש"מ כרבי יוחנן דאי כר' שמעון בן לקיש שטר לא מהני רק קנין ומה קמ"ל וליכא למימר דקמ"ל דבמזון הבנות חיישינן לצררי ולא מהני קנין דאף השתא עדיין לא שמעינן זה ממתניתין דאיכא למימר דלכך הבנות נזונות מבני חורין דלא קנו מידו. ואי דקשיא מה פסקא זה אינו קושיא דבת אשתו לולא הקנין אינו מתחייב כלל דבמה ישתעבד וא"כ על כרחך דקנו מיניה אבל בנותיו דמשתעבד בתנאי בי"ד לאיזה צורך יהיה קנין ומתניתין אורחיה דמילתיה וסתמא דמילתיה נקט ולזה משני בשטר פסיקתא והיינו כהנ"ל דהנושא לאו דוקא רק דמיירי דפוסק בעת קידושין וא"כ הן הן הדברים הנקנים באמירה ומתניתין אייריי בקנו מיניה וקשה שפיר מה פסקא דהא גם בת אשתו אין צריך למזון קנין ואי לתוקף הענין דלגבי ממשעבדי גם בבנות יש לומר כן ועל כרחך צריך לומר דלצררי חיישינן וא"כ טובא קמ"ל ואתי שפיר ומיושב בזה קושיית המהרש"א דהקשה דהא לרשב"ל בלא"ה צריך לומר דקנו מידו ולפי מ"ש ניחא ולק"מ ודברי הרמב"ם מוכרחים ליישב קושיית מהרש"א.

והנה הרב בעל כסף משנה מדייק מדברי הרמב"ם פרק י"א מהלכות מכירה שכתב חייב עצמו בדבר שאינו קצוב וכו' לא נשתעבד ומפני מה הפוסק דבר עם אשתו שיהיה חייב לזון את בתה שחייב לזונה מפני שפסק בשעת נשואין והדבר דומה לדברים הנקנים באמירה עכ"ל ודייק הכ"מ מדקאמר הדבר דומה לדברים הנקנים באמירה ולא קאמר הן הן הדברים הנקנים באמירה אלא ש"מ דמיירי מפסיקה בשעת נשואין ואז בעי שטר או קנין ולכך קאמר דדומה לדברים הנקנים באמירה שהוא הפסיקה הנעשה בעת הקדושין ויפה דיבר וראוי הדבר למי שאמרו אלא דיש לדייק ברמב"ם גופיה למה שאל על הפסיקה בשעת נשואין איך יתחייב בדבר שאינו קצוב מה שיש בו עכ"פ שטר או קנין ולא הוסיף לשאול איך יתחייב בשעת קידושין באמירה כל דהו בדבר שאינו קצוב. לכן היה נראה לי דודאי כי ס"ל לרמב"ם דאינו יכול להתחייב עצמו בדבר שאינו קצוב

היינו כשאין לו מגיע מחבירו תמורתו והוא רק דרך מתנה אבל שמקבל מחבירו תמורתו דרך מו"מ והוא מתחייב עצמו בדבר שאינו קצוב ודאי דמתחייב.

ובהכי ניחא לן הך דהשוכר את הפועלים בבבא מציעא שאמר שם עד שלא יתחילו במלאכה צא ואמור להן על מנת שאין לכם עלי אלא פת וקטניות וכו' שאם אתה נותן להם כסעודת שלמה בשעתו לא יצאת ידי חובתך וקשה הא בלא"ה אינו מתחייב לרמב"ם במזונות דהוי דבר שאינו קצוב ומה לי מזונות יום אחד או שנה אחת או שבוע אחד אלא ודאי דהואיל דמקבל תמורתו והפועלים אוכלים חלף עבודתם מתחייב במזונות ולכך הוצרך לחזור טרם יתחילו במלאכה.

ומעתה כל הקושיות שהקשה הרמב"ן כפי מה שהעתיקו בעל התרומות בשער ס"ד על הרמב"ם משבח קרקעות דגובה מבני חורין וממה שאירש מאבא מכור לך דהכל הוי דבר שאינו קצוב לא קשה מידי דבתורת מכר מודה הרמב"ם דמתחייב וזהו שאמר הרמב"ם שהוא כמו מתנה דייק דוקא כמו מתנה דאף דאמר בלשון חיוב מ"מ הענין הוא מתנה אבל בתורת מקח וממכר מודה דמתחייב ולזה לא שאל הרמב"ם על פסיקת בשעת קידושין דזה הוי כמו מכר דאדעתא דהכי נתקדשה לו שיזון את בתה ה' שנים והרי זה מקח וממכר. אמנם בפוסק בשעת נשואין קשיא ליה דכאן כבר עבר המכר דכבר נתקדשה לו והרי היא ברשותו לכונסה והרי זה מתנה חלוטה ועל זה שאל איך יתחייב ותירץ דזה דומה לדברים הנקנים באמירה דהיינו פסיקה בעת קידושין דאז נקנים באמירה ושמה מועיל בלי ספק כהנ"ל וא"כ אף בשעת נשואין עשו מבלי לחלק בין פסיקה לפסיקה שיהיה חיובו קיים וניצב לעד דומיא לדברים הנקנים באמירה בשעת קידושין ודברי הרמב"ם מדוקדקים.

ובהכי ניחא לן מה שתמה הריב"ש בסימן שמ"ה במה דמצריך הרמב"ם בהלכות זכיה ומתנה בדברים הנקנים באמירה שיהיה מצוי ברשותו דמה בין זה למתחייב עצמו בדבר שאינו קצוב דמועיל לדעת הרמב"ם בדברים הנקנים באמירה ולמה לא יועיל ג"כ בדבר שאינו ברשותו עיי"ש ודברי הגידולי תרומה דחוקים למאוד ואין להם על מי שיסמוכו דחושב דרמב"ם מיירי בפיסוק בשעת נשואין אבל בפיסוק בעת קידושין אינו צריך שיהיה ברשותו והרי הרמב"ם מיירי מדברים הנקנים באמירה והן הדברים הנפסקים בעת קידושין כהנ"ל וכן הש"ע סימן נ"א כתב להדיא בפסיקה בעת קידושין צריך להיות מצוי ברשותו אך לפי מ"ש ניחא דודאי בשביל חיבת נשואין לא עקרו חכמים אופן קנינים המועילים ושאינם מועילים רק דבשעת קידושין הדין נותן דיכול להתחייב בדבר שאינו קצוב דהוא דרך מקח וממכר דאדעתא דהכי נתקדשה לו ולכך אף פסיקה בעת

נשואין סמכו ענין לו ועשהו כמו פסיקה דקידושין כמ"ש והדבר דומה לדברים הנקנים באמירה משא"כ דבר שאינו מצוי אצלו אף בעת קדושין אין בו דבר שיועיל דאף במקח וממכר אינו מועיל ודאי דהדבר כדינו הוא ואינו מועיל וזה ברור ופשוט. ובזה נסתלקה השגת הראב"ד במה שהשיג דבס"ד לא הוי מוקמינן בשטרי פסיקתא א"כ אף לרבי יוחנן קשה דהא הוי דבר שאינו קצוב דלק"מ דבס"ד אף דלא ידעינן מילתא דרב גידל הן הן הדברים וכו' אבל מ"מ הוי אמרינן דמתניתין איירי דפוסק כן בשעת קידושין והוי דרך מקח וממכר ומתחייב אף בדבר שאינו קצוב ומיירי לרבי יוחנן בשטר ולק"מ ואין צריך לדרב גידל דהן הן הדברים הנקנים באמירה ולמסקנא דאוקמיה בשטרי פסיקתא אמרינן דמתניתין דהנושא משמע בעת נשואין מדלא קתני המקדש ואמרינן בשקנו מידו ולמד הרמב"ם הוא הדין שטר וסבר דהואיל ועדיין חיבת נשואין מהני לדבר שאינו קצוב וזה לענ"ד ברור.

אמנם בטלה דעתי נגד דעת הרמב"ן וסייעתו שכולם הבינו בדעת הרמב"ם דאפילו דרך מקח וממכר ס"ל דאינו יכול לחייב עצמו בדבר שאינו קצוב ונראה דודאי אליבא דמ"ד דס"ל בפרק הניזקין מפני שאינן כתובין וס"ל כתובין אע"פ שאינן קצובין לא אמרה הרמב"ם מעולם דאינו יכול להתחייב בדבר שאינו קצוב דהא ס"ל אלו היו כתובים משתעבד אף דאינן קצובים רק למ"ד התם מפני שאינן קצובין אע"פ שכתובין ס"ל להרמב"ם דזהו טעמו אלו יכול לשעבד עצמו בדבר שאינו קצוב למה לא יועיל כשעשה שטר על עצמו ומשעבד נכסיו וליכא למימר מפני תיקון עולם דהא בגיטין דף נ"א ע"א בברייתא קתני רבי יוסי אומר וכי מה תיקון עולם יש במזון האשה והבנות והלא אינם קצובין ופירש רש"י ומהדין בלי תיקון עולם אין לגבות ממשעבדי וקשה למה כיון שהוא מתחייב עצמו ליתן ומשעבד כל נכסיו למה לא יחול ומה בין בני חורין למשעבדי אם אין אתה חושש לתיקון עולם ועל כרחך צ"ל דס"ל דלא חל חיובו כלל כיון דדבר שאינו קצוב הוא וא"כ אין כאן מקום לחול השעבוד והא דגובה במזון האשה והבנות מבני חורין הוא מתנאי בי"ד ושבח קרקעות הוא מהדין דהרי הזיק לו ומה איכפת לן בחיובו אנן דמחייבין אותו דהזיק ללוקח ובע"ח שלו נטל ממנו את שלו וכיצד יעשה הלה ריוח בדבר של חבירו ובזה היה אפשר מהדין ליטול אף ממשעבדי מידי דהוה מוכר שדהו בעדים דגובה מנכסים משועבדים אף דלא התחייב עצמו כלל רק חיובו ממילא חל והוא הדין לשבח קרקעות רק מפני תיקון עולם בטלוה והעמידוה על הדין דאין אדם מתחייב בדבר שאינו קצוב.

ובהכי ניחא לן הא דמשנינן דלכך גובה בת אשתו ממשעבדי אף דהוי אינו קצוב משום

דקנו מידו וקשה התיקון עולם להיכן אזל סוף סוף יפסידו לקוחות דלא ידעו להזהר וכדומה ולפי מ"ש ניחא דודאי משום תיקון עולם לא עקרהו לדין רק העמידו הדין על בוריו ולא הלכו בו לפנים משורת הדין. (ובזו מיושב קושיית התוס' על רש"י בגיטין דף נ"א ע"א בד"ה וכי מה וכו' דר' חנינא קאי אמתניתין אשבח קרקעות ואכילת פירות והדין היה לגבות אפילו ממשעבדי אף שאינן קצובין אי לאו מפני תיקון עולם משא"כ רבי יוסי דקאמר אמזון אשה והבנות) ובקנו מידו דדין הוא להתחייב לא חששו לתיקון עולם ומהך דרבי יוסי למד הרמב"ם ורבותיו דינו בלי ספק לענ"ד.

והראב"ד כתב לא ידעתי מאין הורו ולענ"ד מזו הורו ויפה הורו לפירוש רש"י ולכך כתב הרמב"ם בפסיקת מזונות לבת אשתו בשטר נוטלת ממשעבדי והש"ך כמ"ש לעיל מקשה לדעת למה הא אינן קצובים ולפי מ"ש ניחא כיון דבהך מחמת חיבת נשואין יכול להתחייב וכמו שהש"ך גופיה מודה לזה א"כ אם יכול להתחייב אף ממשעבדי גובה דהיא היא דלכך אינו גובה ממשעבדי משום דאינו יכול להתחייב אבל בחיבת נשואין דיכול להתחייב אף ממשעבדי יכולה לגבות דהיא היא וזה ברור ונכון ואם כן הוא קושיית הראב"ד במה דפריך בגמרא הניחא לרבי יוחנן אלא לר' שמעון בן לקיש וכו' דהא גם לר' יוחנן לא ניחא דהא הוי דבר שאינו קצוב לק"מ דרבי יוחנן ורשב"ל תרווייהו ס"ל במסכת גיטין פרק הניזקין מפני שאינן כתובין ולדידהו אם הם כתובין אע"פ שאינן קצובין טריף ממשעבדי ולדידהו לא אמר הרמב"ם דינו דלר"י ורשב"ל יכול להתחייב בדבר שאינו קצוב ולא מצי להקשות בגמרא לר"י רק לרשב"ל דס"ל דשטר לא מהני ולא יפול בו קושיית הראב"ד כלל.

והנה דברי רמ"ה במזון הבנות דאי כתב שטר בפני עצמו דגובה ממשעבדי נראה דהוא מהירושלמי בריש פרק הנושא דאיתא התם כתובה שעשאהו בשטר והיינו מזון הבנות שהוא תנאי כתובה רבי יוחנן אמר לחיזוק כתבו ר' שמעון בן לקיש אמר למשעבדי כתבו מחליף רבי ירמיה והיינו דס"ל דרבי יוחנן אמר למשעבדי כתבו ורשב"ל אמר לחיזוק כתבו ופסק כרבי יוחנן אך זה הוא אליבא דרבי יוחנן ורשב"ל דס"ל מפני שאינן כתובין ולכך כי כתבו בפני עצמו מהני אבל לשיטת הרמב"ם והפוסקים דס"ל כרבי חנינא מפני שאינן קצובים מה מהני כתיבה ורבי יוחנן ורשב"ל אזלו לשיטתן דהם ס"ל מפני שאינן כתובין ולכך השו"ע סימן קי"ב סעיף ח' דהעתיק דברי הרמ"ה השמיט מלת שטר ונקט רק קנו מידו מ"מ צ"ע על השו"ע דעירב הדעות ונתן בזה מכשול למעיינים וכמ"ש לעיל.

פרק כד

הלכה ב

אבל הנושא אשה ולא הכיר בה ונמצאת איילונית או מחייבי לאוין וכן הנושא אשה שנייה בין הכיר בה בין לא הכיר בה אין לה עיקר כתובה אבל תוספות יש לה. עיין בבית שמואל סימן קט"ז וסי' קי"ז ס"ק א' במה שהאריך בשם הר"ן והרב המגיד הטעם דהנושא אשה ונמצאו בה מומין דאין לה תוספות הוא דהוי לה להודיע לו כיון שהיא מכרת במומין שלה אבל באיילונית כיון שמקצת סימנים אינם נודעים לה כגון שמתקשה בעת תשמיש וכדומה אע"פ שגם הוא לא ידע מ"מ הוי ליה למבדק במקצת סימנים והיא כיון שלא הוחזקה לאיילונית בכל הסימנים אינה מחוייבת להודיע לו ולגלות קלונה מה שאפשר שאינה איילונית וברואה דם מחמת תשמיש כיון ששניהם אינם יודעים הפסידה זהו תמצית דבריו. ולפי"ז באיילונית שנתגרשה ונשאת לאחר תפסיד התוספות בכל צד דהא ידעה דמתקשה בעת תשמיש וא"כ דמיא למומין בכל צד אם לא שנאמר אולי באותו העת לא היה מום זה ואח"כ נולד לה זה המום כי אין כל המומין באים לה כאחד.

ונראה לע"ד דרבינו הרמב"ם הורה לנו חילוק אחר והוא דמומין הוא רעותא בגוף שלה ודבר מאוס בעצמותו משא"כ איילונית דלולא מצות השם לפרות ולרבות לא היה זה מום כלל ואם כבר קיים פריה ורביה גם אצלו אינו מום וא"כ אין זה מום בעצמותו רק איסוריה הוא דרביע עליה ועליה דידיה רמיא ומה לה לעשות כיון דבעצמותו אין זה מום והוא מום מחמת איסורא והוא חוץ לגופה ועיין בירושלמי בפרק ו' דיבמות בזה דאיילונית הביא היה מנהג של דור המבול דלקחו אחת לנוי והיא היתה עקרה ואחת לבנים עיי"ש וא"כ אין זה מום בעצמותה רק המניעה מצדו דהוא אסור ללקחה ולישב עמה מחמת ביטול פו"ר ומה לה לעשות על כן בשביל זה לא תפסיד התוספות וברואה דם מחמת תשמיש האיסור עליה כמו עליו דגם היא מוזהרת על איסור נידה כמו הבעל וא"כ היא אסורה לשמש כמו הבעל ואם יאמר הבעל אני אעבור על מצות ה' היא מוזהרת עליו וחסרון מצדה בקילקול שבגופה משא"כ באיילונית דהיא מותרת לשמש עמו דאינה מצוה על פו"ר רק הוא אסור וא"כ אין האשמה בראשה ויש לה תוספות זהו מה שנראה לי בכוונת דברי רבינו.

הלכה ד

ולמה לא חלקו בשנייה בין שהכיר בה בין שלא הכיר בה אלא אמרו אין לה עיקר כתובה בכל מקום מפני שהוא מדברי סופרים עשו בה חיזוק. עיין בכ"מ במ"ש דלפי"ז החלוצה לכהן הדיוט אין לה כתובה והא דתנן גרושה וחלוצה לכהן הדיוט שיגרא דלישניה נקט אי נמי דאתיא כההיא לישנא ביבמות דף פ"ה ע"ב דבשניות הטעם מפני שמרגילתו היא ובחלוצה כיון דבניה פסולים מדרבנן אינה מרגילתו וכו' עיי"ש והרב בית שמואל בסימן קט"ז ס"ק א' השיג בזה על הבית יוסף דודאי הך דבר אחר דהיא מרגילתו לרבי שמעון בן אלעזר נשנית כמבואר ברא"ש וא"כ קשה על הרי"ף והרא"ש דפסקו דחלוצה לכהן יש לה כתובה ונראה דלכאורה ודאי קשיא מה קאמר התם בגמרא מה איכא בין רבי לר' שמעון בן אלעזר לימא חלוצה איכא בינייהו דלרשב"א דהטעם הואיל והיא מרגילתו וחלוצה אינה מרגילתו אית לה כתובה אבל לרבי דאמר דברי סופרים צריכין חיזוק אף זו צריכה חיזוק ולית לה כתובה ועל כרחך צ"ל דס"ל לגמרא דהואיל ונשנית חלוצה במתניתין בלי חולק ש"מ דזה כו"ע מודים היכא דהיא אינה מרגילתו דודאי בין דברי תורה ובין דברי סופרים לא הפסידה כתובתה דלא קנסוה הואיל דאינה מרגילתו רק היכא דהיא מרגילתו והוא דבר תורה בזו נחלקו דלרשב"א הפסידה כתובתה כיון דמרגילתו ולרבי כיון דהוא דבר תורה ולא קעבדי אינשי כן לעבור על דבר תורה אין צריך חיזוק וכיון שהכיר בה והרי הוא רוצה ליזוק בנכסיו כמ"ש הרמב"ם יש לה כתובה ולכך כל הנך דאיכא בין רשב"א לרבי דקאמר בגמרא הוא הכל על אופן הלזה דמרגילתו והוא דבר תורה עיי"ש.

ומה שהקשה הבית שמואל על הרא"ש דטרח ליישב בפרק אלמנה ניזונית קושיית הראב"ד בחייבי לאוין ולא הכיר בה דלהוי דומיא דשניות דאיהו מרגילתו להפסידה בלאות והא לרבי דקי"ל כוותיה לא ס"ל הך דאיהו מרגילתו נראה דלא קשה מידי דתקשה עכ"פ דלחשבינהו לאיכא בינייהו בין ר' שמעון בן אלעזר לרבי בחייבי לאוין ולא הכיר בה דלרשב"א הפסידה בלאות ולרבי לא הפסידה דהוא דבר תורה על כן הוצרך הרא"ש לתרץ קושיית הראב"ד ולק"מ אמנם אחר כתבי זאת ראיתי בחידושי רשב"א ליבמות דהקשה ג"כ כהנ"ל דלחשוב חלוצה לאיכא בינייהו בין רבי לרשב"א ותירץ דאף חלוצה דרבנן מ"מ לאינשי לאיסור תורה נחשב ואין צריך חיזוק כמו דבר תורה ויהיה איך שיהיה קושיית הב"ש מתורץ וכה"ג צריכין לתרץ הא דקתני במתניתין נתינה ולדעת רש"י ורמב"ם פסול רק מדרבנן ודוחק לומר דסתמא דמתניתין דלא כרבי ולפי מ"ש ניחא.

וכתב הבית שמואל בשם הפרישה דאם הוא ממזר והיא כשרה ולא הכיר בה הוי כאלו

הכיר בה ויש לה כתובה ולא ידעתי טעם בזה דכל הטעם של הרמב"ם הוא כיון שהכיר בה הרי הוא רוצה ליזוק בנכסיו משא"כ כשלא הכיר בה הרי הוא מקח טעות למפרע ואין כאן כוונה שנאמר הוא רוצה ליזוק בנכסיו ולמה יפסיד וכל דברי הפרישה הוא רק שאינו במציאות כשהוא ממזר והיא כשרה שנאמר דלא הכיר בה אבל ודאי אם באמת לא הכיר כגון דסבר דהיא ג"כ ממזרת או דחישב דהוא ג"כ כשר א"כ הרי הוא מקח טעות למפרע ופסידא דתרווייהו הוא ותפסיד האשה כי מספיקא לא מפקינן ממונא.

ויש לשתיהן מזונות לאחר מותו וכן אם לותה ואכלה חייב לשלם. עיין במ"מ מה שתירץ על דברי הרמב"ם ועם כל דבריו על כרחך צ"ל דהלך הבעל למדינת הים ולא גירשה דבזה יש ספק בדברי הגמרא אי חייב לשלם הואיל והוא מעכב הגירושין בהליכתו למדינת הים משא"כ ביושב בביתו ודאי דאינו חייב לשלם דבעמוד והוציא קאי וא"כ הוי ליה לרמב"ם לכתוב זאת דדוקא בהלך למדינת הים ולא סתם לותה ואכלה חייב לשלם ולכן נראה דהרמב"ם מיירי במותו דחייב במזונות ומפרש דברי הגמרא יש לה על מה דקבעי לענין לותה ואכלה וע"ז קאמר דלאחר מיתה יש לה למפרע וזה דדייקא לישנא דהרמב"ם ויש לשתיהן מזונות לאחר מותו וכן אם לותה ואכלה חייב לשלם ומוסב אלאחר מותו ולא אמחיים וזהו נ"ל ברור.

הלכה יא

ואלו הן הדברים שאם עשתה אחת מהן עברה על דת משה וכו' או שנודרת או נשבעת ואינה מקיימת וכו'. עיין בבית שמואל סי' קט"ו שהתרומת הדשן בפסקיו סימן ס"ח נסתפק באשה שאין לה בנים אי מצי לגרש בשביל נודרת ואינה מקיימת עיי"ש ולענ"ד נראה דודאי אם הפירוש בשביל הבנים לחוד א"כ נתנה המתניתין דבריה לשיעורין רק הכוונה כל (ה)עבירה שבסיבתה נענש הבעל יוכל לגרשה ומביא ראיה מכתובות דף ע"ב ע"א דבעון נדרים בנים מתים ואלו אין עונשי חילול נדרים מגיעים לבעל מה עשה הבעל שימותו בניו ויהיה הולך ערירי אלא ודאי דעונש נדרים ושבועות מגיע לבעל כי נאמר בשבועה ולא ינקה וכו' כדאמרינן במסכת שבועות וא"כ שהעונש מגיע לו על עבירה זאת יוכל לגרשה.

ומה שהכריחני לכך הוא מה שכתב הרא"ש דדוקא אם האכילה לבעל חלב ודם היא עוברת על דת אבל אם היא אוכלת דברים אסורים דליכא מכשול לבעל אינה בכלל עוברת על דת וכן מבואר בתשובת הרא"ש דאפילו המירה ועברה וקאכלה חלב ודם ומחללת שבת אינה בכלל עוברת על דת וקשיא הא בכל אלו אסורים כתיב כרת והוא ערירי דאם אין לו בנים לא יהיו לו וכשיש לו ימותו והרי כאן כילוי בנים מפורש יותר

מנודרת ואינה מקיימת ודוחק לומר דכל דברי הרא"ש הם לדעת הריב"א בתוס' ריש יבמות בד"ה אשת אחיו מאמו דס"ל דליכא ערירי רק בעריות אבל לדעת רש"י דס"ל דבכל איסור כרת יש ערירי דכרת וערירי הכל חד הוא א"כ לדידיה באמת העוברת על איסור כרת עוברת על דת מיקרי דזה דוחק דהוי ליה להרא"ש לפרש כל זאת. ולכן נראה לי דס"ל להרא"ש אף דיש ערירי בעשיית אחת מעבירות שיש בו כרת היינו כשיש לה ולד בלי בעלה שבעלה מת אבל בעוד שבעלה חי אין הבנים מתים כי מה עשה הבעל שבסיבתה יגיע לו עונש ויהיה הוא נלכד בעונה שיהיה חשוכי בנים והולך ערירי ולכך אף דעוברת על חייבי כריתות אין הבנים של הבעל נענשים משא"כ בנדרים קבלו חכמינו ז"ל דהוא בנדר ושבועה שנאמר ולא ינקה ונפרעים מן הבנים על פני אביהם ולכך עוברת מיקרי ולפי"ז הוא הדבר אשר כתבתי דאף דאין לה בנים מה בכך כיון שהוא נלכד בעונה וגם אליו יגיע העונש מה לו לסבול עונש עבורה גרש לץ כתיב וצריך עיון.

והיאך יודע דבר זה וכו' שאל אותו פלוני ואמר לא היו דברים מעולם. השו"ע בסימן קט"ו סעיף א' פסק דצריך עדים שלא היה החכם בו ביום בעירו דאל"כ אף שהחכם מכחישתה לא אבדה כתובתה וכתב זאת לפי שיטתו בב"י דתירץ סתירה שיש בדברי הרא"ש דבפרק המדיר פסק דצריך דוקא עדים להעיד כנ"ל ובפרק שבועות העדות כתב על דברי הרמב"ן שפסק התולה דבריו בעד ואותו העד מכחישו העד נאמן וראייתו מהך דהחכם מכחיש לאשה דנאמן וכתב הרא"ש והכי מסתבר וכתב הב"י לתרץ דיש חילוק בין איסור לממון והדבר דחוק בדברי הרא"ש שכתב והכי מסתבר אם דעתו לחלק בין איסור לממון ובפרט כי ראיות הרמב"ן הוא מענין ממון להפסיד כתובה.

ולכן נראה דיש לחלק באומרת פלוני תיקן לי הכרי הזה כיון דבידה להפריש ולתקן הכרי והיא תלתה בפלוני אז אלים נאמנות שלה הואיל ובידה לתקן ומה שתלתה בפלוני הוא שפת יתר ומלבד דיש לה מגו אם רצתה לשקר היתה אומרת אני הוא דתקנתי לעצמי אף גם הואיל ובידה לעשות כן אלים נאמנות שלה ולכך כשמכחישה להכהן לא הפסידה כתובתה כי אם כשהוכחשה מפי עדים משא"כ באומרת פלוני טיהר לי הכתם הוא דבר שאינה יכולה לתלות בעצמה כי אם בהוראת חכם וא"כ ליכא כאן מגו וגם אזלא נאמנות דילה בדבר שאין בידה ועל כרחה צריכה היא לתלות באחר ואותו אחר מכחישה איך תהיה נאמנת. ועיין בתשובת רמ"א סימן ס"ו כתב כן להדיא במה שבידה לעשות מסתבר דנאמנת נגד פלוני המכחישה.

ובהכי ניחא דהרא"ש כתב כן שצריך להיות עדים ואין הכחשת אותו פלוני די להפסיד כתובתה על אומרת פלוני תיקן לי הכרי ולא על פלוני חכם טיהר לי הכתם ואי כוונתו

על שניהם הוי ליה לכלול אותם בחד בבא ולעומת זה הרמב"ן בשבועות באשר הביא ראיה מהך דכתובות הביא ראיה מפלוני חכם טיהר לי הכתם ולא הביא ראיה מפלוני כהן תיקן לי הכרי דנשנית במתניתין מקודם וכן בגמרא אלא ודאי דדעת הרמב"ן לחלק כמ"ש לעיל וס"ל דודאי אי בכל גונא צריכה עדים להכחשתו א"כ איך אמרו בגמרא דף ע"ב ושיילהו ליה מה צורך לשאלתו כקושיית הר"ן אמנם אי בפלוני חכם סגי בהכחשתו ושאלת פיו א"כ אגב גררא נקט הגמרא ושיילהו בכל גונא דומיא דחכם אף דבאינך בעינן עדים משא"כ אי בכל מקום בעינן עדים קשה שפיר איך נקט בגמרא ושיילהו ליה מה שהוא ללא צורך בשום דבר ודברי הרא"ש והרמב"ן ברורים לענ"ד.

הלכה יד

העוברת על דת צריכה התראה וכו'. עיין בבית שמואל סימן קט"ו ס"ק י"ז שביקש להביא ראיה לדברי השלטי גבורים דס"ל דאינו צריך לומר בהתראה שתפסיד הכתובה רק שאל תעשה עוד כזאת דהא בגמרא דסוטה דף כ"ה נלמד התראה מקינוי והקינוי היתה רק סתם אל תסתרי עם פלוני עכ"ל ואין כאן ראיה דודאי קינוי וסתירה אין ענין לעוברת על דת דסוטה ספק הוא והתורה עשהו כודאי שהיא בחזקת שזינתה עם הבועל וכל זמן שלא שותית מי סוטה הרי היא בספק שזינתה ואסורה לבעל ולבועל ומה ענין זה לעוברת על דת שתצטרך התראה אלא דהוכחת הגמרא הוא כך אלו עוברת על דת אין צריכה התראה למה לי קינוי כלל להפסיד כתובתה בסתירה לחוד היא מפסדת כתובתה דעוברת על דת מיקרי אלא ודאי דצריכה התראה וכיון דבלא"ה צריכה התראה אנו מקנין לה וכשיש לה קינוי וסתירה מפסדת כתובתה בלי טעם עוברת על דת רק מחמת ספק זונה ופשוט הוא.

והנה מבואר במרדכי ובהגה ובתשובת הרשב"א סי' תתס"ד דאף לעוברת על דת משה צריכה התראה איברא רש"י פירש בסוטה דף כ"ה עוברת על דת היינו דת יהודית ראשה פרוע וכו' ולכאורה קשה הא פשטינן מסוטה שנסתרה והתם עוברת על דת משה היא דיחוד דעריות דאורייתא הוא וליכא למימר דזה לאו דאורייתא דאטו מי לא עסקינן שנסתרה עמו בבית הפתוח לרה"ר דזה אין קרוי יחוד ומ"מ לענין קינוי וסתירה שמו סתירה כמ"ש התרומת הדשן סימן רמ"ד בכתביו וכן שקינא לה עם אביה ונסתרה דאסורה ולענין יחוד האב מתייחד עם בתו דא"כ אי מיירי הקנוי וסתירה באופן הזה א"כ אין מקום לפשיטת הגמרא דאי סלקא דעתך עוברת על דת אין צריכה התראה למה לי קינוי דהא איצטרך קינוי במתייחדת עם אביה ובבית הפתוח לרה"ר דלולי קינוי אין כאן עוברת על דת דאין כאן יחוד כלל וע"י קינוי אתה משוה אותו סתירה אלא ודאי

דלא בשביל זה לדבר שאין בגדר היחוד לא לזה תקנו חכמים שיקנא לה אף דבאמת אחר הקנוי גם אלה בכלל סתירה מ"מ לא לכוונה זו פרטיות יתקנו חכמים קנוי וא"כ יש לכאורה קושיא על רש"י אך באמת נראה דאין כוונת רש"י דיש חילוק בין מה שהוא איסור תורה או דברי סופרים ומנהג יהודית רק כוונת רש"י לשלול עוברת על דת משה דקתני במתניתין שהוא מה שהיא מכשילתו בשמוש נדה ואכילת דברים אסורים בזו ס"ל לרש"י דאינה צריכה התראה דכי נמתין עד שתכשיל אותו שנית ודי במה שהכשילתו פעם אחת ולא על זה כתב לה כתובה שתכשיל אותו בדבר איסור.

ולכאורה נראה ראיה דבהתראה בעי למימר בהדיא דתפסיד כתובתה דתנן במתניתין פרק ארוסה דף כ"ד שבעלה בא עליה בדרך או אמר איני משקה אותה נוטלות כתובתן ופירש רש"י שהוא גרם לה שלא תשתה וקשה דל מהכא שתיית מי סוטה ומנוקה היא שלא זינתה מ"מ עוברת על דת היא אלא ודאי דלא היה לה התראה כי אע"פ שהיה לה קינוי מ"מ לא מיקרי התראה כיון שלא התרה בה בהפסד כתובה אך קשה לפי"ז הוי ליה להגמרא לפשוט מכאן דעוברת על דת צריכה התראה דאל"כ קשה הנ"ל תפסיד כתובתה מחמת העברת דת ועל כרחך צ"ל דמיירי כמ"ש לעיל בסתירה דלית בהו העברת דת כגון בבית הפתוח לרה"ר וא"כ אף לענין התראה יש לומר כן איברא דודאי הגמרא לא רצה לפשוט מהך דאיכא למדחי דמיירי בהך גונא אבל בקושטא לומר דפירוש המתניתין דקתני סתמא שבעלה לא רצה להשקותה מיירי באופן פרטי זהו בתכלית הדוחק והא לא קשיא דלמה לא קחשיב הך דנכנסה לבית הסתר במתניתין גבי דת משה ויהודית דאפשר דהוא בכלל ונלמד מכ"ש דטוה בשוק וכו'.

שם במ"מ אם אין ידוע אם עברה אם לאו נראה שאינו יכול להשביעה וכו' דאחזוקי אינש ברשיעי לא מחזקינן ונראה דלדעתו כתב כן ולא לדעת רבינו הרמב"ם ז"ל דפסק לקמן בהלכה י"ז דיכול להשביעה שלא זינתה תחתיו ואין לך רשעת גדול מזה אלא ודאי דבכל טענת ברי ס"ל לרמב"ם דמשביעה והמ"מ באמת גם בדין דלקמן הלכה י"ז חולק אדברי הרמב"ם ועיין בבית שמואל ס"ק י"ח.

הלכה יז

מי שראה אשתו שזינתה וכו' לפיכך משביעה בנקיטת חפץ שלא זנתה תחתיו אם ראה אותה בעצמו ואח"כ תגבה כתובתה. עיין במ"מ שתמה על שבועה זו וכתב והם ז"ל דנין אותן כדין הנשבעין ונוטלין ולא ידעתי מאין זה והכ"מ תמה עליו דהוי כטוען השבע לי שלא פרעתיך וצריכה לישבע והמ"מ אזיל לשיטתו דהוי כטוען אמנה או רבית ואף דיש לחלק דבשלמא אמנה או ריבית סותר לגוף השטר והשטר בטל מעיקרו משא"כ

זה שזנתה השטר מתחילתו בתקפו רק עכשיו איתרע ודמיא לפרעון מ"מ דעת המ"מ דבפרעון הוא דצריכה לישבע כדאמרינן בגמרא דפרע דייק דמיפרע לא דייק משא"כ בנדון זה לא שייך זאת והשטר בחזקתו.

והנה הכ"מ כתב בנדון זה נכון להשביעה בטענת פרעון משא"כ כשהוא לא ידע אלא על פי העד שאומר שזנתה הוי כאומר שמא פרעתיך והא דאמרינן עד אחד מעידה שהוא פרוע וכו' היינו שהבעל טוען ברי עכ"ל והש"ך בחו"מ סימן פ"ד ס"ק ז' השיגו דקי"ל דתבעו על פי העד משביעו שבועה דאורייתא בנשבע ונפטר וה"ה לשבועת המשנה בנשבע ונוטל ונסתייע מתשובת הרשב"א עיי"ש. ונראה דדעת רבינו הב"י לחלק דודאי בשבועה דאורייתא דהיא בגדר כל מקום ששנים מחייבין ממון אחד מחייבו שבועה ואלו שנים מחייבין ממון אף דהתובע טוען שמא א"כ הוא הדין דעד אחד מחייבו שבועה משא"כ בעד אחד מעיד על השטר שהוא פרוע דאמרינן בגמרא דכתובות דף פ"ז ע"ב דלכך תקנו חכמים שבועה להפיס דעתו של בעל א"כ יש לומר כי בעינן הפסת דעת היכא דטוען ברי וצועק ככרוכיא פרעתי והרי עד אחד מעיד כדברי אבל היכא דהבעל לא ידע כלל רק נשען על העד והיא מכחישתו א"כ מה צורך להפסת דעת דאמרינן ליה מי יימר דהעד אומר אמת דלמא האשה והשטר שבידה מסייע לה ולא תקנו חכמים שבועה.

ויש ראיה לדברי הכ"מ מהא דאמרינן שם בגמרא דף פ"ח אי פיקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא דיהיב לה כתובתה באפי סהדא קמא וכו' וכתבו התוס' בד"ה מייתי לה וכו' דנפקא מיניה דלא תוכל לומר השבע אתה והפטר דשבועה דאורייתא לא מפכינן עיי"ש וברא"ש. וקשה למה לו כל החרדה הזה לפרוע ואח"כ לתבוע דהוי קשה להוציא יטען תיכף איני זוכר או איני יודע אמיתת הענין אם פרעתי או לא (ואפילו טען תחילה ברי יוכל אח"כ לחזור ולומר טעיתי כי איני זוכר הדבר על בוריו וזה פשוט) רק אני תובעה על פי העד וא"כ איך תוכל האשה להפך השבועה עליו בשום אופן כיון דטוען איני יודע ועל כרחך צריך לומר דבטען איני יודע אלא על פי העד ליכא כאן חיוב שבועה כלל כדעת הב"י ועל כן מוכרח לטעון ברי וא"כ תוכל להפך.

ואי דקשיא לדעת התוס' דלמה לו כל הטורח הזה יטעון אשתבע לי דלא פרעתיך וצריכה לישבע לו שלא על פי העד ומעתה אם תהפך עליו השבועה יביא עד המסייע ויפטור בלי שבועה דיש לומר כמה תשובות בדבר דאפשר דס"ל להתוס' דעד המסייע בהיפך שבועה אינו מועיל דאפשר דס"ל לתוס' דבנשבע ונוטל אין עד המסייע פוטר דלא תוציא ממון על פי עד אחד וא"כ כיון שאתה מהפך השבועה מנשבע ונוטל עליו חל עליו כל דין דהנשבע ונוטל דהיא אומרת כל דיני שבועה שעלי אני מהפך עליך וכמו דאצלה

לא היה עד המסייע פוטר הוא הדין בבעל דאינו פוטר. או יש לומר דס"ל לתוס' כדעת הראב"ד הביאו הרא"ש דאף דפטרה משבועה אם עד אחד מעיד שהוא פרוע לא פטרה עיי"ש. ולפי זה יש לומר דגמרא בעי למימר אי פיקח הוא בכל גוונא אפילו בפוטרה משבועה דהך מתניתין אמתניתין דלעיל קאי דמיירי מפיטור שבועה ולכך דלולי עד אחד אי אפשר להשביעה דהא פטרה רק מוכרח לתבוע על פי העד וא"כ תהיה יכולה להפך דכיון דתבעה על פי העד אין שוב העד בכלל עד מסייע פוטר כנודע ולכך השיאו עצה לפורעה ולתובעה אח"כ או יש לומר דודאי אי יתבע אותה בלי עד הוא מפחד דתהיה נשבעת דאין לה בושה ומורא בשר ודם משא"כ כשמביא ג"כ עד א"כ נמנעת מלישבע דהיא תהיה מוחזקת בפני הבריות כשקרנית דהרי העד מעיד ומכחשה בפניה דנפרעת והבריות יאמינו לעד יותר ממנה דאין אדם חוטא ולא לו ולכך אמרו דצריכה לישבע לפני העד דלא תעיז לכחש בו וא"כ על כרחך צריך להביא העד דאל"כ תכפור ואם יביא העד לבל תשבע בפני העד לשקר יש לחוש דתהפך עליו וכיון שהעיד העד ועל ידו פסקו שבועה שוב ליכא כאן עד המסייע ולכך אי פיקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא בהכחשת העד ולא תהיה יכולה להפך ויהיה איך שיהיה מ"מ דינו של הב"י לענ"ד מוכרח בתוס'.

ומה שהביא הש"ך וכן המשנה למלך מתשובת הרשב"א דשואל שאינו יודע כמה שוה החפץ והמשאיל אומר סלע ועד אחד מעיד שלא היה שוה רק דינר וכתב הרשב"א דצריך המשאיל לישבע שבועת המשנה עד אחד מעיד שהוא פרוע ואף דשם לא ידע השואל בשוויו וכל טענתו על פי העד יש לומר דהתם ליכא כלל שטר המסייע למשאיל ומדין לישבע שבועת התורה להכחיש העד רק הואיל והוא נוטל ולא מצינו שבועה דאורייתא בנוטלים סמכו הרשב"א ענין כהך דעד אחד מעיד שהוא פרוע דיש בו שבועת המשנה ומכ"ש הכא דנחלק בגוף הדבר כמה היה שוה ובכמה יתחייב ולכך שם ודאי דעל פי העד לבד יתחייב שבועה כיון דליכא שטר המסייע לו וגם אין כאן ברי כמה נתחייב דלפי דברי העד מעולם לא נתחייב יותר מדינר ולכך לולי הך דמתוך שאינו יכול לישבע משלם הוי ליה כאיני יודע אם נתחייבתי לך ושמא של הנתבע כל כך טוב כמו הברי רק מחמת מתוך שאינו יכול לישבע משלם ולכך עכ"פ שכנגדו ישבע להכחיש העד משא"כ בעד מעיד על השטר שהוא פרוע דהשטר מסייע לבעל השטר והוי כמו דבריו של אחד במקום שנים וגם כשהבעל טוען שמא הוי איני יודע אם פרעתי ובלי שטר חייב וא"כ ודאי דלא תקנו שבועה רק במקום דהבעל טוען ברי ועומד וצוח פרעתי תקנו חז"ל להפסת דעתו אבל בטוען שמא אין דבריו של אחד במקום שנים ולא תקנו חז"ל כלל

ויהיה איך שיהיה בדברי רשב"א מ"מ נראה בהוכחת דברי התוס' כדעת הב"י.

והנה הרב בית שמואל בסימן קט"ו ס"ק ל"ב נראה דדעתו כהש"ך דבראה עד כשר שזנתה יכול להשביעה על פיו שבועת המשנה רק באומר לו אחד מקרובים בזה אין כאן שבועה דאינם כשרים לעדות והקשה על הרב רמ"א דהוא פסק בחו"מ סימן ע"ה סעיף כ"ג דמשבעינן בטענת הוגד לי ואפילו מפי קרובים וא"כ אף כאן הוי ליה לרמ"א להגיה דמשביעה ודברי הב"ש שלא בדקדוק דכאן מיירי הכל להשביעה שבועת המשנה שבועה בנקיטת חפץ קודם שתגבה כתובתה ובזה לא שייך טענת הוגד לי להטיל עליה שבועה דאורייתא או שבועת המשנה רק דהתם מיירי משבועת היסת דס"ל בהיסת בטענה כל דהו משבעינן ועיי"ש בח"מ אבל שבועה דאורייתא או שבועת המשנה ברור הדבר דצריך להעיד בבי"ד ויהיה כשר לעדות וזה פשוט וברור.

והנה בחו"מ סימן פ"ז סעיף כ"ה העתיק הרמ"א דברי תרומת הדשן דבטוענת עליו דבר איסור אם עיקר התביעה מאיסור אף דמסתעף ממנו טענת ממון אין משביעין על כך והקשה הש"ך שם ס"ק נ"ז מהך דרמב"ם וכן השו"ע בסימן קט"ו פסקו דמשביעה שלא זנתה עיי"ש ולא הבנתי דבריו חדא דהא כאן מיירי דטען השבע לי כמ"ש הכ"מ להדיא וא"כ אם טוען השבע לי הרי תובעה ממון להדיא אלא דבלא"ה כל דבריו אינם מובנים דשם מיירי מהיסת והתרומת הדשן הביא בשם מרדכי דכתב בשם רבינו שמחה דלא נתקנה שבועת היסת על דבר איסור דלא תקנו אלא בחזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו עליו תביעה ובאיסור לא תקנו אבל בשבועת המשנה שהיא כעין של תורה פשיטא דהיא אפילו באיסור ועיקר שבועה ילפינן מסוטה והיתה באיסור וזה פשוט וברור ולק"מ.

והא לא קשיא קושיית הגמרא בבבא מציעא ונימא מגו דחשיד אממון חשוד אשבועה דמאי שנא לאו דגזל מלאו דלא תשא ואף אנו נאמר פה מאי שנא לאו דלא תנאף מלאו דלא תשא ואדרבה לאו זה חמור דניתן לאזהרת מיתת בי"ד וא"כ אם זנתה תחתיו אף בשבועה תשקר ובגזל שייך תירוץ הגמרא שם דף ו' ספק מלוה ישנה יש לו עליו משא"כ כאן באיסור זנות דיש לומר דשאני הכא כיון דאין אדם נעשה חשוד אלא על פי עדים יש לומר דלמא עכשיו מתחרטת על הזנות ועושה תשובה ולכך לא תשבע לשקר אבל בגמרא דב"מ דמיירי בממון פרכינן שפיר דאי עשה תשובה איך עודנו מחזיק הגזל בידו ואוחז בטלית לומר שלי הוא וכן אינך דפריך מיניה הוא בכל הני שהגזל בידו ועודנו מחזיק בו מבלי להשיבו לבעליו ושפיר קשה נימא מגו דחשיד וכו' ומשני ספק מלוה ישנה וכו' ופשוט הוא.

הואיל וסמכה דעתו לדבר זה שהוא אמת וכו'. המשנה למלך הביא תשובת הרשב"א סימן אלף רל"ז דהא דאמרינן דאם מהימן ליה כבי תרי דיוציא היינו כשאין האשה מכחשת להעד אלא שותקת אבל אם מכחישתו אין דברי עד אחד בהכחשה כלום עכ"ל וכתב המשנה למלך ולדעתי דבר גדול דיבר הנביא ובאמת הדבר צריך תלמוד דהרשב"א נסתייע מפירוש רש"י בקידושין דף ס"ו ע"א דכתב אפקוה הואיל ולא הכחישתו ולפי הנראה דברי רש"י מוסבים על אביי דפירש אי מהימן לך דלאו גזלנא הוא אפקוה ועל זה כתב רש"י הואיל ולא הכחישתו דאל"ה ודאי דעד אחד בהכחשה לאו כלום הוא ובפרט בדבר ערוה דמדינא בעי שנים אבל לרבא דפירש דמהימן ליה כבי תרי וסומך דעתו עליו מה נפק"מ במכחישתו כיון שהוא אומר דעתי סומך עליו כבי תרי ואטו בי תרי מהני הכחשתה. ומדברי התוס' בקידושין בד"ה רבא אמר וכו' דהקשו כיון דהבעל שותק ושתיקה כהודאה דמיא למה אינה אסורה לרבא בעד אחד אומר שזנתה ותירצו דס"ל לרבא דשתיקתו לא הוי כהודאה רק להורות דאית ליה רגלים לדבר וכאן שאין האיסור בא מכח הבעל רק מכח העד לא מהימנינן ליה עיי"ש וזהו כשהבעל שותק אבל כשהאשה שותקת פשיטא דהוי כהודאה דהא האשה שותקת ושתיקה כהודאה דהיא ידעה האמת הוא או לא ועדיין קושיית התוס' במקומה עומדת דלמה לא תהא אסורה לרבא ועל כרחך צריך לומר לדעת התוס' דמיירי בהיא מכחישתו ואפ"ה אי מהימן ליה כבי תרי צריך להוציאה.

ולכן נראה דס"ל לרשב"א בשיטתו הטעם דעד אחד מעיד והוא שותק דעד אחד נאמן הוא לאו מטעם שתיקה כהודאה דמיא אלא אפילו אומר נתנסך יינך שלא בפניך והטעם הוא כיון דאינו מכחישו בבירור רק שותק משו"ה נאמן העד אבל השתיקה לאו כהודאה דמיא וא"כ אף באומר שזנתה אם אינה מכחישתו אין כאן הודאה מאשה רק אינה מכחישתו הוי כשאר עד אחד ובדבר שבערוה לא מהני עד אחד ולכך בעי רבא דמהימן ליה כבי תרי משא"כ לדעת ר"ת והתוס' וטור דס"ל דשתיקה הוא מתורת הודאה. ועיין ביו"ד סימן קכ"ז דסתם השו"ע בסעיף א' כדעת התוס' ועיי"ש בש"ך ס"ק ט' א"כ על כרחך דלא מיירי דהאשה שתקה דאי שתקה אפילו בעד אחד דעלמא מ"ט לא תהיה אסורה לרבא כיון דשותקת הודית לדברי העד דהאמת אתו וגבי האשה לא שייך תירוץ התוס' כלל על כרחך דמיירי דלא שתקה ומ"מ אי מהימן ליה כבי תרי צריך להוציאה לצאת ידי שמים וזה לענ"ד ברור וכן כתבו התוס' שם בקידושין דף ס"ה ע"ב בד"ה נטמאו וכו' וז"ל ומה שאמרנו דבר שאינו בידו כי אינו שותק לא מהימן היינו גברא דלא מהימן לו כתרי אבל אי מהימן נאמן כדאמרינן בסמוך גבי סמיא דאמר רבא דנאמן אי מהימן ליה

כבי תרי אע"ג דהוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים וכ"ש דנאמן במלתא אחריתי עכ"ל ואלו מיירי לקמן דהאשה שותקת א"כ אין לתוס' ראיה דשם שתיקה של אשה יותר הודאה משתיקה של בעל והיא דשותקת על כרחך הודית שזנתה ומה ענין זה לאיסורים בדליכא שתיקה בשום צד ועל כרחך צ"ל דס"ל לתוס' דלא היה שם שתיקה דאשה כלל בהך עובדא דסמיא וכמ"ש לעיל וברור הוא.

שוב ראיתי בב"ח וביחוד בפרישה סימן קע"ח שהביאו בשם מהרש"ל להדיא דאי אפשר לגרוס בטור והיא שותקת דאם היא שותקת אפילו לא מהימן כתרי יש להוציאה מחמת שתיקתה עיי"ש והן הדברים כמ"ש אפס שלא הזכירו כלל שהרב ב"י בגרסתו יש לו עמוד גדול לסמוך עליו והוא הרשב"א בתשובתו הנ"ל.

והנה יש לעיין בדברי התוס' הנ"ל שהכריחו מהך עובדא דסמיא דבמהימן ליה כבי תרי נאמן אפילו אינו שותק דא"כ מה הקשו לקמן בד"ה רבא אמר וכו' וא"ת כיון דשתק שתיקה כהודאה דמיא דהא על כרחך שתק לאו דוקא דהא עובדא דסמיא היה שלא בפני הבעל ומה מהני שתיקתו של הבעל וכמ"ש מהרש"א ועל כרחך צ"ל כמ"ש הר"ן ויתר מפרשים לדעת התוס' דעובדא דסמיא היה ג"כ דהעד אמר לו להבעל דיש לו ידיעה מזנות אשתו והוי שתיקת הבעל הודאה ולפי"ז אזלא הוכחת התוס' דבנאמן כבי תרי אין צריך שתיקה דהא לקמן הוי שתיקת הבעל ודוחק לומר דלקמן ס"ל לאביי אפילו בלי שתיקה דבעל נאמן והא דקתני והלה שותק להודיענו רבותא לרבא דאפילו בכה"ג דהוי שתיקה דבעל מ"מ לא מהימן ולכך הקשו התוס' באמת למה לא הוי שתיקה כהודאה לרבא ותירצו מה שתירצו אבל לאביי באמת אין צריך שתיקה ועובדא דסמיא לא היה לבעל ידיעה והוי כאלו לא שתק ומ"מ לאביי נאמן וכן לרבא בדמהימן ליה כבי תרי ומזו הוכחת התוס' דזה דוחק גדול דהלה שותק דאמר יהיה לאביי לאו דוקא וגם דליכא טעם לאביי למה יהיה עד אחד נאמן בדבר שבערוה וכמ"ש התוס' בד"ה אמר אביי.

ולכן נראה דודאי בשלמא אם עד אחד אומר שזנתה והוא שותק דנאמן מן הדין וחייב להוציא כמו אכלת חלב דחייב להביא חטאת א"כ שפיר יש לומר דאמר לו עד אחד אשתך זנתה ואתה הבעל יודע מזה וכיון דהוא שותק אמרינן דהוא מודה ליה ואע"פ שהבעל יודע שאין בלבו שום רגלים או ידיעה לדבר לא מהימנינן ליה לבעל ואמרינן מדשתק אודית ליה וחייב להוציאה וכן היה העובדא בסמיא דאמר ליה העד אתה ידעת מזה שזנתה אשתך וכמ"ש הר"ן לשיטת התוס' משא"כ למאי דמוקי ליה רבא במהימן לך כבי תרי זיל אפקוה ופירשו הרי"ף והרא"ש לצאת ידי שמים ולא מדינא ולפי"ז ליכא למימר דשתק והיינו דאמר ליה אתה ידעת שזנתה אשתך דא"כ בממה נפשך אם יודע

אינו צריך להודאת העד ואם אינו יודע למה יהיה חייב להוציא בדיני שמים הלא כל נאמנות הוא הואיל ושתק הודה והוא יודע דלא הודה ואין לו ידיעה כלל מזנות אשתו ואיך אמרינן דיוציא כיון דהוא יודע דאינו יודע כלום והא דאמר לו שמואל אי מהימן לך כבי תרי הוי ליה למימר אם ידעת בנפשך דאמת הוא שזינתה או לא אלא ודאי דלדעת רבא לא תליא בשתיקתו כלל ואף אם יודע שהעד טועה בו והוא אינו יודע שום דבר מכל עדותו חייב לצאת ידי שמים וזה הוכחת התוס'.

ולפי"ז מה שכתב הפרישה ואחריו נמשך הבית שמואל בסי' קט"ו ס"ק כ"ג בדברי הטור דהיכא דאמר לו עד הנאמן לו כבי תרי דזנתה אשתו והוא הבעל יודע שזנתה והבעל שותק חייב לגרשה מדיני שמים אבל אם אומר הבעל זו מנין לך או שלא אמר העד שהבעל ידע שזנתה אפילו שתק אינו חייב להוציאה רק משום לזות שפתים והוא סותר למה שכתבתי בשם התוס' ובאמת ביו"ד סימן קכ"ז הביא רמ"א דעת המרדכי בשם ר"ת נגד התוס' דיכול לומר איני מאמינך אפילו בנאמן לו כבי תרי וכבר השיג הש"ך שם מדברי התוס' הנ"ל ומסקנת המרדכי עיי"ש ואפילו לדברי הדיעה ההוא היינו כשאומר בפירוש איני מאמינך אבל בשותק רק דלא אמר לו העד אתה יודע שזנתה אשתך זו לא שמענו שלא יהיה צריך להוציא לצאת ידי שמים דהוא נגד הך עובדא דהך סמיא כמ"ש לעיל בתוס' דבשלמא אם אומר בפירוש איני מאמינך לא קשה כלל מהך סמיא דשם לא אמר כן ושמואל לא ביקש ללמוד אותו דבר שקר.

ועיין במרדכי שהקשה כזו למה לא למדו שמואל אבל בשותק רק שתיקתו אינו ראיה דאולי לא ידע מזנות אשתו בזו לענ"ד כו"ע מודים דבמהימן לו כבי תרי חייב לצאת ידי שמים לדעת התוס' ועוד קשה מנא ליה לטור הך דינא דלזות שפתים מה שאין לו שורש בגמרא ואלו נאמר דהטור מחולק בזה עם התוס' יש לנו לענ"ד פירוש מרווח בו והוא דס"ל דודאי בעינן שתיקת הבעל כפשטא דלישנא דגמרא ועובדא דהך סמיא ג"כ היה באופן שאמר ליה לבעל אתה ידעת שזנתה אשתך וכמ"ש הר"ן והרשב"א לדעת התוס' עיי"ש וקשיא ליה להטור מ"ש לעיל דכיון דכל נאמנותו יהיה על שתיקת הבעל א"כ בממה נפשך אם יודע הוא שזנתה מה צורך לעדות ואם אינו יודע א"כ בלבו יודע דאין כאן נפק"מ משתיקתו ולמה יהיה חייב להוציאה לצאת ידי שמים דקמי שמיא גליא ולזה תירץ הטור דודאי כן הוא רק כיון דידוע לכל דמהימן לו כבי תרי והוא שתק נראה לכל שהוא הודה לו דהאמת אתו וא"כ חייב להוציאה ואף שהאמת אינו כן מ"מ איכא לזות שפתים דהעולם יאמרו דבאמת הודה לו רק עכשיו חזר בו ואמר שלבו בל עמו היה באותו שעה ולכך חייב להוציאה מדיני שמים משום והייתם נקיים מה' ומישראל ולכך

כתב הטור דהך מדינא דשמים היינו לזות שפתים ואין כאן סתירה בדברי הטור מסי' קט"ו לסי' קע"ח כלל כמ"ש הב"ח והפרישה בתחילת דבריהם ואתי שפיר בדברי הטור כפתור ופרח.

הלכה יח

אמרה לו אשתו שזנתה תחתיו ברצונה אין משגיחין לדבריה שמא עיניה נתנה באחר אבל אבדה כתובתה וכו'. והסמ"ג והמרדכי הביאו בשם הירושלמי דאם הוא חבר חושש לה ובדברי רבינו ויתר הפוסקים לא נזכר מזה ואפשר דס"ל דגמרא דידן חולק בזה אירושלמי מהך דקידושין דף י"ב דביתהו דרבי חייא דאמרה ליה אמרה לי אם דקיבל בה אביה קידושין מאחר ואמר ר' חייא לאו כל כמינה דאימך דאוסרת עלי ועיין בתוס' הר"ר (יצחק דורא) [ישעיה די טראני] לקידושין דהוכיח דהיא הימניה לדברי האם וסומכת עליה דאל"כ משנה שלימה היא בקידושין דף ס"ה ע"א והיא אומרת לא קדשתני אלא בתי הבת מותרת בקרוביו דאין האם נאמנת על הבת כלל אלא ודאי דהך דיהודית מיירי דהודית לדברי האם ומ"מ אמר רבי חייא לאו כל כמינך הוא מטעמא דמשנה אחרונה דשמא עיניה נתנה באחר ומי לנו חבר גדול מרבי חייא ש"מ דאף בחבר אין לחוש זהו מה שיש לומר טעם להשמטה אבל באמת יש לדחות הך דר' חייא בגוונא טובא חדא דיש לחלק בין האומרת דבר בפועל ובין האומרת שמאמינה לדברי האם דבזה ודאי אף חבר אין צריך למיחש כיון דמשעבדא ליה לאו כל כמיניה וגם אפשר דלכך צריך חבר לחוש דאף אם נתנה עיניה באחר מ"מ מצוה לגרשה דאשה רעה היא זאת דשותת בכוס זה ונותנת עיניה בכוס אחר אבל ביהודית כוונתה היתה מבוארת דעשתה כן להמלט מצער לידה ולא עלה עליה רוח זרה ח"ו ולכך לא חש לה ר' חייא.

אמנם נראה דאף דלא כתב רבינו הרמב"ם הך דינא דחבר יחוש בפירוש מכללא איתמר דכתב אין משגיחין לדבריה אבל אבדה כתובתה וכו' ולא כתב דאם אינו מוציאה דצריך לעשות לה כתובה מחדש שלא תשב תחתיו בלי כתובה ועל כרחך צ"ל דדעתו כמ"ש לעיל בעוברת על דת דבזו לא חשו חכמים שתהא קלה להוציאה דעל פרוצות לא תקנו ותהא קלה להוציאה ולפי"ז דהיא נכללת בכלל בנות ישראל הפרוצות וראוי שתהא קלה בעיניו להוציאה א"כ פשיטא דבעל נפש יחוש ויגרש הפרוצה במה שרצון חכמים שתהא קלה בעיניו להוציאה ומצוה לגרשה כאשה העוברת על דת וברור הוא.

והנה אף דהתוס' בכתובות דף ס"ג ע"ב בד"ה אבל אמרה וכו' והמרדכי בקידושין בפרק האומר בשם ר' שמעון נסתפקו בדבר מ"מ דעת רוב הפוסקים דאפילו באשת ישראל במקום דמפסדת כתובתה באמירה דילה מ"מ חוששין שמא נתנה עיניה באחר וראיה

דלהון מהך עובדא דסוף נדרים האי גברא דהוה מהרזיק בביתא וכו' דאמרינן ואיתתא שריא אם איתא דעבד איסורא ארכוסי הוה מירכס דלמה ליה האי טעמא דהא בלא"ה כל הני עובדא אינם מספיקין לאוסרה על בעלה ועל כרחך מיירי דהודית דטמאה היא ומ"מ שריא למשנה אחרונה וצריך לומר דאין זה ראיה גמורה דהא המרדכי פרק שני דיבמות הביא דמהר"ם פסק כדעת השאלתות דבדבר מכוער תצא מבעל ואעפ"כ הביא שם המרדכי בשמו דפסק דאפילו באשת ישראל אינה נאמנת למשנה אחרונה וקשה לכאורה מנא ליה זאת דהא לדעת השאלתות אין ראיה לזה מהך עובדא דנדרים דיש לומר דמיירי דלא הודית כלל רק כיון דיש כאן דבר כיעור הוצרך לומר דשריותא היא משום דאי איתא דעבד איסורא אירכוסי הוה מירכס וכן כתבו התוס' בפרק אע"פ להדיא דלדעת השאלתות אין כאן ראיה מהך עובדא וא"כ יש לומר במקום דמפסדת כתובתה לא חששו שתתן עיניה באחר כמ"ש התוס' שם והנראה לי בזה הוא דס"ל למהר"ם דהנך עובדא לא היו כל כך מהכיעור אפילו לדעת השאלתות שתהיה אסורה לבעל ועל כרחך צ"ל משום דהודית לבעל דטמאה היא ומ"מ מותרת משום נתינת עין.

ואשה שאמרה שנתקדשה לאחר קודם שנתקדשה לזה לפי מ"ש הר"ר (יצחק דורא) [ישעיה די טראני] בתוספות שלו לקידושין על איתתא דרבי חייא דלא הימניה ר"ח דאמרה דקבלה קידושין מאחר מטעם משנה אחרונה ש"מ דאף בזו אינה נאמנת וכן מבואר בתוס' וברא"ש סוף גיטין בעובדא דר"ת דאף אם הודית דנתקדשה לאחר אינה נאמנת למשנה אחרונה דחוששין דנותנת עין באחר. איברא במרדכי ריש קידושין כתב במעשה שקרה בגרמייזא בבחור שקידש אלמנה ואח"כ אמרה כבר נתעשר בני ממעות קדושין שקבלתי מאחר והורו שאין הקדושין קדושין וברח הבחור ולא בא לפי שנתייאש שהפקיעו חכמים קידושין והיה הדבר קשה בעיני הרב ר' שמואל כדפירש לעיל דלא חיישינן עכ"ל והיינו כעובדא דיהודית דביתהו דר' חייא.

ויש לתמוה על חכמי גרמייזא שחששו לאמירתה והפקיעו קידושי הבחור היינו שפסקו שאסורה עליו ולכן ברח שלא יכפהו לתת גט דלהיכן אזלא המשנה אחרונה דאינה נאמנת וגם יש להקשות למה תמה הר"ר שמואל מהך עובדא דיהודית ולא ממשנה אחרונה מיהו זהו י"ל דלמשנה אחרונה יש לומר דוקא באשת כהן דאינה מפסדת כתובתה כמ"ש התוס' בכתובות ולכך הביא ראיה מהך דיהודית אך על חכמי גדולי גרמייזא יש לתמוה דמשמעות כל הפוסקים דאפילו באשת ישראל אינה נאמנת וכעובדא דר"ת הנ"ל וכי יחלוקו הם אמעשה רב הנעשה בזמן ר"ת. ואפשר דס"ל לחכמי גרמייזא דר"ת אזיל לטעמו שהביאו התוס' כתובות דף כ"ג ע"א בד"ה עדי טומאה וכו' דר"ת חולק

על רש"י דפירש אהא דאמרינן בקידושין פרק קמא עדים בצד אסתן אם אמרו להקל בשבויה נקל באשת איש פירושו הוא דאם הקילו באיסור לאו יקלו באיסור כרת ומיתת בי"ד וס"ל לר"ת דאין לחלק בזה ולשיטתו שפיר י"ל כיון דחכמים הפקיעו נאמנות של אשה באומרת טמאה היא שהיא לפי דבריה לבעלה באיסור לאו ה"ה דהפקיעו נאמנות שלה באומרת נתקדשתי לאחר אף דכאן היא לבעלה לפי דבורה באיסור כרת ומיתת בי"ד כיון דלר"ת אין חילוק בזה אבל לפי דעת היש מפרשים ורש"י ז"ל יש לומר דדוקא באיסור טומאה דסוטה שהיא באיסור לאו לבעלה הפקיעו חכמים נאמנות שלה אבל באומרת שנתקדשה לאחר שלדבריה היא לבעלה באיסור כרת ומיתת בי"ד לא הפקיעו חכמים נאמנות שלה.

ועיין במהרי"ק שורש ע"ב שמתנצל בעד דעת הזה וטרח ליישב כל הקושיות שהקשו התוס' פרק ב' דכתובות על היש מפרשים ופירש רש"י ולא תקשה דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתם דאינה נאמנת לומר טמאה אני כשתתן עין באחר תערים ותאמר נתקדשתי לאחר ותצא עכ"פ בגט על זה יש לומר חדא דרוב נשים יש להן בנים ובדברים כאלה מכניסה בניה בלעז ממזרים וכזה לא עבדה ובשביל מיעוטיה דלית להו בנים לא תקנו חז"ל ועוד איך תתן עיניה באחר באומרת נתקדשתי דהא אסורה אז לכו"ע ולהא לא חיישינן דתאמר נתקדשתי לפלוני ותקבל גט מפלוני והכל יהיה בתחבולה לצאת מבעלה כהא לא חיישינן דאין אדם חוטא ולא לו כמ"ש גבי קדשתי ואיני יודע למי וכו' ומהיכי תיתי יכניס איש אחר את עצמו בתחבולה כזו ובפרט דעל ידי הגט אוסר עליו כל קרובות אשה הלזו על עצמו ומהיכי תיתי יעשה זאת כולי האי לא חיישינן אבל מ"מ נראה לי זה לדוחק.

והיותר נכון נראה לי בהקדם מ"ש המרדכי פרק האומר בקידושין על הא דאינה נאמנת למשנה אחרונה אף שיש לתמוה קצת למה אינה נאמנת במגו דאי בעי אסרה עצמה בנדר שהודר ברבים דאין לו הפרה אפילו לדבר מצוה עכ"ל ולכך ס"ל להגדולים הנ"ל דקושיא זו אלימתא היא אלו היה הדין כך אבל באמת ס"ל דאף בנדר שהודר ברבים יש לו הפרה לדבר מצוה כמ"ש הר"ן דהך דגבעונים לא מצוה היה לאחר שנתגיירו להתיר הנדר ולהמיתן אבל כאן להתיר אשה לבעלה מצוה גדולה היא וכמ"ש המרדכי גופיה ולכך אי אפשר לה למצוא עילה שתצא מתחת ידי בעלה וזהו בנשואה אבל בארוסה שאין הבעל מפיר נדרים א"כ שפיר יש לומר דנאמנת דליכא למימר דנתנה עין באחר דהא בידה להפקיע עצמה מהארוס בקונם ולא תתחרט וא"כ אין לה התרה ולכך היו חוששין לדבריה והוצרך הבחור לברוח ור' שמואל ס"ל כדעת המרדכי ותוס' דאף לדבר

מצוה אין הפרה לנדר שהודר ברבים דהא גבעונים מצוה היא להכרית ז' עממין וא"כ יקשה אף בנשואה כיון דאין לו הפרה יש לה מגו ולמה אינה נאמנת ועל כרחך צריך לומר דבכל מקום הפקיעו חכמים נאמנות דילה והוא הדין בארוסה זהו מה שנראה לענ"ד בביאור דבריהם ולפ"ז באמת בארוסה דאמרה נתקדשתי לאחר או טמאה אני יש מקום לדון ולהחמיר כיון דהגדולים הנ"ל חששו להחמיר ור' שמואל לא חלק עליהם בהדיא והסברא מסייעא לדבריהם כמ"ש דיש לה מגו דקונם א"כ יש להחמיר כי לא מצינו חולק בפוסקים מבואר.

אמנם מה שבא בהרא"ש בתשובתו כלל ל"ה סימן ד' והביאו השו"ע סוף סימן מ"ו באשה הנשואה לאחר והוציא אחד קול שקדשה מקדם ומפחד הלעז שכרו האשה וקרוביה עדים שקרים לכתוב לה גט על שם המערער ונתוודע הדבר והשיב הרא"ש באריכות ותמצית דבריו דאפילו הודית בפירוש דקבלה קידושין מאחר לא היה הבעל עובר שום איסור אם היה בא עליה אלא דהיא שויא נפשה חתיכה דאיסורא ולא ספינן לה איסורא ותצא בגט בלי כתובה וכו' עכ"ל ותמהו הב"י והדרכי משה עליו דלמשנה אחרונה אינה נאמנת אפילו לגבי נפשה כעובדא דר"ת שהביא הרא"ש סוף גיטין ומה שתירץ הרמ"א דהיה שם קול ג"כ והוי כרגלים לדבר כבר השיגו אחרונים החלקת מחוקק והבית שמואל דבכל התשובה לא נזכר מזה ואין קול ואין קשב וכן מה שתירץ הב"ש הואיל והבעל היה ג"כ בתחבולה לשכור עדים שקרים לזייף הגט הוי כמאמין לדבריה זה ליתא דא"כ גם על הבעל איכא איסור כיון דהודה ומאמין לדבריה והרא"ש כתב דעל הבעל ליכא שום נדנוד איסור ובאמת בתשובה לא נזכר ששכר הבעל עדים רק האשה וקרוביה. ולכן נראה דלפי מה שכתב הרשב"א והביאו רמ"א בסימן קט"ו סעיף ו' דהנחשד האומר אני זניתי עמך הוי כעד אחד דפלגינן דיבורו באמרו שזנתה אבל לא שהוא הנואף וא"כ מכ"ש באומר אני קדשתיך דהוי עד אחד דמהימנינן ליה דהיא מקודשת ולא במה שהוא המקדש ולפי"ז דאיכא עד אחד אלו הודית שנתקדשה הוי כאן הודאת פיה ועד אחד הוי כרגלים לדבר ואפילו למשנה אחרונה נאמנת דעד אחד הוי כרגלים לדבר וברגלים לדבר אפילו למשנה אחרונה נאמנת וצדקו דברי הרא"ש ולא קשה א"כ בעובדא דר"ת נמי הא המערער אומר קדשתי אחות אשתי מקודם שקדשתי אשתי דפסק דאף דאשה מודית דאינה נאמנת דשם הוי המערער קרוב שהוא גיסה ואינו יכול לאסור אחות אשתו על בעלה וגם היה נוגע בדבר להיות כי ביקש לגרש אשתו בעל כרחה ובזמן ר"ת כבר פשט חרם דרבינו גרשום וא"כ עילה מצא לשלחה מעל פניו באמרו שקידש אחותה מקודם ובנוגע בדבר כו"ע מודים דלא הוי עדות כלל ועיין בחו"מ סימן ע"ה סעיף כ"ג בטוען

הוגד לי מפי נאמן דיכול להשביעו היסת לדעת רמ"א אבל אם אותו אדם נוגע בדבר אין דיבורו נחשב לכלום ואין זוקק אפילו להיסת וזהו ברור לענ"ד ומעתה יצא לנו דין חדש האומר קדשתי פלונית והיא מודית אם אינו קרוב או נוגע אף למשנה אחרונה נאמנת דהוי רגלים לדבר.

ובגוף הדין אי נאמנת כשיש רגלים לדבר כתב התרומת הדשן בפסקיו סימן רכ"ב דנחלקו בענין זה התוס' דיבמות וכתובות דביבמות דף כ"ד ע"ב בד"ה אמר רבי כתבו התוס' דהנך עובדא דסוף נדרים דאמרינן איתתא שריא דאי איתא דקעבדא איסורא אירכוסי הוי מירכס וכן הוי ניחא ליה דליכל מירי הכל באומרת טמאה אני ואפ"ה שרי מהנך טעמי ומשמע דלולי הנך טעמי הוי אסירא אף למשנה אחרונה משום רגלים לדבר אך טעמים הללו דוחין הרגלים לדבר וחזר הדבר למשנה אחרונה דאינה נאמנת והתוס' דכתובות דף ס"ג ע"ב בד"ה אבל אומרת וכו' כתבו דהנך עובדא לא מיירי באומרת טמאה אני דבאומרת טמאה אני אין להתירה מטעם ארכוסי מירכס כיון דשויא נפשה חתיכה דאיסורא ופירש התרוה"ד דודאי הדבר מבואר במשנה אחרונה דאינה נאמנת ולא אמרינן דשויא נפשה חתיכה דאיסורא רק קושיית התוס' דהתם הוי רגלים לדבר ולכך קושיית התוס' דלא תהא מותרת ומזה דס"ל לתוס' דאפילו הנך צדדים להתיר אי איתא דקעבד איסורא הוי מירכס והוי ניחא ליה דליכול לא מהני במקום שיש רגלים לדבר דמ"מ רגלים לדבר מיקרי וחולקין בזה אתוס' ביבמות.

והנה האחרונים החלקת מחוקק סימן קט"ו ס"ק כ"א תפס לעיקר כדעת התוס' דיבמות והבית שמואל שם ס"ק כ"ג חשש להחמיר כדעת התוס' דכתובות ולפי עניות דעתי הנכון כדעת הרב בעל ח"מ חדא דתרומת הדשן הביא רק דברי התוס' דכתובות לרווחא דמילתא אבל לדינא תופס לעיקר כדעת התוס' דיבמות דכתב ומהשתא נראה אפילו לדברי התוס' בפרק אע"פ דמחמירי טובא ואפילו אי הוה התוס' דיבמות וכל הגאונים סברי כותיה אפ"ה נדון דידן שרי וכו' עכ"ל הרי דכתב כן לרווחא דמלתא דהא התוס' דיבמות והגאונים סברי כחדא והרא"ש והסמ"ג והרבינו ירוחם מסכימים כאחד לדברי התוס' דיבמות הנ"ל וא"כ בטלו דעת התוס' דכתובות במיעוטו. ושנית דלא נראה למהרש"א פירוש התרוה"ד בתוס' דכתובות דקושיית התוס' יהיה מחמת רגלים לדבר דא"כ הוי להו להתוס' לפרש כיון דעל זה סובב כל קושייתם ועוד מי שקל בפלס דהני צדדים אינם כל כך חזקים עד שדוחן רגלים לדבר כיון דהגמרא אמר בהדיא אי איתא דקעביד איסורא וכו' א"כ מבואר דיש כאן צדדים להתיר ומנא ליה לתוס' לומר דמ"מ רגלים לאיסור מיקרי ולכך נתקשה הרב מהרש"א בדברי התוס' שם בכתובות וכתב

וקצת קשה לפי"ז באומרת טמאה אני לך דמותרת למשנה אחרונה משום דעיניה נתנה באחר ולא אמרינן דשויא נפשה חתיכה דאיסורא ואין סברא לחלק בין אשת כהן לאשת ישראל עכ"ל.

ומה שקשה לי ביותר הוא דברי הרא"ש בפרק שני דיבמות דכתב גם כן אהנך עובדא דסוף נדרים דמיירי באומרת טמאה אני לך וכתב ואל תתמה האיך מתירין אותה לבעלה דהא שויא נפשה חתיכה דאיסורא וכי מאכילין לאדם דבר האסור לו ויש לומר לפי שראו חכמים שנתקלקלו הדורות ונתנו עיניהם באחר ורוב האומרות כן משקרות לכך נראה להן להתירן וכה"ג אמרינן התם בסוף נדרים אמרה לבעלה טמאה אני לך אמר רב ששת אוכלת בתרומה שלא תוציא לעז על בניה מיהו התם אפשר לומר דמיירי בחוזרת ונותנת אמתלא לדבריה עכ"ל. ולדעת התרומת הדשן על כרחך דצ"ל הא דכתב הרא"ש ואל תתמה הא שויא נפשה חתיכה דאיסורא היינו בהך גונא דאיכא רגלים לדבר אבל הא דקתני במתניתין תביא ראיה לדבריה לא קשה ליה כיון דליכא רגלים לדבר וא"כ מה מייתי ראיה מהך דרב ששת דאוכלת בתרומה דקאי אמתניתין ושם ליכא רגלים לדבר ומה אולמא דהך דאוכלת בתרומה מהך דמותרת לבעלה למשנה אחרונה ולא חששו משום איסור זונה לכהן ואיסור טומאה דכתיב בסוטה ואדרבה בתרומה דעת רוב הפוסקים והרמב"ם בכללם דתרומה בזמן בית שני ומכ"ש בחורבנו מדרבנן וא"כ איכא למימר הן אמרו והן אמרו להפקיע איסור דבריהם מחשש לעז בניה משא"כ להתירה לבעלה כהן איכא איסור דאורייתא. וגם מ"ש הרא"ש דמיירי בחוזרת ונותנת אמתלא לדבריה צריך ביאור דהא מלתא דרב ששת אמתניתין קאי ואינו נזכר חזרה זו במתניתין ומאין המשמעות.

לכן נראה דצריכין אנו בלא"ה לומר במ"ש התוס' סוף נדרים לתרץ הקושיא הא שויא נפשה חתיכה דאיסורא דיש כח ביד חכמים לעקור דבר תורה משום מגדר מלתא עיי"ש וא"כ הא דקאמרינן בגמרא במלתא דרב המנונא האשה שאומרת גרשתני נאמנת דקאמר רבא אדרבה אפילו למשנה ראשונה דקתני דמהימנא התם משום דלא עבידי לבזוי נפשה אבל הכא זמנין דתקיף לה מן גברא מעיזה דעל כרחך כוונתו דאינה נאמנת לינשא לאחר אבל להיות מותרת לבעלה הכהן אם היא גרושה ליכא למימר דהא במשנה ראשונה עדיין לא מצינו שתקנו חכמים דבר וא"כ הא שויא נפשה חתיכה דאיסורא באיסור גרושה לכהן ולפי"ז קשה בקצרה הוי ליה לרבא למימר דודאי אינה נאמנת אף למשנה ראשונה רק דלכך תצא למשנה ראשונה דשויא נפשה חתיכה דאיסורא ועדיין לא עקרו חז"ל הך איסורא במגדר מלתא אבל במשנה אחרונה למגדר מלתא עקרו להך

איסורא ושויא התירא משא"כ באומרת גרושה אני שתהא מותרת כזה לא מצאנו כלל. לכן נראה דהא דאמרינן למשנה ראשונה באשת כהן שאמרה נאנסתי דתצא ונוטלת כתובתה דנסתחפה שדהו היינו בגונא דנאמנת אבל אי אינה נאמנת רק דמשו"ה תצא דשויא לנפשה חתיכה דאיסורא ואין מאכילין לאדם דבר האסור לו ולכך תצא בזו ודאי דהפסידה כתובתה דהוי דומיא דאוסרת הנאת תשמישו עליה בקונם דודאי הפסידה כתובתה והוא הדין בזה דמאי שנא דהא אנן אמרינן את שקורי משקרת רק את דאוסרת על נפשך במבטא שפתיך ופשיטא דהפסידה כתובתה (דהא בבעל האומר שראה לאשתו שזנתה דעת הפוסקים בזמן הזה לאחר חרם דרבינו גרשום אינו נאמן ומשמתינן ליה והוא הטעם נמי דאת במוצא שפתיך גרמת כן ומכ"ש באשה לענין כתובה) ואם כן מדקתני במשנה ראשונה דנוטלת כתובה על כרחך דנאמנת בהחלט ולא מטעם דשויא לנפשה חתיכה דאיסורא ולכך אצטרך הגמרא לומר הטעם דלכך נאמנת משום דלא מבזיא נפשה כהנ"ל.

ובזה נראה לבוא לכוונת התוס' בפרק אע"פ והוא דשם דעת התוס' כי אינה נאמנת למשנה אחרונה היינו היכא דאינה מפסדת כתובה אבל במקום דמפסדת נאמנת ולפי"ז באשת כהן הטוענת נאנסתי ואנו אומרים דאינה נאמנת אם היא צועקת ככרוכיא יודעת אני דאסורה לבעלי ואני אפסיד כתובתי פשיטא דנאמנת דלהך תירוץ במקום דמפסדת כתובתה אין לחוש לנתינת עין באחר כמ"ש התוס' ולפ"ז יש לפרש פשטא דמתניתין כך ולא קשיא הא שויא לנפשה חתיכה דאיסורא דההמשך במתניתין כך הוא בראשונה האומרת טמאה אני נאמנת דלא מבזיא נפשה ולכך תטול כתובה ובמשנה אחרונה חששו כיון דתטול כתובה אולי תערים ליתן עיניה באחר ולכך תקנו האומרת טמאה אני אומרים לה אין אנו מאמינים לך עד שתביא ראיה לדבריך ובאם לאו לא מהימנת רק את אסרת ביאת בעלך עליך כחתיכה דאיסורא הפסדת כתובתך ולכך לא נזכר במתניתין דמותרת לבעלה רק תביא ראיה לדבריה ליטול כתובה ואם היא בראותה דמפסדת כתובה תחזור ותאמר כי כזבה למען צאת מאתו ליטול כתובה אבל בראותה דמפסדת כתובה חוזרת מותרת לבעלה דבלא"ה אמתלא מהני מכ"ש כאן דבאמת אינה נאמנת רק דהקפידא היא וכי מאכילין לאדם דבר האסור לו אבל אם היא רוצה לשמש פשיטא דמותרת דהא אנן אמרינן דשקורי משקרת ואם היא עומדת בדיבורה ואמרה דהיא טמאה א"כ הרי הפסידה כתובה בזו ודאי דנאמנת כיון דמפסדת כתובה אין לחוש כלל שתתן עיניה באחר בשום אופן ולפי"ז לק"מ ממתניתין והא שויא נפשה וכו' והדברים מבוארים אבל אהך עובדא דארכוסי מירכס כתבו התוס' שפיר דכן נראה דלא מיירי באומרת

טמאה אני לך דהא שויא לנפשה חתיכה דאיסורא וכי מאכילין לאדם דבר האסור לו דליכא למימר כפירוש המתניתין דהפסידה כתובה דהתם היה באשת ישראל וברצון ובלא"ה הפסידה כתובה ואם כן למה לא תהא נאמנת וכי מאכילין לאדם דבר האסור לו הא שויא לנפשה חתיכה דאיסורא וליכא למימר כהנ"ל ודברי התוס' ברורים.

והן הן דברי הרא"ש דכתב ג"כ וכי מאכילין לאדם דבר האסור לו דבשלמא על משנה אחרונה לא קשיא דאיכא למימר כדעת התוס' בכתובות דבמקום דמפסדת כתובה ליכא למימר עין נתנה באחר א"כ י"ל בפירוש המשנה כמ"ש לעיל אבל אי אמרינן דהנך עובדא מיירי באומרת טמאה אני ש"מ דאף דזינתה ברצון ואבדה הכתובה מ"מ למשנה אחרונה חוששין לנתינת עין באחר ואינה נאמנת וא"כ קשה כהנ"ל הא שויא לנפשה חתיכה דאיסורא ועל זה תירץ דרוב נשים משקרות וכו' והביא ראיה לדבריו דליכא למימר כדעת התוס' בכתובות וכמ"ש לעיל בפירוש תביא ראיה לדבריה דא"כ בין למשנה ראשונה ובין למשנה אחרונה סוף סוף תצא רק למשנה ראשונה נוטלת כתובה ובמשנה אחרונה אמרינן דתביא ראיה ואם לאו דאסורה לו מחמת דשויא לנפשה חתיכה דאיסורא הפסידה כתובה אבל מ"מ בין כך ובין כך תצא איך קאמר רב ששת עליה דמתניתין דאוכלת בתרומה מחשש לעז בניה מה טיבו של לעז הכא הלא יוצאת הימנו בגט ונתארמלה או נתגרשה כו"ע מודים דאינה אוכלת ועל כרחך צ"ל דליתא דבאמת מותרת ויושבת תחת בעלה והיינו מטעם דכתב הרא"ש דרוב נשים משקרות ולכך כתב הרא"ש מיהו אפשר לומר דמיירי בחוזרת ונותנת אמתלא פירוש דלפי שאמרו במתניתין תביא ראיה לדבריה דאם היא בראותה כי מפסדת כתובה חוזרת מותרת לבעלה דאנן אמרינן דשקורי משקרת ועל זה קאי רב ששת דהואיל דבחזרה אנו מתירין אותה לבעלה אף לתרומה אנו מתירין אותה משום לעז בניה ורבא פליג וס"ל דלא מהני אמתלא דכבר שויא לנפשה חתיכה דאיסורא וכמו שיש דעת הפוסקים דלא מהני אמתלא אבל בעומדת בדיבורה יש לומר דאסורה לבעלה ולתרומה זהו מה שנראה לי בביאור דברי הרא"ש מסכים עם פירוש התוס' בכתובות ולענ"ד נכון הוא ולפ"ז ברור דנכון ואמת כדעת התוס' דיבמות דהנהו עובדא דאי איתא דעבדי איסורא הוי ארכוסי מרכס והוי ניחא ליה דליכול מסייען דלא הוי רגלים לדבר דלפי מ"ש לא עלתה כלל על רוח התוס' דכתובות למחשב הני עובדא לרגלים לדבר כלל.

והנה התרומת הדשן בסימן רכ"ב בפסקיו אחר שהעלה דנדון המושאל עליו דמיא לעובדא דסוף נדרים אשר לפי דעת התוס' דיבמות לא מקרי רגלים לדבר כתב מיהו אם הודית האשה לפני עד אחד ולפני הנחשד דזינתה עמו דהוי עדות גמור על ידי צירוף

וכתב מאן לימא לן דאפילו בכה"ג מהני טעמא דעיניה נתנה באחר ועל כרחך צריך לומר דמה דכתב בכה"ג לאו משום דהוי רגלים לדבר דהא החליט בהנ"ל דלא מקרי רגלים לדבר רק כוונתו ברור כיון דהנחשד העיד ג"כ דזינתה עמו פלגינן דיבוריה כמ"ש הרשב"א ואף דהעד שהעיד שזינתה עמו הוא העיד ג"כ על הודאתה מה בכך עד אחד מצטרף לכמה עדות כנודע ומיקרי מ"מ הודאה בשני עדים ועד אחד מעיד על הזנות ואסורה ולכך הרמ"א בסימן קט"ו סעיף ו' בהגה כתב הודית לפני אחד שנטמאת הנחשד מצטרף עם אחד לאוסרה על בעלה ולא כתב דבעינן בצירוף הודאתה רגלים לדבר שלא יהיה חשש נתינת עין באחר דעדות הנחשד גופיה מחשב לרגלים בדבר כמ"ש וכמבואר להדיא במהרא"י [תרומת הדשן] והחלקת מחוקק שם ס"ק כ"ו פירש על דברי רמ"א דמיירי דיש רגלים לדבר בלאו הכי ולא דק היטב במהרא"י דמבואר כמ"ש והח"מ גופיה כתב דהעיקר כדעת התוס' דיבמות וא"כ בכל עובדא דמהרא"י לא היה רגלים לדבר זולת עדות הנחשד וזה ברור ונכון.

ובאמת הך דינא דברגלים לדבר נאמנת אין לו שורש רק מהנך עובדא דסוף נדרים דאמרו אלו עבדי איסורא ארכוסי הוי מרכס או הוי ניחא ליה דליכול דהוכיחו דעל כרחך מיירי באמרה טמאה אני דאל"ה אין אשה נאסרת על בעלה אלא ע"י עדים ואפ"ה לולי הנך טעמים להתירא הוי אסירא ש"מ דבמקום רגלים לדבר אסורה ובאמת הרשב"א והר"ן כתבו דהנך עובדא מיירי בלי הודאתה רק דלולי הנך סברות היה ראוי לבעל נפש לחוש לעצמו וא"כ אין כאן ראיה דברגלים לדבר מהימנית.

ואף דבמשנה ג' דפרק קמא דסוטה דקתני ואלו אסורות מלאכול בתרומה האומרת טמאה אני לך ופריך בירושלמי דלא כמשנה אחרונה ומשני יש רגלים לדבר כבר פירש התוס' סוטה דף ו' ע"א דרגלים דהתם שהרי קינא לה ונסתרה וזהו לכו"ע קודם ששותית מי סוטה אסורה ואף דלענ"ד ברור דיש לתמוה דאם יש לה קינוי וסתירה רגלים לדבר מיקרי הא כל זמן שלא שתת אפילו אינה אומרת טמאה אני ואפילו מת בעלה שאי אפשר לה לשתות אסורה בתרומה וא"כ איך יקרא רגלים לדבר הרי הן האוסרין אותה ודקארי לה מה קארי לה בירושלמי אלא ודאי דקשיא ליה לירושלמי האומרת טמאה אני לך למה לי דהיא בכלל איני שותת דאסורה בתרומה אלא ודאי דמיירי באופן דליכא קינוי וסתירה ועל זה פריך דא"כ אתיא דלא כמשנה אחרונה ולזה משני הירושלמי דיש רגלים לדבר שקינא לה ונסתרה מיהו מ"מ הבעל מחל לה הקינוי וא"כ אינה בכלל השקאת מי סוטה דתפסול בשביל כך מתרומה רק מחמת דאומרת טמאה אני ורגלים לדבר דהא קינא לה ונסתרה דהא לא ידעה מקינוי שמחל לה הבעל על הקינוי זהו נראה בביאור

התוס' ואעפ"כ מבואר דבעינן רגלים לדבר חזקים דומיא דהנך.

והנה אם מספיקים לאסור רגלים לדבר על ענין הבעילה לבד או בעינן דוקא רגלים לדבר לאסור על בעלה בזה כתב בתשובת צמח צדק סימן פ"ב באשה הנשאת לכהן והיא הרה לזנונים קודם נשואין ואמרה לבעל אחותה נבעלה והרי היא זונה ואסורה עליו כתב הצ"צ דאינה נאמנת דחוששין לנתינת עין באחר דרגלים הוא רק על הזנות אבל מ"מ אמרינן לכשר נבעלה ועל זה דנבעלה לפסול אין כאן רגלים לדבר עיי"ש והבית שמואל בסי' קט"ו ס"ק כ"ג העתיק דבריו ולבבי לא כן ידמה דהא אמרינן בגמרא דכתובות בשמעתין דפתח פתוח מצאתי באשת כהן דאסורה עליו דליכא ספק ספיקא והקשו התוס' דהא איכא ספק תחתיו ספק אינה תחתיו וספק זינתה או היא מוכת עץ דמוכת עץ שכיח ותירצו התוס' כיון דאין גנאי בכך אלו הוית מוכת עץ היתה טוענת כך עכ"ל וקשה לפי"ז באלמית דמותרת מכח ספק ספיקא א"כ אף באמירה דילה דטוענת זינתה אינה נאמנת דלמשנה אחרונה חוששין לנתינת עין ומוכת עץ היא ואומרת שזינתה וכיון דבאמירה אינה נאמנת איך תהא מהימנת בשתיקתה לא תהיה שתיקתה יפה מדיבורה ועל כרחך צ"ל דבהודית שזינתה אסורה אף למשנה אחרונה דרגלים לדבר שהרי פתחה פתוח וא"כ אף בשתיקתה אמרינן דהודית דלאו מוכת עץ היא דאלו היתה מוכת עץ היתה טוענת כן ולפ"ז הדברים ק"ו דמה באשת כהן דאפשר לומר דלא נבעלה כלל רק מוכת עץ היא ומוכת עץ שכיח לדעת התוס' דכולהו חבוטי מחבטן מ"מ אם אמרה נבעלתי אסורה ולא חיישינן דנתנה עין באחר דפתח פתוח רגלים לדבר הוא אף דאפשר דהיא מוכת עץ ולא נבעלה מעולם מכ"ש במי שנבעלה ודאי ואומרת לפסול נבעלה פשיטא דהוי הזנות רגלים לדבר אף שאין אנו יודעין אם לכשר או לפסול נבעלה ודוחק לחלק דבמוכת עץ אף דשכיח מ"מ ליכא למימר דרוב הכי איתנהו אבל לחוש דנבעלה לפסול כיון דרוב כשרים אצלה הוי טענה נגד הרוב דלסברא זו לחלק צריך ראיה ברורה ואין לבנות דין על סברא וחילוק דק דק ולכן ברור דאסורה לבעלה.

ועלינו חובת גברא לדעת בזמן הזה דאיכא חרם רבינו גרשום שלא לגרש אשה בעל כרחה אי הבעל אומר דמאמין לדברי אשתו או שאומר שראה שזינתה אי נאמן או נימא כמו שאמרו במשנה אחרונה דעינו נתן באחרת ועילה מצא לגרשה מעל פניו להפקיע חדר"ג והנה דעת התוס' בסוף נדרים דאם מאמינה אף שחוזרת (בו) [בה] ואומרת דבאונס היה שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ויש אומרים דשמתינן ליה על שגרם שתאסור אשתו עליו ועובר על חדר"ג עכ"ל הרי דעת התוס' דאסורה עליו ויש כח בידו אף בזמן הזה לאוסרה עליו כמ"ש שגרם שתאסור אשתו עליו ובאמת לא הבנתי מהות החרם הזה

דמה יעשה העני הלזה אשר באמת לבו נוקפו להאמין לה כי בטוח באשתו שלא נתנה עין באחר אם לא דניכר לבי"ד שבזדון דיבר האיש הלזה ועילה מצא לגרשה ודבר זה מסור לבי"ד להבחין בענינו. והרב הגדול מהרי"ט בתשובתו חלק ב' לאה"ע פירש דמיירי דהוא ג"כ חוזר ואפס כיון שהיה מאמין לה תחילה אי אפשר לה בחזרה ומ"מ מנדין אותו דלא הוי ליה להיות נבהל ברוחו והא גרמא ליה לבטל חרם רבינו גרשום אבל העומד בדיבורו אין לנדות אותו כי מה הוי ליה למעבד. ויותר הנכון בסברא אף שאין לשון התוס' מסכים לזה דמנדין אותו בדרך א"כ הוא ולא בהחלט והוא בתנאי שאם אין לבבו שלם רק עקב רוח אחרת עמו לגרשה ובאמת אינו מאמין לה יהיה האי גברא בנידוי בעוברו על חדר"ג אבל אם לבבו שלם להאמין לה אז מנוקה הוא מעון.

והנה הא דכתבו התוס' דמנדין אותו קאי דוקא כשהאשה חוזרת וא"כ אף למשנה ראשונה היתה נאמנת כיון דנתנה אמתלא לחזרתה רק העיקר הוא דהוא האומר דמאמין לה בזו יש לומר לנדותו שהוא הגורם לבטל תקנת וחדר"ג אבל בעומדת בדיבורה ואומרת טמאה אני והוא מאמין לה לית דין ולית דיין דאסורה אף בזמן הזה דמשנה אחרונה נתקנה לטובת הבעל וחדר"ג לטובת האשה ואם שניהם יאמרו אי אפשי בתקנת חכמים מי ימחה והרי כאן בעל התל ובעל החריץ וזהו פשוט וכן מבואר בהגהת מרדכי למסכת קידושין בעובדא המתחלת נשאלתי על אשת איש שאמרה נבעלתי ברצון דאף דאינו מאמין לה רק אמר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו ויכול לגרשה בלי כתובה דכל המשנה אחרונה לא נתקנה רק לטובת הבעל עכ"ל וכן דודי המאור הגדול מוהר"ר הירץ ז"ל כתב אלי בשו"ת שראה בכתבי אביו הלא הוא זקני הגאון מהר"ל זונץ ז"ל העתיק מים של שלמה למהרש"ל על מסכת יבמות דהאומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זה שומעין לו וזה ברור.

והנה לא מצאנו בשום פוסק באומרת טמאה אני והבעל מאמינה שיש לחוש לחדר"ג כי בהגהות מיימוני ובמרדכי ותשובת רשב"א אלף רל"ז מיירי הכל באומר שראה אשתו שזינתה או שמאמין לעד אחד בזו יש דעות דלאו כל כמיניה לאוסרה על עצמו דא"כ אם אתה אומר דנאמין אותו אתה מבטל תקנת חרם רבינו גרשום מכל דכל איש שוגה אשר לבבו פונה לגרש את אשתו ישים לה עלילות דברים לומר שראה שזינתה או יחפש אחר עד אחד ובפרט שקרוב או פסול נאמן ויאמר שמאמין להם והיא תצא וראשה חפוי ומה הועיל רבינו גרשום בחרמו וצדיק מה פעל אבל אם היא היתה תחילה במעל שאמרה שטמאה היא לבעלה א"כ וכי אנו אחראין לחוס עליה ולעמוד לימינה שלא יכול הבעל לגרשה כיון שהיא חבלה בעצמה ואמרה שטמאה היא והיא גרמה לעצמה כל הקלקול

הזה ולכך לא נזכר בשום פוסק באופן הלזה דיש לחוש לחדר"ג דתהי' מותרת ומהרא"י בתרומת הדשן דצידד בכל אופן למצוא מקום להתירה ולא הזכיר כלל חדר"ג אלא ודאי דבאומרת טמאה אני אין כאן מקום להגן בעדה ולכך יש לתמוה על הרמ"א סימן קע"ח סעיף ח' שהשוה אשה שאמרה טמאה אני ובעל מאמין לה עם הדין כשהבעל אומר שראה שזינתה והביא דעת הפוסקים דאינו נאמן בזמן הזה דלפי מ"ש באומרת טמאה אני והוא מאמין לה לכו"ע אסורה ואין כאן דעה החולק כלל ומהרי"ק ותרומת הדשן לא הביאו כלל מזה ש"מ דסבירא להו כמ"ש.

אמנם באומר שראה אשתו שזינתה בזו יש דעות בהגהות מיימוני דהורה הר"י האומר אשתו זינתה אינה אסורה עליו דלאו כל כמיניה לפי משנה אחרונה שמא עיניה נתנה באחר הכא נמי שמא עינו נתן באחרת אחר תקנת ר"ג שאינו יכול לגרשה בעל כרחה ועוד דיש לנדות האוסר אשתו כמגרש בעל כרחה דסוף סוף מבטל תקנת הגאונים עכ"ל ופירש דבריו במה שכתב דיש לנדות האוסר אשתו וכו' אף דכתב מקודם דמותרת לו הוא דאם הוא על כל פנים רוצה לנהוג בה איסור ולמנוע עונתה ממנה באמרו ברי לי שאסורה לי ודאי דלא דיינינן ליה כדין מורד להוסיף בכתובה דבלאו הכי הרוצה לגרש אשתו רק דאינו יכול מחמת חדר"ג לא דיינינן ליה כדין מורד כמבואר בשו"ע סימן ע"ז סעיף א' בהגה ועיי"ש באחרונים ועיין מ"ש לעיל ומכ"ש בזה האופן דטוען אסורה עלי אך מ"מ מנדין אותו דכיון דמונע ממנה עונתה ואינו דר עמה אף היא שלא ברצונה מוכרחת לקבל הימנו גט כי טב למיתב טן דו וכו' והרי הוא כמגרשה בעל כרחה ומבטל תקנת הגאונים וזה ברור.

אך ר' שמשון במרדכי פרק האומר דעתו דיש לו דין מורד גמור בכל אופן וס"ל בעלמא הרשות בידה אם סגי לה בתוספות כתובה מוסיפין לה אבל אם היא רוצה לכוף אותו בשארי כפיות עבדינן כן וכן בזה כייפינן ליה בכל מיני כפיות מבלי למנוע עונתה ממנה כשאר מורד. אבל מהר"ם חולק על כל זה וס"ל דשויא לנפשיה חתיכה דאיסורא ומחויב לגרשה בלי נידוי ושמתא כלל והרמ"א סימן קע"ח סעיף ח' בהגה העתיק תחילה דאין נאמן ומנדין אותו והוא דעת הגהות מיימוני דס"ל במורד לא כייפינן ליה רק מנדין אותו אם מורד הוא עכ"פ והבית שמואל שם ס"ק ט' נתקשה בזה דאם אינו נאמן נידוי זו מה טיבו ולא ראה הגהות מיימוני הנ"ל דהדבר מבואר כמ"ש ואח"כ הביא רמ"א דעת ר' שמשון מהמרדכי הנ"ל דכופין אותו ומשמש עמה. איברא דקשה על הרמ"א דכיון דלעיל בסימן ע"ז בדיני מורד לא הביא הך דעה כלל דבמורד כייפינן ליה רק ס"ל דסגי בהוספה על כתובתה וגם באומר הריני מגרשך אלא דאגיד מחמת חדר"ג פסק לעיל סימן

ע"ז סעיף א' דלא נקרא מורד בלי הביא דעת החולק וכאן הביא דעת ר"ש דנקרא מורד וגם אם היא רוצה כייפינן ליה בכל מיני כפיות וצ"ל דרמ"א העתיק הך דעה רק לרווחא דמלתא אבל עיקר דעתו נוטה להלכה כדעת מהר"ם שהביא באחרונה דאף בזמן הזה נאמן והמרשים טעה וכתב במקום מהר"ם הרמב"ם והוא טעות דמוכח ואלה הן דברי רמ"א נמשך אחר דעות הנ"ל.

ומה שנראה לענ"ד לדינא נראה עיקר לחלק דהאומר שראה אשתו זינתה אף בזמן הזה שויא לנפשיה חתיכה דאיסורא רק לנדותו על תנאי דאם בזדון לבב ושקר ותרמית אומר לעבור על חדר"ג הרי הוא מנודה בחדר"ג אבל בעד אחד שראה שזינתה והוא אומר דמאמין לעד בזו יש מקום לומר דלאו כל כמיניה לבטל חדר"ג ובזו נאמר אין לדיין אלא מה שעיניו רואות כפי הענין וכפי הנהגת האשה והעד וטיב הבעל כי התוס' סוף נדרים הקשו למשנה אחרונה דאינה נאמנת דהא שויא לנפשה חתיכה דאיסורא ותירץ ר' אליעזר דלא מצינו דמוזהרת זונה לינשא לכהן רק הכהן מוזהר שלא לישא זונה והקשו התוס' עליו דהא אמרינן ביבמות דף פ"ד ע"ב דכל היכי דאיהו מוזהר היא נמי מוזהרת דכתיב לא יקחו מלמד שהאשה מוזהרת על ידי איש וצריכין אנו לומר לדעת הר"ר אליעזר דדייקא ליה לישנא מלמד שהאשה מוזהרת על ידי איש מלת ע"י איש מיותר אלא ודאי דוקא כשהוא מוזהר כגון שהוא רשע או שאינו יודע שהיא זונה ומבקש ללוקחה היא מוזהרת ג"כ דהואיל והוא מוזהר וזהו שאמרו ע"י איש וכן כל היכי דאיהו מוזהר אבל במקום דהוא ידע ואין עליו אשם דהיינו למשנה אחרונה דמותרת לו גם היא אינה מוזהרת כלל דעיקר לאו בבעל כתיב לא יקחו.

ואתי שפיר הא דפרכינן שם ביבמות מהך דהשוה הכתוב איש ואשה לכל עונשין שבתורה אף דהתם ליתא להך כללא דאף דאיש אינו מוזהר כלל היא בכלל אזהרה שאני התם דלאו הנאמר בתורה נאמר בכוללת אבל כאן העיקר הלאו נאמר לא יקחו ומיתורא דקרא דרשינן לרבות היא באזהרה ג"כ משמעות הקרא לא זז ממקומו דאינה מוזהרת רק היכי דהוא ג"כ עובר ולכך באומרת טמאה אני לך דבעל שריא בה כמ"ש הר"ן דרחמנא שרי ואפקיה להימנותיה דילה ומותר בה ואינו עובר כלל אף היא אינה מוזהרת כלל והרי היא מנוקה מעון זהו מה שנראה לי בביאור דברי ר' אליעזר ואחרי כותבי זאת ראיתי בחידושי רשב"א לנדרים דכתב וז"ל ור' אליעזר תירץ דזונה לא מוזהרת לכהן אלא כל היכא דאיהו מוזהר וכדאמרינן ביבמות כל היכא דאיהו מוזהר איהי מוזהרת דלא יקחו כתיב עכ"ל והרי הן הדברים כמ"ש דלולי דברי מייתי ר' אליעזר חובתו לנפשו דהא מגמ' זו מביאים התוס' ראיה לסתור דבריו אלא ודאי דכיון למ"ש והדבר ברור.

אך דצריכין אנו להבין דהא אמרינן ביבמות דף נ"ו ע"ב דאשת כהן שנאנסה היא בכלל איסור לא יוכל לקחתה אחר אשר הוטמאה וא"כ יש בה לאו דטומאה ובזו ודאי דהיא מוזהרת כשאר לאוין הנאמרים בתורה ור' אליעזר לא אמרה אלא באיסור זונה אבל חס ושלום לומר כן באיסור סוטה וטומאה ועיין בתשובת הגאון חכם צבי ז"ל סי' ק"נ כתב ג"כ כזה מבואר וצ"ל דס"ל לר' אליעזר דהאומרת טמאה אני לך הפירוש שזינתה תחתיו באונס ולא קשה כלל דשויא לנפשה חתיכה דאיסורא דיש לומר כתירוץ הר"ן וכמ"ש כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקיעו רבנן לקידושין ודבר זה שכיח ומצוי בש"ס גבי מקדש באיסורי הנאה דרבנן וגבי בטלו מבוטל בגיטין וכהנה בהרבה מקומות גבי יש אונס בגיטין וכדומה עד שאין צריכין לספק בו רק עיקר קושייתו הוא דבאומרת נבעלתי לנתין וממזר וכדומה בביאה הפוסלת לכהונה אף בנבעלה כשהיא פנויה מה איכא למימר ומה מהני בזה ביטול קידושין ועל זה תירץ דאין זונה מוזהרת לינשא לכהן וכו' ואתי שפיר ולק"מ רק מה שהקשו התוס' עליו דהא אמרינן אוכלת בתרומה וזהו ג"כ לא קשה כמ"ש לעיל דס"ל תרומה בזמן הזה דרבנן והן אמרו להתיר לה מחשש לעז בנים וכ"כ הרשב"א בחידושיו ופשוט הוא.

ומעתה בעל האומר שראה אשתו שזינתה שויא לנפשיה חתיכה דאיסורא ואתה תצטרך לומר מחמת חדר"ג בטלו קידושין למפרע וזה אי אפשר לומר בכהן דהא בידו לומר שנבעלה לגוי מה שלא יועיל ביטול קידושין והוא מוזהר על הזונה לכו"ע וא"כ אף בישראל אתה צריך לומר כן דלא מצינו לחלוק בזה בין כהן לישראל ועוד אלו היה בפירוש חדר"ג על זה לבטל הקידושין היה הדבר בספק אם יש כח ביד רבינו גרשום ובית דינו לבטל הקידושין לא מבעיא לדעת מהרלב"ח חביב בקונטרס הסמיכות דהא דאמרינן כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש היינו על דעת רבנים סמוכים שכחם יפה עיין שם אלא אף גם כפי הנראה מדברי מהר"ם במרדכי דדעתו אפילו בחכמי זמנינו מ"מ כבר כתב מהרי"ק בפסק ר' משה קאפסלי שיחיה שורש פ"ח דאין כח ביד רבינו גרשום וסייעתו להפקיע קידושין ואף דמהר"ם כתב הובא במרדכי פרק האומר דבשעת קידושין העובר על חדר"ג כגון שמקדש ב' נשים בזו לא הפקיעו קידושין דהא קידושין תופסין בחייבי לאוין משא"כ העובר לאחר קידושין בזו שפיר יש לומר דמתחילה כשקידש הוי כמקדש על תנאי שלא יהיה בקידושיו שום ביטול דברי חז"ל ואדעתא דמיקרי עבריינא לא קידש.

ומהאי טעמא נראה דכתב הרא"ש דדינא מתיבתא במורדת הפקיעו הקידושין ולא הוי גט מעושה דהא הוי מלתא דלאחר קידושין וכן כתב מהרי"ק בגט מומר מ"מ משם אין

ראיה דשאני אנשי מתיבתא שהיו סמוכים לחכמי התלמוד ונתפשטה גזרתם בכל ישראל משא"כ ר"ג שלא נתפשטה גזרתו בכל ישראל שיהיה כחו אלים להפקיע קידושין וכן מהר"א מזרחי בתשובה סימן י"ד החליט דאין כח ביד רבינו גרשום להפקיע קידושין כל זה נאמר אם החרים רבינו גרשום בפירוש על זה אף גם דלא החרים רבינו גרשום בפירוש על זה רק החרים סתם שלא לגרש בעל כרחה ומזו אתה בא לדון דיהיה כוונת המתחבל בזה לבטל תקנתו שיהיו קידושיו בטלין כדי שזממו לא תפק ודבר זה בודאי לא אמרינן דלא תהא תקנת ר"ג אלימא מתקנת רבן גמליאל הזקן דתיקן מבלי לבטל הגט שלא בפני השליח ובכל זאת קי"ל כרבי דבטלו מבוטל דבאיסורא לא אמרינן כח בי"ד יפה להפקיע קידושין כדאמרינן בגמרא דגיטין דף ל"ג אף שרבן גמליאל וסייעתו הוו מיושבי לשכת הגזית ובי"ד הגדול שבירושלים מכ"ש דאין כח רבינו גרשום אלים בסתמא להפקיע קידושין כדי שלא לבטל תקנתו ואין זו צריך לפנים.

וכמו כן להך שנויא של התוס' בנדרים והרשב"א דעקרו חכמים להך איסורא ויש כח ביד חכמים לבטל איסור תורה והיינו דאזלו לשיטתן ביבמות דף י"א דכתבו בדבר הדומה לשל תורה יש כח בידם לבטל של תורה אפילו בקום עשה ודאי דאין כח ביד חדר"ג לבטל איסור של תורה ורוב המפרשים הסכימו דאפילו במקום שיש ביטול מצות עשה כגון ביבמה אף דאפשר בחליצה ולדעת גדולי פוסקים מצות חליצה קודמת או בקיום פריה ורביה לא חל חרם רבינו גרשום דלא גזר בזה ואיך יגזור לבטל לא תעשה ואיסור זונה לכהן וטומאה דכתיב בספק סוטה כעריות ויפה עשה תשובת בנימין זאב שהחליט דלא בא ר"ג לבטל איסור תורה ואף אם יש כח בידו לא מצינו שהכניס עצמו בזה כמ"ש דאפילו במקו

ואין בי"ד כופין את האיש לגרש את אשתו בדבר מדברים אלו עד שיבואו שני עדים ויעידו וכו'. מלשון רבינו דכתב בדבר מדברים אלו משמע אפילו באומר שראה אשתו שזינתה מ"מ אין בי"ד כופין אותו אמנם הרב ב"י שינה במטבע הקצר שלו הוא השולחן אשר לפני ה' בשו"ע סימן קט"ו סעיף ו' כתב תחילה הך דינא דאמרה לו אשתו שזינתה וכו' ועלה כתב ואין בי"ד כופין אותו ואח"כ סעיף ז' כתב מי שראה אשתו שזינתה ולא כתב שם האי דאין בי"ד כופין שינה סדר הרמב"ם ולהורות נתן בלבנו דבאומר שראה שזינתה דשויא לנפשיה חתיכה דאיסורא דבי"ד כופין ולכך העתיק בסימן קע"ח סעיף י' תשובת הרא"ש דהאומר שנתברר לו ששתו זינתה וחזר בו דצריך אמתלא לחזרתו ועל כרחך מוכח דס"ל לחלק בדעת הרא"ש דהאומר שנתברר לו דבי"ד כופין דאלו הוא לצאת ידי שמים מה צורך לאמתלא קמיה שמיא גליא ובוחן לבבות יודע אם באמת חוזר

או רוח רמיה בקרבו. ובדעת הרמב"ם נראה אף כי יש לומר דראייתו מהך דאמרינן אמר לו עד אחד שזינתה והוא שותק ס"ל לרבא דמותרת וקשיא קושיית התוס' בקידושין שם דף ס"ו ע"א הא שתיקה כהודאה דמיא ולכך ס"ל לרמב"ם דאף דכהודאה דמיא כאלו אומר שנתברר לו שזינתה מ"מ אין כופין ע"י בי"ד רק הוא לצאת ידי שמים וקמיה שמיא גליא דהא דשתק לאו משום דהודה רק דלא חש לדבריה ועיין בר"ן דכתב ג"כ כזה וא"כ אינו מחויב להוציאה ופשוט וברור הוא.

אך בכל זה נראה הא דכתב רבינו דאין כופין אותו היינו כשאינו עומד בדיבורו וחוזר בו ואינו נותן אמתלא לדבריו ועיין בפרק י"ח מהלכות איסורי ביאה הלכה ט' דס"ל לרמב"ם דבאומרת טמאה אני לך לא מהני אמתלא עיי"ש והואיל ואין דבר שבערוה בפחות משנים אין הבי"ד כופין רק עליו החיוב לצאת ידי שמים הואיל ושויא לנפשיה לחתיכה דאיסורא והוי כאוסר אשתו בקונם אבל בעומד בדיבורו ואומר שאשתו אסורה לו כי ראה שזינתה ודאי דבי"ד כופין אותו כי מי יראה איש אוכל נבלות בשאט נפשו ולא יהיו הבי"ד מצווין להפרישו וזה נראה לענ"ד ברור ומעתה לא קשה מה שהקשה עליו מהריב"ל מהא דאמרינן פתח פתוח מצאתי נאמן ומדקאמרינן נאמן ש"מ דבי"ד מצווין להפרישו וכן הגמרא דהתם מדמיא ליה להאומר לאשה קדשתיך דאסור בקרובותיה והתם ודאי דבי"ד כופין אותו לגרש אם נשא קרובותיה ולפי מ"ש ניחא דבפתח פתוח מיירי בעומד בדיבורו ואינו חוזר כלל ובזה ודאי דלא שבקינן ליה למעבד איסורא ובי"ד כופין אותו וברור הוא.

הלכה כ

ודין השוגגת ודין הנאנסת אחד הוא שהשגגה צד אונס יש בה. והנה בענין סוג השוגג נכללו ענינים רבים וסתם שוגג האמור בתורה אומר מותר ואיכא למ"ד אומר מותר אנוס הוא איברא דמהרי"ק בשרש קס"ח העלה דהאומרת מותר לזנות וזינתה אסורה לבעלה הישראלי עיי"ש אך כל ראיות שלו יש לפקפק בהן דראיה שהביא משמעתין דפתח פתוח באשת ישראל שקיבל אביה קידושין בפחות מג' שנים ויום אחד דליכא אלא חדא ספיקא ספק באונס ספק ברצון דהא איכא עוד ספיקא ספק אומרת מותר לזנות וליכא למימר דשם אונס חד הוא דאונס ושוגג אינם נכללים בסוג אחד עיי"ש ועל זה יש להשיב דהא התוס' הקשו שם בכתובות דף ט' ע"א בד"ה ואי בעית אימא באשת ישראל וכו' האיך אמרינן ספק באונס הא רוב ברצון וספק נגד הרוב לא אמרינן ותירצו דרוב ברצון לאו רוב גמור הוא עיי"ש הא קמן דאלו היה רוב גמור לא יפול בו הספק וא"כ בזה ברור ברובא דמינכר מנשים יודעים כלה למה נכנסה לחופה שאסורה לכל העולם ומעוטי

דמעוטי מנשים שלא תהא יודעת חומר הדבר וא"כ איך יכנוס בכלל הספק וצ"ל דשם היה המעשה דלא נתברר שלא היתה יודעת שאסורה לזנות רק האשה טוענת כן כי מי ישב בתוונא דלבה לדעת כן וא"כ כשטוענת כן ונסמכת אדינא דרבי יונה דהאשה הטוענת נאנסתי נאמנת דברי ושמא ברי עדיף ועל זה השיב במהרי"ק בממה נפשך אם רוב גמור מנגדתו שאין נכלל בגדר הספק א"כ ברור הוא דלא בזו הדרך אמר ר' יונה דנאמנת דאיך נאמין אותה נגד רוב דאורייתא ואין זה ברי ושמא אלא ברי וברי דהא אינו נכנס בגדר הספק וא"כ אי אפשר לקרותו שמא ואם אתה אומר דלאו רוב גמור הוא ונכלל בדרך הספק ושמא היא ונאמנת לדעת ר' יונה וע"ז הקשה מהרי"ק שפיר בממה נפשך לפי"ז הרי כאן ספק ספיקא כקושייתו ואתיין דברי מהרי"ק בממה נפשך. אבל באמת אם באפשרות להתברר שהיתה טועה בזו אין כאן ראיה למהרי"ק מהנ"ל.

ומהרי"ק הוסיף להביא ראיה מאסתר דגם כן לא עשתה עבירה שנבעלת ברצון לאחשורש כי עשתה להצלת ישראל מ"מ אמרה דנאבדה ממרדכי עיי"ש וראיה זו אינה נכונה דהתם הי' האונס חוץ לגופה כי בעצמותה נעשה בזדון ואם כי עשתה להצלת נפשות אין זה אונס בגופה אבל כאן דהיא שוגגת וחושבת דמותר לעשות כן מה בין שוגג לשוגג גלל כן כל ראיות שלו לענ"ד אינם מוכרחים.

אך זה מצאתי בירושלמי סוף נדרים אמתניתין האומרת טמאה אני לך אריסטריטות נכנס לעיר ובאה אשה ואמרה ארסטוס בא לעיר וחבקני והטיל שכבת זרע בין ברכי והתירה לאכול בתרומה אתא עובדא קמיה רבי יצחק בר טבליי באשה שאמרה הביאם שלי פתני ואמר לי אין הביאם אסור ואסרה הכא אתה אומר ואסרה והכא אתה אומר והתירה תמן באה לאסור עצמה (פירוש כשאמרה דברים שאסורה לבעלה והתירה מטעם נתינת עין באחר כמשנה אחרונה) ברם הכא באה להתיר עצמה ואסרה (פירוש דאמרה כי חשבה דאין הביאם אוסר וא"כ לפי דעתה היא אינה אסורה לבעלה וא"כ נראה שאין כוונתה לצאת מתחת בעלה ולכך לא חש למשנה אחרונה ואסרה) עד כאן לשונו.

ולמדנו מזה שני דברים א' היא שאומרת כי אין הביאם אוסר לדעתה ונאמנת בזה במגו דהא מפיה אנו חיין והיא האומרת שנבעלה ומ"מ אסורה לבעלה ש"מ דאפילו שאומרת מותר אסורה לבעלה דעל כרחך עובדא דהתם היה בישראל דאי לכהן מה כוונה להתיר עצמה לא יהיה זה יותר מטוענת נאנסתי דקתני במתניתין דלמשנה אחרונה אינה נאמנת אלא ודאי דמיירי באשת ישראל ובאה בטענת שוגג דמותרת לישראל והואיל ונתכוונה להתיר עצמה האמינה ר' יצחק בר טבליי ואסרה שמע מינה דשוגג כזה אינו מועיל

ואסורה לבעלה הישראלי כמה שכתב מהרי"ק.

ועוד למדנו כשאנו רואים האשה האומרת דברים במסיח לפי תומה דברים שלפי דעתה מתרת עצמה לבעלה ומהדין באמת אסורה נאמנת אף למשנה אחרונה ולא חוששין דאף זאת מתחבלת להפקיע עצמה מתחת בעלה רק דאנו תולין להחמיר ונאמנת כעובדא דביאם דלפי דבריה היתה מותרת והאמין לה ר' יצחק בר טבליי ואסרה ובהכי נוחים דברי המרדכי והובא בהגהת הרא"ש פרק שני דכתובות באשה שבאה ואמרה נתייחדתי ביער ותקף אחד בי ואנסני והורה רבינו שמחה להחמיר דאינה נאמנת לומר נאנסתי אף דיש לה מגו כיון דנתיחדה אבדה מגו שלה ואף הראבי"ה החולק בזה הוא משום דיש לה מגו אבל בלא"ה מודה דאסורה וקשה אטו אמירה דילה מידי מששא אית ביה הא למשנה אחרונה אינה נאמנת והבית שמואל סימן קט"ו ס"ק כ"ג תירץ דידוע היה בעדים שנתייחדה והוי כרגלים לדבר המעיין במרדכי מבואר דלא היו עדים בפנינו ועל זה היה מסופק אם נאמר על עדי יחוד עדים בצד אסתן (ותאסור) [ותאסר] או נימא דוקא בשבויה הקילו דלא נימא כן עיי"ש ומבואר הדבר דלא היו עדים בפנינו ומה שהיא אמרה דהיו עדים רק הלכו למדינת הים אין בדבריה ממש כעובדא דר"ת בסוף גיטין דאמרה נתקדשתי לבעל אחותי ודאי דהיו עדים לפי דבריה אצל הקידושין דהמקדש שלא בעדים אף ששניהם מודים אינה מקודשת כלל רק דלפי דבריה הלכו העדים למדינת הים ומ"מ פסק ר"ת דאינה נאמנת וא"כ קשה מהנ"ל.

ואמת דהב"ח בתשובתו יצא לדון בדבר חדש ולומר דוקא באומרת לבעלה טמאה אני אינה נאמנת אבל בבאה לב"ד נאמנת ושם בגוף התשובה נאמר ובאה וספרה המאורע לרבותינו וא"כ יש ראיה לדברי הב"ח אבל דברי הב"ח הם סותרים לדברי מהרא"י כמ"ש הב"ח גופיה ולא נמצא לו שורש בגמרא ובפוסקים הקדמונים ואין לנו לחדש דבר מלבנו מה שלא נמצא בקדמונים כלל אך לפי דברי הירושלמי הנ"ל ניחא דהא האשה הלזו כוונה להתיר עצמה לבעלה וטענה נאנסתי א"כ הרי מדברים שלה ניכר דלאו לצאת מבעלה נתכוונה והרי היא נאמנת אף למשנה אחרונה וכיון דאבדה המגו שלה חשש רבינו שמחה שמא נבעלה ברצון ונכון הוא וצ"ע.

והנה שוגג בהוראות בי"ד דעת מהרי"ק דאם נשאת בטעות על פי הוראות בי"ד תצא מזה ומזה עיין בבית שמואל סימן ל"א ס"ק י' וכל זה הוא לאו מדינא דאורייתא דבאמת אין לך אונס גדול מזה רק הוא מתקנת וקנס חכמים כמבואר בגמרא דיבמות דף צ"א דאסקינן דלא אמרינן מה הוה לה למעבד והוא קנסא דחכמים וכמ"ש התוס' שם בד"ה על פי בית דין עיי"ש ולכך אין כאן סתירה למש"כ בתשובת הרשב"א דאם נשאת על פי

הוראות בי"ד דמותרת לבעלה הראשון דרשב"א כתב זאת לתרץ הקושיא איך החזיר דוד למיכל בת שאול כיון שנשאת לפלטי בן ליש ותירץ דהיתה נשאת בטעות על פי הוראות בית דין של שאול דהורו דאין בקידושי דוד ממש דהיה מקדש במלוה דזהו בזמן של דוד ושאול על פי דין תורה דבאותו זמן לא תקנו חכמים הך תקנה וקנסא והעמידו דיניהם על פי דין תורה ודברי הרשב"א נכונים והרב ב"ש כתב בסימן הנ"ל דדברי מהרי"ק והרשב"א סותרים זה את זה וליתא דלפי מש"כ אין כאן סתירה כלל.

איברא על הרמ"א דהעתיק בסימן י"ז סעיף נ"ח דברי רשב"א להלכה לדידן קשיא דהא קי"ל אפילו בב"ד ובעדים תצא מזה ומזה דלא אמרינן מה הוה לה למעבד והרשב"א אמר כל דבריו לדין תורה לתרץ מעשה דדוד ולא לדינו של דברי סופרים ואולי ס"ל לרמ"א לחלק בין הוראת בי"ד דבעלה מת דאתחזק באשת איש והם טעו ובין הורו בי"ד דאין קידושין שלה קידושין דלא אתחזקת כלל באשת איש וטעו ומה שהזקיקו לכך הוא משום דצריכין אנו למצוא טעם למה באמת לא אמרינן מה הוה לה למעבד הא היא אנוסה גמורה וצ"ל דכיון דבנשאת על פי עד אחד שאמר מת בעלה החמירו בה כל החומרות הללו ומטעם זה נתנו לעד אחד כל הנאמנות כי מתוך חומרא שהחמרת עליה בסופה הקלת לה בתחילתה ולכך עשו חכמינו ז"ל לא פלוג בכל גוונא כשנודע שבעלה חי שתצא מזה ומזה ולא חלקו בין נשאת על פי עד אחד או על פי ב' עדים ובהוראות ב"ד משא"כ בהוראות קידושי טעות דלא שייך טעות דעד אחד כלל רק טעות בי"ד בזו לא תקנו חכמינו ז"ל דבר והעמידו על דין תורה דאנוסה היא ובפרט דהוא רק קנס חכמינו ז"ל אין לנו אלא קנס שאמרו חכמינו ז"ל היינו בהוראות טעות מיתת בעלה ולא הוראות קדושין והבו דלא לוסיף עליה מה שלא מצינו מבואר וצ"ע.

והנה שוגג שנחלף לה אחר תמורת בעלה דעת הר"ן והרא"ש בסוף נדרים דהוי אונס ומותרת לבעלה ישראלי והכסף משנה בפרק זה הלכה י"ט הביא ראיה מגמרא דיבמות דף ל"ג ע"ב בשנים שהחליפו נשותיהן דמוקמינן ליה בגמ' דהוחלפו קתני דקתני במתניתין דאם היו גדולות מותרות לבעליהן לאחר ג' חדשים ש"מ דאונס הוא ובישראל משרי שרי וזה באמת ברור דאף אם הבועל מזיד רק דהיא שוגגת מותרת לבעלה אלא שמצאתי ברש"י במסכת סוטה דף כ"ח ע"א דאמרינן שם קל וחומר ומה סוטה שלא עשה בו שוגג כמזיד אונס כרצון עשו בו ספק כודאי שרץ שעשו בו שוגג כמזיד אינו דין שיעשו בו ספק כודאי ופירש רש"י שוגג כמזיד אשתו ואשת איש עמו בבית ונתכוון לאשתו ונזדמן לו זו ואף היא שגגה כסבורה שהוא בעלה עכ"ל יש כאן דברים בגו שפירש רש"י השוגג דגם הבועל שוגג בביאתו ופירש ששניהם הבועל והאשה שגגו משמע הא אם היה

הבועל מזיד רק היא שגגה הרי היא אסורה דאל"כ הוי ליה לרש"י לפרש בקיצור דהיא שגגה דסברה שהוא בעלה כעובדא דשילהי נדרים והדבר מתמיה דאף דיש לזה קצת ראיה מהא דאמרינן ביבמות הוחלפו קתני דאי החליפו לאחר ג' חדשים מיהו מותרת דמה קושיא הן החליפו נשותיהן במזיד רק הנשים לא ידעו מהחליפין ולכך מותרת לאחר ג' חדשים אלא ודאי דגם הבועל צריך להיות שוגג ולכך הוצרך לומר הוחלפו קתני אך זה דוחק מ"מ לומר ברש"י דין חדש מה שלא מצינו בשום פוסק ובפרט התוס' בריש פרק כשם העתיקו בשם ירושלמי להדיא דאם היא שוגגת והוא מזיד דמותרת לבעלה עיי"ש.

לכן נראה לי דהוי קשה ליה לרש"י קושיית התוס' דהקשו בהא דאמרינן ונטמאה נאמר דעל ספק אסורה וכי איצטריך קרא לאסור ספיקא ועוד הוי קשה ליה לרש"י במה דילפינן שרץ בק"ו מסוטה דלמא שאני סוטה דאיכא רגלים לדבר שהרי קינא לה ונסתרה ואף דאיכא למימר דחכמים דפליגי עליה דר' שמעון בריש מסכת נידה במקוה שנמדד ונמצא חסר לא ס"ל הך דרגלים לדבר הא מצינו לעיל ריש פרק קמא גבי עד אחד דבסוטה איכא רגלים לדבר והעיקר מה דהוי קשה ליה לרש"י במה דבעינן להוכיח מק"ו דסוטה דשרץ עשו בו ספק כודאי להחזיק לודאי טמא לשרוף ולא לתלות כמבואר בריש מסכת נידה דדעת חכמים לשרוף דספק נעשה כודאי לשרוף עליו וקשה מנא לן בסוטה זה דלמא הא דאסורה לבעלה היינו מכח ספיקא בעלמא כשאר ספיקא דאסורה אבל להחליט הדבר לאיסור ודאי זו לא מצינו בסוטה ולכן ס"ל לרש"י דודאי לבעלה שהוא מסופק אי זינתה או לא פשיטא דאף מספיקא אסורה ואין צריך לקרא דונטמאה כקושיית התוס' רק לבועל אי מת בעלה או נתגרשה דצועק ככרוכיא מנוקה אני מעון לא זינתה עמי ואלו הדבר לדידן בספק מי יכול למחות בידו מהתורה כיון דטוען ברי שלא אסורה לי ולא תהיה זו שניא מהא דאמרינן בפרק שני דכתובות שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת דהבא עליה באשם תלוי קאי הואיל והיא בחזקת אשת איש והוי ספק איסור ומ"מ אמרינן שם דאם נשאת לאחד מעידיה האומרים מת לא תצא כיון דטוען ברי שמת ומכ"ש כאן ולכך כתבה התורה ונטמאה להורות לנו שהחליטה התורה הענין כודאי איסור כאלו ודאי נטמאה לו ולכך אף לבועל אם נשאת תצא וזהו ק"ו בגמרא ומה סוטה וכו' עשו בו ספק כודאי אין הכוונה על הבעל רק על הבועל דעשו בו ספק כודאי ולכך אסורה לו דאלו היה הדבר בספק היתה מותרת לו ולכך לא קשה מהך דרגלים לדבר דכי מהני רגלים לדבר לגבי הבעל שהדבר בספק אצלו אבל לגבי בועל שטוען ברי מה מהני רגלים לדבר וכי בשביל רגלים לדבר נאסור לו מה שהוא צועק ככרוכיא מותרת היא לי וזהו ברור.

ולפי"ז דכל הק"ו מבועל דאצלו עשה התורה ספק כודאי א"כ התחלת הק"ו דלא עשה בו שוגג כמזיד קשה הא מבואר בירושלמי הביאו התוס' בפרק כשם דאם הבועל מזיד אף שהיא שוגגת וכן הוא שוגג והיא מזידה אסורה לבועל וא"כ איך אמרינן דלא עשה בו שוגג כמזיד ומעיקרא דדינא פירכא ולזה פירש רש"י דיש שוגג דמותרת לבועל והיינו כששניהם שוגגין הוא הבועל והיא האשה ואז מותרת לבועל ובזו האופן ילפינן הק"ו דשוגג כזו לא עשו כמזיד ומ"מ עשה ספק כודאי וק"ו לשרץ ועיין ברש"י דף ב' ע"ב בסוטה בהא דאמרינן דסתירה אוסרתה כטומאה פירש רש"י על הבעל ועל הבועל מספק כטומאה ודאית הרי דכוונת רש"י הכל דכל ענינו של טומאה ודאית הוא לבועל ולכך הוסיף רש"י בלשונו אף לבועל וס"ל לרש"י דכל הק"ו הוא מהבועל ולכך פירש רש"י אופן השוגג דמותרת לבועל ששניהם הבועל והאשה שוגגים ודברי רש"י מכוונים לדינא דבאמת אין חילוק לבעלה אם הבועל שוגג או מזיד עיין בית שמואל סי' י"א.

והנה מזה משמע דס"ל לרש"י בהחלט כדעת הירושלמי דאם היא שוגגת והוא מזיד דאסורה לבועל אף דמותרת לבעלה וזהו דלא כתוס' במסכת שבת דף כ"ו ע"א בד"ה ליקוחין יש לך בה וכו' דכתבו דבת שבע היתה מותרת לדוד הואיל ואנוסה היתה וס"ל לתוס' דהא דאמרינן בגמרא דכתובות דף ט' ע"א ואי בעית אימא מעשה שהיה שלא אסרוה לדוד דאוריה גט כריתות היה כותב לאשתו אינו חולק אתירוץ קמא דאמר דאנוסה מותרת לבועל רק דבא לומר דלא היתה אנוסה דח"ו דוד לא היה מאנסה רק היה מדבר על לבה להשמע לו ולא היה מכריחה ולכך תירץ דפנויה היתה ובשביל כך מותרת לו אף שהיה ברצון ולפי זה רש"י אזיל בזה לשיטתו דס"ל פיתוי קטנה אונס הוא כמ"ש מהרי"ק להדיא בשם רש"י דס"ל לרש"י כן ודלא כרמב"ם וא"כ אי האי ואי בעית אימא אינו חולק אתירוץ קמא דס"ל ג"כ דאם היא אנוסה והבועל מזיד שריא לבועל א"כ עדיין קשה מה ביקש בכך דאף דדוד לא היה מכריחה מ"מ הא בת שבע קטנה היתה כדמוכח מקרא ומבואר בגמרא דסנהדרין פרק בן סורר ומורה ואין כאן רצון לאסור על בועלה ולמה ליה הך ואי בעית אימא אלא ודאי דס"ל דאנוסה אסורה לבועל כיון דהוא מזיד ולכך תירץ דבת שבע פנויה היתה ולכך דעתו של רש"י להחמיר.

אך מצאתי ראיה להתיר מגמרא דיבמות דף כ"ד ע"ב בשמעתין דהנטען על אשת איש והוציאה וכו' דאם באו עדי טומאה אפילו יש לה כמה בנים תצא והקשה הנימוקי יוסף פשיטא דאם יש כאן עדי טומאה דלא מהני בנים להתיר איסור דאורייתא דאסורה גם לבועל ומשני דמיירי דעדים ראו שזינתה אבל אינם יודעים אם באונס ואם ברצון וקמ"ל דאפילו ביש לה בנים תצא וקשה הא מנטען מיירי הכא ומה מהני אם היא באונס הא

לגבי בועל הוי ברצון ועל כרחך צריך לומר דכל היכא דלא מתסרא לבעל משתרי נמי לבועל ודוחק לומר דמיירי דאין העדים יודעים אולי גם אצל הבועל היתה בשגגה כמ"ש לעיל בפירוש רש"י דזה דוחק דלישנא הנטען לא משמע כן אך זה אפשר לומר דרש"י ותוס' אינם מחולקים כלל בהאי דינא דכיון דשוגג ואונס לאו מחד קרא נפקא דשוגג נפק מקרא למעול מעל באישה פרט לשוגג דאין כאן מעל וכמ"ש רבינו הרמב"ם בפרק ג' מהלכות סוטה ואונס נלמד מקרא והיא לא נתפשה הא נתפשה מותרת ולא נלמד בק"ו משוגג אלא ודאי דדינו של זה לא כדינו של זה דבהיא שוגגת והוא מזיד מותרת לבעלה ולא לבועל דבשוגג יש מציאות היתר כששניהם שוגגים כמ"ש לעיל בפירוש רש"י ובאונס מותרת לשניהם אף כשהוא מזיד דבאונס אין מציאות דיהיה הוא אונס דאין קישוי אלא לדעת ולכך בירושלמי לא מיירי רק בשוגג דאז אסורה לבועל אם הוא מזיד אבל באונס מודה דמותרת לבועל אף שהוא מזיד ולכך התוס' במסכת שבת החליטו דאונס מותרת אף לבועל המזיד ובפרק כשם במסכת סוטה העתיקו כסתמא דברי הירושלמי דהיא שוגגת והוא מזיד אסורה לו לבועל מבלי חולק ולפי מ"ש ניחא דס"ל לחלק בין שוגג לאונס וצ"ע.

והבא על אשה בהיותה ישינה נראה דאונס גמור הוא כי מה לה לעשות בהיותה נרדמת ושנינו במתניתין דמסכת כריתות דף י"א אחד עד ואחד ישן הער חייב והישן פטור והיינו אפי' מקרבן דבסיפא באחד שוגג ואחד מזיד קתני שוגג בחטאת ומזיד בהכרת ואלו בישן קתני פטור משמע דאפי' מקרבן פטור והיינו דהוי בגדר האונס ורחמנא פטרו וכן כתב מהרי"ק בשרש קצ"א דישינה היא אנוסה וגם בספר שו"ת עבודת הגרשוני סימן כ"ז תופס בפשיטות דשינה הוי אונס והא דטרח בגמרא דכתובות דף נ"א ע"ב למצוא אופן האונס דשריא רחמנא לשיטת אבוה דשמואל דאמר אשת ישראל שנאנסה אסורה דחיישינן שמא תחילתה באונס וסופה ברצון דמשכחת ליה כגון דקאמרי עדים שצווחה מתחילה ועד סוף ולא מוקי לה דבא עליה בעת שינה ואין לה דעת להתרצות בסופה אפשר כמ"ש בשו"ת עבודת הגרשוני דאי אפשר במציאות שתהא ישינה מתחילה ועד סוף ולא תרגיש בעת שיזריע ויורה כחץ וא"כ לאבוה דשמואל חוששין שמא אז נתרצית. והעיקר אצלי דקושיית הגמרא אקרא קאי דודאי יש במציאות כמה אופנים אונס מתחילה ועד סוף רק דלישנא דקרא והיא לא נתפשה דהלשון מורה שאחד תופס בה ושוכב עמה ומזה יצא לנו הדין דבאונס מותרת וקושיית הגמרא דלישנא דקרא הוא בלתי מדויק לאבוה דשמואל דבאונס כזה בתפשה לשכוב עמו אסורה לאבוה דשמואל

דחיישינן שמא סופה ברצון וזהו שאמרו אונס דשריא רחמנא היכי משכחת לה דעיקר הקושיא אקרא קאי ופשוט הוא.

הלכה כג

אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי או שגגתי ונבעלתי לאחר אינו חושש לדבריה וכו' ואם היתה נאמנת לו וכו' יוציא ויתן כתובה. מדברי רבינו הרמב"ם נראה דס"ל דכי היכי דפשטינן בשילהי נדרים באשת כהן שנאנסה דלא הפסידה כתובתה אף דאסורה לו דהיא טוענת דנסתחפה שדהו הוא הדין בשוגגת דחד דינא אית להו אמנם במרדכי בקידושין פרק האומר הביא תשובת ר' (שמשון) [שמעון] באומר שראה אשתו שזינתה וכתב ר"ש כמדומה לי ששמעתי מרבותי מפרשים האומרת טמאה אני לך תביא ראיה לדבריה ואינה אסורה עליו וכו' אע"פ שיש לתמוה קצת למה אינה נאמנת לאסור עצמה מגו דאי בעי וכו' אע"פ שיש קצת ראיה מהנהו אהלויי ונטפויי דמשמע אין זה אונס דמסתמא אם היה כדבריה לא הוה יהיב כתובה ואפ"ה אמרינן שמא עיניה נתנה באחר ואינה נאמנת וא"כ מותרת לו עכ"ל.

ומזה נראה לכאורה דס"ל דבנתחלף לה אחר תמורת בעלה כעובדא דהכי אין זה אונס ואסורה לבעלה ודבר זה ליתא כמ"ש לעיל וכמבואר בגמרא דיבמות דף ל"ג דהחליפו נשותיהן דמותרות לבעליהן ואמרינן הוחלפה קתני וכן במסכת סוטה דשוגג מותרת לבעלה ועל כרחך צ"ל דהא כתב מוה"ר שמעון כמדומה ששמע מרבותיו מפרשים וכו' היינו אף דמשנה שלימה היא במשנה אחרונה תביא ראיה לדבריה מ"מ יש לומר דתביא ראיה לדבריה שלא תפסיד כתובה אבל אם לא תביא ראיה מ"מ היא אסורה דשויא נפשה חתיכה דאיסורא וכשמפסדת כתובתה נאמנת באמת דלא חיישינן לנתינת עין באחר וכמ"ש לעיל באריכות בביאור דברי התוס' בכתובות פרק אע"פ ולכך הביא בשם רבותיו דהן מפרשין כפשוטו כדעת התוס' דיבמות דתביא ראיה לדבריה ואם לאו אינה נאמנת כלל ומותרת לבעלה ולא אמרינן דשויא לנפשה חתיכה דאיסורא ולזה מייתי ראיה מהך דאהלויי ונטפויי והיינו דס"ל דודאי בשוגג בנחלף לה אחר תמורת בעלה מותרת לבעלה רק דס"ל כיון דאבעי לן בגמרא שם אשת כהן שנאנסה אי מפסדת כתובתה ופשטינן דלא אבדה כתובתה היינו דוקא באונס דאמרינן מה הוה לה למעבד ונסתחפה שדהו אבל בשוגג דרמיא על נפשה למידק ובשביל כך אמרינן דשוגג צריך כפרה דהוי ליה למידק על כן לא תטול כתובה דדי לה דמותרת לבעלה אבל לומר דתטול כתובה מהיכי תיתי לומר כן הבו דלא לוסיף עליה ואפילו באונס הוה סלקא דעתא בגמרא דאבדה כתובתה מכ"ש בשוגג דלא איתמר במתניתין דאבדה כתובתה.

ומעתה ראייתו נכונה דאף דהנך עובדא דאהלויי ונטפויי מיירי באשת כהן כמ"ש הר"ן מ"מ אבדה כתובתה כיון דשוגג היה והוי לה למידק וא"כ למה אינה נאמנת למשנה אחרונה כיון דאבדה כתובתה ועל כרחך צ"ל דאף דאבדה כתובתה חוששין לנתינת עין באחר והדין מוכח כמ"ש רבותיו דאפי' במפסדת כתובתה אינה נאמנת למשנה אחרונה. ומ"ש רבי (שמשון) [שמעון] וז"ל דמשמע אין זה אונס דמסתמא אם היה כדבריה לא הוה יהיב כתובה מ"ש אין זה אונס הכוונה אין זה אונס רק שוגג ובשוגג אינה נפטרת שלא תפסיד כתובה כלל ולכך כתב אם היה כדבריה לא הוה יהיב כתובה דאף דמותרת לבעלה מ"מ אין זה אונס שלא תפסיד כתובה ואעפ"כ אינה נאמנת וא"כ הדין מוכח זהו מה שנראה לי בביאור דברי מהר"ש ונכון הוא ומעתה דין זה דשוגג תטול כתובה מבעלה הכהן שנאסרה עליו במחלוקת שנויה דדעת רבינו הרמב"ם דיש לה כתובה דומיא דאונס ודעת רבינו שמשון דלית לה דהוה לה למידק ועל כן הדין צריך עיון.

הלכה כד

האומר לאשתו בפני שנים אל תסתרי עם איש פלוני וכו' שאין לך דבר יותר מכוער מזה והיום שאין שם מי סוטה נאסרה עליו ותצא בלא כתובה וכו'. מדהאריך רבינו לתת טעם למה מפסדת כתובתה ולא נתן טעם דהיא עוברת על דת דנתייחדה לפיכך אבדה כתובתה ואי משום דלא היה לה התראה הא היה לה קינוי ש"מ דקינוי לא מיקרי התראה דצריך להתרות בה בעוברת על דת דתפסיד כתובתה אם תעשה כך ובקינוי אינו מתרה כן רק אמר סתם אל תסתרי עם פלוני וזה ראיה לדעת רמ"א אה"ע סי' קט"ו ולא כדברי השלטי גבורים ועיין מ"ש לעיל בריש הלכה י"ד בשם הרב בית שמואל.

הלכה כה

אמר לה בינו לבינה אל תסתרי וכו' הרי זו אסורה עליו בזמן הזה שאין שם מי סוטה. עיין בכ"מ שתמה דאף בזמן הבית נמי אסורה דהא פסק דאינו משקה רק על פי שנים וכתב דרבינו נגרר אחר לשון הגמרא מסכת סוטה דף ב' דאמר לא לימא אינש לאינשי ביתיה בזמן הזה אל תסתרי עם איש פלוני דלמא קי"ל כר' יוסי ב"ר יהודה דאמר קינוי על פי עצמו וליכא השתא מי סוטה למיבדקה ובאמת דלשון גמרא אין ראיה דלכך אמרינן בזמן הזה דבזמן הבית שהיו סנהדרין הם יודעים אם הלכה כריב"י או לא וא"כ בממה נפשך או דשתית מי סוטה או דלא נאסרה על בעלה אבל בזמן הזה נעדרה הלכה על בוריו ויש כאן ספק אם הלכה כריב"י אבל בדעת הרמב"ם דפסק בהלכות סוטה משקה ומקנא לה על פי שנים דס"ל להלכתא למשיחא כרבי יהושע ומ"מ כתב כן פה ש"מ דאף בזמן הבית יש ספק וא"כ קשה הלשון דקאמר בזמן הזה וביחוד קשה על הרמב"ם בלא

זה דהא בגמרא דף ב' אמרינן ועד אין בה למעוטי אתיא רק לר' אלעזר דמתניתין אמרינן בה למעוטי קינוי דבעי קינוי על פי שני עדים וסתירה על פי עצמו וריב"י דברייתא ס"ל בה למעוטי סתירה והיינו דקינוי על פי עצמו אבל בסתירה בעי שני עדים וזה מבואר בגמרא וא"כ לכו"ע בקינוי וסתירה בלא עדים ליכא למאן דאמר דהיו משקים אותה ועל כרחך צ"ל כמ"ש הרמב"ם בהלכות סוטה דאף דאין משקים בלי עדים מ"מ לבעלה אסורה כשהוא רואה שנסתרה דהא יש רגלים לדבר שקינא לה ונסתרה וא"כ קשה דכתב כאן שקינא לה ונסתרה שלא בעדים דאסורה לו הואיל וליכא מי סוטה הא אף דאיכא מי סוטה אי אפשר לו להשקותה דבקינוי וסתירה שלא בעדים ליכא למ"ד דמשקין לה כלל וא"כ מה זו הטעם דאין כאן מי סוטה להשקותה.

ולכן נראה לי דס"ל לרמב"ם בזמן הבית דהיו משקין לסוטות ולא היו משקין אותה רק בקינא לה על פי שנים דמספיקא לא היו משקין רק על פי שנים כדעת רבי יהושע וכמ"ש הרמב"ם בהלכות סוטה א"כ הוא שקינא לה על פי עצמו היא לא היתה חוששת לקינוי ההיא דעיניה רואות דאין משקין על פי קינוי ההיא ש"מ דאין בקינוי ההיא קפידא וגם אלו היה בדעת הבעל להקפיד היה מקנא לה על פי שנים כדי להשקותה אח"כ וא"כ אף היא בשמעה הקינוי מבעל לא היתה חושבת לכלום ולכך בנסתרה אח"כ אין כאן רגלים לדבר לאוסרה על בעלה שנאמר שהרי קינא לה ונסתרה וש"מ שאחזתה רוח זנונים דהא היא חושבת דאינו מקפיד על הקינוי וחושבת דבריו לפטומי מילי בעלמא משא"כ בזמנינו דאין לנו השקאת מי סוטה וא"כ אין לה ידים מוכיחות שאין בקינוי של בעלה קפידא כיון שאין כאן השקאה כלל והיא לא חששה לדבריו ונסתרה א"כ יש כאן רגלים לדבר דעל כרחך זינתה עם האיש ההוא שנסתרה עמו ולכך אסורה עליו וזהו שאמרו בגמרא לא לימא אינש לאינשי ביתיה בזמן הזה דייקא שאין כאן מי סוטה שתרגיש שאין בקנאתו ממש ודברי הרמב"ם נכונים אלא שסברא זו צריך עיון.

פרק כה

הלכה ד

כיצד היא טענת מומין וכו'. עיין בבית שמואל סי' קי"ז ס"ק י"ג שהביא שהתוס' והמרדכי מחולקין אם יכול לטעון טענת מומין באירוסין דהתוס' ס"ל דאפי' קודם אירוסין בודק במרחץ כשיש מרחץ בעיר ולדעת המרדכי אינו בודק קודם אירוסין עיי"ש ומדברי המ"מ לעיל פרק ז' הלכה ז' בדברי רבינו משמע דס"ל כדעת המרדכי ועיין מ"ש לעיל בהלכה הנ"ל בשם הירושלמי דמבואר כדעת המרדכי וכן משמע בגמרא דכתובות

דף ע"ה ע"ב דאמר תברא מי ששנה זו לא שנה זו וא"כ משמע רישא ר' יהושע היא וקשה מה איריא בבית אביה ליתני רבותא טפי אפילו נמצא בבית בעלה על האב להביא ראיה ותירץ הר"ן והתוס' שם בד"ה מי ששנה וכו' דפליגי בתרתי תנא דרישא ותנא דסיפא דתנא דרישא ס"ל בנכנסה ברשות בעל אפילו יביא הבעל עדים דעד שלא נתארסה היו בה מומין הללו כיון שנשאה חזקה דידע ונתפייס זה התירוץ דחוק דצ"ל דסיפא דקתני לרבן גמליאל על הבעל להביא ראיה דלא אמרינן ראה ונתפייס חולק בזה וא"כ נחדש פלוגתא חדשה במתניתין מלבד פלוגתא דר"ג ור"י לומר דפליגי אי אמרינן חזקה דנתפייס או לא אמנם לשיטת המרדכי לא קשה מידי דלכך קתני בעודה בבית אביה דאז תמיד צריך האב להביא ראיה אפילו כשיש מרחץ בעיר משא"כ בבית בעלה לא פסיקא ליה למיתני דאם יש מרחץ בעיר אפילו ראית הבעל לא מהני ומכל שכן דאין האב צריך להביא ראיה.

ועיין במ"מ שכתב שרבינו הרמב"ם בסתימתו נראה דפוסק כאוקימתא דרבא רישא כאן נמצאו וכו' וצריך טעם למה לא פסק כרב אשי דהוא בתראה והנה הרא"ש כתב דלכך סתם הרי"ף והביא המשנה כסתמא מבלי הזכרת תירוץ דרבא ודרב אשי דס"ל דליכא נפק"מ בין ב' התירוצים כי מה שכתב הרמ"ה דיש נפק"מ בין ב' התירוצים בבוגרת כתב הרא"ש דליתא דאף לתירוץ רבא דכאן נמצאו וכאן היו מודה בבוגרת דהוי כנמצאו ברשות הבעל ועליו להביא ראיה עיי"ש. והקשה הבית שמואל סימן קי"ז ס"ק ט"ו דיש נפק"מ אף לשיטת הרא"ש בטוענת משארסתני נאנסתי ולא היה זמן לבעול אחר נשואין קודם לבעילה וכן אם נמצאו בה הני מומין דאינו יכול לבדוק כמו חולי נכפה וכדומה דליתא לחזקה אין אדם שותה בכוס וכו' והביא הבעל ראיה דהיה בה בשעת אירוסין דלתירוץ רבא כאן נמצאו כאן היו כיון דליכא כאן תרי חזקות הפסידה כתובתה ולדעת רב אשי דהוה מנה לי בידך א"כ האשה גובה כתובה דמנה לי בידך הוא עיי"ש ועוד יש להקשות דאף לשיטת הרא"ש היכא דנתקדשה בעודה נערה ובגרה והביא הבעל ראיה דנולדו בה מומין בעודה נערה א"כ לרבא אמרינן כאן נמצאו וכאן היו ולית לה כתובה דהא ליכא כאן חזקה דאין אדם שותה בכוס וכו' דהא לא כנסה עדיין וכמ"ש הב"ש גופיה בס"ק הנ"ל משא"כ לרב אשי עכ"פ היא דבגרה נוטלת כתובה דמנה לי בידך הוא ועל הבעל להביא ראיה דהיה קודם אירוסין.

ונראה לומר דס"ל להרא"ש דהא דמשני רב אשי רישא מנה לאבא בידך וכו' אין כוונתו לשלול תירוצו דרבא כאן נמצאו וכאן היו דזהו כלל גדול בש"ס רק ס"ל ודאי להוציא ממון בזו אמרינן כאן נמצאו כאן היו מגרע חזקת הגוף אבל במקום דמוחזק במעות

וחזקת הגוף מסייע ליה בזו ודאי לא אמרינן חזקת כאן נמצאו וכאן היו מגרע חזקת הגוף וגם חזקת ממון וכי יהיה חזקת כאן נמצאו וכאן היו עדיף מרוב הלא זהו רק חזקה דכאן נמצאו והיו מקדם ובודאי רובא עדיף מחזקה ומ"מ אמרינן אין הולכין בממון אחר הרוב לגרע חזקת ממון ומכ"ש בחזקה ואם כן יש לומר דזה הוי קשה ליה לרב אשי על תירוצו דרבא תינח כתובה דבזו האב בא להוציא שפיר אמרינן כאן נמצאו כאן היו משא"כ כסף קידושין דהאב מוחזק בו למה יצטרך להחזיר אי לא מייתי ראיה כמבואר בכתובות דף ע"ו בשמעתין דהמחליף ותנא תונא כלה בבית אביה ולקידושין עיי"ש ולכך מתרץ רב אשי דכי אמרינן דחזקת הגוף מסייע היינו בסיפא דהוא מנה לי בידך וחזקת הגוף מסייע ולכך אף דהביא הבעל ראיה דהיו מומין מאירוסין מ"מ לא אבדה כתובתה דיש לה תרי חזקות ואחד מהן הוא חזקת הגוף הואיל והיא התובעת ולה שפיר מסייע חזקת הגוף משא"כ ברישא דהוא מנה לאבא בידך אין חזקת הגוף מהבת יכול לסייע לאב ולכך אינו זוכה בכסף קידושין כיון דכאן נמצאו וכאן היו ואין חזקת הגוף מסייע לו (ובנשאה דיש להאב כסף הקידושין צ"ל הואיל והיא זוכה בכתובה לא אמרינן דיהיה האב מחזיר כסף הקידושין דהוי כתרתי דסתרי כמ"ש מהרי"ט עיי"ש).

ובסברא זו יש ליישב דברי ר"י שבתוס' שם בד"ה רישא מנה לאבא בידך וכו' במה דקאמר לכאורה רישא מנה לאבא בידך משום דאב לא טען ברי וחזר בו דא"כ ליתני עד שיביא האב ראיה או עד שיטעון ברי לי ולפי מ"ש ניחא דודאי כי מהני ברי היינו לענין כסף קידושין דהוא להחזיק אבל בכתובה דהוא להוציא לא מהני ברי כמ"ש לעיל כיון דכאן נמצאו וכאן היו ורב אשי בא לתרץ דלמה אמרינן דאי לא מייתי האב ראיה דאף כסף הקידושין יחזיר ומשני דליכא כאן טענת ברי אבל ודאי להוציא כתובה אף טענת ברי לא מהני וא"כ אי אפשר למיתני על האב להביא ראיה או שיטען ברי דהוי משמע אלו טען ברי הוי כמביא ראיה ואפילו כתובה יוציא וזה אינו דלהוציא כתובה בעי ראיה גמורה ולק"מ.

ומעתה צדקו דברי הרא"ש דבשלמא לשיטת הרמ"ה יש נפק"מ בבוגרת לקידושין דקידושין דידה הוה והיא מוחזקת בו וא"כ לרב אשי לא מהני כאן נמצאו וכאן היו לגרוע חזקת ממון כשהיא טוענת ברי משא"כ לרבא אף היא מחזרת מעות הקידושין דכאן נמצאו וכאן היו ולכך השיב הרא"ש דבוגרת קרויה ברשות הבעל אפילו אם היא בבית אביה וא"כ זכתה בכסף קידושין בין לרב אשי ובין לרבא אבל אם היתה נערה כשנתקדשה ואח"כ בגרה לענין כתובה אף רב אשי מודה דלא מהני ברי כיון דיש כאן חזקת ממון וחזקה דכאן נמצאו וכאן היו מסייע לבעל וחזקה דאין אדם שותה בכוס ליכא

ומה אמרת בחזרת כסף קידושין הא נתקדשה כשהיא נערה ודאבא הוה וברי דילה לא מהני לאביה כלל וכן כל הני דלעיל כמ"ש הבית שמואל בנאנסה בעודה ארוסה או חולי שאי אפשר לו לבעל לבדוק בכל הני מודה רב אשי לרבא דלא מהני ברי דילה או חזקת הגוף במקום דחזקת כאן נמצאו וכאן היו וחזקת ממון מסייע לבעל ולא אמר רב אשי כלל רישא מנה לאבא בידך רק אכסף קידושין כמ"ש לעיל ולק"מ בכל דברי הרא"ש.

ואפשר לומר עוד בדברי הרא"ש דודאי יש נפק"מ בין רב אשי לרבא כמ"ש הבית שמואל ובהא פליגי רבא ורב אשי רק כיון דהלכתא כרב אשי יפה עשה הרי"ף שהעתיק המשנה כצורתה דמשמע בסתמא דמתניתין דעל כל המומין אפילו בחולי נכפה וכדומה שאי אפשר לבעל להרגיש בהן תיכף מ"מ אם נמצאו ברשות הבעל עליו להביא ראיה שהיו בה קודם אירוסין והוא הנכון היות הלכה כרב אשי וכן במתניתין פרק קמא העתיק הרי"ף סתם האומרת משארסתני נאנסתי דנאמנת ולא חילק בכנס ובעל לאלתר דאינה נאמנת והיינו דס"ל עיקר כרב אשי ולאיזה צורך יעתיק תירוץ דרב אשי כיון דסתמא כפירושו כדבריו. אמנם לשיטת הרמ"ה ודאי דיש קושיא בדבריו דהעתיק סתמא דמתניתין עודה בבית אביה על האב להביא ראיה דמשמע סתמא אפילו בוגרת כל זמן שלא כנסה וזה אינו לרב אשי דהא הוה מנה לי בידך ועל זה תירץ הרא"ש דגם בלישנא עודה בבית אביה לא נכלל בו בוגרת ואפילו לרבא אין בוגרת בכלל הזה ולא שייך ביה כאן נמצאו וכאן היו ולכך יפה עשה הרי"ף שסתם הדברים בלי הזכרת דברי רב אשי ומה שכתב הרא"ש דליכא נפק"מ אין הכוונה דליכא נפק"מ כלל לדינא רק כוונתו במה שיהיה חידוש בדברי רב אשי במה שאין סתימת לישנא דמתניתין סובלו וא"כ היה לו לרי"ף להביאו אבל במה שלדברי רב אשי מסכים עם סתמא דמתניתין ודברי רבא מוציא מן המשמעות כמ"ש הב"ש בכל הני גוונא שהקשה על הרא"ש הנ"ל בזו אף דאיכא נפק"מ מ"מ כיון דהלכה כרב אשי יפה עשה הרי"ף שהשמיט כל הפילפול ושקליה וטריא דגמרא והעתיק המשנה כצורתה ולק"מ.

ולענ"ד אף שהפירוש הראשון שכתבתי בדברי הרא"ש יותר מרווח מ"מ דעתי נוטה לדברי פירוש השני דלפירוש הראשון יהיה הדין להלכה ובטוענת משארסתני נאנסתי אינה נאמנת בכנס ובעל לאלתר ולא מצינו זה להרא"ש וכן לבנו הטור בשום דוכתי אמנם לפירוש השני ניחא דכיון דקי"ל כרב אשי והיא שאמרה מנה לי בידך נאמנת אפילו בכנס ובעל לאלתר כמ"ש לעיל ועיין מה שכתבתי לעיל פרק י"א מזה.

והנה דעת הרמב"ן והרשב"א כפי מ"ש המ"מ דאם האב טוען ברי אפילו היא בבית אביה על הבעל להביא ראיה וכתב הבית שמואל בסי' קי"ז ס"ק י"ז דלשיטת הרא"ש

אין נפק"מ בברי וא"כ בוגרת דחזקת הגוף מסייע לה אף בטוענת שמא על הבעל להביא ראיה ולבבי לא כן ידמה דאם היא טוענת שמא איתרע חזקת הגוף דהוה לה לידע ולדייק אימת באו לה המומין דהא לעיל דף ל"ו ע"א בחרשת דאמרינן דאין לה טענת בתולים לרבן גמליאל פרכינן אימר דאמר ר"ג היכא דקא טענה איהי אבל היכא דלא קא טענה מי שמעת ליה ומשני כיון דאמר ר"ג מהימנא כגון זה פתח פיך לאלם משמע דלולא זאת לא מהימנא לר"ג כשאינה טוענת ואם במומין נאמנת בשמא משום דחזקת הגוף מסייע לה ה"ה בטוענת בתולים דמאי שנא נימא חזקת הגוף מסייע לה דהשתא נאנסה כמו במומין ואפילו בטוענת שמא תהא נאמנת ליטול כתובתה אלא ודאי בטוענת שמא אינה נאמנת.

ומדברי הגמרא משמע דהיו בה מומין ברשות אביה ולא הביא האב ראיה אף כסף הקידושין חייב להחזיר וכן פסק הטור להדיא בסימן ל"ט והחלקת מחוקק בסימן נ' ס"ק ד' כתב דהך דאמרינן כלה בבית אביה לקידושין הוא רק להסלקא דעתא ואתיא כמאן דאמר בבבא בתרא דף קמ"ה מוהרי וקידושין הדרי אבל למסקנא דכאן בכתובות דקי"ל כל מי שהספק נולד ברשותו לא קי"ל כן דחייב האב להחזיר הקידושין רק כמסקנת הגמרא דב"ב דקידושין לא הדרי כלל שלא יאמרו קידושין תופסין באחותה עיי"ש ולפי דבריו יש מקום ליישב דלכך פסק הרי"ף והרמב"ם כפי מ"ש המ"מ כשינויא דרבא כאן נמצאו וכאן היו ולא כרב אשי דהוא בתראה דיש לומר דודאי הא איצטרך רב אשי לומר רישא מנה לאבא בידך הוא דקשיא ליה מכסף קידושין דלמה לא יועיל חזקת הגוף וחזקת ממון לבטל חזקת כאן נמצאו וכאן היו וכמ"ש לעיל והיינו דרב אשי ס"ל כיון דקתני סתמא במתניתין על האב להביא ראי' משמע דאם לא הביא ראיה אף הקידושין חוזרים דאל"כ הוי ליה למתניתין לפרש דהפסידה הכתובה אך לא כסף הקידושין והא לא ניחא ליה כי לא איצטרך לאשמעינן זאת דקידושין לא הדרי דבלא"ה לא הדרי אף אם האמת עם הבעל שלא יאמרו קידושין תופסין באחותה דרב אשי לטעמיה דאיהו ס"ל בבבא בתרא דקידושין הדרי אבל למסקנא דקי"ל שם כאמימר דקידושין לא הדרי מטעם שמא יאמרו וכו' וא"כ על כרחך המתניתין מיירי רק מראית האב לכתובה ולא לקידושין כלל וא"כ אין אנו צריכין לתירוץ דרב אשי מנה לאבא בידך רק סגי בתירוץ דרבא כאן נמצאו וכאן היו אך באמת דוחק לומר דמה שנאמר בגמרא לא יהיה קאי למסקנא וגם יחלוק החלקת מחוקק על הטור ועוד הח"מ ביקש לומר כן בדברי הרמב"ם והא להרי"ף ורמב"ם אסיקנא דספק נולד ברשות בעל החמור וא"כ אף למסקנא צ"ל ותנא תונא כלה בבית אביה לקידושין והרי אף למסקנא אמרינן דקידושין חוזרין.

והנה הרב בית שמואל סי' ל"ט ס"ק י"א הסכים דקידושין חוזרין כמ"ש הטור ובקושיית החלקת מחוקק תירץ דאלימא חזקה כאן נמצאו וכאן היו עד שאינה צריכה הימנו גט כלל וא"כ באמת קידושין תופסין באחותה ובאמת דברים אלו מיתאמרו משמיה דגברא רבה כוותיה הוא הרא"ה ז"ל בחידושיו לכתובות החליט הדבר דאינה צריכה גט דאנו אומרים בודאי כאן נמצאו וכאן היו אלא שהרב ב"ש הפריז על המדה לומר דאפילו היא דטוענת משנתארסה נולדו בה המומין מ"מ אף היא אינה צריכה גט ולא דמי לאומרת קדשתני דכאן במומין חזקת כאן נמצאו סותרת לדבריה ודבר זה רחוק מהסברא וכי בשביל כאן נמצאו וכאן היו לא יהיה אפשרות שנולדו לה המומין אחר אירוסין וא"כ היא שצועקת ברי כי אח"כ נולדו לה המומין לא תהיה מצית לשויא לנפשה חתיכה דאיסורא לכולי עלמא בלא גט דבר זה הוא מהנמנע (ועיין לעיל בפרק ט' מה שכתבתי אי נאמנת לשויא לנפשה חתיכה דאיסורא היכא דעדים מכחישים אותה ומכ"ש במקום חזקה). ובאמת לענין קושיא הנ"ל אין צריכין לזה דאף דהיא שויא לנפשה חתיכה דאיסורא וצריכה הימנו גט להתיר לעלמא מ"מ הבעל אינו מחויב להאמין לה ומוקי הדבר בחזקתה חזקת כאן נמצאו וכאן היו ומותר בקרובותיה וא"כ דהוא מותר בקרובותיה לא חששו להחזרת קידושין כיון דמדינא באמת מותר רק מחמת חומרא אנו אומרים דשויא לנפשה חתיכה דאיסורא והבעל באמת מותר באחותה ומה ניחש לה עוד.

ובזה יש ליישב ג"כ דלמה הרי"ף והרמב"ם פסקו כהך תירוץ דרבא כאן נמצאו וכאן היו והיינו דבשלמא רב אשי משני רישא מנה לאבא בידך ולא ס"ל סברת רבא דכאן נמצאו וכאן היו ואי קשה א"כ ודאי דצריכה גט ולמה תנן כלה בבית אביה לקידושין הא יאמרו דקידושין תופסין באחותה וכו' זה אינו דרב אשי לא ס"ל הך סברא בבבא בתרא אבל לפי מה דקי"ל בב"ב דקידושין לא הדרי שמא יאמרו וא"כ קשה למה תנן במתניתין דאם לא יביא האב ראיה דקידושין הדרי ועל כרחך צריך לומר דאין כאן קידושין כלל דכאן נמצאו וכאן היו וא"כ מוכח הסברא כאן נמצאו וכאן היו כל כך בהחלט עד שאפילו גט אינה צריכה ומכ"ש דפטור הבעל מכתובה דהא אתה מחשב אותו לקידושי טעות בהחלט ודברי רבא מוכרחים.

אך באמת אני נבוך מאוד בזה הסברא לומר דכאן נמצאו יהיה מחליט הענין לבטל הקידושין בבירור דא"כ הא דקי"ל בשמעתין דפתח פתוח מצאתי דף ט' באשת כהן דאסורה לבעלה דאיכא כאן רק ספק אחד ספק תחתיו ספק אינו תחתיו והא אין כאן ספק דודאי אינו תחתיו דכאן נמצאו וכאן היו קודם אירוסין ומה לי נבעלה באירוסין ומה לי נסמא עינה באירוסין אם אתה מחליט הדבר במום שהיה מקדם ונתבטלו הקידושין אף

בבעילה אתה מחליט שהיה מקדם ונתבטל האיסור ומותרת לכהן דמאי שנא בתולים ממומין כמ"ש בגמרא דידן וירושלמי שהכל אחד הוא. ולכן נראה העיקר כדעת השו"ע שסתם בסימן נ' דבקדושי ספק קידושין הדרי ולא שייך דיאמרו קידושין תופסין באחותה דיש כאן ספק ספיקא ספק ישנו לקידושין ספק ליתנהו ואם תמצא לומר איתנהו מי יימר דיטעו ויאמרו דקידושין תופסין באחותה הבו דלא לוסיף עליה דהך גזרה דיאמרו וכו' איתמר בגמרא דבבא בתרא בקידושי ודאי אבל בקידושי ספק כולי האי ואולי האי דיאמרו קידושין תופסין באחותה הא אין כאן קידושין בהחלט ולכך כאן דהוי קידושי ספק הקידושין חוזרין ולא חוששין דיאמרו ואתי שפיר ולק"מ והטור דהעתיק הך דינא בסימן ל"ט אף דלענין קידושין לא נפק"מ דמ"מ צריכה גט מ"מ נפק"מ להחזרת כסף הקידושין ולכך הביאו בסימן ל"ט לענין חזרת כסף קידושין.

וכן מוכח דהא לשמואל כל המתניתין מיירי בקידשה סתם וכנסה סתם כמ"ש התוס' בד"ה אבל מומין שבגלוי וכו' דלרב מיירי כל המתניתין מקידשה על תנאי וכנסה סתם משמע דלשמואל מיירי בקידשה סתם ובקידשה סתם הוכיחו התוס' לעיל במתניתין דף ע"ב ע"ב בד"ה על מנת שאין עליה נדרים וכו' דצריכה גט מדבריהם או ספיקא מספקיה ליה וכו' וקשה א"כ דצריכה גט איך אמרו לשמואל ותנא תונא כלה בביתו אביה לקידושין הא צריכה גט ואיכא למגזר שמא יאמרו קדושין תופסין באחותה ועל כרחך צריך לומר דהואיל ואינה צריכה גט בודאי לא חיישינן.

הלכה ו

בא על אשתו ושהה כמה ימים וטען שמום זה לא נראה לי עד עתה וכו' אין שומעין לו חזקה אין אדם שותה בכוס אלא א"כ בודקו וכו'. כתב המ"מ שלמד הך מטענת בתולים שאינו יכול לטעון אותו לאחר זמן וכו' ולדבריו צריך שהייה אחר ביאתו וכמ"ש הרמב"ם בא על אשתו ושהה כמה ימים אבל אם תיכף לאחר בעילה ערער אין כאן חזקה שנתפייס אמנם בדברי הכ"מ מבואר דאם לא שהה פשיטא דאין בטענתו ממש דודאי קודם בעילה הכיר בה וראיית המ"מ מטענת בתולים לא הבנתי דבשלמא התם בטוען פתח פתוח א"כ בבעילה ראשונה ודאי דהרגיש בפתח פתוח וא"כ למה שתק אלא ודאי או דמחיל או דשקר ענה בה משא"כ כאן הספק אולי לא ידע בביאתו מהמום שהוא במקום סתר עד עתה שנתוודע לו. ומהרי"ק בשרש ק"ה וק"ז כתב דלמד זאת מדיוקא דגמרא שם דקאמר ותנא תונא כלה בביתו אביה ולא נקט לישנא דמתניתין עודה בביתו אביה להורות נתן בלבנו דוקא כלה שנכנסה לחופה ולא נבעלה עדיין עיי"ש ולדבריו מבואר הדבר כמ"ש הכ"מ דבבעילה בלי שהייה כלל אמרינן דמחיל אמנם בירושלמי

משמע כדברי המ"מ דהא פליגי רבי יוחנן ור' שמעון בן לקיש בקידשה וכנסה סתם אי אית לה כתובה ופרכינן לרשב"ל דס"ל אית לה כתובה מדקתני על הבעל להביא ראיה הא הביא ראיה הפסידה כתובה ואת אמרת אית לה כתובה ומשני מתניתין בשלא בעל מילתא דרשב"ל בשבעל ולפי זה רבי יוחנן דפליג וס"ל דלית לה כתובה משמע אפילו בעל ולא אמרינן דמחיל וראה ונתפייס ורבי יוחנן ורשב"ל הלכה כרבי יוחנן ואיך יפסוק הרמב"ם דלא כוותיה אלא ודאי דס"ל לחלק כמ"ש המ"מ אי שהה אחר הבעילה או מחה תיכף וכן מורה לישנא דרמב"ם.

והנה אם הוא טוען לא בעלתי אותה ואין כאן מחילת מומין כתב הרמ"א בסימן קי"ז סעיף י' דעד שלשים יום נאמן והחלקת מחוקק ס"ק י"ח הקשה עליו דהא מני ר' מאיר היא דאמר ביבמות דף קי"א ע"ב טענת בתולים ל' יום אבל לפי מה דקי"ל כרבי יוסי נסתרה לאלתר א"כ כשנסתרה אינו נאמן לומר לא בעלתי והבית שמואל בס"ק כ' דחיק עצמו לומר דאולי אינו בועל שמיישב עצמו בדעת אם ימחול המומין ולכך מוקי אנפשיה למנוע הבעילה עד ל' יום ודבריו דחוקים וגם לפי זה באשה שיש לה מומין יהיה לו טענת בתולים עד ל' יום דבשביל מחילת מומין מוקי אנפשיה ולכן נראה לומר הא דאמרינן בנסתרה אפילו לאלתר הוא בחזקת שבעל היינו כמ"ש רש"י בכתובות דף ט' ע"ב דביהודה אינו יכול לטעון טענת בתולים מפני שמתייחד עמה ופירש רש"י דחיישינן מרוב חיבה שמא שכח והערה בה ושיבר בתוליה ואינו זוכר עיי"ש וכן הדבר פה דאמרינן כשנסתרה עמו לא מוקי אנפשיה ואולי הערה בה ושיבר בתוליה ואינו זוכר ולכך אין לו טענת בתולים וכן ביבמה בהראה בעלמא קונה אותה ולכך גם היבמה בחזקת שנבעלה אבל כאן לענין מחילת מומין צריך להיות ביאה גמורה בישוב הדעת וכוונת בעילה עד שנאמר אין אדם שותה בכוס אלא א"כ בודקו אבל אם הערה בה ברוב חיבה וכו' בשביל כך אין כאן מחילת מומין ולכך צריך ל' יום והדבר צ"ע מנא ליה לרמ"א זאת הסברא.

הלכה ט

במה דברים אמורים כשהיתה כך מתחילת נשואיה ומבעילה ראשונה ראתה דם אבל וכו'. תמהני דלמה תפסיד כתובתה ולא נימא כאן נמצאו וכאן היו ואירע לה חולשא שפולטת דם בשעת תשמיש לאחר נשואין כמו דאמרינן בכל מומין וליכא למימר דכאן איכא חזקת הגוף דאין כאן שעה מבוררת דנימא דאית לה חזקת הגוף משום דאיכא למימר שנולדה תיכף מבטן כל כך מקולקל במעיה שאי אפשר לה להבעל ולא תפלוט דם דהא כתבו התוס' והרא"ש פרק קמא דחולין גבי גבינות היכא שנמצא בהמה טרפה

דהשתא דאיכא רוב אמרינן חזקה מכח רובא והוי כאלו איכא שעה מבוררת וא"כ אף לענין זה כיון דרוב נשים אינן רואות דם מחמת תשמיש א"כ הוי לה לאשה חזקת הגוף מחמת רוב הנשים וגם ליכא למימר דוקא גבי מומין דהאשה טוענת ברי דנולדה לה לאחר נשואין ולכך אמרינן כאן נמצאו כאן היו לגרוע חזקת הבעל משא"כ כאן דהיא טוענת שמא דהא הר"ן כתב להדיא אפילו בטוענת שמא במומין אמרינן על הבעל להביא ראיה עיי"ש ועיין מ"ש לעיל ובאמת בגמרא לא נזכר זה רק במסכת נידה דף י"ב ע"ב באשה שאין לה וסת סובר הת"ק בברייתא דהפסידה כתובה וא"כ יכול להיות דקודם נשואין ואירוסין לא היה לה וסת אבל ברואה מחמת תשמיש דנתגלה המום בנשואין למה תפסיד כתובה.

וראיתי בהרי"ף סוף פרק אלמנה נזונית דמפרש כן על דברי ר' חנינא בן אנטיגנס דחולק שם במסכת נידה את"ק דאמר אשה שאין לה וסת אסורה לשמש ואין לה כתובה ועל זה קאמר רחב"א תשמש בשני עדים הן עותה והן תקנוה ומפרש הרי"ף דאם תמצא ג' פעמים דם מחמת תשמיש הרי היא אסורה והפסידה הכתובה וכו' והיינו כיון דהוחזקה לאשה שאין לה וסת והת"ק ס"ל דהרי היא מוחזקת לרואה דם מחמת תשמיש ס"ל לרחב"א דשימוש ג' פעמים בעדי קינוח הן הן המגלים עוותיה אם היא מוחזקת לרואה או לא וכיון דראתה ג' פעמים איגלי מלתא למפרע דמה שאין לה וסת הוא הגורם לרואה דם בעת תשמיש וא"כ לק"מ דנימא כאן נמצאו וכאן היו דכיון דקודם אירוסין אין לה וסת ועכשיו דראתה ג' פעמים בתשמיש הוחזקה למפרע בקלקול שאין לה וסת והרי היא מוחזקת ברואה דם בתשמיש למפרע והא הת"ק ס"ל דבאין לה וסת לחוד הפסידה הכתובה ולא בא רחב"א להוסיף אלא שצריך נסיון בג' פעמים תשמיש ע"י הבעילה אבל כיון דראתה הוחזקה למפרע.

וכן כתב הטור להדיא בריש סימן קי"ז אשה שאין לה וסת לא תשמש אלא ע"י בדיקה כיצד היא הבדיקה וכו' אם נמצא דם בשלשה תשמישין זה אחר זה הוחזקה נידה הרי דמיירי מאשה שאין לה וסת דאל"כ למה הזכיר כאן ענין דאשה שאין לה וסת הלא מקומה בהלכות נידה והוי ליה למימר בקצרה דאשה שרואה דם מחמת תשמיש ג' פעמים דאסורה ואין לה כתובה אלא ודאי דוקא בכה"ג דאין לה וסת מקדם הוא דתצא שלא בכתובה דאיגלי בהותייה אבל באשה שיש לה וסת וראתה דם מחמת תשמיש ג' פעמים בזו יש לה כתובה דתולין דלאחר אירוסין קרה לה חולשא במעיה כהנ"ל וכן הרמב"ם כתב דין זה על אשה שאין לה וסת כמבואר בהלכה ז' וח' אבל באשה שיש לה וסת וראתה ג' פעמים כו"ע מודים דלא הפסידה כתובה ולכך יש קצת לתמוה על השו"ע

דפתח בסימן קי"ז סעיף א' הנושא אשה ובדקה עצמה ונבעלה ובעת שקנחה עצמה היא והוא נמצא דם על עד שלה וכו' ותצא בלא כתובה וכו' ולא חילק בין יש לה וסת לאין לה וסת דלפי מ"ש יש חילוק בין אשה שיש לה וסת לאין לה וסת כמ"ש לעיל.

הלכה יא

האיש שנולדו בו מומין וכו'. עיין במ"מ שכתב ואין נראה כן דעת רבינו אלא כל שהוא קודם נשואין ויודעת סברית וקבילת הב"ח תמה דהא איתא במתניתין בין שהיו בו קודם שנשאת ובין שהיו בו לאחר שנשאת ועיין בתירוצו שהוא דחוק ולי נראה שאפשר לומר דמתניתין דנקט בין היו בו קודם שנשאת היינו לאחר אירוסין וקודם נשואין ולגבי אשה הוא דמחלקינן בין לאחר אירוסין ולאחר נשואין דאמרינן כאן נמצאו וכאן היו משא"כ בבעל דלא שייך כאן נמצא בחילוק לאירוסין ולנשואין דאצל הבעל הכל אחד הוא והוי כמו בוגרת לדעת הרא"ש דאין כאן אצל הבעל חילוק רשות כלל ולא שייך כאן נמצא וכו' אבל מ"מ מיירי לאחר אירוסין אבל קודם אירוסין סברית וקבילת ולכך נקט המתניתין לישנא דנשאת נשואין דייקא.